

中国的法律、社会与文化系列

黄宗智 / 著

清代的法律、社会与文化：
民法的表达与实践



上海書店出版社
SHANGHAI BOOKSTORE PUBLISHING HOUSE



中国的法律、社会与文化系列

黄宗智 / 著

法典、习俗与司法实践：清代与民国的比较

白 凯 / 著

中国的妇女与财产：960 - 1949

黄宗智 / 著

清代的法律、社会与文化：民法的表达与实践

白德瑞 / 著

爪牙：清代县衙的书吏与差役

上架建议：中国历史

ISBN 978-7-80678-541-6



9 787806 785416 >

定价：25.00 元

易文网：www.ewen.cc

责任编辑 / 欧阳亮 封面设计 / 张志全



中国的法律、社会与文化系列
黄宗智 / 著

清代的法律、社会与文化： 民法的表达与实践



上海書店出版社
SHANGHAI BOOKSTORE PUBLISHING HOUSE

图书在版编目(CIP)数据

清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践 / 黄宗智著.

—上海:上海书店出版社,2007.1

(中国的法律、社会与文化系列丛书)

ISBN 978-7-80678-541-6

I. 清... II. 黄... III. 民法—历史—中国—清代

IV. D923.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第043516号

清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践

黄宗智 / 著

责任编辑 / 欧阳亮 技术编辑 / 张伟群 丁多 封面设计 / 张志全 版式设计 / 王慧

世纪出版集团上海书店出版社出版

上海世纪出版集团发行中心发行

上海福建中路193号 邮政编码 / 200001

www.ewen.cc. www.shsd.com.cn

全国各地书店经销

常熟市华通印刷有限公司印刷

开本 635×965 1/16 印张 15.5

2007年1月第1版 2007年1月第1次印刷

印数: 1—3 000册

书号: ISBN 978-7-80678-541-6/D·8

定价: 25.00元

本书中文专有出版权归本社独家所有,非经本社同意不得连载、摘编或复制

黄宗智：

美国加利福尼亚大学洛杉矶校区历史系教授，中国研究中心创办主任（1986 - 1995年），《近代中国》(Modern China) 学刊创办主编（1975年至今）。主要著作有：《华北的小农经济与社会变迁》（中华书局1986年版，2000年重版）；《长江三角洲小农家庭与乡村发展》（中华书局1992年版，2000年重版）等。

《中国的法律、社会与文化》

系列丛书：总序

诉讼案件和司法档案的开放使我们有可能重新认识中国的法律制度。研究者现在可以探讨司法实践与官方和民间的表述之间的可能背离，由此重新理解过去的法制，进及国家与社会间的实际关系，以及旧政权组织整体的性质。

法律制度的研究结合了社会史与文化史。过去，社会经济史和文化史学者多分道扬镳，互不过问。但在法律领域中，两者是不可分离的。诉讼案件档案同时包含有关表述和有关行动的证据，意识与行为的分别研究不可能像诉讼案件的研究那样显示两者之间的相互关联。

此系列丛书纳入两位编者自己的重要专著和一批新一代学者的著作，它们既立足于档案史料又采用了新的学术理论与方法。

《清代的法律、社会与文化：民法的表达与实践》重版代序

此书第一版(原版书名《民事审判与民间调解：清代的表达与实践》，中国社会科学出版社1998年版)出来之后，我于1999年3月先后在北京大学、中国政法大学、社会科学院经济所和历史所、人民大学清史所、中山大学等单位介绍了我近十年来的研究，约有一半的内容是此书的总结介绍。该报告的讲稿，因是特地为国内听众写的，可能比英文原作的序更符合国内读者的话语环境。这次重版，谨以该稿的有关部分，稍加修改补充，作为代序。

我这本书，除了过去人们常用的资料之外，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。另外用了一些民国时期的诉讼档案，以资比较。再则是满铁的调查资料，它有相当丰富的有关村庄亲邻调解的资料。

我从诉讼档案得出的一个主要结论是：法律制度的实际运作与清代政府的官方表述之间有很大的差距。我这本书称之为“实践”与“表达”之间的“背离”。

清政府的表达

先谈谈国家政权的表达。它本着儒家的统治思想，对人民摆出的首先是

一位仁者的面貌。譬如，国家禁止“违禁取利”，抑制高利贷，把合法的利息禁止在月三厘，并且规定利息总额不允许超过所借的本额。又譬如，国家规定地主不允许“以威力制缚人”、私禁其佃农或对之用刑。这是国家保护弱者的儒家仁慈的一面。

同时，国家在人民面前也摆着法家严肃的一面。君主总揽大权，人民没有独立于君权的权利。国法主要是一套犯禁惩罚的条规。违犯国家关于结婚程序、继承规则、土地买卖等规定，是要用笞杖刑的。

国家这两副面孔合并起来，即所谓“父母官”。地方县令相对人民，既是严父也是慈母，人民好比年幼的孩子。这是国家在人民面前摆出的自我形象。

从意识形态来说，国家政权的统治手段是仁政。地方官员是儒家的仁者君子，他们以身作则，感化子民，使大家和睦相处，无争无讼。这是儒家的理想。

伴随着这套统治思想的是一整套的官方话语。我这里只扼要举两个例子。县官既然是仁者君子，地方政治如果没能达到理想，一个可能是县官不仁，但更普通的是地方胥吏不好，鱼肉人民。这是清政府构造的现象和道理。《大清律例》对这个构造的现象有个专用名词：“衙蠹”，是指胥吏和衙役而言。这种“小人”像蛀虫蛀坏书一样，蛀坏衙门的政治。

与衙蠹一词相似，清代官方话语之中另有两个标准化了的名词：“讼师”和“讼棍”。在儒家的理想之中，仁人君子本着儒家让人的精神，不会与人有争，更不会涉讼上法庭。一个执行仁政的县官，他会感化子民，使他们也不会涉讼。这样，如果还是有人上法庭，应该归咎于一些不道德的小人：《大清律例》把这种唆使良民涉讼的人统称为讼棍和讼师。前者一般在衙门活动，不少是衙蠹之中的分子；后者在社会上活动，唆使好人涉讼，从中取利。这是清政府的另一构造。（这里须要稍加补充：“讼师”一词，原有它良性的一面，是指深通法律为人伸冤的法律专家——“师”，《大清律例》就有如此的解释。但是，在仁政底下无诉讼的大意识形态之下，“讼师”后来变为只有恶性含义的法律用语。）

清代这套话语有它的内在逻辑。与执行仁政的父母官相对立的是衙蠹，

君子的反面是小人,贤良的县官的反面是恶毒的衙蠹。同样,懂得道德知道让人的君子 and “良民”的反面是不仁的讼师讼棍(又或是“刁民”)。这样,好人坏人成对并列,区别鲜明。地方政治决定于这种好坏鲜明的对立。这是清代官方的构造和话语之中的逻辑。

当然,清代官方话语不完全是道德说词,它也有比较实际的一面。《大清律例》本身就是一个多层面的混合体。一般来讲,它的四百三十六条律比较道德化、理想化,而它在清末的将近两千条的例则比较实际。举一个例子:第八十七条律规定(台湾学者黄静嘉对薛允升 1905 年的《读例存疑》做了仔细的编校,为各条律例做了顺序的编号。我这里用的是他的编号):“凡祖父母在,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,律例在表明儒家的理想状态的同时,实际地容纳了社会习俗。

这里,我们可以区别道德化话语和实际性的话语,对清代法制的官方话语本身作出多层面、多元性的研究。再举一个例子:清代《牧令书》和《幕学举要》这种官箴书,也就是说县官和刑名幕友“手册”类的著作,一般都要做一些公式性的道德化说教:诸如仁政的理想,告诫人民不要涉讼,以及对胥吏衙蠹,和讼师讼棍的怪罪。这些都是当时比较标准化了的话语。但在这个层面以外,这些手册性的书里还都有比较实际和具体的指示。这点我下文还会提到。

但是,总的来讲,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,不都依法律判案。这些表达,都和我上面讨论的仁政意识形态有关。

法律制度运作的实际

诉讼案件档案显示的却是不同的图像：

首先，民事诉讼案件占了县衙门处理案件总数的大约三分之一。这是我从巴县、淡水新竹和宝坻县档案得出的比例。到了20世纪30年代，民事案件的比例上升到大约一半。清代的诉讼案件三分之一这个比例也可以见证于刚才提到的县官和刑名幕友手册类的资料（详见本书第2、7两章）。用一句话说，清代官方话语所谓的“细事”案件，实际是地方衙门处理事务之中的极其重要和占相当比例的一部分。方大湜在他的《平平言》中说得很明白：“户婚田土钱债偷窃等案，自衙门内视之，皆细故也。自百姓视之，则利害切己，故并不细”。方更进一步说明，“一州一县之中，重案少，细故多”。他又劝诫他的同僚们说：“必待命盗重案，而始经心，一年能有几起耶？”像方氏这样的话，就是我刚才提到的官方话语之中的比较实际性的话语。

第二，诉讼当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。我从六百二十八件案件之中，鉴别了五百名原告的身份背景，其中有一百八十九人是普通农民，二十人是农村的雇农，五十一人是普通地主，另外八十二人是城镇的普通居民，二十五人是功名士子，三十三人是商人，剩下的是少数的大地主，大贷户，集体团伙，等等。他们不符合官方话语形容中的诉讼当事人。

第三，衙门处理纠纷的时候，要么让庭外的社区和亲族调解解决，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。我统计了六百二十八件案件中二百二十一件经过正式堂讯的案件，其中只有十一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，明判是非。从案件档案来看，清代法庭是很少像官方表达那样，从事法庭调解的。

我们稍加思考便可以理解，一个县令，是不会，也没有可能采取老解放区和改革以前的那种马锡五办案方式去处理案件，也就是说不会由法官循着

“群众路线”深入调查，访问当事人的亲属邻居，然后做思想工作，说服纠纷双方息事宁人。他没有这样的意识，也没有如此的空闲。他们一般都是“坐庭判案”的。还有，他们虽然在自己的写作之中，喜欢按照当时官方话语的习惯，把自己表达为一个仁人君子，凭道德感化开导子民，但他们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。

汪辉祖在这一点上，说得最实际最透彻。他在《学治臆说》里清楚区别法官堂讯的“断”和民间社区和亲邻的“调解”或“调处”。他是这样说的：“盖听断以法，而调处以情。”“可归和睦者，则莫如亲友之调处。”法官是凭法听断的。作调解的是亲邻，不是法官。他进一步解释说：“法则泾渭不可不分”，“情则是非不妨稍借。”他的意思是，要是可以在庭外通过亲友和睦解决纠纷，大家不伤感情，那最好。但是，上了法庭，就只好凭公办事，依法断案，使是非分明。这样，负的一方多半会怀恨于心，双方长期互相敌视，不如由亲友调解那样可以和睦了结。就因为他认为知县要凭法听断，他告诫当县令的同僚，必定要熟读律例，叫他们“每遇工余，留心一二条，不过数月，可得其要。惮而不为，是谓安于自怠，甘于作孽矣”。

我这里对知县的听断，要稍微加一点比较具体的说明。譬如，一个典卖了一块土地的农民，可能会在十几年之后向买主要求回赎土地。而买主，因为他已经长期掌握了这块地的使用权，对它的占有意识会比较强烈的，他很可能拒绝让卖主回赎。要是闹到官府，而又坚持到堂讯，县官一般首先要检验原来的典契。如果上面写有“绝卖”、“永不回赎”字样，法律有明文规定，是不可以回赎的。如果没有，法律同样明确，在三十年期限之内，一概允许回赎（例95第7条）。诉讼案件之中，像这样的案件比较多。知县的判决都很明确，没有什么“调解”可言。

再则是一个孀妇，如果平日和堂侄子们相处得不好，可能会想从另外的同宗侄子们中另选一个嗣子。但她的叔伯们肯定会有意见，因为他们认为他们的儿子们才是法律上“应继”的嗣子。明清以来，这样的纠纷比较多。从乾隆四十年之后，法律明文规定，允许孀妇不选“应继”侄子，另选她比较喜欢的“爱继”侄子（例78第5条）。这是因为国家法律考虑到她的养贍问题。

像这样的案例，一般也没有什么“调解”可言。知县判案，都是非常明确的。

此外，债务纠纷之中，法律立场明确，欠债是要还的。在这个大原则下，知县听断，也没有什么调解可言。当然，他可能会考虑到欠债人的困难，允许延期或分期偿还。

最后，是婚姻纠纷。比较多的是一方违反婚约，因此闹上法庭。律例在这方面的规定，也相当明确。订立婚约过程之中，不允许一方歪曲事实，欺骗对方。一旦成立，不允许拖赖不依婚约完成婚事。

《大清律例》关于类似这种比较普遍的争执的规定，并不比中华民国民法简略。我们不要以为清代法律只是一个刑法，没有民事内容。它与民事有关的规定，总共有八十多条律，三百多条例。其中关于继承的规定，就有一千一百多字，相当详细。中华民国成立之后，并没有立刻采用沈家本等根据1900年德国民法典所拟的新民法草案，而是援用了旧律例的民事部分（即经过修改，自称《大清现行刑律》的“民事有效部分”）。一直到1930年颁布了《中华民国民法》才停止。我用的二百二十一件知县听断案例，主要是上述这种类型。

大家也许会问：六百二十八件之中，如果有二百二十一件是经过正式堂讯结案的，那其他的案件是怎样的结果呢？不出所料，最大的一部分是经过民间调解解决的。我这里又要加一些说明。清代社会，遇到纠纷，第一步就是亲邻调解。调解不成，才会有一方的当事人诉上法庭“打官司”。但是，进入官府，并不意味着亲邻调解就此停止。相反，他们会更积极地试图解决问题。同时，当事人因为事情搞得严重了，又或是以为庭判将会对自己不利，常会在这种情况下，作出进一步的退让。这样，事情很可能就此解决。按照清代法律制度的程序，在这种情况下当事人应该向法庭正式具呈，恳请销案。六百二十八件案件之中，有一百一十四件有这样的记录。

此外，除了这一百一十四件和二百二十一件有明确判决的案件之外，剩下的是没有明确结局记录的案件。其中有的有中止的理由的记录，较多的是出去传讯的衙役回报找不到当事人，共三十六件。再剩下来的是没有明确记录中止理由的案件。最大数量的是档案停止于知县批说决定受理而飭令发出传讯，然后就没有下文。这样的案件里面应该有相当一部分是因为民间的

进一步调解,解决了纠纷,但一旦解决,当事人没有像法律程序要求那样,到衙门正式具呈要求销案,因此在记录之中,没有明确的结局。我们也许可以估计,在当事人呈状之后,通过进一步民间调解解决的案件,应该最起码占全数的三分之一。这是大家意料之中的现象。

我这里要强调的是,我们不要混淆法庭的行为和民间的调解。清代县官堂讯办案,一般都依法断案,是非分明。他们极少像官方一般的表达那样,以情来调解,使双方和睦解决纠纷。这是儒家的理想和官方话语的描述,不是实际运作之中的情况。

我们把清代法庭想像为以调停为主要处理民间纠纷方法的机关,主要原因是受到清代官方表达的影响。此外,革命以来,法庭大规模地实行法官调解,把过去民间的调解纳入到官方法律(和党政行政机关)系统之下,又宣传说法庭调解乃是中国久有的优良制度,致使我们把清代的法庭也想像为革命以来的法庭那样。档案所显示的事实是清代县官绝少在庭上进行调解,而多像汪辉祖说的那样,依法断案。

民间调解

民间的调解则和衙门法庭审判不同。满铁对华北三个村庄的调查资料中,有四十一件纠纷的详细资料(其中有十八件后来演变为诉讼案件)。这些资料证明,民间的调解,正如汪辉祖说的那样,是以妥协而不是以法律为主的,它的目的不在于执行国法,而在于维持社会的和睦人情关系。

在表达层面上,它在官方话语的影响之下,也谈到“情、理、法”三个因素,但它对这些词汇的理解和使用,是与官方话语不同的,“理”指的主要是普通意义的“道理”,不是儒家意识形态之中的“天理”,“情”指的主要是人际关系之间的那种“人情”(例如:“做个人情”或“送个人情”),而不是儒家意识形态之中的那种仁者的同情心。

广义的清代法律制度在其运作之中,同时包含国家官方的“正式”的司

法制度和民间的“非正式”纠纷处理制度，一是以国法和审判为主的，一是以妥协和调解为主的。另外，正式和非正式的制度相互影响，相互作用，知县对各个状词的批词，当事人一般都能看到，这样知县的批词会在正式堂讯之前影响到社区调解的进展。同时，在社会进行的调解，如果成功，正式制度进行中的诉讼便会中止。像这样由国家法庭和民间调解相互作用组成的空间，我称之为法律制度中的“第三”或“中间”领域。

对清代法律制度的理解

我这本书的中心论点是：清代的法律制度是由背离和矛盾的表达和实践组成的。官方的表达和法律制度的实际运作，既矛盾又统一。（我这里讲的“矛盾”，当然不是完全对立的那种矛盾，而是既有对立，而又统一，既背离而又抱合的那种矛盾。）清代法律制度，一方面具有高度道德化的理想和话语，另一方面它在操作之中比较实际，能够适应社会实际和民间习俗。这是这个制度之所以能够长期延续的秘诀。我们既不能只凭它自己的表达和意识形态来理解它，也不能只凭它的实际行为来理解它，而是要看到它表达和实践双方面的互相依赖和互相矛盾。

它的表达不只决定了它的话语，也决定了它的许多行动。这里简单地举两个例子。它的君主集权的意识形态防止法律制度向司法独立和公民权利的方向演变，法律制度始终可能受到行政权威的干预。另外，它对民事的表达（由州县自理的细事）阻碍了民法制度的充分细致化和标准化，妨碍了程序法的充分发展。我们不要陷入行为主义的错误，忽视了表达的重要。

这里，我要简略地提一下我和日本学者滋贺秀三及其学生寺田浩明之间的争论。主要可以分作三项：一是出于误解的。我在这本书之前，先发了两篇实证性的论文，其中没有打出我这本书的中心论点，他们以为我是个行为主义者，无视表达的重要，又以为我是计量主义者，认为行为的定量是历史的决定性因素。第二是一个实证问题上的分歧。我从诉讼档案看到的现象是

知县听讼,一般不作调解,堂讯一般当场断案,是非分明。而滋贺认为县官听讼,主要行动是调解。这分歧其实没什么好讨论,将来使用档案的人多了,这问题会不了了之。第三个分歧是我们在方法上和历史观上的分歧,才是真正的分歧。滋贺他们研究法制的方法,主要是德国传统的法理学,要求抓住一个法律传统的、甚至于整个社会和文化的核心原理。滋贺特别强调情理法的结合。而我的研究方法,首先要求区别不同层次的官方表达,再注意到官方表达和民间表达的不同,不可以把两者的相同作为前提。两者背离之处有时正是关键问题之所在。更重要的是表达和实践的背离,官方所说常与它所为不一致。我们不要把官方的表达等同于实践。滋贺对情理法原理的分析,我认为主要是对官方表达的分析,有它一定的价值,但不能等同于法律实践和整个法律制度。最后,我们研究社会史的人,讲究的是在一个结构环境之中,不同当事人所作出的抉择。滋贺基本不理睬这个问题,这是我们的另一个分歧。

我和滋贺在分析方法上的不同,可以用下面的例子来进一步说明。清代法律制度要求当事人在法官作出判决之后,具结说他心甘情愿接受并遵循法官的判断。滋贺认为这个制度正好证明了他对清代法理的分析,说明它是一个“教谕性调停”的制度。但档案资料显示的是,这种具结只不过是形式性的东西。知县一旦作出判决,当事人是没有选择余地的。负方非具结不可,不然是会受刑或被押不放的。这种制度,虽然在理念上与西方的判决不同,但决不可看作是真正的调解制度。当时的知县,就像汪辉祖说的那样,把县官的“听断”和民间的亲邻调解,看作性质完全不同的两码事,也就是汪辉祖的所谓“听断以法”,“调处以情”。一是法庭所为,一是亲邻所为。滋贺没有区别法官的“听断”和民间的“调处”,是不符合当时的实际的。而他之所以有这样的看法,是因为他把理念等同于实际操作。区别表达与实践,乃是我的中心论点,也是我和他的基本不同。(滋贺和我的论争可以见于《中国——社会与文化》的“小特集”,13号,1998年。)

正如上面提到的,我这本书区别了《大清律例》和知县与幕友“手册”中道德化的和比较实际的说词。再则是官方的话语和民间的话语的不同:譬如,官方的“天理、人情、国法”与民间调解之中的“情理”的不同。更重要的

是表达与实践之间的不同：诸如清代“细事”，“调处”，“衙蠹”，“讼师”，“讼棍”等的表达和衙门实践的不同。另外是官方的正式审判制度和民间调解制度的不同。最后是清代法律制度中的结构和抉择。本书从这个角度区别法律制度的结构和当事人的种种行为和策略，并区别了两种法律制度运行的模型：一是商品化程度较高的 19 世纪下半期的淡水新竹，一是比较纯粹的小农社会的 18 世纪至 19 世纪上半期的巴县和 19 世纪的宝坻县。

最后是与过去影响较大的马克斯·韦伯理论的对话。他在他构造抽象类型那部分的写作中，企图把中国作为西方的“他者”，把西方近代等同于“理性”的“形式主义”法制，中国等同于非理性的“实体性”“卡地”法。他这个二元对立构造是不符历史实际的。其实，他本人在讨论中国的历史实际时，便已初步考虑到他自己抽象类型构造的不足。本书从他自己提出的“实体理性”尝试性命题出发，加以新的解释和延伸，说明中国的法律制度乃是一个由矛盾的表达和实践共同组成的，是一个包含既背离而又抱合因素的统一体。它的正式制度和非正式制度，以及它的君主集权世袭主义（*patrimonialism*）意识形态和它的官僚制（*bureaucracy*）实践，一如它的道德化表达和实际性运用，乃是一个制度之中的两方面。正是两者的既对立而又统一，组成了清代法律制度的根本性质。

中文版序

此书原稿是用英文写的,对象是美国学术界的同行,现在翻成中文,由国内读者来看,难免会显出一些话语上的间隙。美国学术界长时期以来对中国法文化有一种基本的看法:中国法律传统中政治自由权利不发达,而此种自由,乃是英美现代民法的根本,缺乏这种传统,便不可能具备现代型的民法。为此,学术界一般都认为,清代并无“真正的”民法可言。拙作为了纠正这一误识,花了相当的篇幅析论民法的概念和实际。对国内读者而言,这些讨论可能会显得多余。清代具有民法,早已是国内同仁的共识。中国法制传统中,一直都没有把民法等同于政治权利,或即今日的所谓“人权”。

此外,本书书题中用“表达”(representation)一词,国内读者乍看可能会觉得不太好理解。我用“表达”首先是指对事实的描述,它可能符合真相,也可能与之背离。清代国家对它自己法制的描述,多有背离实际之处。区别其描述与实践,乃是此书的一个主题。其次是事实的理想化。国家政权一般都会打出一套理想,作为其统治思想的一个主要部分。清代此种理想对事实的歪曲,也是本书的一个主题。最后是描述与理想的深层构成逻辑,本书的“表达”一词,同时具有这三重含义。

再者,阐明中心论点时,此书英文版多次用了“paradox”一词。“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”,