

DENNIS LLOYD

[英] 丹尼斯·罗伊德

THE IDEA OF LAW

法律的理念



新星出版社 NEW STAR PUBLISHER

法律的理念

THE IDEA OF LAW



DENNIS LLOYD

[英] 丹尼斯·罗伊德 著

张茂柏 译

新星出版社 NEW STAR PUBLISHER

图书在版编目(CIP)数据

法律的理念/(英)丹尼斯·罗伊德著;张茂柏译.

—北京:新星出版社,2005.10

ISBN 7-80148-881-4

I. 法… II. ①罗…②张… III. 法律

—研究 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 123893 号

出版发行:新星出版社

出版人:谢 刚

社址:北京市东城区金宝街 67 号隆基大厦

邮政编码:100005

电话:010-65270477

传真:010-65270449

E-mail:newstar_publisher@163.com

销售热线:010-65512133

印刷:山东新华印刷厂临沂厂

开本:960×1300 1/32

印张:9.125 字数:225 千

版次:2005 年 11 月第一版 2005 年 11 月第一次印刷

印数:0 001~5 000 定价:23.00 元

版权专有 侵权必究·如有质量问题,请与印刷公司联系调换

(电话:0539—2925659)

英文版序

法律是人类社会天性中的一项主要制度,若无法律,人类将成为一种截然不同的生物。稍事浏览本书的目录,读者即可发现在思想和行动的广袤领域里,法律曾经,而且继续在人类事务中扮演着重大角色。历代哲学大师如柏拉图等,或曾认为法律是人类应当竭力避免的一种罪恶,可是,尽管有这些哲学上的疑虑存在,经验却证明法律是人类社会中推动文明的重要力量,而文明的发展通常也和法律体系,以及贯彻这种体系的制度的演进息息相关。

法律并非向壁虚构的产物,而是与或繁或简、或明或暗的道德规范相因而成。在任何人类社会中,法律与道德规范的关系,无不重大而深远,我们的社会也不例外,这可以由近来许多聚讼纷纭的争论得到证明。只以其中少数为例,譬如亟待解决的死刑问题;刑罚目的背后的整个哲学思想;与人类生命尊严有关的法律争议,如安乐死、自杀、堕胎;离婚是否有罪;这些问题,无不说明在特定社会中现行的道德观念与意图确定权利与义务的法规间相互激荡而产生的张力。

更进一步说,一般人对于道德法(Moral Law)的信念,会严重影响他们对于自己社会中实际法律的观感。有人相信在不同社会各种法律体系之上,另有一种足以裁判人为立法的高层次法律存在。这种看法,在法律不能适应需要的时候,曾在人类历史上许多

重要阶段,发生长远的影响。因为它导致了一个结论,不仅认为这种高层次的法律是凌驾于特定社会中的实际法律,使实际法律中与它抵触的部分为之失效,并且免除了各个公民遵守该项法律的义务,甚至替他们违抗国家法统的行为提供了合理的基础。我们不能认为这种看法,目前已经不再引人注意,或认为它不切实际。举例来说,那些相信某些基本人权,是由道德法或自然法所保障的人,确实认为根据种族或信仰而歧视部分民众并予隔离的立法,与基本道德极不相容,不能视为有效的法律,因此拒不遵守不仅合理,在道德上也很正当。本书尝试就这些现代社会中每位公民关切的问题予以探讨。

或许,在现代国家中,最为严重的问题,是我们对公民自由所赋予的意义,与保障这种自由所必须接受的手段。法律与自由,关系密切不待言喻,因为法律既可以被用作暴政的工具,像许多时代的许多社会曾经有过的情形一样;也可以用来使一个民主社会视为理想生活重要因素的基本自由发生效应。在这样一个社会里,法律仅仅保障个人身体与财产的安全尚有不足,相反的,个人必须能不受拘束地表达意见,结交朋友;必须能随心所欲地自由往来,寻求工作;必须能尽情享受所谓法治的利益;必须能由匮乏与不幸所引起的原始不安中得到解脱。这些理想在现代福利国家的组织内无不引起极端复杂的法律问题,本书试着就这些争论中较为急迫的几点加以讨论。

在今天这个时代,法律的功能被认为和国家拥有至高的权力,并能任意制定或不制定法律密切相关。这种说法,对于国家的法律体制,乃至在国际之间,均有莫大的影响。举例来说,假如国家拥有最高的主权,我们怎么能主张像这样一个至高无上的国家本身应受国际法的约束?倘若这个国家是以国际公约迫使自己接受某一国际组织的权威地位,就像欧洲共同市场公约的情形。当英国加入共同市场的信息发布以后,关于这一行动对国会最终主权的影响等等重大问题,都被提了出来。这不过是法律哲学在如

何影响国家重大政策方面的另一种说明。

社会科学在我们生长的时代,即使只是萌芽而已,但在人类思想及行动的范畴内,已为它们自己开辟了一片重要的园地,对于法学思想与司法实务均有极大的冲击,法律社会学家的面前因而呈现了广阔的新天地可供研究,其中大部分是从未经过拓展的。不过,打算将法学思想与人类学、心理学、社会学、刑罚学的发展相互联结的努力先后仍有多起。法律人,特别是在奉行习惯法的国家中(译注:如英国),如同世上任何务实力行的人一样,都有对理论感觉不耐烦的趋向;认为他的工作是在解决实际问题,就此而言,他的法律经验能使他比那些精熟其他原理却不能掌握法律要素的人更能胜任。无论如何,在斟酌社会科学所作的主张时,即使涉及法律本身的奥秘,最后的依据,仍然系于它们是否能光大法律制度;以及它们在解决当今实际法律问题时所能提供的帮助。

现代法律体系中,法官的角色极富社会意味,因此在这本著作里,我尽力说明司法程序的性质,以及它在促使法律发挥机能方面所作的贡献。与这些问题密切相关的,是法律推理的性质和架构。法律是处于不断变迁和演进的过程中,虽然它大部分的演进,肇因于立法机关制定的法案,可是法官和法院在发展新法,并使它切合社会需要方面,却功不可没;因此我不仅讨论造成这项结果的一般方式,并以若干实例加以阐发,使读者明了在现代法律体系中,解释法律规定与原则并予以适用时牵涉的各种因素。

最后,这本书对于未来,马上就要利用法律观念予以处理的一些急迫问题提供了扼要的检讨。如果法律处于履行——它理当协助的——社会功能的可测范围内,那么以创造性的途径研究我们这个时代的法律观念,确属必要。凡是关心法律的解释或适用的人都应该贡献力量,以革新法律的风貌使它与当今社会的现况保持联系,并把这个工作,引为己任。

最后我要表达我对英国最高法院书记官长雅各布先生的感

谢,若非他的鼓励,我恐怕永远不会着手写这一本书,他核阅了全书的打字稿,加以校正,并提供了许多极有价值的建议,毋庸赘言的是,他当然不必为书中的错误和意见负责。

丹尼斯·罗伊德

1964年4月

中文版序

罗马法学家西塞罗说：“法律是人性中所蕴含的最高理性，告诉人们所应做之事，禁止人们所不应做之事。”美国法学权威庞德教授所著《法律史诠释》(*Interpretation of Legal History*, 1923)一书中曾说：“法律的思想，在求一般安全之社会利益，不能不使人企求确定的基本条理，以为行为之客观的准则，使安定的社会秩序得以维持。”

法律本是人类在社会中的行为规范，也就是人类保持和增进社会所给予的利益，不得不遵守的行为规范。换言之，法律是公共的规范，人类行动的规范，这种行动规范，乃是由于社会事实所产生，并非玄妙的观念，亦非凭空的感觉，人类生存于社会之间，就不能不受社会规范所约束。因此，社会规范的特质，乃是支配人类思想行为感情的法则，是具有强制性的，它是以约束社会人类的共同要求为根本的，所以法律是社会规范的准绳。

一般所谓法律不应仅限于条文文字而已，而应着重于法律思想的内涵。历史上没有一部完美的法典是不以完备的思想作为基础的，先要了解法律思想，才能具备法律的精神，然后才能提升法律的价值，因为社会现象日有变易，社会组织日趋复杂，因而法律条文有时不够用。当吾人面对前所未见的问题时，解决之道必须本于法律的原则作为思考，这就有赖于法律哲学以为推断，何况人

类是理性的动物,真正控制人类的是无形的思想。所以法律哲学的训练就是要帮助研究法律的人,认识隐藏在他们所用工具背后的思想,学习如何使用周延的态度来观察法律问题,避免在作结论时流于偏执。

《法律的理念》一书,就是剖释法律思想的,告诉人们如何来运用缜密的思想,分析法律的理念,达到至美至善之境。本书是英国当代法理学权威罗伊德勋爵的著作,内容涵盖广泛,文字极为优美,是一本有关法律入门的读物。已故台湾东吴大学法律学研究所所长梁鑒立先生指定为法理学的辅助教材。张君茂柏,中英文造诣皆深,于治学之余,以其深入浅出,文字隽永灵活之笔移译为中文,使人读之,了无枯燥艰涩之感,非仅增进一己之法律意念,且有助于一般社会法律教育的普及和法律精神的培养,信必有所贡献,爰于付梓之前,略志数语,以为之介。

目 录

英文版序	1
中文版序	1
第一章 法律有必要吗?	1
第二章 法律与强制力	14
第三章 法律与道德	31
第四章 自然法与自然权利	52
第五章 法律实证主义	73
第六章 法律与正义	91
第七章 法律与自由	110
第八章 法律、主权与国家	135
第九章 法律与社会	159
第十章 法律与习俗	181
第十一章 司法程序	207
第十二章 法律中概念式的思考	231
第十三章 一些主要的法律观念	245
第十四章 结论：未来的一些问题	268
推荐书目	280

第一章 法律有必要吗？

也许这是令人费解的事，在我们开始探讨法律的理念以前，首先提出法律是否真正必要的问题。事实上，这个问题至关重要，我们不应该，也不能够把它假定为当然如此。因为它起源于一种使人困惑而又不安的疑虑，不仅怀疑法律对一个公平社会的缔造并非必要，因此或许可以避免；同时也怀疑法律本身是否确为一种罪恶，因而构成人类实现他社会天性的障碍。这种看法，对一个秩序井然的民主社会——不论它有任何瑕疵或缺陷——成员而言，虽然有点荒诞，可是我们应该记住在许多纲纪不振的社会里，法律的施行可能以不受欢迎的外貌出现。而且在一系列西方杰出哲学家中，对“法律本来就是，或应该是良好社会中人类不可或缺的东西”这点，很少给予嘉评；反而在某些方面，将他们的力量，用来排斥法律。敌视法律的心理，在东西方许多伟大宗教信仰中，也扮演过重要角色，同时还是基督教义形成时期的一项关键因素。每一个时代——包括我们所处的——都曾产生过对“权威”感觉不安的个人与团体，用各种行动或示威来对抗法律与秩序，毫无疑问，他们经常是受到一种暧昧观念的支使，认为他们的抗议，将神秘地引导人类迈向比较美好、比较快乐的生活。但这种昙花一现的事例，大体上对人类思想的主流并无影响，因此我们必须透过社会骚乱的外表，试着解释“对法律不满”的意识基础，以便了解人类历史中，在地理和文化上相去甚远的文明里，经人反复提倡的这个观念，——

全然否定法律，或是至多把它当做人类社会不完美状况下必需的罪恶。

本书稍后将把注意力集中于法律这种社会现象所扮演的角色；它在强化社会控制力量方面的功能；以及它和“公正社会”概念的关系。在这里我们不必预先揭示这类讨论，但应将思想专注于其原因，一方面，全然否定对于法律的需要，或另一方面，认为法律是一种罪恶，唯有人类不愿或不能构建公正社会时，才可视为权宜之计而予以容忍的思路过程。

人 性

当我们提到某些具有“意识形态”性质的思想或概念时，我们的意思，是指它多少构成了我们对于世界的态度，以及对人与世界、人与社会种种关系的看法。法律概念当然也有“意识形态”的特性，以致我们观念中的法律不免会因我们对人类在世界中地位的认识，对人类本性——如若干现代作者乐于使用的称呼“人类要件”(human condition)所持的看法，以及人类必须实践的目标而受影响。当我们声称法律是或不是人类所必需时，我们显然不只是陈述一桩单纯物理上的事实而已，譬如人类没有饮食就不能生存——而是在从事一项评价。我们实际上所说的是：由于人类的本性如此这般，因而他只能在“有”或“没有”法律的情况下具备真正的“人类要件”。这个陈述，本身隐含着对人类目标，何者益于人类，以及实现这些目标所需条件等种种假设。

因为人类长久以来强烈地为这类问题所困扰，无怪乎各个时代、各个社会的思想家都被卷入有关人类天性中的伦理品质或潜在趋向等永无休止的争论中。而这些争论，确实被今天的许多人当做不仅永无休止而且毫无意义，不过真相是否如此？我们所采的立场，将构成一项大前提，引导我们研究法律是否、或在何种程度之内为人所必需，并因这个缘故，使它的重要性不容抹煞。将人

类视为罪恶化身或是充其量善恶交错不断冲突个体的人，发现罪恶不断地压倒良知。显然，人类本性中根植有黑暗与危险的力量，需要严厉节制，否则就会导致社会秩序的全盘毁坏，那时人类的处境不会比禽兽更好。就此而言，法律是必须加诸恶性的一种限制，以避免没有政府、没有法律的可怕景况。在另一方面，也有人把人类的本性看成天生良善而从外在环境中为目前人类的罪恶寻求根源，他们由人类的社会环境里找出若干基本缺陷，当作使人致恶的祸根。而这不良环境最显著的特征当然是掌握统治大权的政府以及供他们发挥政治力量的法律制度，那么法律被看作人类苦难的根源而成众人非难的焦点，实在不足为怪。

在社会改革的时代，譬如过去一百多年来的西方，这类责难似乎应将矛头指向对既存法律的修订，而非使它完全根除，但在另一方面，必须记住的是，许多社会中合法政体带来的罪恶，对有宗教信仰或哲学情操的人来说，是无可避免的，用新的政权取代一个依法施行强制力的政府，只会相对地引起一连串苦难与压迫。因此惟一的办法是彻彻底底地谴责那些法律上的约束。

法律与罪恶的力量

把法律看作节制人类罪恶情绪的工具以维持社会和谐的人，采用了两个极端不同的出发点，一方面，有人主张人性本恶，不靠刑法约束，任何社会进步都无法达成。另一方面，有人认为自然创造人类，起初秉性善良，只因罪恶、腐败或其他内在的弱点，譬如贪婪，使人类真正原始的本性受到歪曲，以致需要靠法律严厉的惩罚加以控制。赞同这种对人类失败作乐观评估的人，喜欢回顾泰初生民混沌无知的黄金年代，人类不需任何外在的法律制度或压力来限制他们的动机，就能生活在单纯、愉快与秩序之中，因为这些动机无不以促进人类共同的福祉为目的，毫不自私。这种纯朴原始的景象被塞尼卡到卢梭以来，甚至于今

天的许多作家所称颂,它和我们对人类遥远过去的美丽憧憬,经常成为归真返璞运动的鹄的,回到人类未经败坏的原始本性,替未来更美满的社会开启远景,在那里,法律的强制管束,将由未经污损的自然动机所取代。

关于这两种对人类本质与天性的看法都可以广泛地援引例证。但其中只有少数必须一提,举一个例子,在公元前3世纪的中国,我们发现,有一个所谓“法家”的重要学派,他们认为人性最初是邪恶的,而人所以经常能循规蹈矩,是因为社会环境的影响,特别是礼教和刑罚。“严刑峻法,较任何圣哲宝训,更能一匡天下”是他们治国的准则之一〔1〕。大约在同一时候,印度《圣典》(Shashtra)的作者,断言人类生来便感情用事而且贪多好求,倘若任由他们恣意行动,世界会成为魔鬼的工场,“鱼类的逻辑”(logic of the fish)——大吃小,必将猖獗于世〔2〕。可以与此印证的看法,不难在现代西欧许多正在发迹的学者中找到。因此有认为人类最初的社会充满了暴力、压迫,并且混乱无章的布丹(译注:1530—1596年,法国法学家,毕生致力于信仰自由,认为君主独裁是最好的政治制度)。而在霍布斯(译注:1588—1679年,英国哲学家)笔下,将初民生活写成永不休止的斗争,形容个人的存在为“残忍、齷齪而短暂”,已成经典之作。休谟(译注:1711—1776年,苏格兰哲学及历史学家)也是一样,他认为没有法律、政府与制裁,人类社会无法存在,因此在这一方面,法律是人类自然的必需品。马基雅弗利上君王的著名谏言中,劝告他们,当发现自己的誓言与自己的利益抵触的时候,不必信守承诺,理由是“天生邪恶,不可能对你们效忠,因此基于同一道理,你们必不可向他们守信”〔3〕。

〔1〕 Becker and Barnes, *Social Thoughts from Lore to Science*, 3rd ed. (1961), Vol. I, pp. 69-70.

〔2〕 同上, p. 78.

〔3〕 《君主论》,第十八章。

泰初是黄金时代的假设，也曾以不同的形式在西方意识形态的历史中扮演过极重要的角色。在古老的旧籍里，关于这种假设最著名的两段说明，出于奥维德与塞尼卡的作品。奥维德在他《变形记》(*Metamorphoses*)一书的第一册中，用下列颂词提到它：

泰初黄金时代，当人始生之际，
除了清明理性，不知尚有规则，
只要尽性率真，美善当必踵随，
不为处罚所迫，不为恐惧所忧，
他的言语单纯，他的灵魂诚挚，
毋庸成文法典，无人会遭压迫，
法律罗于胸臆，
法官门可罗雀，
法院毋庸设立，讼因曾未听闻，
但是一切平安，因有良心守护〔1〕。

5

作为一位哲学家，塞尼卡的说明更为详细：

远古时期，人类聚落群居，生活宁静而快乐，一切东西都由大家共享，没有任何私人财货。我们可以推断，当时没有奴隶，也没有实施压力的政府。那里的秩序是人类不偏不倚地追随自然，而能缔造出的最好一种，并由大智大德的人担任领袖。为他们的利益引导、教化他们。领袖的统御，因为睿智公正，所以被他们心悦诚服地遵守……随着岁月推移，原始的率真逐渐消逝，人类变得贪婪无厌，对共享世间物资觉得不满，企图将它们攫为己有。贪婪葬送了最初快乐的社会……智者的王权向暴政拱手让

〔1〕 见德莱顿的译本。

步,于是人类不得不制定法律以约束他们的统治者〔1〕。

虽然塞尼卡认为,这种原始的率真与其说成善行美德,不如看做蒙昧无知,但他将日后社会上的罪恶,以及实施法治的必要归咎于人类最初天真的本性遭到腐化,而腐化的形成则特别是由于人欲高涨的缘故。将邪恶与腐化当作制裁制度发轫之基的观念,因为被用来解释人类的沦落,许多世纪以来,已经成为西方思想的主要特色。圣经中对于天国的描绘正如塞尼卡笔下淳朴的初民社会,而世界对于人为立法及其他相类制度——如具有制裁力的政府,私有财产和奴隶等——的需要,都以人类沦落后产生的罪恶性质为开端。人类既已沦落,为了缓和罪性带来的恶果,法律就变成必需之物。甚至“家庭”也被看成沦落的一种产物,因为它代表男权为主的强制统治,违背了原始天堂中的自由与平等。奴隶当然也是沦落后无可避免的一种现象,因为人在未被腐化的时候,固然自由平等,可是犯罪的结果,却使他成为被奴役的适当对象,所以在腐败的时代,奴隶曾是一种合法的制度。

这类关于法律与政府的理论,在奥古斯丁的著述中获得权威性的重申。国家的法律与制裁本身并不坏,它只是天意的部分,用来节制人类因犯罪而生的恶行;因此所有既存的法律制度和国家的权柄都完全合法,并可以正当地运用强制手段将它们付诸实施。奥古斯丁所见到的人类未来的希望,并不是用社会改革的方法在世间缔造一个更为公正的政治体系,而是成为上帝拣选的邦国;一个不可思议的社会,在上帝认为合适的时刻,终将取代时下被人类邪恶本质支配的政权。

奥古斯丁所称的法律是克制人类邪恶本质必需品的说法,风行了许多世纪。他写这些理论的时候,正值罗马帝国的庞大体系

〔1〕 出自塞尼卡, *Epistulae Morales*, 卷十四, 书信二, A. J. Carlyle 于 *A History of Mediaeval Political Theory in the West*, Vol. I, pp. 23-24 中引用此段。

濒临分崩离析的边缘，依赖人为治理恢复一个有秩序——姑且不谈公平——社会的前景似乎极为渺茫。但是慢慢地生活趋于安定，社会发展和经济演进因而有了施展的空间。此外，在 13 世纪，许多古籍里面有关人类社会条件比较科学、比较冷静的思想，特别是亚里士多德的，传遍了整个西欧，改弦更张的时机已经成熟。人类的本性或许已遭腐化，并且邪恶不堪，但他仍然拥有可以发扬光大的自然美德。阿奎那根据亚里士多德所主张的“国家的自然发展起源于人类的社会动机”，认为国家不是“必要的罪恶”，而是发展人类福祉的自然基础。阿奎那如同中古时代天主教会正统信仰的一根巨柱，力图使他的立场与当时既存的神学调和，但是他也为日后世俗的法律观提供了重要的基础。这种看法认为法律至少是一种隐含益处的力量，不只是节制人类邪恶的冲动，同时也使人登上通往和谐与幸福的坦途。在这一方面法律不应被视为完全消极的力量，只用来限制罪恶，而是一个积极的工具，用以实现人类的“善良动机”或“社会动机”指引他戮力以赴的目标。

人是天生善良的吗？无政府主义的观点

我们已经看到把法律当作“自然的必需品，经由惟一可能的途径，以约束人类邪恶本能”的看法，如何向新的观念——法律是指引人类本质中的社会层面，使它趋于合理的工具——让步。可是不论什么时代，总有一些思想家完全拒斥这类关于法律与秩序所以具备强制力的解释。就他们而言，人类的天性基本上依然善良，倒是这个社会环境，尤其是上焉者强力推行的法律统治，应该为人类现状中的罪恶负责〔1〕。

〔1〕 把人类社会问题，大部分——若非全部——归咎于环境因素（例如少年犯罪可以溯因于贫苦或不良的家庭背景等）的这种乐观态度，曾经影响许多现代的社会学思想。但是现代的社会学却趋向于赞同更多而非更少的法律控制。参见第九章。