



郑州大学嵩阳法学文库



培根宪法思想研究

冀明武 著



中岳



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



培根宪法思想研究

冀明武 著



法律出版社

LAW PRESS · CHINA

图书在版编目 (CIP) 数据

培根宪法思想研究 / 冀明武著. -- 北京 : 法律出版社, 2018

ISBN 978 - 7 - 5197 - 2160 - 2

I. ①培… II. ①冀… III. ①培根 (Bacon, Francis 1561 - 1626) - 宪法学 - 研究 IV. ①B561.21
②D911.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 075476 号

郑州大学嵩阳
法学文库

培根宪法思想研究
PEIGEN XIANFA SIXIANG YANJIU

冀明武 著

策划编辑 黄琳佳
责任编辑 黄琳佳
装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京虎彩文化传播有限公司
责任校对 马 丽
责任印制 陶 松

编辑统筹 学术·对外出版分社
开本 A5
印张 8.125
字数 203 千
版本 2018 年 5 月第 1 版
印次 2018 年 5 月第 1 次印刷

法律出版社 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号 (100073)

网址 / www.lawpress.com.cn

投稿邮箱 / info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱 / jbwq@lawpress.com.cn

销售热线 / 010 - 63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服 / 400 - 660 - 6393

第一法律书店 / 010 - 63939781/9782 西安分公司 / 029 - 85330678 重庆分公司 / 023 - 67453036

上海分公司 / 021 - 62071639/1636 深圳分公司 / 0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5197 - 2160 - 2

定价: 48.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

嵩阳法学文库编委会

编委员会主任：沈开举

编委会副主任：马松建 王玉辉

委员：苗连营 刘德法 梁凤荣 张德芬 杨红军

张玫瑰 张嘉军 吕明瑜 王建国 王立志

郭德香 申惠文 马 冉 吴喜梅 陈 冬

行政秘书：张 翔

序

在近代西学东渐的历程中,英国的弗朗西斯·培根(Francis Bacon, 1561 - 1626 年)无疑是最早进入国人视线的典型代表之一。从思想鸿儒王韬在《瓮牖余谈》(1873 年)中对其生平和思想的简单介绍发轫,到西学冰人梁启超《近世文明初祖二大家之学说》(1902 年)中的系统专论,之后《新工具》《崇学论》等代表作品的中文译本陆续付梓,中国人对培根的思想有了基础性理解和掌握,最终以余丽嫦教授《培根及其哲学》(1987 年)的出版为标志而初具规模。

颇为遗憾的是,中西学界对培根的研究多集中于哲学领域,而常常忽视其出色法律人的另一身份。事实上,培根不仅完成了数量极丰的法学类理论著述,还担任过律师、副总检察长、总检察长以及大法官等众多司法职务,可谓是理论与实践兼备的法律人代表。诚如英国法史巨擘霍兹沃斯的评价,“在法律人所能涉足的所有领域,无论是作为辩护律师,还是作为大法官和法律思想家,培根都是优秀的”。鉴于法学界对于培根法律思想的忽略,笔者曾在《西方法学史》一书中的英国法学部分将培根单列出来,加以评述,以期引起学界的察觉和关注,希望尽早打破此领域研究相对薄弱的局面。在此语境下,冀明武博士的《培根宪法思想研究》一书可谓是一次重要的破冰尝试。

依我来看,本书至少在内容和视角两个层面取得了突破。

首先,本书以宪法为核心对培根法律思想做了一次较为全面的梳理。在培根留下的诸多领域的法律论述中,关于宪法的理念和思想无疑是最重要和最精彩的部分,以至被后人视为其法律思想的标

签。本书以封建时代英国国王“绝对权力”和“有限权力”的二元化分为基础,不仅梳理介绍了英国封建时代国王权力范围的宪法争议,还借助君权神授到王权法定的突破实现国家主要权力机关间的妥协等宪制基本衡量指标,给予英国封建时代绝对君主制一个较为客观的学术评价,为理性反思英国近代宪制确立进程中的经验教训奠定了重要理论基石。

其次,从单个法律人物思想的视角印证了整体国家的法律传统。毫无疑问,一个国家整体法律传统的形成和塑造,最终源自其中无数法律人个体思想行动的汇聚和升华,换言之,法律传统和个体思想是应该也是可以相互印证的。在这一点上,本书无疑提供了一个很好的例证。英国是当今世界英美法系的发源地和典型代表,与大陆法系明显不同,英美法系以归纳推理的逻辑模式、经验实证型的法律渊源、具体非体系化的立法思维以及程序优先的司法理念等为特色塑造出一幅亮丽的法治图景。本书依据和遵循英国法律传统的基本特色,考察发现培根法律思想与英国法律传统的高度契合,很好地印证了个人思想与社会传统之间的密切关系这一基本学术遵循。

明末清初思想家顾炎武曾对著书立说提出了一个理想标准,即“必前人所未及就,后世之所不可无,而后为之”。如果以这一标准来评价冀明武博士的这部著作的话,无疑也是合适的,当之无愧的。相较于西方其他伟大法学家而言,目前法学界对培根的关注和论述确实很薄弱,属于典型的“前人所未及就”领域。无论是对于西方古典宪制的法理探讨,还是对于我国域外法治经验的吸收借鉴而言,培根这一伟大的法学家都不应该沦落为我们忽视和遗忘的对象,他属于典型的“后世之所不可无”。鉴于此,对冀明武博士这部专著的学术价值理应给予充分的肯定。

毋庸讳言,既然是一部开创性、奠基性的研究成果,其间也难免存在一些可以进一步完善的空间。例如,培根宪法思想的成型肯定

会受到同时代理论学说和人物思想的影响,在这一点上,本书似乎仅仅关注了时代背景和社会条件等物质层面的因素,相对忽视了前期和同期思想家间的碰撞融合等精神层面的影响,缺少对其理论渊源的梳理与观点的互证,不免给人一种意犹未尽之感。作为师长,真切希望冀明武博士能够以本书为起点,开始自己新的学术征程,坚持不懈、勇于攀登,一步一个脚印地实现自己的学术梦想。

华东政法大学法律文明史研究院

何勤华

2018年2月1日

目 录

导 论 / 1

第一章 培根宪法思想的塑造 / 39

第一节 社会转型 / 40

第二节 理论更新 / 44

第三节 家庭环境 / 51

第四节 个人生平 / 55

第五节 小结 / 60

第二章 培根宪法思想的法哲学基础 / 63

第一节 新归纳法 / 63

第二节 人性论 / 79

第三节 自然法 / 96

第四节 实证法学 / 118

第三章 培根宪法思想的主要内容 / 134

第一节 绝对君主制 / 134

第二节 国王特权二元论 / 155

第三节 帝王术 / 173

第四节 宗教自由 / 188

第四章 培根法律思想整体评价 / 208

第一节 宪法思想与其理论体系 / 208

第二节 培根法律思想与英国法传统 / 215

第三节 结语 / 225

附 录 / 229

附录一 培根生平及学术年表 / 229

附录二 培根整理的 25 条法律格言名称一览表 / 232

参考文献 / 234

导 论

第一节 研究意义

一、缘起

(一) 为什么选择人物

关注人物理应成为一切历史研究的重要角度之一。当笔者在读《史记》的时候,脑海里就会出现一个问题。一位被梁启超誉为“史界之造物主”的历史学家,一位将“绍圣《春秋》”视为学术使命的历史学家,为什么当其自己着手书写《史记》之时,却毅然抛弃了孔子既定的纪年方法,而是采用纪传体例?这仅仅是一个技术选择问题,还是有其他更深层的考虑?现代学者鲍鹏山曾敏锐指出,此处转变充分体现司马迁以人为本的历史观,历史终归是“人”的历史,而非“事”的罗列。抛弃纪年法,就是“对所谓包含历史必然性的‘历史进程’的蔑视,是对‘事’的过程、‘事’的整体有序性的放弃,对‘人’的命运、‘人’的生命历程的重视”。^①

唯物历史观认为生产方式变革是历史前进的决定力量,但这绝

^① 鲍鹏山:《风流去》,中国青年出版社2012年版,第300页。作者紧接着还生动地写道,“他对那冰冷的历史巨轮投以轻蔑的一瞥,然后满怀慈悲地去关心轮子下的那些泣血的生灵:无论善恶,美丑,贤愚不肖,他们都被轮子碾过去了,死亡与苦难使他们重获尊严,重获被尊重的资格”。

不能理解为在历史发展中人仅仅是被动服从的角色,其作用是无足轻重的。毕竟个人是一切历史实践的最终落实者,是历史的真正主角。历史学家罗伯茨曾针对培根时代的英国专门指出,“占支配地位的经济、社会和思想的力量并不能单独塑造历史,机遇、君主个人的怪念头或者是掌权大臣的介入却可能改变历史进程。英国16世纪早期的历史为上述事实提供了有力的证明”。并进而断言称:“如果亨利没有以同罗马决裂为代价,要求同凯瑟琳离婚,那么英国就不可能成为一个新教国家。如果克伦威尔没有劝说亨利使用议会作为同罗马决裂的工具,那么议会制度在16世纪发挥的作用将会小得多。”^①

宏观历史是如此,法制史又岂能例外?法学家庞德曾精彩地指出:“毫无疑问,伟大的法律工作者在法律史上绝非微不足道。没有帕皮尼安、乌尔比安和保罗的罗马法,没有巴特勒斯的现代市民法,没有格劳修斯的国际法,没有波梯埃的法国法,没有萨维尼的德国法,没有柯克的普通法,或没有马歇尔的美国宪法性法律都是不可想象的。”^②然而令人遗憾的是,长期以来我国法律史学界的研究重点多放在制度史之上,相比之下,对具体法律人思想的关注却是明显不足。^③也正是由于该研究缺陷的存在,直接导致了法史界长期存在制度和人物相互分离两张皮的研究现象。要么是只见制度不见人,要么是就制度谈制度,就人物说人物的局面。出于对法律人历史作用的肯定和推崇,笔者选择了法律人物的研究方向。

① [美]克莱顿·罗伯茨等:《英国史》(上册),潘兴明等译,商务印书馆2013年版,第276页。

② [美]罗斯科·庞德:《普通法的精神》,唐前宏等译,法律出版社2001年版,第23页。

③ 笔者在收集资料的过程中,发现一些我们法律史学科津津乐道的法律人物,却没人进行专著研究,而历史专业却往往领先我们一步。如对于培根同时代的大法官柯克的法律思想,东北师范大学的于洪已经以博士论文《柯克法治思想研究》(2010年)进行了深入研究,而作者却是世界史专业。

(二) 为什么选择培根

1. 培根是一位不该遗忘的法学家

培根在西方哲学史中的地位很高,被认为结束了神学经院哲学时代,开创了经验哲学新时代,被马克思称为“英国唯物主义和整个现代实验科学的真正始祖”。同时代诗人考莱曾把培根比作圣徒“摩西”,终于把人类从沙漠多年迷途中引领出来。^① 我国学者严复写道:“二百年学运昌明,则又不得不以柏庚(培根)氏之摧陷廓清之功为首。”不能忽视的是,培根还是一位出色的法律人。他做过律师,曾任副检察长、总检察长、大法官等司法职务。霍兹沃斯高度评价培根的法律人成就,“在法律人所能涉足的所有领域,无论是作为辩护律师,还是作为大法官和法律思想家,培根都是优秀的”。^②

首先,作为辩护律师的培根。他兼备了律师的两种品质:雄辩的口才和渊博的法律知识。培根口才的雄辩能力无疑是非凡的,这使他在国会下院和法庭上都是一位“受欢迎的人”,这在当时是很罕见的。诗人琼生曾这样描述培根法庭上的口才:“所以听他演说的人,不能偶然之间头向外看,否则就要遗漏相当部分的意思了。凡他演说的地方都用演讲词控制了听众,此时没他种势力可以吸引听众了,听他演说的人都有一种恐惧,恐怕他的演说既要宣告结束。”至于渊博的法律知识,培根“他不仅是《年鉴》的专家,还能将自己的观点和例证用逻辑的力量和文学的形式有机地融合起来,这一点同时代的其他法律人没人能够做到”。

其次,作为大法官的培根。由于培根时代衡平法院的诉讼活动记载不多,使得今天我们对培根作为大法官时的判决知之甚少。

① [英]班加明·法灵顿:《弗兰西斯·培根》,张景明译,三联书店1958年版,第13页。

② William Holdsworth, “Bacon”, 3 *The Cambridge Law Journal*, 11 (1927-1929), p. 10.

“但是尽管如此,我们仍有充分的理由认为培根对衡平法院做出了重大的贡献。”第一,培根以衡平的概念来规范国王詹姆士一世命令,成功解决了埃尔斯米尔和柯克之间的争论,最终确保了衡平法院的独立地位,而这是其能实现持续发展的前提条件。“可以肯定的是,如果没有了持续的发展,英国法就会陷入危险的境地。而如果英国法始终处于普通法律人的监管之下,毫无疑问它想要实现充分发展也是不可能的。”第二,培根修复了衡平法院和普通法院间原有的和谐关系。第三,培根清除了衡平法院所有的陈年积弊,之后的大法官很少有人达到如此改革力度。第四,通过发布一系列命令,培根确立了衡平法院的诉讼程序,并一直被沿用至19世纪的司法改革。“这对于衡平法的发展是一个必要的准备,如果没有此项准备,也就不会有之后的诺丁汉大法官在该世纪后半期完成的工作,也就不会取得‘现代衡平法之父’的称号。”

最后,作为法律思想家的培根。仅凭《广学论》中的“法律格言”内容,培根就可称得上是伟大的法学家。“法律格言”是“对英国法的首次批判性的、法理学评价”。具体而言,作为法学家的培根贡献主要体现在两个方面。首先,培根提出大量关于改革英国法的宝贵建议,影响相当深远。虽然在培根所处的时代,由于种种原因这些建议大多不能得到落实,但对后世却产生很大的影响。例如,培根建议重塑成文法,该建议一直深刻影响着之后英国成文法的修订进程。培根还建议给学院学生编撰一本学习指南,一个多世纪之后布莱克斯通的法律释义基本上就可视为该建议的落实。其次,培根还是一位伟大的法学教师。他是格雷律师学院的首席教师。他的讲义内容非常优秀,通过对部门法系统化的审视,而有效地纠正判例体系缺点。从他未完的《用益法》讲义就能看出,培根不愧是一位伟大的法律教师。“在我看来,唯一能够和培根相媲美的法律教师就是后来的梅特兰教授,二人都是技艺高超的法律人,对法律的阐释中

都充满着文学和哲学气息。”^①

令人遗憾的是,后人对培根的研究关注大多集中于哲学领域,而其法律思想一直为人们所忽视,以至于使培根沦落为“一个常常被世界遗忘的伟大法学家”。^②西方法学界尚且如此,国内法学界对培根的关注更是寥寥无几,甚至可用空白一词形容。

2. 培根法律思想被人遗忘的原因

霍兹沃斯指出:在培根所有伟大成就中,“作为法律人的成就却为最少人们所了解”,这“应该是很奇怪的现象”。霍氏进而分析了此奇怪现象的三个成因:第一点是培根作为法律人时的表现不是很光彩,是其一生中“最不值得赞扬的部分”。第二点是要想理解培根法律上的伟大成就,人们必须具备关于16世纪的英国法律、法律文献和律师知识相当深厚的储备。而这一点是很少人有人能够达到的。第三点也是人们不重视培根法学成就的最重要原因,培根是王权的忠实拥护者,然而他所拥护的国王却在17世纪的政治斗争中失势,沦为失败的一方。^③

① William Holdsworth, “Bacon”, 3 *The Cambridge Law Journal*, 11 (1927 - 1929), pp. 10 - 12.

② Paul H. Kocher, “Francis Bacon on the Science of Jurisprudence”, *Journal of the History of Ideas*, Vol. 18, No. 1, 1957, p. 3. 当然也有很多学者认识到培根的法学成就,学者蒙特莫伦西称其为“法学硕儒”“伟大的代诉人”“伟大的辩护者”等,科尔里奇勋爵也评价“他是伟大的,即便在法律上亦如此”。J. E. G. De Montmorency, “Francis Bacon”, *Journal of the Society of Comparative Legislation*, Vol. 6, No. 2, 1905. p. 272. 尽管如此,这些研究成果与培根哲学的研究成果无论是在数量,还是在质量上显然都不在一个等量级上。

③ William Holdsworth, “Bacon”, 3 *The Cambridge Law Journal*, 11 (1927 - 1929), p. 10. 对于第三点原因中成王败寇的历史观,霍氏随后就给予了批判。“现在我们可以很容易地说,幻想将詹姆士一世改造为一位爱国的国王是可笑的。我们还可以很容易地说,他低估了国会的力量和能力。这对于已经知道历史结果的我们确实是很容易的。但对于一个在都铎君主制传统之下成长起来的人来说,就不一件容易的事了。但是对于17世纪中政治失败的一方,18世纪的辉格党派的历史学家们拒绝给予公正的评价。”William Holdsworth, “Bacon”, 3 *The Cambridge Law Journal*, 11 (1927 - 1929), p. 12.

除此之外,笔者认为还有两点原因不应该被忽视。第一就是培根相关法律作品形式上过于分散,缺乏系统集中的论述。培根的法学目标很是宏大,涉及的法律领域也相当广泛。但遗憾的是,他“广博的智慧和精妙的思维似乎从未坚持用于法学重大问题的研究上,更多的时候,仅仅是浅尝辄止而已”。这直接导致了培根法学论述集中化系统化论述的明显缺失,大多是一些“不甚清晰的片段与辩论”或是“片段式的遗稿”,^①以至于往往呈现出“一种匆忙和未竟的壮观”的局面。^②培根作品形式上的缺陷使后人见而生畏,大大影响到其法律思想受人关注的程度。^③

第二个不容忽视的原因却是培根在哲学领域中的崇高地位和辉煌成就。培根的哲学成就实在是太过巨大,以至于使哲学成为人们认识他的唯一标签。马克思曾盛誉培根是“英国唯物主义和整个现代实验科学的真正始祖”,甚至连黑格尔也对培根高度赞誉。黑氏指出,培根一直被赞扬为指出知识的真正来源是经验的人,被“安放在经验主义认识论的顶峰”。事实上,他确实是所谓英国哲学的“首

① De Montmorency, “Francis Bacon”, *Journal of the Society of Comparative Legislation*, Vol. 6, No. 2, 1905. p. 272.

② Paul H. Kocher, “Francis Bacon on the Science of Jurisprudence”, *Journal of the History of Ideas*, Vol. 18, No. 1, 1957. p. 3.

③ 学者蒙特莫伦西曾分析过培根如此论述其法学作品的原因,“实际上,培根并不依靠法律生活,而且大体上也不太注意其法律作品的文学价值。但是当他认识到某些作品能够提升自己时,就会论述得非常细致入微,如他的《法律四论》(Four Arguments of Law)。当然培根也并非一贯如此,例如他著名的《用益法再读》(Double Readings on the Statute of Uses)留给我们的同样是不甚清晰的片段”。鉴于此,蒙特莫伦西对培根研究者提醒道:第一次浏览培根的作品,它们留给我们的总体印象是“令人失望的”,但是当我们第二次甚至多次阅读时,它们就会给我们“不同的感悟”。鉴于此,“如果说培根是一位伟大的法学家,那么我们或许不应过在意其法律作品在形式上的混乱,而应专注于发现其中的本质规律,汲取其法律思想的精华”。De Montmorency, “Francis Bacon”, *Journal of the Society of Comparative Legislation*, Vol. 6, No. 2, 1905. pp. 272 - 273.

领和代表”,英国人至今“还没有越出这种哲学一步”。^①如此辉煌的哲学成就固然能提升培根的哲学地位,却也自然而然地成为人们对其研究关注的核心乃至唯一,包括法学领域在内的其他成就就遭遇到了忽视。甚至在法律人的眼中亦是如此,例如法律史家霍兹沃斯就曾在评价柯克时说,柯克对于英国公法的贡献,可与莎士比亚对于英国文学,培根对于英国哲学,官方版本《圣经》的译者对于英国宗教贡献相比。^②真可谓成也哲学败也哲学!^③

二、意义

(一) 弥补法学界对培根系统研究的理论空白

我国学者余丽嫦曾感慨说:“遗憾的是,自严复第一个把培根哲学引进中国,迄今(1986年)已91年了。但在此以前,我们还未曾有一本研究培根的专著,而培根的选集的中译本也一直阙如,更不要说《培根全集》的中译本了。”^④因此,余丽嫦老师花费数年精力,最终完成了国内培根哲学研究的第一部专著——《培根及其哲学》,不仅系统阐释了培根的生平以及哲学思想,同时涉及培根的作品内容

① 参见[德]黑格尔:《哲学史讲演录》(第4卷),贺麟等译,商务印书馆1978年版,第19~20页。黑格尔还如此总结对培根哲学的论述:“我们需要用一个名字、一个人物作为首领、权威和鼻祖,来称呼一种作风,所以我们就用培根的名字来代表那种实验的哲学思考,这是当时的一般趋向。”[德]黑格尔:《哲学史讲演录》(第4卷),贺麟等译,商务印书馆1978年版,第34页。

② William Holdsworth, *Some Markers of English Law*, Cambridge University Press, 1938, p. 132.

③ 这一点极易让人联想到同样作为法律人的培根父亲——尼古拉斯·培根,尼古拉斯也是剑桥大学法学出身,后担任过伊丽莎白女王的掌玺大臣、大法官,并对衡平法院进行诸多改革。然而由于自己有一个太过出名的儿子,结果很少被人提及。麦考莱指出尼古拉斯并非平庸之辈,其被人忽视的尴尬局面主要是因为他“儿子的名望委实太大”,使“老人家的声誉也就被淹没下来,默默无闻了”。[英]麦考莱:《论文集》,1860年纽约版,第342页,转引自余丽嫦:《培根及其哲学》,人民出版社1987年版,第34页。

④ 余丽嫦:《培根及其哲学》,人民出版社1987年版,第484页。

和相关研究成果,也为其他学科进行培根研究提供了很好的资料索引。如果说因为有了《培根及其哲学》,国内培根哲学研究专著空白已经获得了弥补的话,那么到今天为止,法学领域对培根的研究专著的空白却还依然保持着。美国康奈尔大学法学院於兴中也曾感慨道:“汉语学界对培根的研究已有百年多的历史,发表的著述也甚是可观。但到现在为止,还没有一篇认真研究他的法律思想的汉语文章,而培根的八九部法律著作,也没有一部被译成汉语,这有点令人难以置信。法律人对培根法律思想的认识仍然停留在《论司法》一文所谈及的内容。”^①也正基于弥补这一憾事的考虑,学者於兴中撰文首次较为系统而全面地介绍了培根法律思想的主要内容,为法学角度研究培根提供了重要的方向指引和资料索引参考。

而本书写作的基本出发点就是弥补培根法学研究的专著空白,需要指出的是,作为英国16世纪伟大的法学家,培根的法律思想内容极为丰富,甚至可以说涉及当时英国法律的各个方面。故而对其的研究实际上绝非一本专著所能涵盖全部的,只能是择其理论贡献重要之处或者其中更具现实借鉴意义之部分,而首先加以关注研究。具体而言,本书把关注重点放在培根代表性法律思想宪法思想之上。

(二) 结合培根理论解释英国法的某些现象

法治所解决的问题是各个人类社会所共同面对的问题,这就决定了法治价值的普世性。换言之,真实意义的法治必然会包含着诸多核心价值认可和理论设计上的共通,不同国家在法治选择上的差异性可能仅仅源自一些技术层面的原由。众所周知,作为普通法系代表的英国法,与欧洲大陆的大陆法系存在诸多法治上的差异之

^① 於兴中:《培根法律思想初探》,载《杭州师范大学学报》(社会科学版)2012年第2期。“论司法”是《培根论说文集》58篇短文之一,虽说是培根法律思想的浓缩反映。但毕竟内容篇幅有限,原文仅有1600余个单词,藉此立论材料无疑显得过于单薄,甚至只能算是管窥而已。