

正義女神的天平

——2000 年來的法歷史教科書



Fritjof Haft 著

蔡震榮、鄭善印、周慶東 譯

元照出版公司

譯者序言

德國杜賓根大學刑法、刑事訴訟法、法哲學、法資訊學教授 Fritjof Haft 1990 年版的《正義女神的天平——2000 年來的法歷史教科書》，我們用了兩年功夫將之翻譯出來。

該書以七個議題，每個議題十個個案，將 2000 年來的西洋，尤其是德國法歷史作了一個概略性的介紹。雖屬概略，但卻有如里程碑般，讓閱讀的人體會出西洋，尤其是德國法學的整體圖像，以及圖像背後的歷史、社會與文化。

該書的七個議題與個案約略如下：

一、法院——由希臘的公民審判到二次戰後德國的聯邦憲法法院。

二、訴訟——由羅馬人對耶穌的審判到對希特勒日記案的審判。

三、法典——由摩西的五經到德國的基本法。

四、法思想家——由柏拉圖到布洛賀。

五、法學家——由沙維尼到康特洛維茲。

六、法的理念——由法的概念到自由法運動。

七、原典——由柏拉圖的對話錄到布洛賀的自然法與人性尊嚴。

翻譯這本書的目的，除了因為少有人願意作這種工作外，也希望我國人在談法時，能深入比較法文化，然後作出適合我國的法理論。

蔡震榮、鄭善印、周慶東

2009 年 3 月

目 錄

譯者序言

A・法 院	1
1・法院的肇始——誰能說出最公正的法，便 給予兩磅的黃金	1
2・古埃及的最高裁判者——洞悉上天秘密的人	3
3・中世紀的法官——法官是代神坐鎮	6
4・中世紀刑事裁判權——神本身即是法律	9
5・拷問——基督教徒的血因非人道的拷問與 虐待而流	11
6・帝國皇室法庭——安寧與法律的掌理	15
7・萊比錫的帝國法院——德意志帝國的最高 法院	17
8・恐怖機器——「民族法庭」	20
9・聯邦法院——民主法治國的上訴法院	24
10・聯邦憲法法院——基本法的守護者	28
B・訴 訟	31
1・對耶穌的審判——世界史上影響最大的審判	31
2・法庭上的蘇格拉底——因為他不承認神祇， 並讓年輕人墮落	33

3・女巫審判——《急要文書》對女巫的誤解 想法，延續了三個時期	38
4・磨粉匠阿諾德（Arnold）的訴訟——斐特烈 大帝的「權力判決」	42
5・法蘭克福一位殺嬰女子之斬首——歌德的浮 士德中葛淚卿的悲劇	46
6・歐冷堡（Eulenburg）的訴訟——威廉（Wi- lhelm）皇帝時代的醜聞	48
7・烏爾摩（Ulmer）的帝國防衛軍訴訟——未來 的獨裁者為自己合法化	52
8・帝國議會縱火案——被告變成原告	56
9・紐倫堡大審——消除我們這個時代的污點	60
10・希特勒的日記——人們希望受騙	65
 C・法典	68
1・摩西五經——神本身所給予的律法	68
2・市民法大全——羅馬法的重生	70
3・薩克森法鑑——中世紀最爲重要的法學書籍	74
4・卡羅利那法典（CAROLINA）——神聖 羅馬帝國時代德意志最重要的法典	76
5・普通法——以「法的支配」爲根本	82
6・法典編纂運動——自然法的終止	85
7・拿破崙法典——法國人的法典	87
8・當代對於立法與法學的時代使命——對 拿破崙法典的德式回應	91

9・民法典——如眼前燦爛的星辰.....	94
10・基本法——「人性尊嚴不可侵犯」	98
D・法思想家.....	102
1・柏拉圖——神喜愛正義，因為它是公正的	102
2・亞里士多德——人的目的在於國家	104
3・托馬士・封・阿圭納（Thomas von Aquin） ——神統治世界的法律.....	107
4・霍布斯——人類互為狼（homo homini lupus）	112
5・格老秀斯（Grotius）——應遵守契約	114
6・普分多夫（Pufendorf）——系統化的自然法	117
7・康德（Kant）——行為時，應讓你的意志 準則，能同時作為普遍的立法原則	121
8・黑格爾（Hegel）——理性的具體實現即是 國家.....	124
9・馬克思（Marx）——國家進入死亡	127
10・布洛賀（Bloch）——自然法與人性尊嚴.....	131
E・法學家.....	134
1・沙維尼（Savigny）——從法理學到法學	134
2・費爾巴哈（Feuerbach）——無法律即無處罰.....	138
3・耶林（von Jehring）——法理學上的玩笑與 真話.....	143
4・胡伯（Huber）——瑞士民法典的創始人	146

5・基爾克 (Von Gierke) ——「人類團體的本質」	149
6・拉德布魯夫 (Radbruch) ——追求「事物的本質」	152
7・偉伯 (Max Weber) ——屬於真正法律科學的法律社會學	156
8・克爾森 (Kelsen) ——正義只是一場「美夢」	158
9・李斯特 (von Liszt) ——「刑法的目的思想」	162
10・康特洛維茲 (Kantorowicz) ——「反對虛構的法律」	165

F・法的理念	168
1・法的概念——無法審究的法理學	168
2・自然法——找尋正確的法	170
3・法與道德——法哲學的好望角	175
4・罪責原則——無責任即無刑罰 (nulla poena sine culpa)	179
5・刑罰理論——致力尋求刑罰的意義	183
6・法實證主義——「根除自然法的雜草」	186
7・「立法者更改三個字——便讓圖書館的資料成為廢紙」	189
8・概念法學——概念贏得知識的存在	192

9・利益法學——由邏輯的優越到生活需求的 滿足	195
10・自由法運動——「一個銳利的眼光，一種強 烈的感覺」	198
G・原 典	202
1・柏拉圖（Platon）的對話錄	202
2・亞里士多德（Aaristoteles）的尼可曼斯（Ni- komachische）倫理學，第五冊，第6-8章	205
3・托馬士・封・阿圭納（Thomas von Aquin）的 神學的最高點，II, II qu 58, a 2, 5, 10, 11； qu 61, a 1, 2, 4	206
4・康德（Kant），道德形上學，第一部分： 權利理論	208
5・黑格爾（Hegel），法哲學綱要	213
6・耶林（Jhering），法學上的詼諧與嚴謹	214
7・拉德布魯夫（Radbruch），法哲學	216
8・克爾森（Kelsen），正義規範，純粹法論	217
9・拉德布魯夫（Radbruch），實證法的不法與 超法律的法	219
10・布洛賀（Bloch），自然法與人性尊嚴	220

A·法 院

1·法院的肇始——誰能說出最公正的法，便給予兩磅的黃金¹

在伊里雅斯（Ilias）一幕有名的場景中（第二部，第十八首，第 497 至 508 行），荷馬（Homer）詳述了一場訴訟，那一幕描寫了傳說中的阿契勒（Achill）之盾一序列的圖像。以下是詩人（譯自 Wolfgang Schadewaldt）的敘述：

「人們集結在市場，在那兒發生了一場爭鬥：兩個男人為了一個被毆致死者的贖罪金²而爭執不休。一方發誓說已經全部償還了，而且眾人可以證明；另一方則否認說什麼也沒收到。後來兩人請求希望能獲得仲裁人的決斷，可是群眾各自支援一方，並且彼此對罵叫囂著。最後官吏們才將群眾鎮壓住，長老們圍成圓形坐在磨平的石座上，從官吏們的手上接過權杖，並手握權杖，高聲說話。長老們用這枝權杖起身輪流地發表其各自的決斷，在中間放著兩磅的黃金，他們之中，誰能說出最公正的法，便能拿到黃金」。

在這裡吾人可以捕捉到在訴訟進行中瞬間消失的微光，亦即，一個民族由原始狀態向古代的法狀態邁進了一步。在此案中，被告明顯是殺害了原告者的親屬，而爭議是在於履行契約上的問題，即兩造當事人的爭論在於，原告復仇權利的補償。當時，已

¹ 德國舊制，一磅等於五百公克。

² 在日耳曼法的概念中，殺人者或其氏族為贖罪所支付給被害者氏族的錢。

將原始的血腥復仇轉化為「贖罪金」的概念，並且也已經明顯有了裁判的存在。

關於最後一點當然是有許多爭論的。有人指出「雙方皆請求希望獲得長老的決斷」這樣的敘述，所表明的是一種仲裁法院，而當時的仲裁法院與國家賦予權威的法院在基本上是不同的。前者是具自由意志性的，意在仲裁、協調；後者則是強制性、拘束性的。但是沃爾夫（H. J. Wolff）卻以極具說服力的說法來重新解析，他認為荷馬所敘述的是一種真正的法院，他的解釋說明了這幕場景如下：

「原告尚可憑藉自力救濟解決，但他必須抓到債務人，如債務人不支付贖罪金時，則可以進行血仇報復，殺害債務人。被告對於此種自立救濟，則可向當局請求庇護。在原告償付贖罪金的主張獲得解決前，被告可在長老處尋求避難與保護。

在此亦存在著一種具有實力的當權團體，它能對已開始的私力執行進行干預。當權團體是藉由官吏收留這些人民而得以存在，當權團體本身是否即指國王？因其在控訴當中並不重要，因此，詩人並未提及。

被告首先講述他的情況『以使民眾瞭解』，接著原告敘述，之後再由長老們手執官員交給的權杖而各自表達其決斷。民眾則安靜聆聽各種說法。民眾若是不滿意某種說法，則在演說後仍保持緘默，否則便起立喝采。長老的說法若是獲得多數人的贊同，便是說出『最公正的法』，他即可收取由兩方預先提出當作決斷手續費的兩磅黃金。」

H. J. Wolff 對此寫道「在這樣的過程中背後所展現的原理便很清楚，公權力所尋求的是保障內部和平，公權力並非為那些尋求

法院和平確認其權利之人而設；反倒是著重在攻擊的一方尚無法確定其權利時，受攻擊的另一方即應受到共同體（社會）的保障」。這種訴訟可能是極其原始與不完全的，但其在避免讓「自力救濟」演變成置共同體的秩序與和平於不顧的「野蠻私鬥」上，有決定性的貢獻。

法院的創設——「在法領域上，它是最初，也可能是最後的大發明」（W. Seagle）。

2・古埃及的最高裁判者——洞悉上天秘密的人

古帝國初期（第三至第八王朝，西元前 2620 年至西元前 2100 年），在國王 Djoser 統治下，對傳統埃及王國及其文化的走向，跨出了決定性的一步。因為發動建造埃及金字塔的大工程，是需要掌握住整個王國的勞動力。這又需以一個官僚體制的建立，即真正的國家存在為前提。那個時代，人們在「皇宮」內創立了一個最高裁判者的新職位；他分擔了國王的裁判活動。之後，這個最高裁判者，竟成了國家行政的最高領導人。他被稱為「Wesir」，是指能窺察上天秘密的人。

當時在位的國王，任命新裁判者的儀式及演說，被流傳了下來。其中，國王說道：「爾等禁止怠慢瑪雅特（Maat）女神，祂的律法即是汝等所認識的法律」。以及「注意！所有的一切行事皆要符合祂的律法，所有的一切行事皆要合於祂的意旨，以此讓所有的人皆能置於祂容許的秩序狀態中」。還有：「看呀！這是記載在 Memphis³ 的捲書上，國王勸戒最高裁判者要寬大為懷的一句警言：你需要留意人們對 Wesir Achthoes 的評論。也就是人們說，

³ 古埃及的首都。

Achthoes 因為唯恐他人說他優待其家人，因而故意冷落自己的親族。但這太矯枉過正了（是瑪雅特以外的事）。而最終：「在 Wesir 的判決中，人們期待瑪雅特女神的存在」。因此，Wesir 最深具意義的使命是，確保瑪雅特女神的存在。他頸上掛著瑪雅特的小女神像，作為標記。但瑪雅特女神代表何種意義？

在 Erman - Grapow 的字典上，將瑪雅特解釋成「權利」（Recht）⁴。Wolfgang Helck 指出，這概念需要在一種廣泛的意義下來瞭解。吾人可以依文脈關係將瑪雅特翻譯成正義、世界秩序、真理等。在古埃及象形文字中，瑪雅特被書寫成一個向前傾斜的基台，如同被使用在王位下的台座或當作抬高雕像位置的基座一般。故瑪雅特也就是所有生命的基礎。

瑪雅特女神的特色，是在頭上裝飾著羽毛。在祭典儀式的船隻行列進行中，祂站立在甲板前方，隱藏在這種現象之後的是一個歷史的傳承。在古埃及時期，所謂「Thinitenzeit」出巡時，統治兩個王國的國王經由尼爾河（Nil）巡曳其帝國，「為賞善懲惡」而在他的船上前甲板處放置刑具，將犯罪人綁在前端可彎曲的支柱上，並在下拉的尖端上綁住頭髮來固定住他的頭，砍掉後他便被彈飛而掛在上面，讓禿鷹啄食。之後便由瑪雅特女神立於該位置。

瑪雅特的相反概念是 jsft（罪）——混亂、無秩序。創造之神 Atum 結束了創世之前的渾沌狀態，而創造了天與地二元部分，即世界秩序。瑪雅特意味世界被賦予秩序的狀態，守護此種秩序以及繼而重新整頓秩序，是國王最主要的義務。國王「以 Maat 取代 jsft」，而尊之為規臬。

埃及人對世界的認識是相應於二元化的，並由「二元論」所

⁴ Recht 這個字在德文可以譯成「法」、「權利」兩種概念。

形成，這可由歷史來證明。埃及這國家，是由南部游牧狩獵的民族，征服了文化較為先進的北方民族後所形成的。這二元論是埃及人在大自然中所發現的——河流與沙漠、男人與女人、白晝與黑夜，這二元論深烙在所有的行政官員心上，而國王往往被描畫成並立的雙面體，甚至還有兩個墓。

瑪雅特是歷經混亂與威脅後的穩定狀態，國王必須維持這種狀態，而且國王亦應維護此種國家的基礎，當吾人阻止衝突發生時，最能維護這個狀態。因此，人們須過著受瑪雅特引導之正當的生活，須向情感宣戰、須鍛鍊自省與自制能力，而理想的模範，是嚴格壓抑情感並以此嚴厲壓制住混亂的「沈默者」。「權利的抗爭」(Ihering 耶林)並非是一合乎瑪雅特的正當性。瑪雅特的正當性，毋寧是一種以下述的勸戒話語，勸告吾人如何對待上級、同級以及下級的情境。

「當你遇到，因為階級比你高，能貫徹其意志，而自以為是的人，你就要折腕屈腰，勿使你的心意違逆他，這樣的話，他就無法傷害你，在抑制口吐惡言時，行動上不要表現出反對，這樣人們會說他是個無知的人，如此你的沈穩態度就勝過了他的地位」。

「當你遇到，一個與你一樣的同級者，而自以為是的人，當他口出惡言時，你應沈默以對，以使你的地位高於他。明白事理的長者自然會說他的不是，而你的好名聲將留在官吏心中」。「當你遇到，一個處於你下級，而自以為是的人，不要因為他的低下地位而盛怒地反對他，應將他置於一旁，讓他自導自演。不要答腔，以平靜你的心情，甚至不要凌駕於你的敵手之上，因他用其狹隘的視界傷人，是會被認為不良的，人們仍會照你所希望的來

行事，而你則應用官方途徑來處罰他」。

與近東的其他國家不同的是，埃及並無編纂的成文法。其法律是判例法，原本是國王，其後由 Wesir 與支持 Wesir 的其他法官，為守護瑪雅特所集合而成的判決。他們只服膺於瑪雅特，而非某一成文的法律，由以下對 Wesir 所作的報告中，有關竊盜與偽證的敘述即可為證（令人驚訝的是，在這之中同時能看到現代一般預防的觀點）：

「但我應該讓各位瞭解情況。早先，在最高法官 Nfr - mpt 的時代，在我們的村落中有一女公民 T - ndm - hms 曾偷了一小銅製酒杯，她是 Hh 之子，P - sd 之妻，Wesir 派遣書記 H t j j 拘提該女至港口。各位認為這女子，即使是偷鑿刀與鋤頭也要受罰，如此其他的女人才不會做出相類似的事。我要讓各位明瞭：Wesir 是能說『做吧』的人，他能做出所有他想做的事」。

3・中世紀的法官——法官是代神坐鎮

在中世紀，法官是立於神的位置。在薩克森的都市法（中世紀高地德文的 wich = Siedlung 聚落；biledede = Recht 法律）中，一個有名的註釋如此表示：「……當法官裁判時，在同一個法院同時段中，神的崇高地位是在法官與參加審判者之上……。因此，人是基於神而坐於法院之中，故應知法官是代神而坐鎮……。」

依據邦法法院程序（das Richtsteig Landrecht），告訴人需向法官陳述以下的話語：「某某向神以及您控訴」（N claget gode unde iu），或者是由訴訟代理人說：「法官大人，您願在神之前及基於法而聽某某的敘述嗎？（her richter, wil gi 《wollt Ihr》 dor god unde des rechtes willen N wort horen？）」。被告應回答：「法官大人，我

透過神與所有在場全體請求您……（her richter, ic bidde iu dorch god unde alle de hir ummestan……）」，因判決是與神有直接關係的。因此，都市法註解寫道：「當塵世的判決作成之時，始能平息神怒（wo daz wertliche orteil obir get, do sal Gotis zorn mete gesenftigt 《besänftigt》 werden）」。

法官執行神的秩序，因為法是由神而來，這種想法總是一再地被陳述出來。甚至到十八世紀，西元 1748 年的普魯士構想草案法（das preußische Projekt des Codicis Fridericiani Marchici）中記載，法官必須「作成公正的判決，如同其出席在神的正義法庭前審判般地思考，以期作成公正的判決。如此，寡婦與孤兒的嘆息，甚至是其他的苦痛才不會降臨到他們和他們小孩的頭上」。在這神前的特別回應，仍可理解為中世紀見解的餘暉，亦即，這解釋是將法官視為神在塵世上的總督。

然而，吾人如何看待塵世的總督？在許多的中世紀法源中，描寫出了法官的理想圖像。Sachsenspiegel⁵約略寫下法官的美德如下：「一位有名譽的法官在他身上應具備四種美德，這四種美德也是最高樞機或選侯所擁有的，而凌駕於其他德行的美德。其首為正義，次為智慧知識，再為堅強，最後是中庸（Ein iegelich rihter sol vier tugent an ihm han. Die selben vier tugent die heizent die kardenäle tugent oder fürsten über alle tugende. Daz eine ist rehtikeit ; ·daz ander wisheit ; daz dritte sterke ; daz vierte maze.）」。

惡德者是與法官的德行對立的。都市法的註釋列舉惡德如下：「法官不應因為恐懼、貪欲、憎恨、或嫉妒、愛慾，甚至是受贈財物，而使正義變質（der richter sal gerichte durch keinerley sache

⁵ 於西元 1215 年制定的德國法律彙編。

willen, unde sunderlich durch vier sachen wille, als durch vorchte, durch gyzigkeit, durch hasses aber durch nydes, aber durch liebe, aber durch gabe willen, vorkeren . .)」最主要的德行是法官的不可收買性，這是一直到了十九世紀一再被要求宣誓的，這使人聯想到，可能是因為一連串不間斷的法官收賄案件所造成的。所以法官必須依據西元 1616 年的 Nassau – Katzenellenbogenschen 的法院法與邦法而發誓，使自己不受「親族/ 喜愛/ 好感/ 恐懼 /愛或悲傷/ 友誼/ 誓約/ 束縛/ 金、銀、錢/ 財物/ 或為自身/ 與自身利益相結合之物」等影響。

法官應注意平等的誠命。「法官應平等對待每一個人 (De richtere scal gelijk richtere sin allen luden) (Sachsenspiegel)」。法律應平等對待「窮人與富人、異邦人與本國人、聖職者與俗世人，以及所有每個人」(十六世紀 Schlesien)，也就是不應區分「居高位者以及身分卑賤者、外國人與本國人、窮人與富人」(十八世紀 Bayern)。由於身分的懸殊特別嚴重，故平等的強調乃特別重要。

法官應持有「中庸」的態度 (Maze)。亦即，擁有節度與自制的藝術。他應如 Schwabenspiegel⁶所說，不急不緩，不作不人道的憤怒，而且他應該是既不輕率也不急躁地捍衛法律。

而且法官應該具有智慧。在十四世紀中葉，Cautela⁷如此敘述：「所有的法官……應該認識法律 (alle richtere...sullen das recht

⁶ 該法典於西元 1275 年制定。

⁷ 所謂 Cautela，是以中世紀的訴訟法為內容的法學書籍，由 Hermann von Oesfeld 於西元 1350 年至西元 1359 年間所作而流傳，雖是敘述當時在 Sachsen 法院的程序法，但也可作為啟蒙書，關於訴訟的形式、告訴人的申請、訴訟當事人在法院的每一動作等，都寫有建言。並列有作為一個法官所需的，智慧、正義、堅強及中庸等四種德行。

wissen)」，這裡所說的法，並不當然是現代意義下的法律與法學知識，毋寧是有關「得以相互區別財產、善與惡」的事物（Hermann Krause）。當時人們對於法律的受限性，已瞭解得非常清楚。1506年，在一由 Venedigs 發送到 Nürnberg 的文書中記載，其中有一關於該市監護權的詢問，「因為案件比法律還多，因此公正的法官要比公正的法律更公正（sunt enim plures casus quam leges estque justior justus judex quam justa lex）」。

基本上「所有事物都是圍繞著公正性打轉，這是所有的德行中最終之要求」（Hermann Krause）。因此，正如西元 1532 年的 Carolina 刑法典，它的公正性是「在公共利益與個人犧牲之間，作成裁判之時必須考量的大事」（第一五〇條末段）。

4・中世紀刑事裁判權——神本身即是法律

中世紀的刑事訴訟，是不能以現代眼光來看待的，它是存在於基督教信仰盛行的時代，所有生活的現象都以基督教會的世界圖像為基礎，人類的社會生活都在神的秩序框架中進行。一個非宗教性——世俗的社會，在當時是不存在的。教會提供共同生活的標準尺度，神本身調整人類共同生活的秩序，因此人們得以直接「找到」（finden）神的律法。在 Sachsenspiegel（制定於西元 1225 年）中，有如此的記載：「神本身即是法，因此，法是受到神喜愛的」。其中亦記載道：「輕易口出穢言，以及觸犯違背神的罪者，就是違反了（Sachsenspiegel 的）教諭，因為他破壞了神的約定，是悖法的人。神自身教導吾人，我們所有人須為正，而唾棄不法」。

正義的圖像懸掛在法庭之中，它們將世俗的法官與基督——末世的審判者——連結在一起。神已轉化為法律上的神，祂是公