

# 规范性视野之下的法律史学

高仰光\*

**摘要** 中国的法律史学缺乏对于规范性的深入思考,因而可能走向两个极端:其一,强行援用现代法教义学的方法来对前现代的法律加以分析;其二,规避规范性的讨论并退回到文史或社科的传统里面躲藏起来。因此,如何看待“事实与规范的二分”便成为法律史学需要面对的一个关键问题。在规范性的视野之下,法律史学的知识体系首先可以被理解为一个由“外部—内部”以及“一般—部门”的两重分化搭建起来的基本框架,其次可以被理解为一个包含着由微观而宏观渐次变化的六个层级所组成的知识谱系。缺乏对于这一基本框架的自觉意识,以及缺乏对于这一知识谱系中某些层级的必要关注,皆有可能导致中国的法律史学陷于分裂和封闭的状态。扭转这一被动局面的契机在于提升法律史学的认识论水平,特别是强调现代法学的规范性思维对于法律史学的重要意义。

**关键词** 法律史学 规范性 内部法史学 外部法史学 一般法史学

历史研究是一切社会科学的基础,法律史研究当然也是法学的基础。<sup>〔1〕</sup>然而,中国的法律史学却面临困局。这突出地表现为中国的法律史学缺乏“提出问题”的能力,它几乎不能提出让部门法学、一般法理论、法社会学以及法哲学认为重要的问题,同时也难以提出让断代史(或国别史)研究、微观史学、史学理论、人类学、历史社会学以及历史哲学认为有价值的问题。<sup>〔2〕</sup>这其中的原因或许在于法律史学未能就“事实与规范二分”这一关键问题发表独立

\* 中国人民大学法学院副教授。

〔1〕 2015年8月23日,习近平总书记在“致第二十二届国际历史科学大会的贺信”中强调,“历史研究是一切社会科学的基础”。

〔2〕 历史学者胡永恒较早将法律史学的这一困局概括为“双重边缘”,黄春高则揭示了法律叙事与历史叙事之间的重大区别。参见胡永恒:“法律史研究的方向:法学化还是史学化”,《历史研究》2013年第1期,第178—189、193页;黄春高:“法律叙事还是历史叙事:14—16世纪英国公簿租地农的兴起与发展”,《历史研究》2018年第4期,第123—144、191页。

的、适切的意见,因而夹在“事实之学”(史学或社会科学)与“规范之学”(法学)之间的法律史学也就难于清晰地厘定自身的性质。近十年来,这一困局引发了史学界和法学界的集中反思,参与讨论的学者大抵分化为两个相互对立的阵营:其一,站在规范性的立场上为现代法律追根溯源,却难以避免遭受“过度解读史料”的指责;〔3〕其二,在尊重事实的同时漠视规范性维度的讨论,故只能在史学与社会科学的领域之内打转。〔4〕可以说,尽管议论者众,但是绝大多数学者仅仅是在规范与事实这两端做出“非此即彼”的选择,这无益于提升法律史学的认识论水平。〔5〕那么,法律史学能否兼顾“事实之学”与“规范之学”的双重属性,又如何才能提出一些对于法学和史学都有启发的问题来呢?某种意义上,把法律史学置于事实与规范这两端之间,对其间可能存在的各种中间状态进行更为细致的结构化、层次化的分析,或许有助于从根本上终结这场旷日持久的争论。

## 一、事实与规范二分的法律史解释

法律史学将如何看待“事实与规范二分”,这是本文展开讨论的出发点。需看到,现代法学建立在“事实与规范二分”的观念之上,而这一观念也是形形色色的“分离命题”的共同基础。“事实与规范二分”首先意味着,“是”不等同于“应当”,它们不能相互转换,也无法换算;其次,事实与规范并不重叠,它们相互平行,之间并无沟通和连接的天然渠道。现代法学将自身定位于一种关于“规范”的科学,因而它既不从属于形而上学,也不同于那些基于经验实证的社会科学,而是更类似于数学或逻辑学一类的学问,即从给定的前提出发,按照形式逻辑的规则进行推理,最终得出结论的学问。因此,从某种意义上来说,人是规范性的动物。〔6〕然而,强烈的

〔3〕 王志强、李栋从比较法的视角出发探讨了使中国的法律史学回归法学的基本前提与现实可能性。参见王志强:“我们为什么研习法律史?——从法学视角的探讨”,《清华法学》2015年第6期,第30—44页;李栋:“迈向一种法学的法律史研究——萨维尼法学方法论对于中国法律史研究的启示”,《江苏社会科学》2020年第3期,第129—138、243页。此外,我国台湾地区学者陈惠馨一贯主张站在规范性的立场上研究清代法制,因而诉诸凯尔森、哈特和德沃金的理论。参见陈惠馨:《清代法制新探——以〈大清律例〉为核心》,元照出版有限公司2022年版,第3—16页。

〔4〕 以朱腾为代表的法律史研究者主张中国的法律史学应当挣脱西方法学思维的束缚,回归史学本真。参见朱腾:“走出中国法律史学‘危机’论——从缺乏共享平台的学科间的对话说起”,《中国法律评论》2022年第1期,第178—192页。以徐忠明、尤陈俊为代表的法律史研究者则更加重视“小传统”的史料,并强调运用社会科学的方法发现新问题。参见徐忠明:“走向社会科学的中国法律史”,载苏力主编:《法律和社会科学》(第17卷第1辑),法律出版社2019年版,第1—16页;尤陈俊:“批评与正名:司法档案之于中国法律史研究的学术价值”,《四川大学学报(哲学社会科学版)》2020年第1期,第119—130页。

〔5〕 很多学者从学术资源分配的视角出发来说明法律史学科处于边缘地位的原因。参见赵晶、陈煜等:“笔谈:法律史学的刊物建设与学术研究”,载刘昕杰主编:《法律史评论》(总第19卷),社会科学文献出版社2023年版,第377—427页。

〔6〕 参见韩东晖:“人是规范性的动物:一种规范性哲学的说明”,《中国人民大学学报》2018年第5期,第2页。

实践导向又使得现代法学离不开“事实”,尤其不能脱离那些有可能影响法律规范在运作中产生实际效果的社会事实,以及那些有可能充当法律规范发挥其功能的基本前提的社会事实。因此,现代法学必须通过将“现象”涵摄(subsumtion)到“概念”之下的方法搭建事实与规范之间的联系。另外,基于效用的考量,现代法学(在广义上)也不得不将那些以“事实”为研究对象的知识门类囊括进来,其中最典型的例子便是犯罪学、行政学以及作为理解私法之前提的民事法律事实研究。<sup>〔7〕</sup>可以说,“事实与规范的二分”本质上是观察世界的方法的对立,即认识论的对立,这导致现代法学与诸多基于经验实证方法论的社会科学不能相容。这一矛盾在法学内部较为突出地体现为规范法学(法教义学)与法社会学(社科法学)的彼此诤抗。

### (一)法社会学与法哲学的挑战

作为法律史学的兄弟学科,法社会学和法哲学曾经就“事实与规范二分”观念的塑造发挥了重要作用。需看到,这一观念清晰地划定了现代法学的外部边界,使其获得独立的品格;但是事实与规范彼此分立、互不通约的状态也给现代法学带来了一系列的难题,甚至使现代法学陷入了更深的困境。<sup>〔8〕</sup>首先,形式上的完美与实质上的缺损之间存在巨大的落差,法律的“表达与实践”变成了相互分离的“两张皮”,这是法学在各个领域都面临的普遍难题;<sup>〔9〕</sup>其次,作为一种社会事实的法律规范如何能够产生针对人的主观意志的实质的约束力,这一问题本身也并不能基于事实与规范的二分逻辑而得到完满的解释。由此,事实与规范分立的观念不断遭受着多方面的挑战与冲击。而今,法社会学和法哲学开始尝试摆脱这一认识论框架的束缚。

针对“二分观念”最直接的挑战来自于法社会学。现代法学从来没有将“事实”纳入“规范”之中并建立一个统合性解释框架的想法,而是与“事实”保持一定距离,传统的社会学研究则尽可能不踏入“规范”的内部逻辑之中。然而,作为交叉学科的法社会学有着更为宏大的抱负,它并不满足于自身仅仅是一个关于“涉法事实”的描述性的学科,而是试图把规范性纳入社会事实进行一体考量。<sup>〔10〕</sup>站在诸多法社会学研究者的肩膀之上,德国学者尼可拉斯·卢曼(Niklas Luhmann)迈出了关键的一步,他试图颠覆传统社会学中观察者与观察对象对立二分的认识论结构,从而把主体与客体融合到一个整体之中,并以此作为法社会学研究的新的对象。卢曼指出,第一,法社会学研究的对象并不是事实,而是“意义”;第二,处于规范对立面的也并不是事实,而是主体对于对象的“认知”;第三,规范与认知都是人与人在交往过程中自身涌现出来的意义结构的一部分,它们都从属于具有自主性的社会系统。因此,当法社会学观察这样一个

〔7〕 参见卜元石:“法教义学:建立司法、学术与法学教育良性互动的途径”,载张双根主编:《中德私法研究》(总第6卷),北京大学出版社2010年版,第12页。

〔8〕 参见高仰光:“以‘有序性’实现法学认识论新突破”,《中国社会科学评价》2022年第3期,第60—62页。

〔9〕 “表达与实践的分离”最初的语境局限在关于清代司法过程的讨论,后来又被推而广之地用于描述各种理论与实践不相符合的状况。参见黄宗智:《民事审判与民间调解:清代的表达与实践》,中国社会科学出版社1998年版。

〔10〕 洋伟江:“超越‘错误法社会学’——卢曼法社会学理论的贡献与启示”,《中外法学》2019年第1期,第37页。

处于不断赋予自己意义的动态社会系统的时候,法律就被视为一种具有共识性和稳定性的对于规范行为的预期,这就实现了将事实与规范二者熔冶于一炉并形成整全性理解的目的。<sup>〔11〕</sup>卢曼开创的理论性法社会学对于传统的经验实证方法展开反思,极大地拓展了法社会学的阵地,将心理学的部分知识与社会学有机地融合在一起,撼动了法社会学研究原本的方法论基础,同时给现代法学的“规范性本位主义”带来了强有力的冲击。<sup>〔12〕</sup>唯有在这一反思的基础之上,法社会学才能进一步思考其与规范性的连接方式与限度的问题。<sup>〔13〕</sup>

当代法哲学对于“二分观念”的挑战来得相对滞后,但是力度更加猛烈。在新兴的法律自然主义那里,被现代法学奉为主臬的“规范性”只不过被当作一些“不可理解”的神秘魔法,“应然”本质上是一种基于意志论的形而上学的产物,根本毫无意义可言。经过对于形而上因素的剔除,法学唯一应当关注的就是法律的社会实效性问题,即满足何种条件的法律才能使得人们在内心中涌现出最大的被约束感,而这个问题的答案或许只能从社会生物学中寻找。<sup>〔14〕</sup>法律自然主义在表面上消解了事实与规范的二分结构,背后的深意在于颠覆自康德以来主客体二分的哲学基础,这反映了当代哲学中的本体论自然主义立场。<sup>〔15〕</sup>法律自然主义不仅强调规范性具有社会属性,而且试图把规范性还原为更为底层的生物事实,进而主张在社会学与生物学相互融通的基础上理解法学。这是一个范围更宽、层次更高的知识融合,但也更加激进和超前。

法社会学和法哲学从不同角度挑战事实与规范的“二分观念”。简而言之,理论性法社会学试图将“事实”解构为可以与“规范”相容的“意义”,而自然主义法哲学则把矛头对准了“规范”,通过否定“意志论”实现对它的解构。这些挑战对于现代法学而言有着认识论进化的意义,但是它们提出把客观的事实理解为一种认知,或是把规范性溶解于社会事实,直至溶解于人的生物属性的主张,某种程度上迎合了法律现实主义,甚至是法律虚无主义的需求。需看到,在全球多极化愈演愈烈、对抗压倒合作的情势之下,经济、政治局势不稳的国家和地区不断增多,人们对于国家间关系以及全球秩序的理解大有从“洛克假设”重回“霍布斯假设”的态势。这是一种逆文明而动的潮流,其核心是对于法治主义的质疑,因而法律的规范性所能够提供给人们对于未来的稳定预期就显得弥足珍贵。需承认,对于当下的世界而言,重新树立法律的权威、再度强调形式理性的重要性、重述事实与规范分立的理念可能要比那些颇具后现代意味的

〔11〕 参见上注,第40—50页。

〔12〕 泮伟江,见前注〔10〕,第52页。

〔13〕 参见雷磊:“法社会学与规范性问题的关联方式:力量与限度”,《中外法学》2021年第6期,第1405—1425页。

〔14〕 社会生物学是美国学者爱德华·威尔逊(Edward O. Wilson)最早提出的学科门类,得名于1975年的著作《社会生物学:新的综合》,其目的在于将应用于一般动物的生物学原理扩展到社会科学的领域。参见(美)爱德华·奥斯本·威尔逊:《论人的本性》,胡婧译,新华出版社2015年版,初版序言第11页。

〔15〕 这种发源于现代北欧国家的观念被称为“斯堪的纳维亚法律现实主义”,其核心内容是反对从规范体系的角度理解法律,而是将法律置于“自然时空”之中去理解,即把法律视为与人相关的自然现象。参见王田田:“跨越大西洋的现实主义法学:斯堪的纳维亚现实主义法学与美国现实主义法学之比较”,《政治与法律》2009年第1期,第138—145页。

理论关怀有着更为重大的现实意义。相比法社会学与法哲学而言,法律史学看待“二分观念”的立场是相当独特的,它一方面参与批判与反思,另一方面又为规范性的自立自存进行辩护,也就是秉持一种“同情之理解,理解之同情”的包容态度来审视这一问题。

## (二)法律史学的独特立场

与法社会学和法哲学积极挑战的姿态不同,法律史学一直以来都以某种“不表态”的方式参与到这场事关重大的讨论之中。基于对人类的法律思维与社会秩序之间互动关系的长时段观察,在法律史学看来,事实与规范以相互纠缠的形态(entanglement)共存于一个相当含混的“秩序”(order)之中是极为常见的状态;而事实与规范相互区隔,彼此对抗,各自形成独立的学科建制和话语体系,则实属晚近以来才出现的某种“异常”的状态。然而,现代人对于“异常”状态习以为常,反而难以理解“正常”状态了。<sup>[16]</sup>

以西方法律的发展进程为例,前现代的“法学”(jurisprudence)并不存在一个超拔于社会事实之外的、以概念为中心且以逻辑为线索的立体架构。诚然,前现代的“法学”也具有一定的抽象性。以古典时代的罗马法为代表,法学家们也一直通过在概念与概念之间建立逻辑联系的方式试图更好地为生活世界的诸多问题提供解决方案。然而,前现代的“法学”并没有从社会事实抽离出来自成体系的自觉意识。<sup>[17]</sup>即便罗马法的抽象化程度已经达到了前所未有的高度,但依然是站在“秩序”的,而非“规范”的层面上来讨论问题。可以说,罗马法仍旧是一套关于“秩序”的知识。这意味着,它并非是那种只能存在于理念世界的纯粹的学问(*scientia*),但是需看到,与此同时,它也不是那种就事论事的,指导人们如何处理琐碎的现实问题的技能(*ars*)。这样一套建立在“有序性”的认知水平之上的知识既没有对于抽象性的主动追求,也没有对于抽象性的刻意排斥,而是一种游弋于抽象与具体之间的自然而然的状态;进一步来说,“有序性”要求人们仅做在当下看来有必要的抽象,而不做超出现实需求的过度的抽象。<sup>[18]</sup>正因如此,这样一套知识也并不具有鲜明的结构化和体系化的特征。<sup>[19]</sup>

近代以来西方世界的两次工业革命导致生产方式的大变革与人口密度的迅速增加,人类的主观精神世界随之发生剧变,主、客观的因素共同促成了全方位的社会转型。新兴的工业国家对于社会治理的要求在强度和精度的层面急剧提升,数量巨大但是内在逻辑混乱的法律规

[16] 现代人谙熟的语言和习惯是在这种“异常”的状态之下被塑造出来的,这就导致现代人很难用这样一套的现代语言去思考和描述“正常”的状态了。

[17] 罗马法具有体系化的特征,但是与近代以来的潘德克顿体系相比,其体系性是极为不成熟的,因而至多可以被概括为一种“弱体系性”。如果不能站在这个立场上,而是用潘德克顿的体系化思维去审视罗马法,则其本质上仍属于现代民法学的一部分。虽然这也是罗马法研究的一条路径,但是可能出现历史认知上的重大偏差。参见(德)马克斯·卡泽尔、罗尔夫·克努特:《罗马私法》,田士永译,法律出版社2018年版,第39页。

[18] 参见高仰光,见前注[8],第64—68页。

[19] 当然,必须承认,罗马法中也并非绝对不存在“抽象性”冗余的情况,这尤为突出地体现在《学说汇纂》的某些文本之中。不过,这些最早出现在6世纪中叶,后来经过12至15世纪的学者们反复加工过,尤其是又经过18—19世纪的大肆改造的罗马法文献,固然可以被视为现代法学的一个重要的历史渊源,但是并不能作为形成对罗马法的一般判断的依据。

范在短时间内涌现出来,反而损及法律适用的一致性以及社会治理的实际效果。<sup>[20]</sup> 所以,法律规范的规模与体量必须被控制在一定的限度之内,这导致法律规范的抽象化程度大幅提高,以强调“形式理性”为特征的现代法学思维应运而生,并发展出以概念为中心、以逻辑为线索的,对外封闭同时内在协调的规范体系。当然,现代法学并不可能凭空炮制出一个子虚乌有的知识体系,它能做的便只有以“现实问题”为依归,通过把现代法治精神注入罗马法的古老躯壳来塑造革命性的法理。在罗马法近代复兴的历史进程之中,“规范性”逐渐取代“有序性”成为法学的基本立场。这其中也存在某些主动拒斥进入“罗马法继受”这一历史进程的工业化国家,如英国,其法律规范的抽象化与体系化便只能交由议会和高等法院等国家主权机关在长期的法律实践中渐进地、缓慢地造就。这种方式客观上实现了较大范围的社会公众对于立法和司法过程的深度参与。尽管这些工业化国家缺乏对于形式理性的执着追求与深入理解,甚至在其法学在认识论的层面上也并未完全放弃“有序性”的立场,对于“抽象性”普遍秉持“够用就好,不必过深”的理念,但是它们依然把“事实与规范的二分”视为理解现代法学的牢不可破的前提。

法律史学从各个侧面观察“事实与规范”从浑然一体转向截然二分的过程,也就是观察现代法学从生发于自然的“有序性”转向人为的“规范性”的过程,但是从始至终,法律史学并不主动对于这一历史性转折做出评价。换言之,法律史学只能说明这一转折确实发生了,说明这一转折究竟是如何发生的,以及说明这一转折有多么的重要,但是并不揭示这一转折究竟是好是坏,是福是祸。这样一种以“还原”为目的的描述性的法律史学体现了源于史学的“述而不作”的消极态度;从另一个角度看,这也可以被理解为一种向各种价值判断开放的包容态度。研究者无论持何种立场,都可以从法律史学的研究中寻得佐证的依据,这显示出作为史学分支的法律史学的“意见容量”。<sup>[21]</sup> 然而,如果把法律史学与法社会学或法哲学结合起来,用前者的观察结果充当后者说明其理论正确性的工具,那么原有的“意见容量”就消失了,因为研究转向了解释性的法律史学,或者说转向了某种历史社会学或历史哲学,再或者说,转向了作为一种“历史写作”(historical writings)的法律史学。<sup>[22]</sup>

总的来说,法律史学从未否认“事实与规范二分”对于现代法学的积极意义,这一理念伴随着现代世界的形成得以确立,集中反映为“现代性抵抗自身熵增”<sup>[23]</sup>的倾向;但是与此同时,

[20] 参见高仰光:“法典化的历史叙事”,《中国法学》2021年第5期,第68页。

[21] 对于各种思想体系来说,史学向它们提供了一种可为共享的论说资源,但史学自身仅仅输出最为朴素的、内化于语言的、早在人类思维的童稚时期就已经形成的价值观。史学之所以是人文研究之母,在于每一部史学作品都有其“意见容量”,而往往容量越大的作品就越是影响深远的佳作。

[22] 史学并不等同于那些专门为某一个思想体系代言的“历史书写”,这种以“讲道理”而非“摆事实”为宗旨的历史书写并没有所谓的“意见容量”可言——它们自身就是成熟的思想体系,既无法容忍不同脉络的思考,也无法成为勾连不同思想体系的对话平台。参见(英)约翰·托什:《史学导论》,吴英译,北京大学出版社2007年版,第三版序言第1页。

[23] 所谓“熵增”是一个从热力学定律中借用的术语,它是指一个自发的、不可逆的由有序向无序发展的过程。人类文明进入现代之后以理性为中心搭建起规范体系,这极大程度消除了无序性,因而是一种“抵抗自身熵增”的倾向。

法律史学也并不认为“事实与规范二分”是不可动摇的基本前提和唯一公理,因为在人类法律思维发展的长河之中,规范性仅仅在相当短暂的时间里获得超拔于社会事实之上的统治地位,况且现实之中的规范性也远远没有理论阐发中的那样纯粹。因此,如果新技术的发展使得人类对于自身与外界关系的认知发生天翻地覆的变革,例如导致人的“主体性”趋于瓦解,那么规范性从神坛上跌落下来也绝非是一件无法想象的事情。因此,在法律史学看来,“事实与规范二分”仅仅是法律存在形态的诸多可能性中的一种,它是“现代性”的集中体现,因而不是从来就有的,也不会一直延续下去。

## 二、法律史学的基本框架

一言以蔽之,不针对“事实”或“规范”进行单方面的批判或解构,而是强调二者之间关系在时间脉络中变动和演进的复杂性;主张用一种“有序性”,也就是“内嵌于历史情境之中的规范性”的独特观察视角取代纯粹法学或一般史学的观察视角,形成了法律史学有别于法社会学与法哲学的立场。<sup>[24]</sup> 基于这一立场,法律史学首先必须兼顾事实与规范的双重面向,这就为其内部分化出“外部的”和“内部的”维度,以及“一般的”和“专门的”维度提供了认识论上的基础。

### (一)外部法史学与内部法史学

如果无视现代法学对于法律史学的先在的规定性,无视法律史学作为“规范之学”的一个分支,那么法律史学很容易退缩到史学与“历史书写”的二分法框架之中,要么转变为专门史,要么转变为一种历史社会学或者历史哲学。但是从另一方面来说,如果无视法律史学作为“事实之学”的维度,那么它又将退缩到现代法学所构建的封闭的规范体系之内,转变为针对现行法律规范的一种专门的解释方法,即历史解释。就目前国内外法律史学的发展状况而言,这两种情况同时存在。鉴于现代法学通常被等同于具有实践导向的、狭义的法解释学或法教义学,法律史学因而被切割为两个相互独立的部分,其一为与法学发生“内部关联”的法律史学,其二为与法学发生“外部关联”的法律史学。<sup>[25]</sup> 二者之间存在着一条不可跨越的鸿沟。

以当代德国法学为例,法律史学既可能是与法哲学、法社会学、比较法学、法政策学等学科相并列的,作为法学的一种知识背景而存在的外部法史学;也可能是体现为“对于《学说汇纂》以及其他的日耳曼法的注释”的内部法史学,其目的与所有类型的法律解释相一致,即维护法律体系的内在和谐与统一。<sup>[26]</sup> 具体来说,罗马法和日耳曼法的某些知识具有潜在的“法源”的性质,它们被视为现行法规范(尤其是私法)的重要组成部分,缺失它们将导致某些论证脉络的不连续性和某些重要学理的碎片化。因此在德国,内部法史学一直以历史解释的面貌参与

[24] 参见高仰光,见前注[8],第64—68页。

[25] 所谓外部关联,是指超然于法(或法律体系)之外对法的规范性现象进行观察、描述或提供判断标准,但一般而言不直接进入法律实践,参与法律运作。所谓内部关联,则是指进入法(或法律体系)之内,直接或间接地参与法的规范性实践,作为法律实践的组成部分发挥功能。参见雷磊,见前注[13],第1407页。

[26] 卜元石,见前注[7]。

现行法的事业,它局限于特定的法律领域,要么是私法,要么是公法、刑法或其他部门法,但是无论如何,所有的问题都是由现行法所提出的,尤其是由该领域内体系化程度最高的部门法典所提出的,因而内部法史学的任务就是尽可能详细地回应这些立足于现实的理论问题,尤其是回应(法典的)体系性在当下面临的挑战。与现行法密切连接的内部法史学不仅把相当数量的部门法学者转变为“历史爱好者”,而且波及到法律史学者们的偏好,促使他们“致力于研究规范性的概念”。〔27〕当然,这与学者们对于罗马法和日耳曼法进行外化于法学的、偏重于事实还原的系统性观察并不矛盾。外部法史学并不会那么直接地参与现行法的事业,它的任务是法学提供基础性的、整体性的知识背景;它未必一定局限于特定的法律领域,却使得现代法学对于人类法律文明的宏观关切成为可能,这又是内部法史学不能完成的任务。

需要看到,德国法学界对外部法史学的研究兴趣,在很大程度上,是被现行法持续和旺盛的历史解释的需求拉动起来的,或者说是被内在法史学的“有用性”拉动起来的。在德国,对法律的历史解释方法在19、20世纪之交时仍然十分重要并保持了相当长时间的影响力;最迟到第一次世界大战前接受法学教育的一代人对历史解释方法仍然笃信不疑,偏爱在其评注作品的导言里详尽叙述该部法律的前世今生。〔28〕这种爱好在二战之后并未消退,其成就集中体现在马克斯·普朗克法律史研究所几代学者的学术努力当中。进入21世纪之后,德国私法学界陆续推出多卷本《民法典历史批判评注》(Historisch-kritischer Kommentar),这意味着内部法史学在私法领域不仅延续着百余年的香火,而且被推向了更高的层次。〔29〕处于这样的学术环境之中,以“内外兼修”为己任的法律史学者不在少数,他们既能够通过爬梳海量的历史文献重建法律制度和法学知识的历史发展脉络,又能够把这些关于过去的知识变换为现行法在自我续造的过程中急迫需要的历史解释。相应的学术评价标准也被建立起来:一个在外部法史学的领域没有建树的学者,很难被认可具有内部法史学研究的基本能力;反之,一个没有能力回应现行法提问的学者,也不会被当作为一位真正的法律史学者,而毋宁仅仅是一位古典学家或历史学家。最晚到上世纪九十年代,那种忽略规范性维度的独立的、游离于法律之外的研究已经不再受到法律史学界的重视。〔30〕很难想象,如果没有内部法史学的拉动,外部法史学的发展将是何种光景。

在不那么强调规范体系性的国家和地区,例如在判例法的传统之下,外部法史学与内部法史学的分化也是存在的,只不过内部法史学未必以维系一个统一完整的学理体系为目的,而是更多地服务于律师和法官强化其说理力度,满足其完善论证过程的需求。鉴于判例法传统本身的历时性特征,法律本质上就是一个让规范性在时间流逝之中得以稳定地、不间断地向后传递的

〔27〕 (德)托马斯·杜斐:“一个富有成果的酝酿过程?——柏林共和时代的法律史学”,郭逸豪译,载(德)托马斯·杜斐等编:《柏林共和时代的德国法学》,商务印书馆2021年版,第85页。

〔28〕 参见王剑一:“德国法律评注的历史演变与现实功能”,《中国应用法学》2017年第1期,第185页。

〔29〕 参见卜元石:“德国法律评注文化的特点与成因”,《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学版)》2020年第4期,第116页。

〔30〕 参见杜斐,见前注〔27〕。

过程,因而历史解释的运用不仅是极为常见的,而且重要性大大超过体系解释。从某种意义上来说,判例法传统之下的历史解释本身是蕴含着体系解释与目的解释在内的一种综合性解释。<sup>[31]</sup>因此,内部法史学是职业法律人共享的最为重要的知识,也是区别法律人(lawyer)与门外汉(layman)的最为明显的标志,因为后者总是试图用单纯而且抽象的道理、学理说服他人,而对于前者而言,脱离“蕴藏着规范性的历史话语”几乎是无法想象的事情。在判例法的传统之下,外部法史学也有其生存空间,因为它包含着那些与法律规范相关联的、对于理解从历史中走来的法律规范特别有助益的基础性知识,可能成为培育某些重要的历史解释的苗床,不过它对于法律规范的形成和适用同样不能施加直接的影响。因此,判例法传统之下的外部法史学同样是在内部法史学的拉动之下才得以在法学领域获得较大的发展空间。

综上所述,以规范性为分水岭,法律史学被一分为二。外部法史学乃是总体上作为“事实之学”的法律史学,内部法史学则是作为“规范之学”的法律史学。前者有可能被纳入史学与“历史写作”的二分法框架之下,进一步分化为更拘泥于事实的、描述性的法律史学与更多体现理论导向的、解释性的法律史学;后者则不可能被纳入“经验实证”的二分法框架,因而只能建立在“规范实证”的基础之上,是存在于规范性维度之上的,作为现行法的事业的一部分的法律史学。

## (二)一般法史学与部门法史学

鉴于现代法学将法律规范拆分、安置于多个不同的规范领域,因此内部法史学,即规范性的法律史学,便只能存在于这些不同的、相对狭窄的规范领域之内,也就是仅仅作为“部门法史学”存在,而无法超越这些规范领域成为“一般性”的存在,否则它就不可能为特定的规范领域提供有意义的历史解释。换言之,内部法史学只能是部门法史学,即公法史、刑法史、民法史等等,而不可能是一般法史学。

相比之下,作为“事实之学”的外部法史学则既可能是部门法史学,即提供关于特定规范领域变迁的背景知识;也可能是一般法史学,因为诸如“财产”“权利”“警察”等等这些基础性的概念,在它们最初被提出来,甚至已经被广泛使用的时候,并不专属于某一个特定的规范领域。因此,如果把“前现代的法律”作为一个观察对象,鉴于规范领域的分化还没有出现,或仅仅呈现出分化的苗头,外部法史学必须想办法实现一个跨架于现有不同规范领域之上的鸟瞰式的观察,对于人类法律文明从“前现代步入现代”的复杂过程进行还原性的描述,或加以理论性的解释;若以现代法律为对象,外部法史学则可以选择究竟是进行鸟瞰式的观察,还是一头钻入特定的规范领域进行微观的描述与解释。这是一个富于思想性的研究领域,不以解释现行法为目的。内部法史学则完全无法做到这一点,当然它也无意于做到这一点。

由于部门法史学既可能存在于内部法史学的意义上,也可能存在于外部法史学的意义上,但一般法史学则只能存在于外部法史学的意义上,因而部门法史学比一般法史学面临更复杂

[31] 先例解释与历史解释关系密切,却又并不相同,它在一定程度上发挥着体系解释的功能,却具备历史解释的形式。参见周伟:“宪法解释中学说解释、历史解释和先例解释方法研究”,《南京师大学报(社会科学版)》2005年第3期,第45—46页。

的情况。首先,“内部的部门法史学”有着极大的时空局限性。例如在德国,私法教义学经历了较长时段的渐次发展,这使得私法远比公法、刑法更加依赖于历史解释;但是在美国,绝大部分适用历史解释的情境都与宪法及其修正案的司法适用有关,纯粹的民事法律以及民事程序法反而不那么需要从历史中获得解释。相比之下,“外部的部门法史学”旨在为该规范领域提供与起源、变迁有关的背景知识,因而并不会过于强烈地受到时空的制约。例如在德国,私法史、公法史、刑法史都有资格作为专门的研究领域而存在;而在美国,宪法史与财产法史、契约法史的重要性也不分伯仲。这种类型的部门法史学往往出现在大学课堂之中,是法科学生在开始学习某一个部门法或领域法之前有必要了解的历史背景。

其次,并非所有的部门法或领域法都能够支撑起“外部的部门法史学”的探讨,亦并非所有能够支撑起相应探讨的部门法或领域法都能追溯到同样久远的过去。例如,自工业革命以来才成为西方工业国关注热点的环境法问题就不应当被追溯至工业革命发生之前的时代,因为生活在前工业时代的人们根本不可能产生同样的问题意识,他们防范生活环境恶化的努力与工业时代的人类试图在资源日渐匮乏的前提下挽救生态危机的努力根本就是两回事情,不可同日而语。然而,在内部法史学的意义上,将历史悠久的规范解释“穿越式地”运用于新兴的部门法或领域法之中不仅是可能的,有的时候甚至是必需的;而且越是新问题,越容易萌生出诉诸历史解释的需要。这是因为,人们在处理新型法律问题的时候往往无法沿着既有的路径前行,面临着“无米下锅”的窘境,因而通过挖掘古老的判例或学理,从中另辟蹊径,有助于破解眼下的僵局。事实上,无论德国的法学教授还是美国的律师与法官,他们都非常擅于从罗马法中汲取智慧来解决前所未有的法律问题。<sup>[32]</sup>

需看到,部门法史学的研究通常处于部门法或领域法研究的内部,几乎不会溢出部门法或领域法的边界,因而无论是“内部的”还是“外部的”,部门法学者对于部门法史学的了解程度可能都要强于“以法律史学为业”的学者。因此,法律史学者就更宜于在一般法史学的领域拓展智识,尤其是对于现代法发生部门或领域分化之前的时代的规范、秩序、观念、概念、意见、判断加以观察,因为这是一个对于大多数部门法学者来说既没有兴趣去观察,也没有能力去观察的领域。

当然,从事政治、经济和社会研究的学者,从他们本学科的角度出发,可能同样热衷于观察前现代的“混沌”状态,借此回应各自专业所提出的涉及“起源”与“演进”的问题。这意味着,一般法史学的观察领域可能与诸多非法学的学科的观察领域不谋而合,而这种情况并不会出现在部门法史学,因为非法学的学科不会自觉地按照现代法学的分类标准对于观察对象加以事先的分类。于是,一般法史学便很有可能会面临这样的质疑,即它所回应的其实并不是一个单独的法学问题,而是政治、经济和社会研究都提出的具有共同性的问题;或者它回应的并不是一个纯粹的法学问题,而是混合着政治、经济和社会研究气质的综合问题。例如,关于“权利起

[32] 这种把罗马法或日耳曼法中的规范当作“砖瓦”来构建体系大厦的做法,或者把古代法作为解决当下棘手案件的智识资源的做法,也并非不在意“穿越”本身自带的穿凿附会的危险性。正因如此,外部法律史才有必要作为严肃的学科存在,其功能之一就在于对历史解释中的不当的“穿越”加以甄别和废止。

源”或“财产起源”的讨论就很难被认可为一个单独的、纯粹的法学问题,当然它也很难被认可为一个与法学关系不大的政治哲学的问题。事实上,这正是由前现代的“混沌”状态所决定的,它无法被现代知识体系按照自身的需求分门别类地切割开来,做纵向的、纯粹的观察。因此,一般法史学的研究就难免与政治史、经济史和社会史的研究缠绕在一起,不分彼此。反过来看,如果一般法史学回应的是一个由现代法学所提出的单独的、纯粹的问题,与任何其他的知识领域毫无关联,反而是不正常的。这其中要么存在史料解读上的牵强附会,要么便是存在对于历史真实“过度构建”的嫌疑。

一般法史学缺乏法学的专业性,这既是一个缺点,也是一个优点:缺点在于它距离现代法学的实际需求相对遥远,优点在于它为现代法学创建了一个与其他知识体系相互融通的工具性平台。这个交流平台虽然不能直接回应现代法学提出的各种问题,但是它能够站在高处,设计打造出以回应现实问题为指向的专门的理论工具,一方面针对现代法学过于功利、浮于浅表等等缺陷展开批判,另一方面为其提供救济。反之,如果一般法史学不能服务于创建工具性平台的事业,或是创建的平台缺乏设计打造理论工具的能力,那么对于现代法学来说,一般法史学存在的意义就近乎于零。无论如何,满足现代法学的需要是法律史学被置于法学的学科建制之下的应有之义。

从这个意义上来说,法律史学者不仅应当专注于一般法史学的研究,而且应当将相当一部分精力投入部门法史学的研究,尤其是投入“内部的部门法史学”的研究,甚至径直进入部门法研究的深处,这样才有可能真正了解到现代法学面临的真正问题是什么,哪些由法学提出的问题可能是虚假的、无意义的,分析这些问题需要怎样的理论工具,以及何种问题对于何种理论工具的需求更加迫切。否则,法律史学者就有可能被禁锢在专业小圈子自我想象的“重要问题”里来回打转,空练就一身屠龙之技。当然,这也并不意味着法律史学者必须要把他们从部门法那里获得的问题意识直接输入一般法史学的研究,因为主要作为一门“事实之学”的一般法史学仍要以尊重历史事实的真实性、客观性为先,而不能被现代法学的需求牵着鼻子走,论为一种“庸俗法史学”,这又体现出一般法史学超脱于法学思维束缚的独立性,或者说面向现实的批判性。

### 三、法律史学的知识谱系

#### (一)渐次变化的六个层次

“外部的”与“内部的”分化以及“一般的”与“专门的”分化大体上为法律史学提供了一个基础性的思维框架。然而,这个框架依旧站在“事实”与“规范”严格区分的认识论基础之上,并未将法律史学对于二者的同等关注有机地融合在一起。某种程度上,这造成了法律史学更为深刻的内在分裂。因此,通过对于这一框架进行更为精致的分层,使其内部呈现出阶梯转化的知识谱系,有助于法律史学印证其超越“二分观念”的“有序性”立场。

如前文所述,法律史学内、外有分,其中外部法史学的发展有赖于内部法史学的拉动;而在外部法史学当中,一般法史学的发展则有赖于部门法史学的拉动。在这一基本框架之下,若依

照与现行法的关系由近及远的顺序,辅之以方法论“升级”的逻辑进行排序,诚如表 1 所显示,法律史学可以被更为精确地划分为六个层级:①第一层级是为现行法规范提供历史解释的发挥现实功用的法律史学,即规范性的法律史学;②第二层级是为部门法教科书编制提供历史背景叙说的描述性的法律史学;③第三层级是对于部门法的规范与理论的起源及变迁进行纵向考察的,从描述性向阐释性过渡的法律史学;④第四层级是对于跨部门法(或部门法间)的一般法理论、法制度与法实践的变迁进行横向考察的阐释性的法律史学;⑤第五层级是超越现代法学的部门或领域划分逻辑的、对于前现代的秩序样态进行还原性考察的,从阐释性向批判性过渡的法律史学;⑥第六层级是与法社会学、法哲学等等相邻学科共享问题意识的、着眼于人类法律文明从前现代走向现代这一宏大过程,并且能够放眼未来的批判性的法律史学。总的来说,这六个层级构成了一个从微观至宏观、由规范到事实的渐次变化的知识谱系。

表 1

层级	分类 1	分类 2	视角	目的	方法	对象
第 1 层级	部门法史学	内部法史学	部门法逻辑	历史解释	规范性	现代法律
第 2 层级				知识描述	描述性	
第 3 层级		纵向阐释		描述向阐释过渡		
第 4 层级		外部法史学	部门法间逻辑	横向阐释	阐释性	
第 5 层级	一般法史学		超部门法逻辑	历史还原	阐释向批判过渡	前现代法律
第 6 层级		超法学逻辑	理论批判	批判性	人类法律文明	

需要声明的两点是,第一,尽管关于法律史学六个层级的划分同样是粗糙的,并且可能蒙受富兰克弗特针对斯宾格勒或汤因比那样的抨击,<sup>[33]</sup>但是作为一个谱系化的思维工具,它比之前的解读与分析都能够更清晰地揭示出法律史学目前处于困境的潜在原因。第二,法律史学的六个层级是一个关于完整的知识谱系的“理想型”(Idealtyp),任何一项实际的研究都有可能跨越多个层级,同时运用多种方法、发挥多种作用,至于具体研究应落脚在哪些层级则是由研究者关注的问题以及使用的材料所决定的。不过,任何一个具体的法律史研究都应当能够被对号入座地归为其中的某一个或某几个类型。

以 18 世纪至 20 世纪西方的法律史学为例,不难发现,前文提到的“对于《学说汇纂》以及其他的日耳曼法的注释”的内部法史学便属于第一层级的研究,其代表学者就是历史法学派的扛旗者萨维尼与艾希霍恩(Karl Friedrich Eichhorn);他们的著作虽然立足于探讨历史中的法

[33] “我们发现,与斯宾格勒相似,汤因比正在歪曲证据,并迫使每个文明都进入一种预设的种类系统。”(美)亨利·富兰克弗特:《近东文明的起源》,子林译,上海人民出版社 2009 年版,第 14 页。

律,但是都具有强烈的体系建构的意义。<sup>[34]</sup> 第二层级开始从内部走向外部,其典型作品是为数众多的按照部门法分编书写的法律史教科书以及部门法教科书中涉及部门法史的内容,例如李斯特(Franz von Liszt)在其刑法教科书绪论编的第二章花费数十页的篇幅较为详细地书写了德国刑法的历史,当属于此种类型。<sup>[35]</sup> 特奥多尔·蒙森(Theodor Mommsen)属于第三层级研究的代表学者,他撰写的《罗马国家法》与《罗马刑法》属于比较典型的“外部的部门法史学”的作品;曾撰写《近代私法史》的弗朗茨·维亚克尔(Franz Wieacker)以及《德国公法史》的作者施托莱斯(Michael Stolleis)也属于这类学者,但是相比蒙森精于历史考证的风格而言,这两位作者的初衷更加侧重于梳理部门法发展的纵向脉络。同属“外部的部门法史学”的第四层级以某种更为发散的“跨部门法”的逻辑进行思考,因而在本来就不局限于部门法思维定式的英美作者往往能够写出属于该层级的作品,例如莫顿·霍维茨(Morton Horwitz)笔下的《美国法的变迁》的以及维特笔下的《事故共和国》就属此类作品。再向上的第五层级进入一般法史学的领域,它试图揭示更为宏观的法律变迁的规律,并在还原史实的过程中流露出较强的批判性,美国学者伯尔曼(Harold J. Berman)的《法律与革命》《法律与宗教》等著作便属于这类作品。最后,第六层级的法律史研究已经超越了一般意义上的法学逻辑,它试图把握人类法律文明发展的整体精神以及总体规律,因而也可以被视为以法律为观察窗口的历史社会学研究。为了满足论证的需要,这类研究通常并不回避使用“因果论”“阶段论”“进化论”的眼光从外部观察法律,尤其追求通过回溯过去来批判当下的效果。孟德斯鸠与亨利·梅因虽然在方法论上存在较大的不同,但是他们都可以算作第六层级的代表学者。

需看到,将法律史学的知识谱系划分为六个层级有如下意义:第一,避免法律史学在“事实与规范二分”的逻辑之下被强行切分为作为“事实之学”的法律史学与作为“规范之学”的法律史学,这也就避免了“史学化”与“法学化”两个阵营之间无谓的口舌之争。第二,避免将那些视角不同、宗旨不同、方法不同的法律史研究混淆在一起等量齐观,有助于研究者对于各种法律史作品进行更为精准的定位与归类。第三,为法律史学营造出一个超越“事实与规范二分”观念的“有序性”的空间(第四、五层级),将“规范性”融入具体的“历史情境”加以考量,进而为法学研究跳出“现代性陷阱”提供新的视野和思路。第四,一方面使得法律史学获得与部门法学相互沟通的接口(第一层级),另一方面也使得法律史学与法社会学、法哲学等兄弟学科共享问题意识和话语平台(第六层级)。总的来说,六个层级的理论既阐明了法律史学独立存在于法学之内的意义,又使得法律史学获得超越法学的局限并与其他“人文—社科”学科发生关联的可能。

[34] 萨维尼的代表著作是撰写于1840—1849年之间的八卷本《当代罗马法体系》,艾希霍恩的代表著作则是《德国国家史与法律史》。不过需要特别指出,萨维尼撰写于1815—1851年之间的七卷本《中世纪罗马法史》并不属于内部法史学(第一层级),而是具有较强的外部性和独立性,体现出第五层级的某些特点。

[35] 参见(德)弗兰茨·冯·李斯特:《李斯特德国刑法教科书》,徐久生译,北京大学出版社2021年版,第25—97页。

## (二) 对于中国的法律史学处境的解释

如前文所述,近年来多有学者发出慨叹,认为法律史学正在中国遭遇一场危机,具体体现为这一学科在现代法学中的地位逐渐边缘化。<sup>[36]</sup> 六个层级的理论在一定程度上可以解释这种边缘处境形成的内在原因。

中国的法律史学研究大多属于第二和第五层级,少数研究属于第四层级,其他层级(第一、三、六)的研究则较为匮乏。如果说一个相对完整的、内部自洽的知识系统必须由全部六个层级共同搭建,那么基础性环节(第一、六)的缺失导致中国的法律史学虚浮无根,承启性环节(第三)的缺失则导致其欠缺结构上的完整性,进而导致不同层级之间难以沟通。此外,这些环节的缺失使得中国的法律史学一方面无法跟着法学的,另一方面也无法跟着史学的知识体系的新陈代谢实现自身的知识更新。

首先需要看到的是中国的法律史学在第一层级的缺位。这是一个基础性环节的缺失。在当代中国的法律实践之中,历史解释并不是一个与其他的规范解释方法在重要性上旗鼓相当的解释方法。历史解释的目标在于通过对规范生成历史进行探究,以便将法律规范的价值和目的固定下来,进而对当下案件的解决提供确定性的指引。<sup>[37]</sup> 历史解释因而既包括从“解释者”的当下出发,对于“立法者”在规范生成之时的主观意思的还原,也包括从“立法者”的当下出发,对于其设定相应法律规范之于未来应有之客观效果的推定。很显然,历史解释预设了一种法律观,即把法律规范的体系想象为一个不间断的自我发展的过程,一个超越个别时间点、持续变化着的动态的图景。从某种意义上来说,历史解释与体系解释刚好持有相反的法律观,因而它们对于同一法律规范可能做出截然相悖的解释;如果出现这样的状况,最终的决定权将掌握在目的解释的手中,它既可以偏爱其中一种,也可以在调和二者的矛盾的基础上做出折衷的解释。需看到,法律规范的解释空间一方面可能因为文义解释的封闭性而被缩小,另一方面则可能因为历史解释与体系解释之间的歧见而被扩大,于是解释者便可以通过操控解释空间的放缩寻找最切合于当下目的的方案。因此,如果历史解释缺失必要的地位,只留下体系解释,那么解释空间的扩大就变成了一个难题,因为以静态和空间感为着眼点的体系解释本质上也是一个自我收缩的解释方法。但是,如果任由目的解释扩张在文义解释之下被封闭的空间,那么文义本身的严肃性就遭到极大的冒犯。这容易导致法律解释从一个说理的过程转变为某种形式的政治决断。

[36] 综合这些学者的意见,第一,中国的法律史学不恰当地背负了过于沉重的法学期待;第二,中国的法律史学长期陷于范式混乱无法自拔;第三,鉴于中国法在其历史发展中的断裂性,中国法律史学从根本上无法满足现代法学以规范性为中心的思维方式的要求;第四,外国法律史学行将为新兴的比较法学取代,又面临被部门法研究吸收的可能;第五,中国的法律史学,包括中法史和外法史两个方向,以及制度史和思想史两个维度,长期停滞于较为陈旧的介绍性的研究风格,无力参与现代法学所关切的重要话题的讨论,也不能为现代法学带来新的关注点。总的来说,中国的法律史学之于现代法学的学术贡献非常有限,其地位的边缘化也就顺理成章。

[37] 参见王彬:“历史解释的反思与重构”,《人文杂志》2007年第5期,第66页。

中国近代史上的几次文化断裂导致中国历史上形成的法律规范或法律理论被默认为已经不再具有“法源”的地位,反而是域外的规范或理论更有可能在法律制定和法律适用的过程中成为参照的依据,这使得外国法比中国传统法更有可能参与到规范性“自我续造”的进程当中。这也正是近年来强调功能主义和实用价值的比较法学在中国受到重视的重要原因。然而,以外来法的历史作为支撑历史解释的基础,在某种程度上,又不为中国人的法感情所接受,这与罗马法曾经在德国遭到日耳曼法排斥的境遇十分相似。<sup>[38]</sup>自近代以来,中国人对于外来法一直保持着若即若离的态度,既希望多多借鉴外来法的制度性规范,又不甘愿接受其背后的学理以及历史源流。这些因素导致历史解释在中国的法律实践中相当不发达,为数不多的历史解释的实例也仅仅局限于对于现当代的立法进行回溯,而几乎没有那种为当代中国法“寻根”的企图。<sup>[39]</sup>如前文所述,以规范性为归依的内部法史学通常决定着现代法学对于外部法史学的需求和兴趣,所以第一层级的缺位,或者说内部法史学的缺位,必然陷中国的法律史学于一种虚浮无根的境地。

其次,中国的法律史学缺失第三层级,并部分地缺失第四层级。换言之,中国的法律史学几乎从未同时顾及前现代与现代的不同的思维方式去考察某一个部门法的变迁,或者考察不同部门法之间关系的变迁。这或许是因为,作为一个法律继受型的国家,中国从来没有产生将前现代与现代的思维方式桥接在一起的内在需求。然而,这两个层级却是承上启下的环节,它们的缺失使得中国的法律史学无法不显露出一种断裂的面貌。就现状而言,中国的法律史学一方面发挥着对现有部门法中各种规则以及原则的发展历程进行个别描述的功能,另一方面担负着为中国法自古而今的制度演变和精神变迁勾勒出一条整体线索的责任。从视野上来说,这两个方面构成了微观法史学与宏观法史学之间的区别;从方法上来说,它们构成了描述性的法律史学与解释性的法律史学之间的区别;从它们在知识谱系中的位置上来说,这两个方面分别对应着第二层级与第五层级。然而,囿于中间层级的缺失,这两个方面之间无法建立关联,以至处于各自为政的割据状态。这是因为,第二层级建立在部门法分化的现代法的逻辑之下,第五层级则植根于前现代的“有序性”的思维框架,二者无法直接理解对方的话语,而必须通过中介的有效“转译”,才能实现一定程度的相互兼容。作为承上启下的环节,第三和第四层级分别从纵向与横向的两个方向入手,试图对于现代法学的规范性进行“降解”处理,使其更贴近“有序性”的立场。相比而言,第三层级偏重于特殊性,即部门法自身的演进,第四层级则偏重于一般性,即不同部门法之间关系的演进,但它们在知识谱系中的功能是一致的,即实现观察角度从法学内部向法学外部的过渡性转换。

[38] 这种情况也发生在德国,与萨维尼同为历史法学派创始人的艾希霍恩明确排斥把罗马法作为德意志法学发展的历史基础,而是主张诉诸德意志本民族的传统法源。艾希霍恩开创了德国的日耳曼学派。这一学派的影响力贯穿19世纪,虽然未对后来的《德国民法典》产生塑成性的影响,但是构成了重要的参照性和批判性的学术力量。

[39] 另一种情况是虽然有这种“寻根”的企图,而且非常强烈,但是在落实的过程中穿凿附会,与史实相距甚远,因而在说理方面很难站住脚。造成这种状况的原因主要在于中间环节(第三、第四层级)的缺失。

需看到,有些法律史学者受到现代法学思维的障目,习惯性地站在规范性的立场之上来看待前现代的法学问题,并不能意识到“有序性”的存在。例如,那些试图在古代法当中寻找权利观念、部门法划分、体系性思维的源头,或是从中寻找某些现代法中的既有概念、制度雏形的研究,颇有缘木求鱼之嫌,因为它们都体现出鲜明的现代性前见,很难做到对于前现代的“同情的理解”。这相当于越过了第三、第四层级的“转译”,在未实现观察视角切换的前提下,强硬地将第二层级与第五层级连接在一起,造成了“规范性”与“有序性”这两种不同思维方式之间的“硬碰硬的”正面冲突。应当承认,前现代的世界与现代世界存在着本质的分歧,因而观察角度的“硬错位”是外部法史学必须逾越的障碍,否则外部法史学所能做的便只有增添一些对于史学来说贻笑大方,对于法学来说无关痛痒的脚注而已。

最后需要强调的是中国的法律史学在第六层级的缺位。这同样是一个基础性环节的缺失。如前文所述,自近代以来,法社会学、法哲学将那些与规范性思维关系密切的周边知识体系纳入现代法学的视野,致力于为现代法学提供更深层次的智力支持。在这一过程中,法社会学、法哲学更为深刻地察觉到规范性思维自身的局限性,进而展开对“事实与规范分立”这一理念的批判,试图通过更大范围的知识融合为改造这一理念提出富于建设性的意见。作为与法社会学、法哲学在地位上颇为类似的一个分支学科,法律史学同样只能将部分触手探入狭义法学之内,而绝大部分身躯则游弋于狭义法学之外,因此它也理应担负着双重的职责,其一是为现代法学的既有理论根基提供合法性证成的支持,其二则是对这一理论根基进行严肃而有益的批判。这两个方面也是紧密联系在一起的,如果从未在合法性证成的方面发挥任何作用,那么严肃而有益的批判便也无从谈起。与法社会学、法哲学相比,法律史学在知识融合方面有着天然的优势,其惯常“不表态”的缄默态度能够支持更大的“意见容量”,这意味着法律史学虽然不一定直接参与理论塑造,但是它能够为各种形式和各种目的的理论塑造提供合用的工具包。在这个意义上,法律史学可以被视为藏身于法社会学、法哲学的幕后的学科,其价值需要法社会学、法哲学在幕前的发言才能够显现出来。

然而令人遗憾的是,中国的法律史学几乎从未参与到这一根本问题的讨论当中,既没有为规范性的证立或批判作出直接的贡献,也没有为在幕后为其提供工具性的支持,而是长期处于失语状态,甚至是无意识的状态。这同样可以归咎于中国法文化的断裂。就像流水线、工业化以及福利国家等等很多概念一样,规范性获得超拔于社会事实的地位原本就是一个从西方舶来的理念,而非内生于中国文化传统。因此,追溯中国法的过去,无论在制度还是思想的层面上,强行证立、强行批判现代法的规范性也就显得十分唐突。这是一种涉嫌违背史学基本理念的“时代错位”的证立与批判,与法社会学、法哲学从规范性的内在属性出发的证立与批判完全不在同一个水平面之上。正因如此,中国的法律史学即便勉强与法社会学、法哲学等学科共享同样的问题意识,也很难在相互之间形成真正有意义的对话。需看到,有些法律史学者给这种“时代错位”的证立与批判贴上“法学化”的标签,同时将与此对立的立场归于“史学化”的一边,形成两营对垒的局面,以致学界对于法律史学“法学化”的主张产生了严重的误解与恶感。究其原因,正是缺失第六层级的结果。

综上所述,中国的法律史学在第一和第六层级的缺位使得它处于“上不接天、下不接地”的境地,既不能在最微观的层面参与规范解释的实践,也不能在最宏观的层面为现代法学的未来发展指点江山。中国的法律史学在第三层级的缺位以及第四层级的部分缺位则导致本应完整的知识体系从中间断裂,偏微观的第二层级通常以部门法教科书及大学课堂为媒介,止步于为部门法提供某种固化的背景知识,几乎不能发挥任何创造性的功能;偏宏观的第五层级虽然参与知识的建构,但是由于缺乏来自于中间层级的、带有法学关切的问题意识,因此要么转而迎合当下话语,要么转向某种综合性的文史审美,总之与现代法学的旨趣渐行渐远。

当然,中国的法律史学是否能够在六个层级都有所发展,而且恰好在每一个层级上用力平均,以至形成上下贯通的局面,这并不是可以被人为规划出来的事情。但是如果法律史学对于现代法学刚好遇到的那些与历史相连接的问题都无力发言的话,尤其是不能从正确的史观出发、在恪守史实的基础上发表意见,就一定表明法律史学的知识谱系存在着内在缺陷。对于中国的法律史学而言,这或许是一种先天不足,但这并不应是选择从法学中黯然离场的理由。

#### 四、余 论

二十多年前,梁治平在《法律史的视界》一文中回顾了中国法律史学自清末以来的演进脉络,并且通过副标题“方法、旨趣与范式”意指,这不仅是对于20世纪法律史学史的一次梳理,而且是关于法律史学的性质的一场讨论。这篇文章在其末章隐约地提出对于法律史学未来发展的期望,即通过更为广泛而且富于成效的跨学科、跨地域的交流对话实现范式的转换与知识的更新。<sup>[40]</sup>然而,二十多年过去了,中国的法律史学似乎失去了当年的思想活力,不仅没有显现出酝酿新范式的迹象,甚至在知识更新的方面也步履维艰,现今的法律史学者恐怕难以把“21世纪的法律史学”作为新的一章续写在梁文之后。<sup>[41]</sup>这在很大程度上可以归因于中国的法律史学一直在不同学科的拉拽之中左右摇摆,一方面缺乏一个独立的“主心骨”,即没有能够形成对于“事实与规范二分”这一关键问题的看法,长期沉溺于“史学化”或“法学化”的无谓论争;另一方面缺乏基本的认识论自觉,从未对于搭建学科的“思维框架”予以严肃地审视,也从未对于学科内部“多元范式”之间的关系进行细致地观察与分析。当然,更为重要的是,在中国谈论法律史学的“方法、旨趣与范式”不能脱离现代法学的基本立场,尽管这一立场自身存在很大的局限性,但它也是法律史学必须尊重的基调和底色,否则研究法律史学的心理动机就容易

[40] 参见梁治平:“法律史的视界:方法、旨趣与范式”,载《法律史的视界:梁治平自选集》,广西师范大学出版社2013年版,第283页。

[41] 21世纪中国的法律史学人仍在孜孜不倦地探求法律史学的方法、旨趣与范式,这样的努力不容忽视。但这并不意味着,这一时期的法律史学具备足够的特殊性,以至于可以在学术发展史上占据独立的地位。

退变为对于早已逝去的陌生制度与文化的一场猎奇。〔42〕

**Abstract:** The study of legal history in China suffers from a lack of deep engagement with normativity, which may lead it to two extremes: on one hand, anachronistically applying methodologies of modern legal dogmatics to analyze pre-modern law; on the other hand, avoiding discussions of normativity by retreating into the traditions of literature, historiography, or social sciences. Consequently, addressing the dichotomy between “facts and norms” becomes an essential issue for legal history studies. From the perspective of normativity, the knowledge system of legal history can initially be understood as a fundamental framework constructed through a dual differentiation of “external—internal” and “general—sectoral” dimensions. Furthermore, it can be seen as comprising a spectrum of knowledge that includes six levels of analysis, ranging from micro to macro perspectives. A lack of awareness of this basic framework, as well as a deficiency in attention to certain levels within this knowledge spectrum, could potentially lead legal history studies in China into a state of fragmentation and isolation. The key to reversing this passive situation lies in enhancing the epistemological level of legal history studies in China, particularly by emphasizing the significance of normative thinking in modern jurisprudence for the study of legal history.

**Key Words:** Legal History; Normativity; Internal Legal History; External Legal History; General Legal History

(责任编辑:章永乐)

〔42〕 美国存在为数众多的挂靠于大学法学院之下的“东亚文化研究中心”,它们专门以研究中国古代社会的制度与文化为业,开拓出特别的问题域,一定程度上拉动了国内法律史学的发展。但是这类研究显现出某种源于西方中心主义的“东方学”的气质,带有某种异域猎奇的心理动机,因而在提问方面既未必能够提出跨文化域的基础问题,也未必能够提出让中国学者感到重要的问题。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”,《开放时代》2008年第6期,第70—95页。