

主编者言

法律是一种规则体系 ,同时并为一种意义体系。任何规则必涵蕴有一定的法理 ,载述着一定的道德关切 ,寄托着深切的信仰。凡此种种 ,一言以蔽之 ,曰法意 ,它们构成了规则的意义世界 ,而为法制之内在基础。

任何法制的生长与运作 ,必伴有相应的法意。在法律移植的情形下 ,甚至滥觞于相应的法意 ,法意因而为法制的先导。法制恒定而恒变 ,法意因而表现出自己的时代特征与地域色彩。反之亦然。不过 ,就人类迄今为止有限的历史来看 ,诸如公平正义 ,仁爱诚信 ,安全、自由、平等、人权、民主与宽容等等基本价值与信仰 ,构成所谓世道人心 ,关乎人的生存和尊严 ,却恒定而不变 ,万古而长青。这是人世生活本身的要求 ,也是合理的人间秩序的固有品质。既然一切法制和法意均源于生活本身 ,分别表述了生活的规则性存在和意义性存在 ,那么 ,法律之道即生存之道 ,法意即生活的意义 ,而生活的意义主要即在此世道人心。

晚近中国对于西方法律的大规模移植 ,意味着对其背后的知识、学理乃至道德和信仰因素的有选择继受 ,同时并是一个将它们与中国人文善加调和的过程。此一建设现代中国法制和法意的过程 ,迄今而未止。百年间现实法制建设的顿挫 ,“有法不依”现象的普遍存在 ,反映的不仅是规则的无效 ,同时并彰显了意义的危机、世道人心的紧张。由此 ,对于基本法理的阐释 ,关于规则的道德关切和信仰因素的追索 ,总之 ,对于“法意”的深入研

究和进一步考问,依然是一个问题,甚至是一个更为急切的课题。

“法意丛刊”由清华大学“法治与人权研究中心”筹组,旨在度集汉语法律学术资料,积累汉语法律思想成果,阐释法律的意义世界,对于上述问题作出现时代的回应。所收内容覆盖法哲学、比较法、宪政和人权等领域,体裁不拘,包括专著、文集、译著和选辑。经此劳心劳力,盼能涓滴汇流,聚沙成塔,增益中国文明的法律智慧,建设中国现代法制,最终塑育中国人理想而惬意的人世生活与人间秩序。或许,这也是当下法意的意蕴之一,而为编者馨香祝祷者!

许章润

癸丑年 远月 猿日

于清华明理楼

编者说明

历史法学的中国命运： 一个美丽而悲凉的故事

本书编辑汉语法学关于萨维尼和历史法学派的著述 员范篇,译文 缘篇。汉语文献中,最早的一篇发表于 员圆年,其余均为最近 圆年,特别是近十年间的作品。除去此前出版的两部汉译历史法学经典^①,以及诸如《西方法律思想史》、《西方法哲学》或者《法学绪论》等有关教科书中的简短载述,西法东渐百年以来,海峡两岸四地,整个汉语法学界关于这

^① 这两部经典是【英】亨利·杂·梅因著、沈景一译：《古代法》，北京，商务印书馆 员年 版；【德】弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼著、许章润译：《论立法与法学的当代使命》，北京，中国法制出版社， 员年。此外，译作中值得一提的尚有卡尔·马克思的《法的历史学派的哲学宣言》，收见《马克思恩格斯全集》第 员卷， 员页。

一论题的主要研究成果 ,披沙洗尘 ,基本备此。^①

一、注意不够摇学力不足

这一清单残酷但却清楚地表明 ,不管是资料积累还是思想探索 ,也无论是人物个案研究还是学术谱系梳理 ,抑或经典著作解读与社会—文化语境阐释 ,汉语法学对于历史法学派的研究 ,真正是乏善可陈。至于这一学派的法理和学思、教学和研究、方法与范式 ,对于德国的法制究竟产生了何种影响?在德国社会和文化演变过程中 ,这一学派与其他文明要素 ,如哲学、宗教、政治、文学和民俗的牵连互动 ,是如何共同塑造了德意志的人生与人心?这一学派在世界范围内是如何传承和传播的 ,包括它在中国的命运及其深层缘由 ,其希望与失望、已然与未然、可能与不可能?凡此种种 ,迄而至今 ,实际上汉语法学既无遑虑及 ,更难窥堂奥。已有的研究 ,筚路蓝缕 ,以启山林 ,固然功不可没 ,但是 ,毕竟只是启其端绪 ,未为大观。

非唯对于历史法学的研究如此 ,其他西方法学流派与学说在汉语法学界的境况 ,亦且类此。其间因缘辗转 ,说来话长。除去中国近世百年社会—文化转型期间不可避免的纷纷扰扰与意识形态幽灵作祟 ,仅从学术角度来看 ,则注意不够与学力不足 ,难辞其咎。

历史法学倡发于 18世纪初 ,鼎盛于 18世纪中 ,掌控德意志民族法律心灵几近百年。迄《德国民法典》于 1900年 1月 1日正式颁行 ,萨维尼的嫡传

^① 此外 ,何世桢的《近代法律哲学之派别和趋势》(收见吴经熊、华懋生编《法学文选》,上海,会文堂新记书局 1934年版)、李达的《各派法理学之批判》(即《法理学大纲》)、吴恩裕的《西方近代法学流派浅论》,亦有专篇简述历史法学 ,翻译作品如乔治·皮博迪·古奇的《十九世纪历史学与历史学家》、卡尔·曼海姆的《保守主义》、拉德布鲁赫的《法学导论》以及通俗性的《法学流派与法学家》等等 ,也有零散论述。由清华大学出版社刊行的《清华法学》“萨维尼与历史法学派研究专号”(2004年总第 4辑) ,是迄止当时汉语法学界关于这一专题的唯一出版物。

弟子于世纪交接前后相继去世,其影响已成颓势。^①第一次世界大战后德国惨败的结局,引发德国文化的威信力下降,亦且削减了历史法学于域外传播的潜力。恰恰值此前后,以清末变法修律为蒿矢的中国近世法律现代化运动慨然起步;中国近代法学的孕育与成长,亦于此发轫。

众所周知,中国近世的法律现代化运动是一场大规模、长时段的移植西方法律文明的文化传播过程,也是中华文明自我更新运动的有机组成部分。当其时,不仅自由法学、社会法学等等新的西方法学思潮如日中天,而且,英语文明诸国族的繁昌强劲为其典章文物的灿烂优越提供了有力物证,世界文明的舞台中心实际上已经移往英美。如此这般,历史法学除去作为一种学术史的存在,或有令后人绕不过去的理由,对于急切变法更张、救亡图存,进而建设现代民族国家及其法律文明的中国法律心灵,当无太大吸引力,也是可以想见的。

实际上,1909年,近世中国真切了解西方法学源流,也可以说是唯一真正享有国际声誉的杰出法学家吴经熊先生即已伸言,历史法学属于19世纪的法学流派,20世纪的法学流派是社会法学、新哲学派和新分析法学的三分天下。“新历史派的法学,即社会学派的法学”。^②换言之,历史法学的一脉早已潜转为社会法学,并为后者取而代之,或者,为后者所“超越”。不难理解,追慕西方的中国法学的注意力遂更多地倾注于英美及其“社会法学”,这一当时“最新的”西方法学思潮。——一百多年来,中国被迫和自觉做西方的学徒,唯“新”是求地趋附,奋追唯恐落后,却反而常常忽略了自家的身世、自家的需要,以致学业未竟,家业垂败。这是一个天大的教训,失却文化自觉的文明的无底悲哀。话说回头,迄至1949年代以降,纳粹政权倒行逆施,将19世纪以还历百年奋斗始得之文明转型的优秀成果付诸东流,此时的德语法学及其思想代表,对于中国的法律心灵来说,自然更是毫无效法的理由了。——历史上不乏例证,国运昌隆,学运随之腾达。老美出头

① 参详【德】约阿希姆·吕克特著、许章润译：《未被认识到并且未获承认的精神遗产——萨维尼对于1900以后的德国法学的影响》，原载《清华法学》，（北京）清华大学出版社，2004年第3辑，收见本书。

② 引自罗斯科·庞德著、吴经熊为陆鼎揆译《社会法理学论略》所作“序言”，上海，商务印书馆，1934年。

态幽灵作祟”其祟在此。

在清末的变法修律和后来民国政体下的现代法典制定过程中,德国法学和法制经由日本法学和法制,曾经产生过相当的影响,为有识者所共见。但是,其影响的持续和深入,除去其本身确乎足值效法外,还取决于精通德国法学的人才之源源不绝,堪为“冰人”,才能绵远悠长。而恰恰因此,随着后来的主要留学国多为英美,造成偌大中华,真正精研德国法学而堪当重托的,可能台岛尚有几个读书种子,大陆因为隔绝有年,宿学老去,新彦未立,则基本断档,一派茫然。^①在此情形下,哪里可能有对于历史法学派的学术研讨?说“宿学老去”,其实,梳理一番清末以降半个世纪的学术史,中国何曾有过卓然有成的德国法专家。——以中国人文时空之浩瀚、现代世界格局之复杂,可见得将来中国文明复兴之势不可挡,若无成批出现的精研外域文明的专家,所谓“日本通”、“美国通”、“德国通”、“东南亚通”以及某某事通、某某时通之类的专业“精英”,势必危乎殆哉!前文说“学力不足”,概如上述。

二、“破”“立”时段法律领域的“批判的武器”

专就学术史立论,对于包括历史法学在内的整个西方法意,汉语文明未能倾力钩沉,以成大观,就百年来的中国语境而言,其实极为正常。否则,反倒不正常了。退一万步言,其所积攒的学术与思想资源,哺育一个发达的法制固然远远不足,但支撑一个恰处“破”、“立”时段的法律领域的“批判的武器”,则游刃有余。

此话怎讲?

原来,百年中国适处社会与文化转型的“历史三峡”,其情其形,在一个“乱”字,在一个“变”字。不若刻下,正处百年革命的收尾阶段,需要稳定,以求集成。回头一望,非有此三千年未有之“乱”与“变”,不足以言中国文明的复兴与现代中国文明的建设,而遭此大乱与巨变,同样非始料所及,整个一个不得已。变乱之世的中国读书人,大难当前,“救

^① 由米健教授主编的“当代德国法学名著”丛书,正在为扭转这一局面打基础。

国、建国”第一^①，治学余事也。那么多热血知青和知中投笔从戎从政，固不待言。即便坚守书斋，也是志在香火，而心系救亡也！因此，发掘历史法学也好，引进马列教旨也罢，同样是为了这个目标，正所谓悠悠万事，唯此为大。情急之下，一切西学，当然均为治世之具，活学活用，仓促中点到为止，浮光掠影，闻一知十，也就在所难免，势所必然。而且，就东方与西方骤然纷至、古代与现代杂然丛集、破坏与建设搅成一锅粥的情势而言，关于历史法学等等西学的那点底子，发挥一番，用来破坏中国旧有法制与法意，在社会、政治层面，已然够用了。平心静气，论理辨学，把它细细爬梳，密密分析，既无必要，亦无余裕，更不允许。——那时节，万事从头来，倘若法学家们都将心力倾注于区区一个历史法学，那才真正是缺脑筋、没心肝。而且，清末以还，中国的法学家们所要面对的域外资源是两千年传承的整个西方法律文化传统，穷弱、变乱之世的中国，一下子哪里可能养育出足以应付这一浩瀚传统的专才来，又有何必要这样做呢？！毕竟，对于学术与思想的孕育、一种新型学统的生长来说，百年之期，只能算是个预备役、热身赛。

毕竟，纯正的学术不同于激越的诗思、浩然的思想和犀利的评论。变乱之世，诗人感时伤世，发而为歌，长吟尖啸，所以有屈骚；思想者面对苦难，追前因想后果，讨说法要活法，或沉郁雄浑，或钩深致远，横空出世，因而有梁漱溟。而雅士也好，愤青也罢，面对疮痍，心怀郁结，不得不拍案而起。但是，学问之道乃常道，学问之人乃常人，学术之纯正亦即此等常道、常人之平正，只能是于平常的作业中，按照常规的程序，在至少保证温饱的前提下，兢兢业业，老老实实，守青灯黄卷，积经年之功，始望有成。较为安定的生活与世道，优良的条件和环境，才是做学问的处所。学问，是养育出来的，是在养育中以生命的内在紧张为机制，不懈拼命拼出来的。文史、科学如此，法学、经济何尝不然。也就因此，只是到了刻下这个百年转型的收尾时段，才有可能心中怀想建设中国法制，笔下理叙历史法学，而辑刊这样一部论集，既在为前一学程作结，更在为后一学

^① 此处借梁漱溟先生语意，详梁漱溟《乡村建设理论》（~~良~~）第一讲乙、丁两节，收见《梁漱溟全集》第Ⅲ卷，~~良~~。

程铺路。

进而言之,无论身处变乱之世还是较为安定的环境,也无论是中国人以西方为师抑或西方人窥探中国的事事人心,一个共同的目的与效果就是,借由研索外域文明,积劳积慧,以增大本文明的含量,进而造福本文明的人世生活。学者好奇心的满足和探索的愉悦,固然包含在这一过程之中,沟通不同文明而增进彼此了解的效果也是不言自明的。但是,最主要的用心和效果,也是最为自然而恒具激励功能的因素,乃是借由向外而致内,以他文明智慧增益本文明智慧,于省察他文明过失中知本文明之趋避。一句话,利己而不损人,而更主要的是为自己好。研究历史法学,译述那些古董,清理别人家一两百年前的陈账,还不是希望借此将它的得失看清,优劣掐准,高下判别,翻转而为吾族吾学的营养吗!否则,耗此心力何益?

也就因此,历史法学也好,社会法学也罢,德国的法学也好,法国的法学也罢,大陆法系也好,英美法系也罢,乃至萨维尼、霍姆斯也好,哈特、德沃金、孟德斯鸠也罢——凡此种种学说与人物,都是中国文明的法学公民所当留意、应予研索的对象。但是,其根本用意与最终目标,还是为了增大中国法律文明的含量,借由借鉴与比较,建设现代中国的法律生活,标立中国文明的法律智慧,形成合理而惬意的中国人世生活。因此,对于它们或者他们并非绝对真理,就像它们或者他们都是局部真理的掌握者这一点,需要我们这些外人冷静观照,时铭于心。同理,对于它们或者他们的法制不过人间法律之道的一种,它们或者他们的文明不过人世生存之道的一途,也同样需要我们这些外人冷静观照,时铭于心。倘若在德国呆过一年半载或在美国拿了学位,有一些英美法学的受教育背景或者日本的进修经历,就不自觉间把自己当成德人或者美人,英人或者澳人,日人或者法人,容不得对于各自宗主的质疑(姑认为确有所宗),甚至上演“兄弟在英国的时候”的活剧,而忘记了这一根本用意与最终目标,虽说不把自己当外人,可所提供的不正是一副文化殖民的惨淡景象吗?!一种在同胞面前自居上游,其实根本不入流的孱弱而谰妄的心结吗?!——朋友,你我都是龙的传人,有脑有心,有手有脚,劳生息死,歌哭于斯,何必如此卖乖做小嘛!

是的,纯然出于好奇与敬畏,而竟能焚膏继晷,孜孜研索,穷年不辍,乃至杀身成仁在所不惜,于古典时代少数兼具宗教情怀的科学家中之极品言,或有可能,而对于法学家来说,情形却可能正好相反。无家国忧愤、人文寄托与人世关切,而且常常是极度深切而悠远之家国忧愤、人文寄托与人世关切,就世俗透顶的法学这门技艺来说,而竟能成就伟大法律智慧,其能与?其不能与?区区不才,在法学院做了四年的学徒,以一己之观察为凭,宁信其不能也!

三、有意无意的忽略

话题回到历史法学。萨维尼书生事业,劳心一世,除去杏坛执棒,桃李满天,主要业绩在于两个“两项”。即两项学术贡献:对于罗马私法的精深爬梳和对于现代民法学理的卓然建构;两项思想贡献:关于法典化的争论所透显的对于法律本身的怵惕,对于法律的民族精神的定位和阐扬。使他真正位列法学大家、彪炳史册的,不是别的,正是这后一个“两项”。但是,也恰恰在此,已有的文字表明,既往的汉语文明的法律心灵并无共鸣,相反,却多刀笔相加。

这又是一件奇诡之事。这里,让我们略为梳理,从头说来。

原来,百年中国的社会—文化转型,实即从亿万小自耕农为基础的帝制中国,穷则思变,一路踉跄,蜕形而为工商社会的法制中国。除去中间几个特定时段不论,也尽管实际情形甚有差距,但是,中国文明的总体进取方向却确乎一路朝此,义无反顾,构成“五四”以还的思想主潮和社会主流。本来,工商社会将人欲放飞,导致人自为战,岌岌危乎,不得已加以外力约束,遂于隔三差五、歪打正着之间,呼啦啦演来一个法制秩序的人世生活。以伦理文明立世的中国文化,面对此一新型强力人间秩序,不甘人为刀俎,我为鱼肉,遂经由文化移植一途搬用西式法律文明。职是之故,自清末以降,大规模的立法成为实现法制的主要诉求,也是建设法制的主要手段。不论是清末制定现代法典,还是民国政体下颁行六法全书,抑或最近四十年间的大规模立法活动,基本套路一本于此。于是,我们看到,对于法制或者法治的向往,在具有悠久而丰厚的法典化传

统的中国,就这样被换形、压缩为对于制定法的急切追求。^①

法制是一种规则之治,制定法的重要性自不待言。所谓“有法可依”之法,多数时候即具象为此种制定法。但是,正因为法制是一种规则之治,因而并不仅仅或者主要地并不在于制定法的批量性制造,却也不是什么大道理。而且,更为主要的是,制定法作为立法者实现法制的工具,一旦颁行,脱离立法者之手,能否忠实贯彻立法者的意旨,产生立法者所期望的效果,甚难逆料。极而言之,姑且不论立法本身的良窳之别,则立法颁行之后究竟为善抑或作恶,也是立法者常常做不了主的。尤其是在一个空前急遽转型的社会,大规模的移植新法,有利于进一步摧毁老社会,但却未必进益于建设新社会,并非什么空穴来风的骇世之论。揆诸史实,正是因为意识到这一切,萨维尼才力主立法缓行,暂不进行法典编纂,而一切俟诸转型大致水落石出的将来。眼下要做的不是什么大工程,毋宁点点滴滴但却紧张张张的学术积累和社会—文化转型的步步推转,为此一“将来”的到来预为铺垫。的确,形成一个法制社会的时段性正在于文明转型本身的长期性。愈是成熟的文明,愈是如此。萨维尼对此比别人多体认一点,因而更加沉潜一分,“宽其程限,紧着功夫”,燃烧的心火压抑潜转为理性的沉敛,于暮鼓晨钟、日复一日的书生事业中迎接这心中的“将来”。可能正因为此,慢慢地,人们在心中构筑起一个阻碍进步、颀顽保守甚或反动透顶的封建贵族的萨翁形象。萨维尼,何堪效法?——智者乐水,仁者乐山,诸位,现在可以看出,在将一元直线的进步观视为不二法则、唯新是求的百年中国,其法律心灵为何如此冷落萨维尼了。

如果说在变乱之世的中国,整体的中国法学尚未臻达赏析萨氏两项学术贡献的水准,也无那份心情,面对宝山,空手而归,以致无法理解和同情于萨氏的第一项思想贡献的话,那么,对于法律本质的民族精神定位的口诛笔伐,却无论如何不能不让人惊诧莫名。本来,萨氏作此定位,大加阐扬,属于弱势族群面对强权压境时的一种法学抵抗。民族精神深

^① 此外,还涉及到一个悖论,即所谓“不得不以规则委屈事实”。具体论述,请参详拙文《法意阑珊,不得不然》,载《读书》(北京)1999年第2期。

蕴于民族历史深处,因而,历史的觉醒亦即文化的自觉。法学和法律秉此自觉,庶为善法,也才可能是国族的法律智慧。不论是在“现代化”语境立论,还是于社会—文化转型立场发言,终成善果的法制,必定如此。而凡此一切,不也恰恰正是百年中国的时代主题吗!为什么中国人反倒恶言相向呢?

这里,我们窥见了一个美丽而悲凉的故事。近世中国人以无限真诚和近乎崇拜的心情来拥抱西方文明及其法律文明,不自觉间赋予其普世的性格。实际上,摹本自身也是如此宣称的。而且,摹本所张扬的普世精神,确确乎鼓荡人心,气象宏达,一扫狭隘。人们在陶然于普世精神与中国文明根深蒂固的大同理想是那般地切合的同时,似乎忽略了普世之“世”是以西方为核心和坐标的。换言之,没有彻底的国族主义,哪里会有什么普世的诉求;不是立足于坚不可摧的强势西方立场,哪里会并且能够向东方宣谕普世主义,更不会要求什么“门户开放,机会均等”。事隔多年回头一望,今日我们可以看清,不是别的,正是国族主义和西方主义,铸造了现代西方的世界图景。无限的真诚与几近崇拜的中国人不摸底细,作为受压民族,却也附和高调,唱衰“民族主义”,搞臭“民族精神说”,而忘了建设现代民族国家及其法律文明,最终的结果却恰恰是要铸就这一灵魂,无此灵魂与心,谈何国族的自立自强,哪里会有“中国人”的什么什么。粮草匮乏,上顿不接下顿,一分钱难倒英雄汉,会累垮精神;反过来,精神不立,虽有粮有草,等于两手空空。而这,本应是摹本的启示之一,却被我们于模仿和移植过程中有意无意地忽略了。

读者诸君,“万万千千恨,前前后后山”,一句话归总说到底,民主、法治、自由和人权诸项,时至今日依然是现代民族国家时空内的人间秩序,一种较好的人世生活。而且,它们之所以自西向东迅成一种新型世道人心,就在于它们有助于形成一种民族国家时空内的较好的人世生活。东西南北,黑白红黄,我们、你们,何能例外?!——如此,这难道不是一个美丽而悲凉的故事吗?

四、由西方之旅通达中国心思

话题回到这部文集。总体而言,收入文集的均为具有一定学术意义的著述,撇开译文,汉语文明作者们的年龄跨度超逾四代人。但是,正是为了呈现这一“美丽而悲凉的故事”,集中也收录了一两篇具有特定时代烙印的文字,无声讲述着一个逝去年代的一桩法学事件,汉语法学的一种心灵的经历。编者之所以未加删祛或改动,不仅是出于对于原作的尊重,更旨在保真这一段认知的遗迹。今日翻阅,年青学子固然可能茫然复愀然,哑然而释然,而作为过来人的各位知中知老,只要不是故作没有自知之明,怕也是其情愈甚吧!如此,编选这样一部文集,由西方之旅通达中国心思,循教训以求教益,述既往而思来者,也算是无益生涯中的一件有益之劳了!而中国文明法律智慧的长成,正立基于千万人如此吭哧吭哧的劳心劳力。——如此,它将会是一阙美丽但并不悲凉的故事了!

新春试笔

癸卯年正月于清华明理楼

目 录

摇摇主编者言	员
编者说明摇摇历史法学的中国命运： 一个美丽而悲凉的故事	猿
上部摇摇历史概观	
朱显祯摇摇德国历史法学派之学说及其批评	猿
林文雄摇摇德国历史法学派与萨维尼	缘
沈宗灵摇摇略论历史法学派	缘
何勤华摇摇历史法学派述评	猿
陈爱娥摇摇萨维尼：历史法学派与近代法学方法论的奠基人	源
薛伦倬摇摇历史法学派述论	缘
中部摇摇理念梳理	
许章润摇摇民族的自然言说	
摇摇摇摇——萨维尼与蒂博的论战、法典化及其他	苑
林端摇摇德国历史法学派	
摇摇摇摇——兼论其与法律解释学、 法律史和法律社会学的关系	怨
谢鸿飞摇摇萨维尼的历史主义与反历史主义 ——历史法学派形成的内在机理	员

薛军军摇蒂博对萨维尼的论战及其历史遗产

摇摇摇摇——围绕“德民”编纂而展开的学术论战述评 袁国

杨奕华摇萨维尼法律思想与其国际私法理论之比较 国园

李双元 吕国民摇萨维尼法学实践中一个矛盾现象之透视 国园

林刚摇法律 : 双重的生命 , 双重的历史

摇摇摇摇——浅析《论立法与法学的当代使命》中

的法律思想 国园

支振锋摇防止僭越的理性

摇摇摇摇——论《论立法与法学的当代使命》 国园

田成有摇解读“民族精神”

摇摇摇摇——读《论立法与法学的当代使命》 国园

汪庆红 张亚东摇从民族精神与意志自由到法律民族性和世界性

摇摇摇摇摇摇——萨维尼和黑格尔的对立 国园

刘武俊摇重估萨维尼的价值 国园

下部摇多维视角

【德】施罗德摇萨维尼的生平及其学说 国园

【英】威廉·格恩里摇弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼传略 国园

【英】云梯顿摇历史法学派与法律移植 猿园

【德】赫尔曼·康特罗维茨摇萨维尼与历史法学派 猿园

【德】约阿希姆·吕克特摇未被认识到并且未获承认的精神遗产

——萨维尼对于 国园以后的

德国法学的影响 猿园

德国历史法学派之学说及其批评

■ 朱显桢^①

一、绪言

当 19 世纪之初叶,自然法学说正高唱入云、风靡一世之时,萨维尼(1791—1861)、普塔(1791—1861)蹶然而起,建树历史法学之旗帜于北欧,排斥自然法论普遍性说,而倡导法非万国普遍的,乃为国民的现象;唾弃法之恒久性说,而主张法非万古不易的,乃为随时代而变迁的;反对法之意识的创造论,而提倡自然发展论;非难成文法万能说,而承认习惯法本体说。此历史学派勃兴之远因,系法国大革命之失败,而其近因,则为普通法典之编纂论。法国之大革命,实为有两千余年历史之自然法说空前的大实验。一般革命论者,皆确信法之恒久性、普遍性、自由创定可能性;而忽视法之

^① 朱显桢(1891—?),日本京都帝国大学法学士,曾任中央大学教授,中山大学法律系主任,《社会科学论丛》总编辑。本文原刊《社会科学论丛》(1929)第 1 卷第 1 期。

历史背景及国民之特性，欲一跃而达理想法实现之域。孰知事与愿违，革命论者之企图竟全归失败。学者鉴此覆辙，更生反省，遂彻悟历史之不可忽视，国民特性之不可不顾虑也。而德国当时屡受法国之侵略，日耳曼民族之独立，实陷于危殆殆哉之境。为挽救此危状起见，于是有日耳曼民族统一论之提倡。萨维尼于海德堡（海德堡大学）大学教授蒂博（蒂博著《论制定全德法典的必要性》）一书，谓：在欧洲中原，如欲维持日耳曼民族之统一、德国之独立，非先行统一法律，使日耳曼民族遵奉同一之法律、享受同一之利益不为功。萨维尼则反对蒂博氏之论，于同年著《论立法与法学的当代使命》（萨维尼著《论立法与法学的当代使命》）一书，否认法之普遍性，谓：法如国语风俗然，为国民的现象，即法者乃为基于国民之普遍确信之物；又否认法之恒久性，而以法为发达物、非制作物。法为国民的，故不能如蒂博所云，得基于自然法之原理而编纂法典，法为自然发达物，故不能依法典编纂而可统一法律。萨维尼与蒂博之法典争议，本为一种法律政策论，然因萨氏主张非法典论，故以法为国民的、发达的及基于国民意识的诸点，为立论之基础，于是与从业之自然法学说，发生全然相反之法律本质论焉。

其后普塔之《习惯法论》及其他论著中，亦附和萨维尼之说。萨氏复于同年著《现代罗马法的体系》（萨维尼著《现代罗马法的体系》），更敷陈前论，详述法之原力在于国民的意识。此即德国历史学派所倡导之法律本质论，即一般所谓法律确信说或法信说（萨维尼著《法律确信说》）是也。兹将此学说之概要述之如后。

二、历史法学派学说之概要

德国历史法学派以法之主格为国民（萨维尼著《法律确信说》），此点与神学派以法