

# 萨维尼和梅因历史法理论比较研究

何自荣

(兰州理工大学法学院,甘肃兰州 730050)

[摘 要] 萨维尼的历史法以“民族精神”为理论核心,强调法的历史延续性和民族特色,推崇习惯在法律中的重要作用,创立了历史考究的法学研究方法,这使得萨维尼理论成为具有巨大影响力的法学理论体系,但由于过于强调法律的历史传统而忽视法律的变化和发展,使得这一理论具有守旧和复古的倾向而备受学界责难。梅因则以“法律进化”为理论核心,在赞同法律具有历史性的同时,强调法律是进化发展和可以改进的,不仅关注法律的过去更强调法律的现在和未来,成为科学的法学理论而备受褒扬。

[关键词] 历史法理论;民族精神;古代法;历史方法;法律进化

[中图分类号] D908 [文献标识码] A [文章编号] 1671-6639(2015)01-0001-05

历史法学创立于 19 世纪初的德国,之后经过英国学者的发扬光大,成为西方 19 世纪最具影响力的法学流派之一,同时形成的历史研究方法获得广泛的推崇和使用,历史方法同分析方法和哲学方法并称为古典法学研究的三种方法。历史法学的代表人物德国的萨维尼和英国的梅因都否定“法律的实现依靠的是法律本身所具有的一种正义和理性”的自然法观点,同时也反对“法律的实现依靠的是以主权者的制裁为基本形式的一种强制力”的分析实证法观点,而是特别强调法的历史性,认为任何法律现象的产生和发展都有其历史根源,都是在特定的历史时空中进行的。法也有自己的发展史,梅因的历史法理论受到萨维尼历史法理论的实质性影响,两人都非常重视法律的历史并倾自己毕生精力,通过整理遗留的古代法律资料来研究和借鉴历史长河中的法律。尽管萨维尼和梅因的理论都是历史法学,有许多相同和相似之处,但两位法学大师的理论观点也存在许多差异。在迄今为止的法学理论界,无论是自然法学派还是实证法学派都对梅因的历史法理论持认同的态度,几乎没有质疑和批评,而对于萨维尼理论的批评和质疑之声却一直不绝于耳,为什么同属一个法学流派却导致了截然不同的学术评价?本文试

图通过对萨维尼和梅因历史法理论内容的梳理,通过比较其学术观点方面的相同点和差异点,探究其中隐藏的真正原因。

## 一、作为创新成果的萨维尼历史法理论

萨维尼历史法理论的核心观点是法律是民族精神的体现,强调“法与语言一样,都是民族共同信念的产物,随着民族的成长而成长、随着民族的壮大而壮大,并随民族丧失其民族性而死亡”<sup>[1]</sup>。萨维尼创造性地提出应重视法的民族精神,突出法的民族性特点,强调特定的民族特性对于一个国家法的发展和完善的重要性,重视法的普遍价值与具体民族特性的有机结合。“法的素材是通过国家和民族的全部过往历史而给定,而非通过任意所给定以至于它只是偶然是这样和那样,它产生于国家民族本身以及其历史的最深层本质,每一个时代的法律必须审慎地考虑和充分注意这一点,以认清和启动具有内在必然性的既定历史素材,并使法律生机勃勃”<sup>[2]</sup>和充满活力。萨维尼历史法理论可以归结为以下四方面内容:

(一)法是民族“共同信念和意识”的具体体现

[收稿日期] 2014-12-03

[作者简介] 何自荣(1966-),男,兰州理工大学法学院副教授,甘肃兴正天律师事务所三级律师。

“在人类最为远古的时代,法律就已经秉有自身确定的特性,就如同语言、行动方式和基本社会组织体制一样为一定民族所特有,它们实际反映着一个独特民族所特有的根本不可分割的禀赋和取向,这就是这个民族的共同信念以及对其内在必然性的意识”<sup>[3]</sup>。萨维尼认为法律的存在与民族的特征有机联系在一起,法律反映一个民族的共同信念和意识,而民族的共同信念和意识就体现在历史当中,法律的根基也在历史当中,只有将法律根植于历史传统之中,才会形成真正体现民族共同信念和意识的法制制度。

### (二)法不能被创造只能被发现

法律不是被创立的而是被发现和表达的,“法律随着民族的发展而发展,随着民族的加强而加强,最后随着一个民族失去它的民族性而消亡”<sup>[4]</sup>。一切法律均起源于行为方式,在行为方式中产生习惯,习惯逐渐发展成为习惯法,习惯法派生出实在法,而习惯法又是从“民族的共同信念和意识”中生长出来的,所以立法不是法律制定者的专断意志所臆造出来的,而只能是对习惯法的发现和记录,是利用技术的方法去发现和揭示法律中固有的民族信念。这种“借助于习惯的立法消除了法律的模糊性和不确定性,能够发现和保持纯粹的真正反映民族本来意志的法律”<sup>[5]</sup>。

### (三)法典应该具有很高的水准

萨维尼认为,法典不仅注定要成为法的最终而且是唯一的渊源,而且应被期待和希望可能对提交到它面前的每一个法律问题作出回答,所以法典之所以成为法典至少应该满足两方面的条件:一是其内容应该保障最大限度的确定性及适用上的安全性,二是形式上必须将其内容以精确的形式表现出来,并且能够从中推论出其它各种具体的法律概念和法律原则,不能产生歧义。“我们都渴望拥有一个坚实的法律制度,以抵御任意专擅和伪善对于我们的伤害,同时我们也追求国家的统一和团结,专心致志于秉持同一目标的科学研究”<sup>[6]</sup>。

### (四)历史考究的法学研究方法

萨维尼主张应将法视为一种在历史中持续进展和变化过程的体现,通过考察法律的历史形态和研究历史演进进程来理解和掌握法律。法学的目的是国家立法功能的历史表达,法学所有的特征都是历史的,法学的历史考究方法的必要性是因为法学是特定时间和特定民族的,每一个法律或多或少都是过去的法律历史的结果。萨维尼认为历史永远是可尊敬的老师,在法学的研究中贯穿历史考究方法,才

能真正表达和发现现行法。正是受到萨维尼历史法学理论中的历史考究和“民俗学法学研究方法的启发,后来的研究者进一步将社会学、文化学和经济学的研究方法引入了法学领域,从而创立了法社会学、法文化学和法经济学等法学边缘学科,丰富了人类认识法这一社会现象的途径和手段”<sup>[7]</sup>。

综上所述,依照萨维尼的历史法思想,不同民族的法律有其特殊的性格和历史背景,是自然成长的而不是人为制定的。“法的成长与习惯的形成一样,是随着民族共同信念有机体的成长而成长起来的,不宜恣意加以人为干涉和压抑,因此立法者在制定新法时,对传统必须加以斟酌考虑,以免新法成为具文或成为民族成长的枷锁”<sup>[8]</sup>。重视法律的历史性是萨维尼理论最为耀眼的闪光点,为认识和研究法现象提供了一个全新的视角,真正从历史发展的视线观察法律的内在精神以及将法律同特定民族联系起来的,萨维尼是第一人。

## 二、作为完善体系的梅因历史法理论

与萨维尼过于强调法的历史现实性不同,梅因在接受和赞同法的历史性的同时,更强调法的无止境的发展和变化。在他看来,所有进步社会的运动,都是一个从身份到契约的运动过程,即人们从差等的身份依附关系走向平等的自由关系,法律也就由特权法逐步走向契约法。梅因的历史法学理论主要有以下三方面内容:

### (一)古代法与现代法有着历史的必然联系

在梅因看来,“法律是世代相连的历史产物,要想研究法律,必须从最简单的社会形式开始,并且越接近其原始的条件和状态越好,因为现在控制和塑造着我们行为的道德规范的每一种形式,必然可以从这些原始的胚胎当中展示出来”<sup>[9]</sup>。研究古代法可以使我们了解古代法中反映的人类最早的某些观念,并认识这些早期观念同现代思想的必然联系。梅因在《古代法》一书中详细介绍了以罗马法为代表的西方古代政治法律的发展状况,概括地阐述了人类早期社会政治和法律制度的演进过程,论述了法律产生及其发展特别是民法和刑法的发展过程和特点。

### (二)法是一个逐渐进化的发展过程

梅因视法律为一个阶段性的渐进演化过程,他通过对希腊、罗马、英国和印度古代法的研究和比较得出结论:“法律是按照判决、习惯法和法典这样的顺序发展起来的,在人类文明的早期,人们处于父权

制家庭中的家长和部落联盟的首领‘王’的绝对控制和支配之下,最初出自这些家长和首领的判决是孤立、分散的,经过人们反复采用,便形成了一种习惯或惯例。随着王政时代的到来首领统治被贵族政治统治所取代,相应的先前反映各种判决的习惯和惯例逐渐形成了一个具有实在内容的整体,这就是后来不成文的习惯法。之后随着平民反对贵族独占法律运动的兴起,特别是文字的发明和广泛运用,使得公布习惯法和编纂法典成为必要和可能,于是法律的发展进入了法典时代。”<sup>[10]</sup>如古希腊的《阿提卡法典》和古罗马的《十二铜表法》等一些著名的古代法典,这些早期的法典一经出现,法律的自发发展阶段即告结束,开始了有意识的法律进化阶段。

### (三)历史法学方法论

用历史的方法研究法律几乎贯穿法学发展历史的全过程。古希腊时期柏拉图的政治法律思想中就包含现实主义和历史主义倾向,孟德斯鸠不仅说过,我们应当用法律去阐释历史,用历史阐释法律,而且在其著作《论法的精神》中也系统地运用过历史方法。梅因突破了传统的对法现象认识上的形而上学,采用历史方法对法进行系统而广泛的实证研究,不仅如此,梅因还真正实现了历史法学从一种法学流派到一种法学方法论的彻底转变,将历史法学发展成为一种法学研究方法,将历史法学发展成为一种真正意义上的方法论体系,使其成为研究法律现象的有效工具和手段。

综上所述,梅因是英国历史法学的代表和著名法史学家,他收集和整理了大量对后世研究古代法有重要参考价值的古代法史资料,在此基础上还对古代法及其观念、古代法与现代法的关系进行了系统的研究,其代表作《古代法》是19世纪法律史的经典著作。这部著作建立在对古代社会和法律广泛研究的基础上,其中包括古代罗马法和古代英国法,以及古代印度法和其他古代东方国家的法律制度等。不仅如此,梅因还用历史方法和对比方法分析法律发展的历史,通过对法律历史的研究来研究人类文明史,成为早期人类法学的代表和比较法学的先驱。梅因的历史比较研究方法对后世的影响很大,英国及其它国家的资产阶级法学家利用这种历史对比的方法研究政治和法律的问题,创立了比较宪法学和比较政治学等边缘学科,对各国政治体制和法律的建立和完善,产生了良好和积极的影响。

### 三、萨维尼和梅因历史法理论的异同点

作为历史法学的代表人物,萨维尼和梅因都认为法律作为调整人们行为的一般规则,从其产生之初就与特定地域和民族密切相关,正是民族历史所凝聚而成的特定民族成员的内在信念和外在行为方式决定了法律规则的意义和形式。法律如同语言、行为方式和基本社会组织体制一样,为一定民族所特有并且兼有自身确定的特性,而且“凡此现象并非各自孤立存在,而是作为一个独特民族所特有的、根本的和不可分割的禀赋和取向”<sup>[11]</sup>,展现出一幅特立独行的面貌。所以,作为同一个学派的代表人物,萨维尼和梅因的思想观点有很多相似之处,同时他们理论的区别和差异也非常明显。

(一)都反对自然法学说和否定近代自然法观念,但反对和否定的程度不同

历史法学是在反对近代自然法的基础上产生的一种新的法学流派,萨维尼和梅因都认为古典自然法假定在现实法律之上或之前存在一种所谓的更高的法或法律原则即自然法,现实法要服从和符合这种先在的自然法,这是完全虚构的,带有明显的思辨色彩,是理想化的和缺乏历史根基的主观臆造。萨维尼认为“法是世代相传的‘民族精神’或‘民族意识’的体现,是从民族精神之中有机地发展起来的,每个民族生而具有的先天意识才是法的渊源”<sup>[12]</sup>。梅因反对近代自然法学说的观点也是十分明显的,他认为自然法学说纯粹是一种教条,是没有经过实证的虚无的幻想,传播这种学说是有害的,正是这种假设理论的传播和影响导致了法国大革命的爆发,使社会陷入无政府状态。

在对待自然法的态度上,萨维尼反对自然法的立场是一贯的和彻底的,是自然法学说的彻头彻尾的反对者;而梅因既反对自然法又在一定程度上赞同自然法,是一种妥协摇摆的立场,他一方面认为自然法是一种虚幻的假设,另一方面又承认它存在的意义和作用。“梅因把自然法理解为是把许多不同习惯概括和总结起来的‘万民法’,所以自然法是建立在经过考验的普遍原则基础之上的,是现实所有法律的基础,通过现行法律才能找到它,它的职能是补救性的,不是革命性的”<sup>[13]</sup>。

(二)都把法律看成是一个自然的历史发展过程,但发展的程度不同

法律现象的历史性观点是萨维尼和梅因法思想的核心,他们都认为法的发展是一个历史过程,人的意志决不能过多地参与法的发展过程。“立法者不能修改法律,正如他们不能修改语言和文法一样,立法者的任务只能是通过探求历史帮助人们揭示‘民族

精神’和发现‘民族意识’中已经存在的东西”<sup>[14]</sup>。法既不是理性的产物也不是人类独断意志的产物,而是根源于“民族的法律确信”这样一种民族心理状态,是民族精神的具体发现。法律同语言一样有自己固有的发展历史,是自然而然地形成和发展的,一个民族的法律是与这个民族一同发生、一同发展和一同消灭的。

萨维尼认为法律是在民族生活的漫漫历史长河中逐渐历练成型的,法律精神如同民族的性格和情感一样,蕴含于历史之中必然要在历史中才能被发现,也只有通过历史才能保存、延续和发展,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。所以萨维尼更强调在历史发展中静态和固定的法律。与此不同,梅因则主张法律是渐进式进化的,认为法的发展是一个“从身份到契约的运动”,是一个人为无法改变的自发和自然过程。早期古老的法观念可能因不符合后来社会的发展而被后来法的发展所改变或彻底摒弃,人类从习惯法到制定出法典本身就是一种历史的进步,所以梅因更强调历史发展中动态和变化的法律。

(三)都认为在法学研究中应贯彻实证的历史研究方法,但考究的范围和方法不同

历史法学反对理论推演和逻辑抽象,它以观察到的实证知识为论据,以历史上“确实的”和“实在的”材料和观念作为描述法现象以及分析一切法律问题的出发点,不论是萨维尼还是梅因在法学中都贯彻一种历史考究方法。萨维尼在全面系统地研究古罗马法律、深入挖掘和整理罗马法特别是早期罗马法的许多珍贵资料的同时,对早期西欧各地区流传的罗马法文献和注释法学学者研究罗马法的作品作了汇编和整理,对中世纪西欧各大学的罗马法教育作了考证,最终完成的《中世纪罗马法史》被称为罗马法资料宝库的巨著,成为罗马法研究领域最权威的资料文献。与萨维尼一样,梅因也采用实证的历史研究方法,他不仅系统地研究了古代罗马法,而且研究古代英国法、古代日耳曼法和古代印度法,在系统考究历史实证材料的基础上,试图用比较的方法发现法律中共同的东西,并最终写成了研究古代法的著作《古代法》。

萨维尼和梅因都采用实证方法研究法律,但由于所关注的历史素材的差异决定了他们各自所采用的方法上的不同。萨维尼一生只强调和确信罗马法的价值,相信罗马法对于德国法律的宝贵作用和积极影响,采用一种更为历史的方法试图以“民族精

神”为基础建立一套具有德意志民族特色的法学理论;而梅因不仅研究罗马法,而且也研究英国法和印度法等世界上其它地区历史上的多种法律,所以除了纯粹历史方法外,梅因更多地是用科学的归纳和比较方法考察历史上的法律,以便探求法律制度变化的一般历程和普遍性规律。

(四)都推崇习惯和习惯法对法的重要作用,但保守程度有差异

历史法学特别强调习惯和习惯法在法的发展中的承上启下的重要作用。萨维尼强调通过历史的实证发现法发展的一般规律,应在现实法律之上加上如风俗习惯之类的历史性根基,历史就是一个民族生活经验的凝聚和表达。法律不是理想的产物也不是立法者有意创造的,而是与语言和风俗一样是在渐进演化过程中慢慢自发形成的,法律源自于风俗和习惯,在众多的风俗和习惯中有些变成法律并最终演变为成文法,这其中不能排除人类理性的积极作用,但决定性因素仍然是风俗和习惯本身。梅因也认为习惯优先于法律,反对“法律是主权者的命令”的观点,认为印度等东方国家的历史证明,最初的法律属于主权者命令的极少,社会的一切风俗都是由许多意见、信仰和成见形成的混杂集合体,对于一个具有良好秩序的国家来说,具有最高权力的主权者是不必要的,法律命令更不必要。人类初生时代没有立法机关和立法者,社会规则只是一种“惯行”和习惯,对于是非都是根据事实作出判断。古代社会人们的行为受制于父权家族首领或国王命令性的判决,多次反复使用的判决最终形成习惯。

萨维尼和梅因都推崇习惯和习惯法,特别重视习惯和习惯法在法发展中的关键作用,反对改革法律制度,都持一种普遍的保守主义法律观念。但萨维尼特别强调习惯法的作用,其目的在于说明现行法来自于古代习惯和习惯法,否定立法和编纂法典,是一种近乎复古的历史法理论;相比之下梅因也承认“民族精神”,但这些都是对古代法观察的结果,其目的在于强调实在法对在历史中形成的习惯和习惯法的汲取和借鉴,是在批判基础上的继承和在继承基础上的进化和完善,是一种发展型的历史法理论。

(五)都强调法律是阶段性向前发展的,但各具体阶段的内涵不同

历史法学普遍认为法律的发展是一个渐进和自发的过程,早期法律是现代法律制度的胚胎和逻辑起点,对现代法律有重大起源性和原生态作用,蕴含着现代法律制度的许多先天性特质,这些特质在法律演进过程中会以不同的形式显现出来,表现出法

律发展过程的阶段性特征和特点。

萨维尼和梅因都强调先前法律与现代法律的历史延续性和相关性,认为法律在发展过程中呈现出阶段性特点,但在具体阶段的认识上的差异是易见的。萨维尼认为法律的发展要经历“习惯法——学术法——法典法”三个阶段,并特别强调学术法在法律发展过程中承上启下的关键作用。学术法是经过法学家对习惯法的收集总结和整理归纳,使习惯法系统化 and 科学化,这时的法律不仅仅是民族生活的一部分,更是法学家手中意识性很强的一门科学性的法律知识体系,在此基础上将习惯法和学术法有机统一起来最终编纂成法典,就表现为法典法。梅因主张法律发展沿袭着“判决——习惯法——法典”这样的顺序,强调习惯法的重要作用:首先,最初的判决掌握在父系家族首领和国王手中,不是真正的法律而只能是法律的萌芽,后来由于社会的演变,国王失去了神圣的权力,政治上让位于贵族阶级,贵族掌握了各种纠纷所必须依据的各种原则,贵族成了法律的制定者和执行者,他们所依据的各种原则变成了习惯法,法律的发展就进入了“习惯法时代”。习惯法是不成文法但却是真正的法律,后来随着成文法的出现,法律的发展进入了法典时代。

#### 四、结语

萨维尼作为历史法学的开拓者和领军人物,建构了以“法律决定于民族精神”为核心的理论体系,开创了历史考究这样一个新的法律研究方法,确立了历史法学这样一个新的法学流派。他喜欢历史并

且强调法律的历史性,崇尚“民族精神”并强调法律的民族性特色,推崇习惯和惯例在法律中的重要作用,反对急功近利的盲目立法和法典编纂,开启了历史法学的新时代,其理论具有里程碑式学术意义以及十分深远的现实意义。但萨维尼的理论对自然法全盘否定,考究的对象仅限于罗马法材料而非日耳曼法素材,这些与其倡导的“日耳曼民族精神”自相矛盾。他过于推崇习惯和习惯法的作用,过于认同法律发展是一个盲目和自发性的过程以及过于强调法律发展阶段中“学术法”的重要地位和作用,这些过于保守的法律观以及对于法律发展和进化的否定性态度,使得萨维尼的理论被认为是维护封建旧势力的守旧的甚至是复古的理论,其理论也因此备受非议和诟病。相比之下,梅因的理论体系以“从身份到契约”为核心,承认自然法的合理内涵,通过对众多国家古代法律制度的系统性比较研究,不仅赞同习惯和习惯法对法的作用以及法律发展的阶段性,而且确信法律的进化和发展,将历史法学发展成为一种哲学意义上的法学方法论。他认可法律发展中存在着人们主观的创造性因素,认为过去的法律是由当时社会的物质和精神因素共同决定的,当社会发展之后理所当然就要废止和修改旧法律以适应社会对法律的新要求,法律进化思想使得梅因的历史法理论成为比较进步和科学的理论体系。他强调一个“从身份到契约的运动”,是指从集体走向个人最后实现个人绝对自由的运动,这与资产阶级的个人主义和放任主义价值观十分契合,适应了自由资本主义社会发展的现实需要,正因为如此,梅因的理论赢得了西方法学界普遍的赞同。

#### [参考文献]

- [1][8][12][13]李明磊.蒂保对萨维尼于1814年的论战及评价[D].重庆:西南政法大学,2012.
- [2]吕庭君.法律生长与民族复兴[J].法学论坛,2010(4):p76.
- [3][14]刘志坚.也论萨维尼的保守[J].洛阳师范学院学报,2011(4):p35,p37.
- [4][5]徐爱国.历史法学派简论[J].江苏社会科学,1992(2):

p42,p43.

- [6]李桂林.作为精神遗产的历史法学派——以萨维尼法律思想为例[J].法学方法,2012(2):p93.

- [7][11]熊键,杨吉.法学历史主义论纲:命题、理论和抱负[J].求索,2004(11):p42,p39.

- [9][10]胥波.梅因——历史法学的集大成者[J].辽宁大学学报(哲学社会科学),1990(5):p110,p109.

(下转第72页)

台北:新文丰出版公司,1982. p36,p36.

[19][40][44][宋]延寿.万善同归集[A].大正藏(第 48 册)[C].台北:新文丰出版公司,1985.p958, p992, p959.

[22]伊雷.禅尊达摩,教尊贤首——永明延寿“华严禅”思想研究[A].人文宗教研究(第三辑)[C].北京:宗教文化出版社,2013.

[23][25][清]际祥.净慈寺志[A].中国佛寺志(第 17 册)[C].

台北:明文书局印行,1980. p514,p233~235.

[24][宋]惠洪.林间录[A].续藏经(第 148 册)[C].台北:新文丰出版公司,1982.p645.

[50]吕澂.中国佛学源流略讲[M].北京:中华书局,1979. p253.

[54][55][宋]延寿.宗镜录[A].永明延寿禅师全书[C].北京:宗教文化出版社,2008. p135, p137.

## Research on YongmingYanshou's "Accordance between Chan and Teaching" Thought

Yi Lei

(Library Beijing University of Chemical Technology, Beijing 100029, China)

**Abstract:** The idea “Accordance between Chan and Teaching” (ABCT) was the most important thought from Yanshou. “Dharma-Nature School-Perfect Teaching” (DNSPT) was the core of the thought. In Yanshou's system of the ABCT thought, to “Teaching” attitude is not balanced, the focus on “Huayan”, and the ABCT is mainly about the integration between Huayan School and Chan School. In the history of Buddhism, Yanshou's “ABCT” was the typical case of Chan transferring between Tang and Song Dynasty.

**Key words:** Yongming Yanshou; Accordance Between Chan and Teaching; taking heart as Zong; Dharma-nature School-Perfect Teaching; Wuxingzong

~~~~~

(上接第 5 页)

## Comparative Study on Historical Method Theory of Savigny and Maine

He Zirong

(College of Law Lanzhou Technology University, Lanzhou Gansu 730050, China)

**Abstract:** The historical method of Savigny, taking “national spirit” as the core of the theory, emphasized the historical continuity and national characteristics of laws, highly praised the importance of custom in laws, and established the legal research method of historical study, which made Savigny's theory a perfect legal theory system with great influences. However, this theory has been somewhat blamed for its tendency of conservatism and retro, putting too much emphasis on the roles of legal tradition and ignoring the changes and developments of laws. Maine takes “legal evolution” as his theoretical core, and thinks that law, with the historical characteristic, is evolving and improving. Therefore, his theory, which not only pays attention to the past of law but also to the present and the future, has been widely praised and accepted as a scientific legal theory.

**Key words:** historical method theory; national spirit; ancient method; historical method; legal evolution