

● 法 学 译 丛 ●

徐显明 / 主编

通过法律的社会控制

〔美〕罗斯科·庞德 著

法



商務印書館

THE COMMERCIAL PRESS

法 学 译 丛

通过法律的社会控制

〔美〕罗斯科·庞德 著

沈宗灵 译

楼邦彦 校

2008 年 · 北京

图书在版编目(CIP)数据

通过法律的社会控制/[美]庞德著;沈宗灵译.
北京:商务印书馆,2008
(法学译丛)
ISBN 978-7-100-04898-9

I. 通… II. ①庞…②沈… III. 社会法学—研究
IV. D90-052

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 008392 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

法学译丛

通过法律的社会控制

[美] 罗斯科·庞德 著

沈宗灵 译

楼邦彦 校

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
北京市白帆印务有限公司印刷
ISBN 978-7-100-04898-9

1984年4月第1版

开本787×960 1/16

2008年11月北京第2次印刷 印张4%

定价:12.00元

SOCIAL CONTROL THROUGH LAW

BY

Roscoe Pound

© 1942 by Yale University Press.

本书根据耶鲁大学出版社 1942 年版译出

《法学译丛》编委会

主编 徐显明

编委 (按姓氏笔画排列)

方流芳	王利明	孙宪忠	米健	许传玺
许章润	吴志攀	宋英辉	张千帆	张文显
张明楷	郑永流	姜明安	袁曙宏	黄进

《法学译丛》出版理念

戊戌变法以来,中国的法治化进程伴随着频繁的政治更迭和意识形态之争,终于走完了命运多舛的百年。21 世纪的中国把依法治国,建设社会主义法治国家作为根本的治国方略,对于法学界来说,历史已经进入了前所未有的大好时期。然而利益价值多元且求和谐的世界中,中国法治社会的建设能否立足于本土资源而又有效地回应域外的种种经验与教训?这是法律学人以全球为视界所首先要思考的问题。

一方面,世界上从来没有一种整齐划一的法治模式,各国地域性知识和经验的差异性构成了法学资源的多样性。中华民族具有悠久的历史 and 丰厚的人文资源,因此,我们有充足的理由首先立足于中华民族的生活世界,既要对中国传统怀着真切的关怀,又要对中国的现实和未来满怀真诚的信任,既要有人乎其内的悲天怜命,又要有所乎其外的超然冷静,让思想听命于存在的声音而为存在寻求智慧,以将存在的真理形成语言,“为天地立心,为生民立命,为往圣继绝学,为万世开太平。”

但是另一方面,世界各国法治的多样性是以某种一致性的共识为文化表现的,否则就失去了学术交往的意义。由于初始条件的不同,人类自身智识的局限性和客观环境的复杂性等因素决定了法治进程必然是一个长期的、不断试错的过程。西方国家的法治经历了漫长的演化过程,在此期间,许多制度理念和制度模式经历的试错和检验,能够保留下来的法学思想资源具有可资借鉴的合理性和科学性。他们所经历的种种曲折,可以作为我们的前车之鉴。同时全球化的步伐日益加快,整个世界已经到了几乎是牵一发而动全身的境地,任何国家,任何民族,再也不能固执于自身的理念,盲目地摸索前行。我们确信,只有用人类创造的全部有益知识财富来丰富我们的头脑,才能够建成现

2 通过法律的社会控制

代化的社会主义法治社会。因此法学基础理论的译介和传播,对于转型期的中国法治建设具有基础性的理论价值。

商务印书馆素有重视法学译介、传播人文精神的传统。据不完全统计,民国时期,商务印行了全国60%左右的法律译作和著作,汇聚了150多位杰出的法律专家的优秀成果,留洋法学博士和法学教授的成名之作以及法律名著译介几乎都出自商务。这些译作和著作至今仍然有强大的学术生命力,许多作品仍然为学术界频繁引用。可以说,在半个世纪以前,商务印书馆一直是中国了解西方法学思想的窗口,是中国法学思想和现代人文精神的摇篮和重要的基地。

改革开放以后,商务印书馆秉承引进新知,开启民智的传统,翻译出版了许多经过时间检验,具有定评的西方经典法学著作,得到了学术界的好评。然而也留下了一些遗憾。许多思想活力并不亚于经典著作,对法治建设的影响甚至超过了经典著作的作品,因为不具有经典性而没有译介。故此,我们组织翻译这套《法学译丛》,希望将那些具有极大的思想影响力和活力的著作译介过来,以期为促进中国法学基础理论建设略尽微力。

曹丕云:“盖文章,经国之大业,不朽之盛事。年寿有时而尽,荣乐止乎其身,二者必至之常期,未若文章之无穷。是以,古之作者,寄身于翰墨,见意于篇籍,不假良史之名,不托飞驰之势,而声名自传于后。”尽管这套丛书不以“名著”命名,但是在选题和组织评介方面,我们一定会以对待名著的态度和标准而虔诚持之。学术成于新知,学理臻于共识,文化存于比较,哲思在于超越。中国法学正在鉴人知己中渐达成熟,组织好本译丛的工作,当是法学界共举之事。

徐显明

2004年12月

目 录

第一章	文明和社会控制	1
第二章	什么是法律?	17
第三章	法律的任务	31
第四章	价值问题	49

第一章

文明和社会控制

- 1 据说威廉·詹姆士*曾经说过,任何一个问题的最大敌人就是这一问题的教授们。他这样说,是指的像医药和法律这类实际活动。在这些实际活动中,从事实际业务的人不断地与生活 and 自然界的事实保持接触。他从经验里得出他的观念,而且必须经常加以改变,并改造他的理论,使其适合于必须应用这些理论的事实。另一方面,教授却从其他人的关系中去认识那些生活和自然界的事实,并且假定这些东西都是别人给予他的。他从这些事实中进行概括并整理出各种概念和理论来,然后再从中推论出更多的概念和理论;根据这些事实,他建立起一套顽强的、违反生活和自然界事实的和非常固执的教义,并企图使生活和自然界符合他的理论模型。对于我们从事各门社会科学
- 2 的人,这种看法包含着一个警告。仅拿我自己的专门领域来说,当我们回顾过去时,我们见到五十年以前的法官和律师在关于法律的业经证明具有重要意义的运动里,完全走在法学家和法学教师前面,这肯定是真确的事实。那时法律科学到处落后于立法和司法判决的实际进程。当法律科学一有实际影响时,它就起阻碍作用。我们今天对于上一代涉及社会立法的司法判决感到不满的大部分东西,就代表了当时所教授的最时新的法理学科学。来自各种未被承认的、部分被承认的、未被保障的或未被充分保障的利益的压力的压力,往往使十九世纪的真正法律完全走在当时法学理论的前面。

- 组成一个法律体系的那部分法令(precept),包含两种成分,一种是命令性成分,一种是传统性成分。前者是立法者的创作。哲学家通常对立法者提
- 3 供指导。但是他多半认为自己赋有一种支配的权力。传统性成分是经验的产物。在古罗马,它是从法学家在解答关于法庭上实际争论的各项问题的经验中产生的。在我们的法律中,它是从法院判决案件的经验中和法官们从有记录的司法经验中努力去寻找对具体争端中出现的新问题进行判决的原则中产

* 威廉·詹姆士(William James, 1842—1910年),美国实用主义首创人之一。——译者注

生的。因而,我们就有作为命令的法律,还有在经验的基础上作为对正义的确定和陈述的法律。它们各自谋求建立正义的法令。所以,它们各自都受某种理想的支配。在十八世纪以及在我国十九世纪前期,自然法理论曾为立法机关和法官提供这种理想。这是对一切民族、一切时代和一切地方都具有普遍效力的一整套理想法令的理论,这批理想法令来自关于一个理想的人打算做和不打算做、打算主张和打算承认别人主张的观念,并且是基于纯粹理性而得出来的。

在罗马法的古典时代以及在十七、十八世纪欧洲和美国的法律中,哲学作为在自然法支配下的法律的指导处于全盛时期。每一本法律著作都有一篇哲学性的导言,而重大的法案往往有一段哲理性的序言。但是除开这个理论所遇到的哲学上的困难以外,自然法不能使自己成为制定和发现法律的一个有用的工具。当自然法自称是理想的和普遍的并来自普遍理性的东西时,正像我一向惯于说的,它事实上是一种实在的自然法,而不是自然的自然法。它是对一定时间和地点的实在法的一种理想化翻版,所以在实际上,这就使法律提供对它本身的批判。例如,当英国人在槟榔屿建立了一个法院,而且必须对一个没有法律的社会执行司法时,有人认为这个法院应受自然法的支配。可是当枢密院司法委员会的韦斯特伯里勋爵*就这个法院的一起上诉案件适用自然法时,其结果是,普遍的自然法甚至在细节上都是和英国法律一模一样的。

在十九世纪后期,随着自然法的崩溃,特别在英语世界里,我们曾企图不要哲学。事实是,某些法令虽为法院所适用,但其后盾则是法院院长和他的下级部属。这些法令盖有国家的金制印章,并为政治组织社会的强力所支持。这就是我们能够依靠的东西了。这些法令乃是纯粹的法律事实。科学的法学家对于凡是没有这种金制印章和不为强力所支持的任何东西,一概不加以考虑。但是法院和律师一定会告诉我们,这种纯粹的法律事实是一种幻想。他们不能忽视法律中的一种理想成分,即使法学家业已将它丢开不管。当人们要求法院就各种具有同等权威的论证作出发点进行选择时,当人们要求法院

* 韦斯特伯里勋爵(Lord Westbury, 1800—1873年),英国大法官。——译者注

解释一项法令的本文时,当人们要求法院将一个标准适用于行为时,法院就离开法学家的纯粹法律事实,而使他们的决定去适应一个理想。因此在本世纪开始时,自然法就必然恢复,虽然并不是始终用这一名称,而且这一次也并没有给我们一个关于理想法令的普遍法典。现在自然法的任务不是给我们一批理想的普遍立法,而是给我们一种对实在法中的理想成分的鉴定。即使绝对的理想不能被证实,这种鉴定可以确定和陈述出一定时间和地点的社会理想,并且使它成为对各种论证、解释和适用标准的出发点进行选择的尺度。就像有人讲过的,我们可以有一种内容正在起着变化或形成着的自然法。

因此,在本世纪前期,就出现了法律哲学的复兴。大约在同时,孔德*在百年前所创立的社会学,即关于社会的科学,已在各门社会科学中取得了它的地位,而法律社会学也同各种社会法律哲学一起出现。但是学者们在这方面进行工作时,同样太缺乏对司法所必须处理的各种问题的知识,而且往往对各种法律体系传统成分中所陈述的、由理性所发展的经验缺乏掌握。因而,我们就不得不发展一种哲学的法律科学,即哲理法学,和一种社会学法学。我们求助于哲学、伦理学、政治学和社会学,但只是在那些被认为是法学的问题上求助。我们研究一切意义上的法律,把它当作广义的关于社会的科学的一个很专门的方面。

哲理法学理论曾被视为解决一定时期的特殊问题的办法,然后给以普遍的形式并使其用在任何地方的法律秩序的一切问题上。我们所要的并不是一种企图削足适履地强使法律适合于它的体系的法律哲学,也不是一种陷于方法论之中的、企图通过证明它具有自己的可以测定一切社会生活现象的专门方法,来为一门关于社会的科学进行辩护的法律社会学,我们所要的不过是一种知道如何利用哲学的社会学和一种知道如何利用社会哲学和哲学社会学的社会学法学。

回顾一下这一世纪的四十多年以前,我们见到已经有了很多成就。施塔姆勒**复活了法国人的所谓法律上的唯心主义。如果说他并没有为我们解决

* 孔德(Auguste Comte, 1798—1857年),法国实证主义哲学家,社会学创始人。——译者注

** 施塔姆勒(Rudolf Stammler, 1856—1938年),德国法学家,新康德主义法学首创人。——译者注

问题,他却向我们指出了问题所在。他力图使我们意识到实在法中的理想成分并力图建立关于它的理论,而十九世纪的自然法曾力图加以批判;这正像在施塔姆勒以前康德曾力图建立一些立法的原则,而康德的先辈却力图找出一部普遍的法典一样。狄骥*给了我们一种关于这一世纪初城市工业社会的理论,作为今天法律的理想成分的理论。他的理论是一种社会学的自然法。他设想法律中的每样东西都是从一个“权利和法律”的基本原则获得效力,并根据同一基本原则来加以判断。他继孔德之后力求通过观察得出上述原则,并通过进一步的观察来加以证明。事实上,他是按照涂尔干**关于社会分工的著作来进行他的观察。今天狄骥并不像过去那样时髦了。但他曾起了有益的影响。惹尼***向我们表明了实在法中技术成分的重要性,并给了我们一种关于理想成分的新经院主义哲学理论。他的《私法实在法中的科学和技术》一书并没有得到应有的重视。这本书论述到我认为法学的一个根本问题,即评价利益的尺度,它还论述到为前一个世纪的分析法学所忽视的法律的两种成分,而且他都以一种崭新的和启发的方式来对待它们。奥里乌****给了我们一种关于组织的理论,这些组织是今天社会中社会控制的重要手段。在我看来,他的理论,一种新经院主义哲学的团体主义,归根结底在试图解释和建立起一种关于成为今天社会中最活跃的集团,即劳工组织的理论,而在英语世界里,这些劳工组织无论在使用法律外的强力(当国家被认为具有对强力的垄断)时,还是控制政治组织社会的强力来达到它们的目的时,都正在成为占统治地位的要素。他所称的各种各样团体——即一些与某一时候的人物无关而一直存在的事物,它们的某些活动是不包括它们的人物在内而组织起来的,并且它们还设立了自己的权力机关和程序——这些每一个都在实现着自己的观念的各种各样的团体将代替一大群个人,其中每一个人都有一种永不终止的实际的

* 狄骥(Léon Duguit, 1859—1928年),法国法学家,社会连带主义法学首创人。——译者注

** 涂尔干(Emile Durkheim, 1858—1917年),法国早期社会学家,曾在其主要著作之一《社会学》中宣扬社会连带主义学说。——译者注

*** 惹尼(François Gény, 1861—1944年),法国法学家。——译者注

**** 奥里乌(Maurice Hauriou, 1856—1929年),法国法学家,首创团体法学。——译者注

或潜在的冲突或竞争中运用他的意志,康德曾力图对这种冲突或竞争加以安排。重要的是,我们在这里有了一种从个人以外去寻找单位的理论,同样重要的是,当这一问题正挤满在私法中时(甚至在公法具有私法观点传统的英语世界中也是如此),上述理论已很广泛地为公法作者们所接受。在这以前,埃利希*已向我们证明了作为法律秩序基础的各种关系、集团、联合以及它们之间的内在秩序在社会中的重要意义。他关于各种关系、集团和联合的内在秩序的这一观念,应该同经济决定论者们眼中的社会统治阶级强加意志的看法加以比较。他的关于包含在组成人类社会的各种关系和联合中的各种社会事实的复合体这一概念,应该同狄骥在一个经济秩序中所观察到的和检验过的社会相互依赖关系的事实加以比较。他的关于他所称的活的法律对各种概括和公式的11 反应的观念,以及他的关于那些不再反映重要关系与联合的内在秩序的各种法令和公式的观念,应该同只看到个别法官的个人行为倾向的怀疑论现实主义者的见解加以比较。他为社会学的比较法或显然正在发展中的比较社会学法学,作了一个重要的开端。

把埃利希和奥里乌同古代的和十九世纪的观念加以比较,是有益处的。古罗马人似乎在有一个时期曾以为个人是一个集团。他们竟设想只有一个人的家庭。一个人可以是只由他本人组成的一个家庭的 *paterfamilias* [家长]。这当然要回溯到以血亲集团为单位的血亲组织社会,古代社会正是从(或不久以前才从)那种社会里产生的。在一个以个人为单位的的社会里,我们惯于把集团或联合认为是个人的集合体,而在法律上曾把联合认为是一个虚构的个人。12 上一世纪之难以设想集团或联合,就像古代之难以设想单独的个人一样。我们必须再一次想到祁克**、埃利希和奥里乌使我们理解,我们必须再一次想到各种关系、集团和联合。其实,马克思的阶级斗争理论在同一方向树立了另一类型的思想。当个人独立性和自由个人意志的重要意义曾经是十九世纪法律科学的中心思想时,涂尔干的社会学和狄骥的通过分工的社会相互依赖学

* 埃利希(Eugen Ehrlich, 1862—1922年),奥地利法学家,欧洲社会学法学首创人之一。——译者注

** 祁克(Otto Friedrich von Gierke, 1841—1921年),德国法学家。——译者注

说,还为可以称为团体秩序的现象的兴起指出了方向,而这种秩序又必须同意大利的组合国家观念加以比较,在组合国家观念中,法律单位并非个人而是职业集团。所有这一切从不同角度提出的理论,都是普遍化了的关于今天的都市、工业社会的理论。

这些为我们描绘出一幅精确的现实社会图画 of 企图,必然要导向对作为实在法一部分的公认理想进行哲学批判。为了使理想成为与我们调整关系和安排行为的那些问题有关的画面,上述的那些企图是必要的。当其中的某一¹³种企图或取而代之的某一种同类的企图成为公认的、权威性的图画,传统式地教给法律工作者们,为这一专业并因而也为法官和行政官吏所接受时,它就将暂时成为实在法中的理想成分了。看一看那些用来充当法律秩序的理想和作为法律中的一种理想成分而得到具体体现的那些社会秩序的理想,看看它们如何随着它们所描绘的社会秩序的变化而逐渐地变化着,这是很有启发意义的。中世纪法律在亲属关系组织的社会中起着作用,法律的目的似乎是在这一社会中和谐一致地维护社会现状。自由竞争式的自我主张,在中世纪社会里,就像在希腊城邦的社会里一样,是不能立足的。在亲属组织的封建社会崩溃后很久,人们还可以见到这一类社会的理想继续存在。在十六世纪以后,一种自由竞争式的独立个人的社会理想,随着近代经济秩序的发展而慢慢成长¹⁴起来,并在法学思想和法律传统中代替了起源于古代并在中世纪建立起来的理想。这种较新的理想在十九世纪得到了充分的发展。诚然,它的最大限度的个人自由的自我主张概念,被康德表述为我们后来所称的法律正义。但在上一世纪结束以前,在那一世纪的公认理想中所描绘的那个社会已经开始转变,而那种理想也就慢慢地(虽然是顽强地)退出历史舞台了。

全世界的法律现在正处在一种困难的情况下,这种困难说明了三十年以来对于各种法律制度和法律正义所进行的许多公开的攻击。人们对法律不满意并且愿意尝试一下不要法律的治理,因为他们感到,(正如有的人所说的)法律一直没有合法地运行。特别在应付许多新问题和力图保障一个正在变化的经济秩序中许多新产生的迫切利益方面,法律不符合人们对它的期望。这种情况产生于公认的理想对今天法院所受理的各种冲突的和重叠的利益不能提供

- 15 满意的调整。对这样一幅图画——自足的个人处在经济上自足的近邻关系中并且在以自由竞争式的占有为基础的经济秩序中同他的邻人自由地进行着竞争,我们当然是不满意的。这种理想在上一世纪占有支配地位,它很容易适应一个垦荒式的、乡村的和农业的社会。我们完全知道这不是今天社会的真实图画。可是我们看不到用来代替旧图画的那个社会的精确图画。也许变化还没有达到我们能够描绘出新图画的程度,因而新的法律问题如何解决还没有头绪。人们对政治组织社会的强力放任自流。既然没有权威性的理想来指导这种强力,行使强力也就成了凭个人意愿、成见和偏爱办事的事情——这些正是法律力图压抑的东西。强力统治试图担当法律统治的工作。纵使 we 倾向
- 16 于给予十九世纪最后年代里所实行的法律统治以坏的评价,我们也不能不看到,它对文明所做出的成就比今天强力统治对文明正在做出的要多得多。

为了说明为什么我要从法律的理想成分这方面来探讨法律,以及为什么我要从文明的观念、从作为维护文明之方法的社会控制的观念和从法律作为社会控制的一种手段或一个方面(从这个字眼的一种意义上说)的观念出发,上面这个稍为冗长的引言似乎是必要的。

- 不论我们把文明看作事实还是观念。我认为它是各门社会科学的出发点。有人曾经说过,文明是使人类力量得到最大可能的展现。因此,就有一种过程、一种由这一过程迄今带领我们到达的状况,以及一种关于这一过程及其所导致状况的观念。但是这种提出问题的方法,对于这一代人来说,太像黑格尔所用的方式了。因此,不如让我们说,文明是人类力量不断地更加完善的发展,是人类对外在的或物质自然界和对人类目前能加以控制的内在的或人类
- 17 本性的最大限度的控制。文明的这两个方面是相互依赖的。如果不是由于人们所已达到的对内在本性的控制,他们就难以征服外在的自然界。如果人们必须随时武装自己并经常害怕受到攻击;如果没有这样一个假设,即:在文明社会中,人们必须能假定其他人不会故意侵犯他们,必须能假定那些从事某种行为的人在其行为中将适当注意以免给其他人带来遭到损害的不合理危险,那么曾使物质自然界的许多东西有可能被控制起来供人类之用的研究、试验和调查,就不可能进行了。但是,如果没有对物质自然界已经达到的那种控

制,今天生活在世界上的庞大人口也就不可能存身了。因而人们对内在本性的控制,使人们得以继承这个世界并保有和增加他们所继承的东西。各门社会科学必须研究这种对内在的或人类本性所取得的支配力——它究竟是什么,它是怎样产生的,以及最重要的是,它是怎样得以保持、促进和流传的。 18

这种支配力是直接通过社会控制来保持的,是通过人们对每个人所施加的压力来保持的。施加这种压力是为了迫使他尽自己本分来维护文明社会,并阻止他从事反社会的行为,即不符合社会秩序假定的行为。社会控制的主要手段是道德、宗教和法律。在开始有法律时,这些东西是没有什么区别的。甚至在像希腊城邦那样先进的文明中,人们通常使用同一个词来表达宗教礼仪、伦理习惯、调整关系的传统方式、城邦立法,把所有这一切看作一个整体;我们应该说,现在我们称为法律的这一名称,包括了社会控制的所有这些手段。混淆不清到了如此程度,以致在相传是柏拉图的一次对话中,苏格拉底被弄成将一本花匠的手册说成园艺的法律,将一本烹调手册说成烹调术的法律,因为花匠和厨师的传统规则同祭司、道德家、法官和立法者这样一些有权 19 宣布城邦习惯的人的传统规则,在种类上是一样的。我们所称的舆论,就是伦理习惯的一种近代形式,它是组织在各种各样的自愿联合之中的。当伦理发展的结果产生了道德体系时,就出现一种法律发展的阶段,在这个阶段中,人们试图将法律和道德等同起来,使一切道德戒律本身也成为法令。有组织的宗教,在这个发展的主要手段中是相当重要的一个。在文明史的一段很长时期内,它负担了大部分的社会控制。很多早期的法律,接收了各种宗教制度和宗教戒律,并用国家的强力加以支持。在英国法律的早期,我们发现有一个盎格鲁—撒克逊的国王,像对基督教徒那样劝告他的人民保持和平,而不是像对臣民那样命令他们。当西罗马帝国崩溃时,教会在大约六个世纪内是社会控制的主要手段,而在中世纪后期,教会法庭和教会法律,同国家的法院同等地分掌对调整关系和安排行为的管辖权。法律中的理想成分,今天同宗教仍有 20 密切的关系,当代的一个重要法学家就告诉我们说,他认为哲学不能给我们以我们所需要的价值尺度,我们必须仰赖于宗教。

在近代世界,法律成了社会控制的主要手段。在当前的社会中,我们主要