



美国研究

标题: 作者:

关键词:

美国宪法的英国普通法传统

作 者:	任东来	封面:	
关键字:	学术札记		
年 号:	2002		
期 号:	第4期		
PDF文件:			
出版社:			
英文标题:	The British Common Law Tradition as Reflected in the American Constitution		
中文标题:	美国宪法的英国普通法传统		

《美国研究》2002年第4期

美国宪法的英国普通法传统

任东来

编写《美国宪政历程》时，常常感叹美国宪法的神奇，如此简短而又简洁（只有六七千字）的宪法，经过法律家，特别是最高法院大法官的演绎和诠释，居然会有如此丰富的内容，历时210多年而依然鲜活如初，充满活力。要知道，这200多年，从地理上讲，美国从大西洋沿岸的一个狭长地带的13州，扩张到从大西洋到太平洋横跨北美大陆的世界第4大国；从人口上讲，从人种相对单一（白人，加数量不多的黑人和没有统计在内的印地安人）的360万增加到今天几乎包含世界所有种族和族裔的2.8142亿；就社会性质而言，从一个农耕社会发展为以服务业为主的后工业社会；就国际地位来说，从一个不起眼的新生共和国成长为世界上独一无二的超级大国。一句话，过去的210多年中，美国国内面貌、社会结构、人口构成和国际地位发生了翻天覆地的变化。面对如此巨大的转变，又老又旧的美国宪法居然能够基本上在维持原貌的框架内，以不变应万变的姿态，从容应对，游刃有余，这不能不说是人类政治史上一个奇迹。

必须承认，美国的成长史是近代以来人类社会最了不起的发展之一，为此，无数的学者试图从不同的方面，地理的、人口的、资源的、经济的、政治的、国际环境等诸方面探索美国成长的奥秘，但宪政学者却认为，美国的宪法及不断发展完善的宪政实乃一切发展的基础，而且，美国宪法作为世界上第一部成文宪法，是美国贡献给现代世界政治治理的最大制度创新。

对此，美国人颇为自得。美国著名法学家、纽约大学讲座教授伯纳德·施瓦茨（Bernard Schwartz）曾经指出：“美国对人类进步所作的真正贡献，不在于它在技术、经济或文化方面的成就，而在于发展了这样的思想：法律是制约权力的手段。”他甚至不无偏见地声称：“在其他国家，权力之争由武装部队来解决；在美国，权力之争由法律专家组成的大军来解决”。

【注释：伯纳德·施瓦茨：《美国法律史》（王军等译），北京·中国政法大学出版社，1997年版，第2页。】

显然，施瓦茨断言的前一部分是错误的，后一部分基本正确。【注释：实际上，这里要有一个但书：美国内战除外。】2000年美国大选难题的司法解决，无疑再次证明了这一点。无独有偶，《纽约时报》著名评论家托马斯·弗里德曼（Thomas Friedman）对大选案的评论，与施瓦茨的看法惊人一致。在他看来，美国成功的秘密不在于华尔街，也不在于硅谷，不在于空军，也不在于海军，不在于言论自由，也不在于自由市场--秘密在于长盛不衰的法治及其背后的制度，正是这些让每一个人可以充分发展而不论是谁在掌权。美国强大的真正力量在于“良好的法律与制度体系。有人说，这是一种由天才们设计，并可由蠢才们运作的体系。”【注释：Thomas L. Friedman, "Medal of Honor," The New York Times, Dec 15, 2000.】

没有人想否认这一让美国人倍感自豪的宪政制度是美国人的独特贡献。但是，细究起来，在精神和思想上，美国宪政制度却深深地根植于西方、特别是英国的法治传统。在《原则与妥协：美国宪法的精神与实践》中，留美学者王希教授令人信服地论证了美国宪法产生的制度背景：独立前，英国北美殖民地的治理都以法律上的契约关系为基础，并建立了内部的自治体制；独立后，各邦都制订了宪法。在争取和维护这一自治体制，早期殖民者看重和强调的就是两条：一是他们赋予以特许状形式表现出来的成文法以“几近神圣的地位”；二是他们把统治者与被统治者的关系理解为一种相互承诺的契约关系。【注释：王希：《原则与妥协：美国宪法的精神与实践》，北京大学出版社，2000年版，第7—8、22—23页。】

美国宪法的英国普通法传统美国研究 但接下来的问题便是，这些殖民者何以有这样的一种理解呢？或者通俗地说，何以有这么高的政策和法律水平呢？显然，一个制度的形成既需要社会的现实需求和环境条件，同样也需要政治文化和法律思想的滋养。王著对前者着墨较多，对后者虽然谈到洛克政治哲学的影响，但对英国普通法的传统却语焉不详。很自然，作为历史学家，一般都关注前者；作为法律学者，却会较多地关注后者。因此，美国宪法学者爱德华·考文（Edward Corwin）的旧作《美国宪法的“高级法”背景》提供了一个非常好的解释。

虽然用一位美国建国之父的话说，美国宪法“是一个反抗的民族在迫切需要的困境中给逼出来的”。【注释：爱德华·考文：《美国宪法的“高级法”背景》（强世功译），北京·三联书店，1996年版，第11页。这篇论文最早是在1928和1929年两期《哈佛法律评论》上连载的。】但是，为什么逼出了这样一个确定共和制和联邦制的宪法，而不是其他的东西如君主立宪之类的解决办法呢？考文的解释是，美国的宪法和宪政来源于自亚里士多德以来西方文明中自然法的观念，来源于英国悠久的普通法传统。

亚里士多德在其《伦理学》中，提出了“自然正义”的观念，认为在政治正义中，既有自然的正义，也有法律的正义，前者与后者不同，它不是国家设计出来的，而是从自然中发现的，具有永恒性、普世性和至高性。这一思想到罗马伟大的法学家西塞罗（Cicero）那里，就变成与理性融为一体的自然法的观念：“真正的法律乃是正确的理性，它与自然和谐一致，它散播至所有的人，且恒古不变、万世长存；它以其命令召唤人们履行义务，以其禁令约束人们为非作歹。……（这种法律）是一种永恒不变的法，无论何时何地，它都有效。”【注

释：考文：前引书，第5页。】甚至在通常认为是黑暗时代的欧洲中世纪，自然法的思想仍然顽强地生存下来，且有所发展。考文认为，如果说古典的自然法观“融入更审慎的、人类权威的法令之中而施以其主要好处，而中世纪的自然法观则是另外一种，即自然法从外部制约和限制权威。”【注释：同上，第16页。】不过，在中世纪的欧洲大陆，这样的自然法还仅仅停留在观念层面，而在隔海相望的英国，不仅有观念，而且还发展出一套制度。这就是它的普通法（Common Law）。

13世纪中期，英王亨利三世时代有位了不起的一位大法官，叫布拉克顿（Henry de Bracton，生年不详，死于1268年）。在其至死都没有完成的巨著《英格兰的成文法和普通法》（The Statute and Common Law of England）中，布拉克顿明确提出了“国王本人不应该受制于任何人，但他却应受制于上帝和法，因为法造就了国王。因此，就让国王将法赐

予他的东西--统治和权力--再归还给法，因为在由意志而不是由法行使统治的地方没有国王。"他的名言"国王在万人之上，但却在上帝和法律之下"，更是广为传颂。布拉克顿甚至提出了约束国王的具体办法："如果国王没有约束，就是说如果没有法律约束，那么法官和男爵们就应当给国王施以约束。"1215年英王约翰签署的《大宪章》，无疑是这一观念的具体化。在随后的一个多世纪里，《大宪章》不仅像普通法那样可以作为诉讼的依据，而且拥有了"高级法"的特征：任何成文法如与《大宪章》相悖，则"必然是无效的"。【注释：考文：前引书，第21、35、23、28页。】于是，不承认君主的意志具有法律效力变成了普通法的一项准则，而且，君主也无权改变法律，更不能未经民众的同意便剥夺属于民众的东西。这样，法治的传统而非人治的选择在英国初露端倪。

但《大宪章》的影响在都铎王朝（1457—1603）时期明显削弱，这一时期英国国王巧妙地吧中世纪的英国议会从对付王权的基地，改造为对自己有利的工具。17世纪初，因为没有继承人，都铎王朝寿终正寝，给《大宪章》的支持者以新的机会。趁着第一个斯图亚特王朝（1603—1649）权力未稳之际，《大宪章》的支持者对王权进行了反击，其中最出色的代表便是爱德华·柯克爵士（Sir Edward Coke, 1552—1634）。柯克是英国宪政史上最出色的法官和法学家，毕业于剑桥大学，1578年成为律师。11年后，成为议员，1592年担任皇家副检察长（solicitor general）。1606年成为民事法院首席法官（chief justice of the Court of Common Pleas）。尽管英王一再委以他御座法庭庭长（chief justice of the King's

Bench）和枢密院（the Privy Council）成员的重任，但丝毫改变不了他用普通法约束王权的政治理想。1620年代，柯克参与起草了《权利请愿书》，使之成为英国不成文宪法的一部分。

此外，柯克还是位勤于著述的法学家。他把自己当大法官时审理的案件，编为法院《报告》（Reports），逐年发表（1600-1615，1656-1659）。他生前和死后出版的四卷本《英格兰法律汇编》（Institutes of the Laws of England, 1628—1644年出版），奠定了他作为

英国法集大成者的地位。政治上，柯克继承并发展了布拉克顿的法治思想。在限制王权的问题上，他进一步明确提出："除了法律与国家认可的特权外，国王没有特权。"而且，国王自己不能解释这种特权，只有法官才是权威的解释者。【注释：同上，第41页。】在《大宪章》的性质问题上，他认为《大宪章》之"大"，"不是由于它的篇幅，而是由于它所包含的内容至关重要且崇高伟大，简而言之，它是整个王国所有的基本法律的源泉。"他重申，任何与它相悖的判决和法规"皆为无效"。【注释：考文：前引书，第55页。柯克甚至还大胆地提出："如果议会的行为背离基本人权和理性，那么普通法应对这一行为进行监督控制，并宣告它无效。"见庞德（Roscoe Pound）：《普通法的精神》（唐前宏等译），北京*法律出版社，2001

年版，第52页。此书是经典性著述，1921年在美国出版。但中译本译文有欠完善。】

考文认为，柯克司法审查的观念、既约束国王也约束议会的基本法观念、法律之下的议会至上思想深深地影响了美国制宪先贤和美国宪法。美国革命时期的领导人，特别是有法律背景的领导人，无一不从布拉克顿和柯克的著述中获益匪浅。【注释：在北美殖民地《独立宣言》这个历史性文件上签名的56位大陆会议的代表中，有25人是律师。因此，美国革命也可以说是律师领导的革命。】在北美殖民地，柯克的书和其他英国法律教科书卖得跟在英国一样火。尽管美国革命的领导人亨利·亚当斯和托马斯·杰斐逊作为学生研习法律时，都曾经抱怨过柯克乏味单调的文风和只言片语、缺少连贯的评点，但后来，他们都承认柯克的书让他们终身受益。亚当斯称柯克是"我们青少年时代的启迪者"。杰斐逊赞扬说：在论述英国宪政和公民权利方面，没有人比柯克造诣更深。为此，在向渴望学习法律的年轻人推荐书目时，杰斐逊总是选择柯克等人的普通法著作。【注释：伯纳德·施瓦茨：《美国法律史》，第17—18页。】

不仅美国第一代领导人制宪时受英国普通法传统的影响，第二代领导人在巩固宪政方面也从其中汲取了不少养分。有"伟大的首席大法官"美誉的约翰·马歇尔（John Marshall）

自学法律时，用的就是他父亲用过的一本威廉·布莱克斯通(Sir William Blackstone, 1723-1780)的《英国法注释》(Commentaries on the Laws of England, 1765—1769年出版)。布莱克斯通是牛津大学法学教授，著名英国法权威。而马歇尔的同时代人、曾在美国独立之初担任纽约州最高法院大法官并被认为是州法院系统中最了不起的大法官的詹姆斯·肯特(James Kent)则回忆说：“这部著作鼓舞了我，使我产生了敬畏之情。”【注释：同上，第17页。】

对布莱克斯通和柯克的影响，美国学者曾经给予很高的评价。美国一本标准的法律辞典称：“布莱克斯通的法律理论基本上造就了殖民地居民的态度，并且在费城制宪会议上激烈地反映出来。”【注释：彼特·伦斯特洛姆编：《美国法律词典》(贺卫方等译)，北京·中国政法大学出版社，1998年版，第26页。】哈佛大学法学院院长庞德(Roscoe Pound)，这位在20世纪上半叶对美国法律思想产生过重大影响的法学家则认为，正是在美国最初两代法律学家的努力下，“柯克以人权和理性作为约束议会的基本原则思想在美国得以实现”。【注释：庞德：前引书，第52页。】

除了普通法传统外，美国宪法另一个思想源泉无疑是洛克的政治理论。他借用自然法的观念，提出了天赋人权(natural rights)和有限政府的理论。对他的影响，考文和王希都有充分的论述。【注释：考文：前引书，第62—71页；王希：前引书，第15—16、32—35页。】值得注意的是，考文指出了他们两者之间在观念上的联系和差别。他认为，洛克的自然法观突破了柯克就英国论英国的狭隘眼界，用普遍性的语言强调了一个普遍性的原理。“柯克努力使普通法历史上形成的程序，成为约束权力、特别是英国王权的永久手段，而洛克给立法权施加的限制，更看重于保护个人权利。”【注释：考文：前引书，第73页。】此外，柯克的论述常常有“托古改制”的味道，而洛克则直截了当进入主题。但在突出制度建设(如司法审查)方面，洛克却没有柯克的先见之明。显然，他们两人的区别既是因为时代不同--洛克的论述出现在1688年光荣革命之后，而柯克的看法却是发表在1640年英国革命之前；也因为身份不同--洛克是政治哲学家，看重的是理性、观念、原则和普遍性，而柯克是法律家，强调的是经验、历史、个案和特殊性。

美国制宪先贤了不起的地方，在于他们通过妥协的方式，把两位思想大家的见解和北美殖民地的自治及制宪经验，融会贯通，炮制出既有明确原则、又有具体条款、既可以操作、又富有弹性的美利坚合众国的第一部、也是迄今为止美国唯一的一部宪法来。

任东来：南京大学-约翰·霍普金斯大学中美文化中心教授