

□法学研究

浅析黄宗智实践历史的法律史研究

——兼评法律文化类型学之不足

蔡舒眉

(中南民族大学 法学院,湖北 武汉 430074)

[摘要] 对法律文化的研究常常至于文化研究之下,法律多元是文化多元的一个内生概念,因此,对法律的类型学研究往往至于文化的类型学之下。一方面这种在文化之中看法律的思维和进路能够给法律找到一种宏大的底蕴支撑,但是另一个方面法律文化的文化视角,使法律的研究容易落入官方道德宣传的窠臼而忽视了法律在实践层面的具体运作,从而把官方宣传的道德表达当成民间法律实践本身。而黄宗智提出的用实践历史方法来研究中国的传统法律是对这种文化类型观的重要发展。

[关键词] 法律文化;实践历史;类型学

[作者简介] 蔡舒眉(1989—),女,中南民族大学法学院硕士研究生,主要从事法理学研究。

一、在道德理想下寻找文化归依的法律史——法律类型学

改革开放以来,中国又一次大规模地移植了西方的法律。中国的法治进程取得了巨大成就的同时也出现了很多复杂的问题,学者在面对这些问题时又不得不回过头来重新审视中国不同于西方法律生长环境的社会特殊性。当日本学者千叶正士提出法律多元时,^[1]中国的许多学者也开始把目光放在中国传统文化和法律文化的研究上来,想从法律文化的意义上来寻求解决之道。^①从这些研究成果来看,法律理论界多以梁治平的学术成果来把法律文化的理论研究划分为前后两个阶段。在梁治平之前,对法律文化的研究和定义尽管有广义和狭义的区别,但是总体来说,法律文化仍然是一种被分析的对象,伴随着梁治平提出法律文化类型学这一研究路径之后,法律文化从一个被动的分析客体上升到一个主动的分析方法上来,因此对中国的法律文化界产生了重要的影响。^[2]

韦伯作为西方社会学的奠基人之一,在其研究中比较系统的提出了类型学的研究方法。社会建构的合法性被划分为三种理想类型,即以东方文明如中国为代表的传统型、卡里斯玛型和以西方为代表的法治型,在韦伯的笔下这几种类型所体现出的理性化不仅在程度上的存在差别,而且这种差别还是文化类型上的异质,这种异质导致文化之间的不可通约性,因此,现代性是单一的,是法治型对传统型的线性取代。对类型学的阐释方法是韦伯鸿篇巨制的基本的方法。^[3]梁治平的法律文化研究也是借助了这种类型化的研究,^{[4][5]}提出“用法律去阐明文化,用文化去阐明法律”的方法论。这句话的前一句“用法律去阐明文化”就是作者最重要的学术观点和成果,法律成为整个文化视阈的窗口,用法律的视角来重新阐释了中西文化的特质。^{[6][7]}

按照梁漱溟先生的观点,世界上存在着三种不同的文化,其代表分别是西方基督文化、中国儒家文化和

^① 由于中国法律本土和继受而出现的一系列问题和张力,关于中国法律文化的思考一直贯穿在中国的法律理论的研究中。例如,张国华的《法律文化》《法学基础讲义》,北京电大法律教研室1985年8月版编印;蒋讯:《法律文化刍议》载《比较法研究》1987年第4期;武树臣:《中国法律文化探讨》,载北京大学法律系《法学论文集》,光明日报出版社1987年版;刘学灵:《法律文化的概念、结构和研究观念》,载《河北法学》1987年第3期等。而八九十年代梁治平关于法律文化的一系列作品的问世,又掀起了一股法律文化研究的热潮。

印度的佛家文化,这三种文化是互不相同并像进化论一样代表了人类文明的三个发展阶段,因此归根到底中西文化的特质是根本不同的。这种文化样式在根本上是异质的,这种文化样式上的异质也集中体现在法律文化上,因为法律文化是内生于文化中的一个特别重要的区域。而对应于梁治平的中国法律文化也是区别于西方的法律文化,西方的法律是在平民和贵族、国王斗争而相互妥协的结果,而中国古代法律却在传统儒家仁政的思想统领之下的以礼入法,礼法合一之治。梁治平认为这种礼法之间的水乳交融的关系造成中国古代没有西方意义上的公法。因此,中国传统法律文化和西方的法律文化完全是两种不同文化类型下的产物。在政治建构中,按照中国的传统儒家学说,家国一体,忠孝合一的结构模式;在道德话语中,中国的传统道德以儒家的仁政思想为核心,强调忠孝礼义,以义务为本位的伦理体系;在法律内容上,以礼入法、礼法合一、民刑不分的统一设计;在司法实践中,强调无讼和息讼是其治理的追求,对簿公堂往往是恶民的行为,重调解轻断案。对于这一系列以文化道德等宏观视角来审视法律的研究方法,笔者在此文中称之为“在道德理想下寻找文化归依的法律史研究路径”。^① 在文化类型学的划分之下,中国是一个礼仪之邦,其传统法律之路很自然的被归属为道德之下的法律研究,法律只不过是皇帝驾驭百姓的工具。这种法律史研究的突出特点是得出礼法合一、皇权至上的中国法律传统与官方宏大的道德宣传之间的统一性,并从中找到了文化归依和文化支撑。法律被分解为文化特质的注脚或者是家国统一的政治建构的刑罚保障。法律和文化统一的同时,被抽象化。在这种视角下中国法律是中国文化的集中表现,法律史研究或者从传统的礼法合一的大视角来解释中国的法律,或者从中国的儒家正统要义、官方道德来阐释中国法律的精髓。

二、理清法律实践与官方表达的间隙——法律类型学之不足

从韦伯的类型学到法律的类型学,以对立的视角,凸显了中西文化下中西法律文化的不同特质,对中西法律文化的特点有非常鲜明的把握。但在具体的法律研究中,这种文化类型学,把文化上升为一种分析方法的同时,使文化成为划分的标准,以中西文化二元对立、中西法律二元对立视角来抽象中国传统法律实践的特征。这种文化类型学的方法有一些由其方法论所决定的无法回避的弊端。具体而言主要包括一下几个方面。第一,容易得出文化异质之间的大理论。异质文化的特点往往是高度抽象的大理论,把法律置于文化的一隅,成为文化类型的有力注脚,把法律回归到文化上,这是一种“上往下看”的法律文化思维方式,^[8] 法律成为一种政治宏大层面上的建构,法律的鲜明性往往体现为变革和革命的节点,^[9] 法律文化成为一种思想史或者制度史而忽视了法律在具体生活中的运作,但正是这一部分对现实最具有指导意义。第二,以理想的类型学要求中国法律实践,丧失文化自信。如果文化类型本来就是一个自洽的封闭系统,那么内生于这些异质文化中的法律文化之间的学习和借鉴就是不可能的。但由于历史和现实的原因,中国在法律现代性的转型中被迫选择了继受西方法的策略,中国传统文化和继受西方法治文明之间形成断裂。在西方文化的对比下,只要中国在法律移植道路上出现了复杂问题,人们就容易在中国传统文化的“根”上去寻找原因,这种文化间异质的学说只会在面对中国具体法律实践碰壁时,对中国传统文化和中国现状感到彻底的绝望,因为要想解决中国的法律实践的问题,似乎需要回到五千年前的中国文化源头去拔草除“根”。^② 因此,法律文化类型学的封闭性和法律移植实践的相通性之间的矛盾,会在法律借鉴之路上对中国传统文化上造成深层次的自卑感。第三,把官方道德政治表达当成民间法律实践本身,忽视中国本土的民间法律实践,丧失从中国传统文化中挖掘出能够真正指导中国现实制度设计的可能性。在这种二元对立的研究路径下,中国传统的法律文化因为和特定历史时期的政治建构、道德伦理、治理模式镶嵌在一起的,所以,在面对现代化的转型时,随着时代变革根本无法和当下衔接。二元对立的宏大视角下的中国传统法律文化将在现实的拉锯战中对现实毫无用

^① 笔者在这里提出的在道德理想下寻找文化归依的法律史研究道路并不是从严格的意义上来定义以往法律文化的研究方法,也不是对道德和法律二者之间关系的逻辑追究,而只是对以往很多法律史研究方法的一种较为模糊的总括性定义,目的是为了突出这种法律史研究方法中把目光多集中在文化道德、政治建构等上层层面的特点。

^② 以法律信仰的问题为例,很多学者认为中国人传统中没有法律信仰,而以培养中国人法律信仰来作为解决中国法治道路上的关键一环。但按照这一思路,西方法律信仰却又是和西方文化内生的因素密切相关,比如说宗教的因素、自然法和实定法的二元对立,社会结构上的贵族和平民的对立等等,但是每一项都是中国文化传统所缺少的。如果朝西方看齐,羡慕西方意义上的法律信仰,最终得出的结果可能导致文化自卑。关于法律信仰的问题可参见,苏力. 制度是如何形成的[M]. 北京:北京大学出版社,2003.

武之地而在实际意义上被摒弃。在移植西方法律的实践背景下,在道德理想下寻找文化归依的类型学研究方法不仅容易使法律文化只停留在不可通约性的文化特质上,在法律继受的现实选择中造成文化自卑,而且还无法真正利用中国传统法律实践中值得借鉴的因素。鉴于法律文化类型学在方法上和实践中的不足,美国加利福尼亚大学洛杉矶分校的历史教授黄宗智用实践历史的方法,提出中国清代法律史中具有中国法律现代性因子的“实用道德主义”研究视角。

三、实践历史的研究对类型学的超越——实用道德主义

用文化类型学的方法来研究中国传统法律文化,中国传统的礼法合一常常被称为中国传统法治的精髓和要义,这道出了中国法律在宏观建构层面的意义,但仍然是道德宣传本身的框架内解释法律思想和法律的制度设计。这表面上好像是对传统文化的一种尊重和回归,但在现实的意义上却是对传统的否定和抛弃,因此,许多学者也对此种路径进行了反思,其中海外中国研究学者黄宗智提出了实践历史的研究策略。与在道德理想下寻找文化归依的法律史研究路径不同,黄宗智认为中国民间的传统法律实践,并不是官方道德塑造出的以人情为标准、以调解为主、以恶民为主体的情景,法律运作和正统道德的关系不是简单的类型学下的统摄与被统摄的关系,而是既有张力又有合力,即相互分离,有相互抱合的一种模式,黄宗智把他提炼为“实用道德主义”。在阐述其实用道德主义的概念时,从考察中国的三大历史传统为背景,以研究诉讼档案为方法,通过理论和实践之间的分离和抱合关系来探寻中国法律建设的现代性。这种实践历史的研究方法补正文化类型学研究的不足,总的来说主要体现在三个方面。

第一,用实践经验的视角来研究中国法律文化,避免只从制度和思想史来研究中国传统法律文化所造成的宽泛化和绝对化。中国正统道德宣传的是一套仁政、无讼的礼仪之学,这也是中国士大夫奉行的人生哲学,在思想史和制度史的研究中,这种传统官方道德哲学上升到了一个可以统摄法律的地位,法律是在传统道德文化特质下的类型化,但是这种“在道德理想下寻找文化归依的法律史研究路径”往往只是从宏观的方面来看待中国抽象的文化特质,忽略了和官方相对应的具体的法律民间运作情况。正如福柯关于权利和知识的互动理论所阐释的,知识往往不具有自主性,知识只是权利的载体,到最终也成为权利的运作方式,官方的道德理想作为一种知识类型,往往应权利治理的需要而产生,具有其实际指涉作用也有对实践的指导意义,这类知识力图矫正现实。但是这类知识却并不是实际运行本身,理论宣传毕竟只是中国士大夫阶层治理中国的一套理论和他们这种带有“贵族气息”的阶层的生活理想,在普通的老百姓生活中,往往存在着大量的和官方的道德理想相左的区域。例如黄宗智对中国清代司法运作的历史实践研究发现,许多和官方道德宣传不同的另外一个区域,在官方道德宣传视角下的法律文化研究中,清代的衙门办案似乎全凭礼仪人情的运作而没有严格规则可遵守,用韦伯的理论术语就是一种牺牲了形式理性而径直追求实质正义。但是,黄宗智在具体的研究中却发现,^①民事诉讼即所谓的“细事”占到了法律纠纷的三分之一而和官方表达中的息讼理论有很大出入;诉讼主体多是普通的老百姓而不是官方宣传下的有道德污点的人;为了提高办案的效率和减少出错的可能性,中国的县官衙门多是依法断案,而不是按儒家仁政思想中的以情理来调解纠纷。^[10]因此,中国的传统法律并不是没有规则的,“而是中国的法律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”并不是追求一种绝对适用的普世真理的规则仍然是规则。^[10]这是一种从下往上看的研究方法,从民间的案例来研究底层的法律运作逻辑,克服了从宏观和抽象的研究路径的一系列弊端。

第二,在历史中研究三大法律传统,反对历史虚无感和文化断裂。黄宗智反对西方形式主义法学,这种反对不仅体现在用社会学的方法,用经验研究来体现法律和社会之间的互动,而且还突破了法社会学对经验研究的现实取向,在社会法学的经验研究中加入了历史纵深维度。中国法律的移植之路造成了中国文化和法律的断裂,文化在现实中给人们带来了历史虚无感,在面对这种文化无根感的境况时,必须注重从中国传统的法律实践的研究中重塑这种历史的统一性。具体而言,中国的法律传统体现在历史中既有变革而在实践中又有相继的三个阶段。这三个传统分别是古代的、现代革命的和西方移植的三大传统。^[11]而对三个传统的历史叙述和变化研究是研究中国的法律实践中流变的很重要的三个方面,很对多学者提出研究要回到

① 黄宗智的经验材料多来自于清代四川巴县、台湾淡水——新竹县、顺天府宝坻县的六百多个民事诉讼档案。

中国传统中去,但是,对三大传统中的革命传统却有些忽视或者采用了一些政治定性的话语,从而有意规避了对这一阶段进行具体研究的可能。^[12]而黄宗智却用一种经验研究的方法,认为政策和制度可能在不同的历史阶段和政治环境下遭到废弃和摒除,实践拥有远比制度更长的生命力,在三大历史传统中的延续下来的经验共性往往是中国法律实践中真正最有生命力的东西。例如中国政治风云几经变化,而调解制度却在三大历史时期的实践中得到了很好的运用。黄宗智就分别研究了调解制度在这三个历史时期的不同的沿革情况,并从基本国情和具体的政权建构来分析这种实践逻辑的合理性。调解制度和中國历史中的婚姻法实践、集权性的简约治理以及第三域都有密切的联系。

第三,在历史实践研究之上提炼具有现实指导意义的理论概念,突破传统法律史研究的现实局限。黄宗智用一个很简单的模式来总结自己的研究进路时说过,自己的研究方法是经验——理论——经验。因此,在立足于对历史实践经验的研究基础上,并不满足于经验研究,也并不赞成经验和理论的二元对立,而是要在此之上提出有现实解释力的理论,并重新回到实践中来检验理论。例如其提出的实用主义道德主义来概括清代的法律实践,^①这种实用主义道德是贯穿于三大历史传统的,具有中国法律实践特色并可能指导当下法律运作的一个理论总结。简单来说,实用主义道德,在具体实践中是行为的实用性和表达的道德性的一种有机结合。主要体现在实用性和道德性两个方面。一方面,这种实用道德主义从中国传统的人本道德作为前瞻性规范。另一方面,法律又保持了自己和道德的合理和张力,法律并不是完全按照道德的宣传来运作,法律的实践运作有其自己的规则和逻辑,并不是西方二元对立视角下的无规则的情理之治。但是法律又在这种道德的宣传中保持了机动和灵活,而不恪守纯粹规则的普世性,这又和西方普遍的形式主义不同。在古代法律的运作常常有一种道德——法律——道德的知识运作输出模式。礼法合一的法律内容首先定位了正统道德的地位,但在实践中法律的运作仍然有其自己脱离官方表达的运作逻辑,最后在县官成文的判书中这种法律实践又以一种切合官方道德要求的表达方式呈现出来。而在革命时期的婚姻法实践又是这种实用主义道德的很好体现。一方面,以法律的形式规定了以个人感情为基础的离婚结婚自由,破除传统道德对个人的束缚。另一方面,以感情确实破裂为离婚的标准,避免了在具体历史语境下,激进的离婚允诺给社会带来的动荡,在调解制度的配合下,使离婚既在法律层面是可能的,在实践层面又是可以控制和具体把握的,这就是中国法律实践的真正特质和可以突破西方法律话语而形成中国法律独特现代性的论述。

参考文献:

- [1][日]千叶正士. 法律多元——从日本法律文化迈向一般理论[M]. 强世功,译. 北京:中国政法大学出版社,1997.
- [2]刘作翔. 法律文化理论[M]. 北京:商务印书馆,1999.
- [3][德]马克思·韦伯. 支配社会学[M]. 康乐,简惠美,译. 桂林:广西师范大学出版社,2010.
- [4]梁治平. 寻求自然秩序中的和谐——中国传统法律文化研究[M]. 北京:中国政法大学出版社,2002.
- [5]梁治平. 法辨——中国法的现在过去和未来[M]. 北京:中国政法大学出版社,2002.
- [6]梁漱溟. 中西文化及其哲学[M]. 北京:商务印书馆,2010.
- [7]梁漱溟. 中国文化要义[M]. 上海:上海人民出版社,2012.
- [8]贺雪峰. 新乡土中国[M]. 北京:北京大学出版社,2013.
- [9][美]哈罗德·J·伯尔曼. 法律与革命——西方法律传统的形成[M]. 贺卫方,高鸿钧,张志铭,译. 北京:法律出版社,2008.
- [10]黄宗智. 过去和现在:中国民事法律实践的探索[M]. 北京:法律出版社,2008.
- [11]甘阳. 通三统[M]. 北京:三联书店,2007.
- [12]汪晖. 去政治化的政治:短20世纪的终结与90年代[M]. 北京:三联书店,2008.

^① 黄宗智经验实践感、历史厚重感或现实的解释力的概念还有比如:“第三领域”参见:黄宗智,经验与理论:介于民间调解与官方审判之间——清代纠纷处理中的第三域[M]. 北京:中国人民大学出版社,2007;“集权的简约治理”参见:黄宗智,集权的简约治理——中国以准官员和以纠纷解决为主的半正式基层行政[J]. 开放时代,2008,(2).