

A Story of Common Law

The Secret of English Constitution

一个普通法的故事

英格兰政体的奥秘

泮伟江 著



GUANGXI NORMAL UNIVERSITY PRESS
广西师范大学出版社

REF:PTOVCE,DE,CI,SH
IMAGE,LA,ZHENG,TI,DE,ADMI

一个普通法的故事

英格兰政体的奥秘

泮伟江 著

图书在版编目(CIP)数据

一个普通法的故事：英格兰政体的奥秘 / 泮伟江著.
桂林：广西师范大学出版社，2015.4
ISBN 978-7-5495-6318-0

I. ①一… II. ①泮… III. ①法制史—研究—英国
IV. ①D956.19

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 013870 号

广西师范大学出版社出版发行

(广西桂林市中华路 22 号 邮政编码：541001)
网址：<http://www.bbtpress.com>

出版人：何林夏

全国新华书店经销

广西大华印刷有限公司印刷

(广西南宁市高新区科园大道 62 号 邮政编码：530007)

开本：880 mm × 1 240 mm 1/32

印张：7.25 字数：150 千字

2015 年 4 月第 1 版 2015 年 4 月第 1 次印刷

定价：28.00 元

如发现印装质量问题，影响阅读，请与印刷厂联系调换。

大 觀

n a t i o n a l i n t e r e s t

《大观》编委

(按姓氏笔画排列)

王 利 李永晶 李 筠 邱立波 吴征宇 泮伟江
林国华 周林刚 施 展 咎 涛 翟志勇

自序

英格兰政体研究与中国问题意识

与英伦三岛的第一次亲密接触令我喜不自胜,至今仍记忆犹新。

——爱默生

—

时间过得真快,从产生写一本关于英格兰小册子的想法到提笔写这个序言,已经过去了整整六年时间。这是一个人在求知的好奇心与欲望的驱使下,不断自我探索,在黑暗中朝着微微的光亮前行与摸索的六年。如果早知道对英格兰的此种兴趣与爱好,带来的是如此漫长与艰难的探索,并且代价沉重,我当初或许不会选择这条艰难的道路。无数次的犹豫和放弃的想法,最终都在更为强烈的兴趣下被克服。

最令人鼓舞的是,在黑暗中摸索的过程中,我不断地发现,对英

格兰的这种强烈的喜爱与兴趣,不仅仅是我个人的偏好与兴趣。如果说,诸如像福蒂斯丘、莎士比亚和麦克法兰这样的英国人,其笔下对英格兰溢于言表的热爱与赞叹,乃是一种爱国主义情怀的表达,那么像孟德斯鸠、伏尔泰、基佐、爱默生这样的外国人,遇见英格兰时那种难以抑制的激动,以及对英格兰的种种溢美之词与毫无节制的赞美,就实在令人费解了。其他人,例如向来严谨的德国人马克思与韦伯,虽然对英格兰的赞美相对法国人与美国人而言略为克制,但毫无疑问,从他们的作品中仍然可以读出对英格兰的强烈兴趣——马克思干脆直接搬到英格兰住了很长时间,而韦伯在德国的政治圈中是一个坚定的英国派。这个名单还可以继续往下列得很长,例如林国华就曾经指出,《唐吉珂德》第2部第61章中,唐吉珂德第一次来到大海,引发了一次莫名的望洋兴叹,其后没过多久就死了,其实就是作者塞万提斯对海洋国家英格兰的赞叹,暗示着一个时代的结束与另外一个新时代的到来。¹ 林国华因此联想到了孟德斯鸠的《罗马帝国盛衰原因论》,认为《唐吉珂德》的这个结尾,恰好对应着《罗马帝国盛衰原因论》结尾中孟德斯鸠将莱茵河与大海相比拟的那个隐喻:与英格兰所开创的新海洋时代相比,罗马帝国的辉煌不过是莱茵河的辉煌,来到大海面前,却发现自己不过是条小溪流而已。而对英格兰的发现,则是一个新世界之门的开启。²

的确,我在探索和研究的过程中感到绝望时,阅读伏尔泰、孟德斯鸠、基佐和爱默生等人游历英格兰的见闻与感受,既让我感到亲

1 林国华:《孟德斯鸠、英格兰与唐吉珂德》,《诗歌与历史:政治哲学的古典风格》,上海三联书店,2005年,第122页。

2 林国华:《孟德斯鸠、英格兰与唐吉珂德》,第123页。

切,更给了我很大的鼓舞。尤其令人印象深刻的是,这些大人物们对英格兰的发现与游历,恰恰发生在他们的祖国就要“崛起”,或者正在经历巨变的时刻。可以说,通过他们对英格兰的发现与理解,英格兰成为他们本国本民族政治教育的一个重要的教材与内容。在接触、认识与理解英格兰的过程中,这些民族的精神世界也正在经历着成长与成熟的过程。英格兰因此变成了他们民族精神生活的内在组成部分。而他们民族此后所经历的巨变是否成功,往往与他们的此种精神启蒙与成长的成熟度关系密切。就此而言,我惊奇地发现,对现代世界而言,“英格兰”的含义远远超过欧洲西陲的某个岛屿以及该岛屿上居住着的某些特定的人口及其历史文化传统,而是具有某种普遍的世界历史的含义。任何一个希望承担世界历史命运的民族,都必须在精神世界的启蒙与成长的过程中,经历英格兰的这一课。

这种发现令我既兴奋又惶恐。兴奋的是,在西方政治与法律思想史中,居然存在着一个隐秘的“哈英派”,而且其成员都是思想史万神庙中供奉着的神一样的大人物;惶恐的是,目前国人的精神世界中,鲜有类似的与英格兰亲密接触的经验与理解。的确,研究英国的文献已经不少,每年也有那么多的国人往返于伦敦与北京之间,对英格兰的生活与民情,如数家珍的国人也必然不在少数。但对英格兰的这样一种熟悉,多数仅仅停留在表象层面。那种透过英格兰生活的表象,接触到英格兰精神世界的深层内心,因此反观英格兰的表象,由此而得来的那种豁然开朗后的激动、兴奋,真的很少见到。

在这个意义上,英格兰之于我,乃至这本小书在我个人精神成长史中占据的位置,不容低估。在某种意义上,英格兰之于我的意义,

犹如美国之于托克维尔。因此,难免的,本书中的英格兰,比读者诸君亲身游历的那个物理和实在意义的英格兰,或许更为纯粹,更为理想。但这丝毫不能削减这个英格兰的真实性。

二

与伏尔泰、孟德斯鸠及爱默生们不同,本书并非聚焦于对英格兰历史与民情的面面俱到的描述与介绍。作者本人从来没有到过英格兰,也就失去了这些先辈与大家当年那种身临其境的见闻与感受。本书对英格兰的理解,更多地还是通过追寻福蒂斯丘、伏尔泰、孟德斯鸠、卢梭、基佐、马克思、韦伯、梅特兰、波考克、麦克法兰、黄仁宇等先辈与大家当年探索英格兰心智时留下的线索与足迹,结合本人对英格兰法律史相关文献与材料的阅读与消化,所形成的对英格兰普通法与英格兰政制关系的一次探索与尝试。

本书对英格兰普通法以及英格兰政制的理解,采取的一个基本的方法论立场,是从其成熟形态向后回溯性的考察。就像我们对某个人的观察和理解,一般还是通过对他成熟时期各种所作所为的观察与分析,概括他的个性与行动的逻辑,然后再通过对他童年和青少年时期的成长经历的回溯,探讨形成这些个性的环境与原因。这种回溯性的观察,往往会被人们批评为倒果为因,容易变成一种幼稚的历史进步主义立场,认为历史是一种朝向某种确定目标不断进步的过程。晚近备受学者批判的辉格传统的历史叙事,就是反面典型。

相对于英格兰历史的辉格党叙事,本书倒不认为英格兰历史的

发展,具有某种确定的、不断上升的历史轨迹。在英格兰历史发展中,偶然性因素的确发挥了极为重要的作用。英格兰之所以成为今天的英格兰,并非一种历史的必然。对于这一点,作者不仅承认,而且极为赞成。然而,本书之所以仍然坚持这样一种考察的方法与路径,主要是考虑到,当英格兰历史发展到某个阶段与程度,则英格兰的政治与社会就会形成某种稳定的结构,此种稳定结构会逐渐发展出某种自主性的逻辑,从而主导自身的发展,形成某种强大的力量。一旦英格兰社会形成此种自主的结构与逻辑,则既有的那种偶然性主导的历史叙事的范式就可以被打破。英国革命期间,神圣的王权被推翻,国王被送上断头台,此后英格兰战胜法国,成为欧洲霸主,又通过工业革命和商业金融革命,把整个欧洲和世界搞得天翻地覆,便是英格兰的此种结构化的后果。因此,对英格兰的此种结构化逻辑的探寻,是本书的核心目的之所在。

因此,与许多历史学家不同,我并不过分关注英格兰历史中所存在的种种偶然性因素,尽管我承认这些偶然性因素对今日之英格兰的塑造,在某个具体的点上是很关键的。即便我关注这些偶然性因素,我也是在如下意义上关注他们:英格兰政制与社会结构的稳定化与成熟,需要何种具体的历史文化条件,这些偶然性因素对这些条件的形成与准备,又做了哪些贡献。正如卢曼曾经指出过的,任何一个制度的起源,都需要特定的前提条件,而这些前提条件的形成可能是偶然的,但制度生成的逻辑却能够超越这些初始条件。¹ 例如,从人

1 Niklas Luhmann, "The Autonomy of Legal System", *The differentiation of Society*, New York, Columbia University Press, 1982, p.126.

类学的角度看,早期原始人类的农业经济学,是在特定的环境条件下出现的。但一旦农业经济学形成了稳定的结构和模式,其出现时特定的初始环境条件倒不大重要了。¹

当然,这是本书考察结束之时形成的关于英格兰普通法宪政的确切认识。本书篇章结构的安排,却基本遵循了作者对这个问题探讨的心路历程。本书的第一章是对问题意识与写作背景的必要交代,曾经发表于《大观》杂志第7卷。²第一章也确实带有很强烈的“大观小组”的色彩。大观小组是于2008年组建的一个跨学科的,主要由年轻学者构成的学者团体,我们自己将它称作一种新型的知识生产机制。我们的主要学术兴趣就是形成关于中国周边世界的常识结构,因为我们认识到:“认识他者,同构于自我认知过程,建立周边世界的常识性认识结构,也是完成自我定义无可取代的前提。”³作为中国学者,我们当然最关心中国的国家利益,然而,鸦片战争以来的历史已经不止一次地向我们指出,对我们国家利益的理解与界定,并非如许多狂热而狭隘的民族主义者所定义的那样,是自明的,通过简单的“敌我区分论”就可以鉴定清楚。当下中国民族主义者所谓的“非我族类,其心必异”式的封闭的“敌我区分论”,恰恰是一种心灵的自我封闭,不但难以界定和保护中华民族的真正民族利益,反而可能会进一步地破坏中国真正的国家利益与民族利益。要真正地理解中国的民族利益与国家利益,我们就必须“探究中国成长的历史与性质,在中国社会演化与世界秩序内在的普遍性关联中,确立中国的国

1 Niklas Luhmann, “The Autonomy of Legal System”, *The differentiation of Society*, p.126.

2 参见泮伟江《英国普通法的政治意义》,载高全喜主编《大观》第7卷,法律出版社,2011年。

3 高全喜主编:《大观》第1卷,2010年,第2页。

家性质和国际利益”¹。

依然清晰地记得,于向东先生是最早明确提出“建立起周边世界的常识结构”的论述,并且将它当作大观小组知识探索的基本立场与宗旨的。大观小组成立六年来,我们召开了将近20次会议,邀请全球范围内的华人学者,无论是学院派的还是实务派的,围绕着某些确定的对象与问题,展开系统阅读与集中讨论,不断地自我启蒙与知识探索,逐渐形成了许多丰硕的成果。

本书第一章就是在这样的知识氛围与思想背景下,进行知识探索的结果。有趣的是,第一章的探索本意是认识近代英国,也就是中国人在鸦片战争中遭遇的英国,因为恰恰是这个近代的英国将中国带入到现代世界之中。并且,作为第一个进入现代世界的国家,在我们了解整个现代世界的过程中,英国占有独特的地位。然而,考察的结果却在意料之外——我们发现英国既是最现代的,同时又是最古老的。用通常意义的现代观念,尤其是欧陆思想家界定的现代性范畴,很难理解世界上第一个现代国家的英格兰。因此,要了解近代英国,就必须回到中古时期英格兰的源头中去。

第一章的另外一个重要发现,就是英格兰没有欧洲大陆人所熟悉的衙门——按照韦伯更为学术化的说法,就是理性官僚制。受韦伯影响,多数现代人都认为理性官僚制乃政治现代化的代名词。因为缺乏理性官僚制,英格兰人似乎享有更多的自由。在欧洲人看来,在理性官僚制出现之前,此种自由在欧洲倒是随处可见的。同时,根

1 高全喜主编:《大观》第1卷,2010年,第2页。

据欧洲大陆的经验,理性官僚制是伴随着绝对主义国家的出现而出现的,是绝对主义国家的进化版。无论是绝对主义国家还是理性官僚制,相对中世纪的王权制与封建制度而言,都是历史的进步。因此,中世纪的地方自治与自由,就成了现代性所付出的必要代价。

然而,英格兰似乎突破了此种现代性逻辑:英格兰似乎不存在严格意义的理性官僚制,都铎王朝与斯图亚特王朝的绝对主义国家尝试,似乎最后也失败了。英格兰不但保存了中世纪以来的地方自治传统,并且在此基础上发展了个人自由的新传统,同时还保持了强大的国家能力,称霸世界。通过战争、贸易和殖民,英格兰将它的自由传统与普通法带到了美洲、澳洲与亚洲。

对英格兰的此种认识与好奇,把作者探索的脚印带到了 1066 年,也就是通常认为英格兰历史真正的开端时期,同时也是英格兰普通法的奠基时期。此种时间的重合并非偶然,本书接下来的内容将会证明,英格兰政制与英格兰普通法是一种同源共生的关系。英格兰普通法对英格兰政制的内部性格的形成,具有塑造作用。孟德斯鸠等人所津津乐道的英格兰政制,其奥秘恰恰需要从英格兰普通法中寻找。普通法对理解英格兰政制如此重要,以至于我们可以将英格兰政制概括为“普通法宪政”。学者们通常津津乐道于中国政制相对于欧洲的早熟,指出中国早在秦朝就已经建立了一套完整的现代官僚体系了。殊不知,除了中国,英格兰政制相对于欧洲大陆国家,也是早熟的。1066 年征服者威廉带领三千骑士占领英格兰后,诺曼人面临着复杂的治理形势。通过发挥他们天才的行政管理天赋,诺曼人建立起了欧洲最早的现代治理机制。此种治理机制在许多方

面并不逊色于欧陆意义的现代绝对主义国家的治理功能,而要优越于通常意义的欧洲中世纪的王权政体与封建政体。本书第二章通过对诺曼人征服后的英格兰治理复杂性的揭示与分析,以及几个核心事件(诺曼征服、亨利二世改革、《大宪章》签订)的分析与阐释,阐明英格兰普通法宪政形成的重要历史语境。

熟悉普通法研究的读者必然能够看出,这部分的研究,基本上是在梅特兰相关研究的基础上进行的,同时吸收和回应了密尔松、霍尔特等人对梅特兰的批评与校正。在梅特兰与密尔松之间,笔者与当前英格兰法律史研究的主流不同,仍然更为同情梅特兰。密尔松批评梅特兰受法律人视角影响过甚,导致其历史研究缺乏了客观性。然而,正如笔者在附录的文章《“偏执”的普通法心智与英格兰宪政的奥秘》中所揭示的,要对英格兰普通法宪政进行现象描述,就必须具备必要的普通法思维,且能够从内在观点的角度来理解普通法心智,否则,相关的历史研究也是很有缺陷的。

因此,第二章对英格兰普通法发生史的现象描述之后,马上就在方法论层面对爱德华一世之前普通法研究的两大主要流派,即分别以梅特兰为代表与以密尔松为代表的两种研究倾向,进行了回应,提出了对英格兰普通法历史进行结构化解释的必要性。此种结构化解释的力量,尤其在爱德华一世之后普通法的历史解释中体现出来。如果说,在爱德华一世之前英格兰普通法的历史,仍然是偶然性占据核心地位,乃英雄人物创造历史的阶段,那么此后英格兰普通法逐渐变成了某种匿名化的存在。在17世纪前后,英格兰普通法的判例机制基本成型,英格兰普通法已经显示出其强大的力量。如果说,亨利

二世的时代,英格兰普通法仍然不过是王权的一个工具,那么到了都铎时代,英格兰普通法已经逐渐脱离了王权的控制,变成了某种抽象和匿名的机制性存在。此种匿名化的机制一旦形成,就立刻产生了一种令人惊异的能量。柯克与国王之间的斗争,不过是此后英格兰革命的某种预演,也是英格兰普通法宪政逻辑的成熟。

第四章“普通法宪政与理性官僚制问题”是与韦伯的一个对话,也是对第二章与第三章内容的进一步提炼与深化。这样,本书的讨论就回到了第一章提出的理性官僚制与现代性的问题。我承认,这部分的讨论,受到了李猛《除魔的世界与禁欲者的守护神》一文的启示。这也是我学生时代反复阅读的一篇文章。在这一章中,我认为理性官僚制与绝对主义国家所代表的是欧陆的现代性经验,在此经验下所提炼出来的这两个概念并非观察和分析英格兰政制的好工具。因此,要理解英格兰所代表的独特现代性经验,就必须在基本概念的水平上进行创新。借鉴卢曼的社会系统理论,我认为普通法所代表的英格兰宪政经验,可以用反思理性的概念来进行描述和理解。

总之,在这一章,我得出了一个结论,认为英格兰普通法的运作逻辑,与韦伯的理性官僚制的运行逻辑,是两种完全不同的逻辑,同时也无法通过韦伯基于德国理性官僚制经验概括和提炼而成的四组理性化概念而得到描述与理解。也就是说,英格兰普通法完全能够胜任德国理性官僚制的工作,甚至比它更加有效率、更加“切事化”,却是按照一种完全不同的逻辑运作着。因此,新的现代性理论,必须以此种经验为基础进行提炼与概念构造。反思理性仅仅是此种尝试的一个初步成果罢了。

最后一章“英格兰政体的两重性”则是一个总结,将英格兰政制概括为内部政制与对外政制两个层面,并提出两个层面的不一致性,继而将此种不一致性概括为两重性。在这一部分,我提出了一个命题——英格兰政制既强大又自由的秘密,就是将社会内化到国家之中,即整个国家的建构,恰恰是通过社会合作的方式进行的。因此,这样的政制高度尊重和包容社会自治,同时也高度尊重和包容个人的自由与创造力。与此形成鲜明对比的是,欧陆绝对主义国家,则是通过绝对主义国家的扩张,从而吞噬社会,形成了政治统领一切的局面。此种以支配为特征的绝对主义国家吞噬社会的结构,则造成了社会的萎缩与个人自由的萎缩。此种战争逻辑下形成的理性官僚制,从长远来看,并不能与英格兰版本的现代性抗衡,同时也并非现代性的唯一版本。18世纪英法争霸欧洲的结局,两次世界大战的结果,以及美苏争霸的结局,都雄辩地证明了这一点。

最后本书还附了三篇论文。其中附录Ⅰ“偏执的普通法心智与英格兰宪政的奥秘”是本书写作的一个副产品,发表在《政法论坛》2013年第4期。该文谈到了历史学研究进路理解英格兰普通法与英格兰政制的局限性问题,就其问题意识与研究内容而言,与本书是具有内在一致性的,因此也被放入到本书之中。附录Ⅱ和Ⅲ是本书作者主持的大观小组的一次会议“凯恩斯与新世界秩序”的一篇会议论文和发凡论文。这两篇论文都以英国为主题,与本书的主题也是具有内在联系的。如果说,本书正文是讲英格兰是如何成功的,那么附录的后两篇文章则是交待英格兰是如何体面地失败的。所谓英格兰体面地失败,既指英格兰虽然失去了世界霸权,失去了帝国的荣光,

但英格兰并没有随着帝国的坍塌,而消失在世界的版图之中,或者作为老大帝国的遗留物而屈辱地存在于世界中,而是最大限度地保存帝国的利益和尊严,并且仍然是世界政治和经济中举足轻重的力量。同时,这也意味着,虽然新世界秩序超越和克服了英帝国,却没有丢失英帝国得以崛起的政制内核,即普通法所塑造的政治秩序及其精神内核。恰恰相反,新的世界秩序恰恰是英格兰普通法所塑造的政治秩序和精神内核的进一步成长,克服了英伦三岛的狭隘性,且通过美国这个载体,达到了更高程度的世界性。因此,附录的三篇文章可以看作在内容和逻辑上对本文正文的必要补充。有了这三篇论文,本书所讲的普通法的故事、英格兰的故事,似乎更为完整。

三

坦率地说,作为一名业余的英格兰法律史研究者,撰写这样一本关于英格兰普通法的小册子,常常会感到有些不自信。在写作本书的过程中,我时常想象来自英国史专业研究者投来的那种挑剔而又怀疑的眼神。当代英国史研究的一个重要基础,就是至今仍然保存着的大量中古时期以来教区基层的档案文件,许多档案文献从13世纪(甚至更早)以来,一直就没有中断过。这些基层档案相当详细地记录了当时普通英国人的日常生活、经济状况与法律关系。通过对这些档案的研究,我们就能够相当准确与精微地了解到整个英国社会的发展与转型的过程。与现代英国史研究相比,在18世纪和19世纪前后,构成现代英国史研究的许多基层档案文件,仍然没有得到