

孟德斯鸠错了？

(修订本)

史彤彪 著

认真对待幽默权

贫富之间的司法平等

法律不能强人性所难

当心搞政治的人玩法律

幸福的德国猪

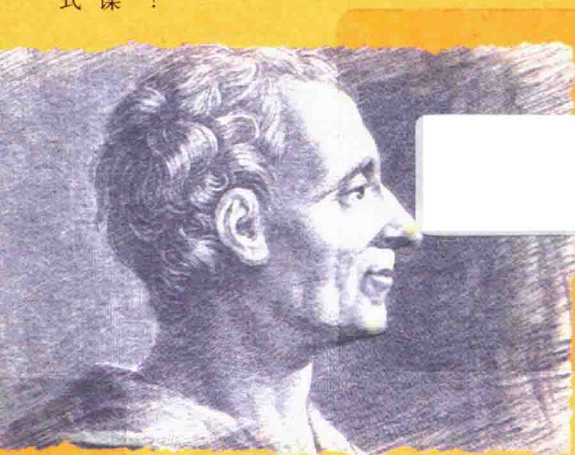
法律对不仁真的无可奈何？

培根晚年发现了金钱的阴谋

惩罚原来也可以换一种方式

以身殉法的两个东方人

WAS
MONTESQUIEU
WRONG



清华大学出版社

水木书香

孟德斯鸠错了？

(修订本)

史彤彪 著



清华大学出版社
北京

本书封面贴有清华大学出版社防伪标签，无标签者不得销售。

版权所有，侵权必究。侵权举报电话：010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

孟德斯鸠错了？/史彤彪著. —修订本. —北京：清华大学出版社，2017

(水木书香)

ISBN 978-7-302-45021-4

I. ①孟… II. ①史… III. ①法律—思想史—研究—世界 ②法制史—研究—世界 IV. ①D909.1 ②D909.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 219127 号

责任编辑：刘 晶

封面设计：谢元明

责任校对：王荣静

责任印制：杨 艳

出版发行：清华大学出版社

网 址：<http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址：北京清华大学学研大厦 A 座 邮 编：100084

社 总 机：010-62770175 邮 购：010-62786544

投稿与读者服务：010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质量反馈：010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 装 者：三河市中晟雅豪印务有限公司

经 销：全国新华书店

开 本：160mm×230mm 印 张：16.75 字 数：204 千字

版 次：2014 年 4 月第 1 版 2017 年 1 月第 2 版 印 次：2017 年 1 月第 1 次印刷

定 价：42.00 元

产品编号：068811-01

修订本前言

法律来源于生活,是个十足的下里巴人。

因而,以法律为研究对象的法学,不能被打扮成远离常人的阳春白雪。

这本书出版后,没有学过法律的读者告诉我,他们也能读下去、看明白。这是我最大的心愿,更是继续努力的动力!

对两年后的修订本,除了必要的错漏字校正,我主要做了以下工作:(1)事例方面,在正文和注释中增加了 20 个,以求更有说服力;(2)图片方面,添了 7 幅、替换 1 幅、删去 1 幅;(3)注释方面,补充完善了 48 处;(4)索引方面,增加了“本书涉及的西方思想家”,以便于有心人备查。

2016 年 10 月 20 日

序

从正儿八经地在报纸上发表随笔(2002年5月20日),到眼下已有11个年头了。算了一下,总共有50篇之多。

这些文字陆陆续续发在《人民法院报》《法学家茶座》《人民司法》《比较法研究》《法治周末》上。别看它们被划在科研考核的核心期刊之外,可我写作时绝不敢怠慢一点儿、真不愿偷工一丝儿,相反投之以更高热情、更多努力。每次看到被转载,每回听到肯定和好评,心中充满了欣慰和快乐。

考虑到平常人不愿意看大厚书,我从中选出33篇,标准是尽量做到“思想、制度和实践”三位一体。在主题上,涉及自由平等、立法、司法守法三个部分,分别用思想家的一句名言予以概括。

同时,利用结集出版的大好时机,我又对每一篇作出相应修订。主要表现在:(1)加上了注释,这样符合引证规范,增强所用材料的可靠性和权威性,同时方便读者查阅和引用;(2)不再受字数限制,最大限度地恢复了原貌;(3)添加了新的内容和材料;(4)配上一些相关图片,尽量做到图文并茂。

挑选、修订过程中,我仿佛又回到了那些难忘的岁月,有的场景宛如在昨天,甚至当时的烦躁、激动又涌上心头。可以说,这一辈子感到

最愉快的，就是能得到素不相识者的信任，很多文字是在陌生的编辑电话约稿状态下完成的。我与他们的交流自然、纯洁，完全没有名利与心计的顾虑。于是，我既是光荣任务的承担者，也成了幸福的分享者。

之所以将自己的第一本法學隨筆集起名為《孟德斯鳩錯了？》，有四層考慮：一是書中正好有同名的文章，省去了左思右想的煩惱；二乃盡量與他人成名作品區分度大一些，避免主題近似；三在於突出內容有古色古香之韻，畢竟大多數短文與法律文明史相關；四想借孟德斯鳩的鼎鼎大名，擁有更多的讀者。

我追求用感動過自己的故事和判例來解釋思想、驗證制度。當然了，做得如何，還需讀者諸君予以評判。

目 录

成为自由的人,在自己周围只有平等的人,这才是真正的生活

——[法]伏尔泰/1

个性自由的崇高价值/2

比利时和法国改律师誓词/16

认真对待幽默权/20

平等的根据/24

尊重的力量/36

广告中的“性别角色定型”让人忧/43

贫富之间的司法平等/53

国家之上是人/58

要为人制定法律,简直是需要神明

——[法]卢梭/67

法律不能强人性所难/68

“不受法律保护”先例的开创/76

两个不受法律保护的思想家/81

孟德斯鸠错了？

- 当心搞政治的人玩法律/90
为一个人修改法律/95
幸福的德国猪/99
鱼儿自由是因为生活在法律之下/117
改写美国法律的那场大火/122
孟德斯鸠错了？/131
口香糖禁又何妨/137
法律向垃圾电子邮件宣战/146
关于法律和制度名称的片想/153
法律对不仁真的无可奈何？/168
法律的另一种“效应”/177
法律的明确性与“宽大原则”/181

司法判决是经过法官良心过滤后的法律

——[意大利]克拉马德雷/185

- 法官就该敢和院长叫板/186
培根晚年发现了金钱的阴谋/190
一次不公正判决所带来的/198
汉诺威基层法院墙上的玻璃铭牌/203
惩罚原来也可以换一种方式/207
法庭语言的力量/220
营造正义的氛围/232
电影院里的法律/238
重温梁漱溟的忠告/242
以身殉法的两个东方人/248

本书涉及的西方思想家索引/253

后 记/254

成为自由的人，在自己周围只有平等的人，这
才是真正的生活

——[法]伏尔泰

个性自由的崇高价值

独步时尚潮流，不敛个性锋芒。

以不寻常的酷峻气质，辉映你的激扬人生。

甬管是否明白这说的是啥，都该佩服人家的匠心和文采。而我，由此生出一种冲动，就冲着如此这般讲究的广告词儿，真想麻利儿地掏银子，买下一辆全进口的克莱斯勒 300CC。

另据报载，如今的北京，容易积水的全部下凹桥区都拥有自己的个性排水方案，也就是“一桥一预案”了。

啧啧，连造车和排水都追求个性了！这让我作为主体的人不禁感慨万千。

其实，“个性”(personality)一词，按其本意应该是用在人身上的。《现代汉语词典》写得明白，个性就是“在一定的社会条件下和教育影响下形成的一个人的比较固定的特性”，说得简单点儿，指一个人异于常人的特质。^①

亚里士多德在《伦理学》里，曾留下这样一段话：“每一个人按其本性所最固有的东西，对他来说就是最好的和最甜蜜的东西。因此，如果人性在最大程度上在于人的理智，那么，按照理智而生活是最为

^① “一个人更经常是因为始终依着自己的性子，而不是因为始终遵循自己的原则而显得富有个性。”[德]弗里德里希·尼采：《尼采全集》第2卷，杨恒达译，211页，北京，中国人民大学出版社，2011。

幸福的。”

无数人对此言由衷地赞赏过。可其中，有一个人又进了一步，从里头发现并证明了社会科学中非常重要的命题——个性与人类的关系。

不就是那个叫密尔(1806—1873)的英国思想家吗？我也曾经简单地以为，可这回多翻了几本书，脸不由得红了，原来在他前头还有一位高人立着呢！谁呀？洪堡(1767—1835)，德国思想家、教育改革家。对了，洪堡大学也是他创办的(1810年)。



威廉·冯·洪堡

这两位未曾谋面，可精神上是师生关系。

那就先听洪老先生的说法吧。个人要发展，首先要实现“自由和环境的多样化”。当自由和环境的多样化密切结合时，个人的活力便充分展现出来，便会形成个人的“首创性”。在他眼里，每个人的最高和最终目的，就是对其力量的个性特点进行最高的和最均匀的培养。个性是使人们彼此相异所必需的要素，也是人类发展所必需的条件。于是，人类追求多样化，公民生活方式也就最大可能的多样化。只有当个人行为涉及国家安全时，也仅仅在这种非常状态下，法律的合法性作用才会表现出来。那范围怎样划定呢？这么讲吧，对教育、宗教、

史书外
作品

艺术、道德、风俗、习惯等，国家都应当撒开手不管。^①

整体而言，我试图在国家里为人找到最优越的地位。我感到，这种地位似乎应该是：最多姿多彩的个性，最地道的独立自主和各种个人之间的同样最多姿多彩和最诚挚的结合并存——这是一个只有借助最高度的自由才能解决的问题。^②

应该承认，洪老先生的见解即便放到现在，照样具有相当的冲击力。也正是这个原因，《论国家的作用》一书虽早就写完，但在严厉的书刊检查制度下，洪堡生前未能完整发表（只有部分章节面世），直到死后16年（1851年）才全本出版（中国社会科学出版社1998年有中译本）。

洪堡的书，不知道当时的德国人看了有过什么样的感受，反正密尔是心服口服、心领神会和心潮澎湃。一激动，他也写了一本，就是今天人人捧读的《论自由》（1859年）。饶有趣味的是，两个人的书均为小册子，在书架上要没有其他支撑着都站不住，根本够不上我们眼下的“代表作”资格。

密尔年轻，认识上却非常深刻，且有高明之处，就是凭借特殊的手法来阐发大道理。请注意，他用了四个意味深长的比喻：

人性不是一架机器，不能按照一个模型铸造出来，又开动它毫厘不爽地去做替它规定好了的工作；它毋宁像一棵树，需要生长并且从各方面发展起来，需要按照那使它成为活东西的内在力量的趋向生长和发展起来。

一个人，其欲望和冲动是他自己的，就称为具有一个性格。一个人，其欲望和冲动不是他自己的，就没有性格，正如

① 参见徐大同主编：《西方政治思想史》，302～306页，天津，天津教育出版社，2005。

② [德]洪堡：《论国家的作用》，林荣远、冯兴元译，172页，北京，中国社会科学出版社，1998。

一架蒸汽机之没有性格。

在与整个人类相比之下,只有少数的人其生活试验如经他人采纳,可能会在行之有素的做法上算是一点什么改进。但是这些少数人好比是地上的盐,没有他们,人类生活就会变成一池死水。还不仅是靠他们来倡导前所未有的好事物,就是要保持已有事物中的生命,也要指靠他们。

一个人只要保有一些说得过去的数量的常识和经验,他自己规划其存在的方式总是最好的,不是因为这方式本身算最好,而是因为这是他自己的方式。人不像羊一样;就是羊,也不是只只一样而无从辨别的。一个人不能得到一件合身的外衣或一双可脚的靴子,除非量了他的尺寸来定做,或者除非有满满一堆栈的货色来供他挑选:难道说要给他一个合适的生活比要给他一件合适的外衣还容易些,或者说人们彼此之间在整个物质的和精神的构造上的相同比在脚形上的相同会多些吗?只须仅仅说到人们具有多种歧异的嗜好,这一点就足够成为所以不要试图用一个模子来范铸他们的理由了。^①

通过对历史的观察,洪堡和密尔都感到一种规律的存在,越是在古代国家,人身体的、智慧和道德的力量也越能得到发挥,自动性和个人性成分明显;但近代社会,对自由限制的意图在于“人拥有什么”,而不顾“人是什么”,这种限制,本质上压抑着人的干劲儿,换个说法,就是有力气愣不能让你全部释放,再有想法也得烂在肚子里。(突然,灵感涌上心头,以“古代的社会管理对当下创新之启示”为题,去申报国家重大项目,命中率会不会大多了?)

“凡性格力量丰足的时候和地方,怪癖性也就丰足;一个社会中怪

① [英]密尔:《论自由》,程崇华译,63、64、69、72~73页,北京,商务印书馆,1959。

癖性的数量一般总是和那个社会中所含天才异禀、精神力量和道德勇气的数量成正比的。今天敢于独行怪癖的人如此之少，这正是这个时代主要危险的标志。”^①在英国，威胁着人性的危险并不是个人的冲动和择取失于过多，而是失于不足；英国的伟大现在全在集体，以个人论则是渺小的。这就意味着要出大事，因为明摆着，“一族人民是会在一定长的时期里前进一段而随后停止下来。在什么时候停止下来呢？在不复保有个性化的时候”。密尔当然心急火燎，东方的悲剧就是这样上演的。那活路在哪儿呢？在自己的脚下，就是赶紧趁着强行同化的包围圈还未完成尚有空当儿之际，对个性的权利大加主张，绝不能再视“趣味上的独特性，行为上的怪癖性，是和犯罪一样要竭力避免的”。

该总结一下了。个性自由是个人幸福的必要条件，有助于人类智力活动和道德取舍能力的提高，有利于社会的进步。因此，国家必须“身处公民事务之外”（洪堡），“凡主要关涉在个人的那部分生活应当属于个性，凡主要关涉在社会的那部分生活应当属于社会”（密尔）。怎么样？不同国度的师徒俩完全做到了“心往一处想，劲往一处使”。

两位人类思想导师清醒的真话，有几个国家还确实听进去了，也真懂了。英国猛然回头又是岸，靠着过硬的本领即积极倡导自由和境地多样化，成为今天的强国大国。其他的，生怕民族患上要命的健忘症，干脆把“个性自由”宪法化。在这方面，意大利带了好头，1948年那会儿便强调，“共和国无论对个人还是对表现其个性的社团成员，均承认并保障其人权之不可侵犯”；德国紧跟着（1949年基本法），而且很直白：“人人都有自由发展其个性的权利。”又过了四十多年，吉尔吉斯斯坦、格鲁吉亚和乌克兰也前后脚地（分别于1993年、1995年和1996年）将“自由地发展自己的个性”确立为一项基本权利。挺有意思的地方是，在内容上这些国家表述不约而同（在肯定个性权利的同时

^① [英]密尔：《论自由》，程崇华译，72页，北京，商务印书馆，1959。

也强调不能破坏其他人的自由),就连条款数字也很相似,意大利和德国同为第2条,吉尔吉斯斯坦和格鲁吉亚都在第16条,唯独乌克兰跑了单帮列于第23条。

既然已经都把个性自由这样上纲上线了,生活中出现别致另类的事例也就理所应当了。

就拿交通工具小汽车来说吧,常人会把它当座驾,可有些标新立异者老觉得这太一般化,特别是那些军事爱好者,心里痒得不行,真想弄辆坦克开开。“即便你有钱买得起,可不准上路又能怎么着呀?”甬担心,在德国和英国,这已不成问题,当然也有条件:一是必须拆除坦克上的武器装备,也就是不能再“咣咣”地开炮了,不过炮筒子可以保留,毕竟那是一种标志;二为履带得换成橡胶的,以免轧坏路面;三乃柴油发动机改成烧汽油的,出于环保需要。德国内埃斯帕格市的男子约阿奇姆·索内奇,便花24000英镑,买了一辆6吨重的退役旧坦克



约阿奇姆·索内奇一家和他的坦克

(英国制造的“福克斯”),并在里面为2岁儿子安装了一个婴儿座(这是所有机动车必需的)。一家人经常坐着这辆坦克在当地大街上兜风,甚至到商场购物,而路上的司机和行人全都惊得目瞪口呆,纷纷为

它让路。^①

英国也有不甘寂寞之人，斯蒂芬·埃利森就开着一辆1974年生产的Sabre轻型侦察坦克（7吨半、花了14000英镑），时不时地出门转两



斯蒂芬·埃利森和他的坦克

圈，感觉那叫一个爽：“不管年轻人还是老年人都为它着迷，每个人看到它都笑了起来，向我伸出大拇指。我曾驾驶这辆坦克去参加军事表演秀，但我更高兴在大街上驾驶它，让人们过来看看它，甚至到坦克内坐会儿。孩子们太爱它了，人们很少有机会触摸一辆法拉利名车，而这辆坦克带给人们的是同样的刺激。一个男孩前几天甚至问我能否用这辆坦克载着他和女友去参加学校舞会，我会让这辆坦克服务于一些特殊的场合，譬如它可以为某个婚礼充当交通工具。我愿意让孩子到坦克中坐一坐，如果能让他们对军事产生兴趣，那真是太好了。”^②

不过，驾驶坦克也有不利的地方，一呢不划算，太费油，一跑起来油表“歘歘”地转。二呢里面空间小，买了大点儿的东西放不下，只能

① 参见《德国一家人爱开坦克逛商场》，《现代快报》，2008年7月30日。

② 《英发烧友开坦克购物逛街》，《北京晚报》，2006年10月11日。

将购物袋挂在外头的枪炮筒上(可一定要系紧拴牢了)。但对于那些真正的迷们和粉儿来说,根本就不叫事儿。

除了这个,那还有别的能开吗?

“置身于蓝天白云、高楼通衢的背景,坐在宽大舒适的床头,在车水马龙的都市中行走,困了还能来一觉儿,该是多么自由惬意!”荷兰首都阿姆斯特丹,梦想成真了——一张可移动的大床在街头缓缓行驶。主人是一家英语电视台的主持,通过合法的程序,为自己的床获



得了在路上自由行驶的许可。“这样是不是可以减少疲劳驾驶呢?”引

史书
作品