



活的 法律

那些永恒的法史瞬间

林海 著

Living Law

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

014004626

D909.1-53
10

活的法律

那些永恒的法史瞬间



Living Law

林海 著



D909.1-53
10



北航

C1691787

法律出版社 LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

活的法律——那些永恒的法史瞬间 / 林海著. —
北京: 法律出版社, 2013. 6
ISBN 978 - 7 - 5118 - 4910 - 6

I. ①法… II. ①林… III. ①法学史—世界—文集
IV. ①D909.1 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 089042 号

活的法律

——那些永恒的法史瞬间

林 海 著

责任编辑 周丽君

装帧设计 马 帅

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2013 年 8 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

印张 19.5 字数 246 千

印次 2013 年 8 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张建伟

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4910 - 6

定价:39.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

感受比历史还真实

代序

“不论是现在还是其他任何时候，法律发展的中心不在立法、法学，也不在司法裁决，而在社会本身。”一百多年前，奥地利法学家尤根·埃利希这样写道。在此基础上，他提出了“living law（活的法律）”的概念。这个概念和庞德“law in action（行动中的法）”的概念可谓异曲同工。几乎同一时代的大洋彼岸，霍姆斯大法官说了类似的话：“法律的生命不在于逻辑，而在于经验（The life of the law has not been logic； it has been experience.）。”这些话语各自语境不同，却代表了相似的时代精神。

那是怎样一个时代？是骑士精神进入博物馆、工业文明彻底占据主导的时代。是百事可乐与爵士乐全面兴起，人们终于开始放弃对科学的迷信的时代。现实主义法学和社会法学在完成了对历史法学、自然法学和实证法学的整体继承之后，建立起与司法实践紧密结合的法律观。埃利希关于“活的法律”的说法，就产生于那个时代。不再盲目相信法条的客观理性，而是更多地回归每个个案带来的直观感受。套用亚里士多德在两千年前的那句名言“美比历史还真实”，我们或许可以说，这个重视“在场”的时代里，感受比历史还真实。

可惜的是，在本书中提到的种种瞬间，都是无法再亲身感受的。这些瞬间都已经过去。留给世人无限的怀念与感慨。它们或是成为

法律发展的转折,或是折射个体命运的悲欢离合,或是成为民族兴亡的一面镜子,或是在荒诞奇诡中似有冥冥真意。因为这些瞬间的经典、精彩与不可复制,更因为前述对于感受的至高敬意,本书试着将一个个瞬间及其那一个个“当下”的感受记录下来。

语言从来苍白,不可能百分百传递,“人类一思考,上帝就发笑”,估计人类思考之后还试着将感受传递出去,上帝会笑得更欢。然而,我仍然相信,尽管有着严重的效率损耗,但是某种感同身受、某种设身处地、某种身临其境,还是可能实现的。假如我们接受“活的法律”的说法,将法律看成某个生命体,我希望本书能扮演某种相册的功能,翻着相册的同时,能够感受到法律的生长与活力,及其周遭环境的繁复多样。如果书中每一个独立的个案,集合起来,能让人感受法律之河的湍急流淌和河中浪花扑面而来的真实,那就算是功不唐捐了。

是为序。

林海

2013年3月

目 录

第一章 历史转折的瞬间 1

- 一、星条旗保护焚烧它的人 3
- 二、我国台湾地区司法界的道德自新运动 12
- 三、私立高校的奠基之诉 18
- 四、风能产权之争 26
- 五、从自由向安全的转折 33
- 六、虽败犹荣的男女平权之争 43
- 外一篇：女性普选艰辛路 51
- 七、缓刑起源于老鞋匠的一时善念 55
- 八、“暴排法案”开启日本打黑新时代 62
- 九、禁毒的国际合作之端 70

第二章 时代聚焦的瞬间 77

- 一、“苏格兰玫瑰”命丧《煽动言论法》 79
- 二、《查泰莱夫人的情人》受禁案 87
- 三、约翰·马歇尔大法官的海盗情结 94
- 四、《乌托邦》之父受难绞刑 99
- 五、《政府伦理法案》斗败众议院议长 105
- 六、“老残”被捕 114
- 七、两位韩国元首同庭受审 119

第三章 游子辛酸的瞬间 127

- 一、持续 130 年的《排华法案》 129
- 二、确立“出生地原则”的华人身份之诉 136
- 三、契约华工在南非的血与泪 140
- 四、华裔间谍科学家案始末 150
- 五、林肯会馆走出的中国面孔 161
- 六、一个中国记者亲历的纽伦堡审判 166

第四章 血泪难凝的瞬间 175

- 一、刺杀梅第奇事件 177
- 二、宗教裁判所的历史遗憾 181
- 三、Bloody Sunday 四十周年祭 189
- 四、猎鹿引发的血案 199
- 五、慕尼黑的血色奥运 201

第五章 奇诡荒诞的瞬间 211

- 一、裸体“阿佛罗狄忒”受审记 213
- 二、东京法庭上的真假赵碧琰 216
- 三、难解之谜：周璇遗产案 220
- 四、推理侦破炸弹疑案 224
- 五、不了了之的毒糖奇案 227
- 六、德国乳品巨头“毒豆奶粉”丑闻 230
- 七、颁给荒诞诉讼的年度大奖 233
- 八、科州的食人恶魔案 240
- 九、失窃两次的《蒙娜丽莎》 243
- 十、酗酒引发的原油泄漏案 247

十一、和斗牛士说再见 254

十二、催人自杀的忧伤 257

第六章 人性善恶的瞬间 261

一、迟到了 55 年的沉冤昭雪 263

二、中国辛德勒用签证拯救生命 265

三、以血祭旗的打黑先锋 272

四、扭曲了的“更高更快更强” 279

五、公海上的手术台 287

六、南非每 26 秒发生一起强奸案 291

七、愤怒的新娘 293

八、德国三胞胎的越狱“掉包”案 296

九、真假难辨的“最离奇自杀案” 300

第一章 历史转折的瞬间

法律史的发展,从来不是平坦的直线。许多著名的审判,成为其转折的动力与见证。然而,作为里程碑的这些案例,也并非仅仅是符号而已。故事中的人,亦有自己的悲欢离合和艰难选择。走进那些黑白的瞬间,会发现其实一切并非注定。或许,历史就是在无限的偶然中铺就的一条必然之路。

一、星条旗保护焚烧它的人

2006年6月27日,美国参议院以66票赞成34票反对、未能达到2/3多数的表决结果,宣布国旗保护修正案入宪的动议再度搁浅。继1990年以来,“护旗派”推动国旗保护入宪的努力第五次在参议院铩羽而返。在国旗问题上,33年前的得克萨斯诉约翰逊案中,肯尼迪大法官的名言仍然无法撼动:“一项痛苦而又基本的事实,是星条旗保护焚烧它的人。”

国旗代表美国

虽然人人都知道星条旗是美国的象征,然而鲜有人知的,是美国何时才开始有第一面正式的国旗。最初,美国国旗并没有绝对的权威,因为建国者们并不愿意建立一个过于集中的独裁机器,始终坚持着联邦与州之间的适当对峙。因此,很少有人能够说得上美国国旗最初的模样。不过有据可查的是,当初向英王造反时,义军的旗帜上只有一条盘着的响尾蛇,高高地抬头吐着舌头,底下是一行字:“不要踩着我!”建国很久了,没有人认真地去统一国旗的模样,更谈不上有人要烧国旗。

直至1777年7月14日,美国国会才通过一项决议,确定了美国国旗的构成:13条红白相间的横条以及13颗以蓝色衬底的白色五角星,象征着美国建国之初的13个州。第一面正式国旗是由来自巴尔的摩的母女俩缝制的,这面被称做“老光荣”的国旗已在两百余年的岁月中日渐衰老。2007年7月14日,是这面国旗诞辰230周年。这一天,联邦政府决定用现代科技拯救这面“老光荣”第一旗。拯救工作历时3年,花费1800万美元。今天,这面“老光荣”已经成了和《独立宣言》手稿、宪法及权利法案原本平起平坐的国宝。美国人对于国

旗的感情,在“一战”和“二战”前后突然加强。各邦的美国人通过战争,开始意识到他们是一个息息相关的整体。对于联邦的认同和骤然高涨的爱国热情,增强了他们对星条旗的热爱。玷污国旗者成为全民公敌,亦在情理之中。1907年,有人因为把国旗贴在啤酒瓶上作为广告的一部分而受到控告并定罪。不过,联邦最高法院在1930年也首次根据宪法第一修正案的言论自由条款,维护人们以“挥舞国旗”的方式进行抗议的权利。从那时开始,联邦最高法院在处理与国旗有关的抗议示威时,都需要考虑“象征性言论和行为”以及表达自由的保护问题。

20世纪60年代,反对越战和黑人民权运动兴起。巨大的社会动荡和世界范围内的“反思资本主义思潮”,使美国人陷入巨大的困惑,传统价值观念的崩溃,终于促使示威者以烧国旗这样的异常举动来表达愤怒。1966年6月,黑人民权领袖詹姆斯在密西西比遭到种族主义者枪击后,纽约市一个叫斯特利特的人怒不可遏,并迁怒于无所作为的联邦政府。作为一名得过勋章的“二战”退伍军人,斯特利特一直有着极高的爱国热情。他的家中总是整整齐齐地叠着一面国旗,每逢节日都在家门前悬挂。愤怒的他取出国旗走到门外,一把抖开点上火,扔在地上,并激动地向围观人群讲述自己的愤怒。很快,他被一名巡警逮捕,并被地方法庭判定有罪。然而,当此案上诉至联邦最高法院时,大法官们虽然没有宣布纽约的《反亵渎国旗法》违宪,却认为该法禁止“用言辞和动作”来损毁、诬蔑和践踏国旗,范围过于宽泛。地方法庭的判决仅仅因为一种“言辞性的冒犯”就对斯特利特定罪,构成了对表达自由的侵犯。于是,1969年4月,联邦最高法院以5:4推翻原判,宣布斯特利特无罪。

1967年,纽约中央公园的一个大型反越战集会上,又发生了焚烧国旗的事件。各报刊登了现场新闻照片,使之成为历史上最轰动的一次焚烧国旗事件。在民众压力下,国会在1968年通过了第一部《联邦反亵渎国旗法》。这部法案传达了当时大多数民众强烈的爱国

感情,却成为了诸多“表达自由”支持者的攻击目标。

1970年,美国大学校园的反越战风潮如野火燎原,肯特大学的学生在示威中和维持秩序的国民兵发生冲突,混乱中有国民兵在紧张中开枪,导致4名学生丧生。消息传出,全国震惊。在西雅图一个叫斯宾赛的大学生心潮难平,决定有所表示。他在一面美国国旗上贴上多条黑胶带。据他所说,他贴的胶带形成的形状,是一种源于印地安人的象征和平的符号。然后,他把国旗倒挂着从自己窗口伸了出去,向窗外路过的人大声宣扬自己的反战主张。在法庭上,斯宾赛说道:“现在有很多的杀戮,这不能代表美国。我认为国旗是代表美国的,我想让人们知道,美国应该代表和平。”然而西雅图的法律禁止在国旗或州旗上面涂画和装饰任何词语、图案、符号。法庭根据这一法律,判处斯宾赛10天监禁(缓期执行)和75美元罚款。几经周折,1974年6月,联邦最高法院以7:2的多数裁决,判定斯宾赛有权进行“特殊形式的表达”——“我想让人们知道,美国应该代表和平”,驳回了地方法庭的有罪判决。这些焚烧或涂改国旗的案件,虽然影响不小,联邦最高法院的大法官们亦提及了“表达自由”。但是,这类案件的经典判决和成熟理论,却是直至1989年的“得克萨斯诉约翰逊案”才最终出现。

“红白蓝,抢劫犯,让我对你吐口痰!”

1984年8月,共和党在美国西部得克萨斯州达拉斯市举行全国大会,再次推选现任总统里根作为总统候选人,代表共和党竞选连任。在其第一届任期内,里根对内实行“杀贫济富”的财政税收政策,对外扩军备战,与前苏联进行新的冷战。这些强硬的内外政策,遭到许多底层人士的猛烈批评。推选里根参选总统的消息甫一传出,反对派们就决定在达拉斯集会,表达不满和愤怒,并吸引民众和媒体的眼球。一个自称“革命共产主义青年旅”(Revolutionary Communist Youth Brigade)的团体参与了这项集会。他们的领导人之一,是一个

叫做乔治·李·约翰逊的年轻人——这个年轻人的名字,从此和“国旗尊严”、“爱国主义”以及“言论自由”这些宏大字眼儿紧密地捆绑在了一起。

在约翰逊的率领下,“革命共产主义青年旅”百余名成员吵吵嚷嚷地穿过达拉斯市中心。他们一边抗议共和党偏袒大企业的政策,一边呼喊反对共和党、反对里根的口号。游行队伍用喷枪向沿路的政府机构大楼涂鸦,还不时地破坏草坪和绿树泄愤。在精心策划之下,游行者在街道上横七竖八地“装死”——这是他们的“反对核战、模拟死亡”行动。他们向公众演示一旦核战爆发,人们会怎样地横尸遍野,从而反对里根的军备竞赛政策。当游行队伍行进到市政厅门前时,有人递给约翰逊一面国旗。约翰逊接过国旗,倒上一瓶煤油,他的伙伴们则用打火机将其点燃。约翰逊和示威者们一边焚烧,一边围着被焚的星条旗又唱又跳,并大声呼喊口号:“红白蓝,抢劫犯,让我对你吐口痰!”

围观人群中不乏传统的爱国主义者。他们目瞪口呆,然而面对狂热亢奋的示威者,他们敢怒不敢言。直到示威者散去后,才有一位叫丹尼尔·沃克(Daniel Walker)的旁观者小心翼翼地收拾起被焚国旗的残片,伤心地把它埋葬在自家后院。一位便衣警察目睹了整个过程,并用对讲机向警察总部做了报告。警察随后逮捕了约翰逊,并指控他违反了得克萨斯州的《反亵渎庄严事物法》。这项法律禁止亵渎一切“庄严事物”(Venerated Object)——不仅包括美国国旗,而且也包括得州州旗、公共纪念物和阵亡将士墓地等。根据该法的规定:如果行为者明知其破坏行为会严重冒犯那些观看者的庄重感情,仍然一意孤行的话,将构成亵渎。检察官很快找到沃克等目击证人,由他们出庭证明,焚烧国旗构成了对他们情感的严重冒犯。以此为依据,约翰逊被判有罪,处以有期徒刑1年和罚款2000美元。

约翰逊自然不服,上诉到得州刑事上诉法院。在法庭上,约翰逊对自己的所作所为振振有词:“我烧国旗时正是里根被提名为总统候



1984年8月的一天,乔治·李·约翰逊率领着伙伴们
在市政厅前点燃国旗,围着被焚的星条旗又唱又跳:
“红、白、蓝,抢劫犯,让我对你吐口痰!”

选人时。不管你是否同意,当时没有其他象征性的言论能比焚烧国旗更有力地表达(我们的看法)。这完全是一个姿态。我们有新的爱国主义,不是没有爱国主义。”上诉法院维持原判后,约翰逊继续上诉至得州最高法院。令舆论哗然的是,得州最高法院的法官接受了约翰逊的辩词,并在裁定中写道:“根据那次有组织的示威、口号、演讲和散发的资料,任何一个看到这一行动的人,都能明白他想传达的意见。所以,约翰逊先生的行为是在宪法所保护的‘言论’范围之内。”判词还引用了联邦最高法院在西弗吉尼亚教育委员会诉班尼特案中的名段:“政府承认,个人有权与众不同,这是宪法第一修正案自由的核心。政府不能用法令来维护公民的情感统一。所以,政府不能自己塑造一个统一的象征物,在这个象征物上附加一组它所主张的含义,再强制民众服从这一象征物的地位。”

得州最高法院推翻了得州刑事上诉法院的判决,将其发回重审。然而,得州刑事上诉法院无权宣布得州州法违宪,而且这一问题毕竟涉及无数美国民众对国旗神圣情感的问题,考虑到众怒难犯,地方法院决定将“烫手山芋”推给始作俑者——联邦最高法院。在他们的建议下,得州政府作为原告,将此案诉至联邦最高法院。然而,直到5年之后,这个被命名为得克萨斯诉约翰逊的案件,才在联邦最高法院开庭审理。1989年3月21日,控辩双方进行了一场激烈的辩论。代表控方的检察官主要强调两点:一是得州州法之所以要制裁焚烧国旗这类行为,是因为它们严重损害了无辜者的利益,从而破坏了社会的安定团结;二是“国旗作为民族和睦和国家团结的象征”,得州有着义不容辞的维护之责。而为约翰逊辩护的律师威廉·肯斯特勒(William Kunstler)则辩护说,约翰逊和他的伙伴所进行的示威完全是非暴力的,他们也没有向目睹焚烧国旗的路人挑衅,能说他们这一表达自己政治倾向的做法对这些人构成了损害?这完全是欲加之罪,何患无辞。联邦最高法院经过了长达3个月的休庭思考之后,方公布了判决——9位法官以5:4的微弱之差,判决得克萨斯州败诉,

并且宣布全国 48 个州关于国旗保护的刑事法案因违宪而失效。从宪政发展史的角度看,这一判决固然成了言论自由领域的经典妙判;然而在判决公布的 1989 年 6 月 21 日,全民为之困惑震惊,议论质疑不断,可谓掀起了一场轩然大波。

艰难的 5:4

联邦最高法院的 9 位大法官形成了两派。其中多数派判决意见认为,约翰逊焚烧国旗的行为固然可憎,但仍属于宪法第一修正案所保护的言论自由范围。州政府不能以刑事定罪的方式来惩罚政治异议者。惩罚“亵渎者”并不能使国旗变得神圣;相反,容忍焚烧国旗的行为,能够强化而不是削弱了国旗所代表的自由精神。而少数派意见认为,国旗在美国拥有不可替代的崇高地位,它作为国家象征的价值不容以焚烧加以亵渎。约翰逊的行为不是表达思想的必要方式,他不是表达自由,而是在刻意触犯众怒,其行为既不传达任何思想,也不能给社会带来什么帮助。

布伦南大法官代表多数派撰写了判决书。他写道:“乔治·李·约翰逊当众焚烧了一面美国国旗,以作为政治抗议的手段……我们必须首先确定的是,约翰逊焚烧国旗的举动是否构成‘表达’,以致允许他援引第一修正案来反对有罪判决。如果他的行为是‘表达’,我们进而需要判定,州的法令是否构成了对表达自由的压制……长期以来我们一直承认,对言论自由的保护并不限于口头或者书面语言……迄今为止,我们已经承认下列行为具有表达思想的性质:学生佩戴黑色臂章抗议对越南的军事行动(辛克诉莫恩斯独立社区学校案)、黑人在‘白人专用’区域就座抵制种族隔离的行为、穿着美军制服演出以批评美国对越南的入侵(斯卡特诉美国案)等……约翰逊焚烧了一面国旗,这是其行为的一部分,事实上是其行为的关键部分,他以此来抗议共和党全国集会和里根再次当选总统。行为的政治表达含义,有明确意图并且明白无误……如果我们的宪法第一修正案