



大学译丛

DENNIS LLOYD

[英] 丹尼斯·罗伊德 著

张茂柏 译

THE IDEA OF LAW

法律的理念

法律的理念

〔英〕丹尼斯·罗伊德 著
张茂柏 译

图书在版编目 (CIP) 数据

法律的理念 / (英) 罗伊德 (Lloyd, D.) 著; 张茂柏译.

—上海: 上海译文出版社, 2014. 1

(大学译丛)

书名原文: The Idea of Law

ISBN 978 - 7 - 5327 - 6338 - 2

I. ①法… II. ①罗… ②张… III. ①法学理论 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 171384 号

The Idea of Law

by Dennis Lloyd of Hampston

Text Copyright © Dennis Lloyd of Hampston

First published 1964

First published in Great Britain in the English language by Penguin Books Ltd.

Simplified Chinese edition copyright © 2014 Shanghai Sanhui Culture and Press Ltd.

All rights reserved

封底凡无本馆防伪标识者均属未经授权之非法版本。

图字: 09 - 2013 - 081 号

法律的理念

[英] 丹尼斯·罗伊德 著 张茂柏 译

策划人/严搏非 责任编辑/张吉人 特约编辑/李志卿 装帧设计/未氓设计工作室

上海世纪出版股份有限公司

上海译文出版社出版

网址: www.yiwen.com.cn

上海世纪出版股份有限公司发行中心发行

200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc

山东临沂新华印刷物流集团印刷

开本 890×1240 1/32 印张 8.875 字数 245,000

2014 年 1 月第 1 版 2014 年 1 月第 1 次印刷

印数: 0,001—5,000 册

ISBN 978 - 7 - 5327 - 6338 - 2/D · 105

定价: 38.00 元

本书中文简体字专有版权归上海三辉咨询有限公司独家所有, 非经同意不得转载、摘编或复制
本书如有质量问题, 请与承印厂质量科联系。T: 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的各种法律体系之上，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，产生

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，或是不切实际。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。本书尝试就现代社会中每位公民关切的这些问题予以探讨。

或许，在现代国家中，最为重要的问题，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，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一样。当英国加入共同市场的消息发布以后，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，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，我会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

法律的理念

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，认识隐藏在他們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璽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。

王绍埏

序于台湾东吴大学法律学研究所

目 录

英文版序 001

中文版序 001

第一章 法律有必要吗? 001

人性 002

法律与罪恶的力量 003

人是天生善良的吗? 无政府主义的观点 007

天赋的善良与文明的代价 010

第二章 法律与强制力 013

权威 014

领袖气质 016

传统式的统治 016

法律式的统治 017

强制力 019

国际法中的强制力 022

我们是否可以废除强制力? 024

强制力的规则 026

第三章 法律与道德 029

法律与宗教	029
希伯来人和希腊人的影响	031
遵从法律的道德义务	034
法律与道德的关系	037
法律与道德的分野	039
在离婚原因中“虐待”的性质	041
“淑女指南事件”	043
犯罪与刑罚	043
道德法与实证法的冲突	046

第四章 自然法与自然权利 050

自然的意义	050
早期的希腊哲学家	052
柏拉图与亚里士多德	053
苦行哲学	055
基督教信仰与自然法	056
阿奎那和经院哲学	058
文艺复兴与世俗的自然法	059
自然法与自然权利	060
现代的自然法观念	062
战后自然法的复苏	064
自然法与现代世界的关联	066

第五章 法律实证主义 070

物理法则与规范法则	070
“实然”与“应然”	071
功利主义者	073

倾向法律实证主义的趋势	074
法律的“实然”与“应然”	074
法官与他的良知	077
科学的法律	078
奥斯丁的实证法律科学	080
概念的研究	081
实证主义今日的地位	083

第六章 法律与正义 087

什么是正义	088
柏拉图式的正义	088
形式的正义与平等	090
实质的正义	092
法律上的正义	095
法律上的不公平	097
法律与实质的正义	101

第七章 法律与自由 105

开放与封闭的社会	106
积极与消极自由	106
基本人权	107
法律上自由代表的主要价值	108
价值冲突的问题	124

第八章 法律、主权与国家 128

主权观念的起源	128
主权与国家	129

对内与对外的主权 130
法律即为主权者的命令 131
谁是主权者？奥斯丁的理论 133
主权的无限性与单一性 134
联邦宪法 136
宪法的变更 136
权力、强制力与制裁 138
国家的主权与国际社会 140
罗马公约与国家主权 143
凯尔森的纯粹法学 145
基本规范 146
国际法的基本规范 147
凯尔森是否解决了主权问题？ 148

第九章 法律与社会 151

个人主义与集体主义 152
独立实体的社会 153
社会的经济力量 155
社会学在法律上的运用 156
耶林 157
韦伯与埃利希 158
庞德与美国的社会学 159
利益间的冲突 160
评价的过程 161
晚近的发展：法律“唯实主义”在美国的情形 162
北欧的唯实主义者 164
意识形态与法律 167

苏联的法律 167

(英国) 习惯法与(欧陆) 民法在意识形态上的差异 169

国际法的意识形态 170

第十章 法律与习俗 172

法律与习惯的比较 173

习惯、常习与成规 174

原始社会中的习惯 176

制裁与原始习惯 178

没有法律机构的原始社会 179

原始法律与国际法的比较 182

古代社会与封建社会中的习惯法 183

中国的习惯法 184

中古欧洲 185

英国习惯与习惯法 186

习惯在现代法律体系中的地位 188

地区性的习惯 188

宪法上的习惯 189

商业习惯 190

定型化契约 190

国际法上的习惯 191

历史学派与习惯 192

民族精神 193

英国的历史学派 194

第十一章 司法程序 197

权力的区分 197

司法机关的独立	197
法官是否会“创造”法律	199
司法造法的限制	202
过失法则的发展	202
法律推理的性质	205
类推与价值判断	207
公共政策的作用	209
判例的约束力	210
法典与条文的解释	216

第十二章 法律中概念式的思考 220

法律是不是一种游戏	221
法律与现实	223
法律概念中的创造性因素	225
严格概念论的危险	227
“法律逻辑”的一些例子	228
法律概念与“不完整的象征”	230

第十三章 一些主要的法律观念 233

人，包括法人	233
权利与义务	240
所有权、财产与占有	247

第十四章 结论：未来的一些问题 255

民主与法治	256
独占的危险	257
少数意见	258

法律与社会的需要	258
法律与社会科学	259
法律与工业关系	259
法律程序的修订	260
大学扮演的角色	261
法律在国际社会中的角色	261
国际法庭	262
国际判决的强制执行	262
违反人性的犯罪与种族屠杀	263
商事法规的统一	264
推荐书目	266

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