

普通法的精神

THE SPIRIT OF THE COMMON LAW

〔美〕罗斯科·庞德/著

By Roscoe Pound

唐前宏 廖湘文 高雪原/译

夏登峻/校

法律出版社



普通法的精神

THE SPIRIT OF THE COMMON LAW

〔美〕罗斯科·庞德/著

By Roscoe Pound

唐前宏 廖湘文 高雪原/译

夏登峻/校

法律出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

普通法的精神/ (美) 庞德著. 唐前宏、廖湘文、高雪原译. - 北京: 法律出版社, 2000.8

ISBN 7-5036-3151-1

I. 普… II. ①庞… ②唐… ③廖… ④高… III. 习惯法-研究 IV. D804.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2000) 第 64482 号

著作权合同登记号

图字: 01-2000-3425

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

责任印制/张宇东

责任校对/杜进

印刷/北京四季青印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32

印张/5.5 字数/111 千

版本/2001 年 1 月第 1 版

2001 年 1 月第 1 次印刷

印数/0,001-6,000

社址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

电子信箱/pholaw @ public.bta.net.cn

电话/88414899 88414900 (发行部) 88414121 (总编室)

出版声明/版权所有, 侵权必究。

书号: ISBN 7-5036-3151-1/D·2871

定价: 13.00 元

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

版权说明

1921 年版版权属马歇尔·琼斯公司；
1949 年版版权属罗斯科·庞德。1963 年以
“烽火”平装本首次出版。在美国出版的同
时，多伦多的桑德斯有限公司在加拿大出
版。

献给巴尔的摩市律师界的奥默芬宁默·
赫谢先生。

本书中译本在中国大陆的出版有赖美国
福特基金会北京办事处张乐伦女士的帮助和
美国马歇尔·琼斯公司的授权。在此致以真
诚的谢意。

本版前言

没有任何在世的人像庞德院长那样在法律思想上有如此深刻的影响。他 93 岁时已誉满全球。从 1896 年发表第一篇论文至今，他以透彻的洞察力著述颇丰。人们可以同意或不同意其中总要引起争议的论述——那并不重要，重要的是人们从中总有所获。在他的 1960 年论文目录上，已出版的论著总数已逾 2000。他对法学文献的卓越贡献，法学界无人可及。

《普通法的精神》是庞德院长最出色的著作之一。1921 年夏天他在达特茅斯学院所作的精彩演讲也在其中。这部创造性的著作，是社会法理学首倡者对这一学说精神的深刻阐述。

《普通法的精神》第一版发行时，在法

律工作者与普通读者中同样广为流传。今天仍是如此。它生动地向读者讲述法律，而不是为法律工作者提供枯燥的专业工具。它竭力让广大读者看到我们的法律制度的清晰图画，简洁全面，深入浅出。

我还清楚地记得，1926年，在法学院上一年级的我初读此书的情形。作者阐发的新的法哲学吸引着我我和我的同学们，使我们激动不已。他呼吁把社会理想注入法律传统之中；他坚持对公共福利的关注，如同注重个人利益一样，应在法律发展中占一席之地，而且，法律应随着新的社会情况而变化。

几乎两代美国法官和法律工作者对此作出了反应。在此书和庞德院长的其他著作的影响下，我们的法律已今非昔比。现在重读此书，“清教主义与法律”和“拓荒者与法律”两节给我的印象尤为深刻。它们深入地剖析了清教徒和拓荒者对我们今天法律制度的影响。二者都把对最大限度的个人自由的坚持和对专制政府的排斥深深地铭刻于我们的法律之上。

清教徒和拓荒者走向了极端。他们反对必需的立法变革和对法律及其程序的重要更新，但同时又给我们留下了尊重人格和个人权利的宝贵遗产。

近半个世纪前，庞德院长就在此书中正确预言了协调社会和个人利益的紧迫的必要性——时至今日，它依然为我们所孜孜以求。

因此，《普通法的精神》一书始终为法官和法律工作者所珍视，这既是因为它所蕴含的哲学和历史意义，更是因为庞德院长的乐观和信念：法律在不丧失其基本价值的同时，

还能与时代一起前进。这样的信念又来自一种理念：过去与现在不仅不可割裂，还能共同构筑一个美好的未来。

阿瑟 J. 戈登堡

1963 年 5 月 1 日于美国联邦最高法院

第一版弁言

达特茅斯校友讲座基于以下认识而设立：学院理性生活的影响，不仅应波及在读学生，还应在一定程度上波及他人。比如已毕业的学生，他们渴望与母校保持联系，有助于他们保持学识的拓宽；又如一些朋友，他们怀有学院乐意扶持的各种学术兴趣。

1916年，我在就职演讲中提出了采取这种讲座形式的建议。当时我阐述如下：

我深信，学院对已毕业的学生的贡献应比现在更实在地继续下去。学生在所学专业之外求职，专业更加专业化而使从业者不得不全力以赴，各个时代需求的不断增长，希望为世界尽一份力的人们不断被要求付出更紧张、更专注的努力，所有这些都要求学院承担起过去完全没有承担、或承担得不够的

责任。忙于事务的人与艺术、科学类学科之间联系的可能性越来越小了。毕业学生在学院被激起的兴趣和热情因缺乏营养而可能萎谢，甚至死亡。如果学院自信它的影响值得学生以人生形成阶段中关键的4年为代价来得到的话，学院也应为毕业后的学生获取学院的影响找到某种途径。岂不顺理成章？越来越多的65至70岁的人离开了积极的工作，在聊以忘忧的日常事务之外别无乐趣，这样的人生悲剧并不罕见。这些似乎使学院服务于他们的晚年的机会多于他们年轻的时候。为此，学院可建立一种制度，在他们的一生中定期提供更新知识的机会。在授予学位典礼后短暂的时期里，请公认的某些世界思想界名流为校友和朋友们开设讲座，就是迈向这一目标的一步。或者此外还有别的方法，但可以明确的是，学院和毕业学生之间严谨的教育关系不应结束于学生就读4年终止之时。它决不该结束，而应以各种方式更新。

为此而制定的计划的实施之所以成为可能，是由于达特茅斯学院的理事之一——1877级的亨利·林恩·穆尔先生热忱的支持和慷慨的资助承诺。他以此纪念方式，让他那1904级的、在大学时期去世的可爱的儿子——格恩齐·森特·穆尔永远地活在他的记忆之中。

讲座计划原准备早些完成，后因第一次世界大战而中断。因此，直到1921年夏天，罗斯科·庞德教授，杰出博学的哈佛法学院院长，和著名建筑师、富有创意的思想家拉尔夫·亚当斯·克拉姆先生，终于作为本基金会的讲授人将此计划付诸实践。

当然，一开始，这些讲座影响之广泛通过出版就大大增强。除到场的旁听者外，更多的人感受到它对心智的激励。

之所以十分高兴地提供庞德院长的讲座出版，是出于以下的考虑：一方面，听了讲座的人由此希望讲稿付印；另一方面，更多的未能听到的人，对演讲人和演讲主题怀有兴趣，更希望出版。总之，《普通法的精神》这部出自庞德之手的著作，将会激起人们更大的兴趣。

欧内斯特·马丁·霍普金斯

第一版序言

1914 年我在洛厄尔学院以同一主题开设讲座，根据《波士顿文本》上讨论报告的摘要发表在《绿袋丛书》（第 26 卷，第 166 页）上。第一次的讲稿也发表在《国际道德学刊》（第 25 卷，第 1 页）上。1910 年，我在堪萨斯律师协会按第二次讲座的同一主题所作的演讲为该协会会刊（会刊，1910，第 45 页）所用，并重登在《美国法律评论》（卷 45，第 811 页）上。1914 年在衣阿华州律师协会，我作的同一主题的第三次演讲刊登在该协会会刊（卷 20，第 96 页）上。在马萨诸塞州的伍斯特县律师协会的同题演讲稿曾在其《内部流通》上刊登。同一主题的第五次演讲是 1920 年为北卡罗来纳律师协会而作，出版在协会同年的会刊上，后在西

弗吉尼亚《法律季刊》(卷 27, 第 1 页)上重载。这些材料的使用均无限制,但它们都全部修订,大部分内容已作改写。

那些演讲大都作于本世纪 20 年代,它们表达了我的信念:一分耕耘,一分收获。我相信符合时代特征的明智行为可以改进司法。过去 3 年来,法律悲观主义的重新兴起仍未使我放弃这个观点。19 世纪末,法律工作者认为,自觉改进的努力实属徒劳。现在许多人则认为改进是危险的。同样,落后于时代进步思想精神的布莱克斯通认为,法律已臻完善,什么也不必再做。这种自我满足的态度为谨小慎微的法律悲观主义者埃尔登勋爵所追随,他害怕法律改革会破坏宪法。如果他不是反对所有的深层变革、而是乐意促进必要的变革的话,后来的立法改革运动可能已从保守的阵线前进了不少。司法的真正危险在于对合理改革的胆怯抵制、对法律陈规的顽固坚持。在今天复杂化、城市化、工业化的美国,这种抵制和坚持已不可能,新的情况迫使我们尽快通过各种委员会,以不明确的授权、未加限制的自由裁量权、不充分的司法控制来实现司法职能。虽然这并不符合我们法律与政治制度的精神。

数十年努力进取的信念不会如热衷于时髦的片刻思索一样转瞬即逝。有时,回顾这一进程,他们对这项事业的热情多于理性的认识。但谁能取消芝加哥市政法庭和正在兴起的、独具特征的现代城市法庭呢?谁能废除 1900 年后在律师协会的要求下产生的简易程序呢?谁能恢复 19 世纪末工业事故诉讼的环境,或使每一行政行为被法院强令禁止的情况重现?恢复 1890 年到 1910 年许多州法院法官的态度?那

时，许多立足于不成熟的前提或偏离历史轨迹的成文法都被法官判定为初步违宪。

18世纪普通法诉讼程序在19世纪已无法适用。当时有一位伟大的律师被邀请参加第一个民事诉讼法典起草工作。如果他愿意为合理的司法改革奉献其技艺和知识的话，我们大多数州的法律程序可能会与今日大不相同，而且，努力改革的立法与拒绝步入新路的司法之间的冲突本可避免。这条新的道路以“诉讼法典”为标志而载入史册。另外，如果上个世纪上半叶的法官有足够的预见能力行使其普通法的权力，如果他们能做一些多伊大法官在新罕布什尔州所做过的事，那么，1850年遍及全国、把法院卷入政治、严重削弱我们法律中至关重要的司法独立的法官选举运动可能大大缓解，对边远乡镇的影响会小些，许多高一级法院会得以保留。当法律工作者拒绝作出明智的行动时，不懂法律的人不明智地适用专制立法就成为另一种选择。

罗斯科·庞德

于哈佛法学院

1921年8月5日

中文译序

21 世纪是以网络为标志的信息时代。然而，在美国，作为社会制度之价值基础的普通法却以其传统的精神维系着美国社会的价值秩序。一个典型的案例是美国司法部诉微软公司反垄断案。普通法以其超然独立的品格未给比尔·盖茨这位网络时代的英雄任何的脸面。在中国，辉煌的立法成就有理由让我们的法学前辈感到骄傲，他们的努力成功地使我们学生时代读到的法学原理变成现实的法律条文。可是，如果要问作为中国社会制度之价值基础的当代法精神是什么，恐怕难有一个满意的答案。这不能责难我们的法学家们，毕竟在我们的司法部门各行其能的各项法律制度没有属于自己的本土历史。问题在于：缺乏神圣法律精神统筹的法律制

度在多元化的社会中能走多远？中国法精神问题的极端重要性在最近社会上激烈争论的两个案件中浮出水面。其中一个发生在北京，是微软公司诉北京亚都集团知识产权纠纷案，另一个发生在香港，是劳富比拍卖行公开拍卖4件圆明园国宝事件。两个案件的共同点是民族情结或者爱国情结与制度正义的冲突。在前一个案件中，因“微软的商业霸权”威胁到了中国IT业的发展，IT业的代言人提出，即使亚都确有侵权，中国法官也应当为民族利益而援用著作权制度之外的情理支持亚都。在后一个事件中，有舆论坚决主张，为了那些被强盗夺去的国宝，让道貌岸然的西方市场经济下的拍卖规则见鬼去吧。激情下的冷思是，我们的国宝为什么被夺？为什么会有微软的“霸权”而非亚都的“霸权”？答案是在它们背后中国当时经济的弱势，在经济弱势的背后是中国历史上长时间封闭式简单循环的发展，在简单循环发展的背后是一种让社会开放式进化的制度正义的缺乏。缺乏一种可以既固守优秀传统又容纳反映时代进步的先进价值观念的法律精神。因此，当社会利益在某个局部或重大个案中出现紧张关系时，我们往往用某种朴素的道义或情结代替制度的维护。亚都之所以没有“霸权”，国宝之所以被掠夺，最终根源于此。从这个意义上看，为亚都而声言，为国宝而义愤，就是要取个别正义而舍制度正义。如果我们的社会要开放式的良性发展，如果我们对社会正义的修正是采取改革式的进步而非革命式的回复，我们必须牺牲所有的个别正义来维护制度正义，我们必须修炼和维护一种代表社会主流意识的法律精神。但在今天，无视社会制度价值基础的声音，恰恰来自代表主流意识的时代精英们。可见中国法律精神的炼成还

有多么漫长的道路要走。

《普通法的精神》一书是西方法社会学派的创始人庞德20世纪30年代的著述，他本人所倡导的法社会学的观点已不再是时代的新宠，然而，他对普通法精神的精辟阐释证明了这样一个基本的原理：一个时代的法律精神是这个时代一切社会制度的价值基础，任何法律制度一旦权威性地形成之后，人们必须以宗教式的虔诚去捍卫它，任何非正统形式的否定、修改、曲解法律的行为或动议都是对社会正义的直接危害。我们认为，这正是当代中国法律应当努力实现的目标。此外，在《普通法的精神》一书中，庞德渊博的学识、丰富的文采、精巧的思辩、简洁的语言，使我们得以欣赏到一代宗师的非凡手笔。由于译者水平所限，译文稍显粗糙。好在译者意在窥视普通法的精神，而非致力于考证之学。当然也欢迎指正一切错误，以助译者学习、修正。

译者

2000年5月

目

录

本版前言..... (1)

第一版弁言..... (4)

第一版序言..... (7)

中文译序 (10)

第一章

封建因素..... (1)

第二章

清教主义与法律 (22)

第三章

司法权与王权 (41)