



拼音文丛一

法律是人类微缩的历史，它揭示了人类法律文明发展的漫长艰苦跋涉的历程

# 法律的故事

*The Story of Law*

〔美国〕约翰·梅西·赞恩 著

孙运申 译



中国盲文出版社

# 脐带文丛—II

这套丛书是用文学手法写成的学术著作，它赋予知识以灵性，使知识走向大众。



在欧洲，哲学和信仰毋宁说是某种装饰，而不像东方那样是生活本身。东方生命智慧将是拯救现代西方文明走出困境的精神食粮。这些思想把哲学之魂推展为包罗万象的博大的思想。它们还将推展到更广泛、更为精深的领域

和范围。西方仍然在期待着来自东方的征服。



大自然有其自身的规律。这些规律是公正的，却是无情的。在此不存在上诉法院。大自然施惠于我们，而且从不吝啬。作为回报，它要求我们学习并适应它的规则，服从它的意志。



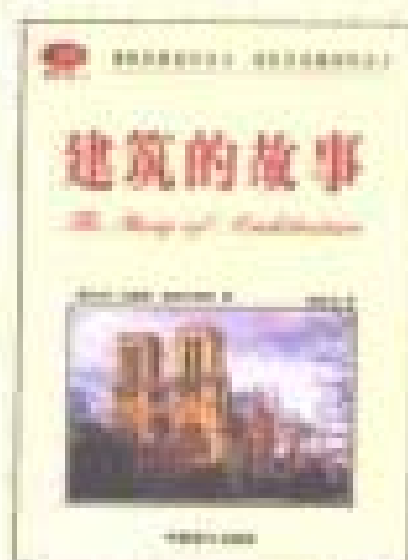
人类在地球上第一次可以象现在这样，在环绕自己这块大地的同时，还可以放眼整个文明世界。因此，我们对法律的未来充满信心。法律对人类的贡献，实在是超过了其他一切人类活动。



人是万物的尺度，但同时万物也是人的尺度或主人。如果人凭其经验使自己成为世界的主人，他的所作所为仍然必须接受自然世界的指导。正是因为物性太粗大，人才不得不使用炸药。



历史是一幅展示人类生命历程的画卷。作为一种艺术形式，任何时期的音乐都是完全平等的，而且可以反映音乐创造者的性格特征。艺术形式没有进化，只有变化。这是我们研究音乐历史的基本观点。



建筑是凝固的音乐，建筑更是凝固的历史。建筑大师正是运用不同的材料，在大地上书写音符，同时也将其写在历史的书页上。历史上所有的建筑共同构成人类文明的恢弘乐章。建筑的历史就是人类文明的历史。

# 法律的故事

[美]约翰·梅西·赞恩 著

孙运申 译

中国盲文出版社

# **THE STORY OF LAW**

**BY JOHN MAXCY ZANE**

**NEW YORK  
I. WASHBURN  
1928**

**根据纽约 I. WASHBURN 公司 1928 年版译出**

## 图书在版编目(CIP)数据

法律的故事/(美)赞恩著;孙运申译. -北京:中国盲文出版社,2002.9

(脐带文丛)

ISBN 7-5002-1735-8

I. 法… II. ①赞… ②孙… III. 法制史-世界-通俗读物 IV. D909.9-49

中国版本图书馆CIP数据核字(2002)第074333号

## 法律的故事

---

著 者:赞恩

---

出版发行:中国盲文出版社

社 址:北京市丰台区卢沟桥城内街39号

邮政编码:100072

---

电 话:(010)83896965

---

印 刷:北京市金红发印刷厂

---

经 销:新华书店

---

开 本:880×1230 1/32

字 数:295千字

印 张:14.5

---

版 次:2002年12月第1版 2002年12月第1次印刷

---

书 号:ISBN 7-5002-1735-8/D·51

---

定 价:28.00元

---

此书盲文版同时出版

盲人读者可免费借阅

版权所有 侵权必究

印装错误可随时退换

脐带文丛

## 出版说明

人类的知识犹如一条河，自文明肇始以来，涓涓细流汇成江河，流过了漫漫的历史时空，流到现代并奔向未来。在奔流的过程中，随着“支流”的不断汇入，人类的知识“流域”变得如此广阔，在每一门科学的基础上都诞生了十数个学科，而且每个学科都变得越来越精微和深奥。在弗兰西斯·培根发出“知识就是力量”的断言后的二百到三百年间，却因知识的爆炸式增长，使人类知识的负担几乎超出了人类的承受能力。正如威尔·杜兰特所说：人类知识的重负太大了，已经不能为人类的心灵所承受了。剩下的便只是对越来越少的问题知道得越来越多的科学专门家和对越来越多问题知道得越来越少的哲学思辨家了。当专门家们蒙上自己的双眼，以便对整个世界不闻不问，而把眼光仅仅盯在鼻子底下的那一小块地方时——整体消失了，“事实”取代了理解，而被分割得七零八落互不关联的知识已不再产生智慧和力量了。正是这种知识的“非人化”，使一般大众为逃避“非人的折磨”而对知识心生畏惧，敬而远之，使大量的人类知识陷入僵死状态。

面对这种状况，正是对“非人”知识的逆反，近百年来，在欧美掀起了一场知识人性化的运动：美国历史学家J·H·鲁宾逊（James Harvey Robinson）起来宣扬一种强调人类社会、科学和思想进步而不仅仅是政治事件的“新历史”，从而吹响了现代知识人性化的号角。于是，各门学科的“概况”书应运而生，这些书摆脱了古板的江湖暗语似的术语，用所有人易于理解的日常词语来讲述那些

一度几乎被扼杀在少数专门家那里的知识,使这些知识获得了人性化的光辉。

我们选编这套书的目的也正是如此。因此,这套书的入选标准有两个:一是具有全局观的高度“概括”;二是采用人性化的写作方式(即讲“故事”的方式)。

《汉字的故事》,系统全面地阐述了汉字的基本知识,从来没有一部汉字研究专著将文字学这公认的最晦涩难懂的学究们古板的训诂知识讲得如此明了透彻、通俗易懂、妙趣横生,也从没有一部汉字专著被赋予如此的激情,汉字在这里焕发出夺目光辉,如同抒情诗一样打动人的心灵。

《哲学的故事》,曾使一位大学哲学教授在教了十五年康德哲学后,通过此书弄清了康德的意思。这本书的出现在美国掀起的哲学热,使哲学经典的销量增加了二倍。

《人类的故事》中,房龙谈笑风生,一路走过多少个世纪,时不时地用绘画和微笑向人们点明故事的含意。读了这本书后,世人一下子都令人讨厌地变成历史通了。

《文学的故事》出版的时候,成千上万的读者都为这一迷人的领域所做的平易近人和富有启发性的概括表示欢迎,一时“洛阳纸贵”。

.....

在选编这套书的时候,我突然获得了一个极富人性色彩的意象——母体中的胎儿。人类社会之于人类个体,正如母体之于胎儿。而人类个体需要母亲知识的滋养才能茁壮成长。姑且将这套书定名为“脐带文丛”,以强调人类个体与母体的联系。

铁 农

2001.3 于片石书坊

## 编者寄语

在编辑《脐带文丛》第一辑的时候,虽然我自信能够得到读者的认可,能够激发出读者对理性知识的热爱。但这套书出版后受欢迎的程度远远还是超出了我的想像。2001年下半年,我们收到读者的来信达数百封,有一些信出于热诚之心提出了批评与建议,更多的则是热切要求出版《脐带文丛》第二辑。为了回应读者的要求,经过精心遴选编辑,我们又推出了《脐带文丛》第二辑,也包括六本书:《地球的故事》、《东方哲学的故事》、《法律的故事》、《心灵的故事》、《音乐的故事》、《建筑的故事》。

这套书的作者大都是肇始于18世纪末席卷欧美的知识人性化运动中涌现出来的杰出的人文主义作家。他们都是用激情、爱心和圣徒般的热诚来写作并进行“知识救世”福音的传播的。这场运动持续了一百多年,使整个西方世界民众的人文素养得到极大地提高。通过《脐带文丛》第一辑的热销,我也感受到了这场运动在中国引起的些微波澜。同时也激励我更加热切地希望这场知识人性化运动的中心能够转移到我们这文明古老的国度,能够在今后的几年或几十年内涌现出大批宛如星瀚灿烂的带着爱心与救世理想来写作的人文主义作家,从而使我们的民众素质得到大幅度提高。

我之所以作如此希望,一是,我们的国家民族已获得了自信,我们在各个方面正在取得巨大进步。二是,我们的民众素质和精神境界还有待提高,三是,我们不能总是通过译介来享受外来的“嗟来之食”。更主要的是,我认为西方的大多数此类作品,往往带有一些缺陷——我承认就他们所处的时代而言,这些西方作家无疑是具有“世界性”眼光的,但他们的民族经由殖民扩张获得的自信,使他们也不能免俗地沾染上一些他们同胞所共有的毛病:西方中心主义和自



我优越感。这使他们往往闭着一只眼睛看世界——只用一只眼睛来自我陶醉地盯着他们自己的世界，其他地方只不过是他们独目视物的余光所及罢了。

中国人中的一些人又何尝不是陷入西方至上与自我贬损的超级迷信之中呢？这也难怪，跪着的人没法不自卑。我们现在正处在重新站起的过程中，我们有优秀的文化，有悠久的历史，一旦我们重新获得自信与自尊，就会迸发出无穷的神奇创造力，浴火而重生。

## 序 言

为《法律的故事》写序言让我觉得很难下笔。实际上,此书根本无需序言。如果一部书的开篇就能将有思想的读者吸引住,那么想激发读者兴趣的任何尝试都有画蛇添足之嫌。

本书的主题非常令人感兴趣,但奇怪的是迄今为止还很少有人尝试撰写法律的故事书以满足广大读者的需求。而本书来得就这么及时。近年来令人欣慰的现象之一就是文学领域的重心由琐细、短命的主题慢慢转向严肃、永恒的主题。数年前,在我们眼里,科学扩展和视觉拓宽的时代似乎导致了常人想像力缺乏和对琐细、微不足道的事物过分偏爱。我曾在《美国宪法》一书的最后四章中阐述过这样的论点,那就是我们这一代的罪过就是对人类生活价值观的所有真正感觉的丧失,直到最近几年我都很少有机会修正这种悲观的结论。几年前,像维尔斯所著《世界史纲》、杜兰特所著《哲学的故事》等诸如此类的书籍若能像今天这般成为畅销书似乎是难以想像的。

令人瞩目的变化终于开始了,那些畅销书籍不仅关注严肃、深刻的主题,而且试图涵盖人类发展的整个领域。若非如此又如何解释杜兰特的《哲学的故事》一书的巨大成功呢?这本书阐述了各个时期伟大哲学家们神秘的、有时甚至是让人费解的思考成果。

一本关于哲学的书都能成为畅销书,毫无疑问,一本关于法律史的书也将能受读者的青睐,因为法律是哲学

的具体实现。它综合了各个时期对人类行为规则的所有思索。它的实施,既保护作为一个有机体的社会,同时保护个人免受罪恶的侵害。

法律是人类历史的缩影。本书揭示了各个时期人类法律文明发展的漫长艰苦的跋涉历程,以及从孜孜以求的目标直到人类成就的最高巅峰的求索过程。法律与每个人的生活息息相关,它陪伴我们从摇篮走到坟墓,它是指引我们通往目的地的明灯。即使我们脱离肉体的束缚与绝大多数灵魂汇合之后,对我们的遗产的处置也要通过法律来完成。

法律伴随着人类进步的历程,特别是社会政治进步的整个历史,在那些无比漫长的岁月里,人类用他们流血的双脚在充满荆棘的道路上前行,由受奴役走向自由,继往开来前仆后继。戏剧化的历史插曲一般都与法律相关联,只要翻阅此书,每位爱国公民都会发现那些最富有吸引力的事件在本书中都会一一描述。美国争取独立的史诗般的斗争是为了维护一条关于税赋的不成文法。对于美国人民来说,他们最感兴趣且最引以为荣的一段历史插曲大概就是他们的先辈们能够在混乱无序的时刻照常集会,并在进行了四个多月关于人类社会根本要素的议论之后起草了政府的一份全面宪章这一轰动事件了。

出版者让我推荐一位美国律师来完成本书的写作。美国律师界的杰出人物我都比较熟悉。在美国司法部副部长的四年任期里,我有幸见到来自全国律师界的各个方面的杰出人物。但是要从他们当中推荐出一位来完成这个任务却很不容易。其不易之处在于这样一个看起来奇怪的事实:律师当中鲜有哲学家,而既是哲学家同时又是律师的则更少见。究其原因,显然是由于哲学是抽象的,而法律则是具体的。任何一位律师都应理解法律的

哲学基础。但是通常他们的时间和精力都耗在研究法律上,因而怠于研究哲学的奥秘。他们日常工作所遵循的信条是:此为法律。由于他们没有时间也无意探询法律的优劣,因此只满足于法庭可能执行的法律,况且律师必须考虑现实的而不是抽象的事物。

其次,哲学家是生活在抽象思维的氛围中的,他们很少有机会研究人类法律在具体方面的实际应用问题。由此我认为,在法律领域中,存在着一对无奈的矛盾:那便是最博学的理论家和教授常常缺乏实施法律的实际经验,而成功的执业律师又往往是法律的历史和纯粹的哲学论证方面的无知者,他们对法律也仅仅持务实的态度。

我要做的就是推荐一位集执业律师和真正的哲学家于一身的人物,而此等人物在美国律师界寥若晨星。

撰写如此重要题材的书要真能做到不负众望,作者绝不会是个等闲人物,他既要是一名律师,又要是一个深沉的思想者;他不仅要是个表达流畅而富有想像力的天才,而且要善于把自己的主张准确地传达给读者。毫无疑问,就此题材律师界有些哲学家能够创作出博学的文章,但这种写作方法可能会使普通人感到迷茫,因为它就像干巴巴陈述历史。其他人也许对这一题材能够作出清晰的表达,但他们却缺乏想像力,因此不能成为称职的老师,不能为读者指点迷津,同时也不能把这样一个看似枯燥乏味难以引起共鸣的题材阐述得扣人心弦。

本人曾在某些法律刊物上读到过一些文章,文章作者的博学 and 出众的阐述才华给了我极其深刻的印象。他就是本书的作者,芝加哥法律界的一位杰出人物。除了他,我不知道还有谁能把上述素质如此良好地结合起来,相信在阅读本书后,读者会同意我对这位杰出作者的评价,他的确具有完成如此艰巨任务所具备的超常素质。

我建议出版者,请约翰·麦·赞恩来向大众讲述法律的历史,让我感到高兴的是,他同意撰写此书,我相信自己为这一代有思想的读者做了一件好事。一些出色的法理学家曾说过,每位律师都有责任为自己所从事的职业写一本书,如果真是这样,那么现在赞恩先生代表他的同行为广大读者慷慨地偿还了这笔文债。

作者高超的写作技巧令人赞叹,就我目之所及,还没有哪位美国律师会比他做得更好。丰富的想像力、渊博的知识与读者强烈的共鸣、行云流水般的措辞、深刻的哲学体悟,字里行间闪烁的智慧光芒,使本书为当今法学界和文学界做出了宝贵的贡献,它将使其读者,无论是律师还是行外人,成为更好的公民。

前美国首席司法官:詹姆斯·贝克

## **John Maxcy Zane 主要作品一览**

1. *Story of Law*
2. *The grandeur that was Rome*
3. *Lincoln, the constitutional lawyer*
4. *Commentaries on the criminal law. Bishop on Criminal law*
5. *Responsibility of the lawyer*
6. *The law of banks and banking*
7. *Reports of cases decided in the Supreme court of the state of Utah...*
8. *Lincoln, the constitutional lawyer*
9. *The five ages of the bench and bar in England*

# 目 录

## 第一章 法律的由来 ..... 1

如果人仍然是凭本能行事的生物,那么整个地球早已充斥着人类;他们的集体早已发展得高度秩序化,服从于绝对的法律,永无违法的个人;他们会早已享有机制的稳定性,因此也不会有进步了。但是人发展了更高级的大脑,可以无限制地驰骋,可以战胜自然环境,并可以通过有目的的努力而不断地向更高级的王国攀登。

## 第二章 动物的规则 古老的惩罚 ..... 17

原始人所拥有的不过是承袭下来的简单的动物本能以及巨大的脑结构。无法想像这样的生物与法律能有什么联系。但他们确实有法——写在他们脑中的、固定的、抹不去的习惯,至今仍在潜意识的智力作用下统治着我们。

### 第三章 古雅利安人的法律 ..... 46

在法律发展的主线中，首先引起我们注意的人种是雅利安人，因为这时的闪米特人在已代表了更高一层面的文化。父系氏族时期的雅利安人的家族财产属于家族，他们燃烧起圣火，来祭祀男方或父系的祖先，他们拥有与这样的发展相适应的法律习俗。

### 第四章 汉谟拉比法典 ..... 62

伟大的汉谟拉比从神手中接过《法典》，《法典》的开篇写道：“我在这块土地上创立了法和公正，在这时光里我赋予人类幸福。”汉谟拉比法典是巴比伦人在法律方面取得的辉煌成果，法典中仍沿用了神裁法和原始的对等报复原则。

### 第五章 《圣经》中的法律 ..... 79

希伯来法是长期发展的产物，它来源于原始习俗，随着时间的推移得到逐步改善。希伯来法应属于犹太法的一部分，通过《圣经》和中世纪的司法官而对现代法产生了无比深远的影响。中世纪的律师会觉得使用《圣经》来确认其法律指令是天经地义的事。在他们看来，《圣经》中的每句经文都是上帝的神圣的智慧，因而无庸置疑，所有经文都有同等的力量，并且都来自那一特殊的时期的一个特殊的作者。



## 第六章 古希腊人的法律智慧

97

希腊人并没有通过神灵颁布法律的想法，但他们认为他们的法律是那些充满神话色彩的立法者赐予的，他们还有这样的想法：既然法律是由祭司阶层监管的，那么法律的起源也应该是神圣的。在希腊人中有一种看法被广泛流传：书面形式的法律不仅可以帮助许多人，而且能够为许多人所拥有。

## 第七章 古罗马的法庭与律师

148

罗马这个民族具有一种独特的法律天赋，尽管如此，这种天赋得到充分发展还是经历了漫长的岁月，经过了近一千年时间，罗马才获得法律经验这笔财富。

程序完备的罗马法庭以及由法学家和辩护者组成的律师阶层是罗马法律机器的两架发动机。在专业阶层的协助和监督之下，程序完备的法庭对法律争议的裁决促进了法律的进步。

## 第八章 火刑柱——中世纪法律的象征

184

回顾中世纪时代对文明的摧毁实在令人痛心。那些残暴及压迫是无法用罗曼史和武士的故事来改变的。我们可以用各种想像去粉饰我们的祖先，但是却无法掩盖这样一个事实，那就是他们以最残忍的方式破坏了法律中的一切文明因素。当然，仍然留下了一些令人宽慰的东西，人类并未放弃善良、仁爱和怜悯的理想。

衡平法和普通法在经过相互对抗之后,最终协调起来,共同成为英国法律不可缺少的一部分。经过几百年的演变,陪审团已经从最初的见证机构变成审判机构。英国最早确立了司法权同立法权和行政权分立的制度。英国坚持陪审团制度和普通法是非常明智的,这使英国避免了重走专制体制的老路。从英国历史上的许多著名案件的审理中,可以看到英国法律的特点和发展进程。

作为从英国的殖民地发展起来的美国,其法律体系也继承于英国,它沿袭了英国的三权分立制度,并使它得到了充分地发展。宪法是美国的最高法,其它一切法律都不得与宪法相抵触,美国法律保护一切公民的利益,任何人不得凌驾于法律之上。现代的美国是世界上法律最繁杂的国家,无论美国生意人,还是在美国做生意的外国人,都要聘请专业律师,随时听取律师的建议。

## 第十一章 尊重他国的权利——国际法 397

早在古希腊各城邦间的协约中,就已有了类似今天国际法的内容。罗马人曾为了那时的国际法而战。荷兰和法国的律师使国际法有了更严格的意义。在拿破仑战争之后的那个世纪,国际法得到了迅猛发展。日内瓦仲裁法庭对三艘巡洋舰的裁决标志着国际法和国际仲裁法庭的成熟。国际法的核心是:国家之间也必须坚持公正,尊重正义,像人应该坚持公正,尊重正义一样。

## 第十二章 结语——简短的法律故事 420

法律的演变和改革是循序渐进的,个人的愿望和理论对法律只能产生很少的影响,甚至不会产生什么影响,因为法律必须代表广大民众的理想和愿望。保留几百年前的某些标准,遵循祖先的某些习俗和传统是明智的,也是必须的,更重要的是改造这个世界,使其更好地造福于子孙后代。

## 第1章 法律的由来

如果人仍然是凭本能行事的生物,那么整个地球早已充斥着人类;他们的集体早已发展得高度秩序化,服从于绝对的法律,永无违法的个人;他们早已享有机制的稳定性,因此也不会有进步了。但是人发展了更高级的大脑,可以无限制地驰骋,可以战胜自然环境,并可以通过有目的的努力而不断地向更高级的王国攀登。

“法律”这个词几乎对所有具有普通常识的人来说都不陌生,可是倘若要给它下一个明确的定义,那即便是最博学的法理学家也会感到困难重重。迄今为止,法理学要在为“法律”下定义时常常不得不使用暗含或直接表达的法律的概念作为定义的一部分。人们公认这个词暗含一整套总的原则和一整套特定规则。我们所说的“正确”是建立在法律的基础上的,根据法律,“错误”是被禁止的。然而要是我们问一问“正确”和“错误”这两个术语的含义,得到的回答往往是:“正确”是在法律上得到承认的正确,“错误”是法律定义的错误,如此一来我们只不过是在绕圈子。最后我们又回到了原来的起始点。

一位著名的美国法官是这样定义法律的,“法庭上运用公共力量这种情形下的声明”,这个定义将定义的实质理解为非物质的东西,并且忽视了法律是一种规则的事实。法律即使在公共力量未得到运用的情况下也是依然存在的,因为远在法庭产生之前就存在着一套普遍得到人们的遵守且不得违反的法

律。事实上人们也只能这样说,法律是指导人们在其所属的社会组织中处理相互关系及行为的正被执行的一整套规则当中的一部分,也仅仅是一部分而已。必须明白这样一点,应当把指导人们与其所属的社会组织之间关系的规则包括在内,而且文明人都认为,法律也指导着社会组织之间的关系。我们把后一种法律称为“国际法”,任何一个法庭都不能实施国际法。以往每一个时期的法律规则较之其他较晚时期都包含了更多的人与人之间的关系。通常,法律的进步和发展体现了各时期生活中规则的不同,当其中一部分一旦发展强大到对社会组织形成足够重要的影响力之时,便被人们看作法律,而另一部分便慢慢演变为社会习俗。

在这里,有必要强调一个重要事实,即人类是一直生活在社会组织中的。可以想像,倘若人类也有可能成为独居的动物,果真如此就不会产生法律了。人类生活在社会环境中,这是法律存在的先决条件。作为一门科学——如果存在这样一种科学的话——法律只不过是与人类生活的社会状态有关的科学之一。由于有着共同的基础,都与社会科学,或者说都与社会科学的几个方面有关,因此,不管是社会学、伦理学、政治学、政治经济学,还是历史、生物和心理学,都息息相关,而且每一门科学都是正确理解其他科学的必要基础。在为诗人阿基亚斯辩护时,西塞罗——这位古罗马最伟大的辩护者在辩护辞中曾愉快地阐述了这一真理,这篇辩护词达到了一位律师在法庭辩论中所能达到的最高境界。他说:“所有关于人类行为的科学都有一种共同的纽带,并存在彼此相连的血缘关系。”

必须尊重人类生活在社会状态下这一事实,这是法律的历史

史的基本事实。社会发展的每一个阶段必然包含着法律的发展,这种发展一如人类无法挣脱其物质躯壳的束缚一样,它是无法避免的,法律的发展是完全自然的社会进步及其结果。人类生活一直是以社会的形式存在,这一真理也包含在亚里士多德的著名论断中:“人是社会动物”。

从古今一切与人类有关的科学中我们得知,人一直生活在社会中。这是指某种范围已远远大于由男性、女性或女性和子女组成的家庭的社会群体,并不仅仅意味着家庭。人们通常认为,人类社会中的原始单位是家庭。然而,相反的定论也有其确凿的证据来支持,人类在由动物转变为真正的人类之初,与文明人相比,智力水平还是相当低下的,而他们是在相当长一段时间之后才开始过家庭生活的。人类这种动物是从一些以群居方式生存的低级动物群中演化而来的。如果人类不是社会动物,其大脑就有可能不同于现在的大脑。我们必须接受另一种基本观念,即人类的头脑既是社会智力也是社会产物,它是在社会生活状态下而不是其他状态下形成并由社会生活形态决定的。当然,法律是人类在社会状态下形成的智力的结果。这一结果是通过人类在调整自身以适应其物质环境并力争战胜物质环境的过程中实现的。

在无知、偏见和极度愚昧基础上建立观念的时代早已成为过去。“地球是圆的”这一基本地理知识在几个世纪以前还被认为是亵渎神灵的谬论。坚持真理和正义的先贤曾为此被烧死在火刑柱上。而今天,如果要写一部关于地理的书,再在开篇对此进行详细阐述,就大可不必了。同样,一本关于法律的书,若旨在解释人类生活,则必须假定人类的智力以及作为这

种智力的产物的法律是漫长的演化发展的结果,尽管很多正直、严肃的人认为持这种观点是犯罪,尽管这种教义在美国的有些地区被认为是一种罪行。看起来够奇怪的,早在公元636年就已去世的圣·艾西多曾说,“最早的人类祖先是赤身裸体的,他赤手空拳,无法与野兽抗击,无法御寒,无法保存热量”,他认为这是毋庸置疑的真理;阿尔奎(公元735~804年)是位伟大的宗教人士,他说,“曾几何时,人像野兽一样在地球上四处游荡,没有任何理性的力量”。

因此,在距今十分久远的岁月里,人最初的头脑心智和躯体就注定了会成为《法律的故事》的开篇。事实上那些代代相传的原始心智和体态特征在今天仍以一种潜意识的本能的方式控制着人。在漫长的岁月中,人的物质躯壳依旧保持最初的形态,但其脑力的发展堪称有机生命中最超乎寻常的奇迹。一句最初以拉丁文阐述的格言讲道:“世界上最伟大的是人,而人最伟大的是头脑。”然而人发展出如此超强的智力经历了漫长的岁月,这种人类智力的进步仍在继续向前。

一如人类起始之初,人的物质躯体未发生多大变化。那些至今仍控制着我们躯体的自然法则,如:世代交替、出生、营养、生长、衰老和死亡都是无法逃避的,就像我们称之为自然规律的其他规则一样亘古不变,是不以人的意志为转移的。违反了这些自然规律将会产生严重的实际后果。但是这种自然规律的不可避免性,人类的法律是不具备的。违法行为本身可能不会对违犯者带来实际的影响,因为法律规定的就是人类相互间的行为标准。人类法律的认识和学说被冠以科学的名称——法理学。在这个意义上,法律被普遍当作人类推理和有意识的

目的必然结果。在人类的心智、才能尚未发展到足以创立有意识、有目的的法律之前，自然法则的一切确定性和不可避免性都是规范社会状态下的人类行为的规则曾拥有的。原因在于当时的法律还只是对周围环境做出的较原始的习惯性的动物性反应。

为了从更合理的角度来研究这个题目，不妨让我们回到地球上尚未产生人类之前的那段时间，这样我们会发现自己回到了遥远的地质期的第三纪结束之时。在人类诞生之前，那时大自然所完成的最高级、最成功的试验莫过于创造了适合在地球上紧凑的社会群体中生存的小型动物。在这种社会群体中，我们会发现与人类的相似之处，人类最初就是起源于动物，并且一直在某种社会群体中生活，并创立了那些社会行为规则，我们称这些行为规则为“法律”。

在描述法律的历史时之所以首先要谈一谈人类在地球上的产生，还有另外一个原因。律师们从不曾大张旗鼓地撰写过法律的历史。著书描写法律的哲学史这一工作往往都是由哲学家和玄学家们来完成的，而他们的作品常常使得法律学无论在律师还是在外行人眼中都十分的晦涩难懂，若我们以人类的起源为开篇，我们就可以摆脱玄学的不切实际和哲学的迷境，因为这种模糊的学问纯粹是人类思维的产物。今天的现实世界与人类产生之前并没有什么两样。人类的产生只不过是世界又多了另一种动物，这种动物也许既不懂哲学也不懂玄学，但却拥有一定的法则。

在人类产生之前的第三纪后期，有些动物已经过着完美的群居生活了，它们的生活习惯从百万年前至今一直未曾改变。



无论从前还是现在,都能永远适应环境,这得归功于它们那超强的自我调整能力。圣人用谚语告诉我们,如何从这些动物身上发现智慧。“你这个懒虫,看一看蚂蚁吧,如果细心观察它们,你也会变聪明的。”不过这仅是对雌蚁们的赞叹。对雄蚁的工作只能讲得越少越好。然而,圣人万万没有想到的是,蚂蚁除了是改造懒惰的楷模之外,人们还可以从对它的研究中获得法律方面的智慧。

在讲述人民法律的历史之前,讲一讲蚂蚁们的法理学其实并不荒谬。一位伟大的剧作家曾说过:自然界中按一定法则生活的生物教给人类关于王国秩序的道理。蚂蚁的分布极为广泛,它们几乎像人类一样生活在气候迥异的各个地区中,成为迄今为止地球上队伍最庞大的动物居民。蚁群社会的繁荣和延续主要得益于它们一贯遵循的一套法则,法则的成功运行不仅保证了幼小者能得到爱护和培养,还保证了食物的提供。它们采用人工方式以支持整个蚁群。而它们的堂兄蜜蜂则迥然不同,人们对蜜蜂一直是十分感兴趣。有无数关于它们的文章,充分记录了观察、试验的结果,因此人们在谈论这些小生物时的口吻是确定的。

对于一些显而易见的事实,我无需多加评论。即诸如蚂蚁是其他膜翅目如蜜蜂和黄蜂等昆虫的近亲;一个蚁群中只有蚁后繁衍子孙;一个群体分成界限分明的不同种姓:没有翼的发育不全的雌性工蚁;有翼的雄蚁,除去给蚁后授精的雄蚁外,其余的是无事可做的无用的一族即无用的公蚁,它们最后也只有屈从于被杀死的悲惨命运。蚂蚁们会根据土壤的排水性能和土质来精心挑选地址来建造蚁穴。蚁穴中有专门用来培育幼

蚁的保育室,还有用来储藏和保存食物的储藏室。驯化动物和栽培植物,是人类文明取得巨大进步的标志。蚁穴中也存在着两种被驯化的动物,一种是切割树叶的小蚁它能在其黑暗的居室中为土地施肥以栽培细小的植物以备食用。主要依赖树木和植物的甜汁生存的蜜蚁也有自己的一群蚜虫,这些蚜虫以吸取树木的甜液为生,并为其蚁主人分泌出甜汁。这些蚂蚁是成群的,定期由工蚁来喂养。

令人惊讶的是,这些蚂蚁还讲究集体生活中的卫生习惯,并积累了不少经验。它们严格执行个人卫生和居所卫生的规则。它们不知疲倦地把各种废弃物和食物残渣从家里清除出去。据说在蚁穴中还养着能够帮助搬运垃圾的甲虫。蚁穴的门定时开关,大门设有守卫的岗哨。

道路的修建和养护是人类文明中出现较晚的事情。然而蚂蚁早就修筑了以其家园为中心向各个方向延伸的道路,道路都经过了精心设计布局,这有助于他们顺利地寻找食物和进行远征掠夺。当筑路时遇到溪流,它们会按真正的工程标准挖掘隧道。很久以前,蚂蚁就精于修筑圆柱形拱门。当地球上出现最原始的人类之前不知多少年,这一技术就早已被蚂蚁所掌握。聪明异常的蚂蚁在切割树叶之后还能按照自己的意图来缝合树叶。

蚂蚁天生具有对异族的掠夺欲,像人类曾经拥有至今也依然拥有的本能一样。蚂蚁大军中的前卫蚁方阵也许是地球上最凶猛的食肉群了,它们可以吞噬一切遇到的生物。一个定居下来的蚂蚁部落拥有自己的侦察蚁,它们就像《圣经》中希望之乡的侦察兵那样外出侦察,如若某一部落的领地被它们发现,

就立刻赶回本部向大本营报告。然后蚂蚁大军开始集合,其嘈杂兴奋的场景犹如人类城市中大军要奔赴前线。除了雄蚁,整个部落都倾巢而出开始远征,一到达进攻地点就发动进攻,进行野蛮的屠杀。遭到侵略的部落为了家园和亲属奋起反击。雌性工蚁组成的进攻大军同样英勇奋战,犹如达荷美的妇女替补大军一样。战争的结果简直就像修西底德笔下所描绘的雅典人攻克美洛斯岛一样,战败部落的勇士们全部阵亡,年少和年幼的做了征服者的俘虏,被带走抚养,等长大以后,做胜利者的奴隶。这也就像《旧约全书》“申命记”中对犹太人的命令:“如果上帝把这一城池交到你的手上,你应用剑杀死所有男性。但应带回妇女、小孩和牛群……”——这就是人类普遍奉行的原始战争法。

豢养奴隶也许是蚂蚁群体中最教人不可思议的方面了。做奴隶的蚂蚁一般都很顺从,很能干,它们似乎对自身的境况很满意,对其主人忠心耿耿。某些蚂蚁部落不能自己照顾自己,必须完全依赖奴隶操持生活。蚂蚁从本能上就希望拥有更多的工蚁,人类奴隶制的起源也正是基于这种原因。蚂蚁没有武器,但一些蚂蚁天生就是进攻的好手,它们头大,颌坚强有力,适合作士兵,它们组成的“突击部队”似乎所向无敌。

在蚂蚁的社会里,一样有忠于部落、忠于家乡的爱国者。它们是如此的出色,毫不胆怯,它们渴望战争且作战英勇,它们奋起进攻,绝不退缩。在战场上,它们只有一个信念:不战死疆场,就要赢得战争最后的胜利。蚂蚁明白集体利益高于一切,集体不存在自己就无法生存。在服务 and 奉献精神方面,蚂蚁最应赢得崇高的赞誉。蚂蚁是不知疲倦的工人,它们背负沉重的

担子。相对于它的身体比例而言,它的力量大得惊人。如果一个蚂蚁负担不了,就会有两个或更多的蚂蚁和它一起团结战斗。它身上具备的那种随时准备为了公众的利益而牺牲自己的高尚品质令人赞叹。

人类生活中没有什么能与蜜蚁的利他主义相提并论的。有些工蚁简直是食物的水库。它们吸食甜液,直至其腹部惊人地膨胀起来,然后大腹便便地回家,其他蚂蚁帮助它沿着墙壁爬上天花板之后,它就一直坚守在那里,直至它储存的蜜完全供给社会所需。对蚂蚁而言,生活的绝对法则就是为公共利益而合作。这个法则在所有的蚁群中得到绝对的遵守。这种集体生活以及对异族蚂蚁的极端敌意,与人类是相似的。诚如前述,它们无情地捣毁另一族蚂蚁的家园并把俘虏变为奴隶。很多实验表明,如果将几个异族蚂蚁放进某一蚂蚁的集体中,就会立刻遭到围攻并被杀死。

经常观察蚂蚁的人通常都会发现,这个有组织的集体的最奇特之处恰恰就在于没有明显的组织。每只蚂蚁似乎都自觉地行动,没有任何指令下达给它们。它们之间没有高低贵贱之分,大家都绝对地平等。没有霸王,没有将领,没有列兵。蚂蚁虽有最有效的政府,却没有政府首脑。在巨大的蚁城中,有功能各异、极端复杂的政府机构,如建设家园、保卫家园、修建道路、储藏食物、哺育幼蚁以及与蚂蚁大小颇成比例的建筑,这一切都与人类相似。供给品的集中和分发、庄稼的种植和储存、看守牧群、发动战争、利用俘虏,在蚂蚁的社会中一切都井然有序地进行。法则是自动执行的,很显然从来未被违犯过。工作就像一台自动机器一样有序、精确地进行,没有命令,没有监督

者也没有统治者。蚂蚁们在这样的法则下度过了漫长的岁月，以至于它们已彻底地适应了，无需任何提示和预告，它们甚至连关大门的时间也不会错。这再显而易见不过了——蚂蚁能在没有指示、命令的状况下生活和工作本身就证明它们是依本能行动的，而且所有的蚂蚁的行动都如出一辙。

不可否认，这是大自然进行实验的成功案例。蚂蚁当然具有一定程度的智力。其他动物也不例外。在寒冷的北方，当一群麋牛听到一群饿狼嗥声时会迅速组成战斗队形。公牛肩并肩地站在外圈，牛角一致向外直逼敌人，组成可怕的攻守圈。母牛和小牛被围在中间，被置于牛角圈的保护之下。麋牛的行为与1850年穿越美国西部平原的移民火车间有什么区别吗？每当印第安人的攻击迫近时，火车的车厢就被组成圆圈，人、牛和马被围在圈中。这两种表现大同小异，并无智力上的差别。当然，麋牛和人一样，在同等智力水准进行合作和行动。被驯化后的狗或马的表现通常不能反映它们最高的智力。稍后我们将讨论海狸的令人惊奇的集体生活、工程技巧和辨别力。当蚂蚁决定在小溪下开通隧道，或为家园选址时都表现出与此类似的出色的智慧和判断力。

很显然，蚂蚁的社会组织法则只适用于所有幼蚁都是由一个蚁后生产的这么一种自然状况。工蚁是由那些不能生育或流产的雌蚁所组成。公蚁在与蚁后交配后会立刻被杀死。在公牛、公鹿或公马群中，为争夺母牛、母鹿或母马而引起的纠纷时有发生，但在蚁群中绝不可能存在这种情况，更不会有财产纠纷的问题出现，因为财产归集体所有。这种群体的相互关系与人类在原始社会的状况有些类似。蚁群中的工蚁不遗余力

地全力去获得财富,其他蚂蚁对财产也享有同等的权利。每只蚂蚁的行动似乎都能成为行动的准则,在绝对平等的自然条件下,每只蚂蚁都能像任何其他蚂蚁一样具有完全的行动自由。对集体的绝对忠诚、对个体的完全忽视、为集体而获得财产的天生情感,这些都是完全的本能。任何群体动物只有具备这些本能才能储存食物使集体得以生存。

每个蚂蚁群体都秉承着这样一个原则,即:谁能获取生活资料,谁就是有能力者,否则即为无能之辈。集体对其成员的生活负责。年幼的没有自己生活能力的也不会被抛弃不管,因为它们是属于集体的,是整个部族的珍贵财富。它们是失去父母的孤儿,在全体工蚁的精心照料下成长。蚂蚁一百万年如一日地保持着这些生活习惯。这一事实表明了这样的道理:指导群体生活的法则导致了绝对服从法则的动物的产生。也就是说,所有的蚂蚁都是守法的。那么对改革者来说,让所有人都遵守法律的最简单的做法莫过于把人类变为模仿蚂蚁的集体。

这就不奇怪为什么所有理想的联邦都倾向于从蚂蚁身上获取一些理论和经验。理想主义者向蚂蚁们学习法理学,以便能将这一政体用于人类。人们普遍认为,人类生活的全部就是吃和住——像蚂蚁的生活一样。几乎一切新诞生的宗教都始于对这样的共同利益的梦想,那就是没有争吵,没有等级之分,大家都自然而然地为共同目标而奋斗。社会主义者的理想是,让每个人都像蚂蚁那样适应环境,自我约束、自我放弃和自我退让,对集体利益具有献身精神。这实际上就是蚂蚁生活方式得以存在的支柱——每个人都去掉一切自私的念头,理想中的社会就离我们不会太遥远了。当然,这意味着历经漫长岁月而

形成的人的本性必须被舍弃。

假如蚂蚁的一切行为并不是我们所说的本能行为,那么蚁脑的构造在数百万年的漫长岁月中一定会发生变化。我们满足于说蚂蚁所做所为是本性使然。蚂蚁社会生活的法则若非受到一些新的自然条件的作用是改变不了的。这就有点像帕斯卡关于人类的伟大论断:“什么是本性?也许本性即第一个习惯,正如习惯即第二本性。”

通过研究蚂蚁我们可以得出这样的结论:即使是有智力的动物的行为模式也会变得很固定,那么就不可能为纯粹动物的力量所改变;人作为动物在走出了遥远的过去的同时,就被打上了继续其习惯性行为这一本能趋势的烙印。但是既然他已经能够改变其习惯性行为方式,他就不再仅仅是动物,而是已具备了一种超越于动物的品质。或许可以肯定,不到万不得已,他是不会改变其生活方式的。只会尽最大努力地来遵循并保留其祖先的习惯。

我们可以这样说,所有动物的社会集体都是由许多个体共同生活而组成的,正是基于这一事实才根据本性或习惯性行为模式,使每个个体强烈地希望维持这一社会集体保存下来。为了保存这一集体就需要为度过严冬储备食物而进行高强度的劳动。于是,蚂蚁的部落财产、共同的家园、团结一致的劳动与奴隶制的实行由此产生。在原始人身上我们会发现相同的本能和相同的部族情感,以及对任何个体概念的极度忽视。在保存集体的奋斗中,个体是如此的微不足道。任何动物都是这样,不管它们是否有社会组织。对所有正常的动物来说繁衍某种群的趋势都自然是高于一切的情感。繁衍并延续种群,这两

种趋势,在人还处于动物阶段时就一直存在着。在两种趋势的共同作用下,奠定了人类集体生活的基础。

在开始描述这段历史时,强调并分清蚂蚁的发展及人的发展是必要的。就蚂蚁而言,其心态和生活规则与其面临的实际环境已经处于精确的平衡状态。就像地球、月亮和其他星球在其轨道上运行是由指导其运动的自然力量的平衡所决定的道理一样,蚂蚁与自然环境达成的平衡是不可逃避的,改变其存在规则以及相互间的行为规则是不可能的。然而人类却并非如此,人的心态在漫长岁月中经历了巨大的发展变化。

人起源于动物,起初只对环境作出反应,行为主义者根据这一事实断言,人本身便是如此。他们最热衷于坚持今天的每个人之所以如此,完全是社会造成的这一论点。在一定程度上可以作如是说,但由于人类已进化了,用法律的历史作为这一论点的反论也是对的。现在的社会之所以如此正是由个人造成的。在其发展过程中,作为动物的人缓慢地走过了完全屈从于环境的野兽阶段而进入到可以称为人的阶段,通过有目的的脑力活动可以改变环境对他自身的影响,从而超越外在的感性世界进入内在的精神王国,并用每个人的力量来创造并改变人类社会。引用乔治·山德的话,理想的生活将成为人的正常生活,有一天他将明白这一点。如果说这种脑力的变化是个谜,那么这个谜并不像从无机至有机生命的最初变化的生命起源之谜那样难以解释,它的谜底,也就是这种脑力的变化是有据可寻的。人类社会已被改变。随着人内在精神的不断升华,人类社会将不断改变并日臻完美。

我们能够预见到,人绝不会像蚂蚁那样认认真真地守法并



服从其社会生活的规则而永不改变。如果真有那一天,那么人将无法改变生活的规则,也就不会有进步了。当然这并不是说只有违法才能取得进步,而是说,改变法律的能力才是取得进步的源泉。最高尚的人会认识到遵守法律的责任,这一点永远不会错。哲人苏格拉底坦然地迎接死亡,他这样作并非受到胁迫,也不是非这样做不可,甚至这也不是反对他的人所愿意看到的结果。

教皇在他著名的诗中曾自问自答:

人为什么没有显微镜呢?

很简单,因为人不是苍蝇。

人类何以未发展出一套所有人出于本能而遵守的法律呢?可以肯定地说,就是因为人已超越了这一阶段。人拥有蚂蚁的一切智慧,然而他更具有一种无限高级的品质,使得人虽不能完美无瑕,但却为人开创了取得进步的广阔前景。

蚂蚁的每种行为纯粹都是出自本能的。它的行为正像它所表现的那样,因为蚂蚁无法改变成另一种方式,它是没有其他方式可供选择的。实验主义心理学家认为人类也有本能,我们每天的绝大部分行为都是纯本能的。一些本能已经伴随着人类的进化而改进得更好。恐惧或勇敢、怜悯或强硬、同情或恶毒、忌妒或慷慨、爱或恨等诸多情感都不是理智的结果。当我们泪流满面或大笑开怀,当我们耳闻目睹高贵的英雄行为,我们的心就会激动不已,眼睛里闪耀出光辉。我们深深感受到人或动物的痛苦,我们被情感打动时,我们都是藉着本能去感觉和行事的。爱我们的父母、爱我们的家人、爱我们第一次睁开双眼看到的家、爱我们幼时戏闹玩耍的街道、爱我们的国家,

看到国旗在空中飘扬就会产生一种激励和希望,这一切都出于我们的本能。

另一方面,我们的妄自尊大,我们的贪婪、忌妒、占有欲、自私的情感、沉湎于声色或欲望等低级的品质,这些身体作用于头脑的影响,也是本能的。人与动物的主要区别在于能够运用智力控制这些继承于原始时代的本能。如果人仍然是凭本能行事的生物,那么整个地球早已充斥着人类;他们的集体早已发展得高度秩序化,服从于绝对的法律,永无违法的个人;他们早已享有机制的稳定性,因此也不会有进步了。但是人发展了更高级的大脑,可以无限制地驰骋,可以战胜自然环境,并可以通过有目的努力而不断地向更高级的王国攀登。

有些自称是法理学家的哲学家认为,社会生活的问题就是发展法律规则用以指导个人相互之间的行为。这些人或许已经做出推理,即人肯定曾生活在某种状态下,在那时人像蚂蚁一样尚未掌握社会生活的规则。人如果仍然不具备推理能力,那么也就不具有改变的能力。自诩为法理学家的哲学家霍布斯,在进化观念远未被理解之前的某一天观察过蚂蚁的天然群体。而后霍布斯成了这种教义的坚定信徒:人类的法律是高级的统治者强加于低级群体的,不存在创造法律的自然动因,权威是法律的创造者。长期以来这种教义把法理学变成一场恶梦。霍布斯武断地说,蚂蚁对于法理学家的研究是毫无帮助的。无疑,他害怕看到蚂蚁的政体会彻底推翻了他关于法律的理论,而要求一个哲学家就仅仅为了对事实的尊重放弃自己的理论真是太过分了。实际上自然推动力决定了法律的绝大部分。

法律的历史证明,人这种生物掌握了自身的命运,这一点得到确认是多么令人鼓舞啊!在读过《法律的故事》以后每个人都会坚定对人类未来的美好信念。那些信息灵通的律师虽然时常流露出悲观的一念,但内心深处肯定是真正的乐观主义者。法律的历史教导我们,社会没有法理学就不可能有进步,而法理学不是少数者而是人类群体的杰作,不是立法者或某个伟人的杰作,而是那些默默无闻的亿万大众持续地、勤恳地建造起来的,虽然“这些亿万大众的生活无人喝采,最终安息的坟墓中无人拜谒”。

一位伟大的科学家说过:

我们的现在只有一小部分是自己创造的,而绝大部分是继承了过去的。我们的所知所想并不是我们智力之弦自身的颤动,而是在未知这块不毛之地下面涌出的一眼新泉,而它的源头是古老的流过我们并融入我们的溪流。同样今天我们的思想将与未来人的思想相融合并形成他们的思想,回望历史,我们能够从今天自己引以为荣的观点和看法中找到古人思想的影子。

请记住这些有助于修正我们想当然的思维的话语。法律的历史给予我们的启示要比其他任何社会科学多得多。我们正是在法律的历史中发现了使我们今天能够如此伟大的人类祖先的共同生活。

## 第2章 动物的规则 古老的处罚

原始人所拥有的不过是承袭下来的简单的动物本能以及巨大的脑结构。无法想像这样的生物与法律能有什么联系。但他们确实有法——写在他们脑中的、固定的、抹不去的习惯，至今仍在潜意识的智力作用下统治着我们。

地球上出现了一种新型动物——原始人，这是在地球由第三纪进入第四纪或更新世之后出现的，这些生物的前途无可限量——这些新动物身上的某些特征是很有发展前途的，他们的祖先过着树上生活。时至今日，在新几内亚仍有人在树上居住，不过他们已经发展到会使用弓箭了，现代人中过着这种生活的人是一种返祖现象与原始树居无关。人类最初由拒绝在地面生活到离开久居的树木，它们后腿的爪转变为这样，足可以做到脚踏实地，并与脊 S 状弯曲的共同作用下而直立起来。当然要经历漫长的岁月才能完成这种身体上的变化。这种可以直立的生物，不仅能够直面世界，而且还能仰望星空。

在漫长的进化过程中，原始人的协调功能和树居生活，以及眼、手和强烈的肌肉活动的快速协调，促进了他们的大脑得以飞速发展。无数的著作都对人类的双手对人的贡献以及其超绝的创造津津乐道，但在这里只须注意到手对大脑的影响就足够了。在追溯原始人的法律故事之前，为了避免陷入一大堆

无用的细节当中,我们有必要先对一般的事实有一个清醒的了解。

毋庸置疑,这些原始人当然达到了某种智力水准,但却缺乏更高级的特征。他们能够获取食物,擅长过群体生活,懂得避开野兽的袭击,但他们赤身裸体,没有火以供御寒,没有房屋以避风雨,没有武器以供防御,他们注定要在漫长的岁月中慢慢生活,获得哪怕最最简单的人工助力。

这些赤裸的无助的可怜之辈在神的笑声中踏上了征服世界的旅程。原始人所拥有的不过是承袭下来的简单的动物本能以及巨大的脑空间。无法想像这样的生物与法律能有什么联系。但他们确实有法律——写在他们脑中的、固定的、抹不去的习惯,至今仍在潜意识的智力作用下统治着我们。

有一种观点对真正的心理学以及真正的法理学都会带来同样的麻烦,因此,首先有必要排除它。诗人田尼生在阐述人类发展进化的概念时曾写下这样的诗句:

主在兽的躯壳中赋予了人的灵魂。

这典型的旧式思维。他们认为,人的灵魂与生俱来,这里所谓的灵魂也就是今天人类拥有的智力。在这里引用《创世纪》似乎不是聪明之举,但在被造之初的人像亚当那样“不辨善恶”,那么他就是地地道道的兽。而没有人会认为兽具有人所谓的灵魂。躯壳并无改变,但使躯壳具有生命活力的智力是从兽的智力转变为人的具有推理能力的头脑。按照这种观点推论下去,既然人脑作为一个承袭下来的东西,由于曾经是兽脑,至今依然承袭了许多兽性,那么肯定是在某个时刻,原始的兽脑逐渐变成有推理能力的灵魂。只要人的进化具有法律上的

重要性,原始的兽脑的发展也就同样具有重要性。法律的历史只尊重事实,它不关心到底是在何时兽的智力成为诗人所称的灵魂,因为“灵魂”一词是一般化了的无限。

正如最后的结果表明的,法律的科学却关心兽的完全属于潜意识的智力究竟是在何时转变实际上为有意识的头脑的。原始人到人类的转变就是脑的转变。就原始人而言,“兽的躯壳被给予了兽的头脑”,这一点绝无问题。这种生物来到世界上,兽的本能早已深深植根于头脑中,并非如沃兹华斯所说的,是“踏着荣耀的云而来”的。以至于其后人还要经历漫长的岁月才能摆脱那种仍然贬低它、约束它的兽性的智力因素。关于人的法律一直是由具有推理能力的人来指导的这一荒谬的假设曾把所有所谓的法律哲学和几乎所有的有关人类品格的特性的法律的发展理论搅得一团糟。这种推理总是将人倒退到阴暗的错觉。因此就产生了法律哲学学派毫无用处之说。相反,对于认为法律源起于并受制于本能的人来说,他们认为今天人的潜意识头脑仍使对法律进行完美、详尽的推理这一人人都希望看到的结局也会成为泡影。

我们可以想像一下原始人的境遇,在他环顾周围世界时,实际环境与今天并没什么太大区别。他所看到的是天空、大地、太阳和雨露、山丘和谷地,以及一切大自然的杰作。但这只赤裸的兽却不知如何储存食物,不知怎样生火,它只能生存于热带气候中,别无选择。否则一个寒冷的严冬就能把它毁灭。事实清楚地表明,人起源于热带气候条件下,并在这种条件下度过了无数的岁月。还有一个必然的推论,那就是这些人肤色偏深。研究表明,恰巧更新世时期在欧洲、亚洲和非洲甚至北

极都存在热带气候。这就是毋庸置疑的地质和动物学事实——原始人从未见过冰雪。人最早的起源地可能是非洲、亚洲或欧洲。欧洲和非洲曾由西西里陆地屏障连在一起，英伦三岛曾是欧洲大陆的一部分，这两地都有可能居住过原始人。这些人不仅肤色偏深，胸前多毛，而且他们有着类人猿的脸。他们凭足够的知识得以生存下来，并像它们的祖辈那样过着群居生活，直到进入了人的阶段，他们的身上依然根深蒂固地带着社会动物的本能。

毫无疑问，他们有两个天然本能，即通过雌雄交媾而繁殖的本能以及养育幼儿的本能。他们还具有一切社会动物捍卫社会组织本能，这是养育后代和保护女性本能的附属本能。一般而言，一切社会动物都有同一种本能，即为其所属的特定集体的共同利益而采取共同行动。可以说，它们的一切行为、法律或规则都纯粹是为了繁衍种族、保持集体生活方式以及养育后代而形成的习惯行为方式。很久很久以前，罗马法理学家乌皮亚写道：人类自然法的基础就是男女结合、繁衍后代、保护和养育后代。因为它们无需储存食物，维持本能的是渴望和需要。作为本能动物，它们的行为是相似的，但它们自己并不知道为什么会这样。此种行为模式具有蚂蚁行为模式的不可避免性。像蚂蚁一样，它们不需要指导者、监督者或统治者。因此，国王、酋长、头人即便真在那里出现，也是形同虚设。

像一切其他动物一样，它们根本不知道女性是怎样生出下一代的。显然，那时还没有家庭组织，也就没有界限分明的家庭团体。男性也不可能独占哪个女性，更没有任何父权的观念。在这里，必要的混交成为一种规则。这种动物在交配季节

的混交有别于妓女的混交。应记住这一事实：抚育后代需要几年的时间，直到他们能独立生存，母亲在这几年之内必须认识并抚养自己的后代。像麝牛一样，整个群体本能地知道只有保护母亲及其后代，整个群体的生存才不会受到威胁。它们明白群体的未来取决于其子孙。因此很显然由于自然法的作用，子孙在早年至少认识其母亲，但对父亲却毫无概念。母亲认识并抚养她的孩子，而男性保护女性和小孩，这是由社会法则决定的。

它们没有语言，只能掌握几种简单的音节，并辅之以手语和动作来交流，原因很简单，语言的发展需要相对高级的智力。语言除了需要记忆，还需要对记忆的材料进行推理。当然，在语言的发展过程中，母亲一词远比父亲一词出现得早。事实上，今天仍生活在原始状态下的野蛮人，有描述母亲和小孩的词，但从未有描述父亲的词。在这些卑微的野人中，甚至不存在父亲这种概念。我们讲的这个故事中所有男性都同样卑微。

我们的法律划分极为简便，但也许并不完全符合逻辑。法分为公法和私法。公法指导个人与社会团体的关系；私法指导团体中个人之间的关系。在最初的人类当中，私法没有存在的物质基础。没有属于个人或家庭的财产，当然也没有机会拥有任何财产，因此就不可能有小偷。没有房地产，没有合同，也没有涉及到损害财产的民事侵权行为，也就没有个人财产法；因为男女之间松散的关系不具备这种法律的存在基础，也就不会存在用以指导夫妻关系、父母与子女关系的家庭法；因为根本不存在个性的观念，也没有关于个性品质的法律。

由于他们具有社会本能，这就决定了集体中的每个成员都



不可以做根据集体成员习惯和经验判断而危害社会存在的事。这种本能的必然结果就是他们的行为的相似性。假如有谁不像他的同伴那样行事将会被毫不留情地驱逐出集体。这种结局是灾难性的,对于一个被训练成为只会过社会生活的生物来说,一旦被逐出集体,它还能去哪儿呢?即使是那些有翅膀的公蚁能躲开那些处决它们的工蚁,也仍旧会毫不犹豫地、心甘情愿地接受死亡判决。由此可见社会本能导致了根深蒂固的倾向性,驱使向其同伴的行为看齐,屈从于与其每日相处的同伴及被群体共同的欲望。这种倾向极其简单,却绝对是所有社会动物的行为的指导规则。它是所有法律的基础。

倘若用法律的术语来解释这种现象,这种指导规则说明:个人对他人的行为必须符合常人的一般行为和习惯做法,都必须符合一般规则。这一规则适用于社会生活的蚂蚁,这已被以往的观察所证实。哲学家康德认为:每个人的所作所为应能使他自己的行为规则成为一般的法律,这是一切法律的基础。这正是任何社会动物的行为准则,原始人也正是这样做的。这是人生活于社会状态中这一条件下的发现。普通人的这种行为标准在许多方面从未改变过。

如果当法官向陪审团阐述法律的时候说,被告犯了粗心大意罪,而别的并不过分谨慎的人在这种情况下都会细心地去做,被告的罪名是疏忽。今天的法律规定,违反常人细心、慎重标准而造成对他人的伤害的行为是非法行为。

如果说原始法完全是空中楼阁,必须用法律的整体来定义其余部分,那么答案就存在于我们今天的法律中。现在最普遍的罪行就是同谋,所谓同谋就是指两人或两人以上同意做非法

的事，或以非法方式做合法行为。这里的非法行为可以不是刑事行为。民事或刑事法的整体被用来定义其余部分，因为当某人知道他同意实施非法行为之前，他必须清楚法律所规定任何行为中的哪一种是非法的。法律用讨好的言词来安慰被告，认为他大概是知法的，即使律师和法官对此并不认同也是如此。看来从远古时代起就有了这样一条原则，以为每个人都是知法的。

在更新世，有一种法律就包含了公法和私法、民法和刑法，且受到那些半裸的无助的兽们的无条件地信奉。这就是说，谁违反了群体中大家习惯的行为方式，谁就犯了非法行为罪，就将被处以流放。这比现在我们关于同谋的法律更明确。可怜的文明人因为同其他人一起做而犯下同谋罪（如果他自己单独做就完全是合法的行为）。然而，在日常生活中原始人有看到别人怎样做，他就以同样的方式去做的本能。群体中没有执法者只有集体舆论。诸如用乱石砸死违法者那些古老的惩罚方式，显然是由暴民代表着公众舆论来执法的。私刑只不过是原始人方式的回归。由适应环境这一规则导致一般的、本能的行为方式依然是法律的基础，这并非只是纯粹的巧合。诗人是这样形容法律的：

它的过去隐藏在原始的岩石里，  
是漫长岁月一点一点将它造就。

行为主义心理学家一直不清楚法律是如何产生的，虽然他们早已注意到社会生活的人原始欲望并试图定义它，但他们却未认识到法律发展过程中极其重要的一点，那就是社会一致性的法则。社会一致性法则所要达到的根本效果是使人们产生

羞耻反应,也就是现在我们所谓的羞耻感。羞耻能不能产生完全在于他人是赞成还是不赞成。人类早在能够自我意识之前就有原始的羞耻感,他会在其同伴面前感到羞耻。任何违背其同伴的习惯方式的行为都会使他觉得自己没能达到行为标准,做了别人不允许的事,从而产生羞耻感。

我们从两种角度来看待羞耻感,即感到羞耻的当事人本身的主观感受角度,以及集体中其他人认为当事人因做了有罪之事应感到羞耻的客观角度。从这两种角度来看待所谓的结果都是相同的。集体中的每一分子都被驱使着去符合习惯性的行为方式。这种本能在我们当中与在原始人当中一样强烈。作为动物的人的重要本能决定着法的发展,在此起决定作用的并不是武力或权威,这本身就是法。但一个重要的事实便由此永远决定了,那就是法律的变化只能永远跟在大众的观点和信仰后面,除非是大众准备接受或已经接受了这种变化,否则即便是最彻底的暴君,立法的力量或呼吁变化的无可辩驳的论点都不能把它强加于人。

因为我们是在讲述法律的故事,所以只在必要的时候才转向一般历史,我们不必与人类学者和人种学者一道激烈地争论原始人最初生活的热带中心究竟在哪里,或者最初的人种是什么。我们只需说原始人在漫漫岁月中渐渐由热带中心分散到其他一些在当时仍属热带的地区,例如:非洲、亚洲和欧洲。可以肯定,至少是在25万年前的更新世前半期,人类分散至欧洲、非洲和亚洲的不同地区。在漫长的15万年间,生活于热带环境中的原始人几乎没有什么进步。如果大自然没有什么变化,他们也就不可能取得多大进步。

换一种拟人式的说法,大自然看到这种动物的最新品种在最舒适的环境下脱离了生存所必需的一切劳动而变得如此懒惰,就像它已对其他的没有尾巴的类人猿感到失望一样,开始对人感到失望,于是为了促使这种懒惰动物努力自我改善,它决定环境发生一些必要的变化。至少,冰河时代的出现就是自然的力量所致。地质学家告诉我们,在地质史的前期冰期盛行。那时,在欧洲北部,以及阿尔卑斯山脉、喀尔巴阡山脉、高加索地区都形成了巨大冰层。

年复一年,百年复百年,慢慢地,来自北方的深厚冰层和山区的冰山持续向南、向山外的四面八方推进移动,最终在欧洲南部形成了极冷的气候,夏季温暖而短暂冬季寒冷而漫长。例如:现在罗纳冰川延伸到罗纳冰川旅馆所在的山谷的开口处,而那时却一直延伸至谷底,与勃朗峰的巨大冰川汇合,坚固的冰填满了整个日内瓦湖区,后来又推进到朱拉山,厚达910多米的冰层覆盖了朱拉山脊,继续向上伸展,最后与里昂以南的冰川汇合。一切热带动植物要么都被毁灭,要么与河马和蜥蜴一道被迫迁徙到南方。所有以前生活在欧洲各处的人可能全都消失了。最先是多毛、突颚、似猿的兽消失殆尽,尽管其灭绝并非仅仅由极地严寒的逼近所致。

在这种毁灭性的灾难面前,社会群体会做出什么样的反应呢?为了便于形成一些概念,我们不妨来观察一下河狸。它们也是自第三纪早期就在欧洲生活的典型动物。由于便利的生活条件,有时一只大海狸甚至长得像灰熊那样大。在热带气候中它们没什么必要来发展其现在我们所看到的天才。但随着冰川纪的来临,它们认识到必须发奋才能维持生存。一些水生

植物的根以及一些树皮是河狸的食物。它们以群居方式生活在自然界中。根据观察,这样的群体生存了约两百年。

冰川纪的河狸发展了超凡的建筑技巧用以克服威胁到其生存的寒冷气候。首先,它必须有个家,一个相对安全的家。河狸虽是啮齿动物,大部分时间却生活在水中。它可以用啮齿咬断树枝,用前爪进行挖掘。这个杰出建筑师的工作流程是这样的:它首先在溪流最低水位线以下的浅滩选地用来施工,在浅滩中先水平开掘一条隧道,再向上挖掘,就像矿里的所谓“竖井”,它在“竖井”的顶端挖一大房间,此房间的位置要足够高,可以保证永远处在最高水位线以上。但同时隧道的进口处以下的水必须保证不会结冰,以使河狸能随时潜到溪底捕捞食物。在选址时它的判断能力从来没有失败过。它在房间中开一个通往地表的出气孔,用粘在一起的树枝覆盖住这个出气孔。在冬天这可称得上是一个安全的家,这个家有多种用途。后来它又学会了另一门手艺,在地面上建造一个用木棍和泥粘合起来的真正的棚屋。棚屋的进口与隧道相联。但是如果遇到像水獭这样的水下动物时,这样的居所就算不得安全了。水獭是世上最贪吃、最具侵略性的动物之一。如果一只水獭游进隧道,它会悠哉悠哉地消灭掉整个群体。为了应付这种入侵者河狸们又开掘了第二条隧道作为棚屋的第二个出口,正像矿里除了一个主竖井外,还得再开一个应急竖井一样。

为了使溪流保持大致固定的水位,河狸们修筑堤坝,从溪流中心开始将一些圆木纵排,并用石块与粘土把木桩固定在溪流底部。由此渐渐在河上游建成河狸拦河拱坝。朝向水流的曲拱坝是令人震惊的发明,这种拱型有利于拦河坝的坚固。随

着时间的流逝,它们耗尽了河流周围的树木,啃光了树皮,于是在冰川纪它们就成为水文工程师,从筑坝形成的水塘处开凿运河。这些运河的修建水准不亚于真正的测量员,它们总是满涨着水。在这里河狸又可以继续咬倒树木,开发树皮的新资源,而运河则成为主要的运输通道。它们仔细地清理运河,铲除水草,以使它保持畅通无阻。

河狸的所有行为中最具天才的就是咬倒树木并使其正好倒在顺着河流或运河的精确位置。它们将食物储存在河底,或用泥粘牢或用岩石块压住。没有谁能说得清在发展这些本能行为的过程中它们究竟经历了多少失败,不过从此以后河狸就可以使自己同严寒抗衡了。像蚂蚁一样,每只河狸都做自己的份内之事,它们的群体“没有指导员、监督员或统治者”;就这样它们度过了漫长岁月,虽然在温暖的气候中它们放弃了在漫长的冬季它们不得不从事的大量的劳动。这种逃避工作的本能似乎在人的潜意识中也同样根深蒂固。

人脑比河狸的脑发达得多,当然人能够做到这些。人并不是毫无防备的。冰川纪的来临是十分缓慢的,持续了数千年之久。第一次严寒的来临一定教会了人保存火,而不是去发明火。火本来就存在,等着人们去利用。当然在热带气候中他们没有感到使用火的必要。但随着寒冷的降临,人开始了对火的崇拜和对圣焰的祭礼,而火是必须永远燃烧的。人在无需保存火种之后很久仍继续崇拜圣火,因为这已成了其本性的一部分。在严寒降临的时候,人类中的一员发现可以通过切削燧石来制作刀刃,将石头制作成一种真正的武器,石刀、石矛、标枪以及石斧逐渐开始使用。这些发明成为战无不胜的武器,它们

从一个部落传到另一个部落,这种传播交流持续了整个旧石器时代。再后来,生活在沼泽或湖边的人们开始用骨叉来叉鱼或猎捕其他动物。以后又发明了弓箭,这种发明必须具备更为复杂的天才头脑才行。

此时的人类已经开始战胜野兽并已开始改变自然。考古学并未告诉我们,冰川纪和石器的发展之间究竟有些什么联系,但我们知道这两种现象在时间上是并行的。人类食肉的历史持续了多久我们不得而知,可是人类的牙齿样式是介于草食性动物和肉食性动物之间的这一现象,从有人类以来就未曾改变过。我们也不能确定人类是否从最初就与动物进行斗争,有证据表明人的本性是和平的。最初的人类既是食肉动物又是食草动物。但一旦开始狩猎,他们好战的性格便得到了飞速发展。更好的食物供应,提高了人的体能和智力,也提高了人类的勇气和技巧。为了抵御寒冷的气候,裸体的兽开始用兽皮做衣,他们从此穿上了某种形式的衣服了。

起初还有一种看似不很重要的变化,到了后来才逐渐显得重要了。人类很自然地找到现成的隐蔽处,成为穴居者。他们不会建造人工居所。生活在洞穴的日子里,人可以使用火来抵御寒冷,可是直到几个世纪之后他们才学会蚂蚁早已掌握的保持住所的卫生技能。洞穴生活把人更紧密地联系在一起。他们之间的交流更加频繁。而且有一个共同的地方可以作为固定的居所。审美本能的发展得到人们关注。在狩猎阶段,语言得到发展并慢慢改善。口头语言的发展比书面语言的发展早了许多年。

人类在冰河时期受到了全面的训练,后来大自然才放松了

其严格的纪律。厚厚的冰层继续向前推进,而后渐渐消退。欧洲再次出现热带气候,然后冰川再次席卷而来。这种循环变化至少发生了四次。严酷寒冷的冬季总会来到,因而人们常常要面对食物供应短缺、饥荒、妇女儿童死亡等问题。朗费罗在长诗《哈瓦沙》中生动地描绘了这一幕幕的生活图景。人类被迫向更远的南方迁移。在此迁徙过程中新的种族出现了。在漫长的岁月中有众多原因导致了新种族的产生:部落的融合或者一个部落对另一个部落的吸收。寒冷和欲望、食物的匮乏、令人无法忍受严酷的气候等等。我们最终看到,人类的本能开始起作用了。各个部落之间肯定继续着残酷的斗争,彼此不停地互相驱赶,倘若热带动植物在欧洲绝迹,那么大量的人类也有可能同样无处可寻了。但法律的历史中的一个重要事实是,人类在生存的持续斗争中发展了更高级的智力。人类从未放弃对工具的改进,直到冰川期过后很久,在经历了游牧时期和农业阶段之后人类逐渐地进入了使用石质磨光工具的新石器时代。旧石器时代可能比新石器时代至少要长10倍。新石器时代大约始于公元前1万年。

冰河期开始之初就出现了储存食物的必要性,这就促进了狩猎时期的出现。从这时候起开始了部落财产的历史。一个部落会在狩猎场附近为自己寻找一块地方,由此逐渐产生了占有狩猎场的欲望——一种早期的爱国主义。任何外族的人侵都将遭到武力的驱逐,因此部族之间都是敌对的。这种保护部落财产的本能仅仅来自人类渴望获得这种自然发展和保存食物供应的欲望。睿智的哲学家们在复杂的形而上学逻辑和各种思考中探寻部落财产概念的起源时,所使用的思维工具都与



那时人类的推理有关。原始的兽是不会推理的，当外族侵犯它的食物供应场时它就会勇敢地反抗，对此种行为的解释并不复杂，每一种动物都会为获取食物而斗争。同样道理，人类也理所当然地守卫他们的洞穴。因此，洞穴和狩猎场只对同一部落的所有成员开放。所有部落成员的狩猎物被用来维持整个部落的生活。猎物一旦落入异族手中，他们便会奋力抢夺。因此部落之间产生了巨大的敌意，他们渐渐认为从其它部落民族或部落成员手中夺取任何东西都是理所当然的。同一部落成员不可能产生财产纠纷。野人会劫掠异族或异族成员，但他们不会在本部落行窃。

因而有必要注意的是，在狩猎阶段漫长的发展过程中，部落财产的基本概念是如何得以发展的。当然，狩猎者必须拥有自己的狩猎武器，但猎物和狩猎场被认为是部落财产。在有关私有财产使用的法律得以进一步确立之前，野蛮人仍保持着部落公有财产的惯例。又经过漫长的岁月，部落财产的惯例发展为家庭财产的观念，而从家庭财产观念到个人财产的过渡几乎是不易察觉的。这一切归根结底都取决于人类获取和保存食物的本能。储存食物的必要性使人类和其他动物都产生了财产概念以及渴望获得财产的本能，这种本能就像性本能一样是根深蒂固的。这不过是那种保存部族的原始社会观念的发展，它与使自身行为与他人行为相一致的本能具有相同的推动力量。

与法律的产生相关的是武器的使用和狩猎阶段好战本能的发展。在冰川期的消长所促成的部落迁移过程中的战斗使人类变成极具掠夺性的动物。有两种惯例可以追溯至狩猎期，

其一为抢夺妇女,这一习惯随后慢慢地演变为抢亲;其二为抢夺异族成员和儿童,这推动了奴隶制习俗的产生,正像奴隶制在蚂蚁中产生一样,也在人类中产生了。这些发展是重要的,而更重要的事实就是好战的本能,以及这种毫无控制的野蛮情感所引起部落内部的争斗和屠杀。就法律的发展而言,这一事实是至关重要的,因为它与保护和延续部落的本能背道而驰。宗族观念的产生,使部落内部的争斗和屠杀演变为内部战争。宗族的概念对理解部落复仇是有必要的。从此以后,解决有关部落内部分歧的新的法律体系就必定会发展起来。

为了对这种变化的结果有个整体理解,必须考虑人类在其他方面的进展。在漫漫岁月中,人类不只发明了武器和发现了火的用途。例如,陶土烧制之后可以耐火,这种陶土容器被用来煮水和食物,从而推动了陶器的制作。当时,已经有了相当先进的在火上烧烤食物和肉的技巧,但肉的供给常常是极不稳定的。随着人们学会烹调植物性食物,人们就获得了向文明进一步迈进的机会。狩猎时期的穴居者似乎就已开始发明和使用陶器了。这样就直接带动了对各种野生植物的人工种植。

对这些猎人的种类我们已有了相当多的认识,诸如泽里安人、莫斯特人、奥里格南人、马格德林人、克罗马格侬人、阿齐坦克安人和梭鲁推人,等等。这些猎人被以其遗骨被发现的地点命名。其中一些人在骨片或洞穴墙壁上刻绘了形象极为生动的动物,他们对颜色的运用十分在行。野人很早就开始描绘自己,并且其后代——当今的女性依旧恪守这些古老的修饰手段。在悠久的岁月中,从原始的猎人到现代人类一直延续着这个故事。人类发现了驯养动物的奥秘以及由此带来的好处:羊

可以供给人们羊毛和羊皮,牛可供给皮革,其他类似的还有山羊、骆驼,甚至大象,最后还有马。人类长久以来一直穿某种衣服御寒。对他们谈论衣着的端庄是徒劳的,端庄是被迫穿衣以抵御寒冷以后的结果。只是在穿衣成为人类不变的习惯之后,才开始有了衣着端庄的概念。也就是从这个时期开始,亚麻、羊毛、骆驼毛及山羊毛开始被用于织布。

广大的游牧种族开始赶着他们的牧群从一个牧场奔向另一个牧场。这些人是住帐篷的。关于动物的驯化是否先于家庭的产生,我们还不甚明了。然而关于财产,由于牧群恰好属于食物供应的重要组成部分,保护这种财产就成为部落及社会集体自我保存本能的一部分。就如同保护其狩猎场一样,部落会把牧场当作部落财产来保护。但游牧时期有助于家庭的产生和发展,自然也有助于宗族的发展和划分,以及属于宗族的财产划分。

后来,人类发现可以通过耕作土地使野生植物得到驯化和改良。这时人类已经可以在湖上以及木桩上建造房屋了。现在他们能够一起住在村落中,他们拥有可供耕作的土地,有可以遮蔽风雨的房屋可供居住,生活可以达到更高的文明水准。每个部落都拥有自己的村庄和耕地。最初原始人的可耕地是作为部落财产分配给家庭的,在以后相当长的时期内没有发生什么改变。当然,土地是食物供应的延伸,也是集体保存自己的本能延伸。但必须看到,一些人还一如既往地过着游牧生活,而另一些人转而开始从事农业生产。由此奠定了文明的基础,这种基础在此后很长一段时间里一直完好无损,当然如今那些从更高的阶段退化了的野人的情况除外。

如果人类没有本人和其他人的个性的观念,那么所有这些步骤都将是毫无意义的。人的个性随着语言而来,语言是人类社会生活的必要基础。语言的发明使人类的一切其他发明都显得暗淡无光。诚如罗马诗人所唱的在发明语言之前“人类确实就是沉默、野蛮的一群”;语言产生之后,一切事物都向人类敞开了大门。在漫长岁月中人们只会讲口头语言,人类在没有任何书面语言的情况下进入了文明的相对高级阶段。语言的发明确实功不可没。

通过语言人类能够表达自己的思想并了解他人的思想,而且经过长期的训练可以检视自己的思想。若无语言,人格的实现在心理学上是无法想像的。推理的力量源自于自我意识,一旦人类意识到自身的存在并对自己及他人产生影响的人格形成概念,他们就具有了良知。这一切都来源于人类每一个成员的独立头脑间的互相影响。然而良知终归是原始人使其自身行为符合一般标准趋势的另一种说法。随着良知的第一次闪亮登场,我们就走进了道德本能的发展阶段,而这段漫长岁月之后的法律就是以道德情感作为基础的。

正确和正义的概念是与法律紧密相联并构成法律基础的两种道德情感。群体动物发展的这些习惯性行为方式和保存与他们发生联系的集体的根深蒂固的本能并行不悖。猜测需要经过无数代才发展形成的关于正确的一般概念是毫无意义的。这是一个极度缓慢和渐进的过程。这一概念体现了个人和群体的社会头脑逐渐演化成推理头脑的许多次归纳。这些归纳对众多具体事实状态的必要判断,最终演化成人们本能地或有意识地认为是正确的行为规则,因为每个人都那样做,所

以这种方式就一定正确的。这些判断是社会经验的结果。当语言发展到能够表达概念的阶段,行为就可以被认为是正确的,因为社会经验表明这种行为有益于社会集体。正确的行为就是符合习惯的行为。人们无从得知是通过怎样的大脑思维过程才最终形成关于正确的道德概念的,这种过程已成为“过去的破碎陶片”。第一习惯变成第二本性,每个个体的人的正常社会头脑都装填了这些关于正确的即定概念。

因此正确的概念出自本能,并非是像苏格拉底所认为的那样是通过推理过程进入人的头脑中的。羞耻感是正确的概念的坚实基础,正是在正确的本能概念的基础上形成了人脑中做出道德判断而刻意推理的指导因素。原始人的法律只是若干岁月中因习惯而形成的一般概念,既然如此,那么就引出了关于什么是正确的道德概念。因此西赛罗才能够说,“头脑、预见以及集体的深思熟虑的观点都融进了法律之中”。既然法律要由集体的一般观点和集体的接受来决定制定与否,那么正确的情感与法律之间必然就有着一些不同寻常的有机的联系。

然而,法律之中还掺和了另外一种道德观念,因为它决定了一部法律必须是对所有人的而非专门针对某个人的规则。任何智力正常的人都知道正确和公正是有区别的,即便是这样,但要他解释其区别是什么就有一定的困难了。如果要他分析公正这一概念的核心意义,他将会不得不说公正就是所有人都处在相同的基础上,也就是说,公正是要求对一切都适用的规则。再回头看看处在社会状态中的原始人,他们拥有平等的自然条件,虽然原始人无法用语言表达,但公正的最基本、最核心的概念就是有必要使在同等的社会条件下、生活在社会状

态中的人得到并拥有平等的认同,即拥有平等承认的权利。因而每人都有权力像他人那样按习惯性方式来行事。只有当每人都能自由地以同等的方式行事,习惯性的行为方式才可能形成,这就是自由的一切含义。但是像康德和黑格尔这样伟大的哲学家们,当发现法律的基础在于自由和平等时,他们却以为自己有了了不起的发现。其实这不过是论证了法律是基于习惯性行为方式基础上的事实罢了。这种思想恰好说明了平等,或者从法律允许这种行为这一角度来看,它意味着平等的自由。哲学家们为什么会这么大张旗鼓地高呼发现了法律的基础是自由和平等呢?答案其实很简单,如果社会集体的成员要采取所有人都用的某种方式来行事并发展成一种习惯,那么他们一定拥有以那种方式来行事的平等的自由。若非如此,就不会有习惯,就更不会有法律了。

于是,当原始人开始部族内讧并造成彼此的人身伤害时(这里所讲的是人身伤害,因为对财产的伤害还是不可能的),一种符合公正和正确的习惯就会得到发展。首先,一个人伤害另一个人这种行为是错误的,因为这不符合习惯性的行为方式,而且这也与社会集体的和平和集体的保存相悖。其次,如果造成了伤害,公正和平等要求受害者或其宗族(如受害者被杀死)有权向害人者讨回公正和平等。那时,人类尚未构想出伤害赔偿的概念。因而惟一能够设想出的办法就是回报以同等的伤害。那时的伤害法还停留于初始阶段,人类还未构想出另外的补偿方式。除此之外,再没有其他有效的补偿,只有以其人之道还治其人之身,也就是以眼还眼,以牙还牙,即实施这一条不仅正确、公正,而且还无可替代。后面我们还将谈到这

些原始概念的应用,但在这里应该说明的是,公正的概念,一定在很久以前就得到了发展,那时对正确这一概念尚未产生任何内省的质疑,正确成为比公正更为一般化的概念。

后来,罗马法学家的理论得以高度发展是在1300年前罗马皇帝查士丁尼下令编撰《学说汇纂》之时。它是根据伟大的法学教师盖尤斯的手册编成的。它既是盖尤斯手册又是《查士丁尼法典》中的一部分,名叫《法律的法理概要》。该书一开始就介绍了罗马早期关于公正的定义。那本概要中认为,公正就是“给予每人持续其权力的永久的意愿”。按原始人、罗马法学家和现在流行的观点来说就是任何人都应有权提出要求,这些要求只有符合集体一切成员的一般规则才会得到满足。在谈到习惯性行为方式及其形成的过程时,概要中认为作为第二本性的习惯将被极其执著地恪守,因为按习惯的方式行事是比较容易的。即使是文明水准极高的人也认为“行动容易思考难”。哪怕在习惯被改变很久之后,它依然左右着人们的行为方式,这就是法律的历史。可以以这样一句话总结这段历史:人类墨守陈规。此后,擅长推理的人类关于正确的概念开始偏离公正的概念。为求得公正,人必须按习惯方式行事,要不就有失去自由和平等的危险。那些违反习惯的人将遭受无法忍受的耻辱。然而为了适应新构想的正确行为的概念,人必须形成新的习惯,这一过程需要很长时间,不过习惯会逐渐地过渡到新的生活。于是,根据新习惯,当财产观念逐步深化并且财产价值被明确之后,各种伤害就都以财产来赔偿了。这一点将在法律的发展中得到全面体现。

现在我们来看一看另一些促进法律发展的因素。过去的

一切亲属关系只能通过母亲来追溯,父亲这一支的关系是未知的。当人类了解了孩子是通过男女的结合而诞生的事实之后,在当时的某一个特定时刻,通过婚姻结合的机制便得到了初步创立。人们认识到孩子的一部分是属于父亲的。在漫长岁月中,家庭的关系只能通过母亲这一支来追溯,这就揭示了家庭远在母亲与一个特定的男人厮守终生之前就产生了,而这种家庭的基础就是子女的关系通过明显的、已证实的母系一支来显示。或许永远也不会有明确的答案,最初的家庭类型到底是一个女人与几个丈夫合居,或几个女人和几个男人混居在同一个家庭里呢,抑或一个母亲同众多子女共同生活在一起呢?很明显,宗族概念的发展本身就是伟大的进步,人类由此产生的同情和爱心成为取得进步的强有力的文明支柱。这一点受宗族概念的影响尤其强烈,部落分解为母系氏族制家庭,并产生了对特定财产的定义明确的所有权。

人类永久的趋势就是继续其社会习惯,哪怕这些习惯早就应该改变,也是如此。自从有了宗族家庭之后,很久以来,家庭中仍继续存在着混交,人类经过漫长的岁月才逐渐有了贞洁、忠诚和嫉妒的观念。毫无疑问,这个事实本身就说明了为什么这种由母亲统治家庭,而父亲没有任何地位的母系氏族家庭能够盛行如此之久。从西班牙北部和法国南部一个原始种族巴斯克人那儿我们能真实而强烈地感受到那种由母亲领导和统治的古老家庭的明显痕迹。他们运用法律规则解决一切问题,例如:母亲一支的亲属可以完全享有家庭财产的继承权,而父亲一支的任何关系却都得不到承认。

最终,强烈的繁殖本能以及同样强烈的保护子女的本能,



与所得到对父亲身分的认同相结合,导致了某种形式的男女的永久结合。因为任何其他方式都无法保持父亲对子女的权力。在固定的婚姻关系存在之前,妇女在家庭(她的兄弟也是一部分)中的地位就已得到清楚地确立,这一事实令人感到奇怪。在永久婚姻存在了很久之后,丈夫在家庭中仍然是没有权威也没有地位的,对家庭财产所拥有的权力亦微乎其微,对于家庭,他依然不属于核心力量,只能徘徊在外围。很明显,一旦宗族的概念得以确立和发展,部落划分为不同的宗族,人类的存在就发展到了更为复杂的阶段。极有可能,在人类还是狩猎者时就发展到了这一阶段。一个女人或几个姐妹,以及她们的兄弟们组成一个自然单位,猎物也被包括在家庭的财产所有权当中,成为家庭的物质支持手段。

在向游牧阶段过渡的时期里,牧群变成了家庭财产。这样一个习惯或法律都贯穿人类母系氏族的整个生活阶段中,在情感上,妇女不讲忠诚和贞洁,而男人也不会嫉妒,因此倘若要男人在洞穴中以棍棒和指甲为武器而为了女人斗争,那将是十分的荒唐和可笑的。

父系氏族的发展,除了由于父亲身分的被确认以外还有另外的原因。在部落争斗中妇女被俘获,被抢到的妇女自然属于抢她的人。老弱者将被残酷地抛弃,即便不被杀死也被放到一边等死。由于在母权制阶段,所有的孩子都被视为兄弟,所有的叔叔都被视为父亲,所有的姨妈都被视为母亲,因此在一些部落中产生了一个男人不应与本宗族人婚配的习俗。这种原始的婚姻就是所谓的宗族外或部落外婚姻,称为外部通婚,它可能是随着宗族的发展而开始的,其中或许还有更深的原因,

但我们只需认识到这点就够了。另一方面，在争斗中抢夺妇女，至少会禁止较弱的部落进行抢夺，并坚持婚姻只应在部落内的不同宗族间发生，称为内部通婚。这直接导致了买婚的后果。

在社会的这个阶段兴起了习惯法的三种形式。由于父亲的身分难以确认，在情况下的一个习惯就是孩子到了某一阶段需要得到父亲的承认，因此新生儿是杀是留，完全由父亲定夺。杀婴这种野蛮丑陋的做法，据称曾有其他起源，但似乎是新生儿由父亲来处置这一做法是最合理的。很显然，前一阶段即混交阶段与此种权力的产生有着直接的联系。不管如何解释，事实是这种做法已确立了。杀婴当属在人类从前的野蛮生活中最黑暗的一幕，尤其是对女婴的杀害。男孩一向都被视若珍宝，尤其是在畜牧时期，就更加得到重视。在父系氏族时期，父亲掌握着子女的生杀大权已是不争的事实。直到半文明阶段，人类还在继续残杀婴儿，甚至过渡到祭祀时候用人作祭品。

随着婚姻的创立，各种不同的婚姻习俗也相继产生了。有抢婚和买婚，以及其他正规和非正规的结合。还有试婚，虽然这是现在某些头脑幼稚的人们所倡导的，但其实远在野蛮时代，苏格兰人、北欧人、凯尔特人和德国人就早已尝试过了。

这种朝着以父亲为一家之长的家庭形式的逐渐转变，导致了家庭财产的参与权和继承权只局限于父亲一支。父亲在法律地位上的改变，或许产生于游牧或放牧阶段，因为游牧生活必将导致整个集体分裂为家庭，而且男性的优越性将会有明确而突出的表现。但在拉丁文中描述血缘宗族的一词 *cognati*（母

系亲属关系)最初表示的是母亲一支的关系,后来才引申为任意的血缘关系,这种情况很奇怪。后来的词 agnati(父系亲属关系)只表示父亲一支的关系。这种以父亲为家长的父系氏族家庭是怎样得到进一步发展的,这在后面还会讲到。在父亲身分不明的野蛮阶段有父代母育的习俗,丈夫躺在床上模仿生小孩的过程。他觉得应该当众辛苦一番以证明孩子是他的。合法的虚构来自非常遥远的过去。

在婚姻结合形式确立之后,男性事实上的优越地位以及他的其他本能有时会导致一个男人有几个配偶的情况出现。但是,一夫多妻家庭是极少数的而不是普遍如此,因为普通人没有能力养活多个家室。这种情况从近年来发现的摩门教徒身上也能有所了解,他们当中只有少数的族长才是一夫多妻者。一旦出现了这种对女性的占有,贞洁和忠诚的概念也就相继形成,男性嫉妒感也就不可避免地产生了。这时候的生活又进入了一个新阶段,它对法律的产生起了明显的作用。男性对女性的排他性占有及女性必须忠诚的机制也以法律的形式确立,从此以后,女人和她的情夫可以因通奸而犯下重罪。

部族或部落因此分成无数个氏族,先是母系氏族,后来是父系氏族。但由于一直生活在社会集体中,他们渐渐习惯了这样的事实:当一个部落的某一成员对另一部落成员造成伤害时,这个部落的全体必须为另一部落负责。因此在氏族的发展过程中,无论它的发展方式是什么样的,一个宗族或氏族要因其成员对另一氏族成员造成的伤害而负责。这是由于原始人在社会生活中,严守着他们祖先的思维方式和习惯,没有个人的独立思维。一切的法律都以一个宗族因其成员对另一宗族

成员造成伤害而对另一宗族负责的形式而确立。财产的处置也与此相同。牧群是住帐篷者的财产；土地则是后来住在村落中的人们的财产，在部落之间的财产（包括动产和不动产）属于部落财产；部落之内的财产为氏族财产。财产还可用来解决宗族与宗族之间的责任问题。像很多哲学家一样，柏拉图也曾打算成为法典制定者，虽然他对人不能被法律塑造成哲学家的模式不理解。他希望通过法律的确立而获得他所认为的理想社会。比如：无差别的氏族财产以及整个大家庭的责任等的确认。即使在他那个时代的希腊人早已过了这种原始状态。

另外，原始生活中的另外一种因素对法律的发展也产生了影响。这种生物发现自己处在生与死的世界中，他体验到地震、暴风雨、雷电、洪水以及其他伟大的自然力量。除了大河大湖、无尽的沼泽，我们对欧洲在冰川期是什么样没有特别明确的概念，也很难想像融化的冰雪是如何淹没了整个世界的。不管对善良的和凶恶的神灵的信仰基础是什么，很显然，直到有了语言，人类才获得了人的个性的概念，而后才形成了神灵的概念。

人类从来不曾从恐惧的时代完全解脱出来。每一种自然力量和现象都是一种神灵。魔鬼与天使、森林之神与溪流之神、雷电之神、暴风雨之神与洪水之神，春天和收获的温和慈祥的主宰者，以及危险和死亡的神灵，这一切都需要用珍贵的祭品来讨好。每个自然物体都被赋予精神而变成了神。在这里我们不需要详述人类是怎样举行献祭活动的，以及广泛流传的、在葬礼上烧死寡妇作祭礼的阴暗历史，也无需详述野蛮人回到原始的混交的可怕宗教仪式，更无需去探询究竟是在什么

时候在野蛮的思维中产生了对祖先的拜祭这一想法。我们只需了解：这是野蛮信仰时期，正是在此时收养法和有关家庭财产遗嘱的法律得到最初的创立。那些做法和信仰，也许在当时发挥了一些好的作用，但在人类思想中留下了永远抹不去的污点。

这段阴暗历史中的一个特点值得我们注意，毫无疑问，在那个时代，头脑的超常和疯狂比今天更严重，人们毫不奇怪地认为一个狂人要比一个正常人更有超常能力，因此，预言者、女巫和神谕传达者一直模仿狂人的胡言乱语。巫师和术士们的最原始做法或许就是模仿狂人式的兴奋。那些能进入恍惚状态而且稍后还能讲出所见所闻的具有超常能力的人比今天的同类人更具有操纵别人的才能。似乎这种人和以后由其发展而来的祭司之间存在着某种联系。祭司假装能够通灵，从而使自己显得有超人的力量。这个虽然非常神秘，不过我们还是可以注意到，宗教的发展一般而言分为两种情况，一是一切物品和自然进程都有与之其相应的神和女神，另一种是一个特定的部落拥立一个部落之神，这个神有时与各种其他神对立，有时又与一些特定的邪恶之神对立。有了对这一点的了解，就可以认识到法律的发展要求人们达到的某种境界。认识到这一事实以及特定的祭司等级的产生对我们来说就已足够了。

通过这件事，什么时候与法律的联系：法律为祭司们所掌握，这些祭司被认为是人类与神灵沟通的桥梁，在大多数情况下而法律要求对神采取特殊的行为。祭司将法律归之于神。而当法律被归于神时，它们将会更具体化且不容更改。法律是神圣的，雅利安人和闪米特人都对此坚信不疑，这对中世纪和

现代法律产生了深远的影响。

现在,历史已发展到了某一时刻,这时法律的原材料已经得到确实:人类这一动物、社会集体、根深蒂固的社会本能、逐渐发展的文明因素、母系氏族、稳固的内部关系、父系氏族、武器的发明、社会型头脑的发展、好战本能的发展、根深蒂固的敛财和守财本能,这些根本的具体因素都被缓慢发展的正确与公正的道德观念所修正,所有这一切都成了法律的原材料。紧接着就该考虑一下法律开始发展之时的人类了,并谈一谈原始的和古老的法律及其产生的社会基础。

作为公理,有一个观点,有必要在这里进行说明。在实施法律的条件形成之前是不存在法律的,并且法律也是不可能存在的,如果有这样的法律是不可想像的。然而约翰·查普曼·格雷在《法律的本性和源起》一书中问道:“在里查·古尔·德·莱昂的时代,关于电报公司对接收电报人的责任的法律是怎样的呢?”他想证明什么呢?还有比这更荒唐的问题吗?这只不过是在表明他不知法为何物。他还不如问:“在亚历山大大帝统治巴比伦时法国欠了美国什么债?”因为这是像债务一样难以摸清的一个事实,它源于人的关系。如果作为法治基础不存在的话,那么法治也就无从谈起了。

随着语言和推理能力的诞生和发展,人类的自我意识也就逐渐产生了,他们意识到需要为合乎道德的目标而奋斗。在那个发展阶段,蚂蚁的政体即便是在野蛮人当中也是绝对无法实现的。就在那时,“地球上惟一的伟大的社会,生死同样荣耀的社会”产生了。人仅靠面包生存是远远不够的,这成为一个真理,人类渐渐追求一种更真实、更高品味的生活,而这种生活更

多地取决于人自身的更高级品质,它宣告了人类完全机械地适应自然界的法令已完全过时了。善于思维和推理的个人一步一步地,甚至在悲伤、渴求和批评声中出现了,他将会在其周围的环境超越出来。个人再也不会被淹没在群体当中,也不可能彼此完全相同,有着精确的、按同样方式行事的本能和习惯性行为方式了,法律本身都必须成为不断变化的一套规则。在这种新形势下,更开阔的思想境界将创造新的责任。时间将会使“从前那些好的东西变得笨拙”。正是那些把良心称为错觉的科学家们,自己也不不得不在自身扬善弃恶的力量推动下行事。首先,法律建立在宗族的责任之上,然后又建立在个人对本身行为负责的基础之上。没有这种责任,人类的社会秩序是不可能得到确立的。

但是一些科学家和犯罪学家否认法律责任的基础,进而否认法律的公正,以及这种选择的自由。他们把自由的意志看成是一种幻觉。他们宣称人类难以进入选择的王国,自然力左右着人的选择。这一切的答案很简单,当人谈论选择的自由时,他指的是人类对可能实施的行为做出选择,而并非是对那些不可能实施的行为做出选择。这种选择的自由既是一种思想的状态也是一种思想的结果,它不是物质性的东西。如果人人都相信他本人有选择的自由,因为人人都根据这种信念行事——事实证实人人都享有自由的意志。但是,即使这样,也几乎没有谁能像苏格拉底那样为了一个守法责任这种抽象信念去献身。绝大多数人可以灵活地做出选择,但这种能力并不是所有人都处于同样的水准上的。最高级的人能够做出选择,最低级的人根本无法做到。一位诗人用美丽而简单的诗句阐述了这

—真理：

每个人的面前都有许多条路，  
崇高的灵魂踏上艰难的路，  
卑微的灵魂只能走平坦的路；  
在中间的雾气蒸腾的平地上，  
另外一些人来往穿梭。  
每人面前都有一条艰难的路和  
一条平坦的路，  
每人都是可以决定自己的灵魂之路。



## 第3章 | 古雅利安人的法律

在法律发展的主线中,首先引起我们注意的人种是雅利安人,因为这时的闪米特人在已代表了更高一层面的文化。父系氏族时期的雅利安人的家族财产属于家族,他们燃烧起圣火,来祭祀男方或父系的祖先,他们拥有与这样的发展相适应的法律习俗。

人种学家通常都能仅仅通过人类毛发的横截面来分辨三个主要人种:黑人、蒙古人和白种人。还有尼罗河流域人种,因为在尼罗河沿岸至今仍能找到这种原始人种,正因为他们是来自那一地区而得此名。很可能在很多很多年之前这一人种为自己打下了成为白种人的基础。他们的主要特征与挪亚的三个儿子——含米特、闪米特以及加弗特的后代相似。通过研究《创世纪》,人种学家坚持认为白种人具有相同的起源。尼罗河人种最初大概同古老的埃及人、柏柏尔人的皮肤一样黑,对这一点似乎还找不到否定的证据,尼罗河人种中的大部分成员向北方迁徙,经过漫长世纪的漂洗,他们的肤色渐渐变白,在更远的北方则变成有金黄色头发的人种。在迁移过程中这一人种中为数众多的一支到达了地中海沿岸,被后人称为地中海人种。意大利、希腊、法国、西班牙和英伦三岛中的一部分古代居民就属于地中海人种。他们与其北部被称为阿尔卑斯山居民的邻居,另一支白种人相遇,于是地中海人种中靠北的那部分便与之融合了。阿尔卑斯山人或许还混有蒙古血统。几乎整

个西亚都属于这部分白种人的闪米特族。

住在更远的北方的那部分白种人,在人种学中被称为印欧人或雅利安人,这支人种大概要算是所有人种中最复杂的了。他们中拥有金发的一支近年来被称为北欧人。他们的子孙或臆想中的子孙把这些北欧人称作是优等人种,实际上这只不过是虚荣和自我陶醉式的表现。血统混杂的所谓雅利安人四处迁徙,占据了波斯、印度北部以及几乎整个欧洲。有一些人对这种人种的划分也许会持不同意见。但无论有何种疑虑,在文明人当中,白种人、雅利安人以及闪米特人,在法律发展过程中是一支具十分重要地位的人种,这一事实是不容置疑的。雅利安人显然先于闪米特人开始移民行动,但当雅利安人仍是游走四方的野蛮人时,闪米特人以及埃及的含米特人就早已发展了高度的文明。或许雅利安人后来拥有的文明首先该归功于闪米特人和地中海人种的影响。据我们所知,所谓的北欧人在历史上是通过与地中海人种的接触才开始变得文明起来的。

人们会觉得,我们始终没有提到埃及人是不合适的。其原因在于,他们虽然才华横溢,却从未并入法律发展的主线。在他们受到马其顿的统治并对希腊法律有诸多借鉴之前,我们一直不曾了解关于他们的法律的实际概念。如果可以相信文学上的描述,我们就会相信他们有着良好的正义感和良好的阐述正义的口才。在此我们可以引述一个要求对腐败官吏采取法律行动的案例作为证明。曾经有一位农民赶着几头满载货物的驴在绿洲中赶路,遭到一位官吏的抢劫。这位农民要求高级官吏为他主持公正,官吏将这个案子向国王作了汇报。国王被农民的雄辩口才所打动,于是延长了审案过程,倾听了农民

关于正义的最高标准的九篇不同演讲。演讲内容是这样的：

您是孤儿的父亲、亡妇的丈夫、弃妇的兄长、丧母者的襁褓。在这片土地上，你的名声胜过一切公正的法律，您是慷慨的领袖、高尚者的代表，您能够戳穿一切谎言，您就是正义的化身。

他对国王的溢美之词几乎达到了登峰造极的程度：

您是天之舵、地之柱，您就是测量用的尺！舵永远正确，柱从不倾倒，测量之尺从不犯错。

他当然能赢得这桩诉讼，一点不错，他赢了诉讼，官吏最后遭到惩罚。

在法律发展的主线中，首先引起我们注意的人种是雅利安人，因为这时的闪米特人已代表了更高一层面的文化。父系氏族时期的雅利安人的家族财产属于家族，他们燃烧起圣火，来祭祀男方或父系的祖先，他们拥有与这样的发展相适应的法律习俗。他们年迈体弱的父母被弃置之一旁。雅利安人还未从闪米特人身上学会尊敬老人。男性族长对家庭财产和族人的生活行为拥有绝对的权力。为了积聚家庭财产，为了回应族人的要求，这样的权威是必要的。对于人类的生活状况来说，这是十分合理的统治方式。婚姻习俗最终被固定下来，大多数人家家庭是一夫一妻的，只有酋长和富人能娶几个妻子。一夫一妻制被看成是雅利安人更高级文化的证据，曾有英文和德文的诗歌盛赞他们祖先的一夫一妻制，这种制度的起源也许由完全向别处迁移的经济因素决定的。雅利安人常常派出一些团体向别处迁移，就像河狸所做的一样。当河狸离开其先前固定的家园，去开辟新家园时，通常是成双成对地结伴同行。人类也总

是夫妻结伴同行踏上迁移之旅。我们不妨这样假设,原始人也像河狸一样有着相同的社会感。这一点可以用亚伯拉罕的故事或希腊人开拓殖民地的历史来证实。

出于对领导的需要以及一种原始的军事纪律的服从,这些雅利安人在这种频繁迁移的生活中发展出一种不平等现象。祭司的功能得到充分发展,成为专职膜拜祖先的人。在他们当中,族长受到全体的膜拜,并充当仪式的祭司。他们还发展了农奴制或奴隶制。不过,雅利安人并不自己开垦土地。

奴隶和农奴通常的来源是战争中的俘虏或被战败的种族。每当极具掠夺性的雅利安人征服了开垦土地的部落后,他们的农奴制的形式就规定那个被战败的种族成为专做农活的奴隶,为其主人提供劳力和服务,种植粮食和喂养牲畜。这些专做农活的农奴通常是居住在村落中的。显然,这种村落就是从属于部落的宗族或大家族的集中居住地。最初这种奴隶制形式不具有压迫性质,奴隶属于家族或家庭,而且奴隶或农奴来自同一种,有着相同的肤色,这一事实表明,古代的奴隶制和现代的黑奴制存在着极大的区别。这种机制是与雅利安人的原始耕作方式相适应的,简单的社会分工很简单。从属阶层有必要成为土地开垦者。存在这样一个简单的事实,那就是奴隶劳动是无报酬的。而不存在偿付手段时,在法律上为劳动付出报酬是不可思议的。这种产业组织的形成可以追溯到英国,从布立吞到盎格鲁—撒克逊,一直到英国的采邑。其发展足迹在法国也同样清晰。

大家已注意到奴隶制是人类自然发展的产物。两个被称为法理学家的人曾就这种情况进行过荒唐的争论。一人名叫

克勒,另一个人叫斯坦姆勒,他们争论的核心问题是奴隶制是否正确。难道我们也能这么问,存在于蚂蚁中的奴隶制是对的吗?提出这样的问题对原始人来说是无意义的,因为他们对此不存在任何疑问。对他们来说奴隶制是极其自然的。即使柏拉图或亚里士多德,也并没有认为奴隶制就牵涉道德层面了。人类经过很长时间才形成有关于奴隶制正确或错误的概念。对于任何一个有思想的人来说,再明显不过的错误就是把我们自己关于对错的观念归咎于原始人。

这些雅利安人继续保留着共享家族财产的习俗。在闪米特人、印第安人、雅利安人、斯拉夫人、凯尔特人和日耳曼人中可以寻找到类似的父系氏族或家庭形式的实证。这种形式在罗马帝国时期达到鼎盛。家族中的任何一个男性成员都能拥有自己的财产,早期的拉丁人也许不同。最初,族长控制的家族地产是家族不可分割的一部分,族长死后也仍属于家族,可以说是部落赠予每个家族的。个人财产也是不可分割的,然而在族长死后,家族仅留三分之一,三分之一用于死者葬礼,还有三分之一用于火化遗体时的痛饮。在以后的年代,留给死者本人的三分之一被赠给教堂了。早期的不可分割的地产和个人财产之间的这种区别给以后的法律带来了巨大的影响。它直接导致了一种习俗的产生,即:长子代替父亲继承家族地产,有责任撑起共同的家并资助姐妹们,因为她们是没有地产继承权的。当然,当时的人们还不懂得订立遗嘱,因为只有在书面语言产生之后才有这种可能。但这种必要性以及保有家族财产的习俗却影响了后来发展起来的名目繁多的法律规则。

雅利安人大迁移后各个雅利安部落遗留下的各种各样的

法律著作至今仍然被保存着。还没有对其进行恰当分类和处理。有时能够在这些著作中同时发现相隔几百年或几千年的文件。这些原始的法律收藏件包括用印度神圣语言写成的印度文献、凯尔特人的布雷恩法,以及在某些方面更加原始的日耳曼法。我们姑且把条顿习俗留到英国法律故事中去讲,这样便于解释它与盎格鲁—撒克逊习俗的起源以及它们是怎样嫁接到被征服的凯尔特部落的布立吞人和凯尔特人古老的组织的。虽然这些来自雅利安部落的印度文献和布雷恩法要比巴比伦法出现的晚,但是,有了它,就可以帮助我们去阐述文明的法律体系产生的更原始的状况。印度法被称为摩奴法,从历史角度看,这些法律文献不算古老,但它们体现了雅利安种族某些古老的原始习俗。宗教和法律习俗都是结合在一起的,恰如我们在希伯来的法律体系中所看到的那样。不少习俗已显得过时了,可是习惯法比神法更古老。所有的法律都被赋予了神圣的起源,不允许更改。在神职人员的阶层中,最高级的是祭司,其次是武士阶层,然后是从事商业和农业的阶层,最后是布衣阶层,而被征服和从属种族则处于最底层的被奴役阶层。父系氏族体系得到充分发展,共同的家族财产由家族拥有,这是一种全体所有权。所有父系亲属和未婚女性都有权居住在那时的家族中。家通常是指建在一起的几间房屋。全体共同拥有这个家和财产,虽然家族成员的开销绝对不平等,但对每位开支从不记账。为偿还清死者的债务每个人都要付税。否则死后未能偿还债务的人在另一个世界就要遭受折磨,这种税的设立就是为了帮助他从中解脱出来。原始人一直天真地认为,必须通过敬神的祭礼把死者的灵魂从炼狱中赎出来,这

种税的设立与此类似。家族所有男性成员在不利用家族财产的情况下获得个人财产的额外权力的体制得到了承认。但是根据事实推断,除了被当众展示并被认可不是家族财产的,家族成员所获得的一切东西实际上都是家庭财产。从摩奴法时代起,家族中任何男性成员都可以有分财产,当然这是以后的事了。

在法律发展史中印度法除了代表雅利安人这样的征服种族的部落组织阶段外,没有特殊的价值。执掌大权的是祭司阶层。显然,父系氏族家族中族长大权在握,财产与家族分离。战争的需要使武士阶层的运而生,他们的地位仅次于祭司阶层。这些雅利安人是从波斯高地来到印度的,数年后,另外一些游牧部落通过征战先后来到这里,在印度很多地区的印度——雅利安人沦入被奴役的境地。印度雅利安人是一些居住在小的从属部落中的被征服的群体,这是印度——雅利安人生活的一个显著特点。这些雅利安人创立了个人责任的概念,因为《摩奴法理概要》中纪录了这一人类生活原理的演绎,“每人都独自地来到这世上,又独自地离去,他独自地领受善行的回报,也独自地领受恶行的惩罚”。这对于缺乏个人责任的原始状况来说是一大进步,然而这一概念并没有被引入财产法。

凯尔特人 是雅利安人的另一支游牧群体。他们从某个至今尚无定论的中心一批批陆续地向欧洲西部迁移。在征服过程中,他们席卷了法国、西班牙、意大利北部和英伦三岛的大部分。他们可能发现阿尔卑斯山区居民的另一种族,并征服了他们,将其变成农奴,后来又与他们融为一体。要知道,作为征服者的凯尔特人比他们所征服的法国和英伦三岛居民的文明程

度要低得多。同往常一样,被征服的种族渐渐提高了征服者的文明程度。《凯尔特法律著作汇编》在时间跨度上达几个世纪之久,一些文献文风古朴,另一些则十分现代。这种法律大都是由被称为布雷恩的法官们决定的。这些法律没有被归类,所以不能做出绝对确定的结论,有时甚至很难区分我们到底是在研究小说还是在陈述事实。说不定这些法律曾受到过罗马对英国占领时期的一些残余影响。

凯尔特人拥有雅利安人通常形式的部落或部族组织,成为父系氏族家族,接着他们组成了部落联盟,这些部族都宣称他们是同一个祖先的子孙。后来,部落允许对外开放,吸收了一些其他祖先的子孙融入其中。他们的家族是父系氏族式的,个人可以拥有财产。更古老的法律好像来自游牧时代。儿子取代父亲成为族长,家族变得越来越不固定了,由于年长的儿子们分了家族财产,各自拿走了一部分,剩下来的那部分财产由留在家里的最小的儿子继承。这就是在后来的英国法律中被称为末子继承制的规则。这种幼子接管家庭的特点体现了肯特郡的土地保有习惯,在英国法中,它得到习惯性地方法规的承认。不动产是属于部族的。作为落联盟的最高首领,酋长变成了国王,在他下面是部落王,在部落王下面是族长,祭司阶层被叫做巫师,他像波罗门一样,们执掌大权。现在已可以明确地知道,巫师、祭司最初并不是由凯尔特人担任的,而是由被征服的古老种族阿尔卑斯山地区的人担任的。

巫师一开始好像是从事法律的法官,到了后来却被职业法官阶层,也就是所谓的布雷恩所取代。每个国王都有自己的顾问,他们被称为政治家。另外,贵族阶层有了充分发展的空间。



他们最初是战争中的将领,以后成为政治家,他们的儿子、国王的顾问以及布雷恩,这些人统称为贵族。部族财产被瓜分了,一部分由族长或部落王拥有,一部分由武士、顾问和布雷恩拥有。贵族阶层之下是数量繁多的自由人阶层,最下层是被奴役阶层。任何在某种纪律约束下征战的雅利安种族似乎都会发展这种公众体制。

土地制度的逐步演变需要更进步的法律基础。土地被分配掉了,被个人或家族占有,但由于土地是不可分割的,以这种占有土地的方式是租借性的。土地占有者有两种占有土地的方式,一种是自由农民占有土地,他们付七分之一的租金租牲口耕作。这些合同需当众慎重地订立,这种法律的产生和发展显然是在畜牧时期。同时非自由人也被允许占有土地,他们要为此缴纳产品,这是土地占有的第二种方式。当然,专门针对合同的法律规定很少。贸易通常是实物交易,也就是以货易货的方式。一定是在凯尔特人发明了书面语言之后,书面合同才受到极大的重视,并因此出现在凯尔特法律中。

这些部落在有些方面表现得特别进步,虽然这种进步是在他们定居下来很久之后才取得的。雅利安人经常举行部落的公众集会,但在凯尔特人中这一习俗得以形成是在定期举行例行集会得到普及之后。最早这些集会可能是宗教性质的,也就是说是在宗教节日里举行的。参加集会的有国王、部落王、族长、布雷恩和其他贵族,还有朗诵者。在集会上要作法律陈述,有的法律条文节奏感强,古朴淳厚。在大规模集会上要宣布对法律进行修订,获得与会者的赞同后国王可以宣布新法出台,这种立法形式恰恰是早期的诺曼国王统治英国时所使用的。

这种立法权力到底可以追溯到雅利安历史的哪个时刻呢？这实在是无从知晓。但它意味着这些雅利安人不再认为他们的法律有什么神圣的起源，这或许是由法律不再被祭司掌管这一状况所导致的。

为了克服部族内的争吵、争斗、伤害和杀人所产生的离心效应这些被称为部族的社会群体试图创立一种习俗以解决争端。这种解决争端的手段显示了一种奇特的发展状况，那时没有法庭、法官、监狱以及作出判决和执行判决的手段。对由于伤害他人而违反习惯法的行为所采取的惟一手段就是自我处置，公共舆论的压力作为辅助手段，使伤害者宗族全体对被害者宗族全体负责。在此情况下个人是起不了什么作用的，原始人的头脑没有个人的概念。在此状态下自助是必要的，当然这会引发内部战争。令人感到惊讶的是，我们可以看到在今天的芝加哥这种原则仍在发挥作用，这是种对野蛮时代的返现象。酒类的交易是处于法律允许范围之外的。进行酒类交易的人被称为非法酒贩，酒贩认为这种法律难以控制的职业能给他们带来丰厚的利润。他们或以居住权，或运用高压手段占据某一区域作为自己的势力范围，当这一区域遭到其他非法货物供应商的侵犯，占领者将以自助形式奋起反抗，杀死侵犯者，于是带来了报复性的杀戮，如此恶性循环。最后将会在一个本该秩序井然的社会内爆发内部战争。在别的地方，警察也参与非法贩运，因此能够维持和平。

原始人的宗族概念得到充分发展，一旦伤害产生，其结果将是由被害方的男性亲属寻求帮助并立即对伤害方的宗族兴师问罪。也许第一次上诉是由被害方向部族全体提出的。如

果情况明了,部落集会的公众舆论也许可以保证以和平方式实施解决。然而因为对死亡的惟一补救手段是另一人的死亡,这自然就有了寻找别的补偿方法的需要。于是产生了一种对伤害的赔偿制度或付税制度,要求伤害方的宗族必须对被害方宗族进行赔偿。这些对人身或财产的伤害只涉及到对个人的伤害,这一点需要强调,那时还没有犯罪法有所助益。这种情况似乎是在一切白种人的部落普遍存在的。这些处理方式以后由习惯而渐渐形成法律。显然财产赔偿这一法律变成一套习俗,一定需要有很多年仲裁和和平解决争夺的实践才能形成。钱是后来才发明,赔偿一开始是采用其他形式支付的,后来逐渐转变成以钱来赔偿。但是假如对事实存在争议,那么这种和平解决方式就不可能得到默许。不会强制性地平息争端,在部落集会之前会以某种程序来确认事实,只有在部落会议上对这件事作出了裁决之后,被害方才能行使自助权力。

像今天一样,那时也会遇到一些需要对习俗的极其了解才能做出裁决的棘手案件,祭司或年长的智慧之人会被请来阐释法律。在凯尔特人部落中,巫师是最早的法律卫士,但爱尔兰法律表明,巫师后来被一群训练有素的布雷恩虽然或法官所取代,因为祭司们毫无条理的法律知识是远远不够的。

起初,每一个博学之人都可以成为布雷恩,这样的一位布雷恩从属于每个国王或部王的法庭。布雷恩不担当司法职务,但像罗马法理学家一样也是一种职业。他们长期研究法律,接受过法律方面的培训,不过他们没有强制司法权。在当事方向特定的布雷恩提交争议时,所有布雷恩都有权对案件做出自己的裁决。控诉方可以挑选他满意的布雷恩。后来演变为布雷

恩定期出庭。布雷恩通常收取接大约争议金额十二分之一的费用。

所有对个人或财产不利的行为都属于对个人的伤害,如果被害方活着,他自己就会要求补偿,如果被害方死了就由其宗族出面。被选中的布雷恩对案件进行审查,但他并不裁定事实。事实的裁定通常由某些地方集会以雅利安人的公开方式进行。对事实的裁定结果被提交给布雷恩,他作出判决并宣布赔偿。赔偿是划分等级的,如果被害方遭到侮辱性行为的伤害,伤害方对其的赔偿将会增加,也就是说,伤害方将付出惩罚性的损害赔偿金。如果是致人死命,但不是非故意杀人,赔偿是法律规定的固定数目。如果是蓄意致死,赔偿金就要加倍。如果伤害方很富有,那么他得支付更高的赔偿金。这是习惯法中针对蓄意伤害的一条绝对真实的惩罚性损害赔偿金法则。受害方所获得的死亡赔偿金归受害方宗族所有。如果是财产伤害,将用实物进行赔偿,差不多是损害数量的两倍。这就是附以罚款的以牙还牙的惩罚法。

布雷恩执法过程具有明显的强制性,这主要体现在扣留财物和禁食的习俗上。禁食的习俗体现了古老的原始概念:违反习俗者将会受到羞辱。就像今天印度的债权人惯常做的那样进行绝食债权人来到债务人的门前。如果债务人对债权人绝食不予理会,他就会被看作是做了最丢脸的事。他可以提出偿还债务,使债权人停止绝食。另一种结束绝食的方式是债权人要求在布雷恩的面前举行听证。提出要求者可以首先采取行动,运用自助权来扣押债务人的财产,就像习惯法中地主在要求偿付地租时可以扣留财物一样。被告就可以提出把这一案

件提交布雷恩,以此结束财物的扣押,正如习惯法中用发还扣押物的通知书来了结财物的扣押一样,这实际上就是对扣押财物合法性的法庭判决的执行。布雷恩做出裁决之后,可以通过扣押财物来执行裁决,若无财产可供扣押,债务人将会被逮捕。

布雷恩法中这一点非常重要,因为它体现了原始的雅利安人试图创立大家都没有异议并能执行其判决的法庭。在法庭拥有对争议作出裁决的权力之前,或者按现在的说法,在法庭拥有裁决争议的司法管辖权之前,争议双方都应该同意把司法管辖权交给法庭,这是一切原始法律体系的共同特色。这一点是十分重要的,因为只有大家承认法庭必须具有特殊的法律专业知识才能保证其裁决的结果得到承认和执行。法律的历史结局将表明,法律中的主要难点并不在法律本身,或法律规则本身。它首先体现在,能否建立秉公执法的称职法庭,从而使适用于所有人的法律裁决能够真正对一切人生效。其次,在实施法律的过程中,能否真正行使法律赋予的权力。这对学识渊博的律师阶层在真正称职方面提出了更高的要求。

在结束讨论爱尔兰凯尔特法律之前,我想说明,居住在高地的苏格兰部族中也存在着大致上与此类似的部族财产体制。这种部族财产的体制持续了几个世纪,一直到后来因为政治家的需要而使部族处在井然有序的英国政府的控制之下。议员们看来对部族中不动产的所有权一无所知,也不明白部族土地的一部分属于部族的每一成员这一事实,他们把部族的所有不动产全都授予了酋长。于是,这种存在了许久的不动产所有权被无情地摧毁了。没有几位酋长能够担得起此责任,或者说,没有几位酋长能够聪明到可以公平地对待族人。这导致了

惨痛的后果,在苏格兰和爱尔兰,每个部族的族人都变成了随意的租户、佃农和承租人。时机一到,酋长就将这些其权力可以追溯到数千年前的孤苦伶仃的佃户赶走。事实上,导致这种毫无怜悯心的驱逐行为产生的原因就在于后来的法律干脆收回了从前很多年来一直被接受并得到承认的财产权。

在结束对雅利安人法律这一主题的陈述之前,应该对凯尔特人的法律作些一般性的说明。假如我们能够接受布雷恩法,那么爱尔兰的凯尔特人在许多方面比大陆上的凯尔特部落要先进得多。大陆上的一般体制与布雷恩法的阐述是相同的。几个家庭组成家族,几个家族组成部落,几个部落又联合成一个国家。每个部落都有酋长,家族族长组成贵族阶层。罗马人根据自己的习惯将这些贵族称为元老院。在高卢曾出现过部落联盟的王,但后来这些王被从选举中产生的行使王者功能的当选王取代。这些人类的团体按罗马人的话说是颇为封建的,它们由贵族保护人和保护人下的平民组成。这个阶层以下是农奴和奴隶。在多数地方,封建领主居住在大木屋中,其属民的房屋环绕四周。

公元前59年凯撒来到高卢,发现巫师是属于权力的阶层。这些人仍然遵循着古老的野蛮方式——以人献祭。巫师或酋长执掌法律,对个人之间以及部落之间的争议进行裁定。当时高卢人对古罗马体制怀有一种奇怪的期待。一旦有人拒绝服从巫师的法令,他就会被赶出教会并禁止参加宗教仪式,而且无权要求法庭对此进行裁决。

恰如那个时期在英国的布立吞人是先进种族一样,这些凯尔特人在有些方面相当先进。高卢人使用两轮小车经商,今天

在法国农村这种小车仍很普遍。他们能生产铁和陶器。今天博物馆中有一半的黑红陶器都产自奥弗涅的陶器作坊,但是馆中这些东西却被当成希腊人的作品。他们是经验丰富的矿工,开采了数不清的金矿和银矿。他们借鉴了与他们混居的伊比利亚人的技术耕种土地。他们使用带犁铧的犁耕地,用收割机割麦,老普利尼称这种收割机为带有齿形边缘的槽,它装在两匹马拉的两轮上,锯齿割下的麦穗落入槽中。

高卢南部的希腊城市马赛尔在高卢人来到高卢前就已存在了。那里的希腊人引种了橄榄和葡萄,葡萄的种植遍布法国南部并渗透到阿尔萨斯。高卢人的种植方法比早期的罗马人要先进的多,现为意大利的高卢地区种植业极为发达。以致当汉尼拔的士兵从阿尔卑斯山顶向谷底眺望时,竟以为自己找到了世界花园。这些高卢人知道如何使用肥料,生产出品质优良的麦子,他们将其称为玉米。

意大利的牛、马、猪以及其他物产都很著名。凯撒攻占高卢后获得了大量财富,这些财富不但使他偿还了大笔债务,还一跃成为罗马最富有的人,并给了他的追随者丰厚的奖赏。高卢人穿着裤子和一种兜帽的斗篷。这种对鲜艳色彩的喜好影响了意大利人,使意大利人脱去了暗淡的宽大外袍,改用鲜艳色彩来装扮自己,而这正体现今天意大利的特色。可见在很早以前,法国人就已领导了世界时尚的潮流。在法律体制方面,高卢人也比雅利安人野蛮习俗的水平高得多。相比之下,那时的德国人甚至还没有学会耕耘土地。

罗马人征服高卢之后,高卢人发动了几次起义,但都失败了。之后高卢人就安下心来接受了罗马人的文化,他们学得极

快,在比较短的时间内,精良的城池、宏传的建筑、大笔财产、生产效率极高的陶器和兵器工厂,使高卢成为罗马很富有的行省。莱茵河那边的德国人瞪着狼一样的眼睛窥视着这块富庶之地。他们慢慢地逼近高卢,迅速地摧毁了这里大部分的文明。后来发生的一切将在中世纪的法律一章中描述。



## 第4章 | 汉谟拉比法典

伟大的汉谟拉比从神手中接过《法典》，《法典》的开篇写道：“我在这块土地上创立了法和公正，在这时光里我赋予人类幸福。”汉谟拉比法典是巴比伦人在法律方面取得的辉煌成果，法典中仍沿用了神裁法和原始的对等报复原则。

为了寻找法律发展的最初线索以及法律的更高一级境界，我们有必要以雅利安凯尔特人的法律为界向前上溯几千年。我们之所以暂且不谈埃及人，其原因前面已经讲过，他们不属于法律发展的主线。文明人的法律故事从巴比伦的闪米特人开始，然后由巴勒斯坦人接续，接着是希腊人、罗马人、欧洲大陆人，再后由英国人继续。很明显这一法律演变的过程是不间断的、持续的，各个种族都为其后继者留下了一些成就。前面已讲过并且随后读者也将发现，各个社会群体表达观点的方式各有不同，而法律则是根据社会群体的一般的观点形成的。在这一过程中，人们依旧在探索着，力图设计这样一个理想的法庭，这个法庭不仅能称职地、权威地确保法律符合一般规则的形式，而且又能够灵活地在一般规则的严格性与极其困难的特殊性中协调。寻找称职法庭的探索就是法律的主要问题。

闪米特族是白种人的一支。闪米特族中的一支在希伯来传说中所谓人类的发源地渐渐发展、繁荣，并达到了那时所能达到的最高级文明。这一国家是建立在由源于高地的底格里

斯河和幼发拉底河的沉积物所形成的土地上。这块由河流冲积形成的土地后来逐渐扩展成为位于波斯湾的大冲积平原。此前,埃及和亚洲的最先进的人类已开始使用经过精细打磨的石器,这是新石器时代的开始的象征。这一时代的开始不迟于公元前1万年。一个被称为苏美尔人的雅利安或闪米特种族(根据目前的最新理论,苏美尔人有蒙古族特点)占据了这块冲积平原。他们最早在某种程度上开发了这片土地。他们有村庄有可耕作的土地、灌溉的运河和不断增长的人口。他们的最高成就是创造了书面语言。正像后来“亚述人像羊群边上的狼扑上来”一样,闪米特人也这样逼近了苏美尔人,接着就展开了一系列的征服。一般情况下,当野蛮未开化的原始人看到一块富饶之地沐浴着文明之光,显示着财富和舒适的时候,出于那种对其他部落的强盗般的劫掠本能,他们会集聚力量扑向爱好和平、辛勤工作的种族,用火与剑征服了他们。即使到了最近几个世纪也依然如此。

有一些愚蠢的论点,其大意是:人类在辛勤苦干和积累财富中增长见识、推进文明是衰弱和堕落的表现。现代的欧洲人,以及罗马人和希腊人之所以信奉这种论调,是因为他们本来就是极为贪婪的野蛮人的后代,事实上文明既不是堕落也不是衰弱。并不复杂的事实是:忙于耕作且懂得辛勤苦干的意义并且追求和平和文明成果的人们不会随时准备打仗,不会像随时准备对不设防的民族采取行动的野蛮部落那样坚持不断地训练自己来适应战争。阿拉里克人、阿提拉人、西奥多人、克劳维人、高卢布里南人、万都金斯里人、沙拉西尼奥斯、奥玛尔人、蒙古塔摩兰人征服了充满和平和文明景象的地区实在是丝毫

不值得骄傲的。实际上只要条件平等,文明人是总会战胜野蛮人的。关于文明是堕落的谬论大概是我们历史中最令人厌恶的言论了。

大约在公元前 5000 年,一支被称为阿卡德人或高地人的闪米特部落征服了苏美尔人。出乎预料的是,两个种族的融合创造了在地球上具有空前的天赋的种族。征服的结果显然是被侵犯者轻易地接受了入侵者。闪米特人最大限度地继承了苏美尔人的习俗,而且在苏美尔人的城市里扎下了根。在长达几千年的岁月里,这一巴比伦种族发展了适用于农耕生活的最无懈可击的运河灌溉系统。这块肥沃的土地对于后来的希伯来人而言可称得上是真正的伊甸园。至少,这一种族为西亚创造了书写的艺术。他们的楔形文字是写在烧硬的陶土盘上保存下来的。这种书写艺术比埃及人的累赘的象形文字历史更悠久,也更优越。这些文字代表音节,闪米特人把这种书写方式发展成表达能力更强的语言,书面语言的使用迅速为法律扩展了新的空间。

用青铜制造武器和其他物品的艺术,或许也是这一种族的发明,青铜是铜的自然合金。这种人类历史中最早出现的金属器物,青铜可能来自亚美尼亚国。早在公元前 5000 年,巴比伦就发明了青铜器。青铜很容易锻造又很快变硬,因此人们推测青铜器的制造也许是纯属偶然的结果。最初的青铜武器是从使用了 4000 多年的新石器时代打磨过的石器的基础上模仿而来的,可是人类改变的过程十分缓慢,直到公元前 3000 年,青铜器在巴比伦被普遍使用。在经历了漫长的岁月以后青铜器制造技术才传入埃及,直至公元前 1600 年才出现了埃及的青铜时

代。与此同时,青铜制造技术也传入了希腊。使用青铜器的效果很快显现出来,青铜武器越造越轻,越造越精良,青铜工具还能处理石块并建造石结构的建筑。

凭借其不断发展的制造业和不断累积的财富巴比伦城成为那个时代的最大贸易中心。从东方来的商队沿着主要的贸易路线不断涌入小亚细亚和叙利亚的城市,形成一支巨大的商贸力量。在这些城市中,各种不同的制造业为分工提供了可能性。当然也不能过高估计所发生的变化,相比较而言,我们突然从雅利安人和闪米特人的游牧时期过渡到另一种文明——一种开垦土地、使用复杂的灌溉体系、住永久房屋、用未焙干的砖或石块建造大型房屋,以及建造宏大庙宇的文明。很显然,巴比伦人的法律体系与商业性社会的极度复杂的文明相适应。外来者也有了用武之地,他们不再是敌人。在这种复杂的文明状态下的人类对许多不同的人拥有责任,商业培育了这种良好关系。他们发展简单灵活的合同法以适应商业交易,而邻近的国家则从事生产率极高的农业。固定的农业形式拓展了新的法律体系。不过他们的法律体现了从原始文化中沿袭下来的许多特征,毕竟人们是会珍视他们曾经习惯的方式。

城市中最早的政治形式为僧侣政治,同雅利安人和闪米特人共同的发展特点相似,最初是由祭司掌握权力,后来出于征服其他群体的需要,战争的领导权转给了王和首领。闪米特人的每个城市都有自己的神,有时甚至不止一个神,虽然闪米特人不否认有别的神主宰着其他城市,但闪米特总的倾向是只有一个神。这些闪米特人已远远超越了雅利安人的多神论。城市由祭司首领统治,他渐渐承担了王的责任,但依然保留祭司

的特点。像希伯来那样的闪米特部落一样,这样的祭司最初坐在那里主持正义,聆听诉讼人的申诉,调解他们的争执,并制定的。由此,巴比伦人创立了审判法院和受理上诉法院的体制。

大约在公元前2500年左右,一位伟大的国王萨尔贡征服了整个巴比伦并统治了一个联合王国。200多年后出现了一位最伟大的巴比伦统治者——汉谟拉比王。他建立了巴比伦城,在长达1700多年时间内,巴比伦一直是世界上的著名城市。他在每个城市都设有地方长官,但巴比伦主宰一切的神最后成为大阳神和马杜克神的同一体,人们在巴比伦建造了祭祀这两个神的神庙。巴比伦的国王们为了保护他们的商路,逐渐将他们的帝国向西推进,最终巴比伦帝国延伸至叙利亚海岸。他们是以最精良的武器和更严明的纪律作为征服手段的。

然而这些人其实并未完全开化。有一些奇怪的风俗肯定是由一些原始信仰发展而来:如果妻子不能生育子女就会失去分享家族财产的一切权力以及作为妻子的地位。其解决办法,就是妻子给她丈夫一个奴隶或女仆,并宣称奴隶的孩子是她自己的孩子。这种做法在亚伯拉罕、萨拉和夏甲的故事中讲得很清楚。另外一种情况就是巴比伦庙前处女的做法,它源自一个没有任何贞洁概念的时代。据说最早的做法是处女站立在庙前,随便向任何一个路人出卖她的贞操以获得金钱,并把这笔钱作为对女神伊士达的祭礼而捐献给神庙。这样一来她的生育能力就能够得到保证。这种做法有些不可信。其实有一种一贯的做法是处女付钱让祭司拥抱,这大概就是源于原始的宗教仪式。接着这种原始的对祭司的信念渐渐演变为接手礼,这种做法看来更为可信。在雅利安人中流行的是源自遥远的过

去的通常做法。让新娘先与一个婆罗门祭司同居。在欧洲,凯尔特人或是更早的居民也有同样的仪式。这种仪式一直演变成中世纪的初夜权或领主的初夜权。但在闪米特希伯来人中从不曾未存在过这种做法,因为同我们一样,他们也认为新娘失去贞洁就是废止婚姻的充分理由。但贞洁观可能并不是原始的信仰。

在这些地方或埃及,约公元前1400年他们发现了铁器制造的奥秘。就像石器时代让位于青铜器时代一样,铁器很快地取代了青铜器,青铜器时代让位于铁器时代,在铁器时代人们又制造出了钢。

文字在巴比伦人中间得到广泛使用,他们用文字记录一切交易。他们的法律习俗要求每笔交易都要有文字记录。在城市的废墟中发现的陶土盘上就写有契约、售货的账单、保证书、收据、账目、草图等,以及作为最古老的法律报告的诸多司法裁决,这一切让我们对巴比伦法律比对除罗马体系外的任何其他法律体系都了解得更详细。

国王是政府首脑。他尊重自己统治下的各城的权力,但他的王国是统治这些城市的城邦,就像以后岁月中雅典、罗马、佛罗伦萨、米兰或威尼斯对其他城市的广泛统治一样。国王不承认自己是立法者,但他监督法律的执行和制定,并承担解释法律的责任。这是巴比伦历史上首次出现的国家为其居民承担伸张正义的责任的条义。这种责任也是在以后的岁月中慢慢实现的,它最初只是为保护社会状态的本能进一步发展,而如今则成为推理的过程。法律是由城市保护神交给国王的,因而是神圣的。现存的历史最长的法律著述就是所谓的《汉谟拉比

法典》。它可追溯到公元前 2250 年或公元前 2000 年,而公元前 2250 年更接近于其真实起源的时间。最早发现的这些法律条文是刻在闪长岩上的,而在其他刻在陶片上的更古老的著述中也有保留。这就是最早期法律的石刻记录。但是这样的法律仅仅是记录下来的古老的固定的习俗而已。

石碑的上部雕刻着汉谟拉比王从端坐的神手中接过法律的形象。《法典》的开篇是汉谟拉比的话:

我在这块土地上创立法和公正,在这时光里我赋予人类幸福。

这位伟大的国王声称使他感到最骄傲的就是使他的臣民幸福。《法典》的第一部分已被后来的国王抹去,但是他的绝大部分以及所有重要的部分依然存在。以上提到的大量的各种陶片文件可以对这部《法典》进行补充。

在以后的岁月里,巴比伦王国经历了许多挫折。信奉阿舒尔神的亚述国在河流的上游渐渐崛起。亚述人拥有同样的法律体系,他们还从巴比伦人那里学会了书写文件的艺术。这时一种来自叙利亚的阿拉米语在整个美索不达米亚广泛传播。许多亚述文件都用这种语言写成,而这种语言似乎在被与亚述语随意的混用。阿拉米语后来成为希伯来人的语言。亚述人渐渐汲取了巴比伦文明成果的绝大部分,但他们并非第一个创造伟大文明的智慧种族。随着时光流逝,凭借其纪律极为严明的弓箭手和更精良的武器,亚述人从公元前 900 年开始就成为世界的征服者。他们向埃及人对东方的控制提出了挑战,在埃及人征服了从埃及一直到索不达米亚的大片领土之后,把埃及人也征服了,把整个西亚和小亚细亚并入一个大的帝国。只有

极少数人依靠他们的山间要塞赶走了亚述征服者，这些人就是希伯来人的一部分。而巴勒斯坦的绝大部分都处在了亚述人的统治之下。

由于长年征战，亚述帝国耗尽了元气，另一支闪米特人迦勒底人复兴了巴比伦大帝国。最终他们摧毁了耶路撒冷，征服了仅存的犹太人，把那里的大部分居民都迁移到巴比伦。巴比伦帝国最终还是被来自波斯高地的雅利安征服者塞路斯人摧毁了。在这些动荡更迭的过程中，汉谟拉比的法律依然存在了数千年。

很多巴比伦法，特别是商业法传到巴勒斯坦、叙利亚、小亚细亚，然后又传入了希腊，并成为雅典商业法的基础。相同的法律从雅典和罗得传入罗马，又从罗马传播到欧洲大陆，一直存在到今天。需要注意的是，闪米特人的法律因为是神圣和智慧的阐释，因此是不可更改的。法律能够得到改进的惟一方式就是上帝把新法递交给祭司或国王。在巴比伦，法律和祭司的联系是十分紧密的，但后来宗教法官和祭司主宰的法院渐渐世俗法官和民事法院所代替。在巴勒斯坦和很久以后的英国都有过这样的经历。在基督教出现以后，法律和祭司之间的联系从巴勒斯坦传入罗马，在希伯来法律和罗马法律的基础上产生了教会法规。中世纪的欧洲一直存在着这种情况，而今天我们仍未完全摆脱由此带来的后果。在适当的时候我们将对这种情况进行探讨。

在考虑这些巴比伦法律之前我们可以先考虑公法。国王是国家的元首，对臣民而言他就是法律和正义的执行和维护者，是高级僧侣以及神的代表，他凭借着神圣的权威进行统治。



制度是神设立的。就像圣保罗后来讲的，“权力是上帝赋予的”。巴比伦人对国王的神圣权力没有异议，后来，从霍布斯到黑格尔等绝对论哲学家们又对这种权力进一步发展。就像以后的罗马皇帝一样，国王被神化了，国王下面是贵族、自由民和奴隶。后来贵族一词也等同于自由民，这样的改变显露出政治平等的倾向。两者之间的一个区别就是自由民受到伤害后只能接受赔偿，而贵族受到身体伤害则可以向对方进行同样的报复。贵族大概就是征服别人的种族，他们像高卢的法兰克人或英格兰的诺曼人那样保存自己的习俗。贵族要为自己造成的伤害付出高额赔偿。很显然，这种情况相当于英格兰的诺曼人。自由民占自由阶层的绝大部分，他们下面是奴隶和农奴，奴隶属于其主人，主人可以自由买卖奴隶或解放他们。假如奴隶与一自由人的女子结婚，她的子女是自由的，并且一半财产归她所有。一般来说奴隶是从属阶层，被束缚在土地上，对其拥有的土地享有权力。他们的情况或许并不比庄园中那些原来的不动产保有者更差。

城市中有很多外来者。似乎没有人对这些人也应受益于法律有过什么非议。可以引用《圣经》来描述闪米特人商人阶层的一般规则：

在本地人和生活在你们中的外国人面前只有一部法律。

甚至在我们的宪法赋予联邦法院保护外国人或本州人的管辖权的条文也可直接追溯至巴比伦法。一般来说，在巴比伦只有一个统一的法律体系，而且都是从神的手中接受的，实际上全是习惯法。原来的野蛮法律的一大部分都荡然无存了，部

落法也不存在了,这些都演化为国家和城市法。宗族复仇,除扣押财产以外的自助做法和抢亲习俗都不存在了,宗族观念被家庭团结和地区责任所取代。对等报复法依旧是处理伤害的规则。家长代表整个家庭,他拥有私人财产。

国王拥有自己的资产。每一个城市都对来往货物和摆渡船舶征摆渡营业税。就像诺曼国王统治下的骑士费一样,这表明城市拥有一种公共设施。对私有土地有固定收费。每个限定的区域要为军队提供一名弓箭手和一名长矛兵。长矛兵为弓手和他本人持盾牌。王室征用财产并出具收据。土地所有者有服兵役的义务,但往往是农奴被征入伍。贵族参加战争,会成为军官。法律要求每人有义务在军队中服役六次。

某些财产由国王赐予臣民,得到赏赐的臣民有义务为国王提供私人服务。所有祖产都属于家庭而且是不可分割的,然而财产持有者在家庭有赎回权的条件下允许出让财产,赎回的时间没有限制。希伯来人的这一法律条文在《路得记》中有详尽的描述。中世纪的欧洲教会拥有无数土地,并将土地出租。教会在出租土地的同时,也背上了许多负担。它们必须保持某种世袭权利,如英国法的牧师荐授权,或指定教会任职者的权利。教会必须向穷人贷款,供应种子、谷物和工具,还必须赎回一些在战争中被抓走敌人的俘虏。必须记住,直到英国在修道院的巨额财产被没收之后才出现了济贫法。

有关地主和租户的法律似乎极为先进。合同上写明租金数额,若粮食歉收,允许暂停或延期付租金。若租金数额是固定的,那么意外损失由租户承担,租户应当努力地干好农活。如果租户对土地管理良好,他可以放手去做其他的工作。租户

有权对所租土地进行转租,但如果租约是关于利润分享的,就像教会成为地主并提供给租户工具和耕牛,若租户出售工具或虐待转租耕牛将会受到严厉惩罚。关于房屋租赁的法律也是十分先进的。租户盖起房屋,从第八年或第十年起房屋转归地主所有,就像我们现在九十九年的房屋租约一样。耕牛的雇用也是有合同的。租户要承担损失的风险。他必须悉心饲养耕牛,牛群如果侵犯了私人土地,他将为此负责。当时的灌溉系统极为发达,其灌溉方式一直沿用至今。水由干渠流入各个私渠,水的分流及使用可能有公众监督。使用者引水所带来的一切损失由使用者负责,这项法律一直沿用至今。

雇工相当普遍,不管以什么形式雇佣劳工,工资全是由法律确定的。这就是英国劳工法的起源。由此可见,主人和仆人的关系与奴隶主和奴隶或农奴之间的关系是有区别的,关于其他家庭关系,有关夫妻关系的法律还针对双方父亲安排的卖婚方面有所规定。当所有适龄未婚女子在某一天为了卖婚而当众展示时,那在现代人看来一定是很奇怪的景象。但须记住,即使是在弗吉尼亚移民时期的初期,未婚女子被从英国带来当众展卖,与巴比伦的父亲们出卖他们的女儿并无什么两样。所有的婚姻都订立书面婚约,规定丈夫是否对妻子的婚前债务负责。假如婚约中未提及债务问题,那么丈夫就需要负责,但他也可以凭借这种婚约拒负责任。丈夫要对妻子婚后所欠的债务负责。丈夫有权选择离婚,如果有子女,那么离婚后丈夫要赡养子女和妻子。这就是我们关于赡养费的法律的来源。妻子可以对丈夫的冷酷行为和冷漠提起诉讼。若丈夫去世留下子女,除非其前夫子女的利益能受到全面保护,否则妻子不允

许再婚。在这种早期的文明中,妻子可以成为交易品。

每张契约都是由类似于公证员的官员起草的,这些人被称为书记或代笔人。经宣誓后契约得到确认,并当着证人的面密封起来。人们最大限度的享有经过双方同意而订立契约的自由。或许契约不那么正式,它仅仅是书面文件形式的意向或双方达成的协议。并于书面协议,巴比伦法律与今天的法律相似。双方达成其他协议的口头证词不能推翻书面合同。一切合同都是我们所称的经双方认可的合同,并且都规定一旦出现分歧应提交国王进行裁决,双方必须遵守国王的裁决。这表明由国王来主持正义并非双方被迫的选择,而是一致同意的仲裁。就像凯尔特人将争议提交布雷恩裁决不是强制性的,一样,不过裁决结果的执行却是强制性的。这就是最早设立陪审团时有关陪审团审判的英国法律的原始规则。在我们现在的诉词中也体现了这一点,即当事一方把争议提交给陪审团审判,另一方在诉词中也表明相同的意愿。这实际上就是对提交陪审团审判所达成的协议。现在所有与合同打交道的人都懂得把对合同或遗嘱产生的争议提交某种形式的仲裁,然而法院管辖权的概念却经历了天翻地覆的改变,致使任何就仲裁达成的一致都无法取代强制性的法院管辖权。

一切关于销售、租赁、贸易、赠予、押金、贷款和抵押交易都涉及合同。这些合法交易的特点从来没有改变过。贷款要采用付款保证书的形式作为象征。土地或货物的转手是通过象征性地递交一件物品或一把钥匙来体现,这类似于中世纪的英国法律中对依法占有财产的所有权的让渡。同意付贷款有时被写在契约中,有时采用付款保证书的形式。卖主卖货的原则

是货物出门概不退换。这条规则的正确性曾在介绍罗马法律中辩论过,但它深深地根植于英国的习惯法中。它表明卖主可以不保证货物的质量,除非他愿意这么做。

若有人用押金从无代理权的未成年人或奴隶手中购买或购买了货物,他一定要指明卖主,销售收据或指明证人,否则他就是贼。若买下偷盗而来的赃物就必须放弃,但他能够得到卖给他偷盗物品之人偿付的5倍的赔偿。从海外购买的货物一旦进入巴比伦就会涉及到其真正的所有权。销售中有时包括一些保证条款,比如出售奴隶者要保证在100天之内奴隶们不得患某一种病,女奴隶有3天试用期。毫无疑问,《梅恩法案》对这些巴比伦人来说是闻所未闻的。商业交易一般以货币偿付,并写清付款地点,然而农产品的偿付允许实行合法的等价交换。在大量的贸易中,当货币或货物通过销售代理商销售并用所得进行再投资时,就产生了投机合同,这种交易今天依然存在。大量的商业活动都是按照这种商业方式进行的。商队是公众的运输公司,它们需要所有货物的书面收据,这类似于我们的提货单,只能对收据上写明的货物提出认领要求,这就是今天的承运人法律。

商队承运的托销货需付预付款,仓库储存货物也要出具收据,可以雇船进行水上运输。造船的合同需保证在一段时间内所售出的船的适航性,倘若发生撞船事件,责任永远归于那条行驶中的船。

酒的交易也有章可循。酒馆老板必须冒死防止酒馆内发生妨害治安的行为。在商业交易中付款通常是通过银行或以书面汇票,也可以协商使用付款保证书。婚约永远存在,若妻

子没有书面婚约就不是合法的妻子。芸芸众生仍然对结婚证书表现出极大的热情,然而奇怪的是妻子在结婚后仍是其父亲家庭的一分子。而在早期的罗马人那里,妻子会成为丈夫家庭中的一员。妻子行为不当就会丧失作为妻子的权力,但离婚后作为嫁妆的财产仍归她所有。若妻子对丈夫的婚姻诉讼失败或她被证明不是个好妻子,她就会被淹死。若丈夫离开妻子又未支付抚养费,她可以与另一人亲密交往,但丈夫回来后她只能重新接纳他,否则她就犯了通奸罪,她的孩子也归丈夫。

一夫一妻是一种制度。在教会中有一些未婚的贞洁处女,她们不应生育。父亲拥有对女儿的控制权,在婚前她的财产由其兄长管理,婚后由丈夫控制。儿子适龄成婚后就脱离家长的管教并拥有合法权力,并得到他的财产份额。也就是说,父系家庭及其财产已不存在了,家庭财产它成了一个被常常瓜分的东西。

没有子女的人领养孩子是很常见的现象,但如果被领养的孩子发现生身父母后要跟他们同住,就会受到挖眼或割舌的处罚。因此可以认为领养通常不会带来什么麻烦。领养的孩子也享有家庭财产,所有的子女都平等地分享父亲的财产。希伯来人的长子继承权在巴比伦人那里是不成立的。不通过司法裁决是不能剥夺孩子的继承权的。

若妻子的通奸罪被发现,在对其施以“神裁法”时,她有权提供审判的证据,并且这种法律沿用了很久时间。这种“神裁法”是这样的:将有通奸嫌疑的妻子扔进河里,如果沉下去就证明她有罪;如果浮水面,就充分证明她是清白的。试图偷尝禁果的巴比伦妇女肯定都是训练有素的游泳好手。后来,英格兰

的第二个诺曼国王威廉·卢福斯嘲笑“神裁法”说,更好的证明方法应当是浮在水面上代表有罪。这样一来所有人都会是有罪的,否则她们就会被淹死了。

有关伤害的法律被深深打上了对等报复的原始烙印。如果房子倒塌砸死了房屋主人,那么这所房子的建造者要被处死;若砸死了主人的长子,那么建造者的长子要被处死。犹太人使这一法律迈出了原始阶段,建造者儿子也就不再被处死了。但不管怎么说,建造者终究是要重建倒塌的房屋。法律规定如果有谁弄瞎了别人的眼睛,那么他的眼睛也要被弄瞎;如果打断了别人的骨头,他的骨头也要被打断;如果打掉了别人的牙齿,他的牙齿也要被打掉。

对于偷窃、非法买卖或接受偷窃物品有轻重程度不等的惩罚方式。欺诈性的索赔要求、绑架、私藏逃亡奴隶和掠夺行为都属于犯罪。若债权人扣押了债务人的儿子且由于债权人的原因致死,那么债权人的儿子也要被处死。主人换主人的命,儿子换儿子的命,女儿换女儿的命。另外还有放逐和鞭笞等惩罚方式,不过没有监禁,因为监狱是在此后很久才出现的。

关于让危险动物任意逍遥在外的法律正好是过失法,这让现代人觉得奇怪。主人的责任是由他对动物个性特征的了解决定的。这是《出埃及记》和《申命记》中的希伯来法,希伯来人将它传给罗马人,又传入英国。疏忽或过失要受到惩罚,而过失的衡量标准也似乎接近我们的合理注意的标准。若外科医生造成病人死亡或肢体残缺,他将被砍掉双手。而兽医医死动物要为医术不精作出赔偿。经过极为漫长的岁月,法律的进步才使医生们可以不伤及自身而只用赔偿费来补过。

证人要出庭作证,这与我们现在审判中的隔离证人一样,当时传唤证人时必须单独传唤。希伯来法后来规定,对证人的询问也必须单独进行。在处理某些案件时,如果证人的证词没有什么特殊的价值或者其证词模糊,就通过神裁法来取证。例如,法律规定,如果有人对他人提出指控,并且无法为自己出示证据,那么术士就来到圣河边跳进去,想通过这种做法来取得无罪证据。若他被淹死,起诉者就得到他的房子;若他不会淹死,就可证明被告无罪,起诉者就会失去生命和他的房子。相同的神裁法也可用来检验妻子是否忠诚,不过倘若妻子安然无恙地通过神裁,丈夫并不会因此而失去生命。如果人们相信符咒和巫术,那么神裁法可能就是这种情况下最好的证据了。在17世纪下半叶的英国,甚至在马修·黑勒爵士之前,巫术裁罪的问题就被提交陪审团了。萨勒姆施巫术的过程,令我们深信那些被其本身的无知带来的恐惧所吓倒的原始人在法律的制定中依然有非常大的影响力。

为宗教生活而献身的妇女一旦走进卖酒的商店就要被处死。对无法为自己辩护的尼姑或对他人的妻子进行诽谤的人会被在前额上打上烙印。妻子如果疯了,丈夫有责任赡养她,不过丈夫可以再婚。这种法律对乔治·艾略特来说是一种安慰。每当合同被废止时,就必须把它撕成碎片。法庭的所有裁决都要用书面形式表述。国王在各个城市的代理人在初审时做出裁决,可以对他的裁决向代表国王的一批法官提出上诉。

上面所讲的仅仅是巴比伦法的概况,从这一简要介绍可以看出这一天才民族在法律方面所取得的不寻常的进展。早期雅利安人和闪米特人的许多繁琐的做法被摒弃了,虽然其社会



组织形式与罗马人后来达到的程度相去甚远。必须注意,私有财产最终演变为个人所有,法律中也开始有了个人责任。将犯罪作为对公众冒犯的犯罪法产生了。频繁的商业活动对原始法产生的影响是非常巨大的,法律现在变得更加复杂了。老人们或祭司们的肤浅认识在执法过程已明显力不从心了,博学的法官阶层逐渐撑起了国王的法庭,而主持正义已成为国王对整个国家的责任。如果没有象亚述人这样的好战部族用他们训练有素的弓箭手大军进行征服活动而带来的毁灭性结果,如果没有亚述征服者埃萨哈顿、塞那施里伯和沙尔曼尼塞,这一伟大的文明也许能够获得最圆满的结局。即便如此,这种文明仍然是一种无价的财富,以至于亚述人、迦勒底人、波斯人、马其顿人和撒克逊人这些征服者都不曾触动这一世界花园中的法律之花。

## 第5章 《圣经》中的法律

希伯来法是长期发展的产物,它来源于原始习俗,随着时间的推移得到逐步改善。希伯来法应属于犹太法的一部分,通过《圣经》和中世纪的司法官而对现代法产生了无比深远的影响。中世纪的律师会觉得使用《圣经》来确认其法律指令是天经地义的事。在他们看来,《圣经》中的每句经文都是上帝的神圣的智慧,因而毋庸置疑,所有经文都有同等的力量,并且都来自那一特殊的时期的一个特殊的作者

闪米特的法律文明之灯传递到了另一个民族手中,这个民族通过对神意的升华和对正确行为的概念的推广而渐渐改善法律的条件,这也正是这个民族的天才之所在。这个民族是希伯来民族,在巴比伦成为一个繁荣帝国很久以后,希伯来民族才从野蛮的生活状态摆脱出来。巴比伦处于十分重要的地理位置,闪米特人和埃及人争夺世界控制权的大军就通过他们的国土。巴比伦沦陷之后,对希伯来文件的再编使得区别不同阶段的希伯来法律变得十分困难。这些法律体现在《圣经》中的那一部分,对欧洲中世纪法律及现代法产生了深远的影响,因而只需接受法律在《圣经》中的存在形式就足够了。翻译是否精确是无所谓的,犹太法律对欧洲法律影响就是通过《圣经》的拉丁文译本和英文译本。我们一定要接受《圣经》译本中法律存在的形式,可以认为,它们也是出于法律目的而经过准确翻

译的,因为欧洲法律就是以这种形式进入了它的发展期的。

很显然,希伯来法是长期发展的产物,它来源于原始习俗,随着时间的推移得到逐步改善。巴比伦沦陷之后,巴比伦法律的诸多方面融入了犹太法律。犹太人几次大分散使得许多国家都有犹太民族。在下面概括介绍的希伯来法应属于犹太法的一部分,就是这一部分被传到了罗马,并通过《圣经》和中世纪的司法官而对现代法产生了无比深远的影响。宗教礼仪法不属于此影响范围之内。当然,假如用批评性的态度考证《圣经》,就会发现从中世纪的律师对于希伯来法的原始起源,以及对其神圣性、有效性的信念中可以找寻到许多可评判之处,在这里我们没有必要理会这一事实。

通过研究犹太部落使我们认识到,他们是父系氏族和部落的组织形式,祭司就是统治者,是民众领袖,他本人就能向他的信徒们传达他们信奉的神的指令。他就是法律的监督者和裁决部落内部争议的法官。因而中世纪的律师会觉得使用《圣经》来确认其法律指令是天经地义的事。在他们看来,《圣经》中的每句经文都是上帝的神圣的智慧,因而毋庸置疑,所有经文都有同等的力量,并且都来自那一特殊的时期的一个特殊的作者。

法律是神圣的,它来自上帝,只有祭司才能执法。摩西的岳父杰斯罗的故事正说明了这种情形,通过这个故事使我们对第一个法律程序改革者的事迹有所了解。故事中讲到摩西作为领导人、统治者、上帝的喉舌、法律的接受者以及一切争议的裁决者,经常忙得焦头烂额,需要处理各种各样的事情,工作得很辛苦。杰斯罗来看望他的女婿,并恭喜他不仅冲出埃及,而

且还彻底战胜了埃及。摩西热情好客,设晚宴招待客人,并邀请他与亚伦和另外一些长者们见面。故事到这里似乎增添了一些现代内容。晚宴上的亚伦很健谈,杰斯罗也感到很开心。第二天,杰斯罗四处闲逛,见到了一种奇怪的现象:摩西从早到晚坐在那里为人们解决问题。对所看到的一切杰斯罗感到无法理解,便问女婿他成天坐在那里,身旁围看站立的人群,是在做什么。摩西答道,他在“询问上帝”如何回答人们的争议,并在他们之间做出裁决。

显然杰斯罗从不曾见过这样的场面,但他却以超常的智慧对摩西说:

你这么做很不明智。它会使你消瘦疲惫,因为你的工作太繁重了,你一人无法承担。我给你出个主意,你仍然继续在人们与上帝之间进行沟通,教给他们法令和法律。应该从人们当中选出最能干的人并让他们解决小的争议,只把他们解决不了的大事交给你处置。

摩西听从了这首位明智的法律程序改革者的意见,挑选能人随时解决争议,困难的案件再交给摩西,小事则由他们自己做出评判。

这是一份迟到的以创立各种法庭和对上诉法庭一般概念的解释。也许杰斯罗这位游牧者游历过许多地方,见识过巴比伦的这种机构,在那里这样的机制已经运行了1000多年了。这个故事也说明司法职能是属于祭司的。

正如《创世纪》中所描写的那样,当时犹太人的情形,60万人带着他们牧群进行大迁徙,这个庞大的队伍拖拖拉拉地绵延200里,他们以这种行列在沙漠中游荡了40年。这些历史事实

好像与法律无甚相干,它们只说明犹太部落生活在游牧时期。

正像祭司阶层的犹太法学家所阐述的那样,神圣的指示特意降临给祭司却不赐予统治的王国的国王。在宗教界,如英格兰和新英格兰的清教徒及苏格兰长老会教徒,从不舍弃这种在《圣经》中获得的神权概念,然而这一体系在巴勒斯坦失败了,经历了腓力斯人的压迫之后犹太人请求一位称职的国王来统治他们。据说法官撒母耳为他们描述了国王统治的可怕后果,但人们拒绝听从撒母耳的劝告,并说他们需要国王来统治他们,他们也需要像别的国家一样,有国王为他们裁决争议,并身先士卒去战斗。显然他们对糟糕的将军和法官已经感到厌烦了,虽然作为以色列的法官,参孙的表现是优秀的。显然是由教士主笔的一段文字写道,参孙就神俗之争征求了主的意见,主告诉他让人民按自己的方式行事,他们将为此付出巨大的代价。于是,在巴勒斯坦发生了1000多年前的巴比伦事件,国王成为主持正义的最高者。其后只有在以色列先后被亚述人及迦勒底人统治之后,神权统治才暂时在一段时间里重新恢复。

国王的统治带来效果是迅速而明显的。犹太人的财富得到了增加,犹太国日益繁荣。他们分散在主要商路沿线,十分活跃地从事商业。他们沿用了腓尼基人的字母,学到了写作的艺术,因而创造了大量的宗教作品,使他们的文明程度达到了前所未有的高度,虽然埃及人和巴比伦人的此类文学也十分优美,但也无法与犹太人的文学相比肩。后来国家在毫无防备的状态下产生了纷争,王国分裂了。祭司们认为这些不幸是因为不再崇拜希伯来神才导致这些不幸的产生,国王的统治经受了教士们指责的考验。这段历史促进了法律的发展,它开始于闪

米特人惯常的原始做法。

在犹太人承袭下来的原始机制中,家长制家庭是十分明显的。其表现是一夫一妻习俗的盛行。一家之长好像对其子女拥有绝对的权力,亚伯拉罕可以把儿子作为献祭来说明这一点。父亲掌握儿子的生杀大权。婚姻已成为契约,丈夫对妻子有控制权。禁止同宗族内通婚,只有一条是例外:希伯来人必须同部落内通婚。这是因为他们的上帝嫉妒别的神,然而这条在同部落内通婚的戒律常常遭到破坏。财产是家族所共有,通过惯常的手段保留在家族之内,有一些特定的维护家族及保持其财产的习俗。寡妇可以要求与她死去的丈夫最近的男性亲属同她结婚,最古老的说法就是寡妇可以征募她丈夫的兄弟作新丈夫。《旧约全书》中所描述的罗思的故事,就讲述了这种情形,这个故事很有意思,因为它使我们想到了这方面的有关法律。

在《士师记》时期的饥荒之年,希伯来人艾力梅里希在索尔或大卫之前带着他妻子诺米和两个儿子,从伯利恒来到摩布国,后来艾力梅里希去世了,儿子在摩布国成婚,一个娶了罗思,另一个娶了奥珀,罗思和奥珀都是摩布女子。两个儿子后来死了,诺米开始打算返回伯利恒。她建议儿媳回到他们的族人中间去。她说,我没有其他儿子可以与你们结婚了,当然这句话的含义是如果她有其他儿子,法律会强行要求他们与寡妇们成婚。于是奥珀听从劝告回娘家了,但罗思坚持与这位好心的婆婆生活在一起。在开始收获太麦的季节,这两个女人回到伯利恒,诺米现在要从她丈夫的家族里找个青年与罗思结婚(这里强调的是父系关系,诺米自己的家庭没有这种义务)。这

时法律突然变得如此灵活,以至于它可以为寡妇罗思在其死去丈夫的每一个男性亲属中挑选一个丈夫,不过法律把优先权给予了关系最近的族人。但是,这项法律对这位女士不起作用。罗思选择了她丈夫的一个族人,富有的勃兹,他可不是最近的族人。罗思对自己的姣好容貌充满信心,她建议婆婆让自己去田里捡麦穗,希望可以借此机会得到勃兹的垂青。把去田里干活作为寻找丈夫的手段的想法未免过于原始。显然,诺米做了安排,让罗思巧遇勃兹。故事的细节太多,不可能一一细述,勃兹面对两个女人的精心策划显得十分无助。

勃兹似乎被罗思的美貌深深打动了,他告诉一位老人说,罗思不想嫁给年轻人。可是,有一个族人与罗思死去丈夫的关系比勃兹近。因而这位族人有权力、有责任要求与她结婚,但若最近的族人不行使其特权,勃兹才有可能宣称自己是排在下一位的急切的候选者。在勃兹的怂恿下诺米要求族人赎回她死去丈夫的土地,或者她会提出把土地卖掉。勃兹把那位族人带到城中的老人面前,让他在购买或赎回土地间做出选择。他说:“如果你买下罗思,你必须把她和土地一起买下。”但那位族人说,若买地他就得被迫借债了,罗思的美貌对这个傻瓜不起作用,他对勃兹说:“要买你自己买吧。”于是勃兹对老者们说:“我买了艾力梅里希和他两个儿子的土地,我也买下了摩布女子罗思,你们就是我的证人。”勃兹娶了罗思,故事的结尾是诺米抱上了长孙,而她的长孙的长孙就是大卫王。他也许是从他曾曾祖母那里继承了过人的魄力。

倘若我们认真研究一下这个故事所蕴含的法律概念,就会发现它描述了买婚和这样一个事实:土地的继承权必须卖给或

赎给想要得到它的与土地的原主人关系最近的族人,买者有义务一起接受土地和土地主人的妻子。故事的情节建立在一个良好的法律概念上,是有文字记载以来第一个具有这种情节的法律故事。它是原始法、女性的敏锐、一见钟情以及强烈的商业意识的奇妙混和体。

早期的法律中掺入了一些不太明显的幽默成份,它规定假如死去丈夫的兄弟或族人对寡妇不献殷勤,不愿意与她成婚,受到这种怠慢的寡妇可以把他强行带到老人们面前,用最轻蔑的口吻对他讲话,她可以行使“对他脸上吐痰”的珍贵特权。这好像也十分原始,但是女权主义者却认为这种原始法律是男人为了他们自身的利益制定的。

犹太法中还有一个原始因素就是以牙还牙,对等报复。违法者被告知:

无论发生什么样的不幸,你都必须以一命偿一命,以眼还眼,以牙还牙,以手还手,以脚还脚,以烧伤还烧伤,以伤害还伤害,以掠夺还掠夺。

犹太法律中常常出现关于触摸任何爬虫类所导致的亵渎的古老禁忌,以及食用某种食物,或用某种方式屠宰动物的禁忌等。

犹太法律认为《十诫》是特别神圣的,它是通过“上帝的手指”刻在石头上传给世人的。这些法律具有法律上的、宗教上的或道义上的特点。值得一提的是这些传给世人的法律没有涉及处罚,亦即没有规定惩罚,他只是告诫人们,如果他们违法,魔鬼就会降临到他们头上。然而魔鬼并不仅仅是降临到作恶者的头上,它使罪人和无辜者玉石俱焚。犹太法律要求部



落、城市、宗族为他们中的任何一个成员的错误行为而承担责任的原始概念，而不是个人承担责任的概念。这是植根于人类本性的信仰，然而犹太人自己有对违反这些法律的个人进行惩罚的规定。实际上，《圣经》本身就说明了有一种习惯法远比摩西接受的法律要古老。

第一条戒律完全是宗教的戒律：

我是主，是你的上帝……在我面前你不应该信奉别的神。

这句话是摩西说的，即无论是什么人，不管是兄弟、儿子、妻子或朋友，若供奉其他神将被乱石砸死。预言家艾力甲惩罚了很多想崇拜太阳神的人。在另一些地方的戒律是连提及其他的神的名字都被禁止，“不要从你嘴里吐出他的名字”。基督教信仰在刚刚控制了罗马帝国政府时，严酷法律就启动了。这种罪过起先被称作背教。人们一边狂喊着“去吧，无神论者”，一边把一位有名的人物扔进亚历山大露天剧场的野兽群中去了。在中世纪，不信仰基督教的人要被捆在火刑柱上烧死，学问渊博的塞尔维塔斯在日内瓦加尔文派教徒中间的令人感伤的遭遇不逊于强加给苏格拉底的愚蠢的死刑惩罚。在佛罗伦萨对萨弗纳罗拉实施的火刑原因似乎是很复杂的，既惩罚他的预言的不精确和对祭司统治的强烈反对，又是惩罚他对基督教会当局的冒犯。

第二条戒律是严禁对其他形式的偶像崇拜，这对第一条的补充。这条禁令禁止任何形象或类似的东西，显然不针对对太阳或月亮这些自然物体的崇拜。但摩西口授的法律更加严厉：崇拜太阳月亮或其他神者都将被乱石砸死，而那些形象和偶像

要被烧掉或毁掉。甚至提到其他神的名字的预言者也要被处死。但其他预言却是受到鼓励的。据说假如预言不应验,那么就是主没有说话,仅仅是预言家自己的假设。就像耶利来所说的“当预言者的话应验时,预言者就会知道是主派他来预言的。”假若这是对预言准确性的惟一测验方式,那么任何人都有理由去做这种尝试。倘若有人偶然做出了一个应验了的预测,那么他立刻就会成为预言家。

主说父亲犯下的罪,惩罚要降临第三代、第四代人头上。于是,严禁崇拜偶像的戒律本身就通过这种延时惩罚方式而得以实施了。这就是说这种原始的方式通过对家庭成员的惩罚代替了对个人的惩罚,这条戒律在那些难以想像想像个人责任的人们看来既不严酷,也没有什么不公正的。

第三条戒律在一些人看来意在惩罚那些以上帝名义发誓,但却不遵守誓言的人。这条戒律是这样的:“你不应该不老实地以我的名义发誓。”这条戒律在很长一段时间里决定了法庭里誓言的形式。另外还有它所阐明的一般含意——它被看作是针对渎神和亵渎行为的戒律。人们认为通过禁止在以主的名义发誓时说假话的法律要求人们讲真话,尽管尚有可商榷之处,但还是有成效的。有许多人平时撒谎成为习惯,可如果让他们发誓,古老的戒律便发挥作用了。

第四条戒律是一周休息一天。这就犹太人的安息日制度。巴比伦在此1000年前就实行一周一天休息日。在修改过的戒律中说明,之所以有休息日是因为世界是主在6天之内创造的,而主在第7天休息。对于我们而言,这好像不涉及是否虔诚的问题。后来的理性主义者特别强调作为休息日的安息日的价

值。不仅是信徒，仆人、奴隶、外国人以及耕牛等都要休息。显然，这条戒律是摩西在他所处的游牧时代制定的。它也是观星象的巴比伦人信奉的宗教信仰，他们为月亮的月象的变化而庆贺，因为一星期只是28天太阴月的四分之一，每四分之一相当于月亮的一个象位。关于这一点犹太法中的最后一句这样写道：因为有休息日的存在，所以你的牛和驴可以休息，你的女佣的儿子以及外国人也可以休息。有案件记载，某个穷人因为在安息日出去拾柴而被乱石砸死。这一在基督教国家中被纳入法律的戒律不但为刑事法，也为民事法提供了材料。星期天订的合同，星期天出示的账单或便条，以及针对涉及到星期天的任何其他场合所出现的问题都产生了一些十分反常的法律。许久以来，新教的星期天的沉闷引起了我们的强烈的反感情绪，这在非宗教的人士看来是魔鬼的阴谋，不管这个魔鬼是谁。

第五条戒律是尊重父母，这说明在希伯来人祖先的崇拜最终产生了法律效果，这也是父系家族的最直接的副产品。

你应敬畏任何人的母亲和父亲。

打骂父母的人将被处死，这是法律规定。还有一条规定是服从父母的无可救药的儿子会被带到法官面前，法官们会判他被乱石砸死。当希律王想处死他的两个儿子时，他在法庭上引用了这一古老法律，这与约瑟在《犹太人的风俗习惯》中告诉我们的还情形一样。如果有谁以为母亲会参加处死儿子的过程，那就说明他对慈母之心丝毫也不了解。这一戒律构成了父母可以对成年子女拥有何种法律控制的基础。通过犹太法律的这一部分，我们可以看到犹太人对年长者的敬重。法律规定，他们要在老人面前起立，而这正是现今良好举止习惯的基

础,只有那些粗鲁无知之辈才会漠视这一习惯,即使它已不再是法律规定了。

第六条戒律是禁止杀人。祈祷经书的译文力图通过翻译合理地将这一条解释成“你不应谋杀”,但这只是在后来的法律中出现的,每一桩杀人案不管是否出于意外都是伤害宗族的罪过。原始法规定:造成他人死亡的人绝对要被处死。直到以后人们才考虑到杀人也是有区别的,如果杀人者不是谋杀,那么他可以逃到一个城市躲避。避难城市将负责管理他。也就是说,过失杀人者可以这么做。在约旦河彼岸有三个这样的城市,在迦南也有三个同样的避难城。举一个例子,两个人伐木,其中一人的斧柄飞出去杀死了另一个人,在这种情况下杀人者可以逃到避难城市继续生活。

在这种情形下渐渐出现了血亲复仇者。犹太原始法中规定他可以代表宗族报血亲之仇或执行自助法。按照习俗,他无论在什么地方找到杀人者都可以将其杀死。以后,由于考虑到意图和武器的性质(铁器、石制武器或木制武器),这一法律才变得合乎情理。如果杀人者使用了致命武器,那么他就是谋杀者,就应该被处死。这一点类似于我们的法律中从某人使用致命武器而认定他是蓄意杀人。如果杀人者出于恶意或通过埋伏等手段杀人,那么他就是谋杀犯,但如果他并无恶意而突然杀人(指误杀),或在没看见对方的情况下扔了某件东西而使对方致死,或意外地致人死命,他并非是被杀者的敌人,也没想伤害死者,那么避难城的所有教徒可以把受指责者从血亲复仇者手中救出来,他可以在避难城里生活,直到这个城市的高级祭司辞世为止。但他只能一直呆在避难城里,一旦他出城,就有

可能被杀死。高级祭司死去后,杀人者可以回他的家乡。高级祭司去世这种事件是任何普通民众都会知道的事情。

犹太人曾推行杀人者为杀人而赔偿的制度。现在谋杀已被分为:

第一,凶杀或恶意蓄谋杀;第二,我们所指的因突然争吵导致的并无恶意的误杀;第三,意外杀人。

人们已经不再认为这种谋杀罪是可以通过偿还或习惯性赔偿而可以私下了结的错事,因为法律规定谋杀者必须被处死。不能通过付出任何偿还或赔偿而抵罪,也不能通过赔偿而让杀人者走出避难城。英国法律中的避难所法以及现代法律中对于杀人性质的区分都可以直接在闪米特人的法律中找到渊源。与有关杀人罪的法律相关的是有关毆打的法律,不过毆打造成伤害可以通过对被害者的时间的损失作出赔偿,或者负责为伤者疗伤。

第七条戒律显示了一家之长要求妻子忠贞的无上权力。作为一种犯罪,通奸无论被怎样合理化,终归是情夫对丈夫排他权的侵犯,而排他权正是对财产的合法定义。这种罪过无论在过去还是现在都与已婚妇女关系密切。犹太人可不像早期的巴比伦人的性行为那么随便,妇女结婚时如果并非是处女,她就会被乱石砸死,通奸罪只是妻子犯下的罪,而不是已婚男子的罪过,除非他是已婚女子的同谋。现代法律给了妻子非他性占有的对等权力。犹太人的法律规定,若男子与别人的妻子通奸,他将会与那个犯错的妻子一道被处死。若男子与未订婚或未婚女子私通,他就得娶她,然而如果女子的父亲不同意这桩婚姻,犯错的男子必须付钱给女子的父亲,数目相当于处女

的一般嫁妆。在我们现今的习惯法中，倘若女儿被人引诱失身，父亲也有权要求赔偿费，这是法律小说中常有的情节。与已订婚女子私通被视为通奸，与已订婚的奴隶私通要受鞭笞惩罚，但不会被处死。祭司们对于妻子的忠诚当然有更严格的要求。

第八条戒律是禁止偷盗。它说明财产所有权的概念得到充分的发展。这条戒律表述的语气不那么原始：你不偷盗，也不应欺骗。偷盗的概念与欺诈或欺骗的概念联系起来。偷盗的赔偿数额为偷一头牛赔五头牛，偷一头羊赔四头羊。偷盗伤害了个人利益。如果发现盗贼与被盗财产在一起，他将被处以加倍赔偿的惩罚。显然，受害者有杀死窃贼的权力，在现代的法律中对这一点没有那么肯定。

第九条戒律融合了法律和道德。它可以解释成在社会关系中人人都要保持诚实的戒律，或作为证人必须讲真话的戒律。在《出埃及记》中，法律禁止有人做欺骗性的揭发或作伪证，它也被理解为“你要远离欺骗”。

第十条戒律是针对某种心境的道德上的戒律。它就像摩西法律中“像爱自己一样去爱你的邻人”的告戒一样也是不可实施的法律。除非一种信仰构成犯罪，毕竟法律所处理的只是行为而不是信仰。

《十诫》并不全面包含法律中某些著名的主题。犹太法在另一些方面表现出一种大解放的精神。以奴隶制为例，主人若使仆人失去一只眼睛或一颗牙，就必须让这个仆人获得自由。如果犹太人被作为奴隶卖给另一个犹太人，这样的奴隶无论是男是女，一律应在第六年末被释放。法律规定不应该把逃跑的

奴隶送还给主人。这一神赐法律可以与我们的逃亡奴隶法形成对比。非法绑架或卖人为奴者要受到死刑处罚。也许在每七年的年末对债务人的债务豁免只是一种虚幻的理想，借钱给穷人的一般性要求也有同样的性质。两种责任只影响了作为恩惠接受者的犹太人，法律规定慈善是一种义务。虽然犹太法嫉妒别的神，虽然存在着永不与其他部落通婚的内部通婚法，但闪米特法同时也有很开明的专门针对外国人的规定。而且针对本国人的法律规定以及挑选避难城的权力对外国人同样适用。外国人不应受苦恼折磨，他“对你来说应像你们本国人一样，你们应像爱你自己一样去爱他”。

犹太法律还规定了精确的度量衡。田里的麦穗应留给穷人和牛。“当牛踩出玉米粒时你不应给它上笼口”，这是在形容责任时常被引用的一句俗语。“不要拔除你邻人的田桩”，在具有威胁性的法律中成为一种诅咒，过路人可以在葡萄园中尽情享用果子，但他不能带走任何东西；土地必须每七年休耕一次，为的是便于野兽到田里觅食，葡萄园和橄榄园的果实每七年停止采摘一次；雇主必须在每天结束时给工人付钱；新婚男子可以免除兵役。

证人被使用在法律争议中。原始的取证方法已不存在。最初的规定也被引用到教会法规以及叛国罪法中。它规定只有两个或两个以上证人的证词才能作为证据。这一规定虽然带来了无数的麻烦，但对改进英国的叛国罪法有很大影响。

随着时间的推移，犹太法律出现了一些变化，其中有一条规定是长子应继承双份份额的财产。曾经有这样一桩案件：一个人没有儿子，只有五个女儿，他死后的继承权成了问题。对

这桩案子的著名判决最后改变了法律。此后,若人死后无子,女儿拥有继承权;若无女儿,则其继承权传给死者的兄弟;若无兄弟,则传与死者父亲的兄弟;若这些继承人都不存在,则传与其家族中仅次于他的族人。这就成为后来的纯粹的关于父系继承的罗马法,只有例外的一点是罗马法中女儿们是没有继承权的。这样的法律当然与只沿父系追溯的宗族关系相适应。值得一提的是在《申命记》中不存在商业法,没有任何关于不同的合同状况的规定,而这些规定在巴比伦法都有体现。在犹太法中,至少可以说没有商人、商业区的痕迹。每项规定都与从游牧部落过渡到定居的农业社会时的情形相适应。

但犹太法最伟大、最独特的成就就是最终出现了关于个人概念的规定。我们已经看到,以前所有关于责任的法律都是建立在家庭或宗族责任的基础上的,无辜的儿子代父受过而被处死。然而最终还是出现了这样的法律:父亲不应代孩子受过而被处死,孩子也不应为父亲受过被处死,每人都只能因为自己的罪过而被处死。对于实施以牙还牙的报复法等一系列私法来说这是多么巨大的进步,这一进步之大简直会令人无法想像。拥有自我权力的个人概念终于清晰完整地出现了。在追究有关责任问题时,家庭不再被作为一个整体了。

犹太法律的一些迷信规定是其缺陷之所在,比如处死巫师和术士,或乱石砸死被怀疑是妖精的男女。英国人把圣女贞德烧死于火刑柱上,他们的所持借口就与这里所讲的类似。犹太人的法律对犹太人而言是完全合理的,在主人因其所养的动物造成伤害时,主人对动物危险的认识决定了他所应该负什么样的责任。在这个框架内出现了英国法律中规定的杀生性敬神



物,即直接引起生灵死亡的属于有形财产的概念。理查二世时期在英国的某个锡矿,一块从屋顶掉下来的石头砸死了一人。国王把整个锡矿作为责任者赠予了第三方。此举引发了一场诉讼,在诉讼过程中作出了很好的区分。

希伯来法对动物的一般责任的规定是这样的:“如果一头牛以角顶死一名男子或女子,肇事牛应当被乱石砸死,其肉不可食用(这是禁忌),但牛的主人可被免于追究责任。”但是,如果主人明知牛是危险的却并不把它圈住,惩罚的方式则是用石块砸死牛,主人被处死或付一笔钱赎罪(这里出现了用钱赔偿的概念)。如果死者是一个仆人,牛主人要付30个希伯来银币作为赔偿,牛还是要用石块砸死。如果一头牛伤了另一头牛,两牛的主人就平分卖掉肇事牛的钱,但如这头牛过去就曾发生过类似的事,却仍未被圈住,那么这头牛的主人必须赔偿一头牛给受害了。如果有人纵火,且火势蔓延,纵火者要赔偿全部损失。

如果受委托人保管的财物被盗而未找到行窃者,那么就要由法官来作出裁决。也就是说,每一桩案件都要视案件其本身的情况而作出裁决。在犹太人成为交易者之后有关商业交易的法律才发展起来,在地中海东部各国的城市都是这样。希伯来《圣经》中对高尚的道德观的宣传是除法律之外的另一独特价值,它是对自远古时代直至后来的《圣经外传》、《希拉的智慧》中的道德观的大改进。在以后的岁月中,《圣经》在创造更崇高的道德观以及教育人们服从正确的戒律方面所具有的无法估量的价值得到了证明。随着基督教在罗马帝国的胜利,《圣经》中的所有有关法律的规定都被当戒上帝所赋予的神圣

之法而被后来的罗马法律以及其后的英国法律沿用,而发展得十分充分的犹太一神论及对偶像的憎恶导致了路德时期的新教的产生。伟大的统治者托勒密·费拉德弗斯从巴勒斯坦带来了72位博学者,帮助他把他希伯来法翻译成希腊文。他和他的学者们,对这些法律的内容印象深刻。从此以后,希腊法律中也加入了许多希伯来法律中的内容。

希伯来法律的后期发展以及对这部法律的进一步阐释变得更有启发性,并构成了新的更广泛的法律体系。这不只是关于摩西法的内容,还有被认为是非摩西法或非神授的习惯法的内容。因为这些关于犹太法律的著作没有对法律发展的主流产生多大的影响,所以这些进一步的阐释在这里可以不予注意,坚持一个上帝的思想对其他法律体系产生了巨大的影响。后来,《圣经》的修订者让摩西说了这样一段雄辩的责戒:

那个国家能够拥有像我今天为你们创立的一切如此正确的法律和如此公正的判决呢……继续保存这些法律并实施它们。因为这能使你们在其他国家面前显露你们的智慧和认识,其他国家将遵循这些法规并赞叹:这个伟大国家的人民当然是充满智慧和理性的人民。

很久很久以前,在《犹太人的道德品行》、《对阿皮恩的答复》,以及对其一生的简要描述中约瑟弗斯都指出,犹太法律中的许多概念对希腊和罗马的法律产生了影响。当然,犹太祭司们在法律王国中创立起来的伟大的原则就是,每个人在法律面前都只对自己的行为以及他自愿为之承担责任的他人的行为负责。当他们以个人责任来代替对宗族的原始责任时,道德和法律都得到了变革。从法律的角度看,这可谓是希伯来法律的

最伟大的贡献。

在思想观念尤其是宗教观念的历史发展过程中,犹太民族确立了人和上帝之间直接联系观念,它不再需要让祭司作为中间人为他们安抚上帝了。《新约》坚持上帝为父和世人皆兄弟的观念,这其中并没有任何新的或原始的东西。希伯来人在火的考验以及那段无法忘怀的民族际遇中,磨练出他们关于人类的宽广观念。斯多葛派哲学家的信条和著作原本能够给世界贡献一个上帝,然而他们冷漠生硬的严肃理想缺乏对上帝的温情,而《诗篇》、《以赛亚书》以及《新约》则恰是以深厚的情感充实并升华人类的精神境界的,它滋养了日益完善的个人责任的概念,这种概念大大地改善了犹太法律所承袭下来的规则的严酷刻板的一面。

## 第6章 古希腊人的法律智慧

希腊人并没有通过神来颁布法律的想法,但他们认为他们的法律是那些充满神话色彩的立法者赐予的,他们还有这样的想法:既然法律是由祭司阶层监管的,那么法律的起源也应该是神圣的。在希腊人中有一看法被广泛流传:书面形式的法律不仅可以帮助许多人,而且能够为许多人所拥有。

希腊的法律发展时期恰恰也是法理学开始成为人们研究课题的时期。确立于公元前500年的希腊法,在某些方面开始表现出现代法律的特点了。这一民族中有一部分成员天赋异秉。由于他们取得的卓越的成就,以至于在一些不应失败的场合中犯了错误也有可能被人们理解和宽容。伟大的罗马律师小普利尼在谈及希腊人时,言语间也流露出钦佩之情。他的朋友马克西姆斯于公元2世纪初到达希腊,在特拉真皇帝手下任执行官。普利尼用一段话作为对马克西姆斯的告诫:“记住,你是被派往真正的希腊,一个重视礼节和学识的国度。你被派去管理她的城市,在那个社会里人们呼吸着的是人性和自由的空气,他们以勇气、美德、世俗和宗教信仰维护着他们的自然权力。要尊重她的古老的荣誉观和风尚,这是这个国家的神圣之所在。在那里,每个人的特权和尊严都能受到极大的尊重,甚至连他们的虚荣也得到纵容。请你谨记,是他们给了我们法律。记住你要去的是雅典和斯巴达,剥夺这里的人民的自由权

是野蛮、残酷的和无人道的。”

西赛罗在其第五本书《费尼拔篇》的开篇中关于雅典的谈话也同样令人深深回味。此时的雅典正在衰落,沦为罗马一个行省的一部分,虽然如此,世界闻名的学校和大学仍然汇集于雅典。西赛罗的哥哥昆达、外甥路修、他终生好友波波尼奥斯(更以阿狄卡斯闻名)以及出身于罗马某大家族的马卡斯·皮索全在雅典学习。在某天下午,这几个人从第佩隆门出城去学园,学园中的橄榄林是柏拉图隐居的地方,整个夏天雅典的鸟儿都在那里悦耳地鸣,这些充满朝气的学子自然而然地将话题转移到他们的周围环境中。其中一个人指着一把椅子说,柏拉图发出惊世之语时曾坐在它上面。另一个人说他脑中一直盘旋着许多动人的场景,他想着雅典附近的村庄——克洛那斯,想着索福克勒斯的赞美歌以及盲人俄狄浦斯的优美诗句,俄狄浦斯曾在女儿的引领下,来到那个村庄的橄榄林的灰绿色的枝叶下。他们当中最年轻的一位去过法勒罗姆海湾,曾在那儿的海岸边散过步,在那里,德摩斯梯尼为了适应雅典议会的吵闹和喧嚷,曾在翻卷轰鸣的浪花旁作激昂的演说并训练发声。在归来的路上他绕道去参观了派里克勒斯的墓。还有一个人曾到过埃皮克拉斯的花园。西赛罗自己说旅行可以增长见识,在谈到卡尼德斯厅时他陷入深深的沉思,似乎在为那个智者悲伤,然而现在昔日所有的一切都无处可寻了。这几个人谈到了雅典的无数美好景观,每到一处人们都会找到古迹。皮索补充道,无论是出自本能还是幻觉,当我们亲眼目睹了与伟人或崇高行为有关的地方时,总是比从别人口中听到或从书里读到时更激动。今天,雅典的学生们一定还在讲着同样的话。这就是

为什么应该宽容那些对文明做出卓著贡献的人,以及为什么永远不可小觑“艺术和雄辩之母”的荣耀的原因。

在雕塑、绘画、建筑以及文学以及许多其他方面希腊人的造诣是无与伦比的。要知道那时尚未发明望远镜、显微镜以及其他精密仪器,因而他们在科学上的成就就更引人注目了。他们肯定地说地球是圆的,绕自己的轴心自转并绕着太阳公转。他们还肯定地认为地轴向它绕太阳公转的平面倾斜。然而,亚里士多德和柏拉图对这一事实都不予承认,坚持传授太阳绕地球运转的理论。后来埃拉多斯梯尼借助巧妙的几何学得出的地球周长和直径的数据已十分接近地球真正的周长和直径。现在,月亮绕地球公转已经成了公认的事实。月球的直径也已经被测定,月球通过折射阳光而发光的事实也已被确定,它离地球的距离也已经测定。阿纳夏戈拉斯宣称太阳是熔化的物质这一事实,遗憾的是那时的无知之辈就像他们现在的传人一样,对这些科学新见解无动于衷。幸亏得到派里克勒斯的帮助,他才免于受到雅典对他不敬神行为的起诉。埃拉多斯梯尼之后不久,亚里士达楚斯就估算出太阳的大小以及它距地球的距离。德谟克里特提出了物质的原子理论。重力的存在也成了公认的常识。阿基米德总结了螺丝和杠杆的用途,并在罗马人围攻塞拉求斯时向世人证明,作为一个务实的数学家照样能够有所作为。就那个时代而言,亚里士多德的科学论著归纳了大量的知识,尽管其中有一些错误的观点。不管怎样,正是因为有了亚里士多德,中世纪才有东西来构成思想的科学基础。希腊人最早对语言的要素乾地确定和分类,以至于现在,世界仍在继续沿用他们创立的语法规则。

一种流行的观点认为：希腊的发展开始是相对缓慢的，后来似乎在突然之间进入了雅典的辉煌时期。也就是说，人们猜想希腊民族是从半野蛮状态突然过渡到高级的文明阶段的。但后来的研究表明，希腊文明同其他文明一样，也经历了一个慢长的过程，也遵循着一个普遍的规律：征服民族的野蛮被嫁接到被征服民族更古老、更高级的文化之树上。在汉谟拉比统治巴比伦之前，也可能是在希伯来部落征服巴勒斯坦之前 1000 年左右，克里特岛居民已达到了某种程度的文明，这些居民是与腓尼基人和腓力斯人有紧密联系的地中海民族。他们与埃及和亚洲进行频繁的贸易活动。这一文明即米诺斯文明，几百年后这种文明渐次传播到希腊大陆以及北部的狄塞利，并进一步传播四方。后来，经过半文明的阿基安人，几个世纪之后的爱奥尼亚人和尤利安人以及再后来的多利安人的频繁的侵略，这一古老的文明被践踏了。然而野蛮人同时也汲取了那种高级文化的一些营养，于是希腊人中的一部分走上了取得后来成就的最快的捷径。

就法律的历史而言，根本没有必要去注意多利安人的主要城邦雷斯代蒙及首府斯巴达。他们传奇的立法者来库古是一个神话般的人物。多利安人将被征服的民族以军事编制组织起来，并在充满敌意的被征服者当中严守着军营纪律。他们的习惯法和制度对柏拉图在其法律论著中的一些奇怪的反动倾向作出了解释。除了这一点，这些法律没有必要予以重视。占领克里特的多利安人的法律与斯巴达法律相似。这些法律是在一堵哥帝的墙上被发现的。在斯巴达最先出现了占有妇女并积累财富的风气，以及与此相适应的女性在道德方面的随心

所欲。希腊人几乎是四面出击,进行着气势汹汹的殖民征服。他们在意大利南部、西西里、非洲北部和遥远的西班牙,以及在法国南部马西利亚(现在的马赛)的众多城邦都留下了关于希腊法律的著述。

我们所讲的大部分故事只与四个爱奥尼亚部落有关。他们住在雅典四周的山顶上的村庄里,以及雅典城邦四周小范围的地区内。这些人来自北的人成为当地的统治阶层。野蛮的雅利安人的制度和习惯法也被带来了。在这些爱奥尼亚的侵略者与当地人完全融合在一起时,爱琴岛上的爱奥尼亚和尤利安城市正与亚洲大陆开展频繁的商业活动。与此同时,亚洲统治者的臣民正在被波斯塞路斯人的继承者统治着。这段历史刚刚开始的时候,爱奥尼亚人这个实行一夫一妻制的父系氏族部落和宗族便自然地结成了联盟。联盟吸收了雅典更古老、更高级的文明,它的书面语言是借用腓尼基人的字母形成的,并在很大程度上摆脱了雅利安的原始状态。柏拉图在《法律篇》中描述理想国时惟一能想像的场面,就是一个极具危机感的城邦,时时处于备战状态中,以防邻近城市背信弃义的攻击。

在这里,我们用不着提及修斯以及雅典国王的传说,且来看看这个国家中世袭贵族的寡头统治。在后来的政治发展的过程中,雅典人民首先推翻了寡头政治的执政者,并成立了民众的政府。和通常的做法一样,皮西斯拉塔斯及其儿子们的残暴统治遭到了民众政府的强烈反抗,在他们把雅典变成希腊的主要城市以后,已无法逃脱被驱逐的噩运了。不久爆发的波斯战争使雅典成为希腊的第一个打击目标。后来,雅典很快地受到了爱奥尼亚城市的商业活动的影响。在此后的100多年



中，雅典虽然屡遭不幸，却仍然活跃在东部的商业基地中。

雅典的法律是以一种从未尝试过，以至迄今也没有过的方式发展的。爱奥尼亚人的没有书面形式的法律，仅由贵族家庭的族长们所代表的祭司阶层执掌实施法律的大权。爱奥尼亚人决定改革他们的法律。我们已经看到，要想创造适应新情况的法律只有两种办法。一种方式就是缓慢地发展新习惯，另一种是通过某位神宣布法律。希腊人并没有通过神来颁布法律的想法，但他们认为他们的法律是那些充满神话色彩的立法者赐予的，他们还有这样的想法：既然法律是由祭司阶层监管的，那么法律的起源也应该是神圣的。

口口相传的方式使流传下来的习惯法以及对法律的监管权掌握在世袭贵族这些寡头政治执政者的手中。这种情况遭到下层民众的强烈反对，他们要求将法律写成书面语言，不应仅仅为贵族所拥有。在希腊人中有一看法被广泛流传：书面形式的法律不仅可以帮助许多人，而且能够为许多人所拥有。

书面形式的法律的出现使得国家中最卑微的人也能与地位高的人同样享有相同的公正。这种观点后来也在罗马人中流行一时。于是《德拉古法典》也因此应运而生了。在群众的呼吁声中，贵族们还被要求不应再垄断法律并在法庭上裁决案件。为确保实现这一结果，最简便的方法就是实施他们已有的习惯法，这是人们修补并使用祖先习惯的本能使然。

雅利安人关于部落大会的总权力的概念在雅典人这里得到了保留。实际上，所有政治权力来自这样的集会的信念带动了一般性政治理论的产生：民众大会是立法、行政和司法功能的源泉。因而，在有必要修改法律时，一个简便易行的办法就

是按照传统的方式,以集会的投票结果来最终指定一位事实上的立法者,这位被指定者就是梭伦。但应该注意,聪明的人类注定要在将近 2000 年的时间里,被这种政治权力不可分的概念所控制。

在还不能进行完全正确的法律分析的时代——希腊人也就只能如此,因为他们没有那种必需的经历,可以为这样的推理找到基础——人类尚未进行深刻的分析。这样的概念也还不曾演绎出:立法职能还应该包括对能够处理未来事件的法治的宣布;司法功能包括在发生的事件具备打官司的理由时对其实施现行的法治。如果立法权力专门针对已完成的事件并通过宣布一项新规则来处理它时,那么所行使的权力就不是立法权力,而是强制性的法令。它将把过去事件实施的法规给废除了,而且还剥夺了行为不当的一方的平等的法律实施权。就像我们曾看到的,正义的概念如同正义的实质一样,要求早已存在的法律规则适用于所有案件并得到不偏不倚的实施。如果不是这样,那么正义就无从谈起,法律更无从谈起了。

法律并不仅仅只是把意愿当作权力行为来实施的。

这是美国最高法院的精辟警句。因此,如果法律体系的设立使立法职能能够对某一特定案件通过某一法令做出裁决,那么这只不过是在行使专断的不受约束的权力,这既不是立法也不是裁决,这是与正义的根本基础背道而驰的。但雅典人不理解这个道理,共和国时期的罗马人不理解这个道理,今天那些谈论自由司法裁决的人也不理解这个道理,他们的自由司法裁决只不过是意味着法官的裁决是在不考虑法律的情况下做出的,因为他们认为针对这一特定案件,可以制定更为完善的

法律。

亚里士多德曾指出过雅典历史中法治的弊病,但他却没有对这方面进行深入的探究,他只不过是在憧憬法治国家,他对于法律的看法是错误的。具有真知灼见的西赛罗在他的《论题》一书中讲到:

正义要求对同样的案件以同样的法律来衡量。

或者就如同现代法指出的那样:

法律的平等保护意味着对平等法律的保护。

直至共和国消亡,这一关于正义的概念,以及平等法律的概念在罗马也从未有过真正的发展。在希腊人和罗马人以后很久,人们才发现,只有司法权力的分离并独立实施才可以保证法律的公正和平等。假如今天还有人认识不到一桩已完成的事件是没有理由用事件发生之后才发明的法律规则来衡量的,那么他一定是个缺乏理智的人。就像玩扑克牌这样无关紧要的小游戏也能说明这一道理,即便是不太聪明的玩家也明白,在玩过以后再发明游戏规则是多么荒谬。对玩家来说,他们的箴言就是必须在已有的规则指导下玩这种游戏。这也正是对像司法这样的重要事务的实际要求,从人们开始理解正义这一概念以来一直如此。人们对平等法律的实施这一目标的探索,走过了漫长的岁月。现在来解释一下在雅典制度下为什么从来没有产生出平等法律。

不同的民族为什么在不同的方面各有专长呢?对此我们也许永远也找不到确定的答案。希伯来人的天才在于在上帝的启发下得到的对一切科学的执着的钻研精神,以及对政府的民主形式的满怀激情的探索,而罗马人的天才在于创立了政府

和法律，这些都是根深蒂固的民族特性，我们无法对此作出解释。

我们所谓的民主形式是由雅典民族最早发展的。根据梭伦在公元前 592 年的立法(公元前 507 年的立法又对其进行了补充),代表雅典所有公民的民众大会成为一切行政、立法和司法权力的最终受托者。虽然表面看来,这一政体是民主的,事实上只不过是统治阶级的民主。由在雅典出生和祖籍在雅典的人们组成的公民集团统治着雅典。这一集团从未超过 3 万人,一般情况下不超过两万人。每次集会的人数很少有超过 6 万人的。雅典大量的自由民从不曾通过与我们的入籍手续相类似的任何手续以获得公民身分,他们只能永远以外侨的身分住在雅典,而正是这一阶层拥有雅典的绝大部分财富。在公民和外侨以下是人数更多的奴隶阶层,他们几乎承担了所有的手工业、制造业和商业。外侨和奴隶分别属于中产阶层和劳动阶层。雅典公民认为除了外贸之类的职业中的几乎所有职业都是卑下的。雅典在商业上的优越地位得以确立以后,外贸交易大幅度增加,富有的市民也纷纷加入了这一行列。柏拉图在其《法律篇》一书中禁止自由的公民从事任何与商业有关的职业,这也或多或少地折射出雅典当时的看法。

随着时间的推移,雅典城邦的务农人口(他们都是公民),虽持有原始的不可分割的地产,但由于生计艰难,实际上已成为被富有公民债务所束缚的农奴。而那些富有的公民自然就是寡头政治的执政者。虽然钱对主人是谁并不在意,但实际上总是富有者势力更大。梭伦首先采取的就是通过没收法案来取消土地持有阶层人民们的债务,这让这批务农阶层至少是暂

时脱离富有阶层的束缚。同时,土地也可以分割了,年满 18 岁的儿子,马上就可以从父亲的管制下解放出来,并为国家服兵役。这样,历史悠久的雅利安家族财产不可分割的制度以及家族制度就被废止了。父亲无权剥夺子女的继承权。直到今天父亲拥有家族财产并不应剥夺子女继承权的法律概念依然充满活力。

雅典政体所具有的另一特征就是一切立法、行政和司法权力都由民众大会来确认。根据收入水平,梭伦把公民分为四个等级,这种划分对政府未产生什么影响,立法机构是不受控制的。实际上,法庭是民众法庭,由市民组成,其中有许多法官,以至于他们被认为是在举行集会的一个变种。陪审员其实就是法官,因为裁决是由这些所谓的陪审员做出的。他们的人数在一般情况下有 200 人、500 人、1000 人,在处理某些大的案件时,法官的人数更多。6000 人的法庭陪审团名单是从市民中选拔的,每年选一次,这些陪审员成为带薪官员。每个市民都能够担任执行政府职能的工作,能够通过自然的程序成为领取工资的公务员,除由集会选举产生的指挥军队或舰队的将军外,所有的公务员都是经过抽签产生的,所有的这一切似乎都可以解释成民主教义中的一部分内容。由于希腊城邦的代表组成了古希腊联邦——希腊德里安同盟致使希借人与代议制政府擦肩而过,但代议制政府的概念从未给希腊人带来任何结果,就像希腊人对蒸汽动力的广泛知识从不曾使他们制造出蒸汽机一样。

柏拉图能够认识到挑选完全不称职的人担任公务官员的错误,他却没有认识到选举陆海军将军的荒谬,这看起来够奇

怪的。他代表派里克勒斯的儿子小派里克勒斯,他找到苏格拉底进行了一次对话,抱怨雅典人刚选了一个虽然是成功的商人却从不曾经受过陆海军训练的人为将军。在对话中,苏格拉底开始提出许多问题并一一证明之,最后得出的结论就是雅典人所做的这种选择是明智的,因为成功商人的许多品质也是将军所需要的。连派里克勒斯自己对此也深信不疑。小派里克勒斯离开时显然更迷惑了,但似乎又找不出这种推理中的愚蠢错误。或许这样的推理就是雅典军队常常从战场逃跑的原因吧。与此相反,在我们的民主中,如果一个成功的将军被选中担任他无法胜任的高级职位,作为文职官员的市政长官就会遭到弹劾。

保守人士认为法律是不应轻易改变的,因此他们对民众大会可任意改变法律的权力不以为然。为防止这样的倾向,雅典最高法院理事会增加了捍卫法律的职能,还设立了法律监察人,或者叫法律捍卫者,并规定了讨论法律的程序,也就是由指定的起诉者和辩护人在集会上对有关问题进行讨论。后来,每个公民都被允许定期在民众的法庭上提起诉讼。在集会上通过公诉或起诉一位普通公民的形式对法律提出或通过方式的合法性和有效性(与一些已存在的法律或其他可能的法律相比较而言)做出讨论。

在我们看来,这种权宜之计似乎非常幼稚,因为法律的合法性被权宜之计混淆了。然而如果我们认识到雅典的政治发展状态就是如此,全体公民都有立法权,并且全体公民是不会也不可能谴责自己的,那么,要转嫁公民罪行的惟一可行的办法看来只能是这样的权宜之计了。今天,每当一项不好的法律

被通过时,我们仍然会坚持这种原始的信念:公众是没有过错的,他们只是被误导或欺骗了。法律教给我们的事实就是任何政治社会都有与其相适应的法律。

现在来介绍一下理事会。最早雅典有最高法院理事会,在梭伦时期被由抽签选择的500人理事会取代。理事会被赋予起草将在集会上提出的法律的责任,并通过从属于它的委员会执行管理职能。最初,立法的提出需要由理事会向集会提出适当的议案,后来这种做法被废除了。集会和法庭由一些被称为执政官的行政官员主持。大执政官之所以得名是因为他继承了古代国王的祭司职能,主管宗教仪式、夫妇间的家庭关系、去世者的财产和遗嘱。在后来的中世纪时期的英国,教会法庭行使的职能与雅典大执政官法庭非常相似。

雅典法律体系还有一个重要特征,那就是梭伦的立法让每个市民都有权处理另一市民的案件,并为他主持正义。这种权力既是起诉权也是辩护权,但它从未导致雇佣律师的出现,因为希腊根本不存在律师阶层。向大会述职是每一位市政长官的必修课,任何对他的政绩表示怀疑的检举人或起诉人都可以对他提起某种诉讼。甚至陆海军的将军们也不例外。但大会上进行的有关放逐法的诉讼是这种对民主权力的坚持在法律上所产生的最令人奇怪的结果。经过大会的投票,在不举行听证或审判的条件下任何一个公民都可以被放逐。后来出现了谴责被控告者的立法裁决。这与英国议会沿用了很久的《剥夺公权法案》相同。这个法案以其恶毒和残酷而闻名并导致了惨痛的后果。在英国,用一种立法形式诉讼,可以对政治上持反对意见者判处死刑,如果一般的法庭诉讼不能对他进行裁决而提

交给立法者,那情况会更糟。美国宪法和州法都禁止了《剥夺公权法案》的实施。大会也进行这种诉讼:在议会中提出指控,而由民众法庭进行公诉,就像现在我们进行弹劾的做法一样,但诉讼并不只限于公务员。我们现在对那些在立法机构中犯下重大罪行或轻罪的公务员仍使用这种诉讼方式。在我们的两院制国会体制中,下院对公务员进行起诉,上院对起诉的真实性进行审判。这就是典型的英国式的下院弹劾、上院受理。我们的每一州都有这种起诉方式。在雅典,每一个公民都有权提出弹劾,在得到民众大会的授权后,弹劾一案由城市大会法庭受理。

根据实行英国法系国家的惯例,法庭里的法官依照此方式左右陪审团的裁决。首先,法庭在审判之前要定出将要提出的问题,也就是说,它要定下将向陪审团提交的问题。其次,在审判时提示陪审团注意与他们的评议相关的法律规定。最后,如果不满意陪审团的裁决,法庭可以对其置之不理。但在雅典,对那些将提交给陪审团的问题由主理的执政官实行一定的监督,然而整个案件,不论它是否与法律事实有关,都要交给不受控制的陪审团处理。即使存在什么控制,通过抽签选中的执政官只不过是担任短期公职的未受过教育的普通公民,没有专业的法律知识。他对审理案件的方式以及对审判的监督是没有什么用处的,他只不过是陪审长罢了。在审判时陪审团并不受他的控制,而按自己喜欢的方式作结论,他无法修正明显错误的结论。民众向官员提出推翻民众大会或民众法庭的裁决这种情况还从未发生过。如此一来,如果陪审团能够根据实际的法律对诉讼进行裁决,那才真叫人觉得奇怪呢。因此根据以上



对司法的描述,可以说事实上在雅典的法律制度下没有强制法庭依法裁决的任何规定,因而导致公正是极为罕见的这一结果。社会不存在严格的法律约束,也不能保证诉讼当事人获得法定权力。每桩案件的裁决都有可能是根据为当时的情况量身定做的一些特殊规定做出的。地区法庭是根据雅典城邦的划分设立的,但这些法庭的上诉都集中到雅典的民众法庭,等待这些上诉的仍然是同样的缺乏公正的弊病。

然而亚里士多德却认为,像雅典立法大会那样的民众大会,以及由抽签挑选的市民陪审团在民众法庭所得出的任何结论,都是人们的高级智慧的反映。他这是在自我欺骗,是毫无道理可言的看法。事实上法庭所得出的结论也许是成员之间审议和讨论的结果。但从法庭的角度来说,陪审员之间是禁止任何交流也是不可能进行交流的。陪审团的决定并不是经过陪审员的讨论而做出的。陪审员没有进行讨论的机会,也没机会用讨论之后所产生的更高级的智力来影响审判的结果。

在亚里士多德的著作中,他无法对雅典的这种异常的司法状况做出清楚的解释。他认为正义有两种:一是广义上的正义,指国家制定的对所有社会成员都具有强制性的法律规则的总和;二是狭义上的正义,它包括一切用来指导所有社会成员之间的关系公平的规则。但他没有为广义的正义下逻辑定义,他只说它包括我们所谓的公法和财产权、占有权。他把狭义的正义分为分配的正义和的平均的正义,前者定义为分配给一个人的对他人有利或无利的所有权力和责任,而后者则包括所有用来行使权力或纠正错误的司法职能。这后一种划分也许与现在的关于实体法和程序法的划分相似。

在雅典法律制度下即使存在法治的机会,或存在一个称职的法庭实施法律,那么在制定新法或规避法治的原则,以及对可实施法律的废除的习惯下,这样的机会也会被完全破坏掉。亚里士多德还为他荒唐的所谓正义的划分增加了另一种类别,即他所称的公平或合理的正义。后来描述这种正义的希腊词被赋予了“无用的絮絮叨叨”的含义,这一含义实在是非常合适的。简单地说,这条原则即:对一条法规的遵循,它首先应该是能够被普遍实施的。但如果遇到某一特定的具体案件,实施法律的结果在陪审员或法官看来似乎是不公平、不公正或不平等的,那么就可以停止实施法律。这条充满冗词赘句的原则被定义为在司法领域一些特定案件中当法律的普遍适用性显得不足时可以对法律进行纠正。也就是说,法庭有中断法律实施的权力,因为法庭认为法规进会在某一特定案件中产生不公正的结果。还有有什么比这更简单呢?即使正义要求适用于一切情况的普遍规则,法律也必然能够保证自由和平等。但为了保证法律的公正不成为不公正,正义同样要求这同一规则的对立面,即在审理某一特定案件中中断或废止法律。在后来的法系中虽然也存在习惯法和衡平法,但后者有其本身固定的可适用一切案件的规则,无论习惯法的内容如何,衡平法规则实际上是在实施的,因此它是法律。

亚里士多德似乎涉及到公法的范围,但实际上他并未进行什么暗示。每个公民都可以拥有受国家保护的权利,这对于尚以城邦形式存在的希腊来说是不可想像的。当雅典的法官被要求宣誓他们不得拒付债务或有土地再分配的行为时,没收或征用富人的财产却是司空见惯的事。国家的权利是不容争议

的,被抢劫的公民将由国家来赔偿。这就是我们今天关于某些税收的法律,人人都必须付所得税,即便这是公开的偷窃或抢劫,并且在付税之后必须提出起诉以重新获得原来所偿付的数目。一切民主在实施方法上都是相似的。

希腊人制定了向一位特定公民征收公共服务的被称为礼拜仪式的强制性制度。这种公共服务包括配备船只、为使馆提供设备、戏剧合唱或为宗教庆典活动提供费用。针对这种情况的补救办法就是,被强行征收这种费用的公民可以宣称另一公民更有付税能力而起诉他。这也就是说一个公民可以以某种税的征收在两人之间的不公平为理由来起诉另一公民。征收这种公共服务实际上就是一种税收形式,可见在那时就有了让富人付高比例税款的税收的制度。对这样的税收的尝试是一切民主国家的特点,我们所知的最好的例子就是根据收入来按比例增加税收。这是最勇敢的事情,但至少所有符合条件的人都必须付税,可是在雅典,繁重的税收将由某一特定的被选中个人来支付。在这种制度下探讨法律、平等或一致性简直就是浪费精力。

为什么雅典不存在特定的法律职业或熟知法律的阶层?原因似乎是非常明显的。每位公民都知法并有能力实施法律,因此无需让律师来代表公民。公民必须自己办理自己的案子,自己提出诉讼。正如柏拉图在他的《法律篇》一书中所指出的那样,法律职业在这里被禁止了。诉讼当事人所需做的就是请雄辩者为他写一篇讲话。这种讲话雅典的雄辩者们写过许多,我们对雅典法律的认识绝大部分也来源于这些讲话。法官并不熟悉法律,他们或许对此并不在意,因为他们不像训练有素

的律师那样在法庭上发挥作用。例如某人签订了合同,那么这份合同就可能会因为城市会议陪审团裁定合同不公正而被废除。人们的遗嘱也不能确保得到执行,其他的法律关系也如此。怪不得亚里士多德要以他糊涂的方式渴望宪法体系呢,因为在宪法制度下起规范作用的是法律而不是个人的反复无常,然而个人的法律概念正好阻止了法治。

希腊人发明了一种把一些案件提交仲裁的方式。仲裁人的仲裁结果可以不由法庭来执行,法庭所能考虑的全部事实似乎也就是仲裁人所保留的记录。对于希腊人来说,通过仲裁来回避法庭是一个逃避法律程序的束缚而不是逃避法律的方法。就像现在一样,仲裁所带来的结果就是不通过实施法律规则来解决争议。

希腊人以他们的精明头脑建立了一种极为重要的法律体系。通过对袭击或当众诽谤罪的私下补救办法,保证了个人的人身安全。针对非自然人,像那些同我们关系密切的宗教团体、俱乐部、负责葬礼的团体、贸易团体等,也有比较完备的法律。这种组织的细则是合法的而且也是具有约束力的,现代的公司法可以从罗马法追溯到希腊法的这一部分。就家庭关系而言,适用于婚姻和离婚的法律。通常的规则是在父母的操作下的婚姻中,妻子成为丈夫家庭的一员。另外也有规范监护人和被监护人的关系的法律,以及关于未留遗嘱的死亡者的财产权转移的法律。雄辩家德摩斯梯尼的父亲留给他一笔约值3万美元的财产,做为他的监护人的堂兄阿方浦斯挥霍了绝大部分财产。等到德摩斯梯尼成年之后起诉了堂兄,并追回了失去的财产。家庭法废除了父系家长制家庭的做法,儿子18岁参军以

后就不再受家长的控制了。

梭伦的法律使每个没有孩子的公民同样享有订立遗嘱的权力,但当时的法律尚未发展到允许立遗嘱人把所有的财产送给他人的程度。在一种情况下可以废除一项遗嘱,就是如果立遗嘱的人极为衰老,或理智不清,或受到了不恰当的影响,至少是受到女性的影响时,所立下的遗嘱无效的。

如果关于财产占有和所有权的法律得到切实实施,那么它是有足够保护效力的。破坏不动产或个人财产者要付赔偿金;如果某人的动物或奴隶有不恰当的行为,他也要为此作出赔偿。在希腊,土地的租赁是常见的,可以针对租金纠纷提起诉讼。禁止强行闯入私宅,甚至还可以就名字的使用权提起诉讼。德摩斯梯尼就有一篇关于名字的排他使用权的演讲,这种保护商标的排他性法律可以防止不公平的交易。

城市间通过缔结公约来实施国际私法,通过这种公约,一国公民在另一国的权利也能得到保护。这些公约给予缔约国家的公民享受其居住国家法律的权力。希腊人在许多方面发展了国际公法和一些国际私法。

当然,希腊法律在犯罪和私怨之间也存在着界限不明确的缺陷。杀人是私怨,由家族来负责对杀人者进行追究,可以与杀人者做笔交易。谋杀和过失杀人之间、故意预谋杀人和在突发感情刺激杀人是有区别的。希腊法不像犹太法那样可以为杀人者提供避难所。法律赋予被害人宗族向杀人者宣告复仇的权力,除非是一起预谋杀杀人,否则宗族可以对此事做出互让而了结此事。如果是谋杀案,对杀人者来说终生流放是避免死刑的惟一办法。我们已经看到,犹太法中是不能通过付钱的方法

式了结一桩真正的谋杀案的。这种法律沿用到我们的法系中就是法律禁止私下里了结犯罪。在希腊法中理由充足的杀人行为是得到确认的。如果被杀者在临终前原谅了杀人者,宗族就不能再对杀人者进行追究。在他们看来,伤者在临终前原谅了杀人者,整个追究过程都可以因他的这一行为而被取消。这样的法律对我们也产生了影响,因为死者与追究过程按法律的原理来说是没有关系的,那些做出声明的人才有权要求实施追究过程。

希腊刑法是公法和私法的混合。袭击、杀人、强奸、偷盗、伤害、诽谤和无礼谩骂都被看作是对个人的伤害,针对这些行为的赔偿费有一部分归国家所有。在某些案件的审理中,合法的惩罚不包括对个人的赔偿。通奸中的受害者因他的活动范围被他人侵犯而进行的个人报复是正当的,由此而引发的杀人行为也是正当的,这是原始法律自助方式的一部分。

希腊法律发展了许多不同形式的诉讼——控告、公诉或弹劾,对不敬行为的诉讼、对暴力、对不动产和个人财产的要求的诉讼。每种诉讼都有其特定的名字,不存在通过指令实行的预防性补偿。对个人财产及对不动产所受的损失的赔偿是不同的。法律规定即刻赔偿及 30 天之内进行审判的做法在某些商业案件中可以得到实行。

显然,在这里,法律体系已得到了高度完善。而我们只是在抵押、典当、贸易活动、金融操作方面的法律达到它的最高级发展阶段。一切生意都是通过书面合同做成的。众所周知,雅典在打败波斯舰队以后成立了德里安联盟,使自己成为商业中转站。通过法律雅典规范了商业活动,结果使自身成为商业活

动的中心,就像英国人订立了并实施了航海法一样。为进行这样的商业活动,预付资金对于商人来说成为必要。在巴比伦商法体系中,雅典找到了现成的可资借鉴的商业体系。亚洲的爱奥尼亚城市所采用的,正是这种商业体系。它传到了雅典,从而使雅典在波斯战争之后商业得到巨大发展。

上面提到,书面合同是当时仅有的商业约束形式,我们可举一个例子来说明。当时在迪斯皮亚有位女银行家尼格莱来提供贷款给波蒂阿的奥出曼诺城。在当时,市政当局借钱是常有的事,尼格莱提供的贷款并不是在同一个时期。像往常一样,城市当局无法按期偿还贷款。因此双方就立一份新合同,合同以文字的形式陈述了一个并不真实的事实,即这笔给城市的贷款实际上是贷给了由银行家所挑选的城市著名官员和10位公民。这笔不真实的贷款合同赋予了银行家要求这些人用自己的财产来偿还贷款的权力。如此一来,同意付钱的协议就采用了可转让期票或与此类似的形式。城市所要做的就是延长贷款期限,而银行家也乐意这么做,因又会多出几方期票的出票人,并使他们同城市一道负主要责任。这样的交易实际上就是通过认购到期未付的贷款的期票来延长偿还贷款的期限。当然,如果有关几方提供证据说明被取代的合同没有反映真正的交易,因而不承认这笔合同,那么被取代的合同就根本不可能订立。怀疑希腊法、巴比伦法以及我们的法的不同似乎没有理由,口头证据是不能用来推翻写进合同的文字的。这一规则,在我们的法律中称之为口头证据规则。

在这笔虚构的贷款到期之时又出现了偿还的第二次拖延。于是又达成一项新协议,协议规定城市本身要在两个月之内偿

还贷款,两个月到期之时城市付清了贷款。我们无法得知这项新协议是否免除了第二份合同中有关各方的责任。在一般情况下,向城市贷款似乎都是通过公民来偿还。显然,在合同中规定实施办法时,希腊法律都会提供一种理所当然的补救方式,这一点与我们的合同类似。像我们一样,希腊人也有确定债务的判决书。

在梭伦的法律中因债务所致的逮捕被废除了,但依然存在通过自助方式获得抵押赔偿的做法。关于担保人责任的合同很常见,担保人对其委托人负有主要而不是次要的责任。几乎每份合同都附有担保人合同,比如贷款和租赁合同等。如果担保人的委托人成为罪犯,担保人也负有责任;如果罪犯潜逃,担保人将受到惩罚。在希腊的法律中,是没有类似于现在关于一笔刑事费用的保释保证书的做法的。

关于租赁的规定在希腊法律中是比较特殊的,土地的租赁权也可以转让。我们的规则正好相反,土地的租户都明白自己所拥有的权利。通常,针对开垦方式的法律都作了特殊规定。寺院的土地是不能转让的,一般都是以固定租金永远地租赁给租户。以固定租金永久租赁为我们的法律提出了一些特殊的问题。关于货物的销售法律也有明确规定,销售一般必须在证人面前或在公开市场当众进行。对货物的质量和是否缺斤短两实行严格的监督。可以进行赊售,柏拉图在《法律篇》中建议改变的一项法律就是废除一切赊账销售。不管是用现金还是赊账,一旦交易完成,货物的所有权就实现了转让。然而在我们的法律中,所有权是随着货物买卖合同的订立而实现转让的。



在雅典,法律的所有重要方面都得到充分体现。希腊法的主流一般来说与我们的法律相差无几。希腊法律体系的缺陷在于它未能发展出实施法律的称职法庭。希腊人毫不怀疑,为公民主持公正是国家的责任,希腊法律不涉及当事双方同意将争议提交法庭的原始因素,因而也就不存在法庭要求原告出席的因素。

经过亚历山大大帝的征服活动以及他的希腊继承者们建立的王国,希腊的影响已逐渐扩展到东方世界,希腊法律体系几乎成了全世界通用的体系,通过罗马人以及被称为国际公法的古罗马执政官法律希腊法律的原则得到发扬光大。以至于当编纂《查士丁尼法典》时要将罗马法因素与希腊法因素区分开来极为困难。小普利尼说过,是希腊人把法律给了罗马人。

通过对一个特定的法律诉讼程序研究来了解希腊法律的运作是很有必要的。我们之所以了解这一诉讼程序,是因为当事一方雇佣德摩斯梯尼起草一篇演讲稿,以便在审判时向雅典法庭进行陈述。实际上法律规定在雅典经办的贷款必须只涉及进出雅典的生意。一项法律规定:

雅典人,或居住在雅典的外国人或受他们雇佣的任何人,借钱给一艘未获准向雅典运货的商船即构成非法行为。

另一项法律严禁居住在雅典城的任何人直接向除比雷埃夫斯以外的任何一个港口运送粮食。这些法律统治着在雅典占主导地位的德里安联盟、雅典的殖民地以及属地,在以后极漫长的一个时期内一直如此,尽管违反此类法律的事情有时也被允许在雅典发生。在达达尼尔海峡的塞斯托斯设有专门监

督这项法律的实施的管理员管理着一切过往船只。

希腊商人往往是商业投机家，由雅典的一些有财力的人提供预付款，或者用我们的话来说是提供风险投资。在有关合同中通常会对商业旅行的性质进行描述，并具体说明所涉及到的货物。这种商业使雅典城邦成为重要的中心都市。可想而知，雅典港口一定是商船云集，频繁的商业往来给雅典带来巨大的经济收益，使那里所有的阶层都富了起来。当时，雅典人德蒙——雄辩家德摩斯梯尼的叔叔，是雅典的巨富。他陷入一桩重要的法律诉讼，此案涉及到使用贷款购买的货物。案件结束后所披露的惊人情况足以满足偏好大力渲染的报刊的胃口。这桩案子多少说明了当时希腊活跃的生意人通常大多是无赖。环境是可以改变的，但人的本性在悠久古老的历史中却没有多大改变。无论那时还是现在对希腊人的评价都是正确的：他们向邻近的港口输送他们众所周知的诡计和古老的工艺品。正直的罗马人难以相信希腊人的诚实。甚至对希腊表示赞赏的西塞罗马也觉的希腊人缺乏道德上的持久性，他这样说：

我承认希腊人书面语言和口才上的高超技巧，但这一民族永远无法理解或在意法庭上所做证词的神圣的约束效力。

在罗马人看来，贪婪的希腊小无赖是臭名远扬的。

甚至当雅典已不再高踞海上霸主地位后，它仍然拥有大量资本积累并得到法律保护。如前所述，所有在雅典贷款的商业活动以及它所控制的城市商业都推动着雅典的商业的发展，并且对于每笔合法的海上生意来说，雅典是来自东西地中海以及黑海的货物的集散枢纽。

雅典人的生活需要大量的进口物资,尤其需要从西西里或其他地方进口粮食,这种商业投机活动有一定的风险。有钱的金融家不愿意轻易去冒变幻莫测的海洋所带来的风险,而愿意冒险的生意人又大多缺少资金,基于希腊人的口碑外国交易商又不愿把货物赊给雅典人。于是生意人为了从事贸易活动就借金融家的钱,并把借来的现金付给供货方,这与我们今天的操作是一样的。虽然无论在过去还是现在,进口商大都是无赖,我们仍可以体面地称他为商业投机家。

雅典有一位商业投机家名叫普罗塔斯。他向金融家德蒙要求一笔贷款,并得到了这笔贷款,他从塞拉求斯运了一船粮食到雅典,在为德蒙所写的诉词中,德摩斯梯尼没有写明贷款的数目,但我们可以推测这笔钱数目一定不小,因为运输的货物装了满满一船。诉词也没有写明普罗塔斯是否将用从德蒙那儿借到的资金购买的货物运到塞拉求斯,是否在那里把货物换成现金。似乎他只拿了德蒙的钱,但并没有运来任何粮食。

应该注意,在只有小船的那个年代里,很难找到一家愿意负责任的运输公司,并且那时似乎还不曾出现提单之类的东西。根据巴比伦法律,货物的承运人应出具提单,除了由海盗所致的损失外,将对任何损失负责。在以后的岁月中,罗德和亚历山大的承运人开始出具提单,从那时起直到今天,这种做法被继承下来。正是由于希腊法没有承运人责任的概念,希腊人采取的普遍做法是由货主或货主的代表作为商船的商业事务负责人与货物同行。

为了把粮食从塞拉求斯运到雅典,就必须有一条船。一个

来自马赛的名叫海格恩特拉塔斯的贫穷的希腊殖民地居民在雅典有一条船,他被召来负责把粮食从西西里运来。海格恩特拉塔斯很快将船抵押,显然他认为将会挣到运费以装备船只、补充给养并能付给船员酬劳。船员好像来自马赛。

我们可以想像普罗塔斯乘坐由海格恩特拉塔斯驾驶的船从雅典出发到达塞拉求斯,他在那里买了一船粮食,付了出口税,然后他的粮食被统统装上船。在普罗塔斯等船起航的这段时间里,他可能在附近的小酒馆里喝了一点酒,使自己在监督奴隶装船的辛苦工作后放松一下自己。他像一个真正的雅典人一样,大声地吹嘘雅典多么多么好,与此同时,无耻的殖民地居民海格恩特拉塔斯正想发一笔不义之财。由于他的船已抵押了,他仅能得到一笔运费。于是他找到了塞拉求斯当地的一个名叫则诺梯米斯的人,对他说自己有条装满粮食的船停在港口,即将开往雅典。海格恩特拉塔斯让则诺梯米斯为他的货物搞一笔贷款,并答应付给则诺梯米斯一笔佣金。而且他还领着则诺梯米斯去看了那条装满粮食的船。

德摩斯梯尼在为德蒙写的诉词里也辱骂则诺梯米斯——这是雅典演说的一个特征,没有这个特点就无法识别出雅典的演说了。则诺梯米斯似乎相信了船上的粮食真的是属于海格恩特拉塔斯的。他想方设法把海格恩特拉塔斯介绍给塞拉求斯的商人们,并从他们那里为海格恩特拉塔斯搞到了一笔贷款。海格恩特拉塔斯似乎没有为粮食出具抵押。则诺梯米斯与货物同行以保护他的委托人。而海格恩特拉塔斯把骗来的钱马上送往马塞。诉词写明货物的贷款来自塞拉求斯的贷款人,货物一运到雅典就应偿付贷款。在那里,每个人都是他

自己的保险人，普罗塔斯对德蒙的责任就是使货物安全运抵雅典。

假设用则诺梯米斯搞到的贷款用来购买粮食是不实际的，因为如果那样做，海格思特拉塔斯就没有钱寄往马赛了。如果买了货物他就无法挣到钱。当然，普罗塔斯偿付了出口的港口税，但他收到了足以证明事实的收据或文件的看法也是没有道理的。这样的证据对像希腊人这样的伪造专家而言毫无价值。

现在我们有必要谈一谈德蒙给普罗塔斯的贷款的特点。诉词中并未对合同内容进行陈述，但是在细节上已对它作了必要的修正，正如德摩斯梯尼所写的起诉拉克利塔斯的诉词中所陈述的合同一样。那是一份关于与黑海的一笔贸易的合同，合同写明付给交易商的贷款是用于购买泰拉斯的酒桶的。这些酒桶将被装在黑布雷修斯的二十桨的大帆船上。根据合同规定，将购买的货物抵押给贷方，贷方与借方签订了契约并规定在购买这些货物时须偿付所有的欠款，并且交易商不得再以这些货物为理由借钱了。这批货本打算运到黑海南岸的旁塔斯卖掉，所得的收益将被用来购买其他货物。只要货物安全抵达雅典，借方在货物抵达20天之内（在这段时间内完全可以将货物卖掉）还清贷方贷，并付22.5%的利息，不允许有任何折扣，除非紧急状况下出现了弃物行为（即为救船而弃货物）。如果借方不能按时还钱，贷方将有权卖掉或抵押货物；如果偿还贷款金额有任何不足或短缺，贷方应追究借方责任，使其补足短缺部分。对这笔交易来说，普罗塔斯和德蒙可以在雅典共同卖掉粮食。

人们早就注意到，合同受商业的必要性的支配。直到在罗

得发明了对等险的海上保险形式以前,人们对于海上保险一直一无所知,这种形式后来在我们现在的商业活动中已变得极为常见。保险无法排除航行的风险,因此只是由贷方承担了翻船或弃物的风险。贷方并不考虑借方的偿付能力,只关心货物。货物一经买下并得以确认之后,损失就由贷方负责了,并且货物销售款只能用来偿还贷款。同时,借方是作为贷方的代表来占有货物的,合同导致了形式上的抵押。实际上货物是贷方的货物,由于它们要尽可能快地被发往贷方,借方可以在20天或更长的期限内卖掉货物偿还贷款。最后显然是作为贷方的货物而卖掉的。希腊法或其他任何聪明的法律都能接受借方作为贷方代理所拥有的销售权力。偿还贷款用的是销售货物的收益,而后所余的收益和利息归借方,或由借方补足短缺部分。

普罗塔斯与德蒙的合同和拉克利塔斯的合同是有区别的,因为合同并未规定货物的购买也承认与其他货物的转换。希腊法承认船只的抵押、货物的抵押,也承认一种特殊的商业合同,这种合同规定贷方的钱只能购买货物的种类,并须遵循所购买的货物必须能够偿还贷款这一原则。这与罗马法的原则是相同的:偿付购买货物的款项的人有权拥有所买得的货物。现在的商业活动中的通常做法是银行家购买附有提单的汇票,并于接到汇票时立刻把提单上的货物发送给汇票的受票人,受票人是作为银行家的代理人来处置这批货物的,他无权储存货物或将货物据为己有。在希腊法中的规定也是这样,银行家也拥有这种权力。

显而易见的是,当海格思特拉塔斯冒充货主从塞拉求斯的贷方那里为货物搞到一笔贷款时,他也许还没有弃船的犯罪意

图,但一种卑劣行为导致了另一种卑劣行为的产生。他的产生欺骗塞拉求斯人,打算在船到达雅典之前弃船逃走。为了掩盖他的欺诈行为,海格思特拉塔斯不想与船同时出现在雅典。他也许打算在船到达雅典之前见机逃走,这样,他就把他的船留给受押人,而把货物留给代表德蒙的普罗塔斯和代表塞拉求斯人的则诺梯米斯去争夺。这样他就可以到马赛去享受不义之财了。海格思特拉塔斯的钱在马赛将会很安全,当时还没有引渡法,他也不必担心会有人来追捕他。若真有点良心受到谴责的话,他可以拿出一点钱来修缮一些破旧的寺院,以表示他为自己的恶行悔过反省,那样的话也很有可能教士们会让他在圣洁的氛围中终老其一生,并得以与天神们和平地生活在一起。

这就是对那条船驶离塞拉求斯时的情景的合理推测。船上满载着乘客和粮食。其中两位乘客就是普罗塔斯和则诺梯米斯,他们都在监督同一批货物,同时又代表着相互冲突的利益双方。海格思特拉塔斯一定是个头脑简单的傻瓜,因为他想当然地认为两个希腊人不会向对方提自己的事。事实上,则诺梯米斯很快得知普罗塔斯也拥有这批货物,便马上迫使海格思特拉塔斯给他立下字据。诉词中并未提及字据的内容,极有可能是全部转让货物的证明文件,转让书是按希腊的方式向一位乘客提出的。海格思特拉塔斯当然完全可以出具转让书,因为他本来就没打算就这批货或因此事就那条船与任何人发生什么争议。在他得到塞拉求斯的贷款并把钱汇到马赛时,他的目的就达到了,他也再没有别的什么办法可以使他得到更多的非法收益。

现在海格思特拉塔斯突然灵机一动,他认为如果把船沉掉

就可以使他摆脱所有的麻烦一了百了。他可能感到则诺梯米斯和普罗塔斯会紧紧地盯住他以防他逃走,因而他只能趁机在沉船的混乱中溜走。他以为如果他能把船沉掉,所有的争议也将会随之结束,货物的损失也将结束普罗塔斯以及塞拉求斯之间的贷款之争。这样看来他其实是在仁慈地拯救普罗塔斯和则诺梯米斯,使他们免受希腊的法律诉讼。“好心的”海格斯特拉塔斯等船一靠近塞法兰尼亚岛就着手实施他的聪明计划。

一天晚上,他离开在甲板上打着呼噜的浑身散发着蒜臭味的希腊人,自己下到船的底部并在那里凿了一个洞。他的手脚似乎不够利索,船上的人显然都被他凿船的响声给惊动了,于是他慌忙冲上甲板,跑向船尾,他知道船尾拖着一条船,他想跳到那只船上,切断缆绳驾船逃走。但由于天黑,他却误跳到了海里淹死了。用希腊人的说法是,复仇女神紧随着他。经过乘客和船员的努力,船最终保住了,并驶入塞法兰尼亚港。此时则诺梯米斯已与来自马赛的员工结成联盟,并坚持将船驶往马赛。则诺梯米斯当然不想让船驶向地中海边的雅典。他认为在去马赛的途中船会经过塞拉求斯,在那里可以将偿还塞拉求斯贷款的货物卸下。

也许是由于修船也或许是修船之前需卸下货物的原因,这些变故耗费了不少时间。同时,普罗塔斯向雅典的德蒙求助。德蒙派来一位据说是理事会成员的名叫亚里士多芬的讼师。他的雇主已付给了他钱,他还想从另一方再挣一份钱。则诺梯米斯似乎立刻买通了他,虽然俩人做了许多努力,但依然改变不了塞法兰尼亚当局做出的船必须驶往雅典即它的目的地。他们执行了裁决。因此我们可以假设这条装着有争议的货物



的船绕过了危险的伯罗奔尼撒海岬，到达了比雷埃夫斯。当然随船抵港的还有三个涉案当事人：普罗塔斯、则诺梯米斯和讼师。另外一个最大的无赖海格思特拉塔斯已被复仇女神召去了。

船一抵达雅典，那条船的受押人就取回了船，普罗塔斯则占有了货物。但则诺梯米斯却声称货主应该就是他。古希腊处理此类事件的做法或许只有自助，即则诺梯米斯可以坚持认为货物归他所有，并且只有武力才可以让他离开货物，他可以声称只有真正的货主，即对货物有占有权的人，才有权驱逐他。他拒绝承认普罗塔斯为货主，因此德蒙就宣布了对货物的所有权并驱逐了则诺梯米斯。诉词中有充分的材料表明，雅典法庭是将德蒙而不是普罗塔斯视为货主的，而在今天商业国家中的法律也是如此。

德蒙和普罗塔斯建议则诺梯米斯去找塞拉求斯当局核实，如果证实普罗塔斯的确买了谷物并付了海关税，那么则诺梯米斯应被视为恶棍并受到惩罚；但如果事实相反，他就应接受这批粮食，另外还将获得一笔赔偿金。则诺梯米斯自然拒绝了这一荒唐的建议，他可不会认为自己是个恶棍，即使他是被海格思特拉塔斯欺骗了。于是过了不久德蒙受到了起诉。奇怪的是则诺梯米斯为求稳妥同时提出两项起诉，一项针对普罗塔斯，另一项针对德蒙。我们可以肯定地说他对德蒙的起诉是根据有关进出雅典商贸的活动的特殊法规做出的。对普罗塔斯的起诉则可能是另一种起诉，但究竟是哪一种起诉就无从得知了。

随着两起起诉开庭日期的临近，雅典的麦子价格也开始暴

跌,普罗塔斯已不再有什么利润可赚,甚至还面临因欠货款而被追究的危险。德蒙向他讲清楚了这一点,而且在诉讼词中也有所提示。普罗塔斯毕竟是希腊人,他自然转向与则诺梯米斯做交易,他认为这可能是他得利的惟一机会。最后普罗塔斯确信潜逃是值得一试的出路,交易看来达成了,诺梯米斯即刻提出对普罗塔斯实行缺席判决。现在德蒙失去了普罗塔斯这个证人,无法证实德蒙的钱确实是购买了塞拉求斯的粮食,这样一来德蒙胜诉的机会减少了。另外,如果对普罗塔斯缺席审判,那么至少会有一名陪审员对德蒙的所有权产生怀疑。德蒙看起来很难避免这种麻烦,因此德蒙有必要再寻找一个技术细节做为证据,除非他真想依靠真理和公正出庭受审,这种做法大概除了因蛮勇而死的苏格拉底之外,雅典人当中不会再有第二个人去贸然尝试。

一个重要事实是死去的海格思特拉塔斯不可能买下满船的谷物。而只有则诺梯米斯能够证明海格思特拉塔斯对货物的拥有权,而后者恰恰没有所有权,也就不可能把所有权转给则诺梯米斯。甚至诉词中对此几乎只字未提,诉词中罗列了一些诸如则诺梯米斯在船上从海格思特拉塔斯那里得到一张纸条,则诺梯米斯打算将船开往马赛并与普罗塔斯私下达成交易从而造成普罗塔斯缺席,以及他并未像他应该做的那样拘留普罗塔斯等等不重要事实。诉讼词中没有提及海格思特拉塔斯根本没有能力购买任何粮食甚至无法装备船只这一主要事实,也没有说明如果事实上普罗塔斯没购买粮食,那么海格思特拉塔斯也就无法得到塞拉求斯的贷款。显然如果海格思特拉塔斯没有因普罗塔斯已装船的粮食搞到塞拉求斯的贷款,他就赚

不到一分钱,也就不会产生弃船逃走的动机了。对这些重要事实德摩斯梯尼都避而不谈。

则诺梯米斯对德蒙所提起的诉讼所需要的法律依据是进出雅典的商业活动法规则。在塞拉求斯购买的粮食或公海上的一桩买卖怎么能够被归到这项法律之下呢?实在是很难理解这一点。这就是德蒙技术性抗辩中可掌握的一个细节。显然这一点是他的惟一抗辩的依据,或许被告只有一次抗辩的机会。在他的抗辩中并未涉及到事实的问题和法律的问题之间的不同。陪审团将在听过抗辩后进行裁决。

德蒙所写的诉词中对审判中根据法规进行的辩护只字未提,接着诉词又指出则诺梯米斯难以使人信服的事实。当然,对于纯法律辩护和抗辩,则诺梯米斯是否拥有对粮食的所有权这一点是无足轻重的。诉词写得极为模糊,而且我们也没有看到完整的诉词。撰稿人没有实事求是地来说明一桩简单的、直截了当的案件,而是试图说明,塞拉求斯的则诺梯米斯一开始就与海格思特拉塔斯共谋欺骗普罗塔斯和德蒙。然而根据实际情况判断,这种理论是无法成立的。这桩案件的整个裁决结果极为含糊,由此说明了当时希腊的审判确实极为糊涂且毫无章法。如果让像利西亚斯这样的真正的辩护律师来主笔,这桩案件可能会被阐述得更清楚,证据的提出也会更有力。要知道德摩斯梯尼首先是个政治家,然后才是一个法庭雄辩家。因此在他所做的关于法律案件的演说中对于事实的陈述向来都是模糊不清的,这也许是因为一个政治家善于从不同角度来看待法律案件的缘故吧。

我们并不了解案件的最后结果。德蒙是率直而诚实的。

他也许在雅典的陪审团面前败下阵来。则诺梯米斯也许雇佣了爱斯奇尼斯为他写诉词,由此他得到了历史上最大的谎言家的支持。则诺梯米斯衣衫褴褛地出现在法庭上,一副穷困潦倒的异乡人模样。在诉词中他说他的祖先是雅典人,他没有出生在雅典并不是他的错。他借用了一些派里克勒斯的优美词句赞扬紫色皇冠城市的辉煌,并谴责令人尊敬的、富有的以德蒙为代表的贪婪阶层。普罗塔斯进来申诉,据说他是因为喝醉了,并盗用了德蒙的钱而不得不逃跑。也许法庭上声称是塞拉求斯的钱买了要运往雅典的粮食,总之,德蒙的证人都作了假证。他究竟是怎样来解释海格思特拉塔斯的行为的呢?这就得依靠我们丰富的想像力了。几乎每一桩希腊案件都散发着一种陈腐的气息,它们全都涉及恶棍、无赖的行为。

正如我们已经了解到的,类似的交易在巴比伦法中有最初的规定,然后传入小亚细亚和雅典。在英国,被称为船货抵押借款的海上贷款实际上就是这种形式的合同,它是英国人从古老的欧洲商业中引进来的。它出现在罗马民法中,罗马民法也是引用希腊人的,连同商业一道传给热那亚人、比萨人、佛罗伦萨人,最后传给了威尼斯人。在14世纪,从英国进口羊毛运到不鲁日,所依据的就是这种合同,所用的资金就是由威尼斯银行的分号提供的。船货抵押贷款一直是英国法律中的一部分,它首先受到海事法和司法官的保护,然后又处于习惯法的周到保护之下。

随着时间的推移,贷方的风险逐渐减小了。海事保险能够促使贷方根据货物的价值为贷方保险,从此就不再有海上风险了。另外一个方面也得到改进,现在绝大多数海上运输是由负

责任的承运人承担的。他们的提单是可销售的,提单是货物的象征,一旦提单转手就意味着货物所有权的转移。在整个货物运输过程中,提单持有者受到彻底的保护。贷方持有给他填写的提单迫使借方向他支付保险费,贷方的利益也得到了保护,直至用其预付款购买的货物最终抵达港口。在雅典简单的商业活动过程中,贷方甚至还可以出现在港口。如果借方不能卖掉货物,贷方可以占有并卖掉货物。贷方随时可以参加借方的销货活动并保护他的所有权。

像德蒙这样的清晰明了的案件竟需要通过纯技术性的细节来辩护,一个无赖驾船手竟然胆敢卖掉交他所承运的货物,而从驾船手那里购买货物的人根本没有所有权却依然能做出如此强有力的辩护,这一切事实都表明在希腊法律这一阶段是多么地飘乎不定。难怪希腊人都不愿把关于合同的纠纷在法庭上进行裁决。

从没有受到任何哲学思潮熏染的太古时代起一直到今天,法律就一直处于有序发展的状态。原始人有自己的法律行为方式,除此之外他们别无选择。原始狩猎者根据他的最高见解而逐步发展了原始制度,今天再回头看看他们的那些见解自然会觉得是无比幼稚和肤浅的。游牧者和第一批从事农业者进一步促进了原始制度的发展,直至最后,原始的行为方式慢慢地接近了文明社会的状况。为了使法律具有更大的约束力,人们一直声称法律是上帝授予的。高度文明的希腊人几乎摆脱了一切原始的观念,在那里个人财产的概念也获得了极大发展,固定的婚姻方式,一夫一妻制家庭,公民对国家、对家庭、对其他公民的责任的概念都一一变得清晰了。个人应该对自己

的行为负责这一点也得到明确。规定这些关系的法律都得到承认。书面文字形式的法律终于出现,国家承担了为其公民裁决一切法律纠纷的责任。国家建立了法庭,虽然法庭还很不完善,但毕竟是为裁决争议而设立的。国家还通过民众大会的方式提供了一系列改变或增补法律的手段。这种手段导致的结果是通过立法大会,而不是通过对新习俗或更改习俗的漫长等待来表达对一项新习惯或新法律的大体接受与默认。现在也是通过法律表明,立法者头脑中有着使法律得到实施的清醒目的,所有的这一切毫无疑问都是巨大的进步。

我们已经知道,道德观是根据人们对正确概念的一般理解并且是随着人类的自我完善而逐渐改变的。这种道德观只能伴随着法律的改善而改善。许多思想家都认识到他们自己的道德观要远比他的同时代人完善,对这些个人看来,一些法律在明显的意图以及实施方面都是有缺陷的。要想说明这些法律实际上是错误的,就必须设定某种标准来证明其错误之所在。那么,这种标准是什么呢?法律的批评者自己的思维是不能作为标准的,他们只能创造某种人工的标准。既然这样,再说是法律是神赐予的再也无法使人相信了,因为人们意识到法律是由人制定的,而且是由头脑清醒、目的明确的公民投票通过的。但僧侣们反复灌输的法律神赋的古老概念依旧存在。

如果认为自然界和神是无所不能和无所不知的,那么人们自然就会推断出人类的法律应该符合神所制定的法律,甚至它本身也许就可能是神所制订的法律。这种标准很简单,就是将每个人的思维都归于神之所赐。据说这种非自然的标准就是永恒不变的法律,因为如果它们是神赋的,那就应该是永恒不

变的。斯多葛学派把这样的法律称之为自然法。这种永恒不变的法律只能通过个人解释得以确认,但每个人的解释都不可能是完全相同的,一个人认为可以被称之为法律的东西在另一人看来也许就完全不能称之为法律。

若用这种标准衡量人类法律,一旦法律不符合守法者眼中的永恒正义和正确的标准,就必然会引起对一种具有实际效力并得到遵守的人们称之为实在法的人类法律和另一种理想化的、永恒不变的法律之间进行区分。但人类一直是处于语句表达能力的限制之下的,每当有人攻击说法律不符合自然法时,听者就会不加思考地接受这样的观点。这个人的意思其实是法律不去深思他本人头脑中固有的解释和判断,而只有他自己的解释才应该是制定法律的根据。显然,这种推理出来的自然法则只不过是人类的另一种解释罢了。

在索福克勒斯的《安提戈涅》中,立法者规定任何为叛国者举行的葬礼都是非法的。这当然是一项不好的法律,因为它只适用于特定的人,它的实施不具有普遍性。当然,若法律一直规定任何为叛国者举行的葬礼仪式都是非法的,并且在叛国者死后这项法律仍一直生效,那么这项法律也许可能会是一项好法律。就像希腊法律规定的那样,立法者的法令若是在事后才制定的那么就是无效的。因此索福克勒斯本无需求助于人类的法律。安提戈涅认为在世的亲属应该以合适的仪式埋葬死者,这种古老的习俗是自然的法则,也就是神的法则,她有意违反由克里奥国王所定立的那项人类的法律。当安提戈涅被指控有犯罪行为时,她向更高一级的法律上诉。她对克里奥的法律的评价是这样的:

宙斯从不曾宣布过这样的法律，正义之神也从不曾定下过这样的法律要人们遵守，我也不认为你的法令就是如此有效力，你的法令意味着凡人都能够推翻神的未成文的永恒的法律。因为他们的生命不限于今天或昨天，他们是永恒的，谁也不会知道他们将于何时出现。

索福克勒斯此时并不知道希腊法为何物。

在《俄底浦斯》中索福克勒斯又谈到了对这些高级法律的思考。他说：

法律诞生于天堂的最高层，并非由凡人所创造，遗忘不会使之沉寂，因为上帝赋予它们强大的永恒的力量。

对诗人来说，这项法律是由神授的解释规定的。这种思想在罗马法律和现代法律中具有巨大影响。在这里，我们可以引用西赛罗对米洛所讲的那些关于自然法的话：

从没有人书写过这项法律，从没有人告诉过我们，我们也从未通过阅读了解到有关知识；这一法律来自大自然本身，我们从不曾接受过任何指令，然而我们却正是为此而生；人类的制度从未创造过法律，可它却渗透到了我们的生活之中。

在另一次讲话中他对这个主张进行了又一次阐述：

真正的法律是正确的推理，它持续地、永恒地渗透在我们的生活中。废除或部分废除法律都是不敬行为；即使是元老院和人民也不能使我们离开它。当它被写成文字时还不能称其为法律，可是一旦它与神授的解释同时传播就成为了法律。它来自于一切事物的最原始、最根本的本性，所有的法律皆源于此。



斯多葛学派认为这种法律是神授的解释的产物。然而很明显,这一神圣的天理之法事实上只不过是另一种人类认识的解释。

德国现代学者杰里尼克也持有与此相同的主张,他用一套现代词汇对其进行了一番解释后便大胆地宣布他发现了比现存法律更公正的检验标准,并称一旦他的检验标准能够应用于现存法律,它就可以转变为正义的法律。然而这只不过是对一种独立思维的人类式的解释,这种思维把他的解释确定为最终的智慧。人类集体的智慧是在修订法律的过程中一直依赖并将永远依赖的基础。

在一篇演讲中,德摩斯梯尼这样谈到法律:

法律的意图和目的是正义、崇高和有利,所有人都在享受着这一共同目标所带来的平等的服务。法律必须得到遵守,其中一个原因就是任何法律都是神赐的礼物,是城市中所有人一致同意的规则。它是对作恶者的修正手段,无论他们是否有意触犯法律。

显然,这位希腊雄辩家对于自然法、神授法以及城市的实际法之间的区别并不了解。他说,实际法是神授的,其实这也正是希伯来的教义。罗马的法理学家将罗马民法重新融入世界体系希望藉此来消除它从罗马城邦及其原始规则中所承袭下来的所有特点,在这个时候他们就希望能制定一般性的国际法,即后来的天理法。聪明的罗马人找到了法律和正义的共同概念在具体实施中所需的法律原则基础,而后发现这一基础在一切文明体系,尤其是在他们与之接触的希腊文明中都起着作用。由于他们发现这些法律规则是被普遍接受的,因此他们将

这些规则称为国际法。

正义存在所必需的一些普遍的法律原则也得到希腊人的认可。而他们对于事后通过并实施的民法或刑法规则的有效性则持有反对的态度。在一切刑事案件中事后的立法都是无效的,在美国的所有宪法中这一原则也都得到体现,虽然在某些民事案件中仍然有追溯性的立法。希腊人承认法律必须是事实上的规则,它不能成为针对某一特定案件的法令,在理论上他们对此表达得很明白。问题在于,他们的理论虽然是正确的,但其做法却往往相反。可见法律的实施是有很大的弹性的。针对自由权已有无数的文章,但作者们所指的大抵都是国家的独立,公民得不到国家的保护,个人是无足轻重的诸如此类的话题。

一位希腊作家总结了自然与法律的区别——法律是达成一致的结果,而自然则是一种发展,且发展几乎可以肯定就是正确的。在这句话中,他显然是被表面现象迷惑了,如果法律是一种事物,那么它应该是自然发展。但希腊众多的法律规则使他迷惑不解,他说道:

法律规定了眼睛该看什么,不该看什么;规定了耳朵该听什么,不该听什么;嘴该说什么,不该说什么;手该做什么,不该做什么;脚该向哪里走,而不该向哪里走;也规定了头脑应该想什么,而不该想什么。

然后他接着说到人们对于法律的感觉:

若遵守这些规定的人都能得到法律的保护,而不遵守的人以及违犯法律者就会受到损失,那么遵守法律是有好处的。但事实是遵守法律的人并非能够受到法律公正的

保护。因为法律并未做到受伤害者不受到伤害,也未阻止侵略者的不实施侵略。它只不过是对于这些侵害行为延迟惩罚。

看来这位批评家所要寻找的是人人都能遵守的法律体系,而这种体系就像我们在本书开始时所看到的,是已经永远成为往事的人类存在的一个阶段。

普罗塔格拉斯勾勒出真理的一个方面,他运用神话解释了人们为什么拥有了法律:

最初人是无助的,他们受到野兽的威胁,经常面临着死亡的危协。普罗米修斯给他们带来了智慧并使他们学会如何抵御这种危险。后来,他们一起进入了城市,却不能和睦相处,他们之间开始产生争执。对此,宙斯派赫尔墨斯给人类带来耻辱意识和正义意识。

如果他对实际上的人类发展稍有常识的话,他就会说当绝大多数人发现自己的行为背离社会标准时都会产生耻辱,正义要求社会标准适用于一切人,而且这种社会标准只体现在原始法中。

自然而然地我们会谈到柏拉图。作为一个文学艺术家,他是如此伟大,以至于他可以用其近乎完美的文风来掩盖他在法律方面的知识欠缺。他生活在雅典民主正在走向衰亡的时代。出身贵族家庭的他,自然对周围所发生的事情感到厌倦。他认为人们没有能力管理自己,他渴望返璞归真。他形容自身的境遇是在墙后面躲避大风。对于他,是不可能参与公共事务的。他把那些希望能懂一点哲学的普通人比做娶了师傅的女儿,家境富裕了一些,便自以为很聪明的可怜的小补锅匠。他看到了

周围的混乱状态,便试图归自然,努力把看到的法律与自然界的正义联系起来。

基于这种想法,柏拉图试图为理想国建立一套法律体系。应狄奥之邀他去了塞拉求斯,此行后来给了他一点应得的教训。他的立法工作激怒了塞拉求斯暴君老狄奥尼修斯,将他卖为奴隶,几经周折后被赎回。狄奥尼修斯是怎样在希腊法律生效时把柏拉图卖给奴隶商的,这一点无从得知,人们知道的只是这样一个事实。后来柏拉图第二次去了塞拉求斯,这一次是去为小狄奥尼修斯立法,同时还由此创造了逃避生活的环境。

对主宰人类生活的实际环境柏拉图没有清醒的认识。他从未看到商业对人类命运的巨大影响。布尔沃在他的戏剧中这样说道:贸易是国家健康的潜在原因。贸易导致诚实、公平、互相理解、明智、稳健,对他人的宽容、和平共处、资本积累、分工、生活的舒适悠闲和高雅、学习的乐趣,以及习俗和行为的改善,正是这些构成了文明的绝大部分。柏拉图尝试要把社会拉回原始行为和制度下的小国寡民状态,在这种状态下没有钱的流通,只有奴隶们工作,公民们每天都沐浴在苏格拉底关于正义、道德和善良的讨论的阳光之下,统治者是一些哲学家。希腊人会用奥玛的话来回答:

在我年轻时常积极地参与学者和圣人的讨论,经常听到伟大的辩论,但我出来时所经过的门总是与进去时同样的那扇门。

柏拉图甚至不明白商业法是所有法律中最重要的一种,在他看来,商业和贸易是罪恶的,他的理想国被他置于远离海岸的地方,在那儿不可能发展贸易。没有道路也就无法开展陆上

贸易,虽然柏拉图认为一个大的城村可以修筑四通八达的道路网,但他并不清楚若果真如此就要付出代价,他不理解雅典制度下最底层存在的困难。他从不曾认识到那些奴隶的无偿劳力恰恰是前进障碍。在他眼里,奴隶制天然合理,他从来都不曾想过他的自然法如何解释这种状况。他也许会说,大多数人都只适合做奴隶,虽然他自己也曾被卖为奴,这一经历应该能够教会他对一些不应遭受的不幸有所容忍。

虽然存在着这些局限性,柏拉图仍然会说:

除非哲学家变成国王或国王变成哲学家,否则国家永远摆脱不了灾难。

当然,他所说的“哲学家”仅仅是那些柏拉图式的人们。这几乎与哥德到达罗马时感叹“在此我崇拜我自己的天才”一样。认为哲学家能够制定好法律的这一设想,对于柏拉图而言,确乎有几分可悲。在塞拉求斯的经历竟然没有使他领悟任何道理。好的法律需要经历无数次错误和失误,需要无数个世纪的艰苦努力才能形成,然而天真的哲学家或立法者却以为他能够在几小时之内就能建立完善的法律体系。洛可比柏拉图懂得更多,他也曾试着为美国的一个小殖民地创立一套法律体系,其结果证明那套法律只不过是切实际的谬论的大杂烩。此外还有一个立法者边沁自认为对全世界的法律全都了解,这太荒谬了。他编了一部宪法,并自信这部宪法适合埃及的卡代第夫和刚获得自由的南美共和国的那些印第安人、美国的一个州以及另外一些政治社会。有许多哲学家都像柏拉图一样,自以为上帝和大自然选定他们作为立法者,但他们全都错了。

柏拉图勇敢地表明他的信仰,他在《共和国篇》中粗略描述

他理想中的优等国，又在《法律篇》中阐述了他理想中的次等国。我们没有必要用多大篇幅介绍《共和国篇》。他的理想国对于他所知道的任何人种来说都是根本不可能的，柏拉图也不否认这一点。有人可以从《共和国篇》中得到多妻的主张，夫妻之间相敬如宾，以及所有的孩子都由国家抚养长大的主张，他迷恋于斯巴达时期道德的无拘无束。殊不知他在《共和国篇》中所阐述的哲学家统治阶层所管理的政府将会使每一天都成为杀害哲学家或卖其为奴的恐怖的日子。

《法律篇》阐述了他的二等国，他认为这是可以推广的退而求其次的务实的概念。此书成书于他的晚年时期，因而有一些老年人喋喋不休的痕迹。他很公平，没有把这种对话强加于苏格拉底。后来把柏拉图《法律篇》当作写作题目的人比读过这本书的人还多。这样说来，就像霍布斯认为他的那本《极权主义国家》也是关于法律的书。虽然不少语法学家、评论家和学者（这些人对法律没有什么实际的感觉，也没有可以对柏拉图的体系做出评价的经验），对《法律篇》留下了深刻印象，然而这本书确实没什么法律上的价值。

《法律篇》采用对话形式。在书中，一位健谈的雅典人向愚笨的斯巴达人和克里特人滔滔不绝地发表演讲。雅典人毫不掩饰对听他演讲的这两个人的轻视，他演讲时的态度就像学校老师在指导低年级的学生。斯巴达人和克里特人怀着绝对的敬意把他的话照单全收。柏拉图所谓的国家当然是指城邦，它由 5040 位家长组成，他说 5040 这一数字是奇妙的数字，因为它可以被从一到十的每个整数整除。如果每家有 5 位家庭成员，那么整个城邦人口就是 25200 人。一旦有人口过剩的倾向产

生,就要采取现在所谓节育手段来减少人口,或者将多余的人口送往殖民地。每一家都能得到经过平均分配的土地,家庭的总数一定不能减少,土地是不可分割的财产且永远不能有无主地存在。寡妇可以要求丈夫家中最近的族人与她结婚,这与希伯来的习俗相似,并体现在希伯来法律中,前面提到的罗思的故事就反映了这种法律和风俗。这一切规定都是对原始的雅利安人的野蛮习俗的照搬。雅典人早就把这一制度给遗忘了,而柏拉图却让理想国的国民重新捡起了它们,这些古老的制度早在梭伦立法的时候就被废除了。

在这种已过时的组织制度中柏拉图设立了法律监察人,一个似乎没有什么用处的雅典官员的职位。这些法律监察人由选举产生。柏拉图总是如此准确地选择了雅典体制中一切糟糕的东西。他如同一个习惯于指导人的小学老师,他天真地认为,如果法律告诉成年人应做什么,他们就肯定会去做,这就是哲学家容易犯的最大的错误。只有法律得到人们认可,并符合人们的常识的时候才会被人们遵守。那些被绝大多数人认为是错误的并拒绝遵守的法律永远不会成为现实中的法律,除非它得到人们普遍认可。最荒谬的莫过于一些详细的规则了,柏拉图也为欢宴中的交际定下了详细的规则。他坚持认为,法律应规定由一些经过挑选的具有某种资格的人来决定应该听什么样的音乐,应该使用什么样的曲调。他主张对诗人进行审查,因为他认为诗人是危险的阶层。他忘了在他年轻时就曾是一位诗人,也写过很多诗。他认为应该分别为孩子,青年男子,30岁至60岁的人谱写公众合唱曲。他们应高唱“最幸福的就是最神圣的”,这样有利于对他们灌输道德教义。

即便是福音派的祈祷会都会比这种欢宴更有活力。这些高唱“最幸福的就是最神圣的”的可怜的人们不得不唱、不得不强颜欢舞。除了特定场合，喝酒是被禁止的。而年轻人喝酒更是不被允许的。柏拉图自以为是地说，这样可以缩小葡萄园的规模。也许真的可以取得这样的效果，但要保障这种法律的家族恐怕得需要动用一个军的兵力。

他的人类发展理论认为，在历史上的大洪水带给世界一种状态，人们既不穷也不富，不知道什么是战争。他们比起后来的人们更有自制力，更正直。这些人没有法律的约束，他们住在石穴或山洞中，彼此没什么特殊的往来，每个男人都是评判妻子儿女的法官。柏拉图认为，家族是社会的原始单位。他告诉我们这些分散的家庭谁也不招惹谁。他说，随着时间的推移，所有这些家庭联合起来，遵照某种社会契约组建国家，我们可以假设这种社会契约像卢梭所谈到的社会契约一样。在近2000年的时间内，聪明的人类已接受了有关这种社会起源的说法。这种说法属于原始的黄金时代的梦想。

他宣布的第一条一般性原则是不懂如何辨别善恶的公民不可以在国家中享有权威。奇怪的是，在当时的雅典，这一原则成了被用以确定人是否理智的标准。因而他的这条原则被理解成不理智的人无权享有国家的权威。这一点好像十分正确。根据当时已然生效的雅典法律，应为分不清好坏的人指派一位监护人。雅典的法律当然要比柏拉图的概念更明确，因为法律规定要照顾不理智的人，而柏拉图对公民的评判目的仅仅是为了判断他是否能被选举担任公职。

接着柏拉图怀着一点敬意介绍了斯巴达，并且批评了波斯



人和雅典人，他的某些详细的规定是从斯巴达的做法中借鉴的。随后他述说了对商业和海上力量的偏颇看法，他在这方面的观点在前面已提到过。他说他的国家摆脱了船运、商业、游商、旅店业、海关、采矿业、贷款和高利贷，他的法律只是为农民、牧羊人和养蜂人的社会制定法律。他制定了哲学家式的婚姻法，他对简单的离婚没有异议，男人一定要结婚，否则每年要交罚款，他将独身归入应该课以重税的奢侈品的行列。

他的另一条原则是，多数的法律应该加上极具说服力的前言，以此使人们相信它们是好法律。他说，说服力比武力更有效，如同学校老师放下了惩罚用的荆条，而学生会更乐意服从一样。这倒是明智之言。在他的国家中没有人会发财，因为禁止人们自由从事所有能够获利的职业。奴隶制在他的理想国中似乎是自然的，奴隶天生是从事体力劳动的。他的城邦中没有金银，因为钱会带来太多的丑恶。

在柏拉图的法律中，有众多关于家庭财产不可分割和如何开垦土地的规定，事实上他可能从未开垦过一个农场。他还提出了大选的具体程序：首先选出得票最多的300人，然后通过第二次选举从300人中选出得票最多的100人，再从100人中选出得票最多的37人。经过这种程序，当选者最后成为法律的捍卫者（州官和法官），37是另一个神奇数字。这种通过选举产生法官的做法是政府中最为现代，也最为糟糕透顶的制度。这些人根据财产多少把公民分成梭伦式的四个等级，并对其财产进行登记。任何人财产如果有增多，就要没收多余的部分，如果他虚报收入，他将失去在公共财产中的份额以及货币分配的份额。在这一点上柏拉图讲得似乎有点离题了，因为在他的理想

国中不存在货币。军队将领也是通过选举产生的,公民都有义务服兵役。祭司也由选举产生。

他规定法官应少而精,案件应首先在社区法庭审理。对审理结果还可以提出上诉,若实属必要可向更高一级法庭提出第二次上诉,而这次上诉的裁决就是最终可以生效的裁决。可以针对法官的故意错判而起诉法官,这一条是《法律篇》中所有建议中最恶毒的。这似乎意味着如果诉讼当事人输了官司,他可以因此起诉法官。法律的捍卫者将会对法官进行审判,如果法官被判有罪,他将付二分之一的赔偿金,只要法律监察人不再对他课以更高的惩罚金,这是通例。为防法官逃离,国家境需要严格监守边境。

他还为婚姻的形式和典礼制订了规定,还顺便发表了一些针对女性的十分刻薄的言论。随后他谈到了孩子,国家要设立教育孩子的规则,甚至规定他们应玩什么样的游戏,这些游戏不得改变,因为随意改变游戏会促使孩子们长大以后试图改变法律。女孩也应该勤奋练习武艺。宗教、寺院、土地的耕种、农作物的耕作划分等都有详细的规定。另外,他还对外侨和奴隶作了规定。

抢劫寺院被柏拉图当作最严重的罪行,惩罚方式是课以罚款、监禁或是死刑;严重程度仅次于抢劫寺院的罪行是叛国罪,再次是偷窃。接下来他对如何对受害人做出赔偿以及如何改造伤害他人者做出论述。甚至连法律诉讼都具有教育意义。疯子也要对自己的民事侵权行为负责并足额偿付赔偿金,显然他忘了制定对疯子的改造措施。在这里没有必要讨论他对于杀人罪的处置,柏拉图的这一方面法律其实就是雅典法的翻

版。也就是应由与受害者关系最近的亲属对害人者进行追究。不过柏拉图还作了一点补充,如果死者的亲属不实施追究,他就应被判处5年流放。

柏拉图对致人死亡的动物或无生命物体的审判主张采用古老的原始手段来处理。动物将被处死,无生命物体要被带往国境并被扔到邻国。这种禁忌也是从原始人那里继承来的,原始人认为无生命的物体会污染土地。

杀死私闯民宅的小偷是正当的,但是对于拦路抢劫的强盗,只有在自卫的情况下杀死他们才算是正当的。然而,柏拉图疏忽了,什么样的行为才算是抵御拦路强盗的自卫行为呢!侵犯妇女或男孩者可以由受害者的任何一位男性亲属杀死,为了保卫未做任何错事的父亲、母亲、孩子或兄弟而杀人是正当的。另外,还有许多别的规定,而且,其中有很多显然都是从希腊法律中照搬而来。

柏拉图不喜欢律师,这与许多哲学家一样。很显然,诡辩派一直在声称希腊需要某种律师,或至少需要辩护者。对于律师,柏拉图下了这样的论断:

人类生活中的许多高贵的东西都附有毒害它并使之腐败的毒素。没有人不想坚持正义,是正义之举使一切人类事务变得文明。如果正义是高贵的,那么我们就不能否认辩护也是高贵的。但一种披着正义的外衣的恶劣技艺,会使正义高贵的名声蒙受损害。拥有此类技艺的人却声称他们擅长处理法律诉讼,可以通过辩护或帮助他人辩护来赢得胜利,而不管他所处理的案件是正义的还是非正义的。他们还把这种技艺本身以及使用的辩护辞作为一种

礼品,无论是谁只要出钱就能买得到。无论它是否真是一种技艺或者仅仅是出于习惯和实践的毫无技巧可言的把戏,都永远不能在我们的国家出现。对这种人可以提出诉讼并进行惩罚。

柏拉图认为一切辩护都是不需要宣誓的,因为法律诉讼是经常发生的事,这样一来就把至少一半公民都看成是提供伪证者了。很明显,他对希腊是否能成为人人讲真话的民族是不抱什么希望的。他认为在审判中不应允许有任何引发同情的权宜之计,只能说应该说的话,而且必须紧紧围绕所讨论的主题以合适的语言来陈述。值得一提的是,实际上在当时的雅典法庭上为引发同情所做的表演与我们当代的审判不相上下。

柏拉图还定下了这样一条奇怪的法规:40岁以下的人不准出国,除非是在驻外使馆任职。柏拉图也许是出于这样的想法:旅行会带来腐败,只有达到40岁时人们才会有更好的自我约束力。柏拉图还认为,只有70岁以上的人才能担当公职。

《法律篇》在诸多段落中描述了国家有责任培养公民美德。他为信仰神而写了一段很长的辩护文字。但任何对柏拉图著作有深入了解的人可以看出,柏拉图显然不信仰粗俗者的神。他真正相信的神只有一个,即宇宙的道德统治者。奥林匹斯山上的神由于情感太丰富,恶行太多,柏拉图对他们没有丝毫信仰。

他理想中的次等国及其法律是无法实现的。对于在这个地球上的任何种族来说,这样的机制是永远无法实现的。他的态度基本上就像学校老师在教导年幼的孩子,而成人永远不可能被这种方式统治。未来的更进步的人们不会接受他的那种

关于对与错的主张,这一点他好像就从不曾想到。他也想像不到道德的相对概念会随着世界变化而变化,随着世界的改善而改善。但他对于固定的一成不变的法律原则体系的观点却长期统治着法律的思想。这是与神授解释同时诞生的,并非他自己的观点。希腊思想家的法律观点很多,但这些观点往往缺乏实践检验。然而正是实际的法律促成了他们这各种各样的法律观点。希腊人实现法治的障碍体现在他们执法方面的无能。

然而,直到现在,雅典人创立了私有财产的法律这一事实都是无可争议的。除了雅典和科林斯这两大商业中心外,希腊几乎所有其他地方依然保留着原始社会时期的财产概念。在原始社会的家庭群体或家族中,所有事情包括每天的工作都被认为是应该大家共同去做的,包括土地、牧群的所有财产都是共同财产。但随着以钱为交换手段的工商业的兴起,动产的数量大为增加,个人拥有财产对于交易而言成了必要的前提。在快节奏的商业活动中,交易行为不可能在群体与群体之间进行。在雅典,大规模兴起的商业实际上使一切财产都变成了动产。雅典人慢慢发现土地本身必须作为可以交易的物品,不能出售、不能交易的土地就不具有有交换价值,就像今天不能够转让的不动产不具有交换价值道理相同。在商业社会条件下群体拥有权很快让位于适合商业运作的所有权。我们看到,出于同样的影响使罗马的土地变成了家长拥有的私产。在封建时期,所有权的种种局限性使土地被排除在商业之外。在英格兰动产可以自由转让之后很久,土地才开始自由转让。正如几个世纪以来动产的随意转让那样,土地的随意转让也变得容易了,私有财产也就被列入法定规则。

从上个世纪开始,哲学家们一直在努力寻找可以解释私有财产并为其辩护的理论。财产一般暗含着排斥他人占有的权力。有时财产的一部分也包括契约权,这就是宝贵的财产权。对财产的解释五花八门,本书也解释了私有财产是如何形成的。这是一种自然发展的、无需辩护的理由,其他所有的无论是形而上学的,还是真实存在的理由,最终都可归结为同一种说法,真正的理由是极其简单的。私人拥有的不动产和个人财产存在的原因是,如果它们不被人所拥有,就无法在普通的贸易过程中被买卖和转让。如果让世界返回柏拉图式的小城村状态,那时家族财产是不可分割的,每一个家庭都是自给自足的,城里没有贸易和财产交换,家家都有耕种土地和生产家庭必需品的强制下无偿劳动力,那么个人的私有财产也就无需界定。然而这种社会组织是永远无法实现的梦想。另外,法律的历史以及世界的历史告诉我们:私有财产的体制是随着人类思维的发展,以及人类体制的发展而产生的。最愚蠢的说法莫过于认为法律创造了私有财产,事实正好相反,私有财产的存在促使了相应法律的产生。如果法律不允许以私有财产为基础的人类生活中的交易,法律就不会得到人们的遵守。因此,为私有财产体制寻找理由与为人类大脑的构造寻找理由的道理一样。

## 第7章 古罗马的法庭与律师

罗马这个民族具有一种独特的法律天赋,尽管如此,这种天赋得到充分发展还是经历了漫长的岁月,经过了近一千年时间,罗马才获得法律经验这笔财富。

程序完备的罗马法庭以及由法学家和辩护者组成的律师阶层是罗马法律机器的两架发动机。在专业阶层的协助和监督之下,程序完备的法庭对法律争议的裁决促进了法律的进步。

现在我们的法律的一般理论、法律的分类和实施方式都应归功于罗马。如果没有罗马法理学家几个世纪以来持之以恒的潜心于罗马法形成的一般原理和特殊规则的研究,那么我们今天的法律体系会是什么模样,是难以想像的。野蛮人推翻西罗马帝国之后,那些征服者什么模样,是难以想像的。实施罗马法也不懂其实施的条件,文明之光从此暗淡下来,直到罗马法的复兴之后才缓慢地消除了对法律的野蛮实施。作为成文法的罗马法重新回到欧洲,为意大利、法国、西班牙和德国奠定了习惯法的基础。罗马的古老神庙和公共建筑成为后来的建筑的材料储藏室,如此类似罗马法律也成为当代世界法律推理和法律原则的不枯竭的宝库。现代欧洲法,其实质以及推理方法都是利用罗马材料建造而成的。

罗马这个民族具有一种独特的法律天赋,尽管如此,这种天赋得到充分发展还是经历了漫长的岁月,经过了近一千年时

间,罗马才获得法律经验这笔财富。就是这样的经验孕育了像盖尤斯、蓬波尼厄斯、思卡沃拉、帕皮尼安、保罗、乌尔比安以及蒙代斯蒂这样的法理学家。当代国际法专家韦伯斯特曾说过:

为司法神殿的建造付出各种有益的努力任何一个人,或者清理基座,加固支柱,装饰楣构,或为庄严的穹顶添砖加瓦,那么他的名字和荣誉就与和人类历史的框架一样持久的神殿紧密联系起来。

为罗马法理学奉献生命的那些人物会永载史册。现代的罗马人在他们的司法宫殿里为这些人竖立了塑像,用恰当的艺术形式来纪念这些民法发展史中的重要人物。当中的三个巨人,帕皮尼安、保罗和乌尔比安在现为约克城的埃伯拉坎主持法庭的时候,英国还只是罗马的一个快乐繁荣的行省呢。

法律的风云变幻在那个法庭那儿得到了生动的展现,那个法庭在约克城开始执法之后不久,野蛮的撒克逊人和丹麦海盗的粗鲁习俗就将这个罗马行省的周密的法理取代了700年。在12世纪,当亨利二世的诺曼底律师们在英国开始建立文明法的构架时,他们却不知道,世界上伟大的法学家在他们之前很久就已在伦敦对穿花呢衣服的人们实施法律了。

在我们会研究罗马人对法理发展所做贡献的基本因素时,我们发现了法律规则,还对法律规则进行改进,使法律推理的气氛更加浓厚。正因如此,文明的法理才得以扩展,并使其规则与越来越复杂的社会生活所产生的复杂的关系和责任相适应。如果罗马没能产生获得统治地位并成为世界的中心,罗马的法律是不可能得到发展的。

从法律的历史中我们可以看到,祭司掌握法律的知识,无



论是凯尔特人、巴比伦人和希伯来人都是如此。希腊人从祭司束缚的局面解脱了出来，然而他们的政治结构依然存在着许多弊端，他们没有一个能保证法治的称职法庭；没有一批能对法律的原则及其特点作出一般性区分的法理学家；更没有一批能在法庭里代表他们的顾客对实际的争议正确地运用法律进行辩护的辩护者或开业律师，职业律师阶层的出现还面临着希腊不合理的法庭结构以及充满敌意的民众和哲学家们这两大障碍。

法律的历史表明，没有职业律师阶层就不会有法治。祭司执法存在着这么一个弊端，那就是，祭司们永远将宗教利益摆在第一位，其次才是法律。而对于律师来说，法律是第一位的，法律的利益是至高无上的。祭司们靠宗教生活，而律师靠法律生活。每种职业都有其独有的思想特征，但有时一个人却会在两种行业中都显露才华，就像《加尔文法理概要》的作者很明显是接受过法律培训的。我们将会看到，英国法律的起源归功于祭司。

在研究罗马法律的发展时，我们可以很容易地在其从业阶层中找到罗马法律如此完善的奥秘之所在。但是这一阶层需要一个合适的法庭才能大显身手，这样的法庭最终在务实的罗马天才们的手中得以建立。古老的罗马法成为中世纪和现代书籍中反复出现的主题，法理学家、传统学者、评论家和训诂家对此都有过论述。罗马法的内容被逐字逐句进行了最精确的分析。精通法律的现代律师对法律规则在各式场合和变化中的实施了如指掌，因而对那种不能反映罗马法律的实际精神之所在的学究式的评论是十分厌倦的。罗马法体现了有益的、普

遍的体系。阅读这些著作的律师希望从中看到罗马法中所体现的有益的、普遍的体系的实际运作,他们永远也不会对为罗马法进行写作的作家们使用的大量技术词汇感兴趣。普通读者则永远也不会对其概要产生阅读的兴趣,除非是碰巧读了吉本在《衰落》中的著名章节。并不是律师的吉本,能写出这样的著作是非常了不起的,但书中有些章节常常会引导人误入歧途。对学者来说书中阐述了对拥有的学说、合同的理论、所有权的奥秘、真正契约的含义、契约条款或文字契约等内容的独创性推理,是很有吸引力的,可惜律师所希望看到的只是法律操作对人类生活产生的某种影响。

德国作家艾赫林描述了一幅大胆想像出的图景:有一次他在思考罗马法律的问题时,雪茄烟雾中出现了法理学家盖尤斯的灵魂。艾赫林说,盖尤斯从“无限混沌中”现身的,奇怪的是,他并未对德国雪茄的恶臭产生反感。在艾赫林的描述中,他是“一个奇怪的人,身材高大,但形容枯槁,有点罗圈腿,额上生有雀斑,像个校长”。这种幻觉当然是不真实的。盖尤斯当然不会是艾赫林所描述的那种吃不饱的教书匠形象,虽然他可能是个叙利亚或希腊人。但在博学的德国学者眼中,这次神交中所见到的法理学家就是这种形象的“怪人”。他所见到的并非是盖尤斯的灵魂。他见到的应该是不生雀斑的学究,是高大、挺拔、表情冷峻的法学泰斗。

人们常常对罗马辩护者们的绝大部分的法律演说词产生误解。英国法律的历史表明,辩护者在法庭里的工作在很大程度上决定了法律的价值。然而令我们感到厌倦的是许多很著名的传统学者们在评论像西赛罗等人的演说词时总是用枯燥

的阐述方式,其中尤以毛姆森对西赛罗的吹毛求疵令人生厌。这些人总是抱怨演说词中见解重复、形容词重叠、文风浮华,但他们却一直未能抓住其中跃动的生命、重复之中的重点、雄辩的口才中震撼人心的力量。这些人是无法理解演说词的整体效果、含义和力量的,对法庭雄辩术他们一窍不通。

在罗马共和国时期,对一桩重要案件的审判引起了一场法律界巨人之间的较量。罗马律师界的领袖霍腾修斯是维利斯的辩护律师,而在审判一开始,西赛罗就使维利斯被判终身监禁,由此就一场激烈的法律戏剧开场了。在安东尼奥的罗马帝国时期,小普利尼为我们叙述了诸如审讯沃伦·哈斯汀那样生动的图景。由于践踏了非洲臣民的权利,这位非洲统治者被元老院提起公诉。元老院的大会由特拉真皇帝主持,而公诉人则由普利尼和他的知交历史学家塔西达斯担任。普利尼持续讲了5个小时,以至于连皇帝都担心普利尼虚弱的身体会支持不住。在普利尼的开场讲演之后,被告的辩护者施展浑身解数进行了巧妙机敏的辩护。公诉过程以塔西达斯的回答宣告结束,他的回答“体现了最雄辩的口才和尊严,这是他所有演讲的共同特点”。

这一幕发生在罗马法律即将到达巅峰的时期。罗马法律的全而发展历时1000年,从公元前753年罗马建城开始至公元250年。而后进入罗马法编纂时斯(公元537年之前开始),直到《查士丁尼法典》编纂完毕。无数关于罗马法律的书籍被抛弃、被遗失和忘却了。几个世纪以来,注解家和评论家的工作几无成效,直到其中一些被遗失的论文被像居加士这样的巨匠重新汇编起来。

在村落聚集的地方逐渐形成了罗马法律。公元前 750 年，意大利境内一些小的雅利安部落出于互相保护的目的一起，在阿尔巴·隆加形成了宗教中心，在今天罗马集市的位置则形成了贸易中心。在山丘周围发展起了城市。最后，大半个世界都处于古罗马帝国的统治之下了。这些部落具有通常的雅利安原始组织——父系氏族部落，只循父系一支追溯亲属关系。土地在每个家庭中通常是不可分割的财产，已不再属于部落财产了。父亲作为家庭中的统治者，掌握着全家成员的生杀予夺的大权。希腊人和希伯来人也实行这种原始的制度。这些家庭组成更大的宗族，宗族联合组成更大的大宗族也就是氏族，它们都拥有共同的祖先，氏族中每位男性成员名字中就有代表着共同的祖先的字。

看一看罗马贵族的字，比如帕布留斯·科内留斯·斯西皮奥和路修斯·科内留斯·苏拉这两位伟大指挥家，以及帕布留斯·科内留斯·兰塔拉斯这位阴谋家，就会发现他们都有共同的祖先科内留斯，其氏族就是科内列氏族。这一氏族至少有三个分支，一支为斯西皮奥部族，另一支为苏来部族，第三支为兰塔利部族。三个人都是一家之长，在家庭中都执掌着父系氏族家长的某些权力。罗马人对祖先崇拜之极，他们把祖先的肖像供在客厅里，他们会在盛大的场合举着祖先的肖像游行。这些祖先天天受人们的供奉，他们是家庭的守护神。在罗马鼎盛时期，罗马贵族之所以资助雕塑家的艺术，主要是因为他们可以每天对着雕塑的肖像和胸像膜拜其祖先。

这些部族组合成部落，部族首领组成部落的统治集团。被称为元老院的统治集团中的贵族指的就是这些人。在早期的

元老院成员被要求生来就应该是贵族,后来由于他或他父亲是元老院成员的缘故,他本人也就成为贵族。每个部族的属民都称为平民。平民可能是被征服民族的后代。他们和其他自由民组成平民团,即罗马的普通民众。贵族和平民团共同成为社会组织的标志。古罗马军团的旗标就印有 S. P. Q. R(罗马人民元老院的缩写字母)。这种缩写在今天的罗马仍被使用。现代罗马的街头建筑常用它们做装饰,以时时提醒市政工程注意,这种现象实在令人吃惊。

最初,贵族掌握着城邦所有的政府职能、祭司职位以及一切权力。是通过部落选举来产生国王来统治各个部落,但后来,伊特拉斯坎人的统治者征服了这些拉丁部落并长期作为世袭国对这些部落进行统治,伊特拉斯坎人的统治。随着最后一个达昆人被驱赶出去而宣告结束。经选举产生的两名执政官成为拥有国王的一切权力国家元首,但两个人对彼此的决定有否决权。这种两人负责的行政结构借鉴了斯巴达的做法。从由贵族组成的统治阶层中产生执政官人选,除非由执政官提出的法案或法律外,元老院不能通过立法。罗马也举行雅利安部落式的原始集会,这就是被称为集会或大会的机制。

罗马人有某些特点:性格保守、意志坚忍、崇尚尊严、极其爱国,可以随时为共同利益做出牺牲。他们这种自然的社会天赋在盎格鲁—诺曼底人中表现得更为明显,这种禀赋容易使得一个阶层与另一个阶层达成谅解。他们具有一种天然的本能,能够患难与共。这一民族的正义感极强,并且害怕专权,这样的心态使政府各部门的关系是一种相互制约的关系,任何部门都不能为所欲为。罗马部落中融入了周围的一些部落。当阿

弗尤斯·克劳地亚(其古名为阿塔斯·克劳索斯)率领他们的家族加入罗马城时,这个家族连同其属民人数达到5000人。这些克劳地人,尤其是其中一个被称为尼禄思的部族成为贵族。这些贵族有自己的平民阶层,后来成为贵族的马西利家族最初就是平民。第一位皇帝奥古斯都出生于平民家庭,然而因为他祖母是盖尤斯·儒略·凯撒的姐姐,而且他的叔祖父被凯撒领养,于是他也就顺理成章地加入了朱利安氏族,这是地位最高的贵族氏族。

早期的罗马法律发展史既是氏族被家族取代的历史,又是平民团争取政治权力的斗争史。起初平民参政必须从低级会计官和执政官做起,后来他们获得了担任执政官的资格。经过长期斗争,平民得到这样一种权力:未经民众大会的投票表决就不能处死公民,除非是独裁权力取消这种限制。平民团依法选出自己的护民官。护民官不但可以对元老院的行动行使否决权,同时每位护民官对另一位护民官的决定也有否决权。罗马人信奉宗教占卜,由占卜官或占卜者宣布吉利的或不吉利的预言,虽然有知识的罗马人并不相信这种迷信,但它却能阻止政治行动,这也是一种制衡。公民大会就相当于立法机构,元老院可以向公民大众提出某项立法。公众议事大会各种形式之间的差别在这里并不重要。古罗马有元老院法令、由平民表决通过的平民决议及议事大会定期通过的法律。通过这几种形式都可以产生法律,此外,还可以通过其他方式产生法律。

在人们会读、会写之前法律只有口口相传的形式,只有贵族才掌握法律知识,口传律法是法律在最初的最主要的流传方式。就像雅典的情况一样,罗马的平民一学会认字就要求看到

成文法律,以便大家都能了解法律的内容。他们要求法律具有确定性,并且必须面向大众。于是,十大执政官颁布了“十二铜表法”,汇集了所有的法律并刻在木片或黄铜片上,陈列于罗马集市供人们浏览阅读。据利维讲,罗马人曾派遣一些专员去希腊取经,从而借鉴有关法律的经验以供罗马参考。不管这是不是事实,在罗马人和希腊人产生政治冲突以前,罗马人的确是通过意大利南部的希腊人对希腊法律进行了充分的了解。由于两者法律之间极其相似,有理由让人相信,这决非偶然的巧合。最初是希腊人要求看到成文法,这不足为奇,所有社会动物都有模仿能力。希伯来人的显著特征是,在由恪守部落习俗的野蛮人变成越来越聪明文明人以后就逐渐有了模仿他人的趋势,这也成了他们的一大弱点,并为犹太人带来了无数灾难,这一点在他们的文字上有记载。在野蛮人当中传播开来的磨光石器、陶器、青铜器以及铁的使用上也体现出这种模仿特点。在机构的设立和法律的发展过程中,也明显地存在着这一特点。以至于于一位专门以法律问题为写作对家的作家发现法律的改进全都来自于模仿。但是那个最初的被模仿的民族的灵感又是来自哪里呢?进步和发展肯定要有最初的起点。这与杠杆和支点可以创造奇迹,但支点必须依赖基座道理一样。无论事实如何,在罗马人为获取意大利领导者的地位而努力斗争的同时,他们的原始法律也得到了改进。

高卢人或凯尔特人移民到了罗马,就这一点而言,罗马是幸运的。他们摧毁了伊特拉斯坎国,凯尔特人渗透到整个意大利的北部,以至于意大利北部也被称为阿尔卑斯山这一侧的高卢。这是个可爱的地方,诗人拜伦甚至曾对它的废墟歌唱。

“它的纯洁魅力丝毫不减”。希腊人将这片地称之为“金苹果园、金色意大利”。罗马最伟大的雄辩家西塞罗生于阿皮尼,这个至今仍像鹰巢一样悬挂在紫色的亚平宁山脊的地方。在流亡归来后的演讲中西塞罗这样歌颂故土:“我们的祖国,永恒的上帝,我的歌声难以表达我的爱和欢愉。我们的意大利多可爱,她的城市闻名于世,她的风光无限,景色美丽,她的土地肥沃,收成喜人;这个城市的文明何其伟大,这一联邦多么高贵、多么庄严、多么崇高啊!”

在获得意大利之后,罗马人被迫与迦太基争夺地中海西部。他们经过多年战争赢得了最终的胜利,不但打败了迦太基人,而且争夺了西班牙、西西里和北非。保守的元老院本想就此休战,谁想后来马其顿又与罗马发生争端,结果马其顿及希腊又成为罗马的一个行省。罗马在小亚细亚米斯里底特人和叙利亚亚历山大的塞琉古族的后代的攻击下,被迫攻入小亚细亚和叙利亚。后来凯撒征服了高卢,兼并了埃及。最后,罗马帝国终于形成了。

与此同时,罗马已成为世界的首都。海路已不再是商业往来惟一的交通纽带,整个帝国由罗马人的密集公路网紧紧联系起来。我们似乎可以看到这样一幅景象,旅行安全而方便,大量的商业活动通过已肃清海盗的海路和秩序井然、修缮及时的大路热闹地进行着。不仅在意大利,而且远在西班牙、高卢的大河甚至多瑙河上都架起大桥(有些桥至今依然存在)。由于元老院成员被禁止从商,因此出现了骑士阶层的大资本家。商业伙伴关系极为普遍,公司很多,所有关于商业及其投机行为的法律文件那时都已经具备了。众多陆路和海路承运人出现



了,以货易货时代早已过去,货币成为交易的中介,很多银行家和货币兑换者活跃在罗马集市上。土地已成为私有财产,地主拥有完全土地的出让权,正像希腊人的做法一样,财产遗嘱的订立已存在极大的自由空间。

就财产的所有权而言,罗马帝国大量增加的商业活动,产生了含义与今天完全相同的私有财产及其可分离性。

回头看看由罗马统治者所统治的处于罗马影响下的整个文明世界,我们才能更好地理解罗马法律是怎样成为世界性法律体系的。英国和法国是罗马的富裕行省;西班牙的繁荣是其前所未有的;德国南部和奥地利地区就像今天一样富裕;现属南斯拉夫的伊利里亚省为古罗马军团征募新兵;巴尔干国家是罗马的一个大行省;希腊、马其顿和色雷斯也享受到了从未享有过的繁荣的物质生活;小亚细亚和叙利亚遍布着富裕的城市;埃及一直到尼罗河瀑布这都是世界的谷仓;北非和地中海沿岸的城市极度繁荣和辉煌,虽然现在这些城市的废墟早已被沙土掩埋或被荒草所覆盖。

在这一片广阔的领土上,无处不体现着罗马时期的繁荣与和平。想像一下这样一片土地:安宁、祥和,200年间从未发生过战争,更未受到任何战争的破坏。罗马帝国的边境由罗马军团守卫着。在帝国边境上与野蛮人发生战争时罗马人的感觉同我们对与印地安人发生边界战争的感觉一样。意大利安详地享受着帝国的宁静和稳定。人们很少去想尼禄或图密善统治下个别的迫害事件,就像我们很少去想对那些阔人的迫害一样。罗马法律就是在这一由多种不同民族组成的世界中建立起来的,它的目的就是要成为对于整个罗马世界都适用的一般

性法律。

程序完备的罗马法庭以及由法学家和辩护者组成的律师阶层是罗马法律机器的两架发动机。在专业阶层的协助和监督之下,程序完备的法庭对法律争议的裁决促进了法律的进步。对这种进步进行一般性的描述并不困难。一个称职的律师在现在所知的任何法律部门的法律争议都可以通过罗马法理学的原则或特定规则而找到法律上的解决办法。如果不出现特殊情况,这种解决办法与我们现在的法庭提供的解决办法没有任何不同,我们的诉讼程序中的主要因素可以直接追溯到市民法,我们称罗马法为市民法是为了与我们的习惯法区分开来。现在我们就来描述一下这一高度文明的法律的进步。

法律在平民团的要求下出现了书面形式,也就是“十二铜表法”。当然,除“十二铜表法”外还有大量的习惯法存在。在国王统治时期,国王是最高祭司、军队将领和法官。这一时期结束之后,执政官被赋予了这些权力,为了使执政官不为司法工作分心,于是通过选举产生了行政司法官。希腊人通过习惯和敕令创造法律,然而罗马人的行政司法官不仅拥有独特的法律决定权,而且拥有根据先前的敕令宣布他实施裁决的原则及采取的形式权力。通过这种形式,行政司法官用抗辩的新方法将旧的原始规则取代了。宣布过的规则对行政司法官也有约束力,后来无数执政官采用并补充了这些规则,便逐渐形成了一套法律。它体现了准许或拒绝伸冤的原则、诉讼的方法以及所使用的必要的法律术语。后来把这一套法律称为敕令,它取代了习惯法和不成文法。其特点与我们的法庭规则相同,但范围却更广泛。

不过,适用于罗马公民的法律对外国人却不适用,因而就有必要由一位处理外国人事务的外事司法官来负责裁决外国人之间或外国人与罗马公民之间的争议。

在罗马,对习惯法的解释并对法律做出公开协商这一切工作最初都由祭司承担。这些祭司是贵族,属于受祭司团头领控制的阶层,祭司团头领就是后来的教皇的前身。但在“十二铜表法”和敕令使法律公开化和世俗化之后,那些不是祭司的贵族致力于法律研究,祭司的位置被法律界知识渊博的人取代,这些人开始对法律进行协商、建立法律形式,并指导法律惯用语及其程序。最初,这一法律职业被贵族垄断,后来随着成文法出现,法律顾问这一职业阶层也出现了。因为在罗马还存在另一种特殊情形,因此几乎所有的贵族都认为自己负有研究法律的责任。

我们已经知道,罗马的每一个部落都有依附于它的平民阶层。对于这些从属于他的平民,部落长官负有不可推卸的责任,代表他们并做他们的保护人。当各个家族取代破裂的部落时,一家之长也有自己属下的平民。在政治生活相当活跃的城市,自然而然地,每个出身高贵、有地位、有身分的人都为自己收罗了一些受其保护的平民。处境不同的人都成为被保护人卵翼之下。寻求有势力朋友的人、有某种企图或野心的人、期望在选举中有靠山的人或一些纯粹的食客都依附于保护人。有时像阿基亚斯这样的外国人或从属城市也在寻求保护人。最有势力的保护人就是那些出名的雄辩家。像西赛罗这样的人就常被密友、陪伴者以及那些仅仅为他公开露面做出安排的人簇拥着。因此产生了雄辩者阶层,他们为每位朋友和被保护

的平民提供无偿服务。保护人的服务是得不到其他补偿的,当时的法律规定禁止这种服务收取报酬。后来,辩护者不收取费用的法律规定渐渐失效了,玩世不恭者称这一过程为世界上最自然的事。

理论上讲,罗马的辩护者是有地位、有财产的阶层,他们为其朋友和被保护人在法律诉讼中做辩护,无偿地贡献自己的才智。除军队外,辩护者这一职业是通向荣誉和高官的最佳途径,一直到帝国时代还依然保持着这种无偿辩护的传统。普利尼曾讲过一个故事,一位辩护者受雇于威尼斯市作辩护人,为该市在保留公共市场权力的法律诉讼中做辩护。

这位律师露了一次面,为此他接受了250美元报酬,他还为第二次出场接受了175美元。但听证的那天他并未露面,因此元老院传讯他,他以一位有势力的元老院成员劝说他不参加那天的听证会为由而请求宽大。元老院宽恕他了,可是护民官否决了元老院的宽恕。普利尼说这是一场给人深刻的抗辩。他说辩护者收钱,有时甚至背叛他们的客户,使这一职业蒙受耻辱并使这一职业变得可以收买。护民官辩称,过去,回报他们的是荣誉,而现在他们却接受大笔的年薪。然后护民官宣读了反对辩护者收取费用的法律。

整个城市都被元老院中的抗辩惊动了。法官们开始执行法律。刑事法官宣布他的法庭中的各方都应宣誓未付给或答应付给辩护人费用。在案件审理结束之后,可以允许一方付给辩护人一笔赏金,金额不超过400美元。很多律师都对这些过时的法律不满。在现在的法国,律师不能为费用问题提起诉讼;在英国,律师也不能这么做。这就是传统的罗马法律的

影响。

最初,法理学家只被允许提供意见和建议。他们成为特许律师并担任公职已是在奥古斯都统治时期的事了。正如西赛罗所说,他们从事的是有益的、致力于平等的艺术。行政司法只相信法理学家所解释的法律。罗马法律的绝大部分都是习惯法,没有成文法,所以法理学家完全可以自由地制定法律,使它适应罗马越来越广泛的社会生活。可惜西赛罗的《关于法律》未能保存下来。如果我们能看到西赛罗对他那个时代罗马法庭的描述,我们就能了解在旧有的原始的法庭形式消失之前,罗马法律是如何进入第一个大发展时期的了。

前面已经讲过,罗马当时有为公民裁定案件的行政司法官,后来又出现了负责处理外国人事务的外事司法官。罗马法律对外国人是不适用的。它的程序僵化、拘泥形式,因此完全不适用于涉及外国人之中的案件。因此,外事司法官试图寻找能够适用于外国人的法律规则,终于在法理学家的帮助下找到了罗马统治下的绝大多数国家都能接受的法规。外事司法官的行动影响了罗马的行政司法官,人们普遍认为罗马法律的拘谨而刻板的规则必须重新修改,以适应文明人对正确和正义的观念。罗马行政司法官是务实而不形而上学的,就像现代的英国律师那样。作为法律精通者的行政司法官和法理学家都认识到,他们必须努力使法律最大限度地与越来越文明的各阶层人士关于正确与正义的概念相吻合。

诚如上一章所言,人类的正义要求同样的规则适用于处境相似的所有人。正义并非只是关于实际规则的对错。而是由公众一般概念中的正确所决定的。希腊人一直把正义与正确

混为一谈,这应归罪于法律中的形而上学。如果根据一项规则的裁决能够适用于所有案件,一般而言人们大都会感到满意。罗马的经验表明,法律规则要对普遍传播的正确概念做出回应,法规尤其要符合普遍接受的公共效用概念。就像霍拉斯在《赛泰尔篇》中所说,效用几乎可以称之为法律和平等之母,而法律是因对不公正的恐惧而设立的。

因此,法理学家努力寻找能形成一般性法规的根本原则并且同时使一般性法规符合正确的概念。然后把这些一般性的法规运用于个别案件,并进行仔细推敲,以便能通过这种类推法使一般法律规则适用于单独的案件,最后以效用和社会便利为理由推广这项规则。今天的法官所使用的正是这种方法,即从公开裁决中使用的既定规则的类推。罗马的这种方法第一次为世界引入了所谓的法律气质这一说法,即根据一般性法规解决个别案件,而这种一般性法规不但满足正义的要求而且同时与正确道德概念相符。这种解决办法被称为“雅致的办法”,在第一本英格兰法律书《格兰维》中,在谈到亨利二世统治下所设立的一项法规时,就曾出现了这个词,书中说这项法规被“雅致”地纳入了法律当中。

法理学家的这些解决办法被人们汇集出版,而变成对单独案件的答案、裁决、法规。它们被按不同的标题一一编入,也根据实际案件对法律分门别类。习惯法以及成文法也在这种法律的著述里得到了解释,著述随着时光流逝而逐渐增加,以至于蓬波尼厄斯说,真正的民法只包括博学的律师们对法律的解释。习惯法不能背离特定的成文法,这是惟一的限制,就像我们今天的法律规定,背离法律的习惯是不能做为抗辩的理由

的。因此,罗马法律产生了对两种法律的区别,即一般法和以成文法为基础的法律。

另外,外事司法官为他自己的裁决方式所订立的法律也在发展。他们使法律规则在外国人之间,或罗马人与外国人之间产生的争议当中适用。我们已经知道,希伯来人就主张即便是外国人也能享有本地法律的各种好处。他们不会想到让外国人享有本地法律的益处是一个巨大的进步。罗马人走得更远,他们明智地意识到他们法律的某些方面已经过时。而且他们已经认识到对外国人适用的法规必须具有普遍的适用性,对这种法律,他们称之为国际公法,这是一种范围更广、更自由的法律。最终,这些法律体系融合为一套法规,国际公法完全把严格的罗马人的法律给取代了,罗马法从此成为世界法律体系,适用于整个罗马帝国,罗马总督及所有的官员们都实施并执行这套法律。

旧的原始法律体系被简化之后变得更加明确与合理了。诉讼当事人陈述案情,请求地方法官准许他提出诉讼。假如在书中找不到处理程式,地方法官就会设计出一个新程式。被告被传唤到庭后,他必须对原告陈述的案情做出一一回应。若他不能否定原告的陈述,原告就占了上风;如果他否认原告的陈述,他就必须用自己的回答来辩护,但如果他以抵销自己的某些权利来抗辩,辩护就被称作例外。这些情况十分重要,因为它们不仅决定了英国实施习惯法的方式,而且决定了英国的抗辩体系。行政司法官负责在书面文件中陈述争论点,然后这一案件以及争论点被送交给一位法官或多位公断人,他们根据证人的证词、书面证据或其他证据进行最后裁定。希腊法律中原

告必须获得他所声称的权力的原始做法被废除了。倘若牵涉到损害赔偿金,则由法官予以评估。

下一章我们将结合查士丁尼皇帝统治下的法律编纂来讲一讲罗马人的私法。这里只需说明的一点是,在共和国时期,罗马私法在成为世界体系之前还有一段漫长的路要走。

共和国在刑事法方面也像多数民主国家或正在进行民主尝试的国家一样存在着许多的问题。刑事法庭中的陪审员众多,正如执政官或护民官选举中对选民的贿赂一样,陪审员也常受到贿赂。虽然有大量反对贿赂的法规,但却收效甚微。关于穆拉纳案件的演说是西赛罗的伟大演说词之一,在执政官选举中穆拉纳因行贿而被起诉。西赛罗是同情被告的,他的辩护词是雄辩语言的奇妙组合,但大多顾左右而言他之论。对克劳迪斯的审理是臭名昭著的。对克劳迪斯无罪的宣判儿子了众怒。当时一些陪审员甚至要求卫兵护送以便他安全抵家,有些人说陪审咒们这么做主要是害怕他们所接受的贿赂钱财被劫走,他们害怕因此被拘押。选举中动用暴民团伙在罗马是公开的法,这种做法即使是在现在也是为人所深知,为人所常用的。即使在有着高度发达的司法程序的今天,选举人受贿或陪审员受贿的现象也并不希奇。

还有一种不知始于何时的民众法庭也值得在这里一提。它处理民事案件,但它主要处理遗嘱纠纷。这种法定名叫“百人法庭”见习。这种做法可能是从希腊人的民众法庭中借鉴来的,这种法庭因培训年轻辩护者而大受欢迎。律师普利尼说他年轻时常去“百人法庭”。他说:

在那里的的工作是疲劳大于愉快,大多数案件都是鸡毛



蒜皮的,不值得为之伤神的。就问题的重要性或当事人的层次而论,几乎没有案件值得一提。没有几个辩护者是我乐意与之合作的,那里有很多鲁莽的年轻人。对他们中的很多人我不了解,他们到这里来就是为锻炼演讲能力的,他们的行为是如此地直截了当,对法律缺少敬意。我的朋友阿提留斯说,在开始从事律师职业以前,男孩子们都在“百人法庭”里受过锻炼,就像在学校要先从荷马学起一样。我的师长告诉我,在以前,即使是出身名门的年轻人,要从事律师职业也必须经过执政官那样有地位的人推荐才行。而现在,一切差别都不存在了。现在的年轻人不等推荐就自行闯入了。他们的听众是一群下层人,这些下层人被雇用而聚集在法庭中,为的是领取公开分配给他们的施舍。这种肮脏生意每天都在进行且有增无减。昨天我家两个下人得到50分钱,就是要他们为别人去喝彩,这就是所谓的雄辩。这伙人的头目站起来示意他们鼓掌,这些愚蠢的家伙大都不懂演讲的内容,他们仅仅需要示意。如果你听到法庭中的叫好声,你就会知道得到掌声最多的是实际上是最不值得为之鼓掌的。利西纽斯一开始便力邀他的朋友听他们演讲。我的老师昆提连告诉我,当大律师多米提斯·阿弗尔以他惯有的缓慢语速作发人深思的演讲时,忽然听到隔壁法庭传来热烈的掌声。于是他停下演讲直至声音消失,当他重新开始,却被紧接着的第二次、第三次掌声打断。他问:“谁在讲演?”有人回答:“利西纽斯。”于是他中断了演讲说:“雄辩不存在了。”但那时雄辩只不过刚开始衰退,而现在已几近绝迹了。我之所以直到

今天还留在法庭上,是因为我从事这种行当已很久了,另外也是为了我朋友的利益,因为我一旦停止出庭,他们就会认为我当成是在逃避工作,而不明白事实上我是想远离这些不体面的事,但无论如何我正在逐渐退隐。

普利尼普向人提到他在“百人法庭”接手的一件案子。要知道,罗马人可以在遗嘱中将自己的财产随意处置,当事人也可以向“百人法庭”提起诉讼,以立遗嘱人受到不应有的影响或遗嘱缺少自然责任为由宣布遗嘱无效。这桩案子使人得以一窥罗马辩护艺术的内幕。

普利尼的客户是一个为遗产而起诉其继母的女儿。客户的父亲是位老人,80岁时成为一场突发感情事件的俘虏,给女儿带回一位继母。对这个年轻的老人来说,这种感情是致命的,老人病了11天后去世,那位继母就像现代的“淘金者”一样,希望藉此机会利用老人遗嘱发一笔横财。普利尼的客户是“出身高贵的女士,她嫁了一位地位相当于执政官的丈夫”。她不得不为遗产起诉继母。开庭审理此案时,双方都有很多朋友参加,长椅上坐满了人不说,而且大厅的空地上也挤得水泄不通。所有的空间都挤满旁观者,他们几乎听不到演讲,都只能伸着脖子看,可见人们对此案件的兴趣极大。

最后女儿赢了官司。普利尼满怀胜利后的得意之情,写信给一位朋友说:

我寄给你我的演讲。请你通篇阅读吧,因为我不能缩短它。请注意我是如何来阐述那么多题目的,注意我陈述观点时的周密顺序,以及那些点缀其中的新颖的小叙述。我可以私下对你说,温暖和崇高的情感洋溢其中,演说的

每一部分被我用周密的推理编织在一起。我必须加进计算,这时我就不不再是演说家而成为会计了。有时我让愤怒和感情任意驰骋,这时的我就像一叶小舟随着阵风摇荡。总而言之,我的朋友们都说这是我的“皇冠上的演讲”。

把它与德摩斯梯尼的代表作相提并论虽然有点过分,然而即便是最沉着的律师赢了如此艰难的案子也会感到非常满足,因此普利尼的过分热情也是可以理解的。在普利尼之后,罗马法律还需要再过100多年才能达到像伟大的法理学家帕皮尼安和乌尔比安时期的最高水平。

《罗马最不死的灵魂之友》是西赛罗为他的朋友苏尔皮修斯所写的,这是律师行业历史上最出众的一篇颂词。博学的法理学家苏尔皮修斯在代表马克·安东尼元老院的大使馆任上去世。据说这篇演说是西赛罗关于安东尼的第九篇演说,其中有一句话简直是无法翻译的,但却真切地描述了罗马法理学家的作用。西赛罗说,苏尔皮修斯不但是一位法律大师,还是一位正义大师。像他这种人才可以称得上是真正的律师,他一直致力于法律研究,也同样热切地努力使法律符合正义、平等和正确的道德要求。

这些罗马雄辩者和法理学家总是备受律师们关注。西赛罗和普利尼留下来的书信,人人都会觉得他们的世界里满是宽容的、善良的绅士。字里行间显示了行使权力过程中的仁慈、公正和人道。即使大谎言家或捕风捉影、传播丑闻的苏多纽斯也不可能诋毁罗马的这些绅士。历史学家梅瑞维尔这样评价普利尼,再没有哪一个古人在头脑、教养和职位上比他更符合我们现在的绅士概念了。从普利尼的一些有关信息中,我们仿

佛与这位罗马律师走得更近了，他的每一幕生活场景似乎就在我们眼前。

普利尼靠着他的财富过着有修养的体面生活。他继承了科莫湖边的大量祖产，包括两幢漂亮别墅。今天的人们在那里仍能看到普利尼曾描述过的独特的间歇泉；他的另一处产业坐落在亚平宁山脚下的托斯卡纳，在一封充满轻松愉快语言的信中对它的漂亮外观做过一番描述；在“绿色的提弗南姆，葡萄藤缠绕的山丘”，也有他的产业；在蒂弗利、普雷内斯特、托斯卡拉姆都有他的郊区别墅；在海边的一座冬季别墅里，普利尼有个极好的图书馆。在那个时代，罗马人家中有图书馆是司空见惯的事，西赛罗就曾谈到过在他写论文时常上朋友们的别墅里去查书。

普利尼为他的朋友前比提尼亚省长巴索斯作过辩护。巴索斯提请他的律师在辩护开始时应先表明他出身名门，担任公职，曾有过被错误地起诉后又地被无罪释放。现在指责他的那些人都是一些卑鄙的职业告密者，他们就是以这种职业手段来挣钱的。然后应着重表明他的所有行动都是正义的，他不仅应该被宣布无罪，而且应该受到奖赏。普利尼说，真正的困难在于巴索斯以前任助理省长时有许多朋友，他做事过于简单、轻率，以至于在他生日那天与友人交换了礼品。而法律是明令禁止省长接受礼品的。普利尼感到为难：

我现在该怎么办？我不能否认事实，因为这些事现在人人都知道，并且巴索斯甚至曾公开向皇帝提过此事。假如我请求法庭宽恕，那么就会立刻毁了我的客户，因为这样做就等于承认他做错了事。如果我明知这是非法行为

却还极力为其辩护，那又会伤害到我作为公民的责任，况且这样做对他也没有什么帮助。因此我只能走中间路线，我可以在辩论中说，元老院作为法庭在召开全会时，可以坚持认为这种行为从法律的纯粹字面的意义上讲是不符合其精神的，而这就是法律。

他就是以此番理论作为辩护基础的。

双方各有6小时的陈述时间，巴索斯让普利尼讲5小时，让他的合伙人讲1小时。普利尼接着写道：

当我讲到三个半小时时黑夜降临了。我觉得我似乎给大家留下了好印象，我不想在第二天继续我的演讲，因为我担心旧话重提恐怕已经再也无法引起大家的兴趣了。一篇演讲有它的连贯性，它使自己的火焰一直在燃烧，而中断或缓和会使观众丧失兴趣。就像火炬的燃烧要依赖持续的火焰，一旦熄灭了就难再点燃一样。可是巴索斯恳求我第二天早晨接着讲，我只好照做，我发现元老院气氛很活跃。

巴索斯最后被判无罪。普利尼写道，当看到这位由于年事已高且因焦虑而憔悴的老人走出元老院时，人们以欢呼和赞美迎接他。人们仍然记得他曾经怎样被图密善皇帝折磨过，人们永远不愿再提图密善这个名字。

像其他著名的罗马辩护者一样，普利尼尽职尽责地度过了他的一生，因为他热爱这份工作，所以他不辞辛苦地工作。在担任法官和财政部长时，普利尼的时间都耗费在听审案件，宣判抗辩结果以及制作公共账簿上了；在从事律师职业时，他的时间又都用来处理遗嘱、商议案件或在法庭抗辩上了。他没有

多少时间去享用北部的别墅，在罗马他整日忙于城市的公务，只有夜晚才有时间去，或托斯卡拉姆、蒂弗利的别墅，而且次日早晨又得返回罗马。他的时间都被无关紧要的事情占据了，他也曾为此而遗憾。他在给科莫的一位朋友的信中写道：

你在做什么？我想是在读书、打猎和钓鱼，而我却无法享受我所向往的这些事情，为此我感到不安和无奈。我能不能从这些事情的束缚中摆脱出来呢？也许是永远不可能了，旧的工作还未结束，新的事情又接踵而来。我每天承受着无穷无尽的事务的压迫，我感到似乎有一根锁链在束缚着我，并且越缚越牢。

他热爱他的故乡。

我们可爱的科莫怎样了？我那小别墅多么迷人，那门廊永远春光明媚，小路上树荫重重，运河两岸铺了满鲜花，水晶般的波光荡漾，美丽的湖水闪着蓝光，这一切是否依旧？湖面闪闪发光映在意大利的蓝天下，散放着令人沉醉的光彩。

接着他写道：

那柔软但结实的跑道、沐浴在阳光下的浴室、宽敞的餐厅和小巧的小餐厅，还有那些优雅的休息室，它们是否仍然美好呢？

他为我们描绘了一幅优美的图画。他的一位朋友，是已退休的上层罗马人，任过高官并曾指挥过军队。他的一切都是那么体面，他过着轻松、悠闲的宁静生活。

你可以想像自己在倾听远古的歌声，你所听到的是怎样一种沉静的智慧，那时的人们以及那时人们的行为。用

希腊文和拉丁文写成的雅致的歌词是多么美妙和欢快,这作者宁静的生活增添了更多的光辉。

把那位朋友的娱乐、他的礼貌和文雅都一并展示到了我们眼前。普利尼神往的笔调尼接着写道:

在我年老力衰可以安心退休后,想过的就是这样一种生活。而现在我仍在为无穷无尽的事情操劳。我担任长官的老朋友,他多年来在他的岗位上尽职尽责,管理着各省的事务,辛苦工作多年之后这样的休闲是应该的。

普利尼永远也没有等到这一天来临,但他安慰自己道,担任公职、审理并裁决案件、解释法律并执行司法职能是哲学家最崇高职责的一部分,因为哲学教授们所传授的思想正是通过这些工作在生活得到实践的。

在普利尼看来,自由意味着法律规范下的统治,当然他不是个平等主义者。他认为,他所处的那个时代的罗马人是自由的,的确如此,私法的精华弥补了帝国统治的许许多多缺陷。他曾写信给一位省长,普利尼曾在写给一位省长的信中劝他要适当地保留地位和尊严的特性,如果将特性放到一个水平线上,那么这种平等就是天下最大的不平等了。他还谈到一位老友,患风湿关节炎,病痛从脚开始,渐渐袭遍了全身。这位病痛缠身的老人对他说:

我猜你一定在想我为什么能够忍受这么大的痛苦。

要不是抱着比恶棍图密善哪怕多活一天的希望,我是忍受不了这种痛苦的!

后来,图密善皇帝终于被谋杀了,这位年老的罗马人现在可以作为自由、不受奴役的人死去了,他拒绝了家人和朋友为

他做的祈祷,平静地自杀了。内尔瓦皇帝是个不愿意倾听真话的统治者,有个故事讲到普利尼曾与内瓦尔一起用餐。席间,维埃多坐在内瓦尔皇帝身边,在图密善统治时期维埃多曾因其残酷卑鄙的行为而犯罪,餐桌上的谈话转入了某个已经死去的毫无廉耻,死不悔改的告密者身上。内尔瓦问,“假如他还活着的话,现在他会在哪儿哟?”桌边的一个罗马人死盯着维埃多说:“他或许在和我们一道用餐吧。”

如果要全面了解作为辩护者的普利尼,对他作品中描述最生动的一封信就不能不提及。这封信描述了维苏威火山大爆发时庞贝及赫求拉南被埋没的恐怖场景。那时普利尼只有17岁,火山爆发时他和他母亲与他叔叔在一起,老普利尼指挥那不勒斯湾米斯南海军基地的罗马舰队。这位海军将领接到了从海湾那边发过来的一封求救信,信是一位女士发出的,她住在维苏威山脚下的别墅里。这位勇敢的老罗马人指挥着他的军舰驶过海湾奔向维苏威山,从此永远没有再见到他回来。大地在地震的轰鸣声中战栗摇晃,海水沸腾似的翻卷着巨浪,空中充斥着灰烬和火山渣,遮天蔽日,黑暗的天空被火山的烈焰照亮。男孩身体灵活,而他母亲由于体胖而行动缓慢,她求他赶快离开独自逃生,但他不肯舍异母亲而独自离去。他拉着母亲的手走上了充满混乱和恐慌的逃难路:

妇女在尖叫,孩子在哭泣,男人在大喊,有些人在喊父母,有些人在喊丈夫,有些人在喊孩子,有些人伸出手向众神求助,但大部分人都相信现在已没有什么神了,最后的无尽黑夜已降临到世上。

但神祇们依然存在。唱着基督教的圣歌的阿波罗、智慧女



神朱庇特和玛尔斯从未间断地将他们的古老统治维持了几个世纪之久。普利尼在在后半生担任比提尼亚省长时,与一些新涌现的基督徒有过接触,他认为这些人是无知、迷信的。对在东方的奴隶和渔民中间诞生的宗教,他当然没什么好感。他的朋友塔西达斯把这些人称为堕落的无知的迷信者。然而这种新宗教具有像佛教那样的巨大力量,它改变了人们的信仰并逐渐成了帝国的国教。希伯来人的法律观点正是由基督徒通过宗教传播开来的,这是法理学中一个决定因素。教会中的祭司是仅有的识字阶层,他们长期进行黑暗的野蛮侵略和征服,从而把欧洲的法律把持在自己手中。帝国的中心随着基督教成为国教而转移到拜占庭,被称为君士坦丁堡。罗马法律的用语改成希腊语。在此有必要描述一下转移到希腊人手中之后法律的命运。

哈德里安皇帝把安东尼时期逐渐积累的执政官敕令改成永久性敕令。罗马人民将立法职能委托给皇帝,由此发展了皇帝拥有立法权力的法律理论。现在的大律师身居高位,成为行政官员。帕皮尼安曾任塞维拉斯和卡拉的执政官,后来被塞维拉斯的卑鄙儿子给处死了。接替他的位子的是他一直以来的助手乌尔比安。后来,乌尔比安在一场执政官卫兵的叛乱中被杀死。这时的罗马帝国已经四分五裂,绝对统治的权力受到了各种势力的威胁和挑战。在另一场如此类似的争斗后,当上皇帝的君士坦丁断然宣布基督教为国教,将帝国首都迁到希腊的拜占庭,并把它重新命名为君士坦丁堡。希腊文从而成为罗马法律的正式语言,如此一来自然而然地就产生了大量的针对法律著述的工作。在此后的100多年间,人们一直尝试着精简法

律的形式。这是法律界的一次运动,就像当英国法的语言被改变时,培根率先要求摒弃大量的盎格鲁—诺曼底关于法律书籍和年鉴报告一样。

同时,野蛮人统治了帝国几乎所有的拉丁语地区、意大利的大部分、北非、西班牙、高卢和英国,硕果仅存的罗马皇帝查士丁尼只能在君士坦丁堡发号施令。他任命了一个委员会负责精简繁冗的法律文字。委员会的负责人是特里波尼安。多年来委员会不间断地汇报其劳动成果。从大量的法理学著述中选择编纂出《学说汇纂》50卷,它包括就法律进行写作的作家们的摘录以及法理学家的回答。其中大部分是5位最伟大的法理学作家的语录,他们是盖尤斯、帕皮尼安、乌尔比安、保罗和蒙代斯蒂。其他人的语录也有不同程度的收录,只是数量不多。对多产作家乌尔比安的摘录几乎占《学说汇纂》的三分之一。不过他们当中最出类拔萃的还得数帕皮尼安。

皇帝们的重要立法被编成《法典》,这是一部皇帝们所颁布的法律汇集。它的大部分内容都规定了教会及其机构的地位。还有的一部书叫做《法理概要》,盖尤斯也曾写过一本叫《法理概要》的书,它是对罗马法律原则的一般性划分和安排,与一般性的说明书籍如布莱克斯通的《评论》具有相同的目的。此书又被称为《查士丁尼的法理概要》。

完成这些工作之后,查士丁尼又颁布了一系列法律,这些法律是对《法典》和《学说汇纂》的补充。查士丁尼的这些新法被称为《新律》。《新律》中的第108条对遗嘱财产的继承作了规定,它废除了只有男性有继承权的规定。以法律条文的形式确立了这种存在已久的习俗的合法地位。从此以后这块土地

上每一条有关继承的法规都模仿了查士丁尼的这条新法。

编纂工作完成之后,其希腊文版就被送至东部所有领地,拉丁文版则被送达查士丁尼统治下的前西罗马帝国境内的意大利和北非。不过,由于查士丁尼的将军们与野蛮人之间的战斗,以及伦巴第人入侵带来的混乱,如果说查士丁尼的汇编曾经为人所知,那么到了这时也已经被遗忘了。

人们过分夸大了查士丁尼的汇编者对罗马法律所做的改动。虽然对于鉴别维尔吉或霍拉斯文稿的人而言,多一个字少一个字意义重大,但是当对法律的内容产生疑问时,为使事情解释得更清楚而加入一个字,或在原意不变的情况下对句子进行重组却不会对法律本身产生根本性的影响。可是勤奋的语法学家出版了许多书,这些书都对特里勃尼安和他同事们所改动内容作了种种推测,但这些推测性的改动一般来说是无关紧要的。

也许有必要对这种工作进行解释,并举例说明一下做这种事是一种怎样的浪费。在《学说汇纂》一书的“解除”这一大标题下,引用了一位名叫塞维第由斯·思卡沃拉的法理学家第五本书中的摘录。这段摘录是他对一桩案件的看法。《思卡沃拉的学说汇纂》的编纂者是他的一名弟子。这位弟子名叫克劳第斯·特里弗尼纳斯,他在摘录时常常加上自己的修正或评论。摘录如下:

一位女儿的财产由她母亲所管理,女儿的财产是由其死去父亲的遗嘱继承的。而母亲把女儿的财产委托银行家们出售,并与银行家签下了合同。银行家按照合同上的金额付给母亲全部款项。在此后9年之内,女儿的一切财产交易都由母亲以

女儿的名义来负责。然后母亲把女儿嫁了出去并把女儿的财产交给女婿。这里的一个疑问是,女儿是否有理起诉银行家,因为是母亲而并不是女儿自己决定了所出卖的财产的价格。思卡沃拉的回答很简短,如果你是在问银行家是否由于付出那笔款项而已合法地解除了合同义务,那么答案就是这种义务已经合法地解除了。当然,他指的是合同义务的解除。

但对于思卡沃拉为这一问题所加的严密限定,特里弗尼纳斯还是不太明白,他做了这样的评论:“这个问题取决于一件事实,银行家是否诚实地按那些财产合理地价格付给母亲相应数额的款项,而且母亲是无权管理遗产的。如果他们知情,只要母亲没有偿还能力,那么他们就依然存在合同义务。”

许许多多的人都对这一段话作过评论。从法律上来说思卡沃拉没有错。但思卡沃拉与特里弗尼纳斯回答的是不同的问题,陈述给思卡沃拉的案件是基于一种不满情绪,即价格是母亲而不是女儿定的。像思卡沃拉那样训练有素的律师也只能那样做出回答。在他看来这个案件意味着:如果女儿就与母亲签订合同一事起诉银行家,由于合同中的价格是由她母亲而不是她自己决定的,她是否能因此而恢复她的权力或者具备起诉理由?如果她的诉讼是就自己已接受的合同提出的,那么合同价格对她是有约束力的,既然银行家已偿付了款项,那么就合同而言,银行家当然已解除了义务。因此对这一问题思卡沃拉才做出这样的解释:“如果你在问银行家是否已解除了合同义务。”

但特里弗尼纳斯对这一问题所做的新的解释,是针对整个交易而言的,女儿对银行家提出诉讼的理由是否在任何情况下

都具备,银行家的偿付是否解除了他们对女儿的任何责任。他认为母亲没有管理权——这是当时的法律所规定的,即财产的监护人不能由女人担任,因此如果银行家们知道母亲在出卖女儿的财产就不能与母亲进行交易。在接受了母亲所决定的价格的情况下,女儿也不能拒绝接受交易。女儿不能既接受这一价格又为财产定出另一价格。特里弗尼纳斯假定女儿没有这样做,他认为在处理财产这一问题上,母亲对女儿负有主要法律责任,他认为银行家只有在母亲无法做出回应时才应对此负责任。

我们今天的法律处理这类交易是以遗产管理人的行为为基础的,如果合理的定价所谓的收益都能归入女儿名下,并使她从中受益,那么她就不会有任何损失。

这个简单的案例在今天却引起了无数评论。人们争辩说,特里波尼安改变了思卡沃拉的原话。人们认为这份摘录是不可信的。因此进行了许多猜测性的校订,实际上这一切完全没有必要,因为思卡沃拉的观点只是代表了有效的罗马法律。或许人们认为特里弗尼纳斯与他的同事们与这些现代评论家一样的了解这一题目。编纂者认为特里弗尼纳斯的评论“有值得思索之处”,其实并非如此,因为特里弗尼纳斯对此案并未深入研究,并未想到如果女儿已经接受了归入她名下的合理价格,那么她对财产的价格就不能再提出异议。这段解释体现了对罗马法律做评论是多么没有意义。

到目前为止,人们一直认为罗马法律是适用于公民之间的私法,并且它形成了指导个人之间权力和责任的私法体系,这是它的与众不同之处。而在公法领域,罗马政体本可以吸取很

多有益的经验,可惜它丧失了一次绝好的机会,这一点同样正确。对城邦向各行省征集收入的概念注定了罗马人无法发展出更先进的机构形式。如果在共和国逐渐衰败的岁月里,有创意的政治家们能够在帝国和联邦政府普遍公民权的基础上重塑罗马的机构,那么会带来什么样的结果呢?但这样想是徒劳无益的。至少在意大利,人们习惯了统治的自由。然而由于组成帝国的国家之间存在着巨大的文化差异,以及统治阶层极为有限的政治经验,使其没有条件形成联邦制政体。当时的人们认为,只有拥有管理和立法的至高权力的皇帝才能从容地应付这样复杂的局面。统治者的挑选取决于军队或军队中的一部分人,整个帝国的力量被政敌之间的互相残杀所削弱。每当皇帝因软弱无能而无力实施有效统治时,整个体系就无法运转。可以肯定地说,在罗马帝国时期一种伟大的管理体系得到发展,但国籍的概念并未在这一过程中得以孕育,因此对政府的依附性也没有能转变为爱国主义的动力。即使在漫长的边境有罗马军团守卫着,那里却依然处处受到野蛮人劫掠的威胁,帝国在漫长的岁月中面临的反抗力量是非常强大的。

导致西罗马帝国的崩溃的原因有许多,但这些原因并不是它软弱的起因,而是软其弱的结果。文明的腐败可算是人们最喜欢谈论的主题,然而这也是没有根据的。文明的发展从不曾导致事情的恶化。它是对脑力和体力的改善。它永远是更大的社会凝聚力和更自觉的约束能力的代表。软弱产生的一个因最关键的因素是奴隶和农奴的产生。对奴隶或农奴而言,每个主人都是一样的。他们随时都会帮助任何侵略者并参与推翻现存体制的活动。这才是富裕及人口众多的省份会那么

迅速地陷入野蛮状态的原因，罗马司法体系在这种状态下几乎找不到立足之地。对这些人来说，文明的机制就像我们的内政部长卡尔·舒尔茨送给印第安人装饰其圆锥形帐篷的烤炉一样毫无用处。

在关于罗马法的讨论结束之前，对帝国末期的私法我想做个一般性描述。我们已经看到，合同是来自协议的这一法律概念在希腊人那儿已得到了发展。旧有的全部形式已经取消，合同就是意图的结果。这一概念在罗马法理学家那里也得到了充分发展。有关商业贸易的完善法律内容在当时已出现了。销售、抵押、担保合同、信贷、金融和资金转手的所有合法文件以及有关贸易和交易企业的各类合同、保险合同、各种条件下的伙伴关系及公司的法律，财物委托的一切法律、贷款、保证人责任和保证书的法律都得到充分发展。然而随着商业被毁灭，这一切都很快消失了。根据紧急事件以及贸易和商业的要求，罗马人对有关动产的法律做了调整。在这里，我不想谈罗马不动产法律的历史，我只想说罗马人已经做到了将部落的财产转变为家庭财产，并最终转变为个人对自由分割土地的所有权和支配权。法律承认对土地进行抵押或扣押的所有不同方式以及土地分割、占有或使用的所有不同方式，还有对他人土地的各种地役权或权力，并且这一切在法律中都得到体现。在此没有必要去抠究罗马所有权原则的细节。有关夫妻关系的法律，也就是婚姻法和离婚法，有关父母子女关系的法律，保护人与被保护人的法律，以及对不健全人的监护的法律，无论在实质上还是在原则上都与我们今天的法律相同。获取无偿劳力手段的奴隶制仍处于自然状态，人们承认由于几乎所有国家的现

存法律都导致了奴隶制的存在,虽然从自然法则意义上说人人都应该是自由的。奴隶们的境况有了巨大改善,基督教教会对此种制度坚决抵制。虽然依附于土地的农奴仍要交纳繁重的赋税,但他们有关的占有权却受到法律的保护。

侵犯人身安全及财产权是违法的,关于这方面的侵犯行为有各种补偿责任,而许多违法行为构成的社会犯罪,是这种责任的存在基础。私诉逐渐被公诉所取代。罗马人反对欺诈、胁迫或暴力的法律禁令完全可以解决我们的法律所要面对类似问题。与我们的习惯法相比,弘扬诚信与正义的罗马法律问责走得要远多了。拿不出具担保的销售为例,我们的法律规定货物的一切风险由买主承担。而罗马法体系中的保险合同却必须写明是否对货物作过全面的陈列检查,这是保海险时的必经手续,因此在火险或寿险的申请单上就附有相关规定。是否对所销货物进行过陈列检查的责任直接影响到价格,虽然习惯法对此不予承认,但在罗马法中是不可动摇的。

关于财产的管理,如灌溉用水的使用,罗马法与我们现在的法律没有什么区别。至于自然降水,每位业主都要保护自己,戒备邻人,这是习惯法的要求,而民法却远远落在后面。业主必须使他自己土地上的水,即使是自然降水避免流入邻人的土地。这种制度与在不受邻人干扰的状态下业主有权保持自己土地的自然状态的有关法律相一致。

关于遗嘱及财产转移,诸如继承只限男性的一切原始特点已被罗马法律所废弃。可以自由订立遗嘱,也可以废除,当然必须是在理由充分的情况下。但父亲或母亲完全取消孩子继承权的权力在查士丁尼法律中不予承认。根据查士丁尼法律,



司法执政官把问题提交裁决的过程已被取消,而代之以执政官一人解决问题并做出裁决的做法。根据英国法律,查士丁尼的法律程序被用于所有受教会法规支配的法庭,而在经过一个世纪颇为踌躇的试验之后,英国习惯法才采用了原有的执政官法律程序的修改形式。《法令大全》所做的另外一些变化并不重要,在这里我们没有必要对其进行讨论。差异是不易分辨的,因为构成罗马法律基本框架的《查士丁尼法理概要》与原来的盖尤斯《法理概要》几乎基本相同。在法律史中流传着一个传奇的故事,那就是历史学家聂布尔于1816年在维罗纳发现了失传的盖尤斯《法理概要》。他手中有一份复写的手稿,也就是说,为了能重新在相同的纸上写字,手稿原有的字迹已被擦去了。聂布尔发现了原论文的没有完全擦掉的字迹。他逐一查找出原有的字迹,从而使盖尤斯的法律财富必而复得。

当希腊文取代了罗马法律原来的语言时,我们所描述的这段历史的范畴中已不包括它的命运以及它在东罗马帝国时期的历史,因为组成现代欧洲的那些国家,尤其是西班牙、法国、荷兰、德国和英国,它们共同促进了文明法的未来的发展。英国法律体系的发展我们将另外进行探讨,因为它的故事不仅与罗马法律密切相关,并且与罗马法律发展过程也十分相似。

我在前面说过未能发展出可以在希腊公民当中推广、管理并实施私法的称职法庭是希腊法律的失败之处。而法庭的公众特性以及缺乏法律职业阶层导致了这一失败。罗马人在法律的演变过程中发展了这种称职法庭以及权力阶层。最终罗马人真正享有了法治。只要当事人在法庭上的代言人是训练有素的律师,坚持法治就不会是件难事。问题是什么样的法治

是适用的,这将由事实来决定,由类推法和逻辑推理引发的思考所决定,这是非常重要的。这就是法理学家做顾问的手段,这种手法是所有训练有素的律师代表诉讼当事人出庭辩护时都一定会使用的。

在反抗祭司及其后继者监管并掌握法律知识的旧法系时,希腊人所流露出的过度乐观情绪以及对普通公民推理能力的过份依赖使希腊人走上了极端:不管是否能够得到法律专业阶层的帮助,每位公民都是称职的律师和法官。罗马人以其缓慢、精明及保守的方式实现了中庸之道。法律不再是祭司的咒语及阶级欺骗的工具,普通公民都能参与的博学的职业阶层从此开始掌握了法律的命运。从此以后,文明世界从没脱离这种法律背景,因为凭着多年的经验,文明人懂得,只能通过这种方式才能保障公民的权力。这一重要的文化概念是罗马留给我们的宝贵遗产。

## 第8章 火刑柱

### ——中世纪法律的象征

回顾中世纪时代对文明的摧毁实在令人痛心。那些残暴及压迫是无法用罗曼史和武士的故事来改变的。我们可以用各种想像去粉饰我们的祖先，但是却无法掩盖这样一个事实，那就是他们以最残忍的方式破坏了法律中的一切文明因素。当然，仍然留下了一些令人宽慰的东西，人类并未放弃善良、仁爱和怜悯的理想。

哈德瑞安是一位学识渊博极有修养的人，在公元117年至138年间，他高居皇帝之位统治着罗马帝国。在位期间，他曾用10年时间走遍了他那片辽阔国土的东南西北，不仅对这个国家的需要什么有了足够的了解，而且对政府的所有职能进行了细致的考查。他下令组建一个由法官、书记和军官组成的班子将他所了解和考查的成果整理出来。他甚至将足迹踏上了那些遥远的国度，像埃及和英国等，他修筑防御城墙于邻近英国的那一边，用以抵御那些自北部而来的野蛮人。他把能修正的一切都修正了。他比任何人都着意于对罗马的国家机制的完善。

哈德瑞安的高瞻远瞩使得和平盛世的景象随处可见。在文明雨露滋润下人们过着闲散舒适的生活，各地都呈现出繁荣昌盛的景象。海上贸易和陆地贸易顺利地进行着，这种生意没有任何风险。像意大利一样，人道主义在罗马帝国各地都达到了极高的水准。法院的职能得到发挥，法律得以切实实施。各

省都建有法律学校,无数的学生在那儿接受有关罗马法律的培训。在平等的法律制度下的来自各个阶层、各种生活水平的人们过着安宁的生活。

他也不曾忘记用漂亮的建筑来打扮他的那些古老的城市。在他云游四方返回罗马之后,对古罗马执政官的法律作了整理,并请了一位伟大的法理学家进行改编,制定了《恒久法令》。在这位皇帝功绩显赫的一生的最后阶段,他听到死神的脚步声。带着一种异教徒对于死亡的无畏,他写下了一首短小优雅的挽歌以慰自己,许多才华横溢的翻译家只能望诗兴叹,并深深地为之折服。我们只能译出其字面的意思,但却无法传递原诗的优美,它是这样开始的:

微小的灵魂啊,你魅力无比,  
步履匆匆,将我抛弃,  
到那儿去啊,我的躯体的客人和伴侣?  
离开了你,躯体只能变土化泥。

世界上有几人能够用自己的心灵去领会同灵魂对话的魅力?在他死去750年之后,假如他那美好高贵的灵魂能够重新踏上这片土地,那无疑将是一次痛苦的经历。这里没有他期望看到的进步,只有令他无比心痛的败坏的社会风气。频繁战争,防不胜防的侵蚀,将他在原有的帝国土地上苦心营造起来的文明践踏殆尽了。许多国家被劫掠和蹂躏,大批的人们遭到屠戮,城市人口下降,建筑的艺术早已被人遗忘。半开化的人们在这里横行无忌,他们像残暴野蛮的地主一样统治着罗马大地。人们遗忘了学校、艺术和基本知识的职能。无知泛滥,商业和贸易也不复存在,安全的旅行已成了昨日黄花。秩序井然

的罗马统治荡然无存,代之以横征暴敛无法无天欺压百姓的伯爵和男爵。封建传统的无组织性取代了由社会内部凝聚力形成的机制。尤其令人吃惊的是,这些人践踏了那些本应受到人们尊重的各种形式的法治管理,甚至连一般的法院都没有被继承下来。在这些野蛮人的屠杀下,历经多个世纪才构筑起来的罗马法律的缜密结构已散了架。他们削弱并混淆了各种法律。在他的法律曾经统治过那些野蛮人的同一座城市或乡镇里,原先罗马的市民如今正处在已经变质的罗马法律传统的统辖之下。确定的法律已无处可觅,在频繁的战乱中,法律的严明已经丧失了。每个势力不大的封建主都有自己的法庭来实施自己的法律。只有教堂里的残存有一点法律知识,或者说有点文化。在这片曾经辉煌的土地上,无秩序的茫茫黑夜笼罩了一切。

哈德瑞安去世时的世界充满了善良、正义、仁慈、博爱和怜悯,人道主义在这里得以发展。在那个世界里人们过着安宁、优雅、舒适的生活,各个阶层的人们随着劳动分工的发展以及人们之间频繁接触的增多,逐渐学会了相互宽容。他将造访的这个世界却无处不充满着残酷。就连教堂这个对他来说全新的组织也在经过了几个世纪之后变得无混乱腐败了。道德高尚的人和有文化修养的人纷纷隐入修道院,在那儿过着遁世避俗的生活。只有远行到爱尔兰,他才能寻找到一部分古典的遗迹。一部分罗马法律在教堂的教义中有所保留,但是有才学的律师和法官都已远离了这片土地。只有在最好的条件下最好的法律才能生存下来,并且使适用这些法律的物质环境得到保障。

社会上充斥的不仅仅有无知,还有严厉而苛刻的不宽容成了整个社会的风气。宗教思想以及对这种思想的狂热信仰造成了这样一种结果。这种思想把人类所需的一切知识都归结为《圣经》的智慧,这个世界的一切美德以及能否继承这种关系也都取决于是否符合这种信仰。无宗教的世界中没有信仰。在那儿每一种宗教,每一种主,都受到欢迎。然而,毫无宽容之心的西方基督徒们把自己同所有的教派,甚至同东方基督徒们也割裂开来。仅仅为了对一条神秘教义的不同解释,人们就会剑拔弩张。由于那些渴求知识的人们所能选择的惟一职业就是成为神父,因而在6世纪和7世纪,对于非宗教的图书和教育,基督徒们持有很深的偏见。拉丁文的经典篇章被他们斥为异端邪说。这种偏见形成一种强大的力量。人类残忍和反抗的烈焰因为宗教的不宽容而被点燃,在压制和排斥中,野蛮统治阶级的凶残得到了发泄的机会。科学在上帝的真理面前被扼杀。甚至为遵守宗教学说就不能承认地球是椭圆的,而这恰恰是获取有关地球的正确认识的最基础的一点。一位名叫莱克坦裘斯的早期教会学者曾向这一学说提出过质疑:

人类会不会荒唐到相信在地球的另一面,庄稼和树木都是倒着生长的?那边的人脚都长在头上面吗?如果你质问他们捍卫这些奇谈怪论的理由,地球那边的东西为什么不会掉下来,他们会这样告诉你,物质的本质是重的东西,会像轮子上的辐条那样都往中间挤,而轻的东西,像云彩、烟雾和火焰则会从中间往天空的散去。那我就无话可说了。他们先是错了一次,而后又固执其愚蠢的见解,再拿另一个荒唐的说法去解释。

从这段话中自然可以看出莱克坦邱斯很有学问,仍然有一些人没有屈服于无知的迷信。倘若连这位基督教之父,这位在他那个时代,获取了正确知识的启蒙者都在自我满足的愚行中沉沦,那么这些偏执、愚昧的民众就只能生活在冥河般的阴森幽暗之中了。历史的知识也受到歪曲。一个看到门神庙的无知者,断言说门神是诺亚的儿子,还建立了罗马。一直到玛丽女王时期,才有一位英国的法官做为法庭的代表发言,说门神就是诺亚本人,并把他画成一个双面人,一面向后看着洪水,一面向前展望洪水过后的世界。直至今今天,世界仍未从那个黑暗的年代中完全恢复过来。在中世纪,科学的知识被最愚昧的轻信所代替了。人们的头脑中又充满了邪恶的精灵、好天使和坏天使、巫术和魔法以及最原始的恐惧。

发生的奇迹太多了也就不足为奇了。那个时代的教皇还算是一个聪明的人,在捍卫罗马教会得以成功之后,他看到守护在哈德瑞安墓地的大天使迈克尔正将他那把雪亮的宝剑插入剑鞘,心中无比的欣慰。自从发现大天使的那一天起,这座已经惨不忍睹、地基被毁的墓地就成了神圣天使的城堡。在古罗马还流传着一对孪生兄弟卡斯特和普鲁克斯在瑞吉乐思湖畔的故事。虔诚的教皇又一次看到了同样的天使,摩门教的先知约瑟芬·史密斯来到昆布拉山,在那儿发现了金光闪闪的《摩门经》。神奇的事情频频发生,各种各样,不一而足,一个不会制造奇迹的圣徒根本就不能算是圣徒。也许我们没有理由怀疑那个年代,毕竟仍有很多满怀虔诚的人在恭敬地捧读《圣徒的生平》,并且获益匪浅。就在连最有能力的人也会变得无知、堕落和迷信的时候,人类对于法律和正义的感情依然牢固

得坚不可摧,在中世纪的欧洲,人们仍不时发出要求法治的呼声。目睹了汪达尔人对他的非洲故土的毁灭性的摧残之后,圣徒奥古斯都在他的《上帝之城》一书中写道:

在没有真正的正义的地方,法律是无法存在的。

他还认为:

没有正义,人们之间的联系就无法通过法律的纽带得以继续。

对于国家是依靠法律来统治和维系的概念罗马人是深信不疑的。奥古斯都还说:

如果失去正义,政府就将成为一大帮强盗,而如果一个国家远离了正义时,那么一帮强盗就是一个小国家。

关于临时法令,他这样说道:

虽然法律是由人们以他们的意志制定的,然而一旦制定出来并且公之于众之后,就只能遵循它们,而无法再按照其他方式来裁决了。

在攻打叛乱城市萨罗尼卡时,西奥多西斯皇帝虽然庄严宣战,但倒在了刀剑之下的市民依然不计其数。米兰的主教阿姆布鲁斯为抗议这种残暴行为而拒绝他人教,他说:

你是否允许任何人不按照你制定的法律来判断是非呢?你要求别人做到的,你自己就一定要做到。因为皇帝制定了法律,他就要第一个去遵守法律。

法律在帝国分崩离析并受到北部游牧民族侵略的那段时间里变成越来越遥远的制度。为了使野蛮民族从他们那未开化的宗教和原始的认识中转变过来,教会已经竭尽全力,并始终坚持要这些野蛮的统治者遵守法律。阿西多尔明确指出:



王子要谨守自己的法律，因为只有他被禁止做那些他禁止其人民做的事情，他说的话才具有权威性和正当性。他还说：

不以正义来统治的人其统治是不会长久的。如果办事公道就对得起国王这个称号，如果失掉了公道，他的王冠也应该失去。

圣·阿姆布鲁斯的追随者莱茵大主教亨克玛在一部著作中这样写道：

因此，无论是人民颁布的法律，还是王子颁布的法律，在任何案件中都要公正合理的维持。

他还说：

国家的国王和大臣依法律治理每个省份时须遵守法律，他们拥有基督教的国王及其祖先的法律，通过他们忠实臣民的一致赞成，这些法律才得以颁布，并平等地制约每一个人。

莎勒芒的孙子查尔斯终于被迫承认法律“是人民一致通过并制定出的、超越于国王之上的制度。”

在那个旧世界的废墟中，法律的平等及其本质被拯救了出来。西赛罗的一句名言说：

认识到我们生来是为了正义这一点比任何其他认识都更能让我们变得崇高，法律是依其本性而不是靠我们的意志来实施的。

他用我们都能读懂的通俗语言来解释：

如果说我们不可能拥有均等的财富，也没有可能拥有同样的智慧，那么同一个国家的所有国民至少应该拥有平

等的合法权利。

这位伟大的基督教教士坚持认为罗马学说的自然法规是一种神学法规。《罗马学说汇纂》中断言：

根据自然法,人生来都是自由的。

根据自然法,人生来都是平等的。

自由是每个人都被赋予去做法律未予禁止的任何事情的权利。

格列高利教皇欣然接受了《罗马学说汇纂》中认为“人生来都是平等的”观点。乌尔平的学说在圣·阿西多尔那里得以发展,他说:

自然法要求人们有缔结婚姻、财产继承、抚养子女、人身安全等方面的权利,人人拥有自由的权利,以及去能够从天空、大地和海洋中占有的东西的权利。

在他那个时代,这位伟大的老圣徒学识可谓学识渊博,他几乎已道出了所有健全的法制的基础。

然而,这些话却挽救不了多少权利。最终法律还是陷入说不清道不明的混乱境地。野蛮人要求制定野蛮原始的规范以供自己掌握。为了在《查士丁尼法典》编纂完毕之前得到罗马法典,有些统治者粗制滥造地编纂法典,对《查士丁尼法典》却一无所知。沙勒芒在野蛮人的强迫下为他们编写原始法律,未被写进去的古老而至高无上的野蛮人法则只有一条,它就是:有势就有权,能够保持势力者,就能够保住权力。在同一个社区,针对不同的阶层,并存着相互冲突的法律,对任何一种统一法规的实施来说这都是一个无法跨越的障碍。在伟大的传教士的头脑中存在着一种统一平等的法律,它属于罗马法学概

念。一条重要的准则支配着他们的头脑,那就是:

正义是一种愿望,它能绵绵不断地、持之以恒地使每个人得到自己的权力。

由此得出的一条准则是:

正直地活着,不伤害他人,给予每个人应得的权力,这是正义的箴言。

在这种混乱的状况下为这些准则找到其位置是困难的。一本古老的法律书上说:

任何无用的、未被遵循的,或是有悖于平等的东西,一旦被我们在法律中找到,我们就把它们踏在脚下。

查尔特修道院的爱沃是一位伟大的早期的宗教法规学家,在谈到决定是否援用一项法律时的困难之处时,他这样说:

一项法律必须是诚实公正和可行的,与本国特色和风俗相符而且必须是切实可行、平实朴素的,它不是为了某些私人的利益,而是为国民的共同利益而写成的。

值得一提的是,即使在西方帝国摇摇欲坠之时,即使在随后到来的中世纪,法治的思想也没有完全磨灭。

然而,法治在教会之外是无法实现的,适用于任何地方,以及任何诉诸教会法庭的人的法律只有在基督教会法庭上,才可以制定出。所有法庭制定的法律都具有至高无上的权力,适用于任何具体案例。这是从飞速发展的封建体制中衍生出来的。想像一下这个社会的情形吧:为了生存,每个人都必须寻求一个保护者,保护者对被保护者拥有控制权,每个人都必须成为另一个比他有权势的人的忠实臣民。由于强者可以完全控制任何可以被挪动的财产,只有土地留被给芸芸众生。偷

走、或搬走、借走或赶走土地都是不可能的。只有拥有土地才能生存。如果把保护领地和保住头衔摆在一起让一个人取舍，他所舍弃的一定会是后者而绝不会是前者。那些声称拥有所有土地的野蛮统治者们，如果没有人为其工作和耕种的话，对于他们来说，这些土地简直是毫无意义的。生活在这些土地上的人们，不管是农奴还是自由人，都必须承认统治者的头衔。不过，仅仅作一个统治者还不够，那些势力更强大的统治者常常四处掠夺土地。结果自然是每个人不管是否情愿最后都成为大地主的属民，整个世界全由地主和佃户组成。为了土地，佃户必须效忠地主，而地主施舍给他们头衔。农奴要宣誓效忠主子，以获准拥有一小片土地。在古罗马的任何地方，只要是关于所有权及头衔的法律不复存在，那里的“每一块土地都有地主”就成了统治规则。

农奴处于最底层，他们从上一层的土地占有者那儿获得土地。他们只要履行主子所定的通常是很艰苦繁重的职责，诸如在地主的土地上工作多少天，或是上交地主一定的物产之类的要求，他们就会受到地方惯例的保护。这种保护并非是出于对正义的认同，而是因为农奴履行的义务和劳动被视为是一笔有价值的财富。自由佃户在农奴的上一层，他们中最低级的一些人靠提供服务或各种各样的租金生活；高级一点的通过服兵役获取土地。所有的等级中，级别最高的是国家的统治者。奴隶们自发地寻求保护。另一方面，地主的追随者和劳动力是他权力的源泉，因而他对劳动力有一种强烈的占有的渴望。从兵役、奴役到收租、收粮，他想要的任何东西都可以通过发放土地得到。有时候，得宠的随从或奴仆会得到馈赠的土地，原因仅

仅是因为送了玫瑰或手套这样一些华而不实的東西。

封邑是地主拥有的地产，接受国王授予封邑的地主叫做总佃头，然后是中间佃户，再往下是下层佃户——他们是实际拥有财产的一些人。对手下随从的地产他们给予发放或认可。封建法律规定，土地的所有权和土地的直接控制权属于地主，而土地的使用权则属于奴仆。英格兰的封建制度最为均衡，对于封邑拥有的各种附带权力，法律都做了完整的规定，例如监护、婚姻、领地的继承以及帮助。在这里，没有必要考虑最初授为终身使用的封邑是如何变为可继承的，也没有必要指出这种制度会把国家分裂为各自为政的政权的趋势这一点。

两大特别重要的封建法律因素是：第一，国家陷入一种封邑主之间的私人战争状态，没有公认的法官或是裁决者；第二，每个封邑主被赋予设立法庭的权力，对其自由或不自由的佃户之间的冲突进行裁决。那怕是像法国的路易四世这样伟大的法国国王也给封邑主授予可以发动战争的权力，其后果自然是使法律从此不再对封邑主具有约束作用。在欧洲中世纪，教会竭力结束这种传统。“上帝的休战”是禁止民间战争的协议。休战时间是在星期四晚上到星期一早上的这段时间，以纪念救世主的受难与复活。然而这种传统造成的一个奇怪结果却是，在英国保留下了按照某种低劣的不成文法用战争来进行审判的野蛮权力，并于1819年通过明文规定承认了这种权力。当权力能够由通过战争来决定的时候，法律的丧失也就可想而知。封建制的另一个特征是，由于地主对他的佃户有裁决权，只有仰仗他们，佃户才有望得到公正，这就是破坏法律规则与阻挠法律实施的直接因素。地主的意愿或者是他交付裁判的某个

人的决定都影响着每块封邑土地上的正义。不过一般来说,地主所感兴趣的仅仅是正义带来的利益和判决的费用。自由佃户从他手中接管法庭,并负责宣布法庭的判决。这样的法庭不管在什么地方存在,都不会像希腊的民众法庭那样具有实现法治的可能。

不过,封邑主之间的争议无法从这些封邑法庭的裁决中获得解决。在这类冲突中,双方都无法给自己制定法律。还有一些情节严重的犯罪也牵扯到正义问题。在法国,只有高级封邑主才拥有对这些问题的裁决权。因而在法国出现了省或县级法庭,结果又出现了在不同的省、不同的县的法律不一致的情况。这个问题的解决只能通过在全法国执行一种通用法律来获得。整个法兰西民族一直到《拿破仑法典》的颁布之后才得到了一个统一的法律体系。

随着法国封建势力的增长,一切制定统一法规的时机都遭到了破坏,而这时其他地方却正在发生着有利于法律重建的变化。在意大利,伦巴第人感到没有能力根除罗马法,因为他们制定不出可以完全抛开罗马法的体系,尽管这些暴发户像同其他人一样,极力模仿那些学识深厚、更有教养的人的样子。在法兰克人消灭了野蛮的伦巴第人之后,意大利的城市重又得以发展,具有了一定的势力和影响。那些野蛮的大封邑主继承人的贵族统治被他们逐渐消灭。人人都想积累财富,商业和贸易便自然而然地迅速进入人们的生活,实际上这是可以使人类开化的惟一积极的方式。同时,意大利的城市制造业再度兴起,财富积累得以迅速实现,活力又重新注入银行,随着贸易的扩展,北欧各地都开有意大利的银行。哥特人的统治,贝利萨瑞

斯和纳瑟斯领导下的查士丁尼部队在意大利的连年作战,东部帝国的最终撤退,伦巴第人的继续统治,在这一段风云变幻的漫长历史时期,法律学说已丧失殆尽。关于伦巴第法律的任何研究都无提及的必要,把在巴维亚学习法律看做是接近于对博大精深的罗马法律的学习是十分滑稽的。不过,通过某种途径,博拉格纳的一位法律老师弄到了《查士丁尼法典》的手稿。这位老师名叫阿南瑞奥斯,生活在公元1100年至1150年。自公元850年以后,法律取得了飞跃性的进展。当然,在这么长的时间里,也完全能够取得一些成就。别的老师都成为了阿南瑞奥斯事业的继承者,有一些还远赴异乡讲授法律。他们拥有《查士丁尼法典》全集,即《法典》、《学说汇纂》、《法理概要》以及《新法》。他们在手稿的旁边加以注释和解说。这种方法之所以会成为阅读全部书稿的一般途径,其中一个现实的原因是因为精制羊皮纸造价昂贵。但另一个更直接的原因是老师不在手稿上加注的话就无法进行讲解,而越来越多的注释叠加在一起,加上对《法典大全》一书中其他段落的参照,使得大量文字变得难以辨认。正由于这个原因,就有了《注解大全》的汇编,内容包括所有的注释,编者是一位叫做阿卡修斯的长者。当时最好的经院是爱佐经院,他们将《法理概要》和《法典》中的部分内容合编为一本纲要。这本《爱佐纲要》具有重要的意义,因为英国第一位伟大的法律作家布莱克顿正是从爱佐经院里得到了他写作法律分类基本原理的资料的。无论是谁,即便是只读过一部分这类注释读物,都会对这些书的空洞无物有清晰的了解。这些注释缺乏足够的知识性,作注者对历史一无所知,在法律中他们无法为自己定位。面对那些资料,他们只知

道一味埋头翻阅,却不知道如何利用。记录了罗马世界精英思想的最优秀的著作虽然掌握在他们手中,却不懂得如何去有价值地利用它们。不过,它的价值被那些没有读过它的人夸大了。阿卡修斯沉闷繁冗的《注解大全》现在的价值仅仅在于指明了书稿的注释多种多样。不能否认这些注释者们也的确很努力地试图从中总结出一些普遍性的准则,然而正如一位老律师却对这项工作一针见血地指出的那样:

知识的圣洁和真理的神圣不可侵犯被一堆堆的准则亵渎了。

就连哈莱姆也说阿卡修斯把对《新法》的翻译称为《权威理论》太荒谬了。查士丁尼的《新法》不是作为拉丁语的而是作为希腊的法律写成并出版的。他把一本叫做《权威理论》的《新法》的拉丁译本送给重新统治西部领土的将军。这本书先被送到了拉瓦那,后又送到了博拉格纳。幸运的是,在芝加哥大学的图书馆里至今还收藏着为弗里德里希二世制作的一本精品。对此只需草草读上两页马上就会知道,这样的翻译阿南瑞奥斯是无法进行的。

法律理论并未因这些注释者们案牍工作而得以复兴,但人们却把取得成就归功于他们。他们实际上只不过是法律老师,同时也是公开的受聘律师。当然,在一般情况下,出资最高的人所聘的总是最有才能的律师。因此稍懂常识的人都会知道,只有德国皇帝或一些皇家名流才雇得起这些精通法律的人士。作为一名罗马律师,菲力普所得的报酬比教皇波内法斯三世还高。编年史作者告诉我们,英国的亨利二世雇佣了一大帮罗马民法律师,当他想要得出某种判决结果时就会随时起用他们。



博拉格纳的律师们制订出了他们需要的法律。只要有人付得起钱,类似的现象在今天依然存在。

也许是因为罗马法中的部分章节对皇帝们征战意大利有所帮助使得学习罗马《法典》和《学说汇纂》的热潮再度兴起。也就是说,对于那种法律存在一种需求。制定出凌驾于一切地方法律之上的帝王法对于这些精通罗马法的人们而言是必须的。莎勒芒受到教皇对他的加冕,并被封为罗马的神权帝王。后来德国的奥托王朝及其继承者的前身就是这个帝国。声称是神授的奥古斯都、图拉真、康斯坦丁和查士丁尼的继承者的博拉格纳的律师们提出了法律的观念,并为中世纪的皇帝制订了法律条文。这些律师虽然缺乏历史知识,却熟知意大利的传统。博拉格纳的律师及其后继者们几乎为意大利创造了一个理论上的联邦帝国。所有的意大利北部城市都要向国王表示效忠,所有的各种地方法都屈居于罗马的帝王法之下。诗人但丁虽不是什么政治家,却对帝国属于帝王,意大利的城市属于帝王属地的一部分表示热烈拥护。毫无疑问,如果这些律师能够不受节制为所欲为、无所顾忌的话,大罗马帝国早就得以再生了。

然而,一些独立且各自特性鲜明的民族如法国、西班牙以及英格兰等都日渐强大起来。罗马教会宣称自己是上帝在地球上的代表,是凌驾于一切地球的统治者之上的,这掩盖了真正的斗争。中世纪律师对这种说法一向是持反对态度。英纳森特二世、格列高利七世、博内菲斯八世以及英纳森特三世都极大地扩张了教会的权利,那个时代充满着迷信和恐惧,他们虽然掌握着宣布禁令和逐出教会的武器,但他们最终还是失败

了。假如教皇们能够把传教士以及自认为是意大利的国民运动的领袖这两种身分忘记的话,那么就会出现截然不同的结果了。但这仅仅是一种假设而已,因为教会的收入来源于很多地方。几个世纪以来,由于这些法学家关于意大利不能拥有独立的民族学说使意大利本身吃尽了苦头。她的土地受到践踏,财富惨遭掠夺,她的制度也在德国、法国、西班牙和奥地利军队以及一些小省份中的外国雇佣军的反复摧残下被破坏掉了。在这段苦难而阴郁的历史中,只出现了一个可能成为中世纪意大利领袖的意大利人,然而他却又早早地离开了人间。

这些意大利律师虽号称法律学家,可他们的思想却被其历史知识的贫乏捆住了。他们把罗马教皇看作为异教圣师团的首领,即祭司团长的世袭继承人。为了使罗马法与地方法律相调和,他们可谓是费尽心机。他们在某种程度上主张独立。他们当中最杰出的律师,所谓“大师中的大师”是爱佐,他同教皇格列高利四世都同样认为,惯例可以创造,也可以废除。他们认为国家负有制定和诠释法律的职责。这些法理学家宣称,既然皇帝被人民赋予了立法权,他们也可以再恢复行使这个权利。阿南瑞奥斯是他们当中最先提出这种主张的,他认为人民有义务制定法律,个人将以此被确定为社会的成员。对于他们来说,“法律面前人人平等”是不可或缺的原则。西赛罗的这句话被他们引用了,并用《法典》和《学说汇纂》的理论加以阐述。他们对任何认为统治者具有可以不受法律约束的特权坚决反对,关于权利的授予及正当的法律程序已由阿南瑞奥斯提出了。他断言说关于某种买卖、遗嘱或是捐献,皇帝无权废除也不能进行垄断,不能做任何有悖于成文法或不成文法的事情,

皇帝在做出裁决前，不可只听一面之辞。爱佐也断言说，皇帝未经理其主要官员及参议院的同意不得擅自制定法律。这些法理学家完全明白《学说汇纂》中所说的皇帝喜欢什么，什么就具有法律效力的内涵。皇帝之所以拥有权利是因为人民给予了他这个权利。但他们对于皇帝不受法律束缚这一点却不知该如何解释。这就意味着普通的警察和私法对他不产生效力。不过，他们从《法典》中援引了那封著名的对于这个法律问题的答复书，“由于皇帝的至高无上的权力本身就是建立在法律之上的，因而皇帝应该承认他是受法律约束的，这是关于统治者的君权问题的一种适当的提法。而且，事实上对于国家而言，君权受法律制约是有益处的。”

然而由于注释者一味寻找对这些文字进行枯燥的点评，一味从文字意义上进行错误地引用，而忽略了法律的方法，因而没有产生什么有价值的结果。他们甚至不会恰当地运用援引的方法，没有打算阐明什么的目的，因而也就根本起不了什么作用。他们舍本求末，在那个年代，追求细枝末节的差异的风气盛行，很多文字都因此而被拆析得毫无意义。后起的作家将这些注释者所做的工作称为12世纪的法学文艺复兴。他们为这种溢美之言付出的代价是，不得不对照着法律的章节逐页阅读这些注释，但很快发现大部分的注释都是琐碎乏味的，有时简直是荒唐透顶。事实是这些人缺乏足够的法律的环境，后来英格兰不成文法就毁于他们的贫乏空洞带来的恶果。他们所注释的这些东西的意思缺少充足的材料来教给别人。律师越来越退化成仅仅是技师，往往得不到总体理论上的适当指导，在很多情况下，这个职业只是变成了那些注释学家的直系后

代。

如果一个人纯粹从修辞角度而非实务方面来看的话,那么他会说:“当代学生如果想寻求对于中世纪学说感到困惑的一些疑难问题的答案,惟一可查阅的是这些人的著作。”今天,对于一个学生来说,这些著作最大的教育价值在于让他认识到,在谈论一个自己无知的话题时,人们会在歧途上走多远。假如他仍不能认识到这些注释者们在诠释《学说汇纂》方面多么失败的话,那就给他引用一下德莱敦的尖刻诗句,这样他就会确信无疑了。

助产士摸着他的厚脑壳,

预言家似地祝福说:你是个木头脑袋。

直到了13世纪,这些注释者还一直持续着他们的毫无意义的事业。14世纪终于有了一点转机。一批被称为评论家的具有新思想的人士登上了舞台,他们不再沿袭注释的文体,而是进行实际的评论及专题研讨。当然他们的知识要渊博得多了,从不开化的传统中人类逐渐破壳而出。许多新思想随着东方传来的丰富的知识而传播进来,法制的传统也渐渐得以确立。像今天某些国家中的治外法权一样,有关人身权利的法律也变得十分必要。但是人身法律仍不及领地法律重要。罗马法被领地法更多地吸收。随着城市的发展、贸易的扩大、财富的增长,这一切都为法律的完善创造了条件。然而封建制的存在,人和人之间疏于交往,国家分崩离析为许多小公国,都导致了许多地方性法律的产生。在法律间的冲突这一命题上,评论家们投入了主要精力,努力找出一条不同的法律都适用的某种原则。这种法律自始至终具有重大的意义,虽然这些评论家们有

些过分地纠缠于细节。

法律间的冲突仍是存在于法律中的一个大问题。尤其是由许多联邦州组成的美国,法律指导什么问题显得尤为重要。各州的法院都是面向所有大众的。一个州的公民可以在另一州签定某一合同,在第三州履行,还可能涉及到第四个州。

在这个评论家的年代里,佛罗伦萨的美第奇家族银行可以把一个在威尼斯履行的合同放在尼德兰的分行缔结,这一合同还有可能被在米兰的法庭起诉。而这些不同的地区、国家、城市或省份间的法律可能有天壤之别,那么在援引及证实异地法律时就会产生许多麻烦。在这个特定的问题上,对于当代的学生们来说现代法律的基础也许还是有价值的。它表现了运用法律方法的意识,在读它们的时候,我们仿佛感觉到正义之神又降临到了我们的地球上。

萨索佛拉的巴特罗斯是评论学派的杰出人物。他是一位具有法官实践经验的老师,还是一位为法律问题提供咨询的顾问。他写了一些法律方面的小册子,从中我们可以找到指导冲突状态下的法律的一些总原则。在理论上这些总原则规定了统治帝国的法律是罗马法,意大利是帝国的一部分,每个省都有自己的常规法及司法体制,以及在此基础之上形成的《学说汇纂》和《法典》,等等。在此已预先形成了联邦制的雏形。法制不同的社会之间可以私自开战,并且那些在没有公认的仲裁人的封建制度下适用的准则依然被沿袭下来。巴特罗斯并未上升到法律的高度,使双方当事人可以在皇帝的迫使下将对方起诉到帝国法庭,因为这样的机构并不存在,但他的确提出了,在这样的战争中的争斗双方都不能按照自己一方的法律行事,

双方都应由凌驾于它们之上的至高权威所支配。他说：

所有的法理学家都倾向于反对那些无视正义的人。可以求助于一个至高权威来伸张正义，诉讼当事人则应在他的允许下进行赔偿。这就需要首先要有一个凌驾于一切之上的权威，因为任何一方都不会对自己执法。其次，这个至上的权威应站在正义事业的一边。

今天，在解决同盟国之间发生的纠纷时，这项法律依然适用。在起诉对方时，他们只能在具有最高权威的法庭即美国最高法院进行。任何一方当事人的法律都不得用于裁决纠纷，而只能由最高法院进行裁决。它的理论是：

即使在一方或双方国家的法令都反对的情况下，最高法院也要遵循和援引通用法律的规则。

遗憾的是，巴特罗斯的话没有被书写这条意见的法官引证，而他在另一段中引用他的话时，意思全被搞反了。在我们这个国家中，巴特罗斯的权威之言在进一步运用联邦法律的观念时也可以引证。当州法律与更为完善、更为公正的通用法律之间产生冲突时，州法律的条文将被位于最高法院权威之下的联邦法院拒绝承认，这样的例子不胜枚举。对于实际上他们正在继承罗马法理学的传统，这一点，最高法院一无所知，他们遵循的引导的原则是通用法规而不是州、县的地方法律，或者说，他们正在实施巴特罗斯关于帝王法高于一切法律的学说。

虽然这些评论学家们对法律做了大量的卓有成效的工作，但是如果要与在15世纪和16世纪文艺复兴时期出现的一些研究古罗马文化的伟人的辉煌成就相比就不免显得黯然失色了。库扎斯是这些学者中最为杰出的一位，为此去一趟法国古老而

寂静的波瑞省中心，寻访一下他将启蒙之光洒在查士丁尼法典上的地方会是很有意义的一次旅行。像萨维格尼这样的当代罗马学者所做的工作，只不过是库扎斯留给后世的浩瀚资料中探索一下而已。

现在，将我们的目光转向在教会法庭中不断发展的法律体制是有必要的了。教会一直援引罗马法，因为信奉基督教的皇帝在其官方法令中规定了基督徒的合法权益以及教会和官员的权力。很自然地，结婚、离婚、没有遗嘱情况下的继承等事宜都被交给了教会法庭处理了。结婚是一件神圣的事情，只有圣者才能经手。一切有关遗嘱和遗言的事情也由教会法庭包办。看起来这也许有点奇怪，其实没什么可大惊小怪的。多少年来，土地都是惟一的财富，对于土地不可立任何遗嘱，它的继承者早已由封建制确定了。土地在原始社会的法律中实际上属于不能转让的财产，还没有制定出来，通过遗嘱的形式可以留给他人的相关权利还没有制定出来。原先通过遗嘱或立遗嘱人的死亡而转让的少量财产在财政上没有给政府带来多少收益，可以肯定说，如果他们曾从中获得益处的话，那些收费的官员是不可能放过任何获取更多收人的机会的，就像现代的税收和立法机构为充实国库决不会放过从纳税人身上榨取更多油水的新手段一样。

在那个年代，一般的统治者都认为送给神父一部分他们那些可怜的臣民留下的私有财产就会使他们死后得以进入天堂。神父因此需收一笔继承税。为死者所做的祈祷是灵验的，应该得到报偿，对这一点没人产生怀疑。因此，除了从继承者的地产中支付这笔费用，不会有另外的办法。这种观念从原始时期

一直流传下来。那时的教会就教导人们,死者若在死前都未能清偿债务将永远无法逃脱炼狱的折磨。这就是立遗嘱的人总是在遗嘱中首先命令生者为他还清债务或尽到应尽的义务的原因。这一条是没有必要写出来的,因为依照法律,必须偿还所有的债务。然而颇具讽刺意味的是,在写遗嘱时,就连最坚信无神论的律师也会在神父的口授下加上这一句话。

教会对一切有关教士的问题,甚至包括他们所犯的罪行,以及一切与教会财产和纪律有关的问题都立了法。一些特别热衷于宗教的统治者还让教会法庭负责裁决世俗同教会之间的冲突,土地是否归他们所有还可由教会决定,不过,从没有英国的国王乐意这样做。教会未被获准拥有对任何其他的私人纠纷的裁决权,尽管在很早的时候就有关于早期的基督徒如何依照《圣经》上的戒律,由大主教处理他们中间的一切纠纷,在长老的协助下大主教又是如何裁决这类纠纷的记载。毫无疑问,这些决定完全扭曲了法律。一个合同是否可以实施,法庭要看它是不是以基督教的慈善、博爱为本,看它的实施是否公正。

司法诉讼案件的诉讼费是很高的,因而封建统治者不愿将它转让给教会。可以把牵扯到合同信用的某些问题交给教会法庭处理,因为对这样的合同民事法庭拒绝承认。所有的小过失,诸如通奸、婚前性关系,或者像发表异端邪说,或说了对神有失恭敬的话,自然这类罪过都属教会的管辖范围。以前对于作伪证的裁决也是教会法庭的事。教会法庭是大主教的法庭,不过主教管区的副主教也掌握一些司法裁判权,其主要责任是处理一些小过失案。他命令一些教士窥探教区居民的私生活,



以便让德高望重的副主教对那些不检点的淫妇和放荡的男子进行惩罚。教会案件要上诉给坐在礼拜堂中的罗马教皇。当然,由教会律师来处理教会案件的实务,律师行业也随着案件和上诉的增多变得越来越重要。为了使这些实务规范化,律师们孜孜不倦地努力。同时,独立存在的教会法规也在主持上诉法院的人的努力下而被制度化了。在对做出的判决进行精选之后,这些法庭定出了一套法律体系。通过行使立法机关的权力,教皇颁布了另外一些法令。枢密院是教会的立法机构。教会法规中当然不可避免地会引入一些神学的成分,没有教士怀疑过是摩西直接从上天得到了旧约全书前五本中的法律体系。能结合到教会法规中的所有神学方面的东西都被加了进去。“要有两个证人才能证实”这条法规就是这样来的。因此,英国的高等法院判案的基础就由希伯来法律奠定了,即一个经宣誓所作的回答只有在两个证人的证词,或者有一个掌握确实证据的证人作证才能被推翻。英格兰关于背叛的法律一直援引希伯来法规定的两个证人的原则。虔诚的大法官总是参照《圣经》决定他们的判决。詹姆斯一世时的爱斯弥尔大法官也参照《圣经》判案,我们可以在判决中看到上面标出的《圣经》的出处。《出埃及记》是一个无可争议的权威。在清教徒统治期间,这类引用更为突出,而英国圣公会的牧师则将他们的神学理论建立在“我们的权利来自上帝任命的圣职”上。詹姆斯一世坚信,正是这种说法使他在法庭上获得了施行正义的权力。

教会法规是对所有这些判决、人类的及神学的法规、法律惯例的规则总称,除了一些希伯来的条文,整体上基本为罗马法。在各种各样的书中都收录有这些法规,在此就不必一一

列举那些书的书名了。这些法庭都遵循着罗马法的规则及惯例。罗马法规对于欧洲大陆并不多么重要,但对欧洲的法律它产生了特别的影响。这种情况说明了高等法院的判决,婚姻法的实质内容,有关遗嘱、遗赠、遗产的法律以及适用于海事法庭的惯例和规则等,为什么从一开始就明显由罗马法支配着。而对于不成文法,它的影响则要隐蔽一些。为英国法律引入了合同的概念,即有关协议及意图的问题是教会法规产生的最大影响。几个世纪以来,在英格兰的高等法院中非正式的合同一直是得到承认并能够实施的。如果出现信誉问题,教会法庭原先对此具有裁判权,但是这种裁判权现在已荡然无存了。不过,大法官仍然拥有裁判权,罗马法律关于合同问题的学说是从高等法院逐渐传到普通法院的。对于欧洲大陆法律传统的讲述已讲到了英国法律的发展可以用罗马法及教会法规的影响来解释这一点。对于我们来说,由于我们的法律制度来自英格兰,现在到了好好讲讲他们的法律故事的时候了。

回顾中世纪时代对文明的摧毁实在令人痛心。那些残暴及压迫是无法用罗曼史和武士的故事来改变的。我们可以用各种想像去粉饰我们的祖先,但是却无法掩盖这样一个事实,那就是他们以最残忍的方式破坏了法律中的一切文明因素。当然,仍然留下了一些令人宽慰的东西,人类并未放弃善良、仁爱和怜悯的理想。修道院里居住着许多仁者、圣人。当德国的奥托三世对罗马的一位违背他旨意的神父施以割舌挖眼的酷刑时,一位名叫尼露斯的八十多岁的僧侣长途跋涉赶到罗马,安慰受难者并对皇帝的残暴愤怒痛斥。在黑暗的中世纪接近尾声的时候,天主教方济各会的奠基人弗莱尔斯为减轻人类的

痛苦创立了新秩序,同时多米尼哥教派也成立了传播知识的团体,成为欧洲的布道者和指路人。随后,14世纪文学史上最优美的祈祷书《学习基督的精神》出现了。也许对那个年代我们不应该过分苛求,他们信奉的法律理论是:由战争之神来评判,胜利属于正义之人,而苦难之神则保护无辜的人不被定罪。对于这些理论,文明开化的人中的绝大部分仍深信不疑。同其他人类的特性一样,人类在逆境中会迅速地回头接受原始信念,这似乎证明了掩饰我们原始的动物性的那一层文明伪装并不像我们自我感觉的那样坚固,那只不过是自欺欺人罢了。1204年,东正教帝国的首都被那些自称“为基督掘墓的十字军骑士”的海盗攻陷了,其帝国也被占领。这些虔诚的罗马教会的子孙比起埃拉瑞克和根瑟瑞克斯的野蛮不知要超出多少倍。这些自称为文明人的军队还在北京大肆烧杀抢掠,对那些手无寸铁的人民犯下了滔天罪行。这也并非是很久以前的事。

## 第9章 英国的法律

### ——衡平法与普通法

衡平法和普通法在经过相互对抗之后，最终协调起来，共同成为英国法律不可缺少的一部分。经过几百年的演变，陪审团已经从最初的见证机构变成审判机构。英国最早确立了司法权同立法权和行政权分立的制度。英国坚持陪审团制度和普通法是非常明智的，这使英国避免了重走专制体制的老路。从英国历史上的许多著名案件的审理中，可以看到英国法律的特点和发展进程。

在关于《罗马法典》的专题论文中，高斯曾提到《学说汇编》，由此我们得知一种法律体系的起源是何等重要。然而，关于英国人口中盎格鲁—撒克逊的成分一直以来众说纷纭，未有定论，以至于英国法的起源始终是一个旷日持久的有争议的话题。很多英国的历史学家把英国体制中的一切重要问题都归结于这一因素，这其实是错误的。法史学家的看法受他们的这种观点所影响。之所以出现这种错误观点是因为他们对盎格鲁—撒克逊人对英国的统治的认识完全是歪曲的。这一统治持续了相当长的一段时间——罗马统治时期他们对英国海岸开始进行掠夺时。盎格鲁—撒克逊人的统治就开始了。公元407年，罗马军团撤离后，英国各部落之间随之发生了冲突，这使异族的渗透在公元450年越加一发而不可收。德国侵略军也接踵而至，在差不多200年的时间里占领了除威尔士和英格兰

最北部以外的全部领土。盎格鲁人、撒克逊人和朱特人的部落瓜分了英国原居民的领地，被征服地区的居民也分别按所在位置被分到了各个部落。

为了维护英国的一切东西都来自盎格鲁—撒克逊的说法，像弗雷曼、弗洛伊德和施塔布这样的历史学家，将入侵者盎格鲁—撒克逊人描述得比实际上更野蛮、无情和残忍。在他们的文章中一直坚持是这些侵略者们残酷无情地将英格兰原有居民统统赶走了，并彻底摧毁了整个国家这一观点。在描述这些侵略者与生俱来的野蛮时，他们用了浓墨重彩。虽然塞尔特人也曾将自己的语言及部落制度强加给曾受他们统治的英格兰和高卢居民，但是他们根本就够不上这个级别。高卢后来的统治者法兰克人、西班牙的统治者维塞高人，以及意大利的统治者伦巴第人都不曾被描述得这么残忍过。

野蛮人之所以侵略定居地，野蛮人在那里看到了更多的财富，是因为他们看到了更多的财富。一个部落去偷、去抢另一个部落，这是一种原始的本能使然。不过也许强盗会有足够的理智，想从抢来的东西中挑出某些有价值的东西予以保留。现有人口中的免费劳动力是强盗最想要的保留物之一，因为可以把他们变成农奴或奴隶。野蛮人都想尽可能地不干活，而奴役别人替他们干活，就是逃避劳动的最好办法。毫无疑问，在英国那些为优雅、舒适的罗马生活而建造的精美别墅全都毁于一旦，因为这些奢侈品对于侵略者来说简直就是浪费。就像为克罗地亚移民修建的住宅中备有搪瓷浴缸一样。农奴可为侵略者耕耘种地。

自从弗雷曼的“盎格鲁—撒克逊学说”问世以来，以格林的

其他作家又对其加以继承和发展,在考古学及英国人种学方面,人们做了大量的研究工作。现在已被确证的观点是,无论英格兰的原有居民是属于伊比利亚人种,还是利古利亚,或阿尔卑斯人种,或来自其他什么地方,最初反正是于最后一纪冰川期之后在意大利、西班牙、高卢德国南部出现的。这批以耕地为生,过着田园牧人生活的是最早的英国居民。同所有早期的农业者一样,他们居住在村落里。从他们的陶器中可以看出他们已经达到一个文化相当发达的阶段。他们精心耕作土地,掌握了高超的冶炼技术,甚至能在大不列颠河中捕捞珍珠,这一切千真万确。比起统治西欧的塞尔特人他们要先进得多。在那段时期里他们称霸一时,这些伊比利亚人把塞尔特侵略者也给同化了,当凯撒登上英国土地的时候,已经形成一个养猪牧牛、用马来耕地或马拉车的民族产生了。要是英国像德国那样布满沼泽和森林,又缺乏农业资源的话,这块土地是留不住凯撒和他的子孙们的。

在罗马人漫长的统治时期里,这些混居人口变得已经非常罗马化。在他们当中,基督教逐渐得到传播,甚至传到了爱尔兰和北不列颠。在罗马军团撤走,盎格鲁—撒克逊侵略者开始大举入侵之后,爱尔兰很可能涌进了一些不列颠人,他们给爱尔兰的法律带去了一些罗马法的色彩,这些东西同不列颠法显得很吻合。在爱尔兰发现了发达的拉丁文化的遗迹时,英格兰、法国和西班牙当时尚处于中世纪的低潮时期。有许多不列颠人跨过海峡来到了法国,并缔造了贝特尼省。大多数人在盎格鲁—撒克逊人统治时期沦为农奴而被留在了被征服的土地上,他们很快就像所有处在低劣文化统治下的人种一样退化

了。一段时间以后,这批早期居民同盎格鲁—撒克逊人完全融合在一起了。从人种学的角度,今天我们仍可以从英格兰人的头形及特征上看到古伊比利亚人的影子。后来,盎格鲁—撒克逊人渐渐演变为以耕地、养猪为生,从《艾凡赫》中对塞尔特人的描写可以得到很好的例证。从伊比利亚时期,而后再历经了塞尔特人和罗马人的统治,这些当地人的村落以其顽强的生命力一直生存到盎格鲁—撒克逊时代。在罗马人统治时期的英国土地制度,以及在盎格鲁—撒克逊时期形成的早期领主制度都是由他们给奠定了基础,他们还同盎格鲁—撒克逊人一起发展了安茹王朝的农奴主制。早期英国法中的佃户,以及后期英国法中的不动产保有者就是这些农奴。

始于公元450年的盎格鲁—撒克逊时代在英国历史上一直持续到公元1066年的诺曼统治时期。这比美国人从定居到发展起来所用的时间足足长出一倍。盎格鲁—撒克逊人在这段漫长的时期发生了很大的变化。在刚踏上这块土地的对候,他们的制度还十分原始,就连德国人也认为他们是未开化之人。在称王的部落首领将土地分成数份,贵族阶层和自由人分别得到他们应有的一份土地。看来侵略者没有带来多少奴隶,他们采用的是像玛雅人发展起来的那种家族制。诸如选举首领,调解家族间的纠纷之类的事由部落大会负责。对杀人及其他罪行,他们采用一种协议解决制度,只是这种制度仍停留在比较原始的阶段,发生了纠纷而未能达成协议的话,就会导致血流事件的发生。这样,家族间世代结仇的局面就无法避免了。部落间的松散联盟尚不足以形成对家族或家族成员法律裁判权,对于这种冲突在哪个法庭调停,决定于双方的意愿。

盎格鲁—撒克逊的征服还未完成之前,在战争已经在这些只会靠打仗来扩张领土的各部落之间展开了。在贵族和国王的率领之下,普通的自由人成了。部落间的战争造成了各部落在英国各州郡交界处大量集结的结果。主要参战者有西撒克逊人、东撒克逊人、肯特郡人、密西安人及英格兰人,西撒克逊人逐渐占了上风。罗马教会已使这些人在这一切发生之前皈依了基督教。神父随即给他们带来了教规,罗马法律传统的影响越来越明显。教会就取得了财产,教堂修建起来了,大主教也任命下来了。欧洲大陆上盛行的土地文本及契据也随神父进入英国。

在欧洲大陆,频繁的战乱带来了同样的结果:封建制度开始发展,弱者将自己置于强者的卵翼之下,国王册封土地给为其服役的属下,不过,早期征服者手中仍掌握着大部分土地。“福地”就是通过早期头衔或者征服者部落所给的头衔而获取的土地,而“宝地”则是通过契据(盎格鲁—撒克逊称之为书本或文本)而获的土地。国王册封地给属下时,使用的当然是文本或契据。教会也很在意对自己所有的土地持有契据,一旦需要契据,他们可以毫不费力地伪造出来。

国家大会在神父的帮助下向普通法院的转变又前迈了一步。以百家为单位划分部落。由于路途遥远,交通不便,为便于一些小纠纷的处理,部落中设立了法院。每个百家部落又进一步分成十户为一组,各组成员的行为由各组自己负责。在诺曼时期,这种组织被称为“十户联保制”。由部落的代表组成自由人大会,即国家法院。原来是由大主教或部落首领来主持国家法庭的,后来由国王主持。它成为在部落间伸张正义的一种



方式。各部落聚居融合之后,原先的部落族长成了郡长,再后来伯爵又代替了郡长。模仿欧洲大陆的皇家制,国王把他们的贴身下属封为贵族。

法律上的一切变化及其日趋完善都是在神父的影响下发生的,这是最重要的一点。只有神父才具备这些法律知识,他们懂得怎样起草文本,国王的神职人员是他们给配备的,他们所接受的神职人员教育教使他们具备了法律的知识。

最后,西撒克逊人最终在混战中取胜,成为惟一的王。此时的王位继承已心烦成世袭制,为了巩固和支持这一制度,他们又额外制定了一套规章制度。他们通过神父直接从欧洲大陆借鉴了增加国库收入及扩充军队的办法。在那个年代,大主教就是王,他是自己主管的教区中的统治者。通常情况下,他是掌握着生杀大权的最大的地主,这使教会超越于一切之上。领兵作战对他而言也是常事。教会法庭和世俗法庭是不是分开的。一般来说,郡法庭由大主教来主持,无疑他的影响是巨大的。他或者教会的顾问可以解释法律,而他解释的自然是来自罗马法的教会法规。当然,这里所说的罗马法是指罗马法的传统,而不是《查士丁尼法典》。由于存在着援引其规则的条件,所以这种传统被一直保留了下来。其个体形式是,由每百家在郡法庭中的代表来宣读判决,用他们的话来说,这叫做宣布命运,实际上却是由教会来书写判决或者告诉盎格鲁-撒克逊判官应该说什么。在盎格鲁-撒克逊时代形成和发展起来的各种制度显然与欧洲大陆一脉相承的。封建苛税、强制服兵役、向某种服役者授予土地、契据的形式、皇家的权力等,所有这一切都显示了对欧洲大陆的模仿的痕迹。而教会则是一切

书面的东西的来源。

在以上这种制度发展的过程中,丹麦人对盎格鲁—撒克逊人进行了一系列袭击。丹麦人因此侵占了大片英国土地。撒克逊人占有伦敦,泰晤士河成为撒克逊人和丹麦人地盘的分界线,这条分界线沿泰晤士河向北一直延伸至英国中部。英国一半的土地几乎都被丹麦人占领了。人口组成基本上还和以前一样,盎格鲁—撒克逊人和丹麦人仍占当地居民的少数。最后,整个英国被丹麦国王科努特占领了,后来他的子孙又统治了一段时间。他们采用的法律制度与盎格鲁人一样。后来,盎格鲁—撒克逊人的统治在爱德华神父手里得以恢复。他早年在诺曼底过着流放的生活,并在那儿接受了全部的教育。在位期间,他竭尽全力引进诺曼的风俗、制度及社会规范。他死后,一个撒克逊人和丹麦人的混血儿哈罗德取得王位。后来,爱德华神父册封的一个叫威廉的诺曼底公爵登上英伦大地,并在哈斯丁战役中打败了盎格鲁—撒克逊人的军队,迅速占领了整个国家,从此以后,诺曼人的统治开始了。

此后就是两种法律制度并存的时期:一种为主要建立在罗马传统上的盎格鲁—撒克逊法,另一种为几乎是罗马法翻版的诺曼法。无需对盎格鲁—撒克逊的制度做多大改动,就可适应诺曼统治者的要求,之所以这样,还在于存在着社会条件仍很简陋,财产法也还相对简单这两点原因。要搞清这一点就有必要看一下:现在王位已经得到了巩固的情况下,盎格鲁—撒克逊法律制度在教会的知识阶层手中都发生了哪些变化。

首先,对土地的个人所有权代替了一切部落或家庭所有权。封建制国家的普通成员包括了各阶层的人,如国王、贵族、

自由人、农奴或佃户。在英国，形成了一个神父阶层，他们可以处理自己的事务，征自己的税——如果说他们也有征税的需要的话。人口按数量划分开来，一部分人要为他们当中每一个人的行为负责。他们有一套赔偿伤害的制度，对死者家属的赔偿叫做“无恶”；对蒙受伤害的个人的赔偿叫做“保他”；对在其地盘上发生伤害事件的掌握管辖权的地主也要施以罚款，叫做“为他”。对他人造成伤害的奴隶或农奴、非人类的动物或无生命的物品要被没收充公。这条原则是神父从《圣经》上的神学法规引用下来的。由于一切冒犯都被视为与人身有关，因此某些行为自然就会冒犯到国王。显然这种想法借鉴于欧洲大陆，是罗马法的遗迹。对于责任的动机问题，盎格鲁—撒克逊法没有涉及。一个人要对自己的行为、奴隶或家庭成员的行为乃至自己的动物或所属物品的行为负责。中世纪时，人的头脑还不能够区别罗马法律中的细微差别。土地制度是基本上独立的，当时的土地制度是利用旷野之地耕种，村落依附于土地。除了我们前面讲到过的“福地”和“宝地”，还有一种由一家或多家租种的土地，一般而言承租人是不能转让这种土地的。可以自由处理的地产同非自由处理的地产之间没有法律上的区别。有关结婚和离婚的法律完全采用罗马法。动产的出售必须公开进行。完善的合同法在当时尚不存在。盎格鲁—撒克逊人也没有对遗嘱立法，罗马法被神父直接移植了过来。神父在垂危的病人害怕死神降临时，为他指明通往天堂的光明大道，为此神父就能获得土地或其他财产，因为神父开导病人将财产和土地契据留作遗产，以示忏悔之意。土地通过这样的遗嘱或契据被直接交给了上帝或他的教堂，或他在某地的一位圣者。

法庭上的程序不过是一种形式,不过神父把罗马法中的条令给借用过来了,它同时适用于以法律手段获得地产和私有财产这两种情况。如果一个人通过强制手段从拥有者手中获取了土地,这实际上成为一笔债务,就像其他私有财产一样。这一条令只对有形财产适用。

神父承认在法律程序中的宣誓,因而郡法院都采用这种办法。在法庭上提出诉讼的人要按固定程序对其所诉宣誓,并且要有其他证人作证,神父把这称为“起诉”。然后传票会被送到被告人手中,对他提出到庭的要求,若有必要,送传票人需证实传票无误。被告人出庭,也要按固定程序宣誓,否认对他的指控并提出证据。这一切都要按既定的程式来做,否则败诉的将会是出错一方,由法庭判定将作证权授予谁,这是通常的作法。法庭对于自相矛盾的证据从不进行鉴别和合理的论证,一切都是形式主义的过场。举一个有关债务的问题为例,原告提出的起诉是被告欠他钱,而被告对欠钱一事矢口否认,于是这个问题就是悬而未决。被告的意思到底是说曾经欠债,但他已偿清呢,还是从来就不曾有过这笔债?假如被告否认有过任何债务,那么原告就有证实这笔债务的必要;假如被告承认债务存在过但已偿清的话,那他就应对这一点加以证实。盎格鲁—撒克逊的法庭如何处理这种案子?法庭采取审查原告的起诉或证人的办法始于亨利一世时期,如果法庭认定确实有过债务而被告说他已偿清的话,原告就可以从它那儿获得作证权。如果原告手扶《圣经》向上帝发誓确有其债而被告并未偿还,并且他的证人也发誓说相信他所说的话,那么胜诉的将会是原告,而被告就没有任何作证的机会了。另一方面,如果法庭认定债务

的存在不属实的话,那么得到作证权的就会是被告。在这种情况下,被告的证人必须要比原告起诉时多出一倍。这叫作双人辩护,或4人,或6人,或12人,所需人数依具体案件而定。因此,如果原告有一个证人,那被告的辩护就要由两个证人来证明,从而发挥《圣经》上二比一原则的效用。如果有两个,或4个,或6个证人为原告作证的话,那么被告就需要有4个,或8个,或12个证人来辩护。至于被告本身是否算作一个证人似乎没有定论。无论如何,证人并非是对事实真相完全了解而进行,而只是相信被告或原告。看起来,在一般情况下,盎格鲁-撒克逊时期作证权总是被给予被告方的,一切民事诉讼都适用这一程序。在刑事案件中,由证人帮助被告并为其进行辩护,但是证人也将因名声不好或案情严重等原因而被要求接受神裁法,这种判罪方法被神父变成一种仁慈之举。征服者之子,威廉·鲁富斯对此曾公开蔑视,对于用神裁法进行刑事审判表示愤怒。在有关买卖,或按照法律程序获取土地或者某样东西的案件中,也使用判定哪一方有作证权的方法。不过,只要有证人出具的文本的都叫做“证人作证法”,它要比宣誓断案法合理公正。明显正当的一方有可能会通过法庭而获得作证权,并最终得以胜诉。

被告和他的作证者通过宣誓进行辩护,这是盎格鲁-撒克逊时期的正常审判形式。后来,这种被告人通过要求辩护来保证法律公正的判决的方法被称为宣誓断案法。显然,以这种方法作为合理的审判方式实在是荒唐。贝尔法德大法官在一部早期的盎格鲁-诺曼的年鉴中说过,对于诚实之人的善行,任何一个不诚实之人都可以在6个恶棍的帮助下通过宣誓而加以

否定。诺曼的法官一般都拒绝使用这一方法,当然也有个别意外的情况存在。但在盎格鲁—撒克逊人执掌的地方法院中,这种方法一直被使用着。在英国不成文法的程序中,几百年以来从不曾听说过通过实际证人的证明下进行的审判,这或许就是这种方法所导致的恶果。

任何一个经验丰富的律师都不会相信当事人找来为自己作证的证人。因为从社会道德的角度来看,这个社会尚未因商业和贸易而达到完全的诚实,因此这个结论还是站得住脚的。今天的任何有经验的律师也知道,他在法庭上听到的证词中,也总是谎言多于事实。应当值得注意的一个问题是,辩护证人的比例是二比一。大家都应该很清楚,希伯来法中有一规定“一个人否定的事实需要两个人来证明”,这种作法就是神父在这项规定的基础上所作的发明。这跟盎格鲁—撒克逊人没有什么关系,只是出于一种孩子般的对誓言的信任罢了。

看来撒克逊人对一种与之相似的文化往往很难接受。宣誓断案法是一项原始的遗产,不过已被神父给改头换面了。人们对于神裁法究竟是神父从希伯来法中继承下来的,还是原始法律中的一部分一直有多种看法,至今尚未有定论。在《查理说法》中有这样的证据:对自由人自己卖身为奴的这种情况,人们产生了争议。人们查阅了德国法及法国法,结果一无所获。于是神父捧出了《圣经》,并援引上面的话说,一个将自己卖为奴隶的人应有6年的为奴期限,但在第7年应获自由。国王班会可了这一条,并在买卖合同中把它定为服役期限。罗马皇帝的法律规定,假如一个自由人迫于环境的压力将他的孩子卖为奴隶,他们可以付清购买款并在此基础上加付5%赎回孩子。

查理于是决定将此作为适用于孩子的法律，并将之扩展适用于将自己卖身为奴的情况。神学法规中关于奴隶在第七年重获自由的规定被他修改利用了，此规定源于希伯来法的第七年不用偿付即自动清债的原则。他在采纳这条原则的同时又另外增加了一条规定，即只有返还购买方所出的价钱后方可重获自由。

欧洲大陆成了所有的封建法律及地主的私有裁判权的发源地，神父们引进这些法律也许是为了控制他们所拥有的土地及佃户，神父们把它们引入了英国。诺曼人从罗马法中借鉴了传票送到被告的住所，或当被告不在时转交其家属的作法。由于法国遭受的破坏极其严重，因此又在这一条上附加了一点，即可以将国王诏书的副本当作传票留在被告住所的旧址。

在盎格鲁—撒克逊法律处于这种状况时，诺曼的统治者将突然引进了他们的组织制度。征服者威廉把每一个持有哈罗德纹章的盎格鲁—撒克逊人的土地都给剥夺了。当地的土地持有者是哈罗德以及哈罗德的父亲高德温的敌人，对于他们的财产，威廉秋毫未犯。威廉首先要强调的是，他是一位征服者，拥有英国所有的土地，他以征服者的名义占有了它。这个现代法律观念源于野蛮人，但得以保留下来，印第安人的土地也被美国人以这样的名义占有了。任何人拥有的一块土地都必须来自征服者的，因为他已成为一切土地的拥有者。这是一条基本原则，这一原则又被他及其接班人定为永久的法律。这招致来自两方面的反对：第一是那些在征服中被杀死的或土地被剥夺又不愿意放弃所有权的盎格鲁—撒克逊的地主；第二是那些诺曼男爵，他们自己就是征服者，不但剥夺了某些地主的土

地,还把他们的土地给瓜分了,他们声称,凭着征服者的称号,被他们剥夺了土地的所有者的一切权力都已由他们继承。诺曼人的这种特权在此起彼伏的反抗浪潮中被摧毁了。在他们领地上所有的农奴和自由佃户都是有价值的。这些人是和土地一同被剥夺来的。在土地上耕作的人们实际没有受到太多的冲击。但向其属下分封土地是每一位诺曼男爵都要做的,因此,无疑中层的撒克逊土地持有者遭受了严重的剥夺。“福地”所有者在撒克逊已不多见了,而且就连剩下的这些也被包括在国王的地盘里了。

征服者需要坚持的另一个原则是所有英国的土地都直接归他所有,他是大地主。除了直接从国王那儿得到册封地的人他无法保持永久所有权。就整个封建理论而言,这一原则不但是违反常理的,而且会使从国王那儿得到头衔的封臣不可能再向他下一级的属下册封土地了。直接从国王那儿得到册封土地的地主称为总佃头。理论上说,国王自然就是所有封地的总地主。总佃头愿意册封领地给他自己的封臣,由其封臣以及后代永远使用。如果一个佃户的土地不是从国王的总佃头那儿得到的,那么对这块土地国王就有权没收或征用,它从此就不再是总佃头的地产了。或许这块土地是总佃头册封给在战争期间为他服兵役的封臣的。假如这个二等佃户已经拥有国王的土地,那他就不可能同时拥有总佃头的封地,因为他无法为其服役。为了解决这一矛盾又定下了一条规矩,即所有英国的土地都直接或间接地隶属于国王。这样一来,一种叫做“因服兵役而获土地所有权”的法律也就应运而生。但是征服者修改了封建法律,所有的封臣及二等封臣都要宣誓直接效忠于统



治者本人。

从风俗和行为方式来看,诺曼人是一个同盎格鲁—撒克逊人截然不同的民族。诺曼人自然是来源于北方人才有诺曼人这种称谓。这些来自斯堪的那维亚的海盗,为掠夺财富而来到了气候宜人的地方。最初他们在法国的北部海岸登陆,然后沿塞纳河经巴黎一直到达法国北部的马恩省腹地,在塞纳河流域大肆掠夺。劳埃区和杜霍斯也受到了他们的洗劫。最终法国与他们达成了协议:将一部分领土授予诺曼的公爵,这块领土从此改称诺曼底,诺曼公爵承认法国是他们的宗主国。诺曼人成为诺曼底的统治阶级,他们很快同法国或高卢人融合起来,并迅速变得文明开化,在他们身上的大多数北欧人的特征几乎丧失殆尽,最终他们演变为一个出色的种族。他们不但有高卢人机敏的头脑,同时还拥有诺曼人的力量和意志。诺曼鲁则温顺、儒雅,善于自我克制,而盎格鲁—撒克逊人则粗野不驯,他们食物粗糙,豪饮劣等酒。埃尔登王他是一个典型的盎格鲁—撒克逊人被看作是一个了不起的大臣,他每晚睡觉都要由人抬上床。在政治上他也如此。这两个民族的对比是如此鲜明,盎格鲁—撒克逊人很不开化,而诺曼人则已经高度文明了。诺曼人的土地上常年呈现出一派和平盛世景象,学校很多且学生上进,贝克大修道院为各政府部门和教会机构培养许多学识渊博的人才。诺曼人对土地精耕细作,房屋也建得坚固精良。他们主要从事牧师、教士一类的职业,善于做文字记录等案牍工作。所有的公共买卖都井然有序,所有的交易在专门文本中都有详细的记录。政府部门的职能划分明确。在战斗中,他们纪律非常严明,在哈斯丁战役中他们以明显处于劣势的

兵力战胜了敌人。

对所有政府的诉讼,诺曼的大法官法庭都有令状。他们从高卢人那儿引进了罗马法中的陪审团制度。陪审团由12人组成。在诺曼的君主想做某种决定的时候,就会随时召集12个人的陪审团就某个事件作出裁决。主持法庭的法官都精通法学,他们遵循的是通过教会法规流传而来的罗马法的体制。诺曼人的语言极其发达,不但词汇丰富,而且表达生动。一些从罗马法中借鉴而来的法律术语得到了进一步的发展。而盎格鲁—撒克逊人却仍在大量地使用着方言。各郡之间的人相互沟通极为困难,词汇的贫乏也对这种语言的使用起了限制作用。对于一个文明的民族而言,这种语言太相称了。这种情况持续了300多年。在这期间诺曼法语是唯一能够使用的语言。

王位一旦得到巩固,威廉国王就以他那行之有效的诺曼方式开始对英吉利王国进行调查。他进行了一次成功的人口普查,除一部分农奴和奴隶以外,他把所有居民的人数都统计出来了,还一一列出了他们的土地及财产清单。大功终于告成之时,为了获得这份国王想要的名曰“末日判决书”的调查清册用去了人们几年的时间。威廉国王现在可以确切地知道,哪块土地是归谁拥有,是靠服什么役而得到的,王室领地有哪些,以及谁对其拥有所有权。对居民的身分和阶层也都作了精确地分类。可以想像一下这样的情景:国王和他的牧师在长长的人口普查的清单上指点着,将可以榨取更多油水的地方,以及可以招募到更多的骑士和奴仆的地点指出来。这是一幅多么现代的画卷啊!当然,并未强令居民迁移,但对于皇家的猎场却有很严格的规定。这些规定或法律,招致怨声载道,为了对抗规

定,人们弄出一套御猎场法规,假托是已死去的科努特国王制订的,因为他已经不可能再为自己辩护了。几个世纪以来,科努特时期实际实施的法律被认为只有“科努特皇家猎场法”,诺曼国王所作的只是对法律,而且它们被当作是久已存在的法律来实施。更多的法律的颁布是在征服者之子亨利一世在位时期颁布的。因为他觉得到了有必要对他的撒克逊臣民施行法制的时候了。这些法律的制定方式带有很强的诺曼色彩。国王并没有立刻制订出法律制度,而是先让牧师们埋头编写各种法律书籍,在编写的过程中,并且诺曼人愿意接受的各种旧法中一些条款都予以保留,按照他们认为最理想的方式对其余的条款进行了修改。对一些盎格鲁—撒克逊人制定的社会准则,以及他们赔偿伤害的方式——“为他”和“保他”,他们也愿意接受,诺曼人都是处在极其严格的法律条款的保护之下的。其他条款都是从诺曼底或英国法中借鉴并由神父修改过的。允许郡法院及其他地方法院继续发挥职能,但这些法院必须由诺曼国王自己指定的郡长及地方司法长官来主持。

许多诺曼的神职人员,被请到了威廉国王的法律班子中,兰弗兰克是最为出众的一位。据说,他在巴维亚接受过罗马法的教育,巴维亚受意大利城市波仑亚的影响很深。他在诺曼底的贝克修道院做牧师时,威廉把他带到了英国,并任命他为继盎格鲁—撒克逊人斯蒂冈之后的坎特伯雷大主教。兰弗兰克着手调查了第一桩诉讼大案,这个案子最终使坎特伯雷教区获得了土地。在兰弗兰克召集的一次郡大会上,他对一系列盎格鲁—撒克逊的术语进行了精彩论述。

兰弗兰克参与的另一桩更为重要的案件是罗彻斯特大主

教冈道尔夫和国王的司法长官皮考特之间的一场官司。此案大约发生在公元1075年,也就是威廉征服英国9年之后。不用说,那位大主教冈道尔夫是盎格鲁—撒克逊人。他声称拥有教区的土地所有权,然而司法长官把教区的土地没收并变为国王的领地。盎格鲁—撒克逊的大乡绅从教会那里得到这块土地,他们或许是在哈罗德的军队中服过兵役,这样一来,他们从教区获得的土地显然是被司法长官以此为理由剥夺了,这些司法官后来成为凌驾于教会之上的地主。我们从这个案件中得知,虽然不能起诉国王,但可以通过起诉国王的官员而轻易地达到他们的目的。就像今天,对我们这个联邦中的某个州,联邦法院无法对其提出起诉,但可以通过起诉执掌州政权的官员的办法达到同样目的。作为大权在握的教会的大主教,他不同于盎格鲁—撒克逊地主——那是另一个级别的人。大主教起诉说司法官对他暴力相向。大法官法院发出了令状,全郡的人被召集在一起,以证明谁才能真正拥有土地所有权。这一令状指定贝叶的大主教奥都来主持郡法庭,当时任国王的首席政法官的奥都是国王的亲弟弟。

组成原来的郡法院的盎格鲁—撒克逊的自由人,就是令状中所指的那些即将被召集到庭的郡民。这是这个令状提出的一个全新的概念。在盎格鲁—撒克逊人当政的时代,这些人是法官,判决书是由他们来宣读的,而现在他们成为国王的法官提供情况的证人,而作出判决的权威人士已经是国王的法官了。这是一场彻底的革命,从此以后由法官作判决的罗马法的规则在英国扎下了根。

令状发出之后,在首席政法官的主持下,郡法院开庭了。

据记载,郡民们由于对国王的司法官身存畏惧,他们不得不就说土地是属于国王的。奥都大主教对他们的话表示怀疑。他令郡民选举出12个代表,宣誓后再确认一遍他们所说的是否属实。这个由12个人组成的陪审团是英国历史的第一个,法庭的法官将依据他们的证辞就事实作出的结论作出判决。这样,诺曼的12人陪审团制被移植了过来,使之成为用书面形式在法庭上通过证明事实的一个组成部分。这时全国已开始普及12人陪审团制,不过还从未应用于法庭,只是被用来证明人口普查的事实。这12个人是选举出来的,开始他们推翻了原先的结论,可是后来在司法官捎来的信的威胁下,又返回法庭并发誓说郡民们原先所说的都是事实。法庭据此作出了有利于国王的判决,国王得到了这块土地。

由此案可以看出,由于诺曼人及罗马人的12人陪审团制的引进,法律程序已发生了一些根本性的变化。然而,事情并未就此结束。有一位僧人站出来判判决是错误的,并且在这12个人中有一个是知情人,原因是他自己的土地也得之于同样的教会头衔。他把这一番话告诉了罗彻斯特大主教。大主教把这位僧人带到了首席政法官那儿,僧人将这番话重申了一遍。当时的情景在史料中作了记载:首席政法官召来那个人,在得知真相后大发雷霆,后悔自己竟然相信了这群胆小如鼠的作伪证的贱民的谎话。那人惊恐万状,跪倒在首席政法官脚下,承认自己作了伪证。接着又召来了12个人中的另一个,他也供认不讳。首席政法官把很多德高望重的贵族,有法国的,也有英国的,一一召来。由他们宣布并判定陪审团作伪证一事。接踵而来的问题是该如何处置他们。按照诺曼底的法律,应判作伪证

的陪审团有罪,但是从未有过这样的先例——把错误的判决搁到一边再作出与之相反的判决。于是,判决被首席政法官毫不犹豫地推翻了原先的判决,对罗彻斯特大主教做出了新的判决,将土地判给了他,并判陪审团向国王交纳 300 英镑的罚款。

在英国法律史上这一做法具有重要意义。值得注意的是,陪审团最早的意义及职能并非像现在我们所知的那样,是一个听取证人的证词并据此来判断事实的团体。最早的陪审团只有 12 个人,被传至法庭作证人,并且是作为了解事实的惟一证人,他们根据自己的理解作出判断,英国的陪审团在 450 年间一直如此,他们推翻这样的裁决的惟一方式是传唤另一个更知情的机构,由这个机构说明原先的证人陪审团撒了谎。据此,就极有可能产生一个跟原有判决截然相反的新的判决。这个新的推翻或撤销程序是非常合理和正当的。它比起现在由法官来进行一轮新审判的办法,要有效得多。新一轮审判只能推翻原来的判决,并不能新的判决就是正确的。而通过这种法律程序,可以迅速作出新的、正确的判决。这种做法直到亨利二世时才被再度发现和使用,这之前它已经沉寂了近 100 年。我们把它叫做剥夺陪审团权力的法律程序。根据贝叶大主教的建议,有剥夺权力的陪审团成员要从层次更高的人中选举,最后由选定的 24 名骑士组成。

在那个久远的年代,由一个人发明一种法律程序实属不可思议,不过这种发明若是发生在诺曼人身上,便不值得大惊小怪。首先由一个 12 个人的陪审团就案情以宣誓的方式作出判断,其次是对陪审团错判的法律程序予以纠正。诺曼人在很长一段时期内都实行这一做法。直到 1650 年,普通法院才意识到

进行新一轮审判的可能性,在威廉征服英国期间,这位剥夺权法律程序的发明者,给予了他哥哥大量人力及财力方面的支持。在著名的贝叶挂毯上我们可以看到他在哈斯丁之战中的英姿——身披铠甲,骑在战马上指挥着手下的骑士。不过他没有得到御赐的宝剑,而是得到了教会的牧师头衔。国王将肯特郡的大片土地封给了他,并任命他为英王国的最高级官员——首席大法官。后来他跟国王闹翻了,被遣送回诺曼底。有的记载说他被流放到了罗马,并在那里花巨资买下了教皇的职位。有人据此推测说,教皇的头衔在那个时候就像美国地方的参议员头衔一样,是一样可售商品,交易的手续也同样简单,你所要做的就是到红衣主教团露个面,再交上足够的钱就大功告成了。记载上说,这位善良的大主教后来在西西里的首府巴勒莫去世,是时他还尚未来得及享用他的基金。还有另外的记载描述了他另一种命运,说他在参加第一次十字军东征的时候,在安条克的围攻中被杀死。无论他是作为一个流放者,还是作为一个斗士死去,他都为英国法律奠定了的盛行了几个世纪的程序规范,仅此一点便可名垂史册。

英国引入了征服者将战争作为审判的做法,这正是征服者的法律。后来这一作法被引申为所有诺曼臣民的权力。一个跟诺曼人作战的盎格鲁—撒克逊人也可以就这种权力提出要求。对教会的约束十分严格,主教法庭中的大主教无权起诉其牧师,也不能将其从教会中驱逐出去。

征服者威廉的儿子在他死后继承了王位,教会不断地被他骚扰,他想方设法从教会的金库和土地中榨取钱财。亨利一世是征服者威廉最小的儿子,姓博克勒克,意为“善良的学者”。

这位诺曼的第三位国王为英国法律做出了不可磨灭的贡献。他继位时,盎格鲁—撒克逊人的势力有所恢复,他们怒气冲天,愚昧地要求恢复他们的那些旧法。在加冕典礼上,亨利曾宣誓遵照旧法行事,因此他决定把他所指的那些旧法告诉这些盎格鲁—撒克逊人。亨利的牧师得到他的指示要援用旧法以平息撒克逊人的纷争,像圣徒爱德华的法律、节选翻译的盎格鲁—撒克逊国王的部分法律、克努特的法律、征服者威廉的法律,特别是亨利自己的法律,都被看作是旧法的代表。在这些法律中,盎格鲁—撒克逊的东西很少,却加入了許多教会法规和罗马法。在讲到诺曼及盎格鲁—撒克逊时代以前法律的模样时,法史学家一般都引用这些法律,特别是亨利的法律被引证的更多。真实的情况是这些法律仅仅是对亨利及其牧师所要求的旧法应是什么样的一种表现。但奇怪的是,在引用这些冒牌的英国法时这些法学家们却能泰然自若,并且把它们当作前诺曼时期法律发展成熟的明证,态度还一本煞有介事。所有这些关于英国法学史的文字资料都毫无可信之处。

亨利一世在位期间,法官经常被派遣到各地进行巡查,并且无论巡查到哪里都由他们主持所有的郡法院的开庭审判。法院作出的判决代表的是法官的意思,而不是那些反对郡法庭的人。有个在威斯敏斯特成立的新法院叫做财物署,一切涉及财政方面的案件都由这个财物署处理,国王所有官员的会计都在这儿纳税和提取报酬。国王的法官是牧师,他们对那些他们认为需要决定的一切事物做出决定。当一个人需要得到公正的判决时,在教会的首席政法官那儿比在郡法庭更能达到这一目的。这是因为郡法庭可以任意行使判决权,没有国王的法官



出席。自然诺曼人都去国王的法官那儿打官司,这些从法官们令人满意的判决中可以得到证明。由征服者威廉所作的更改是使判决结果长期有效。也许是在牧师的怂恿下,大主教被他从郡法庭中调了出来,并在英国成立了独立的教会法庭。牧师权限之内的所有案件一律提交教会法庭裁判。任何神职人员所犯的任何罪行都要在教会法庭进行审判,这是其裁判权的一部分。这就形成一条法律,即神职人员享有不受普通法院裁判的特权。被告有权声明他是一位神职人员,若事实成立,他的案子将被发到大主教那儿,作为神职人员由教会法庭上予以审理。鉴别的方法是看被告是否识字会写字。这造成了一个结果:有相当长的一段时间里,在英国的法律制度下,一个人只要会读书、写字,他犯罪后就可以免于的惩罚,除非被教会法庭施以惩罚。大主教被调离郡法庭,在英国造成了教会法庭同世俗法庭间的对抗,这种对抗一直持续了几个世纪之久。国王所发的最早的诏书之一就是一个禁令,它仍属于普通法院的令状,教会法庭被禁止在案件的诉讼程序上有进一步的举动。

盎格鲁—撒克逊的制度也曾被征服者利用过,一种初级的警察组织也由此得以建立,这种组织由一定数量的人互相作担保人,他们在发生案情时负责出面解决。在诺曼统治时期,这种制度叫做十户联保制,对盎格鲁—撒克逊的自由臣民也同样适用。征服者还制定了一种征税制度,规定所有土地都应通过服兵役来获得,每一定单位面积的土地就要出一定数量的人服兵役。这种兵役可以折合为税金代替,最终这种税变为一种用钱支付的常规税,叫做兵役免除税。对牧师要求拥有自己征税的权力诺曼的国王不予承认,要想得到教

会的土地也必须服兵役。

诺曼法律的另一个特征是强调“国王赐予的安宁”这个概念。在盎格鲁—撒克逊人统治时期，一切有管辖权的人都有权认为，任何行为只要破坏了他们管辖区内的公共秩序就破坏了他们的安宁。这个概念被诺曼国王引申到他的民事和刑事法官们所管辖的更大的区域内。对于擅自进入私人领地的行为而发布的诏书上说，我们国王的安宁被这种非法侵人的行为妨害了，所有国王的法官因此立刻拥有了管辖权。在公共场合犯下的所有罪行都被视为破坏了国王的安宁。诺曼的国王并没有打算废除宣誓断案法，不过很快他们就达成了这样一种默契，国王的法官规定宣誓断案法的继续使用只允许针对已适用过此法的行为，而不允许将它用于新的诏书，尤其是对于非法侵人私人领地的案件不适用。

亨利一世死后，内战在王室各派之间爆发了，他们最终达成妥协：由亨利一世的孙子继承王位，继位者就是历史上的亨利二世——一个很有才能的统治者。我们没有考虑他在法律的发展及王室法庭的权威方面的理论的必要，重要的是他对法庭的收入特别感兴趣。上台没多久他就发布了一些诏令，规定一切有关土地所有权的官司都要在国王的法庭上审理，包括对侵占不动产的巡回审判、被继承人死亡，以及教区主管呈递给巡视主教的最后控告状。这些令状的法律细节并没有什么引人注目之处，但这足以说明，如果一个人可终身保有的地产被另一个人给侵占了，那这一个人就可以动用“强占不动产”的令状予以反抗；如果一个所有者死后，在他的那些有权得到其地产的继承人之间发生了争议，就可以使用“被继承人死亡”这个

令状予以协调；如果对谁有权向教会控告神职人员上有疑问，那就可以用“教区主管呈递给巡视主教的最后控告状”来判断。所有这些令状都是直接从罗马法中借鉴而来的。所有这些令状都宣称司法官应把住在近邻的 12 位善良守法之人召集到一起，由他们陈述与令状相关的事实，比如是否原告的土地真的被受到强占不动产令状起诉的被告以不正当的手段侵占了；被继承人死亡的令状中，被继承人在死亡时是否占有终身领地，原告是否是下一任继承人；还有其他令状中诸如此类事实。由 12 个人组成巡回审讯团。在国王的法官到达区法院之前，巡回审讯团所审理的案件就审理完毕，判决结果必须由司法官和他的审判班子先送到威斯敏斯特的国王法庭。这正是由贝叶大主教在征服者威廉时期发明的确认事实的法律程序。

毫无疑问，到此时，依法占有终身领地的法律概念已经在诺曼的律师当中形成。根据这种观点，在一段时期内依法占有的终身领地，其占有者的所有权是不容侵犯的。这段时期过后，曾经占有终身领地的人一旦被剥夺了所有权，就不能再通过自助手段提出所有权要求了，他只能是提出诉讼。不过，自助也不被禁止。至于这种侵占是否正当就要由巡回审讯团来决定。因此，所有关于可终身保有的土地而发生的纠纷几乎都要提交皇家法院，审理这些案件的是国王的法官。

就是在这个时期，《格兰维》这本书问世了。书中的内容大部分都是有关罗马法，还收入了到当时为止的大法官法庭发布的所有令状，从中我们可以清楚地看到那个年代法律发展的脉络。书末提及了新发明的巡回审讯制。这本书的完备性还有稍许欠缺，也不够详尽，只是按《令状汇编》中的顺序罗列了一

些令状。在他那个年代,只有他提到过那些令状。

另外还有一个叫做权力的令状,是关于土地所有权的审判的,它是处理有关土地的最高权力的问题的依据。这个令状规定,被告可以将自己置于巡回审讯中,也可以提出通过决斗进行裁决。决斗在最早的时候是真刀真枪的。妇女在决斗的时候可以选择一位勇士来代替她,发展到后来谁都可以让他人代替自己决斗了。从严格意义上说,《艾凡赫》中描写的那场由丽贝卡发起的著名决斗是合法权力。假如被告自己加入巡回审讯,那他将接受 24 名骑士陪审团的审判。诺曼人为保护他们的利益而发明了这个令状,它是从诺曼底流传过来的。

在此形势下,显然国王将裁判权掌握在手中。在亨利二世统治时期 1000 年之后,英国议会才开始逐渐发展起来。13 世纪中叶,叛乱贵族召集了第一届真正由平民代表参加的议会。亨利二世时下令将巡回审讯团改为大陪审团,大陪审团在需要开庭时提出一个后来叫作起诉书的诉状对罪犯提出起诉。盎格鲁—撒克逊人原始的赔偿制从不曾被允许用于起诉。不过与此同时,通过对受害者或已死去的受害者家属给予赔偿而私了,使重罪犯免于被起诉的做法却延续了下来。诺曼国王的规矩是被告可以要求决斗裁判权。

《格兰维》约于 1187 年成书,其中不曾提到可撤销或推翻巡回审讯或其他审讯程序作出的判决结果这一法律程序。书中只是提到在巡回审讯中作伪证是要受到惩处的,却未提及在所谓的强占不动产及其他案件的小巡回审讯中作伪证该如何处罚。24 位骑士可以撤销 12 个人的判决结果,撤销裁决的举动是一项恩惠,而非权力,这是该书所下的惟一定论。显然是

从教会规定的二比一的证人比例中引来了24这个数字,之所以挑选骑士则是因为他们层次更高,社会地位更重要。由诺曼骑士组成的陪审团可以通过决斗对罪犯进行辩护,它的权力不可能再被另一个24位骑士的陪审团所剥夺,24位骑士所作出的判决终究还是不可更改的,它已成了定局。布莱斯顿说,大巡回审讯团的权力是不可能被陪审团所剥夺的。这种巡回审讯制实行了36年之后,陪审团的权力已经可以被剥夺了,这可以从一个案例中看出:一个强占不动产的巡回审讯被驳回,国王收到了败诉一方的地方代理人交给的20先令,想让24名骑士的陪审团证明巡回审讯团作了伪证。然而国王没有接受这笔钱,因为代理人没有足够的权力替委托人负法律责任。通过这个案子我们可以得知,判决是可以推翻的,在当时已是众人皆知。陪审团的人数和人员一般是不会变的,但从中可以看出,国王完全掌握着发布令状的权力。

一年又一年,随着新的案件不断出现,与之相适应的新的令状也不断出台。每个新令状都意味着又一种官司的出现。这时,约翰国王同贵族之间爆发了内战,国王在教会与贵族的双重压力下,被迫签署了所谓的《大宪章》。宪章囊括了很多条款,不过通用法规定了一项特殊条款,使英国确立了法治的原则。国王保证,他只根据贵族院议员作出的判决或是土地法处理事务,而不会对任何人提出任何起诉。这在英国法律中是经典名句,即政府受法律的制约。但这一条款也同时存在一个副作用,它规定只要不是根据贵族院的判决或土地法,任何人都不得被强占不动产、剥夺公民权或被判入狱,这造成的一种实际结果是普通法院也必须使用陪审团。

约翰之子亨利三世在位期间,法律得到了进一步的全面的发展。由于他的昏庸无能,在他统治的后期,英国的国王和贵族之间爆发了内战。布莱斯顿就是在这段内战时期写成了他的法律著作的。战争的起因是对于国王和政府是否应受法律约束的争论。在那个年代,人们对盛行于欧洲大陆的法律的普遍看法可以从约翰对于《大宪章》的牵强附会中得到说明。在托马斯贝克特惨遭亨利二世杀害以前,一直在索里贝立兹作其秘书的约翰,曾引用我们前面提到过的《罗马法典》中著名的皇帝解答敕令,并加以补充:一个真正的国王不会认为他做的任何有悖于正义的事情就是合法的。他明确指出:

一个不受法律约束的国王实际也不受法律的保护。

在《大宪章》里,国王被要求要依法治国。他必须对他的法庭做出不得否决或拖延正义的伸张的保证,通过使用“土地法”(后演变为“法律的正当程序”)这样的字眼,《大宪章》对于普遍适用的宪法的限制力,作出了原始的陈述。

从某种意义上说,已经形成了社会必须拥护法律的概念。教会法规认为任何一项法律的效力,只有被它所制约的人民的习俗所接受时才能实现。教会法规中也明确指出,即便是教皇也要受法律约束。布莱斯顿的当代传人博曼努说,对一法律,所有王室子弟所必须服从。若因为习俗而打官司,他们还必须遵守全国通用的或是法庭判决使用的惯例。可以通过法庭的裁判来证实法治依然是一个通用法则。布莱斯顿早在1206年就曾写下过这样的话:

法律如果不是在那些颁布它时需征求意见及许可的人的一致同意下,是不能更改或破坏的。

他坚持认为,在法律中惯例是有效的。他说,上帝和法律是要超越于国王的,如果国王是无所约束的,那就应该给他施加约束。他阐述了这样一个原则,在强权和不公当道的地方,法律是不存在的,法律赋予了国王统治和权力,国王应该从属于法律,国王的权力受到法律的限制,法律的约束力也正是由此体现的。于是,一个很现实的问题就产生了,那就是怎样用法律来制约国王呢?律师们认为很难将国王发布的令状用于约束他本人。布莱斯顿承认,国王作为正义的来源,他掌握着司法裁判权,因而他是不能被起诉的,只有通过请愿要求他修正法案才能达到制约他的目的。假如国王不听取请愿要求的话,全体国民及贵族团体就应该在国王的法院中,即由国家权贵组成的市政院中对法案进行修正。布莱斯顿说,在接受法律的裁决时,国王与平民百姓应一视同仁。后来英国把这条早已确立的旧法规发展为一条明文规定,除非是在政府特许的情况下,联邦政府和州政府都是不能被起诉的。

法律具有持久的生命力。美国政府在内战结束时被指控在未经法律许可的情况下,将现在的国家公墓阿林顿地区非法充公了。这块土地是由华盛顿的继子传给叛军将领李的妻子及其儿子的。布莱斯顿的论点被引用到了这一判决上,一位对此持有异议的法官写了一封意见书,指出了政府享有不能被指控的权力。在法律史上,这是一件意义重大的事件。因为内战带来了痛苦以及痛恨战争的情绪,在此种情况下我们可以这样认为,即便是民主政府也没有违反土地法而没收土地的权力。这使我们想起了在独立战争期间,华盛顿持有英国银行的一部分股份,虽然他是反对英国政府的,但在整个战争期间,一直以

来,叛军的将领都能领到银行按时付给的股份红利。华盛顿率领的是一支反对英国的叛军,但是英国银行是一个商业机构,在这里,贸易中讲究的信用诚实远远超越了其他有关诚实行为的观念。这或许得归功于18世纪文明人在交往中所表现出的优雅风度。1781年英军约克镇投降之后,华盛顿曾宴请被擒的英国将领洛德康华里和他手下的军官们,同时宴请了法国盟军将领罗彻堡及其手下的军官,这在我们的历史教科书中是未曾提及的。这种做法在美国人、英国人和法国人中间形成了一种相互谅解的良好氛围,这件事对于现在我们当中的一些大声叫嚣的爱国者来说应该是一堂可贵的礼仪课。洛德康华里向华盛顿祝酒时,充满了豪侠之气,并盛赞了他那坚贞不渝的性格,态度极其诚恳。引人注意的是在祝酒词中还对华盛顿的将才以及在艰苦作战中表现出的坚忍、刚毅予以承认。不管是成功还是失败,人都应具有绅士风度。我们不仅继承了英国的法律遗产,还应该记住它以前曾向我们标榜的优雅风度,华盛顿和洛德康华里在这一点上都是光辉的典范。

限于篇幅,本书对英国法中一些特定法规及信条的发展无法一一论述,本书将要讲述的首要内容是在法律实施的一般形式上发生的那些变化。正处于发展巅峰的普通法,由于这些变化,自愿将其领域中相当大的一部分让给了另一个法庭。这一事件对于它自己而言也是非同寻常的。倍受赞誉的普通法由于这一失败实在是愧于其从业律师的溢美之词。大约在1300年,由于受到一系列纯粹人为的限制,普通法不得不公开承认它对许多法律关系都无法进行裁判——其中包括许多多起案件。运用衡平法律体系的大法官法庭乘虚而入,接过了它



所放弃的审判权。对这种法律的荒谬,美国人早就习以为常了,以至于根本看不出它的荒谬之处在哪里。

几个世纪以来,英国采用的一直是由一套法庭审理各种案件的制度,其他法庭可以对审判结果予以纠正。几百年来,英国在争夺欧洲大陆地盘的王朝战争中所花费的金钱同这种法庭双轨制所耗费的巨额资金比起来简直是小巫见大巫。两种体制都自称出自正义之源的同一个国王,行使同样的司法权,膜拜于同一个法律圣坛中,都声称按照法律伸张正义。在许多法律关系中,一种体系制定的法规往往会被另一种体系斥为不公正而将其推翻。显然,在处理那些事务时,英国法律实际上不是通过普通法庭来实施的,它是由有权认定普通法不正当,并有权强行施加这种权威的法庭来确定的。显然有些方面提到的英国法指的不是普通法。一些法学作者,错误地把这种情况同亚里士多德的关于法规适用的合理性的理论相提并论,认为它们有相似之处,其实事实并非如此。因为在援用法规时实施法规的那个法庭使用了合理性的原则。

可以肯定,这是他们需要的法律体系。这些法学作者还把这种双轨制等同于罗马法中的罗马公民法及其他的古罗马法官的法律。根本就不是这样,这是再典型不过的对于罗马法的肤浅看法。这些法学作者显然被误导了,形成了一种意在为这种法庭双轨制找借口的错误想法。事实是,罗马法又被称为民法,它适用于解决罗马公民间的纠纷及法律关系,而古罗马法官的法律是适用于解决罗马公民同外国人之间,或外国人同外国人之间的纠纷的。在罗马,在对特定人物之间特定的法律关系进行处理时,对法律本身并无冲突,而英国的情形恰恰

相反。一件官司中的诉讼人在普通法院接受一种法规的裁判，但在多数情况下，同样的诉讼人、同样的案件，在大法官法庭中却会接受一种截然相反的法规的裁判。举一个平常的例子，一个人答应付给另一个人一笔钱，这要履行必要的手续，以此使一项契约生效（文本当然是封起来的）。到还债的期限之日时，债务人诚实守信地如数付清了契约上的款项，但是或许是由于匆忙，或许是由于疏忽，债务人并没有得到债权人盖章的收据。那么，倘若债权人是个不诚实的人，他就可以在普通法庭上就这笔已偿付的债务提出起诉，要求法庭裁决。那个已清偿债务但受到讹诈的债务人得到的普通法庭所做的答复是，凡是盖了章的文本只有另一个盖了章的文本才能抵消。因而，仅仅这么一个形式上的问题就可能使正义成为牺牲品。法庭会认为，已清偿债务的申诉不充分，尽管事实上这张契据已经执行完毕。不过被讹诈的债务人可以向大法官寻求庇护，大法官拥有庇护权，并替国王维护公正。对于这样一个主持道德法庭的法官来说，把双倍债务强加于人，是可憎之举，是与道德不相符的，因为《学说汇纂》中说，对同一件东西索要两次是真诚所不容许的。几个世纪以来，除了仅有的两个例外，大法官都是由大主教或教会的高级教士——主教士来担任的。他们了解罗马法的精神超越其形式之上的精髓，因而不会像普通法院的法官那样死守僵化的教条。

对法庭判决不服的债务人，可以将他的账单交给大法官法庭，账单上注上“呈给敬爱的上帝”以示虔诚，同时对当时的情形稍作描述。于是，大法官将给债权人发去传票，勒令他出庭，并要求他对付债一事宣誓作答。债权人提出反对的理由是因

为神圣而正义的普通法未提出法律补救办法。大法官则回答说,他主持的是上帝在上的道德法庭,他普通法庭将已偿付的债务一笔勾销的独裁专断行为不予理睬。债权人会说,债务人不该傻到付了钱却没得到盖了章的收据。大法官会给出一个简短的回答,就像他在一个案子中所说的那样,“上帝是傻瓜的保护者”,并勒令对方做出回答。如果债权人承认债已偿清,大法官就会说:“把你的契据交出来,我们将它作废。”如果债权人已在普通法院立案,大法官就会发布一个禁令,禁止债权人在普通法庭继续等候裁决。

如果债权人否认这笔债务已经清偿,那么就需要出具证据。早在罗马法引入了希伯来法作为教会法规以前就有这样的规定:偿付债务必须由两个证人来证明。若得到了这样的证明,大法官会发布同样的禁令来阻止债务的收取,或禁止在普通法院立案。对此,普通法院的法官非常气愤,但大法官说他对他们未有任何干涉,他的禁令只是要求债权人要凭良心做事。如果当事人试图通过不正当的普通法院的程序收取已偿付了的债务,这个昧着良心的不诚实之人就会被大法官投入监狱。正如莎士比亚所说,“法律这个装疯卖傻的老父亲”对普通法院说,去吧,用你那不公正的法律去为所欲为,然后再对大法官说,你必须用公正的法律来纠正他们试图作出的不公正判决。英国法不是明文规定不得强迫二次付债吗?要达到公正的判决而采取这种耗资巨大,又带有欺诈性质的愚蠢的方法,不是太没有必要了吗?

对于普通法来说它堕落到如此愚蠢的地步实在是怎么也不应该的。若一个人在具备自由思想的同时,还能依照具体情

况作具体处理,不仅对法律手段了解更深刻,而且有更强烈的正义感,更丰富的知识、能力、策略和处事技巧,那么他是永远不会使自己落到这种愚蠢的境地的。有人曾说,由于普通法院的司法权有限,因而无力进行修正错误,弥补过失。但事实并非如此,因为它的局限并不在于其司法权,而是一种自己故意造成的不当。对契约的处理他们也是如此,如果没有盖了章的文本来证明契约的话,普通法院对它根本不屑一顾。对于宣誓断案法及作伪证的卑鄙之人他们深恶痛绝,但他们不知道自己的法庭应该如何判决这种没有证人的契约问题。因而所有这样的契约官司都上交给像郡法院那样的地方法院去解决了。人们在那儿仍坚持用上帝赐予的权利,按照宣誓断讼法对那些虚假的誓词进行引证。

不过,持有这种契约的当事人可以去找大法官,说他有一个真正的契约。无论在哪一个地方法院打这种官司,都会受到宣誓断案法的裁决。于是这个人会得到大法官给予的公正的裁决,而不理睬古老的宣誓断案法。不过,他会听取证人的证词。于是,英国的法律再一次被罗马法从普通法院的困境中解救出来,由此更为接近正义的法则。这些都是一般情况下的诉讼手续,其他的诉讼手续我们后面还将涉及到。现在我们来看看将陪审团作为法庭的一个必要的组成部分会带来怎样的结果。

普通法惨遭失败之前,也曾有过一段如流星般一闪而过的辉煌时期。那时它正表现出一种力量——它不但具有纠正一切冤假错案的能力,还同时可以保护一切正义审判。那时,若没有现成的可以提出诉讼的令状存在,就会发明一种新令状。

需要注意的是,当时的社会关系要比现在简单得多,村落都很小,法庭所处理的大都是有关土地的纠纷。只有出具不动产所有权证书,土地才可以转让,这不是一种隐蔽的行为;或者是在所有者死亡时进行转让,这种转让也同样是公开的,邻里乡亲对实情都了解。随着社会的发展,人际关系变得越来越复杂,随之而来是也变得繁杂的法律及解决办法。在威廉征服英国 200 年之后,比起当年诺曼国王的统治时期,甚至比安茹王朝时期,社会环境已有了显著的提高,但是人们之间的关系仍很简单。

在威廉征服英国的 200 年之后,在大约公元 1260 年的亨利三世统治时期,一部英国法的巨著完成了,它的作者是教士法官布莱斯顿,他的真名叫布莱顿。人们幸运地发现了他为写这些书收集的大量案例和其手稿的原稿。它由俄国人保罗·维诺格拉道夫发现的,他侨居英国多年并成为当时一位伟大的法学家,他的这一发现可以同名噪一时的尼布尔发现盖尤斯的《法学总论》相提并论。这部叫做《布莱克顿笔记》的手稿是用拉丁文写成的,但一直未出现过译本。布莱克顿显然是想把所有发生过的各种案例统统收集起来,普通法院实施过的各种修正方案都在他的书及案例集中得以一一展示。

同所有的教士律师一样,布莱克顿罗马法方面的知识渊博。他曾阅读过《爱佐论文大全》,但在英国当时还没有《罗马学说汇纂》的书稿,可能连《罗马法典》也仅有一部分。在那个年代,尚未出现印刷术,手稿自然就显得非常稀罕和极其珍贵了。布莱克顿从法院的案卷中收集来大量的材料和案例,他试图根据罗马法及其分类,把这些英国案例分门别类地归诸与之

对应的法律领域中去。在他生活的那个年代,世俗法官正逐渐取代了教士法官。布莱克顿把他那个年代的法官都视为低俗之人。此后不久,爱德华一世就对其法官队伍进行了一次大清洗。这似乎证实了布莱克顿的对当时法官的看法。

布莱克顿对他所收案例的判决书进行了查阅,这些判决是由当时的两位杰出的教士法官——帕特萧和罗利做出的,这两个人当时负责主持高等法院。那时布莱克顿还很年轻。对于他书中所涉及到的法律,我想我们没有必要去面面俱到地一一论述,在此只须指出一点就够了,当时英国出现的各种案例都能够通过发布某种令状来进行处理。在这些法律中,惟一不合时宜的是盎格鲁—撒克逊的宣誓断案法仍被准许应用于债务及返还非法扣留物的诉讼中。实际上这两种官司不过是一种叫做“追偿债务之诉”的不同形式罢了。

为了弄清当时盛行的普通法的诉讼程序是怎样的。我们不妨从《布莱克顿笔记》中举出两个性质完全相反的案例来看一看。其中一个案例的情形与一种上流社会的家庭丑闻有些类似。约翰·孟塔丘和他的夫人露西被其男性继承人告上法庭,要求他们回答为什么要抚养一个女孩,并将这个并非亲生的女孩认作女儿。原告认为,这是明显的侵权行为,因为根据英国法律,将由原告继承约翰的土地。对此约翰保持缄默,因为他已将这个女孩儿的监护权售出,一如他自己的女儿。不过他的妻子露西出庭了,同时到庭的还有那个被称是他们女儿的凯瑟琳,露西声称凯瑟琳是她的女儿(因为出生在圣·凯瑟琳的前夜而得名)。

随之,露西举出了一连串的证人,其中包括一个大主教,还

有拥有诺曼姓名的许多贵族,他们当中的一位从凯瑟琳的父母那儿买下了她的监护权及婚姻。证人们从小凯瑟琳是在谁抚养下长大的开始一一讲述了她的身世,他们证明了约翰和露西都有理由声称凯瑟琳是他们的女儿。法庭做出如下判决,凯瑟琳既然是在夫妻俩人婚姻完整的情况下出生的,夫妻双方又都对此予以承认,因此对原告试图证明事实绝非如此的证词,并对这位男性继承人的诬告课以罚款。

看上去这个案子中的凯瑟琳很像是露西的女儿,但不是约翰·孟塔丘的。不过,通过这个案例使我们对法律的弹性有所了解。这个案子中没有陪审团出庭,只是听取了证人的证词,并以不应过问婚姻生活的隐私为依据而做出了判决。尤为特别的是那位继承人没有控告权,也没有地产,并且在两种情况下都可以失去地产的继承权,一种是假如他死在约翰之前,另一种是假如约翰有一个孩子,即使凯瑟琳不是他的女儿也没关系。这个案件还算不得是一宗所有权诽谤案,因为这位继承人根本没有权利。到约翰死亡之时,也只有到那时,才会出现权利纷争。但是法庭处理控告的原则是尽量争取在事先就把争端给解决了,在约翰死时,双方当事人权利应由法庭做出判决。

如果是在今天,像孟塔丘这样的案件会被称作是一种纯粹的法律关系的判决,即这种纷争可以通过宣布这一权利在目前法律地位来解决。我们最终会发现这种法律进步是超前的。他们认为,如果一方当事人声明他目前没有理由提出诉讼,却希望或期待着在有朝一日成为共有财产的所有者时会有提出诉讼的理由的话,那就证明他有理由。

同样,另一个案例与现在的普通法观点也相距甚远。一个地主有一个磨坊,很久以前有一些人在这个磨坊的干活,他们应服役于此,至少必须经常到这个地方劳动。用当时的法律语言来说,磨坊主有权“依法占有”这些劳役,当然这种权利是有价值的。磨坊主于是对这些服役人提出诉讼,说他们已退出服役。调查发现,有一些人,或许是其他磨坊的利益使然,这些应在原告的磨坊服役的人,在人们的竭力劝说下想离开那里。对于磨坊主,法院说他不会胜诉,因为他无法对服役被减损加以证实,法院又补充说,可以下一个令状给他,禁止任何人扰乱他磨坊的工人。这是为保护一个人的权利而发放禁令的一个典型的案例。

在后来那种因循守旧的消极状态下,普通法对磨坊主所能说的只是:

得等到这个外来户对一个人做出了什么违背了你磨坊中的规矩的事做出说明之后,我们才能再起诉这个劝说者,对你在经济上所蒙受的损失进行索赔。普通法院所能做的就是这些。不过,如果你希望得到预防性司法救助的话,可以去找大法官,他会发布一个禁令来保护你的权利。

现在的高等法院会对任何第三方错误地干涉雇工同雇主间的关系,或试图使雇工违背合同规定,或试图通过欺骗,或以劝其毁约的手段夺走雇工这一系列的行为而予以禁止。

同后来的普通法判决相比,这两个案例可谓大相径庭。此后,普通法的裁决范围已有所缩小,仅限于金钱和依法重新获得一块特定的地产或私有财产的官司。即使它针对私人财产讨回原物的诉讼或请求返还非法扣留物的诉讼做出裁决,它的



权限也只能是在判定私有财产或确定其价值间做出一种选择，而不能做出其他形式的判决。但是在亨利三世时期，法院会提供各种各样具体的司法救助，它是除了金钱裁决之外的司法救助。这些救助包括：令文本作废，强迫做出某种行为，强迫交出某件私有财产，还可以通过盖章以特定的方式使契约得以履行。另外，他们还会对一个历时久远而变得纷繁复杂的交易做详细记录，并且会尝试解决关于自由权的问题，或者将一个农奴归还其雇主，也会帮助一个被误当作农奴的人重获自由。他们会向一个服役多年而被驱逐的老佃户提供法律救助。在永久保有的土地受到侵害时，依法可享有各种补偿方法。包括老式的巡回审判，对侵入他人领地者发出令状并以契约形式为基础而提起诉讼，等等。一个寡妇可如数分得其亡夫的土地并获得所有权的司法救助，法院会通过颁布强制令来强迫土地的继承者这样做。如果一个人因为土地而打官司，他可以对卖给他土地的那个人提出诉讼，使其成为被告。假如这个出售者没有所有权凭证，那么在此诉讼中这个购买土地的人可被判得到等量的土地以弥补其损失。如果不是法庭采用了陪审团制，普通法就无法伴随着新情况的出现制定新的令状了。

在教会法官主持的法院中，是由法院的法官作出裁决的。他们对罗马法中处理诉讼的方法也有所借鉴。在传票交回的那一天，原告的律师需要向法庭就其控告的缘由进行口头陈述，如果法庭认为这个控告理由是不充分的，若原告通过附加的申诉仍不能使法庭接受，那就会对这种诬告进行处罚，处罚视情节轻重而定，而被告就能够无限期地逍遥法外。若法庭认为这个指控是无可争议的，就会让被告对其：“一一进行答辩。”

被告的律师于是就不得不为之辩护,如果原告的控告不被他承认就说:“准备予以否认。”至此,议决就算开始了,并由书记员一一记录在案。

不过被告方可能会说“反对”并进行抗辩,因为按罗马法他们有证明为什么原告不应该打这个官司的权利。假如法庭认为他的第一抗辩——后来被称为申诉,是不充分的,他可以尝试第二抗辩,直到用尽抗辩机会。如果这时他不说原告的指控不属实并准备予以否认的话,他就会被判败诉。在抗辩过程中,被告可以就要求他承认的某些事项提出反对意见,或者提出相反的事实来躲避这一指控。如果是这样,法庭就会要求原告就新出现的事项做出答辩。假如原告无言以对,不过通常在那个时候,都是以否认的方式应答,那么就进入议决阶段了。整个答辩过程均为口头进行,答辩结束之后,书记员整理成文字卷宗。

若有关一个事实的问题成为争论点,法庭可使用它所认为适当的任何方法来判定事实是怎样的。有些案件被放到一个合适的郡去做巡回审判,如果此案件得到的是巡回审判的令状,或者是属于由陪审团对事实进行判定的那一类案子,法庭就会把那12个人召集来对事实予以确认。在所有的刑事案件中,审判方法都是由法庭强加给被告的。如果被告对陪审团的审判予以拒绝,他就会被施加严刑。在以后很长的一段时间内,法官们总是吹嘘说普通法中没有酷刑,但这种吹嘘是很虚伪或无知的。

在巡回审判或是陪审团审判案件时,从不曾要求证人出庭,也无需出具证据。陪审团应召到庭后进行宣誓,他们被认

为是了解事实的,于是被请出对案件进行裁决。据《大宪章》中的规定,国王的法官至少每年要到每个郡巡察一次,对一些法律事务进行处理。他们实际上只是主持郡法院的开庭,假如国王的法官不到庭,同原来的郡法院就毫无区别。对各郡的视察还有另外一种形式,叫做巡回,按照国王书写的指令,国王的法官们清查、处理郡中的司法事务,调查整个法制状况,国王在巡回期间不对各郡发布令状,法官会对各种控告做出恰当的处置。后来那些交由他们处理的案件,被称为衡平案件。

我们可以通过一个发生在公元1300年左右的诉讼案,对当时风行一时的陪审团审判法进行一次展示。在这一案件中,传统的陪审团审判法和新的大陪审团审判法都被采用了。官司是关于一块土地的纷争。当时的新成文法对限制继承的产业作出了规定,对于这场发生在弗兰克·斯格兰和威廉·格兰逊之间的纠纷,法庭采用的是对不动产强占案的巡回审判。具体案情是这样的,杰夫里·斯格兰是弗兰克·斯格兰的叔叔,这个叔叔又有一个叫理查德的私生子。私生子在英国法律中“不能算谁的子女”,因此理查德不能算是其父杰夫里的合法继承人。杰夫里将一些土地赠给理查德,并声名永远属于他的继承人。对理查德而言这是一项限制继承的产业,如果理查德没有子嗣的话,这项产业也就不会再属于他了,杰夫里或杰夫里的法定继承人有权收取这块土地。后来,杰夫里死了,他的侄子弗兰克继承了除这块已赠予他的私生堂兄的土地之外的全部地产。后来理查德也死了,而且没有留下后代,他名下的世袭土地便终止了。杰弗里赠出这块土地时保留了未来所有权,也就是到期收回权,弗兰克获得了合法继承权,因为他有权继承

杰夫里的收回权,于是弗兰克得到了这块地产。

这时出现了威廉·格兰逊,他是那些不动产的领主。斯格兰家族是从他那儿得到不动产权的,他说根据有关规定,无人继承之土地应归还领主,因而他这块土地所有权。因为杰弗里死前在限制了产业继承权之后将未来所有权赠予私生子理查德,这个未来所有权和限制继承权都是这块土地的全部产权,理查德所拥有的只是不动产权。理查德死后,弗兰克并没有得到继承权,而作为私生子的理查德,又不可有旁系继承人。他断言:“因而,属于理查德的不动产权从他死亡那时起就已终止了。”而他,威廉·格兰逊,则通过无人继承的土地应归还领主的规定而理所当然地获得了产权。于是,弗兰克的权利被格兰逊剥夺了。虽然格兰逊从自己的立场出发讲得似乎有理有据,然而所说的并不属实。于是,弗兰克以强占不动产案提起诉讼并召来陪审团,让他们能够判定未来所有权有没有出让。如果无人指控陪审团误判,那么他们就此的结论即为定论。这一案件是在强占不动产的令状下审理的,陪审团裁定,威廉·格兰逊的要求是合法的,未来所有权确已被放弃了。如果这个判决是正确的,那么威廉根据无人继承之地归还领主的规定而获那块地的产权就是无可非议的了。这个判决很特别,只是对放弃未来所有权作了声明,确认了威廉·格兰逊同弗兰克的主仆关系和损害赔偿金,对格兰逊做出了裁决。弗兰克提起了新的上诉,但被驳回。后来又从法官那儿得到了控告陪审团的令状,于是24名骑士将加入陪审团,由他们来判定第一陪审团的裁决是否错误。格兰逊和审理此案的陪审团被传唤出庭,其中有七位到庭,三名已经死亡,两名缺席,由此开始了对此陪审团案的

审理。

当时的情景就像一幅生动的中世纪的图画，高坐在法官席上的是国王的法官——首席法官斯宾格诺，列席的还有其他的法官。陪审团成员全都穿着绛红色的长袍，边上镶着洁白的白鼬毛皮，据说这象征着法官的地位。站在法官席后面是法院的庭吏，他们都穿着肃穆的黑底杂色长袍。庭吏们都带着高级律师白帽，他们享有在国王面前免脱帽的特权。他们在法庭上所拥有的惟一权利就是陈述意见，也就是说，普通法院要倾听他们的意见，后来他们被称为律师。直到今天，法国的律师在法庭上辩护时仍戴着帽子，只有在他们当庭大声宣读文本内容的时候才会摘下帽子。可见许多国家的学子在完成学业时带博士帽的习俗是有其历史渊源的。

24 位骑士全部到庭，都穿高贵的长袍，佩带着宝剑。七个陪审团成员像犯人一样垂手站在被告席上。在庭吏的陪同下，威廉·格兰逊也出庭了，于是庭审开始。在法庭上发言的人都用诺曼法语，年鉴中的记录用的也是诺曼法语。但记录审判程序的书记员用的却是拉丁语，这种情况一直持续到 18 世纪中期。

弗兰克·斯格兰的庭吏对错判的详情进行陈述：第一，所谓未来所有权的放弃并不属实；第二，死去的理查德同格兰逊并没有主仆关系，并没有持有他的地产；第三，赔偿金额不当。这是书记员记录在案的原告的上诉。然后格兰逊开始作口头抗辩。他的第一条理由是，法律规定要把整个陪审团的判决给推翻，必须陪审团的全体成员都出庭，而当初 12 个成员并没有全部到庭。法庭认为这种情况正常的、必然的，因而宣布反对

无效。如果认为任何一位陪审团成员的死亡会阻碍对冤案的纠正,这就好像是一个窃贼说他的同案犯死了,他就可以不被审判一样荒谬。威廉·格兰逊的第二条理由是,请求修正的原判并全部予以执行。但弗兰克的庭吏出具了记录,作出了判决已全部执行的证明。格兰逊的庭吏又对修正的令状提出反对,说它没有按照巡回法院的规章要求在巡回法院开庭时出示。这一条也被否定,因为巡回法院的法官有权发布修正令状,而且在此案中他也这样做了。对于这些抗辩,书记员未做记录,因为它们不成立。这时格兰逊的一位法律顾问提出对此上诉写一个申诉状的要求,其中一位法官答复他:“我们不能开此先例,现在整个法庭都为你作证,请你当庭提出申诉吧。”这一请求和它的拒绝都被记录下来。那时,精制的犊皮纸是非常昂贵的,格兰逊的法律顾问企图将这笔开销转嫁给法庭。法庭巧妙地避开了,让他自己写出来。最后,格兰逊抗辩说,格兰逊的佃户是当事人,而在已做出判决的巡回审判中他不是当事人。这一反对也被驳回,因为既然威廉·格兰逊得到了所有权,佃户付这笔赔偿费是应该的。

格兰逊通过他的法律顾问哈特雷浦向法庭提出请求:“请允许我们同被指控的陪审员庭外合议。”不等大法官发话,斯坦顿·哈斯蒂马上地做出了回答:“您请便。”被告同被指控的陪审员在庭外进行了合议,回来后提出了另一项抗辩:“伪证仅适用于未来所有权、主仆关系及赔偿金等事宜,并不适用于整个强占不动产案。”大法官斯宾格诺立即作了简单明了的答复:“本案的各事项都可以被推翻。”被告这时已是理屈辞穷,24位骑士逐一宣誓。每一位陪审员都说:“我向您宣誓,法官,我将

服从国王对于不动产保有权的观点和对这次巡回审判 12 人的誓言,我将实话实说,什么都不能使我改变。”提到的是,在此之前陪审团已经去察看过那块引起这场纷争的土地了。

斯宾格诺向 24 人陪审团对被告在一审中的申诉书和 12 人陪审团作出的判决进行了陈述,并要求 24 位骑士对 12 人陪审团对未来所有权的让予、主仆关系及赔偿金的判决是否有误作出明确回答。24 位骑士的回答是,12 人陪审团对所有权、赔偿金及理查德持有威廉·格兰逊的地产的判决上都是错误的主仆关系除外。法官当即指出,主仆关系在本案中是不重要的。斯宾格诺于是说:“先生们,请告诉我们,弗兰克应得的赔偿金数额。”陪审团答道:“140 个苏格兰银币。”根据法庭判决,弗兰克收回了他的土地、一审中 15 个苏格兰银币赔偿金和退还的罚金,以及一审的诉讼费,还有 140 个苏格兰银币赔偿金和本次审理的诉讼费。1 个苏格兰银币合 13.5 先令,在当时,货币的购买力是今天的 20 倍,可见为这场经过精心策划的官司,威廉·格兰逊付出了很大的代价。

我们可以从这次审判中看到,当时,法庭被管理的有条不紊而且讲求实际。这次审判中采用的都是口头申诉,即使被驳回也不予理会。什么证据都不需提供,也无需证人出庭,陪审团是惟一的证人,仅凭他们自己所知的情况做出判断。律师不对陪审团作任何申辩。很明显,这样的陪审团只在处理普通事件时有效。这种审判之所以强调法官的作用是由于大多数人都有一种逃避责任的倾向。对一个平庸的法官而言,其最重要的能力善于将一切责任推到陪审团身上。律师们认为,在很多时候法官们都会流露出这种想法。虽然普通法院没有作出任

何成文规定,但所有诉讼双方当事人都被不得不接受陪审团的审判,这就是事实。不管什么样的案件,都按这老一套进行审理,必须提交陪审团,由他们对争端作出裁决。

《大宪章》中坚持要由与诉讼当事人“地位相当”的法官进行裁决,这种倾向性如此明显以至于使依赖于陪审团的自然趋势得到了进一步的加强。当一个败诉的妇女用“叛徒、恶棍、强盗”乏类的字眼形容法官时,就由法庭上的庭吏组成陪审团审理她的起诉,因为庭吏被看作与法官地位相当。

认定事实的捷径就是使用陪审团,这种说法极其普遍,深受大众欢迎,因为大众的重要性由此而得到重视,他们成为法庭的一个组成部分。早期的陪审团只能在一定的范围内认定事实,如不动产的所有权之类的问题等,基本上是邻里之间的纷争。后来法官的坚持所有诉讼案件都采用陪审团进行审判。陪审团的负担大大加重了。很多情况下,被召集起来的陪审团往往会因为得不到必要的材料而不得不外出寻找。诉讼程序规定,诉讼双方对事实的最后申诉都要由陪审团下结论。用法律界的行话来说,就是陪审团判定的申诉也适用于另一方,这叫类推。

议会作为新的制定法律的机构使得陪审团审判。13世纪,当西蒙·蒙特福领导下的反叛贵族同亨利三世作战的时候,为了加强自己的统治地位,西蒙召集了由贵族作为各郡各镇的代表组成的议会。在英国,这是一种新的集会形式,它的特征是代表制。

在前面我们已经讲过,法律在有文字记载前完全是习惯法,而教士是惟一掌握习俗知识的人。当文字开始被使用时,



习俗被记载下来,在那个对一切都深信不疑的年代,人们对于法律的起源没有任何概念,因此教士很自然地把它归之于上帝的发明。后来希腊人树立了原始信仰,他们认为,法律是由具有神秘力量的人,把得之于上帝的古老习俗予以改动以适应于后来的情况而形成的。从来没有人产生要修改神学法规的念头。后来梭伦来到了雅典,他是一个真正的法律制定者,为雅典制定出了法律。后来雅典大会出现了,法律可以通过市政集会投票的形式来通过,是全体公民制定的。罗马人沿袭了由全体公民制定法律的作法,然而他们对原来法律所具有的那种特性作了一些改变,他们打了一个折扣,将法律视为对全体公民或平民百姓的意志的认可,或者是对参议院既定规则的认可。皇帝声称这种立法权是人民赋予他们的,并交给他们来掌握的。剥去这层迷惑人的词藻的外衣,立法其实只不过是一种由社会认可并接纳法律的行为,就像以前普遍接受一种惯例即是对法律的认可一样。

中世纪的人们在处理冲突时,坚持这样一种信条,那就是,整个社会有约束力的法律必须被社会成员认可。这种认可可以通过国王和他的法庭议案或者法院的决定表现出来。自从英国的议会制出现以来,不管是在理论上还是实际上都补充了镇和郡的代表,通过他们对制定的法律的认可,使之对全体人民都具有约束力。这正好与旧的立法机构将法律强加给人民的事实相反,无论是在理论上还是在实践中,它都强调人对法律的接纳,一部法律若得不到全体民众广泛而实际的认可,它就不算是成功的,也不会持久,原因很简单,人类普遍的经验早已证明,不被大众认可的法律永远也得不到执行。这种由未执

行、或无法执行的法律造成的损害在法律的历史上并不罕见，而且还将继续存在下去。

无论法律是以什么样的方式被认可的，也许是通过立法法案，也许是通过法院的判决，也许是通过统治者的命令，总之，只有当法律人民大众接受并欣然遵守时才具有实际意义。那些暴虐的君主修订的法律也需要社会的认可赋予它生命。正如罗马君主所说的，政府是法律创造出来的。社会的承认能够促使任何政府提前运作。从来没有政府在制定法律的时候考虑到创造实际的合法权利和相关义务。像霍布斯和奥斯汀所错误地认识到的那样，表面上看起来似乎是政府在制定法律，但法律的实际意义是社会对于法律的认可。

这种所谓的立法权，实际上是认可的代表权，它正变得越来越专一。历史告诉我们，一切立法机构无一不是倾向于提高自己的重要性，因为在这样的机构中，个人一般是无需担负责任的，而且法律中的一切改动都必须由立法机构全权决定，这种要求越来越明显。议会的势力越来越强大，他们可以坚守自己的权利，因为国王是需要钱的，英国国王的大部分时间都花在到欧洲大陆上建立统治地位上。议会出钱换取它的权力范围的扩大。西蒙·蒙特福特的议会制被爱德华一世采纳了之后，立即发布了大批修正法案，主要是确立通过颁布法规条例的形式制定法律，因为当时的情况是通过法院判决这个中间媒介来宣布法律的。本书想提请大家注意的是，为了改善或修订陪审团审判制度，立法机关做出了不懈的努力，他们提出，酌处权应用于使用陪审团审理的案件中。

在正式讨论这个问题之前，应先讲一讲正发生的一些变

化。一连串的事情引发了人们对教士法官的反感情绪。虽然国王法庭中的教士法官从未要求在其职责内掌握权力,但是对于这些听命于海外教皇的法官,国王还是不信任。世俗法官自然也不会信任教士法官,对于教士法官所接受的罗马法体系的教育,他们一窍不通,普通律师制定了一套他们自己的法律要点说明。除了书记员仍用拉丁语进行记录外,在法庭上已基本上不再使用拉丁语。布莱克顿的伟大著作被人们遗忘了,只留下一个诺曼法语的梗概介绍。法庭上通用的是诺曼法语,所有关于诉讼的辩论都使用这种语言。除了在不动产强占案中可能用到英语外,在处理别的案件时从未被使用。事实上,在当时除了一些没有教养的人讲的粗鲁的方言外,还未产生出英语这种语言。北方人听不懂南方人的话,而在英国中部,人们既不讲南方方言也不讲北方方言,而是讲希腊语,议会的法案也用诺曼法语。这些英语方言词汇贫乏,使用者仅限于多数无知的粗人,后来,一种诺曼语和英语混合的较为优雅的语言逐渐开始在平民大众中形成。

与此同时,法律职业阶层的思想却越来越狭隘,教皇禁止教士参予国王的法庭,国王也禁止在英国讲授罗马法。英国进入了法制偏狭、僵化的时代,历经若干年后,这种局面才慢慢地得到改变并恢复了原有的兴盛和文明。由这帮思想狭隘、迂腐守旧的律师制定出的法律当然是古板保守的。法律的发展道路需要知识之光照亮,而普通律师在当时的环境中却得不到它的指引。英国四所律师学院除了他们自己的法律制度外,对别的一无所知。它培养出的律师只精通他们自己的法律,对于其他法律则根本不了解。学者伊拉斯谟把这些人描述为“无知的

博学阶层”。

另一件事情在历史著作中很少提及,那就是教会法庭对不使用陪审团的法庭抱有很深的偏见。在普通人看来,这些基督教的法庭完全是讨厌的包袱。他们探听人们的隐私,将邻里的丑闻和通奸者曝光,为了给违法者施以少量的罚款或苦修而干涉人们的娱乐,人们已非常厌倦教会法庭。他们在很多方面都使人们感到恐惧和愤怒。指引些胆小、可怜的人升上天堂的牧师常常激起死者家人的憎恶,因为这些从事崇高职业者往往会通过病榻旁的遗嘱侵吞他们认为应属于自己的财产。不但如此,他们还通过私人慷慨的遗赠得到了大量的医院、寺院和隐修院,人民和统治者的占有欲被这种行为激发出来。世俗势力试图禁止这种对教堂的馈赠。受教会法庭和罗马法律体系保护的教士不受普通法院禁令的约束。早在很久以前,格兰维就曾警告过这些教士:“你们这些只知道听命于罗马的教士,总有一天会让罗马毁掉你们的名誉。”婚姻和孩子的合法性方面的问题,都交由基督教法庭处理。对教会法庭作出的判决提出的上诉要提交到罗马,上诉受到他们鼓励。他们要求所有的教会法庭都雇用教会的律师。送交教会法庭审理的婚姻诉讼案要交高昂的诉讼费。

这里有一个在国王的法庭中打官司的故事,从中可以看出教士的贪婪到了何种程度。

大贵族约翰·华伦纳是萨里郡郡长,他同一位诺福克郡妇女有暧昧关系。按照教会法律,既然发了这种事,她就被认定是那位萨里郡郡长的妻子,但约翰·华伦纳却与爱德华二世皇后的侄女结了婚。这位皇后是个“法国的骚娘们”,后来伙同她

的情夫莫蒂默谋杀了爱德华二世。被约翰·华伦纳遗弃在诺福克的那位妇女向地方法院提起诉讼。法院下了令状，传皇后的侄女到诺福克出庭，准备判处她与约翰·华伦纳通奸罪。法院的传讯者是一个愚蠢迟钝的、声名狼藉的教士，接了令状后，他赶往伦敦，到达了威斯敏斯特的宫殿。他想方设法闯进了皇宫，当着皇后的面把令状交到她侄女的手中。皇后盛怒之下厉声叫喊，那位传讯者被踢倒在地，并被捆起来投进监牢。于是，地方法院的令状如石沉大海，从此音信全无了。这个案子告诉了我们，教士们凭藉上帝的权力和身后的教堂简直可以为所欲为。对皇后的侄女及英国最大的贵族之一，教会法庭都可施行这种法律程序，如果是一个普通公民，他们就更无所顾忌了。这大大偏离了清教徒们当权之初的意图，他们的法院也是如此，甚至更惹人憎恶。在教士法官主持国王法庭的200年间，一代代的法官保持了他们对于世俗政府的牢固的特权地位。他们是一群能力很强，具有扎实的法律功底的律师。他们同教会法庭中的神职人员有很大的区别。在当时，他们制定的英国民法具有相当高的地位，并为那个时代健全的法律思想的创立打下了基础。在后来几个世纪，继续由教士法官主持大法官法庭。

英国律师和法官对证人的不信任是另一个推动陪审团制发展的因素。这种不信任基于这样一种见解，外邦人根本不可信，只有最愚蠢的人才会相信他们是。本地人不擅编造谎言，他们的证词都是亲眼见到的事实，而外邦人只有经过一代代漫长的训练后，才能学会说实话。在商业和贸易的影响下，人们逐渐变得讲信用，但是一般的粗俗之人还不如孩童诚实。

所有的律师都确信当事人找来为他们作证的证人都作伪证。宣誓断案法,就是针对这种情况而设的,他们总是要求证人对被告的誓言进行宣誓证实,需要多少证人就要提供多少证人。同原告一起出庭的证人都是些久经考验的宣誓者,对他们而言,这是一种谋生的手段。直到现在,这句话还常被那些收受贿赂的官员拿来作托辞:“一个人挣钱谋生有什么不对呢?”在那个相对单纯的年代,人们普遍认为当事人找来的证人一定会为他推卸责任,当然,为文本作证的证人另当别论,他们签名作证的法案都是要被保存下来的。当时会伪造文本的人很少,只有那些老道的抄写员会出于为一些修道院、寺院或大主教正名的目的而伪造一些古代史实。在普通律师的头脑中,证词是毫无价值的观点已是根深蒂固了。

福特斯鸠大法官在他的《英国法颂》中指出,同罗马法的宣誓断案法相比,英国的陪审团断案法存在着一大优势,那就是,罗马法需要有两个证人为一事实作证,而任何一个诉讼当事人要找到两个或因为害怕,或由于被利诱而愿意违背事实的证人是很容易的。“既然在这样的法律制度下,想伤害别人这么容易,那么,谁还能感到人身和财产的安全是有保障的呢?”他指出在罗马的法律制度下,会常常因为缺少证人而不能使正义得到伸张。而按照英国法的规定,他说:

证人由陪审团来充当,由经过正式宣誓的官员从发生纠纷的近邻中选出12名有一定的财产的上等人,他们与双方当事人都没有什么利害关系,可当庭接受质问和提出反对,并在宣誓之后着手审理案件。这些措施和步骤是专业而规范的,并且效果也很好。

然而,事实上却是,不但证人当中会有不诚实者,而且作为陪审员同样也会出现不诚实的问题。陪审团是对事实做出最终裁决的机构。陪审团成员的名单是容易得到的,任何人都可以接近他们,与他们交谈案情。双方当事人都会将注意力放在陪审团那里,调查出陪审团的每一位成员是谁,接近他的渠道、方式、方法,谁是可以利用的。陪审团的每一位成员都有可能处于当事人的影响中,都可能处在当事人的威逼利诱和欺骗之下。当事人会抓住一切可能的机会无所顾忌地行贿。实际上,这种由完全不受控制的陪审团来对事实做出裁决的方法与宣誓断案法一样,它们愚蠢的程度不相上下。

惟一的证人就是那些陪审员。他们可以通过在法庭外向人们了解一些有关情况。如果他们愿意,也可以在法庭上了解情况,而且对于他们的信息来源,人们还不得质问。不过,在做出判决之前陪审员不得陈述自己的意见。很显然,这样的审判结果所代表的只是推选这12个人的那个特定的小社团的看法。这一事实对人们为什么坚持在案发地点附近的人们中选出陪审团这一点做出了解释。从理论上说,假定这个陪审团的每个成员都是正直、诚实的组成的,在进行裁决时,他们就应该按自己的想法作出自由决定,而不能被其他人影响,不能被各种利益、回报、承诺或希求左右。

这种陪审团作为惟一证人的概念是建立在一个原则的基础上的,这个原则一直是陪审团听取证词或证人在法庭上提供证据的障碍。如果有人自愿就某一诉讼向陪审团提供证据,即使他与当事人没有任何利害关系,也不是刻意要帮助他,那么这个人就犯的包揽诉讼罪。然而如果这个人是应法庭的传唤

来作证的,那么他就是公正的。如果陪审员到某人的家里了解情况,他提供了情况,这就是合法的;但如果他主动到陪审员那儿,试图把一些情况告诉他,那么他就会受到处罚。诉讼当事人如果不通过恐吓或行贿,是不能寻找或通过强制性的法律手段得到证人的。要想搞清楚这个制度,你就必须努力使自己相信这个理论的可靠性,即陪审员是基于他自己的所知做出裁决的。法律严禁包揽诉讼,即由第三方出钱帮助他人诉讼,胜诉后分享一部分利益,以及为支持诉讼中的一方而对陪审团行贿。显然,这些法律是为了使陪审团免受不当影响。在这种情况下,惟一可行的就是在律师的帮助下,当事人通过自己的努力去争取胜诉。

梭伦认为,他的法律给予公民的最大好处就是法律中规定,任何公民都可以为获得权力争取另一公民的帮助。罗马法的理论是强盗的逻辑,它认为一个人若自己没有足够的力量来获得权力,那么他就无权得到权力。有权势的人得到好处和保护是很正常的事情,这是一种封建观念。在国王法庭的很多诉讼中,老国王的情妇爱丽丝·帕若丝就施加了个人影响。这个深受国王宠爱的女人是个很有影响力的诉讼当事人。她好像是在运用法官的权力来为当事人进行辩护。在大法官法庭上审理的案件中,有很多要求纠正冤假错案的上诉,这些错判主要是因为那些践踏法律的包揽诉讼者、行贿者通过对当事人和陪审团的威逼利诱而操控了法庭。成立一个比这种贪赃枉法的陪审团更公正的审理委员会无疑是一种很有效的解决办法,然而像这种明显正当的事情,司法界几乎一件也没做。有这样一段话被引用进了一项法案的前言:



大批无法无天的无耻之徒仍在继续着他们可怕的作伪证行径,并且这种无耻行径逐渐在这个国家的陪审员当中出现。

后来,通过了一项新的、更严厉的反承包揽诉讼的法案。推翻、修正陪审团判决的做法已逐渐被应用于各种官司中,但是陪审员的无耻行径并未因此收敛。

法庭坚持要求每个案子的审理都由陪审团来负责。为了削足适履,他们把一切不能使用陪审团的令状的案子都放弃了。同时,法官力图摆脱宣誓断案法。而根本不了解普通的立法机构的议会修正陪审团审理制的工作也一直坚持不懈地进行着。议会知道某些方面存在着问题,并隐约感到律师所使用的特定语言可能就是症结之所在,于是使在1364年通过了一项法案,法案中指出:

并不是所有的人都了解国家的法律、习俗及法案,原因就在于阐述它们的语言是法语,上诉和裁判用的也是法语,而法语在本国远远没有普及,在国王的法庭和别的法庭中进行诉讼的人们可以说是全然不知庭吏所说的话对自己是否有利。

法案规定,一切在国王的法庭和别的法庭中的诉讼都要“用英语进行起诉、解释、辩护、回答问题、辩论和裁决”,然而这一法案一直没有得到执行。律师们根本不理睬它。法语在法庭上又使用了140多年。其根本原因是英语作为一种方言,它太粗陋了,律师们无法用它解释法律概念,无法清楚地表达自己的意思,无法实现法律的要求,就像另外一些法案提出的要求也无法做到一样。法案通过了不少,但起不到任何作用。

为避开陪审团的审判，诉讼当事人经常将案件提交到大法官法庭。

过了一段时间以后，普通法院的法官发现他们失去了许多生意，大部分普通法庭的生意被大法官法庭给抢去了。假如一张人持有有一个未盖章的契约，普通法院就应该接手此案，除非涉及到有出售私人财产的欠款问题。假如一个出售者到普通法院打官司，他就会提起债务诉讼。假如起诉者是购买者，他提起的债务诉讼就是有关售出的私人财产被扣留的事件。在这两种诉讼中，普通法院都必须倾听宣誓断案法所招致的虚假辩护。不过双方当事人都可以上诉到大法官法庭，对交易的协议加以引证，并说明他不能在普通法庭得到公正的判决是因为被告获准用宣誓断案法。于是使大法官会授予他们获得对证词的司法救助的权利。

像现在一样，那时的普通法院的法官根本不了解商业法。假使一个外国商人收到一张可向持票人支付的期票并已将其转让，按商业法的规定，这种期票是可以转让的，但由于法官对此一无所知，他就会对这一规定视而不见并允许被告人用近邻陪审团或宣誓断案法进行辩护。这样，这个外国人想得到公正的判决的希望就成了泡影。假如他上诉到大法官法庭，大法官就会说此案属于国际法范畴，普通法院无权受理，大法官法庭是一直开放的，因此不会延期审理。让我们设想一下，一个普通法的律师为了找出一个可以起诉像前面一章中讲到的希腊诉讼案中那样的交易的理由，他会埋首于他的令状单中，逐一查阅。1287年，威尼斯大银行家族的托马斯·莱瑞达努尼派尼古拉都·巴萨达那将1万磅白糖、1000磅糖果和一些钱款送往

英国，所有东西的总价值 3580 里拉。在伦敦卖掉货物后，尼古拉都又到圣波托夫将所得的全部货款卖了羊毛，用两艘海轮运到布鲁日。假设一个不听任何证词的陪审团接手了这样一个案件，再假设订立的契约中并无任何不利于签字者及其继承人和执行者的条款的话，那么在普通法院中，这个执行者就不能被起诉。另一方面，假设一方的执行者想要起诉而契约却没有对这个执行者有利的条款的话，法律救助在普通法庭就无法进行。

普通法庭能力的缺陷并未对法律造成多大的影响。即便到了今天，由当事双方来拟定合同，其措词都是对执行者的特定的约束，并且是丝毫没有必要让予权利的。这表明了人类由来已久的依靠习惯行事而非依靠思考行事的趋向。

随着时间的推移，通过颁布法案或修改法规，这些事情会得到矫正。同时，由于普通法院的生意被大法官法庭抢走，诉讼费和报酬流进了大法官的腰包。普通法院的法官们为了招徕生意，不得不开始使用法律上推定的诉讼形式，这种缓慢而笨拙的发明使不能使用宣誓断案法的诉讼案由原先的非法侵权人逐渐扩展为包括一切成文及不成文、盖章及未盖章的各种契约诉讼，以及各种侵权行为。然而陪审团审判制度依然存在。各个陪审团，仍然通过他们由各种不同途径得来的信息在法庭上裁定事实。

普通法院的法官见英语已被运用于在大法官法庭所进行的一切诉讼程序。这时，那种语言已进化到可以被有教养的人使用了。直到 15 世纪后期，陪审团的面前才开始出现证人。不过律师在陪审团面前保持沉默的惯例早就被打破了。到了

1470年,任何一方当事人的律师不仅可以朗读、解释案件的记录给陪审团听,还可以向陪审团陈述自己的意见,而且如福特斯鸠所说,陪审团可以清楚地得知证人所陈述的一切,包括其证词的可信性和真实性。必须记住,倘若24名骑士的陪审团宣布陪审团调查后做出的裁判为错判,那他们就将面临被推翻被处以重罚的危险。只要想一想,如果没有对于证人的强制性诉讼程序,而且反对包揽诉讼的法律对出庭作证的人同时施以威胁、恐吓的话,那么你就一定会清楚地认识到,对于那些思想狭隘的普通法律师而言,通过证人在法庭公开作证而作出判决,是绝对无法接受的。因此在一段时期内,陪审团一直为所欲为,直到向他们施加了必须在法庭上听证的压力时为止。

曾有一种很奇怪的现象在英国法庭上出现,即在刑事审判中,国王可以引用证人,并且这条法规一直被长期沿用下来,即被告不能自己寻找证人来证明自己无辜。在大法官法庭上,通过记录下证人的证词,由大法官据证词记录作出裁决,这是惟一的审判方法。1435年以后,被大法官法庭将英语用于诉讼和一切法律程序了。作为诉讼当事人,自然愿意寻找一个他们能够听懂和明了审判过程,并且能够听取证人证词的法庭。从证人走上法庭那时起,陪审团就开始担心会作出有悖于证据的裁决,担心他们会因错判而受到重罚。国王的官员也极乐意对陪审员施以罚款,因为这笔款项可以充实皇家金库。

但是,推翻错判的方法却因这一改动而失去了平衡,修正错判的矫正陪审团失去了他们的权力。原因在于这时的陪审团变成了据证作出裁决的司法机构,而不再有见证机构的功能了。没有可以妥协的中间道路可走。法院必须严格监控着行

使司法职能的陪审团、尤其是它不得独立于法庭以外进行不受控制的调查,而只能引用法庭上提供的证据。惟一可以对判决结果进行重新审查的只能是另一个24人的矫正陪审团。根据所掌握的证据,第一陪审团则或许做出了正确的判决,而矫正陪审团可以根据完全不同的证据重新进行裁决。

就连普通法的律师对这一点也看得清清楚楚。导致这种变化的是一个规定,即不能推翻依照证人证据断案的陪审团。后来又出现了一个规定,假如在矫正审判中,一方当事人提出一个不曾向受审的陪审团出示过的证据,那么这将成为对受审陪审团的最好的辩护证据,因为因错判而受审的陪审团就可以用从未见过这个证据为理由进行辩护。很明显,矫正陪审团已不再是确认它的裁决是否错误,而是把它当作一个司法机构来审理的,确定它按照所掌握的证据做出的裁决是否正当。诉讼的最主要内容已经是人们的思想活动了。商业和贸易的发展、农奴制的废除、城镇的发展,使生活内容变得复杂多了。诉讼的官司已不再是所能知皆晓的事情了,而陪审团也不必为必须讲实话而冒风险了。不过,近邻还是对陪审团形成了压力,使他们对摆在他们面前的证据进行判决时必须说实话。现在是他们的思想活动过程在接受审判了。

当法官看到陪审员认真倾听证词并努力以他们那种极不灵活的方式认识真相时,对他们是不作出作伪证指控的。法庭又作出了规定,对于未曾向陪审团公开过的事实,修正审判中的原告不得作为证据提出来,增添额外的证人也是不允许的。但陪审团的成员在辩护时可以提出比原告提供给他更多的证据,以此来证明他们的裁决是正确的。法官也会争辩说,关

于这些额外的证据,陪审团的一些成员可能曾在法庭外听到过并据此做出裁决。一般而言,法律的实用性应高于其逻辑性。法官提请矫正陪审团注意,一审中用到的哪些证据又提交给了现在受审的陪审团。假如那些证据是充足的,那就没有必要再追究真相到底是什么。但是这一规定却损及诉讼当事人的利益。他有权坚持要求,一个明显是错误的判决不应侵犯他的利益,他可以指着誓言要求矫正陪审团澄清事实真相。而法官会不加理会地说,不同于物证的誓言是非实体的,因此也是无关紧要的。对于他们来说,正义是否最终得到了伸张并非问题之所在。

稍具常识的人都应该想到,矫正陪审团首先应查实判决结果是否正确。若发现不正确,他们应该就此判断是不是由陪审团经合理程序做出进一步的调查。假如矫正陪审团认为判决错误,而且未经过合理的程序,就应该推翻判决结果,陪审团就应该被处以罚款。但是如果判决错误,而程序是合理的,就应该是推翻判决结果而不处罚陪审团。令人费解的是,这么一个显而易见的解决办法何以法官竟想不到。

不过,上面所说的这个解决办法他没有被普通法官想到,最后采取的办法是,在一审中矫正陪审团的骑士们不能同“他们的近邻交手,去口头诽谤或损害诚实的自由民”。如果他们真的交手了,就要“情愿”认可一审判决。下面这个实际的案例可能会对这个情况说明得更清楚。

有一个陪审团所作出的判决无视对于土地所立的遗嘱。那时,对土地立遗嘱还是一件新鲜事,因为《遗嘱法案》刚刚获得通过。有人想推翻这个判决。陪审团认为那个遗嘱不具法

律效力,法庭认为矫正审理中的原告不能提供比他原来在一审中提供给陪审团的更多的证据,而被告却能提供额外的证据。法庭要求他们把所有的证词都写下来,可见他们从大法官法庭中法官学到了不少东西。不过,法官接着说,鉴于证词都没有被保存下来,法庭会让证人在矫正审理中宣誓,对他们是否在一审中提出过同样的证词进行确认。

接下来,法庭会陈述判决的罪名及证据,并提请陪审团对曾提供给第一陪审团的证词加以留意。他们以法律的形式规定,如果那些证据是充足的、清楚的,即便它们不是事实,即便真相完全是另一回事,修正陪审员要重视的也不应该是那些事实,而是应该问问自己,面对同样充足的证据,若他们处在那个位置,是不是也会做出与一审陪审团一样的裁决?关于证词,法官还堂而皇之地补充道:“人生来就善于撒谎,每个人都不是天使。”法官或许还在想着几个世纪之前的那个古老的故事:在罗马的街道上,教皇看到一些面容清秀的黄头发的盎格鲁—撒克逊人。别人告诉他,那些是盎格鲁人,他却答道:“不,不是盎格鲁人,是天使。”在上面那个案例中,如果法官说证人“不是天使,是英国人”,那真应该算得上是绝妙佳句了。

那些普通的律师一方面墨守成法,一方面当皇家需要制定一种特定的法律时,又表现得滑圆顺从。在爱德华一世统治时期,通过了一项法案,要求按照契约的形式把土地作为遗产传给后人。若土地以契约的形式属于一个人和他的继承者,那么只要持约者的继承人还在,这块土地就不能再以契约的形式属于另一个人。当那些继承者不存在的时候,旧的契约中会对这块土地被转让给谁写得很清楚。新的契约是不可以也无需制

定的。这一不动产的限制继承权被法官解释为允许这个持约人生前拥有土地,但是若将其转让给限制继承权以外的人却是不允许的,这块地产不得用于还偿拥有者生前的债务。之所以这样做,是因为王室规定,土地是不能转让的,为的是确保国王总能对其征收各种赋税。但是随着时间的推移,王室的政策允许土地随时转让。在玫瑰战争中,约克家庭把战败的兰开斯特家庭的土地全部没收了。越来越多的人要求这些早年的限制继承的土地应由战败者交纳罚金或对其强征税收。若限制继承的不动产被没收,只会导致未来的所有权拥用者——即土地限制继承后的那个人接管土地。法官要设计一起不存在的诉讼简直易如反掌,在未来所有权拥有者毫不知情的情况下中止限制继承权,剥夺未来所有权拥有者行使权利资格,这是对不动产的充公,是真正的充公。在英国,要想使土地再次成为可以转让的,只要设计一个虚假的“收回土地共同使用权的诉讼”就行了。当约克家族或都铎王朝在对王室政策进行讨论时,这些法官个个表现得足智多谋。“罚款法案”通过了一个更简单的充公办法,供法庭的虚假协议使用。

到了14世纪中叶,英国的经济模式被一种叫黑死病的可怕的瘟疫彻底改变了,那时农奴制的传统仍存在。农奴制之所以得以存在和延续,是因为人们没有钱支付劳动力工资,劳工只能用自己的劳动力换取土地和农作物,每个采邑领地的花名册上都标明有哪些劳役。一半以上劳工的生命被黑死病夺去。在城镇中,对劳动力的需求是指需要付报酬的劳动力。一个农奴只要来到一个城镇并在那儿住上一年,他就会在成为一个法律上的自由人,他的低声下气的服役生活也就会结束。这场瘟



疫过后,劳工们开始离开家乡出外挣钱。地主们发出令状,派律师追捕他们,大约过了40年之后,这种矛盾达到了白热化的程度。农奴们揭竿而起,他们在农村把大主教法官卡温迪什给杀死了,后来又在伦敦谋杀了会吏总萨德伯里,律师学院也遭到了洗劫,所有文件全被毁掉。劳工们叫嚷着要杀死所有律师。这次暴乱最后被无情地镇压下去,紧接着出台了一系列严厉的法案,雇主与雇工的关系开始规范起来,由法律规定了劳工们的工资,拒绝工作的人会被关进监狱。虽然农奴制在形式上被废除了,但在实际上却继续存在着。最终总算达成了某种妥协,劳工必须得到报酬,雇佣关系必须维持至少一年,主人不得随意解雇他们的雇工,雇工在没有正当理由的情况下也不得擅自离开。同时,还通过了严禁劳工结盟的规定。法律赋予大法官一项实际上早就在使用的司法权,即制止劳工结盟及涨工资的图谋。由地方官来规定工匠的工资,他们还希望通过法律阻止人们离开其行政区,就像所有类似法案一样,这些法案也形同虚设,没有产生任何实际效果。社会的动荡不安成为后来的15世纪内战爆发的一个重要因素。

正当英国的政治制度稳步有序地向前发展时,这种秩序被15世纪爆发的玫瑰战争破坏了。在这段战乱频繁、法制混乱的时期,陪审团制整个垮掉了。在那个时期,诚实的陪审团的判决在英国几乎再也找不到了。有一段时间,法庭差不多被废除了,普通法及其神圣的陪审团制也渐渐要销声匿迹了。玫瑰战争后成立了皇家法庭,用以对各种犯罪和陪审团进行处罚。

大约就是在这段时间里完成了巨变。首先是英语开始运用于法庭,法庭年鉴也不再用诺曼法语书写。其次是陪审团审

判变成了在陪审员面前进行审判,陪审团作为司法机构听取证词。在实施了这些措施之后,才算真正开始出现了现代概念中的审理案件的律师职业,审判完全变了一种模式。这时,英国的文艺复兴正处于萌芽时期,这一运动对律师业产生了影响。他们接受了更自由的教育和更开放的思想,并从盎格鲁-撒克逊语言的束缚中解脱出来,这种语言已经彻底退化成了野蛮人的黑话,无法再称之为真正的语言了。自然而然地,律师们开始想要追溯法律的渊源。他们在布莱克顿、罗马法及神学法规中发现了一些知识,这些知识慢慢地渗透进普通法院,普通法律由此获得了新的生命活力。新的思想也被灌输进了法律学院,充满了伊丽莎白时代的精神。学院中的陈腐之气被高雅的娱乐和狂欢活动,以及新出现的假面剧和戏剧驱走了。

民族主义扩张和贸易的发展给英国带来了一个很自然的结果,那就是,英国开始成为一个海上帝国和殖民大国。普通律师不再是原先那个思想狭隘的阶层了。文艺复兴带来了新知识的传播,文学空前繁荣的伟大的伊丽莎白时期即将到来。英语和法语得到很大的发展,成为新式语言,足以表达完整精确的意义。作为律师不可避免地会为时代气息所感染。法官们可以可以畅所欲言地表达自己的看法,在这个没有鉴别或批判的年代,像凯特森这样的法官可以无所顾忌地大放厥词。他称“罚款法案”是一个长眠的法案。他在《普罗顿的报告》一书中这样写道:

“这个法案中规定的处罚(由法庭做出并记录在案的)被卡特林比作天门神杰纳斯,他说杰纳斯就是诺亚,但有时罗马人叫他杰纳斯,并把他画成一个两面神,一张脸向

后看,表示他看到了被洪水消灭的旧世界,另一张脸向前看,表示的是他已经开始建立了一个洪水过后的新世界,因此他又被人们叫做杰纳斯两面神。在他的手中还握着一把钥匙,用以象征着他重建世界的力量。这个法案制造了洪水,所有洪水之前的权利都将因在法定时间内未提出权利要求而被淹没,因为未提出要求就是洪水。而处罚创造新权力,因为处罚创造了一个从处罚后开始的新世界。”

卡特林的这一番话令法庭和会吏总目瞪口呆,我们无从得知他是在哪里找到听说过诺亚的罗马人。但是卡特林对这样的细节根本不予理会,听者也都相信了这段荒谬的历史。他凭着自己的名气自称他的祖先是罗马人——谋反者鲁西乌斯、塞尔吉乌斯、卡特林那。只要是读过西赛罗反对卡特林的演说的人都不会想做他的后代。读过《库克法典》序言的人会了解那时候的普通律师对于历史事件的无知,因为库克在那里已经算的上极其博学的人了。想想看,大法官法庭来了一个实习律师,向它寻求保护,使自己不受最高执政官的迫害。他说自己以前是最高执政官的反方律师,现在被他施了魔法,摔断了一条腿。他请求大法官对这种魔法给予禁止。这样的律师可以说不会有什么作为。

大约在公元1500年至公元1560年间,又有一个巨大的变化在法律中出现了。在法庭上口头起诉的旧体制变成书面起诉。如今,一旦令状发出之后,不但要求原告做出书面起诉,而且要求被告也要以书面形式对起诉作出回答。如果他想以对方陈述的事实不足以在法律上提起诉讼为由提出反对的话,他就必须提起一种叫做抗辩的新诉讼,而库克还以为抗辩已被使

用了几十年了呢。如果他想对控告的事实否定,写一个书面的申辩书是必不可少的。假如在答辩予以中他提出了新的理由,那么原告就应对答辩作出回复。显然,这种新的诉讼程序是基于两种动机而被采用的,一个是律师坚持认为他们在答辩时应该畅所欲言,而不应该由法官决定他们在辩论中应该说什么,并且书记员依据口头辩论写出的答辩书也不能取得律师的信任;另一个原因是纸已经普遍使用,为羊羔皮的昂贵价格精打细算的时代已成为历史了。从某种意义上说,纸张的低廉对法律而言是一种亵渎,不过,同现在用打字机进行法庭记录相比这就不算什么了。

诉讼程序的这一变革是悄无声息地进行的,谁也说不清究竟是在什么时候开始的。但这一变革过程并不是一帆风顺的,因为像铁板一样的旧体制顽固不化。诉讼与证据的不符是灾难性的,于是以各种可能的方式及不同的罪状详述案情的过程开始了。在法庭上只有一次申辩机会,这种陈规仍被沿用,并导致了許多不公正的判决。人们必须获得几次申辩的机会,于是便开始采用特殊辩解的体制。普通法律向来不太重视公正和正义,现在则根本无视它了。提起法律诉讼甚至无须再通过宣誓证实。在所谓的特殊辩解中,如果提到了事实,那是出于巧合,而不是有意为之。

宗教战争始于都铎王朝统治时期。英国的宗教革命使大片的教会地产被没收了,并重新分配了财富。这次宗教革命同以往一样,使人们的狂热和残暴得到了放纵和发泄。仅仅因为一个信仰方面的问题,身为大法官和大主教的费希尔就被砍了脑袋。摩尔的遭遇也很悲惨,他说他对法律能使国王成为英国

教会的领袖感到怀疑。这是他在亨利国王说他想主持教会只是出于自我满足时说的话。摩尔当即被收审并被送上了断头台。英国的一位叫埃德蒙·卜劳顿的优秀律师,其为人和律师才华都远在库克之上,但因为他的罗马天主教徒的身分,所以一直未能成为会吏总,甚至连见习生以上的位置都不曾坐过。如果他放弃自己的信仰就能获得大法官的头衔。在没有任何权力的情况下,伊丽莎白要求把下一任皇后的继承人、苏格兰女皇玛丽处以死刑,否则的话,他们就将有一个信奉罗马天主教的女皇。亨利八世将大片宗教领地充公并分给他的那些急需土地的追随者们,为的是使他们支持他对待宗教问题的政策。当他的女儿玛丽登上了皇后宝座之后,一大批的新教徒被这位罗马天主教徒推上了火刑柱。

法官对由于主权的变更而不得不改变宗教信仰一事深感困难,一个可怜的人因为对这种改变想不通而自杀了。由他的死从而引出了一个新的法律问题,直至《自杀法案》出台以后这个问题才有了最终的定论。自杀就等于犯了杀人的重罪,所有的犯下重罪都要被剥夺财产。然而,对此他们又巧妙地做一番诡辩,说直至自杀者死亡才算完成了自杀这一行为,而且人一死,也就谈不上丧失什么了。但法庭却不这么认为。他们的这种迂腐、荒唐的说法成为镇上的笑柄,莎士比亚在创作《哈姆雷特》之前曾学习过许多的法律知识,他在这部伟大作品的第五章中掘墓人的场景里对这一辩论进行了嘲讽性的模仿。其中被描写成一个傻瓜的“道报理”警长一定是模仿了某一类律师。

英国法律一个更为重要的发展进步是前面提到过的《遗嘱法案》,它给了每一位土地所有者为他的土地立遗嘱的权利。

这个法案通过后,律师们开始拿它进行实验。土地的继承在此法案颁布以前还只能由契约来控制。而按照这个法案,土地一成为既得不动产时即中止是不可能的,也不能将限制继承的世袭不动产转给别人。不过普通律师自有别的法子,他们吸取了教训,允许在遗嘱中以待履行的名义做出各种限制。事情往往就是这样,一件件好事,在做过了头时就走向了反面,及自然就需要发明一条新的规则来保证土地的可转让。于是出台了这样的规走,条件限制在现有的生命期内及死后 21 年之内有效,对遗腹子可延长 9 个月的有效期。

一种新的契约在英国那个混乱动荡的时期被发明出来,土地所有权凭证从此可以被交付给另一个人。对此,普通法的律师根本不予理会,甚至拒绝承认这种受益权。而大法官法庭却对此表现出了很大的热情,他们支持这些新规定,保护这种受益权并强制实施。眼睁睁看着大批诉讼案子与他们擦肩而过,普通法律师仍拒绝改变他们的做法,而是听命于它的议会,通过了《受益权法案》。在这一法案中,原来交由另一个人受益的不动产已干脆成了那个人实际既得的合法地产。在这一点上,大法官法庭自有新招,它推出了一种叫做信托受益权的新形式,土地通过这种方法被作为信托财产,从而夺回了诉讼者,战胜了普通法庭。普通律师再也无计可施了,直到今天,涉及到不动产及个人财产的时候,信托仍然作为一个有效的方法被沿用。

后来大法官法庭又发明了一种新的审判权,沉重地打击了陪审团制及普通法院的裁决权,使他们彻底陷入了绝望。此时,任何修正都已不起作用了,只有当在普通法庭中败诉的当

事人向大法官提起上诉时,他才可以重新审查陪审团的裁决。败诉的原因也许是受到了欺诈,也有可能是由于不可原谅的疏忽所造成的,或者就是由于败诉者没能提出证明判决错误的证据。假如败诉的原因不在败诉方,就要通过禁止执行判决来强制胜诉方同意进行新的审判。大法官法庭甚至认为这还不足以解决问题,只要有普通法庭不肯承认的公正无误的辩护,那么,要想禁止执行他们的裁决仅此一条就足够了。

如果被发现在普通法庭上使用伪证就完全可以视为欺诈行为来下禁制令,然而对此大法官并未提及。这就是说,根据同样的证据大法官可以作出相反的裁决。这种欺诈一定是意在阻止败诉方检举告发或申辩的行为。精明的大法官指出,如果在新一轮审判中发现新的证据,且证据确凿,也一定会导致不同的审判结果。在被迫接受了这种方式之后,普通法院最初也试图强迫大法官法庭予以改变,这一运动的领导人是库克。失败之后,他们提出要增加可用来推翻判决的理由,比如陪审员的审理不当,某种新的审判形式过去就已经存在了,以及新发现的证据等。但是大法官法庭坚持他们的裁判权,指出不能让普通法庭篡夺了在大法官法庭中行使的权力。

普通法在1600年的时候被改编了。这样,普通法和衡平法之间的差异就已初具轮廓,非法侵入这一概念已被扩展为广义上的错误地侵犯他人权利。对这一行为的修正得到了发展,而且还抛弃了一大堆陈腐无用的中世纪的繁琐程序。从此掀开了陪审团审判制的新篇章,如今,陪审团作为一种司法机构在听取证词后作出裁决。那些假装通晓古代法的库克之类的律师们已明显不合时宜了。法律中使用的语言发生了变化,人们

很快便遗忘了盎格鲁—诺曼语。在这种情况下,需要重新阐述法律以便更易于人们掌握。在律师当中人类逃避艰苦工作的情性得到了充分体现。培根建议借鉴查士丁尼编写法典的方法编纂卷帙浩瀚的《英国法》。

但是在人们呼吁斯图亚特国王处罚罪行累累的都铎王朝的独裁者亨利八世、玛丽和伊丽莎白时,又都发生了大混乱。以前,这些统治者发现陪审团制对专制政府十分有利,议会也很乐于服从。然而,现在的陪审团和议会已开始反叛,到处都充满了带有火药味的宗教之争。狂热地抱着偏狭信条的人同他们虔诚的信徒一样多,这是一个极其危险的比例。圣公会的教徒仇视清教徒,他们又都仇视长老会教友。令斯图亚特国王和信仰王室神权的人们感到惊奇的是,他们再也不能容忍亨利八世或伊丽莎白的为所欲为了。支持罗马天主教會的只有政府,它也是一直支持非宗教的政府的,现在却遭到迫害。它那些技巧纯熟的辩论者使滥用的神权的国王出尽了丑。人们已不再信任议会和陪审团,并强烈要求国王的大臣们偿还血债。库克从故纸堆中翻出了剥夺公民权法案以补充控告。根据剥夺公民权法案,不必经过陪审团就可以对应受惩罚的重罪犯判处死刑。根本无视于被指控罪行的具体情况,议会针对每个个案草率地制定自己的法规,并以投票的方式来判定某人的死刑。清教徒上台后,斯特拉福德被枭首示众。一位清教徒的将军统治了英国,根本不将《大宪章》和议会政府放在眼里,实行了任何一位英国君主都不敢尝试的专制暴政。斯图亚特人废除了法官。现在清教徒做得比他们有过之而无不及,他们的信徒占据了整个法官席。克伦威尔认为主赐给了他这样的权力,



由他来指导首席法官马修斯·黑尔如何判决每个案子。

斯图亚特人卷土重来,教会继续由王室掌握。詹姆斯二世告诉他的首席法官,他打算给法官找来12个代表他的意见的律师。首席法官说,他也许能找到12个代表他意见的法官,但要找到12个律师是不可能的。怯懦的蒙默思反叛未遂,借此机会,苏格兰法官杰弗里阐述了从属的陪审团可以发挥的作用,但是国王的法官和律师们却被“七个主教”案的另一个陪审团难住了。全国掀起了反对罗马天主教国王的专制统治的浪潮,1688年的革命挽救了法律。结果陪审团制得到了肯定,法官有了固定的任期。带着这圈荣耀的光环,陪审团制传到了美国,被称为我们的自由权利的保障。

在这里,应该介绍一下都铎王朝和斯图亚特时期发生的一些重大事情。其中大部分是关于法律对罗马法中的一些原则的吸收。对违背口头契约而提起的诉讼已从非法侵入发展到对各种契约或契约式的许诺的违背,包括成文的和不成文的、盖章的和未盖章的、金额固定的和需依证据确定赔偿金的契约,或按律师的说法,叫“未结算”的赔偿金。罗马法的讨价规则被引用于这种诉讼,也就是说,对契约成因作出的规定的英国法借鉴了罗马法中的概念。英国法吸收了包括罗马法中规定的各类约因,兑现承诺的行为,以物换物的约因,以及以一个承诺与另一个承诺的约因。

不过,在许多方面,普通法律师都明显地表现出对新事物的那种顽固的冷漠态度。其中一个例证就是那些老的法律书、和解协议及修复确认书中的说法。假如两个人订了一个盖了章的契约,此契约的修订或改动只能通过另一个盖了章的契约

来进行。盖了章的契约是不会引起约因的问题,因为印章本身就说明了约因。如果契约没有盖章,只有当一方将一些有价值的东西交给另一方的时候,由此而生的债务才会得到普通法律的认可。如果只存在承诺,是不被认可的,为了另一方的承诺而一方作出承诺,这在那时是难以理解的事。因此,假如一个人欠了另一个人的债,这是一笔一定金额的钱,那么,偿付以及接受少于这个金额的任何协议都是无效的。那时的普通法根本就不会受理对于未盖章的契约就未定的赔偿金提起的诉讼。于是关于解决金钱纠纷的协议法规出现了。如果是盖了章的协议,其诉讼就可以参照令状簿中已出现过的关于盖章合同的诉讼来处理。盖章合同可以用于固定或不固定数目的赔偿金,但它必须根据盖了章的文书,不过和解协议并不属于那种契约,它只能用于解决口头的或未盖章的书面协议的纷争。由于未如数偿清全部欠款的协议不被普通法所承认,因此可以得出这样一个推论,一个未经偿付的和解协议是完全无效的。理由是,如果一个人同意在未盖章的情况下偿付一笔钱,那这个协议对他就没有约束力。但是,一旦这笔钱被偿付,而另一方也将此看作是对一种义务的履行并接受了它,那就算是被彻底执行了协议,有了像和解协议一样的约束力。这一原则在当时是以这样一种否定的形式作出陈述的:未履行的和解协议是不具备约束力的。

按照新的规定,基于一方同意接受,由另一方提出偿付的承诺是具有约束力的契约。或者也可以说,同意接受的一方与承诺偿付的另一方,双方都受到契约的约束。按照这种新的处理赔偿诉讼的法律,有可能出现这样两种情况,第一种情况是

一方同意偿付的款数少于应付款数,另一方也接受这一数目的和解协议;第二种情况是关于未确定赔偿金数目的赔偿要求,一方承诺付一定数目的款额,而另一方也接受的和解协议。但普通法律师却拒绝改变他们的原则。对这种新兴的、罗马式的对于承诺的承诺,他们感到无法理解。一位颇有见识的法官决定从现在起开始承认,对于承诺的承诺是法律中一项好的约因,同协约一样,未经履行的和解协议也具有同样的约束力,因为这种协约对双方都具备约束力。那些保守的普通法律师说,如果一项协约是关于接受一笔少于契约中规定的应偿付数目的赔偿金的话,那么它就是没有约因的,并且也不具备约束力,除非是协议中应偿付的数额实际得到了偿付而且被接受。对于应付固定数目赔偿金的情况来说,这种说法倒是颇为有理,但既然和解协议确定了那些未结算的赔款金额,它对于未定数目赔偿金的要求就讲不通了,因为契约对于接受的承诺和偿付的承诺来说都具有约束力。对于这两种情况,普通律师仍唠叨不休地重复着他们关于未履行的和解协议不具有约束力的陈词滥调。这就导致了这样一种情形:因契约中未定应付赔偿额而产生争议的冲突,双方不能通过达成一个有约束力的协定来解决。那些愚蠢的普通法律师还强调,无论当事双方是否愿意提起诉讼,都必须通过打官司的方式确定赔偿金的数额,这是他们不可逃避的选择。不过,对于侵权行为的妥协协约,即使未经履行也是有效的。普通法传到美国时,仍带有这种深刻的矛盾。按照“未履行的协约不具备约束力”的原则作出的判决,我们可以随便找出几百个,其理由各不相同,形形色色,但都极不充分。教科书中充斥着“混沌黑暗年代”的命题。那些过时

的法律程序被平庸无能的法官们强加到当代法律的头上。

盲从惯例的惰性的另一个表现是普通法律师对新事物的抗拒,比如在对待即将投产但还未生产出来的货品的出售问题上。中世纪的普通法对于买卖交易的规定是:货物的买卖协议一经签订,买方就拥有了货物的所有权,无论是否正式交割,卖方都可以立即按规定的价格提起债务诉讼,买方也可以就货物的扣留提起诉讼。这一权威的法律是由孟德斯鸠提出的。那些律师从未遇到过出售还没有生产出的商品之类的案子。于是,普通法律师推断说,在法律上,对不存在的货物的出售是无效的,并且法律不会对这种买卖,提供补救办法。后来,在要求赔偿损失的诉讼中规定,不对那些要求制造货物,或要求买主购买时撕毁的售货合同提供赔偿。这似乎与出售某种以为存在但事实并不存在的东西是一回事。这种交易在法律上是无效的。有这么一个古老的案例,一个人指着他的羊背卖掉了所有的羊毛,虽然羊毛还在生长之中,可这样的交易却是正当的。同样,出售正在还长在地里的庄稼也被视为一项正当的买卖。这种交易之所以正当的理由是,货物已有一部分存在。但是对于尚未播种的庄稼、羊群的租赁,以及因积累而得的一部分增值都判作是出租人的财产。像出售7年后可供母马产仔的公驹这种情况,在从前不算作一项交易,而只是一个协定。但是后来又出现一个案例,一位牧师把他7年后才能得到的全部捐税进行出售,虽然在签约时,尚不存在这笔税款,但这笔交易在亨利六世时被判为正当的。我们可以从这个时期里所发生的一些事件中明显地看到,就像爱丽丝漫游奇境一样,普通法院的法官对见到的新事物感到不可理解,并为此伤透了脑筋。

伊丽莎白时期出色的律师卜劳顿经手处理了一个案子。在摩尔的未经翻译的报告书中有对于这一案例的记载，“一个诚实的自由民”因做出了不合身分的举动而获罪。这个人同我们在前面所讲到的希腊船长一样是一个行为极其恶劣的人，这个自由民把他的奶牛在一年可提供出的黄油全部出售并得了预付款。但在黄油做好之后，他却卖给了另一个买主。这个故事听来有点奇怪，黄油在保存一年以后还能出售，这简直不可思议。不过在中世纪，这种陈年的黄油也许被视为一种美味呢。我们就权当是摩尔把奶酪当成黄油了吧，毕竟他只是一个普通法的律师。且不必管这些，总之，报告中说黄油被卖给了第二个买主，买主用付了现金马克，并放心地把这些黄油交给这位貌似忠厚的自由民卖主保管。然后，这批货被这位自由民慷慨地送到了第一位买主那里，于是，第二位买主对第一位买主提起追回原物的诉讼，前一位买主以自己是第一购买者为由声称拥有对这批黄油的所有权。人们要求卜劳顿先生判定这批奶油究竟应该属于谁。卜劳顿的回答应属于第二个买主，因为一开始在自由人与第一位买主间形成的契约是“仅仅约定自由人将在黄油制成后出售，因为在黄油制造出来之前是无法出售的。黄油在被制造出来之前是不存在的，所以，那时不存在所有权问题，因而关于所有权的契约也就不成立。”第二个买卖合同才是对所有权的转让，在卜劳顿的判决之下，第二位买主拿到了黄油，第一位买主则向自由人提出要求赔偿金的起诉。

当然，按照当时的有效法律，卜劳顿对这个案件做了错判。整个案件的事实应该是，自由民同第一个买主订立的协约是针对他将要制造的所有黄油的，而不是一部分。在此期间，黄油

一经制成,没有任何其他附加条件,它就立即适用于那个契约,就应立即转让所有权。自由民对第二个买主的出售是完全无效的,因为他事实上是在出售别人的财产。卜劳顿应该从牧师售税案中了解到这一原则。但是,假如一个制造特殊物品的生产者必须依合同将其商品中被选中的部分交付买主,并直到货物被挑选完毕,符合这个特定的合同时,才算将所有权完全转让。这个自由人在黄油做好的时候,就应该向第一位买主发出取货通知。他若不这么做,也可以在所有权属于买主的前提下将属于买主的黄油存放起来;假如买主没有付款,他可以对买主提起诉讼,理由是,黄油一旦制好所有权即可转让,以此可认定买主对他有欠款行为。如果卜劳顿了解罗马法的话,那他就可以做出正确的判决了。因为在那个高度发达的法律体系中,出售尚未拥有或尚未制出的商品这种问题早已不是什么新鲜事,在那时,人们就已对它做出了答复。

都铎王朝和斯图亚特时期充满了残酷的暴行。统治者个个都有一副铁石心肠。亨利八世之所以将摩尔送上断头台,是为了羞辱印第安的阿帕切族,而“公正的修女”伊丽莎白,事实上也像罗马皇帝图密善一样专横暴戾。库克则集残酷、虔诚、贪得无厌于一身。在下一章中,我们将读到他为了取悦詹姆斯一世在迫害沃尔沃·罗利先生时所使用的方法,这使英国法蒙受了长期的耻辱。克伦威尔和他的清教徒们也无一不是冷酷无情的人。查尔斯一世以典型的斯图亚特的的方式遗弃了他的大臣斯图福德。在查尔斯二世执政时,马休斯·黑尔经常审判据说会施巫术的可怜的老女人并处死她们,而清教徒们对巫师的处理办法都是来源于《旧约全书》。在马萨诸塞也盛行着同

样的暴行。新教徒、长老会教友、贵格会教徒以及罗马天主教徒都受到了圣公会教徒的迫害。杰弗里在法官席上的所做所为,在英国法官的历史中留下了最后一页不光彩的记载。

大法官洛德·诺丁汉是斯图亚特时期一位杰出的人物。他尽的第一项职责是修正了普通法中对要求赔偿诉讼的滥用。各种口头契约在此诉讼的准许下得以证实,而所采用的证据往往是最为明目张胆肆无忌惮的伪证。普通法从不承认口头契约的极端走向承认一切口头契约及口头许诺的另一极端。在《欺诈法案》中某些关于信用的契约和文书被要求必须是书面的,从而使大部分的诽谤得以消除。那个法案的用词遣句十分讲究,其中的每一个词都关系到诉讼中的大笔费用。现在,对其中几款所做的注释,以及对于依此作出判决的批注已被编成一大本法律书。还从不曾有人就法律的普遍效力制定出这样一项法案,可谓空前绝后。

阅读过大量罗马法,有相当丰富的知识的洛德·诺丁汉熟悉各个类别,他将衡平裁判权分派到司法权的各门类之下,其中既有与普通法庭并存共同审判权,也有衡平法院的专属审判权。英国的衡平法在这项工作完成以后就成了一个对称的体系。

英国的法律体系如果没有衡平法将是难以想像的,它在那个混乱的历史时期中却是能够存留下来是一种侥幸。由于种种原因,清教徒对于大法官法庭怀有强烈的反感。克伦威尔时期的大多数律师都不愿在普通法庭出庭,法律学院也关闭了,普通法庭仍在恪守职责。就新发现的证据或以审判过程中出现错误为由向法院提出重审请求已成为一种时尚。为了废除

大法官法庭,清教徒一直坚韧不拔地努力着,最终使它无法继续再发挥功用。普通法的律师对大法官制度不理解,那些不了解实情的律师仍以为这是一种随意使用法律的办法,甚至在处理特定的案例时还可以弃法律于不顾,是一种被滥用了的政治机制。他们的这种看法是毫无道理的。

衡平法从未被清教徒的喜欢,其中的主要原因是他们隐约感到在某些方面衡平法同罗马教堂的神学法规相关。实际情况比他们所想像的要严重得多。其实,整个大法官法庭的法律程序和审判方法都是罗马式的,它的法学准则也是如此,但是关于它被滥用为政治体制这一点,历史上却没有记载。斯图亚特复辟时,大法官制得以恢复,此后不久,有造诣的律师都开始学神学法规。在查尔斯二世统治时期,有一次,首席法官沃恩同他的两位副手同坐在法官席上听取案例,用现在的法律术语来说,这两位副手就是出庭律师,当时法庭上有人提出这么一个问题:“神学法规是什么?”两位出庭律师用傲慢的口吻表示拒绝承认神学法规。沃恩举起双手喟然叹道:“上帝啊,我究竟犯了什么罪过,要与这两位公然否认神学法规的法官坐在一起?”

在公元1688年的革命中,处于辅助地位的普通法官被撤销,新的法官是按法规来任命的,并要求他在担任职务期间有良好的表现。后来,约翰·霍特成为首席法官,在一个案例中,他将罗马法中关于财物寄托的全部法规引进了普通法。在很多方面,普通法仍然需得到罗马法的帮助。洛德·曼斯菲尔德是英国法官中最伟大的一位,他做了大量工作,将罗马法中叫作“准契约”的关于类似契约实际上不是契约关系的衡平法规



引进普通法中,包括联营公司、合作伙伴、代理公司和保险等方面的法规。从罗马法借鉴而来的衡平法体制又经过了200年后才算最终取得胜利。直到公元1876年,普通法院才被承认并获准使用衡平法,为确保衡平法在英国的领导地位,规定一旦出现普通法规与之不一致的情况,以实施衡平法为准。

新的陪审团制在经历了公元17世纪的各种政治争斗后,变得更加成熟和牢固了。既然它已变成了一种听取证词的司法机构,法庭不得不制定出新的程序规则,以便选出公正的陪审团进行审判,同时确保向陪审团出具的证据由法官控制,以保证所提供的证据都是充分、有力和真实的。所有证据都要经过仔细盘问审查,以证实它的真实性。在普通法的最初阶段是通过证人宣读的古老誓言来使证据生效的,他必须起誓,所有的证词都如实反映了他自己所了解的情况,而不是按照别人告诉他的去作证的。

正是在这个时期,英国法传到了它的美国殖民地。在美国独立战争之前,各殖民地早已开始迅速发展壮大,在各州独立之后更加快了发展的步伐。但是各州的法律并未发生什么变化。英国法庭所审理的案件依旧是美国法庭判决时参照的案例。从理论上说,这两个国家使用着同样的法律。除清教徒控制的马萨诸塞州和贵格教的宾夕法尼亚州之外,美国各州甚至连普通法和衡平法这对相互冲突的体制也都引入了。拥有几百万人口的加拿大大部分地区也引进了英国法律。今天的澳大利亚也在使用英国法,在世界各国都可以找到许多英国法、罗马法的结合。在英国的某些领地罗马法依然盛行,从这种法院中提起的上诉由国王在其市政会上听证,法庭现在将政务委

员会称为枢密院司法委员会。在那儿,英国法官从容自如地依照罗马法规进行判决。从公元1701年起,英国上院开始对苏格兰的上诉举行听证,苏格兰从未实施过普通法,它一直援用罗马法。所有这些都一定程度上使英国的律师和法官开阔了眼界,他们的头脑也因此获得了解放,并为普通法同衡平法合二为一的准备工作起到了协助作用。

但不管怎么说,英国律师和普通法从罗马法中学到了其透过现象看本质的裁判精神。对此卜劳顿以其娴熟的辞令进行了机智的论述。公元1588年伟大的法律出版家理查德·特泰尔将他用诺曼法语写成的一部分著作付印,此书之精美同布莱克顿所著的《英国法律及惯例》的拉丁版不相上下。在以后的150多年中,卜劳顿的著作被译成英语。下面是从第一本英文译著中摘录下来的:

也许读者可以从这一判决及其诉讼理由中看出来,法律之所以成为法律,主要是由于它的内在含义,而不是文字本身。我们的法律(与其他法律一样)由两部分组成,这两部分就是肉体 and 灵魂,肉体是指法律的文字,而灵魂则是指法律的道理和意义,法律之所以得以存在,就是因为它的灵魂。我们还可以将法律比作一枚坚果,外壳里面的核心才是意义之所在,法律的字面是其外壳,其意义是核心,就像你如果只欣赏外壳就不能真正享用坚果一样,如果你想只依靠那些文字,从法律中获益那是不可能的。既然坚果的果实和用途在核心而不在外壳,那么,法律的用途也在于意义,而不是文字。

伦敦的中殿城堡是为法律而建的最漂亮的建筑之一。这

应该归功于卜劳顿这位伊丽莎白时期律师的高雅审美情趣。伊丽莎白女皇告诉卜劳顿,只要他放弃宗教信仰,就给他大法官职位。那封信一直被保存在卜劳顿博物馆中,可惜后来却毁于19世纪初的一场大火。尽管法律史上曾出现过库克之类的人物,但毕竟还有像卜劳顿这样的德高望重的人,这足以用来弥补这一损失,别的且不说,仅凭他的著作就足以让他永垂青史。

从某个角度来看,古老的普通法比我们今天的法律更能发挥作用。当它对一个陪审团所做的裁决进行审查时,如果发现了不公正之处,它可以进行修正,作出正确的判决,并对作出错判的陪审员进行处罚。现在已经不可能做到了,如果决定重新审判,那整个审判都要从头开始。如果有人提出上诉,但又没有足够的证据推翻原判,那么,除非重新开始审理整个案件,否则是不可能得到公正的判决的。同时主持法庭的法官不能处罚陪审团,无论它做出的判决多么不合法。这种做法最早出现在一桩古老的布舍尔案中,后来被称颂为不朽的判决。那个案件中提出的理由是陪审团既是根据自己了解的情况也是根据证据作出的裁决,这无论是在当时还是在今天都是不可能的。假如判决结果与证词相抵触相反,即使陪审团认为它了解到了同证词相反的事实,这个判决在那时也是无法成立的,今天的情况也是如此。人们一直坚持这一错误,重复着法律的老调。就是基于这样一种毫无根据的理论,即便陪审团作出了错判,法庭也无权对其处罚的法规。美国宪法和大多数保留陪审团审判制的州都规定,没有一项判决能够依据有矛盾的证词做出,除了在要求陪审团审理时,依据陪审团的裁决做出判决。

可见,法律并不总是向前发展的,这就是它的一个退化的例子。

很多年前,有一位刻薄的希腊哲学家以讥讽的笔调描述了辩护律师在陪审团面前的答辩时的样子。他说:

辩护律师只能就事论事,并且必须在限定的时间内把话说完。这就使得他们不得不用甜言蜜语哄骗陪审团,以博取它的欢心,就像是奴隶对主子那样。在这样的情形下,他们变得紧张、机敏,心灵变得狭隘、扭曲。奴隶般的生活压制了他们的才华,直率与独立,恐惧和危险使他们不得不撒谎。因为他们无法用正义和真理来承受这此压力,就只能求助于欺骗。因此,他们虽然在吹捧奉迎、别出心裁方面表现得非常聪明,但他们被扭曲、被压抑得差不多完全失去了健全的心智。

今天的许多律师依然如此。在这一职业的底层常常可以发现很多这样的人。如果一个律师登上露台,进入罗马正义宫殿的院子,就会看到到处竖着为纪念伟大的罗马律师而制订的法案,他就会深深地反省,在那从不曾得到过法制雨露滋润的大片地区里,这些人创造的法律制度仍然是他们的行为指南,今天这种遍及全世界、日益兴旺发达的法律制度一定是由那些见多识广、胸襟开阔、思想敏锐、具有纯洁动机的自由的人们创造出来的。也许这就是对那些不忘向圣贤发难,或始终指责律师的人的最好回答。

我们可以从另一幅图画中看出那些好律师。公元1869年,在卜劳顿的漂亮的中殿城堡中,英国法律界为伟大的法国律师巴赫叶举行了一次盛宴,当时已届高龄的老人洛德·布诺汉在发言中再次引用了他自参与审理卜罗琳女王案以来最钟爱的

一句名言：

作为一名律师，首要的和最重要的职责是，一切都以其委托人的利益为重。

在回敬“法官们”的祝福时，首席大法官考克伯恩提出了异议，并在大家的热烈掌声中说出了对一个律师如何对待其委托人永远具有指导意义的话：

律师应该像斗士那样使用自己手中掌握的武器，而不应该像刺客，他应该知道如何调和委托人的利益同真理与正义之间的关系。

每一位能够步入正义的圣坛，并拨亮那不灭的圣火的人都必须时刻牢记这一点。

公元1688年，詹姆斯二世被废黜，爆发了历史上著名的光荣革命。其最称得上“光荣”的一点在英国，法官只有在表现良好期内任职不变的这一规定通过宪法得以确立。这一规定出自联邦宪法中的这一条款：在表现良好期内联邦最高法院的法官及美国联邦上诉法院管辖区的法官的职位受到保护。英国原来都是国王依自己的喜好任命法官，并且除了都铎王朝的斯图亚特时期，法官都是终身任职的。法官不会因政治制度的变化而受到任何冲击，至少不会遭到出于政治原因的攻击。的确，爱德华一世的法官曾受到过审判，最后还因贪污受贿罪、以权谋私罪被判刑。在爱德华国王三世的统治时期，也确实出现个别法官被撤职的情况。在理查德二世统治时期，国王的法官曾被议会的罢免并受到处罚，这是因为在首席法官泰斯里安的带领下，除一名法官外，全体法官都在一份认为议会犯有叛国罪的（这超出了法庭的管辖职权）的意见书上签了名。结果泰

斯里安作为国王的首席法官被斩首示众,那些签了名的法官和国王的庭吏洛克顿被流放到了爱尔兰。这在政治上就同被放逐到偏远的澳大利亚新南威尔士一样。如果不是当时从教士至议会都发动的大规模请愿,以那个时代的残酷,那些的法官可能早就被砍下脑袋了。

在兰开斯特王朝的亨利四世取代理查德二世的时候,并未更换法官。玫瑰战争中,他们被约克人打败了,曾在兰开斯特的部队中服役的首席法官福特斯鸠是唯一受到冲击的。亨利七世在波茨沃斯战役中打败最后一任约克国王理查德三世后,也没有更换法官。当亨利八世的女儿玛丽皇后成为她的哥哥爱德华六世时的罗马天主教皇后时,当时的法官也不过是将他们的宗教信仰改为皈依罗马天主教而已。几年之后,登上皇后宝座的是伊丽莎白,法官们又变成了新教徒。詹姆斯一世时,伊丽莎白的后继者首树皇室出售法官职位的先例,无论是谁,只需付上足够的现金便可坐上法官席。护国公克伦威尔清除了所有先前任职的法官。复辟时期的查尔斯二世除保留了马修斯·黑尔先生外,对其余的法官都重新作了任命。詹姆斯二世曾两次罢免他的法官。在大革命时期,杰弗里在被斩首前就一命归天了,詹姆斯手下的所有法官,除一名中立者之外,全部被罢免。

于是,从那时起法官不可被罢免的规矩便被确定,美国作为英国的殖民地也沿袭了这一规矩,尽管在很多州中,罗马体系中最糟糕的选举法官制被采用了。在这个世界的那些有文明之称的地方,法官若是通过选举产生的,一般都是在除了保留终身制的州以外的联邦地区。一般而言,如果法官是终身制

的,各州法官席上的那些人会做的更加出色。虽然有很多人提倡选举法官,但是我敢说,经选举坐上法官席的法官无不想将其任期延长到同联邦法官一样。不管怎么说,只有不甚了解法律的历史的人,才会提出法官要通过选举产生这种荒唐的建议。法官之所以应保持终身制,是因为在所有的人中,最不应该为正义做出牺牲的人就是法官,他不得为主持正义付出代价。不管他是谁,也无论他有什么才能,他都必须不受他人干扰,做到不偏不倚;除非他有犯罪行为,否则不得在任何地方被传唤,对他作为法官的行为作出解释。法律最根本的核心是不受外界影响的公正,而法律的历史已经证明,如果那些处在司法职位上的人不受人左右,他们一般都能尽量做到司法公正,通过选举而坐上法官席的人因为人群的叫嚣和责难不得不做出牺牲的例子简直举不胜举。希望法官除了依法主持公正,不要屈从于其他影响的人;不管影响者是谁,也无论动机是什么,无论是出于什么目的而施加影响,无论施加影响的人是出于善意还是恶意,他都是政府的敌人,是一个没有真正的道义感的人。因此,推翻无能的詹姆斯皇帝所取得的最为光荣的成果,就是确立了英国法官的终身制。同时在英国还认为政府有义务给法官薪金以作为补偿,当薪金可与从事别的职业所得的报酬相比时,一个有能力的法官在经济方面就不会吃太大的亏了。

这一司法变革使英国法律结构更合理。另外还有一些改革也带来了一定的影响,其中一个是一般法律师的自由化,另一个是作证规则的确立,依据这些规则陪审团变成了真正的司法机构。还有一个是诉讼方法的变革,这种变革之后使得实际

冲突得以提交到司法机构。但是所有这些变革,它们的重要性都比不上这场让英国等待了200年的改革,它影响了整个国家,使得普通司法法院最终获得了完整的权利,从而能够运用任何一项可适用于当庭案情的法律原则,法庭也由此获得了根据案件要求既可以作为普通法庭,又可以作为大法官法庭的权利。

我们来回顾一下自布莱克顿于公元1268年去世后,法律所走过的漫漫历程。由于局限于那种陪审团可就其事实裁决的案件,普通法适用的领域缩小了许多,但却使陪审团成了一个司法机构。这种狭隘从某种角度来看带来了许多恶果(那些恶果在前文已被一一历数过),但它并没有妨碍大法官法庭形成一套平行的法律体系,并使之系统化,使之内部相互联系、相互依赖,这种体系产生的法官和审判庭,重新采用了罗马法理学家的司法方法。

至于陪审团制,我们还是来谈一谈它所产生的有利影响。它将普通市民同法律联系起来,并使其成为法治的一个组成部分。它训练了普通市民在自由体制下如何生活,毫无疑问,正是这种陪审团制塑造了英国人的政治素质。当欧洲其它地方还远远不具备建立自治政府的能力时,英国人在这方面已崭露头角。陪审团制有代表制的特征,英国议会的组成就是利用了这一特征,正像孟德斯鸠所说的那样,代表制的政府是自从亚里士多德写出著名的政治论著以来惟一实际的政治发明。也就是说,那些通过陪审团制接受了这种重视法律、尊重有序政府训练的、见识更广的人实际上对它所造成的一切恶果做了补偿。

现在应该谈一谈关于法律行业的事了。谈到我们这个国



家的律师职业,就有必要将英国的这一发达职业同已被我国的特定环境改造了的这一职业做一下对比。

从普通法的早期开始(至少是从公元1250年开始),由于某种历史的原因,律师职业被明确划分为两大类:一类是出庭律师或辩护律师,他们专门负责向法庭陈述案情;另一类是代理律师,他们为提出诉讼做准备,以及除为案件进行辩护,或进行实际审理之外的那一部分律师工作以及与从事出庭律师进行磋商。

即使在那个未开化的年代,一个人也可以找一位亲友在法庭上为他说话,但请律师代理委托人法律事务方面的权利,则是这很久之后才出现的。刚开始的时候,出庭律师所说的话对委托人没有约束力,到了罗马帝国时期,辩护律师自成一派。英国和法国一直延续着这种职业分类方式,实际上,出庭律师和辩护律师一直享有优于代理律师的特权,他们有更高的社会地位,他们当中的大部分人都来自社会上层。对于代理律师,律师学院中有一条老规矩将其定义为:“低律师一等的可有可无的人”。几个世纪以来,律师学院一直都把代理律师排除在外。

早期普通法的所有文献资料都是关于法庭上的辩护律师的。这些资料是法律文献遗产中的无价之宝,尽管今天几乎无人能够读懂。早在公元1292年就有了对辩护律师当庭对辩的辨辞记录,在那么遥远的年代,英国就已有了如此完善的法律制度,律师在法庭上进行的一切辩护,法官判案的具体依据都做了详细精确的记载。精通法律的记录者认真倾听,在羊皮纸上将辩论记录下来,有很多出庭律师为其委托人当庭辩护援引

法律要点时的原话被保留下来。这些记录收编结集,就是《年鉴》,从公元1292年至公元1500年间从未中断,后来还陆续可见一些零散的《年鉴》。所有的《年鉴》都是用诺曼法语写成的,或是用由这种语言演变而来的盎格鲁—诺曼语。在《年鉴》的收编结集将终止时,人们开始编写与我们现在的诉讼报告类似的东西,如戴尔·安徒生和卜劳顿所编写的那种。《年鉴》的独到价值在于它对法庭上双方律师的争辩作了明确、详实的记录。随着书面申诉程序的开始使用,《年鉴》完成了它的使命。

现代的辩护律师要在法庭上同法官和陪审团打交道,而早期普通法的出庭律师只跟法官打交道。另外还有一件明显的事实,那就是除非辩护律师为原告及其律师说话,否则对他来说没有犯罪。在所有王室为原告的案件中,必须在他们请了律师之后,被告才可以请律师。

公元1292年,辩护律师有两种:庭吏和见习律师(或称为高级律师和初级律师),又过了很长时间,在庭吏同国王的法律顾问及出庭律师间才有了区别。我们现在的看法是,必须经过多年的实践之后见习律师才能获得庭吏头衔。法官只能在庭吏中选拔。可以与法官称兄道弟的是庭吏,而不是见习律师。几个世纪以来,普通法的辩护律师一直在有过多年律师经验的法官面前进行辩论,只要他们不是蠢笨到无可救药的地步,一般都会成为十分出色的律师。

在这个时期,只有学识渊博的人才能做辩护律师。他必须通晓三门语言,并且对每一门语言都能熟练运用。法庭上进行的口头诉讼使用诺曼法语,而记录案件时则用拉丁语,出庭律师与他的委托人交谈时,他还必须会说一种或多种中下层英国

人使用的方言。从《年鉴》中可以看到,辩护律师并不是只是慷慨陈词、雄辩滔滔。他们的言辞简单明了,措词也不求华丽。整个过程实际上就是一种非正式的讨论。有时候新的事实会在讨论和争辩的过程中被提到;已经陈述过的事实也往往会被赋予新的意义。同案件没有利益关系的庭吏和见习律师在法庭上进行调停,有时法官的总结辩论会偏向在法庭者的利益。出庭旁听的还有律师学院的学生。首席法官贝尔福德对曾经攻击过他的法律观点的庭吏威斯特科说:“我对你的挑战深表感谢,真的,不是为了我们这些坐在法官席上的人,而是为这些旁听的年轻人,无论谁对谁错,我都感激你。答辩完毕。”

在法庭上常会听到一个法官以犀利的言辞逼对方作出回答。首席法官贝尔福德曾讲过他同艾伯玛伯爵夫人在法庭上较量的情景。看起来这位夫人很有主见,她是接到国王法庭发出的令状后出庭的。她提出反对说,此令状没有提出指控的具体罪名。有两位法官认为令状是有效的,但首席法官汉姆却认为令状无效,他对其中的一位法官说:“你当然会做出这样的判断,就像你在大法官法庭上曾做出的那个判断一样,结果从犯被绞死,而主犯却逍遥法外,被无罪释放。”他又对另一位法官说:“你曾判一个人绞刑,后来又判这个人的遗产由其继承人继承,以修补你的判决不公之过,因为你的判决违反了土地法。”爱德华三世统治时期,威洛比正在法官席上就一项法规做出说明,此时与他同坐在法官席上的兄弟史尔苏说:“现在那已不能称作法律了。”威洛比轻蔑地反驳道:“一个比你更有学问的人才有权对此做出评判。”

辩护律师有时会受到沉重打击。比如,有一次,两位精通

法律的庭吏因为一笔账而辩论不休,法官打断他们说:“你们别再吵啦,你们干脆解除同委托人的关系吧。”还有一次,豪威德对一位精通法律的律师说:“如果你想引证一个判例,为什么不挑一个与本案相关的呢?”见习律师格林曾在法庭上受到过首席法官斯多纳的这样打击:“格林想使自己成为一个通晓一切的人,但他实际上只是一个乳臭未干的孩子而已。”

假如我们再上溯 100 年,到爱德华一世的玄孙理查德二世当政的年代看一看,我们看到的仍是一成不变的体制,有着同样的报告和同一种律师,只是律师的质量已明显退化了。读罢那些报告,那些律师给我们的印象是:思想守旧、僵化、教条,似乎根本不懂或不熟悉他们所执掌的法律体系的运作方式。

令人感到奇怪的是,正是在这个时期,庭吏在历史上第一位伟大诗人的笔下被描写得活灵活现,显然这位诗人同这些律师私交甚笃。在著名的《坎特伯雷故事集》中,乔叟生动地刻画了他那个时代的律师的典型形象。如果能把他使用的那种过时的英语方言的意思用现代语言来如实地加以阐述就更好了。你可以看到他所处的那个时代僵硬刻板、好像睿智的傲慢自负的成功律师的形象,在 500 多年之后,这样的人仍未绝迹。在《埃特伯雷故事集》中所收录的形形色色的人中,有一位南沃克的塔博德学院的庭吏,这是一个极谨慎并且城府颇深的人,他在圣·保罗教堂前庭的柱廊里工作了许多年。在那个时代,律师不用付房租,在圣·保罗教堂柱廊上面的房间是他的办公室,这是大教堂的门廊中的公用空间,每个庭吏都可以在廊柱间分得一个地方。他在这儿见委托人,并把记录写在放在膝上的羊皮纸卷上。乔叟笔下的这个庭吏是一个大土地购买者,

“他的大名无人不晓”，然而，这个人看上去比实际上要忙，他总是随身携带着记满了自征服者威廉国王时期以来的案例和判决的羊皮书，当时所有法案他都能倒背如流，随时可以生搬硬套这些法案。乔叟还对庭吏的穿着做了细致的描写，他们穿着杂色长袍，系着丝绸腰带。读到这里，我们的脑海中就会浮现出一些面目严肃、散发着迂腐的学究气的人，他们总是假装自己忙得不可开交。这种人无论什么时代都有不少。

不过，在这样的体制下，还是涌现了一批出色的律师和伟大人物，像巴尔宁、福特斯鸠、利特尔顿及丹比，无论在哪个时代都可称得上是伟人。我们需要从各个方面对他们的辩论风格做进一步的详细阐述，因为他们所熟悉的那种诉讼程序已经不再被使用了，尽管实体法并没有发生多大变化。

让我们再上溯 100 年，也就到了 1485 年，在经历了兰开斯特家族同约克家族间的玫瑰战争，都铎王朝的第一任皇帝亨利七世在位时期，在小王子在伦敦桥被他的驼背叔叔理查德二世暗害之后，拥有兰开斯特家族红玫瑰头衔的亨利七世娶了害王子的大姐。她是约克家族的白玫瑰，亨利便因此而获得了王位。关于这一阶段英国的法律体制和辩护律师在法学院接受的教育的情况，在首席法官福特斯鸠的拉丁文著作《英国法颂》中有详实的记述，这本书称得上是法学遗产中的无价之宝。

法律学院的历史悠久，已找不到关于它最早成立年代的记载。但有一点可以肯定，在法律学院出现之前就存在着与之类似的团体。在爱德华二世统治时期，或稍晚些时候，有一群学生在神殿中集体居住，这是骑士勋章充公得来的财产，这里分成中殿和内殿。另外一群学生聚集在林肯学院。再晚些时候，

又有一群学生得到了格雷·威尔顿勋爵的府邸,这就是后来的格雷律师学院。除了这些大法学院之外,还有10个较小的大法官学院,它们同大法官法庭并无什么联系,只是一些预备学校,学生们在这儿学习的关于诉讼的早期令状都是从大法官那儿发布的。

这个地方成为后来的神殿法庭,这些学生聚集在老城边上,在邻近着城墙的城外宿营,据福特斯鸠解释在大学里无法教授英国法,学习法律的地方不但要比大学宽敞、舒适,而且还不能离威斯敏斯特的国王法院太远,因为法院中每天都在进行诉讼,都有对法律的辩论,都有精通法律的资深法官运用纯熟的技巧作出判决。这个地方非常安静,远离闹市,没有过往人群打扰,而且学生们还能天天出庭旁听。今天的斯兰德街道在那时只是一条乡村小巷,学生经常穿过这条小巷,去法庭所在的威斯敏斯特大厅,大法官坐在大厅前面的大理石椅子上。这座古老的诺曼大厦的建造者是征服者威廉的儿子威廉·卢福斯。

这四所较大的法学院完全是靠自愿捐助维持的民办学院。其中律师协会的主管委员都由那些老资格的有名望的出庭律师来担任,只有他们仍然拥有在法庭上传唤的特权,倘若他们拒绝传审,也可以向法官提出上诉。学生们在这四所法学院中学习《年鉴》中的案例和各种法学专法案、在法庭开庭时旁听。他们很快就开始阅读利特尔顿的《租佃论集》,接着就学习库克对利特尔顿的挑剔的评论。法学院中经常模拟案件辩论会的形式,由两位出庭律师扮演法官并进行指点。学院中有法定资格的律师除了布置阅读篇目之外,还经常举办讲座。能被选作

法学讲师是一件极为荣耀的事情,为法学院的讲师举办的盛宴费用也很大。在学满7年(后来减为5年)之后,学生就有被法庭聘任的资格了,在成为庭吏之前,出庭律师被称作见习律师,这个称呼有时也用于学员。现在已无法得知当时是不是必须通过考试才准予毕业,不过从委任庭吏的仪式中(要求庭吏依据法律条文进行答辩),可以看得出来,那种考试只不过是形式而已。

福特斯鸠对供养一个上法学院的学生所支付的高昂费用的原因做了解释,并且毫不掩饰地补充道,贫民和生意人一般无力或不愿将如此巨大开支花费在教育上,这样造成的结果就是,几乎所有的专业律师都出身于绅士家庭。福特斯鸠自己就是当年在哈斯丁作战的征服者的后代,他自己的后代也继承了伯爵爵位。

这时,大法官法庭中已拥有了一批新的律师。受聘于大法官法庭的律师叫出庭律师,而诉状律师是指那些承办案件起诉、辩护及其它事务的律师。关于普通法及罗马法的知识在这个法庭中是必不可缺少的。完全由牛津大学或剑桥大学的毕业生组成了诉状律师的队伍,一般而言,他们思想要比普通律师开放和自由。随着大法官法庭同普通法庭的逐步合并,他们在所受了大学的文科教育之后都可以成为法学院的学生。由于他们接受的良好教育和严格的训练,大法官法庭的律师可以说全都是出类拔萃的。

那些普通法律师只会以那种狭隘、刻板的方式提出有没有诉讼所需的令状之类的问题。假如找不到令状,又没有先例可循的话,那就不存在着什么诉讼。而大法官法庭的律师则依据

理性和正义、信用和公正行事。然而,随着两个法庭之间的交流,普通律师在大法官法庭的潜移默化的影响下,他们的思路也慢慢开阔了。

再上溯 100 年,就到公元 1588 年伊丽莎白在位的时期。到了这时已经在公开审理时将证据提交给陪审团了。可以对四种契约的侵权行为提出诉讼,其中有两种是收回不动产诉讼,一种成为后来要求收回被非法侵占的私人领地的诉讼。一些古老的诉讼权虽然得以保留,但很少被用到。此时已停止编辑《年鉴》,克里维、戴尔、保罗、德里森、安德逊、卜劳顿、摩尔和另外一些人开始编写判例汇编。这时已是书面诉讼的年代,对法律要点的抗辩这一形式被发明出来。在诉讼判决中,用拉丁语记录在案之前的那种对提出的事实进行自由灵活、无拘无束的辩论的情形已消失了。辩护律师现在用英语陈述案情进行辩论,即便在法庭上作正式发言也使用英语。英语已越来越完善,它的丰富性和灵活性使它被一直保留到今天。不过,当时的部分案情分析依然用诺曼法语。法庭的记录仍用拉丁文,不过也混杂了许多英语。

在摩尔于公元 1580 年编著的《盎格鲁—诺曼判例汇编》中,有首席大法官布罗姆累的一段发言,这段发言是这一时期律师思想的代表。普通法院的首席法官戴尔刚去世,庭吏安徒生就接到皇后的任命,要他补上任普通法院大法官的空缺,主持法官席的大法官对安徒生说,正是看上他的知识水平、审慎的个性和正直的品格,皇后才任命他为首席法官。大法官说:

对此我感到非常欣慰,因为从你还是学生时起,直到后来成为法庭顾问和庭吏,我对你的出色表现都十分了



解。虽然对你的能力我非常满意,但在这里我还是要提醒你注意,作为一个大法官应具备的四种品质:首先,你必须熟练掌握并运用法律的知识,就像《赞美诗》中圣灵所说的:“多学一些知识吧,你们这些人类的裁判者。”你必须坚持不懈地学习,努力巩固已得到的知识,积极求取新的知识。第二,在判决时你一定要仔细斟酌。在对待抗辩时,法官必须遵守四条,那就是:不要因为想避免对你个人的伤害而给别人带来不便,不要为欺诈行为提供方便,不要因过分注重形式而忽略了实质,要注重其动机而不要被表面现象所迷惑。在做出裁决的审理中,只要发现了疑点,法官都应劝陪审员做出特殊裁定,在每个案件中都必须要要求陪审团认真细致地研究证据而不进行误导。还要认真倾听双方当事人的证词。第三,要做到公正无偏,不要因为怜悯而偏向穷人,也不要因为畏惧或巴结而偏向富人。第四,要勤勉,以节省开支和避免由于一方当事人的死亡或财产的减少而使案子延迟审理。一般而言,追求权利的人往往宁愿得到迅速败诉的判决,也不愿意拖延时间以等候有利于自己的判决。我希望你将这些话牢记在心里,因为这有利于促进平等和公正,而这正是法律的生命之所在,你应该向万能的上帝祈祷,请求他给你履行法官职能指导,因为一切德行和道义都来自上帝的恩惠。

这是一位大法官对一位曾做过普通律师的人的忠告。不知今天我们还能不能得到比这更好的建议。但是,自从公元1488年以来,辩护律师的风格完全改变了。原来的平实、简洁的语言,被详尽、面面俱到的冗长辩论取代了,其中援引了无数

案例。在旧的判例汇编中保存着很多案例,从其中可以看出,这些律师都是现代的莎士比亚,他们的语言丰富生动,带有浓厚的文艺复兴时期的色彩。

不过,不受证人证词的约束而独自提出证据,并向陪审团作出正式的发言这一辩护律师的新职责带来的变化是最大的。公元1603年,爱德华·库克审理沃尔特·罗利一案时所使用的方法是律师进行辩护的最典型的方法。库克是他所处时代的最精通法律的律师,但他生性冷酷无情、卑鄙狠毒。此时,他急于得到晋升以捞取一些肥缺。因此,他在审理这个案件时表现得十分的恶劣,以至于过了150年之后,洛德·曼斯菲尔德还这样评价道:

我决不会说出像库克在利尔特·罗沃案中所讲的那些话以攫取土地和名誉。但是,同伊丽莎白统治时期那些不肯为受政府迫害的被告辩护的律师比起来,库克的这种行为并不显得更卑鄙。捕风捉影的证据、匿名信、没有证人的控告、造谣中伤和诽谤等等,这一切都被肆无忌惮地在审理案件时使用,使案件的审理好像是美国参议院委员会的调查,表现出的却是对权利肆无忌惮地滥用。罗利为保全性命而进行的顽强斗争更显出库克的卑劣行为的触目惊心。

罗利被指控在伊丽莎白统治结束时犯有叛国罪。控方认为他试图使苏格兰的詹姆斯王的王位被阿拉贝拉·斯图亚特所取代,并试图引入天主教信仰。最后一项指控是荒唐无稽的,根本就是对作为新教徒的罗利的偏见,说他是新教徒中的新教徒,而第一项指控也许根本就不是叛国罪。

这一审判并没有提出任何不利于罗利的证据,这是十分奇怪的一点。由国王法庭中的法官与罗利的几个对头对他进行审判。库克先拟定一个陪审团成员的名单,接着就进行了一番激烈攻击,最后,他质问罗利是否对国王的孩子们怀有恶意。

罗利:谁跟你说的?你所说的这一切我可从不曾听说过。

库克:噢,是吗?你会被我证明是古往今来的所有出现在法庭上的最罪恶昭彰的叛徒。国王要是被你换下之后,宗教就会被改变。

罗利:仅凭你的话并不能给我定罪,我是清白无辜的,这就是我的辩护。

库克:不,我会证明对你的指控,证明你是一个魔鬼。你虽然长着一张英国的面孔,却有西班牙的心。

罗利:让我为自己辩护吧。

库克:你不能。

罗利:这关系到我的生死。

库克:哟,我侵犯你了吗?

库克的行径可谓鄙劣,他试图阻止罗利讲话,然后用一句:“哟,我侵犯你了吗?”,便转向了陪审团。接下来,库克指控罗利曾经同阿拉贝拉·斯图亚特女士有过密谋,但没有提出任何证据。

罗利:我什么时候同这位女士交谈过?

库克不予回答,而是无所顾忌地搬出来一大堆传闻指控。

罗利:我一定会洗脱这一罪名,即使难克一死,也要做一个真诚的人。

库克:你是有史以来最名副其实的大叛徒。

罗利：你并不能证明这一点。

库克继续慷慨激昂地提出指控，最后，他总结说：“陪审团的各位先生，你们应尊重他的诉讼权利，如果他有罪，我知道你们是会作出裁决的，为了维护国王的利益，为了维护基督教福音书的绝对统治地位，也为了我们大家。”

库克一边大谈福音书的统治地位如何受到威胁，哭哭啼啼地装出虔诚模样，一边想尽一切办法置罗利于死地。对于库克而言，福音书中关于仁慈和善良理想的传播简直丝毫不起作用，此刻的他就是一只急于吞噬人的老虎。

罗利拒绝被牵扯进关系“福音书的统治地位”的问题，无论这指的是什么，他紧抓住缺少证据这点回答说：“直到现在，你也没有提出证明我有罪的证据，我没有任何叛国行为。如果说科罗姆勋爵是叛徒，这跟我又有什么关系？”

库克：他所做的一切都是你唆使的，你是一条毒蛇，是一个卑鄙的叛徒。

罗利：这样说话的肯定不是有德行、有水平的人。不过，对此我还是感到欣慰，因为你所能做的只有这些。

首席法官波普汉姆明知库克的所做所为很不成体统，按说，在既没有辩护律师又没有证人的情况下，法庭有责任保护被告。但他却表现出一副奴颜媚骨的懦夫嘴脸，不但没有反驳或制止库克，反而怯懦地说：“沃尔特·罗利先生，律师（库克）为效忠国王的职责而说话，你为保全你的生命说话，你们都十分英勇。”

在库克的陈述之后，陪审团没有得到任何警告，说他这是没有证据的指控，就这样开始了审判。事后，对科罗姆勋爵进

行了私下调查,证明法庭上宣读的调查报告根本没有他的签字,在整个审案过程中,他们从未提出任何证据,却罗列了一大堆针对罗利的含糊其辞的说法,对此,罗利说:

让我看看这个控告。这就是你们起诉我的所有证据,可怜的诡计!陪审团的先生,我想你们能明白这一点。你们所必须做的就是,要么谴责我,要么给我生命,要么还我自由,要么让我的妻儿沿街乞讨。你们可以证明我不是一个罪大恶极的叛徒,也可以证明我是一个忠于国王的臣民。

罗利告诉了我们有关编造证词的过程,波普汉姆承认科罗姆勋爵拒绝签字,他试图说服他,但科罗姆终于没有签。于是库克又作了一通攻击性演说,似乎把能想到的统统说完了。罗利又提出一点,反对他的证人必须有两个才行,对于严重的叛国罪,法律正是这样要求的。但库克否认法律中有这样的规定,波普汉姆和助理法官们也都随声附和,但库克对这一点比谁都清楚,于是他立即着手寻找确凿的证据。

对于罗利要与科罗姆勋爵对质的请求,被法庭否决,理由只有一条,假如科罗姆出庭,可能不利于对他的指控。罗利当然有权要求法庭传唤找得到的证人出庭。要求与证人对质的权利是宪法中规定的合法权利,只有那些无视宪法的法庭才会无视这项权利。在罗利一案的审理过程中,证人拒绝签字的证词竟然也被所谓的英国法允许作为证据使用,并且原告律师也被许可不传唤证人。但是库克知道必须有两份证明才算合法,于是宣读了另一份不值一提的证词:一个证人发誓他曾听到有人说:“国王永远别想登上王位,因为在那一天到来时罗利先生

和科罗姆勋爵会切断他的喉咙。”

罗利：你从这种道听途说中得出了什么样的结论？

库克：这说明你的叛国行为无人不晓！

于是，罗利强调科罗姆后来否认了强加于他的指控，说：“如果事实没有变化的话，那他为什么要对说过的誓言予以推翻呢？你没有任何能够证明我有罪的直接证据。”

库克：你说够了没有？国王拥有最后的发言权。

罗利：你错了，律师先生，为自己的生死而讲话的人才应拥有最后的发言权，对虚假错误的重复并不能缄默不语，推翻我的诉讼理由。我向上帝和国王提出上诉，我想知道科罗姆的罪名是否可作为指控我的充足理由。

库克：国王的安全同你所辩解的不吻合。在上帝面前我要提出抗议，我从未见过有谁犯了叛国罪后比你还嚣张的。

就连洛德·索西听到这儿都坐不住了，他是作为罗利的对头而被指派为审理委员会委员的。索西竟愿屈尊去坐那个位置也是那个时代的一大特色。他忍耐不住插言说：“律师先生，请不要这么急躁。应该给他说话的机会。”

库克：我若是耐心倾听的话，这个叛徒的气焰就会被你助长，我的正气就会被压下。我是效忠国王的臣仆，我必须讲话。

说完这几句话，库克恼羞成怒地坐下，不再发言，直到审理委员会的委员们和法官们因怕得罪国王而恳求他发言。于是他又讲了一通不着边际无中生有的话，沃尔特·罗利打断他的话说：“你这是想冤枉我。”

库克：再没有比你更卑鄙无耻、毫无良心的叛徒。

罗利：你讲话轻率、鲁莽，与你的身分极不相称。

库克：为了揭露你的恶毒罪行，我不得不使用这样的言辞。

罗利：我想你所掌握的词汇不够用，因为你已经把一件事翻来复去地说了几百遍。

这是对库克的沉重打击，同罗利舌战他根本不是对手。

库克：你这个可恶的家伙，你将会因你的傲慢而被全英国人唾骂。

罗利：律师先生，我们的这场较量，就快有结果了。

库克：好吧，我会向世人证明，在这个世界上再没有比你更可耻、更恶毒的人了。

然后，库克从口袋中掏出一封科罗姆勋爵写的信，向陪审团宣读。接着罗利也从他口袋里掏出另一封科罗姆写的信，在信中，科罗姆申明，罗利跟他没有任何联系，更不知道他犯有什么叛国罪。

罗利：我真不知道这个人到底有几个灵魂。他的一个灵魂在这封信中下了地狱，另一个却在另一封信中下了地狱。

对库克如此露骨的威逼，罗利的一味忍让，连罗利的敌人都会被感动了，在向国王汇报审判情况的两个人中，一个人说罗利的演说是空前绝后的；另一个人说，在审判刚开始的时候，由于传言的误导而痛恨罗利，甚至还想，如果能看他送上绞架，不惜走 100 里路，但是现在他宁愿走上 1000 里路去挽救他的生命。

此案的陪审团一定是一伙心硬如铁的乌合之众，他们在 15 分钟后做出了罗利有罪的裁决，于是，波普汉姆宣判罗利死刑，缓期执行。在罗利被囚禁于伦敦塔中的几年间，他表现出极高的文学天赋。他曾写道：

知识和才华

带来了古代的智慧与果敢，

照亮了囚禁罗利的斗室

这也许是他一生中一段最美好的时光。后来他被释放出狱，但最终又被带回法庭，再度被判死刑，在这个经历了14年之久的判决最终生效时，罗利说：“现在，我将上帝视为我的法官，我马上就要去见他了。我从不曾对国王做过任何不忠行为，对于这一点，在那个无需再畏惧人类国王的地方将会得到证实。”

就这样，英国历史上最勇敢、最博学、最有才华的绅士被残暴的律师库克葬送了性命。这样的事情是经常发生的，因为当时法律对证据尚未有相关的严格规定，同时还因为那些在公众情绪的面前不敢坚持正义的缩头乌龟似的法官们。库克终于得偿所愿，当上了普通法上诉法院的首席法官，后来又坐上了国王的法官席中首席法官的宝座。现在他已一改往日的奴颜婢膝，摇身一变成为一个爱国主义者，明白无误地证实了约翰逊在他的字典中对“爱国主义”所下的讽刺性定义：它是流氓无赖所使出的最后的法宝。

现在，让我们从这个令人沮丧的审判和刑事法律的这种令人压抑状态转到人人都关心的诉讼费问题上来，在律师们的眼中这一直是很神圣的。想要说明的是，那时的金钱的购买力是现在的20倍。理查德·金斯梅尔是这个时期的一位伟大律师。在保存下来的一封信中说：“金斯梅尔先生的权威和名望使他身价倍增。如果判决结果对你不利，他一定会为你提供救助方案，不过，要请他必须出得起价钱。”人们对于高价律师往往带



着一种孩子般的信任,这确实非常令人感动。不过当时的诉讼费在今天看来真是低得离谱。我们都知道,一般情况下,伦敦哥尔德史密斯公司的律师聘金为10先令。在威斯敏斯特请律师吃一顿早餐要花掉一先令6便士,庭吏亚克斯被好打官司的普朗姆顿聘用,代他在约克郡、诺丁汉郡和得比郡出席巡回审判法庭,他的价格是5英镑,庭吏出席巡回审判,诉讼费是40个苏格兰银币。

如果想对此有一个全面的理解,让我们来看一看律师的娱乐生活和宴饮。法学院在社交活动方面总是很突出的。耗资颇巨的宴饮、狂欢、有皇室成员参加的化妆舞会和戏剧演出、晋升为庭吏的大型庆祝活动、法学讲师举办的宴会,等等,所有这些在当代的编年史中都有详实的记载。我们可以从这些史料中看到诸如香料面包、糖果蜜饯和另外一些花哨的东西,以及希波克拉斯酒。其中一次宴席的供货单中有:24只犊牛、100头肥羊、51头小牛、91头猪以及无数阉鸡、松鸡、乳鸽和天鹅,还有48只百灵鸟,我们似乎可以看到律师们狼吞虎咽的场景。你也许会以为,这些整天诵读《圣经》的人只能从《但以理先知书》中领会素食者的优越呢。

正是在这个时期,库克试图剥夺大法官法庭修正普通法庭的不公正判决的权利。库克是一个思想极端偏狭的人,在他看来,正义根本不算什么,当时的大法官是洛德·艾利斯梅尔,他经常很不恰当地引用《圣经》中的典故来粉饰他做出的判决。库克试图无视大法官法庭的禁制令。这件事情被提交到詹姆斯一世国王那里,由国王做出决定。虽然詹姆斯一世也不是什么圣者,但他接受了培根的建议,支持大法官法庭保有这种权

利。大法官法庭极有势力,在这次辩论中发挥了很大作用,在最后终于大获全胜。于是,库克带着伪善的面具打出清教主义的旗帜来煽动清教徒起来反对大法官法庭。在这里,我们也许应该对培根说上一两句,在他接任了洛德·艾利斯梅尔的大法官职位以后,并没有什么值得称道的作为。

克伦威尔从来就不怎么重视律师。法学院一度被关闭,到了公元1660年的复辟时期,法庭的历史翻开了新的一页。起初,在杰弗里当道时,虽然同库克比起来,没有什么改进,但是情形还是在慢慢地好转。在整个18世纪中,律师们都在不断地解放思想。在这个世纪有一位伟大的法官——约翰·霍特先生。他在一段很长的时间里,一直执掌着普通法院。新兴的银行业和银行票据管理需要制定相应的法规。霍特在一定程度上算得上精通罗马法。他曾公开表达自己的看法,认为英国法的所有内容其实都来自罗马法,这种说法在当时显得十分大胆。罗马法中有关保释的规定是由霍特引进英国法的。他确立了代理权法的原则,其内容一部分源自英国原有的有关主仆关系的旧法律,但大部分来自罗马法的原则。

律师阶层中的代诉人和辩护律师在教会法庭及海事法庭供职,他们在逐渐地成长起来。相当于出庭律师的辩护律师又叫作民事律师,他们成立了民事律师公会。海事法庭,尤其是作为捕获法庭,其地位正越来越重要。离婚案件及遗嘱的验证和执行要求的法律程序越来越多,相关法庭被称为宗教法规学者和民法学者的法庭。

这时的英国已经成了一个发达的商业国家。因而引入规范商业行为的法律成了当务之急。后来,伟大的英国法官洛

德·曼斯菲尔德当上了国王法庭的首席法官。他是苏格兰人，14岁时独自一人来到英格兰，从此就再没有回过故乡。他的出现使法官席上终于有了一位依据罗马法判案的才华横溢的法官了。一些有关商业文件的法律条文被他引进了普通法。罗马法中的有关准契约方面的规定所涵盖的一切关系，诸如货物、运输、保险、合伙，以及在衡平法的基础上返还钱款等法规，都被洛德·曼斯菲尔德引进来。他甚至曾想修订放宽英国的土地法。

在英国法律中有一条叫做“雪莱规则”的死规定，这是在约克国王时期为了便于土地的转让而创立的，然而在具体执行的时候它的作用却正好相反。在审理一起遗嘱案时，洛德·曼斯菲尔德坚持认为，起决定作用的应该是立遗嘱者清楚表达出来的意图，并应以此取代“雪莱规则”。也就是说，他认为这个规则只是一种确定意图的办法。假如意图已被明白无误地表达出来，这一规则就是大可不必运用了。这立即招致了不动产律师的一致反对。在曼斯菲尔德出庭时，哈格莱德将他自己对这一问题的意见写成书面报告提交给他。当时出现了非常尴尬的场面，曼斯菲尔德一时不知所措。他不像杰出的大法官洛德·威斯特波里那样能泰然自若地应付各种场合，当威斯特波里的出庭律师将意见书交给他时，他看了一眼，发现与他作为大法官发表的意见完全相反，他从容不迫地说道：“我真不明白，一个写出这种意见的人是如何爬到现在这个显赫地位的。”

在洛德·威斯特波里之后，过了12年，曼斯菲尔德坐上了法官席。当时上议院掌握着英格兰最高的上诉司法权。公元1701年，英格兰同苏格兰结盟，英国上议院成了苏格兰人上诉

的终审法院。公元1769年道格拉斯案上诉开庭审理,这一案件以其浪漫的情节、涉及的物质利益的数额之大,尤其是其律师的出众才华而轰动一时。通过这个案例,我们可以较清楚地了解到在美国爆发独立战争之前,英国的律师和审判的情况。那时,我们这个殖民地中的律师还是英国律师学院中的学生。

在形式上,这个案子是一起民事案件的上诉,而实质上却是对一名死去的妇女简·道格拉斯的审判,她出身于一个相当古老的显赫家族,仅凭这一点就足以满足那些爱听最原始古老的浪漫故事的人的好奇心。道格拉斯家族具有最浓郁的苏格兰贵族气,下面有许多分支,其祖上是黑道格拉斯,拥有道格拉斯伯爵的头衔。在民谣和传说故事中,没有比黑道格拉斯的一生更能打动人心的了,他英勇地同罗伯特和布鲁斯作战,最后捧着国王的心脏,埋到了圣地巴勒斯坦。红道格拉斯是安格斯郡的伯爵,后来取代了没落的黑道格拉斯成为道格拉斯府邸的主人,并继承了道格拉斯名下的大片地产。他们是苏格兰最有势力的贵族之一,后来还获得了道格拉斯侯爵与道格拉斯公爵的头衔。安格斯郡的郡主带着100名姓道格拉斯的骑士,每位骑士都带着一大群随从,围攻詹姆斯国王,最后他们全都战死了。

弗劳顿捐躯沙场,  
陪伴他的有苏格兰人的断矛  
还有残破的甲冑

苏格兰的詹姆斯六世和英格兰的詹姆斯一世的祖父是一位安格斯郡伯爵。

到了公元1746年,道格拉斯府邸的主人是阿彻博尔德·道

格拉斯,这位道格拉斯公爵和侯爵、安格斯郡的侯爵和伯爵、苏格兰的显贵变得孤僻、消沉,成了一个遁世者,他一生没有结婚,同他惟一的妹妹简也不和。简是一位漂亮的任性、倔强的女人,最令她哥哥看不惯的是,对那些虽然英俊但却一贫如洗的穷小子们,她常流露出鼓励向她求爱的倾向,而把那些他所认为门当户对的求婚者却冷冷地拒之门外。这位哥哥为妹妹进行过两次决斗。在第二次决斗中,他把一个想娶她妹妹的混蛋表兄杀死了。这一罪过使他彻底地远离了尘世。他强迫妹妹简结婚被拒绝,从此兄妹二人互不干涉,形同路人。她大部分时间住在巴黎,同苏格兰詹姆斯二世的追随者交往。兄妹二人甚至在政见上也针锋相对。公爵支持汉诺威王室继位,而妹妹简却是流亡的斯图亚特的虔诚拥护者。在简48岁的时候,与一位多年的追求者秘密结婚。这个人叫考勒内·斯蒂尔,是一位在1745年詹姆斯叛乱出逃的詹姆斯党徒,他一直穷困潦倒,困苦不堪。他们并没有公开宣布他们结婚的消息,便来到了巴黎。在简49岁的时候,生下了一对双胞胎儿子,有人说,她实际上已经51岁了,故事就是从这儿开始的。这样的年龄分娩不能说不可能,至少也是十分少见的。在此之前,她在给她哥哥的一封信中透露了她结婚一事,他勃然大怒而没有回信,还断绝了她的生活费来源。生了孩子之后,她又写了一封信,告诉哥哥她喜添贵子,并以他的名字将长子命名为阿彻博尔德,但公爵还是无动于衷。

汉密尔顿公爵是排在简的儿子之后的继承者,他是安格斯郡的道格拉斯家族的小儿子乔治·道格拉斯的后代。100多年以前,乔治同女公爵汉密尔顿·安娜成亲,这个家族的成员叫

道格拉斯·汉密尔顿,他们继承了大量的汉密尔顿家族的世袭财产。他们似乎已经对道格拉斯公爵吹口风说,简与她的流亡丈夫为了获得道格拉斯的财产,故意以一个假孩子来骗取其土地继承人的身分。他听信了他们的谗言,一怒之下决定将他的所有地产都留给年轻的汉密尔顿公爵。从法国归来的简得知这个消息,一时变得分文皆无。她的丈夫此时又被关进伦敦负债者监狱,简历尽辛苦来到苏格兰,希望见哥哥一面,却在道格拉斯城堡的门前被人赶走。过了不久,双胞胎中的次子就死掉了,在极度悲痛和焦虑中,简也贫病交加而死。后来她的穷丈夫被正了名,他的一位大哥死后,他成为约翰·斯蒂尔先生,并留给他的儿子5万苏格兰银币。这似乎是一个很大的数目,不过在这里有必要说明的是,一枚苏格兰银币的价值仅为13先令4便士。不久约翰也死了,简和她的丈夫都在临死前郑重宣布,阿彻博尔德是他们的儿子。要驳倒这样的证词,按说是需要相当有力的证据的。

后来,道格拉斯公爵同玛格丽特·道格拉斯小姐,他的一位远房亲戚结了婚。这位美丽的女人开始为这个孩子的继承权打官司,虽屡遭驳回,但最终还是说服他的丈夫听取公众舆论,并说服他取消了汉密尔顿的继承人资格。在他去世之前,这个孩子得到了他的承认并成为他的继承人。10天之后,公爵去世,简的儿子阿彻博尔德,这个有着悲惨的身世而引起了大家广泛同情的苦命人,继承了他的爵位。但是汉密尔顿的监护人并未死心,他们把这嘲讽为奇迹。他们派代理人跑到法国,花巨资收集来大量的所谓证据,证明阿彻博尔德是巴黎一位吹玻璃的工匠的孩子,被简买来冒充她的亲生儿子。道格拉斯公

爵夫人,那位公爵遗孀自己担当了阿彻博尔德的监护人。她是个富有的女人,于是她也跑到巴黎,花费了更多的金钱,打算戳穿汉密尔顿的阴谋。

这时,汉密尔顿家族已开始在苏格兰法庭提出诉讼,公元1767年,此案开始在苏格兰最高民事法庭审理,到庭的法官有15位,实行罗马法的诉讼程序。最初,法庭通八比七的比例,判汉密尔顿胜诉,这引起了民众的强烈不满,人们打碎了法庭的玻璃,甚至召来了国民军,这场诉讼似乎成了苏格兰的道格拉斯家族同汉密尔顿家族间的一场内战。

于是案子被提交到英国上议院,年轻的继承者得到了所有道格拉斯家族的亲戚们的支持。第一个掌权者是昆斯伯里公爵和法庭中的头面人物都福尔,他是道格拉斯家族私生子中最大的一个,还有摩尔顿伯爵,也是道格拉斯家族中一个深具影响力的人物,以及布克勒公爵,年轻时曾追求简,遭到了拒绝。在整个道格拉斯阵营中当数昆斯伯里公爵夫人最有势力,这位专横傲慢的上流社会统治者,原名凯瑟琳·海蒂,是一位出名的美人,也是首席大法官克劳伦顿的重孙女,是英国两位斯图亚特皇后——玛丽皇后和安娜皇后的表姊妹。她聪明伶俐,年轻时热爱文学,广交各界名流,与康格里夫、蒲柏、普赖尔和盖伊有很好的私交。到了1767年,她已是一位风韵犹存的老妇,在年轻的国王乔治三世的法庭中有很大的影响。

汉密尔顿和道格拉斯的人都开始游说议会上院,说服议员投有利于自己一方的票,因为在那个时代对法律问题和其他问题都由所有贵族在上院中进行投票表决。昆斯伯里女公爵精于此道。事态很快就处于她的控制之下,汉密尔顿家族的人也

在她的影响下改变了看法。同时,上诉状很快速交到议会上院,道格拉斯家族的公爵夫人委派苏格兰律师代理人来到伦敦查看地形,挑选律师。在他们到来后的一个夜晚,来到一个有名的南都咖啡馆里闲坐,喝着闷酒,显出一副特有的苏格兰式的沉默和拘谨。

在旁边的一张桌子旁,坐着几个律师模样的人,他们正讨论着那桩著名的免于继承权的案子,其中一位维护苏格兰最高民事法庭对道格拉斯案的判决。另一位30岁上下,眉毛浓密,神情高傲的大个子,正以低沉的声音反驳他。这位就是爱德华·梭罗,后来成为大法官和议会上院的暴虐的统治者,当时他还是一个无人聘用的初涉律师行业的出庭律师,经常跑到南都,喝上几杯这儿的潘趣酒。在一番慷慨激昂的辩论之后,他将潘趣酒一饮而尽,就摇摇晃晃地回家去了。不过,苏格兰的代理律师深深为之折服,第二天早上,一大堆文本连同一笔数额巨大的聘金,还有一群仆人被送到他家,就这样,梭罗被聘为道格拉斯一案在议会上院进行上诉的律师。他很快被带去而见昆斯伯里公爵夫人,一睹她风韵犹存的光彩。他的才华和风度深深地迷住了她,伯爵夫人称他们之间的谈话是自洛德·勃林布鲁克以来最有魅力的谈话。在晋见国王乔治三世时,她以骄傲的口吻说,她决不能让她律师穿着初级律师的破衣烂衫出庭。就这样,本需历经多年法庭实践才能穿上国王法官的丝质长袍,在这位年轻的国王的要求下被赐给了这位无比幸运的出庭律师,从此梭罗开始青云直上。

议会上院终于开始审理这个案子了,出庭旁听的人很多,大厅中挤满了人。上院早已被买通了,大法官洛德·嘉姆顿和



首席执法官洛德·曼斯菲尔德担任裁判。议会上院中的大多数人虽然心里很想为原告道格拉斯投上一票,可是又不敢忽视这两位执法长官的意见。倘若两位法官的意见不一致,大多数人会倾向于洛德·曼斯菲尔德。梭罗为原告道格拉斯出庭,他已为此案准备了强有力的书面陈述,此外,还有著名的苏格兰辩护律师詹姆斯·蒙特格摩和弗莱彻·诺尔顿。为对方出庭的人当中有首席检察官查尔斯·约克、大法官洛德·哈德维克的二儿子,还有亚历山大·威德波恩——被称为“尖刻的苏格兰人”,这一方实际的领袖是坐在审判席首位的唐宁,他在洛德·嘉姆顿面前的一席辩论驳倒了对方的主要论据。他表面上愚钝而有些粗鲁,但是在这令人厌恶的外表下面隐藏着的却是一个优秀的天才。他是一个雄辩的演说家,他曾被许多人认作是大名鼎鼎的语言学家朱尼厄斯,他当时是副检察长,前途不可限量。

梭罗开始上诉,他对证据所作的深刻有力的剖析赢得了阵阵热烈的掌声。接着,他向汉密尔顿的代理律师发起了猛烈的攻击,指控他犯有行贿及伪证教唆罪。接下来是苏格兰大律师发言,他对论据及苏格兰法律的意见进行了全面的阐述,然后是威德波恩为汉密尔顿一方讲话,他的发言非常精彩,查尔斯·詹姆斯·福克斯是位胸怀宽广的法官,他说威德波恩的发言是他所听过的讲话中最精彩的。接着由查尔斯·约克发言,道格拉斯家族对此深为不满,因为女公爵起初还以为她已经聘定了他,当她发现他已经被汉密尔顿家族聘用时,女公爵对他说:“先生,既然我们都聘用过你,那么到了来世,你究竟算是哪一边的人呢?”这句话简直就是预言,可怜的查尔斯·约克此后

不久就真的死去了,也许是因羞辱而自杀的。唐宁的发言结束,由弗莱彻·诺尔顿为道格拉斯作总结发言,他曾经当过检察长官,是一极有胆识的律师,以其清晰的论辩而不重事实著称。洛德·曼斯菲尔德对他的评价是,以他讲话的艺术,要想阻止他不误导陪审团简直比登天还难。当时的政治派性文章作者称他是“牛脸皮双薪先生”。这既准确地描写出了他的不知廉耻,又道出了他的职业所带给他的财富之多。

旁听者中许多人对判决结果押了赌注,对两位长官的意见人们都翘首期待。曼斯菲尔德早在事先就指点过洛德·嘉姆顿了,他给出的意见是支持原告道格拉斯的,在他之后是洛德·曼斯菲尔德的发言(他是古老的苏格兰默里家族的年轻后代),虽然他的讲话受到了指责,但非常清晰流畅,而且有的放矢。他没有展开对证据的讨论(这已由洛德·嘉姆斯讲得很全面了),但他以动情的语调讲述了简在从巴黎归来时前去见他的情景。她给他留下了无比善良的印象,还有她哀伤痛苦的凄凉的晚年。他断言说,他无法相信,一个像她这样出身名门、生性高傲有良好修养的女人,会犯下这种令人不耻的欺诈罪行。司法长官的意见得到了整个议会上院的支持,在只有5个人反对的情况下,苏格兰法庭所作出的判决被推翻了,道格拉斯的继承人胜诉,不过道格拉斯公爵和侯爵的头衔被废除了,通过苏格兰法律,汉密尔顿公爵获得了安格斯郡的侯爵及最古老的伯爵爵位。国王立即封道格拉斯继承人为道格拉斯城堡的主人,但是男方的家族断了后,他的后代成为道格拉斯·霍姆斯家族。

然而此案并未就此结束,那位被梭罗指控的苏格兰代理律

师,在案子还在审理时就提出要求与他决斗,梭罗欣然同意结案后应战。于是判决之后的第二天早上,梭罗前往海德公园。在途中他吃了一顿早餐,因为这或许将成为他最后一餐饭了。两位决斗者在相距十步之远的地方开枪射击,都未射中对方。然后他们拔出了剑,作近身格斗,这时决斗的助手介入调停,阻止了决斗。不过后人还是了解了这位格斗者的勇气,苏格兰律师公正地承认:“梭罗先生追了上来,像一头大象那样直扑过来。”

此前,我们已经提到,在斯特拉福德案中重新使用了剥夺公民权法案,这应该是一种司法程序,另有一种叫苦刑法案的,它的残酷程度要稍轻一些。这两个法案的区别只是惩罚的形式不同。这种无需经过法院审理,由议会直接宣判的诉讼形式曾被运用于一位英国国王休弃王后的离婚案中,这使我们得以从另一个侧面了解了公元1820年的英国法。曾有一本有趣的书记录了对凯洛琳王后一案的审理,但对于这次审理最好的记述应该是艾德理的《维克多利亞大法官》,这是最好的描写法官的英文书籍,它的内容比坎贝尔的《大法官生平》所记述的详实得多。

关于放荡的花花公子乔治四世的故事几乎是尽人皆知的,当他还是威尔士王储的时候,就同费茨波特非法结婚,后来有人劝他娶一位德国公主,这样就可以把他所欠的债务还清了。公元1795年,他的表妹凯洛琳被选为皇妃,她是那个后来在普法战争上的耶拿战场上战败的布伦瑞克公爵的女儿,哥哥是“布伦瑞克生就的领袖”,拜伦在他的诗中描写了他在滑铁卢之战迫在眉睫时狂欢痛饮的情景。这位公爵从宴会奔赴战场,还

没有赶到滑铁卢,便在夸脱布拉斯打败。

这位公主极为平凡,或者说长相不怎么招人喜欢,当她被带到伦敦时,威尔士王储见到这位带有布伦瑞克乡野之气的未来新娘时十分惊慌,喝了一杯白兰地才算稳住了神,在更多的白兰地的安慰下,他总算熬过了婚礼。后来,他们生了一个女儿,这时国王开始厌恶他的王后,再也不肯同她住在一起。从那时起,人们察觉到了她的一些不检点行为,并进行了秘密调查。当王储成为摄政王时,她凭着丰厚的经济条件到地中海国家旅行,还带着一大群稀奇古怪的她自己挑选的随从。她的越轨行为甚至在英国也有所传闻,副法官约翰·李奇派了一个调查团前去调查。当疯疯癫癫的老乔治三世国王死去时,王储成了乔治四世,作为他的合法妻子,凯洛琳自然而然地成了英国王后。他们惟一的孩子,可爱的夏洛蒂公主以前总是站在妈妈的一边的,结婚满一年,她就与新生儿一起夭折了。憎恨王室的拜伦曾为这位不列颠群岛的金发美人写了一首挽歌。

不顾法律顾问的反对,凯洛琳王后回到了英国,受到了国民的热烈欢迎,她坚持要坐英国王后的宝座。在大众眼里,她丈夫的行为与她相比简直差多了,因为广大的中下层民众都非常的迷恋她。让人感到奇怪的是,在这个问题上国王的兄弟们分成两派。其中有两个人对议会上院的事情争吵不休,甚至为此大打出手。国王坚持要与王后彻底解除婚姻关系。他反对人们在教堂中向她祈祷。在整个英国,除了议会,任何法庭都无权对她作出判决,议会上院提出运用苦刑法案,判她犯有对婚姻不忠罪,剥夺她的皇后身分,她同国王的婚姻关系也被彻底解除。像英国普通的离婚诉讼一样,这个诉讼也必须通过完

整的审理程序以证据证明。

皇后有她自己的检察长和副检察长。她的检察长布朗汉姆,后来他人成为议会下院的领袖,以后又成了首席大法官。从某种意义上说,他是那个年代办案效率最高的辩护律师。第二个人座的是邓曼,他极有才干,声誉极好。第三个是廷道尔,他后来成为上诉法院的首席法官。最后是威尔德,他后来也做了大法官,是一个很有能力、意志坚定的人。法律改革家威廉姆斯和罗马法学者卢希顿博士为王后草拟了陪审团成员名单。

国王的陪审团有检察长罗伯特·吉福德,此人后来成为上诉法院的首席法官和主事官,只可惜英年早逝,在49岁便死去了。副检察长考比利·林德赫斯特,他是惟一一位在美国出生的英国法官。他公元1772年出生于波士顿,是家中的长子,父亲是画家约翰·辛格顿·考比利,而他母亲就是当年波士顿“倾茶事件”中被倒了茶叶的那位商人的女儿,这个属于保皇党的家庭在独立战争爆发前举家迁居英国。他们的儿子在剑桥大学攻读法律。为了查看母亲当年被充公的财产还能拿回多少,考比利曾回到波士顿。美国对于要求归还没收财产的协约条款从未予以履行。不用说,从波士顿的人那儿考比利没能得到任何东西。不过,考比利广场和一个名为考比利大厦的饭店也许可以算作一种迟到的补偿吧,对这次回访的记忆使他不再打算重回波士顿。作为一个初出茅庐的律师,高超的盘问技巧、陈述错综复杂的案情时清晰的思路使考比利脱颖而出。他曾经4次成为林德赫斯特大法官。他虽然在独立战争之前出生,但在他有生之年听到了葛底斯堡讲话,看到了维克斯堡的陷落。90岁高龄的林德赫斯特成为议会上院中独特的一景,他

的视力虽然已经丧失,但依然有旺盛的精力,记忆力也还不错,“头脑一点也不糊涂”,他在回顾英国同俄国长期以来错综复杂的外交关系时,讲起话来依然滔滔不绝头头是道,他是一个当之无愧的思想巨人。

国王的律师中还有一位是专职律师,他后来成了理财法院的男爵。就是在他的主持下,这个法庭编写的判例汇编才年复一年地制造着冤假错案,人们称他为“三次辩驳男爵”。

对凯洛琳王后案件的审理终于在被人挤满的议会上院开始了。通向议会大厦的道路上设了路障。威斯敏斯特大厅附件驻守了一个近卫团。大街上,王室的骑兵部队在巡逻。在人群的欢呼簇拥下,王后来到了法庭。在多佛尔港上岸时,国王的外国证人曾受到市民的粗暴对待,如今他们都将自己整理得干干净净,换上了新衣服,在另外一个有警卫把守的大楼里等待传唤,因为周围不断有市民寻衅。这些下层平民差不多都对外国人情有很深的敌意,此时正好借机对这些为反对王后而作证的意大利人采取虐待行动。

吉福德做的开场白平淡无奇,实际上没有他披露的事实更精糕,等他发言完毕坐下的时候,王后看来是输定了。即便她实际上没有犯下任何行为不轨之罪,但她的行为如此有失体统,已根本不符合她的王后身分。马奥奇是被传唤的第一个证人,他来自意大利,是王后的马夫,王后一看见他出庭就愤然离开了法院,“帽子上的羽毛颤抖看的”,这一行为使案情更不利于她。证人对他所知道的一切作了向学生陈述,但当他接受布朗汉姆的盘问时,他对所有的回答都是“我不记得了”。蠢到这个地步,他的话也就不会令人信服了。威廉姆斯盘问了王后的

瑞士女佣多蒙特，考瑞奇盘问了原告蒂勃恩称得上是法律史上的经典。国王的证人在一系列有力的盘问后都受到了重创。在审讯将结束时，考比利站起来发言了，他那近乎完美的论辩技巧，镇定自信、温文尔雅的态度，以及他那理顺证词思路的天赋才能终于使局面得以挽回。

休庭几个星期之后，对王后案的审理又在布朗汉姆的主持下开庭了。这次审判是他一生中最大的成就，缺点是口头答辩太多，没有对证词足够的重视。他猛烈地攻击国王的一些证人。布朗汉姆对一个证人进行了这样的描述：“那个老色鬼，他的讲故事的方式，他那副形容枯槁的样子好像来自地狱的恶鬼，他一定会使你们这些勋爵们想起伟大的意大利诗人对地狱中那个透过针眼偷窥狞笑的宽脸裁缝。”布朗汉姆对王后蒙冤的陈述激起了旁听者们的义愤。他对这位被遗弃的妻子的描述更是令人感动。关于她惟一的爱女的死讯，她本应该早得到通知，但英国方面却一直未曾告诉她，她还是从陌生人那儿第一次听说这个噩耗的，而且在此之前她甚至连女儿生病的消息都不曾得到过。布朗汉姆说，将以实证反诉国王行为不端，这令国王和上议院感到震惊。他引经据典结束了他的发言，这更博得了那些爱听华丽雄辩的听众的不绝于耳的赞叹。这同对华伦·哈斯丁的审判中伯克的著名结束语形成了鲜明的对照。

但在被告方盘问证人时，情形又发生了相反的变化。假如没有传讯证人的话，王后的案子可能不会发生什么变化。当一个国内仆人提供了支持王后的证词时，王后随从中的一位英国官员却承认了不利于她的事实，考比利又盘问了另一名军官弗黎恩，他明显想包庇王后，但他在考比利的攻势下彻底崩溃了，

最后在昏迷中被抬出了法庭。某些证人如果被传唤将是很危险的,虽然在为被告所做的开场发言中布朗汉姆错误地提到了这些人的名字。不过幸运的是,布朗汉姆发现原告方的一个证人因违反了某项规定被遣走了。他突然提出要求传讯这个证人。布朗汉姆质问那个把他送走的人:“是谁指使你的?”想借此来打击国王,法庭里有人大叫:“秩序!”无所畏惧的布朗汉姆在此时作了一段著名的发言,并引用了弥尔顿的《失乐园》中的一段:

“这个人是谁?我对这个伪装起来的神秘人,这个飘渺的幽灵,一无所知。”

“假如它也可以被认为是有形的话,为什么它的手足、关节或四肢难以分辨?在颈子这寂好像戴着一顶王冠。”

这虽然伤了乔治四世的自尊心,倒也凭添了几分幽默感。乔治四世在做王储时就被称为欧洲的第一绅士。自我感觉良好,虽然他挺着一付大肚腩。他抱怨说布朗汉姆对他的形象怎么可以视而不见,因为每个人都认为,无论他犯了什么过错,至少他的两条腿还是可以分出来的。

传讯完所有的证人之后,邓曼站起来作了总结性发言。他的讲话非常精彩,就连最后几句收场辞也不例外。他引用了一句关于通奸妇女的名言:“假如没有人指责你,那么我也不会指责你。你最好走开吧,不要再作孽了。”这些话如果被当作对一位被指控行为不端但极力自己清白的妇女的辩护,可算是不可饶恕的缺乏判断力的表现。当场就有一些人编出了一段俏皮的打油诗,并迅速地传播开来:

高贵的女士,我们恳求你,



远离这儿吧,别再作孽,  
假如不易做到,  
至少请您到别的地方。

律师卢希顿博士是专门办理离婚案的,他在邓曼之后发言,对证词进行了论述。检察长吉福德第一个作答,这次他挽回了开场时的失败,攻其一点是他经常使用的招数,他对未能传唤的证人这一点紧抓不放,收到了决定性的效果。考比利最后发言,大肆嘲讽邓曼和布朗。赫拉斯的处女作中有37首颂歌,其中有一首是描写埃及艳后的,以其贴切著称:

野心和财富助长了王后的疯狂,  
带领一帮邪恶的人,  
密谋摧毁朱庇特神庙,搞垮帝国。

这真是妙语佳句,考比利对它的引用可谓一箭双雕,打击了王后和她手下的那群乌合之众。伦敦市政官伍德是她的主要后台,他被人称作“大智者”,他将儿子培养成为大法官黑瑟利,使自己挽回了声誉。

几位法官发生了争执。有一些人不认为王后有罪,认为她应该继续维持同国王的婚姻关系,继续做英国王后。这些人多数是正派体面的绅士,他们不愿判英国王后犯有通奸罪,并且出席议会上院的教皇们也对彻底离婚持否定意见。这些顽固的人同其他那些钻牛角尖的人一样,一味强调婚礼上所说的那些神圣庄严的字眼:“上帝促成了他们的结合,谁也不能将他们拆散。”因此,这份申诉状只得到了9张多数票,牧师们全都弃权。第二年,王后去世了,临终前要求在她的棺材上刻上“凯洛琳,蒙冤的英国王后”几个字。

至少从公元1700年起,主要律师开始扮演重要的政治角色了,他们在大多议会下院中任检察长和副检察长,这样,他们的司法地位就得到了极大的提高。布莱克斯通以他的一本《英国法律评论》在普通上诉法院中赢得了一席之地。他在财政署的上诉法院中写的专家鉴定推翻了曼斯菲尔德的雪莱规则。在国家检举案中,一些知名律师尽显他们的才华。威德伯恩曾为克里弗辩护,艾伦·巴洛曾为华伦·哈斯汀辩护。我们已经在王后一案中看到了布朗汉姆和邓曼的表现,不过厄斯金才是这些辩护律师中最有才华的。在整个法律史中,除了罗曼·西赛罗外,他是法庭上最优秀的辩护律师。西赛罗不但是一位律师,而且是一位文学巨匠。在这里没有必要再提及后世的英国律师了,因为随着律法体制的改革,现在的情形已发生了很大的变化。一般而言,这些改革只是在诉讼程序和执法用法方面,而实体法中实际法规的改变仍然很少。

英国法律体制可以引以为荣的典范代表就是布莱克斯通的《英国法律评论》。本萨姆只不过是先提出异议的,实际改革是由一些领先的法官和律师发起的,但功劳却被归到了本萨姆名下。本萨姆曾想做一名律师,但未能得偿所愿,于是就认定需要对法律进行改革。他大力批判布莱克斯通的书,指责英国法律。他的看法长期没有引起英国公众和律师界的重视。这也许是因为他的方法不对,他没有先对普通法和罗马法的历史做一个全盘深入的了解,从而理清英国法律现状的由来,而是选择了做一个先验理论家的捷径。普通法院和大法官法庭中的诉讼方法当然是需要改变的。大多数有见识的律师都明白,不让证人出庭作证的规矩应革除了。对废除耗资巨大的秩

序混乱的法庭双轨制的呼声是最高的。曼斯菲尔德大法官在普通法方面很有建树,但他的后继者都是思想狭隘的律师,一直想毁掉他奠定的一切。由于大法官法庭中的艾尔顿法官的拖沓的办事作风,使得人们对大法官法庭颇多怨言。而他本人也落下了拒绝一切改良的恶名。他当法官 25 年,在这段时间里他主持的法庭每况愈下,尽管他的意见总是要拖延很久才会提出,但是总的来说还是合理的。

本萨姆去世以后,他对法律改革的贡献被夸大了,而且这种作法竟成了一种风气。他很富有,雇了很多秘书,大量搜集积累了刑法典、证词的阐述和诉讼方法等专题资料。他将很多材料用于他的所谓的司法学研究。他试图为政府制定一部宪法,他自信这部宪法既可以满足埃及的赫迪夫的需要,又可以用于南美新成立的西班牙——印度共和国,甚至可用于那些至今未收敛其野性的墨西哥人。当伯尔正在德克萨斯旁边建立一个王国时,本萨姆也正盼望着成为伯尔的查士丁尼。他不厌其烦地向人们推荐那本乏味的宪法,而人们则希望在宪法中为联盟中新获承认的那些州加进一些新内容。这种推辞的理由正好反映出本萨姆并不是一个合格的宪法制定者。

然而不可否认的是,本萨姆在简化诉讼程序方面的提议,以及他在大法官法庭和普通法庭都可诉讼方面的提议基本上是合理的。他坚持认为将有利害关系的人排除在证人之外是错误的,人们对这一看法也基本接受,虽然在多数诉讼中,认为当事双方作伪证的机会是均等的,这使本萨姆的规则受到了限制。英国法律中还有一条规定:如果一个人已死,无论是关于死者的地产还是他生前所有的商号的争议,反对死者的生者都

不能对当事人和死者都同样熟悉的谈话作证。这条法律代表了人们的它审慎的看法,有利害关系的人在这种情况下作证是不会讲实话的。这一结论显然是十分明智的。但当法律改革家们使被告成为一桩刑事案中的有效证人时,却没有保留这条明智而有益的规定。现在处理凶杀案的一般原则是,被告把可修正他证词的那个人杀死之后,可通过自己的辩白来自由编造同死者进行过的谈话或交易。因此改革者们在法律条文中宣称,当一个人做出不利于死者的证词时,如果他的证词是诚实的,那么他就不是曾欺骗过死者的人,但却一定是曾伤害过他的人,在法律中大概再也找不到比这更愚蠢的结论了。

边沁是功利主义伦理学的代表人物,他的证据学说差不多破除了所有对不适宜作证的证人的限制,但规定同被告有婚姻关系的人不能作为证人,律师也不能做他的委托人的证人。其它所谓的药物治疗、保密关系及忏悔罪过都未被接受。尽管要想分清委托人为律师对其合法权利的建议而告诉他什么,同病人为得到医生对其病痛做出准确的诊断而告诉医生什么,或者一个人为赎罪而告诉忏悔神父什么之间的区别是很不容易的。但是允许证人为被告作证,允许律师在法庭和陪审团面前进行案情答辩,无论如何也算作边沁的功劳。

在规定处罚的刑法中,犯人的待遇得到了提高,处罚的观念也发生了改善性的变化,这些也不应是边沁的功绩,而是其他人的。这种变化是文明发展的结果。改革家关于刑法改革的设想走向了难以实现的极端。没有人为精神失常的人所做出的无法为其行为负责的事辩解。案件只看到精神疾病或大脑缺陷在生理上的表现,因而不会忽视带有非理性的自杀倾向

的癡癩病人,这里指的是其他类型的精神病症。从另一方面来看,人类所做出的许多不正常、不合法的行为没有一种是精神失常所导致的犯罪。

有一些刑事改革家似乎总结出了这样的结论:有一种人类行为正常与合法的标准,只要是背离了这个标准的人,就是患有精神疾病,由于这种疾病所引起身体不适或使大脑本身出现变异的迹象,只能通过其行为才能看出来,而这本身就是违反了正常的、合法的人类行为,至少犯有堕落罪行的人肯定可以被证明是精神病患者而缺乏精神上的责任能力。不过,在民事犯罪中,不可证明犯有侵权或欺诈罪的人有精神病。无论哪一个刑罚学家都不至于愚蠢到相信这个理由的地步,然而一旦错误的行为逐渐演变成犯罪,那么仅凭犯有罪行这个事实就足以证明,行为者缺乏精神责任能力。这种无精神责任能力被犯罪诊断学家起了一个名称,最常用的名称是“精神分裂症”。这个术语的意思好像是说,一个人若想冒犯罪的风险,去获取他想得到或想挪用的东西,那他就患有精神分裂症;因此,假如一个人在大街上抢劫路人的钱,那么就得先检查他是否患有精神分裂症。如果他没有被检查,那么他就是一个正常人,是以正常的心智行事;假如此人在监狱服完刑被释放后又重复犯罪,那么以前对他出的精神错乱的假定就是无可指责的了。

这些刑法改革家们进而将抢劫犯、盗窃犯和杀人犯的行为也归咎于其精神状况,假如他们的这种说法是正确的话,那么社会就似乎无权对这些病患者施以惩罚了。但他们并不承认这种说法,而是说法律无权处死他们,只是应该隔离他们,将他们关进监狱。这实际上仍然是关于废除死刑的古老论题,他们

完全是从宗教角度考虑这个问题的,这种理论的基础是犯人的生命也是神圣不可侵犯的,而以前的所有法律都将牺牲了的无辜生命看得更重要。这里认为犯人是精神病的牺牲品,这种病一般是会遗传的,他很可能会传给后代,他们还断言精神分裂症患者是无法通过隔离治愈的,必须禁止他们繁衍后代,以防止他们通过遗传得来的病症往下遗传。

这种争论惟一的答案可能是社会最好彻底废除死刑。根据他们的理论,没有必要在一个既不能为先辈增光又不能繁衍后代的人身上浪费时间和金钱。这些人钻进了牛角尖,最后就好像是他们自己患了精神分裂症一样,他们的失常之处在于,如果犯罪者是一个神智正常的人,他们就视其为有潜伏精神分裂症的人。正如查尔斯·里德的小说《现钱》里所写的那样,他们就像那个认为每一个人都是疯子的精神病医师,结果他自己才是真正的疯子,因为他钻到自己的学说的牛角尖里,深陷其中难以自拔。对他来说,只有精神病院里的那种墙壁上装有衬垫预防病人自伤的小屋子才是惟一安全的地方。

法律及人类的共识都不理会那些感情脆弱的刑罚学家们那些令人迷惑的不合理的说教。法律上对于精神失常的判定是看此人有没有理解其行为的道德标准的能力。这当然需要证据,并且需要对具体的案件做出具体决定。法律和道义都是以一般人的行为为基准的,主要以人类个人的行为顺从社会的趋向为标准。假如一个犯罪了的人在他犯罪以前或以后的行为中表现出,他清楚自己没有遵从人类的道德标准,那就证明他明白其犯罪行为的性质和本质,因为“性质”和“本质”所指的完全是一回事。

在这里,我们可以举出一个案例,这个案子曾激起全世界对其不公正判决的严厉谴责。两位生活优越的年轻人,绑架了一个他们认识的孩子,这两个年轻人都受过良好的教育,并且也知道他们的行为是犯罪,那个孩子认识他们,他们的惟一目的就是从小孩的父母那儿勒索一笔钱,用于补充他们的父母为他们去欧洲旅行所提供的费用。他们的行为表明,他们从一开始就打算着等拿到钱后就杀死那孩子。他们并没有拿到钱,尽管他们在杀死孩子的前后都曾索要过钱但没有得逞。关于他们在犯罪之前和之后是怎样巧妙地掩盖事实的,都有全面详实的证据。他们的行为冷酷残忍是令人侧目的。他们的心智之健全和预谋策划的周密细致也同样是不可否认的。死刑自然是对他们的惟一合理且可实施的惩罚。

这时有人宣扬,社会在某种意义上应对这些年轻人负责。而社会与这些行为之所以有联系,只是因为普通的社会状况为他们的父母积累财富的提供了可能性,使他们在相对优越的条件下将这些年轻人养大,能够让他们在大学接受高等教育,使他们应有尽有,不具备任何犯罪动机,他们对这个社会产生抱怨是毫无理由的。但是一个愚蠢无知的法官——因为堕落的选举制而坐上法官席的一个人——他自己最了解案情,却认为死刑对这两个年轻人太残酷了,在那些刑罚学家看来,这些早熟的罪犯,当然也患有精神分裂症,应该用公费支付其终身费用。就这样,这个判决的实施使法律蒙受了最大的屈辱。

对于边沁,我们要说的是,在关于罪行的责任能力的学说压倒一切时,他从不曾想过要败坏法律。像所有的改革家一样,他只是过于夸大了法律的价值。他声称有一个公式可以当

作一切法规的检验标准。“最大多数人的最大幸福”是他的名言。人们的幸福是建立在痛苦与狂喜的平衡之上的,以获取某种行为的利益。边沁在《立法原理》一书中有名为《痛苦与狂喜的表现》、《痛苦与狂喜的价值》的章节,从中可以看出他对心理学的极端无知。在边沁看来,痛苦与狂喜是一种纯粹的感觉,而对人类社交思想的心理研究却表明,更高层次的痛苦或狂喜是非常复杂的思想方面的概念,决定“幸福”状态的不是感觉上的痛苦或狂喜,而是个人的意识,是意识到自己作为社会的一分子正以最佳方式支配着自己的行为。边沁的这种检验标准只适用于未开化的原始人,而不适用于生活在复杂的社会环境中下的文明人。

另一方面,社会功利作为检验法律的标准从一开始就被当作是立法和检验的缘由。不独立法,还有一切的法规及一切道德,始终都是以有益于公众利益为本的。不过我们应该知道,最有利于个人利益的也将最有利于公众利益。这种普遍的社会利益是不可预知的。这是经验的结果,边沁所理解的检验标准根本谈不上是什么检验,永远也不会是。他所说的一个人通过杀死另一个人得到喜悦,并且这种将其因犯罪带来的痛苦抵消了,这只是一种低级的、令人恶心的表现。这显然是他的凭空想像出来的,而将它作为凶杀法律的检验标准,对于一个有自省意识的人来说更是难以想像的。杀人就是犯罪,这是无法由痛苦或狂喜决定的。这就是边沁的哲学之所以没有对英国律师产生深刻的影响,他的话也从不曾引起资深律师的兴趣的原因。后来,一位法国人发现了边沁,并用一些有序的东西将他的各种杂乱无章的手稿贯穿起来,出版了几部边沁的著作。



使他成为一名名满欧洲大陆的伟大的法律学家。他的著作从欧洲大陆传回英伦三岛,大大促进了法律的改革。不过英国法的改革的是从业律师,而不是理论家。

在整个19世纪,英国议会一直忙着对它的法规进行细致入微的改进,在这里我们无法逐一讲述。土地法的形式改变了,规定了有关土地文本的登记形式。公元1873年制定的《司法权法案》消除了衡平法院同普通法院之间的区别,并于公元1876年开始实施该法案。根据这个法案,在衡平法与普通法不一致的情况下,应以普通法为准。还制定了新的郡法庭制度,简化和加快了大法官法庭中的诉讼程序,减少了普通法院的诉讼中的一些中间环节。直到今天,这个处于万顷碧波中的岛国无疑是全世界刑法得到最好、最迅速和最坚决的执行的地方,也是民法实行得最彻底、最开明的地方,我们几乎所有的法律概念和大多数的法规都可以在这里找到源头。

今天,当我们审视法律的时候,就会发现在某个侧面来看,其实它根本不是法律,但却影响着几乎所有的法律关系。我们在讲述法律的历史时早已指出,所有的法律一开始都是习俗,而法律的发展过程主要就是把那些纯属社会风俗或道德观念的东西同那些社会行为的规范,那些逐渐会被认定足可用来作为法律实施的东西分离开来的过程。违背了这些东西会被处以刑事处罚或经济处罚。罗马法律学家取得的伟大的成就之一,就是明确了哪些社会习俗中可上升为法律,哪些习俗应作为道德规范或行为规范,并且除了社会评判外没有任何其他的根据。普通市民的生活不会与法律发生联系,他们可以安分守己地过守法的生活,因为在一般情况下,一个市民的行为总是

被公认的合情合理、并合乎规范习俗的观念所约束,不会超越这个界线。

大多数人心中都存在一个行为标准,他们像避免违法一样地遵循这些标准。这些标准中有一些并不具有任何道义上的意义,就像人穿衣戴帽一样,是一种习惯,但是人们对这些标准表现出的循规蹈矩也像对待法律标准一样。但是,还有一些具有道义上的意义的规定,这些规定被宗教信仰搞得复杂化了。道义永远不可能成为一门精确的学科,因为一些人认为对的事情,在另一些人看来可能是错的。不过总的来说,大多数处在某一定时期和特定的社会组织中的人,都有着相同的是非观。有一些是基本的品质,如诚实、正直、慈善、宽容、友爱、有同情心、乐观、慷慨、克己等等,对像尊重他人意见,对与自己的不同看法和方式的宽容和忍让之类的好品质,多数人都会表现出发自天性的尊重和敬佩。

这些品质极大地影响着社会,拥有它们,人际的交往会变得友善真诚,拥有这些品质的人会成为社会上有名望、有地位,受人尊重的人。具有这些品质的人的素质都是非常高的,对于他们来说,守法不仅是愉快的,而且是十分必要的。我们在要求修改增补法律的时候,很少是因为这些品质的欠缺,但它们却间接地成了法律中的一大部分。律师们很清楚,在实行一项法律时,只要证人或诉讼当事人的行为或证词不符合任何一条普通道德规范,那么他们在法庭或陪审团面前就丧失了一部分信誉。律师们总是千方百计地从对方当事人身上挑毛病,如有欺瞒行为啦,言行不一啦,贪婪和损人利己啦,冷酷残忍啦,等等。同时也担心自己会碰上这些事情,虽然对于判断一项争议

的是非曲直来说,这些一般都起不了太大的作用,但却可能决定法官或陪审团会为谁说话。给别人留下好印象一向是所有原始法律所依赖的根据,现在仍然是社交行为中的一个决定性因素。那些认为可以在法律和道义之间划出一条极其明确的分界线的人是根本不懂人性的,他们也许可以坐在学院或图书馆里,在纸上划出这样一条清晰明确的界线,但在现实生活中,这样的界线根本就无法存在,哪怕只是最短暂的一瞬间。认为法律或法规条文就是法律中的全部内容的人就是被这些文字迷惑了。在某些情况下,道德规范被看作法律的一部分。例如,法律要是告诉我们,合同只要有悖离了道德规范就不会得到依法履行,那么很显然,就要由人们所认可的道德标准来决定合法权利了。也许有些人争辩说,道义只关系到个人的内心思想,而法律则关系到一个人与别人的外在联系,这说明他们根本没有真正理解法律对于人类行为的实际意义,资深律师们都知道,对宗教、道义、情感和习惯思想等等属于人性范畴的一般人类经验的继承,是隐藏在法律条文之下的基础,决定援引何种法规的也是这一基础。这些都是人性的本质,无论多么有天赋的人也无法用语言将本质表达出来,或完全用行动作出的预言,但它们却常常为法学理论家和改革家们所忽视。

但是,假如没有这些法规,没有注重法律方法的法庭,没有处处从法律的角度看问题的职业的话,那么这些因素就会产生出既无从判断、又无从表达的法律权利。我们已经在法律的历史中得知,在人类社会发展的某个历史时期,在书面文字出现之前,有一个特定的阶级首先对法律形成了决定性的认识。当时都是通过传统的口耳相传的方式来传达这种非成文法的。

法律的历史还告诉我们,在书面文字出现以前,人们就产生了将法律付诸文字的要求,并希望法律不再为某个阶级把持。当法律形成书面文字之后,以法律为职业的阶层随之出现了。通过这个发展过程我们可以清楚地看到一条人们普遍接受的经验,即对于某一特定问题的专门知识会使人作出比无知更好的结论。一旦法律变得有理性,并且成了可以通过合理的程序得出的结果,那些接受过专门培训,能够依循法律程序,运用其法律知识和能力进行推断的律师阶层就迅速地发展起来,并能够在一定程度上放开普通人内心冲突的道义标准。那些要求普及法律知识,使每个人都可以做自己的律师的人,以及那些要求少懂法、多懂正义的坐在法官席上的人,事实上都是在对抗人类思想的宪法。既然如此,那么你也可以要求每个人做自己的工程师或自己的医生。无论在哪一个年代,要求法律规定严明,不能含糊的呼声一直未断,就像人们要求得到正义一样的执着,与此同时,那些大声疾呼的人们还要求法律援用一些特殊的正义的概念,或给每一个个案以特定的权利,以便灵活掌握法律,对案件作出裁决的法官可能也有这种想法。

2400多年前,有一位希腊圣人讲述了一个案例,这个案例是关于合法性同道义之间的冲突的最好例证。一位罗得岛的粮食进口商有一艘载满粮食的货船刚从埃及抵港。由于岛上粮食紧缺,粮价已无法估计,这位进口商得到了漫天要价的大好机会了。但是他得到的一个消息,却是购买者所不知道的,再过一两天,将有六艘装满粮食的船来这儿,到那时粮价就会恢复正常或下跌。

这位进口商是不是应该销售法将他所知道的消息透露给

购买者呢？对此，有一派希腊哲学家和西赛罗作出了肯定的回答，但斯多葛却认为那个进口商没有透露消息的义务。但是，假如这件事影响到的人很多，在普通人的头脑中就会引起一种想法，那就是法律在容许冷酷无情，纵容贪婪的无耻之徒压榨穷人。

在针对某些关系的规定中，罗马法对购销双方都强加了这种通报信息的义务。在我们的海洋保险法也根据罗马法规定，申请海洋保险方必须对他所知道的有关风险的一切事情进行通报。但是在这个保险法被引进英国普通法之前，英国法已有了买方自担风险的规定。买方要是想获得保护，就必须取得一个对于售出物品的特定担保，或取得一个必然包含的担保，但是要卖方或买方在对影响价格的因素毫不了解的情况下做出担保是完全不可能的，因此所要求的法律标准也是不确定的。

下面这个著名的案例说明在英国普通法律中的这一规定仍未做改动。在公共市场上，一个人将他明知已染上某种传染病的公猪卖出。购买者将公猪赶回家后又传染了他的另外一些猪，他因此而蒙受了很大的损失。在公共市场上进行这样的买卖是违法的，因而这笔交易是不合法的。问题是这笔交易中有没有可提起诉讼的欺骗或欺诈。有人说，按照公平交易的原则，在公共市场上，至少卖方必须间接地表示他没有非法出售，人人都应该依法行事，因为在提出证明非法的证据之前，每个人在法律上都被认为是依法行事的。而英国法院搬出了买者自担购买风险的老规矩，来解决这一引起激烈争论的问题。普通法律当然会保护买方不受卖方的伤害。大多数人认为带病动物的买卖是不应当被法律的允许，至少不应允许在公共市场

上买卖。

如果一个法律体系在实施中对有可能违背多数人的道义标准的判决不加掩饰或避免的话,会导致危险的结果。有两种方式会导致这种结果,世俗法院,如古雅典的迪卡斯特里法院或罗马的汉百法院以及盎格鲁—撒克逊的郡法院都拥有裁决权。假如他们在陈述法律原则时出现错误,那么这种歪曲法律行为会被对许多人的判决遮掩,然而早就没有人使用这种办法了。今天的陪审团的独到之处是,当它违反了法律原则时,不公正裁决的责任不会由法律和法官承担。当判决同一般人的正义观发生抵触时,错判的责任的只有陪审团承担。但是大家都知道,如果人类的道德评判总是在司法争议中起决定作用,那么,就也不会产生普遍的法律原则来表现与同法治对立的强烈的合乎道德的方面了。坚持这种纯粹的道德评判的结果是,除了那些在多数人看来没有资格得到公正对待的人外,所有人都有权在普遍的法律原则下享受平等和公正的待遇。在民主政府中,一旦出现意见相左的局面最终还是要达成妥协,不过这种妥协当然是通过在法庭上鼓动一些受迷惑的群众参与来达成,由他们表示拒绝在某些特殊案例中同意使用普遍的法律原则。人总是难免犯错误的,像所有由人管理的机构制度一样,法律起码要主持表面上的公正,这一点也许比在教条的法律理论上取得公正结果更重要。

通过对英国普通法的历史的回顾,我们发现,许多世纪以来,严格而刻板的法律法规不断地按部就班地制造不公。法律应该规范人类的行为,而人类无法成为按规矩运转的机器,要使法律成为不出一点差错、不产生任何令人痛心后果的严密体

系也是不可能的。绝大多数诉讼都是无须多考虑就能明确判定的案子。人人都有的普遍的公共利益观念,对法律和秩序的尊重,对诚实、信用和公平交易的要求,对财产权的普遍认可,以及对于信守合同的需求等等,这一切都使后来的英国法律越来越健全。查尔斯·里德的《现钱》是所有法学小说中最出色的一部,但这部小说中却有一处败笔:在一个民事案中,将人临终的声明作为证词。故事中的那个美国人弗拉夫带着他的黑奴威斯本来到了英国法庭。他告诉法官,他们在那儿卖一种叫作正义的东西,“这种东西非常昂贵但又极为重要。现在价钱虽然没有以前那么贵了,但这种商品的重要性并没有因此而失去。”

假如一个精通法律的英国律师将盗用有价值的商标之类的不公正交易案同美国联邦和州法院处理的此类诉讼案作一比较的话,他会发现在捍卫公平交易的态度方面英国法官的表现远不如美国法官一致。他还会发现,这类罪犯不是在州法院,而是在美国最高法院被起诉,尽管在思考诚实的道义时那些法官往往表现得很迟钝。

## 第10章 宪法至上

### ——美国的法律

作为从英国的殖民地发展起来的美国，其法律体系也继承于英国，它沿袭了英国的三权分立制度，并使它得到了充分地发展。宪法是美国的最高法，其它一切法律都不得与宪法相抵触，美国法律保护一切公民的利益，任何人不得凌驾于法律之上。现代的美国是世界上法律最繁杂的国家，无论美国生意人，还是在美国做生意的外国人，都要聘请专业律师，随时听取律师的建议。

在独立战争爆发前，美国各殖民地中的法庭都掌握在皇室法官手里。当这些殖民地发展到需要一个更完善的法律体制的时候，就引进了英国法的普通法和衡平法体制，但那些偏远的地方没有享受到这种待遇。当英国人攻占了纽约州的东部城市新阿姆斯特丹时，彻底废除了原先实行的荷兰的法律。殖民地中的皇家法官作为必须仍被保留下来，只让他们主管他们精通的那一种法律。英国法的统治地位在那些伦敦律师学院接受法律教育的律师们的努力下得到了进一步的巩固了，有些人虽然没有这种深造的机遇，但他们通过在律师事务所中的阅读学习也掌握充足的法律知识。毫无疑问，同那些殖民地法庭成员相比，那些曾在律师学院受过教育的、到殖民地来发展的律师要威望更高，影响更大。殖民地的律师们缺乏系统的教育，这在很长时间内影响和决定着美国从业律师队伍的素质。



爱德摩德·伯克是一位极不平常的政治家,他曾在美国作过的一次演说充分地体现了他的哲学思想,在他的演讲中,他对一个很特别的现象做了一些评论,即布莱克斯通的著作《英国法律评论》在美国比在英国本土卖得还好。不过,他没有解释出现这种异常的现象的原因,原因是很明显的。在英国,法律教育的模式是固定的,律师学院早就形成了一套他们特有的学习方法,这使得法律教育的模式非常单一。要想使布莱克斯通所作的新书引起法律界重视是很难的,而且也没有人认为有这个必要,但在没有法律学校的殖民地,《英国法律评论》被奉为学习法律的必读之书,而且是惟一一本可以从中轻松地汲取广泛的法律知识的书。殖民地中越来越多的人从事律师职业,布莱克斯通的理论被大多数学生看作走上法庭所做的基本理论修养。利特尔顿的《租佃论集》、库克对此书所做的草率的评注和马休·黑尔的两篇论文——其中一篇是关于刑法的,另一篇是关于普通法的,都被这本简明扼要、通俗易懂、条理清晰、语言睿智的书取代了他的内容涵盖了整个法律领域。书中的每一句话都被看成法律的福音。从那时起,人们就开始了对布莱克斯通的近乎迷信的崇拜。这种崇拜只会在殖民地思维方式中存在,这种情况一直持续了很多年。在西方,布莱克斯通的声望远远高过肯特,因为他的思想更精纯,而且不像肯特那样在书中使用那么多令人望而却步的拉丁语和法语。

直到美国内战爆发时,这种缺乏律师教育场所的状况使律师业的模式固定下来。要想保留英国的那种将律师分为出庭律师和代理律师的传统,就应该要求律师中不仅要有旧式社会中的贵族阶层,将那些世代相传、历史悠久的传统保留下来,而

且要设立律师教育机构,并为那些在律师学院深造过的人员提供进入法院的便利。如果那些接受了大致相同的法律教育的律师受到不同的社会礼遇,殖民地大概不会接受。但是如果让法律从业者像英国的出庭律师那样,在法庭上独揽发言和诉讼的大权,那些殖民地开拓者们也不可能接受。他们也不能想像人们会承认英国律师业分工背后的、不言而喻的真正原因——即英国公民有挑选代理律师的权利。他们只能处理一般性的法律事务,当需要决定一些更为重要的法律事务,那些委托人就没有这种资格了,交由其代理律师处理的事需要经过挑选,按说同委托人相比,他们应该,也确实更有能力做出恰当的选择。在本章的后半部分中,我们将介绍这种分工在美国产生的影响及其种种后果。在这里,大家应该注意的一点是,在南北战争爆发前,美国能够用于法律教育的场所严重不足,于是在理论上定下这样一条规矩:每一个律师都应该有能力履行律师的全部职责,包括出庭律师的职责、诉状律师的职责,以及被英国称之为代理律师的职责。而且,从此以后这就成了一个固定的规矩。毫无疑问,这是一个根深蒂固的错误见解,看来似乎已完全不可能改变了。现在,法律学校越来越多,已完全可以担起为律师行业输送合格人才这一重任,如果这些学校掌握向法庭输送人才的话,那么对法律行业而言,可真是一大幸事。医生的职业就是通过教学来淘汰那些不合格人才的,为什么律师业就不能采取同样的办法呢?这实在令人不解。

我们要讨论的下一个话题是美国宪法的起源和发展。对政府具有约束力的成文宪法可追溯的带着殖民主义思想萌芽的皇家特许状中。要了解英国同美国殖民地之间的斗争和宪

法思想的形成,就必须先了解特许状中的一些内容。两者间有极为重要的联系。这些特许状规定了殖民地居民的权利,并且使殖民地拥有了某些特权,特许状中有许多慷慨的条款,在规  
定殖民地权利时采用特许状的形式成了一种惯例,特许状成为那时常用的文件形式。在英国人民长期的争取权利的斗争中,各种自由宪章都被披上了御批的外衣,而事实上王室是被逼着让步的。《大宪章》是由约翰王发布的,他的儿子亨利三世进行了修订,他的孙子爱德华一世作了进一步的巩固和确定。查尔斯一世时期的《民权宣言》也是以皇家法令的形式颁布的。在英国人民的心目中英国历史上的这些宪章具有非常神圣的地位。然而,英国人却从不曾想过要在宪法中规定对国王和议会也具有约束力的公民权利。原因之一是英国没有一个高于上下两院、能制定宪法的代表机构,而且连建立这样的代表机构的可能性都没有。由英国议会制定的宪法可以被后继的议会废除。

在议会制最初形成的时候,认为议会可以约束后继者不改变其制定并获得通过的法案想法是不可思议的。霍布斯在他的著作《利维坦》中竟公然说,既然立法机构不能约束其后继者,那么就不存在对政府有约束力的法律。霍布斯犯了一个显而易见的错误,他应该注意到这样两个问题:当政府行使其行政职能时,法律对它有没有约束力;当政府存在时,法律有没有赋予个人反对政府的权利。在英国历史上,从来没有一部宪法能对政府其各个部门产生约束力,并且除了根据宪法本身的规定外,不可以被其它任何人撤销和修订的可能性从不曾存在过。议会可以在任何时期对宪法进行更改修订,甚至彻底

推翻。

的确,在一份古老的年鉴中,斯多纳曾宣称,即便是议会的法案也可以不符合宪法。库克在同皇家律师舌战时,也曾采纳了这个观点。这一类思想存在于当时的每一个律师的头脑中,因此巴特罗斯才说,政府对某些事情是无能为力的。《中世纪法律》曾引用过他的话。社会契约学派会说,最初的社会契约中是不包括这些事情的,人民是不可以放弃某些权利的,即便人人都同意放弃也不行。这种法律至上的观念是以反对一切专制政府的原则为基础的,无论是一人专制还是多人专制。这种观念得到美国最高法院的赞同和接受,甚至被那些不知宪法为何物的地方所理解。

然而,在英国,这种认为有些法案高于政府权力的观点始终无人认同。斯多纳和库克都没有后继者,谁也没有断言,议会制定的法律在这种或别的什么意义上可以不符合宪法。英国人曾经产生过信仰危机,它本来可以趁机使自己挣脱“没有议会就没有一切”的思想束缚。当查理一世被处死、上下两院被解散、一个笃信上帝的清教国家正将要产生时,克伦威尔曾就宪法的制定提出过建议,英国人,“差点完了蛋”——这是他们自己的说法——不过最终什么也没发生。古老的保守天性又得势了,英国又回到了国王和议会的手中,不过国王在上下两院的权力很快被剥夺了,后来,下院也丧失了同上院平起平坐的地位。

在古罗马存在着这样一种理论,认为基本法不是成文法应该是习惯法。在这里,让我们以参议院授予律师的权力为例,在国家处于生死存亡的紧要关头,律师应“全力维护共和国免

受侵害”。参议院颁发的这一政令意在给律师在关键时期独裁的权力。然而,还有一条法律,规定在没有向国民大会提出上诉时,不得判任何一位罗马公民死刑。有人说,独裁权法令中特意保留了这种上诉权,任何一位公开反对政府的人都有权向国民大会提出上诉。

刚刚进入现代,“主权”这一新词就出现在政治思想中。词虽然是新的,概念却仍是旧的。对于政治权力的最初理解,在希腊和罗马是指一切政治权力,是指行政、立法及司法所有这些权力都来自人民,通过国民大会来体现这些权力。罗马的立法权属于参议院和平民联合会。当罗马共和国灭亡,进入罗马帝国时期,奥古斯都是通过参议院和人民的投票而获得权力的。他的继任者仍沿用这种授权方式,规定这种授权的法律被称为皇家法。我们不知道这种授权法是什么时候被废止的,在乌尔比安的著作中就已经出现了皇帝可以制定法律的说法,据说人民给了他这种权力。这种观念在查士丁尼的《学说汇纂》中虽也得到了继承,而事实上他本人就是一个专横的独裁者,他著作中论述了独裁统治是建立在人民的意愿之上的看法。波伦亚学校中的教师们在对他的文章进行评论时说,既然人民赋予了这种权力,那么人民也可以收回这种权力。

但比这糟糕的是,在写给罗马人的使徒书中,圣保罗撇开主题谈到了政治,演绎出“一切权力都来自上帝,除了上帝谁也没有权力。因此,如果有谁反对这个权力,就是反对上帝的天赐”。这样,作为上帝神灵的启示,产生了皇帝或别的统治者的权力来自上帝的观念,上帝的智慧是高于一切人类的智慧,他赋予皇帝以特权,这种特权是人类的任何权威的力量都无法得

到的。既然这种权力有着神圣的渊源,那么作为上帝的使者的牧师们宣称他们也拥有一份这样的权力,而作为上帝旨意的代表,教皇的地位是处在上帝和统治者之间的,是对那些未经神意指点的众生实施统治的人,如同他将自己及其牧师放在一切凡人与上帝之间一样。教皇要求世俗政府听命于他,世俗统治者要求不受教堂控制,在这两者间,由此就展开了一场长期斗争,这场斗争持续了整个中世纪,在此期间,圣保罗的文章被人们搬出来奉为国王拥有神权的坚固基石。用现代术语来说,世俗政府对权力的要求可以概括为:每个国家政府都是“独立自主”的,即是独立于一切控制之外的主权国家。这压倒了教皇的权力说,并盛行一时。但是“对外主权”指得是什么这个问题并没有得到解决,这不同于主权存在于国家内部那一个地方的问题。罗马法认为主权存在于人民当中,而且这种民众的权力应该是国家中至高无上的权力,几乎所有的律师都同意这一观点。

为了证明教皇不能影响身为新教徒的国王亨利四世继承法国王位,法国作家伯丁在他的书中极力表达了这一观点。在法国国王轻描淡写地说出一句“王位相当于弥撒”之后,争论就结束了,但是,这一观念却奠定了现代国际法的基础。它产生的结果就是,对每个独立的国家的政府相对于其他一切政府而言,都是一个主权国家作了规定。到了这时,君权的地位牢固了。伯丁还进一步将对内主权也归于君主权力之下。

对此,政府中的上帝权力绝对论者的看法是,政府拥有的这种主权,当时被看作是避免外来侵略的。依据这种推理,应该有一个存在于每个国家政府中,又无须对每个国家内部的任

何具体权力负责的更高的权力。但这种推理完全不合逻辑,更谈不上是什么必然结果,因为一个国家对外可以是独立自主的,但处理内部事务的主权却不可能存在。霍布斯开始解决这两种观点之间的争端。他以爱走极端而闻名,这是一种令人厌烦的毛病,他认为,人类的自然状态就是各种各样的战争,只有通过缔结社会契约才能结束这场战争,但是,他从这种基本立场一下滑到了君权神授的绝对论思想。他断言,政府和法律都是用超然的力量强加于民众的。霍布斯坚持认为,无条件的超越一切的主权一定存在于主权政府中的某个地方。他认为这种权力就是君权。这种君权神授的理论很快就被训练有素的雄辩家主教莫力那·玛丽安那和卡迪那·拜尔马恩批驳得体无完肤。英国圣公会教徒早先支持君权神授。为了给顺从国王暴虐的行为寻找根据,他们引用了圣保罗的话:“一边脸挨了耳光后,将另一边脸也送上去”。公元1688年爆发的革命加强了议会对君权的控制。于是,英国人接受了这个思想,并将确立了政府的主权由议会掌管观念。直到今天,英国人一直信奉议会的权力高于一切这一观点。从此以后,英国人再也没有挣脱出这一政治信条的束缚。

这个信条所导致的结果是议会一步步地篡夺了大英帝国所有领土和其殖民地的控制权。议会同美国殖民地的创建毫无关系。由皇家颁布的特许状保障了殖民地居民的权利。王室同殖民地居民之间结成的盟约就是这些被认可和执行的特许状。因此,只要王室成员同殖民地居民之间发生争议,殖民地居民就会搬出特许状,其中的白纸黑字将他们的权利写得清清楚楚。在没有合法权力的情况下,议会宣称可以随时取消、

修改或重新编写那些特许状中的条款。殖民地居民的权力被《航海法案》触犯了,这是古老的雅典城邦为了维护雅典贸易利益,而制订的损害其它城邦利益的不公正法律的翻版。对于议会至上的信条,殖民地中的律师一无所知,更谈不上接受,他们用特许状中赋予的殖民地权利解决问题。议会自然不会放弃自己的权力,它坚持认为王室颁发的特许状的不能约束它,它有权随意处置殖民地。既然它可以废除英国国王颁布的任何法令,那么,它也当然可以废除颁发给殖民地的特许状。这些推论是那些普通法律师的观点,他们不明白王室对殖民地的授权是王室同殖民地建立的契约关系。殖民地的律师始终没能理解这一观点,但是在殖民地居民的头脑中却早就形成了一个根深蒂固的观念,即:政府制定宪章或宪法可以作为一套法律规则的最高代表,它超越任何普通的行政权或立法权,并拥有控制它们的权力。

我们需要说明一下,宪章之所以被看作对政府有约束力的思想是因为人们认为联合宪章是一个契约,是宪法教义的先驱。这个教义被援用于达特默斯特皇家海军学院一案。不过,当这个教义同认为人民是政治权力之终极源泉的信条结合起来时,就产生了一个更高层次的概念,认为宪法是至高无上的根本大法,对任何人和政府的所有机构都具有约束力。这个概念,需要运用罗马法中认为一切权力来自人民的思想的加以完善。

从政府契约的角度来看,革命斗争不仅仅是对那点微不足道的税收收入的争夺,更重要的是,它要靠政府权力这些被人民接受的基本思想。而那些殖民地居民却无视这个问题,他们



本应该将这些问题摆到英国议会的桌面上,要知道指责国王比谴责由人民选举的代表机构要能让人接受。殖民地人民不应该把对殖民地的主权控制不加思考地安到国王头上,毫无疑问,国王和他的大臣们总是首先遭到冲击,但大臣只不过是代表议会上下两院的执政委员会的内阁。再没有比将内阁的行为栽到国王头上更愚蠢的事了,对于议会和大臣的发言,国王是无权过问的。这种议会至上的思想是大可不必存在的,因为在刚刚结束的战争中,就有来自海外殖民地的代表加入统治帝国的理事会。今天,虽然英国国王在名义上仍是加拿大、澳大利亚和南非君主的首领,但对这些地方已完全没有发言权了。这证明了美国人的理论是正确的,时间可以证明孰是孰非。

有一项事实是无可辩驳的,那就是在殖民地律师的头脑中,已根深蒂固地存在着这样一个观念,即政府必须有一个机构,对其所有的部门以及人民进行约束。殖民地人民又补充了政府的法治理论,重新提起罗马人的君权就存在于人民,存在于社会公众中的观念,认为政府是主权的外在表现。我们应该将有机的社会集合体同政府机构这种单纯的形式区别开来,彻底抛弃英国人的那种政府就是实际上的国家或社会,没有任何权力可以凌驾于其上的信条。在这里,需要特别指出的是,在宣布了《独立宣言》后不久,原先的皇家特许状就被国家宪法取代了。随之出现了一个不可回避的问题:如果政府违反了国家宪法的话,法律有没有予以纠正的方法,如何去寻找这样的方法呢?这个问题马上得到了回答。这是一个司法的问题,对于这个问题,任何一个权利受到侵害的公民都可以提出,必须由法庭依据本国的法律做出裁决。宪法是至高无上的,对政府及

其一切机构都具有约束力。宪法对于任何人、任何国家机构制定的任何法规、任何政府官员的任何行为,都具有约束力,只要违背了这个至高无上的法律,就是无效的。早在宪章大会召开之前,对许多案子的判决就已经以此为准则了。这就是“宪法至高无上”的含义,即宪法有绝对的最高的统治权,也可以说,一切都在宪法统治之下,这是美国人的信条,他们还认为统治一切的宪法来自于人民,它对一切政府权力的行使都具有约束力,由司法权保证它的实施,维护它的统治。

在内战结束后,联邦宪章大会召开时美国人的思想状况就是这样的。还有一点已在前面提到过,对于国家的性质,美国人有着更深刻、更基本的理解。原先的13个殖民地形成了一种社会凝聚力,从而形成了一个单一的社会集团形式。在许多年以前,在西赛罗的关于共和国的论文的第35章中,就将这种社会集团形式定义为国家,今天,这些文献资料已经残缺了。他的关于国家的定义是“通过法律协约和各种利益集团结合在一起的人们的联盟。”如果这么翻译可能更好一些:“一群通过法律协约结合在一起的民众,为共同的利益而奋斗。”西赛罗的观点被伟大的教会之父圣奥古斯都继承下来,他也认为国家的概念并不只局限在其统治力量方面,这是亘古不变的真理。100多年来,一直处于分裂状态的波兰被俄国、普鲁士和奥地利割据,然而社会集团精神并未泯灭,并在今天的波兰国土上重放光彩。这样的社会集团精神的存在是个事实,对它的惟一的考验就是看它有没有内在的凝聚力,能不能将大家继续聚合在一起。这并不是什么抽象深奥的问题,而只是讨论政府的实际形式能不能表达人民的共同意愿。国家与政府的形式并无关联。

不过一般而言,社会集团精神总是要寻求一种政府表现形式,否则最终只能消亡。

伯克的精彩论断是对于这种社会集团的最佳描述,他认为每一个特定的人类社会:

都被置于一个同世界秩序保持一致的合适的位置上,其存在模式被法律规定为是一个由短暂的形式永久性机构。在某种大智慧的支配下,整个社会不会停留在某一个阶段,而是永不停息地历经衰落、灭亡、更新和进步这些不同的发展阶段,周而复始、循环往复。

政府也许会有更新交替,帝国也许会有兴盛衰亡,但社会集合体和国家却可以保持不变。当政府成为这种社会集合体的特定的表现形式时,这样的集合体就被看作一个国家,在它与别的政府发生关系时就会被视为是一个公众的集合体。

在全美宪章大会召开之前,这样的社会集合体就在各个独立的美国殖民地中存在。代表们的权力就是这个统一的、各州人民的集合体授予的。这种代理权的授予采取何种方式并不重要,重要的是,它代表着人民的力量。美国人民按原有的殖民地为单位选举代表,当人们开始捍卫独立,当殖民地宣布了《独立宣言》时,就是统一的殖民地在做出决定了。

这种社会聚合被认为是古希腊和罗马思想回复,这种看法说明,在漫长的法律发展过程中这一伟大而基本的概念没有完全被遗忘。社会集合的观念在蒙昧时期和封建时代消失得无影无踪。封建主的统治地位和国王对封建主的统治被视为封建主和臣民间的私人隶属关系。一个民族之所以被视作一个国家,并不是因为它是一个社会集合体,不是因为它是普通

法约束之下的利益集团的纽带自然联结起来的,而是因为有一个凌驾于万人之上的统治者,每个人都必须对他尽一种完全是人为规定的效忠义务。这些封建思想在同步发展起来的殖民地中却丝毫不起作用,《独立宣言》解除了对英国皇室的效忠的义务,这并不包括它与实际上统辖殖民地的英国议会的关系。历史证明,殖民地的这种做法是对的。它之所以这样宣布,是因为除国王特许状中规定的权利外,殖民地否认了英国还对它有别的什么权利。对于其他权利,只要是所有英国公民都有的普遍权利殖民地人都要求得到,因为这些权利是他们带来的法律中明文规定的,是受普通法约束的。

美国最高法院始终信奉这样一条,他们认为在联邦政府产生之前,殖民地的人民就已组成国家了。第一任首席大法官表达了这种看法,他认为在《独立宣言》宣布之前,为了共同的目标,殖民地的人民就已经联合起来了。同时更多的国内事物都是通过州政府及其他临时机构处理的。最高法院早就把国家和社会集合体同政府形式作了区分。最高法院中一位哲学家式的法官断言:社会集合体是为了共同的利益而结合在一起的自由人的集体,他们心平气和地享受自己拥有的一切,公正地对待别人,在必要时反抗侵略,保卫自己的利益。在这一点上,公法中总算添了一点新内容。

无疑,美国的各级政府是同英国式的思想相一致的,经常将自己视为社会集合体,然而这两者却是迥然不同的。各殖民地间的社会联盟的出现要早于第一个政府(1781年制定的美国十三州联邦宪法是其标志)及现行政府(1789年制定的美国宪法是其标志)。我们的最高法院曾一再重申这种有内聚力的社

会集合早在政府产生之前就存在的论断。还有一个定论是,早在宪法通过之前,一个统一的政治机构就存在了,这个政治机构履行着维持军备,指挥军事行动,发行信贷票据,进行金融借贷,派驻并接收大使,缔结条约等职能。最高法院规定,“国家”一词有三方面的含义:首先是指一个政治共同体;其次,指这个共同体的领土;第三,指它的政府。最高法院还强调政治共同体与政府形式之间的区别。他们说,作为一个社会集合体的联盟,并不是一种专制的和纯粹人为的关系。出于共同的根源、相互间的支持、相近的利益以及地缘关系等自然的事实共同促成了联盟的结成。美国的独立战争,确定、加强和巩固了这些关系。十三州联邦宪法的通过赋予了它专制的、纯粹人为的政府形式,这种形式又被美国宪法改变了。不过形式必定不可能凌驾于它的创造者之上,而且是统一的人民赋予了它那种形式,正是他们创造政府。

这就是各州联盟的哲理性的理论思想,这种思想通过内战最终确立了下来。不过,在一段很长的时间内,有一个政治思想派别说,各州的人民是唯一真正的社会集合体,所谓全美国的、自然结合起来的政治共同体并不存在。作为政府基础的社会共同体的国家,是一个新的政治概念,英国和法国在许多年后才接受了这一概念。德意志帝国成立之后,巴伐利亚的法学家们,曾借鉴卡尔霍恩的信条提出论点说,只存在一个叫做巴伐利亚的政治共同体,不存在所谓的德意志帝国人民的自然的社会集合体。不过,一个人如果迂腐到连德国自然的政治共同体都不承认,那他食古不化的程度简直可以与古老的蜥蜴化石相提并论。

我们有必要对这种联盟方式下一个定义,因为如果离开这个定义,对于那种政府仅仅是政治共同体的一个创造物的理论,我们就难以理解。如果我们被“英国的议会组成了社会共同体并且拥有至高无上的权力”的理论所迷惑,那么,要理解我们的政治体制也是不可能的。直到150年之后,我们的国家中才出现了为我们的国会和总统拥有至高无上的权力而大发感慨的人。在统一的政治共同体出现的时候,并没有人发表意见。它的发展是自然而然的,不过,对于人为的政府的形成,其协约签署的准确时间,以及在宪章大会上订立协约的具体人物都是非常明确的。

在宪法通过之后,人民暂时收回了一切政治权力,并订立了国家的最高法律以体现主权的完整。无论是地方的还是全国性的法规,只要有违背最高法律的地方,都必须服从于它。人民通过宪章大会的代表行使政府的一切权力,无论这些权力原来是存在于各州中的还是存在于全体人民中的。离开了这个背景,就无法理解我们的体制。

其次,宪法认可了存在于美国的社会共同体中的三种权力,这些权力都是其内部固有的。根据多年来法律的发展事实,也根据一个自亚里士多德以来就已被公认的真理,这三种权力就是立法、行政和司法。依据孟德斯鸠的学说和哲学家洛克的理论,从英国政府的形式中也可以推断出,这三项权力在议会至上的信条形成之前,肯定是分开的,并且是由独立的部门各自行使的。立法权归立法部门,行政权归行政机关,司法权归司法机关。

立法部门的职能是制定和颁布法律,我们已看到了,这种

职能是以另一种形式表现的,国家认可法律的表现形式就是由立法部门颁布法律。这种立法权是面向未来的。它只能提出规范未来协议或法案的规则,而不是过去了的和已完成了的。仿效英国的作法,美国的立法部门由参众两院组成。行政部门也享有一部分立法权。在一审中认可法律的权力不只授予了作为立法机构的国会,而且还必须获得作为行政部门的总统府认可;但是如果总统拒绝接受,而两院的赞成票各超过三分之二的多数话,那就同实际上达成一致没有什么区别了,这表明了意见统一的人民会无视总统的否决是行政部门而决定认可法律。

总统府是行政部门,总统掌握着行政权。他的职责是实施法律。总统无权为未来制定法律,因为那是立法部门的事,他也没有权力判定诉讼,因为那属于司法行为。他的权力领域被严格控制在当前,只有在立法领域,他可以行使否决权要求国会对法律重新进行更周全的考虑,以便使全体意见更趋一致。

根据美国宪法,美国的司法权由最高法院和议会设立的初级法院掌握。法院的法官不是终身制的,有一定的任期,每位法官都有固定薪金,并且在任期内不可削减。这一条款体现了公元1688年革命的成果并成了以后各个时期的惯例。国会通过停发或削减薪金来等手段迫使法官离任这种作法是不被允许的。美国政府的司法权限同联邦政府必需的权力范围相当。在一般情况下,最高法院就是上诉法院,一切案件都在这里接受终审判决,在最高法院的法庭上州是一方当事人,外国大使和代表都有可能受到侵犯。美国初级法院作出的所有裁决都有可能被国会废除,但它不能否决最高法院的终审判决,也不

能阻止最高法院的上诉裁判权对美国司法权管辖范围内的任何案子发挥作用。假如可以废除最高法院的上诉裁判权的话，那么它的受理权限就会被局限在仅能进行一审判决了。这就会导致，无论于美国宪法中出现什么样的问题，最高法院都将无权作出裁决。除了州为一方事人，或牵扯到外国代表的案件之外的所有案子就有可能会被国会不加区别地一律交由州法院裁决。最高法院已规定，美国法院拥有某些撇开州法院的管辖权。对法律的规定并不是永远固定不变的，对于什么是准则我们根本无法作出说明，不过有一点是可以确定的，那就是国会不能剥夺最高法院的终审权。当然宪章大会没想到会出现这样的自毁之举。在最高法院的严格控制下，国会永远也没有可能打乱政府的全盘规划方案。如果最高法院的上诉裁判权被剥夺，所有初级法院都存在的必要了，那么宪法对联邦政府和各州的所有禁令就会随着州法院对这些问题作出的不同的裁决而化为乌有。

最早的宪法主要制约两个方面，一是针对联邦国会本身，这关可以在英国史中找到有关解释。反对通过剥夺公民权法案让我们回想起英国法中最血腥的几页。还有一方面是用来维护各州平等的。除了按人口比例，直接税的征收是不被允许的，国会也不能对从一州输往另一州的货物征税，或是对一州的某个港口给予优于别的州港口的特别优待。宪法对各州的制约，还包括反对通过剥夺公民权法案，以及反对损害合同义务的法律。还有一些条款是为了制约任何会使各州同联邦政府对立的行为。其中一条规定是，各州之间不得缔结任何盟约，公元1861年，有几个州违背了这一条款，从联邦中分离



出来，为了捍卫宪法的尊严，北方各州用军队强制实施了这一条款。

宪法通过之后不久，又通过了制约联邦政府的宪法修正案——《人权法案》。《人权法案》的大部分内容取自英国历史上的《权利法案》。如反对确立国教或阻止宗教自由传播；反对限制言论或新闻自由；反对阻止集会和向政府请愿的权利；反对驻扎军队；反对无理的搜查和拘捕；除非有充足的证据，而且能明确具体的注明人物和地点，否则不得发放拘捕证，等等，都是从英国历史借鉴。保留大陪审团是对一切可招致公民权褫夺的犯罪进行起诉的先决条件，阻止被告两次陷于被判罪的危险境地，或强迫他为自己作证，这一切都是为了解决普通法中的一些弊端。保留了《大宪章》中关于“不经过应有的法律程序，不可剥夺任何人的生命、自由或财产”的规定。古老的王室征发的方法被“攫取私有财产不可不给予适当的补偿”的条款废止了。除宪法修正案中规定的外，公众财产也不可被没收。同古老的普通法的规定不同的是，刑事案中的被告被给予了一定的司法救助，新的法庭规定是：他必须在其所在行政区受审，同证人对质，在找自己的证人时要依法定程序进行，必须被为自己找律师辩护。这些规定对普通法中的人道之处作了修正，包括不得课以过高的罚款，也不得施行残酷的肉刑。这些规定令我们回想起历史上的星座法庭，以及从那以后曾判处巨额罚金和削耳酷刑的一些审判。关于老普莱恩被星座法庭二度传讯的事情大家一定都记得。他留着长发以遮掩由于上一次的犯法被削去的双耳，这时一位冷酷的法官说：“我想这位先生一定长着耳朵，让我看着他的耳朵。”他的头发被掀开，露出了耳

根,这次他得到的判决竟是将他残留的耳根部分削去。这就是那个年代原始而惨无人道的酷刑,而莎士比亚还曾把那时的司法的仁慈描写成上天普施的甘霖。

这些修正案最初只影响到美国政府。因此许多年来,联邦政府在没有经过应有的法律程序的情况下,不能剥夺任何一位公民的生命、自由或财产,但从联邦宪法中可以看出,各州是可以这样做的。内战后通过的第14修正案规定,对各州在未经应有的法律程序情况下,就剥夺任何一位公民的生命、自由或财产,或在其司法管辖权内否认任何人受法律平等保护的权利等都应被禁止。西赛罗最早阐述了这种法律平等保护的思想。直到这时,“最高法”终于对联邦政府及各州具有同等的约束力了,它规定联邦法院对一切政府机构都具有强制力。

不按比例或人头分配交纳收人所得税在后来的修正案中被允许,以便使较贫穷的州在参议院中的平等代表席位得到保护,政府所需的一切费用差不多全由那些比较富裕的州担负。修正案还对美国参议员的直接选举作出了规定,但结果是令人遗憾的。还补充了对于含酒精饮料生产或销售,进口或出口的规定,试图通过这些规定提高人们普遍的道德水平。对于这后一条规定,国会和各州都有权实施,大多数市民拒绝遵守这一禁令,现在仍有大片区域非法生产经营酒精饮品,有些地方已形成了自己的一套作法,包括那些为满足酗酒者各供应商之间暗中展开的竞争。最后一条修正案规定,公民的投票权不得被国会否认或削弱,选民在任何州都不能受到性别歧视,宪法应该像当年规定有色人种的平等权利那样保护妇女的权利,不过,这一条款不能像当年的有色人种修正案那么容易实施。白

人妇女并不认为黑人妇女有权分享平等参政论者对于她们的支持。事实证明,这最后一条修正案并没有对选举的结果产生多大的影响,妇女在投票时的意向同男人差不多。

禁酒令还引出了这样一个问题:在大多数公民拒绝遵守的情况下法律能不能得到实施呢?只有通过公众慢慢适应这种强制性措施,使其得以普遍实施。但是我们必须说,直到今天,不但没有发现公众有适应的迹象,倒是很多人对烈性酒的渴望还被激发出来了。这个难题也许只能通过达成一些合理的妥协得以最终解决。这个国家很擅长调整法律以适应社会,从而允许现状继续存在。当这种调整真正得到实施时,当然也就不会存在由现在的合法情形产生的人为的非法状态了。以前在各州都发生过类似的情况,不过到了今天,实行禁酒令的经验不仅在美国本土上流传,还广泛传播到许多别的国家。

我们可以从这个通用的方案中看出,最高法对联邦政府的各个部门都具有约束力。如果不打算在某些事情上留有商量的余地,是无法达成妥协的。宪法是最高法的说法会让人们想到,假如国会,或行政部门,或它们的某些官员,或各州及其立法机构,或它们的官员,试图通过一项法律或介入其他行为以否决国家的最高法,或蔑视、违反国家最高法时,又有什么样的法律救助措施?假如没有针对上述行为的救助方案的话,那么一旦发生了这种行为,就说明最高法不但被降低了而且被降低到比触犯了它的那些法律或法案还低的。至少那些尊重自己头脑的理智之人都不会对此予以否认。正如我们所看到的,在通过这部宪法时,为了维护特许状赋予殖民地的权利,人们早就同议会的立法法案及其内阁委员会的行政法案展开斗争了。

当我们再回顾这些争议时,从法律上来讲,毫无疑问,殖民地是有理的。不过,更重要的一点在于,我们前面已多次提到了,在殖民地人的头脑中法治超越于立法和行政之上的思想已经是根深蒂固的了。

在《独立宣言》颁布之后,新宪法被一些州采纳,并成为他们的根本法。马萨诸塞是其中的一个,并热切期望一个“法治而不是人治”的政府在自己的州中出现。后来别的州纷纷效法。殖民地的特许状在一个州中被将就使用了若干年。在宪章大会出台出新的联邦宪法之前,就已作出决定,如果州法院对所审案件作的裁决同联邦宪法相冲突,那么它的裁决就是无效的。到联邦大会召开时,这个概念已发展起一种主流政治思想。也许与会成员中,谁也不曾对于联邦政府有没有掌握司法权的必须产生一点疑问,他们都认为这种权力可以维护宪法的最高法地位。这种必要性在联邦党人发表的85篇文章中得到了清楚地阐述。在所有政治思想家的头脑中,这一思想已根深蒂固,新政府成立之初就提出作为修正案应补充一个《人权法案》,对每一位公民在政府的统治下的权利作出规定。这些修正案顺利地获得一致通过,其中规定公民权应得到一切政府机构的保护,不容任何侵犯。没过多久,就出现了一个州的公民向另一个州提出起诉的问题。为尽量保护无助的印地安人免受乔治亚洲的掠夺,最高法院又出台了一个新的修正案,以防止再发生类似的事件。不过,这个修正案可以被很容易地避开,那就是不对州提起诉讼,而对州政府的官员提起诉讼,这样更容易达到目的。在宪法统治下的政府发生了第一次伟大的政治变革之后,在判定一项联邦法律或行政法案违反了联邦宪

法时,最高法院终于能够当即宣布这些法案因不符合宪法而无效了。政治家们在政治斗争中都是目光短浅,不择手段的,他们认为对最高法院的权力必须采取限制措施,使它服从人民的代表——总统和国会。他们对宪法进行了全面的审查,为了使最高法院听命于立法和行政机构,他们还采用了弹劾这种间接方法。这政府和国会联合起来对付最高法院。它们决心弹劾法院中的一位法官,以此作为攻击法院的开端。被选中的牺牲品是马里兰的蔡斯·塞缪尔——《独立宣言》的签署者之一。他曾对宪法的通过持反对意见,但后来成为一名联邦党人。在他担任最高法院的法官期间,由于执行异邦人煽动反叛罪法律而招致了很多人的仇恨。同二战期间通过的法律相比,这条法律其实是比较温和的,但是被触犯的政治家却大声疾呼:假如不允许政治激进者对国家持不同政见,那么自由权近乎名存实亡了。

在英国历史上所进行弹劾并不都是令人满意的。史料记载了许多著名的弹劾案的审理,但在都铎王朝时期,弹劾被政治家和王室废弃了,他们通过剥夺公民权法案使审讯过程更简短,也更充满血腥味。政治家们对剥夺公民权法案是无比怀念的,但是,这个法案被联邦宪法废止了。不过,弹劾仍被保留了下来,看起来一切司法方面的限制可以通过这种形式避开。公元1621年,爱德华·库克先生将弹劾确立成一种审判模式。同一年,在听取了证词之后,议会下院作出了一项裁决,并实施了惩罚。但议会上院立即举出1399年的一起审判,证明了下院不是议会中的法官,议会裁判权只属于上院。此后,出现过几例著名的案件,如对斯图亚特的弹劾,他为自己辩护所作的高尚

感人的发言已被后人视为经典之作。克莱累登、索莫斯和麦克菲尔德3位大法官也遭到过弹劾,不过,对博林布鲁克首相再次恢复使用剥夺公民权法案。之所以对塞切温瑞博士提出弹劾指控,是因为他为支持托利派的不抵抗和消极顺从学说进行过两次布道,因此犯下了非同寻常的罪过。他被判处沉默3年的惩罚,这对于一个热衷政治布道的人来说无异于难以接受的酷刑。对华伦·哈斯汀的弹劾是英国历史上最有意思的一例。他是创建印度殖民地的克里夫继任者,回国后一直声名显赫,在回国后的10年中他一直是一些能言善辩的精英分子的眼中钉,比如谢里丹、福克斯、还有政论家伯克,伯克是贵族阶层中最出类拔萃的政治家。哈斯汀的辩护律师队伍先是以爱德华为首,后以首席大法官艾伦·巴罗为首,他们通过把这些雄辩家们的思路紧紧束缚在严格的法律程序上,以缜密严格的证据规则应对他们的政治法规和不很严密的证词,打乱了他们的阵脚,否定了他们的弹劾控告。威斯敏斯特议会大厅中的壮观场面和这些人家们的精彩演说,使这场弹劾案的审理成了英国史上登峰造极的一例。

同弹劾哈斯汀一案相比,对蔡斯的弹劾审判有着更为重大的政治影响。当时我们的宪法刚开始实施,几乎没有经受过什么考验。我们对联邦官员采用了英国的弹劾方法,由众议院掌握这种提出控告的权利。公元1804年,曾为争取美国沿大西洋岸一狭长领土的独立作过战的人们,活着看到了国家的版图延伸到了奥瑞冈的哥伦比亚河口。那里我们的宪法只走过一段很短的历程,在律师和政治家之间即将展开一场大较量,以确定我们这个国家的政府到底应该采取法治还是采取人治。实

实际上对法官蔡斯的审理就是为了看一看,站在敌对方的那些无知并抱有偏见的政治家们是否会因为认为法律有不足之处,并对我们的宪法怀有偏见,并通过弹劾将最高法院的法官赶下台。蔡斯是个联邦党人。他曾供职于一个以马歇尔为首席法官的、久负盛名的法庭。同他交往的都是联邦党人,其中一位是华盛顿的侄子。众议院在杰斐逊总统的煽动和指使,以他特有狡诈方式,指控蔡斯在审讯两名罪犯时犯了错误,这两名罪犯一名是犯有煽动罪的弗莱斯,另一名叫凯林德,这成了弹劾他的理由。还有一条指控是,他在巡回审判中对大陪审团所作的讲话中有底毁执政党——共和党的言论。问题的关键在于,法官对宪法表述的看法不当是否能作为立法机构对他们进行弹劾的理由,从而导致其法官职位被撤销并对他实施严格的控制,以达到法庭最终被他们那些无能的虔诚的党徒所掌握的目的。形势是严峻的。马歇尔刚刚向政府表明态度,说法院将毫不迟疑的履行断定一项行政法案是否符合宪法的职责,这位美国历史上心智最健全的正常人被杰斐逊称为“半疯的大法官”,这足可看出他是多么恶毒。这次弹劾以其影响深远成为自宪法通过以来,美国宪法史上一件最重要的史实。

然而,由于那些编写历史的人缺少丰富的法律知识,没有充分认识到这次审判的非同寻常的重要性,对此,我们不得不深表遗憾。有两个人曾试着完成这个任务,但连他们的名字并未在宪法史上占有一席之地。30多年前,在校的大学生们为了追求新知识,违反戒律,把冯·霍斯特的一本著作当作美国宪法历史的教科书来阅读,在那卷帙浩瀚的著作中只字未提这次弹劾。真是让人搞不明白,编写宪法史怎么可以忽视这次审

判。谁都可以想像得到,假如蔡斯被判有罪并被革职,假如当时那些闻风而动的政治家将矛头再指向首席法官马歇尔,也将他弹劾革职的话,这个国家的历史将会被改写成什么样子。

过了很长一段时候之后,又发生另一起重要的弹劾案,那就是安德鲁·约翰逊案。事实上对他的指控理由是他违反了一条有关刑罚的法案,还有另外一些情节不太严重的指控。对他违反法案的指控最终失败了,其他的指控也没有什么大不了的事,无非就是作为审判长表现得不得体,而且那些事也不至于被弹劾。然而即使如此,对约翰逊的审判还是值得一读的,从中可以了解到那些政治家的观点是如何被辩护律师伊瓦茨、科蒂斯和戈贝斯推翻的。弹劾大案审判一般都会得到这样的结果。这是训练有素、具有丰富知识的头脑对思路混乱、推理不条理欠严谨的政客的胜利。每个认真阅读过这些卷宗的人都不会忘记本·汉姆那浅薄却自以为是的辩论,以及老萨德·史蒂文斯那冷静、理智、深刻的思想。他已经衰老得站不起来了,每天被人用椅子从众议院抬到参议院,由最好的律师在陪伴着。假如让他主持审判,约翰逊就不会被判罪了。史蒂文斯拥有用之不竭的智慧。有一天,两个强壮的侍从抬着他时,他抬头看着他们说:“孩子们,如果你们死了,还有谁会来抬我呢?”审理约翰逊案时,同众议院对阵的还有辩论极有分量且充满机智的科蒂斯,以及文质彬彬的伊瓦茨,每一个阅读过这些审判记录的人都留下深刻的印象,不过弹劾约翰逊案在政治上的重要性无法同弹劾法官蔡斯案相提并论。

我们不必细看指挥这位法官提出指控的正式陈述。我在1805年出版的记载审判过程的书中查到它。为了应诉,蔡斯与



他的律师一起来到参议院,这是当年水平最高的辩论律师。审理弹劾案的是约翰·鲁道夫——一个法律的门外汉,还有另外一些政客,自然是作为律师出庭的。当时主持参议院的是汉密尔顿被害后刚刚上台的艾化·伯尔。此时伯尔以前的死对头杰斐逊同他的关系有所改善,对他委以重任以示友好。对哈斯汀大案的审理记忆犹新的伯尔试图重现当年威斯敏特大厅的盛况,但当时的最高法院法庭设在华盛顿一个坑坑洼洼的不像样的小镇中的老议会大厦,四周没有房屋和街道,除了一栋尚未完工的国会大厦。如此不协调的环境使这场模仿表演极为拙劣,这样的表演简直是一种嘲弄。参议院副主席伯尔在他自己设计的这个不伦不类的舞台上演出了差不多是他政治戏剧的最后一幕。他即将离开副主席职位,到路易斯安那州去从事商业投机活动,这又激起了杰斐逊对他的仇视,扣了他一顶严重叛国罪名的帽子并把他送到了法官马歇尔的审判席前。公正地说,在审理蔡斯案中,伯尔的举止是端庄得体、合乎司法礼仪的,他扮演的角色是无可挑剔的。作为一名头脑敏锐的律师,那些杰斐逊的党徒一定会被他击败的。

在审理蔡斯案时,参议院所要面对的惟一的问题是宪法的有关条文的含义。宪法在第四部分第二款中声明,所有被判犯有叛国罪、受贿罪及其他严重罪行和轻度罪行的美国政府官员都应予以革职。在第三部分第一款中又补充说,被判有罪的人应负法律责任,依法受到起诉、审理、裁判和处罚。很明显,这里所谓的“严重罪行”和“轻度罪行”指的不是“严重错误”,而是真正的犯罪,这是这些法律用语真正含义。宪法中明确指出,一切可控告的罪行都是可以作为犯罪被起诉和处罚的,这

个观点就从侧面被进一步加强了。由于未断定蔡斯法官犯有哪一种公开罪行,所以无法从条款中找到进行弹劾的根据。

对于这次审判中对方争辩的内容,历史学家们的解说很不成功。对法律上的事的解释向来不是书写历史的作家们的特长。他们甚至不懂那些法律术语。不过,这并不是什么新鲜事。普通法的先驱库克早在300多年前就曾说过:“无论是文科人才还是理科人才,要让一个非专业的人正确无误的讲述这些学科中的任何一部分内容,都是不容易的,人不可能对他不懂的事情作出公正、真实的叙述。我希望你们认真对待法律的历史。”他指的就是我们所说的历史学家笔下的法律。在库克生活的那个时代,英国历史中只是一些空洞的编年克。虽然法律已规定得非常清楚,但主持开庭的坎培尔还是特别强调,大家在刚结案的匹克鲁法官案中已公认,可控告的罪行并不一定非起诉不可。也许是出于卑鄙的政治目的,匹克鲁法官的被弹劾,可以使那帮参议员得到解释宪法措辞的权力。不过,这些人会发现,在法院和杰出律师的辩护支持下的法官蔡斯可不同于新纳什维尔州那个整天醉醺醺、装疯卖傻的匹克鲁法官。鲁道夫在他遮遮掩掩的发言中指出,弹劾是对国家官员的行为所进行的一种官方审讯,其性质与民事调查相近,而能称为刑事起诉。鲁道夫以为,因为蔡斯法官在其执行时犯了错误,所以要弹劾他。他说这话时没有考虑到要对手是谁。也就是说,按这些人的意思,应修订由最高法院决定的法律,而且法官依法进行的审判应由那些坐在参议院的法官席上的人操纵,听命于那些准备掠夺法官职位的人,这些人大都是些二流的政客和平庸的律师。美国历史上早就提出过对立法机构已通过的法案

进行公民复决的制度。但鲁道夫们所指的显然并不是公民复决,而是参议院复决,是通过罢免法官来行使对法律的最终决定权。

但是这一理论与弹劾法案的某些条款存在着矛盾。那些条款倾向把一切行为指控为犯罪,虽然那些行为根本就算不上是什么罪行。还有另外一些被指控的事实只能算是一些错误,除了向大陪审团作的那次讲话外,被指控的另外一些行为甚至连错误也谈不上,顶多只是有些不得体而已。在最后的案情分析中,其他行为都统统被指控为法官在履行其司法职责违犯法律的罪名,但这些罪名在马歇尔和他手下法官做出的裁决中都被否定了。蔡斯的律师一开始就指出了这次弹劾的所谓法律依据是多么可笑。这一席话使另一位审理者尼克松放弃了原来的立场。作总结发言的鲁道夫对于律师谈到的法律观点一窍不通,像他这样的弗吉尼亚的种植园主,即便稍懂一点拉丁语,也不是同训练有素的律师的对手。在出具完所有的证据之后的总结辩论中,审理者们又努力回到他们没有必要证实这是犯罪行为最初立场上。最后,他们断言,假如他们能对违反了法律不等于犯罪作出证明,那么就开了把所有类似的违法行为都归咎于居心不良或动机不纯的先例。这也就等于说,法官每出现一次判断错误,就是出于不良居心或不纯动机而犯了严重错误或轻度罪行。其实那些政客们明知上诉法院的存在就是为了纠正错误,而且有关上诉的理论基础就是认为错判既不是有意歪曲法律,也不是犯罪。根本不理解这个理论的审理者们搬出了柏拉图《论法律》的观点,认为应该将上诉法官错判作为罪行审理。这是在布莱克顿之前的那个蒙昧时代的普通法理

论,而法律的另一公论早已在 600 多年前就产生了。

蔡斯的律师逐一推翻了审理者的观点,并使他们在列举罪状和发言中表现的无知完全暴露出来。鲁道夫对马里兰州和弗吉尼亚州法律无事实根据的断言遭到了路德·马丁的无情揭露和嘲讽。尼克松代表审理辩论时又改变了立场,他说,任何工作中的错误都是轻度犯罪,否则,“法官只能在表现良好期内任职”的规定就成了一句空话,尽管他不能胜任也不能被撤职,除非被弹劾。又回到了最初的观点,因为它的合法性取决于这样一种言外之意:一位法官运用法律方面犯了错误,他就是犯了轻度罪,即便他只是由于水平不够或判断力不足而做了某些甚至不能称为错误的事,他同样也是犯了轻度罪。对于一个不懂得“轻度罪”这个法律术语的法盲来说,这听起来似乎很合理,或者对于那些罢免法官要通过立法机构下文,由行政部门执行的律师来说也是这样。律师们是这样回答尼克松的:弹劾只有在犯了按照法律意义上的严重罪行和轻度罪行时才能被采用,而在宪法中要找出足够的“行为不端”的理由来罢免法官是很容易的,因为宪法规定,法官只可在表现良好期内任职。但在宪法中,弹劾并没有被当作对仅仅不过是“行为不端”的救助方法。在讨论与有关的法律时,政治家们提出的反对意见是,司法部迟早要对这条法律进行修改,他们应该对何为表现良好具体规定,而且最终法官们也必须在联邦法庭中对良好或恶劣的表现什么作出决定。可以肯定说,在这个问题上无论最高法院作出什么样的决定都绝不会令那些一心想分裂法庭的政治家们满意。最后发言的是鲁道夫,他可是竭尽全力了。但他完全被搞糊涂了,如坠五里云雾。由于对法律的无知,在路

德·马丁的讥笑中他变得更胆怯了。他作了一番很有特色的长篇发言,满嘴都是他在众议院中惯用的醉汉似的胡说八道,他的口才在那儿还算过得去,但这时他越说越糊涂,后来干脆推说讲稿丢了,接着便一屁股坐下,竟垂头丧气地哭了起来,他的发言就在他的涕泪横流中结束了,这使那些可怜的审理者们更加摸不清案子的头绪。

参议院中的大部分联邦党人都公然表示出蔑视态度。蔡斯获得了胜利,被无罪释放。从宪法的角度来看,他对陪审团讲的那一番话是一条最轻的罪状,在这一点上他们得分最多。整个美国政府的结构就依赖于由马歇尔和他手下的律师所阐述的法律中一系列的的重大决定。脸面丧尽的鲁道夫,抖抖嗦嗦地走出法庭,大骂杰斐逊背信弃义,胆小如鼠。他所提出的应该由总统在国会作出的决议下罢免法官的宪法修正案,根本就无人理睬。即使在内战期间,大法官康尼在法庭上骚扰政府时,也对司法的独立性也不曾有人提出质疑,可见这一修正案的效果怎样。

来自马里兰的路德·马丁是蔡斯弹劾案中的英雄。这是一个不修边幅的人,他嗜酒如命,经常喝得迷迷糊糊。他又高又胖,声音又高又尖,如果被惹急了,甚至会尖叫。他出口成章,一旦讲起话来就滔滔不绝,没完没了。不过他是一位知识广博的法律天才,是一位很有说服力的演说家,似乎即使他说错了也能令人信服。在记叙伯尔审判案的书中,有对他第二次大胜杰斐逊,证明伯尔无罪的描写。

路德·马丁在马里兰当了30年的大法官。蔡斯被无罪释放后,过了很久,有人指控,路德在蔡斯法官的法庭上喝得醉醺

醺的,很不成体统,于是为他开了一张收审令。在递交蔡斯签字的时候,蔡斯看了一眼,放下笔说:“我对法庭无疑是负有责任,但是我——蔡斯·塞缪尔不能在这张收审令上签字。”公元1822年,马丁中风后偏瘫,穷困潦倒,但由于他名声卓著,在法律界又很有人缘,于是马里兰向每一位律师征收一项特别税来援助他,大家都慷慨解囊。后来,他迁居纽约,伯尔在那儿的事业正在蓬勃发展,他为这位又老又穷的浪荡子提供了庇护,照顾他度过了余生,想到这些,人们都会感到一种温暖。

宾克内曾是美国法官席上的执牛耳者,他在公元1820年去世之后,一位比他出色得多的法律天才——丹尼尔·韦伯斯特接过了他的权杖。美国历史的两位具有非凡的政治家风度的知识分子都是杰出的律师。论智力,汉密尔顿可得头筹,他具有很高的悟性,具有能迅速得出正确结论的天赋,泰利兰极为推崇他,说汉密尔顿是他所认识的人中最有才华的,他确实无愧于此言。泰利兰是在考查了他那个年代所有的伟人之后才说出这番话的,汉密尔顿的推理分析可以让人深深折服,他的这种推断能力在历史上无人可及。同为律师的路德·马丁与他相比就自然显得逊色多了。韦伯斯特没有汉密尔顿的独创性,也没有他那种建设性才能,但却有着丰富的头脑和极强的表达能力,这使他得以30年来一直高居于法官席上的领袖地位。在历史上再也找不到像汉密尔顿和韦伯特这样的两个人了,再也找不到可以比这两个人更能称得上是美国的知识界精英的人了。当然,韦伯斯特也犯过一些错误,但他的法律生涯却是无可挑剔的。有人说韦伯斯特所掌握的大量材料都是从别人那里得来的,的确如此,达特默斯学院一案中的材料就是

这样,但将这些材料以令人信服的方式组织起来的是韦伯斯特。他一直是一位优秀的律师,如果没有他,马萨诸塞州可能早就采用法官选举制了。在美国法律体制的建设中,他所发挥的作用比别的任何律师都重要。他的演说对于美国国民的思想方式产生了举足轻重的影响。公元1850年3月7日,他发表了最后一次演说。这次演说在很长一段时间内被谴责为对自由事业的背弃,现在看来,其中大部分内容都是实事求是的。

对已往的事实表示怀疑是毫无意义的,但是假如韦伯斯特的建议被采纳,假如南方各州在政治上多讲一些道德原则,就永远不会爆发南北内战,奴隶制也会像其他事情一样和平地过渡过去。南部联邦颁布的最后一个法案就是废除奴隶制,这就是那个神圣的联邦机构为自己写下的奇特的墓志铭。为了避免战争,韦伯斯特尽了最大的努力,而那些谴责他的人,如西沃德,倒是在内战爆发时却是最急于牺牲联盟和宪法的。那场战争至少使人们了解到,在一定意义上,美国早期的关于社会集团的理论是实际情况的反映,结合在一起的社会集团是难以被分裂瓦解的。那些将这一理论变成现实的人所奉行的就是韦伯斯特的民族主义学说。他的名誉因此得以恢复,曾经犯过的错误也被原谅了。公元1859年,在韦伯斯特生日那天,奥利佛·霍尔默斯为他写下的几句诗,代表了人们对他作出的定论。

洁白冰冷的死神之手,  
如雪一般覆盖了重山峻岭,  
掩去了山脚的裂缝,  
增添了顶峰的光彩。

假如从大法官马歇尔死后到内战期间的这段历史能被抹

掉,那么就可以说最高法院没有任何污点了。也许人们会为公元1848~1861年间发生的一些事情别找一些托辞,但这段历史无论如何是不会被忘却的。其间有过马歇尔和斯多利的辉煌年代,他们一个具有深刻敏锐的思想,一个具有渊博的知识,法律天平在他们的掌握下是平稳的。马歇尔去世后,法庭风气日下,对此斯多利毫不掩饰地表达了他的愤慨。但是当一个人身处拥有高度司法权的法院所特有的那种超然的、平衡的气氛中,有某种力量可以潜移默化间使他战胜自己内心的偏向,保持公正。

在讲述法律的时候,介绍规范公民间私有关系的法律比指出宪法中的某些问题更重要。当然,我们没有必要对通用的私法作作面的介绍。除那些不成功的司法改革试验外,我们的法律在不断地发展。在罗马法学家的法学理论的指导下,不是从已确立的原则中发展出新的不同意见,就是认同已有的原则。不过,法律的一般形式还受一些客观条件的影响,尤其是执法者水平的影响。法官受教育程度的高低对私法产生的影响最大。

独立战争后,法律学校首先在美国东部的康涅狄格州建立了。过了一段时间,哈佛大学的法律学院吸引了一批精英人物,如斯托里或帕森斯这样的律师。他们编写了一系列法学教材,这些教材对于学习法律的学生来说有不可估量的价值。其中有两部非常著名的书:一部叫《证据的绿叶》,文字优美流畅,思路清晰,便于理解;另一本是詹姆斯·肯特的法律专著。肯特曾做过纽约州最高法院的首席法官,他受聘于法律学院。他以布莱克斯通的理论为基础,以讲座的形式写了一本《美国法



律评论》，他探讨的领域比布莱克斯通更广。肯特是勤奋好学，知识渊博，他旁征博引，以罗马法中的各种论断阐明他的观点。不过，到内战爆发时为止，在西部各州，绝大部分法律理论指导都是从律师事务所中获得的，也有的是通过一些不全面、不连贯的法律读本中得到的。

法院总是与法庭密切联系在一起。一般而言，没有良好的基础，知识积累不够的律师会给法院带来非常不利的影响。如果法院里全都是选举出来的法官，就会造成这样的结果：法院和法庭相互作用，对律师和法官都会造成损害。有句俗语说得好，一只苍蝇会坏掉一锅汤。法院的名誉会被这些无能之辈败坏掉。同样，那些无德无才的法官也会使法庭的水平大大降低。这样的法官往往会把上诉法院中那些实质性的问题和形式上的问题混淆起来，不辨东西。作为选举出来的法官，除了极少数幸运者，注定都要多多少少地找一些同最激进的民主人士的共同语言，以此适应公众法律意识。这样就导致了这样一种结果：首先，过于尊重陪审团的审判意见，在陪审团的审议中法官没有什么发言权；其次，被要求向陪审团作出有关法律要点的书面指导说明；第三，在评审细节问题过于拘泥法律条款的规定；第四，生搬硬套关于证据的规定，被那些可作为有效证据的不同意见纠缠住，这常常成为上诉中的重要话题。这些偏颇之处首先表现对刑事案件的处理上，以后逐渐影响到了民事案件的审理。也许应该这样解释，一般而言，法官在法庭实践中都已得出这样一条信条：无论陪审团会被如何误导、劝诱或欺骗，陪审团的审判都是神圣的，法庭不仅必须告诉陪审团可以裁定事实，还必须做到，无论在什么情况下，都不能向陪审团

暗示法官对证词或其可信性的看法。在农村社区里,陪审团的重要性更是被人们给夸大了,并造成这样一种结果,虽然按英国的法律理论,法官的职责是辅助陪审团,但实际上完全被排除在任何辅助作用之外。

既然陪审团是首要的,一套精心制定的挑选陪审团成员的制度就产生了,对陪审员的审查主要是针对他会受到证据怎样的影响,或如何看待案情中的各种问题。这样得到结果却十分荒唐可笑,在所有对重要案件的审理过程中确定,陪审团的名单往往需要花掉大量的时间,而那些有能力的人还往往被排除在外。法律的纯洁被这种作法被严重地损害了。审判刑事案件中的这种规则迅速扩展到了民事案的审判中,类似的恶果自然就层出不穷了。过度重视陪审团审判,使法庭对于什么样的民事案件可以请陪审团做出了许多可笑的规定。结果更是糟得一塌糊涂了,因为法官觉得自己的权力已被降到了最低限度,不如索性做个旁观者,有的州恨不得把一切案子都推给陪审团审理。更有甚者,有的州干脆通过法律规定,在律师开始同陪审团辩论之前,法官必须就法律适用要点向陪审团作出最后说明。

陪审团审判制产生的第二个恶果是,对于案情的每个可以理解的方面都得做出书面的法律适用说明。这些要点说明还必须交给法官批阅,法官要表明是同意还是反对,因为有法官可以不必就法律要点作出材料的规定,除非是要求他这么做。而一旦有了这种要求,他就必须这样做。以前的做法是法官听取证据,然后进行筛选,挑出适用的向陪审团作陈述,现在在新成立的州中这种做法已经绝迹了。如今这种程序的技术性要

求已经有很大的提高,于是编纂出大量以向陪审团作法律要点说明的法律书籍。结果是,那些对判决影响不太大的细节,以及对判决的撤销都比以前增加了许多。法律变得如此精密繁复,只有最精明、最敏锐的人才有可能不在审理中出错。于是就发展了另一种观点。大家渐渐认为,可以通过对某项证据的试验决定是否可以予以采用,这种做法可以规避错误。关于证据的规定被拿来当作指导法官判案的警钟。但是,除非一项证据可以决定整桩案件是非曲直,否则对某项证据是否采用的态度并不能说明法官的酌处权运用得好坏。从刑事案到民事案,都产生了同样过分讲究技术性的结果。通过对证据的认定的确预防了一些错误,但审判是否得出了正确的判决这个最主要的问题却被忽略了。审判变成了一场游戏,要避免这样的问题就应该注意几个问题,首先是在确定陪审团名单时所提出的一系列问题中是否做出了的决定;其次是在确定证据的有效性时是否做出的决定有没有错;最后是在决定接受反方律师提出的各种请求时做出的决定有没有错。

过分夸大陪审团审判的重要性使法官的司法裁判权被极大的削减了,直到许多律师开始意识到,衡平法成了法律中非常低微的,几乎不起任何作用的一部分。要想在陪审团面前胜诉,律师并不需要掌握多少法律知识,他只要在演说中多唱高调,多使用一些华丽的词藻,即使缺乏说服力,也能取得胜利;至于衡平法院的律师,他们只要略懂一点外文和一些无用的“衡平”理论,至于表达和阐述的是否清晰都不是他争取胜诉时所需要的。在这里,我们有必要对这两种体制在美国的命运说点什么。正如我们所看到的,普通法院和衡平法院这种双

轨制是由英国传到美国的。美国人在制定宪法时,认为双轨制是最完美的,应该保留下来。因此这样的条款就被写进了宪法,在美国确立两种法律体制,并且应该分别行使司法权,但在实施双轨制的同时,美国法院出现了一名法官同时拥有这两种司法权的畸形现象,于是在法官身上就出现了这样一种情况,他会对原告说:

在我的法庭中,只会判你败诉,没有别的选择,但是假如在这同一天,你还是坐在这个法庭的这位子上,你交给我的状子上罗列了我自己知道得一清二楚的我的弱点和无能之处,我不会让你的反方请我作普通法的律师,因此我就不会对你不公的裁决了。

在这种情况下,联邦司法权被保留下来,不过,同一法院行使两种司法权已经使大部分难题得到了解决。如果两种司法权都里是同一位法官掌握,那就仅仅是一个修正的问题了。

大多数州法院开始时都采用了这种双轨制,在另外一些州仍使用大法庭法官作为独立于普通法官之外的衡平法官。在纽约州,有两位著名的衡平法官:一位就是的肯特法官,另一位叫沃尔沃斯。不过,各种法庭体制很早就开始在纽约州实验了,它曾尝试过以议会上院的上诉裁判权为基础的改革。他们把州参议院当作上诉法院。纽约州的法官是选举出来的,一种合并了普通法和衡平法之后的改良体制也它被采纳了。这两种体制间的区别是永远不可能消除的,因为陪审团可以审理普通法案件。这时,西部许多新成立的州加入了联盟。只有一个州没有采纳双轨制,但他们的法官都是选举出来的。除了一个州外,其他州都是同一个法官,同一个法庭,掌握着两种体制。

路易斯安那州仍保留着法国人给他们带来的民法,不过它与那两种体制的法规实质上基本相同,因此,从别的州到那里的人都会很快适应那里的民法。这种法间接地,向实施英国法的各州提供了一个摆脱繁复英国法律的捷径。爱德华·利文斯顿提出的见解就是出于他的民法知识。

人们以为诉讼形式或是衡平法庭中的申诉状和普通法庭中的诉辞之间的差别会给双轨制带来问题。实际上,这些方面都没有发生问题,问题出在那些无能的律师和法官身上,是他们在开庭审判时表现出的无能。联邦法院从不曾真正要求消除这两种体制之间的差别,这一点也可以从这一实际情况中看出。那些法院似乎已习惯使用两种形式的法案了。一个律师如果用错了形式,他可以很容易地作出修正。

各州的改革是从诉讼程序的法典化开始的。在各种诉讼形式当中,除了原告应该通过简明平实的陈述诉讼事实这一条被保留外,其余的都被废除了。这听起来似乎非常简单,但结果却使普通法慢慢地成了一种申诉事实的体制,它区分了所谓的“最终事实”的申诉同那些被看成可以用来证实“最终事实”的事实。普通法的诉状申诉可以简单平实到这种程度,比如,假设某一天在某个地方,杰克卖给汤姆一批货物并将货物交给了汤姆,而汤姆并当场付款,因此汤姆就欠杰克这么多钱款,这样,一个很好的诉状就算完成了。这些申诉的事实就是最终事实。实际的情况是,汤姆写了一张欠条,但没有对货物的价格作出说明,杰克寄出了账单,汤姆并未偿付。因此这是一种非常普通的诉讼理由。任何普通法的诉讼,当事双方都可以要求陪审团审判,这是非常神圣的,是各州宪法中的自由女神。普

通法院同衡平法院中诉状形式的不同是不能废除的。于是就保留了根据民法法典检验诉状的作法,先要了解陈述的案子是普通法的诉讼,还是衡平法的诉讼,并且必须对不适合普通法院的被告进行检验,以确定他是否适合衡平法院。如果属于后一种情况,就不能提交给陪审团。对于这一点,就连那些最热衷陪审团审判的人也是必须认识到的。

但是,现在又出现了一个问题。许多属于美国法院管辖范围内的案件一审时可交给州法院处理。有一个法案规定,在某些情况下,这样的案子可以移交给美国法院。案件一旦移交,在案情记录转到联邦法院时,就必须立即将这种无视普通法与衡平法区别的混合诉状进行改写,这样才能使联邦法院按照联邦宪法的要求,行使独立于衡平法司法权之外的普通法司法权。这就会使那些本以为可不必再去研究那些旧法律知识的州律师,像一叶孤舟在大海上飘荡时迷失了航向一样。结果导致了那些所谓的法典律师为了搞明白体制而努力去掌握尽量多的有关普通法和衡平法的知识,以便他在法典没有规定的诉状中使用这些知识,此外,他还要熟知法典中的技术性的规定,以对付那些具有高度专业性,有时甚至晦涩难懂的语言。联邦法院中的律师,或者像新泽西、伊利诺伊或阿拉巴这些保留了双轨制的州立法院中的律师,把这些法典律师看成是寄生在《民法典》中的可怜虫,并对他们投以同情而又轻蔑的目光,因为在那部法典中没有一条明确的规则可供援用。一些州还试图依据法典给整个的民事私法领域下个定义,结果越搞越糊涂。很明显,这些法典所使用的都是一些现存法律中的普遍规则,并没有对特殊情况作出规定,反倒增加了一些新的不确定

因素。

法典和经过改良的诉讼体制又为联邦法院增添了新的不确定因素。那些法院依据宪法保留了诉讼程序的双轨制,普通法的审理不可能再同衡平法的审理混为一谈,联邦法院已不能再按老规矩行事了。美国的一条法规规定对普通法案件的审理,联邦法院要尽可能地同所在州的州立法院保持一致。然而,全国所有的联邦法院对衡平法案件的审理都是一致的,并且是由联邦最高法院颁布的法院规则统一规定的,州法院无法对这种作法施加影响。各州在实际操作方面的法规多得不计其数,都必须与联邦法院的做法协调。在普通法和衡平法的诉讼程序除一种之外全部被废除的情况下,在法律对普通法庭和衡平法庭的作出划分的情况下,诉讼程序又怎么可能统一呢?

在各州内部,由于废除了一切诉状形式导致了这样的结果,在单一的个案中,普通法律和衡平法律的管辖权可以由原告和被告混在一起,但是宪法坚持陪审团对普通法案件的审理权,坚持只用一种方式审理衡平法管辖权内的案件,而普通法管辖权内的案件只要有有用陪审团的请求就必须由陪审团审理。这其实就是对同一案件进行两种审判,一种不使用陪审团,一种必须由陪审团进行。

在没有废除两种诉状形式的州,在保留普通法同衡平法的区别的同时,出现了普通法诉状形式的自由化。还有一些州的普通法院和衡平法院有各自独立的管辖权,而且州法院的衡平审判与联邦法院之间是有区别的。在路易斯安那州,民法依旧得以保留。因此,如果一个律师在的多个州的法院工作过,并且也在联邦法院中工作过的话,那么他的实践经验就应该是非

常丰富的。幸好在很多方面,每个州的实体法大致一样。以土地法为例,也确实存在着不同之处。例如土地契约的形式和效力,虽然废除了许多普通法规,但登记土地所有权凭证的作法仍普遍存在,并且没有可以称为土地保有权的。除了某向个州外,所有土地所有权凭证都是美国政府发放的。在被美国强占的德克萨斯州,公共土地属于州所有,无论以前还是现在都是由州来转让买卖的。在加利福尼亚这个从墨西哥夺来的州中,原来西班牙发放的土地所有权凭证,导致了大量的纠纷。不过一般的原则是,土地所有权凭证是以美国的公有土地转让证书为准。

有一些地产权是特定的。由发现矿场并提出所有权要求而得来的所有权凭证受到矿业法的承认。这种所有权凭证可以通过土地转让转换成土地所有权凭证。但是假如没有这样做,只要是每年都对它进行维护和保养的话,这种所有权可被看成是基本封地所有权。这是一种只要有人对地产估价征税就可以延续下去的所有权。这不能称为条件封地所有权,因为如果条件遭到破坏就不再需要登录,一旦维持不下去,这块地就转变为公共领地。矿区的地产权可以通过按规定提出的所有权要求获得,也可以对此地的矿产申请专利权,这种所有权有它的特点,矿区的土地所有权一般都是从地下延伸到所描述的地表区域以外。这种规定源于英国古老的采矿业中的一项惯例。对于这种特别的地产权,我们用最简洁的语言来描述就是:矿脉是夹在岩石缝隙中的矿物质,岩石的缝隙中的矿物质往往会沉入地下。对包括沿着暴露在地面延伸出的一段距离的矿脉都可属于提出的地产的所有权要求范围:不管矿脉在地



下向什么地方延伸,无论是否延伸到地面上划定的界线之外,都属于地产的所有权要求的范围。也就是说,无论矿脉延伸到地下什么地方,只要拥有矿脉最接近地表的那部分矿脉,就拥有那一段特定的矿床。这是一个纯粹以大众的观点作为法律的例证,后来制定成了法案的形式,但自然矿藏生成的状况是各不相同的,因此它在各种不同的实际情况下使用时始终都不是完善。

还一种完全从对大众观点的采纳和接受中发展而来的法律是水利法,但它并没有形成法案,在对一切需要灌溉的酸性土壤地区通用。根据普通法,流动的自然水是不可以独家占用的。在那些不用灌溉的州,就不存在这个问题。而对于那些只有灌溉才能生长庄稼的土地,就必然要引水灌溉,当然就要使用自然水。关于用水的规定是,第一个占用并用于有益用途的那个人就有权得到他所需要的用水量。这是来源于罗马法的一条原则。它是通过西班牙人进入了西方法律的,虽然那儿的史前印地安人早就建成了水渠,这些渠道很明显是用于灌溉的,与西班牙人或墨西哥人没有任何关系。在这条原则被应用于美国的公共土地时,在水源占用者和获得转让的公有土地的人之间出现了问题,因为在占用权出现之前,他们就已拥有了河岸权。直到今天,这条法律仍然没有完全确定下来,尽管水权早在政府转让酸性土壤地区的公有土地时就被当作附属权一同转让了。

州与州之间互不干涉、相对独立的特殊情形要求在规范有关公司间的法律关系方面做大量的工作。美国的大部分生意都是以公司形式运作的,在公司成立的那个州之外的其他州进

行着大量的生意,每个州的法律都规定,另一州的公司在本州开展业务之前必须申请并办理执照。由于生意上或法律的原因,如果一个公司没有在所在的州中开展业务,那么它就会被依照那个州的法律吸收合并掉,有很多这样的例子。凡是本国公司的生意,都会受到有关跨州贸易规定的保护,但对于外国公司,州政府总是想尽一切办法捞取税收。一旦大的州际公司认为有必要在它成立的州以外的其他州以外公司的身分来经营生意,它马上就会成为州税务局注意并发起进攻的目标。保险之类的生意,一直都不被归于跨州贸易之列,它一直被各州强征很高的税费,这使得保险的成本大大增加。由于有多如牛毛的法律,对于在美国的商人而言,随时听取律师的建议比在世界上任何其它文明国家都更有必要。在美国,请律师比其它任何国家都重要。

有这样一个普遍的说法:美国人是最守规矩的人。如果加上一句:美国是世界上规矩最多,又最难守规矩的地方——这个观点才算全面。

我们已经发现,按照正常的发展进程,对于美国政府来说,创立土地管理部门,由它专门控制公共土地的发放早就有必要了。联邦政府还为发明创造的专利权、版权和商标注册权的授予专设了一个管辖部门。这些部门行使的职能多少都有司法的性质,于是又成立了一个大法庭,主要处理这些部门的事情。又有专管铁路的部门和委员会,这使在州际商务委员会的律师数量极大地增加了。法院在处理贸易和商务问题时的效率之低令人失望,于是,联邦贸易委员会又成立了。就这样,一个个政府委员会成立了,它们多少都有一些司法职能,由此,律师队

伍也随之不断壮大。所得税修正案的颁布也大大推动了律师队伍的扩大,这个庞大的税收部门俟成立,便在其工作的强度和重要性上与律师业中的其他竞争者拉开了距离。他们榨干了生者的血汗,对死者的财产动开了心思。人们为支付新增的死者地产的继承税而被迫将其出售,于是,财产价值的突然转换就在土地买卖中产生了。

每成立一种州委员会,联邦政府的下属机构就要成倍增加。直到今天,如果一家大公司不聘请法律顾问,就有关某项业务的法律规定进行深入细致的咨询,那么,它若想正当地从事平常的商业活动几乎是不可能的。假如这些种类繁多的政府委员会,无论是联邦政府,还是州政府,能够适可而止的话,情况就不会糟到这种地步,但是政府的宣传部门说,政府可以在全国范围内散发大量的文件来为他们的行为大唱赞歌,并指出还可以多获取税收。他们想办法增加自己的权力,并通过一再修订法律把无助的纳税人慢慢推向火坑;通过这些修正案所得税法和继承税法,那些生意经营者,或是那些希望死后留给家人点财产的人推向更加危险的境地。不管哪个政府委员会提出什么样的法律,国会和立法机构似乎都很乐意为它们开绿灯。每当立法机构暂停审议,那些有资产的人都会松一口气,但是向纳税人增加新负担的工作从不曾停止过。

这种不断批量出台法规的做法是美国体制中最大的弊端。事无巨细,什么都被规范得细致入微的法律已经够令人生厌的了,当它们再没完没了地被改变时,简直就成了灾难。柏拉图曾提出过一个绝妙的主意:他说应该规范孩子们的游戏,并且不能随便更改,他是这样解释的,当这些孩子长大以后,法律就

不会被他们不断地改变了。他的这种想法所针对的就是雅典多产的立法体制的弊端。希腊洛克里斯的法律规定,在出席国民大会时,提出一项法律的人应将脖子套上一个绳套,如果此项法律未获通过,则应将他立即绞死。在雅典,如果一项法律在实施中产生了不良的效果,任何一位公民都可以向这条法律的提出者施以人身攻击。但是这在美国的政体下,这样的法律责任无人负担。在美国如果允许对那些提出不良法律的人提出指控的话,那么法院的数量必须增加一倍。

但另一方面,需要说明的是,我们生活在一个空前的工业化飞速发展的国家和年代。许多商业行为都是需要规范的。人们能够轻松地积累财富无疑是件好事,但是当有人用类似大棒、粗棍、印地安战斧和剥皮刀之类的方式敛财时,法律的规范和制裁就显得十分有必要了。这是反对和制止中世纪式的野蛮方法的需要,但是一般法律的表述都是难以理解的,而且对于那些永远不会使用这种方法的人,它们是一种障碍,会使他们陷入困境。管理委员会成倍增长,却从未发挥出什么好的作用。我们只能说,普遍来讲,对于各种律师,无论是优秀的还是拙劣的,无论是诚实的还是不诚实的,他们的诉讼领域都得到了极大的扩展。律师的地位在商业生活中上升到了一个前所未有的高度。

我们必须承认,现代社会的很多的罪恶都应归咎于律师队伍的臃肿和庞大。其中有很多人无论是在人格方面还是在法律知识水平方面都是很不称职的,并且没有丝毫改善的迹像。当然,大多数重大的法律业务并不是由这种律师办理的,但他们毕竟是律师队伍中的害群之马,几乎每个规避法律的诡计都

是一些企图为委托人谋取私利的律师发明出来的。这种律师充斥了立法机构,他们通过那些毫无价值的法律产生影响。我们审视一番法律,就会发现,法律中最大的问题并不是出自于法律本身,而是出自执法者。优秀的法官和良好的法庭可以使体制的灵活性和变通性得以完善。即便有最好的体制,如果法官和法庭的素质和水手跟不上,那也只能招致怨言。虽然我们的私法体制很不完善,但对于一般的诉讼结果并没人提出抗议,这是因为,总的来说,上诉法院的人员还是具有较高水准的。

在美国的许多地方,刑法的实际实施状况在许多方面都不如人意。这种情形本来是应该避免的,因为联邦法院总是摆出一副公正严厉的执法姿态。这一点,许多州法院都做不到,其首要原因应归咎于刑法法庭的特点。我们没有必要过多涉及这些不愉快的话题,但实际情况谁都明白。主持法庭的法官并不都是从当之无愧的。然而,从法官的角度来看,最糟糕的情况也许莫过于法官力求改善,但最终却遭到法院的遏制,对于那些不会涉及有罪还是无辜的技术性的事情,他们总是倾注全力。另一个严重的弊端是有德有识的陪审员极其少见。法官既不能参与陪审团审议,又不能为陪审团提供帮助,也无法制止或纠正他们的不法行为。

一旦你步入英国的刑事法庭,一定会对它的风格表示惊讶。在那里,按照朴素平实的正义原则,律师们所办理的案子进行辩护。案件的审理简明扼要,没有陪审员愚蠢而拖沓的盘问,公诉律师的一切行为都非常谨慎,审判是平静和公正的。被告的律师不会做出任何与不符身分的可耻行为。由社区中

的德高望重的人组成陪审团,证人的可以直接提出证据,无需经过是否容许、是否值得采纳的拖沓冗长讨论。每个人都在努力得出案件的真相。法官在指点陪审团时,会清楚地指出证据的确切意义。他们向他们陈述同事实相关的法律条文,而不是念上一大堆一般的陪审员听不懂的书面指示。陪审团会努力较迅速作出裁决。

也许可以公正地说,私法领域的所有问题差不多都出在审判席上,出在那些差劲的陪审员身上。在民事案件的审判方面,英国法院和美国法院之间存在着巨大的差别,不过,在法官水平,双方律师技巧娴熟和经验丰富的程度上,美国的民事审理应该很接近英国民事法庭的作派。但实际情况却并非如此,在美国,由于一些法庭中的法官在处理案件时,不会从法律的角度去着手,使得律师无法发挥技巧,反而处于劣势地位。

美国法院与英国法院之间之所以存在这么大的差别,归根结底是因为各自不同的审判席。在英国除了在初级和地方法院出庭律师,其他出庭的律师都有陈述意见的权利。对于在法庭上处理案件的律师,人们有公认的标准,即有技能、有经验。为了避免浪费公众的时间,法庭不应准许与案件无关的人进入。英国的出庭律师必须是出身于律师学院。律师学院是唯一享有征召出庭律师特权的机构。由代理律师挑选出庭律师,由委托人作出决定。代理律师挑选出庭律师只参照他们已取得的成绩。但是,这就导致了另一个问题,在这种体制下,初出茅庐,没有经验的年轻律师如何才争取到这样的位置呢?在另一个不成文的规定中可以找到答案。审判席上的律师座次等级森严,有高级和初级之分。高级律师不得在没有初级见习律

师在场的情况下接手一个案件。初级律师当然可以自己接手案件,但在他未向代理律师展示出自己的能力之前,要想上法庭是不可能的,只有经验有技能的高级律师的指点下,这种希望才能得以实现这些都属于自我规范的事情,大家都恪守关于级别高低,地位先后和有关行为的规定。理查德·贝泰尔在大法官法庭中的任高级律师时,有一次,他同他所指导的初级律师一起去上诉法院出庭。在进门的时候,这位初级律师由于一心思考着要在法庭上的发言内容,在他的导师前面推门走了进去。理查德先生碰了碰他的胳膊,语调和蔼但却毫不客气地指出:

慢一点,慢一点,小伙子。即使我们不能教会这些人懂法律,那么至少我们应该给他们上一堂礼节课。我应该走在你的前面。

在英国的体制中,在法庭上处理案情是法律程序中最重要的一部分,必须交由那些同委托人毫无关系的专家来做这种事。这就会导致一个隐性结果,也是最好的一个特征。由出庭律师来进行诉讼,最重要的审问工作由他完成,在整个过程中,他们同委托人发生任何联系。他们之间不是雇佣关系。彼此是完全各自独立的。他们给出的建议不包含任何个人因素,也没有任何利害关系。无论谁都不能对一个出庭律师说:“你应该这样做或那样做。”或“我希望这样或那样。”代理律师也不用担心他推荐或聘请谁作出庭律师而影响到他与委托人的关系。

法国的律师行业也有这样的规矩。出庭律师不得接受任何雇佣关系。他不能有交易,他不能对任何交易表现出兴趣。

他不能长期受雇于一个特定的委托人。在英国,从不曾有哪位高级出庭律师在公开讲话中流露中偏袒某一位或某一些委托人的迹象。

美国的律师行业没有分工。在处理诉讼和建议权方面,所有的律师都具有同样的资格。在一般情况下,大多数律师都担心委托人会被能力更强的律师占去。由于在处理诉讼时只有少数称职者,结果就很自然地导致了大量诉讼得不到好的处理。在美国律师们看来,在法庭上处理诉讼远不如其他的活动重要。几乎人人都被视为是可以出庭审理案子的。只有在审理特别重大的案件时,才根据律师的能力来选取诉讼者。这使得诉讼水平日渐下降,于是律师们对法官的标准形成了错误的看法,这种看法逐渐散布传播开来。几乎每一位律师都自认为完全可以胜任法官职位。法庭上的低水平诉讼,再加上法官是选举出来的,使法官的水平也是越来越低。在芝加哥这样的大城市,就可以找到这种司法官的典型。他们其中有些人甚至在连诉讼中必须使用英语这样的规定也不能遵守。法官的选举经常同议员的选举搅在一起。律师协会,也经常暴露出一些水平极低的法律思想。高级律师在公共场合无所顾忌地以委托人代表的姿态出现。他们应该记住,他们是公众的代表。结果就造成了人们经常以怀疑的目光审视那些出现在公共场合的处理大案的高级律师在公共场合经常受到人们的怀疑目光的扫射,怀疑他们到底有没有资格胜任那些公共职务。

由律师业的这种状况导致的另一个结果是律师职业的标准化。随着律师的职责范围的不断扩大,很快出现了一些大的律师事务,法律工作在这些律师事务所中成了例行公事,像工



厂中生产有统一标准的产品一样。那些负责人都考虑生意该怎样做下去。律师同案件之间不存在任何个人关系。事情被分派到每一个职员的身上,由他们去具体操作,而不是进行直接的指导。美国,即便是中等规模的律师事务所也不如英国的结构紧凑。一项大的业务会连带出许多其他事情,需要雇一大批人去完成。这些雇员要做大量必需的调查研究工作,他们得不到有经验、有成就的律师的指导。律师业在各种因素的共同作用下成了今天这个样子,不再是一个需要广博的知识和才能的职业,完全成了由按钮和要求服务的唤铃操纵的生意机构。

也许会有—位改革家站出来,那就让我们通过一个确立英国体制的法律吧。如果是这样,那么这位改革家太天真和无知了,要将英国的体制在这个国家中实行,那简直是天方夜谭,就像让乳齿象在大街上乱跑—样。对于任何—位律师或任何—个有知识的市民来说其原因是显而易见的。如果这位改革家胆敢这么提议,把在法庭上陈述意见的机会留给那些特别的专业律师,那他就会被各种现代欧洲语言发出的抱怨和声讨淹没。无数依靠现行体制维持生计的律师,就会马上巨大结成—个反对派,他们的力量是不可抗拒的。设想改变现行体制是毫无用处的,除非让公众认识到了现行体制的巨大浪费,并通过循序渐进地改变进入律师业的标准这个长期的过程,逐步改变现状。应该把接受文科的高等教育确定为标准—。应该撤销批准录用律师的委员会。只有那些开设得到广泛的认可的法律课程,而且拥有合格证书的法律学校才能被允许向法庭输送人才。只有这样,随着时间的推移,这个律师业会自行发生变革。这一步是迟早都会走的。改革的过程会很缓慢,但—定

会发生,所以我们大可不必对法律或律师业的未来希望。

回顾几百年前的事情,再静下来想想未来,这样,或许会对未来作出恰当的判断。假如有人对亚里士多德说,未来会出现一个帝国,它的版图比他昔日的学生亚历山大创立的帝国辽阔得多,那儿没有奴隶,人人都能按劳取酬,无论是底层或高层的公民都通过投票参予政府的事务,政府首脑和大多数官员都是选举出来的,一个大城市中会有上百万的居民,那么他一定会马上说不可能。假如一个奥古斯都时代的罗马公民,正哀叹共和国的衰落,听说有这样的一个帝国,那他会回答说,人心总是不稳定的,这样的帝国一定维持不了一年。再假如,无论亚里士多德还是那个罗马人,你告诉他们,在那个帝国中,有这样一种宪法体制,每一位公民,无论社会地位高低,他们的一切权利都受到政府的书面文本的保护。他们是不会相信这些话的。再假如你对他们说,法院无需动用军队就可以对立法机构说:“你的法律违背了政府的宪法,因此不能实行。”这条法律于是就不得不到实行;法院还可以对政府的行政首脑或他的任何一位官员说:“你所提的法案,虽然有政府的权力作后盾,但不符合国家的法律,尤其是不符合最高法,因此我们不许你颁布这个法案,并要求你做出纠正。”那位罗马人一定会说,西赛罗在他最伟大的一部著作中,曾对这一天的到来做过预言,但是却没有赢得任何人的相信。亚里士多德会回答说:“我曾有过这种模糊的梦境,但我知道这是一个梦,因为这是一个法治而不是人治的国度。”假如埃文·西德尼与哈里·维恩对他们的悲惨命运能够换来这样的法治有所预见的话,他们一定会欣慰地说:“主啊,让你的奴仆安静地离开尘世吧,因为我已经看到救

世主降临了。”

生活在这样的环境中的人,只要具备了道德和勇气,就完全可以开创自己的美好生活,可以表达任何他认为正确的观点,在踏上人生旅程时满怀希望,而且谁也不会意识到自己的生活有多么幸福。虽然还存在着很多恶,比如政府要比很多人所想像的更腐败,政府机构臃肿,造成了人力财力上的巨大的浪费,有才之人怀才不遇,无能之辈却身居高位。虽然我们的法律和法庭在终审中并非总能作出公正的判决,但是这一切都无法掩盖这一事实,即我们已经给了人民最高和最现实的公正的形式:法律面前人人平等。

在美国,有这样一个政治派别,他们坚持认为,如果美国政府能够采纳英国的体制,由立法机构掌握最高权力,行政领导机构是由一个从立法机构挑选出来的内阁,我们国家将会治理得更好。法国正是由于采用这种政体形式而长期处于动乱状态,现在才刚刚恢复过来。实际上,除了英国,这种体制在别的任何国家都行不通。他们还坚持说,这样的政府更容易接受公众的意见,反应更迅速。后一种说法确实不错,而我们最有力的反对理由也正是这一事实。正是由于这种政体形式,使得英国人口中有一大部分人始终依赖公共救济生活,先有济贫法,后来又实施了各种救济措施。

比之不断变化的英国政体,美国的制度则始终表现得极端保守,简直如履薄冰。公众的意见是有不可忽视的影响力,但通过行使否决权,行政机构一次次地把强大的舆论压力顶住了。多年以前,由于格兰特总统的否决,使我们从不兑现纸币的异端邪说中解脱出来。后来又有克利夫兰总统坚决抵制住

了银币自由铸造政策的信奉者。还有很多别的例子,有些就发生在近期。我们这个国家实际情况中最首要的一点是人口众多,有各不相同的价值取向和利益要求。在某个具体问题上,要让愚蠢的群派达成一致的看法是根本不可能的。原先人们的看法是只能在一个小的州中实行共和体制,现在看来它只能适用于很大的州。倘若一些不可靠的危险法律真的在国会中通过了,一般情况下,总统都会表现出较高的公民责任感。他可以行使否决权,并且在其任期结束之前,这种权力一直是极其牢固的。假设总统也没有否定,这条法律还需要通过立法部门的详细审查,在所有的政府机构中,立法部门总是具有最高的公民责任感的。公众意见必须经过长期的考验、筛选,去粗存精,才能最终占据优势,这是美国政体最突出的一个优点。

那些异想天开的公众意见可以通过两种途径得到发泄。各州都有立法机构。在那儿,可以对各种突如其来的政治思想进行考察。最容易受到公众舆论攻击的州成为令人不安的例证。目光短浅的人认为立法权应该由联邦政府掌握,如果真是这样的话,我们的政治历史早就成为一本失败的记录,而且还将永远不得民心。从法律的角度来看,我国各州相对独立,而且投票选举权是全国通用的,虽然人口成分复杂,流动性很强,却一直是世界文明国家中最传统的一个。要构建出一个高度文明的法律体系需要经过几个世纪的长期和坚持不懈的努力,但倘若对任性偏激的公众不加约束,这个体系用不了几年时间就会变得支离破碎。那些的人会带来合众国的某个州走进死胡同,对无知之人的胡言乱语不加控制又可能会导致另一个州的毁灭,甚至几个州可能会结成联盟企图颠覆掉合众国。但

是,在当年的宪章大会筑定的堤坝中仍然平稳地流动着国民的主流。每个真正热爱这个国家的人都会希望它继续是一个保留传统的国家。

直到今天,最高法院仍然保留着我们的宪法。世上最威严的事情莫过于美国的最高法院坐下来考虑一个关系到全体国民利益的宪法问题这件事了。法院本身就是一个崇高庄严的地方。那里充满了镇静和节制的气氛。在诉讼理由向法官陈述之前要作严谨、周到、细致的准备,要做大量的调查,不能忽视每一个细节。要从各个角度考虑讨论中的法案或政策。这项法案的制定原因,相关的政策,名义上的公正要求,同存在的规则的冲突,一切措辞严谨又不拘泥于字面的理由,用于各种解释说明的法律规章都要摆出来,反复进行辩论、权衡和检验,最后的审议则由经验丰富,知识渊博的法官进行。如果提出了新的论据,就有可能展开新一轮辩论,直到最终达成一致意见,这时,人们已经尽了最大的努力了。

这是我们的宪法制度所导致的结果。这样的东西在法律史上从不曾出现过,美国宪法是法律发展过程中的一个里程碑。它是众多精英思想的结晶。它的内容是人类历史经验的总结,尤其是英国人法律实践的总结。它在普遍性和特殊性之间达成了一种微妙的平衡这使它成为一个健全开明的典范。对于它威严庄重的文字表达,我们可以毫无保留地给予称赞。它集中体现了英国人的最优秀品质,面对各种在不同意见时的镇定和自我克制,在相互敌对的倾向性之间明智的妥协等等。它是法律的一个全新起点的象征,它是一个以合众国的形式缔造起来的帝国的基础。这种在联邦政府的各个职能以及各州的

职能之间达成的公正精确的平衡,不能不说是一种令人惊叹的大智慧的结晶。任何背离国家和地方政府间的这种平衡的做法,任何企图修改联邦政府同州政府间关系的尝试都是行不通的。民主政府的潜在危险源永远是那些目光短浅的自以为通过法律就能将人们的行为规范成一种人为模式的人。

法律制定者应该是所有人当中最具备历史价值观的人。当这些制定者中的一位放眼世界,看到法律的未来属于联邦共和政体时,当他对澳大利亚和它的联邦州的宪法形式和最高法院进行考察时,当他为加拿大在保持联邦立法和地方立法权之间平衡的机制下统一起来的各省思索时,当他对人口成份复杂的南部非州联盟所取得的非凡成就进行总结时,当他对如果没有从美国宪法史中汲取经验,那么这些出色的、将来注定要为千千万万人谋幸福的社会集合体将无法产生这一问题有所认识时,站在我们崇高的宪法面前,这位法律制定者应当感到万分崇敬和仰慕。更重要的是,当他遵循宪法所建立的最终司法法庭的历史性决策时,当他意识到共和国的缔造者奠定的基业在宪法的权力、智慧和冷静的制约下而万古常青时,当他站在公民的权力和立法或行政机构的独裁倾向之间时,他应该问一问自己:“我是谁?一个虚弱的苍白的幻影,我不应该认为我的鲁莽和轻率可以超过法庭上积累起来的智慧,法庭是世界上最威严的地方,当我被人们遗忘很久之后,它会将公正平等的大厦建得更高。”假如那些异想天开的人一定要侵犯司法权——他们过去就是这么做过,以后一定还会这样做——我们断定他们是不会得逞的,因为司法权只有目的,就是保持公众利益和公民权利之间的公正的平衡,无论一个人社会地位高低,也无

论他是达官贵人还是平民百姓。从杰斐逊到罗斯福,这些倍受人们崇拜的人都曾经攻击过我们的政府,但从来没有在这坚固的堡垒上留下过什么痕迹。法庭从不曾作出还击,它无法向公众发出呼吁,它只能指望普通公民保持清醒和冷静。然而,法庭上的专家的意见始终支持司法机关解释说明法律的职能,这些意见的力量已形成一股强劲的势力。立场不坚定的变节分子不能做到这一点,但来自法庭的巨大的道义力量从不曾衰减过,因为,在我们的整个宪法体制中,司法权是其根基,每一位优秀的律师都深深明白这一点。

## 第11章 尊重他国的权利

### ——国际法

早在古希腊各城邦间的协约中,就已有了类似今天国际法的内容。罗马人曾为了那时的国际法而战。荷兰和法国的律师使国际法有了更严格的意义。在拿破仑战争之后的那个世纪,国际法得到了迅猛发展。日内瓦仲裁法庭对三艘巡洋舰的裁决标志着国际法和国际仲裁法庭的成熟。国际法的核心是:国家之间也必须坚持公正,尊重正义,像人应该坚持公正,尊重正义一样。

法国大法官达盖梭曾经指出,用“国家法”来指称国家之间相互关系的法律是不恰当的。这位伟大的律师提议,这种法最好被表述为“国家间的法”。这一提法被边沁采纳了,并把它翻译成“国际法”,同时恢复了“国家法”这个名词在罗马法中的意义。人们一度普遍以为国际法是现代世界的产物,现在则完全可以断定,早在古希腊时期,在各城邦间达成的协约中,就已对某个城邦中的市民在另一个城邦领地中享有的权利作出了规定。他们已制定出相当完备的有关各国派驻的使者和国家间缔约的法规。当时的邻邦联盟议会拥有一整套古老的习惯法。关于希腊间建立城邦联盟的内容在邻邦联盟的盟约中有所记载,但从来就不能真正形成过这样的联邦。古罗马人在缔结和签署条约方面有相当严格的习惯法规。条约的审批由一个专门的教士团体负责。罗马人有这样的一条法规,假如一个由持



有委任状的特使拟定的条约遭到了罗马参议院的拒绝,那么这位特使就得向对方做出让步来履行条约中的义务。这使得大使在条约谈判中担负了很大的责任。罗马人还有个规矩是,无论什么样的外国势力,只要它占扰了在意大利的领土,他们就永远不会同它谈判。罗马人击溃迦太基人后,又把非洲人赶出了西西里和西班牙,在欧洲发展出一套古代门罗主义。接着立下一条规矩,无论非洲人还是亚洲人都不得在欧洲获取或占据土地。罗马人为了捍卫这条规矩在小亚细亚开始了同米特拉达梯六世之间的战争,在叙利亚同塞琉古一世的后代大打出手。罗马人提出的另一条是保护所有的盟友免受攻击。由于古赫尔维西亚人和厄端维斯塔人袭击罗马的盟友,凯撒发动了高卢战争,至少这次战争是以这两次袭击为借口发动的。罗马人就这样不停地作战,直到国际法中的那条提案被变成事实。

欧洲大陆最终归进了罗马帝国的版图,在此后的几百年中,国际法就不存在了。整个文明世界都处在罗马的统治之下,国际法自然就没有存在的必要了,就是这么一个简单的原因。所有国家之间的法律都是罗马人提出的,在野蛮人攻占了西罗马帝国之后,东部的罗马政权也危在旦夕,教皇为和平做出了不懈的努力,这些努力的结果之一就是在封建领主间颁布了称之为“上帝的休战”的和平教规。到了此时,国际法的原则逐渐复苏了,但这种复苏非常缓慢,非常艰难。有识之士实现和平的呼声此起彼伏。公元16世纪末,在苏利的努力下,结成了国家联盟,罗马整个因此恢复了和平。

与此同时,荷兰和法国律师使国际法有了更严格的意义。那些所有文明国家都认可的私法,被用以保护各国公民的私人

权利,就是罗马人所谓的“国家法”的内容,并非指国家间的法规。“国家法”的这种用意已逐渐丧失,它只被用于表述国家间的法律法规了。荷兰法官格鲁修斯并未采用“国家法”或“国际法”的提法。他的著作被命名为《战争与和平之法》。他在书中对罗马法的一般规则和国家间的协约进行了整理和编撰,还对一些关于使节和大使的古老的法规文献进行的归类整理,以此规范国家之间在战争或和平时期的的一系列行为的原则。这些法规被不断地完善,对许多事情都有了明确的规范,直到拿破仑发动了战争。瓦泰尔的《万国法》是关于到他那个年代为止对国际法的援用的总结。在我们的宪法中,本国同外国缔结的条约被视为法律中重要的一部分,现有的国际法原则在那本书中就被全部接受下来了。在很久以前,我们的最高法院就做出决定,已被认可的、通行于文明国家之间的国际法是本国法的一部分,对于国际法所产生的效力我们所有的法院都要予以承认。英国人也有过同样的结论。

在美国,国际私法之所以会空前盛行,是由从一开始就建立在美国宪法形式上的特殊的政府结构造成的。尽管在外国看来,美国这个联盟所代表的是一个单一的主权国家,但是宪法规定,各州间的相互关系除了受联邦宪法和各种法规控制外,所有各州都应相互视为外国。对于这种规定,我们没有必要讨论它是否明智。宪法又规定了一个州的审判记录可在所有其他州进行证实或获得认可,并且规定可以在各州之间引渡那些被指控有罪的犯人。宪法还规定任何一州的公民都应享有各州公民的特权和豁免权,但同时,各州法庭有权把他们的私法原则等同于那些在两个国家间援用的法规来处理诉讼。

那条伟大的修正原则就源于联邦宪法中允许联邦政府控制州际交易的规定。

最初的规定是，联邦法院在任何情况下都必须援用各州法院都一致遵从的法规。过了一段时间以后，最高法院又为联邦法院制定了另一套法规。通用法的法规规定，如果各州的法律有所不同，在处理发生在某个州的诉讼时，联邦法院可以自己的决定适用的法律原则，无须援用那个州的法律。在这里，我们举一个例子，伊利诺伊州的法庭长期以来一直认为，支票是银行存款和支取时的转让证书，但是，对于支票在被其存入的银行认可或支付之前对银行存款不具备效力这一更为合理的普遍规定，联邦法院不拟援用。于是，联邦法院处理了一系列它认为交易发生地的州法律不当就可以不遵从的交易。你会发现，其实这是一种古罗马法官的法律。

在另一方面，就像意大利把隶属于神圣罗马帝国的各省说成是相互关联，联邦政府对待各州的态度也是如此。早在公元10世纪时，巴托罗斯就说过，那些处于互相纷争状态的省份不能他们自己制订法律。联盟中相互间存在争议的各州也不得坚持自己的法律。在这种情况下最高法院将援引它认为适用的通用法的原则，而将诉讼各方的州法律排除在外。

对于各州都有各自的主权，宪法中有确切的规定，但刚才的例子却说明了它们接受最高法院强加的高于各州法律的统治都是迫于无奈的，虽然这种法律并无立法或其他强制力量为后盾，只是由最高法院判决并被认可的习惯法。尽管使用这种强制力的方法是否合理不能确定，但谁也不会否认，在这种情况下，高等法院的裁决是具有法律效力的。这种联邦法律被

德国心理学家克勒称为“超国家法”，虽然叫法不同，但其意思就是国际法。

美国法院在宪法通过之前就已存在了。根据各州联邦条款的规定，一个处理战时捕获的敌方船舶等战利品的法庭在费城成立了，用来裁决上报来的案子。任何国家都不得违反国际法原则是这个法庭判案的依据。我们的最高法院也遵循着这一原则，毫无疑问，对停泊在美国港湾的阿帕姆号舰作出的裁决，也将遵循这一原则。由于法庭不能将阿帕姆号舰纳入自己的管辖范围，于是这个案子被德国的捕获物法庭接去了。这就是对那个令人费解的理論的解释，一个法庭没有管辖权却具有审判权。法律竟是可以如此理解的！

国际法在拿破仑战争后的那个世纪中得到了迅猛发展。法律中的这个领域明确规范了许多事情，直到公元1914年第一次世界大战爆发。应该提到的是，美国最高法院在南北发展了最终目的地学说，这就是国际封锁法的一部分。在南部联邦的海岸线全部被封锁时，有人企图偷越封锁线让禁运物资在墨西哥登陆，再越过墨西哥边境转运至美国的方法绕过封锁线。但是，这批物资在运抵墨西哥港口前在公海上被查获，并被合法的战利品。同样被作为合法战利品捕获的还有一批打着运往拿骚的幌子，而事实是打算在拿骚转运以突破南部港口的联邦封锁线的货物。一次大战期间，从美国外交部发出的有关国际法事务的外交文书，由于文体欠成熟而不具法律效力。直到这时，国际法中最终目的地的原则才算真正确定下来。

美国的商业由于南北战争期间英联邦巡洋舰的活动而受到破坏。其中有阿拉巴马号、佛罗里达号和仙那都号。必须说

明的是,要追踪这些巡洋舰,当时的美国战舰在实力方面尚有欠缺。战争将要结束的时候,阿拉巴马号在英吉利海峡被摧毁。佛罗里达号命运奇特,在快打完仗的时候,驶进了巴西的一个港口。追踪它的一艘美国战舰紧守在港口外面,伺机撞沉它。但迟迟不见她出来,最后美国战舰也驶进港口,在佛罗里达号的旁边停泊下来。巴西政府出面告诫他们应当维护和平,一批根本无法与之匹敌的小炮艇被派出一字排开以示抗议。美军军官似乎也以和平为重,因此没有表示任何敌意。等到佛罗里达号的大部分船员都上了岸,美国战舰悄悄靠近了佛罗里达号,没有采取任何公开的敌对行动,而是将一根缆绳拴到了佛罗里达号上。就这样美国战舰用缆绳拖着佛罗里达号,全速地驶出海港,驶出了愤愤不平的巴西人的视野。

当然联邦政府对美军指挥官的行动是不支持的,并要求他将佛罗里达号送回巴西港。接到这个命令时,两艘舰艇正在那位指挥官的率领下驶离切萨毕克湾。接到命令后,两艘舰又调头驶回切萨皮克湾,向北航行。但此时佛罗里达号报告说船上出现了裂缝。行驶到港湾中央,它开始下沉,最后葬身海底。后来,这位军官被撤了职,算是表示了一种姿态。但后来他又提升为海军后尾舰队的总司令。为了揭露美国对待国际法的这种敷衍态度,这一插曲曾被日内瓦仲裁法庭引述,当时引起了哄堂大笑。

内战刚结束,法国皇帝就被勒令从墨西哥撤军,可怜的墨西哥皇帝马克西米连二世抛弃了。美国开始对英国对联邦巡洋舰的破坏提出赔偿要求。在处理美国事务时,英国总会看错形势。他们天真地以促进南部的自由贸易作为安抚手段,却没

有想到北方人早就被他们在战争中的表现激怒了。在外交事务方面,英国首相格莱斯顿一向缺乏判断力,这次又说出了一些过激的言辞。仇视英国的情绪在整个北方日益高涨,这也是情有可原的。公元1871年5月,汉密尔顿·费什任国务卿时,在华盛顿签署了一个条约,决定由日内瓦的法庭仲裁这次争端。条约中的某些内容不符合国际法的原则,而在法庭就英国对联邦巡洋舰应负的责任做出审议时,这些内容将会起到决定性的作用。公元1871年12月,对阿拉巴马号的仲裁法庭在日内瓦的德维勒饭店开庭了。对这次著名仲裁的始末,美国人从不曾切实地了解过。

当时被称为美国审判团团长的威廉埃瓦茨是美方代表。他来自纽约,马萨诸塞州的凯莱布·库什是美方的总策划,他后来被格兰特总统任命为美国首席执法官。在战争爆发前,库什的政治生涯遭到所有马萨诸塞州人的唾骂,当时,参议员萨姆的话被人们奉为福音。战争期间,在治国方面,库什提供了大量法学资料,国务卿西沃在这方面可谓一窍不通。但就在战争爆发前,有人将他写的一封信交了出去,这使他再次成为大法官的机会被彻底地破坏了,其实那只不过是一封介绍信。库什在会讲多国仲裁人的语言,甚至会讲西班牙语和意大利语。埃瓦茨和库什得到了俄亥俄州的莫里斯·维特的支持,在格兰特总统当年任用库什不成时,莫里斯·唯特被任命为首席执法官。律师似乎被格兰特看成了忠诚的军官,只要是胜利者就会得到他授予的最高奖赏。

那些并非精通国际法知识的英美知名人士在条约中订立了一条原则,在中立国的管辖区域内,对于那些“装备齐全、全

副武装”的舰只,只要它“有理有据地相信”对与它和平共处的国家进行巡航或有作战企图,那么它就可以对其采取“适当的警戒”;如果在它的管辖区内,那艘舰船有意处于全部或部分战备状态,那么为了防范有此企图的任何舰只离开它的管辖区域,中立国有权采取适当的警戒。在第二条原则刚被制定出来时,由于说法过于荒唐,因而在争端双方的一致要求下作了修订,现规定为中立国不得允许交战国中的任何一方使用其港口或水域作为备战或招募人员的基地。

第一条原则的文字很不精炼,假如表述者是一位精通法律的律师,就会将意思清晰地表达出来。像上文中所提到的“有理有据地相信”这样的说法是很不恰当的。这种说法是否包括要采取适当的警戒措施去发现舰船具有巡航或作战的意图呢!或者它的意思只是说被动地等待被侵害的那个国家发出信号,而不采取主动措施去发现信息呢?如果原则打算规定中立国必须采取合理的警戒措施,那么,首先就要对在其管辖区域内装备齐全或全副武装的舰船是否有巡航或开战的意图进行调查;其次,阻止装备或武装其管辖区内的这类舰船;第三,如果在其管区内的这类舰船有意处于全部或部分战备状态,那么要阻止任何有此企图的船只离开管区。这样,用正规的法律语言进行表达,这些原则就清晰易懂了。美国方面对于“适当的警戒”提出的论点是,它必须同环境相当;对于“有理有据”的看法是,需要通过采取适当的警戒措施,以等待这些根据。而英国方面的论点是,按照本国和国际通行的用法,“适当的警戒”的实际定义通常是国家在处理自己的重要事务时表现出的那种关注。关于“有理有据地相信”,英国认为不应该通过先行警戒

以确证某件事。按照条约的内容,根据国际惯例,尤其是从我们自己的实践来看,英国论点确实是无懈可击的,我们不得不心悦诚服。

还有另一种情况并没有被第一条原则考虑到,那就是:假设一艘舰船已在中立国管辖区内进入战备状态,离开中立国港口时,此国并未有适当警戒,那么按照国际法的要求,在这艘船被交战国装备之后,这个中立国是将其视为交战国的军舰呢,还是若发现了这船在其管区内,就当作它是刚刚在那儿装备好的而阻止它离开呢。这艘舰船如果以欺诈的方式逃离了中立国的领海并被装备成一艘正规的战舰,那么被欺骗的中立国是否可以将其视为一艘正规的战舰呢?所有这些问题都是有可能产生的,而这个晦涩难懂的条约并没有对这些问题作出任何回答。不管根据是什么,很明显,这些都是有关国际法事实或真正主张的问题,至于动机、感情因素或公开表示倾向于某交战国都不可能带来什么结果。原来制定的第二条原则明显悖离了国际法,双方一致同意进行修订。关于适当的警戒,它并未作出解释,并且使人对中立国是否应对它的港口被用于招募人员采取预防措施,或者所采取的适当的警戒是否足以阻止这样的招募产生疑问。关于这一点,无人知道在专家讨论之后究竟做出了什么样的决定。

条约规定,在开庭之时,各方政府应对案情进行陈述并提出辩白,看起来我们的书面陈述根本站不住脚。细想之下美国政府对此案的处理很不周到,肯定会受到指责。实际上,人们不仅指责我们在仲裁期间的表现,而且还指责我们在出庭代表的选择上很不明智,有失国家尊严。指责自己的国家一向是件



招人怨恨的事,但为自己的国家撒谎并不是爱国主义对人们的要求。除非你是国家的大使。事实上,我们可以推断很有可能有人针对仲裁讲过一些实话,但是,在这个国家一般的史书中是绝不可能找到任何记录的。

美方是由本克福特·大卫提出诉讼的,这个人有一定的外交经验,但并无辩才术。他是在最高法院的书记员职位上去世的。从他所写的案情报告和在这次仲裁中都没有看出他有什么法律才能。英联邦的阿拉巴马号、佛罗里达号和仙那都号巡洋舰的活动是亟待解决的主要问题。在我方的陈述中还提到了另外一些舰只,但其中有的根本没有证据,甚至连理由都不存在。关于这些舰只,英国方面根本没有问题,并不需要负任何责任,因此,把这些毫不相干的事混在一起实在叫人费解。

阿拉巴马号是在英格兰建造的,并在那里被装备成一艘战舰,它之所以被准许驶离港口,是借了一位官员生病的机会,这当然已是在向英国政府发出警告之后的事了。佛罗里达号的情形则不同。它也是在英格兰建造,被部分武装起来,它驶离英国港并不是由于英方的疏忽。那时它已驶入英国港,停靠在纳塞码头。在那里被英国捕获,但英国捕获物法庭的理由是,它还未被装备为一艘战舰,于是,它得以免于起诉。于是,在一个荒凉的小岛上,这艘舰被彻底武装起来,并且迅速突破了海军中队的封锁,驶到了美国的莫比尔港,然后被编入现役,作为一艘战舰驶离港口,再次穿过了海上封锁线,后获准进入英国港,在那儿装上了煤,变成了一艘真正的战舰。

指控仙那都号的惟一证据就是它在澳大利亚的英国港口墨尔本招募了一部分船员,后驶离港口加入了美国捕鲸船队,

从事掠夺活动。虽然英国人据理力争,宣称在佛罗里达号获准入莫比尔港之后,英方就不应再为其行为负责。但英国政府应该强调指出,是美国没有对佛罗里达号尽到职责,它本该予以关照以减轻其所受的损坏。是由于美国疏忽而使佛罗里达号出入一个应当是严密封锁的港口。对于佛罗里达和阿拉巴马这两艘舰只我们都是没有实力充足的舰队可以进行追击的情况下才使它们开始掠夺航行的。追击巡洋舰为什么会使用战斗力如此弱的舰队,这是美国内战中最令人费解的一件事。佛罗里达号和阿拉巴马号在横行海上两年多,不计其数的舰只被它们烧毁、撞沉或捕获,几乎所有的商船都被赶走了,他们纷纷跑到英国米字旗下寻求庇护。

仲裁法庭的成员来自多个国家,读过一点法律的斯克洛普伯爵是由意大利提名的,这位温雅有礼的绅士,说话啰里啰嗦,头脑糊涂,还不会讲英语。瑞士任命的仲裁人是斯坦福利,他不是法官,但显然对英国抱有很深的反感。有人在一封信中把他形容为“像匹马一样无知,像头驴那么倔强”。他也不会讲英语。巴西的仲裁人是百龙,后来又提名了维斯康特·意泰卓巴,他沉稳冷静,具有司法裁判的天赋,也不懂英语。不过,在对英国人的声明中他已表明了他的态度:“你们有很多钱,因此赔偿损失时的数目应该大一些。”这些人都不是法官。英国把头号首席法官考克伯恩派来了,应感到羞愧的是美国,他们没有委派一名法官,却派来了查尔斯·弗朗西斯·亚当斯。他就是美国驻英国的公使,早就介入了这些事情,早就在仲裁法庭开庭之前对所有问题形成了固定的看法。这个法官席的组成很不成样子,只有考克伯恩一人是资深律师。在这里,需要说

明的是,在公元1892年“海狗仲裁”签订的条约中规定,仲裁者须由德高望重并能熟练运用英语的法律界人士担任。遗憾的是,在公元1871年的条约中还没有这些规定,甚至到了1892年,参议员摩根竟还被美国政府称为“德高望重的法律顾问”!

我们知道美方人员中有两个明显的不足之处,现在只好寄希望于大卫先生发挥出他的最好水平了。他在辩论中首先是对英国进行了一番恶意攻击,这番论述没有涉及案情,格莱斯顿、洛德·罗素和帕默斯顿和一些自由党政治家的敌对言论都被引用于他的发言中。这些人以前都是支持南部联邦的,他们坚称由于英国希望南部赢得战争胜利,背信弃义地承认南方为交战国,并协助南方建立了封锁线,还默许给他们巡洋舰装备。条约中承认这是出于疏忽,而在法庭辩论中却被断定为实际的作战行动。发言充满了敌意,在这样的场合中大可不必如此。很明显,在这种毫不相干的事情上对英国的表现进行这种攻击,实在让人莫名其妙,因为这同要审理的事实毫无关系。任何一个能够在国际法庭面前代表美国的律师都不会这样胡言乱语,如果在我们的法庭上审理一宗平常的疏忽案时,说出这样的蠢话,法官早就以造成先人之见并且显然与被审案情无关为由让他们闭嘴了。这就好像杰克指控汤姆犯有疏忽罪,却向陪审团申诉汤姆之子曾说了许多对自己不敬的话,以及汤姆曾把钱借给杰克的敌人,以及诸如此类的蠢话一样。

英国最杰出的律师之一朗戴尔·帕尔默契作总结发言,后来他成为塞尔伯恩伯爵和大法庭法官。美方在答辩中强烈反对的那部分也被在总结发言中陈述出来。对于“适当的警戒”及关于舰艇的性质“有理有据的相信”这两个问题,英方在陈述

中特别引证了美国政府的做法。首先,引证了在 1817 年和 1818 年允许装备战舰并允许这些战舰驶离美国海港对西班牙和葡萄牙的商船进行掠夺——当时我们同这些国家没有任何争端。其次,引证了沃克擅自远航中美洲从事海盗行径,以及罗帕斯远航古巴,——他们都是从美国港口出发的。第三,引证了芬尼亚组织对加拿大的劫掠行为。

这些被引证的历史事实都是美国的耻辱。在陈述中,英国重点说明了美国总是竭力主张,一个外国政府在采取扣押所谓战舰的行动之前,必须先掌握确凿无疑的证据;在战舰以欺诈的方式事实上离开了我们的中立地盘之后,甚至允许那艘舰只将它的捕获物带进我们的港口。至于海盗行为的远航,允许在我们的港口进行战舰装备并征募人员,对一个与我们和平相处的国家开战,因为我们坚持外国政府必须向我们提出确凿的证据之后,我们才会采取行动;至于芬尼亚的远征,则是在城市公开招募的人员,在大众传媒上,斯威尼将军及其他芬尼亚组织成员公开宣称,被召来的这些人是要武装起来去劫掠加拿大。这在证明美国对“适当的警戒”有什么样的理解方面当然是条相关的证据。自己疏忽到这样的地步,要求另一个国家表现出比我们在自己的港口上更高的警觉,似乎是大过份了。不过,我们急于将这些丧尽颜面的国际行为忘掉,便提出强烈反对。在仲裁初期时的决定中,法庭的态度就已明显表现出来了,仲裁者们认为所有这些证据都是无效的。我们不知道仲裁委员究竟是以何为依据做出这种反对英国异议的决定的。国际法总是可以用国际惯例来证实的。

大卫先生的发言的最后一部分差点使中断这次仲裁。他

代表美国政府要求英国赔偿 20 亿美元,以此作为“非直接损失”的赔偿,由于多方面的原因而造成了这些损失,这些原因包括南部联邦巡洋舰的横行,偷越封锁线运送战争禁运品,大不列颠王国的一切不友好行为,以及早年英国认可南部联邦州为交战国。他们提出的索赔要求包括舰只在美国领海转运过程中的损失,商船多付的保险费,战争的延期和拖延镇压叛乱所带来的损失。西奥多·沃尔塞指出,在条约中,这些索赔的要求早已被明确地否决了。条约只规定赔偿巡舰在捕获、破坏及烧毁舰只的行动中造成的直接损失。在此之前的谈判中也明确否认了对这种非直接的损坏作出赔偿。听任仲裁要求其为此种无法控制、无法确定的损害予以赔偿,或对其政府认可交战国的行为负责,这对于任何一个国家来说,都是不能接受的。对于这种要求的荒唐和无耻,所有知情的美国人都是十分清楚的。格兰特总统以轻蔑地说这是“非直接损害的花招。”查尔斯·弗朗西斯·亚当斯和国务卿费什两人也很清楚,这完全是一个无理的要求,但出于国内政治的原因,美国政府不敢撤回这些无理要求。

长期以来,这些念头得到了美国国务卿西沃德派出的外交使节的愚蠢支持。他从一开始就坚持说,欧洲国家根本无权承认南部联邦是一个交战国!他坚持那些巡洋舰都是海盗船的说法,并且认为在所有的港口都应该将它们当海盗船对待。然而,是我们自己封锁了南联邦的港口,并且与它交换战俘,这种做法就已经把它看作一个交战国了,对于这些,他是十分清楚的。但是,北方到处流传着这种说法,我们的人民被搞糊涂了,无法正确认识国家形势。假如西沃德的说法是对的,那我们就

没有理由去封锁南方,整个封锁线也就是不合法的了。美国高等法院做出了反对西沃德的裁决,但是有四位法官唐尼、纳尔逊、卡统和克里福德对于北方封锁南方不合法这一问题上持有异议。说什么一个国家中的一部分有一个拥有大批军队的政府,还不算是一个交战国的说法完全是胡说八道。也许将来有那么一天,精通国际法知识的严谨作者会对西沃德在内战时期所作的荒谬的外交文书进行如实的揭露,然而实际情况是这样的,我们对于自己的历史常抱有太多的错觉和误解,直到今天,我们还把西沃德视为一个杰出伟大、才华横溢的外交家呢。

日内瓦仲裁会议由于大卫先生所作的案情摘要而陷于僵局。英方拒绝继续进行。会议最后做出决定,对大卫的索赔要求予以驳回。但却没有撤销诉状,而是由我方仲裁人查尔斯·弗朗西斯·亚当斯提议,仲裁委员会应一致宣布,对于非直接的索赔要求不予考虑,针对大卫那令人惊讶的不得体行为,这就算是最好评判了。这一判决一经宣布,驳复答辩就开始。美方陈述的那些令人无法容忍的部分,根本没有引起朗戴尔·帕尔默先生的注意。仲裁法庭继续开庭,对各种问题进行全面考虑再做出裁定。作出判决之后,法庭请双方进一步辩论,然而这不过是走走过场而已。伊万茨先生发了一次言,但仲裁委员会中只有二个人能听懂他的话,因为他讲的是英语。

仲裁判决英国对阿拉巴马号、佛罗里达号和后勤供应舰以及仙那都号对墨尔本征募负有责任,赔偿美国 1550 万美元。没有通过美国为追捕巡洋舰和被推毁巡洋舰等间接损失的索赔要求。虽然斯坦福利一直想提高赔偿金额,但现在给出的这笔数目就已超出很多了。还没有发现有什么损坏有和这笔赔偿

金对等的价值,这笔钱的一大部分显然都用在裁定书意图之外的某些方面。

在美国政府出版的四册一套的《日内瓦仲裁》,收有各位律师法庭辩论。在那里面,你会发现朗戴尔·帕尔默的论证是标准英语的典范,他那清晰的陈述和公正的论点令人钦服。伊瓦茨先生也表现出色,可谓不负其盛名。克莱伯·库什水平一般,而维特先生表现得非常一般,在此就略过不提了,但这次经历为他日后当选美国首席法官铺平了道路。

各位仲裁人都在仲裁庭上发了言。然而,斯克洛普伯爵的意见遭到大家的谴责。由于对国际法一无所知,斯坦福利和维斯康特·意达鸠巴两人都一味高谈阔论,不着边际,亚当斯先生的发言品位不高,令人觉得他根本不是站在法官的立场上看问题的。

从一个律师的角度来看,这次诉讼中值得大家学习研究的真正的合法文献是大法官考克伯恩所发表的不同意见。他果断地指出,在这种场合采用一种律师的态度是无可指责的。考克伯恩不愧为英国法律界最优秀、最有实力的律师,他在日内瓦仲裁庭上的表现更使他声名大振。他成就了在仲裁时提出异议这样一件大事,他对原告著名的起诉中所列出的证据进行了精彩的总结,然后对整个仲裁过程进行了全面的总结辩论。由于他准确地把握了法律论点,而且他同法律界权威人士有着广泛的交往,以及他的过目不忘的超凡记忆力,使他从不会遗漏任何有关特定案件的文件或证据,他对大卫的所为所作的既不失分寸又入木三分的嘲讽活跃了法庭气氛,他无情地揭露了向巴西乞求支持的可怜相,以有力的辩驳对斯坦福利表示蔑

视。他雄辩滔滔,成为英国人心目中压倒一切的宏论。在日内瓦仲裁法庭上,考克伯恩表现超群,使人们看到了一位真正出类拔萃的辩护律师。他那非凡的洞察力能够看穿无数细节,发现其背后的几个重要事实,然后他围绕着这几个事实,用炉火纯青的辩论技艺罗列出大量证据。从拥有最有力论点的佛罗里达号人手,以无可辩驳的论证及娴熟的论辩技巧将对手的阵脚完全打乱。他援引国际法,通过美国一个案例证实了无论佛罗里达号原来是什么身分,当它开始被装备为南联邦巡洋舰时,就应依法被看成一艘战舰。他也坦率地指出了英方对阿拉巴马号应负的责任,而对仙那都号,他也通过援用美国的先例,证实了自己的论点,即英方只是被要求在防止征募人员方面表现出应有的关注。考克伯恩压倒一切的辩论在这段日内瓦仲裁的历史上留下了辉煌的一笔。

虽然我们不能说日内瓦仲裁大大丰富了国际法知识,但从此之后,这个国家在履行其中立国的职责时真正做到了公正严谨,一丝不苟,这不能说不是日内瓦仲裁影响的结果。内战期间发生的了一件非常重要的事:指挥圣哈辛战役的海军准将威尔克斯在公海上拦截住了英国汽船特伦特号,并把偷渡封锁线逃到哈瓦那的南联邦特使梅森和斯力德尔当作战犯带到了这个国家。国务卿西沃德一遇上法律问题就会做错事,这次又错误地认为逮捕南联邦特使是完全正当的,好在林肯总统听从了克莱伯·库什和赖伯的建议,缓和了西沃德的强硬态度。两位特使被释放,同时,西沃德写了一封信,对伤害了他们的感情表示安抚,这样事情才得以平息。

在美国和英国之间,还发生过一次奇特的仲裁,关于这件



事,现在的大多数美国人都很想把它从记忆中抹掉。在公元1812年的战争中,大量的农奴被英国部队带走,战争结束时缔结了《根特条约》,条约中有对此事进行仲裁的条款。由于这件事情与农奴制有关,美国政府对此所表现的热情简直不亚于宗教。过了许多年,英国偿付了3120.496万美元,但没有归还农奴,那些离开了“自由之邦”的黑人依然在英国呼吸着彼邦的自由空气。这就使得英国不能不对美国人对待奴隶制的态度表示怀疑。

公元1872年,德国皇帝就温哥华岛与美国华盛顿州边界之争进行了仲裁。

公元1877年,仲裁书判定美国为非法侵犯了加拿大的捕鱼权利,并赔偿加拿大550万美元。贪得无厌的美国佬本可以少赔一些钱离开加拿大的捕鱼海域的,尤其是当政府已打算偿付赔偿金,使这些掠夺不义之财者负责的时候。

我们同加拿大之间已发生过多次仲裁。除了已提到的两次,阿拉斯加州同加拿大之间的边界于1903年确定。最终的捕鱼仲裁是1910年签订的另一份判决书。不过,以国际法的观点来看,公元1893年的海狗仲裁是最重要的一次仲裁。在这次仲裁中,美方的詹姆斯·卡特和英方的查尔斯·卢梭各自施展了精妙的辩论技巧。加拿大以在许多战场上的自我牺牲和顽强勇猛的精神证明了自己是一个伟大的民族。这次,他们又成了更大的赢家。

普里比洛夫群岛属于美国的领土。在每年的某个季节,海豹总是如期回到这个群岛生儿育女。在其它季节,它们离开群岛栖居大陆。卡特先生由此演绎出一个观点,认为海豹属于野

生动物,在被捕获之前谁也不能对它拥有财产权。这在罗马法、英国法和美国法中都有不容置辩的规定,此时作为一个物种,这些海豹是属于美国的国家财产。海豹群回到普里比洛夫群岛产仔是他的论点的事实依据。假如这个论点成立,据此得出的推论就是:即便海豹群离开了群岛,也依然是我们的国家财产。因此,当它们迁徙到大陆时,仍然受我们国家保护,而那些捕杀它们的猎人就是非法侵犯了我们的国家财产了。但是对于这些动物来说,到大陆觅食和到岛上繁衍后代,两者是自然的生命过程,是同样重要的,并没有轻重之分。因此他的论证是完全没有根据的,如果将他的论证引申到野禽马上就可以看出它的不可靠了。

卡特是一位优秀的律师,他具有透彻分析的能力,但他没有卢梭那样的智慧。任何一个头脑稍微机灵一点的人都看得出卡特论证中的缺陷。人们不禁疑惑,那些才智过人的律师怎么会以为其他头脑健全的人会接受这样的观点。但需要说明的是,这种观点是在没有比它更好的可供采纳的观点时被采纳的。我们在编撰案情摘要时长篇引用过一套文件,这套文件是由一个俄国人出卖给我们那些轻信的代表们的。这些文件纯属伪造。在听取这份摘要之前,就有人供认了这一事实。公元1892年签订的仲裁条约中要求仲裁者必须是德高望重的法律界人士。我们国家就选派出这样一位法律顾问,另有一位是参议员摩根。毫无疑问,我们的法律顾问投了反对俄国的票,但参议员摩根投了赞成票。也许今天他会被称作是一个“纯粹的美国人”。

在委内瑞拉同大英帝国的边界仲裁中,我们只是一个参与

者。克利夫兰总统对这一问题使用了好战的口吻，这件事震惊了全美国。在盲目听从了委内瑞拉毫无根据的领土要求而热血沸腾地义愤了一阵之后，出于愧疚，我们请首席大法官福勒和法律顾问布鲁尔作出反对委方的裁决。我们曾维护一个不诚实的政府，这是使人觉得最为糟糕的。其实，他们求助于我们完全是出于一种无理取闹的目的。英国外交大臣坎宁声称是他发明了门罗主义，他大言不惭地说：“在我的召唤下，诞生了一个新世界，并且使旧秩序恢复了平衡。”但我们的国务卿约翰·昆西·亚当斯声称门罗主义是他的发明。假如门罗主义真是坎宁发明的，那委内瑞拉一案就简直成了“搬起石头砸自己的脚。”假如坎宁能够预见到门罗主义带来的结果，那他就绝不会作出这种冒失的声称了。

据说国际法中的某些原则直到公元1914年才最终确定下来，然而在一次世界大战期间又被打乱了。很明显，在美国参战以前，写作外交文书需要一个像克莱伯·库什这样的人提供背景资料。以露西塔尼亚号被毁为例，这正是一个在写出文书后才开始思考的明证。这个事件产生的后果揭示了这样的事实。公元1915年2月4日，德国政府正式向美国宣布：第一，所有停泊在英国水域的敌方商船，都将在对乘客及船员的安全不予任何考虑的情况下被击沉；第二，中立国的舰只可能会遭到德方或其潜水艇用鱼雷误击。德国这样宣布沉船意图，对英国商船上的美国乘客不提出任何警告，也不采取任何安全措施，这真是骇人听闻的事。误击美国舰船的可能性倒是极小，当时所有作越洋旅行的美国人都乘英国客轮，在这种情况下，这实际上是无关紧要的。

公元1915年2月10日,美国政府对德方击沉中立国船只或危及中立国船上美国人的生命安全的意图提出了抗议,但对英国客轮上的美国乘客的生命安全只字未提,这就暗含着默许德方有权在不向载有美国乘客的英国客轮发出警告的情况下将其击沉的意思。“严厉的负责的说明”指的也就是这个,后来它被拿来当作对载着美国乘客的露西塔尼亚号英国客轮而击沉事件的抗议。其事实却根本不是那样。对德方来说,它可以声称,我们在说明中很明显已承认它在载有美国乘客的情况下,可以采取未发生任何警告就击沉敌方商船的行动。这并没有超越这一权力范围。

在此之前的露西塔尼亚号船长曾在濒临危险的美 国乘客提出挽救自己生命的情况下,曾挂起了美国国旗。1915年2月10日,美国向英国提出抗议。国务院表示,它对载着很多美国乘客的英国各轮所遇到的紧急情况完全了解,由于别的原因,德国有理由推定美国承认它的要求是荒谬,也是不公正的。这也许是事实。只是我们的国务院,似乎还以为按照国际法,这种对于中立国的损害是理所当然的。

但为了把事情解释得更明白,公元1915年2月16日,德国重申了它的意图,第二次强调了击沉载有美国乘客的英国客轮的意图。对这次声明美方竟没有做出任何应答,第二次机会挽救事态的就这样丧失了。这里露西塔尼亚号即将满载乘客从纽约启航。1915年4月22日过后,德国大使冯·波斯道夫起草了一份通知,并填上了4月22日这个日期,这一通知发给了所有乘英轮去英国航行的美国人,告知在公海上他们将会被不加警告地遭到杀害。1915年5月1日,签为“德国大使馆”的通

知在日报上登出。露西塔尼亚号则将于5月1日1点启航,而美国政府在得知船上有许多美国人,而德国使馆已通知他们将在公海上遭到杀害,并且还知道航行时间,知道德方将通过无线电同埋伏在海草丛中的潜水艇取得联系,以便在公海上合法地杀掉所有美国乘客的情况下,仍然对此听之任之,既没有要求冯·波斯道夫做出解释,也没有向德国发出任何警告,更不用说对德国公然宣布的意图提出谴责。所有这一切使这一事件成为美国外交史上最惨痛的一次失败。如果我们及时提出适当的抗议,惨剧是可以避免的。

于是,在1915年5月7日那个悲惨的早上,德国“按照预定计划”,屠杀了那条船上所有的美国人,其残酷与恐怖骇人听闻。国内立即爆发出愤怒、恐惧和仇恨的烈焰,在选民的一片愤怒的谴责声中,政府最后才发现,原来德国这种在公海击沉载有美国乘客的英国船只是有违反国际法的,而且保护本国公民在公海上的安全是政府的不容推却的职责。德国在2月4日和16日发出声明时,美国均应及时提出抗议。而且,我们甚至没有意识到,与此同时,美国政府也完全丧失了向被击沉的载有美国货物的英国商船提出抗议的权利。露西塔尼亚号即将沉没的时候,查尔斯·弗洛曼勇敢地正视这悲惨的命运,说:“为什么要害怕死亡呢?这是生命最美丽的冒险。”他从容地与船一同沉入海底,现在他早已到了“只有星星知道的远方”。通过这一事件可以看出,不了解情况盲目发出的外交文书会导致十分可怕的后果,甚至是毁灭。

露西塔尼亚号的被击沉事件发生后,在国际法中确立了这样一条原则:载有中立国乘客的商船在不保证乘客及船员安全

的情况下被击沉是不合法的。德国也赞同了这一原则。至于在没有装载禁运品的情况下,中立国的货物是否应受到保护则还需进一步的解释说明。

人类的种族发展史以及一个国家同其他国家必然要发生的交往向我们提供了教育与警示,各个国家对于正义和公理必须表现出同样的尊重,就像在一个文明国家中每个人都应该尊重正义一样。对于自由的基本理解,以及平等地对待每一个人和尊重每一个人的平等权利,在国与国之间和人与人之间是完全相同的,具有同样的约束力。国际法是将各国联系起来的正义纽带,为了做到在法律面前人人平等,任何一个对平等提出要求的国家,都必须同意同样地将平等给予他国。每一个国家都有义务让自己的公民懂得尊重他国人的平等权利。如果做不到这一点,这个国家要想得到与其他国家平等的位置,就是不可能的。这条正义的原则不但适用于个人,并且像适用于个人一样也适用于所有国家。伊丽莎白·霍克对这一支配一切的观念的诠释最为准确:

为了看到平等的事情,就需要所有人有一个共同的标准,我们渴望得到一切善,甚至就像每个人都在心灵深处渴望得到的一样。假如我自己没能满足别人心中这样的渴望,又怎么能指望自己的心愿得到满足呢?

## 第12章 结 语

### ——简短的法律故事

法律的演变和改革是循序渐进的,个人的愿望和理论对法律只能产生很少的影响,甚至不会产生什么影响,因为法律必须代表广大民众的理想和愿望。保留几百年前的某些标准,遵循祖先的某些习俗和传统是明智的,也是必须的,更重要的是改造这个世界,使其更好地造福于子孙后代。

有一个人曾经以一种漫不经心地语气对首席大法官考丁汉姆说,法律十分枯燥乏味。考丁汉姆斩钉截铁地回答:“我不赞成你的说法。”的确,律师们谈论的话题,除了那些法律上的趣闻轶事,对于一般人来说,无疑是枯燥乏味的。不过,在这本书中我已尽了最大努力,用这种会引起一般的读者的兴趣的方式来讲述法律的发展史。在那些从未接触过法律的人看来,那些终生埋首于法律的人也许是因为他们没有判断好法律是否能使人产生兴趣而作的选择。多数未接触过法律的人都凭自认为良好的判断力,对法律敬而远之,甚至避之惟恐不及。《圣经》中有一个猪鼻子里藏着金首饰的故事。伟大的剧作家莎士比亚以精炼的文字写道:“癞蛤蟆看上去十分丑陋,而且分泌毒液,但它的头却有一颗珍贵的宝石。”法律也是如此,我们权且把法律比作丑陋而且有时还有毒的癞蛤蟆,但在它的头顶有一颗珍贵的宝石,这颗宝石便是社会协作精神,它使我们能够生

活在相互调节相互适应的环境中。如果我们能够认识到这一点,法律就不会使人觉得没意思了。

《法律的故事》是从人还是一种没有理性的动物时开始讲起的,我们沿着一代一代人的足迹可以看到他们为发展法律所做的坚持不懈的努力,这种努力的方式不难理解也不神秘,也没有使用晦涩难懂的术语,而是以人类的共识为原则,一切智力正常的人都能够读懂,所介绍的是人类投入到法律体系的这门学科的精气神有多少。但是,法律从它一出现就存在着一个谜。为什么在所有的动物中只有人类形成和发展了自觉的判断力?为什么只有人类摆脱了单纯动物反应的命运,可以通过有意识的行为在一定程度上改造和征服自己的生存环境?在我们所知的哲学理论中没有一种能够解释这个古老的谜。无论是柏拉图或伯克利还是他们的继承者们的纯唯心主义理念都不能解开这个谜底。难解之处在哪里?就在理念依赖于语言,只有靠语言才能表达理念。无论是谁,要提出一个观点,他就必须使用语言。离开了语言,无论是唯心论还是形而上学论都无法存在。但在人类出现以前并没有语言,而在唯心主义和形而上学被人类思想演变出来之前,地球和宇宙就是现在这个样子,而且这个样子还将继续下去,如果,人类没有创造出或获得过的思想力量的话。然而人类的这些思想成果仍无法解开这个谜。科学家们用的是他那不容变更的法则,而这个谜却超越了一切人类的思想 and 经验,自然人类也就无法解开这个谜。人类自己当然也无法解释为什么世界是这个样子。自人类学会思考以后,就在明白了这一点,因此法律的一个基本概念就是,它是由人类创造的,自始至终具有一种超越一切人的意图



和设想的、塑造和控制人类自身的东西。假如我们能够深入了解这个最基本的概念,从它的最根本点开始进行分析,就会清楚地看到法律是建立在我们称之为“宇宙的道德政府”这个概念之上的,一切人类理性的发展都依赖于这个概念。

约翰逊先生曾说,在这个世界上,所有人都信奉同一种宗教。当人们问那是什么宗教时,他回答说:

那是世上一切人永远都说不出来的东西。

不过,多数人往往都坚持要弄个明白,试图说出他们的宗教信仰,假如人们对宗教的认识是可以定义的,把宗教看成是具有不同思想、有知识的人共有的一种东西,那也许就等于说,一切科学和知识只是一种思想,一种把这个生命之谜置于无限宇宙的深处,在那儿隐藏着人们认为世界、人类及其发展都是这种道德统治的结果的思想,但这种道德的本质仍无法说出。同这种观念密切相关的,并且是其中一个组成部分的是对人的命运的看法,对于这一点,我们应该引用一位伟大律师的话,而不是神学家或哲学家的话。韦伯斯特曾在一次最高法院的辩论中,提出史蒂芬·杰拉德的遗嘱条文不合法,因为它违背了所有的宗教。他引用了《约伯记》中一段最神圣的话:

树的生命是有希望的,砍断树枝,它还会再发芽,它的嫩枝会继续不断地生长,在水的滋润下,它会抽芽吐叶,成长壮大。但是人死还会复生吗?这个问题只有上帝和对上帝的信仰才可以作出回答。但是,信仰上帝的宗教并没有回答这个问题,而是教导人们说他会复生,他此生所尽的本分和职责决定了他的来世。

这种思想始终支配着人的行动,人们对法律的看法因此也

受到了影响,人的道德责任感是法律的根本基础。在其发展和演变的过程中,这种神学因素也在慢慢地苏醒,另外,随着人应该如何对待人的道德本性,以及人的道德本性可能会变成什么样的估价不断完善,其合理性也越来越高,那么最后,法律作为对道德本性的提高的一种反映,也会逐渐发展成更完善、更高层次的理性体系。人类曾试图用准确的语言来定义“希望得到的东西的实质,以及看不到的东西的证据”人类对此所作的努力今天再也不会令人感到敬佩。自从人类不再在自然界和生命的神秘面前感到恐惧,摆脱了在这种在恐惧中的颤抖的可怜虫的境地后,畏惧就被神学理论取代了,而且将这种理论用极不宽容和残暴的手段强加于人,强迫人们信奉。这只是可怜的野蛮人在可怕的神面前表现出畏惧并极力讨好它的另一表现形式罢了。

另一方面,宗教巨大的感召力对人们服从法律统治产生了巨大的影响。纵观历史,我们可以发现,所有文明国家法律启蒙思想的火炬,都是由律师从牧师手中接过来的。当火炬传到律师手中之时,牧师依然通过举行道义法则的仪式,使圣火在宗教的圣坛上熊熊燃烧。因此,在法律体系的背后支撑着它的道义法则总是随着宗教的发展而不断改善,宗教对法律的贡献比所有的法规都大。每一个普通人,即使不是宗教论者,也都在不知不觉中以这种长期继承下来的道义法则指导自己的行为。对美好事物的憧憬、对美好生活的追求、一切理想、希望、温柔、慈爱、自我克制以及一切“好”的东西仍然是驱使人公正守法的最有力的、也是最本能的感情因素。再没有人比布莱克顿对这种法律和宗教的结合表达得更完美了,这位写出英国第

一本法律书的老人既是一位律师又是一位牧师，在人们都已熟睡的深夜辛勤地工作对他来说是常事。他这样说：

法律被称为一门公正的科学，有人说我们是它的牧师，因为我们的信仰是正义，我们为它主持神圣的仪式。

在法律发展的历史中，不断伟人出现，这些伟人以他们的作为告诉我们，这不是一种诡辩术，而是为人类的进步作出了巨大贡献的学科，我们甚至可以说，也许它的贡献超过了其他一切学科的总和。

我们认为知道这种进步是一个完全自然的进程。先是人类进化到使用武器进行狩猎的时期，接着从制造粗陋的工具发展到制造较精细的工具，以及发明用火等，随着不断的进化，人类在相互接触中产生了进行交流的需要，于是产生了语言，并且语言得到了不断发展，后来又产生了对感知的结果进行判断和思考的能力。后来开始将捕获的动物圈养起来，这样人类就有了更稳定的生活来源。最后开始耕种农作物，于是人们建立了村落和城镇并居住下来，定居生活使人们之间的关系进一步密切起来。伴随着生活方式的变化发展，出现了各种不同的、延续至今的制度和习俗。家庭出现了，家庭的构成先是母系氏族社会，后来变为父系氏族社会。自然而然地发展到由一人掌握家庭权力的制度。父亲是一家之主，对别的一切家庭成员都有控制权。

伴随着这些变化，部落财产的概念形成了，每个部落都有一份自己的财产。与此同时，为了与生活现实相适应，承认了每个人对仅有的私有财产和武器的所有权。接着产生的概念是宗族的财产，当部落内部的松散的联系瓦解后，宗族间的血

缘关系开始被承认,后来又从宗族中发展出了家庭,于是家庭财产的概念也产生了,也许在游牧时期,仍保留着部落对牧场土地的所有权概念。而这时,人们开始积极争取拥有土地,并由此导致了争夺耕地的战争,最终形成了家庭的土地所有权和不容剥夺的地产所有权制度。自从出现了物物交换,那些可以拿来交易的个人财产或动产便使这种私有财产的概念扩展到个人财产。在农业社会中,不动产还不能作为商品进行交换,后来又发展出了商业和制造业。于是,劳动分工成了普遍现象,土地也就随之成为私有财产,也就能被出售或转让了。这些事情和各种所有权都有清楚的规定,不需要找出理由作证明。在这个变化过程中,人类作为一个整体从没有缺少任何一个步骤。但是人类开始出现了文明人和野蛮人的分化。文明人住在城市中,互相之间不停地打了几百年。野蛮人也建起类似军队的组织,各有自己的国王和带领大家作战的领袖。野蛮人基本组织叫部落,部落与部落之间为争夺财产而不断争斗,以后,为了共同的利益和对付共同的敌人,各部落又进行了联合,这种联合不断地得到扩展。野蛮人在几个世纪中又不断向文明程度更高、财产更多的文明人发起攻击。而文明人几乎无一例外地吸收并教化甚至同了这些野蛮的侵略者。罗马大帝国把这些野蛮人控制和排斥在文明人的地盘之外达向百年之久。然而,最后帝国还是被征服了,半开化的人推翻了文明人的政府,打乱了原本有序的体制,抢走或毁掉了相当一部分文明人的财富。于是,我们今天所看到的被毁的文明从废墟上走向现代文明的漫长过程就这样开始了。

作者有幸看到过野蛮人的法律概念同那些更高层次、更完

善的文明人的制度之间的鲜明对比。事情发生在公元1890年，在南犹他州的处女河畔的一个摩门教小镇。在这个小镇向北约32公里、靠近处女河源头的地方居住着一个印地安部落。当地没有印地安事务机构，这些印安人同当地的普通市民一样受法律约束。有一天，地区行政法院的大陪审团接到一桩起诉，摩门镇的一些居民作证说，那些印地安人的头人“大水牛”杀了属于镇上一位居民的一头小公牛和另一位居民的小母牛，并将牛肉分给全体印地安人吃掉了。

法院感到这桩案件有些奇怪，因为这些印地安人一直安分守纪，以前从未发生过类似的事情。法院在一位翻译的帮助下终于搞清事情的真相。不久以前，居民的这两头牛离开了牛群，一天夜里，它们沿着河岸进了印地安人庄稼地中。为了防范兔子，印地安人在这些小片的耕地周围用柳枝作了篱笆，但可拦不住牛，于是牛闯进了耕地，并把所有的印地安人的庄稼吃了个光。第二天，印地安人去见镇上的被他们看作是白人部落的首领的摩门教大主教，印地安人提出了一个数目适当的赔偿要求，大主教却不予理睬。一个星期以后，印地安人又来到了镇上，把那头小公牛和那头小母牛赶走，将两头牛宰掉并严格认真地把牛肉均分到了小部落中的每一户人家，甚至连牛皮也分掉了。按照他们的理解，这种行为是完全正当的自助补偿。

这个平常的故事表现了野蛮人对公平和正义的看法。他们把镇子看成一个宗族，既然他们的两头牛干了坏事。那么它们的主人要为牛的行为负责，而主人就是镇子里的白人部落。因而他们当然要找白人部落的首领大主教。而且，他们已经提出了适当赔偿的要求，但白人首领居然没有作出答复，于是他

他们就依照合法的自助程序,扣押了他们的财产,并把扣押的财产按当地印地安人的户数平均分配了。一个宗族或部落对另一个宗族或部落负有不可推卸的责任,这是正常的野蛮人法律,只承认宗教所有权,并且,宗族对一切负责。

然而,文明人的法律却全然不同,根据私有财产法,对这事件负责任的只应该是造成破坏的牛的主人,并且在这里的法律上,所有的牛都可以随处放养,想保护自己的领地的业主则必须围建足以起到保护作用的篱笆,这也是业主本身的责任。至于印地安人的自助法则,在文明人那儿得不到法律上的承认,他们没有合法救助之说。因此印地安人必须在法庭上向那些有责任的个人提起诉讼,但基于以上事实,印地安人完全没有胜诉的可能。并且,人们还会毫无同情地指责印地安人“大水牛”:卑鄙地偷盗,赶走了两头牛,侵犯了别人的财产,扰乱了秩序,毫无人格尊严等等。

显而易见,按照印地安人的法律观念他们做出的举动是完全合乎信义的,可惜他们的法律观念已经落后了几个世纪了;但在这种情况下也不可能按照当时的法律加给印地安人盗窃的罪名。法庭只能对英勇的“大水牛”发出警告,这些话还不能用印地安语翻译给他听,然后就让他回家了。

法律就是从与这些印地安人以及部落和宗族原来的法律观念,以及最后的家庭财产概念的基础上发展起来。巴比伦人在人类社会普遍达到了高度的财富积累时,巴比伦人迈出了第一步,在对人类文明至关重要的贸易过程中,用金、银和铜作为货币给制造业和商业带来了大量的利润,促使了最为重要的成文法的诞生。然而,这时的成文法只是把一些重要的惯例用文

字记录下来；而未被收录的仍然很多，同所有别的体系一样，不成文的法规总是多于成文的法规。同时，人们认为这时的成文法是由神交给国王的，不能对它进行任何改动。这时巴比伦人中开始有人用书面语书写文件。它立即成为确立法律上的责任和义务的主要方式。有关各方达成一致并写入文本的一切条款都具有约束力，谁也不能攻击或改动这些文本条款。与书面文本不合的证据谁也不能采用。为了降低成本，几乎所有的协议使用的都是黏土作的文本。

巴比伦的法律体系保留了所有野蛮人留传下来的原始规则。他们有一个裁定争议的法庭，如果人们想打官司，必须将争议提交法庭裁决，早期的上诉法院也已形成，它可以纠正初级法院的误判。但是还没有发展出将立法和司法权确定为与国王行使的一般权力分离的观念。后来，伟大的巴比伦文明被亚述人的入侵和征服破坏了，于是法律的故事由犹太人接着写下去。

犹太人在创立成文法之前也有悠久的原始法历史，希伯来法经历了漫长的演变过程。虽然它的历史经常被异族入侵和征服打断，但它曾经有过一段短时期的辉煌。后来内部的纷争使国家破裂，长期处于战争状态。这个民族给法律带来了有理性的、合乎道德规范的行为准则，在个人对自己的行为所应有的责任感中注入了宗教的因素，在法律中确立了个人责任是它的一大发展成果。犹太人遍布埃及和东方的各大城市，他们同古希腊文明联系密切，这使他们将巴比伦人的商业法引进了犹太法，并把犹太法的教义传进了古希腊的思想，而使两者得以融合。

同时,希腊人先在小亚细亚西岸的爱奥尼亚,后来在雅典,把政府的一切权力来自人民这一精辟的分析引进了法律,奠定了区分政府的各种权力的法律基础。当然,那时还十分粗略,法律理论也还不够成熟。在私法领域,希腊人差不多为文明的法律确立了一切必需的制度,包括个人在法律上的责任和义务。随着时间的推移,所有从原始法中继承下来的东西差不多都被摒弃了。国家必须为它的人民伸张正义,已完全确立了这一目的建立法院的原则,但希腊人并没有建立起一个高于市民大会的、有法定资格的审判法庭或立法机构,并且也没有出现专事法律的职业。希腊始终没有出现超越城邦国家的形式,直到处于罗马的强统治制之下。漫长的希腊历史就是各城邦国家之间相互猜忌,不断争斗的历史。

最后,罗马帝国逐渐淘汰了那些古老的原始法则,并且一个有法定资格的管辖法院被建立起来了。罗马对整个文明世界的征服使其成为国际事务以及世界财富和商业的中心。更具重要意义的是,历史上第一次有了专门从事法律工作的职业,这一职业最先引进了获得法律知识的法学方法,这一行业永远离不开这些知识;其次是他们把那些被罗马帝国的所有国家的法律制度都汇集到罗马法这一种体系之中。罗马法吸收了巴比伦法、希伯来法和希腊法的精华,最后由查士丁尼编纂成法典。

与此同时,日尔曼的野蛮人摧毁了一切政府制度,文明世界由此陷入了封建制度的大混乱之中,在这种状况下,现代意义上的国家诞生了。封建制使不动产成了真正“不可动”的产业,实际上这就破坏和阻滞了一切商业。英国作为一个现代国



家,由于统治阶层的诺曼种族有法律的传统而被视为现代法律的发祥地。他们希望能够协调政府的自由权同法律的正常执行之间的关系。英格兰的民族的祖先就是历史上的古伊比利亚人。很久之前,他们从事农耕和冶炼。后来,西欧的伊比利亚人被文明程度低得多的凯尔特人的征服了。融合后的种族在罗马人被征服时几乎已经恢复到原先伊比利亚人的文明程度。通过已经完善了的罗马法,罗马人创造了更高的文明。他们很快消化吸收了这种文明。但这个民族再一次被比野蛮人好不到哪里去的侵略者的征服。于是又一次陷入了低谷。在以后500年,这个民族虽然使一些古老的文化得到了恢复,但其他野蛮人的入侵又一次使文明的萌芽和发展遭到了扼杀和抑制。最后诺曼人来到这里,他们是当时欧洲最势力的种族,他们不是来蹂躏,而是来拯救这个民族的,在法律体系方面,他们同罗马帝国和罗马法的缔造者们同样高的天赋。

紧随着,政府的权力分开了。诺曼国王掌握着强有力的行政权和有效的立法权。裁决公民间私人关系的资格被授予了法院。从维护“国王的安宁”中发展出这样的理论:对公共秩序的破坏就是犯罪,就应该受到公共权威的惩罚。最后在内战即将爆发的危急关头,第一次形成了英国的由上下两院组成的议会代表制,王国内的各个地区都有代表席位。

身处困境的国王被迫同意颁布了《大宪章》,行政权受到了法律的约束。接下来会议获得了立法权,并确立了只有经过全国代表一致同意下才可以征税的原则。同时行政权仍然是立法权的一个组成部分。在所有诺曼政府体制的概念中最完美的是陪审团制,它使得普通公民成了法庭的组成部分,参予一

般公民权利的裁决。陪审团制在培养公民的参政意识方面发挥了极为重要的作用。大法官法庭是对陪审团的补充,为的是弥补陪审团制的局限。在长达几个世纪时间里,英国一直保持着这种司法、行政和立法权的形式,并且仍将延续下去。

最初的陪审团是作为见证人出现在法庭上的,它深深感到了压在身上的负担之沉重,简直不胜负荷。然而,国家在任何情况下都不打算放弃陪审团制。对那些明显的缺陷进行逐步的改善。在几百年间,陪审团的概念和职责已发生了变化。它成了12名成员构成的一个审判机构,在法庭上听取证词,再依据事实作出裁决。经过长期的实践之后,有必要制定一套规则对证据作出限制,只能让那些值得考虑的证据提交法庭,这样有利于作出公正的审判。于是,证据法就出台了。

英国人采用陪审团制和普通法的确是很明智的,普通法有过和陪审团制紧紧联系在一起。英国同别的欧洲国家一样,也曾经有过一段王室打算独揽立法权和司法权的时期。在那场权力之争中,英国之所以没有形成专制政体,主要原因就在于普通法的制度和陪审团制的出现。法国则是在经历了血腥的法国大革命后才彻底推翻了专制政体。英国人不断取得争取自由的斗争的胜利,

随着时间的推移,随着世界文明的发展进步,英国人的思想传播到了那些野蛮人的居住地。现在,世界的发展校正了方向。野蛮人再也不能任意蹂躏文明之邦了,文明人开始以征服者的角色出现在世界历史的舞台上,文明人以残酷的压制来回报过去野蛮人对他们的一次次袭击。英国人来到北美,建立了美国殖民地。那些开拓者们受到皇家特许状的保护,所有的权

利、法律和传统这些他们经过长期的顽强斗争之后取得的胜利果实被他们带到了美国。殖民地同英国议会间的斗争从此开始了,在斗争中,“一切权力来自人民”这一希腊和罗马法的古老信条又成了人们的口号。并且新增加了一条法律,那就是:政府特许状中规定的权利是不容侵犯的,盟约对统治者和臣民都具有约束力。我们的自由宪章就是以这些观念以及人民是掌握一切权力的社会集合体的概念为基础的,我们称之为宪法。宪法中确立了司法权的最高地位,以及最高法对政府的一切部门,及政府中的所有官员的约束力。各个时代思想和智慧的都被吸收进宪法,这为政府三权分立的结构打下了基础:由各自独立的部门分别掌握立法、行政和司法权。我们又以空前的迅猛速度从野蛮人手中夺来了早期殖民地以西的大片土地。我们不断扩张地盘,这样的扩展行为一直持续到那些在宪法通过时还是孩子的那代人,使他们在有生之年看到了共和国的旗帜“飘扬在西海岸的上空”。

我们回顾英国的法律史,可以清楚地发现,那段扩张的历史在法律发展的各个不同阶段中都是不可缺少的,我们的宪法就是这段历史结果的体现。它没有用长篇大论地陈述这些针对政府的禁律,但那些简短的句子是人类几百年间积累下来的经验。它规定了立法和行政权不得侵害政府的准则。最重要的是,它制订了限制这种权力的惟一可行的办法,那就是由独立的司法机构来执行那些由不可变更的最高法颁布的禁律。

这种规定是极有远见的。从公元1787年到公元1860年,在司法盾牌的保护下,美国的政治制度得到了巩固和加强,直到后来,整个合众国的一切权力都是要通过斗争解决这样几个

问题：

第一，在强加给自己的宪法统治下，当人民形成坚不可摧的联盟时，宪法仍是必须遵守的吗？

第二，根据乌托邦的古老信条，罗马人认为自然和上帝的法则决定了人生来都是平等的，这会不会成为并非仅局限于一部分人的理想，而是全体公民不可剥夺的天赋权力呢？在我们的国庆日上，这些问题已得到了永远的根本的解决，那一天，在敌人投降的维克星顿高地上回响着葛底斯堡“不可摧毁的联盟”发出的枪声。这代表了法治理想已经变成了现实。从此以后，在其他一些联邦国家中，我们得以相信对政府体制进行的试验已取得了巨大的成功。我们完全可以树立的信念，在以来的年代里，在澳大利亚和加拿大的高等法院中，我们的最高法院对宪法问题作出的决定会经常得到阐述。

这时，一位像帕比尼安那样声名卓著的法学家出现了。一尊约翰·马歇尔的像树立在华盛顿的国会大厦前面，这是美国法院为他塑造的。只要是从他面前走过，即便是最冷漠、最缺乏想像力的律师，也会由衷地生出崇敬之情，因为那个安详地坐在那儿、陷入沉思中的人是美国宪法最主要的奠基者，正是他使政府有了造福于人民大众的可能。他是一位伟大的法官和律师，而最伟大的是他的人格，他的心灵最深处都是洁白无瑕，没有一丝尘垢的。他的善良、慷慨和友好使他深得人民的爱戴。像一切具有这些高尚品格的人一样，他是一个极富同情心的人。当韦伯斯特在达特默斯海军学院发表演说的时候，那个场面一定是非常壮观的。在将结束演说

的时候，这位伟大的演说家的话语充满了动人的感情色彩，如果没有这段美好的结束语，整篇演讲都会显得死气沉沉。这是一位很有感召力的律师，他那硕大的头颅，黝黑的面孔，炯炯有神的眼睛——在描述这位大力神时，就连最悲观的卡里勒的眼睛都变得熠熠生光。在论辩结束之后，韦伯斯特开始作总结发言，他的声音低沉了下来，仿佛他正在面对马歇尔一个人讲话。在他那轮廓分明的脸上看不到任何变化，这位大法官克制着感情用辛酸的语调对他的母校说：“这只是一所小学校，但是有人爱着它。”他稍稍停顿，声音哽咽，那张满是皱纹的脸神色凝重，眼中满含着泪水。然后，韦伯斯特提高声音，讲出了那段精彩的结束语。从当时的场面中我们可以体会到，最富人情的东西是最伟大的。法庭中既要把像马歇尔这样的伟人的传统保留下来，更要把他当成正义的化身，他不仅拥有渊博的法律知识，还极具政治家的远见卓识。

法律从业者手中掌握着法律的命运。如果他们担任了法律界的官职，就成了法官。我们可以说出很多攻击律师的话，而且都不是无中生有。我们回顾罗马法的辉煌时期，读一读小普林尼对他那个年代的律师的谴责之词。不过，那时的律师业正在构建的法律体制还统治着世界。法律本身也是如此，在历史上的任何一个时期，我们都可以看到它与完善之间的差距有多大。

在罗马共和国兴盛时期，谁都会受到蛊惑民心的政客或是谣言传播者的攻击，人人都鼓吹公正，但公正已名存实亡，选举中充满了行贿舞弊。在安东尼执政时期，文明世界呈现出一派和平盛世景象，当人们富裕满足，当每位公民都在私

法的保护下而得到了平等公正的对待时，帝国却由于公法而被改变成专制政体。在昏君当政时，每一个重要人物都不能指望生活会有什么安全保障，只有善于阿谀奉承的小人或奴隶例外。创建共和国时那种高涨的爱国主义热情已经消逝了，每一位有思想的人都宁愿退回过去，宁愿承受别的种种灾祸和不幸，但罗马仍然是自由的。

整个中世纪时期就像茫茫的黑夜，人们生活在绝望之中。人们觉得法律、安全、对生活或死亡的希望全都失去了。在临终前，伟大的教皇格列高利七世对这个时代作出了这样的总结：

我热爱正义，痛恨邪恶，因此死于流放。

到了公元15世纪，英国的陪审团制解体，人民在生活中的一切都得不到保障，法律似乎成了践踏正义的力量，人们对未来失去了希望。接下来的一个时期，偏狭野蛮的统治使公民的言论自由成了泡影，仅仅因为一个信仰问题就可以将人绑在火刑柱上活活烧死。想像一下，在独立战争之后，当殖民地在自暴自弃时，我们的前途是多么没有希望。在私法领域，监狱那种不堪人目的状况，监禁负债者的制度都给人类造成了极其巨大的痛苦。在内战爆发前十年，我们的共和国看起来即将油尽灯灭了。

但是，我们在回顾近一千年法律的历史时，会看到无论公法还是私法都是一直向前发展的。虽然，我们常会赞颂旧时代的美好，但谁也不会愿意再回到那个时代去。我们所看到的法律上的污点都是人类自己涂抹上去的，既然如此，人类同样也可以将那些污点抹去。站在公道的立场上，我们可以指责两件事：执法者的无能和政府的腐败，这些也都被已

觉醒的公众看得清清楚楚。因此，多如牛毛的法律法规，以及各州之间不同的法制都在逐步得到修正。精简法制体系，简化法律法规的艰巨任务正在由全国的公正的律师们尽力去完成。地球上的人类第一次像今天这样在环顾自己这块大地的同时，放眼整个文明世界，对法律的未来充满信心。这么好的形势仍然要归功于法治，它对人类的贡献，确实超过了其它一切人类活动。

法律的故事向我们揭示了这样一个事实：演变和改革是缓慢的、循序渐进的。个人的愿望，某一个人的理论对法律只能产生极小的影响，甚至根本产生不了什么影响，因为法律必须代表广大民众的理想和愿望。保留几百年前的某些标准，遵循祖先的某些习俗和传统，是理智的，也是必须的。更主要的是要改造这个世界，使其更好地造福于我们的子孙后代。法律最偏爱的是正常的普通人。它还必须顺应那些已被证实了的原则，因为它担负着人道主义的重仁。我们不能将人类本身的错误归罪于法律，它为我们提供了法则，让我们去公正、合理地援用它，当我们自己没有做到公正合理时，非但不自我反省，反而去指责它，而它却始终默默无语。

是的，我们对她求全责备，而她，  
疲倦的神，已然耳聩眼花，  
过度的操劳，  
终于使她如此疲乏。  
她不左顾右盼，  
只默默地向前，向前  
肩负着巨大的，

难以承受的重担，  
沿着她命运的无尽轨道，  
迈着她的永远不变的步伐。