

《普通法的精神》

图书基本信息

书名：《普通法的精神》

13位ISBN编号：9787503631511

10位ISBN编号：7503631511

出版时间：2001-1-1

出版社：法律出版社

作者：（美）罗斯科·庞德

页数：153

译者：唐前宏,廖湘文,高雪原

版权说明：本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介以及在线试读，请支持正版图书。

更多资源请访问：www.tushu000.com

《普通法的精神》

内容概要

本书深刻阐述了社会法理学说，主要把社会理想注入传说之中，坚持公共福利，蕴含有丰富的哲学和历史意义。

《普通法的精神》

精彩短评

- 1、很精辟
- 2、开始专研 慢慢静下来看的书
- 3、法律至上原则何时才能在华夏大地确立呢？
- 4、书本身可以打十分。但是翻译只能打五分。唉。
- 5、内容大致厘清了，三星是献给渣翻译的……
- 6、此书之翻译 实在头疼 为何要推荐此书？
- 7、经典！看来要买一本收藏了。
- 8、翻译烂到了极点。。。译者很不负责任，估计没有校对就出版了，漏洞百出，语言啰嗦，真担心辞不达意。
- 9、个人主义、法律至上主义、权力观—普通法的精神；
法律发展的四阶段——普通法的维度
- 10、日耳曼民族vs拉丁民族，非常精彩
- 11、翻译得真尼玛烂，不读了
- 12、大家之作。经典。很强的逻辑结构和思辨能力。
- 13、意志创法是最坏的一件事情，而现在，我们的司法已经离普通法的精神越走越远。
- 14、翻译的不好，书不错
- 15、美国的 没什么帮助
- 16、翻译不行
- 17、一本读起来流畅，读完了没有什么印象的书。
- 18、“它们占据了我们的民族精神和道德风貌如此大的部分，要除掉它们，则需要比法律和政治革命更大的力气。”
- 19、其实就是看不懂
- 20、翻译得烂了点儿
- 21、看了此书，印象最深刻的是，了解了清教徒和拓荒者对美国法律思想和制度的影响。

1、（偶然翻出过去的一份课堂作业。。浅陋的读书笔记）《普通法的精神》述评一、内容重述在一番简短的引述（普通法的成就与危机）之后，作者提出普通法传统的两个特征：一个方面，它有一种极端个人主义的特征，表现为以独立的个人作为整个法律制度的出发点，对个人自由和私人财产无限尊崇；而另一方面，它又有着一种相反倾向的特征，即把个人作为处于一定社会关系中的人、作为团体的成员的人来对待。（P9）紧接着作者指出美国这样的普通法传统的形成主要得益于七个因素，并在接下来的各章中（基本上是按照时间顺序）对之一一进行回顾——1、日耳曼法。【第一章】英国法律史的开端，13~15世纪，作者称之为严格法阶段。“个人主义是我所称的严格法阶段的主要特征……英美法一开始就孕育着严格法所具有的个人主义。”2、封建法。【第一章】封建法时代是普通法形成的关键时期，这时候，“身份”和“关系”成为了至关重要的概念（区别于罗马法的“意愿”和“法律行为”）。法律关注的不在于当事人的行为而在于他的身份，承担义务不是基于当事人的意愿、契约，而是基于他们之间法律上的关系。“以关系的概念处理法律问题，是根据封建保有权附属的权利义务关系类推而来的典型的普通法模式。”（P21）3、清教主义。【第二章】“根深蒂固的清教主义，是形成我们普通法精神的一个重要因素。……在一定程度上，使我们法律中决定性的因素。”（P25）清教的一个基本主张是个人行为的“理性诚实的自愿契约”学说，把个人良知和个人判断置于首位，反对（官方）权威的强制，但同时强调每个人必须承受并遵守他们自己选择的后果。在宗教组织上，此学说产生了一种“联合但不从属”的体制，“我们互相帮助，而非互相支配”。此外，清教具有民族主义传统。在分析了清教主义对美国法律制度和司法体系产生的影响（重视制定法，侵权法中雇工伤害的风险承担和共同过失学说，刑法上的报应理论，在宪法和财产法里对私人权利的极力推崇，对衡平法的抵制，在法律适用和执行中对法官的戒备……），之后，作者指出这些影响“与我们时代的精神和现代工业社会的利益格格不入”，“我们的法律制度需要淡化个人主义色彩”。4、17世纪司法权与王权之争。【第三章】司法权与王权之争的结果是使得法律至上原则最终得以确立。作者在第三章中回顾了这一原则（法即理性，个人主义）的历史渊源，以及与之相关联的主权思想（法即意志，国家主义）的历史。“法律至上原则作为约束包括王权在内的基本原则，它是从17世纪法庭与国王之争以及18世纪的政治学说之中渐渐发展起来的，所以，它被作为保护个体及其利益以防止国家和社会侵害的工具。”（P52）5、18世纪的政治思想。【第四章】“随着历史的变迁，普通法的限制王权理论演进为对一切权力进行自然限制的理论；普通法中英国人的权利演化为人的自然权利。”为理解这一变化对普通法造成的影响，作者在第四章中对自然权利理论进行了“全面审视”，指出这一理论对普通法传统的两个影响：普通法终极主义的流行和个人主义的强化，而这两种影响已经造成“不良后果”。6、19世纪上半叶美国拓荒和农业社会背景。【第五章】作者在第五章指出这一时代和社会背景下司法审判存在的三个问题，并分析了它们对美国当今法律造成的不利影响。7、19世纪的法哲学。【第六章】作者在第六章首先简单回顾了法律演进的历史：原始法 严格法 自然法 成熟法，然后着重分析了19世纪五大法哲学流派对普通法产生的影响：抑制了法律自由化的势头，但同时使得现行法律刚性化。根据作者对普通法历史的回顾，我们可以看出，直至20世纪之前，各种社会因素和思潮基本上是在不断地强化着普通法个人主义的一面。然而，作者当时所处的20世纪初叶，是一个在日益强调社会利益/公共利益的时代。普通法如何适应这一时代要求并实现自身的发展？作者看来，答案即在于司法造法。而普通法所独有的司法经验主义特征和遵循先例原则使得它具备发展出理性法律的能力，因而普通法恰好能够适应法律社会化的时代要求。【第七、八章】二、简评这本书某种意义上也是一部普通法的发展史，作者在文中的主要部分回顾了自13世纪英国法律史的开端至19世纪的一些重大历史事件和社会思潮对普通法传统的形成和发展产生的影响。当然，落脚点还是作者当时所处时代（20世纪初叶）法律新的发展趋势即法的社会化。在作者看来，法律的发展依次经过了原始法、严格法、衡平法（自然法）和成熟法几个阶段，而当时正处在由成熟法向法律社会化的过渡阶段。在其《法理学》第一卷中，作者对法律的社会化这一理论有着较为详细的阐述：“从法理学的意义上讲，这场变革开始于将权利看作是利益的最终归宿……因而，对个体利益的强调逐渐过渡到了对社会利益的关注。20世纪几乎所有的国家都经历了这一转变过程。这一阶段崇尚的是满足人类的要求，而且认为法律的目的同其他社会机制的终极目的是一样的，即以最小的牺牲和浪费最大限度地满足人类的要求。这一法律发展的新阶段可称作法律的社会化。”（《法理学》卷一P355）这就是文章一开头作者所谓的普通法所面临的“新的危机”（P5），因为普通法传统最鲜明的特征之一就是一种极

端的个人主义——“对个人自由的极端重视和对私人财产的无限尊崇”。而“法律社会化这一世界范围的运动”则要求更多地关注社会利益而不是一味的强调个体利益。正是在这一立场上，作者才屡次说到清教主义、18世纪的自然法思想和政治思想、拓荒者、19世纪的法哲学对普通法传统产生的影响“与我们的时代精神格格不入”、“已经造成不良后果”……，甚至一般英美法学者所引以为荣的法律至上原则和自然权利理论等到这里都成了问题。但与此同时，作者又对普通法充满信心。一开头他就写到，“现代世界，似乎没有别的制度像我们英美法传统那样富有活力和坚韧顽强。”结束对普通法历史的回顾之后，在最后两章中他更加底气十足地向读者证明，普通法完全有能力适应时代的要求实现新的发展。他首先讲了一个有趣的寓言：餐刀与鹤嘴锄的故事。接下来有一段精彩的评论：“当制定法或习惯法规定用“餐刀”来实现用“鹤嘴锄”更能胜任目的时，用“餐刀”经过一些时间的徒劳努力之后，对我们的祖先而言，似乎较好的办法是坚持原则（坚持法律的节操）——但实际上使用“鹤嘴锄”。他们承认法律不应该改变，法律的任何变化都会充满危险。但是，另一方面，使用餐刀又是极大地不便，因此，虽然法律坚贞不移地要求一把“餐刀”，可法律一直在设法操动手中的一把“鹤嘴锄”，并以虔诚信仰捍卫它，它是在运用约定俗成的工具。”（P117）随后作者总结道：“法律的发展首先是潜移默化的过程。此后，当它或多或少意识到，或者说是在虚构的外衣下悄然发展。其次，在一般虚构的掩饰下，羞羞答答地全意识发展。最后，通过法律科学以和司法经验主义检验的立法蓄意，深思熟虑，并毫不掩饰地发展。”（P121）那么普通法究竟如何实现这一新的发展呢？答案即在于司法造法，在于普通法的司法经验主义传统。作者认为，“一旦法学家思潮和司法判例转入新的轨迹，英美法的司法经验主义的方法总是被证明适应的。只要提供一些新的前提，普通法就具有使其发展的方法以满足对正义的紧迫需要，还可以将结果铸入一个科学体系之中。再者，普通法还具有获得新的前提的能力。”（P130）并且，作者还通过他们当代法律中的八个显著变化对之进行了实践上的论证。通观全文，作者从“封建因素”、“清教主义”、“司法权与王权之争”、18世纪政治思想、“拓荒者和法律”和19世纪法哲学等历史与社会背景来解读普通法传统的形成和演进之路，他所阐释的法律发展的阶段和方式观点独到，对普通法传统适应法律社会化的时代要求实现新的发展的证明也可自圆其说。但同时我们也可以看到作者是以普通法的内部视角来阐释普通法的精神，带有明显的时代中心论和普通法中心主义的立场。前者从作者对18、19世纪政治思想和法哲学思潮的态度尤其是对拓荒者的鄙夷中可见一般；后者可以从作者对罗马法即他所谓的“拜占庭模式”的态度中看出——作者在充满信心地证明普通法能适应法律社会化要求的同时对罗马法评价道：“实际上拜占庭原理在欧洲大陆已经全面试验过而且发现无效”，但事实上罗马法也自有其发展之道，比如通过法律解释和立法修改，同样能够回应时代的要求，时至今日，大陆法系也依然是富有活力并在世界范围内有着广大影响的法律体系，并不就像这位美国作者所说的那样比英美法逊色许多。（“作为一种法律渊源，普通法之遵循先例原则之所以取得成功，主要在于它柔和了确定性与进化力之双重功能，而没有其他任何演进能够做到这一点。”P128）附录一些有启发性的话理想主义的解释把法的历史视为人类经验中权利或正义观念的展现，并卓有成效地运用于罗马法史的文体。P8几种解释各有道理，要作出选择相当困难。不过并无选择的必要。没有任何社会制度是其中单独某个原因的产物。每一种制度都是多种原因的结果，分歧只是由于观察者们强调的重点不同而已。但是，其中任何一种原因都不可忽视。（P24）在斯图亚特王朝以前的国王与法院之争中，法院是通过防止那些本用于增强社会福祉的权力被滥用，以达到保护社会利益之目的；但自19世纪以来，我们不难发现法院已经背离这一模式，转而通过对个人利益实施社会控制来保障社会福祉。P48【个人主义的内涵】这一原则（法律至上原则）假定个人是一切事物的中心，国家存在的目的是保护个人利益，建立法院和法律的功用是保护个人及其应有权利，防止其功能转为压迫人民和剥夺个人权利的机器。P53人们一面坚持主权本身不受约束和控制的政理论，一面又千方百计寻求对支配主权的权力人的行为进行法律限制。P54学习过去的经验并结合现实进行科学的分析理解是达到所追求的目的的途径。掌握一门专门的技术知识体系的唯一方法只有通过特殊的学习和训练。P57【对“自然权利”这一概念的态度】自然权利仅仅意味着我们认为应予保护的利益和应予满足的需求，显然它既不是由法也不是由国家创制的。但重要的是把它作为法律概念看待。P64在律师们看来，国家执行法律是因为被执行的是法律；而在民众眼里，法之所以是法，是因为反映民众意志的国家使然。P69康德认为，权利是根据普遍法原则，使任何人的意志和其他人意志协调一致的一种条件。萨维尼认为，法就是这样一个规范体系，它决定每个个人的行动自由机会受到保护的范围。P106法律的发展首先是潜移默化的过程。此后，当它或多或少意识到，或者说是在虚构的外衣下悄然发展。其次，在一般虚构的掩饰下，羞羞答答地全意识发展。最后，

《普通法的精神》

通过法律科学以和司法经验主义检验的立法蓄意，深思熟虑，并毫不掩饰地发展。P121法律科学以传统因素的材料加工运转，并分析这些材料而使之系统化。P123经验很快告诉我们，最好的预见就是规定一个大前提或一个指导性原则，而适用细节交由司法实践或司法经验来处理。P126在19世纪，法律的确性不是靠一个预先设计的、包罗万象的完整法律规则体系来获得，而是通过一个完整的原则体系以及对这些原则的适用和逻辑阐释的完整体系来获得。P126

2、19世纪的美国是拓荒的时代，属于边疆，属于农村，20世纪，准确说从1890年美国人口调查局在报告中宣布西部移民运动已经停止时起，美国进入了城市的时代。前一个时代，拓荒者既要求明确的法律，又要求最低限度的管制，在这个时代各州最高法院的主要工作就是通过判例创建稳定详尽的法律体系。为建设法律体系，个案正义反而不那么重要，可以被牺牲。“那时候，我们最高法院的首要功能是通过司法判决发展判例法。那时候个别人因为公共利益而受害理所应当。往往公正裁决实现个案正义并没有为未来制定完善与合理的规则重要”。19世纪拓荒时代美国法律的发展在世纪之交达到了巅峰，这时的美国法律将符合拓荒者精神的自由放任与法律达尔文主义发挥到了极致。尤其是后者。1882年，“美国律师界王子”埃瓦茨赞颂赫伯特-斯宾塞“您胜过我们当中的任何人。”而1905年，著名异议者大法官霍姆斯断言的“第14修正案并没有赫伯特-斯宾塞先生的《社会静力学》产生法律效果”其实在当时听起来多么的有气无力。但当时已经是城市化的时代。城市化的美国需要立法保护雇员、保护妇女、保护童工、维护卫生环境、最低工资，这些都需要政府家长式的介入，甚至是政府中心主义。19世纪的法律，自由放任与法律达尔文主义，自然而然的遭遇城市的挑战。而先锋则是1906年的庞德，他的演讲“被看作20世纪开始时司法行政改革的催化剂——按照威格摩尔夸张的说法，它是‘点燃了进步烈焰的星星之火’。”庞德反对极端的个人主义、反对从身份到契约的论断（“事实上，亨利-梅因爵士的信条仅仅是对罗马法律史的概括而已。它揭示的是罗马法的演变进程，而在英美法律史上却没有基础。除非我们真的在倒退，今天整个英美法的历程都在证明这一信条的落空。”）、反对法律达尔文主义。作为一个社会工程论者，或者说法律实用主义者，庞德反对当时的很多法律与法律理念。而如果说支持的话，他其实支持的只是社会立法、行政规制。他无法容忍用十九世纪的理念阻止20世纪的立法机构给予劳工、妇女、儿童保护，更无法容忍一个事故共和国。“他（庞德）问道，是什么东西促使我们在20世纪改变侵权行为法呢？‘是每年总数达900万的人身伤害的受害者。在这些受伤者、残废者、死亡者的总数之上还必须加上寡妇、孤儿以及靠这些人养活、但被剥夺了生机的人。’”与其说庞德悲天悯人，不如说他更看得清普通法的精神之实质。普通法的生命力不在于推理逻辑，而在于个案正义。一个人的权利被侵害，要得到救济，在民法下，需要被推理出来，而在普通法下，则可以通过类推而被创制。而即使是普通法的类推创制，有无宪法也有区别。英国没有成文宪法，而美国有宪法，严格的释宪总会让对权利的救济落空，普通法善于实现个案争议的优势反而荡然无存。1944年，罗斯福在国情咨文讲话中为他的第二个权利法案辩护，他引用英国大法官亨利的名言“贫困者无自由”来回应契约自由论者的指责。而亨利大法官的文字出处？1762年的判决。在那个时代，他恐怕无论如何无法从美国宪法中推导出这个结论。但他可以创制。其实类似的事情现在仍然发生。基于救济的目的，法院为堕胎者创制隐私权，而严格的宪法文本主义法官们则不断重申两百多年前的制宪者并没有将之写入宪法。庞德是宪法文本主义者的敌人，至今仍然遭受攻击。右翼电台节目主持人Glenn Beck攻击他是“美国宪法之敌”，乔治梅森法学院教授David Bernstein则攻击他“庞德主张，法官在应对个案时候，应该只受很少的约束，并将法律条文只当作一般的指南（general guide）”、“庞德指责洛克纳案多数方是达尔文主义者，但事实是庭上唯一的达尔文主义者是他的偶像，法官霍姆斯。”

3、《普》分八章阐释了影响1921年的美国普通法的几个因素。与其说这是一部普通法发展历程的再现，不如说是罗斯科庞德法律社会控制论的发展、论证过程。从中世纪法集权中挣脱出来的普通法，必然带着个人主义抗争的历史痕迹。而不同于英国对传统的改良和坚持，美国的普通法由于清教徒的影响，打下了更深刻的维护个人权益的烙印。由于清教徒和拓荒者们为北美新大陆带来了英国乡村的法律传统，在贫瘠而荒凉的北美东海岸上，他们必然更重视自身权益的维护，而缺少一种健全的社会系统的支撑。随着美利坚的建立和发展，这种“乡村法律”必然要带到城市里来，在城市的庞大工业机器中，人们发现，所谓个人的权益，总是或多或少却必然地与他人的联系在一起，社会运行系统的完善与保障，或是说公共权益，变得愈发地重要了。每个公民拿出一点点的权益构建起公共权利，实际是为了更好的保障个人的权益。在这样一个从个人到公共的发展过程中，罗斯科庞德提到了19世纪法哲学的影响，但我认为阐释还不够充分，特别对于功利主义。对个人主义的侧重向侧重公共权益的

《普通法的精神》

发展，应该还有边沁所认为的功利主义的过程。人的本能，是追求自身的最大发展和利益的最大化，每个人利益都得到了充分的发展，则能实现社会的共同发展，而在个人发展的同时，却不能损害他人发展的基本需求。从一定程度上说，我们的法律正是建立在这样的基础上的。无论普通法，还是大陆法，还是我们自己所谓的社会主义法。

《普通法的精神》

章节试读

1、《普通法的精神》的笔记-第7页

这正好可使法律工作者审视其所依赖的法律传统，确定它的构成因素，学习它的精神，透彻了解它何以发展形成，最后，我们才能懂得在当今法律发展的时代里，我们可能在多大的程度上利用它。

2、《普通法的精神》的笔记-第5页

所有实用主义哲学的要点在于：达到最终的真实是关键。但是，同样关键的问题是，不能知道我们的努力使我们接近或远离了真实……真实成为一个不可能达到但可以无限接近的理想。科学哲学就是制定出这种理想的条件，以一种卓有成效的方法论形式表现出来。

《普通法的精神》

版权说明

本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介，请支持正版图书。

更多资源请访问：www.tushu000.com