



自由的天性

——十九世纪美国的律师与法学院

LAWYERS and LIBERTY:

The Legal Education in 19th Century America

胡晓进 / 著



中国政法大学出版社

自由的天性

——十九世纪美国的律师与法学院

*LAWYERS and LIBERTY:
The Legal Education in 19th Century America*

胡晓进 / 著



中国政法大学出版社

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

自由的天性：十九世纪美国的律师与法学院/胡晓进著. —北京：中国政法大学出版社，2014. 5
ISBN 978-7-5620-5286-9

I. ①自… II. ①胡… III. ①法学教育—教育史—美国—19世纪 IV.
①D971. 2

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第069561号

出 版 者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话 010-58908524(编辑部) 58908334(邮购部)
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 880mm×1230mm 1/32
印 张 10.75
字 数 270 千字
版 次 2014 年 5 月第 1 版
印 次 2014 年 5 月第 1 次印刷
定 价 32.00 元

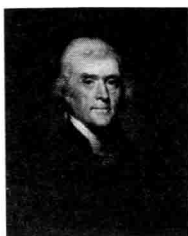
献给任东来教授（1961 ~ 2013）

旧伴同游尽却回，云中独宿守花开。
自是去人身渐老，暮山流水任东来。

（于鹄·《别旧山》）

五月金陵春事尽，风摧玉树竟凋零。
清音在耳成遗响，往事萦怀感懿行。
细论古今存大志，精研究政望升平。
天堂幸似图书馆，把卷忘忧得永宁。

（李剑鸣·《吊东来》）



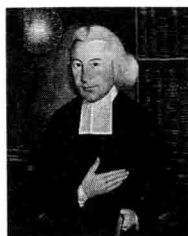
托马斯·杰斐逊
(1743~1826,
美国的建国之父)

“知识不仅仅是一种达到目的的手段，而且本身就是目的，为了知识而享受知识。从社会角度说，知识既是获得幸福的关键，也是培养高尚情操的关键。知识是自治的必备条件。因此，在一个国家的全部法规中，最重要的一条，就是在人民中间普及知识，这是维护自由和幸福的最扎实的基础。”



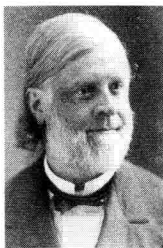
詹姆斯·威尔逊
(1742~1798, 美国
著名政治家、法律家)

“在天性上，所有人都是平等、自由的；未经同意，没有人可以对他人行使权力；所有的合法政府都建立在被统治者的同意基础上；之所以同意，是为了保证被统治者的福祉能超过他们在自然状态下所能享受的独立与自由；因此，全社会的福祉乃是一切政府的首要原则。”



埃兹拉·斯泰尔斯
(1727~1795,
耶鲁第七任校长)

“法学教授的授课内容应该包括四大部分。第一部分是民法，主要是古代罗马法的基本理念；第二部分是英国的普通法；第三部分是十三个殖民地的法令；第四部分是各国政府形式与政策——特别是欧洲与中国的政制。”斯泰尔斯认为中国的制度可能是世界最优的，中国占了世界总人口的三分之一，其政治智慧值得美国这样的初生大国学习。



西奥多·德怀特
(1822 ~1892, 哥伦比亚法学院教授)

“真正的律师首先是一个真正的公民、真正的人。怎样才算是真正的律师？要弄清这一点，我们必须首先了解律师的职责。他需要学习、思考与行动；他既在幕后运作，也在前台活动；他掌握法律原则，以此赢得裁决。晚上，他挑灯阅读柯克勋爵的著作；白天，他在参加庭审的陪审团面前条分缕析，或是剖析近期谋杀案的蛛丝马迹，或是解开某些复杂欺诈行为的多重内幕。有些时候，他是一心一意的思考者；有些时候，他又是彻头彻尾的行动者。他绝不理会但丁为利亚、拉结、雅各的女儿描述的不同形象，也不会想着谁在天堂门口手捧鲜花欢迎他人，谁又对着镜子顾影自怜，孤芳自赏。”



托马斯·库利
(1824 ~1898, 密歇根大学法律系教授)

“法律的目的在于维护社会公正、保障社会秩序；法律的成败取决于普通民众的认可与支持，如果法律与民众背道而驰，将会不堪一击、一文不值。”



克拉拉·福尔茨
(1849 ~1934, 美国历史上的传奇女子)

“我所有的牺牲与成就，都必将为后人所记取；尽管我似乎有些怪异、满脑子幻想，但在那样充满偏见与限制的年代，我以自己的成功证明，只要努力抗争、坚持不懈，终将有所收获。”

自由社会的律师与法学院 （代前言）

在近代语境之下，自由至少包括四种含义：哲学层面的自由意志、个体层面的个性解放、政治层面的个人权利，以及国家层面的民族解放；与之对应的是意志自由、个性自由、政治自由与民族自由。

意志自由是超越了自然律的“从心所欲不逾矩”，多数人可望而不可即的；相比而言，个性自由更为现代人所看重，“海阔凭鱼跃，天高任鸟飞”是所有人的追求。然而，若要求得个性之解放，必先有社会之宽容。宽容与自由总是一对孪生子，形影不离。胡适先生很早呼求“我们的自由”：思想自由，言论自由，出版自由，因为“这几种自由是一国学术思想进步的必要条件，也是一国社会政治改善的必要条件”。〔1〕但是到了晚年，他却发现，容忍比自由更重要，“容忍是一切自由的根本，没有容忍，就没有自由”。〔2〕

容忍，最重要的是容得下不同的声音，听得进批评。因此，新闻舆论的开放与自由，尤为重要。“一个国家里没有纪实的新闻而只有快意的谣言，没有公正的批评而只有恶意的谩骂和丑诋，——这是一个民族的大耻辱。这都是摧残言论出版自由的当

〔1〕 胡适：“我们要我们的自由”，载欧阳哲生编：《胡适文集》（11），北京大学出版社1998年版，第144页。

〔2〕 胡适：“容忍与自由”，载欧阳哲生编：《胡适文集》（11），北京大学出版社1998年版，第823页。

然结果”。^{〔1〕}早在18世纪末，美国先贤托马斯·杰斐逊就曾有言，“如果让我来决定，到底应该有政府而没有报纸，还是应该有报纸而没有政府，我将毫不犹豫地选择后者”。^{〔2〕}

杰斐逊一生追求自由，他起草的《弗吉尼亚宗教自由法》，成为美国宗教与信仰自由的蓝本。他在《独立宣言》中将自由与生命并列，以此作为任何政府的出发点与基石，有了生命与自由，才有个人幸福可言。

一、律师造就了美国的自由

我们都知道，杰斐逊是伟大的政治家，被誉为美国民主之父。在美国首都华盛顿特区，耸立着圆柱穹顶的杰斐逊纪念堂，杰斐逊的巨像站立其间，遥望着他所深爱的国度。同时，杰斐逊也是杰出的律师，他曾跟随乔治·威思学习法律，前后长达5年之久，然后进入殖民地议会，成为大陆会议代表。

在去费城参加第一次大陆会议时，杰斐逊撰写了一份《英属北美权利概观》，认为殖民地自由人民的权利源于自然的法则，而非国王的恩赐。这种思想在《独立宣言》中得到深化与发扬。《独立宣言》上签名的50多人，有30人是律师或者法官出身。^{〔3〕}《独立宣言》提出，为了保障个人的生命权、自由权和追求幸福的权利，人们才建立起政府；“政府之正当权力，来自被统治者的同意。任何形式的政府，只要破坏上述目的，人民就有权利改变或废除它，并建立新政府；新政府赖以奠基的原则，得以组织

〔1〕 胡适：“我们要我们的自由”，载欧阳哲生编：《胡适文集》（11），北京大学出版社1998年版，第144页。

〔2〕 托马斯·杰斐逊：《杰斐逊选集》，朱曾汶译，商务印书馆1999年版，第389页。

〔3〕 Robert F. Boden, “The Colonial Bar and the American Revolution”, 60 *Marquette Law Review*, 1976, pp. 2-3.

权力的方式，都要最大可能地增进民众的安全和幸福”。〔1〕

秉承这一原则，独立之后的各邦开启了前所未有的制宪试验。从1776年独立到1787年费城制宪，大约有11个州（邦）制定了新宪法，这些州宪法成败参半，为1787年宪法的制定提供了丰富的经验教训。因此，这段时间可以称得上是美国宪法的试验期。1787年宪法的成功与这段时间的试验密不可分。

在美国宪法的试验期，有个人的贡献尤为突出，他就是约翰·亚当斯。亚当斯是马萨诸塞著名律师，博览群书，讲话简明扼要，常常一语中的。在第一次大陆会议上，他就极力主张各殖民地联合起来，做好准备，共同抵制英国的不公正政策。与此同时，他与马萨诸塞州的保王党人展开论战，从英国宪法与传统入手，证明英国议会无权管理殖民地内部事务，殖民地和英国本土同属英王治下的平等政治主体。

1776年初，在几位大陆会议代表的建议之下，亚当斯以书信的形式出版了《关于政府的构想》。〔2〕在这份二十多页的小册子里，亚当斯首先申明了建立政府的目的在于谋求全社会的福祉，在于让最多数的人获得最大程度的幸福，这是古今一致、人类同求的目标。很多政治思想家已经证明，唯有共和政府才能实现此目的；因为共和政府推行法治，是法律之国〔3〕。那么，应该如何组建共和政府呢？亚当斯认为关键在于选举代表制议会，而且唯有两院制议会才能担此重任。因为单一的代表大会拥有个人的所有缺点与恶习，容易为偏见、激情与轻率所左右；单一的代

〔1〕 任东来、陈伟、白雪峰等：《美国宪政历程：影响美国的25个司法大案》，中国法制出版社2004年版，第555页。

〔2〕 John Adams, *The Works of John Adams, Second President of the United States: with a Life of the Author, Notes and Illustrations*, Vol. IV, Boston: Charles C. Little and James Brown, 1851, p. 191.

〔3〕 为便于阅读，本书所涉人名、地名、校名、书名、术语等内容的英文或以脚注形式体现或在索引中注明，以供研习参考——编辑注。

表大会可能会贪得无厌，毫无顾忌地减轻自己的责任；单一的代表大会也可能会野心勃勃地让自己永久连任下去。此外，单一的代表大会人数庞大，行动迟缓，缺乏足够的立法技艺，而且容易制定自私自利的武断之法，最终会导向专制。〔1〕

《关于政府的构想》出版后，亚当斯曾将其寄送给好几个朋友，征求他们的看法，得到了他们的一致肯定。〔2〕在1776年到1787年间制定的11部州（邦）宪法中，有9部采用的是两院制，只有1776年的宾夕法尼亚宪法与1777年的佐治亚宪法坚持一院制。但是存续的时间都不长，1787年联邦宪法制定后，两州相继重新制宪，恢复两院制。

1779年，约翰·亚当斯将这一“构想”应用于马萨诸塞州制宪，参与制定了新的马萨诸塞宪法。这部1780年生效的宪法，除了“权利宣言”与“政府框架”两大部分外，还有一个独立的前言，直陈政府是社会契约的产物，制宪的目的是为了谋求共同的福祉。“权利宣言”共30条，从天赋人权出发，论述政府与人权的关系，以及如何保障个人基本权利。“政府框架”则分为立法权、执行权、司法权等数章，详细规定了议会两院、正副总督、各类法官的权责。此外，还将大学与教育机构单列出来，明确规定州政府与哈佛大学等教育机构的关系。〔3〕

在1770年代的制宪大潮中，如果说宾夕法尼亚和佐治亚宪法代表的是一院制、强调分权的一极，那么1779年制定的马萨诸塞宪法，则体现着两院制、注重制衡的一端。而且马萨诸塞宪法不但是专门的制宪大会制定的，也是由专门的批准宪法大会讨论通

〔1〕 John Adams, *The Works of John Adams, Second President of the United States; with a Life of the Author, Notes and Illustrations*, Vol. IV, pp. 193 ~ 199.

〔2〕 Page Smith, *John Adams, Vol. I, 1735 ~ 1784*, New York: Doubleday & Company, Inc, 1962, p. 248.

〔3〕 Frances Newton Thorpe ed., *The Federal and State Constitutions, Colonial Charters, and the Organic Laws of the State, Territories, and Colonies*, Vol. III, pp. 1888 ~ 1908.

过的，从制定到批准都有民众代表参与，是一部体现人民主权的宪法。这些经验，后来都为1787年联邦宪法所吸收。^{〔1〕}

1787年夏，各州代表齐聚费城制宪时，亚当斯远在英国，而杰斐逊则出使法国，未能亲逢盛会。有备而来的詹姆斯·麦迪逊，引经据典、娓娓道来，数十次发表长篇演说，以弗吉尼亚方案为基础，确定了新的宪法框架，并留下了详细的会议记录，被后人誉为“美国宪法之父”。

麦迪逊对美国宪法的贡献，不仅仅只在制宪会议。他还是《联邦党人文集》的著者之一，并起草了至关重要的《权利法案》。前者直接推动各州通过新宪法，后者则成为新宪法最初的十条修正案，奠定了个人自由的基础。

与《独立宣言》一样，在1787年宪法上签字的“建国之父”们，也多半出身于律师或者法官。可以毫不夸张地说，律师缔造了美国宪法，宪法成就了美国自由。

二、律师维护了美国的自由

詹姆斯·麦迪逊虽然被誉为“美国宪法之父”，但在1787年的制宪会议上，他的发言次数并非最多。还有一位詹姆斯先生更为活跃，他就是来自宾夕法尼亚的詹姆斯·威尔逊。

威尔逊也是律师，早在殖民地宣布独立之前，他就曾发表《论英国议会立法权的性质与范围》的小册子，从自然法的高度出发，提出，“在天性上，所有人都是平等、自由的；未经同意，没有人可以对他人行使权力；所有的合法政府都建立在被统治者同意的基础上；之所以同意，是为了保证被统治者的福祉能超过他们在自然状态下所能享受的独立与自由；因此，全社会的福祉

〔1〕 胡晓进：“美国宪法的试验期”，载《政治与法律评论》（第四辑），北京大学出版社2014年版。

乃是一切政府的首要原则。”〔1〕

在制宪会议上，威尔逊的发言多达160余次，他主张议会两院都由人民选举产生，以人口为基础平均分配两院议席，设立单一的民选最高执政官。威尔逊认为，宪法的所有权力都来自人民，为了保障人民的自由，必须防止来自专制和堕落两个方面的威胁。为了阻止后者，应该给予政府适当的权力，但是为了预防前者，还应当合理地划分这些权力。宪法分开设立法、执法与司法部门，使他们相互牵制，就是为了防止专制、保障自由。7月24日，受会议委托，威尔逊与其他四位代表一起，组成宪法细节委员会（Committee of Detail），负责组织宪法结构、统一宪法文字与风格。〔2〕可以说，1787年宪法的最后文本，从语法到结构，都留下了威尔逊的印迹。〔3〕

威尔逊不但参与制定了美国宪法，还参与解释和传授美国宪法。他是美国最高法院最早的一批大法官，留下了几份颇有影响的判决书，为后来的法官和法院多次引用。在担任大法官的同时，威尔逊还曾短期兼任费城学院（宾夕法尼亚大学前身）法学教授，留下了非常详尽的讲稿。威尔逊十分看重平等选举在自由社会中的作用，他认为，同样数量的公民应该选举同样比例的代表。选举权的平等，是自由国家的首要原则。〔4〕

威尔逊所讲的选举权平等，显然不包括黑人奴隶，黑人奴隶当时被视为其他人口，既不自由，更无平等可言。在黑人奴隶争

〔1〕 “Considerations on the Nature and Extent of the Legislative Authority of the British Parliament”，James Wilson，*Collected Works of James Wilson*，edited by Kermit L. Hall and Mark David Hall，Indianapolis：Liberty Fund，2007，pp. 4～5.

〔2〕 Max Farrand ed.，*The Records of the Federal Convention of 1787*，Vol. II，New Haven：Yale University Press，1911，p. 106.

〔3〕 Mark David Hall，*The Political and Legal Philosophy of James Wilson，1742～1798*，Columbia，MO：University of Missouri Press，1997，p. 21.

〔4〕 Kermit L. Hall and Mark David Hall（eds.），*Collected Works of James Wilson*，pp. 837～839.

取自由的过程中，美国律师同样功不可没。1841年，美国最高法院判决“阿米斯达案”时，站在被奴役的黑人一边，为其自由辩护的律师，就是美国前任总统、时任国会议员的约翰·昆西·亚当斯。他在法庭上的慷慨陈词，打动了在场的每一个听众，包括几位大法官。最终，这些被抓来的黑人，重获自由之身。也正是因为这位卸任总统的不懈努力，众议院才得以废除臭名昭著的“钳口律”，不再禁止讨论要求废除奴隶制的请愿书。^{〔1〕}

亚当斯的父亲约翰·亚当斯是美国的第二任总统。在美国独立之前，他在波士顿开业当律师，曾为“波士顿惨案”中开枪杀死殖民地平民的英国士兵辩护，帮助其中几名士兵洗清罪名。老亚当斯是美国历史上第一位律师总统，在他之后，19世纪的二十几位美国总统中，除了麦迪逊等少数几位不是律师外，其他绝大多数均是律师出身。这其中，最为著名的律师总统，自然非亚伯拉罕·林肯莫属。

在林肯任总统期间，美国废除了奴隶制度，黑人获得了人身自由。1863年，林肯在葛底斯堡发表演说：“八十七年前，我们的先辈们在这片大陆上创立了一个新的国家，她孕育于自由之中，奉行人人平等原则。”当时，美国内战，正以血与火的方式，考验着美国的自由与平等原则。林肯希望经过这次严峻的考验之后，这个国家能在上帝的福佑之下，获得自由的新生；民有民治民享的政府能永远存续下去。

但是，对于内战中的南北双方而言，自由却有着完全不同的含义。林肯在1964年说，“我们都宣称是为了自由而战”，“但在使用同一个词时，我们所指的却不是一件事”。对于北方来说，自由指的是每个人都能享有他的劳动果实；对于南方白人来说，自由意味着做主人的权威和地位：拥有“任意处置其他人及其劳动

〔1〕 埃里克·方纳：《给我自由！一部美国的历史》（上卷），王希译，商务印书馆2010年版，第572页。

成果”的权力。联邦的胜利，将北方对自由的理解，转化成为一种正常的国家模式。^{〔1〕}

奴隶制与内战，重新定义了美国的自由，也赋予了一些象征物前所未有的自由含义。比如，位于费城老议会大楼的一口大钟，据说曾在美国宣布独立之时敲响过，被誉为美国的“独立钟”，后来又在各种场合多次敲响。废奴主义者将这口钟与美国人的独立自由联系起来，将其命名为“自由钟”。此后，自由钟逐渐成为美国最庄严珍贵的自由象征之一。^{〔2〕}

在19世纪的美国，最能象征自由的，当然首推自由女神像。“我在金门之畔，高举明灯，欢迎渴望自由呼吸的人们。”铜像底座上的诗句，让无数新移民激动不已，铜像所在的小岛，后来也以自由岛名世。1886年，当这份法国人送的大礼在纽约曼哈顿港口落成时，时任美国总统的格罗弗·克利夫兰参加了铜像揭幕仪式。

克利夫兰是美国内战后半个世纪内唯一的民主党总统，他以诚实、正直著称。与林肯一样，克利夫兰也是律师出身，内战前后曾在纽约州布法罗等地执业，成绩出色，赢得了业界好评。与林肯不同的是，克利夫兰并非自学成才。在成为律师之前，他曾在律师事务所当过一段时间学徒，他的法律知识和技能，来自老律师的传授与训练。实际上，19世纪的美国，很大一部分律师都是法律学徒出身。只是到了内战以后，美国大学逐渐专业化之后，法学院才渐渐多起来。

三、律师建立了最初的法学院

19世纪初期美国的法学教育，延续了殖民地时期的传统，依

〔1〕 埃里克·方纳：《美国自由的故事》，王希译，商务印书馆2002年版，第149页。

〔2〕 埃里克·方纳：《美国自由的故事》，王希译，商务印书馆2002年版，第142页；埃里克·方纳：《给我自由！一部美国的历史》（上卷），王希译，商务印书馆2010年版，第566页。

然以学徒制为主，依靠律师、法官的个人传授。起草《独立宣言》的杰斐逊，最初就是跟着威思当学徒，后来他又推荐威思到威廉-玛丽学院执教，威思因此成为美国最早的法学教授。

与杰斐逊同时代的建国先贤詹姆斯·威尔逊，也是法律学徒出身，后以律师身份从政，出任大陆会议代表，签署《独立宣言》，参与1787年费城制宪。建国后，威尔逊成为美国最高法院首批大法官，一度兼任费城学院（即后来的宾夕法尼亚大学）法学教授（系该校历史上第一位法学教授），将法学教育引入大学。

当然，在18世纪末19世纪初，像威思和威尔逊这样到大学兼任法学教授的著名律师、法官，只是他们群体中的极少数，更多的人还是在自己的事务所带学徒。当然，有时候学徒多了也可以形成规模不小的法律学校，比如利奇菲尔德，现在已经成为美国法学教育史上的传奇。

实际上，在19世纪上半叶，像利奇菲尔德这样的私人性法律学校，遍布大西洋沿岸各州，麻省、康涅狄格、纽约、宾夕法尼亚、马里兰、弗吉尼亚、北卡罗来纳等州，几乎都有。这种私人性的法律学校，是19世纪美国法学教育的重要组成部分，成为从学徒制向学院制过渡的中间模式。

著名的耶鲁法学院即来源于私人性法律学校——纽黑文法律学校。纽黑文法律学校系耶鲁毕业生（律师）所创办，后来与耶鲁合作，招收法律学生，其间几经波折，幸赖纽黑文当地律师施以援手，才得以维系。

在耶鲁接收纽黑文法律学校的同一时期，美国一些其他的大学，也陆续接收一批类似的法律学校。比如辛辛那提学院（辛辛那提大学前身）接收辛辛那提法律学校，佐治亚大学接收兰普金法律学校，查普希尔法律学校纳入北卡罗来纳大学，列克星敦法律学校并入华盛顿学院（华盛顿-李大学前身）。这些私人性法律学校，均为著名律师、法官所创办。随着法律学校并入大学，这

些律师、法官，大多也成为法学教授。

大学兼并附近的法律学校，是内战前美国法学教育的一种普遍做法，以耶鲁最为典型。因此，这种接收现存法律学校、为我所用的办学方式，可谓19世纪美国法学院中的“耶鲁模式”。

与“耶鲁模式”不同，由大学直接办法学院的方式被称作“哈佛模式”。比如早期的威廉-玛丽学院和费城学院，这两所学院聘请了美国最早一批的法学教授（也都是律师出身），率先将法学教育引入大学。只可惜由于种种原因，没能持续坚持下去。直到1829年，约瑟夫·斯托里出任哈佛大学戴恩讲座教授，法学院才算真正在大学站稳脚跟。在约瑟夫·斯托里等人的帮助下，哈佛法学院兴盛一时。与此同时，由著名律师、政治家亨利·克莱全力支持的特拉西瓦尼亚大学，也坚持聘请法学教授，培养绅士型律师。这些教授，基本上都是著名的律师或法官，有些受过大学教育，但他们的法律知识也多半是通过当学徒得来的。

与律师事务所和私人法律学校相比，大学法学院的优点显而易见：其一，办学资金、场地有保障，不需借助个人房产；其二，教师更为稳定，不会因为办学者离开或者过世而停办。而且，在19世纪末，工业革命创造的巨大社会财富，通过各种渠道流向大学，大学实力空前雄厚，再加上学生缴纳的学费，各大学法学院如雨后春笋般破土而出，私人法律学校更无立锥之地，从此逐渐退出历史舞台。

因此，19世纪美国的法学教育，基本上是从学徒到学院的过渡，是一个学院制战胜学徒制的过程。

当然，美国法学教育从学徒制走向学院制，与知识的专业化、学科化进程也密不可分。19世纪末，美国大学开始细分科系，各种学术团体也相继成立，知识学科化之后，大学各学院的分工也更加明晰，为法学走进大学提供了制度基础。

但是，在大学向学科化、专业化发展的时代，法学教育要想在大学立足，必先证明法律是一门学科，具有自身的科学性。长