

法律史解释

〔美〕罗斯科·庞德 著



创于1897

商务印书馆

The Commercial Press

法律史解释

〔美〕罗斯科·庞德 著
邓正来 译



创于1897

商务印书馆

The Commercial Press

2013年·北京

图书在版编目(CIP)数据

法律史解释/(美)庞德著;邓正来译. —北京:商务印书馆,2013

ISBN 978-7-100-09751-2

I. ①法… II. ①庞…②邓… III. ①法制史—研究—世界 IV. ①D909.9

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第006345号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

法律史解释

〔美〕罗斯科·庞德 著

邓正来 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

北京市艺辉印刷厂印刷

ISBN 978-7-100-09751-2

2013年4月第1版 开本 850×1168 1/32

2013年4月北京第1次印刷 印张 9 3/4

定价: 25.00元

目 录

前言	1
第一章 法律与历史	4
第二章 伦理解释和宗教解释	32
第三章 政治解释	62
第四章 人种学解释和生物学解释	93
第五章 经济学解释	123
第六章 著名法律人的解释	155
第七章 一种社会工程解释	189
索引	222

社会学法理学中的“社会”神

——《法律史解释》导读	邓正来 230
-------------	---------

前 言

本书收录的讲义乃是 1922 年春季学期我在剑桥大学三一学院(Trinity College)所开设讲座的文稿。编辑成书时增加了一些注释,既是为了做些说明,也是为了给那些有兴趣更进一步钻研这个论题的人提供一些帮助。

关于 19 世纪法律科学的全部历史,涉及欧洲大陆某些思想和美国宪法中 18 世纪法律哲学的遗产以及以卢梭理论为基础的新卢梭主义理论(a neo-Rousseauist theory)的兴起,涉及发生在 19 世纪形而上学派中的各种不同的运动,而且还将涉及社会哲学派在哲学领域中的兴起以及新经院哲学(the neo-scholasticism)和在 20 世纪复兴的自然法的哲学根源与法理学根源。这部历史将探寻 19 世纪形成的有关晚近法律哲学中心理学运动和逻辑学运动的思想之开端,还将探寻幸存于 19 世纪的 18 世纪自然法及 19 世纪的形而上学—历史法理学(the metaphysical-historical jurisprudence)各自同法律经济实在论(juristic economic realism)及所谓的正统社会主义法理学(orthodox socialist jurisprudence)之间的关系。另一方面,这部历史还将辨识构成分析法学派的各种要素,揭示该学派对英国的历史法理学及早期的社会学法理学(sociological jurisprudence)的影响,并且指出该学派与当下社会功利

主义(the social utilitarianism)之间的联系。再者,这部历史还将探寻 19 世纪机械社会学法理学(the mechanical sociological jurisprudence)的哲学根源和法理学根源,并且揭示当今的社会学法理学是如何伴随着社会科学的进步而从希望渺茫的隙缝中逐渐发展壮大起来的。但是需要指出的是,这一历史进程的主要线索却是历史法学派的兴起、称雄与衰落。这一历史将表明,17 和 18 世纪的自然法思想是如何在 18 世纪下半叶分裂为两派,进而到 19 世纪分裂为三派并最终四分五裂的。它还将揭示这些法学思想的涓涓细流是如何在 19 世纪末期开始逐渐汇集并最终在本世纪形成两大派系的。但是这部历史仍将指出,当历史学家回顾这一历史的整个过程时会发现,在 19 世纪,历史法学派基本上代表了法学思想发展的主流。萨维尼创立的历史法学派的兴衰史虽说不是整个 19 世纪的法学思想史,但是它却是这部历史的核心和最主要的部分。正如 19 世纪的各个学派都是在自然法学派的衰败中兴起的,今天的各个法学流派也都是在萨维尼历史法学派的衰落中兴起的。历史法学派对今天的法律及法律思想的影响,同自然法学派对 19 世纪上半叶的法律及法律思想的影响一样显著。

本书收录的讲义只限于较小范围的研究,因为它甚至没有论及 19 世纪历史法理学的历史。它只探讨了历史法学派中的一个问题,即历史法学派理解法律史的方法以及它的解释与当时各种目的之间的关系。另外,本书的构设并不旨在对法理学历史本身做一鳞半爪的介绍,而是旨在把历史法学派及其衍生出来的各种学派的思想模式视作当今法律科学中的一个要素进行思考,旨在就这些思想模式对当下各种目的的价值做出评估,并旨在对那些

为 19 世纪历史法学派所反对或忽视的其他解释方法的可能性进行探讨。但是,如果不把 19 世纪的各种法律史解释视作那个世纪法律思想史的一部分,又不把这些解释视作它们与其寓于其中的当今各种潮流间关系的一个部分,那么我们就不可能达到上述目的。

我要特别感谢参议员贝纳托·克罗齐(Benedetto Croce)。我在注释中征引了他的论著,而这些论著对我来说有着特别重要的意义。另外,我在撰写这些讲义时还有幸就这个论题与他进行了 xvii 讨论。最后,我还要真诚地感谢剑桥大学的法学教师以及三一学院的院长及同仁对我的友善礼待——他们的友善礼待使我同这些学者短暂的相处成了一件值得我永远铭记在心的事情。

罗斯科·庞德

1922 年 5 月 4 日

于剑桥大学

斯库里法律图书馆

第一章 法律与历史

1 法律必须稳定,但又不能静止不变。因此,所有的法律思想都力图协调稳定必要性与变化必要性这两种彼此冲突的要求。一般安全中的社会利益促使人们去探寻某种据以彻底规制人之行动的确切基础,进而使一种坚实而稳定的社会秩序得到保障。但是,社会生活情势的不断变化却要求法律根据其他社会利益的压力和种种危及安全的新形式不断做出新的调整。因此,法律秩序就必须既稳定又灵活。人们必须根据法律应予调整的实际生活的各种变化,不断地对法律进行检查和修正。如果我们探寻原则,那么我们就必须既探索稳定的原则,又探寻变化的原则。由此可见,法律思想家所致力于解决的始终是如下几个重要问题:第一,如何将固定法律(不给个人任意行为留有任何空间)的思想与变化、发展和制定新法律的思想相协调;第二,如何将法律理论与立法理论统一起来;以及第三,如何将司法制度与司法人员执法的事实统一起来。

更为具体地讲,有关稳定必要性与变化必要性之间的协调问题,从某个方面来看,变成了一个在规则与自由裁量权之间进行调适的问题,变成了一个在根据确定的规则(或至多根据从严密确定的前提所做出的严格的推论)执行法律与根据多少受过训练的、有

经验的司法人员的直觉进行司法之间调适的问题。无论从哪个角度看,法律科学中几乎所有争论不休的问题都可以被证明是上述协调问题的不同方面。在 19 世纪的时候,分析法学派与历史法学派就法律性质的问题(亦即人们究竟是应当将法律制度中的传统成分[the traditional element]还是应当将法律制度中的命令成分²[the imperative element]视作法律类型的问题),就与立法性质相关的问题(亦即法律究竟是由法官和法学家发现的还是由有意识的立法者所制定的问题),而且还就与法律权威性之基础相关的问题(亦即权威在于理性和科学还是在于命令和主权者意志的问题),展开了诸多重大的论战。但是,上述问题的全部意义却都在于它们对规则与自由裁量权之间的调适或协调问题具有影响,或者从终极的角度来看,它们对稳定与变化——一般安全与人类个体生活——之间的协调问题具有影响。因此,这些问题既是法理学的哲学问题,也是法律中最具争议的实际问题。当我们讨论法律与道德的关系、法律与衡平之间的区别、法院与陪审团各自职权的范围、固定规则或诉讼程序中广泛司法权的可取性的时候,或者当我们讨论有关对刑事犯罪分子实行司法审判或个体化行政管理等颇具争议的问题的时候,我们都必须从根本上去探究有关稳定必要性与变化必要性之间的调适这个基本问题的各种形式。^①

为了使法律的稳定与变化相协调或相和谐,为了使法律秩序

^① 我在一篇题为《各种法律理论》(Theories of Law)一文中详尽地阐述了这一主张。该文载《耶鲁法律杂志》(*The Yale Law Journal*)第 22 卷,第 114 页。

在成为某种确定不变且不容置疑的东西的同时又能够与永无止境且变化无穷的人之欲望的强烈要求相调适,人类主要依循三条路线进行了尝试,亦即权威、哲学和历史这三条路线。古希腊和古罗马社会一开始依赖权威,尔后又依赖哲学。现代社会则先后依赖权威、哲学和历史——大致而论,现代社会从12世纪到16世纪依赖权威、17和18世纪依赖哲学、而19世纪则依赖历史。但是需要指出的是,当一种方式占据优势之时,其他的方式并没有消失。当哲学占据支配地位的时候,我们所拥有的乃是一种与权威并存并使权威本身相形见绌的哲学权威;而当历史占据支配地位的时候,我们则发现了一种与固有的权威及哲学权威并存且使这二者都黯然失色的历史权威与历史哲学。

- 3 权威观的最早形式表现为人们对由神定或神授的规则体的信奉:一方面,《汉穆拉比法典》(*Hammurabi's Code*)中就有太阳神将业已制定好的规则体赐给汉穆拉比的记述;另一方面,《摩西法典》(*The Mosaic Law*)或《摩奴法典》(*The Law of Manu*)中则有摩奴之子在摩奴亲临现场并在其指导下向圣贤们口授法典的记述。权威观的最新形式表现为这样一种信条,即在一个按政治方式组织的社会中,法律乃是主权者的命令体,并最终依赖于任何被认为存在于主权者能力背后的基础。这曾是共和时期罗马法学家关于严格法的学说;此外,既然罗马皇帝代行罗马人的全部法律权力,那么人们就可以由此得出这样一项法律命题,即罗马皇帝的意志具有法律效力。这种思维方式乃是与16和17世纪法国那些支持王室权威的法学家的权威观相一致的;此后通过这些法学家,对权威的上述理解又被注入进了现代公法学说之中。1688年以后,

这种权威观念轻易地就与柯克(Coke)所主张的议会万能(the omnipotence of Parliament)的思想融合在了一起,并且成了英国的正统学说;现在,柯克的这一思想已成了政治上的现实。另外,在美国革命及其后的法国大革命中,“人民”被认为是英国议会主权或法国国王主权的取代者;这时,这种权威观念就很容易与人民主权的观念(a conception of popular sovereignty)相符合。在所有上述形式中,权威观都在法律秩序的背后安置了一个唯一的、终极的和不容置疑的权威,并且把它作为每一项法律律令的渊源——它所宣称的意志因此也就具有了约束力。它宣称,在司法过程中实际适用的所有规则,都直接或间接地出自于最高权威这一渊源。它把法律解释视作是确定该项律令制定者的实存意图的一种简单过程;而把法律适用视作是一种有关准确无误的法律逻辑的纯粹机械过程——在这种机械过程中,有关谁碰巧成了法律的解释者或法律的适用者,而又何以由他来解释或适用法律等问题,对于法律适用的结果来说根本就是无关紧要的。为了取代早期法典中的自然神或宗教神(the nature-god or religious god),权威观确立了一尊以人民或国家为形式的政治神(a political god)。按照这种方式进行思考的人对法律稳定必要性的关注,远甚于他们对法律变化必要性的关注。他们通常都否认法律的变化,至少是很容易就对法律表象后面不断发生的变化熟视无睹。这些人一次又一次地做出了不可避免的修正,但是他们所采取的方式却是:更改明文记载的启示、采用各种保留原有文字但同时却给予相关文本以一种全新含义的解释、杜撰各种常常可以与激发儿童想象力的说法(“让我们来玩”某个游戏)相类似的虚构,甚或炮制种种

权威性的新神谕去陈述旧启示这样一种更为微妙的虚构,等等。当这些信奉权威的人充分意识到了所发生的变化并且被迫为此去寻求一个确定且绝对的基础的时候,他们就会把他们的政治神经过审慎思虑而公布的某种特别的创造物或新的启示作为其基设。

当政治、商业或工业广泛而迅速地扩展暂时致使变更法律的必要性成了人们最主要的关注点时,他们就会求助于哲学。这是因为:如果需要对法典中最僵硬的内容进行“解释”或“适用”(在揭示那些术语趋于隐藏的种种适应性的同时),进而使之适应生活的变化,那么最为迅速的法律发展或扩展也不会允许法律人忽视人们对法律稳定性的诉求。因此,对一种具有指导作用和组织作用的理论的需求,取代了建立一种终极的且不容置疑的法律渊源之理论的需求;而根据这种具有指导作用和组织作用的理论,人们便可以使法律的发展与维护一般安全相协调。在实践中,法律的变化或发展可以通过将某种新技术适用于旧的内容或者通过将大体经过修正的旧内容与从法律外获得的新内容加以综合的方式而得到发展。通常来讲,这一过程主要是一种以类比的方式发展旧内容的过程,亦即对旧的内容进行增补删减、综合归纳,以及至少在一定程度上用旧的内容谨慎地开拓新路并运用反复试错的方式揭示出新的方向。从英国衡平法的早期历史中和美国制度形成时期一些州的早期法律史中,人们可以看到,这样一种过程很容易扰乱一般安全。为了维系一般安全,人们就需要有某种东西来确定新的技术、划定修正的路线、指导以类比方式进行的增补删减并为试错过程设定限制。无论是在古罗马法中,还是在 17 和 18 世纪现

代法类比时期中,这一需要都经由表现为自然法理论(the theory of a law of nature)的哲学而得到了满足。

事实上,以自然法理论为依据的法学家、法学教科书的撰写者、法官或立法者,都是通过参照一种有关特定时空之社会秩序的理想图景以及一种根据该理想社会秩序而形成的有关法律目的的观念去评估各种情势和努力解决各种问题的。实际上,他们之所以如此努力型构或建构法律制度和法律律令,其原因就在于他们认为法律秩序应当维护和发展这一理想。需要指出的是,尽管这种理想化的社会秩序图景在实践中足以使他们在发展法律时适当兼顾一般安全,但是它却并不是一种充分的保障。正如权威观念在此前就已经表明的那样,它既不能满足人们对建立一种完美无缺而又恒定不变的法律的欲求,也不足以向人类证明这样一个道理,即由于法律赖以为基础的某种东西要比人的意志更稳定,要比人们实现公平待遇的欲求更恒久,要比人类的智慧更值得信赖,因此它可以要求人类完全且无条件的服从。据此,社会秩序的这种理想被认为是最基本的现实,而法律制度、法律规则和法律学说只不过是对其的反映或宣告。事实上,人们并不是按这种方式论述这个问题的。自然法理论认为:第一,自然法乃是一种精准地表达了法律理念的法律;第二,一项自然法规则就是一种精准地表达了适用于所受理问题的法律理念的规则;第三,实在法的全部效力都来自于它所反映并宣告的这种自然法。但是,一切事物所依赖的这种法律理念,却是一种用法理学的方法对特定时空之社会秩序所构设的理想化图景。

最初,作为一种法理学学说的自然法理论,乃是一种有关制定法律的理论。法律中的旧内容应当接受这个理想的检验并通过修正以使它们符合这一理想;如果它们无法与这一理想相符合,那么就应当予以否弃。如果存在着需要填补的空白,那么就应当依据这一理想方案进行填补。然而,在一般安全利益的压力下,自然法理论又趋于成为一种法律理论。因此,一种新的权威,亦即“事物之本性”或“人之本性”这种哲学权威,便应运确立起来了。法律秩序再一次成了神的启示。这个新的法律之神(the juristic god)被称作“理性”,它被认为是一种与权威敌对的力量。但是值得注意的是,“理性”只同除它自己以外的其他诸神之权威相抗衡。一旦法律世界依其想象而得到改造,法律进程、法律结构和法学说就会像在自然神、宗教神或政治神的统治下一样变得僵化、固化和难以改变,因为哲学启示仅提供了一幅理想化的社会图景。法律人主要是根据他们学过的法律素材来填补其间的细节的;一旦这些细节填补完毕,这种法律秩序便获得了理想方案的所有权威性。为了迎合“美国制度之本性”这个理想观念而改造普通法教条的事例,在美国宪法中可以说比比皆是;它们被确定为自然法的内容,而且不受立法变化的影响。

然而,从哲学上对法律的稳定与变化进行调和毕竟是一个显著的进步,因为如果这种努力使得该项方案超出了人定法的立法者的能力所及,那么它便会要求人们对这一大厦的各个细节进行详尽的研究,以确使它们与该项方案相符合。因此,这种努力考虑到了实在法本身中的各种变化。再者,虽然这一方案在被人们发现时就是恒久不变的,但是它也是由理性发现的,而且人们总是可

以争辩说,相对于完善的方案来说,人们在此前所认为的那项权威性的方案只不过是一项不完善的相似方案罢了。当各种法律制度像英国衡平法的发展与英国法吸纳商法那样可以自由地从外部世界吸收素材的时候,自然法理论起到了很大的作用。但是,当这种吸纳过程暂告完成的时候,当法律的稳定性要求暂停这种吸纳过程以便充分消化其在发展期间所吸纳的东西的时候,当法律的稳定性又要求内部细节彼此协调、系统化和有序化而不是要求创造的时候,自然法理论也就无法再满足上述各种需要了。简而言之,这要求人们从稳定的角度而不是从变化的角度对法律的稳定与变化进行调和,而这一调和努力则是通过历史观予以实现的。

法律领域与其他一切领域一样,19世纪乃是历史观支配的世纪(the century of history)。18世纪的每一项判例、每一部论著和每一部法规都以法律哲学为前设,而且都自觉或不自觉地构成了哲学解释的一部分。与此相同,19世纪的每一项判例、每一部论著和每一部法规(从对它的解释和适用来看,如果不是从对它的认识和制定来看)也都是以法律史为前设的,而且还作为历史的一部分都自觉或不自觉地包含了一种对历史的解释。因此,虽然专业法律史学家对于本书的讨论极为重要,但是我们还是不能把自己的眼光仅仅局限在他们的身上。我们必须把全部的法律文献——判例、法理著述和制定法——都考虑进去,因为在19世纪,人们关于历史和历史解释的观念影响了所有的法律和所有的法律文献。

在这个方面,19世纪的上述情形与此前的法律文献之间存在

着一种根本的区别。保留在《学说汇纂》(*The Digest*)中的罗马法简史,系庞波尼尤斯(Pomponius)所著,但它只不过是罗马法教义梗概的一个有趣的绪言而已。它告诉了我们几个人的名字,这些人建立了罗马法律秩序中的几项制度;它指出了最权威的制定法是由谁建议的;它还告诉了我们一些法学家的名字,这些法学家通过解答、言说和著述的方式宣称并传播了种种适用于法律争讼的存在于事物本性之中的原则。即使将这篇绪言删去或从头到尾彻底改写一遍,绪言之后的所有内容(亦即指罗马法教义梗概等内容)的意义也不会发生任何变化。盖尤斯(Gaius)置于其《十二铜表法》(*The Twelve Tables*)评注之前的略带有辩护性质的前言,亦是如此。他实际上是在追问这样一个问题,即一个人在评注罗马法时,为什么要始于罗马城的创建?由于这种始于源头的历史考察不仅仅是一篇绪言——他从修辞本身的角度出发对这个问题做了明确的论证,因此可以说它是哲学态度的一个部分。一事物唯有在其各个部分都完整时才是完美的,因而任何事物的开端也都是其重要的组成部分。因此,自然的或理想的评注必须将历史包括进去。^① 12至15世纪的罗马法教师和罗马法研究者并没有把罗马法视作是历史的一部分,而是把它看作是权威。由于查士

^① “根据我对罗马人的法律的看法,为了阐述古代法而追溯到罗马城的建立,似乎是正确的,也是当然的。毋庸赘言,这不是因为我要写冗长的解释,而是因为我注意到,在所有的事务之中,唯有当相关事物之各部分都得到完成以后,该项事物才会完美。毫无疑问,开端乃是任何事情的最为基本的部分。再者,如果说有人在讲坛上争论一项诉案并且在未经初步陈述的时候就将该案件移交给法官的做法乃是极其可笑的,那么我们就可以说,一个人不顾开端、切割掉历史原因并且无知地即刻就处理应予解释的论题的做法,就是极不合适的。”Gaius(*on the Law of the Twelve Tables*, I), *Digest*, 1, 2, 1.

丁尼(Justinian)的继承者仍旧坐在奥古斯丁(Augustus)的宝座上,所以他们所宣称的查士丁尼的意志实际上是一种活的权威体系。对这些继承者来说,根本就不存在什么历史问题,所存在的只是如何解释和适用一项有约束力的法律条文的问题。居雅斯(Cujas)一直被认为是历史法学派的先驱;他所著的法律史,作为当时知识运动的一部分,乃是对古典古代所做的一种人道主义的重构;但是它却并不试图将历史上发现的那些原则归于查士丁尼的王权。即使是康林(Conring)所做的得到广泛承认的历史研究,^①也只是表明,在哲学取代了权威因而有关罗马帝国的法律及政治持续有效的教条已失去支配作用以后,关键的问题已不再是奥古斯丁和查士丁尼的真正王权了;因此我们可以说,他的历史研究只是推翻了此前被归于王权的东西。

19世纪以前撰写的有关英国法律史的论著与19世纪的法律史有着一种更为紧密的联系,因为这些英国法律史论著带着一种民族主义的色彩,而且还有着—个直接而现实的目的,即为法律秩序确立—种历史权威的基础。福特斯库(Fortescue)撰写了一本历史概论,以说明英国在此之前—直受着罗马时代以前的英国习惯的统治。他既不认为英国的不成文普通法拥有查士丁尼的权威,也不宣称它拥有任何其他最高立法者的权威。但是,“成文法”却规定,在没有成文法的情形下,古老悠久的习惯具有与成文法同样的权威,而且历史也表明,英国的普通法乃是英国人—直用来裁

^① Stobbe, *Hermann Conring, Der Begründer der deutschen Rechtsgeschichte* (1870).