

# 赵刘洋评《意欲何为》 | 从中西法律互动的实践中探寻现代性

赵刘洋

2021-01-18

来源：澎湃新闻 · [上海书评](#) >

广西  
大学

意欲何为

清代以来刑事法律中的意图谱系  
[美] 胡宗绮 (Jennifer M. Neighbors) 著  
景风华 译

GUANGXI NORMAL UNIVERSITY PRESS  
广西师范大学出版社

实践社会科学系列 001

黄宗智 主编

# 意欲 何为

A QUESTION OF INTENT

清代以来刑事法律中的意图谱系

[美] 胡宗绮 (Jennifer M. Neighbors) 著

景风华 译

GUANGXI NORMAL UNIVERSITY  
广西师范大学出版社

《意欲何为：清代以来刑事法律中的意图谱系》，[美]胡宗绮（Jennifer M. Neighbors）著，景风华译，广西师范大学出版社 2020 年 8 月出版，348 页，68.00 元

历史学是一门追求真实的学问，同时也是一门关于解释的学问，这种解释，既包括基于史料细致爬梳基础上的“发现”，也包括对历史意义再阐释的“发明”。既然是解释，那么在追求历史真实的过程中无可避免地会受到观念的影响，这种观念既包括时代思潮，也包括历史学家自身的价值立场。

这种观念对求真当然具有双重影响：一方面，作为一种“前见”，它使历史认知成为可能，同时历史认识观念转变，历史才能够常写常新；另一方面，这种观念对求真也可能带来遮蔽。历史学家 E. H. 卡尔曾有一个有趣的比喻，他说研究历史就像是在钓鱼：“事实就像在浩瀚的，有时也是深不可测的海洋中游泳的鱼，历史学家钓到什么样的事实，部分取决于运气，但主要还是取决于他喜欢用什么样的钓鱼用具钓鱼——当然，这两个因素是由历史学家想捕捉什么样的鱼来决定的。”（《历史是什么？》，[英]E.H.卡尔著，陈恒译，商务印书馆 2017 年版，108 页）卡尔的这一比喻尽管不无偏颇之处，不过却也指出了历史学家的观念对认识历史的深刻影响。

这方面尤为明显的例证，便是西方学者对中国法律史的认知的变化。二十世纪五六十年代，正是东西方两大阵营对立最为明显的时候，当时布迪（Derk Bodde）、莫里斯（Clarence Morris）在他们关于中国法律史的经典研究中，曾提到西方学术界长期以来对中国法律表现出一种漠不关心的态度，他们列举出这种漠不关心态度背后的复杂原因，除了这一领域本身的难度，比如许多人并没有接受过法律方面的训练，或者阅读中文法律文献时存在着诸多困难外，主要是来自深层次方面原因：认为中国的法典仅具有实用价值而根本不值得进行理论研究；中国的成文法主要以刑法为主，缺乏对私人权利的保护的规定；法典主要是对长期流行的社会道德规范的整理；法律条文很少被引用，只有在其他的社会规范无法调节时法律才会介入等。（《中华帝国的法律》，[美]D.布迪和 C.莫里斯著，朱勇译，江苏人民出版社 1995 年版，第 1 页）我们可以看到，这些认识很大程度上折射出西方社会的主流价值观念：唯有确定化的、能够适用于所有情形的、形式逻辑化的西方法律，才能更好保护权利，非西方社会的法律不具备这样的特征，它们仅具有像博物馆中展示木乃伊那样的展览价值，和现实无关紧要。

那么，中国法律的历史事实果真如此吗？上世纪八十年代以来，伴随着国内各级档案馆逐步开放的契机，以及

更加强调对研究者自身观念反思的“新文化史”（“新文化史”的重要代表人物如 Lynn Hunt、Carlo Ginzburg 皆在 UCLA 历史系任教）在西方学界的兴起，以黄宗智（Philip Huang）教授和白凯（Kathryn Bernhardt）教授和他们在加州大学洛杉矶分校指导的多位博士生为代表，他们通过对清代和民国的诉讼档案进行扎实严谨的经验研究，开始对中国法律史研究中这种“现代主义”价值观念展开系统批判，如今有几位也已经成长为北美学界具有影响力的学者，他们的学术成果在西方的中国研究学界产生了诸多影响。以黄宗智为代表的“实践历史”研究进路，主要是通过通过对复杂的且更具包容性的法律实践进行细致研究，由此对西方主流理论中的线性式、目的论以及二元对立思维进行深入批判，希望在与西方理论对话的过程中，重构关于认识中国法律史的基本概念，以此实现在历史真实的基础上构建理论，从而试图将中国法律史研究推进成为一项不仅是回顾性的，同时是带有理论意义和现实意义的事业。本书著者胡宗绮（Jennifer M. Neighbors），正是这一共同体中的重要一员，属于黄宗智在加州大学的关门弟子那一代。该著英文版是以其博士论文为基础，历经多年修订，相信认真阅读过该著的读者，能从诸多方面感受到著者的辛勤耕耘。

从著作的写作风格上来看，与黄宗智和白凯所指导的多位学生更多带有“社会史”特征的研究稍有不同，本书更加显示出“法律”特色。这主要因为，作者的选题是关于清代和民国案件中有关犯罪意图的研究，说得再具体些，其实就是关于命案中犯罪意图的研究。我们知道，命案在任何时代或者任何社会中都是大案，由于会涉及剥夺案犯的生命，因此在判决的推理和说理方面，与其他类案件相比而言，可谓是最为严谨细致。而依据我们的常识就会知道，法律推理通常越是严谨和避免专断性，那么越是有可能带来公正的判决结果。另一方面，如何准确地去确定犯罪者的犯罪意图，往往存在诸多困难，原因很简单，犯罪意图并不是可以用肉眼观察到的东西，它往往带有主观性，如果脱离情境去推断犯罪意图显然是任意的、专断的。那么清代法律究竟是如何确定犯罪意图的？这种法律推理思维具有怎样的特征？在与民国时期被移植过来的西方刑事法律的碰撞中，它是否就完全成为历史了呢？

著者如此选题，其背后实际是有明显的理论关怀的，她希望回应西方学界对清代法律的批评，这种批评主要集中在法律容易受到任意干预及刑法体系的严酷性，其中尤以马克斯·韦伯的批评影响深远。她概括出韦伯识别现代法律的三个关键特征分别是：法律的独立性、法律的

程序化、抽象的法律规则与任意情境皆可相匹配。这里我们可以看到，这三个关键特征所显示出，法律建设的主要目标就是不受外在干预、更加具有确定性（包括可操作性）、能够适用于所有案件情形。与之相比，韦伯认为清代的法律显然并不具备这三种特性。对韦伯而言，只有西方社会的形式理性类型法律具有系统性、逻辑一贯性及普适性的特点，惟有此类型的法律，可以独立于外在的意志及反复无常的环境情形，而与之伴随的具有形式化、职业化、专门化特征的近代理性官僚制与形式理性法律的统合，对整个社会的理性化趋势具有重要意义。



清末带着枷锁的平民。

而胡宗绮则指出，如果对比中西法律传统的话，就会明显看到清代法律在处理犯罪意图问题的高度复杂性，由此必然要对那种假定西方法律模式更具进步性的观念进行修正。关于犯罪的心理因素，她认为，无论是将其命名为犯罪意图、犯罪心理、有责性、“主观”因素，还是一般意义上的主观罪责，它其实在很早时候就是中西方法律的标志。这其中，过失犯罪位于故意与意外之间的灰色地带，涵盖了由于某种程度的疏忽大意而犯下的罪过，过失犯罪涉及较低的主观罪责，因为犯罪者要么在其行为中没有尽到足够的注意义务，要么忽视了这种行为可能会对他人造成伤害的风险。而将主观罪责划分为故意和过失的二分法，直到二十世纪早期仍然是西方刑法的标志。在她看来，尽管今天的法律学者将故意细分成三类：直接故意、间接故意和附条件故意，不过，如果细致研究清代法律关于犯罪意图的处理的话，我们将可以看到它是高度复杂的，它比民国时期的法律和整个近代西方法律体系都更加细致。由此她进一步指出，在思考中国杀人律的概念本质时，那种对近代西方法律模式具有进步性和优越性的惯常假定明显需要更新。

为证明此点，贯穿该书的一个主线，或者说该著的主要对话对象，就是韦伯关于现代法律特征的第三点内容——理性化的法律应该具备与每个个案的事实情境相匹配



的抽象法律范畴。她指出，韦伯认为清代专制政体与司法独立水火不容，司法官员也无法用理性推论来评估个案，识别与个案最为契合的一般规则。而她则认为，清代的专制政体并未阻碍法律获得高度的抽象性和复杂性，如果深度检视清代的刑律，会发现法律的抽象范畴与具体情境的范畴之间并非存在严格的二分，即使法律的确高度特定情境化，它也是意在使用具体的情境去阐明犯罪意图的不同分类，法律对犯罪意图进行严格的层级划分时，形势与情境都是需要格外关注的因素。胡宗绮这里颇具启发性地将韦伯关于现代法律特征中抽象法律范畴和具体情境这种二元对立概念区别开来，也就是说，二者其实并非两种必然对立的范畴。我们将可以看到，这一思路成为她关于清代案件中杀人意图研究的主要论证思路。

由此，她在书中进一步分析，如果深度检视清代的刑律，会发现法律的抽象范畴与具体情境的范畴之间并非存在严格二分，即使法律的确高度特定情境化，它也是意在使用具体的情境去阐明犯罪意图的不同分类，法律对犯罪意图进行严格的层级划分时，形势与情境都是需要格外关注的因素。在清代，杀人罪被认为主要有六种类型（六杀）：谋杀、故杀、斗杀、误杀、戏杀、过失杀，除了误杀可以投映到其他类型外，其中五种类型都是标

志它们独有的犯罪意图的程度。犯罪意图被认为是犯罪人实施犯罪之时依照其主观目的的严重程度排列而成的精细的层级谱系。这一谱系，由顶端的预谋犯罪开始，以逐步递减的方式向底端延伸。对谋杀来说，杀人的意图在犯罪实施之前已经产生。而故杀的杀人意图，是在下手的瞬间萌生的。斗杀则涵盖了犯罪人仅有伤害受害人的意图。无杀人意图的命案戏杀是性质稍为轻微的一个类别，它意味着在打闹嬉戏或恶作剧的过程中因为鲁莽、冲动而致使对方死亡。最后一类是过失杀，它既包括因为低位阶的疏忽而致人死亡，也包括意外事件致人死亡。对由意外造成的过失杀案件，杀人者则根本没有任何犯罪意图。

著者认为，尽管清代对这些罪行的界定在某种程度上是基于其周遭的环境，律例仍然对它们背后的心理因素给予了充分重视，要求对犯罪人的心理状态进行敏锐的分析，这些罪行同杀人罪的六种主要类型都有助于说明情境与意图在清代法律当中的关系。也就是说，犯罪意图是抽象的概念与具体情境的联结，这就使得法律可以对犯罪意图进行详细的区分。在她看来，在这六种主要杀人类型之外，还能对杀人罪进行精细尺度的衡量，中国对杀人罪的衡量有着非常精细的层级划分其谱系涵盖了从无过失责任、低位阶的疏忽到鲁莽冲动、意图伤害直

至故意杀人中国帝制晚期的法律对心理因素的处理，这比西方古今的法律都要复杂得多。这就提醒我们：不仅要对中国法律体系的类型做出反思，还要重新界定现代法律与前现代法律的范畴，通过检视清代有关杀人罪及犯罪意图的律例，这时可以发现，韦伯借以评价中国法律的第三大支柱以及他对法律现代性的定义崩塌了。

接着，她进一步带领我们去探究民国时期的刑事法律实践，我们将可以发现，上述那种对现代性的理解崩塌得更为彻底。胡宗绮通过分析民国法律实践中的困境，尤其是犯罪意图种类的缩减造成的多种影响，试图展示两种法律体系的差异，为之后突出清代法律传统在民国法律实践中的延续做准备。著者指出，从法典层面而言，民国法律中杀人行为只能被视为故意或过失，而原本清律中拥有精细层级结构的犯罪意图——有区别的预谋和临时起意、程度不同的疏忽大意和不计后果，这时都被压缩成为两种刑法意义上的主观过错。在清律中，认真检视犯罪人的主观状态对确定犯罪意图的准确级别，以及相应的准确罪名是至关重要的，但到了民国，却不再适用，此时寻找相应的法律规范不再要求区分预谋杀人和临时起意杀人，它们都被归入同一法律条款之下即一般故意杀人罪行为。根据清律，预谋杀人是杀人犯罪的一种独立类型，且是最严重的类型，但在民国时期法律

中，预谋仅仅是量刑的众多因素之一，而且这一因素并不比犯罪人的性格或受害人的态度重要。

在她看来，此前的研究基本在错误的印象下进行，即认为清代法律完全基于情境，而且缺乏抽象概念，传统观点认为基于情境的犯罪类别同基于概念的犯罪类别相互排斥，后者则是更先进和更高级的模式，因此在清代到民国的转型中，杀人罪的流变一直被视作进步的标志，它使中国法律从具体走向一般，从而更接近韦伯心目中理想的现代、理性的法律类型。然而，她则指出，一旦我们理解了清代法律在处理抽象概念时的真实复杂程度，我们就会意识到这种转变，实际上是一种限制中国法律对主观有责性的细致入微的处理方式，也就是将抽象与具体交织在一起的方法现在受到了限制。

因此本书一个精彩之处是，胡宗绮基于对民国时期刑事法律实践的具体分析，为我们展示出一个非常有意思的现象：民国时期的法院在使用新的、抽象的、但是有限的犯罪意图种类时所遭遇的困难，恰恰在将清代的复杂方法运用于抽象概念时就会获得明显的缓解。她认为，这实际上反过来又是对韦伯关于传统中国法律论断的第三个支柱即清代专制国家与立法概念的复杂性水火不容的最后致命打击。因为，这些向清代模式的转变，并不

意味着是对“现代”的背离，恰恰相反，它们反倒表明中国正在形成自己的现代化道路：这是一条反映了二十世纪早期的文化与社会规则的道路，这条道路不仅承认从国外引进的部分重大变革具备优势，也承认中国在接受西方与韦伯模式之前的概念框架具备优势。

值得一提的是，尽管胡宗绮着重分析的是清代法律的优势，但这并不就意味着她认为清代法律优于民国法律，她也不认为民国法律优于清代法律，问题的关键不在于这两套法律体系谁优谁劣，更为重要的是，通过仔细研究两个时代的法律实践，我们会发现清代与民国的法律体系各有其优点。清代与民国法律之间的部分连续性，来自民国时期的立法者在实践中他们重新引入了更适合当时中国社会文化状况的清代法律元素，与此同时，清代与民国法律之间的一些分歧，也恰恰反映了法律与社会在优先考虑事项上的变化。胡宗绮的研究也从更广泛的意义启发我们：对“现代性”的理解，不能基于某种既定的理念和一元化的思维，而是需要我们在复杂的法律实践中，去深入研究近代中西之间如何碰撞、冲突与融合，从而更进一步深入理解历史的延续与变迁，对近代中国而言，究竟意味着什么。

该著还有值得进一步思考或讨论的地方：比如，从中文标题上来看，该著尽管对关于现实法律问题也有启发，不过在书中她并未延伸至关于当代中国刑事案件的讨论，所有具体案例皆是清代和民国时期的，不清楚为何该著中文题目要使用“清代以来”而不是直接使用“清代和民国”；从基本思路来看，著者主要依据丰富的案例试图提炼出清代关于确定命案中犯罪意图的法律实践的逻辑，不过，这是否意味着带有这样的假定——在这些案例中，清代官员对这些犯罪意图的确定，通常都是合理的？究竟以怎样的原则，来更恰当的审视清代对这些案件的处理究竟是合理的还是不合理的；最后，从材料使用上来看，我们知道清代关于成案的诸多汇编中，也有很多关于命案审理的细致说理，那么依据已经出版的案例汇编，能否做出这样一个偏重法律本身的题目呢？更进一步而言，司法档案究竟在何种程度和怎样的意义上，推进我们关于中国法律史的认识？当然，如果我们仔细阅读胡宗绮的这本著作的话，可以看到对司法档案的使用是服务于她关于中国法律史的重要结论的，这是其优点。其实史料无所谓新旧，关键在于研究者能否从中为我们贡献重要的新知，如果基于常见史料也能获得新知，水平倒是可谓更高一筹。总之，该著选题新颖、论证扎实严谨、译文清晰流畅，真诚推荐对中国法律史、中国近代史和

比较法、刑法方面感兴趣的读者，认真阅读该著，相信读者阅读后会有收获和启发。