

法律与道德

〔美〕罗斯科·庞德 著



创立于1897

商务印书馆
The Commercial Press

法律与道德

〔美〕罗斯科·庞德 著

陈林林 译

 商务印书馆
The Commercial Press

2015年·北京

图书在版编目(CIP)数据

法律与道德/(美)庞德著;陈林林译. —北京:商务印书馆,2015

ISBN 978-7-100-11079-2

I. ①法… II. ①庞…②陈… III. ①法律—关系—道德—研究 IV. ①D90-059

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 029661 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

法律与道德

〔美〕罗斯科·庞德 著

陈林林 译

商务印书馆出版

(北京王府井大街36号 邮政编码 100710)

商务印书馆发行

北京冠中印刷厂印刷

ISBN 978-7-100-11079-2

2015年4月第1版

开本 850×1168 1/32

2015年4月北京第1次印刷

印张 3 1/4

定价: 15.00 元

Roscoe Pound

LAW AND MORALS

The University of North Carolina Press, 1926

本书据北卡罗来纳大学出版社 1926 年版译出

献给亨利·摩尔·贝茨

目 录

第二版前言	1
第一版前言	2
I 历史的视角	4
II 分析的视角	34
III 哲学的视角	67
参考文献	92
索引	109

第二版前言

借此新版的机会,我做了一些勘误和解释,并对注释和参考文献做了补充。有人抱怨书中我没有提出自己的理论,只是收集了对 19 世纪理论的批评,对此能否让我不再重复第一版前言中的最后一段话?就我看来,一个迫切的问题是何为法律的理想要素——法律目的之公认理想,以及法律规则的应然状态及其努力目标之公认理想。这种理想要素塑造了部分可靠的司法工具。从根本上说,这是一个与法律制定、司法发现、司法解释和法律规范适用相关联的价值理论问题。在调整或者整合相互冲突或重叠的诉求时,应当承认哪些诉求,以及如何界定和保障这些诉求等问题,都依赖于一种价值纲目或一个价值理论。不过要充分探讨这一主题,得另行撰写一本大书。

罗斯科·庞德

于哈佛大学法学院

1926 年 4 月 19 日

第一版前言

vii 上世纪法学著作的三大主题是：法律的性质，法律与道德的关系，以及法律史的解释。19 世纪三个法学流派对第一个主题展开了持续一个世纪的争论。分析法学家和历史法学家探讨了第二个主题，他们反对 18 世纪根据道德来识别法律的做法。几个哲学流派对这一主题也进行过讨论，提出了法学从属于伦理学的理论，以及其他与此成对比或相对立的理论。第三个主题和分析法学派无关。历史法学家和哲理法学家们参照伦理解释和政治解释，对其进行了讨论。稍后的机械社会学家们主张人种学和生物学的解释，而其他学派，尤其是经济唯实论者，力主某些经济形式的解释。关于法律之性质以及法律史解释的争论，都和法律与道德之关系的争论密切相关。但从某种意义上说，法律与道德之关系，只是法律之性质问题的一个方面。此外，对法律之性质的看法，蕴含于所有对法律发展的解释之中。

viii 当今关于法律之性质的讨论，即将被关于法律之目的或目标考虑所取代。就如以往关于法律和道德的讨论，即将被并入关于法律在整个社会控制过程中的地位这一更全面的考虑之中。有关法律史的解释，争论也不再以那种假设为基础，即存在某种单一的理念，凭此可以随时随地、随心所欲地解释所有关于法律和法律史

的现象。但 19 世纪的讨论绝未因此而丧失了重要性。我们的工作离不开已有的法律材料和法学工具,唯有批判地研究昨日的法学思想,才能把握那些材料及其潜在价值,以及那些工具的潜在价值。

因此,上世纪的法学思想史应当成为今日一门实际的法律科学。这部历史的某一块,应当是对有关法律和道德之关系的法学思想之说明。但必须铭记它只是一个宏大故事的某个部分。如果它以这一形象出现,那么在某种程度上它必定是从整体中所切割出来一块碎片。另外,如果打算仅以几个简短的讲座对其进行介绍的话,介绍者就必须尝试这一切割过程。这种尝试是有意义的。因为今日法学家的主要任务,仍然是像上个世纪那样,去评判法律科学之现有目标的价值。这种评判的第一个步骤,应当是完全理解所要评判的学说。要做到这一点的话,必须了解催生这些学说的需要,以及它们与所处时代的法学问题之关系。 ix

对法律与道德之关系的全面探讨,将涉及当今的社会哲学和社会学理论,就如我努力寻求进入上世纪历史的、分析的和形而上学的理论那样。但是讲座安排方面的限制阻止我这么做。另外,一个次要的任务——如讲座所特意说明的那样,是为充分探讨当前的理论做一必要的先导。

罗斯科·庞德

于哈佛大学法学院

1923 年 3 月 31 日

I

历史的视角

- 1 如果我们将 18 世纪末和 19 世纪末的法学著作和司法判决进行比较的话,就会注意到对法律的性质、法律规范的约束力来源、法律与道德的关系,以及与其相随的法学(jurisprudence)与伦理学的关系问题,它们的态度发生了通盘转变。布莱克斯通(Blackstone)^①对“道德规范或自然法”一视同仁,并将自然法视为法律约束力的最终标尺,认为法律规范必须接受自然法的检验,并从后者那里汲取自身全部的力量和权威。^② 而威尔逊(Wilson)的一系列法律讲义(由联邦宪法的一位设计者和美国最高法院的一位法官经手,发表于 1790—1791 年间),又一次以法律约束力的道德依据、实在法所宣称的自然法或普遍道德原则这两讲为开端。^③ 与此相反,在 19 世纪末英语地区使用最广的那本法理学著作,开篇就以“某些类似道德原则……并由不确定的权威予以实施的规则”
- 2

① 1 Bl. *Comm.* 41.

② “这种自然的法律与人类同在,它由上帝本人订立,当然高于其他任何法律。它的效力及于整个世界,及于所有国家、所有时段。人定法一旦背离它,就不具有任何效力。而那些有效的法律则是直接或间接地从这个源头汲取自身所有的力量和有效性。”Ibid.

③ 1 Wilson's *Works* (Andrews' ed.), 49—127.

为基点详述法律,并将自然法完全排除在论题之外。^① 同样,当米勒(Miller)法官在1889—1890年间讲述宪法时,已感到自然法与道德规范完全失去了立足之地,因而只能以政治的和历史的根据来取代威尔逊法官所提出的伦理的和哲学的根据。^② 如果在同一主题下比较18世纪和19世纪在准契约(quasi contract)、另行审判或法条解释方面的司法判决,会发现存在同样显著的反差。^③ 但

① Holland, *Elements of Jurisprudence*, chaps. 3—4. 该书还比较了布莱克斯通和现今使用于英格兰的著作:Odgers, *The Common Law of England* (2 ed.) I, 2—3; Stephen, *Commentaries on the Laws of England* (16 ed. by Jenks), I, 11 ff.

② Miller, *Lectures on the Constitution of the United States*, lect. 2, particularly pp. 82 ff.

③ 在准契约方面,可将以往司法判决中关于荣誉和良心的主张[e.g., *De Grey*, C.J., in *Farmer v. Arundel*, 2 Wm. Bl. 824; Lord Mansfield, C.J., in *Bize v. Dickason*, 1 T. R. 285; *De Grey*, C.J., in *Jaques v. Golightly*, 2 Wm. Bl. 273 (如今已失效); Lord Mansfield, C.J., in *Moses v. Macferlan*, 2 Burr. 1005 (其结果在今日无效); Lord Loughborough, C.J., in *Jenkins v. Taylor*, 1 H. Bl. 90.], 与对“贝利斯诉伦敦主教”案(*Baylis v. Bishop of London*, 1913, 1 Ch. 127.)之不公平结果进行冷漠的机械论析做一比较。

关于另行审判,可比较:*Deerly v. Duchess of Mazarine* (2 Salk. 646); *Farewell v. Chaffey* (1 Burr. 54); *Burton v. Thompson* (2 Burr. 646, 665), with *Reg. v. Gibson* (18 Q. B. D. 537, 540); *Waldron v. Waldron* (156 U.S. 361, 380)。

在“迪尔利诉玛萨林公爵夫人”(Deerly v. Duchess of Mazarine)一案中,“虽然公爵夫人提供了自己作为已婚妇女的有利证据,但陪审团倾向支持原告。法庭不会对这一案件予以另行审判,因为公爵夫人作为本地一名单身女子,没有理由通过结婚来逃避清偿个人的正当债务。”

在“国王诉吉布森”(Reg. v. Gibson)一案中,首席法官科尔里奇爵士(Lord Coleridge)说道:“因为法院声称自己不决定事实问题,在司法法通过以前,如果有些许证据的采纳是不合法的,只要这些证据可能影响到定罪,并且已经展示给了陪审团,那么根据规则,与证据提供方对立的当事人有权要求另行审判。因而,当这类证据被展示给陪审团后,另行审判就被当作一种权利授予给一方当事人。”因此在“沃尔德伦诉沃尔德伦”(Waldron v. Waldron)一案中,怀特法官(White, J.)说道:“非法证据的采纳直接导致情事逆转,是一种常识。”

- 3 是 19 世纪关于法律的性质、法律规范的约束力、法律与道德之关系的学说,与 17、18 世纪同类主题的学说有着紧密的联系。在某种程度上,前者是后者在不同阶段的发展,也是对后者所作的不同形式的回应。反过来,自然法学说和流行于 16 世纪以前的各种理论,4 也存在着一种类似关系。在 16 世纪以前,法学只是神学哲学的一个分支、一种应用。的确,直至 19 世纪,法学的神学基础仍然是一个重要的议题。^①

所有关于法律与道德的关系、法与伦理学之关系的讨论,都可以追溯至公元前 5 世纪的希腊思想家那里。希腊思想家们曾探

关于法条的局限,可比较“特鲁曼诉芬顿”案(*Trueman v. Fenton*, Cowp. 548)、
“匡托克诉英格兰”案(*Quantock v. England*, 5 Burr. 2630)与“夏普利诉阿博特”案
(*Shapley v. Abbott*, 42 N. Y. 443)。毫无疑问,在前引两个案例中,曼斯菲尔德爵士
(Lord Mansfield)在法条中掺入了太多的个人道德立场,而忽略了其他即使从纯粹伦
理角度出发也不应遗漏的因素。但在另一个极端,19 世纪的司法判决过于冷落伦理考
量,并开始从事语词结构的逻辑演绎。

参见威尔斯(Willes, J.)法官在“米勒诉泰勒”(*Miller v. Taylor*, 4 Burr. 2303,
2312, 1976)一案中的决定,声称“如果将正义、道德得体性和公共利益……适用于新问
题,将使普通法上的先例不复存在”,并请比较麦克诺顿爵士(Lord Macnaghten)在“布
莱克本诉维格斯”(*Blackburn v. Vigors*, 12 App. Cas. 531, 543, 1887)一案中的
决定。

另请参见斯蒂芬(Stephen)在《英格兰刑法史》(*History of the Criminal Law of
England*, II, 213)中对《福斯特刑事法》(*Foster's Crown Law*, 1762)一书的评论。并
请比较安农(Anon)的《福斯特刑事法》(3 ed. 439)与“温彻斯特公司诉霍布斯”(*Win-
chester Corporation v. Hobbs*, 2 K. B. 471, 483, 1910)一案的判决。在书中一条限
制政府储备财产的法规下注有:即使缺少获得这些财产的证明文件,只要不存在欺诈
或过错行为,予以定罪也被认为是“违反自然正义的”。在后一案例中,法官肯尼迪爵
士(Kennedy, L. J.)说道:“我认为当局显然做了权衡,即在分析今日某一法条时,不会
对犯罪意图(*mens rea*)进行推定。”

① 1 Bl. Comm. 40 ff.; 1 Wilson's Works (Andrews' ed.), 105 ff.; 1 Kent,
Comm. 2; 1 Minor, *Institutes of Common and Statute Law*, Intr. sect. ii.

究正当(right)或公正(just)的依据是自然,抑或仅仅是习惯和法律? 在古希腊,城邦法律作为一种常见且极富效率的控制形式,有别于一般的社会控制。思想家们因而关注法律,并在纯粹的服从习惯、当时掌权者的意志以外,为法律约束力寻求更为坚实的依据。希腊哲学家注意到自然现象是统一的,无论在希腊、波斯还是迦太基,太阳都升而复降,火都炙热发光,而水都潺潺流淌。但人们的法律、习惯以及对它们的遵从情况却千差万别。这种差别不仅存在于希腊人和其他民族之间,也存在于希腊的不同城邦之间,甚至存在于同一城邦的不同时期之间。^① 希腊哲学家也明白,这些众所周知的事实,往往会使法律规范的约束力受到质疑,使法律看上去臣服于其时占政治优势地位的寡头政治或平民政治的专制权力,并使一般安全受到了威胁。以往的解说有:法律是神所赐予的礼物;^②法律是睿智之士的教导,他们知晓哪些是合乎神意的、有益的旧习俗;^③法律是全体公民协议的产物,它凭借正式承诺的神圣性而获得约束力,则是一种较为时髦的解说。^④ 不过这些解说在以下场合仍然不足以说明问题:贵族阶层和下等民众的争夺;

① Pseudo-Plato, *Minos*, 315 B, 315 C, 316 A; Aristotle, *Nicomachean Ethics*, v, 7; Plato, *Protagoras*, 337 D; Archelaus, ap. Diog Laert. ii, 16. Cf. Cicero, *De Republica*, iii.

② Demosthenes, *Against Aristogeiton*, 774; Cicero, *Philippic*. xi, 12, 28. Compare Heraclitus on Law, Diels, *Fragmente der Vorsokratiker*, fr. 44.

③ Demosthenes, *Against Aristogeiton*, 774; 或者说法律是远古时代可靠习俗的汇总。Pseudo-Plato, *Minos*, 321 B, 321 C; Plato, *Laws*, 797 D.

④ Demosthenes, *Against Aristogeiton*, 774; Plato, *Crito*, 50 C, 51 D, 52 D; Pseudo-Plato, *Minos*, 314 C; Xenophon, *Memorabilia*, 1, 2, § 43; Anaximenes, quoted by Aristotle, *Rhetoric to Alexander*, i.

平民因为那些具有神圣血统的专横人物漠视对其神授权力所施加的人为限制,而努力对后者进行控制;经一个平民领袖的提议而以立法命令取代专制法令的趋势,与残存的等级传统之间的竞争。^①

6 因此,哲学家试图通过比附自然世界日常现象的恒定性和普遍性,为社会秩序的可靠安全性找出依据。就像今日的实证社会学家们试图发现社会现象的一般规律那样,这种做法还借鉴了物理学或天文学规律的发现方式。^② 但是,就“自然”一词的近代意义来说,发展一门关于社会秩序和法律秩序的自然科学的时机在那时并未成熟。另外,只有从形而上学的伦理学出发,才能够区分持久性社会控制和暂时性社会控制。

经罗马法律家之手,古希腊关于根据自然的公正和根据习惯与制定法的公正之理论,促成了“源于自然的法”和“源于习惯或制定的法”之间的区分。罗马法发展的关键期,在与希腊哲学邂逅之时,并见诸法律解答者(Jurisconsult)的意见和著述之中。那些法律解答者没有正式的法律制定权,他们的意见依靠自身的内在合理性得以立足。同希腊人一样,如果完全依据自然而非习惯或者制定法,这些意见就会被当作法律提出来。依据自然的正当或公
7 正,借由自然或自然法成为了法律,由此也开启了根据道德识别法

① Plato, *Laws*, 797 D.

② “目前人类的智力已经领悟了天穹和大地的物理过程——力学、化学和有机物理学(包括植物的和动物的),但仍有待于一门科学来充实经验科学的序列,这门科学就是社会物理学。”Comte, *Positive Philosophy*, transl. by Martineau (American ed.), 30. See also Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique* (6 ed.), 176 - 179; Lévy-Bruhl, *La morale et la science des moeurs* (5 ed.), 285 ff.

律的做法,而自那时起,这种做法成为了自然法思维的特色。^①

至中世纪后期,亚里士多德和查士丁尼(Justinian)是唯一允许予以解释的权威。^② 自然法学说借由这些权威的论述得到了认可,而无须求助于创造性方法,或者依据自身所蕴含的道德标准对法律规范来一番批评检测。因为中世纪并不需要那样的创造性理论。一方面,经历数个世纪的战乱之后,中世纪需要一种有助于稳定的理论。另一方面,地方性法律和习俗已被证明满足不了社会发展的需要,中世纪需要一种普遍的法律,来取代它们,或者说弥补它们的不足,给予一个新的起点和更好的引导。权威典籍——照例是以逻辑方法对不容置疑的文本进行发挥——满足了前一个需要,所谓对罗马法的“解释”则满足了后一个需要。自然法因为受到权威文献的称颂而得到认可,不过被塞入了一个神学哲学基座:自然法直接来源于理性,但最终来源于上帝。自然法是“统治 8 整个世界的神圣智慧的理性”^③。由此,自然法在短时期内被用来

① 注意西塞罗(Cicero)是如何尝试阐明自然法的实质内容的。E. g., *De officiis*, i, 7, 20-23; i, 10, 32; i, 41, 148; iii, 13-17; iii, 25. 也请注意他依据承诺的性质,将一种道德义务的伦理观念当作一种诚信义务嫁接入法律的方法(那种道德义务由此成为了一种法律义务)。E. g., compare Cicero, *De officiis*, iii, 17, 70, and Cicero, *De natura deorum*, iii, 30, 74, with Gaius, iv, § 62 and *Inst.* iv. 6, § 30.

② 这并不意味着在每一个案子中,“解释”都得因循守旧。See De Wulf, *Scholasticism Old and New*, transl. by Coffey, § 45, pp. 75-77.

③ “一条法律规则不外乎是实践理性之某项命令,而这种实践理性存在于那个治理整个社会的统治者身上。然而,如果世界是由神圣的上帝所统治的话,那么显而易见,整个世界社会都是由神的理性所治理的。因而上帝——这个世界的统治者——治理事物的规划,就具有了法律的性质……这种法律可以称之为永恒法。……既然由神圣的上帝所支配的万物都受永恒法的统治和评判,那么显而易见,一切事物在某种程度上都分享了永恒法。……但是……理智的动物作为神意的参与者,以一种更为出

维护权威,而不是去撼动权威。^①

在宗教改革时代反抗权威的过程中,新教的神学法学家们剔除了中世纪自然法的神学之维,并试图再一次将自然法直接建基于理性之上。不过,格老秀斯(Grotius)在法学和神学相分离的前提下,^②又返回神学,将作为国家法全部力量和有效性渊源的自然法建基于两个基础之上:(1)永恒理性;(2)那位只欣赏理性的上帝的意志。^③在布莱克斯通的著述中,也可见到这一双重基础。^④但对所有这些著述者来说,自然法的真正依据显然就是理性。一如亨明森(Hemmingsen)所言,理性会向我们展示自然法的整个纲目,而“无须借助于先知和使徒的声音。”^⑤所以威尔逊法官通过解说的方式告诉我们,上帝“已逊位于不自相矛盾这一至上要求”^⑥,由此也顺应了人类理性的迫切需要。当经院神学家们开始运用纯

色的方式接受神圣上帝的支配。所以理智的动物分享了永恒法。……理智的动物所分享的那部分永恒法,被称为自然法。”Thomas Aquinas, *Summa Theologiae*, i - ii, qu. 91, art. 1 - 2. See id. qu. 93, art. 1 - 3, 6.

① See Figgis, *Studies of Political Thought from Gerson to Grotius*, 7 - 8.

② *De jure belli ac pacis, prolegomena*, § 11.

③ Id. § 12. 它接近于这一理论:“上帝与其他道德渊源并肩而立,或者上帝作为其他渊源的渊源,作为一种多余的渊源,地位在后者之上。”Croce, *The Philosophy of Giambattista Vico*, transl. by Collingwood, 94.

④ 1 Bl. *Comm.* 42.

⑤ *De lege naturae apodictica methodus*, last paragraph 1566 ed., Q 7; Kaltenborn, *Die Vorläufer des Hugo Grotius*, II, 43.

⑥ 1 Wilson's Works (Andrews' ed.), 124. 这一自我限制的学说返回到了阿奎那(Aquinas, *ad Gentiles*)那里,也可见诸于格老秀斯的著述。Erdmann, *History of Philosophy*, transl. by Hough, I, 427; Grotius, ii, 11, 4, § 1. 它在政治学领域的变种是主权的自我限制学说。Grocce, *The Philosophy of Giambattista Vico*, transl. by Collingwood, 95; Jellinek, *Allgemeine Staatslehre* (2 ed.), 461 - 470.

理性的力量说服无信仰者和异教徒皈依时,身处怀疑主义时代的自然法学家们急切地希望依据无懈可击的理性说服所有的人,并借此实现对法律秩序之规范的普遍服从。

至 19 世纪,问题的提出方式发生了通盘改变。顺着 18 世纪末康德的理论,实在法或曰习惯权利与理想道德实体产生了对立,由此又与法律准则——自然法——产生了对立。与前人相左,康德将不可变更的实际立法原则——制定实在法的原则——置于实在法之上。^①但这并不是 17、18 世纪意义上的自然法。它并非某种道德实体,因此也不是法律准则——仅指作为实在法意义上的法律——的某种高级形式。确切地说,康德所想到的是一些永恒的、不可改变的原则,它们是法律和法律创制的评判标准,并指导法律的制定。康德的著述先于历史法学派。在他所处的时代,法律制度与实在法体系,以及系统的法律规则和学说,都被视为是人类智慧的产物。^②不过,康德实际上并未提出什么创造性的观点。他的理论更适合归诸 19 世纪,那时越来越多的法律被认为是自发演进的结果,而非人类智慧的创造。康德的理论是批判性的。他并没有借鉴我们自信地创设新实在法规范的做法,去发掘出一个

① “法之原理(*Rechtslehre*)乃是公正准则的总和,而这些准则是客观立法的前提条件。……法律科学(*Rechtswissenschaft*)是关于自然法原则的系统知识。从事实务的法学家或立法者,必须从这一科学中推演出全部实在立法的恒定原则。”Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Introduction, § A (1797)。

② 譬如,约翰逊博士(Dr. Johnson)尝言:“法律遵循人类的经验谋求公共福利,它是人类智慧的终极产物。”Boswell, *Life of Johnson* (Croker ed., 1859), II, 258. 并请比较黑尔(Hale)关于普通法中的制定法起源的观点: *History of the Common Law*, 3-4, 67-68. See also Croce, *Storia della storiografia Italiana nel secolo diciannovesimo*, I, 22-23.