

中国法律实践历史研究 *

[文 / 黄宗智]

[内容提要]中国法律历史的研究多偏重理论、表达或制度,作者近二十年的研究则一贯强调从诉讼档案出发,亦即从法律实践的记录出发,由此来提炼分析概念。“实践”在这里表述的是三个交搭而又不完全相同的含义:相对理论而言的实践、相对表达而言的实践、以及相对制度结构而言的实践(或实际运作)。“实践历史”则不仅包含这三种实践的历史,也包含它们经过与理论、表达和制度之间的互动而体现于实践的历史。本文首先将分别以中外法律史实例说明实践历史的含义;然后,用作者自己的一些分析为例,说明从实践历史提炼分析概念的研究方法。

Abstract: Most studies of Chinese legal history have emphasized theory, representation, or institutions, while my own research of the past 20 years has attempted instead to begin with case records, or in other words records of the actual practice of law, and to develop therefrom analytical concepts. “Practice” is used here to express three overlapping yet different meanings: practice as distinct from theory, practice as distinct from representation, and practice(or actual operation) as distinct from institutional structure. As for “the history of practice”, it is intended to convey not just these three kinds of practices, but also how their interactions with theory, representation and institutions have found expression in the history of practice. This lecture first explains the meaning of “the history of practice” with actual examples drawn and Chinese and other legal histories, and then illustrates with examples from the author’s own research the research method of developing analytical concepts from the history of practice.

从1988年开始,我把全部精力投入到法律史研究,转眼已二十年了。我今天想把这二十年的研究成果作一个简单的总结性介绍,说明一些基本概念和方法。中国法律历史的研究一般多偏重理论、表达或制度,而我近二十年的研究则一贯强调从诉讼档案出发,亦即从法律实践的记录出发,由此来提炼分析概念。首先,我要解释我用“实践历史”这个词的含义;然后举一些由此得出的概念作为例子来说明之。

“实践”一词在这里的使用主要包含三个相互交叠而又不完全相同的含义。首先是一般意义上的实践,亦即是相对于“理论”而言的实践,主要指行动。这与我在《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》一书中采用的相对“表达”而言的“实践”概念比较接近,但又不完全相同。这两者应区别于布迪厄(Pierre Bourdieu)采用的主要是相对制度和结构而言的“实践”。在中国革命传统中,“实践”所指,既与一般意义相符,又比一般意义狭窄,主要是把“普适”的(西方)马克思主义理论应用于中国革命的问题。我自己的著作强调了中国的“表达”和理论也会与其“实践”相脱节。布迪厄提出的“实践的逻辑”的概念,则要求到人们的“实践”过程之中,而不只是在制度结构中,去挖掘一个社会的逻辑真髓,并借此超越西方学界长期以来存在的主观和客观、结构和能动的二元对立问题。

此外,在上述三种“实践”含义之上,我要特别强调历史的维度。毛泽东的“实践”,既有时空维度,也是个跨时空的普适概念。我之“实践历史”,主要是想突出人文社会领域现象的历史性。布迪厄固然强调过程,以之区别于制度和结构,但他的过程甚少考虑历史,主要是一种研究现实社会横切面的人类学家使用的概念。“实践历史”之于简单的“实践”,其不同之处在于它不仅包含上述三种意义的实践及其历史,也包含它们经过与理论、表达和制度之间的互动而体现于实践的历史。兹分别举例予以说明。

一、相对理论而言的实践:美国法律形式主义与其法律实践历史

这里首先要说明的是(一般意义的)实践与理论的不同。人们常常强调西方理论是西方经验的抽象化,不符合中国实际。这当然有一定的道理。但需要指出的是,意识形态化的西方理论也不符合它本身的实践历史。

譬如美国的所谓“古典正统”(classical orthodoxy)的法律理论,即不能代表美国的法律实践。该传统虽然脱胎于普通法传统,但它其实是高度形式化的结果。人们一般把此“正统”起源追溯到从1870年开始执掌哈佛法学院院长职位的兰德尔(Christopher Columbus Langdell),他对美国现代法律形成的影响极其深远。它不同于德国从十八世纪启蒙理念的个人权利前提出发,通过演绎逻辑而拟成的形式主义法律;它是从先例(case precedent)出发,但试图从先例对契约和赔偿的法理做出系统的整理和概括,再通过演绎推理而建立一个在逻辑上完全整合的法律体系。在精神上,它之强调普适性、绝对性、科学性是和德国的形式主义法律一致的。对兰德尔来说,法学应该和希腊传统的欧几里德几何学(Euclidean geometry)一样,从有数的几个公理(axioms)出发,凭推理得出真正的定理(theorems),而后通过逻辑而应用于所有案件的事实情况。因此,人们也把兰德尔代表的“古典正统”称为美国的法律形式主义(legal formalism)传统。

事实上,这个被称为“正统”的传统,自始便受到法律实用主义(legal pragmatism)的批评和攻击。其主要代表人物是兰德尔在哈佛的同事、以法律实用主义始祖著称(后来当上最高法院大法官)的霍姆斯(Oliver Wendell Holmes)。霍姆斯特别强调法律的历史性,否

认其具有永恒真理的普适性,认为法律必须应时而变,并且必须在实践中检验,通过社会实效来辨别优劣(Grey, 1983)。此后,法律实用主义更导致了二十世纪二十年代的法律现实主义(Legal Realism)运动的兴起,其主要人物是庞德(Roscoe Pound)和卢埃林(Karl Llewellyn),虽然两人之间多有争论。他们在认识论上排斥理性主义的演绎方法而坚持经验主义的归纳法,在精神上继承了实用主义之强调法律社会效应的传统,在方法上更进一步纳入了新型的社会科学,尤其是社会学(Wieczek, 1998: 197ff; 参见 Hull, 1997)。事实上,这种实用主义在整个知识界都有广泛的影响(其哲学界的鼻祖是詹姆斯(William James)和与中国有较深渊源的杜威(John Dewey))。到了上世纪七八十年代之后,更有新实用主义(Neo-pragmatism)的兴起,其重点在坚持实用主义的认识方法,反对理性主义的绝对性(Grey, 1983; 参见 Tamanaha, 1996)。此外,更有颇具影响、比较激进的批判法学潮流(Critical Legal Studies),例如哈佛法学院的前巴西裔教授昂格尔(Roberto Unger),试图在资本主义(自由主义)法制和(国家)社会主义法制之外寻找第三条途径。

美国法律的实践历史的真髓并不在于上述诸多传统之中的任何一种理论,而在于各家各派通过各种不同利益群体的代表,在一个相对宽容的政治社会制度中多元共存,相互影响、相互渗透。其中既有其形式主义的方方面面,也有诸如现实主义和实用主义的成分。一个很能说明问题的例子,便是最高法院的组成:在九位大法官之中,古典正统派与其反对者长期并存。在二十世纪三十年代之前,古典正统派成员一直占优势,其后则相反,最近又颠倒过来(Wieczek, 1998: 3)。在罗斯福总统任期中,因为法律现实主义大法官们占到多数,最高法院作出了一系列支持工人权利和少数民族权利(“公民权利”, civil rights)的历史性决定,例如1937年的工人组织工会、失业津贴、老年福利合乎宪法三项决定;再则是一连串关于黑人权利的决定,成为后来公民权利运动的先声。

二、相对表达而言的实践:清代对法律的表达与实践

鉴于西方理论与中国实际的脱节,有的学者强调必须用中国本身的概念范畴来理解中国经验,但我这里要进一步说明的是,中国本身的表达也常常与其实践历史相背离。我关于清代法律的第一本专著强调的是清代法律之表达与其实践的背离,同时又相互抱合,亦即两者之间既有长时期的背离和张力,也有相互的适应和结合。

具体言之,清代官方表达给我们的是以下三个方面组成的这样一幅图像:第一,民事诉讼不多。首先是国家意识形态认为这种诉讼不应当有。即使有,也不过是“细事”,中央政府多不关心,由州县来“自理”。再者,一般良民是不会涉讼的,如果涉讼,多半是受了不道德的讼师讼棍的唆使。还有,县官们处理民事诉讼案件的时候,一般是像父母亲处理孩子们的争执那样,采取调处的方法,用道德教诲子民,使他们明白道理,不都以法律判案。无庸说,这些表达都和儒家的仁政意识形态有关。它们对过去的学术研究影响深远。

诉讼案件显示的却是不同的图像:首先,民事诉讼案件占了县衙门处理案件总数的

大约三分之一。这是我从四川巴县、台湾淡水新竹和顺天府宝坻县档案得出的比例。也就是说,清代官方话语所谓的“细事”案件,实际是地方衙门事务中的极其重要且占相当比例的一部分。

第二,诉讼当事人大多数是普通人民,上公堂多是迫不得已,为了维护自己的合法利益。我从628个案件之中,鉴别出正好500名原告的身份背景,其中有189人是普通农民,20人是农村的雇农,51人是普通地主,另外82人是城镇的普通居民,25人是功名士子,33人是商人,剩下的是少数的大地主、大贷户、集体团伙等。他们不符合官方话语中的诉讼当事人形象。

第三,衙门处理纠纷时,要么让庭外的社区和亲族调解解决,要么就是县官听讼断案,依法律办事。县官本身极少在庭上进行调解。我统计了628件案件中经过正式堂讯的案件,共221件,其中只有11件是由县官仲裁处理的,令双方都作出退让,其他的全是县官当场断案,明判是非。从案件档案来看,清代衙门是很少像官方表达那样,从事衙门调解的。

我们稍加思考便可以理解,一个县令,是不会,也没有可能采取老解放区和改革以前的那种“马锡五办案方式”去处理案件。他们没有这样的意识,也没有如此的空闲。他们一般都是“坐庭判案”的。还有,他们虽然在自己的写作之中,喜欢按照当时官方话语的习惯,把自己表达为一个仁人君子,凭道德感化、开导子民,但它们实际上是一个复杂官僚机构的底层分子,为了自己宦途前途,最安全妥当的办案方法,还是按律例规章行事。

另外,那些坚持到正式庭审的当事人,一般要么比较顽固,要么确实认为自己权益受到了对方的侵害,一般都不太容易说服调解。在这样的情况下,县令最实际的行为是当场判决。

在这一点上,汪辉祖说得最实际最透彻。他说:“盖听断以法,而调处以情。”又说,“可归和睦者,则莫如亲友之调处”。县官是凭法听断的。做调解的是亲邻,不是县官。他进一步解释说,“法则泾渭不可不分”,“情则是非不妨稍借”。意思是,要是可以在堂外通过亲友和睦解决纠纷,大家不伤感情,那最好。但是,上了公堂,就只好凭公办事,依法断案,使是非分明。这样,告负的一方多半会怀恨于心,双方长期互相敌视,不如由亲友调解那样可以和睦了结。正因为他认为知县要凭法听断,所以他告诫当县令的同僚,必定要熟读律例,“每遇工余,留心一二条,不过数月,可得其要”。(引自黄宗智,2001:165-166)

按照西方大陆法的形式主义逻辑,儒家理想与清代实际司法行为似乎是相互矛盾(而不能共存)的;然而对于中国的法律家们来说,这里并不存在逻辑是否洽合的问题。儒家说教阐明的是法律制度的理想,实际运作则容忍实用规则和判决,即使它们有可能与儒家理想相背。在中国的法律推理中,儒家理想表达的显然是一种应然世界的图景,而法典中的实用条款和法官的判决行动,则回应的是这些理想难以鞭及的现实生活情境。实际的现实决定着某些行动,恰如儒家说教持续指向一个理想世界的图景。《表达与实践》一书突出的结论可以这样总结:在清代法律的实践历史中,说的是一回事,做的是一回

事,两者合起来又是另一回事。最后一点下面还要进一步说明。

三、相对制度而言的实践:男女继承权与其实际运作

“实践历史”也包含布迪厄意义中区别制度结构与实践过程 and 实际运作的含义。我们可以用国民党时期的民法为例。1929—1930年的《中华民国民法》采用了1900年的德国民法典的男女继承权平等的法则(第1138条)(《六法全书》,1937; The German Civil Code, 1907: Article 476)。从法律条文(也可以说制度结构)来看,农村女儿对家庭土地和住宅的继承权在法律上是和兄弟们平等的。但是实际的运作并非如此。首先,正如白凯在《中国的妇女与财产》书中指出,这种有关财产分割的新法律条文,即使是在城市,也只适用于死后,而不影响生前(Bernhardt, 1999: 152-160; 中文版参见白凯, 2005: 140-148)。我们知道,当时农村家庭一般都在父母生前由兄弟们分家,而这并不违反新法律条文。根据新法律的基本精神,拥有所有权的个人是可以没有约束地在其生前处理其财产的。正因为大部分农村人在父母生前便分家,新法律条文关于死后的继承规定对农村实际生活影响十分有限。至于当时农村社会中相当普遍的“养老地”习俗——即在父母生前分家时拨出部分土地用来支付父母亲养老以及死后殡葬的花费(即农民之所谓“生养死葬”)——也同样不受新法律的继承法原则的影响(黄宗智, 2003: 132)。总的来说,民国时期中国农村在遗产继承方面仍旧是按照传统习俗进行的。这一点我已在《法典、习俗与司法实践:清代与民国的比较》一书中作了详细论证(黄宗智, 2003: 第8章)。

这个实践历史背后的逻辑很明显:当时农村女子一般仍旧是出嫁到别村的,而家里老人的养赡长期以来都由留村的儿子承担。在这样的客观现实之下,如果出嫁的女儿真能根据新法律条文而分到与兄弟们相等的份地,便会立刻威胁到父母亲赖以养老的土地,无论是家庭的农场还是特地拨出为养老用的“养老地”。在农村小农经济长期延续的现实之下,耕地仍然主要是一家所有而非个人所有,它是全家人的生活依赖,是父母亲倚以抚养孩子的生活源泉,也是父母亲赖以养老的主要资源。女儿们,正因为大多是“出嫁”的,不大可能肩负起养赡双亲的责任。双亲老年要依赖留村的儿子生活。正因为如此,一家土地的继承权一般必须给予儿子而不是女儿。(当然,中国农村有一定比例的入赘女婿——在我自己长时期调查的上海市郊区松江县的华阳桥村便相当普遍。)

当时的国民党法律并没有在法律条文上正式处理这个社会实践与新法律条文之间的矛盾,也没有针对现实而创建不同于其倚以为模范的德国民法典的继承原则。它只在法律制度上采纳了德国民法的男女继承权利平等原则,同时在实际运作中不干涉农村男女分家不平等的社会实际。可以说,它最终不过是睁一只眼闭一只眼地对待农村的固有习俗。国民党民法典虽然几乎全盘模仿了西方的继承法律,但在实际运作之中,却是新旧并用的,新法律主要限于城市,农村仍旧。新法律条文和农村司法实践明显背离。

进入中华人民共和国,就法律条文而言,在1985年正式颁布的《中华人民共和国继

承法》，与国民党民法一样，规定了性别平等权利原则（第9、10、13条），但不同的是，它还同时创建了协调性别平等原则与社会实际的法律规则。它明确地把继承权利和赡养义务连接在一起：“对被继承人尽了主要扶养义务或者与被继承人共同生活的继承人，分配遗产时，可以多分；有扶养能力和有扶养条件的继承人，不尽扶养义务的，分配遗产时，应当不分或者少分。”（第13条）（《中华人民共和国法规汇编 1985》，1986）。这样，儿子之所以优先于女儿继承家庭财产是因为他们尽了赡养老人的义务，而不是因为他们是男子；女儿如果尽了这样的义务而儿子没有的话，同样可以优先继承。在逻辑上，法律条文既保持了男女平等原则又照顾到了社会实际，尤其是农村惯习。这里成文法可以说是在法理层面上正式解决了二十世纪中国继承法中长期存在的条文与实际间的矛盾，使制度和实践相协调。

上述《继承法》制定的条文不是一朝一夕间形成的，而是经历了长期的实践经验，包括以最高人民法院的指示、意见的形式多年试行。这一点我已在《中国民事判决的过去和现在》一文的养赡部分中根据实际案件进行了论证。我们可以从二十世纪五十年代以后的实际案例和最高人民法院的指示中清楚看到这个原则最终法典化之前的运用和形成情况（最高人民法院研究室 编，1994：1279、1286、1292-1293）。

从上述比较分析中可以看到中国共产党和中国国民党在立法上的区别：国民党法律是以移植当时被认为是最先进完美的德国民法为出发点的，其后适应社会实际作了一些修改和让步，但主宰精神从一开始就是移植，即使对社会现实做出妥协，最终也不过把这些妥协看作暂时性的让步，并没有积极明确地去考虑创建中国自己独特的现代法律。此可见之于国民党民法典没有把遵从农村养赡习俗提高到法理层面的这一事实。与国民党立法者不同，中华人民共和国在这一问题的实践历史上，显示了较为积极的法理上的独立性，创造了新鲜的、不同于西方法律的原则，协调了制度与实践之间的背离。但是在毛泽东时代之后的改革时期，主要的立法精神几乎又返回到国民党时期，也就是把西方与现代性完全等同起来，不去系统地追寻中国自己独特的现代性。但是，上述对继承—赡养的处理的例子还是为我们展示了这一方面的可能路径。

四、不同于形式主义推理的实践历史

这里要说明的是，我之所以要强调从实践历史出发去研究法律和经济是因为现今世界法学和社会科学中影响最最大的是形式主义思维方式。它关注理论多于实际；它特别强调演绎推理，想借此达到跨时空的绝对和普适真理。这种理论上的绝对化倾向很容易被国家意识形态化，以致从法国革命后的“恐怖统治”（Reign of Terror）开始，在西方近、现代历史中频频出现。十九世纪的帝国主义和近年的美国新保守主义便是比较突出的例子。

韦伯可以视作整个现代主义传统的最佳代表者之一，同时也是其最佳的分析者之

一。为什么?因为他说明了西方现代文明的深层前提和信念,即其关键在于对形式理性的理解。正如韦伯指出的,西方现代法律和其它法律之不同之处,主要是因为它的“形式理性”。他认为,西方现代大陆形式主义法律传统的出发点是有权利和权利保护的普遍原则。它要求所有的法庭判决都必须通过“法律的逻辑”,从权利原则推导出来。“每个具体的司法判决”都应当是“一个抽象的法律前提向一个具体的‘事实情形’的适用”;而且,“借助于法律的逻辑体系,任何具体案件的判决都必定可以从抽象的法律前提推导出来”(Weber, [1968]1978: 657)。

因此,在韦伯看来,中国清代的民事法律是实质主义或工具主义的,它优先考虑的是统治者对社会秩序的关注,而不是保障个人的权利(Weber, [1968]1978: 844-848);它不像形式主义法律那样要求法庭的活动逻辑上必须合乎抽象的权利原则,因此易于受到专断意志的影响。在韦伯的眼中,即使英美普通法也是“经验主义的司法”,因为它立足于先例原则,并通过陪审团制度采用了常人的裁决,而不是基于使用形式主义法律推理的专家的判决(Weber, [1968]1978: 976, 891)。

从韦伯建构的类型出发,人们易于得出这样的结论,即清代法律中只有具体的、个别的规范,而没有形式主义法律必备的抽象的普遍性规范;人们也容易仓促地误认为清代很少有民法,比如博迪和莫里斯(Derk Bodde & Clarence Morris, 1967)就未能摆脱这种成见,尽管他们的著述本身质量很高;人们还会轻易地按表面的含义和主张来理解儒家的表达,比如滋贺秀三(1981: 74-102)坚持认为,清代司法没有通过适用法律条款而作出的真正意义上的裁判;沿着同样的思路,琼斯(William C. Jones, 1987: 309-331)认为,1949年后的中国根本就没有民法,而只有行政措施,直到进入八十年代,随着市场开放和资本主义改革以及对西式法律的采纳,才开始具有真正的民法。

我已详细论证,清代法律尽管不像西方大陆形式主义法律那样,以抽象的普遍性权利原则为出发点,但它实际上包含了相当数量的指导司法判决的法律规则——只不过是出于与现代法律形式主义很不一样的思维方式。清代法律不是从独立于且高于事实情况的抽象原则出发,而是基于事实情况本身来制定法律条款;抽象原则被有意识地具体表达在示范性的事实情况之中,而几乎从来没有从中抽离出来单独表达;抽象原则不以明文规范的形式出现,而通常是通过列举具体的事实情况默示出来,这类具体的事实情况通常是用违反默示原则的行为来说明的;随着时间的推移,相关律条下新出现的其他事实情况则会以详尽的“例”的形式补充进来。“例”的创制经常发起于相关负责官员就实际案件提交的奏摺题本(颇像英美普通法的“先例”)。

清代法律与大陆形式主义民法之间的差异,并不在于前者缺乏用以指导判决的法律条款,而在于其坚持将概念体系扎根于以解决实际问题为本的各种事实情况规定之中。清代法律从未试图抽象出普遍有效的法律原则,相反,它似乎假定只有与实际的司法实践相结合,抽象原则才可能得到阐明,才具有真正的意义和适用性。这一切还要进一步说明。

五、得自实践历史的分析概念:实用道德主义

下面就用自己从实践历史出发而提炼的一个关于中国法律的概念作为例子来说明。我说的“实践历史”研究方法,不是一个纯“经验主义”的研究方法。我认为,纯经验的堆积意义不大,我们必须连接经验与理论。我要强调的方法是从实践历史出发来建立符合中国实际的理论概念。同时,我说的“实践历史”,也不是一个纯“回顾性”的概念,而是一个伴随前瞻性道德理念的概念。它强调的是要通过准确掌握历史实际,而不是理论的凭空设想,来追求某些特定的道德理念(例如:和睦社会、社会公正、人民权利)。

我最近已经详细论证,中国传统法律的一个重要特征,即在经验与理论这对范畴之中,偏重经验,但并不忽略概念。它要求的是抽象概念与具体经验情况紧密结合。与欧洲大陆法中以韦伯为代表的形式主义法律传统不同,中国法律一贯要求寓抽象概念和法则于具体事例,不像形式主义法律那样要求抽象出脱离具体情况的普适法则。譬如,在产权方面,中国传统法律没有像西方现代法律中的私有产权抽象法则,而是在当时的历史环境中,立法取缔“盗卖田宅”(譬如,欺诈性地将他人土地或房屋当作自己的财产出售,或侵占他人田宅)、“擅食田园瓜果”等侵犯他人产权的具体事例以及“卑幼私擅用财”(不顾父母意愿擅自使用家庭财产)的事例。又譬如,它没有抽象出婚姻的概念,而是立法规定惩罚各种欺诈违约行为(譬如,“再许他人”或“有残疾者,妄作无疾”或“期约未至而强娶”、“期约已至而故违期”等行为)。在“民法”的另外两个主要领域,即继承和债务两个方面,做法同样。

有的学者(包括韦伯)因此认为中国古代法律只重特殊具体情况,缺乏抽象概念和原则,但这是一种误解。中国古代法律之与西方现代形式主义法律的不同,不在能否建立抽象原则与处理非具体的问题,而在于怎样连接经验和理论的不同思维方式。形式主义要求通过法律(演绎)逻辑,建立脱离具体情况的普适法则,而中国传统法律则要求寓抽象原则于实例。一个很好的例子是清代关于杀人的立法。其全部有关的法则实际上是围绕一个十分抽象的范畴——意图——而组织的。杀人罪分六等,取决于不同程度的意图。惩罚最重的是“谋杀”,例如用毒杀人;次之是“故杀”,例如在愤怒的时候有意杀人;再次是“斗殴杀”,在斗殴中杀人;之后是“戏杀”,譬如在拳击比赛之中无意杀了人;继而是“误杀”,譬如在玩火或者玩射箭的时候杀了人;最后是“过失杀”,是完全出于无意的,是“耳目所不及,思虑所不到”的行动,譬如在山坡上拉车失去控制而因此杀了人(薛允升, 1970: 849- 857)。我们可以说,这样的区分要比后来模仿德国法律的国民党法律的“故杀”和“过失杀”两分法来得细致。正因为如此,民国法官判案时常常转而使用清代法律的概念和区分)(详细分析与案例见 Neighbors, 2004)。它不是出于纯抽象的概念(有意或无意),而是把抽象概念与具体事例紧密联接起来。这些我已在《中国民事判决的过去和现在》与《中国法律的现代性》两文中作了详细论证。(黄宗智, 2007a, c)

同时,清代法律绝对不是一个仅仅具有回顾性、完全根据过去发生的具体事例而建

立的法律（有人据此批评美国法律实用主义，说它缺乏明确的立法日程，归根到底只是对古典正统的一种反应），而是一个具有强有力的前瞻性理想的法律制度。它对社会前景的设想寓于道德理念，譬如，认为在理想的和睦社会中（当然，儒家话语把这种理想等同于过去的圣王时代），人们将会基本没有诉讼，全凭道德解决纠纷，即使有诉讼，也将由地方“父母官”凭道德教化解决。

但是，在具备这种道德理念的同时，清代法律在实践中十分实用性地设立了处理所谓民间“细事”（约相当于现代的“民事”范畴）纠纷的司法制度，首先依赖社区或宗族调解，而后是社区调解和法庭干预间互动的“第三领域”（下文还要讨论），最后，如果纠纷仍然得不到解决，才是由“州县自理”的庭审来解决。而县官们在拥抱儒家治理道德话语之外，经常在实践中采用十分实用性的判决（亦即所谓“断案”），明辨是非，依法判决。我称这种结合为“实用道德主义”。（详见黄宗智：《清代的法律、社会与文化：民法的表达与实践》、《中国民事判决的过去和现在》、《中国法庭调解的过去和现在》）。（黄宗智，2001；2007a, b）

之所以用“实用道德主义”这个概念来概括清代法律的实践历史，用意之一是突出它之结合道德性表达和实用性行动，两者既背离又统一，既矛盾又抱合，亦即我之所谓说的是一回事，做的是一回事，合起来又是另一回事。另一用意则是突出其所包含的比较特殊的思维方式，从而与韦伯的形式理性形成鲜明的对照。

这种思维方式的部分特征可以见于毛泽东时代。当然，毛泽东时代建立的全能性的国家意识形态，其绝对性要比西方现代主义更加极端。但在此同时，它也有一个类似实用主义的传统，我们可以称之为实践主义精神。其诞生主要是出于中国共产党自己的革命经验，是对党早期的教条性马克思主义的反应。在大革命失败之后，革命根据地转向农村，是当时大部分党员所不太熟悉的环境，因此造成重新认识理论与实际的关系的契机。其后，在抗战时期，大量来自沿海城市地区的知识分子，来到延安地区。他们不了解当地的情况，甚至无法与当地农民“群众”交谈，以致造成党组织本身的一个危机：怎样去团结这两大群体。这就是“实践论”形成的部分历史背景。当时强调，首先要深入农村，获得“感性认识”，并认同于劳动人民的“阶级感情”，而后经过知识分子所掌握的理论之提升，才有可能进入更高层次的认识，并最终验之于实践。基于这种现代的革命认识论，全党形成了一种普遍的从事“调查研究”的要求（“没有调查便没有发言权”），并成为一股风气。时至今日，国内许多社会科学教师们仍然经常带领学生出去做实地调查，了解具体情况。这种精神，国外绝少能够看到。这一点我已在《认识中国：走向从实践出发的社会科学》和《悖论社会与现代传统》两文中有过讨论。（黄宗智，2005a, b）

即使在改革后全盘移植西方形式主义法律的立法之中，我们仍然可以看到原先重视经验与实践的思维方式的延续。让我举两个简单的例子。

（一）赔偿

中国现代的赔偿法主要源于西方大陆法，《大清律例》没有关于赔偿的规定。新赔偿

法的出发点是“侵权行为”(Wrongful Acts)原则。国民党的民法典便模仿1900年德国的民法典规定：“因不法或过失侵害他人之权利者，负损害赔偿责任”(第184条)(《六法全书》，1937)。它体现了西方大陆的形式主义法律精神，即法律的目的是维护权利，由此出发，用逻辑推论出侵权、过错和赔偿的规定，其关键是过错原则——有过错才有赔偿责任，无过错便谈不上赔偿。1986年颁布的《中华人民共和国民法通则》采纳了这个原则，规定“公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产，侵害他人财产、人身的，应当承担民事责任”(第106条)(《中华人民共和国法规汇编1986》，1987)。这在原则上与西方和国民党法律是一致的。

但是，我们从案例之中可以看到，在人民的实际生活之中，造成损害的事件并不一定牵涉到一方的过错，而常常是出于纯粹意外的情况，不涉及单方的过错(fault)或“过失”(negligence)。这在我的抽样案件中有众多的例子。其中之一来自上海地区A县：1989年，一名七岁的男童从村办幼儿园奔跑回家途中与一名老妇人相撞，老妇人手中开水瓶落下，瓶中沸水烫伤男孩胸、背、四肢、颜面等部位。区政府支付了2009.70元医药费中的573.70元，男孩父亲起诉要求这名妇女赔偿余额。抽样案件显示，这样的无过错损害事件相当普遍。问题是：法律该怎样对待这样的无过错损失？

根据德国民法“侵权行为”的逻辑——没有过错便没有赔偿责任，男童一方只能怪自己的运气不好。但是，中国法律所采取的态度不同。首先，它从实际出发，承认无过错损害纠纷的事实。面对这个现实，法律做出的抉择是在上引条文之后加了这样的规定：“没有过错，但法律规定应当承担民事责任的，应当承担民事责任”(第106条)。《民法通则》更进一步说明：“当事人对造成损害都没有过错的，可以根据实际情况，由当事人负担民事责任”(第132条)。这样，在上述实际案例以及许多其他相似案件中，法官引用了这两条法律，说明老年妇女虽然没有过错，但应负担一定的民事责任。最后说服双方妥协，以老妇人赔偿250元的医疗费用调解结案(黄宗智，2007a)。

从西方“侵权行为”原则来看，这样的法律条文以及法庭行为是违反逻辑的。法律既然已经规定过错赔偿，怎么能够同时规定即使无过错也有赔偿责任呢？从形式主义思维方式来看，这是一个不可解释的矛盾。但是，从中国长期以来所体现的法律思维方式来看，此中并没有非此即彼的冲突。实际是，日常生活中既有过错损害的也有无过错损害的纠纷。法律根据不同的事实情况，作出不同的法律规定。现实本身非常明显，因此法律条文也没有必要对两条规定所显示的演绎逻辑上的矛盾另作解释。我们可以这样总结：在侵权法的实践历史中，中国既引进了西方的侵权过错法律，又适当地保持了传统的偏重经验的思维方式，结果是根据实际情况的两者并用。

这里应该补充说明的是，国内有的民法专家对上述的分析可能会有不同的理解。他们认为，中国民法在过错赔偿原则上采用了(西方)现代民法的另外两个概念，一是“严格责任”(strict liability)，一是“公平责任”(equitable liability)。在他们看来，前者是一种无过错事实情况下的赔偿责任概念，后者则是由法官斟酌具体情况(包括无过错)而由此决定

民事责任。因此,他们认为中国所引进的西方现代法律含有无过错事实情况下的赔偿责任原则。

但是,如果仔细分析西方的这两个概念,便会看到西方的所谓“严格责任”,正如我在《中国民事判决的过去和现在》一文中已经指出的,其实是一个仍然从过错/过失逻辑出发的概念,其与简单的“侵权行为”中的过错的区别只不过是在举证上的要求比较宽松。比如,针对生产危险产品的生产者,要求赔偿的受害者只需要证明产品有缺陷以及对自己造成损害,而不需要证明被告的过失。这里,“严格责任”原则的目的是降低对危险品生产者进行控告的举证要求,是为了促使这样的生产者采取更严格的预防措施。它的逻辑仍然是过错责任,只是更严格。(黄宗智,2007a: 17,脚注1;亦见张新宝,2006: 28)

至于“公平责任”概念,在有的提倡者(例如:Justus Wilhelm Hedemann)的原意里,是要照顾弱势受害者,并且确实包含无过错事实情况下的)责任的概念。但是,这个概念最终被德国立法者拒绝纳入德国民法典。(Andre Tunc ed., 1986: 145ff) 事实是,在韦伯之所谓“形式理性”的影响之下,德国民法典总体的思维方式是从抽象原则出发,通过演绎逻辑适用于事实情况,而不是从事实情况出发,由此引用适当原则。为此,德国民法典没有容纳无过错事实情况下的)赔偿责任规则。

其实,中国民法学界部分学者对上述两个概念的理解本身便可以说明我在上面指出的思维方式。在上述七岁孩子被烫伤的案例中,当地法官所引用的其实并不是“严格责任”原则,也不是“公平责任”原则,而是一种中国式无过错责任原则。正因为中国法律思维习惯从具体事实情况而不是抽象原则出发,并认为这是理所当然,才会对西方的这两个概念采取(或有意、或无意)上述的重新(或错误)理解,把从过错责任原则出发的“严格责任”理解为从无过错事实情况出发的民事责任,并把被德国排除于民法典之外的“公平责任”概念理解为法律处理无过错事实情况下的民事责任的原则。

我们可以再举一个例子来说明上述的思维差别。美国现在有12个州采用了所谓无过错(no fault)汽车保险。表面看来,这似乎是在原先的过错责任原则上附加了无过错责任原则,承认事实既有过错情况也有无过错情况。但实际上,美国无过错保险的逻辑是这样的:过错原则导致了昂贵的必争对错纠纷——为此,决定把过错完全排除于赔偿考虑之外。遇到损害,由被保险人直接从保险公司获得损害赔偿,完全不考虑事实情况中的过错。它的逻辑不是承认无过错损害的实际存在而因此得出无过错赔偿原则,而是因为过错原则引起了昂贵的纠纷而决定不考虑过错。无过错汽车保险所包含的思维不是从事实情况出发来决定赔偿,而是完全不考虑事实情况来决定赔偿。(黄宗智,2007a: 17)

在这方面,西方在二十世纪六七十年代从过错离婚转用所谓“无过错离婚”(no-fault divorce)是出于同样的逻辑的:无过错离婚不是像当代中国法律所说的那样,离婚纠纷中既有有过的(例如,第三者)、也有无过错的事实情况,而法律应根据相应的事实来裁决,而是说因为主宰离婚法律的过错原则长期以来引起了众多昂贵的对错纠纷,立法者决定采用不再考虑过错的原则,由此出发来处理一切离婚纠纷。英语“No fault”(“无过

错”含义是“不考虑过错”，不是“在无过错事实情况下的责任”。其整体法律的逻辑仍然是过错，并没有因采用无过错离婚制度而推翻或修改。下面转入当代中国离婚法的详细讨论。

(二) 婚姻与离婚法

当代中国的离婚法的出发点是1931年的《中华苏维埃共和国婚姻条例》。当时模仿苏联1926年的十分激进的《婚姻与离婚、家庭与监护权法》，规定“确定离婚自由。凡男女双方同意离婚的，即行离婚。男女一方坚决要求离婚的，亦即行离婚”(第9条)(黄宗智，2006)。西方世界要到上世纪六十年代和七十年代的二十年间，建立起上面讨论的所谓“无过错离婚”时，方才采纳了由单方提出便即离婚的法律(Phillips, 1988)。因此，在三十年代的中国，那样的规定可以说十分“先进”，甚或偏激，在城市如此，在农村更加如此。

难怪条例颁布之后即引起社会上相当普遍的激烈反应。对农民来说，婚事乃是一辈子一次性的大花费，不能像今日西方世界那样，有时候小夫妇一闹意见，动不动便可离婚。从农民的视角来说，因单方要求便准予离婚的规定是不符合农村生活实际的，也是违反大多数人的意愿的。而从中国共产党的视角来看，农村人民对党的支持至为关键，在大革命失败之后，党的存亡可以说完全取决于为红军提供战士的农村人民。因此，共产党在政策上很快就在此关键环节作出让步。首先是在1934年的《中华苏维埃共和国婚姻法》中上一条的规定之后，立刻加上这样一条：“红军战士之妻要求离婚，须得其夫同意”(第10条)。其后在抗日战争时期，晋察冀和晋冀鲁豫边区规定，一名军人的配偶在其配偶“生死不明逾四年后”才能提出离婚请求。陕甘宁边区则规定要“至少五年以上不得其夫音信者”。这些边区的条例甚至模仿国民党民法，规定了准予离婚的几种条件，包括重婚、通奸、虐待、遗弃、不能人道和不能治愈的疾病等，完全放弃了苏维埃时期基于双方任何一方的请求便即准予离婚的规定(黄宗智，2006: 27-30)。

1949年之后，新中国放弃了国民党的法律建构，但延续了原来边区的保护农民战士对妻子的主张权。即使是在二十世纪五十年代初期打击五种“封建婚姻”(即一夫多妻、婢女、童养媳、父母包办和买卖婚姻)的婚姻法运动中，仍然维护了这种主张权，即使妻子是童养媳、由父母包办或出于买卖婚姻也如此。上面这几点我在《离婚法实践：当代中国法庭调解制度的起源、虚构和现实》一文中已有详细论证(黄宗智，2006: 30-32)。

除红军战士之外，法律在这个问题上的“让步”主要体现于单一项条文：即1950年《中华人民共和国婚姻法》规定的“男女一方坚决要求离婚的，经区人民政府和司法机关调解无效时，亦准予离婚”(第17条)。这样，政府机关调解以及法院调解被规定为任何有争执的离婚请求的必经程序。在五十年代初期新婚姻法运动高潮之后，几乎任何单方提出的离婚要求，都必定首先经过高压性的“调解和好”程序才有可能获得批准。这条规定背后的思路十分明显：在农村人民广泛反对草率离婚的现实之下，党的决策是尽一切可能减少党的婚姻法律与农民大众之间的矛盾，选择的手段是一起一起案件地来处理所有有争执的离婚请求，试图尽量缓和矛盾。

正是在那样的历史情境之下形成了当代中国比较独特的法庭调解制度。我已经详细论证,帝国时期中国法庭是绝少调解的。由法庭(而不是由亲友)来调解基本是现代中国革命党在特定历史情境中所创建的制度。

毛泽东时代的法庭为了调解带有争执的单方提出的离婚请求,逐步形成了一整套的方法、程序以及作风,即要求法官们深入村庄社区,通过访问“群众”(“亲邻以及当地党组织”),调查研究,了解当事人婚姻的背景以及现状,解剖其婚姻矛盾起源,然后积极掺入,使用各种手段,包括政治教育,组织压力,物质刺激等等,尽一切可能,试图挽回当事双方的婚姻,要求做到“调解和好”绝大多数由单方提出离婚要求的婚姻(黄宗智,2006)。

在法理上,从上世纪四五十年代便初步形成了以夫妻感情作为审核一切离婚案件的标准的想法。正因为婚姻的基础在于两人的感情,新法律不接受不讲感情的“封建”婚姻,如多妻、婢女、童养媳、父母包办和买卖婚姻。在破除旧式不顾两人感情的各种婚姻之后,新中国的婚姻要求双方具有良好的感情基础,不要草率结婚。正因为如此,除非夫妻婚后“感情确已破裂”,通常都是要求双方尽一切可能“和好”,由社区领导以及政府和法院负责调解。这样,既破除旧式的封建婚姻,又避免“资产阶级”那种草率的婚姻和离婚(黄宗智,2006)。

这套逻辑在上世纪四五十年代初步形成,但是最初并没有纳入正式法律条文,只是试行于法庭的实际运作中,并以最高人民法院的指示及意见等形式初步制定了此概念和其连带的话语。我从南方和北方两个县抽样的336件案例(其中婚姻案例216件)表明,法庭在五十年代初期已经相当普遍地使用夫妻感情标准及其话语。虽然如此,1950年的《婚姻法》还是完全没有提及“感情破裂”的概念。一直到三十年后,1980年颁布经过修改的新婚姻法时,方才把“感情破裂”作为正式法律条文纳入成文法中:在原先的“调解无效,应准予离婚”条文上加了“如感情确已破裂”这个条件(第25条)(《中华人民共和国法律汇编(1979-1984)》,1985)。

这样的通过长时期司法实践而形成的(虽然是未经成文的)逻辑,有其特定的历史情境。把“感情”认作是一切婚姻的基础,既可以用来打击“封建”婚姻,也可以用来反对所谓“资产阶级”的“轻率态度”和“喜新厌旧”思想(后者也是丁玲在《三八节有感》一文中所批评的那种党内所见的现象)。同时,“感情”是个跨度很广、不容易精确定义的概念,这样便给予法院很大的灵活度,可以按照需要、政策来处理每一起婚姻案件,适应不同情况来尽量减少婚姻法和人民之间的可能冲突。正如全国人大常委会法制委员会副主任武新宇解释,“这样规定,既坚持了婚姻自由的原则,又给了法院一定的灵活性,比较符合我国目前的实际情况”(湖北财经学院编,1983:46,引自黄宗智,2006:41)。当然,在实际运作之中,这个制度容易偏向过分“保守”、过分强制,形成不顾当事人意愿的无论如何不允许离婚的做法。这也是当时武新宇提出(以及后来在上世纪九十年代实行的最高法院颁布的“十四条”)的主要批评。事实是,“感情”范畴的灵活性既允许严格(以及过分严格)地执行,也允许松弛地执行。

这样的离婚法观念基础足可以称作一种离婚法实践中体现的“实践历史逻辑”。它是当代中国几十年来行之有效的婚姻法的结晶;它是既具有现代理念又试图适应中国实际的法律原则;它既含有从外“引进”的成分,也具有中国自己的古代传统以及现代(包括革命)传统的成分;它是在一定历史条件之下所呈现的原则。

(三) 实践历史与理念追求

这里,我们如果把视角从回顾“实践历史”的“实然”转到今天追求中国自己的“现代性”的“应然”,上述的“实践历史逻辑”也可以视作现代中国婚姻法所包含的“现代性”。它不同于抽象而不实际的男女单方要求便即离婚的“婚姻自由”原则;它是脱胎于实践历史的原则。我个人认为,这个出于现代革命的法律传统,今天完全应该配合中国法律中的由实际到法则到实践的思维方式来推进使用。

西方形式主义法律从抽象权利原则出发,要求其适用于任何事实情况,因此造成必争对错胜负的对抗性法律制度。但是,真实世界中的纠纷既有附带过错的纠纷,也有不牵涉到过错的纠纷(上面已经提到,在离婚法领域西方本身到了二十世纪八十年代已广泛改用不考虑过错的原则)。事实上,现今西方法律,针对其对抗性法制所导致的诉讼过度频繁的实际,正在试图摸索出一条补充性的非诉讼纠纷解决道路。中国在这方面所积累的经验远比西方丰富,应有意识地朝这个方向发展。我在《离婚法实践:中国法庭调解的起源、虚构与现实》、《中国法庭调解的过去和现在》与《中国法律的现代性?》三文中对这个方向作了初步的探讨。(黄宗智,2007a,b,c)

同时,毋庸置疑,调解传统以及实用道德主义传统有显著的混淆是非的倾向,不能清楚区别违反法律、侵犯权利的纠纷和无过错的纠纷,很容易出现用后者的原则来处理前者的和稀泥弊病。在当事者权力不平等的情况下,更容易沦为权力和关系的滥用。今天引进的西方的、从权利原则出发的法律,是对这样的倾向的一种纠正,应该在有过错的事实情况下明确权利、维护权利,正如中国的调解传统可能在无过错的纠纷中成为纠正西方过分对抗性的、必定要区分对错,判出胜负的诉讼制度一样。

根据中国法律的从实际出发的思维方式,今天可以考虑采用这样的区分:在事实情况不涉及一方过错的情况下,使用调解,包括法庭调解,因为这样的纠纷中调解成效较高;反之,则依法判决,维护法定权利,采用西方法律的优点。

同时,应该避免盲目照搬西方制度。一个例子是近年在取证程序方面的改革,无视人民共和国过去的实践积累,完全放弃了毛泽东时代主要由审判员调查取证的“职权主义”而采用了西方的由当事人举证的“当事人主义”。其理念和动机是维护当事人举证的权利,但是,在离婚法的实践之中,因为缺乏西方的制度性配套,尤其是证人制度的作用,结果形成一种两不是的运作,带有严重的脱离实质内容的形式化倾向。其极端表现是陷入官僚体制中的形式主义作风,只顾程序形式,不顾实质内容。这样的实践,可以说是取证程序改革所未曾预料到的不合理的后果。这个事实我已和巫若枝博士根据从南方某县近几年的离婚诉讼案件档案中抽样所得的45个案例详细论证。(黄宗智、巫若枝,2008)事

实是, 实践和实践历史可以是合理的, 并且可能作为中国追求自己的现代性的一种资源, 但也可能是不合理的, 是违反原来所要追求的道德价值的。

这里要强调的是“实践历史”与“理论(主宰的)历史”之不同, 主要在于后者很容易因脱离实际而引起一系列的不合理未予后果, 而实践历史则比较贴近实际。如果配合前瞻性的道德理念, 纳入实践历史逻辑的考虑, 更能够形成可行的实用性改革方案。这也是我“实用道德主义”概念的部分用意。

六、第三领域和集权的简约治理

最后, 再举一个基于中国“实践历史”的分析概念的例子。在《表达与实践》一书的第五章中, 我突出了清代纠纷处理制度中的“第三领域”。民间的社区和宗族面对纠纷所做的是调解, 而县官在正式堂审中所做的是断案, 此两者之间实际上存在一个庞大的“第三领域”。纠纷当事人一旦告上衙门, 便会触发民间与官方两套制度间的互动。一方面是社区或宗族的加劲或重新调解, 另一方面是县衙对原告状词、被告辩词以及各种呈禀的批示。那些批示一般要么榜示或传达, 要么由当事人通过其它渠道获知。它们常常会直接影响正在进行的民间调解。如果当事双方在这个阶段中达成协议, 便会具呈要求撤诉, 而县官几乎没有例外地会批准就此销案。这样, 纠纷便会在这个半制度化了的第三领域中通过民间与官方制度的互动而得到解决。

在《中国的“公共领域”与“市民社会”？——国家与社会间的第三领域》(黄宗智, 2007a) 一文中, 我从同样的角度剖析了上世纪就是年代中期十分流行的(哈贝马斯 Jürgen Habermas 的)“公众领域”和其后的“公民社会”理论中国家和社会的二元对立、非此即彼建构。中国实践历史十分不同, 国家与社会长时期交搭、互动。我因此提出其间的“第三领域”的概念。

我们可以进一步以中国治理实践的历史为例。现代西方关于国家与社会关系的理论, 受到法国革命以来资产阶级争取自身权力的历史经验之影响, 造成深层的社会与国家对立、非此即彼的理论框架。这种思维方式, 可以鲜明地见之于从韦伯到哈贝马斯的理论中, 甚至可以说几乎是所有的历史社会学理论中。“国家”主要是指其正式(formal)的官僚体制, 社会则主要是指其非正式(informal)的自发组织, 甚少考虑介于两者之间的领域。实际上是把国家与社会视为一个非此即彼的二元对立体。

在中国治理的实践历史中, 更多的是在中央集权的国家机器直接统治范围之外, 国家与社会互动或联合的半正式运作。这种半正式治理模式首先体现于清代处于国家与村庄关键联结上的乡保——十九世纪宝坻县每乡保平均负责二十多个村庄。和正式官僚不同, 他们是由社区举荐和县衙批准的准官员, 没有薪酬, 工作中也不附带文书。但是和简单的民间制度也不同, 他们是经过国家认可委任的, 并要为国家机器尽一定的职责。我因此称他们为半正式的准官员。另一类似的例子是在清末启动的半官方村长制度, 其性

质和乡保一样。再则是清末启动的村庄教育,一般都由村庄自己提供校舍(多是村庙),聘请教员;政府提供的是教育设计蓝图,并没有拨给具体的资源(Vandervan, 2005)。中国乡村现代民众教育的起源正是由这种国家和社区共同推动的。此外是当时管理乡村教育的劝学所,其成员由地方提名,县令任命,也是半正式治理方式的例子。和乡保、村长一样,他们是一种准官员,没有或极少文书,在正式的衙门及其以外,协助县令管理基层教育(同上)。此外则是晚清之后兴起的城镇商会,同样是半官方半民间的组织,由官方号召,地方商人响应而组成。

这些准官员的运作从行政方法角度来考虑是非常简约的,大多既不带薪酬也不带文书,而国家正式机器要在遇到纠纷或人事变更时方始介入。比如,乡保们一般自行其是,除非由村民控告或者是人事替换,县衙是不会干预他们的运作的。因此我们对他们之所知主要来自县政府档案中涉及他们的纠纷。清末的村长和劝学所也是一样。我们关于民国时期村长的信息主要得自县政府档案中有关他们的诉讼纠纷和人事调换。(当然,进入二十世纪二十年代之后,也有人类学实地调查资料。)甚至于县衙本身的管理,也多采取这种方法。我们对于县衙门各房的实际运作多来自有关他们的诉讼案件,譬如在某房之内为争夺该房的控制权力时引起纠纷,或者是房与房之间因争夺权力和财源而引起纠纷。在那样情况下,县令方才介入,其形式很像他对村庄治理的介入——是以纠纷解决为主要手段的(Reed, 2000)。这里总结的是我自己和几位博士生的研究成果。

我称这种行政方法为“集权的简约治理”,既不同于正式官僚体制,也不同于非正式的民间组织,而是具有它自己的逻辑的治理方法。详细论证请参见我的《中国的“公共领域”与“市民社会”?——国家与社会间的第三领域》和《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》两文。(黄宗智, 2007f, 2007e)

有学者对我的观点提出批评,认为我虽然提倡超越国家/社会的二元框架,但事实上第三领域的概念结果仍然使用了原来的框架。这其实是对我的概念的一个误解。国家机器——例如,清代的官僚机器——是个实在的东西,毋庸置疑;社会——例如,自然村社区——同样。我们需要超越的不是这些有具体实际根据的概括,而是其非此即彼的二元对立理论建构。如果以为不是正式国家,便必定是非正式社会,那就会把其交搭的中间领域完全排除在自己的视野之外。我们需要超越的不是国家和社会的实际存在,而是对两者的非此即彼的思维方式。而这正是我的第三领域概念的意图。

此外,我的第三领域概念虽然概括了这个领域的空间,但没有说明其实际运作的状况和逻辑。我在《集权的简约治理》文中所用的副题——“以准官员和纠纷解决为主的半正式基层行政”——是对其实践历史的初步概括。这种行政方法的形成首先来自于儒家的简约治理理念,可以见于清代国家关于盛世滋丁、永不加赋的承诺。另外是清政府对地方衙门吏役人数的限制——远远少于十九世纪实际运作中的人数。但其后,面对日益膨胀的人口和国家治理实际所需,逐渐形成了这套在君主集权制度下的基层半正式的行政方法。其根本来源是长期的历史实践,不单是某种治理意识形态,诸如儒家的简约治理意

识形态,甚或高一层次的(瞿同祖的)“儒化的法家”概念(Ch'üT'ung-tsu, 1961)。因为这种行政方法是产生于意识形态和行政需要在实践历史中的互动与结合,而不是产生于任何简单的意识形态。

这里,我们如果再次从历史实践的实然转而考虑社会/体制改革的应然,“集权的简约治理”所点出的是今天的一条可能途径。新时代对福利国家的需求当然会使旧有的简约治理传统的部分内涵成为过时,但是简约主义中的半正式行政方法以及国家发起结合社会参与的模式,也许仍然可能在中国起一定的作用,并在其追求自身特色的政治现代性中扮演一个不容忽视的角色。

七、结语

最后,应该说明,我提倡的从实践历史出发的研究思维方式,显然和中国法律长期以来偏重经验和实用的传统是具有一定的连续性的。它体现的是一个不同于西方现代由形式主义主宰的认识观念,是一个可供建立中国自己的现代认识方法和理论所用的资源。它可以用来超越经验与理论的非此即彼二元对立的思维方式,其关键在于经验与理论的紧密连接。一旦连接理论,便有可能超越经验的简单描述性、回顾性和纯特殊性;同时,一旦连接经验,便会承认理论的历史性,避免其超时空的绝对化或意识形态化。

我这里并不是要完全拒绝韦伯那样的形式主义理论和逻辑,因为理论概念的建构需要与形式化理论的对话,概念的系统化也需要借助于形式逻辑。我反对的只是他们的绝对化和普适化。至于实证主义理论和研究方法,我的观点是同样的。对待两者之后的后现代主义,我的观点也一样。

根据上面所举的具体例子,我们也许可以这样来总结“实践历史”。实践显然没有形式逻辑那么清晰、简单;它的优点是比较贴近、符合实际。同时,实践历史常常(但并不必然)也体现理论和行动间的妥协并存,或相互适应,因此不会像理论那么单一或偏激,它一般比较包容。在上述的一些例子中,实践历史在协调理念和实际的过程中,有时更能体现某种意义上的实用智慧。正是后者为我们提供了今天可能有用的资源。

在认识方法上,我的观点可以这样来总结:经验是一回事,理论是一回事,但连接起来,又是另一回事。至于本文的实践历史主题,也许也可以这样来总结:从实然的角度来考虑,实践是一回事,理论、表达或制度是一回事,但是在实践历史中并存,互动、结合和背离,则又是另一回事;从追求应然的角度来考虑,实践历史以及其所包含的逻辑是一种资源,使人们可能更现实和明智地选择追求某种道德理念的途径。

* 本文将纳入由法律出版社出版的论文集,黄宗智(编):《中国法律、社会与文化:从诉讼档案出发》。文章原是我2007年11月28日在中国政法大学法学院和2008年3月11日在中国人民大学法学院所做讲座的讲稿,约四分之一录自我已经发表的文章,经过

修改、连贯成此文,文中不再一一注明。感谢当时各位评议人和在座的师生的反馈。同时感谢3月22日小组讨论会上汪晖先生和一些同学们的反馈。特别感谢李放春、尤陈俊、余盛峰三位同学以及夏明方教授,先后对此文提的建设性和细致的意见。

参考文献:

- 白凯(2005):《中国的妇女与财产:1960—1940年》,上海书店。
- 黄宗智(2001[2007]):《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,上海书店。
- (2003[2007]):《法典、习俗与司法实践:清代与民国的比较》,上海书店。
- (2005a):“认识中国——走向从实践出发的社会科学”,载《中国社会科学》第1期,第85—95页。
- (2005b):“悖论社会与现代传统”,载《读书》第2期,第3—14页。
- (2006):“离婚法实践:当代中国法庭调解制度的起源、虚构和现实”,载《中国乡村研究》,第四辑,第1—52页。北京:社会科学文献出版社。
- (2007a):“中国民事判决的过去和现在”,载《清华法学》第十辑,第1—36页。
- (2007b):“中国法庭调解的过去和现在”,载《清华法学》第十辑,第37—66页。
- (2007c):“中国法律的现代性”,载《清华法学》第十辑:第67—88页。
- (2007d):“连接经验与理论:建立中国的现代学术”,载《开放时代》第4期,第5—25页。
- (2007e):“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”,载《中国乡村研究》第5辑,第1—23页。
- (2007f):“中国的‘公共领域’与‘市民社会’?——国家与社会间的第三领域”,载黄宗智:《经验与理论——中国社会、经济与法律的实践历史研究》,北京:中国人民大学出版社。
- 黄宗智、巫若枝(2008):“取证程序的改革:离婚法的合理与不合理实践”,载《政法论坛》第1期,第3—13页。
- 马原(1998):《中国民法教程》,北京:中国政法大学出版社。
- 韦伯(2005):《韦伯作品集 IX—法律社会学》,康乐、简惠美译,南宁:广西师范大学出版社。
- 薛允升(1970):《读例存疑重刊本》五册,黄静嘉编校,台北:中文研究资料中心。
- 张新宝(2006):《侵权责任法》,北京:中国人民大学出版社。
- 《中华人民共和国法规汇编(1985)》(1986):北京:法律出版社。
- 《中华人民共和国法律汇编(1979—1984)》(1985):北京:法律出版社。
- 最高人民法院研究室(编)(1994):《中华人民共和国司法解释全集》,北京:人民法院出版社。
- 滋贺秀三(1981):《清代诉讼制度における民事の法源の概括的检讨》,载《东洋史研究》第40期,第1卷。
- Bernhardt, Kathryn (1999). *Women and Property in China, 960-1949*, Stanford, CA: Stanford University Press.
- Bodde, Derk and Clarence Morris(1967). *Law in Imperial China, Exemplified by 190 Ch'ing Dynasty Cases*, Cambridge, MA: Harvard Univ. Press.

- Ch'ü T'ung-tsu(1961) , *Law and Society in Traditional China*, Paris: Mouton.
- The German Civil Code(1907) . Translated and Annotated, with an Historical Introduction and Appendices, by Chung Hui Wang(王宠惠) , London: Stevens and Sons.
- Grey, Thomas G. (1983- 1984) . “ Langdell 's Orthodoxy ”, *University of Pittsburgh Law Review*, 45: 1- 53.
- Hull, N. E. H. (1997) . *Roscoe Pound and Karl Llewellyn, Searching for an American Jurisprudence*, Chicago: University of Chicago Press.
- Jones, William C.(1987) . “ Some questions regarding the significance of the general provisions of civil law of the People 's Republic of China ”, *Harvard International Law J.*, 28, 2(Spring) : 309- 31.
- McMahon, Kevin J.(2000) . “ Constitutional Vision and Supreme Court Decisions: Reconsidering Roosevelt on Race ”, *Studies in American Political Development*, 14(spring) : 20- 50.
- Neighbors, Jennifer Michelle(2004) . “ Criminal Intent and Homicide Law in Qing and Republican China ”, Ph.D. diss., Univ. of California, Los Angeles.
- Reed, Bradly W. (2000) . *Talons and Teeth: County Clerks and Runners in the Qing Dynasty*, Stanford: Stanford University Press.
- Scott, James(1998) . *Seeing Like a State*, New Haven: Yale University Press.
- Tamanaha, Brian Z.(1996) . “ Pragmatism in U.S. Legal Theory: Its Application to Normative Jurisprudence, Sociological Studies, and the Fact- Value Distinction ”, *American Journal of Jurisprudence*, 41: 315- 356.
- Tunc, Andre ed. (1986) . *International Encyclopedia of Comparative Law*, V. XI, Torts, Dordrecht, Germany: Martinus Nijhoff Publishers.
- Vanderven, Elizabeth(2005) : “ State- Village Cooperation: Modern Community Schools and Their Funding, Haicheng County, Fengtian, 1905- 1931 ”, *Modern China*, 31, 2(April) : 204- 235.
- Weber, Max(1978) . *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*, vol. 2. Berkeley: University of California Press.
- White, Morton(1976[1947]) . *Social Thought in America: The Revolt Against Formalism*. London: Oxford University Press.
- Wiecek, William M. (1998) . *The Lost World of Classical Legal Thought: Law and Ideology in America, 1886- 1937*, New York: Oxford University Press.

注释:

但因它突出理论与实践的脱节问题 因此需要“ 毛泽东思想 ”来做两者间的媒介), 和本文的中心论点有一定关联。

显然, 这里的“ 实践 ”和亚里士多德区别于理论(*theoria*) 和生产(*poiesis*) 的实践(*praxis*) 交搭而不完全相同, 要比马克思的贯穿理论与实践的“ 革命的实践 ”(*revolutionary praxis*) 宽阔, 也比美国政治学理论家斯科特(James Scott) 最近把 *praxis* (希腊文 *maîs*) 理解为经过反复使用(练习) 的技术要

宽阔得多 (Scott, 1998)。

当然,他的“惯习”(habitus)概念试图处理“历史”积累在结构/能动之间所起的中介作用,但本文对“历史”的认识要比布迪厄的宽阔得多。

法律形式主义的经典著作首数韦伯关于这方面的论述。见 Weber, 1978: chap. 8。中文版见: 韦伯, 2005。

见 White, 1976; 参见 Grey, 1983- 1984; Wiecek (1998) 则反对用“形式主义”的称谓而提倡用“法律古典主义”(legal classicism)一词。

“Social Security Online”, <http://www.ssa.gov/history/a9r30html>; 有关罗斯福总统任期的最高法院及其黑人权利的众多决定, 见 McMahon, 2000。

例见张新宝, 2006: 28- 30; 马原, 1998: 414ff。但民法学界在这个问题上也存在不同意见。(张新宝, 2006: 236)

即《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件如何认定夫妻感情确已破裂的若干具体意见》, 1989年11月21日, 见最高人民法院研究室编, 1994。

黄宗智: 中国人民大学农业与农村发展学院、美国加利福尼亚大学洛杉矶校区历史系

责任编辑: 吴 铭