

法律史研究的方向： 法学化还是史学化

胡 永 恒

摘 要：中国法律史研究应该走向“法学化”还是“史学化”，是学界关心的重要问题。法律史学科位于法学学科建制中，长期以来研究主力为法学出身的学者。法学研究者重在对历史进行阐释、惯于演绎逻辑，常以西方法学概念、理论为前提，对中国法律进行评判，因此目前法律史研究出现的主要问题是史料基础薄弱、西方中心主义与现代化范式泛滥。近些年大量史学出身的研究者进入法律史领域，为法律史研究带来新气象。基于史学基础薄弱的现状，法律史研究应当走向史学化。在这一前提下，研究者个人应追求法史兼修，学界应加强分工合作。

关键词：法律史 法学化 史学化 范式

一、引 言

近年来，中国法律史（以下简称“法律史”）逐渐成为史学研究中一个引人注目的学术增长点。不过总体而言，法律史研究仍处于一种“双重边缘”的境况——在法学界位于边缘，在史学界也位于边缘。在法学界，法律史常被认为是与现实隔离的、没什么用的“冷学问”，法理学、部门法学学者不太重视法律史学者的研究，从事法律史研究发表成果难，申请课题难。而在史学界，不少人在心底较为轻视法律史，认为它是一门幼稚的学科，史料薄弱，且与其他史学学科对话少。有位资深的法律史学者曾这样反省道：“从理论的角度我们与法理研究似乎有所差距，从历史的角度我们对事实的把握也难以达到专门从事史学研究者那样的深度。”^① 此语道破法律史研究的要害问题。

其实这一问题早已存在，而且由于它关涉法律史学科的方法论、发展方向等重大问题，也为很多法律史研究者所反省。^② 众多法律史学者不约而同地关注方法论问题，不免让人想到德国法学家拉德布鲁赫的一句名言——“某些科学如果必须忙于从事探讨自己的方法论，就是带病

① 曾宪义、马小红：《中国法律史学术研究成果之分析》，《法学家》2007年第1期。

② 仅就笔者的视野所及，这类文章就有数十篇之多。参与讨论的，既有张晋藩、曾宪义、倪正茂老一辈学者，也有梁治平、徐忠明、马小红、李力、陈景良、刘广安、苏亦工、夏新华等中青年学界中坚，还有王志强、邓建鹏、尤陈俊、刘昕杰等“70后”甚至“80后”的青年才俊。

的科学。”^① 若法律史这门学科真的有病，认清症状、辨析病理，终归是件好事。学者们的讨论多涉及学科的发展方向问题——即法律史应更多地向法学靠拢（或曰“法学化”），还是向史学靠拢（或曰“史学化”）。两种主张各有依据。早在 10 年前就有学者指出：“中国法律史学界如今存在两种颇为对立的情绪——尽管两派没有公开予以讨论。法律史考证学家每以自己能判定真实的史料而自喜，有些轻视关注理论建构与意义解释的研究路数。而重视法律史意义解释和法律史宏观理论的学者，以为放弃意义解释和理论建构，法律史无疑成为‘支离破碎’的史料堆砌。”^② 现在看来，这种暗中的对立不仅仍然存在，且有愈演愈烈之势。最重要的原因或许在于，近年来有不少史学出身的学者进入法律史领域，让某些出身法学的学者感到自己的“领地”闯入了外来者，由此主张法律史走向“法学化”或“法理学化”，以维护自身的专业优势。在此背景之下，法律史应当朝何处去，更是一个值得认真对待的问题。

作为一个交叉学科，法律史遭遇的问题具有一定代表性。经济史、社会史等分支学科，或多或少都面临这一问题，如经济史研究如何运用经济学理论、社会史是否应社会学化等。^③ 因此，讨论法律史研究应法学化还是史学化的问题，或许能为其他交叉学科的发展提供某些启示。

二、法学化的法律史

在现行学科建制中，法律史属于法学学科。相应地，法律史学者大多出身法学，法律史论文也大多发表在法学刊物上。与经济史、社会史等学科相比，法律史虽然也属史学与社会科学的交叉学科，但情况却不太一样。经济史、社会史处于史学学科的建制中，是传统“史学圈”的组成部分，而法律史却不是。史学学者常把法律史看作一门“法学圈”中的学问；法律史学者也多有一种“法律人”的自我认同。这就使得法律史学界成为一个相对封闭的小圈子，与“史学圈”有一定的隔膜。^④

法律史成为“法学圈”中的法律史有其特殊的历史渊源。近代以降，在“西学东渐”的诸多人文社会学科中，法学或许是最为纯粹的一门“西学”。传统中国学术中虽有“律学”，但它以历代刑律为主要研究对象，在刑律“为盛世所不尚”的古代中国，始终未能居于传统学术的主流。而在西方，自古罗马始，法学即成为一门显赫的学问，发展至近代更蔚为体大思精的学科体系。因此，论体系之健全、学理之精细，中国传统法学与西方传统法学相去甚远。

更重要的是，中国近代法学的知识体系与传统法学之间有着明显的断裂。晚清新政中修订的各种法律或法律草案，无不以西方（多以日本为中介，或仿法德，或参英美）法律为蓝本。法学本是经世致用之学，整个法律体系既为舶来品，与之配套的法学知识体系自然也来自西方。纵观近代以来的法律史学，无论是学科初创时期的沈家本、梁启超，还是其后的徐朝阳、杨鸿烈、陈顾远、瞿同祖等人，亦多以西方法学或其他社会科学的视角和方法来治中国法律史。^⑤ 新中国

① 转引自 K. 茨威格特、H. 克茨：《比较法总论》，潘汉典等译，北京：法律出版社，2003 年，第 44 页。

② 徐忠明：《关于中国法律史研究的几点省思》，《现代法学》2001 年第 1 期。

③ 如经济史学界长期存在关于经济史是属于历史学还是经济学的争论。历史学出身的学者和经济学出身的学者，在研究的目标、方法上往往有着很大的差异。

④ 不仅大陆学界如此，台湾也存在类似现象。参见黄源盛：《台湾的中国法制史研究》，曾宪义主编：《法律文化研究》第 5 辑，北京：中国人民大学出版社，2009 年，第 17 页。

⑤ 沈家本稍特殊，著有《历代刑法考》，是传统律学大家；但主持清末修律，在引进西方法律制度和法学知识方面居功至伟，故往往被尊为引进西方法学的第一人。其实从学术角度看，更应被视为中国法律

成立后,中国法学一度深受苏联法学的影响,但后者亦是“西学”。改革开放后,以西方法学概念、理论、视角和方法来书写中国法律史成为主流范式。这一时期,在立法方面进行了新一轮的大规模法律移植(移植自西方发达国家),在司法方面的改革也主要朝向西方近现代的职业化司法。因此,中国法律史学虽然有一个西式外壳,但内容(中国古代法制及思想)却与当代中国法制存在偏差;而由于整个法制体系均来自西方,故以西方发达国家法律史为主的“外国法制史”学科反而正好与当代中国法制相对接。

考虑到法律史的学科特点、历史渊源及研究主力为法学人士的现实,在20世纪80年代确立的学术建制中,法律史被划入法学而非历史学。这种建制反过来又影响之后的学术研究,造成今日法律史为“法学圈”中法律史之局面。

法学人士从事法律史研究,无可避免地受其惯常思维的影响。与史学研究的思维相比,法学研究的思维有何不同?作为一个曾受过一定法学训练而现在从事史学研究的人,笔者感受到主要有以下两个方面的差异。

一是思维过程的差异。相较而言,史学以实证研究居多,研究者习于归纳;而在法学研究中,尤其是在凸显法学学科特色与自足性的所谓“概念法学”中,^①演绎思维的使用无疑更为频繁。史学研究往往截取历史中的某一时段或断面,力图在澄清史实的基础上,得出一个具有概括、总结意味的经验性结论。法学研究则往往从某一概念、原则或理论出发,证之于历史或现实中的某些现象,以此证明此概念、原则、理论能否成立,或以历史、现实是否符合某种一般原理而加以评判。出身法学的研究者在做法律史研究时,往往会不自觉地受此法学研究的思维惯性支配。一个较为突出的例子是近年来法律史学界大量涌现关于清末以来“司法独立”问题的研究。这类研究通常遵循这样的套路:先阐明司法独立的重要价值及其普适性,然后依据其基本原则及构成要素观照中国近代某时、某地、某政权的司法状况,从法院、法官是否能独立行使审判权或从人事权、财政权、法官素质等各方面展开分析,得出其未能实现司法独立的结论并指出差距所在,接着检讨其历史原因并泛泛指出其对于现实的借鉴意义。除去具体时空的差异,其结论和论证方式几乎千篇一律。其实,并非仅“司法独立”研究如此,在诸如议会、立法、行政、审判、监狱、法律职业等研究领域,类似现象也大量存在。从这类研究中,可总结出一个“三段论”式的演绎思维模式:

法学原则、理论 + 中国历史上的现象 → 评价(肯定或批判)
(大前提) (小前提) (结论)

其中,作为“大前提”的法学原则、理论基本上来自西方近现代法学。换言之,它以西方法学的原则、理论作为放之四海而皆准的真理。^②这种思维模式与在法学界盛行多年的“对策法

① 史学科开创者的,当为著有《论中国成文法编制之沿革得失》的梁启超。关于中国法律史学的学术史梳理,可参见梁治平:《法律史的视界:方法、旨趣与范式》,《中国文化》2003年第19、20期。

① “概念法学”一词源于19世纪德国“潘德克顿法学”,它以集罗马法学大成的《学说汇纂》为其理论的历史基础,强调法律概念的分析及法律体系的建构。此处“概念法学”指的是大约自1980年代中期在中国法学界兴起的关注具体法律制度和条文,重视法条解释、概念推演和体系构建的法学研究方法。参见苏力:《也许正在发生——中国当代法学发展的一个概览》,《比较法研究》2001年第3期。

② 应指出的是,已有一些法律史学者对此有充分反省与自觉,开始强调把问题置于特定的历史语境中进行审视,采取功能主义分析等进路而非简单地进行中西对比。

学”如出一辙。其惯常套路为：以西方法学的某些原则、理论验之于中国的现状，得出批评性的结论，然后借鉴西方经验提出相应对策。^①也就是说，无论是研究历史，还是研究现实，法学研究人员都更习惯于演绎思维。

二是研究旨趣的差异。概言之，史学研究强调还原历史，法学研究则强调阐释历史。中国史学界向来有较强的实证研究传统，即便是在各种理论、方法竞相登场的今天，实证研究仍居主导地位。它最为强调的是历史的真实性。相比之下，法学研究者更喜欢探讨史实背后的原因、价值或者启示。这种现象也与上文提到的演绎思维模式密切相关。与史学相比，法学是一门与世俗关系更密切的学问；与史学研究者相比，法学研究者往往有更直接的经世致用情怀。因此，在忙于建设法治社会的今天，法学出身的研究者更倾向于“在实践中回答现代化，特别是当代中国法制现代化过程中出现的问题”。^②由此可见，法律史学者更多地与法学学者而非史学学者分享同一套话语体系；其潜在的对话对象，是法学学者而非史学学者。这就进一步决定当今法律史的品格更接近于法学，而非史学。但是，法学化的法律史却存在一些亟需改变的问题。

首先在于其史学基础薄弱。史学研究的基础是史料的占有。由于法律史研究的主力大多出身法学，其中多数人不曾受过严格的史学训练，加之研究旨趣主要在于为现实服务而非探索历史本原，史学基础薄弱是其通病。不少法律史研究侧重于法理辨析，史料只是必要的点缀，“以论代史”的问题较为突出。很多法律史学者惯于引用二手资料，不愿意下功夫去阅读和引用一手史料。如，司法档案是非常重要的原始资料，但在法律史研究中长期不受重视，只是近些年来，才逐渐形成系统阅读和利用司法档案的风气。有学者指出，像“刑科题本”这样的重要史料，经济史学界早已有利用它的学术传统，在法律史学界反而鲜有利用者。^③因此，同类主题的论文中，所使用的史料往往大同小异。更有甚者，转引他人史料而不注明，这种现象在法律史研究中屡见不鲜。此外，法律史研究中还经常存在史料种类不够多样化、使用太过随意、简单堆砌史料、史料与观点不够契合等弊端。当然，也不乏史料扎实、考证精细之作，但整体而言，在史料运用、史实考证等方面，法律史研究尚未达到政治史、经济史等学科的水准。法律史之所以在史学界处于边缘地位，最重要的原因恐怕在此。

另外，就整个法律史学界而言，基础史料的整理仍有不足。虽然也有不少学者（如刘海年、杨一凡、田涛、怀效锋、黄源盛、何勤华等）重视史料整理工作，甚至还设有专事史料整理的机构（如中国政法大学和华东政法大学均设有法律古籍整理研究所），并且近年来法律史学界明显加快法律史料整理工作的进程，^④但就总体而言，法律史料整理的状况仍不如人意。如一位学者指出的，“通常我们在研究明律要参考台北黄彰健的《明代律例汇编》，研究唐律时要依赖日本仁井田升的《唐令拾遗》，类似这样的整理、辑佚著作，可以说还没有。这不能不说是一个很

① 关于“对策法学”的局限与弊端，参见陈瑞华：《论法学研究方法》，北京：北京大学出版社，2009年，第215—245页。

② 王志强：《中国法律史学研究取向的回顾与前瞻》，中南财经政法大学法律史研究所编：《中西法律传统》第2卷，北京：中国政法大学出版社，2002年，第82页。

③ 参见尤陈俊：《新法律史如何可能——美国的中国法律史研究新动向及其启示》，黄宗智、尤陈俊主编：《从诉讼档案出发：中国的法律、社会与文化》，北京：法律出版社，2009年，第502页。

④ 如国家图书馆出版社2008年推出《明清法制史料辑刊》第1编（地方公牍类）全37册，今后还将陆续推出第2编（刑案说帖类）和第3编（律例类）；怀效锋主编的《清末法制变革史料》（上下册）于2010年由政法大学出版社出版；华东政法大学、中国政法大学等高校20多名学者合力点校的11卷本《大清新法令》于2011年由商务印书馆出版；李启成点校的《资政院议场会议速记录——晚清预备国会论辩实录》也于2011年由上海三联书店出版。

大的缺憾”。^① 另以近代司法档案而论,北洋时期的司法档案除了黄源盛编纂的《大理院民事判例全文汇编》、《大理院刑事判例全文汇编》及《平政院裁决录存》外,尚很少见到其他编纂成果;南京国民政府时期的司法档案数量更为浩繁,但上至最高法院,下至基层法院,已整理出版的司法档案甚为鲜见;中共革命根据地时期的司法档案也为数不少,但即使是其中最为重要的陕甘宁边区高等法院档案,至今也仍未整理出版。史料基础的不足,导致低水平重复的泡沫式研究大量出现,助长了浮躁学风,成为法律史研究的一大隐忧。为此,在史料整理方面用力甚勤的黄源盛指出:“从事法史研究,史料可以说是最基本的,由史料过渡到史实,由史实得出解释,这是个最基本的方向。”^② 对于那种重思辨、轻史料的研究,有学者提出批评:“在法律史料的运用上,采取‘以论带史’或‘六经注我’的作法,可能写出有价值的法律哲学或法律思想方面的论著来,却不可能写出成功的法律史学的论著来。其原因就是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。”^③ 还有的学者痛斥法律史研究中的“法理学化”倾向,认为其“重方法或西方的理论而轻史料,注重宏大理论框架的建构,生硬地比较中西法律文化,造成与法理学作品同质化”。^④

空谈理论,不在史料基础上做扎实的经验研究,很难推动理论的创新。因为理论发展一般遵循这样的规律——“从经验中发现理论的例外,理论的例外慢慢地累积起来,便形成了一种新的理论。”^⑤ 事实上,史学研究中的很多创新都是因为从史料中发现“反常”而催生的,并非基于理论的冥思玄想。

不过,仅从认识上明确史料的重要性,仍无法在短时间内促使法律史研究发生转变。在这里,有必要指出多数法律史研究者不愿意在史料方面下功夫的一个现实因素,即“投入—产出”效益问题。一般而言,较之阅读、消化史料所需花费的大量时间、精力,写作以思辨为主的论文和著作要更容易一些。^⑥ 而当前以数量为主的学术评价机制,又助长了研究者避难就易的心理。因此,要改变法律史研究中史料薄弱的状况,恐怕还有赖于相关学术评价机制的变革。

其次,法学化的法律史之严重弊端,是西方中心主义与现代化范式的泛滥。如前所述,中国近代法制与法学几乎全盘移植自西方。作为法学的子学科,法律史的“西化”也比较彻底,从概念到体系,从方法到理论(传统的考据方法除外),几乎全来自西方。在西方法学话语的主导下,中国法律史已沦为纯粹的客体,仅为被描述和被解释的对象,其主体性全然消解,以至于有学者提出尖锐质疑:中国法律史到底是“中国法的历史”,还是“西方法在中国的历史”?^⑦

按西方法学知识体系来剪裁中国古代法律,会出现诸多别扭之处,甚至得出一些错误结论。例如,以“中国法制史”教科书为代表的主流研究范式,基本是以刑法、民法、行政法、经济法的西方法学体系来叙述中国法律史。这样的分类用于中国近代尚无不可,用于古代则显然不合适。因为中国古代法律规范基本上体现为“礼”与“法”,其中“法”主要是刑法,“礼”既

① 林乾:《辉煌与隐忧:法律史学六十年评述》,《西南大学学报》2009年第5期。

② 黄源盛:《台湾的中国法制史研究》,曾宪义主编:《法律文化研究》第5辑,第15页。

③ 刘广安:《二十世纪中国法律史学论纲》,《中外法学》1997年第3期。

④ 李力:《借题发挥:中国法制史向何处去?》,《政法论坛》第24卷第6期,2006年。

⑤ 陈瑞华:《论法学研究方法》,第200页。

⑥ 法学界和史学界都有学者利用CSSCI数据库对各自领域的高产学者发文情况作过统计。参见苏力:《也许正在发生——转型中国的法学》,北京:法律出版社,2004年,第74页;徐秀丽:《从引证看中国近代史研究(1998—2007)》,《近代史研究》2009年第5期。

⑦ 刘昕杰:《“中国法的历史”还是“西方法在中国的历史”?——中国法律史研究的再思考》,《社会科学研究》2009年第4期。

包含刑法、民法、经济法、行政法等多种法律性质的规范，也包含很多伦理、习惯规则。若仅就体现为刑法的“法”来谈古代法律，则不免得出“中国古代无民法”或“民法不发达”的结论。实际上，中国古代社会中民事性质的田土、户婚、钱债、继承等纠纷，均有相应的规则可遵循，仅因为没有出现西方式的民法典就得出上述结论，未免失之偏颇。^①这种“简单地从现代部门法体系出发，随意选择分割传统法典内容和法律体系”的做法，的确容易“使传统法律体系的整体性和历史性受到了破坏，导致了认识上的主观性和结论的片面性”。^②

以西方概念来重构、衡量中国法律史的现象很多。背后是这门学科深入骨髓的“西方中心主义”。以西方现代法治作为中国法制建设的当然方向，是众多法学学者的典型心态，反映一种“骨子里对西方法律的羡慕乃至崇拜”。^③在这种心态的支配下，研究者自然对中国法律持一种批判态度，忙于证明它的落后，同时不忘提出以西方法治为蓝本的改造方案。多年来，这在法律史研究中已经形成一个固定的“现代化范式”套路。其基本特征，是以一种线性的、进化的历史观，将传统与现代二元对立，视西方现代法治为中国法律的理想参照和必然归宿。现代化范式有其独到的理论解释力，但千篇一律遵循这一范式写作，必然会丧失学术的创新力。如前文曾提到的关于司法独立的研究，几乎所有人都在批评、检讨某一时期的司法未能独立，其内容和结论一望而知，很少有新鲜的学术创见。可以说，隐藏在现代化范式之下的西方中心主义严重禁锢了研究者的学术洞察力与想象力。而且，在潜意识中视中国传统法律为落后的、必然遭淘汰的事物，也使得多数学者对传统法律与当代法律之间延续的一面有所忽视，导致法律史研究成为一种“博物馆珍藏品似的研究”。^④也正因无力与现实法制之间建构内在的、有机的关联，法律史被视为一门“没什么用”的冷学问，这也是其在法学中被边缘化的重要原因之一。

三、史学化的法律史

20世纪90年代前，研究者相对注重宏观叙事，喜欢从整体或类型的角度谈论中国法律史，思辨色彩浓重；此后则相对注重具体制度、事件的考察，强调厘清或重建史实。有研究者对1979—2007年间《法学研究》进行考察，发现在1990年代中期以前，发表的论文多为以中国古代整体法律制度或中华法系为对象的研究，如《中华法系特点初探》、《中国古代法治与社会经济的发展》、《中国封建社会两类法律形式的消长及影响》等；而在1990年代中期以后，则以考察具体问题的研究居多，如《中国封建刑律中的八议》、《略论我国古代死刑复核制度》、《中国传统民事契约中的中人现象》等。^⑤这一定程度上说明，彼时法律史学界对史学基础的重要性已有一定认识。不过，很多研究者止步于琐碎史实的考察，缺乏深层的问题意识和全局的关怀；多数所谓考证也不过是枯燥的史料罗列、梳理，全无思辨的魅力与智识的启发。这种现象引发

① 关于中国古代民法的讨论，参见李显冬：《试论中国古代固有民法的开放性体系》，《杭州师范学院学报》2003年第5期；张生：《中国“古代民法”三题》，《法学家》2007年第5期。

② 刘广安：《中国法史学基础问题反思》，《政法论坛》2006年第1期。

③ 苏亦工：《得形忘意：从唐律情结到民法典情结》，《中国社会科学》2005年第1期。

④ 这一说法出自列文森（Joseph R. Levenson）。黄宗智曾借用这一说法批评中国法律史研究与现实隔绝的现状。参见黄宗智：《序：为什么要建立新的中国法律历史与现实的研究》，《过去和现在：中国民事法律实践的探索》，北京：法律出版社，2009年，第3页。

⑤ 闫文博：《1979—2007年我国法制史研究综述——以〈法学研究〉为中心的考察》，《法律文献信息与研究》2008年第3期。

一些学者的不满。有批评者指出,考据不过是一种鉴别资料真伪的手段,是史家的基本功,只能是研究的起点而不能是终局。^①这样的批评应该说是中肯的。从法律史的目标和功能来看,当然不能止步于描述历史现象、厘清历史事实,而应有进一步的理性思考。如果只停留在考据与叙述的层面,缺乏理论概括与意义诠释,法律史无法与其他法学学科有效衔接,不能为法学研究提供足够的智识资源,其服务现实法制建设的功能也将进一步丧失。^②

这些意见与前文提到的反对法学化的声音,恰成针锋相对之势。有意思的是,这两个阵营中的学者,基本上都出身法学。而在他们争论不休之际,法律史研究的格局悄然发生变化——大量史学出身的研究者纷纷进入法律史领域。

为什么会有越来越多史学出身的学者“进军”法律史领域?笔者认为,这首先是因为法律史与政治史、经济史、社会史、思想史、文化史等学科有着天然而紧密的联系,研究者很自然地就从某一领域走向法律史研究。如,政治史中关于清末新政的研究,就不可避免地涉及“预备立宪”和“变法修律”;经济史中关于中国传统契约的研究,需要与西方契约进行比较研究,或借用契约的一般原理进行分析;社会史中关于近代职业群体的研究,会涉及律师、法官、警察等新兴群体;思想文化史中关于西学在近代中国传播的研究,会涉及某些重要的西方法学概念(如权利、法治)和理论(如分权制衡、司法独立)。事实上,很多史学研究者所从事的法律史研究,正是其原有研究的组成部分,或是其研究的自然延伸。法律史的主要研究对象虽为历史中的法律制度、观念及思想,但其与政治、经济、社会、思想文化均有一定交叉,也存在千丝万缕的联系。可以预见,在跨学科研究日益盛行的情况下,因研究其他学科而进入法律史领域的学者,今后还会越来越多。

除学科之间的天然联系外,“进军法律史”也不排除研究者的主观因素,尤其是前文提及的“成本—效益”考虑。与政治史、经济史等史学分支学科相比,法律史研究的史学基础相对薄弱,还留有不少尚待开垦的研究领域,容易产出“填补空白”的成果。而发掘史料、考证史实的能力,正是史学出身学者的强项。另外,现有法律史研究在法学专业知识方面的水准实际也没有业外人士所想象的那么高。如有学者指出,“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”。^③现实中,法律史学者不重视法理研习、不关注部门法最新进展却仍能做出一定研究成绩的现象,也证明法律史研究具有一定容易度。因此,史学学者进入法律史领域,需要跨越专业障碍的难度也相对较低。

不过,有些法学出身的法律史学者对史学学者的“闯入”格外警惕,觉得“地盘”有被抢占的危险。事实上,史学出身的人进军法律史,因其学科背景优势,在推进法律史研究进展上,确实不乏成功的例子。如黄宗智本来主要从事经济史研究,后来转向法律史,成绩斐然。再如秦汉史学者杨振红运用包括出土秦简、汉简在内的丰富史料,对法律史学界一个长期居于主流

① 参见苏亦工:《法律史学研究方法问题商榷》,《北方工业大学学报》1997年第4期。

② 这方面的讨论,可参见王申:《论法律史研究中的法理意义》,《华东政法学院学报》2006年第1期;俞江:《思想与制度之间——大陆的法史学研究之展望》,台北《法制史研究》创刊号,2000年;黄震:《中国法律史的学科史反思》,张中秋主编:《法律史学科发展国际学术研讨会文集》,北京:中国政法大学出版社,2006年。

③ 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》,《云南大学学报》(法学版)2008年第1期。

的观点“法律儒家化”提出有力挑战。^① 实践表明，史学背景的研究者进入法律史研究领域，往往能为这一研究引入新的史料、观点、视角和方法，从而打破陈陈相因的旧说，带来新的气象。

纵观近几年史学研究者的法律史研究，至少有两个新特点。其一，研究多基于司法档案等原始资料。^② 近年在法律史领域声誉鹊起、以黄宗智为领军人物的“UCLA 学派”，其重要特点就是重视诉讼档案的系统利用，所出版的一本论文集即名为《从诉讼档案出发》。^③ 其二，研究多采用社会史路径。法学界的法律史研究，长期占据主导地位的是制度史研究，即以研究历代成文法和司法制度为主，而对法律的实际运作及其社会效果关注不够。虽然早在 1930 年代瞿同祖就写出法律社会史研究的经典之作《中国法律与中国社会》，但此后遵循这一路径的学者甚少。当前随着社会史研究的兴盛、“眼光向下”方法的流行以及各地诉讼档案的陆续开放，法律社会史研究已经蔚为一股强大的研究潮流，以致很多出身法学的学者也纷纷采取这一研究路径。与过去占据主流的制度史研究相比，法律社会史注重制度生成的社会背景、真实的运作状况及其效果，并将目光投向长期被忽略的基层司法实践，因而在很大程度上拓宽、丰富了法律史研究。

“史学化的法律史”在改变法制史研究中史料薄弱、预设过强等偏弊的同时，其自身也并非毫无问题。从现有研究趋势来看，至少有如下需要警惕的倾向。

一是“反理论”倾向。史学学者大多重视史料和考证，但也容易滑向一种极端的实证史学立场。目前法律史研究中存在的一个普遍问题是理论思考能力不足。虽然不少法律史研究成果宣称借助社会学或人类学理论，但真正能熟练掌握、妥当运用者甚少。此外，往往因习用某一理论而生成固定“套路”，以致文章千人一面、了无新意。^④ 多数侧重史实的著述止步于经验研究，无法上升至理论高度；而很多侧重法理思辨的著述也往往停留在搬弄、套用西方既有概念和理论的层面，无法自行提出高度概括的概念和普遍适用的解释框架。如一位法律史学者所反省的，“真正的问题倒是我们缺乏具有意义解释能力与理论建构素养的学者。也正因为如此，欧美学者每每声称中国只能提供史料，解释与理论则由他们担当”。^⑤ 法国史学家勒华拉杜里曾这样定位历史学家的职责：“历史学家犹如井下的采掘工，他们在地下找寻资料并将其运到地面，以供经济学家、气象学家、社会学家们使用。”^⑥ 不过，真正有抱负的历史学家，恐怕不会甘心只扮演“矿工”的角色；真正有抱负的中国学者，也不会甘心只给外国学者当“矿工”。但要避免“矿工”的命运，须在理论思考方面多下功夫。

二是“碎片化”倾向。“碎片化”是当前人文社会科学的普遍境况，在法律史领域尤为突出。研究者往往习惯锁定某一时段、地域、问题进行研究。年轻学者尤其如此。由此产生的流弊是，很多人在对本学科缺乏基本了解与把握的情况下，匆匆投身于某一狭小领域的研究。研

① 参见杨振红：《从出土秦汉律看中国古代的“礼”、“法”观念及其法律体现——中国古代法律之儒家化说商兑》，《中国史研究》2010年第4期。

② 如吴佩林的研究主要利用四川南部县诉讼档案，龙伟的研究主要利用上海市、四川省档案馆的档案，吴燕的研究主要利用四川省档案馆所藏的国民政府司法档案，杜正贞、吴铮强的研究主要利用浙江龙泉司法档案。

③ 参见黄宗智、尤陈俊主编：《从诉讼档案出发：中国的法律、社会与文化》。

④ 一个较为突出的例子是采用“国家—社会”分析框架的法律社会史研究，几乎都遵循这样一个模式：先谈国家（官府）出于某种意图制定某一法律规则或制度，在实践中如何因具体情势而被扭曲、规避或架空，反过来又导致规则或制度本身的修正、变通或废除，最后得出国家（官府）与社会之间存在复杂互动的泛泛结论。采用这种方法进行研究并无不可，但用得太多会使读者产生“阅读疲劳”。

⑤ 徐忠明：《关于中国法律史研究的几点省思》，《现代法学》2001年第1期。

⑥ 弗朗索瓦·多斯：《碎片化的历史学》，马胜利译，北京：北京大学出版社，2008年，第173页。

究民国的不懂清代,研究共产党的不懂国民党,在法律史学界是寻常现象。不少研究者甚至连《唐律疏议》、《宋刑统》、《大清律例》这样的古代基本法律典籍都没有看过。或有人认为,只有在某一相对狭小的领域深耕细作,方能产生学术精品。这其实是一种误解。没有“通”,哪来的“深”?史学家蔡美彪曾指出:“历史是前后连贯的一条长线,又是相互联系的一个大面,把历史知识缩成一点,可以成为专家,但不能成为通才。必须专与通相结合,不可偏废其一。”^①

三是“擦边球”倾向。有些出身史学的研究者对法学专业知识没有把握,唯恐说外行话,因此在做法律史研究时,刻意回避一些重要的法学问题。这一不足在近年流行的法律社会史研究中较为突出。很多以诉讼档案为基础的研究都重在现象描述和史实梳理,再借助一些社会学或人类学理论进行分析,而很少看到关于诉讼程序、犯罪意图、证据分析、司法推理等较为专业的法律问题的探讨。应该说,史学出身的研究者用自己熟悉的视角、方法和理论去书写法律史,是可以理解的。问题在于,若一味回避重要法理问题,满足于打“擦边球”,结果与法律相关的各种现象都研究了,唯独没有研究法律本身,这是无论如何也说不过去的。当然,法律史研究理应呈现多元化面貌,不存在什么“正宗”的法律史研究,但那种能深辨法理的法律史研究不应缺席。

四是“扎堆近代史”倾向。近些年进入法律史领域的研究者,研究的时段多为近代。相比之下,从事古代法律史研究的人较少,年轻学者更是屈指可数。这似乎也不难理解。首先,近年来出现的很多司法档案,如台湾淡新、四川巴县与南部县、河北宝坻、浙江黄岩与龙泉等地的档案,多为清代以后,而很多研究者正是因为这些档案而进入法律史领域的。其次,研究古代史需要阅读大量文言史料,而对很多年轻学者来说,阅读文言文的难度已经超过阅读英语。再者,近代史与现实的联系更为紧密,更能满足“经世致用”的现实关怀。但年轻学者一窝蜂涌向近代史领域,也产生一些隐忧:所有人都去研究近代史,古代史研究会不会发生后继无人的现象?研究者不懂古代,会不会影响对近代史的认识深度?或许,这只是一种杞人之忧。不过,面对法律史研究中古代与近代失衡的现状,至少应该有所反省。

五是“档案迷信”倾向。如前所述,诉讼档案的利用在法律史学界已大有“言必称档案”之势。据历史学家何炳棣回忆,他在美国哥伦比亚大学求学时,该校历史系有一个必须利用原始档案才能写作博士论文的不成文规矩。^②这实际上是一种实证史学传统。当今法律史学界推崇对诉讼档案的利用,固然显示了实证史学的追求,但也应看到,过度推崇档案乃至迷信档案,可能会限制甚至损害研究本身。因为,在档案之外,还有多种史料;在档案研究之外,还有多种研究进路。如大家都走档案研究的路子,势必影响法律史研究的多样性和丰富性。另一种对档案的迷信表现为对其内容的深信不疑。已有学者研究发现,诉讼案卷往往有人为编造、变造之弊。如,当事人为了使案件得到受理,往往在诉状中夸大其词甚至耸人视听;官员和书吏为了掩盖真相或应对上级核查,也常常对案卷进行人为篡改或造假。^③研究者若对此浑然不觉,就会得出错误结论。如果想当然地把司法案卷中所呈现的面貌当作整个社会的缩影,则容易犯盲人摸象的错误。将诉讼档案用于法律社会史研究时,应该注意这些问题。

① 蔡美彪:《回忆范老论学四则》,中国社会科学院近代史研究所编:《回望一甲子——近代史研究所老专家访谈及回忆》,北京:社会科学文献出版社,2010年,第747页。

② 参见何炳棣:《读史阅世六十年》,桂林:广西师范大学出版社,2007年,第222页。

③ 关于诉讼档案中的人为编造或篡改,可参见唐泽靖彦的论文《清代的诉状及其制作者》和李典蓉的论文《被掩盖的声音——从一件疯病京控案探讨清代司法档案的制作》,二文均见《北大法律评论》编辑委

四、法律史研究向何处去

“化”在汉语中意味着一种趋向或过程。“史学化”或“法学化”，意味着法律史研究的不同发展方向和路径。可能有人提出：能不能兼顾史学化与法学化？从逻辑上讲，这是不能成立的——若将法律史研究视为一个整体，它要么朝史学的方向走，要么朝法学的方向走，二者必居其一，无法“兼顾”。硬要说“兼顾”，也只能在一种修辞的意义上使用。

但从前面的讨论来看，法律史研究单纯地法学化或史学化，都有所偏弊。因此，“法学化还是史学化”的问题只有放在具体语境中才能回答——即要看当时研究的基本状况如何，若多数人都埋头找史料、作考证，则需倡导“法学化”；若多数人都在谈理论、作思辨，则需倡导“史学化”。

笔者的基本主张是：当前的法律史研究应当朝史学化的方向走。这一主张基于对目前法律史学界的基本判断——史学基础还比较薄弱，史料发掘不够，史实考证不够，众多研究者的史学训练不够。虽然法律史研究也存在法学水准不够的问题，但两相比较，史学基础薄弱的问题要更突出、更严重。这一判断主要基于个人阅读的印象及与同行交流的经验，尚缺乏数据统计等实证分析的支撑。实际上，要对当前法律史研究中法学基础还是史学基础更为薄弱做出实证研究也非易事。不过，这些年法律史研究的学术实践证明，那些标榜“法学化”（或“法理化”）的研究成果，多如肥皂泡一样稍闪即逝；而那些试图与其他法学学科进行对话的法律史著述，也往往因对部门法学理掌握不够而遭受冷遇。

相反，如果法律史学者能够在史料发掘、史实考证方面下足功夫，清楚展现相关法律概念、理论、制度的历史脉络，辨析源流，则可为法理学者和部门法学者提供良好的智识资源。如法律史学者俞江在近代民法领域所做的研究，就曾得到民法学家梁慧星的充分肯定。^①近年来在法学界影响较大的几部法律史（包括外国法律史）著作，如伯尔曼《法律与革命》、梁治平《清代习惯法：社会与国家》、黄宗智《经验与理论：中国社会、经济与法律的实践历史研究》等书，也都是史学基础较为坚实的作品。

从方法论上讲，各时代、各地域的法律既包括一般的理性要素，又呈现面貌各异的历史特征，“只有在历史演进的过程中，我们才会逐渐获得有关法律之理性的较为完整清晰的图景”。^②因此，近些年法学界的一些学者格外重视在法学研究中引入历史维度。如法理学者苏力因不满于法律制度研究中常见的“价值论”与“文化论”两种进路脱离具体时空背景之弊，针对性地提出一种“语境论”的进路，力求历史地、语境化地理解法律制度、规则的历史合理性；^③宪法学者高全喜、章永乐等人将目光投向清末民初的政治转型，从具体历史背景中开掘其蕴含的宪法学和政治哲学义理；^④刑法学者陈兴良痛感刑法学“无史”，因而奋笔“为刑

① 员会编：《北大法律评论》第10卷第1辑，北京：北京大学出版社，2009年。

① 参见梁慧星：《〈近代中国民法学中的私权理论〉序一》，俞江：《近代中国民法学中的私权理论》，北京：北京大学出版社，2003年。

② 舒国滢：《由法律的理性与历史性考察看法学的思考方式》，《思想战线》2005年第4期。

③ 参见苏力：《语境论——一种法律制度研究的进路和方法》，《中外法学》2001年第1期。

④ 参见高全喜：《立宪时刻：论〈清帝逊位诏书〉》，桂林：广西师范大学出版社，2011年；章永乐：《旧邦新造：1911—1917》，北京：北京大学出版社，2011年。

法学写史”；^①民法学者谢鸿飞因重视法律的历史渊源与历史相对性，对深刻影响近代民法的德国历史法学派及其背后的19世纪德国社会文化进行深入考察。^②这些法学学者对历史维度的重视及其所作出的相关努力，在一定程度上也说明法律史对各法学学科的价值及可能贡献。套用著名经济史学家吴承明曾提出的“经济史应当成为经济学之源”的观点，^③法律史也应当成为法学之源，为其他法学学科提供养分。

不过，法律史要实现这一使命，仅凭单向的“史学化”是不够的。没有足够的法学素养，也许能做一些史实梳理、考证的工作，但难以胜任对历史中的各种法律问题进行深刻阐释的任务，甚至无法辨别哪些问题才具有法学意义上的学术价值。因此，理想的法律史研究，首先应当是研究者兼通法学和史学。英国法律史家梅特兰曾作过一个著名演讲《为什么英国法律史尚未写成？》（*Why the History of English Law Is Not Written?*）。他提出，历史学家缺乏法律知识，而法学家又缺乏史学训练，是英国法律史迟迟未能撰成的最重要原因。^④其实，西方的法律史名家，如英国的梅特兰、密尔松，德国的胡果、萨维尼，美国的庞德、霍姆斯等人，无不兼具法学、史学两方面的精深造诣。^⑤而当今中国法律史学界一些较为出色的研究者，也已注意同时在史学和法学方面修炼自己。某些偏好理论思辨的学者，很重视对史料的发掘、整理与运用；而某些以史料扎实、考证精细见长的学者，也多有观点与理论上的创见。由此足见法史兼修的重要性。要做到法史兼修，只能是“缺什么补什么”——法学出身的补史学，史学出身的补法学。据笔者观察，一些想从事法律史研究的历史学博士，有意识地进入法学院做博士后；而一些法学出身的研究者，则选择进入历史系（学院）深造。这说明已有不少研究者具有一定程度兼修法史的自觉。法学与史学要在现有基础上更好地结合，需要更多法史兼修的“通人”涌现。

其次，法律史研究者还应具备更广阔的视野、更丰富的学养。当前，无论是在法学界，还是在史学界，“社会科学化”的潮流都方兴未艾。实践证明，社会学、人类学、政治学、经济学等学科的视角、方法和理论都有助于法律史学者拓宽视野，而视野的拓宽往往能有助于新问题的提出和新史料的发现，从而有可能带动研究范式的转变。正如梁治平在受到吉尔兹的“地方性知识”、雷德菲尔的“大传统与小传统”等人类学理论的启发后，撰写了《清代习惯法：社会与国家》一书，着重研究村规民约、宗族规章、民间习惯等“小传统”，与过去学界多研究国家正式制度（大传统）的做法大相径庭，从而引领了“民间法”、“习惯法”的研究风潮。^⑥法律

① 参见陈兴良：《刑法学的知识转型》，北京：中国人民大学出版社，2012年。

② 参见谢鸿飞：《法律与历史：体系化法史学与法律历史社会学》，北京：北京大学出版社，2012年。

③ 刘维维：《经济史应当成为经济学之源——访中国经济史学专家吴承明》，《中国社会科学报》2010年11月11日，第6版。

④ 参见乔治·皮博迪·古奇：《十九世纪历史学与历史学家》（下册），耿淡如译，北京：商务印书馆，1989年，第623页。梅特兰与波洛克合写的英国法律史只写到爱德华一世以前，迟至20世纪上半叶，才由霍兹沃斯陆续撰写完成17卷的《英国法律史》，从盎格鲁—撒克逊时期一直写到1875年的司法改革。

⑤ 梅特兰是备受赞誉的《爱德华一世以前的英国法律史》的主要作者；密尔松则撰有《普通法的历史基础》，是继梅特兰之后英国法律史研究中的佼佼者。参见李红海：《普通法的历史解读——从梅特兰开始》，北京：清华大学出版社，2003年。胡果和萨维尼是德国历史法学派的主要代表人物，参见许章润主编：《萨维尼与历史法学派》，桂林：广西师范大学出版社，2004年。美国法学家庞德和霍姆斯均对普通法的历史有精深研究，参见庞德：《法律史解释》，邓正来译，北京：中国法制出版社，2003年；霍姆斯：《普通法》，冉浩、姚中秋译，北京：中国政法大学出版社，2006年。

⑥ 参见梁治平：《清代习惯法：社会与国家》，北京：中国政法大学出版社，1996年。

史研究受“现代化范式”支配多年，已形成固定的话语模式和论证方法，陈陈相因，难以出新，因而引入新方法、新理论的需求格外迫切。

此外，法律史研究者还应尽量做到中西皆通。只懂西方学说，不懂中国传统，容易全盘否定传统；只懂中国传统，不懂西方学说，又容易走向文化保守主义。当代中国的法学体系舶自西方，对法律史学者而言，尤其需要对西方法学有深入了解，否则容易迷信西方而难以超越。如黄宗智曾指出，中国学者往往只知道美国主流的法律现代主义传统，而不知美国还有另一种强大的法律实用主义传统。^① 由于缺乏这种认识，学者们通常会强调西方现代法律的普适性，而忽视了其权变、实用的一面。自 20 世纪 90 年代始，不少法学学者认识到西方中心主义的危害并尝试跳出这一窠臼，有的学者提出法制的“本土资源”，呼吁人们重视那些世代相沿的民间传统或自发产生于社会的习惯规则；^② 有的学者开始研究“习惯法”、“民间法”等非正式法律。^③ 在“西学”已经成为一种走不出的知识背景的情况下，如果研究者自身又不熟谙中国古史及传统学术，就难以避免离开西方话语就无法描述甚至无法思考中国法律史的窘境。因此，要彻底摆脱西方中心主义，既需对“西学”有透彻认识，也需有“中学”的坚实功底。

就研究者个人而言，要做到法史兼修、中西皆通及拥有更广阔的视野，只能补课。但就整个学界而言，不同的研究群体可以考虑实行分工合作、优势互补。有学者曾提出：“法学界的学者当侧重从法的角度研究法律史。至于发掘史料，考订史实等工作则应最大限度地借助史学界的成果。这样搭配，既合理又经济。不仅能相互借重、互为启发，且可避免重复劳动，保证研究质量。”^④ 这种思路颇具启发性。另外，这两个群体还可以考虑在古代法律史与近代法律史之间适当分工。治古代法律史与治近代法律史应采用不同的方法与理论，这是由中国法律史的特殊性决定的。古代与近代不仅法律制度不同，理论、方法及概念体系都有巨大差别。因此，古代法律史的研究，可以更多地倚重史学出身的学者，因为它不宜过多以现代法学理论加以阐释。法学出身的学者，则可优先考虑从事近代法律史的研究。

最后，就法学界和史学界而言，也应加强彼此的交流与融合，过去那种壁垒森严、互不往来的局面，理当有所改观。如史学刊物可有意识地多发表一些法律史研究成果；法律史学界召开的学术会议，则可有意识地邀请一些史学界的学者。无疑，只有加强交流，才能逐渐缩小两个学界之间的鸿沟，增进理解与对话。

附识：衷心感谢匿名评审专家的修改意见。

〔作者胡永恒，中国社会科学院近代史研究所助理研究员。北京 100006〕

（责任编辑：雷家琼 责任编审：李红岩）

① 参见黄宗智：《中国法律的现代性？》，许章润主编：《清华法学》第 10 辑，北京：清华大学出版社，2007 年。
② 具有代表性的著作见苏力：《法治及其本土资源》，北京：中国政法大学出版社，1996 年。
③ 如上举梁治平的《清代习惯法：社会与国家》。在法理学界，谢晖、高其才等人借助法社会学、法人类学等理论资源，推动民间法、少数民族法的研究。
④ 苏亦工：《法律史学研究方法问题商榷》，《北方工业大学学报》1997 年第 4 期。

consciousness and research methods of Western and Japanese historians of Buddhism in the first half of the 20th century influenced Chinese scholars and reveal how the latter responded to these issues and methods and gradually formed their own modern research approach in this field. We can thus gain a picture of the development of research methods and paradigms in Chinese academic work on the early history of Buddhism in China.

The Flagellant Movement in the Black Death in Western Europe (1348–1349) Li Huacheng (147)

The flagellant movement flourished while the Black Death was raging in Western Europe. It was a collective behavior aimed at salvation through self-flagellation and was influenced by the eschatological theology of millenarianism. While the plague ravaged Europe, a relationship grew up between the church and the flagellants that contained differences but also interdependence. However, as the movement grew, it developed anti-church tendencies. More importantly, because of the periodic nature of the plague outbreaks and the limitations of the movement's religious doctrines and practical effects, its followers began to splinter and grow fewer, providing conditions for their expulsion by the church. At the same time, the movement's mode of organization and its radical actions in massacring Jews, etc., had a detrimental effect on society, leading to the opposition of the secular power. Under attack from all sides, its decline was inevitable. The flagellant movement reflects the "little tradition" of Western European society in the Middle Ages. Seen from the perspective of the changing relationship between the great tradition and the little tradition, it can give us a more comprehensive understanding of the world of faith in medieval Western Europe.

Chinese Tea and the Custom of Tea Drinking in the Netherlands from the Seventeenth Century On

Liu Yong (160)

Chinese tea was first introduced into Europe in the early 17th century by the Dutch. From the early 18th century until the 1840s, they dominated trade with China. In the Netherlands, tea at first could only be obtained from a medicine shop. As an excellent medicinal herb for the treatment of various local diseases, it won favor with the great majority of specialists, but also met with some opposition. Since tea-drinking was so strongly recommended by discerning people, the Dutch gradually accepted the idea that "tea is good for the health." As its price fell, tea was drunk daily, and was sold in specialist shops or alongside other goods. Tea drinking, previously regarded as a high-end leisure occupation, became widespread in all walks of life. One positive effect of the custom of tea drinking was that it enriched Dutch social life in this period.

Discussion and Remarks

The Direction of Legal History Research: Law or History?

Hu Yongheng (178)

Chinese academic circles are concerned about the question of whether research on Chinese legal history should be more oriented toward legal studies or more oriented toward history. For a long time, the discipline of legal history has fallen within the disciplinary framework of jurisprudence, with its main research force consisting of people trained in legal studies. Such scholars are strong on interpreting history and accustomed to logical deduction, and often take Western legal concepts and theories as the premise for evaluating Chinese law. This means that currently, the main problems with research on legal history are an inadequate foundation in historical materials, West-centrism, and the profusion of modernization paradigms. In recent years, a large number of researchers with a historical background have entered the field of legal history, bringing a breath of fresh air to research in this area. In view of its current weak historical foundation, Chinese research on legal history should be oriented toward history. With this premise, individual researchers should pursue both legal and historical studies and scholars should strengthen cooperation based on the division of labor.
