



## 瞿同祖与黄宗智法律史 研究的方法论比较

韩业斌\*

法律史的研究方法有很多种，比较法作为其中的一种，它的地位是无可疑的。有学者呼吁，比较法律史或比较法律发达史的研究乃至建构这一学科体系，应当成为 21 世纪中国法律史学研究的一个重要领域。<sup>〔1〕</sup>那么在法律史研究中比较法到底如何运用，笔者本着同中求异、异中求同的原则对法律史学界两位著名学者瞿同祖先生和黄宗智先生的法律史研究方法进行比较的分析，以期从对他们研究方法的比较中，获得一些富有意义的启示。

### 一、法律史研究的方法论概述

方法论一词有两层含义，一是哲学命题，是指关于认识世界、改造世界的根本方法问题；二是指在某一具体学科上所采用的研究方式、方法的综合。<sup>〔2〕</sup>笔者这里指的是后面一种。每一学科都应当有自己独特的研究方法，法律史学当然也不例外。法律史学方法论的发达也是法律史学繁荣的主要标志之一，法律史学研究方法的成熟可以有力推动法律史学的发展，

\* 盐城师范学院法政学院讲师，法学博士。

〔1〕 参见张晋藩：“中外法制历史比较研究刍议”（上），载《政法论坛》1988年第6期。夏锦文：“21世纪中国法律史学研究的基本思路”，载《学习与探索》2001年第1期；夏新华：“比较法制史：中国法律史学研究的新视角”，载《法制与社会发展》2003年第5期。徐爱国：“关于比较法律史的几点思考”，载《南京大学法律评论》2009年第1期。

〔2〕 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》，商务印书馆2002年版，第353页。

拓展新的研究领域。

同时,法律史学方法论与法律史学的学术史也有着十分密切的联系。方法论的不同是划分学术史类型的重要标准。而法律史方法论与研究理念也有着重要的联系,不同的理念往往决定了采用不同的方法,采用不同的方法又反映了不同的理念。按照梁治平先生的观点来说就是研究的方法和研究的旨趣、理念共同构筑的范式概念。他在《法律史的视界:方法、旨趣与范式》一文中,对世界范围内关于中国法律史的研究情况进行了学术史回顾,划分了不同法律史研究类型,其中一个主要的划分标准就是所使用的研究方法的不同。历史知识的形成不但为方法所影响,也受到人类知识旨趣的左右。实际上,旨趣也常常影响方法,它们又共同决定历史的叙述模式、知识样态及其运用。从知识沿革的角度看,在特定时间和地域范围内决定历史知识的这些因素,可以概括地用“范式”这一概念来说明。<sup>[3]</sup>

在20世纪上半期的中国法律史研究中涌动着两股主要潮流,一是以杨鸿烈、陈顾远为代表的,运用西方的知识谱系来论述中国法律史,二是以沈家本、程树德为代表的,运用中国传统的考据学研究中国法律史。杨鸿烈先生研究中国法律史三部曲《中国法律发达史》、《中国法律思想史》和《中国法律在东亚诸国之影响》,树立了他在中国法律史学中的地位。总体上看杨鸿烈先生的著作,虽然引用了大量的古代典籍,但其历史分期和知识分类却是西方式的。这种将中国材料纳入西方知识架构的做法极为典型,不但表明了中国现代法律史写作的特点,更反映出近代西学东渐以来中国固有知识传统所经历的一场深刻改变。而沈家本的《历代刑法考》和程树德的《九朝律考》两书考证精详,历来被中国法制史所推崇。但是他们的写法完全是传统样式,所继承的,无疑是古代中国法律史的律学传统,没有突破传统律学的范式。<sup>[4]</sup>

但是作为主流之外的“异端”,瞿同祖先生在1947年出版的《中国法律与中国社会》,标志着中国学者开始运用社会学的分析方法去思考法律问题。这种研究方法与传统方法的不同在于它注重研究法律的社会功能及

[3] 梁治平:“法律史的视界:方法、旨趣与范式”,载《中国文化》2002年第21期。

[4] 梁治平:“法律史的视界:方法、旨趣与范式”,载《中国文化》2002年第21期。



其价值，而不在于考证具体的制度。他突破原有的两种主流写作方法，在中国法律史研究方面具有重要意义。

时隔半个世纪之后，黄宗智先生在中国法律史研究中异军突起，引起了学者们的关注。其一，他的突破法制史教科书式的写作范式，通过诉讼档案资料对清代中国进行了社会史的研究，寻求从“自下而上”的角度考察传统社会中民众的意志及其表达。其二，他发现了清代司法审判制度中“表达与实践的背离”，并认为这种悖论大量地存在于他对清代社会史的考察中。其三，他通过对清代诉讼档案资料的挖掘，把法制史、经济史、社会史、文化史等诸多学科资源加以综合利用，以“新法制史”的视角来重新审视清代社会。由于以黄宗智先生为代表的美国的中国法律史研究群体的出现，所以梁治平先生说，实际上，如果把眼界放宽，美国的中国历史研究对法律史的贡献应当被重新评估。<sup>[5]</sup>

因此开展对瞿同祖先生和黄宗智先生关于中国法律史研究的方法论的比较研究，我们可以发现他们在方法上的共通之处和存在的差异。这对于指导我们当前的法律史研究无疑具有重要意义，也使诸多学者所担忧的中国法律史研究的方法论的薄弱环节得到加强。<sup>[6]</sup>然而，正像有学者所指出的那样，法律史方法论问题的研究一直是我们的法律史研究中的一个薄弱环节。

## 二、瞿黄法律史研究中方法的相似之处

瞿黄关于中国法律史的研究有很多相同之处，他们考察社会运行中的法律，不仅仅关注书本上的法律，而且把法律放到整个社会环境中去查

[5] 梁治平：“法律史的视界：方法、旨趣与范式”，载《中国文化》2002年第21期。

[6] 许多学者认为，在中国法律史研究中，方法论的研究比较薄弱。比如王志强先生在文章中，中国学者在论著中，较少全面深刻讨论方法论问题，在法制史研究中亦然。轻视方法论介述，对学术研究的继承和发展，包括理论体系的创新，学术规范的统一，研究成果的借鉴等各方面都极为不利。参见王志强：“略论本世纪上半叶中国法制史的研究方法”，载李贵连主编：《二十世纪的中国法学》，北京大学出版社1998年版，第335页。萧光辉先生也这样认为，方法论问题一直不大为人们所注意，无论是在法律史的教学还是科研当中都存在这么一个问题。不仅现在存在这个问题，新中国成立前也同样存在。参见萧光辉：“法律史研究中的方法论问题”，载汪汉卿等主编：《继承与创新——中国法律史学的世纪回顾与展望》，法律出版社2001年版，第224页。

考,结合法律史与社会史、文化史对法律进行分析。虽然相隔半个世纪之久,但在这一点上可以说瞿黄是一脉相承的。

### (一) 强调新材料的运用

学术研究注重资料,大量新资料的发现往往能在相关学科领域产生划时代的革命,故学者重视新资料的发掘本属正当。史料积累的状况直接影响方法的运用。尤其是法律史的研究,必须在占有丰富详尽资料的基础上才能进行。因此资料收集、积累成了法律史学者进行研究所必须具备的前提条件。在这一点上,瞿黄和其他法律史学者的主张是没有区别的。但是瞿黄的研究更加强调新史料的运用,拓宽了史料范围,不仅包括传统史料如正史、律例条文,而且还包括各种案例汇编、调查报告等等;不仅包括中文的各种史料,而且还运用了各种外文资料。建立在丰厚资料基础上的瞿黄研究所得出的观点当然更具有扎实的基础。

瞿同祖先生拓宽史料的范围,以《中国法律与中国社会》一书为例,将瞿同祖先生运用的材料进行归纳,可以分为以下六种:一是法规规范类,如《唐律疏义》、《宋刑统》、《明会典》、《明律例》、《清律例》等;二是经史文献类,如《礼记》、《史记》、《孟子》、《左传》、《汉书》、《晋书》、《隋书》、《元史》、《管子》、《荀子》、《论语》等;三是司法判例类,如《刑案汇览》、《续增刑案汇览》等;四是家谱、档案类,如《郑氏规范》等;五是野史、文艺作品类,如《南郭新书》、《野记》、《典范纪闻》等;六是英文文献类,包括 Vinogradoff、Hartland、Hobel 等人的著作时有出现。对于将历代法律法规和历代诸子百家的典籍和各代正史作为法律史研究所使用的史料无可厚非,而且具有一定的权威性。但是通过家谱、档案、野史、文艺作品以及人类学家的著作的运用来研究法律史在学术界并不多见,可以说在这一点上瞿先生突破了史料上的局限。

那么瞿同祖先生广泛使用史料的目的是什么呢?瞿先生是为了达到把握法律实效的目的,因而强调在法律史研究中,除了使用律典、官修政书等资料外,还应特别注意来自州县官本人以及他们的刑名幕友撰写的指导“手册”、官方档案、函牍、传记、地方志以及私人笔记等资料。他认为,“条文的规定是一回事,法律的实施又是一回事。某一法律不一定能执行,成为具文。社会现实与法律条文之间,往往存在着一定的差距。如果只注重条文,而不注意实施情况,只能说是条文的,形式的,表面的研究,而



不是活动的，功能的研究。我们应该知道法律在社会上的实施情况，是否有效，推行的程度如何，对人民的生活有什么影响等等。在法律史的研究上，这方面的材料比较缺乏，本书除了利用古人的有关记事外，并引用个案和判例作为探讨法律实效问题的根据”。〔7〕

瞿先生半个世纪之前的远见卓识，在黄宗智先生的研究当中也得到了充分的回应，他也大量使用了刑名手册、私人笔记之类的资料，而且，就使用官方档案而言，黄宗智先生的研究中所使用的档案数量就为瞿先生所不及（这当然也与档案的发现、开放与否有着直接关系）。此外，黄宗智先生还使用了瞿先生所未提及的人类学实地调查报告，这大大增强了其著作的说服力。

黄宗智先生在《清代的法律、社会与文化：民法的表达与实践》和《法典、习俗与司法实践：清代与民国的比较》二书中除了利用人们常用的文献资料以外，还主要使用了地方诉讼档案，包括四川巴县、顺天府宝坻县以及台湾淡水分府和新竹县的档案。另外还有一些民国时期的诉讼档案以及满铁的调查资料中关于华北地方村邻调解的资料。〔8〕

黄宗智先生通过这些新的档案材料的运用，得出了与以往研究不同的看法。他认为，“关于民事诉讼，清代官方表达，给我们的是这样的一幅图像：①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’，中央政府不多关心，由州县来‘自理’；②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；③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，采取的是调处的方法，用道德教诲子民，使他们明白道理，不多依法律判案。”〔9〕这一点与由滋贺秀三先生开创的，长期以来在日本和欧美的中国法制史学界基本上获得通说地位的观点相吻合。〔10〕然而他通过诉

〔7〕 瞿同祖：《中国法律与中国社会》，中华书局1981年版，导论。

〔8〕 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，重印版序言第2页。

〔9〕 黄宗智：“中国法律制度的经济史、社会史、文化史研究”，载《北大法律评论》1999年第2卷第1辑，第361~362页。

〔10〕 [日] 寺田浩明：“清代民事审判：性质及意义——日美两国学者之间的争论”，载《北大法律评论》1998年第1卷第2辑，第606、608页。

讼案件档案, 得出了不同的图像: 首先, 民事诉讼案件占了县衙门处理案件总数的大约 1/3, 这是他从巴县、淡水新竹, 和宝坻县档案得出的比例。其次, 诉讼事人大多数是普通人民, 上法庭多是迫不得已, 为了维护自己的合法利益。最后, 衙门处理纠纷的时候, 要么让庭外的村社、亲族调解解决, 要么就是法官听讼断案, 依法律办事, 县官本身极少在庭上进行调解。<sup>[11]</sup>

## (二) 强调新理论的运用

在瞿黄的法律史研究中一以贯之的方法就是自觉使用当时最新的社会科学理论, 使新的理论和史料, 达到完美的结合。瞿同祖先生受到英国历史法学派和社会学的功能学派的影响。而黄宗智先生在研究中不但吸收韦伯的法律类型理论、国家与社会的二元结构理论及吉尔茨的法律的地方性理论等理论, 而且还构建了自己独特的中层概念对之进行对话和商榷。

“梅因的研究方法的一个独特之处在于利用经验的资料, 以实证的态度, 运用了科学的方法——历史的、比较的方法探讨法律。梅因认为只有采用历史方法, 把法作为一个历史发展过程来考察研究, 才能改变这些华而不实的学风, 才能把法学建在可靠的历史基础上, 进而将罗马法中的商品经济原则适用于当时英国自由资本主义制度。……梅因认为研究法律要把注重观察人类的历史真实情况结合起来, 讲求调查研究, 得出结论要根据实际材料, 排除任何假设和虚构。当然, 应该看到, 梅因之所以取得这样的成就与历史法学初期对于罗马法的深入研究是分不开的”。<sup>[12]</sup>通过分析瞿同祖先生的著作我们可以发现, 瞿同祖先生受到梅因的这种历史方法的影响还是十分明显的, 《中国法律与中国社会》一书中多次引用梅因的观点。他认为法律并不是孤立存在的, 而是整个社会作用的结果, 因而要把法律放到整个社会中去考察其历史发展变化。他说, “法律是社会产物, 是社会制度之一, 是社会规范之一。它与风俗习惯有密切的关系, 它维护现存的制度和道德、伦理等价值观念, 它反映某一时期、某一社会的结构, 法律与社会的关系极为密切。因此, 我们不能像分析法学派那样将法

[11] 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,重印版序言第5~6页。

[12] 程琥:《历史法学》,法律出版社2005年版,第116页。



律看成一种孤立的存在，而忽视其与社会的关系。任何社会的法律都是为了维护并巩固其社会制度和社会秩序而制定的，只有充分了解产生某一种法律的社会背景，才能了解这些法律的意义和作用”。<sup>[13]</sup>

瞿同祖先生的法律史学研究方法论还受到社会学与人类学里面的功能主义学派的影响。功能主义学派在1922年开始登上历史舞台。这一年，马凌诺斯基和布朗同时发表了他们的实地调查专刊——《西太平洋的探险队》和《安达曼岛人》。他们认为，“所谓功能，就是一物质器具在一社会制度中所有的作用，及一风俗和物质设备所有的相关，它使我们得到更明确而且更深刻的认识。观念、风俗、法律决定了物质的设备，而物质设备却又是每一代新人物养成这种社会传统形式的主要仪器”。<sup>[14]</sup>“考察一器物的功能或者它的文化的同一性，就是把它放在社会制度的文化中去识明它的所处的地位”。<sup>[15]</sup>结合瞿同祖先生的著述来看，受功能学派的影响也是很明显的。

他在《中国法律与中国社会》一书中，首先抽象出中国古代法律的精神主要在于家族和阶级，然后分析家族和阶级在整个社会中功能的发挥。把法律史同社会史联系起来。从社会秩序中去把握法律的精神。不仅注重法律条文研究，还注重法律的实效研究。瞿先生认为，研究法律固然离不开对条文的分析，“但仅仅研究条文是不够的，我们也应注意法律的实效问题”。<sup>[16]</sup>瞿同祖先生所谓的“实效”，不只是法律中与社会变化关系更加密切和直接的那部分规则，而是所有法律规则在社会生活中的实际意义。因此，瞿同祖先生著作引用的材料里面，清代《刑案汇览》占了相当的分量，在一般法制史著作中对于立法过程和法律沿革的叙述，很大程度上被对特定制度背景下日常生活的制度叙述所取代。

在这一点上，黄宗智先生的研究就承继了瞿同祖先生的研究理念，他也着重于考察现实生活中法律的实际运行状况，不过，黄先生的研究比瞿先生更进了一步，如果说瞿先生所强调的是从法律的实效角度来理解法律

[13] 瞿同祖：《中国法律与中国社会》，中华书局1981年版，导论。

[14] [英]马林诺斯基：《文化论》，费孝通译，华夏出版社2002年版，第46页。该书由费孝通先生翻译，最早由商务印书馆1944年出版。

[15] [英]马林诺斯基：《文化论》，费孝通译，华夏出版社2002年版，第21页。

[16] 瞿同祖：《中国法律与中国社会》，中华书局1981年版，导论。

的精神与实质,那么,黄先生强调的就不单是法律的实效问题,他主张从法律的官方表达与司法实践的背离与契合这一整体来理解法律制度本身,既要重视现实中司法实践的实际状态,又要注重官方律典背后的精神对于司法实践的长远影响。这一主张可以说是发展了瞿先生的理论,对于理解中国的法律制度更具意义。

黄宗智先生的研究成果更是注重吸收西方先进的理论,同时对这些理论不是一味地肯定,而是作为一种批判和对话的对象,他认为这些理论不完全适合于中国。比如他对于清代司法的看法。他认为,“清代司法制度的三部分组成,每一部分都为整个政治制度的相应部分提供了具体的写照:正式审判制度相应于官方政府,民间调解相应于民间的社会自我管理组织,半官方的纠纷处理制度相应于半国家、半社会的中间领域,正是在这里,国家与社会展开交接与互动。”<sup>[17]</sup>这样黄宗智先生就提出了与政治国家和市民社会二元对立不同的观点,即在国家与社会之外还存在一个第三领域来解决社会纠纷。再如,黄宗智先生从马克斯·韦伯的观点出发,对清代法律制度的特征进行探讨,并进而对帝制后期的中国与西方进行比较考察。韦伯以形式主义和理性主义为一方,以工具主义和非理性主义为另一方,对不同的法律制度做了两元对立的区分。<sup>[18]</sup>而黄先生通过研究发现这两种类型都不适用于表述中国的法律制度,黄先生争论道,“清代法律制度和政治制度可以看做是‘世袭君主——实体的’表达和‘官僚——理性的’实践的结合,道德主义和实用主义纠结在清律、县官和地方政府的实践中,权利在理论上被否定但在实践中得到保护。”<sup>[19]</sup>通过讨论韦伯,黄先生所强调的是,韦伯的理论不适合于中国,在清代法律制度中主要是表达与实践之间的背离。

### (三) 比较法律史方法的运用

正如有学者指出那样,“比较乃是一种基本的思维方式,是人类认识

---

[17] 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,第91页。

[18] 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,第179页。

[19] 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,第190页。



和理解世界的基本手段，人们无论是自觉，还是不自觉都在使用比较的方法。法律史学既有纵向的比较，即古今法律的比较，也有横向的比较，即中外法律的比较。比较的方法将使我们对材料进行分析、研究、鉴别、取舍而达到事半功倍的效果”。<sup>[20]</sup>比较方法在瞿黄的法律史研究中也是一种十分重要的方法，

需要说明的是，瞿同祖所采用比较方法并不是单纯地将法作为一种对象进行对比，也就是说他不是简单就法律体系、制度、结构和概念等因素在不同国家进行比较来考察法律现象。他的方法是将中国古代法看成一个整体，他是通过将法律与社会的各个细节组成的社会整体进行比较，对每个具体法律制度在各个时期的不同表现进行比较，然后得出没有重大变化的结论，可以说这是瞿同祖先生在《中国法律与中国社会》一书中一以贯之的方法，该书主要的叙述模式就是按照这种逻辑展开的。比如瞿同祖先生在运用比较方法来叙述家族中父亲的生杀权时，就是将法律看做一个整体，将它自秦至清做了介绍，秦时秦二世矫始皇诏赐蒙恬及扶苏死，扶苏说：“父而赐子死，尚安敢复请？”君之于臣，父之于子都是有生杀权的，到了后来则只适用于君臣而不适用于父子间了。汉朝人的概念，父已无权杀子了。北魏律，祖父母父母忿怒以兵刃杀子孙者处五岁刑，殴杀者处四岁刑。唐、宋律不问理由如何，杀死子孙皆处徒罪。元、明、清的法律较唐律宽容得多，父母并非绝对不得杀子孙。要看子孙是否违反教令或者有无不孝的行为。<sup>[21]</sup>再比如他对复仇的研究，他首先列出英文的参考书目，介绍古代社会各个地区复仇情况。然后对于中国的情况，他认为战国时代复仇是自由的，但是到了西汉末年，国家的权力发达以后，生杀予夺权被国家收回，私人不再有杀人的权利。其后唐宋明清一直禁止复仇，只有元朝例外。<sup>[22]</sup>通过比较各个时期国家对复仇的规定，我们可以看到国家对于复仇的规定是没有大的变化的。

黄宗智先生也同样大量使用比较的方法研究中国法律史。他在《清代的法律、社会与文化：民法的表达与实践》一书，把中国清代、民国、当

[20] 夏新华：“比较法制史：中国法律史学研究的新视角”，载《法制与社会发展》2003年第5期。

[21] 参见瞿同祖：《中国法律与中国社会》，中华书局1981年版，第7~8页。

[22] 瞿同祖：《中国法律与中国社会》，中华书局1981年版，第65~85页。

代和美国的民事案件进行了比较。为了使关于清代诉讼规模的估计便于比较,图表把案件数字变换成每十万人人口民事官司比率,并把清代与民国时期和革命后的中国,以及当代美国加以比较。这些十分粗略的指标显示,民国时期中国的民事诉讼发生率可能增长了一半或更多,到80年代后期又增长了一倍。到1989年,其发生率达到1750年至1900年的三倍有余。但这仍要比美国低得多,中国一个案件相对于美国39个。<sup>[23]</sup>他认为在清代民事案件达到法庭办理案件总数的1/3,到了民国时期达到一半,也是通过图表比较得出的结果。<sup>[24]</sup>

黄宗智先生在《法典、习俗与司法实践:清代与民国的比较》一书中,提出一个问题:从20世纪初开始到新中国成立之前,中国的民事法律制度经历了怎样的变化与不变?换言之,就是要搞清楚,什么是“中国”或“传统”,什么是“西方”或“现代性”,以及这些方面之间的内在联系与互相作用。<sup>[25]</sup>为此作者对清代和民国的民事法律进行了比较,作者选取了典权、田面权、债、结婚、离异与通奸中妇女的“抉择”和赡养父母,得出清代和民国法律制度背后的不同逻辑和法律精神。

### 三、瞿黄法律史研究中方法的不同之处

#### (一) 瞿黄法律史研究的理论渊源不同

虽然瞿黄的法律史研究都注重把法律史与社会史、文化史结合起来,但是仔细分析他们的著作,我们发现他们研究的出发点,或者说是理论渊源抑或理路是不同的。

瞿同祖先生在燕京大学读的是社会学,开始想用社会学的观点研究中国传统社会,后来由于阅读梅因的《古代法》,维诺格拉多夫的《历史法学大纲》,马林诺斯基的《蛮族社会之犯罪与风俗》,罗布森的《文化及法律之成长》,还有哈特兰的《原始法律》,在法学家和人类学家的共同影响

---

[23] 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,第144~146页。

[24] 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,第41~42页。

[25] 黄宗智:《法典、习俗与司法实践:清代与民国的比较》,上海书店出版社2007年版,第1页。



下，瞿同祖先生通过研究中国法律史中的中国古代法律特征，写出了《中国法律与中国社会》。所以瞿同祖先生认为，“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。把法律史与社会史结合起来的研究，是我个人创新的尝试，以前没有人这么做过，所以，它既是一部法制史，也是一部社会史的书。”<sup>[26]</sup>可以说瞿同祖是在法学和社会学的双重影响下，写就的《中国法律与中国社会》，无疑他的观点会带有法学和社会学的双重色彩。比如瞿同祖先生在分析历史上各阶层<sup>[27]</sup>的生活方式的时候，分析了各阶层在饮食、衣饰、房屋、舆马以及婚姻等方面在不同历史时期的区别，这显然属于社会史的内容。但是这些差别又是通过当时的法律来具体规定的。比如《明律例》、《清律例》、《户部则例》等，这些显然又是法律史的内容。<sup>[28]</sup>

黄宗智先生的法律史研究，是由社会经济史转入法律史领域的，此前发表的《华北的小农经济与社会变迁》和《长江三角洲的小农家庭与乡村发展》两书都是社会经济史著作，那么是什么促使他由社会经济史领域转向中国法律史领域的呢？笔者理解主要有两个原因：一是诉讼档案的挖掘和整理；二是他在前面两书中发现的“悖论问题”。两者共同促使他的研究转向法律史领域。如果说诉讼档案的直接利用为他进行法律史研究提供了丰富的材料基础，那么“悖论问题”则为他提供了思考问题的路径。

黄宗智先生自述说，“当时决定投入法律史研究的一个主要原因，是自己早已注意到大量极其丰富却尚未被人充分利用的地方政府档案材料，尤其是诉讼案件档案。……一个重要原因是当时史学界典范性的法国近代早期社会史研究中，最卓越的领域之一正是其根据地方政府档案的研究，尤其是利弗勃弗较早关于法国大革命中北方农民的不朽名著，和其后年鉴学派第二代学者勒华拉杜里关于西南部地区龙格多克农民的研究。其后勒

[26] 王健：“瞿同祖与法律社会史研究——瞿同祖先生访谈录”，载《中外法学》1998年第4期。

[27] 笔者以为，在理解《中国法律与中国社会》一书中的“阶级”概念时候，把它理解为“阶层”似乎更为准确一些。瞿同祖先生在该书中主要描写作为统治阶级或者特权阶级中各个阶层，具体地说就是不同级别官员之间在生活方式上的种种差别。尽管有对庶人阶级的描写，但是不是该书论述的重点。

[28] 瞿同祖：《中国法律与中国社会》，中华书局1981年版，导论。

华拉杜里转向农村‘心态’历史研究，完成力作《蒙塔尤》，依赖的是天主教会‘法庭’关于异端的审讯记录材料。”<sup>[29]</sup>

另一方面，他发现，在明清时期的中国，已经出现了蓬勃发展的商品化现象，然而，尽管存在有近五个世纪的商品化发展，农民的生产却令人吃惊地停滞不前，并没有出现大规模的资本主义式的生产。这与亚当·斯密、马克思的经典理论不符，这就是所谓的“悖论现象”。“悖论现象”在他的研究中就成为触发问题意识的源泉、成为贯穿其研究进路的核心理念。于是他“悖论现象”带进了中国法律史研究。在研究中国法律史的第一部作品《民法的表达与实践》的中文版序言中，他写道：“‘Paradox’主要是指两个似乎相悖的主张或事实的并列，为此予人以不可置信的直觉，但实际上却是真实的。我过去的写作中，用了‘悖论’一词来翻译‘Paradox’，那是为了突出它与以往经典理论的相悖。……此书的论题，不牵涉到经典理论，主要强调表达与实践之间的背离和统一。因此，‘悖论’一词并不恰当。倒是国内通用的‘矛盾’，比较贴切。”<sup>[30]</sup>

法律史中的“悖论现象”指，在法律史研究中官方表达与司法实践之间既背离又统一的矛盾现象。清代法律领域的“悖论现象”分为两个层次：首先，是对清代民法的官方表达与司法实践的背离之处的把握；其次，是既有研究的论断与地方司法档案所揭事实之间不符。黄宗智在《清代的法律、社会与文化：民法的表达与实践》说，“这本书的主要内容，乃是清代法律制度中所存在的表达与实践的矛盾背离：一方面是表达上缺少民法的概念，另一方面是实践中日常处理民事纠纷；一方面是缺少独立于国家家长制权力的产权或契约权，另一方面是惯性地保护这些‘权利’。可以说，清代法律制度所体现的乃是民法与实践现实，但没有其相应的表达现实。”<sup>[31]</sup>

运用这种实践与表达的背离的视角，黄宗智先生得出许多值得重视的

---

[29] 黄宗智、尤陈俊主编：《从诉讼档案出发——中国的法律、社会与文化》，法律出版社2009年版，前言第1~2页。

[30] 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，第12~13页。

[31] 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，第177页。



结论。比如，带着背离去理解清代州县笔记。尽管照人们所信奉的道德理想，不应存在细事官司，笔记中的实用规诫却告诉人们应如何处理这些官司；尽管理想上县官并不作出判决，实用诫谕却不厌其详地告诉人们应如何研读律例并据之裁断。州县官们的活动，受到道德文化和实用文化的双重影响。两种文化的矛盾结合，他称之为“道德实用主义”。<sup>[32]</sup>再比如，从案件记录中我们知道，实际上法庭几乎从未在债务纠纷中使用惩罚。惩罚的威胁一直存在，但极少真的被采用。经检验书面契约核实还款要求的合法性之后，法庭惯常所做的是下令偿还。换句话说，法庭在实际运作中多依照刚刚陈述过的原则：合法债约会得到强制执行。该条律（“欺欠私债违约不还者，五两以上，违三月，笞一十；每月加一等”）的重点——对违法行为施以体罚，影响了法官以及诉讼者的意识，但其实结果不过是强迫偿还有合法契约的贷款。<sup>[33]</sup>

## （二）新材料的使用程度不同

对于一个研究历史的学者来说，史料的重要意义自然不用多说，只有拥有新的史料，才能提炼出新的观点，所以傅斯年当年讲“史学只是史料学”。资料积累的状况直接影响方法的运用。瞿黄法律史研究中虽然都十分强调新史料的运用，但是运用的程度是不同的。通过分析瞿黄的作品，可以清晰地发现。

应该说，瞿同祖先生主要运用的史料还是传统的史料，比如像法规规范类的《唐律疏义》、《宋刑统》、《明会典》、《明律例》、《清律例》等等，经史文献类的《礼记》、《史记》、《孟子》、《左传》、《汉书》、《晋书》、《隋书》、《元史》、《管子》、《荀子》、《论语》等；还有就是司法判例类的《刑案汇览》等。与老一辈学者主要依靠官方颁布的律例、会典、正史等传统文献资料所做的研究不同，新一代的学者凭借着新近发现的司法档案，逐步逼近传统中国法律的复杂真相，因而得出的结论往往比较扎实。黄宗智先生主要运用了台湾淡水厅——新竹县档案（简称“淡新档案”）、四川巴县档案、顺天府宝坻县档案、四川南部县档案等。而且可以预见通

[32] 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，第178页。

[33] 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，第101页。

过档案,许多新的研究结论还将不断出现。

比如对于清代社会关于父母在世子孙分家析产的规定,瞿黄使用不同的史料得出了相反的结论。瞿同祖先生说,“父母在而别立户籍,分异财产,不仅有亏侍养之道,且大伤慈亲之心,较私擅用财的罪更大,所以法律上列为不孝罪名之一,而处分亦较私擅用财为重。唐、宋时处徒刑三年。明、清则改为杖刑一百。祖父母、父母死后子孙虽无此种限制,但丧服未满仍不得别籍异财,否则也不能逃避法律制裁。立法原意是恶其有忘亲之心,同时我们可以证明父祖对于财产的所有权及支配权在父祖死时才消灭,子孙在他未死以前,即使已成年,已结婚,或已生有子女,同时已经有职业,已经获得公民或政治上的权利,他依然不能保有私人的财产或是别立一新的户籍。”<sup>[34]</sup>瞿同祖先生主要依据的资料是国家正式颁布的刑律。比如《唐律疏议》一二,《户婚》上,“子孙不得别籍”;《宋刑统》一二,《户婚律》,“父母在及居丧别籍异财”。《明律例》四,《户役》,“别籍异财”;《清律例》八,《户律》、《户役》,“别籍异财”。

而黄宗智先生不仅引用正式大清律,而且还引用了附在后面的例,得出了不同的结论。“第八十七条律规定:‘凡祖父母父母在,子孙别立户籍分异财产者,杖一百。’表面看起来,清代法律是不允许父母在世的时候分家的。但大家知道,小农家庭比较普遍在弟兄成婚之后就分家。大清律例有它实际的一面,它接着在例八十七第一条上写明:‘其父母许令分析者,听。’这样,律例在表面儒家的理想状态的同时,实际地容纳了社会习俗。”<sup>[35]</sup>

### (三) 他们的研究中所关注领域的区别

瞿黄的研究摆脱了传统教科书式的写作范式,这种范式首先就十分强调宏大的政治叙事史模式,花了大量的篇幅记载历史上的大事件,然后注重成文法典的研究,将各个朝代的法律列提纲似的进行一一列举。但是他们采用了一种法律史和社会史相结合的研究范式。不过,他们的具体研究领域还是有区别的。

[34] 瞿同祖:《中国法律与中国社会》,中华书局1981年版,第16页。

[35] 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,第4页。台湾学者黄静嘉对薛允升1905年的《读例存疑》做了详细的编校,为各条律例做了顺序的编号。黄先生用的是他的编号。该条出自《大清律例》卷八,《户律·户役》。



《中国法律与中国社会》一书中家族和阶级两章主要集中论述刑罚犯罪方面,包括家族间的杀伤罪、奸非罪、盗窃罪、血亲复仇,以及良贱之间的杀伤罪、奸非罪等方面,所举案例主要以刑事案件为主。在巫术与宗教一章中探讨了中国传统法律中巫术的因素,儒家与法家一章中探讨了中国传统法律背后的精神特征。这一方面说明瞿同祖先生的研究拥有广阔的学术视野,丰富的材料。但是,另一方面也给该书带来不小的硬伤。那就是该书的逻辑体系不严密,“中国法律与中国社会”这么庞大的一个论题很难用一部著作就说清楚。

而黄宗智先生的研究主要关注近代民事法律的变迁,更多关注民间细事的研究。关注州县官员的审判、调解以及第三领域的调解,还有对清代与民国之间佃、田面权、民间借贷、婚姻中妇女的选择,赡养老人等方面的描述,解释民事法律的继承性,可以看成晚近以来中国民事法律的发展史。

#### 四、比较瞿黄法律史研究方法的启示

通过对瞿黄法律史研究的相同与不同之处的分析,我们可以从中获得许多启示。其实黄宗智先生的“悖论”理论可以说具有普遍性意义。不仅仅是“清代”,中国历史上每个朝代都要经受这种“悖论”的追问。每个朝代是否都出现法律的官方表达与司法实践的背离呢?这是很值得思考的问题。还有瞿黄的法律史研究中结合新的史料,吸收先进的社会科学的理论可以说是法律史研究中的重要趋势。黄宗智的研究之所以被美国学者称之为中国法律史研究上的智识上的地震,是有其深刻原因的,戴蒙德说,“过去的十年中,一场智识上的地震在中国法律史领域隆然发生。确切地说,它的震中位于洛杉矶。在那里,加利福尼亚大学洛杉矶校区历史系的一群学者与博士生们,成功地从基础上动摇了数十年来关于中国——尤其是清代(1644~1911年)——法律的公认看法”。<sup>[36]</sup>

“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

[36] 转引自尤陈俊:“‘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”,载《开放时代》2008年第6期。

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的研究,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。”<sup>[37]</sup>可以说瞿黄两人的法律史研究就是突破原有的法律史研究范式的典范,他们不仅仅注重考据、整理资料,而且把法律史研究同社会史、文化史研究结合起来,为我们的法律史研究开辟了新的范式。通过比较瞿黄的法律史研究方法,可以使我们获得许多启示。

### (一) 结合最新材料,综合使用各种材料

现代法律史学研究应不仅对每一时代法典的编纂、立法状况及法典内容等进行静态研究,而且应注重对法在社会和民众中实施状况的考察。法律的实施,是使规则变成现实的法律关系和法律秩序的过程。所以瞿同祖先生说,“研究法律自离不开条文的分析,这是研究的根据。但仅仅研究条文是不够的,我们也应该注意法律的实效问题。条文的规定是一回事,法律的实施又是一回事。某一法律不一定能执行,成为具文。社会现实与法律条文之间,往往存在着一定的差距。如果只注重条文,而不注意实施情况,只能说是条文的,形式的,表面的研究,而不是活动的,功能的研究。我们应该知道法律在社会上的实施情况,是否有效,推行的程度如何,对人民的生活有什么影响等等。在法律史的研究上,这方面的材料比较缺乏,本书除了利用古人的有关记事外,并引用个案和判例作为探讨法律实效问题的根据。”<sup>[38]</sup>那么研究法律的实效,尤其是古代法律的实效问题,古代的一些案例汇编当然是最直接的资料。所以瞿先生在文章中引用了清代《刑案汇览》中的许多案例。

而黄宗智先生正是继承了这种优秀的传统,从最近开放的清代地方司法档案中去找寻清代法律的具体运作,也就是清代社会的法律的实效问题。他一共分析了628个清代民事案件。这些案件分别来自1760年至1850年间四川巴县的档案,1810年至1900年间河北宝坻县的档案,以及1830年至1890年间台湾淡水分府与新竹县的档案。<sup>[39]</sup>

[37] 王志强:“中国法律史学研究取向的回顾与前瞻”,载范忠信主编:《中西法律传统》第2卷,中国政法大学出版社2002年版,第80页。

[38] 瞿同祖:《中国法律与中国社会》,中华书局1981年版,导论。

[39] 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,第3页。



受到重视诉讼档案资料的影响，最近，我们也可以看到大陆的学者开始逐渐真正重视诉讼档案的研究价值，并作出了一些初步但令人欣喜的研究。例如，邓建鹏利用黄岩诉讼档案所做的清代诉讼制度系列研究，赵妮妮和吴佩林利用四川南部县档案所做的清代婚姻讼案审理与代书制度研究，李艳君通过冕宁县档案所做的清代民事诉讼制度研究。<sup>[40]</sup>

## （二）坚定不移地吸收其他社会学科的先进理论

瞿同祖先生深受历史法学和社会学功能学派的影响。而黄宗智先生的著作中，不时可以看到对其他社会科学理论的应用，并且得出不同的观点与之进行对话。援引作为学术资源并以各自的实证研究对其进行检讨修正的社会科学理论，至少就包括“市民社会/政治国家”、“国家与社会”等理论，包括韦伯、吉尔茨、布迪厄、滋贺秀三以及瞿同祖在内的诸多学术名家，更是频频地被作为对话对象。

摆脱传统的法律史研究范式，由资料整理向理论阐释范式转向，形成了法律史研究的一个潮流。但是理论阐释就不可避免地引进哲学、社会学等学科的理论作为自己的指导。梁治平引用吉尔茨的文化阐释理论。把文化概念引入法律史研究。法律是特定社会与文化的一部分，文化具有不同类型，具有不同的精神和性格，形成了著名的法律文化研究范式。本书所采取的却可以说是解释学的方式。这首先是因为，我从一开始就把所要探究的“事实”自觉地视为文化的和符号的。这就是为什么本书的副标题写作“法律文化研究”。“文化”的定义很多，我比较倾向的是吉尔兹一派的观点，即把文化视为一个符号学的概念，认为文化就是人们自己编织并且生活于其中的“意义之网”。这样一来，我所谓“事实研究”就不是“一种寻求规律的实验科学，而是一种探求意义的解释科学”。<sup>[41]</sup>还有日本以滋贺秀三、寺田浩明为代表的中国法律史学者也由过去的单纯对法律制度

[40] 邓建鹏：“清代州县讼案的裁判方式研究——以‘黄岩诉讼档案’为考查对象”，载《江苏社会科学》2007年第3期。赵妮妮：“晚清知县对婚姻讼案之审断——晚清四川南部县档案与《樊山政书》的互考”，载《中国法学》2007年第6期。吴佩林：“法律社会学视野下的清代官代书研究”，载《法学研究》2008年第2期。李艳君：“从冕宁县档案看清代民事诉讼制度”，中国政法大学2008年博士学位论文。

[41] 梁治平：《寻求自然秩序中的和谐：中国传统法律文化研究》，中国政法大学出版社1997年版，再版前言。

的描述,转向运用现象学和主观主义的研究方法,以及对不同文明类型进行概括,并且进行比较,得出重要的结论。比如滋贺秀三先生的“中国法文化的考察——以诉讼的形态为素材”一文就是以德国法理学为指导,首先概括出欧洲社会诉讼的被动性、中立性和正义性,并以这种模式来考察中国的诉讼,进而得出中国的诉讼不同于欧洲的特征。<sup>[42]</sup>

同时,不同学者之间的争论也有利于推动法律史学的发展。其中最值得关注的就是美日两国的著名学者黄宗智先生和滋贺秀三先生关于帝制晚期的中国法,也就是清代县官听讼性质的争论。黄宗智先生的观点是,衙门处理纠纷的时候,要么让庭外的村社、亲族调解解决,要么就是法官听讼断案,依法律办事,县官本身极少在庭上进行调解。我统计了221件经过正式堂讯的案件,其中只有11件是由县官仲裁处理的,令双方都作出退让。其他的全是法官当场断案,明辨是非。从案件档案来看,清代法庭绝少像官方表达那样,从事法庭调解。也就是说从诉讼档案的材料看,清代的县官的听讼主要是县官依照法律作出裁判。他没有马锡五那样的意识,深入田间地头,访问当事人的亲戚邻居。也没有如此的空闲,他们一般都是“坐庭判案”的。而且县官实际上是一个庞大复杂官僚机构的底层分子,为自己的官僚前途,最安全妥当的办案方法,是按律例规章行事。<sup>[43]</sup>

而滋贺秀三先生这样分析道,所谓听讼,即便称之为裁判,也是没有实定法依据的,且不能以判例的形式来生成法的裁判。这之所以成为可能,是因为所谓听讼从最终来看是一种靠说服当事者来平息纷争的程序。听讼应该说并不是本来意义上的裁判,从本质上就是调解——是调解再加上现在来说相当于警察的微罪处分那种东西的混合。滋贺先生称之为,知州知县担负的司法业务就是作为这种照顾的一个部分、一个方面而对人民施与的,想给个名称的话可称之为“父母官诉讼”或者“教谕式诉

---

[42] [日] 滋贺秀三:“中国的法文化的考察——以诉讼的形态为素材”,载《比较法研究》1988年第3期。

[43] 参见黄宗智:“中国法律制度的经济史、社会史、文化史研究”,载《北大法律评论》1999年第2卷第1辑,第362~363页。



讼”。<sup>[44]</sup>在这场争论过程中，他们使用的方法和理念多有不同，值得我们借鉴。

总之，通过对瞿黄的法律史研究方法论的比较，我们可以看出法律史研究只有建立在坚实的史料基础之上，充分利用新的史料，借鉴优秀的社会科学理论，才能走向繁荣。

(文字编辑 王世柱)

---

[44] [日] 滋贺秀三：“中国的法文化的考察——以诉讼的形态为素材”，载滋贺秀三等：《明清时期的民事审判与民间契约》，法律出版社1997年版。