



普通法与自由主义理论

柯克、霍布斯及美国宪政主义之诸源头



原著：〔美〕小詹姆斯·R. 斯托纳

译者：姚中秋



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

宪政经典

普通法与自由主义理论

柯克、霍布斯及美国宪政主义之诸源头

原著：〔美〕小詹姆斯·R.斯托纳 (James R. Stoner, Jr.)

译者：姚中秋



Legal and Judicial Co-operation Programme
中国-欧盟法律和司法合作项目

北京大学出版社

北京·2005年

图书在版编目(CIP)数据

普通法与自由主义理论:柯克、霍布斯及美国宪政主义之诸源头/(美)斯托纳著;姚中秋译. —北京:北京大学出版社,2005.5

(宪政经典)

ISBN 7-301-08871-X

I. 普… II. ①斯… ②姚… III. 宪法-研究-美国 IV. D971.21

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 026871 号

著作权合同登记号:01-2003-8691 号

书 名: 普通法与自由主义理论

——柯克、霍布斯及美国宪政主义之诸源头

著作责任者:[美]小詹姆斯·R. 斯托纳 著 姚中秋 译

责任编辑:王 婧 贺维彤

标准书号:ISBN 7-301-08871-X/D·1147

出版发行:北京大学出版社

地 址:北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址:<http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱:pl@pup.pku.edu.cn

电 话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

排 版 者:北京高新特打字服务社 51736661

印 刷 者:三河新世纪印务有限公司

经 销 者:新华书店

650 mm × 980 mm 16 开本 24 印张 312 千字

2005 年 5 月第 1 版 2005 年 5 月第 1 次印刷

定 价:34.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

志 谢

在普通法中,一项习惯,若其被认为“自无法追溯的时代以来”即存在,就被称为是“优良的”,也就是说,它在其存在的那么长时间中,而“人没有出现与其相反的记忆”。尽管近代以来的历史学家经常相当充分地改善了人类对于习惯的记忆,但是,如果一个人在十多年时间里从事一项事业,他就会发现人类赋予“无法追溯的时代”一词的含义,至少积累下超出他的偿还能力的债务。那就让我冒着挂一漏万的风险,表示我们的致谢吧。

本书源于我的博士论文,而哈佛大学的小哈维·曼斯菲尔德教授(Harvey C. Mansfield, Jr.)则以无穷的耐心、中肯的建议和热心的鼓励,指导了我的论文写作,他也帮助我,让我有时间对其进行修改。由于他的学生中另一位正在写作,曼斯菲尔德教授除了言传之外,还借助于例证教导我,而尽管全世界都清楚地知道,或者说,将会知道他的言传,但得到例证的好处,仍然是格外的幸运。在这篇论文写作的初期阶段,朱迪丝·施克拉(Judith Shklar)教授指导我避开了好几个陷阱,后来环境变化,她不可能再做我的论文

的第二审阅人；沙农·斯蒂姆森(Shannon Stimson)很慷慨地接受了这个任务，非常认真而透彻地阅读了全文，而处理速度之快又是难以想像的。我也不能忘记感谢 James Q. Wilson、Harry Hirsch 和 R. Shep Melnick 教授，他们阐述了当代美国法院在学说和做法方面的种种窘境，还要感谢 Michael Walzer 教授，我每次重读霍布斯之文本，都越来越觉得，他对霍布斯的解释是中肯的。

过去几年间，很多朋友和同事对我所从事的普通法及其与美国宪政主义的关系的研究表示了兴趣，与他们的交谈、争论、包括他们的批评，使我的想法逐渐清晰。我想提一下 Jean Baker, Jack Chapin, Jack Fruchtman, Marianne Githens, Ralph Hancock, Bill Hedges, Chris Kelly, Charles Kesler, Matt Lalumia, Bill Lasser, Harold Levy, John McNeill, Grant Mindle, Peter Minowitz, James Shapiro, Rogers Smith, Rob Vipond 和 Chris Wolfe。每一位教师也都知道，学生的兴趣和提问，通常是对思考极有力的鞭策，而我的学生——在哈佛大学、Goucher College 和现在的路易斯安纳州立大学——非常出色地带来了这种挑战。我在后一所大学的同事们，尤其是 Cecil Eubanks 和 Ellis Sandoz 教授，给我提供了支持——知识和行政上——让我将这茬庄稼收获。

我是在 Middlebury College，由 Murray Dry 教授引领，着手研究美国建国时的政治哲学的。他具有稳健的判断和能够鼓舞人的开放的气质，在我获得第一个学位之后很长时间，依然是他在指导着我，他不仅阅读了本书几个章节的草稿，还通读了本书的好几个修订稿。他除了给我以坚持下去的鼓励之外，还不断地增强我对自己的研究的价值有信心，他曾邀请我到他的学院发表演讲，这给了我更具体的激励，让我写出了本书的若干部分。我也不能忘记感谢他的同事 Paul Nelson 教授，他也是我的老师，是他最早教我对托马斯·霍布斯的哲学感到好奇。

纽约的 John M. Olin Foundation 慷慨地向我提供了一年的奖学金，让我有机会将博士论文修订为一本书。而此前，由 Ellis San-

doz 教授推荐、位于印第安纳波利斯的自由基金会邀请我参加了该基金会举办的“《大宪章》与古代宪政”学术会议,补充了我对英格兰法律史的孤陋寡闻的研究。在我的研究的概念形成之最初阶段,后来,又在最后阶段,我得到位于 Ann Arbor 的 Earhart Foundation 的资助。

我要诚挚地感谢堪萨斯大学出版社的员工,尤其是 Fred Woodward / Michael Briggs, Cynthia Ingham, Susan McRory,他们对本书投注了真诚的兴趣。他们邀请 Robert Clinton 和另一位匿名评审人审阅全书,为完善这本现在仍然不够完美的文本,提出了有益的建议。

一个人最想表达的谢意是最为私密的,通常是无以言表的。不过,我还是要说,如果没有我的新娘 Jill Landry 的忠心和信赖,我无法想像这本书会最终完成。对于让我受益的这些慷慨帮助我永远铭记,我的记忆确实“不会与其相反”。

目 录

导 论	1
第一部分 爱德华·柯克爵士对普通法的看法	
第一章 柯克的生平与其法学	19
一、一位活跃的人物	23
二、普通法是什么,不是什么	28
三、普通法的理性	35
第二章 宪制、国王与国会	42
一、失踪的宪法	42
二、国王与法律	47
三、“崇高而最为尊荣的国会法院”	58
第三章 邦汉姆医生案与法律家的历史学	74
一、诠释邦汉姆案中的法律	74
二、反对与辩护:柯克的历史学	97

第二部分 托马斯·霍布斯的主权理性

第四章 科学的范围和法律的焦点	111
一、对法律的新定义	114
二、霍布斯的科学之逻辑	118
三、科学的目的是政治的科学	127
四、反对普通法法律家	132
第五章 有关权利之原初宪法	135
一、关于政治的科学模型	136
二、自然的律法与权利	141
三、信约和主权	146
四、“国家权力的构成”与根本性法律	151
五、主权理性的力量与局限性	155
第六章 从一般性科学到具体情况	161
一、政府的形态与主权	163
二、从主权者到臣民:法官的角色	166
三、再论从主权者到臣民:劝诫与教育	174
第七章 《对话》与普通法	179
一、哲学矫正普通法的理性	179
二、哲学改良普通法的刑事犯罪学说	186
三、国会可以重新解释,但主权不受影响	190
四、来自普通法的回应	202
五、霍布斯与美国	205

第三部分 创造宪政主义的审慎

第八章 约翰·洛克的革命性的宪政主义	211
一、裁决自己的案件	213

二、洛克式的审慎	217
三、权力的分立和法律之治	224
四、现代的财产权与现代的法律	228
第九章 孟德斯鸠的自由主义精神	235
一、一本独一无二的书	236
二、孟德斯鸠论英格兰的宪制和看不见的法官	239
三、“法律的专制”	242
四、法律、立法与自由主义	245
第十章 布莱克斯通的自由主义化的普通法	249
一、法律中的自由主义教育	252
二、布莱克斯通所描述的英国宪政	256
三、细化普通法	262

第四部分 使宪法复归法律

第十一章 在“提交给一个公正的世界的事实”之背后：	
从宪法角度对独立的论证	273
一、意识形态与反讽：贝林的革命	274
二、《独立宣言》中从宪法角度提出的论证理由	281
三、革命的小册子作者的普通法政治学	289
四、《常识》与普通法	296
第十二章 《联邦党人文集》中的宪政主义与司法	299
一、司法部门和联邦主义的纲领	301
二、联邦制与法院	303
三、权力的分立与诸法院	307
四、从普通法的角度论证司法审查	310
五、通往《权利法案》	319
第十三章 不是“巴别塔的建造者”：立法制定宪法	322
一、作为超级立法机构的制宪会议	324

4 普通法与自由主义理论	
二、政治理论与普通法之间的互动	328
三、《权利法案》的形式	333
结 语	336
附录一 《法律总论》第五编第一章《崇高而至至尊荣 的国会院》之小标题	340
附录二 柯克在邦汉姆医生案中裁决理由的大纲	343
索 引	346
译后记:探索普通法宪政主义	369

有这么一条公认的定理：在一个人寿终正寝之前，是不可能写出一本他的权威传记的。他的性格可能早就揭示了他的前途，他的伟大事迹也会自己表现出来，但在我们能对他的一生作一个整体判断之前，我们很难把握其一生的全面重要意义。即使到了他辞世之时，我们也怀疑我们的眼界是否足够远，这至少是因为，我们知道，一个人的影响通常会波及好几代人，而天才在其有生之年经常不被承认，伟大的天才经常遭遇如此命运。当然，历史编纂学家还会补充说，我们永远不可能确定，我们所能得到的材料是否完整。他们甚至可能会让我们怀疑，一个人在辞世时的声誉可能跟其有生之年时一样地不可靠，因为，那些作出判断的人会有自己的目的，而用以进行判断的标准也总会引起争论。

一个政制 (regime) 或宪制 (constitution) 的生命也许与此有类似之处，这有助于解释，对于美国建国何以会存在那么多样的解释；因为，《独立宣言》中所揭橥的原则，依然型塑着我们的政治话

语,而1787年宪法所确立的各种制度依然主宰着我们的政治生活。甚至原则和制度方面那些再显著不过的创新——更不要提宪法修正案本身——与整体的关联也依然是含糊的:它们究竟是抛弃了最初的理解?还是阐明了建国理念的某种逻辑?或者是对一开始就留下来有待后人解决的某个选项作出了抉择?换句话说,当我们就建国问题进行研究时,我们无法避免对我们今天所了解的建国遗产作出判断,而我们对于自己所能说的东西之信心,必然跟我们对于这一判断及我们的假设——该政制的全部可能性都已经被揭示出来了——之信心一样是有限的。

如果说最后这种看法还有可取之处,那么,我们就应当说,如果不参考建国史,我们对于当代美国的政治或政治制度的理解就是不健全的。我的意思当然并不是说,建国者对于他们所建立的政制的理解是明察秋毫的,我也不是说,我们必须无条件地接受他们的想法。我毋宁是说,由于原则和制度的连续性是一个相当有道理的假设;而大家都知道,这些原则并不是被满不在乎地宣告的,这些制度也并非在不具备有意识的设计蓝图的情况下被构造出来的。因此,当代的学者如果不管建国者的洞见和意图,将是愚不可及的,这样的做法与另一些人的做法是一样愚蠢的,那些人认为,仅靠对建国者的洞见与意图的理解,就足以解释我们今天的政治,或仅仅这些就能教给我们为知道如何行动而所需要的一切。

我进行现在的这一研究,是希望透过探究司法审查在建国时的地位,来理解当代的司法审查实践,即法院宣布他们裁决违反宪法之立法机构或行政部门的法案无效、并拒绝执行的权力。尽管本书在最后一部分讨论了司法审查在费城制宪会议上的雏形(anticipation),考察了《联邦党人文集》就此所作的论证,但我投入大量篇幅讨论的是那些在美国制宪前一两个世纪中从事学术研究的学

者之思想,他们大多从来没有到过新世界。因为,下面的说法对于我们和对于建国时代是同样适用的:这些思想不仅是一面镜子,从中我们可以看到自己,它们也是一扇窗户,打开了思想和学术的视野,正是这些思想和学术引出了建国的想法,并使之成为可能。从很多方面看,我们所了解之司法审查是美国所独有的制度;事实上,它有时被视为美国的宪政主义对人类作出的独一无二的贡献。但与我们的宪政主义一样,构成司法审查的要素也非美国土生土长,尽管殖民地的经验和革命者的思考为其提供了熔炉。

至少在过去一个世纪间,司法审查制度一直是一个争论不休的问题。^{〔1〕}最高法院的具体裁决经常招来抱怨,而有时,争论则会拓展至对于这种职能本身的正当性提出质疑,或者至少是对作出裁决的整个思考方式(way of thinking)提出质疑。再明显不过的一点是,一个被委任终身任职的司法部门,竟然拥有宣布民众选举产生之实体通过的法案无效之权利,在现在所说的民主的治理制度下,显然是很反常的,而试图调和司法审查与民主制——或者旨在证明结果本来就是协调的——的法官或教授们的著作中所提出之种种论证,并没有打消、反而增添了人们的疑虑。^{〔2〕} 仅仅搬出第一

〔1〕 最近出版的一本书追溯了围绕着司法审查的现代争论,更准确地说是关于现代司法审查的现代辩论之源起,见 Robert Clinton, *Marbury v. Madison and Judicial Review* (Lawrence: University Press of Kansas, 1980), ch. 9—12。

〔2〕 比如参见 Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (Indianapolis: Bobbs-Merrill Company, 1962), 和 John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1980)。也有政治科学家致力于揭示人民与法院实际上是协调的,比如,Robert Dahl, "Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker", *Journal of Public Law* 6 (1957): 279—295; William Lasser, *The Limits of Judicial Power: The Supreme Court in American Politics* (Chapel Hill: University of North Carolina Press 1988)。

批捍卫这种权利的人士(指联邦党人。——译者注)的说法,也是不能解决问题的。因为,这些说法把司法审查的权力与美国制订了成文宪法这一事实联系在一起,但这种权力本身在宪法文本中没有明确宣布,而完全是从中推论出来的。在现代人看来,这是悖谬的。^[3] 现代美国的实用主义精神已使人们普遍地乐意接受司法审查制度,只要法院在行使这种权力时比较中庸,各个政党也很少愿意挑起这个问题,因为这不会给他们带来好处。但实用主义地利用一种制度,并不算从原则上对它提出了论证,就后者而言,人们期待着它能够被证明合乎正义和权利的逻辑,而不应像行政管理和立法那样,仅仅声称自己在追求某种公共利益或者塑造公益就万事大吉。而且,不应从一开始就把我们那出了名的实用主义,或者至少是我们的实用感(practical sense),视为一种独立形成的美德,没有受到我们处理法律问题的方式之影响。

3 近年来大量学术争论围绕着形形色色的司法审查理论而展开,而每种理论都旨在提供一种解决宪法纠纷的方法。10年前试图厘清解释性或非解释性的诸种理论的努力,已被代之以更为先进的有关解释的理论;在已被视为当然之个人或道德权利为基础的各种理论之外,又产生了基于财产权和经济的各种理论,还有基

[3] Alexander Hamilton, James Madison and John Jay, *The Federalist Papers* (New York: New American Library, 1961), No. 78, pp. 466—467(中译本见程逢如、在汉、舒逊译:《联邦党人文集》,商务印书馆1989年版,第392—393页。本书以后有关该书之引文仅注明中译本出处。——译者注); *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137 (1803). 最近有学者试图将该悖论解释为约翰·马歇尔创新的结果,而非人们最初所理解的司法审查的那种起源,见 Sylvia Snowiss, *Judicial Review and the Law of the Constitution* (New Haven, Conn.: Yale University Press, 1990)。

于宪政结构推论的种种理论^[4]。罗纳德·里根当政时期,尤其是在罗伯特·博克任命的听证会期间,公众的注意力集中到一种“原初意图法学”上,这种学说认为,宪法文本应当根据立宪者的意图来予以解释。然而,观察家们越来越清楚地注意到,这种学说其实是鼓励了,而没有提供一种解释司法决策的替代性理论。这在一定程度上是因为,一方面,在具体的案件中,确定原初意图是极端困难的,另一方面,在涉及根据不同的假设所确定的已决先例时,这种学说没有多大实用价值。^[5]在整个政界,或者至少在新闻界和很多政治科学家和法律教授中间,下面一点完全被视为理所当然:法官不可避免地会将自己的政治取向带进司法审查活动中,当然,“反常”意见偶然会使法官有所犹豫。戴维·苏特尔法官在最

[4] 关于解释主义与非解释主义(interpretivism and noninterpretivism)的划分,可以参见 Ely, *Democracy and Distrust*, p. 1。以道德权利为本的理论之首要鼓吹者包括 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1978), Michael Perry, *The Constitution, the Courts, and Human Rights* (New Haven, Conn.: Yale University Press, 1982), and Laurence Tribe, *American Constitutional Law*, 2d ed. (Mineola, N. Y.: Foundation Press, 1988); 德沃金在 *A Matter of Principle* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985), ch. 5—7 中提出了他关于解释的看法。一种获得新生的基于财产权的宪法法学,则参见 Bernard Siegan, *Economic Liberties and the Constitution* (Chicago: University of Chicago Press, 1980) 和 Richard Epstein, *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985)。经常被人引用的基于从美国民主结构中之推论的理论,可参见 Charles Black, *Structure and Relationship in Constitutional Law* (Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1969) 和 Jesse Choper, *Judicial Review and the National Political Process* (Chicago: University of Chicago Press, 1980), 还有 Ely, *Democracy and Distrust*。

[5] 参见 Robert Bork, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law* (New York: Free Press, 1990)。原初意图主义(original intentionalism)的主要旗手是 Raoul Berger, 如他的 *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977)。也可参见 Walter Berns, *Taking the Constitution Seriously* (New York: Simon and Schuster, 1987)。

高法院的任命,几乎获得一致批准,这种令人惊讶的成功可能表明了政界对于宪法共识的一种强烈渴望,尽管有关他的听证会并没有对什么是一种“客观的”宪法学提供一个全面细致的论述^[6];但对克拉伦斯·托马斯法官的严苛调查则表明,在宪法问题上同样充斥着党派情绪。

一个正在形成的共识的要点是,自共和国初年以来,司法审查的性质已经发生了重大变化。学者们现在一般将宪法史分为三个时期:南北战争前时期,自由放任的法院(laissez-faire Court)时期,始于1937年“宪法革命”的现代时期。亚历山大·比克尔(Alexander Bickel)也许是他那个时代最有影响力的法院评论家,他在沃伦法院(the Warren)结束后写过一本书,指出,现代的法院尽管最初致力于清除其前辈的声誉扫地的能动主义(activism),但后来却不成文地重复那种做法,尽管是以不同的形式。^[7]比克尔很少谈论马歇尔法院或塔尼法院(Taney Court)。但他的叙述被罗杰斯·史密斯细化了。后者认为,宪法学说的变化,伴随着美国自由主义的发展;克里斯托弗·沃尔夫也在这方面有所发展,他对马歇尔首席大法官的宪法理论与他所说的“现代司法审查”——包括自由放任学说和自由至上主义—平等主义学说——进行了一番对比。沃尔夫的主题最近在罗伯特·克林顿论述马伯里诉麦迪逊案的著作中得到支持。这本著作认为,我们通常所设想的司法审查——即法院对立法之合宪性进行最后裁决的权力——几乎完全是过去一百多年间发展起来的,法院最初宣布立法性法案无效的权力,严格局

4

[6] “在听证过程中,我曾不止一次说过,对于裁决之职责,我的方法是,努力寻找客观的含义之源,这并不会拘束法院,事实上,它能使法院自由地贯彻其偏好。”见《纽约时报》1990年9月15日国内版的报道,第一叠第8版。

[7] Bickel, *The Supreme Court and the Idea of Progress* (New York: Harper and Row, 1970).

限于“具有司法性质的案件”〔8〕。

我希望本书将证明,通过认识到建国者们的理解系以两种不同的、事实上有的时候是直接对立的法律与政治思想流派为本,我们可以据此对司法审查和把它作为其中一部分的宪政制度予以说明:一方面,是英国普通法的传统;另一方面,则是早期自由主义的政治哲学。我将首先考察 17 世纪英国大法官和国会议员爱德华·柯克爵士的法律思想,他在邦汉姆医生案(1610 年)中的裁决理由(opinion)一度被视为现代司法审查制度的先例。柯克一直受到法律史学家的关注,但今天,在那些对宪政制度感兴趣的政治科学家中,他的著作已不那么尽人皆知了,尽管在发动了革命和起草了宪法的那一代美国人看来,他是一位权威,而不是一个怪人。接下来,我将探讨托马斯·霍布斯的政治哲学,他的哲学是现代自由主义很多原则的源头,甚至是其结论,而他在《利维坦》等著作中曾公开地抨击柯克的理论。由于柯克和霍布斯以最尖锐的信念显示了普通法的心灵(common law mind)与自由主义政治理论,思考法律和司法裁决的方法之间的截然不同,因而我通过最广泛的研究来调和它们——尽管一开始就必须强调,比起建国时代的美国人来,今天的政治理论家对于霍布斯要更熟悉,更不要提更为尊重了。但下面的说法显然是正确的:霍布斯确实为那些提出了对建国者直接产生过影响的自由主义理论的学者们——包括约翰·洛克、孟德斯鸠和威廉·布莱克斯通——所熟悉,其理论也曾被他们大量吸收,最后这一位曾取代了柯克的普通法权威的地位。本书最后是几

〔8〕 Rogers Smith, *Liberalism and American Constitutional Law* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985); Christopher Wolfe, *The Rise of Modern Judicial Review: From Constitutional Interpretation to Judge-made Law* (New York: Basic Books, 1986); Clinton, *Marbury v. Madison and Judicial Review*, p. 18. 这句话本身出自麦迪逊在费城制宪会议上的讲话。Sylvia Snowiss 的 *Judicial Review and the Law of the Constitution* 分析了美国独立最初数十年的种种司法审查形式,似乎证实了美国建国以来司法审查在不断变化的共识,尽管此书把时间回溯了。