



当代法学名著译丛

法律制度

原著 弗里德曼

翻译 李琼英 林欣

中国政法大学出版社

PDG

“当代法学名著译丛”

总 序

现代法制的建设能否成功，不仅取决于政治的力量，也有赖于学术的质量。因为无论是总结本国的实践经验把它抽象为普遍适用的规范，还是借鉴外国的成功方法以缩短摸索的过程或减少失误的代价，都需要能保证择优决策的见地，从而也就需要在法律、制度及其社会效果研究上的理论造诣。

那么，怎样才能提高法律学术的质量呢？主要途径不外乎三条：弘扬文化遗产、进行知识创新以及输入海外学说。而在中国，要实现法学的创造性发展，首先必须大力采撷世界上先进的研究成果，咀嚼其章句，玩味其技巧，消化其原理。

众所周知，中国法家的传统是“法无二解”、“以吏为师”，法解释的技术和法现象的学说因而不得昌明。尽管在两汉时代民间曾有过律学之盛，魏晋以降国家也设了律博士之制，但是，随着德治精神浸润整个社会，律学日渐式微。依法治国的制度构思，在宋朝中叶一度回光返照之后，便无以为继，终成绝响。从那时起直至近世，在中国士大夫的普遍心态以及传统学术的整体格局上，律学的地位可以说是无足轻重。这与文艺复兴后西欧知识界崇尚

法学的风气适成对照。由于历史文化传统的这种缺陷，要振兴中国的法律学术，不得不特别致力于译和钻研西方典籍。

外国法学名著的汉译，可以追溯到 1839 年，当时，林则徐出于办理外交、周旋列强的需要，约请美国医生伯驾（Peter Parker）翻译了瑞士法学家滑达尔（E. de Vattel）的名著《万国律例》（Le Droit des Gens）的有关章节。美国传教士丁韪良（William A. P. Martin）翻译的《万国公法》于 1864 年问世，该书以及此后其他若干法律译著的陆续出版，极大地促进了西方法律知识在中国乃至日本的传播。

但是，中国学者自身有意识地精选海外法学不朽之作翻译出版的努力，却是在百日维新失败之后，以严复翻译孟德斯鸠的《法意》为典型。这时，邻邦日本早已后来居上，对荷兰、英国、法国和德国的法规和理论进行了较系统的研究，并据此确立了制度建设的方针政策。从 1877 年起，翻译和研读西方法律文献的热潮席卷东瀛列岛，不过十余年便有一批法律俊才脱颖而出。清末立宪期间修订法律馆编译的《法学名著》就包括了不少日本法学家的论述。沈家本为该书作序，其中对比中日两国研究西方法学的不同态度、不同结果，感慨万端，跃然纸上，直到 20 世纪即将结束的今天，他那沉重的叹息声仍在撞击着我们的的心灵，引发着我们的反省。

值得欣喜的是，我国近年来，一大批翻译、介绍和研究西方法学经典的颇有份量的出版物纷纷问世，透露出“春江水暖”的消息；由几位广受尊敬的前辈法学家指导和推行的“外国法律文库”的编译工作，还显示出了“极高明而道中庸”的恢弘气象。

为承继前贤鸿图，我们，一群分布在国内和海外的法律学徒也集结起来，愿以绵薄之力，推动沟通东西学术、接轨国际法制的时代大业。在中国政法大学出版社的热忱支持下，我们创办了“当代法学名著译丛”。

这套翻译丛书拟分为三辑：(1) 有代表性的理论流派的主要著述，(2) 有典型性的政法制度的精辟评介，以及 (3) 有实用性的法庭技术的学理研究。我们根据学术价值和现实需要、并兼顾与国内已有译著的互补性设定了本项目的选题基准，空间范围是西欧、北美和东亚的发达国家，时间范围是 1970 年以后，质量范围是原著有广泛的影响和公认的重要性（基本上按照在学术文献中引用的频度来衡量），不拘泥于经典作品。有必要说明，之所以拿 1970 年作翻译对象的底线，是因为从那时起开始发生全球性的社会结构大变动，西方各国的法律体系和法学体系也相应地进行了反思和改组；与此串连的新趋势、新思潮，既是当今中国与世界对话的语义背景，也必将关系到今后中国制度建设的走向。如果我们不想在法律领域中扮演堂·吉珂德式的角色，那就必须对正在形成的世界性社会秩序的本质进行有深度、更系统的理解和把握。

译事不容易。与其他学科相比，法理文献的翻译尤其困难。因为法律是文化现象的一部分，与整个社会结构有着千丝万缕的对位联系；其可视性、即物性又较弱，属于用抽象概念构筑的符号性体系。从德国和日本大规模输入国外法学成果的历史过程可以认识到，生造词汇和误解原文的现象在一定阶段是难以避免的；即使译者通过研读，对原著已达到了融会贯通的境界，在表述上仍然可能使人感到艰涩。尽管如此，我们还是要竭力防止误译，并在完全忠实于作者本意的前提下，争取行文的流畅隽永。值得庆幸的是，在编辑“当代法学名著译丛”过程中共襄苦差的朋友们都学有专攻、娴于外语，对所从事的事业又情有独钟，相信这些条件可以保证翻译和出版的效率与质量。

有人说过，在理解原著、推敲精义方面，从译事中获益最大的是译者本人。这是治学的经验之谈，也表现了一份“只管耕耘、不问收获”的淡泊。当然，如果我们的工作不以“著文以自娱”为

限，还能够进一步为改革和建设新制度而丰富思路，为识别和批判谬误而提供利器，那么为之欣庆者就远远不止是这一些有心回馈祖国的书生了。

“当代法学名著译丛”编辑委员会 谨识

法的根源与效果（代译序）

季卫东

弗里德曼 1930 年出生在芝加哥，1951 年获得芝加哥大学法学院 J. D. 学位和律师资格；曾在法律事务所从事过两年实际业务，1957 年转入学界，先后在圣路易斯大学、威斯康辛大学就职，从 1968 年至今一直担当斯坦福大学法学院教授，并历任美国法与社会学会、法史学会的主席。他的讲义范围十分广泛，包括美国法概论、法与社会变动、美国法史、刑事司法史、法与社会科学、法社会学、宪法、行政法、财产法、契约法、信托法、社会福利法等等。主要著作有《美国契约法》（1965）、《美国法的历史》（1973 年，获年度最优秀法学著作奖 Scribes Award）、《法律制度：从社会科学角度观察》（1975 年，获三年一度的法科图书大奖 Triennia Coif Book Award）、《法与社会导论》（1977 年）、《总体的正义》（1985 年）、《选择的共和国》（1990 年）。他与麦考利（Stewart Macauley）共同编著的《法与行为科学》（1969 年初版，1977 年再版）是战后美国法社会学研究的集大成，至今仍是这一领域最好的入门指南。

从学术谱系看，作者有以下几个特点：（1）在现实主义法学影响下进行的片断的、经验的研究已有一定累积，需要为法的体系与法的过程描绘一幅综合性的图像，弗里德曼于是应运而生。他从一个基本视角来概括种种法的现象、进而构筑统一的理论体系的意图和手法，在《法律制度》这本书中得到了淋漓尽致的发挥，由此也展示了法社会学概论的一种典型。（2）弗里德曼没有积极

参与美国流行的实地调查，也没有采用行为科学的经验研究方法——尽管他对于调查资料和行为观察的实证分析有很好的理解。他的本领是运用历史素材，通过第二手分析（secondary analysis）来发现重大问题。在这里我们可以看到美国法社会史研究的先驱者哈斯特（James Willard Hurst）的影响，正是由于这个缘故，弗里德曼被视为法制史领域“威斯康辛学派”的当今代表人物之一。（3）作者很重视外国的法学理论，并且大量引用了德文原著，这在自我中心的美国学者中是难能可贵的。他的写作风格很像韦伯（Max Weber），使法社会学显得与其说是条分缕析的“科学”，毋宁说是森罗万象的“学问”。（4）作者没有明言方法论问题，从他在本书中对塞尔兹尼克（Philip Selznick）理论的规范性时有微词（pp. 10, 286—287）的态度可以发现明显的现实主义或实证主义的倾向。但是，如果把他与布莱克（Donald Black）作一比较就会看到，弗里德曼并没有洗净律师生活给他留下的规范主义痕迹。关于这一点，一位持不同意见的评论家为他勾勒的肖像非常生动有趣：“弗里德曼就像一个精明的律师，兼有卓越的社会洞察力、可靠的常识、出奇的博闻强识，外加一点儿应景的‘理论’”。的确，弗里德曼其文风尚明晓，其学说也平易近人；但不能因而否定他观察敏锐、见解独到的长处。对于易见木不见林的实证主义法律家而言，这种视野辽阔的研究也是很有些借鉴价值的。

一、法的文化多元主义的先声

弗里德曼的这本著作和胡克尔（M. B. Hooker）《法多元主义》同在1975年付梓，标志着西方法学界对于单纯的“传统法对现代法”分析框架和单维进化模式的反思的开始。值得注意的是，弗里德曼在分析了各国法文化和国内的亚文化之后，明确指出现代的法文化具有工具性正统化的特征，由此导致了法的不安定性

(pp. 204—205)，并把当今美国法文化的基本因素概括为：权威的多元性和“诸侯政治”（warlord system）、司法优势——特别是联邦最高法院的政治性和积极性、强烈的个人权利意识以及通过诉讼影响法秩序和社会变迁等（pp. 210—213）。这种观点实际上暗示着后现代法学形成和发展的前提。

在本书中作者分析了多元主义的各种类型。以结构为基准来分类则有垂直的多元主义和平面的多元主义；以属性为基准来分类则有文化多元主义、政治多元主义及社会经济多元主义。与上述类型相对应，法也呈现出不同的状态。要正确理解这些形形色色的法现象，必须对法文化有所研究（pp. 196ff.）。弗里德曼认为，法文化有两个不同的层次，一个是普通民众对法的态度和价值观（可以称之为“外在的法文化”）。在大多数社会中，法的大众文化是不统一的，而其中最重要的问题是如何在这种难以互相理解和承认的多元情形下确保正统性，即树立尊敬和认可法的体系、过程的态度。相对于外在的法文化，涉及法律家的态度和价值观的内在法文化得到了更多的重视和研究。作者主要从法律推论的角度来考察内在法文化及其与社会的关系（pp. 223ff.）。

可以说，弗里德曼关于法律推论的阐述是本书中最精彩的一部分，从法社会学的视角观察权利的概念、法条主义（legalism）、法的拟制·类推·解释的规则和技术，在当时的美国是颇有创意的。他指出，西方各国上诉法院的作用有一个共同的显著特征，这就是公布经过推理论证的书面意见——它们不仅是解决两造纠纷的裁决，而且阐明判断的理由和正当性的根据。所谓法律推论，是指对于特定的法行为的理由的正式表述，必须具有权威性。并非一切法行为都有推理论证的义务。因为法律中具有两种不同的正统性，即“初生正统性”（primary legitimacy）和“派生正统性”（derivative legitimacy），前者是不需要说明理由的神圣物，而后者是需要证明的世俗权威——包括普遍权威和特定权威。只有在派

生正统性中的特定权威的场合才运用作为正统化工具的法律推论（pp. 235—237）。

在多数法律系统中，法的命题可以分为两种：一种是可以作为法律推论的前提的“合法性”命题，另一种是不能作为法律前提的“非法性”命题；严格区分合法性命题和非法性命题的法律系统是“封闭性”系统，反之则是“开放性”系统。另外，法律系统对革新的不同反应也可以作为分类标准，于是有“接受革新”的系统和“拒绝革新”的系统。这样两套分类互相组合，可以得出法律推论的四种理想型。即：（1）法律神学的推论——由于法律决定拘泥于某一经典的教义，很难接受变化的观念，法的拟制、形式主义、烦琐的手续以及类推占有越来越重要的位置。（2）法律科学的推论——其前提的体系是固定的、封闭的，但却可以接受革新，法学者犹如生物学者可以在有限制的条件下发现和推导新的法命题。（3）习惯法的推论——其前提是开放的，但却抵制变化，换言之，法律系统无条件地吸收社会规范而不据此改变自身的结构。（4）法律工具主义的推论——既具有开放的前提又接受革新，决定不受技术性合法规则的束缚，强调实质合理性。其中有两种表现：革命的合法性和福利的合法性。严格说来，法律家所谓的法律推论仅限于封闭的系统；当然，封闭性的程度是可以不同的。在封闭系统中，法律的逻辑和解释规则有别于日常的逻辑和议论（pp. 237—247）。

弗里德曼关于现代法文化中存在的多元化与多元化的价值悖论的说明是大可玩味的。法的现代化导致了法制的统一和普遍性；文化多元性的缩减既是一个自然发生的历史过程，又是职业法律家的操作程序（pp. 218ff.）。但是，法的现代化同时也带来了固有成法与移植法、国家秩序与民间秩序、个人权利的扩张与组织权力的扩张等特殊倾向。采取法的社会起源论立场（p. 142）的作者既然提示了这样的法律形成的公式，即不同集团的利害关心→

亚文化群→权利诉求→法行为（pp. 144ff.），那么他就不能不承认法意识形态的内在矛盾性和法律结构的复合性。也只有这样，他才能首尾一贯地解释在社会变迁的影响下发生的各个法规的进化运动，尤其是法律规范明确性的变化——明确的准则由于社会现实的压力而变得不明确；反之，不明确的准则又因社会的要求而明确化（pp. 291—292）。作者对于现代法的这种多样化与均质化的辩证观点，可以参照另一本著作《美国法的历史》。在那里，他把美国法的进化过程理解为中央与地方、州与州、国与国之间在社会经济制度上的分离与统一、离心力与向心力、同一性与多元性的相互作用与选择的过程。这种法制史观在《选择的共和国》一书中进而升华到理论层次。

二、法的结构与法行为

作者把握法系统的方法特征在第一章中表现得十分清楚。他把法的系统理解为有关的制度和实际过程互相关联的整体，强调研究（1）在由规则组成的形式性结构背后创造规则的各种社会的力量，以及（2）规则反作用于社会中人们行为的效果（pp. 1—2）。为此，他设定了一个独自的概念“法行为”（legal act）并把它作为法系统分析的焦点。这个概念的涵义其实比通常所说的法的行为广泛，但由于很难找到更适宜的术语，姑且采用这种译法。按照弗里德曼本人的定义，法行为是指“有权限者在法系统内从事的一切行动”，既包括警察逮捕人犯的集体行为，也包括法官及其他法律机构作出决定、命令和规则的语言行为；既包括法的机制运作的过程，也包括国家性活动所产生的结果——在这一意义上，“法行为”与“法规范”是同义的。本书主题的展开，基本上围绕制度性的法行为对于个人的法行动（legal behavior）的影响和社会对于形成法行为的影响这两个方面。法对社会的功能通过

制裁、间接影响和内在价值等三种方式而实现；社会对法的作用则表现为基于利害关心的诉求，在利害转化为诉求的过程中，法文化起着媒介作用（pp. 3—5）。

法的过程是通过社会环境对法系统的“输入”系统对输入物的“处理”、作为处理结果的“输出”输出物对外部的“影响”和“效果”、以及在此基础上社会环境对于系统的“反馈”等步骤而构成的（pp. 11—12）。与卢曼（Niklas Luhmann）和图依布纳（Gunther Teubner）近年提出的法的自我塑成性系统（autopoietic system）论相比较，弗里德曼的论述已有“明日黄花”之嫌。但是在分析那些不涉及自组织化机制的关于法与社会的一般联系或相互作用、特别是社会控制的各种问题时，这一分析框架还不乏其实用的价值。在作者的系统论中，法行为主要与系统的输出有关，包括法与社会的变动以及法的效果这两个基本的侧面。

关于法在结构上的变动与社会变迁的关系，弗里德曼以变动的起源和结果为标准进行分类，指出了四种可能出现的方式：第一种是起源于环绕法系统的外部社会且影响仅及于法系统的变动；第二种是起源于法系统之外、通过法最后作用于外部社会的变动；第三种是在法系统的内部发生、其中一切影响也限定在法系统之内的变动；第四种是起源于法系统的内部、经过一定的法过程之后再对外部社会施加影响的变动（pp. 269—270）。一般而言，法的变动反映并取决于社会变迁，但在当代社会中通过法来变革社会的实践也具有日益重要的意义。依法的变革主要表现为变更或破坏一定的行动方式和行动期待的“否定”，以及为了控制社会活动而设计和实施一定规章制度的“计划”；它们与法律规则中的禁止性规范和授权性规范有着对应关系。而法律规则又可以相对区分为可以无歧义地确定适用对象的“客观性规则”和留有选择余地的“裁量性规则”（pp. 30—31）。对于市场经济，明确的客观性法律规则是不可或缺的；不明确的裁量性法律规则也许

更具有实质上的公平，但有益于效率，也容易招致腐败（pp. 34—35）。

在根据法进行社会变动的场合，法行为的影响和效果势必成为人们关注的中心问题。所谓法的影响，指群众的遵守、利用、规避法律规则的行动中与法行为有因果关系的那一部分；在法的影响中，符合法行为的意图的人们行动的变化则被称为法的效果（p. 45）。作者认为，在实现法的效果方面制裁的功能是不可否认的，但是由于制裁的发动往往伴随着诸如耻辱烙印之类的非正式制裁，因而要注意防止过渡惩罚的危险（pp. 101—103）。另外，周围小环境的影响和个人的内在价值等文化因素也会左右法的影响和效果（p. 108）。在决定守法程度的内在价值中，正统性的观念非常重要。但是弗里德曼反对卢曼关于通过程序的正统化的观点，特别强调实质的重要性（pp. 115ff.）。

从以上的介绍可以看到，作者对于法系统的分析不是面面俱到而是聚焦一点，即围绕法行为的效果展开论述。这样的特殊视角限制了本书的容量，使法律职业、审判过程、法与非正式的解决纠纷方式等重大主题不是被置于研究的射程之外，就是只得到轻描淡写。由于对法现象的认识集中在守法行为上，结果大部分篇幅都用于法的边缘问题，而法本身、即“法之为何物”这一核心问题却被视为自明的前提。不过这些弱点后来在其《法与社会的导论》中得到了一定程度的弥补。

序 言

关于法律的性质、实践或历史的入门书并不缺。这类书有一些只涉及一个国家的法律，有一些自称涉及面更广泛。大部分这类书自然是由律师们写的，因此它们反映了律师的观点。当然，人们有根据以很多方式来观察法律。律师多半是从内部观察。他按照法律的方式来判断法律，他学过某些标准，以此来衡量法律实践和规则。或者他写实际事务，如如何运用法律，如何按法律办事。这本书属于另一类型。它从外部观察法律。它试图从社会科学观点对待法律制度，它基本上认为法律只是许多社会制度中的一种，社会上的其他社会制度赋予它意义和作用。本书将引用一些术语和概念来展开这个观点，按照行为来描述、解释法律制度。本书还将对法律行为列出几个简单的主张，这是从对法律过程的经验主义研究中提炼出来的。

因此，本书试图从一个观点解答社会科学如何看待法律。从某种意义上说，社会科学对法律有很多看法；从另一意义上说，看法却惊人地少。这“很多”是分散在许多学科和文章中的。这种分散使已知的东西显得比实际还少。然而，总的来说，很少研究直接涉及法律过程，除了一些显著的例外，法律社会学的大量作品都是最近产生的，行为政治学也是新的，法律和心理学科学刚刚开始，经济学和人类学有一些贡献，还须作出更多努力。

很明显，各学科都可提供其见解。制定、适用或运用法律的人都是人，他们的行为是社会行为，然而，研究是在与其他社会科学研究相对隔离的情况下进行的，可能律师和法学家不够热情好客。而且，当今世界的法律量很大，而且惊人地专门，容易把

外行吓跑。

本书论述一般的法律，但是，由于每个社会有其自己的法律制度，本书最适合美国的法律制度，我对该制度最熟悉；而且，人们对美国法律可能比其他法律研究得更多。然而，社会科学认为其效力超出特定的文化，本书吸收了对不同时期许多法律制度的研究，任何试验或研究要严密精确，都必须经过空间和时间的比较。

法律制度内容很大，有许多方面，下面各章只反映了其中的一些方面，没有人能论述一个国家的整个法律，更无法论述许多国家的整个法律。我这里论述的是我认为有助于理解对法律的社会研究的法律的一些方面。还有其他观点、其他方面。省略的东西不会被湮没在黑暗之中。

拉塞尔·塞奇基金会慷慨地资助了本书的工作。我特别要感谢基金会和斯坦顿·惠勒始终如一的帮助。我还要感谢斯坦福大学法学院领导和教工，特别是迈伦·雅各布斯坦及其法律图书馆中同事们的支持和合作；感谢乔伊·圣约翰夫人在准备底稿时给予的巨大帮助。本书大大得益于脚注中的古今学者，是他们帮助我完成了这本作品。我还要特别感谢保罗·布雷斯特、杰克·拉丁斯基、理查德·伦珀特、斯图尔特·麦考利、约翰·H·梅里曼和亚当·波德戈雷基对底稿及有关研究的帮助。我还要感谢拉塞尔·塞奇基金会的琼·C·约德，她使本书得以顺利高效地出版。

劳伦斯·M·弗里德曼



当代法学名著译丛

“当代法学名著译丛”的翻译和出版得到了日本国冈松庆久家族基金的赞助，特此铭记，以表谢意

“当代法学名著译丛”编辑委员会

编 委 (以姓氏拼音为序)

程 远	高鸿钧	贺卫方	季卫东
梁治平	刘广安	齐海滨	申政武
王 晨	王亚新	王志安	夏 勇
张志铭	朱苏力		

主 编 季卫东

副 主 编 张志铭 贺卫方

丛书编辑 丁小宣 宋 军

目 录

总序

法的根源与效果（代译序）

序言

第一章 法律制度	(1)
法律制度	(5)
法律制度及其组成部分	(13)
法律制度的职能	(19)
法律作为分配制度	(23)
第二章 论法律行为	(29)
论法律裁量	(36)
论授权和核准	(44)
规则的等级制度	(46)
论规则的现实性	(48)
第三章 论法律影响	(52)
影响和目的的概念	(56)
衡量影响	(59)
影响：一些先决条件	(65)
行为的理论	(73)

第四章 法律何时有效 (I)	(77)
制裁	(80)
制止和死刑	(85)
制止曲线	(87)
威胁或许诺的特点	(89)
制裁对象的特点	(98)
要控制的行动的特点	(100)
进行制裁的技术	(106)
论法律的不执行：决定向法律效力投资	(109)
执行的技术	(115)
谈一下耻辱和羞愧	(117)
第五章 法律何时有效 (II)	(122)
法律的影响：同等地位人集团和亚文化团	(122)
第三种力量：内心声音的影响	(128)
合法性和文化	(131)
合法性和服从	(133)
和谐的因素，矛盾的因素	(139)
法律作为学习过程	(144)
第三因素和国家	(146)
异常行动和相互作用	(147)
简述民事方面的情况	(155)
第六章 论法和法律的起源	(160)
一般法的起源	(168)
特别法的起源	(173)
利益一览表	(175)
结构性变数	(180)