

美国法律文库

THE AMERICAN LAW LIBRARY

约翰·奇普曼·格雷 著

John Chipman Gray

法律的性质与渊源

(原书第二版)

THE NATURE AND SOURCES
OF THE LAW

马 驰 译

THE AMERICAN

THE AMERICAN

THE AMERICAN

美国法律文库

THE AMERICAN LAW LIBRARY

法律的性质与渊源

(原书第二版)

**THE NATURE AND SOURCES
OF THE LAW**

约翰·奇普曼·格雷 著

John Chipman Gray

马 驰 译

图书在版编目 (CIP) 数据

法律的性质与渊源 / 约翰·奇普曼·格雷著, 马驰译. — 北京: 中国政法大学出版社, 2011. 8

ISBN 978-7-5620-3994-5

I. 法… II. ①格…②马… III. 法学-研究 IV. D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第155727号

- 书 名 法律的性质与渊源 FALÜ DE XINGZHI YU YUANYUAN
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088 zf5620@263.net
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010)58908441(译著室) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880mm×1230mm 32 开本 10.375 印张 240 千字
- 版 本 2012 年 1 月第 1 版 2012 年 1 月第 1 次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-3994-5/D·3954
- 定 价 28.00 元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

法律的性质与渊源

*THE NATURE AND SOURCES
OF THE LAW*

《美国法律文库》编委会

编委会主任 江 平

编委会成员 (按姓氏笔画排列)

方流芳 邓正来 江 平 朱苏力

吴志攀 何家弘 张志铭 杨志渊

李传敢 贺卫方 梁治平

执行编委

张 越

法律的性质与渊源

(原书第二版)

THE NATURE AND SOURCES OF THE LAW

(Second Edition)

by John Chipman Gray

Copyright © 1909 by Columbia University Press

All Right Reserved

New and revised edition copyright 1921 by Roland Gray.

Published 1921 by The Macmillan Company, New York.

First published as a Beacon Paperback in 1963.

本书的翻译出版由美国驻华大使馆新闻文化处资助
中文版版权属中国政法大学出版社，2012年

出版说明

“美国法律文库”系根据中华人民共和国主席江泽民在1997年10月访美期间与美国总统克林顿达成的“中美元首法治计划”（Presidential Rule of Law Initiative），由美国新闻署策划主办、中国政法大学出版社翻译出版的大型法律图书翻译项目。“文库”所选书目均以能够体现美国法律教育的基本模式以及法学理论研究的最高水平为标准，计划书目约上百种，既包括经典法学教科书，也包括经典法学专著。他山之石，可以攻玉，相信“文库”的出版不仅有助于促进中美文化交流，亦将为建立和完善中国的法治体系提供重要的理论借鉴。

美国法律文库编委会

2001年3月

第二版序言

1915年格雷教授去世的时候，他已经为本书的第二版做了大量的笔记。他将本书再版的主要原因在于，希望使其能够获得更多的读者。我试图用多种方式来实现这一目标，其中某些方式是作者明确表达过的，另一些则是我用来实现其意图的方式。

我将脚注中的拉丁文、希腊文和德文都翻译成了英语；解释了大部分法律术语。但凡我能找得到的，我都为引注增添了参考文献和引文。此外我还做了一些调整，但除了开头的几个段落之外，没有做任何删减。作者笔记之外对文本的补充，仍然要归功于作者。

在本书第一版出版之后，围绕本书所讨论的主题出现了大量的文献。由于作者本人并没有改变他的观点，也没有考虑在这些文献问世之后在新的版本中处理那些支持或反对自己的文献，我便没有处理甚至在很多情况下也没有提到这些文献。然而，我却斗胆在近来一些阐述本书观点的图书和杂志中引述了一些段落。这些引述仅仅是本版预备稿中的只言片语，以及在第一版问世之后已经发表的英文材料。这些引注绝无喧宾夺主之意，它们的主要目的仅仅是形式上的调整。

II 法律的性质与渊源

作为正文和笔记的补充，我并不认为有必要将之视为全新的内容，无论它们来自作者还是我本人，只具有解释和说明的特点，除此之外便毫无更大的重要性。我还得感谢拉塞尔·格雷（Russell Gray）和伊斯奎尔（Esquire），他们为我提出了各类建议，并帮助我找寻材料。

罗兰德·格雷

1921 年于波士顿

第一版序言

大约五十年前，我偶获一本奥斯丁的《法理学的范围》（*Province of Jurisprudence Determined*），在英格兰小读，却不甚了了。后来，虽然我的工作转为其他方向，该书的主题却从未在我心中完全消褪。12年前，我有了成型的看法^[1]；在超过9年的时间期限内，我又将这些看法搁置；然而，假如哥伦比亚大学没有借卡彭提尔基金会（Carpentier Foundation）好意邀请我去做讲座课程，我的这些看法恐怕仍然难以问世。

这一讲座课程于1908年春季在哥伦比亚大学进行。本书将之分为13章，仍然保留了讲座的常见风格。日常的表达和举例纵然能够帮助人们掌握日常生活中的事实，其缺陷却在于在道德科学中造成了巨大的风险。

对于讲座中不断重复的内容来说，或许并无太好辩护；读者们或许被在他们看来的陈词滥调所激怒。然而，以一种别样的方式，展示有关法律同一基本真理如何可能生发出来，此种展示似乎依旧是值得的。

我希望让讲座保持在温和的限度内，此一愿望导致很多原本可以在讲座中拥有一席之地内容被舍弃。为了能够让若干

[1] 格雷教授曾于1896~1900年，1901~1902年在哈佛法学院做过简短的比较法理学讲座课程。

IV 法律的性质与渊源

需讨论的主题获得更完整和或许更丰满的处理，我向读者推荐两本书，这两本书来自我的两位学识渊博的友人。一本是詹姆斯·布赖斯（James Bryce）的《历史与法理学研究》（*Studies in History and Jurisprudence*），他目前是英国驻美大使；另一本是弗里德里克·波洛克（Frederick Pollock）爵士的《法理学入门》（*First Book of Jurisprudence*），他是牛津大学基督圣体学院的法理学教授。

法理学的研习者时常被此种说法所困扰：他处理的对象不是事物，而是语词；他其实是在忙于为文字游戏中的筹码确定尺寸。但是，一旦当他充分认识到，那些语词不仅像货币那样从古至今持续不断地从庸人传给庸人，而且从某些最敏锐的头脑传递给另一些最敏锐的头脑，他就会发现，只要这项工作被有价值地实施，这就是一项有价值的工作。

我已经力图表明，我有意借鉴了其他学者思想。然而，只要有人阅读和思考过半个世纪以来的相关主题，就难以甚至无法区分他自己的想法与从他人那里获得的恩惠。最好不要声称原创性，我就没有。

我很高兴在此表达我对学校当局发自内心的感谢，特别是柯奇韦（Kirchueg）院长和法学院同仁们热忱的欢迎和鼓励。

约翰·奇普曼·格雷

1909年7月14日^[1]

[1] 这个日子是作者的70岁生日。关于其生平，可参见 28 *Harvard Law Review*. 539; 1 *Mass. Law Quart.* (No. 2) 29; *Proceedings of Mass. Hist. Soc.*, March, 1915, and May, 1916; 及其 1917 年于波士顿自行刊印的回忆录。

／ 目录 ／

I	第二版序言
III	第一版序言
第一部分 法律的性质	
3	导 论
3	法律概念的分析研究
5	分类与定义
6	具体例证的价值
7	第一章 论法律权利与义务
7	权利义务概论
8	权利一词的模糊性
9	公共舆论与权利的关系
11	法律权利与法律义务
12	法律权利与道德权利
14	“法律义务”
15	术语“正当”
17	受保护的利益与权利
18	保护利益的方式
19	抗辩权

2 法律的性质与渊源

20	行政官员的调停
21	自由意志与法律权利
22	自由意志与法律义务
24	第二章 论法律主体
24	术语“主体”
25	正常自然人
26	变态自然人
27	法律中的拟制
28	普通法中的拟制
31	拟制的滥用
32	独断拟制
33	对变态自然人的意志归属
34	未出生的胎儿
35	超自然存在
38	享有法律权利的动物
39	动物作为义务的承担者
40	享有权利的无生命体
41	承担义务的无生命体
43	法人
44	社团
45	社团是真实之物吗?
47	法人有真实的意志吗?
48	社团的创造
49	独任社团
50	基金会

52	国库
52	待继承遗产团
52	耶林的被动权利论
55	第三章 论国家
55	作为虚拟主体的国家
57	国家的创造者
59	国家的权力
59	有关国家神圣起源的理论
61	强权即正确
61	社会契约
63	主权
65	美国的主权者
67	主权者观念并非必要
67	国家的法律权利
68	创制权利之权力的部分行使
71	第四章 论法律
71	法律的定义
72	法律是主权者的命令
74	“一项法律”与“法律”
75	法律是民众的意识
76	法学家的意见
79	法官是法律的发现者
79	只有法官发布的东西才是法律
81	前文尚未解决的问题
83	不判决，无法律

4 法律的性质与渊源

84	法院创制了溯及既往的法律
86	法律与自然科学
86	作为法律决定性证据的判决
88	法律如何区别于其他行为规则
89	法律并不总被遵守
91	法律由国家制定的规则构成
92	国家之外其他共同体的法律
92	英国国教
93	一般性行政规则都是法律
96	第五章 论法院
96	法官的职责
98	执行判决的强制力并非本质
99	法院间的不同意见
100	多个独立的平级法院
100	针对不同事务的多个独立法院
101	有限上诉权的法院
102	司法权的限度
105	法律渊源的指征
105	作为法律渊源的制定法
107	第六章 论万国法
107	国家间的关系
108	“国际法”
109	“国际私法”
110	国际法才是真正的法律吗？
111	形成中的法律

113	第七章 论法理学
113	特定法理学
114	比较法理学
115	一般法理学
116	法律的必然原则只是猜想
118	道义或伦理的因素
120	必要的伦理因素
121	比较法理学中的伦理因素
122	作为纯粹形式科学的法理学
124	法理学的本质在于方法
125	两个法律体系的共同原则
127	历史法理学

第二部分 法律的渊源

131	第八章 论制定法
131	立法
132	制定法的多种称谓
134	非国家团体的规则
136	日耳曼法中的自治权
137	制定法的形式
138	制定法的一般性
139	外国制定法
140	制定法的颁布
140	市民法
143	英格兰制定法的颁布

6 法律的性质与渊源

145	美国制定法的颁布
146	制定法的解释
147	法官有权说出最后的论断
148	立法机构的意图常常并不存在
149	契据与遗嘱的阐释规则
151	制定法的解释方法
153	普通法的规则
155	对十二表法的解释
156	法院有关制定法的权力
157	当修订法律有困难时，解释便是自由的
159	法律汇编的解释
160	立法解释
162	制定法的弃用
163	市民法
166	普通法
168	美洲的英格兰法
169	美国制定法的弃用
171	第九章 论司法先例
171	先例概论
173	作为法律渊源的先例
173	罗马法
177	德国法
182	法国法
182	苏格兰法
182	英格兰法