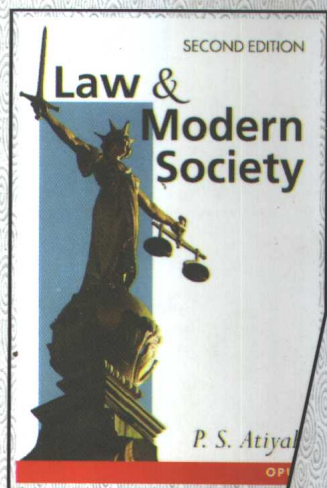


牛津
Oxford
精选



〔英〕P·S·阿蒂亚著
范悦 全兆一 译
白厚洪 康振家
全兆一 校

法律与 现代社会

辽宁教育出版社
牛津大学出版社

辽宁教育出版社
牛津大学出版社

法律与现代社会

〔英〕P·S·阿蒂亚著
范悦 全兆一 白厚洪 康振家译
全兆一 校

Law and Modern Society

P. S. Atiyah

图书在版编目 (CIP) 数据

法律与现代社会/[英] P·S·阿蒂亚著; 范悦等译. - 沈阳: 辽宁教育出版社, 1998.9

(牛津精选)

书名原文: Law and Modern Society

ISBN 7-5382-5317-3

I. 法… II. ①阿… ②范… III. 法律-关系-社会-研究
IV. D9-05

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (98) 第 26280 号

Law and Modern Society

by Oxford University Press 1983, 1995

© P. S. Atiyah 0192892673

本书中文简体字版由辽宁教育出版社和牛津大学出版社联合出版, 未经出版者书面许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书的任何部分。

总策划、总发行人: 俞晓群

责任编辑: 杨 力

美术编辑: 宋丹心

装帧设计: 郑在勇

技术编辑: 袁启江

责任校对: 马 慧

出 版: 辽宁教育出版社 牛津大学出版社

印 刷: 沈阳七二二印刷厂

发 行: 辽宁省新华书店

版 次: 1998 年 9 月第 1 版第 1 次印刷

开 本: 850×1168 毫米 32 开

字 数: 176 千字 插 页: 4

印 张: 8

印 数: 1—6 000 册

定 价: 14.40 元

前 言

在本书首次出版后的二十年中，我们的法律、法律制度和人们最为关切的主题都发生了许多重大变化。为了将本书的重点转移到这些人们更加关注的领域，本版作了大幅度的修改，突出强调了加入欧共体对我们法律的影响。令人惊讶的是，普通公众似乎很少有人意识到在过去几年中，出于一切实际的目的，议会至高无上的权威已明显受到欧共体法律的制约。即便在一本主要针对非法律专业读者而写的书中，这似乎也称得上是我们法制基础方面的巨大变化，足以说明发生了什么和如何发生的理由。本书还探讨了创建欧洲联盟的可能性。此外，本书增加了对《欧洲人权公约》及其对我们法律的影响的论述。本版论述较多的其他主题包括：最近关于司法独立问题的争论，由法律服务和法律援助费引发的问题，改变了两部分律师间关系的麦基改革（Mackay Reforms），在过去十年中破坏了法制形象的许多令人震惊的错判，以及最近法律的修订对“沉默权”的影响。

克雷格·阿诺特先生对本书此次再版在内容增补准备工作中所给予的帮助在此深表谢意。

P · S · 阿蒂亚

F146/3/17

目 录

一 法院内的法律	1
法院与法律制度	1
上级法院	7
法官	11
司法的独立性	14
法官立法	20
法官的任命	27
陪审团	32
下级法院	39
律师界	45
作为判决机构的法院	52
正当的法律程序	59
英国法律制度的正规性	64
法律服务费与诉讼费	67
英国司法制度的两个特点	74
二 法院外的法律	82
法律机构	82
法律与物质世界	85
说服和强迫遵守法律	88
三 法律、宪法与欧洲共同体	97
法律和宪法	97
欧洲共同体	100
一个联邦的欧洲?	107
法治	112

法律与现代社会

理论上的法律与实践中的法律	121
四 法的目的	125
法有目的吗?	125
法作为政策的工具	134
经济目的	139
有利于传统价值的倾向?	141
一般规则与具体决定	145
五 法的合法性	153
合法性重要吗?	153
实证主义传统	157
实证主义与宪法	162
人权法案?	166
摒弃合法性	176
六 法律的制定	178
不断修订的法律	178
欧共体法律	188
联合王国的立法	193
授权立法	204
司法部门的立法	205
先例原则	210
徒具空名的法律	216
七 结束语	230
本书作者推荐书目	235
中外译名对照	245

一 法院内的法律

法院与法律制度

普通人想到“法律”，可能往往会想到警察。在下层社会，警察实际上被当作法律在议论（“法律由此而来”）。但在其他情况下，我们往往把“法律”更多地同法院、法官和治安法官联系在一起。当我们谈到法律的延误，或抱怨法律过时，我们往往想到的是法院和法律制度，而不是法律规则本身。法律与诉讼程序、法律规则与法院之间的这种联系正是律师们特别容易想到的一种关系。对律师来说，法院是法律的心脏和中心。对一名现代律师来说，只有法律规则而没有法院的法律制度是不可想象的。实际上，他可能会发现，想象一种有法院但无法律规则的社会会更容易一些。

为什么会是这种情况？从逻辑上讲，似乎是先有法律，再有法院。在现代社会，引用和执行现已实际存在的法律毕竟是法院的主要职能。而且法院和法官本身把他们的地位、权力，以及从某种意义上讲他们的实际存在均归功于法律。正是法律本身告诉我们，在被称作皇室法院的位于斯特兰德大街的那幢维多利亚建筑物内的正台上，那位端坐的长者就是高等法院的法官，而当他端坐在那里时，他实际上就是法院。

而且，从最广泛的意义上看待整个政府机构的人可能会发现，律师把法院放在他们法律天地的中心位置，这也是一件奇怪的事情。这是否有点儿像哥白尼以前的天文学说？难

道议会是法律围绕着旋转的真正太阳吗？但议会法案毕竟是实实在在的法律，律师们对这一点也毫不迟疑地表示同意。而且议会法案具有一种真正有形的“存在形式”。它们常常是长达上百页的十分完整的文件。你可以像律师那样，把这些文件买来，然后装订成册。从这些文件中，你会看到各种法律规则，但这些规则往往很少或根本不谈及执行这些规则的法院或法官。

另外，还必须承认，某些法律——有时是广泛而复杂的众多法律——很少由普通法院和法官处理，尤其是现代福利国家的立法，如有关社会保障的法律更是如此。众多的法律规定了人们享有各种福利的条件，以及在特殊情况下如何计算这些福利。这类法律很多，也很复杂，难以裁决。但关键问题是这类法律一般不由普通法院、法官或治安法官实施，也不由他们予以运用。在很大程度上，这类法律由社会保障部（DSS）的文职人员负责实施。想要申请福利的人需要到当地社会保障部办事处填写一张表格，然后由官员对该表进行处理。实际上还存在着一个特别法庭系统，如果公民对官员作出的初步决定不满意，可以向特别法庭提出上诉。这些法庭依法审理和裁决案件的方式在很大程度上与普通法院采用的方式相同（尽管手续简单一些）。然而，律师们却很少进入这些法庭，他们肯定不会像看待普通法院那样，把这些特别法庭看作是法律制度真正的中心。

如前所述，律师们把“法律”同法院和法官如此紧密地联系在一起，这看起来似乎有些奇怪。但他们这样做是有原因的，有些属历史原因，有些属实际原因，另一些也许很难分类。

使现代律师形成法律领域中哥白尼以前的那种直觉的历

史原因中，我们主要可以确认两个因素。第一，从历史意义上讲，先有法律后有法院的说法是不符合事实的。现代英国法律制度的中心法院——高等法院——是许多旧法院的直系后裔，其中有些法院的历史可追溯到12世纪，而它们从来不是通过特意的立法行为而设立的。这些法院作为国王权力的产物逐步地发展起来，而且正如“法院”一词所表示的那样，这些法院最初是皇室法院的一部分。它们并不是为了实施早已存在的法律而依法设立的。它们的设立或发展壮大，是为了解决迫切的实际问题——处理争论、解决争端、镇压暴力及禁止偷窃行为。随着它们逐步发展成为我们今天看到的法院，它们的确在这个发展过程中也创立了法律。最终，它们的裁决开始进入固定的和可预测的模式，人们开始注意法官的裁决，然后便出现了现代的“判例汇编”。大量的英国法律都是以这种方式产生的，其中许多法律经过后来的司法判决和议会法案在各方面的修改与更新，至今仍然具有效力。这部分通常被称作“普通法”的法律，就是这样由法院在对其审理的案件进行裁决的过程中产生的。

因此，当现代律师想到普通法时，如果他仍然在某种意义上倾向于把法院放在第一位，把法律放在第二位，而非相反，这也没有什么可以惊讶的。而且，传统的普通法在某种意义上仍然是现代英国法比较重要的组成部分。从总体上说，现代立法无疑胜过普通法，但普通法比多数现代立法更趋向于解决更加本质和基本的法律问题，这也是非常自然的。普通法是所要创造的最早的那一部分法律，而任何社会中最早的那一部分法律都必然是用来解决最根本的问题的。自然而然地，普通法使刑法的基本原则逐步形成——是普通法第一个禁止谋杀、暴力、偷窃和强奸。同样，许多基本的

财产法也是由普通法法院首先制订的，民事责任法也是如此。合同法和民事侵权法（或称民事不法行为）在很大程度上是法院出于最简单的想法，即，伤害或损害他人是错误的这一想法产生的。尽管这个法律的大部分已在现代以各种方式得到了修改和修正，但在某种意义上现代律师仍然倾向于把普通法看作是法律思想和法律原则的中央宝库。鉴于普通法所承认的真正的的基本价值和利益，人们就不会对此感到惊讶，同时这也有助于解释为什么在律师考虑法律的时候法院仍然占有十分中心的位置。

第二个有助于解释律师对这些问题看法的历史因素是，相对而言，法院过去在整个政府机构中的重要性比今天要大。在现代，政府的日常行政管理工作由中央和地方政府的大批官员来做，其中尤其包括警察；而在中央一级，议会的权威一般来说是无可争议的，可以随时利用议会来推翻由并不受宠于政府的法院所制订的法律规则。因此，从某种意义上说，法院在今天只是一部非常庞大的机器上的一个小小组成部分，尽管是重要的组成部分。但从历史角度来看，所有这些是相当近期的发展形势。在18世纪以前，中央和地方一级的政府机构十分虚弱。议会制订法律的活动只限于非常有限的范围，因此，法院的作用比今天相对更加重要。的确，历史学家广泛认为，早期的普通法法院被故意用作在12世纪及其以后在全国扩大皇室权威的主要手段之一。从这时，甚至更早的时间起，便开始有了外派法官进行巡回判案的惯例。与此同时，也向人们表明，国王的权力遍及其王国的每一个角落。

现在当然也许有人会说，所有这一切已经成为历史，现在正是律师们认识到哥白尼革命的时候。不管二百年前，甚

至更早以前的情况如何，今天，法律并非是围绕法院旋转。律师们为什么如此在意历史？这是否正是他们保守主义的又一个例证呢？对于这些问题以及相类似的问题，我将在稍后进行讨论，但就目前而言，只要承认律师的确在某种程度上趋于在意历史就足够了，至少他们经常以其他人会认为老式、甚至过时的方式来认识世界、认识法律和法律制度。然而，这一点并不令人惊讶。今天的英国法是过去八百年或九百年连续发展的产物，它没有因各种革命或类似大变革而中断。法律的变化与现代化所采取的形式往往是在旧的法律上增添新的法律内容，但通常仍要保留旧的法律的某些内容；即便进行全面法律变革，新的法律仍然建立在旧的法律基础之上。因此，对英国法历史不了解就很难学习或教授英国法。判例制度（关于这个问题我将在后面讨论）也促使律师向后看，但前面所说的内容已足以表明为什么把法院看作是法律之中心是英国律师所获得的历史文化的一部分。

此外，还有其他一些非常实际的原因造成律师易于产生这种以法院为中心的法律观点。原因之一是一个简单事实，即在发生争端又无法和陆解决的情况下，律师便会代表其当事人来到法院。正如政府文职人员无疑会具有以政府为中心的法律观一样，因为他所处理的多数问题要在政府内部或由政府及政府的一些部门予以解决，因此，出于同样原因，律师便把法院看作是解决他所介入的争端的中心机构。

一个有关的因素是，在出现争端时，往往是事实和适用于这些事实的法律均不明确。在这种情况下，律师总是要对法定权利与义务问题采取十分实际的解决方法。他会问自己如果把这一案件提交法院审理，法院的裁决会是什么。的确，即使在事实对当事人和律师似乎都十分清楚的情况下，

也往往有必要采取这种做法，但是证明这些事实则是一件十分困难的事情。对律师来说，一个事实是一个可真正证明的实际情况，否则它便什么也不是。同样，在法律不确定，或者不清楚是否可将某一法律应用在某一特定案件中的情况下，律师主要关心的是现有的论据（他知道某些形式的法律论据是可接受的，而另一些则不然）和可能产生的结果。其实，律师感兴趣的是预测法庭可能会做什么。当然，这并非意味着法律的全部只不过就是对法官和法律系统的其他官员在某种情况下会怎么做进行一系列的预测。如果提出禁止凶杀的法律实际上只不过是预测任何犯有凶杀罪并受到法庭审判的人都将终身监禁，或者直到内政大臣选择将他释放，这种观点是荒唐可笑的。然而，当开业律师面临法律问题时，他们便会习惯地问自己：如果我在法庭上就此问题进行辩论，我如何提出这个案子？法官的反应又会怎样？这些毕竟是生活的事实。另外还有一个事实是，进行这类预测并不总是只要翻阅一下法律书籍就能轻易做到的。律师需要有一种“感觉”，感觉法官会对他的案子作出怎样的反应，这种感觉一般只有通过法庭上的实践以及经常与法官接触才能够获得。

这一点给“法庭说法律是什么，法律就是什么”这句格言增添了几分真理。如果过分强调这种不友善的说法，可能会起到误导的作用（例如，法官本身并不认为法律就是他们说法律是什么就是什么），但这种说法无疑有某些真理的成分。归根结底，书本、判例汇编，甚至议会法案中写的什么并不重要。如果法官判某人入狱，这个人肯定会入狱。法官的判决可能是错判，甚至可能不合法，但直接结果都是一样的。当然，还可以上诉，但上诉法院的裁决可能同样是错误

的或不合法的。那就只好上诉法院的裁决是什么就是什么了。认为事情“归根结底”就是这样，这种想法也许是错误的，因为显然，如果法官经常无视议会的法案或已有的先例，他们便会被解职。但这只不过是幻想而已。因为法官不会以极端的方式行事，所以可以肯定地说：归根结底，法官的裁决就是法律。

最后，还有一些性质难以确定的因素也使得律师把法院看作是法律的中心。尤其是法律界的领导人往往被公众和同行看作是法官，高等法院和上诉法院的法官尤为如此。最能干的律师把司法任命看作是律师界职业生涯成功的顶峰。法官实际上是对律师已经思考过和辩论过的案子作出裁决。因此，律师更自然地把法律与法院联系在一起，甚至更加依赖法院。下一章将谈及我们法律制度中的两个新的发展事态，它们势必会使法院比以往更加中心化，也更加重要，因为这些事态发展开始给予某些法院在某种意义上说甚至高于议会和政府权力的裁决权。一旦发生这种情况，正如美国的经验所生动表明的那样，法官有时会变得比政治家更加重要。

上级法院

英国的法律制度具有某种高人一等的特征。其最为突出的特点之一就是它只有很少几个上级法院，这些法院由掌握大权、德高望重的高级法官主持，只负责审理很少一部分案件；而众多的下级法院则由较低级别的法官或治安法官主持，审理众多案件。当然，上级法院一般处理较为重要的案件，而下级法院则处理不那么重要的案件。但是对重要和不太重要案件的区分并不一定就是一个没有争议的问题。许多小型案件对于当事人来说可能就是极为重要的；就连治安法

官也有权把罪犯送入监狱十二个月（一般情况），而这对被告来说并不是一件无足轻重的小事情。而一些被上诉到上级法院的案件之所以重要，只是因为它们对公众可能会产生较大的影响，而不是因为它们在诉讼当事人本身之间提出了什么至关重要的问题。例如，对一桩税收案作出的裁决可能会涉及到某一特定纳税人几百英镑的问题，但是该裁决经过解释成为税法中的重要一款后，其结果就是决定成千上万个类似案件的命运，而这些案件所涉及的金额可能会是几百万英镑。

在这里我们不可能对所有法院及它们之间的相互关系作详尽论述。对法院系统作一简要论述就足够了，但在后面还要更多地谈一谈使这一系统正常工作的专业人员。在上级民事法院中，中心法院是高等法院。高等法院位于斯特兰德大街的皇室法院中，其大部分工作是在那里进行的。高等法院的少部分案件是由分布在全国的二十四个省级中心的法官审理。

高等法院分三个法庭——女王座法庭、大法官法庭和家事法庭，被任命的每一位高等法院法官都要被分配到这三个法庭中的一个。高等法院是一个民事法院，不受理刑事案件，但高等法院的法官可以，而且的确经常对最为重要的刑事案件进行审理，然而他们是以巡回刑事法院法官的身份审理这些案件的。

高等法院的不同法庭在英国处理各种民事訴訟案，包括金额达五万英镑以上的索赔案，同时也负责处理其他一些訴訟案，这些訴訟案之所以重要是因为其问题的重要性，而所涉金额的大小并非关键所在。高等法院中最大的法庭是女王座法庭，它负责处理大量需要在高等法院解决的普通民事案

件，例如，对人身造成严重伤害的损害赔偿要求；对保险单或因商人之间达成的国际性契约所产生的商业索赔；船舶在海上碰撞所造成的航运索赔，或者货主对货物海损提出的索赔等。当有人指责政府当局和其他行政管理机构的行为超出了它们的权限范围，或者指责他们在以某些其他未经许可或非法方式行事时，女王座法庭还要负责对这些指责予以处理。今天，这个法庭主要处理因信托、亡故者遗产管理所产生的索赔，以及因土地契约产生的诉讼案；此外，该法庭还拥有对公司的监督权。家事法庭是新设立的，顾名思义，它负责处理有关离婚申请和家庭财产事宜，例如离婚产生的抚养或家庭财产分割问题。它还负责处理有关子女的照管与监护等事宜，并可就领养事宜作出判令。（法院在家庭事件方面的管辖权往往是重叠的，因此其中的某些事宜有时也由其他法院负责处理）。过去在高等法院中设立的遗嘱检验法庭、离婚法庭和海事法庭已于 1971 年取消，其工作转给了目前的上述三个法庭。

高等法院及其三个单独的法庭通常不像其他法庭那样审理案件。它们的所有工作几乎都是分别只由一名高等法院的法官来做，独自一人担任审判法官。在高等法院任何法庭中审理案件的法官在审理案件时即代表高等法院的法律，拥有高等法院的全部权力。只有在少数情况下由二名或三名法官组成某一法庭的“分庭”共同审理案件。在女王座法庭，以这种方式审理的最重要的案件类别就是请求对政府各种行为的合法性予以审查。

对于高等法院作出的判决可以向上诉法院进行上诉。上诉法院也是分庭审理案件，但各庭之间没有正式的划分，因此称其为专门小组更合适。一个专门小组中通常有三名法

官。上诉法院作出的判决极少被上诉至上议院。上议院不仅是英格兰和威尔士（这两个地方是本书论述的重点）法院系统的最高机构，而且也是苏格兰和北爱尔兰法院系统的最高机构，它们在所有其他方面均拥有自己的法律制度和法官。当然从历史角度来看，上议院在过去既是英国法律制度中最后的上诉法院，又是普通的上议院，而在今天它仍然是议会的两院之一——尽管它现在已经作为整个联合王国的上议院。但是今天，当上议院作为一个法院审理案件时，它与使用同一名称的那个立法机构就没有什么关系了。上议院处理法律方面的上诉案件时，只有被称作上诉法院高级法官的常任高级法官参与审理此类案件，但大法官和前任大法官等其他高级法官有时也参与审理工作。通常由五名法官对上诉至上议院的案件进行审理。勿庸置疑，当上议院审理上诉案件时，它必须像任何其他法院一样严格地应用法律，而不能作为一个立法机构（同下议院一道）改变法律。如果工党赢得下届大选，工党会建议废止世袭贵族可成为上议院议员而拥有参与权与表决权来对作为立法机构的上议院进行改革，但这个建议大概对作为法院的上议院的权力不会有任何影响。

正如前面所说，这些大法院只处理相对很少的一部分案件。的确，与整个诉讼案件数量相比，或者按全国人口衡量，这些法院所处理的案件数量实在是太少了。例如在1993年，高等法院共审理案件1781件（不包括家事法庭审理的案件），经上诉法院处理的民事上诉案件总数为1045件，而由上议院审理的上诉案件数仅为84件。尽管如此，多数律师仍把这些法院看作是“普通”法院，而在法律教学中甚至忽略了下级法院而把重点放在这些法院身上。造成这种状况的原因有以下几个。

第一，这些法院处理的案件的确属大型诉讼案，涉及大笔资金或至关重要的问题，这一点是显而易见的。第二，上诉法院负责审理来自下级法院以及高等法院的上诉案（尽管不是所有案件），因此上诉法院的确对它们所处理的少量案件有最后发言权。第三，高等法院是唯一享有普通管辖权而不是有限或特殊管辖权的法院。因此，那些提出了新观点，或不属于其他特殊机构或下级法院管辖权范围的案件，换句话说就是那些剩余案件，必须由高等法院予以审理。第四，高等法院以及更高级法院法官的特殊声望和地位使得他们本身以及他们作出的判决对法律界及广大公众更具影响力，也更加重要；最后，只有这些法官作出的判决才创立了“先例”，从而被载入《判例汇编》并有助于制订新的法律。我将就最后两点略作详述。

法 官

英国法律制度高人一等的特征在英国法院法官所享有的不同待遇方面表现得最为明显。高等法院以上法院的法官享有相当高的声望和地位。他们在被任命为法官时即被封为爵士（女士则被封为不列颠帝国的女爵士）。在法庭上，他们被称作“大人”或“阁下”（或者“小姐”或“夫人”），尽管实际上他们并不是上议院议员；在正式场合他们被称作法官史密斯先生或法官布朗大人（或夫人）。他们的薪酬比内阁成员的薪酬高得多。他们肯定会成为英国四大律师协会管理机构的成员（如果他们尚未成为该机构的成员），即成为英国四个法学协会的资深会员。其中级别最高的高等法院院长（或大法官）、主事官（也是上诉法院院长）和上诉法院高级法官几乎总会成为终身上议院议员；的确，为了能够在