

# 中国法史及法史学研究反思

## ——兼论学术研究的规律

马小红\*

---

内容提要 中国法史及法史学的研究自上世纪初形成以来,在法学界或为炙手可热的“学科”,或为可有可无的“冷门”。这种冷热两极现象的背后,反映的是对学术目标的多种误读。比如,盲目地主张“创新”,单纯地强调学术服务于“时势”,本末倒置地将“学科”完善视为学术的目的等等。正是这种学术目标的误读,导致中国法史研究长期纠缠于方法的争论而忽视基础问题的研究。纠正学术目标误读的方式在于充分认识并尊重学术研究的规律,对基础问题的研究应在“传承”中创新;培养学人的独立品格,逐渐改善人云亦云的学风;将学科视为学术研究的途径而不是目的,以促进而不是桎梏学术研究的发展。

关键词 法史研究 学术传承 学术规律

---

DOI:10.14111/j.cnki.zgfx.2015.02.012

中国法史研究面临的尴尬局面由来已久,并持续至今。这种尴尬表现为原本理性的学术论题研究,却时常会因不确定的原因而炙手可热,比如上世纪30年代“中华法系”的研究,50年代“法的继承性”的研究和70年代末开始的“人治与法治关系”的研究等等;或同样因不确定的原因,而被边缘化,成为所谓的“冷门”,比如当下作为一个学科的法史与法史学的研究。在这种“冷”、“热”飘忽不定的环境中,法史的研究不可避免地呈现出“病态”:大量的研究“成果”虽假学术之名,但本质却是“应景”的“急就章”。

法史学科自上世纪初形成,经百余年中国法史的研究成果,即使法史学界本身的学者也不能满意。2001年,刘海年、马小红教授在总结1949至1999年中国法制史学科的研究成果时指出:“面对目前层出不穷、大量涌现的中国法制史研究成果,学界同仁普遍地感到有一种难以言传的欠缺。”“我们的欠缺,正是真正意义上的‘著作’,如今叫做‘精品’的欠缺。”<sup>①</sup>令当下法史界学人忧虑的是,百余年的中国法史研究,不仅未呈日益

---

\* 中国人民大学法学院教授,博士生导师。

① 刘海年、马小红《五十年来中国法制史研究》,载《法律史论集》(第3卷),法律出版社2001年版。本文作者所言的“著作”是胡适《五十年来中国之文学》中有关“著作”的定义。在评论章太炎《国故论衡》与《检论》时,胡适言:“这五十年中,著书的人没有一个像他那样精心结构的;不但这五十年,其实我们可以说这两千年中只有七、八部精心结构,可以称为‘著作’的书。”胡适《胡适文存》(第2集),黄山书社1996年版,第208页。

精进之势,反而日趋衰微,“精品”之作越来越少。2006年,何勤华教授指出:“1949年新中国成立至今已有50多年,法制史作品总数据初步统计已达500余种,法律史论文也有近2000余篇,但能够成为经典的却极少。”<sup>②</sup>研究成果越来越不被法学界关注,也越来越得不到史学界的认可,问题究竟出在哪里?

本文试图通过对中国法史及法史学研究的解析和反思,探寻学术发展的规律,为法史学的研究定位。笔者也深知兹事体大,不可贸然触及,但有些问题,萦绕笔者心头已有多年,如鲠在喉,不吐不快。故不揣冒昧,成此文以就教于各位方家。

在进入正文论述前,笔者要申明的是,本文无意否定中国近代以来的社会转型与学术发展,或贬低近代以来法史学研究取得的成果。本文所考察及论述的重点是笔者认为学术发展中的一些“反常”,即背离学术规律之象,以期为法史学的健康发展尽绵薄之力。

## 一、“传承”是学术研究创新的基础

“创新”是近代,尤其是近三十年来时尚的追求。自西学传入,便有“新学”、“旧学”之分。创新甚至被学界视为“学术”的生命。但是,在倡导创新的同时,我们似乎忘记了“传承”才是学术发展的基础和基本规律,没有传承的“创新”,是没有生命力的,这也是近代以来,法史领域中许多问题被重复研究却难有进展的原因。在尊重学术的延续性方面,我们更应该学习古人。中国古代与近代的学术差异,也许可以更好地阐释学术发展中“传承”与“创新”的关系。

### (一) 学问、学术、学科之概念

在论述古代与近代的学术差异之前,我们需要对“学问”、“学科”与“学术”进行简单的定义。

按照汉语词义的权威解释:学问是“学习和询问”。“学问联称,指有系统的知识。”学科是“学问的科目门类”。学术的含义为“有系统而较专门的学问。”<sup>③</sup>笔者认为,学问与学术都是以系统的知识为基础的探索与研究,古人约定俗成地将“系统的知识”与探索称为“学问”,而今人则称为“学术”。两者的差别在于古人的系统知识和研究方法是“综合”的,如史书中天文、地理、算术、政治、典章、人物等无所不包。而近代的系统知识和研究方法是“专业”的,从大的类别上,学术将“系统知识”分为自然、人文与社会三大类,不同类型的系统知识,就是“学科”。所以,学科是学术研究的角度和方法。不同的社会环境、社会需求与思维方式,对知识分类的标准也不尽相同,但学科作为知识分类的方法,古今的含义则是一致的。<sup>④</sup>

<sup>②</sup> 何勤华《中国法学史》(第3卷),法律出版社2006年版,第240页。作者的统计包括西方法律史的研究成果。

<sup>③</sup> 参见《词源》,商务印书馆1980年版。

<sup>④</sup> 中国古人对系统知识的分类与近代学科有相同之处,也有不同之处。比如古人的经、史、子、集分类有别于近代自然、人文、社会的分类;而科举考试科目中的一些分类方法又有类似于近代学科之处。参见《新唐书·选举制》。

综上,无论是古代的学问、还是近代的学术,以及学科,无不以“知识”为基础,以“学”为前提。学而有惑,便有质询(问)与探讨(术),在原有知识基础上的质询与探讨不仅使知识得以积累传承,而且能产生新的知识,并更新知识的体系。因此,学问、学术之意应为在“学”中不断地积累传承知识,在“术”(问)中不断地更新完善知识。“学”中积累传承,“问”(术)中创新发展,才是学术发展的规律。用荀子《劝学篇》中的话来概括,传承与创新应该是“青取之于蓝而胜于蓝”的关系。

## (二) 中国古代的学问传承

有关中国古代学问的传承性,学界有很多的研究成果,笔者不再赘言。<sup>⑤</sup> 需要强调的是,古代学问的发展与创新,无不建立在对前“学”传承的基础上。“一脉相承”可以说是中国古代学问的最大特点,这一特点与中华文化相辅相成。简要地说,先秦诸子之学,无不源于夏、商、西周三代的官学,而秦汉之后无论是主流学问还是非主流学问,也都源于对先秦学问的归纳与更新。司马迁在《太史公自序》中总结先秦学派有六:阴阳、儒、墨、名、法、道德(道家)。这六家的来历《汉书·艺文志》中有记:儒家之学渊源于三代掌管教化的司徒之官;道家源于史官;阴阳家源于羲和之官(掌管历法,解释天象);法家源于理官(掌管刑罚);名家源于礼官;墨家源于祭祀之职。汉武帝定儒学为一尊,此后中国文化始终处在儒家主导、杂糅各家的“大一统”环境中。作为官学的儒家学问传承有序自不待言,其它各家也无不在儒学的包容中占有一席之地,得以传承。

让我们以唐律为例说明。众所周知,唐律是当时朝中各位重臣、思想家、律学家及有丰富司法经验的地方官对历朝历代法律制度“沿波讨源”的成果。<sup>⑥</sup> 更为重要的是,唐律背后的法理展现了自汉以来的学术传统,即以儒家为本,博采众家之长。唐律制定的指导思想,官方解释是“德礼为政教之本,刑罚为政教之用。”<sup>⑦</sup>一语明晰了儒家学说及价值观在法律发展中的传承及在法律体系中的核心地位。同时,在《唐律疏议》篇首的“疏议”中,唐代的立法者从天象、历史两个方面阐述了律义,其中既有法家的主张,也有阴阳家的贡献。不独唐代,自周秦至明清四千余年中国古代社会中,法律、法理通过传承而不断臻于成熟、完善。一些法律基本问题的研究,在传承中研究日益深入,形成社会共识。比如“法律平等问题”、“法律公布问题”、“亲属相容隐问题”、“刑讯存废问题”、“族诛连坐问题”、“复仇行为问题”、“肉刑废复问题”、“以赃定罪问题”、“赦罪当否问题”、“婚姻问题”、“别籍异财问题”、“亲子关系问题”等等。<sup>⑧</sup>

再比如,有关中国古代法律核心问题礼法关系的探讨。对礼法关系的探讨起于先秦诸子,儒、法两家为其代表。先秦儒家总结了周人的经验,提出礼治、德治与人治;而

⑤ 论述中国古代学术发展的论著很多,如杨东莼《中国学术史讲话》,北新书局1932年版,1996年东方出版社再版;顾颉刚《汉代学术史话》,上海亚细亚书局1935年版,1996年东方出版社再版;钱穆《中国近三百年学术史》,商务印书馆1997年版;刘家和《史学、经学与思想》,北京师范大学出版社2005年版,等等。

⑥ 《唐律疏议·名例律》。

⑦ 前引⑥。

⑧ 诸问题的归纳,参见杨鸿烈《中国法律思想史》,商务印书馆1936年版。

法家根据时势的发展则提出了法治。<sup>⑨</sup> 战国后期,荀子在贯通儒法两家学说的基础上,提出了礼法并举的治国理论。但接下来的秦朝为了统一思想、舆论,推行法家“以吏为师”、“以法为教”的思想,以“焚书坑儒”的政治高压、文化专制手段在国家层面上独尊法家。从历史的记载中,我们可以看到被秦“暴政”中断的“学统”在社会上并未中断。丞相李斯言“今诸生不师今而学古,以非当世,惑乱黔首。”“私学而相与非法教,人闻令下,则各以其学议之,入则心非,出则巷议,夸主以为名,异取以为高,率群下以造谤。”太子扶苏甚至冒被废储的危险劝谏秦始皇放弃一味独尊法家重刑治国之策,他告诉秦始皇“诸生皆法诵孔子。今上皆重法绳之,臣恐天下不安。”<sup>⑩</sup>由此可见,儒家的学问在秦朝虽不见用于朝廷,但在学界与社会的传承却从未中止。汉初,在黄老“无为”思想主导下,礼法问题的研究得以恢复。汉初思想家贾谊曾上《论定制度兴礼乐疏》,显然“定制度”源于法家,而“兴礼乐”出自儒家。贾谊在继承先秦礼法并用思想的同时,更偏重于儒家倡导的礼。他将当时社会流弊“败俗”归咎于秦王朝的“废礼义,捐廉耻。”<sup>⑪</sup>汉武帝时确立了儒家“大一统”的独尊地位,但值得注意的是,儒家自身所具有的包容性和融合力使先秦其他学派在儒家独尊的时代仍有存在和沿袭的空间,有效地避免了秦法家大一统时造成的文化灾难。先秦各学派的主张在汉儒、宋儒、明儒的思想体系中也皆占有一席之地并得以传承。先秦的礼法之争随着历朝历代思想家、学者的论述,内涵不断扩充,在法理上逐渐形成“礼法融合,以礼为主”的社会共识。这个共识不仅为中华法系的形成、发展提供了理论依据,而且造就了中国古代司法情、理、法平衡,“礼律两不相失”、“情法得以两尽”的特色。

### (三) 近代中国法史研究“传承性”之反思

1840年后,中国的仁人志士面对亘古未有的“变局”承担起反思传统、会通中西的历史重任。一代人有一代人的历史责任,“开创”是近代中国思想先驱的使命。在亘古未有的“华夷”变局中,他们的“开创”迫于前所未有的外在压力而有着诸多的无奈。即使对以往的历史和传统有着深深的理解和同情,他们也无法不忍痛割爱,以追随当时“顺者昌,逆者亡”的世界潮流。这就是沈家本为什么在解体中华法系的时候,却又殚精竭虑作《历代刑法考》;梁启超为什么在批判中国古代法制的同时,却又疾呼“我之法系,其最足以自豪于世界也”<sup>⑫</sup>的原因。

对照法史学科形成时沈家本、梁启超们的研究态度和成果,在如今的研究成果中我们很难找到负有开创使命的那一代人对传统所抱有的深深敬畏和纠结。在经历了百余年的历史发展后,我们既没有在前辈开创的基础上对中国古代法进行全面客观的梳理

<sup>⑨</sup> 法家的“法治”与现代法治有形式上的类似,但实质却大不相同。法家的法治强调君主权力至上,强调义务并以维护君主专制为目的。现代社会的法治强调民主,以维护权利为核心。法家法治与现代法治的不同,参见马小红《商鞅“法治故事”的反思——寻找我们需要的法治》,载《古法新论:法的古今连接》,上海三联书店2014年版。

<sup>⑩</sup> 参见《史记·秦始皇本纪》。

<sup>⑪</sup> 《贾谊集》,上海人民出版社1976年版,第200页。

<sup>⑫</sup> 梁启超《中国法理学发达史论》,载梁启超《饮冰室合集》(第2册),中华书局1989年版。

与评析,更没有在已经不同于前辈们的环境中去从容审视传统法,承担起“开创”之后的“接续”使命。认真分析近代以来的中国法史研究,我们不难发现近代法史学不仅中断了中国古代固有的学统,而且就是对百余年来西学传入后所形成的近代学统,也未能很好地总结传承。仅以以下两例证之。

例一:1906年,清末在修律过程中设法律学堂,修律大臣沈家本担忧传统的律学中绝,专门聘请吉同钧讲授《大清律例》。沈家本在为吉同钧的《大清律例讲义》作序时坦言法律学堂设“大清律例”科的目的是希望能够找到中西法“会通”的路径,保全中学。沈家本看到吉同钧撰写的《大清律例讲义》后深感欣慰,在序言中写道“余嘉是编之成,幸斯学之未坠而后来者有门径之可寻也。故乐为之序。”<sup>⑬</sup>吉同钧在“自序”中也讲述了自己在法律学堂讲授大清律例的状况“先溯根源,继揭宗旨。”“有深奥之地,或援经史,以阐其理;或引刑案,以实其事。”<sup>⑭</sup>但可惜的是,这样一部“继绝开新”之作,民国之后似乎再也无人问津。

例二:梁启超是近代中国法史学研究的开创者。发表于1904年的《中国法理学发达史论》<sup>⑮</sup>是梁启超研究先秦法思想的力作。近代“中国法律思想史”学科便肇始于此。自该文公诸于世,中国法学研究中便有了许多为今日学界耳熟能详的法理学术语。比如法系、自然法、礼治主义、德治主义、放任主义、法治主义、人治主义、势治主义等等。在这篇法思想史研究的开山作中,梁启超对先秦各家的法思想,尤其是儒家思想给予了充分的肯定。与《中国法理学发达史论》同时发表的梁启超的另一篇文章《论中国成文法编制之沿革得失》<sup>⑯</sup>则全面叙述了先秦以至于清代的“成文法”,开近代“中国法制史”学之先河。梁启超言,此篇为《中国法理学发达史论》之附录,因其所论属于“法理学范围外”,所以“析之别自为篇”。<sup>⑰</sup>由此看来,中国近代法史学的创始者梁启超是将中国古代法分为思想与制度两大类加以研究的。值得注意的是,从这两篇文章中可以看出梁启超对当时尚未解体的“中华法系”<sup>⑱</sup>改造的设想:先秦法思想,尤其是儒家的法思想在梁启超看来即深邃又充满了与时俱进的朝气,所以应当倡导之、弘扬之。而对秦以后的法律制度,梁启超却深感失望,认为必须批判之、抛弃之。梁启超的思路与春秋战国时期孔子弘扬礼义而改良礼制的思路相比有同有不同。同者,梁启超认为中国的法律变革必须在“法文”(法律制度)之外,求得真正的“法理”。在批判甚至是废除制度时,

<sup>⑬</sup> [清]吉同钧《大清律例讲义》沈序,上海朝记书庄宣统三年(1911年)印行。

<sup>⑭</sup> 前引<sup>⑬</sup>,吉同钧书。

<sup>⑮</sup> 前引<sup>⑫</sup>,梁启超书。

<sup>⑯</sup> 前引<sup>⑫</sup>,梁启超书。

<sup>⑰</sup> 前引<sup>⑫</sup>,梁启超书。

<sup>⑱</sup> 梁启超发表这两篇文章的时间是1904年(光绪三十年),当时中国固有法系(中华法系)尚未解体。以沈家本、伍廷芳为修律大臣的清廷修订法律馆1902年设立,1904年开始工作。修订法律馆仿效西方的法律制度先后制定了《大清刑事民事诉讼法》(1906年)、《大清刑事法律草案》(1910年)、《大清民事法律草案》(1910年)、《法院编制法》(1910年)、《大清商律草案》(1910年农工商部提出)、《大清新刑律》(1911年1月)、《大清民律草案》(1911年8月)。

先贤的法思想 尤其是法的价值观(礼治主义) 必须继承。不同者 梁启超对当时的法律制度几乎是完全失望的,他批评中国法律除公布之外几乎无善可陈,需要彻底的改变。<sup>①</sup>但自梁启超后,中国法史学的研究一方面僵化的沿袭(而不是传承)前人开创时的批判,以致形成了“制度史”与“思想史”研究中各不越“雷池”的“学科壁垒”。另一方面,法制史与法律思想史学科形成后,学界更多的关注“制度史”的批判,而淡化对“思想史”的继承。已经成为过去的“制度史”成为高等院校的必修课,而尚在影响着现实的“思想史”成为选修课。

与读梁启超、沈家本等人的著作不同,在大量的批判古代法的研究成果中,我们感受不到作为法史学者自身所应该具备的传统法文化底蕴;感受不到梁启超、沈家本在批判中国古代法律制度的同时,对传统文化中所蕴藏着的“法意”的厚望。梁启超告诫后世“自今以往,我国不采法治主义则已,不从事于立法事业则已,苟采焉而从事焉,则吾先民所已发明之法理,其必有研究之价值,无可疑也。”<sup>②</sup>沈家本在修律过程中更是反复申明,古今中外的法律并不是对立的,相反,其中一定有人类社会共同价值追求的凝结。在为《新译法规大全》作序时,沈家本注意到西方的“法意”对应于中文应有“理”、“礼”、“法”、“制”四种含义,不只是“刑法一端”。他告诉读者,读《新译法规大全》应该“思其精神之所在”。<sup>③</sup>

百余年后的法史学界并未能很好地继承梁启超、沈家本那一代人的开创,担负着传承使命的中国法史学日益片面地用西方的学理叙述着越来越概念化但并不真实的“中国法律故事”;一个有机和谐的法的体系在概念的切割中支离破碎。由于“传承性”日益减弱,法史学成为中国法学研究的短板,既没有完成呈现古代法、传承传统法精神的学术使命,也没有承担起为现代法律发展提供本土资源的社会使命。这也许就是近代中国法学被冠之以“幼稚”之名的原因所在。

## 二、近代学术的本质是学者的独立思考与探索

### (一) 学术研究的本质与特征

“独立性”是近代学术与古代学问的分野,也是近代社会思想进步的标志。学术独立有着丰富的含义。首先,学术是理性的,学术的研究首先应该摒弃个人情感的好恶,尽最大可能反映真实的客观存在和规律。其次,学术研究应该建立在学人对客观事实的独立思考基础上,学术研究不能强求一统。学术发展的规律告诉我们,丧失独立性而强求的共识是学术发展的大忌和桎梏。第三,建立在独立思考基础上的学术是平等的,任何人都有阐述自己观点的权利,但任何人都不得将自己的观点强加于人。

<sup>①</sup> 前引②,梁启超书。

<sup>②</sup> 前引②,梁启超书。

<sup>③</sup> [清]沈家本《历代刑法考》(第4册),邓经元、骈宇騫点校,中华书局1985年版,第2242-2243页。

德国思想家马克斯·韦伯以“民主”为例对学术的独立性做过精彩的论述“如果是在公众集会上讲论民主,他无须隐瞒自己的态度;……如果在讲座或课堂上,以这种方式使用词句,那未免荒唐透顶。”<sup>②</sup>我们应该清楚,学术研究所要做的是“教师”而不是“政治家”的工作。

学术独立的价值观并非源自中国,但将这一学术思想引进并广泛传播于中国的却是清末民初精通中国古代文化的国学大师们。1927年6月2日国学大师王国维自沉于颐和园昆明湖,在祭悼仪式和怀念文集中,可以看到梁启超、陈寅恪、吴宓、姚名达、王力、顾颉刚、戴家祥、周作人、马衡、鲁迅、郭沫若、梁漱溟等这些为我们熟知或已经淡忘了的国学精英们的挽联、祭文和演讲。<sup>③</sup>两年后,即1929年清华大学为王国维建纪念碑,邀陈寅恪为之作《纪念碑铭》。陈寅恪言“来世不可知者也,先生之著述,或有时而不章。先生之学说,或有时而可商。惟此独立之精神,自由之思想,历千万祀,与天壤而同久,共三光而永光。”<sup>④</sup>陈寅恪以超越时空的学术洞察力对王国维之学、之死的文化意义盖棺论定。“独立之精神,自由之思想”由此在中国学界广泛传播,成为学人尽知的格言。陈寅恪在《王静安先生遗书序》中对学术的独立性作了进一步的解释“自昔大师巨子,其关系于民族盛衰、学术兴废者,不仅在能承续先哲将坠之业,为其託命之人,而尤在能开拓学术之区宇,补前修所未逮,故其著作可以转移一时之风气,而示来者以轨则也。”<sup>⑤</sup>

不独陈寅恪,清末民初的许多思想家都注意到了形成学术独立的原则对中国未来的意义。在陈寅恪提出“独立之精神,自由之思想”前,1918年傅斯年就在《中国学术思想界之基本误谬》中对中国学术进行了深刻的反思,他列举了中国古今学术思想界的种种误谬,痛斥古今学界许多人不以学术追求真理,而以学术迎合政治、社会,甚至是帮派的需要;不以“求真”为学术的使命与目的,而人云亦云,若乌合之众;批判中国社会借学术“致用”之名,压抑学人的个性,钳制学者的思想,以迎合权势。<sup>⑥</sup>一言以蔽之,傅斯年认为学术的不独立是中国古今学术思想界种种误谬之根源。戊戌变法的政治领袖梁启超在晚年反省自己年轻时不能厘清政治与学术的关系,<sup>⑦</sup>坦诚告诫诸位学人:学术不可强求统一,因为“学问非一派可尽,其性质皆为有益无害,万不可求思想统一。”他鼓励持有不同学术立场的学者“一面申自己所学,一面仍尊人所学”,以平等的心态进行学术探讨,改正中国学界以势压人、强求统一而“入主出奴”的“学风之弊”。<sup>⑧</sup>

回观民国时期学界对学术独立的追求,有一个发人深省的现象:越是精通国学的大

<sup>②</sup> 马科斯·韦伯《学术与政治》,冯克利译,生活·读书·新知三联书店1998年版,第37页。

<sup>③</sup> 参见孙敦恒《王国维年谱新编》,中国文史出版社1991年版,第196-192页。

<sup>④</sup> 陈寅恪《金明馆丛稿二编》,上海古籍出版社1980年版,第218页。

<sup>⑤</sup> 陈寅恪《王静安先生遗书序》,载王国维《王国维遗书》,商务印书馆1940年版。

<sup>⑥</sup> 参见傅斯年《中国古代思想与学术十论》,广西师范大学出版社2006年版,第189-197页。

<sup>⑦</sup> 参见梁启超《清代学术概论》,朱维铮导读本,上海古籍出版社1998年版,第105-106页。

<sup>⑧</sup> 前引<sup>⑦</sup>,梁启超书,第108页。

师,越是疾呼学术的独立。深厚的国学根基,不仅使国学大师们能深刻准确地领悟中国文化中的精髓与不足,而且也能高屋建瓴地体悟西方文化中的优良因素。学术独立的思想在国学大师的眼中是全人类学术所应共有的财富,其已然超越了地域和时空的限制。中国唯有接受这一思想,才能“续先哲将坠之业”,更新自己古老的文化;才能“开拓学术之区宇”,在国际学界拥有话语权。

## (二) 近代中国法史研究缺乏原创性之反思

虽然近代以来,学术独立成为学界的共识,但由于深厚的传统文化影响,这一理念根植中国学界并不顺利。反思近代中国法史研究落入的种种误区以及今人对中国古代法的种种误解,无不与学术独立精神的缺失有关。仅以“中华法系”的研究为例说明之。

“法系”是近代比较法研究中出现的概念。《简明不列颠百科全书》对“法系”的解释置于“比较法研究”(comparative law, study of)的条目下。其这样解释到:比较法研究肇始于19世纪初期的欧洲,而“法系的分类是有争论的。因为一个国家的法律制度可能与几个法系发生联系。特别是中东和非洲的法律更是如此。”“甚至在同一法系内各种法律制度也可能有很大的区别,例如普通法系中的美国法律就不同于英国法律。”<sup>②</sup>中国学界一般认为,最早提出划分“法系”的是日本法学家穗积陈重。<sup>③</sup>笔者研读穗积陈重的《法律五大族之说》<sup>④</sup>,深感目前法学界的这一“通说”并未能真正厘清“法系”说之源头;而对“法系”说在西方学界尚存争议却在中国学界被普遍接受的原因更是无人深究。

穗积陈重在《法律五大族之说》中认为,世界上风土、宗教、民俗相类似的国家,法律制度也大致相同。据此,法可以分为“五族”,即“印度法族”、“支那法族”、“回回法族”、“英国法族”、“罗马法族”。正如许多学者指出的那样,这里的“法族”就是“法系”的意思,“支那法族”即为“中华法系”(有学者亦称“中国法系”)。但值得注意的是,穗积陈重“法系说”的目的不只是为了陈述不同类型的法律,其意在评价不同法系之“优”与“劣”。法系的划分带有强烈的价值判断,这种比较本身就违背了比较研究的原则。穗积陈重用图表的形式表达了他心目中不同法系的优劣,优者,英国法系与罗马法系,其是“进行法”(发展或进步的法),也是当今世界法律发展必须追随与效法的对象;较劣者,是以“迟进法”(缓慢发展的法)为特征的中华法系(包括中国及东南亚的地区和国家),是应该被淘汰的法系;劣者,是以“静止法”(已经停止发展的法)为特征的印度法系和回回法系,其已经被淘汰。为了证实自己的观点,穗积陈重将中华法系的法源简单甚至可以说是错误地归为“诸律”。

从上述的归纳中,我们至少可以得出如下不同于如今中国学界有关法系研究的“通

<sup>②</sup> 参见《简明大不列颠百科全书》(中译本),中国大百科全书出版社1985年版。

<sup>③</sup> 参见何勤华《关于大陆法系研究的几个问题》,载《法律科学》2013年第4期。但何文未引穗积陈重的原文,而是引1975年日本评论社刊发的潮见俊隆、利谷义信的《日本的法学家》介绍为据。并认为穗积陈重在《法律五大族之说》中所说的“法族”就是法系,“支那法族”就是中华法系。

<sup>④</sup> 参见[日]穗积陈重《世界五大族之说》,载穗积陈重《穗积陈重论文集》(第1册),岩波书店昭和七年(1933)版。

说”:

第一、“法系”研究缘起于欧洲而不是穗积陈重。穗积陈重的“法族”说很容易让人联想到英国思想家梅因对世界不同地区法律的分类。发表于1861年的梅因巨著《古代法》将法分为“进步社会”与“静止社会”两类,<sup>②</sup>并深为西方进步社会的法律骄傲。梅因认为:印度法律一直处在原始阶段,宗教与法律不分;中国法律虽然已经脱离法的原始阶段,但发展却就此停止,“因为在他的民事法律中,同时又包括了这个民族所可能想象到的一切观念。”<sup>③</sup>由此可见,穗积陈重有关法律“进行法”、“迟进法”、“静止法”的分类直接继承了梅因的思想。

第二、“法系”的划分在欧洲学界并未被普遍认可,作为学术研究,其只是一家之言。穗积陈重划分法系的目的在于为当时的日本立法寻求出路,为日本“弃中学西”的法律变革寻找学术的支持。穗积陈重对“法系”的研究有着明确的变法目的和现实使命,所以其在研究中有违事实地带有强烈的价值判断是不可避免的。但值得注意的是,“法系”划分的观点在中西方法学界所遇到的不同境况。更为重要的是许多学者认为,比较法研究的原则应该是客观事实的陈述,而不应该是价值优劣的评价。按“适应的就是合理的”来阐述不同类型的法,每一种类型的法都有其存在的合理性。

第三、但是,中国学界对穗积陈重的“法系”之论虽未能正本清源,却几乎全盘接受,法系的划分成为近代中国法学界的不刊之论。将法系研究引入中国并率先进行研究的梁启超于1904年发表《中国法理学发达史论》,他认为“近世法学者称世界四法系,而吾国与居其一焉。其余诸法系,或发生蚤(早)于我,而久已中绝;或今日方盛行,而导源甚近。然则我之法系,其最足以自豪于世界也。夫深山大泽,龙蛇生焉,我以数万万神圣之国民,建数千年绵延之帝国,其能有独立伟大之法系,宜也。”<sup>④</sup>在同年发表的《论中国成文法编制之沿革得失》中,梁启超却又自相矛盾的认为“我国法律界,最不幸者,则私法部分全付阙如之一事也。罗马法所以能依被干祀,擅世界第一流法系之名誉者,其优秀之点不一,而最有价值者,则私法之完备也。”<sup>⑤</sup>梁启超吸取了穗积陈重源于梅因的观点,即西方法律不同于其他地区和国家的先进之处在于民法的发达。<sup>⑥</sup>梁启超也将中华法系落后于西方的原因归结为私法的阙如。但是梁启超并不赞成穗积陈重将中华法系归为“迟进法”,在主张几乎全面引进西方法律制度的同时,梁启超却又以中华法系的精神独树一帜、居四大法系之一而自豪。梁启超对中华法系的矛盾和纠结典型地反映了近代以来中国学界对传统的矛盾和纠结。

<sup>②</sup> 参见[英]梅因《古代法》,沈景一译,商务印书馆1984年版,第13页。

<sup>③</sup> 前引<sup>②</sup>梅因书,第14页。

<sup>④</sup> 前引<sup>②</sup>梁启超书,第42页。

<sup>⑤</sup> 前引<sup>②</sup>梁启超书,第52页。

<sup>⑥</sup> 前引<sup>②</sup>梅因书。李祖荫“小引”:“梅因在他的著作中有这样的错误论调:一个国家文化的高低,看他的民法和刑法的比例就能知道。大凡半开化的国家,民法少而刑法多,进化的国家民法多而刑法少。”穗积陈重对日本法律变革的主张也有着重视民法的倾向。

除人云亦云外,近代中国法史学缺乏原创的另一个重要原因在于过分强点学术的“致用”。民国时期的学界在对中华法系的继续研究中不仅未能厘清西方学界及穗积陈重由价值判断而产生的误解,未能对中华法系中的一些基本问题进行深入研究,而是过于注重中华法系研究与“时局”或“时势”的关系,在狭隘的民族主义导引下提出了脱离学术研究宗旨的“复兴中华法系”的主张。<sup>⑤</sup> 陈顾远反思了民国时期过于关注“致用”性而导致的失误:“国人曾在抗战前,提倡建立中国本位新法系,拟将固有法系之不合时代成为僵石者去之,将其仍有价值而得使用者保留之,发扬之,光大之。微论法系观念已有改变,欲恢复固有法系之全盛地位殊不可能。”<sup>⑥</sup> 作者一反上世纪30年代以来复兴中华法系的思潮,“不奢言建立中国本位新法系”。<sup>⑦</sup>

张晋藩教授在总结民国时期中华法系研究中存在的问题时更是直截了当地指出:“受政治影响较大。中华法系研究之所以成为热点是与当时的政治形势密切联系着的。民族情感凝聚的文章,倍受欢迎,也鼓舞了研究者加入到这个领域中来。但是也带来了负面效应。”“这样的政治气氛实非研究之福。”<sup>⑧</sup> 其实,张晋藩先生的这一总结,适合于反思迄今为止的中华法系研究的全过程。正是由于“中华法系”研究的特殊背景,致使研究中本应该最受重视的基础问题反被淡漠。即使当下中华法系的研究也仍如傅斯年所说“中国学人,好谈致用,结果乃至一无所用。”<sup>⑨</sup>

从清末修律(1902—1911年)到今天,中华法系的研究大致经历了这样几个时期:清末的批判反思、上世纪三四十年代的复兴主张、六十年代后对复兴主张的放弃。值得我们注意的是,在这几个阶段中,时局成为解读中华法系研究的关键。无论是批判还是肯定,一种声音一旦迎合了时局便成为主流,不同的观点在学界就几乎销声匿迹。稍有不同意见者,便会遭遇到党同伐异般的围攻。这种强求观点统一的所谓学术研究,使学术成为时局的注释。

反思中华法系研究的曲折教训,我们会对学术独立的本质有着更深刻的认识。但学术的独立不仅依赖于传统学术价值观的更新,有赖于社会学术环境的整体改观,其更有赖于学人自身的努力和自律。这就是梁启超所说的学人必须养成独立的品格:“为学问而学问,断不以学问供学问以外之手段。”学人的作用与使命在传承文化,而不是见功于一时一事。真正的学人应“其性耿介,其志专一”,“虽若不周于世用,然每一时代文化之进展,必赖此等人。”<sup>⑩</sup>

<sup>⑤</sup> 阅读上世纪30年代学人的文章,可以看到当时的学人对在“三民主义”思想指导下重新复兴或建立一个与英美、罗马法并立的“法系”之信心。参见张晋藩主编《中华法系的回顾与前瞻》,中国政法出版社2007年版。

<sup>⑥</sup> 陈顾远《中国文化与中国法律——陈顾远法律史论集》,中国政法大学出版社2006年版,第549-550页。

<sup>⑦</sup> 前引<sup>⑥</sup> 陈顾远书,第550页。

<sup>⑧</sup> 前引<sup>⑤</sup> 张晋藩书,第43-44页。

<sup>⑨</sup> 傅斯年《中国古代思想与学术十论》,广西师范大学出版社2006年版,第192页。

<sup>⑩</sup> 前引<sup>⑦</sup> 梁启超书,第105页。

### 三、学科是学术研究的方法与途径而不是“领地”

随着西方文化的输入,学科作为学术研究的一种方法在近代中国兴起并成为学界认可的主流研究方法。相对于中国古代学问的综合研究方法而言,学科更强调知识的专业性。学科是服务于学术、进入学术殿堂的“方便门”,而不是“不二法门”。

#### (一)“术业有专攻”与“君子不器”

“术业有专攻”<sup>④③</sup>是中国古人总结出的一种为学方法,其虽然不是中国古代学问研究的主流方法,但与近代兴起的“学科”却有类似之处。汉字“科”的含义,本为“分门别类”。学科,也就是对学问分门别类,即现在所说的专业研究。面对无涯的知识,中国人也有自己的分类:有人皓首穷经,有人精于术数五行,有人埋头于史鉴,有人专攻医、农。

但中国古人从事学问的主流方法则是孔子所言的“君子不器”<sup>④④</sup>。“君子不器”原意是说士大夫应该是博学的“通才”而不能像专器专用的器皿。具体到学问的研究,中国人更强调事物间的相互关联,强调对问题的综合考察,这就是司马迁所言的“穷天地之际,通古今之变,成一家之言。”<sup>④⑤</sup>学者探究的是“理”,是万事万物的运行规律。由此,中国人将知识分为经、史、子、集四部。<sup>④⑥</sup>除“集”部偏重于文学,经、史、子部都是“综合性”的学问。

经史子集的分类很难与近代学科一一对应。比如,类似于现在“法学”的内容,分见于经、史、子各部之中。西方古代虽然也没有现代意义上的“学科”研究方式,但“分科”研究在西方却有着悠久的历史。“柏拉图的学问可称为综合性的;亚里士多德的学问则可称为分科性的。”<sup>④⑦</sup>而近代西方“学科”的研究方法正是源于古希腊“分科”研究的学术传统。

其实,无论是学问还是学术,研究方法都离不开“术业有专攻”与“君子不器”两者的结合,只是在不同的历史发展时期及社会背景下,侧重有所不同而已。近代随着社会分工的细化,学术研究相应地注重专业性,学科的方法成为主流也是近代社会发展的必然。学科对知识的精确分类,使学术研究避免了非专业化的面面俱到而日益走向精深。但是,任何一种研究方法都有着天生的缺陷。学科对于人文社科研究来说,缺陷是显而易见的。这就是当研究者站在学科的立场上只“究其一点,不及其余”时,则难免会以一

<sup>④③</sup> [唐]韩愈《师说》。

<sup>④④</sup> 《论语·为政》。

<sup>④⑤</sup> [汉]司马迁《报任安书》。

<sup>④⑥</sup> 《四库全书总目》言,经,主要指儒家的经典,其作用为“垂型万世”。经由“小学”、“大学”两部分,识字、解字、句读为“小学”;阐述修身、齐家、治国、平天下之道为“大学”。史,为历史的记载与评述,分为官修正史、诏令、时令、别史、杂史、地理沿革、政书、史评等类。子,是中国古代对著书立说而名扬于世之人的尊称。所以子部收录的是经书之外的思想家、政治家、学者的论著,即“自六经以外立说者,皆子书也。”集,为抒发情感之书,以屈原《楚辞》为最古,后世诗词歌赋及评论皆归类于集部。

<sup>④⑦</sup> [古希腊]柏拉图《理想国》,郭斌和、张竹明译,商务印书馆2002年版,“译者引言”第iv-v页。

孔之见而以偏概全。这种因以偏概全而对中国古代法所产生的误解具有典型性。比如,我们对“法意”的误解。当近代学者从法学学科的角度考察中国古代社会“法”的时候,得出了“中国古代法是制度条文的堆砌,而缺乏理论的阐述”或“中国古代没有法理念”的结论。因为从字义上看,“法”字自秦朝开始基本是“制度”的意思。但是,这种“学科”视角的考察对于中国古代法而言是片面的。因为以现代法的概念分析中国古代社会的法,必须要综合考察中国古代社会的结构和“法意”在中国社会中的演变。首先,我们今天说的“法”有两层含义:“法制”与“法治”(法的精神)。法制指法的规范、制度、体系;法治指法的价值观、精神、理论。中国古代背景与语境中的“法”字字义,是指“制度”、“规范”而言,相当于如今“法治”;而法的精神、理念、理论等内容则用“礼”字来表达,这就是人们常说的中国古代法律是“礼法合一”的体系。其次,从字义的演变看,“礼”与“法”的含义并非一成不变。可以说古之礼字有今之法意,今之法字有古之礼意。具体地说,自近代始,礼字的含义逐渐萎缩,其由古代文化的核心(其中也包括法的精神与价值)演变为现代社会的外在行为规范,比如礼节、礼貌等。而法字的内涵在近代社会中却不断扩容,其将古代社会中礼所包含的有关部分,如法的价值观、精神、理论等纳入其中,称为法治。所以如果只是从学科的角度来考察中国古代法,就无法展现中国古代礼法结构的全貌,就难免会因为视角单一而割裂礼法的有机结合。

不独是对中国古代法的理解,因为对“学科”理解的僵化,在运用学科方法考察中国古代的学问时,学界不免会感到中国古代学问有着诸多的缺失,于是会产生出许多“不是问题的问题”。如,近代法学界一直追问的“中国古代有没有‘法学’”,这样的问题,在近代中国学术研究中似乎是各个学科都遭遇到的普遍性问题。笔者之所以认为这些问题“不是问题”,是因为这种学科角度透视下的中国古代学问的不足与缺陷,对于古人来说并不是真实的存在。以综合性为主流的研究方式与中国古代耕读为基础的社会并行不悖,“有没有”的问题是近代学界替古人杜撰出来的问题。相反,我们很少看到西方学界有此类问题的纠缠。

基于学术研究需要,综合运用多学科方法的研究对于学者而言是天经地义、不言自明的,学科是学者手中的工具而不是不容侵犯或不可出界的“领地”。学科研究的深入与拓展,是新学科产生的前提,也是学术研究发展的必由之路。“来自法学和人类学两大学科的研究者在拓展各自学科的‘边地’、挑战本学科的屏障和壁垒时,几乎同时发现了对方,共同书写了法人类学形成与发展的历史。”<sup>④</sup>

## (二) 中国法史学的定位

法史学是一门典型的多元交叉学科,研究内容涉及到人文学科中的史学、哲学,也涉及到社会学科中的法学、社会学等等。在史学学科体系中,法史研究属于“专门史”;在法学学科体系中,法史研究则属于“基础理论”。在研究方法上,这种“多元交叉”本应有“术业有专攻”与“君子不器”两者结合的优势,但是这种优势如今却反成为近年来

<sup>④</sup> 张冠梓主编《多相度的法——与当代法律人类学界的对话》,法律出版社2012年版,第2页。

法史研究的陷阱,造成了法史研究的尴尬。<sup>④</sup>

早在上世纪80年代末,法史研究尚是法学中的“热门”时,张国华教授就具有前瞻性指出法史学界对“学科”理解的僵化狭隘,即视学科为“领地”,将会危害法史研究的发展。90年代初,张国华教授在其力作《中国法律思想史新编》中首次提出要改变法史研究领域中的“两张皮”状况,他说“在法律史上我们有个习以为常的传统,就是将思想史和制度史截然分开,形成‘两张皮’,即使联系很密切的问题也各说各的。”“仅就中国法律史而论,也是个多方位、多层次的系统工程。不应当把思想史和法制史看成是两个孤立的‘世袭领地’。”<sup>⑤</sup>二十余年法史学的研究状况不幸被张国华教授言中。由于将学科“完善”视为目的,原本应该有着交叉学科优势的法学其他学科的研究日益精进的环境中,优势反变成了“短板”。

在史学领域中,法史学受到越来越明显的冷遇。其表现为法史学界的研究成果几乎不为史学界承认。这不仅仅是因为如今法史学界已鲜有人能企及如程树德、杨鸿烈等老一辈法史学家所具有的那样深厚的史学功底,更为重要的原因在于诸多的法史学者将自己定位为“法律人”,并因此而漠视史学研究中必须恪守的“有一份资料说一分话”的原则。史料功底薄弱、对新资料缺乏敏感、学术观点陈旧等等成为法史研究的通病。这种状况下产生的“学术成果”不被史学界承认和重视完全是情理之中的事情。

在法学领域中,法史学的境遇同样不佳。张国华教授所指出的“两张皮”现象,不只局限于制度史与思想史的研究互不兼容,推而广之,中法史与外法史、法史与法理、法史与部门法相互关联的研究,都同样存在着“两张皮”现象。关起门来自说自话使法史学从上世纪80年代初期法学中的“领军学科”而一路沦落,以致成为可有可无的学科。“学习中国法律史有什么用”成为法学学生的经典之问。<sup>⑥</sup>笔者无意否认中国法史学自学科形成后,尤其是近三十余年来所取得的成果,<sup>⑦</sup>但作为法史学者更为关注的是法史学今后的发展,本文要解答的问题是随着法学研究的深入,法史学为什么却日甚一日地被边缘。

三十多年前,刚刚结束的“文化大革命”使社会迫切感到了法制的必要。而与社会需要不匹配的是当时中国颁行的法律、法规寥寥无几,就是这寥寥无几的法律法规,经过清理,百分之八十多已经失效。<sup>⑧</sup>在法律几乎“空白”、法学“幼稚”而社会又急切呼唤的背景下,相对于当时法理学研究的诸多禁区、部门法学研究的阙如而言,法史学几乎是当时唯一尚有一定基础并可“研究”的科目。与前文说到的上世纪30年代中华法系研究热有雷同之处,上世纪80年代法史学的“领军”地位也是由时势决定的。如今,经

<sup>④</sup> 关于法史研究的困境与尴尬,参见胡永恒《法律史的方向:法学化还是史学化?》,载《历史研究》2013年第1期;杨梅、史彤彤《危机意识下的“学科突围”——2012年中国法律思想史年会分析》,载《政法论丛》2012年第2期;倪正茂主编《法史思辨——2002年中国法史年会论文集》,法律出版社2004年版。

<sup>⑤</sup> 张国华《中国法律思想史新编》,北京大学出版社1991年版,“前言”。

<sup>⑥</sup> 参见马小红《关于法律史学科发展的一点想法》,载《美中法律评论》2006年第3期。

<sup>⑦</sup> 参见俞荣根、龙大轩、吕志兴编著《中国传统法学述论——基于国学视角》,北京大学出版社2005年版。

<sup>⑧</sup> 参见信春鹰《中国的法律制度及其改革》,法律出版社1999年版,第19页。

过三十多年发展的法学,早已旧貌变新颜。与法学其他学科相比,独有法史学陷入了停滞的焦虑中。这不仅仅是因为法史学的研究成果既不为法学界重视,也不为史学界认可,更重要的原因在于,多少年来法史学界自觉不自觉地花费大量的精力纠缠于学科“方法”的讨论,幻想通过所谓方法的改变,重现学科往日的兴盛。这种畏难取巧、寻找捷径、年复一年的方法讨论,并未给法史研究带来应有的进展。因为我们“既不能指望它来昭示未来,也无法依靠它去了解真实的过去。”<sup>⑤4</sup>

法史学从法学“领军”地位的淡出,应该是一种必然的学术回归。这种回归对于法史学而言未尝不是一件幸事。它使我们有时间从容地审视学科形成后学术研究的得失;审视并纠正近代以来人们对古代法越来越深的误解与偏见。其实,我们急于通过方法的讨论而寻求的出路,也许很简单,只不过是顺其自然以适应学术的规律而已。法史学研究成果的产生应该是“基于好奇和兴趣确定了选题,在宁静的心境中,沉潜往复,从容含玩,并坚守圆融通博且富有个性的治学门径和学术规范,最终水到渠成。”<sup>⑤5</sup>唯有这样的研究成果才可以改善法史学由来已久的“常常是批评声众,倡言者多,而真正在自己笔下付诸实践的还是少见”<sup>⑤6</sup>的状况。

法史研究的定位,远比我们现在涉猎的内容宽泛,张世明教授在五卷本《法律、资源与时空建构》中言“‘言法者’须深得‘法外之意’。法律史应该放大格局,成套务脱,廓清法律转型的理路。”<sup>⑤7</sup>唯有此,法史学才能为中国法学提供摆脱“幼稚”的传统资源,为史学拓展一个新的被认可的学术研究视角。惟有摆脱了学科的不良情结,澄清了学科的功能,法史学的研究才能获得它应有的空间和活力。

---

**Abstract:** The study of Legal History and Legal Historiography started at the beginning of last century in China. This discipline has been through both the popular and unpopular time in legal scholarship, which manifests the misunderstanding toward academic goal. For instance, advocate innovation in an aimless way, simply stress the service function of academic research toward current affairs and make discipline improvement the academic goal improperly. Such misunderstanding leads to heated and long-term discussion on methods rather than basic issue study in Chinese legal historiography. Therefore, it is significant to rectify academic goal in three aspects. First, it helps to fully understand and respect the law of academic research and innovate based on the academic succession in basic issue study. Second, it could cultivate scholars' independent spirit and improve the academic atmosphere. At last, it would stimulate the development of academic study if discipline were regarded as approach instead of goal.

---

(责任编辑:李游)

<sup>⑤4</sup> 王强《“两张皮”、危机与历史转折——关于中国法律史学科体系的一点思考》,载前引④,倪正茂书。

<sup>⑤5</sup> 李秀清《法律·社会·历史文丛》,“总序”,载尤陈俊《法律知识的文字传播:明清日用类书与社会日常生活》,上海人民出版社2013年版。

<sup>⑤6</sup> 前引⑤,尤陈俊书,第233页。

<sup>⑤7</sup> 张世明《法律、资源与时空建构》,广东人民出版社2012年版,第53页。