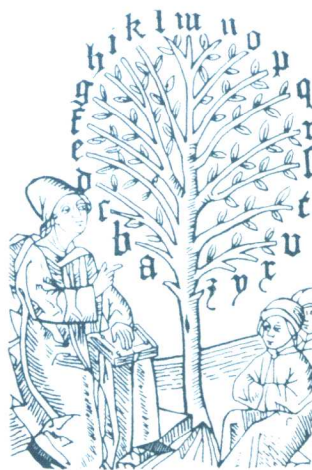


法理学 (第三卷)

Roscoe Pound
[美] 罗斯科·庞德 著

廖德宇 译

Jurisprudence
Volume 3

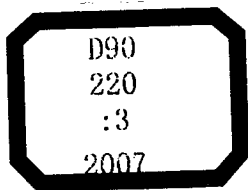


法学学术经典译丛·法理学

「熔铸经典之范
翔集正义之术」



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



法理学

(第三卷)

Roscoe Pound

[美] 罗斯科·庞德

廖德宇 译



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法理学. 第3卷/(美)庞德著;廖德宇译. —北京:法律出版社,2007.1

(法学学术经典译丛)

ISBN 978-7-5036-6919-4

I. 法… II. ①庞…②廖… III. 法理学 IV. D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第163346号

© 法律出版社·中国

**法学学术
经典译丛**

法理学(第三卷)

罗斯科·庞德 著
廖德宇 译

责任编辑 沈小英 董彦斌 刘彦洋
贾非 陈慧
装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2007年2月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 17.75 字数 453千

印次 2007年2月第1次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-6919-4

定价:38.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

法学学术经典译丛

缘起

百年以降,在坚船利炮的震撼之下,千年大国民生维艰,但炮声也震醒人们:文化交流于个人自由之增长、思想之进步、生活之提高,终至于一国之繁荣强盛关系繁密。

迻译域外作品飨饷读者,是文化交流的主渠道之一,论及百年译事,晚清、民国的成就自不待言,20世纪80年代以来山河重整,译界再启鸿蒙,如今也可说花香满径、下自成蹊了。

法学于民国期间的显学地位在20世纪下半叶曾一度消失,直到20世纪90年代之后,才梅开二度、社会瞩目,但现状并不十分理想。以译作而论,诸种系列之翻译作品对丰富国内法学功勋不小,然而,若以译果与学界需求相比,与成为文化大国之宏愿相比,尚为远远不足。

本社为此加入有组织的大型译介域外法学著

作行列,接续前贤,再增新知,便是这套译丛出版的初衷。

译丛的选材对象,从名称上即可获知:译介域外法学经典。至于何为经典,虽仁智各见,毕竟共识尚存,域外学界公认的经典自属本译丛篋中珍品,域外重要新作也在译介之列;甚至某些作品于国外未必经典,对国内学界若确有强肝明目之特效者,亦在不吝之列,这也算是法学作为“实践理性”之学的一个特征。

文化也好,制度也罢,真正的活力绝离不开异构融会的交流,不妨设想,如果没有希腊文明的复兴,西伯来文明一统江湖的西方世界必是人间地狱,今日之西方文明正是两希文明血火碰撞、互补共存的成果。

中国文明长期远高于周边文明,这当然万幸,但也是万不幸——缺少了交流的文明必然走向衰落甚至灭绝。

福兮?祸兮?

——100多年来,中国被强行拖入一场文明碰撞的鏖战与再生中,这个当年的老大帝国惊惶失措、步履蹒跚了一个世纪。历史的辉煌固无可恋栈,而在数种文明的交叉火力下,一种新文明破壳诞生的迹象却也曙光初现,今日国人躬逢其盛,其间血泪与新生、悲愁与欣愉郁结纠缠,未可梳篦。

然而,新文明诞生之前,我们还在痛苦地转型甚至断裂之中。

1930年,融会中西的学术思想大师陈寅恪先生曾有一副对联,戏赠登门拜望他的新任清华校长罗家伦,联曰“科学玄学不通家法,中文西文语无伦次”(时逢科玄论战),百年中国学界,虽未盖棺,籍此对联,却可论定。

倘若本译丛能为学界挣脱陈氏咒语贡献绵薄,也算不枉本社长期倡导之“环保型学术”,不过到底合格与否,只能由译丛本身的质量来说话了。

分 目

卷 三

第四部分 法律的范围和对象

第十四章 利益 /4

第 80 节 文明与法律 /4

第 81 节 利益理论 /13

第 82 节 个人利益——分类 /20

第 83 节 个人利益——人格利益 /24

第 84 节 个人利益——家庭关系 /52

第 85 节 个人物质利益——1. 性质与分类 /77

第 86 节 个人物质利益——2. 财产权 /80

第 87 节 个人物质利益——3. 从事实业与缔 结合同自由 /118

第 88 节 个人物质利益——4. 约定利益 /122

- 第 89 节 个人物质利益——5. 与他人的利益关系 /169
- 第 90 节 个人物质利益——6. 结社自由 /176
- 第 91 节 个人物质利益——7. 就业稳定 /179
- 第 92 节 公共利益 /180
- 第 93 节 社会利益——1. 理论与分类 /203
- 第 94 节 社会利益——2. 公共安全 /218
- 第 95 节 社会利益——3. 社会制度安全 /222
- 第 96 节 社会利益——4. 公共道德 /228
- 第 97 节 社会利益——5. 保护社会资源 /229
- 第 98 节 社会利益——6. 公共发展 /234
- 第 99 节 社会利益——7. 个人生活 /238
- 第十五章 利益的保护 /246**
- 第 100 节 利益的价值衡量 /246
- 第 101 节 保护利益的方法 /251
- 第 102 节 有效法律行为的范围 /264

第五部分 法律的渊源、形式以及发展模式

- 第十六章 法律渊源与法律形式 /283**
- 第 103 节 法律渊源与法律形式——术语的含义 /284
- 第 104 节 法律渊源 /287
- 第 105 节 法律形式 /316
- 第十七章 传统性因素 /334**
- 第 106 节 作为传统的法律 /334
- 第 107 节 通过传统因素的发展模式 /341

第十八章	强制性因素	/434
第 108 节	立法机关的立法	/434
第 109 节	立法的准备机构	/442
第 110 节	立法机构	/459
第 111 节	强制性因素与传统性因素的关系	/498
第十九章	法典编纂	/512
第 112 节	法典编纂的历史和成就	/512
第 113 节	英美法编纂	/534
第 114 节	民法典的可能性以及合理性	/547

第四部分

法律的范围和对象

第十四章 利益 第 80 节—第 99 节

第十五章 利益的保护 第 100 节—
第 102 节

第十四章 利 益

3

- 第 80 节 文明与法律
- 第 81 节 利益理论
- 第 82 节 个人利益——分类
- 第 83 节 个人利益——人格利益
- 第 84 节 个人利益——家庭关系
- 第 85 节 个人物质利益——1. 性质与分类
- 第 86 节 个人物质利益——2. 财产权
- 第 87 节 个人物质利益——3. 从事实业与缔结合同自由
- 第 88 节 个人物质利益——4. 约定利益
- 第 89 节 个人物质利益——5. 与他人的利益关系
- 第 90 节 个人物质利益——6. 结社自由
- 第 91 节 个人物质利益——7. 就业稳定
- 第 92 节 公共利益
- 第 93 节 社会利益——1. 理论与分类
- 第 94 节 社会利益——2. 公共安全
- 第 95 节 社会利益——3. 社会制度安全
- 第 96 节 社会利益——4. 公共道德
- 第 97 节 社会利益——5. 保护社会资源
- 第 98 节 社会利益——6. 公共发展
- 第 99 节 社会利益——7. 个人生活

4

第十四章 利 益

第 80 节 文明与法律

5

1. 由特定时空条件下的文明所决定的法律的对象。

6

法律,从法律秩序的意义上说,它的对象包括个人之间的关系,也包括个人的行为,因为个人会影响他人或影响社会和经济秩序。法律,从它是司法裁决和行政行为的权威基础或指针的角度上说,它的对象包括个人、群体持有或提出的期待、主张或要求。这些期待、主张或要求,会影响他们之间的关系或决定他们的行为。柯勒(Kohler)认为,这种对司法裁决或行政行为的权威基础地位或指针作用,是相对于特定时空条件下的文明而言的,并且应当从三个方面看待:从过去看,它是文明的产物;从现在看,它是维系文明的一种手段;从将来

看,它是促进文明的一种手段。〔1〕他把文明界定为人类潜能走向其最大化的发展过程。〔2〕他认为,法律秩序的任务有二:维系既有的文明价值和推进人类能力的发展。〔3〕文明也表现为两个方面:控制外在的自然界和控制内在的人类本性。两者各自独立。一方面,科学的发展使我们对外在自然界的控制推进到这种程度:人类已经能够开发地球以支撑迅速增长的人口,并保持人类的安定和相对富足。另一方面,对内在人类本性的控制使得调查、实验、研究活动成为可能,而这些带来了科学的进展。和平、自由和免受侵犯、免受骚扰的环境是学习与研究必不可少的条件,学习和研究又是科学得以创造奇迹的深层要件。

对内在本性的支配,是通过社会控制来实现并维持的,即通过使每个人都感受到来自身边各种人的压力来实现:这种压力会促使他尽力去维护既有的文明社会,同时制止他做出与现存社会秩序不符的行为。从16世纪以来,法律就已成为社会控制的重要工具。〔4〕

7

广义上讲,法律调整的对象就是人类的那些内在本性的外在表现。这些外在表现以声明、主张等形式寻求实现个人的期望、主张或要求,并

〔1〕 Kohler, *Moderne Rechtsprobleme* (2 ed. 1913) 1; id. *Lehrbuch der Rechtsphilosophie* (2 ed. 1917) 1-13.

〔2〕 *Moderne Rechtsprobleme* (2 ed. 1913) 1.

〔3〕 Ibid.

〔4〕 完整论述见 Pound, *Interpretations of Legal History* (1923) lect. 7; id. *Social Control Through Law* (1942) lect. 1.

需要社会控制。^[1]

在帮助人们理解法律方面,有两种路径模式是比较有用的。一种是找出几个法律予以认可或不予认可的事项以及对之进行调整的相关规则,再把这几个事项及其规则和特定的法律假定联系起来——所谓特定的法律假定是指特定的时空条件下的文明社会中的法律假定——考察每一个事项是如何适应文明社会里的生活前提条件的。另一种是把人们提出来并请求予以承认和保护期望、主张和要求制成一个分类表。

- 8 前一个路径模式揭示出:我们将提出并寻求承认和保护的是什么?承认和保护的基础是什么?后者则表明:什么是已经得到承认和保护的?针对立法与司法进程所达到的程度,还有哪些正迫切要求得到认可和保护?

2. 特定时空下的文明中的法律假定:作为被认可及被保护之利益的

[1] Kohler, *Philosophy of Law* (transl. by Albrecht, 1914) 4 - 5, 58 - 62; Pound, *A Comparison of Ideals of Law* (1933) 47 *Harvard Law Rev.* 1; Hocking, *The Present Status of the Philosophy of Law and Right* (1926) § § 41 - 48; 1 *Recent Social Trends* (1933) xi - xv, lxx - lxxv and review by Laski (1934) 47 *Harvard Law Rev.* 1086; Lerner, *The Social Thought of Mr. Justice Brandeis* (1931) 41 *Yale Law Journ.* 1, 11 - 17; Frankfurter, *The Public and Its Government* (1930) 1 - 35; Beard, *The American Leviathan* (1930) 20 - 52; Jordan, *Forms of Individuality* (1927) 54 - 55; Lerner, *The Supreme Court and American Capitalism* (1933); Dickinson, *The Law Behind Law* (1929) 29 *Columbia Law Rev.* 285, 296 - 307; Hamilton, *The Problem of Anti-Trust Reform* (1932) 32 *Columbia Law Rev.* 173; Winfield, *Public Policy in the English Common Law* (1928) 42 *Harvard Law Rev.* 76, 92 - 93; Brown, *Police Power—Legislation for Health and Personal Safety* (1929) 42 *Harvard Law Rev.* 866, 866 - 872; Keyser, *On the Study of Legal Science* (1929) 38 *Yale Law Journ.* 413; Duguit, *Les transformations générales du droit privé* (1912); Gülland, *Stellung und Aufgaben des Richters im Spiegel der Zeit* (1928) 69 *Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts*, 857; Gurvitch, *L'idée du droit social* (1932) 27 - 31.

衡量标准。^{〔1〕}

在其他地方我已经针对美国法明确列出了它们的内容。^{〔2〕} 至少应包括如下几点：

法律假定 I (Jural Postulate)。在文明社会中,人们必须能确保不会受到他人的故意侵犯。

推论。一个人有意地为某行为,该行为表面上对其他人产生伤害, 9 则他应当负责对其损害结果进行补救。除非他能够证明这样做是为了 一些公认的公共利益或社会利益,从而使他拥有这种行为自由 (Liberty) 或特权 (Privilege)。

法律假定 II。在文明社会中,人们必须能确保他们可以基于受益的目的而控制他们所发现的东西并占有和使用,可以控制他们用自己劳动所创造的东西,以及可以控制在现有社会和经济秩序下获得的东西。

在当今社会,这一法律假定的三条主张中的前两条很可能会产生一

〔1〕 Kohler, *Philosophy of Law* (transl. by Albrecht, 1914) 4; Pound, *The Ideal Element in Judicial Decision* (1931) 45 *Harvard Law Rev.* 136, 146-147; Sauer, *Die Wirklichkeit des Rechts* (1928) 22 *Archiv für Rechts und Wirtschaftsphilosophie*, 9-18, 30-42; Oppenheimer, *Die beiden Wurzeln des Rechts* (1929) 23 *id.* 178-179; Dodd, *For Whom Are Corporate Managers Trustees?* (1932) 45 *Harvard Law Rev.* 1145; Berle and Means, *The Modern Corporation and Private Property* (1932); Gordon, *An Inquiry Into the Principles of the Law of Contract* (1932) 46 *Harvard Law Rev.* 1, 20-39; Llewellyn, *What Price Contract* (1931) 40 *Yale Law Journ.* 704; Heilman, *Judicial Method and Economic Objectives in Conflict of Law* (1934) 43 *Yale Law Journ.* 1082, 1108; Green, *The Duty Problem in Negligence* (1928) *Columbia Law Rev.* 1014, 29 *id.* (1929) 255; Llewellyn, *Behind the Law of Divorce* (1932) 32 *Columbia Law Rev.* 1281, 1287-1296, 33 *id.* (1933) 249; Tugwell, *The Industrial Discipline and the Governmental Courts* (1933).

〔2〕 Pound, *Introduction to American Law* (1919) reprinted in Vanderbilt, *Studying Law* (2 ed. 1955) 379-435, the postulates pp. 425-435; Pound, *Social Control Through Law* (1942) 81-83, 112-118; *id.* *Introduction to the Philosophy of Law* (rev. ed. 1954) 85-91, 105, 107-108.

些问题。上述三条主张中的每一条对拓荒时代的美国来说,都是非常重要的,但是它们在现在的大都市中、在现代工业社会中已经丧失了大部分价值。对发现的矿藏予以收购在太平洋沿岸及落基山脉各州的矿业法中占有重要地位,而且此类规定有可能继续存在于美国的公共领域中。^[1]至于劳动成果,在当今社会条件下,有些产品是由需要大量协作的工作完成的,或者是在属于他人的物质资料上继续工作才得以完成的。同样,这一假定对于文学和艺术方面的财产权^[2]——即使把其当作过去条件下的实物创造的一种类推——仍旧是适用的。而且,这里的每一条主张也对应着那些仍旧根深蒂固的普遍的正义观念。

10 法律假定Ⅲ。在文明社会中,人们必须能够确保在与他人进行社会交往时,他人会善意地行为。由此:

(a)将合理地期待他人会履行自己的诺言或为其他合理行为。

(b)将根据附有社会共同体道德情感的期待履行他们的责任。

(c)将不当得利予以归还或给予补偿,归还或补偿因为失误未能在交易前预见或其他未能预见的情况而获益并使他人遭受的损失,只要该获益是在实际情况中不能合理预期的。

法律假定Ⅳ。在文明社会中,人们必须能够确保在其行为过程中会尽到“合理注意”的义务,不至于使其行为有对他人造成不合理侵害的危险。

法律假定Ⅴ。在文明社会中,人们必须确保那些拥有财产或雇佣代理的人,如果该财产或代理尽管在它们的使用范围内无害,但在其他正

[1] Costigan, *Handbook on American Mining Law* (1908) chap. 10.

[2] 对这些假定的评价,请看: Hocking, *The Present Status of the Philosophy of law and of Rights* (1926) § 41-48; Stone, *A Critique of Pound's Theory of Interests* (1935) 20 *Iowa Law rev.* 531; Paton, *Jurisprudence* (2 ed. 1951) 107-109; Patterson, *Jurisprudence* (1953) 516-518.

常使用或活动范围内有害,或者有超出其合理使用范围的内在倾向时,将会把它们控制在适当范围之内。^{〔1〕}

朱丽叶·斯通教授(Julius Stone)认为在阐述一定时空下的文明中 11 的法律假定时,存在四方面的困难,因为它的“完美运作”要假定四个条件:(1)空间上明确界定的文明——“文明的空间范围”。(2)时间上明确界定的文明——“文明的时间范围”。(3)能否找到一个假定体系的可能性。它要能解释所有现实中的请求,这些请求是在特定空间范围和时间条件下的。(4)人类心智的能力,即在任何时间、任何地点都能胜任这些假定的设计工作。^{〔2〕}

但即使某种法律方法的“完美运作”可以完美界定,对于任何相当于“完美运作”的法律方法难道就没有疑问吗?奥斯丁和他 19 世纪英国和美国的那些后继者的分析方法,只有在两种意义上才能完美运作:也就是作为权威指导的实体或司法判决和行政决定的标准,一套法律能“躺”在(Procrustes)床上并任其摆布。潘德克吞学派的概念法学在耶林所称的法律概念的天堂中能够完美运作。那么,它究竟能多完美地运作?一个美国法律教师举了个例子来说明:如果一个人站在街头并向司机打手势让其停下,这就是一个要约,而司机用停车的方式表示承诺,即构成一个契约,但要约人如果改变其想法并走开就解除了契约。根据法律,该契约所涉三个法律概念中的任何一个,都对应着我们实务处理中的一个实际行为。

我们不能通过精确地划分地球表面的边界来为某一类型的文明确定其“文明的空间范围”。在英国、美国、加拿大、澳大利亚和新西兰的文明社会中,对生活的期待可能会在某些目标上有这样的一致性。然而另 12

〔1〕 Pound, *Introduction to the Philosophy of Law* (rev. ed. 1954) 89 - 104.

〔2〕 Stone, *The Province and Function of Law* (1946) 356 - 368.