

法理学

JURISPRUDENCE

第二卷

罗斯科·庞德 著

ROSCOE POUND

邓正来 译

中国政法大学出版社

法理学

JURISPRUDENCE

第二卷

罗斯科·庞德 著

ROSCOE POUND

邓正来 译

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法理学:第2卷/(美)庞德著;邓正来译. —北京:中国政法大学出版社,2007.3

ISBN 978-7-5620-3043-0

I.法... II.①庞...②邓... III.法理学 IV.D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 042773 号

书 名 法理学(第二卷)
出 版 人 李传敢
经 销 全国各地新华书店
出版发行 中国政法大学出版社
承 印 固安华明印刷厂
开 本 880×1230 1/32
印 张 15.625
字 数 400千字
版 本 2007年4月第1版 2007年4月第1次印刷
书 号 ISBN 978-7-5620-3043-0/D·3003
定 价 36.00元
社 址 北京市海淀区西土城路25号
电 话 (010)58908325(发行部) 58908335(储运部)
58908285(总编室) 58908334(邮购部)
通信地址 北京100088信箱8034分箱 邮政编码 100088
电子信箱 zf5620@263.net
网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有,侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

序 言

自奥斯丁（Austin）始，有关法理学（jurisprudence）英语论著的撰写，其主要读者对象一直是从事法律研习的学生或教授这些学生的教师。但是，随着上一代英美法律人（lawyer）所特有的那种地方主义（localism）的逐渐淡化、对比较法律探究的日益拓展以及对最终实现一种世界性法律（a law of the world）的期望的日益强化，对法律科学的阐释也应当有一种更为宽泛的范围。丹尼尔·韦布斯特（Daniel Webster）曾经指出，正义乃是人类的重大利益之所在。在人类据以实现这一重大利益的三项社会控制之工具（即宗教、道德和法律）当中，当今世界的努力也主要集中在法律方面。一种有关经由调整关系以及规制（ordering）个人行为而在人们当中增进和继续一种理想型关系（an ideal relation）的科学，与那些准备参与法律实践活动的法律人所关注的知识相比较，实是某种更为深层的东西。

因此，在撰写本书时，我所考虑的读者对象是一般的读者、从事法律实践活动的律师、法官、立法者、法学教师和学生，而且也不论这些学生在学习法律之前所预习的是哲学、史学、经济学、政治科学、伦理学还是社会学——在这种预习的过程中，他们习得了或确证了那种视法律为一规则体（a body of rules）的观念。当然，我还可以在上述读者对象中再加上一类读者，亦即那些只从有关法律秩序的社会工作经验的角度去考虑法律的人士。法律科学对于上述各种人等来说，都是极有助益的。

对于所有的读者来说，我特别旨在阐明的乃是法律（law）

与一项法律 (a law) 之间的区别, 亦即法律并不只是法律规则的集合体, 而且法律秩序也不是一种被美化了的政策体系 (system of policing)。我拟证明普遍原则和地方规则都具有重要性, 指出法律通过将理性适用于经验并根据进一步的经验得到验证而发展起来的那些原则所具有的重要性, 并且阐明那些旨在满足特殊的地方条件 (包括地理条件、民族条件、经济条件或历史条件——这些条件要求司法与地方需要相调适) 的法律规则所具有的重要性。此外, 我还试图阐发平衡普遍因素与地方因素、平衡原则与规则, 以及平衡与政治秩序相关的法律秩序同与道德秩序相关的法律秩序的重要性。最后, 我还将特别阐明理想要素在法律中所具有的重要性。但是需要指出的是, 这种理想有可能是地方性的, 因为我们知道, 一种有关地方制度的理想化图景并不是一种普遍的理想。

然而, 所有上述都不会按教义的方式和抽象命题的方式进行阐释, 而将通过对作为整体的法律所实际经历的历史发展、学说发展或立法发展的阐释并且通过对法律专门领域的阐释这样两种方式呈现给读者。

在我看来, 还有一个重要的方面值得我们注意: 既然比较法学在法律教育中已然占据了一席之地, 那么我们就必须阐明, 比较法学不仅是对立法法域中的不同规则做比较性的编目工作, 而且也是在表明各项原则 (尽管相同的法律问题和正义问题在不同的立法者那里常常会有不同的答案) ——亦即那些源出于司法经验或学说阐释的司法推理的出发点——长期以来是如何越来越趋向于法律之统一的, 除了地方性地理条件、族群条件或经济条件要求实行特殊规则的情形以外。

我实是在一个长久且丰富的经验过程中渐渐相信上述方法是阐释法律科学的一种合理方法的, 而在这个过程中, 我不仅经验到了该社会共同体中的各种人士对法律的理解和对法律的期望,

而且也逐渐形成了这样一种意识，即我们必须更为普遍地传播有关何谓法律和法律秩序的知识。

1887年，亦即我读大学三年级的时候，家父给了我几本法学论著：一部是霍兰（Holland）撰写的《法理学要素》（*Elements of Jurisprudence*, 3rd ed. 1886）；另一部是埃默斯（Amos）撰写的《法律科学》（*Science of Law*）；还有一部则是梅因（Maine）发表的《古代法》（*Ancient Law*）。在此后的两年中，我把这几部著作读了一遍又一遍。在那些岁月中，大学教育的主要课程是拉丁文、希腊文和数学等课程。我在一位希腊文教授的指导下阅读了柏拉图的五篇对话体哲学论文和亚里士多德的《政治学》篇，其实这位教授对苏格兰形而上学要比他对希腊文的兴趣更大〔因为他总是征引杜格尔·斯图沃特（Dugald Steward）的观点〕；此外，我还修了一门必修的哲学课程，由一位孔德式的功利主义学者讲授斯宾塞（Spencer）的《首要原理》（*First Principles*）。因此，在1889年，我乃是带着极其含混庞杂的法律观念去哈佛法学院读书的。格雷（Gray）教授在其所开设的有关财产法的预备性系列讲座中把奥斯丁的观念介绍给了我，而且还一度帮助我厘清了自己的观点。更为重要的是，在当年圣诞节休假期间我与格雷教授愉快而短暂相处的时候，他还指导我阅读了邵姆（Sohm）撰写的 *Institutionen des römischen Rechts* 一书（当时还没有翻译成英文），而通过邵姆的这部著作，我又阅读了普赫塔（Puchta）撰写的 *Cursus der Institutionen* 著作以及萨维尼的《现代罗马法体系》（*System des heutigen römischen Rechts*）一书的总论。在此以后，我还反复阅读了奥斯丁的著作（1883年第5版），并在离开哈佛法学院的时候成了一个笃信功利主义的论者和奥斯丁的追随者，正如那些在兰戴尔（Langdell）、格雷、艾梅斯和撒耶尔（Thayer）领导哈佛大学之风气的鼎盛时期习得法学观念的学生一般。

尽管我在哈佛法学院也阅读了霍姆斯（Holmes）讨论普遍法

的著作，但是我当时却没有很重视这部著作。1893年，我把这部著作又重读了一遍并阅读了梅因撰写的《早期制度史》（*Early History of Institutions*）；此后，我开始转向当时处于支配地位的历史法学派。在大学的时候，我虽然修了斯宾塞《首要原理》的课程，然而这一课程以及我接受的英美法训练却未能使我重视法律哲学。但是在我开始教书之前，我与一位哲学教师的交往〔他是在保尔森（Paulsen）的指导下在柏林大学接受的训练〕却促使我阅读了康德撰写的 *Rechtslehre* 和黑格尔撰写的《法哲学原理》（*Grundlinien der Philosophie des Rechts*）著作，而且经由阅读他们的著作，我又转去阅读晚期形而上学法学家的论著，并且至少开始懂得了这样一个道理，即法律当中有一些东西实是英国分析法理学和历史法理学在此前未予足够重视的。然而，只是在10年以后，我才开始洞见到如何运用这种知识。在1890年至1900年这段时间当中，我开始系统阅读我所能获得的有关罗马法、比较法、法理学以及自此以后我一直予以关注的法律史的所有论著。

1899年，当我受邀在内布拉斯加州立大学教授法理学的时候，我所信奉的仍是当时正统的分析法理学，只是做了些许保留并采纳了萨维尼和梅因的某些观点而已。令我高兴的是，在20世纪初的头几年，我颇为有幸地结识了当时在内布拉斯加州立大学担任教授的爱德华·A·罗斯（Edward A. Ross），因而我又着手阅读沃德（Ward）的论著，并开始思考社会学法理学（sociological jurisprudence）的问题。当我于1907年去芝加哥大学任职的时候，我又结识了艾尔边·斯摩尔（Albion W. Small）。因此，我首先要感谢约翰·西普曼·格雷（John Chipman Gray），其次要感谢罗斯和斯摩尔，因为正是他们在我研究的关键时刻赋予了我以关键性的激励。

如果詹姆斯·巴·艾梅斯（Jame Barr Ames）可以按常规那样活到70岁，那么哲理法理学（philosophical jurisprudence）在美国

的复兴很可能会在 50 年以前就已经实现了。然而，直至我在他生前重读他晚年论著的时候，我才认识到了他此前引领我们去的方向。当然，霍姆斯也是引领我们方向的人物。在过去的 50 年中，所有美国的法律研习者都深深地受到了霍姆斯思想的影响。在霍姆斯担任《美国法律评论》(*American Law Review*) 编辑的那段时间以后，他开始从分析法理学的角度出发撰写论文。此后，他又一度融入了 19 世纪下半叶的历史法学派的思潮之中。霍姆斯那句经常被论者们征引的“法律的生命不是理性而是经验”的名言，就是对萨维尼和梅因的教义所做的一种经典阐释。然而，早在 1897 年，他就超越了当时的分析—历史法理学 (the analytical-historical jurisprudence)，并且成了此后 10 年社会学法理学的一位开拓者。但是，这一点在最初的时候却没有为人们所认识。实际上，直到霍姆斯开始就美国宪法所关涉的法理学问题发表一系列经典观点以后，法学教员和法学研习者才拜倒在他的门下。

本书赖以支撑的乃是我 70 年的研究心得和 54 年教授法理学的经验，以及若干年积极参与法律实践和担任州最高法院法官的活动。因此，我在撰写本书的时候一直在关注当今被普遍视为重要的法律秩序中的实际问题；而一如我们所知，当今的这种法律秩序通过对所有形式的人之活动所做的机械化处理而克服了距离和时间的棘手问题：它一方面使得世界上的每一个地方都成了任何一个其他地方的近邻，但是另一方面也使得侵害人之生命和肢体的威胁也大大增加了。

本书的勾画和撰写始于 1911 年。前 9 章完稿于 1916 年；然而，因第一次世界大战而带来的行政工作压力却迫使我在当年中断了我在这个方面的工作直至 1920 年。在 1920 年至 1926 年期间，我撰写了第 20 章到第 26 章。但是在那段时间以后，除了日益繁重的行政事务和授课工作以外，我还在 1927 年忙于指导克利夫兰的司法评测工作 (the Survey of the Administration of Justice)。此

后,我又成了“法律遵循与实施全国委员会”(the National Commission on Law Observance and Enforcement)的成员(1929~1931年)。1937年,我被任命为哈佛大学新设立的大学教授(University Professorships),因而不得不重新安排我自己的整个工作规划。此外,在第二次世界大战期间(1939~1945年),我也只得时断时续地坚持我的撰写工作。但是在1946年以前,我已经写完了第26章到第30章。在1946年至1949年期间,我担任了中国国民政府司法部建立法院体系的顾问(当时中国的整个司法制度因日本八年的侵占而被破坏了),而且还出任了中国教育部的顾问,帮助他们重建法学院。在此期间,我一直生活在中国,因而本书的撰写工作也就停止了。回到美国以后,我成了位于洛杉矶的加州大学的法学教授,教授普通法体系和历史以及法理学,当然亦教授法学院的一些日常课程。在此期间(1949~1952年),我修订了前30章的文字,而且还撰写了第31和32章。1953年我离开洛杉矶前往印度,并成为加尔各答大学泰戈尔(Tagore)讲座法学教授;在那里,我开设了有关“法律中的理想要素”的泰戈尔讲座,并且还开设了一门有关法理学的问答课程。现在,我已从法学教育领域中完全退下来了。返回美国以后,我又不得不去找一份有报酬的编辑工作直至1955年,因为从1955年开始,有一家基金会以庄重和谦恭的方式选择了匿名方式给予我以资助,使我获得了一笔基金,并在1956年、1957年和1958年又逐年给了我资助。这使得我能够对本书的所有初稿进行修改,并且完成了最后两章即第33和34章的撰写工作。

我要向哈佛法学院约翰·西普曼·格雷教授(1869~1912年)致以特别的谢忱。他通过指导我阅读罗马法而使我在最初研习法律的时候找到了进入比较法学殿堂的正确门径。许多年以后,亦即当我在哈佛大学讲授罗马法和法理学的时候,他有时候也来参加我的学术讨论会并参与一般的讨论。此外,我也必须真诚地感

谢英语世界诸所法学院中的 75 位法学教师，因为他们参加了我的法理学研讨会，并与我讨论了或他们彼此讨论了本书中所考虑的大多数问题。

本书第 1 章到 19 章最后定稿中的大部分内容最初以论文的形式于 1911 年至 1937 年之间发表在《哈佛法律评论》（*Harvard Law Review*）上，当然本书对这些文字的使用也得到了《哈佛法律评论》委员会的许可。此外，在我开设的有关法律理想要素的泰戈尔讲座中，我使用了本书第 7 到 12 章中的材料，而本书以及在其他场合对这些文字的使用，也已得到了该大学的许可。

最后，我必须对我的秘书梅·M·麦卡锡（May M. McCarthy）小姐表示感谢，因为她从一开始就负责我的手稿。她在持之不懈且智慧地查证和核实多种语言的参考文献并且仔细保管经过多次修改和重写的手稿的方面所做的努力，乃是本书的顺利完成所不可或缺的。

罗斯科·庞德

1958 年 7 月 3 日

目 录

序言/罗斯科·庞德	(1)
-----------------	-----

第二卷

第三部分 法律的性质

第九章 诸种法律理论	(2)
------------------	-----

第47节 法学家试图定义的是什么?	(3)
-------------------------	-----

第48节 一种法律体系的两种要素	(8)
------------------------	-----

第49节 古希腊人对法律的定义	(17)
-----------------------	------

第50节 古罗马人对法律的定义	(24)
-----------------------	------

第51节 法律概念和法律定义的发展 ——从注释法学派(12世纪)到格老秀斯 时代(17世纪)	(31)
--	------

第52节 法律概念和法律定义的发展 ——从格老秀斯到康德(17世纪和18世纪)	(43)
---	------

第53节 法律概念和法律定义的发展 ——从康德到耶林(1797~1877年)	(55)
---	------

第54节 英国分析理论的发展	(67)
----------------------	------

2 法理学

第 55 节	若干社会哲学理论和社会学理论	(77)
第 56 节	法律理论与其它法理学问题之间的关系	(86)
第十章	法律的性质	(94)
第 57 节	一个实际的问题	(95)
第 58 节	关于法律的含义与组成要素的分析性方案 ...	(101)
第 59 节	分析法学派的学说	(131)
第 60 节	规范的和现实主义的分析理论	(163)
第 61 节	历史法学派的学说	(170)
第 62 节	19 世纪哲理法学家的学说	(184)
第 63 节	社会学家的学说	(187)
第 64 节	公法、国际法与自然科学和其他科学中“law” 的类似之处	(200)
第十一章	法律与道德——法理学与伦理学	(213)
第 65 节	序言：道德规范 (morals) 与道德惯例 (morality)	(214)
第 66 节	历史的观点——19 世纪历史法学派的观点和 进路	(216)
第 67 节	哲学的观点——从 17 世纪至今的哲理法学家 的观点和进路	(221)
第 68 节	分析的观点——分析法学家的观点和进路 ...	(234)
第 69 节	社会学的观点——社会学家的观点和进路 ...	(272)
第十二章	法律与国家——法理学与政治学	(278)
第 70 节	有关国家的若干学说	(279)
第 71 节	主权理论	(304)

第 72 节	权力分立	(318)
第 73 节	晚近的各种理论	(331)
第十三章	据法审判	(341)
第 74 节	公共的审判——法律秩序	(342)
第 75 节	不据法审判	(345)
第 76 节	据法审判	(367)
第 77 节	立法性审判	(382)
第 78 节	执行和行政性审判	(401)
第 79 节	司法性审判	(442)

第三部分 法律的性质

第九章 诸种法律理论（第 47 至第 56 节）

第十章 法律的性质（第 57 至第 64 节）

第十一章 法律与道德——法理学与伦理学（第 65 至第 69 节）

第十二章 法律与国家——法理学与政治学（第 70 至第 73 节）

第十三章 据法审判（第 74 至第 79 节）

第九章 诸种法律理论

第 47 节 法学家试图定义的是什么？

第 48 节 一种法律体系的两种要素

第 49 节 古希腊人对法律的定义

第 50 节 古罗马人对法律的定义

第 51 节 法律概念和法律定义的发展
——从注释法学派（12 世纪）
到格老秀斯时代（17 世纪）

第 52 节 法律概念和法律定义的发展
——从格老秀斯到康德（17 世纪和 18 世纪）

第 53 节 法律概念和法律定义的发展
——从康德到耶林（1797 ~ 1877 年）

第 54 节 英国分析理论的发展

第 55 节 若干社会哲学理论和社会学理论

第 56 节 法律理论与其他法理学问题之间的关系



第九章

5

诸种法律理论^{〔1〕}

第 47 节 法学家试图定义的是什么？

有关法律理论的法学讨论，一直因论者们试图界定的那个术语所具有的多重含义而困扰重重。就“法律”（law）这个语词的用法而言，它在法理学以外有着诸种奥斯丁（Austin）所谓的不适当的或含混不清的用法；^{〔2〕}然而，它们当中的一些用法却比法理学还要古老，或者说，要比奥斯丁所认为的那种唯一适当的含义更古老。law 这个语词所具有的一种极其古老的用法就是用它来意指宇宙秩序。然而，该语词的一种现代用法，亦即前述用

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

〔2〕 The Province of Jurisprudence Determined (1832) 126 - 128.

法的结果，则是用它来指称那些可以根据一种有关规则或原则的假设加以解释的常规现象序列，而这些规则或原则构成了这种现象序列（sequences of phenomena）之基础。自然科学现象、生物学现象、历史学现象、语言学现象和伦理学现象，按照这种方式都可以被称之为 laws。的确，那种被我们翻译成意指伦理习俗之 law 的语词用法，也要比法律人有关 law 这个语词的用法古老得多。与法理学比较接近的用法，乃是社会学家有关 law 这个语词的用法，因为社会学家用这个语词来指称群体和联合体的内在秩序、指称这种内在秩序据以得到继续的社会控制、指称整个社会控制、指称对权力的各种限制、指称权力的构成或组织，以及指称制度化的社会控制。在政治科学中，除了诸多得到法学家采纳的含义以外，law 这个语词还被用来指称权力（power）以及一种维持治安或和平的制度安排；此外，一些政治学论者还将 law 这个语词与国家等而视之，正如将 law 这个语词与按政治方式组织的社会等而视之一般。研究伦理政治学的论者们则指出，law 乃是一种使社会免遭侵害的保障措施。

在法理学中，历史法学家（the historical jurists）一直用 law 来指称整个社会控制，或者用它来意指一种有关调整关系和规制行为（ordering of conduct）的原则、律令和技艺的讲授传统（a taught tradition）。哲理法学家（philosophical jurists）用“自然法”中的 law 这个术语来意指一种有关指导行为和规制关系的理想型原则体系，而这些原则则是经由理性推演出来的。分析法学家（analytical jurists）把 law 这个术语局限在适用于那些为政治组织社会所承认的制裁性行为规则的集合体，或者用这个术语来意指那些得到政治组织社会所任命的权力机构所承认的或所确立的裁定纠纷的规则及原则体，或者用它来指称各种威胁使用政治组织社会之强力的规则体，或者用它来意指有关如何以及何时将适用这种强力的预示性规则体。实在主义法学家（realists）用 law 这