



追求 法治

东莞理工学院首届法学卓越班学生论文集

ZHUIQIU FAZHI

Dongguan Ligong Xueyuan Shoujie Faxue Zhuoyueban Xuesheng Lunwenji

郑玉敏 强昌文 主编



合肥工业大学出版社
HEFEI UNIVERSITY OF TECHNOLOGY PRESS



追求 法治

东莞理工学院首届法学卓越班学生论文集

ZHUIQIU FAZHI

Dongguan Ligong Xueyuan Shoujie Faxue Zhuoyueban Xuesheng Lunwenji

郑玉敏 强昌文 主编



 合肥工业大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

追求法治:东莞理工学院首届法学卓越班学生论文集/郑玉敏,强昌文主编.
—合肥:合肥工业大学出版社,2017.2
ISBN 978-7-5650-2283-8

I. ①追… II. ①郑…②强… III. ①法学—文集 IV. ①D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 033360 号

追 求 法 治

东莞理工学院首届法学卓越班学生论文集

郑玉敏 强昌文 主编

责任编辑 王钱超

出 版	合肥工业大学出版社	版 次	2017 年 2 月第 1 版
地 址	合肥市屯溪路 193 号	印 次	2017 年 5 月第 1 次印刷
邮 编	230009	开 本	710 毫米×1000 毫米 1/16
电 话	人文编辑部:0551-62903205 市场营销部:0551-62903198	印 张	12.75
网 址	www.hfutpress.com.cn	字 数	211 千字
E-mail	hfutpress@163.com	印 刷	安徽联众印刷有限公司
		发 行	全国新华书店

ISBN 978-7-5650-2283-8

定价: 39.00 元

如果有影响阅读的印装质量问题,请与出版社市场营销部联系调换。

序 言

本书收集了东莞理工学院法律与社会工作学院（知识产权学院）首届法学卓越班 30 名学生的论文。这 30 名学生从 2014 年入学开始就有针对地在老师指导下进行阅读和论文写作准备，每名同学从选题、阅读相关著作、写稿修改到最后的定稿，都花费了大量的时间和心血。尽管这些学生只学习了两年的法律知识，但是在专业导师的细心指导下，最终在大二结束的时候都完成了自己的论文写作。在此我们把这些学生的论文汇编成书。

本书所涉及的法律知识和法律思想可以说是相当广的。从古希腊时期柏拉图的法律思想解读，到近代洛克的《政府论》的自由理论分析，再到现代的西方各种法学流派的探讨等。这些论文虽表现为初涉法律的同学们对法律的稚嫩的看法和对法学大家理论的肤浅理解，但也明晰可见法科学生对法治的懵懂追求和对法治社会的真挚崇拜。这些初涉法律的孩子还运用他们所学的法理学、刑法、行政法、法制史、婚姻法等多个部门法的知识和理论去解读身边和我们社会中的各种问题，这些论文反映出名家的法律思想给孩子们带来的思想震撼和深刻影响，也反映出同学们在法律的知识海洋里畅游的快乐体会。

世界之大，在于和而不同；学问之大，在于海纳百川；心灵之大，在于兼容并蓄。再过几年这些同学们就会走向社会，成为建设法治社会的重要一员，希望法治的种子可以在他们心中发芽、结果直至长成参天大树；希望这些法科学生永远追求法治、信仰法治，为建设法治中国添砖加瓦。

编 者

2016 年 10 月 8 日

目 录

柏拉图的法治观	杨亦斌 (001)
《通过法律的社会控制》读后感	陈展鹏 (007)
简析边沁的功利主义	杨嘉兴 (013)
法律的经济分析	
——读《所罗门之结》有感	何嘉怡 (020)
司法审判下的利益平衡	李婉珊 (027)
对性贿赂的浅见	冯青诗 (033)
论社会学法学派	杨 静 (039)
正义非正义	刘佳荣 (045)
历史与法律	
——《历史在你我身边》读后感	李宛鸿 (052)
浅析《政府论》	邓兴银 (059)
柏拉图《法律篇》解读	张帅帅 (065)
《法的门前》随想	郑凯浩 (071)
论皮埃尔·勒鲁的两性平等观	
——读《论平等》后有感	袁善仪 (077)
探讨映射在法律进程的人类劣根性	邓晓彦 (083)
环球法旅	刘岳武 (088)
论柏拉图的正义与政体	
——《理想国》读后感	李倩芳 (094)

论洛克的法律思想	谢伟斌 (100)
论密尔的自由观	
——浅谈《论自由》	温秋茹 (107)
从《十二公民》出发浅谈无罪推定	卢 悠 (114)
在法律控制下真正的自由	吴子宛 (122)
浅谈平等与不平等	
——《论人类不平等的起源》读后感	林 炜 (129)
浅析社会法学	叶春蜜 (136)
浅议陪审制度在本土的适用问题	谢致远 (143)
试论行政权力运行法治化	王嘉俊 (149)
浅谈罗尔斯的正义思想	汪坤誉 (156)
中西视野下的凌迟	王晓怡 (164)
我们要争取的不是女权，而是性别的自由	
——浅论女性主义法学	罗瑾萱 (170)
论功利主义从边沁到约翰·密尔的发展	吴诗曼 (176)
读《政府论》有感	黄靖惠 (183)
浅谈《欧洲刑事诉讼传统与欧洲人权法院》	张权丰 (190)

柏拉图的法治观

杨亦斌

摘 要：本文通过分析柏拉图的“法治”理念，并与其早期的“哲学王”思想进行对比，论述了“人治”走向“法治”过程中保留的两者兼具的“理性”和国家的政体到个人的言行在“人治”和“法治”间的区别，再以此提出《法律篇》内容的构筑要点来辅助说明柏拉图的“法治”理念，展现柏拉图法治思想的理论特点，即具有一定自然法的倾向，蕴含着浓厚的宗教主义色彩和渗透着理想主义的乌托邦情怀。同时，通过中外对比，阐述古代中国思潮与“法治”概念的隔阂，进而推进说明古代中国制度对“法治”的限制与阻碍。同时，对当今中国法治国家“依法治国”的大环境加以审视，分析法治重要性，提出在反省与自我批判、自我改进中逐渐过渡，为法治注入新鲜血液。

关键词：“哲学王”思想；理性；人治；法律与宗教；法治

一、理性指引下的“人治”

说起《法律篇》不得不提到柏拉图早期的著作《理想国》，他在这一书中主张的是“哲学王”思想，虽具理性，而实质乃“人治”。但是这种理念的“人治”却和我们古代中国的“人治”（或者说具有批判性的“人治”）有所不同。比如，建立在禁锢人性和高压之下的统治是野蛮的、威逼的，但我认为柏拉图说的“人治”是文明的，是开放的，是仁和的。归纳起来，柏拉图认为，理性是统治者具有的最核心的统领着智慧、勇敢和有节制的品德，而正义又是这三种品德交相辉映的共同结果。因此，在柏拉图的“人治”时代，理性的和优秀美德的城邦统治者也就是哲学王。

二、柏拉图“法治”理念的构筑

柏拉图在《理想国》一书中还认为，国家只要有一位卓越的哲学统治者就足够了，甚至鄙夷法律的制定和必要性。但是，随着时间的变化，关于国家管理的一切都在转变，作为大思想者，处于大变革时代，从社会的现状反馈中，柏拉图敏锐地察觉到了国家的固有模式和当初自己的主张已不适用。正如清末变革者一样，在国家欲将更迭之际，孜孜以求一套更为先进的良政来力挽狂澜。同样的，在晚年，他于79岁时写下了《法律篇》并在书中强烈推崇“法治”，诠释了法治对于治理城邦的必要性，尽管没有确切地阐述来形成一整套以“法治”为线索的理论体系，但是，从书中的文字所体现出来的零碎、隐约的思想，却可以看得出柏拉图正抬步迈向法治道路，这亦是人类智慧的结晶。人本来最难改变的就是自身的思想，柏拉图却由“人治”转向了“法治”。在我看来，这并不是像牛顿晚年一样斗转间成为“有神论”者那样荒诞不经，柏拉图或者是基于岁月和时间的沉淀，在经历与阅历的交融下闪烁出智慧光辉。

但是，在读完《法律篇》后，我们并不能从中系统地了解柏拉图对于“法治”国家的构筑体系，其中，以第三人称精简描述的柏拉图的思想包罗万象，但是，最明显的就是他的“正义”的理性原则。在这个原则下，柏拉图提出的各种思想，或多或少离不开《理想国》中精辟重要的论点。因此，《法律篇》是《理想国》的一个投影，却有着新的广阔一角，那就是越过“人治”和“法治”之间这条鸿沟步入的“法治”新世界。所以，相较于《理想国》，在《法律篇》中，我们可以找到柏拉图提出的我认为最突出的几点构建要求。第一，美德。书中屡次提及美德，这让我觉得柏拉图是否受其老师苏格拉底“知德合一”观点的影响而认为美德对于法治来说是一大支柱和一条桥梁，当然，也跟柏拉图过去认为哲学王应具有美德品性息息相关。其中，柏拉图在书中第一卷就开宗明义讲了德性。他给德分了类，比如书中讲到的“一类是属人的（包括权力、知识、美貌、富裕），一类是属神的。他说神的德性比人的德性更可取，已具有属人德性的人也许就错失了属神的德性。而真正的立法者是以一种适当的方式为这些德性排定次序，引导人们达至属神的德性。人们尊奉神的德性时就好像是法的要求，则属人的德性就成为属神的德性了”。所以，柏拉图突出了德性在城邦居民和立法者之间的重要性：一方面，城邦居民要有良好的道德，心要善，遵循传统和立法者的要求；另一

方面，立法者要透过立法引导城邦居民适应法的要求。这两方面架起了城邦居民和立法者之间的桥梁。因此，我认为美德是柏拉图理想“法治”的一大重要组成部分，是基于人的实质内在的基础。第二，立善法。正所谓“恶法非法，善法之治才是法治”。首先，柏拉图在《法律篇》中提到的立法不是空洞的，不是跟随内心带有目的性而设立的。他强调在立法过程中，立法者要勇于实践，要观察了解无德性居民的恶习、陋习及其卑劣行径，以此来制定制度避免危害。其次，他还提到，一个胜利者，要胜利在立法的质量和数量上，进而认为，要立善法就必须让颁布的每一条法规都与适当的和恰当的自然相匹配，法律才不会流于空文，否则就容易散失而无迹可寻了。第三，传统。传统一词在第五卷之后被柏拉图频繁提到。就我个人理解来说，柏拉图所说的“传统”略微抽象，“传统”与法律制度不同，但是又似乎有相似之处，好比现代通说的公序良俗或者近乎习惯一词。柏拉图认为居民要尊荣传统，不同的部落有不同的传统，居民要按照这些传统来施行生活的方方面面。从一定程度上来说，传统是根，居民沿袭之而用之。法律是延伸，推陈出新，两者并驾齐驱，达至柏拉图式的法治。第四，自由。谈到自由，我认为这是个大概念，但是，在《法律篇》中，柏拉图对于自由有独特的诠释见解。他说的“自由”不是人身的自由，是意志的自由，并且这种自由体现在对于法律、传统的接受上。比如书中所说的“因以自由的方式接受传统所带来的福祉，和以奴性和高压的方式接受传统所导致的堕落。他谈到了奴性之令人讨厌和让人不快”。这跟我们平常所说的自由是不同的，我们强调人身和意志自由，而柏拉图认为，国家安稳、政局平定靠的是居民能够以自由的意志接受制定或沿袭的法规，这些法规还有一个特点，那就是为人们所喜爱、所乐意去接受。从这一方面，我认为，这就是柏拉图力图把人性的自由从压迫剥削的囚笼中拉出来，这是对奴性的批判，对文明的敬仰！

当然，我认为在那个轴心时代，柏拉图算是一个时代的精神领袖，是哲学领域的先驱，亦是法治时代的拓荒者。对于他提出的“法治”思想，尚且处于启蒙的阶段，并不成熟也不完整，比如很多主张都牵涉宗教的道义，因为欧洲大陆绝大部分都信仰基督教，宗教对人民的影响就像扩大了普遍的家庭教育一般，从出生到认知阶段，潜移默化，所以对于柏拉图提出的某些观点，可能今天看来并不切实可行或者说是宗教在他的思想中的虚幻的、歪曲的反映。比如，他说美德上，要让人的德性趋向神的德性，神的德性乃是最高的衡量标准，这是不可定性的标准，因为神不存在，其只是美好的精神

寄托，正如中国人对于佛祖的信仰一样。但是，不能否定法律的萌生很大功劳、很大部分正是来源于欧洲大陆的宗教思想，从历史来看，在许多政教合一的国家里，宗教经典同时起着法典的作用，如印度教的《摩奴法典》、伊斯兰教的《古兰经》、基督教的《圣经》等。除此之外，伯尔曼就曾经写过《法律与宗教》一书，很深刻地阐述了宗教的发展变化对国家政治文化的影响，专门谈到划分法律与宗教对于维护个人精神价值和国家独立地位的重要意义。所以，对于柏拉图的思想，我们首先要承认他的伟大功绩，但也要分别来看待，因为柏拉图所提出的是伴随着宗教的道义，但宗教与法律却不能相提并论，它们分属不同领域，有丝缕渊源，但我们应该把过去的理论观点以当今的视角加以审视，一分为二地看待问题。

三、法治实现的思考

相比之下，请我们打开历史记忆的闸门，回望过去，把时间点同样放在与柏拉图相同的时代，你会惊讶地发现，我们的先哲孟子同样提出的“仁政”与柏拉图提出的“美德”在理念上有相似之处。确切来说，孟子主张“以民为本”“民贵君轻”。比如《孟子》中写道：“五亩之宅，树之以桑，五十者可以衣帛矣。鸡豚狗彘之畜，勿失其时，七十者可以食肉矣。百亩之田，勿夺其时，数口之家可以无饥。”所以，按照孟子的思想，其注重的莫过于百姓安居乐业，在农耕自给自足的时代能够满足衣食住行就足矣，加上君主施仁天下，则国泰民安，社稷太平。以此来看，孟子的“仁”与柏拉图的“美德”异曲同工。但是在人性上，孟子并没有追求解放。在国家治理上，孟子也没有质疑“人治”统治下缺失的真正的自由、公正、平等。这也许就是起始于儒家的“中庸”思想，乃至后来几千年的统治者都津津乐道以“尊儒”为本，突破不了思维的局限，更打不破制度的局面。拿破仑说过“中国是一头沉睡的雄狮，当他醒来全世界都会震惊，那就让他永远不要醒来”。但是，中国的觉醒却是被外来的大炮轰醒的。面对西方的制度、技术、文化、经济，醒来时都只能是望其项背了。而究其原因，都是“制度”惹的祸。在什么样的制度下，就会孕育怎样的社会环境。中国一直以来都是封建专制统治，权力的天性就是膨胀，所以这种高度集权的国家必然匮乏甚至根本没有法治生存的土壤。如何突出这一根本性的问题，我们可以通过比较来看。首先，柏拉图提到“美德”，我们有提倡“仁政”。柏拉图说到“传统”，我们兼有之，法制史中就明显表现出多少朝代都是对旧有的传统沿袭之而用之。但是，我

们缺少的就是我上面说到的剩余两点，即“善法”和“自由”。我不敢说我们古代中国没有善法，日本借鉴效仿我们，某些精髓今天也仍适用。但是，古代这种“善法”并不是臻于“真正的善”。柏拉图谈到“善法”是不能根据立法者内心所欲来制定，而必须找到一个度量衡，了解百姓居民所需、所欠缺而加以制定。但是，我们古代中国的最高统治者很大程度上就是集立法、司法、行政于一身的，他是统治者也是立法者，所以说，皇帝立的法都是为了维护他的统治、他的利益来确立的，没有找到君主和百姓之间的一个平衡点，这样能不能算“善法”？其次就是“自由”了。柏拉图要城邦居民拥有自由意志接受法规，但是相比于古代中国，我们的皇帝都是以威压强势的方式让百姓头涔涔而泪潸潸地接受，诚惶诚恐痛苦地过日子，哪里能得以自由而乐意地去接受法的规定呢！简言之，有善法人们才能够具备自由的、乐意的心态去遵循和维护，这也是“善法”和“自由”的密切联系吧。所以，善法和自由是在开明先进的制度下诞生的，没有这样广阔的天地和滋养的土壤，哪怕事实上人的思想已经得到启蒙，却极易被重重阻力瓦解，就像翱翔的小鸟双翅被两个重重的链球坠扯着。但可惜的是，古代中国不要说在制度施行上从“人治”转向“法治”，就连思想上世代代根深蒂固都不能转变，最后也是“后人哀之而不鉴之，亦使后人而复哀后人也”。而柏拉图呢，尽管也是在变革的时代，但是其却在混乱的氛围中窥探出社会国家治理的弱点，进而提出良方，我想用一句话来形容他的思想转变，那就是“因为睡得太昏太沉，以至于他对黎明破晓的体会特别深刻”。当然，今天的中国焕然一新，我们提出依法治国，注重加强法治，人们的法治意识也在逐步提高。我想，这所包含的不仅是观念、行为以及政治的彻底改造，而且是绝望与顿悟、死亡与再生的深刻体验，是一种真正的脱胎换骨。我们承认以往的失败，在对自身国家生存状况作真正全面、深刻而且诚实的反省与批判的基础上，超越我们的过去，创造出我们自己的法律，这也是我们的自救之道啊。

最后，我想说以上归纳的书中的四点内容是我读完《法律篇》后印象最为深刻，也是我认为最核心的部分，其他内容涉及的面非常广也很分散，包括柏拉图对音乐、教化、神灵等的感受与体会，看似偏离主线，但是，联想到柏拉图当时生活的环境，容易发现柏拉图对于生活细致入微的感悟已经上升到他的理想“法治”中了。这些点滴微不足道却与他心中的政治蓝图息息相关啊！

当然，正如孔子言：择其善者而为之，其不善者而改之。我们最需要的

是带着批判的眼光去看待事物，在法律的学习上秉着吾将上下而求索的精神，就像柏拉图，如果可以比喻，那么我想，他就像一个终生跋涉的香客，不停地寻找一座永恒的神庙，希冀一种理想的涅槃。而我们，也将努力地追寻正义，遵循善法，企及理想法治国度的边境。

参考文献

[1] [古希腊] 柏拉图. 法律篇 [M]. 张智仁, 何勤华, 译. 上海: 上海人民出版社, 2001.

[2] [美] 哈罗德·J·伯尔曼. 法律与宗教 [M]. 梁治平, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2010.

《通过法律的社会控制》读后感

陈展鹏

摘 要：罗斯科·庞德是美国社会学法学的代表，20 世纪西方法学界的权威人物之一。他曾于 1916 年至 1936 年长期担任哈佛大学法学院的院长。庞德学说的思想渊源主要包括詹姆斯的实用主义哲学和霍姆斯的实用主义法律思想。美国社会学家沃德和罗斯关于社会力量和社会控制等学说也对庞德的学说产生了很大影响。庞德一生著述颇丰，其中 1942 年发表的《通过法律的社会控制》最早是他在担任哈佛法学院院长期间所做的一篇专题讲座的讲义，虽然篇幅十分短小，但内容却相当精炼，它集中阐释了庞德社会学法学的精髓——社会控制理论与利益学说，为我们一窥其博大的法学思想提供了一个简明的范本。

关键词：社会；控制；社会控制

一、法律在社会控制中的意义

“社会控制”一词是由罗斯在 1896 年提出的。他在《社会控制》一书中指出，人类经历从自然秩序走向社会秩序是从混乱到有序的过程，一旦社会复杂化，人类的情感不再维系自然秩序，因而需要一种机制来稳定人类社会且不受情感的影响，这样的机制就是社会控制。庞德引用了这个概念，并从更宽泛的意义上解释了这个名词。他认为实行社会控制的手段主要有三种：法律、道德和宗教。在开始有法律时，这三者是混淆在一起，很难区分的。当时的“法律”可以说包括了社会控制的所有手段。但从 16 世纪以来，法律已成为社会控制的主要手段，因为从那时起，社会政治组织已经成为首要的了。它具有一种对强力的垄断，而当前社会正是依赖于这种强力才得以继续。社会控制首先是国家的职能，并通过法律来行使。所有其他社会控制的手段

被认为只能行使从属于法律并在法律确定的范围内的纪律性权力。因此，从历史上来看，法律由最初与道德、宗教不分的混沌状态中渐渐分离出来，成为一种独立的和高度专门化的形式，正好表明了文明的进步和社会的复杂化。

那么，我们究竟为什么需要社会控制？法律在社会控制中又起什么作用呢？庞德举了一个经典的例子来说明。假如有一个戏院要放映一部新的、大做广告的电影，想要进入戏院的人远远大于戏院能够承受的最大容量。在这种情况下，如果不排队，那么就不可能有很多人进得去，而且过程会很痛苦，并可能会有人受伤。到最后那些侥幸进去的人，将在万分狼狈的状态下去“享受”这次演出。反过来，如果大家都排队购票，那就不仅会有尽可能多的人进去，而且能避免可能出现的不幸后果。从这个例子就可以看出，社会控制就是为大多数人数做最多的事情。说得更具体点，就是使人们的要求在最小阻碍和浪费的条件下获得最大限度的满足。地球只有一个，而我们大家都需要地球。任何社会都不可能满足所有的不同要求，因而就会导致人们相互之间的冲突。换句话说，人们的各自不同的要求是无限的，但社会满足这些要求的机会和资源是有限的，这就不可避免地产生利益的冲突，因此就需要一种手段来调整。庞德的社会控制论正是建立在这样一种基础之上。

中世纪法律在亲属关系组织的社会中起着作用，法律的目的似乎是在这一社会中和谐一致地维护社会现状。全世界的法律现在处于一种困难的情况下，这种困难说明了三十年来对于各种法律制度和法律正义所进行的许多公开的攻击。人们对法律不满意并且愿意尝试一下不要法律的治理，因为他们感到，正如有的人所说的法律一直没有合法地运行。特别在应付许多新问题和力图保障一个正在变化的经济秩序中许多新产生的迫切利益方面，法律不符合人们对它的期望。这种情况产生于公认的理想对于今天法院所受理的各种冲突的和重叠的利益不能提供满意的调整。因而新的法律问题如何解决还没有头绪，人们对政治组织社会的强力放任自流。既然没有权威性的理想来指导这种强力，行使强力也就成了凭个人意愿、成见和偏爱办事的事情——这些正是法律力图压抑的东西。强力统治试图担当法律统治的工作。不论我们把文明看作事实还是观念，我认为它是各门社会科学的出发点。有人曾经说过，文明是使人类力量得到最大可能的展现。不如让我们说，文明是人类力量不断地完善、发展，是人类对外在的或物质自然界和对人类目前能加以控制的内在的或人类本性的最大限度的控制。文明的这两个方面是相互依赖的。如果不是由于人们所已达到的对内在本性的控制，他们就难以征服外在

的自然界。如果人们必须随时武装自己并经常害怕受到攻击；如果没有这样一个假设，即：在文明社会中，人们必须能假定其他人不会故意侵犯他们，必须能假定那些从事某种行为的人在其行为中将适当和注意以免给其他人带来遭到损害的不合理危险，那么曾使物质自然界的许多东西有可能被控制起来供人类之用的研究、试验和调查，就不可能进行了。但是如果没有对物质自然界已经达到的那种控制，今天生活在世界上的庞大人口也就不可能存在了。因而人们对内在本性的控制，使得人们得以继承这个世界并保有和增加他们对内在本性的控制。各门社会科学必须研究这种对内在的或人类本性所取得的支配力——它究竟是什么，它是怎样产生的，还有最重要的是它是怎样得以保持、促进和留传的。这种支配力直接地是通过社会控制来保持的，是通过人们对每个人所施加的压力来保持的。施加这种压力是为了迫使他尽自己本分来维护文明社会，并阻止他从事反社会的行为，即不符合社会秩序假定的行为。社会控制的主要手段是道德、宗教和法律。在开始有法律时，这些东西没有什么区别。我们所称的舆论，就是伦理习惯的一种近代形式，它是在各种各样的自愿联合之中组织起来的。当伦理发展的结果产生了道德体系时，就出现一种法律发展的阶段，在这个阶段中，人们试图将法律和道德等同起来，使一切道德戒律本身也成为法令。在文明史的很长一段时期内，它负担了大部分的社会控制。很多早期的法律，接收了各种宗教制度和宗教戒律，并用国家的强力加以支持。在近代世界，法律成了社会控制的主要手段。在当前的社会中，我们主要依靠的是政治组织社会的强力。我们力图通过有秩序地和系统地使用强力，来调整关系和安排行为。如果法律作为社会控制的一种方式，具有强力的全部力量，那么它也具有依赖强力的一切弱点。某种很像法律的东西，虽没有任何强力支持，也能够存在并证明是有效的。在一个不以个人为单位而以血亲集团为单位的血亲组织社会中，法律的任务只是在各个好战集团之间保持和平这样一个简单的任务。如果一个血亲成员伤害了另一成员，就由血亲集团内部纪律来加以处理。如果某一血亲集团的成员伤害了另一个血亲集团的成员，就没有一个共同的上级来调整所产生的争端。而通常的结果就是血亲复仇。最早设计的法律制度，是通过要求被害血亲放弃复仇行为和规定旨在确定事实的机械的审讯方式，来调节并最终制止私人间的战争。不过这种制度只以有限的社会控制为它的范围，大部分社会控制仍留给血亲集团的内部纪律、共同体的伦理习惯和宗教组织去处理。可是血亲组织作为社会控制的一个重要手段，实质上已经消失，少年法院和

家庭关系法院已接替了许多一度曾属于家长的管辖权。法官行使着处理逃学和屡教不改行为的权力，法院程序代替了旧时父亲和儿子之间在家庭边房里的谈话。在血亲集团已不再是社会单位很久以后，甚至在政治组织社会已获得相当大的发展以后，宗教组织还是社会控制的一个有效手段。从西罗马帝国覆灭到12世纪，教会充当了社会控制的前锋，并且在当时是维护和促进文明的一个最重要的手段。但是不管宗教现在还占有多少地位，宗教组织已丧失了它们对人类的权力。社会控制已完全世俗化了。道德的背后不曾有过这样有效的组织作为支持。可是血亲集团却对其行为为本亲属带来耻辱的血亲成员加以约束。所有其他社会控制的手段被认为只能行使从属于法律并在法律确定范围内的纪律性权力。英国的法院可以恢复被一个社会团体错误地开除出去的人的会员籍。家庭、教会和各种团体在一定程度上起着在现代社会中组织道德的作用，他们都是在法律规定限度内活动并服从法院的审查。今天，社会控制首先是国家的职能，并通过法律来行使。它的最后效力依赖于专为这一目的而设立或遴选的团体、机构和官员所行使的强力。它主要是通过法律发生作用，这就是说，通过被任命的代理人系统地和有秩序地使用强力。可是，如果假定政治组织社会和它用来对个人施加压力的法律，对完成目前复杂社会里的社会控制的任务来说已经绰绰有余，那是错误的。法律必须在存在着其他比较间接的但是重要的手段——家庭、家庭教养、宗教和学校教育的情况下执行其职能。如果这些手段恰当地并顺利地完成了它们的工作的话，那么，许多本应属于法律的事情将会预先做好。需要管制的反社会的行为和与周围的人们处理得不好的关系，可以通过养育、训练和教育来预防，从而导致以理性为准绳的生活。但是都是生活和工业环境严重地影响了家庭教养。它的作用，在大都市里远远不如在过去的小范围的、同种姓的邻居关系中那样有效。现时事物的普遍世俗化，对信念或教义的不信任以及冷酷的现实主义，削弱了宗教的势力。当法律将社会控制的全部活动纳入自己的领域后，法令的实施就成为一个尖锐的问题了。关于“是怎样”的各种理论，对“应当是怎样”的各种观念具有显著的影响。

二、法律的社会组织

该书用的是社会“控制”这个词，控制更多的含义表现为有权者（立法者、司法者或是主权者）有意识地、能动地、系统地对社会秩序和运行状态做出调整与规制，但我们知道，有的时候法律的实际运行情况是超出控制了，

是失“控”的。例如在某些民事案件的审理过程中，家里经历过的一次交通事故肇事赔偿，法官和当事人会联合起来，有意或无意地忽略某些程序规定，而着眼于纠纷的实质解决，立法者所订立的一些社会控制手段在司法者与纠纷当事人的行动中，并没有得到有效的施行，但并不能说此时法律不起任何作用。

除了那些似乎违背了法的严格规范、有违法律精神的个别案例之外，社会生活中尚有大量的合乎法律精神的软法现象，所以不能一味指责个别当事人的脱离立法者的法律控制的行为是不合法治精神的“违法”行为。

我的意思是，与其说是“通过法律的社会控制”，不如改成“通过法律的社会组织”，以此来彰显法律更为深远的影响。

三、权利的重要性

权利是贯穿今日法律的灵魂，是构成法律大厦的基石，无论是理论研究还是实务工作，分析某一法律现象中的权利与义务，是解决法律问题的一把钥匙。但确立权利的基石地位并非一开始就得到了法学研究者们的一致同意，我的意思是，好吧，如果你现在抛开你所接受过的一切法学教育，你为什么 would 认为在法律中，有权利的存在呢？甚至权利这个概念是如此的重要呢？在中国古代，我们就压根没使用过今天的法学意义上的“权利”这个词，法律制度也一直在运作的啊。

或许法律的基本概念是过错，而不是权利和义务。你犯下了某种错误，于是法律就要适用国家的强制力来惩罚你，这就是法律规则，仅此而已。所谓的权利，不过是从国家强制力的“威胁的效果里推论出来的”，换句话说，是先有了国家的强制力以及这种强制力对某种行为的威胁，然后才有了所谓的权利的幻象，而不是相反。

譬如，你的肖像被张三非法使用，你去法院告他，你不能说，因为我的肖像权被侵犯了，所以张三要承担责任。事情的真相是，国家规定任何人不得随意使用他人的肖像，否则法律就要施以惩罚，没啥什么权利存在的必要，它不过是假象而已。

庞德如何回答这种理论呢？他在列举了诸多的违法现象之后，质问道，难道在这些对违法行为的处理背后，就真的没有其他的考虑了吗？如果在所有的场合中，我们只考虑特定的事实情况（如每一桩违法行为），那么必须为每一种特定事实情况规定一个特定的威胁。但事实上，即便最详尽的法典也