

柏克保守主义思想的法学来源

冯克利

摘要:埃德蒙·柏克常被称为“现代保守主义之父”,这种广为流行的观点忽略了柏克早年所受法学教育对其思想的影响。柏克并不像很多教科书中所说,是现代保守主义的始作俑者。如果要给柏克重新定位,更恰当的评价是,他在观察和评论正在发生的政治事件、特别是法国大革命这一旷世巨变时,充分运用了自己在早年所受教育中打下坚实基础的普通法知识,尤其是其中的一种历史观,使保守主义在此后的政治话语中成为了具有高度自觉性的意识形态。从思想史的角度说,这已经是一项了不起的成就。只有基于这一普通法的历史背景,才能对柏克思想在现代保守主义这一复杂谱系中的特点作出明确的判别。

关键词:柏克;保守主义;普通法;历史法学;权利

一、引言:中殿律师会馆

伦敦城里四所古老的律师会馆(Inns of Court)^①,素有英国“第三所大学”之称^②。自17世纪起,不但有志于从事律师业的人来此求学,很多显贵子弟亦将法学作为古典教育之外的另一项“礼仪教养”。以“现代保守主义之父”闻名的埃德蒙·柏克(Edmund Burke, 1729-1797),于1750年衔父命入其中一所中殿会馆(Middle Temple)求学,但他在这里只待了两年,没毕业就离开了。他后来回忆说不喜欢那段生活,自况为一个“无精打采的漫游者”^③。今天的柏克研究者,对他这段经历也只能找到一些只鳞片爪的材料。然而,透过这段求学经历,我们却可以看到他后来保守主义思想的一些源头。

谈到伦敦律师会馆对柏克的影响,涉及政治思想史研究的一个方法问题。我们检讨一种政治学说,固然要记住它的基本原理和论证过程,但它诞生之初所处的知识氛围,对于理解它的形成是同样重要的。从今人介绍保守主义的文献中,我们一般只能看到概括出来的原理或教条,这很容易让人忘记为时人所熟知的时代话语源头。它有着我们今天或许已经体验不到,却弥漫于当时的知识生活之中的独特意味。在柏克时代,伦敦的律师会馆便是提供这种话语的重要势力之一,因此对他的保守主义便可以提出一个问题:它在多大程度上是英国法律传统的结果?它与所谓的“普通法精神”(the common-law mind)^④有何具体关系?

作者简介:冯克利,山东大学政治学与公共管理学院教授(山东济南250100)。

① Wilfred Prest ed. *Lawyers in Early Modern Europe and America*, New York: Holmes and Meier, 1981, pp. 34-35.

② 意为牛津和剑桥之外的又一名校。见 J. H. Baker, *The Third University of England, the Inns of Court and the Common Law Tradition*, London: Selden Society, 1990.

③ F. P. Lock, *Edmund Burke*, Oxford University Press, 1998, Vol. 1, p. 73.

④ J. G. Pocock, *The Ancient Constitution and the Feudal Law*, Cambridge University Press, 1987. “普通法精神”是此书用来组织其“历史编撰学”的一个核心概念,散见于全书各处。

本文所要尝试的事情,便是在这两者之间建立起更加紧密的相关性。笔者力求说明,柏克并不像很多教科书中所说,是现代保守主义的始作俑者。这样说当然无意于贬低柏克的贡献。任何思想家的历史地位,都会因后人的新经验和新认识而不断受到重新评估。如果要给柏克重新定位,窃以为对他更恰当的评价是,他在观察和评论正在发生的政治事件、特别是法国大革命这一旷世巨变时,充分运用了自己在早年所受教育中打下坚实基础的普通法知识,尤其是其中的一种历史观,使保守主义在此后的政治话语中成为了具有高度自觉性的意识形态。从思想史的角度说,这已经是一项了不起的成就。那么,柏克是如何运用普通法的思想资源,来表达其保守主义立场的?这里不妨先从他早年的一本著作讲起。

二、“英国法律史片论”

柏克离开中殿后,在1756年写了一本颇受欢迎的著作——《我们的崇高与美观念之起源的哲学研究》。出版商便请这位文坛新秀再写一本著作,于是柏克开始动笔写《英格兰简史》。虽然此书并未完成,只留下一部残稿^①,却可以让我们窥见柏克后来的保守主义观点与普通法传统有着何种关系。

书中专辟一章(第九章)“英国法律史片论”,开篇便对英国法律作了一番赞美。梅因曾将最古老的法律与文学称为一体之两面,它常采用诗歌韵文的形式,“以使记忆力免除巨大的负担”。在柏克的家乡爱尔兰,以断讼息争为业的“布雷亨”(Brehon)留下的法律文献,便总是“贯穿着一根诗歌的线”,透露出“爱尔兰人的全部判断力和诗才”^②。柏克亦是这一传统中人,“片论”以充满诗意的语言讲述了法律的成长过程,可使我们领略他对英国法律传统有着怎样的推崇:

今日浇灌滋养着整个民族的法学,其涓涓细流起于幽暗微末之间,终而汇成汹涌洪流。你可以看到,正义的原则最初如何涌出,混杂着迷信与暴力,流经漫长的岁月,在有利的环境下使自身变得清澈:法律有时受战火骚乱的蹂躏而消失,有时被强梁压倒,但它还是取得了对暴政的凯旋,变得更加强大而澄明。施害于它的暴力,反让它变得更加果决;可能致其彻底灭亡的外族征服者,使它益加丰富;和平与信仰使它日趋柔和而成熟,商业和社交使它得到改进和提升。最有教益的研究,可有过于这样一门开人心智、诚实无欺的大学问?^③

柏克一向有着文体学大家的美誉,不过这段有些滥情的文字并不是出自一个文学青年的一时冲动,其中表露的对法学的爱好与推崇可以说伴随了柏克的一生。离开中殿之后柏克并没有放弃研习法律,在从政之前仍不时撰写一些有关法学著作的评论^④。在1774年有关美洲税政的著名演说中,他又像当年写《简史》时一样,盛赞“法律堪称人类学问之翘楚,至为尊贵,强化与提升理解力比其他学问加在一起还要强”^⑤。1780年他向一位友人表白说,“我自年少时就喜欢阅读和思考我们的法律和宪法这个主题,对其他时代和国家同样如此”。几年之后他又在议会发言中自称“毕生经常研读各

① Edmund Burke, “An Essay towards a Abridgment of the English History,” in *The Works of the Right Hon. Edmund Burke*, London: Holdsworth, 1837, Vol. 2. 以下略为“Abridgment”。关于此书未出版的原因见 F. P. Lock, *Edmund Burke*, Vol. 1, p. 148.

② Henry S. Maine, *Lectures on the Early History of Institutions*, London: John Murray, 1914, p. 13.

③ Burke, *Abridgment*, p. 592.

④ 柏克在1758年至1765年为出版商 Dodsley 编《年鉴》(*Annual Register*)期间,为一些重要法学著作写过评论文章,如布莱克斯通《论法学研究》(*Blackstone, Discourses on the Study of Law*),华莱士《苏格兰法律原理》(*George Wallace, A System of the Principles of the Laws of Scotland*, 1760)等等。

⑤ Edmund Burke, *Selected Works of Edmund Burke*, Indianapolis: Fund of Liberty, 1999, Vol. 1, p. 185. 除另有注明,本文引用柏克皆来自这一四卷本的柏克选集。

种法律典籍”，“我对法学大师的崇敬这里无人可及”^①。诸如此类的言论表明，柏克在青年时代虽然不想把自己塑造成一个呆板乏味的法律人，但他非常看重自己在中殿学到的知识。他所讨厌的仅仅是律师们“职业性的褊狭”^②，他对英国普通法的一些基本理念，总是怀有深深的敬意。

“片论”中反复出现的一个主题是自由制度在英国的发展，其中最具象征性的事件便是1215年贵族迫使约翰国王签署的《大宪章》，“它剥夺了王室不受限制的权力，为英国的自由奠定基础”^③。柏克将《大宪章》带来的自由秩序称为“神圣的”秩序，并赞扬法学研究具有与“至高统治者”联系在一起的高贵属性：

求知的合理对象，莫过于人类法律的起源、演进和种种变故。政治和军事关系大多记录人类的野心与暴力，这样的历史自有其道理。然而最令人愉悦的思考，是探寻人们效仿至高统治者的一种高贵属性，运用天赋特权投身于治理如此脆弱的生灵所取得的种种进展。诚然，这样的求索中时常可以见到人类脆弱的显例，然而我们看到，这种智慧与平衡的高贵努力，充分证明了……它总是以这样或那样的形式主宰着人类这种生灵，这堪称最有教益的研究。^④

除了再次表达对法学的崇敬之外，这些文字也透露出强烈的宗教情怀，使后来一些论者强调基督教信仰对柏克的重要性^⑤。然而，柏克从社会秩序的演进中固然看到有某种神奇的力量在引导人类，但他所谓人类为这种力量而付出的“智慧与平衡的高贵努力”，主要是来自普通法的法律人形构的一种历史解释。

一般而言，英国的法律人并不自称“保守主义者”，在柏克之前这就更无可能，因为彼时尚不存在“保守主义”一说，这大概也是今天人们在谈到柏克的保守主义时不太重视其法学背景的原因之一。然而揆诸柏克的很多言论，我们可以轻易将他的一些最典型的保守主义观点与普通法联系在一起，而现代人论述柏克的著作大多忽略了柏克思想的这一法学来源^⑥。

研究人类的思想，我们常会注意到两个相互关联的现象：一是一种观念体系的形成和影响往往带有很大的偶然性；二是几乎没有可以真正称之为全新的东西，一些在今人看来极有意义的观念，可能起源于过去的另一种理论。有些观念当初或是潜伏于思想的深处，或是囿于一个狭小的专业领域，而且它无法预知对未来会发生何种影响。后来由于某些人在某种事件的刺激下作出的反应，它们才得以在更广阔的领域发挥重大作用，甚而衍生出一些过去未被人注意到的含义。

对于普通法和柏克的保守主义之间的关系，我们也可以作如是观。如所周知，普通法是一种前现代现象，它当初既不是为了促进英国资本主义的发生而形成，更不以对抗现代政治革命作为目标，甚至一度被视为十分落后的法律体系^⑦。它对后世的全部意义，是在英国向现代社会的演进过程中逐渐显现出来的^⑧。它对启蒙运动的抵制作用也只能说是播下了种子，通过像柏克这样思想敏锐而善辩的政治家才结出了意外的思想成果。

① Peter J. Stanlis, *Edmund Burke: The Enlightenment and Revolution*, New Brunswick, NJ.: Transaction Publishers, 1991, pp. 8-9. 另参见 Arthur L. Woehl, *Burke's Reading* (Ph. D Thesis, Cornell University, 1928).

② Burke, *Abridgment*, p. 593. 另参见 T. O. McLoughlin, "Edmund Burke's 'Abridgment of English History'", *Eighteenth-Century Ireland*, vol. 5 (1990), pp. 45-59.

③ Burke, *Abridgment*, p. 588.

④ Burke, *Abridgment*, p. 592.

⑤ 例见 James E. McGoldrick, "Edmund Burke as Christian Activist", *Modern Age*, Summer 1973, pp. 275-286. 此文提到了持类似观点的其他一些重要学者。

⑥ 最接近于在柏克的保守主义思想与英国普通法传统之间建立联系的学者是波考克，见 J. G. A. Pocock, *The Ancient Constitution and the Feudal Law*, pp. 242-243. 波氏的主题不是现代保守主义，而是英国思想史中有关“古代宪法”的历史虚构。学界对柏克思想的来源问题多有研究，例见 Reed Browning, "The Origins of Burke's Ideas Revisited", *Eighteenth-Century Studies*, Vol. 18, No. 1 (Autumn 1984), p. 63. 此文主要讨论柏克与自然法传统的关系，也提到了另一些研究柏克思想来源的文献。

⑦ 参见 Maine, *Lectures on the Early History of Institutions*, p. 44.

⑧ 参见 Pocock, *The Ancient Constitution and the Feudal Law*, pp. 266-268.

尽管不能说普通法就是一种现代保守主义思想体系,它的保守性格却是显而易见的。从根本上说,以习俗为基础形成的英国法体系是源于人类的守旧习性,但我们在任何社会都可以观察到习俗或基于习俗的法律,它们或可成为传统主义的思想资源,若伴有信仰的狂热,甚至能转化为原教旨主义。但它们未必都能变成现代保守主义思想。习俗能成为一种系统的历史解释模式,不是仅靠习俗本身就能完成的,而是必须依靠一种历史的想像力,从它既往的持续存在中提炼出某种高于经验世界的观念。从这个角度说,柏克虽然有着厌恶纯粹理论或思辨模式的特点,但他并不像拉斯基等人所说全然是出于一时的功利考虑^①。在他有关如何看待社会稳定与变革的思想背后,有着普通法为他提供的一套历史解说体系。

现代保守主义是一个复杂的谱系,跻身其中的思想家未必全有法学知识的来源,但他们一定是信奉某种历史主义的。他们不以普适于人类的抽象原则作为思考政治的出发点,而是从具体的历史中寻找规范政治生活的可靠原则,这也是保守主义最不同于古典政治学的一面。

英国的普通法早就形成了一套独特的历史主义话语,这在学界大体已成公论^②。它混杂着传统主义和高度技术化的特点,同时又对正义原则可透过时间加以发现持有坚定的信念。柏克的保守主义虽然也有一些形而上或神学的因素,但这并不是他特有的思想,甚至不是他的主要思想,而是为欧洲近代很多保守主义者所共同分享。普通法的历史观不但为柏克提供了一种具有历史纵深感的眼光,也使他与其他保守主义者有了鲜明的区别。

下面我们就来具体看一看,柏克的保守主义利用了英国普通法中的哪些思想资源。

三、英国法学的本土渊源

读过《法国革命论》的读者想必会注意到,柏克在此书一开始并没有直接讨论法国问题,而是就英国政体作了长篇大论的阐述。他反复提到“我们的宪法”,认为“世袭原则以它的不朽经历了一切轮回。……这就是我们的宪法精神,它不仅存在于它确定的过程中,也存在于一切更新之中”。就像写“片论”时一样,他认为这种在历史中形成的宪政,为英国人的自由提供了最可靠的保障:

从《大宪章》到《权利宣言》,我们的宪法的一贯政策是要申明,我们的自由是我们得自我们祖辈的一项遗产,而且要传给我们的后代。……我们的宪法以这种方式保持了统一性。我们有世袭的王位,世袭的贵族制,有从漫长的祖先系列那儿继承了各项特权、公民权和自由权的下院和人民。^③

这是柏克最典型的保守主义言论,其不吝溢美之辞甚至被人讥为“有点儿肉麻”^④。其实在柏克还没有变成“保守主义者”的1766年,他在一次议会演讲中就已经有过类似的说法了:“我们的宪法是由因袭而来的宪法,它的权威性的唯一来源就是它自古便已存在。”^⑤

像“世袭原则……是我们的宪法精神”、“因袭的宪法”和“[宪法]权威性的唯一来源就是它自古便已存在”等等说法表明,柏克对法国革命的批判,是建立在他对英国宪政史一种一以贯之的理解之上。《法国革命论》首先回顾英国宪政成长史的用意,当然是要警告世人不可轻率否定自身的历史。

^① 参见 Harold J. Laski, *Political Thought in England*, Oxford University Press, 1920, 1961, pp. 155—56.

^② 参见 Harold Berman, “The Origins of Historical Jurisprudence: Coke, Selden, Hale”, *The Yale Law Journal*, Vol. 103, No. 7 (May 1994), pp. 1654—1656.

^③ Edmund Burke, *Reflections on the Revolution in France*, in *Selected Works*, pp. 109, 120—121.

^④ 此说来自美国国家人文研究所主席 Joseph Baldachino, “The Value-Centered Historicism of Edmund Burke”, *Modern Age*, Vol. 27, No. 2 (Spring 1983), p. 141.

^⑤ Edmund Burke, “Speech on Reform of the Representation of the Commons in Parliament”, in *Selected Works*, Vol. 4, p. 20.

然而这种有关英国宪政的观点并非柏克本人所提出,而是来自一种在英国普通法学家中间逐渐形成的历史观。更具体地说,它是“直接来自于伦敦的律师会馆”^①。

研究英国法律史者大致有一共识,在12世纪之前英国法与欧洲并无显著不同,但是当13世纪英国率先进入了司法集权化过程时,欧陆的罗马法研究尚未发生广泛影响,英格兰人只能利用自身的传统资源,习俗作为法律的重要来源这一观念,亦成为英国普通法的核心信念之一^②。这种努力的结果是,到了文艺复兴时期,按梅特兰所说,“在一个传统信条土崩瓦解,对原有事物进行反叛,并且对这种反叛有充分自觉的时代,英国法这个规范体系”竟然“毫发未损”^③。这使英格兰法律中保留了大量的本土色彩,妨碍或限制着英格兰人“在法学研究上的进步……使之没有与从《罗马法全书》这个伟大源泉流出的法律合流”^④。尤可注意的一点是,梅特兰在谈到柏克曾就读的法律会馆时,将其视为英国得以成功抗拒罗马法影响最重要的制度性因素^⑤。就像12世纪初欧洲大学开始将人文学科与神学并列应被视为一个比文艺复兴更重要的事件一样,伦敦的律师会馆在15世纪开始系统传授英国本土法,对于保存和培植普通法传统也起着同样重要的作用。

然而,就是这种在罗马法学家们看来“比异端好不了多少”的“盎格鲁法”^⑥,对自身的历史形成了一种非常自觉而独特的理解,并且得到一代代法律人的维护和丰富。从整个西欧文明史的角度来看,这种现象可以说仅见于英格兰。它曾使韦伯在谈到这一现象时不禁感叹,在英国这个“经济理性化达到相当高程度的国家”,它的法律体系却十分落后,其原因便是罗马法受到了“英国法律社团强大力量”的抵制^⑦。

关于这种独特的历史解释,让我们先从一本最早的文献说起。布莱克顿(Henry de Bracton, 1210-1268)的《论英格兰的法律和习俗》写于英王亨利三世(1216-1272年在位)时期、著名的《大宪章》(1215年)诞生后不久,梅特兰誉之为“中世纪法学的皇冠与奇葩”,“直到布莱克斯通出现之前无人能够与之匹敌”^⑧。布莱克顿表示,他在这本书中要“对普通法进行分类编排,写成文字以方便记忆”。他曾悉心研究罗马法,但我们听到这些话时莫以为他要从事一项和欧陆学者一样的法典化工作。他的主要意图是为法律实务提供一些方便,所以此书的主体部分是他搜集的大约两千个法院判例。他关注的重点是“英格兰境内日常发生的事实和案件,俾可获知诉讼形式和适当的令状形式”^⑨。因此他特别强调了英国法不同于其他地方的特点:“在其他几乎所有国家,都采用法条和写成文字的权利,唯独英格兰在其境内采用不成文的权利和习俗。”^⑩

从这些表述可知,布莱克顿认为法律的有效性并非来自演绎推理,而是植根于社会共同体的生活之中。人对于行为之正当性的观念是形成于日常实践,它们是否以及能否得到有效保护,则取决于在持续的司法过程中积累的大量案例。正是基于这样的观点,昆廷·斯金纳在谈到布莱克顿时说,英国人对罗马法和教会法学家的“民族主义敌视”,“可以追溯到布莱克顿在13世纪为习俗所做

① J. G. Pocock, *The Ancient Constitution and the Feudal Law*, Cambridge University Press, 1987, p. 240.

② 参见 R. C. van Caenegem, *The Birth of English Common Law*, Cambridge University Press, 1988, pp. 88-91.

③ [英]梅特兰、贝克:《英格兰法与文艺复兴》,易继明、杜颖译,北京:北京大学出版社,2012年,第6-7页。

④ Henry S. Maine, *Lectures on the Early History of Institutions*, London: John Murray, 1914, p. 342.

⑤ [英]梅特兰、贝克:《英国法与文艺复兴》,第64-70页。

⑥ Sir William Blackstone, *Commentaries on the Law of England*, Oxford, 1803, p. 21.

⑦ [德]马克斯·韦伯:《新教伦理与资本主义精神》,于晓和等译,北京:三联书店,1987年,第56页。另参见 Max Weber, *Economy and Society*, Berkeley: University of California Press, 1978, pp. 889-91.

⑧ 见 Fredric Maitland and Frederick Pollock, *The History of English Law Before the Time of Edward*, Indianapolis: Liberty Fund, 2001, Vol. 1, p. 218.

⑨ Henry de Bracton, *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, New York: Cambridge University Press, 2012, p. 5.

⑩ Henry de Bracton, *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, p. 3.

的辩护”^①。柏克曾在一次议会演说中将布莱克顿称为“得到人人认可的杰出权威”^②。我们下面还会看到,当柏克抨击法国的人权观时认为英国人的权利自有渊源,要比前者可靠和优越得多,其理由与布莱克顿不主张用罗马法取代英国法是一样的。

英国法律史上的另一份重要文献,是福特斯丘(1394-1480)写于15世纪的《英格兰法律颂》(*De Laudibus Legum Anglie*)。当时在整个西欧地区,亚里士多德主义的复兴已蔚为大观,从这本著作中也可以看到它对英国的影响。福特斯丘在书中宣称,法律研究的是“普遍真理”,其基础是作为不证自明的正义原理适用于每一个人的自然法。这属于和欧洲大陆法学家一样的语言。然而福特斯丘能被后人记住,并不是因为他这种亚里士多德主义观点。

福特斯丘虽不否认自然法的普适性或至上性,但他接下来指出,自然法的命令要想落到实处,必须用人的法律将其转换为一个特定民族的生活规范。因此法学的另一项重要任务是研究特定民族的“习惯或法规”^③。在福特斯丘看来,就合乎自然法而论,英格兰与其他国家的法律是一样的,但只着眼于这种一致性则无从区分各国法律之优劣。而他研究英格兰法是为了证明它有着不同于其他法律体系的优点^④,即自然正义原理在英格兰的具体表现形式。换言之,英格兰法之为英格兰法,是因为有普适性原理之外的某些地域因素发挥着作用。欧洲大陆的法学家对日尔曼法和罗马法中的习俗因素早已不放心,福特斯丘却认为,包含在英格兰特殊习俗中的规范才是法律的精髓。

为说明英格兰法的优异之处,福特斯丘回顾了它的演进过程,尤其是它“那些习俗的特点”^⑤。我们当还记得柏克在《英格兰简史》中讲述法律史的动听语言,从福特斯丘的著作中可以看到,它其实反映着英国法学一种甚为古老的历史主义和民族主义思维模式,这在19世纪的欧洲是司空见惯的现象,但是在15世纪的欧洲却是件很罕见的事。套用今天常见的说法,福特斯丘在这里表现出一种强烈的文化本位主义立场。

在回顾了英格兰先后被罗马人、丹麦人、诺曼人和萨克逊人入侵征服的历史之后,福特斯丘说:

该王国就像今天一样,不间断地受着同样的习俗支配,假如它们不是最好的,有些国王出于正义的目的,或是出于任性,本可对其进行修改或完全废止,尤其是罗马人,因为他们用自己的法律在世界的几乎所有其他地区进行裁决。同样,上述那些国王中的另一些人,是以刀剑占有了英格兰王国,他们本可以用权力毁灭它的法律。其实,无论是因为许多世代的习惯而有深厚根基的罗马民法,还是威尼斯人——以其古老而闻名于世,虽然在布立吞人起源时他们的岛上尚无人居住,罗马也未建立——的法律,或任何基督教王国的法律,都没有如此古老的起源。因此不可否认,亦无正当理由怀疑,英格兰人的习俗不但是好的,而且是最好的。^⑥

福特斯丘把英格兰习俗说成“最好的”,就当时而言未免有吹嘘之嫌,但从中也可以看到他的自信达到了何等程度。他为此举出的主要理由,不是它符合抽象义理,而是它比当时最文明的罗马或威尼斯的法律还要古老,并且在漫长的时间中不断得到适用。相继到来的国王和征服者尽管有机会改弦更张,他们却皆乐于遵守当地的习俗。正是这种观点,使福特斯丘在英国历史法学的形成中占

① Quentin Skinner, *The Foundations of Modern Political Thought*, Cambridge University Press, 1978, Vol. 2, p. 54.

② Edmund Burke, *The Speeches of the Right Hon. Edmund Burke, in the House of Commons, and in Westminster Hall*, in 4 vols, London: Longman, 1816, Vol. 1, p. 61.

③ Sir John Fortescue, *In Praise of the Laws of England*, in the author, *On the Laws of and Governance of England*, ed. by Shelley Lockwood, Cambridge University Press, 1997, p. 26.

④ Sir John Fortescue, *In Praise of the Laws of England*, in the author, *On the Laws of and Governance of England*, ed. by Shelley Lockwood, Chapter 25.

⑤ Sir John Fortescue, *In Praise of the Laws of England*, in the author, *On the Laws of and Governance of England*, ed. by Shelley Lockwood, Chapter 26.

⑥ Sir John Fortescue, *In Praise of the Laws of England*, in the author, *On the Laws of and Governance of England*, ed. by Shelley Lockwood, Chapter 16-17.

有举足轻重的地位。

福氏这里所表达的思想——英格兰法律是“最好的”，它的古老性与连续性是其优越性的重要证据，正是后来以超出记忆的“古代宪法”(the ancient constitution)而闻名的英国法治史假说。对此，大概柏克在中殿时便熟记于心。他在“片论”中曾指出，英国的法律人有一种根深蒂固的信念，认为英国法自古至今并无根本的变化，它在本民族中形成和生长，即使罗马人或外国法律试图掺入其中，“它总有足够的力量将其抖掉，恢复其原始宪法的纯洁性”^①。

生活在都铎时代的福特斯丘，当然不可能提出司法独立的主张，但其论证方式已经预示着我们下面就要讨论的爱德华·库克的思想，他以古老性为由对普通法传统的捍卫，明确表达了抵制君主肆意干预司法的倾向，而柏克后来抨击法国大革命对法律的践踏时，将年代之久远作为制度具有正当性基础的“因袭论”^②，将“我们的宪法”视为祖宗留下的宝贵遗产，正可视为这种“古代宪法政治学”^③在18世纪的延续。

四、库克的历史法学

这里也许不必过多强调爱德华·库克(1552-1634)对于柏克的重要性，他在中殿求学时，那里便是以库克的著作作为基本教学内容^④。柏克对此人也一向极为敬仰，在《法国革命论》中将他誉为“我们法律的伟大先知”。库克大概也是第一位明确阐述英国存在着一个“古代宪法”的人。从他的《法律总论》和《案例汇编》中，我们可以看到他为捍卫这种“宪法”作出的不懈努力。

库克拒绝承认11世纪的“诺曼征服”是英格兰法的源头，甚至置史实于不顾，认为英格兰法律未曾受益于征服者带来的惯例。他一再重复福特斯丘的说法：倘若不是英格兰法律优于其他地方，征服者本可对其加以废止或修改，可是他们并没有这样做^⑤。对于英格兰法和诺曼人的习惯有诸多相同之处，库克也认为这是前者包容了后者而不是相反。英格兰体制是从渺远无可考的时代流传下来，所以《大宪章》并不是英格兰宪政的起源，而是它的结果。就像福特斯丘一样，库克认为英格兰自有“古老而优秀的法律”^⑥，这使他能够在奉承詹姆士国王为“正义和恩惠之源”时，却不说他是“法律之源”。他列举英格兰法律由三部分——普通法、习惯法和议会法——组成时，也认为它们皆不因国王的命令而存在^⑦。

这种对英国政体演进史的法学解释，成了捍卫传统制度、抵制王权扩张最有力的手段。库克以他对普通法之古老性的强烈信念，反复强调其先例和准则对后人的约束力。他极力让人相信英国有着约束王权的悠久的法律传统，使英格兰有一部“古代宪法”的观点成了根深蒂固的信仰。正如波考克所说：“以这种话语进行的讨论构成了那个世纪政治辩论的主要模式之一。议会辩论和小册子论战涉及到普通法或宪政时，几乎无一例外地要么全部、要么部分地以那种方式诉诸过去；著名的法学家被当成公认的政治智慧权威；几乎每一位政治理论做出贡献的政治思想家……都会花费一定篇幅

① Burke, *Abridgment*, pp. 592-593.

② 参见 Paul Lucas, "On Edmund Burke's Doctrine of Prescription; or, an Appeal from the New to the Old Lawyer," *The Historical Journal*, Vol. 11, No. 1 (1968), pp. 35-63.

③ 参见 Glenn Burgess, *The Politics of the Ancient Constitution: A Introduction to English Political Thought, 1603-1642*, London: Macmillan, 1992.

④ 参见 D. Ryder, *The Diary of Dudley Ryder*, ed. William Matthews, London, 1939, pp. 49, 91, 114, 147, 181, 184. 此书是中殿会馆一个学生的日记，记述了他在那里的日常生活和学习。另参见 F. P. Lock, *Edmund Burke*, Vol. 1, pp. 69-70.

⑤ Sir Edward Coke, *The Selected Writings of Sir Edward Coke*, in 3 vols., Indianapolis: Liberty Fund, 2003, Vol. 1, pp. 40, 150.

⑥ Coke, *The Selected writings*, Vol. 1, p. 252.

⑦ Coke, *The Selected writings*, Vol. 1, pp. xxv, 486.

来讨论这种宪政的古老性。”^①具体到柏克而言,他在《法国革命论》中为英国宪政传统辩护的一段话,可以让我们清楚地看到库克对其保守主义思想有着怎样的意义:

我们最古老的改革是《大宪章》的改革。你可以看到,从我们法律的伟大先知爱德华·库克爵士,当然还有他之后的所有伟人,下迄布莱克斯通,都孜孜于证明我们自由的谱系。他们力图证明约翰王的《大宪章》这份古老的宪法文件,是与出自亨利一世的另一份成文宪章联系在一起的,而这两份文件都不过是重申了这个王国更古老的现成法律而已。……它证明了我们全体法学家和立法者以及他们希望影响的全体人民心中,充满了对往古的强烈关怀,以及本王国把他们最神圣的权利和公民权当作一项遗产的稳定政策。^②

这段时常被人引用的话,是柏克保守主义思想的经典表述,采用的语言则清楚表明了他与上述普通法历史解释有着多么密切的关系。对于库克来说,他要与之对抗的蛮横外力是君权对普通法自治的干预,对柏克来说则是正在法国付诸实践的人权观和普遍意志论。身为法官的库克要以法律的古老权威去屏蔽君权的扩张;作为政治家的柏克则是用“我们的宪法”来对抗启蒙思想肆意破坏基于传统的立国原则。当他说法国人切断世代之间的链条,只生活在当下的兴奋之中,变得“不比夏天的苍蝇好多少”^③时,显然有库克的普通法历史解释为他提供的支持;当他以大量篇幅抨击革命者对法国司法体制的践踏时^④,他是以英国法治史的连续性作为参照。

库克对普通法历史学说最著名的贡献,是他为捍卫法律自治而对“自然理性”(natural reason)和“技艺理性”(artificial reason)的区分。库克赞成“理性是法律的生命,所以普通法无非就是理性”,但是他给这种自然法学说加上了一个特殊限制。法律中的理性并不是人的天赋理性,而是“通过漫长研究、深思与经验,经由技艺而达成的理性”,因此即使把分散在众多头脑中的全部理性集中到一人的头脑中,也不可能造出完美的法律:“通过很多代人的实践,英国法才由无数伟大而博学的人予以完善和细化,借助于漫长的历史,才成长得对治理本王国而言如此完美,就像古老的规则可以公正证明的,没有人仅靠他自己会比普通法更有智慧。”^⑤较之福特斯丘静态的法律观,库克这种强调个人理性有限的观点,为法律注入了一个更具能动性的历史维度,它使正义要是在司法实践中不断生长的概念成为可能。

库克的这种理性观,后来重现于柏克有关“裸体理性”(naked reason)和“个人愚蠢”^⑥的言论之中。库克的“技艺理性”是个包含着历史维度的法学概念,与之相对应的是未经训练的“自然理性”,它在柏克的笔下则脱胎为“野蛮哲学家”的“裸体理性”^⑦,他有此不雅之说,并非全然出于论战的修辞需要。库克以“自然理性”的业余性质为由对抗国王对司法的干涉,柏克则以“裸体理性”的野蛮去驳斥原始契约论的张狂。对柏克来说,人的理性不是自然之产物,而是在文明生活中逐渐培养出来的。因此个人的理性,甚至一群人的理性,并不是一种可以用来证成政治原则正当性的可靠而稳定的能力,此事只能交给在时间中积累起来的“集体智慧”去完成。他在1782年一次议会演讲中对此已有清晰表达:“个人是愚蠢的,群众未经审慎考虑而行事,一时也是愚蠢的;但人类是聪明的,倘能给他们以时日,人类作为一个物种一向是正确行事的。”^⑧《法国革命论》中有关法理学的一段话,又以更加简洁的方式重复了这一说法,采用的措辞也与上引库克有着显而易见的相似性:“令人类智力引以为

① J. G. Pocock, *The Ancient Constitution and the Feudal Law*, Chicago: Cambridge University Press, 1987, p. 46.

② Burke, *Reflections*, in *Selected Works*, Vol. 2, pp. 119–120.

③ Burke, *Reflections*, in *Selected Works*, Vol. 2, p. 55.

④ Burke, *Reflections*, in *Selected Works*, Vol. 2, pp. 316–321.

⑤ Coke, *The Selected Writings*, Vol. 2, p. 701.

⑥ Burke, *Reflections*, in *Selected Works*, Vol. 2, p. 182.

⑦ Burke, *Reflections*, in *Selected Works*, Vol. 2, p. 182.

⑧ Burke, “Speech on Reform of Representation of the Commons in Parliament”, in *Selected Works*, Vol. 4, p. 21.

傲的法理学,尽管有着种种缺陷、芜杂和错谬,乃是世世代代集体的智慧。”^①

柏克虽然深受普通法濡染,但他并非完全是在跟着法学家学舌,而是将他的法学知识转化成了政治见识。在谈到政治的性质时他说:“政府的学问本身具有高度的实践性,也是为了实践的目的,这是一件需要经验的事情,甚至比任何哪个人在其一生中获得的经验还要多,无论他多么聪明,眼光多么敏锐。”^②这跟库克同詹姆斯王有关“技艺理性”的著名对话如出一辙^③,但场景已从法律转向了整个政治世界。柏克对库克的继承关系,用当代人对库克思想的一段总结,可以作出最好的说明,因为将它移用于柏克同样再合适不过:“对于库克来说,从旧的原则得出新结论,并不需要他相信自己是在求变,或是在主张什么宏大的理论或法律革命。他只需坚持议会立法权和法庭适用传统原则的权利即可。在这样做时他可以‘从老田地收获新谷物’,就像他之前一代又一代法律人所做的事情一样。”^④

当然,把库克称为保守主义者未免时代错置,但他的一些话听起来确实与保守主义殊无二致。当他劝世人对改制保持警惕时说:“英格兰法是政策的准绳,得到了经验的考验,改变其任何一部分都是极其危险的,因为它们是由过去历代最聪明的人精心完善而成,并且不断被经验证明有益于公共福祉,改弦更张不可能不引起大麻烦。”^⑤这种主张与现代理性主义的信念——反复出现的事本身不能证明它是正确的,长期的经验可能是在不断重复错误——截然相反。我们将会看到,库克这种强调年代久远之重要性和司法权威性有其内生来源的顽固立场,也正是霍布斯对他极为反感的重要原因。

柏克系统地阐述其保守主义立场,便是始于在他看来正在“引起大麻烦”的法国革命这个大事件。他为此必须触及一些政治学的核心问题:人何以安全地生活在一个文明共同体之中?它得以存在的条件是什么?它如何稳定而健康地运行?这已超出了狭义的法学范围。尽管由于柏克对理论的天生厌恶,使《法国革命论》作为一个政治学文本看上去很不规范,法国革命却为他思考这些问题提供了一个重要案例,其作用恰如法官在疑难案件中从先例推导出新的司法解释的“拟制”(fiction)方法。尤其值得注意的一点是,柏克对法国人最严厉的批判之一,是它破坏了司法机构的平衡作用。合理的政体应尽可能使司法权威不依附于自身,让它成为“仿佛是某种外在于国家的东西”。当民主成为绝对权力时,这个机构的独立“就更是十倍地必要”,它可以使权力一时的命令不偏离某些普遍原则。法国人的做法却与此相反,他们以偶然的法令和决议进行统治,“很快就打断了法律的进程和一致性,减少了人们对它们的尊重,并且最终从整体上摧毁了它们”^⑥。当柏克说出这些话时,他其实是把库克有关普通法之连续性和独立性的观点,很方便地转换成了政治批判的语言。

五、柏克和马修·黑尔

柏克在《英格兰简史》中还提到一个大人物,即被伯尔曼誉为“提出历史法学一般理论第一人”^⑦的马修·黑尔(1609-1676)^⑧:“在这个领域,我们至今做出的努力甚少。我以为,大法官黑尔的《普

① Burke, *Reflections*, in *Selected Works*, Vol. 2, p. 191. 中译本,第127页。

② Burke, *Reflections*, in *Selected Works*, Vol. 2, p. 153.

③ Coke, *The Selected Writings*, Vol. 1, pp. 481.

④ Coke, *The Selected Writings*, Vol. 2, p. xxv.

⑤ Coke, *The Selected Writings*, Vol. 1, p. 95.

⑥ Burke, *Reflections*, in *Selected Works*, Vol. 2, pp. 318-319.

⑦ [美]伯尔曼:《法律与革命》第2卷,袁瑜争、苗文龙译,法律出版社,2008年,第261页;Harold Berman, “The Origins of Historical Jurisprudence: Coke, Selden, Hale”, *The Yale Law Journal*, Vol. 103, No. 7 (May 1994), p. 1654.

⑧ 黑尔与库克的关系因担任过库克助手的法学家塞尔登(John Selden, 1584-1654)而变得十分紧密,他后来成了黑尔的师友。

通法史》不管是好是坏,是我们唯一拥有的东西。尽管我们对他怀有极大的敬意,还是不得不说,此书虽有其长处,与作者的名望却不太般配。”^①这段文字表明柏克早年细读过黑尔的《普通法史》^②,其中表露的不满,一是因为此书篇幅甚小(仅6万余言),实不足以让后学深入了解普通法史,还因为在柏克看来黑尔有着将普通法神秘化的倾向,抹煞了普通法此后改进的历史,他想“说服世人相信蒙昧时代的制度便已臻于完美”,以此“谄媚于国民的虚荣和法律专业的狭小心胸”^③。不过就柏克的保守主义而言,我们却可以在他两人之间建立起十分直接的联系。黑尔更为明确地表达了一种历史主义意识,从而为柏克关于英国宪政乃是由“因袭而来”(prescriptive)^④的说法提供了法理学依据。黑尔晚年对霍布斯的驳斥,则在理论上预演了后来柏克与潘恩之争。

黑尔说,法律需要适用大量特别案件,作出具体解释,而在这件事上没有哪个人能单靠自己的能力去决定法律的真实含义,所以他“宁愿选择一部一个王国幸福地利用已经统治了四百年的法律,而不是根据我自己的什么新理论拿一个王国的幸福和和平来冒险”^⑤。同样是出于对个人理性的不信任,黑尔反复强调普通法“不是任何一个时代的哪一个人或哪一群人的智慧的产物,而是世代代聪明而敏于观察的人的智慧、协商和经验的产物”^⑥。

这些话显然是在重复库克的观点,我们把其中的“法律”一词换成“国家”,它恰恰也是柏克在1782年给“国家”所下的著名定义。语言上的相似性使我们不断推断,当柏克落笔于下面这段话时,他心中一定回响着黑尔的教诲:

国家这个概念,不仅是指地域和个人的一时聚合,而且是一个在时间、人数和空间上延伸的概念。它不是一天或一群人的选择,不是忙乱轻率中做出的选择,而是出自世代代的慎重选择。它是比选择优越千百倍的东西造就的政体,它是由独特的环境、时机、脾气和性情,以及只在长时间内才会显露出来的道德习惯、政治习惯和社会习惯所造就的。^⑦

这些言论再次表明柏克有着将法学语言移用于政治领域的习惯。就像黑尔理解的普通法一样,他为国家所下的定义中包含着诸多与时间连续性有关的概念,如“世代代”、“时间的延伸”和“习惯”等等,它们对规范社会和政治行为发挥着重要作用。几年后他猛烈抨击法国大革命,便是因为这一事件对他所理解的这种经过长期演化而形成的“国家”造成了严重破坏,从而提出了他本人对国家作为一种契约关系的独特理解:“不应当认为国家仅仅是像买卖胡椒、咖啡、白布、烟叶或其他小生意中合伙人的契约,只为获得一时的蝇头小利,当事人可随兴致所至予以取消。国家……不仅是活着的人之间的相互关系,同时也是活着的人与故人和将要出生的人之间的相互关系。”^⑧柏克这种国家观当然是一种历史主义的解释,但它并不是迈斯特那种具有神学色彩的历史主义,更不是黑格尔具有决定论意味的历史哲学,而是一种法学历史主义,它来源于黑尔等人所代表的英国普通法传统。

霍布斯曾在晚年写了一本小册子《一位哲学家与英格兰普通法学者的对话》(1660年)^⑨,旨在重

① *An Essay Towards An Abridgement of the English History in Three Books*, in *The Works of the Right Hon. Edmund Burke* (London: Samuel Holdsworth, 1837), Vol. 2, p. 592.

② Matthew Hale, *The History of the Common Law of England* (1713), Chicago: Chicago University Press, 2002.

③ Burke, *Abridgement*, p. 593.

④ Edmund Burke, “Speech on the reform of the representation of the Commons in Parliament”, in *The Selected Works*, vol. 4, p. 20.

⑤ Matthew Hale, “Reflections by the Lrd. Cheife Justic Hale on Mr. Hobbes His Dialogue of the Law”, printed as appendix 3, in Holdsworth, *History of English Law*, London: Little Brown, 1924, Vol. 5, p. 504.

⑥ Matthew Hale, “Preface to Rolle’s Abridgment”, in *Collectanea Juridica*, London, 1791, p. 266.

⑦ Burke, “Speech on the reform of the representation of the Commons in Parliament”, in *The Selected Works*, Vol. 4, p. 21.

⑧ Burke, *Reflections*, in *Selected Works*, Vol. 2, p. 193.

⑨ Thomas Hobbes, *A Dialogue Between a Philosopher and a Student of The Common Laws of England*, Chicago: University of Chicago Press, 1971. 中译本见[英]托马斯·霍布斯:《一位哲学家与英格兰普通法学者的对话》,毛晓秋译,上海:上海人民出版社,2006年。

申他的主权理论,批判库克用法律约束王权的主张。库克本人虽无缘一睹此书,但他的隔代门生黑尔不仅读过,而且特意撰文予以驳斥^①。生活在17世纪的黑尔当然不可能见证法国大革命,霍布斯却为他提供了一个用普通法思想去对抗一种典型的思辨政治学的机会。

两人的论战,反映着两种截然不同的思想模式。由其中涉及的问题所决定,黑尔处处表露出与柏克十分相似的观点,使我们几乎可以将其视为后来潘恩与柏克相互对抗的预演。对比这两场相隔百年的思想交锋可以看到,潘恩的学说是一种启蒙时代的激进主义不必多说,霍布斯貌似保守的君权至上论,也含有理性主义的激进种子。事实上早有论者注意到黑尔与霍布斯这场交锋在现代政治思想史上的意义,认为黑尔乃“第一个自觉地采纳一种历史认知模式去对抗另一种自觉地以现代自然科学为基础的思维模式”^②。

霍布斯引起黑尔的注意,是因为其矛头直指法律人,将他们视为煽动不服从的“蛊惑者”。他认为要像管住鼓吹末日审判的牧师一样,管住这些出于私心维护法律自治的“法学牧师”^③。黑尔为了驳斥霍布斯的理性主义主权观,必须为这种法律自治找到充足的理由。一般来说,对付理性最有力的武器便是诉诸生活的世界,其中无数相互关联的细节和模糊地带会让追求简洁清晰的理性难有用武之地。黑尔的反击正是循此入手。在他看来,霍布斯将政治学视同几何学,实在是一种幼稚的自欺欺人,因为单凭理性是无从就具体事件作出正确判断的:

伟大的理性,从决疑家、学究和道德哲学那儿学来的学问,极为思辨而抽象的是非观,掌握这些东西的大多数人,在遇到具体的运用时分歧是极大的。他们是无出其右的最糟糕的法官,因为他们抽象的理论使他们脱离了寻常的是非标准,将他们过于精细的思辨学说和区分置于人类交往的共同习惯之上。^④

在黑尔看来,霍布斯的“抽象理论”的危险性尚不在于它学理上有误,而是它摒弃社会“寻常的是非标准”,提出了“自然状态”这种“野蛮预设”(wild proposition),从而为绝对权力的任意立法大开方便之门。黑尔针对这种思维模式之所言,很容易让我们想到柏克称潘恩的人民主权论为“毒害国民心灵”^⑤的观点:“某些思辨家自以为能够纠正世上的所有政府,用他们自己的观念和幻想加以统治,认为一切国家、王国和政府都必须与之相符,并被这种信念搞得欣喜若狂。”^⑥拜他的论敌霍布斯之赐,法律人黑尔在这里已接近于操着政治学的语言说话了。他认为霍布斯的主权建构理论或可适用于因内战或入侵而导致的野蛮状态,可是人类在大多数时候是生活在“事物正常发生的环境里”,因此“按这种十分罕见的情况去构造法律或政府的模式,是一种疯狂的表现,恰如将猛药当成了食品”^⑦。

无独有偶,柏克虽然很少提到霍布斯,在仅有的一例中,他也表现出和黑尔一样的厌恶。从政早年他曾就英国议会的爱尔兰宗教政策发表评论,不但涉及的主题与黑尔对霍布斯的反驳相同,而且同样采用了法律语言,表达的是一个法律人对哲人的厌恶,从中已然可以听到他后来对法国革命者

① 霍布斯此书出版于黑尔去世后的1681年,黑尔读到的是在伦敦法律界传阅的手稿。见J. B. Williams, *Memoir of Life, Character and Writings of Sir Matthew Hale*, London: Jackson and Walford, 1835, p. 257.

② Jack Hexter, "Thomas Hobbes and the Law", 65 *Cornell Law Review* (1980), p. 471.

③ Joseph Cropsey, "Introduction", in Thomas Hobbes, *A Dialogue Between a Philosophy and a Student of The Common Laws of England*, Chicago: University of Chicago Press, 1971, p. 26.

④ Matthew Hale, "Reflections by the Lrd. Cheife Justice Hale on Mr. Hobbes His Dialogue of the Law", printed as appendix 3 in Holdsworth, *History of English Law*, London: Little Brown, 1924, Vol. 5, pp. 502-503.

⑤ Edmund Burke, *An Appeal from the New to the Old Whigs*, in *The Works of the Right Hon. Edmund Burke*, London: Holdsworth, 1836, Vol. 1, p. 535. 以下略为"Appeal".

⑥ Edmund Burke, *An Appeal from the New to the Old Whigs*, in *The Works of the Right Hon. Edmund Burke*, Vol. 1, p. 509.

⑦ Edmund Burke, *An Appeal from the New to the Old Whigs*, in *The Works of the Right Hon. Edmund Burke*, Vol. 1, p. 512.

的批评:

有一种立场认为,任何人的群体都有权按照自己的意愿制定法律,或认为法律的权威仅从他们的立法程序便可获得,而与所涉及问题的性质无关。很难找出比这种立场对人类社会的一切秩序和美好事物、对一切和平与幸福更具破坏性的错误了。……看来这实际上是霍布斯在上个世纪所提倡的原则,认为法律的权威来自人民的成文法、君主的敕令或法官的判决,实在是最荒唐可笑的事。要承认制定法律并非靠白纸黑字和国王的权力,我们得从其他地方寻找法律的基础。”^①

由于柏克认为法律的权威来自一个社会的传统习惯和长期司法实践所积累的经验,一向更为推崇古典政治哲学的施特劳斯,认为他这种立场是回到了亚里士多德的经验传统^②。鉴于柏克几乎从不引用希腊哲学家的著述^③,以施特劳斯阅读文本的精细功夫,倒不如说他是在有意回避柏克与普通法传统的关系。处在这一传统中的柏克坚持认为,“法律极少包含着新的规定,它们的意图只是要肯定、保持和确立古老的习惯”^④。这表明柏克不但是经验主义的,而且有着与普通法学家一样的历史主义观点。

六、柏克与普通法的权利观

国家的性质和法律权威如何形成的问题,关系到人享有何种权利及其来源的问题,它对于现代社会的重要性是如何强调也不过分的。在柏克对法国革命的抨击中,这也是他保守主义思想表达最为充分的一个领域。《法国革命论》每每涉及法国的人权观,柏克便时常语多不逊,这是一个易于让他动情的话题^⑤。从上述柏克与库克和黑尔的思想继承关系中,我们已经可以推知,当他面对法国革命者所提倡的人权学说时,会如何利用普通法的知识。

与库克区分出“自然理性”和“技艺理性”类似,柏克区分出了“文明状态下的权利和非文明状态下的权利”(the rights of an uncivil and of a civil state)^⑥,这里所谓的“非文明状态下的权利”,显然是霍布斯和卢梭等人的“自然权利”的另一种表达方式,而“文明状态下的权利”则是指历史中形成的权利。它们属于两个背景完全不同的范畴,因此不言而喻,人不可能同时享有这两种权利^⑦。就像“自然理性”不需要历史,而“技艺理性”是一个历史过程的产物一样,自然权利乃是一种前历史的权利,而文明社会的权利必有其产生与进化的历史,用柏克本人的话说,它有自己的“一部家谱和显赫的祖先”^⑧。

柏克生活在一个先验论的权利学说在欧洲大行其道的时代,包括普赖斯和潘恩在内的许多人都认为,这种新的权利观将有助于建立一个更加公正的社会。而在柏克看来,它却有着反社会的性质。为了与此对抗,柏克需要一种区分两种权利之优劣的标准。他在《法国革命论》中的一段话,可以作为对这个问题具体而详的表述:

塞尔登和其他学识渊博的人在起草《权利请愿书》(1628)时,至少像我们的布道坛或你们论坛上的任何人一样,熟知有关“人权”的普遍理论,一如普赖斯博士和西哀士神父一样充分。然

① Burke, *Fragments of a Tract Relative to the Laws against Popery in Ireland*, Works, VI, 325.

② 参见[美]施特劳斯:《自然权利与历史》,彭刚译,北京:三联书店,2003年,第309-310页。

③ 柏克在《法国革命论》中唯一提到亚里士多德是援用了后者“民主制与专制有诸多惊人的相似之处”的观点,并承认这来自他多年前阅读的记忆。见 *Reflections*, in *Selected Works*, Vol. 2, p. 225.

④ Burke, *Abridgment*, p. 594.

⑤ 参见 Burke, *Reflections*, in *Selected Works*, Vol. 2, pp. 153-155.

⑥ Burke, *Reflections*, in *Selected Works*, Vol. 2, p. 151.

⑦ Burke, *Reflections*, in *Selected Works*, Vol. 2, p. 151.

⑧ Burke, *Reflections*, in *Selected Works*, Vol. 2, p. 123.

而他们具有取代了理论知识的实践智慧,出于与此相称的理由,他们宁要这种实在的、记录在案的世袭资格,也不要那些对人类和公民很动听的东西,不要含糊的、思辨的权利,以免使他们可靠的遗产任由一切野蛮善辩的精神你争我夺,将其撕成碎片。^①

这段话尤可注意三点。首先,柏克讨论这个问题时使用的是法学家的语言,而不是政治哲学语言。其次,它不是欧洲法理学的语言,而是英国历史法学的语言;在这种语言中,权利即或有自然法的来源,仍需要由时间/历史因素来证成。第三,柏克认为这两种权利语言的对立不仅是理论上的分歧,而且它在法国人的实践中导致了既有权利遭到严重破坏。

关于第一和第二点,柏克的用词本身已经作出了解释,不必再作更多的讨论。关于既有权利与抽象“人权”之间的对立,如前文所述,那本是英国普通法抗拒罗马法这一漫长历史故事的一部分。在普通法的传统中,权利既不因理论推演而成立,也不是立法的产物,而是从习俗中产生,通过在漫长司法实践中的筛选与肯定过程而逐步得到落实的。我们姑且仍以黑尔反驳霍布斯的一段话为例,其中涉及一种英国人的特殊权利:

在没有特别的习惯改变它的情况下,全部土地传给长子,这是英格兰法律的一部分,……现在如果天底下最精确的大脑准备通过思索,或通过阅读柏拉图或亚里士多德,或研究犹太教法,或其他的观念的探寻,去发现土地在英格兰如何继承,或不动产在这里如何转移,或如何在我们中间流转,他将白费工夫,他的观念徒劳无益,直到他使自己熟悉英格兰的法律为止,原因在于这些事情是模糊地根据习惯和惯例,或者模糊地根据成文法或者议会的法律,由其他人的合意和愿望引入的制度。^②

黑尔在这里表现出了对抽象权利的明显不信任。生活在习俗中的人所营造的权利义务关系可能十分稳定,但他无法以现代理性意义的方式告诉你习俗何以便是最好的。其实,整个普通法体系在理论上的“混乱”都可以由此得到说明。这也可以解释柏克在《法国革命论》中为何采用看似十分含混的语言来说明权利的来源:“我们选择了我们的天性而不是我们的思辨,我们的胸襟而不是我们的发明,来作为我们的权利和特权的伟大培养室和贮存库。”^③

这样的说法也易于引起误读。柏克并不完全是以反理性主义方式看待抽象的权利观^④。对于他来说,自然权利之光投射到人间,会失去其形而上学的完美状态,折射为十分具体的生活相貌,它落实为制度只能是一个复杂的平衡过程的产物:善与善之间的平衡,善与恶之间的平衡,有时甚至是恶与恶之间的权衡^⑤。换言之,人们所享有的权利,是在对财产、契约和人身侵害的具体案件的司法判决中形成的,其中必然包含大量技术性成分,而英国法律人一般认为,这种从分散的大量民事和刑法判决中形成的权利保护,要优于欧陆以法条主义规定权利的做法^⑥。

由此又可引申出另一种与普通法传统密切相关的信念,对于现代社会来说,它比权利以习俗作为基础的观点有着更为重要的意义,即权利必须是能够得到司法救济的权利,无司法救济手段的权利只能是空谈。正是基于这一法治的基本原则,柏克对法国国民议会肆意践踏财产权发出了严厉抨击:

在我们的议会里,对一块菜园的租赁权,对一间茅舍一年的利润,对小酒馆或面包店的信

① Burke, *Reflections*, in *Selected Works*, Vol. 2, p. 120.

② Matthew Hale, “Reflections by the Lrd. Cheife Justic Hale on Mr. Hobbes His Dialogue of the Law”, printed as appendix 3 in Holdsworth, *History of English law*, Vol. 5, p. 515.

③ Burke, *Reflections*, in *Selected Works*, Vol. 2, p. 123.

④ 例见 Burke, *Speech on Fox's East India Bill*, in *Selected Works*, p. 99. 这种误解的一个著名例子是卡尔·波普尔,见其《猜测与反驳,科学知识的生长》中《关于理性的传统理论》一文(傅季重等译,上海:上海译文出版社,1986年,第169-170页)。

⑤ Burke, *Reflections*, in *Selected Works*, Vol. 2, pp. 153-154.

⑥ 参见 Frederick Pollock, *Genuis of the Common Law*, New Columbia University Press, 1912, p. 119.

用,对侵犯所有权的最微不足道的迹象,都比你们那里对属于那些最可敬的人物的最古老、最有价值的地产、或对你们国家整个商业金融界的处理要更郑重得多。我们确实对立法权的权威怀有高度的尊重,但我们从未梦想过议会可以有任何权利去侵犯财产权,去压倒惯例法。^①

柏克在这里讨论权利的起点,不是无法进入司法实践的“人类”,而是作为法律主体的具体个人。被他列入英国宪政传统伟大谱系的布莱克斯通^②,在其《英国法释义》论证权利时,便习惯性地排斥了启蒙运动的人权观,他只说“人们的权利”(rights of persons)^③而不说“人权”(rights of human),因为“人”(human)这个抽象名称与司法实践相距遥远,而普通法中的“人”(persons),是每天都会同我们擦肩而过的一个又一个普通人。正如戴雪所说,他们所享有的个人自由或公共集会之类的权利,“不像许多外国那样是由宪法的一般原则所规定”,而是“通过具体个人的呈堂个案的司法裁决而来”^④。柏克虽然不是法律人,他对英国的这一传统一点也不陌生。在一次议会演说中,柏克说:

众所周知,法学的基本论著,英国法理学原理的论著,无论名称为总论、汇编还是释义,皆不像罗马法中的总论、汇编和法典那样,依靠君主的最高权威,而是以来自法庭对案件的裁定和案由作为支撑。这见于库克的《总论》、柯敏斯的《汇编》以及所有同类著作之中。^⑤

同样的权利观,也可以使我们把柏克对两场大革命截然不同的态度联系在一起。在抨击英国议会殖民地的政策时,他认为要区分两种情况:一是是个别人的行为扰乱国家的秩序;二是国民在重大问题上与政府分歧。对于前者可以用刑事手段处置,而对后者,将“刑法的观念用于这场重大的政争,未免狭隘而迂阔。针对全体人民的起诉书,我不知如何写,我不能羞辱和嘲笑我数百万同胞的感情”^⑥。这些话易于让人以为柏克是洛克式人民主权论的支持者,从而认为他为美洲辩护时采用了“自由的语言”,后来抨击法国革命时却一反过去的立场,采用了“保守的语言”。然而从法学的角度看,却可以在这两种语言之间找到一致之处。

柏克在美洲危机期间始终将其视为大英帝国的一部分,并不支持它的独立要求。他在这个前提之下以库克式的语调说,每当念及美洲,他便“对我们祖先的智慧深怀敬意,是他们传给了我们一个完美的宪政,一个兴盛的帝国”。美洲殖民者与英国人分享着共同的祖先和宪政,同样不喜欢抽象权利,他们“不仅深爱自由,而且是按英国人的观念和原则深爱自由”^⑦。换言之,柏克认为殖民地的人民不是在争取尚不存在的“人权”,而是在维护柏克所谓“因袭的权利”。按这一原则,一切权利“只能属于个人,人只能是个人,仅此而已”^⑧。所以权利只能是个人和具体的,只有当它与个人有关时才是可以被伤害,可以提出控告和得到救济的。像英国议会那样把殖民地全体人民作为犯罪主体,找不到任何法理学上的依据。同样,柏克认为法国革命者绕开司法保护高谈人权,其实是置个人权利于不顾,这完全违背了他的权利观:

我远不是在理论上否定人们真正的权利,我内心中同样远不是要在实践中压制这种权利,即使我拥有赋予或压制的权力。我否定他们虚假的权利要求,不是为了损害真正的权利,即他们所声称的权利将全盘摧毁的权利。假如文明社会是为有益于人而形成,那么由此而造成的所有益处就变成了他的权利。这是一种慈爱的制度,而法律本身是唯一按规矩实行的慈爱。^⑨

① Burke, *Reflections*, in *Selected Works*, Vol. 2, p. 256.

② 见 Burke, *Reflections*, in *Selected Works*, p. 119.

③ 见 Blackstone, *Commentaries of English Law*, Book 1, Chapter 1.

④ A. D. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London: Macmillan, 1915, p. 115.

⑤ Edmund Burke, *The Speeches of the Right Hon. Edmund Burke, in the House of Commons, and in Westminster Hall*, London, 1816, Vol. 4, p. 202.

⑥ Burke, *Reflections*, in *Selected Works*, Vol. 2, pp. 250-251.

⑦ Burke, *Reflections*, in *Selected Works*, Vol. 2, pp. 259, 237.

⑧ Burke, "Speech on Reform of Representation of the Commons in Parliament", in *Selected Works*, Vol. 4, p. 19.

⑨ Burke, *Reflections*, in *Selected Works*, Vol. 2, p. 150.

七、结语：柏克式的保守主义

以上所述表明,柏克不仅与英格兰普通法同属于一种历史法学的解释传统,甚至他使用的很多言辞也与法律人十分相似。但是作为活跃在政治舞台上的政治家,他总是要面对一些复杂的现实问题。他固然会遵循着一些基本原则,但临事作出的判断,变通与原则之间的权衡,对议题之轻重缓急的斟酌,也许比他的保守主义“理论”更重要。即以柏克《法国革命论》为例,此书被公认为保守主义最具代表性的文献,然而时常被人忽略的一点是,早在法国大革命之前,法国启蒙思想家的学说在英国便已广为人知。但是在书本上的理论没有演变为大规模的社会运动之前,我们从柏克的言论中很少看到他对法国启蒙思想进行系统而直接的批判。是法国大革命的发生,尤其是普赖斯受此鼓舞而在“革命学会”的布道,大概还有法国国王和王后出逃被捉的遭遇,才使柏克愤然投身于同法国启蒙哲学“短兵相接的肉搏战”^①。由于这一重大事件的缘故,便有了现代保守主义因柏克而诞生的说法,而很大程度上忽略了他为这场战斗所调动的知识储备中,英国的普通法传统是其中的一项重要内容。

对“保守的”的柏克可以这样理解,对“自由的”柏克也可作如是观。作为一个一生经历了两场大革命的人,他的自由思想得到淋漓尽致的发挥,同样是缘于最终导致美国诞生的那场革命。自1770年代危机爆发始,柏克开始大量讨论这个问题,而美洲独立之后,美洲问题便几乎从他的言论中消失了。从柏克在议会中的发言和书信来看,基于英国宪政传统的思考同样在其中起着重要的作用。殖民地并没有对英国既有体制提出意识形态挑战,而是在帝国内部造成了一场宪法危机。柏克批评英政府置殖民地人民的权利于不顾,以空洞的主权观念威逼美洲殖民地^②,这与他后来痛斥法国革命者基于抽象人权原则铲除旧制度的做法是一样的。他甚至认为挑起叛乱的不是殖民地人民,而是乔治三世和他的托利党大臣。这个“爱国者国王”(Patriot King)追求对美洲的“个人统治”,威胁到了“光荣革命”确立的宪政平衡原则^③。从这个角度来看,柏克在美洲危机期间显然也不是启蒙意义上的自由派,而仍然是一个旧体制的维护者。我们从这两场革命期间都可以清楚地看到,普通法法律人所建立的历史宪法学传统,对他有着多么大的影响。普通法的一些基本原则:历史先例对后人具有约束作用;规则不是立法者意志的产物,而是在历史悠久的习俗中逐渐形成;法律不制造权利而只认可既有权利;以及一种制度是世代的人合作的结晶,都是柏克思想的基本特点。甚至普通法疏于法理学建构,将原则与先例在日常案件中的适用视同法律的生命,也是柏克思想的显著特征。

从更大的视角来看,柏克对法国革命的抵制,是一种大体始自17世纪的政治过程的一部分,即更加世俗化的权力对以神学为基础的政治体制的取代。这一过程尽管依然混杂着许多教派纷争,但是宗教改革已经使依靠单一信仰整合社会不再可能,人们必须到神学之外寻找权威的基础或来源。就此而论,以传统和习俗为基础的普通法历史法学和高扬理性精神的启蒙运动虽有相互对抗的一面,但为它们分别贴上“落后”和“进步”的标签未必合适,因为这一世俗化过程中,它们都发挥着为现代政治转型提供新的正当性基础的作用。

早有法学家注意到,最早与绝对主权观念对抗的力量,并不是18世纪的启蒙思想家,而是英国普通法传统中的人物。庞德就曾指出:“在17世纪,坚持维护君主特权属于进步思想,有些人认为国王是社会利益的守护者,希望赋予他专断的权力,他可以为普通利益而仁慈地运用这种权力。可是

① Carl B. Cone, *Burke and the Nature of Politics: the Age of the French Revolution*, Lexington: The University of Kentucky Press, 1964, p. 302.

② 参见 Edmund Burke, “Speech on American Taxation”, in *The Selected Works*, Vol. 1, pp. 206, 215 - 216.

③ 参见 Burke, “Speech on American Taxation”, in *Selected Works*, pp. 211 - 219. 另参见 Peter J. Stanlis, *Edmund Burke and the Natural Law*, New Brunswick, NJ.: Transaction Publishers, 2009, pp. 237 - 238.

这些人愤怒地看到,国王被法律人在《大宪章》那样陈旧而污秽的羊皮纸中发现的法律捆住了手脚。”^①英国的法律人与霍布斯和博丹等理性主义者所支持的君主专制政体的对抗,就像是一场中世纪古董与现代先进政体的对决。但是他们守住了自己的阵地,并将英国最终改造成了一个穿着君主制旧衣的现代宪政国家。

从这个角度来看柏克与法国革命的对抗,他的“保守主义”便可以视为这场斗争在18世纪的继续。法国革命期间滥用权力的现象,比专制君主有过之而无不及。柏克看到法国人对此毫无自觉,却用权利的先验正当性这种形而上学问题混淆视听^②。反之,柏克所维护的是以“普通法精神”作为中坚力量塑造出来的有限君主制政体,他以此为据批判法国雅各宾党人的专横,使我们有充分理由将他视为那些法律人的嫡系后裔。我们可以看到,库克为抵制国王插手司法而提出的“古代宪法”说,黑尔驳斥霍布斯时对先验推理的厌恶,以及普通法的个人权利观和对肆意立法——无论它来自国王还是议会——的抵制,在柏克的保守主义思想中也一应俱全。正是因为自布莱克顿以降法律人对英国政体的历史法学解释,使柏克能够将制度视为一个历史过程的产物,使他在理解政治时将历史看得比哲学更重要,极力要把对手从理论领域拉回到历史中进行辩论。从这些思想中,我们都可以清晰地听到英国普通法传统的声音。

近代保守主义并非一个内涵清晰的概念,而是一个复杂的谱系。笼统地说,所有的保守主义思想都源于现代社会转型引起的焦虑,不同的传统社会对这一极具革命性的过程作出的保守主义回应,深刻反映着它们各自所继承的传统价值体系。这种情况曾使亨廷顿无奈地说,保守主义的含义殊难判定,是因为它往往根据变革威胁到的对象作出很具体的反应^③。由此造成的结果是,在这个谱系内可以放入很多思想源流截然不同的人。柏克在这个谱系中地位显赫,但如果他地下有知,后人将他与法国的迈斯特、德·博纳尔、夏多布吕昂和德国的黑格尔归为同类,他未必能够认可。那些法国保守主义者诚然要维护“旧制度”,他们思想中的神学或浪漫主义色彩却远远多于柏克。黑格尔是为普鲁士秩序辩护的保守派,但他也是无法为柏克所接受的历史决定论者。今天被不少人阅读的列奥·施特劳斯、卡尔·施米特和奥克肖特同样被称为保守主义者,但前者推崇古希腊政治学而极为厌恶历史主义,后两人虽然思想风格大异其趣,却都与霍布斯一脉相承。由这种现象可知,不同思想谱系中的不同成分,都可以在“保守主义”这个概念中重叠交汇在一起,笼统地将它们都称为“保守主义”,会让这个概念完全失去意义。

就像把18世纪之前英国的法律人称为“保守主义者”有时代错置之嫌一样,把柏克称为“法律人”当然也不妥。他所处理的毕竟不是法律人所面对的案件或判例,而是有着世界史意义的重大政治事件。1791年8月,《法国革命论》出版大约一年后,为回应辉格党内的争议,柏克写下著名的小册子《新辉格党致老辉格党的呼吁书》,再次强调他无意于创立新的学说,而只是在重申“已经由宪法确立的原则”。他告诉对手,如果他陈述的事实无误,那么那些人并不是在与他辩论,而是在跟“他们自己国家的宪法争吵。”他说:

英国的宪政中总是延续着一种长久的协定和妥协,它有时是公开的,有时则不易察觉。对于思考英国宪法的人来说,就像思考它所隶属的物质世界的人一样,发现这种相互制约的秘密,一向是件需要进行极为细致的研究的事情。它是世代许多头脑思考的结果。……不借助于享有聪明和博学美名的人以往的研究,我们就永远是新入门者。人必须学有所宗,而新的老师就其所成就的事情而言,不过是造成了这样一种后果:剥夺人们获得人类集体智慧的好处,使

① Roscoe Pound, *Spirit of the Common Law* (Francetown, NH: Marshall Jones Company, 1921), p. 63.

② 参见 Burke, *Reflections*, in *Selected Works*, Vol. 2, p. 150.

③ Samuel p. Huntington, "Conservatism as an Ideology", *The American Political Science Review*, Vol. 51, No. 2 (June 1957), pp. 454-473.

之成为自己特有的狂妄自大的信徒。^①

借用一位美国宪法学家的话说,柏克这里是用“辉格宪政主义”(Whig constitutionalist)^②语言重新表述了库克和黑尔等人对普通法的观点。如果我们接受亨廷顿的解释,那么柏克之有别于其他许多保守主义者的地方,便是本文所述他与普通法传统有着特殊而密切关系。柏克接下来又说:

明事理有经验的人,或许明白如何区分真自由和假自由,何为真诚服膺真理,何为谎称相信真理。但是除非有深入研究,谁也无法理解这样一个精细而复杂的设计,它将私人及公民自由同暴力,同秩序、和平及正义结合在一起,尤其是同赋予这个珍贵整体以长治久安的各种制度结合在一起。^③

从这里我们可清楚地看到,柏克虽然利用了普通法的思维模式,但只能说他继承了波考克所谓的“普通法精神”。他突破了法律人的狭隘眼界,关心的不仅是法律本身的可靠性及其权威如何形成的问题,而是享有自由的现代公民社会如何能够长久生存的问题。由于柏克直到晚年一直认为,人世间的善恶从来不是什么抽象问题,所以他在“根据任何抽象命题作出判断之前,必须使这个问题在具体情况中具体化”^④。这使他的著作很难说构成了一个具有内洽性的完整体系,然而,假如没有深受普通法知识、特别是其历史法学的影响,柏克也许仍是一个保守主义者,但他的思想可能会像卡莱尔或迪斯雷利那样有更多文学色彩,他的保守主义想必会呈现出另一种十分不同的面貌。

[责任编辑 刘京希]

① Burke, *Appeal*, pp. 534 - 535.

② 参见 David N. Mayer, "The English Radical Whig Origins of American Constitutionalism", *Washington University Law Review*, Vol. 70, Issue 1 (1992), pp. 174 - 178.

③ Burke, *Appeal*, p. 535.

④ Edmund Burke, *The Speeches of the Right Hon. Edmund Burke, in the House of Commons, and in Westminster Hall*, Vol. 4, p. 66. 这篇演讲发表于1792年5月。