



**HAL**  
open science

## 知识考古学视角下的自由法运动全球史

Mingzhe Zhu

► **To cite this version:**

Mingzhe Zhu. 知识考古学视角下的自由法运动全球史. ECNU law review 《《师大法学》》, 2019, 2018 (2), pp.147-176. <hal-03856924>

**HAL Id: hal-03856924**

**<https://hal.science/hal-03856924>**

Submitted on 10 Jan 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire HAL, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# 知识考古学视角下的自由法运动全球史\*

朱明哲\*\*

**内容摘要:**起源于德奥青年犹太法学家群体的自由法运动从此前欧洲法学中吸取了许多资源,又传播到东亚、北美各地。其实,无论是自由法运动的支持者对法德理论渊源的理解,还是其他人对他们作品的理解,都充满了误解和曲解。作为一个词,“自由法”大致意味着法律的解释者同时应该考虑社会对法律的期待,从而也创造法律。隐藏在这个词背后的现实则是由法律的适用者决定何为社会所需要的法律,并以此为根据掌握决定法律之定义与意义的权力。自由法运动先吸收了出现在德国的“斗争的法”命题与出现在法国的“多元的法”命题,却有意剥离了后者保守、反对共和的政治主张。当日本学者移植“自由法”理论时,又把惹尼的多元主张和自由法运动混为一谈,找到了突破继受于外国的法律制度、回归本土社会的可能。正在进行法典化的中国也有一批法学家在还没有稳定成文法体系的时候便经日本引入自由法学说,认为这是保持法律与生活事实一致的不二法门。其结果是国民党政府对司法的干预有了理论背书,法学也反之获得了附丽政治的机会。1933年,纳粹上台后,国家社会主义法学立刻使用自由法运动提供的现成话语,要求法律屈从于“民族的集体生活”。但是,当时并未接受自由法思想的法国同样因为维希政府的反犹立法而出现了反犹法学,可知其实是否有自由法并不会改变政治强力的逻辑。

**关键词:**自由法运动 词 物 科学性 政治性

---

\* 本文系作者所承担的国家社科基金青年项目“中法法律交流档案研究(1877~1958)”(17CFX007)的阶段性研究成果。

\*\* 中国政法大学比较法学研究院讲师,法学博士。

## 一、“自由法学”的词与物

“老师,您教的都是些没用的东西。”法理学和法史学专家常在学生迷茫的眼神中感受到这句话,而法律理论史的研究者则更对类似的质疑习以为常。如果我们认为法学的核心任务就是通过把一时、一地之内有效的规范材料整合成内部融贯的法律体系,并以此帮助裁判者在个案中依法作出正确的判决,那么法律理论史确实对此贡献不大。然而现代法学院的教育者们有时会忘记,我们所培养的学生固然将成为具有高度专业素养的职业法律人,但他们同时也是一个社会的公民。作为一个职业法律人,工作的重心当然要放在如何从可以为人所认识的法律体系中获得大众所接受之“正确”标准,并以教义学的精细运用说明此种价值观在个案中要求何种裁判。作为公民,则有必要了解我们到底为何接受了此种而非彼种“正确”,从而保持对这种“正确”展开反思批判的可能性。诚然,当我们如是断言时,不言而喻的立场是,反思批判的进路是一种可能有用的学说史进路。而且我们是在福柯(Michel Foucault)的意义上使用“批判”一词的:“不受如此统治的艺术。”(l'art de n'être pas tellement gouverné)<sup>[1]</sup>

批判的理论史还与一种独特的史学方法相连:知识考古学。传统的学说史研究关心人们说了什么、怎么说,亦即那些用以形成学说的“话语”。知识考古学则把话语理解为一种通过语言而为之的实践,我们应该关心的是那些并不连续的话语实践所以形成的历史条件、它们彼此叠加的形态、它们转变和消灭的规则。<sup>[2]</sup>福柯所提倡的结构主义方法可以帮我们认识那些让话语实践最终得以发生的客观情境和规则,却忽略了实践与客观结构之间的交互关系。要更好地理解形成我们观念的历史,就必须理解这种反思关系,即经历布迪厄(Pierre Bourdieu)所说“从本相所形成的表相到表相背后的本相”(la représentation de la réalité à la réalité de la représentation)的转变。<sup>[3]</sup>换言之,我们不但要去展

[1] Michel Foucault, *Qu'est-ce que la critique? suivi de La culture de soi*, Paris, Vrin, 2015, p. 37.

[2] Cf. Michel Foucault, *L'archéologie du savoir*, Paris, Gallimard, 1969, pp. 63 - 65.

[3] Pierre Bourdieu, *«L'identité et la représentation [Éléments pour une réflexion critique sur l'idée de région]»*, *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, 1980, Vol. 35, n° 1, pp. 63 - 72.

现、描述一个话语实践发生的客观条件,还要试着理解客观结构中的行动者通过有意识的实践到底做了什么。于是,作为理论载体的文本成了写作者的话语,又进一步成了他们在给定历史情境之下所为之事。

在本项研究中,我们将把批判的目光投向“自由法学”,看看不同国家的学者用这一套话语所做之事能如何揭示不同特定历史情境下的话语实践规则。传统的理论史书写把“自由法运动”(Die Freirechtsbewegung)看作一场关于法律与社会关系的运动,研究者关心的是其核心主张。将其主张总结为“法官必然是法律的制造者而非适用者”<sup>[1]</sup>的作者关心的是法官的角色,更谨慎地总结为“强调法律不约束法律的适用者,他们自由地选择法律、推求成文法的真意而非拘泥于文义”<sup>[2]</sup>的作者关心的则是法官适用法律的过程,而总结为“一种改良甚至带有一些革命色彩的运动……反对当时占据主导地位的形式主义和实证主义,力求全面现代化法学,并特别主张法学与社会学之间的相互渗透”的作者则侧重其法学观念<sup>[3]</sup>。无论选择何种侧重点,传统方法强调的都是“自由法运动”这个词的含义。在这一视角下,“某位作者属于(或不属于)自由法运动的成员”等价于“某位作者接受(或不接受)自由法运动的核心主张”,“某国法学接受(或没接受)自由法学”也等价于“某国有(或者没有)法学家为自由法学鼓与呼”。人们假设一个词有大致确定的核心意思,可以据以评价我们是否在正确的意义上使用了它。

我们关心的则是词背后的物,亦即“自由法学/自由法运动”及过去的人们为其附着的意义到底让他们能够讨论何种现实。它背后的现实是,法官以法律和社会之间的中介之面貌出现,在定义法律和决定法律的意义方面享有了更大的权力。无论是自由法学还是和它相连的那些概念,毕竟服务于人们交流的需要。在人类的交流过程中,我们既不能保证自己准确地理解了上一位发言者的意思,也不能保证我们的听众能够准确、善意地理解我们的意思。所以同一个

---

[1] Pattaro E. et C. Rovarsi (dir.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, Amsterdam, Springer, 2016, Vol. 12, p. 114.

[2] Hilgendorf E. et J. C. Joerden (dir.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, J. B. Metzler, 2017, p. 161.

[3] Albert Foulkes, "On the German Free Law School (Freirechtsschule)", *ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie/Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy* 3, 1969, pp. 367 - 417.

词的含义总会在一个区间内有所差异。通过研究不同时间、空间内的人们用来表达同一个现实的同一套语言的微妙差别,我们恰恰获得了描述一个该特定历史语境中的客观条件的机会,也因而可能理解他们通过谈论这一现实所做的事情。

自由法学不但有自己的历史,而且有一段全球史。现有研究主要局限在自由法学是否与美国现实主义法学有关的讨论上。<sup>[1]</sup> 其实,自由法学的产生本身就是欧洲法学交流的结果,并远渡重洋在东亚发挥了重要的作用。为了理解这段历史,我们选择了关心不受国界限制之行动者(法学家)和事物(法学知识)的全球史视角。<sup>[2]</sup> 学者早已习惯使用“法律移植”来描述法律体系从一个国家到另一个国家的运动。<sup>[3]</sup> 我们借用“移植”的比喻,意欲用“法律理论的移植”描述产生于一个国家的法律理论在另一个国家得到接受的过程。<sup>[4]</sup> 下文将首先探讨中欧的法学家如何整合德国和法国的理论资源,从数个保守的法律理论中创造出具有革命精神的自由法学。然后,我们将转向东亚,考察日本和中国法学家对自由法学的移植。最后,我们将展现战争阴云之下德国和法国的法学家如何把自由法学的遗产(或缺失)转变为符合纳粹政权的法律学说。

---

[1] E. g. Ibid.; James E. Herget et Stephen Wallace, “The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism”, *Virginia Law Review* 2, 1987, pp. 399 – 455.

[2] Cf. Akira Iriye, *Global and Transnational History: The Past, Present, and Future*, London, Palgrave Macmillan UK, 2013, pp. 9 – 10.

[3] 系统的阐释,参见 Alan Watson, “Legal Transplants: An Approach to Comparative Law”, *University of Georgia Press*, 1993。对沃森的批评,参见 Otto Kahn-Freund, “On Uses and Misuses of Comparative Law”, 37 *Modern Law Review* 1, 1974; Pierre Legrand, “The Impossibility of ‘Legal Transplants’”, 4 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 111, 1997。沈宗灵教授对沃森和卡恩·弗伦德争论的批判性反思颇有见地,参见沈宗灵:《论法律移植与比较法学》,载《外国法译评》1995年第1期。

[4] 参见朱明哲:《东方巴黎——略论二十世纪上半叶法国法学在中国的传播》,载《北大法律评论》2014年第2期。

## 二、共谋：自由法学的德法渊源(1848 ~ 1912)

### (一) 斗争的法：德国法学家对法律安定性的质疑

从许多方面看,以1848年为界限把“长19世纪”(1789~1914)分成两个不同的时段都是合理的。这一年,革命的浪潮席卷全欧。德国爆发了历史上第一次大规模的革命——“三月革命”,资产阶级建立统一的德国议会、整合支离破碎的封建割据的诉求早在1812年法军撤退时便提出,如今又一次爆发。法国的革命则推翻了“七月王朝”,建立了短暂的保守共和国——第二共和。无论是在西北的英国,还是在地中海沿岸的南欧国家,革命裹挟着历史前进。激进的运动甚至蔓延到了当时作为欧洲历史一部分的南美。<sup>[1]</sup> 革命的前景似乎是一项同时表现为割据和整合两种相悖逻辑的事业——民族国家。一方面,现代民族国家要求用明确的边界切割作为历史共同体的“欧洲”,从而用领土实现作为具体个人之集合的人民与作为想象实体的政治体在空间上的一体化。另一方面,它又以民族同一性的叙事,实现了人民和领土的均质化,从而让人们得以想象一个超越乡土、地区、宗教的更大的政治共同体。革命的背景则是工业革命对生产要素流动性的需要和对更大市场的渴望。

伴随革命出现的还有一种独特的进步主义时间观:世界是不断发展的,社会也会随之发展。人们开始承认,每个时代与此前的时代都在一些重要的方面有所不同。不仅时间是向前延伸的,而且一个时代总是比过去的时代要好。这种时间观在“现代”形成,并逐渐在与其他时间观的竞争中占据上风,但我们无法准确地指出它的准确起源究竟在哪个具体的历史时点,只能说从学术史的角度看,达尔文的《物种起源》(1859)和第一次梵蒂冈大公会议(1869~1870)都是对这种时间观的特殊回应。只不过《物种起源》把生物系统的演变与时间的流逝相连,而“梵一大公会议”则把“教皇不谬论”正式奉为教义,从而拒绝在教

---

[1] 关于1848年革命浪潮的研究汗牛充栋,想要穷举,甚至只是列举一些代表作都必然是徒劳无益的。本文的分析受以下两部关于19世纪欧洲史的著作的启发较多。Eric Hobsbawm, *The Age of Capital: 1848 - 1875*, London, Hachette UK, 2010; Stefan Berger, *A Companion to Nineteenth-Century Europe: 1789 - 1914*, New Jersey, Wiley-Blackwell, 2006.

廷官方立场中容纳进步主义时间观。<sup>[1]</sup>正如一位工业巨子所言:“没有什么极限!永远都在前进,没有限度,就这样。”<sup>[2]</sup>变化、进步、增长成了处于工业革命之中的人们脑中固有的关键词。民族主义、以人民之名组成的政府、增长与变革……拿破仑军队的炮声开启的欧洲历史进程,在19世纪中期终于完全展现出了其特色。

于是,我们在读到《作为科学的法学的无价值性》时,很难不佩服基尔希曼(Julius von Kirchmann)高超的洞察力。这位时任柏林检察官的法学家和哲人,在1847年于一个柏林法学会的演讲中明确提出了法律需要不断发展的观点。<sup>[3]</sup>正如演讲题目所显示的,基尔希曼认为法律作为一门科学没有价值。在19世纪的真理观念中,科学研究的对象是固定不变的,科学知识体系仅仅随着对对象研究的深入而演进,本身既不会改变对象,也不会因为对象的改变而有所不同。彼时作为蓝本的“科学”是数学和物理学这样致力于建立公理体系的学科。虽然萨维尼(Karl von Savigny)等人在德意志民族主义兴起的政治环境中所提出的历史法学否定了十七八世纪自然法对普世公理体系的追求,但法律科学对概念与规则之形式构建的体系感必须规训民族历史发展的历史感。<sup>[4]</sup>换言之,萨维尼在与蒂堡(Anton Thibault)论战时关于德国民法典编纂时机尚未成熟的断言,实际上意味着科学性必须凌驾于民族统一的政治必要性之上。而他的对手蒂堡的主张则其实是,追求政治统一的德国不但应该像率先建立了民族国家的法国一样有一部统一的民法典,而且这部民法典的内容应该接近更加现代、灌注了普世自由主义精神的《法国民法典》。他把政治需要和诉求置于科学之上。<sup>[5]</sup>与其说基尔希曼的“立法者三个更正词则法学家的藏书尽成废纸”

[1] 参见朱明哲:《面对社会问题的自然法》,载《清华法学》2017年第6期。

[2] 转引自[法]乔治·杜比主编:《法国史》,吕一民等译,商务印书馆2010年版,第994页。

[3] 参见[德]尤利乌斯·基尔希曼:《作为科学的法学的无价值性》,赵阳译,载《比较法研究》2004年第1期。

[4] 参见舒国滢:《德国1814年法典编纂论战与历史法学派的形成》,载《清华法学》2016年第1期。

[5] Cf. Paolo Becchi, “German Legal Science: The Crisis of Natural Law Theory, the Historicisms, and ‘Conceptual Jurisprudence’”, in Damiano Canale, Paolo Grossi, Hasso Hofmann et Patrick Riley (dir.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence: A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600 – 1900*, New York, Springer Science & Business Media, 2009, pp. 185 – 224.

的嘲讽是他灵光一现的独创,倒不如说是他对30年前德国法典编纂论战的参与。萨维尼所提倡的历史法学在基尔希曼眼中成了对变动不居的、充满谬误的立法的注解,以科学体系规训政治权力的志业最终变成了学术为权力撰写注脚的工作。由是,基尔希曼意识到把法学作为一种科学的路根本走不通。既然如此,有没有机会再像蒂堡那样选择用法学参与政治呢?所以他说:“法律不单纯是一种认识,它同时还是一种感受,它不仅存在于人们的头脑中,而且存在于人们的心目中。”〔1〕当法学开始关注存在于人们心目中的法律时,它便不再囿于立法者提供的材料,而是勇敢地面对在社会运动中表达出来的未来之法(*lex ferenda*)了。于是,法律也变得可以和时代一起不断进化,而且进化的动力就存在于社会中表达的时代精神。

可惜的是,当时的法学家并未马上意识到基尔希曼之谕的重要性,人民心目中的法律最终也没有通过法学,而是通过1848年发生在德国各个主要城市的暴动表达出来。

所幸,无论是法律进步论还是1848年的革命,最终都在法学中找到了回响。1872年,在维也纳的法律协会,耶林(Rudolf von Jhering)以“为权利而斗争”为题做了自己告别维也纳大学和法学界的演讲。在演讲的一开始,耶林就把矛头指向了萨维尼和普赫塔(Georg Puchta)把法的产生比作语言的理论。〔2〕“如同语言或艺术的形成,法的形成同样是毫无痛苦地发生的,无须奋斗、斗争,甚至连探求也不需要。……一条新的法律规则,如同某个语言规则,也是自然而然地产生。”〔3〕耶林指出,和平是法律的表象,但是这种法律的和平必须通过斗争才能实现。而斗争恰恰是政治、而非科学的性质。经由斗争实现的变革是剧烈的,也是无法通过科学规训的。在19世纪下半叶,政治早就不是蒂堡所想

---

〔1〕 转引自[德]尤利乌斯·基尔希曼:《作为科学的法学的无价值性》,赵阳译,载《比较法研究》2004年第1期。

〔2〕 参见[德]鲁道夫·冯·耶林:《为权利而斗争》,郑永流译,法律出版社2012年版,第4页。后来印刷发行的版本是在演讲时的讲稿基础上扩充而成的,所以会有一些在演讲中其实并未提到的内容。但是,对和平的法律发展观的批评确实出现在了演讲中。除非特别说明,我们依据的是正式出版的文本。

〔3〕 [德]鲁道夫·冯·耶林:《为权利而斗争》,郑永流译,法律出版社2012年版,第4页。有趣的是,就算把法律比作语言,仍然不会遮蔽其产生发展过程中的斗争。布迪厄(Pierre Bourdieu)早就向我们指出,语言的发展恰恰是斗争,有时是你死我活的斗争的结果。



象的那种法国人和德国人之间的斗争,也不是基尔希曼所预见的抽象的斗争,而是具体的群体为了具体的利益进行的斗争。耶林笔下斗争着的人也不再是抽象的道德人,而是农民、军官、商人、城市手工业者、食利者、游历欧洲的英国人。每个不同的群体都有自己所珍视的利益,因此具有了不同于其他群体的情感。正是因为这些具体的、活生生的人在自己法情感的激发下不断为了保卫自己的利益而斗争,法律得以产生和进化。

所以,决定法律的内容的不是法学家,也不是立法者,而是斗争着的人们。甚至法学本身也要不断斗争,“这种实证主义是法学的死敌;因为它将法学贬低为手工艺,故而法学须与其作殊死斗争。倘若法学不能随时保持警觉,那么实证主义所散播的杂草种子,会迅速蔓生,使各种科学窒息于其下”〔1〕同时,法官也不应该推卸自己从正义的角度进行价值判断的责任,以实证法的规定为借口放弃思考。“法官不仅应该进行思考,他也可以,而且应该去感受,也就是说,在适用制定法之前,他应该先让制定法受其法感之批判。”〔2〕无论通过法学还是制定法实现的法律安定性,强调的都是法的静态性格。这种安定性不但误解了法律史,而且本身会成为斗争的障碍,从而窒息法律本身的发展。既然法律的生命在于斗争,那么就应该抛弃对这种安定性的盲目崇拜,转而直面社会,让社会中的斗争推进法律的进化。于是,到了19世纪下半叶,历史法学所坚持的那种法律安定性在喧嚣的变化和对斗争的重视下已经开始动摇了。

## (二)多元的法:法国法学家对法律渊源的初步探索

19世纪下半叶的法国同样面临着重大的变革。普法战争的失利不但带来了统一的德国,也催生了法兰西第三共和国——法国历史上第一个(也是至今唯一一个)延续了超过70年的共和政权。第三共和的缔造者在各个方面都视自己为大革命的继承人,自然也接受了革命共和主义坚定的立法至上主义的信念。正如1794年出版的思想教育课本《*Nouveau catéchisme républicain à l'usage des sans-culottes*》(无套裤汉的新共和派教义问答)所写的那样,共和主义者所

---

〔1〕 [德]鲁道夫·冯·耶林:《法学是一门科学吗?》(上),李君韬译,载《比较法研究》2008年第1期。

〔2〕 [德]鲁道夫·冯·耶林:《法学是一门科学吗?》(下),李君韬译,载《比较法研究》2008年第2期。

服从的“永远是法律,只有法律,而不是其他任何事物”。而作为公意之唯一代表的立法者以人民之名行使立法权,也就意味着立法者所为之事不可能是错的,所以它可以制定任何规则。第三共和国的国父们也正是这样做的。这些少有意识形态色彩的机会主义者时刻准备制定法律巩固新生的、处于国外和国内保皇势力威胁之中的共和政权。于是,中央政府的权力进一步得到强化,由共和主义的师范学校培养的师资任教的公立学校提供普遍、免费、强制的教育,民事婚姻成了唯一有效的婚姻形式,教会作为共和国的敌人成了打击的对象。

在政治动荡的表面之下,则是“美好年代”的经济不平等带来的风起云涌的社会斗争。从有产者的角度看,经济和社会的发展进入了繁荣的“美好年代”,但《民法典》所构建的“资产阶级的和平”也在此时备受挑战。<sup>[1]</sup>从工人阶级的角度看,19世纪末是属于左拉的《萌芽》的时代,也是由1905年工人国际法国分部成立和1906年《亚眠宪章》代表的年代。1900年前后是新世纪的开始,也是“长夜”的深处,但只要“团结起来到明天”,就可以赢得“最后的斗争”。<sup>[2]</sup>从1880年到1890年,平均每年发生400场罢工,5倍于上一个10年。每年有78,000人次参与罢工。<sup>[3]</sup>1884年允许设立行业工会的法律既是对工人运动的积极回应,也推动了罢工的发展。它本来是延续1881年结社自由法的逻辑发展,最终则超越了原先自由主义立法的计划,开启了以特别立法适应工业生产环境和劳资双方特殊关系的时代。<sup>[4]</sup>终于,罢工的规模在1906年达到了历史的高点。与罢工相关的人也在改变,从1890年开始,组织和参与罢工的人开始认识到这一产业运动不妨作为政治动员的一种方式。<sup>[5]</sup>在法国乃至全欧洲,仰赖马克思主义的传播和各国社会主义政党的活动,阶级意识在工人中间以不亚

---

[1] André-Jean Arnaud, *Essai d'analyse structurale du code civil français; la règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1973, pp. 9 - 10.

[2] Cf. Maurice Tournier, “Le Grand Soir”, un mythe de fin de siècle, *Mots*, 1989, pp. 79 - 94.

[3] Cf. Vincent Viet, 《Les républicains face aux grèves: intervenir pour ne plus avoir à intervenir (1880 - 1914)》, *Cahiers Jaurès*, 1 mars 2011, pp. 53 - 69.

[4] Cf. Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, *Presses Universitaires de France*, 2001, p. 265.

[5] Cf. John Merriman, *Europe 1789 to 1914: Encyclopaedia of the Age of Industry and Empire*, Detroit, Thomson Gale, 2006, p. 2265.

于物质进步的方式迅速形成。<sup>[1]</sup> 罢工表达了重新制定一部符合时代精神,而不是体现 19 世纪初那个农业社会之需求的《民法典》的愿望。恰恰共和派政府也没有排除社会主义作为一种政治改革方向的可能,反而表现出了对工人和无产阶级的亲近。其结果便是,在民法学家眼中,无产阶级的法律马上就要通过无所不能的立法权变成现实了。

如果不想让“无产阶级的民法典”取代 1804 年的《拿破仑法典》,就必须让法律的解释者获得一种新的方法,从而让“法官即便严守‘适用法律而非再造法律’的角色,也能通过司法中的解释,回应进化和社会进步中产生的需要”。<sup>[2]</sup> 如果立法的文本中存在漏洞,法律的适用者又不希望立法权来填补这些漏洞,那么一个简单的方法就是重新区分“法”与“立法”,并强调除了“立法”以外的“法”的重要性。共和主义的立法至上论把法等同于立法,赋予了立法者随时改变法律的权力,也通过承认立法中的漏洞让这种权力的行使变得必不可少。但如果漏洞的立法仅仅是范围更广的规范系统之一部分,那么就算立法有漏洞和不合时宜的地方,也未必不能通过其他的“法”正确地解决个案争议。这样一来,立法者的干预就显得不必要了。相反,通过法来更正立法的权力从立法者的手中转移到了法律的使用者手中。所以,对于那些不愿意与共和政府妥协的法学家而言,法律渊源必然不能仅仅包括立法。通过反思法律渊源而挑战立法至上主义的历程从此在法国的法学界展开。

在法律渊源领域,古老的多元主义立场于 19 世纪末悄然复兴。标志性的时刻是 1899 年。这一年,南锡法学院教授惹尼(François Gény)出版了《*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*》(实在私法的解释方法与法律渊源),巴黎的普拉尼奥(Marcel Planiol)开始出版三卷本的《*Traité élémentaire de droit civil*》(民法导论),两书是“令立法全能信念正式灰飞烟灭的一击,既标志着法学真正迈入 20 世纪,又标志着学说的法国概念从此创

---

[1] Cf. pp. 11 - 47; Eric Hobsbawm, *The Age of Empire, 1875 - 1914*, New York, Vintage, 1989, pp. 112 - 142.

[2] Raymond Saleilles, «Droit civil et droit comparé», *Revue internationale de l'enseignement*, 1911, LXI, n° 1, pp. 5 - 32.

生”。〔1〕惹尼和普拉尼奥的说法大同小异,总体上来说,就是确立了立法、习惯、判例和学说四种法律渊源的分类,区别仅仅在于习惯与判例的关系而已。惹尼主张,为了正确理解立法权和法律解释方法,必须重拾法典的起草者所持之正确的立法理念,承认立法所确定之规则必须在司法和学说的解释中得到不断发展。〔2〕立法者只能确定成文法的形式和内容,却无以垄断所有的法律。既然法官需要依法裁判,而立法必然是有漏洞和需要在个案中解释的,那么法官就需要从其他地方寻找规范,习惯、判例和学说都是可以参照的资源。正因为法不等于立法,所以在依法裁判的时候需要寻找其他法律渊源,习惯、判例和学说也就顺理成章了。惹尼因此把自己提出的方法称为“自由科学的法探索”。法律的适用者在实践中需要找的正是立法之外的规范。更进一步,惹尼强调,“自由科学的法探索”只能以自然法为指导方案。〔3〕虽然惹尼避免让自然法取代实证法的地位,然而至少正义的理念是法律解释时的“指导方向”和“考虑因素”。〔4〕每当法律的解释者要确定法律的意义或弥补法律漏洞的时候,他都要寻求正义原则的指导。〔5〕甚至可以说,在法律有漏洞或缺陷的时候,法律的解释者取代了立法者的地位,他们的任务不再像所谓“传统方法”的支持者所声称的那样要决定什么立法的政治意志,而是去理解什么是正义的要求。

同样是把法律的适用者从立法文本的束缚中解脱出来的努力,同样是让法律的解释者突破法律的文义回应社会变迁的主张,开发法律渊源理论的法国法学家和把法律的动荡性揭示出来的德国法学家恰恰提出了完全不同的主张。

---

〔1〕 Philippe Jestaz et Christophe Jamin, *La doctrine*, Dalloz, 2004, p. 131. 该书已由笔者译出, [法] 菲利普·热斯塔茨、[法] 克里斯托弗·雅曼:《作为法律渊源的学说》,中国政法大学出版社 2018 年版。

〔2〕 关于惹尼的立法观更全面的研究,参见朱明哲:《法国民法学说演进中对立法者认识的变迁》,载《苏州大学学报》(法学版)2014 年第 3 期。

〔3〕 Cf. Michel Villey, *François Génét et la renaissance du droit naturel*, *Archives de philosophie du droit*, 1963, Vol. 8, pp. 197 - 211; Ward Alexander Penfold, *An Ineluctable Minimum of Natural Law François Génét, Oliver Wendell Holmes, and the Limits of Legal Skepticism*, *History of European Ideas*, 2011, pp. 475 - 482.

〔4〕 François Génét, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1899, Tome II, p. 104.

〔5〕 François Génét, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1899, Tome II, p. 100.

基尔希曼和耶林重拾了萨维尼—蒂堡论战中蒂堡的观点,主张保持法律生命力唯一的方法是把法主要理解为政治。惹尼等法国法学的革新者则在批判历史法学的同时颇为吊诡地站在了萨维尼的那一边,主张只有把法律理解为科学,方能正确地让它适应社会变迁。前者呼吁法学家去理解社会的呼声,后者则坚持法学家要引导社会的发展。更为吊诡的是,在法学理论创新方面贡献最大的惹尼恰恰在政治上极为保守。他不但反对民主制、为传统的社会等级制度辩护,还处在反犹主义的边缘,总之从各个方面来看,都是19世纪末的法国右派的典型。法律渊源的多元性抵制的正是共和派立法者通过法律改造社会的主张。然而恰恰是他的“自由科学的法探索”启发了德国、奥地利那些信奉进步主义的法学家,其中有不少还是犹太人。

### (三)自由的法:德奥法学家对保守法律理论的转化

所以,当“自由法运动”在20世纪之交于德国和奥地利发展起来时,德国和法国的法学家已经为该运动的支持者准备好了最重要的语言工具。人们习惯上认为支持自由法运动的学者包括了埃利希(Eugen Ehrlich)、康托洛维茨(Hermann Kantorowitz)、福克斯(Ernst Fuchs)、施坦普(Ernst Stampe)、荣(Erich Jung)、辛茨海默(Hugo Sinzheimer)、博齐(Alfred Bozi)、伊赛(Hermann Isay)等人。<sup>[1]</sup>学说史已经明白指出,他们反对的是一种把法律等同于立法、认为所有法律问题都可以通过对立法中既有条文进行文义分析和逻辑推导找到正确答案的方法。他们也批评大学里的法学家只关心概念的建构,而不关心社会生活世界。<sup>[2]</sup>他们支持的则是学者和法官共同摆脱立法的束缚,把目光投向生活世界,观察和理解社会现实中产生的“活法”。<sup>[3]</sup>有利于他们的历史事实是,当他们登上历史舞台时,基尔希曼、耶林和惹尼早就已经为他们准备好了一套反对立法至上主义、强调法之可变性、揭示法律发展中的利益斗争因素的台词了。他们所需要做的只是根据自己的理解把这些台词念出来。

于是,我们看到在自由法运动的宣言性作品中,康托洛维茨重拾了因为耶

[1] Cf. Albert Foulkes,《On the German Free Law School(Freirechtsschule)》,op. cit.

[2] Cf. Hilgendorf E. et J. C. Joerden(dir.),Handbuch Rechtsphilosophie,op. cit.,p.252.

[3] Cf. Pattaro E. et C. Roversi(dir.),A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence,op. cit.,p.187;Albert Foulkes,《On the German Free Law School(Freirechtsschule)》,op. cit.

林而在19世纪末的法学中广为流传的“斗争”概念,把自己的檄文命名为“为法学而斗争”。在快速回顾了当时法学界涌现的文献后(包括基尔希曼和耶林,其中法国法学的发展应该指的是惹尼),康托洛维茨认为一种新的法律观已经产生,一种独立于国家权力之效力的法正在获得人们的重视,最好称为“自由法”。<sup>[1]</sup>但是,康托洛维茨所面对的历史情境和基尔希曼、耶林甚至同时代的惹尼都不一样。这本小册子在1906年出版时,德国既没有革命的风险,也不像法国那样面临把已经有百年历史的民法典一股脑抛弃的呼声。如果说一部重要的法典刚出现时,最显而易见的重要工作应该是去逐条解释这部法典,那么到底为什么会在酝酿了将近一个世纪后才姗姗来迟的《德国民法典》生效后,德国法学反而遭到了自由法运动的奇袭呢?维亚克尔(Franz Wieacker)细节丰富的著作对此亦未明说,但他暗示我们,自由法运动参与者们的不满一方面来自概念法学对教义学技术的过于推崇,另一方面则来自在概念法学支配下制定的《德国民法典》中的抽象一般规则实际上只是对现实中种种社会矛盾的和稀泥。<sup>[2]</sup>或许正是在这样的考虑之下,康托洛维茨才呼吁法学抛开类推、拟制等一系列人为的解释技艺,直面生活事实中的冲突。<sup>[3]</sup>这样一来,司法就不再是科学的了,甚至法学也不再是科学的了。它们都直面意志与利益的分歧,所以也都是政治性的。那么,康托洛维茨为之斗争的法学实际上正是政治性的法学。

自由法学对基尔希曼和耶林的传承相当清楚,但是它和惹尼的关系则暧昧得多。很多作品都把自由法运动与惹尼联系起来,认为他启发了包括埃利希、福克斯和康托洛维茨在内的人。<sup>[4]</sup>无疑,从他们的作品中不难看出对惹尼“自

---

[1] [德]赫尔曼·康托洛维茨:《为法学而斗争/法的定义》,雷磊译,中国法制出版社2010年版,第5-9页。

[2] [德]弗兰茨·维亚克尔:《近代私法史》,陈爱娥、黄建辉译,上海三联书店2006年版,第552页。

[3] [德]赫尔曼·康托洛维茨:《为法学而斗争/法的定义》,雷磊译,中国法制出版社2010年版,第25-29页。

[4] Cf. Benoît Frydman, 《Le projet scientifique de François Génys》, in Clément Thomasset (dir.), François Génys, mythe et réalités, 1899 - 1999, Paris, Yvon Blais, 2000, pp. 213 - 231; Roscoe Pound, “The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence”, *Harvard Law Review*, 1911, Vol. 24, n° 8, pp. 591 - 619; Albert Foules, 《On the German Free Law School (Freirechtsschule)》, op. cit.

由科学的法探索”理论的赞美。只不过这种启发完全可能出于对惹尼的误解。和他那个时代不少法国法学家一样,惹尼精通德语,而且比绝大部分的法国法学家更关心德国法学的发展。在他作品的脚注中,我们可以找到许多当时赫赫有名的德国法学家的作品,耶林也包括在内。初步的阅读会揭示,惹尼赞同耶林对概念法学的批评,并或多或少把耶林的批判转化成了他自己对所谓“解经方法”的批评。在这个意义上,传统的学说史研究至少部分是准确的。但是,更仔细的阅读则会让我们意识到,惹尼不同意耶林几乎所有没那么抽象的论述。他不同意耶林关于习惯法不是独立法律渊源的观点,也不同意国家可以垄断所有法律的创制权,更不同意应该把法律的发展理解为力量的作用(斗争)。可以说,他们除了共同反对一种死板、僵化、教条、只关心法律规则的形式推理的旧法学之外,几乎没有任何的共同点,而他们所批判的这种旧法学也未必真正在历史上存在过。<sup>[1]</sup>同样的论断适用于惹尼和埃利希的关系。惹尼和埃利希一样,认为国家无法垄断法律的生产。但是埃利希认为社会团体、职业联合会等社会自组织所创设的行为规范应该视为法律,惹尼对此无法接受。惹尼认为有能力在国家之外创造法律的只能是天主教会。所以,惹尼和埃利希所说的“非国家的法”或“社会”背后的社会现实实际上大相径庭。正如法哲学家们大谈特谈法律与道德的分离或联系,但他们每个人所使用的“道德”具体指什么其实全然不同。由此我们可知,学说史的考察果然不能只关心人们用的词,更要小心挖掘这些词背后的“物”。<sup>[2]</sup>

更值得注意的是,惹尼不但了解自由法运动,而且是它的批评者。在他的《实证私法的解释方法与法律渊源》第二版中,惹尼加入了四篇后记,其中一篇边用了74页的篇幅详尽回顾自由法运动的发展。虽然他坚持自己的研究是“描述性的,仅仅力求展现该运动之真相”,但他最后得出的结论却是该运动已

---

[1] 关于所谓“解经”学派内部的多元性,参见 Philippe Jestaz et Christophe Jamin, *La doctrine*, op. cit., pp. 87-95。

[2] 本段引用的惹尼的观点,分散在他两部巨著《实证私法的解释方法与法律渊源》(两卷本)和《实证私法的科学与技术》(四卷本)那洋洋两千余页的文字中,在有限的时间内想一一寻找实在力有不逮。由此我们可知,学说史的研究者果然不能只是记住作者提出的观点,更要小心记下他们提出这些观点的地方。

经失败了。<sup>[1]</sup>他对康托洛维茨宣言的评价是：“以令人警醒的尖锐笔调写就，根据作者的需要而显得暴戾，这部作品的基础是肤浅的历史考察、难于理解的哲学思考和政治或者琐碎的幻觉，让我们想起……自由思想者们的反教权主义。”<sup>[2]</sup>“自由思想者们的反教权主义”！这是甚至连政教分离也不愿接受的惹尼能够在文章中写的最尖刻的否定。在更为具体的实质判断上，惹尼则指出，康托洛维茨和他的同道有时候竟然想用所谓的“自由法”取代正式存在的立法，这也是惹尼所不能接受的。<sup>[3]</sup>不过，就连惹尼也认为，这一运动的后来的失势并非因为没有提出一套替代性的法律解释方法，而是因为它的主张与德国传统上以国家吸收所有个人利益的国家哲学格格不入。换言之，其失败并不是因为科学性不足，而是因为政治上逆风行驶。

### 三、误用：自由法学的东亚移植(1879 ~ 1949)

西欧和中欧的学者在 19 世纪和 20 世纪之交的时刻终于通过文本的书写、流传、阅读、理解、阐发，形成了一套关于“自由法”的论说。虽然他们面对的是不同的社会、回应的是不同的问题、使用的是不同的材料、主张的是不一样的法律渊源与解释方法，但他们终究在共谋中创造了一种新的语言模式，用来讨论一种把立法边缘化的渊源理论和让法律的适用者摆脱文义的解释方法。对于没有经历整个过程的人而言，“自由法”此时已经不是一个包括了种种在细节上彼此冲突、充满动态的理论光谱，而是一个抽象的、聚合式的成说。来到欧洲学习的东亚学生又把这套成说放进他们的行李箱，漂洋过海带回欧亚大陆的东

---

[1] François Géný,《Le mouvement du “freies Recht” (libre droit) dans les pays austro-allemands (Chapitre quatrième de l'épilogue)》，in *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1919, Vol. II/II, pp. 330 - 403.

[2] François Géný,《Le mouvement du “freies Recht” (libre droit) dans les pays austro-allemands (Chapitre quatrième de l'épilogue)》，in *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1919, Vol. II/II, pp. 372 - 373.

[3] François Géný,《Le mouvement du “freies Recht” (libre droit) dans les pays austro-allemands (Chapitre quatrième de l'épilogue)》，in *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1919, Vol. II/II, p. 378.



端。移植到他乡的学说又开出了和在家乡完全不同的花朵,法律思想的全球史意义此时凸显的最为明显。日本法学家借助这套说辞,找到了突破继受于外国的法律制度、回归本土社会的可能。正在法典化过程中的中国法学家则以此等说法,在法典远远没有脱离时代的情况下,为司法党化的政治干预背书。

### (一) 日本:通过自由法学寻找本土社会

日本法学家对惹尼和他的同道萨莱耶(Raymond Saleilles)尤为推崇。二人从1892年到1912年的430多封通信此前一直由一位日本法学家保存。面对20世纪初在借地借家问题、刑法之教育功能、劳工运动、永佃权等法律争议背后所表现出的社会动荡时,日本法学家试图通过突破传统的成文法解释来寻找合适的法律安排。<sup>[1]</sup>最早把惹尼介绍到日本的是对法国法研究相当深入的杉山直治郎。不过真正大张旗鼓地推崇“自由法”的,还要数牧野英一、富井政章和石坂音四郎。值得一提的是,自由法学在欧洲产生时已经清晰可见的层累叠加效应,在日本学者对自由法的移植过程中显得尤其明显。日本学者对自由法学传播最大的特点是他们借用了“自由法”这个产生于德奥的外衣和旗帜,在实质上使用的是惹尼的著作,却也同时在惹尼保守的观点上涂抹了耶林和康托洛维茨的色彩。

其中,牧野英一在民法领域最大的贡献就是引入了自由法学,而在刑法领域则是教育刑罚论。<sup>[2]</sup>牧野英一先是在穗积陈重的影响下接受了法律的进化论,又在耶林的著作中找到了这种关注法律之动态的理论。无论穗积陈重还是耶林,都是自然法的强烈反对者,他们认为古典时代那种普遍的、永恒的自然法主张在时刻处于运动中的法律发展中是站不住脚的。然而,与他们恰恰相反,牧野英一却从中发现了普遍自然法的可能性。他主张唯一能把握法律之变化的观念便是自由法。而自由法的演进恰恰不是局限于一时一地的,而是普遍

---

[1] 相关的论述可见[日]牧野英一:《法学の主観的新思潮》,法学協会雑誌21卷9号1284頁,1903年;同《法学研究の態度に関する基本観念》,同22卷8号1124頁,1904年;[日]中田薫:《仏蘭西ニ於ケル自由法説》,法学協会雑誌31卷1号40頁、2号244頁(1913年);[日]野田良之:《法における歴史と理念》,東京大学出版部,1951年。

[2] 关于牧野英一法理学的整体介绍,参见[日]堅田剛:《牧野英一の法理学——法律進化論から自由法論へ》,獨協法学第38号39頁,1994年。

的、世界性的。所以,法律的进化论和一种世界法的理论融合于自由法的观念中。<sup>[1]</sup> 所以,虽然牧野英一以自由法之名实际上引入的是萨莱耶根据施塔姆勒(Rudolf Stammler)学说改造而来的“可变的自然法”。<sup>[2]</sup> 富井政章敏锐地认识到牧野之自由法学与欧陆“新自然法”的关系,并进一步从惹尼的理论中为这种可变自然法找到了具体在法律使用中实施的方法。他主张学说和判决也是法律渊源,认为法官要从不同的法律渊源中探求符合社会理想的法则。<sup>[3]</sup> 相比之下,留学德国、作为德国学说在日本代表的石坂音四郎则更坚决地接受了康托洛维茨对传统法律解释工具的批判。他认为所有的解释方法无非是文义解释和非文义解释(论理解释),其中“论理解释之意义,殊欠明了”。<sup>[4]</sup> 二者并不彼此独立,论理解释只是要求解释者参考立法材料、历史沿革,从体系出发、依据法律理由、依法律原则、制定法律的原因、实际之结果诸种。<sup>[5]</sup> 石坂接着又指出“其中多半,实无何等价值可言”,因为真正的区别无非在于前者依据法规的形式关系解释法律,后者依据实质的法律目的和生活关系解释法律。<sup>[6]</sup>

耶林反对自然法,惹尼有意与自由法划清界限,要说真正“原封不动”移植欧洲理论的恐怕只有英年早逝的石坂音四郎。假如我们坚持说耶林、惹尼等人的理论都有一个核心的主张,任何对这种核心主张的背离都是误读,那么我们必须说日本学者对欧陆法学的移植、特别是对惹尼理论的移植无疑是一种误读。但如果跳出这种带有后见之明的、居高临下的判断,虽然未必同情但总归尝试去理解这种误读带来的后果,我们会发现自由法学的传播帮助日本法学家从对德国法学的继受转向了自觉地发展。其中对关于物权移转的《民法典》第176条的解释就是一例。

[1] [日]牧野英一:《自由法と進化的及び普遍的》,《民法の基本問題外編第三》,有斐閣,1937年,第2頁以下。

[2] 参见朱明哲:《面对社会问题的自然法》,载《清华法学》2017年第6期。

[3] 《自由法説の價值》,法学協會雜誌33卷4号,1915年。

[4] [日]石坂音四郎:《法律解释论》,涂身洁译,载《法律评论》1926年第143期,第5~10页。刘昕杰、杨晓蓉录本文为涂身洁所著,应为误书。本文原载[日]牧野英一:《穗積先生遷曆祝賀論文集》(有斐閣書房,1915),后收录于[日]石坂音四郎:《民法研究(改纂·上卷)》(有斐閣書房,1919年)。参见日本国立国会图书馆:<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/946651>,2016年8月29日访问。

[5] 参见[日]石坂音四郎:《法律解释论》,涂身洁译,载《法律评论》1926年第143期。

[6] 参见[日]石坂音四郎:《法律解释论》,涂身洁译,载《法律评论》1926年第143期。

第176条文本是“物权的设定及转移,只因为当事人的意思表示而发生效力”。从相似性来说,这一条文重述了《旧民法》财产编第296条和第331条所继受之法国法,即“当事人就标的物及其价金相互同意时,即使标的物尚未交付、价金尚未支付,买卖即告成立,而标的物的所有权亦于此时在法律上由出卖人移转于买受人”(《法国民法典》第1583条)。但是,留学德国、接受了负担行为和处分行为之二分的日本学者主张,所谓“意思表示”在此处仅仅指处分行为的意思表示。<sup>[1]</sup>虽然就连许多留法民法学家也逐渐接受了德国法上处分行为的无因性理论,但是也有不少法学家认为这种学说移植与日本民间物权变动模式相去甚远,为了证明他们的观点,开发其他的法律渊源就成了一个可以尝试的道路。例如,末弘严太郎就引用了大量大审院的判例,证明司法机关在新民法颁行后仍采取接近法国法的解释,没有在负担行为外要求处分行为,也不把公式方法看作权利转移的必要条件。末弘严太郎一战期间留学法国,正好是萨莱耶等人所鼓与呼的法律多元论方兴未艾时。<sup>[2]</sup>但是末弘在为自己所选择的方法辩护时,却用的是耶林的腔调:对负担和处分行为作区分和不作区分的解释,都可以于第176条的文义范围内成立,真正能够起决定意义的恰恰是利益权衡。<sup>[3]</sup>末弘严太郎进一步主张,解释法律文本不能脱离“存在中的法”。<sup>[4]</sup>此后,末川博和川岛武宜也在他的号召下,主张对照《交易习惯解释》第176条。

选择了“自由法”的日本学者,偏偏没有接受与自由法关系最为密切的另一个关键词:斗争。从立法文本中脱离的法官,又重新落入了判例、学说和习惯织就的规范之网。所以说到底,法律仍是科学的,而非政治的。但这种自由的科学探索最终和惹尼所提倡的那种解释方法又大不一样,法学家不负有引导社会发展之职责,而是让判例和交易习惯引导他去把社会生活中出现的法律形式化。在此过程中,日本法学家成功发展出了一套让他们可以在移植的文本和本土社会之间建立对话的法学语言。

[1] [日]川名兼四郎:《物權ノ設定移転ヲ論ス》,法学協會雜誌21卷2号203頁,1903年。[日]富井政章:《我國法上ニ於ケル物權の意思表示》,法学協會雜誌24卷1号13頁,1906年。

[2] 关于牧野英一对末弘严太郎的影响,参见[日]後藤卷則:《民法学の方法——末弘民法学までの素》,獨協法学第40号135頁,1995年3月。

[3] [日]末弘嚴太郎:《物權法上卷》63頁以下,有斐閣,1921年。

[4] [日]末弘嚴太郎:《自序》,《物權法上卷》,有斐閣,1921年。

## (二) 中国:借助自由法学背书政治干预

相比于日本,中国在学说移植上处在更复杂的处境中,因为中国法学家直接从欧洲进口理论商品,同时也从日本进口经过日本学者改造的理论商品。对自由法学的引入也不例外。从整体上看,中国法学者接触自由法学的的时间并不晚。1913年,《独立周报》和《法政杂志》上就分别出现了介绍和反对自由法学的文章。<sup>[1]</sup>中国法学家最初从欧洲直接引入“自由法学”时,甚至没有像他们的日本同行那样主张自由法学是德法合谋的产物,而是径自把惹尼所谓“自由科学的法探索”当作了自由法学的口号。<sup>[2]</sup>当然,此种做法也未必没有受到日本学者的影响。例如,上杉慎吉虽然在他批评自由法学的文章中,自由法说是“近时德法两国法学界所发生”,但还是认为它“先起于法兰西”。<sup>[3]</sup>然后,随着留学英美的学生回国者日增,“自由法运动”终于在民国学者的论述中表达成了一项横扫欧美日各国的进步运动:“自由法运动之说,始创于法,继行于德,今又盛唱于日本。考此说又来,实根据于法国法学家祁尼之解释方法论一书”。<sup>[4]</sup>可见,中国法学家在移植时忽略了自由法产生时的多重渊源,而是将其视作仅仅诞生于一个国家,然后辗转流传到其他国家的线性发展。

至于从日本移植的一支,最为明显的是传承自石坂音四郎的观点。从日本明治大学回国从教于朝阳大学的胡长清、留学日本后任教于北平大学和燕京大学的彭时、中山大学教师朱显桢三人均曾大篇幅介绍过石坂音四郎的解释方法。这一系列作品恰好出现在从1926年到1936年这一段从大理院晚期一直到稳定下来的司法院的时期,中间还有民法典起草颁行等重要事件。而且胡长清、朱显桢在民国时期本来也不是籍籍无名之辈。更不用说去世多年后仍能吸引中国读者这一事实也说明其理论在中国接受程度之高。

朱显桢认为,对应今天所知“主观说”的立法者意思探究说实在已经为当时大部分学者所抛弃:“立法者意思探究说,既受上述之种种攻击非难,则其说之

---

[1] 《法兰西自由法说》,载《独立周报》1913年第26期;参见[日]上杉慎吉:《非自由法说》,天硕译,载《法政杂志》1913年第10期。

[2] 《法兰西自由法说》(续),载《独立周报》1913年第27期。

[3] [日]上杉慎吉:《非自由法说》,天硕译,载《法政杂志》1913年第10期。

[4] 王凤瀛:《自由法运动》,载《法律评论》1924年第48期。

无价值,当可想见,近来关于法律解释之目的,除少数学者而外,一般皆已唾弃此说而不顾了”。〔1〕官费留学日本并加入同盟会的罗鼎也曾提道:“吾人固主张立法与司法应取同一之态度,然非谓法律应对的依从立法者之意思以解释也。”〔2〕但就算有著名学者坚持的、对应客观说的法律意思探究说,也有重大缺陷:“法律意思探究说,到底亦不免为一谬见。现代著名之学者,虽多有坚持此说者,然而吾人熟考之余,终以未能左袒此说为恨”。〔3〕因为法律终究是一种人类的造物,所谓法律的意思不过是解释法律者自己内心对法律理解的投射而已。

有疑问的是,如果非要从文义之外寻找法律的解释,却既不能通过探求立法者意思,又不能假定法律有一定的客观意思,那么解释如何避免“方法论上的盲目飞行”?后来进民法编纂委员会的胡长清对此问题的回答是:“夫法律,所以调和实际生活现象者也,解释法律而不顾社会常识观念,则去法律之本旨远矣。”〔4〕朱显桢在8年后重复了这一说法:“实际法律解释家,不悉社会实际生活之情形,不能为法律解释之基础,而达法律最终之目的。”看来让法律适应社会生活是一个核心的立场,并没有因为成文法体系从旧律向“六法”的转变而发生改变。朱显桢进一步说:

法律内容之规范的思想,乃依法文自体合理的判断所推论之思想,非立法者之具体的意思,故为抽象的、客观的,而非具体的、主观的。而且此思想,从一定时代一定国民之思想上的要求,合理的判断法文,可以得到普遍一致之结论,所以一定时代,一定国民之程度,为确定的、普遍的。于此意义,吾人以法律之内容为法律自体所包含之规范的思想。〔5〕

所以此种法律体系中所包含的规范思想本身会随着时间和空间改变,但是

- 
- 〔1〕 朱显桢:《法律解释论》,载《社会科学论丛》1935年第8、9号合刊。
  - 〔2〕 罗鼎:《法律解释上之英美法源》,载《法律评论》1923年第19期。
  - 〔3〕 朱显桢:《法律解释论》,载《社会科学论丛》1935年第8、9号合刊。
  - 〔4〕 胡长清:《常识的法律解释》,载《法律评论》1927年第44期。
  - 〔5〕 朱显桢:《法律解释论》,载《社会科学论丛》1935年第8、9号合刊。

对于每一个给定的时间和空间范围之内,用以引导法律解释的规范思想是客观不变的。所以法律解释的前提就变成了去探究给定社会在思想上对法律提出的要求。于是,判例之所以成为创造法律规范的材料,是因为法官本身也是社会生活的观察者。在社会面前,成文法规范的约束力显得不重要了。

然而自由法学并不仅仅是一种客观的和技术性的解释方法,其发展和继受很明显地与20世纪初对法律社会层面的关注相连。而且,中国学者对此其实洞若观火。如果说1913年自由法刚刚进入中文文献时,人们还只是认为其产生动力在于斤斤于文本的传统法律解释观念和采取社会学说适用法律的法律解释现实之间的冲突,后来人们已经很清楚地意识到社会发展与法律文本之差异所造成的不正义才是该说产生的深层背景。如刑法学家江镇三就说:

吾人细推原由,盖从前个人制度,过度发达,契约自由与所有权之绝对性,极端滥用,以致社会交接,全属仁爱之意念,唯利己之方策是务,借主、雇主等有产阶级,对于赤贫寒苦之无产阶级,可以任意要求,所谓双方意思之合致,事实上只为富者屈服贫者之结果。<sup>[1]</sup>

蔡枢衡也提醒人们:

(牧野英一)教授斯著原以日本社会为背景,在日本现行刑法无罪刑法定主义明文之前提下,企图引民法上之自由法论进入刑法之中,以打破刑法不许类推解释之表现,在资本主义刑法文化发展过程中,实为极有意义之著作。惟我国社会进化之阶段与日本不同,刑法上之有规定与无规定,亦各异趣。姑勿论我国各种法典尚尽在于初备之境地,社会制度尚未成熟,自由法论的思潮是否接受,以至于应如何接受,尚属问题,似未可不一考其究竟,据袭他人成说以为己有。<sup>[2]</sup>

---

[1] 江镇三:《法律与正义》,载《法轨》1933年创刊号。

[2] 蔡枢衡:《中国法理自觉的发展》,清华大学2005年版,第255页。

表面上看,似乎中国的法学家本也可以把握机会,用欧洲学者提供的这一语言模式为外来法本土化的努力背书。但是,毕竟世纪初的中国法学界核心问题并非本土资源,而是建设符合西方法律观念的现代法制体系。<sup>[1]</sup>在这种语境之下,自由法的观念就算可以如同在其他国家一样帮助法律的适用者摆脱法典严格文义的约束,却不会让他们转向对传统社会的研究。

甚至连上杉慎吉所担心的借自由法之名减损国家权力的危险,在民国法学中都不见踪影。相反,自由法学增加、而不是减少了国家以社会名义的干预。在民国的法律场中,政治权力处在超越其他竞争者的地位。所以对于希望多少能获得对规范解释权的法官和法学家来说,最有效的策略是尽可能地换取政治资本,获得政治权力的背书。其中一种手段便是尽可能地采取政治言说规范时使用的语言模式。但这并不意味着他们必须同时接受对规范的政治解释,因为人们可以用同一种词汇、语法、行文风格去表达完全不一样的意思。与此同时,政治权力也确实在有意识而明确地生产和固化一种言说规范的语言模式。如司法党化运动,便生产了一种法律解释方法,要求法律的解释者适用党义、从具体时代的民族需要出发,推求革命人民心中主观的法律情感,从而在解释时采取“论理解释”,创造实在的法律。<sup>[2]</sup>这种解释方法实际上要求法律的解释者不拘泥于文义。于是一种相当吊诡的现象出现了:政治权力作为法典编纂的推手,一方面在制定法典,另一方面在推行一种反成文法的解释方法。这种矛盾的立场或许只能说明当局并未严肃对待法典。而无论这一立场是否在理论上成立,它都是分析民国法学与司法之关系不得不考虑的背景。

所谓为司法背书,所谓引导司法,无非都是一方面迎合国民党的要求,另一方面在相对强势的政治权威面前谋得一片独立空间而已。盖无论是北洋政府还是南京政府时期,法学和司法都是高度政治化的。从1923年开始、贯穿后两段时期的“司法党化”运动在法官入党和党义决狱两方面让国民党实现了对司法的治理。司法如此,法学亦不例外。法学的政治化最明显的表现是法学家的政治参与。民国时期重要的法学家往往也同时是重要的政治活动家,王宠惠、

[1] 关于传统派和进步派的争论,参见朱明哲:《论王伯琦对法国学说的拣选与阐述》,载《清华法学》2015年第2期。

[2] 参见陈新宇、陈煜、江照信:《中国近代法律史讲义》,九州出版社2016年版,第274~275页。

史尚宽、谢冠生、吴经熊、王世杰、郑毓秀和魏道明夫妇等人皆然。而且法学家也一直认为法学需要服务于民族独立、救亡图存的政治事业。从清末民初领事裁判权废撤,到20世纪30年代中华法系建设,政治主导下的司法议题同样也是法学上热议的题目。

所以,在民国的法律场中,掌握了立法权的政治权威处在超越其他竞争者的地位。政治、司法、学说的不平等关系是竞争中的体制与行动者所形成客观结构的最重要特征。高度象征化的政治资本也就成了竞争中最重要资本。所以对于希望多少能获得对规范解释权的法官和法学家来说,最有效的策略是尽可能地换取象征性资本,获得国民党的背书。其中一种手段便是尽可能地采取政治言说规范时使用的语言模式。但这并不意味着他们必须同时接受对规范的政治解释,因为人们可以用同一种词汇、语法、行文风格去表达完全不同的意思。与此同时,国民党也确实在有意识而明确地生产和固化一种言说规范的语言模式。例如,司法党化运动,便要求法律的解释者适用党义,从具体时代的民族需要出发,推求革命人民心中主观的法律情感,从而在解释时采取“论理解释”,创造实在的法律。这种解释方法实际上要求法律的解释者不拘泥于文义。于是一种相当吊诡的现象出现了:国民政府作为法典编纂的推手,一方面在制定法典,另一方面在推行一种反立法的法律观。这种矛盾的立场或许只能说明当局并未严肃对待法典。而无论这一立场是否在理论上成立,它都是分析民国法学与司法之关系不得不考虑的背景。

法律社会化思潮的流行也是一种用政治为法律解释背书的策略。现代化和社会主义都是民国时期重要的政治目标。那么,法律社会化既可以彰显中国法学与国际最新的趋势齐头并进,更可以与政党高唱社会的调子相和。王伯琦就曾说,“三民主义”之实质便是社会主义。虽然留法归来任教于中央政治学校的阮毅成认为外来的法律是于天灾人祸之外对人民的又一苦难,但以先进的欧洲法律助力中国社会的现代化,不但是很多法学家的心愿,恐怕也是政府本身的意图。诚如蔡枢衡所言,“天下为公,亲爱精诚等概念固有其应有的意义,不失为彻底摧毁农业社会组织之一对症药”。所以,法律社会化思潮背后实际上是法律场的政治化。不管是支持还是反对用外国理论来解决中国问题,参与讨论的人都不可避免地要用国民党所承认的话语、乃至孙中山本人的语录正当化



自己的主张。阮毅成批评“看不见中国”的中国法时,也只能强调这种法无助于革命而已。

如此一来,前文提出关于法律社会化在我国传播的困惑迎刃而解。法学家选择这一贬低立法、强调进步的学说,至少部分迎合了国民党的立场。这种与执政党使用同一种语言模态的理论仍然令法学家们在司法、法学和立法之间的客观结构中可以“做事”。他们关于法律解释的讨论因此获得了国民政府的背书。法学一方面支持政党关于司法的立场,认为法官要从社会中发现规范、要考虑法律解释的政治性,另一方面不断把政治语言吸收入法学。这样做的时候,法学虽然丧失了政治权威独大的法律场中真正与国民政府分庭抗礼的可能,却也因此能够在政治权力的庇护下保持了一定的独立。至少具体对某个具体成文法规范的何种解释方为符合民族心理的解释、在传统观念和革命需要之间如何权衡等具体问题,毕竟国民政府并非每次都有明确和不容置疑的答案。正是在这些法学问题上,法学可以重新主张从成文法严格束缚中解脱出来的判例应当接受学说的领导。

#### 四、嬗变:自由法学的战时命运(1933~1944)

##### (一) 莱比锡大会后的纳粹法学

1933年年初,纳粹党夺取政权。随后在1933年10月的莱比锡德国法学家大会上,希特勒(Adolf Hitler)发表了关于国家与法的演讲。按照施密特(Carl Schmitt)在《领袖保护法律》(1934)一文中的记录,希特勒提出了实质法和空洞合法性之间的对立,前者与道德和正义不分,后者则与错误的中立性相连。<sup>[1]</sup>同年,德国法学家大会并入了国家社会主义法学会,正式开启了德国法学界整体国家社会主义化的道路。1935年通过的《纽伦堡法案》更是把反犹主义政策的法律化推向了一个前所未有的程度。其中,《保护德国血统和德国荣誉法》极大程度限制了犹太人的的人身权和经济自由。《帝国公民权法》剥夺了一切政治上可疑的人,特别是犹太人的公民权,他们成了仅仅对帝国负有义务而不享受

[1] Cf. Carl Schmitt, *Le Führer protège le droit.*, Cités, 2003, pp. 165 - 171.

任何政治权利的人。与此同时,一大批犹太法学教授丧失了公职。

在这样的语境中,自由法运动的支持者们和他们的学说的处境就显得相当微妙了。包括埃利希、康托洛维茨、福克斯等人在内的许多自由法学倡导者都是犹太人。然而吊诡的是,正是这些犹太法学家的主张为纳粹法学开辟了一条反形式主义的新路。支持纳粹的法学家批评历史法学派概念化的体系构造所造成的封闭性“阻断了民族与法律,法律与道德以及法律与真实生活之间的必要联系,逻辑推导所付出的代价是人的道德感和精神信仰;法律被一小撮精英玩弄于股掌之中,作为其合法性基础的人民大众反而被挡在了门外”。〔1〕为了摆脱这种困境,就有必要像希特勒所呼吁的那样取消对错误的中立性的依赖、抛弃技术的体系构造,而是直面那种“实质法”、与正义本身和道德别无二致的生活中的法。要真正理解法律,就要在民族共同体的实际生活中理解法律。于是,解释法律的核心任务实际上就成了解释生活,所以施密特和拉伦茨(Karl Larenz)这样的纳粹时期最优秀的法学家出于种种目的选择了解读“生活”的法学理论。〔2〕在实际操作中,对生活的解释又嬗变为对纳粹党政治主张的体系化和理论化。

高仰光认为基尔希曼对形式理性之自负与僵化的质疑长期以来并未得到学界主流的重视,“可是到了1933年,基尔希曼的质疑却直接转化成了行动”。〔3〕其实这样的说法不无可疑之处。无论是基尔希曼还是耶林这样的先行者,虽然强调回归生活,但如上文所言,他们所说的生活实际上是人民通过交往行为和社会运动所表达出的政治需求。我们当然没有必要把现代平等主义的思想生硬地套在19世纪的思想家身上,并认为他们所说的生活是所有人的生活。他们所构想的那些可以通过其“生活”表达出自己对法律之期待的人首先是在19世纪的历史舞台上大放异彩的资产阶级。而到了国家社会主义时期,只有“德意志民族”的生活才是法律正当性的来源。耶林、基尔希曼和他们

---

〔1〕 参见高仰光:《纳粹统治时期德国法律史学的源流、变迁与影响》,载《比较法研究》2017年第2期。

〔2〕 参见高仰光:《纳粹统治时期德国法律史学的源流、变迁与影响》,载《比较法研究》2017年第2期。

〔3〕 参见高仰光:《纳粹统治时期德国法律史学的源流、变迁与影响》,载《比较法研究》2017年第2期。

之前的蒂堡都指出法律不仅是科学的产物,也是政治的产物。只不过在一个党派活动和工会都遭到法律禁止的时代,根本就不存在独立于国家社会主义的政治。“政治”的内涵从一种不同利益之间依照既定规则竞争和角力的场合,变成了一种执政党进行统治的工具。所以,说到底反对形式理性、回归法律的政治性在纳粹时期不可避免地变成了国家社会党的意志凌驾于一切法律之上,与基尔希曼、耶林、康托洛维茨等人所设想的那种生活相去甚远。

自由法学的主要倡导者在“二战”期间命运各有不同。埃利希 1922 年过早辞世,博齐和施坦普在纳粹上台时已经是接近八旬的老人,未受太多牵连。康托洛维茨、福克斯、辛茨海默被迫离职,远走他乡,其中辛茨海默还进了集中营。荣格则因为拥护国家社会主义政权和支持反犹政策在纳粹时期大放异彩。人们有时难免因为自由法学与纳粹法学在反形式主义上的相似性和后者对前者一些概念、术语的引用而指责这些犹太法学家倒持太阿、作茧自缚。然而这样的指责是站不住脚的。因为“二战”时期法国的经验说明,当政治的风向使劲向右吹时,无论选择形式主义还是反形式主义的立场,都不会对个人命运或法学整体的转向带来实质的影响。一个令人尴尬的事实是,法学家对法学的影响力比他们想象的要小得多。

## (二) 维希政府时期的法国反犹法学

1940 年开始,法国分成了两个部分:维希政府所统治的区域和德占区。实际上,除了阿尔萨斯—洛林外,法国本土大部分的区域都处于维希政府的管理之下。但是后者需要与德国人协调行动,在德占领土上,德国法优先于法国法适用。最近,维希时期的司法运作成了研究的主题。<sup>[1]</sup> 同时相伴而生的还有关于当时所盛行之法律理论的争论。<sup>[2]</sup> 诚然,法学家队伍和任何一个群体一样,

---

[1] René Lévy,《Les juristes français et le régime de Vichy: à propos de deux ouvrages récents》, Crime, Histoire & Société, 1 juin 1998, pp. 111 - 119; Jean Marcou, Le Conseil d'État sous Vichy: 1940 - 1944, Thèse de doctorat, Grenoble II, Grenoble, 1984; Liora Israël, Robes noires, années sombres: La Résistance dans les milieux judiciaires, Fayard, 2005.

[2] Danièle Lochak,《La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme》, in Les usages sociaux du droit, Paris, CURAPP-PUF, 1989, pp. 252 - 285; Michel Troper,《La doctrine et le positivisme (à propos d'un article de Danièle Lochak)》, in Les usages sociaux du droit, Paris, CURAPP-PUF, 1989, pp. 286 - 292.

在这种极端状态下都会表现出不同的选择。有些人选择了积极参与(如担任部长职务),也有些人选择了积极抵抗(如加入戴高乐将军的自由法国运动),仍然留在法律职业中的人合作或不合作的程度也各有不同。认为可以用一种统一的行为模式概括他们的选择的想法注定要失败。<sup>[1]</sup>但法学家们在面对维希政权时表现出了至少一种共性:他们并未质疑“伪政府”及其反犹太主义法律的合法性。如何为这种态度命名?到底认为这是“法律实证主义”的滥用还是一种正确实证主义态度的缺失,在今日也意味着法律实证主义在法国的政治正当性。如果认为正是因为法学家采取了实证主义的态度而把法律理解为一种本身不具备道德价值的命令,那么自然可以以此为例指责实证主义是一种带有历史污点的立场。相反,如果认为法学家们是因为其本身的政治倾向而真诚拥护这些反犹太主义法律,乃至曲解法律使其变得更为严苛不可接受,那么当然可以认为坚持实证主义可以避免这种法律政治化引发的弊病。

维希政府时期通过了大量反犹立法,主要涉及犹太人身份地位的问题,其中最著名的是禁止犹太人出任公职的法律。后来成为法国行政法上重要人物的迪韦尔热(Maurice Duverger)就在文章中特别谈到了立法者出于犹太人之危险性而禁止其出任公务员的决定。<sup>[2]</sup>多年以后,人们仍因此谴责迪韦尔热没有明确表示反对,而仅仅在法律技术的范围内探讨问题。在大部分情况下,法院可以适用这些反犹的法律。法官无法拒绝裁判,所以一旦有当事人主张适用这些法律,法官必须对其文本作出解释。和法官不同,法学家可以选择自己讨论的对象,法学期刊也可以选择自己刊登的论文和栏目设置。只要他们坚决反对,即便在维希政府的反犹政策最极端的时期,法学家仍然可以选择说什么和不说什么、写什么和不写什么。解放后当选为巴黎法学院院长的朱利奥德拉莫朗迪埃(Léon Julliot de la Morandière)在1942年的民法课上说犹太人地位问题其实是一个公法上的问题,所以不应该在民法课程里讲解。还有一些教授把1940年关于犹太人身份的立法放在大纲的最后,然后以时间紧迫为由避而不

---

[1] Liora Israël,《La résistance par le droit? Un enseignement paradoxal de l'histoire de la France des années sombres》, Histoire de la justice, 15 février 2013, pp. 7 - 18.

[2] Maurice Duverger, La situation des fonctionnaires depuis la révolution de 1940, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1941.

谈。然而,学说最终没有对犹太人问题保持沉默。出现了一些以犹太人地位为题目的博士论文。至于法学期刊,以在立法和案例评注方面最具影响力的《达洛兹注释集》为例,在4年内在“犹太人”类别之下评论了28部法律和19部法令。<sup>[1]</sup>在维希政府治下,“犹太人立法”成了一个登堂入室的法律学科,就像合同法、继承法一样。法学家们以超脱的语言评论着其中的文义解释、漏洞填补,就好像在评论其他的法律一样。

洛夏克(Danièle Lochak)认为当时法学院中占支配地位的法律实证主义是法学无法反省反犹立法而只能把它们“日常化”的罪魁祸首。<sup>[2]</sup>大部分法学家认为“民族革命”所产生的法律秩序是有效的,那么作为其一部分的反犹立法也只能是有效的。作为法律中立的解释者,就算再怎么反对这些立法的内容,在解释的时候最多也只能尽量缩小其适用范围,减轻其严苛程度,除此之外无法做得更多。而且,既然司法中出现了适用反犹立法的判例,法学家就必须对其加以评论,而不是置若罔闻。由此,学界反而进一步确证了这些反犹立法的合法性。特罗佩尔(Michel Troper)批评洛夏克理解错了实证主义的立场。她选择的那些法学家在解释反犹立法的时候总是试图探究立法者通过立法文本表达出来的价值。但真正严格的实证主义仅仅满足于描述规范,而不认为表达价值是法学的任务。<sup>[3]</sup>不仅如此,洛夏克的结论从历史证据上说也是站不住脚的。两次世界大战之间的岁月里,自然法支持者的构成和19世纪末法国自然法复兴时已有明显的不同。自然法也从一种呼吁社会进步、法律改革的话语变成了一种强调秩序、民族特性、天主教道德的话语。换言之,当时反对实证主义的往往正是那些全心全意支持维希政府保守派天主教法学家,说他们游走在反犹主义的边缘已经算是客气了。<sup>[4]</sup>

人们把德国反犹法学的兴起看作自由法学过于泛滥的结果,而在法国则看作相反的法律实证主义的败笔。自由法学强调法律的政治性,因而法学家应该贴近人民的感受。一方面,法国法学家把法律看作科学,从而远离政治的喧嚣,

[1] Danièle Lochak,《La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme》, op. cit.

[2] Ib Danièle Lochak,《La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme》, op. cit. id.

[3] Michel Troper,《La doctrine et le positivisme(à propos d'un article de Danièle Lochak)》, op. cit.

[4] 参见朱明哲:《面对民族主义的自然法学》,载《中外法学》2016年第5期。

作为科学冷静、审慎、不带感情色彩的研究的对象;另一方面,他们对犹太人的境遇确实漠不关心,从而无法设身处地去体验那些受迫害的人的感受。与其把法国的反犹法学归咎于实证主义,倒不如说是缺乏一种产生自由法学的环境所致。时局虽然艰难,但至少仍有一个相对稳定的社会秩序,解释和适用各种反犹立法的权力仍然保留在职业法律人的手里。在这种前提下,大部分的法国法学家安静地选择了与现政权和平相处也就不令人吃惊了。

## 五、结论:永世流浪的犹太人

从中世纪开始,欧洲流传着关于“永世流浪的犹太人”的传说。在耶稣前往刑场的路上,一个相传名为阿哈斯韦卢斯(Ahasverus)的犹太人因妒忌拒绝善待受刑的耶稣。耶稣对他说道:“我站着并得安息,而你永世流浪。”他从此失去了死亡,不得不在地上流浪,永不安宁,并恰如其分地在重大事件中出现,推动历史的发展。这一传说在19世纪起广泛出现在欧洲文学中,又因为夏加尔(Marc Chagall)以其形象象征犹太人流散的历史而广为人知。

虽然本文的重点不在于自由法学本身,但我们都知道其核心是一场由进步犹太青年学者主导的运动,并传遍了全世界。正如阿哈斯韦卢斯出现在耶稣受难这个象征着救赎的时间点,自由法运动出现的时刻,正是在单一的成文法在理论上自称为唯一的法律渊源、科学的科学性超越其政治性的关键历史时刻。它以此前的法律多元时代的经验和那些反对成文法至上信念的作者为理论资源,以生动的语言和极富感染力的论据力求法学家们把目光重新投向正在剧烈变动的社会。然后,“自由法学”的名字先后出现在日本和中国,但承担这一头衔的却不一定是那些有可能和这些犹太青年知识分子站在一起的欧洲法学家,它所对应的法律思想也不再是要求法律回应社会变迁的主张。最不幸的是,进步犹太学者的理论在1933年之后反而成了反犹政权的工具。已经不再年轻的自由法学支持者们这次亲自向世界的尽头漫游。那个充满乐观情绪、在旧欧洲的土壤上狂飙突进的犹太法学家群体从此也成了绝响。在此后漫长的岁月里,每当有人反对法学上的形式主义,强调法律的政治性,呼吁人们重视法律与生活之间的联系,都会再次回到“自由法运动”。

法学像一面镜子,照出其所发生的那个社会的样子。当基尔希曼和耶林提出法律是一场斗争时,他们耳边是革命的炮声。当惹尼主张立法只是多种法律渊源之一时,他看到的是法国的共和主义者建立立法至上主义的努力。当中欧的进步知识分子强调法律面对生活时,他们作为政治上的边缘人希望通过降低法律文本的重要性而多少争得一些以学术发展法律的空间。当日本的法学家欣然接受自由法时,他们为解决外来规范与本土社会的冲突找到了一套理论工具。当中国的法学家通过自由法学说中重新发现社会时,他们找到了寻求政治权力背书的机会。而当欧洲的反犹太主义者需要一套帮助领袖摆脱成文法约束的话语时,他们十分大度地启用了犹太人的贡献;当他们不需要时,则安心做一个严守反犹实证法的技术人员。自由法学在不同时空中的不同命运,映照出了每个法律场中政治与学术的关系。偶尔,比如在惹尼的法国,学术最终成功在法律场中获得了高于政治的规训能力。但事情并非总是如此。