

外国家庭法及妇女理论研究中心翻译项目

A Translation of the Items of the Research Center on Foreign Family Law and Women's Theory

澳大利亚法律的传统与发展

TRADITION AND CHANGE IN AUSTRALIAN LAW

(第三版)

(Third Edition)

作者 [澳]帕瑞克·帕金森

Author PATRICK · PARKINSON

澳大利亚悉尼大学法学教授

Professor of Law, University of Sydney

项目负责人 陈 苇

General Director Chen Wei



中国政法大学出版社

外国家庭法及妇女理论研究中心重点翻译项目
2008年度重庆市教育委员会人文社会科学重点项目的子课题
重庆市市场交易法律制度研究基地资助

澳大利亚法律的 传统与发展

(第三版)

作者 [澳] 帕瑞克·帕金森

项目负责人 陈 苇

译者 (以翻译章节先后为序)

陈 苇	胡昔用	王 薇	庄国立
王倩萍	冉启玉	曾兰兰	江 蝶
黄 宇	王新新	黎乃中	朱 梨
来文彬	皮锡军	刘兴昊	杨 军

审校者 陈 苇 王 薇 冉启玉 黄 宇



中国政法大学出版社

2011·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

澳大利亚法律的传统与发展 / 帕瑞克·帕金森著, 陈苇译. — 北京: 中国政法大学出版社, 2011. 2


ISBN 978-7-5620-3825-2

I. 澳… II. ①帕… ②陈… III. 法律-研究-澳大利亚 IV. D961.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第011542号

- 书 名 澳大利亚法律的传统与发展
AODALIYA FALÜ DE CHUANTONG YU FAZHAN
- 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 cuplpr@163.com
<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 787mm×960mm 16 开本 24.5 印张 450 千字
- 版 本 2011 年 6 月第 1 版 2011 年 6 月第 1 次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-3825-2/D·3785
- 定 价 49.00 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。



外国家庭法及妇女理论研究中心翻译项目

A Translation of the Items of the Research Center on Foreign Family Law and Women's Theory

澳大利亚法律的传统与发展

TRADITION AND CHANGE IN AUSTRALIAN LAW

(第三版)

(Third Edition)

作者 [澳]帕瑞克·帕金森

Author PATRICK · PARKINSON

澳大利亚悉尼大学法学教授

Professor of Law, University of Sydney

项目负责人 陈 苇

General Director Chen Wei



TRADITION AND CHANGE IN AUSTRALIAN LAW, 3rd edition

By Patrick Parkinson

Copyright © 2009 Thomson Reuters (Professional) Australia Limited

ABN 64058914668 All rights reserved.

This publication is in copyright. Other than for the purpose of and subject to conditions prescribed under the Copyright Act, no part of it may in any form or by any means (electronic, mechanical, microcopying, photocopying, recording or otherwise) be reproduced, stored in a retrieval system or transmitted without prior written permission. Inquiries should be addressed to the publishers.

All legislative herein is reproduced by permission but does not purport to be the official or authorised version. It is subject to Commonwealth of Australia copyright.

This translation of “Tradition and change in Australian law”, third edition, is published by arrangement with Thomson Reuters (Professional) Australia Limited. This edition is not for sale outside China.

本书由汤姆森路透澳大利亚公司授权

中国政法大学出版社出版

版权登记号图字 01—2011—1843

译者序

为促进中国与澳大利亚法律文化的交流，我们组织翻译了澳大利亚著名的家庭法专家、悉尼大学法学院教授帕瑞克·帕金森（Patrick Parkinson）的著作《澳大利亚法律的传统与发展》（第三版）。我们希望通过本译作，使读者能对澳大利亚法律的传统与发展的相关情况有所了解，为研究澳大利亚法律提供基础性的学习参考资料，以适应我国专家学者和高等院校的研究生、本科生学习和研究外国法的需要，并适应相关司法实务人员如律师、法官等开扩法律视野的需要。

本译作系西南政法大学外国家庭法及妇女理论研究中心的重点翻译项目，是2008年度重庆市教育委员会人文社会科学重点项目的子课题（项目编号：08jwsk001）。本项目由西南政法大学外国家庭法及妇女理论研究中心主任、民商法学院博士生导师陈苇教授担任负责人主持翻译，翻译团队的主要成员为婚姻家庭法研究方向的博士研究生。根据项目主持人对翻译内容的分工，各位译者完成了自己承担的翻译工作。然后，王薇、冉启玉、黄宇参加了初稿、二稿、三稿的审校工作，最后陈苇教授对全部译稿统一修改、定稿。由于译者水平有限，如有不当之处，恳请大家不吝指正。

对本书内容的翻译，译者分工如下（按翻译章节先后为序）：

- 第一章、第二章，陈 苇；
- 第三章，胡昔用、王 薇；
- 第四章，庄国立、王 薇；
- 第五章，王倩萍、冉启玉；
- 第六章，曾兰兰、冉启玉；
- 第七章，江 蝶、黄 宇；
- 第八章，王新新、黄 宇；
- 第九章，黎乃中、胡昔用、石 雷；
- 第十章，朱 梨、来文彬；

索引，皮锡军；

学习指南，刘兴昊、杨 军、黄 宇。

此外，必须说明，我指导的博士研究生胡昔用、来文彬以及硕士研究生杨军、魏庆爽、王倩萍对本书的全部稿件进行了耐心的文字校对工作，在此，我向他们的辛勤工作表示衷心地感谢！

最后，我们衷心地感谢西南政法大学民商法学院和重庆市市场交易法律制度研究基地对本译作的翻译工作所给予的部分资助！

陈 苇

2010年5月

作者第一版前言

初次向学生介绍法律可以有許多不同的方式。有的書籍试图介绍法律方法、法院设置，以及现代法律体制的其他方面。有的著作则采用理论性更强的方式，通过对关键性理论的阐述向学生介绍法律。

本书首先阐述了一个前提，即如果没有意识到法律本质上是传统的，就不能正确地了解法律本身。当然，这并不是说法律专业是保持不变的，也不是说律师是政治上的保守派。即使二者可能确实如此，这也不是强调法律具有传统性的意义之所在。况且，法律传统性的重要意义在于，法律是现在与过去之间永恒的对话。至少从形式上说，法律推理依赖于寻找判例来支撑。然而在许多判例中，法官的工作早已时过境迁，颁布法律的议会也早已解散。但是，法律是不断发展的，这不仅仅是因为现任议会不断地制定新的法律。法律在不断地发展，但其发展必须符合法律传统的进程。

本书同时也把重点放在历史上，包括澳大利亚法律制度的历史以及西方法律传统思想观念的历史。如果对澳大利亚的历史没有深刻的了解，就很难从真正意义上了解澳大利亚的法律。通过对现代法律制度的阐述，我们可以知道现在的法律制度是怎样的，但我们却无法了解为什么它们会发展成这样。历史可以让我们了解一些难以理解的现象是怎样产生的和发展的，也可以帮助我们重新评价现有的规则和制度。了解一种制度是怎样产生的，这是评价它应该如何发展不可缺少的一步。所有的制度都有一种内在趋势，即都可以找到合理的理由，说明这些制度为什么会发展成现在这样。然而，历史通常会告诉我们，事情现在怎样，而非过去怎样。某些看似确定无疑的东西是特定环境和历史偶然事件的产物。在现代，了解法律制度的起源，可以赋予看似不必要或不相干的传统一些新的含义，也可以使我们以一种全新的尊重的态度去对待旧的传统。

然而，必须学习的历史并不只是，或并不主要是制度或规则的历史，还

包括法学理论的历史。由此，本书的目的之一是向学生介绍一些关于法律和法律推理的主要观点，这些观点逐渐塑造了今天澳大利亚的法律制度。总的来说，澳大利亚法律是西方法律传统的一个组成部分，但对于自然法社会以及法在社会中的作用等问题，与欧洲大陆的民法法系国家存在着共同的理念。

当然，在某些方面法律传统也有其局限性。也许有的人可能希望本书可以以批判性更强的文字谈论其主要内容，同时以更多的篇幅去谈论当代法学的发展。例如，女权主义法学理论以及批判法学研究。难怪一些教师会在他们的课程中尽力弥补这些缺陷。如果本书没有涉及关于当代法学发展的这些讨论，并不是因为作者没有觉察到这些发展或者认为它们不重要。而是因为在这个时候，我们很难知道哪些观点是持久的。与20世纪90年代一样，20世纪60年代是一个在许多方面都发生重大社会变革的时代。然而，在那个时代的许多风云人物到现在只是一些被淘汰的理论索引上的名字而已。尤其在北美学术界的风起云涌中，无可置疑，有许多观点证明具有持久价值，但并非会发光的金子。确实，对女权主义法学或有关批判法学研究的一些著作的细细阅读，会产生一种如多棱镜一样的效果，就如一束光，经过多棱镜的折射后会产生多束不同方向的光线，这些研究也会产生大量的不同的看法以及不一致的各种意见。

对一个人同时代的历史进行叙述，这种做法被许多人质疑。而时间的距离会带来理解上的益处。尤其是，通过长时间的观察，我们可以看到今天我们主张的一些普遍适用的观念，实际上植根于传统的土壤之中。

深刻地了解澳大利亚的法律传统，包括它的历史、它的形成理念、它的思考模式以及它发展变化的方式，这既为法律评论奠定了坚实的基础，同时也为提供评价这些评论的标准创造了前提。本书的写作目的即在于此。

在有关叙述历史的部分，本书避免了使用一般习惯使用的性别中立性的语言，因为采用这种语言并不能精确地叙述真实的历史。

非常感谢悉尼大学法学院秘书处和图书馆的工作人员，他们在本书写作期间给予了我大量帮助。同时还要感谢其他许多人。我必须感谢澳大利亚及海外的许多学者。在他们的影响下，我对法律观念的理解水平有了大大的提高。本书的许多话题和观点是我第一年从事教学工作，负责讲授法律制度课程时开始研究的。这门课程的摘要和资料是我的许多同事长时间的研究而

完成的。我还要特别感谢南安普敦大学的克里斯丁·亲恩 (Christine Chinkin) 教授, 我和她曾就澳大利亚法律传统进行了多次有趣的讨论。另外, 还要感谢罗斯·安德森 (Ross Anderson)、唐·罗斯威尔 (Don Rothwell) 和沃斯·萨杜尔斯基 (Wojciech Sadurski) 就个别章节给我提出的意见。

同时也要感谢法律图书公司的朱迪丝·福克斯 (Judith Fox) 和安妮·马里·奥尼尔 (Anne Maree O'Neill), 他们给予我长期的鼓励以及充分的耐心。本书本来预计在很久以前就可以完成了。但回顾从前, 我很庆幸这本书一直到现在才能出版。最后要感谢一直支持我的妻子米米 (Mimi), 她对本书的写作以及我的其他著作的完成表现出极大的耐心。

澳大利亚法律未来面临的挑战是, 如何发展其继承下来的法律传统, 去适应 20 世纪末澳大利亚社会不断发展变化的需求。对于法律传统的形成, 阿波斯尔·保罗 (Apostle Paul) 的话是恰如其分的:

“试验一切, 取其精华。”

帕瑞克·帕金森 (Patrick Parkinson)

1994 年 8 月于悉尼

作者第三版前言

本书是有关澳大利亚现代法律体系所经历的和现在的对话。任何一种法律制度或法律体系，如果不了解它的起源，就很难透彻地了解该制度或体系本身。澳大利亚的法律体系反映了它的西方法律传统渊源，尤其是普通法传统的深刻影响，这些传统被移植到澳大利亚的土壤，并适应了澳大利亚的社会环境。其法律体系中的法律制度、方法论以及价值观既是历史的产物，也是在现代发展中形成的。

本书的新版本进行了全面的修改和完善。历史不是静止不变的，现在的法律体系也是如此。历史本身就是过去和现在的对话，因为任何历史事件和形势都要受到当代人的反复讨论和评价。本书的上一个版本出版以后，已经出现一些新的争论，特别是历史上澳大利亚本土居民的待遇问题，以及联邦百年庆典引发的一些新观点。关于司法激进主义的新争论，已重新引起了有关法律推理的讨论。该讨论主要集中在法律学说中法官主导型变革的合法性问题上。澳大利亚法律体系中蕴涵的挑战已经导致了法院程序上的革新，同时导致了非诉讼纠纷解决机制的进一步强化。

我再一次感谢悉尼大学的几位同事，他们帮助我了解他们专业领域中法律的新发展。我还要感谢沙雷利·马达里尔（Tharini Mudaliar）为我的研究所提供的帮助。

帕瑞克·帕金森（Patrick Parkinson）

2004年11月于悉尼

ACKNOWLEDGMENTS

The following extracts have been reproduced with the kind permission of:

A & C Black, London: www.acblack.com

Keir D L, *The Constitutional History of Modern Britain Since 1485* (1969, ninth edition).

Allen & Unwin:

Kercher B, "An Unruly Child: A History of Law in Australia" (1995), extracted in Reynolds H, *Dispossession* (1989).

Australian Journal of Family Law (AJFL) (by John Wiley & Sons, Inc.): www.wiley.com

The Hon Alastair. Nicholson, "Sixteen Years of Family Law: A Retrospective" (2004) 18 AJFL 131.

CCH Australia: www.cch.com.au

Coper M and Williams G (eds), *Power, Parliament and the People* (1997).

Cambridge University Press, Cambridge: www.cambridge.edu.au

Neal D, *The Rule of Law in a Penal Colony* (1991).

Maitland F W, *Equity—A Course of Lectures* (J Brunyate ed., 1936, second edition).

Consultative Group on Research and Education in Law, Law and Learning:

"A Report to the Social Science and Humanities Research Council of Canada" (1983), *The Arthurs Report*.

Duckworth Publishers, London: www.duckw.com

MacIntyre A, *After Virtue* (1985, second edition).

Federation Press: www.federationpress.com.au

Goodman E, *The Origins of the Western Legal Tradition* (1995).

Hambledon and London Ltd: www.hambledon.co.uk

Stein P, *The Character and Influence of the Roman Civil Law—Historical Essays* (1988).

Hamish Hamilton, London:

Bowen C D, *The Lion And The Throne* (1957).

Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts: www.hup.harvard.edu

MacKinnon C, *Toward a Feminist Theory of the State* (1989).

Berman Harold J, *Law and Revolution: The Formation of Western Legal Tradition* (1983), © 1983 by the President and Fellows of Harvard College.

Human Rights and Equal Opportunity Commission (HREOC): www.hreoc.gov.au

HREOC, *Bringing Them Home: The Report of the National Inquiry into the Separation of Aboriginal and Torres Strait Islander Children from Their Families* (Sydney 1997).

Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law (by Fred B Rothman & Co):

www.rothman.com

Galanter M, “Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering and Indigenous Law” (1981) 19 *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 1.

Law Quarterly Review (by Sweet and Maxwell, UK): www.sweetandmaxwell.co.uk

Raz J, “The Rule of Law and Its Virtue” (1977) 93 *Law Quarterly Review* 195.

LexisNexis, UK: www.lexisnexis.co.uk

Bennion F, “Statutory Interpretation: A Code” (1997, third edition, Butterworths,

London).

Melbourne University Publishing: www.mup.unimelb.edu.au

La Nauze J A, *The Making of the Australian Constitution* (1972). © J A La Nauze.

Sawer G, *Federation Under Strain: Australia 1972–1975* (1977). © G Sawer.

Morning Post, London:

Letter to London's Morning Post, 1 April 1902.

Mouton de Gruyter: www.degruyter.de

Sawer G, "The Western Conception of Law", *International Encyclopaedia of Comparative Law* (1975, Mouton, The Hague and Mohr, Tübingen).

Oxford University Press: www.oup.com

Kelly J, *Short History of Western Legal Theory* (1992).

Pantheon Books, New York: www.randomhouse.com/pantheon/new/

Thompson E P, *Whigs and Hunters: The Origin of the Black Act* (1975). © E P Thompson.

Princeton University Press (by Princeton University): www.pup.princeton.edu

Bozeman A, *The Future of Law in a Multicultural World* (1971).

Progress Publishers, Moscow:

Marx K, "The 18th Brumaire of Louis Bonaparte" in K Marx and F Engels, *Selected Works* (1969, Vol 1).

Quadrant: www.quadrant.org.au

Heydon D, "Judicial Activism and the Death of the Rule of Law" (2003) XLVII(1) *Quadrant* 9.

Reconciliation Australia: www.reconciliation.org.au

Sir William Deane, “Some Signpost from Daguragu: The Inaugural Lingiari Lecture” (Council for Aboriginal Reconciliation, Canberra, 1996) cited in *Bringing Them Home: The Report of the National Inquiry into the Separation of Aboriginal and Torres Strait Islander Children from Their Families*.

SCM Press, London: www.scm-canterburypress.co.uk

Berman Harold J, *The Interaction of Law and Religion* (1974).

Selden Society, UK: www.selden-society.qmw.ac.uk

Plucknett T F T and Barton J L (eds), “St German’s Doctor and Student” (1974) 91 *Selden Society* 97.

Stanford Law Review (Stanford Law School, Stanford University): lawreview.stanford.edu

Schauer F, “Precedent” (1987) 39 *Stanford L Rev* 571.

Sweet & Maxwell, UK: www.sweetandmaxwell.co.uk

English Reports (ER).

Sydney Law Review (by the University of Sydney): www.law.usyd.edu.au

Tay A, “The Role of Law in the 20th Century: From Law to Laws to Social Science” (1991) 13 *Syd LR* 247.

University of Chicago Law Review (by the University of Chicago): lawreview.uchicago.edu

Simpson B, “The Rise and Fall of the Legal Treatise: Legal Principles and the Forms of Legal Literature” (1981) 48 *Univ of Chicago LR* 632.

University of Queensland Press, St Lucia, Queensland: www.uqp.uq.edu.au

Cited in Melbourne A C V, *Early Constitutional Development in Australia* (R B Joyce ed., 1963, second edition).

Wisconsin Law Review (by the University of Wisconsin Law School):

students.law.wisc.edu/lawreview

Bartlett K, "Tradition, Change and the Idea of Progress in Feminist Legal Thought"
(1995) *Wisconsin LR* 303.

Lawbook Co. part of Thomson Legal and Regulatory Limited and the author would like to thank the publishers, agents and authors who allowed extracts of their work to be used in this book. While every care has been taken to establish and acknowledge copyright, Lawbook Co. tenders its apology for any accidental infringement. The publisher would be pleased to come to a suitable agreement with the rightful owners in each case.

目录 Contents

译者序 / 1
作者第一版前言 / 3
作者第三版前言 / 6
ACKNOWLEDGMENTS / 7

第一部分 澳大利亚及西方的法律传统

第一章 澳大利亚的法律传统 / 3
1.1 澳大利亚法律传统的特征 / 3
1.2 法律的传统性 / 13
1.3 传统与合法性 / 17
1.4 传统与变革 / 21
第二章 西方的法律传统 / 23
2.1 西方法律传统的特征 / 23
2.2 西方法律传统的起源 / 28
2.3 自然法 / 37
2.4 自然权利与政府的合法性 / 46
2.5 法律实证主义的兴起 / 52
2.6 历史、传统及西方的法律观念 / 60

第二部分 英国的历史遗产

第三章 普通法、衡平法与制定法的发展 / 65
3.1 英国历史的意义 / 65