

英国普通法的“技艺理性”

李 栋

内容提要：“技艺理性”是英国普通法中一个重要的概念，它指涉的是普通法法律人经过长期的教育和训练，在无数代智识经验积累之上所具有的法律实践理性。它有别于人生而具有的“自然理性”。“技艺理性”不仅在近代英国司法独立和法治社会过程中发挥了积极推动作用，而且深刻解释了英国普通法的本质特征。

关键词：禁止国王听审案 技艺理性 自然理性 英国法问题

李栋，湖南大学法学院，法学博士。

“技艺理性”是英国普通法中一个极为重要的概念，它是16世纪中叶到17世纪中叶普通法法律职业共同体为论证普通法的至上权威性，争取和维护法官的独立审判权而提出来的。这个概念深刻地揭示了英国普通法的本质特征，并在近代英国司法独立和法治社会的建立过程中发挥了积极推动作用。

一 “禁止国王听审案”与“技艺理性”概念的提出

“技艺理性”概念是在英国历史上法律与王权、自由与专制激烈冲突的年代，由普通法法官爱德华·柯克(Edward Coke)最先提出来的。

17世纪初期，随着斯图亚特王朝专制主义的加强，都铎王朝时期形成的“国王在议会中”的政治平衡格局被打破，以王权所代表的权力被推到了历史的极端。于是，“一个丧失了历史合理性的王权在新的朝代下与自由激烈地冲撞了”。^[1] 自由与专制王权的冲撞首先表现在普通法法院和国王特权法院(宗教的和世俗的)的司法管辖权冲突上。1605年，坎特伯雷大主教班克罗夫特(Archbishop Bancroft)向国王的枢密院抱怨说，宗教法院的管辖权受到了普通法法院禁止令状的严重限制，并要求废除普通法法院的这一权力。针对这一要求，时任普通诉讼法院首席法官的柯克奋起抵制，他援引大量司法先例，证明普通法法院颁发禁止令是合法的。^[2] 双方的冲突于1607年进一步升级。一位名叫福勒(Fuller)的普通法出

[1] 钱乘旦、陈晓律：《英国文化模式溯源》，上海社会科学院出版社2003年版，第38页。

[2] W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, Methuen, 1956, Vol. V, p. 429.

庭律师向王座法院申请一个针对宗教事务法院的禁止令状,并在法庭辩论中借机抨击了宗教事务法院的司法管辖权。由于言词不当,福勒被宗教事务法院以分裂教派罪判处罚款和监禁。对此,王座法院的法官们一方面承认宗教事务法院有权惩罚分裂教派罪,但另一方面又否认宗教事务法院有权处罚一名出庭律师在法庭辩论中所发表的言论,并且最后以强硬的措辞强调,普通法法官有权决定宗教事务法院司法管辖权的范围。^[3]普通法法官的这一颇具“技术化”的处理方式使班克罗夫特大主教极为不满,他诉诸詹姆斯一世说,涉及宗教法院司法管辖权权限的问题,或任何涉及法律上有疑问的问题,都应当由国王自己来裁决。他接着说,既然王室法官是国王委派的,国王也就可以在任何时候撤销这些法官对某一案件的审理权,而由国王躬亲裁决。班克罗夫特大主教这一观点深得国王的赞同。于是,在1607年11月10日(星期日),詹姆斯一世就坎特伯雷大主教班克罗夫特的奏请,召集所有英格兰法院的法官举行了一次会议。柯克在其《判例汇编》(*The Reports*)中将这次会议称为“禁止国王听审案”会议。^[4]

詹姆斯一世召开此次会议的目的是寻求法官们认可大主教的奏请,即对于法院法官审理的案件,如有疑问,无论案件的性质如何,都可以由国王自己“以其国王的身份”直接进行裁决;因为法官不过是国王的代理人而已,国王有权按照自己的喜好裁决案件。^[5]针对这一直接侵害司法权的行为,柯克斩钉截铁地回答道:“由全英格兰全体法官、财政法院法官见证,并经他们一致同意,国王本人不能裁决任何案件,不管是有关叛国罪、重罪等刑事案件,还是各方当事人之间有关遗产、动产或货物等案件;相反,这些应当在某些法院中,根据英格兰的法律和习惯来决定和裁决。”^[6]接着,柯克列举了一系列先例予以证明。

詹姆斯一世听后则反驳道:“法律是以理性为基础的,并且除了法官以外,他和其他人一样拥有理性。”针对国王的这一具有“思辨性”的观点,柯克巧妙地回答道:“确实,上帝赋予了陛下以卓越的技巧和高超的天赋;但陛下对于英格兰国土上的法律并没有研究,而涉及陛下之臣民的生命或遗产或货物或财富的案件,不应当由自然的理性,而应当依据技艺性理性和法律的判断来决定。法律是一门需要长时间地学习和实践的技艺,只有在此之后,一个人才能对它有所把握:法律就是用于审理臣民案件的金铸的标杆和标准,它保障殿下处于安全与和平之中:正是靠它,国王获得了完善的保护,因此,我要说,陛下应当受制于法律;而认可陛下的要求,则是叛国;对于我所说的话,布拉克顿曾经说过:国王应当不受制于任何人,但应受制于上帝和法律。”^[7]这样,通过这次“学术论辩式”会谈,柯克明确提出了“技艺理性”概念。

“技艺理性”概念的提出首次区分了两种不同理性的含义。会谈中,柯克从未否认国王和一般普通人都具有理性,而且承认法律就是理性的体现,他说:“没有什么违反理性的东西是合法的。因为理性是法律的生命。不仅如此,普通法本身不是别的,只是理性。”^[8]但是柯克认为,国王以及普通人所具有的这种理性仅仅是与生俱来的“自然理性”,而绝非普

[3] W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, Methuen, 1956, Vol. V, p. 429.

[4] Steve Sheppard, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Liberty Fund, 2003, Vol. I, pp. 478-481.

[5] Steve Sheppard, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Liberty Fund, 2003, Vol. I, p. 478.

[6] Steve Sheppard, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Liberty Fund, 2003, Vol. I, p. 479.

[7] Steve Sheppard, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Liberty Fund, 2003, Vol. I, p. 481.

[8] Steve Sheppard, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Liberty Fund, 2003, Vol. II, p. 710.

通法法律职业者所独有的那种“技艺理性”。^[9]他说：“技艺理性需要通过长期的学习、观摩和实践经历才能获得，它并非每个人都拥有的自然理性，因为没有人天生就是技艺理性者。这种司法理性是最高的理性。因而，即使将所有分散在众人头脑中的理性汇集到一个人的头脑中，他仍然不能制定出像英格兰这样的法律来，因为在一代又一代人连续继承的漫长岁月中，英格兰法得到了无数严肃认真、博学之士的反复锤炼，通过长期的实践才获得了这种完美，用于治理这个王国。正如古老的规则能够正当地证实这一点。没有人比法律更睿智，因为法律乃是理性之圆满状态。”^[10]在柯克心目中，“技艺”有以下两个基本的含义：第一，这种“技艺”只能通过长期的教育或训练获得。^[11]《牛津英文辞典》专门引用柯克的话对其进行说明：“技艺理性是任何没有接受过训练的人难以理解的。”柯克在“禁止国王听审案”和《利特尔顿》(On Littleton)的评注中清楚地对“技艺理性”第一方面含义进行了表述：法律的理性之所以是技艺的而非自然的，其原因在于没有人能够天生地掌握法律，无论这个人有多高的自然天赋，他都需要通过教育、训练以及经验的积累才能掌握法律。^[12]第二，这种“技艺”是一种经验的积累，是需要适用法律和司法判决当中不断完善，达致尽善尽美的。^[13]用柯克的话讲，普通法理性的不断完善是一个自然的过程，任何个人的专业技能在此过程中并非发挥着最主要的作用。相反，经验的积累是技艺理性形成过程中的关键性因素。例如“长时期的经验积累比政府单独作用更有利于王国的完美”。^[14]因此，技艺理性经过无数代有学识的人提炼与完善的过程是一个主动的、不断创建的过程，或许它很难把握，但它绝不是被动地对先前经验简单的承认与接受。^[15]

正是强调“技艺理性”的这两方面内涵，柯克才理直气壮地回击了或许真正拥有“自然理性”的詹姆斯一世。正如波考特教授评价的那样：“通过法官来宣示的普通法是数代人的经验沉淀和提炼的结果，它不是某一个人或某一群人哲学化沉思的结果。每一个判例都来源于先前年深日久的提炼并接受这之后时间的检验，因此它比任何人做出的决定都更加睿智——甚至是詹姆斯一世。”^[16]

二 柯克之前的“技艺理性”思想

应当说明的是，“技艺理性”概念的提出并非柯克一人之功，更非一时的突然发现。据学者塔布斯的研究，与柯克同时代的亨德利(Hedley)、塞尔登(Selden)等法律职业者以及后来的马修·黑尔，也都曾提出过与“技艺理性”近乎相同的概念。^[17]例如，亨德利在1610年下议院的一次著名演讲中提出了类似的“试错的理性”概念。他认为这种“试错的理性”的正确与恰当来源于民众，它集合了所有人的智慧、学识和知识，吸收了所有人的力量、荣耀与

[9] J. W. Tubbs, *The Common Law Mind*, The Johns Hopkins University Press, 2000, p. 165.

[10] Steve Sheppard, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Liberty Fund, 2003, Vol. II, p. 710.

[11] J. W. Tubbs, *The Common Law Mind*, The Johns Hopkins University Press, 2000, p. 165.

[12] J. W. Tubbs, *The Common Law Mind*, The Johns Hopkins University Press, 2000, pp. 165 - 166.

[13] J. W. Tubbs, *The Common Law Mind*, The Johns Hopkins University Press, 2000, p. 166.

[14] J. W. Tubbs, *The Common Law Mind*, The Johns Hopkins University Press, 2000, p. 166.

[15] J. W. Tubbs, *The Common Law Mind*, The Johns Hopkins University Press, 2000, p. 166.

[16] 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, p. 35.

[17] J. W. Tubbs, *The Common Law Mind*, The Johns Hopkins University Press, 2000, p. 167.

判断,因而它比法官、议会以及智者都更为明智。^[18]甚至在这之前的利特尔顿、波洛登、戴维斯等人已经对“技艺理性”思想做过很好的阐释,也就是说,柯克的“技艺理性”观念早已普遍存在于英格兰法律职业者的脑海中,柯克只不过将其概念化、明确化罢了。正如波考特教授所说:“较之其他人,柯克的贡献在于,他不仅更多地总结和概括了它,而且赋予了它(‘技艺理性’观念)权威。”^[19]

15世纪英格兰普通法思想领域的代表人物托马斯·利特尔顿(? -1481)在其著作《土地法》(*Tenures*)中,^[20]就是通过描述普通法的实践性来说明其具有至上性的。利特尔顿认为,“中世纪的法律理论蕴涵了许多自然法的原则和思想,虽然自然法确立了许多法律原则,但是由于人类生活是多种多样的,自然法指导下的法律并不一定能够在实践中完全适应人类生活多样性的要求。而普通法是民众长时间法律实践积累下的产物,它存在于普通法法律共同体的头脑之中,他们有足够的信息去适应社会多样性的要求”。^[21]可见,在法律实践经验积累性中探求普通法的特殊性早在15世纪已经开始。当然,此时的利特尔顿并没有通过一个概念明确地概括出普通法的这种实践经验的积累性。但是,可以肯定的是,柯克必然受到了利特尔顿思想的影响。因为柯克一生中最为重要的著作《英国法总论》(*Institutes of the Law of England*)的第一卷就是对利特尔顿《论土地法》的评注。

16世纪著名的普通法学家埃德蒙德·波洛登(Edmund Plowden)对“技艺理性”概念的提出也做出了自己的贡献。^[22]塔布斯甚至说:“在波洛登这里我们可以找到爱德华·柯克提出‘技艺理性’概念的先兆。即普通法‘技艺理性’是法律职业者经过长期训练与实践才能获得的。”^[23]为了说明普通法理性的特殊性,波洛登认为:“普通法的两个本质性的特征是理性与习惯。其中,理性的含义指的是法律职业者的法律知识和自然法;习惯的含义指的是法律职业者长期认可、试错下的习惯与民众认可的习惯。”^[24]从这样的区分中,我们可以清楚地看出,此时的波洛登与后来的柯克一样已经将普通法法律职业者经过长期训练、实践、试错下获得的“理性”与其他意义上的“理性”作了一定的区分,并特别强调普通法法律职业者这种“理性”是对民众习惯长期的提炼与总结。

17世纪初期时任爱尔兰检察总长的约翰·戴维斯(John Davies)在论证普通法、习惯与民众认同三者之间的关系中,完成了其对“技艺理性”概念的知识增量。戴维斯首先认为:“英国普通法不是别的,是整个王国的共同习惯。拥有法律效力的习惯通常被称为不成文法,其原因在于它既不能通过国王的特许状也不能通过议会的立法制定或产生。国王的特许状或议会的立法所创制的法律是成文法,因为它们被记录在案,是书面的,而习惯法是不

[18] J. W. Tubbs, *The Common Law Mind*, The Johns Hopkins University Press, 2000, p. 149.

[19] 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, p. 38.

[20] 托马斯·利特尔顿的《土地法》是继布拉克顿之后英格兰第一本关于英国法的著作。参见 J. W. Tubbs, *The Common Law Mind*, The Johns Hopkins University Press, 2000, p. 56.

[21] J. W. Tubbs, *The Common Law Mind*, The Johns Hopkins University Press, 2000, pp. 60-61.

[22] 他被认为是16世纪英格兰最好的判例汇编者,其后来的继任者都很难达到他当时的判例汇编水平。参见 J. W. Tubbs, *The Common Law Mind*, The Johns Hopkins University Press, 2000, p. 110.

[23] J. W. Tubbs, *The Common Law Mind*, The Johns Hopkins University Press, 2000, p. 111.

[24] J. W. Tubbs, *The Common Law Mind*, The Johns Hopkins University Press, 2000, p. 115.

成文的,它们仅存在于人民的记忆之中。”^[25]接着,他认为习惯从产生到发展并臻于完美是一个不断积累的过程:当人们发现某一做法合理而有益于他们,并适合他们的性格与特质,这一做法就会得到人们的遵从与重复,经过长年累月的积累后就形成了习惯法。这些习惯从未中断,在人们的不经意间获得了与法律同等的效力。^[26]最后,他认为评价这些通过积累生成的习惯法优劣与否的标准只有一个,那就是普通民众的认同。他说:“习惯法是最好、最完美的法律,它确定并保存了公益。因为成文法无论是君王的敕令,还是等级会议的立法,都是在试验或者验证是否合适、行得通之前强加给人民的,这些法律是否适合人民的性格与特质,是否会给人民带来不便,尚不清楚。然而,习惯法的优点在于,它并不是强加于人民的法律,它是经历了世代人民的考验而被接受的,它去除了那些给人民带来不便或者不适于他们性格与特质的习惯,习惯法的法律效力是在长期的运用中形成的。”^[27]这样的论证过程告诉我们,习惯法之所以优于制定法是因为这些法律是长期重复、积累、选择的结果,因而,它们是最能体现英国民众切身的自由与权利的法律。正如学者塔布斯评价道:“戴维斯之所以将法律理解为是一种理性,而且是一种完美的理性,原因在于这种理性是在长期的审判和实践中获得的,它完美地契合了英格兰以及生活在其中的人民的诉求。”^[28]

三 “技艺理性”与“自然理性”

前已述及,1607年柯克以“技艺理性”为由拒绝国王审理案件的逻辑在于:国王虽然天纵神明,拥有超乎常人的“自然理性”,但这种理性毕竟与普通法法律职业共同体通过长时间学习、研究、实践所获得的“技艺理性”是截然不同的。换言之,詹姆斯一世要求亲临法院坐堂问案所借助的理论根据是“自然理性”,亦即人天生所固有的那种认识社会常识、规律的能力;而柯克所依据的“技艺理性”是一种需要在长时间研读、实践中才能获得的能力。这种能力不仅不是与生俱来的——“因为没有人一生下来就记忆娴熟”——而且它也绝非通过某一个人的思考与实践所能获得,它需要“通过很多代人的实践”,并“借助于漫长的历史”才能获得。用学者斯托纳评价柯克“技艺理性”的话说:“它当然不是一种纯粹的决断,也不是完全脱离经验内容的逻辑。它是一种受过训练的思考方式,它不是任意的,但也不是绝对肯定的。”^[29]

很显然,柯克与詹姆斯一世的冲突反映了他们对于“理性”理解的不同。在詹姆斯一世看来,人的理性只有一种,那就是人类生来所固有的“自然理性”。这种“自然理性”是人们认识各种社会现象、把握各种社会规律的根本所在。它的获得不需要经过特殊的训练,也不需要具备什么特殊能力,任何人只要具备常人的智识就能够拥有“自然理性”。同时,法律不过是人类这种“自然理性”的反映,人类依据普遍的“自然理性”就能建立一套完美无缺的

[25] 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, pp. 32 - 33.

[26] 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, p. 33.

[27] 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, p. 33.

[28] J. W. Tubbs, *The Common Law Mind*, The Johns Hopkins University Press, 2000, pp. 167 - 168.

[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。

法律制度。借用哈特的话说,就是将洞幽入微的青蝇之眼与总揽全局的苍鹰之眼结合起来,力图让普遍、完善的法律之眼洞察社会生活的每个角落。^[30] 因此,法律的制定与适用并不是什么“神秘的技艺”,任何常人只要依据“自然理性”就可参与其中。

詹姆斯一世对于理性的理解,其渊源一直可以追溯到古希腊斯多葛派的自然法观。该派奠基人塞米特思想家芝诺就认为,自然的在本质上具有一种理性的品格,人类依据自然的本性能够制定出符合理性的法律安排自己的生活。^[31] 后来古罗马时期的西塞罗以及中世纪神学自然法代表人物托马斯·阿奎那也认为,“理性是人类都具有的一种普遍品格”,依据理性(无论这种理性的来源是自然或是神)可以制定或认识一般性的规则。^[32] 甚至中世纪唯实论者(或唯理主义者)相信人类有认识事物真实本质的可能性,并且有可能经由推理能力的运用而洞见在自然界中起作用的一致性及其规律。^[33] 因而,在哲学意义上讲,詹姆斯一世对于理性的理解大致属于一种绝对主义理性观。^[34] 因为绝对主义理性观所强调的“人生而具有智识和道德的禀赋,这使人能够根据审慎思考而型构文明”与上述詹姆斯一世的论调基本一致。^[35]

然而,理性在柯克眼中却不是这样。他认为人的理性不止一种,不仅包括詹姆斯一世所说的“自然理性”,还包括专属于英国法律职业共同体的“技艺理性”。这种“技艺理性”在以下两个方面与“自然理性”有明显的不同:一方面,“技艺理性”不是每个人天生所固有的理性,相反,它是一种通过长期研读与实践,后天实践的理性。正如马修·黑尔所说:“就所有的这个已经被讲过的而言,看起来人并非生下来就是普通法法律家,缺少理性能力的实践也不能给予一个人足够的普通法知识,但是它必须通过阅读、研究和观察而熟悉与习惯和实践这种能力才能够给予一个人完全的关于它的知识。”^[36] 另一方面,“技艺理性”不是一般常人的理性,而是在长期的司法过程中由历代法律人抽象与提炼,专属于他们的法律理性。用柯克自己的话说:“这不能被理解为是没有学识的常人的理性,而是由法律的权威所保证的技艺的和法律的理性:法律乃是最高理性。”^[37]

“技艺理性”与“自然理性”这两方面的不同,实质上反映了在柯克心中,“自然理性”并不像詹姆斯一世所理解的那样,是一种“绝对化”的理性,它有其行使的边界和局限,至少“涉及陛下之臣民的生命或遗产或货物或财富的案件,不应当由自然的理性、而应当依据技艺性理性和法律的判断来决定”。理性在柯克心目中是有限的,不仅每个人生而固有的“自然理性”不能发现、解决社会生活中的所有问题,而且就其一直奉为圭臬的“技艺理性”在法律问题之外也不是处理所有问题的“万能理性”。如果说詹姆斯一世所代表的是一种绝对

[30] H. L. A. Hart, *Essays on Bentham*, Clarendon Press, 1982, p. 4. 转引自李猛:《除魔的世界与禁欲者的守护神:韦伯社会学理论中的“英国法”问题》,载《韦伯:法律与社会(思想与社会第一辑)》,上海人民出版社 2001 年版,第 164 页。

[31] [美]E. 博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社 1999 年版,第 13 页。

[32] [美]E. 博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社 1999 年版,第 14、29 页。

[33] [美]E. 博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社 1999 年版,第 32 页。

[34] 这种绝对主义的理性观又被哈耶克称之为“建构的理性主义”,其主要观点是:“每个人都倾向于理性行动和个人生而具有智识与善的假设,认为理性具有至上的地位,因此凭借个人理性,个人足以知道并能根据社会成员的偏好而考虑到型构社会制度所必需的境况的所有细节。”[英]弗里德里希·冯·哈耶克:《致命的自负》,刘载锋等译,东方出版社 1991 年版,第 71 页。

[35] [英]弗里德里希·冯·哈耶克:《自由秩序原理》,邓正来译,三联书店 2003 年版,第 68 页。

[36] [美]哈罗德·J. 伯尔曼:《法律与革命——新教改革对西方法律传统的影响》,袁瑜琤、苗文龙译,法律出版社 2008 年版,第 273 页。

[37] Steve Sheppard, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Liberty Fund, 2003, Vol. II, p. 684.

主义理性观,那么,柯克代表的则是一种相对主义的理性观。^[38] 这一点我们可以从下面这段话得到印证:“任何单独一位统治者的智慧,比起普通法中所蕴涵的、并由精通法律的人士发挥作用的丰富经验来,都是贫瘠的。这似乎既是由于人的精神的局限性,也源于人性的弱点:统治需要大量有关具体情况的知识,而这已超出哪怕最为明智的人的把握能力之外。那种认为自己比法律更有智慧的想法,不仅会给社会带来麻烦,其本身也极有可能是完全彻底错误的。”^[39] 在这段话中,柯克以人性的弱点和精神的局限性为由,否认了理性的绝对性(统治者试图以其智慧对普通法进行修改),从而说明普通法是精通法律的人士长期理性积淀的产物。

如果我们将詹姆斯一世与柯克关于“理性”的分歧做进一步分析就会发现,他们都在试图解释这样一个问题,即普通法究竟属于何种“理性”? 究竟谁才是普通法的“制定者”?

在詹姆斯一世看来,英国普通法与欧陆罗马法一样,都是人类通过共通的“自然理性”创制出来的结果。之所以如此,一方面是因为詹姆斯国王来自于受罗马法深刻影响的苏格兰,另一方面,罗马法中的名谚“国王所好即具有法律效力”对詹姆斯一世也产生了极大的吸引力。^[40] 在这种“自然理性”观影响下,他认为普通法的“制定者”理所当然的应该是主权者。关于这一点,可以从后来托马斯·霍布斯为詹姆斯一世辩护的论述中清楚地看出:“我们的法律家也同意,法律绝不能有悖于理性;法律不是其条文规定本身(也即对于它的各种解释),而是合乎立法者之意图的东西。这是正确的,但问题是,法律之被承认为法律者,是谁的理性。它不是指任何私人的理性;因为如果那样的话,法律就会充满矛盾,就像经验哲学一样;它也不是(如爱德华·柯克爵士所说的那样)经过长期研究、观察和经验(就像他那样)而获得的理性的技艺的完美成就。因为,长期的研究可能会促成和肯定错误的判决;如果地基打错,则建得越高,坍塌越烈;那些投入了同样时间并且同样勤奋地进行研究和观察的人,其所得到的理性和解决方案,是并且必然是各不相同的。因而,制定法律的不是普通法法学或处于从属地位的法官的智慧,而是我们的人造人——国家——的理性,即他的命令。代表国家的只是一个人,因而,法律中就不可能出现任何矛盾;即使出现了矛盾,他的理性也能够借助于解释或修订而将其消除。在所有的法院中,进行裁判的就是主权者(他是国家的人格化身):处于从属地位的法官应当尊重主权者的理性,这种理性驱使他的主权者订立了法官赖以做出判决的法律;因而,法官的判决就是主权者的判决;否则的话,判决就是法官自己的判决,因而也是不公正的判决。”^[41] 法律不仅是“主权者的意图”,而且仅仅是“一个绝对主权者的意图”,因为只有这样“法律中才不可能出现任何矛盾;即使出现了矛盾,他的理性也能够借助于解释或修订而将其消除”。正是因为法律是“绝对主权者的意

[38] 这种相对主义的理性观也被哈耶克称之为“进化论的理性主义”或“有限理性主义”。这种理性观起源于苏格兰启蒙思想家休谟,其主要观点是,人的理性是有限度的,“文明乃是经由理性的不断试错、日益积累而艰难获致的结果,或者说它是经验的总和,其中的一部分为代代相传下来的明确知识,但更大的一部分则是体现在那些被证明为较优越的制度和工具中的经验”。它反对任何形式的对理性的滥用。[英]弗里德里希·冯·哈耶克:《自由秩序原理》,邓正来译,三联书店2003年版,第68页。

[39] [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103-104页。

[40] 詹姆斯一世在继任英国国王前,曾经是苏格兰的国王詹姆斯六世,他是绝对君权的支持者。据说在伊丽莎白一世还统治英格兰时,他就曾撰写并匿名出版了题为《自由君主之真正法律》的小册子,内容宣扬的就是布丹式的君主主权观。参见[美]斯科特·戈登:《控制国家——西方宪政的历史》,应奇等译,江苏人民出版社2001年版,第247页。

[41] [英]托马斯·霍布斯:《哲学家与英格兰法律家的对话》,姚中秋译,上海三联书店2006年版,第157-158页。

图”，詹姆斯一世才理直气壮地认为他有资格充当“最高法官”审理他愿意审理的一切案件，因为他所任命的法官仅仅是在执行他所制定的法律而已。

在这个意义上讲，其实自然法学与实证法学之间并不是绝对对立的，它们都确信依据人类理性能够制定出一般性、抽象性的法律。用德国学者阿图尔·考夫曼的话说：“尽管自然法学与法律实证主义在法的有效性上观点不同，但两者对法律发现过程的理解在方法上却完全一致：依自然法学说，实证的法律规范来自绝对值的伦理准则，具体的法律判决则从实证的法律规范中推出；依据法律实证主义，具体的法律判决同样不考虑经验，而是纯演绎地、‘严守逻辑’地出自凭借立法者命令的法律（材料）；依据这两种思维模式，那种具体的实证的法是一些固定不变的、先验确定的东西。不难发现，这两种看似对立的立场其实分享的是同一套思维方式：二者都倾向于公理化，都是基于理性主义的系统哲学，试图建构一种具有合适的、精确的知识之封闭体系。”^[42]因此，“自然理性”在詹姆斯一世那里也可以被理解为是一种“立法理性”，一种实证法意义上的“绝对主权者的立法理性”。

长期从事普通法司法实践的柯克显然不能同意将他们长久以来所适用的普通法视为“绝对主权者意图”的观点。在柯克看来，普通法滥觞于“超出久远记忆”的习惯，甚至可以追溯到公元前 12 世纪来自特洛伊的布鲁图斯国王，^[43]它们是历代法官在漫长的司法实践中不断积累、“发现”的结果，其真实的载体就是历史上无数法官因袭下来的一个个先例。用他自己的话说，普通法体现于无数法律家的头脑中，存在于一个连续不断的探索过程中。没有任何一个法官、也没有任何一个时代的法官、更不可能有任何一个法院的法官可以宣称，法律在他们那里达到了完美状态。因而，普通法的理性不是某一绝对主权者的“自然理性”，而是一种通过长期司法实践、通过不断经验积累而逐渐充实的“技艺理性”，普通法的制定者就是这其中世代代的法律人。正如一位学者这样阐释柯克所说的“技艺理性”：“理性不是一个人人生来就具有的、整合的；相反，理性接受被给予的东西，它会受到影响，会有所改进。它不是仅仅使用逻辑，而是靠着结合了广博的学识之逻辑而实现的。柯克所诉之理性，并不是一种理论天赋，而是一种实践能力。”^[44]由于柯克所说的“技艺理性”是英国法律职业共同体在司法中实践、积累、完善的，因而我们也可把“技艺理性”理解为是一种“司法理性”。所以，美国普通法学家罗斯科·庞德在总结英国普通法本质时曾将其归结为司法性，^[45]即“坚持依据由办案审理中的司法经验发展成的具有理性的法律”。^[46]

四 “技艺理性”与韦伯的“英国法问题”

为了更好地说明英国普通法理性的“技艺理性”特征，这里我们借用马克斯·韦伯社会学理论中的“英国法问题”，再从另一个侧面加以具体分析。

[42] 阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔：《当代法哲学和法律推理导论》，郑永流译，法律出版社 2002 年版，第 121 页。

[43] [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 31 页。

[44] [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。

[45] 国内著名普通法学者李红海教授也认为普通法的本质不在于“其规则、制度和理念及价值，而在于它作为一种社会治理方式所运用的方法、所秉持的立场，即司法性”。参见李红海：《普通法研究在中国：问题与思路》，载《清华法学》2007 年第 4 期。

[46] [美]罗斯科·庞德：《普通法的精神》，唐前宏等译，法律出版社 2005 年版，第 153 页。

韦伯在其著作《新教伦理与资本主义精神》中,为了证明理性主义的发展在不同的生活领域中并不是并行的,他以法律理性化与经济理性化之间的关系为例指出:“譬如,假如我们将私法的理性化看成是对法律内容的逻辑简化和重新安排,那么这种理性化在古代后期的罗马法中就已经达到了迄今已知的最高程度。但是这种私法的理性化在一些经济理性化达到相当高程度的国家中却仍然十分落后。在英国,这种情况尤其明显,在那里,罗马法的复兴为各种法律公会强大力量所挫败;与此相反,在南欧的天主教地区,罗马法的复兴一直保持着支配地位。”^[47]而在《经济与社会》中的“法律社会学”部分,韦伯也屡次谈到英国法的理性化程度不仅难以与查士丁尼时代的晚期罗马法相比,而且难以与欧陆通过罗马法的继受逐渐发展起来的大陆法相媲美。然而,问题在于,英国法较低的理性化程度似乎并未妨碍,甚至在某种意义上有助于英国资本主义的发展。美国芝加哥大学比较法学者马克斯·莱因斯坦在为韦伯《论经济与社会中的法律》一书所写的译者导言中,将韦伯社会学理论中的上述问题概括为韦伯的“英国法问题”:^[48]既然形式合理性的法律是资本主义产生的必要条件,为什么在不属于形式合理性范畴的普通法的国度英格兰也会出现资本主义,而且是最早出现的?

所谓的“英国法问题”实质上反映了普通法这种主要以法官个案先例为主要表现形式的法律制度在韦伯的理论中找不到恰当的位置,因为在韦伯那里,“法律理性化的统治”是较之于“家长式的传统型统治”和“领袖集权式的个人魅力型统治”之外,唯一具有“正当性”的统治。而“法律理性化的统治”所要求的法律应当既是“形式性的”又是“理性的”,即所谓“形式理性法”。^[49]这种“形式理性法”要求:(1)任何具体法律判断均系应用抽象法律命题于具体事实情况;(2)任何具体案例,均可依据法律逻辑,经由抽象法律命题得出法律判断;(3)法律必须实际上建构成无漏洞的法律命题体系,或至少必须将法律体系视为无漏洞的体系;(4)任何无法以法律术语合理阐释的事物,均为法律上不相关的事物;(5)任何人类的社会行为必须均被视为法律命题的应用或执行,或被视为法律命题的违反,因为法律体系“无漏洞”,必然导致所有社会行为处于一个无漏洞的法律秩序中,为其所规范。^[50]如果我们以上述这种“形式理性法”的标准去衡量英国普通法,就会清楚地发现普通法既不是“理性”的又不是“形式性”的。因为英国普通法既不是由成文法律规范组成的具有普遍适用性的规则系统,其外在程序化特征也远非韦伯心目中逻辑抽象的形式主义。^[51]因而,英国普通法很难在韦伯那里得到好的评价,他甚至认为,“直到奥斯丁,(英国)还根本不存在一种配称为‘科学’的英国法学的研究”。^[52]用葡萄牙学者叶士朋的话说,“英国法很难将

[47] [德]马克斯·韦伯:《新教伦理与资本主义精神》,于晓、陈维刚等译,三联书店1987年版,第56页。

[48] [德]马克斯·韦伯:《论经济与社会中的法律》,张乃根译,中国大百科全书出版社1998年版,第24页。

[49] 这里的“形式性”与“理性”是韦伯区分不同法律制度的两条主要标准。“形式性”,即一种法律制度是否“使用内在于这种法律制度之中的决策标准”,这决定了它的系统自治程度。“理性”即一种法律制度是否“按照一种统一的决策标准来处理所有类似案件”,这决定了该制度所确立的规则的一般性和普遍性程度。根据前一种标准,法律可分为形式法和实质法,而根据后一种标准,法律又可分为理性法和非理性法。把这两条标准结合起来,我们就得到了四种“法律理想类型”:形式理性法、形式非理性法、实质理性法和实质非理性法。

[50] [德]马克斯·韦伯:《经济与社会》(下卷),约翰内斯·温克尔曼整理,林荣远译,商务印书馆2004年版,第18页。

[51] 韦伯认为,法律的形式主义包含着两种类型:一种为以事实的外在特征,例如签名、某种语言的表达、某种具有固定意义的象征性行为作为标准。另一种为法律相关的事实特征,经由逻辑意义分析,形成及应用高度抽象且明确固定的法律概念。英国普通法只是第一种“外在的”形式主义,它并未真正形成第二种“逻辑的”形式主义,而“逻辑的”形式主义才是韦伯“法律思想类型”中“形式理性”法律中对于形式主义的要求。参见[德]马克斯·韦伯:《经济与社会》(下卷),约翰内斯·温克尔曼整理,林荣远译,商务印书馆2004年版,第17页。

[52] [德]马克斯·韦伯:《经济与社会》(下卷),约翰内斯·温克尔曼整理,林荣远译,商务印书馆2004年版,第210页。

所有的法律纳入到公理和法规的有机的理论系统之中,采用系统化原则支配下的演绎推理机制”。^[53]

正如上文所说,英国普通法之所以在韦伯社会学理论中找不到位置,是因为普通法并不符合其“形式理性法”中区分不同法律制度的两条标准,即“形式性”与“理性”。换句话说,韦伯所预设的,符合资本主义产生条件的“形式理性法”是支持“法律理性统治”的唯一具有合法性的法律形式,凡是不符合“形式性”与“理性”标准的其他法律都不是其心目中的“良法”。然而问题是,不符合“形式理性法”标准的英国普通法在实践中同样促进了资本主义在英国的产生,亦即前面提到的韦伯社会学理论中的“英国法问题”。

在回答这一问题前,我们应回过头来分析一下韦伯为什么将“形式理性法”视为支持“法律理性统治”的唯一具有合法性的法律形式,其主要依据是什么,其背后的法律理性观到底如何?

韦伯之所以推崇“形式理性法”,是因为法律的形式理性化有助于化解个人受制于国家治理的危险。只有“形式理性法”才能在很大程度上排除宗教、伦理和情感等其他非法律决策标准的影响,使法律成为一个高度分化的社会系统,保持自治性;同时,也只有“形式理性法”才能提供具有一般性、抽象性的法律规范体系,不指涉具体的个人或群体,不依赖与个人有关的身份或属性,进行“非人格化”的统治。正如他一再强调的:“国家不应具有任何内在的价值,国家只不过是实现完全不同的其他各种价值的一个纯粹技术性的辅助手段,国家只能从这些其他价值那里来获得自己的尊严,因而也只有当国家坚守自己的这一行动使命的时候,它才能保住这一尊严。”^[54]因此,在韦伯心目中“形式理性法”的典型是受罗马法影响的近代欧洲各国民法典(特别是法国民法典和德国民法典)以及德国的潘德克顿法学所提出的“学理法”。但是这里需要注意的是,在韦伯的视域中,“形式理性法”仅仅指涉的是那些成文性的立法,并且这些成文立法都是以高度严密性、逻辑性的法典形式为表现的。这一点可以从韦伯对于“形式理性法”中“理性”的理解清楚地得到印证。在韦伯的社会学理论中,“理性”的含义主要是一种系统性,一种理性的法律“是由所有经分析导出的法律命题组成的一个整体,在其中,这些法律命题构成了一个逻辑清晰、内部一致而且至少在理论上天衣无缝的规则系统,根据这种法律,所有可以想象到的事实情境都能够找到相应的法律规则,从而使秩序得到有效的保障。”^[55]由此可见,韦伯背后的法律理性观与前述的詹姆斯一世大致相同,都认为法律是立法者依据“自然理性”或“立法理性”创制的结果,只不过“立法者”在韦伯这里转变成各式各样代表民众所组成的立法机构。

韦伯推崇“形式理性法”的背后,暗含着他对于“自然理性”的确信与赞同,因为只有相信人类理性的绝对性,人们才可能在一个时代里,由一些人创制出韦伯心目中“逻辑清晰、内部一致而且至少在理论上天衣无缝”的成文法典来。至少可以肯定的是,他坚信人类通过理性,在“解释”和“理解”的基础上,能够发现客观世界和现实生活中的“客观规律”。^[56]

[53] [葡]叶士册:《欧洲法学史导论》,吕平义、苏健译,中国政法大学出版社1998年版,第136页。

[54] Max Weber: *The Methodology of the Social Sciences*, The Free Press, 1949, p. 47. 转引自李猛:《除魔的世界与禁欲者的守护神:韦伯社会理论中的“英国法”问题》,载《韦伯:法律与社会(思想与社会第一辑)》,上海人民出版社2001年版,第161页。

[55] [德]马克斯·韦伯:《经济与社会》(下卷),约翰内斯·温克尔曼整理,林荣远译,商务印书馆2004年版,第16页。

[56] 郑戈:《法律与现代人的命运:马克斯·韦伯法律思想研究导论》,法律出版社2006年版,第65页。

更何况,从哲学上讲,欧陆体系化的法典本身就是“建构理性主义”的产物。认识到这一点,我们就能理解为什么英国普通法在韦伯的社会学理论中总是受到批评,成为反证“形式理性法”具有合理性的“标靶”。借用李猛的话说:“从立法理性支配下的视角看,普通法成了难以理解的‘怪胎’,无论从实质理性角度,还是从形式理性角度,都乏善可陈。”^[57]

然而,如果我们抛开欧陆的“自然理性”,以英国特有的“技艺理性”的法律理性观去看待英国的普通法,就会发现普通法同样是一种蕴涵着理性化因素的法律。前已述及,普通法的本质特征在于司法,这不仅是因为普通法本身就是通过司法而不是立法形成并发展的;更为重要的是普通法的“技艺理性”就孕育在司法过程之中。以柯克《判例汇编》(*The Reports*)中“开尔文案”(Calvin's case)与“邦汉姆案”(Bonham's case)的判决理由为例。^[58]在“开尔文案”中,柯克之所以认为“符合臣民对国王效忠”这一自然法原则高于实定法,并不是因为该自然法原则本身是“永恒不变的理性”,而是因为此时自然法所规定的臣服义务是符合普通法中普遍的正当性和理性。而在“邦汉姆案”中,柯克又将普通法以及自然法置于“根本法”的位置,强调其对于国王以及议会立法的约束。这看似不可调和的矛盾恰好说明了“技艺理性”在普通法中发挥的独特作用。^[59]一方面,“技艺理性”强调的经验积累性必然要求对于个案特殊性事实的关注,这与欧陆法典化国家司法适用中更追求普遍性的规则适用形成鲜明对比。两案之所以出现看似冲突的判决结果,实是因为个案所涉及的事实和法律问题不同而已。另一方面,“技艺理性”对于经验积累性的强调意味着,它反对象“自然理性”反映出的法律那样,将任何一种规则或价值放在永恒不变、至高无上的地位。对此马修·黑尔曾经固执地说道:“再一次地,对我来说理性的是,宁愿选择这种在一个王国完好地支配了四五百年普通法,而不是根据某些我自己的新理论拿一个王国的幸福和和平来冒险,尽管我对自己理论的合理性胜于对普通法历史的熟悉。”^[60]两案中柯克虽然援引了不同的价值与规则,但他并没有将任何一种价值与规则放在不可动摇的位置,他只是依据同样的理性处理具体的案件。正如李猛指出的那样:“在柯克的学说中,既没有试图清除自然法的学说,同样也没有依据自然法的学说为他的判决理由寻求更基本的依据,而是一种能够通过程序技术来使自然法的价值发挥作用的技艺理性。”^[61]

与欧陆法典法所依据的“自然理性”相比,普通法“技艺理性”的不同之处就在于,它预先并不以一般化、抽象化的模式规定人们的各种行为模式,相反,它以被动的方式将行为方式的选择权交给当事人自己,只有在人们的行为选择发生偏差或彼此冲突时,才予以纠正和化解。人们的权利与义务不是通过列举或其他明示的方式确立,而是借助于司法在具体的救济中得以实现。正如法国比较法学者勒内·达维所说:“英国普通法是作为一连串的补救手段而产生的,其实践的目的是为了使其争议获得解决;大陆法的目的则与之相反,它是作

[57] 李猛:《除魔的世界与禁欲者的守护神:韦伯社会学理论中的“英国法”问题》,载《韦伯:法律与社会(思想与社会第一辑)》,上海人民出版社2001年版,第187页。

[58] 关于“开尔文案”与“邦汉姆案”的具体内容可参见[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52-58、74-96页。

[59] 当然,也有学者认为“邦汉姆案”仅仅是“法国或荷兰的政治家们关于永恒的自然法思想的普通法版本而已”。参见[美]罗斯科·庞德:《普通法的精神》,唐前宏等译,法律出版社2005年版,第52页。

[60] W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, Methuen, 1956, Vol. V, p. 504.

[61] 李猛:《除魔的世界与禁欲者的守护神:韦伯社会学理论中的“英国法”问题》,载《韦伯:法律与社会(思想与社会第一辑)》,上海人民出版社2001年版,第190页。

为一种体系告诉人们,根据正义的观念,社会应当确认哪些权利和义务。”^[62]普通法以其特有的“理性”,防止了用一种绝对化的规则去处理复杂社会实际可能出现的尴尬,迎合了资本主义产生对于理性化法律的需要。

因此,我们认为韦伯社会学理论中之所以会出现“英国法问题”,是因为韦伯把以潘德克顿法学派所提出的学理性法律原则和近代欧陆民法典为代表的“形式理性法”,作为其理论中唯一符合资本主义产生、唯一具有理性的法律,而忽视了“形式理性法”背后所依凭的“自然理性”或“立法理性”,仅仅是一种代表法典化国家的法律理性观,它本身不能作为衡量所有国家法律是否符合“法律理性统治”的标准。以“自然理性”观下的“形式理性法”标准来衡量普通法,自然会令人困惑不解,这就是导致韦伯“英国法问题”产生的症结所在。

[Abstract] “Artificial reason”, an important concept in the English common law, refers to the legal practice reason that the common law legalists possess after long-term education and training. It presents the wealth of intelligence and experience accumulated by generations of legalists. Different from the in-born “natural reason”, “artificial reason” not only played a significant role in establishing the independence of the judiciary and a society under the rule of law in modern British, but also provided an in-depth explanation of the nature of the English common law.

(责任编辑:支振锋)

[62] [法]勒内·达维:《英国法与法国法:一种实质性比较》,潘华仿、高鸿钧、贺卫方译,清华大学出版社 2002 年版,第 13 页。