

中青年法学文库

解释性的法史学

——以中国传统法律文化的研究为侧重点

胡旭晟 著

中国政法大学出版社

中青年法学文库

解释性的法史学

——以中国传统法律文化的研究为侧重点

胡旭晟 著



中国政法大学出版社



作者小传

胡旭晟(湖舟),男,1963年12月生,中国致公党员,湖南益阳人。1980年9月考入中国人民大学法律系,先后获法学学士、硕士学位;1987年7月至1994年9月任湘潭大学法律系助教、讲师、副教授;此后再次考入中国人民大学,师从曾宪义教授,1997年毕业于,获法学博士学位;1997年7月至2001年4月任湘大法学院副院长、副教授、教授(1999年);现任全国政协委员、湘潭大学法学院教授、博士生导师、湖南省社会主义学院副院长、长沙市人大常委会副主任,主要从事法史学、法理学及法律文化的教学与研究。主要学术活动有:发起并参与主持《二十世纪中华法学文丛》,创办并主编《湘江法律评论》(前五卷)。曾在《法学研究》、《比较法研究》、《光明日报》等报刊发表学术论文70余篇,出版《法学:理想与批判》、《民事习惯调查报告录》(点校)、《近代中国宪政历程:史料荟萃》(整理)等多部著作。

中青年法学文库

总 序

中华民族具有悠久的学术文化传统。在我们的古典文化中，经学、史学、文学等学术领域都曾有过极为灿烂的成就，成为全人类文化遗产的重要组成部分。但是，正如其他任何国家的文化传统一样，中国古典学术文化的发展并不均衡，也有其缺陷。最突出的是，虽然我们有着漫长的成文法传统，但以法律现象为研究对象的法学却迟迟得不到发育、成长。清末以降，随着社会结构的变化、外来文化的影响以及法律学校的设立，法学才作为一门学科而确立其独立的地位。然而，一个世纪以来中国坎坷曲折的历史终于使法律难以走上坦途，经常在模仿域外法学与注释现行法律之间徘徊。到十年文革期间更索性彻底停滞。先天既不足，后天又失调，中国法学真可谓命运多舛、路途艰辛。

II 总序

70年代末开始，改革开放国策的确立、法律教育的恢复以及法律制度的渐次发展提供了前所未有的良好环境。十多年来，我国的法学研究水准已经有了长足的提高；法律出版物的急剧增多也从一个侧面反映了这样的成绩。不过，至今没有一套由本国学者所撰写的理论法学丛书无疑是一个明显的缺憾。我们认为，法学以及法制的健康发展离不开深层次的理论探索。比起自然科学，法学与生活现实固然有更为紧密的联系，但这并不是说它仅仅是社会生活经验的反光镜，或只是国家实在法的回音壁。法学应当有其超越的一面，它必须在价值层面以及理论分析上给实在法以导引。在建设性的同时，它需要有一种批判的性格。就中国特定的学术背景而言，它还要在外来学说与固有传统之间寻找合理的平衡，追求适度的超越，从而不仅为中国的现代化法制建设提供蓝图，而且对世界范围内重大法律课题作出创造性回应。这是当代中国法学家的使命，而为这种使命的完成而创造条件乃是法律出版者的职责。

“中青年法学文库”正是这样一套以法学理论新著为发表范围的丛书。我们希望文库能够成为高层次理论成果得以稳定而持续成长的一方园地，成为较为集中地展示中国法学界具有原创力学术作品的窗口。我们知

总序Ⅲ

道，要使这样的构想化为现实，除了出版社方面的努力外，更重要的是海内外中国法学界的鼎力推助和严谨扎实的工作。“庙廊之才，非一木之枝”；清泉潺潺，端赖源头活水。区区微衷，尚请贤明鉴之。

中国政法大学出版社

目 录

I 总 序

第一编 类型与方法

- 3 一、“描述性的法史学”与“解释性的法史学”
- 13 二、作为对象和论域的法律文化
- 39 三、作为立场和方法的法律文化
- 61 四、法律史教学之我见

第二编 关于法的制度及其变迁

- 69 五、论法律源于道德
- 87 六、五刑溯源：苗民五刑辨
- 94 七、中国“五刑”传统透视
- 109 八、试论西汉法制的现实基础
- 174 九、中国古代法结构形式的特点刍议
- 182 十、中国近代法制变革之伦理分析
- 195 十一、二十世纪前期中国之民商事习惯调查及其意义

第三编 关于法的思想、学说与教育

- 217 十二、拾零与随感：关于中国古代法思想

- 232 | 十三、先秦名家学派法律观阐释
262 | 十四、试论中国律学传统
277 | 十五、清代法律教育之评估与当今法学教育之改进

第四编 关于法文化的精神

- 303 | 十六、无讼：“法”的失落
331 | 十七、中国调解传统研究
362 | 十八、试论中国传统诉讼文化的价值取向
394 | 十九、试论中国传统诉讼文化之特质
420 | 二十、试论中国传统法律文化的最高价值

第五编 余 论

- 431 | 二十一、双百方针与言论自由
——以法律文化传统为视角
438 | 二十二、中国法治的思维障碍
——从评说叶利钦交权事件谈起
442 | 二十三、凭什么让民众相信“法治”？
——对二十世纪中国法治历程的一个反思
449 | 二十四、论法治与道德之关系
——以法律史为主要视角
481 | 后 记

第一编 类型与方法



“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

一、新格局的出现

20世纪80年代中期，当文化热席卷我国学术界之时，法史学界兴起一种新的学术趋向，一种现今已为人们所熟知、而最初系由一批青年学者倡导起来的“法律文化”研究或“法律传统”研究。这一新的学术趋向与此前中国法史界一贯之学术风格迥然不同，它不再像以往那般强调“考据”，更准确地说，它不再满足于对既往法律史状况的描述，而试图追寻诸种法律史现象之深层根源；它尤其不满于传统中“法制史”研究与“法律思想史”研究的分离，更不满于法律史研究与其他社会史研究的脱节，而主张将法律史视作整体文化史之一部分，不仅将制度、思想以及往昔被学者们所忽略的观念、心理和行为习惯等等有机地结合起来，而且强调从政治、经济、哲学、伦理、审美等等多种侧面和层次对法律史进行综合性的考察，并同时关注法律史对其他社会史的影响，用梁治平的话说，就是“用法律去阐明文化，用文化去阐明法律”。在这里，法律史研究与其他文化史、社会史研究几有走向统一之势。

不仅如此，这种新兴的学术趋向也甚至不满足于对历史本身的

* 本文原载《法律科学》1998年第6期，人大报刊复印资料《法理学·法史学》1999年第1期。

4 解释性的法史学

文化阐释，它还力求从历史之中挖掘出某些具有现代价值的东西，总结出一些具有普遍意义的东西，甚而由此对当今的法制现实“指手划脚”，这看在传统的法史学眼里已着实有些离经叛道了。与此同时，倡导这种学术趋向的青年学子还试图追求一种新的文风，一种生动、活泼、流畅、甚或有些俏丽的文风，这在许多过于严肃的中老年学者看来亦有华而不实、乃至哗众取宠之嫌。

当然，这种新兴的学术趋向虽历经十余年的发展，至今依然不是我国法史学的主流，但是，其影响与日俱增、其“市场”日见扩大（尤其在青年学者中）却也同样是毋庸置疑的，甚至，它对其他专业和学科的影响力与辐射力也远大于传统的法史研究。可以断言，这种新兴的法史学有着巨大的生命力和广阔的发展前景，它将逐渐与传统的法史学并驾齐驱、共同构成我国法史研究的新格局。

二、新格局之存在基础

上述法史学新格局的出现有其深厚的存在基础，因为它不仅与学术研究的深入，与学者们主体意识、现代意识和现实意识的增强有关，而且在根本上实取决于法史学研究对象自身的丰富性。

史学研究的对象是“历史”，这是再简单不过的常识，人们在习惯上也总是将史学的最高宗旨界定为“还历史以本来面目”。其实，这些说法本身还需做进一步的深究和推敲。且不说现代哲学解释学对传统史学观念的根本性动摇，单就对象自身的逻辑而言，“历史”呈现于史学家的视野中，原本就是三个不同的“世界”：一是现象世界，即历史“是什么”，二是根源世界，即历史“为什么是什么”，三是意义世界，即历史能为我们的现在和将来提供什么，或者说，“过去”在与“现在”和“将来”的统一体中意味着什么。很显然，这三个世界于学术研究的要求各有不同：现象的世界需要描述，根源的世界需要追究，意义的世界需要探求。但从现代史学的发展路向来看，后二者之间往往具有更多的共同性和相

通性。有赖于此，我倾向于将史学研究划分为描述性研究与解释性研究^[1]两类，并有意将此种区分引入我国的法史学。

从这样的区分来看，20世纪以来中国法史学的主流无疑是描述性的，它的目的在于真实地揭示出既往的历史究竟“是什么”，其主要工作方式便是对史籍的收集、整理、归纳和分析；学者们试图以自己的努力尽可能详尽、逼真地展现出古代法制之状况以及当时人们对于法律的种种认识。与之不同，80年代中期以来兴起的上述学术趋向则是解释性的，它既以描述性的法史学为基础，又是对前者的超越；尽管作为解释性的法史学，它还发育得不够完全、不够充分，但其与传统法史学分庭抗礼的格局已基本形成。

三、两种法史学之差别

诚然，这两种法史学的界限远不是绝对的，因为严格说来，一切历史学都要描述，也都在解释（近十年“法律文化”热的影响尤其强化了描述性法史学的解释性）；这里的区分完全基于各自的主要倾向，而立足于事物的本质或主流原是一切界定得以存在的基础和前提。

由这一立场出发，我们不仅要承认“描述性法史学”与“解释性法史学”之差别，而且得承认其中的差别是绝对存在的。甚至，若以中国传统的眼光来看，庞德的《法律史解释》简直算不上是法史学著作，因为，这里的法律史研究已不再如中国传统法史学那般单纯，它更多地与哲学、文化及其他社会史研究纠缠在一起，乍看之下，有时的确会变得不像是法史研究。

大致而言，描述性的法史学以史料的考证为根本，而解释性的法史学则以对历史现象的学理分析和文化阐释为特征；如果说描述性法史学也是学者对法律史的解释，那么，解释性法史学则常常是

[1] 本文所说的“解释性研究”或“解释性法史学”均是在哲学解释学的意义上使用“解释”一词，与国内一度流行的“注释法学”之“注释”有着根本性的差别。

6 解释性的法史学

对“解释”的解释。不过，这样的说法容易让人产生“史”“论”之想，以为描述性法史学更近于“史”、而解释性法史学更近于“论”。实质上，后者固然也还是“史”，但其区别于前者，却恰在于它不再是一般性的“议”和“论”，而在于它更是一种理论创造，在于它的根源追究与意义探求已使之在本质上成为一项哲学化的工作。

再进一步说，前者的“解释”乃是一种客观性考察，它需要如自然科学一般将法律史当作对象来分析，它实质上是一种“发现”。后者的“解释”则不同，它是一种主体性的“理解”。它需要将法律史视作特定时代的生活经验，要求主体溶入其中，去理解其精神、把握其脉搏，因而，这种研究实质上是两个时代的精神接触和灵魂对话；同时，解释性的法史学还需要开掘历史之意义、延续传统之生命，它应当在“过去”与“现在”和“未来”之间建立起联系，或者说，应当“以创发性的理解，让历史有意义地进入现代，并延伸向未来”。〔1〕因此，这样的法史研究就不能满足于对既往法律现象的描述，而必须以新的学术角度重新审视、解释和阐发一切旧有的法律文化现象，并力求从历史的流变中探究出普遍意义，甚至从往昔的经验里厘定出某些现代文明秩序中一般性的原则和规律，以便为当代之法律文明提供必要的参照视镜和有益的建设资源。〔2〕显然，这样的法史研究已主要不再是“发现”，而更是一种“创造”。

就其根本而言，此二者在学术定位上的上述差别实源于各自不同的史学观念，即，在如何理解和对待历史之真实的问题上，两种

〔1〕 殷鼎：《理解的命运》，三联书店1988年版，第141页。

〔2〕 因此，简单说来，解释性法史学的研究范式或切入方法可以表述为：首先是现象描述（包括概念和特征分析等等），其次是根源追究（从政治、经济、哲学、宗教、伦理等等各个方面），最后是意义探求（既包括当时之意义，更是指现代及对未来之意义）。

历史学之间存有极大的分歧。在描述性的历史学看来，“真实的历史”原本外在于研究主体而独立存在着，也只有由史料所展现出来的历史才是真实的历史；因而，史学研究必须排除研究者自身的主观性，必须以完全中立或不带任何偏见的立场去对待历史；由此，传统法史学一贯强调要绝对忠实于历史原貌，主张“还历史以本来面目”。于是，其研究工作在本质上便是如何客观地“发现”历史之真实。但是，依据解释性历史学的学术观念，“还历史以本来面目”乃是不可能之事，因为，“历史从根本上讲，是人的经验生活”，〔1〕而人的经验与生活具有某种不可重复性；另一方面，现代的研究者亦是生活经验的携带者，他不可能立足于一片精神的空白状态去做历史分析，他必须在接受一定的教育之后、带着自己对法律和历史的理解去研究人类的法律史，因而，历史研究只能从先见开始，决不可能完全中立或毫无偏见。再者，史学研究既是主体进入历史视野的过程，也是历史对象进入主体视野的过程，这种双向式运动的实质便是对话；尽管尊重事实也是解释性研究的基本前提，在“任意曲解中，不会再有对话”，〔2〕但既然是对话，便会有相互修正的可能和必要，这意味着，历史的意义不可能由它自身单独完成，只有通过研究者的参与，历史才能显现出它的真正意义，才能与“现在”和“未来”建立起联系、并构成为整体。所以，“真实的历史”之完成既需要史料，也需要研究者的创造性参与。自然，这种学术观念多少有“歪曲”历史之嫌，无疑是传统的描述性法史学难以接受的。

上述歧异决定了二者的学术价值也会存在一定程度的差别。描述性的法史学作为对历史原貌的发现和展示，它为解释性的法史研究、也为其他学科提供再研究、再解释的素材，故而，其价值主要

〔1〕 殷鼎：《理解的命运》，第151页。

〔2〕 殷鼎：《理解的命运》，第93页。

是学术性的（首先是资料性的）；而解释性的法史学作为对历史意义的挖掘和创造，它与其他学科、甚至为社会实践提供可以直接接受的思想、观念和理论，其价值主要是文化性的和社会性的，其研究成果具有更大的启发性、扩张性和辐射力，因而也远比前者更为外学科所关注。但与此同时，描述性法史学的对象性研究及其在研究过程中对主观因素的排挤又使得其成果具有更多的原始性、客观性、从而更具有时空上的持久性；而解释性法史学的主体性研究则使得其成果带有更多的主观色彩、个人色彩和时代性，从而也更面临着时空的严峻考验。

四、两派法史学者之差异与沟通

两类法史学不同的性质和特征还会影响到各自的研究队伍，因为它们各自对研究者素质和学养的要求颇有不同，而这又多少会导致两派学者之间的种种风格差异。比如，描述性法史学首先要求其研究者具有扎实的史学功底、甚至受过严格的史学训练，它需要一种考据的功夫；而解释性的法史学则更要求其研究者具有开阔的理论视野、甚至拥有多学科学术背景，它需要一种思想的素质。因而，在较为通俗的意义上，从事前一研究的学者不妨称之为“考据派”，而从事后一研究的学者则可称作“理论派”（就当前而言更宜称作“文化派”）。与此相适应，尽管史学工作者有其共通的精神品格，但“考据派”无疑更需要甘于寂寞和孤独的学者风范，也更需要经受毅力和耐心的考验；而“理论派”则尤其需要勇于开拓和批判的人文精神，也尤其需要独立的立场和冷静的思索。同时，对学者本身而言，描述性的法史研究实际上是一个持续积累知识的“发现”过程，随着研究的深入，学者们将逐渐修炼成为知识渊博的学问家；而解释性的法史研究则不同，它更主要地是一个不断开掘智慧的“创造”进程，这一进程的深入终将使学者们更多地是磨练成为睿智的理论家、甚至思想家。

面对这样的差异，学者们对学术道路的选择总是与其经历和学

养密切相关，但更主要地还是取决于其自身的学术情趣。一般而言，投身于描述性法史研究的学者大多执著于历史之“真”，他们对史料、古籍以及“恢复”历史本来面目等等怀有猎奇或者探险般的浓厚兴致；而热心于解释性法史研究的学者则往往抱持更多的理论兴趣、甚或有强烈的现实关怀情结。此种学术趣味上的差异，加上各自研究路向之特定风格的影响，就势必导致两派学者的学术趋向亦常有大的不同。前一派学者将日益学术化、专门化，也大多会固守法史学的专业阵地，因而具有较大的稳定性；但后一派学者则会表现出某种程度的流动性和开放性，其中相当一部分将随着其理论兴趣的发展和理论阅历的增长——解释性研究原本就是一种向多学科开放的理论探索——而走出最初的专业范围（至少不再局限于法史学）、迈向法理学等其他理论研究领域，而这种不稳定性在许多坚定的描述性法史研究者看来多少有“背叛”师门之嫌。

从现今中国来看，描述性法史学仍以中老年学者为主体，他们大多以治学严谨和功底深厚著称；而解释性法史学则以中青年学者为骨干，他们大多以思维敏锐和视野开阔见长。不过，这种年龄结构上的差别只具有当下的时代性、而决不具有长久的普遍意义。真正值得我们注意的是，这两派学者之间至今仍缺乏足够的相互沟通和相互理解。诚然，由于学术观念和学术传统的差异，二者间的分歧总是存在的；在这里，我认为最重要的乃是以学术规范为前提、倡导学术宽容之精神；或如台湾学者韦政通先生谈及不同民族间的文化殊异性时所言：“承认这殊异的事实之后，第一件要学习的大事，就是互相宽容，学习同情地了解对方，并进而能彼此欣赏，这是未来世界中每一个人必须培养的襟怀，也是人类学习和平相处的新起点”。〔1〕而其实，无论是描述性研究还是解释性研究，它们都

〔1〕 韦政通：《伦理思想的突破》，四川人民出版社1988年版，第42页。（着重号系引者所加）