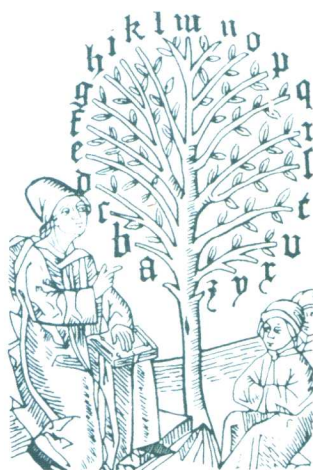


法理学 (第二卷)

Roscoe Pound
[美] 罗斯科·庞德 著

封丽霞 译

Jurisprudence
Volume 2

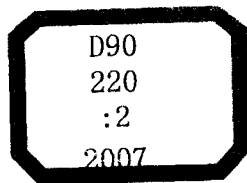


法学学术经典译丛·法理学

【 熔铸经典之范
翔集正义之术 】



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



法理学

(第二卷)

Roscoe Pound

[美] 罗斯科·庞德

封丽霞 译



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法理学. 第2卷 / (美) 庞德著; 封丽霞译. —北京: 法律出版社, 2007. 1

(法学学术经典译丛)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 6918 - 7

I. 法… II. ①庞…②封… III. 法理学 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 163347 号

© 法律出版社·中国

**法学学术
经典译丛**

法理学(第二卷)

罗斯科·庞德 著

封丽霞 译

责任编辑 沈小英 董彦斌

刘彦洋 贾菲

陈慧

装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2007 年 1 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 12 字数 302 千

印次 2007 年 1 月第 1 次印刷

编辑 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 - 6918 - 7

定价: 27.00 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。

迺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 二

第三部分 法的本质

第九章 法的理论 /4

第 47 节 法学家们一直在探寻的法的概念是什么? /4

第 48 节 法律体系的两大构成要素 /8

第 49 节 希腊人的法的概念 /15

第 50 节 罗马人的法的概念 /21

第 51 节 法的定义和概念的发展——从罗马法注释学派(12 世纪)到格老秀斯(17 世纪) /25

第 52 节 法的定义和概念的发展——从格老秀斯到康德(17、18 世纪) /34

第53节 法的定义和概念的发展——从康德
到耶林(1797~1877)/44

第54节 英国分析理论的发展/53

第55节 社会法哲学理论和社会学理论/62

第56节 法律理论和其他法理学问题的
关系/69

第十章 法的本质/78

第57节 一个实践的问题/78

第58节 关于法的含义和组成要素的分析框
架/83

第59节 分析法学派的学说/106

第60节 规范主义和现实主义的分析法学理
论/132

第61节 历史法学派的学说/137

第62节 19世纪哲理法学派的学说/149

第63节 社会法学派的学说/152

第64节 公法、国际法以及在自然科学和其他
科学领域对“法律”的类推/162

第十一章 法律与道德——法理学与 伦理学/174

第65节 前言:道德观念与道德规范/174

第66节 历史法学派的观点/176

第67节 哲理法学派的观点/180

第68节 分析法学派的观点/190

第69节 社会法学派的观点/221

第十二章 法律与国家——法理学与

政治学 /228

第70节 国家理论 /229

第71节 主权理论 /248

第72节 分权学说 /260

第73节 近代关于法律与国家的理论 /269

第十三章 依法司法 /278

第74节 公开的司法——法律秩序 /278

第75节 无法司法 /280

第76节 依法司法 /297

第77节 立法司法 /309

第78节 行政与执行司法 /325

第79节 法官司法 /358

第三部分

法的本质

第九章 法的理论 第47节—第56节

第十章 法的本质 第57节—第64节

第十一章 法律与道德——法理学与伦理学 第65节—第69节

第十二章 法律与国家——法理学与政治学 第70节—第73节

第十三章 依法司法 第74节—第79节

•

第九章 法的理论

- 第 47 节 法学家们一直在探寻的法的概念是什么
- 第 48 节 法律体系的两大构成要素
- 第 49 节 希腊人的法的概念
- 第 50 节 罗马人的法的概念
- 第 51 节 法的定义和概念的发展——从罗马法注释学派(12 世纪)到格老秀斯(17 世纪)
- 第 52 节 法的定义和概念的发展——从格老秀斯到康德(17、18 世纪)
- 第 53 节 法的定义和概念的发展——从康德到耶林(1797 ~ 1877)
- 第 54 节 英国分析理论的发展
- 第 55 节 社会法哲学理论和社会学理论
- 第 56 节 法律理论和其他法理学问题的关系

第九章 法的理论^{〔1〕}

第47节 法学家们一直在探寻的法的概念是什么？

关于法的理论的法理学探讨总是被“法”这个词的多种含义所困扰。“法”这个词在法学领域之外也被广泛地使用着，这种使用被奥斯丁称为“不正式的使用”或其他类似于此含义的使用。^{〔2〕}但是，法学之外的其他领域对“法”这个词的使用要比法学早得多，当然也就比奥斯丁提出法的正式定义

〔1〕 Pound, *Theories of Law* (1912) 22 Yale Law Journ. 114; Miller, *The Data of Jurisprudence* (1903) chap. 4; Lvy-Ullmann, *La Définition du Droit* (1917); Stone, *The Province and Function of Law*, (1946), 65 ~ 67, 347 ~ 351, 711 ~ 729; Paton, *Jurisprudence* (1951, 2ed), chaps. 4, 5; Kantorowicz, *The Definition of Law* (1957).

〔2〕 *The Province of Jurisprudence Determined*, (1832) 126 ~ 128.

要早得多。“法”这个词的一种古老用法是指宇宙的秩序。还有一种延用至今的“法”的含义,指的是各种自然和社会现象的常规顺序,而这些顺序是由构成其基础的一些假设的规则或原则来揭示的。“法”的这种含义被广泛运用于解释物理现象、生物现象、历史现象、语言现象甚至道德现象。实际上,“法”在伦理道德领域中的使用也远比法学早。具体到法学领域,社会学家所说的“法”,是指社会群体或人类联合的内在秩序以及使这种内在秩序得以保障的社会控制,它还可以用来指代所有的社会调控、指权力的制约、权力的组织和制度化的社会控制等。在政治学领域,除了许多已被法学家们公认的含义之外,“法”还被用来指代权力以及维护和平的政体。而且,有些人认为“法”的概念与国家的概念是同一的,法和社会的政治组织经常被视为一物。对于伦理政治学方面的学者而言,“法”一直被认为是社会对邪恶的一种反抗和抵制。

在法理学中,历史法学派一直用“法”这个概念来表示所有的社会控制或是一些世代相传的可以用来调整社会关系和引导人们行为的原则、律令和技巧。哲理学派认为“自然法”这个词中的法指的是一套源于理性的理想的原则体系,用于指导人们之间的行为和调整社会关系。分析法学派则把法的含义限定为一个在政治上有组织的社会所颁布的行为规则的总称,即该社会指定的权威性机构制定或认可的、用以解决纠纷的规则和原则的总称,或者是该社会具有威慑性的强制力系统或者是关于这种社会强制力系统如何以及何时付诸于实施的预测体系。现实6
主义法学派所理解的法是指一切在政治上有组织社会的官方行为,或者具体来说,法就是指司法和行政过程。社会法学派在使用“法”这一术语时,是指整体意义上的社会控制,或者任何社会控制工具,或者在政治上7
有组织的社会中的一种专门性的社会控制形式,或者从另一个角度,是指协调互相冲突或者相互重叠的利益的一整套价值标准。各种流派的法学家们的一个非常普遍的法的用法,是指在一个政治上有组织的社会

中,以系统的暴力来保证实施的调整社会关系和引导人们行为的制度体系。

其中有些概念是用不同方法来阐述同一件事,而许多并不是。在各法学流派所使用的法的不同含义中,有的界定的是法律秩序;有的界定的是据以作出判决的权威性依据或者指示体系;还有的界定的是司法和行政过程。整体而言,一些学派着重于研究法的规则或规范是如何产生的;另一些学派则致力于探讨法是从什么渊源中获得强制性的或者所谓效力的;还有的学派偏重于研究法的制度、规则和程序是如何发挥功效的。

在法学家中一直有这样的倾向,即他们普遍认为,尽管法学家们看问题的角度不同,但认为,法主要是为解决矛盾争端而据以作出判决的权威性依据或指示体系,并且绝不超出此含义。还有一种倾向,把那种意义的“法”限定于其三种构成要素之一。与此相应,我们有时见到关于法律秩序的理论。许多关于法的理论实际上仅是关于某种具体的“法”(a Law)的理论,甚至不是作为法的整体的所有法的理论。

- 8 许多曾经对英美法学界产生深远影响的有关法的本质的探讨,直到今天仍然在拉丁语系和欧洲大陆的其他语系中进行着。在这些语系中,我们翻译为“法”的这个词所包含的意义远比英语中的“法”要多得多,而这些意义在英语中有不同的词汇,但是不同于欧洲大陆语言的是,英语中没有一个欧陆法学家所认为的包含欧陆语言中法所有含义的一个整体的词语。因此,有关法的本质问题争论的焦点很大程度上在于如何将英语中的法和欧洲大陆语言中指代法的整体的法区分开来。〔1〕

〔1〕 E. g. Lévy-Ullmann, *La Définition du Droit* (1917) 125 ~ 127. See Pound, *Progress of Law: Analytical Jurisprudence* (1927) 41 Harvard Law Rev. 174, 188 ~ 189. “英语国家的法学家难以想象一个同时包含‘法的整体’、‘某种具体的法’和‘某项权利’三层含义的法的概念,正像法国的法学家不把它们想象为一个概念的几个方面或者状态一样困难”。Id. 196.

“Droit, Recht, Jus”等词都有两方面的含义。对于罗马人来说, Jus 意味着国家权威所支持的公平与正义。在欧洲大陆的语言中, 我们译为“法”的词汇延续了这两重含义。而在英语里, 只能用“正义 + 法律”(Right Plus Law)勉强地予以表达。隐藏在这个现象背后的, 分别是英国和欧陆各自因因相习的整个历史文化。自 12 世纪以来, 欧洲大陆的大学就一直教授法律这门课程。法学研究的方法的前沿, 最开始是宗教哲学, 然后是自然法, 接着是形而上学的历史思维。在英格兰, 自 13 世纪以来法律一直作为“法院的法律”在律师学院或执业律师楼进行传授。在美国, 直到本世纪大学的法学院才开展法律职业培训。因此, 哲学在英美法学思想这样的背景下能得以很好的发展。理性, 或是经历史证明了的理念、或是经哲学发展了的经验, 在一个时期有着突出的意义。而在另一个时期, 以立法或司法所确定的事物则更引人注目。

正义与法律, 或是由法律支持的正义, 对于欧洲大陆法学家来说, 是 9 同一个概念。而对我们而言, 似乎是两个概念, 这是由于赋予我们思维以形式的词语的缘故。许多关于法的本质的争论, 与其说是法学家们所寻求表达的有关“法”的思想观点和看法的争论, 倒不如说是有关“法”这个词语的概念争论。当然, 法学家们依其理解所使用的术语的含义将毫无疑问地要影响到他们关于法的本质问题的认识。

而且, 已往对法律思想的大部分分析, 不过是对一定时期和地域的法律(作为据以作出司法决定的权威性指引体系意义上法)的一般化抽象。因此, 如要对法的本质进行分析讨论, 对法律思想史的研究就可以做一个良好的铺垫。据此, 我们也就可以从法律发展阶段中弄清楚法的本质理论是如何成形的以及它们的内容, 以及在法律理论形成之时权威性法律资料体系的具体形式。同样, 我们还可以认识到, 关于法的本质的理论的这种历史发展在多大程度上影响、甚至决定了对法律的现代分析。

第48节 法律体系的两大构成要素^{〔1〕}

一个成熟的法律规范体系是由两大部分构成的,即国家制定的强行性部分和历代相传的传统或曰习惯部分。而且,法律规范也有强行性和伦理性两个方面,这两个方面与构成法律体系的强行性要素和传统性要素是一致的。就我们而言,制定法或法的强行性部分是现代意义上的法的构成要素;而且,只要法的形式发展,这种要素就趋向于占主导地位。在目前的法律中,传统性要素是较古老的历史性要素,在其基础上法学和司法的发展以类推的方式进行。

但是,在法律体系的两大构成要素中,没有哪一个必然就是现代的,也没有哪一个绝对就是古老的。在古典罗马法时期,国家制定的强行性法(如《十二铜表法》和一些古老的共和国时期的法规)就是古老的或经历史流传下来的法的要素。在那时,“现代”意义上的法的要素是由自然法思想革新了的法律传统。在今天的法国,民法典是较古老的。法学和司法的发展使现代意义的法的要素成为新的传统要素。^{〔2〕}在德国,从另外一个意义上说,在20世纪的前30年,法典是较新的意义上的现代要素,而罗马法的原则经19世纪历史法学派的阐释是法的传统性要素。

10 法的传统要素和现代要素之间存在着一个经常的来回摆动。有时,立法完全专注于法律体系的传统要素,它所制定的规则也就成了一个传统法律原则或者一个传统的法律原则的理论基础。法律体系的两大构

〔1〕 应特别注意的是,在以下讨论中我谈的并非法的构成要素,而是作为法的一个组成部分的法律规范的构成要素。

〔2〕 例如,为第三人利益作出的可执行性承诺这一原则是新近的发展。Colin et Capitant, *Droit Civil Francais*(4 ed. 1925) 326 ~ 329.

成要素之间的互相转变有一个渐进的过程。

古老的英国制定法自 17 世纪融入普通法以来,已成为普通法系的组成部分,这主要归功于柯克(Coke)。就《法律总论》(Coke's Second Institute)而言^[1],我们想起了大宪章(Magna Carta)和爱德华一世时代 11 所颁布的制定法,想起了伊丽莎白女王就特恩(Twyne)案件所制定的反对财产转让中的欺诈行为的法规^[2],还想起了亨利八世关于斯宾塞(Spencer)案件所公布的契约方面的法规^[3]。英国在对美国实行殖民统治以前以及它在革命以前所制定的一些法规,在某种程度上,都是现行美国普通法的组成部分,它是以革命时期被解释了的那种形式出现的^[4]。同样,一些在许多法域适用的并已经成为广为评注的对象的美利坚制定法,正在成为或已经成为美国普通法的组成部分^[5]。如《时效法》(the Statute of Limitations)和《反欺诈法》(The Statute of Frauds)就是明显的例子,它们是作为普通法组成部分的许多原则的理论出发点。这在关于土地的相反占有权(Adverse Possession)、通过相反占有而取得动

[1] 如此,柯克关于《格罗斯特法》(Statute of Gloucester)生效之前终身或者多年保有不动产承租人毁损问题(Waste by Tenant for Life or for Years)以及该法作用的论述,尽管已经被证明存在某些错误,但是已经作为司法推理的基础而被确立。Compare 2 Maitland, *Bracton's Note Book* (1887) pl. 207; 2 Pollock and Maitland, *History of English Law* (2ed, 1898) 9; Hazeltine, *Early History of English Equity*, in Vinogradoff, *Essays in Legal History* (1913), 273; with *Attaquin v. Fish*, 5 Met. (Mass.) 140 (1842); *Duncombe v. Felt*, 81 Mich. 332, 45 N. W. 1004 (1890); *Sampson v. Grogan*, 21 R. I 174, 42 A. 712, 44 L. R. A 711 (1899); *Roby v. Newton*, 121 Ca. 679, 49 S. E. 694, 68 L. R. A 601 (1904); *Lothrop v. Thayer*, 138 Mass. 466 (1885); *Townshend v. Moore*, 33 N. J. L. 284 (1869); *Stauffer v. Eaton*, 13 Ohio 322 (1844).

[2] 3 Co., Rep. 80(1601).

[3] 5 Co., Rep. 16(1583).

[4] *Spaulding v. Chicago & N. W. R. Co.*, 30 Wis. 110(1872).

[5] 例如,宅基地和豁免法和某种程度上的联邦采矿法。