

历史法学的思想内核及其中国复兴^{*}

谢鸿飞

中国社会科学院法学研究所研究员，民法室主任

一、历史法学的兴起、兴盛及其思想背景

法学研究运用历史素材，或以古代法为对象，源远流长。法学普遍使用历史方法，发端于11世纪意大利波伦亚注释法学派的罗马法研究。其后，评注法学派、优雅法学派、人文法学派也在法律史上倾注心力无数。但在萨维尼之前，法学家并没有严肃思考历史与法律的深层关联。作为法学流派的历史法学，源于19世纪的德国。它视历史为现实法律规则的制约力量、生成力量与法律意义体系的最终源泉。

（一）历史法学的兴起

德国历史法学可追溯到18世纪的托马修斯（Christian Thomasius, 1655—1728），他将古老的理性法转化成了相对的、“历史性的”法。¹历史法学诞生于哥廷根大学，其创始人是胡果（Gustav Hugo, 1764—1844）。他不仅提出了历史法学的基本法学思想，还明确将历史法学与哲学法学、法教义学并列，使其成为法学三大基本研究方法之一。²

但法学史意义上的历史法学，是由萨维尼（F.C.v.Savigny, 1779—1861）推动建立的。它诞生的两个明显的标志是：

1. 蒂博与萨维尼的论战

1814年，蒂博（F.J.Thibaut, 1772—1840）针对当时德国邦法林立的混乱法律格局，呼吁德国制定统一民法典。萨维尼同年发表了著名的论战文章《论当代立法与法学的使命》，但该文并非为论战而作。他原计划将其作为《中世纪罗马法史》的导论，用于论战纯属巧合。

蒂博与萨维尼都认为，德国需要一部统一的民法典。双方论争的焦点在于：制定什么样的民法典？制定民法典的时机是否成熟？萨维尼首先反对欧洲法典化时期的自然法学立法论，即认为法学家可以与历史全然割裂，依凭卓绝的理性努力，制定完美的法律，开启全新的法律时代。他坚信，法典的基础不是理性，而是一个民族生生不息的社会生活与民族精神。对依据自然法观念制定的《普鲁士普通邦法（ALR）》、《法国民法典》与《奥地利民法典》，他的评价都不高，所以他绝不容忍德国步其后尘，以粗疏的自然法观念草就华而不实的民法典。萨维尼以优美的、饱含激情的文字，强有力地说明了法律的真正源泉，进一步申论了历史法学的基本思想。其次，

^{*} 本文节选自高鸿钧、赵晓力主编：《新编西方法律思想史》，将由清华大学出版社2015年7月出版，略有改动。

¹ 参见【德】维亚克尔：《近代私法史》（下），陈爱娥、黄建辉译，上海三联书店2006年版，第351页。

² 参见谢鸿飞：《法律与历史：体系化法史学与法律历史社会学》，北京大学出版社2012年版，第38页。马克思也将胡果作为历史法学派的创始人。参见马克思：《法的历史学派的哲学宣言》，载《马克思恩格斯全集》（第1卷），人民出版社1956年版，第105页。

他指出,当时的德国法学尚无力为一部优秀的民法典提供理论支援。率尔操觚只会固化不成熟的法学,甚至阻碍法学发展与法律生长。³有趣的是,蒂博的论文也流露了历史法学的思想,如认为罗马法之所以不能成为德国未来民法典的基础,恰好是因为德国人没有罗马民族的观念。⁴这一论战以萨维尼赢得盆丰钵满告终,德国制定民法典的计划也因此搁浅数十年。

2.《法律史杂志》创刊

1815年,萨维尼与爱希霍恩(K.F.Eichhorn, 1781—1854)、格森(J.F.L.Göschel, 1778—1837)共同创办了《法律史杂志》。这是历史法学诞生最重要,也是最直观的标志。在发刊词中,萨维尼明确把法学家区分为历史学派与非历史学派。⁵由此,萨维尼正式成为历史法学的代表人物,因他在柏林大学任教,历史法学的重镇也由哥廷根大学移至柏林大学。

值得注意的是,历史法学派从诞生时起就分为罗马法学派与日耳曼法学派。前者以萨维尼为代表,后者以基尔克(Otto von Gierke, 1841—1921)为代言人。两派对历史法学的核心观点没有争议,分歧主要在于对“历史”素材的理解:前者的研究对象是罗马法原典,认为罗马法是德国法律的源泉。它最终建立了潘德克顿体系,并进一步发展成《德国民法典》的法学基础——概念法学。后者则坚信罗马法是异族法,德国法应当是日耳曼法,而且是没受“共同法”(Ius commune)污染的固有法。他们力求发掘、搜集

并编纂日耳曼固有法,藉此建构德国法律体系尤其是私法体系,以摆脱并抗衡《学说汇纂》和“罗马法现代适用”(us modernus)。

(二)历史法学的兴盛

历史法学派甫一出世,即主宰了当时的法学思潮。在其发源地德国及瑞士、法国、奥地利等欧陆诸国,甚至在普通法国家(美国还处在法律的形成期),拥趸无数,可谓极一时之盛;历史法学还直接催生了德国“法律科学”(Rechtswissenschaft);德国民法学循此建立,《德国民法典》更是其理论成果的集大成者。正如维亚克尔指出,萨维尼的民族精神、普赫塔的法律家法、贝斯勒(Beseler)的民法法、耶林(Rudolf von Jhering)的法律目的说与基尔克的合作社、社会法等,都是历史主义对19世纪法学思想“最后也最持久的贡献”。⁶

历史法学的代表人物萨维尼或许是19世纪最伟大的法学家,至少是影响最大的法学家。诸多同行的颂词虽难免溢美,却也体现了其影响力。如“在其祖国,他已成为圣者。”⁷“萨维尼同时代的大多数法学家都是萨维尼的追随者,或是萨维尼的私淑弟子。”⁸他甚至还被视为法学界的牛顿或者达尔文:“他通过对法律现象的理解,发现了一个现象的世界——就像牛顿那样……萨维尼把文艺复兴的阳光带进了法学。”⁹就连文风尖刻、素来反对萨维尼的德国法学家贝斯勒也称:“萨维尼的卓越贡献不仅仅在于他缔造了德国法学,第一个阐释了法律的历史基础,他还塑造了科学意识。这一点或多或少被人们意识到了。”¹⁰

3 [德]萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社2001年版,第121、32页。

4 [德]蒂博:《论制定一部德意志统一民法典之必要性》,傅广宇译,载《比较法研究》2008年第3期。

5 Savigny, “Über den Zweck dieser Zeitschrift”, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, (Hrsg. von F.C.v.Savigny, C.F.Eichhorn u.J.F.L.Goeschen), 1815, Bd. I, S. 2.

6 [德]维亚克尔:《近代私法史——以德意志的发展为观察重点》(下),陈爱娥、黄建辉译,上海三联书店2006年版,第353页。

7 [德]特罗维茨:《萨维尼与历史法学派》,许章润译,载许章润主编:《萨维尼与历史法学派》,广西师范大学出版社2004年版,第339页。

8 Landsberg/Stingting, Geschichte Der Deutschen Rechtswissenschaft, 1910, S. 287ff.

9 Sir John MacDonell and Edward Manson (eds.), Great Jurists of the World, Augustus M. Kelley Publishers, 1968, p. 586.

10 Georg Beseler, Volksrecht und Juristenrecht, Leipzig, Weibmann'sche Buchhandlung, 1843, S. 58.

在法学圈外，近代“史学之父”兰克在德国历史学家大会的讲演中高度评价了萨维尼，认为其中世纪罗马法史研究对通史研究贡献卓著：“谁能不从其作品中受益并深受鼓舞呢？”萨维尼还激发了学者对德国法的研究热情。¹¹在政治学方面，“除一两个英国法学大师的著作外，萨维尼的著作比其他任何法学家的著作所包括的政治智慧都要丰富得多。”¹²

（三）历史法学兴起的思想背景

历史法学在德国的兴起，既与法国大革命后欧洲历史主义和实证观念的兴起密切相关，也是德国当时独特的社会思潮在法学中推进的结果。

1. 历史主义与“实证精神”

法国大革命是欧洲最为关键的政治事件与思想事件之一。对它的反思也是欧洲思想的重要部分，被称为“西方思想史上最伟大的思想革命之一”的历史主义，就是反思法国大革命的成果。¹³历史主义强调国家、历史事件、法律的相对性和个体性，强调真实的社会经验和生活过程，认为不存在先验的、普适的历史规律、国家建构原则和法律规则。法国大革命后，自然法观念几乎崩溃，历史法学应运而生，正如基尔克在1903年的讲座中指出：“法律的历史观念当然不是什么新东西。但在18世纪最后30年，它才成为反对激进自然法的潮流出现……法律历史观念认定的法律的真实内容，不同于对法律终极目的的哲学玄思。”¹⁴

自然法观念衰落的另一个结果（同时也是原因）是实证观念的兴起。历史法学同样强调用实证材料尤其是法律史材料，而不是用自然法学的玄思来建构法律。“19世纪的德国法学揭示了法

律的历史本质，这就使我们的世界不再是一个玄思的体系，而是一个明白的、真实的世界。”¹⁵

2. 德国文化民族主义

自16世纪开始，德国文化就深受法国文化的影响。尽管早在宗教改革时期，路德就创立了德意志民族的语言，但德语一直被认为粗鄙无比。就连腓特烈大帝也心仪法国文化，而对德国文化嗤之以鼻。德国知识分子的民族文化自尊心饱受折磨。雪上加霜的是，德国国力极其弱小，在与法国的战争中屡战屡败，1806年，拿破仑甚至结束了“德意志民族神圣罗马帝国”的统治。这对奉自己为罗马帝国正统传人的德意志人来说，不啻为灭顶之灾，然而，德意志人沉睡的民族意识和民族自尊也因此被唤醒。

近代德国的民族主义被称为文化民族主义，即通过民族的文化认同来促成国家的政治统一。要实现这一目的，就必须动员全德意志人发掘德意志民族辉煌和光荣的历史，建构统一的德意志“民族精神”及其各种文化形式。故，当时德国文学艺术领域的浪漫主义与狂飙突进运动、经济学中的历史主义、历史学对中古德国史的研究，全都致力于构建德意志民族文化共同体。

3. 浪漫主义

德国浪漫主义主要是文学艺术领域的思潮，同时也是一种哲学思潮。它强调历史与个体的个性，恢复了被启蒙运动遮蔽与压制了的感性。浪漫主义思想最鲜明的特征之一就是把过去理想化和精神化，强调传统、共同生活方式及种族特性，诉诸以情感为纽带的血缘、地缘、宗教的认同，将文化、生活方式看作民族本质的决定性因素，看作一种统一力量的表达；同时又将这种表达称

11 Adolf Stoll, Friedrich Karl von Savigny: Ein Bild seines Lebens mit einer Sammlung seiner Briefe, 3 Aufl. 1842-1861, Berlin: Carl Heymanns Verlag, Bd. II, 1939, S. 103.

12 [英] W. 格恩里:《弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼传略》，程卫东、张茂译，载《萨维尼与历史法学派》，第321页。

13 Friedrich Meinecke, *Historism: The Rise of New Historical Outlook*, trans. by J. E. Anderson, London, 1972, p. ivi.

14 Gierke, *Die historische Rechtschule und die Germanisten*, Berlin, 1903, S. 5; S. 8.

15 Gierke, *Naturrecht und Deutsches Recht: Rede Zum Antritt des Rektorats der Universität Breslau*, Frankfurt a/M, 1883, S. 7.

为“文化民族的灵魂或精神”，其最终目的是寻求本源的、纯正的民族认同。历史法学分享了浪漫主义的精神与理念。正是浪漫主义对历史独特性的强调，尤其是赫尔德（J.G.Herder）的历史与人类学哲学思想，催生了历史法学。¹⁶

二、历史法学的思想内核

历史法学的根本思想是，任何制度与法律都是人类对意义世界的建构，其中，体现民族文化观念、价值体系、人伦秩序、世俗理性的“民族精神”对法的形成起着决定性作用。此外，任何制度与法律的正当性都是历史的和具体的，不存在永恒的、普适的正当性。所以，法律历史并非朝着预定的目标直线发展，“社会法则”、“社会规律”或“发展的必然性”若非妄语，其唯一的意义也只是表明——某部法律契合了某个时空、某个民族的真切需求。具体而言，历史法学的思想内核如下。

（一）法律是有机体

历史法学隐含了法律是有机体的观点，申言之：其一，法律的存续与发展必须以特定的社会土壤为基础；其二，法律和生物一样，会经历复杂的生长过程。因此，法律不可能被“创造”，而只能“生长”，任何权力都不能恣意干涉它。萨维尼等通过法律与语言、法律与“民族精神”（*Volksgeist*）的关系推演出了这一结论。

1. 法律与语言的类比

萨维尼等历史法学学者深受赫尔德和洪堡有关语言本质研究的影响，他们都相信，法律与语言一样，是内生于民族的。如萨维尼指出：“在人类信史展开的最为远古的年代，可以看出，法律已然秉有自身确定的特征，其为一定的民族所特有，如同语言、行为方式和基本的社会组织体制（*constitution*）。”¹⁷在《当代罗马法体系》（第

一卷）中，萨维尼进一步阐发了语言是民族外在标志的观点。¹⁸既然法律和语言都属于“民族精神”，民族精神又是民族特有的，从而，法律本质上是社会生活中的习惯，使它产生并使它有机发展的，是一种“内在的沉默的力量”。

语言与民族、民族精神的关联在于：语言既是客观存在、可以识别的（这使民族有了外在的标志）物理现象，也体现了独特的思维方式，表达了特定民族的生活经验和意义网络。法律与语言类比的纽带就是语言的文化功能。如果语言是构造意义体系与人文世界的工具，那么法律同样如此，而且法律还必须以语言表达。历史法学派从如下两方面完成了这一论证。

其一，法律与语言一样，都是民族的标志。

作为民族的标志，语言是外在的，法律是内隐的。法律存在于民族意识中，通过社会实践体现出来，故历史法学派学者反复讨论如何将民族意识中的法律显现出来。既然法律与语言都是民族生活实践的成分、民族精神的要素，这就足以证明任何法律都是民族的，不存在普适的法律；每个民族都有自己的语言，也有处理社会关系的特殊方法。故，历史法学反对以普遍理性为基准的、被抽空了民族性和地方性的、没有时间概念的永恒自然法，坚持法律是民族法。

其二，证明了法律的历史连续性。

法律与语言的共同性还在于都能世代相传，永不湮没。如果没有语言作为载体，民族文化就无法保存。法律也在一代代人的口耳相传、身体力行中被继承，在民族的日常生活中呈现。法律的作者不是立法者，而是民族；不是可数的具体人，而是不可数的抽象人。萨维尼用语言与法律类比，也表明了民族法律不死的观点：法律如同语言，可能发生变化，部分甚至可能湮灭，但法律不会消失，就像民族的语言不会消失一样。法

16 参见〔德〕雅科布斯：《十九世纪德国民法科学与立法》，王娜译，法律出版社2003年版，第23—24页。

17 萨维尼：《论立法与法学的当代使命》，第7页。

18 Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd.I, Berlin, 1840, S.16; S.19.

律连续性的基础在于，法律是共同的，正如语言是公共的。

2. 从语言到“民族精神”

法律能与语言一样成为民族精神的根源是，“民族”不仅是物质的，更是文化的，且德国观念更强调精神—文化层面的民族。法律表达民族的价值观，陈述对社会关系的处理方式，当然和语言一样，是民族精神的体现。如果民族存在，民族就不能为“异族法”所统治或奴役。

如此，萨维尼从法律与语言的类比出发，进而将其过渡到民族精神，全面证成了历史法学派法律观。从“语言—法律—民族精神”的论证结构中，可以推导出历史法学最根本的结论：各民族的法律是独特的、有个性的。萨维尼将法律与人的身体、衣服类比：“人的身体是不可变更的，但他自身却是不断成长和发展的，因此，我将每个民族的法律视同它身体的一个组成部分，而不只是一件用以取悦别人的衣服，可以随意脱下，也可以与其他衣服更换。”¹⁹温德沙伊德（Windscheid）在《法律与法学》的演讲中也作过类似比喻。

（二）法律是社会生活

“法律是有机体”与“法律是社会生活”是一体两面。前者说明的是法律的独特性（“民族精神”），后者强调民族精神是如何呈现的。

历史法学坚信，法律是民族生活的体现，它直接来自民族的生活经验、民族精神和民族意识。萨维尼精辟地表达了这一观念：“在不同的时代，在同一民族中，法律乃是自然之法（natural law），与我们的‘自然规则’（law of nature）的意义不同。”²⁰基尔克更是直言，法律与语言、宗

教、风俗、经济和团体等相同，都是人类共同生活的重要部分。它与共同体不断交互作用。²¹这些观点都说明，法律是根据社会生活演进与发展的。

在历史法学看来，法律与社会并非两个独立的领域。“法律与社会”这一提法本身就有问题，因为它假定了法律与社会是不同的领域，两者是独立的：社会是经验领域，是真正的生活，如生产活动、市场行为和家庭生活等；法律则是对社会需求作出的功能回应，是文化现象。依历史法学的观点，法律本身就是社会生活的一部分，成文法并不是立法者的创造，而是对社会生活经验的宣示，对历史与现实中的正义观念的技术表达。由此，法律的基础不再是个体的理论理性，而是集体的实践理性，它超越了个体理性，在个体的社会化过程中，成为个体知识与经验的一部分。

（三）法律是多元的

历史法学隐含了现代的法律多元观。既然法律是社会生活中的“活法”，法律就只是一种社会事实，其逻辑结果即弱化国家主权的立法意义。只要人类社会追求秩序和安定，法律就会自然出现，法律并非在国家出现后才应运而生：“法律是把人们团结在一起、确定尘世关系的纽带，在人类出现时，法律就出现了。”²²这种对“法律”的理解显然是功能主义的思路。

法律与国家权力脱钩后，判断法律的标准就取决于两者：其一，内容标准，即是否涉及“权力—职责”或“权利—义务”，以排除道德规范与社交规范；其二，效力标准，即是否为社会承认并一体适用。因此，被束之高阁的实在法规范并非“法律”。既然抽象理性对法律的形成没有多大意义，各民族的社会实践才是法律内容的最终决

19 李双元、吕国民：《萨维尼法学实践中一个矛盾现象之透视》，载许章润主编：《萨维尼与历史法学派》，广西师范大学出版社2004年版，第229页。

20 萨维尼：《论立法与法学的当代使命》，第10页。

21 Gierke, Naturrecht und Deutsches Recht: Rede Zum Antritt des Rektorats der Universität Breslau, Frankfurt a/M, 1883, S.8.

22 G.F.Puchta, Cursus der Institutionen, Die Geschichte des Rechts bey dem römischen Volk, Bd.I, 3 Aufl. Leipzig, 1850, S.17.

定因素，法律就必然是多元的。

法源单一论以社会生物学为基础，即人类渴求秩序、权威和统一规范，国家可以通过法律统一社会的价值共识，促使法律适用公平。这一判断虽然成立，但不能因此说，社会中的所有“活法”必须统一为单一法源。“活法”是社会成员在社会化过程中“习得的”知识，自然可以满足人们对秩序与稳定的渴求，遑论“活法”往往比实在法更有效。

需要指出，历史法学的法律多元观虽然接近于对法律的功能主义分析，但它更重视对法律的文化与意义分析。既然法律是“民族精神”，法律就承载着民族的价值观念，支撑着社会的意义体系，其文化意义就不可小觑；而且，正是因为“民族精神”的差异，同一法律规则在不同社会中的作用才可能判然有别。

三、历史法学的政治学—法学意义

历史法学为法学提供了历史意识。它最核心的价值是，有力地证明了历史对人类政制和法律的结构性的制约力量。历史法学也因此并非单纯的研究纲领，亦为政治建构与立法的行动纲领。若将历史法学置于思想史的理路来考察，其意义将更为明显。

（一）历史法学与自然法学

历史法学之所以能成为重要的法学流派，首先是因为它在观念上彻底推翻了以前占统治地位的自然法学。历史法学历来被视为反思法国大革命和启蒙运动的产物，因为后两者都致力于与过去决裂，彻底推翻旧秩序，重新按照理性的、进步的观念构建新社会。²³历史法学则将法律的合法性置于民族连绵不绝的历史与现实生活，坚信法律不可能与“旧时代”、“旧制度”割舍。故在历史法学看来，自然法学夷平各民族法差异的

想法无非梦呓。与此相应，对实在法的价值，自然法学与历史法学的观点全然不同。前者认为实在法反复无常、充满变数，后者却认为它才是真正的法律渊源。

历史法学反对自然法学的另一个重要理由是，自然法学高蹈不似，浮华空疏，肤浅空洞，无法解决世俗生活的具体问题。司法实践若依据自然法学为准绳，将难以防范恣意与妄断。在1814年的民法典论战文章中，萨维尼尖锐地指出，法典编纂的第一个问题是，材料自何而来？普世的自然法绝对不能依凭：“熟稳实际的法律人士却对这一浮华不实，全然空穴来风的理论不屑一顾。”²⁴萨维尼等人反复强调，只能通过实证方法发掘民族历史与现实生活中的具体法律规则，不能寄望于一劳永逸的自然法规则。正因为此，萨维尼才认为罗马法的最高诫命（也可以称为自然法的最高精神）——“诚实生活、不害他人、各得其所”——并非法律规则。这些观念几乎是所有民族的“精神”，然而一旦用于具体纠纷，适用这些原则的结果却完全可能五花八门。故历史法学寻求的“民族精神”，毋宁说是体现“民族精神”的具体规则，因为它们才是真实的、鲜活的。

历史法学与自然法学也并非完全对立。历史法学并不反对自然法是检验实在法的价值准则。与自然法学一样，历史法学也区分法（*jus*）与法律（*lex*），法律的源泉虽然是生活与历史，但并非所有来源于生活与历史的规则都可以不经过价值检验就照单全收。历史法学的诸多代表人物都表明了自然法对实在法的意义。基尔克在其自然法讲座结尾引用了康德的话：“公正若陨落，尘世生活的意义将丧失殆尽。”²⁵可见，历史法学并不反对自然法学的基本观念与价值体系，它反

23 Helmut Coing, *Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht*, 1947–1971, S.179.

24 萨维尼：《论立法与法学的当代使命》，第15页。

25 Gierke, *Naturrecht und Deutsches Recht*, S.28, S32.

对的只是自然法学的“大而不当”、全部实在法都可以依靠“完美的理性”演绎的信念。此外，对自然权利，历史法学并没有也不可能一概否定，它只是希望在历史中发现这些权利的经验事实和观念基础。如果说自然法学最大的功用是约束实在法僭越人类的价值底限，那么，历史法学与自然法学在控制实在法的恣意和专断的方面所作的努力没有任何差异。

（二）历史法学与社会契约论

社会契约论是解释国家起源、国家权力和人权正当性的主流理论。历史法学认为，社会契约论最大的问题在于，它假设的国家是抽象的、普世的，因而也是虚构的、没有“人影”的国家。社会契约论的诞生，意味着丰富多彩的国家与民族丧失了个性，个人也被抽离了现实中的各种具体因素（如性别、经济地位、教育程度等）。某种意义上说，这也意味着国家的终结。历史法学通过把国家与民族视为一体两面，恢复了国家的个性。如普赫塔认为，民族不是一个政治概念，而是以共同血缘为基础的概念，但它“产生的并非血脉联系，而是一种精神上的归属感。”²⁶ 萨维尼则指出，国家是民族的外在表现形式，是民族这一精神共同体的现实形态，国家确定了民族的边界。²⁷ 个人不是孤立的、没有任何社会属性的，而是家庭的一部分、社会的一部分和国家的一部分。²⁸ 可见，历史法学中的国家、民族与法律都是有机的、历史的与经验的，有自己独特的个性和精神，国家只能是民族的国家，法律只能是民族的法律。

真正彻底反对社会契约论的是日耳曼法学派，尤其是基尔克。基尔克不赞同罗马法的法

人概念，认为它没有考虑到生活现实，是“虚构的人格”。他也鲜明反对社会契约，认为它把国家理解为一个道德主体，与罗马法上的抽象国家观念别无二致。²⁹ 社会契约论以个体与生俱来的权利为基础，始终把国家看成是统治者与人民的对立，从根本上误解了个人和国家之间的真实关系。³⁰ 更严重的后果是，社会契约论通过抽象方式处理国家与个人的关系，使国家观念发生转变，甚至消灭了以合作为基础的国家观念，导致“国家—社会”、“国家—个人”二元对立，彼此隔膜。而在日耳曼民族的传统团体中，一方面，国家和其他社会团体一样，是真实存在的实体（Verbandsperson）；另一方面，个人归属于各种共同体（所谓“人是社会的动物”），如家庭、共同体、自治行政体等。如此，国家与社会、国家与个人都不再是对立的，而是一体两面；个体也不再是孤立的，而是以各种团体为纽带相互连接。如此，国家、社会和个人交融，不仅不会出现各种二元对立模式，并导致国家与社会、国家与个体的疏离及随之而来的政治冷漠，还会起到与社会契约论相同的限权效果：国家既然是法人，就必然受法律约束。

（三）历史法学与法律变迁

历史法学历来都被贴上保守主义的标签，它遭受的最严厉的批判也是它“无视人的取向”：“历史法学派实际上是一种消极且压抑性的思想模式，它完全背离了哲学时代那种积极且创造性的法理思想。”³¹ 因为历史法学将法律发展视为纯粹的事件，在历史法学派的图景中，“行为人是无意义的。”³² 萨维尼等历史法学代表人物

26 G.F.Puchta, Das Gewohnheitsrecht, Bd. I, S. 134.

27 Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, SS. 19–22.

28 Savigny, "Über den Zweck dieser Zeitschrift", S. 3.

29 Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. IV: Staats- und Korporationslehre der Neuzeit, Berlin, 1881, SS. 402ff.

30 Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. III: Die Staats- und Korporationslehre des Altertums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland, Berlin, 1881, S. 374.

31 [美] 庞德：《法律史解释》，邓正来译，中国法制出版社 2003 年版，第 18 页。

32 参见邓正来：《社会学法理学中的“社会”神：庞德法律理论的研究和批判》，载《中外法学》2003 年第 2 期。

也被描绘成“抱残守缺者”。³³这是对历史法学和萨维尼等人最大的误解。

首先，历史法学绝不否定法律存在变迁，也不一概反对法律变迁。萨维尼等人无数次提到对历史不能盲目崇拜，而必须关注现实的法律需要。在《法律史杂志》发刊词中，他警告了迷信历史的危害：“与不重视历史这种空洞的进步观念相比，对往昔盲目的高估更为危险，因为它会使眼下的力量全然瘫痪。”³⁴在《中世纪罗马法史》（第一卷）中，他又指出，民族固有法与语言一样，不是一成不变的，而是处于不断形成与发展之中。³⁵1840年的《当代罗马法体系》（第一卷）更明确指出，若民众的习惯、意识和需求发生了变化，现行法就应相应改变，纳入新要素。基尔克也明确表示：“与民族精神一样，法律是为民众生活服务的，它是按照民族的各个生活阶段形成的。法律与民族生活的其他功能（语言和诗歌、信仰和风俗、经济和政治）同时发生变化。”³⁶

其次，这是对历史法学中“历史”的普遍误解。历史法学的“历史”并非单纯的过去，而是现在与过去交融的状态：“现在”是对“过去”的承继，即便“变法”之法，也脱胎于旧法。历史法学派学者常常使用的“法律情势”（*Rechtszustande*）一词，说的就是法律现实与历史胶着的状态：“民族精神”一定是“时代精神”（*Zeitgeist*）；“民族风格”（*Volksstil*）必然是“时代风格”（*Zeitstil*）。可见，历史法学的强调“历史”，无非是说法律不可能横空出世，法律的变迁不能无视法律的历史。因为历史对现实形成了一种复杂的制约结构，历史蕴含在现实之中，与现实无法分离；而且，若历史法学反对法律变迁，就不可能认为法律是民族精神的体现。

确切地说，历史法学不赞成在不具备历史条件时通过革命手段，实现自然法价值，如自由、平等与博爱。若人类社会依据自然法理念来安排，势必不依赖任何经验，单依理性打造一个全新世界。在历史法学看来，人类事实上是无法做到完全把社会各个领域都交由理性统治的，更何况理性设计未必能实现人类之所欲。故萨维尼指出，法律的现实变迁需求与立法之间存在时间间隔，康斯坦丁时期的突然立法不是常态。³⁷可见，历史法学反对的只是没有生活经验支撑、不经过审慎考量的突然立法，而不是法律变迁本身。它坚持法律变化的动因不能是外在的强力，而是来自生活实践的变革需要。与其承受革命立法、突然立法带来的不可预期的结果，不如容忍暂缓立法带来的不便。

（四）历史法学观点的滥用

在德国民族国家和第三帝国的建构过程中，德国理论家开始强调德意志的“国家精神”（*Nationalgeist*），文化民族主义渐次被改造为政治民族主义。在这一过程中，历史法学被曲解和滥用的思想资源有二：

其一，民族精神。历史法学认为，民族精神是决定一个民族最核心的要素，也是各民族相互区隔的标志。法西斯主义滥用这种思想，将其改造为种族优越论。这种改造是通过两个相反的方向完成的：一是抹煞民族精神，强化民族的生物学和人类学特性，视民族为具有特定血缘和遗传关系的生物实体，消除民族的人格与精神内容，为种族优越论奠定基础；二是强化民族精神，将其进一步实体化为神秘的、高贵的精神。民族并非个人的聚合，也不以地域为基础，而是民族精神使他们融合在一起。在这方面，赫尔德—萨维尼的民族精神思想最容易被滥用。

33 [美] E. 博登海默：《法理学》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第90页。

34 Savigny, "Über den Zweck dieser Zeitschrift", S.9.

35 Savigny, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, Bd. I, S.21.

36 Gierke, *Der Humor im deutschen Recht*, Berlin, 1871, S.2.

37 Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. I, S.43.

其二，有机国家观念。这种观念很容易导致“国家就是一切”、“国家至高无上”的极端国家崇拜。因为它的逻辑结果是，任何国家或民族都有权利依据民族生活创造一切，包括伦理、价值、法律与制度等。而且，与社会契约论相比，它更容易认为，只有团体生活才有价值，个体必须被统合在民族中才能寻求到生活的意义。在这方面，基尔克的共同体思想最容易被滥用。

毫无疑问，历史法学与纳粹思想毫无亲和性可言。后世都是通过断章取义的方式扭曲历史法学思想的。如基尔克说过：“就个体行为与共同体的关系而言，个体行为又是由（联结他们的）社会纽带的物质作用与精神作用决定的。”³⁸ 这一片言只语完全可以被解释为共同体高于个体。但基尔克珍视来自于“日耳曼森林”的自由，他思想中的团体有机性是以个体自由为基础的，而不是相反。

四、历史法学的衰落及其再发现

（一）历史法学的衰落

历史法学盛极一时，然而这种繁荣，很大程度上只体现为一种时尚和口号。即使在德国，历史法学最终也没能成功抵制概念法学。后者以自然法原则为基础，源源不断地演绎出具体法律规则。它把“概念”提升到法源的高度，以它为基础的法律是完全封闭的，只能在体系中自我繁衍。

在大陆法系国家，践行历史法学主张的核心领域，无疑是立法。然而，即使在历史法学的发源地——德国，历史法学枝繁叶茂，却没有开花结果。在《德国民法典》制定以前，潘德克顿法学与概念法学就已经垄断了法学，《德国民法典》不过是其晚生子而已。德国真正坚守历史法学理念与方法的日耳曼法学派，最终不敌罔顾德国本土日耳曼法、追求体系的罗马法学派。当法学发展为概念法学时，历史法学除了“民族精神”这

一口号外，已渐成明日黄花。正如庞德所说，“历史法学派的盛兴持续了约一百年，而且在19世纪下半叶几乎可以说是独霸法学舞台，但是到了19世纪末，该学派却明显遭到了冷遇；正如自然法学派在18世纪末彻底崩溃一样，历史法学派也在20世纪初遭到了同样的厄运。”³⁹

（二）历史法学的再发现

历史法学作为一个学派无疑已经衰落。但确切地说，历史法学的湮没，不是因为其理念与学术追求缺乏共鸣，相反，它的基本观念已成为法学公理，如欧几里得定理之于几何学、牛顿定理之于物理学。但也正因为此，它丰富内涵就被遗忘，面临被简化为口号的命运。

事实上，历史法学的意蕴还远远没有被挖掘。历史法学派内部的分裂，为后世留下了两种学术遗产。一是罗马法学派的体系化法律史学。它隐含了的法源观是，伟大帝国的历史与经验中隐藏了普适的“万民法”和“万世法”，是没有祖国的法律。二是日耳曼法学派的法律历史社会学。后者是今天应重点发掘的遗产。

法律历史社会学强调法律的时间维度与社会维度，前者是指过去、现在和未来的关系，后者是指法律系统与其他系统的关系。历史与社会两个维度必须并用。历史分析最容易导致历史意识的过于强烈，因为对历史研究越深入，就越可能美化历史，对历史的“温情与敬意”（钱穆语）泛滥，进而丧失批判能力。如此，制度就会因惯性而长期存续，“祖宗之法不可变”。梁启超总结了“中国史学的四弊”，最后两弊即“知有陈迹而不知有今务”，“知有事实而不知有理想。”⁴⁰ 唯有结合社会维度，才能调适法律中的过去、现实与未来，进一步依据价值分析，作出立法决断，使法律回应社会需求。具体而言，历史社会学的任务有三：（1）说明历史中的法律存在的社会、

38 Gierke, Das Wesen Der Menschlichen Verbände, Berlin, 1902, S. 21.

39 [美] 庞德：《法律史解释》，邓正来译，中国法制出版社2003年版，第14页。

40 梁启超：《新史学》，载《梁启超史学论著四种》，岳麓书社1985年版，第243—244页。

经济、政治、文化等背景；（2）阐述法律制度变迁的过程，并解释变迁何以发生；（3）揭示现行法制约因素与路径依赖，作出契合社会需求与文化观念的立法与裁判，或为法律变革提供理论支持。在方法论上，法律社会学有两个最重要的方法：

一是语境论。语境论与文本论相对应。文本论研究法律文本(text)，通过教义学方法解释法律，将其纳入统一的法学秩序中。语境论关注法律产生与变迁的背景，即文本的语境或脉络(context)。语境方法研究的目的是，其一，了解历史上的法律为什么如此规定，决定它的政治、社会、经济和文化背景是什么？其二，法律运行的实际效果如何？影响立法目的实现的因素有哪些？其三，在现实中，社会有无法律变革要求？若有，是什么？美国著名法律史学家戈登曾用“法律盒子”来形容这一研究方法。盒内是“法律”（法律“内史”），盒外是“社会”（法律“外史”），即法律外的政治、经济、宗教、文化等社会情势。“盒里乾坤”并非盒子内部决定，而是取决于盒外。⁴¹孟德斯鸠《论法的精神》一书的副标题是“或论法律与各类政体、风俗、气候、宗教、商业等等之间应有的关系”，可见，“法的精神”不可能源于法律本身（就好比法律不能自己赋予自己合法性），而是与其他系统相互依存与互动。正因为此，雷蒙·阿隆说，孟德斯鸠是第一位社会学家。又如，同样是普通法国家，英美两国的河流水资源所有权规则全然不同，根由在于两国的地理环境迥异：为避免牛群损害庄稼，到底由庄稼所有权人还是牛群所有权人修篱笆，时代不同，规则也不相同。

二是理解与移情。“理解”偏重从客观社会意义上理解他人的行为。理解虽然是主观的，但借助我们共同经验，“推己及人”，理解就成为可能，也具有一定的客观性。事实上，社会科学

客观性的基础就是人们共同的生活经验与社会的意义体系。移情则强调研究者进入研究对象，至少置身于研究对象所在的环境，体察研究对象的意图、价值与观念等。“移情”以理解为基础。在某些事件和行为无法按照类型化模式“理解”时，“移情”更能准确掌握其特殊性。正如梅特兰所说，“要弄清诉讼格式，就要暂时置身布莱克斯通时代，或者1830年。”⁴²移情的要点是设身处地，进行“想象性重构”，即通过历史文本、器物与事件，尽量还原历史主体所处的历史世界。研究者应尽量像历史中的当事人一样理解历史，融合个人视域与历史视域，使两者相互作用、不断对话、碰撞和问答。惟其如此，历史才能在解释者的体验、移情、想象中复活。这一环节的关键是“体验”。体验不仅用大脑，更重要的是用心。在体验中，主体与客体的区分不复存在，研究主体的生活经验与外部社会共同经验结合。

五、中国历史法学的复兴

革命的理想甚至正当性就在于与过去的旧秩序决裂，建构完整的新世界。1949年后，我国与旧法统彻底割裂。最近半个多世纪里，“中国法学历史意识的丧失、历史品格的阙如和历史精神的羸弱”，是一个毋庸隐晦的事实。⁴³

建立新法统，必然要制定实证法消灭旧法统，尤其是旧社会的“活法”，因为“活法”是实证法的最有力的挑战者，会补充甚至取代实证法。在现代法上，最典型的“活法”就是习惯——民族精神与民族生活最直观的体现。1804年的《法国民法典》不承认习惯法的地位，1811年《奥地利民法典》第10条也明确排除习惯法。然而，即便在国帑匮乏且以西方法制为蓝本的清末民事立法阶段，立法者也备极辛劳，进行了相当精细的

41 韩铁：《美国法律史研究领域的“赫斯特革命”》，载《史学月刊》2003年第8期；Robert W.Gordon，“J.Willard Hurst and the Common Law Tradition in American Legal Historiography”，10 *Law and Society Review* 9 (1975).

42 [英]梅特兰：《普通法的诉讼形式》，王玉霞、马海峰、彭蕾译，商务印书馆2009年版，第34页。

43 许章润：《转型时段的历史意识——关于历史法学及其中国情形的发生论说明，并以德国近代历史作为比较个案》，载《清华大学学报》（哲学社会科学版）2013年第2期。

民商事习惯调查。《中华民国民法》的制定亦复如是。对比鲜明的是，我国1949年后的民商事立法都忽视了习惯调查。这如果不是因为立法者偷懒，大概是因为立法者认为习惯是封建的、落后的，其合理性和存在依据在新社会都荡然无存。直到1999年，《合同法》才在一定程度上认可交易习惯在合同实践中的作用；其后，《物权法》在相邻关系方面认可了习惯的效力。尽管如此，将习惯的效力限于特定民事领域，与习惯的法源地位完全不匹配。反之，《瑞士民法典》和《中华民国民法》第1条都将习惯作为民事关系的法源。晚近以降，不仅学界逐渐认识到习惯在民法中的重要地位，司法界也逐渐认同习惯在民事交易中的效力。⁴⁴目前，我国正在进行民法典编纂，立法者也许无法从容进行民商事习惯调查，但出于立法审慎、尊重民众生活、容让社会自发秩序的考虑，未来中国民法典可借鉴《瑞士民法典》第1条，明确规定习惯的法律地位：一是一般性规定习惯的法源地位；二是在具体规范中明确规定习惯具有排除或变更法律的效力。归根结底，民商法甚至所有法律的最终目的，无非是使民众在自己构建的意义体系中栖息与安顿，找到真实的安身立命之所。尽管生活世界存在无限的可能性，有无数的路可以走，但无论社会如何混沌和

动荡，习惯都是最稳当的路。何况现代国家还通过公序良俗原则，许可社会通过道德的自我更新，限制不良习惯入法，从而不断使习惯推陈出新。

毋庸置疑，我国的法学也过度忽视了法律的历史维度。王伯琦先生在《近代法律思潮与中国固有文化》一书中历史意识与现实意识的融洽无间，现在几乎绝迹。坊间法学研究的流弊是师宗某国，以至于难以分清其讨论的是中国法还是外国法。令人欣慰的是，晚近学者敏锐指出，“法学原本就是历史法学”、“汉语法学需要进一步运用和占有历史解释”。⁴⁵ 颇值一提的是，许章润教授还亲自主编《历史法学》，“为中国人生活提炼和展现规范世界的意义之维”，迄今已煌煌数卷。这种努力方向在当下法学界最值得肯定。

法治国家的养成离不开立法、司法与法学研究。在建设法治国家的今天，法律与法学中的概念分析、价值分析和历史—社会分析不可偏废任何一端。概念分析可以保障裁判统一，确保相同事实相同对待；价值分析使实证法与人类社会的基本价值熨帖，使法律不至于成为恶法；历史—社会分析解释法律存在及其变迁的缘由，察知法律在历史与现实中的实效，适时立改废法律，或在司法中通过法律续造、引入交易习惯等方式实现情景正义。若我国法学能兼顾三者，“汉语法学”庶几可待。■

44 参见谢鸿飞：《中国民法典的生活世界、价值体系与立法表达》，载《清华法学》2014年第6期。

45 前揭许章润文。