

知识转型背景下的中国法律史 ——从中国法学院的立场出发

尤陈俊

(北京大学法学院, 北京 100871)

摘要:就其学术范式而言,当今中国法学院中的中国法律史研究/教学,仍然是传统的史学风格占据着主流地位,而未能 在知识体系中真正融入法学的主流传统。这种状况,致使中国法律史往往被视为是“虚学”,在注重实务取向的法学院中日趋边缘化。造成这种窘境的深层原因在于,中国近代以来频繁的法律断裂性变革及其带来的“知识断裂”,使得中国法律史研究丧失现实运用的可能性;而在普通法传统中,却存在着弥合“时空距离感”并因而赋予本国法律史以现实意义的机制。欲求超越目前的困境,传统的说教并无太多助益。可能因应之道在于,在注重法律人思维方式培养这一方向下,加强三个具体实域的探索与开拓,最终促成中国法律史在法学院中的知识转型。

关键词:中国法律史; 学科发展; 知识转型; 法律思维; 法学教育

中图分类号: D90- 052

文献标识码: A

作为中国法律史源流之一的中国史学,其注重的是人文素养的熏陶,至于法律实务上的应用价值,则远非其所长,因此,可谓类似于“虚学”;而从根本上讲,现代法学知识体系乃是“实学”,因为它所追求的,最终是实际应用的价值,姑且不说一些学者甚至直接声称“法学不过是一门技艺”。^①中国法律史,却要在这“虚”(史学)“实”(法学)相间的边缘地带中孕育。^②这样的角色,还会因为其在学科体系中所处具体位置的不同,而导致更多微妙的问题。历史系与法学院,作为中国法律史研究据以展开的两大主要场域,由于学术取向的彼此差异,本应是围绕同一主题——中国法律史——形成不同的学术范式。但现实却似乎并非如此。

一、不同的场域,共享的范式?

作为一门独立的学科,中国法律史在清代末年开始建立。值得注意的是,“早期的中国法史学与中国历史上典制体史学有密切的关系。”^[1]这种情况,直

到后来才有所改变。梁治平曾指出,“20世纪 50年代以后建立的法律史传统基本上出于法学,它在学科组织和建制上隶属于法学,而不是历史学……”^[2]的确,从今天的学科建制来看,作为法学专业的 16 门必修课程之一,中国法律史在法学院中的实际地位虽说日趋边缘,但毕竟已经占稳一席之地;而在历史系,中国法律史却只是众多的专史之一,往往会由于师资匮乏等缘故,而未能得以开设。因此,今天治中国法律史的学者,绝大部分也就集中于法学院之内。两相比较,称今天的法律史传统基本出于法学,也许未可厚非。但是,当今中国法学院中的中国法律史研究,在知识体系上,却并未从实质上真正融入法学的主流传统,所呈现的,依然更多的是史学化的旧貌。

数年前,就有学者尖锐地指出,“我们一些法律史学者没有准确把握其学科属性和特点,目前主导的取向还是史学考据和叙述,甚至第一专业为法学的学者也受此影响,似乎更注重史学考据功夫,过分强调

收稿日期: 2007- 12- 01

作者简介: 尤陈俊(1980-),男,浙江永嘉人,北京大学法学院博士生,中南财经政法大学法律文化研究院兼职副研究员,主要研究领域为法律社会史与法律社会学。

① 关于“实学”、“虚学”的区分,受益于黄源盛教授论著的启发(黄源盛,《中国传统法制与思想[M]》,台北:五南图书出版公司,1998序)。据黄氏在其他地方所言,他在日本京都大学访学期间,常听日本学者做如此区分,其标准为是否与实务有直接联系。

② 为了叙述的方便,本文并不严格区分“中国法制史”、“中国法律史”、“中国法史学”甚至“法律史”等名称,如无特殊说明,都在同一意义上使用。

‘论从史出’或‘史论结合’，缺乏应有法学理论的学术训练，也没有养成严格遵循理论逻辑的思维习惯。单纯运用历史学的考据方法存在着很大的局限性，必然使法律史研究停留在叙述的层面，缺乏应有的思辨性和理论性。”^[3]诸如此类的批评，晚近以来更是不绝于耳。应该说，这种遭致诟病的窘境，和中国法律史学的学科性质密切相关，但另一方面，也存在诸多后天的因素，从而抑制了自身的发展。其中最为重要的，也许是研究人员知识背景问题。

今天从事中国法律史研究的人员，大致可被分为两大群体：出身史学或是出身法学。大体而言，史学出身的学者，长于发掘史料与考订史实，并且由于路径依赖的缘故，在其以后的研究中，也往往倾向于将此一能力发挥极致，即便他/她们是在法学院而非历史系中谋得教职，也常常显得是“身在曹营心在汉”。相比之下，出身法学的学者，理应更多地受到法学的熏陶而因此对之更为亲近，但坦率地说，今天活跃于中国法律史学界的很多学者，早年在法律系中所受的“法学训练”，也很难成就中国法律史研究必要程度的法学化。

1950年代以后的法律教育，由于处于特定时代的缘故，曾被长时期地套入苏联法学的框架之中片面发展，以至于后来难免“幼稚”之讥。中国法律史也不例外。源自苏联的“法权历史”模式，在长达三十余年的时间内，对其进行了具有范式形成意义的改造。“法权历史”模式下的中国法律史，与当时盛行的那种史学叙述范式，其实并无实质的区别。从今天的眼光来看，在那个年代，与其说前辈学者们当年在法律系中接受（真正的）法学训练，还不如说是在历史系之外的法律系中开出又一个贯彻史学叙述范式的新域。由此带来的影响意味深长，以至于1980年代以后号称重建的中国法律史，虽然看起来有了大的调整，但仍然在相当大的程度上保留了它的血统，最典型的莫过于中国法律史教科书的编写模式。20世纪的最后十年至今，《中国法制史》教科书的编排体例虽然有所变更，按专题编排的新体例如今也时有可见，但占据主流的，仍然是先前那种按照朝代先后予以叙述的套路。这是一种发展成熟但日益僵化的体例，其来已久，但将之运用于设置在法学院之中的学科时，其不足之处如今已日益暴露。这种编排体例最根本的问题在于，即便是在各章节的内容中掺杂进一些法学的术语与概念，例如在分析民事制定法的时候，运（误）用债权、物权的现代法学概念予以概括，仍然难免在实际上继续成为史学的附庸，尽管新加了一层实则并不匹配的单薄外衣。

从另一个角度看，这实际上意味着，法学院中的中国法律史，至今仍然缺乏必要的法学意味。这并非

仅是数十年前特殊学术环境造就的历史遗存，如果是那样的话，终究会有“强弩之末势不能穿鲁缟”的一天。更重要的在于，某种程度上，今天业已形成了强化——至少是维护——此一趋势的再生产机制。对史学的依赖甚强，对法学的要求薄弱，这一特点大大便利了史学出身的学者进入法学院，并以他/她们的惯常研究方式完成对此趋势的潜在维护。而相比之下，却几乎没有听说过哪一位出身法学院的中国法律史学者，能够在历史系谋得教职。注意，我并不是在刻意强调门槛的高低（这只会沦为意气之争）；我只是想指出，至少就中国法律史这个学科而言，其准入条件还无法与法学院的其他学科相提并论。同样，我也并非对出身史学的学者进入法学院抱有敌意；我只是要指出，利之所在，弊亦随之，中国法学院这种看似包容的胸怀，也很可能会使得中国法律史研究上的上述缺陷趋之不去。出身史学的学者，一旦进入法学院之内，凭借昔日修得的史学功底，很容易在较短时间内适应目前法学院中的这种法律史风格。而如同我将要在下文中详细论证的那样，对于出身法学的学者来说，20世纪前期另起炉灶式的法律变革及其带来的“知识断裂”，使得欲将现代法学的知识系统运用于此前时期的中国法律史研究，在很大程度上将显得格格不入，甚至于根本就是风马牛不相及。因此，即便是出身法学的学者，也往往只能依循先前的史学叙事范式，顶多在其中点缀些现代法学的术语或概念，或者是干脆就强调古代法律事物的现代社会意义，试图以古鉴今。当然，研究所谓“法律文化”的那部分学者也许除外（我将在后面评论这类研究）。

如果上述的分析不无道理的话，那么就意味着，今天中国法学院系中的中国法律史学研究，史学的风格实际上依旧占据着主流地位。格局本身也许并不重要，重要的是其造成的后果：倘若无法得到改变，长此以往，将可能会动摇中国法律史在法学学科体系中的存在合理性。厕身于法学的十大二级学科之中，作为司法考试科目之一（姑且不论其比例），目前这样的“高位”，其实并不能保证法律史——中国法律史隶属其下——本身在法学学科体系中的实际地位稳固。相反，今天法学院中的中国法律史，已经面临着严峻的危机。学术与权力的相互配合，并不能阻止它在学生中的受欢迎程度明显下降，而在近三十年前，它却属于位居法学界领军学科之要位的显学。在法学界的同行们那里，中国法律史的重要性甚至是必要性，也正在不断地遭到质疑。

二、时也，势也：中国情境下的法律史窘境

二十年前，当时兼任台湾大学法律系教授的张伟仁先生，曾发表过一篇经典之作。这篇文章试图回答一个核心问题——“为什么要学中国法制史”。在引

言部分,张氏开宗明义地提出了一个尖锐的问题:“常常有人问我:‘为什么要学中国法制史?’法律系的学生对于这个问题尤其关切,因为中国法制史是他们的一门必修课。他们可能对许多必修课的价值都怀有疑问,而对中国法制史则特别感到困惑。……学习中国法制史究竟有什么意义?——或者更露骨地问:究竟有什么用处?”^[4]

应该说,这种普遍的困惑,与当时——甚至今天也是如此——台湾各大学法律院系的“司考领导教学”之风气,有着密切的关联。在1970年代之前,由于戴炎辉等一批学者的不懈努力,法律史曾经一度成为台湾法学界的显学;在1959—1971年间,“中国法制史”被列为司法官特考的必考科目之一,并且占有一定的比重。但世事枯荣难定,从1972年开始,“中国法制史”被从司法官特考的必考科目中剔除。这个致命冲击所导致的严重后果就是,影响所及,在台湾所有的大学中,法律史几乎都被降格为选修课,在一些院校甚至于不再开设,从此开始了逐渐弱势化的“黄昏”时代,直到今天仍未恢复元气。例如,在1983年,全台湾共有8个法律系所开设法史学课程,但到了约20年后的2002年,亦不过是维持同样的状况。^[5]法律教育的“考试取向”,对中国法律史学科盛衰之巨大影响,由此可见一斑。

类似的例子,绝非仅局限于台湾一隅。在中国大陆,正如一些学者所忧心的,中国法律史也同样正在法学领域中逐渐走向“边缘”,其中最能反映此一趋势的,则是中国法律史在法学本科专业课程体系以及国家司法考试科目之中所处地位的前后变化。一方面,1997年后,原先被列为大学本科法学专业必修基础课程的各门法史学科,或干脆被降格为选修(如“中国法律思想史”、“外国法制史”),或虽被保留为核心必修课程,但课时已不断遭到压缩(如“中国法制史”);另一方面,1997年,全国律师资格考试的综合试卷取消了“中国法制史”和“外国法制史”,2002年起实施的国家统一司法考试,起初也未将法制史列入考试科目,后经法律史学界多方努力,才于2003年将中外法制史都列入司法考试的科目。^[6]

应该说,这种情况之所以出现,如同很多学者早已指出的那样,与法学院注重社会实务取向的品格有莫大关系。但在我看来,更为深层的原因,还在于近现代中国社会历史发展——法律变革置身其中——的独特背景。

且让我们先来关注其他国家的类似情形,比如英美等国。“美国的法律教育尽管是职业教育,但由于普通法的传统和案例教学法,因此其任何部门法的教育同时在一定意义上必定是一种法律史的教育”,苏力曾敏锐地洞悉此点,并接着指出:

“这种法律史教育是不同于我国的法律史教育的,因为普通法的制度使所有历史上的案例都不存在‘过时’的问题,都可能从中引出对今天有用的法律原则。用后现代主义的术语说,历史是‘平面化’的,因此讲美国宪法,必定从马伯利诉麦迪逊讲起,从历史上的判例中得出的原则并不总是或一定比从昨天的判例中引申出来的原则缺乏现实性。这实际上把史和法混合了。”^[7]

其中一个要点颇为关键,那就是普通法传统的存在。在我看来,正是它,保证了包括法律制度在内的整个法律传统在美国司法场域中的延续性,并由此决定了法学院中那些追根溯源式的本国法律历史研究与教学,也具备了很强的现实性。因此,这种以其微妙方式弥合“时空距离感”的普通法传统,使得美国的本国法律史之研究与教学,永远不大可能沦为远离实务的“虚学”。除美国之外,英国等其他普通法国家的情形也大致如此。而有力地支撑着普通法传统,并呵护其发展的,关键在于英美诸国在法律发展上并无明显的断裂。

问题是,这种与普通法传统相伴、并因此赋予本国法律史以深刻现实意义的法律发展延续性,在我们这里是否同样存在?

众所周知,二十世纪初期的法律变革,终结了曾经辉煌一时的中华法系,从而在与旧有法律传统的断裂中走向了另一个方向,至今未变。从清末变法开始,直至1930年代国民党六法体系的完成,其间虽说多有传统的保留,但中国大陆整个法制框架的建构,总体上却是取法德国与日本,追随大陆法系的传统。1949年政权鼎革之后,国民党的“六法体系”随即被废,从此开始了仿行苏联、建构整套法制的数十年坎坷经历。1980年代之后,“去苏联化”的同时,社会主义法制建设在很大程度上仍以移植为主,只不过这一次的主角,换成了西方先进诸国。如此频繁的法律断裂性变革,自然使得中国旧有的法律传统与近来以来的现实法制之间,呈现出来的断裂痕迹显而易见。

列文森(Joseph R. Levenson)在研究中国传统儒学的时候,曾经提出一个著名的隐喻——“博物馆”。^[8]中华法系的法律传统,虽也曾辉煌于世,但经此种断裂性的变革,丧失发展的空间,沦为历史的遗存,在某种意义上,何尝不是成为“博物馆中的历史收藏物”。西法东来,取而代之,造成一种颇为尴尬的学术局面:一旦追溯今人所称道的法制现代性之历史谱系,竟然只能寻诸西方。在法制话语的当代言说中,说学者皆是“言必称罗马”可能不当,但避而不谈中国旧制却极常见。这种由实践中的“法律继受”导致的学术上的“主客易位”,竟使得“在今日的大学学科格局中,中国法制史就成了外国法制史,而外国

法制史却实实在在变成了与当下中国法律相衔接的法制史。”^①

这种窘境导致的后果就是,由于法律传统延续性的缺失,使得对清末以前的中国法律史研究,通常只是作为书斋中的学问存在,而不易在现代中国的疆域内运用于现实(1997年之前作为作为英属殖民地的香港是一个极其少数的例外)。由于不存在类似于普通法传统那样的巧妙混合“史”、“法”的机制,更由于近代至今断裂性发展的“法律继受”所带来的“主客易位”,中国法律史研究与中国现实法制的联系微乎其微,从而呈现出严重的背离与巨大的张力。丧失现实运用之可能性的中国法律史学,在法学院中自然难免被视为“虚学”,而与法学日益注重实务的本质显得尤其格格不入。在我看来,这是继受西方法律以建构本国法制主体的后发国家所要遭遇的困境,甚至说,还可能是非普通法传统国家都不同程度上面面对的问题,只不过,命运多舛的中国也许最为典型。

三、传统说教的无力? 面对法律史的意义

今天在法学院中使用的《中国法制史》教科书,几乎都会在导论部分声明学习中国法制史的意义,其文字篇幅,因各书的不同而有所差异,然究其内容,一般不外乎几点:其一,中国古代优秀的法律文化,作为中华文化的重要组成部分,需要我们继承和发扬;其二,学习中国法制史的内容,将有利于充实法科学生的专业知识。

上面的第一个理由,在我看来,其实是从民族情感的意义强调学习本国(法律)历史的意义。这无疑“政治正确”,但一旦放置在今天法学院的场域之中,其实多少已显得有些苍白无力。这不仅是因为,实用主义早已在中国的法学院中风行多年,与实务取向没有直接关连的学科,通常都会遭到质疑,“对于提出这种问题的人强调为知识而知识是一定不会被接受的,必需另外找出一个‘切合实用’的理由才行”^[4],而且还在于,如果仅仅只是以传统史学的教授方式灌输知识(这几乎是目前法制史教学的通例),那么其实与今天“中国法制史”作为法学学科的定位并不相称。注意,这并不意味着我认为对历史知识的掌握不重要;相反,我认为今天中国法学院的学生,常常是显得过于技术化,匠气十足,却缺乏人文的熏陶。我只是想指出,作为法学院中一门必修的法学学科,即使与传授实用技艺的其他部门法课程存在着巨大差别,法律史也应该适当突出法学的专业品位,而并不能仅仅因为其讲述对象与(古代)法律相关,

就自认为天然地具备正当性。否则的话,尽管中国法律史课程的论域相对专门化,但在某种意义上,也许不过就是针对法学院学生的通识性历史教育而已,未必一定要法学院设置专职教师专任其事,并让学生们将之作为法学的专业课程修习。

第二个理由倒是值得认真考虑,但也未必具备充足的说服力。今天中国绝大多数法学院中的中国法制史教学,是否真得称得上是在“充实法科学生的专业知识”(注意,“专业”知识)?至少在我看来,颇成问题。前已叙及,由于中国近代以来在法律层面呈现出的断裂式演化之特点,致使今天中国法学院中教授的法学知识体系,绝大部分都属于地道的“舶来品”,而作为传统知识资源的中国法律史,与前者之间显然缺乏知识上的整体同构性。中国法学院今天使用的《中国法制史》教科书,绝大多数都是按朝代不同予以编排的通史式体例。这种旨在单一叙述法律历史梗概的教学体系,更多的是依赖于记忆的不断强化。它固然让今天的法学院学生们领略到中国古代法律文化的博大精深,但在很大程度上,却无法与他 她们在法学院中接受到的其他主流知识对接。因此,如果就法科学生的专业知识而言,传统的中国法制史教学,其实并不能提供支撑性的充实,至少就法律职业教育层面如此。

需要声明的是,这样的质疑,并不意味着作为“虚学”的中国法律史,与今天法学院的主流法学知识体系完全无法共融。一旦将眼光扩展到法学知识所服务的法制实践,那么这种张力就未必像原先那样明显。张伟仁先生曾经指出,作为世代相传的文化因素之重要组成部分,若干有关权威与规范的传统观念,对于我们现在的行为和法制还有着很大的影响,故而学法律的青年必须注意法制史,尤其是其中观念性的部分,因为它是“有用的”。^[4]张氏所说的,更多是传统的法律观念,而这属于中国法史学研究的另外一支——中国法律思想史——的范畴。这里又有一个微妙的悖论。如果我们将张氏的看法稍稍推延,那也就是说,相比而言,中国法律思想史也许更具备现实意义。而按照目前中国法学院的学科设置,作为法律史类唯一的一门本科必修课程的“中国法制史”,教科书是其传播知识的重要载体,但它们却通常并不集中涵概此类专门知识,而多是偏向于制度性的史实介绍,课堂教学自然也就不会以法律思想为重心。

四、入乡随俗: 一个方向, 三大实域

就其启示而言,前述的分析意味着,未来中国法

^① 这是贺卫方的一个精辟概括(贺卫方,《历史与社会交错中的当代法学学术史》[J],《云梦学刊》2005(4)。)。王健多年前就曾指出此点,“法律史在如此复杂的法律变迁背景下处于极微妙、错综、依傍无定之处境——中国法史,纯为历史,与现实法制和法制思想无关之历史;外国法史,则为中国现实法之主要渊源,换言之,清末变法修律以来的中国法,几为欧美法史的内容。”(王健,《大陆法律史教学与研究的昨天、今天与明天》[J],《法制史研究》,台北:中国法制史学会,2002(3)。)

学院中的中国法律史,不仅必须以稳妥的方式追求“法学化”的适度改变,同时还应该考虑在原先的内容划分——“法制史”与“法律思想史”两张皮——上予以调整。在某种程度上,这不仅是一个关涉到如今日益边缘化的中国法律史学,如何在实用主义当道的法学院中入乡随俗的问题,而且还决定了它能否成为真正意义上的法学学科而因此可能在法学院中获得长远发展。愚见所及,至少以下几个方面的加强将会有所助益。

首先,借助法社会学的眼光,注重分析社会变迁与法律变迁的历史互动,以此来训练法学院学生的思考方式,而不流于仅是单纯灌输的记忆性知识。这是因为,对于以培养法律实务人才为旨趣的法学院来说,像法律史这样的“虚学”,思维方式的培养,其重要性远胜于单纯的历史知识记忆。

多年前,俞江曾经指出,“法史学不但要陈述法的历史状态,更重要的是,它还应该解释历史中的法与今天的法的联系。”^[9]此语深有见地,但也容易引起误解。由于中国近代以来法律面的断裂性变革,今天在法史学中寻求“历史中的法与今天的法的联系”时,常常会发现,在中国历史的很多时段(大致以清末变法为界),无法在知识层面上直观、完满地予以建构。因此,我在这里倡导的“注重分析社会变迁与法律变迁的历史互动”之路径,并不旨于探询从古到今一以贯之的所谓演进规律,或是一味地地寻求古今法制的皮相式联系(比如说,唐律与今天法律的某些类似),而是希望,即使在讲述唐宋元明等与今天差异甚大的时代时,也能够在分析法律置身其中的诸多社会因素之交错互动后,传授给法学院学生们一种分析的方法,训练他 她们在面对同样纷繁复杂的诸多社会因素交错互动的今时今世之现实时,也能够运用由此获致的分析判断能力,来综合考量法律在当代社会中的作用及其限度,而不是仅仅囿于法律自身的内部结构中来思考问题。这种训练有其优点。对于中国法律史的研究者来说,他们可以不必再为古今关于法律的不同知识体系间所呈现的“非连续性”而焦虑,因此不用再汲汲于古今中国法律体系的牵强对接。更为重要的是,这种来自历史的深刻体认,将会对法律人的思维培养有所助益。

借助法社会学的眼光,来训练法学院学生们从对历史的分析中获致对现世的洞察能力,这样的研究 教学 取经,在今天,容易与另一种至今仍甚嚣尘上的研究路数相混淆,因此有必要予以适当区分。后者就是所谓的“法律文化研究”。这种最初受影响于 1980 年代的“文化热”进而兴起的学术风潮,十余年来,迅速成为法律史研究中一个重要的学术方向。这种研究往往摆出理论追求的宏大架势,似乎更多地体现出法学理论的思辨风味,而与主要注重描述的史学叙事范式大不相同。就其将法律放置于社会背景下予以考量的研究取向而言,与我前面所倡导的方法很是类似,但两者也

有很大的不同。差异主要在于,以往多数的“法律文化研究”,通常还只是基于传统的文史哲背景,人文的色彩浓厚,而缺乏对社会科学知识的运用;并且,由于文化概念的太大包容性,后来的“法律文化研究”已经日益趋于“泛化”(包括今天许多大气有余、深入不足的“中西法律文化比较”),而在抽象层面上越走越远。必须声明的是,我并不是要否定“法律文化研究”的学术贡献(正如我们所知道的,它一度贡献良多);我只是想提醒人们注意,由于今天的“法律文化研究”,在很大程度上已经表现为学术知识上“没有发展的增长”(借用黄宗智的一个术语),我们实有必要对此保持警醒。因此,以法社会学的取径来沟通法律与历史,同样需要记取前车之鉴。

特别需要指出的是,这种对社会变迁与法律变迁之历史互动的深度审视,“要求无情的渊博学识”。^[10]这种进路,不仅需要文史哲等传统人文学科的支持,甚至还需要社会科学知识的引入;它立足于对史实的扎实掌握,但更需要对细节背后所藏意涵的敏感。因此,它并不注重历史知识的单纯记忆,而是试图强化一种分析能力的训练。比如,在讲述中国传统社会的婚姻家庭制度时,几乎所有的《中国法制史》教科书都会讲到早婚、父母包办、媒妁之言、同姓不婚、“七出三不去”等内容,但往往都没有据此深入分析,因此就成为仅依赖于单纯记忆的知识点。而苏力的精彩研究却于此发掘出深刻的问题。他将这些具有法律意义的制度,放置在受当时的生产力和生产方式制约下的社会条件中考察,进而获得了深刻的洞见,也因此给人以思维方式层面上的启发。^[11]

我知道,在今天的中国法律史学界推崇类似的研究进路,未必能获得齐声应和,甚至反而是引起反感,一个重要的批评就表现为对“法史研究的法理化”之强烈不满。多位从事法律史研究的学者不断强调,“史料是法制史学研究的基础,研究方法只是手段”^[6]，“法律史学是一门建立在具体材料基础之上的学问,而不是一门建立在抽象推理基础之上的学问”。^[12]的确,对于史料的扎实掌握,是法律史学首当其冲的立身之本,大凡清醒的学者,都不会对此予以否认;那种在史料运用上完全随心所欲的“法律史”研究,即使其套用的法学理论如何先进,我也向来反对。但是,由于历史系与法学院的取向不同,这种聚焦史料的强度,似乎也由于所处具体场域的差异而有所区别。在我看来,与历史系的要求不同,对于法学院的职业训练来说,如果仅仅止步于对法律史料的考证,其实并不能真正担负起对于法学的责任,还需要百尺竿头,更进一步,以此为基础推进法律人思维的训练。后者至关重要。

其次,在广度与深度上加强对清末以来的近现代法律史研究。从某种程度上讲,它将是一种有着直接现实意义的学术实践。这不仅是因为,从清末变法开端,后来通过法律继受建立起来的知识系统,与现代

法学有着更多的共融性,因此更能够在学术上做适度对接,更重要的还在于,这一百多年来的法制实践,已经构成了深刻影响我们今天的(新)法律传统。

前一个理由,主要是就知识层面的延续性而言。清末法制改革以来,各种新法文本层出不穷,时至今日仍未间断。之所以名之为“新”,不仅是因为其在文言上与旧律文本存在差异,更主要的,还在于支撑这些法律文本内部逻辑的知识体系,乃是由西方(主要是大陆法系)移植而来,与中华法系旧有的律学知识体系迥异。因此,才有学者敏锐地指出,“发轫于19世纪末20世纪初的新的法律体系与我们今天的身处其间的法律体系,均属于同一个话语系统”。^[13]最明显地表现此点的,莫过于法律系统中所使用的诸多重要概念。

以民法为例。长期以来,中国法律史学界为中国古代有无“民法”的问题争论不休,直至今日仍未尘埃落定。其中一种主要的看法是,中国古代虽无西方那种分化形成的独立民法体系,但始终存在着发挥类似于西方民法之功能的民事规范体系。维特根斯坦曾经提醒我们注意:当我们说两事物相似的时候,其实是在强调两者的差异。因此,上述那种四平八稳因此更容易为大多数人接受的观点,也不过是以迂回的方式隐藏了中国西方在此一领域中的区别。不过,一旦将论域拉近至清末法制变革以后的中国近现代,这一问题的答案就变得显而易见。今天,无论是民法学界,还是中国法律史学界,均不得不承认一个无可回避的事实:在20世纪初,中国创立了一个新的民法体系和民法学科,这一主要由德国民法继受而来的整套概念、原则、制度和理论的体系,自此成为中国立法、司法、教学和理论研究的基础。比方说,当时开始使用的“人格”、“私权”、“权利”、“所有权”等概念,与今天法学院中教授的民法学仍然息息相通。^[14]而有着这种知识层面上之延续性的,民法体系仅仅只是其中之一。

因此,与考察宋元明清时不同,研究这一时期法律历史之展开时,运用今天的主流法学知识体系基本上不会显得相悖。而这种在同一法学知识体系中的较好共融性,使得对这一时期的研究,能够引导人们洞察今天法学知识体系的前世今生。这不仅仅只是具有法律史的意义,更为重要的,还可以增进其他法学学科对自家知识体系的深刻体认。从今天的学术动态来看,已有一些学者开始这一进路的研究,但相对其重要性而言,研究人员的数量仍显稀少。

后一个理由则主要着眼于实践层面。二十多年前,霍布斯鲍姆等人合著了一本后来产生深远影响的著作。这本书看似离经叛道,但却极具说服力地提醒我们注意:所谓的“传统”,常常不是古代流传下来的不变的陈迹,它看似久远,但其实只有很短暂的历史。^[15]的确如此,深刻影响着今天法制的“法律传

统”,事实上,也并非如同很多中国法律史学者饱含民族情感地声称的那样,是扎根于中国历史悠久的过去;它更多的是近一百年来注入的内容。在最近的研究中,黄宗智准确地指出,已经初步成形的现代中国法律,“其组成因素中既有清代遗留的成分,也有可以称为作为中国革命的(排除其全能主义政权而突出其“革命的现代性”的部分)传统,而在这两者之外,更有从西方移植(并经国民党政府修改)的成分”。^[16]在构成总体“法律传统”的三大混合因素中,相比之下,现代中国革命时期形成的法制方面之遗存,以及从西方移植而来的法律,这两部分更为重要。这是因为,在某种意义上,今天中国法制的最大特点,如同华裔美籍学者李浩(Victor H. Li)大约二十年前就在其著作中委婉展示的那样,是一方面向西方的形式主义法治靠拢,另一方面仍在骨子里坚持“政法传统”。^[17]前者来自于与世界接轨的现时应对,后者则可以上溯至共产党人在新民主主义革命时期的创造。遗憾的是,今天法学院中的中国法律史研究,却甚少照顾到这两个至为重要的方面。且不说当今法学界的中国法律史研究基本上以1949年为时间下限,在相当长的一段时间内,对1949年以后的研究甚至不被视为法律史的任务,就连作为“政法传统”前身的革命根据地新民主主义法制,也常常在本科教学中被当作是自学的内容;迄今为止,对这一时期展开较深入研究的专著,更是寥寥无几。这是一个悖论:它意味着中国法律史学者用力不足的研究领域,却反而真正是对今天现实有着直接影响的“过去”。

以革命根据地新民主主义法制为例。二十多年来,中国法律史学者撰写了数量可观的专著,但关于革命根据地新民主主义法制的专著,至今却仍是屈指可数。^①这样一个落寞的研究状况,与被研究对象的重要性极不相称。在新民主主义时期,中国共产党的政治与政治意识形态创造出一个独特的“政法传统”,并至今保留着深刻的影响。因此,从法学学术的进路(而不是通常那种四平八稳的党史研究进路)考察“政法传统”前世的研究成果,将有助于法律人深刻认识今天的法制实践,并进而可能予以完善与改进。遗憾的是,即便是现有的少数几本著作,坦率地说,也均倾向于停留在史实梳理的层面,而欠缺思想启示上的深度追求。在这个意义上,或许可以说,中国法律史学者尚缺乏足够理论分量的贡献。

必须声明的是,对清末以来的近现代法律史研究重要性之强调,并不意味着我因此就认为清末之前帝制中国时期的法律史研究,在地位上都应退居其次。我从来不反对法律史研究上的“慎终追远”。尽管真正从法律史的自身脉络上看,中国历史上一些看似辉煌的遥远年代,也不过是表现出“盛世的平庸”(借用

^① 就我所知,主要有张希坡、马锡五审判方式[M].北京:法律出版社,1983;张希坡主编,革命根据地法制史[M].北京:法律出版社,1994;张希坡、韩延龙主编,中国革命法制史[M].北京:中国社会科学出版社,2007。

葛兆光的一个洞见),未必都有通常所说得那么重要,但帝制中国时期的法律文化基因,在今天仍有遗存,对它们的学术研究,也因此仍会具有模糊的现实性。故而,只有限制在清末以来的法律发展历史与今天更为直接地存在着相对承袭性的意义上,上述的这一判断才可能成立。不过,这个被限制的前提本身就足以说明问题。既然清末以来的近现代法律发展历史是如此更为直接地与今天相关联,那么它理应成为法律史研究最应关注的重点之一,而事实却并非如此。相对于今天中国法律史研究的整个学术布局而言,在这个领域还太过薄弱,而在另外一些热门领域,则也许是淤积了太多的学术兵力。

最后,可以考虑在中国法律史教学中引入“案例分析”的形式。正如最近一本采用此类写法的著作所说的,“通过分析具体的中国古代与近现代案例,深刻体会案例背后的中国社会、经济、政治以及法律本身等各种因素对不同时期法制的的影响,我们也许才能真正深刻全面地理解法制的本质……”^[18]

需要声明的是,对“案例分析”教学方式的欣赏,并不意味着我赞同美国法学院中那种主流的“案例教学法”在中国法学教育中的普适性;我只是想说,对“案例”的分析,将有助于法律人思维能力的培养。与兰德(Christopher Langbein 1826-1906)一百多年前在哈佛法学院推广的“案例教学法”相比,我所赞赏的“案例分析”的教学形式,并不仅限于针对古代或近现代的“判例”,也可能表现为对具有法律意义的“事件”的深刻分析。^①在中国法律史这样与现实存在明显间距的领域中,它并不会直接推进围绕当今法律展开的实践训练,而更多的是表现为人文的一面。但后者是更深层的问题。它可以帮助我们历史脉络的角度,更好地理解那些长期以来形成的、至今仍潜在影响国人的法律观念。今天的中国法制,始终处于西方移植法制与中国本土资源的不断整合与悖反之中。因此,强调法学院的教育必须注重法律实践能力的训练,并不意味着就必须矫枉过正,而突出仅此一面;它同样需要对中国社会的深刻体认,而后者总是存在着文化因素的历史延续。正是在这一点上,将“案例分析”的教学方式引入中国法律史教学之中,将有助于法律人素质的全面培养。

仔细追究起来,上面所建议的三个改革措施,也有颇大的差异:“借助法社会学的眼光分析社会变迁与法律变迁的历史互动”的作法,侧重于方法的层面,而“在广度与深度上加强对清末以来的近现代法律史研究”,以及“在中国法律史教学中引入‘案例分析’的形式”,更多强调的则是论域选定的问题。但这样的差异其实并不重要,真正重要的是它们在一个方向上集中用力,都将法律人思维方式的培养作为第

一要义。而在今天,我们必须清醒地意识到,“法学教育应当以能力、素质,特别是法律思维的培养为其宗旨,而不应以僵死的知识的传授为其宗旨。”^[19]

五、结语:问题,还是主义?

本文以中国法学院的中国法律史研究为例,检讨其在学术范式上存在的问题,以及造成自身发展困境的深层问题,并在分析后试图指出可能的因应之道。它虽然就当前困局进行批判,但更重在对未来发展的建言。

我知道,对于中国法律史研究传统格局的任何质疑,甚至于直到今天,几乎都还是一件相当忌讳的事情(这并不能仅仅用“雅量”来解释),即便有之,也往往只是少数几个意气相投的同行间的私议,而无法成为摆在桌面上的公议。然而,我却愿意冒一番风险,事实上,也已经这样做了。作为学界晚辈,我绝非无视前辈学者们的贡献。若非他她们的筚路蓝缕,中国法律史学科根本不会有今天的局面,虽远非显赫,但已经扎下颇深的根基。这至关重要。因为,如果连这种最初关涉安身立命的“现实合法性”,都尚且需要花费不少唇舌与人辩难的话,那么往后的所有进一步讨论都将是无根空谈。但是,一个时代的学术贡献,与其所处的时代背景密切相关。而今天,由于社会需求的变化,包括法律史在内的文科所经历的,是“一个自先秦以来的最大的转变”。^[20]因此,在某种程度上,这是学界晚辈面对焦虑劈面而来时的反应,同时,也更是反思,尽管只是刚刚开始而已。

最后,算是一种姿态,尽管我的分析始终是从现实切入,但所指涉的,实质上却是法律教育、学科发展、知识转型这样的宏大论题,而它们往往会被认为是名家巨匠指点江山的领地。因此,也许有人会习惯性地告诫说,“多研究些问题、少谈些主义”。这的确需要注意,但是,本文讨论的是“主义”吗?不,是我深嵌其中的中国法学院现实面对的“问题”!

参考文献:

- [1]刘广安.中国法史学基础问题反思[A].张中秋主编.法律史学科发展国际学术研讨会文集[C].北京:中国政法大学出版社,2006:11.
- [2]梁治平.法律史的视界:方法、旨趣与范式[A].梁治平.在边缘处思考[C].北京:法律出版社,2003:210.
- [3]黄震.中国法律史的学科史反思[A].张中秋主编.法律史学科发展国际学术研讨会文集[C].北京:中国政法大学出版社,2006:22.
- [4]张伟仁.传统观念与现行法制——“为什么要学中国法制史”一解[J].《台大法学论丛》第17卷第1期.
- [5]黄源盛,张永铨.近十年来台湾法史学教育的实证分析(1993-2002)[J].《法制史研究》第三期,台北:中国法制史学会,2002.
- [6]李力.危机·挑战·出路:“边缘化”困境下的中国法制史学——以中国大陆地区为主要对象[J].《法制史研究》第八期,台北:中国法制史学会,“中央研究院”历史语言研究所.

^① 在这里,对于“判例”与“事件”的区分很有必要,如果中国法律史中的“案例分析”仅仅只是包括前者,那么会将太多的重要内容遗漏在外,因为最终形成“判例”的毕竟只是少数。相比之下,具有法律意义的“事件”则为数更多。比方说,春秋时期关于成文法公布所引发的争论,就涉及到对很多具有重要法学意义的问题之讨论,即使对今人仍不乏启发之处。

- 所, 2005
- [7] 苏力. 美国的法学教育和研究对我们的启发 [A]. 贺卫方主编. 中国法律教育之路 [C]. 北京: 中国政法大学出版社, 1997: 340
- [8] [美] 列文森. 儒教中国及其现代命运 [M]. 郑大华, 任菁译. 北京: 中国社会科学出版社, 2000
- [9] 俞江. 思想与制度之间——大陆的法史学研究之展望 [J]. 《法制史研究》创刊号, 台北: 中国法制史学会, 2000
- [10] 福柯. 尼采·谱系学·历史学 [A]. 苏力译. 《学术思想评论》第 4 辑 [C]. 沈阳: 辽宁教育出版社, 1998: 380
- [11] 苏力. 语境论——一种法律制度研究进路和方法 [J]. 《中外法学》, 2000, (1).
- [12] 刘广安. 二十世纪中国法律史学论纲 [A]. 刘广安. 中华法系的再认识 [C]. 北京: 法律出版社, 2001: 185
- [13] 王健. 中国近代的法律教育 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001: 3
- [14] 俞江. 近代中国民法中的私权理论 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2003
- [15] [英] E·霍布斯鲍姆, T·兰格编. 传统的发明 [M]. 顾杭, 庞冠群译. 南京: 译林出版社, 2004
- [16] 黄宗智. 中国法律的现代性? [A]. 许章润主编. 清华法学 (第十辑) [C]. 北京: 清华大学出版社, 2007: 72
- [17] Victor H. Li. Law Without Lawyers: A Comparative View of Law in China and the United States. Boulder, Colorado: Westview Press, 1978
- [18] 赵晓耕主编. 中国法制史学教学案例 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2006: 导论.
- [19] 王晨光. 法学教育的宗旨——兼论案例教学模式和实践性法律教学模式在法学教育中的地位、作用和关系 [J]. 《法制与社会发展》, 2002 (6).
- [20] 苏力. 社会转型中的中国学术传统 [A]. 苏力主编. 法律和社会科学 (第一卷) [C]. 北京: 法律出版社, 2006

The Chinese legal history under the background of knowledge transformation: Comments from the standpoint of Chinese law schools

You Chenjun

(Law School of Peking University, Beijing 100871, China)

Abstract As far as the academic paradigm is concerned, it is the style of traditional history, not of law science, which is still occupying the main position in both the research and teaching of Chinese legal history in Chinese law schools nowadays. Unfortunately, under such circumstances, more and more people tend to consider the Chinese legal history as a subject of little importance, at least, of no direct help to legal profession. The root brought about such awkward situation lies in the fact that China has experienced so many transformations of legal system since last century that the knowledge of Chinese legal history has lost the possibility of being used in practice directly as a result. While in the tradition of common law, there exists a special mechanism which gives significance to the study of legal history even nowadays. To overcome the current awkward problem, there will be no aids if we only depend on the traditional sermon as before. The solution to it, in my eyes, perhaps is attaching more importance to the training of legal thinking by the exploration in three fields, which may help bring about the knowledge transformation of Chinese legal history in Chinese law schools finally.

Key words Chinese legal history; the development of disciplines; Knowledge transformation; Legal thinking; Legal education

责任编辑: 王启梁