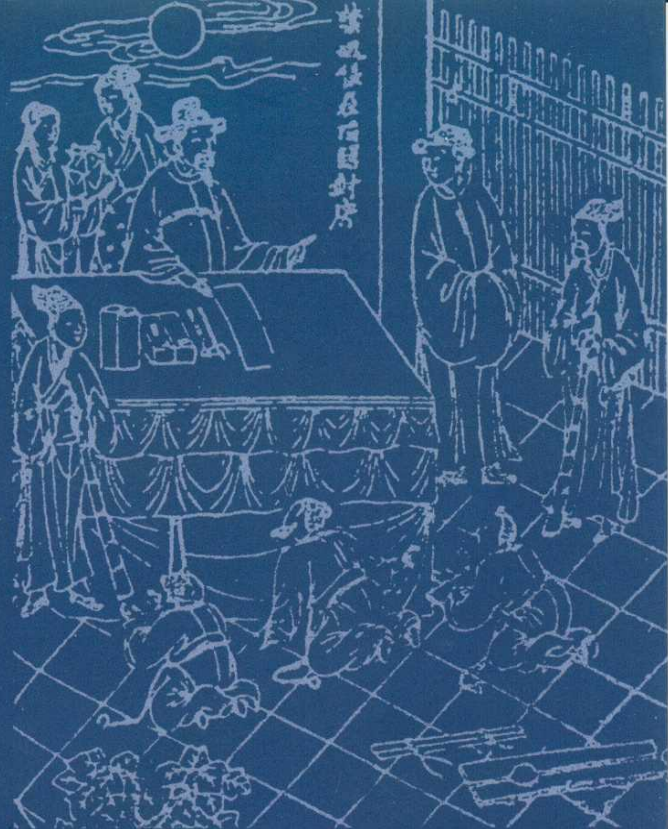




官、民与法：

明清国家与基层社会

张小也 著



中華書局
ZHONGHUA BOOK COMPANY

官、民与法： 明清国家与基层社会

张小也 著



中华书局

ZHONGHUA BOOK COMPANY

图书在版编目(CIP)数据

官、民与法：明清国家与基层社会/张小也著.-北京：中华书局，2007

ISBN 978-7-101-05867-3

I.官… II.张… III.民事诉讼-审判-法制史-研究-中国-明清时代 IV.D925.12 D929.48

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 166628 号

书 名 官、民与法：明清国家与基层社会

著 者 张小也

责任编辑 马 燕

出版发行 中华书局

(北京市丰台区太平桥西里 38 号 100073)

http: //www.zhbc.com.cn

E-mail: zhbc@zhbc.com.cn

印 刷 北京瑞古冠中印刷厂

版 次 2007 年 8 月北京第 1 版

2007 年 8 月北京第 1 次印刷

规 格 开本/880×1230 毫米 1/32

印张 8 $\frac{7}{8}$ 插页 2 字数 190 千字

印 数 1-3000 册

国际书号 ISBN 978-7-101-05867-3

定 价 20.00 元

目 录

前言:学术史与研究思路	(1)
法律史的学术史	(2)
社会史与法律史	(20)
历史人类学的试验田	(29)
阶段性成果与本书的内容	(37)
法律与社会变迁	
——以户绝财产继承问题为中心	(47)
法律的变化:从收养、继绝到立嗣	(49)
社会结构的变化:从家、户到族	(59)
司法审判的变化:从“准法”到“准情酌理”	(74)
结 语	(87)
儒者之刑名	
——清代的地方官员与自理词讼	(90)
儒者之刑名	(93)
官箴书	(102)
知识传习	(111)

一个地方官员眼中的法律改革	(122)
结 语	(130)
区域社会中的民事法秩序	
——以湖北汉川刁汊黄氏的《湖案》为中心	(131)
湖分的来历：权利观念的背景	(133)
纠纷与争讼	(138)
官府的角色	(144)
宗族建设	(152)
结 语	(162)
社会冲突中的官、民与法	(170)
官员、讼师与地方公共事务	(171)
个案研究：湖北崇阳的“钟九闹漕”	(190)
结 语	(211)
从“自理”到“宪律”	(213)
清代的坟山争讼——以《守皖献词》为中心	(214)
个案研究：安徽泾县的“瑶培垄”之争	(229)
结 语	(249)
参考文献与资料	(250)
后 记	(275)

前言：学术史与研究思路

作为前言，也许一个针对研究专题的学术史回顾会显得更加实在，而本书从法律史研究的整体状况入手，是因为其内容既非“填补空白”，也不是系统地探讨某一个问题，而是从一些专题出发，尝试运用与以往不同的观察视角和分析框架，得出一些新的启示。当然，因为书中各部分的讨论都是从具体问题出发的，所以我很自然地分别对每个问题的学术史做了回顾——也主要在方法论意义上。

需要强调的一点是，我非常赞同岸本美绪的看法，即方法论“并不是什么在自身之外限制自己的框架，而是将个人思考历程以及思考方法的基础公诸于世的东西”^①。这样一来，我就可以比较轻松地交代自己的研究旨趣、问题意识与研究方法的形成过程，并且大胆地将自己的态度称作方法论的个人主义^②。

① 岸本美绪：《明清交替と江南社会——17世纪中国の秩序问题》序，东京大学出版会，1999。

② 这里借用岸本美绪“方法论上的个人主义”的说法，虽然她的本意是指“从个别人物的动向来思考社会变动的方向”。

法律史的学术史

关于法律史的学术史,目前已有许多综述、回顾等等,其中,梁治平的《法律史的视界:方法、旨趣与范式》一文对我深有启发。它从方法论的角度对以往的研究成果进行了分析总结,虽然未能面面俱到,却突出了法律史研究发展的主要脉络。此外,徐忠明的《试说中国古代法律制度研究范式之转变》、王志强的《中国法律史学研究取向的回顾与前瞻》等文章,亦具有与梁文相似的特点。当然,即便在方法论的意义上,我仍无法对相关研究成果进行比较全面详细的介绍,特别是对于许多国外学者的研究成果,由于个人能力所限,更是缺乏深入细致的了解。

我开始接触法律史研究的时间段(世纪之交)是法史学的一个繁荣期。从国际学术界来看,一些学者致力于破除西方中心观,力图“在中国发现历史”;从国内学术界来看,一些学者们对以往的研究“范式”进行批判并对海外学者的观点做出回应,原来居于主流地位的研究方法也因吸收新的理论而有所变化。总之,出自不同脉络的学术传统与变革交织在一起,相互发生影响。在这种情况下,我的首要任务是在纷繁复杂的环境中确认法律史研究的前沿问题以及自己的研究方向。

一、制度史方向的拓展

制度史研究是法律史研究的基础和起点,现代意义的法律制度

史研究,其源头可以追溯到20世纪初梁启超的相关著述^①。此后则有三四十年代杨鸿烈、陈顾远等学者的更为成熟和系统的成果。这些成果存在很多共同特点:研究对象以制度为主,依据的材料“以正史为主”,运用的方法“大抵总是历史的和比较的”,关注的问题则“基本不出所谓‘大传统’的范围”^②。受新史学的影响,很多都采用了西方式的历史分期和知识分类方法。

自上个世纪二三十年代之后,学界经过多次思想与理论的变革,其中特别深刻的是马克思主义的世界观和方法论对学界产生的影响,这一影响在50至80年代的大陆学界尤为突出。法律史研究中的历史阶段划分、法律类型、史料取舍、篇目结构、对具体制度的分析和对历史事件的解释、评价等等,无不充分体现了唯物史观和社会形态理论在法律史研究中的运用。虽然如此,与杨鸿烈、陈顾远的时代相比,法律制度史研究的方法并未发生过根本性的变化。所以,80年代之后,当政治的高潮退去,它就继续沿着原来的方向发展。不过,唯物史观与社会形态理论仍然留下了它们的烙印,因此,相当多的研究成果反映出单向度的发展观,并附带强烈的价值判断色彩。

研究法律制度的沿革是一项基础性工作,因此是非常必要的。法律制度史研究在以往将近一个世纪的时间里已经结下了丰硕的成果,近年来也有相当大的发展,特别是一些实证性研究,具有很高的学术价值。然而,受上述学术路径决定,其观察视角比较平面和单一,研究者常见的做法只是建立一个制度层面的整体性认识,缺

① 这是梁治平等学者的观点,与之不同的是,徐忠明认为沈家本“既是中国传统法律制度史学的总结性人物,又是现代中国法律制度史学的奠基性人物”(《试说中国古代法律制度研究范式之转变》,《北大法律评论》2001年第4卷第一辑)。

② 梁治平:《法律史的视界:方法、旨趣与范式》,《新史学——多学科对话的图景》,中国人民大学出版社2003年版。

乏对历史背景和发展脉络的深入分析,难以得出更具解释力的理论框架。

以中华法系研究为例,其核心问题是中国古代是否存在民法。对于围绕这一问题所进行的争论,俞江在《关于古代中国有无民法问题的再思考》一文中做了比较详细的介绍。他将争论的发展过程分为两个阶段。第一阶段是上个世纪80年代以前。肯定意见可以分为两种,其一,中国古代民法存在于国家律典的户婚、杂律及某些令、例当中。其二,中国古代民法存在于礼制当中。否定意见也可以分为两种,其一,无论是律典还是令、例都是表现公权力与人民的关系,是公法关系。其二,民法应以意志自由和地位平等为原则,以保护市民之私权为目的,中国古代的律典或令、例不具备这样的性质和目的。第二阶段是80年代之后。肯定意见之一认为中国古代存在调整人们行为的民事习惯法,如果重新定义“法”的意义,就可以把那些支配人们日常行为方式的习惯、惯例、礼俗等视为规则,把舆论或“相互期待”视为某种强制力。肯定意见中的另一种指出国家律典中的原则对民事审判有着指导或参照的意义。否定意见则认为应该区分规则与民事关系,并通过古代民事案例分析,指出无论是国家律典还是礼俗习惯都没有成为规则在民事审判中引用。

俞江指出,在学界进行争论的大约七十年时间里,论点的正反双方都在不断寻找新的材料和理论,使观察视野和解释理论都得到了发展和深入。现在,绝大多数学者都认识到中国古代法不能仅仅以成文法为依据,而是必须考虑成文法、运作程序、社会背景、习惯风俗等多角度多层次的因素。然而,对于这个问题的认识并不会因为材料的日渐丰富而达成一致,因为“现有分歧的原因已不仅仅是

资料利用问题,而是来自于对资料的分析,甚至是对待资料的态度”^①。

诚如其言,近年来,即便是制度史方向的学者,他们的视野也从法典拓展到更大范围的法律法规,并且跳出正史、政书等传统文献,深入到判牍、笔记、档案甚至是族谱与契约当中去。因此,历史上丰富多样的民事规范得到了进一步挖掘和整理。2002年,杨一凡发表《中华法系研究中的一个重大误区》,是对这个问题的总结性认识。作者指出,其一,不能仅以刑事法典为据,就断定中国古代是以统一的刑法手段调整各类法律关系的。随着经济的发展和社会的进步,中国古代的民事法律规范在不断增加,不仅刑律之外的其他形式的法律中包含着大量的民事法律规范,而且也颁行了一些单行民事法规,此外还应重视乡规民约、家族法、民事习惯和儒家的礼等规范,因为我国古代的民事案件大多是由这些规范来调处的。其二,在中国古代法律中,虽然没有出现专门的民事诉讼法典,但是在诉讼中也注意把民事、刑事加以划分。因此,中华法系的特点并不能概括为“诸法合体,民刑不分”。其三,历代主要律典都是刑法典,它调整的是刑事而不是全部法律关系。因此,仅就律典本身来讲,也不存在“诸法合体,民刑不分”的特征^②。

可以看到,杨文以近年来法律史料的新发现为基础,在中华法系中是否包含民法的问题上给出了更加明确的回答。但是,它也在一定程度上反映出,如果缺乏方法论意义上的创新,仍然在制度的层面上讨论问题,那么就有可能再一次导向对中国传统法律发达与否的价值判断,而不是进一步研究所必需的问题意识。为此,有必要建立新的解释,“既是分层的又是系统的,既需要宏观把握又需要

① 俞江:《关于古代中国有无民法问题的再思考》,《现代法学》2001年第6期。

② 杨一凡:《中华法系研究中的一个重大误区》,《中国社会科学》2002年第6期。

微观解析”^①。

二、文化史方向的深化

文化史研究与制度史研究形成鲜明对比的，是它所追求的中国法文化的本质特征。作为对经济决定论长期占统治地位的一种反弹，上个世纪80年代，中国思想界“开始刻意强调文化系统的独立性对社会发展的重要乃至决定性的作用”^②，法史研究亦受到影响，出现了一批法律文化史方面的研究成果。其中，梁治平的成果在方法论意义上最具代表性，理论价值也最高，因此，我在这里将其作为分析的主要对象。

梁治平曾经将自己的理论关怀总结为以下几点：首先，他不满于现代法律史叙述模式中的普遍主义和科学主义倾向，拒绝套用流行的历史分期和法律分类去撰写历史，更反对对历史作教条式的裁断。这是因为人类历史的发展并非只有一种模式，套用任何一种普适性模式都可能造成对历史的严重扭曲和误解。其次，他认为文化概念的引入有助于超越流行的普遍主义。法律是特定社会与文化的一部分；文化具有不同类型，相应地，法律也可以被区分为不同类型，具有不同的精神和性格。在具体的研究方法上，他重视人类社会的早期经验对于文化类型的影响，并试图通过分析一些语词和概念的细微含义来进入历史情境，从而揭示中国传统法律的类型特征。最后，在他看来，中国传统法律的类型特征是无法在制度和行为的表面看到的，必须在它们后面的“根据”中求得。所谓根据便是意义，而强调“意义”则意味着更多地采取“当事人”的立场和视角，

^① 俞江：《关于古代中国有无民法问题的再思考》，《现代法学》2001年第6期。

^② 杨念群：《东西方思想交汇下的中国社会史研究》，《空间·记忆·社会转型》导论，上海人民出版社2001年版。

因为意义出自行动者本身。观察者的适当任务便是尽可能地融入历史情境,通过“同情的理解”去了解历史^①。

有趣的是,苏力等学者已经敏锐地注意到梁治平的上述认识并非一朝一夕形成的,而是经历了几个不同的发展阶段,可以分别以其标志性成果《法辨》(1986年)、《寻求自然秩序中的和谐》(1991年)以及包括了他的《法律的文化解释》一文的论文集《法律的文化解释》(1994年)来代表。

苏力指出,作为梁治平法律文化史研究第一阶段的代表作,《法辨》一书在相当大的程度上带有“比较强烈的八十年代的文化批判的色彩”,作者强调文化差异的主观目的更多地在于对中国传统法律进行批判,防止由于语词翻译上的对应或制度功能上的相似而忽略了对中国传统的清理。在这一时期,梁治平对中西方法文化的“辨异”更多地是以西方的概念、观念为标准进行的。然而,他并未止步于此,而是“从辨异中感受到文明发展的多种可能性,从文化批判走向更为学术的比较研究,进而走向对中国文化的同情的理解”。因此,在《寻求自然秩序中的和谐》一书中,可以看到他对中国传统法律发生了一次情感上的重大转变。发表于90年代初的《法律的文化解释》一文以及相关论文集代表了梁治平研究中的第二个转变,它既是作者前一阶段反思的继续深入,同时也是对自己学术研究方法和进路之基础的一个比较系统的反思和构建,“而其借助的学术资源已经跨出了法律和一般的法律理论,更多的是借助了人类学和哲学解释学”^②。

① 梁治平:《法律史的视界:方法、旨趣与范式》,《新史学——多学科对话的图景》,中国人民大学出版社2003年版。

② 苏力:《法律文化类型学研究的一个评析——〈法律的文化解释〉读后》,《批评与自恋》,法律出版社2004年版。

邓正来也指出,梁治平的法律文化史研究经历了从“中国法律文化研究”到“法律文化解释”的变化过程,他的转型表现在两方面,从态度上看,他从对“中国文化类型”的批判和否定转到对“中国文化类型”的同情性理解。从研究方法上来看,他在《法辨》和《寻求自然秩序中的和谐》中所关注“文化”或者“法律文化”是研究对象,而在《法律的文化解释》中,“文化”或者“法律文化”却首先是一种立场和方法,而不是研究对象^①。

对于梁治平的法律文化史研究,除了上述内容在理路的分析之外,还存在着几个不同层面的批评意见,其中最主要的来自以下几位学者。

其一是徐忠明的批评。从文化的角度出发,梁治平否认中国古代有民法。他认为,在中国传统法文化中,法即是刑,缺乏权利意识,因此,以调整权利为本质特征的民法是不存在的。徐忠明则认为,“虽然中国古代没有民法的概念或思想,但是有事实,这就够了”。在借用西方概念时应该保持警惕和反省,但是如果一味以西方法律标准来衡量,那么甚至可以得出中国古代根本没有法律这样一个奇异可怪的结论。一方面,中国古代的户婚、田宅、钱债事项与西方的民法不完全是一回事,不能将它们等而视之。另一方面,中国古代的户婚、田宅、钱债事项,在某种意义上与西方民法又有类似的地方,可以进行相互解释。这主要是针对法律调整的对象而言^②。

其二是邱澎生的批评。他从一个历史学者的角度指出,梁治平似乎过分突出了法律文化中比较“静滞难移”的面向,而相对轻忽

① 邓正来:《中国法学向何处去:对梁治平“法律文化论”的批判》,正来学堂 <http://dzt.legaltheory.com.cn>。

② 徐忠明:《关于中国古代“民法”问题:借题发挥》,《思考与批评:解读中国法律文化》,法律出版社 2000 年版。

“变迁”的倾向。例如,梁治平强调“无讼”在中国传统法律文化中的重要性,而明显低估了宋元明清以来出现在许多地方志、笔记、文集中描述“健讼、好讼”风气的历史意义^①。

其三是苏力与邓正来的批评。他们的意见与邱澎生类似,只是更加强调梁治平的“文化类型学”研究对于当今中国法学发展的影响。苏力指出,“文化类型学”研究容易使人们将法律文化这一建构出来的对象实体化,忽视同一文化中的个体实践,并进一步导致整体性的价值判断。邓正来指出,“文化类型学”研究中所贯彻的“文化基因”决定论或“本质主义”思维方式不仅给出了中西方法律之间不可“通约”的答案,而且否定了传统法律自身的生命力。在对梁治平的学术理念深入批判的基础上,二人均认为“文化类型学”研究面对法律实践的局限性使得它无助于解决中国法学的现实问题。

我以为,这些学者对于梁治平的批评触及了法律文化史研究中“文化类型学”方法存在的根本问题,它注定了这种方法将不会走得太远。然而,作为梁治平个人的研究,即便是遭到批评的部分,也仍有值得进一步思考和借鉴的价值。这是因为,与其他一些从事法律文化史研究的学者不同,梁治平的做法不是将诸多因素全部纳入法文化的解释体系,而是着力揭示法文化中一些形成较早、具有深刻含义与深远影响的符号,如刑法律、家与国、义与利等等^②。虽然从这些语词出发来型构中国传统法律文化的做法是概念化的(邓正来),但是我们必须认识到,中国历史上的法律思想与法律实践实际上总是在不断地对这样一些符号进行再解释,如果离开这样一些符号,就有可能陷入纯粹的功能主义的解释之中。然而,人既然不可

① 邱澎生:《“法律文化”是什么——试析“法律的文化解释”对法律史研究的效用》,《新史学》第10卷第2期。

② 虽然他的归纳在某些问题上也还有泛化的嫌疑。

能不受自己所处的文化的影响；那么其思想与实践势必不可能仅仅是功能性的。也正因如此，功能主义解释是无法替代文化解释的。如果从这个角度看，虽然梁治平本人近年来似乎又发生了第三次转型，但是法律文化史研究也许仍有走得更远的可能性。

值得一提的是，自上个世纪90年代中期之后，梁治平的研究从文化史转向了社会史，进入“清代习惯法”领域，这正是他一贯重视理论创新的表现，也是一种受整体学术氛围影响的自然而然的提升（关于这一点，我在下文对社会史研究的介绍中会给予更多的强调）。

三、社会史方向的创新

如果说法律文化史强调的是法律与传统文化之间的关系，那么法律社会史强调的则是法律与传统社会结构之间的关系。瞿同祖的《中国法律与中国社会》被认为是中国法律社会史研究的开山之作，作为社会学背景的学者，作者将法律与社会结合起来研究，由此而形成了一种新的学术研究方向。

瞿同祖的研究旨趣突出地表现为两点：首先，他认为不能像分析学派那样把法律视为一种孤立的存在；法律是社会的产物，是社会制度之一，是社会规范之一；法律与风俗、习惯、制度、伦理道德和意识形态等的关系极为密切；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。其次，他认为法律分为“书本上的法律”和“行动中的法律”。由于社会现实与法律条文之间往往存在着一定的差距，因此，要知道法律在社会上的实施情况是否有效，推行程度如何，对人们的生活有什么影响等问题，就必须采取功能的研究，即不仅要分析法律条文，还应注意法律的实效

问题^①。

瞿同祖之后,同样具有社会学背景的英国学者斯普林克尔著有《清代法制导论》一书,与瞿同祖“将法律看成是社会制度和社会规范的一种”的侧重点不同,作者强调将民间习惯视为法律。她指出,研究中国传统法律的人从一开始就面临大量难题,“许许多多不同种类的材料,看起来它们与其他社会中被称为法律的东西都有某种关系”。因此,“若想了解法律是什么,就得观察法典和法院之外的其他东西”,所谓“其他东西”指的就是民间存在的习惯法。她认为,瞿同祖的《中国法律与中国社会》“主要是把法典与判决中记录的不同时期的法律内容与其他一些制度——婚姻、亲缘组织、阶级结构与宗教联系起来,却没有涉足非成文法、实施机构或审判机关”。因此,她所要达到目的是“对法律制度与准法律制度的整个复合结构”进行审视^②。

虽然《中国法律与中国社会》一书具有划时代意义,但是由于种种原因,大陆的法律社会史研究在瞿同祖之后却经历了数十年的间断。直到上个世纪80年代中期,随着社会史研究的复兴和法律社会学理论在法学界得到广泛传播,法律社会史研究才得到了进一步发展,产生了新的代表性成果:朱勇的《清代宗族法研究》。

《清代宗族法研究》一书出版于1987年,因此仍带有新旧思想交替时期的特点。作者指出,中国传统社会的法律具有二元结构:一方面是由国家强力执行的法律,另一方面是包括宗族法在内的民间秩序。后者之所以存在,是因为“农业社会在存在方式上具有特殊性,包括低下的生产力水平、一家一户的小农耕作、宗教意识、动

① 王健:《瞿同祖与法律社会史研究——瞿同祖先生访谈录》,法律思想网 <http://law-thinker.com/>。

② S. 斯普林克尔:《清代法制导论》引论,中国政法大学出版社2000年版。

荡不安的社会局势等，整个社会在存在国家政权的同时，还形成结构性二级组织，即兼有政治、经济、文化多种功能的综合性社会共同体。这种综合性社会共同体本身具有一定的独立性和自治性，并制定在共同体内部具有普遍约束力的强制性规范，以调整内部社会关系，维持内部社会秩序”。这个认识事实上已经打破了在法学界长期占主导地位的国家法律观，然而作者尚未敢于完全抛弃传统观点，而是谨慎地补充指出，“实质意义的法律只能有一个，即代表统治阶级利益，上升为国家意志的国家法律”^①。不仅如此，他还认为中国传统社会的法律所表现出来的这种二元结构是国家力量不足和法律不发达的结果，对于宗族法本身，他也是持批判态度的，认为它会阻碍现代化的发展。

梁治平在上个世纪 90 年代后期转而在“国家—社会”框架内进行研究，由此产生了他的法律社会史研究成果《清代习惯法：社会与国家》。随着视角的转变，他对以往的看法进行了修正，承认自己在讨论中国古代的民法问题时，关注的是“一些更大也更具根本性的问题，比如中国古代法律受什么样的精神支配，其内在的逻辑又是什么，等等”，而且又主要是从所谓“大传统”入手，“对于民间法的各种形态则注意不够”，从而影响了对古代“民法”的全面认识^②。在这本书中，作者“把讨论的重点从特定文化类型的法律转移到日常生活中的法律上来。在这里，大传统更多地让位于小传统，法律更多被自下而上地来观察和理解”^③。梁治平从文化史向社会史的转型与同时期中国史学界发生的变化具有高度的一致性，都是寻求更具

① 朱勇：《中国法律的艰辛历程》，黑龙江人民出版社 2002 年版，第 157 页。

② 梁治平：《清代习惯法：社会与国家》自序，中国政法大学出版社 1996 年版。

③ 梁治平：《法律史的视界：方法、旨趣与范式》，《新史学——多学科对话的图景》，中国人民大学出版社 2003 年版。