



■ 西方社会文化生活丛书

陈晓律 / 主编



守护正义

西方司法之路

宋 涛 / 著

长 春 出 版 社
国家一级出版社
全国百佳图书出版单位



国家出版基金项目
NATIONAL PUBLICATION FOUNDATION

■ 西方社会文化生活丛书

陈晓律 / 主编



守护正义

西方司法之路

宋 涛 / 著

長 春 出 版 社
国 家 一 级 出 版 社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

守护正义：西方司法之路 / 宋涛著. — 长春：长春出版社，2016.1

(西方社会文化生活丛书 / 陈晓律主编)

ISBN 978-7-5445-3851-0

I. ①守… II. ①宋… III. ①司法制度—研究—西方国家 IV. ①D912

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第239856号

守护正义：西方司法之路

SHOUHU ZHENGYI: XIFANG SIFA ZHI LU

著 者：宋 涛

责任编辑：张中良

封面设计：尹小光

出版发行：长春出版社

总编室电话：0431-88563443

发行部电话：0431-88561180

地 址：吉林省长春市建设街1377号

邮 编：130061

网 址：<http://www.cccbs.net>

制 版：长春市大航图文制作有限公司

印 刷：长春第二新华印刷有限责任公司

经 销：新华书店

开 本：787毫米×1092毫米 1/16

字 数：223千字

印 张：16.25

版 次：2016年1月第1版

印 次：2016年1月第1次印刷

定 价：38.00元

版权所有 盗版必究

如有印装质量问题，请与印刷厂联系调换

联系电话：0431-87923413

总 序

中国国力在改革开放后的变化，使中国在最近几十年开始真正走向了世界。这并不是指在此之前国人与世界的接触不多，而是大规模的、普通民众与外部世界的“亲密接触”的机会是从近期才开始拥有的。由于这个原因，对西方世界的了解，也就不限于学者的兴趣，而逐渐地成为我国普通民众也十分关注的“日常事务”了。

相对于西方而言，这种关注已经晚了 500 多年。在中世纪晚期与近代早期，西欧的国王们对遥远的中国总是充满了好奇心。1508 年，葡萄牙国王给其派往马六甲的使臣塞凯拉的命令中有这样一段话：“汝须问中国人何时来马六甲或其贸易之地，来自何方，其来远否，贸易何物，每年到此有若干艘船，其船有何模样，是否于本年内回国，有无商行在马六甲？彼等为懦夫，抑或战士，有无武器或炮兵及所穿何种衣服，其身躯是否伟大？遵守何种习惯，国境伸张至何处，与何国人邻近。”¹ 当时中国的皇帝若知道这种事，一定会感到非常奇怪。因为坐等万方来朝，已经是“中国”人的习惯。从我国历史来看，以中国为世界中心的历史观一直在史学领域占主导地位。因此，在 1840 年前，中国甚至没有真正意义上的世界史，有的只是《镜花缘》一类的异域风情书，严肃的史书则只有中国史。在鸦片战争之后，中国才被迫接受中国之外还存在一个世界这一事实。但对西方的研究主要是以急功近利的原则为出发点，缺少系统的基础研究。直到新中国成立前夕，在我国的高校中，世界史都还不能算是能与中国史相提并论的学科，一些十分有名望的老先生，也必须有中国史的论文和教中国史的课程才会得到承认。美国的历史学者对我们这样划分世界史和中国史十分不理解，他们最大的疑问是，

1 王加丰. 500 年前西欧人的海洋意识和实践 [N]. 光明日报, 2013-02-21 (11).

中国为何不将自己的历史列入世界整体的发展中？他们认为，人类的历史就是世界的历史，在世界历史的版图上细分才是国别史，很难理解在中国还有一个与世界史相对应的中国史。从这一点看，中国人要真正了解外部的世界，尤其是当代的西方世界，不仅需要各种信息的沟通，还需要从根基上调整自己的心态。

当然，时代的潮流迫使国人的观念迅速地做出改变。在中国经济发展与外部世界联系逐渐密切之后，每个普通中国人的生活也随之发生了一些重要的变化。从20世纪90年代以来，出国留学对一般民众而言已经不再是一个遥远的梦。一旦获得出国留学的机会，第一件要办的事情，就是去申领自己的护照。或许你会问：出国为什么要护照，我国通行的身份证难道不可以证明自己的身份？与此同时，你还必须将自己的出国费用从人民币兑换成相应的外汇。所以你会再次发问：为什么人民币与外汇不能通用？于是，在一些极为现实的事情中，人们开始逐步地与“外部”世界的知识亲密接触了。

因为在这样一些再正常不过的常识性问题后面，隐藏着十分复杂的世界政治、经济和社会原理，如果仔细地加以探询，你还会发现更多有趣的问题，比如：为什么这个世界要有国家？国家是怎样组成的，它又是如何运转的？国家有哪些不同的种类？这些不同国家护照有一些什么共同的功能？这些国家使用的货币有哪些？为什么有些坚挺，有些疲软？实际上，回答这些问题已经涉及国家、政府、国际事务、国际政治和世界经济等多方面的当今重大问题，也就是说，我们即便要办好一件只是属于私人的小事，也必须认真地了解外部世界。而这些问题，已经不能依靠我们原有的知识结构进行解答，我们必须拓展自己的知识领域，尤其是关于外部世界的知识领域。

为了增进国人对这些问题的了解，国内出版界已经出版了很多相关的著作。

大体上看，这些著作分为这样几大类：第一类是关于西方国家、政府等有关政治机构的常识性问题。这些现象我们虽然十分熟悉，但并不等于我们已经从理论上了解了它们。因此很多国内的著作对一些概念性的东西进行了提纲挈领的解析，有深有浅，大致可以满足不同人群的要求。第二类是关于各种国家的地理旅游的书籍，这类书籍种类繁多，且多数图文并茂，对渴望

了解国外情况的人群，读读这些书显然不无裨益。第三类是各国的历史著作，这些著作大多具有厚实的学术根基，信息量大，但由于篇幅原因，或许精读的读者不会太多。最后一类则是对各种国际组织和机构的介绍，包括各国概况一类的手册，写作的格式往往是一条一款，分门别类，脉络清晰，这类知识对于我们了解外部世界，尤其是西方世界应该也很有帮助。

实际上，所有这些种类的书籍，都会直接或间接地涉及西方的历史，甚至有些知识就是直接构筑在历史基石上的，因为当今世界的很多国际组织、交往原则乃至外交礼仪等，主要出自1500年以后的西方世界。当然，我们不会奢望每一位读者自此成为历史研究的拥趸，但至少还是希望读者们通过上述几类书籍的阅读，能大致了解西方国家产生的原因、现代国家的强制性以及社会服务功能的多重交织性质，西方君主立宪制与共和制的特点，西方国家两党制或多党制产生的过程，政党与利益集团在其中的作用，议会制度的由来与发展，各种主要选举方式的形式与内容，法治与法制的联系与区别，各种国际组织及其机构的特点以及它们在当代国际社会中的作用，尤其是了解它们与中国的关系，等等；此外，还应该了解与西方社会相关的各种社会科学观念，因为正是这些知识结晶改变着人类社会的组织和结构，并引导着现代社会沿着理性的轨道前进。

然而，即便掌握了这些知识，我们是否就真正了解西方了呢？问题显然没有如此简单。

在海外长期生活的华人或是经常出国的人员常常会有一个共同的感受：在各种聚会或是宴请的活动中，只要有“老外”在，哪怕是一个人，气氛就很难避免那种浓厚的“正式”味道；而一旦没有“老外”，都是华人，气氛会一下轻松起来，无论是吃喝还是交谈，人们的心态转瞬之间就已经完全不同。我与一些朋友在经常讨论这一现象时，大家的基本看法是，中外之间，的确有一种文化上的隔膜。这种隔膜十分微妙，甚至并非是相互不能沟通的问题，而只是一种“心态”。

这种心态往往是只可意会，却难以言传。其难以言传的根源在于，人生生活在一个由文化构筑起来的历史环境中，这种长期浸润，会不知不觉地对一个人的行为方式、心态产生巨大的、具有强烈惯性的影响，这种影响往往也

不是通过学术著作而能轻易加以归纳的东西。因此，要体验这种微妙的文化隔膜，最好的方式就是对西方的文化有一种“生活式的”了解，读一些带一点趣闻轶事色彩的学术书籍，并在掩卷沉思中默默地体验西方人那种日常的生活方式。基于此，我们选择撰写了这套《西方社会文化生活丛书》。共分九册：《市民的世界：城市生活》《生命的解码：墓志铭》《绅士与淑女：西方社会的待人接物之道》《彼岸世界的幻化：西方人信仰的嬗变》《高贵的象征：纹章制度》《自由之翼：演讲术》《学者的伊甸园：西方的大学生活》《性与平等：一部简明的西方性伦理发展史》《守护正义：西方司法之路》。从题目上不难看出，我们力图给大家已经有一定了解的西方世界增加一些斑斓的色彩，使我们的读者能够在某种程度上“触摸”到外部的世界。很自然地，我们也会努力将趣味性与学术性融为一体，让读者们能够在轻松地阅读中获取应有的知识。无论如何，西方文化对中国人而言总归是一种“异文化”，而异文化间的相互尊重、相互吸收、相互学习，是世界发展的趋势。顺应这种趋势的第一步工作，当然是了解对方。但愿我们的这套丛书，能够为读者们了解西方，并进一步加强中外的文化交流做一些有益的事情。

如果你是一个依然保持着好奇心、对问题喜欢打破砂锅问到底的人，那么，请阅读这套有趣的丛书吧！它既能增加你的知识，又能丰富你的生活，或许还能在紧张的工作和生活之余给你带来一丝和煦的清风。同时，我也希望愿意睁眼看世界的同胞，阅读这套丛书后，能更深入和立体地了解外面的世界，从而为自己在处理各种公事和私事时有一个厚实的基础。当然，也希望方家和同好不吝赐教，以使此丛书在再版时的色彩能更加绚丽。

陈晓律

2015年11月27日

于南京阳光广场1号1505室

前 言

康德在其经典著作《实践理性批判》中曾经说过：“有两事充盈性灵，思之愈频，念之愈密，则愈觉惊叹日新，敬畏月益：头顶之天上繁星，心中之道德律令。”对于西方文化了解愈多，越明白这两句话实是对西方文化精神的高度概括。前者指的上帝，后者指的是良知，统一贯之，构成西方现代精神的两元结构基底。而这种精神外化为社会现实就成为人类在这个世界上的基本构架，其中关切的是良知、公平、正义，随时代而绵延变迁，累积发展，远远望去，实际上就是正义的追寻之路。

跟其他法系一样，西方法律也来自于早期的禁忌与习惯，其早期审判方式也遵从早期人类学的神判法则，正义的权利似乎是掌握在神灵手中；然而，自希腊开始，正义开始进入人间，先后经过希腊和罗马的努力，从思想到实践，东西相揖别，产生了具有典型西方特色的司法追索，这是本书第一章《开辟鸿蒙，何为正义？》，从中读者可了解西方法律文化早期的滥觞与发展。

进入4世纪左右，同其他文明相似，西方的古典文明也陷入崩溃，从而进入了漫长的“中世纪”。在这个时段里，具有另外渊源的文化开始注入到西方的文明肌体之中，这主要是早期质朴粗犷的日耳曼人与从虔诚向神的希伯来人，前者的民主质朴洗涤了罗马长期所积累的繁华琐屑，而后者的虔诚，则给了西方司法的另一个神圣而超然的向度。这一切的元素经过一千年的发酵酝酿，最终为近代文明的开启提供了良好的土壤，因此才出现了独具特色的英美法系，神与人、国家与个体有了崭新的定位。这是第二章《黑暗与曙光》，从中读者可以看到西方司法文化的转型与创造。

进入现代社会，重要的问题不再是以往的神人之际，而在此世的人人关系，日趋复杂的社会关系，也要求更专业的定位与探索。这当中包含了对国

家与个人关系的重新定位，在巨大的利维坦下保留一份宁静的个人权利空间；也包含了专业司法阶层的培育与发展，以及由此所带来的司法程序的规范化，这一切都有赖于千千万万的律师、法官乃至普通人（陪审团）的不懈努力。至此，正义不仅是一种偶然性的靠信仰和激情所支撑的小众事业，相反，它建立在巍峨的司法大厦上，由无数的司法人员投身其中。这是第三章《怪兽与女神》。鲁迅说，怒向刀丛觅小诗，对西方来说，这是一个多元平衡、全民参与的伟大时代，正义不在神手，而在常人之手中。

西方正义的追索事业到美国又开新花，这主要体现在司法独立的实现。这一步并不是凭空产生，而是有着长期的积累与实践作为基础。首先是成文宪法的颁布，使得美国有法可依，确立了以法治国的至高原则，这是早期像华盛顿、麦迪逊、汉密尔顿等建国之父的伟大贡献；其次，创设专业而独立的司法机构，并赋予其独立的司法审查权，那些有着专业技术与虔诚信仰的司法从业者，像以马歇尔那样的诸位先贤，从此有了舞台以捍卫并守护着美国的正义事业，美国也因有了良好的司法环境而得到发展。这是第四章《上帝的馈赠》，治大国如烹小鲜，美国为西方提供了一份崭新的答卷。

本书的目的就是对西方社会与道德、自由与良知的渊薮——法律进行介绍，溯源而上，分段择要，以浅显通俗的案例故事，展现西方法律正义的源头活水、节段脉络，以求使读者对西方司法略有了解。

本书在写作过程中得到江苏教育厅 2011 年度高校哲社研究指导项目——英国转型时期的克伦威尔护国主制的研究（项目号：2011SJD770003）的资助，特此致谢。

宋 涛

2015 年 10 月

目 录

第一章 开辟鸿蒙，何为正义？

- 第一节 人异于禽兽？ / 003
- 第二节 神判与天启 / 014
- 第三节 正义来人间 / 029
- 第四节 罗马法者，帝国之基！ / 052

第二章 黑暗与曙光

- 第一节 一群野蛮人 / 065
- 第二节 摩西，摩西！ / 077
- 第三节 天国的秩序 / 084
- 第四节 国王的荣耀 / 100

第三章 怪兽与女神

- 第一节 利维坦——怪兽！ / 125
- 第二节 职业法律人 / 144
- 第三节 法官不是官 / 158
- 第四节 纠问与陪审 / 168
- 第五节 看得见的正义 / 183

第四章 上帝的馈赠

第一节 独立之女神 / 203

第二节 审查的眼睛 / 219

第三节 克制与能动 / 231

参考文献 / 248

第一章
开辟鸿蒙，
何为正义？

在无尽之中，自我重复
终要万川归一。无数拱顶
辐射交会，终为扶持
那巍峨的构型。万物之川流，只眷恋生命
巨星和泥土。
任由一切孜孜不止
终要在上帝那里得到永恒的安息。

——歌德

第一节 人异于禽兽？

如果我们能通过任何方法，断定法律概念的早期形式，这将对我们有无限的价值。这些基本观念对于法学家，真像原始地壳对于地质学家一样的可贵。这些观念中，可能含有法律在后来表现其自己的一切形式。

——梅因《古代社会》

不论东方西方，人人都谈正义，但什么是正义？不用说古代人，就是一个精通法律的现代法学专家，都可能会让他瞠目结舌，就像圣·奥古斯丁在《忏悔录》中所说：什么是时间？你不问我，我还清楚，你一问我，我便茫然了。奥古斯丁是一个很诚实的人，这句话道出了人类在定义基本范畴时的艰难。

因此，虽然我们经常会见到有人自称正义，或者骂别人不正义，但真要说清楚，就是包公再世也无能为力。因此，我们对正义的追索还要从法律与司法开始。

正义很难说清楚，但说起法律与司法，其历史实际上可以追溯到有人类产生以来。那时还没进入文明阶段，也尚无东西方之分。考古发现，早在300万年前就已经有了人类群居生活的痕迹。作为群体动物，人类具有与其他群居动物相同的一些特征，比如：为促进其群体利益进行集体行动，承认群体首领的地位与权威，接受一定的群体规范。正是有了这些行为规范，作为一个种群，才能在艰难的地球环境中生存下去，并繁衍开来。

不仅如此，动物学研究表明，在人类社会之前像猴子、猩猩、狒狒、长



图 1-1 埃及正义女神玛亚特

臂猿等灵长类动物就有着与人类的祖先类似的群居生活。考察它们的社会行为也许有助于解开人类社会行为的奥秘。我们知道，大多数灵长动物的社会是围绕着一个可以称为首领的统治者而组织起来的，如猴子就是围绕着“猴王”结群生活的。《西游记》中的孙悟空就是一个猴王，领着一群猴子住在花果山水帘洞。这样的首领通常至高无上，强力是其统治的基础。可以说，人类社会中的政权最初也可以追溯到那个作为“君王”的首领身上。

这一点得到了学术上的有力支持——弗朗斯·德瓦尔在著作《黑猩猩的政治》中研究表明，灵长类动物的社会在统治形态上是专制的。群体的首领在选择配偶与获得食物方面享受特权（这一点与古代的皇帝非常相似），剩下的才由其他成员分享，普通的“民众”始终过着受压制的生活，这表明它们的社会系统里面也有有关的秩序与规则，而规则与秩序也可以看作法律与司法的萌芽。¹ 只是这种规则既不能以符号也不能以文字沿承和改造，只有经过深入的田野调查，才能看到它们默默地自古至今不断运行下去的轨迹。

1 弗朗斯·德瓦尔. 黑猩猩的政治——猿类社会中的权力与性 [M]. 赵芊里, 译. 上海: 上海译文出版社, 2009: 250.

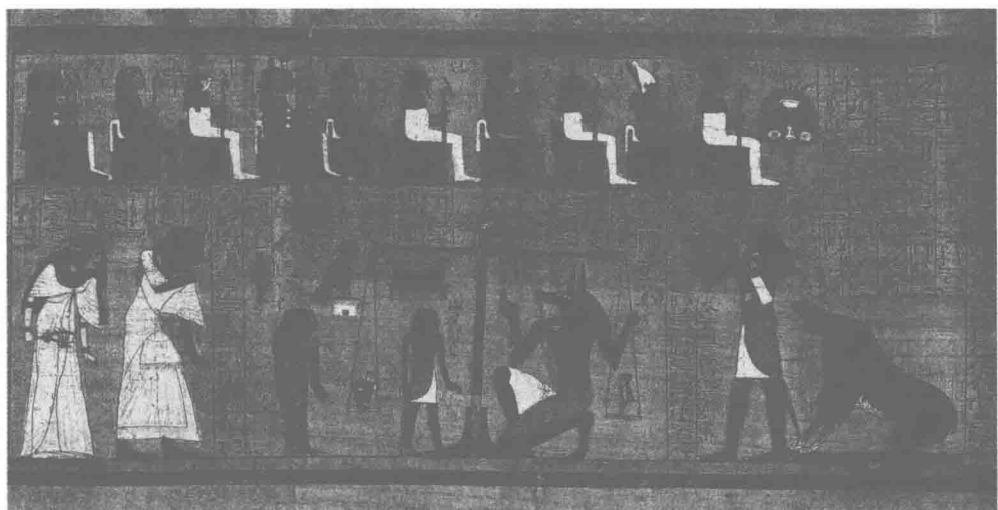


图 1-2 女神的裁决

当然，人类毕竟不仅仅是动物，相比之下人类还有超出其他社会性群居动物的特征，即：他们能运用符号、语言、文字以及自己的推理能力和自觉意志来规范改造自己及自己所面对的社会，这种特有的能力，使人类能够超越本能，有目的、有系统地发展自己。这些特征，更集中地体现在西方早期的司法行动中——对此，我们可以称之为“法律意志”的体现。在这个过程中，有意识的大脑接替了本能的许多职能。

有了文明，有了意识，一个有文化的人要开始行动，则不免会出现这样的问题：我为什么必须这样干？这种意志与推理的力量，使人渐渐不满足于本能与习惯的条件反射式的支配，这样，人就难免陷入一种危机：心灵中的本能与自觉，个人欲望与群体需要，这两种矛盾的显现为法律文明的出现提供了深层的背景。也就是说，到底是按照个人利益，还是按照群体利益采取行动？这都需要权衡利害。由于害怕受到惩罚，早期人类意识到，人的行动不能仅仅听命于本能，因为这种越轨的行动可能会受到习俗或宗教及人的制裁——一切传统和巫术，一切宗教仪式和禁忌，一切物质和道德力量，都会为此发挥作用。在这种背景下，“责任”的概念开始形成。如此，萌芽中的群体规范，制定中的群体准则、责任、审判和制裁的概念都开始出现，有意识的社会管理时代开始了。

因此，我们可以说，就在人类诞生之初，有了人类的主动意识，就已经开始有法律的萌芽。而在国家产生前，禁忌、习惯或习惯法就是这种机制的表现形式，充当了初民社会的法律。

人类历史中法律最早的形态是禁忌。人类学家们倾向于认为，禁忌就是初民社会最早的法律，是法律的源头。

人类学中的“禁忌（taboo）”概念，来自南太平洋波利尼西亚汤加岛人的土语，意思为避免遭到惩罚，禁止用“神圣”的东西，禁止触犯和接触“不洁”的人和事。最早的禁忌是由于原始人对大自然充满崇拜、畏惧而产生的，在人类社会形成的蒙昧、低级的阶段，生产力和认识水平十分低下，原始人的思维相当简陋和感性，是一种本能的“纯粹畜群的意识”，它们不能把自身与外在世界、主体与客体、个体与群体、精神与物质区分开来，日月星辰的泯灭，春夏秋冬的交替，山川草木的枯荣兴衰，人自身的生老病死，都会令原始人感到不可思议。自然界作为一种现存的、外在的、给定的存在物，对于原始人来说是一种变幻莫测，既无法离开，又十分陌生、恐惧的世界。

当原始先民对外界超自然力（mana）的恐怖、畏惧无法解脱，对日月星辰变化的疑虑和担心无法理解，特别是各种矛盾缠绕他们又无法解决时，在生存本能的驱使和“万物有灵”观念的支配下，原始人为了避免灾难、保护自己、控制自然，便由对超自然力神秘力量的笃信和敬畏而给它加上若干禁制。祈求通过自我的约束控制，将鬼神的神秘力量转化为对自己有利的武器，从而避免可能招致的厄运和惩罚，这样就形成了最早的禁忌。禁忌，一方面表现了原始先民对不可触犯的万物有灵的乞求和恐惧，另一方面则是原始民族消极地为自己规定的这也不准那也不行的规范准则。它被原始先民恪守不移，奉若神明，受到严格的遵守。有这样一段话代表了我们的理解：“我们怕天地之间的一切精灵，所以天长日久，我们的祖先才定下这么多规矩；这是从世世代代的经验和才气中得到的，我们不知道，也猜不出原因在哪里。我们遵守这些规矩，是为了平平安安过日子，凡是不知道的东西我们都怕，身边见到的东西我们怕，传说和故事里讲的东西也怕，我们只好按老