

LAW LAW LAW 法学论丛



法律史系列

法律多元视角下的 清代国家法

◆ 王志强 著

北京大学出版社

法学论丛

AW

法律史系列

法律多元视角下的 清代国家法

王志强 著

北京大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法律多元视角下的清代国家法/王志强著. —北京:北京大学出版社, 2003.9

(法学论丛)

ISBN 7-301-06466-7

I. 法… II. 王… III. 地方-法规-研究-中国-清代 IV. D929.49

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 070241 号

书 名: 法律多元视角下的清代国家法

著作责任者: 王志强 著

责任编辑: 李 霞

标准书号: ISBN 7-301-06466-7/D·0766

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村 北京大学校内 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn> 电子邮箱: zpup@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

排 版 者: 北京高新特打字服务社 51736661

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

890 毫米×1240 毫米 A5 5.875 印张 170 千字

2003 年 9 月第 1 版 2003 年 9 月第 1 次印刷

定 价: 12.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

内 容 提 要

本书以法律多元的视角,以清代为中心,超越中央制定法的视野局限,力图在国家层面多角度透视当时法的存在状态,以求揭示国家法中所存在的地域性、结构性差异,以及纸面表达与实在规则的疏离。书中以地方法规、地域性特别法、法律推理、成案制度和法律实践的结构性差异等主题为切入点,对中国古代社会中基于不同权力阶层和地域空间而客观存在、但长期被中央统一制定法所遮蔽的国家法的差异性及其成因,进行了细致的实证性例示和探讨。

本书的论述常贯通前代,溯其史源,实际上是以清代为典型探索中国古代法,有助于深化对其的理论总结和全面评价,对法律史学更好地融入并推进中国的法学研究具有一定积极意义。同时,对清代国家法多元性的细致展示及对其成因的深入分析,对思考当代中国法治进程的取向和策略等现实问题,也有一定的参考价值。

目 录

中国法律史研究的反思与法律多元的视角(代序)	(1)
清代的地方法规	(19)
清代条例中的地区性特别法	(50)
清代刑部的法律推理	(68)
清代成案的效力和其运用中的论证方式	(98)
清代的丧娶、收继及其法律实践	(124)
附表.....	(149)
表一 清代各省例对基层官员审理 词讼功过的时限规定.....	(149)
表二 清代各省例对邮驿递送公文责任的规定.....	(150)
表三 清代各省例对各级地方官员 回籍路费支給的规定.....	(151)
表四 清代各地方法规饬令及时遭嫁婢女的规定.....	(153)
表五 清代地区性特别条例的制定时间分布.....	(153)
表六 清代地区性特别条例针对地区的分布.....	(155)
表七 清代地区性特别条例与通行规则的比较.....	(156)
表八 清代和民初各地对丧娶婚的俗称.....	(163)
表九 清代和民初丧娶婚的时间.....	(165)
表十 清代和民初各地对收继婚的俗称.....	(165)
征引书目.....	(167)
后记.....	(177)

中国法律史研究的反思与 法律多元的视角(代序)

在中国社会进入一个新的转型时期之际,中国法律史研究也出现了许多新的动态。一方面,这一学科在国内学术界的地位继续滑坡,不复二十年前的法学中“显学”之尊;而另一方面,海外学术成果、研究方法风靡一时,对国内学者近百年来习以为常的研究范式形成严峻挑战。^① 这种状况在此前的中国法律史学界是前所未有的,颇具学术“入世”的意味。在国内学者的研究中,也出现了不少引人注目的新颖的研究视角和方法。^②

在这一背景下,法律史学研究的总结和方法论的反思渐成业内

① 海外研究成果中,就其有中文译本、影响广泛者而言,日本学者滋贺秀三等《明清时期的民事审判与民间契约》(北京:法律出版社,1998年)和美国学者黄宗智《民事审判与民间调解:清代的表达与实践》(北京:中国社会科学出版社,1998年;上海:上海书店,2001年再版)引起国内学界普遍关注,并被广泛引用;另一位美国学者孔飞力(Philip A. Kuhn)的《叫魂》(陈兼、刘昶译,上海:三联书店,1999年)也以通俗明快、引人入胜的笔调风靡一时。

② 梁治平“法律的文化解释”、“国家—社会论”、苏力“法治的本土资源”、“语境论”等成果和主题受到广泛瞩目,徐忠明从文学作品探索民间法律观念、张仁善《法律社会史》等研究方法也具有新意;参见梁治平:《寻求自然秩序中的和谐》,北京:中国政法大学出版社,1997年;梁治平:《清代习惯法:社会与国家》,北京:中国政法大学出版社,1996年;苏力:《法治及其本土资源》,北京:中国政法大学出版社,1998年;苏力:《语境论:一种法律制度研究的进路和方法》,载《中外法学》2000年第2期,第40—59页;徐忠明:《法学与文学之间》,北京:中国政法大学出版社,2000年;张仁善:《礼·法·社会——清代法律转型与社会变迁》,天津:天津古籍出版社,2001年。

国人的关注焦点。相关论著层出不穷^①,以此为主题的会议频频不断,体现出中国法律史学在某种程度上存在的困境。在新的时代要求下提出和努力解决新问题、运用新材料、尝试新方法,已渐成业内同仁的共同努力方向。

(一)

在中国法律史学的草创阶段,由于中国古代律学的概念和体系已不能适应新形势的需要,因此在西学东渐的潮流下,国内学者的方法论基调是全面借鉴和移用西方法学的概念体系,以此为普适性话语来建构“法律在中国的历史”。^②在20世纪上半叶,中国法律史学的研究成果主要是学者们孜孜以求地以本土的史料论据来填补“普适”的法律体系在中国的材料性空白。杨鸿烈《中国法律发达史》、《中国法律思想史》是这一方法的代表性成果。其方法论逻辑的简单表述是,西方有各种部门法之分及相关思想,中国古代亦即有其完全之对应物。20世纪50年代以后,历史学在指导思想和话语体系上全面转型,除了固守事实考证的这块传统阵地以外,也呈现出以普适性的历史框架来涵摄、解释中国史实的状态。史学领域的这一状况加剧了中国法律史学旧有方法论的凝固化,中国古代法的描述和解释不仅在体系上受到西方法律话语框架(尤其是前苏联理论体系)的

^① 参见曾宪义、郑定:《中国法律制度史研究通览》(天津:天津教育出版社,1989年)、曾宪义、范忠信:《中国法律思想史研究通览》(天津:天津教育出版社,1989年)为较早期的成果。近年有刘广安:《二十世纪中国法律史学论纲》,载《中外法学》1997年第3期,后收入李贵连主编:《二十世纪的中国法学》,北京:北京大学出版社,1998年,第67—88页;饶鑫贤:《二十世纪之中国法律思想史研究及其发展臆测》,载《法律史论集》第一卷,北京:法律出版社,1999年;徐忠明:《关于中国法律史研究的几点思考》,载《现代法学》2001年第1期,第3—12页;徐忠明:《试说中国古代法律制度研究范式之转变》,载《北大法律评论》第4卷第1辑,第216—238页;徐祥民:《对中国法制史研究中几个思维定式的反思——兼论战国前法制研究的方法》,载《中国社会科学》2002年第1期,第135—145页;倪正茂主编:《批判与重建:中国法律史研究反拨》,北京:法律出版社,2002年;王志强:《略论本世纪上半叶中国法制史的研究方法》,载前揭李贵连主编书,第321—338页;王志强:《二十世纪的中国法律思想史》,载《中外法学》1999年第5期,第6—15页。

^② 参见前揭王志强:《略论本世纪上半叶中国法制史的研究方法》,第321—327页;徐忠明:《试说中国古代法律制度研究范式之转变》,第222—232页。

限制,而且还戴上了“奴隶社会”、“封建社会”之类社会形态的瓜皮帽而愈显不伦。直至20世纪80年代末,中国法律史学的复苏和繁荣其实依然是在这双重普适框架下继续填补数十年前未竟的空白。这些新法学和新史学的成果在不少领域都缺乏积累而又过于“与时俱进”,因此运用功底深厚的传统考据方法对事实的考述,便成为法律史学中最具有稳定学术价值的成果。法律史学著述因而更多地被以史料学的标准进行评价,显得更纯粹地像一门史学的分支,而其作为理论法学的学科门类,对法学的理论贡献却处于模糊状态。

当然,在这一传统的法律史学评价体系中,将知识的真实性和单纯知识积累作为主要标准,其学术价值和贡献不容否认。在欧美和日本汉学界,也有悠久的纯学术传统,正统的汉学家们不问家国天下事,投毕生精力精雕细琢,作为汉学重镇的哈佛等名牌大学每年只训练数人,从事异常精致的纯学术研究,这曾是海外汉学研究的主流。但这种纯学术的知识积累以纯兴趣为驱动力,以雄厚的经济实力为后盾,从事者寥寥无几,并不是所有学术研究领域的普遍现象。^① 先哲有谓:“吾生也有涯,而知也无涯;以有涯随无涯,殆矣。”知识的不可穷尽性,使纯粹的积累本身成为贵族式的乐趣和装饰。

目前,中国学术如百年前一样再度面临海外挑战,中国法律史学迫切需要自问其存在的价值和研究取向,并展现其富有时代性的问题意识和解决问题的能力。能真正摧毁它的并非市场经济的大潮,而是缺乏提出前沿问题的意识、缺乏解决理论问题的能力;海外的研究成果在国内受到普遍关注,赢得法学和历史学各相关领域的重视和承认,便是理论研究依然具有市场和生命力的明证。在这样的背景下,研究者们很难再一味浸淫于细节的自娱式探究之中,而越来越多地将关注点放在更具理论和现实意义的问题上。

^① 参见[美]杜维明:《东亚价值与多元现代性》,北京:中国社会科学出版社,2001年,第6—8页。

(二)

在全球化和本土化趋势并行的时代,在对法治社会充满期待的当代中国,社会普遍关注的问题是中国如何走向法治社会,如何使制定法更广泛地被社会接受。流行的观点认为,在19世纪末至20世纪初,移植西方法律后,以国家制定法及法学的主流观念为一方,以民间社会、普通人观念为另一方,二者之间出现了相当程度的断裂。这种断裂在当代中国社会依然普遍而顽强地存在。于是,理论界的主流观点认为,中国法治不能推进的原因在于民间社会意识与国家制定法之间具有很大差距;根据流行的文化论范式和现代化范式,这种制定法与社会的断裂现象又渊源于中西法律文化各方面的差别,或者传统与现代的断裂。^①因此,解决的途径是:一方面在实践中积极完善立法和推进普法,高屋建瓴式地广泛出台和宣传制定法,以期实现有法、知法和守法的良性循环;另一方面,作为法律史学的社会责任,则是在理论上或求异、或求同地努力探讨和比较中西法律文化。^②从逻辑上说,随之而来的努力方向,很可能就是以西方意识形态和价值观念为中心,探究在实现法治过程中如何利用古代文化中与之合辙的精华,而抛弃与之凿枘不合的糟粕部分。

在全球化(在相当程度上是西方化)浪潮的席卷之下,中西法律观念和制度的差别客观存在,对制定法与社会断裂现象的影响也显然是主导因素。但上述研究路径也存在一些根本性缺陷。其首要问题是对研究客体本身的认知和概括。中西比较的方法论基础是类型研究法,即以中国和西方的法律观念和制度分别作为具有同质性的完整体系,在辨明其各自特征的前提下,开展比较研究。然而,姑且

^① 有关对文化论范式和现代化范式的引述和探讨,参见强世功:《法律移植、公共领域与合法性——国家转型中的法律(1840—1980)》,载苏力、贺卫方主编:《20世纪的中国:学术与社会》,济南:山东人民出版社,2001年,第50—52页。

^② 其中较突出的相关成果,求异论者,参见张中秋:《中西法律文化比较研究》,南京:南京大学出版社,1991年;求同论者,参见范忠信:《中西法文化的暗合与差异》,北京:中国政法大学出版社,2002年。

不论西洋法的特质如何准确界定,就中国方面而言,是否已有概括力足够充分的论断能够描述和解释中国法的现象?这并非说中国古代法的精神特质完全不可能概括性被认知,而是现有相关研究大部分仍然主要以历代法典和精英人物等素材来构建“中国”,认为这些文本足以代表一个统一、同质的中国,似乎还未有效地对可能存在的各种结构性和地区性差别进行充分的实证性说明,而假定各种差别是并不存在、抑或并非实质性的。但对中国古代社会的简单和绝对同质性认定,国内历史学界从时间和空间角度对这一结论早有相当明确、深刻的反思,即在一定的意义上说,中国古代社会并无历代一以贯之的“传统”,特别是同一时代的各地区也有极大的差异。^① 海外研究中,如美国的中国学研究则从文化分层的角度做了许多积极而富有成效的探索。^② 对“同质社会”这一理论前提的质疑,使前述方法论中“中国传统”的概念面临一定的困境。因此,在探讨宏观问题之前、或至少同时,在中观层面解析中国社会结构性、地域性等差别的复杂局面,成为必不可少的环节。

在中国古代法领域,法的观念和制度状况也并非同质的浑然一体。在法观念上,不同阶级、阶层及民族之间的差别早为国内的既有研究所关注。^③ 尽管当时的研究尚未深入,对范围的具体界定也有时代的局限,但已对法观念的异质性有所注意。日本学者较早关注并充分探讨了清代基层司法、特别是民事审判中与中央制定法不尽

① 参见谭其骧:《中国文化的时代差异和地区差异》,载复旦大学历史系编:《中国传统文化再评估》,上海:复旦大学出版社,1988年,第23—42页;朱维铮:《音调未定的传统》,载朱维铮:《音调未定的传统》,沈阳:辽宁教育出版社,1995年,第7—13页。

② 参见〔美〕冯殊娣、何伟亚(Judith B. Farquhar & James L. Hevia):《文化与战后美国的中国历史学》,载《文史哲》1996年第6期,第13—14页。

③ 80年代初学者即主张,中国法律思想史作为一门独立的专门史,“在各对立阶级之间,它不但要研究体现在法律规范中的统治阶级的法律思想,而且要研究没有或者不可能体现在法律规范中的被统治阶级的法律思想,特别是研究封建统治下无数次农民起义通过那些简要、明确的纲领口号……和实际的革命行动所体现出来的法律思想;在统治阶级内部,它不但要研究占统治地位的、官方的法律思想,即所谓正统的法律思想,而且要研究范围广泛的不属于官方的非正统的法律思想;在各民族之间,它不但要研究汉民族政权及其代表人物的法律思想,而且要研究某些少数民族政权……及其代表人物的法律思想,等等”。张国华、饶鑫贤主编:《中国法律思想史纲》(上),兰州:甘肃人民出版社,1984年,第7页。

一致的特点。^①近年来,不少学者对层次性的差别有更深入地探讨,如立法者的指导思想,法律在具体操作中的状况和基层民间的法意识及其间的互动关系,在具体案件或整体观念上不同阶层对于法的不同态度,以及民间的规则和秩序状态。^②在地域方面,作为疆域辽阔的大国,中国古代法律史上地区差别也很突出。中国固然有长久的大一统传统,但事实上,且不论政区分野在漫长的历史过程中不断流变、政治格局不稳定时政权疆域的此消彼长等因素可能带来的制定法、司法方式及民间惯行在各相关地区的变化及其之间的巨大差别,即使在某一个特定时期,政治状况相对稳定,没有出现较大规模的疆域变化,同一中央政权统辖下的各地区之间,上述诸方面依然都存在着不小的地区差异。由于客观上地域辽阔、地理环境多样,因此具有“高山大川异制,民生其间异俗”的必然性,各地区之间的差别以地理的、经济的、文化的等各种形式始终客观、深刻地存在着。^③这些状况都对法律的形成和内容产生了一定影响。当我们将目光转向司法领域、民间领域时,笼统的“中国”概念已不足以涵盖触目皆是的地域性差别。时代愈早远,由于交通、通讯和体制等原因,这种地区差异就显得愈为突出;即使在明清等近世皇朝,各地的文化差异虽大大缩小,但仍未完全消失;而且自然地理、民族地理和政治地缘等因素所造成的各种差异始终存在,在法律领域的地域性差别也相生相伴。在法律的相关各方面,不同地域之间往往存在不同程度的差别。^④这样,中国古代法以经典文本为代表而具有完全同质性的神

① 参见〔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》,范愉译,载前揭〔日〕滋贺秀三等:《明清时期的民事审判与民间契约》。

② 参见郝铁川:《中华法系研究》,上海:复旦大学出版社,1997年;前揭徐忠明:《法学与文学之间》,特别是第一编“古典文学与法律文学”诸文;〔美〕孔飞力:《叫魂》;Jonathan D. Spence: *Treason by the Book*, New York: Viking, 2001;卜安淳:《从〈水浒传〉看中国社会法治观念的层次性》,载《南京大学法律评论》2001年秋季号,第177—186页;前揭张仁善:《礼·法·社会——清代法律转型与社会变迁》,第280—328页;前揭梁治平:《清代习惯法:社会与国家》;俞江:《清末〈安徽省民事习惯调查录〉读后》,载《法制史研究》第3期,台北:中国法制史学会,2002年,第275—288页。

③ 参见周振鹤主著:《中国历史文化区域研究》,上海:复旦大学出版社,1997年。

④ 参见王志强:《中国传统法地域性论略》,载《复旦学报》2002年第3期,第98—103页。

话,也很难自圆其说。

“随着研究的深入,被统一性‘遮蔽’的多元性渐次呈现出来。”^①丰富多彩的立体社会生活和法律实践不仅不是意识形态式的臆断所能简单概括,而且也并非到处都充斥着主流意识形态和最高统治者的利益代表。本书的出发点之一正是基于思考这样的问题:在清末以前的古代中国,法律观念和规则既然并非我们目前所概括的那样浑然一体,那么在哪些层面、哪些领域存在着差别?其程度有多大?当时何以产生这些差别?以及,是否可能重新概括其间的统一性?

当然,这并不试图否认国内外学者从各种角度对中国古代法特征的同质性探求及其成果的重大价值。^②这些成果,对于理解中国古代社会主流意识形态和主流话语所建构的法律精神,无疑是基础性的。一方面,这种精神的作用并不可等闲视之;另一方面,对其已有的深刻认识,也是使各种异质现象浮出水面并探讨其间复杂关系的前提。这里旨在强调,在充分重视和细致考察这些特征的基础上,中国古代社会,法律都不具有现有认识已概括的简单同质性——无论从结构、空间以及实践的视角。社会存在的多元的意识和利益,决定了法律多元现象的普遍存在。

另一方面,除对于中国古代法同质性的进一步追问以外,对前述的法律史学研究基本思路的反思,还涉及意识形态性价值取向的问题。在这一路径上,常常横亘着“中国何以未能发育出西方式法治”、“中国是否存在与西方法治精神相通的资源可资利用”、“中国如何才能实现这样的法治状态”等问题的荆棘。这实际上是循着黑格尔、马克思和韦伯等西方经典理论中以中国作为“他者”的陪衬型思路,也是费正清在中国近现代史研究中运用的“冲击—反应”模式在中国法律史学领域的翻版,即先验确认西方式法治的正统地位,然后探讨反应和对策。一方面,这种明显隐含西方中心论的求异型方法论在西

① 前揭徐忠明:《试说中国古代法律制度研究范式之转变》,第233页。

② 相关的成果,参见瞿同祖:《中国法律与中国社会》,北京:中华书局,1981年(该书1947年初版);〔美〕D.布迪、C.莫里斯:《中华帝国的法律》,朱勇译,南京:江苏人民出版社,1995年,特别是第一章“中国法的基本概念”,第1—50页;前揭梁治平:《寻找自然秩序中的和谐——中国传统法律文化研究》。

方理论界受到广泛批评,甚至求同的思维取向也不例外^①;而另一方面,由于对法治社会和推进改革的由衷期待,对西方法治精神和模式的价值认同在中国法学界则赢得了广泛的支持。由于不和谐音的出现,这一问题在中国法学界的争论方兴未艾,涉及现代性、现代化和后现代思维等学术问题,以及对“依法治国”方略的理解等政治性阐释,笔者无力过度置喙其间,仅从传统存在形式及其当代意义的角度略置一辞。

必须承认,任何研究者都有价值观上的各种先验预设,根本不可能完全摆脱。笔者亦不讳言在相关争点上更信从自现实出发的实用主义倾向,更反对在中国进行单纯的价值宣讲、法律移植,否认社会简单格式化(formatted)的可能性。但在提问方式上,或许可以力求避免那种价值挂帅、循环论证的偏颇,从某个更为中性的切入点着手,这样也更符合学术的一般论说规则,更能避免耽溺于纯粹而无谓的价值观之争。当然,既然前见是不可避免的,任何所谓“中性”问题,也都只能是相对的,相对于强烈地预置价值判断式的设问方式。不论是上述哪一方的支持者,应该都更多地愿意接受以下的观点:当代社会被认为是历史上中国的延续,因此对历史的探索乃至对中西文化的比较,才被认为有助于理解和解决现实中国的问题。所以,为进一步探讨元问题,逻辑上说,法律史学者的首要工作,应该是更实证和直观地——而非笼统和间接地——揭示和阐释古代中国法的精神中对当代中国产生的直接和深刻的影响。在这里,历史年鉴学派超越个人和事件的中、长时段理论极具启发性。^② 孔夫子的思想对当代中国、包括法治的进程当然有影响,但这种影响显然并非因为大家都诵读《论语》,而是由于自汉中期后的千百年来,通过统治者扶植的教育系统和倡导的意识形态宣传,使其个人思想中的许多内容已

^① 参见[美]黄宗智:《学术理论与中国近现代史研究——四个陷阱和一个问题》,强世功译,载[美]黄宗智主编:《中国研究的范式问题讨论》,北京:社会科学文献出版社,2003年,第109—113页;杨念群:《美国中国学研究的范式转变与中国史研究的现实处境》,同上书,第290—292页。

^② 参见[法]保罗·利科:《法国史学对史学理论的贡献》,王建华译,上海:上海科学院出版社,1992年,第38—41页。

经逐渐成为社会的普遍观念。因此,所谓“思想”的影响力,并非精英人物的烜赫一时,而是天长日久的浸润熏染。而学界摆脱录鬼簿的做法重写思想史,倡导一般知识、思想和信仰的研究^①,具有方法论上的深刻意义。从法律史的角度而言,职业人士或精英思想家的观点、立法者倡导的正统意识形态、普通司法阶层和职业官员的群体意识和技术以及普通社会民众的集体观念,都是法思想史研究的对象,而后几部分内容更具有中长时段的深远意义。然而,如前所述,恰恰是具有深刻当代意义的古代中下层群体的意识和观念,往往被正统意识形态的炫目光芒所掩过,未能充分进入研究视野。只有在深刻揭示中国古代法内核的现代存在、社会基础及其生命力的基础上,才能进一步探索这一存在可能的现代利用价值,抑或改造途径。

这很容易使人联想到“本土资源”这一时尚概念。自苏力教授此论一出,各种回应甚多,不必赘列。大体而言,肯定论者强调应重视来源于当代中国本土的智慧和经验,否定论者则坚持中国本土——特别是古代社会——根本或几乎不存在与现代法治精神相契合的、可资利用的思想和制度资源。作为法律史研究者,以笔者之陋见,尽管对历史和现实现象语境式的理解具有基本的前提意义和必要性,但也并不以为存在就是应然、合理的状态,并赋予其本土资源的价值和地位。而且,如果中国确实存在有关法治的“本土资源”,那也绝非殚精竭虑地在典籍中撷拾起典权制度,抑或民本思想,或者其他诸如此类者,就欣欣然认为这就将是中国对世界法律文化的贡献。只有在上述那些未经充分发掘的、具有中长时段意义的观念意识中,才可能潜藏着——如果存在的话——既不能猝变于一时、又能够深资世用的真正属于中国人的智慧,因为那不是一时的权宜和小聪明,而是深深植根于中国、不随时移势易而改变的民族的精神。只有这样的精神才可能避免细碎和过分经验化之弊,才可能更便于理论阐释而重新系统化,成为真正中国法学的创造力源泉。

回到我们的元问题,即中国当代社会的法治化出路。当此前建构的简单同质性的“中国法律传统”在视野中崩毁了之后,我们会发

^① 参见葛兆光:《中国思想史》(两卷本),上海:复旦大学出版社,1998、2000年。

现,法律中的多元、差异乃至断裂,是先民社会中始终存在的形态,而不是走向西方化的进程中才特有的现象,只是其中主流意识形态性的部分内容发生了一定变化。同时,在思维方式、基本价值取向等层面,我们尚未充分认识的古代中国的法观念和意识仍然可能顽强、普遍和长久地存在。因此,解决中国问题的办法可能就不仅仅是揭批“传统流毒”,而是更实际地立足于中国社会,将目光从宏大的“中西比较”内敛为“实事求是”,切实地考察产生各种断裂的现实原因,更有针对性地解决问题。

(三)

在“法”的普适性概念笼罩下,上述问题的探讨受到相当限制,因为中国法已先验地在许多方面被赋予与西方法一致的特征,如法律与相关规范领域的界限,话语体系,部门法的分类模式,等等。同时,在中国古代理念和大陆法思维的模式影响下,正如学者所敏锐指出的,法律史研究产生了诸多思维定式:有法制必有法典;实体规范是法制的核心;立法权是法制的前提,中央集权制度为法制的当然后盾。^① 这一问题的进一步解决需要法理学角度的学术准备,需要重新认识“法”的概念及其话语体系。

在这一背景下,法律多元(legal pluralism)可能成为更具涵括性的视角。关于法律多元,法人类学和法社会学的有关研究已有较详细的描述。它起源于这些交叉学科对法律的功能主义界定,并将其广泛运用和进一步发展。^② 有学者较早已注意到中国法具有法律多元性质以及从这一角度解读的可能性,如千叶正士指出:“在中国,广阔的地域内存在着多种多样的法主体,实际上远远超出了通常仅意

^① 参见前揭徐祥民:《对中国法制史研究中几个思维定式的反思——兼论战国前法制研究的方法》。该文所论主要针对战国前法制的研究,但实际上适用于对整个中国古代法的研究。

^② 关于法律多元的理论探讨,参见〔日〕千叶正士:《法律多元——从日本法律文化迈向一般理论》,强世功等译,北京:中国政法大学出版社,1997年;其中从不同角度对法律多元的界定,详见第215—224页。

意味着中央政权的法的中国法的实体,能够将这种多元的法整体视为一个中国法的观念,即将其称为中华法而自豪的原理,即为其法的同一性原理。与夷狄蛮戎相区别、维持法的主体性的边疆各民族的固有法,例如蒙古法、西藏法、新疆地区的伊斯兰法和山地民族的部落法,以及在以汉族为主体的民众社会中的非官方法的宗族法、村落法、行会法等等,直至台湾法,实际上都是活的中国法整体的构成变数”^①。这一认识的着眼点更在中国当代社会的状况,但仍极富启发性。苏力也曾提出将其运用于中国古代法研究的设想:“从法律多元的角度,我们可以发现和看到中华法系在历史上并不是一个统一的传统,而是存在着许多冲突、断裂、变异;在法律规范秩序的主流旁总是有支流。我们也许因此可以发现许多由于我们的注意力过分集中在国家制定法而忽视的一些东西,被压抑的一些声音”^②。

承认法律多元的理论前提,即不能以某一时间、空间和层次为代表,在简单的一元意义上探讨“中国法”,这将进一步深化我们对历史上各种正统表达的认识。我们完全将有理由认为:不少既有研究所揭示的同质的单一传统,是经过历代上层知识分子利用主流意识形态的话语建构起来的,反映的是某一部分占强势地位价值观念。当然,这种强势观念会对其他相对弱势的群体产生一定的压迫、辐射和影响,但其间的差别始终存在,从未实现真正绝对的“六合同风”。^③我们需要对这些被建构或者称为被“制作”(徐忠明先生语)出来的中国法律史的摩天大厦加以重新审视,并与其背后被遮蔽的、真实的、多彩壮观的自然风景相厘清。

在这一视角下,从社会学和人类学的立场对中国古代法的范畴进行功能主义的研究,实际上西方学者早已起步。英国社会学家斯普林克尔所著《清代法制导论》一书,与传统汉学相比,虽不以材料见

① 前掲〔日〕千叶正士:《法律多元——从日本法律文化迈向一般理论》,第250页。

② 苏力:《法律规避与法律多元》,载前掲苏力:《法治及其本土资源》,第56页。

③ 徐忠明曾提出相似的观点,参见前掲徐忠明:《试说中国古代法律制度研究范式之转变》,第233页。

长,但仍不失为从法律功能主义视角探讨中国古代法的开创性著述。^①目前,国内中国古代法研究的前沿性成果中,功能主义方法论已为不少研究者所运用。^②更进一步,有学者已直接运用“法律多元”的概念来进行理论探讨。^③已有的功能主义和法律多元视角下的研究强调,法律作为在社会共同体中的规则,实际发挥社会控制和纠纷解决等作用。因此,不仅中央制定法,而且各种发挥这一效能的规则体都被作为法律纳入研究视野。在这一视角下的现有研究特别关注社会控制和纠纷解决过程中实际被运用的规则、方式和过程,“习惯法”、“民间法”和“情理”等概念因此得以牢固确立,国家从法律的概念中所占据的显著地位上不断后撤,民间法的意义得到强调,其内涵和各种类型被细致地描述。^④中国古代法的研究领域得以大大拓展,大批材料被发掘或重新阐释。这在一定程度上明确和强化了前揭问题:中国古代社会的法并不是现有概括已涵盖的同质整体,而至少存在明显的结构性差别和断裂。

在取得显著理论突破的同时,目前的法律多元视角下的研究也存在一些问题。首先,这一理论框架中的“习惯法”、“民间法”等概念的基础通常是国家—社会的二元结构,或称为两分法;二者分别造就国家法和民间法。但两分法本身就是一个模糊的界定,许多具体的社会集团和组织具有复杂的多重属性,处于中间领域,如地方政府的

① 参见 Sybille van der Sprenkel, *Legal Institutions in Manchu China, A Sociological Analysis*, London: Athlone Press, 1962; 中译本, [英] S. 斯普林克尔:《清代法制导论:从社会学角度加以分析》,张守东译,北京:中国政法大学出版社,2000年。

② 如前揭梁治平:《清代习惯法:社会与国家》,第31页;徐祥民:《对中国法制史研究几个思维定式的反思——兼论战国前法制研究的方法》,第142—145页。

③ 参见林端:《儒家伦理与传统法律——一个社会学的试探》、《清末民初法律的继受问题——韦伯社会学观点的尝试》及《依违于普遍主义与特殊主义之间》,载林端:《儒家伦理与法律文化——社会学观点的探索》,北京:中国政法大学出版社,2002年,第8—10、68—71、110—115页;梁治平:《中国法律史上的民间法——兼论中国古代法律的多元格局》, <http://www.gongfa.com/liangzpmjinjanfa.htm> (2002年7月18日访问)。

④ 参见前揭[英] S. 斯普林克尔:《清代法制导论:从社会学角度加以分析》;高其才:《中国习惯法》,长沙:湖南出版社,1995年;梁治平:《清代习惯法:社会与国家》及《中国法律史上的民间法——兼论中国古代法律的多元格局》。