

# 法律史学在“逆风时代”的挣扎<sup>\*</sup>

——从日本《法制史研究》第70号所载两种专题报告集谈起

赵 晶<sup>\*\*</sup>

**摘要:**日本《法制史研究》杂志第70号上刊登了两种专题报告集,分别是“日本的法律史研究史”和“日本法史/法制史教科书的可能性”,从学科初创史和教科书的编写原则出发,讨论法制史学的定位问题。由此反观中国法律史学,我们应从“学问史”的角度梳理近代以来的法律史学家群体,辨析不同学科出身者的研究路径,积累基于法学方法的研究个案,彰显法律史学的独立性;通过酝酿跨学科的问题意识、保持不同学科在方法论上的紧张关系,谋求与历史学等其他学科的对话;在现实立法层面,立足传统,为当下的法制变革提供正、反面论据,尤其是应致力于平抑冒进的立法建议或针砭现行法中存在的问题。

**关键词:**法律史学;学科独立性;方法论;现实贡献

**How to Extricate the Discipline of Legal History from the Predicament:  
Thoughts on Two Symposiums Contained in Vol.70th of *Legal History Study* (Japan)**  
Zhao Jing

**Abstract:** There are two symposiums published on the Vol.70th of *Legal History Study* (Japan), which are separately named “History of Legal History Studies in Japan” and “Possibilities of Japanese Legal History Textbooks”. They contain discussions on the discipline orientation of legal history carried out from the early history of such a discipline and the principles of compilation of textbooks. If rethinking Chinese legal history studies on the basis of those discussions, we should review the group of legal historians since modern times from the perspective of *Wissenschaftsgeschichte* (“history of knowledge”),

\* 文章 DOI:10.53106/615471682023060035002。

\*\* 赵晶,中国政法大学法律古籍整理研究所教授,法学博士,研究方向:中国法律史。电子邮箱:alec0207@126.com。

analyse the research approaches adopted by researchers with different subject backgrounds, accumulate individual cases based on legal methods and highlight the independence of legal history. We should also seek dialogues with historians and researchers from other fields by considering interdisciplinary problem consciousness and maintain the tension of methodology between different disciplines. When it comes to the level of legislation in reality, we should base on the tradition and provide positive and negative arguments for contemporary legal transforms, particularly working on the restraints on premature legislative suggestions and the criticisms against current laws.

**Key Words:** legal history; independence as a discipline; methodology; contribution to current legal system

《法制史研究》是日本法制史学会主办的学术年刊,创刊于1951年。日本法制史学会创立于1949年,原初目的在于“促进与法制史相关的研究以及法制史研究者的相互合作”,集结了各领域的法制史学者,属于日本全国性的学术团体。

2021年3月,《法制史研究》第70号出版,内中刊出两种专题报告集,主题分别是“日本的法史研究史”“日本法史/法制史教科书的可能性”(笔者将它们分别标为A、B,并以序号标记相应的学术观点,以便随文引用。所有日文报告或评论的摘译皆出自该刊,不再另行出注)。A专题除田口正树的“旨趣说明”外,包括三篇报告(神野浩《明治时期日本法制史学的展开图》、赤城美惠子《东洋法制史学的生成》、藤野奈津子《明治前期西洋法史学的诞生》)、两篇评论(松泽裕作《“史学”成立的脉络看日本法史研究的开始》、大中有信《从实证法学的观点进行评论》);B专题包括高谷知佳、出口雄一所撰“绪言”和三篇报告(新田一郎《在“日本法制史教科书”中寻找什么》、大屋雄裕《法的黄昏与法制史的意义》、内田贵《法学教育中对日本法制史的期待》)。

明治大学名誉教授冈野诚曾有“法史学的黄昏”、中国法史“逆风时代”的感慨。<sup>①</sup>其实不仅日本如此,全世界的同行都处身这一学科危机的阴霾之中。<sup>②</sup>因此,日本学者的感受与反思,对于我们有相当强的参考意义。笔者不揣冒昧,聊作述评,以供国内同道参考。

需要说明的是,对日本学界而言,“法制史”指涉范围较广,涵盖法律与制度;这与中国学界用“法律史”囊括法律制度史与法律思想史的习惯不同。因此但凡指称日本学界,笔者使用“法制史”,指称中国学界,则改用“法律史”。

## 一、“日本的法史研究史”报告集述要

在日本,法制史学被划分为日本法制史、东洋法制史(主要是中国法制史)和西洋法制

<sup>①</sup> 岡野誠「法史学の現状と課題、そして若干の可能性」法制史研究 51 號(2002 年);「教室での歲月——東洋法史の講義を通じて」東洋法制史研究会通信 25 號(2014 年)参照。

<sup>②</sup> 参见王志强:《我们为什么研习法律史?——从法学视角的探讨》,载《清华法学》2015 年第 6 期。

史。西洋法制史包括狭义的“西洋法制史”和“罗马法学”，前者是中世纪以后的西洋法制史，后者是以罗马为中心的古代地中海世界的法制史。而且所谓“西洋法制史”，也并非将西洋世界之法作为一个整体加以研究，而是在英国、法国、德国等国别法制史研究的基础上，间或与他国进行比较研究。<sup>①</sup>这一学科建制与内部划分皆可追溯至明治时代，肇端于日本对欧洲学制的引入。2019年是日本法制史学会创立70周年，因此在第71届年会（2019年6月8日）之际，学会组织了这一场回顾学科开创史的专题座谈会，从日本、东洋、西洋法制史三个领域，分别邀请一位学者发表报告，再由历史学者和部门法学者予以评论。这一讨论涉及法制史研究的多元学风、与历史学千丝万缕的关联、受时势左右的学科命运、代表性学者的个人影响力等，以下择要对他们的观点予以摘译。

### （一）旨趣说明

田口正树是东京大学大学院法学政治学研究科教授，专攻中世纪德国国制与法、比较法制史，为西洋法制史研究者，是法制史学会的现任会长。因此，他代表主办方作开场介绍，并提到两个令人印象深刻的现象：

（1）日本法史研究已结束了“量上的鼎盛期”，这表现在大学教席和法制史学会的会员数量、发表的论文数等方面。就法制史学会的会员数量而言，1998年10月首次突破500名大关，2001年开始跌破500名，2007年不足450名，2010年短暂超过450名，2018年降至400名左右；就《法制史研究》刊登的论文篇数来说，20世纪80年代至21世纪初，每期发表4篇左右，21世纪10年代则减至每期3篇。

（2）国内外学界兴起了以学者研究活动本身为对象的历史研究，如德国学界的“学问史”（Wissenschaftsgeschichte），检讨和评价的对象不仅限于学说史，还涵盖法史研究的学术性、制度性、精神性背景等。由此，他对本次座谈会的检讨方向提出了一些设想：学者的经历、教育活动、研究业绩、学问观、研究方法、使用资料、研究背后蕴含的问题意识，与同时代学术状况的关系，与同时代的政治、法律、社会状况的关系，与此前学术状况的关系，学术的硬件设施（大学的学科、学会、出版等）。

### （二）日本法制史

神野洁是东京理科大学教养教育研究院神乐坂校区教养部教授，专攻日本中世法史、近代法学家与立法者的法律思想等。他的报告以19世纪80—90年代日本法制史学形成经过为对象，主要涉及三个方面的内容：《法学协会杂志》<sup>②</sup>“史料”专栏的问世及其内容（展现法学界对史料的关注）、穗积陈重<sup>③</sup>向近代日本法制史学靠近（一个原本不重视史料的法学家

---

① 世良晃志郎「法史学」社会科学大事典編集委員会「社会科学大事典」17卷（鹿岛研究所出版会，1974年）13页参照。

② 1883年，东京大学法律研究会成立，翌年1月改称法学协会，同年3月发行《法学协会杂志》第1号。

③ 穗积陈重（1855—1926），日本法学家。曾就读于东京开成学校，1876—1881年留学英国、德国，回国后担任东京大学法学部讲师、东京大学教授兼法学部部长、东京帝国大学法科大学长、帝国学士院院长、枢密院议长等，是日本近代民法学、比较法学、法制史学、法哲学等领域的开拓者。

开始关心史料)、三浦周行<sup>①</sup>向法学靠近(一个侧重于使用史料进行研究的国史学者开始关心法学)。他提出以下看法:

(1)“民法典争论”<sup>②</sup>使得本邦法律沿革的研究成为急务,催生了近代日本法制史学;

(2)《法学协会杂志》“史料”专栏展现了当时法制史研究的两大方法论来源,即坪井九马三<sup>③</sup>引介的西洋史学理论与小中村清矩<sup>④</sup>主导的明治国学;

(3)穗积氏因“民法典争论”而开始重视史料与法制史研究,且积极地向国史学者讨教,但作为法学家,在史料运用上存在诸多瑕疵,这无疑也显示了史料在日本法制史研究中的重要性;

(4)三浦氏的讲义和论文显示,他强调回溯历史(从江户时代开始上溯,梳理制度沿革)、思考当下问题,其立意有别于穗积氏的单线“法律进化论”。

### (三)东洋法制史

赤城美惠子是日本中央大学法务研究科教授,专攻清代中国刑案与司法等。她逐一介绍了广池千九郎<sup>⑤</sup>、田能村梅士<sup>⑥</sup>、东川德治<sup>⑦</sup>、浅井虎夫<sup>⑧</sup>四人的生平、业绩、研究旨趣等,总结出如下看法:

① 三浦周行(1871—1931),日本历史学家、法制史学家。曾就读于东京帝国大学文科大学,担任史料编纂助员、编纂官,又受雇于东京帝国大学法科大学;自1907年始历任京都帝国大学文科大学讲师、教授。著有《法制史の研究》(1919年)、《统制史の研究》(1925年)等。

② 1890年日本公布民法典(被称为“旧民法”),规定于1893年施行。这部以法国民法为基础的民法典引起巨大争议,穗积八束因此提出著名论断“民法出而忠孝亡”。这一争论以反对派获胜、1892年帝国议会决定法典实施延期而告终。牧英正=藤原明久《日本法制史》(青林書院,1993年)351~356页参照。

③ 坪井久马三(1859—1936),日本历史学家。毕业于东京大学文学部政治理财学科、理学部应用化学科,1887—1891年间留学欧洲,学习西洋史学、史学理论。归国后担任东京帝国大学文科大学教授,著有《史学研究法》(1903年)、《西洋史要》(1904年)等。

④ 小中村清矩(1822—1895),日本国学家。曾任纪州藩古学馆教授、和学讲谈所讲师、东京大学教授、东京帝国大学法科兼文科大学教授等,参与并负责编纂《古事类苑》。

⑤ 广池千九郎(1866—1938),日本东洋法制史学家。曾就读于大分师范学校、丽泽馆等,师从小川含章研习汉学,后受穗积陈重著作的影响,转向法学研究,曾参与《古事类苑》的编纂,并担任早稻田大学讲师、神宫皇学馆教授,主讲中国语法、东洋法制史,1912年以《中国古代亲族法研究》获东京帝国大学法学博士学位。著有《东洋法制史本论》(1915年)等。关于广池氏的中国法制史研究,可参见拙著《论广池千九郎的东洋法制史研究》,载《法制史研究》2016年第30期。

⑥ 田能村梅士(1868—1915),日本东洋法制史学家。曾就读明治法律学校,后供职于东京朝日新闻社、东海新报社、读卖新闻社、日本新闻社等,在记者本职之外,还曾参与明治法律学校校友会的运营、编辑《明治法学》杂志等,著有《世界最古の刑法》(1904年)。

⑦ 东川德治(1870—1938),日本东洋法制史学家。曾师从伊藤蓝林、山本迂斋等研习汉学,又在关西法律学校、和佛法律学校、法政大学等学习法律。在自设私塾教授汉学、其他学校等担任助教、历任宫城县知事秘书与富士新闻社记者等职后,于1904年任台湾旧惯调查会法制部调查员、《清国行政法》编纂补助委员、东北帝国大学法文学部讲师等。著有《中国法制史论》(1915年)、《中国法制史研究》(1924年)、《典海》(1930年)等。关于东川氏的中国法制史研究,可参见拙著《论东川德治的东洋法制史研究》,载徐世虹主编:《中国古代法律文献研究》(第12辑),社会科学文献出版社2018年版。

⑧ 浅井虎夫(1877—1928),日本东洋法制史学家。曾就读于东京帝国大学文科大学,1903—1915年间参与编纂《清国行政法》,后任福冈高等学校教授。著有《中国法制史》(1904年)、《中国法典编纂沿革史》(1911年)。

(1)虽然在明治维新之后,东京开成学校(东京大学的前身之一)、东京大学的课程设置中分别有“中国法律”“中国法律要领(唐律、明律、清律)”,但后者在1880年就被削除,背景是刑典颁布,日本要从律令法系的刑法中脱离出来;

(2)在“法律进化论”的影响下,使用比较法学、历史法学等方法的“法理学”研究不会将作为古代法、劣法的中国法纳入视野,更何况中国法制史研究需要汉文修养、文本批判(textkritik)能力,而当时法学家的汉学知识大多来自在史料学上价值存疑的中国古典文献,因此东洋法制史研究很难由法学孵化;

(3)因日本在东亚的殖民扩张和清廷招募日本法学家参与立法,在政策与实践层面产生了日本对东亚地区固有法的历史调查活动;

(4)在前述背景下,这四位东洋法制史学家表现出不同的研究目的与方法,如广池氏、田能村氏以法理研究为宗旨,东川氏基于实践、政策的需要,浅井氏则是以二者为基础进行研究的史学家。

#### (四)西洋法制史

藤野奈津子是千叶商科大学商经学部教授,专攻罗马法史。她的报告围绕三位学者展开,分别是被称为“日本罗马法教育之嚆矢”的W. E. Grigsby<sup>①</sup>、“首先用日文讲授罗马法”的穗积陈重、“作为法制史学者讲授罗马法的第一人”的宫崎道三郎<sup>②</sup>,逐一指出如下要点:

(1)东京开成学校当时的学科设计原则是“艺术诸学取法法国”“矿山学取法德国”“法学、理学、工学取法英国”,所以在1874年从英国聘请W. E. Grigsby教授国际法、英国法律,因为英国大学法学教育课程中包含传统的罗马法,所以该校也在本科课程中植入了“罗马法律”。但不论是英国还是日本,罗马法只是面向初学者的法学基础科目,让学生掌握基本的法律概念等,毫无法史的问题意识。

(2)穗积氏在英国留学时深受奥斯汀和梅因的影响,由于当时的比较法学家倾向于将罗马法视作纵向、横向衡量其他法律文明的标尺,所以他的关注点自然也转向了比较法学以及历史法学;在德国留学期间,又因受潘德克吞法学的影响,他在回国后建议将法学入门课改成“法学通论”。

(3)宫崎氏在德国留学时,恰逢潘德克吞法学完成其体系建构,因此他归国之初主讲的

---

<sup>①</sup> William Ebenezer Grigsby(1847—1899),英国人,先后就读于格拉斯哥大学(University of Glasgow)、牛津大学贝利奥尔学院(Balliol College, University of Oxford),获得艺术硕士(Master of Arts)、法学学士学位(B. C. L.),1873年入学内殿律师学院(Inner Temple),翌年获第一等学生资格,并通过日本驻英国公使,获聘为东京开成学校法学部教授,1878年离开日本回国,1880年获伦敦大学博士学位。林智良「W. E. Grigsbyの学識と教育活動:日本最初の“ローマ法”講義担当者をめぐって」阪大法学63卷3-4号(2013年)参照。

<sup>②</sup> 宫崎道三郎(1855—1928),日本法制史学家。曾就读于东京开成学校、东京大学,曾受聘为东京大学和汉法律史编辑、东京大学法学部助教授,1884—1888年间留学德国,回国后担任东京帝国大学法科大学教授,先后负责罗马法、法制史讲座,讲授日本法制沿革、罗马法等课程,1891年获法学博士学位。关于宫崎氏的中国法制史研究,可参见拙著《论宫崎道三郎的东洋法制史研究》,载《法制史研究》2017年第32期。

罗马法分为两大部分,其一是“罗马法史”,其二是以总则、物权、债权、家族、继承构成的法律体系。然而,在德国,“罗马法制史”与“罗马法”是两个独立的学科,罗马法的讲授不会涵盖罗马法史。因此,自1893年日本确立了“罗马法”与“法制史、比较法制史”两大学科后,宫崎氏的罗马法讲义就将“罗马法史”名为“外篇”,并从原来2/3的比重减少到不足1/8。

### (五)评论

第一位评论人松泽裕作是庆应义塾大学经济学部教授,专攻明治时期日本地方制度史、村落史等。作为文学部历史学出身者,又在经济学部教授“经济史”,他具有交叉性的学科背景,因此思考的出发点在于,从史学史上的实际情况和方法论两个层面来看,有无区分“××史学”与“历史学”的必要。如对日本近代史的研究,“××史学”(经济史、法制史)的起步早于“历史学”。在此问题意识之下,他讨论了三个问题:

(1)作为“法制史”前提的“史料”:在明治前期,“史料”这一概念特指当时政府在编纂“正史”(《大日本编年史》)的预备阶段所制作的编年体编纂物(即现在东京大学史料编纂所收藏的“史料稿本”)。直到19世纪末,日语的“史料”一词才被赋予作为研究对象的含义,可与德语Quelle对译。

(2)“日本、东洋、西洋”的非对称性:日本近代的法学继受自西洋,西洋法制史的发展与此密不可分,日本法制史研究则与法律继受的“土壤”、日本法的来源相关,只有东洋法制史研究与这一继受状况无涉。

(3)学科的从属与分离:从明治时代至今,“××学”与“××史学”的关系似无实质性变化。一方面,“××史学”作为“××学”的一部分,会被拷问对本学科的贡献,而面对本学科恣意利用历史,又会有出于历史学立场的反感;另一方面,“××史学”时常标榜方法,但也会向相邻领域寻求“方法”的头绪。同理,对“文科派”来说,历史叙述不能缺乏概念,而社会科学提出的概念若只能用于说明现状,那么就欠缺深度。

第二位评论人大中有信是同志社大学司法研究科教授,专攻民法。他的评论内容有二,分别是明治初年日本法学形成与德国的关系,以及从法律解释学的角度产生的感想。前者占据评论的主要篇幅,涉及当时日本法学家赴德留学、德国法与法的历史、留学生习得的法学。令人印象深刻的一点是:

在当时法国的法学教育体系中,只有法学博士第二次考试会涉及法的历史,而在德国,法史则是低年级的法学课程,正因为日本留学的法学家占据了核心地位,所以都重视法的历史。

至于他从法律解释学角度产生的感想,则借助“穗积陈重的定位”予以申发,其问题在于,当时的法史学者如何处理法史研究取径与当代法的关系。

## 二、“日本法史/法制史教科书的可能性”报告集述要

2018年3月,日本有斐阁、弘文堂各自出版了一种日本法制史教科书,分别是高谷知佳、小石川裕介编著的《日本法史所见为何——学习法与秩序的历史》,出口雄一、神野洁、十

川阳一、山本英贵编著的《概说日本法制史》。前者的编著者高谷氏是京都大学法学部准教授、专攻日本中世法制史,小石川氏是关西大学法学部准教授、专攻日本近现代法制史,皆为法科出身;后者的编著者来自不同学科,除前述神野氏出身法科外,出口氏是桐荫横滨大学法学部教授、专攻日本近现代法制史,十川氏与山本氏皆出身历史学科,分别是庆应义塾大学文学部史学系准教授、帝京大学文学部史学科准教授,各自专攻日本古代史、近世史。

早稻田大学法学学术院教授和仁かや(专攻日本近世法)为此撰写了一篇书评,发表于《国家学会杂志》第132卷第1号、第2号(2019年),以辛辣的笔触,从细节解读到方法运用、读者定位诸方面,对二书加以批判。要点可枚举如下:

(1)二书虽然宣称是“法制史”教科书,但谋篇布局更像是一般史学著述。

(2)作为面向初学者的教科书,应以正确阐述本学科基本知识点(如法、制度)为大前提,不宜一味扩展知识范围,盲目追求素材与视角的多样性。

(3)高谷、小石川二氏之作认为,此前研究聚焦于前近代的成文法与审判,这是盲目套用近代法框架造成的不正确理解,因此导入“秩序”“(仪)礼”等关键词,来取代“静态的”制定与审判制度。在和仁氏看来,这种做法存在三大弊端:忽视了法制史学运用的概念、思考框架与前近代法之间的適切性,导致法制史学科的核心知识(如律令制度、律令法体系)旁落,法制术语的用法与说明错误在二书中随处可见。

(4)自宫崎道三郎、中田薰以下的传统法制史学者本就以多学科的素养、运用多元的史料、从各个角度切入法制史研究,不应被二书立为体现“法学内在性”的“法科派”标杆,与采用“政治史、社会史以及文化史视角”的“文科派”对置。

(5)二书再现了早期法制史学若不借助相邻学科之力而难以自立的状态,是学科的自我崩解,为从业者敲响了警钟。

上述评论涉及法制史学科与其他学科(尤其是历史学)的关系,以及法制史教科书是否应该坚持学科本位等问题。正因如此,日本法制史学会在第71届年会上又组织了一场座谈会,讨论日本法制史教科书该如何撰写。高谷氏、出口氏撰写的报告集“绪言”交代了讨论缘起,并自嘲他们所编的教科书成了“反面教材”。

通读三篇报告,庆应义塾大学法学部教授、专攻法哲学的大屋雄裕立足于法与其他规制手段、秩序构成原理之间的关系,讨论法律作为国家主要的规制手段在现今遭到挑战的状况(法的黄昏);东京大学名誉教授、曾任法务省民法(债权法)改正检讨委员会事务局长等、现为执业律师的内田贵,关注的是前近代明法家、奉行人等的著述能否被称为“法学”,并由此回应日本“法学的诞生”问题。只有东京大学大学院法学政治学研究科教授、专攻日本中世法制史的新田一郎直面上述问题,既回应了和仁氏的评论,又提出了自己对法制史学科定位的思考。以下逐一系列出他的看法。

(1)日本法制史教科书该如何定位:教科书难以展现本学科方方面面的全貌,只能精选出最能体现本学科特色的部分,不必追求最前沿的新知,在体现每种教科书个性的同时,理应呈现学科领域中的核心知识与通说观点,由此确保“日本法制史”的独特性与作为学科的同源性、连续性。

(2)“广阔的视野”或“相对化”:在坚守知识“基本盘”的同时,扩大关注视野,尤其是着眼于与近代法异质的前近代法现象,如反映当下学界对古代与中世“礼”的重视、对近代殖民地

法制的关注等,都是应该鼓励的努力。

(3)外部式观察的方法:学科的核心不在于关注的对象或利用的材料,而在于观察的角度、立场,由此产生不同的“知识”。作为法学的法制史学,其生命线在于对结构的相似性与细节的差异性进行法学意义上的辨析与说明,如应极其严密、谨慎地理解近代法的各种概念,敏感地体察近代与其他时代的法制之间的细微差别,在彻底排除模糊性、对概念再作定义之后,确保它们应用于其他时代的可能性。

(4)“基础法学”的功能与可能性:“基础法学”并非法学的入门基础,而是关于法的学术认知的基础,因此其功能并不是从法这一结构的内部出发进行探究,而是自外而内,予以多角度的观察,如法社会学、法哲学直指法的结构性底部,比较法、外国法学科着眼诸国之法的共时性差异,法制史学的特征在于注重历时性变化。学问理应是“从应用到基础”的推进过程。

(5)法制史学的定位与标准:针对具体的现象,从不同角度进行观察,由此产生多元的立体像,这是不同学科存在的意义。只有自觉地意识到各种角度与方法的存在,明确体认其间的差异,保持它们之间的紧张关系,才有可能实现对这一现象的立体式观察。思考方式的独特性,是法制史学区别于历史学以及其他相邻学科之处。

### 三、反观中国法律史学的若干思考

近年来,笔者曾在不同场合回应过法律史学的“独立性”问题,如基于法学立场拷问“法律史能为部门法研究、现代法治建设提供什么”,基于历史学立场拷问“法制史研究与历史学研究有何区别”,由此亦延伸至法律史学科内部关于路径和方法的争论,如描述性法史还是解释性法史、史学转向还是法学转向等。<sup>①</sup> 以此反观上述报告集的问答,不由令人感慨“中土、东洋,心理攸同”,以下略述所思所想。

#### (一)学问史

相较于田口氏所述[A 专题田口氏观点(1)]日本法制史学会的人数情况,中国法律史学会注册在籍的会员人数相当可观,据最新统计,已逾千人,且还不包括全国外国法制史研究会的会员。与大学的法律史教职一样,只要中国法律史作为法学必修课的地位未被褫夺,这一数据就不会出现大规模下跌;至于论文发表情况,中国的法律史学者面对的严酷现状与日本同行迥然不同,我们的生存危机不在于学者的产出,而是源自法学类核心期刊对法律史论文的冷淡态度。当然,这些皆与学术研究无关(虽会直接作用于学术),唯田口氏所述学问史[A 专题田口氏观点(2)]以及三篇日本近代法制史学史的报告,或许对我们思考中国法律史的研究主题有所启发。

<sup>①</sup> 参见胡旭晟:《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》,载《法律科学(西北政法学院学报)》1998年第6期;胡永恒:《法律史研究的方向:法学化还是史学化》,载《历史研究》2013年第1期。



## 1. 学说史与学问史

就中国近代以来法律史学史而言,学说史的整理与评述积累了相当丰富的成果<sup>①</sup>,对法律史学家群体与个体的素描式研究,亦不乏其作。<sup>②</sup>然而,如日本学者这般仔细地整理某一位法律史学者学术路径的生成过程、其求学经历对学科发展或课程设置的影响、学科发展与整个时代背景之间的关系等(除上述 A.2-A.4 的概括外,这三篇报告详细征引了日本学界就该人物的研究成果,可参见),在中国法律史学界似乎尚不多见。<sup>③</sup>

如上述松泽氏[A 专题松泽氏观点(3)]、新田氏[B 专题新田氏观点(5)]所言,法律史学者时常标举独到方法,但何为“方法”,其实需要典型例子来示范,若能以近代以来法律史学者的业绩为例,比较不同学科背景学者的学问取径,从而彰显法学立场的价值与意义,或许会更有说服力。<sup>④</sup>在这一方面,瞿同祖的社会学路径已阐释得淋漓尽致,可资参照。

## 2. 学问史与法律史学的独特学风

如赤城氏所言[A 专题赤城氏观点(2)],近代日本的东洋法制史学很难在法学中诞生。事实上,即使是中国的中国法律史,也并非由法学学科孵化而生。与日本法制史学受益于西洋史学理论与日本国学的景况相似[A 专题神野氏观点(2)],中国的法律史学在方法论上也有多重源头,无论是以沈家本、程树德为代表的乾嘉余绪,还是以梁启超、杨鸿烈为代表的新史学(背后还有浅井虎夫的影子),乃至瞿同祖的社会学,都与法学无涉。<sup>⑤</sup>如何从中剖析出“法学方法”,确实令人踌躇。

---

① 参见曾宪义、郑定:《中国法律制度史研究通览》,天津教育出版社 1989 年版;曾宪义、范忠信:《中国法律思想史研究通览》,天津教育出版社 1989 年版;张晋藩主编:《中国法制史研究综述(1949—1989)》,中国人民公安大学出版社 1990 年版;刘广安等:《中国法制史学的发展》,中国政法大学出版社 2007 年版;高汉成主编:《中国法律史学的新发展》,中国社会科学出版社 2013 年版;王立民等主编:《中国法制史研究 70 年》,上海人民出版社 2019 年版。除此之外的论文更是不计其数,暂不列举。

② 参见何勤华:《中国法学史》(第 3 卷),法律出版社 2006 年版;周会蕾:《中国近代法制史学史研究》,上海人民出版社 2013 年版;张雷:《20 世纪上半期法律史家群体研究》,郑州大学出版社 2017 年版。至于个案研究,除专题论文外,还包括中国政法大学出版社推出的“二十世纪中华法学文丛”、商务印书馆推出的“中华现代学术名著丛书”等所收法律史家作品所附其人其作的介绍、导读等。

③ 若讨论对象不限于法律史学家,朱明哲近些年的研究值得注意,具体参见其作《论王伯琦对法国学说的拣选与阐述》,载《清华法学》2015 年第 2 期;《中国近代法制变革与欧洲中心主义法律观——以宝道为切入点》,载《比较法研究》2018 年第 1 期;《法学知识的跨国旅行——马建忠和 19 世纪末的法国法学》,载《政法论坛》2020 年第 1 期;《西法东渐中的知识自主:以里昂中法大学法学博士培养为例》,载《上海交通大学学报(哲学社会科学版)》2021 年第 5 期。

④ 以下论文对近代以来的学术路径有所梳理,如王志强:《略论本世纪上半夜中国法制史的研究方法》,载李贵连主编:《二十世纪的中国法学》,北京大学出版社 1998 年版;梁治平:《法律史的视界:方法、旨趣与范式》,载杨念群等主编:《新史学——多学科对话的图景》,中国人民大学出版社 2003 年版,后收入其著《在边缘处思考》,法律出版社 2003 年版(引用以后版为准);秦涛:《中国法律史研究范式的形态与变迁》,载《法论》(第 29 卷第 2 辑),法律出版社 2017 年版。

⑤ 日本学者西英昭近年来也致力于北洋政府时期中国法制史学史研究,将徐德源、孙大鹏的《中国历代法制考》和曹恭翊的《法治通史》《集权资宪通史》定性为“古代典籍的继承及其改编”,将康宝忠的《中国法制史》和冯承钧的《本国法制史纲要》定性为“社会学的导入与对传统的接续”,并展现了浅井虎夫著作汉译本对当时中国学界的影响等。西英昭「中华民国初期における中国法制史学展開過程の一断面——教科書の分析を中心に」法政研究 86 卷 2 号(2019 年)参照。

以陈顾远为例,出身北京大学法科的他,受程树德影响,梁治平将其著《中国法制史》归入“史学的传统”,称“其视野却不出历史学之外”<sup>①</sup>,而尤陈俊标举陈氏《中国婚姻史》的法学特色,将目光聚焦于他对法学文献与资料(特别是民国时代的法律、大理院判例与解释例、最高法院的解释)的掌握、运用上<sup>②</sup>,可见当时学风的复杂性。

又如留德归来、被当代行政法学家陈新民许为“惊鸿一瞥的宪法学彗星”<sup>③</sup>的徐道邻,常年专治中国法制史,与前述向史学靠近的穗积陈重[A 专题神野氏观点(3)]相似。刘馨珺称他受“德国法学陶养”,在表彰其法学路径时,侧重于枚举徐氏比较中、西法制与法学优劣短长的论述;<sup>④</sup>而陈新宇称法学家的本色使徐氏“就唐律的分析,更具专业之内涵”,“对法律空隙之注意”体现了德国法学的影响。<sup>⑤</sup>

由此可见,只有就中国法律史上的具体问题,详尽比勘法律史学者与其他领域学者的论证理路、解读方式,才能为法律史学独立性的论证积累个案论据。

## (二)法律史学科独立存在的意义

法律史兼顾“法”与“史”两个学科属性,学科建制在法学学科,与经济学下的经济史、政治学下的政治制度史、教育学下的教育史等一样,都独立于历史学科、隶属于各社会科学。然而,如果某一社会科学门类在学术上的方法论特色并不明显,或者这一社会科学门类本身的研究对历时性方法并无特别需求,那么被冠名为“××史”的学科将处于极为尴尬的境地。

就法律史学而言,它在方法论上对史学的反哺价值远不如经济史,<sup>⑥</sup>而法学学科本身对史学方法的需求度,又远不如人类学、社会学,<sup>⑦</sup>法律史学的窘迫处境由此不难想见。前述日本学者的讨论,大多将消解法律史学独立性的威胁对标到历史学[B 专题和仁氏观点、新田氏观点(3)(5)],也间或点到法律史学对法学的价值[A 专题神野氏观点(1)、松泽氏观点(2)(3)]。下面就这一问题再作申说。

① 梁治平:《法律史的视界:方法、旨趣与范式》,载《在边缘处思考》,法律出版社2003年版,第201页。

② 参见尤陈俊:《法学家陈顾远笔下的〈中国婚姻史〉》,载陈顾远:《中国婚姻史》,商务印书馆2014年版,第213~223页。

③ 陈新民:《惊鸿一瞥的宪法学彗星——谈徐道邻的宪法学理论》,载《军法专刊》1992年第38卷第7期、第8期,后收入其著《公法学札记》,中国政法大学出版社2001年版。

④ 参见刘馨珺:《礼赞〈唐律〉——德国法学陶养的徐道邻(1906—1973)》,载《法制史研究》(台北)2010年第17期。

⑤ 参见陈新宇:《先哲已逝,典范永存——缅怀徐道邻先生兼评〈中国法制史论集〉》,载《政法论坛》2007年第4期。

⑥ 如经济学出身的梁方仲,为中国社会经济史研究范式的建立奠定了基础,对历史学界产生持久且深远的影响。参见刘志伟、陈春声:《梁方仲先生的中国社会经济史研究》,载《中山大学学报(社会科学版)》2008年第6期。

⑦ 这从历史人类学、历史社会学的研究热度中可窥知一二。如作为人类学家的萧凤霞在邂逅历史学后,意识到“结构(structure)”与“变迁”无须截然二分,从而提出“结构过程(structuring)”的概念,由此开辟了新的研究路径。参见萧凤霞:《廿载华南研究之旅》,载《清华社会学评论》(2001年第1期),中国友谊出版社2001年版,第184页。

## 1. 与历史学的关系

标举方法、角度、问题意识等,似乎是法律史学家努力证明自己与历史学家有别的“老生常谈”,如滋贺秀三曾言,法制史学家、历史学家在处理同一个研究对象时,根本上的差别在于视角不同、关心的焦点有异,就某一命题,不可能出现历史学家予以肯定、法制史学家予以否定的区别。法制史学家所探究的法在中国的存在形态为何,恐怕是文学部的历史学家所缺乏的问题意识。<sup>①</sup> 笔者之所以在前文提及陈顾远、徐道邻的个案,也是依循同样的思路,试图论证法律史学的存在价值。

法学方法的一个核心要素是概念的运用,松泽氏[A 专题松泽氏观点(3)]、和仁氏[B 专题和仁氏观点(3)]、新田氏[B 专题新田氏观点(3)]皆已提及。然而,在近代学科体系建立之初,将近代法学概念引入史学研究时,不免存在生搬硬套、削足适履的现象。如石井紫郎在评析中田薰的比较法制史学时曾言道:两个被比较的对象既有相似之处,也有不同的地方,中田氏似乎有意忽略不同的一面,强调二者的相似性或同一性,这可能与他受德国法史学强烈影响的学问素养有关,即执着于近代式的分类逻辑和法教义学的概念构成,如以非 A 即 B 的思维定性某些法律现象,否定又 A 又 B 的可能性;又如认为抽象概念可以涵摄具有共通性的法律现象,从而遮蔽了现象之间的差异性。<sup>②</sup> 其结果或许有助于同时代的法学家或一般读者借助近现代的“法言法语”理解传统社会的法律现象,却使法制史学家丧失了对历史变迁的敏感性。因此,新田氏的主张就需被再三强调:“基于所谓的‘对法学的熟练应用’,能够对类似与差异进行法学式的描写说明,这是作为法学的法制史学的生命线。”

在这一方面,中村茂夫对传统法与现代法上的“过失”概念的辨析,令人印象深刻。如中、日两国的学者基本都认为,无论哪个“过失”,都与注意义务相关,但中村氏详为考辨,指出传统中国法认定是否成立“过失”,考虑的是引起后果的先行行为是否合法、正当,而不是现代法所谓的注意义务。<sup>③</sup> 这样的讨论自然能够赢得法制史学家的赞叹,但就跨学科的影响来说,或许就较为微弱了。如历史学家不仅没有这样的问题意识,而且还可能因为原本就不了解近现代法上的过失概念,无从产生辨别二者的需要(毕竟近代以来的“法言法语”是法学作为“专业槽”的门槛),自然就不会对这一研究结论产生共鸣,新田氏所谓的保持不同学科就同一问题的“紧张关系”就难以达成。

其实,新田氏本人就在前引报告中提到了两个失败的经验:其一,日本六个基础法学会(法制史学会、法社会学、法哲学学会、比较法学会、比较家族史学会、民主主义科学者协会法律部会)于 2005 年创设了相互合作的联络会议,自 2007 年起共同主办“基础法学综合座谈会”,在共同的主题之下,由各个学会推举发表人和评论人切磋论学,至 2018 年已举办 11 次。然而,讨论经常聚焦于现代的具体问题,历史则被冷落一旁。其二,2016 年日本法制史

<sup>①</sup> 滋贺秀三「中国法制史と我——老兵の告白」『続 清代中国の法と裁判』(創文社,2009 年)226 頁参照。

<sup>②</sup> 石井紫郎「中田薰」永原慶二、鹿野政直編『日本の歴史家』(日本評論社,1976 年)116~125 頁参照。关于中田氏的中国法制史研究,可参见拙著《论中田薰的东洋法制史研究》,载《中外论坛》2021 年第 3 期。

<sup>③</sup> 中村茂夫「清朝の刑法における過失」『清代刑法研究』(東京大學出版會,1973 年)17~149 頁参照。

学会举办第 68 届年会,组织了一场名为“经济史学与法制史学——尝试围绕经济秩序的对话”的专题讨论,最终也以“消化不良”而告终。在他看来,失败的原因至少有三:其一,学术分工与研究领域的精细化导致报告者与评论人的学力有限;其二,各个学科之间难以共享具有跨学科性的讨论议题;其三,就同一研究对象,不同学科缺乏在方法论上的张力。所以,要实现前述这种学科之间的“合力”,令历史学家感受到法律史学的独特魅力,实在任重而道远。

## 2.对部门法学的价值

从前述三篇日本学科史的报告来看,某一学科的兴废,既受时势的影响[A 专题神野氏观点(1)、赤城氏观点(3)],也有个人与学群的倡导[A 专题神野氏观点(2)、藤野氏观点(2)、大中氏观点],其中不乏偶然性,也未必全然遵循学理。因此,在很大程度上说,这不是一个单纯的学术问题。正因如此,想要从学理上论证法律史在法学学科中的存废,恐有缘木求鱼之嫌。当然,这并不意味着我们无法从学理上讨论法律史学对法学其他学科(尤其是具有较强实践性的部门法学)的价值。

笔者原本十分期待日本的部门法学者能趁此机会对法律史学提出具有可操作性的学术诉求,但读毕报告与评论,颇感失望。事实上,2002 年出版的日本《法制史研究》第 51 号也刊有一期专题报告集,名为“历史性思考在法学中的意义”。其中,时为东京大学法学政治学研究科民法学教授的能见善久提交了一篇论文<sup>①</sup>,坦陈其见,读来畅快淋漓。在他看来,实证法学的问题领域有三,分别是针对立法的讨论、针对司法中法律解释的讨论以及法律教育。关于“历史”对实证法学的意义,也应从这三个方面去探寻。以下分述其要点:

其一,立法的目标在于适应新情况、创设新制度,因此其本质要求就是与此前的“历史”相切割。当然,这并不意味着“历史”在立法的讨论中就全无作用,即“历史”可作为支持或反对某一变革主张的证据之一,对立法中的冒进与莽撞进行抑制,对现实起到“相对化”的平衡作用,而且还可以通过历史性考察,发现当下的立法问题。

其二,司法中的法律解释存在“立法者意思主义”和“文本主义”之争。若贯彻“立法者意思主义”,自然需要从法律制定时的立法资料中推究当时立法者的种种考虑,这就与“历史”相关;反之,若主张“文本主义”,自然对“历史”持消极姿态。

其三,法学教育应提供多元化、多层次的视角、观点,与现实社会有别的历史角度自然是其中之一,且有助于学生理解实证法学中的相关讨论。

法学教育的目的在于知识传授、方法引导、视野开阔,法律史学在求真、存知上的纯学术意义自不待言,此点无须“正当性”论证。真正需要加以检讨的是,如新田氏对“基础法学”的定位[B 专题新田氏观点(4)],我们是否应该将“中国法律史”的必修课设置在法学本科低年级阶段?

若以能见氏对立法和司法的讨论来审视中国法律史学的意义,我们不难发现:即使中国的法官、法学家等严格贯彻“立法者意思主义”,法律史学者对部门法的贡献也仅在于探究 40 多年来的“立法史资料”。事实上,参与当时立法的部分官员、部门法学者依然在世,即使没有参与其中的部门法后进也对相关立法史相当熟稔,法律史学者似乎难有发挥作用的空

<sup>①</sup> 能见善久「実定法学は“歴史”に何を求めるか」法制史研究第 50 号(2002 年)参照。

间。因此,唯一可供法律史学者施展拳脚的舞台,或许就是立足历史与传统,为某一立法主张提供正当化论据或平抑某一冒进的立法计划,又或是通过梳理历史、对比古今,发现当前立法中的问题。中国法律史学者在提供正当化论据方面的贡献已颇有积累,未来或许应在平抑冒进、针砭现实方面多加努力。<sup>①</sup>

---

<sup>①</sup> 如法律史学者苏亦工针对民法典立法的看法,颇能呼应民法学者方流芳的意见。参见其著《得形忘意——从唐律情结到民法典情结》,载《中国社会科学》2005年第1期;苏永钦、方流芳:《寻找新民法:苏永钦、方流芳对话中国民法法典化》,元照出版有限公司2019年版。