

爱德华·柯克爵士与英国法学近代化

于明

内容提要：在法学近代化之初，17世纪的英国面临着全面继受罗马法学与继承普通法学两条道路的选择。柯克爵士明确提出了“老田生新谷”的主张，在中世纪的《年鉴》与《论土地保有》等作品的基础上，撰写了《柯克报告》与《英国法总论》。在“法学观”、“部门法学”与“法学形态”等方面，这两部作品均呈现出了诸多近代性的“萌芽”，从而开启了英国法学近代化的历程，并且在事实上开创了不同于欧陆法学近代化的“另一条道路”。

关键词：爱德华·柯克 法学近代化 《柯克报告》 《英国法总论》

于明，北京大学法学院，法学理论博士研究生。

爱德华·柯克爵士(Sir Edward Coke, 1552 - 1634)，也许是最早被引介到中国法学界的英国法学家之一，他的许多思想与观点都为法律人所熟知，尤其是他与詹姆斯国王抗争的故事更是成为西方宪政与法治观念在中国传播过程中的经典事例与象征。^[1] 但与此不相适应的是，柯克本人的著作长期以来并未得到应有的重视与研究。本文试图重返柯克一生最伟大的两部作品——《柯克报告》(Coke's Report)^[2]与《英国法总论》(The Institutes of the laws of England)^[3]在解读其写作背景与原始文本的基础上，集中讨论柯克对17世纪以来的英国法学近代化所具有的开创性的贡献，最后对于柯克著作的“缺陷”及其成因作简要评述与解读。

[1] 参见[美]萨拜因：《政治学说史》(下)，刘山译，商务印书馆1986年版，第509-510页；贺卫方：《柯克的故事》，载氏著：《司法的理念与制度》，中国政法大学出版社1998年版；于明：《法律传统、国家形态与法理学谱系——重读柯克法官与詹姆斯国王的故事》，载《法制与社会发展》2007年第2期。

[2] 《柯克报告》原名即为《判例报告》(Report)，为区别于其他编纂者的判例汇编，故后世称为《柯克报告》。全书共13卷，前11卷分别出版于1600-1615年，每卷均由柯克的序言及其对判例的评注组成。第12卷和13卷则是在英国内战结束后，由后人依据柯克生前的手稿整理而成，分别于1655年与1658年出版。报告记载的判例主要来源于1572-1616年之间普通法法院的重大案件，少部分来自衡平法院或王室法院。其简介与篇章选集，可参见 Sheppard Steve eds., *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Liberty Fund, 2003, Vol. 1.

[3] 《英国法总论》共四卷，第一卷是对于《论土地保有》的评注，出版于1628年，又称为《柯克评注利特尔顿》。此后，柯克陆续完成了后三卷的写作，其中，第二卷是对于《大宪章》及其他制定法的评注，第三卷是关于普通法中的罪名与刑罚，第四卷则是关于英格兰国会与各种法院的管辖权。但由于查理一世的禁令，这些手稿在柯克生前未能出版，并于柯克逝世前为国务大臣温德班克所查封。直至英国内战爆发后，在长期国会的支持下，后三卷《总论》才得以重新面世，并由柯克的继承人分别于1642年和1644年出版。其简介与篇章选集，可参见 Sheppard Steve eds., *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Liberty Fund, 2003, Vol. 2.

一 英国法学的十字路口——《柯克报告》 与《英国法总论》的诞生及背景

一般观点认为,英国的法学近代化是“自发型”模式的典型,^[4]是在格兰维尔、布拉克顿等人开创的中世纪法学的基础上,通过对传统法学成果的继承与改造逐步实现的;这一历程的起点是17世纪初爱德华·柯克爵士《英国法总论》(1628)的出版。^[5]不过,需要进一步指出的是,尽管从历史的长时段来看,英国的法学近代化确实是“自生自发”的,但就柯克爵士所处的历史语境而言,英国的法学同样面临着是否全盘继受罗马法学的选择。换言之,在法学近代化的启动之初,又并非纯粹地“自生”或“自发”,而很大程度上来自于罗马法学的触动与影响。因此,对于柯克及其法学的讨论,首先应当回到16、17世纪的英格兰,从英国法学所面临的基本问题与选择入手,探寻柯克之所以选择撰写《报告》与《总论》这两部著作的深层背景与动因。

总体而言,16、17世纪的英格兰正处于一个“逐步脱离中世纪、走向近代化大国的时期”。^[6]这一历史进程的突出表现是英格兰近代工商业的兴起与民主国家的形成;同时,反映在法学的领域,也要求清除英国中世纪法学中的混乱、模糊与不确定的因素,实现法学的统一性与确定性,以满足资本主义经济发展与主权国家建构的需求。因此,如何对传统的普通法法学进行变革与改造,以推进英国法学的近代化,就成为摆在柯克及其同时代法律人面前的最基本的“时代命题”。

(一) 撰写英国的《国法大全》

对于这一问题,首先一种回答是主张全面继受正在欧洲大陆复兴的罗马法学;其最初的倡导者是来自欧洲大陆的托马斯·斯塔基(Thomas Starkey)等人文主义学者。在他们眼中,中世纪的英国法学“充满了混乱与争议,缺乏权威与可靠的基础”,^[7]因而必须“以查士丁尼的作品为范例”,^[8]对之进行彻底的否弃与变革。此后,英国本土的人文主义学者,如弗朗西斯·培根爵士(Sir Francis Bacon)等人,也接受了这一观点。他们同样将中世纪英国法学的不确定性与缺乏权威视作其最大的缺陷,主张撰写“英国的《国法大全》”。

培根等人对查士丁尼《国法大全》的模仿,首先来自于其确定的形式。他们主张,对于英国法学中的“判例集”与“教科书”,都应当分别予以清理与简化,并依据《法学汇纂》与《法学阶梯》中的体例进行重新编排。同时,他们也从这一罗马法的模型中汲取了“权威的观念”,始终将法学著作的构建视为从属于国王,试图从君主的权威中获得法学的形式化秩序。正如赫尔格森(Helgerson)所指出的:“与查士丁尼‘撰写’罗马法一样,伊丽莎白或詹姆

[4] 法学近代化是自中世纪后期开始的波及整个世界的一场法学变革与进化运动;就各国不同的发展道路而言,又大体可以分为“自发型”与“继受型”两种模式。参见何勤华:《法学近代化考论》,载氏著:《法律文化史谭》,商务印书馆2006年版,第281页。

[5] 参见何勤华:《法学近代化考论》,载氏著:《法律文化史谭》,商务印书馆2006年,第282页。

[6] 张广智:《西方史学史》,复旦大学出版社2004年版,第131页。

[7] F. W. Maitland, *English Law and the Renaissance*, 中国社会科学出版社1999年影印版,第41-42页。

[8] Richard Helgerson, “Writing the Law”, in *Law, Liberty, and Parliament, Selected essays on the writings of Sir Edward Coke*, edited by Allen D. Boyer, Liberty Fund, 2004, p. 32.

斯一世应当撰写英格兰的法律,而培根则希望自己能成为英国的特里波尼安。”^[9]

此外,培根的追随者亨利·芬奇爵士(Sir Henry Finch)与约翰·考威尔爵士(Sir John Cowell)还直接撰写了以《法学阶梯》为蓝本的英国法著作。前者的作品为四卷本的《英格兰普通法概要》(1603),其结构基本上是对《法学阶梯》的模仿,逻辑结构严密,被霍兹沃思称赞为:“布莱克斯通之前最为完整与系统化的著作”。^[10]考威尔的模仿则更为彻底,其著作《英国法阶梯》(*Imstitutiones Iuris Anglicani*, 1605),严格按照“人一物一诉讼”的篇章结构组织而成,以至于倡导英国法律体系化的布莱克斯通(Blackstone)也认为:“这样的结构安排是不自然与存在缺陷的”。^[11]

总之,在斯塔基、培根等人看来,要想摆脱中世纪以来英国法学中的混乱、不确定与缺乏权威,实现法学著作的统一与明确,唯一的方法就是以查士丁尼的《国法大全》为蓝本,对英国既有的普通法与制定法进行法典式的编纂,并撰写出《法学阶梯》式的英国法教科书。面对法学的近代化,是全盘接受罗马法学的体系,还是在普通法法学的基础上继续前行?英国的法学走到了十字路口。

(二)“老田里会生出新谷子”

但这一主张很快遭到了以爱德华·柯克爵士为代表的普通法法律人的反对。柯克认为,全盘接受罗马法学或是撰写英国《国法大全》的主张,无异于一种“痴人说梦”,^[12]并不具有实现的可能性。尽管柯克也同样意识到了中世纪法学所存在的不足,并提出了要对普通法著作进行“重新撰写”的主张;但与培根等人借助于欧陆的罗马法学不同,他将目光投向了往昔,试图从中世纪普通法的经典著作中寻求英国法学的新生。正如他本人曾经写到的:“我们现在来读一读古代作家吧,因为老田里会长出新谷子的。”^[13]

对于英国的普通法法学而言,这里的“古代作家”既包括了古代《年鉴》等“判例集”的撰写人,也包括了布拉克顿、利特尔顿等早期法学“教科书”的作者;而柯克所要培育的“老田”,正是中世纪以来被称为《年鉴》的“判例集”,以及利特尔顿的《论土地保有》等经典法学“教科书”。

首先,是对于《年鉴》等“判例集”的改造。从13世纪开始,普通法即出现了判例编纂的传统,^[14]但这种《年鉴》在很大程度上又不同于现代的判例集,因为其内容的关注点主要集中在法庭的诉讼程序、调查事实的方法以及辩论的技巧之上,而较少涉及判决的理由及法律论证的过程。^[15]这样一种特点,也使得人们很难从判例的本身发展出一般的法律规则,亦难以构成拘束后来司法审判的先例。当然,这并不排除少数的法律人在熟读所有《年鉴》的基础上灵活地引用判例(比如柯克法官本人),但这对大多数人而言只能是一种例外,仍然

[9] Richard Helgerson, "Writing the Law", in *Law, Liberty, and Parliament, Selected essays on the writings of Sir Edward Coke*, edited by Allen D. Boyer, Liberty Fund, 2004, p. 33.

[10] Sir William Holdsworth, *A History of English Law*, Vol. V, Methuen Co Ltd and Sweet Maxwell Ltd, 1945, p. 401.

[11] 参见全宗锦:《威廉·布莱克斯通爵士和他的〈英格兰法释义〉》,北京大学博士论文2004年,第64页。

[12] 比如,他在培根的《伟大的复兴》一书的扉页上写道:“这本书完全不适合在法学院里阅读,倒适合将其送到一艘疯人船上去。如果你想修正古代先哲的教义,你最好还是先修正你自己的法律与正义观念。”参见 Catherine Drinker Bowen, *The Lion and the Throne: The Life and Times of Sir Edward Coke*, Brown & Company Limited, 1956, pp. 549-550.

[13] Sir Edward Coke, *Institutes of the Laws of England*, Vol. 4, in Sheppard Steve eds., *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Vol. 2, Liberty Fund, 2003, p. 522.

[14] 参见何勤华:《西方法学史》,中国政法大学出版社1996年版,第291-292页。

[15] Theodore F. T. Plucknett, *A Concise History of the Common Law*, fifth edition, Butterworth & Co. Ltd. 1956, p. 270.

无法制度化地回应社会对法律确定性的常规性要求。柯克显然也意识到了《年鉴》的上述弊端,因此,尽管他反对全盘继受罗马法学的主张,但也并不打算恢复已中断半个多世纪的《年鉴》编纂,而是在重新整理既有《年鉴》的基础上,通过增添新的判例和使用更为现代的方法,着手制定一种全新的判例汇编——《判例报告》。^[16] 依据私人编纂报告的习惯,这部《判例报告》被称之为《柯克报告》(Coke's Report)。

其次,是对于《论土地保有》等经典法学教科书的改造。在普通法的经典著作中,柯克最为欣赏与推崇的显然是利特尔顿的《论土地保有》;^[17] 而直接促使柯克选择这部作品进行重新评注的原因,同样来自于罗马法学的挑战。当时,法国的罗马法学家贺特曼就曾指责《论土地保有》一书是“完全混乱无序与愚蠢可笑的著作”。^[18] 对此,柯克在《报告》的序言中做出了激烈的回应,他“坚决反对一切对于《论土地保有》的指责,坚信这部完美作品中不可能含有任何的错误”,并认为“由民法学者来撰写英格兰普通法将是极端危险的选择”。^[19]

当然,由于论战的激烈,柯克的言辞不免言过其实。至少在 17 世纪初的英国,《论土地保有》一书也已经呈现出了许多落后于时代的迹象:一方面,该书从内容上看,主要局限于封建土地保有制度,对许多内容的论述也与时代脱节;另一方面,该书缺乏必要的引注,也几乎没有援引判例,“法学知识完全建立在学说的基础上,而缺乏统一的权威”。^[20] 事实上,柯克本人对于这些缺陷也并非“视而不见”;他此后的行为也表明,他同样认为有必要对普通法进行重新撰写。只是与贺特曼的彻底否定不同,他决定通过增添新的注释的方法进一步完善这部伟大的作品,并同时为《大宪章》等古代制定法以及犯罪刑罚与法院管辖等内容进行全面的评述,以撰写出一部更为完整的、也更适合 17 世纪的学习者阅读的普通法教科书——《英国法总论》。这同样是一部《法学阶梯》,但却完全是英国式的;除书名之外,几乎再也看不到来自罗马法学的影

总之,英国中世纪以来的法学形态,无论是“判例集”还是“教科书”,在 16 世纪的历史条件下,都遭遇了前所未有的危机。“即便英国法并不存在被罗马法完全取代的危险,但也不能否认,英国传统的普通法法学正处于一个被‘罗马化’的版本所取代的危险之中。”^[21] 在这一紧要关头,是柯克爵士以“老田生新谷”的方式,对中世纪以来的英国法学进行了新的改造,从而维系了普通法的法学传统,将古老的普通法法学带入了近代。

[16] 实际上,在柯克之前已经出现了这种由私人编纂的判例集。比如最早的一部私人判例报告《戴尔报告》(Dyer's Reports)就编纂于 1537 年,这一时期著名的《报告》还有两卷本的《普洛登报告》(Plowden's Reports, 1550 - 1580)。但这一阶段的报告在编纂的技术上尚不成熟,也很少被作为先例引用。

[17] 柯克赞誉其为“普通法的荣誉,是迄今为止人文科学领域中最完善、最纯粹的一部作品”。Sir Edward Coke, *Institutes of the Laws of England*, Vol. 1, in Sheppard Steve eds., *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Vol. 2, Liberty Fund, 2003, p. 584.

[18] Sir Edward Coke, *Part Ten of the Reports*, in Sheppard Steve eds., *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Vol. 1, Liberty Fund, 2003, p. 340.

[19] Sir Edward Coke, *Part Ten of the Reports*, in Sheppard Steve eds., *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Vol. 1, Liberty Fund, 2003, p. 341.

[20] J. H. Baker, "English Law and the Renaissance," *Cambridge Law Journal*, 44(1), March 1985, pp. 46 - 61.

[21] Richard Helgerson, "Writing the Law", in *Law, Liberty, and Parliament, Selected Essays on the Writings of Sir Edward Coke*, edited by Allen D. Boyer, Liberty Fund, 2004, p. 32.

二 英国法学的近代性萌芽——对《报告》 与《总论》的文本解读

在接下来的论述中,笔者将分别从“法学观”、“部门法学”与“法学形态”三个方面入手,在重新解析与诠释《报告》与《总论》的文本细节的基础上,^[22]具体地揭示柯克著作中所蕴涵的英国法学“近代性”的萌芽,以及柯克爵士对于英国法学近代化所做出的开创性贡献。

(一)“技艺理性”与近代法学观

法学近代化的首要标志是“形成近代资产阶级的法学世界观”。^[23]尽管在柯克的著作中,我们还看不到“天赋人权”、“三权分立”等近代法学观的经典表述,但其中许多核心理念都已经包含在柯克著作的文字之中,尤其是柯克在其著作中做出系统阐述的“技艺理性”学说,最为集中地体现了柯克法学观中的近代性因素。

正如美国学者斯托纳所指出的,“在柯克对于法律的理解之中,最为重要的原则是他坚持法律等于理性”。^[24]尽管利特尔顿在《论土地保有》中也曾多次提及“理性”一词,但始终未能对法律与理性的关系做出明确的说明,只是笼统地认为法律不可“有悖理性”。在《总论》的评注中,柯克继承了这一思想,并对于“理性”概念做了进一步的阐释。

比如,在《论土地保有》第80节中,利特尔顿指出,对于地方的习惯,“只要不悖理性,就完全可以承认和允许”。对于这里所谓的“有悖理性”,柯克在注释中写道:

这不能被理解为没有学识的常人的理性,而是由法律的权威所保证的技艺理性和法律的理性:法律乃是最高级的理性。^[25]

在随后的第138节中,柯克又进一步对“技艺理性”的观点做出了更为全面与深入的阐释:

理性乃是法律的生命,因而普通法无非就是理性而已,它可以被理解为通过长期的研究、深思和经验而实现的理性之技艺性的完美成就,而不是普通人的天生的理性,因为没有人一生下来就技艺娴熟,这种法律理性乃是最高级的理性,因而,即使分散在如此众多的头脑中的全部理性都集中于一人头脑中,也不可能造出像英国法这样的一套法律,因为通过很多代人的实践,英国法才由无数伟大的、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是如此完美,就像古老的规则可以公正地证明的:没有人会比普通法更有智慧,因为法律乃是理性

[22] 当然,由于《报告》与《总论》的卷帙浩繁,且包含大量的法律法语与拉丁语,历史上也存在多个版本,笔者此处使用的是2004年由自由基金出版社出版的《柯克著作与演讲选集》中的节选篇章。参见 Sheppard Steve eds., *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Liberty Fund, 2003。

[23] 何勤华:《法学近代化考论》,载氏著:《法律文化史谭》,商务印书馆2006年版,第288-289页。

[24] [美]小詹姆斯·R. 斯托纳:《普通法与自由主义理论》,姚中秋译,北京大学出版社2005年版,第35页。

[25] Sir Edward Coke, *Institutes of the Laws of England*, Vol. 1, in Sheppard Steve eds., *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Vol. 2, Liberty Fund, 2003, p. 684.

之圆满状态。^[26]

在这里,柯克指出了“技艺理性”与传统的法律理性之间的区别。在源自古希腊与古罗马的法律观念中,法律是具有理性的;但这种“理性”更多的是一种“常人理性”,是任何人固有的“自然理性”。^[27]与之相反的是,在柯克看来,真正的法律理性只能是具有权威保障的“技艺理性”;它是一种高于“常人理性”的理性,而法律也必然是这种“最高级理性”的反映。^[28]与“常人理性”的与生俱来不同,“技艺理性”是“通过长期的研究、深思与经验”与“很多代人的实践”才得以形成的,是历代法律研究与实践中的经验与智慧的沉淀。换言之,“柯克所诉诸的理性,并不是一种理论天赋,而是一种实践能力”,^[29]它不是一种“常人的理性”,而是一种“法律人的理性”,更准确地说,是一种“法官的理性”。

对于柯克的“技艺理性”学说,尽管许多学者都曾提出不同的反对与批评,甚至被认为是法律职业阶层对于既得利益的一种维护与保守;但事实上,这一理论的提出又并非源于历史或传统,而更多地来自于对近代英国社会转型的语境化回应,来自于柯克从近代性的视角对于英国的政治与法律问题进行的重新审视与思考,因而同样是一种具有近代色彩的法学世界观。正是“技艺理性”的学说,首次明确阐述了普通法所具有的高度的内在理性,从而有效地回应了近代社会对法律确定性的需求。^[30]同时,这一观念也蕴涵了对于近代王权扩张的限制,并暗示了近代司法独立得以成立的理论基础。^[31]总之,“技艺理性”学说试图解决的问题及其所依凭的立场都完全是近代的,“它力图以此改造中世纪以来的英国法,以适应那个正在形成中的新社会的需求”。^[32]

(二)“部门法学”的近代因素

除法学观之外,法学近代化的另一个重要标志是“形成了门类齐全、系统发达的各个部门法学”。^[33]在柯克的时代,尽管尚未出现严格的“部门法学”,但各领域的法学分支已经大体形成;而《报告》与《总论》对于许多具体问题的论述,在事实上也开启了各“部门法学”的近代性改造,为整个法律体系的近代化奠定了基础。

首先,是对于英国土地法的近代化改造。自中世纪以来,土地法一直处于英国普通法的核心领域,整个普通法的体系都是围绕土地权益而展开的。如前所述,利特尔顿的《论土地

[26] Sir Edward Coke, *Institutes of the Laws of England*, Vol. 1, in Sheppard Steve eds., *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Vol. 2, Liberty Fund, 2003, p. 710.

[27] John Lewis, “Sir Edward Coke (1552 - 1634): His Theory of Artificial Reason’ as a Context for Modern Basic Legal Theory”, in *Law, Liberty, and Parliament, Selected Essays on the Writings of Sir Edward Coke*, edited by Allen D. Boyer, Liberty Fund, 2004, p. 113.

[28] John Lewis, “Sir Edward Coke (1552 - 1634): His Theory of Artificial Reason’ as a Context for Modern Basic Legal Theory”, in *Law, Liberty, and Parliament, Selected essays on the writings of Sir Edward Coke*, edited by Allen D. Boyer, Liberty Fund, 2004, p. 108.

[29] [美]小詹姆斯·R. 斯托纳:《普通法与自由主义理论》,姚中秋译,北京大学出版社 2005 年版,第 36 页。

[30] 与罗马法学将法律的确定性等同于形式逻辑不同,柯克将历史的“一贯性”看作对法律确定性更为根本的规定。法律乃是法官们多少年来的一贯行动,而绝非立法者一时的恣意之举。参见李猛:《除魔的世界与禁欲者的守护神》,载《韦伯:法律与价值》,上海人民出版社 2001 年版,第 163 - 176 页。

[31] 正如希尔(Christopher Hill)所指出的:“技艺理性的学说为 16 世纪末的英国提供了这样一种技术,它使得历史上的判例对当下具有拘束力,也使得普通法得以成为一个统一的整体。柯克运用它重新锻造了普通法,使其更为坚固、具有内在一致性的法律,从而可以充当起对抗国王特权的强大武器。”Christopher Hill, *Intellectual Origin of the English Revolution*, Oxford: Clarendon, 1997, p. 22.

[32] Sir William Holdsworth, *Sources and Literature of English Law*, Oxford University Press, 1925, p. 140.

[33] 何勤华:《法学近代化考论》,载氏著:《法律文化史谭》,商务印书馆 2006 年版,第 291 页。

保有》即是对这一理论体系的总结,而柯克对于英国法学的近代化改造也同样是从小土地法领域入手的,集中体现于《总论》第一卷,即对《论土地保有》一书的评注之中。从结构上看,《柯克评注利特尔顿》完全承袭了中世纪的封建土地法体系,但就其评注的内容而言,柯克却“把重点放在非封建性的产权形态上,比如公簿地产保有、完全保有地产权”等。^[34] 即使是对于一些古老的封建保有,柯克也将更多的笔墨用于描述这些制度在近代以来的变迁。

比如,在英国的封建土地保有中,并不存在严格的所有权概念,但已经出现了最为接近于所有权的非限定继承地产权。在《论土地保有》中,尽管已经对非限定继承地产权做出了论述,但对于该保有人自由买卖与处置的权利却较少涉及。^[35] 而柯克对于“非限定继承地产权”的评注,不仅在篇幅上数十倍于利特尔顿,且着重对于涉及保有人处置权能的词句进行了详尽的阐述。^[36] 如在“购买土地”的词条之下,柯克即全面论及了在诸如外国人、异教徒、维兰等不同保有人在买卖非限定土地的过程中所适用的规则,并引用了伊丽莎白时期的判例,以说明土地买卖规则在16世纪所发生的变化。^[37] 又如,在对“土地授予与赠与”这一词条的评注中,柯克较利特尔顿更为详尽地阐明了非限定继承土地保有人对其土地按照本人意愿自由转让和赠与的权利,并援引16世纪的“林肯学院案”(Lincon inn's Case)和“博拉斯顿案”(Borastons Case)对其中的规则进行了新的诠释。^[38]

又比如,英国土地制度的近代变迁还伴随着农奴身份的逐渐放松,最初的维兰保有逐渐转变为公簿保有。相比前者而言,公簿持有人享有更多的自由;但他们在性质上仍然属于不自由土地保有,并长期被排除在普通法的管辖之外,因而往往容易导致权益上的纠纷。^[39] 因此,如何保护公簿持有农的权利,成为近代英国土地法中所面临的主要问题。对此,柯克明确地指出,“公簿持有农应当具有稳固的地位,普通法应提供有利于他们的救治方法”。^[40] 同时,在“法律和国王令状”等词条的评注中,柯克还详细地论证了普通法对公簿持有农实施管辖的理由、情形及其所适用的令状。^[41] 尽管这样一种保护并没有从根本上改变公簿持有保有地的性质,但却在很大程度上适应了近代英国农业资本主义发展的需求,也为公簿持有农在法律上最终向自由持有农的转变奠定了基础。^[42]

除《总论》之外,柯克在《报告》中的许多判例也都涉及了对于土地法的近代化改造,其中最为突出的是“谢利案”(Shelley's Case)报告中确立的“谢利案规则”。在该案中,亨利·谢利与他的叔叔理查德·谢利就其祖父爱德华·谢利遗留的土地权益产生了纠纷,其

[34] [美]小詹姆斯·R. 斯托纳:《普通法与自由主义理论》,姚中秋译,北京大学出版社2005年版,第32页。

[35] 参见 Sir William Holdsworth, *A History of English Law*, Vol. II, Methuen Co Ltd and Sweet Maxwell Ltd, 1945, p. 574。

[36] 参见 Sir Edward Coke, *Institutes of the Laws of England*, Vol. 1, in Sheppard Steve eds., *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Vol. 2, Liberty Fund, 2003, pp. 591 - 643。

[37] 参见 Sir Edward Coke, *Institutes of the Laws of England*, Vol. 1, in Sheppard Steve eds., *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Vol. 2, Liberty Fund, 2003, pp. 596 - 604。

[38] Sir Edward Coke, *Institutes of the Laws of England*, Vol. 1, in Sheppard Steve eds., *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Vol. 2, Liberty Fund, 2003, pp. 596 - 604。

[39] “这就使得公簿持有农的地位具有两重性,它有受法律保护的一面,另一方面,又隐藏着某种不确定性,公簿持有农的使用权和继承权极易产生争议。”沈汉:《英国土地制度史》,学林出版社2004年版,第102页。

[40] Sir Edward Coke, *The Compleat Copyholder*, in Sheppard Steve eds., *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Vol. 2, Liberty Fund, 2003, p. 564。

[41] Sir Edward Coke, *Institutes of the Laws of England*, Vol. 1, in Sheppard Steve eds., *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Vol. 2, Liberty Fund, 2003, pp. 712 - 723。

[42] 关于公簿持有农的法律地位的变迁,参见沈汉:《英国土地制度史》,学林出版社2004年版,第96 - 104页。

分歧主要集中于爱德华在遗嘱中将土地转让给“他本人及他的男性继承人”的意义之上。最终,在柯克的辩护下,亨利赢得了这场诉讼,“遗赠与转让协议书中的限定性词语获得了直接对抗违反赠与人与出让人意图的行为的效力”。^[43] 这一结果在事实上承认了土地保有人的意志在土地流转中的权利,使地产权的权能越来越倾向于“非限嗣继承地产权”。在随后的“判例报告”中,柯克进一步将该案隐含的规则表述如下:

如果在一次地产权授予中,A 被授予完全保有地产权,并由其继承人享有剩余地产权,则剩余地产权应属于 A 所指定的人享有,而不是其继承人,因此 A 在实际上享有绝对的非限嗣继承地产权。^[44]

这一规则此后即被视为英美财产法上具有里程碑意义的“谢利案规则”。尽管该规则在柯克之前就已经存在,但“柯克在《报告》中的详细论述与精确阐释使得这一规则被 17 世纪的英国法院正式接受为一个具有拘束力的规则,它实际上表达出了当时的英格兰法院有意将对土地流转的限制减小到最低限度的努力”,^[45]“这在很大程度上构成了英国中世纪财产法向近代财产法演进的关键环节”。^[46]

其次,在宪法学领域,柯克的贡献集中体现在对《大宪章》的评注之上。1215 年的《大宪章》是英国历史上的重要文件,它明确限制了国王的特权,并对贵族的自由权利作了清晰的规定,长期以来被视作英国宪法的源头。但在中世纪,《大宪章》真正发挥效力的时间只持续了一百余,此后就“陷入无人问津的湮没之境”。^[47] 直到 17 世纪,为了对抗日益强大的绝对主义,《大宪章》才再度进入人们的视野,这就是被波科克(Pocock)称之为“古代宪法复兴”的运动。^[48] “而这场复兴在很大程度上又应归功于柯克爵士”,^[49] 归功于柯克在《总论》中对于《大宪章》的重新评注。

当然,柯克之所以花费了大量的篇幅用于《大宪章》的评注,其目的又并非仅仅为了恢复人们对于古老宪法的关注,同时还试图将其适用范围从原有的封建贵族扩展至全体英国人民。正如柯克在序言中写道的:“它之所以被称为《大宪章》,并不是由于它的篇幅巨大,而是由于它的内容至关重要且范围广泛,它是整个王国所有的居民的基本权利的源泉。”^[50]

比如,《大宪章》中著名的第 29 条是对“自由民”的人身自由权利的列举与规定,柯克在对于“任何自由民”这一概念进行评注时,即做出了明确的扩张解释,将妇女也纳入到了《大宪章》的保护范围之内;并一定程度上对于农奴提供了类似的保护,认为“这里的自由民还

[43] John Hostettler, *Sir Edward Coke: A Force for Freedom*, Barry Rose Law Publishers Ltd, 1997, p. 8.

[44] Sir Edward Coke, *Part One of the Reports*, in Sheppard Steve eds., *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Vol. 2, Liberty Fund, 2003, p. 19.

[45] Sir Edward Coke, *Part One of the Reports*, in Sheppard Steve eds., *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Vol. 2, Liberty Fund, 2003, p. 7.

[46] John Hostettler, *Sir Edward Coke: A Force for Freedom*, Barry Rose Law Publishers Ltd, 1997, p. 8.

[47] [美]爱德华·考文:《美国宪法的高级法背景》,强世功译,三联书店 1996 年版,第 28-29 页。

[48] 参见 J. G. A. Pocock, *The Ancient Constitution and the Feudal Law: A Study of English Historical Thought in the Seventeenth Century*, Cambridge University Press, 1987.

[49] [美]爱德华·考文:《美国宪法的高级法背景》,强世功译,三联书店 1996 年版,第 25 页。

[50] Sir Edward Coke, *Institutes of the Laws of England*, Vol. II, in Sheppard Steve eds., *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Vol. 2, Liberty Fund, 2003, p. 720.

延伸至维兰(农奴),因为除了相对于他们的领主,他们对于任何人都是自由的”。^[51] 这一规定显然也与中世纪后期农奴制瓦解的趋势相适应。

又比如,《大宪章》中的“自由权与自由习俗”,原本的含义主要是指个人不受非法扣押、逮捕与剥夺财产的自由。但随着近代商品经济的兴起,英国公民对自由权利的追求也不再仅仅局限于人身或财产领域,他们同时希冀打破都铎王朝以来的商品专卖权制度,以获得自由贸易的权利。因此,柯克在对“自由权与自由习俗”的评注中,又明确地指出,“所有的专卖垄断行为都是与《大宪章》相违背的,因为它们违反了臣民的自由权利,违反了本土的法律。”^[52] 总之,经过柯克的努力,几近湮没的《大宪章》逐渐恢复了往日的地位,并获得了全新的近代性含义。正如谢泼德所指出的:“这些评注在此后的三百年中几乎成为了人们对《大宪章》之含义的最基本与最权威的理解。”^[53]

再次,柯克的贡献还体现在诸如契约法等较为晚近的法学分支中。尽管作为普通法的学者,柯克本人并未对契约法学做过专门的研究,甚至严格意义的契约法学乃是在柯克之后才最终发展起来的。但这并不意味着柯克对契约法学知之甚少,实际上,由于柯克本人作为律师与法官的实践经历,使得他本人亲身参与了许多有关契约的案件审理,在他的《报告》中亦记录了数个与之相关的案件,而其中对后世影响最为深远的,是第四卷《报告》中记录的“史莱德案件”(Slade's Case)。正如密尔松(Milson)教授所指出的:“在英国契约法发展的历史上,没有哪一个案件像史莱德案一样引起人们如此广泛的讨论。”^[54]

在进入柯克对史莱德案的讨论之前,有必要简单回顾一下英美契约法的早期历史。最初,英国的契约法来自于普通法中的各种复杂的诉讼形式。其中,早期的契约案件主要是通过对人诉讼,尤其是专约之诉和清偿债务之诉来审理的,但这些诉讼令状具有明显的弊端:一方面,它们往往有赖于盖印书面的形式主义;另一方面,它们只局限于实际履行之后的契约,而对于待履行的合同则难以提供救济。^[55] 针对专约之诉与清偿债务之诉的不足,普通法开始寻求更好的办法加以解决。后来,普通法法律人开始尝试用侵权法中的损害赔偿之诉对契约诉讼提供救济,并从中逐渐发展出违约赔偿之诉这样一种新型的诉讼形式。最早的违约赔偿之诉是出现于1348年的“洪伯摆渡案”(Case of the Humber Ferryman)。^[56]

但需要指出的是,该案的违约赔偿之诉在很大程度上仍然属于侵权性质的诉讼,而要使违约赔偿之诉成为一种成熟而统一的契约诉讼模式,还需要使清偿债务之诉的情形完全纳入到违约赔偿之诉的范围中,即“使一定金额的债务与一般损害的赔偿金额均可在违约赔偿之诉中获得救济”,^[57] 而这一工作即是在柯克《报告》所讨论的“史莱德案”中完成的。依

[51] Sir Edward Coke, *Institutes of the Laws of England*, Vol. II, in Sheppard Steve eds., *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Vol. 2, Liberty Fund, 2003, p. 746.

[52] Sir Edward Coke, *Institutes of the Laws of England*, Vol. II, in Sheppard Steve eds., *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Vol. 2, Liberty Fund, 2003, p. 746.

[53] Sir Edward Coke, *Institutes of the Laws of England*, Vol. II, in Sheppard Steve eds., *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Vol. 2, Liberty Fund, 2003, p. 745.

[54] [英]密尔松:《英国普通法的历史基础》,李显东译,中国大百科全书出版社1999年版,第395页。

[55] A. W. Simpson, *A History of the Common Law of Contract: The Rise of Action of Assumpsit*, Clarendon Press, 1975, pp. 17-18.

[56] 参见杨楨:《英美契约法论》,北京大学出版社2003年版,第279-280页;另参见刘承睦:《英美法对价原则研究》,法律出版社2006年版,第60页。

[57] 杨楨:《英美契约法论》,北京大学出版社2003年版,第280页。

据柯克的记录,该案的案情大体如下:原告约翰·史莱德(John Slade)诉被告莫利(Morley)的特定要求,经过讨价还价把一定数量的尚未收获的粮食卖给了被告,同时被告承诺在约定的日期付给原告货款。但是,被告蓄意欺诈原告,没有履行付款义务,并使原告遭受了损失。对于原告要求损害赔偿的主张,被告答辩称他没有赔偿的义务。法院的特别裁定说明,被告确实曾经承诺购买粮食,但除了前述交易之外,他并没有做出其他承诺或者承担其他义务。所以如果法庭认定原告所指控的责任,那么陪审团就会做出对于原告有利的判决,要求被告支付相应的损害赔偿。^[58]

鉴于该案的复杂与重大,与谢利案一样,该案被王座法院提交至由所有英格兰大法官共同参与的财政署内室法庭审理。“在那儿,当时身为总检察长的柯克支持原告,而培根爵士则支持被告的主张,最终,原告的请求,即以违约赔偿之诉取代清偿债务之诉的主张就获得了胜利,并且通过违约赔偿之诉,原告不仅得以补偿损失,还可以恢复原始债务。”^[59] 依据柯克在《报告》中的分析,该判决的实质,是使得给付之承诺可以被推定而构成违约赔偿之诉,即任何待履行的有效契约,推定含有给付之承诺在内。换言之,一方当事人一旦同意支付钱款或运送货物,就表示其承诺有支付或运送的责任,如果拒不履行,对方即可以提起违约赔偿之诉,以救济契约不履行的情形,^[60] 从而使得违约赔偿之诉逐渐突破了其与清偿债务之诉的传统边界。^[61] 也正是在这个意义上,一般性的契约上的诉讼形式开始形成,史莱德案亦成为“现代契约法之滥觞”。^[62] 尽管围绕该案的事实与审判,英美学界直至今日依然存在着广泛的争论,但不可否认的是,该案在英美契约法历史上所具有的划时代的意义,它标志着违约赔偿之诉的成熟与英美现代契约法历程的开端。

最后,除上述三个方面之外,柯克的著作对于普通法中的刑事法、程序法等其他分支法学的内容也都做了较为全面的阐述,甚至原本处于普通法领域之外的商人法也同样被纳入了本书的论题之中,并较多地反映了这些领域在近代的发展与衍化。比如,柯克的评注中多处涉及了英国刑法学中的基本概念,如重罪(392a)、过失(246a)、胁迫(253a)等。以“重罪”一条为例,柯克在随后的评注中首先从历史的角度分析了“重罪”与“叛国罪”之间的关系,描述了叛国罪逐渐从重罪中分离出来的趋势与过程。其次,柯克还对罗马法上的重罪做了简要的论述,指出了普通法的重罪与民法上的重罪在范围以及是否使用陪审团等程序上的差别。最后,柯克还援引了亨利八世第 28 年颁布的有关重罪的制定法,并对该法令对重罪赦免的影响及其在伊丽莎白时期的实施情况做了分析。^[63]

又比如,对于陪审团、诉讼程式、英国海外诉讼等程序法学的内容,柯克同样在《总论》中有许多论述。在柯克看来,程序法学是英国法学的核心,也是使土地财产法中的权益规定能够实现的重要保障。以“陪审团”为例,利特尔顿在第 366 节《论附条件地产权》中出现了“12 人的裁决”,柯克在其后的评论中对陪审团与法官的职能做了很好的区分:

[58] Sir Edward Coke, Part Eight of the Reports, in Sheppard Steve eds., *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Vol. 2, Liberty Fund, 2003, pp. 116 - 124. 另参见刘承睦:《英美法对价原则研究》,法律出版社 2006 年版,第 71 页。

[59] Theodore F. T. Plucknett, *A Concise History of the Common Law*, fifth edition, Butterworth & Co. Ltd, 1956, pp. 645 - 646.

[60] 杨桢:《英美契约法论》,北京大学出版社 2003 年版,第 281 页。

[61] A. W. Simpson, *A History of the Common Law of Contract: The Rise of Action of Assumpsit*, Clarendon Press, 1975, p. 301.

[62] 杨桢:《英美契约法论》,北京大学出版社 2003 年版,第 281 页。

[63] Sir Edward Coke, *Institutes of the Laws of England*, Vol. 1, Hargrave, 1975 - 78. 392 a.

Verdict 是对事实的判断,而 judgement 是对法律的判断。也就是说,法律的问题不是由陪审团而是由法官来回答的,而事实的判断则不由法官而由陪审团做出。因为陪审团审判的是事实,而法官则应当在这些事实的基础上对法律问题做出裁决。因为法律起源于事实。^[64]

随后,柯克还对“verdict”的两种形式及“一般裁决”与“特殊裁决”展开了充分的论述。从英国程序法学发展的历史上来看,陪审团与法官在诉讼过程中的分工是长期混杂不清的。正如贝克所指出的,“直到 16 世纪以后,英国的法官才越来越倾向于在案件中做出确定的法律判决”。^[65] 因此,柯克的这一论述无疑是对英国诉讼法学的最新发展的总结,也构成了英国近代程序法得以展开的基础。

此外,尤其值得一提的是,柯克在《总论》中还出现了对于近代商法的论述。与土地法、刑法或程序法等领域不同,商人法在近代之前始终独立于普通法的发展。因此,商法学的内容在过去一直属于罗马法学或衡平法学涉及的领域,柯克之前的传统普通法著述也几乎不包含商法学的知识。直到 17 世纪初,随着近代工商业在英国的发展,在普通法内部才出现了将商人法吸收到普通法中来的声音,而柯克正是这一主张的最初倡导者。比如,他本人在 1600 年就曾宣布商人法为普通法的一部分,要求“普通法律师和普通法法庭从此以后要为商人利益服务”。^[66] 反映在其个人的著作上,柯克也努力将对商法的研究纳入到普通法法学的体系之中,为此,它在《总论》的评注中的许多章节都论述了为当时的普通法学者所不熟悉的商法知识,如第 172a、182a、250a 等。

例如,在对“Corps politique”的评注中,柯克对英国法律中新出现的“公司”这一术语进行了解析,指出“这是一种依据政策构成的实施特定功能的集合体,在利特尔顿的时代被视为一种政治集合体,如今也可以被称为公司。它是由多人组成的一个集合体,可以从事各种交易,包括商业贸易。它主要通过三种形式创立:即国王法令、特许状或议会法案”。^[67] 之后,柯克还对公司的世俗性质,及其在罗马民法学中的状况做了说明。虽然柯克对于商法的这些论述较之当时罗马法学学者的作品还是比较简单与不系统的,但在普通法法学的内部却是迈出了具有近代性的第一步。

(三) 法学形态的近代特征

柯克对于近代化的贡献,也并不局限于法学观与部门法学等内容性要素;从形式性的角度来看,柯克的著作还同时开启了注释法学与判例法学这两种具体法学形态的近代转型。

首先,是注释法学的发展。“作为一种学术形态,法学的重要构成要素是法律注释学”;“近代法律注释学逐渐从神学和经学的体系中解放了出来,并具有了规范化、技术化和科学化的特征,这也是法学近代化的一个重要标志。”^[68] 而柯克的著作,尤其是《总论》一书,即集中体现了英国注释法学的近代转型,在注释技术与引证规范上都呈现出新的特征。

一方面是注释方法的技术化与多样化。以《总论》第一卷为例,柯克对于《论土地保有》

[64] Sir Edward Coke, *Institutes of the Laws of England*, Vol. 1, in Sheppard Steve eds., *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Vol. 2, Liberty Fund, 2003, pp. 725 - 756.

[65] J. H. Baker, “English Law and the Renaissance,” *Cambridge Law Journal*, 44(1), March 1985, p. 59.

[66] [美]泰格、利维:《法律与资本主义的兴起》,纪琨译,学林出版社 1996 年版,第 209 页。

[67] Sir Edward Coke, *Institutes of the Laws of England*, Vol. 1, Hargrave, 1975 - 78. 172 a.

[68] 何勤华:《法学近代化考论》,载氏著:《法律文化史谭》,商务印书馆 2006 年版,第 290 页。

的注释并没有拘泥于单纯的词义阐释,而是从更为广阔视野出发,对于概念或术语的实践形态、具体事例与历史沿革,都做出了精细而全面的解说。比如,对于“Fee simple”(非限定继承权),利特尔顿的论述并没有涉及它们在实际法律生活中的类型,而柯克明确指出了 Fee simple 在历史上存在的类别,并具体指出了这些不同类型的 Fee simple 分散在《论土地保有》中的章节位置。^[69] 依据继承人的客体不同,柯克又进一步将 Fee simple 区分为地产、身份和混合三种。在解说“人身继承”与“混合继承”时,柯克具体引述了爱德华一世与亨利三世颁发的令状,以此说明除土地之外,司法管辖权等人身性权利以及混合权利同样可以成为继承的对象。^[70] 这些具体事例的援引,在利特尔顿的作品中都是不多见的。又如,利特尔顿在第 108 节对“Knight's Service”(服役土地保有)的论述中提到了著名的《大宪章》,在随后的注释中,柯克亦对《大宪章》的制定及历代颁行的情形做了简要的梳理回顾。^[71]

另一方面是在注释规范上,柯克著作中出现了与现代学术规范相近的“引注”。仍以《总论》第一卷为例,在柯克的评注过程中,旁征博引地引用了英国中世纪学史上几乎所有的经典作品,对于古代法学家在相关问题上曾经做出的论述都在旁注中做了精确的注释。而相比之下,在利特尔顿的《论土地保有》中,却绝少提及历史上的经典著作。^[72] 而一旦进入柯克的评注部分,古代著名法学家与作品的名称几乎密密麻麻地占据了大部分的旁注。其中,既有我们熟悉的经典作品,如格兰维尔、布拉克顿、福特斯库等,也有一些后世较少引用的作品,如 1285 年的《司法之镜》(*Mirror of Justices*)、1290 年的《布利顿法律汇编》(*Britton*)以及《弗莱塔英格兰法律摘要》(*Fleta seu Commentarius Iuris Anglicani*)^[73] 等。此外,诸如卡姆登的《不列颠志》^[74] 等法学之外的作品,也经常出现在柯克评注的注释中。

对于这些古代作品,柯克往往是在评述某一具体制度时,将它们之中对此问题做出论述的章节或页码附于旁注中;有时,在一个旁注中引用的书籍就多达五六部。比如,柯克在对“长子继承”这一问题做出解释时,即在旁注中指出,在“《布利顿》第 119 章、《布拉克顿》第 2 章、《弗莱塔》第 6 章、《格兰维尔》第 7 章、《司法之镜》第 1 章第 3 节”,^[75] 古代作家亦对此问题做出过相关的论述。这样一种规范性引注的出现,使得柯克著作中的大多数论题都获得了细致的学术史梳理,也使读者得以追寻普通法制度在历史中的连续与变迁。从近代化的视角来看,这样一种对既有文献的规范引证,也同样构成了近代学术的重要标志之一。

其次,更重要的是判例法学的近代转型。与罗马法学以法典注释学为主要形态不同,普

[69] Sir Edward Coke, *Institutes of the Laws of England*, Vol. 1, in Sheppard Steve eds., *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Vol. 2, Liberty Fund, 2003, p. 593.

[70] Sir Edward Coke, *Institutes of the Laws of England*, Vol. 1, in Sheppard Steve eds., *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Vol. 2, Liberty Fund, 2003, p. 594.

[71] Sir Edward Coke, *Institutes of the Laws of England*, Vol. 1, in Sheppard Steve eds., *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Vol. 2, Liberty Fund, 2003, p. 696.

[72] 比如,柯克在第 96 节《随军出征役》中曾对利特尔顿引用爱德华三世时期的 *H. Gray* 一书评论道:“这大概是我们的作者所引用的第一部书籍”。Sir Edward Coke, *Institutes of the Laws of England*, Vol. 1, in Sheppard Steve eds., *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Vol. 2, Liberty Fund, 2003, p. 685.

[73] Sir Edward Coke, *Institutes of the Laws of England*, Vol. 1, in Sheppard Steve eds., *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Vol. 2, Liberty Fund, 2003, pp. 591 - 592.

[74] Sir Edward Coke, *Institutes of the Laws of England*, Vol. 1, in Sheppard Steve eds., *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Vol. 2, Liberty Fund, 2003, p. 611.

[75] Sir Edward Coke, *Institutes of the Laws of England*, Vol. 1, in Sheppard Steve eds., *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Vol. 2, Liberty Fund, 2003, p. 660.

通法法学的主要形态是判例法学。^[76] 面对来自罗马法学的挑战,柯克的著作在推进英国注释法学发展的同时,也在很大程度上实现了英国判例法学的近代转型。

一方面,《报告》的撰写以及对于判例编纂技术的改造使英国的判例法学进入到了“一个新的纪元”。^[77] 较之中世纪的《年鉴》和早期的一些私人报告,《柯克报告》在具体判例的撰写上表现出两点实质性的不同:一是柯克对判例的记录更为关注判决及其理由,而非审理的程序或辩论的技巧;二是在这些具体的判决以及对判决的评论中,较多地使用了判例的引证。

以著名的“邦汉姆医生案”(Dr. Bonham's Case)为例。在柯克的报告中,对于案情及庭审过程的描述,不到全篇的1/3;其大部分的篇幅都是柯克法官对于判决理由的分析与论证。比如,为了证明伦敦医师行会监禁邦汉姆的行为是错误的,柯克法官将他的论证分为两步:(1) 检察员不拥有监禁邦汉姆的权力;(2) 即使医师行会拥有监禁权,也并没有正确地行使。^[78] 随后,围绕这两个论点,柯克在《报告》中又分别论述了五点和六点理由,展开了环环相扣的论证。因此,仅就论证过程的严密而言,柯克的报告已经与我们今天的《判例报告》相去无几;而之前的《年鉴》则很少在判例的编纂中完整地记录判决的理由与论证。

同样是在这篇报告中,我们还看到了柯克对于判例的引证。比如,在论证检察员不拥有监禁权的理由时,柯克曾写下了被后世视为司法审查起源的著名论断:“检察员不能同时充当法官和当事人……因为一个人不能同时充当自己的法官……当议会的法案违背普遍的权力和理性时,普通法得审查它,并宣布该法案无效。”^[79] 随后,为论证这一观点,柯克即先后引证了四个判例:Tregor案、Cessavit案、Annuity41案和Strowd案。其中,前三个先例引自《年鉴》,而最后一个则出自《戴尔报告》(Dyer's Report)。尽管后世一些学者认为,柯克在援引这些先例时都存在一定的问题,^[80] 但可以肯定的是,较之《年鉴》,《柯克报告》中的判例已经较为频繁地引用了历史上的先前判例。

总之,《柯克报告》在撰写具体判例的技术上,已经较之传统的判例集有了实质性的变化。判例所关心的焦点逐渐从法庭中的辩论、询问等程序因素转向了有关的法律争点及其中包含的实体法的内容。^[81] 同时,判例论证过程中对先例的引用,也发展为一种普遍的形式。^[82] 这些因素无疑都为遵循先例原则的形成奠定了基础;也由此开启了普通法判例编纂的近代转型,从而使英国的判例法学进入了发展实体规则的新阶段。

另一方面,柯克对于判例法学的贡献,还在于《总论》的评注中对于判例的引证,从而使判例法学直接进入到英国法学的教科书之中。正如贝克(J. H. Baker)所指出的:文艺复兴

[76] 尽管严格意义上的“判例法”的形成是19世纪以后的事情,但以判例为主要研究对象的“判例法学”早在英国法学诞生之初就已经产生了,其代表即13世纪以来《年鉴》的撰写。毛国权:《英国法中先例原则的发展》,载《北大法律评论》第1卷第1辑,法律出版社1998年版,第31-64页。

[77] L. W. Abbott, *Law Reporting in England, 1485-1585*, The Athlone Press, 1973, pp. 240-256.

[78] Sir Edward Coke, *Part Eight of the Reports*, in Sheppard Steve eds., *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Vol. 2, Liberty Fund, 2003, p. 273.

[79] Sheppard Steve eds., *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Vol. 1, Liberty Fund, 2003, p. 275.

[80] T. F. T. Plucknett, “Bonham's Case and Judicial Review”, in *Law, Liberty, and Parliament, Selected Essays on the Writings of Sir Edward Coke*, edited by Allen D. Boyer, Liberty Fund, 2004, pp. 151-185.

[81] “法律的争点被揭示得越明确,人们就越关心判决理由,也认识到决定胜负的是包含在这些判决中的法律规则。”Sir William Holdsworth, *A History of English Law*, Vol. V, Methuen Co Ltd and Sweet Maxwell Ltd, 1945, pp. 371-372.

[82] “它导致人们开始用现代的眼光来看待已决案件的权威,并反过来又促进人们更为频繁地在司法审判中引用先例。”Sir William Holdsworth, *A History of English Law*, Vol. V, Methuen Co Ltd and Sweet Maxwell Ltd, 1945, p. 372.

时代的英国法所发生的最深刻的历史变迁,即在于法律知识的来源由中世纪的“共同学识”演变成了具有权威性的判决。反映在法学教科书上,即表现为对判例的引证开始出现在教科书的注释中,成为了法学知识的权威来源。^[83]而这一趋势正发端于柯克的《总论》。

从表面上看,利特尔顿的著作中同样存在一些案例,但这些案例的本身却是假设的,^[84]它们都未被标明具体的人物、时间与出处,“更多属于课堂而非现实的世界”。^[85]相比之下,柯克的评注则为我们呈献了一幅完全不同的图景。在旁注中,除了上述古代作家的名字之外,还出现了许多诸如“Vinters case”与“Wroteslyes case”^[86]等真实的判例。在这些判例名称之前,都明确地标注了该案例所出自的判例集,如上述两个案例即分别出自《布鲁克判例集》与《普洛登报告》。此外,对于自己撰写的《柯克报告》中的判例,柯克在《总论》中也多有引证。比如,在评注《论土地保有》中的“买卖”一词时,柯克曾写道:“在利特尔顿写下这些内容之后,又增添了一些新的判例,你们可以在我的《报告》中很容易地找到它们。”^[87]并在注释的右侧指出了这些判例的出处:“参见《柯克报告》第3卷的 Twine's case、第5卷的 Gooche's case 以及第6卷的 Burrel's case。”对于这些判例的引证,柯克显然意在说明英国土地法在利特尔顿之后出现的一些新的发展。从其引用的规范程度来看,与我们今天读到的英美法学作品中对判例的援引和注释也相去无几了。

总之,与利特尔顿的作品缺乏判例不同,在柯克的评注中,法律更多地“通过大量的判例表现出来”,法律知识的权威来源是法官们做出的真实判决;而法学的任务,就不仅仅在于将法律人的共同学识写下来,更重要的,是将法官们在审理具体案例中形成的“技艺性”知识以可认知、可交流的形式表达出来,^[88]并最终付诸一部“总论”性质的权威作品之中。借用贝克教授的话来说,在这个意义上,柯克的《总论》是第一部近代的法律教科书,“他的作品属于我们的时代,而利特尔顿的作品属于我们已经失去的那个世界”。^[89]

三 另一种近代化? ——有关柯克作品的“缺陷”

综上所述,本文认为,柯克所提出的“老田生新谷”式的法学近代化道路是基本成功的,《报告》与《总论》也由此构成了英国法学近代化的开端与起点。但需要指出的是,在西方法学界,有关柯克著作,尤其是《总论》的历史地位,长期以来仍存在较多的争论。对于《总论》是否构成“近代性”的法学作品,又有许多学者从不同的方面提出了批评与质疑,也从而构成了对于本文论点的挑战。因此,在最后的这部分,本文还有必要对这些批评做出简要的

[83] 反映在判例的编纂上,即上述注重既定判决的《报告》取代了中世纪的《年鉴》为标志。参见 J. H. Baker, “English Law and the Renaissance,” *Cambridge Law Journal*, 44(1), March 1985, p. 53.

[84] 比如,在《论土地保有》第3节中,利特尔顿即举出了如下一个案例:如果一个父亲与一个儿子,父亲同时又有另一个兄弟,即这个儿子的叔叔。假如儿子购买了一块不限嗣继承的土地,并没有留下子嗣即去世了,那么他的父亲与叔叔将如何继承这块土地……Sir Edward Coke, *Institutes of the Laws of England*, Vol. 1, in Sheppard Steve eds., *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Vol. 2, Liberty Fund, 2003, p. 645.

[85] 参见 J. H. Baker, “English Law and the Renaissance,” *Cambridge Law Journal*, 44(1), March 1985, p. 52.

[86] Sir Edward Coke, *Institutes of the Laws of England*, Vol. 1, in Sheppard Steve eds., *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Vol. 2, Liberty Fund, 2003, pp. 603, 619.

[87] Sir Edward Coke, *Institutes of the Laws of England*, Vol. 1, in Sheppard Steve eds., *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Vol. 2, Liberty Fund, 2003, p. 605.

[88] 苏力:《知识的分类与法治》,载氏著:《制度是如何形成的》,中山大学出版社1999年版,第172页。

[89] J. H. Baker, “English Law and the Renaissance,” *Cambridge Law Journal*, 44(1), March 1985, p. 59.

回应。

(一) 对于“体系缺陷”的批评——“前近代”的作品？

在对于柯克的诸多批评中,最为集中的一点,是有关《总论》在“体系”与“条理”上所存在的重大缺陷。正如赫尔格森(Helgerson)所写道的:“与对柯克的渊博学识的赞颂同时存在的另一种观点,是几个世纪以来对其作品的隐晦不明与缺乏条理的抱怨。”^[90]这种声音不仅来自于诸如霍布斯、边沁等主张体系化的学者,即使在普通法学者内部,对于缺乏条理的批评也始终不曾中断。

比如,美国的建国之父托马斯·杰弗逊(Thomas Jefferson)在学生时代就曾经因厌恶《总论》的杂乱无章而咒骂柯克为“一个无趣的老家伙”。^[91]诺斯爵士(Sir Lord North)也曾公开指出:“《总论》完全不适合学生阅读,因为它比利特尔顿的《论土地保有》更加费解难懂,没有任何其他著作比它更容易搞糊涂学生的脑袋了。”^[92]甚至于对柯克思想推崇有加的考文教授,也对《总论》的结构颇有微词,认为“柯克仍是彻头彻尾的中世纪式的人物。他所采用的论述方法,即使在其《总论》中,也是那种令人心烦的片断式论述,其结果是,他那些比别人开阔的见解经常要从一大堆不同的叙述中挖掘出来,再拼凑在一起”。^[93]总之,在这些批评者的眼中,柯克的《总论》和中世纪的法律文献一样,都充满了模糊与混乱的成分,在体系性与条理性的方面同样的拙劣不堪,完全与追求“体系化”和“逻辑化”的“现代性”学术标准背道而驰,因而依旧是一部“前近代”的作品。

回到柯克著作的文本,上述的批评也并非毫无依据。无论相对于体系化的罗马法学作品,还是此后的《英国法释义》,《总论》在条理性上都存在明显的欠缺。甚至较之其所评注的《论土地保有》,在体系化方面也是一种“倒退”;至少利特尔顿的著作在每一章节之下的论题是相对集中的,人们可以依据目录的指引找到相应的内容,但这在柯克的评注中却是完全不可能的。例如,在一个“法律格言”的标题之中,既包括了“格言”的定义与相关问题的讨论,也包括一张英国法15种主体的清单,还穿插了《论土地保有》的24份来源的列表。^[94]以至于当人们在柯克的评注中寻找某一方面的内容时,“唯一的办法就是将其全部通读一遍。任何熟悉利特尔顿的人都无法说出这部分内容在评论中的哪个位置可以找到”。^[95]

(二) 对批评的回应——“自由主义”与“知识社会学”

那么,究竟是什么原因造成了《总论》在体系上存在的重大“缺陷”呢?这一缺陷又是否意味着《总论》在本质上依然属于“中世纪”,而非“近代”呢?事实上,围绕这一问题,英美学术界的学者已经展开了深入的讨论,并对这一所谓的“体系缺陷”提出了截然相反的观点。在他们看来,柯克作品所呈现出的这种“非体系化”的特征,“与其说是由于他的不严谨,不如说是由于作者刻意的选择”;甚至在这一“缺陷”的背后,实际上隐藏了“一把解开柯

[90] Richard Helgerson, "Writing the Law", in *Law, Liberty, and Parliament, Selected Essays on the Writings of Sir Edward Coke*, edited by Allen D. Boyer, Liberty Fund, 2004, p. 60.

[91] [美]小詹姆斯·R. 斯托纳:《普通法与自由主义理论》,姚中秋译,北京大学出版社2005年版,第19页。

[92] Sir William Holdsworth, *A History of English Law*, Vol. V, Methuen Co Ltd and Sweet Maxwell Ltd, 1945, p. 482.

[93] [美]爱德华·S. 考文:《美国宪法的高级法背景》,强世功译,三联书店1996年版,第40页。

[94] Sir Edward Coke, *Institutes of the Laws of England*, Vol. 1, in Sheppard Steve eds., *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Vol. 2, Liberty Fund, 2003, p. 685.

[95] Richard Helgerson, "Writing the Law", in *Law, Liberty, and Parliament, Selected Essays on the Writings of Sir Edward Coke*, edited by Allen D. Boyer, Liberty Fund, 2004, p. 61.

克思想大门的钥匙”。^[96]其中,最具影响力的观点来自“自由主义”的学者。在他们看来,在柯克著作的非体系化结构中,实际上隐含着维系自由传统与抵制专制主义的努力,因而,在实质上,仍然服务于法学近代化的主题。

比如,早年曾对柯克颇有微词的杰弗逊,在晚年写给麦迪逊的书信中,就曾经给予《总论》极高的评价,认为“在英国宪法的理论或有关‘英国人自由’的学术领域,没有一个辉格党人比柯克表达得更有力”。同时,杰弗逊还对布莱克斯通等人的体系化作品感到担忧,在他看来,“当柯克的古老的著作与凌乱却珍贵的学识开始为人们所轻视,而布莱克斯通的著作开始成为法律人青睐的教科书时,我们的法律职业阶层就开始滑向了托利主义”。^[97]换言之,在晚年杰弗逊的眼中,尽管《总论》的结构仍然是“凌乱”的,但实质上却捍卫了普通法中所蕴藏的自由主义价值。而布莱克斯通的《英国法释义》虽然具有体系化的优点,但他的结构却来源于查士丁尼的《法学阶梯》,因而可能导向推崇绝对君主制的托利主义,甚至于损害古老普通法中的自由主义传统。

此外,美国早期的著名法官沙伍德(George Sharwood),也曾明确地反对托马斯等人依据《法学阶梯》的结构对《总论》进行重新编排,认为《总论》的“非体系化”结构是普通法职业精神的一种体现;因此,它一旦被代之以“人一物一诉讼”的结构体系,其中所蕴涵的抵抗专制主义的价值也就彻底丧失了。总之,正如赫尔格森指出的:“在柯克与布莱克斯通或托马斯的竞争背后,实际上还是与查士丁尼的竞争。”^[98]而柯克著作缺乏条理的真正原因,“绝非是头脑混乱的结果,而实际上是基于其政治上的动机与追求政治上的效果”。^[99]

这的确是一种具有说服力的解说,但并非无可置疑。即使是出于对“辉格历史学”的必要警惕,我们也不得不怀疑其中可能的虚构。^[100]至少我们不能仅仅将“非体系化”的成因归结为一种价值追求或主观动机,而应当更多地运用“知识社会学”的眼光,从更为“唯物”的历史语境中寻求进一步的解说。从这一视角切入,我们也不难发现,柯克的《总论》之所以呈现出“非体系化”的“缺陷”,尽管可能包含了抵制专制主义的努力,但最根本的原因,还是来自于英国法学知识的独特性质,来自于柯克所身处的“以司法为中心”的、“经验型”的知识结构对法学著作的体系所产生的制约性影响。

尽管有如前述,经过柯克等法律人的努力,英国的法学在法学观、分支法学与法学形态等诸多方面均开启了近代化的历程;但由于这样一种司法中心的知识结构,法学的近代化却并没有沿着罗马法学的体系化道路前进,法学发展的中心依然是围绕法官在司法实践中的具体知识展开的,也因此仍然呈现出某种“非体系化”的特征。

[96] [美]小詹姆斯·R. 斯托纳:《普通法与自由主义理论》,姚中秋译,北京大学出版社2005年版,第25页。

[97] Julian S. Waterman, “Thomas Jefferson and Blackstone’s Commentaries,” *Illinois Law Review* 27(1933):635.

[98] Richard Helgerson, “Writing the Law”, in *Law, Liberty, and Parliament, Selected Essays on the Writings of Sir Edward Coke*, edited by Allen D. Boyer, Liberty Fund, 2004, p. 67.

[99] Richard Helgerson, “Writing the Law”, in *Law, Liberty, and Parliament, Selected Essays on the Writings of Sir Edward Coke*, edited by Allen D. Boyer, Liberty Fund, 2004, p. 65. 关于普通法传统与自由主义价值之间的重大关系,最早的论述可以追溯至15世纪的福特斯库(Sir John Fostecue),此后,又经由柯克、黑尔(Hale)等人的发展,尤其是在17世纪的政治斗争中,成为了解格党人有力的思想武器,并进而成为美国建国的基础理论。直至今日,这一理论依然为哈耶克、莱奥尼等自由主义学者所信奉。认为“真正的自由主义,主要是那种植根于普通法学中的思想传统”。[英]哈耶克:《自由秩序原理》,邓正来译,三联书店1997年版,第63页。

[100] 19世纪初期,属于辉格党的一些历史学家,用历史作为工具来论证辉格党的政见。但这样一种历史学同时也存在致命的缺陷,往往把历史上的人物分成推进进步的人和试图阻碍进步的人,甚至为了论证其观点而任意地选择历史。Butterfield, *The Whig Interpretation of History*, G. Bell and Sons, 1931.

同时,这一进路也为柯克之后的英美学者所继承。从17世纪的黑尔与18世纪的布莱克斯通,^[101]到19世纪的霍姆斯、卡多佐等美国法律人,都很大程度上延续了英美法学近代化中的“非体系化”道路;而霍姆斯的名言“法律的生命从来都是经验,而不是逻辑”,^[102]更是为近代以来的英美法学的非体系化特征做了最好的辩护。进入20世纪以来,知识社会学的发展也越来越多地重视“知识的弥散性”,^[103]强调“无言之知”与“司法的知识”,也使得人们日益接受了英美法学的非体系化的合理性,承认法学知识更多的是一种“实践理性”,^[104]“往往散落在针对具体问题的司法意见和学术议论中”,^[105]而很难获得体系化的表达。

在这个意义上,我们也重新理解了柯克著作的“体系缺陷”的意义,它实际上构成了柯克对近代以来罗马法学所享有的强大话语霸权的一种挑战,它试图证明在罗马法的体系化的近代化道路之外,还存在同样可以达致近代化的法学发展道路。无论是对于“技艺理性”的阐释,还是判例引证方法的建构,我们同样看到了“司法”权力对于英美近代法学的规训,它同样致力于实现法学知识的确定与统一,以回应资本主义经济与民族国家构建的需求。因此,这依然是一种法学的近代化,但却是不同于欧陆法学的“另一种近代化”。也正是在这个意义上,柯克著作的“非体系化”或许也就不再成为一种缺陷;相反,它实际上开创了法学近代化的“另一条道路”,因而同样构成了柯克对于英国法学近代化的贡献,尽管他本人并不曾清醒地意识到这一点。

[Abstract] On the beginning of the early modernization of the legal scholarship in the 17th century, England faced the choice between Roman law scholarship and Common law scholarship. Sir Edward Coke put forward the modernization proposition of “new corn will grow out of the old field”, then, on the basis of the *Year Book and Tenures*, he wrote *The Coke's Reports* and *The Institutes of Laws of England*. These two works presented rudiments of modernity in several areas, such as the “concept of legal science”, “branches of law” and “forms of law”, thus marked the beginning of the process of the early modernization of English legal scholarship. Although these works had obvious “defects” in their structural arrangement, yet they mainly resulted from the restraints of knowledge structure of common law which centered on the role of the judiciary. As a matter of fact, Coke's works and his contribution had opened “another road” towards modernization that was different from the modernization of legal scholarship in continental countries.

(责任编辑:郑凤)

[101] 尽管布莱克斯通曾尝试以罗马法的结构来实现英国法的体系化,但他的努力在很大程度上失败了,也最终证明将普通法学的知识永远整合成某种一劳永逸的演绎推理体系是不可能的。参见全宗锦:《布莱克斯通爵士与他的〈英格兰法释义〉》,北京大学博士论文2004年,第93页。

[102] [美]霍姆斯:《普通法》,冉昊、姚中秋译,中国政法大学出版社2006年版,第1页。

[103] 参见[英]哈耶克:《个人主义与经济秩序》,贾湛、文跃然译,北京经济学院出版社1991年版。

[104] 参见[美]波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第二章。

[105] 苏力:《什么是法理学》,载氏著:《波斯纳及其他》,法律出版社2004年版,第21页。