

问题的多面性及其对策

——中国法律史学困境的知识运行解读

周东平

内容提要 中国法律史学处于困境的原因是多方面的,而对于历史的实用态度使人们忽视了中国法律史学困境的多元性。从知识运行的角度来说,中国法律史知识在生产、传播以及接受层面均存在问题。在知识生产阶段,中国法律史知识的客观性受到质疑;在知识传播阶段,中国法律史对现代法学的借鉴意义被漠视;在知识接受阶段,各个主体或只愿做被动的接受者,或被视为只能是被动的接受者。想要解决中国法律史学的困境,首先应该采取传统与多元相结合的研究方法,以保障中国法律史知识生产的客观性;其次,法学各学科均应作为中国法律史知识传播过程的参与者,发掘它的价值;最后,直接的知识接受者也应该能动地利用中国法律史知识,同时,需要改变法学教育中学习西方的填鸭式思维。

关键词 中国法律史学 知识运行 能动性参与

周东平,厦门大学法学院教授 361005

目前中国法律史学处于困境之中已成为法律史学界的共识,无论是基于对学科的爱还是对传统的深情,如何开拓一条新路成为当今多数中国法律史学者所思考的命题^[1]。在笔者看来,这一问题本身实际上由两个方面组成:第一,法律史学如何实现对自身的不断超越;第二,法律史学如何夯实自身在现代法学体系中的地位。这两个方面虽有联系但并不完全相同。从知识的运作角度来看,前者更倾向于对应知识的生产或初级生产,后者则倾向于知识的传播或者说知识再生产。但基于法律史

[1]如苏亦工:《法律史学研究方法问题商榷》,〔北京〕《北方工业大学学报》1997年第4期;胡旭晟:《描述性的法史学与解释性的法史学——我国法史研究新格局评析》,〔兰州〕《法律科学》1998年第6期;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年版;徐忠明:《中国法律史研究的可能前景:超越西方,回归本土?》,〔北京〕《政法论坛》2006年第1期;邓建鹏:《中国法律史研究思路新探》,〔武汉〕《法商研究》2008年第1期;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》,〔广州〕《开放时代》2008年第6期;李祎恒、金俭:《论法律史研究方法的途径选择》,〔南京〕《学海》2009年第5期;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;汪雄涛:《中国法律史研究的三种神话——基于明清社会的反思》,〔北京〕《法学评论》2013年第4期;孙家红:《微观法史学刍议》,陈煜:《回到规范与追问意义——中国法律史研究与立场之我见》,《中西法律传统》第10卷,〔北京〕中国政法大学出版社2014年版;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,等等。

自身定位的需求,后者常常对前者产生强有力的影响,使前者汲汲于奠基自身在法学体系中的地位,故中国法律史学者也试图将更多的传播要素渗透于知识生产中。这使得中国法律史学所面临困境的多重性、复杂性容易被忽视。本文试图通过剖析这一问题,从而厘清中国法律史学所面临的真正困境及其可能的出路。

一、中国法律史知识的生产、传播与接受

史学何为是古已有之的命题,也是中国法律史学目前所面临问题的终极追问。这种问题意识带着实用主义的思维方式影响着古今中外的学者。司马迁所谓“通古今之变,成一家之言”,乃古代史家关于史学追求的经典学统。实际上,这是从实用主义角度出发的结果。无怪乎内藤湖南称司马迁“是为了留下公羊家所言天下大一统应有之教训而撰写《史记》的。”^[1]无论是私家撰写的《史记》,还是官府编修的《资治通鉴》,试图总结历史的经验教训而形成对当前政治行为的指导,可谓史家与史学著作的终极目的。史学有时甚至具有十分直接的政治目的。如陈寅恪提出,“李唐先世若非赵郡李氏之‘破落户’,即是赵郡李氏之‘假冒牌’。”^[2]故李唐重修《晋书》“所以尊扬皇室,证明先世之渊源”^[3],以抬高自身身价。这种实用主义精神也在拷问着当前中国法律史学界。学者或以为,中国法律史之兴,其原因在于“以西学的法学理论为参照,况比中国古代法制的方法,有利于使中国传统法制与变革后的法制对应,也利于从本土文化中寻觅现代法之精神、原则,通过对照亦可找出差距,两者互动之结果,最终会促使两者法文化的融合、吸收。”^[4]而中国法律史之衰,其原因则在于“就中国法律史研究而言,无论是法学专业的法史教学,还是考察历时状态下法学传统的特质,人们都无法摆脱在西方法学彰显下中国法传统与现代法精神之间的内在张力及由这种紧张所带来的矛盾与焦虑之窘境。”^[5]实用主义的追问未必就是错的,却导致一个问题:如果我们从知识的整体运作来看,知识有着生产、传播和接受的三个层面,中国法律史学的知识也存在于这三个不同的层面,而不同层面的参与者是不一样的,仅仅将中国法律史学的困境归咎于法律史学者,可能遮蔽了其他参与者的责任。

当法律史学与西方法学体系格格不入之时,中国法律史学者因自身的知识范式等固有特性而颇具谦抑性,常常将责任归于自身。这充分体现知识生产者自身自我认识较为深刻的特征。所谓知识生产,是对知识做最基础性挖掘的工作,它奠定此后知识传播的基础。中国法律史学者无疑是法律史知识的生产者。这一知识生产首先要做的工作就是发现历史真相,否则无法做出进一步判断。也只有当知识生产得以完成,法律史知识才得以被评价。其中,自我评价、他人评价都可能存在。有学者提出的“解释学法学”与“描述性法学”之分^[6],也只有在这种意义上才得以成立。所谓评价,既可以是新框架下的整理,也可能是新的意义阐释。前者如自梁启超、杨鸿烈等以来就形成的以西方法学思路分析传统法律史知识的范式,后者则如梁治平等提出的法律文化的研究思路。所谓自我评价与他人评价,实际是从人的角度出发对法律史知识进行的分析,其中既可以包括中国法律史学也可以包括其他法学学科。法律史知识的评价以法律史知识生产为前提,但又用创造性要素将法律史知识进行重新组合或者批判。这就将法律史知识从生产转向传播,实际上也是知识再生产的阶段。经过知

[1][日]内藤湖南:《中国史学史》,马彪译,上海古籍出版社2008年版,第82页。

[2]陈寅恪:《唐代政治史述论稿》,上海古籍出版社1982年版,第11页。

[3]陈寅恪:《李唐氏族之推测》,载氏著:《金明馆丛稿二编》,上海古籍出版社1980年版,第292页。

[4]陈晓枫、柳正权:《中国法制史研究世纪回眸》,〔北京〕《法学评论》2001年第2期。

[5]陈景良:《反思法律史研究中的“类型学”方法——中国法律史研究的另一种思路》,〔武汉〕《法商研究》2004年第5期。

[6]胡旭晟:《描述性的法史学与解释性的法史学——我国法史研究新格局评析》,〔兰州〕《法律科学》1998年第6期。

识生产与传播,同时具备事实与价值要素的法律史知识将进入接受阶段。无论是其他学者抑或法科学生,他们都将成为这一阶段的接受者。但接受者并非单纯被动的对象,而是带有相当能动性的主体。于此我们可以发现,法律史知识的运行过程十分复杂,每一阶段有不同的参与者,而参与者的不同也意味着他们将对法律史知识提出不同的要求。法律史学目前存在的问题也不同程度地存在于这些层面,而不同层面的问题亦应有不同的解决之道。

二、知识生产阶段的中国法律史

在知识生产阶段,“传统的法律史学研究的目的在于‘还历史以本来面目’,即真实地揭示既往的法历史究竟是‘什么’,其主要的工作方式是对史籍的收集、整理、归纳和分析;学者们极力再现古代法制的状况以及当时人们对法律的种种认识。”^[1]然而这一点时常受到怀疑。这本身实际上就是传统史学固有的问题。尽管历史的客观性是历史学所追求的东西,但历史学的主观性常常成为人们质疑其研究的口实。“记录过去即是对以往的回顾,回顾必定出于特定视角,而视角必包含特定时空中特定人群的情感、理性和偏见,包含他们的希望和恐惧、风俗和欲望。”^[2]而且,历史学也很容易受到不当的政治影响。“操控历史叙述权力的乃是官方学者,正是他们利用手掌握的文化(话语)权力,有意无意地‘改写’了曾经‘客观存在’的历史。”^[3]这一点同样体现于法律史学的研究中^[4]。对此,法律史学者已有深刻体认。“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那样的深度。”^[5]而且法律史知识生产范式的僵化,使得其知识的真实性更受怀疑^[6]。中国法律史学产生的第一种危机感正源于此。

由此,产生了两条超越现有法律史研究的路径,实际上也是解决法律史知识客观性的两种方法。第一,史学化研究思路的逐步深入。“史学研究强调还原历史,法学研究则强调阐释历史。”^[7]史学的客观性追求使得它被认为是与自然科学最为接近的学科。“经验科学的性质,是自然研究和历史学共有的,也就是说,二者都以经验、感觉事实作为出发点,从逻辑上说就是作为推论的前提;而且它们还有一点一致之处,就是都同样地不满足于头脑淳朴的人通常了解的那种经验。”^[8]当然,这种最为客观的历史学知识主要表现为历史的特殊性,而对历史规律的总结却在很多时候不可避免地带有主观性。史学研究方法则是达到这种客观性的主要手段。这就需要一方面致力于传统史学研究方法如考据学等的应用,另一方面则致力于新材料的发现。尤其随着传统法律史材料限制的突破,新的出土材料、未被充分利用的档案材料、新的研究思路^[9]等都成为以史学方法获取法律史知识的研究对象。新材料的运用经常能够成为新突破的起点。如随着秦汉简牍的出土,《法经》、《九章律》等存在的真实性就受

[1]夏锦文:《21世纪中国法律史学研究的基本思路》,〔哈尔滨〕《学习与探索》2011年第1期。

[2]梁治平:《法律史的视界:方法、旨趣与范式》,〔北京〕《中国文化》第19、20期。

[3]徐忠明:《制作中国法律史:正史、档案与文学——关于历史哲学与方法的思考》,〔广州〕《学术研究》2001年第6期。

[4]参见徐忠明:《关于中国法律史研究的几点省思》,〔重庆〕《现代法学》2001年第1期。

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

[6]参见汪雄涛:《中国法律史研究的三种神话——基于明清社会的反思》,〔武汉〕《法学评论》2013年第4期。

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

[8][德]文德尔班:《历史与自然科学》,王太庆译,载何兆武主编:《历史理论与史学理论——近现代西方史学著作选》,〔北京〕商务印书馆1999年版,第390页。

[9]如孙家红提出微观法史学研究方法,希图考察具体制度的形态及其影响方式等。参见孙家红:《微观法史学刍议》,《中西法律传统》第10卷,〔北京〕中国政法大学出版社2014年版,第33-28页。又如汪雄涛提出的“迈向生活的法律史”,该思路试图通过关注普通人的生活发现真实的法律史知识。参见汪雄涛:《迈向生活的法律史》,〔北京〕《中外法学》2014年第2期。

到颇大冲击。第二,交叉学科研究方法的渐进形成。传统史学研究方法以材料为基础,以考据为手段,有其内在的合理性,但又难免局限性。当法律史学者对传统正史背景下提出的法律史知识所描述的历史真相产生怀疑时,其他学科的研究方法便获得更大程度的运用,以此进一步反思法律史知识生产的不足。透过不同视角,拓宽客观思维的广度与深度,我们能够发现传统法律史知识生产的局限性。如徐忠明等以文学视角考察古代法律实践;又如梁治平等以社会学视角考察古代法律实践,其目的也在于实现“法律就不再被认为是国家的独占物,研究重点也因此从‘大传统’转向‘小传统’,从官府的法律转向民间的法律,或者,更确切地说,从国家法转向习惯法。”^[1]再如当前引人注目的黄宗智学派之研究方法,试图在中国法律史学研究中引入更有说服力的社会科学理论来提高法律史的研究品格^[2]。尽管交叉学科方法多元,但其主要目的还是在于发现中国法律史的真相。

无论是传统方法的逐步深化,还是交叉学科的充分利用,这些试图提高法律史研究品格的新思路都冀望建立一个能够真正描述中国古代法律真实图景的知识生产范式。这种求真的思维并未摆脱传统历史学科的内在要求,而且又是建立此后进一步阐释的基础。从某种意义上说,只有这些求真的知识生产范式能够得到充分发展,才能够真正建立起法学意义上的解释对象。

三、知识传播阶段的中国法律史

从一般意义上说,知识生产是知识传播的前提。由此我们能够理解为何有学者提出:“基于史学基础薄弱的现状,法律史研究应当走向史学化。”^[3]然而更倾向于法学思维的法律史学者却提出不一样的命题,“他们将法律作为一种历史现象进行研究,与当下的法本身的密切连接点逐渐断开……这次回光返照,正是法律史学从法学传统地位开始衰退的起点。”^[4]“这种判断的基础在于作为史学抑或作为法学的法律史学的两分法,两者被认为分属不同学科。或许,法律史学者亟需获得法学界的认同,夯实自身在法学界的地位,因此将本属于法律史知识运行中的生产与传播阶段人为割裂。”^[5]“法律史学与历史学是两个不同的学科,各有不同的研究对象与方法”^[6],这种命题有着很大市场。在传统法律史学向现代法律史学转型的过程中,这种看法就已存在。无论是梁启超的《论中国成文法编纂之沿革得失》,还是杨鸿烈的《中国法律发达史》等,皆属此类。以今日学界对法律史学的了解来看,这些早期法律史著作,甚至改革开放后沿用至今的以法学视角阐释的法律史学教材,常常建立在并不准确的古代法律史知识的前提上,而这样的法律史学毋宁说是一种“早熟”的法律史学。但这种不稳定的知识基础并未影响法律史学的法学化,究其本质,在于它也被认为是向西方学习的工具。一如“西方人追求的是宪政自身的价值,而在中国,宪政则变成了人们在追求国家富强时的一个工具。”^[6]

“历史学就包括有两个层次,第一个层次是对史实的认知,第二个层次是对第一个层次所认定的史实的理解和诠释。”^[7]传播阶段的法律史学显然属于第二个层次,是对法律史知识的重新解读,不可

[1]梁治平:《清代习惯法》,〔南宁〕广西师范大学出版社2015年版,第1页。实际上文学与法律史的交叉研究一定程度上也在实现这种转变。参见徐忠明:《法律的历史叙事与文学叙事(上)——阅读中国古代法律的视野开拓》,《中西法律传统》第2卷,〔北京〕中国政法大学出版社2002年版,第31页。

[2]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》,〔广州〕《开放时代》2008年第6期。

[3]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。

[4]王志强:《我们为什么研习法律史——从法学视角的探讨》,〔北京〕《清华法学》2015年第6期。

[5]苏亦工:《法律史学研究方法问题商榷》,〔北京〕《北方工业大学学报》1997年第4期。

[6]王人博:《宪政的中国语境》,〔北京〕《法学研究》2001年第2期。

[7]何兆武:《对历史学的若干反思》,〔北京〕《史学理论研究》1996年第2期。

避免地带有主观性。有学者提出：“当前我国法律史学研究的最大问题可能也在这里。当今我们许多法律史学者在法律史研究中只注意对具体历史问题的研究，而忽视对法的历史背后蕴涵的法律问题——如理念等问题的探讨。这种脱离法的理论的法史研究状况，正在极大地制约着中国法律史学的发展。”^[1]这就要求对法律史知识进行进一步的解读。就目前情况来看，主要有两种不同的解读思路：一者为解释性思路，一者为阐释性思路^[2]。从法律史在近代的发展来看，其阐释性思路较早发育。阐释性法律史学或者试图建构起中西法律传统之间的内在切合点，或者提出对中国传统法律文化的批判。由此，法律史学遵从着法学的根本属性。法学是规范学科而不是科学学科，它所追求的善，其目的在于提供何者是正义与公平的思考^[3]。西学东渐影响所及，引入的不仅是西化的学术思维方式，还有西方生活方式。法律的意义不在于学术化而在于生活化。生活的逐渐西化，实际上使得传统法律在多数层面上已经无法提供现代中国人应该如何生活的规范性指引，批判成为对传统法律不可避免的主流态度。而如果我们能够获得人们应该如何行为、制度应该如何建构的肯定性知识，为什么还非要利用传统法律史学提供的否定性知识呢^[4]？由此，法律史学的法学定位受到根本性冲击。为应对这种情况，出现解释性法律史。解释性法律史在于通过法律史知识获取对传统法律的进一步解读，由此从经验世界走向意义世界，但又保持对古代同情式理解。而法律史同情式理解的本质在于价值观的体认^[5]，这使得它源于法律史知识的生产而又超越之。之所以这种解释性视角具有一定的影响力，一方面在于西方法治范式在中国的碰壁^[6]，另一方面则在于传统法律文化确实能够对当前部分法律实践提供解读^[7]。而且这一视角的发掘确实能够使我们发现西方法律文化在中国地域内的不适以及回到传统法律的可能。故张伟仁提出：“中国传统文化特别注重人与人、人与物以及人与环境之间的和谐关系，这种关系虽然多少妨碍了个人的自由进取，但却促成了整个社会持久的安宁和人类文明生活中各种因素的协调发展，而中国法制便是这种安宁和发展的保障。”他进而认为，“近代中国人一直跟着西方人走，就象是逃难的人，慌慌张张地随着汹涌的人潮盲目奔跑。现在跑到了一片荆棘之地，眼看着前面水深火热，那带头乱窜的西方人也愣住了，说可能还要折回到原来的路上去。”^[8]这就指出了

[1]王申：《论法律史研究中的法理意义》，[上海]《华东政法大学学报》2006年第1期。

[2]此处借鉴基思·惠廷顿对美国违宪审查领域宪法解释与宪法阐释之区别的概念。参见[美]基思·惠廷顿：《宪法解释：文本含义，原初意图与司法审查》，杜强强等译，[北京]中国人民大学出版社2006年版，第4页。所谓宪法解释主要是指解释宪法条文的原意或者立法者意图，宪法阐释则指对宪法文本进行的创造性拓展。

[3]参见周永坤：《法理学——全球视野》，[北京]法律出版社2012年版，第7页。

[4]我们尤其需要注意的是，即使某些时候法律史学能够提供对当前具有规范性的知识时，其意义在西学背景下也未必很大。如侯欣一研究古代法律史的现实后指出：“要想使制定出来的法律得到有效、普遍的实施，立法时必须广泛地听取各方的意见，尤其是来自民众的意见。”侯欣一：《从伦理规则到生活规则——中国传统法律制度史的另类解读》，[兰州]《法律科学》2006年第6期。这显然能够提高我国对古代法律的认识，却不能为现代社会提供规范力，因为在现代法学背景下，这一判断是近乎常识性的表达。

[5]参见陈煜：《“在当时和他们一起思考”——“同情法”在法律史解释中的运用》，《扬州大学学报》（人文社会科学版）2013年第3期。

[6]“用移植进来的西方法律与法学来建构现代中国的法律秩序和社会秩序，同样面临‘离散’既有社会生活秩序的问题；而且，文本上的法律秩序与实际上的生活秩序之间的断裂，一时恐怕难以调和。这，就是现代中国法制（或者法治）建设的一个绝大困境。”徐忠明：《中国法律史研究的可能前景：超越西方，回归本土？》，[北京]《政法论坛》2006年第1期。

[7]如保辜对于现代刑事诉讼制度的阐述，就有超越西方同一属性的一年零一天规则的地方。参见周东平、张艳：《保辜制度与一年零一天规则的比较研究》，载戴建国主编：《唐宋法律史论集》，上海辞书出版社2008年版，第396-408页。

[8]刘广安：《二十世纪中国法律史学论纲》，[北京]《中外法学》1997年第3期。

法律史学与现代法学之间在规范性上的内在联系。

当解释性法律史学试图重新反思法律史学的法学价值时,如何解释法律史知识背后提出的另一个命题是由谁来解读法律史知识。有学者提出:“法的历史研究意味着对法之史实进行法的评价,以及对被研究者认为重要的、奇妙的、光荣的事件进行选择。而选择的前提是法律史学家心中的法律观和价值观。每个独立的法史学研究者都应该有自己的法学观和价值观,以及在这二者影响下的法学研究方法论。”^[1]这种具有学术使命感与担当性的法律史学观令人钦佩。但法律史学者不仅要承担法律史知识传播过程中的再生产责任,而且要承担法律史知识的生产任务。双重任务之下,是否能够保证该任务的有效完成值得怀疑。尽管法律史学者不能完美地完成这一任务,并不意味着解释性法律史的价值消失。如果该任务不能弃去,那么,就必然意味着有人应该承担或者与法律史学者共同承担。究竟是何人承担?答案在于谁需要法律史学知识的解释性结果。很显然,如果法律史知识能够为现实法律提供解释力,那么这就意味着法学的其他学科本身就需要法律史知识的解释力。如王亚新指出滋贺秀三的法律史研究对于民事诉讼法研究的借鉴功能^[2]。古今中外在法学领域有着联系在一起的可能性与必然性,如果法律史知识有着西方法学知识无法替代的功能时,其他法学学科就有着内在需求,也意味着纯粹以西方法律理论解释现行中国法律的内在弊端。这种背景下,其他部门法学者依然试图充当在解释性法律史学领域内纯粹的知识获取者,殊难令人心服。由此,其他学科的法学学者应该提高自身利用法律史知识的能力,更好地利用法律史知识贡献于现行法律,而非固步自封,守株不进。

四、知识接受阶段的中国法律史

中国法律史知识经过知识生产与传播,将最终进入接受者视野。当其他部门法学者甚或历史学科在评价法律史学存在问题的时候,他们经常是以接受者的角色提出批评的。单一化的角色,不仅容易将问题局限于对中国法律史过于单调的批评而失去创造性,而且也并未使自身充分发掘知识接受阶段所能做出的能动性思考。知识接受阶段在于接受知识,尽管目前无论是知识生产还是传播阶段的法律史知识都不能尽如人意,但仍旧能够提供丰富的宝藏。

首先,知识生产阶段的中国法律史知识能够提供区别于其他法学的知识生产范式。法学研究方法既具有自身的独特性,但又具有局限性,因此,近年来多元研究方法对法学研究影响深远。多元研究方法能够开拓法学学者的视野,发现法学新知。即使从最实用的角度来说,作为标准的法律解释方法,探寻法律原意的历史解释法应是法学学者的必备功课,中国法律史的知识生产范式显然能够对此提供借鉴。但为何法学学者却弃之如敝履?究其原因在于法律史知识生产范式的专业性,不易掌握。然而即使是经济学、社会学等方法,对法学学者也有隔山之憾,但他们却视若珍宝。因对中国法律史知识的排斥进而排斥其知识生产范式,犹如买椟还珠,实不可取。其次,无论是知识生产阶段还是知识传播阶段进行再生产的中国法律史知识,都有助于拓宽法学学者的视野。“法律史可以用来解释现行法;法律史有助于辨识绵延久远的法律的理念;法律史培养了法律意识,拓宽了法学家的文化视野。”^[3]现代法学在于阐述如何创造公平、正义的社会生活、政治结构体系,古代法律有着同样的诉求,追古溯今,必然对现代法学有所启迪,如对何为公平、正义、文明、野蛮等的理解,都离不开这一背景。最后,中国法律史知识也能够成为其他法学研究的基础。比如,“历史永远是最简便易行的法律

[1]王申:《论法律史研究中的法理意义》,〔上海〕《华东政法大学学报》2006年第1期。

[2]王亚新:《社会变革中的民事诉讼法》,〔北京〕中国法制出版社2001年版,自序6-7页、第376-377页。

[3]〔葡萄牙〕叶士册:《法律教育中的法律史》,梁治平、吕平义译,《南京大学法律评论》1998年春季号,第19页。

合理性工具,因此我们永远要寻找当下法律制度的历史根据。当下法律的历史是中国的传统,还是西方的传统,还是混杂的东西方传统?要回答这样的问题,就必须回到历史,必须进行法律的比较。这就是比较法律史应该存在和发生作用的根源。”^[1]其他法学研究也能直接借鉴法律史知识,实际上相当多的学位论文甚或其他论文在写作时都会以历史开篇,这也说明法律史知识能够对法学研究起到一定的作用。

在关注中国法律史知识能够为法学学科起什么作用的同时,尤其需要注意它对法科学学生的作用。因为就研究者而言,根据研究方法的差异,很多时候不可避免地会运用到法律史知识,这是客观需求。但未进入法学研究领域的法科学生却面临着填鸭式教学的困惑。有没有必要将法律史学作为法学必修科目?论者或以为:“法律史之于职业操守和道德的培育固然可能有些功效,但未必就强过更有针对性的‘司法职业道德’课程,更未必胜过中小学、乃至幼儿园的国民素质教育。”^[2]这种观点首先摒弃了法科学生接纳多元知识的必要性,且将其局限于道德教化的范畴。在不断探索素质教育,要求发挥学生主观能动性的今日,为何会有这种变异的填鸭式教育观?法科学生需要接受多元知识,以提出或认同自己关于学习西方还是追溯传统的判断。若排除中国法律史知识,就意味着法学必然要向西方学习。这一必然性或许不需要深入论证,但对于没有经过自身能动性反思而一味强调填鸭式教育学生要学习西方的教育态度而言,显然有很大的问题。只有经过更深刻的反思,当代的学生才能真正意识到法学学习西方的必要性与可能性,抑或才能意识到借鉴传统的价值。法学教育应该将学生视为能动的接受主体,而不是僵化的接受客体。由此,法学教育就不仅在于向学生传授法条或者解释法条,使之成为法律技术工作者,而是真正将其视为未来法学事业的接班人并努力培养之。

结 语

任何学科的目的之一都在于提供知识,中国法律史学科也不例外。追问中国法律史研究所面临的困境,本质上就在于探索作为知识的中国法律史其价值缺失究竟发生在知识运行的哪个环节。实际上,中国法律史的知识生产、传播以及接受的各个环节都存在问题。在学科分化及学科独立性日趋增强的当今,这些问题被视为中国法律史学的内部问题。然而,当其他学科试图从中国法律史获取直接的知识时,他们都无视自身的能动性作用。在知识提供、反馈之间,其他法学学科以及法科学生只有成为中国法律史知识运行过程中能动的参与者,才能够使自身获取更多营养,也才能使中国法律史学发挥更大价值。从这种意义上说,中国法律史学的衰落或被边缘化不仅是本学科的悲哀,也是整个法学研究的悲哀。当然,这并不否认最大的问题仍在于中国法律史的学科自身。同时,也只有从各个知识运行环节做出应有的不懈努力,才能奠定这个学科发挥更大价值的基础。因此,认清当前中国法律史学存在问题的多面性和复杂性,经过多方面共同努力,才有希望推动中国法律史学的重新繁荣。

[责任编辑:钱继秋]

[1]徐爱国:《关于比较法律史的几点思考》,《南京大学法律评论》2009年春季卷,第189页。

[2]王志强:《我们为什么研习法律史——从法学视角的探讨》,〔北京〕《清华法学》2015年第6期。