迈向实用道德主义的学术关怀
——从人类学角度看黄宗智的中国法律史研究

柴承晶 杜东夷

（中山大学，广东 广州 510275；青岛大学，山东 青岛 266071）

摘 要：在中国法律史研究上，黄宗智是一位重要的学者，然而他的研究又具有法律人类学意义。从实践的历史出发，他看到了中国法律从传统到现代长期存在的悖论现象，提出了重新认识中国法律的系列概念与理论。其中，实用道德主义概念贯穿他的研究，是其理解中国法律问题的基本立场和出发点。在具体策略上，他突出“文献、田野、档案”三结合的手段。然而，最有价值的方法论启示有二：一是从具体问题入手，将法律史和法律人类学冶为一炉进行思考；二是将中国法律视作中国社会的认识论工具。

关键词：实用道德主义；第三领域；法律人类学；实体理性

中图分类号：C95 **文献标识码**：A **文章编号**：1005-5681(2021)02-0116-07

DOI:10.15899/j.cnki.1005-5681.2021.02.016

Academical Attention Towards Practical Moralism: Viewing Philip C. C. Huang's Chinese Legal Historical Research from Anthropological Perspective

CHAI Cheng-jing DU Dong-yi

Abstract: In the field of Chinese legal history, Philip C. C. Huang is a significant scholar. However, his research also has legal anthropological significance. Starting from the historical practice theory, he saw the long-standing paradoxes of Chinese law from traditional China to modern China. Huang proposed a series of concepts to analysis Chinese law. Among them, the concept of practical moralism runs through his research, which is the essential position and starting point to understand Chinese legal issues. In terms of specific study strategies, he highlighted the method of combing files, literature and fieldwork. Yet there are two most valuable methodological enlightenments. First, he combined legal history with legal anthropology and started from specific problems to ponder. The second is to regard Chinese law as an epistemological tool for understanding Chinese society.

Key words: Practical Moralism; The Third Field; Legal Anthropology; Substantive Reason

20世纪90年代以来，黄宗智发表了系列著述和成果，引起了中外学者的广泛关注与讨论，因而在中国法律史及中国法律人类学研究领域中他是一位颇具影响的学者。其成就主要体现在《清代的法律社会与文化：民法的表达与实践》(1996年)、《法典、习俗与司法实践：清代与民国的比较》(2001年)与《过去和现在：中国民事法律实践的探索》(2009年)三部著作中。可以说，这三部书构成了他研究中国法律的三部曲。

过往关于黄氏法律研究的讨论，在中国学术界内部大致有三种意见或角度。(1)针对某一具体论点或理论而开展的讨论。比如，“县官依法判决”和“第三领域”。就前者而言，主要与认识听讼性质的另一观点暨“教谕式调停”(这一论点的代表人物是日本学者滋贺秀三及其学生寺田浩明[1-3])进行对比，以见出二者立场的不同。[4-6]就黄氏提出的“第三领域”，梁治平、张佩国、赵旭东、林端及杨念群等各自提出了与黄氏不同的看法。比如，张佩国提倡一种“地方性秩序”的认知模式；[7]赵旭东认为，三元结构并不能完全分析复杂情况，主张以“多元权威”代替之[8]；林端与梁治平认为，一个“连续体(continuum)”的概念更适应于分析中国传统法律。[9-10]杨念群坚持

收稿日期：2021-02-22

作者简介：柴承晶(1995-)，女，甘肃景泰人，中山大学历史系2020级历史人类学博士生，主要从事汉人宗族、历史人类学和法律人类学研究。

杜东夷(1966-)，男，山东临沂人，青岛大学中国法律人类学研究中心教授，主要从事汉人宗族、历史人类学和中国体质人类学史研究。

(C)1994-2021 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

从关系角度把握(而非空间角度),即从实践的关系中去把握真实的状态[11]。(2)从材料、理论、方法三个方面分析黄氏的贡献,将他的研究归入"新"法律史,以此与"旧"法律史相区别。所谓材料"新",主要体现在对地方司法档案的使用上;所谓理论"新",主要是指其吸收社会科学理论,并建构自己的理论体系;所谓方法"新",主要指其研究所具有的历史感、对于量化方法在法律史研究中的使用以及对司法实践的关注。[12-14](3)也有些研究者从整体上把握黄氏的法律研究,集中关注贯穿于黄研究内部连贯的研究理路或研究理路与方法之间的关系。[15-16]此外,还有一些研究将黄氏看作法律人类学家[17]或将其著作纳入法律人类学读本内[18],但并未对其法律人类学思想加以具体梳理。

本文结合上述黄氏的三部著作,在总结黄氏对中国法律独特认识的基础上,具体分析其法律人类学思想,从理论与方法论两个层面突出其原创性贡献,试图给出他在中国法律史研究和中国法律人类学上的地位。希望这项研究能对未来中国法律史研究和中国法律人类学研究有所裨益。本文主张的法律人类学是指,针对中国本土经验而开展的研究,同时兼具法学与人类学双重学科的问题意识。

一、中国法律研究三部曲

从布罗代尔(Fernand Braudel)的长时段概念来论,黄的三部著作涉及一个自清代开始,中经民国,直至当下的历史时期。这一时期恰是传统帝国的最后一个阶段,同时又是中国迈入现代叙事的开端。就法律制度建设而言,它既是西方的法律思想和法律制度引入的关键历史阶段,又是中国试图确立自己法律体系的过程。在这个时段内,一方面我们可以窥探到帝国传统的法律制度和法律思想,另一方面又可以看到西方法律思想和制度进入后,与传统的交织与碰撞,看到中国想融入世界,同时又想保留自我的过程。黄的目的,就是想呈现中国思考世界,并借助思考世界来思考自己的过程。具体到三本著作,我们可以按照"重新认识传统法律""东方与西方的碰撞""中国法律的现代性"的三项议题来把握。

就清代法律而论,黄氏从司法实践出发看到了清代对其法律的表述①深受自己儒家理想的影响,二者之间的深层逻辑导致其表达与实践相背离。②但理解清代法律的关键不在于二者之间的背离,而在于重德化又讲求实用的悖论之下对自己表达与现实之间的紧张态度,是其将"说"与"做"结合起来的"实用道德主义"思维。[19]实用道德主义是指:说是一回事,做是一回事,两者合起来又是另一回事。清代细事纠纷的解决③、调解由社区主持,衙门依法审判,在二者之间实际还存在一个无法被涵盖的"第三领域"。第三领域是指在案件被衙门受理后,尚未正式审理之前,纠纷在县官批词所指向的判决结果影响下,利用非正式的方式得以解决。④此时,民间与官方、正式制度与非正式制度交织在一起互动。清代三分的纠纷解决模式是与其"集权简约治理"的行政治理模式息息相关。清代行政治理模式是韦伯所说的"世袭君主官僚制",但在官僚治理上,国家采取一种简约化的治理路径,这导致清代对准官员和纠纷解决机制进行治理的半正式行政治理方式产生了依赖。之所以采取这种集权简约治理的方式,一是基于世袭主义要求尽量减少科层以防止分权的内在逻辑,一是与清代运作行政治理的成本相关:因为小农经济的赋税难以承担高度科层化的官僚体制费用。[20]清代法律也非韦伯所言"实体非理性"的卡迪审判。其有实体的一面,但从审判结果的恒定性和可预测性层面观察,它实际又是理性的。所以说,清代法律应是"实体理性"法律。⑤

民国初年,在民事方面,国民政府并未直接颁布和实施西化的新民法典,而是继续沿用修正后的《大清律例》(《现行律》),形成传统民法与西方刑法相结合的过渡法律体系。同时,国民政府对司法行政程序加以改革,新的法院系统与法律职业也为新法典颁布铺平了道路,呈现出程序优先于制度、实践优先于理论的改革模式。1929 年新民法典颁布后,虽一改《大清律例》禁与罚的规定模式,但从权利出发又派生出单元排他产权和男女平等制度,以及将契约(包括婚姻)视为社会组织的原则,由此展示出与传统法典不同的立法原则和法理学基础。刑罚在清代处理民事纠纷时实际很少使用,民众权利在官方对细事纠纷的依法审判下也可以得到保护。由此,黄宗智认为:就权利的维护而言,从清代到民国得到了连续,我们不能只局限于法律术语的表述来看问题。[21]新的民法典,也非完全的西化,它在对当时社会事实给予关照的基础上部分保留传统法律和民间习俗,是本土法律文化与外来法律文化、新旧法律以及正式法律和民间习俗交织的产物。只是从清代到民国,习俗与法典的背离程度在逐渐扩大,导致了民国法庭要比清代在二者之间的斡旋更多。法典变革的过程,绝非文本呈现的简单从东方—西方、传统—现代的线性变化。如果只依赖文本,则看不到真实的法律,必须透过法律实践看到真实的既有连续又有变化的复杂过程。

从社会主义中国之前到集体化时期,再到改革开放以来,秉承了传统民间调解与集权的简约治理智慧。需要说明,并非完全的不变,事实上,调解的内容、主体、数量以及方法和原则在各个时期都显示出一定的特殊性。在特定时期应运而生的"法庭调解",并不是民间调解的延续,是中国共产党在特殊时期为谨慎处理其激进的离婚规定与现实不满之间的矛盾而设计出来的。1950 年《婚姻法》规定有争议的案件必须先调解才能审理。法庭调解曾在一段时间内,一度变成"调解不离婚"。这种调解混杂着法庭的强制、物质上的刺激以及周边人的劝说等内容。它要求法官亲自下乡去调查了解案件事实,调解和好后还要召开和好会并签署调解协议。就当

(C)1994-2021 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

下的法律而言,它与民国一样,并非完全的西化,而是对于某些方面代之以适应现实的规定,侵权法中的"无过错原则"就是最好的例子。而且对于某项制度常常是经过多年检验才纳入正式法律之中,《婚姻法》中的"以夫妻感情作为判断婚姻是否破裂"就是很好的例子。这种从民国到当下的创新性,即将中国与西方、传统与现代法律融合起来的立法与司法的思维,实际正是清代"实用道德主义"思维的延续。[22]

此前学界多从形式理论出发,认为中国当下现代化的法律割裂传统法律纽带而单独演绎。黄宗智与之不同,他借助实践的观点从法律的实际运作出发,为我们呈现出当下中国法律的运作特色。在中国法律从传统向当下转变过程中,西方法律移植到中国时,它不能按照其逻辑预期进行开展,深受中国社会与文化主体性——实用道德主义思维的影响,传统实际得到了绵延与部分的再生产,而现代也非与传统格格不入。在某种意义上言,中国当下的法律正是帝制时期、革命时代以及西方法律制度三者的融合,实用、道德、权利皆内涵其中。总体来说,当下的法律恰当地处理了传统与现代、东方与西方的关系,新旧元素一起被赋予新的形式并和谐地共同发挥作用。在这样的思考之上,黄宗智更进一步指出,中国法律未来应该在坚持实用道德主义思维指导的同时,借助西方的形式主义,将二者结合起来。[23]

二、黄宗智法律人类学思想

通过上述论述,我们已经了解到黄氏从司法实际运作中得出的关于中国法律的认识。在这一部分里,笔者将具体从研究资料、对人类学理论的使用、引起人类学家的争论与借鉴等三方面分析其法律人类学思想。

首先,黄氏使用了民族志资料(满铁调查资料)和准民族志资料(地方司法档案)。此外,他还于1990年、1991年、1993年三次前往松江县华阳镇甘露村开展田野调查,特别关注社区调解。他在此前的社会经济研究中,已经开展了四次田野调查(1983、1984、1985、1988年),并主要依赖满铁调查资料。[24]

其次,他参考了实践论、后现代主义等人类学理论。在《实践与理论:中国社会、经济与法律的历史与现实研究》一书导论中,他明确说:"《表达与实践》一书的主要理论启发来源和对话对象是韦伯(Max Weber)、后现代主义的萨义德(Edward Waefie Said)和吉尔茨(Clifford Geertz)以及布迪厄(Pierre Bourdieu)。"他认为,韦伯关于法律的认识带有强烈的西方中心主义色彩,韦伯将形式理性法律建构为唯一的理想类型,忽视西方法律之外的其他理性,进而走向了极端。后现代主义则对西方中心主义进行有力批评,但后现代主义又走向在话语和实践中只偏向话语的极端。布迪厄虽然提出实践论来理解,但他缺乏对表达与实践之间关系的考察,即话语与实践关系的考察。所以,他在《表达与实践》这本书中对话语和实践给予同等关注,注重从二者之间的关系探讨问题。[25]在《清代与民国》以及《过去和现在》两本书中,他继续借鉴布迪厄实践理论。

实际上,在黄氏早期的中国经济史研究中,就可窥探到他参考人类学理论的痕迹。他发现,华北和长江地区在1940年以前及集体化—改革开放这段时间内,经济发展处于"内卷化(Involution)"状态。这一概念正是他借用自格尔茨关于印尼爪哇地区水稻生产研究。爪哇地区在缺少资本及劳动力转移途径,加之行政性障碍的前提下,只得将劳动力投入到有限的水稻生产中,格尔茨称此种现象为"内卷化"。[26]但在黄氏的研究中,内卷化与单位边际劳动报酬相关。在总产量与收入增加时,只要单位边际劳动报酬未能实现改观,就属于内卷现象。

在华北,小农分化为经营式农场和小农家庭农场两种类型。小农家庭农场其劳动人口与消费人口既定,无法解雇剩余劳动力,在人地关系紧张的条件下,小农只得在有限的土地内密集地投入劳动力。从总量和总收入看有所增加,但边际劳动报酬却处于下降趋势。经营式农场虽可根据需求增减劳力,呈现出发展的倾向,但他所获收入并非用于扩大生产或改革技术,而是作为放贷或走仕途所需,这导致经济无法实现质的飞越,而深陷内卷。[27]长江地区在家庭劳力充分使用及高地租和高工资背景下,小农分化以农村佃户和城市雇主为主。该地区在种植上虽选择了密集型经济作物,提高了总收入和总产值,但这种结果以家庭辅助劳动力充分使用为代价,这导致单位边际报酬仍无法获得增长。集体化时期,该地区在劳动人口增加、水利设施改善、现代化投入的背景下,农作物产量实现了增长,但这种增长却被大批加入生产的妇女及医疗卫生改善带来的人口增长所消耗,内卷依然无法消除。需要说明,边际劳动报酬与投入使用的劳力相关。[28]

黄的研究引起了赵旭东、张佩国、张小军等人类学家的注意。张小军以布尔迪厄实践论为指导,但也部分参考了黄氏的成果。在福建阳村的土改过程中,张氏发现了阶级成分划分的实践性,即阶级成分划分根本不按照国家土地法大纲来执行,而是受制于地方社会叙事。⑥张佩国同样如此,他在考察土改和司法实践活动时发现"乡土逻辑"取代了法律规定的现象。[29]

黄宗智何时接触到人类学?对这一问题,笔者通过对黄先生的询问获得了答案。他在完成第一本专著《梁启超与现代中国的自由主义》后,曾一度花费了两年时间翻阅各种各样的资料,目的是想找出详尽可靠的资料来解决自己心中的矛盾(自由主义对马克思主义)。后来,他找到了满铁的调研资料,堪称至为系统和详实可靠的社会和经济人类学之民族志,由此他和人类学结缘。从这里我们可以看出,黄宗智与人类学的结缘是基于满铁调查资料,在先看到实证资料之后,才进一步关注到人类学的研究与理论。⑦

(C)1994-2021 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

三、学科贡献与认知中国

(一)理论对手与认知理论

通过对黄氏著作的研读,我们已经了解到其在经验材料分析基础上提出的一系列理论,包括“表达与实践的背离”“第三领域”“半正式治理”“法庭调解”“实用道德主义”等概念与学说。借他的思想,我们可以对当下关于中国法律的一些主流认知重新予以思考和审视。当然,也可以对法律史和部门法学之间的关系给予再审查。

关于中国法律的研究,不管在西方还是国内,形式主义分析路径始终占据主流。在国内,基于形式主义的影响,甚至造成部门法学与法律史之间的割裂,传统的法律智慧无法得到关注和重视。林端和高道蕴曾指出,西方人长久以来关于中国法律的研究一直受到韦伯影响,故我们应当从韦伯的著作出发去探讨现代西方对中国法的研究。[30-31]因此,可以将韦伯视作形式主义最具影响力的代表。黄氏的研究正是要挑战形式主义影响下的中国法律探索,故而把韦伯作为对话对象。

韦伯认为,世界法律的发展是一个逐渐形式化和理性化的过程。基于形式和理性,他将世界各地法律划分为“实质非理性”“实质理性”“形式非理性”和“形式理性”四种类型。不同地区的法律与其政治、经济、宗教相互关联,存在选择上的近亲关系。基于官僚制、新教伦理及资本主义经济,西方法律是形式理性的,其他国家的法律则或多或少受到行政权力、道德因素或统治者意志影响,处于形式理性的之外的其他三种类型,帝制时期中国的法律则基于其传统经济秩序、家产制政治体制、世袭官僚制的儒教世俗理性之下是“实质非理性”。[32]黄通过对司法档案分析发现,衙门一直依照律例审判,帝制的法律是“实质理性”的。而且中国法律从传统时代到当下,道德和实用一直在其中发挥作用,正是在中国特有的实用道德主义思维影响下,中国法律能够表现出主体性,并将古今、中西串联起来,它与西方追求演绎逻辑的思维具有根本的不同。韦伯认为,中国是世袭官僚制的行政治理模式,他的著作带有双重维度,乃是他的突出之处。作为历史学家的韦伯,看到了世袭君主制和(理性的)官僚主义(科层制)patrimonial bureaucracy 的矛盾结合;但作为“理想类型” 建构理论的韦伯则最终简单将中国贬为“世袭君主(patrimonialism)”。黄认为,韦伯虽认识到中国的政治模式,但是他忽略了在这之下存在的集权简约治理以及大量非正式行政人员的存在,而且在这种治理模式之下,进而出现“第三领域“这种特

			经济	法律	政治体制
韦伯	西方	新教伦理	资本主义	形式理性	官僚制
	中国				世袭官僚制
黄宗智	中国	小农理性	内卷化		
		实用道德主义		实质理性	集权简约治理

别的纠纷解决模式。

(二)方法论特点

黄宗智的研究,在方法论层面主要有三个贡献:(1)形成“档案、文献与田野”三维结合的研究方法;(2)提出一种新的法律实践的研究视角,并以此来观察中国法律与社会之间的关系;(3) 以具体问题入手,将法律史和法律人类学冶为一炉。

1.形成“档案、田野与文献”三维结合的研究方法

黄氏在法律研究中使用了大量司法档案,从地域来说,包括四川巴县、河北宝坻、台湾淡水—新竹、上海松江县等;从时间范围来说,包括清代、民国、毛泽东时代以及改革开放以来的司法档案。他也使用了满铁调查资料和其他文献资料,在这基础上,还多次开展自己的田野调查,形成一种三维结合的研究方法。

此前,韦伯只使用了文献资料,并未开展田野工作,而且韦伯所使用的资料主要是二手资料,而非司法档案这种一手资料。人类学家马林诺夫斯基(Malinowski)在有关的法人类学研究中只使用了田野调查方法,并未使用文献与档案资料。[33]而中国法律学家和法律社会学家瞿同祖虽对档案给予关注,但没有自己的田野调查,只是流于纯文献的解读与分析。[34]在这种比对中,我们不难看出黄氏在方法论上的特点。

笔者认为,未来关于中国法律的研究应继续采用这种三维度相结合的方法,避免任何单一资料分析归纳法。

2.用实践的视角研究中国法律与社会

对司法实践的持续关注构成黄氏著作的一个特色,司法实践是黄氏研究的关键,也是他认知中国法律与社会的核心方法论所在。在其研究中,实践主要是指地方司法档案所呈现的司法体系的实际运作。

在《表达与实践》一书中,实践是相对于话语(包括理想建构与清代对社会事实的描述)、理论与制度而言的(主要相对前两者)。就某种层面来说,清代自己的律典、清代对自己社会的表述及自己的

(C)1994-2021 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

理想建构三者都可以视作话语，但在法律研究中，有必要将制度从话语中拿出单独陈列，因此关键在于清代对自己社会的表述及其与理想建构之间的关系。⑧黄认为，清代对事实的描述与儒家理想之间存在深层逻辑关系，但并未明确言明是何种逻辑关系。笔者认为，就儒家所坚守的理想话语而言，其实际内涵着清代自己的价值理想，而这种价值取向深刻地影响了清代对自己社会的表述。譬如在清代无讼的理想之下，兴讼的当事人、讼师及衙役都被给予否定评价。在家国同构的理想之下，地方官永远以父母官的形象出现，他解决纠纷就会像父母处理孩童纠纷一样进行调停。因此，可以说清代对自己社会的表述是其理想建构的投射。

在《清代与民国》中，实践主要相对于制度与民间习俗而言。就民间习俗来说，往往是两千年以来或数百年前的法律在民间的遗留，只是在当下未被法律所吸收，遂变成了民间的“小传统”。也就是说，在过去它可能是“大传统”。当然，也可能是社会环境发生变化，当前法律不能满足当事人交易对规则多样性的需求，某种做法久而久之稳定下来而成为一种习俗。法律与习俗的关系不是必然对立，二者可能相一致也可能相背离。规定在法典中的习俗获得国家话语支持和符合国家所弘扬的价值取向，但二者都构成维持社会秩序的一部分，都属于规范人们行为的制度。在黄的具体研究中，他具体将习俗区别为被法律认可的惯习（如包含典卖的土地买卖、家产继承等）、被法律拒绝的惯习（如田面权）和法律不置可否的惯习，如亲邻先买权。[35]在《过去和现在》中，实践同样是相对于话语表达、制度与理论来谈的。

因此，黄宗智的实践总结起来是相对于话语（包括理想建构及对事实的描述）、制度与理论而言，这样的分析符合黄宗智自己的表述。[36]但黄氏实践的认知路径并非单独强调实践或对立面，而是将实践与话语、理论制度结合起来观察和理解。在黄的研究中，“实用道德主义”是一个贯穿三本书的核心概念。这一思维赋予中国法律以主体性，使得中国可以恰当处理传统与当下、中国与西方法律资源的关系。可以说黄的这种实践路径是实用道德主义思维的内在要求与逻辑必然。

如前所述，黄氏的实践概念对布迪厄的实践理论有所参考，在这之外，他对毛泽东的实践论概念也有所借鉴。在黄氏之前，瞿同祖也使用实践的路径研究中国法律。在此，笔者试图对黄氏与他们三人的实践概念加以区别和理解。

首先，布迪厄的实践是相对于制度、结构与理性主义来谈的，可见，黄氏与他的实践既存在交叉也存在差别。即二者的实践概念都相对于制度（法律规范）而设，但在制度之外，黄宗智的实践还相对于理论与表达，布迪厄的实践还相对于结构。而且布迪厄没有考虑到话语与实践可能背离（按：黄氏在给本文提意见时指出的），并且两者结合起来又是“另一回事”。

何为结构？从社会学角度分析时，结构可分为两种：一种是赋定的关系，一种是经实践者主观选择而建构出来的关系。我们往往称前一种为“结构”，后一种为“关系”。但是建立关系后呢？从客观角度讲，关系互动既久，必然形成一种新的稳定结构。所以，我们在此统称“结构”。赋定的关系是独立于主体意识和意志而存在的客观关系，它不是行动者之间互动或者个人间交互主体性的结果。对于实践者而言，赋定关系是先天的，他是没得选择的，例如父母子女关系。而“关系”是实践者主动获致的，往往是后天的。雷蒙德·弗思说，通过个人努力获得的地位叫做自致地位（achieved status）；因他在某一亲属群体中的世袭地位或因其他优先要求权获得承认而由社会赋予的叫做先赋地位（ascribed status）。[37]此外，一般社会学家或人类学家所提到的社会结构多是表层的、经验意义上的结构，而布迪厄的“惯习”概念是内化的、深层次的结构。这样的结构往往不为实践者所觉察或意识。因而，掩藏在社会表象之下的结构是客观存在的，是一种处在相互作用中的行为人的潜在行为倾向，并通过行为倾向规定了行为人在相互作用中与其它场合的相对位置。[38]也就是说，结构是实践者不知，是已有的沉淀下来的东西。布迪厄以此反对理性主义或意志主义的解释路径。当然，他也反对客观主义的解释路线。布迪厄认为，在实践中，不论人们意识到或意识不到自己的实践目的以及怎样实践等问题，但都能按照一个事先的结构来展演自己，即惯习左右了自己。当人们按照惯习或内化结构实践时，实践的结果只能是先在结构的再生产，因为实践者总是按照累积倾向去作为。在这种意义上讲，实践者只是一个傀儡，因为惯习或内化的结构是主人。[39]当然，这里不是要否定实践者没有能动性和策略性。事实上，他们的能动性、策略性是在浅层意识里存在的。⑨

毛泽东实践理论的提出是与中国共产党的事业发展有关。曾经在一段时间内党内成员的思想被教条主义所束缚，这造成他们只关注书籍中的理论，而对于真实的革命经验却不加关注，形成了一种本本主义的风气。还有一部分成员，则恰好相反，过于关注自身经验，而拒绝理论。这两种思想实际都是片面、错误的。特别是教条主义的思想，曾经导致中国革命在1931~1934年遭受重大损失。毛泽东的实践论正是在这一背景下提出的，其目的就是揭露党内的教条主义和经验主义的错误，特别是教条主义的失误。他强调从经验出发，通过反复实践来发现与认识真理，即一种从实践—认识—再实践—再认识的循环认识过程，每一次的认识都相较于前一次更为进步，以此达到知行合一，来反对那种将主观与客观割裂、认识与实践相脱离的认识观。[40]这一认知过程正是黄氏研究中国法律的路径。[41]毛泽东的实践理论还强调将主观与客观、理论与实践都统一起来，这也与黄氏所强调的实践与对立面结合

(C)1994-2021 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

起来的思想相契合。从这里可以说,黄氏的实践与毛泽东的实践概念更趋接近。

与瞿同祖的法律实践研究思路相比,瞿氏的"实践"概念主要是相对"具文"来谈,提倡实践的研究路径是为了突破法律旧有的研究范式,即过往学术研究只关心历史上精英留下来的法律文书和帝国法律文件,而不关心法律在社会生活中的实际运作。瞿氏的法律实践受结构—功能论的影响,他认为法律与社会现象是不可分割的,法律是社会中的一种制度,不能离开社会,研究法律必须放到社会中去。他主要思考法律在社会上的推行情况、实施情况以及对民众生活的影响。[42]也就是说,他是从规范出发,探讨规范这一制度对整体社会的影响与作用。黄宗智虽然也是在探讨法律与社会现实之间的关系,但他的理论参考框架里却有了布迪厄的实践论思想。另外,瞿同祖的实践观不关心主体能动性探讨。事实上,主要原因是他处的时代人类学还没有发展出能兼容能动性和策略性的实践人类学理论。而幸运的是,到黄宗智开展中国法律研究时,世界人类学已经为他准备好了可以参考的理论知识资源。从这个意义上来说,两代学者的努力实际上是人类学不同理论流派在具体问题域上的关照,但又融入了研究者各自的能动性和策略性。但二者都倡导在既有的法律制度史和思想史研究之外,应建立将实践、制度和思想结合起来的法律史考察路径。

3.以具体问题入手,将法律史和法律人类学冶为一炉

对于纠纷解决机制,过去法学和法律人类学都进行了研究,法学界内部主要关注文本中的法及其实践,即侧重观察法庭实践对纠纷的解决,尤为强调审判中的程序公正,以致程序公正对于审判结果变得至为关键。而法人类学领域虽也关注法庭审判,但对于程序正义较少思考,更集中于纠纷解决与处理,这种关注的视角也决定了它对于法庭纠纷解决之外其他多元纠纷解决途径、机制与场域的关注。黄宗智看到了一个四维的动态纠纷解决机制,即"民间调解—第三领域—法庭调解—法庭审判"。他发现,每一纠纷解决机制对应一个场域,当某一纠纷在一个场域内无法解决时,就会移转到其他场域。黄氏对于纠纷解决过程中的程序和纠纷本身的解决、法律制度也给予了思考。多数法学家对于规则的关注要么集中于西方法律的移植,要么提倡本土资源;而法律人类学家多集中关心习惯法和民间法;黄的研究则强调一个融合的法律体系。由此可见,黄氏对于中国法律的研究是从具体问题入手,将两个学科关贯联起来思考。

总之,黄氏这种既有法律史的学术关怀,也有人类学问题意识的系列研究,使我们对传统法律获得了新的认识,并看到了中国在现代化过程中与世界其他地方相比之下不同的历史进程,看到了传统中国向现代中国转换进程中复杂和非线性的画面。黄氏从中国经验中得出的中国原理,更会丰富和改造西方经验发展出的社会理论与知识体系。这样的一种研究取向,值得未来加以继承和发扬。

当然,黄氏的中国法律史研究也存在不足。比如,他突出"实用道德主义"法律精神贯穿了从清代到民国再到中华人民共和国三个时段。这实际上强调了中国法律制度设计与实践存在一个中国文化模式,可是,布迪厄的实践人类学是摈弃文化模式分析路径的。这就意味着,他并没有深刻消化布迪厄的实践论人类学思想,从而造成了深层学理上的不兼容困境。又如,他把中华人民共和国时代的法律看作是"帝制时期、革命时代以及西方法律制度三者的融合",无疑削弱了中华人民共和国的主体性。这一点学术界有必要与之讨论。

感谢黄宗智先生在本文写作过程中数度给出修改意见,尤其是副标题的赐名!

注释:

①清代自己的表达主要体现在律例(户律部分及相关的例)、牧令须知、案例汇编等文献资料中。参见黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》(中文序言),刘昶,李怀印,译,上海:上海书店出版社,2001 年版。

②黄在本书中具体从五个论点分析清代表达与实践间的背离:一是民间调解中的"情、理、法"含义;二是衙门是否处理细事纠纷;三是衙门如何处理细事纠纷,审判或者调停;四是诉讼频发与讼师、讼棍的关系;五是清代法庭的实际运作状况。

③清代将分家、离婚、赡养、继承与契约这类纠纷称为"细事",从内容上,这类纠纷大致对应于今天的民事纠纷。参见黄宗智:《集权的简约治理——中国以准官员和纠纷解决为主的半正式基层行政》,《开放时代》,2008 年第 2 期。

④在某种程度上,第三领域也可以被看成广义法律规避中的一种,即规避国家审判,但这种规避与现代意义上的规避不同,它是一种在当时法律文化模式下,当事人基于能动与结构的选择,国家对民众这种行为也给予支持(体现在对这种诉讼后的案件,官方允许民间自己继续协商解决)。

⑤实体具体包括三层含义:一是统治者意志在法律制度中的作用;二是法律受道德原则指导;三是司法审判对事实的强调。参见黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,刘昶,李怀印,译,上海书店出版社,2001 年第 210~223 页。

⑥笔者曾偶然一次与张小军老师交谈,他告诉我们,自己阳村土改这篇文章就是看到黄宗智先生有关土改的研究而完成的。参考张小军:《阳村土改中的阶级划分和象征资本》,《中国乡村研究》第 2 期,北京:商务印书馆,2003 年第 123~137 页。

⑦对于黄宗智与人类学的渊源,笔者曾猜想是与史学的内部转向有关,即与史学研究受人类学影响相关。后阅读到尤陈俊写的一篇文章,其专门探讨了新文化史的转向,并将黄的研究与新文化史联系起来。参见尤陈俊:《"新法律史"如

(C)1994-2021 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

何可能——美国的中国法律史研究新动向及其启示》,《开放时代》,2008年第3期。为印证这种观点,笔者专门向黄老师请教,在他解答疑惑之后明白自己的猜想是不对的。

⑧我们必须注意到黄已经指出的清代律例本身存在的矛盾,律的规定深受儒家理想影响,例则是为处理现实问题所做出的规定。二者之间的关系正是清代实用道德主义思维的体现。

⑨对布迪厄"惯习"的理解,黄先生与我们看法不同。他认为,布迪厄实践论主要目的是超越主观与客观、意志与结构的二元对立;"习性"(habitus)并不决定行为,后者是其与紧迫的抉择互动而形成的。如果简单受其决定,那就变成简单的结构主义了,违反布氏原意。

参考文献:

[1][2][3] 滋贺秀三.清代诉讼制度之民事法源的考察[A]//王亚新,梁治平.明清时期的民事审判与民间契约[C].北京:法律出版社,1998:85.179~253.603~617.

[4][7]张佩国.乡村纠纷中国家法与民间法的互动——法律史和法律人类学相关研究评述[J].开放时代,2005,(2).

[5]易平.日美学者关于清代民事审判制度的论争[J].中外法学,1999,(3).

[6]林端.中西法律文化的对比——韦伯与滋贺秀三的比较[J].法制与社会发展,2004,(6).

[8]赵旭东.习俗、权威与纠纷解决的场域——河北一村落的法律人类学考察[J].社会学研究,2001,(2).

[9]林端.中国传统法律文化:"卡迪审判"或"第三领域"?——韦伯与黄宗智的比较[A]//中西法律传统[C].北京:北京大学出版社,2008.

[10]梁治平.习惯法、社会与国家[J].读书,1996,(9).

[11]杨念群.中层理论——东西方思想会通下的中国史研究[M].北京:北京师范大学出版集团,2016:106~107.

[12]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[J].开放时代,2008,(3).

[13]韩业斌.瞿同祖与黄宗智法律史方法论研究的比较[J].中西法律传统,2014,(2).

[14]海丹,邓建鹏.论法律史的新与旧——从材料、方法与理论方面考察[J].云南大学学报(法学版),2010,(3).

[15]刘岩.历史实践视野下的中国法律现代性问题——黄宗智法律思想研究[D].吉林大学博士学位论文,2007.

[16]万亿.法律史的思维世界:以黄宗智先生的法律史研究理路为范例[D].西南政法大学硕士学位论文,2009.

[17]杜抱朴,杜靖.一项激活历史主体性的法人类学研究——以中国西北科学考察团合同拟立为例[J].湖北民族学院学报,2018,(4).

[18]朱晓阳,侯猛.导论[A]// 朱晓阳,侯猛编.法律与人类学:中国读本[C].北京:北京大学出版社,2008.

[19]黄宗智.经验与理论——中国社会、经济与法律的实践历史研究[M].北京:中国人民大学出版社,2007:543.

[20] 黄宗智.集权的简约治理——中国以准官员和纠纷解决为主的半正式基层行政[J].开放时代,2008,(2).

[21][35]黄宗智.法典、习俗与司法实践:清代与民国的比较[M].张家炎,译.上海:上海书店出版社,2003:26.

[22]黄宗智.过去和现在:中国民事法律的实践的探索[M].北京:法律出版社,2009:89~267.

[23]黄宗智.中国正义体系的过去、现在与未来[J].开放时代,2018,(2).

[24][28]黄宗智.长江三角洲小农家庭与乡村发展[M].北京:中华书局,1992:1~334.

[25][36]黄宗智.实践与理论——中国社会、经济与法律的历史与现实传统[M].北京:法律出版社,2015:1~267.

[26]Clifford Geertz. Agricultural Involution: The Processes of Ecological Change in Indonesia. California: University of California Press, 1969:1~196.

[27]黄宗智.华北的小农经济与社会变迁[M].北京:中华书局,1986:65~229.

[29]张佩国.财产关系与乡村法秩序[M].上海:学林出版社,2007:1~194.

[30]林端.韦伯论中国传统法律:韦伯比较社会学的批判[M].北京:中国政法大学出版社,2014:155.

[31]高道蕴,高鸿钧,贺卫方.美国学者论中国法律传统[C].北京:清华大学出版社,2004:导言.

[32]马克思·韦伯.法律社会学[M].简乐,康惠美,译.桂林:广西师范大学出版社,2005:1~320.

[33] 马林诺夫斯基.原始社会的犯罪与习俗 [M].原江,译.北京:法律出版社,2007:1~134.

[34][42]瞿同祖.中国法律与中国社会[M].北京:商务印书馆,2010:415.

[37]雷蒙德·弗思.人文类型[M].费孝通,译.北京:商务印书馆,1944.

[38]皮埃尔·布迪厄.实践感[M].李猛,李康,译.北京:中央编译出版社,2004:83.

[39]皮埃尔·布迪厄.实践理论大纲[M].高振华,李思宇,译.北京:中国人民大学出版社,2017:213~238.

[40]毛泽东.毛泽东选集(第一卷)[M].北京:人民出版社,1967:259~273.

[责任编辑 杨文炯]

[责任校对 陈慧慧]

(C)1994-2021 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net