

法律史解释

JI WENKU.

总 序

法理学家对英国和其它地 方法律发展的解释

詹姆斯·拉塞尔·洛厄尔 (James Russell Lowell) 在致诗人斯特德曼 (Stedman) 的一封信中说：“我认为一个人的最大欢愉之一莫过于读到一首能让他真诚喜爱的诗，这犹如发现一朵吐蕊的鲜花。”洛厄尔还补充说：“如果同时能将欢愉之情告知作者，使其欢欣鼓舞，则更妙。”这话既可以适用于诗，也同样可以适用于一部法理学著作。尽管法理学著作与诗在许多方面存有不同，但这两种作品形式至少有一个明显的共同之处。由于每一本法理学著作在风格与内容上都具备其自身的独特品质，因此每一本著作都具有一种内在力量，它给读者留下的欢愉或不欢愉之情并不亚于每一首诗。法理学著作还具有使读者喜欢或不喜欢它的功能。在这套《剑桥英国法律史研究丛书》(Cambridge Studies in English Legal History) 中，读者将接触到一部新的法理学著作，它描述了英国及其他国家的法理学思想史并对这些法理学思想的某些方面作出了批判。无论读者是法学家、历史学家还是哲学家，他都会发现，这部著作将使他获得其一生中最大的欢愉，将唤起他对它的真诚喜爱，并成为其灵感和智慧的源泉。用洛厄尔生动的比喻来说，阅读《法律史解释》“犹如发现一朵吐蕊的鲜花”。对于研读法制史和法理学著作的人来说，享受到这种欢愉也非易事，“如果同时能将欢愉之情告知作者，使其欢欣鼓舞，则更妙”。

本书作者在这部杰出的著作中，应邀收录了他最近在剑桥大学所开讲座的讲稿。这些讲座对法律发展的历史阶段、发展的进程以及发展的目标作了法理学和哲学上的解释。因此，毋庸介绍，博学的读者便能知道该书作者的大名了。他就是哈佛大学法学院院长、法理学卡特讲座教授、长期来一直被公认为当今第一流的法理学思想家之一的庞德教授。庞德博士关于法理学历史与原理的授课，使我们普通法系国家中的许多年轻法学家获得了知识与灵感，与此同时，他所撰写的关于法理学问题的著作，亦将他的学说广泛而深远地传遍整个世界。他曾在欧洲和美国的法学、哲学和历史学期刊上发表过许多种专题论文。我们暂且不论庞德博士在植物学、法律教育、普通法和衡平法的历史与原理等方面的所有著述，仅举几篇散见于各家杂志的专论法理学思想的论文为例，其中就有：《法律理论》(Theories of Law)、《法律权利》(Legal Rights)、《社会利益说》、(A Theory of Social Interests)《行政司法》、(Executive Justice)《法理学与法律》(Jurisdic Science and Law)、《书本中的法律与实践中的法律》(Law in Books and Law in Action)、《有效法律行为的限制》(The Limits of Effective Legal Action)、《伪释》(Spurious Interpretation)、《机械法理学》(Mechanical Jurisprudence)、《法律目标在法律规则与学说中的发展》(The End of Law as Developed in Legal Rules and Doctrines)等，无须提醒学识渊博的读者，他们也会知道，他的全部论文远远不止这些篇目。读者还记得，最近几个月内，作者在其选择研究和思索的领域内又写出了三部长篇专著——一本是关于美国都市中刑事审判的专著，其他两本是《普通法的精神》(The Spirit of the Common Law)和《法律哲学导论》(An Intruduction to the Philosophy of Law)。

在本书中，庞德博士以其明晰而有说服力的风格探讨了广泛而复杂的主题。凡读过他的其他著作的读者、凡听过他的报告与

演讲的听众，无不熟悉他的这种风格。他的主要论题是有关法律体系的历史与原理方面的法理学和哲学解释。在这一论题的讨论中，他表现出对法律、历史、科学、哲学和文学的博大精深的学识。他凭借敏捷的思维及处理资料的技巧，把别人可能会写得索然无味的论题写得充满活力、富有生气。虽然他论古道今，但却将社会需要与人类正义的精神灌注到过去，使我们读起来历历在目、栩栩如生。似乎没有任何僵死了的东西，似乎没有任何东西已成为过去。当读到太阳神将业已制订好的法典亲手赐给汉穆拉比时，我们简直有身临其境之感。如果我们扪心自问，庞德博士何以不仅在本书，而且在其它著作中对旧时法律的描述会使这些法律出现在我们面前，并且如此形象、具体，我们就会发现一个特殊原因，这就是他对正义事业的热情。这就是关键所在。斯泰尔 (Staël) 夫人一直将热情视为最大的力量之一。她在《康里娜》(Corinne) 一书中说道，她承认只有两类性质真正不同的人，一类是富有热情的人，一类是蔑视热情的人，正是庞德博士所富有的热情，使过去回到了今天，拥有了新的生命与活力。

本书的结构设计旨在便于概述从早期到现今的思想，用莫利 (Morley) 勋爵的话说：“这种概述以一种清晰明确的方式向我们展示了思想家们所走过的不同道路，以及这些思想发展到今天的状况。我们因此可以比较他们的方法，并比较其成果。人们越是深刻地理解自己思辩的立场，就越能清楚地熟知其他人对这同一主题所持的种种观点。”这便是庞德博士的方法。他总结了从古到今各家法律思想流派的工作，对每一学派取得的成就进行了评价，并以纵观整个历史与理论领域的学者观点，对这些成就进行了批判。他指出了每一法律思想运动所取得的永久性成就，并提出了今天的立法机构和法院将这些法理科学的贡献卓有成效地运用于社会需要的各种方法。但是，庞德博士所做的远远不止这些。他的著作既是一部关于法律发展进程与目的的思想史和评判

集，同时也表达了他在法律与法制史方面的某些独到见解。从多种视角来看，本书最有价值的特点是作者本人关于法律发展模式的理论，以及关于法理学家在制定法律中应起作用的重要观念。本书不仅具有叙述性、批判性，而且具有建设性。聪颖的学生将会长期受到师长教诲的影响，但是，无论他相信与否，他的思想将永远不会完全按照旧轨迹循进。

庞德博士对法制史及其法哲学思想作了广泛的考察，因而他的著作在《剑桥英国法律史研究丛书》中占有一席特殊的地位。在这套丛书的编纂中，英国法制史是由英国法制史及英国以外继承和采用英国法律制度的很多地区的法律史所构成，它构成了西方文明史不可分割的一个重要组成部分。作为世界法律体系之一的英国法律，在整个演变的各个阶段上，都一直同其它法律体系保持着密切的关系。从布雷克顿 (Bracton) 时期到现在，英国法理学家关于法的性质、法律发展的目的和过程的思想始终与西方的思想在较为广泛的基础上紧密相联。我们称颂庞德博士的著作的原因之一，在于本书向我们清楚地展示了英国法律思想同其他国家法理学家的法律思想的这种相互联系。英国法理学家理论探索的历史，是英国法制史不可分割的一部分，然而，为更好地理解英国法律思想史，应将其置于欧洲哲学思想与法理学思想运动这一更广阔的环境之中。作为继承了英美普通法传统的法理学家，庞德博士理所当然地会对英美法系的历史和原理予以特别关注。但是，法理学家不能将自己的研究仅仅局限于某个法系，他还必须熟悉其他各种法律体系及其历史发展中的许多阶段。他必须拥有一种比较的基础，即他对较为一般的法律问题以及促使法

国的法律、法理学思想及其历史，但他还探讨、阐述了它们和英美之外的法律体系和法律理论的各种联系。正是《法律史解释》的宽广视野，使他为从世界范围内研究英国法制史作出了有特殊价值的贡献。

庞德博士的论述，将给那些习惯于按照岛国狭隘观——即把英国的法律规则和法学理论的演变视为由四面环海的小岛上的人作出的一种孤立的创造物，而且是一种与外部法律世界毫无联系的创造物——进行思考的人以真切的启示。如果研究英国法律的人真正希望从更宽广的角度历史地、理论地探讨他所研究的内容，本书将使他得益非浅。他将从本书宽阔的视野，及其所涉及的历史和哲学范围中，从本书对不同时期法律思想和法律生活的剖析，及其提供的相互联系又相互独立的法律与法学理论的发展线索中，获取他所需要的东西。正如存在着世界范围内的工业产品交流一样，也确实存在世界范围内的法理学思想的交流；而且这种关于法理学观念的交流，这种关于法制史和法律目的的思想模式和结果的传播，不存在任何地域界限。这种交流通过各种途径，从一个时代流传到另一个时代，从一个地区传播到另一个地区。世界范围内人员和书籍的流动，意味着世界范围内思想的流动。这一经历了多少个世纪的进程，使当今英国和其他文明国家的许多法律思想同中世纪的民法学家、教会法学家、神学家，以及古希腊和古罗马的哲学家和法学家形成了渊源关系。历史的知识交流，将古代和中世纪的法律思想带到了现代社会的彼岸。康德派和黑格尔派关于权利和正义的思想，通过一本又一本专著，通过一位又一位教师，在今天影响着甚至决定了世界各地的法律性质、司法判决以及法律理论。尽管这些哲学家的名字在这些地区还鲜为人知。在英国的整个历史进程中，英国一直在世界各法律区域间的航线上往返航行，传运着法理学思想。英国法律和英国的法律思想确实独具自己的某些特色，但是，这些特色又混杂着从各种渊源产生而来的不同因素。英国法律并不是纯粹土生土

长、种族的和孤立的产物。英国法理学思想中确实有一些具有偏狭性的特征，但同时还有些特征确实既是英国又是其它西方国家的共同遗产。甚至当今英国法律科学的各个学派——如分析法学派和历史法学派——也与欧洲大陆的法学思想有着紧密的联系。奥斯丁(Austin)和梅因(Maine)只不过是反映欧洲思想的代表。法学思想的交流从来是不受国界限制的。

以上就是通过阅读庞德博士这本令人鼓舞的著作所获得的一些主要收益。本书还收录了其他某些明确的学说。由此我们发现法理学解释使我们更加清楚地认识了英国法制史的许多方面。本书使我们对从盎格鲁撒克逊时期经过格兰维尔(Glanvill)、布雷克顿、科克(Coke)、曼斯菲尔德(Mansfield)、埃尔登(Eldon)一直到我们这个时代的法律发展进程有了新的了解；本书对已经传播到美国的普通法的论述特别使人受启发。而且本书还为我们对老家的普通法与新家的普通法进行法理比较提供了广阔的领域。哲学思想对英国法律发展史的各个阶段的影响也是显而易见的：我们可以发现，亚里士多德、康德、黑格尔不仅影响了法律本身，而且还影响了法学家对法律的态度。本书的另一大特点是作者批判了英国的分析法学派与历史法学派。这两个学派的观点曾牢牢占据英国人的头脑，正因为这样，庞德博士对这两个学派进行的既深刻尖锐又合情合理的批判，（一种既带有破坏性的又具有建设性的批判），将使人们以超乎寻常的兴趣来阅读本书。事实上，这本书的整个内容能使人的思维离开旧的轨迹而踏上一条新的途径。在最后一章——“工程解释”——中，作者对自己关于法制史的理论作了更充分、更明确的阐述。接受庞德博士关于法律发展进程和法律目的学说的人，将会发现自己在用新的观点看待分析法学派和历史法学派的某些方法和教义。庞德博士有关法学家功能的富有启迪的思想，是他对法律科学的又一个有价值的贡献。在他看来，法学家是——至少应该是——法律发展中一支具有创造力和影响力的力量。

实际上，庞德博士这本著作的整个篇幅都是在号召法学家们在为适应日益变化的社会正义的需要而改造旧法、创制新法的工作中发挥其应有的领导作用。历史法学派有关法律可以被发现但不能被创造的陈腐观点，曾长期使法学家们与世隔绝。假如法学家们聆听了庞德博士关于法律是由人制订和修订的教导，假如他们同意他关于法学家职能性质的观点，那么他们就会在社会法律生活中发挥自己的作用，就会通过影响立法、司法以及其他立法过程，把他们的学识与才干自觉地、长期地运用于法律改革。当法制史学家挣脱了天才萨维尼（Savigny）所锻制的镣铐后，他们就能够更自由地分析手中的材料，更理智地去评价自己的研究的价值，就能用自己的观点衡量古今，使法律发展史料变成制定法律的现实因素，以适应当今的社会需要。对法制史进行研究能解决诸多问题。如果它有助于训练思维和充实思想，那么，它也能有助于指导法院和立法机构的活动。法制史有一项要实现的社会功能。法制史学家本人就是——或者退一步说，只要他愿意就可以使自己成为——一个真正的政治家。

被誉为“19世纪主教”的修道院院长阿贝·格雷特里（Abbé Gratry）是一位值得永远纪念的人。他的《道德与法律的历史》一书是对历史哲学有价值的贡献。格雷特里说，“迄今为止一直处于被动的人性，开始以丰富的知识和完全的自由操纵世界事务，因而进入了成年期。”在这一时期，过去曾不恰当地受到萨维尼信条以及历史法学派的学者们的培植和巩固的法律传统，需要根据当今社会新的现实和力量加以重新考察。事实上，法理学思想长期以来一直在朝着这个方向发展。梅特兰（Maitland）本人就曾指出，历史的精神并不与改革为敌；研究历史的目的在于争取进步、使历史不至阻滞现实。其他法制史学家也曾提出过同样的观点，甚至有人还提出过法官是否应受判例约束的问题。威格莫尔（Wigmore）博士在其所著的《法律问题》一书中写道：“把遵循先例作为绝对教条，在我看来，只是一种虚妄的迷信……”。

我们深受不确定性的困扰，而遵循先例旨在避免这种不确定性；同时，我们又受到古代法律中糟粕的损害，而遵循先例又显然带有这种糟粕——正如赫伯特·斯宾塞（Herbert Spencer）所说，它使活人受死人的统治。”新的法理学家学派——法理学家也是法制史的大师——接受并采纳了托马斯·杰佛逊（Thomas Jefferson）的名言：“地球的用益权属于生者，……死者对其既无权利，也无权力。”这些思想日益影响着立法。从某些方面来看，1922年的《英国财产法》正体现了这些思想的精神；这是为摆脱“古代法律中的糟粕”而做的一次努力。

如果在并不需要前言的时候写出了前言，岂不正是为庞德博士的著作所感而使然的吗？

哈洛德·德克斯特·黑兹尔坦

1922年9月5日

目 录

总序	H·D·黑兹尔坦	(1)
作者前言		(1)
第一章 法律与历史		(1)
第二章 伦理和宗教解释		(21)
第三章 政治解释		(43)
第四章 人种学和生物学解释		(66)
第五章 经济学解释		(88)
第六章 著名法学家的解释		(112)
第七章 社会工程解释		(138)

第一章 法律与历史

法律必须稳定，但又不能静止不变。因此，所有法律思想都力图使有关对稳定性的需要和对变化的需要方面这种相互冲突的要求协调起来。一般安全中的社会利益促使人们为人类行为的绝对秩序寻求某种确定的基础，从而使某种坚实而稳定的社会秩序得以保障。但是，社会生活环境的不断变化，则要求法律根据其他社会利益的压力和危及安全的新形式不断作出新的调整。这样，法律秩序必须稳定而同时又必须灵活。人们必须根据法律所应调整的实际生活的变化，不断对法律进行检查和修改。如果我们探寻原理，那么我们既要探索稳定性原理，又必须探索变化原理。因此，法律思想家所致力于解决的首要问题，就是如何将法律固定化的思想（不允许留有个人任意的空间）与变化、发展和制定新法的思想相协调，如何将法律理论与立法理论相统一，以及如何将司法制度与司法人员执法的事实相统一。

更为具体地讲，有关对稳定性的需要与对变化的需要之间的妥协问题，就某个方面来看，变成了规则与自由裁量权之间的调整问题，变成了根据确定的规则或至多根据从狭窄固定的前提作出的呆板推论执行法律与根据多少受过训练的有经验的司法人员的直觉进行司法之间的调整问题。无论如何，几乎所有争论不休的法律问题都被证明是这个问题的不同方面。上个世纪，分析法学派与历史法学派就法律性质——是将法律制度的传统成分还是将命令成分视为法律类型——的问题，就与立法性质有关——法律是由法官和法学家发现的还是由有意识的立法者定制——的问题，就法律权威基础——权威在于理性和科学还是在于命令和主

权者的意志——的问题，展开了诸多重大论战。但是，上述问题的全部意义就在于它们对规则与自由裁量权之间的调整或协调问题具有影响，或者从终极角度来看，它们对于稳定性与变化——一般安全与人类个体生活——之间的调整或协调问题具有影响。所以，这些问题既是法理学的哲学问题，也是法律中最具争议的实际问题。当我们讨论法律与道德的关系、普通法与衡平法之间的区别、法庭与陪审团各自职权范围、固定规则或诉讼程序中广泛司法权力的可取性时，或者当我们讨论有关对刑事犯罪分子实行司法判决或个体化行政管理等争议较大的问题时，从本质上讲，我们必须研究这一根本问题的各种形式。^①

为了使法律的稳定性与变化相协调或相和谐，为了使法律秩序显得固定不变而又无可质疑，同时又能与永无止境而又变化无穷的人类欲望的强烈要求相适应，人类主要依循三条路线进行了尝试，即权威、哲学和历史。希腊和罗马社会一开始依赖权威，后又依赖哲学。现代社会则先后依赖权威、哲学和历史。大致而论，12到16世纪依赖权威，17、18世纪依赖哲学，19世纪则依赖历史。但是，当一种方式占优势时，其它方式并没有消失。在哲学居支配地位时，我们拥有与权威观并存，且使权威本身相形见绌的哲学权威观。在历史居支配地位时，我们发现了与固有的权威观及哲学权威观并存，且使两者黯然失色的历史权威观与历史哲学观。

权威观的最早形式表现为对由神定或神授的规则体的信奉。如汉穆拉比法典中就有太阳神将业已制定好的法典赐给汉穆拉比的记述；摩西法典或摩奴法典中则有摩奴亲临现场，指示其子向圣贤们口授法典的记述。权威观的最新形式表现为一种信条：在一个政治组织社会中，法律是主权者的命令体，它最终取决于那

^① 我在一篇题为《法律的理论》一文中详尽地论述了这一主张。该文载第22期《耶鲁法律杂志》，第114页。

种被认为是存在于主权者能力背后的基础。这就是共和时期罗马法学家关于严格法的学说。既然皇帝代行罗马人的全部法律权力，因此，可以得出这样一个法律命题，即皇帝的意志具有法律效力。这种思路与16、17世纪法国支持王权的法学家关于权威的理解相一致。正是通过这些法学家，对权威的这种理解被注入到了近代公法学说之中。1688年以后，这种权威观念很容易地与科克的议会万能的思想得到了吻合，并且成为英国的正统学说。现在，科克的这一思想已成为政治上的现实。另外，在美国革命及其后的法国革命中，“人民”被认为是英国议会或法国国王权力的取代者。这就很容易使这种权威观念适应人民主权的观念。在所有上述形式中，这种权威观都在法律秩序的背后安置了一个唯一的、终极的和无与伦比的权威，并且把它作为所有法律律令的渊源。这种权威所公然宣称的意志便是这样具有了约束力。它宣称，在司法中实际适用的所有规则，都直接或间接来自于最高权威这一渊源。它把法律解释设想为了解该律令制定者的既存意向的一种简单过程，把法律适用设想为一种准确无误的法律逻辑的纯粹机械过程。在这一过程中，有关谁恰巧是法律的释义者或适用者，而又何以由他来解释或适用法律等问题，对于结果来说，则全然无关紧要。为替代早期法典中的自然神与宗教神，权威观确立了以人民或国家形式出现的政治尊神。凭靠这种思想方法的人，把注意力更多地集中于法律稳定性的需要，而不是法律变化的需要。他们通常否认法律的变化，至少是很容易对法律表象后面不断发生的变化熟视无睹。这些人一次又一次通过更改记录在案的启示，通过保留原有文字不动却同时又注进全新内容的解释方式，通过与激发儿童想象力相似的虚构，甚至通过用具有权威性的新神喻来陈述旧法律这样一种更为微妙的虚构，对法律进行必要的修改。当这些权威的信奉者们充分意识到发生的变化，并被迫为此去寻求一种固定与绝对的基础时，他们就会把他们的政治神经过审慎思虑而公布的某种特别的创造物或新的启示假设为

出发点。

一旦政治、商业或工业广泛而迅速地扩展，暂时致使变更法律成为人们的第一需要时，他们就会求助于哲学。如果需要为那些术语总是趋于隐藏的适应性而对法典中最僵硬的内容进行“解释”或“适用”，使之适应生活的变化，那么，最为迅速的法律发展或扩展也不允许法学家们忽视对法律稳定性的要求。对具有指导和组织作用的理论的需要，取代了建立一种终极的、至高无上的法律渊源理论的需要。根据这种具有指导和组织作用的理论，可以使法律发展与维护一般安全协调一致。在实践中，法律的变化或发展能够通过将某种新技术适用于旧内容，或者将多少经过改造的旧内容与从法律外获得的新内容加以综合而得到发生。通常来讲，这一过程主要是一种类推发展的过程，即对旧的内容进行增补删减，综合归纳，以及至少用部分旧的内容谨慎地开拓新路，并经过反复试验和摸索指出新的方向的过程。从英国衡平法的早期历史和美国制度形成时期的一些州的早期立法史中，人们可以看到，这一过程很容易扰乱一般安全。为维持一般安全，需要有一些东西来确定新的技术，划定改造的范围，指导类推的伸缩和提供试验过程的限制。无论是在古罗马法中，还是在17、18世纪类推时期的近代法中，这一需要都得到了表现为自然法理论的哲学的满足。

事实上，以自然法理论为依据的法学家、法学教科书的撰著者、法官或立法者，总是通过参照当时、当地关于理想的社会秩序的构想，参照根据该理想社会秩序的法律目的的观念去估量形势、解决问题的。事实上，他们这般塑造或创设法律制度和法律规则，其目的在于使法律秩序能够维护和发展这种理想。尽管这种理想化的社会秩序在实践中足以使他们在前进时适当兼顾一般安全，但是，它似乎并不是一种充分的保证。就象权威观念曾经描述的那样，它并不能满足人们建立一种完美无缺而又永世长存的法律的欲望，它也不足以向整个人类证明，由于法律赖以建立

的基础比人的意志更稳定，比人类实现公平待遇的欲望更恒久，比人类的智慧更值得信赖，因此，它可以要求人类完全无条件的服从。同样，社会秩序的理想被认为是基本现实，而法律制度、法律规则和法律学说只不过是它的反映或表现。事实上，人们并没有这样论述问题。从理论上讲，自然法就是一种精确地表达了法律观念的法律；自然法规则就是一种精确地表达了适用于所受理问题的法律观念的规则；实在法的全部效力都来自它所反映和表现的这种自然法。但是，一切事物所依赖的这种法律观念，是关于一定时空中的社会秩序的法理学理想。

最初，作为一种法理学学说的自然法理论，是有关制定法律的理论。旧内容必须接受理想的检验，必须经过改造以符合这一理想，若不能与这一理想相符合，则应被摒弃。如果存在着需要填补的鸿沟，则应依据这一理想的方案填补之，然而，在一般安全利益的压力下，这种理想又趋于成为一种法律理论。这样，一种新的权威，即“事物的本质”或“人的本质”的哲学权威，便因此而建立起来了。法律秩序再次成为神的启示。这个新的法律之神就叫“理性”，它被认为是与权威相抗衡的力量。但是，它只同除它自己以外的诸神的权威抗衡。一旦法律世界依其想象而得以改造，法律方式、法律结构和法律学说就会象在自然神、宗教神和政治神的统治下一样僵化、凝固和难以改变。哲学启示仅提供了一幅理想的社会图画。法学家们主要根据他们学过的法律素材来填补细节。一旦填补完毕，便获得了理想方案的全部权威。在美国宪法中充满了为迎合“美国制度本质”的理想观念而改造的普通法教条。它们作为自然法条款被固定下来，不受立法变化的影响。

然而，从哲学上对法律的稳定性与变化进行调和是一个显著的进步，因为，如果它使这种方案超出了人定法的立法者的能力所及，那么它便要求人们对这一大厦的各个细节进行研究，以确使它们都与这一方案相符。这样，它便考虑到了实在法的变化问

题，再者，虽然这一方案在发现时就是永恒不变的，它也是由理性发现的，而且人们总是可以争辨，人们所认为的那个唯一权威性的方案只不过是一个不完善的相似方案罢了。当各法律制度象英国衡平法的发展与接受商法那样从外部自由地吸收素材时，自然法理论起到了很好的作用。但是，当这种吸收过程暂告终结，当稳定性要求暂停这种吸收以便充分消化其在发展期间所接受的东西时，当其内部需要调整、协调和系统化而不是创造时，自然法理论就不再能满足需要了。人们要求从稳定的角度而不是从变化的角度将法律的稳定性与变化相调和，而这种调和则是通过历史观实现的。

法律领域与其它一切领域一样，19世纪是运用历史方法的世纪。18世纪的每一个判例、每一篇专论、每一部法规都以法律哲学为先决条件，并且都自觉或不自觉地成为哲学解释的一部分，同样，19世纪的每一个判例，每一篇专论，及每一部法规（如果不是从它本身的概念和制定看，而是从它的解释和适用看），都是以法制史为先决条件，并作为某一段历史的顶点都自觉或不自觉地包含了对历史的解释。因此，虽然专业法律史学家对于实现我们的目的极为重要，但是我们不能局限于他们。我们必须把法律文献的整体——判例、法理著述和制定法——考虑进去。因为在19世纪，人们关于历史和历史解释的观念影响了所有法律和所有法律著述。

19世纪的上述情形与早期的法律文献之间在这方面存在着一种根本的区别。存留在《学说汇纂》中的罗马法简史，系庞波尼尤斯（Pomponius）所著，但它只不过是罗马法教义梗概的一个有趣的绪言。它告诉了我们几个人的名字，这几个人建立了罗马法律秩序的几种制度；它指出了最权威的法则由谁人提出它；告诉了我们一些法学家的名字，这些法学家用解答、学说和著述指出并阐明了适用于法律争讼的存在于事物本质之中的原理。即使将这篇绪言删去或从头到尾改写一遍，绪言之后的内容也不会有只字

的更动。盖尤斯 (Gaius) 置于《十二铜表法》评注之前的略带有辩护性的前言亦是如此。他实际上是在问：人们在评论罗马法时，为何要从罗马城初建时开始？由于对早期历史的这种回顾不仅仅是一篇绪言——他根据修辞学对这个问题作了明确的论证，因此可以说它表明了一种哲学态度。一个事物只有在其各个部分都完整时才算得上完美，任何事物的开端都是其重要的组成部分。因此，自然的或理想的评注应当将历史包括进去^①。12至15世纪的罗马法教师和罗马法学生并不是把罗马法作为历史的一部分，而是把它作为权威看待的。由于查士丁尼的继承者仍旧坐在奥古斯都的宝座上，所以查士丁尼所宣称的意志已成为活的权力体系。对这些继承者来说，不存在什么历史问题，只存在如何解释和适用有约束力的法律条文的问题。居雅斯 (Cujas) (居雅斯系法国法理学家——校者注) 一直被说成是历史法学派的先驱，他所著的法制史是古典人文主义 (作为当时知识运动的一部分) 的复兴。但它并不企图将历史上创立的原则置于查士丁尼的王权之上。即使是受到广泛注意的康林 (Conring) 的历史研究，^②也只是表明，在自哲学代替了权威，罗马帝国的法律与政治持续性的教条已不再发挥作用以后，就不再是真正的奥古斯都与查士丁尼的宝座了，因而推翻了被误认为是王权的東西。

19世纪以前的有关英国的法制史著作与该世纪的法制史有极为紧密的联系，因为这些论著带有民族主义色彩，有一个直接而现实的目的，即建立一种历史权威以作为法律秩序的基础。福特

① “根据我对罗马人民法律的看法，为阐述古代法而追溯到城市的建立，似乎是正确的，也是当然的事。无庸赘言，不是因为我要写冗长的解释，而是因为我注意到，一切事物中，只有事物的各部份都完成之后，事物才完美。毫不疑问，开端只是事物的最基础部份。然而，假如人们可笑地在讲坛上争论一件诉案，并未经过初步陈述就将该案移交法官；假如一个人表示不顾本原，删去历史原因，用未洗滌的双手马上接过去解释的主题，那是极不合适的”。盖尤斯《论十二铜表法》，载《学说汇纂》I，Z，I。

② 斯托贝：《德国法制史的创始人赫尔曼·康林》(1870年)。