



美国研究

标题: 作者:

关键词:

一种积累型文明发展模式——试论美利坚文明的一个重要特点

作 者:	何顺果	封面:	
关键字:	美国历史与文化 积累型 宪法“修正”条款 高等法院“司法审查” 社会法学		
年 号:	2006		
期 号:	第3期		
PDF文件:			
出版社:			
英文标题:	A Cumulative Civilization Development Model: An Important Feature of American Civilization		
中文标题:	一种积累型文明发展模式——试论美利坚文明的一个重要特点		

《美国研究》2006年第3期

一种积累型文明发展模式

——试论美利坚文明的一个重要特点

何顺果

〔内容提要〕本文旨在探讨美国历史研究中的一个重大问题，认为美利坚文明发展的一大特点，就是这个文明的发展是积累式的，或者说是以积累的方式进行的。任何文明都有自己的积累，都离不开积累，美利坚文明发展的独特之处就在于，它不仅一开始就为自己的国家构建了一个完善的国家体系和结构，而且在构建自己的国家体系和结构之时，就在联邦宪法中直接或间接地预设了有利于文明积累和发展的两大机制——宪法“修正”条款和最高法院的“司法审查权”。但有一个好的机制并不等于就可以得到好的利用，美利坚文明发展的独特之处还在于，它在获得独立之后不久就在法学领域里发生了由“自然法学”向“社会法学”的转变过程，“社会法学”就是上述两大机制获得“创造性”利用的法学根源或深层原因。据此，本文在最后做了两点大胆推论，它超越本题又不离本题，藉以深化本文的主题。

关键词：美国历史与文化 积累型 宪法“修正”条款 高等法院“司法审查” 社会法学

美利坚文明，英文原称“American Civilization”，一般将之译为“美国文明”，但笔者更倾向于把它译为“美利坚文明”。不过，笔者要申明的是，采用这个译法，并不是要强调它的扩张意识，而是要强调它的“新大陆”色彩。

这个文明虽然源于资本主义初兴时的西欧，因此在很大程度上可以看成是西欧资本主义文明

的“衍生和发展”，但它17世纪初落脚于当时还是一片荒原的“新大陆”，并在不断地向“大西部”拓殖的过程中获得生机和活力，早已成为一种独特的有别于西欧的文明发展模式，这种独特性的一个重要表现就是其发展是积累式的。

这并不是说别的文明没有积累，更不是说明别的文明不需要积累，事实上任何文明的发展都离不开积累、都存在着积累，但世界上没有一个文明像美利坚文明那样在仅仅两到四百年的时间内就积累了如此丰富、优秀而厚重的文明，包括经济、政治和文化各领域的积淀。造成这一成果的原因可能数不胜数，人们也可以对它做出各种各样的探讨和解读，但笔者以为其中最重要的原因就在于，这个文明发展所采取的方式本身就是积累式的，并且是卓有成效的。那么，这一文明发展模式是怎样造成的，又为什么在美国会形成这样的文明发展模式？这种文明发展模式又有哪些表现形式，有没有更深层的原因？下面，笔者试分几点进行探讨、论证和解读，供批评。

一 美利坚文明积累和发展的重要基础：联邦宪法以及由它所决定的国家体系

反联邦党人默西·沃伦说：“人类的幸福在很大程度上取决于政府模式”。【注释】J. 艾捷尔编：《美国赖以立国的文本》，海南出版社，2000年版，第78页。【注尾】如果用“文明及其积累”取代“幸福”一词，此公式同样可以成立。在《联邦党人文集》第十号中，詹姆斯·麦迪逊老练地指出宗派势力乃是自由的产物与代价，他期盼着在“联邦的范围及其完善的结构内部”寻求一剂良药，以“医治共和政体中最易产生的疾病。”【注释】A. Hamilton, M. Madison and J. Jay, *The Federalist Papers* (New York, 1961), p. 84. 此处最为重要的是，詹姆斯·麦迪逊认为这剂良药应在“联邦结构内部”寻求，其原文为：“In the extent and proper structure of the Union, therefore, we behold a republican remedy for the diseases most insident to republican government.”【注尾】麦迪逊的这一期盼，实际上道出了一个完善的联邦体制的一大功能，也说明了这种功能与文明积累的关系。

笔者以为，美利坚文明的一个突出之点就是这个“文明”头开得好，即一开始就为这个“文明”的积累和发展奠定了良好而坚实的基础，而它的集中表现就是它创立了一个当时来说“最完善的”现代国家体系。“最完善的”一语出自一位伟人之口，见于马克思所著《德意志意识形态》（1844年），原话是：“现代国家的最完善的例子就是北美。”【注释】《马克思恩格斯选集》第1卷，人民出版社，1966年版，第66页。【注尾】类似的话还见于《政治经济学的形而上学》，马克思在那里称美国为“北美（这个）进步最快的国家。”【注释】同上，第105页。【注尾】他的战友恩格斯在《共产主义原理》一文中，则称美国为“实行民主宪法的国家”【注释】同上，第125页。【注尾】，这和托克维尔在《论美国的民主》一书中的说法一致，托克维尔在此书中多次称“美国是世界上最民主的国家”。【注释】亚历山大·德·托克维尔：《论美国的民主》（下卷），商务印书馆，1988年版，第546页。【注尾】那么，为什么说美国的国家体制是当时“最完善的”现代国家体制呢？笔者以为，可以从如下三个方面来进行观察：

（一）这个体制是自然地产生的，因而是符合或者适应美国历史发展过程和要求的。说它是“自然地”产生的，是指这个国家的形成是“自下而上”的。正如亚历山大·德·托克维尔所指出的：“在美国，可以说完全相反，那里是镇成立于县之前，县又成立于州之前，而州又成立于联邦之前。”【注释】同上（上卷），第45页。【注尾】可见，美国虽然是一个现代国家，在18世纪末才诞生于世，但它却像世界历史上所有古代国家一样，在其形成过程中有一个由基础到上层的构建过程，并不像17世纪和18世纪许多新兴国家那样通过直接夺取国家权力而一举完成建国任务。这是因为，构成“合众国”的成员原都是英属北美殖民地（13个），当时在各殖民地之上虽然有一个以英王为中心的殖民体系，但各殖民地均从英王的特许状中获得“自治”的权力，而各殖民地的殖民过程又都是由小到大发展起来的。更重要的是，美国要获得独立，就不能利用现存的以英王为中心的殖民体系，而是要摆脱或抛弃现存的殖民体系而另起炉灶。诚如英王乔治三世在1774年9月第一届大陆会议召开之后所宣布的：“新英格兰的那些政府现在处于叛乱状态，必须用战斗来决定他们是隶属于这个国家还是独立。”【注释】John A. Garraty, *The American Nation: A History of the United States to 1870* (New York, 1988), p. 103. 【注尾】当然，说“另起炉灶”也不是说完全从头做起，新兴的合众国的国家体系可分为四级：联邦——州——县（市）——镇，下面三级作为实体实际上早已存在，只是原属于“英属北美殖民地”之范畴，在建国时需改变其归属而已。但“联邦”完全是一个新的行政单位，需要重

新创立并以它为中心来整合整个国家体系。关于这个整合过程，以往学界一般认为分为两步：先是建立邦联，然后是建立联邦。笔者在研究中发现了“联合殖民地”在这一过程中的重要性，以及各殖民地在独立革命中本是分别宣布脱离英帝国而独立的这一事实，乃将实行联邦制的“美利坚合众国”形成的过程分为四步：第一步是建立“联合殖民地”；第二步是各殖民地建立独立政权；第三步是把各独立之邦组成一个“邦联”；第四步才是建立统一而集中的“联邦”。【注释】何顺果：《略论美国的“立国精神”》，《历史研究》，1993年第2期。【注尾】

(二) 这个最终形成的国家体系，由于妥善处理了国家的“权力分配”问题【注释】“如何执掌‘权力’问题是所有政府理论的主要事情”。引自Ann. G. Serow, W. Wayne Shamon and Everett Carlil Ladd, eds., *The American Polity Reader* (W. W. Norton & Company, 1993), p. 91. 【注尾】，从而保证了联邦体制的稳定。依笔者所见，正如笔者在《略论美国的“立国精神”》一文中所指出的，合众国的缔造者们在构建合众国之国家体系时，主要考虑并正确处理了如下三个问题：一是关于国家权力的来源问题；二是关于中央与地方政府的关系问题；三是各级政府特别是中央政府之立法、司法与行政之间的关系问题。它们构成了国家权力结构的三个层次：第一个层次涉及的范围最广；第二个层次小于第一个层次，但却是承上启下的关键；而第三个层次虽然涉及的范围最小，但却是国家权力有效运作的核心。在解决第一个问题时，合众国的缔造者们引入了“人民主权”论【注释】托克维尔说：“美国根据‘人民主权’原则建立政府的形式”，“‘人民主权’原则支配着英裔美国人的整个政治制度。”参见亚历山大·德·托克维尔：《论美国的民主》（上卷），第65、71页。【注尾】，决定将合众国的主要官员的选拔交由人民直接或间接选举产生。在解决第二个问题时，合众国的缔造者们考虑到各邦在组建国家之前曾宣称并拥有过“独立、自由和主权”，决定在中央收回“主权”时允许地方保留相当权力，从而确立了“地方分权”制度，同时在参院实行“州权平等”原则，这就是“联邦制”。在解决第三个问题时，除了引入当时在欧洲已流行的“三权分立”和“有限政府”理论之外，还允许立法、行政和司法三部门在宪法范围内独立行使自己的权力，形成美国政治学者查理·O. 琼斯所说的各部门“分立但平等”（“Separate but equal”）【注释】Charles O. Jones, *Separate But Equal Branches: Congress and the Presidency* (New Jersey: Chatham House Publishers, Inc., 1995). 【注尾】的格局，以达到既“三权鼎立”又“相互制衡”的目标。这样，就不仅避免了中央政府因权力过于集中而腐败的问题，还在“三权分立”之外附加了两层保护以防止国家从共和制演变为专制，除宪法规定联邦和州都必须实行共和制外，还让地方分权。总之，由此而形成的国家体制集共和制、联邦制和总统制于一体，既实行联邦制又实行“三权分立”和“制衡”原则【注释】“联邦制、三权分立和制衡原则是宪法的三个基本原则”。引自Ann. G. Serow, W. Wayne Shamon and Everett Carlil Ladd, eds., *The American Polity Reader*, p. 91. 【注尾】，被公认为“政治领域里的一种创造性突破”【注释】〔美〕肯尼迪·W. 汤姆森编：《宪法的政治理论》，三联书店，1997年版，第3页。

【注尾】，是当时资本主义国家中“最完善的”例子。关于此问题，笔者曾撰有《略论美国的“立国精神”》一文，该文有较详细的论证和讨论，此处不再赘述。

(三) 这个体制的缔造者们，从一开始就考虑到了一个“完善的”体制内的“不完善”问题，并在制定宪法时就安排了宪法的“修正”机制，从而使以后发展中所产生的重大新问题得以在体制内解决。为什么会造成这种“不完善”并要对它做出“修正”的安排呢？第一，正如托马斯·杰斐逊所指出的：“每一代人都有权选择在他们看来最能促进其自己幸福的政府形式。”

【注释】〔美〕埃尔斯特、〔挪〕斯莱格斯塔德编：《宪政与民主：理性与社会变迁研究》，三联书店，1997年版，第373页。【注尾】因此，在他看来，定期的宪法“修正”是运转良好的民主制度的必要组成部分；第二，合众国的缔造者们意识到，合众国宪法乃是世界历史上的新实验，“时间可能导致宪法安排中的许多瑕疵以及其权力中的许多缺陷”【注释】〔美〕约瑟夫·斯托里：《美国宪法评注》，上海三联书店，2006年版，第550页。【注尾】；第三，正如汉密尔顿在制定和讨论宪法“修正”条款时就说过的：“许多人一直希望而且殷切期待寻找一种模式”，“比较容易修正新体制多半也会出现毛病。”【注释】James Madison, *Notes of Debates in the Federal Convention of 1787* (New York, 1966), p. 562. 【注尾】；第四，事实上，制宪会议在“自由”和“平等”等一系列问题上本来就存在着争论，宪法草案在加强联邦的权力时却不应有地忽略了原大多数州宪法本已存在的对“个人权利”的保护。【注释】从1776年至1787年，在加入邦联的13个州中，至少有八个州通过了专门的《权利法案》，其他

州则在州宪法中列入了权利保护的专门条款。【注尾】所有这些，都参加制宪会议的代表们敲起了警钟，有必要为今后宪法的“修正”及其方式找到出路。好在尽管“反联邦派”与“联邦派”在整个制宪会议上明争暗斗，但将国家利益置于党派利益之上的各派代表并不难找到妥协的办法而并未走向破裂，并在通过宪法草案时及批准宪法的过程中，事先达成要在第一届联邦国会上补上《权利法案》的默契。为此，在制宪会议上，代表们于1787年8月30日和9月10日仅做了两次讨论，就在没有发生大的争论的情况下，就宪法的“修正”条款达成了一致。【注释】James Madison, Notes of Debates in the Federal Convention of 1787, pp.550-562.

【注尾】按制宪会议的安排，以后对宪法的修正采取两种方式：“一个是由政府通过国会这个途径，另一个是由各州通过制宪会议这个途径”【注释】（美）约瑟夫·斯托里：《美国宪法评注》，第550页。【注尾】，尽管预设了很高的门栏，即：采取第一种方式，要有2/3议员认为“必要”；采取第二种方式，要有2/3州议会提出“请求”，且无论采取哪种方式，都需经3/4州议会或制宪会议批准。宪法关于自身“修正”条款的安排的意义是如此之大，以致乔治·华盛顿总统在1796年《告别词》中谈到合众国体制的“效力和持久”时，特别提醒国人注意合众国体制“其本身就包含着修正自身的规定”。【注释】Henry S. Commager, ed., Documents of American History (New York, 1963), Vol. I, p 171. 【注尾】

二 美利坚文明积累和发展的主要机制之一：法修正条款及其实施

然而，宪法关于自身“修正”条款的安排，并非只是如华盛顿所说的为了保证合众国体制的“效力和持久”，它实际上成了积累型美利坚文明形成和发展的主要机制和方式，尽管它不是唯一的机制和方式。

由于《权利法案》，即前十条宪法修正案，按事先的默契于1789年在第一届联邦国会上顺利通过，宪法的“修正”机制得以在不知不觉中成功启动，这就为以后在必要时随时利用这一机制提供了范例。自1787年以来的200多年间，已有27条宪法修正案按宪法规定的方式得以通过，虽然一些批评者认为宪法修正案的采纳门槛太高、数量太少，但这些修正案仍对宪法进行了多次实质性改动，而每一次实质性改动都推动了美利坚文明的发展。从这一意义上说，这些修正案的提出和批准本身就意味着文明的积累，因为这些修正案除了个别之外本是社会进步要求的反映，一旦纳入宪法就构成了国家的根本大法，而成为影响整个国家和民族的指标，从而推动了文明的进程。

（一）《权利法案》的通过，多方面地体现了美利坚文明的进展。（1）作为“联邦派”与“反联邦派”妥协的产物，它的通过并载入美国联邦宪法，充分体现了建立在原则与妥协基础上的政治理性的走向。“反联邦派”与“联邦派”斗争的实质是在北美建立一个什么样的国家，其核心是这个国家能否真正保护“人权”。在“反联邦派”看来，这个新兴的共和国得以长久维持的关键在于保障“人权”，而“联邦派”要建立的联邦制国家过分扩张联邦的权力而忽视了人民的权利，从而共和国将因联邦宪法的实行而处于危险。不过，“联邦派”虽然主张通过立法加强联邦政府的权力，但十分清楚他们所制定的“联邦宪法”乃是总统制、联邦制和共和制的统一，并已经把“人民主权”原则写入宪法，并不从根本上反对或否定有关“人权”的诉求，因而同意在第一届联邦国会上加以处理。其理性协商的结果，就是于1789年9月25日在第一届联邦国会上通过前十条宪法修正案，简称《权利法案》。值得注意的是，这个《权利法案》的起草人麦迪逊原本是“联邦派”的大将，当时又身兼众议院议长之职，充分体现了“联邦派”在此事中的诚意。因此，如果说制宪会议标志着美国政治理性的开始，那么《权利法案》的通过则标志着美国政治理性的确立；（2）“权利”条款原属于“自然权利”的范畴，在英国及英属北美殖民地长期以来由习惯法所承认和确认，由于将《权利法案》作为前十条宪法修正案纳入合众国宪法，从而完成了人权由习惯法到成文法、由自然法到制定法、由地方法向最高法的“三重转变”。这“三重转变”中的前两重一般比较清楚，可为什么还说它是“由地方法向最高法”的转变呢？因为在北美独立战争过程中，各殖民地最初是分别事先宣布脱离英帝国而独立的，并在组建其新政府时大多在其宪法中采纳了《权利法案》【注释】参阅F. N. Thorpe, ed., Federal and State Constitution 一书的相关部分。【注尾】，而这些宪法在这些“独立和自由之邦”加入邦联和联邦之后，便变成了联邦宪法所管辖下的地方法。这里，公民的身份和权利都发生了变化，虽然这些权利在性质上仍被视为“自然权利”【注释】1896年，在布朗诉托克一案的判决

中，布鲁尔法官说：“宪法前8条修正案的目的是在基本法中贯彻某些自然正义的原则。”转引自詹姆斯·安修：《美国宪法判例与解释》，中国政法大学出版社，1994年版，第145页。【注尾】；（3）《权利法案》虽然仍把“生命、自由和财产权”作为基本的“人权”，但也把宗教、言论、集会和请愿，把建立民团、佩戴武器、人身、住所、文件与财产不受无理搜查与扣押，甚至被告得享公正、公开、迅速审理及与对方的证人对质和获得律师协助其辩护等的权利，以及第九条宪法修正案所“暗指”的不载于宪法的权利也列入“人权”的范畴【注释】这些权利，即《权利法案》前8条所列权利，在美国法学中称为“权利清单”。【注尾】，这大大扩大了“人权”的内涵，并为美国人的创造性活动留下了巨大空间。关于这一点，如果与洛克理论及“光荣革命”后英国议会通过的《权利法案》相比，就显得格外突出：洛克的“人权”概念主要讲“生命、自由与财产权”，而英国《权利法案》则主要强调国民“请愿”的权利；（4）这个《权利法案》不仅扩大了“人权”的内涵，还特别强调了司法公正正在保护“人权”中的重要性，明确提出了“正当法律程序”（due process of law）问题。当然，“正当法律程序”并不是美国人的发明，它本是英国传统的习惯法或普通法中的一个古老概念，早在1215年《大宪章》第39条就有了“依法判决”（by lawful judgment）的概念【注释】英国《大宪章》（1215年）第39条原文：“No freeman shall be captured or imprisoned or disseised or outlawed or exiled or in any way destroyed, nor will we go against him or send against him, except by lawful judgment of his peers or by the law of the land.”【注尾】，1354年在英国的一个议会立法中已正式提出了“正当法律程序”问题【注释】在此法中，已使用了“due process of law”这一概念。参阅Kermit L. Hall and Others, American Legal History: Cases and Materials (Oxford University Press, 1991), p. 5.【注尾】，但一旦把它纳入作为“最高法律”的合众国宪法之中，其意义就非同一般，因为它强调了司法公正之于立法公正、程序公正之于目标公正的重要性和一致性。这成为美国法制和法治文明的一大特征，也可以看成是美国对人类法治和法制文明的一大贡献。

（二）“内战修正案”的通过，从法制上解决了建国时所遗留的一大社会经济问题，即：废除奴隶制问题。这些修正案，包括第十三、十四、十五条修正案，从美利坚文明的积累和发展的角度来看，其意义也是多方面的：首先，由于藉由法律废除了奴隶制，从而彻底解决了独立革命和建国过程中遗留下来的一大问题，就在经济和社会上消除了奴隶和自由两大制度的对立，使美国的经济和政治统一在“自由”的基础之上，成为美国社会进步的一大标志；其次，第十四和第十五条宪法修正案规定：“凡出生或归化于合众国并受其管辖之人，皆为合众国及其所居住之公民”，“无论何州，不得制定或施行剥夺合众国公民之特权及特免的法律”，并授予被解放的奴隶以“投票权”，这就用“出生地原则”和“归化”原则补充了判断是否“公民”的“血统原则”，不仅扩大了合众国“公民”的社会成分（增加了“自由民”），而且赋予这部分“自由民”参政的权利，因为1787年宪法上的“公民”一词并不包括黑人，黑人不是享有主权的“合众国人民”的一部分；第三，第十四条宪法修正案，不仅重申了第五条修正案有关“正当法律程序”的原则，从而确立和强化了这一原则在美国立法和司法领域中的地位和作用，使这一地位和作用再也不能逆转和被忽视，而且增加了司法过程中对各类人等实行“平等法律保护”（equal protection of the law）【注释】“平等法律保护”，也不完全是第十四条宪法修正案的发明，乔治·华盛顿在1796年《告别词》中已提出“protected by the equal laws”。参见Henry S. Commager, ed., Documents of American History, Vol. I, p. 170.【注尾】的条款和原则。虽然“内战修正案”是“针对州和地方政府”的，但第十四条修正案中受“平等法律保护”的对象是合众国“管辖范围之内”的任何人，使之成为一个适应范围很广的普遍原则，“平等法律保护”便和“正当法律程序”一起成为美国建立和实施法制和法治的双保险【注释】罗伯特·H. 杰克逊法官（1941~1954）说：“我们是一个‘法治’的政府，而不是一个‘人治’的政府。”转引自William M. Wiecek, Liberty and Law: The Supreme Court in American Life (The Johns Hopkins University Press, 1988), p. 5.【注尾】，强有力地推动了美利坚文明的进步。此后这些条款和原则的生命力在美国法治建设和发展中，在深度和广度上一再表现出来，即使它们的实施受到阻碍和曲解，也只能是暂时的。例如，南部的原奴隶主保守势力，在内战后企图利用种族歧视和“种族隔离”来保护奴隶制的残余，甚至一度被最高法院在1896年判定为“隔离但平等”，但随着上述两大条款和原则的精神日益深入人心，终于在1954年重新启动第十四条宪法修正案，并推动了50、60年代“民权运动”在美国的兴起，从而成就

了美国历史上一次最大的社会改革运动。我们可以断言：关于美国“人权”及其实施的有关问题，此后也许在这样或那样、这部分人或那部分人身上一再地被提出来，如近年来有关“新移民”的权利和保护问题【注释】关于1964年以后的“民权”问题，参阅Hugh Davis Graham, ed., *Civil Rights in the United States* (University Park, Pa.: Pennsylvania State University Press, 1994)。【注尾】，但很难会再有类似的新的宪法修正案出台，因为第十四条宪法修正案所涉及的“平等法律保护”的对象和范围有极为广泛的适应性，远远超出了黑人或奴隶的范围。

(三)与“内战修正案”以解决奴隶制问题为主不同，19世纪末和20世纪初的“进步主义”修正案，包括(除第十八条以外的)第十六、十七和十九条修正案，涉及在社会和政治上更为广泛的领域和范围：所得税的征收并非始于第十六条宪法修正案，早在内战期间就已成为战争财政的内容，现在之所以要把它普遍化并通过修宪加以确立，是因为内战后垄断的发展造成了全国性财富分配的不公，并由此引发了社会动荡。第十六条宪法修正案：“国会赋课并征收所得税，而不必问其所得之来源，其收入不必在各州按比例分配，亦不必根据人口调查或统计定税率。”【注释】参阅王希：《原则与妥协：美国宪法的精神与实践》，北京大学出版社，2000年版，第367页。【注尾】此修正案有两个要点：一是将所得税征收纳入基本国策，二是在全国范围内对财富分配进行调节。征收所得税之目的，是要将所得税收入用于解决公共事务和社会福利所面临的困难，这一举措成为后来所谓“福利国家”的必要准备，是资本主义生产关系调节由企业内部向全国范围转变的表现，是文明在社会经济领域的新进展。1919年的第十九条宪法修正案，在扩大公民参政方面是一个具有历史意义的巨大突破，因为它涉及了人民的“另一半”的问题。这是因为：一方面，1787年通过的《美利坚合众国宪法》破天荒地把“人民主权”原则写进了世界历史上第一部成文宪法，但宪法不仅沿用了欧洲排斥妇女的“人”的概念，而且在“公民”概念中排斥了被视为主人“财产”的“其他人”，即奴隶以及“未被课税的印第安人”，并且把“选民”的资格限制问题交由各州去自行处理。其结果，不仅“选民”在很长一个时期内仅限于男性公民，即使男性公民也因财产资格限制而被大量排斥于选举权之外；另一方面，随着“西进运动”的扩大，西部的自然和社会环境对“民主”的强烈要求，使西部某些新州和领地成为扩大参政权，特别是妇女选举权的前沿阵地。早在1861年，堪萨斯就允许妇女在学校享有选举权。1869年，怀俄明领地在法律上正式给予妇女选举权，1889年加入联邦时成为美国第一个“男女平权”州。到1920年第十九条宪法修正案被批准之时，全国已有15个州和阿拉斯加的妇女获得完全的选举权。因此，在美国扩大参政权方面具有划时代意义的第十九条宪法修正案的采纳，乃是美国日益高涨和扩大的民主运动的必然趋势。1912年提出而于1913年批准的第十七条宪法修正案，对合众国国会参议员的选举办法做了重大修改，由原宪法规定的由各州议会选举改为民众直接选举，从美利坚文明发展的角度看，亦有多方面的意义：第一，它完全落实了美国国会的“民主”意识，因为原来的宪法设计者之所以对参院和众院采取不同的选举办法，一个重要原因是防止所谓“多数的暴政”，现在参议员和众议员一样亦由民众直接选举，对加强参议员的民主意识是十分有好处的，此后他们必须直接面对选民；第二，它有利于加强和完善选民对代议机构的监督，在此之前由于参议员是由州议会间接选举，选民总觉得参议院不是真正的民意机构，把它当作英国的“贵族院”而采取敌视的态度，改为直接选举后，这种感觉便可立即消失；第三，它改变了垄断产生以来美国政治集中的趋势。因为垄断在经济上代表了由分散到集中的趋势，按逻辑它要求在政治上相对集中，从而对美国的民主构成新的威胁，并引发了“格兰奇运动”和“人民党”运动的抗议：在经济上它的口号叫“反垄断”，在政治上它的口号就是“参议员直接选举”。【注释】参阅Kris E. Palmer, *Constitutional Amendments: 1789 to the Present* (Detroit, 2000), pp 381-448.【注尾】

在1787年制宪会议上，在第二次讨论“修正”条款的措辞和含义时，“过半数”的与会者就把未来的“修宪”活动视为创造性的活动，而把将要提出和审议的修正案称为“新的制度”

(New System)【注释】见于1787年9月10日汉密尔顿在制宪会议上的发言，“New System”一词有人译为“创新条文”，但笔者认为该词的内涵包含着“创新”，但不完全等于“创新”。参阅James Madison, *Notes of Debates in the Federal Convention of 1787*, p. 609.

【注尾】。实际上，我们上面讨论的宪法修正工作的三个时期，许多宪法修正案就具有鲜明的创新色彩，用我们今天的话来说就是“制度创新”，如果没有这些条款的提出和实施，美利坚文明

显然就将黯然失色。它说明：宪法第五条关于“修宪”的立意和规定，其意义已不仅限于防止共和国内部“经常性的疾病”，它确实推动了这个国家的体制创新，是这个国家体制内在活力的重要表现。

三 美利坚文明积累和发展的主要机制之二：最高法院的司法审查权及其运用

其实，美利坚文明积累型发展模式的形成机制不仅是宪法“修正”机制，还有另外一个极为重要的机制，这就是联邦最高法院的“司法审查”（Judicial Review）。这里指的是大法官们的所谓“终极权威”（ultimate guardians）【注释】“ultimate guardians”的原意是“最终监护人”。参阅Kermit L. Hall, William M. Wiecek and Paul Finkelman, *American Legal History: Cases and Materials* (New York: Oxford University Press, 1996), p. 104. 【注尾】及其运用。

本来，在联邦宪法中，有关立法、行政和司法三权的条款，对最高法院权限的规定不仅简短而且笼统，也没有明确它对国会立法的司法审查权，其规模和权限远不及立法和行政两部门。直到《1789年司法条例》通过，美国最早的联邦司法体系才得以建立，它们是由六个大法官组成的联邦最高法院及由大法官兼任法官的三个巡回法院和13个地方法院。当时的最高法院“既没有一种必不可少的活力、份量和尊严，使其能够支持联邦政府，也不拥有它应该获得的、公众把它视为国家正义最终维护者的那种信任和尊重。”【注释】1801年1月2日杰伊致亚当斯的信。转引自任东来等：《美国宪政历程：影响美国的25个司法大案》，中国法制出版社，2004年版，第4-5页。【注尾】以致第一位首席大法官约翰·杰伊（John Jay, 1789-1795年在任）情愿回纽约去当州长，也不继续留任。但这种情形在1803年发生了根本性变化，这一年约翰·马歇尔（John Marshall）的一项判决完全改变了联邦最高法院的地位和作用。

此判决涉及的案子，称为“马伯里诉麦迪逊案”。事情起因于所谓“午夜法官”事件，这个事件乃是当时党派斗争的产物。1800年的总统选举实现了美国历史上第一次政党轮替，属于“反联邦派”（当时叫“民主共和党”）的杰斐逊取代了属于“联邦派”的第二届总统约翰·亚当斯。但出于党派的考虑，亚当斯不仅于1801年1月20日任命国务卿马歇尔出任联邦最高法院首席大法官，还于3月2日即离任前一天的深夜，批准了一个人数达42人的首都特区治安法官的任命，这批法官因此被称为“午夜法官”，马伯里便是其中之一。马歇尔作为前任国务卿，亦在任内签署了这些治安法官的委任状，但一面忙于与新任国务卿麦迪逊交接，而另一方面又要准备以首席大法官身份主持新总统就职仪式，他竟忘了在卸任前将委任状发出而遭新任国务卿麦迪逊的扣押，由此引出了“马伯里诉麦迪逊案”。控方律师援引《1789年司法条例》第13款d条为据：联邦最高法院在法律原则和惯例保证的条件下，有权向任何在合众国权威下被任命的法庭或公职官员下达执行令。麦迪逊原本是联邦党人，但在杰斐逊与汉密尔顿关于美国建国方针的辩论中站到了杰斐逊一方，他承认该委任已经完成但并不认为最高法院有权向政府官员发出执行令，宣布《1789年司法条例》第13款因违宪而被取消，从而确立了联邦最高法院的“司法审查权”，联邦最高法院从此拥有了上面所说的法律条款的“最终监护人”的角色。这一判决之意义是如此之大，以致马歇尔的传记作者J. 史密斯认为：“如果说乔治·华盛顿创建了美国，约翰·马歇尔则确定了美国的制度。”【注释】Jean E. Smith, *John Marshall: Definer of A Nation* (New York, 1996), p. 1. 【注尾】但最高法院的这种至高无上的权力，并不能说完全就是最高法院大法官们自己赋予自己的，因为美国宪法第三条第二款规定：受理涉及宪法的联邦法律的纠纷乃最高法院的权限之一，而汉密尔顿在《联邦党人文集》第78号中也说：“解释法律乃是法院的正当与特有的职责”，“法院必须有宣布违反宪法明文规定的立法为无效之权。”【注释】〔美〕汉密尔顿、杰伊、麦迪逊：《联邦党人文集》，商务印书馆，1980年版，第391-393页。【注尾】不过，无论如何，联邦最高法院的“司法审查权”已成为美利坚文明积累和发展的另一重要机制，其实践具有不可忽视的历史价值。

联邦最高法院是国家最高司法机关，并非任何司法问题都须它插手。据说，这些年每年差不多有7000个左右的案子上递，但联邦最高法院所受理的案子不过100来个，即只有1/70的受理可能性；而在过去的200年内，国会立法被联邦最高法院判定“违宪”的总共只有135项，其间国会以宪法修正案的形式再度制约和推翻最高法院的判决则更少，总共不过4次。但200多年来，联邦最高法院究竟审理和判决过多少案子，目前我们手头尚无确切和完整的统计数据。戴维·P.

柯里(David P. Currie)所编《最高法院中的宪法：最初100年，1789-1888年》和《最高法院中的宪法：第二个百年，1888-1986年》实际上已涵盖了最高法院司法审查的几乎整个历史，被作为“经典判例”纳入该书研究的案例多达200来个，而由斯坦利·I.库特勒(Stanley I. Kutler)于1984年编辑出版的《最高法院与宪法》一书，被作为“经典判例”选入该书的案例则只有180个，说明学者们对这些判例存在着不同的评价标准，尽管他们在基本看法上是一致的。然而，这些判例所涉及的范围，几乎涵盖了美国经济、政治和文化领域的所有重大问题。以戴维·P.柯里所编《最高法院中的宪法》一书为例，该书29章共87节中的每一个章节所讨论的问题，可以说都是美利坚文明不可忽视的内容。这些内容纷繁庞杂、丰富多彩，是否有规律可循呢？也是有的。著名宪法学家罗伯特·麦克洛斯基认为，在联邦最高法院的“司法审查权”历史上有三个重大时期，每一个时期主要关注的对象和主导司法的志趣都不相同：第一个时期从1789年到内战结束，主要专注于联邦与州的关系；第二个时期从1865年到1937年的“最高法院革命”，主要专注于工商业与政府的关系；1937年以后是第三个时期，主要关注的是个人与政府的关系。【注释】罗伯特·麦克洛斯基著，桑福德·列文森增订：《美国最高法院》，中国政法大学出版社，2005年版，第144页。【注尾】如果我们对这三个时期主导司法的“志趣”稍加分析，就可发现这些“志趣”每一个都是对美利坚文明的推进和发展。

(一) 首先来看第一个时期。这个时期，一个基本的事实是：联邦政府刚刚建立，威胁和影响新政权的问题或隐患随处可见。笔者曾试举或概括出三大问题或隐患：一是英、法和西班牙等旧殖民地对这个新兴国家的包围；二是美洲土著印第安人在这个新国家中地位的不确定；三是由传统的“州权”引申出来的企图摆脱联邦控制的分裂倾向。其中，第三项涉及的就是上面所说的“联邦—州的关系”问题，其实质是否承认联邦在立法、行政和司法上的“最高”地位和权力，即享有国家“主权”问题。笔者以为，在此期间，最高法院所审理的一系列案件中，对美利坚文明的积累和发展最有影响的判例，首先就是约翰·马歇尔对“马伯里诉麦迪逊案”(1803年)的判例，因为它第一次通过“司法审查权”确立了最高法院“至高无上”的地位，从而完善了宪法所确立的“三权分立”和“相互制衡”的原则；另一个是马歇尔对“马卡略诉马里兰州案”(1819年)的判决，它表面上是一个州可否立法对作为中央银行的合众国银行征税的问题，实则是当州的主权与联邦的主权发生冲突时，州是否应当服从联邦的大原则问题。马歇尔在判词中不仅对此做了肯定的回答，而且提出了解释宪法的“默许权力理论”(implied power doctrine)，从而赋予宪法第一条第八款所说的“必要和适当的一切法律”条款以新的创造性的活力；第三个是马歇尔关于“吉本斯诉奥格登案”(1824年)的判词。它一方面判定纽约州建立汽船垄断的法律因与联邦宪法相抵触而无效，另一方面也确立了联邦在管理商务方面所拥有的前所未有的广泛权力，但它在美利坚文明积累和发展上最重要的贡献则在于：马歇尔指出“商务”(commerce)一词不仅是一种“物质交换”(the interchange of commodities)，更是一种“流通”(intercourse)，即包括了所有的经济交流和交换(all business and intercourse)，这就把水域从各州的“各自为政”中解放出来；最后还有一个重要判例，就是马歇尔关于“达特茅斯学院诉伍德沃德案”(1819年)的判决。此判决所涉及的对象虽然只是两个小小的地方院校，但它在判词中认定该校所拥有的特许状本是一份“契约”，而该校就拥有了“法人”(corporation)的资格，从而第一次正式启动了联邦宪法第1条第10款，即所谓“契约”条款，并使之神圣化。马歇尔及斯托里关于“法人”(或“公司”，corporation)的定义是：“一个企业是一个人为的、不可分割的、无形的、只能在法律的思考中存在的实体”，“它具有组成它的自然人的某些豁免权、特权和能力”。【注释】参阅王希：《原则与妥协：美国宪法的精神与实践》，第181页。【注尾】他关于“法人”的论证成为此概念的经典解释。

(二) 再来看第二个时期。如果说第一个时期最高法院处理的主要是建国时期遗留的问题，那么第二个时期面临的则主要是由发展提出的挑战，因为所谓工商业与政府的关系的核心为垄断问题。这一问题虽然集中，但是涉及的层面很广：一是企业与企业之间的关系；二是国家与企业之间的关系；三是企业内部的劳资关系；四是社会各阶层财富分配之不公。正因为如此，这个时期围绕“垄断”问题的矛盾和斗争非常尖锐，这些矛盾和问题的解决意义也更为重大，在推进经济文明方面尤为明显。仅举几例：例如，在1873年“屠宰场案”以及1887年“芒恩案”审理中，联邦最高法院大法官菲尔德建立的“实质性正当程序权利”理论，强调在每个美国公民享有的特权中包含着一项为了谋生而追求合法工作机会的权利，丰富了第五条宪法修正案所提出的“正当法律程序”的内涵和精神。又如，在对“菲尔德诉克拉克案”(1892年)的判决中，联

邦最高法院大法官哈伦对总统执法“任意权”的肯定，认为国会不能将立法权交与总统，但一定要给总统“任意权”，否则总统将无法执行法律，不仅反映了大企业时代面临的管理问题日益突出的现实，也为已不断增加的政府对经济的干预准备了条件，而这种“干预”越来越为经济的发展所必需；再如，在西奥多·罗斯福解散“北方证券公司”并由此引发的“北方证券公司诉美国案”（1903年）中，最高法院在判决中不仅批驳了联邦反托拉斯法侵犯了合同自由和州权的说法，而且阐述了这样一个道理：“合同自由决不隐含一个公司或一群个人有蔑视公开宣称的国家意志（national will）的自由”，从而确保了这种自由权利“必须在法律的管理之下运用”；联邦最高法院大法官爱德华·怀特对“标准石油公司诉美国案”（1911年）的判决，不仅维护了1890年制定的《谢尔曼反托拉斯法》，而且提出了著名的“合理”垄断和判断垄断合理性的“理性标准”问题，这对大企业的健康发展产生了重要影响。这一判决以这样的认识为前提：垄断有好坏之分，最高法院要通过自己的判断保护前者，限制后者。

（三）最后来看第三个时期。如前文所述，这个时期联邦最高法院主要关注的对象是个人与政府的关系，在一系列有关公民权利的判例中成就非凡，而主要的推动者便是“沃伦法院”（The Warren Court）。它的第一个开创性的判决就是在“布朗诉托皮卡教育委员会案”（1952年）中宣布“种族隔离”教育违宪，并进而推翻1896年“普莱斯顿案”所建立的“隔离但平等”的原则，而该原则旨在维护内战后原奴隶主复辟势力的利益。这个判决本身不是革命，但该判决由于突破了内战后“种族隔离”的藩篱，得以成功重新启动第十四条宪法修正案所载的“平等法律保护”条款，因而有力地推动了美国“民权运动”的兴起，并最终导致了1964年《民权法》的通过，而该法“被视为20世纪美国国会通过的最重要的法令。”【注释】Robert D. Loevy, ed., *The Civil Rights Acts of 1964* (State University of New York Press, 1997), p. vii. 【注尾】而我们知道，这个运动又不仅仅是黑人的民权问题，它极大地带动了美国经济、政治和文化的改革，从而引发了一场美国历史上最庞大、最深刻的社会革命。从美利坚文明积累和发展的角度看，联邦最高法院围绕“民权”问题所做出的判决涉及了诸多方面的进展：首先，在审查“布朗诉托皮卡教育委员会案”中，在重新启动第十四条宪法修正案时围绕着该修正案“原初含义”的争论，最高法院提出了“平等”乃至整个宪法的含义都要随“历史条件改变”而改变的观念，从而重新激活了约翰·马歇尔关于“活宪法”的主题；其次，公民的自由和权利原本由州和地方政府管理，在1961年至1969年期间，“沃伦法院”几乎将所有与《权利法案》有关的刑事犯罪程序权的审理都纳入第十四条宪法修正案的保护之下，从而实现了“《权利法案》的联邦化”（Nationalization of the Bill of Rights），同时也结束了是应“全面纳入”还是“选择纳入”的争议【注释】此争议涉及第十四条宪法修正案与《权利法案》合并的问题：一派主张把《权利法案》“完全纳入”（total incorporation）第十四条宪法修正案的保护范围；而另一些法官则认为只能实行“选择性保护”（preferred freedom）。【注尾】；第三，宪法制定者把“自由”视为仅涉及对“自由”的外部限制的“消极”概念，而“沃伦法院”先是在“贝克诉卡尔案”（1962年）中通过对“州选区分配的公平性”的审理强调了民主的“实体价值”而不仅仅是它的“最低纲领”，后又在“夏皮罗诉汤姆森案”（1969年）的审理中拆除“权利”和“特权”之间的界墙而把“福利”看作一种形式的财产而不是传统意义上的“特权”，从而引入了“积极民主”的概念；第四，“沃伦法院”大大推进了第十四条宪法修正案“平等法律保护”的范围、层面和深度，在一系列判例中，“沃伦法院”扩大了1938年哈兰·斯通所提出的保护“弱势群体”（discrete & insular minorities）的范围，甚至包括了正在候审的犯人；受保护的权利也扩大到“权利清单”以外的“全部权利”，其中就包括了“隐私权”、“象征性言论”及对公共问题的讨论不受限制等等，甚至对“淫秽”物品也在划分“性”与“淫秽”的基础上做了宽泛的界定：只要它是“基于善意的艺术或者信息作品”，都应当受到保护。【注释】参阅莫顿·J. 霍维茨：《“沃伦法院”对正义的追求》，中国政法大学出版社，2003年版。【注尾】

人们往往误以为司法不过是“判案”而已，许多国家在许多情况下司法也确实仅仅是“判案”罢了，但从本文所讨论的美国联邦最高法院三个时期的“司法审查”活动看，在美国最高法院的“司法审查”却充满了创造性色彩：由于它的“司法审查”要落实宪法及其各修正案的原则和精神，要随时面对社会发展中提出的大量新问题，在处理新案例、新问题的过程中形成了许多新观念、新原则、新办法，否则就难于适应社会发展和司法实践的需要。从这一意义上说，伍德罗·威尔逊所说的美国最高法院的“司法审查”乃是一个“连续不断地开着的制宪会议”【注

释】伍德罗·威尔逊的原话是：“a constitutional convention in continuous session”。转引自任东来等：《美国宪政历程：影响美国的25个司法大案》，第2页。【注尾】确实是一个非常重要的论断，因为它划清了美国司法与普通法“遵循先例”原则主导下的英国司法的界限，充分揭示了美国“司法审查”的创造性。“司法审查”最终成为美利坚文明积累和发展的一大机制。对此，有谁还会怀疑呢？

四 两大文明积累机制创造性运用的法学根源：由自然法学向社会法学的转变

如上所探讨的两大文明发展机制，其形成都直接或间接地与1787年宪法有关，只不过前者更明显而后者稍差而已。从已有的事实和本文的讨论来看，这两种机制在美利坚文明的积累和发展中都得到了创造性的运用，其成就在西方国家乃至世界各国中实属罕见。然而，只要稍加思考就可明白：一种机制的建立和对这种机制的利用本是两回事，有一个好的机制并不等于会得到好的利用，因为机制本身乃是中性的。那么，是什么促成了美国对两种机制的创造性运用，并如此非凡地推动了美利坚文明的积累和发展呢？笔者认为，人们可以找出各种各样的理由和解释，包括经济的、社会的和文化的理由和解释，但其中最重要的是美国法学观念的转变，即：由自然法学向社会法学的转变。其秘密就在于：与自然法学不同，社会法学强调立法和司法须面向社会、面向实践、面向事实，而不能拘泥于习惯、传统和先例，可以说其本质就是创新的。

问题在于，美国立国之时，在美国占主导地位的法学思想是自然法学而非社会法学。这是因为，美国是在英属北美殖民地的基础上发展起来的，英属北美殖民地曾经是大英帝国的骄子，殖民地的各种制度和文化亦无不受其母国的影响，这其中就包括英国的“普通法”（common law）或“习惯法”，而“普通法”的主要基础是“自然法则”。【注释】J. Otis, *A Vindication of the British Colonies* (1764). 转引自莫顿·J. 霍维茨：《美国法的变迁：1780-1860年》，中国政法大学出版社，2004年版，第5页。【注尾】正如科恩所指出的：“‘自然法’学说盛行于美国各殖民地，对《独立宣言》和《权利法案》产生了影响，并一直指导着我国的基本法理论和宪法。”【注释】科恩：《法律与理性》。转引自詹姆斯·安修：《美国宪法判例与解释》，第146页。【注尾】这是有充分事实为根据的：杰斐逊在《独立宣言》中公开申明，美利坚人脱离英帝国而独立的行动所遵循的是“自然法和自然神法”（the Law of Nature and of Nature's God）【注释】Henry S. Commager, ed., *Documents of American History*, Vol. I, p. 100. 【注尾】；1896年，布鲁尔法官说：“宪法前八条修正案的目的是在基本法中贯彻某些‘自然正义’的原则”。1909年，迪安·庞德也指出：“我们必须记住，‘自然法’是《权利法案》的理论根据”【注释】转引自詹姆斯·安修：《美国宪法判例与解释》，第145页。【注尾】。1787年宪法没有一个地方使用“自然法”这一概念，但绝大多数宪法学家认为“宪法贯穿了‘自然法’的观念”。宪法在“序言”中允诺要“使我们自己和后代得享自由的幸福”，这“自由”便是一项由制宪者们列举的“自然权利”。宪法第四条所载“特权”和“特免”条款，历来被认为是“属于自由国度中公民自然的和基本的权利”，是“属于全体公民的自由的和不可让渡的权利”。至于宪法第一条第十款所载“契约”条款，更是一项十分重要的人类“不可让渡”的自然权利，它受政府的保护但不受政府的干预。应当指出，以“自然法”理论为基础的“普通法”，它虽然坚决地捍卫了人类的基本权利，并把它视为天赋的永恒的和理想的东西来保护，但“普通法”传统也存在着一些固有的缺陷：第一，“普通法”把人的基本权利视为“天赋的”，但立法和司法中的大量问题和案子却产生于社会实践，这里存在着法学观念和社会实践的尖锐矛盾；第二，“普通法”把人的基本权利视为天赋的、永恒的和理想的东西，而社会实践却在不断地发生着深刻的变化，这里存在着固定的法学观念与不断变化的社会现实的矛盾；第三，“‘普通法’等于固定的、习惯性的标准”，要求立法和司法遵循习惯和先例，由此建立的法律大厦“不会有任何创新”【注释】莫顿·J. 霍维茨：《美国法的变迁：1780-1860年》，第12页。【注尾】；第四，英国是一个典型的旧世界文明古国，而美国却是一个在“处女地”上成长起来的新兴国家，其财产关系和社会结构迥然不同，产生于旧世界的“普通法”很难完全适应新大陆。从这一意义上说，基于“自然法”的“普通法”不能（至少不能完全）解释美利坚文明积累和发展的机制和方式。

问题还在于，社会法学似乎也不能完全解释美利坚文明积累和发展的机制和方式，因为19世纪末和20世纪初这个学派才在美国正式形成。当然，这是就这个学派形成的时间而言的，而不是

就这个学派的法学思想和性质而言的。就其法学思想和性质而言，它本是对自然法学进行反思和批判的结果，因为19世纪末和20世纪初随着大企业时代的到来和工业化的基本完成，美国的经济关系和社会结构正发生着深刻的演变，而社会问题和矛盾也日益尖锐，这对传统的法学观念和实践提出了巨大的挑战。美国社会法学派的代表人物，包括奥利弗·温德尔·霍姆斯（1841-1935年）、迪安·罗斯科·庞德（1870-1964年）和本杰明·卡多佐（1932-1938年在任），庞德是他们之中的领袖，也是整个西方社会法学界的领袖，曾任哈佛大学法学系主任。社会法学的关键词是“人”、“经验”、“社会利益”和“社会效果”：庞德主张法学应“将人的因素置于中心的地位”，应“是适应于它所指导的人性思想，而不是适应于那些初始原则”；霍姆斯说：“法律的生命向来不在于逻辑，而在于经验。时代的种种为人们亲身感受到的必然需要——流行的道德理论和政治理论，公开承认的或不自觉的对公共政策的直觉认识，甚至法官公开与同胞共有的种种偏见——对于确定治世律人法则都要比‘三段’认识论法是有关系得多。”霍姆斯还认为“社会利益”是“法律吸取全部生命之源的神秘根基”，是任何法官“无法规避”的必须着重考虑的“责任”；而卡多佐则强调司法程序的“社会效果”，认为宪法判决“必须在更大程度上取决于会因此损益的各种社会利益的不同意义或价值”【注释】詹姆斯·安修：《美国宪法判例与解释》，第189-214页。【注尾】，并在判决中随时对社会利益加以“平衡、协调和调节”。正是从这些法学认识和思想出发，美国社会法学的这些代表人物强烈批判审判中对制宪者意图的偏好，强烈反对在解释宪法时拘泥于它的文字和条文，强烈反对在一切判案中不加区别地采用遵循“先例”的原则，从而使立法和司法（特别是司法）更接近于美国的社会现实和生活，并进而在实践中和经验的基础上进行立法和司法的创新。由此，可以断言：19世纪末和20世纪初所形成的社会法学，在内容、观念和本质上可以而且应该为美利坚文明积累和发展的上述两大机制和方式提供形成和运用的动力，应是上述两大机制获得“创造性”运用的法学根源和深层原因。影响其发挥作用的似乎只是时间问题，因为不能把19世纪末和20世纪初才形成的社会法学用来解释它形成以前的社会历史现象。

然而，有趣的是，这并不能阻止把“社会法学”视为上述两大机制和方式获得创造性运用的法学根源，因为我们掌握了这样一个事实，即：大约从19世纪20年代起，即美国建国之后不到一代人的时间，美国以“自然法学”为主体的立法和司法理论和观念就开始发生演变，而这种演变的趋势在本质上与“社会法学”是一致的。推动这一演变的动因有二：其一，是1791年联邦最高法院大法官詹姆斯·威尔逊（James Wilson，1789-1798年）所开设的“法律讲座”。这个讲座的设置是对英国著名法学家威廉·布莱克斯通爵士不久前提出的“法律意志论”（will theory of law）的直接回应，但更主要的原因是为了回答“美国革命”期间美国法学界和司法界围绕着“普通法”的利弊得失所进行的讨论而提出的种种问题，以便让美国的法学更适应“新大陆”的社会现实和社会需求，有着深刻的历史背景。在这个讲座中，他一方面表明英国大法官布莱克斯通所坚持的“法律是主权者意志”的主张是“不恰当的原则”，另一方面则明确提出“服从人类法律的唯一合法性原则是人们对法的合意。”而且在他及其追随者看来，无论是“制定法”还是“普通法”都是“公众的意志的表现”，这就在实质上改变了以往从法律固有的公正或正义中界定法律之合法性和义务的观念，而把法律视作意志的工具，从而宣告了“工具性法律观念的兴起”。正如莫顿·J.霍维茨所说：“革命后，尽管美国人抨击布莱克斯通主义者单一的、不可分割的主权理论，但是，他们同样也开始广泛地接受该理论背后的现代法律理论。虽然他们质疑‘议会至上’原则，但是，他们同时又主张：成文宪法具有合法性，因为它体现了人民的‘意志’。而且，由于他们寻求以人民主权来重新界定法律义务的基础，他们倾向于维护立法机关和‘制定法’的根本优越地位。其结果是，‘普通法’规则最初的‘自然法’基础开始瓦解。”【注释】莫顿·J.霍维茨：《美国法的变迁：1780-1860年》，第25页。【注尾】其二，是工业革命初期关于“用水权”的争议所引发的“普通法”有关“财产”观念的改变。原先的绝对财产权利观念原本产生于经济活动不多的社会，且在其观念形成过程中起关键性作用的是英国的乡绅，主要奉行所谓“时间在先、权利优先”原则。工业革命以纺织和加工业起飞，最初又主要以水力为其动力，所以，作坊主常常在河上筑堤坝以提高水位和落差，不免波及其上游或下游原土地所有权人的利益，引发大量有关“用水权”的纠纷。这种纠纷和争论的实质是：在经济活动增加、资源利用“多元化”的情况下，能否依然固守以往的带有排他性的财产所有权观念？答案是否定的。这里以两个判例为证：一个是“帕尔默诉马利根案”（1805年），另一个是“普

拉特诉约翰逊案”（1818年），两者都是由于建作坊阻断水流引起的法律纠纷。布罗克霍斯特·利文斯顿法官在前一案件的判决中，首次认定上游河岸土地所有权人可以因建作坊的需要而阻断水流，由此给其他所有权人带来的“微小的不便”可以忽略不计。而法院在后一个案例也认为：“虽然在财产的使用和享用中，都会产生权利的冲突，但是，法院在做出法律判断的过程中，不能将其作为对权利的侵犯。”这两个判例都“远离自然使用规则和优先权规则这些财产理论”，而将“衡量财产使用的相对效率”作为“法律上可以允许的损害的最终标准”。尽管上述两大“动因”远没有那么简单，但由此推动的美国法学的新趋势已然形成，正如美国著名法学家莫顿·J. 霍维茨在对有关史实做了权威研究后所断言的：

“到1820年，与40年前相比，美国的法律版图几乎‘脱胎换骨’了。尽管法律用语几乎没有改变，但是，法律思想的结构已发生了急剧变化，这又使法律理论发生了变化。法律不再被认为是习惯表达的、源于自然法的一套永恒原则。它也不再被当作主要是在个案中伸张正义而设定的规则体系。相反，法官逐渐认为，‘普通法’与立法一样，都要承担调整社会关系的责任，都要承担管理社会并鼓励符合社会期望的行为的责任。强调法律是政策的工具，既促进了创新，也使法官可以自觉地以社会变革的目标，指导制定法律规则。”【注释】莫顿·J. 霍维茨：《美国法的变迁：1780-1860年》，第41-42页。【注尾】

笔者以为，1820年以来所形成的这一法学的新趋势，不仅和19世纪末、20世纪初形成的美国社会法学是一致的，而且简直可以视为美国“社会法学”形成的必要前提，正是它和社会法学一起，共同使美国的立法和司法进入了“能量释放”阶段，导致美国“现代法律史中的创造性爆发”（丹尼尔·布尔斯廷语），即：本文所讨论的两大文明积累和发展机制的“创造性运用”。

由此，可以进一步推论：在美利坚文明积累和发展的过程中，同时并存的“自然法”和“制定法”两大法律观念和制度，起主要作用的可能是后者而不是前者，那种夸大“自然法”在美国历史中的作用的观点是错误的。

还可以进一步推论：将英吉利文明与美利坚文明相比，后者的发展必然超越前者，因为二者的法律虽然同属一个“法系”，但后者的法律和机制更具有“创造性”。

何顺果：北京大学历史系教授、博士生导师