

内涵、根基与心态：法学历史主义三问

尤陈俊*

今时处于全球化时代的学术研究，每每在其更替嬗变之中促成不少新的学术概念，其中一些产生了深远的学术影响，而另外一些则只是昙花一现而已。当代中国学术的发展亦是如此。如果将“法学历史主义”视为一种带有方法论色彩的学术概念，而并非只是将之当做纯为标新立异的新词，那么，我们将不得不去细致地探讨这一概念的内在意涵，其在中国语境之中的学术意义，以及使用这一概念应该注意的立场。这三个问题的落脚点，大致可被概括为“内涵”、“根基”与“心态”。因其所涉甚广，而我学力有限，本文将主要选择以一种发问的方式来道出问题，以期能引起学界同道的共同关

* 法学博士，中国人民大学法学院讲师。

注和深入思考。

一、“历史主义”的意涵

1995年出版的*The Journal of the History of Ideas*第56卷第1期,曾刊出国际史学史委员会主席格奥尔格·伊格尔斯(Georg G. Iggers)的一篇长文——《历史主义的由来及其含义》(*Historicism: The History and the Meaning of the Term*)。此文开篇即讲:“在最近几年里,德国、美国 and 意大利出版了大量有关历史主义的著作和论文。但这些论著并没能对其定义达成共识。”^[1]格奥尔格·伊格尔斯在阐述“历史主义”之由来时指出,尽管早在1797年,弗里德里希·施莱格尔便已在其随意记录的一些有关语言学的零碎笔记中使用“历史主义”(Historismus)一词,但有关历史主义的提法至今仍是层出不穷,莫衷一是。^[2]

在各种有关历史主义的论述之中,卡尔·波普尔(Karl Raimund Popper)的论述显得颇为另类。在他那本影响颇大的小册子*The Poverty of Historicism*之中,卡尔·波普尔将历史主义视为历史决定论。他强调,“我所谓的‘历史主义’是指一种社会学科的研究途径,它认为历史预言是他的主要目的,并认为通过揭示隐藏在历史演变之中的‘节奏’、‘类型’、‘规律’和‘趋势’就可以达到这一目的”。^[3]易言之,在波普尔笔下,“历史主义一词指的是这样一种观点:历史的行程遵循着客观

[1] Georg G. Iggers, *Historicism: The History and the Meaning of the Term*, *The Journal of the History of Ideas*, Vol. 56, No. 1, 1995: 129-152. 中译文见[美]格奥尔格·伊格尔斯:“历史主义的由来及其含义”,王晴佳译,载《史学理论研究》1998年第1期。关于“历史主义”一词在学术界的最初使用情况及其在20世纪之后的各种歧异用法之简介,另可参见黄进兴:“历史主义:一个史学传统及其观念的形成”,载黄进兴:《历史主义与历史理论》,陕西师范大学出版社2002年版,第4~6页。

[2] [美]格奥尔格·伊格尔斯:“历史主义的由来及其含义”,王晴佳译,载《史学理论研究》1998年第1期,第72~78页。

[3] [英]卡·波普尔:《历史主义贫困论》,何林、赵平等译,中国社会科学出版社1998年版,第7页。

的必然规律,因而人们就可以据之以预言未来”。〔4〕对于此种历史主义所体现的历史观,波普尔进行了强烈的批评。

与这种以历史决定论为底色的历史主义相反,另一种影响较大的历史主义,则是与历史相对性紧密相连。在这种历史相对主义关照之下,“历史没有优劣之分,历史的线条是多重的,中间不存在突然的断裂和停顿,因为它是人类生活的表达;历史本身并没有一个先验的目的(telos),把人类引向到一个预先确定了的地方。后来者不能因为掌握了‘时间霸权’,就把过去的历史视为是黑暗和无价值的”。〔5〕而这种历史相对主义,在一些学者看来,也构成了萨维尼(Friedrich Carl von Savigny)所开创的历史法学派之理论内核所立基的两大相关理论之一。〔6〕

因此,当我们谈“法学历史主义”之时,必须对所谈的“历史主义”之具体含义有明确的自我意识,是被卡尔·波普尔等同于历史决定论的历史主义,还是以历史相对论为底色的历史主义,抑或其他?〔7〕尤其是,当我们在马克思主义史观被奉为流意识形态的当下中国谈论法学历史主义之时,如何处理前者念兹在兹的那些“历史规律”的位置?

〔4〕 何兆武:“评波普尔《历史主义的贫困》”,载《社会科学战线》2011年第4期。

〔5〕 谢鸿飞:“萨维尼的历史主义与反历史主义:从历史法学派形成机理角度的考察”,载许章润主编:《清华法学(第3辑)》,清华大学出版社2003年版,第75页。

〔6〕 同上。

〔7〕 例如,我国台湾地区历史学家黄进兴在比较各种相关学说之后进行综合,曾为“史学上的‘历史主义’”下一包容较广、观念较一致的界义:所谓‘历史主义’,即相信历史知识为人类活动最重要的指标,借助历史,人类可以评价、了解生活的一切,因此社会与个人的经验皆可规范到历史领域来;也就是说,任何事物的性质可由其历史发展的过程来掌握,任何事物的价值可由本身的历史来判断。由此可以导引本文应用‘历史主义’一词有两个极限:前者以‘历史主义’为世界观,将‘历史主义’解释为人类对自己及宇宙的观感,亦即‘人为历史的产物’,其意义与价值必须从历史发展的过程,加以掌握。后一端以‘历史主义’当做一种方法论,它与史料的批评无关,却是重视直觉的把握与体会,‘同情的了解’方法就是历史主义强调治史的基本利器。”参见黄进兴:“历史主义:一个史学传统及其观念的形成”,载黄进兴:《历史主义与历史理论》,陕西师范大学出版社2002年版,第7页。

二、法学历史主义的中国根基

在其所撰写的 *Frontiers of Legal Theory* 一书中,理查德·A.波斯纳(Richard Allen Posner)写道:“法律是所有专业中最有历史取向的学科,更坦率地说,是最向后看的、最‘依赖于往昔’的学科。它尊崇传统、先例、谱系、仪式、习俗、古老的实践、古老的文本、古代的术语、成熟、智慧、资历、老人政治以及被视为重新发现历史之方法的解释。它怀疑创新、断裂、‘范式转换’以及青年的活力与性急。”〔8〕

在司法实践尊奉先例的普通法国家之中,波斯纳所强调的这种历史因素深深渗透于司法实践之中的状况,非常引人注目。正如苏力所说的,“普通法的制度使所有历史上的案例都不存在过时的问题,都可能从中引出对今天有用的法律原则。用后现代主义的术语说,历史是平面化的,因此讲美国宪法,必定从马伯利诉麦迪逊讲起,从历史上的判例中得出的原则并不总是或一定比从昨天的判例中引申出来的原则缺乏现实性。这实际上把史和法混合了”。〔9〕

但是,在中国,近一百多年来以“断裂式变革”为特征的法律继受过程,在某种意义上已然“造成一种颇为尴尬的学术局面:一旦追溯今人所称道的法制现代性之历史谱系,竟然只能寻诸西方”。〔10〕以至于在一些学者看来,“在今日的大学学科格局中,中国法制史就成了外国法制史,而外国法制史却实实在在变成了与当下中国法律相衔接的法制史”;〔11〕“法律史在如此复杂的法律变迁背景下处于极微妙、错综、依傍无定之处境——中国法史,纯为历史,与现实法制和法制思想无关之历

〔8〕 [美]理查德·A.波斯纳:《法律理论的前沿》,武欣、凌斌译,中国政法大学出版社2003年版,第149页。

〔9〕 苏力:“美国的法学教育和研究对我们的启发”,载贺卫方主编:《中国法律教育之路》,中国政法大学出版社1997年版,第340页。

〔10〕 尤陈俊:“知识转型背景下的中国法律史——从中国政法学院的立场出发”,载《云南大学学报》(法学版)2008年第1期。

〔11〕 贺卫方:“历史与社会交错中的当代法学学术史”,载《云梦学刊》2005年第4期。

史;外国法史,则为中国现实法之主要渊源,换言之,清末变法修律以来的中国法,几为欧美法史的内容。”^[12]

因此,若要在上述中国背景之下谈论法学历史主义,那么,如何在中国自身的历史之中寻绎其根基,而不是自我殖民化地仅限于在西方法学语境之中去谈论其历史,必将是一个巨大的智识挑战。一些学者,如黄宗智教授,^[13]已经朝这一方向做出了可贵的学术努力。但在这一领域,仍然有太多的问题需要我们去深入探索。

三、对待历史的不同心态

同样是在 *Frontiers of Legal Theory* 一书的第四章“法律对往昔的依赖”(Law's Dependence on the Past)之中,波斯纳以尼采(Friedrich Wilhelm Nietzsche)在1874年首次发表的论文《论历史对于生命的利弊》(*On the Uses and Disadvantages of History for Life*)为起点,精彩地反思了法律的历史主义进路。

波斯纳指出,在那篇伟大的论文中,尼采批评了三种对待历史的不同立场:贬低往昔之历史(a criticism of history as belittling the past)、赞美现在之历史(a criticism of history as glorifying the present)和贬低现在之历史(a criticism of history as belittling the present)。前二者可被共同归为“贬低型历史主义”(belittling historicism),而后者则可被视为“纪念型历史主义”(monumentalistic historicism)。^[14] 尽管如同波斯纳所言的那样,“我们不应当期待尼采的批评能够完全应用于法律对历史的使用上”,^[15]但这些论述对于我们这里所讨论的法学历史主义仍然有着很强的启发乃至警醒之意。

[12] 王健:“大陆法律史教学与研究的昨天、今天与明天”,载《法制史研究》2002年第3期。

[13] 黄宗智:《过去与现在:中国民事法律实践的探索》,法律出版社2009年版。

[14] [美]理查德·A.波斯纳:《法律理论的前沿》,武欣、凌斌译,中国政法大学出版社2003年版,第149~155页。

[15] 同上,第156页。

在今日汉语法学界,上述各种倾向在不同群体身上常常各有流露。数年前,陈惠馨教授在谈及我国台湾地区当下的法学教育时,曾如此写道:“现阶段的台湾法学教育,面对现行法律深受德国法影响的现状,不仅不重视学习继受法律体制的国家(德国或美国)的法制发展史,也同样忽略对于自己社会法律发展史的研究与认识。台湾法律的专业学习中缺乏了历史感,也因此缺乏法律与人文关系的连接。这种对法制史双重忽视的现状,使得许多法律系的学生一方面以为自己所生存的社会原来没有法律制度,或者以为自己社会中传统的法律体制是非常落伍的。”^[16]她在此处所强调的,即为当代法科学生轻视、贬低乃至忽略传统中国法律历史的可忧局面。这种“贬低型历史主义”的心态,并非只见于我国台湾地区法界学子,在中国大陆的法科学生之中亦常见之,我们时常听到的“中国法律史有什么用”之类的质疑即为例证。而另一方面类似于尼采所谓的“纪念型历史主义”之心态,则在一些常常以古非今的人们身上时有闪现,其中一个典型或许是以儒学复古主义的论调来批判当代中国的法治,从而沉浸于今不如昔的感慨之中。

因此,当我们讨论法学历史主义之时,对待历史的不同心态,将是一个影响理解深度的关键性因素。无论是“贬低型历史主义”还是“纪念型历史主义”,都将会把我们的学术研究引入歧路。而如何秉持一种既尊重历史又能客观地评价当代的学术心态,却是一个知易行难的问题。

[16] 陈惠馨:《德国法制史——从日耳曼到近代》,元照出版社2007年版,第17页。原书“不仅不重视学习继受法律体制的国家(德国或美国)的法制发展史”一句中,“重视”与“学习”两词前后颠倒,现引用时予以改正。