



我们为什么研习法律史？

——从法学视角的探讨

王志强 *

目 次

- 一、引言
- 二、风华不再
- 三、何以为“法”
- 四、何去何从
- 五、结语

摘 要 本文围绕法律史对法学的贡献这一基本问题，概述中国与西方历史上法律史知识在各自法律学术和实践中的重要地位及其近代以来的边缘化，分析这种变化的学理原因即实证法学和法律无机移植等理论，回应了关于法律史研究意义的传统主张，指出自然法学和法律多元的立场将有利于中国法律史学回归法学，并探讨了价值归纳、规范分析和社科法学等方法在法律史研究中的深入运用。

关键词 法律史 中国法制史 学术史 法学方法论 法学教育

* 复旦大学法学院教授，法学博士。

本文缘起于2014年12月清华大学法学院举办的“近代（清华）法学与法政人学术研讨会”的相关讨论；其中部分内容是2015年3月在复旦大学法政讲坛和同年5月在厦门大学信实论坛所做类似主题的演讲稿；根据同仁意见和自己的后续思考，有大幅度修改。感谢复旦大学法学院侯初晨等同学整理录音稿；赵晶、孙家红、陈新宇、周东平、魏磊杰、梅凌寒（Frédéric Constant）、汪倪杰、匿名审稿人及出席上述各次讨论的师友和同学以各种方式提供意见、鼓励和帮助，谨此致谢。

一、引言

2012年，作为法学本科必修课程的“中国法制史”经历了一次有惊无险的“主干课程”风波。这门课程最后起死回生，继续名列教育部指定的法学专业核心课程即本科必修课。这一回归，当然有赖于学科同仁们的影响力和强力意见表达。^{〔1〕}但法律史学科在目前中国法学界的日益边缘化甚至沦落于岌岌自保的境地，由此事件也可见一斑。如果仅凭法史前辈的学界影响和国家教育主管部门的行政化指令，“中国法制史”目前才得以在十六门法学核心课程中占有一席之地，那么可以料想，随着部门法学的日益发展、法律学术人才的明显分流和大幅度向部门法倾斜，法史学科人才相对减少和弱势化，法律史学研究及其课程有朝一日黯然退出法学的核心，恐怕绝非危言耸听的杞人之忧。我们不能、也不必一直退缩在“继承和弘扬优秀传统文化”等政治性命题的荫蔽下，也不能再满足于“古为今用”的对年轻学子的简单说教。作为法科学人，我们需要追问和回答：法律史学对法学究竟有何贡献？换言之，研习历史上的法律现象，对法学已经、以及还将有何贡献？进一步，如果将这一问题限定于“中国”，答案又是如何？提出这一问题，是因为这种实质贡献是法律史学——无论是否以独立学科的方式出现和存续——可以作为法学主流的根本立足点。

基于上述问题意识，本文的立场和主体即“我们”，仅指法科学人、特别是定位为法律学者的法律史研究者，“法律史学”也主要限于作为法律学科分支的法史研究；本文因此也并不试图全面地探讨法律史学的意义和贡献。在这个意义上，本文完全是基于法学的立场和视角。同时，本文拟回顾学术史，概述历史上法律史知识在法律学术和实践中的地位及作用，揭示法律史学的历史浮沉，因而主要采取学术史的视角。最后，以上法学立场上的学术史考察，都以中国和西方作为基本素材，因此具有一定比较的意义；但由于经验素材的局限，未必具有普适的意义。

二、风华不再

如果按照现代学科分类体系和概念，在近代以前的中、西方法学体系中，其主干学科门类和研究对象之一，就是法律史学；从方法的角度而言，历史考证和分析是最重要的基本方法，即很大程度上是通过研究历史上的法律现象和思想，以获得智识的支持、理解和论证什么是“法”，并据以剖判当时的案件、制定现实的规则。

在中国，商周史料零落，尽管后代儒生祖述尧舜、宪章文武，但早期法律领域的具体实迹已不易详考。不过，至迟自秦汉帝制国家建立后，对历史上法律知识和思想的研习和重视，就始终是传统法律学术和实践的主流。汉唐时代的法律发展，经历了“儒法合流”的过程，具体而言，大致包括引经决狱、据经解律和纳礼入律等阶段和方式。^{〔2〕}春秋决狱，即根据历史经典文本中的原则来解释法律、并裁断现实的案件；据经解律，是通过经典文本来解释当时汉代法

〔1〕 相关背景，参见“坚决支持教育部及时更正‘编辑疏漏’，中国法制史作为法学本科必修课程不容改变”，载 <http://news.foundationcenter.org.cn/html/2013-3/62688.html>，最后访问时间：2015年7月27日。

〔2〕 参见饶鑫贤：“儒经与中国传统法律文化”，载氏著：《中国法律史论稿》，法律出版社1999年版，第103~106页。



律规范的具体内涵,也是借助历史的方式来解读法律文本;而纳礼入律,则将儒家所遵奉的历史上的古典原则和制度纳入法律。可以说,当时只有成功地解读了历史经典,才能很好地理解法律。从立法到司法的各个层面,都离不开对历史的理解、对广义上法律史和制度史的把握。唐代以后,宋、元、明各朝对《唐律》的继承,已是法史常识;清代则完全继承了明代律典,因此《唐明律合编》的作者薛允升以《唐律》为理论武器,来批评清律的不合理。^{〔3〕}在薛氏看来,历史上的《唐律》是恒久的经典,真正的律学精华已蕴含其中,违背其精神和规范的各种变化都是倒退。所以,秦汉以降,时人心目中的法学正统和精髓,就在对历史经典文本的解读和继承中。需要注意的是,国人曾有过的这种对历史的重视,既包括前朝律令等法律文本中的规则和原则,更强调经史等经典历史文本。前者往往在王朝更替时的立法中作用较显突出,而后者则具有更普遍的意义,可谓经史皆法。

在西方社会的欧陆和英格兰也有过类似现象。罗马早期法律制度的发展和法学知识的积累,最重要的就是收集以往的诉讼程式。^{〔4〕}到公元六世纪,在东罗马帝国皇帝优士丁尼主持下,把公元前二世纪到公元四世纪(主体是公元二、三世纪)^{〔5〕}而对时人来说已数百年前的经典法学家论述汇集起来,分门别类,整理成煌煌巨著《学说汇纂》。此后,欧陆经历了罗马法复兴运动和“共同法”(jus commune)阶段,各国的法学和法律建构都以罗马法为典范;在当时大学里学法律,就是学历史上罗马的制度。^{〔6〕}当然也存在各种当地的规则,如国王法令、封建法、城市法、商法,但与罗马法相比都不能称为学问、难登大雅之堂。当时法律的学问,核心就是对罗马法的研习。逐步自成体系的教会法中,也留下了罗马法深刻的烙印;^{〔7〕}后世也因此将这一体系称为罗马—教会法(Roman-Canon Law)。

到西欧中世纪晚期和近代早期,出现了法律的地方化趋势,其重要表现就是收集以前的判例。这不仅仅是在英格兰出现的现象。欧陆各国都出现了许多判例汇编。^{〔8〕}另外,当时法国等欧陆国家也出现了各种法学专论,即对某个部门法的专精研究著作,对特定领域的问题进行体系化分类,然后对各种历史上的法律、以及当时各地习惯条分缕析,并收入各种判例,实际上也是一种历史和比较的研究方式。

在英格兰,对历史上法律的重视就更不难想见。“普通法”的概念,本身就与判例、与遵循先例(stare decisis)密切相关,其规则就来自于历史上的司法实践。根据近代确立的英国法先例原则,从理论上说,自12、13世纪有相当数量判决记录留存下来的时代起,如果这些判决的法律理由依然可考并且后来没有相反的立法和判例,那么它们在今天仍可作为法源,因为英国没有经历过中国或法国革命式的政权更迭,除了17世纪革命期间短暂的国王空位期

〔3〕 参见叶孝信:“试论《唐律疏议》”,载《复旦法学》,复旦大学出版社1986年版,第1~2页。

〔4〕 See Hans Julius Wolff, *Roman Law: An Historical Introduction*, Norman: University of Oklahoma Press, 1951, pp. 93~94.

〔5〕 See Barry Nicholas, *An Introduction to Roman Law*, Oxford: Clarendon Press, 1962, p. 40.

〔6〕 See Harold J. Berman, *Law and Revolution: the Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1983, pp. 127~131.

〔7〕 同上,第204~205页。

〔8〕 参见J. H. Baker, *English Law and the Renaissance*, in *The Legal Profession and the Common Law: Historical Essays*, London: The Hambledon Press, 1986, pp. 468~471; Les Recueils d'Arrêts et Dictionnaires de Jurisprudence (XVIIe-XVIIIe Siècles), Serge Dauchy & Véronique Demars-Sion eds., Paris: éditions La Mémoire du Droit, 2005.

(interregnum)，政权正统性近千年来始终存续、一以贯之。在这个意义上，近代以前英格兰的法律研究和检索，实质上就是一项法律史学的工作。

英格兰实体规则的发展过程，正是历史不断累积的过程。中世纪时，法律人士将历年法庭上的辩论内容汇集为《年鉴》(yearbook)，在当时就是主要的法律教材。后来出现法律报告(law reports)，有的时间跨度相当长。还有经典性、具有法源效力的法律专论，包括中世纪格兰维尔(Glanvill)、布莱克顿(Bracton)、近代早期普洛登(Edmund Plowden)、柯克(Edwards Coke)、以及较晚近的布莱克斯通(William Blackstone)的著作，以及各种令状和诉答程式(formularies)的汇编。^[9] 这些法律专著、特别是早期作品，像格兰维尔、布莱克顿的著作都着重于汇集以前的令状和案卷，再加上简要的个人分析。^[10] 与欧陆的法学专论一样，近代的英国法学经典作者也相当重视运用历史与比较的方法。17世纪的著名法官和法学家黑尔(Matthew Hale)曾撰写刑事法的经典专论，还著有《英格兰法律史》(The History of the Common Law of England)和《刑事诉讼史》(The History of the Pleas of the Crown)；他关于实体法的许多观点都融合在其对历史的研究和论述中。

然而，斗转星移，今天法律史学在法学界受重视程度大幅下降，不仅中国为然；在欧美各国的法学研究和教育中，法律史学都呈现出衰退的趋势。这反映在欧美各国的课程安排、教职设置和学者地位等各方面。

首先，法律史是不是必修科目？与“中国法制史”仍名列法学本科必修课程并作为司法考试基本科目的中国不同，在欧美各国，很少将本国法律史列为法学教育的必修课程。这分为两类情况。一类是法学专业的必修课中完全没有法律史的身影。例如，在美国耶鲁法学院，作为法律教育基本学位项目的法律博士(J.D.)必修课程要求中，并不包括法律史。^[11] 哈佛法学院也同样如此。^[12] 耶鲁、哈佛等美国顶尖法学院素以重视研习理论而著称，也并不将法史纳入必修科目，其他美国法学院更可想而知。德国曾是法律史、特别是罗马法研究的重镇，目前的法律教育中，也未将法律史列为必修课。^[13] 第二类情况，是法学必修课程中有法律史，但不是本

[9] See J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, 4th ed., London: Butterworths, 2002, pp. 175 ~ 176, 189 ~ 190.

[10] 同上，第175~176页。

[11] 必修课包括第一学期的四门指定课程(宪法、合同、侵权、民事诉讼)、刑法、一门法律伦理和职业责任的相关课程、一门法律实务的相关课程，并要完成一定的论文写作要求。参见 Requirements, 载 <http://www.law.yale.edu/academics/jdrequirements.htm>, 最后访问时间: 2015年7月28日; 其中, 该项目的第一学期课程要求, 参见 About the First Term, 载 <http://www.law.yale.edu/academics/jdfirstterm.htm>, 最后访问时间: 2015年7月28日。

[12] 哈佛的法律博士必修课程包括一年级的民事诉讼、合同、刑法、立法和规范、财产、侵权、解决问题研讨、法律检索和写作, 以及在其他年级修读的职业责任课程。参见 Academic Advising at Harvard Law School, 载 <http://hls.harvard.edu/dept/academics/curriculum/academic-advising-at-harvard-law-school/>, 最后访问时间: 2015年7月28日。

[13] 德国法学教育以两次国家司法考试为中心, 其中第一次考试由各州负责。以德国巴登-符腾堡州为例: 根据该州司法部文件, 法学课程分为三类: 必修课(民法、刑法和公法)、重点方向课(国际法、欧洲法和程序法)和基础专业课(法律史、法理学、法社会学、比较法学、一般国家学)。该州规定, 要取得第一次国考的准考证资格, 必须上过一门基础专业课。实际上, 第一、二类都是必修课, 第三类的要求则是适当兼顾, 仅是选修课。参见 http://www.jum.baden-wuerttemberg.de/pb/Lde/Startseite/Pruefungsamt/Ausbildungs_+und+Pruefungsrecht, 最后访问时间: 2015年7月28日。感谢康斯坦斯大学(Universität Konstanz)博士研究生汪倪杰提供相关信息。



国的法史。例如,英国剑桥大学的法学本科必修课包括四门课程:民法(罗马法)、侵权、刑法和宪法;^[14] 牛津的必修课程略多,也包括一门“罗马私法导论”。^[15] 根据剑桥的课程介绍,这既与英国大学的法学教育传统相关,而在欧洲一体化的背景下,也是为了有利于英国学生了解欧陆的法律制度,特别是民法。所以这种法律史课程,实际上内容是外国法,目的也是为了理解其他国家的法律。“英格兰法制史”在剑桥和牛津都只是选修课。比较例外的情况是法国。根据法国教育部的统一规定,目前法学本科教育的六门必修课中,引人注目的有两门有关法律史的课程:法学的历史导论(introduction historique à l'étude du droit)、法律史或政治学史(histoire du droit ou science politique)。^[16] 不过,这两门课程都并不要求以法国法为中心,内容实际上主要是欧洲法律思想和法律发展通史,根据任课教师的专长,也可包括其他国别的法律史,因此性质上更像一种通识教育。

其次,欧美法学院系有多少专门的法律史学教研岗位?这其实与上述的课程设置密切相关。在欧美,基于上述的课程设置情况,法律史学的教职往往不如中国。在美国的法学院,除了注重基础学科、有悠久法学教育传统的一些顶级名校,一般法学院都很少、甚至没有专职的法律史教授。在英国也同样如此。在剑桥大学,著名的唐宁讲席教授、英国法制史大家贝克(John H. Baker)教授曾调侃说,他的主课是合同法,法制史只是其副业。他于2011年退休后,该讲席转由一位公司法教授接替。在德国的法学院,不少罗马法教授都兼上其他的课程,或者把罗马法作为副业。法史研究青黄不接、后继乏人的现象也非常普遍。百余年前,梅特兰开始整理和出版英格兰法律年鉴时,曾乐观地认为,四十年就可完成这一重要工程。然而,到20世纪50年代,当时学者估算,以当时的人力和进度,完成这一工作要到2300年,实际上已是遥遥无期不太可能完成的事业。^[17]

最后,法律史学者的影响力如何?这当然很难量化,但比较而言,19世纪至20世纪初的西方各国,有不少以研习法律史而著称者堪称整个法学学科之翘楚,如德国的萨维尼、英国的梅特兰。但目前,即使各国最著名的法律史学者,在法学界的影响都难与他们这些前辈们相提并论。

近代以前,法律史学曾经有辉煌的荣耀,中西皆然。那时候,法学很大程度上需要运用历史的方法、研习历史上的法;要讨论法学,则必称先王之制、必称罗马之法、必征诸故卷旧案。但时过境迁,对历史上法律状况、特别是对本国法律史的关注和重视,在欧美许多国家都逐渐衰退。

[14] 参见 Studying Law at Cambridge, 载 <http://ba.law.cam.ac.uk/studying-law-at-cambridge/>, 最后访问时间:2015年7月28日。

[15] Undergraduate Handbook, 载 <http://www.law.ox.ac.uk/published/UGHandbookFINAL2014-15.docx>, 最后访问时间:2015年7月28日。其他课程包括宪法、刑法、行政法、合同、法理学、土地法、侵权、信托、欧盟法、以及检索和模拟法庭技巧。

[16] 另外四门课程分别是私法、公法、民法和宪法。参见“Arrêté du 30 avril 1997 relatif au diplôme d'études universitaires générales Droit et aux licences et aux maîtrises du secteur Droit et science politique,” Journal Officiel de la République Française, 4 mai 1997, pp. 6766~6767。感谢巴黎第十大学法学院梅凌寒(Frédéric Constant)教授提供相关信息。

[17] See J. H. Baker, Editing the Sources of English Legal History, in *The Common Law Tradition: Lawyers, Books and the Law*, London: The Hambledon Press, 2000, pp. 217~218.

需要继续论证的，并不是西方的经验具有普适意义、因而法律史学在中国法学中的地位下降理所当然、并可聊以自慰。需要进一步思考的，毋宁是昔日曾被法律人士趋之若鹜的法史研习及其方法，为什么到近代以后，会经历这样的衰退？一个基本的回答是：在不同的时代，对“法”的理解发生了变化。

三、何以为“法”

在历史上，欧陆为什么会出现对罗马法给予那样的重视？这是基于罗马法的理性、以及与此伴生的自然法思想。对于当时入侵罗马、后来统治西欧地区的异族来说，罗马是不可企及的文化高峰，罗马法具有神圣性；而且，它能适应中世纪晚期商品经济的发展。当人们看到，千年前的规则居然能为当时所用，那的确是很神奇的。时人研习罗马法，不是出于学术或历史的兴趣，而是为解决当时法律实践和理论的问题。^{〔18〕}与此相适用的基本法学理论，就是自然法思想。此前的希腊和罗马法律思想中也具有一些自然法性质的言论，但并没有充分发展。到十六、十七世纪，由格老休斯等法学家对罗马法的研究和解读，将这种法的自然性和普适性理论充分发挥；而对自然法的追寻，方向就指向罗马法、指向对历史的研究。^{〔19〕}罗马法在当时被作为一种真理性的、自然法的表现。当时法谚云：“法的花园里没有荆棘”；“对于中世纪的法学家而言，《国法大全》就代表了完美本身……”，因为在他们眼中的罗马法，“是建立在自然理性和公平的原则之上，是上帝赐予人类的一缕神圣之光。”^{〔20〕}罗马法之所以受到重视、拥有权威，“不是因其权威而有理性，而是因其理性而有权威”（non ratione imperii, sed imperio rationis）。^{〔21〕}此后，19世纪德国历史法学派对罗马法的尊崇，实际上也是沿袭了这一理路，只是把抽象的“自然”替换为更可把握的“民族精神”。在萨维尼等罗马法学派的学者看来，这里的“民族”更多的是一个文化教育的概念、而非血缘种族的概念，因此罗马法被作为德意志民族精神的要素而继承。^{〔22〕}

在近代以前的英格兰，对法的本体性也存在类似的理解。英格兰并未深受罗马法影响，但殊途同归的是，英格兰人也坚信自然法学的另一个版本：法律宣示说。^{〔23〕}在政治意义上，普通法以王权为基础，是中世纪英格兰强大诺曼王权的产物。但在学理层面，它是一种普遍适用的法律，不仅因为它具有王权的背景，更是因为它后来经过了精英化的法官群体的讨论和普遍接受，体现了具有本体性的法。判例之所以承载着这种“法”，在当时英格兰人看来，是因为法官们寻找、发现、并通过判决，揭示了这种具有真理性的规则，所以法官们并未创设法，而是发现了法。法本来就已存在，只是需要通过判决的方式表达出来。同时，这种表达来自精英化的

〔18〕 See R. C. Van Caenegem, *An Historical Introduction to Private Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 1992, p. 58.

〔19〕 See Peter Stein, *Roman Law in European History*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 99.

〔20〕 前注〔18〕，R. C. Van Caenegem书，第49页。

〔21〕 同上，第59页。

〔22〕 参见〔德〕弗朗茨·维亚克尔：《近代私法史：以德意志的发展为观察重点》，陈爱娥、黄建辉译，上海三联书店2006年版，第381页。

〔23〕 See Rupert Cross & J. W. Harris, *Precedent in English Law*, 4th ed., Oxford: Clarendon Press, 1991, pp. 27~34.



法官职业群体,基于这个群体的“共同学识”(common erudition)。^[24]直到19世纪初,整个英国的职业法官都不超过十五人。^[25]他们有非常强烈的群体认同感,通过各种合议和全体一致的机制,完成共识性的规范建构。这不同于今天的多数决原则。因为如果的确存在真理性的规则,那么法官们发现的规则应该是相同的,不可能有差别、不可能存在不同意见,否则就显然不具有完整意义上的真理性。多数决的原则是后来才在英国法中确立的。^[26]在此之前,如果法官们实在无法达成一致,那么案件就可能被拖延不判,或转化为事实问题,交由陪审团裁决。在这种机制下,法律的发现和宣示,普通人、包括国王都无法做到,因为他们未经过专门训练、不具有专业理性;作为个体的法官也不足为法,因为个别的意见不能代表共同学识。通过这种机制的凝练,使判决理由中呈现的规范具有真理性,获得了非常尊崇的地位。法律职业群体自然对此前的判决及其理由充分重视,因为那就是被宣示的法;要找到法律,就要追寻历史上的判例、特别是其中的判决理由。

因此,在近代以前的西欧,在自然法思想的笼罩下,罗马法就是欧陆当下的法、共同学识就是英格兰当下的法;而法的研习,也就毫无争议地指向历史。那么,是什么改变了这种状况,让法律史的关怀在法律学术和实践中一落千丈呢?

最重要的原因,是民族国家兴起和法典化运动,使法律实证主义逐步超越了此前的自然法理论。近代欧洲逐渐形成民族国家,具有更强的民族之“我”的独立意识。在政治上,绝对王权的势力不断加大,使政治上国家的地位越来越强大。同时,随着拿破仑立法、德国立法,欧洲各国的法典化运动使法的实定性得到强化,基本法律被归入一部部法典、或一系列国家颁行的法令中,逐步告别自然法。“因为遵循新的法典(即民法典),自然法的作用走到了尽头。”^[27]英国虽未出现法典化,但议会主权的理念使制定法的地位不断提高,法逐步不再来自于法官的宣示,而更多来自主权者的议会;最高审级的法官们也一度需要隐藏于议会的面具下,以上议院的名义才能行使此前实质的造法职能。

在对法的理解上,法律实证主义在近代早期的兴起,正是这种历史发展状况的学理反映。无论是卢梭的人民主权、还是洛克的代议制,在民族国家的兴起的背景下,都有力地支持了国家主义的立法权理论。法律越来越成为主权者的命令;十九世纪的法国、德国和英国,都开始逐步走向法律实证主义。^[28]于是,法律是实在可见的、可检索和修正的,而不再亘古不变,也无需再向历史中去寻觅。

19世纪以后的欧陆和英伦,在民族国家和实证法学有力的二轮驱动下,历史上的法,不再是法和法学本身、甚至不再是其核心内容;历史上的法逐渐与当下的法相剥离,回归到千百年之外的时空位置。

在这一转型之际,涌现了蒙森、梅特兰等一批相当优秀的法律史学者,他们另辟蹊径,或校订罗马法文本,或整理英格兰传世文献,并对法律和社会的历史发展做出了迄今仍不可忽视

[24] See J. H. Baker, *The Reports of Sir John Spelman*, London: Selden Society, 1978, p. 161; Id., *The Law's Two Bodies: Some Evidential Problems in English Legal History*, New York: Oxford University Press, 2001, pp. 67 ~ 70.

[25] See John P. Dawson, *The Oracles of the Law*, Ann Arbor: Michigan University Law School, 1968, p. 3.

[26] 参见前注[8], J. H. Baker文,第474~475页。

[27] 前注[18], R. C. Van Caenegem书,第9页。

[28] 参见(爱尔兰)J. M. 凯利:《西方法律思想简史》,王笑红译,法律出版社2002年版,第298~301页(关于法国和英国);前注[22],[德]弗朗茨·维亚克尔书,第415~420页(关于德国)。

的学理描述和阐释。但与此前将法律史作为法和法学的核心主题来对待相比，其立场和方法已经截然不同：他们将法律作为一种历史现象进行研究，与当下的法本身的密切连接点逐渐断开。19世纪末、20世纪初西欧法律史学家辈出的鼎盛之时，正当该学科转型之际，崭新的视角和更丰富的文献利用，使相关研究的面貌焕然一新。但这次回光返照，正是法律史学从法学传统地位开始衰退的起点。着眼过去的法史学和关注现实的其他法学分支从此开始渐行渐远。法律史逐步成为一种专门史；而在历史学的大江大河中，法律只是一条或大或小的支流。

与西欧相比，中国的情形有所不同，没有与自然法和实证法思想完全对应的理论体系和历史变迁，但法律史地位的兴替，同样与对法的理解息息相关。

从现代意义的角度看，帝制中国社会具有“法”这一意义的实体，大致包括两个层面的内容：一为情理大义、即原则政策，二为律令科条、即技术规则。^{〔29〕}在这两个领域，时人对历史的重视程度不同，也分别指向不同的历史关注点。情理大义具有本体性和普适性，包括伦常观念和等差有别的各种意识形态、道德价值、以及公平的考量。当时国人在法律领域对历史的重视，主要基于对情理的自然法式理解。这其实与西欧具有一定相似性，只是中国的具体文本载体不同。司马光在讨论阿云之狱时强调：“夫天下之事有难决者，以先王之道揆之，若权衡之于轻重，规矩之于方圆，锱铢毫忽，不可欺矣。是以人君务明先王之道而不习律令，知本根既植，则枝叶必茂故也。”^{〔30〕}“先王之道”，正是来自历史中的基本价值判断，即司马光在该案意见中所主张的“百代之常典”、“三纲之大义”，“分争辨讼，非礼不决；礼之所去，刑之所取也。”^{〔31〕}但这种把握，可以“不习律令”，不需要像西欧的法学家那样基于狭义的规范文本，而是基于对经史大义的理解。

但既不习法，何以论法？这与中国传统的认识论有关。在当时人文理念下，历史的知识、个人修齐治平法的道德修养，与运用法律的技术能力是一体的。如张之洞所言：“随时读书，随时穷理。心地清明，人品自然正直。从此贯通古今，推求人事，果能平日讲求，无论才识长短，簪仕登朝，大小必有实用。”^{〔32〕}这使读书治史本身产生一种规范性的力量。这种认识在当时的官员选拔机制中也得到反映。唐以后的科举考试，唐宋与明清虽有差别，但考察的重点并非现代公务人员的知识和技能，而是古典文献的知识和技能。这样选拔出来的人员，却可以任官断案。这种专业明显不对口的机制设计背后，隐含着当时对知识、对能力的理解，也包括对法的理解。除了设定相对公平的考试机会和评判标准能让一批智商较高的人脱颖而出，这种制度更为深层的合理性假设在于：理一分殊，如果具备对古典文史的精深理解，就能拥有更强的判别是非和理解社会的能力、包括把握和运用“先王之道”的司法能力。这样，一方面，在法的本体论上，法之精髓就是经史中所蕴含的一以贯之的大义；另一方面，在认识论上，各种能力和智慧、包括关于法的判断能力，都能通过研读古代经典而领悟习得。因此，经史文本当仁不让地成为理解法的源泉，特别是在情理大义的价值层面。

〔29〕 寺田浩明对中国传统法的“非规则性”概括，正是基于情理和律法这二者的关系与西方有所不同。参见〔日〕寺田浩明：“‘非规则型法’之概念：以清代法为素材”，魏敏译，载氏著：《权利与冤抑：寺田浩明中国法史论集》，清华大学出版社2012年版，第357~393页。

〔30〕 司马光：“司马温公文集”，卷六《论体要疏》，商务印书馆1936年版，第159页。

〔31〕 同上注。

〔32〕 张之洞：《增订輶轩语》，光绪二十一年（1895）陕西学署刻本，“语学第二”，“读书期于明理，明理归于致用”，第46页上-下。



同时,在律令科条的技术规则层面,帝制中国以刑事法为主的律典具有长期延续性,其动力主要在于中央集权的政治结构长期稳定,需要在刑事司法中通过严格法定刑管控地方官员,因此律典的修改也常需以前代律典为蓝本,辅以量刑幅度的调整,特别是唐代以后对取精用宏的《唐律》之继承。但君权始终处于相对强势的地位,具体规则都在君主命令的掌控之下,如西汉杜周所论:“前主所是著为律,后主所是疏为令,当时为是,何古之法乎!”^[33]这其实与西欧实证法理念正相类似。因此,前代律典的历史重要性主要体现在皇朝初年的立法时期(此后律典则常因祖宗之法的原因而较少更张),而其他法律形式,如令典、式、以及格敕条例等特别法,则更替较为频仍,与相对稳定的律典相比,这些法律内容在改朝换代后的继承性往往并不凸出。至于成案等各种前人的司法判决,更常常受到限制和排斥,未获得正式稳定的地位认可。^[34]所以,对历史上法的重视,在中国呈现有趣的图景:情理大义因具有应然而持久的自然法属性,蕴含其内容的历史文本受到格外青睐,不过未必是法律文本;前朝典章因传递的仅是实证法信息,因此受到的重视相对并不凸出。

这种对历史上法的重视在中国近代以后发生改变,除了学科体系的变化,更因为西学东渐后中国社会价值观的颠覆性变化,对法的理解也随之遽然而变。价值层面,情理中的家族和等级等传统意识形态被根本动摇,律法的具体规则更与传统形态完全断裂。从价值到规则,中国现代法律总体上似乎都是舶来品。这种认识背后,更深刻的认同是欧洲中心主义和法律移植主义,特别是法律移植的无机论。这种认识下,欲理解当下之法而诉诸历史,无异于缘木求鱼。

与19世纪后期至20世纪初欧洲的状况相似,当历史的关怀与现实的法学逐步分离时,中国法律史的研究也曾出现昌盛一时的局面。以沈家本和梁启超为先导,一时曾名家辈出、成果丰硕。^[35]但基于类似的原因,作为一门专史,法律史学不久便逐渐走向法学的边缘,直至今日。^[36]

四、何去何从

法律史面临的衰退和困境,不是中国独有的问题,但由于我辈学人生逢其间,反差巨大,因而倍感压力。那么,是否可能给出更让人信服的理由,让法律史,特别是对本国法史的研究能够回归法学,避免更边缘化、甚至被完全放逐的命运?

首先,需要反思一些耳熟能详的传统理由。虽然这些理由都一定程度上成立,也不乏重要性,而对于研究主体而言,这些甚至都足以成为职业选择的充分理由,但对于学科而言,它们似乎又都还不够充分。对中国学者而言,作为法学的中国法律史研习,从学术的角度看,它的效用应该不仅限于满足对知识的好奇心、或提供思维训练的素材,也不仅是为现实制度提供一个时间序列上的背景描述;从学术之外而言,它未必能作为主力而承载起职业道德教育和情操培养的重任,也并非计较民族感情的阵地。

[33] 《汉书》,卷六十《杜周传》,中华书局1962年版,第2659页。

[34] 参见刘笃才:“中国古代判例考论”,《中国社会科学》2007年第4期,第151~155页;王志强:“清代成案中的效力和其运用中的论证方式——以《刑学汇览》为中心”,《法学研究》2003年第3期,第156~158页。

[35] 参见刘广安:“二十世纪中国法律史学论纲”,《中外法学》1997年第3期;范忠信:“认识法学家梁启超”,载范忠信选编:《梁启超法学文集》,中国政法大学出版社2000年版,第9~10页。

[36] 我国20世纪80至90年代的法律史学科曾在法学研究和教育中的一枝独秀,有当时法学其他学科相对起点较低的历史原因,另当别论;而且,从长时段的维度看,这一时期事实上也为时不长。

满足对知识的好奇和有趣素材的陈列，能够成为法律史研究列身于法学的理由吗？恐怕未必。学问最直接的功效，当然是满足人类的好奇心。对未知世界的好奇、对趣味的追求，往往是学术的起点，但并不能成为学术和学科存在的理由。^{〔37〕} 知也无涯，而人可能有不同的个体偏好，但具有社会性的学术和学科的建立，或许不应如此率性地仅仅凭藉好奇心和趣味；许多好奇和趣味，在特定的时空，恐怕只能是个体兴之所至的把玩。同时，历史的场景确实可以提供更有趣味的反思和解构性思维训练的素材，也确实更能针对教学的意义。不过，一般历史类的学习，都能有此效用，未必要基于法律史。对于法科学子而言，即便此类素材更有趣味，但毕竟并非必须。

研习法律史，是否只是为现实制度提供一个描述式的背景，以明其演进？这当然不可轻忽，但未必至关重要。如果这成为法律史的基本存在意义，那么其自然也就无足轻重，不过是添附一些形式上的“完整性”和“厚重感”。同时，如果是这样，则只需研究明清以降的制度、甚至仅关注近代可能就足够了，大可不必远追唐宋，更何谈上溯周秦。而且，更为重要是，这种研究进路和目标，往往隐含着深刻的现代主义和西方中心主义的预设，而由于中国近代以来法律制度和观念的断裂，往往容易造成以今度古、得出中国古代似乎什么都有、但又什么都不太发达、不太现代化的结论。

法律史的教育和研习，能否承载起法学教育中道德引导和情操陶冶的重任？恐怕同样未必。在文以载道的传统中，以史育人，这顺理成章、也似乎责无旁贷。但观诸国史，历代的文史传统和教育是否更有利地抑制了官场和司法腐败、整饬了道德人心呢？是否昔日的司法官员们就因此而具有更高洁的人品和操守呢？这颇可怀疑。法律史之于职业操守和道德的培育固然可能有些功效，但未必就强过更有针对性的“司法职业道德”课程，更未必胜过中小学、乃至幼儿园的国民素质教育。

法律史的深入研习，是否就是为中国学术的国际地位争得一席之地？确实，海外，特别是日本学者对中国法律史研究的深入，常令海内同仁汗颜。而十余年前，日、美学者关于中国传统民事司法的激烈争论，中国同行竟难以置喙，也仍让人感到切肤之痛。不过，这并非只是中国法史研究的问题，而是整个中国学术界国际地位的反映。当年陈寅恪即有“群趋东邻受国史，神州士夫羞欲死”的感慨。法史学界自难独善其身。进而言之，国内法律史同仁在法学理论上的思考和贡献差强人意，恐怕是其难以参与法学领域相关国际对话的重要原因。^{〔38〕} 因此，研习

〔37〕 大半个世纪之前，法国年鉴学派历史学家马克·布洛赫论及历史学的价值时尖锐地指出：“然而，如果说，普遍永恒的魅力几乎是历史〔学〕唯一的存在理由，如果说，历史像桥牌和钓鱼一样，仅仅是一种有趣的消遣，那么，我们费尽心血来撰写历史是否值得呢？……安德烈·纪德曾写道，‘我们的时代已不容纯粹的娱乐，哪怕是有益于心智的娱乐。’……历史包罗万象，任何一个繁琐的枝节问题都可能虚耗人一生的光阴，如果其目的仅仅是为了给一种娱乐罩上令人难以信服的真理外衣，那么，理所当然要被斥为滥用精力，滥用精力则近于犯罪。”参见〔法〕马克·布洛赫：《历史学家的技艺》，张和声、程郁译，上海社会科学院出版社1992年版，第10~11页。

〔38〕 寺田浩明曾追忆滋贺秀三对中国学界的观感：“令人吃惊的是在他〔指滋贺秀三——引者注〕自身关注的若干研究领域内，只有关于唐律或律令编纂史方面，能够与中国的同行展开细致而十分有益的交流，而在他从事研究的另一个学问领域，即从与现代法学相通的法理学或法社会学等视角考察传统中国司法审判的性质等而提出的理论，当时则几乎不能引起中国同行们最起码的兴趣。”参见前注〔29〕，〔日〕寺田浩明书，“作者序”，清华大学出版社2012年版，第II页。又参见陈新宇：“外在机缘与内在理路：当代日本的中国法制史研究”，《政法论丛》2013年第3期，第78~79页。



中国法律史的理由,能够更有所贡献于法学、与赢得国际学术地位,二者之间恐怕不能倒因为果;而孰先孰后,不妨再思。

其实,历史的视角和研究进路对任何领域的研究而言都不可或缺,这并不难取得共识,极致的历史虚无主义毕竟并不多见。关键其实在于,研习中国法律史,可以回答哪些法学关心的问题?又如何实现?“为什么”的问题就此转化为“怎么样”的问题。有同仁指出,“以历史的视角来研究法学的基本问题,就是法律史独特的学术路径。”^[39]但到底如何更有效地提问?上述学术史的回顾,或可带来些许的解题灵感。

如果历史上法学人士对法律史的重视程度,是以时人对法的理解和认识为基本前提,那么,当下我们如何认识和理解法?沿着对法的认识理路,可能怎样进一步展开对历史上法律的探究?而这种探究,对于中国法律史的研习者而言,又如何可能对一般的法学理论有所贡献?

反观近代中西法律史在法学中的边缘化,或源于民族国家和实证法理念的兴起,或由于认定当代法律是完全的舶来之物。然而,法律实证主义和法律无机移植理论本身并不具有天然的真理性,而只是某个特定时代的产物、某些特定现象的归纳,因此,只要反其道而行,适当回归自然法的理路,秉持法律多元的立场,就不难认识和建立起中国法的历史与现实的联结。

一方面,沿着自然法学和历史法学的理路,研习中国历史上的法律现象可能对传统理念和制度进行更深入的现代归纳和阐释。如果笃信或尝试证明某种法现象具有某些恒久的价值和学理,可能被继承、被传播,那么法律史学的方向之一,就是揭示历史上法现象的内在学理逻辑和价值。这曾是中国法律史学长期以来的努力方向。这大致又可分为两类:一是侧重宏观价值和理念性的归纳,二是侧重规范的技术性梳理和分析。

前者即对中国传统法基本理念的研究,如早期瞿同祖、陈顾远的相关研究以及此后法文化学的解释和法类型学的归纳。此类成果为人熟知,其学术意义也较为清晰。不过,此类研究所归纳的价值和类型现象,与当下法的理论和实践探讨如何对接,往往存在难点。如前所述,中国传统法中价值政策层面的情理并不完全体现在法律规则中,需要认知者通过悟道而践行。目前与法学对接的困境,恐怕与这种传统的法律认识论不无关联。由于现代社会的职业分工、特别是法律职业化要求日益加强,人文与社会科学逐渐分离,^[40]因此,只传道而不能直接授业、解惑,会使传道的力度和效果大打折扣。研究者通过人文体会所感知的正面价值,如果能够与具体制度建构和规则适用相结合,则可能更受到法学界关注。

同时,从法的承袭角度而言,如果此类研究所揭示的历史理念与当代价值有明显不同甚至冲突,则问题更复杂。如瞿同祖先生及其他前辈所展现,传统法,特别是刑事规则奉行家族和社会的严格等级差别主义,并因此构成中国固有法的基本精神。但时至今日,家族的等级秩序被现代家庭结构所瓦解、被平等主义思潮所涤荡,社会的等级及其派生的特权在现代意识形态下被动摇、在价值多元的社会中被诟病,让人不禁感慨于时势变迁之剧烈。数千年来的中国法精神、乃至中国传统中曾被奉为普世价值的天理伦常,在不到百年之间便轰然崩塌。仅就此项而言,所谓“文化”力量在欧风美雨冲击下之脆弱,令人唏嘘。这将根本上颠覆此类研究的自然法学和历史法学根基,令人不免质疑:中国固有法的规范中,确有更绵恒久远的价值精神吗?

[39] 汪雄涛:“迈向生活的法律史”,《中外法学》2014年第2期,第350页。

[40] 关于二者方法论的差别,参见何兆武:“对历史学的若干反思”,《史学理论研究》1996年第2期,第35~43页。

而且，这一路径的研究往往强调，具有历史延续性的某些价值理念是基于文化的原因、具有本体性而难以改变，但如果这种价值又不能见容于当代社会，那么传统与现代如何调和？这常成为此类研究的深刻难题。

后一类进路则侧重具体规范和技术的内容，更具有德国法教义学的意味，^[41]从法学的理论贡献而言，可能是大有可为的领域。在西欧法学史上，德国学者对罗马法的研究很大程度上就是这套理论和方法的产物，特别是对规范的技术性梳理。在充分清理罗马法技术性规范的基础上，德国法学家们进一步对其进行了现代性的体系化建构，而罗马法本身并不存在潘德克顿学派那样的体系，也没有《德国民法典》总则部分那些高度抽象化的概念。同时，作为当代法的理论和技术基石，法律史学可补强当下的规律体系，加强它的合法性。许多当代欧洲法学家研习和讲授罗马法的模式，不是把罗马法当做历史、而是当作规则，关注的重点是罗马法与现代法的关系。中国法律史学中，也不乏类似的努力。例如戴炎辉对唐律的研究著作，就是在规范分析的基础上，通过运用现代法学话语体系和思路，对唐律进行重新解读和系统化处理。滋贺秀三对中国家族法的研究、近年来引人注目的关于民事法源的探讨，以及其他不少对法律推理技术的研究等，实际上也沿着这一理路。此外，清末已启其端、民国时期成果斐然、近年来仍为学者所踵续的民事习惯调查和习惯法研究，也是基于这样的认识和关怀。当然，对历史上法律现象的规范分析，必须基于直接相关的现实关怀，否则必然会漫无边际和繁芜不堪，毕竟中国概念下的时间和空间都太宽广。从目前中国社会法律发展的现实问题出发，无论是对民间惯行的规则性分析，还是对司法官技术的展示，都可能在法学意义上具有直接的贡献。

另一方面，在法律多元的立场下，中国法律史的研究可能有功于对西方法学的反思，并在法学基本理论上做出中国的贡献。

由于近代中国法律体系的巨变，对传统制度的探究似乎并无助于理解今日中国之法。无怪乎有论者谓：当下中国更应研习之法律史，非本国法史，而应是西洋法史，因为后者才是中国当代法思想和制度的主要渊源。此说也并非无稽之谈。德国历史法学派的罗马法派学者，正是将日耳曼民族所采纳和推行的异族法奉为本民族的法律精神和文化的正源。国内时下研习罗马法而有贡献于部门立法、特别是民商事法者所在多有，但研习中国法律史而能置喙其间的，即便不是绝无，恐怕也是仅有。不过，当时德国即有日耳曼派学者对本民族精神的强调，而历时数千年的中华文明，是否就真的对当代法学无可贡献？我们不必逞一时意气，毕竟千百年来已有诸多文明湮灭不彰。时移势易，在法学领域，中国的传统如果确实无可贡献，我们也不妨搁下民族自尊的矫情，坦然面对世界大同。

不过，世界大同毕竟并未真正到来。西方法律虽然遍地移植，也确实开花结果，但也仍然荆棘满途。在法律多元和法人类学的理念下，法并不仅以中央立法、以国家司法的形式存在，它有更广阔的舞台，包括实质规范和影响某个特定社会中人际行为和利益的各种准则。西方学者已深刻地意识到他们立场中深入骨髓的法律“东方主义”，因为这是由其知识、立场、历史和社会背景所根本决定的，是西方人几乎无法走出的藩篱。^[42]在拓展和丰富法的多元理论方面，

[41] 参见〔德〕罗伯特·阿列克西：《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》，舒国滢译，中国法制出版社2002年版，第310~317页。由于中国法的语境不同，为避免歧义，本文在分析中国问题时使用“规范分析”等概念，而避免使用“法教义学”。

[42] See Teemu Ruskola, Legal Orientalism, 101 Michigan Law Review, 2002, pp. 209~234.



非西方学者、包括中国法律史学人因此天然地具有某些方面的优势。同时,这一进路与上述的自然法学和历史法学的立场并不截然对立,因为自然法学未必等同于西欧中心的普世价值,并不绝对排斥多元存在,而历史法学更坚定地认同地方性真理。

当然,如何凝练问题、将素材化为有积极意义的理论,仍是难点所在。如果将法作为社会的一个有机组成部分、并将其效用置于社会结构的因果关系中进行分析,即采取所谓“社科法学”的研究立场,^[43]那么对历史上法律现象的研习,可能会有不同的问题意识和进路,也可能对法学产生更明确的理论贡献。

采用社科法学的立场,首先需要采取更中立的价值立场,采取理解、而非评判的态度对待研究的客体即中国历史上的法律现象。与此相应,需要对必须采用,但又具有价值偏见的西方话语体系抱持相对警惕的态度,否则难免堕入既有西方理论的窠臼,形成填充式的中国法律史叙事。较有效的分析方法是功能主义、乃至双向功能主义。更进一步,则应从法律的社会关联因素中,对现象和要素之间的因果关系进行分析,以获得较有普遍意义的规律性结论。

试举例言之。例如,对于帝制时代各种援照旧案审断目前案件的制度,中国法律史学者们曾纠结于其是否等同于西方意义上的“判例”。如果采取功能主义的立场和结构性分析的思路,就不难看出,许多社会都普遍存在按照以往做法来解决类似案件的惯例和制度,中国传统法也不例外。但从功能上看,中国古代司法实践中在一定程度上关注、甚至援引这些既有判决,除了从以往司法经验中寻找思路和方案等与西欧同样的功能外,其还有一些特定的作用,如解决罪刑相应的难题,以及避免错案追责等中国特有的功能。^[44]而这些功能,与中国特有的立法权高度集中、对官员严格等级管控、司法官缺乏独立性的体制、以及重刑轻民思想密切相关。在当代中国,有些状况依然在一定程度上延续,而这些曾在历史上决定先例功能及其运作方式的因素,仍将在不同程度上对当代的类似制度产生深刻的影响。

又如,欧洲法定刑讯在十八世纪末被有效地废除,西方理论传统中对此有两种解释。一种认为主要是思想原因,即近代人文主义运动颠覆了历史上施用数百年之久的刑讯制度,而另一种则认为制度原因更关键,即关联性的刑罚制度和对重罪证据规则的变化,使口供和刑讯不再必要,因为苦役和流放等其他刑罚的出现,使欧洲的法官们可以对证据不足的案犯施用这些刑罚,而不必坚持适用必须满足法定证据或口供要求的死刑。^[45]但这两种原因都不足以解释中国的状况。刑讯的核心目的是获得口供;在帝制中国,刑事案件中的口供不仅具有证据的功能,在当时地方官府少受程序限制、而又承受扣限审结、疏防查参和错案追究等督促压力的机制下,口供的必要性还在相当程度上发挥着保护嫌犯免遭重罪、特别是死罪判罚的作用。^[46]这些关联因素与证据制度及刑讯现象的关系,不仅在古代中国发挥作用,而且具有一般的理论意义。

因此,从社科法学的理路研习历史上的法律现象,不是在法的某一特定规则及其适用的内

[43] 关于社科法学及相关探讨,参见陈柏峰:“社科法学及其功用”,《法商研究》2014年第5期,第67~73页。

[44] 参见王志强:“中国法律史叙事中的‘判例’”,《中国社会科学》2010年第5期,第151~152页。

[45] See John H. Langbein, *Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancien Regime*, Chicago: The University of Chicago Press, 1977, pp. 3~69.

[46] See Zhiqiang Wang, *Judicial Reasoning and Political Legitimacy in Early Eighteenth-Century Criminal Justice: China, England and France*, JSD Dissertation, Yale University, 2014, pp. 154~158.

部视角展开，也不是构建或重构某一法律部门的体系性，而是着眼于规则运作的机理，特别是其与法律世界的其他机制、以及与外部世界的各种条件相互作用关系，以探究和揭示其间的因果、互动关系及其规律性。一方面，这些关联因素和机制中，往往有些具有特别的地方性和特殊性，如上述两个例证里中国的一些特殊制度和法律现象，因此为丰富多元的法律图景展现了更多样的信息和素材；另一方面，这种内在的关联性，不同于法的规则、不同于法律背后的价值，往往不会仅因时代、地区而发生变化，因而可能以中国的素材探讨法理的一般问题，并贡献于法学的基本理论。正如西方法律史家所指出：

我们无法期待，罗马派学者可以对交通、社会保险或专利等范畴的立法或裁判提供何等信息或建议。然而，在私法这样大的领域，还是可以提出持续性的，比较不依附于当代此时之社会结构的问题，虽然这些问题还是被安置在特定的传统脉络里……于此，法律史就好像用缩放仪一样来放大问题及其解答，并且在时间的深度里对彼等加以分析——就如同法比较可以借助多样的法秩序，在空间的宽度上来分析它们一样。这种帮助不限于释义学上的细节：法史学家越是能发现更广泛的问题结构，其对法的一般结构理论或原则理论的贡献也就更大。在这样的理解下，法律史在经过方法上的转折，在完全的历史主义后，又正当地进入法学的范畴。^[47]

在“中国”的意义上，这种研究立场和进路并非法律史学的专利，只是法律史学者拥有更多时间向度上的素材。因此，开放法律史学科边界，将有利于加强这一方向的努力。当同行们宣称、或愿意他们的作品被作为法律史学的研究时，^[48] 传统学科意义上被定位为法律史的同仁们是否应给予更多的欢迎、嘉许和砥砺，而不是清高的不屑和莫名的挑剔？

附带值得一提的是部门法史和整体法史的关系。对中国传统法律进行更深入细致的规范分析、或从社科法学视角的追问和探究，都会使研究主题更趋向部门法的问题，会更多地从个案或局部问题入手。但这并不同于简单移用既有的现代西方部门法学体系和概念、对史料进行分类的填充式部门法史。后者的理论贡献往往是预先已设定的：主要是展现一个普适的民法/行政法/某某法体系在中国有点像样、但并不完美的历史发展；而这种部门法史，往往很容易成为部门法学的附庸。但前者，即从部门法现象切入而展开的研究，未必会完全被部门法“收编”，因为其关注的核心问题可能具有更一般的理论意义，即法的本体问题、或法与其他社会存在的关系问题。而即使其关注和解决的主要只是某个部门法的问题，例如对某一庭审模式历史成因的研究、或对目前知识产权观念的历史解释，但如果其结论具有充分的解释力和说服力，也将实现法律史研究的重要意义——通过历史的方法，揭示法的内部机理、或法的外部动力。如果可以实现这一目标，则法律史本身是否一定要作为独立的学科存在、整体法律史的叙事和归纳是否必要，这些恐怕都不那么重要了，因为法律史学已更实质性地证明了其意义。

我们如何理解法和法学？我们需要怎样的法学？对这些问题的不同回答，必然会对作为法学分支的法律史学产生深刻的影响，会催生法律史研究中不同的问题意识和研究取向。而同时，

[47] 参见前注[22]，[德] 弗朗茨·维亚克尔书，第412页。

[48] 例如，参见苏力：“这是一篇史学论文”，载氏著：《法律与文学：以中国传统戏剧为材料》，生活·读书·新知三联书店2006年版，第303~322页。



后者、即不同的法律史学研究方法和问题,其产生的优秀成果,也将在不同程度上直接或间接地推动学界对法和法学的理解不断走向深入。无论如何,我们不能仅是坐而论道,更须起而力行;我们需要实质地展现出这样的贡献。

五、结 语

对历史上法律现象的研习,近年来越来越多地受到国内历史学界同仁的重视。在西方的中国学研究中、特别是在历史和文化研究领域,中国法律史的意义也日益得到认可。^[49]但是,作为法律学人,我们为什么研习中国法律史?本文没有、也并不试图回答历史哲学式的宏大问题;本文的关切,其实仅是法律史学、特别是中国法律史学如何在法学院、在法律研究和教育中安身立命的现实问题。这一略显浅薄的追问,恐怕也难免“何必曰利”的不屑。作为略显无力的回应,套用一句旧语,“吾以救世也。”

作为历史学的一个分支、作为一门专史,法律史学当然可以别有天地。传统历史文献的研究路径和成果,将以其基础性的地位而长期、稳定地存在,不过其功效将定位于知识的发现、储备和传承,基本上属于纯学术、小受众的研究。而中国百年以来、特别是近年来,越来越多的历史学者从社会史等角度研究法律史,成果相当可观。这些研究有助于拓宽视野、实现更深入地理解社会的效用。

而作为法学的分支,法律史学的意义恐怕与如何理解法和法学息息相关。从法学角度展开的对历史上法律现象的探究,如果沿循自然法学和历史法学的理路,从价值探寻和规范分析角度的推进,仍可能带给法学界灵感与智慧。其中,对中国传统法制度的系统性解读尚有相当的空间,而由于价值认同上可能存在的障碍,价值理念的探究,则需要大量注入创造性转换的主体智慧。如果采取法律多元的立场,结合社科法学的方法,中国法律史的研究可能有功于对西方法学学的反思,从而在法学基本理论上做出中国的贡献。

即便如此,那个认为历史上的法就是时下的法,从而带给法律史无比辉煌和荣耀的时代已一去不返;而19至20世纪法律史学科草创之初,开宗立派、气象万千,学科巨擘横空出世,那种时代也再难重现。作为一门分支学科,法律史一定是专门之学,并且可能相对衰微;但是,作为一种方法和视角,它或许可能无处不在。当我们对法有更多、更广阔的理解时,都可以利用历史这个试验场,来检验、补充、纠正、或加强这些理解,使法律史、包括中国法律史更多地回归法学、重获生机。

[49] See William P. Alford, Law, Law, What Law? Why Western Scholars of Chinese History and Society Have Not Had More to Say about Its Law, in *Limits of the Rule of Law in China*, Karen G. Turner et al. eds., Seattle: University of Washington Press, 2000, pp. 45 ~ 64.