

## 第一章 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，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，就存在着的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，果真如此也就不会产生法律了。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——法律只不过是与社会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《法律简史》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津，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。

在讲述人类法律的历史之前，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，这套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，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，除去给蚁后受精的雄蚁外，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，这些道路都经过精心设计布局，这有助于他们顺利地寻找食物和进行远征掠夺。当筑路遇到溪流时，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，它们会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也会奋起反击。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昔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，年少和年幼者做了征服者的俘虏，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让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。它们是如此地出色，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。在服务和奉献精神方面，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都得到绝对遵守。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——蚂蚁能在没有指示和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，当一群麝牛听到一群饿狼噪声时，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。麝牛的行为与 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，麝牛和人一样，在同等智力水准上进行合作和行动。被驯化后的狗或马的表现通常不能反映它们最高的智力。稍后我们将讨论河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，年幼的蚂蚁没有生活能力也不会被抛弃不管，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



《好政府的寓言：好政府在城镇乡村的作用》

社会秩序井然、人们安居乐业、各司其职，是所有政府和理想主义者的愿望和目标。

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。我们满足于说蚂蚁的所作所为是本性使然。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。这就有点像帕斯卡尔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使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便由此产生。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，个体是如此地微不足道，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。在这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也是不可能的。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到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：

人为什么没有显微眼呢？

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，我们都是凭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，

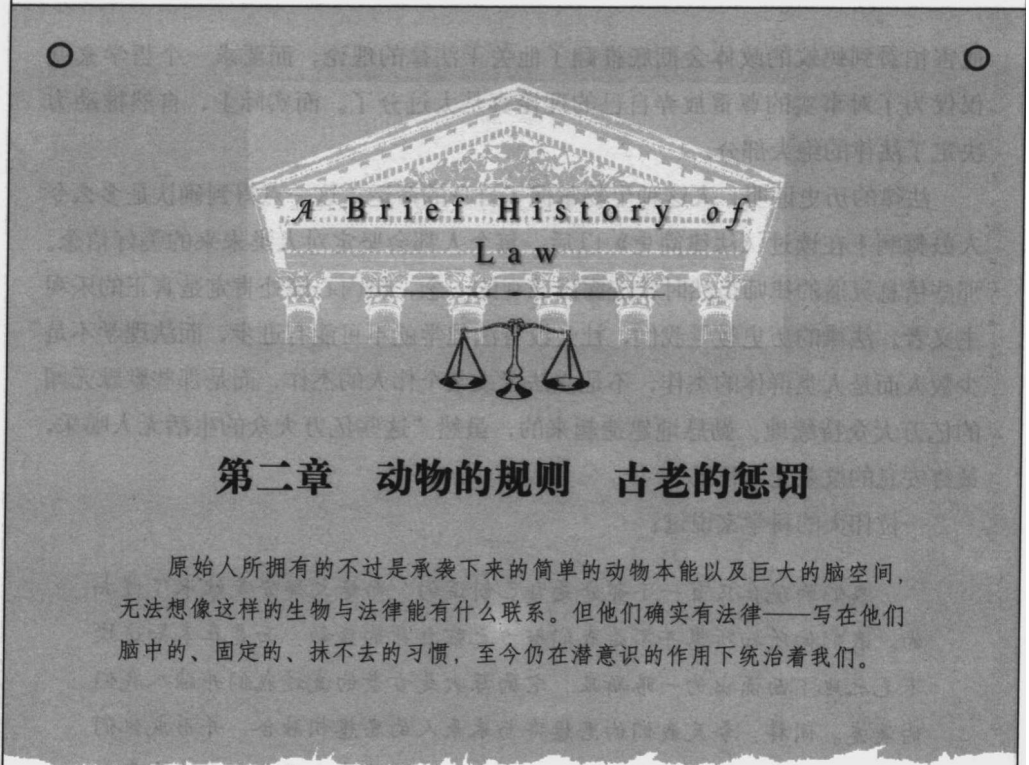
他害怕看到蚂蚁的政体会彻底推翻了他关于法律的理论，而要求一个哲学家就仅仅为了对事实的尊重放弃自己的理论真是太过分了。而实际上，自然推动力决定了法律的绝大部分。

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《法律简史》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，而法理学不是少数人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，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。



## 第二章 动物的规则 古老的惩罚

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足，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、手和激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双手对人的贡献以及其超绝地创造津津乐道，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。不过他们赤身裸体，

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摸索。

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。

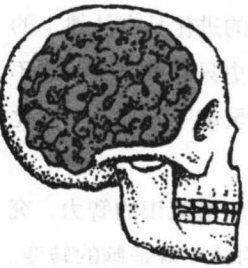
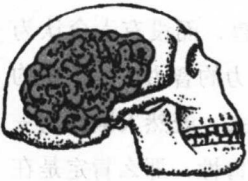
有一种观点对真正的心理学以及真正的法理学都会带来同样的麻烦，因此，首先有必要排除它。诗人田尼生在阐述人类发展进化的概念时曾写下这样的诗句：

主在兽的躯壳中赋予了人的灵魂。

这是典型的旧式思维。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，如果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，法律的科学只关心兽的完全属于潜意识的智力，究竟是在何时转变为实际上有意识的头脑的。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会使对法律进行完美、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。



在人类的进化过程中，头骨为了适应人的超常脑量而逐渐增大，人的智力也随之不断增长。

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，自然也就没有界限分明的家庭团体，男性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的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的信奉。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中人的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