

南湖法学文库



Analysis on Path of Chinese Law
Modernization

中国法律现代化的 路径分析

屈永华 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



南湖法学文库

中国法律现代化的 路径分析

屈永华 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中国法律现代化的路径分析/屈永华著. —北京:北京大学出版社,2011.1
(南湖法学文库)

ISBN 978 - 7 - 301 - 08763 - 3

I. ①中… II. ①屈… III. ①法制史 - 研究 - 中国 IV. ①D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 259104 号

书 名: 中国法律现代化的路径分析

著作责任者: 屈永华 著

责任编辑: 谢海燕

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 08763 - 3/D · 1120

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 三河市富华印装厂

经 销 者: 新华书店

965 毫米 × 1300 毫米 16 开本 21 印张 301 千字

2011 年 1 月第 1 版 2011 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 38.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

前 言

一

我在多年前曾经看了一个故事，印象非常深刻。说的是从前有个人家里很穷，他的三个儿子不得不从小自谋生计：大儿子打莲花落，二儿子钓青蛙，三儿子沿街乞讨。后来他家富了起来，就想让三个儿子学文化以改换门庭，便延请了当地有名的先生来教儿子学习儒雅。一段时间之后，又请了个先生来检验一下三个儿子的学习效果。来检验的先生开始出了个五言的上联：纷纷柳絮飞。大儿子脱口而对：哩哩莲花落。先生又出了个七言的上联：红杏枝头飞粉蝶。二儿子也不假思索：绿杨树下钓青蛙。先生最后出了个长的上联：九重殿下，排两班文武官员。三儿子也不含糊：十字街头，叫几声衣食父母。虽然三个儿子才思敏捷、对仗工整，但是他听了很不是滋味：本想让儿子学文化以遮掩家里的老底，没想到三个儿子对的下联还是将家底暴露无遗，三个儿子所习得的儒雅形似而神不似。这个故事有个再贴切不过的标题：“家语”。

中国法律现代化的情形与“家语”中父亲的感受大致类似。在列强的逼拶与示范之下,中国自清末开始了法律的现代化进程。通过清末的立宪与修律,一个以大陆法系为蓝本的现代法律体系已经在中国初步建立,到南京国民政府时期,六法体系的创立标志着中国法律的现代化在立法上趋于成熟。但就现代法律在中国实施的效果来看,显示的却是中国自家的本色。时人对清末新政有一段讽喻:“昔有再醮之妇,嫁续娶之夫,人赠一联云:‘又是一番新气象,依然两件旧东西’,可以为今日政府写照。”^①比喻虽然近乎庸俗,但很传神。梁启超也深感西方现代法律思想传播到中国之后竟成逾淮之橘:“于是自由之说入,不以之增幸福,而以之破秩序;平等之说入,不以之荷义务,而以之蔑制裁;竞争之说入,不以之敌外界,而以之散内团;权利之说入,不以之图公益,而以之文私见;破坏之说入,不以之箴膏肓,而以之灭国粹。”^②毕生献身于革命事业的孙中山后来也不得不承认:“革命事业只能收破坏之功,而不能成建设之业,故其结果不过仅得一‘中华民国’之名也。”^③清末预备立宪以来,中国法律的现代化是有宪法而无宪政,外表具有宪政的形式,而骨子里专制依旧,也算是法律领域中的“家语”吧。

鸦片战争以来中国的遭遇使得中国人逐步形成了一个共识:落后必定挨打,专制必定落后。再返回到中国传统的专制道路上肯定行不通,法律的现代化是不可逆转的时代潮流。但中国法律的现代化出了这么大的问题,总得有解决的方案,或至少先在理论认识层面探讨出一个方案。迄今为止,在理论认识层面所见的方案不外乎两个:其一,与传统彻底决裂并积极创建法律现代化所需的条件;其二,努力从传统文化中发掘法律现代化的本体资源,在传统与现代之间调和出一种适合中国国情、具有中国特色的法律现代化方案。这两个方案在中国都有大批信徒,且似乎都能言之成理、持之有据,其共同面临的困境是不仅在实践中缺乏操作性,而且在理论上摆脱不了“文字游戏”的窠臼。

① 孙宝瑄:《忘山庐日记》(上),上海古籍出版社1983年版,第547页。

② 《新民说·论私德》,载《饮冰室合集·专集之四》,中华书局1989年版,第127—128页。

③ 《建国方略》,载《孙中山全集》第6卷,中华书局1985年版,第211页。

上述第一种方案存在的主要问题是过于强调共性而忽视个性,注重应然而忽视实然,表现在理论上则为空中楼阁,付诸于实践则难免有“家语”故事中父亲的感受:事前盲目乐观,事后悲观失落。在维新运动中,康有为向光绪皇帝上书:“臣窃闻东西各国之强,皆以立宪法开国会之故。国会者,君与国民共议一国之政法也。盖自三权鼎立之说出,以国会立法,以法官司法,以政府行政,而人主总之,立定宪法,同受治焉。”^①康有为非常自信地预言,如果中国“立行宪法,大开国会,以庶政与国民共之,行三权鼎立之制,则中国之治强,可计日而待也”^②。清末的预备立宪与康有为的思路不谋而合,结果非但“中国之治强”渺无踪迹,反而将清王朝自身搭了进去。民国初年的议会政治曾喧嚣一时,但由于在行政权背后是依附于行政首脑的军队,议会对政府的制约实际上不可能有效,并在很大程度上被当成一种政治摆设。“而野心家、军人派从而蹂躏之,非胁迫选举总统,即胁迫通过阁员,政争既逾恒轨,法律遂难拘束,虽议员多明大义,不为威屈利诱者亦大有人,而国会精神上不免失其效力矣。”^③辛亥革命前孙中山曾在《民报》发刊词中表明了其“举政治革命、社会革命毕其功于一役”^④的决心,历经辛亥革命、护国运动和护法运动,孙中山不得不面临的现实是:“夫去一满洲之专制,转生出无数强盗之专制,其为毒之烈,较前尤甚。”^⑤在政治变革上屡次碰壁的中国人又开始拿文化撒气,认为唯有先行彻底打倒孔家店,民主与科学才能在中国扎根成长,于是发动了新文化运动。新文化运动的声势与影响比起半个世纪以后中国大地的“破四旧”和“批孔风”,只能是小巫见大巫。结果怎样呢?祭祀孔庙、黄帝陵、炎帝故里的活动在官方直接或间接的支持下如今争相粉墨登场,就连过去一直被唾弃的文学人物西门庆的故里如今都成了抢手货,那些意欲同传统彻底决裂的人如果泉下有知,肯定大跌眼镜。

① 康有为:《请定立宪开国会折》,载《戊戌变法》(二),上海人民出版社1961年版,第236页。

② 同上书,第237页。

③ 《吴景濂函电存稿》(李烈钧函),载《现代史资料》1980年第1期,中华书局1980年版,第2页。

④ 《民报发刊词》,载《孙中山全集》第1卷,中华书局1981年版,第289页。

⑤ 《建国方略·自序》,载《孙中山全集》第6卷,中华书局1985年版,第158页。

上述第二种方案存在的主要问题是强调个性的时候往往有意无意地忽视了共性,淡化或回避那些在理论上已经充分论证、在实践中行之有效的现代法律的基本原则与制度。这种方案尽管对于在法律现代化道路上信心屡遭重创的中国人来说很具迷惑性与感召力,但无论在理论上还是在实践中比第一种方案更不靠谱。从理论上看,“调和论”除了调和出一批批的教授与博导外,至今也没有找到具有自主知识产权且为法律现代化不可或缺的传统产品,将来大概也找不到。西方某种观点中国古人也说过,中国传统某种制度在西方也存在,这类研究成果不仅显现出断章取义和以偏概全的通病,而且以人家的标准为标准本身就表明自己底气不足。对此,梁启超倒有过非常中肯的针砭:“今之言保教者,取近世新学新理而缘附之,曰:某某孔子所已知也,某某孔子所曾言也。……是所爱者,仍在孔子,非在真理也。故吾所恶乎舞文贱儒,动之西学缘附中学者,以其名为开新,实则保守,煽思想界之奴性而滋益之也。”^①这类言论越多,影响越大,就越容易混淆我们探究中国法律现代化之路的本质问题的视线。正如张东荪曾经针对中西文化“调和论”所指出的:“守旧论不足以阻害新机,而调和论最是危险。……一经调和,那未成熟的新思想便消灭了。”^②在实践中,以“会通中西”为宗旨的清末修律活动并没有实现也不可能实现“会通”。采用西方刑法原则、基本制度与结构体例创立的《大清刑律》后面长了一条传统的尾巴:以儒家纲常伦理为指导制定的五条《暂行章程》。分别由修订法律馆与礼学馆起草的《大清民律草案》分为总则、债权、物权、亲属、继承5篇,修订法律馆起草的前3篇基本上是采用西方现代民法中的基本原则与制度,礼学馆起草的亲属、继承两编则体现出对传统宗法伦理的沿袭与维护。“会通中西”在清末修律中的表现大致如此,也许这种“会通”不仅西方人感到不可理喻,就连中国人自己也感到不伦不类,因此在中华民国南京政府创建的六法体系中只能求“通”而无法求“会”了。

① 《清代学术概论》,载《饮冰室合集·专集》之三十四,第64页。

② 张东荪:《答张行严君》,载《时事新报》1919年10月12日。

在“家语”中,父亲之所以对儿子的表现失望,是由于他对儿子在成长过程中由各自的生活经历与知识储备所导致的思维惯性缺乏认识。但只要他想改换门庭跻身于社会主流行列,则只有让儿子继续学习一途,随着儿子知识和阅历的丰富,效果就逐渐会出来的,或至少为孙子的成长奠定家庭教育的基础。如果遇到问题辄心灰意冷或改弦更张,则只能是门庭依旧。如果将“家语”式的对联当成具有调和美的新文化,则只有关上门自娱自乐,因为在旁人看来这肯定是心智异常的表现。对于中国法律的现代化,我们同样应当在对其抱有坚定信仰与信心的同时,对中国法律过去的发展历程及其对中国社会的深刻影响有足够的认识。

对于法律现代化的共性,我们应当矢志不移地认准其为目标,不对现代法律的基本原则与核心制度有准确把握,中国法律的现代化就会无的放矢。历史发展到今天已经充分证明,现代法律可以适用于不同民族和所有文化类型的国家,尽管不同的国家在法律现代化进程中可以和应当保持自己的个性,但这种个性必须且只有在充分保留现代法律基本共性的前提下才有意义。为此,我们要克服在中国颇具市场与影响的两种倾向:一是瞻前顾后,但凡不能贴上“本土”标签或不合乎“权威”思想的现代法律理论与制度,我们便不愿或不敢承认其具有的合理性与进步性;二是任意阉割,对现代法律的基本精神与原则视而不见,而取其枝节与皮毛对中国传统制度进行包装和掩饰,美其名曰创新或特色。持第一种倾向的人自视为奴仆,没有别人的指导便对运用自己的心智无能为力。邓小平曾经教导我们要解放思想,不管黑猫白猫,逮住老鼠就是好猫,这一伟大论断同样可以运用到中国法律现代化的理论与实践。持第二种倾向的人视别人为奴仆,将别人仅仅当成满足自己私欲的工具。胡适曾经指出,创新的诀窍在于模仿,是在模仿到十足程度上的那一点点进步。你见过哪位书法家不是从踏踏实实的临摹中获取创新的呢?日本在明治维新后三十余年便迅速崛起,并先后打败中国和俄国,第二次世界大战后日本又用了不到三十年的时间在废墟瓦砾上建立起了举世瞩目的经济强国,其中一个重要的原因是追随强者和醉心于模仿先进文明是日本人的性格。反观中国,自鸦片战争以来,不以不如人

为耻,独以学别人为耻,即使学也要打着“中体西用”、“会通中西”之类的幌子来遮羞,这种自尊自信不要也罢。

对于法律现代化的个性,我们应当客观清醒地认识中国传统法律的历史作用及其对中国法律现代化的消极影响。中国传统法律在一个广袤的疆域内维持了政权与社会的相对稳定,这在前工业化的世界各国算得上是独一无二的成就;与此同时,由于中国传统法律发展的主线是君主专制的确立、重复和不断强化,其产生的深远影响因而又是中国法律现代化的巨大障碍。任何一种制度都意味着相应的利益分配结构,并且随着它的长期实施会形成相应的意识形态和社会心理预期,而制度的变迁则意味着这一切都将发生改变,这除了会遭到既得利益者的反对外,还有意识形态上的消极抵制,因此,制度变迁存在诺斯所说的“路径依赖”。路径依赖意味着历史是重要的,如果不回顾制度的渐进演化,我们就不可能理解当今的选择及其效果。我们尤其应当重点探究阻碍法律现代化的各种因素及其形成的历史根源,并在此基础上确定合理的方案与步骤,否则中国法律现代化的各种设计方案很难做到对症下药。

二

我的论题是“中国法律现代化的路径分析”,法律现代化是目标,也可称之为理想或应然,中国法律现代化的客观历史条件为实然,路径分析也就是对应然与实然之间的差距及其产生原因进行分析。与这个论题对应的学科领域为中国法制史,也是我现在教学与研究所从事的专业。如果从1995年我攻读中国法制史专业的硕士研究生开始算起,至今已过15年,虽不算长,但也不能说短,尤其是相对于人一生中学习与研究的黄金时段来说。下面谈一下我在中国法制史学习与研究中的一些感想,这些感想其实也是我进行这一论题研究的动力与指导思想。

从事中国法制史的学习与研究,有两件不时碰到的事情很令我尴尬与

困惑。第一件事是常有人问我是研究哪一个朝代的,我只能回答,我哪一个朝代都谈不上研究。每当遇到这种情形的时候,别人必定认为,如果我不是故作谦虚的话,那就是不学无术。但我确实想不出更好的回答,因为我知道他们所说的研究是和史料考据相关的,而这方面我确实是一无所长,也从未想过要有所长。第二件事是与法制史同仁在一起交流时,新史料的搜集与发现者往往都会踌躇满志,自视甚高,同时也能赢得大家的钦羡。每当这个时候,尽管我内心深不以为然,但也不得不随声附和。这两件事都说明了当前中国法制史的研究是以史料考据为主要导向与评价标准的,这种状况如果不加以改变,不仅将严重制约中国法制史学术研究本身,而且也将使得中国法制史研究者日益成为关上门自娱自乐的一个群体。中国法制史是历史学的一个分支学科,也是法学的基础学科,不管从历史学还是从法学的角度来看,史料考据都只是中国法制史研究的基础,固然需要一些人去做这个工作,但不应当成为主流。

历史研究离不开史料,但历史学作为一门学科必定要有自己的终极关怀,历史学者应当反问自己:我研究的根本目标是什么,实现这一目标的主要手段又是什么?这看来应当不成问题的问题恰恰是当前国内历史学界最值得反思的问题。意大利历史学家克罗齐曾经指出历史研究中一个普遍存在的问题:“那些通常叫做古史、年代记、文库、文集的多少有点见识的资料汇编就把自己伪装为历史,只有它们才是高贵的和科学的。这些历史家把他们的信念安放在一份叙述当中,其中每一个字都有一件原本作依据,此外,在他们的著作中什么也没有,……语文学者有时候为了减轻工作的枯燥性,也会用带有情感的爱好和理想的见解来略略点缀一下自己。为了这个目的,他们就求助于求学时的记忆,求助于当时流行的哲学口号,求助于当时人们对于政治、艺术、道德的日常情操。”^①

克罗齐所指出的这一问题在我国当前史学界仍然普遍存在,许多学者不仅认为只有考据才是展现客观历史的唯一科学方法,而且认为所谓的理

① [意]克罗齐:《历史学的理论和实际》,傅任敢译,商务印书馆1982年版,第234页。

论创新与建构只能表明研究者学识浅薄和投机取巧而已。只要参看一下以《历史研究》为代表的我国学术界公认的重要期刊所刊用的史学论文,我们就不难发现当前国内历史研究的一个突出特点:将历史研究等同于考据,又将考据等同于搜集不常见史料。这样一来,历史研究的成果不仅很难激起其他领域的学者的共鸣,即使是在历史学者之间也往往是相互隔阂,画地为牢,可以说,历史研究在某种程度上成了“自言自语”。

历史研究的对象是过去的人物和事件,之所以要研究过去的人物和事件,不仅仅是为了纯粹满足人们的猎奇心理,更为重要的是从过去的人类活动当中获取有关“人性”的借鉴与启示。这固然要借助史料,但主要是靠历史研究者的理论素养。这就好比我们对一个人的了解,知道该人的一些事迹是必不可少,但并不是知道得越多、越琐细就越能了解他;和他朝夕相处的人未必能够真正了解他,而只是间接知道他一些事迹的人却可能对他做出准确评判。同理,那些胸藏大量史料的学者未必能真正理解历史,一些理论功底深厚的大家如黑格尔、马克思等人从未到过中国,其对中国历史史料的掌握也是有限的,甚而至于有些观点所依据的史料存在舛误,但谁能说他们对中国历史的理解与认识是肤浅的呢?

历史学者或许会说,他们研究历史的终极目标只是为了展现客观历史的原貌。诚然,展现客观历史的原貌即使不是历史研究的终极目标,也应当是历史研究的重要目标和实现终极目标的必要手段。但是,我们必须知道,历史学者的理论素养在很大程度上决定了我们当今所认同的“客观历史”。这是因为,历史本身不可能再现,它只能通过历史学者再现,我们当今所认同的“客观历史”主要是由历史学者来书写的,而历史学者所书写的历史在很大程度上受制于他个人的理论素养。“历史学家正是根据他对人性的概念而最终决定了把什么作为事实来加以接受,以及怎样理解他所确实接受了的东西的。”^①我们现在知道的秦朝历史主要是由汉儒来书写的,如果由法家人士来书写秦朝历史,则相关的史料和史观均可能与之大相径庭。同

① [英]沃尔什:《历史哲学导论》,何兆武、张文杰译,北京大学出版社2008年版,第59页。

样,对于同一个历史时期或历史事件,持英雄史观的学者和持群众史观的学者在书写它时各自的选材和立论肯定也会有很大差别。即使是那些确定无疑的最客观的事件,只要它成为历史事件,就必定包含书写它的历史学者的主观因素。例如,商鞅变法是中国历史上确定无疑的历史事件,历史学者之所以要书写它是因为在其心中,商鞅变法是一个“重要”的历史事件,至于为什么重要以及怎样重要,则包含了书写它的历史学者的主观认知与评判。同时,有些在历史上并不重要的人物与事件也可能由于历史学者的渲染而变得重要起来。如明末清初的思想家黄宗羲、顾炎武、王夫之等人的法律思想在当时根本谈不上什么社会影响力或政治影响力。但在戊戌变法以后,一些反清人士由于其思想中的民族主义成分可以作为反清的宣传素材而大量刊行,这些人的思想便广泛传播开来。此后的学者在写该时期的思想史时往往不惜笔墨对他们的思想进行述评,当今中国学者为了附会马克思的五种社会形态理论更是将他们冠以启蒙思想家的头衔。

由此可知,完全忠于史料与探求客观历史之间并无必然联系,任何史料都打上了人主观创造的烙印,创造史料的人所具有的理论知识在很大程度上决定了史料的内容。特别是那些历史典籍,不管是在最初的撰写过程中还是在后来的流传过程中,主观创造的烙印非常明显。在中国,那些涉及政治立场和意识形态的内容更是经过层层过滤和精雕细琢,与历史的原貌往往大相径庭。因此,史料并不等于客观的历史,对史料的甄别以及对史料所包含的历史信息的解读需要理论的创新与完善。理论素养的差异不仅导致不同的人在浩如烟海的史料中关注什么与忽略什么是不一样的,而且对同一类史料的研究,不同的人所解读出的历史信息也是不同的。例如,美国学者孔飞力在《叫魂·1768年中国妖术大恐慌》^①一书中,从清朝档案所记载的一个特定事例入手,生动而详细地再现了中国专制体制下国家权力的实际运作方式与效果以及社会民众在群体性事件中的各种非理性表现,其中所解读出的历史信息是丰富的、真实的,给人的启示是深刻的。只要比

^① 参见〔美〕孔飞力：《叫魂：1768年中国妖术大恐慌》，陈兼、刘昶译，三联书店1999年版。

较一下国内学者通常对同类事件的研究成果,就不难看出理论素养对探求客观历史的重要意义。

因此,展现客观历史的原貌不仅需要探究确定无疑的历史事件本身,而且还需要探究历史学者是如何书写历史的,只有进入历史学者主观思想的事件才称得上是历史事件。从表面上看,客观的历史事件经过了历史学者主观思想的过滤会造成不同的历史学者所书写的历史不一致的局面,这种不一致有悖于客观历史的唯一性。但实际上,由于时光不能够倒流,历史也不可能再现,客观的历史只能从历史学者心中的历史去寻求,因此,历史学者心中的历史的不一致恰恰是展现客观历史原貌的必由之路,就象不同观点的并存与碰撞是探求真理的必由之路一样。而那些由经过严格考证的确定无疑的史料堆砌而成的千人一面的历史作品既缺乏生命力,也无法保证历史的客观性,甚至还大大阻碍了后来的历史学者对客观历史的探究。在儒家纲常伦理熏陶下的历史学者、为帝王将相作家谱的中国传统史学和记流水账式的历史书写方法虽然在最大限度上保持了“中国历史”的一致性,但这种一致性是在对客观历史的阉割下取得的;如果二十五史由先秦诸子百家的传人分别来书写并保留至今,至少可以保证我们探究客观历史的素材要全面得多、丰富得多。

综上所述,历史研究从本质上看,是历史学者运用其所处时代关于“人性”的理论和观念去理解历史,同时根据历史的启示来深化对“人性”的探讨、完善对“人性”的认识,历史学者所书写的历史也只有在这个不断反复的过程中才能逐步接近客观的历史和成为有生命力的历史。也正因为如此,理论的创新与建构对历史研究来说是极其重要的。这一观点以及得出这一观点的上述论证同样适用于作为历史学分支学科的中国法制史的研究。

并且,由于中国法制史在学科分类上属于法学而不是史学,因此决定了中国法制史学科的法学属性与时代使命。中国法制史的研究应当紧扣时代使命,对于当前的法学研究而言,法律的现代化建设是一项重大的、迫切的、艰难的任务,也应当成为包括中国法制史在内的法学各学科研究的核心论

题。有学者针对前段兴起的文化研究热曾经指出：“沉溺于文化的讨论，只能说明一个民族的知识分子面对另外两大板块尤其是制度层面的偷懒、无奈与无奈。”^①这一批评同样应当引起中国法制史学者的反省，沉溺于不常见史料的搜集又何尝不是这样呢？清朝考据的兴盛不也正好说明了知识分子面对政治法律的无能、无奈以及思想界“万马齐喑”的局面吗？

当前不容回避的现实是，中国法制史在法学中冷门学科的地位越来越明显，本学科所招录的研究生的学术功底与部门法所招录的研究生相比差距也越来越悬殊。如果不是国家将中国法制史课程列为法学必修课、司法考试中包含中国法制史的内容，中国法制史学科的进一步没落乃至被边缘化是可以想象的。对此，我们不应该一味埋怨当今功利化的社会风气，而应该从自身寻找原因。

毋庸讳言，从总体上看，当前法律史学者在考据方面的功底与成就普遍不如历史学与考古学的学者，而在理论的创新与建构上又普遍不如法理学和部门法学的学者，因而只能在历史学者面前说自己懂法律、在部门法学者面前说自己懂历史。法制史的学者必须要认清这个事实：作为基础学科的中国法制史本应当为法学研究提供理论支撑，然而我们很难在当今法学领域被认可的重要理论中找到中国法制史学者的贡献。如果中国法制史的研究成果对法学其他学科研究的作用基本上只限于为其提供相关的史料点缀，所谓的历史借鉴与启示要么是肤浅与谬误并存，要么需要读者从堆砌的冗长史料中自己体会，那么，我们能将中国法制史学科的没落归责于功利的学术风气吗？

必须说明的是，我在此无意置疑或贬低创立中国法制史学科的前辈学者的杰出贡献，因为我们对前辈学者所做贡献的评价应当基于此前中国法制史的研究状况和他们所处的时代背景。我也无意否定考据在中国法制史研究中的作用，考据是中国法制史研究的基础，也是中国法制史研究的一种重要方法，尤其是对于前辈学者而言，如果不从考据入手，本学科的主体框

① 朱学勤：《在文化的脂肪上瘙痒》，载《读书》1997年第11期。

架与基本内容就无从确定,所谓的理论建构就是空中楼阁。并且,从学术分工的角度来看,一部分学者从事史料的搜集与整理也是非常必要的。但是,我们也应当认识到,这一工作经过沈家本、陈顾远、蔡枢衡、程树德和当今中国法制史学科创立者等前辈学者的努力已经取得了巨大成就,进一步的细节探究和查漏补缺只须留给少数在知识结构和志趣爱好适合考据的学者去逐步完成,用不着中国法制史研究的中坚力量穷尽毕生精力去从事该项任务,更不应该将考据当成中国法制史研究的唯一正路。相对于考据所取得的巨大成就而言,理论的滞后从根本上制约了中国法制史研究的进一步深入,这才是应当引起我们足够重视并努力解决的问题。

尤其值得反对的是,一些学者对二十五史之类的常见史料缺乏基本的了解,也不屑于引用,却将搜集与整理不常见的史料当成学术研究的不二法门。他们视自己手头掌握的一些不常见的史料为可居之奇货,将学术研究的深度等同于所运用史料的罕见程度。试问一下:随着当今信息表现手段的日益丰富和信息保存技术的不断完善,一百年或几百年以后的学者研究我们今天的历史,如果只求史料的新奇岂不是太容易了?而这样的学术研究又有多大的意义呢?因此,如果新史料所要论证的问题从常见史料中同样可以得到论证,新史料所要说明的道理已经被学术界普遍认同甚至于是社会的常识,这样的新史料具有多大的学术价值是有必要打问号的。所以,要想树立中国法制史法学基础学科的地位,理论的创新与建构刻不容缓,我们应当积极而认真地了解、学习部门法学和其他学科的相关理论并加以融通运用。

当然,跨学科的综合研究对于当今的学者来说确实是一件不容易的事情。一方面,由于众所周知的原因,我国的正规教育对受教育者的理论培育提供的营养是单一的,而要改变这种营养单一的状况只有靠个人觅食,并且一般是在步入大学阶段后才有机会和动力。对于历史学及其分支学科的学者来说,这个问题尤为突出。对基本史实的了解以及史料的阅读与梳理往往就使人无暇他顾,再加上史学界相沿已久重考据、轻义理的风气,后学改弦易辙不仅面临着巨大的创新成本,而且存在被圈内“权威”视为旁门左道

而得不到认同的风险。在中国,这种风险成为现实的可能性很大,几乎是在各行各业,但凡与“主流”不一致的言行都极易被当成异类对待。我时常在想,安徒生童话《皇帝的新衣》中的那个小孩要是生在中国恐怕就没有那么风光了。因此,随波逐流、循规蹈矩是谋求自我利益最大化的最佳途径同样体现在学术研究中,学术研究同样存在本书所借鉴与阐发的核心理论:路径依赖。

另一方面,也是更重要的方面,是由于当今各学科之间的隔阂越来越深。当前社会科学领域的一个重要特点是学科门类的划分越来越细,并逐步形成各自的研究范围、研究方法和表述方式,亦即各自的套路,这在促进各学科研究深入的同时也割裂了社会科学不同学科之间的有机联系。由于对每一套路的学习、掌握和熟练运用需要花费大量的时间与精力,不同的套路之间往往又不具有兼容性,因而跨学科的综合研究变得越来越困难。尤其是各学科所形成的研究方法从某个角度来看日益成为学术研究的绊脚石。为了象认识自然一样认识社会,社会科学研究的方法也日益“科学”化,例如,调查方法在社会学研究中的运用,实验方法在心理学研究中的运用,数学方法在经济学研究中的运用,等等。无可否认,这些研究方法在各自学科领域的运用对于研究的深入确实起到了推动作用,但不容忽视的问题是,这些研究方法正在日益成为研究的“目的”。朴素的观察、思考和联想在社会科学研究中日益被忽视与抛弃,而一些常识通过“科学”方法的包装则身价倍增,“科学”方法犹如一件炫目的外衣有效地掩盖了内容的空洞乃至谬误。尤其值得注意的是,随着“科学”方法在各学科领域的创建、运用和被普遍认可与遵循,它日益成为阻隔学科之间交流与融通的坚固屏障,这道屏障如果不打破,必将极大地制约学术研究的成就及其社会效益。

而要打破这道屏障,一方面需要学者在各自论著的表述上尽量做到平易近人,对“科学”方法的运用以“必要”为限,另一方面也需要学者在跨学科综合研究方面能够做出一些被认可的成就,并进而影响学术研究的方法与思路。就我本人来说,先天的资质与后天的勤奋均非我所长,但我自认为在学术研究上沿着正确的方向在走。随着对其他学科的涉猎与学习,我极

其深刻的体会是：我百思不得其解的一些问题别人早就论述得非常清楚，我一直当成常识在运用的一些理论别人早就做出了极具说服力的批驳。也正因为如此，我越来越坚信：我不具备学术创新的能力，因为那些所谓的创新仅仅是由于我对别人的相关研究了解不够；我没有学术创新的必要，我需要做的工作是了解与梳理已有成果，并用合适的方式运用到自己的研究中去。在本书中，我主要借鉴了新制度经济学与社会学的相关理论与视角来研究中国法制史。由于诸多原因，在本书中，我不求内容的充实、理论的完善和结构的严谨，而只求能够对读者认识或研究中国法律的现代化启发一二。

本书主要由三部分组成。第一部分是导论，根据本书主题就法律现代化和制度变迁两个核心问题进行理论阐述，以交代我在这两个问题上所认同的基本立场与观点以及统领本书的理论与思路。第二部分是由第一章至第四章组成，主要论述中国传统法律路径的形成、改良、定型的历程与特点及其对社会的深刻影响。第三部分由第五章至第八章组成，主要论述中国法律现代化的得失及其与传统法律路径对社会的深刻影响之间的内在关联，并就中国法律现代化存在的主要问题及其解决思路进行探讨。