

黎四奇:法治进路研究中一个先决性的研究方法----历史角度的分析 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E9_BB_8E_E5_9B_9B_E5_A5_87__c122_486055.htm 法律是一种系统化的规则系，同时更是一个彰显本民族国家品性与对社会生活思考的意义系。法律的这种地方知识性就实质上决定了，无论在全球法治普适性的公正、正义、自由与平等理念如何被人们推崇备至，法律制度的构建必须先是从历史性的与以国为界的地方性的，然后才是普适性的。实际上，上述观点也并不是什么非常深奥的玄想。早在19世纪时，德国的法学大师萨维尼就对自然法学派“法律是人类共同理性产物”的放之四海皆标准的理论进行了无情的猛烈抨击。萨氏认为：“一个民族的法律制度，如同艺术和音乐一样，都是他们文化的自然体现，不能从外部强加给他们。在任何地方，法律都是由内部力量推动的，而不是由立法者的专断意志推动。”进而，这位大家又认为：“法并不是立法者有意创制的，而是世代相传的民族精神之体现，只有民族精神或民族共同意识才是实在法的真正创造者。”客观来说，虽说笔者并不完全赞同这位大师对法源进行思考后所得出的高论（因为他在回击“法律构建之普适论”时又步上了另一个极端，同时从他围绕罗马法研究的学术成就来看，他又是一个彻头彻尾的、言行不一致的离经背道者。对此，后期的杰出学者E.博登海默曾毫不客气地说：那种认为政府颁布的实在法的功能仅仅是反映和记载民众的观点和习惯的看法，就显得有些鼠目寸光了。实在法这一工具可被合法地用来克服社会惰性，还可以为根本修正一个民族的生活方式开辟道路），但是在瑕不掩

瑜的评判态度下，我们又不得不承认，这种结论至少客观地使一个具有国别性的以探讨“本国法律制度构建何处去为核心”的研究方法问题昭然若揭了，那就是具有地方知识性的法学研究必须先是历史的，然后才是求大同的。这样一种研究的进路不仅决定了研究的意义与正当性，同时也表露出一个作为历史性的时代学者“国家兴亡，匹夫有责”的民族责任感。实际上，在法学理论进化史中，历史维度的研究并非萨氏一人的真知灼见。其实，早期古典自然法学派的代表人物孟德斯鸠就在其成名之作----《论法的精神》中便对法源的认识阐述了一个宣言式的见解：人类受多种因素的影响，如气候、宗教、法律、政府准则、先例、道德和习惯。这些因素塑造了各民族的一般精神。在不违反政府诸原则的条件下，遵从民族的精神就是立法者的事务。同时代的卢梭更是用征服性的语言表达出类似的思想，他说：“除了一切人所共同的准则而外，每个民族的自身都包含有某些原因，使它必须以特殊的方式来规划自己的秩序。这种以规则为轴心的法律既不是铭刻在大理石上，也不是铭刻在铜表上，而是铭刻在公民们的内心里，它形成了国家的真正宪法，它每天都在获得新的力量；当其他的法律衰老或消亡的时候，它可以复活那些法律或代替那些法律，它可以保持一个民族的创制精神，而且可以不知不觉地以习惯的力量代替权威的力量。这一系列的洞见都指向一个意义性的问题，即具有地方性的社会与法律是一个有机的整体。因此，研习法律者必须首先了解、认识与解读社会，必须找到法律与社会对接的桥梁。正因为这一点，作为对实证法学回应的法社会学家埃利希在其《法社会学基本原理》中便阐明了这样一个道理：无论是现

在或者是其它任何时候，法发展的重心不在立法，不在法学，也不在司法判决，而在社会本身。也许，这就包含了任何试图表达社会学基本原则的实质。事实上，作为实证法学派支流的实用主义法学派大师霍姆斯也不回避这一立论，在《普通法》一书中，他说：“法包含一个民族经历多少世纪发展的故事，因而不能将它仅仅当作好像一本数学教科书里的定理、公式来研究。为了知道法是什么，我们必须了解它的过去以及未来趋势。”后来的学者E.博登海默在其《法理学？法哲学及其方法》一书中又对这种历史性的法学研究作了进一步的补充，他说：“如果研究者对其本国历史都很陌生，那么他就不可能理解该国法律制度的演变以及该国法律制度对其周围的历史条件的依赖关系。如果他对世界历史和文明的文化贡献不是很了解，那么他在理解可能对法律产生影响的重大国际事件时便会处于不利地位。”笔者之所以如此不惜笔墨地进行上述诸多寻章摘句式的引经据典，其苦心无非在于证明一个道理，即历史的法学研究方法是法学研究中第一性的研究方法，它不仅直接决定了研究结论的正确与否、意义的有无，同时也深刻地体现出了研究者的学术修养与民族责任感的高低。从法学历史的演进来看，又有哪一个国家法律文明的构建不是透射着其与本民族个性的历史传统紧密互动性的彼此勾连呢？如在理性风靡欧洲大陆的时代，作为法国唯理论奠基人的哲学家笛卡尔就不相信经验，而是相信理性，他重视理性的演绎和推理。这种唯理论的哲学在法学中的反映就是，在法国必须先制定出一部法典，这样的法典就是“一些确凿无疑的观念”之集合。在法国哲学崇尚普通人之智慧与普通人之推理的基础上所产生的《拿破仑民法典

》就是一部通俗易懂的、让法国的农民都能看得懂的法典，因为只有这样的法律才能在法国得到公众的信任。与此相反，在德国，概念的演绎则更为明显。他们认为只有思辨的东西才是最可靠的，才具有普遍性的真理。因此，《德国民法典》就是专家的潘德克顿体系式法典，他们的法律则是学富五车的专家炮制出的法律，而非老百姓的法律，且在德国只有这样的法律，才会得到公众的尊重。事实上，这样一种历史角度的分析法已受到了中国一些有志之士的关注与青睐，如梁治平先生早在其代表作《寻求自然秩序中的和谐》中提出了“以文化解释法律，以法律解释文化，及任何法律问题都必须置于特定的文化语境下思考”的论断，同时他进一步指出“那些人为预设的前提原本就是神话，它们无视中国历史、文化的独特性，徒然将人们引入歧路”。苏力先生在其《法治及其本土资源》中也提出一个类似的命题，他说：“中国的历史和现实为做学问的人准备了一个‘富矿’，但是我们也面临着很大的困难；也许中国法学尤为甚之。与其它学科相比，中国当代的法学研究更缺少学术的传统，缺少研究中国实际的传统。”尽管自苏力先生他们提出这一观点距今已有十余年，但是缺乏历史角度与法律知识本土化思维的当代中国法学研究仍是研究实践中的一大流弊，学界对这种历史性研究仍是曲高和寡（尽管在林林总总的著述之前言中，作者们必声称采取了“历史性的研究方法”）。再者，尽管从形式上看，中国的法治事业表现于立法上已呈现出了一幅蒸蒸日上的态势，但是谁又能理直气壮地说由公正、正义、民主、平等与自由这些抽象的大词所派生出的法律规则在实践中就恰如其分地体现出了公正、正义、民主、平等与

自由之精神呢？许多规则于实践中的或失灵或无奈或尴尬或无语就从另一个侧面反衬出了我们常挂嘴边的“法律必须信仰，否则形同虚设”这一真理性的知识；在另一方面，尽管作为中国法治思想传播与产出的法学研究已呈现出“百花齐放，百家争鸣”的繁荣景象，然而在“学而优则仕及急功近利心态”的引诱下，事实是：表面上的法学精致之背后潜伏的是理论的苍白且无力；法学虚假之繁荣遮蔽了势利研究之浮躁；法学分工的细密更多地滋生了学术研究中的自娱自乐；“法学家”参与立法的强烈“表现欲”在为中国文本法治作出贡献的同时也无形中破坏了中国法律体系应有的一致性与逻辑性。如果说在当代中国的法学研究中，在作为唯美性的法理学研究与思考中，我们还能不时地听到“法治研究中应有的本土论”之类的探讨的话，那么在部门法学的研究我们发现得更多的却是“一片言必称‘英美法德’的新天地”。尽管法理学的研究相对于部门法学的研究来说具有一种“万物归宗”的结论式效果，然而务实的见地是真正社会秩序之构建与公正、公平与平等等法价值意义之上下传递却是通过部门法的研究带动与实现的。因此，尽管当下中国的法治已跨过了一个从无至有的行程，但是在部门法学日益言必称“英美法德”的情形下，中国的法学研究也正在同期地日益失去自我与迷失自我。人们常云：个性即生命。其实，对于一个由个体所形成的国家来说又何尝不是如此呢？尽管现今我们已选择了借助西式法治理念实现国富民强的正确目标，但是我们也不妨推论下：若我们的法治事业一边倒地过分倚重存在巨大法律文化差异的西式法学，那么这条法治之路必定不是一条平坦之路，而是一条充满险阻与严峻考验之路。

实践是检验真理的唯一标准。实质上，这个哲学上的命题也同样可用来解说历史视角与法学研究者功名成败之间密切相联之关系。君不见，孟德斯鸠的《论法之精神》一锤定音地确定了他在人类法律思想史中不可动摇的地位；萨维尼的“法之民族精神论”更是使他流芳百世。实际上，在源远流长的法律思想史之长河中，这样的例子是不胜枚举的。若将这样一种解读用来评判现代中国“法学家”们的贡献，其结果又将是什么呢？笔者的个人之见是：时下，凡具有深厚人文底蕴、历史知识与人性关怀，并能从历史性的文化传统中来研讨中国的法律问题，并能独立地提出原创性观点的学者相对来说都是对中国法学思想的积聚与传播具有强劲时光穿透力、意义力与解释力的学者。在中国的法律思想史中，他们必将因其卓越不凡的思想而不朽（现代迅速成名的学者，如苏力、梁治平及季卫东等已印证了这一事实）。与此相反，大凡那些好大喜功，不屑于深入实践及从中国的文化传统来探讨中国法治理论的法律学人，其法学思想要么是西方法学思想“剽窃式”，要么是“嫁接式”，要么是“无病呻吟式”的缺乏原创性的产物。尽管在中国法治理论贫瘠的初期，此类思想的引入使人有耳目一新之感，但是随着时光之流逝，及随着人们相对愚昧的减少与法律智识的增加，他们必将被历史逐渐淘汰，乃至成为昨日之黄花。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com