

古代宪制、法律职业与主权者革命

重读“司法独立”的英国故事

于明*

摘要 1701年的《王位继承法》被视作司法独立在西方世界确立的标志性事件之一。学界长期以来存在一个法律人为争取独立而斗争的“英国故事”。但对于17世纪英国司法史的分析却表明,传统的“宪政主义”和“职业主义”的解读都存在简单化的倾向,而忽视了这一历史进程背后的利益角逐与政治走向。这一时期法律职业阶层的分裂与斗争,都无法简单归因于道德或职业水准的高低,而更多来自于与现实政治冲突的纠缠;追求独立的过程本身存在着诸多“反独立”的悖论。光荣革命后法官独立的确立,深层动力来自于主权者的身份转换、政治决断与国家治理方式的转型。

关键词 司法独立 英国 革命 古代宪制 法律职业

在司法独立起源的谱系中,17世纪的英国是无法跨越的界碑。尽管英国长期以来并不存在严格的司法独立,但1701年《王位继承法》中关于法官职位的规定,却无疑构成了追求法官独立历程中的标志性事件。而在传统的叙事中,事件的发生又并非偶然,还可以追溯到更久远的“古代宪制”与“普通法心智”的传统中,从而逐渐营造出一个有关司法独立的“英国故事”。

本文分享这个故事,但却认为故事的叙事还未免有些简单化,以至于可能遮蔽了另一些重要的问题。对于史料的重新解读,将进一步展示17世纪英国革命政治的复杂。语境化的分析将表明,英国革命中的法官与法律人扮演着多重角色,其中甚至不乏悖论;而追求法官独立的

* 华东政法大学讲师。本文得到国家留学基金委公派研究生项目、上海市人文社科基地华东政法大学外国法与比较法研究院资助项目(SJ0709)和华东政法大学法律史国家重点学科(030102)的支持,并曾提交北京大学法治研究中心第四届“政治、法律与公共政策”年会(2012年)讨论。

努力,也并不仅仅来自于中世纪以来的“宪政主义”或是“职业主义”的传统,或是“辉格”法律人不懈斗争,同时也在很大程度上来自于主权者的政治革命及其治理策略的转型。

一、司法独立的故事

故事有很多讲法,但主要情节如下:^{〔1〕}

最初,王室法官只是国王的臣仆,依国王的喜好而任免。但随着中世纪宪政主义与普通法职业阶层的发展,逐渐形成了法官自主的观念,并出现了许多法官抵制国王干预的事例。王室法院被认为享有一种相对“独立”的传统。但这种平衡在17世纪被打破。斯图亚特绝对主义王权,不仅导致了国王与议会的对抗,也使得法官“独立”的传统面临考验。爱德华·柯克等普通法法官与国王产生了激烈冲撞,反对派的法官被相继解职,代之以依附于国王的“邪恶”法官。而坚守正义的法律人则进入议会斗争,直至内战爆发。

1660年斯图亚特王朝复辟后,查理二世接受了法官“品行端正即继续任职”的原则。但随着国王与议会的分歧日益扩大,查理二世“又开始重拾凭个人好恶任免法官的办法”,继任的詹姆斯二世更是在短短四年中罢免12名法官,留任的法官则蜕变为专制王权的帮凶。最终,是1688年的“光荣革命”拯救了岌岌可危的法官独立传统。1701年的《王位继承法》规定“法官品行端正即可继续任职;只有在议会两院的要求下才可罢免法官”。这一规定被认为事实上肯定了法官的终身制,英格兰版本的“司法独立”也由此确立。

这是一段令人肃然起敬的故事。尤其在当代中国,更可能令法律人感慨不已。故事中所展现出的英国法律人的坚强品格与抗争精神,也足以使其构成法律史上追求自由与法治的经典。但也正是因为意识到其中可能夹杂的较多情感化的叙事,在分享这段故事的同时,我们仍有必要保持足够的谨慎。从以上叙事中,我们不难看出,传统的解读主要来自两种进路:

首先是一种“宪政主义”的进路,认为1701年的原则实际上植根于中世纪英格兰已隐隐出现的法官“独立”的历史传统;而这一传统又可以追溯到封建社会的“有限王权”与“古代宪制”之中。^{〔2〕}这一时期的封建王权始终受到各种制约,难以发展出恣意的力量,从而维护了法官的相对“独立”。这些历史的传统为1701年原则埋下了“种子”,并成为法律人与专制王权斗争的旗帜。

其次,以上的故事还隐含了“职业主义”的进路。1701年的法官独立还被认为是普通法职业阶层发展的结果。随着中世纪法律职业教育的展开,一个拥有专业技艺的法律职业阶层逐

〔1〕类似的故事有许多版本,本文的概括主要参考:Lord Brooke, “Judicial Independence: Its History in England and Wales”, in Cunningham ed., *Fragile Bastion: Judicial Independence in the Nineties*, *Judicial Commission of New South Wales*, 1997; T. E. T. Plucknett, *A Concise History of the Common Law*, Little, Brown, 1956, pp. 240—243; 程汉大、李培峰:《英国司法制度史》,清华大学2007年版,页139—143。

〔2〕关于英国“中世纪宪政主义”和“古代宪制”的学说,参见(美)麦基文:《宪政古今》,翟小波译,贵州人民出版社;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.

渐生产,并伴之以一整套以“技艺理性”(artificial reason)^{〔3〕}和“普通法心智”(common law mind)^{〔4〕}为核心的意识形态。这种普通法职业主义,构成了法律人不断追求自身“独立”的动力来源与社会基础。

但这两种进路也遭到了质疑。晚近的研究表明,仅仅是“王在法下”或“古代宪制”,可能并不能全面地概括中世纪英格兰的政治图景,而只是众多政治话语中的一个面相,也很难构成对法律人行为选择的有效约束。而“职业主义”的解说,尽管更具现实基础,但仅仅是法律职业阶层或是“普通法心智”,也并非影响法律人政治立场的唯一因素,甚至不是最重要的因素。事实上,前述斯图亚特职业法官群体在王权压力之下的分裂,就证实了这种担心的存在。

或许是意识到了这种危险,在上述“英国故事”中,又往往强调法律职业阶层的内部的两条“路线斗争”。在这一叙事中,面对专制王权的扩张,原本职业化的王室法官群体,分裂成两个对立的阵营:一方是道德与职业水准低下的“趋炎附势”的“坏法官”,另一方则是不畏强权、坚守独立的“好法官”与法律人。而1701年原则的最终确立,在很大程度上来自于这些“道德高尚、业务精良”的法律人对于专制王权及其附庸的不懈斗争。^{〔5〕}

可这里依然存在疑问。这些解说虽然看到了法律职业阶层的分化,但却过于简单地将原因归结为法官的“道德”或“职业”水准。但只要更谨慎一些,就不难发现仍有许多问题值得追问:仅仅因为支持国王,就一定是“趋炎附势”么?而反抗王权的法律人,就一定是因为“道德高尚”或“业务精良”么?或真的是在为“独立”而斗争?遗憾的是,对这些问题,传统的故事都缺乏深入的分析,而代之以简单的“道德主义”进路,或是另一种“改头换面”的“职业主义”。

本文试图重新理解这些问题。笔者将首先从理论上分析“古代宪制”与“法律职业”两种进路可能的不足,并通过对内战前夕(1603—1640)法律职业阶层的考察,揭示传统因素对于法律人行为影响的有限性。在此基础上,笔者还将质疑那种将17世纪宪法斗争描述为泾渭分明的两大阵营的解说。对复辟时代(1660—1689年)辉格法律人与托利法律人的分析,将展示两种政治力量在对待王权与司法等问题上的复杂。最后,笔者还将反思追求司法独立过程中的“反独立”悖论,并从主权者革命与国家治理转型的视角重新理解1701年原则及其意义。

二、两种“传统”的质疑

在对于17世纪司法史展开分析之前,本文首先尝试对传统解读的两种进路作一个简要分析。这些分析将表明,“宪政主义”与“职业主义”的两种解读,尽管具有相关史料的支撑,但本身的论证都存在一些疑问与漏洞。无论是“古代宪制”还是“法律职业”,这些来自于中世纪历史传统的影响,都只能在边际意义上影响法律人的行为选择,而无法构

〔3〕 这一观念认为,只有拥有独特技艺理性的法官,才能作出公正的司法裁决。参见于明:“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”,《法制与社会发展》2007年第2期。

〔4〕 参见 J. W. Tubbs, *The Common Law Mind*, The Johns Hopkins University Press, 2000.

〔5〕 Lord Brooke, *supra* note 1;程汉大等,见前注〔1〕,页139—143。

成1701年原则确立的决定性力量。

(一)“古代宪制”的传统?

在回溯制度起源的过程中,人们总是倾向于为伟大的制度寻找一个“光荣”的起源,对于“司法独立”也同样如此。在传统的解说中,英格兰的司法独立绝非1701年的原则那样简单,它同样拥有“悠久”的传统。

据记载,早在13世纪,就已经出现了巡回法官对于国王干预的抗议。^[6]15世纪的加斯科(Gascoigne)法官曾顶住压力判处王子亨利(后来的亨利五世)监禁。^[7]即便是在王权强大的都铎时代,当亨利七世就叛逆罪案件询问法庭意见时,首席法官休斯(Huse)断然回绝说,“法官应依照自己的权利做应当做的事”。^[8]玛丽时代的法官也曾以“命令有违法律”而拒绝女王对于判决的指示。^[9]与此同时,法官的职位也呈现逐渐稳定的趋势。从理论上说,作为国王臣仆的法官,任免取决于“国王的喜好”;而在13、14世纪,也的确存在许多法官因政治原因被罢免的事例与冲突。^[10]但从15世纪开始,王室法官逐渐从政治斗争中退却;在红白玫瑰战争中,以利特尔顿为代表的法官大都保持了中立,使法官职位得以在动荡的政局中维持稳定。而在整个都铎时期,除玛丽女王曾罢免坚持清教信仰的三名法官之外,法官职位几乎不曾受到政治斗争的影响。^[11]

基于这些事实,许多学者认为,在17世纪之前的英格兰,存在一个追求司法独立的传统。至少在都铎时期,法官的职位取得了“事实上”的独立。^[12]但请注意,这只是“事实上”。因为从理论上说,王室法官依然是国王的臣仆,可能因为“国王的喜好”而被罢免。因此,这里所说的“独立”,由于缺乏制度的保障,只能是一种“相对的独立”。^[13]而在一般的解说中,正是这一独立的传统,为1701年原则的确立奠定了基础,埋下了革命的“种子”。

对于传统的形成,有的解说将其归因于中世纪的“古代宪制”。这一观点认为,英格兰的司法独立,早在盎格鲁—撒克逊的原始民主制中就开始萌芽。诺曼征服后的“封建契约”,进一步催生了“王在法下”的观念,“司法至上”的原则也得以生成。^[14]1215年的《大宪章》更是将“王在法下”的原则以法律固定下来,构成了“中世纪宪政主义”的核心。总之,在这一话语中,英格

[6] R. V. Turner, *The English Judiciary In The Age of Glanvill and Bracton, 1176—1239*, Cambridge University Press, 1985, p. 276.

[7] T. E. T. Plucknett, *supra* note 1, p. 241.

[8] J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, Fourth edition, Oxford University Press, 2007, p.167.

[9] J. H. Baker, *The Oxford History of the Laws of England*, Vol. 6, Oxford University Press 2003, p. 419.

[10] 比如,普拉克内特在论及14世纪的司法时,就曾提到了1340年和1386年法官与国王的冲突。参见T. E. T. Plucknett, *supra* note 1, pp. 240—241.

[11] T. E. T. Plucknett, *supra* note 1, p. 242.

[12] Lord Brooke, *supra* note 1.

[13] 程汉大等,见前注[1],页137.

[14] 参见(美)庞德:《普通法的精神》,唐前宏、高雪原、廖湘文译,法律出版社2010年版。

兰的司法独立与古老的宪制传统一脉相承,共同捍卫着古老的传统与自由。

这一进路在西方话语中被广泛接受。从19世纪的辉格史学,到后来的梅特兰、加德纳、庞德等法律史家,再到晚近的哈耶克,都或多或少接受了宪政主义的解说。^[15]但挑战也随之而来。许多学者开始质疑辉格史学对于日耳曼传统的描绘,认为这种以近代政治图景去裁量古代的做法带有明显的主观臆断。^[16]许多研究都表明,在“封建契约”结构中,国王与封臣的关系从来不是对等的;而国王是否受到封臣与法律的制约,“则取决于实际的力量对比”。^[17]而对于中世纪司法的研究也表明,当案件涉及王室利益时,法官在多数时候仍会选择偏向国王的利益;即便在表面上有悖国王利益的判决中,也可能隐藏着更深远的政治考量。^[18]

本文无意探寻“王在法下”或“古代宪制”传统的真伪。对于遥远的古代,观念与实践的“背离”本来就是常态;对于同一事实,观察的角度不同,结论也各不相同。但不可否认的是,在今天的学术话语中,“古代宪制”的解说已很难被视作一种确定的基础。而即便在中世纪的英国确实存在这样一种“古代宪制”和法官相对“独立”的传统,我们也仍然无法确定,在古代传统与1701年原则之间,是否真的存在一种直线的进化?而本文的分析也将表明,当王室法官面对真实世界的政治冲突时,所谓古代传统的约束将更加脆弱不堪。

(二)“法律职业”的传统?

另一种可能更实际的解说是职业主义的。在这一观点看来,中世纪英格兰的司法之所以能够取得相当程度的独立,更重要的原因来自于13世纪以来的司法职业阶层的兴起和“职业化”法官群体的形成。

中世纪英格兰的王室法院,最初只是为了应付国王人身治理的不足而产生的司法治理机构;但随着国家治理的“去个人化”,这些法庭在13世纪后期逐渐发展成为专业化的机构,并逐渐呈现出“职业化”的趋势。尤其是随着专职法官与律师职业的兴起和“律师晋升法官”原则的确立,更是形成了一个严格准入的法律职业阶层和“职业化”的法官群体。^[19]在许多学者看来,正是“职业化法官”的出现,使得中世纪的“司法独立”具有了更坚强的现实基础。^[20]

从社会学视角进入,由“职业化”引发的“自主性”追求也并非偶然。所谓“职业”,意味着一种要求专业知识的工作岗位,需要通过专门的正式教育或精细的学徒制才能获得。各种职业

[15] 参见 W. Stubbs, *The Constitutional History of England: in its Origin and Development*, Clarendon Press, 1903; (英)梅特兰:《英格兰宪政史》,李红海译,中国政法大学出版社2010年版;S. R. Gardiner, *The History of England, 1603—1649*, London, 1893;庞德,见前注[14];(英)哈耶克:《自由秩序原理》,邓正来译,三联书店1997年版。

[16] 钱乘旦、陈晓律:《在传统与变革之间——英国文化模式溯源》,浙江人民出版社1991年版,页32。

[17] (法)布洛赫:《封建社会》(下卷),李增洪、侯树栋、张绪山译,商务印书馆2007年版,页655;或参见马克垌:《英国封建社会研究》,北京大学出版社2005年版,页74。

[18] 比如,亨利三世时代的“德比伯爵案”就是一例,参见 R. V. Turner, *The King and His Courts: The Role of John and Henry III in the Administration of Justice, 1199—1240*, Cornell University Press, 1968, pp. 141—142.

[19] R. V. Turner, *supra* note 6.

[20] (德)茨威格特、克茨:《比较法总论》,潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译,法律出版社2003年版,页291。

总是设置严格的行业准入,组成类似于行会的组织,抗击内部竞争和新人的进入,以达到利润的最大化。也因此,在中世纪的英格兰,我们看到了以律师会馆为核心的法律职业阶层的形成。与当时的手工行会一样,法律职业的行会同样设置了准入机制与复杂的学徒制。^[21]

职业化进程不仅带来了垄断,也带来了新的意识形态。出于对垄断利润的追求,职业主义总是强调本行业知识的神秘,并通过各种技巧来维持这种神秘。同时,为了掩盖对金钱的追逐,职业主义者总是标榜自己很少利己、专门利人,是为了追求一种天职。^[22] 总之,职业化的过程本质就是一个创造“神秘”的过程;而正是通过神秘化知识和魅力型人格的塑造,这一职业获得了“独立于政治控制和市场控制的正当理由”。^[23]

而普通法职业阶层的诞生,首先正是从法律技术的复杂化开始的。以程序为中心的生长形式,使得普通法的技术从一开始就是围绕着各种令状、诉请、答辩展开;法律的知识不仅繁琐复杂,而且只能通过会馆的学徒制教育习得。^[24] 同时,为了维持知识的神秘性,在数个世纪的时间里,普通法法律人不遗余力地发展出一套艰涩的术语和拒绝体系化的知识,足以令一切外行人望而生畏。

更重要的是,普通法法律人还极力营造出了一套以“技艺理性”和“普通法心智”为核心的意识形态。在他们看来,普通法是“超出记忆的”,蕴藏在诺曼征服之前的古代习俗之中,也因此保有古代的自由。由于这种知识无法言说,而只能通过法律人长期实践的“技艺理性”才能获得。^[25] 包括国王在内的任何个人意志对于司法的干预,都是对于这一“神秘”职业领域的僭越。在这个意义上,中世纪英格兰的司法独立传统,不过是法律职业阶层兴起的结果或“副产品”。

但这只是问题的一方面,疑问并没有消除。职业主义的解说在强化司法独立性的同时,也不经意间揭开了它的外衣。我们看到,在复杂的法律知识与自由的话语之下,职业主义的驱动依然来自于对自身利益的追逐。而这也就意味着,在职业化与追求独立之间的联系实际上并不确定。一旦放弃独立可能带来更大的利益,法律人是否依然会坚守这套话语就可能值得怀疑。尽管从长远来说,坚守职业主义的立场在总体上收益更大,但作为法官的个体选择却可能各不相同。不同的外部和内部的约束条件,完全可能导致法官的立场选择的摇摆与转身。

三、内战前夕的法官:职业进路的反思

17世纪的历史恰恰证实了这种担心。

1640年长期国会的召开,标志着英国革命的开始。在国会对于诸多王室官员的指控中,一项重要的指控却长期以来被有意无意地忽略了。那就是,在国会弹劾的“邪恶”官员中,不仅有声

[21] (德)韦伯:《法律社会学》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社2005年版,页184—188。

[22] (美)波斯纳:《道德和法律理论的疑问》,苏力译,中国政法大学出版社2001年版,页219。

[23] (美)波斯纳:《超越法律》,苏力译,中国政法大学出版社2001年版,页39。

[24] (美)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,页184。

[25] 参见J. W. Tubbs, *supra* note 4.

名狼藉的斯特拉福伯爵 (Strafford) 和劳德大主教 (Laud),^[26] 以及星宫法院等特权法庭的法官,^[27] 同时还包含了一大批普通法法官的名字。这似乎意味着, 原本被视作“自由堡垒”的普通法法院, 在内战爆发的前夕已蜕变为革命的对象——尽管他们都出自律师会馆的法律职业教育。

这一转变是如何发生的呢? 从理论上说, 面对专制王权的扩张, 职业化的普通法法官应当坚守古代传统, 维护司法的自主性, 但事实上却是一幅多少有些令人失望的图景。除了柯克、克鲁与黑斯等少数坚持职业操守的法官之外, 几乎多数的普通法法官都倒向了国王的阵营。“他们逐渐成为了仅仅是国王的臣仆, 而不再是独立的法律阐释者”。^[28] 尤其是在关于查理一世征收“船税”的“汉普顿案”中, 法官对于国王的谄媚更是使普通法法官的声誉降到最低点。^[29]

这也就意味着, 职业属性对于法官的政治立场可能并不具有决定性的影响。尽管在传统的辉格史学中, 普通法法律人往往被视作专制王权的天然反对者, 甚至将其比作“普通法锻造了砍下查理一世头颅的铡刀”,^[30] 晚近以来的研究却表明, 英国内战前后, 在法律职业阶层中, 并不存在团结一致的局面。他们之中既有王室的忠诚臣仆, 也有坚定的批评者; 即便在 1628 年的议会中, 法律人也并不曾“团结在柯克爵士的法律至上的旗帜之下”。^[31] 将 17 世纪的宪政冲突解释为“国王特权与普通法的斗争”, 只能是一种“教科书式”的简单化。^[32]

法律人在内战时期的政治立场也很好地说明了这一点。“当战争来临时, 与整个国会的分裂一样, 律师议员明显地分成保王党与议会派的事实表明, 法律界缺乏任何独特的政治一致性, 更不必说特别的激进偏好。”^[33] 依据普雷斯特 (Prest) 的统计, 内战期间普通法法律人在派系与地理上的分布, 大致如下:

	议会派	保王党	中立	立场不明
高级律师 (Bar)	34	15	2	11
法官 (Bench)	72	44	2	20
东部和东南部比例	68%	22%		
中部和西南部比例	21%	53%		

以上数据统计的来源参见: W. R. Prest, *The Rise of the Barristers: A Social History of the English Bar 1590—1640*, Clarendon Press, 1986. pp. 275—277.

[26] 蒋孟引主编:《英国史》, 中国社会科学出版社 1988 年版, 页 340—341。

[27] T. E. T. Plucknett, *supra* note 1, pp. 192—193.

[28] W. S. Holdsworths, *A History of English Law*, Vol. V, Methuen & Co. Ltd., 1924, p. 352.

[29] J. H. Baker, *supra* note 8, p. 167.

[30] A. K. Kiralfy, *Potter's Historical Introduction to English Law and its Institutions*, 1958, p. 43; W. R. Prest, *The Rise of the Barrister: A Social History of the English Bar 1590—1640*, Clarendon Press, 1986, p. 235.

[31] C. Russell, *Parliaments and English Politics 1621—1629*, Oxford University Press, 1979, pp. 349—363.

[32] C. W. Brooks, “Common Lawyers in England, 1558—1642”, in W. R. Robertson, *Lawyers in Early Modern Europe and America*, Croom Helm Ltd., 1981, pp. 59—60.

[33] W. R. Prest, *supra* note 30, pp. 273—274.

从以上数据不难看出,尽管律师和法官中的议会派占据了多数(前者为34人,后者为72人),但法律人中倾向于保王党的人数依然不少(律师15名和法官44名)。尤其是包括13名威斯敏斯特法官在内的高级法官群体更是压倒性地站在保王党阵营。^[34]此外,对长期国会的研究也表明,在曾接受律师会馆教育的310名议员中,至少有120人选择支持保王党。^[35]而如果进一步考察这些法律人的地理分布,保王党的法律人更多来自于中部和西南,东南部的法律人则更多支持议会派,而这一布局与整个议会两大阵营的地理分布基本吻合。换言之,法律职业阶层与其他社会阶层在政治立场的分布上并没有多少区别。^[36]

之所以呈现这一局面,很重要的原因在于,这一时期的法官在实现“职业化”的同时,并没有完全摆脱作为一名王室政府官僚所受到的外在制约。尽管这一时期的普通法法官都来自于高级律师的群体,并且都当然地接受过四大律师会馆的职业教育,但除此之外,法官作为国王臣仆的身份却并没有改变,其职务的任免与晋升也始终依赖于国王的恩宠。与其他官员一样,这些“职业”的法官同样可能谋求职位的晋升,并有意识地回避与国王的冲突。

而事实也是如此。虽然从今天的眼光来看,能够成为中央法院的法官(全国仅12人)尤其是首席法官,无疑应被视作法律人职业生涯的顶峰。但在当时王室的官职系统中,尽管这些法官职位崇高,但却谈不上“位高权重”,甚至很长时间都无法进入掌握实际最高权力的枢密院。而从这一时期的法官“履历”来看,即便是王座法院的首席法官,也总是不遗余力地谋求升迁首席财政大臣或大法官等更高的职务。^[37]对于那些积极要求“进步”的王室法官来说,首席法官的职位绝非最终的目标,而更多地是用以谋求更高职位的“跳板”。

甚至是作为坚定反对派的柯克法官,也同样无法排除对于权势的追逐。在詹姆斯一世即位之初,担任总检察长的柯克就曾经对于多起试图颠覆斯图亚特政权的叛逆罪提出指控,尤其是“罗利案”中的不正当指控更是令后世所诟病。^[38]即便是著名的1616年与国王的冲突中,也同样隐含了政治斗争的嫌疑。^[39]事实上,在此之前,詹姆斯已经在考虑将柯克提升为财政

[34] Ibid., p. 275.

[35] W. J. Jones, *Politics and the Bench: The Judges and the Origins of the English Civil Law*, George Allen & Unwin Ltd, 1971, p. 46.

[36] 晚近研究表明,英国革命中很难用阶级界限来划分阵营。两者界限更多表现在地理的分布和宗教信仰之上。一般说来,东部和东南部地区或反国教者,大多支持议会;而在北部和西南部或支持国教者,则多数支持国王。参见钱乘旦、许洁明,《英国通史》,上海社会科学院出版社2007年版,第158—159页。

[37] 比如,柯克之后的两任首席法官亨利·蒙太格(Henry Montagu)和詹姆斯·雷尔(James Ley),在任法官期间都不遗余力地谋求首席财务大臣和枢密院大臣等更重要的职务。

[38] 参见C. D. Bowen, *The Lion and the Throne: The Life and Times of Sir Edward Coke*, Boston, Little & Brown, 1957, pp. 190—224.

[39] 有研究指出,柯克与其说是针对詹姆斯国王,不如说是与大法官埃尔斯密尔、总检察长培根等政敌的争锋相对;而这种对立的背后,与当时围绕霍华德派而展开的政治斗争有着很大的关联。参见W. J. Jones, “The Crown and the Courts in England, 1603—1625”, in *Law, Liberty, and Parliament, Selected essays on the writings of Sir Edward Coke*, edited by Allen D. Boyer, Liberty Fund, 2004, p. 298.

大臣,而罢免柯克的职位也并非出于国王的本意。〔40〕甚至在1616年被解职之后,柯克还不惜采取一些近乎拙劣的手段来重新争取国王的支持,并曾一度恢复枢密院的职务。〔41〕只是在重返法院和成为财政大臣的努力都落空后,柯克才最终转向了议会的阵营。

总之,对于17世纪初的历史回顾表明,面对绝对主义王权的挑战与国家政治的激烈冲突,原本“职业化”的普通法法官,同样不可避免陷入了严重的分裂。无论是“古代宪制”的历史传统,还是以“技艺理性”为核心的“法律职业化”,都无法维护所谓法官的相对独立性。在这个故事中,我们看到的不再是法律人团结一致与专制王权相抗争的统一图景,而是一个个身处政治纷争中的历史行动者:他们之中既有坚守中立的好法官,也不乏追逐权势的平庸政客。〔42〕

在这个意义上,我们也重新理解了司法独立的“英国故事”。1701年法官独立原则的确立,尽管与中世纪以来“古代宪制”和法律职业化的传统存在着历史的关联,但这并不等于在两者之间存在必然的因果,或是单线的进化;即便这种影响真实存在,也并非决定性的。因此,对于法官独立原则在1701年的确立,就不能仅仅从“古代宪制”或是“法律职业”的解说中去寻找,而应当更多地关注17世纪宪法冲突中真实的权力运作与利益角逐。也只有在此基础上,我们才能真正理解在法律人追求独立的斗争之下所隐含的宏大历史变迁。

四、复辟时代的法官:道德话语的反思

有如前述,或许正是意识到“宪政主义”或“职业主义”解说的不足,在传统的“故事”中,又往往着力强调两种法律人之间的对立与竞争。司法独立的“英国故事”被进一步渲染为坚守职业理想的“好法官”与议会中的法律人团结在一起,与专制王权及其附庸的“坏法官”不懈斗争,最终成功挽救了岌岌可危的法官“独立”传统并将之写入1701年立法的故事。〔43〕

但对于这一似乎更复杂的叙事,本文依然不满足。尽管这个故事在“宪制传统”或“法律职业”的影响之外,特别强调了法律职业阶层内部的分裂与斗争,但有如前述,这种解说仍旧是简单化的。法律人的分化被简单归因于法官的“道德”与“职业”水准的高下,仿佛在法官的“职业”水平、“道德”操守和政治立场之间,存在某种必然的因果。但在笔者看来,这不过是另一“版本”的“职业主义”进路,或是一种更为简单化的“道德主义”解说。

但真实的历史远没有这样简单。在接下来的部分,我将通过对于斯图亚特复辟时代(1660—1689)的历史分析,进一步展现17世纪英国革命中司法与政治的复杂关系。这些分析将表明,在一个政治全然分裂的时代,置身于政治漩涡之中,无论是辉格派,还是托利派,都难以维

〔40〕 有研究认为,解除柯克职务并非国王本意,而来自政坛宿敌培根的鼓动。C. D. Bowen, *supra* note 38, p. 224.

〔41〕 包括使用暴力强迫女儿嫁给国王的宠臣白金汉公爵的兄弟韦勒斯。S. Stevin, “Chronology of Events”, in S. Steve eds., *The selected writings and speeches of sir Edward Coke*, Vol.1, Liberty Fund, 2003, p. lvii—lviii.

〔42〕 W. J. Jones, *supra* note 35, p. 42.

〔43〕 Lord Brooke, *supra* note 1. 程汉大等,见前注〔1〕,页139—143。

持客观的中立地位。仅仅是选择支持或反对国王,都无关乎法官道德或职业水准的高低;而一味地强调法官与法律人对于政治斗争的参与,只可能导致法官应有中立地位的进一步丧失。

(一)政治漩涡中的法官

1660年的“复辟解决”,使得英国司法与政治的关系重新回到起点。早在1640年,长期国会上提出的给予法官终身职位(tenure)的提案得到恢复。在1660年的《布列达宣言》中,查理二世重申了法官“品行端正得继续任职”(hold offices during good behavior)的原则,宣布不再依据“国王个人的喜好任免法官”。〔44〕

但事实上,这一原则很快被抛弃。随着国王与议会冲突的加剧,从1676年开始,查理二世开始频繁撤换法官。民事高等法院的艾利斯(William Ellis)和雷恩斯福德(Rainsford)先后被解职,而效忠于王室的斯格罗格斯晋升为首席法官。〔45〕这一时期,围绕着约克公爵(后来的詹姆斯二世)的王位继承问题形成了“辉格”与“托利”的派系政治,并很快延伸到法院。普通法法院开始频繁受理对于辉格派的叛逆罪指控,并屡屡给予反对派不公正的审判。詹姆斯二世继位(1685)后,更是在短短四年中罢免了12名法官。而杰弗里法官在“血腥审判”中的表现则使得“斯图亚特时期的法官沉沦到谷底”。〔46〕

但问题是,究竟是什么原因导致了法官的“堕落”呢?这些选择支持国王的法官,真的是因为“道德”或“职业”水准的低下么?还是仅仅因为缺乏终身职位而畏惧于强权?事实上,随着材料解读的深入,晚近的研究都表明,如果抛开政治立场的选择,从职业法律人的角度来说,选择支持王权的法官,很难说就一定是“腐化堕落”的。除了斯格罗格斯和杰弗里等少数法官外,诸如琼斯(Jones)、潘伯顿(Pemberton)、艾提肯(Atkins)和雷蒙德(Raymond)等人,无论是作为法官还是律师,在当时都具有较高的声望。尽管有许多判决支持王室与托利派,但很少有直接证据表明他们本人在道德和品格上有重大的瑕疵。〔47〕

更进一步地说,在一个政治分裂的时代,我们实际上很难用政治立场的选择去判断法官的“优劣”或高下。而较之之前的都铎时代,斯图亚特时代正是这样一个政治极端对立的时代。围绕宗教与政治的重大问题,整个国家分化为对立的派别,以至于本应坚守中立的法官也不得不陷入派系斗争之中。这在查理二世和詹姆斯二世时期就突出地表现为围绕詹姆斯继位而形成的“辉格”与“托利”的斗争。辉格与托利日趋激烈的斗争,迫使王室法官们也卷入到争端之中,不得不在政治上选择自己的站队。

在这个意义上,我们也很难以政治立场的选择去指责法官的“司法不公”,因为这种“指责”的背后本身就带有派系的偏见。一个在辉格派看来糟糕透顶、严重不公的判决,在同时代的托

〔44〕 C. H. McIlwain, “The Tenure of English Judges”, 7 *The American Political Science Review* (1913).

〔45〕 W. S. Holdsworths, *A History of English Law*, Vol. VI, Methuen & Co. Ltd., 1924, p. 504.

〔46〕 M. Zook, “The Bloody Assizes: Whig Martyrdom and Memory after the Glorious Revolution”, 27 *Albion* (1995).

〔47〕 A. F. Havighurst, “The Judiciary and Politics in the Reign of Charles II”, 66 *Law Quarterly Review* (1950).

利党人看来,可能无比光荣、正确。尤其是考虑到“光荣革命”后辉格党人在话语权上占据的优势,我们有理由对于那些指控法官的言辞保持必要的谨慎。^[48] 毕竟,我们不能忘记历史总是由胜利者写成的。即便这一时期的法官作出具有政治倾向的判决,我们也恐怕很难将之归因于法官个人的道德品格。这些判决同样可能来源于法官本人的政治派别,源于他们个人对于当时政治的判断——这种判断不一定是正确的,但却可能是“独立”的。

(二)以“天主教阴谋案”为例

类似的例证有很多。著名的“天主教阴谋案”就是其中一个。^[49]

尽管所谓“阴谋”的内容漏洞百出,但国王的反对派还是没有放过这一打击天主教的时机。在反对派领袖萨夫茨伯里伯爵的鼓动下,被奥茨(Oates)指控的鲍维斯伯爵等多名天主教贵族被逮捕。从1678到1680年,在首席法官斯格罗格斯的领导下,王室法院相继提起了一系列针对天主教徒的审判。尽管查理二世曾试图阻止一些证据并不充分的死刑判决,但这些建议都未能被法庭接受。到1681年,共有35人因“天主教阴谋案”被判处死刑。^[50] 而如果从今天的证据眼光来看,这些审判几乎都是站不住脚的,^[51]但辉格派则始终拒绝承认这些冤案。

当然,这并不是说“天主教阴谋案”一定是虚假的。由于年代的久远,我们已经很难完全恢复历史的真相,但本案的审判过程本身却表明,无论是法官与国王的关系,还是辉格派对待司法的态度,都远比传统的解说更为复杂。

首先,在这一案件中,法官与国王的意见并不一致。对于所谓的阴谋,查理二世从一开始就表示怀疑,并一度以法庭证据不足为由阻止死刑判决。但面对天主教恐慌的蔓延和来自枢密院和议会的共同压力,斯格罗格斯等法官还是坚持作出了死刑判决。而斯格罗格斯本人恰恰是因为效忠国王而被任命为首席法官。但在“天主教阴谋案”的问题上,却“没有任何证据证明他是顺从国王的;相反,法官总是支持国王的反对派”。^[52] 换言之,即便是那些被认为“见风使舵”的法官,在具体案件中,依然可能具有独立于国王意志之外的政治立场。

其次,这一案件还表明,在司法公正的问题上,辉格派也并不比托利派做得更好。面对阴谋论的喧嚣直上,反对派议员似乎并没有多少耐心去证实传闻的真实性。他们抓住这一“良机”主动出击,将大批天主教议员逮捕羁押。对于此后的审判,他们同样竭力支持法院的指控,

[48] 许多研究都表明,辉格党人对于这些司法不公的指控带有明显的夸张与事后的渲染。比如,前述对于“血腥审判”的评价。参见 M. Zook, *supra* note 46.

[49] 1678年,一个名叫泰特斯·奥茨(Titus Oates)的圣教会教士向政府报告,他在法国无意得知一项阴谋,以约克公爵詹姆斯的秘书科尔曼为首的天主教徒打算杀害查理国王,并焚毁伦敦和屠杀新教群众。尽管查理国王并不相信这些事实,但此时的英格兰弥漫着反天主教的氛围。随后的一些事实也增强了这种确信。人们在科尔曼家中发现了一些信件,其中提及在英国恢复天主教的内容;而最初取得奥茨指控书的法官戈弗雷也在这时离奇地死亡,更加强了人们对阴谋的确信。参见 J. Kenyon, *The Popish Plot*, Heinemann, 1972; 或参见马特莱:《詹姆斯二世与英国政治》,林东茂译,上海译文出版社2001年版,页2—8。

[50] 参见王觉非:《近代英国史》,南京大学出版社1997年版,页143。

[51] 兰博约:《对抗式刑事审判的起源》,王志强译,复旦大学出版社2010年版,页71。

[52] A. F. Havighurst, *supra* note 47, p. 233.

即便这些审判的过程中充斥着诬告、伪证和刑讯逼供时，^[53]也没有辉格派议员对此提出异议。正如有学者指出的，“在这样一个充斥阴谋的时代，无论是对于伪证和告密、阴谋和反阴谋还是涉及生命的政治斗争，辉格派的手段并不比托利派干净多少”。^[54]

甚至，托利派的立场也未必就是“趋炎附势”。辉格派反对詹姆斯继承王位的主要原因是出于对其天主教立场的反感，以及对天主教复辟的担忧。^[55]但这并不意味着托利党就一定支持天主教或是支持专制。相反，他们中的多数人依然是反天主教的，之所以支持詹姆斯继位，更多是因为不希望破坏君主世袭的原则。^[56]同时，在辉格内部，对于谁来继位的问题始终存在分歧，也使许多人担忧继承权的不明确会导致政治动荡，甚至内战的重演。^[57]因此，辉格与托利的分歧，也就并非在于天主教或是专制，而实际上是对待国家命运的两种态度；而在当时，维持政治秩序和避免大规模动乱，又何尝不是一种“审慎”的政治选择呢？

在这个意义上，我们也可能更客观地理解法官的选择。与辉格史学归因于法官个人的道德不同，本文更多地将其视作政治斗争作用于法官个体的结果。尽管“天主教阴谋案”只是其中的个案，但它至少表明，即便表面上依附国王的法官，也可能只是基于自身的政治认同与选择。在对待司法的态度上，辉格派也并非严守中立；在运用诬告与伪证打击对手的方面，辉格与托利并无本质差别。

总之，在斯图亚特后期的政治斗争中，也许并不存在“正义”与“邪恶”的非此即彼的对立；辉格与托利的派系之争更多只是道路选择上的差别，而无关道德的高下。王室法官被迫卷入到政治纷争之中，而不得不做出政治上的站队与选择。尽管这里面不排除法官的性格与追名逐利，但面对一个司法与政治混同且充斥着分裂与对抗的时代，我们又有什么理由要求他们做出更好的选择呢？

五、“反独立”的司法独立

但这并不是否认法律人的斗争与努力。面对斯图亚特王权的司法干预，那些坚守职业自主性的法律人依然值得赞赏，并在事实上推动了法官独立原则的确立。但问题是，我们不能因为赞同这些努力，就对其中的复杂性视而不见；不能因为尊重，或“为尊者讳”，就将辉格法律人的“不公正”记录一笔抹去。真正的历史研究，应当是直面复杂的世界，从表面的“悖论”中去寻找那真实的历史。

与“古代宪制”与“法律职业”的进路一样，本文的分析表明，仅仅是诉诸道德话语的所谓法

[53] J. Kenyon, *Supra note 49*, 1972, pp. 179-180.

[54] A. F. Havighurst, *supra note 47*, p. 250.

[55] 自16世纪宗教改革以来，英国社会就弥漫着反天主教的情绪。在英国人心目中，天主教总是与专制君主制联系在一起。又由于当时与英国争夺海上霸权的法国和西班牙都是天主教国家，使得宗教问题又与民族和外交问题纠缠在一起。参见马特莱，见前注[49]。

[56] 参见 J. P. Kenyon eds., *The Stuart Constitution: Documents and Commentary*, 1966, p. 452.

[57] 参见马特莱，见前注[49]，页21-23。

律人的斗争,同样无法解释法官独立原则的最终确立。在深入的分析之后,原本清晰的“高尚”与“卑鄙”、“进步”与“落后”的划分变得模糊起来,我们看到的是一幅各种力量相互交错的复杂图景。我们开始怀疑,是否真的存在一部辉格法律人为追求独立而斗争的历史?1701年原则,真是古老传统在经历了革命洗礼之后的重生么?在“宪制”的、“职业”的传统以及辉格法律人的斗争之外,究竟是怎样的力量从根本上塑造了1701年的法官独立?

(一)独立的“悖论”

事实上,只要我们重新思考一下17世纪普通法法律人对于法官独立的追求,以及1701年原则最终确立的过程,就不难发现其中所隐藏的深刻“悖论”。

首先一个“悖论”是,所谓为“独立”而斗争的法律人,本身就未坚守中立。与托利派法官选择支持国王一样,辉格法律人对王权的反抗,也同样可能是基于政治立场的选择,而非非为了坚守独立。在表面的“独立”之下,同样隐藏着政治的立场与“偏向”,而无关道德的高下。更何况事实表明这些法律人在不正当手段的使用上并不比托利好多少。甚至他们也未必真的“勇敢”;相反,“可能更多是出于对议会的畏惧,而非对原则的坚守”。^[58]

其次,更大的“悖论”在于,独立的过程本身就具有“反独立”的意味。1701年的《王位继承法》事实上确立了法官独立的原则,但一个重要的“前提”是:这是“哪些”法官的独立?显然,这些“被独立”的法官不会是詹姆斯国王任命的法官。有如前述,在光荣革命前后,王室法官的声誉已经降到了最低点,在英格兰的政治话语中充斥着对法官的痛斥与谩骂。^[59]在詹姆斯逃往法国后,一切司法活动也都中止,法官几乎成为了“腐败”、“无能”的代名词。

因此,对于革命后的司法,人们首先面对的问题,不是法官的独立,而是如何处置这些“前政权”留下的旧法官。对此,威廉三世在1689年的决定是:“一个也不留!”最终,詹姆斯二世时代的法官被全部撤换,“没有一名继续留任或重新获得任命”。^[60]至于法官的终生任职问题,则直到以霍尔特(Holt)爵士为代表的12名全新的王室法官获得任命之后,^[61]才被“正式”提上议程。这也就意味着,司法独立在“光荣革命”后得以确立的一个重要却经常被忽略的前提,即首先以“革命”的名义罢免“旧法官”。

在这个意义上,1701年的立法最终赋予了新法官以稳定的职位,但同样是职业化的旧法官却在“革命”的名义下丢了饭碗。^[62]因此,1701年确立的法官独立仅仅是革命派法官的“独立”,并恰恰以牺牲旧法官的“独立”为代价。

(二)司法独立与议会主权

当然,也有人会辩称,1701年的原则并非无条件的终身制,其基本的前提是法官的“品行

[58] A. F. Havighurst, *supra* note 47.

[59] 参见兰博约,见前注[51],页75—77。

[60] A. F. Havighurst, “James II and the Twelve Men in Scarlet”, 69 *Law Quarterly Rev.* 523 (1953).

[61] W. S. Holdsworths, *A History of English Law*, Vol. VI, Methuen & Co. Ltd., 1924, pp. 516—522.

[62] 尽管依据当时的惯例,王室法官在新君即位时需要重新获得任命,但一般说来,原有法官会被继续委任职务。威廉三世全部罢免原法官显然是基于革命需要的非常规行为。参见 A. F. Havighurst, *supra* note 60.

端正”。因此,如果这些詹姆斯国王任免的法官被认为违反了“品行端正”的要求,就有理由被罢免,而并不违背法官独立的原则。但这里的问题是,由谁来判断法官的品行?又凭什么来判断品行的端正呢?

在这里,真正的问题开始浮现。1701年原则结束了“国王依个人喜好任免法官”的历史,但这并不一定意味着法院与法官的胜利。尽管“品行端正”的原则避免了法官任免上的恣意,但问题是,“品行端正”本身依然是一个难以准确界定的语词,而对于“端正”的解释权则成为了重要问题。依据1701年的原则,这个解释权的主体不是国王,而正是革命后的议会。换言之,通过对于“品行端正”的解释权,议会取代国王,成为了决定法官去留的关键。

但有如前述,在革命的话语中,由议会来裁断法官的“品行端正”与否,本身也许就有失公平。在革命之后的辉格议会中,一个重要的议题,就是反思复辟时期“正义”力量遭受的不公正待遇,以及王室法官的“堕落”。国王任命的法官被一律归结为“邪恶的顾问和法官”,理所当然地被视作“品行不端”而解职。但请注意,这并不是一个“中立”的裁决。至少,由受害方来充当仲裁者,本身就违背了“不可为自己的法官”的“自然正义”。而我们也很难想象,在一片声讨“反动”法官的辉格话语中,这些法官会得到多少公正的对待。

可这正是革命与政治的逻辑。

事实上,许多研究也都表明,1688年的“光荣革命”的本质,更多是一场国王与议会争夺最高主权的革命。较之都铎时代“王在议会中”的“混合政体”,光荣革命第一次清晰界定了主权的归属,明确树立了“议会主权”的原则。^[63]这一原则首先是对于“君主主权”的否定,意味着曾经与议会共同行使主权的国王,已经完全被置于议会权力之下。尽管从表面上看,“王在议会中”的原则依然得以维持,但国家主权的重心已无可挽回地从国王的一边转移到了议会。

但另一方面,“议会主权”的确立,还意味着另一种可能的方案——“法律主权”或“普通法主权”——的落空。正如许多学者指出的,在当时的主权革命中,除了国王与议会之外,实际上还存在着另一种“普通法至上”的主张,要求将国王与议会都置于法律的主权之下;而作为“法律神谕者”的法官与法院,^[64]则将成为“既能制约国王又能限制议会”的独特权威中心。但在17世纪英国革命,这一主张却最终被抛弃,“议会至上”而非“法律至上”取得了胜利。^[65]

尽管这同样意味着“君主主权”的失败,但从本质上说,“议会主权”却与“君主主权”分享着一致的政治逻辑——“机构至上”——区别仅在于这个机构是君主还是议会。因此,在这个意义上,光荣革命的司法意义,就并非法官相对于主权者的独立,而仅仅是法院从对于国王的依

[63] 参见钱承旦等,见前注[36],页185。

[64] 在一些学者看来,柯克最重要的贡献在于英国的司法体系作为既独立于国王又独立于议会的一个独特的政治权威中心的确立;它勾勒了完全不同于亚里士多德的三元模式的“混合政体”。参见戈登:《控制国家——从古雅典至今的宪政史》,应奇、陈丽微、孟军、李勇译,江苏人民出版社2008年版,页271。

[65] 参见亨廷顿:《变化社会中的政治秩序》,王冠华、刘为等译,上海人民出版社2008年版,页82—86。

附转向了作为新的主权者的议会。^[66]换言之,主权者依然是法院的“主人”,变化的仅仅是主人的身份。

正是在这一语境中,我们也就重新理解了17世纪后期司法独立的历史。无论是旧法官在革命后的免职,还是1701年独立原则的确立,都实际上来源于“光荣革命”所带来的主权者变更,以及由此产生的一系列根本性的政治判断。首先,詹姆斯二世的法官之所以被全部罢免,就并非仅仅是由于这些法官“道德沦丧”或“知识欠缺”,而更多是主权者革命的结果。“议会主权”的确立,也就意味着原主权者任命的法官彻底丧失了合法性,必须在人事上替换为效忠于议会主权者的新法官——即便他们中有些人在品行和职业上可能并不算太糟。

也正是在这个意义上,1701年的法官“独立”,就并非“古代宪制”或普通法传统的重生,而同样来自于新的主权者的政治判断。为了防止作为曾经的竞争者的国王重新争夺主权,就有必要对国王的权力做出限制。其中,除了在财政和军事上限制国王的收入与武装之外,另一个在司法领域的重要措施,就是剥夺国王“依据个人喜好”罢免法官的权力,赋予法官“品行端正”即可以终身任职的特权。只不过,判断法官是否“品行端正”的权力也同样落入了议会手中;议会的上下两院从此获得了“依法”罢免法官的权力。^[67]

更进一步地,在法官“独立”与国会成为“新主人”的背后,我们还可以看到国家治理方式转型的变迁。与中世纪政治中“主权”归属的模糊和王权对于司法“赤裸裸”的控制不同,光荣革命确立的“议会主权”恰恰生动展现了现代政治的复杂。一方面,以议会为主体的“机构至上”取代了中世纪政治的“基本法至上”,实现了主权的至上性与唯一性;^[68]而另一方面,国家的治理也变得更“间接”与“隐蔽”。^[69]议会依据“品行”来决定法官去留的权力,正体现了现代政治的精髓:它既保持了主权者对于重大政治问题的最终决断,也最大限度降低了“个人好恶”的恣意,将政治判断纳入到更理性、稳定的决策程序之中。

在这个意义上,议会主权对于法官职位的控制,也同样是国家治理模式变迁的反映。在这种新的治理中,法官与主权者之间的紧张被消解,法官的地位也不再受制于个人的喜好,而只需要在整体上与主权者的意志——即所谓“法律”——保持一致。法官及其所附属的法律职业阶层,不再是国家主权者的“敌人”,而成为了最亲密的“战友”与有力的“合作者”。正如我们之前的分析所展示的,在经历了革命的洗礼后,不仅议会获得了对于法院与司法的控制,同时普通法法律人——尤其是辉格法律人——也成功占领了议会。而所谓的普通法法律人阶层,恰

[66] 夏皮罗:《法院——比较法上和政治学上的分析》,张生、李彤译,中国政法大学出版社2005年版,页141。

[67] C. H. McIlwain, *supra* note 44.

[68] “基本法至上”(而非“机构至上”)的主张正是中世纪政治区别于现代政治的主要标志。只不过,与欧洲大陆主权转向君主不同,英格兰的主权转向了议会。参见亨廷顿,见前注[65],页82—86。

[69] 在福柯的语境中,现代政治的治理,就在于从中世纪以来的“统治权技术”,转向国家借助于法律与社会力量的更为“间接”与“隐蔽”的治理术。参见福柯:《安全、领土与人口——法兰西学院演讲系列1977—1978》,钱翰、陈晓径译,上海人民出版社2010年版,页3—8。

恰成为了协调主权者与法院之间的沟通桥梁与“缓冲”。这的确是一次“法律人的胜利”，^[70]但却是主权者权威之下的胜利。

六、一点“结语”

在本文的最后,当我们重新审视司法独立的“英国故事”时,会发现本文最初的故事被“翻转”了——呈现在眼前的是一个新的故事。在这个故事中,作为“理想状态”的司法独立不复存在,法律人为捍卫宪制传统和职业自主而斗争的图景也逐渐碎片化。这里不再是古老的光荣理想,而是残酷的政治与赤裸的利益;不再是坚守独立的崇高法律人,而是“追名逐利”的卑微个体,是为派系斗争不择手段的平庸政客。故事的结尾也不再是“自由”战胜“专制”、司法获得独立的“光荣”革命,而是议会取代国王,成为新的主权者和法官的“新主人”。

这的确是一个不太招人喜欢的故事。但这并不是要贬低革命者的崇高,更不是否定司法独立的理想。本文同样坚守这些理想,并赞赏为理想而奋斗的法律人。但正因为对于理想的珍视,更需要我们认真对待这段历史,努力去发现历史之后的真实,而不是将复杂的历史简单化,或者神化。尤其在当代中国的学术话语中,由于传统版本的“英国故事”所具有的强大感染力与影响力,可能会有意无意地导致视野上的遮蔽,以至于将法官的独立与职业化简单地等同起来,而看不到深层的政治权力运作对于司法的塑造及其可能暗含的复杂与悖论。

在这个意义上,本文也就并非只是为了颠覆或“挑刺”。相反,恰恰是意识到当下中国建成司法独立的艰难,才更需要我们抛开历史的迷思,更清醒地面对现实的困境与复杂。因此,在中国的语境中,对于西方历史故事的重新审视,就不仅仅是一种智识的挑战,同时也将直接有益于制度的建设。至少,较之传统叙事,一个更多面的“西方”,可能为问题的讨论提供一个更坚实的基础与参照。最后,笔者同样不相信本文的解读就一定完全正确,而仅仅是将曾经被遮蔽的历史重新呈现出来。这个新故事不一定最完美,但它却可能更有助于我们认识到历史的复杂与多面,提醒我们更多地注意法官独立得以生成的“革命”背景,以及隐藏在宏大话语之下的政治运作与权力角逐。

(责任编辑:章永乐)

[70] 借用 Michael Landon 的书名《法律人的胜利》,参见 Michael Landon, *The Triumph of the Lawyers: their Role in English Politics, 1678-1689*, University of Alabama Press, 1970.