

# 法学历史主义论纲：命题、理论与抱负

许章润\*

**摘要** 历史性是法律的基本品性，也是人性的基本方面。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，包括它的道德成长，进而揭示法律的历史理性。从而，其本身即作为一种历史理性，关于历史存在的当下省思和有关法律未来的文化观察，对于人世善好的一种积极期待。经此努力，法学历史主义期于营造一种基于深切历史感的华夏邦国政治，为奠立于现代中国文明的法制体系提供伦理—政治意识。其中，立基于历史文化传统的法治体系具有高于现实政治势力的权威性，人类历史必定是一个趋向善好展开的无限自我启蒙进程。基此基本判断和信念，法学历史主义重申奠立于法治基础之上的全体公民政治上和平共处的可能性，其所营造的以公民相互立法为枢机的人的联合的必要性，以及必将造就一个正派社会和良善人生的现实性。

**关键词** 法律的历史性 法学历史主义 历史认识 历史理性 历史法学 汉语法学 邦国政治

历史性是法律的基本品性，也是人性的基本方面。省思这一品性，进而体察人性，由此形成了一种特定的法学理路，也是一种具体的法学立场和法学方法论。它不是别的，就是法学历史主义，历史法学是它的理论形态。细言之，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。

\* 清华大学法学院教授。

由此,所谓历史法学实是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,一种为何法律是一种历史性存在的历史意识,从而其本身即作为一种历史理性,关于历史存在的当下省思和有关法律未来的文化观察,从而,对于人世善好的一种积极期待。也因此,法学历史主义是关于这一历史认识的法学理论形态,同时也就是关于这一历史认识的意识形态,而构成法学—历史的精神现象。

本文秉此立场和命意,兼采描述、解释与建构三种进路,藉由六大命题描述法律的历史性入手,解释法学历史主义的基本含义与历史方法的法学意义与政治意义,由此尝试一种历史法学的汉语文明进路,即基于比较文化和多元历史视野的中国法的过往理路而解释法律的意义特征,一种关于特定人世生活和人间秩序的特定时间意象。经此努力,为营造基于深切历史感的新型华夏邦国政治提供历史理性,为奠立于现代中国文明的法制体系提供伦理—政治意识,而为百年中国转型收束。

## 一、历史主义与历史法学

对于法律的历史性格的描述,主要是近代历史主义兴起后的学术作业。经此作业,历史法学理路兴焉,法学历史主义成焉。因而,简要梳理一下历史主义和历史法学的历史牵连和理论脉络,二者内在理念的交集和转圜,有助于在一个较为宏大的背景中省视这一主题。是的,历史意识是人类的基本心智,也是一种普遍人性,在某些历史学家看来,甚至是惟一的人性。作为此种心智的对象化结果和此种人性的理论化映像,历史主义主要源起于近代欧洲地中海文明,在18世纪前后逐渐成型,于19世纪获得了辉煌的理论进展,几乎宰制了包括马克思主义在内的整个欧洲的思想文化。<sup>[1]</sup>在历史主义看来,举凡人生与人心,文化、政治和价值,民族、社会与国家,它们无一不是历史现象,也无一不诉诸历史理性方始有望获得确解。而且,连历史解释本身也是历史性的、行进于具体时间段落中的认识进程,因而其发展性与多元性决定了真理本身是一个开放体系。由此,人事和人世是一种

[1] 1879年,德国哲学史家卡尔·维尔纳(Karl Weiner)在一部关于维柯的著作(*Giambattista Vico als Philosoph et Gelehrter Forscher*)中首次使用了“历史主义”(Historismus)这一表述。在他看来,维柯的《新科学》主张,人类成长于历史,从而创造了历史,因而除了历史,人类精神便茫无所知。英语世界早期使用 *historism* 一词表达上述德语的含义,1930年代后以 *historicism* 取而代之,表述的是从意大利语引入英语的历史主义内涵。意大利历史学家克罗齐和卡洛·安托尼等人笔下的 *storicismo*,较诸德语的 *Historismus*,更具黑格尔哲学意味。有关德语世界历史主义一词的演变历史,参见 Ehrlich Reuter 发表于《德语词汇研究》(*Zeitschrift für deutsche Wortforschung* 16 [1960] m pp, 3-6)上的“Das Wort ‘Historismus’”一文;有关英语中这一词汇的含义,参见 Dwight E. Lee and Robert N. Beck, “The meaning of ‘historicism’”,载见 *American Historical Review* 59 (1953-1954), pp.568-577;有关意大利语中这一词汇的含义,参见 Pietro Rossi 的《当代哲学中的历史与历史主义》(*Storia e Storicismo nella Filosofia Contemporanea*, Milano 1960)。翻译为中文的西学著述中,列奥·施特劳斯的《自然权利与历史》、卡尔·波普的《历史主义的贫困》,以及卡洛·安托尼的《历史主义》和格奥尔格·伊格尔斯的《德国的历史观》,对此均有一定篇幅的介绍和各具见解的解析。

兼具多元真实性、有价值有意义的过程,并呈现为各具特性的逻辑原则。经由体会人世生活的多样性和个体性,才会抽绎出历史演进的统一性和一般性,历史由此而展现出自己的普遍理性。换言之,所谓的理性是在历史中获得陈述的,并在历史解释中获得成熟的。进而,通常的所谓理性从不抽象地展现自己,毋宁,总是在纷繁具体的历史进程中表达自己的不变本质,道出了精神本身经由历史而获得解放的热切信仰。

事实上,经由历史主义对于自然法秩序和法国式启蒙理性的反拨,特别是经过德国历史主义的洗礼,人类历史从绝对的理性秩序,变成了具有丰富性和多样性的独特过程,一个异彩斑斓的多元文化景观。同时,又是一个展现出真正价值和神圣意愿的人类精神现象学。因而,历史不仅是一个仁慈的过程,如赫尔德所言,更是真正价值的中心。人类的认识能力足以体会这一切,人类的德性也足以承受这一切;确保世界及其历史过程真正成为理性的、有意义的进程,其所仰赖的正是对于人性及其现实展开的多元主义的讴歌和承认。在此,所谓的历史是一个人类拥有并体现其价值和尊严的宏伟而温暖的结构,历史主义从而成为通向普遍人类智慧的康庄大道。

此种历史主义思潮笼罩着现代早期的欧洲思想,构成了彼时彼地思想场域的重要面相,而反映在包括法学在内的一切心智活动之中,也是法律理性之获得恰切解释的重要线索。尤其是在德国心智中,这一点获得了最为系统也最为激进的表述。当其时,整个欧洲心智,无论是相对保守的思想家,抑或是倾向于自由主义价值取向的理论家,乃至十九世纪的实证主义社会学理论,诸如奥古斯特·孔德和赫伯特·斯宾塞等人,都于返身回顾自家民族历史来追索自由的根源,经由归纳所谓的历史规律来建立法律体系的历史谱系。“自然状态”或者“自然秩序”一时间成为诸家立说的逻辑起点,如同“人类远古之渺不可寻的时代”如何成为迈步思旅之逻辑起点一样,揭示的其实是思想理论的展开必得依恃于一种历史起点的方法论转向,正说明申说理性和秩序的自然法学,不敌热情礼赞价值多样性的个体主义的历史取径之切合时代。〔2〕

其间,维柯的《新科学》蔚为近世历史主义的开山性作品,也是历史法学的嚆矢之作。中经伏尔泰、孟德斯鸠的法国式历史思想的浸润,休谟、吉本和伯克的英国式历史理性的沾溉与丰富,再至莱辛、赫尔德和歌德、洪堡、特勒尔奇、兰克一脉承续的“普鲁士学派”的庚扬,历史主义和历史哲学成为一种主流理论和主导性方法。其间,仅就法学而言,以萨维尼为代表,历经四代人接续努力而蔚然大观的德国历史法学派,将此推向全盛,并由此决定了这一近代人类的“精神革命”之必然盛极而衰。萨氏经由驳论德国是否应当制定一部统一的民法典起始,揭示了特定国族的历史传承和文化属性对其求生与发展路径的决定性影响,深刻阐明了这一真理,即所谓的法律,不外是特定地域人群的生存智慧与历史凝成的生活方式的规则形式,其本质在于“人类生活本身”。而这个大写的人类生活,首先是而且永远总是表现为特定的民族的生活,一种地域性的生活方式,因而,“真正的法律是民族的固有意志”,“民族的共同意识乃是法律的

〔2〕 有鉴于此,参见(德)弗里德里希·梅尼克:《历史主义的兴起》,陆月宏译,译林出版社2009年版。

特定居所。”〔3〕这是历史法学的基本纲领,也是有关法的历史性格的问题索引,而反映在启发历史主义解释法律的历史性格的下述交互阐联的主要问题意识之中,它们也是本文后续章节所要一一阐释的主要理论命题。

首先,关于基本人性和世界的历史性格的体认。历史主义肯认人性是一种历史存在,人类理性也是一种历史地成长和多元展现的普遍存在。由此,人类生活本质上是内在于历史之中的,世界成为一阙在时间之旅中咏颂的人道主义赞歌。实际上,在诸如后来的西班牙历史学家奥尔特加·加塞特的激进表述中,除开其历史性,根本就不存在什么人性。正因为世界的历史性,因此,对于包括法律体系在内的世界的认识和改良,同样需要遵循历史主义的渐进理路和个性化道路。习俗、传统和礼仪之为立法的渊源,而立法首先是一个诉诸民族心灵的精神进程,其因在此。

其次,法律的基本品性在于其历史性。通常所谓的法律,不外是特定地域人群的生存智慧,也是特定生活方式的规则形式,而它们无一不是在漫漫时间中层累地自然成长的。如萨维尼所言,“法律并无什么可得自我圆融自洽的存在,相反,其本质乃为人类生活本身。”〔4〕而这个大写的人类生活,首先而且永远总是表现为特定的国族的生活。正是国族的历史所凝聚、沉积的全体居民的内在信念与外在行为方式,决定了其法律规则的意义与形式。经由漫长的历史之轮的砥砺,法律与民族情感和民族意识逐渐调适,契合不悖,融和无间,从而赋予法律以自在自为的功用与价值,而法的功用和价值也正在于表现和褒扬民族情感与民族意识。法律因而成为民族历史凝成的生活方式的规则形式。进而,法律精神,一如民族的性格和情感,涵蕴并存在于历史之中,其必经由历史,才能发现,也只有经由历史,才能保存和广大。“历史,即便是一个民族的幼年,都永远是一位值得敬重的导师。”〔5〕只有通过历史,才能与民族的初始状态保持生动的联系,而丧失了这一联系,也就丧失了每一民族的精神生活中最为宝贵的部分。〔6〕有关于此,本文第二节将详予阐论。

再次,对应于上述法律的历史性,关于法律的历史认识同样是一个个体化的、历史地成长的心灵立场。其当回答的问题包括:作为特定文明的历史叙事,在本体论与认识论意义上,法律在历史中的形态、与特定历史过程的关系,关于它们的知识形态的法学认识的品性,以及法律至上和人世善好期待等。对于上述问题的回应,形成了法学历史主义的基本理论主张,要旨不外申说任何法律都是充盈着法律史记忆的规范形态,而法学历史主义是一种反思性的开放解释体系。从而,以历史理性塑造法律理性,在具体文明中实现普世精神的自由创造,在时间之维中化解围绕公义而产生的道德紧张,以公民相互立法实现人类政治上的和平共处。

〔3〕 泛译(德)弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社2001版。中文世界有关历史法学的系统研究,参见谢鸿飞:《法律与历史:体系化法史学与法律历史社会学》,北京大学出版社2012年版。资料文本参见许章润:《萨维尼与历史法学派》,广西师范大学出版社2004年版。

〔4〕 同上注,页24。

〔5〕 同上注,页86。

〔6〕 参见许章润:“民族的自然言说——萨维尼与蒂博的论战、法典化及其他”,载许章润:《法学家的智慧》,清华大学出版社2004年版,页137—153。

最后,关于法学的历史主义的道德热情和政治理想。一方面,法学历史主义以法律的历史理论为径,正在于提示和试炼奠立于此基础之上的法意体系,从而以深切的历史感充实法意内涵,提炼现代法制的义理结构。在此,特别是具有深切历史文化感的正义论,需要成熟的历史观、文化观和国族观,以形成其伦理—政治意识为核心。另一方面,借历史理性武装国家理性,由国家理性引导现代国家,同时,通过政治来组织政制,进而改善国家内政,于历史省思中为政治积德,期期于实现善好政治,最终经由尊严政治和承认政治,归结为对于自由的护持。法学历史主义在此着重强调的是,立基于历史文化传统的法治体系具有高于现实政治势力的权威性,人类历史必定是一个趋向善好展开的无限自我启蒙进程。政治和法律由此纠联一体,而统辖于法律的历史性格。

上述四大问题意识及其理论回应,构成了历史主义启发、下落于历史法学的基本论域,而演绎出关于法律的历史性、法学的历史理性和政治情怀的知识、学理和思想的百年活剧。

## 二、法律的历史性

法律具有自己的发育、成长和消亡的完整过程,同时并承载着语境性的民族文化嘱托,这一过程因而成为一种精神的成长史。另一方面,不同的时代和地域养育出各自的法制与法意,护持着自己的生活方式,表明人类精神是一个复数,具有多元的性格。进而,它们以各自的独特表现形式,映证着人性的丰富多彩和人事的斑斓多姿,造成了人世的纷繁复杂。历史养育了这一多元性,并且历史的介入使得基于多元性的道德紧张获得了文化张力,同时此种文化张力纾解其道德紧张而护持这一多元性,而使所谓的自由成为可能。

在此,正如历史是人类的一个直接经验,法律的历史性同样诉诸人类的直接经验,而形诸自己的理论形态,并终究成为生活方式的有机内涵。这里,综理其绪,着力揭示下述六个面相,以六大命题来呈现其主要意涵。

**命题一:**历史是人类存在的时间表征,是人世及其秩序的时间意象,而恰为人事特征。若无人事,便无历史,自然存在当并且仅当成为人事背景时才具有历史意义。在此,法律作为一种人间事务,以规范人事而造福人世,料理人生而照拂人心,反映了并塑造着特定的生活方式,具象表征着存在于时间之中的人类存在的时间性。

“存在于时间之中的人类存在的时间性”,意味着自然时光经由人事介入而变成历史时间,有了属人性,人世活剧由此成为一个个时间段落。所谓“短暂的十九世纪”与“漫长的二十世纪”这样的时间段落理解,西方法史中有关十二世纪的“教皇革命”与现代法制的因果关联的义理性说明,均属于这种历史时间。不是自然时间,而是历史时间赋予人的存在以时间性,进而赋予存在以存在性,世界具有了世界性。这是历史法学和法学历史主义的一个基本理论基点。

具体而言,法律是人类存在的规范形式,人事由此度集而成人世,人世藉此而成人间秩序。人生奠立于此,人心安顿于此,后者于照看它们的同时,提炼自己的意义形态。因此,包括法制和法意在内,历史构成了一切人世生活及其规范形式的存在形态。换言之,法制和法意,包括现实的法律及其法理,均为一种历史性存在,而一部法律史本身就包含了现实法制的蓬勃过程

在内。毋宁,后者是一种当下具象展现的历史进程。在此,一如人的历史性,法律的历史性奠基于一个基本事实,即它是历史的产物,也是历史本身。所谓法律自历史而来,陈述的是特定时空的生活创造了它的法律,并且仅仅是它的法律。因而,自古以来,法律如同政治,总是讲一口方言。纵便今日全球化蔚为时势,却并未改变这一整体格局。在历史法学视野中,追问历史为何,答案是即此法律,当然不止于此;追问法律为何,即此生活方式的时空节点,一片一段的人世而已。换言之,法律即特定时空的生活方式和人间秩序,特定时空的生活方式和人间秩序凝练而成自家的规范形态,表现为自己成长的时间过程,就是所谓的法律,或者,法制体系。

也就因此,根据法律体系,特别是法典化的法制形态,一般而言,当可还原其所规制的人世生活形态,其所笼罩的人间秩序。古典中国律令格式的法律体系,模拟着人世生活,载述了并规制着其人其事,而构建出自己的规范形态,最好不过地说明了此种“事实与规范”的影像关系。例如,根据《唐律》及其疏议,结合浩繁判令,大致可以还原有唐一代的人世状态和人间情貌,法典不过是它们的静止、物化和抽象的完型。正如依据《拿破仑法典》可窥十九世纪前后的法兰西人世治理之道与人事伦理所在,梳理出其情理与道理所向。其他世代和法系,皆可类推。因此,不妨说,所有的法律亦即具体某一时空的法律,属于时间的某一片断,否则无法存身,也没有意义;人世种种,亦即法律的自我展现与实现,而且总是诉诸具体的、特定的规则形态。在此,法律的历史性即法律在时间中的片断性,也就是人生和人心的世俗成像。片断连缀成行,蔚为一时代,而法律总是特定时代的,并且构成了特定时代。罗马的法典,希腊城邦的宪制,殷周之礼乐,煌煌杂杂的普通法,百年转型的现代中国法制和法意,凡此种种,源于一时代,蔚为一时代,恰成所谓历史,而归于历史。

具例而言,春秋末战国初,下迄秦汉三四百年间转型时段,法家的“为政以法”之变形为“物化的治道”,终究为儒法一体、德主刑辅的“德化的治道”所取替,典型地说明了法律的历史性深嵌于自己的时代性,而为此一时代政道和治道之表征,并反过来深刻地影响了其所置身的人间秩序。本来,先秦儒家“德化的治道”在于亲亲尊尊,在于正德、利用而厚生,以造就法天成德、各正性命之善果。其以性情为本,落于伦常,形诸礼乐,致臻仁义,而全部的枢机在于“德”之一字。另一方面,遭逢乱世,存身惟托势力,则法家因应时需,决然拨转,一时间以基于“干慧”的“客观的理智”取而代之,终成霸业,亦且势所必然。

其间的枢机就在于法家首先向“客观方面的共同事务领域”用心,“共同事务领域”的特点恰恰在于抽象与一般,适为兼具普遍性和一般性的法制之用武之地。基此,法家的运思达臻政治境界,谅非虚言。但是,自“道法的天下”而至“道术的治理”,乃至于再进一步,萎缩为“君术”二字,干脆赤裸裸为“物化的治道”,特别是将人性贬谪为“一个黑暗的、无光无热的、干涸的理智”,如牟宗三先生所言,“将魔性彻底透出,”则其反历史、反人性、反政治,自不待言,而终究不数年而亡。<sup>〔7〕</sup>吴经熊先生痛斥韩非、商鞅者流主张偏激,“结果不但不道德,而且落于刻薄寡恩、作法自毙的终局。他们的主张,是违反天理、不近人情的。所以虽然能致富强于一时,结果

〔7〕 此处“德化的治道”与“物化的治道”,以及括号内的引文,均借用牟宗三先生的用语和命意。具体阐释,参见牟宗三:《政道与治道》,广西师范大学出版社2006年版,第2章。

还是一发如雷,一败如灰。所谓‘法家’实在是真正法治的罪人。”〔8〕至少在伦理层面,“刻薄寡恩”,正为其病所在。此后两千年间,再未沿用此道,偶或冒头,却渐沦为偏锋,从国史长河看,终为转瞬之间,也就不足为奇了。周公对成王的诰辞中回溯殷周之变,感慨商纣倒行逆施,“愍惟羞刑暴德之人,同于阙邦;乃惟庶习逸德之人,同于阙政”,终至天怨人怒,“乃怍我有夏式商受命,奄甸万姓”(《尚书·立政》),用于此处以状“物化的治道”终为儒法一体、德主刑辅的治道所取替,两千年里之湮滞不彰,亦称恰切。

因而,汉承秦制,惟奉黄老,再转为儒法合体,终于奠定中国式古典帝制治道,德主刑辅遂成一以贯之的立法思想。今天回溯其间的一转再转,可以窥见其时人事和人世的情貌,大致复原当时的人生和人心矣。——这一切,就是所谓的时间,一种属人的存在形态。

**命题二:**法律是一种生活方式,构成特定邦国的人世规范。重申法律的民族精神,不仅在于揭示特定民族的生活经验教导自己选择特定的生活方式,其使命与天命,而且,恰恰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。同时,法律以善好与正义为鹄的,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。

法律的历史性意味着法律是并且从来都是一种特定的生活方式。换言之,法律是而且永远是一种地域性的人世规则,构成特定人间秩序的重要一环。作为特定人间秩序即特定文明类型和时代的产物,法律同时在它们身上烙上自己的深深印记,在迫使自己成为某一时代的规范、某一文化的承载者乃至阐释者的同时,以某一种语言表达,最终属于某一种人世生活,并构成了某种人世生活。无论是城邦的宪制、帝国的大典抑或朝邦的律令,它们在网罗和规范特定疆域内的人世生活的同时,承载着并且构成了这一人世生活,而赋予其秩序形态。就晚近情形而论,民族国家蔚为普世国家形态和政治共同体形式,笼罩于一切政治组织方式和市民生活方式之上,恰为一种法律共同体。越是成熟的民族国家,越益体现出此种共同体属性。民族国家以民族精神立国,而正是在此,如果借用德国哲学家黑格尔所谓历史讲述的是“民族精神”的所作所为的话,那么,法律的历史性向度恰恰在于揭示“民族精神”,以规范体系落实并映证着“民族精神”。充盈着民族精神的法律才是具有生命力的规范,也才可能转化为普世规范。转借古希腊的谚语“上帝以几何学规范了全世界”,不妨说“上天以法律安排着人世”,此处之“上天”非他,特定文明者也,特定国族者也,甚至于可以说即此“民族精神”者也。——这样说并不等于赋予民族精神以任何神秘的超越性,更非奉如神圣,任由其宰制个体生命的自由选择 and 基于选择的创造力,毋宁,旨在说明历史性观照下的特定人世生活孕育了自家的心性和心智,它们积淀和凝练为有别于肉身的精神,支撑着此方水土的生聚存息,因而,无法回避,更不容抹煞。它们作为一种初始条件,静默无声,参与甚至决定着当下人世生活。因此,追溯人事格局和人世

〔8〕 本此一贯学思,吴先生才会在给法科学学生的演讲中,以“现在法律学生底最重大的问题,就是:如何能使法律主义通行,而同时免脱刻薄寡恩的流弊”作为结语。分别参见吴经熊:“正义的探讨”、“唐以前法律思想底发展”,载吴经熊:《法律哲学研究》,清华大学出版社2004年版,页21、77-78。

治理,则此法权安排的背后俨然标立着更高的精神向度,一种作为历史存在的现实条件,昭然若揭。

因此,所谓的“法律”,或者,任何的“法律”,总是特定文明或者国族的生活样式,“民族精神”、“人世生活”或者法律的“精神过程”也总是具体的、特定的、情境性的、甚至于种属的。就是说,历史是人类的一种直接经验,没有任何一种抽象或者分析能够脱离其历史语境却竟然独立存在,如同柏林所说,“每一种思想都不仅仅属于某个环境,它同时还属于某个特定的人,以及由其他思想构成的、一种不只是形式上获得规定的前后关系。”<sup>[9]</sup>极端而言,哲学的主题也应当是历史性的,也就是特定情境下兼具多元开放的沟通善意的思想对话。因而,对于“民族精神”的肯认和阐扬,不是在宣扬一种独断论的历史主义,毋宁,其所显示的恰恰是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了一切独断论政治的破产。就是说,历史本身是没有脚本的,其行进自有轨迹,却非命定。法学历史主义和历史决定论的根本区别在于,它坚守这一信念,因而,将法律的正当性诉诸道德的超越性,归诸天道天理的自然之法,而天道天理自在世道人心,循依人情和世情,却又绝然超绝于俗世。因而,一方面,还如柏林所言,“对于个人良知绝对的坚守可以让历史在它面前屈服。”<sup>[10]</sup>另一方面,良知之获秉良能,却恰恰见诸道德发育的历史性。从而,坚守历史性生成的法律发生论和价值观,才获得了普天之下多元开放沟通的可能性。吉卜林诗句所咏“东方是东方,西方是西方,它们永远也不会汇合”,只有在此,也仅仅在此意义上,才不致流于思想的死结。

也就因此,法学历史主义坚认,个体虽然渺小,但却兼具文化选择的权利,同时,具有道德抉择的能力并担负起做出抉择的责任。法制和法意作为一种多元性的历史存在,本身就要求立法以并且只能以当下时空的正义为准绳,永远以善法为鹄的。而善的歧义和冲突,使得这一过程必定是一种利益权衡与义理展开的比较文化作业,只有上引至普世公理和一般人类情怀,方能一见分晓。天道义理和俗世人生,在此交集而计较,时刻考验着历史理性的良知良能,让人类良知永远不得安生。也正是在此,如意大利历史学家克罗齐所言,“历史学有助于在真理的平静中化解道德意识的忧患。”<sup>[11]</sup>法学历史主义及其历史法学遂有其用武之地。同时,它要求司法过程在错综交结甚至自相矛盾的社会关系和规范之网中,慎重遴选判决理据,展现审慎与决断的美德,同样悉以情境正义为依归。任何情境都是历史场景。而无论分处何种情形,当事者之无法回避文化选择和道德抉择,固无疑义。否则,等于回避或者刻意遗忘自身存在的历史性格。而不是别的,历史性恰恰是人事和人世的先天禀赋,从而,一份重负。有鉴于此,本文第三节还将论及。

**命题三:**法律本身不仅是人世生活的时间意象,同时是关于人世生活之法权安排的精神过程。因此,法律的历史性即法律的知识、理论、学说、思想、理念、价值乃至信仰的消长过

[9] (加)迈克尔·伊格纳季耶夫:《柏林传》,罗妍莉译,译林出版社2001年版,页114。

[10] “以赛亚·柏林致琼·弗拉德”,1975年7月31日,转引自(加)迈克尔·伊格纳季耶夫:《柏林传》,罗妍莉译,译林出版社2001年版,页226

[11] (意)贝内德托·克罗齐:《作为思想和行动的历史》,田时纲译,商务印书馆2012年版,页152。

程,其与法律文本、事件、制度和人物互为表里,蔚为法律文明,而成一精神现象学。

在一切法制的背后,总是含蕴着自家的法意,构成了法制的精神世界。究其原因,一个基本事实是,正像人类历史即文明史,人类的思想赋予自然过程以历史性,因而一部人类历史即人类思想史,所谓的技术、习俗、礼仪、道德、法律和宗教等人世规范,均为基于“人文动机”的创造物。<sup>[12]</sup>换言之,法制不过是特定文明类型的人群大我基于洒扫应对的实际需要之善予措置,经由立法技术落实为规范形态而已。对于其形貌、性状、过程等“历史”的探究,就是对于其“为何如此”、“怎样如此”等“人文动机”的复原,也就是历史家在自己的心中对于它的“重温”,进而“重构”,乃至有所“发见”。“应否如此”由此提上议事日程,“若非……必将……”与“既然……当然……”,诸如此类,其实演绎的是特定情境下人类选择的可能性,而使特定史事翻转连接着浩瀚世事,往昔人世顿在眼前,策励当下,增益启明。因而,叙述和解释,构成了历史学的二重任务,也是历史认识的主要形式。人性、人类精神本是统一的,人类能够借助自身的自然禀赋来表达此种统一性。在此努力表达过程中,人的自然禀赋获得了磨砺和韬扬。经此作业,历史获得了历史性,法意遂成法律精神的成长史。

的确,对于事件或者制度的描述就是对于当事者心灵与精神的重温过程,后来人等于重走一遍这一“心路历程”,而可能设身处地,进而“悬想世事,遥体人情”。历史家以今人之心通古人之意,设其身,处其地,如寅恪先生所言,对于古人立说之用意与对象,“必神游冥想,与立说之古人,处于同一境界,而对于其所持论所以不得不如是之苦心孤诣,表一种之同情”,<sup>[13]</sup>始谓“真了解”。不惟古制,事实上,对于任何法制安排的理解,均需要这一基于其人文动机的“同情地理解”的过程,一种精神的自我复明与启明的反复试炼。

此种情形,大约亦即法国哲学家雷蒙·阿隆在解释俾斯麦篡改埃姆斯电报以挑起普法战争,或者美国出兵南越的原因时所说的,“为了解一个政治行为,史学家要试着重构这个行为人的政治或精神世界,还可以说:他试着去把握行为人的看世界的方式。”<sup>[14]</sup>换言之,此即历史认识的所谓的“批判的想象力”。<sup>[15]</sup>人类关于法律的知识、理论、学说、思想、理念、价值乃至信仰,由此获得沿承与发展,人间秩序的规范性向度,其中即包括法律之维,遂成为人性的要素之一。从而,天命自在人心,法意亦即人情。

此种情形,遍见中西法史。即以古典中国为例,自汉以还,“亲亲得相首匿”即成定制。隋唐两代,均奉“同居相为隐”为基本法律原则,后世迭相沿承,将德刑关系演绎为人类伦理的辨

[12] 关于“人文动机”,参见何兆武:“历史学两重性片论”,《史学理论研究》1998年第1期。英国史学大家柯林武德亦曾指陈:“一个自然过程是各种事件的过程,一个历史过程则是各种思想的过程。”因而,历史学所要根本查究的不是“历史事件”的“外部”,或者说不止于“外部”,而是“内部”,即人类的思想过程。以上引文见柯林武德:《历史的观念》,何兆武译,商务印书馆1997年版,页300、304。

[13] 陈寅恪:“冯友兰《中国哲学史》上册审查报告”,载陈寅恪:《陈寅恪史学论文选集》,上海古籍出版社1992年版,页507。

[14] (法)雷蒙·阿隆:《论治史——法兰西学院课程》,冯学俊、吴泓渺译,三联书店2003年版,页155。

[15] 参见(英)卡尔·波普:《无穷的探索——思想自传》,邱仁宗、段娟译,福建人民出版社1984年版,页45。

证历史。此不惟古典中国,中西诸国,古今多所类似。“夫妻得免于当庭指证对方犯罪的法律义务”条款,一例而已。其间原因,盖在于人类情感基于血缘和亲缘,凝集为基本人伦,关乎人之为人的底线,摧残此种关系和情感,无异于人类在道德上自掘坟墓,也与法制安排的初衷大相刺谬。再往前,孔子听说楚人秉直检举乃父偷羊,遂感喟“吾党之直者异于是:父为子隐,子为父隐,直在其中矣!”就在于感觉到护持人类的基本关系、基本信用和基本情感,是整个人事和人世得以存身的根本,而关乎善德与仁义,由此善德与仁义,方有“各正性命”之法理应然和人生理想境界。人伦不存,则法意荡然,而法制隳然矣!所谓“志善而违于法者免,志恶而合于法者诛”,道尽了此间立法的旨意。此为“亲亲得相为隐”律条的“法律推理”和“人文动机”,将法律史的精神现象学及其思想史品性,和盘托出。

**命题四:** 法律的历史性意味着法律借助自己的知识系统和思想体系,即法学,准确而言是历史法学及其法学历史主义,而获得了思考过去并有选择地遗忘的可能性,从而赋予自己以观照当下、创造未来的能力。

正是法学这种特定的人类精神体系将法律当作对象并试图引导其进程,因而,法律的历史性归根到底展现的是人类借助规则来安排人世生活之精神现象的传承与嬗变,法学历史主义成为理解法律、解释人间秩序的一种知识进路,一种理论立场,也是一种思想姿态。从而,所谓的“法律精神”不过是借助法学这一思想形式而展现的特定时代与文明类型的时代意义,也可以说就是一种所谓的“民族精神”。就此而言,法学历史主义或者历史法学乃是在思想中把握的时代,在思想中再现的时代的法律生活。如果说法律传统的基本属性是法律史,那么,法学传统的基本属性即法学史;迄今为止,如本文第二节将要论述的,法学依然基本上是一种解释学,而此“解释”通常即为一种对于法律的历史解释。

在此,如果说对于古典罗马法的研究是近代欧洲文明复兴的酵母,犹太律的习得与明了,其中主要是婚姻家庭法和诸如 *Bet Din* 之类的商贸仲裁机制,主要也是经由法律史的研究而获得的,经由温习犹太人的历史来进行裁决的,<sup>[16]</sup>更多地旨在传承以开新的话,那么,中国清末展开的大规模移植西方法制和法意的文化更张,则是以“有选择的遗忘”来弃旧开新,希望经由法律的彻底更张以推展现代立国进程。从此,中国进入了一个“古今中西”的大时代,需要开启与此相配套的心意和法意。既然任何法制史都是法律的精神现象学,则“弃旧开新”终归只能以“返本开新”来实现。此于中国这一浩瀚文明时空而言,更且不言而喻。因而,汉语法学的新型法意之卓然成长于百年中国的转型时段,并为此法制转型提供理论说明和义理支撑,总是以对于中西法制的历史观照为辅助的。不妨说,吾国历史三千年中,除开先秦诸子之辨,法意之争以此百年为甚,而义理规模和内涵曲奥益且甚之,讲述的正为法制藉由法意而成长的历史性格。今日中国转型尚未完成,有待收束,则此种“返本开新”的历史法学作业职责益且深重,

[16] 有关于此,参见(以)戴维·包恒(David C. Buxbaum):“法律史学科对于统一法、欧洲法、中国法和以色列法的影响的一些例子”,载“法律史学科发展国际学术研讨会”会议论文(北京,2005年11月26—27日)。另参见 David C. Buxbaum, *Contract Law in China and Israel: A Comparative Perspective*, 载张中秋编:《中国与以色列法律文化国际学术研讨会文集》,中国政法大学出版社2005年版,页367以下。

并且逐渐凝成法意共识，正为渐入常态政治的历史条件烙于自己意义世界的法意表象矣！

**命题五：**总体而言，法律主要基于经验，准确地说，是基于历史经验，而非理性。实际上，一切人性体悟与心智感知既成“经验”，就意味着其为历史存在，人的当下存在本身进入了历史。否则，等于否认人类具有经由世代而自我积累的禀赋，则今日的一切，包括累世积攒而成的法制体系，将不复存在。

法律是一切人类的普遍治理形式，不论其展现为何种形态；也是一切文明的制度表达，同样不论其持取何种制度形式和价值取向；更是一切人类的精神现象，而构成整体心智不可或缺的组成要素。就晚近人世而言，主流的情形是法治成为现代国家的治理方式，法律之治是现代国家治理的基本手段。此即所谓“法律文明秩序”，一种源自现代西方治道，而扩及全球的以现代性为指向的生活方式。究其智慧，则源于历史经验，而非理性，或者，不仅仅是理性，因其本质上是一种实践的智慧，其基本功效在于经由“观俗立法”而提供规则，形成秩序，满足安全，而前提则是所有的法律必须获得一体遵行。正是这一品性，决定了所有法律的最高宗旨是公平和正义，最低目标是秩序，而不论这是一种什么样的秩序。何谓公平正义？如何实现公平正义？什么样的秩序是可选的？如何达致这种秩序？需要立法者对于法律及其功效进行全面而明智的衡估，于不断审视中细予措置，精准立废，而常常是以时间作为筛选机制而渐臻佳境的。在此，他们最须尊重的是两种无形的力量：判断力与平衡感，而它们同样积淀于人身历练，多半由经验形成，由经验优化，其中包括历史经验，甚至主要就是历史经验。——一种基于时间纵深的洞识甚至直觉。这样来理解普通法意义上的“法律的生命是经验，而非逻辑”，便多了一些纵深感。<sup>〔17〕</sup>

最为根本的是，纵便有关公平、正义和秩序的体系化理论脱离了经验形态，以高度理性化的形式为一个民族提供了自己的致思进路和解释系统，如同本文此刻对于法学历史主义的说明努力一样，而且，一个民族及其法意体系也必得拥有这样的公器方能于生活实践层面实现自恰，但是，无论就法律的发生论、认识论还是实践论而言，有关它们的最初启示必定是经验形态的，而且源于经验，生发化育于累世积攒磨砺而获的经验；对于它们的诚意和效果的鉴定，同样更多地诉诸人身感受和心性体会，由此可能进入批判性反思境界，对于前者恰予修正，善予反拨。不论情形如何，这一作业必定是经由世代沿承，于具体而微的人事展示和人身示范中，或者说，在无数立法与司法的个案性累积中，渐成一种公理式的不言而喻。它们作为既有条件，启发和催育着接续而来的、同样立基于经验的法律规则与原则。法律是一个连续的历史过程，是一个奠立于世代性的生活经验的人间规则，其之为公而蔚然公理，正在于生活经验本身就是最好的筛选机制。已故美国法史学家哈罗德·伯尔曼喟言，“历史，即社会经验生活，可以为道德和政治的调和提供条件甚至起到推动作用，使二者结合在一起。实际上，法律也可以定义成

〔17〕 就此而言，“摸着石头过河”不仅是一种经验主义或者实用主义的态度，而且是一种历史主义的态度，以此诉诸立法以及其所内涵的规范与事实的关系，也可以说就是一种历史法学的态度。

根据经验对正义和秩序进行平衡。”<sup>[18]</sup>陈述的就是这一道理。因而,整体而言,就法制和法意的接受关系来看,它们全然属于经验性作业,并回到经验性日用伦常,这才是其本真而非理论性堆砌的历史面目,并且,从来悉数交由时间打发。

**命题六:**法律的历史性必须臻达历史理性,才能成为一种历史自觉,进而有望获得道德自觉,实现法理及其邦国的政治成熟。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。

这是最后一个命题。总结而言,法律的历史性沉积为法律的“历史理性”,以“历史理性”为内核的法学历史主义是一种以抽绎法律的历史理性为职志的理论作业。上文曾说,法律之治源于历史经验,而非理性,或者不仅仅是理性,但是,此处需要补充说明的是,法律的历史性展现为法学运思的经验性,而不止于经验性;一切成熟文明的法制和法意固然源于直接经验,却均以历史理性收束。越益成熟高韬的文明,其法制和法意越益兼具历史意识与历史精神。反之亦然。毕竟,人类是以变成历史存在而超越了自然属性,以道德存在诠释并丰盈着历史存在。因而,人的理性往往就是历史理性,人的存在即历史存在,历史性就是人性。离开历史性,即人性不复存在,也无法理解人性。法律作为人世规则和人间秩序,同时兼具逻辑理性和经验理性,但归根结底,它是孕育于并涵蕴于历史理性之中的逻辑理性,是以经验理性为基础的实践理性。整体而言,法律是历史理性、逻辑理性、道德理性和实践理性四位一体的统一体。<sup>[19]</sup>

这一情形,正如著名西班牙历史学家奥特伽·伽赛特所说:

人的存在和“本性”的唯一成份便是他曾经是什么。……人生惟有从历史理性的角度,才能获得一定程度的透明度。……我们只有征引前天才能说明昨天,并且如此类推到所有的昨天。历史是一个体系,是以一条单一的、不可抗拒的锁链联系在一起的人类经验的体系。因此,在历史上没有任何事物可能真正弄明白,直到一切事务弄明白为止。<sup>[20]</sup>

在此,“人类经验的体系”不仅是世代沿承意义上的,也遍及自然、社会和政治事务,并且贯通心智与心性的方方面面。在此人类经验的纵横体系中,法律的历史理性不仅是法律的历史性的升华,而且,法律的历史只有藉由历史理性的体认和梳理方始获得历史性,自家的身世从此获得明白的谱系,一如经由反思的存在方始获得了存在性。如果说关于思想本身的思想赋予自身以思想性,那么,具备深切历史感的法律才能是切实有效的活法,而蔚为人世准绳之立

[18] (美)哈罗德·伯尔曼:“迈向综合法学”,载哈罗德·伯尔曼:《信仰与法律:法律与宗教的复合》,姚建波译,中央编译出版社2011年版,页279。

[19] 有关论释,参见许章润:“法律、法学与法学家的中国语境”,《华东政法大学学报》2008年第1期;并参见笔者在“法意:人生与人心——一个基于中国经验与儒家立场的解释”中关于“三维四理”的阐释,该文为笔者《说法 活法 立法——关于法律之为一种人世生活方式及其意义》初版序言,清华大学出版社2004年版,页7以下。

[20] (西)奥特伽·伽赛特:“历史是一个体系”,何兆武译,载张文杰编:《历史的话语——现代西方历史哲学译文集》,广西师范大学出版社2002年版,页427—438、431、432、437。并参见孙雅婷:“骑士的信仰 奥尔特加·伽赛特的国家与宪政理论”,《民族主义与国家建构》(“历史法学”第一卷),法律出版社2008年版,页163以下。

法。以历史理性实现自我理论武装,是法学历史主义具有特殊理论解释力的原因所在,更是依然需要在“返本开新”的作业中最终完成的中国现代法治的时代意义。由此,历史不止是思想,同时,也是行动。历史认识就是一种行动方式,也是历史主体自我实现的思想进路。

### 三、历史认识与法学认识

法律的历史性决定了历史理性就是法律自己的精神现象,于主体则呈现为历史认识,或者,历史意识。换言之,即一种关于法的历史品性的法学认识,一种表现为历史理性的法律理性。对应于上述法律的历史性,关于法律的历史认识需要回答的问题包括:在本体论与认识论意义上,法在历史中的形态、与特定历史过程的关系,关于它们的知识形态的法学认识的品性,以及法律至上和人世善好期待等。对于上述问题的回应,形成了法学历史主义的基本理论主张。如果说“展现某一文明的真实性和独特性的最好方法就是让它发声”,<sup>[21]</sup>那么,在历史认识与法学认识所交贯构成的恢弘合唱中,法学历史主义就是关于法律的历史性的一个卓绝声部。

对应于上述法学历史主义命题,这里,它们呈现为下述六点理论主张。

#### (一)以历史理性塑造法律理性,在具体文明中实现普世精神的自由创造

首先,法学历史主义认为历史是本体,是实在界,其他一切均不过现象。实在皆历史,认识所向的一切领域,尤其是在人文社会领域,抛开历史便无真知。所谓“概念所教导的也必然就是历史所呈现的”这句黑格尔名言,<sup>[22]</sup>也可以反过来说“历史所呈现的就是理论所应当教导的”。两重意义相连,陈述的是历史逻辑对于主体意志的决定性,但其间透露的吊诡之处在于,人虽然是自由的,也正因为人是自由的,所以他将会在行动之后,也只有在行动之后,才能对于行动作出最终的判别;不是别的,正是人的自由本性决定了人在本质上是时间性的,也就是历史性的,因而,其教益来源于自家的历史。人类生活本质上内在于历史。正是在此意义上,如果借用上揭西班牙历史学家奥特伽·伽赛特“人没有本性而只有历史”这一命意,可以说法律作为人世的创造物,作为一种人间秩序,构成了特定文明与国族历史之现象界,其本性如果有的话,存在于并只存在于历史,亦即其所置身的特定文明和国族的发育成长过程之中。法制和法意,包括各种法律理论和学说及其道德理想,不是立法者与法学家的个人创造,毋宁,它们是历史精神的生产,立法者和法学家在此不过充任了创造过程的工具而已。进而言之,法律自身没有什么主体意志,如果有的话,也受制于其所涵蕴其中的特定国族与文明的历史逻辑。法律主体的自由意志仅仅在此时空才是自由的。马克思氏所谓法律自身没有历史,其历史存在于别处,即存在于特定社会生产关系之中这一论断,亦即对于这一法律历史主义立场的历史唯物论申说。

但是,正如克罗齐在“历史主义及其历史”中所言,马克思的神学唯物主义和历史主义“没

[21] 雷蒙,见前注[14],页116。

[22] (德)黑格尔,《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1982年版,页14。

有人道和自由的气息”，同普鲁士主义相比，它更加崇尚暴力；<sup>〔23〕</sup>而且，将一切人世历史纳入历史模式，等于阻塞了历史本体的活泼泼生命。不妨说，一旦将经济结构看作惟一真实的历史存在，马克思就否定了自己曾经具有的深切具体的历史感，而将社会主义作为一种以自然法为基础的“社会正义”理想引入历史文化，一种否认立基于抽象人性和一般自然法的集体主义平等理念。如此这般，抽离了恨爱情仇的历史本体论不过是干巴巴的历史决定论，缺乏对于庸常人世的深切同情的法权体系充其量只剩下宰制的威严。前者将历史本体掏空，后者则可能导致一个酷烈的现象界。二者均非善好人性所向，亦非善好社会的愿景，最大的教训在于抛弃了人类的普遍价值，误将具体的历史感等同于封闭的个体性，严重损毁了康德所说的“人类灵魂的优美和尊严”。可事实是，如同历史本身绝非无理性或者非理性的，相反，是一个逻辑的过程（是一个过程，但绝非就是逻辑），诸如历史性和民族观恰恰在于经由自由邦国的历史性构建而充分实现——倘若无法完全实现的话——人道与自由。道德理想由此置于历史的有限的但却是优先的位置，而这才是历史的确定性和真实性所在，也是法权安排与政制措置的分享的现象学逻辑前提，可能，也是它们获得意义源泉的分享的历史前提。因而，法学历史主义不是将自己束缚于神话和崇拜，将伦理价值投射到诸如国族及其历史等人的主体意识之外的超验实体并试图使之客体化，更非等于将人的良知良能拱手交由这些实体，恰恰相反，正是因为目睹人性嚣张，总是借口伸张创造性自由而任意摆布经由累世积攒方始形成的政制、法制和社会，防范其为所欲为，所以才将人性归结为历史性，以历史理性塑造法律理性。而无论是历史还是历史理性，它们都是具体文明所彰显的普世精神的自由创造。

## （二）法律是特定文明的历史叙事

的确，此处的历史，通常乃是特定的文明史，即特定文明传统及其历史叙事。一切现象均为历史的现象，因而只能在历史中才能获得解释，特别是只能在特定文明史的长程叙事中才能呈现出前后脉络，给出原因与答案。因而，法学历史主义不仅要求将“一切知识都是地方性知识”奉为圭臬，而且持取一种跨文明的宏阔与开放的进路。因为任何文明史是并且只是人类文明的一脉一流，所以，法学历史主义否定普遍主义的秩序要求与理性主义的法制建构，而强调于过程之中经由积累形成制度安排，达臻法制，进而，有可能造成诸如“法治”这样的结果。狂飙突进的历史转型时段，特定国族经由理性主义建构，强毅力行，企望于短时间内形成移植型法制和法意，事实证明，多半是一枕黄粱，而固有人生和人心于此所受涂炭，自不待言。但凡移植型法制落地生根，无一不是藉由时间筛选，于长时段人生磨砺中逐渐坐实，才纳入其固有文明，为其固有文明添加活力。固有文明经此吸纳，经过漫长的消化，不仅增大文明含量，而且充实文明内涵。如果消化不了，说明历史进程另有安排，强求不得。此就较为大型的文明而言，若果受体文明规模较小，实力较弱，一旦面对强势文明，便会于吸纳中为强势者所吸纳，乃至连固有语言文字亦且消失，最终沦为一个较大文明的外缘部分。但是，不论如何，它们均为时间的产儿，遵循着历史理性前行。如果说现代历史中“民族的起源来自于追求自由的动力”，那么，对于具体的、历史的过程的尊重，正是为了对抗独断和专横，捍卫人格中的深沉情感及其固

〔23〕 参见克罗齐，见前注〔11〕，页63。

有尊严。

其实，一切人间秩序无不循此机制而成，正如突破性的制度变革不过是体制性积累的爆发。抵制普遍主义的秩序要求与理性主义的法制建构，而重申“积累”之于“进步”的意义，其实是在重述一个历史事实，即包括法律文明在内的各种文明乃是长期累积地生成的，自有其内在的合理性。维科的名言“习惯比法律更重要”，置此语境下，便一目了然。以“革命”所标识的重大历史转型，仿佛瞬间爆发，于毫无预警间摧枯拉朽，其实，无不同样为此历史积累的产物。积累至此，需要突破，因而“革命”出头，政治发力——多半表现为酷烈战争和动荡时代，为历史开路。<sup>〔21〕</sup>政治登场的结果，往往靠法律上台来收拾，这时节，法律扮演的是不折不扣的“政治的晚礼服”。瞻前观后，各种因素若干世代里的渐次积累，才是真实原因。晚近三四百年间，英国光荣革命、美国独立战争、法国大革命、德国的另样现代性炼狱、漫长的苏俄革命和中国革命，以及眼下尚在进行之中的伊斯兰阿拉伯世界的百年革命转型，如同链环，串起时间，无一不是长期累积的结果，也无一不经历了长时段的自我积累过程。德国的转型下迄标志性的“1990年10月3日”方告收束，“德国问题”历经一百多年方始成为历史名词；中国的现代转型至晚启自“洋务运动”，至今超逾一个半世纪，尚未最终水落石出呢！经此积累，现象界的法制规范要么通盘留存，要么面目全非，同样无一不是其内在历史理性的产物。

进而，其衍生的次级主题就是法律与法制并无“进步”与否，而只有“适合”与否的问题。毕竟，法律或者法制旨在归置事实而规制生活，料理人事以服务人世，不过是一种打理日子、力争过好日子法子。人生和人心自有轨辙，法制配合拢来，为它们装点上现象界的流程。适合就好，反之，则为羸劣。也就因此，以“接轨”为“先进”，进而推动“改革开放”，可为一种话语策略和政治计谋，某种理性主义和理想主义的行动，却断非历史真理，更非道德真理。其实，许多时候，它们更多的是基于权力，而非文化的自我进程。“权力与文化”的分合，一如“政治与法律”的纠结，置此场域和历史时段，更加纤毫毕现，使得一切俗世法律，尤其是转型时段的一切立法，总是充盈着法律史记忆的规范形态。

### （三）任何法律都是充盈着法律史记忆的规范形态

现实的法律总是充盈着法律史记忆的规范形态，从而是对自己历史存在的当下展现形式——多多少少的记忆与选择性的当下展现。其间情形，正如每个当下个体都是现实存在与过往存在的统一，他身上所保留的昔日印记恰是构成其现代形态的存在依据，以此为凭，可以将前人的经历多少予以再现或者重组。歌德诗咏：“人的灵魂，你多么象水！人的命运，你多么象风！”凡此“风水”，正是人性的源泉，而“人性乃人性自身之作品”，一个经磨历劫方始后成的作品。法制和政制，历史理性的两种公共建构，都围绕着这部作品续写新篇章；政制的张力与法

〔24〕 笔者多次重申法制旨在护持“庸常人世”，就在于对于绝大多数人民而言，安宁和平、温饱有余乃至“小康”的庸常生活，就是最好的可欲的人生。太平世道，静好岁月，于其人生和人心，堪当胜境。此在现象界立论，而法制和政制恰恰就是现象界物事，不能任凭浪漫主义摆布。若在法意和政治立言，则道德理想具有优先历史地位。但是，二者界域必须厘清，否则，狂飙突进的诗人充当俗世的立法者和执政者，“数风流人物，还看今朝”，甚至“欲与天公试比高”，拿人世当作推进理想的试验品，以法律作为保障试验顺利进行的工具，则祸莫大焉。此类教训，寰球百年，多矣！

制的愿景,均于此生焉。——“章回小说”的意境用于此处,允称恰切。因此,从法学历史主义的叙事理路而言,运用历史方法研究法律并非只是对于既往法典律条、诉讼程序和重大案件的序列性叙述,亦非简单的文化史还原,而是对于一个时代法律概念的整体性的再现与统一性的重组。经此作业,重组一个法律的时代,一个曾经的人生与人心,实现“祖国的法律”和“法律的祖国”在当下的文化重叠与命脉延续。而且,历史的真实性常常表现为历史主体的人身经验,历史认识将它们客观化而呈现为历史真实及其意义特征。对于单一法律制度、事件或者某一个体法律思想研究的实质,如本文第一节所述,其实即在重温或者重构其“人文动机”,以呈现此种历史真实及其意义世界。

换言之,对于法律的现象、行为、制度实践或者理念的重构,以对于决定它们出生的生活世界的重构为条件,而“生活世界”中必然蕴含着某一时间节点的人们对于生活的态度,如何安排人事和人世的人生观与世界观,有关生死祸福的义理和审美等。因此,法学历史主义的一个最基本而直接的立论点是,“生活世界”是物质世界与价值世界的统一体,它们构成了“规范世界”的摹本,依从于并映现着它们的“意义世界”。生活世界、规范世界和意义世界的统一,构成了完整的世界图景。法典、律条和案件,立法者和司法者的法意境界,统摄于此生活世界、规范世界和意义世界,它们的统一与过渡,其实是对发生论意义上的法律的历史存在的类型化处理,也就是对于它们的现实化再现。如果说历史认识的目的旨在“指出如何从对身边世界的自发认识过渡到对不复存在的昔日世界的重构”,<sup>[25]</sup>那么,此刻法学历史主义对于法律的法律史记忆的重申,正在于梳理“事实与规范”的原始关联,确保规范世界对于生活世界的政治忠诚,于体现意义世界中延续现实法律的文化脉络。

前面曾说“多多少少的记忆与选择性的当下展现”,是基于这样一种历史情境而言的,即理想而言,任何现实法律都是其历史形态的当下再现,体现着这一文明的意义要求,延续了其所归依的文化脉络。此于不曾经受基于外来冲击才出现重大文明转型与文化断裂的国族而言,情形尤然。凡此幸运国族,其法制和法意的历史延续性,来源于并确保了生活世界的整合性与意义世界的完整性。反之,规范世界的重大转折必致生活世界手足失措,造成意义世界的价值错乱。有时候,此种历史时段绵延既久,以致于乱世求生,以不法为法,人生隳矣。此时此刻,则“记忆”与“展现”,当然只能是“多多少少”的和“选择性”的。普通法世界的情形基本属于前者,近世中华法系的变迁,绵延已经超逾一个半世纪,尚未到达尽头,概属后者。在前者,规范世界是生活世界的映像,而为意义世界的承载者,因而,经由意义的教化,即关于快乐和痛苦的正确约束的讲解,不仅是获取善的过程,而且本质上就是有关规范之如何得以施行的过程,印证了柏拉图在《法篇》中的言说:“教育实际上就是把儿童引导到由法律宣布为正当的规矩上来。”在后者,生活世界处于急速转型和生灭之间,意义世界有待于提炼和阐释,则规范世界更需要法学家于慎思明辨中酌情拟订,因而,左冲右突之间,法律为时代划线,法学家临时充当了时代的生活导师。其工具不外是基于历史、文化对于“规矩”所进行的有效解释。它们情形有别,各逞其异,但都各以自己的命运,证说着“现实的法律总是充盈着法律史记忆的规范形态,

[25] 雷蒙,见前注[14],页102。

从而是对自己历史存在的当下展现形式”这一命题的历史真实性。

#### (四) 法学历史主义是一种反思性的开放解释体系

从知识形态而言,法学历史主义是一种解释性语言,一种经由历史认识而进行法学阐释的对话企图,一种在时间之维中理解法律的态度,而最终希望实现某种建构。“历史认识”是找寻已知现象的内在脉络和意义特征的当下反思过程,从而也就是对于有关这些意义特征的意义叙述和建构,是一种基于当下体验而对前人已有、此刻可有和未来应有之法律存在形式的发问。在此意义上,法律史不过是用概念建构起来的往日本制的存在形式,而对此种人间秩序于当下发问。由此,形成了并延续着所谓的法律文明。凡此方法的认识结果,即关于法的历史性的描述或者解释,是普遍历史认识的法学形态,一种历史主义的法律精神现象。法学历史主义希望延续和光大这一精神现象,其途径正不外“阐释”二字。

事实上,整个法学是并且依然是一种解释学。从分析基本法律概念起步,逐次厘清内涵与外延,辨明规则与原则的界限,讲清实然与应然的区际,从而下落个案,最终具体适用法律。这是法学的基本致思方式,也是所有文明类型关于法律人才的基本训育方式。它们千年沿承,形成了规范世界的单调而繁复的生产程式,养育了一代又一代的法律仆工。在此,一个显明而广为承认的事实是,在所有的法律传统中,对于法律概念、规则与原则的解释,特别是关于实然与应然的区际,常常需要诉诸历史,因为所有的法律概念、规则与原则,特别是作为法律和法学的基本表意工具的法的概念和范畴,均承沿自既有的法律文本,一代一代上溯,常常总有其源头。实在不行,还要诉诸反历史的“基础规范”,以自圆其说,解决悬而未决的正当性。此即法律传统,而法制和法意,均起居于法律传统,非如此不能生息。牟宗三先生说,一个民族,一个社会,在其组织上说,一个“定常之有”是不可或缺的,政权即充当此任。<sup>[26]</sup> 此就政道立言,是非不论,但是,若就法治而言,则法律传统及其深蕴之民族法律理性,才是“定常之有”,而蔚为法统也。同时,法律传统是生活世界的产物,也是意义世界的映像,并成为意义世界的有机组成部分,生活世界和意义世界构成了法律传统生长发育的良田沃土。正因为此,可以说一个法律概念即为一部法律史。<sup>[27]</sup> “语词总有自己的复活节”,或者,总有机会等待到自己的复活节,其实是复活于此时此刻。

这里的紧要之处在于,法律概念总要形诸语词,在历史视野中解析概念或者概念体系,进而探索其历史理性和法律理性,不免要追索语词及其演变,自表达进至其内涵,而于语词及其实践的往还中追索法意人情。很多时候,虽然无此语词,但不等于无此观念。相反,甚至存在

[26] 牟宗三,见前注〔7〕,页6。

[27] 笔者抽取三种部门法著述检索,发现愈是具有代表性的著作,不论中外,也不论其为教材抑或论著,均不脱此品性。如英人戴雪的《英宪精义》,几乎一切立论均从屡叙宪制历史而来,其实这也是典型的普通法致思方式。又如张千帆教授的《宪法学导论》(法律出版社2004年版),通篇贯穿着历史思维和历史论述,其各节之“评注”、“探讨”和“案例”,多数均为历史陈述,更不用提所有案例本身均为历史。王泽鉴教授八卷本《民法学说与案例分析》,本为专家之论,周限于民事规范,但却多数贯穿历史思维,盖因私法体制本乎罗马古制,发煌于近世德人的爬扶,故尔言必称引史事方能解释今事,即便此史事为西洋往事,遂不足为奇。否则,反例说明短视,干喊几句自由主义式私法教条而不明所以。

以不同或者类似语词表达同一或者同类观念,甚或体系化的观念的情形。毕竟,人类的基本情感和需求总是普世性的。也就因此,深溯周纳同样或者类似的观念,乃是法律概念解释的关节或者必需步骤。从而,法律解释常常是历史解释,而且常常是观念史的描述。正是在此,法律是一种历史理性,法学同样是一种历史理性——一种表现为法学认识的历史认识,一种诉诸历史认识的法学认识。也就因此,既然法律的目的在于提供公义,公义是人类分享的最为根本的法律价值和法律宗旨,而人类的历史如同人类的价值,从来都是复数的,从而,法律的道德紧张恒为常事,则道德追问必然导向或者借助历史追问,甚至于还原于历史追问。或许,也只有引向历史追问,价值领域的沟通和分享方始可能,也才可能致达公义的精微。前引克罗齐所言“历史学有助于在真理的平静中化解道德意识的忧患”,用于此处,恰相贴切。毕竟,任何向善动机和致善行为,不仅本诸人性,而且,从来都是对于情境正义的渴求的回应,则善念之萌生与发抒,惟在一心,而端赖情境矣!在这一段落文字起首,笔者致意“最终希望实现某种建构”,即指对此人心和情境的再现,于再现中重温,庶几乎寻绎出其法制和法意的本原。凡此种种,需要如我辈的法律仆工,于世代接续中再三阐释,以沿承法意,增广意义,接济当下生息。

#### (五)在时间之维中化解围绕公义而产生的道德紧张

法学历史主义旨在养育法制和法意的历史意识与历史眼光,它们沉积为法律的历史理性,造就了最为重要的法律品格与法意内涵。据此,法学历史主义提炼具有历史意识和历史眼光的法律理性,以历史理性实现法律理性的理论武装。同时,藉由历史理性,将视界放宽,于时间之维中化解围绕公义而产生的道德紧张,有效服务于实现公义这一法律的根本目的。在法意世界,天大地大,惟公义为大,则历史语境下的法律理性,就是人情,也就是世道人心,而成为臻致公义的最佳路径。也就因此,历史主义的法学进路总是意味着对于一切思想管控和政治专制的制约与防范,反对垄断道德和真理的任何形式的独断与擅权。历史本身是一个开放体系,一个需要不断重审的文本。经由历史理性的烛照,行进中的岁月显示出自己的轨辙和格局,讲述了人事经纬和人事沧桑,而它们都是人的心智和人性的年轮,也就是规制世界的法则。任何立法及其法意,无论作何伸展,也不论求索的是何种多元路向,其不得违忤此间底线,是历史理性展现并且一再展现的最为浩瀚的生命力。以一家之法论断天下之法,以一姓之利取替天下之利,如同以一种“历史模式”涵盖一切历史进程和法律成长的历史,既是认识论的僭越,必导致实践论的嚣张,甚至于伦理上的凶残。

在此,世代接续的漫漫努力所造就的启蒙状态,不仅完成了既往人世(虽然不乏荒唐错乱),而且烛照当下(尽管依旧远不完美),进而启示未来(依然未必一定有把握)。其中,一个最为重要的启迪和教训就是,脱离了历史语境的一般理性,必定意味着专断和嚣张,是一切庸常世道的大敌。以此一般理性规制具体人世,必致任意裁剪人事,而致人世遭殃。因此,正如本文第一节讨论历史理性时所揭示的那样,法学历史主义的根本宗旨在于探寻法律的历史理性,而探索的过程就是描摹和建构的历史,探索者对于历史的逻辑认知和道德期盼由此凝练为历史理性,总以护持庸常世道为宗旨。——就连理性本身,多半也是一种常识常理与常情而已,

对于世道人心的平和安祥的省思。换言之，历史理性在烛照当下之际，本身就已投射了当下的困恼和迷思；经此致思过程，现实的问题有望获得纾解，希望可能变成现实。而它们都不外是一种历史思考，当下的、具体的并且是逻辑的运思过程，以历史理性抗衡一切思想专制和政治独断。

从而，如同美国法学家哈罗德·伯尔曼所言，“法律的历史性与法律高于政权的信念相连。”<sup>[28]</sup>与其说这是西方独有的理念，不如说是一种普世的信念。古典中国以天制人，不仅严饬“畏天而循分”，普天之下无有分别，而且深谙人心惟危道心惟微，故尔，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。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。凡此一切，无论天意人意，不管世道天道，均深蕴于历史之中。因此，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权威性。人间的遭际早已表明，其以法度为凭，秉具超越品格，是常态政治条件下有效规制俗世权势的最佳手段。事实上，以法治的独立品格和至上性，抗衡法国大革命以还遍布于世的现代国家对于人的体制性暴政，以历史规律和历史模式宰制现实人生的独断论凶残，可谓晚近人世经验中最为重要的训诫。在此，法学历史主义提供的一个基本理路是，历史是一个理性的存在，世界是一个有意义的过程，而且，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这一切，人类的德性也足以承受这一切。不宁唯是，所谓人类和人类文化都是个体性的，所有的价值都是独特的、历史性的，对于它们的理解也都是个体性的，却又是可以分享的。经由和平争辩的沟通是实现分享的不二法门。在此，法律所凝聚的人类共识，对于价值和是非的公理式呈示，在捍卫了历史认识的个体性和独特性的同时，化解了前者对于它们可能的压迫，从而，釜底抽薪般地否定了一切俗世政权凌驾于法治体系的任何正当性，而护持着这个庸常人世。

顺此思绪往下，可得提示的是，在法学历史主义眼中，个体尽管渺小，受控于环境，但是毕竟保留着做出道德抉择的能力。甚至于，只有人类具有道德主权，也就是道德抉择的自由和责任。如此这般，历史评价不可回避。法语中相对主义所谓的“理解一切就是原宥一切”（*Tout comprendre c'est tout pardonner*），错在它视而不见人们做出抉择的可能性，不曾理解他们是如何运用以及为何运用自己的抉择自由的，似乎也不在意根据他们当时究竟有哪些真正可能的抉择这一标准来评价他们的行为。人类容易受到那些许诺让他们卸下道义选择这副重担的乌托邦影响。法学历史主义对于法律理性和历史理性的双重借重，正在于抵制这份诱惑。从而，历史意识就是道德意识而不止于道德意识，历史眼光就是道德眼光而超越道德眼光。在

[28] 伯尔曼教授在“为什么西方法律的历史还没写成”和“迈向综合法学”两文，以及代表作《法律与革命》中，均对此多所致意。参见伯尔曼：《信仰与法律：法律与宗教的复合》，姚建波译，中央编译出版社2011年版，页26,287。

启蒙式的理性主义,凡事一放在道德天平之上,便无退路,再无商量回旋的余地,等于宣告思想的终结。可历史千回百转,总是突围而出,则法学历史主义追索其间曲折,以历史理解道德并实现道德的自我转圜,从而,为人世开辟生路。换言之,历史主义敞开了而非关闭了个人向更高权威上诉的大门,法学历史主义对于历史实在性的强调,正是为了以法度来抵制俗世法律的随意和专断。这便是生命力,一种展现为法律的历史理性和历史进程中的法律理性的勃勃生机。生命若无生命力,等于存在之无存在性,所谓的德性、爱情与政治,均无存身之地。

#### (六)以公民相互立法实现人类政治上的和平共处

法学历史主义坚定主张,人类历史必定是一个趋向善好展开的无限自我启蒙进程。有时候,不期然间甚至会有重大的突破。基此基本判断和信念,法学历史主义坚信奠立于法治基础之上的全体公民政治上和平共处的可能性,其所营造的以公民相互立法为枢机的人的联合的必要性,以及必将造就一个正派社会和良善人生的现实性;而且,它们齐心协力,必将推臻至康德式的“世界公民状态”。凡此种种,对于人类这一物种来说,不仅是可能的,而且是必需的。伸言人类历史是一个不断趋恶的过程,一种人性下滑的不可逆进程,如康德所言,是一种不折不扣的“道德恐怖主义”。<sup>[29]</sup>它在绑架人性的同时对人类进行恫吓,使得公民共同体沦为一个功利的、不得已的合伙关系,等于彻底否定了人性的道德可能性。韩非、李斯者流,霍布斯、马基雅维理以下,凡此一脉,其病在此。法学历史主义之所以如此立言,就在于恰恰因为世界本身,包括人类,是一个偶然事件,面对时空,我们太过渺小和微弱,其实根本无法把握世界和我们自身,所以才更要强调人类历史不断趋向善好的尊严,而这便是赋予我们的成长过程以尊严,从而,赋予存在本身以意义。否则,非惟人类,整个世界岂非成为一个遽聚遽散的偶然性,这人世还有什么值得我们留恋而珍惜的?尤有甚者,所谓的人性还靠得住吗?!过往人世经验早已晓谕我们,一旦在此松口,无异于打开了潘多拉盒子,世界和文明,包括累世修习而成、旨在护持庸常人世的法制,将会顷刻土崩瓦解。至少,对于现代极权主义的批判,这是一个重要切口。

因此,完整的世界图景与残缺的人世现实之强烈对比、并存于时间,使得任何对于真相的揭示均不能无视人性的无限可能性,包括其向善和趋恶的双重省视,而着意褒扬其不断趋向善好的无限倾向性。这样做,绝非主张历史蒙昧主义和道德强制,毋宁,实在是因为面对无边浩瀚,为了我们整体的安全,为了免于恐惧,任何心肠均无法不对我们自身怀持最为深切的悲悯。想一想吧,置身人事和人世,除开悲悯,终极而言,我们靠什么活着!这是法学历史主义回眸人事和人世,沉思现实生计和当下社会之际,对于世界和人生的积极光明心态,也是笔者写作这篇论文的谦卑动机。在此意义上,历史主义就是现代人道主义。因而,法学历史主义的底蕴深植于普世人道主义,表现为充盈着具体历史

[29] (德)康德:“重提这个问题:人类是在不断朝着改善前进吗?”,载康德:《历史理性批判文集》,何兆武译,商务印书馆2005年版,页158—159。

感的儒家人文主义，祈求天道与人心的合德，一种持久、伟大而深彻之启蒙，而且，是在一切公共事务上大胆而审慎运用理性的自我启蒙。

但是，就此整体来看，于最深彻处立言，并非否认在中间层次，法制体系尚有关于人性本恶的人类形象预设，以及对于政治人生的现实考量和道德考问。否则，其与历史蒙昧主义和道德专制，岂非就是一回事，人类又何德何能自我立法。换言之，法学历史主义从不回避人性的阴暗和人世的罪恶，相反，正是对于它们的直面正视，才催生出关于政治与道德的历史主义思考，以及基此而来的法权安排。对于现实政治及其共同体形态的法哲学思考，构成了历史认识和法学认识最为重要的方面，可能，也是它们在现时代汉语法学语境下两相结合的可欲善果。

#### 四、邦国政治与历史情怀

法学历史主义重申法制和法意的历史主义进路，持取文化多元和政治开放立场，根本用意在于历史纵深中回应“中国问题”，以建设现代中国法制的义理结构，特别是形成它的伦理—政治意识。其以深切的历史感充实法意内涵，借历史理性武装国家理性，由国家理性引导现代国家，同时，通过政治来组织政制，进而改善国家内政，期期于实现善好政治。经此努力，收束中国的百年转型，为后续进程预为铺垫。本文前两节旨在说明法学历史主义的历史观念和文化憧憬，本节着眼于此，展示其道德热情和政治理想。

在此，汰芜取精，综理其旨，概为下述三目。

##### （一）深嵌于邦国情怀之中的伦理—政治意识

首先，提炼现代中国法制的义理结构，特别是具有深切历史文化感的正义论，需要成熟的历史观、文化观和国族观，以形成其伦理—政治意识为核心。法学历史主义以法律的历史理论为径，正在于提示和试炼奠立于此基础之上的法意体系。它们是“现代中国文明”意义世界的有机组成部分，照应的是中国人生的价值谱系中的规范领域。总体来看，历经超逾一个半世纪的中西文明激荡，就其主流而言，现代中国人的历史观早已变成了典型的普世人文主义。同时，其家国情怀秉含直接政治的特征，以民族国家格局下的邦国为对象，而萦念于天下，恰成家国天下一体的结构。这是现代中国人的基本世界图景，博观通约，辞近而旨远。实际上，天下文明憧憬与民族国家位格的对举，一直是伴随着“现代中国”成长历程的心智憧憬和政治蓝图，其耦合与紧张，从未稍懈。无论是对于欧西法制和法意的接纳，还是汲汲于吾族吾民式的文化保守主义，差别不过是着力点不同而已，正为其表征。

事实是，晚清以还，中国的爱国者多半是世界主义的国民，也是理想主义的政治公民，其中中国文化萦念和家国情怀总是在世界大格局立论，也从未脱离过这一格局的影响。所谓世界格局，不仅是指列国体制下的优胜劣汰，如排山倒海，而且汲汲于自由主义的普世共和，如朝霞覆地。二者之彼此涵摄与相互冲突，曾经让国人手足无措，而终至于莞尔一笑，尽纳心胸。在此历史文化视野下，如同十九世纪意大利普世人文主义历史观，近世中国思想中的民族历史观与

奠基于普遍正义和永恒进步理念之上的普世主义,虽多轩轻,却基本上获得了有机协调。置此背景,天理至上的德性法意,几经转圜,也渐次曲通于排忧解难的法律程序主义俗世技艺;所谓的正义叙事,不仅置放在中国人世生活的语义背景下,并且逐渐呈现出接纳天理人情致思模式的势头,而它们都曾是长时间里惨遭放逐的糟粕。十九世纪意大利式普世人文主义的文化历史观,所谓“民族就是被历史具体化的人类”,是整个人类的历史化了的个体表现形式,因此,保卫自己祖国的爱国者,也就是保卫所有的祖国,是在为实现普遍的人类权利而奋斗,<sup>[30]</sup>——凡此陈述,似乎恰切状述了华夏百年转型进程中的主流思绪。清末以还之追赶欧美、以俄为师,后续之采行“共产主义”并器器于“接轨论”,以及附着而来的法意结构,统领中国百年转型,在历史文化理念上基本不曾逾越此线,左冲右突。

一个有趣的现象是,虽然近代中国百年均以党国统绪政治,以政制提携立国进程,但无论是“民国”政体还是“人民共和”的晚近时段,现实进程中的中国法意体系早已不为党主义格局下的“政治套话”所限,相反,却多半植根于此历史语境,自在自为地寻绎着自己的精神历史,表现出中华文明枯木逢春般的倔强生机。今日回头一看,才明白法意自有主张,一旦植入,便发芽滋长,更张化育。迄而至今,至少在理念层面,朝野上下,真实的主流法意不脱基于历史感的现代性方案,虽官方意识形态亦曾拂逆,其因在此。因而,如前所述,多元文化视野中的“历史”是一切政治和法权的出发点,不仅是思想,也是行动,并启发了思想和行动。对于一切现实焦虑的解决之所以均从历史入手,包括“五四”以还一浪高过一浪的清算“遗毒”式的自戕,此为缘由。迄而至今,现代中国的“华夏秩序”尚未最终定型,新型世界秩序和全球治理初露端倪,但基本形态,包括法权安排,已经上路,所赖多为此种历史文化的春风化雨。

在此整体格局中,法律的伦理—政治意识蔚为核心。一方面,它严守自然之法与俗世之法两分的传统义理,绝不容许俗世的法制和政制僭越。换言之,基于中国文明的深切历史感的天理正义,恒为上位法,俗世的一切人间规范,无论是党规抑或立法,绝不能违忤。毋宁,其得于“天理人情国法”的义理结构中,将天理至上的德性法意下落应用于具体个案,追索情境正义。经此阐释的天理,才有公理品格,也才能蔚为人心。自然法和实在法的对举在中国文明中之畅行无碍,本在于固有“法度和法律”之区别,而公理就在区辨之中展现。人性恰恰就有这样的区辨能力。由此,借用阿奎那式的永恒法、自然法、神法和人法四分的架构,不妨说,永恒法为天,自然法为道,人法为教。在永恒法之下,自然法经由推理而为人法提供了规范伦理,神法则承恩于启示以养育其德性伦理。它们各有区际却又合而为一,参赞化育,此亦即“天理人情国法”的混融结构也。

这一法律伦理奠立在这样的人性论基础之上,即人人皆可为尧舜,肯认人性中固有良知良能。不是别的,恰恰是对于这一普遍理性观念的道德信守,才可能确立人人平等及其普遍尊严的法权规范,进而,人人才堪分享健全人世及其精神的优美和崇高。就其主流而言,也仅就其

[30] 参见(意)卡洛·安东尼:《历史主义》,黄艳红译,格致出版社2010年版,页112—113。

内在主流而言，百年中国法制转型所追奉而念兹在兹的，正不外于此，以迄于今，愈见其昌。官方意识形态虽仍我执，却于器嚷中逐渐合拢，惮于公然对立，有以然哉。在义理层面，个体获享平等尊重和关切的权力，德性主体追求个体幸福的自由之在中国人心中落地生根，为现实层面的立法扫清了障碍；在字纸规范层面，男女平等、人格尊严和选举权的确立，乃至对于公民基于相互承认法权之横向联合政治权利的确认，均为其体现，而有待于实践中之诚信落实。另一方面，法律的伦理—政治意识蹈厉政治理想主义，直面国家间政治的实力政治现实。政治是一种公共事务，具有功利性质，而自由则属于世界性、公共性的利益。但是，即便如此，为了确保自由的世界性分享，现实政治也没有任何借口完全摆脱道德生活的基本要求，以牺牲自由为代价。否则，便是恶，而恶不足以成全道德之善，哪怕它声称也在追求自由。因此，法学历史主义倡扬政治理想主义，缘由则在政治恒为悲剧，国家间政治尤然，期望以全球治理来制衡。就前一方面而言，其具体进路，依然不外是继续援引、消化西学法意，包括自然法学、分析实证主义法学和社会法学的义理精粹，重申历史法学的文化关切和邦国省思，并在中国文明语境下切实予以客观化，凝练组合成为中国文明法律智慧的有机组成部分。就后者而言，经由接续阐释，在今日中国成长和全球治理格局中，光弘先秦诸子以降吾国先贤历世累积的法意学思，特别是以儒法为主的天下文明的法政理论。凡此总括，蔚为“自由民族主义共和法理”的临床运用，支应其万一矣。

## （二）用历史理性充实国家理性，以国家理性引导现代国家

上述“自由民族主义共和法理”在国家建构和优良内政方面的基本理论主张，也是法学历史主义契入其境而分享其思的公共场域，归结而言，就是“用历史理性充实国家理性，以国家理性引导现代国家”。首先，用历史理性充实国家理性，意味着一方面邦国是一个历史文化共同体，从而是一个情感归依和文化认同的共同体。经此经纬，邦国是一个民族的道德实体，是行走在地上的伦理精神。民族精神不是神话，而是映现于亿万人心和人生，具体形诸洒扫应对的日用伦常，一个时代的世道人心。尤其是在惊心动魄的重大历史文化转型时段，其应对苦难之志和自求多福之道，最能见其魂魄。<sup>〔31〕</sup>它们构成了法律的意义世界的历史文化背景，也是法意的超越性意义源泉。另一方面，政治邦国是公民联合的产物，基于相互承认法权，以满足彼此利益为目的，立足于互惠互利。全体公民的相互立法，才是自由的真切保障，也是政治邦国的立国之基。根据自由主义行动原理，倘若国家不尽人愿，未能尽到照拂之责，那么，不仅国民可以用脚投票，而且公民得奋起反抗，直至另缔新邦。法权安排在此蔚为邦国经纬，也是政治的工具理性。就此两方面而言，前者展示的是邦国的伦理面相，铺陈的是关于它的伦理叙事；后者竭言其功利特征，一种关于邦国的现代共和主义规范，以分权和分享为宗旨。二者汇于一身，如同两面神，均为邦国的真际，确然无凿，没法否认。舍却前者，它便是匪帮；没有后者，它

〔31〕 有鉴于此，参见许章润：“转型时段的历史意识：关于历史法学及其中国情形的发生论说明，并以德国近代历史作为比较个案”，《清华大学学报》2013年第1期。

根本无法存身。它们合而为一,构成了亿万国民分享的文化共同体和伦理共同体,也是亿万公民寄身其间的法律共同体和政治共同体。法律纠结其中,凝聚公共理性,落实分配正义,在将它们肉身化为法制体系之际,蔚为邦国的屋顶,而恰为自由的有力屏障。

其次,“以国家理性引导现代国家”,等于将国家视为一个具有内在心智和绵延心性的精神现象,同时,它是一个行为体,可以经由国家理性的打磨塑造,而增益其可欲性。现代国家是一种民族国家制序,以排他性主权和国家自助体预设为骨干,而共存于天下。自现代早期地中海文明构想的“权势国家—权力政治”,到十八、十九世纪递次登场的“宪政国家—宪法政治”,再到“文明国家—文化政治”,近代国家演进历经三个层次和三大阶段,分别对应着国家建构的理念、文化和政治三大任务,分别以“富强、民主与文明”为旨归。置此宏观背景下,所谓“现代中国”,大家念兹在兹,不过就是“民族国家”加上“民主国家”的集成复合体而已,依然是以邦国富强、立宪民主、人民共和与文明昌盛为国之大纲,也是邦之四维,而一准于公民的自由和平等。国家政治和国家间政治,于此交织一体。其于国家政治发力,核心在于优良政体。其于国家间政治着眼,则世界秩序和全球治理蔚为大纲,永久和平的天下大同文明才是正义伦理。而无论是追求富强,建设民主,抑或营造文明,法学历史主义善意提醒,它们全都是历史过程的产物,也是各秉民族精神的国家理性的竞争的结果。而究竟可能得出何种产物,位居何种竞争状态,达致怎样的人类心性层次,考验的是一个文明的政治智慧。中国文明是一种历史感而非宗教感的文明,中国社会是一种深嵌历史感的伦理型而非工商立国的社会,则法学历史主义正为一种将具体时空情境与世代纵深感合而为一的解释进路。

### (三)基于深切历史感的政治积德

以基于深切历史感的政治来组织政制,于政治积德中实现邦国天命,浓缩了历史法学和法学历史主义的基本政治抱负。首先,以政治组织政制,聚拢文明的创造资源,激发邦国的历史智慧,是现代政道的根本。在此,首当其冲的是主权。主权概念不仅拟制了一种新型国家形式和人间秩序,是关于那个叫做“民族—国家”的人间秩序的最高统治权的法律拟制,而且,它凭空缔造了一种宪法意义上的国家最高统治权。虽为凭空,却具正当性,就在于其以人民主权作为权源,赋予国家主权以合法性,进而,再辗转体现为国家的立法主权。兼具主权的宪法政治不仅迥异于朝代国家或者诸侯国家的王权政治,而且,亦有别于作为小型社团政制的古典国家权威体系,而缔造和赋予了俗世权威以正当性,即基于“主权在民”这一根本原理而来的将权力转鬻为权威的机制,分别以君主、议会或者元首作为其肉身化的象征。主权是中立、超然而固有的,它们并不等于主权,只不过是主权的托付者,同样需要诉诸其正当性源头,才能获得自己的合法性。也就因此,以立宪民主、宪法政治为核心和基础的法权秩序,构成了主权的国家形式,不仅担负着日常的“规范”功能,而且在非常政治时刻可能发挥“决断”作用。

在此,不是别的,正是分享主权的人民,将平等化的国家视为正义,而对于平等的最佳表达,也是迫使平等现实化的制衡性机制,就是缔结相互承认的法权关系。所谓立宪民主、宪法政治的精义,不止于此,而以此为核心。在此,“承认”和“同意”必然出场。现

代民主政体不过将“承认”与“同意”等法权元素诉诸程序性、公开化的竞争过程，承认和兑现了政治的这一根本品格。换言之，以法理品格落实政治定位，实现国家的公民政治期许与法权规训的统一。优良政体必定是具有公共性的政治建制，法权是公共性的最佳载体。这里，尤需重申的是政治的公共性。本质而言，政治本就是一种公共事业。政治的公共性意味着可协商性和开放性，前者基于相互承认的法权，后者表明大众参与和治理，使得政体获享正当性与合法性，也保证了政治的稳定性与可持续性，由此而与强权政制、霸道政制和腐败政制划清界限，呈现出“平天下”而“公天下”的景象，达成的是一种新型的“王天下”的政治景观。前者为政治积德，后者致达邦国天命。

当年吕不韦喟言“天下非一人之天下，天下人之天下也”。将近两千年后，黄梨洲由此伸论，“天下为主，君为客。”以此作譬，在政治的公共性语境下，引入“政权”与“政府”两维，则一国之内，现代立宪民主体制意味着“政权为主，政府为客”，而“主权在民，治权在贤”也。政权源于主权，确切而言，是人民主权；治权托付政府，由政党这一公民联合形成的政治社团经由公开性竞争获致。此为现代治道的精髓，也是天下终为天下人之天下的枢机。准此立宪民主之制，政权的正当性获得了根本性解决，从此政权得享“永久性正当性”。与此相应，政府经由民主程序获享治权，亦即政权的临床施治之效，而兼获“周期性合法性”。政权之为主，在于其秉承永久之正当性；政府之为客，立于其获准周期性之合法性。一恒定，一周转，二者合一，紧张而舒坦，天下永固。其间最为神奇之处在于，就人类现有的有限政治想象力而言，立宪民主政权之下，政府只是个雇工。干得好，接着干。干不好，走人。无论是干得好还是干得差，自家说了不算，要看主权者的意思。于是乎，政治紧张获得了纾解的机制，同时将天下恒定于人民主权，再紧张也不致于崩盘，大家都松一口气。凡此境界，今日中国政制所当用功之处，不止于此，而必得包含于此。

“现代中国”历经百年“革命”而现身，使得政权之基于“同意”这一现代国家德性话题无法绕开“革命”而自恰。换言之，“革命”意味着另创一套政治原则，在置换以新型政治原则之际实现道统和政统的鼎革。若无政治原则的更张及其制度化，即便标举革命，也不过只是一种“起义”，乃至换汤不换药。晚近全球范围内现代性自我呈现意义上的“革命”，包括晚近中国“长程革命”所奋力追求的政治原则，其核心内容，就是“承认”与“同意”。无此同意，难言革命，更难言革命之成功。在此，略可申说的是，“革命”是一个开端，意味着解放，但未必带来自由。仅当革命缔造了公共空间，使得私人转化为公民，即进入公共空间和政治议程，成为公共存在，才能实现自由，而获秉一种政治生活方式。其与政治的公开性互为因果，彼此辉映。人民主权逐层分解，递次转圜为公民自由，蔚为积德。在此政治生活方式格局中，公民经由人民出场而兼具力量，展现力量，是谓政治，也是天命。而“政治”不是别的，如希腊先贤所言，它恰恰是一种城邦与灵魂的一元结构，也就是积德与天命的合而为一。在此，自由的载体不是国家，也不是个人，而是作为具有公共相关性的公民政治生活方式，一种政治公共空间。说到底，自由在于分享公共权力。由此，它消解了或者调和了国家与个人的紧张，一统于一个“分享着公共政

治空间”这一生存论意义上的人类境况。这不是最好的,却是较好的,也是可欲的境况。换言之,就是基于“同意”和“承认”的主权结构和政法安排。现代国家的创世论,历经百年以上的沉淀,此刻可望转换为“现代中国”——一个民族国家与民主国家的结晶体——的诞生史。

总括本文,毕竟,如同论者所言,法律并非简单加诸社会的抽象规则体系,而是有机整合的社会组成部分,深深植根于其古今成员的生活方式、文化传统、社会经济习惯和价值与态度之中。它们形成并展现为一种历史进程,置此历史进程之中,“法官和律师作为社会的有机组成部分,他们生活于其中并据此界定自己,一般对于其社会的基本习惯和态度,如果不是全部的话,那么,也是多所观照和反映,从而,法律的发展,迄今依然掌握于此辈手中,将会以一种规范而普遍的方式,与获得社会广泛认可或者至少接受的行为方式,和谐不悖。”<sup>[32]</sup>

关键是,这些“法官和律师”们是否保有文化忠诚和政治德性,是否具有参悟凡此“社会的基本习惯和态度”的心性和心智,是否体会到编织在法律之中的法度义涵、蕴涵于法度之中的文化历史的铿锵脉动,从而,是否展现出自己的深切历史感,表现出应有的文化情怀。倘若答案是肯定的,则“法律的发展”才会“以一种规范而普遍的方式,与获得社会广泛认可或者至少接受的行为方式和谐不悖”,于归置人事中照拂人世,于料理人生中抚慰人心,而蔚为良法善法,并导向善治与善政。否则,法度不彰,陋法现世,甚至恶法横行,则法意隳然,人生黯然。在此,只要将“法官和律师”换成“法学家”,则于法意体系的营造者们的劳心劳力而言,既是描述,也是期许,再次不外乎讲述了一个法制和法意围绕着人生和人心展开的历史故事。本文既以法学历史主义为纲,期期于回眸人事和人世中反思现实生计和当下社会,对于世界和人生抱持积极光明心态,则立旨在此,谦卑动机在此,自我申说的欣悦同样在此。想读者诸君,一卷在手,含咏史事,赞叹时世,多所期待于现世法制和应然法意,必同感而共鉴者也。

(责任编辑:章永乐)

[32] (英)丹尼斯·劳埃德、M. D. A. 弗里曼修订:《法理学》,许章润译,法律出版社2007年版,页366。