

这本体量轻盈的小书将赢得读者青睐，因为只需耗费少许时间，便能读完此书，换来的则是一位法学巨擘关于万花筒般的当代法律图景的讲解和点拨。

《北卡罗来纳评论》(North Carolina Review)

法的新路径

New Paths of the Law

(附：法律的正义)

〔美〕罗斯科·庞德 / 著

李立丰 / 译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

1950年4月内布拉斯加大学“罗斯科·庞德讲席”开幕演讲

法的新路径

New Paths of the Law

(附: 法律的正义)

[美] 罗斯科·庞德 / 著

李立丰 / 译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

法的新路径/(美)庞德(Pound, R.)著;李立丰译.
—北京:北京大学出版社,2016.6
ISBN 978-7-301-27204-6

I. ①法… II. ①庞… ②李… III. ①法学—研究 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 123055 号

- | | |
|-------|---|
| 书 名 | 法的新路径
FA DE XINLUJING |
| 著作责任者 | 〔美〕罗斯科·庞德 著 李立丰 译 |
| 责任编辑 | 柯 恒 |
| 标准书号 | ISBN 978-7-301-27204-6 |
| 出版发行 | 北京大学出版社 |
| 地 址 | 北京市海淀区成府路 205 号 100871 |
| 网 址 | http://www.pup.cn http://www.yandayuanzhao.com |
| 电子信箱 | yandayuanzhao@163.com |
| 新浪微博 | @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书 |
| 电 话 | 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788 |
| 印刷者 | 北京中科印刷有限公司 |
| 经 销 者 | 新华书店 |
| | 880 毫米×1230 毫米 32 开本 4.5 印张 53 千字 |
| | 2016 年 6 月第 1 版 2016 年 6 月第 1 次印刷 |
| 定 价 | 25.00 元 |

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

前 言

《法的新路径》*一书正文所收各篇,皆为庞德教授1950年4月24日至26日在内布拉斯加大学所作的演

* 本书英文原名为 *New Paths of The Law*, 国内较早有学者将其译为《法律的新路》,具体可参见顾维熊:《反动的庞德实用主义法学思想》,载《法学研究》1963年第5期,第43页注释。但译者并未采此译法,而是选择将其译为《法的新路径》,其关键区别在于,如何准确把握庞德所选用的‘The Law’一词。译者参考法理学家德沃金的介绍及潘汉典老师的中译,认为庞德注意到英语系法学家往往把各种法律和规则联想在一起,认为法是各种规则的总和或者体系,殊不知和法语、德语等其他语系不同的是,英语并没有用两个不同的词分别指代“法”(The Law)与“法律”(A Law),而是通过改变冠词对其加以区分。参见[美]罗纳德·德沃金:《论规则的模式——略论法律规则与原则、政策的法律效力,批判实证主义》,潘汉典译,载《环球法律评论》1982年第2期,第19页。特此说明。——译注

讲。这一系列演讲,标志着由内布拉斯加州律师协会诸君与内布拉斯加大学校友、故旧协力创建的以庞德教授命名的荣誉讲席正式发足。

庞德院长不仅是土生土长的内布拉斯加人,是内布拉斯加大学的毕业生,还曾担任内布拉斯加州大学法学院的院长。举世公认,庞德教授是美国最具能力、最为杰出的法学家。对于法律以及社会科学极广的涉猎与精深的钻研,对于法律人、司法与行政机构相关实际问题的明晰体察,对于书面陈述与口头表达的惊人天赋,对于完善司法管理的满腔热忱,对于艰涩真理与朴素话语的毕生追求,种种禀赋特质,为庞德教授在世界学林赢得了一席显赫之地。

庞德教授所言所学,涵摄不同谱系的主题,且历久弥新,堪称标杆灯塔,时至今日,仍然指引着法学发展的进路。本书收录的这几篇演讲,更可谓百尺竿头之作,是庞德教授博大法学思想的宝贵延续。有言道,条条大路通罗马,但本书想要迫切传达的意思却恰恰相反:法路千条,却罕有殊途同归者也。

目 录

前 言 /1

一 自由之路 /1

二 人道之路 /38

三 威权之路 /71

附：法律的正义 /101

译后记 /129

自由之路

“法须稳定,但毋僵直。”一个代际之前,我曾以这句话引领话题,在某大学作过系列讲座。当时于我而言,稳定,并非仅因经济秩序的迫切所需(毕竟经济活动得以存续的前提,是人们对于合理预期的信心),更因一种根深蒂固的认知,即自由之人不愿受制于他人的恣意胡为。改变势在必行,因为生命的特质就在于持续调整,从而适应不断变化的外部环境。如此一来,我们似乎遭遇到了一个难题,如何在保持稳定与寻求改变之间合理配置资源,寻找、维系二者的某种平衡,既不能忽左忽右,亦不能避重就轻。当下这个时代,之前明明不可分割的,可以被轻易切分;之前被认为不可能的,可以被

轻易达成。在这个意义上,有人选择打破上述平衡,或者干脆将所谓稳定抛到脑后,也不能算很不自然。理想社会中,借由稳定性达成的目标遭人忽略,相反,借由毫不受限的个人意愿所追求的目标,虽然存在个体差异,仍倍受重视。但这种进步,标志着社会从将法律作为主要社会控制手段,转变为将行政意志作为主要社会控制手段。帕舒卡尼斯*认为,在理想社会中,法律将不复存在,或者说只存在一种近似于法律的规范,这种规范不是法律,而仅指行政规范或行政命令。然而,在这个社会中,如何达成理想状态下的人际关系这个疑问,似乎应当由政治学者而非法律人来加以回答。我认为,应当将这一体制理解为,通过社会政治体制的有序组织,

* 叶夫根尼·布罗尼斯拉夫维奇·帕舒卡尼斯 (Evgeny Bronislavovich Pashukanis, 1891—1937 年), 苏联法学家, 曾著有《法与马克思主义概论》(*The General Theory of Law and Marxism*) 等著作。——译注

系统性地动用社会力量调整关系、规范行为。这种体制,被大陆法系学者称之为法律秩序,属于对“法”概念的一种解读。而我,将以这个意义上实现法律目标的路径,作为演讲的主题。

在某个场合,我曾提出,法律体制的目标,至少说是其直接目标,是尽可能多地确保社会福祉最大化,其中就包括个体在尽可能避免冲突、减少浪费的基础上,在文明社会中共同生活等全部需求。类似于工业工程,我将这一过程称之为“社会工程”(Social Engineering)。这就要求法律人在特定时空条件下,发现、发展针对文明社会合理生活预期的特定法律前提预设。如果一个政治秩序良好的社会想要得以存续,人类欲望、需求、主张的冲突、竞争与叠压,在形成、实现其合理预期的过程中,都需要对于人际关系进行系统性调整,对于人的行为进行理性规范。

古希腊伊壁鸠鲁*时代以降,哲学家们一直围绕是否存在界限,是否存在无限可能进行论争。宇宙,或者我们今天必须说,宇宙之宇宙,究竟是无限的,抑或是有限的,属于康德鼓吹的绝对理性的一种二律背反(Antinomies)。经验似乎表明,依照法律秩序实施的有效行为,在其目标的实现过程中存在局限。然而,法律发展所呈现出来的,却是法律承认的利益范围持续扩大,确保上述利益的手段愈发高效。从不胜枚举的示例中,我想选取隐私权与劳工权这两个在我获得律师资格的六十年间重要性日益凸现的例子,尝试说明在不危及社会稳定的情况下,可以在多大范围内、多大程度上实现前述利益。必须指出的是,很多看似翻天覆地的变革,都

* 伊壁鸠鲁(Epicurus,公元前341—前270年),古希腊哲学家、无神论者,伊壁鸠鲁学派的创始人,认为哲学的任务是研究自然的本性,破除宗教迷信,分清痛苦和欲望的界限,以便获得幸福生活。——译注

只是已有观念或程序改头换面的翻版。例如,新的联邦程序法中规定了驳回起诉申请以及裁定请求申请,用以取代先前法律规定的抗辩权(Demurrer)。这不禁让我们想起了马克·吐温曾谈及的所谓“荷马问题”:荷马史诗不是荷马所著,而是另外一个同名同姓的人所写。目前颇为博人眼球的审前会议等司法实践,像极了十四世纪的口头诉求,我们从布莱克斯通那里学到的繁复书面诉求体系正是来源于此,日后我们又试图对其逐步简化,最终不得不回头考察中世纪的司法审判实践,从而明确,审理的关键在于明确当事人之间争议的真正焦点。

相对而言更为重要的,应当是在霍姆斯为代表的历史法学派之后,法的方向、道路乃至要素出现的改变,我们可以将其称之为法的路径或法的道路。不同时代,对于法的目标,看法也不尽相同。为了达成特定的法的目标,也可能存在不同的路径。特定时空条件下,可以十

分明晰地厘定通过何种路径,才能实现预期的法的目标。但在其他情况下,实现法的目标的路径却不甚清晰。法的道路,很可能会因为法的目标存在不同侧面而往复曲折,甚至大相径庭。适用的路径、列明的方法、实现法的目标的导向,乃至对于法的目标的认知,都可能会在法的层面出现改变,这是因为,作为行为规范或关于行为范式的判决的有约束力部分,会从法律秩序层面,或者从与法律秩序实施相一致的具有约束力的行为准则方面,潜移默化地改造法律。

十九世纪的最后十年间,一种法的分析路径开始萌发。时至今日,这一点已经变得十分显明。然而,尽管我们可以十分确定,在十六世纪适用此种法的路径所要实现的目标,也十分清楚十九世纪这种法的路径指向为何,但就现在我们所要实现的法的目标,或者通过何种方法能够实现这一目标,却很少能够达成共识。在中世纪之初,我们认为法律秩序的正式目标,就是维护社会

安宁。在中世纪后期乃至近现代初期,法的目标变成了如同希腊人以及承袭其衣钵的罗马人所主张的“有秩序地维持社会现状”。早期,其认为应当通过规则、形式来寻求关系调整中的确定性与一致性;后期,其认为应当通过理性确保诚信与道德行为得以推广。到了十九世纪,法的目标演变为通过确保自由的平等性以及确保个人免受他人恶意干涉,维持、促进自由个体寻求自决的机会最大化。

在十九世纪的成熟法律中,平等,意味着自由个体自决的机会平等。安全意味着保证他人安全的情况下,自决的自由不受干涉。但是,这两个经常被提及的词汇,含义却一直在发生改变。十九世纪后半叶,马克思所教导的平等是指满足物质需要,但是当代,人们认为平等是指满足文明社会中生活所涉一切需要。晚近,安全开始变得包括免受肉体病痛的困扰,注意,安全开始变得不仅仅意味着免受他人的恶意攻击或干涉,不仅仅

意味着避免机会遭到剥夺,还开始变得包括免受欲望、恐惧、失败乃至个人目光短浅等诸多要素所造成的困扰。

名称本身并没有什么。名称本身也未必是一种描述。但我们可以合理地将当代法从十六世纪开始承袭的,并且在十九世纪业已牢牢站稳脚跟的方法,称之为法的“自由之路”。事实上,从十六世纪到十九世纪,伴随着地理大发现、殖民主义以及新领地的拓展、自然资源的开发,人类迎来了自身发展历史的黄金机遇期。在十九世纪结束之前(对于美国,则是在第一次世界大战爆发之前),似乎可以毫无限制地去开疆扩土,去征服土著,变沃野为良田,化村落为城市,开发地下矿藏,探索全新航路,去探险、去贸易。对于全世界的人来说,美国遍地都是机遇,随着新移民的涌入,早期移民聚居地摇身一变成为新的处女地,早期移民后裔放弃的工作机会迅速被新移民所获得,这也为其提升经济地位开拓了空间。机遇需要自由,迫切需要自由个体寻求发展可能的

自决权不受干涉。因此,美国,这片充斥着机遇的土地,始终不渝地选择、坚守并发展着法的自由之路,即使其在很多国家,这条道路已经逐渐式微乃至被全盘否定。

美国最早出版的法律书籍中,就包括《大宪章》(Magna Carta)。1734年,一位费城的律师依据《大宪章》,成功地在一起涉及出版自由的诉讼中击败了英国统治者。《大宪章》也成为美国人民反对“印花税法”的基本论据。《大宪章》的原则与精神,得到了库克爵士以及布莱克斯通的诠释与发展,并且成为殖民地人民最终发动革命的精神武器。1774年召开的大陆会议所发表的《权利宣言》宣称,其目标旨在主张、维护殖民地人民的权利与自由,同时宣称,殖民地人民有权使用英国普通法。尽管在独立战争期间乃至战后很长一段时间,北美殖民地人民极度仇视英国,但若干在《独立宣言》发表之后制定宪法的州,仍然选择适用普通法作为司法根据。同时,美国人民还制定、采用了权利法案,其中有

关自由权利的规定占据了相当篇幅。美国法律创设之初,法律思维的特征在于其所呈现的极度个人主义,将毫不妥协地捍卫个人利益、个人财产作为法学理论焦点。

在从农业社会向工业社会、从农村到城市的历史变迁过程中,没有什么普通法规则会像与劳工阶级相关的风险承担以及共同过失那样引发争议了。然而,从机会以及自由的角度思考上述规则,却丝毫没有违和感,甚至十分顺理成章。工人是自由人,应当为自己的选择负责。也就是说,选择从事危险行业的工人,就要承担因此受伤的风险。“很好,因为他是自由人,因此就让他去承担损失好了。”直到二十世纪之初,知名大律师卡特先生(Carter)* 仍然在演讲中鼓吹,个人必须为自己的行

* 詹姆斯·卡特(James C. Carter, 1827—1905年),纽约知名律师。这里谈到的演讲,是指卡特晚年在哈佛大学所作的系列法学讲座,其逝世后,这些讲座内容被汇编为《法:源流、发展与功能》(*Law: Its Origin Growth and Function*)一书。——译注

为负责。

十八世纪,美国法律人开始将英国人享有的普通法权利,认定为人的自然权利。这一结果,为极度个人主义者指明了自由之路,这是在英国都铎与斯图尔特时代*这一黄金机遇期普通法所沿用的道路,也是北美发展黄金机遇期所选用的法律之路。应该说,十八世纪的自然权利理论,无论从其所涉及的种族层面,还是从其所涉及的政治层面,都带有彻底的个人主义色彩。正如,人的固有道德禀赋理论,就建立在抽象孤立个体的基础之上。又如,建立在社会契约基础上的权利理论,认为自然权利属于社会契约赋予其缔结者的个人权利,除此之外,根本不存在任何法律,也不存在任何法律所

* 都铎与斯图尔特时代(Tudor and Stuart England),是指亨利七世 1485 年入主英格兰等地后开创的一个王朝,处于英国从封建主义向资本主义的过渡时期,被认为是英国历史上的一个黄金发展阶段。——译注