

文章编号:2095-0365(2014)03-0085-05

历史法学的嬗变:从一种流派到一种方法

何自荣

(兰州理工大学 法学院,甘肃 兰州 730050)

摘 要:历史法学以历史主义法律观为核心,强调法的历史性因素,主张用历史去解读法律,用法律去阐明历史,以萨维尼为代表的德国历史法学不仅创立了比较系统的历史法学理论,形成了独立的历史法学术流派,而且开始使用历史考究的方法研究法律,之后以梅因为代表的英国历史法学在填补历史法学理论不足的同时,系统地使用历史方法研究古代法律制度,使历史法学成为系统的法学方法论体系,从此用历史的视角探究法律成为普遍的共识,用历史方法研究法律也成为法学研究的常规方法。

关键词:历史法学;法律观;法学流派;法学方法论

中图分类号:D90-01 **文献标志码:**A **DOI:**10.13319/j.cnki.sjztdxxbskb.2014.03.18

历史法学创立于19世纪初的德国,之后经过英国学者的发扬光大,成为19世纪西方最具影响力的三大法学流派之一,同时形成的历史研究方法获得法学界广泛的认可、推崇和使用,成为与分析方法和哲学方法并列的法学研究方法之一。

历史法学以法律的历史观为核心,首先认为任何法律现象的产生和发展都有其历史根源,任何法律都是在历史的时空中进行的,都有自己发展的独有历史,历史法学认为法律作为调整人们行为的一般规则,从其产生之始就与特定地域和民族密切相关,也正是民族历史所凝聚而成的特定民族成员的内在信念和外在行为方式,决定了法律规则的意义和形式,“法律如同语言、行为方式和基本社会组织体制一样,为一定民族所特有并且秉有自身确定的特性,而且凡此现象并非各自孤立存在,作为一个独特的民族所特有的、根本的和不可分割的禀赋和取向,展现出一幅特立独行的景貌”^[1],其次历史法学强调法既不是理性的产物也不是人类独断意志的创造物,而是根源于“民族的法律确信”这样一种民族心理状态,是民族精神的发现,“法律同语言一样有自己的发展历史,是自然而然地形成和发展的,法律是与民族一

同发生、一同发展和一同消灭的”^[2],法的发展是一个历史的自然过程,人的意志决不能过多地参与和干涉法的发展过程,立法者不能修改法律,正如他们不能修改语言和文化一样,立法者的任务只能是通过探求历史帮助人们揭示“民族精神”和发现“民族意识”中已经存在的东西。如上所述,尽管“历史法学具有保守型倾向,但其特别强调法的历史性和人本化特征,”^[3]这对当时已有的对法学的一般认识是一个思想上的重大突破,为认识法现象提供了一个全新的视角。

一、作为一种法学学派的德国历史法学

最先倡导德国历史法学的是霍伯特(Hausholdt)和贝克曼(Beckmann),之后胡果创立了德国历史法学派,其后德国著名的民法学家、历史法学的集大成者萨维尼和其弟子普赫塔在胡果理论基础之上,建立和完善了德国历史法学,形成了一套系统的历史法学理论体系,不仅如此,在法学研究领域德国历史法学创造性地开始采用历史考究的研究方法,并以此方法深入研究罗马法,取得了巨大的学术成就,为后来《德国民法典》的产生准备

收稿日期:2014-04-25

作者简介:何自荣(1966—),男,讲师,研究方向:法学理论。

了丰富的第一手资料和素材。

(一)德国历史法学理论体系

德国历史法学理论体系的核心观念是“法律是民族精神的体现”,强调“法与语言一样都是民族共同信念的产物,随着民族的成长而成长、壮大而壮大,并随民族丧失其民族性而死亡”^[4]。萨维尼创造性地提出应重视法的民族精神和突出法的民族性特点,强调特定的民族特性对于一个国家法学发展和完善的重要性,更好地促进了法的普遍价值和具体民族特性的有机结合,“法律的素材是通过国家和民族的全部过往历史而给定的,而非通过任意所给定以至于他只是偶然是这样和那样,他产生于国家民族本身以及其历史的最深层本质,每一个时代的法律必须审慎地考虑和充分注意这一点,以认清和启动具有内在必然性的既定历史素材,并使法律生机勃勃和充满活力”^[5]。

1. 法是民族“共同信念和意识”的体现

“在人类最为远古的时代,法律就已经秉有自身确定的特性。就如同语言、行动方式和基本社会组织体制一样为一定民族所特有,不仅如此,凡此现象并非各自独立存在,它们实际反映着一个独特民族所特有的根本不可分割的禀赋和取向,展现出一幅特立独行的景貌,将这些连接一体的乃是排除了一切偶然和任意其所由来的意图的这个民族的共同信念以及对其内在必然性的意识”^[1]。萨维尼指出:法律的存在与民族的特征是有机联系在一起的,法律反映一个民族的共同意识和信念,在人类“历史的早期阶段,法律就如同他们自己的语言、风俗和建筑一样,有自己民族独存的固有的特征,不仅如此,这些现象并不是孤立存在的,而是自然和不可分割地联系在一起,具有个别民族的独特的才能和意向特征,将这些联接为一体的是民族的共同信念和具有内在必然性的共同意识”^[6],民族的共同信念和意识就体现在历史当中,法律的根基也在历史当中,它们是根与叶以及源与流的关系,只有将法律根植于历史传统之中,才会形成具备民族共同信念和意识的法律制度。

2. 法不是被创造的而是被发现的

法律不是被创造的而是被发现和表达的,法律是随着民族的发展而发展,随着民族的强大而强大,最后随着一个民族失去它的民族性而一样消亡。萨维尼认为:法律的发展要经历由三个阶

段组成的一个整体过程:第一阶段指在民族的历史中自然发生和形成的并以口头或文字形式世代传袭下来的诸多习惯性行为规则,这些规则存在于民族的共同意识之中,具体表现为自然形成的行为习惯,和在此基础上认可的习惯法;第二阶段是指经过法学家的收集和总结、整理和归纳,使习惯法系统化和科学化,这时的法律不仅是民族生活的一部分,而且是法学家手中的一门具有科学性的法律知识体系,表现为意识性很强的学术法;第三阶段是将习惯法和学术法有机统一起来编撰成法典,表现为法典法,“萨维尼关于法的发展的三阶段说有一定的合理性,符合罗马法发展的规律”^[4]。

一切法律均起源于行为方式,在行为方式中产生习惯,习惯逐渐发展成为习惯法,习惯法派生出实在法,而习惯法又是从“民族的共同信念和意识”中生长出来的,所以立法不是法律制定者的专断意志所造成的,而只是对习惯法的发现和记录,是利用技术的方法去发现和揭示法律中固有的民族信念。这种借助于习惯的立法消除了法律的模糊性和不确定性,能够发现和保持纯粹和真正的反映民族的本来意志的法律,只有生根和产生于民族意志中的法才是唯一合理的和具有生命力的法。

3. 对法典的高标准要求

萨维尼认为法典不仅注定要成为法的最终的而且是唯一的渊源,而且被期待和希望可能对提交到它面前的每一个法律问题作出回答,基于此法典应该满足两方面的条件:一是法典的内容应该保障最大限度的法的确定性以及法适用上的安全性;二是法典形式上必须将其内容以精确的形式表现出来,并且从法典的一些原则中推论出其它各种具体的法律概念和法律原则,不能产生歧义。“我们都渴望拥有一个坚实的法律制度,以抵御任意专擅和伪善对于我们的伤害,同时我们也追求国家的统一和团结,专心致志于秉持同一目标的科学研究”^[1]。因此萨维尼对法典的完备性和严谨性的要求几乎到了十分苛刻的程度,他认为民法典中有太多法的技术性因素,要立法需要找出一位伟大的立法者才能胜任,然而当时德国是没有办法找到的,所以当时的德国还没有能力制定出一部好的民法典,德国私法即法典化将是无益和草率的,他主张德国法学界应该对从古到今的一切时代和一切民族的法进行深刻细致的研

究,以提升足够的学术能力来发展学术体系,在有了雄厚的理论准备之后才能制定法典。

(二)德国历史法学在研究法时开始采用历史考究方法

德国历史法学的代表人物萨维尼不仅促进了历史法学的最终形成和完善,而且一改当时重主观演绎和逻辑推理,轻史实考据的法学研究风格,主张应将法视为一种在历史中持续进展和变化过程的体现,通过考察法律的历史形态和研究历史演进进程来理解和掌握法律,为法学研究提供坚实和丰富的材料基础,为全面理解法律提供一条崭新的途径和方法工具。“法学的目的是国家立法功能的历史表达,法学所有的特征都是历史的,法学的历史考究方法的必要性是因为法学是特定时间和特定民族的,每一个法律或多或少是过去的法律历史的结果”^[7],萨维尼认为,历史永远是可尊敬的老师,在法学的研究中贯穿历史考究方法,才能真正表达和发现现行法。

萨维尼不仅开创了历史考究的法学研究方法,而且采用这种方法对罗马法进行了深入研究,他本人也成为系统研究古罗马法律的最著名学者,他深入挖掘并悉心整理了罗马法特别是早期罗马法的许多珍贵资料,不仅收集了11世纪前西欧各地区流传的罗马法文献,而且对注释法学学者研究罗马法的作品作了汇编和整理,并对中世纪西欧各大学的罗马法教育作了考证和论述,最终形成了被称为罗马法资料宝库的巨著《中世纪罗马法史》,这部著作成为迄今为止罗马法研究领域最权威的资料文献。萨维尼的学术著作《中世纪罗马法史》和《现代罗马法体系》不仅是历史法学的经典之作,而且对近代民法学的诞生起了不可估量的作用,“真正从历史发展的视线观察法律的内在精神以及同特定民族的关系,萨维尼是第一人”^[8]。

德国历史法学产生和辉煌于19世纪,在创造系统的历史法学理论体系的同时以此理论为支撑,并开始采用历史考究方法潜心研究罗马法并从中汲取丰富的营养和材料,经过不懈的艰苦努力最终完成了几乎达到完美境界的《德国民法典》,这部法典立法水平之高是世界立法史上绝无仅有,成为世界许多国家特别是大陆法系国家民事立法的不二蓝本,也成为德意志民族对世界的伟大贡献。

二、作为一种法学方法的英国历史法学

英国历史法学盛行于19世纪后半叶,其代表人物有梅因、波洛克、梅特兰、斯宾塞、维诺格勒道夫和霍尔茨沃斯以及美国法学家库欣和卡特,特别是英国的梅因(Maine)他突破了传统对法现象认识上的形而上学性,采用历史方法对法进行细致研究,将历史法学发展成为一种系统的方法论。他认为“所有进步社会的运动和发展过程,其特点是家族依附的逐步消灭以及代之而起的个人义务的增长,是一个从身份到契约的社会进步”^[9]。梅因的古代法理论对历史法学的发展做出了突出贡献,不仅如此,梅因还将历史法学发展成为一种真正意义上的法学研究方法,真正实现了历史法学从一种法学流派到一种法学方法论的彻底转变。

(一)英国历史法学派的理论

梅因认为法的发展是一个不断进化的历史过程,“所有进步社会的运动,都是一个‘从身份到契约’的运动过程”^[9],即从奴隶制和封建制的人身依附关系走向资本主义的人身自由的过程。身份指来源于古代家族所有的权利和特权的法律关系中的个人对父权制家族的隶属关系;而契约是随着法律关系的发展进步,个人通过自由订立协定为自己创设权利和义务的结果,随着社会的进步,个人逐渐摆脱了家族的身份限制,可以自由选择民事法律关系并确定其权利和义务。法律进化论理论的内容主要有:

1. 古代法与现代法有着天然的历史联系

在梅因他们看来“法律是世代相连的历史产物,要想研究法律必须从最简单的社会形式开始,并且越接近其原始条件和状态越好,因为现在控制和塑造着我们行为的道德规范的每一种形式,必然可以从这些原始的胚胎当中展示出来”^[9],所以首先要追根溯源探索法的原始形式,如果我们能通过任何一种方法,断定法律概念的早期形式,这将对我们的无限的价值,这些基本概念对于法学家就像原始地壳对于地质学家一样可贵,不了解法的过去也就不会正确认识法的现在,梅因坚持对法进行历史的和发展的考察,其目的就是通过探索古代的法制和法学观念,找出它们同现行法制和观念的联系,即通过对浩如烟海的历史材料的占有,从风云杂乱的历史现象中捋出一条线

索,揭示出法律这一社会现象所特有的发展规律。

梅因提出:“研究古代法可以使我们了解古代法中反映的人类最早的某些观念,并指出这些早期观念同现代思想的联系”^[9],他认为现在控制着我们行为以及塑造者我们行为和道德规范的每一种形式,都是由古代社会胚胎发展而来的,对社会的研究包括对法律制度的研究都应从最简单的社会形态开始,梅因在《古代法》一书中详细介绍了以罗马法为代表的西方古代政治法律的发展状况,概括地阐述了早期人类社会这些法律制度的演进过程,论述了法律产生及其发展特别是民法和刑法的发展过程和特点,在对一些民族的古代法典进行详尽研究之后梅因认为:古代的法典越古老其刑事立法就越多,社会发展水平越低下民事立法就越少,因而刑法和民法在法典中所占比重不同构成了古代法律与现代法律的重要区别。

2. 法是一个逐渐进化发展的过程

梅因认为法的发展经历了法和宗教混同的宗教法阶段,完全不成文的习惯法阶段和以古罗马《十二铜表法》为代表的法典法三个阶段,他认为:进步社会法的持续发展主要依靠三种手段:一是法律拟制,此方式不改变成文法的原貌,但使其内容的运用发生了改变,如罗马的法律解答以及相应的判例法;其二是衡平方法,此方法借用人类普遍信奉的至高无上的原则,对原有法律进行改动和补充,这是对法律明确而公开的变动,如古罗马以裁判官来补充十二铜表法之不足,而在英国以衡平法弥补普通法之所失;其三是立法即由立法机关制定法律,此方法是由社会公认的立法机关制定和认可法规,具有人们必须遵守的强制性。

梅因视法律为一个阶段性的缓慢发展过程。他通过对希腊法、罗马法、英国法和印度古代法的研究和比较得出结论:“法律是按照判决、习惯法和法典这样的顺序发展起来的”。在人类文明的早期人们处于父权制家庭中的家长和部落联盟的首领“王”的绝对控制和支配之下,最初这些判决是孤立和分散的,经过人们反复采用便形成了一种习惯或惯例,这便构成了法律的胚胎,随着时间的推移王政时代被贵族统治时代所取代,各种判决的习惯和惯例逐渐构成了一个具有实在内容的整体,成为习惯法并被贵族这一特权阶层所垄断,此时的习惯法已经具备法律的要素而成为一种真正的不成文法,之后随着平民反对贵族独占法律

运动的兴起,特别是文字的发明和发展,使得公布习惯法和编撰法典成为必要和可能,于是法律的发展进入了法典时代,出现了古希腊的《阿提卡法典》和古罗马的《十二铜表法》等一些著名的法典,通过横向和纵向的历史比较,梅因建立起了属于自己缜密的历史法学理论体系并把历史法学推向了辉煌的巅峰。

(二)英国历史法学派将历史法学发展成为一种法学研究方法

用历史的方法研究法律几乎贯穿法学历史发展的全过程中。早在古希腊时期,柏拉图的政治法律思想中就包含现实主义和历史主义倾向,孟德斯鸠不仅说过:“我们应当用法律去阐释历史,用历史阐释法律”^[10],而且在其著作《论法的精神》中也系统地运用过历史方法阐释法律,英国历史法学作为一种方法论主要包括以下两方面内容:

1. 历史性归纳方法

针对当时占主流地位的自然法方法和法律实证分析方法两种法学研究方法,梅因认为自然法方法着重于对本来就不存在的假设进行抽象推理,而实证分析方法重点于对现成的法律条文进行繁琐的解释和分析,两种方法都对法律丰富而确实的历史内容、产生和演变的历史过程置之不理,有鉴于此梅因倾全力于对古代法律制度进行追根溯源式的历史研究,不仅研究古代法律的不同形态,强调习惯法的重要性,而且探究历史、民族和文化因素对法的作用和影响,“梅因是历史法学方法的开拓者,他利用经验的资料和采取实证的态度,运用历史的科学方法探讨和归纳着法律的深层次领域”^[11],梅因是英国第一位采用历史方法研究法律的法学家,他重视习惯法和承认“民族精神”,从实证的历史事实中考察和提炼法律的本质,用科学的归纳方法寻找出法律进化的普遍规律,使历史法学成为一种真正意义上的法学研究方法。

2. 整体性比较方法

历史法学揭示古代法制和观念与现代法制和观念之间的联系,必然涉及对不同历史时期的法进行对比分析,找出各种类型法律的共性、特性和规律。梅因的历史法学方法不仅通过重点研究罗马法和英国法的历史,对同一国家的不同时期的法学进行纵向的比较,而且对印度法、日耳曼法以及希腊法等不同国家同一时期的法学进行横向比

较,通过这种横向和纵向的比较以期找出法的一般发展规律,基于这种全方位的历史比较研究,梅因建立起了自己独特而缜密的历史法学体系,取得了许多令人瞩目的学术成就,使得德国人创立的历史法学在英国获得了充分的丰富和发展。

三、结语

历史法学产生于19世纪初的德国,盛行于整个19世纪的欧洲,是与17、18世纪资产阶级革命时期以洛克和卢梭等人提出的理性、自然法、天赋人权和社会契约等学说为内容的古典自然法学相对抗的全新法学思想,作为与理性主义相对立的思潮,历史法学认为任何法律现象的产生、发展和运行都有其历史根源,都是“在历史的特定时空中存在和重建的”^[12],历史地考察法律和法律现象,可以发现法律运行的规律,以及法律实施过程中出现的许多问题的症结所在,从而为当地法律的发展和完善提供有益的借鉴,以萨维尼为首的

德国历史法学不仅创立了系统的历史法学理论体系,使历史法学成为一个独立的法学流派,而且开始使用历史考究的办法研究罗马法和日耳曼法,取得了巨大的学术成就,后来以梅因为首的英国历史法学不仅增补和完善了历史法学理论体系,而且通过考察世界上许多国家法律的历史形态以及在历史演进的动态过程中来理解法律,将历史性归纳方法和整体性比较方法相结合形成了系统的历史方法论,为人们全面认识和理解法律现象提供了全新的途径和视角,通过历史方法不仅可以探求法律的文字含义,而且可以发现立法的目的和立法当时所重点保护的社会价值,由于历史法学理论体系自身的局限性,自19世纪末历史法学的影响日趋衰弱,但历史法学所倡导的历史研究方法作为一种方法论,不仅融入到其他法学流派之中,而且成为法学研究的重要方法之一,有效地推动了其他法学流派的发展以及整个法律史学研究的繁荣。

参考文献:

- [1][德]萨维尼.论立法与法学的当代使命,许章润译[M].北京:中国法制出版社,2001:7,14,121.
- [2]徐升.浅析萨维尼的历史法学观[J].法制博览,2013(9):56.
- [3]陈忠升.中国特色社会主义人本化特征探析[J].石家庄铁道大学学报:社科版,2010(1):5.
- [4]程琥.历史法学[M].北京:法律出版社,2005:19,21.
- [5]许章润.法学历史主义论纲:命题、理论和抱负[J].中外法学,2013(4):96.
- [6]史大晓.萨维尼的遗产[J].华东政法大学学报,2012(1):98.
- [7]Savigny, Friedrich Carl von, Juristische Methodenlehre, Nach der Ausarbeitung des Jakob Grimm von Gerhard Werhard Wesenberg, 1951:13.
- [8]范忠信.法治中国化的历史学进路[N].检察日报, 2011-01-04.
- [9]谢郁.梅因《古代法》结论之形成逻辑[D].上海:华南理工大学,2013.
- [10]郑永川.还原萨维尼历史法学派的基本思想[J].法制与社会,2013(27):105.
- [11]陈新华.历史法学派思想对纠纷解决方式的选择[J].人民论坛,2013(13):134.
- [12]王颖斌.存在之维的缺失与重构[J].石家庄铁道大学学报:社科版,2013(4):62.

The Evolution of Historical Law: From a Genre to a Method

HE Zi-rong

(College of law, Lanzhou University of Technology, Lanzhou 730050, China)

Abstract: Historical law's core is a historical view of law, emphasizing the historical factors of law and advocating using history to interpret and clarify the history. German historical law which is represented by Savigny not only created a theory of historical law relatively systematic and formed its independent historical law schools, but also started to study the law with historical exquisite method. British historical law which is represented by Maine used a historical method of systematic to research the ancient legal system and made the historical law become systematic methodology of jurisprudence, at the same time filling the theory of historical law, since then it was become a common consensus to explore the law using a historical perspective and a conventional method to use a historical method studying law.

Key words: historical law; legal thought; law schools; methodology of jurisprudence