



HAL
open science

服务于法史学的自然法

Mingzhe Zhu

► **To cite this version:**

Mingzhe Zhu. 服务于法史学的自然法. 华东政法大学学报 [Huadong Zheng-Fa Xueyuan xuebao] / Journal of the East China University of Politics and Law [Revue de l'université de sciences politiques et de droit de Chine orientale], 2017, 20 (03), pp.116-131. <hal-03860988>

HAL Id: hal-03860988

<https://hal.science/hal-03860988>

Submitted on 16 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.

服务于法史学的自然法

——19世纪末法史学在法国的形成

朱明哲*

目次

- 一、导论
- 二、经法史学重振与改变的自然法观念
- 三、史学论证为自然法的背书
- 四、结论

摘要 19世纪末的法国法学界同时见证了两项学术史的重要改变:自然法学迎来了复兴,法史学也成了法学院的一门重要学科。两种学术倾向同时在此时发展并非偶然。面对“社会科学批判”和“社会批判”的法学亟需一种可以处理社会发展经验的研究方法。史学的研究范式恰好因为对变化和发展性的强调而得以满足此种要求。而且法史学又因为其研究的是过去的法律,所以符合法学作为规范科学的特性。法史学展现的法律发展性促使一种强调内容可变性的自然法理论得以发展。自然法学家也通过对法史学论据的使用为多元主义的法律渊源理论背书,并强调在多种法律渊源之间进行选择 and 解释需要以自然法为指导。但他们所主张的自然法并非独立于特定的意识形态倾向。此时的自然法内核是个人主义和自由主义,它恰恰形成了对社会科学批判和社会学批判的回应。

关键词 自然法 法史学 第三共和 法学教育 社会科学

一、导论

“什么是你的贡献”固然是每一个法律人都需要回答的问题,但对于法史学人而言尤为棘手。因为我国自近代以来的法律体系一直是外生性的法律,和我国固有的传统法律有较大隔阂。^[1]而且伴随着法史学科无论在中国还是在英、美、德等国的法律教育中不同程度的边缘化,提问“为何研究过

* 朱明哲,中国政法大学比较法学研究院讲师,法学博士。本文系中国政法大学青年科研项目“法国判例功能研究”(项目编号16Zfq82007)的阶段性研究成果。

[1] 参见黄源盛:《中国法史导论》,广西师范大学出版社2014年版,第11页。

去的法律现象”实在具有一定的普遍意义。王志强教授主张,如果抛弃“古为今用”的说教和“继承弘扬优秀传统文化”的政治性命题,法史学仍然有实践意义,但前提是采取有利于中国法史学回归法学的法律多元论立场。多学科的方法也应该在法史学研究中深入应用。^[2]上述立场殊值赞同。本文希望从更微观的层面,研究法国法史学在 19 世纪末如何正式成为法学教育中一个必要部分,并以此为例说明法史学如何在为法学家提供规范分析的方法的同时,帮助他们回应社会科学对法学的挑战。19 世纪末的法国法学经历了民法解释方法革新、宪法学作为一门学科正式确立、行政法学逐渐成型、民法社会化、比较法学兴起等一系列变化,随着法国法史学对学说史和第三共和国兴趣的提高,相关领域已经逐渐积累起了一些讨论。^[3]法史学在法学内的确立,也是变化的一部分,却直到最近才有研究触及。

需要说明的是,本文无意抽象地回答“什么是法史学的贡献”。作为一篇学说史论文,本文关心的是两个问题。第一,为什么 19 世纪末的法国法学家会开始关心历史研究? 第二,他们通过法史学实现了什么? 要回答上述问题,就要把法史学回置于法学史中。

不同于在批判自然法的过程中诞生的德国法史学,^[4]法国法史学发展中重要的特点恰恰是其与自然法学的共谋。表面而言,传统上以“存在一系列永恒而普世的原则”为前提的自然法和史家志业似乎水火不容。法史学的任务是展现规范在时间中的变迁。除此之外,还存在着规范与事实之间的截然对立。萨莱耶(Raymond Saleilles, 1855 ~ 1912)在《民法季刊》(Revue trimestrielle du droit civil)的创刊号中便阐述了时人的法史学观念:

一边是重视严格推理和教条的理论家,另一边是法史学家,却都在认识实践经验时发现了最震撼人们良心的事实,哪怕前者从自然法的可能观念出发,而后者坚决拒斥所有此类原则……人们主张把历史方法引入对法律的科学研究之领域,因为该方法和自然科学的观察方法类似,应该满足于发现、分析和研究现象真实,而不去考虑唯一可以证明抽象的正当性之观点的终极目的。^[5]

既然自然法坚信终极目的是法律之正当性的唯一来源,而法史学坚决拒绝,那么,同时是自然法的支持者又是法史学家看上去便很荒谬。可是,19 世纪的最后几十年又同时见证了自然法的复兴^[6]和法史学的确立^[7]。

两种似乎拥有完全不同基础假设的研究范式在同一时刻兴起,或非“历史偶然”可以解释。要理解上述现象,就必须考虑到法国法学界整体在 19 世纪末所面对的“双重批判”:“社会学批判”(critique

[2] 参见王志强:《我们为什么研习法律史? ——从法学视角的探讨》,载《清华法学》2015 年第 6 期。

[3] 在中文学术界对 19 世纪末法国法学变革的介绍,参见朱明哲:《论王伯琦对法国法律学说的拣选和阐释》,载《清华法学》2015 年第 2 期;朱明哲:《东方巴黎——论二十世纪上半叶法国法律学说在中国的传播》,载《北大法律评论》(第 15 卷第 2 辑),北京大学出版社 2014 年版。

[4] 参见高鸿钧、赵晓力主编:《新编西方法律思想史(古代、中世纪、近代部分)》,清华大学出版社 2015 年版,第 30 章“德国历史法学”部分;舒国滢:《德国 1814 年法典编纂论战与德国历史法学派的形成》,载《清华法学》2016 年第 1 期。

[5] Raymond Saleilles,《L' École historique et droit naturel》,Revue trimestrielle de droit civil, 1902, vol. 1, no 1, p. 82-112.

[6] Cf. Joseph Charmont, *La renaissance du droit naturel*, Paris, Masson, 1910; Charles Haines, *The Revival of Natural Law Concepts*, Harvard University Press, 1930.

[7] 在 19 世纪末关于法学院和法学教育的激烈争论中,法史学于 1896 年成为了法学教授聘任考试的四个门类之一。1896 年改革的结果是,法学院教师开始按照私法与犯罪学、公法、法史学和政治经济学四大门类招募。第二次世界大战以前,法学的门类划分再没有经过大的变动。现在的招募门类在经济学独立成专门的学科后剩下私法与犯罪学、公法、法史学。

sociologique)和“社会批判”(critique sociale)。

对历史方法越来越浓的兴趣和自然法复兴其实可以反映法学家面对社会科学时所选择的策略。在19世纪末,实证主义方法成了科学的主流。法哲学则在日益强势的社会科学面前显得过于迂腐和形而上。^[8]“实证主义”思潮在科学的审判庭前审判自然法思想和那种无视事实、认为从一般定理和原则出发通过纯粹推演就可以合理化法律的信念。

一系列反省与思考因此在“1900时刻”——从1880年到1914年这段第三共和国较为稳定的时期——出现于法学院门墙之内,而促使其产生的关键因素就是社会科学的诞生,或者用最近一个研讨会使用的术语:社会学危机(crise sociologique)。^[9]作为回应,19世纪末在法学革新上具有重要意义的法国学者大多参与了对实证主义的反驳。巴黎的民法学教授伯当(Charles Beudant, 1829~1895)、^[10]法国行政法创始人之一奥利乌(Maurice Hauriou, 1856~1929)^[11]和现代比较法的先行者萨莱耶^[12]只是其中几个例子。尽管他们每个人的观点之间存在差别,但法学家合作实现了对他们学科在科学上之正当性的集体防卫。^[13]

“社会学批判”还带来了“社会批判”。社会科学家批评过去的法学既然无法认识社会需要,也就无法满足社会需要。他们的质疑并非空穴来风。法国社会在1850年至1870年之间经历了较大的社会变革,并产生了关于民法典不再适用于新社会的论调。^[14]萨莱耶也提出,法律解释者的任务不是“仅仅按照纯粹法律——逻辑上的前提进行推论”,而是“根据客观事实中得到的实验性观察,根据法律的后果判断和评价法律”。^[15]

换言之,法律解释方法也面临着重大改变,拘泥于法典文义不再具有吸引力。其实文义解释的支配地位早在《法国民法典》的起草文件于1836年整理出版时便已经受到挑战。^[16]得益于立法材料,

[8] Cf. Maurice Hauriou,《Philosophie du droit et science sociale》,Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 1899, vol. 12, no 2, p. 462-476; Maurice Hauriou,《La crise de la science sociale》,Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l'étranger, 1894, vol. 1, no 2, p. 294-321.

[9] Cf. Frédéric Audren,《Le “moment 1900” dans l'histoire de la science juridique française. Essai d'interprétation》,in Olivier Jouanjan et Elisabeth Zoller (dir.), Le « moment 1900 »: Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux États-Unis, Paris, Panthéon Assas, 2015, p. 55-74.

[10] Cf. Charles Beudant, Le droit individuel et l'État: introduction à l'étude du droit, Paris, A. Rousseau, 1891; Charles Beudant,《L'application des méthodes biologiques à l'étude des sciences sociales》,Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l'étranger, 1896, vol. 5, no 1, p. 434-456.

[11] Cf. Maurice Hauriou,《La crise de la science sociale》,op. cit.

[12] Cf. Raymond Saleilles,《Y a-t-il vraiment une crise de la science politique?》,Revue politique et parlementaire, 1903, vol. 35, p. 91-123.

[13] 最近有不少关于社会科学兴起对于法学影响的研究, Cf. Frédéric Audren, Les juristes et les mondes de la science sociale en France: deux moments de la rencontre entre droit et science sociale au tournant du XIXe siècle et au tournant du XXe siècle, Thèse de doctorat, Dijon, Dijon, 2005; Frédéric Audren,《Explorer les mondes de la science sociale en France》,Revue d'histoire des sciences humaines, 2006, n° 15, no 2, p. 3-14; Pierre Favre, Naissances de la science politique en France (1870-1914), Paris, Fayard, 1989; Christophe Jamin,《L'Oubli et la science: regard partiel sur l'évolution de la doctrine privatiste à la charnière des XIXème et XXème siècles》,Revue trimestrielle de droit civil, 1994, p. 815-827; Jean-Louis Halpérin et Frédéric Audren,《La science juridique entre politique et sciences humaines (XIXème-XXème siècles)》,Revue d'histoire des sciences humaines, 2001, no 1, p. 3-7. 以上只是一些获学界肯定较多的作品。目前,法国学说史研究对19世纪末越来越重视,类似的研究还会不断增加。

[14] 参见朱明哲:《论王伯琦对法国法律学说的拣选和阐释》,载《清华法学》2015年第2期。

[15] Raymond Saleilles,《L'École historique et droit naturel》,op. cit.

[16] Pierre-Antoine Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Paris, Videcoq, 1836.

当民法典的注释家需要在 19 世纪 50 年代“依照自由主义精神解释民事立法”时,^[17]他们可以主张上一代民法典注释家所使用的文义方法有时需要让位于可以从立法辩论中求得的“立法者原意”。^[18]而他们解释的正当性则通过立法者的权威得以保证。当然,1836 年出版的记录到底多大程度可以揭示“立法者”的原意,本身非无疑问,更何况辩论记录中所体现的参与法典起草的法学家对民法的认识更倾向于家父主义和保护主义,而非 1850 年前后的法学家所宣称的个人主义和自由主义。^[19]到了 19 世纪末,法律解释者则需要变得更加积极。他们要尝试通过对事实的观察和评价,把规则解释得更加适应当时社会的发展。^[20]因为人们开始意识到,19 世纪初的立法者意思已经无法用来解决 19 世纪末出现的法律问题了。更加自由地解释法律、甚至创造法律,也就成了剧烈变动后的社会向法学提出的任务。

以上便是社会科学为法学带来的双重难题:在方法论方面,实证研究质疑法律科学向来对“应然”的依赖;在实践层面,人们认为优先考虑文本或立法者意图的解释方法不关心社会现实,所以无法让法律适应工业化下的新情势。^[21]于是对于法学教授来说,从他们的学科内部找到新方法就变得非常紧迫了,这种方法既要能够让他们研究社会问题、回应社会需要,又不能丧失法学作为规范学科之基本前提。方法论创新因而成了第三共和国时期,特别是第一次世界大战以前,最重要的任务。^[22]其重要性同时体现在科学考虑和体制性考虑上,因为社会学家不仅在学术上挑战法学家的权威地位,还要分享法学家长期以来垄断的了解(savoir)并让他人了解(faire savoir)法律的知识权力(pouvoir du savoir)。^[23]

法史学在法学院得到接受和自然法重新得到重视,都是法学家在尝试方法创新过程中的产物。而且两者关系比一般想象的要紧密得多。可以说两者相伴而生,唇亡齿寒。下文将从科学和政治两方面探讨历史研究与自然法再生的互惠关系。

[17] 战后较早反思法国民法意识形态偏见的研究主张,民法典从一开始就建立了以“市民阶级的和平”(la paix bourgeoise)为表象的自由主义、个人主义经济。此说渐次为晚近的研究者反对。“合同连带运动”(solidarisme contractuel)的提倡者曾主张 1880~1930 年是民法理论转向自由主义、个人主义的关键时刻。目前较为流行的观点是法学上的自由主义与法国经济政策上的自由主义共轭,都出现在 19 世纪中叶。Cf. André Jean Arnaud, *Les Origines doctrinales du Code civil français*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969 Introduction; Christophe Jamin, *«Plaidoyer pour le solidarisme contractuel»*, in *Le contrat au début du XXIème siècle*, Paris, LGDJ, 2001, p. 441-472; Sylvain Bloquet, *«Quand la science du droit s'est convertie au positivisme»*, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2015, no 1, p. 59.

[18] Cf. Sylvain Bloquet, *«Quand la science du droit s'est convertie au positivisme»*, op. cit.

[19] 参见朱明哲:《“民法典时刻”的自然法——从〈法国民法典〉编纂看自然法话语的使用与变迁》,载《苏州大学学报(法学版)》2016 年第 2 期。

[20] 按照我国继受自德国的法学方法论术语,19 世纪中叶到 19 世纪末的解释方法转变大体上可以称为从“主观目的说”向“客观目的说”的转变,参见雷磊:《再论法律解释的目标——德国主/客观说之争的剖析与整合》,载《环球法律评论》2010 年第 6 期。惟法国学界无此说法,故不轻易采用。

[21] Cf. Léon Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, F. Alcan, 1912; Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 1927; Emmanuel Lévy, *La vision socialiste du droit*, Paris, Giard, 1926.

[22] Cf. Nader Hakim et Fabrice Melleray, *«Présentation»*, in Nader Hakim et Fabrice Melleray (dir.), *Le renouveau de la doctrine française: les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XXe siècle*, Paris, Dalloz, 2009, p. 1-11.

[23] 最近法国学说史开始从外部考察学说对于法律和社会的功能。Cf. Frédéric Audren, *Les juristes et les mondes de la science sociale en France*, op. cit., p. 483; Philippe Jestaz et Christophe Jamin, *La doctrine*, Dalloz, 2004, p. 3-6; Nader Hakim, *L'Autorité de la doctrine civiliste française au XIXème siècle*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002, p. 6-10; Pierre-Nicolas Barenot et Nader Hakim, *«La jurisprudence et la doctrine: retour sur une relation clef de la pensée juridique française contemporaine»*, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2012, vol. 42, p. 251-297.

二、经法史学重振与改变的自然法观念

从性质上讲,法史学同时是描述性的和规范性的。它具有描述的性质,因为观察者试图从历史中确实存在的法之本来面貌发现过去的规范。它具有规范的性质,因为所观察到的“事实”在它们所产生的时代确实作为应然之物而存在。过去的法律有别于社会事实。它是现行法之可能的替代方案或启发性因素。正因为研究法律秩序的过去具有如此双重性质,它不妨成为一种认识自然法的方法。历史方法成了“对社会发展现象之观察”〔24〕的代名词,而使用此方法的自然法学家也就可以在他们的时代的标准面前捍卫普世理想原则的科学性。法史学的描述性功不可没。与此同时,因为历史性几乎必然地否认古典时代以来的自然法一直坚持的对永恒的信念,法史学在为自然法提供新的辩护工具的同时,也为自然法提供了内部转变的机会。

(一) 在社会学批评前得以保存的自然法学

如前所述,民法学说亟需更新。但并不是随便什么更新都行。不可争辩的是,法律科学支配性的地位绝对无法脱离对实在法的依赖而得以维持。一种新的方法或一个法律科学的新领域必须尊重对规范性的强调。然而同样不可争辩的是,有必要找到一种可以让他们辨别那些应当由法律满足的社会需要。“与受因果性原则支配的自然科学不同的是,恰恰因为法律科学研究的是‘是’而是‘应当’,他们关心的是目的性。”〔25〕法学仍然是彻底的规范性学科。〔26〕

法律科学是一个规范性的学科,而规范性的研究重视的是应然。“应然”,按照伯当的著名论断来说,就是那些现在社会科学家们以社会为名威胁的个人自由。〔27〕从“把社会体等同为一有生命的组织”〔28〕这一由社会科学所共享的命题出发,人们完全可以认为真实的个人、组成社会的个人是可以为了整体的利益而牺牲的。在重视个人自由的法学家眼中,绝无仅有的例外是塔尔德(Gabriel Tarde, 1843~1904)的模仿律,“证明了社会乃为了人而建立,人却并不是为了社会而存在”。〔29〕“社会学危机”也是一种理念危机,因为处于上升中的社会科学已经做好了以社会之名牺牲个人权利的准备。

对是否应该把法史学引入对法律人培养计划中的讨论反映了法学家对纯粹事实观察的拒绝。彼时,包括法学在内的各个学科都视历史为一种训练学生分析事实和规律的经验方法。〔30〕反对把法史学作为法学教授资格考试的观点主张,从这个学科招聘过来的教授并不是好的“法学家”

〔24〕 Raymond Saleilles,《Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit》, *Revue internationale de l'enseignement*, 1890.

〔25〕 David Deroussin,《Une renaissance du droit naturel dans la doctrine civiliste à la Belle Époque : le droit naturel à contenu variable, le juge et le législateur》, in *Un dialogue juridico-politique: le droit naturel, le législateur et le juge : actes du colloque international de Poitiers, 14-15 mai 2009*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2010, p. 408-431.

〔26〕 Cf. Jean-Louis Halpérin,《Droit et contexte du point de vue de l'histoire du droit》, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, mai 2013, vol. 70, no 1, p. 117-121.

〔27〕 Cf. Charles Beudant, *Le droit individuel et l'État*, op. cit., p. 12; Paul Cauwès, Charles Beudant : notice nécrologique, Paris, L. Larose, 1896.

〔28〕 Maurice Hauriou,《La crise de la science sociale》, op. cit.

〔29〕 Maurice Hauriou,《La crise de la science sociale》, op. cit.

〔30〕 Cf. Pierre Favre, *Naissances de la science politique en France (1870-1914)*, op. cit., p. 33.

(*jusconsultes*),所以无法遵循法学院的传统。^[31]为法史学辩护的观点则认为对过去制度的研究可以避免法学本科毕业生“自我封闭于科学的一角”。^[32]然而正当化法史学最重要的力量最终落在该学科对于解释现行实证法的有用性。埃斯曼(Adhémar Esmein, 1848~1913)便在他的《刑事诉讼法史》中肯定,研究业已失效的法律可以帮助我们理解继承了它们的最新立法:“特别是当涉及一部在很长时间内存续的法典时,立法者肯定会在起草新法典时利用到其中的因素。他们可以为以前的规则找到新的形式,也可以进行改革,但是新立法的内容早就由过去的法律确定了。”^[33]和埃斯曼一同创立了《民法学季刊》的萨莱耶进一步提出,虽然人们对法史学的兴趣很大程度上是为了让法律教学能够适应实证研究的潮流,法学院毕业生毕竟仍能够通过法史学掌握通过解释法律回应社会需求的方法。^[34]而雷恩法学院的荣誉院长蒂尔容(Charles Turgeon, 1855~1934)则更重视历史对于立法的意义。他主张,现行法和曾经存在的法秩序之间存在密不可分的联系,对这种联系的了解将帮助立法者改善法律制度。^[35]他们的想法在法国法学院改革的讨论中并非孤例。如果说法学家对使用历史研究的具体方法尚有争论的话,他们很少质疑法史学的实践意义。对法律的实践意义恰恰是各种社会科学所不具备的,因为它们只能帮助人们否定现行法,却无法像法史学一样提供解释现行法的参考。

法史学之所以能够为现行法的实践提供有用知识,是因为自然法观念的中介作用。法史学为法学家献上的另一份礼物是分析和批评观察结果的能力。回溯过去的法律并不仅仅为了找到那些在今天的法律制度中留下线索的规则,同时也为了确证正义的原则。正因为如此,法国19世纪末主要的几位自然法学家恰恰也为法史学教育辩护。在他们笔下,法史学为年轻人提供了观察法律与社会之间互动的绝好机会,而且他们通过这种观察获得的并非理论性的知识。萨莱耶所提倡的那种从法史学中得益的法学教育改革,目的是让毕业生掌握足够的认识工具以考察社会、政治、经济、风俗、社会观念和道德观念等各种因素的变迁。^[36]萨莱耶的观点实在反映了许多提倡法学教育改革的人回应社会学批判的方法。除了一些受涂尔干式的实证主义吸引的人如狄骥(Léon Duguit, 1859~1928)和莱维(Emmanuel Lévy, 1871~1944)以外,法学家大部分拒绝仅仅因为有一些“需要”在社会经济事实中表达出来便接受它们的正当性。法国法学家自然也能意识到社会进步的必然性,但当时社会学家宣扬的那种让自发的社会运动无节制地发展的论调,对于他们则是完全不可接受的。^[37]如果承认法律并不是独立于其他社会经济现象的规则体系,那么完全可以说,研究法律的历史就不限于描述以前存在过的规范,而也包括了法律和社会——经济因素在给定历史条件下如何互动的关切。法学的

[31] Émile Chénon, Rapport à M. le ministre de l'Instruction publique sur la réforme de l'agrégation des Facultés de droit, Paris, imprimerie de Moquet, 1896, p. 6-9.

[32] Georges Blondel, « Questions d'histoire et d'enseignement du droit à propos de deux ouvrages récents », Revue internationale de l'enseignement, 1890, vol. 19.

[33] Adhémar Esmein, Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire, depuis le XIIe siècle jusqu'à nos jours, L.Larose et Forcel, 1882, p. VI.

[34] Cf. Raymond Saleilles, « Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit », op. cit.

[35] Charles Turgeon, « L'enseignement des facultés de droit, 1879 à 1899 », Revue internationale de l'enseignement, 1890, no 19.

[36] Cf. Raymond Saleilles, « Les Méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse », Revue internationale de l'enseignement, 1902, vol. 43, no 2, p. 313-329.

[37] 奥利乌曾在《公法原理》中表达了一个他大概很快便放弃了观点:社会就像行进的军队,最关键的是一直向前,而不需要管方向。波尔多法学院的一名图书馆员(Georges Platon)专门写了一部名为《捍卫自然法》的小册子予以反驳。这名作者如今已经被遗忘,他的小册子却在当时流传很广。Cf. Jean Georges Platon, Pour le droit naturel: à propos du livre de M. Hauriou: Les principes du droit public, Paris, M. Rivière et cie, 1911.

规范性特征意味着,社会科学所能观察到的事实可以而且必须根据它们的道德价值分类。法律只能实现那些正当的要求。为此,法学必须能够建立一个融贯的原则体系以从所有的社会需求中挑选出应该在法律上得到实现的需求。法史学让法学家有了认知法律与社会发展的工具,而自然法的重要性则体现在为法学家提供了一种话语工具,人们据以阐发对各种自发社会运动的价值判断。

在社会科学危机的阴影下,法史学和自然法学之间的关系并不止于一个提供观察方法而另一个提供正当性标准。通过法史学的观察,人们更确证了此前以普世理想的方式提出的正当性标准。对法的历史研究和比较研究恰恰可以证明,相似的道德情感存在于“所有的国家”,续存于“所有时代”。〔38〕此类修辞往往用于正当化那些较为保守的原则。比如,在为家庭中的等级秩序辩护时,法国法史学最早的研究者之一格拉松(Ernest Glasson, 1839~1907)说:“家庭和财产权一样,都属于自然法……所有国家的法史都向我们证明善良家父和好的家子也是最好的公民,而也只有在那些家庭组织得最好的国家,公德和私德都能共同发展。”〔39〕法学研究中的历史方法于是成了寻找在人类不同历史阶段中共通的法律原则之方法。于是,自然法长久以来对普世性的信念因为不同的法律系统中的共性而得以保全。

得以保存,却也得到改变。一方面,因为自然法学家研究历史本身是为了证明有些原则存在于所有的法律体系中,研究的结果自然也是有可能认识一种普世性的法。另一方面,法史学始终研究法律现象,法学家不需要担心他们的专业领域受到社会学家的入侵。所以,支持法史学进入法学教育的大学教授们在回应社会科学批判时拯救了法学,也同时拯救了自然法。不过,为自然法背书的法史学也带来了变革的诱因。毕竟史学关心的时间性和进化性是过去一直主张永恒性的自然法所缺失的。

(二)因法史学获得了历史性的自然法学

追本溯源式的研究确实让一些学者以为可以从历史中找到永恒性,格拉松便是一例。他反复强调道德律是不变的、永恒的。〔40〕所有属于自然法的事物都是“不以人为转移的”“普世的”“对所有时代都一样的”。〔41〕但是,这位法国法史的先行者所抱持的不变自然法理念很快就在法史学逐渐兴盛的年代落入应和者寥寥的境地。内容可变之自然法的时代由此开始。

法国法哲学家和史学家维莱(Michel Villey, 1914~1988)认为创新是伟大思想家的专利:“新思想的产生及合理性法律体系的创造是一个非常小的精英群体的成就。我们于斯只考虑学派的领袖。其他人只不过像巴汝奇之羊一样浑浑噩噩地跟随他们而已,君固如此,吾亦难免。”〔42〕至于伟大的思想家把其他人创造出的新思想汇集还是其他人跟随创造新思想的伟人,暂且不论。可以确定的大概是,思想史或学术史绝不该仅仅关注所谓的“伟大思想家”,因为恰恰是在那些相比之下较为平庸和默默无闻的作者处,我们可以找到对时人普遍观念的反映。里昂的律师、在天主教法学院兼职授课但是

〔38〕 Ernest Désiré Glasson, *Éléments du droit français : considéré dans ses rapports avec le droit naturel et l' économie politique*, G. Pedone-Lauriel, 1884, vol. II/I, p. 5.

〔39〕 Ernest Désiré Glasson, *Éléments du droit français : considéré dans ses rapports avec le droit naturel et l' économie politique*, G. Pedone-Lauriel, 1884, vol. II/I, p. 114.

〔40〕 Ernest Désiré Glasson, *Éléments du droit français : considéré dans ses rapports avec le droit naturel et l' économie politique*, G. Pedone-Lauriel, 1884, vol. II/I, p. 5.

〔41〕 Ernest Désiré Glasson, *Éléments du droit français : considéré dans ses rapports avec le droit naturel et l' économie politique*, G. Pedone-Lauriel, 1884, vol. II/I, p. 312.

〔42〕 Michel Villey, *Leçons d' histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1957, p. 19. “巴汝奇之羊”典出拉伯雷的《第四书》第三章,比喻不假思索地从众者。

从来没有过固定教职的布科(Charles Boucaud, 1878 ~ 1944)就是这样一位作者。他在1904年到1909年之间集中写了不少于9篇关于自然法的期刊文章和小册子,主要探讨了“内容可变之自然法”的问题。^[43]布科在谈论法史学的时候强调:

法史学也就是对当代法的知识。法律和所有那些不是上帝本身的事物、并不是自己存在之原因的事物、并不完美而是逐渐实现的事物一样,也和所有并不永恒而是随着时间改变,开始、发展、变化而最终消逝的事物一样,法史学归根结底是运动的历史。^[44]

在这位自然法的坚定捍卫者笔下,史学在和考古学的对比中表现出它的特殊性和重要性。考古学的任务是研究属于某个给定时期的物质遗迹之总和,然后得出一个关于彼时事物状态的静止性描述。史学则不然,关注的首先是发展的方向。当法史学家在时间的流变中考虑法律的发展性,他们便引入了一种动态的(dynamique)法律观。所以,当法学院开始讲授历史的时候,几乎必然意味着对静态法律观的否定和对法律之变化与发展可能的接受。

对19世纪末法国高等教育的整体考察显示,史学对事物状态之发展变化的考察不仅仅在法学界,而且在更广泛的领域产生了影响。最明显的例子便是在自由政治学院(l'École libre des sciences politiques),学生们不学外交学而学欧洲外交史、不学宪法学而学宪政史、不学行政学而学行政制度史,多达一半的课程都是历史课,而这所成立于1871年的“新”政治精英培养机构希望通过如此安排教学计划来促使学生获得实用主义和经验主义精神。^[45]某一个政策或战略的得失都根据其在给定历史情境中的实践有效性判断,而不去假设存在一种每个务实的行动者都必须遵守的普遍合理模式。自由政治学院虽然是圣西尔军校、法学院、综合理工、高等师范学院等学府在培养国家精英方面的主要竞争对手,^[46]却自建立以来便鼓励学生同时在法学院注册学习(因为当时它的毕业文凭并无任何高等教育部门承认的官方地位),也从巴黎法学院延请最有名的法学家前来讲课,其中便包括商法学家里昂-卡昂(Charles Lyon-Caen, 1843 ~ 1935)和国际法学家雷诺(Louis Renault, 1843 ~ 1918)。把两人在法学院授课使用的讲义和在政治学院授课使用的讲义进行对比不难看出,同一个学者在法学院的课程更注重原理和体系,而在政治学院的授课内容则更多关注在行政、外交中可能面对的实践问题的结局。比如雷诺在法学院的课程围绕着国际法原则、国家的定义、个人、财产和国际争端解决这些传统国际法学的基本问题展开。^[47]而在政治学院,雷诺在简短介绍了上述国际公法之基本概念之后,马上转而讨论知识财产、铁路修建权、河流、邮电、货币、外交使节、勘界、领土、外国人权利、刑事判决的域外效力等从事外交事业的学生在职业生涯中会面临的具体问题。^[48]在里昂-卡昂于政治学院

[43] 目前并未系统地整理出布科的生平和行止,只有在对天主教法学家群体的研究中可以找到一些蛛丝马迹。Cf. Frédéric Audren,《La belle époque des juristes catholiques (1880-1914)》, *Revue Française d' Histoire des Idées Politiques*, 2008, N° 28, no 2, p. 233-271.

[44] Charles Boucaud,《L' histoire du droit et la philosophie de M. Bergson》, *Revue de philosophie*, 1904, no 4, p. 299-306.

[45] Cf. Corinne Delmas,《La place de l' enseignement historique dans la formation des élites politiques françaises à la fin du XIXe siècle : l' Ecole libre des sciences politiques》, *Politix*, 1996, vol. 9, no 35, p. 43-68 ; Pierre Favre,《Les sciences d' État entre déterminisme et libéralisme. Émile Boutmy (1835-1906) et la création de l' École libre des sciences politiques》, *Revue française de sociologie*, 1981, vol. 22, no 3, p. 429-465.

[46] Cf. Pierre Favre, *Naissances de la science politique en France (1870-1914)*, op. cit.

[47] Cf. Louis Renault, *Introduction à l' étude du droit international*, Paris, L. Larose, 1879.

[48] Cf. Louis Renault, *Cahiers des cours « Droit international résultant des traités »*, 1er volume, 1SP4 Dr3 sdra, Mission d' archives de Sciences Po.

开设的《比较商法》课上,他连商事合同这一在他与雷诺合著之《商法教科书》中占据了大量篇幅的内容都弃而不讲。^[49]

由同样的教师所讲授的同一种课程内容却大相径庭。这一现象固然反映了两所学校在人才培养目标上的不同。但考虑到政治学院和巴黎法学院合作多于竞争、在学生和教师上都存在大量重叠的现实,似乎不应过分夸大两者之间的区别。相反,政治学院的创始人布特米(Émile Boutmy, 1835 ~ 1906)在解读政治学院之目的时,代言的其实是19世纪受历史研究启发的一整代法律学者的集体意识:“最不该做的就是脱离严肃精神的运动、远离生活的声音。我们的长处之一就是,大部分的教师并不把自己困在他们的书和手稿包围的孤室中。”^[50]由李鸿章举荐前往政治学院学习的马建忠也评论,政治学院讲授的尽是“相时致变”的学问。^[51]换一个角度看,如果对经验的关注不是整个19世纪法国知识界的整体风气的话,政治学院也不会引起那么多的关注和如此高的声望。

在这样的学术界大背景下,史学方法进入法学为自然法观念提供了转型的契机。第三共和国治下的史学热情象征了学界与革命自然法和意志论(le volontarisme)的决裂。法律既不是天赋之绝对真理的实现,也不是仅仅依靠立法者的意志而有效的命令。法律在特定的历史情境中不断发展和变化,而左右法史发展的因素是多方面的。因此,法史学的发达带来了不变自然法观念(la notion statique du droit naturel)的失落,应运而生的则是一种“可变自然法”或“演进自然法”(droit naturel évolutif)的观念。德国法哲学家施塔姆勒(Rudolf Stammler, 1856 ~ 1938)固然是该观念最重要的理论家,^[52]他的著作对法国理论家阐述该观念也有重要的作用。然而需要提醒的是,普法战争后的法国知识界对德国理论的态度一直较为复杂:一方面,德语本身的普及度要高于英语,德国思想在法国也比其他国家的思想更受重视;另一方面,战败的屈辱仍然令学界难以排除反德情绪。^[53]一直继受天主教自然法内核的法国自然法学在19世纪未能放弃永恒自然法的信念,转而认为自然法的核心时刻处于变化中,史学所揭示之事物发展性也功不可没。

一切皆流,一切皆变。从法学的进化性出发,接受了自然法的理论家意识到自然法也会随着人类社会在历史中不断发展,处于永恒的运动中。“自然法,法律人文主义的同义词”,布科写道,“绝不是抽象的法……它就是活法,是逐渐自我实现的天意蓝图中的一个阶段”。^[54]就算存在上帝、存在一个天意注定的世界命运,它也只能在历史中逐渐实现。在第三共和国的宗教政策下,天主教法学院无法获得国家资助,能为学生和教师提供的资源非常有限,这位在天主教法学院教书的法学家本身也绝非此时最重要的自然法理论家。然而他在知识生产和知识传播上的边缘地位并没有阻止他偏离此前的传统道路,努力开拓一种新的自然法理论。

[49] Cf. Charles Lyon-Caen, Cahiers des cours « Législation commerciale comparée », 1er volume, SP5 Dr3 sdra Mission d' archives de Sciences Po. Comp. Louis Renault et Charles Lyon-Caen, Manuel de droit commercial, spécialement destiné aux étudiants des Facultés de droit, Paris, F. Pichon, 1904.

[50] Émile Boutmy, « Notice sur l' École libre des Sciences politiques », Mission d' archives de Sciences Po.

[51] 参见马建忠:《巴黎复友人书》,载《马建忠文集》,王梦珂点校,中华书局2013年版,第37-47页。

[52] Cf. Edmond Laskine, « Compte rendu Theorie der Rechtswissenschaft par Rudolf Stammler », L' Année sociologique, 1912 1909, vol. 12, p. 328-333.

[53] 一般性的介绍,参见 Claude Digeon, La Crise allemande de la pensée française 1870-1914, Presses Universitaires de France, 1959, 586 p; 对1871年更详细的考察,参见 Michael Werner, « La nation revisitée en 1870-1871. Visions et redéfinitions de la nation en France pendant le conflit franco-allemand », Revue germanique internationale, 10 juillet 1995, no 4, p. 181-200.

[54] Charles Boucaud, « L' histoire du droit et la philosophie de M. Bergson », op. cit.

同时,布科表达的正是许多时人的共识。蒙彼利埃法学院教授沙尔蒙(Joseph Charmont, 1859 ~ 1922)也提出了几乎一模一样的观点:“自然法的思想……经历了一系列转型。它如今正适应进化论和功利主义。它抛弃了绝对与不变的特点。自然法现在只具有可变的内涵了。”〔55〕正是沙尔蒙最早使用了“自然法复兴”术语,并且让这一现象为大洋彼岸尚属于学术继受者的美国学者所知。在他看来,复兴了的自然法思想所谈的并不是以前的自然法,而是一种承认变化可能性的自然法。自然法思想也恰恰是因为内化了这种进化思想而得以复兴。同样,向法国学界介绍施塔姆勒的萨莱耶也发现“内容可变之自然法”和他对社会的考察不谋而合。

对于萨莱耶而言,社会变革固然为法学家提供了反思自然法学之内容的基础,然而恰恰是自然法学决定了哪些社会变革是正义的,应该成为法律的内容。〔56〕他本人对于工业事故责任的研究、工人保护立法的呼吁,便是让法律合乎社会发展产生之正当要求的努力。〔57〕自然法理念的内容也要“相时致变”,也就是说,根据那些呼吁自然法出场的具体社会情势而自我修正。背后隐藏的思想是那些阐发自然法内容的理论家也必须意识到他们主张可能产生的实践后果。具有后果主义特征的正义理论取代了康德意义上绝对命令的自然法。当时正是一战前所谓的“美好年代”,也是现代史上经济差距最大的时代。〔58〕法学家不得不考虑如何保护经济上最贫弱者,而不是盲目地坚持传统的法律原则。

“立法者三个词的改动而法学藏书尽成废纸。”〔59〕基希曼(Julius Herbert von Kirchmann, 1802 ~ 1884)早在1847年的演讲中便准确地指出了面对自然科学和进化论的19世纪精神:所有现在存在的事物,都可以是另一番模样。〔60〕此时正是革命和解放大潮席卷欧洲的前夜。人们常认为基希曼的话是对法学的嘲讽。但更深层次上他道出了一种时间观上的巨大转变:一切皆流,一切皆变。永恒的事物再也不存在了。

正是在此风潮下,史学方法向自然法的支持者提供了宝贵的认识论工具,使他们可以把这种时代精神融入他们对正义的追求。不仅如此,19世纪的时间观也为指望找到文明世界之共同法则的比较法背书,因为比较法在19世纪末诞生时的前提假设便是同等进化程度的社会应当使用同样的法。〔61〕当法史学向自然法投下光亮时,法语世界的法哲学本可以抓住机会发展出一种关于普遍理性和多元经验之间关系的理论。可惜的是,自然法学的转变似乎是法国法哲学从史学中获取的唯一成果。直到1910年,意大利法学家德尔维齐奥(Giorgio Del Vecchio, 1878 ~ 1870)才从维科哲学中阐发出一套关于法律与时间的理论。〔62〕

〔55〕 Joseph Charmont, *La renaissance du droit naturel*, op. cit., p. 222.

〔56〕 Raymond Saleilles, *«L' École historique et droit naturel»*, op. cit.

〔57〕 Cf. Maurice Deslandres, *«Les travaux de Raymond Saleilles sur les questions sociales»*, in Robert Beudant, Henri Capitant et Edmond Eugene Thaller (dir.), *L' œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Arthur Rousseau, 1914, p. 241-273.

〔58〕 参见[法]托马斯·皮克蒂:《二十一世纪资本论》,巴曙松等译,中信出版社2015年版,第252页表7.2。

〔59〕 Julius Herbert von Kirchmann, *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft: ein Vortrag, gehalten in der juristischen Gesellschaft zu Berlin*, Berlin, Springer, 1848, S. 23.

〔60〕 对于此点,作者从赖纳·玛利亚·基耶佐夫(Rainer Maria Kiesow)教授2016年4月18日于北京大学的讲座中获得启发。

〔61〕 Cf. Christophe Jamin, *«Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité. À propos du centenaire du Congrès international de droit comparé de Paris»*, *Revue internationale de droit comparé*, 2000, vol. 52, no 4, p. 733-751.

〔62〕 Cf. Giorgio Del Vecchio, *«L' idée d' une science du droit universel comparé»*, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1910, vol. 39, p. 486-505.

三、史学论证为自然法的背书

自然法学观念的科学论证也有独特的政治后果。面对社会批判,为了让《民法典》不至于经历大的修改,学说与判例必须证明法学家有能力通过法律解释让1805年的法典适应19世纪末的社会和经济变动。在为了这一目的而塑造的学术工具中,多元主义的法律渊源理论和内容可变的自然法对法哲学而言尤其重要。法史在此间作用明显。首先,《民法典》的立法史显示,法学家本来就可以在解释法律时考虑正义的要求。其次,自然法一直在社会变革面前坚持个人权利的重要性。

(一)立法史为更大的解释自由背书

在第三共和国的前半段,为了避免民法典的彻底修改,许多民事方面的改革通过单行立法实现。然而,当各种改革方案提出、讨论时,其中一项紧急的问题是,作为政府之咨询者或文本之解释者的法学家,如何回应工业社会中出现的新需求。^[63]对这一问题的解答也关系到法学是否能够回应社会批判。民法学说在“1900时刻”因为更多地考虑到个人的社会角色和经济情况而与过去假设人是抽象的理性存在的年代大不相同,或多或少地迈向了“社会化”的方向。^[64]在民法的文本基本不变的情况下,解释者自然需要拥有突破文字字面意思的自由,从而在法律实践中把法学上的构想变成现实。但法律解释毕竟不同于文学解释。法律解释的结果最终会形成对社会利益的权威性分配,所以不能任意而为。与此同时,现行法也不再能保障其作为唯一法律渊源的地位。换言之,“法”与“法律”之间的张力在此时凸显。如果法并不是成文法的代名词,那么一定有其他的规范话语体系——判例、习惯、在日常司法活动中表现出来的法感——存在并可以得到有组织的强力实现。

要更新法律却不能恣意改变法律,寻找为法律共同体所接受的解释方法和法律渊源便显得尤其重要了。在此背景下,法国法学界在19世纪末爆发了对法律渊源的争论,立法至上主义和主张法律渊源多元论的学者都借此机会阐发了自己的观点。^[65]本文选取惹尼(François Gény, 1861~1959)的理论,考察法律多元论如何利用立法史作为论据,希望对法史学与法理论之间的关系提供一个样本。之所以选择惹尼,一方面是因为他是同代人中唯一以著作形式系统阐释法律渊源理论者,另一方面也因为他著作中确立的立法、判例、习惯、学说四种法律渊源成为了《瑞士民法典》和《国际法院规约》中法律渊源论的样本,从而对当今的法律实践有深刻影响。

在成名作《实证私法的解释方法与渊源》(Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique)中,他提出了立法和法律解释上的四个对立观点:(1)“自由科学的寻找”(la libre recherche scientifique)与“注释方法”(la méthode exégétique);(2)“真正的法典化观念”和“革命的法

[63] Cf. Frédéric Audren,《Les professeurs de droit, la République et le nouvel esprit juridique》, Mil neuf cent. Revue d'histoire intellectuelle, 2011, n° 29, no 1, p. 7-33; Frédéric Audren et Patrice Rolland,《Enseigner le droit dans la République》, Mil neuf cent. Revue d'histoire intellectuelle, 1 octobre 2011, n° 29, no 1, p. 3-6.

[64] Cf. Louis Josserand, De l'esprit des droits et de leur relativité, op. cit.; Joseph Charmont,《La socialisation du droit》, Revue de métaphysique et de morale, 1903, vol. 11, no 3, p. 380-405; Nader Hakim,《Socialisation du droit et romantisme juridique: autour d'une controverse entre Julien Bonnacase et Paul Cuhe》, in De la terre à l'usine: des hommes et du droit. Mélanges offerts à Gérard Aubin, Paris, PUF, 2014, p. 139-174.

[65] Cf. Adhémar Esmein,《La jurisprudence et la doctrine》, Revue trimestrielle de droit civil, 1902, vol. 1, no 1, p. 5-19; Guillaume Sacriste, La République des constitutionnalistes: professeurs de droit et légitimation de l'État en France, 1870-1914, Paris, Les Presses de Sciences Po, 2011 Ch.IV.

典化观念”；(3)“《民法典》的起草者”和立法者；(4)“法”和“立法”。他试图通过这四项对立，张扬解释者通过解释参与法秩序续造的权力，同时也为这种权力找到圭臬。

所谓“注释方法”或“传统方法”在当时还是第戎大学年轻教授的惹尼眼中乃立足于两个主要前提：第一，法律科学的性质仅仅是从表达了立法者意志的文本中逻辑地推导出结论而已；〔66〕第二，所有的立法构成了一个完整而和谐的体系。〔67〕他自己的解释方法——自由科学的寻找，作为注释方法的替代品，则同时抛弃了上述两个前提。首先，解释者不需要追求立法者原意，所以是自由的。其次，因为所依据的是客观和真实的材料，而不仅仅是人的意志所决定的立法，所以是科学的。〔68〕而为了说明注释方法应当让位于自由科学寻找，惹尼认为需要讨论上述第二项对立，也就是说，两种解释方法背后实际上是两种不同的法典化观念，为他自己的方法背书的观念正确地理解了法典和法典化。

注释方法的起源是法国大革命的意识形态。立宪会议(l'assemblée constituante)希望有“全面的、至上的、能解决所有情况下的所有问题”的立法。〔69〕根据1790年的法律，仅有立法者有制定规则的权力，当规则存在不确定性的时候，也只有立法者有权解释。法官仅仅有通过“立法提请”(référé législatif)申请立法者解释的权利。直到1837年，立法才最终承认最高法院有权解释法律。〔70〕在惹尼看来，大革命后的政治家用权力分立来解释立法提请制度，本身是自相矛盾的，因为适用法律的过程本身包含了对法律的解释，而适用法律是司法机关的权力。〔71〕所以1837年的法律及其后最高法院解释权的逐步扩张，本来便是革命立法观退却的过程。相比之下，《民法典》的起草者就要明智和审慎得多，一开始就能正确地认识法典化。惹尼引用波塔利斯(Jean-Étienne-Marie Portalis, 1746~1807)在民法典起草说明中的论述，证明起草者早就意识到不可能避免在司法适用中于个案中让法律规则得以适用于法律的起草者当时所无法预料的社会情势，而且这种适用也会让法律得到发展。

通过对立法史的回顾，惹尼主张，立法者所持的革命观念本身在理论上是错误的、在实践中是不可能的，所以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。〔72〕正确的立法理念并不认为成文法就是“法”的全部。所以他又引出了另一个重要的对立：法和成文法的对立。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，援引习惯、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“法律寻找”。法律的适用者在实践中需要找的正是立法之外的规范。

〔66〕 Cf. François Génay, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1899, p. 55-56.

〔67〕 Cf. François Génay, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1899, p. 56-59.

〔68〕 Cf. Benoît Frydman, *«Le projet scientifique de François Génay»*, in Clément Thomasset (dir.), *François Génay, mythe et réalités*, 1899-1999, Paris, Yvon Blais, 2000, p. 213-231.

〔69〕 François Génay, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit., p. 77.

〔70〕 Cf. François Génay, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit., p. 87, 95-96.

〔71〕 Cf. François Génay, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit., p. 87.

〔72〕 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。

更进一步,惹尼强调,“自由科学的法律寻找”只能以自然法为指导方案。^[73]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”。^[74]无论如何,立法已经不再是唯一的法律渊源,自然法开始在法律实践——对争议解决的寻找——中发挥更明显的作用。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:“当法官需要在正式渊源出现错误或漏洞的时候说出法律的要求,必须在理性和良知的启发下,探求正义的要求,然后考察具体化那些理性原则的实存事物之本质。”^[75]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。

于是,惹尼以解释方法和法律渊源为名的著作最终说明以自然法为依据探求“未来之法”(lex ferenda)的重要性。“法”并不仅仅是所有现在有效的立法的加总。它还包括了在判例、习惯和学说中体现的正义的要求。需要再次强调的是,惹尼用以论证的并非哲学,而是立法史。因为法史学作为法学的一部分,也和法学一样是一种规范科学。所以法史学所发现的历史经验不仅仅是“曾经发生的事情”而已,而是关于为社会问题找到法律之解决的可能性,以及一种“我们也可以如此实践”甚至“我们也应该如此实践”的建议。法官的权力由是得以扩张和正当化。

“法”与立法的区分并不是一项价值中立的纯粹科学的区分,背后的意识形态意义其实很明显。首先,它关系到创造法律的权力归属问题。仅仅属于立法者还是也属于解释者?美好年代学说创新的参与者们,如伯当、惹尼、普拉尼奥(Marcel Planiol, 1853~1931)、里佩尔(Georges Ripert, 1880~1958)都希望“保护个人主义和自由主义的老民法”,^[76]尽管竞争确实存在于学术场中。^[77]法律的解释者需要正视存在于对自由主义民法观和无时无刻不挑战传统民法原则的工业社会。^[78]内容可变的自然法观念正是在此背景下显现出它的实践价值。法史学也借此获得了实践性。

(二)法律解释权捍卫个人自由

法律的解释者可以在有必要的情况下超越法典的文义,法学家也就可以在有新法典的情况下创造新规范。而且,只要法学家可以发现工业化社会所催生的新原则并用它们指导法律解释,对民事立法的系统修改就不必要了。上文已经提及,并非所有实证研究所发现的社会进步都是正当的。社会变革要通过法律实现,但法律变革又并不仅仅是社会发展的结果。恰恰相反,法律变革必须引导社会变革。普拉东(Georges Platon, 1859~1917)在反对奥里乌时所强调的便是法学不能忽视对社会进步方向的探索而仅仅任由社会自然发展:“认为我们可以不关心走向何方的观点无论如何都是错误

[73] Cf. Michel Villey, 《François Géný et la renaissance du droit naturel》, Archives de philosophie du droit, 1963, vol. 8, p. 197-211; Ward Alexander Penfold, “An ineluctable minimum of natural law François Géný, Oliver Wendell Holmes, and the limits of legal skepticism”, 37(4) *History of European Ideas* 475-482 (2011).

[74] François Géný, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1899, Tome II, p. 104.

[75] François Géný, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1899, Tome II, p. 100.

[76] Jérémie Boulaire, 《François Géný et le législateur》, in Nader Hakim et Fabrice Melleray (dir.), *Le renouveau de la doctrine française: les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XXe siècle*, Paris, Dalloz, 2009.

[77] Cf. Christophe Jamin, 《Plaidoyer pour le solidarisme contractuel》, op. cit. 就算他们大部分支持同一套意识形态,但对如何令这套意识形态在法律中实现,却有很多不同的判断。

[78] Teffaine 案便是工业化生产改变传统民法原则的重要判例。Voir Cass. Civ., 16 juin 1896. 参见石佳友:《〈法国民法典〉过错责任一般条款的历史演变》,载《比较法研究》2014年第6期。

的”。〔79〕而且发展的方向正是一种早已确定的秩序,内涵于“法”的观念中。

所以,具有决定性意义的还是理性法律原则。只不过为1804年《民法典》中的理性原则(所有权绝对、过失责任和契约自由)在社会的裁判所(权利滥用、工业事故、劳工集体缔约权)前面临挑战。〔80〕历史方法为自然法语言带来的进化意识在传统民法理念面对工业化的时候变得非常重要,因为它让自然法的内容可以根据新的社会情势而自我更新。法学家以内容可变的自然法为媒介,判断哪些“进步”应当正当地成为法律的一部分。〔81〕

自然法的内容固然可变,但核心却一直是对个人自由的捍卫。提出用法律解释修正民法以适应社会发展的人,或“法律社会化”的提倡者,并不是要用社会取代个人,而是要在革命变得不可避免之前缓和社会矛盾。波尔多大学的民法学家、法律普世主义的反对者伯纳卡斯(Julien Bonnacese, 1878~1950)也指出了自然法复兴背后的意识形态因素:“近一个世纪以来,一个国家的知识精英置身于原因各不相同的动荡中,面对所有科学所实现的史无前例的进步,终于承认社会生活如果不想变得混乱无序,就必须让一个高于法律的原则来主导。”〔82〕无论这个高于法律的原则如何自我表达,它都拒绝承认社会相对于其成员的优先性。内容可变之自然法的个人主义底色集中体现在了“美好年代”时期流传较广的法哲学作品中。下面将以一部第三共和国时期引发重大影响的作品的传播为例进行说明。

任何研究19世纪末法学史的人都不会忽略巴黎的民法教授伯当原本写给一年级学生的小册子《个人权利与国家》(Le droit individuel et l'État)。一个多世纪后回望,本书体现了“一个自由主义法学家让法哲学重回1789年的自然法学传统的终极努力”。〔83〕它不仅成为了自然法复兴的一个组成部分,而且点出了本次复兴一个重要的命题:法的目的并不是集体的发展,而是个人自由。就算伯当其实花了更多心血在多卷本的民法教科书上,他的学生在为他写的悼词中还是认为这本小册子才是伯当最重要的作品。〔84〕在1891年出版后,本书再版了至少五次,最后一次再版是1922年,并作为论证的前提或学术权威出现在范围相当广的学术讨论中,从法认识论、政治科学到传统的法哲学著作中都可以看到对本书的参照。〔85〕究其原因,乃在于当时的法学家同意,作者在本书中“确定了法的基础”。〔86〕

在读者眼中,“法律的基础”只能是个人自由。作为共和主义者的伯当,虽然把全书的主题定为如何避免国家对个人自由的过多干预,却其实并不像他更为保守的同行那样否认国家干预的合理性。只是作品一旦完成,作者便“消亡”,因为他对作品的理解并不比其他的理解天然地具有更高的合法性。而《个人权利与国家》的读者在流传过程中理解到的,更多是对国家主义的警示:“个人自由消

〔79〕 Jean Georges Platon, *Pour le droit naturel*, op. cit., p. 125.

〔80〕 Cf. Joseph Charmont, *La socialisation du droit*, op. cit.

〔81〕 Raymond Saleilles, *L'École historique et droit naturel*, op. cit.

〔82〕 Julien Bonnacese, *La notion de droit en France au XIXe siècle: contribution à l'étude de la philosophie du droit contemporain*, *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, 1915, vol. 39, p. 496-506.

〔83〕 Tristan Pouthier, *Droit naturel et droits individuels en France au dix-neuvième siècle*, Université Panthéon-Assas, Paris, 2013, p. 446.

〔84〕 Cf. Paul Cauwès, *Charles Beudant: notice nécrologique*, op. cit.

〔85〕 Eg. Mircea Djuvara, *Le fondement du phénomène juridique: quelques réflexions sur les principes logiques de la connaissance juridique*, Paris, Sirey, 1913, p. 44; Ferdinand Larnaude, *Les sciences juridiques et politiques*, Paris, Larousse, 1915, p. 48; Henri Lévy-Ullmann, *Éléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques*, *Recueil Sirey*, 1917, p. 2, 34-40.

〔86〕 Paul Cauwès, *Charles Beudant: notice nécrologique*, op. cit.

亡,国家发现自己终于拥有了不受限制的权力”。〔87〕最早在巴黎法学院重开法哲学课程的布瓦泰尔(Alfonso Boistel, 1836~1908)就说,他的同事伯当奋起拒绝“国家的暴政和国家主义的泛滥”。〔88〕就连惹尼也认为自己全盘接受《个人权利与国家》的结论,〔89〕而且他的主观主义认识论上的启发至少部分来自于伯当,甚至对习惯作为法律渊源的重要性也继受自伯当的《法国民法教科书》(Cours de droit civil français)。〔90〕当然,现有的档案并未向人们展现该书的读者究竟有哪些,除了至少有足够的资源写书、出版并让我们读到的这些或有名或无名的学者之外,其他读者究竟怎么想,现在的研究者也无从得知。至少一个总括性的观点是,伯当“确认并证立了自然法”,〔91〕而且这个观点得到了同时代观察者的接受。〔92〕既然伯当的作品捍卫了个人权利和自由的重要性,又是自然法复兴的重要代表,那么不难推测19世纪末出现的内容可变之自然法实际上也是以个人自由为核心的。

那么,这种自然法学说在一开始提出的社会科学危机和社会危机背景下,又有何种意义?在法学家针对学科竞争所发讨论中,强调判断善恶之原则的思想是为了捍卫他们的规范科学。惹尼对科学批评便是,这些流派“走得过远……以至于让事实支配法律,或者至少让那些有意识、经过反思形成的法律规则让位于无意识的、自发形成的法无所不包的至高性”。〔93〕伯当的作品和自然法复兴与法学家的焦虑遭遇。“社会变革”也成了强调个人自由的理论需要与之竞争的观念。

一方面是自然法的复兴,另一方面是为了让自然法容纳发展意识而对该观念进行的重述,两者都表达了对国家主义和社会革命的担忧。在详述了产生于判例的债法领域变化后,沙尔蒙总结道,法律适用者在解释法律上的自由对于纠正经济不平等所导致的不正义而言已经足够了,所以法律的修改不过是叠床架屋。〔94〕不难看出,自然法的使用确实有一个清晰的政治方案。自然法学成了法学家赖以捍卫个人价值的话语工具。为了上述目的,解释者的权力和可变自然法同等不可缺少。在这一意义上,法史学在第三共和国确实有贡献于自然法话语之政治内核的形成。

四、结论

本文试图讨论处于社会科学和社会双重批判背景下的法学界为何同时出现自然法学复兴和法史学兴起两个潮流。自然法学通过提供“何为应当”的标准,一次性解决了两个问题:在科学上,它满足了探求正义思想的需要;在实践上,它在所有的社会自发变化中选择那些正义的发展。但实证主义已经让关于永恒普世理想法律体系的信仰有所动摇。史学方法因为能提供把社会事实之变迁融入法

〔87〕 Georges Bry, *Mémoire sur l' idée d' un droit naturel et de son rôle dans la législation positive*, Paris, Imprimerie nationale, 1901, p. 14.

〔88〕 Alphonse Barthélémy Martin Boistel, *Cours de philosophie du droit : professé à la Faculté de droit de Paris*, Paris, A. Fontemoing, 1899, vol. II, p. 161.

〔89〕 Cf. François Génay, *Méthode d' interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit., p. 100.

〔90〕 Cf. François Génay, *Méthode d' interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit., p. 100. p. 37-38.

〔91〕 Joseph Charmont, *La renaissance du droit naturel*, op. cit., p. 57.

〔92〕 Cf. François Génay, *Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Paris, Sirey, 1915, vol. IV/II, p. 276-277 ; Julien Bonnecase, *«La notion de droit en France au XIXe siècle: contribution à l' étude de la philosophie du droit contemporain»*, op. cit.

〔93〕 François Génay, *La notion de droit positif à la veille du XXe siècle : discours prononcé à la séance solennelle de rentrée de l' université de Dijon le 8 novembre 1900*, Dijon, Librairie L. Venot, 1901, p. 23.

〔94〕 Joseph Charmont, *«La socialisation du droit»*, op. cit.

律理论的工具而变得重要。恰恰是在此语境中,产生了内容可变之自然法的观念。这种观念恰逢解释者权力的扩张,使得法学家可以在社会政治动荡面前仍然最大限度地保留了传统民法——尽管更多地考虑具体案件中当事人的社会经济状况、而不是简单把人看作抽象的理性存在的思潮也随之出现。〔95〕

自然法学的复兴本身并未直接带来对法史学的兴趣,但对 19 世纪末法学的观察展现了两个学科的一段合作。这种合作创造了一套词汇、一种论证的模式,或者一种话语可能,让法学家可以捍卫他们的优势地位,尽管社会科学还是在不断发展,立法者的权力也在不断扩张。

那么,本文所构建的关于法国法史学在 19 世纪末兴起的历史叙事能为最早提出的问题(“什么是法史学的贡献”)提供何种借鉴?下面将尝试从三个方面予以回答。

或许最重要的是,法史学确实能够让人们对法实践的现象有更清晰的认识。整个 19 世纪关于法学教育的讨论一直存在。19 世纪上半叶,争论的焦点是“法学院应该讲授法律实践的技艺还是对法律的科学研究”。如果认为法学是一种科学,那么必然会使用有别于实践知识的理论知识——如史学和哲学。〔96〕到了 19 世纪下半叶,争论的焦点逐渐转向了“法学如何才能是一种科学”,背后尚隐藏着“法学如何是一种实践科学”的探问。法史学在此背景下登场。就算对过去曾经存在的法律实践之描述性考察不能对人们理解法律的本质和定义有决定性的意义,至少可以为法律渊源的研究提供重要的材料。每个不同的法律体系都可能有不同的法律渊源。规范可以通过不同的形式而存在。前现代的法律史揭示的大抵是一种法律多元主义的实践图景。19 世纪大部分时期的思想史有可能是法典主导的一元主义立场占优的历史。无论是多元主义者还是立法至上主义者,在法史知识中都能够找到经验材料。但这些材料对每种立场的支持力度是不一样的。目前看来,似乎认为学说、判例、习惯与制定法一道作为法律之存在形式的立场更能得到经验的支持。

其次,法史学的知识可以提供法律与社会中其他因素互动的经验性材料。和“什么是法律”或“什么是法律问题”同样重要的是“什么是给定问题的法律面向”。法史学能够揭示一个时代的法学家在面对社会发展时如何判断社会问题的法律面向、并通过法学解决之,他们的目标又在多大程度上得到实现。换言之,当人们追问法律与社会之关系,或者社会对法律提出的挑战时,完全可以从法史学知识中获取足够的实证材料。

最后,法史学的考察能够展现每个时代的法学背后的价值取向。作品必须置于一个给定的时代语境中阅读。语境不但提供了作品所需要回应的问题,而且确定了学者用以书写所必需的语言。只有在理解了作者所面对的社会问题和这些问题的法律面向后,当代的研究者才能理解作者通过学术作品所表达的价值取向。在阅读经典作品时不考虑作者的价值取向只能让研究成果变成现代人借古代作品而为之自说自话。

(责任编辑:肖崇俊)

〔95〕 Cf. Emmanuel Lévy, Introduction au droit naturel, La Sirène, 192; Élie Blanc, La question sociale, principes les plus nécessaires et réformes les plus urgentes: conférence aux Facultés catholiques de Lyon; suivie d'une Esquisse d'un programme électoral; et de l'Examen de quelques opinions économiques, Paris, V. Lecoffre, 1891; Albert Michel, La question sociale et les principes théologiques: justice légale et charité, Paris, G. Beauchesne, 1921; Maurice Deslandres,《Les travaux de Raymond Saleilles sur les questions sociales》, op. cit.

〔96〕 Cf. Myriam Biscay,《Utilité et pratique dans l'enseignement du droit dans la première moitié du XIXe siècle: une vieux débat》, Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique, 2014, vol. 34, p. 207-230.