

历史与合法性:柏克因袭学说考

傅 乾

(山东大学 政治学与公共管理学院,山东 济南 250100)

摘要:历史能在多大程度上赋予统治以合法性,这一普遍问题在柏克“因袭”学说中有精妙回答。其精妙性有赖于“因袭”在普通法上的双重含义和英国法政传统的两种因袭主义所提供的空间。柏克之说是二元因素的糅合。结合语境和文本,大致可识别出他为克服张力所采用的修辞手法。由此,他树立历史的权威,却否认历史可被用作否定当下的外在标尺;确认当下的权威,却否认当下可与历史决裂。其目的在于平衡道统与今王、自由与权威、革命与反革命。其根本教益是用时间的调和性驯化政治主体及其诉求的绝对性,使政治变得有弹性,使张力变得有意义。

关键词:柏克;因袭;历史;合法性;占有

中图分类号:B561.2 **文献标识码:**A **文章编号:**1673-9841(2017)05-0017-13

一、引言:合法性与历史

本文意在通过对埃德蒙·柏克(Edmund Burke)的“因袭”(prescription)学说作概念史和思想史考察,借此研究历史与统治合法性的关系。

统治合法性历来是政治学要研究的重大问题。其现实形态多样,相关研究汗牛充栋,但大略言之,可将其来源归为三类:神意、民意和历史。

前两类接近于国人说的“顺天应人”或“天与人归”。英国学者厄尔曼(Walter Ullmann)有自上而下和自下而上两种权威之说,遥相呼应^[1]。但除此两类,还有“历史”。法国学者基佐尝言,欧洲文明的各种因素都将统治合法性建立在历史之上,将历史的悠久或时间上的优先作为合法性的来源^[2]。中国古代庶几近之,王朝建立之际必“明所受”,以继正统。

但相比前两类的自明性,“历史”何以能够算作一源,道理并不明晰。首先,何种历史可以赋予合法性?必须是“自古以来”的历史吗,中继或中断的历史呢?必须是绝对清白的历史吗,带有原罪的历史呢?必须是既成事实意义上的历史吗,“三代之治”意义上的历史呢?其次,历史因何能够赋予合法性?是因它是神意、天命、“绝对精神”的展开,还是符合天道、自然法、科学规律?是因它反映民心向背、特殊国情、习惯传统,还是仅仅体现民众“自愿的奴役”?

这些问题,在政权鼎革之际尤为突出,盖因其中充斥着历史的断裂和难免的罪恶,此点中西皆然。中国人讲“汤武革命”,曰“天命无常”,必“改正朔、易服色”,统治历史节节断裂。如何在断裂中诉诸历史,遂成一大难题。中国还有“得天下、坐天下”之说。得天下讲究取之有道,“有天下而不可比于正统者三:篡臣也,贼后也,夷狄也”^[3]。实情却是,得天下者往往取之非道。春秋之时,礼乐征伐自诸侯出,乃至陪臣执国命,弑君三十六,亡国五十二。考诸后世,情况亦不容乐观。短祚者,自可黜之以闰。但亦不乏垂统百年有余者:汉、明出于贼,晋、宋出于篡,元、清出于夷狄。这些政权的

收稿日期:2017-01-06

作者简介:傅乾,山东大学政治学与公共管理学院,博士研究生。

基金项目:国家社会科学基金重大项目“西方国别政治思想史”(13&ZD149),项目负责人:高建。

合法性,承认与否左右为难。如何解决断裂和原罪这两大难题,成为鼎革后的当务之急,正统论和推定论遂出。正统论虽讲天命无常,但只是一家一姓之无常,无常之中法统永存。因此,创业必言继统,也即通过接续历史获得合法性。推定论针对原罪难题,讲究退而求其次,承认“王者没而霸者有功于天下”^{[4]123},故而“圣人之于实也,不伤其名”^{[4]124}。因此,“若曹魏之继汉,司马晋之继魏,虽取之非道,而子孙血食,或五六世,或十数世。较于当日,又无其他长久之主以相拟,故亦可独推其统而言正矣”^[5]。

这类难题在柏克生活的英国同样存在。潘恩认为,英国政府源于“篡夺”(usurpation)。他说:“倘若我们从诺曼底的威廉开始考察,我们就会发现,英国政府原本是一种靠侵略和征服这个国家而建立的暴政”^{[6]257}。“1066年以来,有三十个国王和两个幼王统治了这个混乱的王国,在这段时期中,至少发生过八次内战和十九次叛乱”^{[6]17}。这种篡夺既造成断裂,也带来原罪。如何解决,同样是英国新王朝的辩护者所面临的。与国人类似,他们也提出了自己的正统论和推定论。为解决断裂难题,他们提出一种“古宪法说”(接续“忏悔者爱德华之法”这一口号),自征服者威廉始,一代代征服者或篡夺者重申,他们不但没有中断法统,反而是要确认并忠于古宪法,保障英国人的古老权利^①。为解决原罪难题,他们诉诸事实占有说,主张即便曾有原罪,对王位长期的事实占有也已使其统治合法化。

到柏克时代,这些难题连同论证一并延续下来,并在新时期发生了变异。柏克所处的时代是英美法三场革命交响的时代。这些革命不但导致新的断裂和原罪,也揭开了原有的伤疤。处此复杂形势,作为“老辉格”传人的柏克,立场十分微妙。因为他既秉承了辉格党的革命原则,又继承了他们当权后的反革命技艺,既革命,又反革命,既支持英美革命,又反对法国革命。如何表达立场,遂成一大考验。综合看来,他采取的方式以历史为主要取向。其间,他继承以往的历史论证,但按自己立场加以改造。可是,工欲善其事必先利其器,柏克的扬弃需要一件得力工具,这件工具就是“因袭”。本文所要研究的,就是他如何运用“因袭”概念扬弃原有的历史论证。

下文将首先从概念上分析因袭有何特质堪当此任,接着从思想史上追溯英国近代两种因袭主义的源流,展现柏克因袭说的核心语境,进而将柏克之说置于其中,分析他如何扬弃前人,最后,阐释扬弃后的因袭说有何特殊教益。本文认为:正是因袭在含义上的二元性,使得柏克可以通过兼采两种历史论证,兼顾道统与今王、自由与权威、革命与反革命。但两者之间毕竟存在张力,历史上也表现为两种因袭主义。因此柏克不得不采取一定的修辞以求化解,最终,他树立了历史的权威,却否认历史可被用作否定当下的外在标尺;确认了当下的权威,却否认当下可与历史决裂。其根本教益在于,应当用时间的调和性,驯化政治诉求的绝对性,使政治变得有弹性,使张力变得有意义。

二、“因袭”概念的二元性

“因袭”之所以成为柏克的利器,主要是因为它在普通法上的语义二元性,使其具有不可多得的弹性和分量,能为柏克的精妙处理提供空间,以便施展普通法传统的成熟技艺,用私法概念处理公法问题。

它的两个含义分别是“时效”或曰“逆权占有”(adverse possession)^②,以及“超出记忆”或曰“自古以来”(immemorial 或 time out of mind)。二者都源于罗马私法。前者在拉丁文中是 usucapio 或 praescriptio,基本含义是通过将他人之物长期据为己有而取得所有权。后者在拉丁文中是 prescriptio immemprialis,意为超出记忆的时效,它是针对某些公共物品的特殊时效,要通过时效取得

^① 这些确认一般通过加冕誓词进行,虽然所确认的法律和权利往往并不古老,但这种反复确认的做法却愈发使人相信它们是古老的,正如哈丁所言:“每个新国王在他即位时确认过去的土地特许状,并且逐步将它整合进就职典礼,这种聪明做法已经培育了自由是古老的、连续的和‘宪法性的’这种观念。”参见哈丁:《中世纪的政治自由》,何涛译,《政治思想史》,2014年第3期,第138页。

^② “逆权占有”,或译“逆权管有”(香港法译名),基本含义即非业主将他人产业擅自占有,达到一定年限后获得所有权,与“因袭/时效”性质类似,但在适用范围和法律效果上有别。

其所有权,占有的起源必须超出记忆,证明自古以来就占有^[7]。移植到普通法,两者含义和分量有所调整。前者演变为“逆权占有”和“起诉时效”(limitation),后者演变为“超出记忆”,并与“习俗”(custom)混用或联用,意为凡是年湮代远、不知源自何时的事物均有存在的合法性。分量的变化主要在于“超出记忆”一义变得更为重要,由罗马法边缘概念进阶为普通法核心概念。这大抵因它合于普通法的习惯法属性。故而在普通法中,它常用来指某些“自古以来”的物权和特权^①。

因此,柏克在用其为英国王权和宪制辩护时,可同时从两个含义反驳潘恩等革命派的攻击。他们主张:一方面,仅凭历史或传统不足以证成统治的合法性;另一方面,英国的王权和宪制起源于篡夺,而篡夺无论过去多久都无法获得权利,就好比时间“不能把过去的纯洁还给娼妓”^{[6]37}。而因袭之两义正可一石二鸟:“超出记忆”可反驳前一主张,“逆权占有”可反驳后者。

正是由于这一特质,“因袭”这一“现代人最不愿采用并不愿使它产生合法后果的原则”^[8],才会被柏克奉为“神圣的原则”^{[9]209}、“法与自然正义的首要原则”^{[10]145}、“民法或公法中最有效、最普遍、最受认可的权利”^{[11]411},并冠于英国宪制和宗教之上^②。因此之故,“因袭”也被后人称作柏克心中“政治的终极原则”^[12]，“‘辉格党’的箴言、柏克的口号、英国保守主义者的标语”^[13]。

但问题在于,一方面,在外人和现代人看来,柏克的论证效力不足,仅凭历史和占有怎能获得合法性?另一方面,即便在法律人和古人看来,柏克挪用“因袭”这一私法概念为统治权辩护,亦有滥用之嫌。更为致命的是,柏克的论证存在极大张力,他到底是在说英国王权和宪制自古以来就存在,因此并非源于征服,还是默认征服的存在,因此并非自古以来绵延不断?逻辑上他无法兼顾,执其一端却会顾此失彼。

那么,柏克论证的效力何在,他的挪用能否成立,论证的张力又当如何处理?欲明此点,就要回到18世纪英国的特殊语境。只有从这种语境出发,才能更贴切地体察柏克面临的压力、他在压力之下自觉不自觉地调动的话语资源。反过来说,正是这种特殊语境,使得后人用现代政治观念理解柏克思想遇到很大困难。

三、英国近代两种因袭主义

语境的核心是与因袭两义对应的两种因袭主义。从法学上讲,本来谈不上什么“因袭主义”。因为因袭乃私法概念,两个含义都有严格的适用范围,不容越界滥用^③。但由于柏克将其隆重引入公法,其不甚规范的用法亦影响后世。因此,若按柏克用法向前追溯,亦可梳理出英国历史上的两条线索,并权且称之为两种因袭主义。这种追溯虽有建构之嫌,但更接近语言运用的真实状态,柏克本来就是要用“因袭”概念扬弃两种历史论证。

这两种因袭主义,大致就是上文提到的两种历史论证(古宪法说和事实占有说)。下文将会说明,二者一为传统主义,一为当下主义;一个强调历史或古代的权威,一个强调当下或现代的权威。后来它们各自又一分为二。最终,以偏向自由还是权威而论,四者构成一幅渐变光谱,在光荣革命

① 柯克常将“国王的宪章、习俗和因袭”作为权利的三个来源,参见 Edward Coke, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Indianapolis: Liberty Fund, 2003, Vol. I, pp. 1063, 1207, 1449, 1461; Vol. II, pp.123-125, 163, 267, 293。

② 柏克有“因袭的宪制”和“因袭的宗教”之说,参见 Edmund Burke, *The Works of the Right Honorable Edmund Burke*, 5th edition, Boston: Little, Brown, and Company, 1877, Vol. 7, p. 94; Vol. 6, p. 368。

③ 在英国法上,“逆权占有”意义上的因袭(类似罗马法上的取得时效)仅适用于无体物,但贵族头衔等不在此列,国王头衔更不用说。对于土地等有体物,只能诉诸“诉讼时效”(类似罗马法上的消灭时效),但只能取得保有权(seisin),不能取得权利(title),而且王室和教会地产不在此列。此外,上述占有必须是善意的,恶意逆权占有即篡夺,不能取得权利。超出记忆意义上的因袭一般适用于论证理查一世即位(1189年)前存在的习惯、法律和特权,尤其是贵族和臣民的特权或自由权,比如,主持签订《大宪章》的大主教兰顿(Langton)就曾奉劝亨利三世尊重“人人皆有的因袭自由权”(omnes libertates prescriptas)。但是,它很少用来论证王权的合法性。参见 Paul Lucas, “On Edmund Burke’s Doctrine of Prescription”, *The Historical Journal*, Vol. 11, No. 1 (1968), pp.35-63; Matthew Paris, *Chronica Majora (Rolls Series)*, III, pp. 75-76, 转引自 Charles Howard McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Indianapolis: Liberty Fund, 2007, p.73。

前后经辉格党和革命托利党之手，成为影响柏克时代的主流话语。

古宪法说对应于超出记忆意义上的因袭主义，基调是传统主义的。它相信英国自古以来就有一部古宪法，仅凭其起源超出记忆，后人便应承认它的合法性。“超出记忆”之所以有此效力，是因为英人有一种“普通法心态”(the common-law mind)。在普通法上，起源超出记忆，就证成了一项习惯或制度的法律效力，因为顾名思义，普通法即通行的习惯，而习惯是超出记忆的^[14]。此说的集大成者是柯克(Edward Coke, 1552—1634)。他认为，英国宪法至少在英格兰初民布立吞人(Britons)那里就已存在，千百年来万众拥戴，并非源于诺曼征服^①。可见，这种因袭主义以传统主义为基调，认为历史传统有其自足权威。又因它脱胎于一套习惯法的信念和哲学，长期被用来对抗绝对王权，故而散发着自由气息^②。

它后来演变为两个版本：“辉格党的历史解释”和新哈林顿主义^[15]。两者虽然同是树立历史的权威，但一个守护实在传统，一个重光逝去原则；一个强调古今一也，一个强调今不如昔；一个温和，一个激进。但它们都成为不可忽视的话语传统，构成因袭主义光谱中自由的左翼，制衡甚至反叛当下权威。

前者的代表是特利尔(James Tyrrell, 1642—1718)。他的传统主义强调守护实在传统。他为议会下院权利辩护，就论证它现有的权利自古以来就存在，是古宪法的一部分^③。即便是为“光荣革命”这一反抗行为辩护，他也将其论证为遵循先例、维护传统于不坠，并强调反抗中政府并未解体^{[16]449, 604, 618-620, 642}。这就摒除了洛克式自然契约论的激进成分。可见，这种维护实在传统的因袭主义是以温和和自由派为立场的。

后者的代表是博林布鲁克(Lord Bolingbroke, 1678—1751)。他的传统主义强调重光逝去原则，认为世风日下、人心不古。他虽认同古宪法说，但将其与强调最初原则的历史哲学相结合，并认为最初原则已然丧失，为今之计是要从腐败中将其重光^④。关键还在于，他的原则带有激进的共和色彩，他批评在沃波尔治下，最初原则已被权臣、常备军和金钱利益集团腐化。换言之，他是诉诸并不实存的思辨原则，并且是共和原则。这就令其带有“托古改制”、激进反权威的色彩。

另一种因袭主义是逆权占有意义上的。它源于事实占有论，但版本杂多^⑤。基调是当下主义

① 波考克(J. G. A. Pocock)深入阐述了柯克这一观念，参见 J. G. A. Pocock, *The Ancient Constitution and the Feudal Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 1987, pp. 56-57。但是对于柯克这种观念在普通法传统中的代表性，伯吉斯(Burgess)有所质疑，他认为柯克并非典型，典型的是塞尔登(Seldon)，他更明确地意识到普通法的理性成分和变异性，参见 Glenn Burgess, *The Politics of Ancient Constitution*, Houndmills: The Macmillan Press Ltd., 1992, chapter 2。

② 不过，伯吉斯和克莱恩(Klein)认为，这种反抗王权的自由气息在17世纪上半叶至少是詹姆斯一世时代，并非普通法心态的本色，直到查理一世公然无视朝野默契而混用普通法语言和绝对王权语言(伯吉斯)，或哈林顿、西德尼引入共和主义改造古宪法说(克莱恩)，参见 Glenn Burgess, *The Politics of Ancient Constitution*, Houndmills: The Macmillan Press Ltd, 1992, chs. 7, 8; William Klein, “The Ancient Constitution Revisited”, in *Political Discourse in Early Modern Britain*, ed. by Nicholas Phillipson and Quentin Skinner, Cambridge University Press, 1993, pp.23-44。

③ “骑士、平民、自治市市民素来主张享有被召集参见任何议会的因袭权利……下院一直是超出记忆的”，“这些地区主张这种[派遣议会代表的]特权是凭因袭权利，而非国王御准，无论是在征服之前还是之后……”James Tyrrell, *Bibliotheca Politica*, London: Printed for J. Darby, 1727, pp. 414, 272。

④ 他这一思想受马基雅维利影响，《英国史论》曾复述马氏之语：“他说过，在所有政府中，最好的政府是借助最初宪法的自然效果，不断更新或回到最初美好原则的政府……原因显而易见，一切政府的最初原则必定包含某些优秀的东西，否则必不可久存。但随着时间的流逝，这些优秀的东西会逐渐败坏……”Lord Viscount Bolingbroke, *Remarks on the History of England*, London: Printed for T. Davies, 1780, p. 21。亦参 Isaac Kramnick, “Augustan Politics and English Historiography”, *History and Theory*, Vol. 6, No. 1 (1967), pp.33-56。

⑤ 很多论证虽然未用“因袭”或“占有”一词，但据其内容可以归之于此。英国著名史学家迪金森就将菲尔默(Robert Filmer)、桑克罗夫特(William Sancroft)的事实占有论证等同于因袭论证，参见 H. T. Dickinson, *Liberty and Property: Political Ideology in Eighteenth-Century Britain*, London: Methuen & Co. Ltd, 1977, p. 37。

的,主要版本有三:自然主义、法律及神学版本。以自然主义版本为例^①,其代表是霍布斯的“保护-效忠”说。《利维坦》论证了臣民与主权者的交换关系:臣民服从主权者是为换取保护,这种服从“只存在于主权者能用以保卫他们的权力持续存在的时期”,一旦“一个国王在战争中被征服,自己臣服于战胜者,他的臣民就解除了原先的义务,而对战胜者担负义务”^②。可见,这种因袭主义认可的是当下权威,带有浓重的保守气息。

它同样有两个版本:强调现时占有的版本与强调长期占有的版本。它们虽然同为事实占有辩护,但前者比后者更为保守,因为它缺少后者的时间因素,后者也因此没有沦为一味维护现状。两者一起,构成因袭主义光谱中保守的右翼。

前者的代表是夏洛克(William Sherlock,1641—1707)。他的当下主义诉诸神学-自然主义论证,主张统治者一旦坐稳江山,人民就应服从,即便他是通过篡位或征服上台,理由是废立皆是神意,坐稳江山即“天命”之明证。在此之上,他附加上保护-效忠论证^[17]。由此,夏洛克消除了事实权威与合法权威之别。但不难发现,“坐稳江山”之为标准极为含混,更接近现时占有而非长期占有,具有“存在即合理”的反动倾向^③。

后者的代表是休谟。他的当下主义采用心理-功利论证,诉诸长期占有,反动色彩变弱。休谟主张,认知、产权和权威,均系时间产生的非实在物,漫长的时间会强化现实占有关系,淡化最初占有关系^[18]。必欲恢复原始正义,只会导致财产和权威无以确立,正义和公益荡然无存^[19]。因此,应承认长期存在的权威,不对政府起源穷追不舍,此外,凭借“时间和习惯”的力量,篡位者也可追认为合法^[20]。

合而观之,四种因袭主义构成一条光谱,从左至右的代表分别是:博林布鲁克、特利尔、休谟、夏洛克。左翼基调是传统主义的,强调历史权威,右翼基调是当下主义的,强调当下权威;前者以道统规训今王,但走到极端会失之激进;后者维护今王,但走到极端则失之反动。此外,两者存在难以调和的张力,尤其体现在历史解释上,比如,左翼(博氏是例外)矢口否认诺曼“征服”的存在,对他们来说,承认征服相当于承认英国人的自由被永久玷污;右翼的占有论证客观上相当于默认征服的存在,从中很容易推导出绝对王权。因此,二者虽同属因袭主义,立场却截然对立。但总而言之,这两种因袭主义,连同其含义、立场和张力,构成柏克的“语言世界”,一方面成为柏克“言说”的规则和限定,另一方面成为后人理解柏克意图的参照色调。下面,就将柏克置入其中。

四、柏克的两面神

首先可见柏克对两个极端的反对。对博氏“生乎今之世,反古之道”的因袭主义,他回应道:“要问一如既往的事物是否忠于其惯常的原则,在我看来荒谬之极:除非从结构上观察,否则原则又何以从得知?结构没变,原则就没变……这是对把它看作变质宪法之人的回敬。”^{[21]96-97}在他看来,英宪之为“因袭宪制”,意味着“它绝非任何既有理论的产物”,因此,“接受理论家根据英宪建构的理论,认定英宪基于它衍生的理论建立,然后指责它与理论不符,纯属思维颠倒、观念错乱”^{[21]96-97}。究其

① 其他两个版本的情况是:法律版本主要诉诸亨利七世的《事实法案》(de facto Act)和柯克对爱德华三世叛国罪法令的解释,二者都以法案形式规定应当效忠实际在位者,即便他不合法。神学版本主要诉诸圣经文本或菲尔默的神意论。《圣经·罗马书》有言:“在上有权柄的,人人当顺服他,因为没有权柄不是出于神的,凡掌权的都是神所命的”。菲尔默的《父权制》提出,篡位诚然会打乱王位世袭顺序,但神意终会确保真命天子继承大统,长期占有就是神意的体现。参见 Mark Goldie, “The Revolution of 1689 and the Structure of Political Argument”, *Bulletin of Research in the Humanities* 83 (1980), pp. 473-562; H. T. Dickinson, *Liberty and Property: Political Ideology in Eighteenth-Century Britain*, London: Methuen & Co. Ltd, 1977, pp. 23, 37。

② 参见霍布斯:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,北京:商务印书馆,1985,第172、173页。斯金纳将这种论证追溯到编年史家——自外于普通法历史解释的一批人,他们直白地记录征服和篡位,陈述占有给人以王位的事实,参见 Quentin Skinner, “History and Ideology in the English Revolution”, in *Visions of Politics*, Vol. III, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, pp. 238-263。

③ 洛克曾在札记中质问夏洛克,多长时间算坐稳,“一月,一年,还是一百年;依据哪条上帝律法?”参见 J. P. Kenyon, *Revolution Principle*, Cambridge: Cambridge University Press, 1977, p. 28。

实,是颠倒了理论与实践的关系,而柏克以“实践”对抗这些理论,相当于用右翼的当下主义纠左翼传统主义之偏,这跟柏克以《为自然社会辩护》反讽博氏社会堕落论如出一辙^{[22]129-184}。对此,曼斯菲尔德(Harvey C. Mansfield)评论道:因袭对柏克来说意味着“接纳现状”,“它是驳回基于‘最初原则’之诉求的一种方式。因袭不同于尊崇历史。假如历史研究具有博林布鲁克赋予的目的,因袭毋宁是历史(研究)的对立面。因袭是对探究最初原则源起流变之历史的否定;它仅见于休谟《英国史》这等揭示此类探究何其愚蠢的历史”^[23]。

再看柏克对夏洛克诉诸现时占有式因袭主义的驳斥。柏克虽不认为新政权要合法化必须经过“长期占有”,但他绝不认为“现时占有”一旦稳固就可使政权合法化。这主要体现在他对法国革命政府以及英国驻印度总督的批判上。他在法国革命爆发一年后批判道:“政权之诞生若非出于法律和必要,而是出于扰乱甚至毁灭社会结合的恶行,人们就迟迟不肯予以拥护。这个议会因袭之期还不到一年,我们就听到他们自称进行了一场革命。”^{[24]214}六年后他仍然说:“它是刚犯之错,无法援引因袭自辩。”^{[9]325}而他在对黑斯廷斯的弹劾中,以孟加拉王公达乌拉作为警示:“他的篡位对国人来说记忆犹新;在其治下,国人一直寝食难安。它无法享有长期存在的体制所享有的保障——因袭的惯例、根深蒂固的习惯和观念。”^{[25]377-394,399-400}另一关键区别在于,柏克并未采用“保护-效忠”说解释因袭,在他看来,新政权可否经因袭正当化,关键看它是否有利于社会团结、维护社会秩序,而最为根本的社会秩序,就是社会长期自发形成的成规成见,因此,他呼吁英国议会尊重美洲人民因袭的自由,控诉驻印总督践踏印度的古老文明和印度人的因袭权利,悲叹法国革命者破坏法国的古宪法。就此而言,亦可把柏克对现时占有式因袭主义的否定,视为用左翼纠右翼之偏。

那么,柏克反对两极之余,是否继承了两种温和的因袭主义?一方面来讲确实如此。对于柯克、特利尔尊奉古宪法神话的因袭主义,柏克一再宣扬。《法国革命反思录》有言:“我们最古老的改革是《大宪章》的改革。君不见,从我们法律的伟大先知爱德华·柯克爵士,当然还有他之后的所有伟人,下迄布莱克斯通,都孜孜于证明我们自由的谱系。他们力图证明约翰王的《大宪章》这份古老的宪法文件,与出自亨利一世的另一份成文宪章血脉相连,而这两份文件都不过是重申本国更古老的既有法律而已。”^{[24]81-82}

与此同时,柏克的很多论述与休谟如出一辙。《法国革命反思录》中说:“若是这些人建立起这个实验性的新政府,是作为遭驱逐的暴政的必要替代,人们就会预期因袭的时间会因习以为常之效,使之成熟为合法政府,虽则在其开始时,这种政府是暴力的。凡是具有要维护社会秩序感情的人,都会承认这种由无可争辩的权宜原则所诞生的社会秩序的合法性——即使它还在摇篮里;而一切正当的政府即产生于它,并据以论证它们自身延续的合法性。”^{[24]213}

可见,柏克确实继承了这两种温和的因袭主义。同时,也正因为它们的存在,使得柏克诉诸历史的因袭学说有了语境的支撑和论证的力量。柯克所代表的普通法传统力证习惯是民意的体现,承载着风土人情和民间智慧。休谟所提供的心理—功利论证告诉人们,时间作用于人心所造成的心理联结,才是权利和合法性的来源,由此形成的稳定秩序亦是功利的根基。柏克继承二者,为“历史”注入了民意和习惯、心理和功利的力量^①。

但另一方面,柏克不可能径直兼采二者,这是由两种因袭主义不可调和的张力决定的。如前所

^① 当然,这种力量亦可解释为自然法和神意的力量。科克(Russell Kirk)就认为,因袭即是习惯权利,习惯权利承载族群智慧,族群智慧反映自然法和神意。这也决定了并非所有的历史都能赋予权利和合法性,违反自然正义和神意的历史自然不行。但如何判断是否违反就成为问题。大体来讲,柏克是以长期效果是否符合公共利益作为判断标准。卡纳万(Francis Canavan)则从目的论角度阐释这一问题。他认为,在柏克看来,政治社会是人之本性(目的)的实现形式,这预设了人在一般情况下服从既有政治权威的义务,换言之,既有统治不应仅仅因其源于暴力或没有征得民众明示的同意就丧失合法性,除非它背弃了设立政治权威的初衷和政治社会的目的。不过这个问题十分复杂,在此只能略作说明。参见 Russell Kirk, “Burke and the Philosophy of Prescription”, *Journal of the History of Ideas*, Vol. 14, No. 3 (1953), pp. 377, 365; Francis Canavan, *Edmund Burke: Prescription and Providence*, Durham: Carolina Academic Press, 1987, pp. 125-135。

述,这种张力集中体现在诺曼征服和英宪起源问题上,柏克的因袭宪制说若坚持超出记忆意义上的因袭主义,就须否认诺曼征服中断了古宪法、英宪起源于征服和篡夺;坚持逆权占有意义上的因袭主义,则相当于默认存在征服篡夺而丧失普通法传统的支持。首鼠两端会自相矛盾、授人以柄。

那么柏克到底是如何克服这种张力的^①?结合文本和语境,大致可识别出柏克的一套修辞手法,即“一层面纱、旁敲侧击、让步结构”。所谓“一层面纱”,是指柏克认为政府起源以及革命、篡位问题上都会因时间因素而被蒙上一层面纱,穷究之,于事无益。这层面纱可掩盖事实层面的自相矛盾,避免学统层面的双双落空。《弹劾黑斯廷斯演说词》说:“所有政府的开端都要盖上一层神圣面纱。我们在印度的政府和其他政府一样,起源都被时间带来的朦胧所圣化。在绝大多数政府的起源中,时间都已盖上这层神秘面纱;审慎与明智都要求给更晚近的立国盖上同样的面纱,否则,该国的运气、能力、诸般天才和军事德行便绝不会这般光辉灼耀。”^{[25]401-402}这也正是萨默斯(John Somers, 1651—1716)等老辉格党人的手法,《法国革命反思录》说:“在关于威廉国王的法案上,上下两院并不觉得这是主张民选统治者之权的天赐良机,更未将民主选举作为取得王位的唯一合法途径。相反,他们避之唯恐不及。对于凡是可能削弱有意贯穿在已经改良的即位顺序中的那些权利,或削弱可能会为未来背离他们业已奠定之事提供先例的那些权利,他们都要覆上一层精心编织的面纱。”^{[24]69}

这种面纱论暗示,柏克对古宪法的神话性质心知肚明。这一点得到他早年两份残稿的验证。《英国法律史片论》明确反对黑尔(Mathew Hale)的历史蒙昧主义和孤岛心态,宣称“我们如今的法律体系就像我们的语言和知识一样,是一个大杂烩,有些是自己的,更多是外来的”^{[22]325}。《英国史简论》直言古撒克逊人是“一群粗鄙野蛮之人”,反而是被诺曼人征服后更加文明。他甚至明确说:“这一切在我看来足以证明,那些认为古宪法自古以来就以当今形态原封不动地存在着的观念体系,是何其虚幻不实,它们罔顾时间长河中风俗巨变必然带来的法律巨变,以及一切政府形式和政府权力的巨变。”^{[22]443}这种复古宪法神话的表述,与后说南辕北辙^②。但结合柏克的面纱论,柏克后来的用意不难理解,正如他在祖述柯克的那段话之后说:“这些立法者……未必尽是,但倘若这些法律人细节有误,反而更有力地证实了我的观点,因为它证明了我们全体法学家和立法者以及他们希望影响的全体人民心中,充满了对古宪法的强烈关怀,以及本王国把他们最神圣的权利和公民权当作一项遗产的一贯政策。”^{[24]82}此话也是柏克自身的写照,吐露了他在“史实”上出尔反尔、含糊其辞的用意。

所谓“旁敲侧击、让步结构”是指,在英宪起源此等敏感问题上,柏克并非在单一意义上使用“因袭”一词,而是通过谈论财产权问题这种旁敲侧击等方式,将多个含义分层布防,层层退守,从外到内依次是:超出记忆的因袭、善意逆权占有的因袭、恶意逆权占有的因袭^③、面纱论加长期占有的因袭。

柏克从正面用因袭为英宪辩护时,基本只涉及第一个层次。例如,他在1782年提出“因袭宪制”说时,是诉诸“超出记忆”的因袭。在反驳英宪源于篡夺或征服的指控时,他往往采取两种间接

① 抑或他根本不曾顾及这种张力,没有融贯的因袭学说?这种可能性是不大的。有主客两方面的原因。客观上如前所述,上述对立在当时是关系重大的“公案”,无人可以等闲视之。主观上,柏克历来把因袭作为一项基本原则,这由他晚年纵论因袭各义的话中可以佐证。

② 唐兰(Seán Patrick Donlan)和勒·索克斯(Le Saux)也以此批评波考克的解释,认为柏克绝非古宪法神话的信徒,佐藤空(Sora Sato)虽然全面考察了柏克的历史观和古宪法观,注意到很多与波考克之说不协调之处,但他并未质疑波考克的论断,认为柏克之说只是古宪法说的升级版,参见 Seán Patrick Donlan, “Law and Lawyers in Edmund Burke’s Scottish Enlightenment”, *Studies in Burke and His Time*, 20 (2005): pp.38-59; Seán Patrick Donlan, “‘Beneficence acting by a rule’: Edmund Burke on law, history, and manners”, *Irish Jurist(ns)*, 36 (2001); Le Saux, *Commerce and Consent: Edmund Burke and the Imperial Problem in the American Revolution, 1757—1775*, PhD Dissertation, Princeton University, 1992, pp. 78-95; Sora Sato, *Edmund Burke’s Ideas on History*, PhD Dissertation, University of Edinburgh, 2013, pp. 31-37。

③ 参见前文“逆权占有”注。关于柏克两种逆权占有的因袭,参见 Paul Lucas, “On Edmund Burke’s Doctrine of Prescription”, *The Historical Journal*, Vol. 11, No. 1 (1968), pp. 35-63。

方式：一是以归谬法推导对方思想的逻辑后果，然后转为强调英宪“效果”良好、百姓得到实惠。例如，《法国革命反思录》在批驳普赖斯以人权说对“代议制中的不平等”的批判时，认为沿着这种思路，必然会“使得我们整个政府都成为完全非法的，无异于直截了当的篡夺”，“上院顿时就变成私生子和血统不纯的，……王位的情形也同样糟糕”，逻辑结论是“一场革命就是理所当然了”，最终后果是“对教会与国家的双重毁灭”。然后柏克就绕过对这些历史问题的讨论，直接过渡到效果论证：“它的种种优点是久经考验的，国家繁荣富强就是明证”。这时，他才祭出“因袭”反对“人权”：“他们有‘人权’。没有任何因袭能够抵消它们……他们的人权不容许任何政府以其延续的悠久或行政措施的正义宽大来反对”，进而强调，真正的人权是人们在公民社会中得到的“实惠”^{[24]106-109}。

另一种方式就是借助财产篡夺问题回应篡位和征服问题，从中尤可看出柏克运用私法概念解决公法问题这一普通法传统的娴熟技艺。当时情境是，法国革命派认为贵族和教会的土地所有权都源于篡夺，只不过贵族地产源于暴力征服，教会地产源于宗教迷信。柏克这样描述：法国革命者鼓吹“几乎地产的整个体系在起源上都是封建性的；野蛮的征服者把原主的财产分配给他野蛮的手下”，而“依照自然法，土地的占有者和开垦者才是真正所有者，因袭抵消不了自然”，因此贵族的土地所有权和其他一切封建法权概不成立；而“如果你把收取地租的权利置于继承和因袭的基础之上，他们就会告诉你，根据国民议会出版的加缪(Camus)先生的演讲，开端恶劣的事物不能享有因袭权利”^{[24]18}。

对此，柏克的典型回应见于柏克与默瑟(Mercer)上尉和贝德福德(Bedford)勋爵论教会和贵族地产的通信。这两位都是祖上靠篡夺或没收发家、如今却支持激进人权之人。以他对前者的回复为例：

把根据古老的因袭权利而占有的地产斥为“迷信无知的累积”，并不能让我有权撼动那居于其他权利之上的庄严权利，我对法理学的全部研习都告诫我，要把它视为国家赖以建立的主因；我指的就是对因袭的确立和保护。“但这些都是迷信无知时代的捐赠。”就算如此，它证明它们是很之前捐献的；而这就是因袭权利，赋予权利和所有权。可能你的很多财产都是暴力攫取的；这与迷信相比简直一样恶劣、一样无知——但它之为暴力为时已久；开端的错误可由时间使之神圣和合法。^{[10]145}

此话足可视为对加缪的回应，“就算如此”的说法彰显“让步结构”：即便前两层因袭不能为之辩护，还有“时间”。而在说这段话之前柏克已有交待：他绝非就地产而谈地产：“先生，在我看来，教会和国家，还有人类社会（也即建立教会和国家所服务的对象），正被此等学说颠覆，而长期占有的财产也将被釜底抽薪。”^{[10]144}因此，柏克在此论证因袭可为财产篡夺辩护，也就是在论证因袭可为篡位和征服辩护。只不过既已背上古宪法神话的负担，就不便像休谟那般明说。篡夺终归是羞于启齿的敏感问题，因此柏克宁愿为之盖上一层面纱，让篡夺以“长期占有”或“占有”的面目出场，这也就是它在柏克著作中反复出现的原因。

由此，柏克将因袭这个可能引起内在矛盾的概念转化为左右开弓、相互矫正的“两面神”。左右开弓的效果，在于柏克一手承接古宪法神话和辉格党的历史解释，用普通法传统论证历史的自足权威和道统的连续性，另一手接续事实占有论，结合罗马法传统论证既有宪制的合法性和今王的权威。反过来说，柏克意在同时驯化两种专制。前期驯化王权和教权的绝对性。除了反复重申的古宪法学说之外，他还在因袭的法律效力上作文章，在1768—1769年策动《王室不拘时效法》，使王室财产权丧失绝对性，不再能断然收回臣民长期——也就是因袭——占有的王室财产，进而在当时无法剥夺辉格党巨头波特兰公爵对某选区的控制^[13]。1772年他故技重施，策动《教会不拘时效法》，此举则更明确地表明他的深层用意：用因袭的世俗性和调和性驯化王权和教权的神圣性和绝对性^①。美洲危机期间，他则用因袭主义为“无代表不纳税”辩护。后期他则侧重于驯化普赖斯、潘恩

^① “问题不在于教会的产权或安全。问题在于，你是否会让因袭权利这项原则，成为本国的法律原则，把它与整个法律体系融合起来。”Edmund Burke, *The Works of the Right Honorable Edmund Burke*, Vol. 7, 5th ed., Boston: Little, Brown, and Company, 1877, p. 140.

的抽象人权说易于导致的“多数人的暴政”。他一方面用因袭主义反驳激进派 1782 年基于自然权利而提出的改革下院的诉求；另一方面又用它反驳潘恩等人提出的“一切因袭的政府本质上都是篡夺”^{[26]202}之论调。更为根本的是，他借此从原则层面反驳“因袭对抗不了自然”——这一与王室/教会不拘时效系出同源的主张，从而用因袭驯化抽象人权^①。

其相互矫正的效果，总体上呈现为承认权威而不失之反动，规训权威而不失之激进，使权威和自由、历史与现实、道统与今王的张力变得有弹性。由此，他树立历史的权威，却否认历史可被用作否定当下的外在标尺；确认当下的权威，却否认当下可与历史决裂。正如科班(Alfred Cobban)所说，柏克是将过去传统和当前利益这两个抵牾的概念相糅合^[27]。他承继柯克以延续“道统”，拒绝博林布鲁克以维护“今王”，为维护“今王”就要兼采休谟，为免滑入夏洛克的“修今”，又要倚仗特利尔承续的“道统”。这是借调和古今来调和权威与自由。

这种左右开弓、相互矫正的效果，在当时语境只有“因袭”才能达到，“超出记忆”“古老”(ancient)、“约定俗成”(conventional)、“事实上的”(de facto)均无法胜任。然而，完成此任务的“因袭”，已非私法上的“因袭”，而是柏克改造之后的。这种改造在法律人看来恐怕是曲解滥用^②，在政治理论家看来恐怕是思维混乱、闪烁其词^③。可是柏克有他不得已的苦衷。这份苦衷可从《法国革命反思录》末尾的告白中略窥一二：“当他航行的船只一侧超载而有失衡之虞，他愿以一己之微言加诸彼侧以保平衡。”^{[24]293}照此比喻，只有“因袭”这块“压舱石”有足够的摆幅和适当的分量。当王权的绝对诉求使船体右倾，他就把“因袭”移至左翼，发挥革命的功能，自由的柏克出场；当民权的激进诉求使船体左倾，他就把“因袭”移至右翼，起到反革命的作用，保守的柏克出场。

可见，左与右、革命与反革命、自由与保守，是手段不是目的。他是“通过变换手段来保持目的一贯。”^{[24]293}正如他在《从新辉格党人转呈老辉格党人的申诉书》中说：“他[柏克]认为英宪应该由、也确实由性质各异的三部分组成，自视职责所在，就是确保它们各就各位、权力格局平衡，这种人在为某部分仗义执言时，必然基于该部分特有的原则。他总不能基于君主制原则为民主部分仗义执言。”^{[26]93}因此，世人目为“非此即彼”，“他始终允执厥中”^{[26]108-109}。这种“吾道一以贯之”的申明，他在《申诉书》中亦借他人之口道出：“我确信，若说他有什么敢于自恃的价值，那就是一以贯之的美德，这是唯一令他不至妄自菲薄之处。除却这些，他就赤条条一无所有了。”^{[26]92}

这也最终说明，柏克既非教条的自由派，亦非僵化的保守派，而是中庸的宪政派。中庸绝非乡愿，而是有技巧地执守原则。这个原则就是维护宪政、驯化专制。在他心中，好政府是平衡自由与

① 绝非偶然的是，在《人权宣言》初稿中，首段形容人权的三个词就包括 *imprescriptibles*，即“不拘时效”，参见“*The Declaration of Rights*”，in Price, *A Discourse on the Love of Our Country*, London: T. Cadell, 1790, appendix, p. 5.

② “歪曲滥用”体现在，柏克将因袭适用于地产这类有体物，并在否定王室和教会财产“不拘时效”这一原则后，将其适用于王室和教会地产，在整体思路，亦将规范私有产权继承的规则等同于规范王位继承的规则，最后，冒天下之大不韪，认为恶意逆权占有亦可享有因袭权利，从而为某些篡位和征服辩护。这些改造反过来说就是柏克的创新，这些创新当然与成说成见不符，也遭到同代人和后代人从法学角度的批评，参见 Paul Lucas, “On Edmund Burke’s Doctrine of Prescription”, *The Historical Journal*, Vol. 11, No. 1 (1968), pp. 35-63.

③ “思维混乱、闪烁其词”表现在，柏克一面用“超出记忆”支持自由之道统，一面用“逆权占有”支持今王之权威，两者冲突时，他则干脆抛出“面纱论”掩盖矛盾。而且在他们看来，即便柏克改造成功，这种借用法学概念的历史论证并不充分；柏克固可倚靠普通法和罗马法论证因袭之效力，但毕竟普通法和罗马法本身也需要在理性法庭上过堂。比如，詹姆斯·密尔(James Mill)就曾专门批判柏克的因袭学说。他并不认为柏克的法化学论证有何道理，也未论及柏克在法学世界中对因袭概念的复杂改造，而是将“因袭”化约为“长期沿用/习惯”(long usage)加以哲理批判，认为它无非就是主张一事物长期存在就证明它是好的(proof of goodness)，从而为因循守旧辩护，否定创新改良。参见 J. R. Dinwiddy, “James Mill on Burke’s Doctrine of Prescription”, *Studies in Burke and His Time*, Fall 1977, pp. 179-190.

限制的政府^①，任何绝对的诉求都会打破平衡，走向专制：“神授君权”会导致君主专制，“天赋人权”亦会导致多数人暴政，因为后者不过是把“人”推上神坛，而神坛仍在。二者都不接受时间的塑造，纷颂“不拘时效”之论。因此，柏克擎出“因袭”的大旗，乃是针锋相对^②。在他看来，唯有承认各方诉求均应接受因袭的塑造，各方才能接受在时间中形成的秩序（也即因袭的宪制），而非为了实现绝对权利诉求而不惜推倒重来。所以柏克才说，保持宪制平衡的方式，就是把因袭的宪制当做珍贵的遗产来继承守护^③。也唯有以这种方式保存的宪制，才能真正树立宪法的权威，实现对各部分的约束。

五、以因袭驯化专制

经过上述考察之后，值得思考的是，柏克因袭说的教益何在？最根本的，就是以因袭驯化专制。绝对意志导致绝对专制，不管源于君王抑或人民。驯化绝对意志，绝非以此易彼，而是用时间的调和性、相对性，驯化政治主体的神圣性、绝对性，使政治变得有弹性，使张力变得有意义。这意味着各方必须接受历史上形成的秩序，尤其是源远流长、久经考验的部分，换言之，因袭的宪制和因袭的权利。做到这一点，不等于实现理论上的公正，也不足以除尽现实中的邪恶，但至少有助于防止现状恶化为专制，而这一点才是首要的。正如柏克期许于英国宪法的：

宪法对进犯的国王特权说：“您的权杖有限度，除了永恒法律之所赋，您不能增一毫一发于头颅，也不能加一颗宝石于王冠。”它对傲慢的贵族说：“您的骄傲会碰到无法横溢的堤岸。”它对躁动轻狂的平民说：“大海咆哮，终有限度。”我们的宪法就像我们的岛屿，制大海而用之。波涛的怒吼是徒劳的。在那部宪法中，我认识到，也高兴地感觉到，我是自由的，同时也不得害人害己。^{[21]100-101}

借助这一比喻，不妨说因袭最大的教益就在于：在权威与自由、功利与正义的拉锯场上，沿着时间冲积的河床筑起宪法的堤坝。宪法这条堤坝不免随着河床的走向而曲折偏斜，但它至少驯服了汹涌的波涛。因此，人们首先应当谨记，任何人都不应妄图冲决宪制，强行矫曲为直^④。换言之，在“群己权界”上，理论上纵然泾渭分明，现实中必然犬牙交错，任何强行改变现状的举动，不管出于权欲还是正义，都形同冲决堤坝，淹灌生民。因此，理论上最重要的或许是权界的推敲，现实中最要紧的却是守住既有堤坝。在此基础上，兼顾保守与改革，因势利导，徐行徐立。正如柏克所言：“保留旧制度中有用的部分，务使新添部分与之协调”，“通过缓慢但稳健的过程，每一步的效果都得到观察；第一步的经验教训照亮了第二步；这样下去，我们就从光明走向光明，整个过程四平八稳”，此法固然耗时经年，但“它是以为时间为助手之方法的优越处：潜移默化，润物细无声”^{[24]216-217}。这就是柏克所说的“全盘毁灭和不加改革之间的中间道路”^{[24]206}。

① 柏克说，单有政府不难，单有自由也不难，难就难在能有一个自由的政府，而“要造就一个自由的政府，也即把自由和限制这两种相反的因素调和到一起，就需要深思熟虑和一颗睿智强大、兼容并包的心灵”，参见 Edmund Burke, *The Writings and Speeches of Edmund Burke*, Vol. VIII, Oxford University Press, 1989, p. 291。

② 正如卢卡斯所言，法国革命者是让人人成为国王，柏克是让人人臣服因袭，参见 Paul Lucas, “On Edmund Burke’s Doctrine of Prescription”, *The Historical Journal*, Vol. 11, No. 1 (1968), pp. 35-63。

③ “从《大宪章》到《权利宣言》，我们宪法的一贯政策都是要申明并肯定，我们的自由乃是得自祖辈的一项遗产……我们的宪法就是用这种办法，使得各个部分纵有如此分歧仍能保持统一。”Edmund Burke, *The Writings and Speeches of Edmund Burke*, Vol. VI-II, Oxford University Press, 1989, p. 83。

④ “我们混合政体的整个设计，就是要阻止任何原则自行其是地依照理论越走越远。明白这是英国政体的精髓，就会明白这个体制受人诟病的大部分缺点，并非疏忽所致的缺陷，而是有意为之的优点。为免追求完美而走向极端，就把各个部分善加组合，使之不仅各尽本分，还要相互制衡；于是，不管你采取什么原则，都会发现它的运作得到控制，当止则止。整个体制运行平稳，没有哪个部分越界行事。”Edmund Burke, *The Works of the Right Honorable Edmund Burke*, Vol.4, 5th ed., Boston: Little, Brown, and Company, 1877, pp. 207-208。

因此,对站在权威一侧的人来说,政府诚然可以暂时为历史起源甚至原罪盖上一层面纱,但当务之急是保护各种因袭的权利、意见和信仰,维护社会自发形成的秩序,为社会自发的试错机制留出空间。这意味着,对合法的应切实保护,对不合法但合乎风俗民情、没有恶劣后果的,予以法律认可。对尚不确定的,留出空间以观后效。与之相悖的做法,就是对小到风俗礼仪、大到财产思想肆意改造。如此,方是逆取顺守、长治久安之道。

对站在自由一方的人来说,亦应承认历史形成且运转正常的权威和秩序,争取“有秩序的自由”。在争取自由的次序上,首先应捍卫现实中已经享有的具体自由。对于合法但尚未享有司法救济的,激活相关法律和救济渠道落实之;对于不合法的,通过实际效果得到社会认可,并推动相关立法。与之相反的做法则是,毫无尺度地揭露历史,依据抽象原则裁量现实,小则非议具体制度的合理性,大则消解政府的合法性,危及社会秩序。

对于上述精神,可以对照柏克因袭说的几个要点进一步阐明。首先,保护“占有”比保护“所有”更基础。正所谓占有是所有的外衣,唇亡则齿寒,只有保护事实占有,所有权才能得到切实保护。波洛克(F. Pollock)有言,“看似的不规则对于充分保护真正所有权本身是必不可少的”,“为了禁止私人或能够招致暴力的类似行为干扰既有的人与物的关系,法律必须在眼下先以正义保护不义”^[28]。相反,只保护所有权,不保护事实占有,极易流于空谈,甚至沦为侵夺的口实。最显著的例子,就是法国革命政府在高呼私有财产神圣不可侵犯的同时没收贵族和教会财产。假如凭借抽象正义的标准,以来路不正为由,便可没收长期占有的财产,则不但微瑕的产权受到威胁,无瑕的产权也有被侵夺之虞,原因在于它赋予了专断的干预权。此权一立,判断占有正义与否的标准难保不被扭曲^①。

这种对事实占有的保护,世界各国不鲜其例。抛开罗马法系不论,犹太律法就有对时效和占有的承认^[29]。在中国,历代《逃田法》对于事实占有也有程度不等的保护。宋代苏轼曾上疏:“古陂废堰,多为侧近冒耕,岁月既深,已同永业,苟欲兴复,必尽追收,人心或摇,甚非善政。”^[30]明清时代部分地区还形成成熟的“一田两主”制度,佃户的“田面权”得到极大保护^[31]。英国法的经验亦极丰富。英国长期没有“所有权”概念,但丝毫不妨碍对私产的保护,方式就是保护占有(seisin)。这要追溯到亨利二世创设的“新近侵占之诉”,其精髓在于,没有王室法庭的判决书,任何人不得侵夺占有人的土地,“如此因对方的自力救济而被侵夺者其占有将被恢复,而他对于土地是否真正享有权利则在所不问”^[32]。这就稳定了行为预期,促进了技术革新和资本积累,为英国资本主义的勃兴提供了条件。

在统治合法性问题上,道理更为显豁。正所谓“天下之大利莫如定,其大害莫如争”,一旦“秦失其鹿,天下人共逐之”,则天下大乱、民不聊生。严复有言,“天下重器,不可妄动,动则积尸成山,流血为渠”^[33]。此即古人舍弟传子、立长不立贤的苦衷。王国维论曰:“古人非不知官天下之名美于家天下,立贤之利过于立嫡,人才之用优于资格,而终不以此易彼者,盖惧夫名之可藉而争之易生,其弊将不可胜穷,而民将无时或息也。”^[34]从另一方面讲,“事实胜于雄辩”,盖因鼎革之后雄辩有时徒增是非。这种“反革命”技艺,威廉三世圣心默运,与“革命原则”杂而用之。以“食肉不食马肝,不为不知味”定下不争论基调的汉景帝,同样深明此道。

其次,柏克因袭说还告诫我们,在对原罪、既得利益的处理上,应更多根据原罪的性质而非程度酌情处理。所谓性质,主要指它是否仍在当下破坏社会秩序。若属“死火山”,且已叠床架屋,则大

^① 正如泰纳评论法国革命者剥夺封建债权时说的:“议会区分了两种封建捐税……通过这一区分,议会认为在推翻不合法的产权的同时,又尊重了合法的财产,在封建债权中区分了麦草和麦粒。然而,由于这个原则,由于其起草的法律中的漏洞,这些漏洞变成全面的毁灭,它在麦草上点燃的火星势必吞没麦粒。”泰纳:《现代法国的起源:大革命之大混乱》,黄艳红译,北京:吉林出版集团,2015年,第147-148页。

可不必“重整河山”，罗马法谚有云，“勿搅扰已平静之水”^[35]。对于此种原罪，明智之举是本着“怨前愆后”的精神给予善意的疏忽。当然，对于仍然为祸甚烈、损害社会秩序的恶行，则应予以抵制和反击，这也是柏克力主与法国弑君者奋战到底的理由。就此而言，统治合法性与个人权利的根源，不在起源，而在后效：是产生良性循环的秩序，还是自毁长城的秩序。

就此，不妨一观古罗马格拉古兄弟改革的教训。为解决贫富差距，振兴作为罗马社会基础的小土地所有者阶层，他们立志清理非法的既得利益，剥夺贵族长期占有的公田重新分配。以抽象正义论，这无可厚非，但实践中导致贵族与平民尖锐对立，最终冲破宪制的堤坝^[36]。西塞罗悲叹：罗马出现“两个元老院”和“两个人民”，“把我们的权力由法治变为暴行”^[37-38]。正可谓以追求正义始、以败坏宪制终。

同理，在政府起源和原罪问题上，鉴于政权稳定之利过于重大，探究历史真相并公之于众的自由势必受到一定限制。如若完全放任，则政府无论良莠，合法性必遭侵蚀。这也是柏克、休谟主张用面纱遮掩政府起源的用意。只不过在这个不光彩的问题上，合理限度何在殊不易测。但相比拿捏分寸，更重要的是抓紧时间另辟新源。合法性易受原罪侵蚀，只能说明自己属于过去。

最后，值得总结的是柏克兼顾过去、现在和未来的时间观给我们的教益。这种时间观最大的优点，是有着最为长远而又极具动态的时间意识^[39]。以其长远，故能从长计议、谋于万世，不至急于求成或昧于历史约束，落得“新者未得，旧者已亡，侘侘无归，或以灭绝”^[40]。以其动态，故而既能消化历史遗留的负面因素，又能调动古今资源应对新况。如此，方是所谓“阔视远想，统新故而视其通”，“非新无以为进，非旧无以为守”，“新旧各无得以相强，则自由精义之所存也”^[41]。

以上就是柏克因袭说的大致教益，这种教益源于他对“老辉格”革命原则和反革命技艺的自觉继承。他的一生，可视为致力于一项事业，捍卫因袭，抵制剥夺(proscription)^①。在他看来，这个世界起于篡夺却臻于文明，支柱就是“宗教、财产与因袭”，而因袭乃是宗教与财产之基础^[42]。因此，守护因袭就是守护宗教与财产，守护文明根基。政治家的职责，就在于秉持审慎的智慧作因袭的守护神。只不过颇可怀疑的是，因袭既丧、宗教与财产无着的社会，审慎又将何从供奉。

参考文献：

- [1] 厄尔曼·中世纪政治思想史[M]. 夏洞奇,译. 南京:译林出版社,2011.
- [2] 基佐·欧洲文明史[M]. 程洪逵,沈芷,译. 北京:商务印书馆,2005:48-49.
- [3] 方孝孺·后正统论[G]//饶宗颐·中国史学上之正统论. 北京:中华书局,2015:195.
- [4] 苏轼·后正统论三首[G]//饶宗颐·中国史学上之正统论. 北京:中华书局,2015.
- [5] 毕仲游·正统议[G]//饶宗颐·中国史学上之正统论. 北京:中华书局,2015:126.
- [6] 潘恩·潘恩选集[M]. 马清槐,等译. 北京:商务印书馆,1981.
- [7] GOUDSMIT J G. The pandects[M].New Jersey: The Law Book Exchange, Ltd., 2005:224.
- [8] 梅因·古代法[M]. 沈景一,译. 北京:商务印书馆,1980:187.
- [9] BURKE E. The works of the right honorable Edmund Burke: Vol.5[M]. Boston: Little, Brown, and Company, 1877.
- [10] BURKE E. Correspondence of the right honorable Edmund Burke: Vol.3[M]. London: Francis & John Rivington, 1844.
- [11] BURKE E. The works of the right honorable Edmund Burke: Vol.6[M]. Boston: Little, Brown, and Company, 1877.
- [12] STEPHEN L. History of English thought in the eighteenth century[M]. London: Smith, Elder, & Co. 15 Waterloo Palace, 1876: 246.
- [13] LUCAS P. On Edmund Burke's doctrine of prescription[J]. The historical journal. No. 1 (1968): 35-63.
- [14] POCOCK J G A. Burke and the ancient constitution[J]. The historical journal, 1960,3(2):125-143.
- [15] 波考克·德行、商业和历史:18世纪政治思想与历史论辑[M]. 冯克利,译. 北京:生活·读书·新知三联书店,2012: 375.
- [16] TYRRELL J. Bibliotheca politica[M]. London: Printed for J. Darby, 1727.

^① 他素来对祖上被抄家一事耿耿于怀,促使他思考因袭的效力。去世那年,他还曾坦言一生之志就在维护人们世代享有的财产,抵抗暴君的剥夺,参见 Richard Bourke, *Empire and Revolution: The Political Life of Edmund Burke*, Princeton: Princeton University Press, 2015, p. 39.

- [17] DICKINSON H T. Liberty and property: political ideology in eighteenth-century Britain[M]. London: Methuen & Co. Ltd, 1977: 37-38.
- [18] 休谟. 人性论:下册[M]. 关文运,译. 北京:商务印书馆,1980:549.
- [19] 休谟. 论政治与经济[M]. 张正萍,译. 杭州:浙江大学出版社,2011:345-346.
- [20] WHELAN F G. Time, revolution, and prescriptive right in hume's theory of government[J]. Utilitas, 1995,7(1): 97-119.
- [21] BURKE E. The works of the right honorable Edmund Burke: Vol.7[M]. Boston: Little, Brown, and Company, 1877.
- [22] BURKE E. The writings and speeches of Edmund Burke; Vol. 1[M]. Oxford: Clarendon Press, 1997.
- [23] MANSFIELD H C. Statesmanship and party government[M]. Chicago: University of Chicago Press, 1965: 221.
- [24] BURKE E. The writings and speeches of Edmund Burke: Vol. 8[M]. Oxford: Clarendon Press, 1989.
- [25] BURKE E. The works of the right honorable Edmund Burke: Vol.9[M]. Boston: Little, Brown, and Company, 1877.
- [26] BURKE E. The works of the right honorable Edmund Burke: Vol.4[M]. Boston: Little, Brown, and Company, 1877.
- [27] COBBAN A. The debate on the french revolution 1789-1800[G]. London: Adam & Charles Black, 1960: 7.
- [28] 波洛克. 普通法上的占有[M]. 于子亮,译. 北京:中国政法大学出版社,2013: 5.
- [29] 柯恩. 大众塔木德[M]. 盖逊,译. 济南:山东大学出版社,2006:395.
- [30] 苏轼. 苏轼文集[M]. 北京:中华书局,1986:733.
- [31] 寺田浩明. 田底田面惯例的法律性质[M]//权利与冤抑. 王亚新,等译. 北京:清华大学出版社,2012:1-71.
- [32] 梅特兰. 英格兰宪政史[M]. 李红海,译. 北京:中国政法大学出版社,2010:74-75.
- [33] 严复. 与熊纯如书[M]//严复集. 北京:中华书局,1986:632-633.
- [34] 王国维. 殷周制度论[M]//王国维. 观堂集林. 北京:中华书局,1959:457-458.
- [35] 徐国栋. 论取得时效制度在人身关系法和公法上的适用[J]. 中国法学,2005(4):67-75.
- [36] 格罗索. 罗马法史[M]. 黄风,译. 北京:中国政法大学出版社,2009:214-218.
- [37] 西塞罗. 论共和国[M]. 王焕生,译. 上海:世纪出版集团,2006:65,261.
- [38] 西塞罗. 论法律[M]. 王焕生,译. 上海:世纪出版集团,2006:197.
- [39] 冯克利. 时间意识与政治行为[J]. 开放时代,2010(8):5-20.
- [40] 严复. 政治讲义[M]//严复集. 北京:中华书局,1986:1242.
- [41] 严复. 主客平议[M]//严复集. 北京:中华书局,1986:119.
- [42] BOURKE R. Empire and revolution: the political life of Edmund Burke[M]. Princeton: Princeton University Press, 2015: 925-927.

责任编辑 毛兴贵

网 址:<http://xbbjb.swu.edu.cn>