

国家“十一五”出版规划重点图书

西方著名法哲学家丛书（第二辑）

吕世伦 徐爱国 主编



庞 德： 通过法律的社会控制

王 婧◎著



黑龙江大学出版社
HEILONGJIANG UNIVERSITY PRESS

Rosecoe Pound



上架建议：法学学术·法哲学

ISBN 978-7-81129-277-0



9 787811 292770 >

定价:28.00元

国家“十一五”出版规划重点图书
西方著名法哲学家丛书（第二辑）
吕世伦 徐爱国 主编

庞 德： 通过法律的社会控制

王 婧◎著



黑龙江大学出版社
HEILONGJIANG UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

庞德:通过法律的社会控制/王婧著. — 哈尔滨:黑龙江大学出版社,2010.6

(西方著名法哲学家丛书/吕世伦,徐爱国主编.第2辑)

ISBN 978-7-81129-277-0

I. ①庞… II. ①王… III. ①庞德, R. (1870~1964) - 社会法学 - 研究 IV. ①D90-052

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 087896 号

责任编辑:孟庆吉 国胜铁

封面设计:张 骏

庞德:通过法律的社会控制

PANGDE; TONGGUO FALU DE SHEHUI KONGZHI

王婧 著

出版发行 黑龙江大学出版社

地 址 哈尔滨市南岗区学府路 74 号 邮编 150080

电 话 0451-86608666

经 销 新华书店

印 刷 黑龙江省教育厅印刷厂

版 次 2010 年 7 月 第 1 版

印 次 2010 年 7 月 第 1 次印刷

开 本 880 mm × 1230 mm 1/32

印 张 8.375

字 数 200 千字

书 号 ISBN 978-7-81129-277-0

定 价 28.00 元

凡购买黑龙江大学出版社图书,如有质量问题请与本社发行部联系调换

欢迎访问黑龙江大学出版社网站: www.hljupress.com

版权所有 侵权必究

总 序

人类的法律文化或法律文明,可以区分为法律制度和法律思想两大载体。法律是硬结构,法律思想是软结构。历史地看,它们共生并相互渗透和依存。比较而言,法律制度通常趋向于稳定和迟滞,而法律思想则显得敏锐和活泼。由于此缘故,一个时代的法律文化变迁,总不免表现为法律思想为先导,法律制度随之产生或变革。

中国为古老文明的大国,原本有自己独到的法律传统,也有自己的法律思维范式。临到清末,在西方列强的入侵和文化的冲击下,中国法律文化传统出现断裂,开始发生历史性的转型。早些时候,中国人学习日本,而日本的法律又来自于西方的德国。晚些时候又学习前苏联的法律,中国法律传统又增添了社会主义法律的色彩。这样一来,我们现今的法律同时是中国传统法律、西方自由主义法律和社会主义法律的混合体。反过来也可以说,我们的法律既欠缺中国传统,也欠缺东洋(日本)和西洋(欧美)的法律传统。法律职业者们所学和所用的是西方的法典,而要解决的则是中国社会本身的问题。

不可否认,近代以来的西方法律是摆脱人身依附关系及倡导民主与法治的先行者。因此,对它不应当亦不可能漠然对待,更不能简单地予以排斥。不过,在东西方有重大差异的法域,法律职业者生搬硬套西方的法律理念处理中国的问题,就

2 庞德:通过法律的社会控制

意味着粗暴地对待了中国的社会。另一方面,当法律职业者们这样做的时候,又没有真正弄懂西方法律制度得以建立的法律理论,这又粗暴地对待了西方法律。中国学习西方法律已是历经百余年的不争事实。现今,法律制度的趋同化与各民族法律个性的减弱,是法律发展的一般模式。面对此种时代的大趋势,我们要做的不仅仅是要建立现代的法律体系,更重要和更深层次的在于弄清作为西方法律制度底蕴的法律思想。换言之,法律的研究和运用,只停留在法律制度的建立及相关资料的整理和解释上是远远不够的,而应该是法律规范与法律精神的统一。善于从法律制度中寻找法律的精神,从法哲学的抽象中探取法律实践所隐含的意义,才是中国法律职业者的共同任务。

从中西法律制度借鉴的角度看,我们更多地移植了西方的法律制度,而对西方法律精神则关注不足,主要表现在没有把握到西方法律的精髓。只有法律制度的引进,没有法律思想的参详,如同只有计算机的硬壳而无计算机的软件;没有法律的思想而实施法律的制度,那么法治的运行便成为无从谈起的问题。理解、消化和应用西方法律制度中所包含的法律理论,是我们继续和深化法律现代制度的紧迫任务。正是基于这样的考虑,我们决定编写一套西方法哲学家的学术传记丛书。

西方法律思想存在于西方法哲学家的脑子里,表现在他们各具特色的个人生活之中,物化于他们的法律著作之内。每个法哲学家的思想各不相同,但是同一时代的一批法学家则代表了那个时代的法律思想文明。同样,每个时代法学家思想也各不相同,存在着主流与非主流甚至逆流的思想观点的交叉与对立。几千年西方法律思想家的理论传承,构成了西方法律思想史的全景。基于这样的认识,本套丛书的着眼点是法学家个体。通过每个法学家独特的经历、独特的思考和独特的理论,我们能够把握西方法律传统的精神和品质。

今天,我们正在建立和完善中国特色社会主义的法律体

系。这首先就要求有充实而有效的中国特色社会主义法律理念。中国特色社会主义法律理念要在马克思主义法律观的指导下,广泛借鉴古今中外的法律精神遗产,尤其要“立足中国,借鉴西方”才能达成。

是为序。

吕世伦 徐爱国

2008 年 12 月

目 录

绪 论	1
第一章 生 平	11
第二章 法理学的历史	38
第一节 什么是法理学	38
第二节 现代法理学诸流派的演变和观点	43
第三章 社会学法理学和法律史解释	71
第一节 思想渊源	72
第二节 庞德社会学法理学之内容	79
第三节 法律史解释与社会工程论	89
第四章 法律的目的与社会利益学说	110
第一节 法律的目的	110
第二节 利益学说	130
第五章 法律的性质	153
第一节 法律的性质	153
第二节 法律与道德	170
第三节 法律与国家	180
第六章 法律的适用与实施	191
第一节 不据法审判与据法审判	193
第二节 立法性审判、行政性审判与司法性审判	200

第三节 诉讼中的司法程序	211
第七章 庞德论中国法律	218
第一节 法律模式的选择	218
第二节 法律教育	227
第三节 对于中国法律其他问题的看法	238
参考文献	252
后记与致谢	256

绪 论

本书是对罗斯科·庞德(Roscoe Pound, 1870—1964)社会学思想的一个梳理和介绍。庞德是20世纪美国社会学法理学的奠基人,担任哈佛大学法学院院长一职长达20年,著作等身,声望卓著。同时,庞德是近代最后一位来华的外国法律顾问,对中国的法律改革和发展多有建言。这样的经历容易让庞德为国人所关注。近年来,庞德学术著作不断被译介到国内^①,尤其是2004年以来,集庞德法学思想之大成的五卷本《法理学》中的前四卷陆续翻译出版,为我们更好地理解庞德的法学思想提供了条件。作为法学领域最后一个百科全书式的人物,庞德学术思想的发展有如大树一般,在廓清主干而后不断丰富发展直到枝繁叶茂而蔚为壮观,其思想的前后连贯和系统性在某种程度上也便利了后人的把握与概括。

—

1870年,庞德出生在美国中西部的一个农业州内布拉斯加州,此时,一场推动世界由“蒸汽时代”步入“电气时代”的工业

^① 自2001年以来,国内翻译出版或者再版的庞德著作包括《普通法的精神》、《法律史解释》、《法律与道德》、《庞德法学文述》(2005年再版)、《通过法律的社会控制》(2008年再版)、《法理学》(第一、二、三、四卷)。有关这些著作的版本信息参见书后所附的参考文献。

2 庞德:通过法律的社会控制

革命正在悄然兴起。在这场革命的影响下,结束内战完成统一的美国迅速由拓荒时代的农业社会步入了工业化和城市化社会,巨大的经济和社会变革带来了一系列的社会问题,如城市犯罪率升高、工业产品致人损害、不完善的公共福利等。但是信奉 19 世纪抽象的个人自由、过错责任等原则的普通法和适应拓荒农业时代的法院系统,无法满足调整当时复杂社会利益关系和冲突的要求。法理学中流行的形式主义关注的是逻辑,主张基于预定的前提进行机械的推理。在这种观念的影响下,社会利益的需求与法律实施的效果无法进入学者思考的范围内,法院甚至基于这种观念,频频否定政府干预经济的立法。一个典型的案例就是 1905 年的罗切纳(Lochner)案^①,在这一案件中,美国联邦最高法院陪审团以 5:4 的票数认定:纽约州的一项旨在保护面包工人——规定每周工作时间不得超过 6 天,每天不得超过 10 小时——的法律,妨碍了劳动雇工与雇主相互接受的劳动力买卖的契约自由。法律领域的变革势在必行。

最先预言这种变革的是霍姆斯(Holmes)^②大法官。他在罗切纳案投了反对票,他认为陪审团的多数意见将放任的市场经济理论强加在了宪法上,而这一理论并不为大多数人民所支持;宪法第十四修正案并未规定斯宾塞(Spencer)^③的社会静力学,而美国宪法也并不意欲吸纳某一特定的经济理论。霍姆斯认为,如果法律反映了这个时代已经被感觉到的需要,那么应

① *Lochner v. New York*, 198 U. S. 45 (1905).

② 奥利弗·温德尔·霍姆斯(Oliver Wendell Holmes, 1841—1935),美国联邦最高法院大法官,被认为是美国 20 世纪最伟大的法学家。

③ 赫伯特·斯宾塞(Herbert Spencer, 1820—1903),英国哲学家,古典自由主义政治理论家。倡导社会达尔文主义,是社会进化论和社会有机体论的早期代表人物,著有《社会静力学》(*Social Statics*),《首要原理》(*First Principles*)等。

该由这些需要而不是任何理论去决定法律应该是什么。在19世纪末,霍姆斯的上述意见并没有得到法官和律师的遵循,但是霍姆斯并没有等待太长时间便有了知音,而庞德就是其中之一。在1909年的论文《契约自由》(Liberty of Contract)中,庞德写下了这样一段话,“法理学中的社会学运动,即作为一种法哲学的实用主义运动,调整原则和学说以适应他们试图掌控的人类生活的条件,而不是适应假定的首要原则,寻求将人的因素置于核心的地位而将逻辑降至它真正属于的工具地位的运动,在美国还没有露出端倪。或许霍姆斯大法官在罗切纳案中的反对意见,是我们所能有的最好的表述”^①。

庞德继承了霍姆斯法学思想中的实用主义倾向,他将霍姆斯视为社会学法理学的先驱,而自己的理论则是霍姆斯思想在社会哲学方向上的发展。实用主义也成为庞德法学思想的哲学基础,当然在这一方面,庞德还受到了威廉·詹姆斯^②的影响。庞德提出了一种功能性解读法律的路径:他批判19世纪的法理学只从法律自身出发来看待法律和构建法律科学,主张将法律视为一种社会控制的手段,一种系统运用政治组织的强力调整关系和规制行为的手段,通过承认、界分和保障利益来维护法律秩序,最终达到维护和促进文明的目的。在庞德那里,法律是工具、手段,法律制度、律令和准则所具有的社会效果是社会学法理学首要关注的目标。

① Roscoe Pound: “Liberty of Contract”, *The Yale Law Journal*, Vol. 18, No. 7 (May, 1909), p. 464.

② 威廉·詹姆斯(William James, 1841—1910),美国实用主义哲学家、心理学家。著有《心理学原理》(*The Principles of Psychology*, 1890);《信仰的意志和其他通俗哲学论文》(*The Will to Believe, and Other Essays in Popular Philosophy* 1897);《实用主义:旧的思维方法之新名称》(*Pragmatism: A New Name for Some Old Ways of Thinking*, 1907)等。

4 庞德:通过法律的社会控制

庞德的法学思想兼收并蓄,系统而稳健。庞德学识渊博,研究领域几乎涉及所有的法律部门,尤其是对罗马法和欧陆法律基本原理的研究视野,为成长于普通法系国家的庞德博采众家之长奠定了基础。庞德不乏思想的灵感与火花,但是他更热衷于理论化与系统化,所以他会耐心地为各个流派划分出不同的发展阶段,贴上不同的标签,并不厌其烦地做出一张详细的利益列表。庞德凭其深厚的学养和独到的眼光在集大成的基础上维持着一种精致的平衡与折中。例如,庞德主张实用主义,倡导结果导向,但并没有否定道德,相反将某种普遍接受的理想视为法律的构成要素之一;比如庞德认为法律既是发现的,也是创造的,是由理性发展了的经验和由经验检验过的理性共同构成的;再比如,尽管承认行政机构和行政性审判的发展不可避免,但庞德依然偏爱司法性审判,认为行政性审判应该受到某种程度的司法制约。

除了理论,庞德钟爱的还有历史。在分析和论述法律问题的过程中,庞德几乎都是通过阐释作为整体的法律所经历的历史的发展、学说的发展或立法的发展,以及阐释法律专门领域内的问题这样两种方式进行的。这或许与庞德在 19 世纪生活过 30 年有关,虽然庞德并没有追随历史法学派。在庞德看来,历史哲学对于所有问题的阐释都是基本的,19 世纪将一切都视为历史,过分夸张了历史的地位;但是 20 世纪将一切都视为科学,又过分忽视了历史的地位。庞德曾言,我们必须就资料来进行工作,而社会科学里的资料是由历史提供的,因而我们必须参考过去已经创获而留下的经验,运用推理予以发展。在这

个意义上,将历史连接起来不是一种责任,而是一种需要^①。

庞德的社会法学思想深刻影响了 20 世纪前半叶的美国法学:他将法学家的兴趣重新导引到功能性解释法律——追问“你有什么用?”——的行进路上;他推动了两大法系的法律家们打破褊狭,正视对方并且互相交流;他为美国的法律注入了“结果的意识,原因的意识,程序的意识”(卡尔·卢埃林^②语)。在实践层面,他的思想影响了美国的社会转型,他的司法理论以及对于具体程序问题的关注推动了当时美国的司法改革;他的利益学说成为美国新政重要的理论基础。庞德在 20 世纪上半叶的很多开创性工作已经成为美国法律思想和制度中的通识,后世也许能够超越但是无法无视庞德的贡献。

二

本书包括七章的内容。

第一章“生平”,以其学术生涯为主线描述了庞德的生平。庞德天赋很好,活了 94 岁,这些都与家族遗传有关。庞德也生逢其时,19 世纪末 20 世纪初是美国从农业社会向工业化城市化社会转型的时期,需要一种新的学说来满足调整日益增多且复杂的社会利益冲突;那个时代也是美国大学法律教育的起步时期,学术评价制度尚未完全定型,因此仅有一年法律教育背

① 罗斯科·庞德:《法学思想与法律秩序》,载王健编:《西法东渐——外国人与中国法的近代变革》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 446 页。

② 卡尔·卢埃林(Karl N. Llewellyn, 1893 ~ 1962),美国现实主义法学的主要代表之一,曾任耶鲁、芝加哥、哥伦比亚大学法学教授,美国《统一商法典》起草人之一。主要著作有:《荆棘丛——我们法律及其研究》(*The Bramble Bush: On Our Law and Its Study*, 1930)、《夏岩人的方式》(*The Cheyenne Way*, with E. Adamson Hoebel, 1941)、《普通法传统——上诉审》(*The Common Law Tradition - Deciding Appeals*, 1960)和《法理学:现实主义的理论和实践》(*Jurisprudence: Realism in Theory and Practice.*, 1962)。

景的庞德得以入职哈佛大学法学院。但是这些不是全部。阅读庞德的生平,我们能够感受到的或许是他的勤奋,所以才能实现真正的著作等身;也许是他作为清教徒的热情、执著与坚毅;也许是他盛名背后的某种孤独;或许还有其他。

第二章“法理学的历史”,主要是介绍庞德运用社会学的方法对始于古希腊的西方法律思想史的梳理。庞德将法理学定义成一种有关法律制度、法规律令和法律秩序的经过严格规整和组织的知识。在简单叙述了古希腊、古罗马和自然法时期之后,庞德将论述的重点放在了19世纪以来的法学流派。庞德从五个问题入手概括了19世纪分析、历史和哲理三大法学流派的特点。在庞德看来,19世纪所有的法学流派都是从法律本身来建构一种法律科学,而没有从法律的效果以及法律能否满足法律的目的的角度来看待法律。而作为对这一缺陷的反动,19世纪之后兴起了社会哲学法学、现实主义法学和社会学法理学。

第三章“社会学法理学和法律史解释”,是第二章逻辑推进的结果,即在总结法理学历史的基础之上提出社会学法理学论纲。社会学法理学的诸多观点并非庞德首先提出,在此之前其经历了庞德所谓的机械、生物学、心理学和统合阶段。通过梳理上述阶段,庞德也完成了对法理学历史的概括与批评,其社会学法理学论纲也就水到渠成、应运而生了。为了加深理解,笔者分析了庞德社会学法理学的思想渊源,介绍了庞德所谓的社会学法理学(sociological jurisprudence)和法律社会学(sociology of law)的区别。法律史解释是庞德对于各个法律哲学派别——包括庞德所主张的社会学法理学——研究方法的一种解读,它也是庞德提出的一种理解法律哲学发展的方式和角度。在这一部分中,作为批评各种解释方法的逻辑结果,庞德引入了社会

工程和社会控制的概念,以此来统摄其整个社会学法理学的观点。

第四章“法律的目的与社会利益学说”,首先介绍了庞德从法律史和法律思想史的视角对于法律目的理论的梳理。在这一部分中,庞德将法律的发展分为六个阶段:原始法,严格法,衡平法和自然法,成熟法,社会法,并且预示了未来的发展方向——世界法。庞德认为,不同的发展阶段法律的目的是不同的,20 世纪初的美国,法律处在社会化阶段,法律的目的是在以有限的资源满足无尽的人类需求的过程中将阻碍和浪费减至最少,即保护利益以维护和促进文明。庞德指出,所谓利益,就是人们寻求满足的需要、欲望和期望。法律并不产生利益,而是承认、界分和保障利益的手段。哪些利益能够得到承认,得到承认的利益在何种程度上能够得到保护,则要联系特定时空下的法律先决条件进行考量。庞德将利益区分为个人利益、公共利益和社会利益,并进一步详细地列出了其下包含的各种利益。庞德指出,不是所有的利益都能得到保护,其中有价值衡量的问题;法律也并非万能,其在保护利益的过程中也要受到诸多限制。

第五章“法律的性质”,概括了庞德关于法律的定义、性质、法律与道德、法律与政治的相关论述。之所以将上述内容都归入“法律的性质”的标题之下,不仅仅是追随《法理学》中的编排体例,也是出于对庞德思想脉络的一种设想,即在总结了历史、阐明了研究方法和研究目的之后,庞德需要对研究对象有所界定。庞德定义了三种意义上的法律概念,即法律秩序、指导裁判的权威性律令体、司法或者行政过程;梳理了关于法律性质的各派学说。庞德主张,法律不能否弃道德,也不能完全依赖道德。庞德将国家视为系统运用有组织社会制裁的力量;

主权不受法律限制,但是被授权行使主权的各个机构需要在法律的范围内行事;权力分立是法理学和宪法学的基本原则,但是立法应当将无法归入传统职能的权力授予适当的部门行使。

第六章“法律的适用与实施”,介绍了庞德关于据法审判和不据法审判,以及立法性审判、行政性审判和司法性审判的理论,同时简单介绍了庞德对于司法裁判过程的分析。这一章的内容可以视为庞德法理学理论的指向所在和落脚点,因为在庞德看来,法律的生命在于适用和实施。庞德认为,严格遵循法律的因素和自由裁量因素在审判中都是不可避免的,法学家要做的不是主张其中一种否弃另外一种,而应该为两种因素在司法审判过程中界分出各自适当的范围。在现代社会,立法性审判应予以抛弃,行政性审判因社会变革而得到发展,其应该受到司法性审判的平衡与制约。

第七章“庞德论中国法律”,根据庞德提交给国民政府的相关报告和在华所作的演讲,归纳出庞德对于中国近代法律制度的看法和改进意见。庞德认为,中国已经具备了完备的法典,不应该再改采英美法系的模式,而应该着力统一法律的解释和适用,使其成为真正的中国法典。要做到这一点,应该统一法律教育,同时编纂统一的中国法律著述,培养知识广博、品德高尚而又富于公共服务精神的法律家。就统一法律教育和法律著述,庞德提出了详细的计划和意见,但这些计划均因政治形势而未能付诸实施。此外,庞德还就中国的宪法进行了评价。

上述七章基本能够概括出庞德社会法学思想的理论进路和主要内容。需要指出的是,对于“法律的渊源、形式和发展模式”,“基本法律概念分析”,“法律制度”以及司法理论中某些具体问题,如民事诉讼程序改革、刑事司法等,书中没有系统介绍。一方面是由于篇幅和时间所限,另一方面是考虑到这些内