



英国普通法 权利保护研究

Research on the Protection of Rights
in English Common Law

刘吉涛 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位



英国普通法 权利保护研究

Research on the Protection of Rights
in English Common Law

刘吉涛 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

英国普通法权利保护研究 / 刘吉涛著. —北京:知识产权出版社, 2018.12
ISBN 978-7-5130-3271-1

I. ①英… II. ①刘… III. ①法律保护—研究—英国 IV. ①D956.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第237591号

内容提要

英国普通法是一套富有特色、影响深远的法律体系,特别是它产生伊始就具有并且始终保持和不断发展完善的限制权力、保护人权的特点十分突出,向来引人注目。本书明确提出了普通法的人权保护问题,并作为研究的主题,这在国内学界是不多见的。上篇对英国普通法保护人权的状况分阶段地进行了历史梳理,说明普通法对人权的保护相对而言是较为有力的。该部分概括性强,简明扼要,史论结合,令人信服。下篇探讨了普通法之所以对人权保护较为有力的原因,揭示了普通法具有的崇尚实践理性、追求具体正义、富有宪法性能等特质。该部分条分缕析,挖掘深,逻辑性强,具有一定的学术和理论深度。结束语论述了普通法在人权保护方面的借鉴价值,说明该成果具有重要的实践意义。

责任编辑:李海波

责任印制:刘译文

英国普通法权利保护研究

YINGGUO PUTONGFA QUANLI BAOHU YANJIU

刘吉涛 著

出版发行:知识产权出版社有限责任公司

网 址: <http://www.ipph.cn>

电 话: 010-82004826

<http://www.laichushu.com>

社 址: 北京市海淀区气象路50号院

邮 编: 100081

责编电话: 010-82000860 转 8582

责编邮箱: lihaibo@cnipr.com

发行电话: 010-82000860 转 8101

发行传真: 010-82000893

印 刷: 三河市国英印务有限公司

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

开 本: 720mm×1000mm 1/16

印 张: 22

版 次: 2018年12月第1版

印 次: 2018年12月第1次印刷

字 数: 382千字

定 价: 78.00元

ISBN 978-7-5130-3271-1

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

序

PREFACE

作为文明标志和治国重器的法律生来具有两大基本价值：一是通过定分止争、调节社会成员之间的利害关系，维护社会的正常秩序；二是通过惩恶扬善、制裁侵权行为，保护人们的自由权利（人权）。从理论上讲，法律的这两种价值是相互依存、和谐统一的，因为建立和保持稳定的社会秩序是有效保护社会成员自由权利的必要前提；反过来，社会成员自由权利的有效保护必然促进社会秩序的稳定。但是，在实践中，二者经常是割裂的，甚至彼此冲突，因为秩序总是趋向于对人们的自由权利进行某种程度的限制与束缚，而自由权利则趋向于否定和突破现有秩序，在极端情况下，二者有可能陷入两难困境，即不是在追求社会秩序中丧失自由权利，就是在追求自由权利中导致社会混乱。因此，如何同时兼顾秩序维护和权利保护两种价值，实现和维持二者关系的平衡，是所有国家无法回避的一大法律难题。职是之故，千百年来世界各国人民一直在不懈地探索和奋斗。但无法否认的事实是，在现代民主法治建立之前，偏重于维护秩序而轻视权利保护，几乎是所有国家法律制度的常态，即使建立现代民主法治之后，维护秩序仍然被各国奉为法律的首要价值，致使自由权利得不到有效保护的现象依然比比皆是，包括少数民主法治先进国家也概莫能外。

广泛存在的这种重秩序维护、轻权利保护的现象，与国家语境下法律的双重属性和价值取向有着密切关系。

法理学和法史学研究均已证明，法律不是从来就有的，也不是国家的伴生物。在人类社会产生之初，曾经有一个不知法律为何物的野蛮愚昧时代，亦即初民社会（西方学者多称为自然状态，国内学者习惯称为原始社会）。在那时，由于国家尚未产生，社会混乱无序，但并非毫无规则，因为只要有人，就有社会，只要有社会，就必须有某种社会规范来约束暴力冲突和规制人们的行为，以保证社会存在所必要的公共秩序和人类发展所必需的基本自由权利。这些早期社会规范通常称为原始习惯，它们是社会大众约定俗成的自发产物，以习俗、道德、宗

教禁忌等形式而存在，其效力主要仰赖人们的共同认可与自觉遵守以及部族首领的威望和社会舆论压力，而不是诉诸物质化、外在化的暴力机关和强制手段（当时也不存在）。可想而知，这种规范的实际效能是极其有限的。用德国法学家耶林的话说，背后没有强力后盾的原始习惯仅仅是“不发光的灯、不燃烧的火”。唯其如此，原始习惯既无力构建稳定的社会秩序，也无力保护人们的自由权利。于是，大量社会冲突只能通过私力救济自行解决，亦即由冲突的受害方依靠个人力量，采用暴力手段，通过同态复仇对加害方实施惩罚，以维护自身权益。私力救济弥补了原始习惯效力不足的缺陷，但由于救济主体是其中一方当事人，而且以暴力为手段，故而以强欺弱、弱肉强食的现象仍然不可避免，弱者的自由权利依旧没有保障。况且，以暴制暴的私人救济很容易被滥用和扩大化，所以也会对社会秩序造成巨大破坏，其结果往往引发大规模的部族械斗或无休止的冤冤相报，致使本来就脆弱不堪的社会秩序深陷危机。

到初民社会的后期，随着生产力的发展，劳动力的价值日益受到重视，以私力救济为主导方式的原始习惯无法适应社会的需要。为减少和避免暴力与牺牲，人们开始采用赔偿赎罪的和平解纷方式，取代了以暴制暴的血亲复仇。改用和平解纷方式是人类告别野蛮、走向文明的重要一步，但强势方依然能够恃强凌弱，在钱财赔偿上欺压弱势方。为求公平正义，人们自然而然地把目光投向当时的社会公共权威——部族首领、宗教祭司或民众大会。于是，由部族酋长、宗教权威或民众大会居中裁判的司法就产生了。无论裁判者是一个人还是一个民众集会，都是凭借自身的社会威望和公众信任，以中立第三方的身份介入纷争的，都是采用说理和裁判的方式来定分止争。尽管裁判规则依旧是既有的习惯规范，但通过司法判决及其执行，习惯规范获得了强制力，转变为“有牙齿”的法律，它在“必要时会咬人，虽则并不时时使用”（霍贝尔语）。从此，人类社会真正走出了混乱无序的丛林世界，跨入正常有序的文明时代，法律也成为一种主要的常规性社会治理手段。

法律的产生过程告诉我们：第一，法律是在国家产生之前借助司法的助产作用从原始习惯的母体中脱胎而来的，最初的法律纯粹是一种社会规范。质言之，社会性是法律（包括司法）与生俱来的固有属性，是法律的本质所在。第二，法律是肩负着维护社会秩序和保护社会成员自由权利两大使命降临尘世的。所以，维护秩序和保护权利是法律的两大基本价值与功能。一言以蔽之，初始法律完全

是一种社会公器。

及至阶级和国家产生后，出现了专职政府及各种政治机关，业已存在的法律和司法作为一种现成而有效的社会治理手段，自然而然地被国家所“收编”，这个变化就是法律的“国家化”过程。“归附”国家后的法律成为国家统治机器的一个重要组成部分，不可避免地打上阶级性和政治性的烙印，但其固有的社会性本色并未也不可能丧失。于是，在国家背景下的法律无不兼具国家性和社会性两重属性：它一方面是政府用以统治国家、控制社会的政治工具；另一方面仍是人们赖以保护自由权利的社会公器。

不过，在不同的国家，法律“归附”国家的速度和程度是大不相同的。在“归附”速度和程度比较高的国家，法律的社会性本色消退迅速，国家性增长明显；在“归附”速度和程度比较低的国家，法律保持了较多的社会性本色，国家性增长缓慢。由此导致两种基本法律类型的分野：一种是国家性占主导地位的法律；另一种是社会性占主导地位的法律。对此，有学者分别称为“国家的法律”和“社会的法律”（周永坤语）。当然，上述两种法律类型的区分只是理论概括的产物，它们分别代表着两个极端。在实践上，这两种极端类型都是极其罕见的。一切历史和现实中的国家法律，都只能位于两种类型之间的某个坐标点上，因为一如恩格斯所言，国家的“政治统治到处都是以执行某种社会职能为基础，而且政治统治只有在它执行了它的这种社会职能时才能持续下去”。因此，任何国家的法律，都是国家性与社会性的二位一体，差别仅仅在于二者权重比例的不同。然而，正是这一差别决定了不同国家的法律对自由权利的重视程度与保护力度出现巨大差异——但凡“国家的法律”无一不特别重视秩序的维护，而“社会的法律”则更多地强调权利的保护。

由于在国家与社会的关系结构中，国家通常居于强势地位，所以国家语境下的法律几乎全部属于“国家的法律”类型，由此导致上文所说的从古到今重秩序轻权利现象的广泛存在。但是，普遍之下也有例外，英国普通法就是一个引人注目的特例。唯其如此，英国普通法历来吸引着法学家特别是比较法学家们的研究兴趣，各种论著层出不穷。然而，纵观已有的研究成果特别是国内成果可以发现，学者们或者采用综合研究方式，对英国普通法进行全面考察；或者采用专题研究方式，选择一个侧面或一项具体制度进行集中论述；或者采用比较研究方式，通过与欧陆法或中国法的比照来揭示英国普通法的独特之处，但是，以权利保护为

视角对英国普通法进行深入探讨的成果在国内尚未见到。刘吉涛推出的这部专著就是为了弥补这一学术不足而作。本书既凝聚了作者多年来对英国普通法的研究心得和独特认知,也隐含着作者对我国人权保护事业的殷切希望,其学术价值和现实意义是不言而喻的。

本书是在作者的博士学位论文基础上修改而成的,分上、下两篇。上篇为历史梳理,分阶段地系统阐述了英国普通法权利保护的来龙去脉以及不同时代的具体内涵与方式,概括出了盎格鲁-撒克逊时代的原初权利保护、早期普通法的主体权利保护和近现代普通法的人权保护三个逐步递进的历史阶段,完整展示了英国普通法与人权保护的发展历程。下篇为法理分析,对英国普通法的独特品质及其与权利保护之间的内在关系进行了较深入的挖掘,并通过与欧陆法和中国法的针对性比较,提出了英国普通法具有四大特质的研究结论,即它是“社会的法”、崇尚“实践理性”的法、追求“具体正义”的法和具有“宪法效能”的法。其中,“社会的法”被置于四大特质之首,说明在作者眼中这一特质具有根本性和基础性的决定意义。作者指出,普通法的“源头是英国人的风俗与习惯,是英国人在历史进化中潜移默化形成的一些独特的传统风尚、礼节、习性,是历代英国人共同遵守的行为模式或规范……普通法的真正创造者应该是社会大众。作为社会大众集体参与创制的一套法律体系,普通法不代表任何个人的意志和立场,因此天然具有独立的品格,当个人自由处于危险的境地——特别是在国家和个人之间发生严重冲突时,普通法通常会选择站在个人这边与政府抗衡”。这样的分析切中肯綮,揭示了普通法在自由权利保护方面较为有效有力的奥秘所在。通篇内容以史为本、以法为魂、夹叙夹议、史论结合,而且逻辑严密、语言流畅,读来轻松愉快,又给人以理论启迪。可以相信,本书的出版将为我国的法治建设和人权保护事业提供有益的借鉴与启示。

作为刘吉涛博士学位论文的指导老师,有幸先睹为快,并写下以上文字,略陈感想,权作为序。

山东师范大学教授 程汉大
中南财经政法大学博士生导师

2018年10月于济南市龙泉山庄

前言

INTRODUCTION

英国素有“人权母国”之称，世界上第一个人权文献《大宪章》便产生于英国；纵观整个历史，英国在权利保护方面也一直保持着世界领先水平。事实上，自古至今在保障或扩展英国人的自由权利这一伟大事业中，普通法可以称得上居功至伟，直到现在还有很多英国人依然坚持认为他们的自由和权利来源于古老的普通法。这种观点对于英国人而言或许太过于普通，固然难以激起任何波澜，但对于英国之外的国家，尤其是那些在历史上缺乏人权保护传统、如今正在奋力追赶的后发国家来说，这个观点依然充满着陌生感和神秘感，人们需要了解英国普通法是如何保护人权的，其背后的原理和奥妙是什么，以资借鉴。

为此，本书先从历史角度切入，考察了英国自盎格鲁-撒克逊时代到近现代社会这一历史时期普通法对人权的保护状况。在导论中，我们提出了英国人权利的来源问题：与大多数国家人们的权利源于成文法律的规定不同，英国人的权利来源于传统，而不是任何抽象的理论和原则；并且这些权利一直受法律保护，而保护它们的法律亦源于古老的习俗，这是英国人权保障的一个非常突出的特点。英国盎格鲁-撒克逊时代的法律主要为习惯法，保护的也是一些习惯权利，主要有财产权、人身权和政治权。由于这一时期英国社会没有形成比较强大的政治权威，较多地保留了古代日耳曼人的自由传统，因此与其他国家相比，英国人享有的自由和权利的含金量是比较高的，并且当这些权利遭到侵害时，实行民众集会式审判的司法机关将会提供救济，因为司法权掌握在人民手中。在13—14世纪，英国形成了统一适应全国的法律——普通法。根据普通法，英国人享有的自由和权利更加全面，《大宪章》明确规定了英国人享有8个方面的权利，但这也只是英国人享有权利中的一小部分，大部分权利没有列入其中。在普通法下，很多重要的权利获得越来越有力的保护，如《大宪章》第39章规定：任何自由人，如未经其同等地位之人并（或）依据这块土地上的法律作出合法审判，皆不得被逮捕、监禁、没收财产、剥夺法律保护权、流放，或加以任何其他形式的损害。这

一条对保障英国人人身自由不受非法侵害发挥了重要作用，在当时世界范围内可以称得上是绝无仅有的。实际上，通过权利宣告保护人权并不是普通法保护人权的主要方式，普通法对人权的保护更侧重于权利救济。根据普通法理论，法不禁止即自由，据此人们享有广泛的自由，在社会实践中如果某人受到不公正对待即可诉至普通法庭，法官在审理案件时会寻找合适理由帮助其实现公平，即“有侵害必有救济”。此外，普通法亦通过优秀的法律职业群体和科学合理的审判制度，逐步推动司法走向独立，为人权保护奠定了坚实的政治基础。由于普通法是在13世纪适应农业社会需要形成的一套法律体系，到了近现代工业社会，不可避免遭遇来自新时代的挑战，最终在柯克等人的努力下，普通法华丽转身，完成了现代化蜕变。在现代社会，普通法除了对传统权利进行保护之外，始终保持开放的态度及时回应社会发展需求，不仅通过判例缔造了一些新型权利，还对议会立法创造的各种新权利进行救济，并且与时俱进创造了多种新型救济方式，比较重要的方式有人身保护令制度和司法审查制度。总之，在近现代社会，普通法仍是英国人权保护的主流渠道。

综观英国历史，普通法对权利的保护相对来说一直是比较有力的。透过现象看本质，普通法为什么能够起到保护权利的作用？这是我们在本书下篇主要探讨的问题。在下篇我们深入剖析了普通法具有的四个特质：一是普通法具有社会法的属性，强调普通法的自生自发特色，应当归属于“内部规则”（哈耶克语）的范畴，因而有利于保护人权；二是普通法是崇尚实践理性的法，提出普通法首先是理性的法，其次普通法的理性比一般法律具有的自然理性更高级，是一种“技艺理性”（柯克语）；三是普通法是追求“具体正义”的法，阐释了普通法的正义内涵，提出普通法正义观的核心是“公正地审理案件”，并从司法独立、诉讼制度的科学化、高素质的法律职业群体三个层面进行了解读；四是普通法是具有宪法性能的法，通过论述普通法和宪法之间的内在逻辑关系，提出了一般法律所不具备的“分权”和“限权”功能。普通法的分权功能主要体现在两个层面：宏观分权（法律权和统治权）和微观分权（纵向分权和横向分权）。普通法的限权功能主要体现在三个方面：一是对行政权的限制，主要对国王和政府权力进行限制；二是对立法权的限制，主要对议会的特权和立法权进行限制；三是对司法权的限制。通过分权和限权作用的发挥，将权力运行牢牢束缚在法治的轨道，防范法官恣意审判，普通法从根本上起到保护人权的作用。

在结束语部分，我们对英国人权保护情况进行了总结与评价，提出英国在保护人权方面之所以能够做得出色是源于自然因素与社会传统因素的相互融合。自然因素是指自然地理环境，可以进一步理解为环境塑造下的民族性格。社会传统因素是根植于民族性格又超越其上，形而上属于文化层面的东西，包括政治、法律、宗教、风俗等内容。英国普通法的人权保护机制是在自然因素与社会传统因素相互融合的基础上共同缔造的。当然，英国的权利保护模式并非完美无缺，也存在一定缺陷，但是从总体上，普通法保护人权的经验是值得其他国家或地区借鉴的。

当然，由于水平所限，疏漏之处在所难免，敬请读者批评指正！

目 录

CONTENTS

上篇 英国普通法与权利保护历史进程考察	001
导论 人的权利从哪里来	001
第一章 盎格鲁-撒克逊时代英国人原初权利的保护	006
第一节 盎格鲁-撒克逊时代的法律概况	007
第二节 盎格鲁-撒克逊习惯法保护之下的原初权利	014
第三节 盎格鲁-撒克逊时代权利保护的评价	029
本章小结	037
第二章 早期普通法与主体权利的保护	039
第一节 英国普通法的形成	039
第二节 英国早期普通法确认的权利与自由	051
第三节 早期普通法对于“主体权利”的救济	084
本章小结	090
第三章 近现代普通法与人权保护	092
第一节 普通法近现代化的历史背景	092
第二节 普通法理论现代化对人权保护的推动	101
第三节 普通法实体现代化对人权保护的推动	113
第四节 普通法权利救济在近现代社会的新进展	123
本章小结	135
下篇 普通法的特质与人权保护	137
第四章 普通法是属于“社会的法”	137
第一节 对“社会的法”的界定	137
第二节 普通法与“社会的法”之间的关系	142
第三节 “社会的法”对于人权保护的价值	146

第五章 普通法是崇尚“实践理性”的法	152
第一节 法律与理性	152
第二节 普通法与实践理性	160
本章小结	178
第六章 普通法是追求“具体正义”的法	179
第一节 正义与法律	179
第二节 普通法传统中的正义	183
第三节 普通法对正义的追求：公正地审理案件	193
本章小结	252
第七章 普通法是具有“宪法性能”的法	253
第一节 普通法与英国宪法的关系	253
第二节 普通法的宪法维度之一：“分权”	256
第三节 普通法的宪法维度之二：“限权”	277
本章小结	320
结束语	321
参考文献	331
致 谢	337



上篇 英国普通法与权利保护历史进程考察

导论 人的权利从哪里来

今人多半知道权利为何物，且对权利的重要性也有深切体会，但对于权利从何而来则知者甚少。我们认为，探讨权利的来源问题，其实和探讨权利的概念、种类及标准一样同属本质上的问题，因为权利的起源在某种程度上影响甚至决定着权利的地位、内容以及权利保护的方式。回顾历史，对“人的权利从哪里来”这一深刻命题的回答，在不同历史时期、不同地域或国家曾经产生过三种影响较大的观念：一是神赐论，认为人的权利是神赐的；二是天赋人权论，认为人的权利是天生的；三是生而自由论，认为人的权利是与生俱来从先辈那里继承得来的。

神赐论，顾名思义，认为人的权利来自神的授予，并非人类自身可以决定。这种学说在人类早期社会几乎是通说，虽然版本及故事情节千姿百态，但在本质上是是一致的。例如，在古代两河流域的苏美尔人认为，人是由恩凯（Enki）用阿帕苏（地下水）的泥做成的，并由其母娜姆（Nammu）养育长大^①。古希腊人认为，普罗米修斯用河水调和泥土，按照天神的模样，捏成人形，雅典娜吹了神气，使它获得了灵性，由此诞生了人类。印度佛教在《起世经》最后一品《天地成品》中描述：人类最早的地球生命是从光音天下来的。基督教在《旧约》中讲道：上帝耶和华用地上的尘土，按照自己的形象，塑造了人。伊斯兰教的《古兰经》说：

^① 熊开发.从创世神话看《淮南子》的天、人观[J].海南师范学院学报(人文社会科学版),2001(4):51.

真主安拉创造了大地上的一切事物，用黑泥造了阿丹，并将灵魂注入他体内，于是他有了生命的气息，成为真正的人。在中国流传的则是女娲造人的神话故事，中国人据传是上古女神女娲娘娘从黄河水中捞出泥巴做成的。可见，早期的人类社会几乎毫无例外地相信，包括人类在内的世间万物均是由神创造的，神在创造宇宙之时便安排好了一切，对一切事物的运转设定了规则。具体到人类自身来说，是神确定了谁是统治者和被统治者，并在两者之间设定了具体的权利和义务。因此，人类的权利毫无疑问来源于神的赐予，他们只能遵守、无权改变。神赐论一说，虽然论证了权利来源的神圣性，却在实质上禁锢了多数人的权利。因为统治者最终将这一理论运用到政治和法律领域，将其改造为“君权神授”理论，以神的名义片面强调权力的神圣性和权威性，而对民众的权利则竭力稀释之，淡化之，剥夺之。所以，早期人类社会无论在政教分离的国家如古代中国，或在政教合一的国家如早期伊斯兰国家，还是在政教结合的国家如中世纪西欧诸王国，普通人的权利均受到不同程度的压制。因此，关于权利来源之神赐论，由于“神”本身的虚幻性，再加上“谁是神”“神的旨意为何”等问题的解释权牢牢地掌握在少数人手中，这对于多数民众权利的培育和成长是极为不利的，更不可能产生普遍性的人权。当科学与理性的阳光刺穿神话和宗教的阴霾，人类对自身的认识升华到一个新的境界的时候，这一论说便逐渐黯然退场了。

天赋人权论，是近代启蒙思想家格劳秀斯、霍布斯、洛克、孟德斯鸠、卢梭以及斯宾诺莎等人倡导的学说。他们在上帝之下创造了一个“自然社会”，在这个“自然社会”里，无论是处于“普遍的战争状态”^①，还是处于“完全的自由”和“完全的平等”的状态^②，作为社会成员中的一员，且仅凭这一点，任何人即拥有完全平等的“自然权利”。这种权利虽然神圣，却与神赐无关，而是来源于人自身的资格——是一个人而不是动物。启蒙思想家虽然有时也借助神意来论证权利的合法性与神圣性，但在此种语境下的神，在本质上是指一种理性，而非神话或宗教意义上的神。如美国《独立宣言》的起草者杰斐逊便是自然神论者，但“他指的造物主赋予的权利是不同于中世纪的神权政治论的。既然是‘造物主’即自然（或自然神）所赋予的，而自然（或自然神）法是恒常不变的，当然这些权利不会因人而异，或因人而变，不会增加，也不会减少，不可买卖，也不可让

① 霍布斯.利维坦[M].黎思复,黎廷弼,译.北京:商务印书馆,1985:99.

② 洛克.政府论:下篇[M].叶启芳,瞿菊农,译.北京:商务印书馆,2007:6.

与。因此是放诸四海而皆准的，流传万世而皆真的，从而这些权利就具有了神圣性”^①。可见，天赋人权论实际上主张人的权利是建立在一种严密逻辑推理基础之上的产物，它是一种“先验”的权利，或曰“应然的权利”，而不是一种实际的权利或历史性的权利。这一理论在破除“君权神授”的迷雾与魅影中发挥了革命性的作用，是近代资产阶级反封建革命的理论武器。但是这种观念最大的硬伤在于，人类对于权利赖以演绎的“自然社会”是否存在没有达成共识，许多人认为“自然社会”是哲学家虚构或臆想的产物。具体到人类的实际生活中，这种理论便显得虚无缥缈，对于普通人来讲更像是一座空中楼阁，可望而不可即。法国的经历便是最佳证明，高举“天赋人权”大旗的法国大革命，尽管普通市民冲锋在前，浴血奋战，但在革命胜利后他们却没有如其所愿地享受到一场“权利的盛宴”，相反许多人被排除在权利的大门之外，法国人民的权利状况直到20世纪才获得根本性改变。由此观之，天赋人权论对于当时大多数人而言，更像是一个时髦的口号，而非正式的承诺或实际的行动。

生而自由论，这是英格兰人的传统权利观念。在英格兰人看来，他们的权利是承袭传统而来，既非神赐也非天赋，而是历史地、自发地形成的，并作为一种习惯权利经由英格兰人世世代代一直享有和流转下来的。就像柏克指出的那样，一切权利都是在历史长河中形成的，它源于传统，而不是源于任何理论和原则，自然权利是没有的，自然状态只是人们在头脑中的臆想^②。换句话说，权利在英格兰人的观念当中是一种既成事实，是一种经验。当一个英格兰人出生时，他的父辈、他的邻居就享有此种权利，因而他也有资格享有，所以英格兰人都认为他们是“生而自由”的，若要问及英格兰人最初的权利和自由究竟源于何时，英国人对此的回答一般是“超出人们的记忆”。英国人这种强调生而自由的传统，在其历史进程中有许许多多的事例可以佐证。我们以人类历史上第一个人权文件《大宪章》为例稍加说明。《大宪章》在人权史上的革命性意义在于，它首次以宪章的形式，书面记载确认了英国人的权利。但是《大宪章》记载确认的权利，对英国人来说并不新鲜，因为这些权利早已被他们或其父辈所实际享有，只不过后来其权利受到了时任国王约翰的蔑视和践踏，他们才被迫使用武力迫使约翰签署《大宪章》，其本意只不过是“恢复”他们旧有的权利而已，没有进一步提出新

① 陆镜生. 美国人权政治——理论和实践的历史考察[M]. 北京: 当代世界出版社, 1997: 130.

② 钱乘旦, 陈晓律. 在传统与变革之间——英国文化模式探源[M]. 杭州: 浙江人民出版社, 1991: 187.

的权利要求。如《大宪章》第2章规定：“任何伯爵或男爵，或因军役而自余等直接领有采地之人身故时，如有已达成年之继承者，于按照旧时数额缴纳承继税后，即可享有其遗产，计伯爵继承人于缴纳一百镑后，即可享有伯爵全部遗产；男爵继承人于缴纳一百镑后，即可享有男爵全部遗产；武士继承人于最多缴纳一百先令后，即可享有全部武士封地。其他均应按照采地旧有习惯，应少交者须少交。”^①从内容上看，第2章主要涉及遗产继承方面的权利与义务，其中设定的标准还是恢复过去的，即“旧有的习惯”。因此，英国生而自由的权利观念，是一种“典型的经验式的，事实的推定，而不是先验式的，假设的推定”^②，它来自对不正义的反抗，来源于对不法侵害的救济，最后通过普通法院的判例形成的。^③这种关于权利来源的观念，强调权利发展的历史性和渐进性，最讲求实际，因而可能最符合人类权利发展的真实历史。现在人类学的最新研究成果表明人的权利最原始的形态就是风俗或习惯权利。^④这种权利起源观念，对于普通人而言最为有益，因为风俗和习惯，最终化为传统，而社会大众才是传统的缔造者，大众因传统而获得权利，这种权利与实际掌控于宗教领袖的“神赐权利”，或实际掌控于社会精英中的“天赋权利”相比，它是大众的权利，是大众实际享有的权利。因而，在传统社会就权利的享有来看，英国人无疑是最幸福的。当东方世界人们在极权政治黑幕下艰难生存之际，当海峡对岸法兰克诸国处于专制统治的血雨腥风之时，英国人却过上了相对自由的生活。英国人将之归功于古老的传统，若进一步论及这个古老传统之核心，则必然回归本书之主旨，即英国的普通法传统。英国人的权利之所以能够世代流转，长盛不衰，固然离不开普通法在其中扮演的角色和发挥的关键性作用。正如亚当斯所言：“只要我一有闲暇，我就钻研所有立法者所确立的制度，古代的和现代的，幻想的和现实的……在过去的许多年里，这一直是我的兴趣所在。最后……我形成了这样的观点：自由、不可转让且不可取消的人权、人性的高贵与尊严、大众的崇高伟大与光辉荣耀，以及个人的普遍幸福，都从来没有，像在人类艺术最辉煌的殿堂——英国的普通法之中那

① 英国《大宪章》的具体内容[EB/OL].[2018-10-06].<http://www.shijielishi.com>.

② 夏勇.人权概念的起源:权利的历史哲学[M].北京:中国政法大学出版社,2001:149.

③ DICEY A V. Introduction to the study of the law of the constitution[M]. 10th ed. London: Macmillan Education Ltd., 1959:202-203.

④ 霍贝尔.原始人的法[M].严存生,译.贵阳:贵州人民出版社,1992.

样，被如此娴熟、如此成功地予以考虑。”^①正所谓英雄所见略同，早期的古典法治学者戴雪在《英宪精义》中提出了英国人的权利来自普通法的著名论点。哈耶克对普通法在维护个人权利和自由方面所发挥的作用同样给予高度评价：“正是由于英国较多地保留了中世纪普遍盛行的有关法律至上的理想——这种理想在其他地方或国家则因君主专制主义的兴起而遭到了摧毁——英国才得以开创自由的现代发展。”^②

① 爱德华·S. 考文. 美国宪法的“高级法”背景[M]. 强世功, 译. 北京: 生活·读书·新知三联书店, 1996: 17.

② 哈耶克. 自由秩序原理: 上[M]. 邓正来, 译. 北京: 生活·读书·新知三联书店, 1997: 204.