史料、技术与范式： 迈向科学的中国法律史研究

刘顺峰

内容提要 本文从史料、技术与范式三个层面对科学的中国法律史研究应如何展开这一问题进行了探讨。忽略史料与“历史真相”之间的界限,关注法律/司法制度的理论阐释、缺乏法律/司法的技术分析,范式方法论意识的薄弱是当下中国法律史研究中存在的主要问题。借用西方现代法律人类学的相关理论知识,不仅有利于理解当下中国法律史研究中存在的问题的实质,还可为思考科学的法律史研究如何展开提供指引。

关键词 历史真相 法律技术 范式 法律史 法律人类学

刘顺峰,湖北民族学院法学院讲师 445000

自上个世纪90年代以来,中国法律史学界兴起了一股“创新法律史研究方法”的热潮。与这股热潮同时展开的是法律史究竟是属于法学还是史学的讨论。20多年的时间过去了,今天的中国法律史研究,无论是在论题的选择,还是论证的技术等方面,都已取得了新的突破。当然,我们还是可以发现其间存在着的一些较为明显的缺陷。限于篇幅,本文拟从史料、技术与范式等层面,就如何克服这些缺陷从而迈向科学的中国法律史研究展开讨论。

一、以“情境”分析法来勾连“史料”与“历史真相”

传统从事法律史研究,特别是中国法律史研究的学者,习惯于从既有的“历史事实(historical facts)”中来抽象/归纳出“法律史事实(legal historical facts)”。自史料/历史事实中寻找法律史知识,一直是中国法律史研究的经典范式,其“权威性、必要性”不容置疑^[1]。然而,西方法律人类学中的“社会情境(social analysis)”理论为我们重新审视/检验“历史真相”与“历史事实”之间的关系提供了新的启示。

1. 普洛透斯似的“历史真相”

[1]这在很大程度上与中国传统文化的基本特质有关。传统中国,明代以前,法律史的研究乃属史学的一部分,自清代开始,专门从事法制史的研究者才姗姗来到,尤其晚清修律大臣沈家本(1840-1913),可以说是中国法史学科的奠基人。参见黄源盛:《法律人的历史素养——以中国法史为例》,〔高雄〕《高大法学论丛》2012年第9期。

第一,“史料”不等于“历史真相”。所谓历史,就是过往的一个事实/经验的记录^[2]。其以对具体的人、物、事件等的性质“判断”为表现形式,“记录”是历史得以延续的前提,也是历史之所以被认为具有客观性的关键。当下,在中国法律史学界,旧史料不断以不同的视角/方法被重新利用,比如,从文学作品的基本叙事中来抽象、概括出特定的法律史知识;从建筑档案的历史变迁中来总结出相关法律制度的演变等^[3]。与此同时,随着科学技术的日益发展,特别是考古技术的成熟与完善,先前诸多被忽视或难以见到的史料相继公诸于世,比如,四川南部县档案、四川巴县档案、顺天府宝坻档案、淡新档案等。以史料为中心,坚信史料是“科学的”法律史知识生成的“不二法门”的观点,在中国法律史学界长期处于一个主导地位。由此,法律史的知识生产能否有所推进或者说法律史的知识范围能达到何种广度、深度这个问题,不经意间,就与“史料”的多寡、新旧勾连在一起了。

无法否认,法律史研究,特别是中国法律史研究,离不开“旧史料的重新利用”与“新史料的不断发现”这种基本逻辑。不过,“史料”是否就是“历史真相”的客观记录,还是值得商榷的。

以《淮南子》一书为例,按照历史学界的通说,其主要思想观点明显是与当时汉武帝的“废黜百家、独尊儒术”的主旨相悖逆,因此,如果直接从该书中抽取“材料”,而后再不加说明地便以此来归纳/佐证汉武帝时代的“法学”观念,就会陷入一个对史料的误用而得出的“非客观的”结论的陷阱中。对历史事实的记录,从形式上看,似乎只是对过往事实的客观呈现,其背后透露的却是记录者的动机、目的、旨趣。对历史真相的寻觅,一直是历史学家/法律史学家的根本任务与追求,也是让历史/法律史研究趋向于“科学”的一条基本途径,但这种寻求“历史真相”之途往往并不切合实际,乃是所有从事历史/法律史研究的学者难以摆脱的宿命^[4]。

第二,“道德想象”不等于“历史真相”。学习中国法律史,谈到中华法系的基本特征,我们便会联想到以礼为本、礼法结合、德主刑辅、重视纠纷的调处解决等。凡此表述,经常是不经怀疑地便被赋予了科学的“合理性”。

若有怀疑者对此“表述”有所质疑,确信者很快便可以拿出一些极有“说服力”的史料/历史事实予以反驳。比如,说“以礼为本(礼以等级名分为特征)”,确信者会拿出《唐律疏议·名例》“十恶”条“疏议”中的记载为例^[5];说“德主刑辅”,确信者会拿出《唐律疏议·名例》前言中的相关表述来予以佐证^[6];说“重视纠纷的调处解决”,确信者会以儒家的基本秩序追求即“强调无讼”这样的观念为“先验的(*transcendental*)”推理前提,继而进一步罗列一个事实,如古代县衙上的县令都是通过科举考试(隋朝以后)获得该“头衔(*title*)”,考试的内容主要是儒家的经典(四书五经),因此,县令一定会按照儒家的观念来解决/指导实践中的纠纷。从“无讼的观念”这个普遍确信的“知识前提”到“获得县令头衔的考试的方式、内容”这个具体的“历史实践”,再借由一个“习惯性的”联想,确信者最终得出:只要是县令,就一定会以儒家的那套“和谐”价值观来指导纠纷的解决,相较于“律例”,调解在形式上无疑显得更为“和谐”,其与无讼的价值追求最为契合,因此,中国古代社会必然会重视纠纷的调处解决^[7]。

[2]梁治平:《法律史的视界:方法、旨趣与范式》,〔北京〕《中国文化》2002年第Z1期。

[1]这种对待史料的方式,无疑较为具有创新性。在法律史学界,徐忠明在此方面投入了巨大精力。有关这方面的代表性著作,可参见徐忠明:《老乞大与朴通事:蒙元时期庶民的日常法律生活》,上海三联书店出版社2012年版;徐忠明:《包公故事:一个考察中国法律文化的视角》,〔北京〕中国政法大学出版社2002年版;徐忠明:《法学与文学之间》,〔北京〕中国政法大学出版社2000年版。

[2]徐忠明:《关于中国法律史研究的几点省思》,〔重庆〕《现代法学》2001年第2期。

[3]如“王者居宸极之至尊,奉上天之宝命,同二仪之覆载,作兆庶之父母。为子为臣,惟忠惟孝”,凡此表述中,明显可以感受到君王地位之至高无上,所有臣民皆须依附于他。

[4]如“德礼为政教之本,刑罚为政教之用,犹昏晓阳秋相须而成者也”,从中我们可以真切地感受到德主而刑辅的意义。

[5]加州大学伯克利分校的纳德尔(Laura Nader)认为,对于和谐秩序的强烈追求,渗透于各种类型社会生活中的每个角落。参见Laura Nader. *The Life of Law: Anthropological Projects*. Berkeley: University of California Press, 2002, p.32.

除此之外,近些年来。笔者在阅读一些颇具“后现代主义(Postmodernism)”^[1]法律史著作/论文的过程中,经常会发现一个甚为吊诡的“现象”,那些声称查阅了诸多史料的学者,常常会说:“通过对某个朝代的相关史料(地方志、官箴书、小说等)的文本研究,我们完全搞清楚了那个朝代特定的法律实践(主要是司法实践)^[2]”。

在笔者看来,史料中的语言表达,与特定的历史真相之间存在着一个现实的“断裂面”,这主要表现在两个方面:(1)“官方的宣传文本”与“历史真相”的断裂。在中国古代,官方的各种正式或非正式的文本宣传材料中,都记载了大量的“儒家的道德内容”,如“中庸之道”、“和为贵”、“无讼”等,特别是无讼,历代统治者为了维护统治,减少讼争,不仅大力宣传“无讼”的积极意义,还为“息讼”提供了一系列制度保障^[3]。以清代为例,由于儒家文化的影响力还在,在人们的传统观念中,清代的“正规法庭(县衙)”的主要司法方式是调解。然而,黄宗智通过对清代司法档案的实证分析,发现历史事实并非如此^[4]。(2)“学者的道德理想”与“历史真相”之间的断裂。如前所述,近些年来在中国法律史学界,对新类型史料的利用越来越多,其中最具代表性的便是“官箴书”^[5]。中国古代出版官箴书的目的很简单:训练官员的理论修养,增加官员的行政知识,但需要注意的是,这类史料中的“缺陷”非常明显。如宋代吕本中的《官箴》,在其一开篇,作者便提出了做官的主要原则:“当官之法,唯三事:曰清,曰慎,曰勤。”^[6]如此表述,更多地体现的是作者的“道德理想”,即“理想的官员”应该是这样,而不是那样。“历史真相”是否果真如此——宋代的官员都做到了“清、慎、勤”吗?相信只要对历史有所熟悉的人都能做出判断。将官员的道德理想等同于历史真相本身是我们在援引史料来建构法律史知识过程中经常会犯的一个“习惯性”错误。

“史料”与“历史真相”之间的“断裂”是无法避免的。从一个哲学意义上来说,史料永远都不能等于历史真相,或者说究竟“历史真相”是什么,连历史本身也无法探究,其有着一张普洛透斯似的脸(a Protean face)^[7]。从事严肃、科学的法律史研究,按照学术要求,学者们必须要以客观的“历史真相”为基础,撕去真相外面的伪装,否则就失去了研究的意义。如何克服这种困境?是否存在着修补这个“断裂面”的技术/方法?是我们必须面对的现实问题。

2. “历史真相”的重现

从格拉克曼的“社会情境分析法”出发——格拉克曼将“社会情境”分为“事实情境”、“意义情境”、

[1]笔者此处所谓的“后现代主义”法律史著作/论文,主要是从两个层面来限定的:一,批判主义,即“注重对既有的法律史知识传统进行解构,而不进行建构,并期望从解构中获得新的认识”;二,“碎片化(fragmented)”的阐释进路,即运用新颖的史料来凸显某个具体的微观法律史过程。

[2]比如说对一些明清时期官箴书的研究,便可画出那个时代清晰的法律实践图谱。

[3]长期以来,“无讼”观念一直被视为中国古代人的传统价值观。对中国古代“无讼”产生的历史根源及影响,于语和曾做过精辟的阐释。可参见于语和:《试论“无讼”法律传统产生的历史根源和消极影响》,〔北京〕《法学家》2000年第1期。

[4]黄宗智通过对清代诸多诉讼案件档案的研究,认为清代“法庭”的正规手段是断案,而不是调解。黄氏强调:“从实践层面来说,清代的‘法庭’主要是一个进行判决而不是进行调解的法庭”。参见黄宗智:《认识中国——走向从实践出发的社会科学》,〔北京〕《中国社会科学》2005年第1期。有关此问题的详细讨论,还可参见黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,上海书店出版社2001年版,第1-21页;黄宗智:《法典、习俗与司法实践:清代与民国的比较》,上海书店出版社2001年版,第193-194页。

[5]所谓官箴,原系百官对国王所进的箴言,秦汉以后演变成对百官的劝诫,即做官的箴言。从历史源流上来看,其最早可以追溯至西周的《虞人之箴》。传统中国学术界,由于政治或学术的种种偏见,对于官箴书一直显得不够重视。参见刘俊文等:《开发历史文化宝藏——官箴书》,〔北京〕《中国典籍与文化》1992年第2期。

[6]岑大利:《古代官场文化中的官德教育——古代官箴书初探》,〔北京〕《科学社会主义》2013年第4期。

[7]博登海默在探讨正义究竟是什么的时候,便使用了普洛透斯似的脸的表述,意在表达正义概念的变化无常、难以捉摸。参见Edgar Bodenheimer. Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law. Revised edition. Cambridge: Harvard University Press, 1974, pp.195-201.

“关系情境”等^[1],强调以一种“历史-关系-过程主义”的视角来看待发生过/正在发生的(历史)事实——还原契合历史真相的“史料/法律史事实”是一个合适的解决此问题的路径。

比如,中国古代官方各种文本表达中记述的“法学观念”,在面对这些“史料”时,我们应分析背后的诸多特定“情境”,如当时的社会经济、人口、生活习俗、生产关系等^[2]。“生活情境”是动态的,是一种人性的“之所以然而然”,其中既没有官方的政治因素,亦没有学者的道德想象,它完全是一种自然之“法”,从这个视角切入,再去分析“史料”的客观性与否,比单纯将“史料”与“真相”等同,要“科学”得多。再比如,当我们以清代的官箴书为“史料”来从事研究时,首先要考虑到该书著者的基本生活历程、社会关系、政治诉求,分清著者的“客观陈述”与“道德理想”,抛弃“道德理想”,以著者当时特定的“社会情境”为“历史真相”的参照,从关系、历史、过程中重新建构起一套客观的“史料/法律史事实”,惟此,我们的法律史研究的经验素材——史料,才会更接近于“历史真相”。

当然,限于社会情境分析方法本身存在的局限性(历史、关系、过程三者之间的具体关系究竟孰轻孰重,三者之间如何才能关联在一起?)及哲学意义上的“真理”本身的局限性(在休谟看来,一切真理都经不住怀疑),我们无法断言经由“情境”分析法来寻找客观“历史真相”就完全是科学的,但至少,从一种学术研究的方法论意义来讲,值得我们进行尝试。

二、由“法律/司法制度”迈向“法律/司法技术”的法律史研究

长期以来,我国的法律史研究,由于种种原因,总是显示出一种“虚化”的特质^[3]:关注理论的逻辑/经验演绎,甚少关注技术层面的实证分析^[4]。重理论、轻实践,或者说,关注法律的制度层面,忽略法律的技术层面,对法律史之为法学的一门学科的基本属性产生了一定的影响。法律史研究要始终保持“法”的属性就必须要有“实践”的“面相”。由此,如何叙说“历史上的法律”而不是“法律的历史”?笔者以为,可以从“技术层面”入手^[5]。

揆诸中国法律史研究的基本知识谱系,对司法制度的介绍/研究在“历史上的法律”研究范式中颇受欢迎,且已成果丰硕。在笔者看来,这些介绍/研究的主要目的在于罗列一系列“制度性事实(institutional facts)”——一个带着人的主观价值、知识、旨趣的事实汇编。这种研究为我们从历史学的视角来认识法律/司法提供了很好的知识渊源,但却距法学研究要求的“实践面相”相去甚远。

众所周知,从司法的意义规定性来说,其总是不脱两个向度:事实判断的依据、法律文本(包括习惯法)的阐释与适用。西方法律人类学家如格拉克曼、波士皮斯尔(Leopold Pospisil)等,在对部落社会

[1]Max Gluckman.Analysis of a Social Situation in Modern Zululand. Bantu Studies,Vol.14,1940.

[2]侯欣一曾以清代地方志为基本史料,藉由法律社会学的方法对江南地区的健讼问题进行了实证分析,最终得出结论:除了传统专制制度是导致健讼问题的原因之外,人口问题亦是一个不容忽视的原因。在笔者看来,侯氏的这种分析进路背后便隐藏着一种格拉克曼意义上的“情境(situation)”分析范式。具体可参见侯欣一:《清代江南地区民间的健讼问题——以地方志为中心的考察》,〔北京〕《法学研究》2006年第2期。

[3]就笔者的有限阅读来看,自“虚学”或“实学”来讨论法律史的性质,最早是由黄源盛提出。此外,尤陈俊曾结合当下中国的知识转型背景,对该问题在中国法律史场域的“实践”做了深入的分析、探讨。具体可参见尤陈俊:《知识转型背景下的中国法律史——从中国法学院的立场出发》,〔昆明〕《云南大学学报》(法学版)2008年第1期。

[4]按照学术界的传统观点,法律史本身作为一门“理论法学”,主要目的在于以过往的“历史中的法律”或“法律中的历史”来为当下法制秩序的展开提供借鉴,强调法制/法律的“过去式”,而非“现在时”。但揆诸当下中国法律史的研究实践,以“史”代“法”之现象屡见不鲜。众所周知,法学本身应该是一门“实学”,以“实践”为中心,强调“规范”的实践之维。有鉴于此,美国大法官霍姆斯曾说:当我们在学习法律之时,不是在探析神秘之事,而是在从事为众人所熟知的一项事业。参见Oliver Wendell Holmes.The Path Of the Law. Harvard Law Review,Vol.10,No.5,1997,p.991.

[5]在中国法律史学界,有关“法律的历史”的研究已然硕果累累,对相关理论的阐释、概述也已较为体系化。然而,“历史上的法律”的研究则严重不足,对法学的发展贡献“微乎其微”。参见王志强:《“历史上的法律”如何书写》,许章润、翟志勇:《法学历史主义》,〔北京〕法律出版社2013年版,第27-28页。

的法学问题进行分析时,对这两个问题都做了非常详尽的考察。一方面,他们都以一种法学家的眼光对司法过程中使用的法律文本作了具体介绍——从历史到现在——注重法的概念的历史主义维度阐释;另一方面,他们又以一种人类学的“行动”,参与观察、记录了整个司法过程,将“行动中的法(law in action)”描述得淋漓尽致。一静一动、互相“烛照”,讲述的是部落社会的“法律史故事”。此种研究范式,为我们反思当下法律史研究的“技术进路”或“法律的历史研究”提供了重要的借鉴。

第一,通过“参与观察”记录法律/司法的具体技术,并藉此来反推某个历史时段的法律/司法技术。

法律史从学科意义上讲,属于“经验科学”,从研究路径来看,是用历史主义方法来寻求对法律的理解。传统的“历史主义”是一种理论的“历史主义”,其以历史上,特别是不同历史时段的史料为载体来分析法律/司法的法律史。如果我们换个视角,法律史学家也像法律人类学家一样,在从事司法问题的研究中,能坐在法庭对法庭上的法官解释法律文本的技术、法律渊源的援引技术、事实的发现及证据的判断技术等,并进行详细的记录,再将此记录与静态的历史上的相关司法档案予以比照,一动一静,藉此再去反推出历史上某个时段的司法技术的可能样态,不失为法律史研究的一个可行之进路。

以民族法制史研究为例,在中国法律史学界,作为一种传统的研究方法,基本上都局限于对某民族的历史上的法制进行全盘介绍,其中虽会涉及到司法制度,但甚少涉及具体的司法技术。如果能够参与到动态的、实践的司法过程中,以本民族的语言记录司法过程中的技术、方法,将法官的纠纷裁决过程以一种“经验的”叙事方式呈现给学界,这样的研究既是“法律的历史表达”亦是“法学的人类学分析”的运用。只是,这样的研究范式,需要研究者学习被调查少数民族的语言、习惯、风俗,参与到民族地区法庭的司法过程中,以法学问题为中心,关注司法过程中法官的司法技术、逻辑及推理方式。长此以往,经年累月,一部动态的“民族法制/司法发展史”便形成了^[1]。

第二,从社会、环境、经济、人口、政治等具体“情境”展开司法/法律的技术研究。中国传统的司法究竟是怎样展开的?“法官”是如何运用“法律”来裁决纠纷的?对此类问题的思考,将“逼迫”我们用普适性的法律语言,从法律/司法技术出发,对其进行全盘梳理,描述传统司法的具体技术过程,形成与现代法学,特别是现代部门法学对话的能力,此乃是叙说“历史上的法律”的一种重要路径^[2]。

司法技术的核心在于“人”,这个人不是一般的“庶人”,而是裁决具体纠纷的“法官”。“法官”生活在一个特定的地域,按照美国现实法学的基本观点,其生活、学业经历、兴趣爱好、价值取向及政治立场等形塑了法官独特的“个性”,该“个性”对司法技术/过程,甚至裁决的结果都有着一定的影响^[3]。在中国古代诸多保留下来的司法档案中,我们时常可以看到“同案不同判”的情况,个中原因,恐怕脱离不了以“法官”为中心的特定人口、环境、经济、政治等具体“情境”,即法官的“个性”。对这些“个性”形成的“情境”的研究,是概括、归纳特定历史时段司法技术的一个重要突破口,只是这种研究需要研究

[1]就笔者的有限阅读来看,目前在中国法律史学界,还未出现动态地记录、分析“纠纷过程/司法过程”的著作。但在人类学界,朱晓阳通过对一个小村所进行的长时段的历史观察,将小村中的诸多人、事、物的变迁动态,特别是惩罚的历史变迁过程详细、完整地记录下来,其间便借鉴了法律人类学家格拉克曼的“扩展个案分析法(extended case method)”的分析范式。具体可参见朱晓阳:《小村故事:罪过与惩罚(1931-1997)(修订版)》,〔北京〕法律出版社2011年版。有关格拉克曼的“扩展个案分析法”的介绍、运用及评价的著述可参见Max Gluckman.Limitations of the Case-Method in the Study of Tribal Law. Law & Society Review, Vol. 7, No.4(Summer 1973);Max Gluckman.The Judicial Process among the Barotse of North Rhodesia. 2nd ed.Manchester: Manchester University Press,1967; J. van Velsen. The Extended Case Method and Situational Analysis. A. Epstein (ed.), The Craft of Social Anthropology. London:Tavistock Publications, 1967.

[2]王志强:《“历史上的法律”如何书写》,许章润、翟志勇:《法学历史主义》,〔北京〕法律出版社2013年版,第28页。

[3]以弗兰克、卢埃林等为代表的美国现实主义法学家,竭力强调司法过程中法律(概念)的不确定性。这个不确定性除了法律本身的原因之外,还有一个重要的原因即法官的“个性”及具体“情境”。如卢埃林就曾提出,法官庭审当天的消化状态都会对司法过程/技术有着一定的影响。参见Charles D. Breitel.Llewellyn:Realist and Rationalist. Rutgers Law Review, Vol.1,1964, pp.745-756.

者投入巨大的精力,并具备扎实的其他人文社会科学知识^[1]。

三、建构“科际整合”的法律史研究范式

当下中国法学界的法律史研究基本是从两个进路展开的:“史学范式”与“法学范式”,且前者明显占主导地位。如此基本样态,严重阻碍了法律史学者与其他部门法学,甚至是同属基础法学的法理学者学者的对话与交流^[2]。学科是有边界的,知识却无边界。法律史虽以追求“历史上的法律”或“法律的历史”的知识为己任,但在寻求知识的过程中,离不开对特定历史时段中的社会环境、政治结构、经济条件、人口状况的考察和认识。对于研究者来说,这些知识同样重要,往往就是由它们来形塑“历史上的法律”或“法律的历史”。考虑到中国学术界,特别是法律史学界的研究现状,笔者以为,若要在短时间内完全形成一个非常完善的、“科际整合”的分析范式着实难度不小,为现实和未来计,我们可以尝试着从一些较为成熟的交叉学科开始起步,藉由一种“干中学(learning by doing)”的态度/精神,最终建立起一套成熟的“科际整合”的法律史研究范式^[3]。

第一,法律史研究过程中人类学方法的运用——法律史研究的“法律人类学范式”。法律人类学作为一门法学与人类学的交叉学科,其历史可追溯至孟德斯鸠提出的“相对主义的法律文化观”^[4]。法律人类学以跨文化、比较的视角看待法律,其目标是去确认社会文化生活特征的一般的原则,并期望藉此来达致对可被表述为社会规则的规范的理解^[5]。

法律人类学既是一门知识体系,又是一门方法体系。就方法论而言,主要有比较分析、参与观察、数据统计等。就研究的知识论题而言,其不仅关注官方的法律规范表达,更关注官方法律文本之外的“习惯(法)表达”。

揆诸历史,中国官方表达的规范——“法律”,其文本效力并不全然能波及所有治下场域,特别是县以下的地方秩序,基本都是藉由习惯(法)来作为最后的规范裁判依据。习惯(法)与官方的“法律”是两套不同的规范体系,前者以不成文为主要表现形式,后者以成文法为表现形式,相互冲突、相互融合,一部中国法律发展史就是一部国家成文法与习惯法的“博弈历史”。因此,法律史学者若想获得对法典背后法律现象的深刻理解^[6],便可以如法律人类学家一样,带上笔记本、水杯、帐篷,奔向田野,从生活中直接获得有关习惯法的材料^[7],观察并记录其在实践中的具体运行过程,抽象出习惯法与成文法的同与异,最终书写出一部习惯(法)的法律发展史。

法律史是历史的产物,在关注面向上,始终不脱如下三端:意义世界、根源世界、现象世界^[8]。在法律史研究过程中,借鉴法律人类学的方法,以动态的视角来理解、描述法律的发展过程,适可以将意义

[1]比如,可对该“法官”居住地的地方志,该“法官”的家族族谱,甚至是该“法官”居住的房屋的结构资料等进行分析。

[2]胡永恒认为,之所以会出现这种情况源于两个缘由:第一,史学学者常把“法律史”作为一门“法学圈”里的学问;第二,法律史学者始终有着一种“法律人”的自我认同。参见胡永恒:《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]关于法律史研究方法,国内许多学者都做过论述。在笔者看来,这些论者中,侯欣一的表述/归纳较为具有代表性。侯氏认为法制史/法律史研究的主要方法有考证法、注释法、计量法(或称统计法)、综合法、比较法、分析法等。具体可参见侯欣一:《法制史研究要有科学的定位和方法——钱大群教授〈唐律与唐代法律体系研究〉一书读后》,《南京大学法律评论》(秋季号),1997,202-204。

[4]刘顺峰:《西方法律人类学论纲:历史、理论与启示》,《北京理工大学学报》(社会科学版)2014年第5期。

[5]James M. Donovan. *Legal Anthropology: An Introduction*, Lanham: Altamira Press, 2008, p.vii.

[6]所谓“礼失求诸野”,在传统的法典背后,存在着诸多的法律现象,如厌讼,无讼,畏讼等,对于这些法律现象的研究,或是被法律史学界所忽略或是关注、分析的深度不够。

[7]Max Gluckman. *Ethnographic Data in Britain Social Anthropology*. *The Sociological Review*, Vol.9, Issue 1 (March, 1961), p.6.

[8]黄源盛:《法律人的历史素养——以中国法史为例》,〔高雄〕《高大法学论丛》2012年第9期。

世界、根源世界、现象世界三个“世界”串联起来，凡此实践，对中国法律史的知识增量定会起到一定的积极作用。

第二，法律史研究过程中社会学方法的运用——法律史研究的“法律社会学范式”。社会学与人类学作为西方人文社会科学中的核心学科，其关系，称谓在西方学术界一直存在争议。20世纪初期，在英国学术界，很多学者在将自己定位为人类学家的同时，亦将自己称为社会学家。现今，在西方学术界，按照一般的通说，社会学与人类学的区别在于：前者的调查对象主要是现代工业文明社会，后者的调查对象主要是部落社会。在具体的技术层面，纳德尔(Laura Nader)认为社会学家不擅长于田野调查，人类学则擅长于田野调查；社会学家的研究通常是政府导向的，人类学家的研究则是跨文化的。其实，在诸多问题上，社会学与人类学之间并无非常严格的界限^[1]。

借用社会学的方法来研究法律史，在中国法律史学界早就存在，且获得了学术界的广泛认可。法律的条文是一种静态的意义表述，虽然来源于生活的具体实践，但不等于就是生活的具体实践表达。在法律条文的背后，隐藏的是法律的“实效”、“功能”的秩序诉求，对此种“实效”、“功能”的追求不能完全来自于法律史学家的“历史想象”，必须要结合当时、当地的特定社会情境。法律社会学的方法，便是借用社会学的调查、问卷、抽样等经验主义的方法来分析法学问题的方法。

经验性的社会学研究方法，在其达到研究目标的过程中，常常会不可避免地遇到理论与实践、理想与现实的矛盾^[2]。相较于法律人类学方法，其对于田野调查的要求不多或根本没有要求。研究者可以在此过程中观察到不同时期的法制发展状况，穿梭于立法与司法、思想与制度之间，最终在“历史-过程-关系”的社会场景中把握具象的法律史演进。

待到法律人类学、法律社会学方法都被法律史学界熟练掌握之后，中国法律史的研究就可能会迈向一个“科际整合”的综合研究范式。

法律史作为一门“经验科学”，其基本“叙事”，离不开经济学的“量化分析”、人类学的“参与观察”、社会学的“调查问卷”、历史学的“史料意识”，更离不开哲学的“立场担当”，凡此种种，于法律史研究而言，既是基础，也是前提。伸言之，未来中国法律史研究的理论、技术的展开、深入需要法律史学者具备“开放社会科学”的方法论意识，而如何训练/培育这种意识，并将其践行于法律史的学术实践中，我们无法在西方法律人类学的知识发展史中找到一个确切的答案，它需要我们法律史研究者结合中国场域的具体学术特质来进一步归纳、总结。

余 论

长期以来，中国法律史一直处在一个“尴尬境地”，史学界认为其所探讨的不是具有史学学术意义的历史问题，法学界认为其所叙说的不是规范意义上的法学问题。这种“非法非史”的定位，道出的是中国法律史知识生产/研究背后所面临的尴尬境地。如果我们能有意识地借用包括法律人类学在内的其它社会科学的知识与方法，对中国法律史研究过程中存在的现实问题予以揭示、批判，并尝试着从中国本土的知识传统中寻找解决问题的途径，中国的法律史研究定会更加生动、更为具有鲜活的历史感。只是，囿于笔者的专业知识与分析能力，迈向科学的中国法律史研究过程中，需要解决的问题远不是史料、技术与范式等层面即可涵括的，而如何发现中国法律史研究中的其它缺陷，并提出具体的解决思路，值得所有从事法律史知识生产的研究者们一起努力。

〔责任编辑：钱继秋〕

[1] Laura Nader. The Anthropology Study of Law. Peter Sack and Jonathan Aleck eds., Law and Anthropology. New York: New York University Press, 1992, pp.15-16.

[2] 风笑天：《英克尔斯“现代人研究”的方法论启示》，〔北京〕《中国社会科学》2004年第1期。