

历史法学

第六卷

Historical Jurisprudence

法学历史主义

许章润 翟志勇 主编

Edited by Xu Zhang-run Zhai Zhi-yong

编者有感于，旧邦新命，依然是当下中国的主要问题，而就如青年马克思所言，问题是时代的格言，遂着意于《历史法学》的刊行，将长期积蓄的心事落实为编事，以法意演绎史义，藉史义揭示法意，而法意与史义者，人生与人心也。

其基本命意在于，上接历史法学理路，由阐扬其思绪而践履其理念，通过省察民族国家法律生活的历史理性，揭示中国文明规范体系的比较文化意义，从而求裨于中国当下的艰难历史转型，下启汉语文明法律智慧的形象空间，以渐成汉语法学，为中国人世生活提炼和展现规范世界的意义之维。

013952141

D909.1
41

法学历史主义

历史法学
第六卷

许章润
翟志勇
主编



D909.1
41

法律出版社



北航

C1660538

图书在版编目(CIP)数据

历史法学. 第6卷 / 许章润, 翟志勇主编. —北京:
法律出版社, 2013. 3
ISBN 978 - 7 - 5118 - 4690 - 7

I. ①历… II. ①许…②翟… III. ①历史法学派—
文集 IV. ①D909.1 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 047702 号

历史法学(第六卷)

许章润 主编
翟志勇

责任编辑 高山
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 710 毫米×1000 毫米 1/16
版本 2013 年 4 月第 1 版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
印刷 固安华明印刷厂

印张 22.75 字数 322 千
印次 2013 年 4 月第 1 次印刷
编辑统筹 学术·对外出版分社
经销 新华书店
责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4690 - 7

定价:46.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

法学历史主义

目 录

卷首语

法律的历史叙事,讲述的是“现代中国”的文明位格和
政治理想

003

笔谈:法学历史主义

建立“历史社会法学”新学科的初步设想

黄宗智 011

坚持有理想的现实主义 做中国的历史主义法学

张中秋 015

一种相思、三处闲愁

——从历史法学派到近代中国的法律保守主义思潮

陈新宇 022

“历史上的法律”如何书写

王志强 027

开往 2049 年的历史法学

董彦斌 031

内涵、根基与心态:法学历史主义三问

尤陈俊 037

通过历史超越僵局

周林刚 043

法学历史主义三札

屠 凯 048

论文

法学历史主义论纲:命题、理论与抱负

许章润 053

21 世纪清代法制史研究的挑战与响应

——历史法学派时代来临

陈惠馨 091

历史法学的政治成熟

翟志勇 107

法律科学的中国命运(1912~1949)

——以中央研究院为中心的考察

刘 猛 119

格老秀斯与《海洋自由论》

——一场关于海洋属性的历史论证

肖 韬 张晏瑜 155

译文

历史法学派

唐纳德·R. 凯利 著 盛 桥 译 199

人物

王世杰先生的生平与事功

刘 猛 237

历史地理解张佛泉

——以 20 世纪 30 年代的言说为中心

翁贺凯 280

学部委员中为什么没有法学家

谢 泳 292

新中国首批法学家留苏前后

关 昕 298

访谈

继斯文为已任

——就“汉语法学文丛”等接受《南风窗》记者灵子的专访

许章润 307

卷首语

法律的历史叙事，讲述的是“现代中国”的文明位格和政治理想

历史主义是一种现代意识，启发和标领着现代精神，也是现代早期以还世界范围内的时代精神。舍却历史主义的现代秩序及其意义体系，是不可想象的，也是不可能的。不是别的，正是历史主义一脉横决，将人类视野投向往昔，从而凝视当下，进而，将人类心智带入以未来为导向的现代。“现代”作为一种新型秩序，源于人穷则呼天，主流价值定位于多元性开放善意。人世的历史性，一种当下的时间之维，天者含其一。

实际上，无论是现代早期的欧西，还是转型嚆矢之际的华夏，历史主义的发生恰恰基于现实焦虑，并且回应着当下焦虑，而为经由回溯集体心灵，着意沉潜故朝往事，进而，翻转现实，作更为深远的铺垫。大转型时代，历史意识汹涌，所以然哉，有所

然也。一切历史都是当代史,一切历史沉思都是对于现实难题的当下回应,在此五百年世界大变局长时段,尤其展现无遗。由此,人世凝练为时间,时间变成了历史,历史兼具了历史性,对于历史的沉思获得了思想性。历史性丰富着人性,人性就是历史性,俗世的人类原来活在形而上中。寰球三五百年间,人事纷扰,人世沧桑,而于此印证并一再印证矣!

仅就百年中国而言,历史文化意识的涣然觉醒和昂扬成长,启发于国族存亡之危局,伴随着强毅更张之变局,逶迤于曲折立国进程之开局,并且,作为意义内涵,蔚然支撑着立国大业之新局。经过超逾一个半世纪的锤炼,“现代中国”逐渐成型、毅然挺立的发生史,就是中华民族和现代中国文明的主体位格的本体论;历经磨劫,大浪淘沙,中华民族和现代中国文明之逐渐仪态廓然,却又心态懵然,依旧意态纷然,反映了“现代中国”依然人在中途,原本是、恰恰就是并且还将是一个连贯的历史叙事。其间,因应“现代民族国家是一个法律共同体”这一现代国家属性和国家理性要求,讲述一个民族的法律史叙事,以法制经纬邦国,构成了中国文明的现代转身和中华民族的现代立国这部伟大奏鸣曲的重要声部。由此凝练而成的理论形态、思想憧憬和政治抱负,水到渠成,丁一卯二,就是法学历史主义。

II

法学历史主义是历史法学的理论形态,一种法学的历史哲学。其所梳理的是历史视野中邦国法律之治的道德禀性和政治使命,经由观察人世生活攘让因果的历史理性,在申说一种法律正义之际,进而探究曾经有与可能有的政治正义。如果说,“所谓的历史法学实即关于法律的过往意义特征的一种解释性叙事,一种关于法律及其内在的精神过程的历史认识,从而本身即为一种历史理性,也是一种逻辑理性,同时

并为一种价值理性”^{〔1〕}那么,法学历史主义就是在此基础上提炼的有关人世生活的批判的想象力,不仅在于探究文明进程中经由法制归置人事、诉诸规范料理人世的可能性政治空间,而且,更为主要的是,提示法制和法意的人道意义,而为人生保存一方意义空间。如果舍却历史主义的现代秩序是不可能的,也是不可欲的,那么,可以断言的是,没有法学历史主义理论武装的法制和法意,要么是苍白的纯粹技术铺排和只有功利的理智算计,要么,也是更为可能的结果,则是不通情理甚至伤天害理的政制暴虐。

从一种更为专业性也更为狭窄的立场来看,法学历史主义是关于法律的历史性的理论叙事,要求以历史认识和历史方法省视法律,在时间之维中探索法律的精神成长过程,进而,揭示法律的历史理性,在历史意识的守护下完成法律自身的知识与理论建构,形成一种比较文化与多元历史的思想体系。因此,法学历史主义的基本立意在于陈述法律的历史性,以历史哲学省视法律现象,自法律哲学检阅其历史过程,而首先是陈述法律在开放场域下的自我合理化进程,包括它的道德成长。由此作业,法学历史主义构成了法学—历史的精神现象,期期导向一种基于深切历史感的人世生活和人间秩序。

毕竟,人事和人世是一种多元真实性的过程,多样性和个体性才是普遍的历史逻辑,也是一切现实政制和法制必须正视的政治原则。首肯和抉发人事和人世的历史性,既予现实法制以俗世基础,同时并也就是以历史的超越性反过来提醒从而制约着一切当下法政安排之必得唯精唯一。因而,申说法学历史主义,不仅在于护持一种法律多元论的文化开放善意,并且以多元开放的历史主义和文化爱国主义宣告一切独断论政治的破产。更为重要的,也是编者念兹在兹的,它表达了一种对于人世善好的积极期待,将现实法制和政制紧紧扣合在以善好与正义

〔1〕“主编者言”,载许章润主编:《民族主义与国家建构》,法律出版社2008年版,第1~5页。

为鹄的政法安排,并且,经由积极营造具有历史感的法制和政制,助力这一法律理想和政治理性的自我实现。

III

由此,置身这一当下历史场景,意味着个体必得担当起文化选择和道德抉择的权利与责任,等于宣告自由及其选择的可能性就是法律精神的自我实现。法意和法意以此为归依,就是自我实现,也是自我救赎。个体的文化选择与道德抉择,都是历史理性的良知良能;邦国的成熟与营建良善人世的努力,意味着历史理性的自我呈现并有赖于历史理性。应然而言,一种基于深切历史感的华夏邦国政治,恰恰为奠立于现代中国文明的法制体系提供了这一伦理—政治意识。反过来,法学历史主义的上述作业,正在于缔造此种政治安排的深切历史感。而无论是前者抑或后者,它们都表现为并仰赖于人的制度想象力和创造力,奠立于个体的良知良能的基础之上。理想的法制,可能形态各异,措置有别,但其激发和护持这一人类禀赋,以对个体和群体之互动关联的恰当调处,于时间之维中化解围绕着公义而产生的道德紧张,实现正派社会和良善生活的基本诉求,则为其通性。否则,何谈理想,又何谈良善!

历史法学和法学历史主义的运思提供了一种解释框架,有助于从根本上纾解这一道德紧张。其间,通过预设一种体现为高级法形态,而深蕴于历史之中的超越精神的存在,是一种解释思路。换言之,在天人之际和德位之间,恒申法度之高于法律,而它们均不得违忤天意,必须循守天理正义,以符合天道为正当性之正道,是一个重要的进路。在此,天意就是人意,天理天道不外世道人心。所谓的法意和法理,不过是它们的规范形态。它们都成长于并体现在人世起居、洒扫应对的漫漫历史之中。面对这一永恒奔流不息的纷纭人间,理述法律的历史性和道德基础,正在于重申法律至上,也就是法度的永恒超越性,强调法治体系具有高于现实政治势力的永恒权威性。关于人世沧桑、兴亡更替的历史感与洞察力,面对日用伦常和庸常世态,现实的法制和政制需

要保持克制、审慎与普世怜悯,凡此种种,均为其应有之义,也是历史法学及其法学历史主义的基本义理。而说一千、道一万,这一理论作业和现实操作首先是,也必得是,找寻法度,找到这种秉具历史性的价值存在。这是人一神之际的作业,也是规范(nomos)和事实(physis)之间的永恒互动,更是以庸常世态、安宁家居为致力对象的法律事业所当劳心劳力的极致!

IV

本卷文字,围绕着上述主题展开,自法制、政制和文化思想三维,探索法制和法意在历史语境中呈现的精神现象。由此返身回顾,查索当下中国人生和世界人类可能有与应当有的法律之道,也就是生活之道。迄而至今,“现代中国”基本成型,但“中国问题”尚未完全解决。无论是就“建设经济—社会,建构民族国家”来看,抑或就“提炼优良政体,重缔意义秩序”而言,均有待跋涉,于接力中竭尽其力,在善用其工中恪尽其功。特别是“提炼优良政体”和“重缔意义秩序”,事关邦国的政治成熟、德性境界和文明品格,更是任重而道远。如此,却原来,法律的历史叙事,讲述的不过是现代中国的文明位格和政治理想,难怪牵一发而动全身矣!

是啊,历史是人类的直接经验,也是一个理性的存在,而世界是一个有意义的过程。不宁唯是,这是一个人类拥有价值和尊严的时空,人类的认识能力能够体会到这一切,人类的德性也足以承受这一切。法制和法意因此而产生,政制和政治以此为归依,经由历史、法制和政制所编织的民族国家,一方水土之上的粲然邦国,不过是将它们框含一体的人类纲领,由此构成我们劳生息死的家国天下。“天维显思,命不易哉;绥我眉寿,介以繁祉。”否则,要它们做什么?!

许章润谨识

2012年12月6日于旧河道傍

笔谈：法学历史主义

编者按：2011年11月24日，清华法政哲学研究中心和《历史法学》编辑部在清华大学法学院召开了“法学历史主义”恳谈会。来自哲学界、历史学界和法学界的学者，就法学历史主义在中国的缘起、发展、前景以及自省，以法学历史主义为视角对于中国问题的分析与研究等进行了充分讨论。会后各位学者在发言的基础上，整理成独立的小文，特刊于此，以期有缘之人进一步探讨。

建立“历史社会学”新学科的初步设想

黄宗智*

今天在国内各大法学院占据主流地位的是舶来的西方形式主义法学。它从基本前提(“权利”)出发,通过紧密的法律逻辑,演绎出各个不同部门和条文,形成一个“自圆其说”的前后一贯的整体。它认为法学是一门科学,可以像希腊传统的欧几里德几何学(Euclidean Geometry)那样,从几个公理(axioms)出发,凭推理得出真确的定理(theorems),而后通过逻辑而应用于任何事实情况。在国外,这种法学尤其可见于德国的“形式主义理性”法学传统(Max Weber),也可见于美国的“古典正统”法学(Christopher Columbus Langdell);两者都具有深厚的学术传统。

* 中国人民大学农业与农村发展学院院长江学者讲座教授,中国人民大学法学院兼职博士生导师。