

普通法的历史之维*

李红海

内容提要：本文从对经典普通法理论的观点梳理入手，从习惯和理性两个方面剖析了普通法的历史性特征。文章指出，无论是从普通法来源于习惯还是从普通法被视为理性本身来看，历史在其中都起到了非常重要的作用。文章还从主观与客观、流变与静止、观念与方法三个方面，尝试性地分析了普通法历史性的含义，为理解普通法提供了参考。

关键词：普通法 历史 理性 习惯 经典普通法理论

李红海，法学博士，华中科技大学法学院教授。

有关普通法的历史性，笔者在以前的一些文章中已谈到过。^{〔1〕} 其核心论点是，普通法与历史的联系是如此紧密，以致如果不从历史的角度入手就很难真正理解它。至于其论证，则主要是从古今普通法制度、规则之间的联系予以证明的，如地产权制度、司法制度等领域都有很多明显的例证。但这样的论证现在看来其实是相当机械和粗浅的——尽管它的确也是证明普通法历史性的基本思路之一。另一方面，尽管普通法历史性的结论今天早已成为学术界之共识，但其真正的含义是什么，我们又该如何去说明、论证和理解之，国内学术界则鲜有讨论。这导致了我们对这一主题的理解只停留在机械和生硬的层次上，进而导致对普通法的理解也很难深入。

幸运的是，在普通法的历史上，普通法历史性的话题曾为普通法法律家们所深入探讨，并产生了一系列伟大的著述。那么本文就将从对这些讨论的梳理开始，并结合与实证主义法学、历史法学等的对比，力图从理论层面重新阐释普通法的历史性这一论题，希望能为国内学术界对普通法的理解有所帮助。

一 英国法学的两大流派与经典普通法理论

纵观英国法律发展的历史可以发现，它明显存在两个分支：一支以传统的普通法^{〔2〕}为代表，另一支则以制定法为代表。普通法发端于12世纪下半期，而制定法（如果国王颁布的

* 本文为教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“英美法系与西方法制文明研究”的一部分，其写作得到了该研究基地基金的资助。项目批准号：06JJD820014。

〔1〕 李红海：《普通法研究在中国：问题与思路》，载《清华法学》2007年第4期，第17-20页；《历史地解读普通法》，载李红海：《普通法的历史解读》“自序”，清华大学出版社2003年版。

〔2〕 此处的普通法指法官法、判例法意义上的普通法，也包括衡平法。1875年，作为英国法两大渊源的普通法与衡平法融合之后，可以说英国就只有普通法和制定法之间的对立了——尽管衡平法原则、制度、权利分类依然存在。

敕令也可以算作制定法的话)的历史显然要更早。与此相应,英国的法学也存在两个派系:一个是站在普通法立场上的普通法法学,另一个则是维护制定法地位的实证主义法学。我们可以分别为此描绘出一份清晰的人物图谱:前者以布拉克顿^[3]、圣日耳曼^[4]、福蒂斯丘^[5]、柯克、黑尔、曼斯菲尔德、布莱克斯通等为代表,后者的代表人物则有霍布斯、边沁、奥斯丁、哈特等。

这两个学派之间的对立表面上是基于普通法和制定法之间的对立,但实质上反映的却是两种完全不同或对立的法律观:一方认为法律起源于社会现实,立法者和法官只是在发现或揭示而非创制法律的普通法理论,另一方则认为法律是主权者(国王和/或议会)意志之体现的实证主义法学理论。因此,这种对立并非简单的两种法律形式之间的对立,而是两种法律思想、法律传统的对立。如果我们把这一对立放大到世界法律体系中,就会发现它在一定程度上也是英美法与大陆法之间的对立。值得注意的是,英国这两种法律思想、法律传统对立的事实也告诉我们,在任何一个法律体系中,法律思想和法律传统都不可能是铁板一块,而很可能是多元的,最多也只是谁占优势的问题。

但这种对立在16、17世纪之前和之后都不是特别突出,它最激烈的时刻出现在16、17世纪。因为普通法的发展起初只是国王加强中央集权之努力的一个副产品,^[6]因此与王权联系相当紧密;也可以说此时它不是作为王权的对立面出现的,相反它是国王加强王权、实现对王国之统治的得力工具。但随着时间的推移,普通法法官相对于国王的独立性开始增强,^[7]围绕普通法逐渐形成了一个包括普通法法官、高级律师、代诉律师、代理律师、法律学徒等在内的普通法法律职业阶层,^[8]或曰职业共同体、利益集团。利益的驱动等因素使得普通法越来越独立于王权之外,到都铎王朝王权专制兴起之后,普通法与王权之间的矛盾就不可避免了。而在这(17世纪)之后,王权受君主立宪的宪政体制所限,已失去了和普通法对抗的基本条件。另一方面,随着议会主权、立法至上原则的确立,议会成为新的“至尊”,它并没有把普通法视为一个主要的竞争对手。19世纪以来的各种变革也表明,普通法在与议会的关系中显然处于受支配的地位。因此,16、17世纪之前和之后,普通法或依附,或受

[3] 13世纪英格兰王室法院(具体可以说是后来的王座法庭)法官,著有《论英格兰的法律与习惯》(*De legibus et consuetudinibus Angliae*)。

[4] 16世纪上半期英格兰法律家,著有《博士与学生对话录》(*Doctor and Student*)。

[5] 15世纪中期英格兰王座法庭法官,兰开斯特王朝亨利六世国王的支持者,著有《英国法礼赞》(*De laudibus legum Angliae*)、《英格兰之治》(*The Governance of England*)。

[6] 诺曼征服之后,诺曼国王们(尤其是威廉一世和亨利一世)致力于建立一个统一的中央集权王国,但斯蒂芬乱世(1135-1154)使这一切都付之东流,其后即位的亨利二世为了恢复先辈(主要是其外祖父亨利一世)的成就而采取了许多措施,政治的、经济的、宗教的、军事的等等,而普通法只是所有这些努力中的一个意想不到的副产品。参见 S. F. C. Milsom, *Historical Foundations of the Common Law*, London: Butterworths, 1981, p. 11; [英]肯尼思·摩根主编:《牛津英国通史》,王觉非等译,商务印书馆1993年版,第46-47页;[英]W. 丘吉尔:《英语民族史略》上卷,薛力敏、林林译,林葆梅校,新华出版社1985年版,第18-25页;Sir F. Pollock and F. W. Maitland, *The History of English Law before the Time of Edward I*. Cambridge: Cambridge University Press, 1968, Vol. I, p. 24。

[7] 对此一个经常提到的例子是 Glanville(1180-1189年亨利二世时期的首席政法官或摄政官)在其著述(*Tractatus de Legibus*, 1187-1189)中引用优士丁尼《法学阶梯》中的话:“皇帝的意志就是法律。”其对于国王的“依附”一目了然。而到了下一个世纪(13世纪中期),王室法官布拉克顿在其《论英格兰的法律与习惯》中则提出了后来广为人所引用的名言:“陛下虽高居万人之上,但却在上帝和法律之下。”

[8] 关于此,请参看 Sir John H. Baker, *An Introduction to the English Legal History*, chapter 10, “The Legal Profession”, 4th edition, London: Butterworths, 2002; Paul Brand, *The Origins Of The English Legal Profession*, Blackwell Publishers, 1992; 陈绪刚:《法律职业与法治——以英格兰为例》,清华大学出版社2007年版。

限制,或平稳发展,可以说并没有遇到过太大的风浪。

平庸的时代无法产生经典。同样,普通法在其他时期并没有产生有关自身的经典理论,而只有在16、17世纪它面临史无前例的危机时才产生了经典普通法理论。所以,经典普通法理论是普通法在16、17世纪与专制王权的对抗中,由以柯克、黑尔为代表的普通法法律家们发展出来的一套论证普通法之合理性、正当性且关涉普通法自身性质的学说和理论,它涉及普通法的性质、地位以及与制定法、历史、理性的关系等等。^[9] 具体来说,这种抗争和辩论集中体现在柯克与詹姆士一世的抗争、霍布斯对柯克的批判以及黑尔对霍布斯之批判的回应中。由此也产生了一大批经典著作,包括柯克的《法律报告》、《英格兰法律总论》,霍布斯的《利维坦》、《哲学家与英格兰法律家的对话》,黑尔的《普通法史》,他对霍布斯《哲学家与英格兰法律家的对话》的回应,等等。

与前述普通法的发展相对应,在玻斯特玛(Gerald J. Postema)看来,经典普通法理论与此前和此后的普通法理论都有不同。此前的普通法理论(如福蒂斯丘和圣日耳曼的理论)中充斥着自然法的观念;^[10]而当代的普通法理论在制定法的高压之下已经失去了往日的锋芒。^[11]

需要指出的是,“经典普通法理论”这一概念并非柯克等人在当时提出的;换言之,柯克等人并非要有意识地提出一套经典普通法理论,他们只是通过对普通法的分析而为普通法辩护、抗争,由此而形成了一套理论。就读者的阅读范围而言,提出(但不确定是否首次)并集中探讨经典普通法理论的,是现任美国北卡罗来纳大学的玻斯特玛。玻斯特玛在其《边沁与普通法传统》一书中,在总结前述诸位普通法法律家们的论述后,对经典普通法理论进行了较为详细和集中的讨论。本文接下来的部分便是对玻斯特玛的研究进行的重新构建和表述,但仅限于对普通法历史性的讨论。

二 经典普通法理论的要义

全面论述经典普通法理论势必会偏离本文的主题,但掌握这一理论无疑会非常有助于对本文主题的理解,因此仍有必要对其内容作简单交代。^[12]

经典普通法理论可以简单归纳为三个核心词语:习惯、理性和历史。其含义是,普通法是由超出人们记忆之外的习惯经过长久的历史积淀发展而来,它能够得以延续和留存本身就说明它是合理的;它是整个王国历代智识的体现,是全体民众集体智慧和经验的结晶,再加上普通法法律家们的整合和加工,使得普通法本身就成为了理性。

可以看出,无论是将普通法归于习惯还是理性,都是为了说明普通法的正当性、合理性和权威性,尤其是它相对于王权和议会主权(及作为其产品之制定法)的正当性和权威性。但为了(以此)论证这一正当性和权威性,经典普通法理论采取了历史主义的路径,即无论是从习惯的角度还是理性的角度,它们都离不开历史。是时间和历史赋予了习惯在社会生

[9] G. J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Clarendon Press-Oxford, 1986, pp. 3-4.

[10] G. J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Clarendon Press-Oxford, 1986, p. 1.

[11] 如,今天英国的制定法是高于普通法的,制定法可以废除和修改普通法。但这并非经典普通法理论的观点。

[12] 有关经典普通法理论的详细情况,请参看 G. J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Clarendon Press-Oxford, 1986, chapter I, pp. 3-38.

活中的实际效力;大浪淘沙,也正是时间和历史最终将纷繁复杂的习惯中的合理因素积淀了下来,使得普通法规则成为了一种合理的规则。

因此,历史是经典普通法理论的核心词语,也是普通法生命所在。没有历史,就不会有普通法;离开了历史,普通法也就失去了存在的基础。尽管时世变迁,普通法在与制定法的角力中已不占优势,但理解普通法及其在今天的发展模式和机制仍需以其历史性为基础,这正是我们今天反复强调普通法之历史性的意义所在。

三 普通法历史性的体现:从习惯和理性来看

(一) 习惯:因时间和历史而被赋予法律效力

在经典普通法理论看来,普通法来源于社会生活,是民众生活习惯、规则的长期积淀,它反映的不是某个人或某些人的意志,而是整个英格兰社会长久的生活规律,是对英格兰社会现实的长期历史记录。布莱克斯通就曾指出,所有英格兰的法律都是普通法或基于普通法,而普通法则是一种共同的、古老的习惯,一种“古老的、不成文的习惯和格言的汇集”。它记录于民众的头脑中。它是一种态度、实践、观念和思维模式的集合,“通过传统、运用和经验得以传承”(1 *Comm.* 17)。

因此,玻斯特玛认为,要证明一条规则是普通法规则的唯一办法,就是要证明它经常出现在常规的法律论辩中。^[13] 布莱克斯通也说:“证明它是普通法规则的唯一办法就是证明它一直被作为习惯而得到了遵守。”(1 *Comm.* 68)只要被作为判决依据而使用了,那么这些规则就是存在的,其权威和效力亦蕴藏于其中。

由此可以看出,普通法规则的效力是和历史联系在一起的。某一习惯或规则之所以能够成为法律规则或具备法律效力,是因为它“被沿用已久,或自人们有记忆以来就没有采取相反的做法”(1 *Comm.* 67),因而被人们认为是好的习惯或规则,并一直沿用下来,为民众所普遍使用和接受,进而为司法所引用和接受,最终具有了法律的效力。黑尔认为:“(普通法规则)通过长期和久远的惯例,通过习惯和被王国接受之事实获得拘束力。其实质当然是书面的,但其形式、强制力则通过长期的习惯和使用而得以成长。”^[14]

需要指出的是,如梅因在《古代法》中所分析的那样,从形式上来看,习惯成为习惯法或开始具备法律效力、成为法律规则的基本前提,是为司法判决所引用;^[15]但普通法的效力却不仅仅源于司法实践,甚至不主要在于为司法所引用,而更在于长期以来公众对这种实践的认可和参与,^[16]其基础最终在于为大众所普遍使用和接受。而正是这种“长期的使用”和“接受”,被经典普通法理论家们在讨论普通法之效力依据时赋予了非同寻常的意义。

人生于这个社会,既有自己的独立空间,又无往不在和他人共同构成的社会之网中,于是便有了习惯和规则。有些习惯只属于自己,谓之个人习惯;个人习惯如果不涉及他人,便很难成为社会规则,如个人的生活习惯。但人和人在交往过程中也会产生经常性的交往规则,或曰社会习惯,如一个圈子里、一个共同体行事的习惯、惯例。

[13] G. J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Clarendon Press-Oxford, 1986, p. 4.

[14] Sir Matthew Hale, *A History of the Common Law*, 17.

[15] 参见[英]梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年版,第5-7页。

[16] G. J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Clarendon Press-Oxford, p. 5.

经过长期反复的博弈,大浪淘沙,积淀流传下来的社会习惯往往都是能够被民众所接受的,因此也可以说是好的、合理的习惯,或曰良俗。再进一步,如果这些良俗被作为公共权威机构的立法或司法机关通过正式的途径加以确认,那么它们就成了具有正式法律效力的法律规则。毫无疑问,习惯“晋升”为法律规则主要是一个形式或程序上的问题,但这并不意味着形式或程序就足以构成规则的效力渊源。

因此,规则要真正成为规则,要从纸面到现实都变得鲜活起来,就必须挖掘规则本身的合理性。而这种合理性则应来自规则本身,来自于人们在长期实践中对它的适用、检验进而接受。换言之,一个规则的好坏良善,很大程度上在于其是否经过了民众长期实践的检验并得以留存下来。经过长期的实践和砥砺,规则的棱角被磨平,它所顾及的因素越来越多,所汇集的民众的智慧也越来越多,其合理性也越强,其权威和效力也就随之越大。

所以,规则的效力是与其历史恰适性联系在一起的。时间、历史和实践赋予并不断地修正了其合理性,而这种合理性又赋予了其作为规则的权威和效力。不仅如此,当它“晋升”为法律规则后,它还需要为持续的司法实践所表明和强化,从而不断地证明自己的存在、权威和效力。这就是规则、一条真正有效的规则:当没有纠纷发生时,它为民众所无意识地遵守着,以一种默默的、消极的方式起作用;^[17]当纠纷发生时,它又作为裁断的依据而出现,积极地体现着自己的权威和效力。

经典普通法理论就是这样评价和认识普通法的!所以布莱克斯通才会说:“某一习惯之良善在于其被沿用已久,或自人们有记忆以来就不是采取了相反的做法。正是这一点赋予了其力量和权威。”(1 *Comm.* 67)历史恰适性对规则之权威是必要的,因为法律存在于实践中且只能通过实践才能被了解;只有被吸收进社会、民众之实践时,一条规则才变成了法律,或一个判决才能标示对法律的发展。因此,只有长时间地实践与运用,才能使规则生效。^[18]由此,普通法的习惯性、历史恰适性、合理性、权威和效力在此联系在了一起,从而构成了一套迥然区别于实证主义法学的理论。

(二) 理性:普通法因历史而成为理性

1. “普通法本身就是理性”——柯克

经典普通法理论的另外一个主要观点是关于普通法与理性之间的关系问题。柯克认为:“理性是法律的生命,而普通法不是别的,它本身就是理性。”^[19]如何理解柯克的这一说法?辛普森(A. W. B. Simpson)在解释普通法与理性之间的关系时这样说:“在普通法中,说对某一具体问题的特定解决方案与法律相符,和说它是理性的、公正的或说它是一个恰当的解决方案,没有明显的区别。”^[20]这说明,如果将普通法视为一套对社会问题的解决方案,那么这套方案是合理和公正的;或者说,作为英格兰社会的基本规范,普通法由于积淀了历史和社会的精华且为历代法律家们所不断整合、修正、优化,因而是合理的、公正的。由此也可以看出,理性在这里就是合理性之义。显然,这里的“合理”是从实质或从结果意义上而

[17] 梅特兰说:“最有效的规则往往是那些我们听说最少的规则,它们是如此的有效以致不会被打破。”Maitland, *Constitutional History of England*, Cambridge: Cambridge University Press, 1946, p. 482.

[18] G. J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Clarendon Press-Oxford, p. 5.

[19] Sir Edward Coke, *1 Institutes*, sect. 21.

[20] A. W. B. Simpson, “The Common Law and Legal Theory”, in A. W. B. Simpson (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence* (Second), Oxford: Clarendon, 1973.

言的;换言之,说普通法是理性就等于说普通法是良法。

但良法之“良”又有不同的原因:在实证主义法学看来,法之良在它经过了正当的程序、由权威机关制定和颁行,在它体现了主权者(一个人、一个团体或全体民众)的意志;自然法学则认为这在于法符合了某一超验的、形而上的或抽象的原则、精神、理念。那么经典普通法理论又是如何看待这一问题的呢?玻斯特玛在他的进一步解释中指出,辛普森的上述说法并不意味着普通法规则是因与某些独立的正义标准或理性相符——这可以为它赢得认可——才为民众所接受的,而毋宁是说普通法本身即被视为某些为民众所分享之价值的体现或对其的表述,是有关理性和善好的观念。在玻斯特玛看来,普通法原则不是由理性赋予的效力,而是一个理性推理过程的产物;该过程经由普通法法律家们的专业智慧和技艺而被型塑,由此对一个民族的社会习惯进行提炼整合,最终形成了一套内在统一的规则。^[21]

因此,经典普通法理论认为——如柯克和玻斯特玛所认为的那样,普通法不是因符合外在的某种标准而变得理性或符合理性,而是它本身就是理性,是对理性、公正、合理性、善好观念的表述和体现;或者退一步说,即使它不是理性本身,那也是对理性的表述。在这个意义上,经典普通法理论不仅和实证主义法学明显不同,而且也与自然法学有很大差异。较之前者,经典普通法理论根本不承认普通法是某个人或某些人意志的产物;较之后者,它又消弭了自然法学在自然法和实在法之间所划下的鸿沟(经典普通法理论其实并不是消除了自然法学所谓的自然法和实在法之间的差别,而毋宁是将这一差别转化为了普通法和制定法之间的差别),而认为普通法本身即是理性、自然法(如果我们可以将这二者视为一体的话),或如玻斯特玛所言,普通法是自我证成的——这也是经典普通法理论和前期普通法理论(如圣日耳曼和福蒂斯丘的观点)的不同之处。

2. 作为历代智识与集体智慧的普通法

那么普通法又是如何获得这种超乎寻常的地位和品质的呢?我们可以从两个方面予以解释:第一个仍与历史有关,因为经典普通法理论将普通法视为英国民众历代智识的结晶,而且也是集体智慧的结晶;第二个是这些来自民间的智慧后来又为普通法法律家们所加工和整合,去粗取精、去伪存真,最终使普通法形成了一种来自于民间却又高于民间的法律智慧。考虑到与本文主题的关系,此处只重点讨论第一个解释。

经典普通法理论认为,法律的权威最终在于其公正和合理性,但何以见证、表明或显示这种公正和合理性呢?只有时间、历史。即某一规则只有长久连续地存在并被使用,才能证明它是公正和合理的。^[22] 这仿佛又回到我们前面所谈到过的关于规则的效力之源的问题,但持久地存在和被使用的确可以赋予一个东西以合理性。所以黑尔才会说,就这个王国的治理而言,我更愿意使用已顺畅统治之达四五百年之久的那些规则,而不会去冒险试用我自己的某些理论——尽管我对自己这些理论的合理性较之前述规则更为熟悉。^[23] 玻斯特玛在谈到这一问题时说,我们必须屈从于那些在历史长河中建立起来的规则所带给我们的更大的智慧:这倒不是说就个人而言我们的祖先比我们要更聪明、更有智慧,而是说没有哪一个人或哪一代人能够比得上这个民族历经无数代所汇集起来并贮存于法律中的经验和智

[21] G. J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Clarendon Press-Oxford, p. 7.

[22] G. J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Clarendon Press-Oxford, pp. 63, 65.

[23] Hale, "Reflections on Hobbes' Dialogue", 504, 引自 G. J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Clarendon Press-Oxford.

慧。法律就是一本有关社会经验的厚重的教科书,它记录了这个社会就秩序安排所进行的持续不断之尝试所产生的成果。^[24]柯克也说,我们的法律历经数代,经过长期和持续的试用,不断得以优化和再优化,它集中了那些最杰出人士的智慧。^[25]

因此,普通法被视为是英格兰民族历代社会经验和智慧的结晶,它就像一个池塘或仓库,里面汇集着历史的经验和智慧;它不是哪一个人、哪一代人、哪一个团体的智识成果,而是全体民众在整个民族的历史发展过程中所积累和创造的。也正因此,任何个人或团体都没有资格就其合理性进行评判,普通法理性已经超出了任何个人或哪一代人的视野范围。^[26]顺便提一句,就此我们可以理解,为什么在普通法眼中制定法不应该成其为法律或至少不应高于普通法,因为它只是一部分人的智慧而已,而普通法则是这个民族全部历史的经验和智慧。基于此,柯克认为,“没有人仅凭其个人的自然理性就会比法律更智慧,因为法律(指普通法——作者注)是理性之极致”。^[27]

如果说将普通法视为英格兰民族历代智慧之结晶是从时间角度而言,那么从主体的角度而言,普通法则又是集体智慧的结晶。所谓集体智慧,指的是普通法并不是某一个人或某一代人、某一些人的创造,而是全体英格兰民众集体智慧的结晶。在这里,集体、群体、共同体成为理解这一概念的关键。每个民族都会有自己的传统、文化和成就,只是不同的民族其成就可能侧重于不同方面,所以才有希腊人擅长哲学、罗马人擅长法律、俄罗斯人擅长艺术等似是而非的说法。和文学、艺术、科学、哲学等相比,法律也是一个民族的智慧和成就,也是其传统的体现,而且和普通民众的生活联系更加紧密。在这个意义上说,法律是民族传统的贮藏地和维系一个共同体的主要(如果不是唯一)纽带,并不过分。但作为民族传统的宝库,法律也是这个民族全体民众智慧的体现和结果,因为规则的自然形成不是某一个人或某些人的事,而是全体民众参与并选择的结果。一个社会当中的每一个民众都会通过参与社会生活和交往而体验、经历社会规则,并在一定条件下对其进行反思,促成其变革或确立。因此,你很难说究竟是谁、在什么时间确立了某一规则,而只能归之于这个民族全体。

在参与规则确立的同时,民众反过来也受到规则的影响。每一代人都不会也不可能将其前辈的东西完全推倒重来,而必然是在其基础上的继续发展;这一方面体现了社会主体受规则影响之事实,另一方面也体现了规则以及受规则影响之民众生产生活方式、思维模式、精神气质等方面的连续性。所以这是一个互动的过程,是一个相互影响、相互决定的事实:制度和规则的形成和发展受制于民众的精神气质,但反过来它也会对后者起到型塑作用。于是卡内刚说,在普通法之下生活一段时间,你会沾染上一些盎格鲁—撒克逊气质。^[28]

3. 作为技艺理性的普通法

但在这个传统中的个人却未必就能很好地理解、掌握或阐释其每天都要经历的规则;换言之,处于某一传统之中的人却未必都能用该传统中的规则对纠纷做出裁决。个中原因我们自然可以拿“不识庐山真面目,只缘身在此山中”来作解释,但更深层次的原因则在于:面对作为集体智慧结晶的传统和法律,我们很容易在一般性结论上达成一致,但一旦具体到个案上则会

[24] G. J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Clarendon Press-Oxford, p. 64.

[25] Coke, "Calvin's Case", 7 Coke's Reports, quoted in Pocock, *Ancient Constitution*, 35.

[26] G. J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Clarendon Press-Oxford, p. 65.

[27] Coke, *1 Institutes*, sect. 138.

[28] [比]范·卡内刚:《英国普通法的诞生》,李红海译,中国政法大学出版社2003年版,第112页。

分歧重重。黑尔在反驳霍布斯时曾就道德哲学家和普通法法官之间的推理作了一个极具启发性的区别：哲学家可以在抽象的观念之间追溯其逻辑联系，但却无法从其中得出任何确定的和实际的解决方案。原因是，社会生活的实际情况无限复杂，将简单抽象的观念适用于这些无限复杂的情形只会带来无休止的争论，因为每一个人都只会从其有限的个人的视角来运用这些概念。而一个完备的解决方案必须充分考虑当下的各种情势，必须对其判决保持敏感，从整体上来看它会对民众的实际生活产生什么样的影响。而诉诸简单抽象的理论或自然理性、本能、直觉，只会使问题简单化因而也是歪曲问题本身。要做到这一点，就必须有对社会生活的丰富经验和长期观察、体验；尽管很少有人能够达到这一地步，但普通法法官无疑却是最好的人选。这倒不是因为他们的经验或理性，而是因为他们是从法律内部予以实践的，而法律（普通法）又是汇集了这个共同体千百年经验、传统之宝库。法官们经过长期的研习和实践，能够将具体的个案放置于这个经验库中，并从中类比推理以得出一个合适的解决方案。^[29]

因此，在柯克和黑尔这两位经典普通法理论的代表人物看来，仅仅拥有自然理性或通过某种系统知识之宽泛原则的学习，并不能够获得以法律来审判案件的资格，因为普通法是历代智识和经验的积聚，是集体智慧的结晶，是“理性之极致”。它拥有太多的细节和变化，只有完全浸淫于这个社会及其传统之中，通过长期的阅读、研习和观察，使自己的自然理性接触并习惯于这些细节、变化和相应的解决方案，从而上升为柯克所谓的技艺理性，才能够运用普通法来审判案件。^[30]

其实不止是自认为（或被推定或恭维为）天资聪颖的国王，即使是更为博学的道德哲学家在经典普通法理论家们看来也不适合做判案的法官，更不用说只拥有自然理性的普通法人了。因为就前者而言，他们所掌握的只是宽泛原则在逻辑上的一致而非具体的情势——此时我们能够体会到霍姆斯名言的真谛：“法律的生命不在逻辑而在经验。”而后者所谓的自然理性如果不是盲目的偏见，那也只是未经驯化的直觉，^[31] 它的缺点在于没有对通过参与社会实践而习得的经验和做法进行反思，也就更谈不上改进了。而正是这后一点，构成了普通法法律家对于普通法的贡献。

普通法法律家之于普通法的关系，非常类似于王洛宾之于我国西部民歌的关系。没有先前那些早已存在于西部的民歌，也许就不会有今天王洛宾奉献给我们的经典之作；如果没有王洛宾，这些今天我们耳熟能详的歌曲也许仍然只是飘荡在某个山谷里的田野小调。同样，普通法以习惯为基础，习惯为普通法提供了基本的实体内容；没有这些习惯，让任何人来创造一套“普通法”规则都是困难的，普通法法律家不是创造了这些规则，而是在旧有习惯的基础上运用更高的理性对之进行整合、加工、完善，才有了后世的普通法。当然，纳入普通法法律家整合范畴的并非只有习惯法，罗马法、教会法、商法、国王的制定法等等，都是他们“田野采风”（通过巡回审判、经由陪审团等）、然后“法律创作”的对象。但如果没有普通法法律家，习惯可能还是粗俗的习惯，罗马法、教会法、商法、国王的制定法也都可能各自为政；即使

[29] Hale, "Reflections on Hobbes' Dialogue", 502 - 503, 引自 G. J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Clarendon Press-Oxford, p. 32.

[30] Hale, "Reflections on Hobbes' Dialogue", 505, 引自 G. J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Clarendon Press-Oxford, p. 31.

[31] 这也是笔者为什么会对我们的法官被要求在判案时采用民意、常理采取谨慎的怀疑态度。具体请参看李红海：《判案的依据：民意、民情及其他》，载“普通法研究网”（<http://www.common-law.com.cn/Special/ShowArticle.asp?ArticleID=53>），2008年10月6日访问。

有大陆式的法学家、立法者对其进行整合、整理,但其结果则将会是大陆式的法学著作和法典,而肯定不会是英国式的普通法。因此,普通法是一个“草根”与“精英”、下里巴人和阳春白雪相结合的产物;普通法来自于民间,却又没有停留在民间,而是被普通法法律家们升华为更具普适性、永久性的规则体系。可是话又说回来,纵观法律史,又有哪一种法律体系不是或不应该是这样的发展模式呢——尽管其可能采取了和普通法不同的表现形式!?

综上,我们从两个方面论述了经典普通法理论对普通法特征的评述:就内容而言,普通法来自于习惯;就性质而言,普通法本身就是理性。但这二者之成就却皆因历史:没有历史的积淀,鱼目混杂的习惯无以晋升为普通法规则;没有时间的考验,规则之合理性无以显现。所以,是历史成就了普通法,成就了普通法的特征和优势,成就了它与制定法及其相应思维模式之间的巨大差别。

普通法既然与历史联系如此紧密,那么对“历史”的理解便构成理解普通法的关键。我们又该如何理解历史呢?

四 如何理解普通法的历史性?

(一) 历史:作为客观与主观的结合

何为历史?这是一个为史学家们所持久争论的话题。一方面,我们可以把历史看作是过去所发生的一切的总和,即采取所谓的客观史观。在这个意义上,尽管历史的参与者们当时都有着自己的意志,但他们仍然只是客观历史这张图景上的星星点点;就个人而言,他们对于历史发展方向的作用力因被与他人所形成之合力所冲淡而总是有限的。因此,历史是客观的。但从历史参与者的角度而言,历史又是主观的。因为从一定意义上说,历史无非是人们选择的结果,而在现实中人们并非完全被动地接受历史而是可以进行选择;不仅如此,他甚至还可以在在一定程度上改变历史。因此,历史又是主观的。从史学研究来看,也有基于此二者所产生的不同流派。如兰克学派便强调回到历史的真实,而克罗齐则认为“一切真历史都是当代史”。

当我们讨论历史对于普通法的意义或普通法的历史性含义之时,这里的“历史”“时间”也是客观和主观并存。

说它是客观的是因为在这里,历史是对一个民族言行、思维、情感予以记录的挂毯,习惯、规则自然也是这张挂毯上的元素。人们(包括这个民族的人们)虽然参与了这些习惯、规则的形成和发展,但却无法感知和掌控它;人们只能知道某一时刻相关的习惯是什么,但却不知道它是何时成为这样的,旧的习惯又是何时消失或发生改变的?

要理解这一点,我们还需要了解普通法是如何看待规则的发展的。经典普通法理论严格区分法律和对法律的表述;^[32]在它看来,法律是存在于社会中的规则或规律,无论是法官的判决还是议会的制定法,无非都是对这种规则、规律的宣示和表述而已。^[33]因此,严格来说,法官在做出一项判决时,其实是在对相关法律规则进行表述。当然,如果只是例行案件,如果人们对所适用的法律没有或很少有异议,他可能只需要重申这个规则就行了,相应的,

[32] G. J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Clarendon Press-Oxford, p. 9.

[33] Hayek, *Constitution*, p. 163.

此时他并不需要长篇大论地进行判决书说理;但如果碰到的是疑难案件,对规则进行重新表述就是必不可少的了。波斯特玛认为,新情况的出现总是要求对法律予以重新表述,因此任何对于法律的特定表述都不具有终极性、都是可修正的。^[34]再者,先例只有在正确地对法律进行了表述的情况下才会对后来的法官产生拘束力,因此法官总是要将先例中对规则的表述与法律共同体及民众的实践进行对比、检验,^[35]并在发现问题时对先前的这一表述予以修正,法官就是借助这种对法律进行重新表述的机会推动法律发展的。

也正因此,普通法其实是一个动态的、变动不居和有机的规则系统。旧规则在不断地逝去,新规则不断取而代之,如同细胞的新陈代谢一般。去掉这一部分,修正或强化那一部分;将一部分从其所熟悉的区域扩展到一个新的领域……通过这些方式,法律在不知不觉中改变着。^[36]因此,就习惯和普通法规则的发展而言,它是一个无法为我们所把握的、动态的过程,正是在这个意义上,我们说普通法所谓的历史是客观的。

另一方面,对于普通法来说至关重要的“历史”又是主观的。这主要是因为,如前所述,习惯获得规则之效力的一个重要环节是为民众所认可和接受。如我们所熟悉的那样,一条规则虽然经过了议会的正式程序而被赋予了法律的效力,但如果不为民众所认可,其实效和生命力是值得怀疑的,人们可以通过退出或放弃交易、规避法律而使该规则实质上失去效力或从来就不具有效力。因此,“获得民众的认可”是理解普通法主观历史观的关键。

但与实证主义法学的观念不同,普通法不是先有了规则的文本(代议制会议通过的法律)再去“征求”民众的认可,而毋宁说它本身就是民众认可和选择的一个结果(在这个意义上,民众是不可被代表的)。普通法规则来源于英格兰民族的习惯,而这些习惯又形成于民众长期的生活实践中。如前所述,习惯形成于实践,又不断地受到实践的检验,一个习惯能够得以长存并晋升为规则,在于其所蕴涵的经验和智慧能够不断地为民众的经验所确认或与之达成一致,^[37]为民众屡试不爽,人们真正觉得它好用、管用。换言之,就是这些经过历史考验而留存下来的规则具有合理性。所以,这个认可的过程是一个实践的过程而非简单的意志表达或意思表示的过程:人们在实践中默默地甚至是无意识地接受了某些习惯和规则,自发地使用之,也就是对它的认可;虽然可能并没有(实际上经常是没有)具体认可的仪式,但这种实际使用、采纳和遵循要比任何仪式都更有效力。因此,本应是一个主观的认可行为在这里具备了客观的特征:人们甚至没有意识到自己是在“认可”这些规则。

更为重要的是,这种对普通法的接受建立在这样一种对其理性和历史恰适性的共同观念之上:不仅每个人都相信这些规则是合理的,是良善和智慧的体现,而且他们也相信其他人也都是这么认为的。^[38]相对于单个人对规则的认识和接受而言,我相信他人也能够认识和接受这些规则可能更难,但它对于普通法被接受、被全体民众所接受、被历代的民众所接受,则更加重要。因为如果说前者只是一个个人问题、只是规则本身合理性问题的话,后者则涉及对他人的信任以及整个共同体得以建立和存在的心理基础问题。让一个人认可某种东西可能并不难,但要让很多人都认可则很难,而要让不同历史时期的人都认可这套规则体

[34] G. J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Clarendon Press-Oxford, p. 10.

[35] G. J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Clarendon Press-Oxford, p. 10.

[36] G. J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Clarendon Press-Oxford, p. 12.

[37] G. J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Clarendon Press-Oxford, p. 7.

[38] G. J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Clarendon Press-Oxford, p. 8.

系,而且是让我们彼此都相信对方都是这么认为的则更难。如何才能做到这一点?唯有历史,唯有历史的连续性,因为只有长期反复地在公共场合显示其合理性从而使其合理性深入人心,才能真正赋予规则以法律的效力。

所以,对规则的认可只有个人的实践是不够的,还必须有公共机构(对普通法来说尤其是司法机关)同样的实践。法官做出判决时对先例的引用就是对先前规则的认可,先例的反复被引用就是先前规则的不断被认可和强化,而且是公开的认可和强化。这是一种横向的认可过程,再加上民众生活方式之延续这种历史的纵向的认可过程,最终使得普通法这一规则体系能够不仅为广大大同时代的民众所接受和认可,而且还能为历代的民众认可和接受。

民众和规则之间的关系并非单向的,民众在认可规则的同时,其精神气质、生活方式、思维模式、心理预期等也在受到规则的型塑和影响。人生而必然处于一定的社会背景中,其思维、行事必然带有这个背景的痕迹,而规则则是这个背景中非常重要的元素。一个个体的人如何与其共同体的其他成员相互认同?他必定是根据语言、生活方式、思维方式、宗教等民族特性、要点来确认自己的身份,并与本民族的其他成员形成一种“同类、同伴或同伙”的关系。这其中自然就包括了对这个民族、群体中某些共同的习惯或规则的认可;即如果要成为这个群体中的一员,就必须认可和接受其习惯和规则。同样,包括司法在内的公共行为也是对长期以来为本群体所认可之行为方式的重新及不断的颁行和确认,是对维系、约束此社会中成员之“同类”关系的那种连续性的不断确认。

因此,“客观”的规则和“主观”的人之间是一种互动、相互影响的关系,而普通法就是一部记录这种互动关系的史诗,也是这种互动、相互影响作用的结果和产品,理解普通法就是要理解这种互动,理解这一主观与客观并存的历史。

(二)历史:流变而非静止

既然普通法是历史的产物,与历史联系紧密,那么我们能否将今天某一法律之源头追溯至过去某一具体时代、具体的规则呢?因为在大多数人看来,这可能是证明普通法历史性的最好也是最直接、最简单的办法。

柯克对这个问题的回答是:能。不仅如此,他甚至夸张地认为,为了从历史的角度论证普通法规则的效力,很多宪制可以并且应该直接被追溯至盎格鲁—撒克逊时代,甚至是特洛伊王子登临不列颠的那一刻。^[39]但柯克的这一说法显然无法得到任何实证材料的支持。如17世纪的平等派就认为,历史证明,今天法律中的内容与撒克逊时代不存在任何类似之处;事实上,今天法律中的元素都可追溯至每一次具体的法律变革。^[40]因此,柯克的上述说法不是支持、相反还是削弱了普通法的历史性特征。为什么会是这样呢?因为他是在以机械的方式或站在客观史的立场上机械地看待普通法的历史性问题的;而显而易见的是,将普通法的历史性简单归结为纯粹客观的历史,将历史联系定义为前后规则之间机械的联系,是无法为普通法辩护的。那么,我们该如何理解这一问题呢?

有关这一问题的主流观点来自于黑尔。针对上述二者的争论,黑尔认为,柯克和平等派都错误地认为历史性是可以将法律追溯至过去某一具体的源头,因而都误解了普通法历史

[39] 参见 D. E. C. Yale, "Hobbes and Hale on Law, Legislation and the Sovereign", 31 *Cambridge Law Journal* 121 - 156 (1972), p. 127 and references at n. 33.

[40] J. G. A. Pocock, *The Ancient Constitution and the Feudal Law*, Cambridge: Cambridge University Press (1957), p. 127.

性的真正含义。在他看来,机械地探寻今天某一规则的源头不仅不可能,而且也不必要;说法律历经世纪而不变也是没有意义的。因为,法律实际上是处于不断变动之中的;从本质上来看,法律是要适应民众的生活状况、需求和便利,而这些东西的生长是无法感知的,所以法律的生长同样无法感知,尤其是在长期的历史进程中。所以不可能说哪些法律是新的,哪些是旧的,又是在什么时候起源的。一句话,精确追溯今天法律之起源是不可能的。因此,在黑尔看来,探寻普通法规则是由谁(如罗马人、盎格鲁-撒克逊人、丹麦人,还是诺曼人)带来的并不重要——因为这并不构成它们成为规则、具备法律效力的真正原因;而是坚持认为,它们之所以能够成为法律,是因为它们被这个王国的民众所认可并接受了。^[41]

不过,无法追溯今天法律之历史起源并不意味着普通法就不具有历史性了。玻斯特玛说,因为法律处于不断的变动、调适、影响与被影响、发展、衰落及重生的过程中,将今天法律的某一部分等同于撒克逊时期的某一法律没有任何合理的依据。但它们仍然是同一个法律。因此,古今规则历史联系性的关键不在于法律构成要素上的一致性,而在于今天的法律与过去保持了稳定的连续性。^[42] 黑尔认为,尽管历经几个世纪的变迁,我们仍然可以说,今天英国的法律还是600年前的英国法,就如同“阿戈尔英雄的战舰,在其外出远航的漫长岁月里,历经修缮,返回时先前船上的材料已几乎荡然无存,但它回来时却依然是原来的那艘战舰”。^[43] 对此,布莱克斯通也有类似的隐喻:“我们的法律体系就像一座古老的哥特式城堡,建于中世纪,却为现代人所用。其外观……宏伟壮观却没有用处,因而被弃置一边;其内部供日常之用,温馨而宽敞,但到达这里却蜿蜒而困难。”(3 *Comm.* 268)

因此,对于普通法的历史性而言,这种今天和过去之间稳定的、动态的连续性而非构成要素上的静态的一致性是最重要的,所以黑尔说,普通法历史性的唯一证据内在于普通法之中。但光有这种连续性是不够的,它甚至不是最重要的,最重要的是这个民族之民众对于这种连续性的感知、认可和确信。每个民族都有自己的历史,但并不是每个民族都能认识、感知和尊重自己的历史;而要做到后者,就需要一种理性而非功利的态度。换言之,只有客观的历史是不够的,还需要人们主观上对这种客观历史的感知、认可和确信。相比较而言,后者也许更为重要。

因此,当你追溯今天某些普通法规则的源头时,也许你会发现这前后两者已然面目全非,甚至其祖先已经死去了很多年。但我们并不能以此就否认普通法的历史性,因为过去的虽然已经面目全非甚至是死去,但它在历史的某个时刻已然获得了新生;就好像蚕蛹或蛇的蜕皮一样,今天是从过去的躯壳中蜕变而出的,谁又会否认这个新的生命和旧的躯壳之间存在联系呢?因此,对我们来说,理解普通法历史性真正重要的,也许不是向过去简单、机械地返回和复原,而是民众内心对过去的真正认可和确认,并具有将之延续下去的信心和决心。

(三) 观念、立场上的历史主义与方法上的非历史主义

上一部分的论述反映出,普通法在观念和立场上是历史主义的,但在方法上却是非历史的(如果不是反历史的话)。通俗地说,就是在日常的司法论辩和法律著述中,人们总是诉诸历史,并借助历史来增加自己论辩的权威和力量;但实际上并没有多少人真正地去探究今

[41] Hale, *History of the Common Law*, p. 43.

[42] G. J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Clarendon Press-Oxford, p. 6.

[43] Hale, *History of the Common Law*, p. 40.

天规则和过去之间的联系是什么。这其中包含了两个问题:一是人们之所以诉诸历史并非出于功利或矫情,而是真切地认识到并且相信法律的最终权威不在意志而在长期的社会实践;二是真正的历史主义其实并不在于通过精确追溯某一规则的历史起源来建立古今之间的联系,而在于通过实践来承继过去、发展过去。

因此,观念、立场上的历史主义是针对法律之根基究竟何在而言的。在这一点上,普通法和实证主义法学是完全相对的。在实证主义法学看来,法律是主权者意志的体现,但普通法却否认这种人为意志的确定性。如柯克和布莱克斯通都认为,导致英国法混乱、不一致和不公正的唯一(或至少是主要)事由是议会的立法。^[44]在布莱克斯通眼中,议会之意志具有临时性和武断性,再加上议员之变动更导致了其意志无法形成一个连贯的整体,而不像普通法那样因为必须从先例中寻找解决方案,从而使得其规则体系更具有连续性(1 *Comm.* 46)。黑尔对此的解释可能更有说服力:在他看来,能否成为法律的关键不是它被引入法律体系的方式,而是其现实的权威基础。制定法所导致的激进变革如果能够为民众的实践所接受,那么它也会融入这个法律体系——事实上,今天普通法的很多规则都来自于过去的制定法。而如果制定法严重脱离民众的生活现实,那也只能是一纸具文。^[45]

相比之下,普通法理论和发端于德国的历史法学倒是有很多契合之处。比如双方都否认立法者意志构成法律规则的效力基础,都认为法律不能够由立法者有意识地、任意地创造。作为德国历史法学的代表,萨维尼特别强调“民族精神”对于法律的意义。如果非要说这二者有什么不同的话,那就是萨维尼主张习惯法要经过学术法再由国家以法典法的形式体现出来,而普通法则从来没有主张过任何形式的法典。因此,经典普通法理论与历史法学之间的差别不在法律之根基,而在法律的最终体现形式。

另一方面,也正是萨维尼对“学术法”阶段的强调,他所领导的历史法学才在后来致力于对罗马法和日耳曼法历史的深入探究,以正本清源,汇集民族之法律精华。通过近一个世纪的努力,最终成就了《德国民法典》。但反过来看普通法,除了为数不多的法律史学者之外,作为普通法实践之主体的法官、律师、法学家及民众很少有通过历史考证之方式来求得法律之真义的。在他们看来,承继历史的方式不主要是历史学家的考据和叙述,而是民众和法律人对社会实践的参与及对过去经验的尊重与继承。因此,在与德国历史法学的对比中,我们不仅可以进一步理解普通法在观念和立场上的历史主义,而且也可以更好地理解它在方法上的非历史主义。

普通法方法上的非历史主义还基于这样一个重要的事实:要为今天的普通法规则寻找它在过去的影子不仅是没有意义的,而且也几乎是不可能的。这也是我们前面提到过的,柯克如此刻板地坚持可以将今天宪制中的很多内容追溯到盎格鲁—撒克逊时代,不仅没有增加反而有损普通法的权威。其中的原因前文已有论述:历史的流变、时势的变迁已经让规则变得面目全非,真正的历史主义是不会去做这种有损于历史权威性的拉郎配的。

此外,普通法在方法上其实是带有浓厚的分析实证主义色彩的,这大概是法律自身的特

[44] G. J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Clarendon Press-Oxford, p. 15. 这让我们想起了边沁对普通法的批评,他的观点和柯克、布莱克斯通正好相反:导致英国法律混乱的正是普通法。但双方的观点并不能被视为矛盾,因为彼此基于不同的立场,而且是在描述不同的问题:边沁主要是从普通法的形式而言的,而柯克和布莱克斯通则讨论的是法律的实质根基。

[45] Hale, *History of the Common Law*, 43.

点所致。回顾罗马法的发展历史、格拉提安为教会法体系化所做出的努力以及德国历史法学为本国法律体系化所做的工作,再看看分析实证主义法学为建立一个科学的法学体系而付出的努力,我们就会明白逻辑的方法、分析的方法对于任何法律都是必不可少的。就司法实践而言,法官、律师必须分析解释相应的法律条文、先例,将相关事实类型化,通过归纳、类比、演绎等逻辑方法得出结论;就法学研究而言,法学家也必须对相应的社会事实与法律条文相对照,将不同的法律条文、先例相对照,提出新的解决方案,这些方案还必须和先前的体系相协调,这些也少不了逻辑和分析的方法。在这个意义上,两大法系或世界各种法律体系之间并无不同,不同之处仅在于它们所具体使用的分析的方法。

回顾一下普通法法官审理案件的过程:他在寻找规则时并非要运用历史的方法去考证某一规则的来龙去脉——尽管这对他理解该规则的准确含义极有帮助,而是根据其经验从众多先例中查看类似问题的解决方案,并总结出将要适用的规则。为此,他需要区别各个案件之间那些细微的差别,因为正是这些差别可能会导致前后两案所适用的规则有所不同;同时他还必须遵循类似案件类似处理的基本原则,以维持法律的稳定性和可预见性。这些虽然需要顾及过去,但却很难说是历史的方法。如果非要说普通法在这一点上与历史有任何关系的话,那最多也是普通法是运用逻辑和分析的方法对历史上遗留下来的先例等法律材料进行逻辑、实证的分析,而不是要运用历史的方法去探究什么。

著名的美国法律史学家莫顿·霍维茨(Morton J. Horwitz)1997年在《牛津法学杂志》上发表了一篇文章,其标题即为“为什么英美法学是非历史的?”^[46]该文秉承了边沁、奥斯丁、哈特一系实证主义法学的立场,论证了为了建立一个可以被称之为科学的法学体系,历史、政治和道德是必须被排除在这个体系之外的。霍维茨的这篇文章以及实证主义法学派的立场,也许可以为我们理解本节有关普通法的结论提供帮助。

实证主义法学一直致力于建立一个独立、科学的法学体系,要让法学成为一门科学,但传统的自然法学以及其他学派都在不经意间(或是有意而为)把法律和其他社会现象拉扯在了一起。毫无疑问,将法律绝对独立于其他社会现象之外是不可能的,因为法律必然处于一定的社会背景之中,受其影响是不可避免的;奥斯丁、凯尔森和哈特等人在这方面的努力也很难说有多成功,比如奥斯丁的实践道德、凯尔森的基本规范和哈特的承认规则,都在一定程度上承认了法律和其他社会因素之间的关联。不过这并不意味着追求法律的独立就没有意义,毕竟一个独立、明确的法律体系对任何一个进步社会都是必要的。因此,对于法学和法律而言,重要的是要在独立和关联之间保持平衡。在笔者看来,保持好这种平衡的关键是要看所讨论之问题属于什么范畴:一般而言,司法过程中涉及对法律、先例的解释,法律规则、原则的适用等问题,必须严格坚持逻辑的方法,不能随意和道德、宗教、伦理等建立关联,不能随意诉诸价值判断,不能轻易越过规则而直接诉诸原则,否则法律将无任何确定性可言;当然,在某些疑难案件中,诉诸价值判断、适用法律原则、进行道德伦理的考量也是不可避免的,但这必须有一定的限度,比如必须限于最高司法机关来最终把握,以为后来确立范例——毕竟,这种情况带有下面要提到的立法的意味。另一方面,在立法涉及全体民众之利益时,在涉及法律之基本问题时,单纯地就法律论法律又是不明智的。此时,法律最终只能

[46] Morton J. Horwitz, Why is Anglo-American Jurisprudence Unhistorical, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 17, 1977, pp. 552 - 586.

是政治、道德、伦理、宗教、经济等因素相互博弈之后的结果。所以,奥斯丁等人会把立法问题排除在“法律科学”之外,而区别对待“立法学”和“法律科学”,认为法学要研究的是后者而不包括前者。

五 结 论

与大陆法不同,普通法没有将自己的权威和合理性建立在“意志”的基础上,而是诉诸历史。它相信,真正合理的东西应该是历史积淀下来并经过实践反复检验而留存下来的,而不是某个人或某些人临时意志的产物。因此,要理解普通法,树立这样的历史观是一个基本的前提。但在普通法看来,历史又不是对客观过去的简单重复,而是充满了主观性。民众通过实践对于规则的认可以及司法通过案件裁断对规则的反复确认,是规则获得效力的实实在在的基础;但这却是一个含有客观性的主观过程。

立场和观念上的历史感并不排斥普通法方法上的实证精神。事实上,无论司法断案对既有规则(遵循先例)的认可,还是对规则的进一步发展(推翻先例),都是通过实证的、逻辑的方法来完成的。因此,普通法的历史性是通过无数个细节构建起来的,是通过实证的方法来实现的。最后需要补充的是,普通法认可自然理性和作为法律特性之技艺理性之间的区别,注重历史和大众的对于法律的贡献,追求民间资源和社会精英之间的完美结合。这些,都是值得我们反思和借鉴的。

[Abstract] Through organizing standpoints of classical common law theory, the author of this article has analyzed the historic characteristics of the common law from two aspects: common law as custom and as reason. The author points out that history has played a very important role, no matter whether one proceeds from the standpoints that common law originated in custom or it should be regarded as reason itself. But what does the historic significance of the English common law mean? The author goes on to explain this from three perspectives: the subjectivity and objectivity of history, history as a dynamic and static process, and ideas and methods.

(责任编辑:支振锋)