

中国法理法史学发展评价 (2012—2013)

基于期刊论文的分析

本刊编辑部

一、数据统计

本报告所选择评论的期刊论文来自 CSSCI 期刊,其中更倚重《中国法学》、《法学研究》、《中外法学》、《比较法研究》、《政法论坛》、《环球法律评论》、《法学》、《法学家》、《法学评论》、《清华法学》、《政治与法律》、《法制与社会发展》、《现代法学》、《当代法学》、《法律科学》、《法商研究》和《华东政法大学学报》17 类期刊 2012—2013 两年刊发的研究性论文。纳入“法理学”和“法史学”类论文的标准为三:论文的主题和内容、期刊编辑的分类、论文作者的研究传统和习惯。法理学论文与法律史学论文之间有交叉重叠,纯粹史论法学论文与部门法史论研讨论文也有交叉重叠。^[1] 据此标准,法理学与法律史学论文的具体数量与比例统计如下:

《中国法学》2012 年发表论文共计 91 篇(包括“社会管理法治化特刊”论文),其中,法理学论文计 20 篇,占发表论文总数的 21.9%,法律史论文计 1 篇,占发表论文总数的 1%;2013 年发表论文总计 91 篇,其中,法理学论文 13 篇,占发表论文总数的 14.3%,法律史论文 1 篇,占发表论文总数的 1%。

《法学研究》在 2012 年度共刊发论文 73 篇,其中法理学论文共 12 篇,占总刊发论文数的 17.8%,法律史论文共 8 篇,占总刊发论文数的 10.9%;2013 年度共刊发论文 66 篇,其中法理学论文共 8 篇,占总刊发论文数的 12.1%,法律史论文共 7 篇,占总刊发论文数的 10.6%。

《中外法学》在 2012 年度共刊发论文 69 篇,其中法理学论文共 7 篇,占总刊发论文数的

[1] 如果将国家法律政策性宣讲文章归于“法理学论文”,将“外国法论文”和“部门法一般理论性和历史性论文”纳入到“法律史学论文”,那么法理学论文和法律史学论文的数量会有增加。

10.1%，法律史论文共11篇，占总刊发论文数的15.9%；2013年度共刊发论文57篇，其中法理学论文共12篇，占总刊发论文数的20.1%，法律史论文共10篇，占总刊发论文数的17.6%。

《比较法研究》在2012年度共刊发论文79篇，其中法理学论文共13篇，占总刊发论文数的16.5%，法律史论文共12篇，占总刊发论文数的15.2%；2013年度共刊发论文76篇，其中法理学论文共11篇，占总刊发论文数的14.5%，法律史论文共10篇，占总刊发论文数的13.2%。

《政法论坛》在2012年度共刊发论文115篇，其中法理学论文共23篇，占总刊发论文数的20%，法律史论文共18篇，占总刊发论文数的15.7%；2013年度共刊发论文114篇，其中法理学论文共22篇，占总刊发论文数的19.3%，法律史论文共18篇，占总刊发论文数的15.8%。

《环球法律评论》在2012年度共刊发论文64篇，其中法理学论文共10篇，占总刊发论文数的15.6%，法律史论文共4篇，占总刊发论文数的6.2%；2013年度共刊发论文65篇，其中法理学论文共8篇，占总刊发论文数的12.3%，法律史论文共5篇，占总刊发论文数的7.7%。

《法学》在2012年度共刊发论文232篇，其中法理学论文共34篇，占总刊发论文数的14.6%，法律史论文共6篇，占总刊发论文数的2.5%；2013年度共刊发论文218篇，其中法理学论文共28篇，占总刊发论文数的12.8%，法律史论文共9篇，占总刊发论文数的4.1%。

《法学家》在2012年度共刊发论文77篇，其中法理学论文共5篇，占总刊发论文数的6.5%，法律史论文共6篇，占总刊发论文数的7.8%；2013年度共刊发论文74篇，其中法理学论文共5篇，占总刊发论文数的6.8%，法律史论文共8篇，占总刊发论文数的10.8%。

《法学评论》在2012年度共刊发论文127篇，其中法理学论文共10篇，占总刊发论文数的7.9%，法律史论文共6篇，占总刊发论文数的4.7%；2013年度共刊发论文125篇，其中法理学论文共12篇，占总刊发论文数的9.6%，法律史论文共5篇，占总刊发论文数的4%。

《清华法学》在2012年度共刊发论文73篇，其中法理学论文共17篇，占总刊发论文数的23.2%，法律史论文共4篇，占总刊发论文数的5.5%；2013年度共刊发论文68篇，其中法理学论文共4篇，占总刊发论文数的5.9%，法律史论文2篇，占总刊发论文数的3%。

《政治与法律》在2012年度共刊发论文204篇，其中法理学论文共26篇，占总刊发论文数的12.7%，法律史论文共2篇，占总刊发论文数的1%；2013年度共刊发论文202篇，其中法理学论文共16篇，占总刊发论文数的8%，法律史论文共2篇，占总刊发论文数的1%。

《法制与社会发展》在2012年度共刊发论文80篇，其中法理学论文共23篇，占总刊发论文数的31%，法律史论文共15篇，占总刊发论文数的16%；2013年度共刊发论文105篇，其中法理学论文共31篇，占总刊发论文数的30%，法律史论文共5篇，占总刊发论文数的4.8%。

《现代法学》在2012年度共刊发论文110篇，其中法理学论文共11篇，占总刊发论文数的10%，法律史论文共6篇，占总刊发论文数的5.5%；2013年度共刊发论文106篇，其中法理学论文共9篇，占总刊发论文数的8.5%，法律史论文共9篇，占总刊发论文数的8.5%。

《当代法学》在2012年度共刊发论文129篇，其中法理学论文共7篇，占总刊发论文数的5.4%，法律史论文共9篇，占总刊发论文数的7%；2013年度共刊发论文109篇，其中法理学论文共2篇，占总刊发论文数的1.8%，法律史论文共3篇，占总刊发论文数的2.8%。

《法律科学》在2012年度共刊发论文134篇，其中法理学论文共12篇，占总刊发论文数的9%，法律史论文共11篇，占总刊发论文数的8.2%；2013年度共刊发论文128篇，其中法理学

论文共 14 篇,占总刊发论文数的 10.9%,法律史论文共 9 篇,占总刊发论文数的 6%。

《法商研究》在 2012 年度共刊发论文 120 篇,其中法理学论文共 5 篇,占总刊发论文数的 4.2%,法律史论文共 3 篇,占总刊发论文数的 3.3%;2013 年度共刊发论文 134 篇,其中法理学论文共 14 篇,占总刊发论文数的 10.4%,法律史论文共 5 篇,占总刊发论文数的 3.7%。

《华东政法大学学报》在 2012 年度共刊发论文 98 篇,其中法理学论文 7 篇,占总刊发论文数的 7.14%,法律史论文共 14 篇,占总刊发论文数的 14.2%;2013 年度共刊发论文 86 篇,其中法理学论文 7 篇,占总刊发论文数的 8.13%,法律史论文共 14 篇,占总刊发论文数的 16.3%。

二、法理学论文评估

(一)主题分布与热点、创新点分析

本报告将法理学研究分为五个主题:本体论、方法论、运行论、交叉研究及比较法与法律全球化的研究。法律本体论部分主要是法的基本范畴的讨论,权利与义务研究占比重最大,其它基本范畴讨论其次,对法学及法理学学科本身进行讨论再次。法学方法论的研究近年来是法理学研究热点,2012—2013 年期刊论文的“热度”不减。法的运行论部分涉及立法、司法、法治、法学教育及法律职业化等问题,依然是法理学研究的热点。论文数量从高到低分别为:法治研究、司法改革、立法研讨、法学教育与法律职业化和案例法理学研讨。法律交叉学科研究可以分为两块:法学与其他学科的交叉研究及法理学与部门法的交叉研究。法学与其他学科的交叉研究主要包括法学与社会学、政治学、经济学、伦理学、文学的交叉研究。其中,法律与社会学交叉研究论文最多,依次为法律与政治学的交叉研究、法学与伦理学交叉研究、法学与文学交叉研究、法学与经济学交叉研究。法理学与部门法交叉研究中,法理学与民法的交叉研究成果最为丰富。比较法、法律文化与法律全球化的研究则融合了法理学、法律史学和外国法学。

从数量上看,司法问题引起了法理学界的广泛关注,《环球法律评论》2013 年第 2 期专门组织了关于司法改革的研讨,学者们就司法改革的方向、原则及具体操作进行了广泛深入的讨论。《华东政法大学学报》2013 年第 6 期刊专题研讨了“司法权威:理论与制度”。法理学者们对公众意见与法律裁判的关系也进行了深入的剖析,包括公众意见在裁判中应当占据的位置、〔2〕对“跌倒争议案”法官裁判心理的分析,〔3〕“跌倒争议案”中司法领域向社会领域不断扩张对案件处理结果产生影响的实证分析,〔4〕探究个案运作背后的政治逻辑,〔5〕运用博弈论模型分析司法

〔2〕 参见陈林林:“公众意见在裁判结构中的地位”,《法学研究》2012 年第 1 期。

〔3〕 参见冯辉:“判决、公共政策与社会主流价值观——‘跌倒争议案’的法理省思”,《政法论坛》2012 年第 4 期。

〔4〕 参见莫良元、夏锦文:“司法场域中热点案件的事实真相认定:彭宇案的法社会学解读”,《法律科学》2012 年第 5 期。

〔5〕 参见马长山:“法外‘政治合法性’对司法过程的影响及其消除——以‘李国和’案为例”,《法商研究》2013 年第 5 期;李桂林:“司法权威及其实现条件”,《华东政法大学学报》2013 年第 6 期。

公开对平衡民意与裁判的作用等。^{〔6〕}学者们对案例指导制度的讨论既有宏观层面上的纵览,^{〔7〕}也有方法论层面上的剖析。^{〔8〕}此外还有关于司法解释方法、司法修辞方法的讨论。^{〔9〕}

法治问题无疑一直以来都是牵动法学学者神经的话题,从文章数量上来看比重不小,从内容上看亦非常丰富。《法学研究》2012年第6期组织了法治问题的专题讨论,《环球法律评论》2013年第5期组织了“依宪治国”专题讨论。《法制与社会发展》2013年第5期组织了“法治中国建设理论与实践”专题讨论。有学者对我国法治体系进行了宏观的总结,^{〔10〕}有学者对我国法治未来发展的方向提出新展望,^{〔11〕}也有学者从法律史、^{〔12〕}行政法、^{〔13〕}法律与社会关系、^{〔14〕}法律与政治关系^{〔15〕}等角度给法治做出了新的诠释,还有从世界法治视野中对中国法治状况各项指标的考察,^{〔16〕}从当代中国社会的维权现象为切入点对中国法治发展提出总结和思考等。^{〔17〕}另外,地方法治这个问题的出现也引起了学者的关注。^{〔18〕}《现代法学》2013年第2期组织了“法治发展与人权保障”专题讨论。有学者探究人权的起源理论,^{〔19〕}有学者论述中国人权立法的困难,^{〔20〕}有学者关注通过分配正义实现弱者人权保障的方式,^{〔21〕}还有

〔6〕 参见钱弘道、姜斌:“司法公开的价值重估——建立司法公开与司法权力的关系模型”,《政法论坛》2013年第4期。

〔7〕 参见黄亚英:“构建中国案例指导制度若干问题初探”,《比较法研究》2012年第2期;秦宗文:“案例指导制度的特色、难题与前景”,《法制与社会发展》2012年第1期。

〔8〕 参见黄泽敏、张继成:“案例指导制度下的法律推理及其规则”,《法学研究》2013年第2期;孙光宁:“法律推理在司法中的融贯运作——以最高人民法院发布的‘指导案例6号’为分析对象”,《法商研究》2013年第6期;汤文平:“判例编辑方法研究”,《法商研究》2013年第1期。

〔9〕 参见陈洪杰:“论法律解释学视角内外的确定性命题”,《法律科学》2012年第2期;侯学勇:“司法修辞方法在社会正义实现中的作用”,《法律科学》2012年第1期;陈金钊:“解决‘疑难’案件的法律修辞方法——以交通肇事连环案为研究对象的诠释”,《现代法学》2012年第5期;王彬:“司法裁决中的实质权衡及其标准”,《法商研究》2013年第6期。

〔10〕 参见张志铭、于浩:“共和国法治认识的逻辑展开”,《法学研究》2013年第3期。

〔11〕 参见顾培东:“当代中国法治话语体系的构建”,《法学研究》2012年第3期;胡水君:“中国法治的人文道路”,《法学研究》2012年第3期。

〔12〕 参见李贵连:“民主法治:法制现代化的诉求”,《政法论坛》2012年第3期。

〔13〕 参见何海波:“行政法治,我们还有多远”,《政法论坛》2013年第6期。

〔14〕 参见陈金钊:“法治方式所需要的姿态”,《法制与社会发展》2013年第5期。

〔15〕 参见王志文:“法治与政治稳定——中国经验的定量分析:1996—2010”,《法制与社会发展》2013年第2期。

〔16〕 张保生、郑飞:“世界法治指数对中国法治评估的借鉴意义”,《法制与社会发展》2013年第6期。

〔17〕 参见杨建军、马治选:“当代中国社会的维权行动——以维权类法治人物、案件和新闻为主要分析对象”,《法制与社会发展》2013年第5期。

〔18〕 参见倪斐:“地方现行法治化的基本路径及其法理限度”,《法学研究》2013年第5期;万江:“中国的地方法治建设竞争”,《中外法学》2013年第4期;周尚君:“国家建设视角下的地方法治试验”,《法商研究》2013年第1期。

〔19〕 参见周安平:“人权的交换性”,《现代法学》2013年第2期。

〔20〕 参见宋方青:“人权立法的两难问题”,《现代法学》2013年第2期。

〔21〕 参见胡玉鸿:“和谐社会视域下的弱者人权保护”,《现代法学》2013年第2期。

学者对人权行动计划的文本予以比较分析。^{〔22〕}

一个学科的发展与学者们对该学科本身的反思密不可分。本报告注意到学者们就法理学一种研究路径的争议,即法律与社会科学研究方法的争论。陈景辉的论文“法律与社会科学研究的方法论批判”^{〔23〕}从“中国问题”、“价值中立”及“从实然推出应然”三个方面对法律与社会科学研究进行了批判,王博阳以“关于法律和社会科学的一种非典型性误读——与陈景辉先生商榷”^{〔24〕}一文予以了回应,指出法律和社会科学不是一种学术进路,而是诸多学术进路的粗略总称。有学者对法理学学术史总结综述,^{〔25〕}还有学者对法理学新的学科发展方向提出了构想。^{〔26〕}

法律本体论部分不乏深刻与创新之作。彭中礼的论文“法律渊源词义考”追溯了“法律渊源”的拉丁语语源。^{〔27〕}汪习根的论文“免于贫困的权利及其法律保障机制”、^{〔28〕}郑智航的论文“论免于贫困的权利在中国的实现——以中国的反贫困政策为中心的分析”,^{〔29〕}则对“免于贫困权利”这种学者们关注很少的人权问题进行了讨论。熊樟林的论文“烟草管制与公民权利的包容与界分”^{〔30〕}则讨论烟草管制与公民自由的界限。贾锋的论文“论社会救助权国家给付义务基准之三维度量——以江苏省四个县区为例”,^{〔31〕}从江苏省省会城市南京以及苏南、苏中、苏北各抽样一个县区作为研究对象,用实例阐述社会救助权国家给付的基准问题。张祺乐的论文“论‘失独者’权利的国家保护”,从中国社会特有的失独现象以及对失独者权利保障不够完善的立法现状出发,呼吁通过立法保障失独者权利。^{〔32〕}李岩的论文“法律中性别二元范式的批判及重构——以双性人为视角的叙事”^{〔33〕}基于医学上对双性人去并化的考察,呼吁立法扬弃既有性别二元范式,承认第三性别的法律地位。满洪杰的论文“荣誉权:一个巴别塔式的谬误——‘Right to Honour’的比较法考察”^{〔34〕}考察苏联民法、罗马法以及19世纪以来大陆法系相关制度规范和学说,澄清right to honour的含义。

法学方法论的讨论中部门法学者也做出了自己独特的贡献。《法学研究》在2012年第1期、第4期、第5期及2013年第1期分别组织了对民法、宪法行政法、诉讼法及刑法方法论的专题研讨。法律交叉学科研究取得的成果最为丰硕。有学者大胆创新,提出将自然科学的实

〔22〕 参见赵树坤:“从两项‘中国人权行动计划’看人权实践在中国”,《现代法学》2013年第2期。

〔23〕 《政法论坛》2013年第1期。

〔24〕 《政法论坛》2013年第6期。

〔25〕 参见石伟:“论中国法理学的实践转向——三十余年法理学学术史考察”,《法律科学》2012年第4期。

〔26〕 参见胡水君:“法律理学:跨越法学与理学”,《政法论坛》2013年第1期。

〔27〕 《法学研究》2012年第6期。

〔28〕 《法学研究》2012年第1期。

〔29〕 《法商研究》2013年第2期。

〔30〕 《环球法律评论》2012年第1期。

〔31〕 《现代法学》2013年第5期。

〔32〕 《现代法学》2013年第3期。

〔33〕 《法制与社会发展》2013年第3期。

〔34〕 《法律科学》2012年第4期。

验方法引入法学研究。^[35]经济分析方法被广泛运用到部门法中,并显示了强大的解释力:用法经济学的方法分析诉讼法最具新意并且也最有说服力,^[36]有学者运用法经济学方法分析了养老金制度,^[37]有学者运用法经济学方法分析金融监管,^[38]有学者运用法经济学方法分析社会失信行为的法律规制机理,^[39]有学者运用法经济学方法分析禁止儿童乞讨问题,^[40]有学者运用法经济学方法分析严打政策,^[41]有学者则以环保法为例来澄清法经济学的原理。^[42]有学者独特地分析了排除合理怀疑的宗教维度。^[43]比较法也对学科本身进行了反思,有学者提出了比较法研究的中国取向问题,^[44]有学者希望从经济学给比较法研究注入新动力,^[45]学者们也就法系理论展开了争论。^[46]还有学者预测信息全球化将给法律带来一场革命。^[47]

对“法律话语”的探讨同样是一个热点。李龙的论文“论当代中国法学学术话语体系”,^[48]梳理新中国以后国内法学学术话语经历的历史过程,提出构建当代中国法学学术话语体系的基本原则:民族语言与时代精神的结合,马克思主义法学的中国化与中国法治经验马克思主义化的有机结合,中外法律遗产与立足现实的理论创新的有机结合。陈金钊的论文“权力修辞向法律话语的转变——展开法治思维与实施法治方式的前提”^[49]主张以法律话语抵制权力修辞的绝对性。周尚君的论文“中国法学的话语流变考略”^[50]从话语层面论述1978年以后中国法学的发展变化。在学术理路上,法学话语从法学之外走向法学之内,从外在的分裂走向内在的一致,表现出去政治化的变迁特征;从发展内涵上,中国法学话语从“批斗封建文化”到“文化热”,再到“以文化作为方法”,表现出逐步理性化的变迁特征;在思想渊源上,中国法学话语从“排斥西方”到“接纳西方”,再到“反思西方”,表现出一种逐步自主化的变迁特征。

[35] 参见朱全景:“法学实验论纲”,《比较法研究》2013年第4期。

[36] 参见张卿:“证明标准的经济学分析”,《比较法研究》2013年第4期;肖沛权:“排除合理怀疑的经济学分析”,《政法论坛》2013年第2期。

[37] 参见胡继华:“养老金监管的法经济学分析”,《政法论坛》2012年第4期。

[38] 参见王怀勇:“金融监管的经济学与法学分析”,《政法论坛》2013年第5期。

[39] 参见胡朝阳:“社会失信行为的法律规制——基于外部性内在化的法经济学分析”,《法商研究》2012年第6期。

[40] 参见赵骏、李井奎:“禁止儿童乞讨的法经济学分析”,《法制与社会发展》2012年第1期。

[41] 参见陈屹立:“严打政策的政治经济学分析”,《法制与社会发展》2012年第2期。

[42] 参见凌斌:“规则选择的效率比较:以环保制度为例”,《法学研究》2013年第3期。

[43] 肖沛权:“论排除合理怀疑的宗教逻辑”,《比较法研究》2013年第1期。

[44] 参见刘承魁:“比较法的兴衰之势与中国趋向”,《比较法研究》2013年第3期。

[45] 参见朱全景:“试论比较法的困境与创新”,《比较法研究》2012年第2期。

[46] 参见夏新华、张小虎:“终结还是重构:对法系理论的超越——兼与黄文艺教授商榷”,《政法论坛》2013年第2期。

[47] 参见余盛峰:“全球信息化秩序下的法律革命”,《环球法律评论》2013年第5期。

[48] 《法律科学》2012年第3期。

[49] 《法律科学》2013年第5期。

[50] 《法制与社会发展》2012年第5期。

支振峰的论文“西方话语与中国法理——法学研究中的鬼话、童话与神话”，^{〔51〕}探讨西话在中国社会科学界，尤其是政法学界的话语嬗变，梳理其变迁轨迹，并探讨其背后的原因。作者批评学术研究中西方理论+中国问题=答案的做法，呼吁在法学研究中应该解放思想、实事求是，以真正自由的思想、更为清醒和开放的心态来看待西方话语，将西话变成真话，服务于中国法理。

(二)法理学亮点论文评析

1. 法律本体论部分

舒国滢的论文“法学是一门什么样的学问——从古罗马时期的 *Jurisprudentia* 谈起”^{〔52〕}在宏大的元命题之下展开了自己的论述。他所关注的问题在于，对法学，也就是 *jurisprudentia* 一词的理解，存在今人与古罗马人之间理解的差异，因此古罗马人究竟怎样看待法学这个概念就变得异常重要。在进行词源上的鉴别以后，舒国滢将我们对法学概念的追溯带回了古希腊哲学。中世纪及近代的法学与古代法学有很大的不同，它是一种“大学的法学”。大学提高了学者在塑造法律中的作用，使法学教师成为真正规则的解说者。不仅如此，大学还确立了一种全新的法律知识生产与传播的体制，其总体风格是理论化的法学，使之愈来愈科学化。到了19世纪，法学家们甚至试图构建出一种像“门捷列夫化学元素表”式的准确的、直观的法律公理体系。而这种法律公理体系之梦在实践上是行不通的。由此作者最后得出了法学最根本的属性是实践性，法学应当回归实践之学本身的结论。

雷磊的论文“法律规则的逻辑结构”^{〔53〕}在批判法律规则逻辑结构“新三要素说”的基础上建构了自己的“新二要素说”。论文运用的资料较为丰富，德国、英文文献皆有运用，同时对汉语学界关于法律规则逻辑结构学说从三要素说、二要素说到现今通说“新三要素说”（假定、行为模式及法律后果）的演变作了细致的梳理。作者指出了“新三要素说”的缺陷在于逻辑不连贯、类型简化问题，究其实质是“新三要素说”试图与实质性的权利义务问题勾连，从而与法律规则逻辑结构的形式特征不甚吻合。作者提出了“新二要素说”——“构成要件”、“法律后果”，“构成要件”涵盖了原来的“假定”部分，新的“法律后果”也不像原有“法律后果”那样将法律规则外因素纳入。

朱庆育的论文“私法自治与民法规范——凯尔森规范理论的修正性运用”^{〔54〕}创造性地运用凯尔森的个别规范理论来分析法律行为，视角独特，观点新颖。作者运用丰富的德文一手资料对规范的几种传统分类进行了澄清——任意规范、强制规范、强行规范、许可规范与授权规范、行为规范与裁判规范，作者认为这些界分对剖析具有自治特性的民法规范仍显不足，进而阐述了凯尔森的个别规范理论。尽管个别规范理论对公法具颠覆性，然而法律行为之为个别规范在纯粹法学体系中具有相对独立性，法律行为具有规范品格，这是凯尔森的独特学说，遭

〔51〕 《法律科学》2013年第6期。

〔52〕 《清华法学》2013年第1期。

〔53〕 《法学研究》2013年第1期。

〔54〕 《中外法学》2012年第3期。

到弗卢梅的质疑,但弗卢梅认为其有失自然公正的见解,则囿于将法律行为置入一般规范的视角。凯尔森则认为“个别规范无法由一般规范导出”,规范的产生“无规范创制之权威即无规范,无意志活动亦无规范”。作者的论述打通了民法与法理学的界限,是学科间交流上的突破。

2. 法学方法论部分

赵骏的论文“中国法律实证研究的回归与超越”^{〔55〕}对法律实证研究方法做了较为全面的梳理。作者首先运用翔实的数据、比较的方法对比了西方国家与我国的法律实证研究,发现无论西方还是我国,法律实证研究都在呈上升趋势,作者认为这种上升趋势背后是法律实证研究自身的重要性使然。首先,社会制度构建呼唤法律实证分析,作者从反面予以论证,即缺乏法律实证研究,导致法律移植背后的法文化冲突,产生意想不到的后果;其次,法律实证研究促进了法律与其他学科的交叉研究;再次,法律实证研究的增加也是学术供需趋于平衡的结果。作者进一步分析了我国法律实证研究的现状,认为现在的实证研究多集中在诉讼法领域,其他领域研究尤显不足,作者希望实证研究能够拓展到更多的部门法中,并且继续促进交叉学科的发展。但同时,作者也提出实证研究本身存在的对法学基本理论缺乏思辨的局限,而且易陷入泡沫化陷阱。部门法学者对法学方法论讨论的贡献也非常值得重视,《中外法学》2013年第5期登载了宪法学者、刑法学者及民法学者对于教义学的讨论与反思。张翔的论文“宪法教义学初阶”^{〔56〕}提出,“法学的核心工作是为法律人解释法律与处理案件提供规则指引的法教义学”。陈兴良的论文“刑法教义学与刑事政策的关系:从李斯特鸿沟到罗克辛贯通——在中国语境下的展开”^{〔57〕}梳理了德国刑法教义学的学说流变,从李斯特绝对排斥价值判断的在刑法教义学与刑事政策间横亘鸿沟的做法,到罗克辛将构成要件实质化,违法性价值化及罪责目的化,作者提出在中国的语境下,学者的任务是既要让刑事政策作为刑法教义学的引导,又要让刑法教义学为刑事政策的运用提供边界的控制。许德风的论文“法教义学的应用”^{〔58〕}是部门法学者对法学方法论做的贡献。作者参考的文献丰富,既梳理了汉语学界的文献,又倚重德语与英语文献,在扎实的文献基础上,可以说,他为法教义学提供了一个总纲。他将法教义学定位在法律虚无与法典万能之间,强调其基本特征是尊重体系与逻辑,基本方法是形式推理,并将其形成的前提总结为基本价值共识、基础性的请求权规范体系。在澄清法教义学的面相后,作者力图打通理论法学与应用法学的壁垒,使法教义学能贯穿二者。

陈金钊的论文“解决‘疑难’案件的法律修辞方法——以交通事故连环案为研究对象的诠释”^{〔59〕}从一争议案件出发,展现死板的法律推理与解释、复杂的法律规则和程序以及法律的不确定性带来人们对法律的抱怨。作者认为,疑难案件的产生原因在于缺乏准确理解、运用法律的方法。论证辩论的重点在于价值问题,人们试图借助辩论使决定有利于自己,通过论辩交

〔55〕 《政法论坛》2013年第2期。

〔56〕 《中外法学》2013年第5期。

〔57〕 《中外法学》2013年第5期。

〔58〕 《中外法学》2013年第5期。

〔59〕 《现代法学》2012年第5期。

换,法官作为中立方做出一个理由充分的决定。第一,这个决定不能无原则、无条件,也不是简单的依法办事。坚持法治理念,才能安全运用修辞。第二,法律修辞承认文义解释的相对优先性,并且与体系解释密切联系,从体系的角度完整使用法律,避免断章取义,反对将日常情理、朴素道德和模糊的、抽象的法律原则直接作为修辞的起点。第三,进行法律修辞时,必须根据案件的具体情况及其所涉及的法律问题按照法律体系的融贯性要求、案件当事人的具体诉求及其代表的法律受众的社会心理、道德观念和法律权威的维护、说服听众和解决矛盾的制度压力等各种指标寻求相应的修辞起点,设计合理的修辞格局,运用有效的修辞方法,适用各方当事人和法律主体都可以接受和理解的修辞关键词和修辞表达。第四,根据法律思考,不是根据零散的、冲突的、矛盾的法律思考,而应当从案件涉及的法律规则、原则所处内部体系和外在体系出发,而不能把某一法律规则、法律原则作为法律修辞的唯一或最终依据、理由。

3. 法的运行论部分

康娜的“论我国国情下的最优司法独立度——一个制度经济学的视角”〔60〕是探讨司法问题的佳作,通过运用制度经济学理论进行分析,作者阐明司法独立并非一个黑白分明的概念,而是一个程度问题。该文提出了一个有关最优司法独立度的分析框架,对于究竟该如何对待西方的司法独立理念提供了一个良好的理论基础。其核心思想在于,司法独立仅仅是达成司法体系绩效最大化这一目标的手段而已。由于司法体系绩效还取决于许多其他的制度或变量(国情等),故最优的司法独立度也受这些变量的影响。基于当前的国情,适合我国最优司法独立度的并非完全的司法独立。因此,笔者提醒我们不能迷信西方司法独立的神话,但也不能忽视其重要性。

《法学》期刊登载了多篇关于法律教育的文章,如孙笑侠的“法律教育的制度困境与突破”〔61〕就及时地关注到了法学教育受人诟病的原因。作者提出法律教育与法律职业之间的衔接是当前我国法律教育的突出问题,而单一的从法律教育入手并不能很好地解决这个问题,司法考试制度与法律职业制度本身也存在着一定问题。该文能将法律教学、司法考试与法律职业等多方面因素联系起来,并提出一些非常具有操作性的分析和建议,最后还提醒读者要注意制度创新要符合国情,对当下我国的制度改革非常有启发意义。李秀清的“品读朝阳”〔62〕利用华东政法大学新近点校的朝阳大学法科讲义向我们展现了朝阳大学的法学教育。作者同时辅以当时报刊文章、校友回忆录等史料细致梳理了朝阳大学的办学理念、师资构成、课程设置、讲义编写等情况。陆幸福的“知识传承、思维培养与立场引导——法理学本科教学的三个维度”一文〔63〕从国内法理学本科生教学面临的院系轻视、教师不胜任、脱离实践、教材陈旧等问题,论述法理学本科生教学的知识、思维和立场引导的维度以及教学方法的革新。在知识传承的层面,作者主张,法理学的根基在历史脉络中、在几千年来哲人和法律人的思想中、在历史

〔60〕 《清华法学》2012年第3期。

〔61〕 《法学》2012年第9期。

〔62〕 《比较法研究》2013年第3期。

〔63〕 《法制与社会发展》2012年第4期。

积淀的制度设计中。法理学本科教学必须坚守根本的知识谱系,使学生掌握基本的知识点、理念及其历史脉络。在思维培养的层面,作者主张,法理学教学应当注重培养学生的法律思维能力,培养学生追问的习惯、反思意识、独立思考能力。在立场引导的层面,作者主张,法理学教师应当为学生确立人文关怀的基本立场。

值得关注的是,这两年来有不少案例法理学的文章非常亮眼,不仅能在法学体系内部对案例进行剖析,更能引入交叉学科视野。这方面的典型如吴建斌的“上海外滩地王案的二维解析”^{〔64〕}就是一例,该文以上海外滩地王案为例,以法律解释学与法律经济学两种视角重新审视了司法判决,而此类文章也代表了法学研究中案例分析的新风向。作者在该文中对苏力教授曾主张过的法律解释学与法律经济学的解释方法因相悖而不可调和的论断作出了反驳,并提出这两种法学方法论不能对立起来,法学解释学的传统不能丢,但也不至于要抱残守缺,当新的方法能带来教益时,也不必漠视不用。莫良元、夏锦文的“司法场域中热点案件的事实真相认定:彭宇案的法社会学解读”^{〔65〕}一文以彭宇案跌倒老人是侵权者还是救助者之间的纠纷为样本,通过实证分析,以案件经过时间、地点、参与人数、大众支持、学术支持为要素,通过统计数据予以量化,目的考察司法法治的生成。研究发现,司法场域向社会场域的不断扩张对案件处理结果影响鲜明。作者又从一审法院、二审法院审判过程中参与主体及其身份出发,量化各参与者影响司法判决的程度。研究发现:第一,在社会识别向度上,彭宇案件事实真相认定的进程表现出大众性、期待性、易变性和符号性的特质区分。原告是否是被告撞倒的,也是一审法院判决重点论证的核心。第二,在职业识别向度上,彭宇案事实真相认定的进程表现出职业性、争议性、模糊性和谦抑性的特质区别。第三,在学术识别向度上,彭宇案事实真相认定的进程表征出学术性、超然性、整体性和评判性的特质区分,为司法法治生成的发现路径构建了司法技术伦理比对的学术评估机制。

4. 法律交叉学科研究

张卿的论文“证明标准的经济学分析”^{〔66〕}运用法经济学的方法分析了刑事诉讼、民事诉讼及行政诉讼的证明标准问题,视角非常独特,分析也十分到位。作者首先指出以公平、效率等来解释为何民事诉讼的“盖然性占优”标准要低于刑事诉讼的“排除合理怀疑”标准,令人难以信服,运用法经济学的分析框架能够较好地解决这一问题。作者首先从法经济学的角度将证明标准的使用界定为“行政成本”(administrative costs)和错误成本(error costs)之和的最小化,错误成本包括让不该承担责任的人承担责任的第一类错误成本及让该承担责任的人未承担责任的第二类错误成本。相比民事诉讼只涉及金钱损失而言,刑事诉讼因涉及生命、自由的剥夺,第一类错误的成本远远大于第二类错误,并且具有不可纠正性的特征,因此,其证明标准也就高。在行政诉讼中,学者目前对证明标准的确定多以对行政相对人权益影响大小作为证明标准高低的决定因素,但作者认为衡量权益影响大小本身并非易事,且根据行政行为性质

〔64〕 《法学》2013年第7期。

〔65〕 《法律科学》2012年第5期。

〔66〕 《比较法研究》2013年第4期。

来决定证明标准高低也缺乏逻辑性,而运用错误成本高低则因聚焦于损失的可弥补性可解决这一问题,并且能够让学者重新重视行政成本的问题(举证责任人为达到证明标准要求所付出的努力)。

张瀚的“侵权不确定性与贝叶斯法则——一种法经济学的视角”〔67〕一文也是部门法理学研究的优秀作品。该文对侵权行为的认定引入了贝叶斯法则予以定量分析,认为当事人对事前行为的判断具有不确定性,侵权的不确定性对侵权法预防功能和替代性纠纷解决机制的运作存在消极影响,并指出侵权行为的明晰性和侵权法法律适用的稳定性能使当事人事前对行为是否构成侵权作出较为准确的判断。最后,在引入贝叶斯法则的基础之上,作者还对《侵权责任法》中的一般条款和类型化问题进行解析,并从司法解释、最高人民法院公布指导案例等多方面对《侵权责任法》的法律适用提出了建议。

方泉的“犯罪化的正当性原则”〔68〕一文,从美国法哲学家乔尔·范伯格在《刑法的道德界限》一书中谈到的限制自由原则的内容入手,研究了刑法中犯罪正当化基本原则的问题。乔尔·范伯格在其后现代法学的多元立场上作出的对限制自由原则的阐述是英美语境下对犯罪化界限的经典标书。引介这一内容在刑法学研究角度上尚属较新,该文在法哲学的论述上也可说是十分详尽而有说服力。

王伟臣的论文“法律人类学的身份困境”〔69〕区分了法律人类学的英美与荷兰两种传统,并指出英美的法律人类学传统受到挑战,荷兰的法律人类学传统却一直受到法学研究的推动而方兴未艾,最后他以这两者的发展比照法律人类学在国内法学研究中的现状,得出了法学界对法律人类学的关注与贡献还很少的结论。作者称当前我国法学界对人类学研究的关注,必须超越仅有的对少数民族习惯法的研究,法学学者可以在法律社会学的传统研究领域作进一步的人类学尝试,而这些都需要法学界对人类学研究的足够重视。王彬的论文“信号传递、彩礼习惯与法律边界——一个法律经济学的分析”〔70〕对彩礼习惯这一婚姻博弈关系中参与人为实现最大化的婚姻盈余所形成的博弈均衡或行为常规进行了法律经济学的研究,其中主要采取的是“信号传递模型”的理论框架,并通过这一分析对法律对社会规范的干预界限作出了评价。彩礼在婚姻关系形成过程中具有信号传递的功能,从而有利于实现婚姻博弈的“分离均衡”。形成博弈均衡的婚约有利于社会福利整体最大化,社会稳定能通过非正式的社会控制方式来执行。法律对社会规范的干预界限应当以福利最大化为衡量原则,以形成国家法与民间法的良性互动。作者通过对上述彩礼习惯的经济分析,推进了法律经济学超越传统文化解释和社会实证的研究进路,实现了社会规范研究的范式转换。

张伟仁的论文“天眼与天平——中西司法者的图像和标志解读”〔71〕从分析中国作为理想

〔67〕 《法学评论》2012年第5期。

〔68〕 《法学》2012年第8期。

〔69〕 《法学家》2013年第5期。

〔70〕 《政治与法律》2013年第9期。

〔71〕 《法学家》2012年第1期。

司法者标志的铁面三眼的包公到西方作为理想司法者标志的蒙眼持秤的女神入手,深入阐释了这两者之间的文化内涵之区别,进而探讨中西方文化所追寻的司法目的以及达到这一目的的方法,最后谈到司法工作本质上的限制和司法者的功能。该文以深厚的思想史功底见长,对当前我国塑造法律文化建设有很大的启发。通过对法律文化问题的考察,作者引出了如下发人深省的结论:法学人应当研讨并改善法以外的各种规范(道德、礼仪以及各种社团的规章等等),使它们能够与法律一起发展,形成一个正当、合理、周全、妥善并且清晰地标示出社会理想的规范体系。人们对这个规范体系的全盘认识也非常重要,这需要加强对各种规范的了解与尊重,最后还要创立许多社会机构和程序,以便利人们利用法以外的社会规范来解决他们的问题,弥补法律的缺陷与司法的失误。

孟涛的论文“紧急权力法及其理论的演变”〔72〕是法律与政治方面较为典型的论文。该文梳理了紧急权力法的理论类型及理论模式,并结合中国法律实践予以了分析,并展望了中国紧急权力法的未来——调适模式。作者运用丰富的中英文文献对紧急权力法发展史及两种基本理论类型(例外型及规训型)进行了介绍,并将其理论模式概括为调适模式、例外法模式、惯常模式、动员模式及权威专政模式,借助上述理论类型及理论模式回顾了中国紧急权力法的发展史,并对中国现实中的重大问题(如非典)进行了剖析。作者对紧急权力法的英文文献运用熟练,并用其为中国法律实践问题搭建了分析框架。

张龔的论文“论我国法律体系中的家与个体自由原则”〔73〕是分析法律与道德方面的典型论文。该文在法律的自由价值之外另辟蹊径,讨论家对我国法律体系的价值作用。作者运用德文资料向我们揭示了西方法律的自由价值对应的是成人阶段,提出了新颖的观点——家则对应了人的整个生命过程。作者并没有简单批判法律的自由价值,而是指出其不足,力图完成家与个体自由价值的重构。作者为法律价值提出新的论题,勇气诚然可嘉,然而,与自由息息相关的法律恐怕有些难以承受家这一伦理秩序的重担。

伍德志的论文“欲拒还迎:政治与法律关系的社会系统”〔74〕论述中国社会语境中的政治与法律的关系。作者指出,在中国,政治对法律的理解被凝结在“政法”这个概念中,这是政治权力凭借垄断地位对法律共同体强加的自我理解。随着法律的专业化,一方面政治权力在社会生活中仍然具有强大的权威,另一方面法律共同体的合法化欲求面对着政治强力而无可奈何;而政治既希望法律提供功能服务与合法化的支持,又出于自身既得利益不愿受到法律系统的结构性约束。作者称之为“欲拒还迎”的关系。作者梳理国内学者对政法关系的论述,分为三类别;第一,主张通过立法规范政治权力;第二,强调法律内在逻辑对政治逻辑的抵触;第三,将政治与法律当成各自分离又相互重叠的自治领域。作者论述西方近现代思想家对于政治与法律关系的理解,认为这些理论限于要么政治决定法律,要么法律决定政治。作者认为这些理论都无法对政治和法律在实践层面的关系做出清晰论述。论文的主体部分,作者从三个

〔72〕 《法学研究》2012年第1期。

〔73〕 《中外法学》2013年第4期。

〔74〕 《法律科学》2012年第2期。

层面分析政治与法律的差异性:第一,功能差异。政治系统着重对行动的现实控制,而法律系统着重对行动的期待保障。第二,时间意识差异。政治系统定格现在,而法律系统严格要求程序。第三,决定机制的差异。司法判决中政治权衡在某些情况下是不可避免的,但是这种政治制衡仍然在多数情况下受法律系统的结构性限制,即法官仍需独立审判,不受政治权力干涉,判决最重要的说服对象仍然是法律共同体,哪怕这种限制只是象征性的。之后又论证了两者的相互寄生,体现在“法治国家”这个概念。政治和法律成为统一体,并且通过宪法,法律和政治相互影响且被限制在国家宪法所规定的渠道。论文最后部分对中国政治与法律关系予以剖析。作者认为,目前法律系统逐渐显示出自我确认、自我合法化的要求,协调中国法律和政治的关系需要实现法律对政治权力的驯化,实现政治的民主化。

曾令健的“社区调解中的合作主义——基于西南某市调研的分析”〔75〕调研西南某市若干社区的纠纷调解现象,通过参与观察、调查访谈及查阅案卷等方式获取了大量一手材料,基于这些材料,分析基层社会的纠纷样态及社区调解的实践运作,并用“纠纷解决合作主义”概括社区调解等内生型解纷机制的实践逻辑。研究发现,调解人以人际关系为行动资源寻求当事人的合作,除此之外,合意寻求更源自当事人的利益权衡,利益让步或得寸进尺总有理由。在社区语境下,人们会记住利益的让步或得寸进尺,将这些作为此后社区生活的行动依据与法码。社区纠纷解决注定具有“非终局性”,当事人的合作往往出于对长远生活的期待。论文最后部分论述政府力量介入基层社会,社区调解合作主义的命运。作者主张,对于内生型纠纷,政府即使不过度介入,也势必尽可能保持必要关注,政府力量与社区调解力量合作的结果在于实现一种强制性平衡与整合性均衡,通过政府主导下的基层政府与社区力量之合作来实现基层社会的有序与协调,并确保社区纠纷解决自主性。

5. 比较法与法律全球化

高鸿钧的论文“英国法的主要特征——与大陆法相比较”〔76〕分上、中、下三部分连载于《比较法研究》,全景式地展现了英国法判例法、法官法、程序中心主义、讲究经验、注重实用等特征。如作者在注释中自承,1991年在《比较法研究》上发表同名论文时,囿于资料所限,介绍相对简略,现在的论文补充了翔实的资料,不但有现当代名家的学说,而且甚至有我们不甚熟悉的早期普通法学者著作,如十七世纪英格兰法官黑尔(M. Hale)的《英格兰普通法史》(*The History of the Common Law of England*),作者开篇就对英国法的研究作了相对详尽的文献综述。他运用比较法和法理学的视角,在我们熟悉的很多论题下,都提出了自己新颖、独到的见解。在判例法一节,作者将学者们关于什么是判决理由的看法总结为原则论、规则论、事实说、理由说,在此基础上提出判决理由是原则、规则与事实的统一体。他借用英国十七世纪法学家塞尔登的譬喻将“法官法”这一特征比作“两面神之喻”。并且对英国法官恪守司法克制原则,不怎么牵涉道德、政治问题的通说提出质疑,认为英国法官运用判例法发展了宪法理论,处理政治问题,《人权法案》通过后,人权也成为英国法官重要的道德考量。在谈到英国的程序

〔75〕《法制与社会发展》2012年第2期。

〔76〕《比较法研究》2012年第3期、第4期、第5期。

中心主义时,作者将对抗制诉讼与剧场化的表演勾连在一起,视角新颖。作者还关注了法律人使用的行话、判决风格等不为旁人注意的问题。最后,作者运用托依布纳的法律是自创生系统理论作为分析英国法的框架,来剖析英国法的变与不变,并对国内长期倚重的伯尔曼的西方法律传统的观点提出了挑战。

韩国学者权五乘的“亚洲法研究:过去、现在与未来”,^[77]论述美国及亚洲国家关于亚洲法研究的历史与现状。作者指出,与具有一个核心法律体系的西方法不同,亚洲法是由各个国家的不同的法律体系组成的,它包括各个国家的传统法律、移植的法律和发展的法律。在亚洲的现代化进程中,亚洲国家持续不断地处于使移植法律与发展的法律在其既存的传统法律和文化的协调中运行。作者呼吁超越亚洲区域性法律的概念,努力建立起对亚洲法的身份认同。

三、法律史论文评估

(一)主题分布与热点、创新点分析

法律史的研究可分为中国法律史与外国法律史研究。中国法律史的研究有法制史与思想史之分,若再以时段进一步区分,则有古代与近现代之分。中国古代法制史论文数量最多,其中明清法律史研究是“重头戏”,其次为唐宋法律史研究和秦汉法律史研究。中国法制现代化论文也不弱,其中近代宪法史占了相当的比重。在中国古代法律思想史论文中,先秦法律思想的论文居多。中国近代法律思想史及法学史研究 2012—2013 年论文数量增长明显。现代西方法律思想是西方法律思想史与法理学的“领地争议地带”,从数量上看,西方二十世纪法律思想的研究论文颇多。外国法制史论文依然集中讨论大陆法系法律制度,其中罗马法研究的论文数量与比重较大。

中国法制史的研究传统是考据,有学者仍然在坚持:战国秦汉“贲”考,^[78]“汉简扁书”辑考,^[79]唐代“漏泄禁中语”考与“长流刑”的流变,^[80]唐代“道僧格”的考据。^[81]考据之外,还有创新:其一,中国法制史的学术史研究。有论文对法律史研究主题和研究方法作出学术反思。^[82]其二,中国古代法制史与日本法制史学的关系,一直是中国学者关心的话题。有学者用翔实的日文资料对日本之中国古代法制史的研究进行了详尽的综述。^[83]其三,古代文学

[77] 董政译、姚建宗校,《法制与社会发展》2012年第5期。

[78] 参见石洋:“战国秦汉间‘贲’的字义演变与其意义”,《华东政法大学学报》2013年第4期。

[79] 徐燕斌:“汉书扁书辑考——兼论汉代法律传播的路径”,《华东政法大学学报》2013年第2期。

[80] 陈玺:“唐代‘漏泄禁中语’源流考”,《华东政法大学学报》2012年第1期;陈玺:“唐代长流刑之演进与适用”,《华东政法大学学报》2013年第4期。

[81] 赵晶:“唐代[道僧格]再探——兼论[天圣令·狱官令]‘僧道法科’条”,《华东政法大学学报》2013年第6期。

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

[83] 赵晶:“近代中国日本中国法制史研究的源流——以东京大学与京都大学为视点”,《比较法研究》2012年第2期。

作品在中国古代法制史研究中的意义。文学作品的“故事”能够是法律史中的“资料”吗?^[84]另外,有学者提出要从清代官吏的著作中得到中国古代法制史研究的灵感:提倡描述性与解释性在法制史研究中的综合运用。^[85]

明清法律史研究成果丰硕,倚重的史料相当丰富。随着清代档案的不断发掘,学者们对清代州县官判案的研究日益深入,^[86]而且家谱在研究中也发挥了不小作用。^[87]有的学者不但借助档案、家谱,而且借助更为丰富的材料提出了对中国法律史惯常看法的挑战——明清社会并非“厌讼”,而是“健讼”。^[88]尤陈俊的论文就汉语文献运用言之,不但有判词、师爷自述,而且涉及宗族谱牒、文人日记、文人诗词、奏折。

中国古代法制史研究的创新还体现在学者们对学术“定见”提出了挑战,例如认为八议成于汉,^[89]提出官当性质主要是行政处分,^[90]从法理学而非法律史的角度研究《唐律疏议》,^[91]从法律与文学的角度研究白居易的“百道判”,^[92]从“赏”而非“罚”的角度研究秦汉律,^[93]论证唐代骈文判词中的法律逻辑,^[94]探究唐律“十恶”的佛教渊源,^[95]展现礼作为古代中国一种独特的法度在儒吏群体和皇帝的互动中所具有的规范效力^[96]等。部分中国法制史的研究关注古代中国法制对当代现实问题的借鉴意义,如调解、渎职、基层社会治理等问题古代法律制度规范和运行可资借鉴的资源。^[97]

[84] 杜金:“献疑与商榷:从‘乔太守乱点鸳鸯谱’说起——《文学作品、司法文书与法史学研究》读后”,《政法论坛》2012年第3期。

[85] 沈玮玮:“文若其人:赵舒翹与《提牢备考》互证——兼论中国法律史的研究方法”,《政法论坛》2012年第2期。

[86] 吴佩林:“从《南部档案》看清代县审民事诉讼大样——侧重于户婚案件的考察”,《中外法学》2012年第6期;李青:“清代民事诉讼意识的萌发——以清代档案为视角”,《政法论坛》2013年第4期。

[87] 原美林:“明清家族司法探析”,《法学研究》2012年第3期。

[88] 尤陈俊:“‘厌讼’幻象之下的‘健讼’真相——重思明清中国的诉讼与社会”,《中外法学》2012年第4期;尤陈俊:“清代简约型司法体制下的‘健讼’问题研究——从财政制约的角度切入”,《法商研究》2012年第2期。

[89] 龙大轩:“八议成制于汉考”,《法学研究》2012年第2期。

[90] 艾永明:“官当新论:回归法律史的考察”,《比较法研究》2012年第6期。

[91] 张中秋:“为什么说《唐律疏议》是一部优秀的法典”,《政法论坛》2013年第3期。

[92] 朱洁琳:“唐代判词的法律特征与文学特征——以白居易的‘百道判’为例”,《政法论坛》2013年第2期。

[93] 宋国华:“秦汉律‘购赏’考”,《法律科学》2013年第5期。

[94] 陈锐:“唐代判词中的法意、逻辑与修辞——以《文苑英华·刑狱门》为中心的考察”,《现代法学》2013年第4期。关于唐代判词的研究还有霍存福:“唐代判词中的实判——兼与拟判比较”,《现代法学》2013年第6期。

[95] 张海峰:“唐律‘十恶’一词的佛教渊源”,《现代法学》2012年第3期。

[96] 朱腾:“为礼所缚的汉代皇权——有关礼之规范功能的一个考察”,《现代法学》2013年第3期。

[97] 田平安、王阁:“论清代官批民调及其对现行委托调解的启示”,《现代法学》2012年第4期;方潇:“孔子‘无讼’思想的变异及其原因分析——简论对我国当前司法调解的启示”,《法商研究》2013年第1期;张晋藩:“综论中国古代司法渎职问题”,《现代法学》2012年第1期;苏洁:“宋代家法族规与基层社会治理”,《现代法学》2013年第3期。

中国法律思想史虽然篇数不多,但在使用新材料进行研究的方面仍取得了一定成绩。武树臣的论文“寻找最初的‘夷’——东夷风俗与远古的法”^[98]运用甲骨文资料考察了中国法文化的重要起源——东夷的风俗。该论文对“夷”字作了详尽的考证,是中国古代法律史研究中运用史料的难得之作。李平的论文“‘法’义新论”^[99]采用训诂学和义理研究相结合的方法,综合出土文献和前人研究,阐明先秦时期“法”的形义变迁和所反映的文化风貌的变化。陈寒非的论文“‘律’义探源”^[100]采用训诂与考据的方法,对“律”字各个义项进行分析和考证,综合得出其形体结构上的含义。王沛的“西周的‘井’与‘誓’——以兮甲盘和鸟形盃铭文为主的研究”^[101]依据传世兮甲盘和新近公布的鸟形盃铭文,研究西周时代断案以及处理纠纷的依据。王沛的另一篇文章“论语法观念的再认识:结合出土文献的考察”^[102]开拓性地将法律思想与出土文物予以验证,颇具新意。汪世荣的“中国古代的民事诉讼习惯”^[103]一文通过研究清末有关各地区民事习惯的调查报告,展现了传统法时期民事诉讼活动的诸多细节。在观点的创新方面,中国法律思想史研究也有诸多突破。例如,有学者质疑先秦法家重刑主义的说法,^[104]有学者质疑“中原律学,衰于南而盛于北”。^[105]有学者考察儒家思想对少数民族法制的影 响,^[106]提出准五服礼治罪是对儒家精神的背离,^[107]重思礼刑合一的结构。^[108]

中国法制现代化部分最为突出的是对晚清至民国初年立宪史的研究,这可能与辛亥百年纪念有关。《临时约法》受到了相当大的关注,^[109]《天坛宪草》的现代解读,也有专题研讨。^[110]

[98] 《中外法学》2013年第1期。

[99] 《现代法学》2013年第3期。

[100] 《现代法学》2013年第3期。

[101] 《当代法学》2012年第5期。

[102] 《华东政法大学学报》2012年第1期。

[103] 《法律科学》2012年第4期。

[104] 参见马作武:“先秦法家重刑主义批判”,《中外法学》2012年第6期。

[105] 参见吕志兴:“南朝律学的发展及其特点”,《政法论坛》2012年第1期。

[106] 参见邵方:“儒家思想对西夏法制的影响”,《比较法研究》2013年第2期。

[107] 参见屈永华:“准五服礼以治罪是对儒家礼教精神的背离”,《法学研究》2012年第5期。

[108] 参见赵明:“重评礼刑合一的法制构架”,《法学研究》2013年第4期。

[109] 参见成方晓:“由起草修改过程看(临时约法)的政体选择倾向”,《中外法学》2013年第4期;钱宁峰:“‘统治权’:被忽视的宪法关键词”,《中外法学》2012年第1期;于明:“政体、国体与建国——民初十年制宪史的再思考”,《中外法学》2012年第1期;饶传平:“‘得依法律限制之’: (临时约法)基本权利条款源流考”,《中外法学》2013年第4期。

[110] “民初宪政·百年回望”专题研讨:章永乐:《从“大妥协”到“大决裂”:重访1913年》;田雷:《最坏的政体——古德诺的隐匿命题及其解读》;聂鑫:《民初制宪问题的再审视——比较宪法的视角》;陈新宇:《从礼法论争到孔教入宪——法理健将汪荣宝的民初转折》;于明:“革命与制宪之间——吴景濂与1923年中华民国宪法”,《华东政法大学学报》2013年第5期。

不可忽视的是,除宪法外,其他部门法的近代化也受到关注,如民法、^{〔111〕}刑法、^{〔112〕}行政法、^{〔113〕}新闻法。^{〔114〕}还有学者非常独特地从法学期刊的角度观察近代的司法改革。^{〔115〕}中国近代法律思想史除了关注学者^{〔116〕}的法律思想外,还关注了政治家的法律思想。^{〔117〕}

西方法律思想史的研究对于十九世纪以后法学家的法律思想,尤其对分析法学理论有较多探讨。如赵真研究凯尔森的论文“没有国家的国家理论——读《社会学与法学的国家概念》”^{〔118〕}清晰地梳理了凯尔森对耶利内克“国家自律”学说的批判,并揭示凯尔森法学理论的神学背景。陈景辉的论文“道德善、理性化与法的规范性——以哈特理论为中心的反省”^{〔119〕}从“可辩护”的角度解读《法律的概念》。法律的主要功能并不是制裁或者诉讼,而是扮演行动理由的角色,进而拥有了控制、引导以及计划生活的能力。杨天江的论文“凯尔森对自然法学说批判的再思考——基于阿奎那自然法传统的反驳”,^{〔120〕}基于对阿奎那自然法理论的理解,否定凯尔森对自然法学说的种种指控。^{〔121〕}西方法律思想史研究的人物有所拓展,如私法史学者赫尔穆特·柯英、^{〔122〕}批判法学者科斯塔斯·杜兹纳、^{〔123〕}俄国思想家索洛维约夫^{〔124〕}等,以及介绍和评述新的学术流派。^{〔125〕}西方法律思想史的研究也拓展到部门法,如国际法、^{〔126〕}

〔111〕 参见易继明:“人格权立法之历史评析”,《法学研究》2013年第1期;段晓彦:“《大清现行刑律》与民初民事法源——大理院对‘现行律民事有效部分’的适用”,《法学研究》2013年第5期。

〔112〕 参见赵秉志:“中国刑法的百年变革”,《政法论坛》2012年第1期。

〔113〕 参见沈岚:“新生活运动与中国近代的治安行政处罚法”,《政法论坛》2012年第1期。

〔114〕 参见张群:“中国近代保密法制与新闻自由”,《政法论坛》2012年第3期。

〔115〕 参见张仁善:“近代法学期刊:司法改革的‘推手’”,《政法论坛》2012年第1期。

〔116〕 参见陈新宇:“人生何处不相逢”,《比较法研究》2012年第3期;苏亦工:“仁、爱与权利:兼说费孝通先生暮年的文化自觉”,《中外法学》2013年第1期。

〔117〕 参见宦盛奎:“破碎舞台下的观看者”,《政法论坛》2012年第1期;刘志强:“罗隆基的人权理论阐释及其质疑”,《政法论坛》2012年第4期;孙德鹏:“袁世凯的绝境”,《政法论坛》2013年第3期。

〔118〕 《政法论坛》2012年第3期。

〔119〕 《法律科学》2012年第4期。

〔120〕 《法制与社会发展》2013年第2期。

〔121〕 关于分析法学理论的其他研究:雷磊:“原则理论与法概念争议”,《法制与社会发展》2012年第2期;朱振:“权威、共同善与内在观点——菲尼斯的权威论及其与法实证主义的区分”,《法制与社会发展》2012年第4期;王志远:“融贯论、道德实在与法律——一个基于内在实在主义的整合”,《法制与社会发展》2012年第5期;谈萧:“规范法学的方法构成及适用范围”,《法律科学》2012年第4期;孙海波:“疑难案件的法哲学争议——一种思想关系的视角”,《法律科学》2013年第1期。

〔122〕 参见傅广宇:“赫尔穆特·柯英与欧洲私法史”,《政法论坛》2012年第4期。

〔123〕 参见龙文:“精神分析视野下的人权批判”,《环球法律评论》2013年第1期。

〔124〕 参见李昕:“法是善的底限——索洛维约夫法哲学思想的核心”,《当代法学》2012年第6期。

〔125〕 参见刘翀:“论目的主义的制定法解释方法——以美国法律过程学派的目的主义版本为中心的分析”,《法律科学》2013年第2期;李其瑞、邱昭继:“西方马克思主义法学的源流、方法与价值”,《法律科学》2012年第5期。

〔126〕 参见许小亮:“从万国法到国际法——基于国家礼理性视角的观念史研究”,《环球法律评论》2013年第2期。

经济法,^[127]以及西方理论与中国现实问题的关照。^[128]

外国法制史的研究开始由宏观法律传统论证转向法律具体制度的考证,对英美法^[129]和罗马法^[130]的具体论题的考据论文明显增长。此外,法国危险责任的发展史、^[131]德国1751年《巴伐利亚刑法典》^[132]研究表明学者开始拓展新的地域的法律制度,^[133]或寻找新的法律文本史料,如徐国栋的论文“元首制时代的罗马宪法文本研究——以《韦斯巴芗谕令权法》为依据”^[134]研究西方世界保留下来的最古的较完整宪法文本,论述该法发现过程与对罗马公法研究的意义、该法文本及其译文、该法的完整性问题,参考文献涉及众多德文、意文、英文论文和论著。

(二)法律史典型论文点评

1. 中国法律史

(1)中国古代法律史。汪雄涛的论文“中国法律史研究的三种神话——基于明清社会的反思”^[135]指出传统中国法律史研究中存在简单的类型化现象,这会将法律史研究仅限于解释“宗族法”、“阶级法”与“类型法”这三种简单类型神话之中,从而忽略别的解释可能。而作者通过对明清社会的研究表明,宗族社会纯粹是一个想象的共同体,阶级因素也只是一种有限的存在,伦理社会则更像皇帝的新衣。法律史研究应该放在这些“皇帝的新衣”之外。长期以来,法律史研究的出发点来自历史学的通说,但是当历史学科出现新的成果时,我们并未予以认真的关注。既然这些通说成立的可能性值得怀疑,那么我们的法律史研究就需要打破宗族法、阶级法和伦理法的神话,将视野放宽到这些教条以外。当然,由于作者研究时段和角度的关系,其分析未必适用于所有法律史研究,但这种提法无疑是极具启发性的。

金眉的论文“宋代奩产的法律分析”^[136]聚焦于宋代的婚姻财产制度,分别考察了女性随着身份的改变(在室女、女子出嫁后、寡妻)对财产的不同权利。作者首先利用宋代判案录、官

[127] 参见袁达松:“经济法研究中的思想史视角”,《政法论坛》2013年第3期。

[128] 参见周国兴:“审判如何回应民意——基于卢埃林情景感理论的考察”,《法商研究》2013年第3期。

[129] 参见于宵:“英国土地登记改革与地产权结构转变”,《华东政法大学学报》2012年第5期;韩永强:“保险合同法‘最大诚信原则’古今考”,《华东政法大学学报》2013年第1期。

[130] 汪洋:“罗马共和国早期土地立法研究——公元前5世纪罗马公地的利用模式及分配机制”,《华东政法大学学报》2012年第2期;徐国栋:“行省制度的确立对罗马法的影响——以西西里行省的设立为中心”,《华东政法大学学报》2012年第6期;黄美玲:“论古罗马时期的‘神誓’”,《华东政法大学学报》2013年第2期;班天可:“罗马法上的法律错误溯源”,《华东政法大学学报》2013年第3期;沉帮锋:“古罗马刑法的意外事故理论”,《华东政法大学学报》2013年第6期。

[131] 参见李昊:“法国危险责任的生成与演进”,《比较法研究》2012年第4期。

[132] 参见陈惠馨:“1751年德国《巴伐利亚刑法典》——德国当代刑法的起源”,《比较法研究》2012年第1期。

[133] 参见高鸿钧:“古印度法的主要内容与特征——以《摩奴法论》为视角”,载《法律科学》2013年第5期。

[134] 《现代法学》2013年第2期。

[135] 《法学评论》2013年第4期。

[136] 《政法论坛》2012年第6期。

员家训等材料分析了在室女的财产权利,其奁产属于家庭内部事务,他还细致地考察了买卖的效力不能凌驾于嫁资之上的效力。女子出嫁后,尽管作者承认女子的奁产具有新组建家庭服务的作用,但是他仍然提出了自己独到的见解,认为其奁产本质上为妇女独享。作者继而考察了寡妻对于奁产的权利及夫家对亡妻奁产的权利,利用丰富的案例说明寡妻改嫁则丧失其奁产的权利,妻子亡故后,奁产归属夫家。对于每一个问题的说明,作者都有丰富的史料支撑(包括《宋刑统》、《宋会要辑稿》、宋人家训、墓志铭等),并且几乎都以案例说明。

明清法律史研究涌现出了相当数量高质量的论文。徐忠明的论文“台前与幕后——一起清代命案的真相”^{〔137〕}从梁宽杀妻案的档案文本入手,发现该案的司法档案与相关的题本与初审官员的日记并不一致,两者完全是不同的叙事结构,这被作者称为“台前与幕后”,记录审判程序的题本与幕后记叙的日记相比都多了很多虚构的成分,毋宁说司法档案了。对司法官员来说,尽管清代中国有着颇为严格的审转程序与司法责任的约束,但幕后操作的可能性仍然存在。审转程序和司法责任的约束或许不是我们想象的那么严格,也不是想象的那么有效。利用“外结”案件的方式,地方官员即有可能摆脱中央机构的严密监控和法律制裁,从而谋取更大的裁量空间。作者通过对此案资料的史学分析提醒法史学者不能单纯作司法档案的形式分析,因为其中含有制作乃至虚构的成分,需保持应有的批判态度。王帅一的论文“明清时代官方对于契约的干预:通过‘税契’方式的介入”^{〔138〕}运用翔实的史料考察了明清时代官方对契约的干预方式——“税契”。中国古代法律史对契约的研究有之,对税法的研究亦有之,但是通过税法、契约来观察官方对古代民间交易的介入,视角不可谓不独特。作者所运用的史料丰富,不仅有明清律例会典,而且有皇帝实录、官员判语、田册账册,作者对所列史料深入剖析,做到了论从史出,有一分证据说一分话。最后得出的结论——官方通过征收税契来记录所有权流转信息——也颇有新意。尤陈俊的“明清中国房地买卖俗例中的习惯权利——以叹契为中心的考察”^{〔139〕}一文不仅通过对新史料的发掘夯实制度研究的基础,更借助欧根·艾利希的法社会学方法进行探讨。通过这种现代法社会学方法的进路,作者提出这种建立在叹价诉求之类“不确定的习惯权利”之上的社会秩序,乃是游移于私契秩序与律例秩序之间,通过地方官员原情执法式的个案化处理,不断朝向最佳平衡点调整的一种动态。明清中国的这种特殊的社会秩序生成模式,有别于近代主义理论视野中的那种既得权型社会秩序生成模式。它并非天生就是不公平、落后的社会秩序,毋宁说,它代表的是多元化社会秩序生成模式中的一种类型。这种类型的社会秩序的生成与维系,与传统中国时代的意识形态、伦理观念、社会结构、经济变迁等多因素相关。

王沛的“刑鼎源于何时”^{〔140〕}一文探讨的是刑鼎制度。该文从刑鼎铭文考入手,再分析刑鼎与刑器文化,再联系子产铸刑书与孔子关于刑鼎制度的论断提出问题,既然刑鼎早已有之,

〔137〕 《法学家》2013年第1期。

〔138〕 《中外法学》2012年第6期。

〔139〕 《法学家》2012年第4期。

〔140〕 《法学》2012年第10期。

那么叔向和孔子为何要反对铸刑书呢?这是因为在礼制昌明的西周时代,铸刑书于礼器是一件大事,它象征着立法权的归属,而立法权的归属又为是否拥有国家政权的体现。在礼崩乐坏的东周时代,礼乐征伐不再自天子出,无论是郑国还是晋国,其铸造刑书的行为都乖违礼制。从叔向言论中我们可以体察到他对法律规范确定性趋势的忧虑,这种忧虑的背后乃是东周立法者和司法者的权力趋于分离,程序性礼制的法律效力减弱,条文化律令模式登上舞台,法官职业专业化、技术化特征愈发鲜明等诸多社会现象的产生。该文整体结构立体丰满,具有很高的学术价值。

李俊丰的论文“论宋代官员的鬼神信仰对其司法实践的影响——以杀人祭鬼案件为中心”,^[141]从宋代官府和官员对杀人祭鬼的态度和处理,探究宋代官员如何看待巫术、鬼神,以及这些思想观念如何影响司法实践。基于对相关史料、宋代关于杀人祭鬼的诏令、禁令和事件的统计研究发现:其一,从时间分布上,宋朝官府确实保持着对杀人祭鬼现象的关注。其二,杀人祭鬼现象在地域上的普遍,确实得到了宋朝官府的注意。其三,从对杀人祭鬼的刑制上看,宋代官府确实颇为重视杀人祭鬼的危害性,并有重刑而治的想法。然而,作者同时从这些材料中发现,相关禁令数量之多,恰恰可显示出杀人祭鬼现象在禁令之下仍然风行,以及这些禁令和应对措施的效果未加理想;并且材料也显示,确实存在官吏明知杀人祭鬼现象存在而不对其加以处理的现象。论文总结宋代官员对杀人祭鬼的态度:明知危害重大,明知朝廷对此重视,但在实践中还会存在主观上不努力,客观上回避的做法。作者从宋代官员的鬼神信仰解释其中原因。在宋人心目中,鬼神、命定、占卜、巫术等物事,并非是一一割裂开的,而是存在一定相互联系。占卜、巫术等,实际都属于“术”,鬼神异事并非超自然,而是自然的。宋代的官员和士人会一起参加祠神、占卜活动。所以,当宋代官员在实际的法律实践中,碰到杀人祭鬼这一牵涉到威力极大且将官员士人视为首要“捕猎”对象的巫术现象时,难以完全不考虑自身会受到巫术的巨大伤害的可能性。作者称之为,法律场域与信仰场域的重合和牵连导致的官员的“身份冲突”。

(2)中国法律近代化。赖俊楠的论文“十九世纪国际法学中的中国叙述”^[142]从十九世纪国际法学文本中关于中国的表述入手,分析了当时国际法学思维中的“非政治”的思维主义逻辑结构,认为在当时的实证主义盛行的话语之下,鸦片战争的合法性探讨被搁置一旁的现实。在对国际条约的审视只能采用实证方法的前提下,不平等条约的合法性就只能从契约法的形式规则来探讨,自然也就为这些不平等条约正名了。该文最终提醒我们,国际法的评价不能脱离政治议题。如果法学家拒绝正义、是非、善恶等真正关乎人类普遍命运的问题,他们注定将一如既往地身处边缘地位,只会是新时代的霸权主义、人权政治以及其他国际上种种非正义行为的鼓噪者,而非一个真正公平、正义的人类社会的倡议者。这是对法学家自身使命的一种背叛。

易继明的论文“人格权立法之历史评析”^[143]追溯了中国人格权的百年立法史,揭示出我

[141] 《法制与社会发展》2013年第4期。

[142] 《法学家》2012年第5期。

[143] 《法学研究》2013年第1期。

国人格权立法从《大清民律草案》到《国民律草案》再到《民法通则》的变与不变的实质：我国人格权立法始终采取总则与债权结合的方式，只是在设权性规范的立法重心上有所变化。《民法通则》人格权立法实现从民事主体与债之关系结合的二元结构向主体制度、权利制度和侵权责任制度结合的三元结构的转变。三元结构对应的是人格权规范的三个部分，即权利主体、权利内容及权利救济。

聂鑫的论文“资政院弹劾军机案的宪法学解读”^{〔144〕}回顾了清末筹备立宪过程中的重大事件——资政院弹劾军机案。作者并不单纯以法律史的视角切入，而且还以宪法学的视角切入，结合了宪法学与法律史的研究。他通过运用时人辩论的一手资料对该事件本身及背后的思想渊源进行了独到、新颖的剖析，较好结合了制度史与思想史的研究。文章首先列出了资政院与军机处的重大争议点——速开国会、立法职权、代议机关地位。继而分析《钦定宪法大纲》及资政院弹劾的法律依据《资政院章程》，认为就实证法上而言晚清立宪实行的是德日的二元君主立宪制，大臣对皇帝负责，而非对国会负责，资政院仅是建议机构，并不具备英国国会那样的法律地位。但在实践中，资政院却以准国会自居欲行“倒阁”之实，难免有违法违宪之嫌，为立宪斗争的资政院自己却未能守法守宪。作者进一步揭示资政院这一作为的实质在于进行宪法革命，与革命派的区别仅是不诉诸暴力，两者的思想渊源同是英美宪法原理——民约论，资政院的弹劾尽管在实证法层面难立住脚，但却适应了当时民约论的社会思潮。晚清二元立宪君主制的思想渊源实际上是走中间道路的德日国家有机体论，晚清立宪引进德日体系，却未引进德日的宪法原理，清廷尽管在实证法层面站得住脚，但却无法从法理层面与之对抗。

汪清阳的论文“怀柔远人：中葡法文化初交汇”^{〔145〕}用笔流畅，用词文雅。论文研究澳门开埠之早期，中西方传统的法律制度某种程度的交融。论文首先概述中华法文化和葡萄牙法文化特点与彼此文化差异，论述两者在澳门交汇与演进。论文认为，澳门四百多年的立法和司法存在明显的双规特征，即华人社会一条线，葡人社会一条线。二者虽偶相汇合，但基本保持平行。明清政府规定“华洋共处，分而治之”。作者详述其治理模式。然而这并不意味着“双规”司法体系的出现。葡人自治及葡式法律之适用，建立在中华法律规范没有触及或者不损害中华文化传统基础上。两种法文化的交融，没有产生激烈冲突，同时，也没有相互交融产生崭新的文化。中国以“怀柔远人”的气度接纳了葡国人，体现出中华文化的包容性。参考文献多涉及明人清人论著与相关历史论著。

2. 外国法律史

(1) 西方法律思想史。简资修的论文“科斯经济学的法学意义”^{〔146〕}运用科斯的英文原典挑战了国内学界对科斯定理的惯常认识——无交易成本。作者首先追溯了所谓科斯定理一说的由来，并在澄清所谓科斯定理的基础上，提出科斯的本意为法律本质是界定权利，一方面为市场交易提供基础，另一方面也可取代市场而直接分配资源。继而回答了法律人关于损害相

〔144〕 《法学研究》2013年第6期。

〔145〕 《法律科学》2012年第1期。

〔146〕 《中外法学》2012年第1期。

互性观念的质疑,以区分法律概念及法律价值回应,并进一步探讨在科斯的公法框架下,作为市场替代的法律并无恣意性。在上述分析的基础上,作者认为科斯的经济学研究闯入法学界仅是一场意外,检讨了现行法律经济学发展的缺失。作者对科斯的学说脉络条分缕析,极有说服力地澄清了科斯经济学对法学的意义究竟何在,有助于澄清法律经济学对科斯学说的认识。

王天化的论文“国家法人说的兴衰及其法学遗产”^{〔147〕}借助日文文献详尽梳理了德日两国国家法人说的流变,向我们展示了德国、日本法学思想中颇富特色、却并不为国内学人熟悉的法学国家观。论文首先追溯了德国国家法人说产生的历史背景——当时德国在君主主权和国民主权之间寻找中间道路的努力,从最初的试图限制君主主权、建立国家—臣民权利义务关系到拉邦德国家—臣民的权力关系,再到耶利内克的“国家法人实在说”,动摇了国家是法人、君主是机关,从而与国民主权相容,最后经日本的美浓部达吉发展,试图批判日本的“天皇机关说”,最后该学说在德国遭到凯尔森的批判,以“国家的虚构化”相对抗,在日本“天皇机关说”虽遭质疑,却未解决“统治权的权利主体”问题。作者在总结德日两国“国家法人说”导致公权力优越的教训后,最后落脚于中国学界构建自己的“法学国家观”之任务。

(2)外国法制史。汪洋的论文“罗马法‘所有权’概念的演进及其对两大法系所有权制度的影响”^{〔148〕}梳理了罗马法中“所有权”概念的流变,作者表现出深厚的语言功力,运用的西文文献丰富,提出的观点新颖。尤为难得的是,我们一般的看法是英美法与罗马法差异极大,而作者却证明英国法的某些所有权制度与罗马法的某些所有权制度的趋同。作者的核心观点是罗马法所有权概念的发展体现出政治性的逐渐消退,法律性与经济性的逐渐增长。最初,罗马法的所有权概念主要是支配权(macipium),表明的是家族归属关系,具有主权的政治特性,其性质是物。但到了“市民所有权”阶段,通过“要式买卖”、“物是我的”等为代表的严格程式,逐渐向个人归属转变。随后出现的所有权概念展示出 dominium 与 proprietas 的结构,即归属与权能的结构,所有权的法律性、经济性要素增强。到古典法及帝政时期,则出现了多种所有权类型,及为补充“市民法所有权”不足而产生的“裁判官法所有权”(in bonis habere)及“行省土地所有权”,归属与全能遂出现分离问题。作者进一步对比了英美法的“不限嗣继承地产权”与罗马法的“行省土地所有权”的趋同,即二者都有归属与权能分离的趋向,又对比了“衡平法所有权”与“裁判官法所有权”的趋同。

杜苏的论文“司法独立的黎明——法国古典司法体制诸问题研究”^{〔149〕}运用法文一手资料、通过回顾法国 13 世纪中期到 18 世纪末司法体制的流变重新检视了国人熟悉的孟德斯鸠“司法独立”的学说,可以说为法国式的“司法独立”提供了一个长长的历史注脚。作者首先将问题追溯到了中世纪封建贵族的司法权,澄清了封建制下采地与官职都是一种私有财产,司法权附着于采地权上。到 13 世纪中叶,法王开始打击封建制,进行司法改革,扩张王室法庭的管辖权,形成了博杂的法院组织,基层法院、地方法院及巴利门,而随着民族国家的建构,巴利门中行政权与司法

〔147〕 《法学研究》2012 年第 5 期。

〔148〕 《环球法律评论》2012 年第 4 期。

〔149〕 《中外法学》2013 年第 1 期。

权产生严重的冲突,经过了艰苦的磨合。作者最后得出结论,“司法独立”是法国司法体制发展的独特经验,从而从制度史的角度加深了我们对孟德斯鸠“司法独立”学说的理解。

杨利敏的论文“亨利二世司法改革的国家构建意义”^[150]聚焦于英国中世纪的亨利二世司法改革,运用英国法律史大家梅特兰、斯塔布斯(W. Stubbs)、贝克、霍兹沃斯(W. S. Holdsworth)的英文原典向我们展现了这场改革的公法意义。作者在梅特兰等人分析的基础上对这场改革提出了独到的见解。梅特兰肯认了新近被夺之诉的公法意义,作者对“不公正、未经审判的剥夺”又进行了深入的分析,认为这个诉讼形式的意义在于将占有与权属剥离,在剥离的过程中审判程序的意义突出出来,于是“未经审判”这种形式意义与“不公正”这种实质意义几乎等同,效果就是宣布土地自力救济为非法,将私人权利的保护与国王的和平联系在了一起。在后续的发展中,尤其是大宪章的签署,更使得从王室特权中产生出来的王室法院再次与国王的人身剥离,成为了法官守护下的普通法秩序。

王茂生的“美国联邦最高法院对禁酒修正案的支持及启示”^[151]一文主要通过美国法律史上的实践来探讨能动司法问题。作者以美国法律史上的具体制度事实来验证能动司法可能遇到的困境与出路,指出联邦最高法院对宪法的解释有政治性,联邦最高法院的能动主义司法与自我约束的要求相矛盾,且能动主义在大多数时间占统治地位。通过这样一种对制度的评价最终得出能动司法需在保持宪法稳定与满足社会需求的双重标准下行使,并且需要通过自我约束来厘清其界限的结论。

四、法理学与法律史研究的现状和展望

“法理学”、“法哲学”和“法律理论”的概念,从来都没有一致性的界定,不同时空语境下,内涵各不相同。法理学是主观性的学科,它源自对法律现实世界的思考,但并不囿于客观法律世界的限制,这是一个反映研究者个性化的世界。法理学主观性和个性化的特点,决定了其分化和碎片化的趋势。中国法理学的学科性质,源自早年的“法学基础理论”,更早些年的“国家与法的一般理论”。学科的外在形式是统一的,而内在实质是分散的。当法理学纵深发展到今天的时候,它作为一门学科,面临着各自为战、各说各话的处境。

法律的“本体论”学者将法律视作规则与规范,延续了英美分析实证主义法学传统或欧陆潘德克顿式的法学传统。前者会导向分析哲学、逻辑学或语言哲学,后者会导向法律教义学。本体论者将法律当作一个具有内在规定性的有机逻辑体系:法律规则有自己的生命,法学是一门自创生的系统,法学有其自身的独立性,并不受到外在因素的影响。法律“交叉论”者则正相反,认定法律并没有自己的生命,它永远要借助其他学科的研究成果和研究方法,法律只是一面镜子,折射着生动的人类世界,法律只能从社会、经济、道德和政治中找到自己的客观实在性。法律社会学、法律经济学、法律道德哲学和法律政治学由此产生,法律的交叉学科开拓了

[150] 《比较法研究》2012年第4期。

[151] 《政治与法律》2013年第12期。

法理学的领域和视野,相应地,法理学失去了自己的独立性,丧失了它的法学院学科中的角色和功能。迷惑于法理学纷繁研究对象的学者,从相互冲突的法理学中也发现一个共同的规律:任何一种法理学都有自己的研究方法,不同的研究方法产生不同的法理学。这部分学者转向了法律的“方法论”,法学方法论厘清了思路,但方法论本身不足以形成一门学科,很难想象一门只讲方法论而不顾本体的“科学”。

从学术的意义上看,法理学是主观的、多元的和个性的。但是,在中国,法理学的意义远非如此,它有更沉重的政治意义。法理学是法学中的政治风向标,是官方意识形态在法学中的体现者。这样,法理学的热点与国家的法律政策正相关:司法改革、人权保障、依法治国、社会治理在各自特定时期成为法理学论文的热门话题。学术大家们以学理的方式演绎着官方哲学,学术幕僚们以宣言的方式呼喊着法律的口号。

法律史学历来有“重考据”和“重说理”之分,前者的学术追求是曾经发生过的“真实事件”,后者的学术追求是历史故事对今天的“启示意义”。法律史的考据派沉迷于历史掌故:汉简唐律,明清清典;法律史的说理派亢奋于文化复兴:清末新政,民国法统。考据派反对说理派无根据的空谈,说理派鄙视考据派的自娱自乐。从期刊论文的性质上看,法学论文的即时性和创新性导致了法律史说理派的兴旺和考据派的衰落。律学考据类的论文数量减少,引古喻今类的论文数量增多。法律史考据派学者哀叹论文难发,原因不在于学术上的不精,而在于法学期刊论文的偏好不是历史的考据,而是以史说理。传统意义上博大精深的法律史学,不存在于法学期刊,而是法律史的专门集成和学术专著。

法理学与法律史学,类似于国学中的“经学”和“史学”,前者申明大义,后者辨明故事,前者有立场观点,后者有材料古迹。好好先生提倡贯通经学与史学:没有历史的根据,说理是臆想;没有提升的观念,考据是缺乏灵魂,因此,成功的法学是经学与史学的结合,或者说,法理学与法律史学的融合。因此,法理学者们开始研究法律的历史,特别是法律的思想史,法律史的学者则跟进社会的变迁,阐发宏论。固执的法律史学者则苦苦挣扎,在法学核心期刊有限版面上苟延残喘,却坚持着自己的信念:经学与史学水火不容,“不是东风压倒西风,就是西风压倒东风”。

中国的法理学和法律史学并不是内生的学科,他们或者源自外国的理论,或者源自历史通论的裁剪。这样,法理法律史学与作为法学院主体的应用法学之间存在着知识上的隔阂,法律史学有史论先导者的角色和功能并未真正地发挥出来。这是法理学和法律史学在法学院科目中尴尬的地位。法理学作为意识形态在法学中的角色设定,保持了它在法学中依然地位显赫,而法律史学的衰落则是可以遇见的未来。不过,学术研究深化的规律,则是演绎与归纳的互动,应用法学需要史论的提升和指导,史论法学需要应用法学的根据和材料。应用法学研究深入了必定讨论法理和法史,法理和法史从空谈到脚踏实地需要应用法学的材料和经验。这就可解释,有学术理想的应用法学者开始撰写艰深的理论论文,不甘寂寞的史论法学者开始涉足鲜活的法律运作世界。

(责任编辑:徐爱国)