

中国法律史学科发展评价(2010—2011)

基于期刊论文的分析

本刊编辑部

引言

本报告的期刊论文来自《中文社会科学引文索引(2012—2013)来源期刊目录》所列举的法学期刊,包括《比较法研究》、《当代法学》、《法律科学》、《法商研究》、《法学》、《法学家》、《法学论坛》、《法学评论》、《法学研究》、《法制与社会发展》、《华东政法大学学报》、《环球法律评论》、《清华法学》、《现代法学》、《政法论坛》、《政治与法律》、《中国法学》、《中国社会科学》和《中外法学》,共计 19 种。

中国法律史研究历来区分为中国法律史和外国法律史,其中又再区分为制度史和思想史。在本报告中,中国法律史论文按“断代史”、“法律现代化”和“法律文化”进行分类。断代史在时间上止于清末立宪,性质和传统上属于古代法研究,所选论文以各朝具体一项制度或思想为题,以考据和小论文为主。法律现代化在时间上始于清末法律变革,性质和传统上属于法律制度的现代转型或者称中国法律现代化研究。综合考察思想和制度、以同一主题展开讨论中国法律传统的论文归于法律文化。

外国法律史部分仍按照传统分类为外国法制史和西方法律思想史两部分。

一、中国古代法律之断代史

(一)统计数据

所选断代史论文计 73 篇,按照时间顺序排列,先秦(思想)研究 8 篇,秦汉法律研究 6 篇,晋律研究 1 篇,南朝法律研究 2 篇,隋律考辨 1 篇,唐代(含唐宋合议)法律研究 12 篇,宋代法律研究 6 篇,辽金法研究 1 篇,西夏法律研究 2 篇,明代(含明清合议)14 篇,清代法律研究 20 篇。明清和唐宋法律研究论文数量多、所涵盖的主题多,诸多论文单篇篇幅长、质量也相

对较高。

以主题分类,律学考据 13 篇,其中重彩描绘的有张家山汉简考据 2 篇,唐律考据 5 篇,清(含明清)律令考据 3 篇;古代法体系研究 15 篇,遍及秦律至大清律例;司法诉讼研究 18 篇,其中秦汉 2 篇,唐代 2 篇,宋代 2 篇,明清合议 5 篇,清代 7 篇;民事争讼 7 篇,含田宅、户婚、民契及妆奁和命案赔偿;经济法制 6 篇,宋代 2 篇,清代 4 篇,内容上涵盖土地权属、水权分配、盐法、商牙和版权;法律思想研究 9 篇,基本上聚焦于先秦儒家和法家;清代法律教育与传播 5 篇。

以研究方法而论,法律史的文章或为考据或为议论。一般而言,断代史的论文以考据为前提和基础,因此,所选取论文都带有考据的成分,只是有的文章偏考据而有的文章偏议论。在考据类的文章中,有考据法学家的思想,^[1]有考据法律的律(令)文,^[2]有考据法律制度,^[3]有考据法律的社会历史背景。^[4]在偏议论类的文章中,有提出自己的新观点,^[5]有总结归纳出一般法律特点,^[6]有以现代西方法学概念和方法解读中国法律传统。^[7]

(二)一般特点

1.主题分布

古代法律体系和刑律的研究,一直是中国法律史学关注的重点。关于传统主题的研究,2010—2011 年的成果水平进一步提升,赵晶的论文以及霍存福、张靖翔和冯学伟的论文充分显示出作者们深厚的律学功底。

基层司法和民间细故纠纷在 2010—2011 年论文中比例突出。受日本、美国汉学家和我国

[1] 张伯晋:“法家学派的渊源与属性考论”,《法制与社会发展》2010 年第 1 期;周伟:“荀子礼法学说新解”,《政法论坛》2010 年第 5 期;王占通:“论荀子对先秦儒家传统的突破”,《法制与社会发展》2010 年第 6 期;程燎原:“先秦‘法治’概念再释”,《政法论坛》2011 年第 2 期;冷必元:“西周‘慎罚’思想疑思与解惑”,《政治与法律》2011 年第 10 期。

[2] 艾永明、郭寅枫:“唐律别籍异财之禁探析”,《法学研究》2010 年第 5 期;闵冬芳:“唐律‘夜无故入人家’条源流考”,《法学研究》2010 年第 6 期;赵晶:“唐代律令用语的规范内涵——以‘财没不追,地还本主’为考察对象”,《政法论坛》2011 年第 6 期;刘晓林:“唐律‘劫杀’考”,《华东政法大学学报》2011 年第 4 期;霍存福、张靖翔、冯学伟:“以‘大明令’为枢纽看中国古代律令制体系”,《法制与社会发展》2011 年第 5 期。

[3] 胡震:“清代‘通行’考论”,《比较法研究》2010 年第 5 期;程维荣:“论秦汉城旦舂刑的变迁及其影响”,《政治与法律》2010 年第 11 期;程政举:“先秦和秦汉的集体审判制度考论”,《法学》2011 年第 9 期;金眉:“唐宋养子制度变动研究——以异性男的收养为考察对象”,《法制与社会发展》2011 年第 4 期。

[4] 郑小春:“从徽州松费账单看清代基层司法的陋规与潜规则”,《法商研究》2010 年第 2 期;张本顺:“宋代妇女遗产所有权探析及其意义”,《法制与社会发展》2011 年第 5 期;春杨:“明清时期田土买卖中的找价回赎纠纷及其解决”,《法学研究》2011 年第 3 期。

[5] 方潇钱、苏青:“王道视角下的思想控制:清前期的法律与实践”,《法学家》2011 年第 5 期。

[6] 徐忠明:“明清国家法律宣传:路径与意图”,《法制与社会发展》2010 年第 1 期;黄东海:“明清商牙纠纷类型及所见国家商业社会控制”,《华东政法大学学报》2010 年第 6 期;张德美:“清代保甲制度的困境”,《政法论坛》2010 年第 6 期。

[7] 崔明石:“人心似铁与官法如炉:‘无文’视域下的清代司法审判”,《法制与社会发展》2010 年第 2 期;汪雄涛:“明清诉讼中的情理调处与利益平衡”,《政法论坛》2010 年第 3 期;陈锐:“宋代的法律方法论——以‘名公书判清明集’为中心的考察”,《现代法学》2011 年第 2 期。

台湾学者的影响,国内学者的注意力开始从国家法转向民间法,从中央司法转向州县司法,甚至幕僚胥吏和家族法。张本顺对宋代妇女奁产所有权的探析、春杨对明清田土买卖中的找价回赎分析都给人耳目一新的感受。传统强项之司法中的天理、人情和国法审判原则,仍然有论文阐释说明。

古代法律职业和法律知识传播是从前被人遗忘的角落,2010—2011年有论文开辟先河。徐忠明和杜金的4篇系列论文学术批评的矛头直接指向西方学者对中国法律传统的评价(这4篇文章是:“清代中国法律知识的传播与影响”、“明清国家法律宣传”、“清代高层官员推动下的‘官箴书’传播”和“明清民间商业运作下的‘官箴书’传播”)。在韦伯和昂格尔看来,古代中国没有进入法律现代化的理由之一便是中国没有经过职业训练的法学家阶层。

2. 资料运用

传统中国法律史的研究所依赖的资料多为各朝律典,其结果便导致了中国社会“刑法发达而民事不发达”或者“重刑轻民”的误解。从2010—2011年所选论文文本上看,中国法律史的学者们开始将“刑律”扩展到了“德礼”和“伦理”,将“国法”扩展到“民间规则”之后,作文的资料不再仅仅是各朝律令格式,司法判例性质的则例、成案和刑案汇览、二十五地史、档案、县志、金石碑、学人判牍和笔记,甚至家谱和小说杂感都成为学者运用的资料。

学理上讲,资料库的每一次扩充,都会扩展或深化中国法律史研究,或者验证从前命题,或者改变旧有的观念。在考据部分,秦律汉简、唐令拾遗、敦煌契约,以及今人编辑的古代契约、“珍稀”法律典籍多为唐代以前论文所引用;在说理部分,包括二十五史在内的正史从社会文化的角度充实了从前刑律史的丰度;清代以后,史料的缺乏不再是学者苦恼所在,各种类型的史料丰富得使学者们似乎无从选择。

在前人学术成果引用上,传统引用率高的作者依然频繁出现:薛允升、沈家本、沈之奇、程树德、戴炎辉、王明德、汪辉祖、陈顾远和日本学者仁井田升。随着中国法律史社会学研究方式的兴起,带有法社会学印记的学者也开始被引用:瞿同祖、我国台湾学者张伟仁 and 黄源盛、日本学者滋贺秀三和寺田浩明、美国学者安守廉、高道蕴和黄宗智。

3. 观点创新

2010—2011年断代史研究论文不乏新的观点。传统上讲,西周“慎罚”是指谨慎施加刑罚,由此体现古人“明德”的仁慈,而冷必元却讲“慎”训诂为“重”,意为“心里珍重”,含义是该宽则宽、该严则严,“一切以能够实现统治者利益的最大化为适用依据”。作者认为,在西周那样“焚之”、“辜之”和“踣诸市”的时代,不存在人权的刑法思想。^{〔8〕}

对于南朝律学,传统的说法是“中原律学,衰于南而盛于北”,吕志兴认为此说“与历史不符”,因为南朝法律领域宽广、儒家伦理深厚、法律解释统一,“并不比魏晋及北朝律学衰微”。^{〔9〕}

中国古代家庭财产制度是族所有,还是户所有,或者个人所有?法律史学界一直有争论;

〔8〕 冷必元,见前注〔1〕。

〔9〕 吕志兴:“南朝法制的创新及其影响——兼论‘南北朝诸律,北优于南’说不成立”,《法学研究》2011年第4期。

古代女子的民事身份权和财产权,学界同样争论不已。张本顺提出了自己的看法,他认为,提倡女子贞洁、禁止寡妻改嫁虽然是宋代理学家提出和提倡的,但是在宋代并没有发生作用,对妇女的禁锢发生在明清。就清代立法、司法和社会生活而言,宋代妇女对出嫁时候的奁产享有完整的所有权。^{〔10〕}

(三)亮点论文

霍存福、张靖翔和冯学伟的论文考证了明令向清例的转化,解释了清代法律体系有律无令、中国传统律令体系类型转化的现象。作者分别考证了明代“户令”、“礼令”和“刑令”与大清例对应和咬合的关系,并且追溯到了晋唐令、元条格和宋令。论文严丝合缝、小心考据,最后得出“大清律例”具有“法律大全”的性质,既有犯罪刑罚的规定,又包含了民事、行政和诉讼的规范。^{〔11〕}

类似地,赵晶的论文专门考据了唐代律令“财没不追,地还本主”的确切含义。“没”解读为“官没”与解读为“尽”、“无”,得出的法律意义完全不同。作者考据了唐律所引唐令和宋刑统所引宋令,反对将“没”解读为“官没”,支持“无”和“尽”,并从法理逻辑和立法目的上印证,得出的结论是:此条意指“钱主丧失购入的土地的保有权及对相应田价的追索权,地主则兼有二者”,立法的目的是“抑制土地兼并、追求社会财富均匀的实质公平”。^{〔12〕}

春杨的论文考察了明清土地买卖中“找价”和“回赎”现象,揭示了土地典当和绝卖在实际生活中的模糊之处而发生的纠纷与诉讼,突出了官方法律禁止和民间广泛适用之间的冲突。论文详细地展现了明清契约制度的真实状况,暗示出古代买卖和契约制度的中国特色。^{〔13〕}

明辉的论文探讨了中国古代侵权赔偿法律问题。中国民法史的研究,传统上重视田宅、户婚和契约,忽略损害与赔偿的法律救济。此文似为有益的尝试,作者以古代“烧埋银”为起点,考据了自元代至明清的损害赔偿法律制度,得出的结论是:唐宋前,民间损害以公法性质的刑律惩处,元代以后,损害赔偿既有刑事的惩罚,又有加害人与受害人的民事赔偿。^{〔14〕}

二、中国法律现代化

(一)统计数据

中国法律现代化始于20世纪,制度上从清末宪政和修律开始,思想史上则源于林则徐和魏源之后的官员学人。广义上的中国法律现代化,同样包含了辛亥革命之后的民国时代法律变迁。与此同时,中国共产党红色政权下的法律既有国际共产主义的法律成分,又与旧政权的法律发生着关联,特殊的时候,还援引过国民党统治下的法律。这样的法律不同于古代法律制

〔10〕 张本顺:“宋代妇女奁产所有权探析及其意义”,《法制与社会发展》2011年第5期。

〔11〕 霍存福等,见前注〔2〕。

〔12〕 赵晶:“唐代律令用语的规范内涵——以‘财没不追,地还本主’为考察对象”,《政法论坛》2011年第6期。

〔13〕 春杨,见前注〔4〕。

〔14〕 明辉:“游牧部落习俗对正统律典制度之冲击与融合——从古代损害赔偿制度之建构透视中国法律文化传统”,《政法论坛》2010年第1期。

度,同样带有现代法律的影子。新中国成立后,还有共和国的法律史。从性质上,中华人民共和国的法律已不属于传统上的中华法系,向前苏联法律的学习和借鉴使得新中国法律成为中国法律现代化的一部分。

中国法律移植西方法律,既有思想的启蒙与准备,也有制度的跟进与创新。2010—2011年所搜集的法律现代化期刊论文70篇,其中制度史研究42篇,思想史研究28篇。在42篇制度史论文中,清末宪政和修律研究论文11篇,清末民国或以“近代”为题的论文13篇,民国法律研究论文8篇,根据地时期中国法律史研究论文10篇。在28篇思想史论文中,启蒙运动和宪政理论14篇,辛亥革命宪政思想研究8篇,共产党领导及左翼法学研究4篇,外来法律语言中化研究论文2篇。清末宪政和修律研究论文所占比例甚重,印证了学者“学术界对晚清立宪运动的研究已经很多,且常议常新”;2011年为辛亥革命100周年,革命带来的法律变革也是2011年法律史论文的重点。

(二)一般特点

第一,清末立宪与辛亥革命是中国法律由古代向现代转换的关键点。立宪和法律制度的古今之变、法律思想的新旧之辩,显示了中国法律少有的动态式样。法律制度和法律思想的研究成果都十分丰富。立宪时代的思想启蒙、君主立宪与共和的争议,一直是中国法律史学界讨论20世纪初法律转型的主题。所出学术成果表明,一方面,思想的启蒙和宪政的渴望仍然是中国法学界的百年学术热点;另一方面,讨论的主题百年不变,也说明了中国法律学术研究与法律实践之间的脱节。

第二,现代法律体系的形成源于清末修律。中国法律传统与西方现代法律的冲突,一直是学者关心的理论问题。从刑律的修改与争论,到商事法对西方的移植,再到民事法律中西法律的融合,都有论文涉及。民国时代民商事习惯的调查,^[15]大理院审判中的中西法律原理的融通,^[16]是近年来法律史学界研究的新热点。

第三,在资料方面,论文所依赖的文献多以正式出版的资料汇编和文集为主,大量资料系已出版或再次印刷的近代史料,比如《大清新法令》、《资政院会议速记录》和《参议院议事录、参议院决议案汇编》等,少量资料源于未出版的原始档案,^[17]以及我国台湾编辑出版的文献资料,^[18]极少资料来自国外的文献。^[19]在讨论宪政一般理论问题的地方,不少学者援引国外

[15] 睦鸿明:“清末民初习惯的社会角色及法律地位”,《法律科学(西北政法大学学报)》2011年第4期;张松:“民初商事公断处探析——以京师商事公断处为中心”,《政法论坛》2010年第5期。

[16] 徐静莉:“‘契约’抑或‘身份’——民初‘妾’之权利变化的语境考察——以大理院婚姻、继承判解为中心”,《政法论坛》2010年第2期;徐静莉:“民初寡妇立嗣权的变化——以大理院立嗣判解为视角”,《政法论坛》2011年第2期。

[17] 龚汝富:“乡土之谊:民国时期共有财产诉讼的另类解读——以景德镇苏湖书院产业侵占案为例”,《比较法研究》2011年第6期;蔡晓荣:“法律规范与生活逻辑:失火民事赔偿责任衍进的本土叙事”,《现代法学》2011年第5期。

[18] 陈新宇:“谁在阻碍‘大清新刑律’的议决?——章宗祥回忆辨伪及展开”,《清华法学》2011年第5期。

[19] 柴松震:“清末五大臣对德国宪政的考察”,《政法论坛》2011年第1期。

宪法学者的理论和方法评论中国近代的宪政运动。^{〔20〕}

(三) 亮点论文

3篇研讨《逊位诏书》的论文^{〔21〕}是2011年研究近代宪政的亮点。以前法律史的研究主题以孙中山辛亥革命为主线,强调革命与法制之间的关系。以《清帝逊位诏书》为考察点,则以政治学和国际政治的角度看待民初共和国建立的性质。辛亥革命后,南北对峙与蒙藏民族分裂都存在着危机,清帝诏告退位“禅让”给民国,既可以从法律上保证民国主权的连续性,又可以保留蒙藏在民国版图内,在国际公法上具有正当性。

民法史方面,徐静莉的论文^{〔22〕}探讨了中国“妾”自古代合法配偶身份到现代契约亲属身份的变化。一夫一妻多妾婚姻到一夫一妻制的转变,对中国妾的身份和财产关系提出了挑战。大理院审理的此类案中,在中国法律传统与西方法律精神之间寻求着某种平衡,既要否定多妾制的合法性,又要保护她们的财产权。蔡晓荣的论文^{〔23〕}则讨论了中国古代民事习惯与西方现代法律的差异性。对火灾导致的损害,中国古代予以刑事处罚,民事方面则免除赔偿责任。移植西方民事法律后,法律规定火灾导致的财产损害,特别是在重大过失导致的损害情况下,被告应该承担赔偿责任。但在实践中,由于被告经济窘迫的现实,民事赔偿难以实现。作者还对中国目前乡村社会失火赔偿习惯做了调查,得出的结论是民众不会通过诉讼的方式寻求法律赔偿。

陈新宇的2篇论文^{〔24〕〔25〕}挖掘出了新的材料,提出了新的观点。作者试图复原大清新刑律从1906年到1911年第六案共七个法案的编纂过程,对照相关人员的日记和记录材料,对通说“法律守旧派阻挠大清新刑律议决”提出了质疑。作者以为,按照资政院票数统计,“无夫奸”入罪似在必得,而无夫奸入罪与现代法律精神违背,新派持否定态势。为了阻碍“无夫奸”入罪,新派人物“巧为拖延”、“王顾左右而言他”,最后“毕其功于一役”,成功将“无夫奸”、“仅仅保留在《暂行章程》而无法出现在法典正文中”。作者视新派为“耍赖,不按游戏规则来了”,结论是“中国法律近代化伊始,就埋下了轻视程序的危险伏笔”。

张小军的论文^{〔26〕}回顾了新中国建立之后法学意识形态的转换。法律与政治千丝万缕的联系和法律重彩的意识形态,政权的变更必定会伴随着法律意识形态的重塑。作者以历史材料为佐证展现了这段特殊的历史,为我们理解今天中国法律的性质有着重要的

〔20〕 王书成:“立宪共和之民初启蒙及反思”,《法学研究》2011年第5期;雷勇:“国家比喻的意义转换与现代国家形象——梁启超国家有机体理论的西方背景及思想渊源”,《政法论坛》2010年第6期。

〔21〕 杨昂:“清帝‘逊位诏书’在中华民族统一上的法律意义”,《环球法律评论》2011年第5期;高全喜:“政治宪法学视野中的清帝‘逊位诏书’”,《环球法律评论》2011年第5期;章永乐:“‘大妥协’:清王朝与中华民国的主权连续性”,《环球法律评论》2011年第5期。

〔22〕 徐静莉,见前注〔16〕。

〔23〕 蔡晓荣:“法律规范与生活逻辑:失火民事赔偿责任衍进的本土叙事”,《现代法学》2011年第5期。

〔24〕 陈新宇:“‘钦定大清刑律’新研究”,《法学研究》2011年第2期。

〔25〕 陈新宇,见前注〔18〕。

〔26〕 张小军:“1949年至1953年司法改革演变及若干反思——以新法学研究院对旧法人员的改造和1952年司法改革为例”,《政治与法律》2010年第12期。

启发意义。唐仕春的论文^{〔27〕}以详实的资料考察了前苏联法学专家对新中国1949—1960年间法律和法学的参与和影响,让我们从一个特殊角度了解新中国前十年学习和借鉴社会主义法律体系的状况。

三、中华法律文化

(一) 数据统计

2010—2011年所搜集的以法律文化为主题的论文总计64篇,其中,呼吁中华法系复兴或重申中华法系现代意义的论文4篇,从法哲学或者法律一般理念上归纳和评论中国法律传统的论文18篇,就一项法律制度展开论证中国法律传统的论文17篇,中国法律传统关键词的训诂与辩证的论文5篇,中国司法传统解析的论文11篇,以古代经典文献展开讨论中国法律传统的论文9篇。

(二) 一般特点

1. 宏大叙事

在法律文化的一般理论方面,有论文呼吁中华法系的复兴,^{〔28〕}有论文超越法律具体的制度考据,广泛讨论中华法系的一般特点,比如纠纷的社会和解、^{〔29〕}宗法文化、^{〔30〕}家族本位、^{〔31〕}天理人情国法、^{〔32〕}以礼入法。^{〔33〕}从文化角度作文,参照系必定为外法标尺,因此,中外法律文化的比较在情理之中。2010—2011年论文中,境外学者评论中华法律文化的文章达6篇,且篇幅厚重;^{〔34〕}国内学者则以现代和后现代方式审视中国法律传统,^{〔35〕}“离经叛道”的方法论为:“我承认有权威的理解,但不承认有本真的理解”,“洞察力未必来自精细的文献梳理好追根溯源;坚守中国传统学术视界中的解读固然有其长处,但视角的转换更可能拓展经典的现代意味和启示”,在此预设下,即使“没‘进入’中国文化传统,甚至可以被批判为有意扭曲儒家思

〔27〕 唐仕春:“建国初期来华苏联法学专家的群体考察”,《环球法律评论》2010年第5期。

〔28〕 张晋藩:“解读中华法系的本土性”,《政法论坛》2010年第5期;刘广安:“中华法系生命力的重新认识”,《政法论坛》2011年第2期;张中秋:“中华法系道德文化精神及对大中国法的意义”,《法学》2011年第5期。

〔29〕 陈寿涛、何厉宇:“与社会和解:中国法治模式的伦理文化之维”,《政法论坛》2011年第3期。

〔30〕 杨志民:“传统宗法文化与近代中国立宪”,《法学评论》2011年第2期。

〔31〕 张德美:“家族本位视角下的法律儒家化”,《比较法研究》2011年第3期。

〔32〕 崔明石:“事实与规范之间:情理法的再认识——以‘名公书判清明集’为考察依据”,《当代法学》2010年第6期。

〔33〕 张洪涛:“从‘以礼入法’看中国古代习惯法的制度命运”,《法商研究》2010年第6期。

〔34〕 黄宗智:“中西法律如何融合?道德、权利与实用”,《中外法学》2010年第5期;黄源盛:“传统与当代之间的伦常条款——以‘杀尊亲属罪’为例”,《华东政法大学学报》2010年第4期;张伟仁:“中国法文化的起源、发展好特点”(上)(下),《中外法学》2010年第6期和2011年第1期;廖凯原:“‘黄帝四经’新见:中国法治与德治科学观的反熵运行体系”,《环球法律评论》2011年第2期。

〔35〕 王志强:“中国法律史叙事中的‘判例’”,《中国社会科学》2010年第5期;王涛:“中华法系研究的后现代话语检视”,《政法论坛》2011年第4期。

想,是文化的‘自我殖民’”,也愿意承担这所有的“风险”。〔36〕

2.以小见大

从一项具体的法律制度中展现中华法系的一般特点,是中国法律史常见的写作方式。孝道与伦理、民本与人道、复仇与宽容、纠察与上控、身份与民权、犯罪与亲属间豁免,一直都是中国法律文化热点问题。以司法活动为例,司法理念上,司法观的传统为仁道、中道和和谐,〔37〕古代司法的价值标准为“听讼明”和“断狱平”;〔38〕中国古代司法推理遵从“罪疑惟轻”和比附类推原则,〔39〕法庭证据规则倚重证据之王的“口供”。〔40〕年轻一代的学者开始尝试以新的观点和方法重新解读中国传统司法:传统司法中的“情法两尽”,与其说是兼顾情理与律例,还不如说是利益的平衡;〔41〕中国传统中的“上控”和“审转”不合西方经济学,却合乎中国“政治治理”语境下的效率原则。〔42〕

3.扩展与创新

2010—2011年的法律文化论文中,既有原汁原味的法文化现象的训诂及阐释,比如“刑”、“礼”、“讼”的法文化考察或辩证,〔43〕也有对经典的现代解读,〔44〕还有对文学作品或类文学作品的法律解读,〔45〕更有扩展传统法律史文献的新领域研讨。〔46〕另外,部分诗性气质的法学

〔36〕 苏力:“早期儒家的人性观”,《法制与社会发展》2010年第5期。

〔37〕 崔永东:“对中国传统司法观的理性分析”,《现代法学》2011年第2期。

〔38〕 霍存福:“‘断狱平’或‘持平’:中国古代司法的价值标准——‘听讼明’、‘断狱平’系列研究之一”,《华东政法大学学报》2010年第5期。

〔39〕 蒋铁初:“中国古代的罪疑惟轻”,《法学研究》2010年第2期;陈新宇:“比附与类推之辨——从‘比引律条’出发”,《政法论坛》2011年第2期。

〔40〕 闫召华:“口供何以中心——‘罪从供定’传统及其文化解读”,《法制与社会发展》2011年第5期;祖伟、蒋景坤:“中国古代‘据状断之’证据规则论析”,《法制与社会发展》2011年第4期。

〔41〕 汪雄涛:“‘情法两尽’抑或是‘利益平衡’?”,《法制与社会发展》2011年第1期。

〔42〕 于明:“司法审级中的信息、组织与治理——从中国传统司法的‘上控’与‘审转’切入”,《法学家》2011年第2期。

〔43〕 武树臣:“寻找最初的‘刑’——对古‘刑’字形成过程的法文化考察”,《当代法学》2010年第4期;武树臣:“寻找最初的礼——对礼字形成过程的法文化考察”,《法律科学(西北政法大学学报)》2010年第3期;方潇、段世雄:“讼卦之‘讼’辩证”,《法制与社会发展》2011年第5期;朱腾:“‘春秋公羊传’之规范性命题论考”,《政法论坛》2010年第5期。

〔44〕 涂少彬、江河:“儒家‘活法’初论”,《法学评论》2010年第5期;任海涛:“‘论语’之宪法思想萌芽及其与西方比较”,《政治与法律》2010年第7期。

〔45〕 柳忠武:“穿梭阴阳界——‘聊斋志异’法律思想解读”,《政法论坛》2011年第2期;屈永华:“中国传统官僚制度的效率之争——从‘荒政’和‘叫魂’说起”,《政法论坛》2010年第5期;李启成:“文学作品、司法文书与法史研究——以审理‘妄冒为婚’案件为中心的研究”,《政法论坛》2010年第2期。

〔46〕 徐忠明:“从‘诗经·甘棠’事志考释到送法下乡”,《政法论坛》2011年第3期;陶钟灵:“‘诗经’所载西周春秋法制及其对后世的影响”,《法学研究》2011年第6期;方潇:“中国传统历法之法意及其对法律时间的影响”,《法制与社会发展》2010年第5期;方潇:“法律如何则天——星占学视域下的法律模拟分析”,《中外法学》2011年第4期。

者们开始以杂文或随感的形式叙述中国法律文化。^{〔47〕}

(三) 亮点论文

张伟仁先生的论文^{〔48〕}终结式地检讨了中国法律传统。先生以自己的理解重述了中国法律史,多有智慧的闪光。与以往中国法律史学家不同在于,作者以时代和社会为背景,展现了社会各阶层在法律发展中的角色与功能。突出的是:其一、作者详细地探讨了中国知识分子从贵族到士及儒生的身份转换,以及在身份转换过程中与皇权之下法律的交互关系,认定中国知识分子永远是权力的附庸,由此导致中国法律传统特点为“阳儒阴法”。因此,作者对中国法律传统之“外法内儒”和“法律儒家化”观点提出了批评意见。其二,作者考察了中国古代民众的生存状态,以及此种状态下求生存、续血脉、越诉京控的法律与社会心理。

方潇与段世雄的论文^{〔49〕}对“讼,终凶”说提出了批评。作者考据了周易讼卦,认为讼之“上卦乾天”,“下卦坎水”,上指真龙天子,下指传统礼法。从字义分析,讼从言从公,“意为言之于公,申明事理而非争斗”,甚至“讼元吉”。作者由此认为,讼卦之讼是一个宽泛的概念,类似于英语中的“冲突”,它不仅仅指打官司,或英语中的“诉讼”。作者称,讼卦之讼既非“凶”又无“无讼”的观念,把讼归结为凶和无讼,只是后世儒家的添附。与此文相关,方潇的论文^{〔50〕}深化了前人法律理念之“天道”和“天理”的研究。作者广泛地考据了古典文献涉“星占”材料,考察了中国古代立法、司法、修法和法律设置中的天象投射。

王志强的论文^{〔51〕}一方面批评了中国法律史学界以西方概念裁剪中国法律传统的方法论,另一方面力图找寻西方判例在中国法律传统中的替代物。作者考察了中国例、旧案、成案、故事,也考察了英国遵循先例史及法国行政法判例,认为从“法律渊源”和“法律效力”概念意义上,西方判例与中国成例性质不同,但在“职业共识”和“权威性”及“普适性”的功能意义上,可以用西方的概念和语词重构中国固有法的叙述体系。

(四) 中国法律史研究的困境

第一,中国法律史研究人员之众、成果之多,当今世界法学院鲜有,究其缘由,或者因为中国人的好古之风,或者因为历史是证明政治法律正当性的最便捷工具,或者因为中国法律史学术传承兴旺。

第二,大而言之,法律史研究有考据和议论之分。从期刊论文上看,律法细致考据渐少、宏发议论趋多。究其缘故,或者新材料发现和考古发掘的速度赶不上立言和阐论的内心涌动,或者现代人阅读古文献的动力和能力发生了衰退,或者当下社会变革更需要法律史学界的议论和鼓动。

第三,从研究主题上看,旧问题的深化研究多,新问题探索少;研究方法上,因循中国固有思维模式多,吸收西方研究方法论少。前者似为中国法律史研究中的强者愈强的

〔47〕 王人博:“水:中国法思想的本喻”,《法学研究》2010年第3期;范忠信:“又见‘诽谤孔子’案件”,《法学》2010年第6期;喻中:“贞节牌坊背后的制度信息”,《比较法研究》2010年第5期。

〔48〕 张伟仁,见前注〔34〕。

〔49〕 方潇、段世雄:“讼卦之‘讼’辩证”,《法制与社会发展》2011年第5期。

〔50〕 方潇,见前注〔46〕。

〔51〕 王志强:“中国法律史叙事中的‘判例’”,《中国社会科学》2010年第5期。

“马太效应”,后者在于中西文化差异难以贯通。在中西比较研究方面,境外学者和年轻学者多有涉及。不过,受思维的定势和精力的限制,学贯中西的学者尚未显现,这有待于中国法律史研究的后来者。

四、外国法制史

(一)数据统计

按照主题和作者的外国法制史研究倾向,我们选择了外国法制史论文60篇。与中国法律史论文比较而言,数量偏少。以国别研究为标准,美国法研究论文13篇,英国法研究论文10篇,欧洲中世纪研究论文5篇,日本法研究论文4篇,古罗马法研究论文3篇,德国法研究论文2篇,古代东方法律研究论文2篇,加拿大、瑞士、韩国、俄罗斯法研究论文各1篇,其他则属无明显国别法研究分类。总体上分析,外国法律史2010—2011年研究的重点保持国内研究的惯性:英美法、罗马—欧洲共同法和日本法。

以主题研究为标准,宪法与宪政史研究论文20篇,宪法与私法的关系及公法对私法的渗透3篇,法律传统和法律体系研究论文9篇,民商含经济法律史研究9篇,犯罪法和刑事诉讼法史研究4篇,比较法研究11篇,其他类别4篇。

以研究方法为标准,考据类与立论类的区分不十分明显,多数论文立论与考据融合一体。依据相关的史料总结出法律一般特点的论文,占较大的权重。偏重于历史考据的论文占所选论文的1/3,严格意义上基于原始资料的考据则更少,不到6篇。

(二)一般特点

1. 主题分布

外国法律史学科研究,时间跨度大,从公元前三千年苏美尔王朝到21世纪当下,法律史延续了近五千年。历史上的任何一个历史节点都可以让一个学者终其一生而可能一无所获;空间跨度纷繁,中国之外的都可以称为“外国”。就外国法律史研究习惯上看,中国研究者研究较为成熟的时间空间为罗马法、日耳曼法、英国法和美国法、德国法和日本法。罗马私法制度、英国法与普通法律传统形成、英国和美国宪政制度、日本明治维新与法律现代化,一直成果丰富。近年来,外国法制史学者们将研究的视角扩展到从前没有或者较少的领域,比如非洲法、拜占庭法和希腊法,以及教会法、城市法和部门法史。这个特点同样反映到了2010—2011年的期刊论文中,英国议会主权和司法独立、美国制宪和司法审查、英国普通法与制定法的关系都是期刊厚重论文的主题。前人研究较少领域,也有相关论文刊出,典型地例如古代两河流域与“民法起源”、^[52]罗马赋税法、^[53]古代东方“国际法”、^[54]欧洲中世纪的教会法和共同法。^[55]

[52] 魏琼:“对民法始于古罗马的质疑”,《现代法学》2010年第2期。

[53] 徐国栋:“罗马人的赋税——从起源到戴克里先登基”,《现代法学》2010年第5期。

[54] 李明倩:“古代东方国际法探析”,《政治与法律》2011年第7期。

[55] 苏彦新:“欧洲中世纪共同法的形成”,《比较法研究》2011年第3期;苏彦新:“中世纪古典教会法论析”,《环球法律评论》2011年第4期。

2. 资料运用

根据所用资料的可信度,我们可以依次分列为原典、原典译本、学者原作、原作译本和中国学者的著作几个层面。就外国法制史期刊论文所引用的材料而言,大部分的论文材料处在原典译本、学者原作和原作译本层面。一个普遍的印象是,在外国法制史的论文中,作者常常不区分原典和学术论著,有时候把外国法学权威的著作当作资料使用。这就弱化了论文立论的说服力,在个别地方,特别是历史资料不充分或者缺失的地方,有些作者用想象填补资料。如此作文,模糊了写作方法上的描述和评论,历史的真实与学人的判定发生了混淆,给读者带来困惑。从所搜集的论文中看,不少论文原典引用值得推崇:英美法的成文法和司法判例,^[56]罗马法的原始文献或文献集成。^[57]

3. 创新和深化

观点的创新和历史的总结评论是期刊论文常见的两种文体。法律史的研究创新和深化孰优孰劣,学界一直有争论。新观点的提出有利于学术的发展,历史的总结和梳理有利于研究的深化。就所搜集的外国法制史论文看来,在前人研究基础上进一步挖掘类论文多于提出新观点的论文。值得提及的新观点有:“法律全球化就是美国法的全球化”,^[58]“英国普通法与制定法的关系是‘水与乳’而非‘水与油’的关系”,^[59]“基于元首‘决定’而非‘喜好’而具有法律效力体现了古罗马宪政”,^[60]“辉格党律师在英国宪政革命中功不可没”。^[61]

(三) 亮点论文

董璠舆的论文、^[62]徐国栋的论文^[63]和赖骏楠的论文^[64]是有新意的三篇文章。董璠舆20世纪40年代曾就读于“伪新京师道大学”,与日本的教授们有面对面的学习与交流。他以自己的经历和见闻介绍了日本明治时期对天皇在日本政治和社会生活中的两种对立看法:天皇是天神因此为国体;天皇是国家的一个机关。文章所讨论“天皇不止于是外国所谓元首、君主、主权者、统治权的总揽者,驾于这些之上的是‘现御神’,是肇国以来的大义”,以及美浓部达

[56] 陈磊:“普通法视角的纯粹经济损失”,《清华法学》2010年第5期;高秦伟:“私人主体的信息公开义务——美国法上的观察”,《中外法学》2010年第1期;王婧:“论14世纪至19世纪英国上议院司法权的变迁”,《政治与法律》2011年第2期;陈兵:“美国法上共谋与联合限制贸易概念的生成与早期适用——以19世纪下半叶历史进路的考察为中心”,《当代法学》2011年第2期;李丹:“试论普通法下公开权制度的发展及成因”,《比较法研究》2011年第3期。

[57] 徐国栋:“优士丁尼罗马法与绘画、雕塑——罗马艺术法综论”,《法学》2010年第3期;徐国栋:“是君主喜好还是元首决定具有法律效力——对元首制时期和优士丁尼时代罗马宪政的考察”,《现代法学》2011年7月第33卷第4期。

[58] 高鸿钧:“美国法全球化:典型例证与法理反思”,《中国法学》2011年第1期。

[59] 李红海:“‘水与油’抑或‘水与乳’:论英国普通法与制定法的关系”,《中外法学》2011年第2期。

[60] 徐国栋,见前注[57]。

[61] 李栋:“英国宪政革命中的辉格党律师”,《华东政法大学学报》2011年第5期。

[62] 董璠舆:“日本明治时期的国体与天皇机关说事件”,《比较法研究》2011年第1期。

[63] 徐国栋,见前注[57]。

[64] 赖骏楠:“万国公法译词研究——兼论19世纪中日两国继受西方国际法理念上的差异”,《法律科学(西北政法大学学报)》2011年第2期。

吉因持天皇机关说受到政治打压的史料,让人读起来有耳目一新的感觉。徐国栋在论文中,对乌尔比安“Quod principi placuit, legis habet vigorem”的翻译,一反传统“凡君主所好为法律”的译文,称应翻译为“君主决定之事具有法律的效力”。作者广征博引证明自己的立论,在此基础上,他称前一种翻译“达到了丑化罗马法,美化英国法的目的”,而他自己的翻译则道出了罗马元首和优帝时期即为立宪君主制。君主与议会并存,古罗马就有宪政。赖骏楠对近代中国“law of nations”和“international law”中文译名变迁做了详细地考据,丁魁良“万国公法”的译名向留日中国学生“国际法”译名的转化,折射出中国人 19 世纪 60 年代国际“合作政策”向“列国环伺与弱肉强食”转换的国际政治意识形态。

史彤彪的论文^{〔65〕}和袁治杰的论文^{〔66〕}为读者展现了法律历史的细节。史彤彪从历史材料中提炼出了“法律的故事”,以法律难题、司法审判过程和判决结果层面展现了革命时代英国与法国对君主审判的差异性,英国的政治审判“注重程序正义”,“做法比较规矩”,“制定了相应的规则”;而法国的审判则是“自然状态战胜了司法程序,道德法庭战胜了理性法庭”。袁博士则是把国内流传的德国“磨房案”传奇故事还原成历史的原貌。传奇故事将农民磨房主与普鲁士弗里德里希大帝置于争议的两端,凸显私有财产不可侵犯与司法独立的法治精神。而作者认为,此法律传奇故事多为法国流传的道听途说,“以讹传讹,尤误使国人以此为史实”。作者以德国法学著作作为依据,详细介绍了原案件的来龙去脉,法律程序和诉讼各方的法律博弈。真实的案件要比传奇故事丰富和复杂得多,既存在农民与封建主的法律关系,又存在磨房占有者与河流上游池塘主的法律关系,也存在各级固守法律传统司法机关与国王的关系。更重要的是,通过此案,可以发现德国变革时期弗里德里希大帝在传统和变革之间的矛盾与冲突。

陈兵的论文^{〔67〕}和刘承睦的论文^{〔68〕}以部门法史的角度提供了美国反托拉斯法和英美契约法的历史概貌。陈兵将美国反托拉斯法追溯到了英国刑事法中的“共谋”犯罪,其中经劳动法的改造最后定型于贸易法律。以史学的角度看,该论文通过历史材料的消化和梳理,让读者感受到英国法与美国法的承继和延续、普通法的传统和制定法的创新。刘承睦则以学说史为线索,参照契约法的实际,梳理了契约理论发展的三个阶段,那就是自由主义下的契约自由理论、法律现实主义下的信赖利益和诚实信用契约理论、法律社会化下的关系契约理论。作者对契约理论前两个阶段的总结与法哲学界的分析大体一致,即形式主义向实质主义的转化,或者个人主义向公共利益的变迁,关系契约理论则与法哲学主流看法不完全一致。

(四)前景推论

期刊论文以时限和创新为导向,而法律史更注重法律的考据和还原。从这个意义上讲,法

〔65〕 史彤彪:“西方对国王的两次大审判——英国查理一世案与法国路易十六案的比较”,《比较法研究》2011 年第 2 期。

〔66〕 袁治杰:“磨房主阿诺德案考论”,《比较法研究》2011 年第 2 期。

〔67〕 陈兵,见前注〔56〕。

〔68〕 刘承睦:“契约法理论的历史嬗迭与现代发展:以英美契约法为核心的考察”,《中外法学》2011 年第 4 期。

律史研究与期刊论文目标设定存在着冲突,这就决定了法律期刊发表论文稀少的现状。因为这个缘故,从学术评价体系上讲,期刊论文不宜成为评价学术论文的唯一或重大的标准。也许法律史的厚重应该以宏篇巨著来体现,而不是以亮点式的期刊论文来呈现。

法律史强调论文立论所依资料的可信度,外国法制史论文写作要依据原始的文献,这对于当下学者来说不是一件轻易的事。因为:其一,语言能力。每个民族使用不同的语言,不同时代的语言又千差万别,我们不能够指望存在通晓各种语言的法学天才;其二,原始资料的不可及。本国人研究外国法,资料的缺乏不言自明,现在外国法律网站和数据库提供的原始资料越来越多,但中国学者依据原始资料写论文的情况还很少见,这有待于年轻一代学者充分利用外国学术资源。

有新观点又有丰富历史材料支撑的论文是可遇不可求的理想。就目前国内外法学学者的一般水平而言,外国法的研究尚处于引进、介绍和一般评论的程度,我们期待着可以与外国学者同水平交流的论文。

五、西方法律思想史

(一) 数据统计

西方法学理论研究是法理学和法律史学共同的领地。传统上讲,1945 年之前人物归思想史,之后归西方当代法理学或法哲学。从现在情况看来,西方法理学与西方法律思想史已经没有明确的界限,法理学将其研究追溯到了 19 世纪甚至 18 世纪,而思想史也将其研究扩展至了 21 世纪。

本文所依据的资料,属西方法学家和思潮研究的 2010—2011 年论文计 60 篇。以主题为标准,宪政学说史或政治哲学史类计 21 篇,分析实证主义法学类计 12 篇,权利哲学类计 7 篇,社会学法学类计 10 篇,法律与经济、部门法学类等其他类 9 篇。2011—2012 年思想史论文以宪政理论史占主导地位,即使是传统上认定为保守的历史主义的萨维尼,以其法人拟制说为题的论文,也将其法人说归结为政治决定论。

以时代为标准,古罗马法律思想 1 篇,16 世纪主权论 1 篇,17—18 世纪理性主义和启蒙思想研究 12 篇,19 世纪分析法学、历史法学和社会法学思想研究 7 篇,其余均为 20 世纪以后的思想研究。

以写作方法为标准,简单介绍略加整理论文少,严格分析提出自己观点的论文也少,大量文章处于学说重述和学术评论之间。

(二) 一般特点

1. 主题分布

西方法律思想史以历史上的学者思想为研究对象,研究对象的限定与期刊论文需要有自己观点、有时效的目标之间存在着冲突,因为这个缘故,纯粹思想史的论文很难发表在法学期刊上。如果作者以历史上思想家为出发点,阐发自己的观点,那么其论文就归入法理学类。

宪政主题类的论文占有较大的比例,这与近年来法学界关注政治体制改革相关。美国宪

法中的政治哲学、^[69]英国宪政中的政治法律学说、^[70]从卢梭的社会契约论到托克维尔民主到哈贝马斯的商谈民主,^[71]一直是学者关注的焦点。另一方面,一批20世纪70—80年代出生的学者醉心于英国分析实证主义法学,哈特和拉兹的研究论文因此依然丰富。^[72]

2. 资料运用

西方法律思想史类的论文资料引用有如下几个层面:教科书、原著的中文译本、原文专著、西方学者的研究著作(包括原文和译本)和西文法律期刊评论。从总体上看,思想史论文所依据的资料居中等水平。应该说,直接依据原文原作而研究和写作的论文越来越多,参照外国期刊论文写作的论文则相对偏少。

3. 创新与深化

中国学者能够追溯或持平到西方学者的研究水平,已实不容易,对西方法律思想研究后提出自己的观点则更为难得。因此,西方法律思想史研究者多在西方人研究成果的前提下,进一步拓展中国人对西方思想的理解,为国人介绍西方最新的研究成果,以期望达到中西学者同步交流的目标。此类研究,在当代西方法律思想研究论文中多见;反之,在近代和古代思想研究中,学者们则试图提出新的看法,揭示出古典思想的新意,比如法人拟制说实际上是国家拟制,^[73]洛克的“默示同意”是领土主权下的法律义务,而非政治义务,^[74]司法权与政治权的分立体现了英国宪政。^[75]

(三) 亮点论文

国内学着对哈特的研究已初具规模并逐渐深化。陈景辉的论文^[76]则借鉴西方新近学者对哈特的研究成果,解构了哈特“开放结构”的诸层次,并指出了哈特结构中的困境,而要解决

[69] 刘练军:“最危险的部门——重读‘联邦党人第四十八篇’”,《比较法研究》2010年第1期;郭春镇:“从限制权力到未列举权利——时代变迁的‘美国联邦宪法第九修正案’”,《环球法律评论》2010年第2期;陈红梅:“消极的美德理论:比克尔的司法审查理论研究”,《法制与社会发展》2011年第2期。

[70] 李栋:“司法审判权与政治统治权两权分立理论的‘知识考古’及合理性评说——以英格兰‘中世纪宪政主义难题’为线索”,《比较法研究》2011年第6期;王涛:“洛克思想中的‘默示同意’概念”,《华东政法大学学报》2011年第2期;王涛:“洛克的宪政设计方案辨析”,《政治与法律》2011年第3期。

[71] 湛中乐、肖能:“论政治社会中个体权利与国家权力的平衡关系——以卢梭社会契约论为视角”,《政治与法律》2010年第8期刊;孙国东:“基于合道德性的合法性——从康德到哈贝马斯”,《法学评论》2010年第4期;张国旺:“论社会形态与政府动力学——社会契约论中的自我与社会”,《清华法学》2011年第6期;程迈:“在社会分裂中求得政治稳定——李帕特协商联合民主理论评述”,《环球法律评论》2011年第2期。

[72] 陈锐:“拉兹的法哲学趣向——将法律实证主义导向实践哲学”,《法律科学(西北政法大学学报)》2010年第5期;严海良:“以利益为基础的权利本位观——拉兹的权利概念分析”,《法制与社会发展》2010年第5期;苗炎:“哈特法律规范性理论再研究”,《法制与社会发展》2010年第6期;陈景辉:“‘开放结构’的诸层次:反省哈特的法律推理理论”,《中外法学》2011年第4期;朱振:“权威命题与法律理由的性质:一个反思性的评论”,《法制与社会发展》2011年第6期。

[73] 仲崇玉:“论萨维尼法人拟制说的政治旨趣”,《华东政法大学学报》2011年第5期。

[74] 王涛:“洛克思想中的‘默示同意’概念”,《华东政法大学学报》2011年第2期。

[75] 李栋,见前注[70]。

[76] 陈景辉,见前注[72]。

此困境,也许要借助于德沃金的权利论。

王涛的论文^[77]在后世政治学家评论的基础上指出“默示同意”与社会契约论存在着冲突,要合理解释洛克的这个概念,就要区分“政治义务”和“法律义务”,而“默示义务”是基于领土管辖权而生的法律义务。亚当·斯密是西方法律思想史所忽视的人物,但是他却是18世纪苏格兰社会哲学的重量级代表。康子兴的论文^[78]整理了斯密的思路:反对17—18世纪的社会契约论,以社会史的角度重新解释自然和文明社会。作者主要采用了斯密的《道德情操论》和尚无中文译本的《法理学讲义》。略有不足的是,作者未考察《国富论》。

个人主义和自由主义是西方法律思想史的主流,但事实上,思想史要丰富得多;与个人主义和自由主义相对的家长制、团体主义、集体主义、国家主义、社群主义,也是西方思想史重要的一支。程关松的论文^[79]展现了20世纪西方社群主义法学的大样。现代社群主义可以追溯到亚里士多德,现代复兴始于20世纪70年代。社群主义是对个人主义和权利论的一种反动,程博士就其法学立场的总结是:个人的社会责任、义务必要、公民的民主参与、基于共同善之上的国家。於兴中的论文^[80]和岳丽的论文^[81]则介绍和评论了美国左派法学的新观点。

(四)发展前景

西方法律思想史是法律史中最为薄弱的一项,因为其研究对象是“西方的”、“思想”。西方思想对中国的不合时宜,决定了它在法律史中的卑微。但是,从学术研究前景上看,任何学术的深化研究都会追溯到西方思想史。因此,西方法律思想史即使不能够成为中国期刊论文中的主流,但它仍然会以其他隐含的形式出现在中国法学的文献中。

西方法律思想史的研究客体是法学家的法律思想,而思想又是主观和多变化的,这就使得思想史的论文“各说各理”,甚至“自说自语”或“喃喃自语”,给读者增添阅读的障碍。为了避免此缺陷,最简易的方法是脱离18世纪以前形而上学的思考方式和写作方式,代之以19世纪以后的实证主义和分析哲学。

传统上看,西方法律思想史更多倚重政治学说史和哲学史,部门法思想史将是思想史中有待开发却又广阔的领域。有了部门法思想史,西方法律思想史才能与法学中人进行思想的交流,在法学研究中占有一席之地。

(责任编辑:徐爱国)

[77] 王涛,见前注[74]。

[78] 康子兴:“社会自然史:亚当·斯密论文明社会的起源”,《清华法学》2011年第6期。

[79] 程关松:“现代法治文明元叙事中的社群主义修辞学”,《法律科学(西北政法大学学报)》2011年第3期。

[80] 於兴中:“基本矛盾、虚假的必然性与司法裁决的意识形态性质——邓肯·肯尼迪的‘司法裁决批判’简评”,《比较法研究》2010年第4期。

[81] 岳丽:“后现代女性主义法学反思”,《法制与社会发展》2010年第4期。