

· 大学的邀请 ·

写给开始筹划一生的年轻朋友

法学的邀请

Invitation to Law

[英] 布赖恩·辛普森 (A.W.Brian Simpson) 著

范双飞 译

法律的目的在于
增进最大多数人的最大幸福



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

· 大学的邀请 ·

精装版

法学的邀请

Invitation to Law

[英] 布赖恩·辛普森 (A.W.Brian Simpson) 著
范双飞 译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

著作权合同登记号 图字：01-2007-4421

图书在版编目（CIP）数据

法学的邀请. 精装版 / (英) 辛普森 (Simpson, A.W.B.) 著; 范双飞译. —2版. —北京: 北京大学出版社, 2014.2
(大学的邀请)

ISBN 978-7-301-23401-3

I. ①法… II. ①辛… ②范… III. ①法学-通俗读物 IV. ①D90-49

中国版本图书馆CIP数据核字 (2013) 第256606号

This edition is published by arrangement with Blackwell Publishing Ltd, Oxford.

Translated by Peking University Press from the Original English language version.

Responsibility of the accuracy of the translation rests solely with the Peking University Press and is not the responsibility of Blackwell Publishing Ltd.

书 名: 法学的邀请

著作责任者: [英] 布赖恩·辛普森 著 范双飞 译

责任编辑: 于铁红

标准书号: ISBN 978-7-301-23401-3/D · 3444

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> 新浪官方微博: @北京大学出版社

电子信箱: pw@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62756934 出版部 62754962

印 刷 者: 三河市国新印装有限公司

经 销 者: 新华书店

660 毫米 × 960 毫米 16 开本 18 印张 200 千字

2008 年 9 月第 1 版

2014 年 2 月第 2 版 2014 年 2 月第 1 次印刷

定 价: 47.00 元 (精装版)

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

假如正义荡然无存，人类在这世界上生存，又有什么价值？

——约翰·罗尔斯

法律就是这样一张网，触犯法律的人，小的穿洞而过，大的破网而出，只有中等的才会落入网中。

——威廉·申斯通

目 录

第一章 法律的普遍性	1
第二章 法律理想与丑陋的现实	35
第三章 法律体系和法律传统	68
第四章 法律的分类	106
第五章 法律的渊源	139
第六章 律师	177
第七章 法律的学术研究	215
第八章 法律的未来	253
第九章 几点建议	262
附 录	280
世界法系产生的时代及存续时间对比图	280
世界法系分类一览表	281

[第一章]

法律的普遍性

任何人都可以轻而易举地举出合情合理的实例来证明：写这本书没有必要，法律是不需要介绍的。因为和微积分、符号学、突变

法律无时无刻不存在于我们身边与我们的生活里。

论等高深艰涩的玄秘科学不同，法律无时无刻不存在于我们身边与我们的生活里。即便是年龄尚幼的孩子，早在他们开始在商店里行窃、骑未上保险的机动自行车，或者在果园里偷苹果之前，就已熟知了刑法，熟知了法庭上的罪恶与悲剧、是非曲直，熟知了对凶残和贪婪令人生畏的谴责。至于违反社会行为准则的托德先生之流，一旦落入严厉残酷的法律执行者之手会有怎样的下场，孩子们也是心知肚明。他们读的故事、看的电影电视，无不向他们灌输了一系列与法律的存在紧密相连的概念——无论是虚构的海盗、劫匪、拦

路强盗和罪犯，还是在某种程度上更接近于现实的主动给糖果并要求载你一程的陌生人，或是周末闯入学校的坏人。他们甚至能从罗宾汉的故事中领悟到，法律也可被看做一种压迫体制，而非一种好东西。

年龄大些的孩子和成人知道的，远不限于上面所说的这些。他们所了解的法律的概念，已不仅仅局限于警察和强盗，因为他们知道，刑法只是构成法律和律师界的一小部分。随着我们年龄增长，我们开始了解“政府”这一概念。现代政府尽管干预了大量与犯罪并无直接关联的日常活动，然而在很大程度上，仍是在通过法律进行运作。由于政府行为涵盖制定新法律和废止旧法律，在实行民主制国家的选举中（选举会产生新的政府），各党派会就立法程序以及政党宣言中做出的改革法律的承诺展开竞争。我们也逐渐了解到政府事务包括坚持推行法律，例如规定失业人员有权从政府领取救济金的法律，以及管理海外移民的法律。我们也明白了许多为大家所熟知的机构，如国会、英国广播公司（BBC）、中央电力局、大学、地方议会及众多商业公司，都是法律的产物，其组织结构、权利以及职责均由法律赋予。

尽管绝大多数公民在日常生活中极少接触刑法，交通法除外，然而几乎所有人都会与某种法律生出一些瓜葛，像税法、规定商店何时营业及买酒年龄限制的法律，或是要求公民出国旅行必须持有护照的法律。事实上，法律涉及的范围极为广泛。有管理家庭生活的法律（禁止你与你的祖母或外祖母结婚，如果你们结了婚，这种婚

姻是无效的)；有保护蝙蝠不受惊扰的法律；有保障养鱼鹰人的权益以及想要穿耳洞的人的权利的法律；有规定必须给羊洗药浴的法律，无论他们的主人情愿与否；有规定村礼堂必须提供紧急避险出口的法律；也有要求食品生产商列出他们在我们吃的食物中所使用的添加剂，如 E102 等的法律。诸如此类的

法律的数目如此众多，反映出当今社会的一种信仰——人们坚信法律能够解决棘手的问题；法律是包治各种社会顽疾的仙丹妙药。

例子，不胜枚举。当然，也有一些比较好笑的奇怪法律，例如在美国的堪萨斯，有一项法律规定，禁止在建筑物的一层饲养骡子，据说这是因为曾经有一个人与市长发生了争吵。要想出一项不受法律制约的活动，是颇需要费一番心思的。你也许会认为，也许睡觉可以不受法律制约？你错了，因为在开车过程中是严禁睡觉的。曾有法律报道讲述过这样一件凶杀案，一位名叫鲍舍斯的美国军人，宣称自己在熟睡中杀死了一名妓女。当他醒来后，他感到非常惊讶。尽管法官不停地通过点头、使眼色等各种方式示意陪审团，如果这种说法属实，谋杀罪名就不成立了——事实上，任何熟睡中的行为都不负有法律责任，除非是习惯性行为，这种情况可能会违反某项法律——但令法官惊愕的是，该男子想尽办法，成功地说服了陪审团。法律的数目如此众多，反映出当今社会的一种信仰——人们坚信法律能够解决棘手的问题；法律是包治各种社会顽疾的仙丹妙药。于是，我们制定出各种各样的法律，以推进种族和谐、良好的性教育、两性平等、工作安全，或消除证券交易所的内幕交易，或达到其他崇

高的目的，若是我们能就如何广泛地促进社会正义达成一致，在这方面也会有相应的法律诞生。全世界关于保证人人享有人权的法律条文，可以说是举不胜举，然而我们却也不得不承认，正如国际特赦组织接连指出的那样，这些法律在其实施的领域，并未取得显著成效。历史上从未有过任何一个时期，能像今天这样使法律变得如此受人青睐。在过去的每一天，几乎无不充斥着设立新的法律，以消除这样或那样的行为，或是加快实现某种合理目标的呼吁。

关于杀人的法律，在真正意义上与大多数公民全然不相关，即使是在少数可能发生的案件中，当对杀人行为的其他社会制约手段日益土崩瓦解失去效力时，法律也并不具备极大的震慑力。

因而，我们所有人都意识到了法律的普遍存在。法律，就像我们呼吸的空气一样，无处不在；它伴随我们从生到死；甚至在我们死后，它也不放过我们——盗墓是一种犯罪，遗嘱必须具有法律效力。然而，正如我们对空气几乎一无所知，对于法律，我们也知之甚少。为什么我们需要法律？为什么现在会有各种名目的法律规定？所有关于酸雨和铅污染的讨论是否都要认真对待？对于谢拉菲尔德核电站附近的羊群来说，深呼吸是不是一个明智的选择？对此，只有法律可以做出

回答。我们可以终身在帝国化学工业公司就任化学研究员、接待员或其他任何职位，而对《公司法》一无所知。我们也可以填写支票而不需要研究《票据法》。但如果我们可以清楚地区分法律上对于谋杀和过失杀人的定义，就可以遏制住自己想要扼住讨人嫌惹人厌

的同事喉咙的冲动，而一旦我们失手杀了人，如果没有法律方面相应的专业知识，我们往往很难为这种过失找出合理的理由。在这种现象中蕴涵着一个悖论：生活在这个由法律主导的社会中的绝大多数人，对于主宰他们一生的法律却往往知之甚少。事情怎么可能会有这样呢？

法律是否无关紧要？

一种可能的解释是，法律并不像其普遍性所揭示的那样，对社会生活和机构组织起着至关重要的作用。这种解释，乍看上去似乎很有道理，特别是对那些旨在禁止极度恶劣的反社会行为（即严重罪行）的部分法律而言。这里我们以杀人为例。有关杀人的法律规定极为详尽，涉及谋杀、过失杀人，以及大多数人从未听过的杀胎和堕胎等极具争议的其他杀人方式。相比起种类繁多的杀人方式，对杀人的指控可以做出的辩护也是多种多样。例如，“挑衅”和由精神障碍引起的“减轻责任能力”，均可将一项谋杀指控降低为过失杀人。而做出自卫的辩护，则可以将一项指控完全撤销，因此，确立其适用范围是极为重要的（法律上对此有明确规定）；比如法律规定在街道上应尽量避免纠纷，而在家庭这样的私人空间，则不需要做出让步。因此，在得克萨斯州，由于清楚陪审员很看重这条法律规定，谨慎的杀人犯往往会在杀死被害人后，将其尸体拖到起居室中，以便为日后辩护打下基础。但是有一些辩护的合理性是值得商榷的；例如，

除非杀害一名无辜的受害者，否则凶手自己的生命将受到第三者的威胁，这是否可以作为对一项谋杀指控的辩护呢？法官们对于这种“胁迫”辩护的适用范围各持己见。一些法官将其视为恐怖主义分子的惯用借口，在审讯谋杀案件的过程中完全不采纳此种辩护。另一些法官则认为：尽管是以他人的生命为代价，被告方所做的只是保全自己的性命，将其称为杀人犯未免太过严苛。目前官方的法律观点并不支持这种辩护，但这样的观点今后也可能会有所改变。除了定罪和辩护两方面，法律还规定了对杀人这一罪行的审讯、宣判及服刑安排。关于此类主题可以写上许多本书，实际上也早已有大量相关的书籍出版。

但常识告诉我们，绝大多数人都不会出于与法律毫不相关的原因去杀害他们熟悉的人。他们也从不会因为夺去了一个人的生命而

有负罪感、感到心神不安，或是认为自己在道德上犯了错，甚至是相信自己死后会下地狱。因此，关于杀人的法律，在真正意义上与大多数公民全然不相关，即使是在少数可能发生的案件中，当对杀人行为的其他社会制约手段日益土崩瓦解失去效力时，法律也并不具备极大的震慑力；尽管我们无从知晓每年有多少潜在的杀人犯由于法律的作用而安分守己。

显然，法律仅仅是一种社会约束机制；人们的行为受到习惯、传统、先天遗传或后天养

法律仅仅是一种社会约束机制；人们的行为受到习惯、传统、先天遗传或后天养成的自我约束、理想和价值观念、道德和宗教信仰、对社会否定的恐惧、对被认可被爱的渴望等多种因素的制约。

成的自我约束、理想和价值观、道德和宗教信仰、对社会否定的恐惧、对被认可被爱的渴望等多种因素的制约。刑法这只强有力的手，似乎只在社会生活的边缘（而非中心）起作用。但这并不意味着有关杀人的法律就因此而显得完全不重要。因为，遗憾的是，有些人依然会去杀人，而有些像外号为“约克郡屠夫”的杀人犯，则会对人们的日常社会生活产生严重的影响，引起公众的普遍恐慌。在整个社会中，形成一些优于私自施加凌迟、绞刑等酷刑的固定方式来惩治这类罪犯十分重要，而通过法律手段尽可能地降低谋杀的犯罪率，也极为重要。即使是小幅下降，也是值得欣慰的，尤其是在你也被列在这张名单上，而下一个目标就是你的情况下。社会生活的边缘确实微不足道，但是刑法在这里所起的作用依然很重要。

能够解释为什么法律相当重要（即使大多数人对法律所知甚少）的第二个也可能是更好的原因，可以用通过法律改变正常的人类行为，或者是建立受法律调控的人工机构这两个例子来加以说明。不久前，政府颁布了一项法律，要求车内的前排乘客必须系安全带；对于许多经常乘坐汽车的人来说，这是法律给人们的驾驶带来的一种新的行为方式。在这项新法规颁布实施不久（真正说来其实是在其颁布以前的许多情况下），汽车驾驶员和乘客就养成了系安全带的习惯。在这种情况下，与其说他们现在遵守的是法律，还不如说他们遵守的

法律可以培养习惯，而人们则往往会遵从于习惯却并不知晓其背后的法律根据。法律专家的存在，可以解释为什么法律普遍存在于人类社会中但大多数人对法律却都一无所知。

是习惯。法律可以培养习惯，而人们则往往会遵从于习惯却并不知晓其背后的法律根据。在一个尊重法律、以法律为指引的社会，新的法律法规一经颁布实施，符合法律规章制度的行为习惯就会迅速建立，即使大多数人对其习惯的法律依据几乎一无所知。同样道理，解释不出为什么启动发动机需要阻塞门或者排挡是做什么用的，并不妨碍人们熟练地驾驶汽车。大学可以作为一个很好的例子来说明法律是如何在组织机构中间接地发挥作用的。像商业公司一样，法律也在特许状、条例和规定等管理文件中详细地规定了大学的结构。所有这些法律文件加起来足有一本书那么厚，而在笔者念书的年代，牛津大学的大部分管理文件都是用拉丁文书写的，以免有些人会真的蠢到试图去阅读那些文件的地步。不过大部分学生和大学教师，都既不了解也不关心这些令人费解的条文。他们所需知道的只是什么样的做法是符合规定的——怎样申请入学，在哪里缴费，如何选课，考试的时间和地点等等。一旦遇到困难，他们可以咨询那些要么对法律条文本很熟悉、要么知道在哪里能查阅到这类文件的专家。这些专家的存在，可以在很大程度上解释下面这个看似奇怪的现象：法律普遍地存在于人类社会中，但大多数人对法律却都是一无所知。

专业化与专业人士

现代社会是一个高度专业化的社会，法律如此，在卫生工程等其他重要领域亦是如此。若是没有常常被我们认为是理所应当的发

达的污水处理系统，现代的都市生活将会像过去一样毁于疾病和污秽。在污水处理系统出现之前的可怕岁月里，据说利菲河的臭味曾是都柏林的一大风景，而维多利亚女王时期的泰晤士河则更是有过之而无不及，其污水使 1858 年成为“奇臭年”而被载入史册。

现代社会是一个高度专业化的社会，法律如此，在卫生工程等其他重要领域亦是如此。

现在这一切都已成为过去，鱼儿也重又出现在伦敦池中。但是，我们大部分人对于这一切改变并无任何贡献；建立污水处理和污染防治系统的所有工作，都是由工程师来完成的，我们只会在出现问题的时候想起打电话给管道工。大多数市民参与污水处理的部分，仅限于使用、冲水和偶尔用一下马桶刷。我们根本不会费心思去考虑污水究竟流到了哪里、它是如何流到那里的等问题。法律就和家里的厕所是一个道理。在成立公司的过程中，最好咨询一下公司的法律顾问，或是读一读他们的著作，以确保制定的公司制度是正确的；一旦公司开始正常运转，便很少有机会需要向法律顾问求助，除非是出现了问题或者发生了纠纷。法律在现代社会发挥作用，是专业人士（尤其是律师）的工作。毋庸置疑，离开了律师，法律也将不复存在，更谈不上起任何作用了，工程学、医学、计算机科学或到西班牙布拉巴海滩的包办旅游的情况也都与此相似。

但在早期较为原始的社会，情况却并非如此。除了超自然世界，其他方面的知识，并不只为特定阶级的人群所拥有，尽管与年轻人相比而言，年长的男性往往被视为掌握了更丰富的知识，但这仅仅是

因为他们的年龄更长、生活阅历更为丰富。然而在现今社会，一旦离开律师，整个复杂的法律体系就将不复存在，这就好比，没有法国厨师和伊丽莎白·大卫，也就没有法国传统的高级烹饪艺术。当然，这并不意味着法律是机密的，是只有律师才具备的专业知识。实际上，其他行业的人也可能会掌握法律知识，像税务顾问、政府公务员、警察、社会工作者、医生，甚至是那些职业惯犯。在高度重视民权的美国，有些监狱甚至设有极好的法律图书馆，以便于犯人们了解宪法赋予自己的权利。而一些犯有重罪的犯人，因为除了诉讼之外几乎没有其他事情可做，也因此而成为刑法、宪法和法律程序方面的专家。与烹饪一样，专业知识也会逐渐散播开来。许多家庭都有专业人士所著的烹饪书籍以供参考，并可以做出美味佳肴，这是因为精湛的厨艺甚至已经奇迹般地渗透到了普通的英国家庭中。但高超的厨艺并非源自普通家庭，而是专业厨师的成果。和厨师一样，律师将其全部工作时间都用于获取专业知识并将其推销给公众，而

法官则将其专业知识推销给国家。在另一点上，律师和厨师也有相似之处，如果知识是商品的话，那么他们并非只是重复生产已有的商品，而是同时在某种程度上也在创造新的产品。由此，律师不仅使法律变得更为复杂，而且按理想的目标说来，至少也是变得更加完美。

和厨师一样，律师将其全部工作时间都用于获取专业知识并将其推销给公众，而法官则将其专业知识推销给国家。

法律及其功能

通过在大学或理工学院上正规的法律教育课程来学习法律，是获得职业律师所需专业知识一个最简便的途径，并且律师若要获得从业资格，也要求必须接受过正规的法律教育。不过在打算报名参加这样的课程之前，最好还是先花点时间，至少是笼统地想一想：法律都有或者是看上去都有哪些功能。尽管法律普遍存在于我们的生活中，但却并不是所有人都会思考这个问题；就学校教育而言，法律仍是一门相当被忽视的学科。

像其他社会制度一样，公众也并不十分了解法律的作用；我们之所以不是很清楚法律对日常生活有什么样的影响，是因为研究这类问题的社会科学并非高度发达。如果我们所谓的法律的功能是指其现实作用，则不可能会有一个简单的答案。但是如果我们所谓的功能是指法律预期可以达到的目的，许多人都会一致给出将在下文列出的五种主要功能。但首先我们必须承认，人们对于法律存在的目的可谓是仁者见仁智者见智，不同的人会强调不同的方面。其次，法律的总体功能只能给出笼统的概述，而不像在涉及具体的法律时可以详细地阐明其功能，并且一点不会引起任何争议。

笔者认为，法律的主要功能是：解决争端，为减少纠纷和推动社会目标的实现规范人

法律的主要功能是：
解决争端，为减少纠纷和推动社会目标的实现规范人类的行为，配置权力，分配财产，以及调和稳定与变革。

类的行为，配置权力，分配财产，以及调和稳定与变革。下面我们就来详细阐述这五种功能。

解决争端

正像“法律与秩序”这样的宣传标语所反映的，我们常常将法律与秩序联系在一起。个人或集体间的争端和冲突，会对秩序构成威胁，特别是当其发展成暴力冲突时。如果参赛者推搡得太厉害，甚至是像盛传中的在约克郡有时人们会用猎枪在夜间向竞争对手的西葫芦射击，即使是一场西葫芦竞赛也将无法进行下去。通过法律制度中最为典型的法庭的介入，法律为解决争端提供了一套规范机制。

我们可以梦想一个没有冲突也不需要解决冲突方法的人类社会。政治右派倾向于美化历史上的理想国，像维多利亚时期的价值观，政治左派则会理智地看待像香格里拉这样的美好理想——当资本主义瓦解时，人们重新树立起团体感，根据自己能力的大小为社会

做出贡献并相应地获得回报。前者将他们的失乐园与对法律和权威的尊重联系在一起，认为这是社会幸福的关键；后者则倾向于将法律视为可有可无的，并认为如果消除了引起冲突的原因，法律也就没有存在的必要了。受到所有关于没有冲突的人类社会的美好理想的吸引，一些作家甚至宣称他们已经发现了现实

我们可以梦想一个没有冲突也不需要解决冲突方法的人类社会，但我们却很难找到没有冲突的人类社会的真实例证。