

世界法学汉译名著

西方社会的 法律价值

彼得·斯坦 约翰·香德 著
王献平 译 郑成思 校



中国人民公安大学出版社

世界法学汉译名著

西方社会的 法律价值

彼得·斯坦 约翰·香德 著
王献平 译 郑成思 校

中国人民公安大学出版社

1990年·北京

Peter Stein and John Shand

LEGAL VALUES IN WESTERN SOCIETY

1974 Edinburgh University Press

(根据1974年爱丁堡大学出版社英文版翻译)

西方社会的法律价值

彼得·斯坦 约翰·香德 著

王献平 译 郑成思 校

中国人民公安大学出版社出版发行

新华书店北京发行所经销

北京安华印刷厂印刷

850×1168毫米 1/32 9.75 印张 247 千字

1990年12月第一版 1990年12月第一次印刷

ISBN7-81011-141-8/D·113 定价: 5.50元

GDB41/20

前 言

以为我们的法律^①是世界上最好的法，这种观念已一去不复返了。今日法律院系的学生，比起他们的前辈和兄长来，在接触到某一个法律部门中的具体法律规定时，更容易提出这样的问题：“这部分规定的最终目的是什么？”“它是为何而制定的？”“用什么来衡量，才能知道它们是否达到了应有的标准？”对于这些问题，本书并不试图提供具体答案。本书的宗旨在于提出一种对这些问题进行讨论时可供遵循的思路。对于那种首先以说教性的方式系统地解释西欧法律在传统上力求达到的价值观念、然后再从现今法律当中举出这些价值观念得以实现的例子来的方法，人们早已感到厌烦了。

西欧的法律，部分源自罗马法，部分源自日耳曼习惯法。后者的存在形式是普通法。民法法系和普通法系在各自的发展中彼此独立，但在私法领域，即调整公民之间关系的法律领域中，两个法系又具有某些相同的基本价值观念。秩序、公平^②和个人自由，这些并非只是限于修辞学意义上的战斗口号，在西方法律思想中，占有一席之地得到广泛承认的地位。在本书的前几章中，我们

① 指西欧国家的法律。——译者注

② Justice一词也可译为“正义”。——译者注

将对这一地位进行研究和说明，并且通过源自两大法系的种种实例，来表明这些基本价值观念在法律领域能够、并且已经在多大程度上得到了实现。在律师当中，虽然不同的人有不同的文化背景，其价值观念则基本是一致的，他们倾向于以类似的方式行事。这一点，紧接着前面的问题和内容，向我们揭示一些有关法律程序的本质。在后面的几章中，主要讨论的问题是当今各种价值在其中相遇并相互限制的那些主要领域。因此，本书的中心，更侧重于讨论当今法律在我们的社会中的地位问题。

我们相信，法学院系的学生们一定会感到，如果没有充分地研究和讨论这些问题，那么，他们将失去法律学位课程中的一个关键部分。实际上，通过数年的法律专业学习，任何人都会得到一些关于法律的作用、法律的目的等方面的看法。然而，这些看法往往是含糊不清的，学生们也可能仅仅是朦朦胧胧地觉察到了一些。就法学领域而言，“‘没有哲理’的人与‘有哲理’的人之间唯一的区别就是后者明白自己的哲理为何物”，这一句名言是十分深刻的。我们希望本书能够对于从事和将要从事法律职业的人们对法律价值问题进行更为深入的研究和讨论有所裨益。

海上世界社会文化开发部

组织翻译

《世界法学汉译名著》

编委会

主 编

邓正来

副主编

楚 建

邹克渊

徐 炳

郑永流

陈国平

编 委

邹景春

周振想

夏 勇

冯 军

熊继宁

尹蓝天

夏卫民

倪正茂

顾培东

黄 进

何 非

王成懋

黄 海

马协华

谢 文

总审校

邓正来

目 录

前 言	(1)
第一章 法律价值、法律理论与社会理论	(1)
第二章 法律与社会秩序	(38)
第三章 公平与公平程序	(74)
第四章 公平的法律与公平的判决	(104)
第五章 个人主义与责任	(140)
第六章 个人自由	(173)
第七章 生命的价值	(199)
第八章 个人隐私	(224)
第九章 财产权	(251)
第十章 合同、竞争与商业冲突	(280)
结束语	(313)

第一章 法律价值、法律 理论与社会理论

人类的行为应当受到由国家的强制力所保证的规则的制约。如果说人们因法律而对此有充分的理解的话，那么，所有的发达社会都已经承认，法律对于它们的生存来说是一个必要条件。在不同的社会里，行为规则的作用和特点有所不同。本书所涉及的，是这些行为规则所处的社会地位。此处所说的社会，是指在西欧范围内特别得到发展的自由—民主社会。

法律的目的何在？大部分英国人想象中的法律，呈现出千奇百怪的形象：头戴蓝盔的警察管理公共交通和处理公共场合的纠纷；议员们对某些立法文件进行争论，直到擦得光亮的大笨钟宣告休会时间已到；头戴假发、身着长袍、面无表情的法官刻板无味地宣布某个被告做了不应做的事情；或一副猫头鹰架势的律师透过厚厚的眼镜片，从四面镶着黑色珐琅质护板的桌子上四下张望。所有这些，在某种程度上“体现着法律”。其总和，代表了三个

基本观念：秩序，公平，个人自由

这是法律制度的三个基本价值。每当一件事情发生、事实又

证明法律在其中某一个价值方面不足以保证实现它的时候，人们总是对法律百般指责。可是，人们很少在这种情况下将这三个基本价值作为一个整体加以考虑。在今日西方社会，这三个基本价值都不可缺少，而且，三者之间的平衡十分微妙。对于仅仅依靠对一切危及社会安定的行为进行暴力镇压来维持秩序的法律制度，人们是不满意的。确实，人们都希望法律能够保障社会秩序，但人们同时还希望法律能够促进公平。即使法律能够减少暴力行为，人们也希望它在公平的基础上得以适用。而且，法律规则应当做到使人们不会感到自己受到的对待与和自己地位相似的人不同。另外，人们还希望法律保护自己不受过份热心的政府和政府对政府百般依顺的立法机构的妨碍。因为，这两种机构往往过份地以整个社会的观点来看待问题。在维持良好的秩序和促进社会福利和公平的过程中，权力有可能被用来不恰当地限制个人的活动和言论自由。留给人们的选择余地可能极小，从而使人们感到了束缚和压抑，自己的活力无法充分发挥。因此，人们必然会指望法律来把行政官员的活动限制在一个特定的限度之内，并且使一切逾越其必须遵守的界线的行为属于无效。如果一个人认为自己是一个自由的人，那么，他必然会有这样的愿望。掌握权力的人必须受到法律的制约，并服从于法律的强制力。假如任何一个公民要想成为一个掌握自己法律权利的人，当他感到自己受到了不正当妨碍时，不论加害人是谁，他不仅必须能够说、能够做他所认为是正当的事，而且必须能够求诸于法律的帮助。

法律中所存在着的价值，并不仅限于秩序、公平和个人自由这三种。许多法律规范首先是以实用性、以获得最大效益为基础的，简言之，即使个人付出的代价减少到最低的限度。例如，基本上属于行政性质的交通管理法规，就是以实用性为基础。由于这类法规而引起的个人的不方便，人们并不以为是严重地干涉了他们的自由。适用这类法规可能导致某种不公平的结果，但是，

与因采用其它办法而对社会造成的难以承受的代价相比，这种结果几乎微不足道。如果一个社会的目标是使它的成员快乐，那么，法律所关心的，永远是使最大多数的人获得最大的快乐这种实用性观念。但是，与上面所说的三种基本价值相比，实用性的层次则稍低一些。如果某一个法律领域，例如有关暴力犯罪的法律或有关因社会需要而对财产进行强制没收的法律，其整体建筑在仅仅是实用性而不是更高层次的价值观念上的话，那么，它就不可能充分发挥应有的作用。在法律上，实用性永远会被考虑在内，但这种考虑并非法律的首要目的。作为法律的首要目的的，恰是秩序、公平和个人自由这三个基本的价值。

在价值体系的另一端，是那些法律所无能为力的内容。例如仁慈，爱等等。

某个个人可能十分仁慈，自愿放弃了他应得的一切；但是，对于他的权利和义务，法律有着强制性的规定。仁慈基本上属于“超法律”的价值。当它应用于法律问题时，它可能影响法律规范的正常效力。但当人们试图将仁慈运用到正式法律程序中去时，仁慈就变得制度化了，并且失去了某些本来的性质。在英国，女王可以特赦某个已被定罪的罪犯，使他免受法庭判处的刑罚。这时，女王就是在行使仁慈特权。行使仁慈特权最重要的形式，是对谋杀犯实行缓刑，而对该犯的行为，法律规定的唯一刑罚就是死刑。行使仁慈特权的程序是，由犯人向女王提出赦免请求，然后在内政大臣的建议下，女王行使仁慈特权。内政大臣的建议是必不可少的程序。然而，历届内政大臣都明确表示，根据自己的良心，他们不认为自己有随意决定向国王提出这种建议的权力。如果他们这样做，犯人的缓刑机会将会过份地依赖于个别大臣的个人品质。为此，英国制定了专门的规则，将各类案件进行了分类，并规定了哪些案件可以、哪些案件不可以实行仁慈赦免。这些规则从来没有被公布过，但是，出身于各个政治派别的

内政大臣无一例外，都遵守了这些规则。为了以相同的方式处理相同的案件，不论犯人进行申诉时恰好是由谁担任内政大臣，法律的连贯性和一致性始终胜过实际上已成为仅仅是一般法律程序步骤之一的仁慈特权。

从性质上说，爱也是“超法律”的。爱的内涵广阔无边。爱是某一个人发自内心的、对另一个人确定的情感。由于爱而产生的行为，不可能由法律事先规定。法律规范可以将一个人对他人的义务明确地加以规定。法律的性质要求它尽可能地表达明确，以使每一个人都能够清楚地了解，如果违反了它，就可能受到它所规定的某种制裁；相反，如果避免违反它，那么也就不会受到法律的任何打搅。然而，并没有什么法律规范能够总揽无遗甚至能够包括各种各样的、只是有可能产生的情况。人类的预见力还没有完善到可以可靠地预告一切可能产生的事这种程度，况且，人类所使用的语言也还没有完善到可以绝对明确地表达一切立法意图的境界。人们所预想不到的或法律所没有规定的种种案件必然会不断产生。此外，大部分法律规范都是以消极的方式规定人类的行为，即规定什么样的事不可为之；如果某人违反，将会发生什么后果。很少有什么事情适合于法律从正面进行积极的规定，即规定什么样的事必须为之；如果违反，法律将怎样惩罚。制定一条规定不得伤害他人的普遍性法律规范，是一件十分容易的事，但是，要制定一条规定每个人都必须帮助处于困境中的他人的普遍性法律规范，就不那么可行了。正如一条苏格兰法律谚语所说，“法律对不仁无可奈何”。法律所规定的惩罚不起作用只是偶然的現象，在大多数情况下，罚则是有效力的。《法国刑法典》^①第63条是一个不寻常的法律规范，因为它规定法律将对任何“依其直接的行为，不危及自身和他人即能够阻止一起犯罪

① 指拿破仑时期1810年颁布的刑法典。这部法典最主要的特征之一是刑罚十分严酷。——译者注

或对身体伤害的民事行为，而又故意不为此事的人”进行惩罚。与此类似，它还规定，对任何故意不向处于危险之中的人提供他所能提供的帮助，而这种帮助又不危及自身和他人的人，法律也要进行惩罚。包括罗马法和英美法在内的大部分法律制度，在对造成他人损害的行为进行处理时，都一直受到类似问题的困扰，即是否承认可以因没有提供帮助而造成的损失对不提供帮助者提起法律诉讼，或者说，是否可以根据一个非义务性不为而进行法律诉讼。

法律与爱之间的矛盾源自《圣经》。《旧约全书》的“十诫”当中，除一条例外，其余九条都是以消极方式表达为严谨、明确的法律规范：不偷窃，不杀生^①等。《新约全书》中的《基督福音》，则与此截然不同。在《登山宝训》，也就是众所周知的反命题（Antitheses）中，耶稣解释了“十诫”中的一些基本规则。每解释一个，总是以“你们听见有话说……”开始，又以“我告诉你们……”结束^②。每解释一个，耶稣都表明，法律规定的道德标准，比起他所要求的来要低得多。“十诫”说“不谋杀”，而耶稣说，任何对自己的兄弟怀有仇恨的人都应被交付审判。法律所涉及的是人类的外部表现和活动。通常，它对人类的内心动机不感兴趣。只要人们不为法律所禁止的行为，法律便得以满足。而耶稣所要求的不但是清白的手，而且是清白的心境。他把整个道德法则变成了爱的双重告诫：爱上帝，爱自己周围的人。《福音》中没有列举这些诫条据以实现的特殊义务，也没有规定任何爱的责任。实际上，它否认基督教的生活方式可以用法律语言来表达，因为，基督徒可以确信他们不必再加以提高的平安顶界是不存在的^③。

① 《圣经·旧约：申命记》。

② 《马太福音》。

③ J. L. 麦克恩茨：《新约全书中的法律》，见《法律家》，1966年第26期，170页。

真正的基督教社会中，那些内心世界事实上由兄弟之爱的观念所驱使的人们，本不需要什么法。他们的行为所遵循的价值观远远超出法律价值观。假如他们彻底地遵循着爱的诫条，那就是一个由圣人组成的社会。圣人是不会违抗法律的，除非爱他人的要求促使他这样去做。他们对法律漠不关心，因为，法律与他们为他人而做的绝大部分行为并没有什么关系。

然而，在现实社会里，许多问题往往产生于兄弟之爱的观念发生的过程之中。一方面，在某个社会中，即使所有的人都对他人怀有良好的愿望，仍然会存在他如何确切地做出某种事情来满足这种愿望的问题。这一点往往是不十分明确的。因此，即使可以设想基督教精神无时不在，人们也还是需要得到一些指导，即什么样的行为才是最好的行为。在这种情况下，就有必要求助于某种提供这类指导的权威。基督徒们当然可以指望上帝的神明来进行指导，但是，即使是上帝的指导，也往往由于靠基督徒们自行决定接受与否而流于形式。否则，基督徒就应当为自己的行为负个人责任，他就不再拥有决定自己应做何事的自由。那些试图将自己置于上帝的直接意愿之下的社会，例如加尔文的日内瓦^①和巴拉圭的基督徒社会，都曾发现，对于整个社会来说，上帝的意愿只能通过人的中介才能得以传达。这些社会的领袖人物们相信，只有他们自己才能理解和秉承上帝的意愿，认为自己拥有真理的独占权。这样，他们所统治的社会也就沦落为受人类专制暴君意愿支配的地步。为了拯救这种社会，免于使爱沦为专制，就需要有一系列的规则，所有的人，包括统治者在内，都必须遵守这些规则。

另一方面，大多数社会并非是由圣人组成的，而是由具有普通人类情感的凡人组成的。这些人可以接受兄弟之爱的观

① 即16世纪中叶宗教改革家加尔文在日内瓦建立的政教合一的国家。

念，但他们却无法靠此而生活。因此，他们需要一些法律规则的保护，需要那些并非只为超人所制定、而是人们可以据以使自己的行为得到承认的规则的保护。法律可以规定某种行为标准，对此，社会中的某些人可能会感到很难达到这个标准。但是，法律规定的行为标准，必须是在社会上大部分人的能力所及的限度之内。

直接依靠法律程序来实现比秩序、公平和个人自由更高层次的价值，存在许多困难。这些困难本身表明，被西方的传统一直视为基本的法律价值的，是社会秩序、公平和个人自由。它们应当在法律中得以实现，这一点没有什么异议。在以下的章节里，这些基本价值将得到分别讨论。在每一章节，我们都将涉及西方法律思想史上给它们硬加上的含义，以及这些价值观念在现行法律中能够或者已经在什么程度上得以实现。但是，应当记住，虽然在所有的法律部门中，这些基本价值并没有始终得到相同的重视和体现，然而，法律作为一个整体，却一直在力图为它们寻求一个恰当的地位。

法律价值与法律理论的关系

对法律性质进行解释的法律理论，总是倾向于在某个特定时间里强调上述三种法律价值其中的一个，而忽视另一个。

秩序和实证主义

有一个思想流派，特别强调社会秩序的重要性。这个思想流派，一般被人们泛泛地称为实证主义。这一派坚持认为，规则就是法律，因为，它是由社会中的主权机构所制定的。在柏拉图的《理想国》^①中，瑟拉西马库斯说道，“正义”和“权利”只不

^① 《理想国》是柏拉图（公元前427—347）主要著作之一。该书以对话形式写成。瑟拉西马库斯（THRASYMACHUS）是书中对话人物之一。——译者注

过是那些实际上掌握着国家权力的人给他们所认为与其目标相符的行为方式所起的名称。所以，那些以同样的方式大肆宣扬的法律，只不过是促进了掌权者的利益才制定出来的。

这个观点，在16世纪出现的民族国家中，被赋予一种更为先进的表现形式，并被用来使统治者的立法权合法化。法国思想家让·博丹在其著作《国家论》（六卷集）（1565年）中，认为主权的本质就是不受任何法律的限制。当然，统治者也可以承认，自己有责任使自己所立的法与人类某些外部行为标准相一致。但是，只要他拥有主权，那么，决定这些标准是否适用于他、怎样适用于他，就是他自己的事。如果主权从属于某种条件，那么也就不成其为主权。一种规则之所以是法律，那是因为它本身就是主权者意愿的产物。根据这一派的观点，典型的法律是由主权者或主权机关所颁布的通告或法令，而习惯法只有在得到主权者或主权机关的认可，才能获得法律效力。

在17世纪，英国的托马斯·霍布斯重申了这一立场。他的著作《利维坦》（1651）一书的宗旨仍然是政治性的，即提供一种支持君主与议会作斗争的政治理论。为了解释人们如何组成一个政治性的社会，他描绘了一幅政治社会形成之前的自然状态的情景。霍布斯认为，在自然条件中，人们所处的状态是人与人之间的争斗。在争斗中，人人都只是努力寻求自己的幸福。如他的一句名言所称，“我认为，人类有一种基本倾向，即永不间断的、永不停止的追求权力的欲望，直到死亡才告结束”。因此，在自然状态中，人们无法享受任何文明的赐福，而是永远处于忧虑和不安全感的压抑之下，“人的生活寂寞，贫穷，低下，残忍而又短暂”。为了摆脱这种状况，人们相互订立了契约，自愿地、无条件地将自己置于一个拥有主权、能够保证他们安全的人之下。一旦这种主权建立起来，它就不受任何臣民的制约。主权者按照自己的意图，制定法律，设立司法机关。不论主权者如何专制，

相对于自然状态来说，他的统治都是极大的进步，因为它能够保障人们的安全。只有当主权者的行为危及到臣民的生命时，臣民们才能够反抗。因为，在这种情况下，社会不能再给人们任何优于自然状态的东西。

霍布斯认为，在自然状态下，任何人都有自然的权利来自由地实现自己的愿望。他所想像的社会契约存在于“每一个人与其他任何一个人之间，由于这种契约的存在，大家都将自己的权利交给一位不是契约参与人的受让人”^①。每一个人都交出管理自身的权利，条件是大家都这样做。由于这种契约，管理的权力就掌握在一个机构的手中。这个机构，可以是一个人，也可以是一群人。由于主权者不是交出权利的订约人，因此，对于其臣民，他或他们不承担任何的义务。“正如每个人的自然权利就是做那些为保证其自身利益必须做的事一样，人为的主权权力，就是做那些为保证可以认为是所有人都希望的唯一利益必须做的事。这种唯一的利益，就是和平的利益。”^②为了保障和平，主权者必须制定法律，而法律之所以具有权威，是因为它出于主权者的意愿。

18世纪末、19世纪初，杰里米·边沁和他的门徒约翰·奥斯汀在他们的著作中，对霍布斯的法律观作了修正，并使它成为对自然法的一种标准的英国式解释。

边沁最感兴趣的，是从形式和内容两个方面对现行法律进行改革。对于边沁来说，法律就是某些人的意志表达，这些人用法律来惩罚那些不遵从他们的意志的人。这意味着边沁所认为的法律就是法令条文。那么，被布莱克斯通（Blackstone）称为“黑兽”（*bête noire*）的、根据普通法具有强制力的习惯规则，又当何论？边沁认为，它们也是法律，因为，法官们已明确

① M·奥克肖特：《霍布斯〈利维坦〉概论》，1946年版。

② M·奥克肖特，《霍布斯〈利维坦〉概论》，1946年版。

宣布，那些不遵守习惯法的人，必定会受到惩罚。法官并不是宣布已经存在的法律，而是在制定新的法律。这样，法官就篡夺了立法者的权力。对此，边沁力图使法律做到法典化，以此尽量减少法官自行决断的余地。法典的基础，则应当是实用性，即努力为最大多数的人谋求最大的幸福。

奥斯汀的目标具有相当高的系统性，即创造一种普遍适用于任何社会的法律解释。他仔细地将法律的现状和法律所应当具有的状况区别开来。他认为，法律与道德、法律与“立法科学”之间，都具有相当明显的区别。“立法科学”的基础才是实用性。

“法律的存在是一回事，而它的优点、缺点又是一回事。它是不是法律是一回事，而它是否适合于人们想象的标准，这又是另一回事”。^① 为了得到一个普遍适用的法的定义，奥斯汀抛开了法律的所有属性，只抓住了一点：法律规定是以国家的有组织的力量为后盾的命令。与边沁一样，奥斯汀也是一位意志自由论者。他推行了一场法律改革运动，力求使法律摆脱过时的形式和框框。但是，他所竭力推行的法律观念，其核心既非法律本身的存在，又非社会秩序：

“由恰当的理由证明法律有害，这一点非常有用。因为，这个证明的过程可以导致有害法律最终被取消。由确定无疑的实用性观点来激励公众对有害法律进行抵抗也十分有用。但是，仅仅一概宣称所有有害的和与上帝意愿不相符合的法律都是不可忍受的、都是无效的，这样做只能导致无政府主义和无政府状态。这种做法，对智者的仁政和对愚蠢、暴虐的专制者的危害一样大。”^②

不难理解，有人会强调统治者意志的因素，并把法律看成是以有组织的力量为后盾的一系列命令。对于这些人来说，法律首

①、② H. L. A 哈特编：《法理学范围之确定》，1954年版。