

法律的目的在于增进最大多数人的最大幸福。

An Invitation to law
法学的邀请

[英] 布赖恩·辛普森 (Brian Simpson) 著 范双飞 译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

An Invitation to law
法学的邀请

[英] 布赖恩·辛普森 (Brian Simpson) 著 范双飞 译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

北京市版权局著作权合同登记 图字:01-2007-4421 号

图书在版编目(CIP)数据

法学的邀请 / (英)布赖恩·辛普森(Brian Simpson)著;范双飞译. —北京:
北京大学出版社, 2008.9

(培文书系·大学之旅)

ISBN 978-7-301-14091-8

I. 法… II. ①辛… ②范… III. 法学—研究 IV. D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第111124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: 徐文宁

标准书号: ISBN 978-7-301-14091-8/D · 2100

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> 电子信箱: pw@pup.pku.edu.cn

电话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62750112

出版部 62754962

印刷者: 三河市欣欣印刷有限公司

经销者: 新华书店

650 毫米 × 980 毫米 16 开本 17.5 印张 340 千字

2008 年 9 月第 1 版 2008 年 9 月第 1 次印刷

定价: 30.00 元

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

目 录

1 法律的普遍性	1
2 法律理想与丑陋的现实	29
3 法律体系和法律传统	59
4 法律的分类	97
5 法律的渊源	125
6 律师	153
7 法律的学术研究	189
8 法律的未来	249
9 几点建议	263
附录	275



1

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、突变论^[1]等高深艰涩的玄秘科学不同，法律无时无刻不存在于我们的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^[2]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^[3]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。他们对于法律的概念，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。随着我们年龄的增长，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。由于政府行为涵盖新法律的制定以及旧法律的废止，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作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到刑法，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^[4]；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^[5]等的法律。诸如此类的例子，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^[6]接连指出的那样，这些法律在其实实施的领域，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。

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^[7]附近的羊群来说，深呼吸是不是一个明智的选择？对此，只有法律可以作出回答。我们可以终身在帝国化学工业公司^[8]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。事情怎么可能会是这样呢？

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，对杀人的指控可以作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。而作出自卫的辩护，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，则不需要作出让步。因此，在得克萨斯州，由于清楚陪审团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,甚或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”^[9]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,是十分重要的,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身很熟悉、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^[10]的臭味曾是都柏林的一大风景，而维多利亚女王^[11]时期的泰晤士河^[12]则更是有过之而无不及，其污水使1858年成为“奇臭年”^[13]而被载入史册。

现在这一切都已成为过去，鱼儿也重又出现在伦敦池^[14]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^[15]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^[16]，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，并可以作出美味佳肴，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。

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类的行为，权力配置，财产分配，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过厉害，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作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存在这样的社会，就像

已故的玛格丽特·米德^[17]在其著名的《萨摩亚人的成年》一书中声称的那样。这本书当笔者还是学生的时候,被列入必读书目,书中所讲的也被当做事实为人们广泛接受。但是现在我们都已知道,米德小姐是被给她提供信息的萨摩亚报道者给欺骗了,这也是人类学家常常要面临的一种职业风险。有句西非谚语是这样说的:“不必跟白人讲太多,他就会相信你。”实际上,在萨摩亚长大,和像在英国一样艰辛,而绝非米德小姐所描述的那样轻松。事实上,我们很难找到没有冲突的人类社会的真实例证。有一种笔者也无法确保其真实性的说法是:大英帝国的属地之一,特里斯坦-达库尼亚群岛^[18]的岛上社会就没有冲突。据说岛上居民通过服用阿司匹林来抑制所有的社会紧张形势,实现和平共处,从而具有世界上最高的人均水杨酸^[19]服用量。天知道这会对他们的胃粘膜产生什么影响,但或许可以使他们的生活远离法庭和律师。

如果这个关于特里斯坦岛的故事是真的,它有一个寓意就是:法庭仅仅是实现和谐的一种方式。其实,多种多样解决争端的方式,都被记载下来。一些爱斯基摩人,一旦因嫉妒或不忠而导致相互之间关系紧张,就会对唱关于对方的言语粗俗甚至淫秽的歌曲,直到所有人感觉心里好受些就可以回家了,或者继续去猎海豹。无论采取什么样的解决途径,一旦某种争端不再具有破坏性的影响,这种争端就已得到解决。事实上,今天还大量存在着类似爱斯基摩人的做法,即将一场潜在的冲突,转化为危害性较小的传统上可以接受的形式;只要想一下家庭口角中形式化的谩骂,或是收听转播下议院辩论的广播,或是首相答问时间,我们就不难有此发现。尽管所有这些争论听起来就像置身动物园般热闹,但却也是可贵的,因为我们心里都很清楚,争论过后议员们又会聚在一起吃喝和好如初。

较为复杂的解决争端的机制,包括经由双方同意的公断人、调解人或仲裁员的介入。用上文爱斯基摩人的例子来说,公断人(umpire)仅仅是调节粗俗歌曲的对唱过程,比方说确保每一方都有机会唱出自己想唱的那部分。调解人(mediator)会积极地进行干涉,以寻求一个折中方案,或者一致认可的解决方式。仲裁员(adjudication)则是在各方同意的前提下裁决纠纷的人,所作仲裁接近于法庭判决。但是,法庭判决作为其中的一个环节,在以下四个方面不同于这几种机制。

第一,即使没有得到各方的一致许可,法庭也有权干涉并决定该做什么。

因此，法庭只能存在于承认权力有等级之分的社会中，而无法存在于完全平等的社会中，因为在这样的社会，任何人对于家庭以外的其他任何人都不具有控制权。第二，法庭决定对错和需要采取的措施，而不仅仅是提供建议、进行劝告或者说服。只要公众自愿认可法律的权威性，就没有任何问题，但是如果有人不愿屈从于法律的权威，整个司法体系就会受到威胁。因此，法庭仅存在于具有强烈服从意志的社会中，在现代社会中，这也就意味着其权威性以武力为支撑。一方面，人们必须普遍接受当纠纷无法用其他方式解决时，诉诸法庭是正确的解决途径；另一方面，藐视法律权威的人，则会被强迫就范。第三，法庭被看做置身纠纷之外，根据判决之前就已存在且在判决之后也将继续存在的标准，客观公正地对纠纷作出裁决。法庭宣布原告有理，并不是因为法官碰巧是原告的朋友，或者法官从其自身角度出发认为这是最佳解决方案，而是因为无论到什么时候原告都确实有理。这种客观性，可以确保人们服从法庭的判决；因为正确，所以服从。早期的法庭，通过将决定权交给无所不知的上帝，来解决客观性的问题——上帝被认为掌握了所有的事实，自然也就知晓犯罪嫌疑人是真的有罪还是清白的——法庭通过让被告经受磨难一类的方式来揭示真相。被告也许要在牧师的祷告下手捧一块炽热的物体走上几步，如果他手上的伤口可以痊愈，就表示上帝宣告他无罪。民事案件除了采用相同的方法外，还有流于形式的争论，在这种争论中，上帝会介入争论，使正义的一方获胜。到了较为现代的时期，人们认为必须理性地对案件作出裁决，并且必须有强有力的理由来支撑判决的结果，这些理由将可以适用于此后所有类似的案件，由此体现出法庭的客观性。第四，法庭是由专业人士操控的，尽管在某些方面可能会与非专业人士（如陪审团）联系在一起。

如果法庭想要成为便于人们辨识的机构，不同于生日宴会或辩论俱乐部，就必须遵循固定的程序；正是这些程序，将法庭与一群施用私刑的暴民区别开来。也正是因为法律程序在本质上与其他对纠纷作出的反应不同，法律才被视为社会生活中一个特殊而独立的部分。如今，在法律实践中，这些极为复杂的法律程序仍然至关重要；而在早先时期，这也是专业人士执行的法律的全部。因为早期法庭吸纳了社会中存在的一切行为准则、对错标准和权利划分，所以当矛盾出现时，法庭只需找出对应的行为规范，通过建立和遵从固有的程序，就可干净利落地解决纠纷。

处于这样发展阶段的法律，仅仅是补救性的。它并没有确立社会行为规范，而仅仅是在由于忽视了行为准则而出现问题时，提供补救的方法。法律这方面的特点一直延续至今，现在我们仍可将法律中的很大一部分法规视为补救性的。这里我们仍以杀人为例。我们早就知道不应该杀人，但你要是以为是法律使人们认清了这一点，那你可就大错特错了。法律并没有教导人们不要杀人，相反，它详细地规定了如果有人犯了谋杀罪会受到怎样的处置。同样，法律也并未教导人们开车要靠左走；这条法规是英国的传统所致。然而法律却长篇累牍地规定了，如果在右侧行驶并发生交通事故，将会面临怎样的责罚。我们可以说，法律这种只关注程序的补救性特征，仅仅能够强化独立存在于法律之外，基于习俗、传统、道德和宗教信仰而形成的行为规范。为了达到这样的目的，法律制定了一系列对过失和违法行为的合理回应。例如，犯谋杀罪的嫌疑人将被逮捕，押解到治安法庭，然后移交刑事法庭接受审讯，审讯由陪审团根据刑事证据规则实施，如果嫌疑人被判终身监禁，则给予其上诉的权利等等。

与仅仅是强化现存的行为准则相比，提炼和完善这些准则，则是向前迈出了一小步。不再是像先前那样由法庭简单地宣布对杀人犯的处罚结果，与杀人犯打交道的专业人士，也开始就何种行为算作谋杀形成自己的观点。他们开始消除习俗中或者传统的或者道德的概念和准则里模糊的措辞，并逐渐形成自己对谋杀的定义。在习惯法体系中，这始于陪审团审判开始取代上帝无可指摘的审判，而陪审团显然是会犯错误的。在这种情况下，专业人士很是担心整个司法审判会交给外行人来全权处理，像决定被告究竟做了什么、能否算作谋杀等等事宜。因此，他们开始接管司法审判工作，至少是部分地参与进去。于是，何种行为算作谋杀，也就变成一个由专业人士解决的问题，我们称其为法律问题。

这一变化使法律具有了一个新的特点，即开始关注社会秩序的本质，而不仅仅是纠纷的解决过程。表面上看，律师只是将偷盗、抢劫等存在于公众普遍意识中的概念更加精确化，但事实上，他们明确了正确行为和错误行为的标准，因为就法庭审理过程而言，真正重要的是律师口中讲出的什么是偷盗或抢劫。由此也就产生了在准确程度和范围上不同于非专业概念的所谓的法律概念。

“谋杀”就是这样一个典型的法律概念。人们平日脑子里的“谋杀”概念是比较模糊的，主要认为故意的有预谋的杀人就是谋杀。但像这样的谋杀者，只有在侦探故事里才会出现，或是在我们的想象中在夜深人静时分或者伸手不见五指的夜里突然从树林中冒出来。法律上对“谋杀”的定义是相当宽泛的。当有人实施谋杀时，在一旁冷眼旁观也被视为谋杀。本无意杀人结果却严重伤害了他人，同样算是谋杀。法律在“有预谋”这一点上，也没有做任何规定。许多在法律上算作谋杀的杀人案件，都是由家庭环境中突发的争吵和愤怒引起的，完全不存在任何事前的预谋。有些这类杀人案件的发生，的确是非常偶然的。尽管关于这个问题目前还存在很大争议，但是旧有的法律甚至将在更为偶然的情况下（例如当被告连伤害他人的打算都没有）发生的杀人案件也都算作谋杀。法律曾一度规定，如果在抢劫、强奸和非法堕胎过程中发生意外死亡，则自动被列为谋杀。就在不久以前，法律对于那些冒险从事非法活动的人仍然非常严苛；即使这些人根本没有打算伤害任何人，他们也可能会被指控为谋杀。所以，律师眼中的“谋杀”和外行眼中的“谋杀”，尽管也有重叠的地方，但却是完全不同的两个概念。

法律概念以及律师头脑中明晰的是非对错和谁有权做什么的观念的产生过程，将法律标准与其他标准区别开来；我们可以把所有其他标准合起来统称为流行的道德标准。是非对错及谁有权做什么的问题涉及社会秩序，具有这方面性质的法律被称为实体法（与程序法相对）。当法庭里的专家和律师想要为自己的决定进行辩护时，他们会参照大量由他们自己发展衍生出来并被看做与流行的道德标准截然不同的观点。这就是律师口中所指的法律。这些观点的重要性，主要不取决于被社会普遍接受，而是取决于被专家接受。

我们经常把法律看做一系列规定，就像校规一样，告诉所有公民应该有怎样的举止行为，如果我们不这么做，会有怎样的后果。但是律师并不这么看。对他们来说，法律的功能在于告诉他们在确定人们的权利、责任和义务时应该怎么做。在律师眼中，构成法律的大量通则、更为详细的具体规定以及例外情况、专业术语的定义和彼此间的区别、法律实践和法律概念，都是为了给他们提供分析问题、理智地为法庭将要执行的决定作出辩护的途径。法律是为律师而存在的。

作为法律衍生地的法庭，像其他社会机构一样，极大地受到传统、受到

过去做了些什么、受到一直以来问题都是如何解决的这类因素的影响。所以宣称法律客观性的一种屡试不爽的方法，就是指明决定是根据过去的惯例作出的。另外一种选择，则是简单地说明当前的决定本身是合理的。在这样一个结合了传统程序（我们如何做事情）和传统的或者说本质合理的裁决惯例（应该如何分析并正确解决纠纷）的法律世界中的辩护行为，人为地产生了众多法律范畴，纠纷和争论都可纳入这些范畴，从而得到权威的裁决。

法律的直接行为管理

一旦律师进入修改现存的对错及权利观念的游戏中，他们不久就会向前迈出或许很小但却是至关重要的一步，即运用法庭的强制力和他们被视为客观决策者在社会上享有的尊重，开始改变社会中现存的行为准则或权利制度——或者是改变旧的法规，或者是引入新的法规。后者的一个例子，就是所得税这项新法规的引入。在这一过程中产生了立法（即主动制定法律）和立法机关（即授权制定法律的机构），其制定出的法律之所以具有效力，并非取决于它有成为法律的正当理由，而是因为制定法律机构自身具有的权威性，这也常被称为立法机关的意志。法律不再是仅仅存在着的条文，而是成为可以被制定的规则。所有的立法机关都出自法庭，即使是今天作为我们主要立法机关的英国议会，也被称为议会高等法院。这个延续下来的名字，反映出其原本作为司法机构的性质。法庭一方面要指出法律作为客观存在的事物究竟是什么，一方面又要对什么是制定法律作出权威的决定，两者之间模糊不清的界限，客观上促进了立法的发展。随之也就产生了法庭和立法机关之间的制度划分：法庭继续对法律客观上是什么作出说明，立法机关则不对此予以说明。

多数人类社会在多数历史阶段都极少有明确的公开宣布的立法。即使有，立法也仅仅被视作改正法律运行中出现的缺点，而非改变法律。但是今天，司法机构在极大范围内都是通过自主制定新的法律来管理社会的，而法律的实施，则由相关人员最终通过法庭来实现。因此，法庭开始变成为立法机关服务，而曾被视为解决社会（其主要结构是给定的并且是事物自然顺序的一部分）内部矛盾手段的法律，现在则开始被看做是一种改变和完善世界