

历史研究与法律的现代性问题*

——评“中国的法律、社会与文化”丛书

杨柳（加利福尼亚大学洛杉矶校区历史系）

从 20 世纪 90 年代开始，一批在美国从事中国研究的历史学家将目光转向法律史，并且成果斐然。其中最引人注目的莫过于加利福尼亚大学洛杉矶校区历史系教授黄宗智（Philip Huang）和白凯（Kathryn Bernhardt）主编的题为“中国的法律、社会与文化（Law, Society, and Culture in China）”的系列丛书^①。这些研究运用近期开放的司法档案和跨学科的研究方法，有力地挑战了中国法律史研究中的一些经典观念，为解读传统

*《中国乡村研究》的审稿人对本文提出了重要的修改意见，在此致谢。

① 这套丛书均由斯坦福大学出版社出版，包括 Bernhardt & Huang, 1994, eds, *Civil Law in Qing and Republican China*; Huang, 1996, *Civil Justice in China: Representation and Practice in the Qing*; Macauley, 1998, *Social Power and Legal Culture: Litigation Masters in Late Imperial China*; Bernhardt, 1999, *Women and Property in China, 960-1949*; Sommer, 2000, *Sex, Law and Society in Late Imperial China*; Reed, 2000, *Talons and Teeth: County Clerks and Runners in the Qing Dynasty*; Huang, 2001, *Code, Custom, and Legal Practice in China: the Qing and the Republic Compared*。

中国的法律与社会提出了新的路径。美国历史学界有人称这次法律史转向为一次“智识上的地震”，而“震中则在加利福尼亚大学洛杉矶校区”（Diamant, 2001: p546）。这套丛书的中译本已经或即将出版。对国内的学界而言，这批研究无疑会带来启发和参照。

国内的中国法律史研究尽管不乏优秀之作问世，但近年来在学术体制中的处境却越来越尴尬，已不复在法学领域中曾经一度的“显学”地位。一方面，当代中国声势浩大的法律改革和日益发展的法律市场吸引了主要的学术资源，法律史因不那么直接面对现实而地位下降；另一方面，法律史多年来形成的陈旧且不断复制的研究范式——学究式的考据方法、教科书式的叙事模式和缺乏创造性的理论框架（或理论无框架）——使许多法律史学者显得旨趣暧昧，进而法律史研究也因其“纯”学术性而给人既似深奥又似茫然的双重印象。然而，法律史作为一种知识路径的重要性不会因为其在学术体制中的地位和魅力的下降而降低，相反，它对解释或解决现实中的学理争论和实践问题都越来越明显地呈现出智识上的可诉求性。譬如，关于当代中国司法改革的理论立场和具体主张常常陷入传统与现代、本土与西化、保守主义与激进主义这样的二元对立的困境之中，而这些争论的产生和加剧很大程度上正是由于来自法律史研究的智力支援不够充分。

本文将评述上述系列丛书中的5部。在这里，我关注的不仅仅是这些学者对于中华帝国法律的具体观点，还有他们所使用的材料、方法以及理论框架。在此之前，我将简单地回顾几位相关的早期经典作家的研究，包括马克斯·韦伯（Max We-

ber)、瞿同祖以及博迪 (Derk Bodde) 和莫里斯 (Clarence Morris), 以之和近期的研究形成对照或关联。^① 我希望此文能对填补中国和美国法律史研究者之间的话语间隙有所助益。

韦伯与早期的中国法律史研究

马克斯·韦伯不仅是现代社会学和社会历史学发展过程中的一位核心人物, 对法律史的研究也有着重要的影响。凭借早年的法学训练背景, 韦伯把他在社会学与社会史领域的努力拓展到法学领域, 建立了一个新的研究领域, 即法律社会学。^② 与视野狭窄的法律排他主义不同^③, 韦伯认为法律是多元的社会机制的有机组成部分, 主张将法律与其他社会机制尤其是政治支配 (political domination) 的关系, 视为法律社会学的研究

① 就理论谱系而言, 瞿同祖的研究并不属于以韦伯为代表的西方现代论者, 而是承袭了燕京社会学派的影响。我把瞿同祖与 Bodde 和 Morris 一起纳入本文的讨论是基于如下考虑: 其一, 尽管并未直接与韦伯对话, 这三位作者都从经验研究的层面揭示了中国法的内在逻辑, 与韦伯基于薄弱的经验材料而提出的“卡地司法”的观点形成对照, 因而揭示了经验研究对理论建构的至关重要。这是本文除“现代论—挑战现代论”之外的又一主题。从这种意义上而言, 他们是黄宗智等人立足于经验材料的研究的先驱。其二, 正如我在正文中所指出的, 他们的研究主要有两处局限, 尤其是把“社会”基本等同于社会意识形态。这种思路之下得出的“法律儒家化”、“以刑为主”, 以及中国法律长期停滞不变的结论是法律史研究中主流观点的一部分, 也正是“中国的法律、社会与文化”丛书意图修正的一部分。

② 关于法律社会学的兴起和发展, 见 Alan Hunt (1978)。

③ 法律排他主义 (legal exclusivism) 将法律视为自足的、独立于其他社会机制的领域, 从而将研究的对象限定为法规和法律概念的内在逻辑关系。分析法学是这种态度的主要代表。

对象。

在 *Economy and Society: An Outline of Interpretative Sociology* (Weber, 1968) 中, 韦伯讨论了法律体系的类型。一如他在行政和宗教领域的研究, 韦伯描述出几种法律体系的理想型, 即一种比较研究的设置。在建构和区分各种法律的理想型时, 韦伯使用了两条坐标。第一条坐标的两端分别为“形式的 (formal) 法律”和“实质的 (substantive) 法律”, 前者指一个自足的、独立于伦理和政治的规则体系, 能为法律判决提供全部的实体和程序规则; 反之则为后者。第二条坐标区分了理性的法律和非理性的法律, 前者要求以演绎推理的方式把抽象的规则适用于具体案件; 反之则为后者。这样, 韦伯就为我们描述出四种理想型的法律: 形式理性、实质理性、形式非理性和实质非理性。不过, 韦伯并没有给予这四种类型同等的关注, 而是集中论述了形式理性法和实质非理性法这两种截然对立的类型。他认为, 现代欧洲大陆的法律代表了形式理性法, 而包括中国法在内的前现代东方社会的法律则近似于实质非理性的“卡地司法”。在“卡地司法”中, 法官通过援用伦理、政治甚至情感的因素衡量个案的具体事实而形成判决, 而不是理性化地适用作为普遍规则的法律。这种司法给予法官极大的自由裁量空间, 因而是专断的。

“理性”是理解上述法律理想型的关键词。韦伯的社会理论孜孜以求的是探索西方资本主义社会的特征。值得注意的是, 在他看来, “资本主义”并不仅仅是一个经济范畴, 而是一个由特定的政治支配形式、宗教意识形态、经济关系以及法律类型构成的多维体。“理性”则是贯穿所有这些侧面的核心词, 尽管

这位创造概念的大师并没有确切地界定它的涵义而只是频繁地在“非人格化”和“形式化”的意义上使用它。换句话说，“理性”既将韦伯式的“独特的资本主义社会”与前资本主义社会区分开来，又将法律体系和其他社会机制联为一体。大抵是由于他对马克思主义的经济还原论（economic reductionism）倾向的质疑和他在行政研究领域的深厚造诣，韦伯的研究尤其凸显了法律和政治支配形式的紧密关联：形式理性法和实质非理性法分别大致对应于政治领域内的官僚制（bureaucracy）和世袭君主制（patrimonialism）。

韦伯对中国法律史研究的启示主要是一种交叉学科的研究方法。法律社会学打破了法律史和社会史之间的疆界，为关于中国社会的知识进入原本由法律家们垄断的领域提供了可能的路径：用社会来解释法律，从法律中观察社会。也许并非偶然，本文以下将要讨论的几位近期的作者都不是纯粹意义上的法律家，而是广义上的中国学学者，对中国社会的经济、政治、文化或妇女史独有造诣。在他们的研究中，“社会”并非一个遥远的装饰性的背景，而是与法律紧密相连的、实质性的组成部分。在这种意义上，他们的研究都自觉或不自觉地遵循了韦伯的路径。

然而，韦伯对中国法的具体观点仅仅为后来的研究提供了一个经典的批评标靶。尽管并未对中国法进行任何经验研究，所依据的不过是一些二手材料，韦伯还是仓促地把中国法纳入他的宏大的比较法框架，作为“独特的”现代欧洲大陆法的陪衬。他频繁使用的“理性”一词是欧洲启蒙时代的产物，而在在他看来，法律的发展就是“理性”的迈进，或者说是从前现代

东方社会的法律向现代欧洲大陆法律的进步。当代的读者不难看出这种比较研究所隐含的西方中心主义视角以及“现代”和“传统”的二元对立。不过，我在这里想强调的并不是观察者的价值判断或主观意图对研究结论的影响，而是细致的经验研究对宏观比较和理论抽象的意义。中国法律史的研究落后于西方法律史的研究是不争的事实。尽管我们已有了大量的中国法律史概论，但真正以问题为导向的、细致的经验研究却为数甚少。而任何有意义的中西比较研究都必须建立在对比较对象同等充分的经验研究之上。否则，不平衡的经验基础会使中国法研究在理论框架和概念体系上不可避免地偏向西方中心论倾斜，不论作者的主观意图如何。^①

① Robert Unger 的 *Law in Modern Society* (Unger, 1976) 也许是一个最好的例子。该研究是继韦伯之后的又一部雄心勃勃的社会与法律的比较研究，在它出版的时期，美国学界对西方中心主义的反思早已开始，Unger 本人也清楚地意识到韦伯的法律类型中隐含的价值判断 (Unger, 1976: 16)。于是，Unger 创造出的一套新的法律类型，包括：(1) 习惯或互动型的法律 (customary or interactional law)，即在个人和群体的互动过程中重复发生的、并在一定程度上为这些个人和群体认可的行为模式。(2) 官僚或规制型法律 (bureaucratic or regulatory law)，即由国家政权明确颁布和强制实施的成文规则，具有公共性和实在性的特征。(3) 法律秩序或法律系统 (legal order or legal system)，即普遍的、自治的法律 (Unger, 48~58)。他声称这几种法律类型分别是最宽泛意义上的法律和最狭窄意义上的法律，并无高下层级之分。我们不妨相信 Unger 修正西方中心论的意愿是真诚的，然而，单是其对“中国经验”的误用已使他的概念体系显得异常薄弱。譬如，在 Unger 笔下，在公元前 6 世纪的中国，国家与社会尚未开始分离，而社会的主要行为规范/法律是一套默示的“礼”，因此当时的中国法是习惯/互动型法律的典范。然而，大量的考古学证据和文献已显示，公元前 6 世纪的中国早已有了国家制定并公布的成文法。最终，Unger 用从习惯/互动型法律 (中国法) 向法律秩序/系统的线型进步代替了韦伯的“理性”的进步。这种修正与其说是实质性的，毋宁说是修辞性的。

瞿同祖、博迪和莫里斯是早期致力于研究中华帝国的法律与社会的杰出代表。他们在 20 世纪 60 年代出版的《传统中国的法律与社会》（*Law and Society in Traditional China*）（Ch' u, 1961）和《中华帝国的法律》（*Law in Imperial China*）（Bodde and Morris, 1967），至今仍为英语读者视为该领域的必读书目。^① 与韦伯相似，他们也关注法律与社会结构的关联。^② 然而，与韦伯以现代西方法律体系为中心的比较研究不同，他们试图从本土的视角来把握中国法的特征、功能和演变轨迹。而他们对经验材料的运用更不是韦伯这位中国法的外行所能比拟的。

瞿同祖的杰作涵盖了从汉代到清代几乎整个中华帝国时期。他主要提出了两个问题：其一，中华帝国法律的根本特征是什么？其二，从汉代到清代，帝国的法律体系是否发生变化？在讨论第一个问题时，瞿同祖同时考察了中国的社会结构和法律，并在二者之间建立起一种对应的关系。一方面，通过考察饮食、衣饰、房舍、舆马、婚姻和丧葬仪式等，他细致地描述出中国社会中的阶级和家族身份差异。另一方面，他又从成文法典和判例汇编中敏锐地抓住了一部分与法律规制对象的家族和阶级

① 瞿同祖著作的中文版《中国法律与中国社会》早在 1947 年就已面世，却为国内学界所长期忽视，20 世纪 80 年代之前的法律史研究鲜有涉及这本书的。直到近 20 年，中文读者才重新发现了它。Bodde 和 Morris 研究的中译本《中华帝国的法律》已于 1995 年出版。

② 例如，瞿同祖指出，“法律……反映某一时期，某一社会的结构……不能像分析学派那样将法律看成一种孤立的存在，而忽略其与社会的关系”（瞿同祖，2004：8）；Bodde 和 Morris 则认为，“通过对中国法律的系统研究，我们既可了解中国人的国家观，也可以了解中国人的社会观及家庭观（Bodde 和 Morris，1995：36）”。

身份紧密联系的法规，例如有关亲属和有关良贱相犯的法规。这些法规既认可家族内长辈对晚辈、丈夫对妻子的特权，也维护社会中贵族、官员、平民和贱民之间的不平等。因此瞿同祖认为，家族主义和阶级身份的差序性结构构成了中华帝国法律的根本特征。

这种特征是如何形成的呢？对于这个问题，尽管瞿同祖仍未放弃法律与社会结构之间的关联的论点，但分析重心已经完全移向了法律与意识形态，“法律之所以特别着重这两种身份（家族和阶级身份）自是由于儒家思想的影响”（瞿，2004：369）。儒家思想认为差序性的家族和社会身份是维系“礼”和社会秩序的关键，这种学说在汉代击败了法家学说而成为国家意识形态。此后，儒者利用他们在朝廷中的支配地位，持续不懈地将一系列差序性的行为规范以“礼”的名义引入法典。最终，差序性规则超越了普遍性规则，而法律制度成了实施“礼”的代理人。瞿同祖称这一过程为“法律的儒家化”。在他看来，这是中华帝国法律体系的基本演变轨迹。当这一过程在唐代完成之后，帝国的法律便维持了一种静止不变的状态。

相较于瞿同祖，Bodde 和 Morris 大大地缩小了研究范围。*Law in Imperial China* 的主旨是探讨清代的法律制度，而实际上的关注重心仅仅是清代有关重罪案件的司法制度。^① 不过，也正因为如此，它包含的经验证据比同时代的大多数研究更为细致丰富，涵盖了与重罪案件相关的律例、刑罚体系、司法机构

① 清代乃至整个中华帝国时期都没有现代意义上的刑民之分，但重罪案件大致对应于现代的刑事案件，而州县自理的“细事”则包括现代的民事案件和轻微的刑事案件。为了方便起见，本文以下均称之为民事/刑事案件。

和程序，以及来自《刑案汇览》的 190 个案例。Bodde 和 Morris 基本接受瞿同祖的“法律儒家化”的观点，但强调儒—法意识形态之争的另一面，即法家学说的影响。在他们看来，帝国政府也接纳了法家学说中以刑罚为法律的主要功能的主张。由此，他们为读者描述出这样一幅传统中国法律的图景：对民事纠纷漠不关心，而在不得不处理民事纠纷时则采取禁止和惩罚性的姿态。

在当代中国读者看来，无论是“法律的儒家化”还是“以刑为主”都早已成为常识性的观点，但从另一个角度来看这也许正印证了这些研究的影响和生命力。它们都抓住了中华帝国时期法律与意识形态异常紧密的结合，将之视为中国法一以贯之的逻辑或理性，尽管不是韦伯意义上的“理性”。然而，上述研究也有两个值得质疑之处：从方法论上而言，它们对“社会”的定义过于狭窄，基本等同于意识形态化了的静态的正统秩序，而对社会政治经济结构中复杂性和动态的一面缺乏足够的关注；从经验材料来看，它们所使用的主要是法典和标准案例，并不足以清楚地说明法律的在社会生活中的实际运作。

近期美国的中国法律史研究

这里将要介绍的“中国法律、社会与文化”丛书的四位作者原本都是中国社会经济史领域的专家，他们转向法律史研究大致是由于如下契机。其一，20 世纪 80 年代后期，中国开放了大量的司法档案，尤其是州县司法档案。这些档案不仅成倍地

增加了法制史研究的经验材料，还提供了一个新的观察维度：法典、幕令手则以及标准案例汇编，这些早期研究所依赖的资料主要体现了法律的“官方表达”，而原始的司法档案则可以告诉我们法律的具体实践。其二，史学理论和方法的变革也为法律史研究带来了新的视角和问题域。后现代主义者从理论上批评了围绕西方中心论建构起来的现代化范型，促使历史学家，特别是以非西方地域为研究对象的历史学家，反思和重述历史。同时，随着“语言学转向（Linguistic turn）”而兴起的新文化史研究强调表达/话语对客观现实的构建作用，以表达主义/主观主义挑战了60年代以来在西方史学中占支配地位的社会史中隐含的客观主义/唯物主义的倾向。^①在美国的中国史研究领域，这两种趋势共同促成了历史学家向法律史转向。一方面，法律是近代西方文明对中国社会渗透最深的领域之一，那么，探讨中国法律的发展过程及其与现代化模式的背离之处无疑会成为批驳西方中心论的一个有力例证。另一方面，法律制度兼有表达与实践的双重性质，因此对法律的研究有可能为超越新文化史和旧的社会史在方法论上的对立提供一条路径。

很大程度上，黄宗智的《清代的法律、社会与文化：民法的表达与实践》（黄宗智，2001）一书是对瞿同祖等人的经验研究和韦伯的理论框架的反思。在他看来，广义的清代民事法律制度在其运作之中，同时包含国家官方的正式司法制度和民间的非正式纠纷处理制度。他首先用清代的州县司法档案来验证

① 对希望了解史学理论和方法近期转型的读者，新文化史代表人物 Lynn Hunt 所编的论文集 *The New Cultural History* (Hunt, 1989) 也许是一条便捷的途径。

过去的经验研究对官方审判的描述，提出法律的“官方表达”与“实践”的区分；接着借助中国共产党革命之前华北村庄的人类学调查资料分析民间调解，指出清代纠纷处理中存在一个介于官方审判与民间调解之间的“第三领域”；最后，通过对韦伯的理论框架的选择性借鉴，用“实体理性”一词来概括清代法律和政治制度的性质。

如上所述，瞿同祖等人的研究暗示了一个以意识形态为中心、对民事纠纷漠不关心的法律体系。后来的学者又进一步阐发了“无讼”的观念：帝国的法庭很少处理民事案件；除非受讼棍和胥吏的挑唆，良民一般远离衙门；县官们在审理案件时类似调解人，依赖“情、理、法”进行教谕的调停。^①然而，通过对四川巴县（1760~1850年）、河北宝坻县（1810~1900年）和台湾淡水府与新竹县（1830~1890年）的司法档案的考察，黄宗智发现了另一幅图景：民事案件占州县法庭承办案件的1/3，比刑事案件更多；大多数涉讼者都是普通的民众；县官们通常按照成文律例判决案件。在黄宗智看来，这两幅截然不同的图景说明了国家对法律的道德化表达与司法实践之间的背离。

^① 这种观点的代表人物是日本学界的滋贺秀三，见《清代诉讼制度之民事法源的考察——情、理、法》（滋贺秀三，1998）。滋贺及其学生寺田浩明与黄宗智的论争已广为中国法史学界所知，这里不作赘述。在我看来，双方的分歧主要来自两个方面：其一是对经验材料的使用。尽管也使用了满铁的人类学调查成果，滋贺所依据的主要是法典、法律注疏、幕令手则、标准案例汇编等法律史学的传统文献，而黄宗智的研究则得益于新近开放的州县司法档案。其二是方法论上的旨趣。滋贺的路径近于以概念和原理为核心的分析法学，并强调中国和现代欧洲大陆法传统之间的差异；黄宗智则更关心法律的实践逻辑，以及中国法律和中国的政治/经济结构之间的关系。

值得注意的是，黄宗智并没有就此将表达视为无意义的包装，而是主张“清代的法律制度只能通过其道德表达和具体实践的系统相关来理解”（黄宗智，2001：3），正是这两个方面的矛盾抱合才真正界定了清代法律制度的性质。清代成文法的律例结合的结构、审判中的具结制度以及牧令书都兼备道德说教和实际操作的双重功能。进而，官方表达作为一种话语还会强有力地影响实践，譬如，把民事案件看作“细事”会阻碍民法制度的充分细致化和标准化。

在国家正式司法制度之后，黄宗智根据满铁 1940~1942 年对华北 3 个村庄所做的实地调查，考察了民间调解。村庄内的大多数纠纷是由社区一宗亲调解来解决的，但也有一部分演变为诉讼；州县司法档案也显示，相当大的一部分民事案件（黄宗智所使用的 628 个民事案件中的 258 件）在判决之前就已撤回，在庭外由民间调解处理。两者都证明了国家正式司法制度和非正式的民间调解的相互依赖。换言之，官方审判和民间调解是清代纠纷解决机制的两个不可分割的部分，黄宗智将它们统称为“民事调判”。

与官方审判一致，民间调解也显示了官方表达和实践的背离与抱合。按照官方表达，社区宗亲调解依据的是道德化的“天理”和“人情”，法律的作用甚微。然而，黄宗智的研究告诉我们，国家法对民间社会的渗透以及官方审判对民间调解的影响远不止于此。满铁的调查资料表明，在 1910~1930 年的 20 年间，平均每年每村发生 6 起诉讼案件，相当于每 9 户中有一个新的当事人卷入诉讼。由于村庄内的纠纷很可能演变为诉讼，调解人实际上会将国家法的规定纳入考虑之中。而那些在诉讼

中途撤诉的案件则更明显地体现了国家法对民间调解的影响以及官方审判与民间调解的互动。首先，一旦纠纷演变为诉讼，亲戚邻里和半官方的乡保就会加紧调解；其次，县官对案件的初步意见会向诉讼人公开，成为双方讨价还价的基线。事实上，不少当事人都把诉诸国家法和法庭作为一种促使纠纷在庭外解决的策略。这样，黄宗智描述出了一个纠纷处理的“第三领域”，官方审判与民间调解，国家法和其他非正式规则，共同影响着纠纷处理的过程和结果。

由此，黄宗智成功地将清代的民事法律制度重新阐释为一个由官方表达与实践、官方审判与民间调解组成的体系。在这个体系中，成文法相对独立于政治和道德意识形态，指引着纠纷处理的过程。这一结论并不限于民事法律制度，也有助于我们对清代法律制度总体的再思考。按照清代的官方表达，政治和道德的意识形态对民事司法的影响比对刑事司法更大。那么，如果承认成文法在民事司法中的作用，我们就不得不反思那种认为清代的法律制度是任意专断和反复无常的观点。

本书的最后一章是理解黄宗智的研究路径的关键。前面八章已经多次提及清代法律与政治制度的关联，而最后一章则借助与韦伯的对话阐明了全书“法律与社会”的旨趣。一方面，黄宗智批评了韦伯的两极化的类型学中隐含的目的论和西方中心论，认为“卡地司法”这个概念并不适用于清代的法律制度，而借用韦伯的尝试性概念“实体理性”来概括清代法律的矛盾性质。“实体”指官方表达所说的法律应受道德原则的支配，“理性”则指实践中法律为解决纠纷提供实用和恒常的指导。另一方面，他又接受韦伯在法律与政治支配形式之间建立的同质

性关系，从“实体理性”的法律类推到“世袭君主官僚制”的政治制度。黄宗智认为，清代的政治制度与法律制度相对应，都是表达与实践的矛盾抱合。“世袭君主制”指官方表达中皇帝的绝对权威，“官僚制”则指实践中相对独立于统治者个人的、形式化的官僚机制，而这两方面的矛盾抱合正是中华帝国的政治制度得以长寿的秘密。^①这样，黄宗智就将其研究从法律史拓展到社会—政治史领域。

无论就其研究的对象（法律—政治）还是关注的问题（中国法律—政治制度的性质）而言，《清代的法律、社会与文化：民法的表达与实践》都可归入“宏大叙事”的一类。因此，它或许是“中国的法律、社会与文化”丛书中最符合国内读者欣赏惯性的一本。不过，这本书或许也暂时中止了在中国法律史领域内进行类似的宏观研究的必要性。参照西方法律史研究不断细化的过程，中国法律史研究的成熟也有赖于真正细致丰厚的经验知识的积累。在此基础上，中国学界才可能创造出一套脱离西方理论话语陷阱之外的概念体系。另外，宏观研究比较适宜于对静态特征的把握，而不利于对动态变化的观察。譬如，瞿同祖认为中国法律在唐代之后基本上是停滞的，黄宗智则回避了这个问题。本文接下来要讨论的几本书，包括黄宗智本人对清代和民国法律的比较研究，都明显地表现出一种从宏大叙事撤退的趋势，而转向对法律历时性变化的考察。

① 熟悉孔飞力《叫魂：1768年中国妖术大恐慌》一书的读者应该会记得他提出了一个类似的概念“官僚君主制（bureaucratic monarchy）”（孔飞力，1999：第九章）。不过，孔飞力强调的是官僚与君主的对抗，而黄宗智则认为官僚与君主不但矛盾而且相互依存。

白凯的《中国的妇女与财产：960~1949》（白凯，2003）讨论了从宋代到民国时期的财产继承制度。这项研究是将妇女史研究以女性为中心的视角引入中国法律史研究的一项可贵的尝试（近年来，妇女史已成为西方史学界最具创造力的研究领域之一，该领域的学者们“性别化历史”的努力有可能全面颠覆过去以男性为中心书写的历史）。此外，由于论题切入的相对狭窄，白凯得以最大限度地穷尽相关的经验材料，她的研究使用的主要材料包括438件财产继承案件的档案（68件来自清代，370件来自民国时期）、大量的判例/判词集以及地方官员的日记和传记。不过，该研究最后呈现给读者的实际上远远超出了作者的初始命题，而涉及法律的制度变迁和法律移植等更广阔层面的问题。

过去的研究通常认为，中华帝国的财产继承制度是静止不变的，即由诸子均分家产，妇女至多可能在出嫁时得到一份嫁妆。^①白凯则认为，这种静态的画面大抵源于男性中心的视角，忽视了帝国时期财产继承制度中分家与承祧的区别：前者适用于有子的家庭，后者则适用于无子的家庭。这种忽视绝非无关紧要，人口学研究表明，中国大约有1/5的家庭没有亲生儿子，因此要通过承祧来延续宗脉并继承财产。从宋代到清代，虽然分家制度相对静止，承祧制度却经历了相当复杂的变化，而这些变化集中体现在妇女的财产继承权中。在宋代，为无子的男

① 日本学者仁井田陞和滋贺秀三认为南宋是一个例外，因为女儿可以在分家时得到相当于儿子所得份额一半的家产，而如果娘家绝嗣，她的权利就更大。不过，正如白凯的分析，他们依据《名公书判清明集》中几个案例而得出的结论是对南宋继承制度的误解（转引自白凯，2003，第一章）。

性立嗣尚未成为法定的强制义务，妇女有权继承或者和国家分享绝户的财产。一个重要的变化发生在明代早期，国家法开始强制侄子继嗣，妇女的财产权因而大大缩减。女儿完全丧失了继承权，寡妇也只能秋毫无犯地为法定的嗣子保管财产。另一个显著的变化则发生在清代中叶，在强制侄子继嗣的框架内，法律规定寡妇（妻/妾）可以越过法定的继承顺序（“应继”）而在族侄中自由选择嗣子（“爱继”）。尽管在清代的话语中这种择嗣的“权利”更像是寡妇对夫家的责任，但它实际上大大加强了寡妇对家庭财产的控制权。在细致地描述承祧制度的各种形态的同时，白凯也在“法律—社会”的框架下揭示了这些法律规制背后的理性。譬如，宋代妇女的财产权利主要是国家意图将绝户的财产纳入国库的努力的副产品，清代的变化则源于贞操崇拜的兴盛和寡妇/节妇地位的上升。

如果说白凯对从宋代到清代的妇女财产权利的分析揭示了晚期帝国法律在静止的表面之下的动态因素，她对清末和民国时期的研究则可以解读为对中国历史上最浩大的法律移植运动的具体而微的个案分析。在这一部分的讨论中，她不仅区别了成文法与法律实践，也注意到了最高法院和地方法院在法律实践中的不同倾向。清末的修律运动引入了现代西方法律的价值观念和话语。尽管有关继承的实体法在民国民法典颁布（1931年）之前保留不变，大理院（清末的最高法院和法律解释机构）却通过审理上诉案件启动了实质性的变化。如上所述，清代对寡妇择嗣的自由定义得相当暧昧。因此，她必须立嗣并在族侄中选择嗣子，否则即是非法；她也必须和公婆以及夫家的族长商议，否则便是“私立”。由于西方“权利”话语的引入，大理

院则明确地把择嗣定义为寡妇的排他性的个人权利。更有趣的是，尽管实体法仍保留了在族侄中选择嗣子的规定，新的程序法却技巧地排除了这一限制，因为宗亲们完全丧失了针对寡妇立嗣的诉权，包括非法立嗣。不过，白凯也指出，大理院的判决或许并不代表清末司法的常态，地方法院往往更愿意遵循旧的法律原则。一个主要的原因是旧的法律原则与习惯和社会经济结构更具亲和性，而这无疑是移植外来法律到中国土壤的一个主要障碍。

白凯对国民民法典的讨论清楚地展现了法律移植过程中的一个普遍困境，即，新的法律秩序与社会现实之间的断裂以及随之而来的立法者原意和法律实效的背离。按照个人财产原则和男女平等原则，国民民法典彻底重构了财产和继承的法律概念体系。国民党的立法者摒弃了与“同财共居”的家庭经济结构密切相连的“家产（家庭成员共有的财产）”的概念，而把它重新定义为父亲个人的财产^①；用遗产继承取代了分家和承祧；并赋予妇女与男性平等的继承权。总之，立法者们真诚地希望“他们的现代民法典会给妇女权利带来史无前例的进步”（白凯，2003：106）。然而，这种进步对妇女财产权的实际意义是多重性的。寡妻获得对她所继承的财产份额的完全所有权，但也失去了旧法律赋予的对家产的控制，因而实际的经济地位反而可能下降。寡妾和寡媳要不幸得多，她们不但没有获得继承权，也失去了在“同财共居”制度下类似寡妻的权利。女儿的继承

^① 在国民民法典中，家产作为父亲个人的财产的原则不是通过正面阐述，而是通过排他性的规定体现的。家庭中所有不为儿女和妻子拥有的财产皆为父亲的财产，在其去世时成为他的遗产（白凯，2003：104）。

权能否实现则在很大程度上取决于父亲的意愿，因为在个人财产自由处分的原则之下，法律并不禁止父亲在生前就将财产分给儿子或赠与他人而事实上剥夺女儿的继承权。

如果说白凯的研究是“中国的法律、社会与文化”丛书之中最接近法律家旨趣的一本，苏成捷（Matthew Sommer）的研究则无疑会为性史的研究者所钟爱。《晚期中华帝国的性、法律与社会》（*Sex, Law, and Society in Late Imperial China*）（Sommer, 2000）一书利用清代的地方和中央司法档案、历代律典和中国古典文学作品，极尽翔实地描述了从唐代到清代中华帝国对性的法律规制以及性对普通民众尤其是那些处于社会底层的边缘人群的意义。

苏成捷的研究在一定程度上印证了瞿同祖指出的中国法律的家族主义特征。他指出，从唐代到清代，法律持续沿用“奸”这个术语来指称性犯罪。通过分析这一基本范畴，他辨析出历代性规制的一些恒定的特征：异性间的性行为是法律规制的重点；婚姻之外的性行为皆为犯罪^①；性犯罪意味着一个男性对另一个男性血统世系的威胁。换句话说，性规制的基本目的是保护父系家庭。苏成捷解释道，在中华帝国，规范的性秩序是家庭秩序以及以家庭为核心的社会秩序的基石。妻子对丈夫的性忠诚不仅意味着世系血统的纯正，而且对应着个人对国家的政治忠诚，妻子的性乱则意味着世系血统的紊乱并对应着政治叛乱。法律对家族伦理的认可和继受体现了国家和家族两种意识

① 不过，苏成捷也指出，这一定义并不普遍地适用于具有不同阶级身份的人们（Sommer, 2000: Chap 2）。

形态的互动的统一。

然而，与白凯的研究相似，苏成捷更关注的显然是那些在静止表面之下的发展和变化。通过讨论有关强奸、鸡奸和卖淫的立法与案例，他为读者展示出一系列看似零散实则相连的变化。譬如，在立法者和司法者心目中典型的强奸犯和受害人的身份转变。在唐代，他们分别是精英家庭内的男性奴仆和主人的妻女，而在清代则分别是游荡在家庭秩序之外的外来男性——“光棍”和良民（平民/农民）家庭内的妇女。再譬如，清代在中国历史上首次立法禁止男性之间的鸡奸行为，对鸡奸类推适用有关强奸的立法，而法律构想中典型的鸡奸犯仍然是“光棍”，只不过受害人换成了良民家庭中的少年男子。最戏剧化的变化也许是雍正皇帝的改革。在1723年之前，“良民”和“贱民”是两种不同的社会和法律身份，与之联系的是不同的性道德标准和刑事法律责任标准。法律禁止良家妇女的一切婚外性行为，贱民则可以世代从事淫业。1723年的改革永久性地废除了贱民身份，同时也彻底将卖淫犯罪化。在苏成捷看来，这些变化可以概括为性规制的法律“从差序的身份表现到普遍的性别表现”的渐进发展。法律一方面将原来仅仅适用于良民的性道德和法律责任标准扩展到社会的各个阶级，另一方面又要求男性和女性均忠实地扮演规范的婚姻和家庭秩序所需要的角色。

苏成捷认为，性规制法律中的“从差序的身份表现到普遍的性别表现”的趋势反映了中国社会的两个变化过程。其一是中国社会各阶级之间的法律身份差异逐渐夷平。至少从清代开始，最显著的社会分界已不再是同处家庭秩序之内的精英阶层

与奴仆和雇工阶层之间的身份差别，而是家庭秩序之内以农民为主体的良民阶层与家庭秩序之外的各种社会边缘人之间的身份差别。随之而来，司法保护的重心也从精英家庭移向农民家庭，这一过程类似于白凯所说的“法律的农民化”（Bernhardt, 1996）。其二是社会底层民众的生存危机加剧，造就了一个日益膨胀的“光棍”群体。由于人口过剩和农业内卷化，性对于社会底层的男性成为一种稀缺资源。这些无力娶妻的男性游离于规范的家庭秩序之外，对农民家庭的妻子、女儿和少年男子构成一种特殊的“阳具威胁”。在司法关注重心的下移和“光棍”群体的膨胀这两重因素的作用之下，现实中对农民家庭的威胁甚至以放大的形式呈现于立法和司法者的想像中。于是，一种新的危险人物被建构出来成为司法焦虑的对象——威胁良民家庭的“光棍”取代威胁精英家庭的奴仆成为家庭/社会秩序的头号敌人，也成为一系列新的立法严惩的对象。不仅如此，法律还希望通过以推广严格的、良民的性道德和刑事责任标准来促使人们尽职地履行他们的家庭角色，而抵御对外来威胁。禁止鸡奸并不是由于满族统治者的“同性恋厌恶”，而是因为“被插入”意味着对男子气的极大的损害和污染，从而妨碍被插入的男子扮演他的家庭角色。废除贱民身份和犯罪化卖淫也并不意味着“进步”或“解放”，而是捍卫家庭的宣言——“一切妇女皆为妻子，一切男子皆为丈夫”——的逻辑延伸。当然，尽管成文法普遍化了良民的性道德和刑事责任标准，对社会现实和法律实践的改变却颇为有限。苏成捷的研究表明，商业化的卖淫依然繁荣，男性的社会精英也依然享有事实上的性特权，几乎从未出现在奸罪的司法档案中。这或许也再一次提醒我们，

立法和司法者们真正关注和密切监视的是那些处于家庭秩序之外的“光棍”。简而言之，有关性规制的法律的历史折射出一个变迁中的社会以及国家运用法律适应社会现实的策略。

除了性规制法律的历史之外，苏成捷还讲述了另一个故事，即性对于晚期帝国普通民众以及边缘人群的意义。而这个故事之所以可能在很大程度上缘于司法档案中所包含的那些“人类学材料”，譬如，性犯罪案件中当事人的身份、社会背景以及他们对犯罪事实的陈述。换句话说，这些材料使作者能够尽可能真实地复现那些被精英文化/历史排除在外的普通民众和边缘人群的声音。苏成捷告诉我们，对他们来说，性不仅是一种生理需要，更是一种生存策略：对于寡妇，贞操是她们主张财产、门户独立以及对子女的监护权的基础；对于破产而又不务正业的农民，仅有的“生意”可能只是出卖自己对妻子的性垄断，因此在司法档案中，常常会见到这种人带着妻子四处卖淫为生；而在社会边缘群体之中，通过仪式化的阴茎插入，性成为维系这个群体的纽带和建立等级秩序的方式，接受插入者则在这个群体中获得生存的机会。

如果说苏成捷借助司法档案中的人类学资料重构了一些社会边缘人的生活，白德瑞（Bradly Reed）则运用清代四川巴县的行政和司法档案复现了一群“政治边缘人”——胥吏和衙役。他们是精英话语所排斥的“衙蠹”，也是晚期中华帝国地方行政和司法场域内的主要行动者。通过描述和分析这一群体的组织和日常实践，《爪牙：清代县衙门的胥吏和衙役》（*Talons and Teeth: County Clerks and Runners in the Qing Dynasty*）（Reed, 2000）揭示了地方政府实践中的正式与非正式制度以及国家和

社会之间动态复杂的关系。

过去的研究通常认为，胥吏和衙役体现了晚期中华帝国地方行政制度的失序：他们大多是超出地方政府法定编制的雇员，游离于国家用来组织和规制官员的行政法律之外，并以向普通民众收取法律禁止的“规费”为经济收入的来源。^①在白德瑞看来，这些研究有两个不足之处。其一，它们主要反映了官员和士绅等社会精英的表达，而忽略了胥吏和衙役的实践（当然，这种忽略在很大程度上是囿于当时有限的经验材料）。其二，它们隐含的参照系都是韦伯以现代西方政治制度为模型而建构的理性的官僚制。按照韦伯的描述，官僚制是形式化（formal）、专门化（specialized）和法律化（legal）的：官员的权威来源于他们的行政职位，而与人身分离；官员必须具备履行其行政职责的专门技能；一切行政组织和行政行为皆受正式法律的规制。显然，如果要在韦伯的框架下解释胥吏和衙役，他们只可能是一种反常和失序。换句话说，他们提供了一个证明传统中国的行政制度是现代西方官僚制不成功的翻版的最佳例子。这种解释路径的缺陷在于，它假定中国的行政制度是按照韦伯“从世袭君主制到官僚制”的模式发展的，从而遮蔽了胥吏和衙役这一

① 这些研究包括瞿同祖的经典之作《清代地方政府》（*Local Government Under the Qing*）（Ch'u, 1962）。尽管指出规费不完全等同于腐败，瞿同祖仍然强调胥吏和衙役造成了地方行政的效率低下和不公正，是一种失序的表现。然而，这本书仍不失为迄今为止对清代地方政府最全面的研究。在我看来，它对幕友的讨论尤有见地。瞿同祖认为，县令的私人幕友构成了地方政府中的非正式制度，他们以专门化的行政技能弥补了正式制度的不足。这种对正式/非正式制度的区分应当对包括白德瑞在内的新一代研究者很有启发。遗憾的是，在分析作为地方政府主要组成部分的胥吏和衙役时，瞿同祖放弃了这种区分。

现象所蕴含的独特的制度和文化意义。

白德瑞认为，胥吏和衙役的存在以及精英话语对他们的憎恶体现了晚期中华帝国政治制度的独特逻辑。与韦伯描述的官僚制不同，新儒家的政治意识形态认为道德是政治权威的合法性基础。因此，享有政治权威的官员们只能是那些通过科举考试选拔出来的、熟读儒家经典的“仁人君子”。同时，这一制度又需要一部分从事各种技术性行政事务的胥吏和衙役，他们是国家以税收的形式招募来的短期“劳役”。一方面，劳役性质的职业本身即带有一种道德上的否定意味；另一方面，他们没有资格领取薪俸，而要以收取“规费”为生。换言之，按照新儒家意识形态设计的正式制度造就了胥吏和衙役“衙蠹”的形象。为了控制这种“仁政”之中不得不容纳的邪恶，中央政府从北宋以来就对胥吏和衙役设定了严格的编制。然而，随着人口增长和社会经济的复杂化，地方政府的行政负担持续加重，县官们不得不雇用超编的胥吏和衙役，而为了保护自己的声誉，他们又需要不断地谴责这些“衙蠹”。

那么，这些精英话语中的“衙蠹”在地方行政实践中又扮演了何种角色？白德瑞认为，他们构成了地方政府内相对自治的、理性化的“法外制度”（extrastatutory system）^①，是地方行政实践的主要支柱。巴县档案表明，至少在清代，胥吏和衙役已不再是正式制度所规定的短期劳役，而成为一种长期和稳定的职业。他们凭借长期任职和专业化的技能，很大程度上控制

^① 白德瑞并未区别“法外制度（extrastatutory system）”与“非正式制度（informal system）”，而常常交替着使用它们，不过在这里前者似乎比后者更为贴切地界定了衙役和胥吏在行政体制中的位置。

了地方行政的物质资源，譬如，土地和税收的鱼鳞册、司法档案、印章和监狱等。而胥吏和衙役所征收的规费不仅用于维持他们自己的生计，也成了地方衙门行政经费的主要来源，因此可以视为对正式制度中僵硬而有限的财政税收体系的必要补足。

为了正当化自己的职业，胥吏和衙役们在实践中建立了一套习惯性的纪律和程序，包括录用升迁、职能分工、收取规费的标准以及解决内部纠纷的方式。这些规则的正当性也为县官和当地社区所认可。譬如，当胥吏和衙役之间的纠纷无法通过内部的“调解会（mediation council）”解决时，县官通常援用这些规则进行处理。此外，胥吏和衙役还创造出一套自我表达：胥吏通常自称是失意科场的儒生，衙役则是国家的公仆，两者都以自己勤恳无私的劳动换取报酬（规费）。换句话说，他们占用了（appropriate）新儒家意识形态和国家正式制度的象征资本，并融入新的职业者伦理，自我疏离于精英话语中的“衙蠹”形象。当然，清代的胥吏和衙役并不等同于韦伯式的“官僚”——他们的组织和实践也依赖于许多非形式化的因素，譬如，宗族和师徒关系。不过，白德瑞认为，在特定的文化和社会背景下，这些因素也有保证从业者的专业素质和稳定职业内部组织的正面价值。

对于中国法律史的学生，白德瑞的研究最相关的一部分或许是“司法的经济学”（Reed, 2001, Chap6）。司法的领域呈现出县官、胥吏和衙役以及士绅之间复杂的互动关系。诉讼费是规费的主要组成部分，因此是地方政府和胥吏衙役们的利益所在。而调解社区纠纷也是地方精英们象征资本的重要来源。于

是，巴县的士绅们一方面以“衙蠹”的话语为策略，促使当地民众尽可能地在社区内部解决民事纠纷；另一方面则建立“绅局”，以社区利益保护人的身份与胥吏和衙役协商制定刑事案件的收费标准，并监督其实施。这些源于收费监督的“绅局”在实践中不断扩充权力，甚至开始干预胥吏和衙役的录用和升迁。对此，县官的态度是双重性的：他们希望借助士绅控制那些已经相当独立于正式制度和他个人的权威之外的胥吏和衙役，因此赋予“绅局”半官方的权威；同时，地方政府的运作依赖胥吏和衙役以及他们收取的规费，因此县官又必须制衡士绅权力的扩张。白德瑞的分析印证了黄宗智的观点，即诉讼费并没有阻止普通民众诉诸于国家的正式司法制度（黄宗智，2001）。除此之外，“司法的经济学”还有助于我们重新思考中华帝国晚期国家与社会的关系。早期的研究，如萧公权（Hsiao, 1960）和瞿同祖（Ch'u, 1962），通常使用“国家正式制度（从中央政府到县衙门和保甲）—地方精英的非正式制度（士绅）”这样的二元模式来解释中国社会的权力关系。近期的作者，如孔飞力（Philip Kuhn, 1975）和杜赞奇（Prasenjit Duara, 1988），则把底层行政人员视为独立于、并不断与国家权威和社区利益相冲突的行动者。白德瑞对胥吏和衙役的理解也许最接近黄宗智所描述的正式与非正式制度互动的“第三领域”（黄宗智，2001），不过，他基本放弃了划分领域的方法，而强调胥吏和衙役、县官，以及士绅对来自正式或非正式制度的物质和象征资本的策略性运用。这种方法虽然丧失了理论框架的优美和对称性，却有助于呈现多层次的经验。

黄宗智的《法典、习俗与司法实践：清代与民国的比较》

是他的法律史三卷本中的第二卷，也是“中国的法律、社会与文化”丛书暂时的终结篇。^①这本书所使用的主要材料包括19世纪中期到20世纪40年代的875件地方司法档案、满铁和北洋政府对习惯的调查、民国民法典的历次草案，以及1912~1946年间的大量司法解释。作者按照档案记录中的诉讼频率，选择了五个于社会生活有最大关联的法律分支领域，而在每一领域内就法典、习俗与法律实践三个层面比较和分析了清代和民国的法律制度。在我看来，这本书不仅延续和拓展了黄宗智本人对清代法律研究中的一些主题，也对该系列其他作者言明或隐含的主旨做了一个理论总结。

黄宗智在该书的中文版序言中说，“国内不少读者对我上一卷关于清代法制的论点持有保留，我希望他们会被两本书结合起来的论证论据说服”（黄宗智，2003：2）。如上文所述，黄宗智的第一本书的一个基本论点是清代的法律制度并非韦伯笔下的“卡地司法”，而是在相当程度上维护了普通民众“权利”的“实体理性”法。显然，第二本书通过在五个法律分支领域内的多层次的比较加强了这一论点。首先，与第一本书不同，第二本书把习俗也纳入考察范围，而把法律制度定义为一个包括法典、习俗与法律实践的综合体。在黄宗智看来，习俗反映了社会的现实的经济和文化，它既不等于普通法国家中作为成文法法源的习惯法，也不必然与成文法对立。因此，法典与习俗的比较有助于揭示法律与社会现实之间的一致与背离之处，而

① 黄宗智和白凯两位教授以及他们的研究生 Jennifer Neighbor、Margaret Kuo、和 Lisa Tran 仍在继续以中国法律史为题的研究。这些研究无疑会在不久的将来成为“中国的法律、社会与文化”系列的新篇章。

黄宗智的研究表明，清代的法律在很大程度上符合当时的小农社会（虽然已经部分地商品化）的生存经济和父系家庭秩序的逻辑，换言之，具有经济和文化伦理的情景合理性。其次，黄宗智又引入了民国的法律制度，以之和清代的法律制度互为陪衬，以阐明两者各自的逻辑。仅就我们理解清代的法律制度而言，这种比较的意义是双重的。一方面，作者证明了清代的法律甚至比西化和“现代的”的民国法典具有更大的情景合理性。另一方面，他又通过往复的比较，重构了一些在现代西方法律话语中无法找到对应词的清代法律概念的“意义之网”，以及习俗中蕴含的那些公众实践未经言明的逻辑。在作者对典、田面权以及妇女的“消极的自主权”等的分析中，读者应当不难发现克利福德·吉尔茨（Clifford Geertz）的“深度描写”和皮埃尔·布迪厄（Pierre Bourdieu）的“实践逻辑”的影响。

到这里为止，我对该研究的部分重述很可能会误导熟悉当代中国司法改革中“本土”与“西化”之争的读者得出一个印象，即该研究是隶属于“本土”派的作品。而这当然与该研究的意旨大相径庭。通过对晚清修律和民国法典几易其稿的过程描述以及清代和民国法典的比较，黄宗智用细致的经验材料展现了中国法律的概念体系发生的巨变，也概括出种种变化之下的逻辑：清代法典体现的是小农社会中的父系家庭秩序和生存经济的逻辑，而民国法律中渗透的却是资产阶级社会的个人权利和契约经济的逻辑。不仅如此，他还通过对法律实践的分析肯定了晚清和民国的法律改革者们“移风易俗”的勇气和这些改革的实效。譬如，甚至在旧习俗最顽固的离婚领域，民国的法典和法律实践也为那些性格坚强的妇女提供了坚持她们新获

得的权利的机会。这可以视为对以往的晚清和民国法律史研究的主流观点的部分认同。然而，与以往大多数研究不同的是，黄宗智的研究对清代和民国的法律制度之间的延续也给予了同等的关注。在法典的层面上，民国的法典不仅包括借自德国民法典的概念，也选择性地保留了清代的法规。譬如，它采纳了典的范畴，对借贷加以利率限制，并规定赡养双亲为强制性义务，因而部分地认可了小农社会中生存经济和父系家庭秩序的逻辑。在法律移植相对容易的法典层面尚且如此，法律实践与习俗方面的延续则更为明显。该研究通过大量的案例显示，民国的司法者们斡旋于西化的法典与当时的社会习俗之间。

那么，清代和民国的法律制度之间的变化和延续究竟意味着什么？在黄宗智看来，这意味着中国法律追求现代性的独特路径：民国的立法者对他们的德国模型的坚持和舍弃也许并不代表一种贬义上的妥协，而是在过去的—个世纪里几乎所有非西方社会的知识分子寻求现代性的方式——不是接受文化的整体，而是有选择地援用。法律制度从清代向民国的转变并不是在“传统/现代”或“本土/西化”这样的二元对立结构中做出非此即彼的选择，而是“两者之间的迁就与对抗、延续与巨变”（黄宗智，2003：p196）。

围绕西方中心论构造的现代化范型通常忽视非西方社会的“地方性知识”，而以西方社会走向现代的范型来诠释非西方社会的历史进程。吉尔茨那样的后现代主义者批评现代化范型的普适性以及其中隐含的落后/进步的价值等级，不过他们在珍视非西方文化的“地方性知识”的同时也以文化相对主义的姿态拒绝了现代性本身。两者同样暗示了一种“传统/现代”的二元

对立的前设。“中国的法律、社会与文化”丛书的各位作者对上述两种倾向都持有审慎的怀疑，他们选择了从历史细微或宏大的变迁中发现中国社会和法律发展、乃至走向现代的独特路径，而该丛书的最近一篇则从理论的角度言明了他们共同的智识追求。

结 语

正如这篇书评的开端所说，本文希望通过评述“中国的法律、社会与文化”丛书而对填补中国和美国法律史研究者之间的话语间隙有所助益。本文的讨论集中于这些作者所使用的材料、方法和理论框架，因为在我看来，它们或许正是国内学界同行们可资借鉴之处。

这批研究对材料把握应该最易引起国内同行的激赏。国内的法律史研究有深厚的经验研究传统，但通常囿于传统的史料，因此对法律的实践缺乏关注。而近期美国的法律史研究者对一些经典观念的挑战最终都建立在发掘和利用新的史料之上，如地方档案和人类学调查报告。

中国读者较为不易理解的或许是这些作者对方法和理论框架的注重。在我看来，目前国内的学界有理论和经验研究分离的趋势，在法律史研究领域内的主流则偏向于拒绝谈论方法和理论框架的经验主义。希望我对早期和近期法律史研究的比较已经表明，不同的方法和理论立场在相当程度上影响了研究者对经验材料的选择和解释。同时，理论框架和方法也是标示一

项研究在学术传统中的位置和贡献的坐标，从而对建立一个成熟、并且不断积累的学术传统至关重要。

最后，撰写书评也是评论者按照自己的意图重述原作的过程，不免有所削减甚至曲解。相信细心的读者会从原著中获得更丰富的经验和启示。

参考文献

白凯 (2003): 《中国的妇女与财产 (1960~1949年)》, 上海书店出版社。

布迪、莫里斯等著, 朱勇译 (1995): 《中华帝国的法律》, 江苏人民出版社。

黄宗智 (2001): 《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。

—— (2003): 《法典、习俗与司法实践: 清代与民国的比较》, 上海书店出版社。

孔飞力著, 陈兼、刘昶等译 (1999): 《叫魂: 1768年中国妖术大恐慌》, 上海三联书店。

瞿同祖 (2004): 《瞿同祖法学论著集》, 中国政法大学出版社。

滋贺秀三、寺田浩明等著, 王亚新、范愉等译 (1998): 《明清时期的民事审判与民间契约》, 法律出版社。

Bernhardt, Kathryn. 1996. "A Ming - Qing Transition in Chinese Women's History? The Perspective from Law." In G. Hershatter et al., eds., *Re-mapping China: Fissures in Historical Terrain*. Stanford: Stanford University Press.

- Ch'u T'ung - tsu. 1962. *Local Government in China under the Ch'ing*. Cambridge: Harvard University.
- Diamant, Neil. 2001. "Book Review: Sex, Law and Society in Late Imperial China." *American Historical Review*, 106, 2, 546~548.
- Hunt, Alan. 1978. *The Sociological Movement in Law*. Philadelphia: Temple University Press.
- Hunt, Lynn. 1989. *The New Cultural History*. Berkeley: University of California Press.
- Hsiao Kung - ch'uan. 1960. *Rural China: Imperial Control in the Nineteenth Century*. Seattle: University of Washington Press.
- Kuhn, Philip. 1975. "Local Self - Government Under the Republic". In *Conflict and Control in Late Imperial China*, ed. Frederick Wakeman and Carolyn Grant, 257~298. Berkeley and Los Angeles: University of California Press.
- Reed, Bradly. 2000. *Talons and Teeth: County Clerks and Runners in the Qing Dynasty*. Stanford: Stanford University Press.
- Sommer, Matthew. 2000. *Sex, Law and Society in Late Imperial China*. Stanford: Stanford University Press.
- Weber, Max. 1968. *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*. New York: Bedminster Press.
- Unger, Robert. 1976. *Law in Modern Society: Toward a Criticism of Social Theory*. New York: The Free Press.