

# 当下中国法律史研究方法刍议

方 潇

**内容提要** 当下中国法律史学面临着逐渐被边缘化的困境和命运,研究方法的创新成为其通向“不失体面”的未来的关键通道。本文认为,当下中国法律史的研究方法需注意以下几点:抛弃“辉格论”,关注“语境论”;谨慎“教义法学”,注重“社科法学”;淡化“史学化”,倡导“法学化”。

**关键词** 中国法律史 研究方法

方 潇,苏州大学王健法学院教授 215021

笔者十五年前曾与艾永明教授合作发表过一篇题为《新世纪中国法律史研究的几点思考》的文章,对传统研究中的指导思想、研究内容和研究方法进行了反思,并提出了法律史研究在新世纪如何发展的几点思考<sup>[1]</sup>。现在看来,虽然法史学界的研究已不再囿于传统的框架,有着诸多的创新突破和发展,但文中的一些主要观点依然有其价值<sup>[2]</sup>。不过,因当时囿于文章篇幅所限,有些观点仅是点到为止而未能展开论述,在研究实践中也未能得到有效体现;特别是进入新世纪以来,因国内外学术整体的迅速发展,再加上政治等因素的影响,使得中国法律史的研究又面临诸多的挑战,与其他部门法学相比,法律史学面临着逐渐被边缘化的困境和命运。如何使得法律史学保有生机甚至有更大的发展,是每一个法史学人需要思考的问题。研究方法虽然不一定是中国法律史学最为核心之所在,但也至关重要,它直接关系到法史学研究的活力和魅力问题。从某种意义上说,研究方法的创新已成为目前法史学如何通向“不失体面”的未来的关键通道。本文的主要目的,即结合学界现状及相关争论,就当下中国法律史的研究方法层面,谈点自己的看法,以求教于学界同仁。

## 一、抛弃“辉格论”,关注“语境论”

1931年,英国历史学家巴特菲尔德(H.Butterfield)出版了一本名为《历史的辉格解释》(The Whig

[1]参见艾永明、方潇:《新世纪中国法律史研究的几点思考》,〔北京〕《中国法学》2001年第1期。

[2]比如就指导思想而言,法律史在宏观上当是法的科学性不断提高的历史;就研究内容而言,要注意静态法律与动态法律、刑事法律与民事等法律、官方法律与民间习惯、中华法系母法内容与子法内容的统一;就研究方法而言,应尝试案件档案论、经济学论、社会学论、语境论、文学作品论、历史事件论等。

Interpretation Of History)的著作。在此书中,巴氏提出了“历史的辉格解释”的概念,用来概括那些拥护辉格党人政治利益的历史学家为美化革命而进行历史解释和编织的做法:“历史的辉格解释的重要组成部分就是,它按照今日来研究过去……通过这种直接参照今日的方式,会很容易而且不可抗拒地把历史上的人物分成推进进步的人和试图阻碍进步的人,从而存在一种比较粗糙的、方便的方法,利用这种方法,历史学家可以进行选择和剔除,可以强调其论点。”<sup>[1]</sup>巴氏认为,这种直接参照今日的观点和标准来进行选择、编织和解释历史的做法,对于历史的理解是一种障碍,因为研究过去的历史学家心中念念不忘当代,那么这种直接对今日的参照就会使他在解释历史时跨过一切中间环节。这就是说,凡是符合辉格党人利益的历史事物,即被美化和渲染,凡是违背辉格党人利益的,即被予以丑化和贬损。这种有着强烈意识形态和政治情感的历史解释,显然有着对历史进行主观性的剪裁、编造、异化乃至篡改之迹象,从而背离历史本有的客观性,并做出了不实乃至歪曲的评价。也正因为此,巴氏以历史学家的良知对此方法论进行了揭示和批评。笔者将此种历史的解释方法简称为“辉格论”。

可以说,“辉格论”的方法不仅在世界史上普遍存在,在中国历史以及近现代乃至当代同样广泛弥漫<sup>[2]</sup>。在很多有着强烈现实关怀的法史学者看来,研究法史就是关注现实。这当然是正确的,甚至是法史学的当代使命,是法史学保有其生命力的源泉,但不可否认其中存在着诸多简单的“以今论古”的现象。从某种本质意义上看,“辉格论”其实就是一种简单的“以今论古”,即用今日的政治观、价值论或知识观去解释历史、评判历史、定位历史。此种“以今论古”若从政治的角度言,尤其是针对新政权的维护和巩固有重要意义,也可以理解,但从学术角度而言,“辉格论”式的“以今论古”是对历史的政治情感化或非理性处理,必然会对历史以不公评析,从而将历史扭曲。因为每个时代都有那个时代特色的思想体系、价值观念、知识结构等,特别是在古今的时空大跨度下,两个时代的事物面貌都不可能简单地在同一层面或平台展现。“辉格论”式的“以今论古”,往往将历史事物向美化和丑化两个不同方向扭曲。比如在中国1974年开展的“批林批孔”运动中,江青一伙就在学术界掀起一股“批儒评法”的风潮,他们在驱赶着众多文人大力批判儒家“复辟”而“开历史倒车”的同时,更是大力挖掘种种历史素材渲染鼓吹法家“反复辟”的“进步”作用,为法家大唱赞歌,将法家捧上了天。而如果我们若以现代的科学知识体系与公正价值观念去衡量中国法制史上长期存在的“无子休妻”或“同姓不婚”制度时,就必然会对这些制度予以嘲笑和贬低,甚至认为其愚昧透顶。其实,这两种认识都是错误的。法家固然有其积极之处,但为追求政治利益而别有用心地给它套上神圣光环则有悖学术真谛;“无子休妻”与“同姓不婚”在中国古代传承了两千余年,论道中国古代人整体性由此而愚昧透顶想也未必,恐怕反而折射出我们这些持辉格论者的无知。打个不是很恰当的比方:我们不会因为古代统治者减轻赋税,就会认为中国古代存有“民主”;我们更不会因为盛世唐朝没有发明出今天极为普及的手机,就去嘲笑唐人智力的低下和科技的落后。

从上可见,以学术角度和公平意义言,“辉格论”这种纯粹“以今论古”式的方法论是应当抛弃的。当然若“凡是存在的就是合理的”命题成立,其充其量只能算是政治运作的某种工具而已,而即使如此也不能滥用,否则必然造成深重的历史浩劫和政治灾难。因巴氏的努力和贡献,“辉格论”在现代西方

[1]转引自刘兵:《克丽奥眼中的科学》,[济南]山东教育出版社1996年版,第31页。

[2]比如联共(布)党史的编写问题,有学者说:“《联共(布)党史》曾被我们奉为圣典,当斯大林走下神坛以后,才知道那并非历史的真实,有人说‘那是用血写成的谎言’。这话确否暂且不论,但它确实只能算是布尔什维克‘斯大林派’的历史。要是站在托洛茨基的立场上看,那当然全是颠倒黑白的。”参见向继东:《“新史学丛书”总序》,载高华:《革命时代》,[广州]广东人民出版社2010年版。又如新中国成立后相当一段长的时间内历史教科书的编写,即是这种“辉格论”方法的体现。

已基本成为众矢之的,然而在中国许多人却对此却是日用而不知<sup>[1]</sup>。或有人会将“辉格论”等同于以往法史界曾一度流行的“阶级论”或“价值论”,其实不然。“阶级论”或“价值论”虽依据阶级斗争或主流价值的立场而有着强烈的现代政治情感,但均只是“辉格论”的部分体现而已;“辉格论”实是一个较为宏大的方法论范畴,除了阶级和价值立场外,它还可以展现出知识立场、信仰立场、利益立场等。从这一宏大立场出发,“西化论”中那种以近现代以来西方学术概念来衡量和评价中国古代事物的方法,同样可归入“辉格论”的大本营中。可以说,在当代建构法治社会的目标指引下,此种“西化论”方法在中法史的研究领域多有体现。比如法史界曾普遍存在的“中国古代有没有民法”的争论即是表现,有些学者将西方近现代意义上的“民法”概念来衡量中国古代,自然会得出没有“民法”的结论<sup>[2]</sup>。这就像学界争论“中国古代土地有否私有制”一样,学者如以西方那个具有绝对排他意义的所有权概念来衡量的话,当然也会得出没有“土地私有”的结论来<sup>[3]</sup>。然而,这样的“西化论”研究方法是否合理值得商榷。诚然,今天法学界使用的法学概念几乎都是近代以来西方输入的产物,我们是用西方的法学术语建构起中国的法学体系和框架,因此以西方概念来衡量法律事物本属无可厚非,但是从学术追求真实客观的目标言,动辄以近现代输入的法学概念去衡量和评估中国法律史之物,则既不公正于历史,也无法真正揭示其真实面貌,更无法从历史中吸取可能的养分,从而落入辉格论的嫌疑或泥淖。

与“辉格论”相反,“语境论”却是值得法史研究者引入和关注的一种合理方法论。所谓“语境”即为“语言环境”之简称,而“语言环境”不仅是语言学的问题,更是一个以“语言”为载体而体现的整个文化环境的问题。在语言学界,不仅较早就有对“语境”的研究,甚至出现了“语境学”<sup>[4]</sup>这一学术领域。国际著名语言学家索绪尔曾精辟指出:“语言是一种表达观念的符号系统。”<sup>[5]</sup>这不仅表达了语言的本质属性,还由于这种符号系统依赖于人类社会而存在,从而决定了语言的社会性。可以说,语境从宏观上含有这些内容:从人的因素看,包括言语表达者和接受者,他们的思想、身份、文化程度、性格、修养、处境、心情等;从社会因素看,包括社会特点、地域风貌、政治制度、经济情况等;从文化因素看,包括文化心态、人文特征、文化活动、文化积淀等;从历史因素看,包括时代特点、历史背景、历史沿革等;从民族因素看,包括民族特征、民族风格、民族习惯、民族交往等<sup>[6]</sup>。可见语境关乎到社会的各个方面,具有社会整体性。而在构成要素上,语境则包括“何时”、“何故”、“何事”、“何人”、“何地”、“何如”等“六何”情境<sup>[7]</sup>,此体现了语境的时代共振性。可以说,社会整体性与时代共振性,就构成了从“语境”出发进行事物认知和价值评判的基础,也即“语境论”此方法论的基础。

在法学界首先倡导“语境论”这一方法论的,恐是朱苏力先生。他在一篇文章中说:“本文就是这样的一个努力,它试图提出一种我暂且称为‘语境论’的进路。这一进路坚持以法律制度和规则为中

[1]据笔者所见,首先将此概念引入国内的是著名科学史家刘兵先生,其在讨论中国科学史研究的一些重要问题时使用了此一概念。刘先生曾在江晓原《天学原著》的序言中,不乏风趣却又沉重地言及当年在国内寻觅巴氏这本名著的艰辛。虽然这个概念在中国科学史界可能人人皆知,但在其他学界特别是法史学界可能知之甚少。笔者十多年前因博士论文《中国古代天学与法律之关系研究》写作的需要,参考到许多科学史的研究成果,才接触到此一概念,并对本人此后的研究产生重要警示而力图避免。

[2]如参见蒋冬梅:《略论中国古代法律的基本性质——兼谈中国古代无民法》,〔合肥〕《安徽大学学报》(哲社版)2007年第1期。

[3]如参见邓建鹏:《私有制与所有权?——古代中国土地权利状态的法理分析》,〔北京〕《中外法学》2005年第2期。

[4]所谓“语境学”,就是研究“语境”的一门学科,由著名语言学家王德春先生最早(1982年)提出。在纪念陈望道先生《修辞学发凡》一书出版50周年之际,王先生发表了题为《语境学是修辞学的基础》的文章,呼吁建立“语境学”。目前语境学的国内研究可谓方兴未艾。

[5]〔瑞士〕费尔迪南·德·索绪尔:《普通语言学教程》,高名凯译,〔北京〕商务印书馆1999年版,第37页。

[6]冯广艺主编:《汉语语境学概论》,〔银川〕宁夏人民出版社1998年版,第6页。

[7]陈望道:《修辞学发凡》,上海教育出版社1997年版,第7页。

心关注,力求语境化地(设身处地地、历史地)理解任何一种相对长期存在的法律制度、规则的历史正当性和合理性。……就总体而言,这一进路反对以抽象的、所谓代表了永恒价值的大词来评价法律制度和规则,而是切实注重特定社会中人的生物性禀赋以及生产力发展水平的限制,把法律制度和规则都视为在诸多相对稳定的制约条件下对于常规社会问题做出的一种比较经济且常规化的回应。”<sup>[1]</sup>朱先生此种研究历史进程中法律制度和规则的“语境论”,笔者以为十分重要,从扩大意义看,也是我们如何解释和评价一切历史事物应持的恰当的方法论。当然,朱先生仅着眼于“比较经济且常规化的回应”似有所狭隘,事实上中国历史上除少数存在不合理或倒退的法律制度和规则外,绝大多数都可体现为那个时代法律智慧的最高峰,是那个时代人们的理性选择,而不是所谓愚昧之物。因此,“语境论”的最核心要素,可用“设身处地”这一成语进行概括,这也是朱先生对其贴切的把握。因为唯有“设身处地”看待历史事物,我们才能“进入历史场景”;唯有置身于历史场景中,才能真正理解那个场景中古人的所作所为,也才能做出尽量客观公允的评价。“语境论不像价值论那样容易或总是以道德善恶的角度来考察问题,而是要耐心地聆听,善意地理解,对古代法律多一些同情,少一些苛求。”<sup>[2]</sup>诚如国学大师陈寅恪所说:“凡著中国古代哲学史者,其对于古人之学说,应具了解之同情,方可下笔。”而陈寅恪所针对的,恰恰就是“著者有意无意之间,往往依其自身所遭际之时代,所居处之环境,所熏染之学说,以推测解释古人之意志”现象<sup>[3]</sup>,而此正是“辉格论”式的“以今论古”之义。

如何“设身处地”地看待和评价历史事物?我们无需借助科幻中的时光隧道即可做到。这就是,如果你要评析唐朝的法律现象,只需将自己做回唐人即可;如果你想评析宋朝的法律现象,只需将自己做回宋人即可。而要让自己成为一个唐人或宋人,作为借喻,你需做的是:掌握唐宋那个时代的社会背景和风貌,掌握那个时代的思想文化和制度环境,拥有那个时代的知识体系,同时想象着抛弃你现在拥有的一切现代知识、政治情感和价值观念。因此,当你需要对唐宋某个法律现象进行评析时,你只要运用唐宋人所拥有的知识、信仰,就可以“设身处地”地看待问题了,语境论也就基本得以运作。正因为语境论能“设身处地”,能“将心比心”,能贴近历史,故往往对历史多一份同情,少一份苛求;多一份理解,少一份嘲笑;多一份肯定,少一份否定。以这种“语境论”去审视和评估,中国古代许多的法律事物就往往展现其别样的风采而令人尊敬。比如中国古代法官遇到疑难刑事案件时往往移至城隍庙审判,我们不会因其缺少科学观念而简单嘲笑古人的行事愚昧,因为如果我们古人,鬼神的信仰同样主宰我们的生活语境,而城隍庙空间的审判大都能够摧毁犯罪者的心理防线;又如关于滴血认亲的司法鉴定方法,我们不能因为其并不具科学性,就否定它的重大司法价值和意义,因为中国人相信它,正依靠它解决许许多多的可能涉及亲情关系的疑案冤案,体现了解决司法难题的有效性;再如各种属于“地方性知识”的风俗习惯,虽然这些风俗习惯的背后几乎都有着一个鬼神信仰的根源而有悖于今天的科学理念,但是谁能否定正是这些所谓“迷信”的知识,构造了稳定的地方性社会秩序的关键。由此看来,只要我们以“语境论”之方法去解读古人,就会发现那个时代的人们其实几乎都很理性地进行了制度选择和安排,而远远不是如“辉格论”方法那般,在科学观照下显得愚昧透顶,在政治驱动下超凡入圣或一文不值。当年梁启超先生以西方近代公私法理论大为哀叹中国传统法典于私法的缺席<sup>[4]</sup>。站在其革新变法、救亡图存的立场,梁氏抨击古代法典不失具有重大政治意义,然而当离开政治视角,回归一种严谨的学术平台时,我们会发现如此方法论其实是不充足的,政治情感让

[1]苏力:《语境论——一种法律制度研究的进路和方法》,〔北京〕《中外法学》2000年第1期。

[2]艾永明、方潇:《新世纪中国法律史研究的几点思考》,〔北京〕《中国法学》2001年第1期。

[3]陈寅恪:《冯友兰中国哲学史上册审查报告》,载氏著:《金明馆丛稿二编》,〔台北〕里仁书局1981年版,第247页。

[4]梁启超在《论中国成文法编制之沿革得失》一文中说:“我国法律界,最不幸者,则私法部分全付阙如之一事也。……我国法律之发达,垂三千年,法典之文,万牛可汗。而关于私法之规定,殆绝无之。”

近代才杰梁任公狠狠苛求了古人一把,也让他深深陷入了“辉格论”不能自拔<sup>[1]</sup>。

历史之物之所以是历史之物,就是因为它成就于它生成的历史语境中。它以它本来的面目和样子植根和成长于历史的土壤中,从而与成就它的历史语境共同呼吸。因此,当我们面对历史中的法律事物时,只有回溯到历史语境中,用那个语境中呈现的知识和信仰来解释和评价,我们才可能更好更客观地理解古人对法律的所作所为。虽然学界也曾倡导“历史唯物主义”这种属于马克思主义哲学的方法论去分析法律史,但由于“历史唯物主义”过分强调“社会经济发展”这种所谓的“终极因素”,具有强烈的意识形态和政治色彩,从而在学术层面它无法取代富有中性的、更具恢宏视野的“语境论”。令人遗憾的是,苏力倡导的“语境论”似并没有引起法律界包括法史界人士的足够关注,众多的学者依然在“辉格论”的思维下运作而浑然不知或不能自拔。

## 二、谨慎“教义法学”,注重“社科法学”

中国法学界近年来正发生着一场法学研究范式或方法的争论,即教义法学与社科法学之争。早在2001年,苏力先生著文检视了20世纪70年代末以来中国法学的发展格局,提出了“政法法学”、“诠释法学”与“社科法学”三种“研究范式”,预测在未来中国法学中起主导作用的更可能是诠释法学与社科法学,并认为“它们之间不无可能产生激烈的、有时甚至是意气化的争论”<sup>[2]</sup>。近些年来的学界争论似乎正应验了苏力的预言,学者们分别以教义法学与社科法学为各自阵营而摇旗呐喊,相互批评。更有意思的是,十多年后苏力再次发文,勾勒了当下中国法学格局的流变,其中以诸多的新材料和新案例为依据,指出法教义学的边界既模糊又狭隘,其适用范畴也在收缩,而社科法学的转向在部门法学研究中则日益显现;由此认为“法教义学的最大弱点不是不适用,而是不长知识,无法以简单的统一规则系统来解说复杂问题;其中还隐含了对语词和概念的迷恋,一种柏拉图主义倾向”,“作为一个传统,法教义学很可能最终将为法律人所遗忘”<sup>[3]</sup>。苏力的观点自有其道理所在,但因其对社科法学的偏爱,其个人立场和偏见也显而易见。实际上,无论是教义法学还是社科法学,双方均有彼此的一定误读之处。甚至有学者将法教义学与社科法学比作为少妇与少女之别<sup>[4]</sup>,这样的比喻虽然很形象很吸引人,但均为片面。

从主体上看,法教义学“是一门将现行实在法秩序作为坚定信奉而不加怀疑的前提,并以此为出发点开展体系化与解释工作的规范科学”<sup>[5]</sup>;通常被认为至少具备“坚定确信现行法秩序的合理性、旨在将法律素材体系化和强调面向司法个案提供建议与答案”这些特征<sup>[6]</sup>;其核心在于对“规范”与“规范性”的强调,是一种“规范法学”<sup>[7]</sup>。与教义法学相反,社科法学的普遍倾向“是并不假定法律和现行法秩序是合理和正确的”,因为“法律永远不是完备的——这才是永恒的现实”<sup>[8]</sup>。它强调知识的开放性,体现为“不固守单一的法律研究方法,而是注重社会学、经济学、人类学、心理学,以及社会生物学、认知科学等在内的多学科方法”,“只是反对法学自主性和知识封闭性的特征,而并不反对法学本身”,因此“并不追求概念化与体系化,而是注重法律外部的研究视角”,“关心的是法条的生活世界”,而“对一

[1]进一步的分析请参见方潇:《“法典”意象变迁考》,〔北京〕《比较法研究》2005年第2期。

[2]参见苏力:《也许正在发生——中国当代法学发展的一个概览》,〔北京〕《比较法研究》2001年第3期。

[3]参见苏力:《中国法学研究格局的流变》,〔武汉〕《法商研究》2014年第5期。

[4]参见车浩:《社科法学和法教义学:少女与少妇的故事》,〔北京〕《法律与生活》2015年第20期。

[5]白斌:《论法教义学:源流、特征及其功能》,〔北京〕《环球法律评论》2010年第3期。

[6]尤陈俊:《不在场的在场:社科法学与法教义学之争的背后》,〔北京〕《光明日报》2014年8月13日第16版。

[7]雷磊:《什么是我们所认同的法教义学》,〔北京〕《光明日报》2014年8月13日第16版。

[8]王启梁:《中国需要社科法学吗》,〔北京〕《光明日报》2014年8月13日第16版。

切可能存在问题的法律条文保持警惕”<sup>[1]</sup>。可见,法教义学与社科法学虽在一些法律因素<sup>[2]</sup>上有交集之外,更多的呈现是研究视角和法条态度上的巨大差异。简而言之,法教义学强调的是一种“法学内的法学”,而社科法学更多强调的则是一种“法学外的法学”。

就目前而言,关于教义法学与社科法学的争论,似乎并未明显出现在中国法律史学的研究中<sup>[3]</sup>。然而,这并不说明在中法史界就没有讨论教义法学与社科法学这两种相对而言的研究范式或方法的价值存在。“教义法学”作为一个近十余年来才从德国学界输入的概念,看似一个舶来新词(Rechtsdogmatik),但实际上在中国却有着较长的某种历史身影。因为作为高度关注具体法律条文、法律制度和法律纠纷解决技术的法教义学,其本质及主体上实为一种“注释法学”,而注释法学在国内法史界一直流行至今。应当承认,注释法学的基本主旨在于对法条的高度关注和坚定信奉,本质上是一种“法条主义”的态度。虽然法教义学不能简单地概括为“法条主义”,法教义学者们也总是否认自己为“法条主义”<sup>[4]</sup>,并认为对其“封闭性”的批评是个“打击错误”,但不可否认,法教义学与法条主义有着相当的重叠甚至重合之处<sup>[5]</sup>。而长期以来,中法史界的“从法条中来,到法条中去”的注释法学研究一直盛行。应当说,注释法学这种从法条到法条、从文本到文本的研究,为我们掌握中国传统社会的法律制度作出了重大贡献,也是深入了解古代法律运作的基本前提。然而,此种主要着眼于法律系统之内的研究,针对的主要是静态的法律,因此无法真正揭示生活中的法律面貌。虽然注释法学有时也突破静态而进行动态的法律研究,但又总是以官方既有法律为依归,从而无视或忽略了生活中所有可能发生的疑难复杂问题,如此也就难以真正触摸到古代社会民众的反馈和需求,也就难以真正从中吸取历史营养为今所用。因此,注释法学在揭示古代法制面貌层面虽功不可没,但未必依然是新时代的宠儿,相反应当弱化。鉴于法教义学与注释法学的同构性,以及因其目前在部门法学的适时运用而可能侵入法史界,因此在弱化注释法学的同时,窃以为也当谨慎教义法学在法史界的运用。

弱化注释法学或谨慎法教义学在法史界的运用,除了上述原因外,更重要的缘由是其与中国古人的法律思维和法律目标不相吻合。中国古代的法律思维,在“天人合一”的哲学观念下,有着高度的开放性,法律从来就不是一个自足性的系统,它始终体现出一种欲与宇宙合拍的追求精神。因此,法律的制定和运行就必然是一个追求与宇宙共振的过程,其法律目标即在于追求“天地人一体”性的宇宙和谐。也正因为此,某种意义上说,中国古代法律可谓是所有文化领域相互作用的一个结晶体,它吸收了来自哲学、政治学、经济学、伦理学、宗教学、天文学、地理学、心理学等等方面的营养,绝对是一个充分跨学科的产物。而且更值得注意的是,成文的法条和制度也并非就纯粹按照其字面意思进行运行,它常会作出超越表面含义的解释,甚至弃之不用而采其他社会规则,以适应复杂或疑难的案例或情景,或者以应对社会民情民意的需求。这种超越性的解释或其他规则的选择,其目的就是要达到矛盾的圆满解决而促进社会和谐。中国古代律学,虽然也被我们定义为“注释法学”,但此注释法学与现代的注释法学不可相提并论。汉中期以降,古代注释法学除了对法条进行本体性解释外,更多的是按

[1]侯猛:《社科法学的传统与挑战》,〔武汉〕《法商研究》2014年第5期。

[2]如基本的法律概念和逻辑,以及将法律规范文本作为讨论问题的前提或背景。

[3]虽然国内法史界如青年学者尤陈俊提出的新法律史体现出某种社科法学的出色研究,但总体而言法史界社科法学的研究范式较为微弱,无法构成对法教义学的挑战,也就更谈不上两者的争论。

[4]其主要原因在于“法条主义”总习惯于被贴上诸如“僵化”“教条”之类的标签。但事实上从国家主义的立场出发,统治者总是希望国家法律能实现“法条主义”,以便社会按照已规划的法律路径前行。

[5]有学者认为法教义学并非不关注经验知识和价值判断,而是致力于将它们“教义化”和“类型化”。参见雷磊:《法教义学的基本立场》,〔北京〕《中外法学》2015年第1期。但问题是“教义化”和“类型化”之后,司法依然会回到严格按法条进行裁判的路子上去,“教义化”和“类型化”只是增强了“法条主义”的有效性而已。

照正统儒家学说思想进行超越性解释<sup>[1]</sup>；而现代注释法学则有着浓厚的忠实于法条本体的立场，在字面意义层面作出解释，或于此基础作有限的上下浮动。可见中国古代的律学并无“法条主义”的倾向，从而与现代的注释法学和法教义学大为相异。因此，从中国古代的开放性法律思维与和谐性法律目标看，若要真正理解和揭示古人生活中的法律面貌，窃以为社科法学的研究范式较为适宜，而实际上传统中国律学家们所做的，正好与社科法学相通。正如前述“语境论”所示，中国古人在他们的历史语境中实早已正确合理地予以把脉，开出方子，以面对种种不同和复杂的法律事物了。

中法史研究中社科法学方法的可行性运用，可从以下若干事例得到一定说明。比如赎刑制度的设置和运用，如果仅从现代的注释法学或教义法学入手，我们除了从赋予官贵特权及体恤老幼废疾等生理机制欠缺者方面进行解释外，对那些罪证不明确情况下的疑罪适用就难以进行有效的解读。而如果以社科法学的方法进入，疑罪下的赎刑运用问题也就迎刃而解。因为社科法学常常有以一种逆向的即从法律后果往前推而进行考察分析的旨趣。一种对社会有害的行为，虽然罪证不确凿而难以真正定罪处罚，但世人会认为，所谓“无风不起浪”，罪证不确并不等于当事者就脱去犯罪的嫌疑，只是苦于没有或暂时难以获取充足的犯罪证据而已。在此种情景下，传统中国的社会民众出于一种秩序安定与善恶报应的普遍心态，同时也是出于局外人那种高大上的正义立场，他们并不希望罪证不确的疑犯就因此而逍遥法外，而是同样希望得到一定的惩罚。正是基于这样的一种社会民情民意的普遍存在，而这种民情民意对统治者而言特别重要——因为涉及到政权的合法性即“以德配天”的重大问题，因此为迎合民意，安抚民情，就需要对疑罪者进行一种变通的处罚，具有当代罚金性质的赎刑也就由自然而然产生。如果对疑罪者一律无罪释放，毫无处罚，善良驯服的广大民众就会对法律的惩恶作用丧失希望和信心，久而久之，人们就不再相信法律，这对社会和谐秩序的建构和保障将是釜底抽薪式的损害。显然，这种由法律实施后果即社会秩序入手，并结合官民各自需求进行分析而逆向考察赎刑制度的方法，即是体现了社科法学的一种进路。又如唐代关于“自首免刑”的法律制度，如果以现代意义的注释法学或法教义学去分析，我们就难以合理解释“犯罪未发”情形下的投案自首，为何会给予“免刑”这种“超级”优待。因为现有的法教义学分析往往会止于“自首减刑”，而“自首免刑”则往往超越了法律本身逻辑的正常范围，更何况有着人们会“钻法律空子”而投机犯罪的担忧。实际上，如果我们超越“法条主义”的解释，以社科法学的路径进入即可得到解析。因为社科法学作为开放性系统，不惟止于法律系统内的分析，而是以一种开阔的法学外的宏观视野考察问题。“自首免刑”的制度安排，实际上综合了自我保护的人性本能、道德教化的国家政策、熟人社会的关系网络、社会舆论的善恶评估等许多因素的结果。一个人在“犯罪未发”前提下自首，是对自保本能的人性突破，折射出其良知善性的迅速复苏和回归<sup>[2]</sup>。对于这种道德良知的及时醒悟，为配合传统中国长期以来行之有效的对社会民众实行道德教化的国家公共政策，就需要对其施以有力度的激励和安抚，其结果就是免刑此优待措施的设置。同时，为避免犯罪者钻免刑的漏洞以放任犯罪，官方还利用其他管道，进行熟人社会及个

[1]汉中期开始的“春秋决狱”，其运作过程中即充分体现了这种超越法律本体的解释。而在“一准乎礼”的唐律以降，虽然正统儒家思想已然贯注法律，但因法条的有限性与绝对礼法合一的不可能性，在面对新的疑难复杂的案情时，超越性解释也就依然存在，不可避免。

[2]这种“不容易”，如与我们现在的“自首”相比就能得到充分体现。现代自首，可谓是一个“大自首”的概念，一个人犯了罪，无论“未发”或“已发”，无论公安机关、检察机关等如何追捕，只要在抓捕之前向国家机关投案，均可构成所谓的“自首”。很多情况下是犯罪分子走投无路，或逃亡的生涯实在困苦而投案，甚至连亲属扭送之类也视为自首。可以想象，这样的自首到底含有多少成份的道德醒悟？从这点看，现代自首除了相对节约司法成本、一定意义上瓦解共同犯罪等作用外，其实对犯罪者没有丝毫的道德激励意义。笔者认为，这种与道德无缘的自首其实是现代法制设置上的败笔。不知现代的法教义学者们作何感想？而中国古代的“自首”其“犯罪未发”的前提则是相当的苛刻，突出反映了犯罪者于道德的回归。

人发展等层面的遏制,如将犯罪行为予以公告以形成负面的舆论评价,以及将犯罪事实记录在案以为负面的前科制约。可见,对“自首免刑”的合理解读和评估,实是一个溢于法律系统之外的综合其他种种因素的过程,显然这超出了现代注释法学或法教义学的范围,而它恰恰是社科法学展现魅力之所在。

理解制度本身需如此,理解制度的运行同样需要社科法学的方法思维。如果法律制度能正常体现它的功能,这当然是好事,因为制度本身即是一个开放性、综合性的立法结果。但制度毕竟是制度,体现的是国家意志,也无法涵盖所有的行为,但它却要面对社会层出不穷的犯罪行为、广泛浓厚的宗法秩序、复杂多样的风俗习惯等的挑战。如何应对这些挑战?国家的法律是否必须兑现它的所有规定意义?司法是否会坚定地贯彻严格执法?中国古代的种种案例表明,法律制度的落实并不像今天的法教义学那样坚定现行实在法的秩序建构,而往往会有迂回的变通甚至让步。比如有时会适时地尊重某些家法族规和风俗习惯,而尊重这些所谓的民间法,恰恰是建构和保障地方性秩序的需要。有时面对情法对立的案件,国家法也往往会理性地放弃自己的利益而屈法伸情。比如中国传统社会中普遍发生的“代亲受刑”现象中,有较多比例的国家处理结果是亲情超越法律<sup>[1]</sup>,而这恰恰也是推行教化收取民心而维护统治的需要。在法教义学看来,法律的“委屈”当不可容忍,但在古人看来,“法律不外乎人情”,法律是死的,人情是永恒的,法律是为人情秩序服务的。可见,古代中国法律的一切运行,都必须服务于最终的社会和谐之秩序结果。正如学界普遍认为,中国传统司法并不怎么关注程序正义,却对实质正义孜孜追求。只要能达到实质正义的结果,任何手段似乎都可使用……像传为美谈的薛宣断缣案<sup>[2]</sup>、段县令断鸡案<sup>[3]</sup>等,其实都是以随意破坏所争执之标的物作为代价;至于像西方司法中所排斥的“毒树之果”则更是被普遍采信。正因为中国传统法律的运作特别注重对法律结果而不是法律本身的关注,因此法律之外的种种因素均被纳入其范围进行统盘考察,社科法学式的处理方法得以明显体现。

实际上,中国古代诸多的法制运作基本上都体现了开放性、综合性的智识系统,与中国目前流行的自主性、专业性的法制现状大相径庭。如果以法教义学与社科法学去比较,今日中国很多制度在设计 and 运作中的不如意,恐怕都可能在中国古代找到解决方案。比如我们的法官在面对“罪刑法定”原则时,基本上将其解读为“法无明文规定不为罪”。此种法教义学式的理解和运作,有时其实是十分荒谬可笑的。比如,假如“禁止垂钓”是项法律禁令,现在有人拿着渔网来捕鱼,结果法官声称因无“禁止捕鱼”的明文禁令,故无法对捕鱼者定罪处罚。这种违背常识的低端错误,显然是因其僵化理解和运用法条的结果。如果以唐代法官的眼光看,此案完全可依“举重明轻”与“举轻明重”的原则进行处理,因为该原则十分合理地将“法律目的”与“损害程度”进行了双重权衡,而无论其是否为“类推”<sup>[4]</sup>。禁止垂钓的目的是保护鱼类,而捕鱼显然则是对鱼类更严重的损害。因此为保护鱼类,垂钓都禁止了,更何况是捕鱼呢?又如,今天的法教义学者过分强调对强奸罪的法条规定,只认男人性侵害女人为强奸,而否认女人性侵害男人以及同性之间性侵害为强奸。同样是性侵害,行为性质相同,居然一是强奸,另一却不是,真是匪夷所思。但在古人看来,无论男对女还是女对男抑或同性间性侵,均属奸罪而予以打击,因为都是要保护人的“性权利”或说“性贞节”,从而性属相同。上述这些处理方式,某种意义上可说是今日所谓的“社科法学”思维的一种历史投射。它不拘泥于法条本身的框架束缚,而是以

[1]参见方潇:《中国古代的代亲受刑现象探析》,〔北京〕《法学研究》2012年第1期。

[2]前汉时有两人争缣,太守薛宣使计,遂将一匹缣从中剖开,一人一半打发,并通过秘密尾随监听两人方式获得证据。

[3]有一农民进苏州城售鸡与苏州名店“浦五房”熟食铺,因与店主议价不成而收回所带之鸡,然店主却赖下农民一只鸡。段县令遂将店主所有的活鸡杀掉以观察鸡腹食物,从而取得证据。

[4]有学者论证此原则并非类推,而是法律的一种逻辑解释。参见王侃:《唐律中的类推不是“举重明轻”,而是“比附”——与中国法制史诸书及〈中国刑法史〉作者商榷》,〔北京〕《法学研究》1993年第3期。

法律保护的目标结果为依归,以开放的视野将法条内外不同形式表现的行为纳入同一性属,然后根据程度进行处理。此既非传统社会的“比附”,也非现代意义上的“类推”,而实是一种古代版本“罪刑法定”的“社科学”式运用。

历史有时真的有着诡异的相似。想当年,晚清政府不采英美普通法系而以德日为榜样进行法制改革,走大陆法系之路。今日部门法学界又纷纷以德国以及欧陆之“法教义学”为时髦,以期推动中国法治。对于晚清的以德日为师,法学界包括法史界均找到许多理由支持这种选择,然而我们有没有反思过,这是否真的是一条明智的正确之路?而对于今日流行的“法教义学”,是否真的就是解决中国法治问题的一剂良药?德国人的严谨传统适合中国人吗?或者说,国内部门法学者是否真正理解了德国人的“法教义学”<sup>[1]</sup>?笔者不敢对今天部门法学界流行的法教义学妄作判断,只是鉴于中国传统法律运作的特征和现象而言,“社科学”的研究范式在法史界应当值得高度重视。

### 三、淡化“史学化”,倡导“法学化”

由于中国法律史学是一个既涉及法学又涉及历史学的学科,近一些年学术界陡然兴起一阵到底是“法学化”还是“史学化”的研究方法之争,其突出表现恐以胡永恒先生发表《法律史研究的方向:法学化还是史学化》<sup>[2]</sup>一文为标志。因此文刊载于史学界的权威刊物《历史研究》上,故引发了法史界对此问题的广泛聚焦和诸多回应。胡文的核心观点是:鉴于目前中国法律史研究中的史料基础薄弱、西方中心主义与现代化范式泛滥的主要问题,法律史的研究应当走向“史学化”。笔者认真拜读后,颇觉此文虽有一些道理,但总体来看,作者由于对法律史的研究现状认识滞后,对法律史的研究目的认识不清,从而混淆了部分与整体、混乱了现象与本质,于法律史研究的方法方向不当为理、不足为据。

比如,胡文批评法律史学者在史料运用中的种种缺陷及不规范,但这并不能代表整体,而只是部分,其实相当一部分学者还是很注重史料的挖掘和规范性使用的;批评法律史学者不在史料基础上做扎实研究而空谈理论,同样犯了以偏概全的错误。还有对法律史学者在法史研究中所谓“概念法学”之三段论的批评,其实更是对法律史研究现状的严重误读,因为那主要是以往的某种现象,而今天已是大为不同,很难再见研究者还套用此种三段论思维了;还有对法学化的法律史研究严重流弊的批评,如存在西方中心主义及现代化范式的泛滥,同样是与事实不符,因为法史学界早已经对此有着诸多的反思而基本跳出了。还有胡文批评法律史学界基础史料整理上的不足,但此并不等于法史学者在研究中不会去运用这些没有整理出来的史料;史料整理出来,只是更方便了史料的运用而已,此与学者研究中史料运用欠缺或不足根本就是两回事<sup>[3]</sup>。可以说,上述这些认识滞后与以偏概全的批评,不仅不能澄清事实,反而是混淆视听了。而更为重要的是,胡文批评法律史学者史料占有不扎实,从而得出应走“史学化”的路径,此实混乱了法律史研究中的现象与本质问题。史料不扎实,虽具有一定客观性,但其只是一种现象,并不代表法律史研究应有的方向或本质问题。因为史料不足完全可以“充电”,但“方向”一旦错了,则是大是大非的原则问题,否则“差之毫厘,谬以千里”。这里实涉及到中法史研究的目标或本质问题。

那么我们为什么要研究中国法律史?可以说,法律史的现有研究主要在两个层面展开:一是纯学

[1]比如果子落入邻地,归谁所有?国内教义法学者往往认为归果树主人所有(所谓自然孳息)。然而,在罗马法和德国法里,恰恰是归邻居所有。参见熊秉元:《论社科学法学与教义法学之争》,〔上海〕《华东政法大学学报》2014年第6期。

[2]胡永恒:《法律史研究的方向:法学化还是史学化》,〔北京〕《历史研究》2013年第1期。

[3]我们可以问:史学界就对所有的非法律史史料都整理出来了吗?肯定未必。考虑到非法律史史料要比法律史史料更繁杂,我们是否也可以就此批评史学界研究大为缺少史料运用呢?

术的研究,如考证、考古等;二是通过对历史上法律现象的研究,引出对当代法治建设的启示或借鉴,也即通常所说的“古为今用”与“以史为鉴”。虽然纯学术的研究对于法律史面貌的揭示有重要的价值,但如果法律史研究仅止于法律事实的揭示的话,则法律史研究必将会失去生命的活力。法律史的研究不仅是历史的,更是面向现实和未来的。如果法律史只知关起门来研究而不关心现实世事,它最终会成为死亡之学。因此,从学科的发展来看,法律史的研究最终必须要把“关注社会现实”作为自己的价值目标。可以这样说,纯学术的研究仅仅充当了基础,而其现实关怀则是法律史研究最终的目标和本质。而要体现法律史学的现实关怀,就必须要对历史上的法律现象或史料进行解读,而不仅仅是挖掘或考证。那么如何解读?是按史学思维解读,还是按照法学思维解读?或者说,是走“史学化”的路径,还是走“法学化”的路径?显然,“法学化”的路径是必须的,否则法律史的现实关怀只能是“一枝独秀”而“孤掌难鸣”。因为法律史的现实关怀,必须要与法学这门学科对接,或融入法学这门学科,才能产生真正的价值意义。无论是“古为今用”还是“以史为鉴”,最终都要以部门法学的制度平台体现出来才能作用于社会现实。因此,要实现法律史的现实关怀,就必须以法学思维来解读和阐释种种史料和法律现象,就必须走“法学化”的研究路径,否则现实关怀恐只能是“隔空喊话”或“鸡同鸭讲”。那种以为中法史研究中存在所谓“史料不扎实”之缺陷,就认为中法史研究须走“史学化”路径的观点,显然是很幼稚的外行观点,更是混淆了研究的现象和本质、手段和目标。

法律史研究应走“法学化”的路径,并不是指就不重视史学界的研究成果,而是恰恰相反,法律史研究者必须高度重视和吸收史学成果。某种意义上说,史学界那种追求历史真实性的实证和考证研究,无疑是法律史进行历史解释和古今对接的重要基础<sup>[1]</sup>。当然,法律史学者不能就此而完全依赖史学界的贡献,当需整体上“充电”,加强史学训练和熏陶,特别是强化对史料的挖掘和规范性运用。同样,法律史研究应走“法学化”的路径,也并非就是“西方化”,诚如有学者明确指出,“法学化与西方化是两个不同的问题”<sup>[2]</sup>,不可相提并论。当然,笔者所指的法律史应走“法学化”的研究路径,并非是传统的那种“阶级论”、“价值论”或“辉格论”,也并非“法条论”或目前部门法学时髦流行的“法教义学”,而主要是“语境论”、“社科法学”或者它们的统一。

在法律史研究路径到底是“法学化”还是“史学化”的争论中,有观点认为,学界应放弃法律史的学科之争,而采纳各自的有效方法,才是深化法律史研究的最佳途径<sup>[3]</sup>。此看起来十分美好,但实是“骑墙”做法,因为史学与法学的各自研究方法毕竟有较大差距,无法真正在法律史的“法学”目标价值上统一起来,因而不现实的,也是有害的。如果立场不坚定,方向不明确,最终就是“非驴非马”,法律史的现实关怀就难以成效。也有观点认为,从学科发展的方向来说,史学化或法学化的问题并非法制史研究的本质问题,从长远的眼光看,探寻中国传统法制中“理据”的内容才是中国法制史研究的未来方向<sup>[4]</sup>。此说实是回避了目前方法论上的争论,而此种分歧则会导致研究结果上的差异性;更为重要的是,“理据”的探寻还会涉及到方法论问题,还会涉及到对现实有无或如何借鉴的终极价值目标问题。探寻中国传统法制的“理据”固然非常重要,但要将此理据的当代现实价值体现出来,就必须进入到“法学”语境中去才有可能与当代法治对接,因此研究中的“法学化”实是一个绕不过去的问题。

[责任编辑:钱继秋]

[1]虽然历史的合理想象在法律史研究中有其重要价值,因为客观上我们无法穷尽或挖掘到所论问题的所有史料,但想象毕竟是想象,毕竟缺少相关史料的支撑,从而留有缺憾。更为重要的是,法律史研究如果仗着有史料支撑而自负,那将是十分危险的,因为史料有真假,假史料会将研究引入歧途或得出错误结论。

[2]参见魏建国:《法律史研究进路的法学化:重申与再构——兼与胡永恒先生商榷》,〔武汉〕《法学评论》2015年第6期。

[3]参见张小虎、刘腾飞:《法律史学研究的反思与出路》,〔驻马店〕《天中学刊》2015年第1期。

[4]参见袁松:《论中国法制史的研究方法——一个史学化或法学化的质疑》,《沈阳大学学报》(社科版)2015年第1期。