

中国法律史

清代习惯法

清代习惯法

梁治平
|
著

QINGDAI XIGUANFA



GUANGXI NORMAL UNIVERSITY PRESS
广西师范大学出版社

出版统筹_汤文辉
品牌总监_范 新
责任编辑_余慧敏 向 雳
书籍设计_广大迅风艺术
徐俊霞
责任技编_李春林

图书在版编目(CIP)数据

清代习惯法 / 梁治平著. —桂林: 广西师范大学出版社, 2015.4

ISBN 978-7-5495-6391-3

I. ①清… II. ①梁… III. ①习惯法—法制史—研究—中国—清代 IV. ①D929.49

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 038018 号

广西师范大学出版社出版发行

(广西桂林市中华路 22 号 邮政编码: 541001)
网址: <http://www.bbtpress.com>

出版人: 何林夏

全国新华书店经销

广西大华印刷有限公司印刷

(广西南宁市高新区科园大道 62 号 邮政编码: 530007)

开本: 889 mm × 1 194 mm 1/32

印张: 7.375 字数: 150 千字

2015 年 4 月第 1 版 2015 年 4 月第 1 次印刷

印数: 0 001~6 000 册 定价: 30.00 元

如发现印装质量问题, 影响阅读, 请与印刷厂联系调换。

官契紙

立賣地

契人梁有慶因係湯用不便今將自己村西面及
裡坡地冬改計地伍畝柒分伍厘東至梁主房面西至梁主房
至梁登堂北至通四至少的人張萬小土約連債銀壹千
柒佰兩承運為共同中言明價銀柒兩柒錢玖分整
有向父及妻不疑大錢概隨他運到存身不致生事為証

同治四年正月廿日立賣 契人梁有慶

管中人

梁有慶
梁有慶
梁有慶

鄉地

代筆人梁萬泰

銀壹兩柒錢玖分整
就立主係本村

同治朝官頒契紙（田濤藏）

主分車明白入路為輝 千並子姪茂年因為家事不合弟兄情急分居所產地上各
 分各占院南北房係東間半東房係北間半西房係北間半南房係東一間二門外小
 廈一間南房後園地係東一半大門外牛院一所又北房後園地一方村西下原井地上
 下二段趙家堰地上下二段城南地段村東店地上下二段係兄分占大北房係西
 間半東房係南間半西房係南間半南房係西兩間南房後係西一半園外房
 房院一所門前園地一方村西神仁裡墳地一段廟前地一段南甯道地一段係弟分占
 弟兄各情急並無異說同親族隣友立寫分單而各執一永遠存証
 同治拾壹年叁月初九日五分車明白路為輝 千
 有路家院北房係東半間南房連門樓間半磚子二合兩家詳官
 神仙裡墳地得埋人不許耕種埋一墓宗柳根銀叁分

親族隣友
 王品端
 路能履

トコカウキニリ

同治十一年“分單”（田涛藏）

新北平公報

會券

同知製

茲將各在公堂以爲結納之帳目公同做
若公以爲業東之事如義利有誤定有
利兩在之說也予物致之公持相數
親至雅舍正成一會敬謝七位物東出英
鮮四元貳角半共成不詳參拾元之數
付有會收據二會公換有會收據肆四
元貳角半在會友必有應領之會已得未
得之數扣算以八個月一結至期預先其

賬目如蒙公議詳足方可撤帳結案
大者以此照同者儘先不優以公公有
五以會者無執一本存照

謹列芳名以左

- | | | | |
|--------|----|-------|-------------|
| 汪兆廷宗先生 | 夢股 | 江天喜仁兄 | 夢股 |
| 羅運泉先生 | 夢股 | 詹老三仁兄 | 夢股 |
| 李瑞霖先生 | 夢股 | 官水海先生 | 夢股 |
| 陳規龍舍親 | 夢股 | 首會 | 會止付英洋 四元貳角半 |
| | | 式會 | 各及付英洋 四元貳角半 |
| | | 聖會 | 已收付英洋 四元貳角半 |
| | | 坤會 | 已收付英洋 四元貳角半 |
| | | 五會 | 已收付英洋 四元貳角半 |

陸會 已收付英洋 四元貳角半
朱會 已收付英洋 四元貳角半
一批我另洋價照依當典公扣
一批會滿百書作爲廢依

光緒二十四年八月五日會止汪兆廷宗

光緒二十四年“會券”（田海藏）

自序

这本小书是一些机缘凑合的结果。

在完成于1988年的《寻求自然秩序中的和谐：中国传统法律文化研究》一书中，我用了相当的篇幅来讨论中国古代的“私法”或“民法”问题。不过，当时我所关心的与其说是这个问题本身，不如说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，而我在探究这些问题的时候，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。这些都或多或少地妨碍了我对古代“私法”或“民法”的全面了解。

两年后，我得到了一个进一步考察这个问题的机会。当时，我应中国社会科学院外国文学研究所刘东先生之请参加了一个有关中国文化与现代化问题的研究计划。我决定继续中国古代“民法”问题的研究，并选择了“清代习惯法”作研究题目。

1994年末,我提交了一份大约6万字的论文。这篇论文的篇幅已经大大超出了“研究计划”方面的要求,但仍不足以容纳我所要讨论的问题。于是,我在上述“研究计划”结束之后继续统一研究。论文最后在1995年5月间完成,题为“清代习惯法研究”,共10万余字,这就是本书的主干。

《清代习惯法研究》一文完成之后,中国文化研究所的刘梦溪教授决定全文收入正在筹备之中的《中国文化研究所学报》(第一卷)。又有一些热心的朋友敦促我尽早出版单行本,以广流传。几经犹豫之后,我把这样的想法商之于梦溪教授,承他惠允和支持,于是就有了这个单行本。当然,读者现在看到的这本书,不但新增加了“导言”和“跋”,而且书名也作了调整,这倒不是为了使本书看上去更像是一本书,而是为了更好地揭示书中所讨论的问题及其意义。事实上,关于清代习惯法的研究只是我计划中另一项研究的一个部分,而以目前的形式发表这一研究,终不免造成种种缺憾,这也是为什么我在决定出版单行本之前犹豫再三。

在中国法律史的研究当中,对于习惯法乃至一般所谓“民法”的研究向来都是非常地不够,这种情况的造成,与其说是因为材料上的欠缺,不如说是出于传统研究理论和研究方法的局限。近年来,这种情况正在改变。比如美国的一些中国历史学家主要由地方官府档案入手展开对清代和民国时期民事司法的研究,已有一些阶段性的研究成果发表;日本的明清法制史研究也在其以往研究的基础之上提出了许多重要问题。这些

研究,读者从本书的相关讨论中应当能够约略地见出。当然,只是通过一些商榷性意见来了解这些研究及其重要性是很不够的。我希望这些域外的研究都能够及时和完整地介绍给中国的研究者,相信这对于国内学者的有关研究是非常有益的。

在中国作学术研究,利用图书馆和获取最新的海外资料差不多同样困难。我应该感谢那些为我查找和提供资料的朋友,没有他们的帮助,这项研究不可能顺利地完成,这里,我要特别提到下面几位朋友的帮助:香港大学法学院的陈弘毅教授和福特基金会的张乐伦女士为我提供了一些当时不易获得的英文资料,日本九州大学法学部的王亚新教授提供和翻译了一些重要的日文文献,北京大学法律系的硕士研究生强世功代我查找和复印了一些对于本书来说是基础性的资料。此外,也感谢刘东先生为我提供了最初的研究契机;感谢刘梦溪先生应允我将《清代习惯法研究》一文作单行本出版。本书中制成图片的古代文书原件均由藏书家田涛先生提供,在此一并致谢。

1996年7月8日于北京万寿寺寓所

目 录

001 自 序

001 导 言

031 问 题

034 民间法、习惯和习惯法

044 材料、概念与方法

053 习惯法起源举例

068 习惯法制度考略

128 习惯法与国家法

142 再论习惯与习惯法

169 习惯法与社会变迁

182 余 论

187 跋

203 再版后记

205 参考文献

215 索 引

导 言

本书采取的是一个所谓法律社会学的视角,依此,法律被宽泛地理解为一种“使人类行为受规则统制的事业”(L.Fuller语),它也包括那种直接出自社会生活的活生生的秩序。这样一来,法律就不再被认为是国家的独占物,研究重点也因此从“大传统”转向“小传统”,从官府的法律转向民间的法律,或者,更确切地说,从国家法转向习惯法。

根据本书所作的界定,习惯法乃这样一套地方性规范,它是在乡民长期的生活与劳作过程中逐渐形成;它被用来分配乡民之间的权利、义务,调整 and 解决他们之间的利益冲突,并且主要在一套关系网络中被予以实施。就其性质而言,习惯法乃不同于国家法的另一种知识传统,它在一定程度上受制于不同的原则。然而,同样确实的是,作为“小传统”的习惯法从来都不是自主的和自足的,事实上,它是在与包括国家法在内的其他知识传统和社会制度的长期相互作用中逐渐形成的。由这里,

产生了习惯法,广而言之民间法,与国家法之间既互相渗透、配合,又彼此抵触、冲突的复杂关系。其结果,民间法与国家法之间的界限也变得难以辨识。那末,这一切究竟意味着什么?当我们谈到由国家法转向民间法,从“大传统”转向“小传统”时,我们是否已经假定了国家与社会的分离,(进而)假定存在着一个国家对社会的二元格局?这种假定能够在上述经验研究中获得证实吗?反过来说,关于清代习惯法的研究在多大程度上能够证实或证伪这一假定,以及,关于中国古代社会的结构和形态,这样一种研究能够告诉我们些什么?本文将要讨论就是这些问题。

在试图把中国法律史的材料纳入一种社会理论框架中予以思考的学术传统中,1976年出版的《现代社会中的法律》一书也许是自马克斯·韦伯之后最可注意的一个尝试。该书作者,美国哈佛大学法学院的罗伯托·昂格尔教授,着眼于法律与社会形态的关系,提出了三种法律概念,即习惯法、官僚法和法律秩序。根据昂格尔的定义,习惯法只是反复出现的、个人和群体之间互相作用的模式,因此也是一种自发形成的、相互作用的法律。由于在习惯法阶段,国家尚未从社会中分离出来,这种法律便只能是全社会的,就此而言,习惯法不具有“公共性”;与此同时,习惯法系由一些含蓄的行为标准而非公式化的行为规则构成,它又是缺乏“实在性”的。只是在法律进至所谓官僚法阶段时,“公共性”与“实在性”这两种要素方才具备。因为在这一阶段,国家与社会已经分离,法律开始由政府所制定和强

制实施的明确规则所构成。¹ 根据昂格尔的叙述,历史上各主要文明都经历了“官僚法”这一阶段,但是最后,只有欧洲文明才在某种特殊的条件下创造出“法律秩序”。事实上,昂格尔关心的正是这个韦伯式的问题:为什么“法律秩序”最先并且仅仅(发生学意义上)出现于欧洲?也像韦伯一样,昂格尔试图通过历史比较的方法来探求和解答这一问题,这时,他发现公元前12世纪至公元前3世纪的中国历史为他的比较分析提供了一个恰当而有力的反例。²

昂格尔把他所关注的这段历史分为两个阶段,前一个阶段包括了西周以及春秋的前半期,后一阶段则由春秋中叶而至于秦灭六国和建立统一帝国。³ 在昂格尔看来,这样一种阶段划分恰好反映出从习惯法到官僚法的递嬗,而与这第一阶段的社会形态相适应的所谓习惯法就是“礼”。昂格尔认为,“礼”非人定,它不过是社会中活生生的自发形成的秩序,是那种人们虽能破坏但却不能够创造的秩序,这种秩序最显明的特点在于它绝对地相信习惯,以至于不知成文规则为何物,它同时也对统

1 详见昂格尔:《现代社会中的法律》页42—46,吴玉章、周汉华译(北京:中国政法大学出版社,1994)。

2 见昂格尔上引书,页78。

3 中译本中这段话是这样的:“第一阶段……包括了西周的大部分,即(1122—771B.C.)以及随后的春秋的部分时期(772—464B.C.),大致上从公元前12世纪到公元前6世纪中叶。”(中译本页79)其中多费解之处。推测作者原意,中译似乎应为:“……包括了西周(1122—771B.C.)的大部分以及随后的春秋(772—464B.C.)的部分时期。”然而,作者下面又说第一阶段大致是从公元前12世纪到公元前6世纪,则它所包括的就是整个西周而不只是西周大部。又,春秋年代应为公元前770—公元前481年。中译本上的772显然为770之误(原文之误?),而以公元前464年为春秋迄年,不知所本何处。惜手边无原书可查,无法确定何为作者之误,何为译者之失,故出此注以存疑。

治者的自由裁量权施以最严格的限制。不消说,作为一种规范秩序的“礼”,既缺乏“公共性”,又没有“实在性”,而这归根结底是因为,国家与社会尚未分离。¹

昂格尔关于中国古代习惯法——“礼”的描述固然符合其理论模式,但从史学角度看却远非真实。首先,“礼”并不只是—些模范行为的隐蔽模式,有许多古代文献可以间接地证明,西周时代早已有了成文的法律,当时统治者的自由裁量权也并非受着习惯的严格限制。² 其次,“礼”也不只是一套相互作用的规范,其有效性全赖于整个社会关于价值和观念的牢固共识。³ 相反,“礼”在相当程度上是靠“刑”来支持的。⁴ 昂格尔在其关于“礼”的全部论述中完全无视“刑”的存在,也使他很难把他所谓的习惯法同其他习惯性社会活动区别开来。“结果,研究这种类型的法律何以会比认真研究伦理、宗教或其他社会惯例更能揭示‘(一个社会)将人们联系起来方式的最深层秘密’,则令人迷惑不解。”⁵ 最后,昂格尔认定公元前6世纪以前中国国家尚未产生,更是容易引起争议。⁶ 尽管涉及中国古代国家的起源与形态等问题,我们现有的知识远不能视为完备,

1 详见昂格尔前引书,页83—86。

2 参阅张伟仁:《传统观念与现行法制》,注四,载《法学论丛》第十七卷,第一期,1987;梁治平:《寻求自然秩序中的和谐:中国传统法律文化研究》页46—50(北京:商务印书馆,2013)。

3 参见昂格尔的引书,页85。

4 参阅梁治平:《“法”辨》,载《中国社会科学》1986年第4期。

5 安守廉:《不可思议的西方? 昂格尔运用与误用中国历史的含义》页67,载高道蕴等编:《美国学者论中国法律传统》(北京:中国政法大学出版社,1994)。

6 参见安守廉上引文,页51—52。

但即使保守地说,一个与社会相分离的国家的轮廓在西周时期也已经清晰可辨。¹ 值得注意的是,昂格尔在谈到国家与社会分离的问题时,特别强调“两种行为标准的对立,即公共规则与私人活动领域规则的对立”。在他看来,这两种对立的规则的出现,表明了国家与社会的二元性发展。² 从昂格尔的论说中,我们可以隐约辨识出一个西方近代的社会理论模式,它强调国家与社会的“二元性”,重视“公共的”与“私人的”两个领域之间的界分。³ 问题是,这种理论模式在多大程度上可以被用来说明和解释中国的历史。

以上关于昂格尔的讨论并不能直接用来解答本书开始时提出的问题,但是这种讨论至少在以下几个方面与本书的主题相关。

首先,昂格尔把他据以透视中国古代社会形态的法律称为习惯法。因此,即使是为了用语上的界分,我们也应当了解有关的理论。其次,昂格尔所讨论的“官僚法”及其所代表的那种社会形态,实际上构成了我在研究清代习惯法时也必须面对的大背景,这在一定意义上使得前后两段历史研究可以互相印

1 参阅许倬云:《西周史》(增订本)页203—231(北京:生活·读书·新知三联书店,1994)。

2 见昂格尔前引书,页53—54。

3 可以比较下面这段出自西方近代国家理论的论说:“主权在政治实体内的公众与私人之间确定了一个明显的界限,它也在这一政治实体与彼一政治实体之间限定了各自范围。它意味着政治实体内的法律比以往更为‘实在’,或更多的是由统治者所制定。”引自M.G.福赛思:《国家》页741,载邓正来主编:《布莱克维尔政治学百科全书》(北京:中国政法大学出版社,1992)。

证。再次,国家与社会的分合关系既是昂格尔社会理论上的关键环节,也是本文关注的基本问题。最后,即使不接受“每一社会都通过法律显示它用以团结其成员的那种方式的最深层奥秘”¹的主张,我至少愿意承认,对一个社会的法律的研究肯定有助于我们认识这个社会的基本形态和其他一些重大问题,在人们对法律问题不够重视或缺乏足够了解的情况下尤其如此。就这些问题而言,对昂格尔的讨论不仅是本文的一个出发点,也是本文的内在有机部分。

研究古史的学者发现,中国古代国家的形成在两个重要方面与西方国家的早期发展不同。第一,国家的出现并非由于生产工具的重大改进,而是与固有亲属组织的变化有关。第二,这种国家并不把以地缘关系取代血缘关系作为条件,而是在很大程度上保留并且依赖血缘组织及其原则。²这种亲缘的政治化和政治的亲缘化,造成一种家国不分、公私不立的社会形态,其反映于法律,则是内外无别、法律与道德不分,³这里,法律与社会形态确实具有一种紧密的内在关联,而当昂格尔错解了中国法律的时候,他也错解了当时的社会形态。

1 昂格尔前引书,页41。

2 参阅张光直:《中国青铜时代》页1—56,288—312(北京:生活·读书·新知三联书店,1983);《考古学专题六讲》页1—24(北京:文物出版社,1986);《中国青铜时代》(二集)页115—130(北京:生活·读书·新知三联书店,1990)。

3 参阅梁治平:《寻求自然秩序中的和谐:中国传统法律文化研究》,第一章。这里需要补充说明的是,西周之毛公鼎铭文中邦、家已有区分(见许倬云前引书,页229—230);《诗经·大田》之“雨我公田,遂及我私”亦暗示了土地制度中的公私观念。本文所谓“家国不分,公私不立”则侧重于二者原则的贯通以及两个领域间界限的模糊不定。