

# 尋回被遺棄的中國和世界

## ——評《清代的法律、社會與文化： 民法的表達與實踐》

● 陳 昉



黃宗智：《清代的法律、社會與文化：民法的表達與實踐》（上海：上海書店出版社，2007）。

在神州沃土上，對中國前途懷有憂思與責任感的學者，歷代不乏其人。百年劇變迄於今，這片變動不安的土地，面對繁榮盛極的西方，

我們的制度與法度、我們的文化與生存方式，無一不面臨着考驗與抉擇。「中國(法律)該向何處去？」<sup>①</sup>這個大問題牽動着千萬士子之心。

當對於西方主流思潮的全盤接納已成為眾口訶的的思路時，同樣，若是對於西方思想的內部批判或者自我修正再徑行仿效的話，例如受施特勞斯(Leo Strauss)學派等時髦的新保守主義潮流的誘惑，那就仍然是同一種盲目。那麼，怎樣才能擁有立足的基點，進而不再盲目呢？在筆者看來，或許最為起碼的要求，是在討論關乎中國的問題時，首先摒棄掉各種脫離中國的歷史意識來談未來之道路選擇的傾向，亦即：第一，那些在並不追究某制度之誕生情境與歷史演變的情況下，所做的討論；第二，在並不考慮(必然存在的「路徑依賴」<sup>②</sup>的基礎上的)「制度演進」的代價與可能性的情況下，拈出各自之浪漫模型的討論。這就是說，即便在貌似大局已定、沒有其他道路可選擇的局

在討論關乎中國的問題時，要摒棄各種脫離中國的歷史意識來談未來之道路選擇的傾向：一、那些在並不追究某制度之誕生情境與歷史演變的情況下所做的討論；二、在並不考慮「制度演進」的代價與可能性的情況下，拈出各自浪漫模型的討論。

黃宗智往往發現中國狀況與西方通行的理論之間存在的「悖論現象」，並提煉出能夠超越現有西方理論之不足的新概念，以此豐富對「中國」的話語描述，與「西方中心主義」形成抗衡。

勢下，作為知識份子，也應當堅守住一種最基本的「實事求是」的態度，或更近似於規範「社會科學」意義上的思考方法，客觀、冷靜地看待現代中國與中國知識份子群體的路徑憂困。

具體來講，若欲檢討中國（法律）的未來可欲圖景，那麼首先需辨識清楚的，可能就至少有如下幾個問題：第一，甚麼意義上的「中國（法律）」已亡，而甚麼意義上的「中國（法律）」尚存？第二，經受了中西交往近百年來洗禮的吾國吾民，究竟還能夠、以及更願意走入一個甚麼樣的明天？第三，基於前述，我們是否在列文森（Joseph R. Levenson）的預言之外<sup>③</sup>，亦即在全方位重複西方所走過的現代化道路之外，最終還能有其他的通途可行？

而對於這些問題的回答，在筆者看來，首先就取決於我們對中國的漫漫來路的認知；取決於從知識考古的角度對西方現代化方案契入中國的角度、深度，以及對清末變法、民國和新中國時期之社會、經濟、政治狀況所做出的全面、切實的考量。在這一點上，海外漢學家長期的努力值得我們報以特別的關注與敬佩。

## 一 海外漢學與黃宗智的清代民法史研究

自費正清（John K. Fairbank）始已歷四代的美國中國學者，許多側重於研究清末、民國以來西方對中國造成衝擊後，中國在方方面面

所發生的變革情形。其中黃宗智自1990年代轉向清代民法史的研究後，也即匯入了對當下中國的法學發展最有益處的探究路向。憑藉扎實的研究方法與屢生的創見，黃宗智在中國近代法制史的研究領域留下了一個繞不過去的思想路標。

有鑒於此，筆者認為有必要在當前中國的思想狀況與海外漢學的發展背景下，以黃宗智在該領域內奠定自己研究思路的第一部作品——《清代的法律、社會與文化：民法的表達與實踐》<sup>④</sup>（以下簡稱《清代的法律》，引用只註頁碼）為具體剖析對象，窺探這一路向在目前所達致的高度上帶給我們的啟示及欠缺。

黃宗智無論在1980年代至1990年代初從事中國當代經濟史、社會史的研究，還是在1990年代中後期直至晚近致力於清末、民國、新中國時期中國民法史的研究，都體現了他一貫遵循的研究思路：在發掘一些未曾或少有關注的經驗實證資料的基礎上，發現中國狀況與西方通行的理論之間存在着的「悖論現象」，並從悖論現象的生成機理入手，提煉出能夠超越現有西方理論之不足的新概念或新解釋，以此豐富對「中國」的話語描述，並在相應的層次上與「西方中心主義」形成實質意義上的抗衡。

正是在這一思路的統領下，黃宗智質疑了西方經濟學中「商品化必然伴隨生產力發展」的假說，提出了「內卷的商業化」和「沒有資本主義發展的資本主義生產關係」等概念；他質疑了「市民社會與政治國家」二元劃分的概念，就中國法

制實踐中存在「第三領域」的問題進行了探討，並成功地在相關學術領域造成了迫使人們不得不去重新審思的理論衝擊<sup>⑤</sup>。

與之一脈相承，在《清代的法律》一書中，黃宗智抓到了通行理論（談及「理論」，自然大部分是指源自西方的）與他所考證出的中國實際情形間所存在的一個重大背離，即清末民法中「表達」與「實踐」之間的背離。此處的「表達」是指正式的官方法律文件，包括律例統纂的清代法典主體《大清律例》，以及「法官」及其助手的辦案指導手冊，如《牧令書》、《幕學舉要》等；但更為重要的是，「表達」是指得到官方認可的「法律秩序圖景」，而這一圖景體現在這些主流的法律與道德規範之中。

這幅透過各層次「表達」所展現出來的「法律秩序圖景」，正如我們一般印象中的那樣，有如下幾個特點：第一，民事訴訟在數量上不多；即使有，也是與刑事案件相比無足重輕的「細事」，在性質上屬於被政府輕視的類別，最好讓居民自行處理完結。第二，良民一般不會涉訴，涉訴的多半是刁滑的「訟棍」或一時受訟師唆使的良民。第三，縣官在處理這些民事案件時，主要採取道德說教的方法，即像父母調處孩子之間的爭執那樣，用道德力量教誨子民，使其受到感化而復禮、歸好，在這個過程中官吏是否依照法律並不是一定的（〈重版代序〉，頁4、42）。

與此同時，該悖論中的另一方面「實踐」，指的是縣一級的法庭記錄——即基層民事糾紛審判檔案，



經歷元、明、清三朝的南陽知府衙門公堂

以及一些村莊中的實地調查資料（可惜黃宗智所利用的這些資料，在年代和地域上並不與前者恰切地相符）所記錄的關於民事糾紛解決的具體操作圖景。此外，在前述《牧令書》等辦案指導手冊中，也有一部分內容反映法庭中比較實際的判案策略及官員個人的行為方式。這些史料有助於映證清代法制運作的「實際」圖像。通過對這些材料的細緻分類、統計與比較，黃宗智大體得出了如下幾項結論：

第一，與清代官方要我們相信的不同，民事案件是地方法庭所受理案件中的一個重要組成部分。清末平均每縣每年要處理大概150件民事案件，佔法庭辦案總量的三分之一，到1936年時上升到了二分之一。而且，許多經驗豐富的官員非但不忽視這些案件，反而將這些數量多於重情案件的「細故」作為地方善政的關鍵所在，甚至認為「批發詞訟」，其實是「第一件得民心事」（頁9、144、165）。

雖然基層法制實踐與主流的道德理想的確存在很大的背離，現實秩序並不完全像聖人希望的那樣美好，但也並不是說，官方的道德理想就完全是虛假的、對實踐不起作用的。

官方基於息訟的理想，假定民事訴訟不應該存在，但面對實際中諸多的民事紛爭又不能不予理睬，因而「調和持中」，一方面認真受理民事訴訟，另一方面又鼓勵民間調解。

第二，訴訟當事人中絕大多數是一般的平民百姓，只是為了解決糾紛和保護自己的正當利益，才迫不得已走到官府提出訴訟。他們的形象實際上既不像官方描繪得那麼醜陋，也並不怎麼樣理想化，他們只是通常的「理性人」而已，會在衡量利益得失的基礎上選擇最有利於自己的解紛策略。即便清代胥吏在一些情況下妄圖藉興訟而漁利，但這類情形並不像現在人們所認為的那樣普遍和嚴重，否則就不可能出現如檔案中的數據所示的大量平民為保護自身權益而打官司的情況（頁139、154-60）。

第三，檔案中所顯現的清代法庭很少像官方表達的那樣，直接在法庭上從事民事調解。它們可以說是「依法辦事」——法庭要麼會讓當事人所在的社區和親族自行調節解決，要麼就會依照《大清律例》，黑白分明地施以裁斷——當然，在允許以調解方式結案和有裁斷壓力存在的情況下，大多數訴案（作者統計約是65%）沒有走到最後的判決階段即已告解決（頁155）。而官員之所以會「依法辦事」，是因為他們都害怕在考績時授人以柄、危害自己的仕途。為保宦海平安，還是「依法辦事」最為妥當，因而從這個意義上可以說，中國有着發達的「法治」傳統<sup>⑥</sup>。當然，單純按照律令的規定，許多實際上是以強凌弱的案件仍然無法避免，但從法律的運作效果看，這個制度並不允許官員根據道德直覺或主觀好惡而享有絕對的裁判權威，人們的財產權、契約權等權利一般還能受到法律制度的保護（頁90）。

那麼，從上述這些「表達」與「實踐」的兩相對照中，悖論的出現就是一目了然、顯而易見的了。接下來的問題是，我們應該如何來解釋這種悖論的產生？這種悖論又說明了甚麼呢？

黃宗智把這種悖論現象歸結為官方的道德理想與實踐中的實用主義策略之間的緊張與互動。雖然基層法制實踐與主流的道德理想的確存在很大的背離，現實秩序並不完全像聖人希望的那樣美好，但也並不是說，官方的道德理想就完全是虛假的、對實踐不起作用的。事實是：在地方官員那裏，「既強調崇高道德理想的至高無上地位，同時又在處理州縣實際問題時，採取了實用主義的做法」。二者在官員的具體行動中能夠互動並且共存，他們「避免從兩者各自的角度得出直接衝突的結論。州縣官們從未採取實用主義哲學立場，凡事都得從其實際結果加以衡量。他們也從未採用相反的立場，即固守道德原則，排斥任何有悖於這些原則的實用做法」（頁165）。

那麼，清代法制中這種既受道德影響，又講求實用的思維方式——被作者名之為「實用道德主義」<sup>⑦</sup>，也就可以用來解釋，為甚麼大多數民事訴訟是在「第三領域」（即在民事調解和官府裁判的相互作用下）以和解撤訴加以了結。因為官方基於息訟的理想，假定民事訴訟不應該存在，但面對實際中諸多的民事紛爭又不能不予理睬，官吏因而「調和持中」，一方面認真受理民事訴訟，另一方面又鼓勵民間調解，並允許在庭審的各個階段進行民間

調解而結案，只要沒有越出法律容許的範圍即可(頁165)。

至此，我們看到，黃宗智從清代民法實踐中發現了「表達」與「實踐」之間的悖論，接下來從這個悖論現象中得出了新的解釋概念「實用道德主義」。到這個階段為止，黃宗智所作的研究努力是我們要聲聲擊節稱好的，其扎實的材料功夫、不輕信理論的治學態度，尤其值得我們學習。但是，我們的探詢卻並不能就此終止，因為黃宗智對「實用道德主義」思維方式的揭示，還在為下一步的更高理論目標延展。這個目標就是與「西方中心主義」形成一種實質性的對抗，亦即要糾正／重新描畫出被各種西方理論所扭曲了的「真實」的中國。

## 二 韋伯與「西方中心主義」之「失」

為了完成上述目標，黃宗智最後依然召來了韋伯，召來了「理性」。這一召喚是充滿危險的。他並非意識不到這種召喚會讓許多匆忙的讀者得出「隱蔽的西方中心主義」之誤會。因此，為了避免誤解，他在每部作品中都預先清楚地加以申明，本書也不例外：

我們要自覺地批評那種現代西方對非西方「另類」的優越性假定……然而我們也不應該走向堅持「中國帝國也有」的另一個極端，給我們自己提出任務去證明清代法律也具有合同與市場關係的資本主義因素，或清代法律也具備韋伯式的理性，

或中國也有西方民法的傳統。這種論點根本上與上述論點同樣地惟西方獨尊。(頁3)

那麼，正確的態度是甚麼呢？他最終要達到的目的是怎樣的呢？可以看出，黃宗智的目的，始終在於描述，在於闡釋經驗。

黃宗智之所以引入韋伯，乃是因為他在實質的描述圖景上不同意韋伯的描述，認為韋伯所述根本就不是事實。韋伯認為「形式合理性」(即符合一致的邏輯)是西方政治制度的特徵，非西方國家的法律制度是「實質非理性」的。但黃宗智通過對清代「實用道德主義」思路的揭示，認為中國近代的法制也是符合一致之邏輯的，因而也是具有「理性」的制度，只不過的確不是韋伯那套定義之中的與西方相同的「形式合理性」而已，而是更接近一種實質的合理性。由此，一個並不含有孰高孰低之判斷、只在「真實與否」的事實層面過招的探索工作完成了。

與韋伯所秉持的學術理念一樣，作為一個社會科學學者，黃宗智亦是堅持以一個科學家的冷靜和中立態度來分析中國的社會狀況。他之所以冒着被誤解的風險仍然使用韋伯的概念體系(而不是從自己的「實用道德主義」繼續發展開去)，只是因為這個概念有益於闡釋清楚事物的特點，而與這個概念體系的來源(中國還是西方)根本無干。當我們真的達到可以直接面對問題、挑選工具，而不必再考慮其歸屬「是中是西」的時候，這時才是真正地超越了「西方中心主義」。

黃宗智之所以冒着被誤解的風險仍然使用韋伯的概念體系，是因為這個概念有益於闡釋清楚事物的特點，而與它的來源無干。當我們真的達到可以直接面對問題、挑選工具，而不必再考慮其歸屬「是中是西」時，才是真正地超越了「西方中心主義」。

黃宗智只能止步於韋伯的宏大大概念體系中去提取自己需要的概念——儘管這個體系是他明確表示不贊同的。這個原因並不在於研究者個人，也不完全在於短期的學術環境與學術傳統，最大的誘因仍然是歷史視界不夠寬廣。

而此種態度，在筆者看來，也正是我們要向社會學巨擘韋伯學習的方法論真諦：他把自己之所以採用類型學方法的目的解釋為，「為了找出現代資本主義產生的特殊原因，最好是將典型的西方世界與其他文明作些比較，尤其是比較與西方文明絕然不同的東方文明」<sup>⑥</sup>。一如龐德 (Roscoe Pound) 也同樣會在研究法律作為社會控制手段的歷史沿革時，謹慎地交代：「我們在本書中之所以考慮未發達的法律體系，只是因為它們能夠幫助我們科學地理解和研究業已發達的法律體系，惟其如此。」<sup>⑦</sup>

所以說，所謂的「西方中心主義」，不能成為我們直接用來指責西方學者的一樁「罪名」，彷彿他們先天就居心叵測或者盲目自高自大。我們必須冷靜地理解到，第一，西方人以西方為立足點展開觀察與討論本無可厚非，就像我們不能強求一個人關心他人勝過關心自己；第二，這種試圖在與他者的對照中發見「自我」的努力，在方法論上有充足的理由；第三，無論在田野資料的獲取，還是在文化易受性上，這種方式都屬於最為合理的研究安排。

事實上，我們真正需要關心的問題，其實還出在我們自身——是我們作為知識份子整體曾經遺棄了世界，沒有為世界提供足以用來了解中國的詳盡藍圖。因此，作為在地審視者，我們大可挑剔這些西方人缺乏更寬泛的研究視界，缺乏對不同人類行為的足夠知識，甚至是他們所秉持的線性進化觀及指向現

代化的發展理論本身需要更審慎地加以檢討。但我們提問與思考的方式，卻絕不應當僅僅是給他們冠一個「西方中心主義」的名目便批判之，而是至少應像黃宗智等學者那樣，通過重新的發掘與評價，展現出另外的一幅幅在不同的歷史觀、不同的未來觀關照之下的新的「中國發展圖景」。

### 三 世界從未忘記中國， 是中國回望世界的時刻了

黃宗智在解釋中國近代民法史的工作上，做出了非常有價值的貢獻，而且達到了一個能超越「西方中心主義」，進而與世界對話的層面。但是，如果再進一步地講，令人感到有一點遺憾乃在於，他亦只能止步於韋伯的宏大大概念體系中去提取自己需要的概念——儘管這個體系是他明確表示不贊同的。為甚麼只能如此呢？這個原因並不在於研究者個人，也不完全在於短期的學術環境與學術傳統，而在筆者看來，最大的誘因仍然是歷史視界不夠寬廣。

我們可以拿出證據說韋伯曾誤解了中國，但是韋伯的理論卻至少一定沒有忘記中國；黑格爾 (Georg W. F. Hegel) 的歷史學體系裏面沒有忘記中國，馬克思的理論也不會忘記中國……世界未曾忘記過我們的中國，但是中國卻怎麼了？她的眼中為甚麼迄今卻失卻了世界呢？我們是否僅僅是在這一

百多年的時段內偶然丟掉了(以自身為基點)解釋世界整體的衝動? 如果研究與想像的界限不能拓寬, 那麼我們的圖景即便可以置換、可以修改、可以討論, 但基本的概念與景觀將仍然只能取自於韋伯, 取自於馬克思、取自於涂爾幹(Émile Durkheim)……。這一態勢, 也將在更深的層面上決定未來的「中國理想圖景」是否可能。

在筆者看來, 尋找中國未來發展的備選之路, 並不是走向一個與西方話語作純粹對抗的征程, 而是需要在世界大歷史的視野之下, 扎實地給出「世界之中的中國」的圖像與解釋。它不必來自某一個終極正確的歷史景觀, 而可以是許許多多個由對中國歷史的觀察與思考中得來的互補、互校式答案(alternatives)。進一步把它們匯集起來, 關於中國的、同時也是關於世界的景觀, 就將大為不同。因而, 我們需要的是匠心的繪圖師, 致力顯現中國的存在。

我們可以始終相信, 恰在一個事物生長的薄弱環節處, 隱含着生長的根源。

### 註釋

① 參見鄧正來:《中國法學向何處去: 建構「中國法律理想圖景」時代的論綱》(北京: 商務印書館, 2006)。

② 最初用來解釋「制度演進」問題的「路徑依賴」(path dependence)理論, 由1993年諾貝爾經濟學獎獲得者諾斯(Douglass C. North)提出。這個概念接近於物理學中所講的物體運動時的「慣性」, 意

指一旦選擇進入某一路徑(無論是「好」的還是「壞」的), 就可能對這種路徑產生依賴, 某一路徑的既定方向會在以後的發展中得到自我強化。

③ 具體論述參見列文森(Joseph R. Levenson)著, 鄭大華、任菁譯:《儒教中國及其現代命運》(北京: 中國社會科學出版社, 2000)。

④ 該書第一版書名為《民事審判與民間調解: 清代的表達與實踐》(北京: 中國社會科學出版社, 1998), 本文所引均指2007年版。

⑤ 黃宗智:《經驗與理論——中國社會、經濟與法律的實踐歷史研究》(北京: 中國人民大學出版社, 2007), 詳見第四與第八章。

⑥ 儘管作者認為這是一種沒有形式主義理性的法治。參見黃宗智:《學術理論與中國近現代史研究——四個陷阱和一個問題》, 載黃宗智主編:《中國研究的範式問題討論》(北京: 社會科學文獻出版社, 2003), 頁102-33。

⑦ 黃宗智在後續對民國法、新中國時期的調解制度、離婚法實踐所作的研究中, 亦都沿用了這一分析概念。參見黃宗智:《法典、習俗與司法實踐: 清代與民國的比較》(上海: 上海書店出版社, 2003);《離婚法實踐與當代中國民事公正制度的形成》,《中國鄉村研究》, 2006年第4輯, 頁1-52;《中國法庭調解的過去和現在》,《清華法學》, 2007年第10輯, 頁37-66。

⑧ 萊因斯坦(Max Rheinstein):《導論》, 載韋伯(Max Weber)著, 張乃根譯:《論經濟與社會中的法律》(北京: 中國大百科全書出版社, 1998), 頁8。

⑨ 龐德(Roscoe Pound)著, 鄧正來譯:《法理學》, 卷一(北京: 中國政法大學出版社, 2004), 頁19。

尋找中國未來發展的備選之路, 並不是走向一個與西方話語作純粹對抗的征程, 而是需要在世界大歷史的視野之下, 扎實地給出「世界之中的中國」的圖像與解釋。