

# 迈向生活的法律史

汪雄涛\*

**摘要** 日美两国的法律史研究路径虽然略有不同,但都折射出先验的理论和旁观者的逻辑,这是法律史社会科学化最真实的陷阱。人类学和历史学共同趋向实践与日常的经验表明,法律史在朝向社会科学研究的的同时应当对化约保持警惕。迈向生活的法律史一方面倡导问题意识要从生活中来,另一方面又要将生活逻辑带入经验到理论的推演中去。从更深层次上说,生活对于学术,不仅是一种方法论,更是一种立场。

**关键词** 社会科学化 实践 日常 生活 法律史

长期以来,中国法律史学科处于非驴非马的尴尬地位:一方面,脆弱的考证能力使其难以获得史学界的承认;而另一方面,匮乏阐释能力又让其无法进入法学界的法眼。什么是中国法律史?怎样研究中国法律史?学界可能分歧多于共识。从近些年的反思性文章来看,<sup>[1]</sup>问题意识扁平的考证研究受到比较普遍的批评,法律史学界的研究路径逐步偏向阐释。虽然如此,但考证研究的薄弱依然是一个无法否认的现实。同时,随着社会科学对法律史的影响日渐加深,阐释的紧迫性和可能性都远甚于前。然而,在法律史的社会科学化的背后,时常是虚假的

\* 苏州大学王健法学院副教授。本文系作者主持的中国博士后科学基金面上资助项目“明清司法中的细故案:轻微纠纷与社会秩序”的研究成果(编号:2012M510674)。

[1] 近年来反思法律史研究的论文主要有王志强:“中国法律史学研究取向的回顾与前瞻”,载中南财经政法大学法律史研究所编:《中西法律传统》(第二卷),中国政法大学出版社2002年版;李力:“危机、挑战、出路:‘边缘化’困境下的中国法制史学——以中国大陆地区为主要对象”,中国法制史学会、中央研究院历史语言研究所主编:《法制史研究》(第八期),(台北)中国法制史学会2005年版;刘广安:“中国法史学基础问题反思”,《政法论坛》2006年第1期;徐忠明:“中国法律史研究的可能前景:超越西方,回归本土?”,《政法论坛》2006年第1期;邓建鹏:“中国法律史研究思路新探”,《法商研究》2008年第1期;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”,《开放时代》2008年第6期;里赞:“中国法律史研究中的方法、材料和细节——以清代州县审断问题研究为例”,《法学》2009年第3期。

问题意识和不食人间烟火的研究结论。考实与阐释之争,乍看之下仿佛只是研究路径的不同倾向,细叩之后则发现,其中潜藏着当前社会科学研究中的深层病灶——学术对生活的背离——即学术研究不以解决生活中的问题为目的,也不以生活中的逻辑和经验为起点。当学术抽离于生活,发生种种乱象也就不足为怪了。在此,本文将以“法律的生活之维”为基本立场,对当前法律史研究中所面临的问题提出一管之见。

## 一、法律史的社会科学化:进路与陷阱

几年前,曾有学者以黄宗智为代表的加州大学洛杉矶分校的法律史研究为典范,热情洋溢地呼唤“新法律史”时代的到来:“对于中国学者而言,‘新法律史’所体现的学术取向可以为我们提供重要启示,不仅包括提醒我们注重对诉讼档案的充分运用,以及吸收优秀的社会科学成果,还包括借历史之光洞见现实问题,从而在某种程度上摆脱中国法律史研究虚学化的困境。”〔2〕这一潮流并非空穴来风。一方面,“20世纪,在海内外,中国法律史的研究都经历了一个从无到有和在方法论上逐步转换的过程,在研究取向上表现为从前期的大规模资料整理、译介和考据并利用既有的西方话语系统加以整合的事实描述式研究,逐步发展到通过扩展学科视野对既有框架进行反思和重构的理论阐释式研究的渐进过程。”〔3〕因此,黄宗智等人对社会科学理论的吸收和概念提炼,不过是法律史研究在现阶段的必然趋势。另一方面,以年鉴学派为代表的“新史学”自20世纪60年代以来一直倡导理念革新:“首先,是以问题导向的分析史学,取代传统的事件叙述。其次,是以人类活动整体的历史,取代政治为主体的历史。再次,为达成上述两个目标,与其他学科进行合作。”〔4〕所以,无论是对问题导向的强调,还是对社会科学的重视,甚至包括对档案材料的发掘,以黄宗智为代表的典范都只不过是承接年鉴学派的余绪而已。然而,黄宗智的研究还是给国内法律史学界带来很大的冲击。因为在此之前,国内法律史学界主要还在进行考实为主的研究,仅有梁治平的“法律文化论”可称为“范式”。〔5〕更为重要的是,黄宗智与日本学者滋贺秀三所引发的“依法审判”之争,逐步将域外的中国法律史研究全面推向学界的视野。日美同行研究的一起涌入,对于向来拙于问题和理论的国内法律史学界,无疑是一种震动,法律史的社会科学化由此进一步发酵。

但是,黄宗智与滋贺秀三等人的论争在充分彰显其研究范式的同时,也将其弱点显露无疑。稍加琢磨就会发现,“依法审判”之争的问题意识,其实始于于马克斯·韦伯关于西方法律“理想类型”的解说,而包括中国法在内的其它法律都在这个“理想类型”的参照之下。无论是滋贺秀三还是黄宗智,都是在此逻辑之下作业。只不过,在滋贺秀三那里,“韦伯式问题”具体

〔2〕 尤陈俊,见前注〔1〕。

〔3〕 王志强,见前注〔1〕,页80。

〔4〕 (英)彼得·伯克:《法国史学革命:年鉴学派,1929—1989》,刘永华译,北京大学出版社2006年版,导论。

〔5〕 邓正来:“中国法学向何处去(续)——对梁治平‘法律文化论’的批判”,《政法论坛》2005年第4期。

化为：以情理为审判基准的中国诉讼是一种不具有判定性的“教谕式的调解”；〔6〕而在黄宗智那里，“韦伯式问题”以一种相反的命题呈现：“清代的审判制度是根据法律频繁地并且有规则地处理民事纠纷的”。〔7〕无论如何，中国式诉讼是否具有“形式理性”始终是论争的核心。确定性是秩序存在的基础，法作为规则之维，难逃这一追问。问题是，法的确定性是否应该以“形式理性”为唯一的判断标准？其实，我们不自觉地陷入了一个怪圈。在韦伯关于法律的“理想类型”背后，潜藏着一个更为根本的问题——类似于“李约瑟难题”（“The Needham question”）。〔8〕李约瑟有感于中国古代的科学技术成就，提出“中国为何没有产生近代的科学技术？”在韦伯这里，这个问题成了中国传统社会为何没有产生资本主义的法，而中国社会具有“卡迪司法”（Kadi-Justiz）的特征不过是其一个例证而已。〔9〕

很显然，社会科学方法会出现偏差。据黄宗智统计：在巴县、宝坻、淡新档案的 221 件经过庭审的案子中，其中有 170 件引用了法律，占 77%；此外，“无人胜诉”的案子中也有 22 件依据法律作了判决。因此，共有 192 件案子依法审判，占总数的 87%。〔10〕林端则认为：在 222 件淡新档案中，共有 35 例依法审判。由于每件档案所载案件有多有少，共有 53 件提到法律，其中律 4 次，例 49 次。〔11〕由此可见，即便是同一材料，同一种统计方法，视角的不同，也会产生巨大的反差。社会科学方法笃信样本与逻辑，然而在理论构建的一路高歌中，却离事实越来越远。在传统中国社会的日常生活中，人们无可避免地卷入法律纠纷，但他们并没有因此而坠入另外一个知识系统，支撑法律运作的仍然是日常生活中的经验与认知。较之天理人情，国法时常是被规避和拒斥的那一个，“依法审判”与传统中国社会格格不入。〔12〕

在“依法审判”之争上，滋贺秀三的观点无疑更接近事实，然而其理论预设的困境却同黄宗智如出一辙。滋贺秀三对中国法文化的考察一开始就处于中西对比的架构上，“纵观世界历史，可说欧洲的法文化本身是极具独特性的。而与此相对，持有完全不同且最有对极性的法文

〔6〕（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》，王亚新、范愉、陈少峰译，法律出版社 1998 年版，页 21。

〔7〕（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，页 90。

〔8〕李约瑟编著《中国科学技术史》和盘托出中国史上科技发明的辉煌纪录，却无法解释“为何中国在科技发展上长期领先西方，而现代科学竟出现于西方而不是中国”这一“李约瑟难题”。此一问题的最新评述参见余英时：“李约瑟问题”，载《东方早报·上海书评》2009 年 3 月 1 日。

〔9〕高鸿钧曾对马克斯·韦伯所言的“卡迪司法”作了细致说明，他认为：“‘卡迪司法’的核心特征是超越形式和程序而诉诸法外考量和个案裁量，目的是追求实质正义，其后果具有同案不同判的恣意性和不确定性。”参见高鸿钧：“无话可说与有话可说之间——评张伟仁先生的《中国传统的司法和法学》”，《政法论坛》2006 年第 5 期。

〔10〕黄宗智，见前注〔7〕，页 66。

〔11〕林端：《韦伯论中国传统法律——韦伯比较社会学的批判》，三民书局有限公司 2003 年版，页 131。

〔12〕汪雄涛：“明清诉讼中的‘依法审判’”，《开放时代》2009 年第 8 期。

化的历史社会似乎就是中国了。”<sup>〔13〕</sup>受昂格尔(R.M.Unger)有关“法的支配”和野田良之关于“竞技型诉讼”的影响,滋贺秀三认为中国的诉讼是一种“父母官诉讼”。<sup>〔14〕</sup>他认为:

“听讼”是教谕式的调解,而不是性质上与体育竞技的裁判同出一源的诉讼,那么就完全没有必要详细决定和形成规则(rule)。审判的公正性保障,存在于通过当事人的承认——即使是勉勉强强的也罢——而使案件了结的程序之中。当事人与法官之间通过交涉谈判、讨价还价,最终达到使案件三方都觉得可以接受、或不得不接受的“情理”范围内自然终结。<sup>〔15〕</sup>

中国传统司法在滋贺秀三眼中始终非常含混,而其确定性也微不足道。在这里,韦伯的影子若隐若现。作为近年来法律史学界最具社会科学化的问题,“依法审判”之争所凸显的,不仅有观点的差异,还显示出日美学者方法上的不同:

东京大学法学部出身的滋贺氏主要从法学的视角研究中国法史,注重提炼中国固有的关键概念(如情理法)之独特内涵,把握其法律意义,尽管其在强调中国法独特性上是否有过犹不及之虞,尚存争议,但他从熟读资料中萌发问题意识,经由深度解读总结上升为一般理论的笃实学风,有别于某些西方汉学家理论框架诠释过度、理论先行而裁剪和误解史料之研究。对目前由套用西方概念向套用理论转型中的中国法律史学,不无深刻的借鉴和反思意义。<sup>〔16〕</sup>

黄宗智的方法论缺陷也间接反映了美式研究的社会科学化问题。众所周知,美国的法律史研究早期也以资料编译为主,“由于在历史学方法论上,兰克思想的负面影响早已受到清算,史料学派、事实复原的价值取向不再具有独尊的地位,而且由于西方有深厚的法学理论积累,有崇尚原创的精神氛围和宽松的学术环境,因此,从事实描述向理论阐释转型的过渡得以较快完成。”<sup>〔17〕</sup>进入20世纪90年代以后,孔飞力(Alden Kuhn)的《叫魂》和马伯良(Brian E. Mcknight)的《宋代中国的法律与秩序》之类著作的出现,虽然在史料运用上具有明显的提升,但是其最受瞩目的依然是多学科方法的运用以及理论阐释的突出。黄宗智的《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》也是如此。在他看来,档案是一种比判牍和官箴更为真实的材料,然而田涛却批评说:“有人在讨论清代的官方的表述与民间实践时,将一些诸如巴县档案、宝坻档案、淡新档案的档案视为民间档案,而实际上所谓的州县档案与真正的民间档案之间有着明显的不同,而且中国学者仍会认为州县档案中所记录的是地方官的表述而远非民间的表达。”<sup>〔18〕</sup>尽管黄宗智对档案材料的运用颇为充分,但是在单一材料上立论的风险也显而易见。更为关键的是,黄宗智的写

〔13〕 (日)滋贺秀三:“中国法文化的考察——以诉讼的形态为素材”,见前注〔6〕,页2。

〔14〕 滋贺秀三,见前注〔6〕,页3—17。

〔15〕 滋贺秀三,见前注〔6〕,页41。

〔16〕 陈新宇:“以代际递进为特点的日本中法史研究”,载《中国社会科学报》2010年5月25日。

〔17〕 王志强,见前注〔1〕,页81。

〔18〕 田涛:“十七世纪以来西方人眼中的中国法律”,载田涛著:《第二法门》,法律出版社2004年版,页186。

作动机既是要修正韦伯的学说,其理论雄心不能为材料所阻止也在情理之中了。所以,虽然美式法律史研究所提出的概念和理论总能令我们耳目一新,但是其对史料的融通与归纳并不高明,逻辑倒挂的嫌疑始终存在。

当然,称滋贺秀三“从熟读资料中萌发问题意识,经由深度解读总结上升为一般理论”也有过誉之处。抛开前述滋贺秀三“父母官诉讼”的“韦伯情结”不说,其对中国家族制度的研究也有类似的问题。俞江曾直言不讳地进行批评:

虽然在家产析分制的研究中提出了很多有益的结论,但在整体把握上却基本上陷入误读之中。造成这一误读的原因,一方面是因为他没有掌握分家习惯的直接材料,并总是把区域性的调查不加区分地作为判断全国状况的依据;另一方面,是因为他带着前见去观察材料。或许,他想通过中国家父享有家产所有权的观点,来说明中国传统法律文化与罗马法文化的相似之处,从而证明中国法律文化的优越性或“常态性”,但这样做却是以误解中国传统家产制为代价的。<sup>[19]</sup>

在材料解读和理论预设两个方面,滋贺秀三总是或多或少地受到外在假定的影响。虽则日本学者的研究不无瑕疵,但其结论的风险却小得多。这与日式研究社会科学化的道路有关。在日本的东洋史学中,东京和京都两派分别受到兰克(Leopold von Ranke)史学和中国乾嘉传统的熏陶,虽然两大学派之间存在一定的分歧,但在对史料的重视上并无二致,对此后日本学者研究中国法律史的基本方法论产生了直接影响。二战以后,日本的东洋法制史学界在继续进行扎实的事实描述的同时,也开始在理论阐释方面进行探索。这类研究不再满足于对既有事实的描述和复原,而是力求在不同于西方话语体系的思考角度提出新的理论。<sup>[20]</sup>由此可见,在日式研究的社会科学转型中,对材料的把握和描述始终是其研究的基础,因而在中国法律史的研究中形成了“长于描述,兼顾阐释”的特色。<sup>[21]</sup>相较于滋贺秀三,年轻一代的寺田浩明、岸本美绪和夫马进在理论阐释的立场上更为谨慎。<sup>[22]</sup>

综言之,法律史的社会科学化道路成功与否,关键在于材料和理论之间的衔接。约束这二者关系的,除了传统史学所讲的“史识”和“史德”之外,<sup>[23]</sup>恐怕更为重要的是要把社会科学化的理论回放到经验材料中去检验。尽管随着社会学、人类学影响的加深,中国法律史的重心日渐下移,由传统的经典文本阐释和典章制度研究转向关注民众社会生活的实态。但是普通民众在日常生活中的经验与智慧并没有得到足够的重视。无论是矮化的“教谕式调解”还是拔高的“依法审判”,其折射出的先验的理论和旁观者的逻辑都是法律史社会科学化最真实的陷阱。而要走出这个陷阱,就需要回归实践与日常。

[19] 俞江:“论分家习惯与家的整体性——对滋贺秀三《中国家族法原理》的批评”,《政法论坛》2006年第1期。

[20] 王志强,见前注[1],页71—73。

[21] 王志强,见前注[1],页82。

[22] 寺田浩明、岸本美绪和夫马进的代表性研究,参见前注[6]的《明清时期的民事审判与民间契约》。

[23] 唐代刘知几在《史通》中提出史才、史学、史识,清代的章学诚进一步提出史德。参见章学诚:《文史通义》,中华书局1985年版,页219—222。

## 二、社会科学研究的反动:实践与日常

20世纪以来的社会科学有一种重要的倾向,就是对实践与日常的贴近和回归。在传统哲学看来,日常生活是琐屑的小事,哲学在本质上似乎是远离日常生活的,只关注抽象世界和宏大叙事,但现象学、语义学以及存在主义的兴起改变了这一切。胡塞尔认为“生活世界是自然科学的被遗忘了的基础”,维特根斯坦也认为日常生活对语言的理解具有实质性意义,哈贝马斯交往行为理论的出现则进一步凸显出实践在生活与哲学中的关联。<sup>[24]</sup> 在与中国法律史关系更为接近的人类学和历史学中,这一趋势尤为明显。

在20世纪20年代功能主义理论出现以前,人类学者沉浸于远古的历史之中,主要依靠二手的素材猜测宏观的世界文明史。到功能主义理论之后,人类学的方法论才开始从宏观人类历史中分化出来,进入实地研究与社会理论化的时代。

在马林诺夫斯基以前,社会人类学者如摩尔根(Lewis Henry Morgan)、波亚士(Franz Boas)以及里弗斯(William Rivers)已经开始田野作业,但当时的田野作业方法很不成熟,人类学者在社区中的调查多依赖口译者,对被研究者的访谈往往十分简短,而且主要选择个别较有知识的当地人为访谈对象,田野作业收集的资料也通常不是人类学者的主要内容……马林诺夫斯基的田野作业,与以往的做法形成相当鲜明的对照。他长期生活在一个社区(特洛布里安德岛),与几乎所有社区成员成为熟人,对他们的活动规律和细节了解至为深入,他的调查具有“直接观察”、重视民间生活和民间知识、亲自参与等特点。<sup>[25]</sup>

因此,马林诺夫斯基在此基础上作出的解释,“对于他来说,就是一种‘生活的常识’,或当地人对生活需求的理解和实践”。<sup>[26]</sup> 但是,马林诺夫斯基也意识到,他的社区民族志主要是针对初民社会的研究,这种方法是否适合复杂社会,值得警惕,因此酝酿转型。所以,当费孝通来到英国时,他所带来的大瑶山素材并没有引起马林诺夫斯基大弟子弗思(Raymond Firth)的重视,反而是在故乡吴江所做的现代乡村的调查受到青睐。<sup>[27]</sup> 费孝通据此写成的博士论文《江村经济》,不仅描述了吴江县开弦弓村农民的经济与社会生活,还借此村落的素材反映了中国农村社会与文化变迁的问题。费孝通对中国当代社会的研究将人类学的关注点由“异文化”转向本土,进一步提升了实践与日常在人类学中的地位。

但是,布迪厄对实践与日常提出更为苛刻的要求:

作为一个外来者,人类学者在其社会观察中不熟知当地的话语,对个人的生活不可能达到深入的理解,而且为了迎合西方对非西方的兴趣,易于把当地社会生活说成是没有个

[24] 参见王晓东:《日常交往与非日常交往》,人民出版社2005年版,页9—22。

[25] 王铭铭:《社会人类学与中国研究》,广西师范大学出版社2005年版,页24。

[26] 同上注,页25。

[27] 费孝通:《费孝通文集》(第七卷),群言出版社1999年版,页108—109。

人策略的文化制度规则的总和。可是,当人类学者回到故乡时,一切可能发生改变……在家乡,他发现以前他以为是“文化规则”的东西(如亲属制度)是人们(包括他自己)的生活策略,并非制约个人的符号—礼仪制度。……当他们是“当地人”(natives)时,他们观察到的是一系列属于个人行动者的谋略的活动或“社会现实”。〔28〕

布迪厄显然希望超越人类学对制度的文化解释,更多地赋予生活以实践和策略的意义。

大约与人类学同时,历史学也转向实践与日常。这一轨迹与年鉴学派是分不开的。从吕西安·费弗尔(Lucien Febvre)和马克·布洛赫(Marc Bloch)孕育年鉴学派开始,他们就是以对“历史撰写学旧体制及其批评者”的面目出现的,试图摆脱历史学部落中的“政治偶像”、“个人偶像”和“编年偶像”而关注历史中的“细枝末节”。〔29〕年鉴学派第二代的布罗代尔(Fernand Braudel)则进一步强调“总体史”,习惯于将日常生活的小历史与该时期重要的经济社会趋势相联,并声称要给日常生活予历史维度。〔30〕作为年鉴学派的第三代领军人物,勒高夫(Jacques Le Goff)更是直接地提出“历史人类学”。由于人类学关注下层平民、连续的日常生活世界和当地人的看法,去批评国家和政治精英建构的历史、琐碎的事件史和外人强加的历史观,这些强调启发了历史学家的理论革新,尤为突出地体现在口述史、生活史、新文化史和微观研究等几个方面。〔31〕

就中国研究而论,莫里斯·弗里德曼(Maurice Freedman)认为,“社会人类学要出现一个‘中国时代’,首先应该向历史学家和社会学家学习研究文明史和大型社会结构的方法,走出社区,在较大的空间跨度和较广的时间深度中探讨社会运作机制。”〔32〕正是在这种思路之下,莫里斯开始了对华南地区宗族的研究,这成为历史人类学在中国研究中应用的雏形。〔33〕上世纪八十年代以来,科大卫(David Faure)、萧凤霞(Helen Siu),以及刘志伟、陈春声、郑振满等一批历史学和人类学家合作进行研究,通过珠江三角洲、潮汕地区和闽南的历史人类学研究,对明清地方历史进行了批评性的反思。它兼顾了对平民史、日常生活史和当地人想法的关注,对过往的精英史、事件史和国家的历史权力话语进行批评,形成了中国历史人类学研究的良好开端。〔34〕

现如今,历史人类学成为一种引人注目的史学研究方法,其对民间文献的关注和走向田野的趋势尤其值得关注。张小也认为:在经济史研究中,原来一种比较通行的做法是根据材料计算出地租、地价、土地流转率、剥削率等数据,但是很多前提其实并没有搞清楚,土地面积是真是假?赋税实际由谁承担?什么时候不可以收租?租负是不是打折扣的?这些问题都需要“地方性知识”来解释。很多账本和契约的背后都有社会经济的实际运行机制支撑,不能根据

〔28〕 王铭铭:《西方人类学思潮十讲》,广西师范大学出版社2005年版,页210。

〔29〕 参见伯克,见前注〔4〕,页1—5。

〔30〕 同上注,页40—42。

〔31〕 参见张小军:“史学的人类学化和人类学的史学化——兼论被史学‘抢注’的历史人类学”,《历史人类学学刊》(创刊号)。

〔32〕 王铭铭,见前注〔25〕,页32。

〔33〕 参见(英)莫里斯·弗里德曼:《中国东南的宗族组织》,刘晓春译,上海人民出版社2000年版。

〔34〕 张小军,见前注〔31〕。

文字做表面上的研究。同样,在使用族谱的时候必须知道族谱的特点,因为族谱并非对所有宗族人口的记录,有一些人是被排除在外,这样一来在计算时就应该把他们加进来。家庭结构及其变化规律也是如此,需要利用并且准确解读包括分家文书在内的民间文献。<sup>[35]</sup>就是说,通过转向民众的日常生活实践,我们才能对史料获得更接近真实的解读。

事实上,无论是人类学还是历史学,其对实践与日常的贴近,本质上都是对化约的一种反叛。人类文明的历史,几乎无一例外都是精英的历史,普通民众的印迹时常被大而化之的政治史所忽略,生活史、微观史的出现以及民间文献的利用都是为了恢复普通民众在历史中的出场。同时,人类文明的历史也是记录的历史,这就意味着从事实到文本的转换过程中,免不了会出现过滤和变异,人类学走向历史纵深和历史学走向田野,都是为了获得对文本更加符合历史场景的认知。当然,人类文明的历史也是一种被外在解读的历史,从这个意义上讲,无论是人类学“参与观察”的出现,还是从“异文化”向“本土文化”的转变,或是当代口述历史的问世,都是社会科学研究走向内在化的趋势要求。因此,20世纪社会科学研究走向实践与日常,与其说是方法论的革新,还不如说是立场的转变,它表达了一种对社会科学化的反动,意在提醒我们,无论多么精深的社会科学理论,都只是人类生活的一种解释,它不能偏离生活本身的逻辑。

对中国法律史而言,回归实践与日常意味着对“生活”的强调、对“表达”的警惕和对“行动者”的重视。

先说“生活”。传统中国社会一切具有法律意味的行为,都是发生在日常生活的背景之下,但是当时的普通民众到底处于一种怎样的生活之中,过去我们关注不多。英国历史学家托尼(R·H·Tawney)曾对1931年的中国农村状况作过一个著名的描述:“有些地区农村人口的境况,就像一个人长久地站在齐脖深的河水中,只要涌来一阵细浪,就会陷入灭顶之灾。”<sup>[36]</sup>近代以前的中国社会,应该不会更好。对于时刻处于“深颈”状态之中的小民来讲,生存才是最基本的逻辑。因此,传统中国社会的民众不可能生活在一个伦理的真空,为了琐屑的利益去争斗乃至诉至官府都是平常之事,而在如此局促的利益格局中,恐怕威权吓阻和空洞说教都不能真正消弭纠纷。只有借助民众在日常生活中累积的事理,在事实的基础之上对利益予以合理分割才是人间正道。至于解纷的规则,显然不是律法,当然也不可能任意而为。英国历史法学的保罗·威诺格拉道夫(Paul Vinogradoff)就说:“创始法律行为规则的因素,并不是人们之间的冲突,而是一些日常习惯,这些习惯受制于人们从公平的角度参酌考虑合理交往及社会合作。”<sup>[37]</sup>这就是说,法律首先是生活规则的沉积,其次才演变为专门的知识系统。法律不是在生活之外,而是在生活之内。

[35] 参见张小也:“历史人类学:如何走得更远”,《清华大学学报(哲学社会科学版)》2010年第1期。

[36] (英)R·H·托尼:《中国的土地与劳动力》,转引自(美)詹姆斯·C·斯科特:《农民的道义经济学:东南亚的反叛与生存》,程立显等译,译林出版社2001年版。

[37] (英)Vinogradoff, 1920. *Outlines of Historical Jurisprudence*. London. 转引自(英)S·斯普林科尔:《清代法制导论》,张守东译,中国政法大学出版社2000年版,页160。



次说“表达”。中国法律史所面对的文本,官方所修自不待言,即便是民间文人所记,也大多隐含了士大夫阶层的立场。广大普通民众由于识字能力所限,自身往往不能“言说”。这就意味着,诸如“伦理社会”、“宗族社会”等宏大的表达并不能反映实际的社会生活。即便是浸润世情较多的方志和民谚,因为不可避免地受到“大传统”的话语影响,也深深地打上精英阶层的烙印。于是,民间契约文书可说是我们所能见到的极少数能够切实表达普通民众日常生活的文献了。因此,我们在面对法律史素材的时候,需要与记录者自身的逻辑保持距离,不能亦步亦趋地跟随记录者的主观立场。事实上,即便是记录者本身,其所体现出的“表达”与“实践”的背离,也比黄宗智所指称的情形更为复杂。这在明清判牍的“序”和“跋”中可以看到:作为士大夫“立言”的形式之一,判牍的前言后语时常夸赞判官的仁爱与忠恕,但在实际的判词中,道德话语一般仅限于案件的末尾,贯穿于判牍之中的是对事实的强调和对利益的处断。<sup>[38]</sup>这与一般文本记录的印象有着鲜明的反差。再者,对笔记小说和文学作品,尽管不免有虚构和猎奇的成分,但依然可以审慎地加以利用,因为其在某种程度上可以补充有关社会情态的描写。总之,在面对中国法律史文献的时候,我们要努力注意文本表达之外的另一面。

再说“行动者”。司法过程中的民众与判官最值得关注。传统中国社会的诉讼状态,学界始称“无讼”,继称“健讼”。然而,诉讼过程的艰难和诉讼结果的叵测很难让民众以诉讼为乐途。发生纠纷之后,如何不伤和气地予以调处是民众最佳的选择,但在种种非官方救济渠道失败以后,为了生存与生活,咬牙一讼应该是民众最无奈也最现实的选择。对于判官,其行动的逻辑也同样受制于诸多因素。一方面,他们必须受制于民意。无论是地方还是中央的司法官员,都有受理诉讼的职责,如果处断不公则可能“翻控以求制胜”。另一方面,他们又受制于官僚机制。在地方,官员轻易不肯将案件进入审转程序;在中央,官员则疲于应付案情与律例的敷设。同时,官场的复杂生态又总是夹杂其间。衙役、书吏、幕友、讼师乃至官员之间的权谋都可能成为牵扯案件的因素,即便是刑部驳案也不纯粹。<sup>[39]</sup>如果不贴近行动者的立场,从内在的逻辑去理解实践的面目,其结果要么隔靴搔痒,要么南辕北辙。

总而言之,20世纪以来的社会科学研究,尽管理论层出不穷,但一个重要的趋势是对实践与日常的回归,它本质上是对社会科学研究化约的一种反动。人类学和历史学的经验与启示对中国法律史尤为重要,对“生活”的强调、对“表达”的警惕和对“行动者”的重视,意在提醒我们在朝向社会科学化的同时又警惕社会科学化。

### 三、交叉学科的困局:自我定位与问题意识

中国法律史这个学科,除了如影随形的存在危机以外,自我定位的问题也总是晦暗不明,

[38] 汪雄涛:“明清判牍中的‘情理’”,《法学评论》2010年第1期。

[39] 清代大吏张集馨在四川臬司任内曾就个案与京中某少寇商酌,覆信云:“此案是实案,外间不如缓办,听部驳实之为妥也。部中非驳案数起,不足见其慎重,且无以见大部之有权也。”参见张集馨:《道咸宦海见闻录》,中华书局1981年版,页87。

它们如此深刻,又挥之不去。这二者孰因孰果?抑或互为因果?作为交叉学科的法律史,由于缺乏理论法学应有的解释力,某种程度上更像史学而非法学的二级学科。<sup>[40]</sup>在这里,考实与阐释被视为一对天然矛盾的范畴。<sup>[41]</sup>

问题是,历史学是否真的只是着眼于单纯的考实研究?也许并不能一概而论。在1902年梁启超倡言“新史学”以前,朴学是史学主流,它注重于资料的收集和证据的罗列,主张“无征不信”,以汉儒经说为宗,从语言文字训诂入手,主要从事审订文献、辨别真伪、校勘谬误、注疏和诠释文字、典章制度以及考证地理沿革等等,少有理论的阐述及发挥,也不注重文采。<sup>[42]</sup>但是,考据学的出现一方面是为了反对宋明理学的空疏,另一方面也是基于对专制文化政策的回避,显然并非中国史学一以贯之的传统。中国史学发端于远古的结绳记事,孔子以前的国史更多的是贵族的家谱,记事多于言理。孔子作《春秋》遂有“微言大义”,义理寓于史实。此后,司马迁发愤而作《史记》,“网罗天下放失旧闻,略考其行事,综其终始,稽其成败兴坏之纪……欲以究天人之际,通古今之变,成一家之言,”考实终为明理。虽则前三史之后,私家著史已然不在,但异化之后的国史却成为另外一种《春秋》,重心依然在论不在史。所以,中国传统的史学对义理的强调始终在考据之上。

在梁启超之后,中国的史学越来越具有现代科学色彩的色彩。然而,民国时期的史学成就,却以陈寅恪、胡适和傅斯年为代表的考实派最高。过去学界习惯将陈、胡、傅诸君统一归为“史料学派”。但是,有学者指出,陈寅恪做学问,“有‘政治’,有观点,思想起点与胡适相异。观其一生,著《隋唐制度渊源略论稿》、《论再生缘》、《寒柳堂集》、《柳如是别传》等,或考求治国得失,或接续文化传统,或宣扬民族气节,绝不是‘为考据而考据’的,总要‘我手写我口’,总要作文著己心。”<sup>[43]</sup>可见,即便是在以史料考证见长的陈寅恪那里,意义的阐发也颇为重要。后世有影响的历史学者中,与晚年胡适过从甚密的唐德刚以及深受傅斯年影响的许倬云,都非典型意义上的考实学者。唐德刚对“晚清七十年”的深刻研究,意在解释宏大变革中的历史困局,而其“驶出历史三峡,需时三百年”的论断则彰显出现代史家的理论勇气。<sup>[44]</sup>许倬云厚实的考证功底早已为学界所承认,但其对西周史的研究是要探寻“华夏文化的本体”,<sup>[45]</sup>对春秋时期社会流动的考察则是要揭示这一时期社会变迁对“中国社会及其文化成型”的关键意义,<sup>[46]</sup>中国社会和中国文化的关系始终是其考实背后的问题意识。因此,我们很难说历史学研究只

[40] 邓建鹏,见前注[1]。

[41] 关于法律史研究的考证和理论两种倾向,学界已有不少提法,如胡旭晟的“描述性法律史”与“解释性法律史”,王志强的“事实描述”和“理论阐释”,本文从更简捷的角度使用“考实”和“阐释”这对概念。相关问题参见胡旭晟:“描述性的法史学与解释性的法史学——我国法史研究新格局评析”,《法律科学》1998年第6期。

[42] 王俊义:“乾嘉汉学论纲”,《中国哲学》1998年总第18期。

[43] 盛邦和:“陈寅恪:走出‘史料学派’”,《江苏社会科学》2002年第3期。

[44] (美)唐德刚:《晚清七十年》(一),远流出版事业股份有限公司1998年版,页36。

[45] 许倬云:《西周史》,生活·读书·新知三联书店2001年版,页321—323。

[46] 许倬云:《中国古代社会史论》,广西师范大学出版社2006年版,页208—213。

是为了考实,并否定理论阐释的重要意义。只是,基于“论从史出”学科特点,事实总是历史学中最基本的一环。当然,乾嘉学派所遗留下来的学术风格以及历史学界问题意识的苍白,都难免给人以历史学就是单纯考实的印象。

同历史学一样,虽然法律史不能止步于考实研究,但求实求真始终是第一要义。否则,皮之不存,毛将焉附?当前中国法律史学界歧论杂出,盲目追求社会科学化的臆断固然不少,考实无力的妄说恐怕更多。如果说错误的理论阐释可能会将事实描述引向歧途的话,那么缺乏考据支持的事实描述自始就是谬误。同时,中国法律史有一套由基本史实建构的知识系统,如果贬低考实研究的价值,势必造成中国法律史学科的空洞化,使之沦为社会科学理论可以轻巧杀入的学术低谷。而且,法律史也有作为人文科学的一面,从人类对自身认知的角度来讲,考实研究本身就具有独立的价值,工具性意义并非必然之问。正因为考实能力的先天不足,导致中国法律史长期匍匐在历史学的阴影之下,大量的史实盲点表明,认真的考实研究不是太多而是太少了。

但是,在人文科学和社会科学界限日益模糊的今天,法律史研究不可能仅停留在对过去世界的简单追问,更多地还是要思考如何面向未来。因此,法律史研究首当其冲的问题,是要确立恰当的问题意识。那么,法律史应当具有怎样的问题意识?这要从法律史的学科定位谈起。如果简单从词语构成上来看,法律史的研究对象或者是法律的历史或者是历史上的法律,倘若如此,法律史都深陷于对过去的研究,无论怎么看都像是一个历史学的分支,而非法学与史学的交叉学科。所以,对法律史而言,历史对法学的意义不应是研究对象的限定,而在于引入一种视角。唯有这样,法律史才能走出史学的魔咒,成为真正意义上的理论法学。对于历史视角的理解,应该回归其作为时间概念的本质,强调以长时段的眼光去审视事物变与不变的因素。由于时间的单维性和不可逆性,我们身处的时空场景只是人类历史长河中的一个切面,但是诸多的社会现象不可能从此刻陡然发生,由此我们必须加以回视才能将事物的因由厘清。

作为交叉学科的法律史,尽管其深受历史学、人类学、社会学、政治学、经济学等学科的影响,但它并不因此就是历史人类学、法律社会史、政治制度史、法经济学、经济史或者别的什么。决定一个学科存在的,并非其研究方法,而是其独有的问题意识。虽然法律史的研究方法是多元的,但它的问题意识必须是法学的,视角也只能是历史的,否则法律史就会淹没在社会科学化的浑水之中。在法律史的众多亲缘学科中,各自关注的问题难免会与法学出现相互交叉,比如历史学之于治乱与兴衰,人类学之于交往与社群、社会学之于控制与治理、政治学之于民主与宪政、经济学之于财产与制度,但是法律史必须有自己的根本问题。法律史的根本问题是什么呢?笔者认为,这个根本问题就是秩序和正义。中西文明对法律的含义论述颇丰,这里无需赘言,但大体不出规则与治理的范畴;而所谓规则与治理,其核心与目的即是秩序;秩序又关乎文化与价值,而正义就是法律最根本的价值。当然,对秩序和正义的追问,则会牵扯到更多的基本问题,它们就是法律史的主要研究对象。王国维曾说:“词以境界为最上。有境界则自成高格。”<sup>[47]</sup>就法律史研究而言,境界的高下取决于问题意识的根本性。研究的问题越逼近法

[47] 王国维:《人间词话》,载姚淦铭、王燕编:《王国维文集》(第1卷),中国文史出版社1997年版,页141。

律史的根本,境界就越高,反之亦然。因此,以历史的视角来研究法学的基本问题,就是法律史独特的学术路径。

若不关注法学的基本问题,只是回溯某一具体制度的历史轨迹,则应属于部门法学的范畴。关于法律史与部门法之间的关系,因为法律史自身定位的含混不清,导致二者的边界十分模糊。大体而言,部门法为法律史提供论述基础,而法律史为部门法发掘历史深度。李光灿先生曾说,“搞法律史的人,必须精通法理学和一两门部门法学。”<sup>[48]</sup>此乃高明之论。如果法律史研究离开了部门法所关注的特定对象,要么游谈无根,缺乏切实的事实基础;要么法意淡薄,稍不留神就逸出法学之外。部门法对历史视角的需要,更是不必多言。霍姆斯大法官说:“法律的生命不在于逻辑而在于经验。”<sup>[49]</sup>所谓经验,只能在历史中求得。当前法律史与部门法学的疏离局面,乃是由各自的路径与短板决定的。就法律史而言,习惯在历史中寻材料,很少在法学中找问题,其结果自然是无法为部门法学提供教益;对于部门法学而言,西化与移植早已是学界常经,倘若改弦易辙审视自身的生活之法,自然与现有的学术话语格格不入,历史无法照进现实,同样显而易见。在此局面之下,法律史越来越不像法学的,而部门法学越来越不像中国的。

法律史的问题意识亦有真伪之别,其中的分界在于与生活的关联。毋庸讳言,当前的中国法律史研究中,有太多的空问题和伪问题,究其原因,在于将思考自外于生活。对学术研究而言,选题恰当则成功一半,而选题必须在问题意识的指导之下进行。如果没有对生活的思考,选题要么像无头的苍蝇,到处乱撞;要么是拾人牙慧,人云亦云。此外,就是承袭西方“以文献生产文献”的学术常规,从最新文献中寻找选题。殊不知,对文献的考察本是选题之后的技术性工作,而非选题之前的问题来源,此种操作看似合理,实则本末倒置。倘若我们对生活中的问题与困惑无动于衷,那作为社会科学的法律史意义何在?即便是作为人文科学的法律史,也得是基于生活的求真,否则连艺术都在强调生活性,而我们还在作无谓的学术八股。当前法律史存在危机的根本原因在于对生活缺乏解释力,不仅无法解释中国法学的宏大问题,甚至连琐碎的社会热点都无法做出有力的回应,尤其是在各个部门法学都黔驴技穷的时候,依然看不到法律史的出场。在这种情况下,中国法律史的日益边缘化就似乎理所当然了。

法律史研究的核心问题依然在于如何处理好考实与阐释之间的关系,也就是说问题意识要如何将二者联系起来。笔者认为,一项恰当的法律史研究应该是在某个问题意识统一之下的宏观、中观和微观层面的结合。

任何法律史研究都应当从微观的事实考证入手,但在微观的事实考证背后,需要有一个问题意识的追问。陈寅恪先生曾以元稹和白居易的姓氏与文化为例,说:“故谓元微之出于鲜卑,白乐天出于西域,固非妄说,却为赘论也。”<sup>[50]</sup>事实考证与问题意识不能有效关联,这种考实即便正确,也毫无意义。王志强就曾指出,“对事实描述式的研究者来说,任何一件史实——一道上谕、

[48] 俞荣根:《道统与法统》,法律出版社1999年版,页11。

[49] (美)霍姆斯:“法律之道”,许章润译,《环球法律评论》2001年秋季号。

[50] 陈寅恪:《元白诗笺证稿》,生活·读书·新知三联书店2001年版,页317。

一份判牒、一张牌票、一件刑具、一纸婚约……都可以成为皓首穷经的解说对象。如果没有理论的支持和明确的问题意识,所有这些事实会成为琐细的碎片而多得无法收拾;或者,如果仅在既有的框架下排列组合,它们将被牵强附会地贴上各种标签成为‘以论带史’的陪葬品。”<sup>〔51〕</sup>更为严重的是,只着眼于微观层面会导致法律史研究的碎片化。近三十多年来的法律史研究有个很重要的进步,就是由大而无当转向细致入微,然而这种典型的社会科学化路径却不免落入另外一种窠臼——只见树木不见森林。黄仁宇曾在《中国大历史》的序言中说,费正清做学问重分析,坚持以20年为研究范围,而他自己则重综合,动辄牵涉一个世纪或一个朝代。在此种大历史的眼光之下,明代的财政虽然看起来杂乱丛芜,但其背后是一整套立足于现实的治理体系。<sup>〔52〕</sup>中国传统法律也是如此。倘若我们仅对律例规章、司法体制和裁判技艺进行单纯而微观的考察,可能是一种非常狭义的“法律”史。当我们放开历史和法学的视界,将法律史看作宏大历史社会之下的治理与秩序研究,方能获得“中国之法”的真正意义。

在微观的研究之上,应该是中观层面。一个宏大的问题意识通常是由多个问题群所构成的,而每一个问题群就是一个中观研究。倘若没有中观层面的统合,微观研究不仅显得凌乱无章,而且还无法与宏观层面的问题意识紧密勾联。中观层面的重要之处在于,它本身是一个事实考证与问题意识兼备的独立研究。一般而言,我们很难从一开始就明白自己研究的宏观指向,往往是在中观研究的基础之上,才逐步觉察到最终的理论诉求。如果没有中观研究,微观研究不容易导向宏观研究。从另一个角度,中观研究也与个人的学术史密切相关。一个严肃的学者在问题选择上肯定不会是“东一锏锤、西一喇叭”,问题与问题之间必然有鲜明的逻辑联系。无论是费孝通从《乡土中国》到《生育制度》,还是梁治平从《寻求自然秩序中的和谐》到《清代习惯法:社会与国家》,都可以看出他们在问题意识上的关联和方法论上的革新。因此,认真审慎的中观研究,在保持问题群之间鲜明学术连续性的同时,亦时常能达致宏观问题意识的统一。

法律史研究的宏观层面,涉及到研究本身的目的和起点。简而言之,我们的法律史研究是要揭示中国传统社会的制度结构还是要为当下提供策论?这不仅让我们想起“历史有什么用”之问。为了回答儿子的疑问,进而检讨自己所从事的工作的价值,马克·布洛赫不惜长篇大论来阐述这一问题。他说,“史学的主题就是人类本身及其行为,历史研究的最终目的显然在于增进人类的利益。”<sup>〔53〕</sup>历史学之所以能够如此,是因为“各时代的统一性是如此紧密,古今之间的关系是双向的。对现实的曲解必定源于对历史的无知;而对现实一无所知的人,要了解历史也必定是徒劳无功的”。<sup>〔54〕</sup>总而言之,历史学增进人类利益的方式是理解历史与现实之间的关联,而不是提供策论。那么,历史与现实之间关联的核心在哪里?列维·斯特劳认为:“一切社会活动和社会生活都深藏一种内在的、支配着表面现象的结构,社会科学和人文科学

〔51〕 王志强,见前注〔1〕,页84。

〔52〕 参见(美)黄仁宇:《中国大历史》,生活·读书·新知三联书店1997年版,自序。

〔53〕 (法)马克·布洛赫:《为历史学辩护》,中国人民大学出版社2006年版,页7。

〔54〕 同上注,页37。

的任务,在于寻找这种内在的结构。”〔55〕在这种目的之下,我们的法律史研究应该从何处着手?尽管清末修律开启了中国近代的法律变革,并且其所凸显的古今中西之争成为我们今天所面临的最重要的问题,但是清末以来的法律史更多地是作为“问题”而存在,而非答案。中国法律史的答案只能在“结构”的载体中去寻找。虽然春秋战国时期的社会变动和思想繁荣开创了中华帝国的基石,但传统中国的制度结构应该在唐宋乃至明清才真正底定。尤其是明清两朝,作为中华帝国的最后阶段,制度文明的精髓和病灶都在其中有深刻的体现。同时,明清社会作为距离当今最近的“古代”,过去和未来都在此集结,我们从今天的问题意识出发,穿越历史的世界,或许会发现中华文明更多潜藏的制度结构。

就法律史研究而言,考实与阐释的优位关系其实很明晰。无论是司马迁所开创的史学传统,还是以陈寅恪为代表的近代学术,阐释都超越考实而成为目的。作为人文科学的史学研究如此,深具社会科学色彩的法律史研究更当如此。法律史研究若不以阐释社会生活为要义,再无懈可击的考实都只是干瘪的文字游戏。然而,考实研究又是如此重要,它构成阐释研究的事实基础和逻辑前提。阐释与考实的关系,犹如建筑与墙。倘若没有坚实的墙作为基础,再伟大的建筑都易于坍塌;如若墙的背后缺乏精妙的建筑意图,那我们看到的只是房子而不会是艺术。说到底,考实是一种技艺,而阐释更需要思想,也就是高明的问题意识。但是,技艺容易培养,思想则难以催生。也正因为如此,垒房子的泥瓦匠寻常可见,而名垂青史的建筑家却不世出。具体来说,考实与阐释在微观、中观和宏观研究中比重不一。在微观研究中,考实是其首要任务,问题意识时常是最后的画龙点睛。而在中观,尤其是宏观研究中,考实的基本结论逐渐成型,法律史研究的结构意义则必须由高屋建瓴的理论阐释层层道出。

因此,作为交叉学科的法律史,应该立足于法学的问题意识,运用历史的长时段视角,从今天的社会生活出发,合理地处理考实与阐释在微观、中观和宏观研究中的关系,努力去阐明中华文明深刻的制度结构。

#### 四、学术的生活之维:经验与理论

人文社会科学有一个显著的问题,就是结论不容易从实验中获得验证。尤其是像历史学这样的学科,在对过往经验进行解读的过程中,常常是仁者见仁,智者见智。但是,这并不意味着历史学或者法律史的理论只能深陷在史料所编织的形式推理之中。生活作为经验的母体,理当为学术提供校验。而校验的方法,就是将日常与实践中的生活逻辑引入学术思考。

如果说问题意识决定法律史研究水平的高下,那么经验与理论的衔接则是一个研究成功与否的关键。在考实型研究中,常常是经验无法导出理论;而在阐释型研究中,理论则很容易超出经验。对于经验与理论的脱节,布迪厄提出以“参与客化法”在“科学”与“生活”之间寻求联系:“要求社会学者把自身的实践纳入思考和观察范围,既要对社会生活提供一定的概括,

〔55〕 王铭铭,见前注〔28〕,页32。

又要理解自身和被研究者生活的逻辑。”<sup>[56]</sup>很明显,在布迪厄那里,生活经验既是理论的起点,也是验证的终点。

在中国研究领域,时常将生活经验带入研究的学者,比较典型的是黄仁宇和唐德刚。黄仁宇青年时弃笔从戎,年近五十才在美国获得博士学位,这种半路出家的学术经历虽然起步较晚,但其早年在国民党军队作下级军官的经验成为不自觉的“田野考察”,在其后的史学研究中,经验与学术常常互为参照,见解因而不拘一格。

我们在成都中央军校踢正步时,企图达到完美境界。毛泽东时代对“机械化农业”的着迷也透露出类似的渴望,都导致徒有其表。另一方面,国民党十四军在云南遭遇后勤的困境,显示在中国内陆县政府以下的体制真空。这个问题上承明代,可以解释毛泽东时代的困扰,也就是服务的发展无法支持经济扩展。没有商业贸易,也就没有商业法。过去没有商业程序,现在就缺乏官僚的引导。我们必须体察到,这一切都是长期的过程,文化导向的社会企图转型成现代国家,才能在数目字上进行管理。<sup>[57]</sup>

黄仁宇从研究明代的财政制度入手,进而探讨中国社会的组织与管理乃至近代转型。在其回忆录中,黄仁宇经常在叙事与议论中随意穿插,不仅其从前的人生经验获得了学术的解读,而且学术本身又在经验的磨砺中获得自校。正如黄仁宇自己所说,“虽然我的书理论上是通史,但和当前时事密切相关。情势使然,不得不如此。我所以成为历史学家,是因为自己颠沛流离,一切源于中国的动荡不安。”<sup>[58]</sup>可以说,黄仁宇的经历堪为“反思社会学”的样本。与黄仁宇同时代的唐德刚,在中美两国接受系统的史学教育,却并非象牙塔里的学者。唐德刚青年时期旅居美国,因为历史的机缘,与顾维钧、李宗仁、胡适等民国名人接触颇多,并为之作口述历史。作为研究近现代史的学者,唐德刚一方面常常与口述对象共处,他们的经验也成为自己经验的一部分;另一方面又能入乎其内、出乎其外地对晚清以来的变局作出点评。在唐德刚的治学经历中,不乏将生活经验当做学术参考的实例:胡适固守“神灭论”来研究太平天国,方法论受到唐德刚的质疑,他以胡氏“麻将里头有鬼”的日常经验加以联想——“仅供四人合玩的麻将里头都有鬼;那么共有十万万人合玩的大麻将里头,怎能没有鬼?!”<sup>[59]</sup>因而,主张在研究方法上要保持开放性,有神论也不失为视角的一种。可见,学术与生活并非凿枘不投。然而,在唐德刚那里,研究者的生活经验早已超越了个体亲历的范畴,而是将中国历史中的经验逻辑接引到学术研究中来。美国汉学权威魏复古(Karl A. Wittfogel,一译魏特夫)曾提出农业生产对宏大水利工程的需要是东方(中国)专制国家建立的原因,唐德刚认为:

其语甚辩,而鄙意则适得其反。盖我国国家机器之完成,实在秦始皇帝“废封建、立郡县”,建立“职业官僚体制”之后也。我国政治制度之发展实是郡县制国家机器建立于先,而大规模之工程(如都江堰、长城及运河等等)则建设于后也。建立都江堰这样大规模水

[56] 同上注,页 211。

[57] (美)黄仁宇:《黄河青山——黄仁宇回忆录》,生活·读书·新知三联书店 2001 年版,页 535—536。

[58] 同上注,页 441。

[59] (美)唐德刚:《晚清七十年》(二),远流出版事业股份有限公司 1998 年版,页 59。

利工程的李冰便是秦王国的“蜀郡太守”，李冰若不是利用他省委书记的权力，他的都江堰工程是无法施工的。<sup>〔60〕</sup>

魏氏长篇累牍的史料堆积与推演，却被唐德刚以历史和生活常识顷刻驳倒，此乃经验逻辑校正理论的绝佳例证。在中国法律史领域，此类违背生活逻辑的理论何其多也。明明是普罗大众过着再正常不过的俗世生活，却非称之为“伦理社会”；明明是在少数朝代少数地区才存在的紧密家族，却强冠之以“宗族社会”；明明从黎民百姓到朝廷命官，都不将律例规章奉为圭臬，却美其名曰“依法审判”；明明在千年的历史和广袤的社会中早已形成一套普遍又自在的法则，却硬诬之为“具体的妥当性只能在每一个案件的特殊情景中去寻求”，凡此种种，不一而足。学术与生活的脱节，莫此为甚！恩师陈景良先生曾倡导以“内在性视角”研究中国法律史，<sup>〔61〕</sup>但具体如何操作一时捉摸不透。后来恍然大悟，所谓“内在性视角”即是研究对象的视角，“设身处地”或者“换位思考”是也，将古人和自身的生活逻辑作为分析和思考的基本方法，乃是突破学术八股的有效途径。从这个意义上讲，法律史研究不仅要有历史感，而且还要有现实感。

其实，将生活经验带入研究活动，很容易戳穿社会科学的理论漏洞。长期笼罩在历史学、汉学人类学和法律史学界之上的“家族范式”就是如此。瞿同祖采用大量的正史、儒家经典、历朝正律乃至《刑案汇览》和《驳案新编》中的精选案例论证中国古代族权和父权的强大，进而声称，“家族是最初级的司法机构，家族团体以内的纠纷及冲突应先由族长仲裁，不能调解处理，才由国家司法机构处理……家长族长除了生杀权以外，实具有最高的裁决权与惩罚权。”<sup>〔62〕</sup>但是，其同门林耀华以宗族重镇福建古田的亲身经验写成的《金翼》一书却向我们展现了另外一种家族场景：叔父竭尽所能地抚养两个侄儿并为他们经营家业，结果侄儿长大后却要分家析产，并持刀追赶他的叔父；妯娌们不受其叔伯的管制，彼此争斗；由于护着儿媳，公公被婆婆一再数落；儿媳拿刀满屋追赶自己的丈夫，并砍伤了前来劝架的亲戚。<sup>〔63〕</sup>尽管林耀华一心构建人际关系领域的均衡理论，但是这些未被深究的人生经验却提示我们，家族范式并不真实。同为吴文藻的弟子，费孝通则以敏锐的生活观察提出“差序格局”的新解说：

我们的格局不是一捆一捆扎清楚的柴，而是好象把一块石头丢在水面上所发生的一圈圈推出去的波纹。每个人都是他社会影响所推出去的圈子的中心。被圈子的波纹所推及的就发生联系。每个人在某一时间某一地点所动用的圈子是不一定相同的……以亲属关系所联系成的社会关系的网络来说，是个别的，每一个网络有个“己”作为中心，各个网络的中心都不同。<sup>〔64〕</sup>

很明显，这种加入了“私”的人际理论更符合中国社会真实的生活逻辑。

生活经验对学术研究的重要性，还在于带来对材料解读的不同视角。判牍案例可谓明清

〔60〕 唐德刚，见前注〔44〕，页14—15。

〔61〕 陈景良：“反思法律史研究中的‘类型学’方法”，《法商研究》2004年第5期。

〔62〕 瞿同祖：《中国法律与中国社会》，中华书局1981年版，页27。

〔63〕 林耀华：《金翼》，生活·读书·新知三联书店2008年版。

〔64〕 费孝通：《乡土中国 生育制度》，北京大学出版社1998年版，页26。



司法研究中的基本史料,学界习惯从儒者逻辑去解读,其结论不外乎“情调理处”。笔者恰好有十几年乡村生活的经验,曾目睹农妇为了争抢用作烧火的树叶而对骂一整天,也见过颇具尊严的男人无法养活自己的五个子女而离家出走。出身底层社会的笔者,深知利益对于普通民众何其重要,在阅读明清判牍的时候,仿佛回到了年少时的场景,面对的是熟悉的乡人。因而,在明清司法的研究中,笔者认为利益是纠纷的核心节点,“在情调理处时,情理是利益主张的话语形态,而利益则是纷繁情理中的‘最大公约数’。如果说情理是一张万能脸谱的话,那利益几乎是诉讼中可以包治百病的良药,无论多么复杂的案情,判官都可以通过利益的合理安排而消弭纠纷。”〔65〕同时,判官自我标榜的“情法两尽”也大有可疑之处,“由于对律法的遵从仅仅来自官僚机制的脆弱约束,‘情法两尽’的理想在遭遇现实的情法冲突之后,往往呈现出‘以情曲法’的面貌。由于情理本身的变动不居和缺乏基点,‘酌情’实际上是一种模糊表达。归根结底,所谓‘情法两尽’,与其说是在平衡情理与律例,还不如说是在进行利益的分配与考量。”〔66〕更有意思的是,学界习惯将传统社会的家族“视为具有高度价值认同与道德内聚的小共同体”,〔67〕然而笔者从亲历的家族经验中发现并非如此。笔者一直认为,故乡是一个典型的传统村庄,既有几成对垒的两大族姓,也有夹杂其间的小姓人家。见惯了兄弟反目、父子成仇,和睦团结的家庭反而成为少数。虽说宗族观念普遍存在,但这并不意味着有所谓的“宗族社会”,传统乡村社会的图像远比理论呈现的更为复杂。于是,在明清讼案之中,笔者尝试从争讼各方的身份关系进行考察,结果发现:“《折狱新语》和《槐卿政迹》两种判牍的统计,亲属争讼的比例约占三成左右。兄弟、叔嫂、婶侄之间争讼之激烈,让我们很难想象当时的社会存在普遍的伦理约束。同时,宗族权威并没能有效地化解亲属争讼,宗族观念更多地成为侵夺利益的藉口,而不是伦理规范的后盾。因此,明清时期的儒家伦理对民众行为的影响可能需要重新检讨。”〔68〕

法律史研究如何创新?是靠新材料还是靠新视角?这一点前人早就为我们指出了答案:陈寅恪《隋唐制度渊源略论稿》和《唐代政治史述论稿》两书正史的引用率占73.14%,略超七成;其余碑刻、笔记和诗文集,占三成弱。其再传弟子林悟殊因而说,“如此靠七成大路货来发覆,这对于那些不愿意下死工夫来读‘破’基本文献,一味指望新资料的发现的学子来说,无异于当头棒喝;对于那些力图以垄断资料来取胜的学人,谅也有所启示。”〔69〕对于法律史研究而言,基本文献目前已大致齐备。即便再出现一些稀见史料,我们也要反思它为何“稀见”,是否具有足够的代表性。而事实上,边缘史料只能得出边缘结论。〔70〕因此,要开拓目前的中国法律史研究,对现有史料转换视角重新解读,尤为重要。

经验与理论的最后一个问题,是我们如何去面对法律史学界充斥的西方理论。就前文提

〔65〕 汪雄涛:“明清诉讼中的情理调处与利益平衡”,《政法论坛》2010年第3期。

〔66〕 汪雄涛:“‘情法两尽’抑或是‘利益平衡’?”,《法制与社会发展》2011年第1期。

〔67〕 秦晖:“‘大共同体’与中国传统社会”,秦晖:《传统十论》,复旦大学出版社2003年版,页64。

〔68〕 汪雄涛:“明清判牍中的亲属争讼”,《环球法律评论》2009年第5期。

〔69〕 林悟殊:“陈寅恪热的回归——读蔡鸿生《仰望陈寅恪》”,《书品》2004年第3、4期。

〔70〕 关于法律史中材料问题的讨论,参见李启成:“文学作品、司法文书与法史学研究——以审理‘妾冒为婚’案件为中心的研究”,《政法论坛》2010年第2期。

到的“依法审判”之争来说,很明显是西方学者在西式坐标之下对中国传统法律提出的一种多余的责难。而影响所及,十余年来国内法律史学界为黄宗智或滋贺秀三下注脚的研究何其多也!在明眼人看来,不少研究并无自己的问题意识,也不知别人的问题意识为何而来,只是为理论而理论,将自身的经验抛在一边,真正知己知彼的研究仅占极少数而已。西方理论的意义,不是让我们去证明它,而是应该作为我们思考的参照。王家范在谈到史学界的理论研究时曾说:

任何理论比较起实际生活,都要显出它的贫乏和单调。人类生活,也包括历史的人类活动,都是极其丰富多彩和奇诡多变的。史家只是在尝试“理解”它。任何一种理论都只是一种假设工具,必须拿它来与实际的生活情状相对质,清醒地意识到两者之间必存在一定的误差。所以我认为,史学今日不缺理论,相反,有关理论的争论倒日有眼花缭乱之势。所以,重要的是,史家不能做思想的惰汉,必须勤于思考,独立思考。不能为着某种个人的利害,宁愿不思考,没有思想。<sup>[71]</sup>

“独立思考”和“不为个人利害而不思考”指出了当代学者正反两方面的学术立场。我们不禁要问,学者的使命是什么?是为了编织无关痛痒的理论还是为了解决生活中的困惑?我想应该是后者。这里的生活,不只是个人的生活,还应当是我们这个民族和国家的生活。王铭铭曾说:“‘社会人类学的中国时代’之到来,不能依靠遥远的、对中国社会变革没有参与欲望的西方人类学家来实现,而应由生活在中国社会、沉浸在本土观念中的中国学者推动。”<sup>[72]</sup>更何况,“本土社会研究者更易于把握社会与文化规则同人本身的生活的相关性。”<sup>[73]</sup>不仅社会人类学如此,历史学、法律史无不如此。没有对中国历史的真正了悟和对中国问题的真正焦虑,中国的社会科学永远只能作“寻章摘句”的雕虫小技。没有对中国社会的真正关怀和真切观察,中国的社会科学永远无法诞生真正意义上的学者。这也是本文不厌其烦地谈论陈寅恪、费孝通、黄仁宇和唐德刚等本土学界前辈的原因。从这个意义上说,唯有真生活,方有真问题,才有真学术。

所谓迈向生活的法律史,一方面指问题意识要从生活中来,另一方面指要将生活逻辑带入经验到理论的推演中去。更深层次说,生活对于学术,不仅是一种方法论,更是一种立场。

(责任编辑:徐爱国)

[71] 王家范:《中国历史通论》,华东师范大学出版社2000年版,绪言。

[72] 王铭铭,见前注[25],引言。

[73] 王铭铭,见前注[25],页21。