

# 西方学术视野中的帝制中国法律文化图景\*

赵 刘 洋

〔摘 要〕西方学界对帝制中国法律的认识受到“现代主义”价值的影响，“现代主义”的中国法律史研究主要有两类：一是关于帝制中国法律的社会基础的认识，认为帝制中国法律的社会基础是“东方社会”，将帝制中国法律与西方法律对立，并注重批判帝制中国法律的“专制主义”；二是关于帝制中国法律的制度功能认识，认为帝制中国法律的主要功能是社会秩序控制，同样将帝制中国法律与西方法律对立。“现代主义”的中国法律史研究洞见与偏见并存。西方学界内部对“现代主义”中国法律史研究进行深刻反思。其反思对于国内的中国法律史研究有诸多借鉴意义。

〔关键词〕学术理论；帝制中国；中国法律史；“东方社会”；跨文化理解

〔中图分类号〕K03 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕0583-0214(2017)05-0104-14

## 一 引言：中国法律史研究中的“现代主义”

美国斯坦福大学教授苏成捷 (Matthew H. Sommer) 曾敏锐地指出，西方学界关于“帝制中国” (imperial China) 法律的认识长期受到一套“现代主义价值” (the basic values of the Enlightenment) 的影响，并将其称为“现代主义范式”的法律史研究 (the western paradigm of progress in law)。关于此种研究范式的特征，他详细解释道：“此类研究很大程度上以静态的方式描绘帝制中国的法律，静态的中国法律与不断进步的西方法律形成明显对比，后者的进步表现在诸多方面如个人权利的扩展、政府权力受到宪法的制约等。‘现代主义范式’法律史叙述不过是‘现代性的元叙述’ (the metanarrative of modernity) 的一个子集而已，这种源自启蒙时代的历史叙述，将历史描绘为不断走向进步、自由和更加美好的一个过程。”在他看来：“此种研究范式在西方的历史叙述中占据重要位置，尤其对于那些深深认同启蒙价值的多数西方人而言，此种范式更具吸引力，这使得我们无法轻易忽视它。”<sup>①</sup>

他进一步指出，此种研究范式最明显的弊端在于使我们对中国法律史上某些确实发生的有意义的变化视而不见。苏成捷以瞿同祖的经典著作《中国法律与中国社会》为例说，在这部著作中，可以看到，“因为帝制中国法律并未发生西方意义上的‘法律现代化’，因此中国法律史上的任何变化皆无足轻重。瞿同祖的假定是，如果中国法律没有经历西方意义上的法律进步，那么其余的任何变化皆不具有历史意义，因为西方的模式已经设定了关于何种变化才是有意义变化的标准”<sup>②</sup>。

苏成捷深刻反思了“现代主义价值”对中国法律史研究的影响，此种反思的确有助于西方学界正视中国法律历史的主体性，但是问题并没有就此解决。显然，不仅仅限于中国法律史领域，跨文化理解如何成为可能亦是西方中国研究领域必须直面的方法论问题，正如华盛顿大学教授董玥在新近的一篇文章所指出的：“尽管关乎普通民众的社会史以及语言学转向（以及人类学转向）的文化史的兴

\* 基金项目：中国人民大学 2016 年度拔尖创新人才培养资助计划。

① 苏成捷：《晚期帝制中国的性、法律与社会》(Matthew H. Sommer, *Sex, Law, and Society in Late Imperial China*)，斯坦福：斯坦福大学 2000 年版，第 2 页。

② 苏成捷：《晚期帝制中国的性、法律与社会》，第 3 页。

盛,使得学界更加注重近代中国的主体性,学者在研究中的自我反思性,也使其注意到西方学界在关于非西方世界的知识生产中的偏见……然而,我们仍然在长期困扰的难题前徘徊:要么用一个文化的价值观去评价另一个文化,或者在两个社会文化的差距面前止步不前。”<sup>①</sup>我们可以进一步追问:西方学界对中国法律史的认识本身即是西方关于非西方世界的知识生产(Knowledge Production)的一部分,其思维方式、问题意识甚或研究路径都与西方价值观念、学术思潮有着复杂的纠葛关系,完全拒斥西方价值观念和学术理论是否可能?西方价值观念和学术理论对于理解中国法律史究竟有哪些裨益,同时又会带有怎样的危险,中国法律史研究该如何对待西方价值观念和学术理论?

鉴于日、美学界关于中国法律史的研究具有深厚的学术传统,已有学者从不同的角度进行过讨论<sup>②</sup>,本文则同时将美国和日本学界的中国法律史研究纳入考虑,试图展现西方的价值观念、学术理论与中国法律史研究呈现怎样的复杂关系,注重从西方学界关于帝制中国法律的社会基础和法律制度的功能层面的认识,分析西方“现代主义”的价值观如何影响中国法律史研究,并从此种研究的内在脉络展现西方学界如何对其反思,以及此种反思对国内中国法律史研究的意义。因水平有限,不当之处敬请方家指正。

## 二 帝制中国法律的社会基础:“东方社会”理论与中国法律史研究

日本学界的中国法律史研究具有深厚的学术传统,这首先与历史上日本曾深受中国隋唐时期法律体系的影响密切相关。有学者已经指出日本近代化之前,“中国古代法制相关的研究业已积累深厚,成果宏富,如荻生徂徕的《明律国字解》、高濂喜朴的《大明律例释义》等有关明代‘律学’研究的作品,又如近卫家熙的《大唐六典》校订、伏原贤通的《和汉官职抄》、伊藤东涯的《唐官钞》《制度通》等……由于日本在‘中古时代’的推古天皇朝开始继受中国隋唐盛世的法制体系,所以研究日本律令的国学者,大多会追本溯源,征诸隋唐母法”<sup>③</sup>。明治维新后,在制定民法典的过程中,日本亦如德国,发生了民法典论战。一批学者深受以德国萨维尼(Friedrich Carl von Savigny)为代表的“历史法学派”的影响,认为民法典的制定应该尤其注意吸收日本固有习惯及民族法理以充实近代法典,这样才能构建起孕育本民族特色的民法体系<sup>④</sup>。因为历史上日本法律与中国法律(因为本文的讨论主要是在西方语境中进行,为方便和上下文协调,本文所称中国法律,如无特殊说明,皆指传统中国法律,亦即西方语境中“帝制中国法律”或“中国法律”。下同)的复杂关系,对日本法律历史研究亦推动了对中国法律史的研究。

日本传统法律与隋唐中国法律体系之间的深厚渊源,亦使得近代日本的中国法律史学者在具体制度的考证外,尤其注重通过对传统中国法律进行内部批判,以达到构筑现代日本法律规范体系的目的。在这些学者看来,无论日本还是中国皆属于“东方社会”,是与西方不同的社会类型,因此要对东

① 董玥、张平:《约瑟夫·列文森与对话史学的可能》(Madeleine Yue Dong, Ping Zhang, “Joseph Levenson and the Possibility for a Dialogic History”),《现代中国史杂志》(Journal of Modern Chinese History),第8卷第1期(2014年),第1~2页。

② 黄宗智曾从“自由主义”和“规范主义”的关系的角度讨论中国法律史,见黄宗智:《中国研究的规范认识危机——社会经济史中的悖论现象》,《长江三角洲小农家庭与乡村发展》,北京:中华书局2000年版,第434~435页;朱景文从比较法的角度讨论到西方学者的中国法研究,见朱景文:《比较法研究中的中国法——关于法律的地位和权力组织形式的思考》,《法学研究》2013年第4期;尤陈俊则主要将以黄宗智为代表的“UCLA”中国法律史研究群的学术特色的讨论,放在美国的中国法律史脉络中进行,见尤陈俊:《“新法律史”如何可能——美国的中国法律史研究动向及其启示》,《开放时代》2008年第6期;苏成捷则通过回顾美国学界关于清代法律史研究的学者的代表成果,讨论以何种词汇表述清代法律更为合适以及如何用西方理论参照清代法律,见苏成捷(Matthew H. Sommer)著,薛昭慧译:《北美清代法制史研究》,《北美中国学——研究概述与文献资源》,北京:中华书局2010年版;安守廉则反思了为何西方的中国研究不重视对中国法律史的研究,见安守廉:《法律,法律,什么法律?为什么西方的中国历史和社会研究者一直未能就中国法律说的更多些》(William P. Alford, “Law, Law, What Law? Why Western Scholars of Chinese History and Society Have Not Had More to Say about Its Law”),《近代中国》(Modern China),第23卷第4期(1997年)。本文既受到以上诸位学者研究的启发,但又与以上学者不同。此外,以上诸位学者主要讨论的是美国,本文则同时将美国和日本学界的中国法律史研究纳入考虑。

③④ 赵晶:《近代以来日本中国法制史研究的源流——以东京大学与京都大学为视点》,《比较法研究》2012年第2期,第56、58页。

方社会内部的权威主义进行批判,才能构建起与西方类似的现代法律体系并在政治领域扩展私人权利,而这才是法律变革的关键。比如仁井田陞(Niida Noboru)在关于中国法律史的宏观思考中,着重考虑的即是“东方社会”的权威主义在法律和社会方面以怎样的方式呈现,他在序言中写道:“包括中国、朝鲜、蒙古、印度和伊斯兰以及日本在内的东方社会的课题,是我们首先必须提到的现实问题。本书中,我试图通过法的历史来分析,作为东方社会的主体的中国社会,迄今有过什么样的课题,走过了什么样的道路,并正在什么样的道路上前行。昭和二十三年(1948)以来的最近数年间,我一直在东京大学法学部教授东方法制史课程。这期间形成了一个大致构想,这就是本书的前身;而与权威主义相关的各种问题,也就成为了一个基本框架。”<sup>①</sup>换言之,将中国法律视为与西方法律不同的一种类型,在对二者进行比较的同时深化对中国法律(包括日本法律)特性的认知和理解。

另一方面,日本在中国的殖民扩张亦推动了日本学界对传统中国的法律制度、民事习惯的调查研究。比如台湾的第四任总督儿玉源太郎和后来成为“满铁”第一任总裁的后藤新平在制定对台湾的殖民政策时,认为在重大改革之前,应该对社会和经济制度进行彻底的研究,以便预知这些改革对传统社会的影响,目的是使日本殖民统治的成本降至最低<sup>②</sup>。儿玉源太郎在1900年的一次会议上明确强调:“近年来欧洲已经在亚洲扩展了势力,我们该如何应对挑战?西方军事力量的强势源自科学和知识,亚洲国家在此方面无法与其匹敌……我们欲在远东占据支配地位并反抗西方的压制,没有其他的选项,我们只能去获取更多的知识和增加我们的财富。”<sup>③</sup>在殖民政策的影响下,后藤新平成立“临时台湾旧惯调查会”,要求当时的京都帝国大学的民法学教授冈松参太郎组织一批学者调查和研究台湾的社会和经济制度,为殖民政策的制定提供有用的信息,这些关于台湾的农商事旧有习惯、台湾土著民族生活习俗和清代法律制度的调查资料后来陆续出版<sup>④</sup>。后藤新平成为“满铁”总裁后,再次邀请冈松教授调查辽东和南满铁路南段沿线的一些县,与台湾的调查研究一样,这些调查资料同样保留了大量与农业、商业有关的制度和习惯的资料。而且冈松的工作“鼓舞了在满洲进一步的田野调查,后来的满铁调查部则继承了这一传统”<sup>⑤</sup>。

以上诸背景影响了日本学界对中国法律史的认知,并在制度史考证之外形成了一种独特的学术风格,此种学术风格可以简要概括为“历史法学”的理念、法社会学的方法、内部批判的态度。所谓“历史法学”的学术理念,则注重历史发展的内在延续性、强调法律与民族性密切相关、认为法律是一个有机体、主张法律发展历史的相对性等<sup>⑥</sup>。与日本类似,欧洲“历史法学”派的兴盛与民族国家的兴起有重要关系,并曾推动了欧洲法学的发展,“在欧陆国家,法学真正作为一门学科意义上的‘科学’,始于19世纪的德国。德国当时的法学几乎是以萨维尼的历史法学为中心建构的。萨维尼同时提出了‘体系’和‘历史’两种方法,而‘体系’又以‘历史’为基础。这对德国法学乃至英美法学的影响都极其深远”<sup>⑦</sup>。在日本法律现代化的进程中,欧洲“历史法学”曾对近代日本法学研究产生了深远影响,如日本法学的主要奠基人穗积陈重在留学英国期间,就深受英国“历史法学”代表人物梅因(Henry Maine)的影响,再比如著名的日本法律史学者中田熏东京帝国大学毕业后留学欧洲,致力于比较法律史研究,其对唐宋家族共产制的研究就带有“历史法学”的印迹。

① 仁井田陞著,牟发松译:《中国法制史》,上海:上海古籍出版社2011年版,序言,第1页。

②⑤ 马若孟著,史建云译:《中国农民经济:河北和山东的农民发展,1890—1949》,南京:江苏人民出版社2013年版,第33、33~34页。

③ 张汉玉(译音)和马若孟:《日本在台湾的产业殖民政策(1895—1906):一个官僚企业研究》(Chang Han-Yu and Ramon H. Myers, “Japanese Colonial Development Policy in Taiwan, 1895—1906: A Case of Bureaucratic Entrepreneurship”),《亚洲研究杂志》(The Journal of Asian Studies),第22卷第4期(1963年8月),第436页。

④ 临时台湾旧惯调查会陆续出版了一系列关于法律的调查研究,包括《台湾私法》,七册本《台湾私法附录参考书》以及《清国行政法》,这些调查研究是研究中国法律史和社会史的重要参考资料。

⑥⑦ 谢鸿飞:《追寻历史的“活法”——法律的历史分析理论述评》,《中国社会科学》2005年第4期,第130~131、130页。

至于法社会学的研究方法,简而言之即注重区分制定的法律与具有实际效力的法律,且强调研究具有实效的法律规范,并在社会中理解法律,通过详细调查和精确记录民众的生活规范,研究中国社会结构。平野义太郎就曾指出法社会学的研究方法,注重的是对实际运作的法律进行研究,关注的是法律的实效:“研究中国法律的学者了解从汉律到中华民国六法的内容,却没有探究这些法律在县级以下的乡村之中是如何被人们作为实效性的法律规范去尊奉的。反过来也可以这样说,他们并没有研究在规范农民生活意识方面起作用的法律究竟是什么,而仅仅是停留在对法律条文的解释而已……对有效的法律进行探究的法律社会学者们和研究农村社会的学者们一定要在这个农村惯行调查之中,用心捕捉有价值的法律,抓住农民的实际生活进行研究。”<sup>①</sup>通过观察和记录具有实际效力的法律来认识中国社会的特性。

而内部批判的态度,如前所述,主要通过研究作为与西方不同类型的“东方社会”的法律历史,以深入理解中国、日本和西方之间的差异,对中国法律的批判亦是对日本法律的反思,进而构建起带有深刻民族特性的日本现代法律体系。以下将首先具体以明显体现此种研究风格的“满铁”的华北农村惯行调查为例,尽管是民国时期进行的调查研究,但是正如滋贺秀三所说,这些资料保留了浓厚的传统性因素,因此应同样将其视为关于传统中国法律的认识<sup>②</sup>,以此分析日本学界的“实体主义学派”如何将中国法律和社会视为一个与西方不同的类型。

仁井田陞主编的《中国农村惯行调查》中的序言和《调查事业的沿革》里,曾经简要叙述了这项调查的缘起,可以看到主持和进行这项调查的人员许多都是受过严格学术训练的法学学者。对华北农村惯行进行调查的计划始于1939年10月,当时与华中商事惯行调查计划以及其他的一些计划一起,皆是由当时东亚研究所第六调查委员会的学术部委员会制定出来的。华北农村惯行调查的相关研究人员以东京帝国大学人员为主,与这个计划相呼应,南满洲铁道股份有限公司调查部在北支经济调查所成立了惯行调查班,将有才能且活跃的学者整合为农村调查的班底,且以杉之原舜为首。杉之原毕业于东京帝国大学法学部,曾在九州大学任职。学术部委员会和此调查班底紧密合作,商讨调查项目,协调调查方针,研讨调查方法,以求在东京的学问研究和华北农村的资料收集做到万无一失<sup>③</sup>。1940至1944年之间,在末弘严太郎的调查方针指导下,对河北、山东的乡村民事惯行进行了数次田野调查<sup>④</sup>。

末弘严太郎的法社会学方法主导了这项调查。末弘严太郎亦毕业于东京帝国大学法学部,在民法领域颇有造诣。他主张调查的目的是为了学术的目的而非立法资料的参考,“说到本调查的最终目的,那就是,中国人民怎么在惯行的社会下生活”。他强调调查的对象是“在中国社会里实施的法的惯行”,至于何谓“法的惯行”,他具体解释道:“法的惯行,也就是所谓的‘活着的法律’不是以一种亘古不变的形式存在的,与现实生活一起在变化着。遵循传统有着固定倾向的秩序和日积月累出现的社会形成力的接触面以不连续线的涡流的形式持续运转,这种才是法律上的习俗存在真相。”<sup>⑤</sup>末弘严太郎并不强调区分帝制中国法律还是现实法律,重要的是调查那些仍然发挥实际效力的法律规范。同时他也着重指出,研究像中国这样政府力量渗透性比较弱的国家,“探讨政府制定法令的社会实践性需要十分慎重”。他提醒在调查法律习俗的过程中,应该同时考虑制定法和民间习惯,“把制定法规放在范围之外是错误的;另一方面,制定法律已经是作为法律规范,有社会实效性的想法也是错误的”。因为在他看来,中国历代制定的成文法通过士绅的影响传播至农村社会,因此具有社会实效的法律并非仅从民间社会中发展而来<sup>⑥</sup>。在末弘严太郎的法社会学研究方法的指导下,调查班“对华北农村的

① 平野义太郎:《简介》,仁井田陞编:《中国农村惯行调查》第1卷,东京:岩波书店1952年版;徐勇、邓大才主编,李俄宪主译:《满铁农村调查》惯行类第1卷,北京:中国社会科学出版社2016年版,第2页。

② 滋贺秀三著,张建国、李力译:《中国家族法原理》,北京:商务印书馆2014年版,第11页。

③ 仁井田陞:《满铁农村调查》惯行类第1卷,原书序,2016年版,第1~2页。

④ 小口彦太:《从〈中国农村惯行调查〉看华北农民的规范意识图像》(小口彦太,“中国农村惯行调查をとおしてみた華北農民の規範意識像”),《比较法学》(比較法学),第14卷第2期(1980年),第1~2页。

⑤⑥ 末弘严太郎:《末弘博士的调查方针》,《满铁农村调查》惯行类第1卷,第4~5、6页。

家族、村落、土地所有、佃农、水利、赋税、金融以及贸易等农村社会的所有生活规范进行精确的记录”<sup>①</sup>。可以看到,末弘严太郎所关注的并非是中国法律历史本身,而是将中国法律和社会作为一种类型,并从中发现支配中国民众行为的法律规范的核心原理。

末弘严太郎主张采取“惯行调查方法”研究中国法律,与其对日本法律的思考密切相关。他希望以同样的方法来认识日本法律的基本原理。在他看来,明治维新以来日本着力引入欧美文化,西方特有的经济法则和社会法则也随之进入日本社会,已产生不可抗拒的支配力。此外,明治政府模仿欧美建立诸多制度机构并逐渐形成了新的社会规则。随之而来的问题即是“这些依靠政治力量而得以实施的新制度,究竟受到了我国固有传统的多大程度的抵抗”。如果“将抵抗的事实精确地记录下来,我们将得出我国的传统到底是什么样的样态,从而将我国社会的特质明了化。同时也为探讨适合我国社会的法的特质,亦即日本法理的理想形态,提供了依据”<sup>②</sup>。他认为,尽管日本的法律实施程度远高于中国,但是法律的实行与立法者的意图仍有诸多距离,因此通过调查习俗才能知道社会中的规范如何与国家抵触,这样就能“更好的认识日本社会的特质,进而发现与这个社会相适应的法原理和法技术”<sup>③</sup>。

华北农村惯行调查研究很大程度上影响了日本学术界对中国法律和社会的认识。黄宗智先生曾指出日本学界的实体主义学派与日本华北调查有重要关系,因为华北的村庄呈现出比长江下游和四川盆地更为明显的内向性。他指出,华北平原以旱地为主,且缺乏河道运输,农村的商品化程度低。商品经济的不发达和较少的农业生产剩余,造成了一个以自耕农即在生产关系上与外界接触较少的人为主的社会。村庄成员的绝大部分是拥有土地的自耕农,又意味着国家政权在村民生活中占有相对重要的地位——因自十八世纪中叶起,国家赋税已经摊丁入亩。国家政权渗入村庄,又促使村庄政治组织为应付国家赋税而形成<sup>④</sup>。因为华北乡村所具有的此种特征,影响了日本学者对中国的法律和社会的认知,华北乡村的内向性特征使得他们认为中国的法律和社会不同于西方,中国法律缺少私人权利和自由主义,中国法律与“东方专制主义”密切相联。这些实体学派的学者分别从“地主—小农关系”“家族”“村落共同体”等角度对支配中国社会的法规范进行了深入的探讨,展现了中国“法的惯行”多样图景<sup>⑤</sup>。

实体主义学派所提出的一个重要学术概念“共同体”即与这一认知有重要关系。1941年平野义太郎依据在顺义沙井村的调查资料完成了一篇旨在探讨中国村落的内部结构的论文,他注意到了村公会和公会组织的存在,由此提出了“村落共同体”概念。他发现会首集中起来议事的公会在清代就已经成立,作为村庄自治的机构而非政府设定的组织在村庄治理中发挥了重要的作用,公会背后的“会”乃是村民自然的生活合作体,村落的财产叫作“会里财产”,因此他认为中国社会中存在着“乡村共同体”,这是中国社会的基础,亦是东亚社会与西方社会的关键差异<sup>⑥</sup>。平野氏强调中国社会不同于西方,亦有其政治目的,“在他看来,由村庄共同体组成的东亚式社会,与西方个人主义式的社会根本不同,而可以视作‘大东亚共荣圈’的基础”<sup>⑦</sup>。另一位主张中国存在“村落共同体”的学者清水盛光则认为,“村落共同体”是与“东方专制主义”密切相连的。在他看来,绝对的专制主义是贯穿于中国历代政治的根本特征<sup>⑧</sup>。

在日本中国法律史学界占有重要地位的仁井田陞,贯穿其关于中国家族法、行会、村落法的研究之中的基本线索,亦是对“东方社会”的权威主义的思考<sup>⑨</sup>。仁井田陞同样认为中国法律与“东方专制主义”有重要关系,中国法律缺乏自由主义和私人权利。仁井田陞对中国法律史的认知与其对现实的

① 仁井田陞:《满铁农村调查》惯行类第1卷,原书序,2016年版,第2页。

②③ 末弘严太郎:《法律和习惯——关于日本法理探究方法的考察》,《满铁农村调查》惯行类第1卷,第12、13页。

④⑦ 黄宗智:《华北的小农经济与社会变迁》,北京:中华书局2000年版,第27、26页。

⑤ 小口彦太:《从〈中国农村惯行调查〉看华北农民的规范意识图像》(小口彦太,“中国农村惯行调查をとおしてみた华北農民の規範意識像”),《比较法学》(比較法学),第14卷第2期(1980年),第3页。

⑥⑧ 李国庆:《关于中国村落共同体的论战——以“戒能—平野论战”为核心》,《社会学研究》2005年第6期,第199~200、200页。

⑨ 仁井田陞关于中国家族法的研究包括但不限于《中国的农村家族》《中国农村社会的家族共产制》《中国农村社会和家家长权威》《中国的家——中国农产家族劳动力的规律》《中国农村的离婚法习俗——丈夫专权离婚及其制约》等。

思考密切相关,他自己就曾说道:“历史不仅仅存在于过去之中。现在和未来都孕于历史之中。我对历史的认识是与对现在的认识相连的,历史是现在的起点并趋向未来。如果我们不能更好的理解现在,那么我们对历史也很难有令人满意的理解——因为中国法律的历史存在于中国自身之中。”<sup>①</sup>在他看来,必须通过对中国法律的权威主义进行批判才能构建现代法律,理解中国法律的关键在于深入认识权威主义。

仁井田陞对中国家族法的研究影响了日本中国法律史学界的巨擘滋贺秀三先生,尽管二者在诸多具体问题上颇有分歧。滋贺秀三师从日本著名法律史学者石井良助,后者在日本法律史诸多领域造诣颇深,包括中世日本不动产的占有和诉讼、江户和德川时代的日本法律史、近代日本刑罚史等<sup>②</sup>。1962年滋贺以其对中国家族法原理的研究获得东京大学法学博士学位,滋贺曾说过自己前半生主要研究的即是中国家族法。从其1945年作为特别研究生以“婚姻和家庭”作为研究课题起,他就着手搜集各种材料,直到1967年创文社出版《中国家族法原理》<sup>③</sup>,可以看到滋贺对这一领域用功之深。滋贺曾在一次演讲中说到仁井田陞对自己的影响:“对于中国家族法,中田熏、仁井田陞等许多前辈都进行过研究。不过,我觉得还是有从理论上更好地加以整理和理解的必要。我年轻时写了这方面的小册子,表明了我的大致看法,发表后却受到仁井田先生严厉的批判。仔细想来,他的批评未必正确,因此我准备有关资料,整理我的论点,对他加以反驳。辩论继续了一个时期。经过这场辩论,我写了《中国家族法原理》。如果不与仁井田先生开展辩论,恐怕我也写不出这本书来。仁井田先生对我的批判锻炼了我,他是我的恩人。”<sup>④</sup>

仁井田陞与滋贺秀三对中国家族法的分歧主要聚焦于帝制中国的女儿继承权问题上。争议的缘起是对同一资料的解读分歧。中国法律史研究的重要资料《名公书判清明集》汇集了473件南宋时期的判词,其中有数件案例似乎显示南宋时期女儿在分家时具有获得相当于儿子份额一半的财产的权利,如果这个家庭绝嗣时,女儿的继承权更多。二者对这一资料的解读出现了分歧,仁井田陞继承的是他的老师中田熏的“家族共产制”传统,认为中国的家庭财产由家庭成员共有,不分男女。而滋贺则认为中国的家庭财产是“父子一体”,中国家庭财产继承只能通过宗祧继承来理解,南宋这一现象只是历史上的特殊<sup>⑤</sup>。二者对于这一问题的争论与二者对法的理解亦有不同,滋贺氏并不同意仁井田氏在《(家族村落法)研究》中所认为的“法是一定历史时期社会的产物。即使国家机关成为法产生的必经之路,法也不会简单地产生于官僚的头脑之中,更不会产生于官僚的意识世界之中。”<sup>⑥</sup>正如白凯(Kathryn Bernhardt)教授所评论的,二者的分歧与各自学术理念有关:仁井田氏重视地方社会习俗,认为法律起源于社会实践,南宋时期女儿继承权的现象恰是‘家族共产制’的最好例证,南宋时期女儿继承权实际上与南宋法律吸收了华南地方社会风俗有关;滋贺氏最感兴趣的是发现中国历史上支配法律和社会实践的基本原理准则,此准则不因时代变迁而改变<sup>⑦</sup>。

实际上,滋贺秀三和仁井田陞同样是将帝制中国法律作为一个与西方不同的法律类型,他希望通过对中国家族法的深入剖析以发现支配中国法律的核心原理。他首先具体说明其对中国家族法的研究并不是限于过去具体历史时代的论述,或依照时代顺序追寻事情的继起的历史叙述。他所采取的是将从汉至清的帝制中国法律作为一个整体来进行考虑,以此把握在此种社会体制下家族的形态,从法学的观点作出分析和概念构造,并进行体系化的叙述<sup>⑧</sup>。在他看来,将帝制中国的家族法视为一个类型整体进行考虑并非表示在这其中不存在历史的发展,只是从宏观上和最基本的层面上,“体制的

① 福岛正雄:《一位亚洲人的形象——仁井田陞》(Fukushima, Masao, "Profile of an Asian-minded man: Noburo Niida"), 《发展中的经济》(The Developing Economies), 第5卷第1期(1967年), 第182页。

② 石井良助:《江户时代的土地法生成与体系》(石井良助, 江戸時代土地法の生成と体系), 东京:创文社1989年版, 第2~3页。

③④⑥⑧ 滋贺秀三:《中国家族法原理》, 第679、674、468、9页。

⑤⑦ 白凯:《女儿的继承权:宋代是例外?》(Kathryn Bernhardt, "The Inheritance Rights of Daughters: The Song Anomaly?"), 《近代中国》(Modern China), 第21卷第3期(1995年), 第269~270、270页;滋贺对仁井田关于这一问题的研究的评论和反驳, 见于滋贺秀三:《中国家族法原理》, 第457~464页。

一定的类型不曾变动”<sup>①</sup>。至于在书中大量引用大理院判决要旨以及各种惯行调查报告等民国时期的文献,他解释说,这实际上是因为这些资料文献仍然被认为残存着浓厚的传统性要素,“只要注意把这些文献中什么是传统性的要素慎重地识别出来,自然就可以当作极为有用的资料加以利用”<sup>②</sup>。可以看到,他是将帝制中国法律作为一个整体来进行思考,并寻求中国家族法的核心原理。滋贺秀三对中国家族法研究的核心线索是通过现代法学的视角来认识“家族共产制”的法的构造,并且同时与罗马的家族组织以及日本的家族制度原理之间的异同进行比较。

从方法论上而言,滋贺需要面对的问题即是如何利用现代法学研究方法认识中国法律史。滋贺秀三认为中国的家族法复杂特异,那些作为论述主线的基本概念无法完全通过现有的法学概念来进行表达。面对此种困境,滋贺采取的方法是,利用一些中国人无意识地却经常使用的普通词汇,通过理性的角度加以省察并认真定义,使之达到成为学术概念的高度<sup>③</sup>。滋贺认为应该努力追求“像中国人那样去思维”,将自己“置身于有关家族生活的中国式的思考样式中”,并且以“以经得起现代的学术性批判的正确和整合的形态来加以表现”。在滋贺看来,通过这样的努力,中国法律史研究亦可有助于法学整体的推进和深化<sup>④</sup>。

比如,他指出自己所探讨的“法”概念既不同于实定法的“法”概念,也不同于自然法的“法”概念,毋宁说是一种“在人们的意识中清楚地确定着的、对每个人来说哪些是他被人所承认的权利,并基于这些共有规范来使事务得到处理”的关系到正义的规范<sup>⑤</sup>。在他看来,中国家族法的核心原理在于“父子至亲,分形同气”,具体而言即“父与子从现象上来看是两个个体(分形),而在两者之中生存着的生命则是同一的(同气),即在观念上,子无非是父之生命的延长……视己之身为亲之生命的延长,视亲之身为己之生命的本源,于是不加区分地视两者为一个生命的连续,这也可以说是中国人的人生观之基本”<sup>⑥</sup>。滋贺希望通过对中国自身使用的词汇进行体系化的概念构造来理解中国家族法的核心原理,与其对“法”的性质的理解有重要关系:他认为“法”根植于人性且含有浓厚的适用于全人类的要素;另一方面又带有“地方性”,“法”的此种“地方性”具有合理性和逻辑一贯性<sup>⑦</sup>。因此,他希望通过对中国家族法的研究以发现中国法律的核心原理。

体现此种方法论的另一个重要例证,是滋贺秀三对清代诉讼制度的民事法源的考察。滋贺希望通过聚焦于清代的诉讼场景并分析具体的审判事例,以此寻求清代民事审判(“听讼”)所依据的“某种普遍性标准”。滋贺氏在对清代“听讼”研究的过程中,实际上在与具有强烈“形式主义”特征的“西欧式民事审判”类型进行对比。在他看来,清代的“听讼”很难具体区分究竟是“审判”还是“调解”,而是一种带有强烈调解色彩的审判,即“教谕式的调停”<sup>⑧</sup>。关于何者可以成为清代民事审判的法律渊源,他延续的思路仍是通过观察中国人常用的却无意识的词汇,并对其进行概念构设使其理论化,他以“情”“理”“法”概括清代诉讼制度的民事法律渊源。他在查阅清代相关史料的过程中,发现清代官员在思考案件处理的判断标准时,时常将“情”“理”“法”三者相提并论。滋贺认为:“法”是“国法”,主要是指《大清律例》;“理”是“天理”,是指“思考事物时所遵循的、也是对同类事物普遍适用的道理”,但他同时指出清代判语中的“理”“完全没有使人感觉到朱子理学中那种哲学性意味”;至于“情”,常与“理”结合使用,颇具多面性,通常指“估计对方会怎样思考和行动,彼此这样互相期待,也这样相互体谅”<sup>⑨</sup>。

滋贺认为清代的“听讼”是与西方民事审判不同的类型。通过结合清代案件中“情”“理”“法”所具体使用的情境,他指出,清代官员在“听讼”时一般要考虑到“国法中有哪些可作为其判断基准的条款”,但认为所有判断都必须根据对国法的解释才能作出的思想方法,从根本上是不存在的。在他看来,这正如清代官方方大湜在《平平言》中所说的那样:“自理词讼,原不必事事照例。但本案情节,应

①②③④⑤⑥⑦ 滋贺秀三:《中国家族法原理》,第11、11、13~14、14、20、42、21页。

⑧⑨ 滋贺秀三:《清代诉讼制度之民事法源的概括性考察》,滋贺秀三等著,王亚新等译:《明清时期的民事审判与民间契约》,北京:法律出版社1998年版,第21、22、29、36、37页。

用何律何例,必须考究明白。再就本地风俗,准情酌理而变通之。”<sup>①</sup>他以“冰山”和“大海”的关系来比喻中西传统法秩序的根本差异:对于中国而言,法律与情理的关系就如法律的“冰山”漂浮在情理的“大海”上,仅是时而可见;西欧法秩序则总是意图以“冰山”覆盖大海,当铺满的冰面出现洞穴时,则努力以条理来扩张冰面以覆盖洞穴<sup>②</sup>。由此,滋贺氏以“情理”相对于“法”“家”相对于“个人”,为我们展现了一幅不同于西方法律的中国法律图景。

滋贺秀三对清代民事审判制度的研究,遭到了著名的美籍华裔历史学家黄宗智的批评。后在黄宗智的提议下,于1996年9月在日本镰仓举行了主题为“晚期帝制中国的法律、社会与文化——美国与日本学者的对话”的国际讨论会,此会议聚集了一批西方学界的中国法律史领域的著名学者。日、美学界两位学术造诣颇深的著名学者为何会在这一问题上产生争论,为尝试回答这一问题,需将视角转至美国学术界。

### 三 帝制中国法律制度的功能:马克斯·韦伯的理论框架与中国法律史研究

从整体上而言,中国法律史并非是美国的中国史研究重点。20世纪60年代,布迪(Derk Bodde)、莫里斯(Clarence Morris)在关于中国法律史的经典研究中,曾提到长期以来西方学术界对中国法律表现出一种“漠不关心的态度”。漠不关心的原因多种多样:在汉学家中,除了早期的少数人之外,许多人并没有接受过法律方面的训练或者对法律不感兴趣;阅读中文法律文献时存在着诸多困难;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,等等<sup>③</sup>。美国哈佛大学教授安守廉(William P. Alford)亦曾回忆自己在1972年读研究生时,当时耶鲁大学的著名汉学家芮沃寿(Arthur Wright)曾经问他,为何一个看起来很聪明的学生会花费时间研究中国法律史?安守廉认为,芮沃寿的疑问反映了当时美国学术界一个普遍看法,即法律在中国历史上并不占据重要地位。安守廉认为,尽管后来的学者在中国法律史领域收获颇丰,但是问题远远没有解决,要想改变美国学界对中国法律的看法,仍然需要努力<sup>④</sup>。

另一方面,美国学术界对中国法律的认识与以马克斯·韦伯(Max Weber)为代表的“形式主义”法律理论有重要的关系。这不仅指的是马克斯·韦伯关于中国法律的论述的学术影响,更为重要的是思维层面即韦伯所构造的关于现代法律的应有特征对认识中国法律深远影响,此即苏成捷所谓的“现代主义范式”。长期以来,无论是否赞同韦伯关于中国法律的具体论断,韦伯式的思维框架一直影响着美国学术界对中国法律的认识。为之后讨论的方便,这里首先简单叙述马克斯·韦伯的形式主义法律理论。

韦伯的法律理论对西方学术界的中国法律史研究影响深远。他以形式相对实体、理性相对非理性的方式构建出四种理想类型,即以形式理性、形式非理性、实体理性、实体非理性的方式比较东西方法律的差异,并通过分析法律与政治、经济、宗教等层面的关系,试图证明西方法律对资本主义社会发展的作用。在他看来,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。只有此类型的法律可以独立于统治者意志及反复无常的环境与情形,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,对整个社会理性化趋势具有重要意义<sup>⑤</sup>。“形式理性”法

①② 滋贺秀三:《清代诉讼制度之民事法源的概括性考察》,滋贺秀三等著,王亚新等译:《明清时期的民事审判与民间契约》,第29、36页。

③ D.布迪、C.莫里斯著,朱勇译:《中华帝国的法律》,南京:江苏人民出版社1994年版,第1~2页。

④ 安守廉:《法律,法律,什么法律?为什么西方的中国历史和社会研究者一直未能就中国法律说的更多些》(William P. Alford, “Law, Law, What Law? Why Western Scholars of Chinese History and Society Have Not Had More to Say about Its Law”),《近代中国》(Modern China),第23卷第4期(1997年),第414页。

⑤ 马克斯·韦伯著,康乐、简惠美译:《法律社会学》,桂林:广西师范大学出版社2005年版,第27~29页。

律具有通则化和体系化的特点:从最初步的思维运作开始,把决定个案的各种典型理由化约成一个或数个原则即“法命题”;其次将所有透过分析而得的法命题整合,使之成为相互间逻辑清晰而非自相矛盾的规则体系,使所有可以想见的事实状况全都合乎逻辑地摄于体系的某一规范之下,以免事实的秩序缺乏法律保障<sup>①</sup>。韦伯强调形式主义理性法律,目的在于追求法律的“确定性”,使其外在于宗教、道德伦理、情感意志等因素,不受权力的干涉。

中国法律是与作为“形式理性”法律相对的类型而存在的。韦伯将中国法律视为“实体”的“非理性”的类型,而将西方法律视为“形式”的“理性”类型。在韦伯看来,中国法律属于家产制法律结构,在此种法律结构中,法律被受尊崇的儒教和道教传统所盘踞,皇帝具有绝对的自由裁量权,中国法律中缺乏私人权利和受保护的“自由权”,中国的法典编纂亦缺乏系统性,行政和私法混为一体,法律专门人才在社会中不占重要地位等。总之,中国法律不具有“形式主义”特征,因此缺乏确定性,而这对于资本主义的发展非常不利。因为产业资本主义对政治的敏感性很强,需要理性的、可计算的法律机能,但是中国法律是自由裁量高于一般法,理性的法律的创制和裁决始终未能获胜<sup>②</sup>。相反在西方,“所有适合于资本主义的法律形式,正就是得利于以上各原则的结合,这在西方的中世纪时就已创造出来”<sup>③</sup>。

韦伯并非汉学家,无法阅读中文文献,他对中国法律的上述诸多认识与其所依赖的有限的经验证据有关。美国布朗大学教授罗伯特·马什(Robert M. Marsh)通过总结英文学界新近关于中国法律史的研究,指出韦伯的研究过度依赖“律”而对中国传统法律误解:清代法律审判中更多依据的是“例”而非“律”,前者是根据社会实际而逐步被纳入到法律中,因此清代审判的依据并非仅仅依靠充满道德话语且相对固定化的“律”。比如 1740 年的《大清律例》已经包含 1049 条“例”,但却只有 436 条“律”;法律是根据社会实际而变化的而非完全受制于“受尊崇的传统”(指儒教和道教)准则;君主和官僚的专断权力是经常受到限制地而非恣意为;法律代理人和法律专门人才在清代法律实践中的重要作用,民众主动利用法律寻求权利保护,法律对普通民众具有重要意义,而非韦伯所说的民众完全受制于“家父长制”司法类型<sup>④</sup>。罗伯特·马什以此提醒西方诸多希望从韦伯构建“理性类型”中寻求现代法律特征的学者,应该反思韦伯的理论框架。这实际上也从另一方面证明了韦伯对于美国学术界关于中国法律史认识的深远影响。

韦伯关于法律的理论框架,主要关涉到如何认识法律制度在社会中的功能。在其理论框架中,西方法律可以理解为“法律规范”类型,与之相对的中国法律可以理解为“社会目的”类型。前者设定权利和义务,并以个人权利为中心,重视法律规则的确立;后者则以社会控制为目的,法律是作为纠纷解决的工具,缺乏对个人权利的保护。在韦伯的理论框架中,法律的这两种功能是对立的。对中国的中国法律史研究的讨论亦可以从这一角度进行。

在美国中国法律史研究中占有重要地位的瞿同祖先生,在美国哥伦比亚大学期间,利用空闲时间,翻译出版了他曾在国内完成的重要著作《中国法律与中国社会》。该著一经出版,就好评如潮,诸多重要杂志上都刊发了书评。当时素有“汉学警察”之称的哈佛教授杨联陞亦称赞道:“推荐所有从事法律比较研究、社会比较研究及中国研究的专业学者和学生都阅读这部扎实且具有穿透力的著作。”<sup>⑤</sup>瞿同祖在书中说明最初的写作缘由是受到诸多西方学者的影响:“少时读 H. Maine(亨利·梅因)之 Ancient Law(古代法)及 Early Law and Custom(早期法律与风俗),辄叹其渊博精深,颇有效颦之志,而力有未逮也。及读 Malinowski(马林诺夫斯基),Hartland(哈特兰)诸人类学家初民法律

① 马克斯·韦伯著,康乐、简惠美译:《法律社会学》,桂林:广西师范大学出版社 2005 年版,第 27~29 页。

②③ 马克斯·韦伯著,康乐、简惠美译:《中国的宗教:宗教与世界》,桂林:广西师范大学出版社 2004 年版,第 156~159、157 页。

④ 罗伯特·马什:《韦伯对中国传统法律的误解》(Robert M. Marsh, "Weber's Misunderstanding of Traditional Chinese Law"),《美国社会学杂志》(American Journal of Sociology),第 106 卷第 2 期(2000 年 9 月),第 285~295 页。

⑤ 杨联陞:《评瞿同祖著〈中国法律与中国社会〉》(Lien-sheng Yang(杨联陞), "Law and Society in Traditional China by T' ung-tsu Ch' ü"),《加州法律评论》(California Law Review),第 49 卷第 5 期(1961 年 12 月),第 1018 页。

之作,益叹西方诸哲为学之精进,其说方日新月异也,因窃不自量,宜有撰述中国法律史之意。”<sup>①</sup>在这部著作中,他系统利用了《刑案汇览》等诸多成案汇编中的案例,将关注的重点放在法律的具体运作上,考察法律与社会的关系。此著可谓是中国法律社会史研究的开山之作,在美国的中国法律史学界,此著被作为对话对象,影响深远。

此著实质上呼应了韦伯的理论框架。与西方法律相比,中国法律自汉代“以礼入法”后,其基本性质并没有变化;家族主义而非个人主义,等级主义而非平等主义是中国社会的基础;“法律儒家化”的实质是以法律维护等级秩序,不同的阶级具有不同的规范要求,对同一行为承担的法律后果亦不同;贯穿中国法律的基本精神是等级之治,等级之治的基础是中国社会的家族和阶级<sup>②</sup>。正如前文苏成捷所评论的,瞿同祖的研究有一基本预设即中国法律没有发生如西方法律那样性质的转变,那么中国法律就可以视为没有发生变化。关于研究之前应带有预设,瞿同祖或许受到其在燕京大学的老师吴文藻的影响,比如吴曾指出:“一切科学工作的进行,事前必须悬有一种可以运用的假设,假设与科学绝不可分。”<sup>③</sup>总之,从此著中可以看到,与西方法律相比,中国法律并没有对私人权利的保护,缺乏平等,法律是社会控制的工具。

同样的例证亦体现在布迪(Derk Bodde)、莫里斯(Clarence Morris)关于中国法律的经典研究中。他们认为法律可以衡量一个社会文明的程度,中国法律的作用完全不同于西方。在他们看来,中国法律以刑法为主,没有关于民法的规定,对于类似于契约行为的民事行为要么完全没有规定;要么以刑法的方式调整,比如在婚姻、财产权和继承方面的一些规定。法律并不以个人权利保护为基础,国家正式的法律总是以垂直的方式发生作用,保护个人的利益并非是法律的主要任务;民间没有在诉讼中为当事人辩护的法律职业者,政府也并不设立这种辩护人;中国人制定法律规范的目的为了防止对整个秩序的破坏,法律是矫正人们行为的最后手段,对行为者进行惩罚是他们的行为破坏了秩序和谐;中国法律缺乏变化,比如《大清律例》中30%—40%完全取自公元653年的《唐律》<sup>④</sup>。该著同样认为中国法律完全不同于西方法律,法律的主要目的是控制社会秩序而非权利保护,两种法律的不同亦反映出两种文明之间的差异。

一些接受过西方法学训练的中国法律史研究者,不满于美国当时的中国法律史研究局面,他们希望从中国法律制度具有的“法律规范”功能的视角,来重新认识和评价中国法律。在这些学者看来,如果可以证明中国法律同样具备和西方法律一样的“法律规范”功能,那么西方学界就应该改变对中国法律的认识。

康雅信(Alison W.Conner)1979年的博士论文《清代的证据法》,则挑战了西方学界长期以来的认识,即在清代刑事诉讼中并不存在关于证据的法律规则和原则。她对此进行反驳,因为如果根据19世纪和20世纪西方自身对普通法(The Common Law)的批评来看,那么“我们就应该清楚记得许多现在我们非常珍视和有名的程序原则也只是晚近才从普通法中发展而来的”,正因为如此,“我们又何须严苛清代的法律就要呈现我们今天才出现的面貌”。若是从欧陆法系来看的话,那就更不能轻易对清代法律进行批评,“因为两者在诸多方面皆存在相似之处,而且在欧陆法系中,对刑讯逼供的废除直到十八世纪都没有得到有效执行”。因此,“我们又怎么能够说清代没有证据法规则,或者说清代法

① 瞿同祖:《中国法律与中国社会》,北京:商务印书馆2010年版,序言。

② 瞿同祖:《中国法律与中国社会》(Tung-tsu Chü, *Law and Society in Traditional China*),巴黎:穆东公司出版社1964年版,第6章。瞿先生在1998年的访谈中就提到自己的研究思路与当时国外对中国法律的认识有重要关系:“事实上,对中国古代法律的观点也完全可以从另外的一个角度提出来。比方举个例子,一般人们都强调中国古代刑法,民法很少,特别是外国人都有这种认识,中国古代民法不发达,这是很多人的共识,我的研究也超不出这个范围,因为是共识,我就没有进一步去研究它。”王健:《瞿同祖与法律社会史研究——瞿同祖先生访谈录》,《中外法学》1998年第4期,第17~18页。

③ 吴文藻:《社会学丛刊总序》,瞿同祖:《中国法律与中国社会》,第5页。

④ D.布迪、C.莫里斯著,朱勇译:《中华帝国的法律》,南京:江苏人民出版社1994年版,第2、3、64页。

律存在着致命的缺陷因而很糟糕呢”<sup>①</sup>？

在康雅信看来,尽管法律体系不同,但是法庭都需要面对同样的问题,即必须依照证据才能进行裁判,如果不依赖证据进行裁判,那么这样的法律显然是不公正的。其言下之意即清代法律如果明显违背民众公平观念的话,那么它实际上不可能具有如此的生命力。因此,康雅信细致分析了清代关于证据的各种规则。比如她指出,《大清律例》本身就有诸多关于证据的规定,这些规定分布在“律”和“例”之中。《大清律例》中涉及到有关证人、案件相关人、对质方面的规定非常详细,还有其余一些实际上起到证据规则效果的规定。在她看来,尽管我们不能从清代法律中找到一部以《证据法》作为名称的法典,但是,我们可以从《大清律例》中的“名例”“诉讼”“断狱”中找到诸多关于证据规则的规定<sup>②</sup>。

著名的清代法律研究学者钟威廉(William C.Jones),则从法典编纂的角度重新评价《大清律例》。如前所述,长期以来西方学界认为清代法典的编纂缺乏系统性,并不具有理论研究的价值,法典主要是关于道德规范的汇编,法典在社会中并不占据重要作用等,因而并不注重对《大清律例》本身的研究。钟威廉则指出,中国并没有分析法典的传统,与罗马法典相比,也缺乏辨别特征、分类研究和抽象分析等“科学”方法<sup>③</sup>,他希望通过从法典本身分析《大清律例》,考察《大清律例》处理何种问题并研究其内在组织结构。在他看来:“这种分析方法就像盖由斯(Gaius)分析罗马法以及科克(Coke)分析英国法那样。”<sup>④</sup>基于以上工作,他认为《大清律例》是中国的核心法典,就像《法国民法典》和《德国民法典》之于法国和德国。尽管中国法典对于诸多领域并未规定,但这也和西方类似,西方法律也同样留有空白的地方交由“法律基本原则”进行调整。此外,《大清律例》在中国人的心目中地位重要,而且是中国法律体系的核心<sup>⑤</sup>。

类似的例证是安守廉对西方学界认为的中国法律是政权控制社会秩序的工具,并不关注对个人权利的保护和司法正义说法的反思。他以著名的“清末四大案”之一的“杨乃武和小白菜案”为例,通过细致重建案件的审理过程,详细分析了清代法律在刑事审判方面如何实现司法正义。安守廉认为,尽管两个世纪以前清代刑事审判过程就已呈现在西方,但是也仅此而已,西方学界对清代刑事审判的实际运作和理论一直知之甚少<sup>⑥</sup>。安守廉希望证明,清代中国的刑事审判同样具有对个人权利进行保护的程序规则。

持中国法律同样具有“法律规范”功能立场的学者,希望努力改变西方学界对中国法律的消极认识,他们的努力在一定程度上也改变了局面。20世纪80年代之后,伴随着中国档案资料的开放,一些美国学者希望重新认识中国法律在传统中国的作用,美国中国史学界开始重视对中国法律史的研究。由于持中国法律同样具有“法律规范”功能立场的学者采取的评价标准仍然是“韦伯式”的,一些学者不满于此,希望突破韦伯的研究框架,他们将法律放置在社会实际运作中进行理解,研究法律所具有的实际功能,关注中国法律如何解决传统社会中的实际问题。

一个例证是美国学界对中国法律中是否存在“民法”的争论。如果以“法律规范”功能的标准来看,传统中国法律中并没有发展出一套类似于法国民法典或德国民法典那样的民法法典,缺乏对现代意义上的独立人格权和私有财产权的保护,法律对“户”“婚”“田土细事”等民事行为都是以刑法的方式规定,因而对传统中国法律的评价是消极的。另外一些学者如黄宗智则认为,中国法律并不存在“国家”与“个人”对立的权利观念,不能从西方价值观念出发来认识中国法律,应该搁置对于清代“民

①② 康雅信:《清代的证据法》(Alison W.Conner, *The Law of Evidence during the Ch'ing Dynasty*),康奈尔大学1979年博士论文,第3、4~5页。

③④⑤ 钟威廉:《〈大清律例〉研究》,(William C.Jones, “*Studying the Ch'ing Code-The Ta Ch'ing Lü Li*”),《美国比较法杂志》(*The American Journal of Comparative Law*),第22卷第2期(1974年春季),第332~333、336、336~341页。

⑥ 安守廉:《旧法律中的砒霜:重新审视晚期帝制中国的刑事正义》,(William P.Alford, “*Of Arsenic and Old Laws: Looking A-new at Criminal Justice in Late Imperial China*”),《加州法律评论》(*California Law Review*),第72卷第6期(1984年12月),第1185~1187页。

法”性质的争论,关注传统社会中法律对民事关系调整的实际作用。基于这样的思考,黄宗智和白凯于1993年在洛杉矶加州大学主持了关于清代和民国的民法学术会议。该会议聚集了美国诸多中国法律史研究者,如宋格文(Hugh Scogin)、康雅信(Alison W.Conner)、曾小萍(Madeleine Zelin)等,会议论文以《清代和民国的民法》为题由斯坦福大学出版社出版。在这部著作中,诸位作者从不同的角度如法律在民事判决中的作用、讼师在社会中的实际地位等,展现了帝制中国的法律如何调整民事关系,丰富了对中国法律实际运作的认识<sup>①</sup>。因为在此之前,如黄宗智所评论的,对民事法律的认识只是停留在官方的“表达”层面,比如布迪(Derk Bodde)、莫里斯(Clarence Morris)对《刑案汇览》中的190件案例的翻译,其中涉及到民事方面的只有21例<sup>②</sup>。在美国学界中国法律史研究领域具有重要地位的黄宗智先生,在完成了关于中国社会经济史的两部经典性著作后,将主要精力投入到中国法律史领域。

与韦伯的理论对话是贯穿于黄宗智对中国法律史研究的中心线索。在韦伯的理论话语中,清代法律强调的是依据道德的“人治”,清代法庭很少进行判决,主要是依据道德化的调解,因此这种建立在个人意志基础上的法律不具有确定性,属于“卡地”(Kadi)司法<sup>③</sup>。黄宗智以翔实的经验证据证明,清代的法律是由道德化的官方表达与实用性的法律实践两方面组成。法律诉讼对普通民众而言可以成为寻求权利保护的手段,法庭判决亦是依据法律进行是非分明的审判而非团体内部式的调解,清代法律属于“实体理性”而不是“实体非理性”。

黄宗智通过三个方面论证其中心观点。首先,关于民事诉讼在国家中的地位,官方表达是一套道德话语,这一表达体现在成文律例、牧令须知、判案案例汇编中,理想状态是这类细事不应该存在,这类“细事”并非国家所关心的事务,并且诉讼数量不多。而在法律实践中,黄宗智统计华北三村诉讼案件、顺义县案件及巴县、宝坻、淡水—新竹的不同类别的案件数量,证明财产、债务、婚姻、继承等民事诉讼恰是地方政府受理案件的重要组成部分;其次,关于民事诉讼的群体,在官方的表达中,良民是不会涉讼的,即使有也是受讼棍等奸邪之徒的影响,但在法律实践方面,他通过统计相当数量的诉讼案件并分析其中可鉴别身份背景的原告,发现大多数涉讼的人都是普通民众,为了日常生活的切身利益而涉讼,他对诉讼的规模和费用进行详细考察,也证明了普通民众为切身利益而涉讼是常见的事情,并非是官方表达所认为的是受讼师的影响;最后,关于处理民事诉讼的方式,在官方的表达中,处理民事诉讼是以调处的方式,而在法律实践中,县官是严格按照法律进行判决,并非如滋贺秀三所说的“教谕的调停”。通过综合多种经验证据,他区分了处理纠纷的非正式民间调解以及正式系统,非正式的调解强调的人情与道理,后者的特点是依照法律进行判决,是非分明<sup>④</sup>。

因此,黄宗智与滋贺秀三的分歧点,是清代民事诉讼案件中调解和判决是否可以明确区分。对这一问题如何回答,与这两位重要学者的学术旨趣或方法论有密切的关系。黄宗智采取的是社会史研究方法,注重特定社会结构中主体如何进行行为选择,因此他关注清代民众和官员在民事诉讼中的行为选择<sup>⑤</sup>。在他的研究中,实际上有一个很重要的区分,那就是区分正式系统的法庭和非正式系统的民间社区和团体,这两者所承担的功能并不相同,法庭是进行是非判决的地方,至于调解则由民间社区团体进行处理。在进行这样的区分后,基于诸多清代法律档案的细致研究,可以看到清代法庭主要进行的是那些是非明确的判决而不是调解。因此,可以看到韦伯理论话语中对中国的认识并不正确。

由此,亦牵涉到黄宗智对传统中国民事法律问题的认识。清代民事法律的处理关键在于这两套系统的交搭,即他所概括的“第三领域”(The third sphere)<sup>⑥</sup>。值得一提的是,或许是受“领域”

① 参见白凯、黄宗智合编:《清代与民国的民法》,(Kathryn Bernhardt, Philip C.C. Huang, eds, *Civil law in Qing and Republican China*),斯坦福:斯坦福大学出版社1994年版。

②③ 黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,上海:上海书店出版社2001年版,第11、2页。

④⑤⑥ 黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,重版再序,第4~8、11、118~124页。

(sphere)一词的误导,争论的焦点总是聚焦于是否存在实体的“第三领域”。在笔者看来,这两套系统的交搭,毋宁说是关于中国法律处理的机制(Mechanism)或方式(Style)的概括。黄宗智认为对传统中国民事法律的认识,不能仅依靠成文法典即《大清律例》,实际上民间社区团体承担相当部分的民事纠纷的处理,当后者无法处理,国家法律才会介入<sup>①</sup>。因此,那种认为中国法律“以刑为主”和缺少民法的认识并不恰当。而关于滋贺的观点,正如前文已经叙述的,滋贺秀三关注的是从清代民事诉讼案件中概括清代民事审判所依据的核心原理,即寻找与西欧法庭不同类型的中国法庭进行民事审判时依据的准则。二者实际上都在中西法律比较的基础上,关注中国法律如何处理普遍性问题。若从此点而言,二者的研究亦可谓殊途同归。

另外值得一提的是,在美国学界尽管一些学者并非专研中国法律史,但仍然对中国法律有诸多洞见。比如孔飞力(Philip Khun)通过恰当的利用韦伯的理论,从而达到深化对清代法律和国家政权性质的认识。在关于乾隆年间的“割辫案”研究中,他为我们展示了尽管皇帝经常干预法律,但是皇帝的专制仍然受到清代政治制度的结构性制约的一面。可以看到,君主制与官僚制之间存在着矛盾性关系,“处于最高层的官员显然仍可能运用某些为任何政府都必须遵守的最高准则来限制君主的专制权力”<sup>②</sup>。

#### 四 结 语

西方学术界的中国法律史研究是西方学术的组成部分,带有西方本身的价值观念。长期以来,西方学界对帝制中国法律的认识受到“现代主义”价值的影响。“现代主义”的中国法律史研究主要有两大典型:一是关于帝制中国法律的社会基础的认识,认为帝制中国法律的社会基础是“东方社会”,将帝制中国法律与现代西方法律对立,认为二者所依赖的社会基础不同,并注重批判传统中国法律的“专制主义”;二是关于帝制中国法律的制度功能的认识,认为帝制中国法律的主要功能是社会秩序控制的工具,同样将帝制中国法律与西方法律对立。“现代主义”价值影响下的中国法律史研究洞见与偏见并存,西方学界内部亦对“现代主义”的中国法律史研究进行深刻反思。此种反思对于国内的中国法律史研究有诸多借鉴意义。

在中国近代法律变革的过程中,中国主要是向西方学习,传统中国的法律逐渐被抛弃,从法律条文上而言,传统中国法律与现实法律制度之间已经脱节。这造成的一个重要影响是,中国法律史在国内逐渐成为越来越边缘的学科,而且中国在学习和引进西方法律制度的同时,亦受到西方价值观念的影响,从整体上而言,对传统中国法律的评价主要是消极的。

笔者并不否认传统中国法律存在着诸多缺陷,但或许一些我们所认为的“缺陷”往往是基于预设价值的评价甚或误解,因此在笔者看来,对于中国法律史的研究尤其应该需要有“了解之同情”的态度。这正如陈寅恪先生在冯友兰先生的《中国哲学史》上册审查报告中所指出的:“对于古人之学说,应具了解之同情,方可下笔。盖古人著书立说,皆有所为而发。故其所处之环境,所受之背景,非完全明了,则其学说不易评论,而古代哲学家去今数千年,其时代之真相,极难推知。吾人今日可依据之材料,仅为当时所遗存最小之一部,欲借此残余片断,以窥测其全部结构,必须备艺术家欣赏古代绘画雕刻之眼光及精神,然后古人立说之用意与对象,始可以真了解。”在陈寅恪先生看来,要达到真了解的状态,应该对于研究对象持一种“同情”的态度,“所谓真了解者,必神游冥想,与立说之古人,处于同一境界,而对于其持论所以不得不如是之苦心孤诣,表一种之同情,始能批评其学说之是非得失,而无隔阂肤廓之论”<sup>③</sup>。对待传统中国法律同样应如此。应将传统中国法律视为在传统社会的情境下,为解决传统社会中问题而进行的制度设计。中国法律史研究应是史学研究,史学研究的第一要务是“求真”,而不是基于特定理论和价值上的评价。因此,中国法律史研究的深入至少应该重视法律制度在怎样的

① 黄宗智:《中国古今的民、刑事正义体系——全球视野下的中华法系》,《法学家》2016年第1期,第4~6页。

② 孔飞力著,陈兼、刘昶译:《叫魂:1768年中国妖术大恐慌》,上海:上海三联书店1999年版,第306页。

③ 陈寅恪:《冯友兰〈中国哲学史〉(上册)审查报告》,《陈寅恪学术文化随笔》,北京:中国青年出版社1996年版,第10~11页。

情境下被制定,为应对怎样的问题,当时的人如何理解法律制度,在具体的运作过程中又呈现怎样的状态等,只有基于这些详尽事实的发现的基础上,我们才能更好的评价传统中国法律制度的是非得失。

另一方面,中国法律史研究又不应拒斥西方理论。西方理论可以作为中国法律史研究的重要参照,可以启发研究者寻找到新的研究视角,从而加深对对中国法律史的认识。同时,西方学术理论很多是从西方的实践过程中提炼而来的,尽管传统中国法律具有自身的特点和社会基础,但并不意味着就要承认传统中国法律制度都是合理的。实际上,无论中西,法律在解决一些问题上都具有普遍性,比如如何实现司法正义等方面,我们可以以此来反观传统中国法律如何应对和处理这些普遍性议题。

最后,中国法律史研究应该充分注重理论对话和现实关怀。西方学术界的中国法律史研究一般都带有明确的问题意识,注重与西方学术理论进行对话,这一方面与其在西方学术界相对边缘的地位有关,另一方面也与其学术训练有关。通过与重要的学术理论进行对话,不仅能深化对中国法律史的理解,而且能够通过回应或修正重要学术理论以推进理论研究。中国法律史研究同样也应重视学术研究的现实关怀,通过观察现实来思考历史。西方学者在这方面的做法也值得借鉴,比如日本早稻田大学著名教授小口彦太既精研中国法律史,又对当代中国的民法颇有造诣;哈佛大学的安守廉教授既是著名的中国法律史家,又对当代中国知识产权法等领域颇有研究;黄宗智教授除了对中国法律史有精深的研究外,近些年对当代中国民法亦有诸多重要的研究。总之,正如安守廉所说的那样,我们既可以从中国法律史中学到很多,同时我们又需要做很多<sup>①</sup>。

收稿日期 2016-09-20

作者赵刘洋,中国人民大学法学院博士研究生。北京,100872。

## The Legal Culture Images of the Imperial China in the Perspective of Western Scholarships

Zhao Liuyang

**Abstract:** As a part of the western scholarships, the Chinese legal history studies in western scholarships have long been affected by the basic values of the modernism. The paradigm of progress in the law of imperial China can be divided into two types: one is about the social foundation of imperial China, its proposition the social foundation of the law belongs to the “Oriental Society”, and the law of the imperial China had been treated as the “the other” of the western law and its opposite side, also paid attentions to criticize the “authoritarianism of oriental society”; another type relates to the system function of imperial China law, regarded the function mainly to control social order, and the law of the imperial China had been treated as the “the other” of the western law. The paradigm of progress in the law of the imperial China has both insightful view and bias. The Western scholars’ reflection of the paradigm of progress in the law of the imperial China have enlightening function to China’s scholarships.

**Keywords:** academical theory; the imperial China; Chinese legal history; the “Oriental Society”; cross-culture understanding

【责任编辑 李振宏】

---

<sup>①</sup> 安守廉:《法律,法律,什么法律?为什么西方的中国历史和社会研究者一直未能就中国法律说的更多些》(William P. Alford, “Law, Law, What Law? Why Western Scholars of Chinese History and Society Have Not Had More to Say about Its Law”),第414页。