

· 品读堂 ·

编者按：“我们最终需要的是在宽阔的历史感和现实感上，针对思想与行为、制度与运作、理论与实践的互动而做出深入的探索，借此来跨越历史与现实的隔绝，并由此来创建中国自己的现代性”。

——黄宗智

## 法律中背离的结构与戏剧中展演的人生

——读《清代的法律、社会与文化：民法的表达与实践》

栾兆星\*

**摘要：**本文以“结构理论”的视角，从“法律中背离的结构”与“人生中上演的戏剧”两方面来疏解清代民法表达与实践的背离。“人生中上演的戏剧”集中展现了主体的活动，“法律中背离的结构”集中凸显了清代法律结构的特质。清代法律结构形塑了一个框架，主体的活动正是在这一框架之中展开的，并受此框架制约。法律与人生相互交织、相互作用。由此，清代法律呈现出“实体理性”的特质，主体秉有“实用道德主义”的思维特征，这其中蕴含了不同于西方中心主义和文化相对主义的“中国法律现代性”的萌芽与端倪。文章最后基于对黄宗智先生与滋贺秀三、寺田浩明教授以及与梁治平先生之间的理论交锋和黄宗智法律史研究的“中国法律现代性”前提预设的考察，对县官审判、民法的表达与实践、“第三领域”和“中国法律的现代性”等问题进行商榷。

**关键词：**表达与实践；结构与主体；民事审判；第三领域；现代性

### 目 次

#### 导言

#### 一、清代法律中背离的结构：民法的表达与实践

- (一) 理想中“无讼”的图画与现实中民事案件的繁多
- (二) 普通民众远离法庭的图貌与普通民众频繁求助于法庭的现实
- (三) 县官作为调停者的图像与县官依法裁判的现实
- (四) 社区调解中国法作用极微的图景与国法始终是重要因素的现实

\*浙江大学光华法学院2016级博士研究生。

## 二、戏剧中展演的人生：背离结构进一步地展现

(一) 小农

(二) 讼师/讼棍

(三) 衙蠹

(四) 县官

## 三、清代法律制度与主体思维的特点

## 四、基于理论交锋和前提预设的商榷

(一) 依法审判还是以情调解

(二) 民法的表达与实践是否背离

(三) “第三领域”是否真的存在

(四) 什么是中国法律的现代性

结语

## 导 言

黄宗智先生从早期的社会经济史研究转向法律史研究，其之所以此种学术转向，一方面是因为法律史研究是其社会经济史研究的一个延续，“从社会经济史进入法律史，很自然地形成一种兼顾两者的历史观，要同时考虑物质基础与思想/心态、社会经济结构与能动性、历史趋势与抉择、制度设计与实际运作”。<sup>①</sup> 另一方面，由于法律能反映社会中的经济与文化，从而研究法律史为作者提供了一个勾连起社会经济史和文化史研究，以便更好地理解中国的法律、社会与文化并展现出其总体面貌的契机。黄宗智在《清代的法律、社会与文化：民法的表达与实践》一书中把研究范围进一步限定于民事案件，<sup>②</sup> 试图从诉讼档案出发重新理解和认识中国法律制度，探讨官方的表达与司法实践之间的背离，同时超越中国法律史研究中的西方中心主义和文化相对主义，重新理解中国法律乃至国家与社会之间的关系。

诚如黄宗智所言，“本书试图用清代法律的实践来检验它的官方表达，其目的是要理解清代法律制度的真正面目”，<sup>③</sup> 最后其得出的结论是，清代官方有关其法制的表达与实践，相互矛盾，但又共同组成一个不可分割的整体。<sup>④</sup> 所以如何展现出清代法律制度中官方话语表达与法律运作实践之间的背离状态便成为作者在研究档案资料时所必须加以注重的，也成为其努力论证的方向，当然也成为本文对《清代的法律、社会与文化》一书梳理的重点。本文从结构理论的角度对此书进行疏解，英国社会学家吉登斯在对涂尔干的结构理论进行修正的基础上提出了“结构二重性”，即“社会系统的结构

①[美]黄宗智、尤陈俊编：《从诉讼档案出发：中国的法律、社会与文化》，法律出版社2009年版，第3页。

②之所以把研究范围限定于民事案件以及黄宗智先生对清代有没有民法的看法，可参见[美]黄宗智：《清代的法律、社会与文化：民法的表达与实践》，上海书店出版社2007年版，导论。

③[美]黄宗智：《清代的法律、社会与文化：民法的表达与实践》，上海书店出版社2007年版，第1页。

④[美]黄宗智：《清代的法律、社会与文化：民法的表达与实践》，上海书店出版社2007年版，第13页。

特征对于它们反复组织起来的实践来说,既是后者的中介,又是它的结果。相对于个人来说,结构作为记忆痕迹,具体体现在各种社会实践中,‘内在于’人的活动……行动者在再生产结构性特征的同时,也再生产促进这种行动的条件”。<sup>①</sup> 在社会结构中,人具有其能动性的同时也受客观存在场景的制约,其活动形式以及策略深深打下了社会结构的烙印。从结构理论角度进行疏解,有利于展示出清代法律的结构以及由其所型构的社会结构,也可以看到在法律与社会结构制约下“带着镣铐跳舞”的人物所上演的一幕幕人生戏剧。正是法律中背离结构与人生戏剧的相互交织塑造了清代法律的特质以及主体的思维特征。

## 一、清代法律中背离的结构:民法的表达与实践

为更好地理解其所指,必须弄清黄宗智所运用的“表达”“实践”以及“背离”的含义。表达一词主要是在三重意义上使用的:表达首先是指对事实的描述,它可能符合真相,也可能与之背离;其次是事实的理想化;最后是描述与理想的深层构成逻辑。<sup>②</sup> 实践也包含三个相互交叠而又不完全的含义。首先是一般意义上的实践,亦即相对“理论”而言的实践,主要指行动;其次是相对表达而言的实践;实践的第三个含义是由布迪厄所采用,主要是指相对制度和结构而言的“实践”。<sup>③</sup> 可见黄宗智是在与表达相对的含义上使用实践这一词的,不同于相对于理论而言的实践和布迪厄所采用的实践。背离“主要是指两个似乎相悖的主张或事实的并列,为此予人以不可置信的直觉,但实际上却是真实的”。<sup>④</sup> 清代法律中官方话语表达与法律实践的背离主要体现在以下几个方面。

### (一) 理想中“无讼”的图画与现实中民事案件的繁多

民法的官方表达展现出了一幅这样的法律运作的图景,首先是民事诉讼并不多,最理想的状态是民事诉讼根本不存在,即使存在也会被官方解释成烦琐的干扰,并以“细事”称之。官方话语表达影响了一些学者的学术研究,把清代的法律制度描绘成一个对民事诉讼和纠纷不太关心的制度。对此,黄宗智先生在书的第二章中从事实的叙述开始,探讨了各种民事纠纷。从“村庄诉讼和县法庭的记录”来看,民事案件占到县法庭的三分之一,而且州县官花了大量的时间和精力放在民事诉讼上,民事案件比刑事案件也更为常见,是地方法庭受理和运作过程中的一个重要组成部分,绝非官方所表达的是一些微不足道的“细事”。在书的第八章,作者对诉讼的规模进行了考察,认为清代的民事诉讼规模是庞大的,清代具有一定程度上的健讼性,国家法律在绝大多数人的一生中扮演着十分重要的角色。从而,无讼理想状态的官方话语表达与民事案件繁多的现实形成了背离,县官不重视民事诉讼并把其称为“细事”的表达与法庭运作中民事诉

<sup>①</sup> 参见[英]安东尼·吉登斯:《社会的构成:结构化理论大纲》,李康、李猛译,王铭铭校,生活·读书·新知三联书店1998年版,第89~92页。

<sup>②</sup> 参见[美]黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,上海书店出版社2007年版,第12页。

<sup>③</sup> 参见[美]黄宗智:“中国法律的实践历史研究”,载[美]黄宗智、尤陈俊编:《从诉讼档案出发:中国的法律、社会与文化》,法律出版社2009年版。

<sup>④</sup> [美]黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,上海书店出版社2007年版,第13页。

讼规模的庞大的实践形成了背离。

## （二）普通民众远离法庭的图貌与普通民众频繁求助于法庭的现实

在官方的话语表达中，良民或善良百姓不会涉讼，他们一般远离法庭，民事诉讼的增加是由于奸狡之徒与邪恶胥吏挑起公案以求不义之财的结果，从而形成了“普通民众远离法庭的图像”。在书的第八章中黄宗智先生向我们展示了普通民众生活的实践，大多数涉讼者是普通民众，清代诉讼当事人具有一种实用理性，他们根据自己的财力和诉求，主动选择适合自己的策略与行动，求助于法庭保护自己的合法权益和解决难以调解的争端，而不像官方所说的在“讼棍”们的唆使下被动兴讼。清代民事诉讼的费用跟民事诉讼的规模是相关的，尽管从小农的观点看来很高，但并不完全让人望而却步。正因如此，普通百姓才得以求助官府解决争端。

## （三）县官作为调停者的图像与县官依法裁判的现实

在官方对县官的描述中，作为“父母官”的县官在解决纠纷时，更像一个调停人而非法官，用道德教诲子民，不都依法律判案。“这样的想法来自于清代民事诉讼甚少而官方法律制度并不关心民事的假设。按照儒家的伦理，国法只是广泛道德原则中一小部分的体现。”<sup>①</sup>县官在解决民事纠纷时，主要依据社会道德原则而非法律。在书的第四章中，黄宗智再次利用诉讼档案对现实中县官的面貌进行分析，指出和民间非正式调解一样，在国家正式法制方面，官方表达与实际运作之间也多有相悖之处。清代法律制度的实际运作是，一旦诉讼案件无法在庭外和解而进入正式的法庭审理，州县官极少从事调解，而是依照律例作出明确的判决。县官之所以严格依法判案，是因为它们处于官僚机构最底层，受到等级规则的严格限制，面对种种程序考察，不得不以此来保住官职。为了明晰知县们用何种法律原则或条文作出判决，作者讨论了各种民事案件，把案子分门别类，并了解了相关法律条文。在这些案件中大部分县官都是依照律例作出判决。即使县官在判决中展现出让诉讼当事人保全情面、妥协退让的一面，“这些仅仅是在判明当事人一方或另一方的是非之后，所采取的保留情面或慈善让退的做法”，“不管儒家的理想制度如何，在实践中起指导作用的是道理、实情、律例三者。三者当中，法律的地位最高”，<sup>②</sup>知县都是在法律的框架内行事。所以清代官方话语对州县官的描绘与期待（表达）即作为“调停者”的角色与现实中县官作为“法官”依法裁判的实践形成了背离。

## （四）社区调解中国法作用极微的图景与国法始终是重要因素的现实

表达与实践之间的背离也延伸到民间调解。按照儒家的观点，民间调解应当比官方审判更强调人情和天理，国法所起的作用则极微。但具体的社区调解案例展现出与官方表达不相同的面貌。这体现在黄宗智所认为的社区的情理与官方儒家意识形态中

<sup>①</sup>[美]黄宗智：《清代的法律、社会与文化：民法的表达与实践》，上海书店出版社2007年版，第10页。日本中国法制史研究巨擘滋贺秀三教授提出了著名的依据情理法做出“教谕式调停”的论断即是这一认识的一个重要反映。参见[日]滋贺秀三：“中国法文化的考察”，载王亚新、梁治平编：《明清时期的民事审判与民事契约》，法律出版社1998年版，第12~15页。

<sup>②</sup>[美]黄宗智：《清代的法律、社会与文化：民法的表达与实践》，上海书店出版社2007年版，第84页。

的情理有所不同。“首先,‘理’的意义在社区调解中更接近通俗意义上的一般人的是非对错,即道理,而非儒家理论中的抽象天理。同样,‘情’指的是人情或人际关系,它所强调的是在社区中维持过得去的人际关系,而非儒家伦理中与仁这一概念接近的道德化的同情心。在实际操作中,情意味着通过妥协互让来解决争端”。<sup>①</sup> 在书的第三章中,作者再次对诉讼档案资料进行归类与分析,对相关案件进行考察,归纳和展现法律在调解中所发挥的影响,国法“为和解妥协提供了一个基本框架”。如果一件纠纷演变成诉讼,社区调解则必须考虑到法律的规定,所做出的调解一般是在村庄惯例和民法之间求得一个妥协。由此“国法、是非观念和妥协这三者共同运作以维持社区的和谐”。<sup>②</sup> 于是,官方话语中社区调解中的国法作用极微的图景与在解决纠纷的实践中国法始终是民间调解中重要因素的现实形成了背离。

综上所述,民法的表达为我们描绘了理想中“无讼”的图画、普通民众远离法庭的图貌、县官作为调停者的图像、社区调解中国法作用极微的图景,这一系列的图画、图貌、图像、图景也构成了官方话语的表达。这些图画、图貌、图像、图景之间也是相互影响和彼此互塑的,共同构成了清代官方话语表达中的理想追求。然而,清代法律与实践则是民事案件的繁多、普通民众频繁求助于法庭、县官(法官)依法裁判、国法始终是民间调解中重要因素的现实。清代民法的表达与实践之间的背离便清晰地展现在我们面前。

## 二、戏剧中展演的人生:背离结构进一步地展现

黄宗智不仅描述了民法的表达与实践相背离的结构,也展现了在此结构下不同角色的人物所上演的人生戏剧。这些人物的活动受制于背景结构的制约,其活动的形式与策略,其展现出的思维特征深深打下了结构的烙印与痕迹。法律与人生相互交织、相互作用,人生的态度、人类的选择与生活模式也进一步体现了背离的结构。“不同于其他的历史文件,法律案件总是戏中有戏。每个案件都包含了不同课题的有用材料,如法律程序,县官裁决,或土地买卖和遗产继承,但同时也记录了一幕人生戏剧”。<sup>③</sup> 所以有必要分类考察不同人物上演的人生戏剧。

### (一) 小农

小农并不像官方话语所讲的那样“畏讼”或因讼棍的唆使才起诉,而是根据自己的精力和财力,主动选择适合自己的策略展开行动,或调解或诉讼,选择适合解决纠纷的手段,以保护自身的财产和合法权益,清代法律也起到了保护小农“权利”的作用。但是另一方面,黄宗智也看到,处于底层的小农也身处权力关系的网络之中。无论在调解还是在诉讼时,小农都有可能受到强势权力的支配从而不能维护自己的合法权益。

### (二) 讼师/讼棍

根据《大清律例》,“讼师”的行为包括教唆词讼、为人作状,或受雇诬告。而“讼棍”

①[美]黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,上海书店出版社2007年版,第11页。

②[美]黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,上海书店出版社2007年版,第56页。

③[美]黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,上海书店出版社2007年版,第16页。

指那些“串通胥吏,播弄乡愚,恐吓诈财”的人。讼师/讼棍在官方表达中,都是作为不可取的字眼。他们知道民事审判中很少使用刑罚,便极其善于钻法律的空子,用连篇累牍的状词,辩词乃至捏造事实让法庭无法顾忌,耗费衙门的时日,以达到自己的目的。清代官员于是把衙门中日益沉重的诉讼负担归咎于为非作歹的讼师、讼棍。清代的律例把恶性的讼师、讼棍跟非恶性的专家做了区别,只认可“民间的代笔人”和“指点乡愚,教人得实”的有识之士的存在。但实际上滥用诉讼的日渐严重,反映了一个更深的问题:“一个只是针对简单小农社会的制度,与现实中日益复杂、老练的社会之间,差距在不断扩大。后者不仅使得滥用诉讼变得普遍,也推动了法律许可范围内的良性诉讼服务”。<sup>①</sup> 黄宗智从淡水—新竹档案中看到第三种具有诉讼专长的人员的存在,即一种接近现代律师的讼师类型的产生,他们在法律许可的范围内为客户利益服务,但是在清代的法文化结构和法律中,这类人物是根本不存在的。而这种人物类型的实际存在从另一方面反映了法律实践与官方表达的背离。

### (三) 衙蠹

衙蠹是另一具有戏剧性的角色。《大清律例》把在衙门里营私舞弊之人贬为“衙蠹”,此说法根源于清代对胥吏的构想。在理想层面,按照官方的说法,胥吏跟民事案件一样,根本不该有,即使有的话,也得把其数量降到最低的程度。然而在清代随着人口增长以及地方政府组织日益复杂化,县衙门对胥吏的实际需求量以及对他们的实际支出都很大。大多数衙门的实际运作情况并不属于营私舞弊的范围,而是属于瞿同祖所称的“习惯性费用”<sup>②</sup>这样的中间领域。然而官方表达并未把这些符合实际需要的做法跟真正的营私舞弊加以区分,而是把胥吏人员视为非法存在。清代地方政府的实际是,“它既非如同官方理想那样是由贤者施行仁治,亦非如同其反理想所称的‘衙蠹’横行”。<sup>③</sup>

讼师、讼棍、衙蠹都是一些对所施加的贬义称谓,都是建立在清代所倡导的一种“反理想”之上。黄宗智敏锐地观察到,“清代官方的法律话语呈现为这样一种结构,即道德理想通常总跟道德化的反理想对应起来,惟有贤者可充当地方官(仁治)是一种理想,与之相对应的便是卑劣吏役的反理想。同样,善者不沾官司是一种理想,与之相对应的便是不法讼棍蛊惑乡愚频频兴讼的反理想”。<sup>④</sup> 同时,作者也注意到清代的法律制度在表达上高度道德化,但在实践中根据实际需要做了相应的调整。“在道德理想与实际需要的相互影响下,产生了一个同时具有矛盾两面的制度。当事人正是在这样一种结构之中行事的。”<sup>⑤</sup>

### (四) 县官

黄宗智在研究县官时,利用了清代曾被广泛使用的知县以及刑名幕友的“手

①[美]黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,上海书店出版社2007年版,第131页。

②参见瞿同祖:《清代地方政府》,范忠信、晏锋译,何鹏校,法律出版社2003年版,第40~57页。

③[美]黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,上海书店出版社2007年版,第159页。

④[美]黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,上海书店出版社2007年版,第159页。

⑤[美]黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,上海书店出版社2007年版,第160页。

册”。县官在做事和解决纠纷时秉持仁治的理念,加以道德化并反复宣扬儒家道德理念。然而州县笔记并未停留在上述道德化说教上,它们还就州县官的实际视事做法,提出具体、明确的指示。渗透在县官活动中不仅有道德文化,而且还具有一套实用文化。由此,注重德化与讲求实效两种观点的矛盾结合,构成了县官们的思维方式,黄宗智把这称之为“实用道德主义”,而且在解决纠纷时,如果讼案不能通过民间调解加以解决,他们都依法裁判,而不是滋贺秀三所称的“教谕式调解”,在正式庭审中,也会照顾到人情,融情于法。但是“此类融情于法的训诫,同样也不应该被理解为要求州县官进行调解而不作审断”。<sup>①</sup> 州县官员在做批词时,也“必须从一开始即明了法律条文,而又同时从道德原则和人情,以及常理和事实这样两种角度思考问题”。<sup>②</sup> 手册所显示的民法表达与实践另一个背离之处便是“州县手册在证明当时理论上不存在民事与刑事之间明确划分的同时,却又显示在实践上两者是分开的”。<sup>③</sup> 另一方面,县官作为皇帝的代言人以及人民的父母官,似乎其在民事纠纷的解决中表现得比较随意、独断专行,然而由于其处于官僚制度的层级制约与监督之下,尽管在审判时宣扬道德的重要性,依旧还是按照律例进行审判。总而言之,无论是在民法的表达与实践的背离,还是在《大清律例》的话语结构与现实运作的不同方面,州县笔记都进一步印证了书中主要的论点。

### 三、清代法律制度与主体思维的特点

黄宗智反复强调,清代的法律制度是由背离和矛盾的表达与实践组成的。官方表达和法律制度的实际运作,既矛盾又统一。清代法律的基本性质绝不简单在于它的表达,也不在于其实践,而是在于两者的矛盾结合。其中既有张力和冲突,也有妥协和调和——体现为在主体人物中的“实用道德主义”,清代法律的“实体理性”以及政治制度中的“世袭君主官僚制”。这几个概念集中体现了表达与实践背离的结构中法律制度和主体思维的特征,可以说是兼顾、调和表达与实践的结果。

在书中第九章,黄宗智与韦伯进行隔代对话,重新检视清代法律及政治制度,认为清代法律制度的特点是“实体理性”,政治制度的特点是“世袭君主官僚制”。“实体理性”“世袭君主官僚制”这两个概念体现了作者超越简单的二元对立和寻求新理论概念的努力。

“我的目的就是在目前学术时尚的两分法中,即在社会科学中理性选择理论的唯物主义趋向与人文学科中后现代主义的唯心主义趋向之间,寻找中间地带。清代法律的表象和法律在实际中的实践之间的离异使我们看到仅仅关注其中的任何一个维度都是不够的”。<sup>④</sup>

①[美]黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,上海书店出版社2007年版,第168页。

②[美]黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,上海书店出版社2007年版,第170页。

③[美]黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,上海书店出版社2007年版,第175页。

④[美]黄宗智:“学术理论与中国近现代史研究——四个陷阱和一个问题”,载[美]黄宗智主编:《中国研究的范式问题讨论》,社会科学文献出版社2003年版,第111页。

实体理性的概念是为了超越西方的理性的形式主义法制以及非理性的实体主义法制。<sup>①</sup>“世袭君主官僚制”的概念是为了超越世袭君主制、封建制与近代的理性官僚制的划分。虽然这两个概念来源于韦伯的启发,但黄宗智同时也纠正了其偏见,赋予韦伯曾经使用过的“实体理性”“世袭君主官僚制”等概念以新的内容,从而使其在解释清代法律文化方面重新焕发出新的活力。最后作者总结:

“清代的法律和政治制度可以看作是‘世袭君主—实体的’表达和‘官僚—理想的’实践的一个结合,道德主义和实用主义纠结在清律、县官和地方政府的实践中,权利在理论上被否定但在实践中得到保护”。<sup>②</sup>

到此为止,由清代法律结构和主体人物所构成的一幅不同于以往学者研究的清代法律、社会与文化图景栩栩如生地展现在读者面前。清代法律制度以及这些制度所展现出的特点并不是列文森意义上“博物馆的珍藏品”,<sup>③</sup>它刻画了法律制度现代性的另一种发展方向,是属于另一种现代性,它一方面连接了过去,另一方面又昭示着未来。于是黄宗智先生最后呼吁“20世纪的法律改革者们将同时面对这份遗产的局限与实绩”。<sup>④</sup>

以黄宗智为核心的法律史研究群体对某些关于传统中国法律的旧见陈说进行了反省和批判,形成了一种新传统,一种“新法律史”研究的范式。<sup>⑤</sup>《清代的法律、社会与文化》是黄宗智研究中国法律史的第一部系统的著作,比较系统地展现了新法律史研究的风格与特色,如从诉讼档案出发,注重司法档案资料和实地调查资料的运用。这些诉讼资料的运用是深入“小传统”的重要表现,明显地不同于以往学者聚焦于国家成文法典、会典以及经典的儒家著作等“大传统”的研究,不仅记录了底层人物上演的一幕幕戏剧,也从中体察展现出清代民法的表达与实践背离的结构,对以往法律史研究的方法和结论产生了冲击。此外,作者不单单局限于传统的法律史考证,而是广博地运用社会科学的知识,从社会科学中汲取灵感与营养,把历史学与社会科学的研究路径相结合,彰显了“历史社会学”研究方法的魅力。更重要的是,黄宗智先生在法律档案和实地调查等资料和社会科学理论之间进行反复的磨合,连接理论与经验,对以往的社会科学理

<sup>①</sup>但黄宗智在此所用的“实体理性”并不像韦伯依据理性、非理性、形式、实质四个范畴来描述四种形式上的法发现和法创制。即,韦伯划分了四种法发现和法创制的形式,而不是用实体理性来超越任何一方。这四种形式的划分可详见[德]马克斯·韦伯:《法律社会学》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社2005年版,第28~29页。林端教授一方面认为黄宗智先生所提出的“实用理性”误读了韦伯的原意,另一方面也赞同黄宗智先生对清代法律与政治制度所作出的精彩考察。具体分析详见,林端:《韦伯论中国法律传统:韦伯比较社会学的批判》,中国政法大学出版社2014年版,第103~117页。

<sup>②</sup>[美]黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,上海书店出版社2007年版,第190页。

<sup>③</sup>“博物馆的珍藏品”,是列文森在研究中国传统儒学的现代命运时提出的一个著名隐喻,他认为中国官方表面上看似复兴儒学,但其实只不过是将其作为博物馆的历史收藏品,其目的就是要把它从现实的文化中驱逐出去,取代它所拥有的文化作用。参见[美]列文森:《儒教中国及其现代命运》,郑大华、任菁译,中国社会科学出版社2000年版,第337~343页。

<sup>④</sup>[美]黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,上海书店出版社2007年版,第190页。

<sup>⑤</sup>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”,载《开放时代》2008年第6期。



论进行创造性的转化和运用,提出了诸如“第三领域”“实用道德主义”“实体理性”“君主官僚制”等关键概念。这些“中层概念”显示了作者超越西方中心主义与文化相对主义的努力,从而开创了中国近代史研究的第三条道路,不仅纠正了西方学界在研究中国法律乃至其他领域方面的诸多偏见,同时也颠覆了许多权威性定论。正是独特的研究方法以及对以往理论颠覆性效果,引起了黄宗智与一些知名学者关于清代民事法律审判性质以及清代国家与社会关系的论争。最后,如果把他的法律史著作三部曲联系起来,则会发现,黄宗智在研究中预设了中国法律从清代开始就蕴含着一条不同于西方法律现代性的“中国法律现代性”的核心理念,这“与共时性—历时性研究方法的交织,便是贯穿于其法律史研究进路的变奏与延续的主题,而且,这一核心理念直接设定了他法律史研究所欲求的终极目标”,<sup>①</sup>尽管这一前提预设设在《清代的法律、社会与文化》中现出端倪。在考察理论的交锋点和前提预设的基础上,我们才能看清黄宗智先生所提出的理论的优长与不足,其存在的意义与潜在的问题。因此,本文最后基于黄宗智与滋贺秀三、寺田浩明教授以及梁治平先生之间理论交锋和黄宗智法律史研究中“中国法律的现代性”的前提预设,对县官审判、民法的表达与实践、“第三领域”和“中国法律现代性”等问题与之进行商榷。

#### 四、基于理论交锋和前提预设的商榷

##### (一) 依法审判还是以情调解

此书引发了日美学者之间关于清代民事纠纷解决性质的论争。这场论争后来被概括为“调停说”VS“审判说”。滋贺秀三将清代的民事审判性质称作为“教谕式调停”;<sup>②</sup>而黄宗智则依据对大量司法档案的实证研究指出,清代的州县官们在处理民事纠纷之时,事实上绝大多数都是严格按照清律的规定作出明确的胜负判决。

黄宗智在书的第四章中讨论了各种民事案件,发现在这些案件中,大部分县官都是依照律例作出了判决,尤其在讨论婚姻和继承案件的时候,作者特别强调“没有一件是靠法律以外的原则处理的。法律的相对详细,以及社会习惯的牢固与明确,再度限制了县官在断案时随意处理的余地”。<sup>③</sup>然而,笔者认为对这些案件的实际运作的讨论并不能够得出县官是作为法官而非调停者的形象。可能的情况是民间纠纷的解决方法与官方裁判具有原则上的一致性。即,在案件的解决中情、理、法三者是一致的,成文化的律例与未成文化的情理这些不同的法源具有共通性,它们之间不是“非此即彼”的互斥关系,而是“亦此亦彼”的互补关系。

“在中国人的思维模式里,律例与情理的概念应该是相互依存,而不是相互对立的说明对清代州县官而言,律例并不是与情理相互对立,王法不外人情,州县官

<sup>①</sup> 万亿:《中国法律的实践历史观——黄宗智先生法律史研究理路探析》,载许章润主编:《中国:法制与法意》,法律出版社2009年版,第212页。

<sup>②</sup> [日]滋贺秀三:“清代诉讼制度之民事法源的概括性考察——情、理、法”,载王亚新、梁治平编:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版,第19~53页。

<sup>③</sup> [美]黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,上海书店出版社2007年版,第85页。

依情理自理词讼作堂断时,心中未必无律例,同样的,依律例审判时,心中未必无情理”。<sup>①</sup>

此时,依法判决也就是以情调处,以情调处就是依法判决。所以对这些普通案件的考察并不能充分得出县官作为法官的形象是在依法裁决的结论。况且在裁判时,法官在实际的判词中很少引用律例。作者在文中也特别指出,“我对各个案件涉及的律例的排列,都出于我自己的理解,而不是基于县官的直接引用”。<sup>②</sup> 寺田浩明也注意到至少就清代的审判程序而言,“采取的并不是以事先存在的法律规范为前提而将其具体‘适用’到一个案件上去的样式。从史料看来,在那里显然更重视的是以‘情理’一词所代表的实质合理主义要素”。<sup>③</sup> 所以黄宗智得出县官依法裁判的结论是有问题的,他是靠“推测”得到的。

尽管黄宗智认为“恰恰是这些普通案件,最能告诉我们清代法律制度的实际运作情况”,<sup>④</sup>但要考察县官究竟是在依法判决还是以情调解,最明显的应是参照一些情、理、法之间存有冲突的特殊案件。在这些案件的解决中,如果县官确实依法判决或者“融情于法”,在法律框架之内做出判决,可以得出其不是在调解而是在判决;相反,如果在这些案件中县官是以情调解或者融法于情,那么其并不是在判决而是在调解。即言之,要观察情、理、法这三者在案件的实际解决中何者的作用最高,只能在情、理、法不一致的特殊案件中去寻找。尽管黄宗智也讨论了一些超越只凭法律条文断案的判决,但其认为,“这些仅仅是在判明当事一方或另一方的是非后,所采取的保留情面或慈善让退的做法”。<sup>⑤</sup> 按此观点,在这些案件中县官融情于法,法律的地位最高。然而,笔者认为其在此所做的结论过于草率,首先一般来说这些案件是非分明,依旧是在法律的框架中或者以法律推理和解释能够做出的。其次在这些案件的解决中县官所秉有的依旧是儒家的道德理想,是融法于情的,情、理在县官们中的心目中以及在实践中的地位依然具有最高性。另一方面即使在第三领域的纠纷解决中,官民互动,大抵可以视为诉讼中的调解活动和诉讼外的调解活动相结合,“堂上堂下同时进行,互相补充”,“官府和相邻力量一体动员,为调处息讼而努力”。<sup>⑥</sup> 此时县官、村里有威望的人以及小农依然是以调解为主,在此过程中,国法的作用亦可能不会居于最高的地位。

以上可以归结成是我与作者之间的分歧。除“实证问题”之外,更应在理论上追问,面对同样的民事纠纷,为什么黄宗智和滋贺秀三之间会得出完全相反的结论? 黄宗智在“《清代的法律、社会与文化》重版代序”中做了交代,“第三个分析是我们在方法上和历史观上的分歧,才是真正的分歧”,主要体现在:

(1)方法差异:A. 黄宗智的研究方法是首先区分不同层次的官方表达,再注

①林端:《韦伯论中国法律传统:韦伯比较社会学的批判》,中国政法大学出版社2014年版,第103页。

②[美]黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,上海书店出版社2007年版,第72页。

③[日]寺田浩明:“清代民事审判:性质及意义——日美两国学者之间的争论”,载氏著:《权利与冤抑:寺田浩明中国法史论集》,王亚新等译,清华大学出版社2012年版,第304页。

④[美]黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,上海书店出版社2007年版,第84页。

⑤[美]黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,上海书店出版社2007年版,第84页。

⑥郑秦:《清代司法审判制度研究》,湖南教育出版社1988年版,第219~220页。

意到官方表达和民间表达的不同,重要的是注意到两者之间的背离,但更关键的,还在于表达和实践之间的背离;B. 滋贺学派的日本学者在研究中国法律史时,往往倾向于抓住一个法律传统的甚至整个社会和文化的核心原理,而这种方法,实际上主要是受影响于德国传统的法理学。滋贺秀三对情理法的研究,主要只是对官方表达的分析;(2)历史观:A. 对黄宗智这些以社会史为研究对象的学者而言,不仅注重研究环境结构,还更重视发掘不同当事人在此之下所做的能动抉择;B. 滋贺秀三基本上对后者不予考虑。<sup>①</sup>

这只是黄宗智一方的看法,我们再看争论另一方寺田浩明的看法,其认为日美学者的分歧在于:

“观察途径或理论起始点的不同”,“滋贺教授作为其立论基础的是中国法文化与西方法文化之间的类型对比。而黄教授始终关心的却是清代法秩序与‘中华民国法秩序’,以至与改革开放,市场经济化以后的现代中国法秩序之间的历史继承关系”,“滋贺教授论证的却是两种类型之间在规范性原理上的差异,从方法论的角度看,功能在事实上的相似并不能消除这种原理性差异。而在黄教授的讨论中,原理或类型上是否存在根本差异的问题却一直未被提及,就好像两种类型之间的原理性一致是不言而喻的事实似的”。<sup>②</sup>

其中,“功能在事实上的相似并不能消除这种原理性差异”这句评论可谓是对黄宗智先生观点的十分到位的批判性分析。把黄宗智和滋贺秀三之间的分歧总结起来便是,在观察途径或理论起始点方面,滋贺教授立基于中西的类型对比,注重的是原理上的差异。<sup>③</sup>而黄宗智则是立基于古今的继承连续,注重的是对实践的考察。滋贺秀三是通过诉讼形态上中国法文化没有“判定”这一西方法律文化中的关键概念,来说明清代司法审判中的情理性。黄宗智是基于清代审判和民国审判现实运作中都保护了人民权利这一现实,来强调清代司法审判中的审判性以及表达与实践的背离。

“在研究方法上,滋贺是在对文本的解读中寻求其背后的世界观、秩序观和价值观上的丰富意蕴,而黄宗智则大量运用了统计学方法,以一种‘事实的统计性分布’引导推理,证明结论”。<sup>④</sup>

由此,调解说和审判说由于理论的基点不同,以一方的结论来批判另一方的结论都不可能触及彼此理论的实质。因为有分量的批判,应该是“前提性的批判”。但是两者偏重一方,都忽视了话语表达与法律实践之间在理论上所具有的复杂关系。

表达与实践之间本来就不是天衣无缝的,由于多种因素的影响,理论或表达进入到

<sup>①</sup>参见[美]黄宗智:“《清代的法律、社会与文化》重版代序”,载氏著:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,上海书店出版社2007年版,第9~10页。亦可参见[美]黄宗智:“中国法律制度的经济史、社会史、文化史研究”,载《北大法律评论》第2卷第1辑,第366~368页。

<sup>②</sup>[日]寺田浩明:“清代民事审判:性质及意义——日美两国学者之间的争论”,载[日]寺田浩明著:《权利与冤抑:寺田浩明中国法史论集》,王亚新等译,清华大学出版社2012年版,第305~307页。

<sup>③</sup>参见[日]滋贺秀三:“中国法文化的考察——以诉讼形态为素材”,载王亚新、梁治平编:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版。

<sup>④</sup>易平:“日美学者关于清代民事审判制度的论争”,载《中外法学》1999年第3期,第114页。

实践领域也会产生偏离。滋贺秀三注意到官方的理论或表达,但没有注意到理论进入实践领域时有可能产生乖离。黄宗智从诉讼档案资料出发,重视法律的实际运作和当事人的抉择,检验以往的渗透在官方话语中的法律表达,难免会发现其中所存在的背离之处。但这并不意味着官方所表达的是不真实的,也并不意味着总是存在表达与实践之间的背离。其实,表达与实践各自独立存在且各具特殊本质、功能和作用,否则它们就根本不会存在任何关系。“法律实践以具体的实践效果和所达至的具体实践目的与预期目的的差度来否定法律理论的真理性 and 有效应,也都是没有完全充分的理由和根据的”。<sup>①</sup>

## (二) 民法的表达与实践是否背离

虽然本书的副标题为民法的表达与实践,但通观全书,黄宗智实际上所指的并不是法律制度的表达即法律条文的规定,而是指官方话语或儒家道德话语的表达。很多学者都把法律的表达仅仅理解成为法律条文的规定,<sup>②</sup>将其理解为瞿同祖教授很早就指出的法律运作中存在的现象:

“条文的规定是一回事,法律的实施又是一回事。某一法律不一定能执行,成为具文。社会现实和法律条文之间,往往存在着一定的差距。如果只注重条文,而不注意实施情况,只能说是条文的、形式的、表面的研究,而不是活动的功能的研究。”<sup>③</sup>

然而在黄宗智的视野下,法律条文和社会现实之间差距并没有那么大,否则县官并不会依法审判。即言之,法律条文的规定(A)和县官审判(B)之间是没有背离的,“成文律例与县官判决之间具有显著的一致性”,存在的只是县官审判(B)中作为法官的角色与官方话语表达(C)中县官作为调停者的形象之间的背离。按此逻辑, $A = B, B \neq C$ ,从而可以推出 $A \neq C$ ,即官方话语的表达和法律条文的实际规定之间是相背离的或者是存有矛盾的,即言之,官方的意识形态与统治思想并没有渗透到法律条文的实际规定之中。然而,从法史学角度讲,中国古代法律是按照儒家的理想和理念制定的,情理法三者之间是相容和互补的,道德法律化,法律也道德化。<sup>④</sup>从法理上看,法律是主权者无限意志的体现或法律是统治阶级意志的表达,如此又如何解释官方话语的表达和法律条文的规定之间存在的不一致?可能的解释是,清朝是一个少数民族建立的王朝,为了表现满族统治的正当性,满洲贵族入关后就采取儒家的道德理念和治国方略,以接续“道统”。在制定《大清律例》时,亦是如此。但另一方面,清朝人口暴增,社会经济的发展使得很多纠纷突破了原有法律与制度的框架。为适应伴随社会经济的发展而出现的新纠纷的解决,清律也不得不修改与增补。这体现在具有实用和灵活特点的“例”中。

<sup>①</sup>姚建宗:“中国语境中的法律实践概念”,载《中国社会科学》2014年第6期,第156页。

<sup>②</sup>参见强世功:“中国宪法中的不成文宪法”,载《开放时代》2009年第12期。喻中:“社会与文化中的法律”,载《二十一世纪》2002年第8期,第151~152页。

<sup>③</sup>瞿同祖:《瞿同祖法学论著集》,中国政法大学出版社1998年版,第5页。

<sup>④</sup>参见梁治平:《寻求自然秩序中的和谐》,中国政法大学出版社2002年版。范忠信、郑定、詹学农:《情理法与中国人》,北京大学出版社2011年版。

黄宗智也注意到了这点,其在分析衙门记录的材料后看到,“在实际运作上,《大清律例》最重要的部分,乃是后来不断修改和增补的那部分内容,它们是对变化中的社会现实的实际回应”。<sup>①</sup>《大清律例》成了一个大杂烩:

“其文字仍充满空洞的原则和不合时宜的条文,同时往往又在不甚引人注意的地方增添了众多新订的关键条款,这些条款常常又是牵强附会于原先的概念,甚或置于误导性的标题之下”。<sup>②</sup>

由此,《大清律例》是道德主义和实用主义的混合体,它一手伸向了过去,从儒家理想中汲取资源以论证统治的合法性,另一方面它又一手正视现在,对纠纷的解决提供有益的指导,以稳定现有的统治秩序。从这点来看,黄宗智的“民法的表达与实践”这样背离范畴的提出对清代的社会、文化与法律是有很强的阐释力的。

但另一方面,也要看到黄宗智所提出的民法的表达与实践背离,仅仅指出了悖论的现象,而没有进一步对产生此悖论现象的缘由做进一步的发掘与分析。正如寺田浩明所指出的,黄宗智的解释是“不成说明的理论构成”。因为他没有从正面回答“为什么公共权力在处理个体利益主张时会表现出如此的自相矛盾”,即没有解释为什么清代民法的表达与实践会显示出既背离又抱合的特点。寺田浩明立足于清代至当代历史的连续性,对此给出的解释是,“清代民事审判的状况也是针对一直延续到现在的个体利益主张与个体利益相互共存两种要求之间的矛盾这一问题,并根植于当时社会状况的一种回应”,尽管西欧也面临个人利益和全体利益的调和但是由于“地域内公共权力所拥有的权威与暴力装置的差异”导致了中西方出现两种完全不同的回应。<sup>③</sup>

### (三)“第三领域”是否真的存在

黄宗智提出了“第三领域”这一关键概念,其注意到在村社族邻的非正式调解以及州县衙门的正式审判之间,存有民间调解与官方审判发生交接与互动的第三领域。“在此中间阶段,正式制度与非正式制度发生某种对话,并有其既定的程式,故而形成一个半官半民的纠纷处理地带”。<sup>④</sup>

黄宗智在理论上受哈贝马斯关于公共领域论述的启发,<sup>⑤</sup>在经验上受自己对于清代法律研究的影响,提出了介于官方民事审判与民间调解之间的“第三领域”概念,把它推之于国家与社会的关系上,提出了“国家/第三领域/社会”的三分模式。黄宗智之所以认为哈贝马斯的“公共领域”不适合用来分析中国社会,是因为首先资产者公共领域的概念太宽泛,历史性太强,不能更好地用于对中国的分析。其次哈贝马斯主要关注的是资产者的公共领域,“对于介于国家与社会之间并随两者变化而变化的公共领域这一复杂的概念关注较少”,更是因为“国家与社会的二元对立是从那种并不适合于中

①[美]黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,上海书店出版社2007年版,第87页。

②[美]黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,上海书店出版社2007年版,第88页。

③参见[日]寺田浩明:“清代民事审判与西欧近代型的法秩序”,载氏著:《权利与冤抑:寺田浩明中国法史论集》,王亚新等译,清华大学出版社2012年版。

④[美]黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,上海书店出版社2007年版,第90页。

⑤哈贝马斯对公共领域的论述参见[德]哈贝马斯著:《公共领域的结构转型》,曹卫东等译,学林出版社1999年版。

国的近现代西方经验里抽象出来的一种理想构造”。<sup>①</sup> 所以其提出了一种三分的观念并强调第三领域随着时间的变化会呈现出不同的特征与制度形式。对黄宗智的“国家/第三领域/社会”三分法提出最有力的批评来自于梁治平先生,他认为黄宗智仍是“以从西方近代历史经验中抽象出来的理念去理解中国的现实”。经国家与社会二者互动而产生的“第三领域”只有在“一个基本是同质性的社会对一个同样是同质性的国家”这样的背景下才有可能。这两个同质性的区分反映在清代民法的研究方面,便是黄宗智过度突出和强调了民间调解与官方审判二者之间的差异和对立。<sup>②</sup> 梁治平认为如果只抽取第三领域的形式特征,第三领域中的互动模式同样可以用于诸如美国这样发达的现代社会里。而且当国家与社会发生互动时,并没有一套具有确定内容与自身特征的原则或规则的产生。所以当黄宗智把由国家与社会的互动所产生的复杂关系实体化为“第三领域”的时候,“他犯了与其他人所犯的差不多是同样的错误。他抛弃了社会与国家的二元模式,但却不加批判地接受了同样的社会与国家的概念”。归其缘由,是因为黄宗智始终没有就国家与社会这两个概念的“近代的和西方的历史文化背景渊源作进一步检讨,更不曾把它们置于不同的历史文化背景下下予以检验,相反,他基本是把自己限制在哈贝马斯‘公共领域’理论的概念框架之内”。<sup>③</sup> 进而言之,在研究清代的法律和中国社会与国家的关系时,黄宗智对其“国家”与“社会”是相对峙的不同实体的前提预设是未经反省的。对此林端教授有相似的批评,他认为:“‘第三领域’是‘非此即彼’的二值逻辑下的思想建构,并不适合用来形容中国传统法律文化的多值逻辑在官方正式的‘堂断’与民间非正式的‘调处’之间的具体呈现”。<sup>④</sup>

有意思的是,黄宗智多次强调儒家所持的情理观与基层所持的情理观是不同的,一个比较高雅,一个比较世俗。<sup>⑤</sup> 在“家国同构”的秩序中,民间话语中的情理观与官方话语中的情理观真得是这样截然两分么?<sup>⑥</sup> 徐忠明教授认为,黄宗智教授对中国古代的“情”“理”两字作了过于狭隘的理解,由此割断了中国律例与人情和天道之间的内在关联。<sup>⑦</sup> 即使这样截然两分是真实的,为什么在情、理、法三者之中,黄宗智先生只注意到情理的不同,而没有去注意到与清代的国家法有可能不一致的习惯法,习惯法这样一个庞大的研究领域为什么在黄宗智先生的研究视域中就消失了? 似乎清代的社会是与国家具有不同性质的领域,出现了“一个基本是同质性的社会对一个同样是同质性的国

①参见[美]黄宗智:“中国的‘公共领域’与‘市民社会’?——国家与社会间的第三领域”,载氏著:《经验与理论:中国社会、经济与法律的实践历史研究》,中国人民大学出版社2007年版。

②梁治平:《清代习惯法:社会与国家》,中国政法大学出版社1996年版,第11页。

③梁治平:《清代习惯法:社会与国家》,中国政法大学出版社1996年版,第11页。

④参见林端:《韦伯论中国法律传统:韦伯比较社会学的批判》,中国政法大学出版社2014年版,第99页。

⑤参见[美]黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,上海书店出版社2007年版,第11页。

⑥滋贺秀三教授也注意到了“情”字的含义以及作用颇具有多面性。但其没有像黄宗智一样对情作出了官方话语与民间话语截然不同的划分,而是探讨了“情”字的多面含义和作用。参见[日]滋贺秀三:“清代诉讼制度之民事法源的概括性考察——情、理、法”,载王亚新、梁治平编:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版,第37~38页。

⑦参见徐忠明:“清代民事审判与‘第三领域’及其他”,载氏著:《思考与批评:解读中国法律文化》,法律出版社2000年版,第177页。

家”的状况。然而,梁漱溟先生认为中国古代“国家与社会界限不清,国家消融与社会,社会与国家相浑融”。<sup>①</sup> 杨念群也注意到“中国传统地方与国家的同构关系使其功能与理念的结构区分相互渗透”。<sup>②</sup> 如此而言,县官审判与民间调解并没有分为截然不同的两个领域,位于两者之间的第三领域又从何而来。即言之,第三领域的存在就暗含了国家与社会非此即彼的二元对立的理论预设,而这样以西方为标准的价值判断和理论预设正是黄宗智先生原本所极力避免的。总而言之,第三领域的设想“既有‘超越’西方理论范式,贴近中国历史事实的良苦用心;但是,又有曲解中国历史事实,从而‘陷入’西方理论范式的弊端”。<sup>③</sup>

#### (四) 什么是中国法律的现代性

黄宗智阐释了县官审判所具有的意蕴——县官在审判时包含着保护人民权利尤其是财产权的“积极性原理”,县官由于身处韦伯意义上的官僚制的约束不得不依法裁判,清代的审判实践与民国时期的审判实践之间存在着一定的延续性,等等。这些事实的存在暗含着清代法律实践蕴含着的“现代性”因素。参照其以后的法律史研究,会发现,黄宗智其实要强调中国法律从清代开始就蕴含着一条不同于西方法律现代性的“中国法律现代性”,尽管这一核心理念在《清代的法律、社会与文化》中出现萌芽。正是中国具有独特现代性的理念和预设支配了黄宗智先生的研究。尤陈俊“将这种理念称为中国法律史研究中的‘历史感’,而这构成了‘新法律史’所应具备的三大特征中极其关键的一个”。<sup>④</sup>

据此,黄宗智的研究暗含了超越传统法律史学的深刻认识,并不单纯是“为历史而历史”,“为考据而考据”,而是蕴含了深刻的现实诉求——建立新的中国法律历史与现实的研究,打通和勾连过去与现在存在的联系和脉络。黄宗智还批评了与现实相隔离的法律史研究的缺陷。认为此种研究缺乏现实意义,缺乏对实践和实际运作的关怀,缺乏过去与现在相连的现实感,不能超越百年来对中国传统法律一再否定的现实背景,也基本上放弃了对当前现实和立法的发言权,甚至造成了法学研究在认识和精神上的分裂状态。于是其强调“超越本土东方主义”,跳出不顾实践和实际运作的研究架构,“建立一种新型的、关心实践和运作的,即现实世界的中国法律史研究”。<sup>⑤</sup> 正是强烈的现实关怀以及中国法律现代性的理论预设一直贯穿了黄宗智先生的法律史研究。<sup>⑥</sup> 所以其在《法典、习俗与司法实践:清代与民国的比较》一书中,<sup>⑦</sup>强调清代审判和民国审判

<sup>①</sup>梁漱溟:《中国文化要义》,学林出版社1987年版,第162页。

<sup>②</sup>杨念群:《中层理论——东西方思想会通下的中国史研究》,江西教育出版社2001年版,第116页。

<sup>③</sup>徐忠明:“清代民事审判与‘第三领域’及其他”,载氏著:《思考与批评:解读中国法律文化》,法律出版社2000年版,第167页。

<sup>④</sup>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”,载《开放时代》2008年第6期,第83页。

<sup>⑤</sup>[美]黄宗智:“序:为什么要建立新的中国法律历史与现实的研究”,载氏著:《过去和现在:中国民事法律实践的探索》,法律出版社2009年版。

<sup>⑥</sup>正因为如此黄宗智把他的法律史研究三部曲统一起来命名为“清代以来民事法律的表达与实践:历史、理论与现实”。参见[美]黄宗智:《清代以来民事法律的表达与实践:历史、理论与现实》,法律出版社2014年版。

<sup>⑦</sup>参见[美]黄宗智:《法典、习俗与司法实践:清代与民国的比较》,上海书店出版社2003年版。

在实践上具有连续性,但是民国的话语表达相对于清代来说显著发生了变化。理论上的预设并不能改变历史现实中的真实面向,相反历史现实有可能修正研究者的理论预设。所以针对黄宗智先生的研究预设,我们难免会问,清代的法律实践是否蕴含着“中国法律现代性”的因素?

日美学界对清代的法律与社会的性质一直存在两个方面的学说,“一个方面是关于清代社会中持有明确权利意识的人们通过契约形成各种各样关系的学说;另一个方面是清代地方官以据情理而说服教谕当事人的方式来进行裁判的学说”。在寺田浩明看来,如果这两方面结合在一起是有矛盾的,即为什么在由一个激烈地主张自己权利的人们所组成的社会里会产生一种以情理这样的概念为中心的审判样式呢?<sup>①</sup> 黄宗智也意识到了这个矛盾,所以他在书的第六章指出清代民事调判的两种方式,即宝坻—巴县型式和淡水—新竹型式。这两种模式显示了清代法律制度同时态的变异和历时态的演化。同时态的变异与当地的不同的商业化、社会化及人口密度相关,但有些差异是纵向的,这与清代许多县社会经济的长期发展趋势相关,清代的律例并没有准备用来应付社会的商业化和日益分化所带来的种种后果。两种形式由此展现了两种不同的社会结构。这也体现在黄宗智从淡水—新竹档案中看到第三种具有诉讼专长的人员的存在,即一种接近现代律师的讼师类型的产生,他们在法律许可的范围内为客户利益服务,但是在清代的法文化结构中,这类人物是根本不存在的,清律也从未予以承认。清代法律的实际运作保护了诉讼当事人的权利,但清代缺乏独立于国家家长制权力的产权和契约权,等等。面对这样的悖论,黄宗智先生便用表达与实践的背离来处理这些无法统一的要素。“实体理性”的法律以及秉持“实用道德主义”的县官便成了解决这些矛盾或背离的结果,也成了这些矛盾和背离的解决方案,便成为了黄宗智意义上的“中国法律现代性”,由此清代法律蕴含了中国法律现代性的因素。

黄宗智先生对“现代性”有自己独特的理解,正是这样独特的理解导致了其认为中国法律亦有现代性因素。其认为“接近于真正的历史‘现代性’乃是那些试图融合理性主义和经验主义两大传统的思想……其关键在于把‘现代性’置于一定的历史情境之中通过其实践过程来认识。现代性的实质内涵寓于对现代理念追求的多样化历史实践而不是单一的理论约定”。<sup>②</sup> 黄宗智反复强调,已经初步成形的现代中国法律,“其组成因素中既有清代遗留的成分,也有可以称为作为中国革命的(排除其全能主义政权而突出其‘革命的现代性’的部分)传统,而在这两者之外,更有从西方移植(并经国民政府修改)的成分。这个混合体看来似乎是个大杂烩,但其中其实已经形成了一些积极的特征,以及多元并存的原则和方法,足可以称为具有中国特色的现代性”。<sup>③</sup> “现代

<sup>①</sup>[日]寺田浩明:“清代民事审判:性质及意义——日美两国学者之间的争论”,载氏著:《权利与冤抑:寺田浩明中国法史论集》,王亚新等译,清华大学出版社2012年版,第307~308页。

<sup>②</sup>[美]黄宗智:“中国法律的现代性?”,载氏著:《经验与理论:中国社会、经济与法律的实践历史研究》,中国人民大学出版社2007年版,第391~392页。

<sup>③</sup>参见[美]黄宗智:“中国法律的现代性?”,载氏著:《经验与理论:中国社会、经济与法律的实践历史分析》,中国人民大学出版社2007年版,第393页。



性”精髓在于“法律能够反映日益复杂的社会现实和不同群体的利益的变迁,而不在于永恒的所谓‘传统’或不变的所谓西方,以及任何单一理论或意识形态,而在于现实与实践”。<sup>①</sup> 从中我们可以归纳出黄宗智先生所认为的中国(法律)现代性的几个特征:一是现代性不是单一的而是多元的,要把现代性发在具体的历史情境中来认识;二是现代性寓于历史实践,也要通过历史实践来加以认识。由此,第三,现代性的精髓面向现实与实践,而不是理念与价值的诸神论争。第四,中国的(法律)现代性是个大杂烩,是古今、中西的混合,是面对社会现实和社会变迁的产物。然而,我们进一步要问的是,这是否是中国法律的真实面向?中国法律现代性是否真的体现为这样的面向?进而言之,究竟什么才是真正的“中国法律的现代性”乃至“中国的现代性”?<sup>②</sup>

## 结 语

本文以结构理论的视角,从“法律中背离的结构”与“人生中上演的戏剧”两方面梳理了《清代的法律、社会与文化》的主要内容,并在此基础上探究黄宗智法律史研究的特点以及研究的预设。最后考察与分析了围绕此书而发生的理论交锋以及此书的前提预设,正是这些前提预设和理论脉络展现了黄宗智在研究法律史时所持的深刻的现实关怀,也正是这些理论交锋在法史学界掀起圈圈涟漪,最终推动了法律史乃至中国法学的研究,也为中国法律现代化进程提供了法律史学界的智识资源。诚如梁治平先生所言:

“从传统与现代分野的角度看,现代的中国法律史在中国的建立可说是中国的现代性事件中一个细小但又不可或缺的环节。现代性的最终确立,需要现代知识体系的支持,这种知识体系的重要性主要还不在于它包含了许多不为古人所了解的具体知识,而在于它为人们提供了一套独特的话语和世界观,一套认识和解释世界的方法。”<sup>③</sup>

[责任编辑:任懿]

<sup>①</sup>黄宗智:“中国法律的现代性?”,载氏著:《经验与理论:中国社会、经济与法律的实践历史分析》,中国人民大学出版社2007年版,第393页。

<sup>②</sup>对这一问题的回答触及黄宗智先生法律史研究的实质和基底,也是对其研究理论预设和研究理念的“前提性批判”,必定涉及研究者之间的不同的研究立场乃至价值取向。现代性的问题也是中国学术界目前争论最为显著的焦点,而对这一问题的回答远远超越了本文的范围,当然也超越了笔者现在的研究能力。关于笔者的一点见解可参见姚建宗、栾兆星:“当代中国法律移植认识的基调演变——基于学术史的考察与展望”,载《新疆师范大学学报》(哲学社会科学版)2015年第1期,第81~83页。

<sup>③</sup>梁治平:“法律史的视界:方法、旨趣和范式”,载氏著:《在边缘处思考》,法律出版社2010年版,第222页。