

滇西学术文丛



理性 权利 自由

——布莱克斯通法律思想研究

本书以理性、权利、自由作为研究视角，通过对布莱克斯通的代表作《英格兰法释义》的全面、详细分析，结合布莱克斯通的生活、学习经历以及当时特定的历史背景，解读布莱克斯通的法律思想。通过对布莱克斯通法律思想的解读和阐释，阐明了在英美法系历史中占据重要地位的普通法的基本特质和现实意义。

杨福林 / 著



云南大学出版社
YUNNAN UNIVERSITY PRESS

作者简介



杨福林，男，1981年6月生，广西兴安县人，2016年6月毕业于西南政法大学行政法学院，获法学理论博士学位，现为保山学院政治学院副教授。研究方向为西方法理学、地方立法研究。在《河北法学》《人民论坛》《中国人权评论》等刊物发表了数十篇学术论文。

保山学院

厚德 励学
敬业 笃行

滇|西|学|术|文|丛·第十一辑

《理性·权利·自由——布莱克斯通法律思想研究》

杨福林 著

《明清时期永昌女性文学作品选注》

段晓玲 编著

《国家安全视角下云南边境民族地区基督教传播与文化建设研究》

侯兴华 韩军学 著

《滇西抗战历史文化研究（2017）》

赵周 主编





ISBN 978-7-5482-3316-9



9 787548 233169 >

定价：36.00元

滇 | 西 | 学 | 术 | 文 | 丛

理性 权利 自由

——布莱克斯通法律思想研究

杨福林 / 著



云南大学出版社
YUNNAN UNIVERSITY PRESS

图书在版编目 (CIP) 数据

理性·权利·自由：布莱克斯通法律思想研究 / 杨福林著. —昆明：云南大学出版社，2018
(滇西学术文丛)
ISBN 978-7-5482-3316-9

I. ①理… II. ①杨… III. ①威廉·布莱克斯通 (Sir William Blackstone, 1723-1780) —法学—思想评论
IV. ①D909.561

中国版本图书馆CIP数据核字 (2018) 第066059号

策划编辑：徐 曼
责任编辑：邓玲娜
装帧设计：刘 雨

滇 | 西 | 学 | 术 | 文 | 丛

理性·权利·自由

—— 布莱克斯通法律思想研究

杨福林 / 著

出版发行：云南大学出版社
印 装：昆明市五华区理理教育印务有限公司
开 本：787mm×1092mm 1/16
印 张：9.75
字 数：160千
版 次：2018年5月第1版
印 次：2018年5月第1次印刷
书 号：ISBN 978-7-5482-3316-9
定 价：36.00元

社 址：昆明市一二一大街182号（云南大学东陆校区英华园内）
邮 编：650091
电 话：（0871）65033244 65031071
网 址：<http://www.ynup.com>
E-mail：market@ynup.com

本书若有印装质量问题，请与印厂联系调换，联系电话：0871-64167045。

本书由“保山学院学术出版基金”资助出版



“滇西学术文丛”编委会

主 任：李治刚 赵 周

副主任：杨耀程 黄鹤平 邓忠汉 张 勇

杨国满 李 杰 龙 鹏 赵剑华

编 委：李旻琪 徐国良 成团英 席 林

李忠武 彭杰武 车绍留 张吟梅

祝立业 丁 仲 余家锐 徐 东

侯兴华 蔡红燕 汪建云 刘忆明

前 言

威廉·布莱克斯通爵士（Sir William Blackstone, 1723—1780），是英格兰普通法发展史上极为关键和著名的学者，其代表作为四卷本的《英格兰法释义》。1688年光荣革命以后，在英格兰历史上占有重要地位的普通法陷入了发展上的瓶颈。在经济理性化程度相当高的英格兰，普通法理性化却处于一个相对较低的水平。普通法由古老的、烦琐复杂的司法技艺构成，因与经济理性化格格不入而被以牛津、剑桥为代表的英格兰大学教育所排斥。在普通法生死存亡之际，布莱克斯通在牛津大学以讲座的形式，讲授普通法，用其本人精湛的语言功底和丰富的普通法司法实践经验，将烦琐复杂的普通法引入了大学课堂。在此基础之上出版发行的四卷本普通法作品，成为英格兰乃至整个西方世界的经典法学著作。如果要彻底搞清楚布莱克斯通的法律思想，采用历史叙事的方式，重新回到布莱克斯通时期的特定历史环境中，是一种可以尝试的方式。通过解读布莱克斯通《英格兰法释义》这一代表性著作，本书试图切中布莱克斯通的法律思想，以此为基础，通过对布莱克斯通法律思想的来源、形成、发展以及影响等问题进行分析，借此真正明了普通法的基本特征和现实意义。具体而言，全书内容安排如下：

第一章，是对《英格兰法释义》理论渊源和结构的解读。这是一件极具挑战性的工作。通过对古罗马时代法学名著《法学阶梯》外在形式与结构上的借鉴，布莱克斯通建构了比较完美的普通法体系，解决了普通法由于缺乏完整体系和结构而饱受诟病与诘难的尴尬。关于外在结构的借鉴，由于符合了现代科学社会的表象特征，而深受牛津大学青年学子喜爱，这对于布莱克斯通随后的成功和在普通法世界所取得的巨大影响力是一个极大的助推力。但是，需要明确的是，布莱克斯通借鉴的只是形，而非神。布莱克斯通在坚守传统这一点上，反映了英格兰人独特的固执和保守气

质。实际上,《英格兰法释义》仍然坚持认为,普通法具有适应现代社会发展的全部特质。从思想渊源上来说,《英格兰法释义》表面上与《法学阶梯》极具关联性。布莱克斯通自己也承认,在诸如分权等理论上,对孟德斯鸠有所借鉴,其本人也极为推崇孟德斯鸠。但是,实际上,人们应该沿着马修·黑尔、柯克的思想路径,顺着普通法历史发展轨迹,逆向追溯布莱克斯通法律思想的源头。

第二章,为了让所有人都相信普通法为英格兰即将到来的急速发展做好了充足准备,布莱克斯通在《英格兰法释义》中,提炼出了三个与之相匹配的元素:理性(科学)、权利和自由。除了赋予普通法以体系化外壳之外,布莱克斯通还在普通法这种所谓技艺理性中,加入了自然理性、自然法等元素,试图构建普通法法理体系。此外,他还引入当时流行的社会契约理论以及分权理论,来完善普通法的理论体系。布莱克斯通试图找到传统学徒制与现代大学学院制教育融合之法,也试图在技艺理性与自然理性之间寻找到普通法的生存空间。

第三章,把权利元素加入普通法,是布莱克斯通对普通法传统进行理性化改造的另一个极为关键的尝试。布莱克斯通试着通过构建完整的权利体系图谱,平衡技艺理性与自然理性之间的张力。他通过对权利体系的建构,让人们看到,普通法在维护个人权利与自由价值上的不可替代性。尤为重要的是,布莱克斯通预言性地指出了财产权在整个现代社会中的重要价值和突出地位,因此,搞清楚财产权来源和实质,就显得尤为重要。在商业文明即将主宰英格兰之时,布莱克斯通指出了财产权与商业之间密不可分的关系。更重要的是,布莱克斯通直接指出财产权、商业与自由之间的关系,并坚持认为,这三者与普通法是密不可分的。

第四、五章指出,自由是普通法的传统,普通法历史发展的各个阶段已经证明了这个结论。普通法史,就是一部英格兰人的自由奋斗史。英格兰人的自由,得到了普通法的呵护。英格兰人的自由是普通法与王权之间长期斗争的结果,布莱克斯通要强调和坚持的就是这种自由的传统。布莱克斯通在对普通法传统进行捍卫和坚持的同时,通过对理性、权利和自由等元素的挖掘,试图构建能够适应新时代社会发展需要的普通法,以此化解普通法在现代社会中的危机,重塑普通法在英格兰的辉煌。他在坚守传统法制文明前提之下,改造和完善传统法制的方式方法,值得我们思考与

借鉴。

通过布莱克斯通的改造，普通法变得更加体系化、科学化和现代化，更能适应即将从一个弹丸小国转变成世界帝国的英格兰的发展需要。

目 录

引 论	(1)
一、研究目的与意义	(1)
二、核心概念的界定	(3)
三、研究综述	(5)
第一章 布莱克斯通与《英格兰法释义》	(16)
第一节 布莱克斯通	(16)
第二节 《英格兰法释义》	(21)
一、《释义》的结构	(21)
二、《释义》的重要内容	(25)
三、《释义》的理论渊源	(34)
第二章 理性化的普通法	(41)
第一节 结构化的普通法	(41)
第二节 普通法中的理性	(49)
一、自然与理性	(51)
二、社会契约论	(53)
三、分 权	(56)
第三节 普通法教育现代化：从学徒制到学院制	(60)
一、“英格兰第三大学”	(60)
二、“衰败的大学”与转机	(64)
第三章 权利化的普通法	(70)
第一节 完整的权利系谱图	(70)
第二节 个人的绝对权利	(71)
第三节 财产权	(76)

一、财产权的起源	(76)
二、财产权的界定	(82)
三、财产权、商业贸易与自由	(85)
第四章 自由的普通法规制	(91)
第一节 自由的历史传统	(91)
一、王在法下与有限王权制度的萌芽	(91)
二、自由大宪章	(92)
三、法律职业化	(93)
四、国王在上帝与法律之下	(95)
第二节 自由的制度设计	(96)
一、混合政体	(96)
二、议会至上	(99)
三、有限王权	(103)
第五章 自由的普通法实践	(108)
第一节 自由与习惯	(108)
第二节 法官：自由的守护者	(110)
一、法官与普通法	(110)
二、法官成就普通法	(111)
三、法官的职业化与自由	(112)
第三节 法院：权利与自由的救济者	(114)
一、权利与自由的救济谱系	(114)
二、行之有效的救济机制	(117)
第四节 审慎的司法改革：自由的完善与实现	(118)
一、人性：审慎司法改革的出发点	(118)
二、自由：审慎司法改革的终极目标	(120)
结 论	(123)
参考文献	(128)
一、中文类参考文献	(128)
二、外文类参考文献	(136)
后 记	(143)

引 论

一、研究目的与意义

英格兰应该是最早从事法律近代化并成功实现司法独立与法治的国度。英格兰国家法律的改革与法治的成功实现，与普通法的发展史密切相关。光荣革命以后，普通法这种来自于英格兰传统历史，极为烦琐复杂而又枯燥难懂，不被大学教育所认可的技艺理性，如何能够在经济理性化浪潮中得以生存，是一个极为现实的问题。在许多学者眼中，普通法存在大量非理性因素，因而与已经在经济领域理性化的英格兰社会发展极为不同步、不协调，因此需要进行必要改造，以实现法律理性化之目的。在对传统普通法改造过程中，英格兰近代著名法学家，精通普通法并拥有丰富普通法律师实践经验的布莱克斯通是一个关键性人物，其在普通法理性化过程中发挥了重要作用。威廉·布莱克斯通因其四卷本的《英格兰法释义》（以下简称《释义》）^① 闻名于 18 世纪的英美，同时，因其在普通法发展历史上卓越的贡献，他在整个普通法发展史上甚至是整个西方法律思想史上，都占据着不可忽视的地位。^② 特别是美国，一度把布莱克斯通的《释义》奉为法律圣经。任何人，只要马背上的挎包里装着四卷本的《释义》，都能被其他人

^① 一些学者对《英格兰法释义》（Commentaries on the Law of England）的翻译有不同的看法，有的学者将其直接翻译为“英国法释义”，有的学者则翻译为“英格兰法释义”。吾以为，后者更为贴切。按照英国 18 世纪以前的历史情况，同属于英国的苏格兰，一直采用的是以罗马法为代表的民法体系，与以普通法体系为表征的英格兰法是完全不同的。普通法的实质的确意味着通行于整个英伦三岛的法律，但是实际情况是，普通法只适用于英格兰，而不适用于苏格兰。参见《英国法释义》，游云庭等译，上海人民出版社 2006 年版；参见仝宗锦《威廉·布莱克斯通爵士和他的〈英格兰法释义〉——以英格兰法体系化的问题为中心》，北京大学法学院 2004 年博士学位论文。

^② 英国国内将布莱克斯通的《英格兰法释义》与《格兰维尔》、布拉克顿的《论英国的法律与习惯》、利特尔顿的《土地保有法》、柯克的《英国法概要》并称为英国历史上最经典的五部法律著作。

看成是富有法律知识的人。甚至有这样的说法：如果可以把普通法完全坐在自己的屁股底下，无论遇到多么疑难的案件也能应对自如。^①

在西方，布莱克斯通获得了应该有的地位。^② 在中国，虽然布莱克斯通四卷本《释义》英文版很早就摆在了大学的图书馆里，^③ 但由于各种原因，时至今日，对四卷本的完整中文翻译，仍未面世。众多法科学子，几乎都是从西方法律思想史上其他学者的著述中，才能够捕捉到布莱克斯通极为零碎的法律思想。^④

当下，已经有人在对布莱克斯通这样一位非常重要的法律思想家进行研究。但是，这样的研究是远远不够的。此外，更为重要的是，布莱克斯通对待普通法的态度和采用的方法，更值得我们思考和借鉴。布莱克斯通写作完成《释义》的年代，也正好是英国社会走向近现代文明，社会高速发展的转型时期，也就是学者们所谓的经济理性化时期。这时正好在光荣

① 参见[美]丹尼尔·布尔斯廷：《美国人——建国的历程》，谢延光等译，上海文艺出版社2012年版，第78页。

② 在布莱克斯通四卷本的《释义》于1759年陆续出版以来，在1760—1805年这短短的四五十年间，也就是美国建国的时期，这一时期关于建国的理论和思想的吸收和借鉴也达到了顶峰。但是，最常被引用的思想家，不是神学家和哲学家，而是在思想理论上相对保守的政法学家。其中，布莱克斯通被引用的顺序，仅次于孟德斯鸠，排第二位；排在他后面的包括洛克、休谟、普芬道夫以及卢梭甚至柏拉图等思想家。参见[美]约翰·艾兹摩尔《美国宪法的基督教背景》，李婉玲译，中央编译出版社2011年版，第37—40页。正如布莱克斯通所说的那样，他为未来现代化的英国，描绘了一张完美的英国法地图，他在地图上清晰而又精致地勾画出普通法意义上的现代国家。因此，有学者认为，布莱克斯通的成功，在于他做了绝大多数人认为无法去做的事情。就如同其前辈马修·黑尔一样，他对英国普通法包括构成普通法的基本材料（案例、成文法规、普通法程序和复杂的规则），进行了细致考察和极为客观的审视，并在此基础上寻找和坚守普通法规则背后隐含的原则以及普通法孜孜以求的关于自由的原则和目的。密尔松（S. F. C. Milsom）对布莱克斯通对普通法进行的体系化工作进行了比较客观的评价，认为布莱克斯通是在一个对普通法发展来说极为困难又极为关键的时间点，对普通法做了客观系统的评价和行之有效修改，他的工作将成为英美法发展史上一个关键性节点并将被载入英美法发展史，确立其不可忽视的历史地位。参见 S. F. C. Milsom, *The Nature of Blackstone's Achievement*, 1 Oxford Journal of Legal Studies, 1981, p. 4.

③ 据翻译《英国法释义》第一卷的游云庭介绍，北大图书馆现存1859年版的《英国法释义》，上海图书馆也存有1916年版的英文原文。参看[英]威廉·布莱克斯通《英国法释义》，游云庭等译，上海人民出版社2006年版中译本“前言”，第1页。

④ 或许，众多法科学子乃至研究法理的专家学者，最开始是从边沁的名著《政府片论》中，获知布莱克斯通以及他的《释义》，从奥斯丁的批判中，看见了布莱克斯通在法律实证主义的门槛边上的举棋不定，也有可能是从戴雪的《英宪精义》中，一窥布莱克斯通关于混合宪政思想的初步描述，也有可能是从丹宁勋爵的几部作品中，比如《法律的未来》等，知晓了布莱克斯通的生平和《释义》的基本框架和轮廓。

革命刚刚结束，资本主义以及工业革命正如火如荼地开展，英国正处在从传统走向现代的时间节点上。经过文艺复兴和宗教改革，束缚英国人灵魂和思想的藩篱早已打破。英国现代化趋势唯一的阻碍，来自于传统的制度，其中，法律制度的现代化与否，是其决定性的关键要素。发端于盎格鲁-撒克逊时期，由地方传统习惯演化而来的普通法，在进入17世纪以后，饱受责难与质疑。^①在传统与变革之间，布莱克斯通采取的是一种审慎的做法。用他自己的话说，在传统的普通法内部，他看到了科学和自由；甚至，自由是普通法最重要的传统。当然，他对普通法的缺陷与不足也了然于心。他坚持认为，这种缺陷，并不是普通法本身固有的。他坚持在审慎变革的大趋势下，对传统的普通法进行现代化的改造，使之更富有理性和自由。布莱克斯通在社会转型时期，对待传统法律制度的态度和改造对策，极富借鉴意义。

此外，在全球化背景下，不断了解西方法治文明，具有重要的意义。而要了解英美法律制度，布莱克斯通是一个绕不过去的重要人物。更值得我们深思的是，布莱克斯通是通过什么方式方法细化普通法、改造普通法，让这种植根于英格兰历史之中，以习惯和诸多判决惯例和冗长复杂法律年鉴组合而成，并没有任何逻辑体系和规律可循的古老法律体系，能够适应英格兰国家的近现代发展并焕发生机与活力的呢？面对同样拥有几千年历史的中国传统法律制度与文化，我们做何感想，又能做些什么？

二、核心概念的界定

本书主要探讨布莱克斯通的法律思想，主要关注布莱克斯通如何对普通法进行改造。面对其他思想家对普通法的诘难，布莱克斯通开宗明义，坚持认为普通法本身包含了科学和自由的因素。普通法是以历史作为发展脉络，在发展过程中，不断地科学化的。普通法的不可追忆性以及历史沉积下来的基本原则和理念，比如“王在法下”“王权有限”等，是对自由的保障。因

^① 关于对普通法的批判，在边沁之前，尤以霍布斯最为犀利。他认为，遵循先例，是普通法最大的特点，普通法学家诉诸先例的做法，实际上是一种无知的表现，必定会给未来带来灾难：对权利、公平、法律与正义的成因和其初始构成的无知，会使人把习惯和成例当作其行为的准则；以至于认为，习俗所惩罚的事就是非正义，而将习俗不加惩罚或者加以称誉的事，就是正义的……他们固执而又倔强，一会儿诉诸习惯，一会儿又诉诸理性……当他们的利益需要时，就会放弃习惯，而一旦理性对自己不利时，他们又反对理性。参见[英]霍布斯著《利维坦》，黎思复等译，商务印书馆1985年版，第11页。

此,为了更好地进行论述,本书先对“理性”“自由”两个概念进行界定。

(一) 理 性

本书所指的“理性”,包含两层含义:其一,理性与自然法相关,指的是普通法本身所蕴含的技艺理性。霍布斯在《利维坦》以及《对话》中,对于柯克大法官提出的“技艺理性”这个概念提出了尖锐的批判,同时坚称,普通法由于其不可追忆性,因而不具有现代意义的理性,因为其依靠的不是人的理性而是历史。布莱克斯通在《释义》中,对自然法进行了相关的讨论,特别是在《释义》第一卷的导论部分,突破了普通法只包含司法技术和程序,缺乏法理的顽疾,加入对法律的本质、法律的定义以及种类等法理学意义上的内容,创造性地描绘出了普通法法理学的范畴。

其二,理性是指普通法的体系化和理性化。普通法零散、不成体系也是被诘难的重要标靶。布莱克斯通的前辈们,诸如柯克大法官、黑尔法官,也尝试过使普通法体系化。布莱克斯通在前辈们的基础之上,以查士丁尼的伟大著述《法学阶梯》为参照,利用建筑学和数学的基本原理,构建了一座普通法的哥特式城堡。

本书涉及的“理性”,指的是布莱克斯通对自然科学的借鉴。17世纪以来,欧洲蓬勃发展的自然科学,特别是以数学和几何学为支撑的建筑学,通过中世纪哥特式建筑技术和艺术得到了广泛的传播。布莱克斯通的法律思想,深受自然科学尤其是数学以及当时的建筑学的影响。此外,本书所论述的“理性”,实际上指的是布莱克斯通在重塑英格兰普通法的时候,采取的类似于建筑学意义上的方法。布莱克斯通就如同其本人在《建筑学原理》中所描绘的那样,将哥特式的建筑风格,与固守传统的英格兰普通法融合。布莱克斯通这个看似经验丰富但又技术拙劣的建筑师,采用科学方法,将英格兰普通法这座古老的、破旧不堪的,甚至存在即将被人们所遗忘和抛弃风险的“哥特式”城堡,修葺一新,让它在理性和自由的光辉之下,重获新生。布莱克斯通借用自然科学的方式方法,将普通法理性化。

(二) 自 由

本书所指称的“自由”,与自由主义没有关联,不是所谓的个体意志自由。此处的“自由”,主要关注作为整体的人,即英格兰个体意义上的人,在与王权权威的斗争中,获得的自由和权利。“自由与权威之间的斗争,远在我们所最早熟知的部分历史中,特别是在希腊、罗马和英国的历

史中，就是最为显著的特色。”^① 在英格兰历史上，自从“王权”诞生以来，王权就是受到限制的；对王权的限制，就是对自由的追求。“那是所谓的自由，是指对于政治统治者的暴虐的防御。在人们意想中（除开在希腊时代一些平民政府中而外），统治者必然处于与其所统治的人民相敌对的地位。……因此，爱国者的目标就在于，对于统治者所适用于群体的权力要划定一些他所应当受到的限制，而这个限制就是他们所谓的自由。”^②

因此，本书所指称的“自由”，是以王权与权利的关系为视角，特指对王权的限制。在英国历史上，对王权的限制，具体体现在民主遗风，比如“贤人会议”以及由此演化而成的议会制度等制度设计上；也体现在对一些基本的理念，由普通法一直坚守的，如“王在法下”的传统中。本书论述的自由指的就是，在英格兰的不同时期，哪些制度起到限制王权的作用。此外，还要澄清一个基本的观点，在布莱克斯通的观念中，自由是英格兰人的历史传统。自由，存在于英格兰人民的历史中。最为关键的是，英格兰普通法的发展史，实际上就是英格兰人民的自由史。

三、研究综述

（一）国外研究综述

从目前所掌握的资料看，国外（主要是英国和美国）研究普通法以及布莱克斯通法律思想的文献是很丰富的，从19世纪初至今已经有数百篇之多。但极为遗憾的是，国内对专门研究布莱克斯通法律思想相关文献的翻译工作相对滞后。或许可以这样讲，我们是通过国外另外一些著名的学者，才间接地知道了布莱克斯通这个人的，比如通过边沁、奥斯丁等人的相关著作等。1776年，边沁匿名出版的《政府片论》，^③就是以布莱克斯通和他的《释义》作为靶子，对其进行了极其猛烈的抨击和批判。奥斯丁在《法学讲演录》^④和《法理学的范围》^⑤中的批判，也是我们间接了解

① 在英格兰的历史上，与王权的抗争，种种限制王权的努力和制度设计，就是自由。这是英格兰的历史传统。参见[英]约翰·密尔著《论自由》，许宝骙译，商务印书馆2006年版，第1页。

② 参见[英]约翰·密尔：《论自由》，许宝骙译，商务印书馆2006年版，第2页。

③ [英]杰里米·边沁：《政府片论》，沈叔平译，商务印书馆2010年版。

④ [英]约翰·奥斯丁：《法学讲演录》（第一卷），支振锋译，中国社会科学出版社2008年版，第205页。

⑤ [英]约翰·奥斯丁：《法理学的范围》，刘星译，中国法制出版社2001年版，第18页。