

中 华 文 史 新 刊

清代民事诉讼与社会秩序



吴
欣
著

本书通过分析清代的农民、士绅、商人、僧人、道士、妇女、“中人”等民事诉讼主体，探讨了制约基层社会稳定和发展的因素。作者力图突破以王朝为中心的研究模式，以清代社会各阶层的人为中心，从他们的差异性、主动性入手，阐发我国传统社会法律规则的特点，以及法律与社会结构、秩序的关系。在清代法律、社会史研究方面做了有益的探索，具有较高的学术价值。

中 华 书 局

中 华 文 史 新 刊

清代民事诉讼与社会秩序

吴 欣 著



中华书局

图书在版编目(CIP)数据

清代民事诉讼与社会秩序/吴欣著. —北京:中华书局, 2007. 10
(中华文史新刊)

ISBN 978 - 7 - 101 - 05852 - 9

I. 清… II. 吴… III. 民事诉讼 - 研究 - 中国 - 清代
IV. D925.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 144644 号

书 名 清代民事诉讼与社会秩序

著 者 吴 欣

丛 书 名 中华文史新刊

责任编辑 焦雅君

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 北京未来科学技术研究所有限责任公司印刷厂

版 次 2007 年 10 月北京第 1 版

2007 年 10 月北京第 1 次印刷

规 格 开本/630×960 毫米 1/16

印张 13 $\frac{3}{4}$ 插页 2 字数 200 千字

国际书号 ISBN 978 - 7 - 101 - 05852 - 9

定 价 28.00 元

序

吴欣博士的学位论文经过修改后就要出版了，她要我写序。作为导师，我欣然接受，想围绕着本书谈些感想，或许对于读者认识此书有些帮助。

目前，社会史研究方兴未艾，社会史跨学科研究的特性，使其比较具有理论色彩和新的问题意识。历史学的选题如果与其他社会科学的研究对象一致，应当学习那些学科的知识，基本上是现在历史学者的共识。然而，在具体问题的研究中处理好二者的关系，并不是一件容易的事情，由于历史学与社会科学的思考方式与问题意识不尽相同，究竟是从历史学提出问题还是从社会科学提出问题，有一个“立场”问题，同时历史学究竟要在多大程度上借鉴社会科学也容易产生困惑。本课题主要是历史学和法学的交叉领域，历史学专业出身的吴欣花费很大精力投入法学领域的学习，在历史学与法学结合研究社会史上做了良好的尝试，她的实践对理解社会史研究中历史学与社会科学的关系提供了一个可以讨论的样本。

在社会史研究的学术史中，有一个从法制或者说法制社会史入手的研究传统。瞿同祖先生以 1947 年问世的《中国法律与中国社会》一书，开创性地揭示出中国法律呈现出的社会基本结构——等级身份与家族。瞿同祖先生的研究不仅注重法律规定，而且也涉及法律的实践情况，为后人树立了一个研究典范。有着类似研究路数的经君健先生则以 1980 年发表的宏文《试论清代等级制度》描绘出清代等级秩序的图像，并以《清代贱民研究》一书系统探讨了社会下层的贱民身份问题。冯尔康先生也在《清人社会生活》、《顾真斋文丛》、《中国社会结构的演变》等书中系统探讨了以清代为主的中国传统社会等级结构。近年来，海外学者黄宗智先生从诉讼司法这一新的角度研究清代法制社会史，在清代法制的性质上与日本著名法制史大家滋贺秀三先生展开论战，他们的著作如滋贺秀三等的《明清时期的民事审判与民间契

约》、黄宗智的《民事审判与民间调解：清代的表达与实践》都在1998年翻译出版，2001年黄宗智另一译作《清代的法律、社会文化：民法的表达与实践》也在中国问世，活跃了清代法制社会史的研究。在中国法制史领域，梁治平先生文化史的研究特色也引人注目。

当我们在明清史课上讨论法制与社会专题时，吴欣表现出很高的热情，进入了清代法制社会史的讨论，并对社会秩序问题感兴趣，大有投身法学的感觉。她的硕士论文探讨清代的官民关系，博士论文选题依然定在清代法制社会史。

吴欣的博士论文是从民事诉讼入手讨论社会秩序，问题意识主要是法制史的，但是她与以往清代民事诉讼研究的不同之处在于关注诉讼主体，即社会群体，以人为本，这样就进入了社会史。在清代社会群体的研究中，不乏法制史的视角。如上所述，已经产生了不少重要成果，不过这些研究主要讨论各种人的法律地位，即身份的研究，在社会结构上关注法律赋予的等级性，并与讨论生产关系的阶级性有所区别，而吴欣的研究则重视不同职业、年龄、性别群体的诉讼地位。由于传统司法审判具有依据情理法的特点，表现出某种灵活性与动态感，由此讨论诉讼主体，便使各社会群体活起来，我们看到了诉讼过程中呈现出的生活化的士、农、工、商、僧道、妇女等。虽然也是从法制角度讨论社会群体，区别于以往的等级身份研究。出于法而入于史，吴欣为清代法制史和清代群体史树立了新的研究形象与风格。此外，本书还讨论了诉讼过程中出现的“中人”和听讼者地方官，这是法制史研究框架的结果。

有好的研究思路和问题意识还不够，做好研究还需要坚实的资料基础。本文对资料的占有比较充分，以档案、判牍、官箴、笔记、契约为基本资料，资料类型多样，观点有扎实的资料支持，如作者讨论农民的诉讼问题，使用了第一历史档案馆的顺天府《宝坻县档案》，“中人”部分的写作则是作者看了几个月徽州文书资料后写的，是从资料出发归纳的，不是简单套用法律概念或法学框架。

跨学科研究的作品最担心所跨的不同学科都不认可，认为你是不像，丧失了学科本位与特色。要达到使不同学科的人都满意，不是一件轻松的事，可能作者还需要继续努力。好在吴欣的博士论文得到了数位清史专业出身又研究法制史学者的好评，而且他们多数在法学单位从事研究与教学，这更增添了我对吴欣论文的信心。

社会史带给我们机会，而其跨学科的研究特色也给我们带来了挑

战。立足历史学以开放的心态接受其他学科知识,用新的问题意识和思考方式诠释历史,吴欣做了有益的尝试,但是我希望她带给我们更多的东西,瞿同祖先生的研究得出了中国法律儒家化,具有以礼入法、礼法合一特色的结论,他的书堪称经典。吴欣博士的书又将告诉我们什么呢?是为序。

常建华

2006年12月8日于津门家中

目 录

序	1
导 论	1
 第一章 一般诉讼与秩序	21
——以普通农民的民事诉讼案件为例	
一、婚姻诉讼	22
二、“兄弟争产”诉讼中的伦理、宗法与律例	40
三、田土、房屋诉讼中的契约与“组织”	54
四、小结	61
 第二章 “权力”与诉讼	62
——以士绅的民事诉讼案件为例	
一、士绅的“特权”与其进行诉讼的事实	63
二、士绅诉讼案件的一般类型	68
三、士绅“遭遇”诉讼的惩罚	77
四、士绅的“权力”在维护秩序中的作用	80
五、小结	83
 第三章 经济交往中的权利与诉讼	86
——以民事诉讼中的商人为例	
一、合伙贸易中东伙的诉讼纠纷	87

二、合资合伙经营中的诉讼纠纷	93
三、商人与主顾的诉讼纠纷	97
四、商人与商人之间的诉讼纠纷	103
五、小结	112
 第四章 信仰空间中的诉讼	113
——以庙观产业纠纷中的僧、道为例	
一、僧尼、道士对庙产的处置权	115
二、舍主及绅民等对寺观产业处置权的干预	117
三、地方官对庙观产业管理权的剥夺	121
四、僧道、民众、地方官在寺观空间中的矛盾与整合	124
五、小结	129
 第五章 “弱势”群体的诉讼与权利	130
——以妇女的诉讼案件为例	
一、妇女进行诉讼的一般条件	131
二、妇女诉讼的特殊案件	135
三、“抱呈”与诉讼主体之辨析	137
四、妇女的“诉讼资源”与作为“诉讼资源”的妇女	141
五、寡妇再嫁过程中的权利与社会关系	144
六、小结	155
 第六章 民事诉讼主体的“人为”保障	159
——以徽州地区的“中人”为例	
一、关于“中人”的概说	159
二、中人的身份	162
三、中人群体及其法律作用	172

四、小结	177
第七章 民事诉讼主体的官方保障	182
——以地方官为例	
一、民事诉讼中的地方官	182
二、贱讼与听讼	186
三、“执法”与“泥法”	193
四、民事诉讼中的官、民	198
五、小结	202
结 论	203
后 记	209

导 论

本书拟从“民事诉讼”这一角度出发,通过对诉讼者的“主体性”分析,来揭示清代社会中不同群体的诉讼事实以及社会秩序如何在变化中得到了维护。笔者在此借用诉讼主体^①这一现代法律概念,并非有意忽略古今在知识结构与观念上存在的差异,而是基于对诉讼者诉讼身份加以认定的需要。作为一个现代社会的研究者,当我们面对历史时,常常会感到某种“困惑”,因为我们所拥有的知识体系和立足的研究立场在时间上已经发生了变化。但或许就是在这种“困惑”中,我们能够更清醒的意识到古今在价值层面上存在的差异,更能够从功能角度来认识清代民众诉讼的事实,以及社会自身与秩序维护的相互关系。

研究之初,首先要对以下几个基本问题做一概括性的论述:一、为什么选择“民事诉讼主体”作为选题?二、与本课题相关的研究现状如何?三、研究的具体内容包括哪些?四、试图从哪些方面实现创新与突破?主要依据哪些资料以及用什么方法来进行研究?

一

民事诉讼,作为一个具有现代性内涵的法律词汇,其在清人的记录中十分鲜见,但这并不表明古人有关诉讼与判罚的实践中不存在民事与刑事的模糊划分。早在《周礼·秋官·司寇》中已有“争罪曰狱,争财曰讼”的初步归类,郑氏亦注曰:“讼,谓已财货相告也;狱,谓相告以罪名者”;地方官在对案件审理的过程中,也有“折狱”与“听讼”之

^①民事诉讼的“主体”,“在法律关系中,是指权利义务之所属,客体是权利义务之所附,因此主体与主体之间,即凭客体彼此牵涉,牵涉之内容即为权利义务”。参见郑玉波《民法总则》,台北三民书局,1979年,第63页。

分；而民间则将遭遇诉讼谓之“雀角鼠牙之挠”（毛诗行露注云：“雀有柴而无角，鼠有齿而无牙，故以雀言狱，鼠言讼也。”^①）具体到清代，在实际案件审理及判断过程中，有关“户婚、田土、钱债、继承”等内容的案件确实与命盗等案件存在不同，这种不同不仅表现在实际的判罚中，更主要的是指导这种实践的意识与观念的差异，因为在“国家刑罚禁令之设，所以诘奸除暴，惩贪黜邪，以端风俗，以肃官方也”^②的原则指导下，“一般安全”^③成为法律存在的根本，因之，户婚、田土、钱债、继嗣等有关民众权利与义务的纠纷概被称为“细事”^④，显示了与“命盗”重案的区别。

在清代地方官员所作的判牍及笔记资料中，我们经常见到这样的描述：“户婚、田土、钱债及一切口角细故，乃民间常有之事，自有一定道理”^⑤；“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。即是细故，而一州一县之中重案少，细故多，必待命盗重案而始经心，一年能有几起命盗耶？”^⑥应该说，地方

①（元）佚名《居家必用事类全集》，参见《续修四库全书》，上海古籍出版社，2002年。这种称呼至清代已逐渐变成专指民事等情节较为轻微的诉讼纠纷，例如：“嗣后有鼠牙雀角互相争斗，尽可投明亲族、邻里为之理处。”（参见刚毅《牧令须知》“劝民息讼示”）在这里，鼠牙雀角更多是指户婚、田土等情节较轻的案件，而不再有“狱”与“讼”之分。

②（清）嵇璜《皇朝文献通考·刑考》，光绪八年刻本。

③“一般社会安全”是指法律存在的目的仅是为了维持治安，满足社会对一般安全的要求，而不是通过强制实施人们间的权利义务来维护社会现状。因为在高度集权的封建国家中，司法的主要任务就是确保国家的长治久安，而不在于保证人们的个人主张。美国法律史学者庞德关于“法律的目的”的这一论述也在一定程度上适合于中国法律。见庞德著，曹玉堂等译《法律史解释》，华夏出版社，1989年，第28—30页。

④参见（清）方大湜《平平言》卷二“为百姓省钱”中“照得钱债田土坟山及一切口角细故，原是百姓常有的，自有一定道理”；（清）凌涛《西江视臬纪事》卷三“禁拦輿混呈”中“如有命盗贪赃枉法光棍匪类私铸赌博等项重情控地方官不究仍许抱牌控告外，其余户婚田土钱债口角一切细事不许拦輿混递”；徐栋《牧令书辑要》卷七中“寻常户婚田土事总以速结为美”。

⑤（清）刘衡《州县须知》“劝民息讼示”，见许乃普辑《宦海指南》，咸丰九年刻本。

⑥（清）方大湜《平平言》卷三“勿忽细故”，光绪十八年资州官廨刊本。

官员的记述与实际档案资料中大量存在的民事案件^①都表明:诸如户婚、田土、钱债、继嗣等纠纷几乎会浸透到每个普通民众的生活中,并有形成诉讼的可能,而这种可能所反映的正是人们一般生活中“常态”性的内容。对研究者而言,挖掘这些内容将能进一步展示民众生活的一般状态以及国家法律的实际状况。

事实上,法律史学界对于民事诉讼案件早已给予了密切关注^②,应该说,这些关注点略有差异的研究,解决了清代民事诉讼的一些基础性问题,比如从程序的角度论证了清代民事诉讼的基本制度;从表达与实践的层面阐述了法律的执行情况;利用国家、社会的二元框架论述了国家法律与民间习惯法对秩序维护的作用,以及国家法律的自我调整状况等。但由于他们或局限于各个朝代民事诉讼制度的铺陈,或仍以王朝为中心,将实体法及其适用问题作为探讨的重点,而忽略了实际的诉讼主体——民众本身在诉讼中的地位,使得研究仍局限于概念法学、宏大叙事、法规制定,忽视了司法在人们生活中的实际作用

①关于民事诉讼数量的问题,就档案资料来看,乾隆朝《巴县档案》中,共有案件179件上诉至县衙,其中民事诉讼案件101件,占总数的56.4%(此数字是笔者根据档案出版社1991年版的《清代巴县档案汇编·乾隆卷》所做的统计)。在第一历史档案馆所珍藏的顺天府全宗《宝坻县刑房档案》中,共有4269件诉讼案件,其中民事诉讼案件有2946件,占总数的60%(参见张晋藩《中国民事诉讼制度史》,巴蜀书社,1999年,第176页)。日本学者夫马进在研究嘉庆二十一年湖南宁远一带的诉讼问题时发现,一年中,此地的地方官接到一万多份诉状(参见(日)夫马进《明清时代的诉讼与诉讼制度》,载滋贺秀三等著,王亚新等译《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社,1998年,第392—394页。)事实上,在清人的文献资料中,对民事诉讼为数较多的事实也多有记述,可参见(清)汪辉祖《学治臆说》“治地棍讼师法”,光绪年间刻本;柳堂《宰惠纪略》,见《官箴书集成》,第九册。当然,对这样的描述,我们也应该看到其地域性差别,正所谓:“各省之风土人情多相悬殊,但当其所宜而设施不容泥定一律。”(参见王景贤《牧民赘语》,《官箴书集成》,第九册)

②相关的代表性著作有:(日)滋贺秀三著,张建国等译《中国国家法原理》,法律出版社,2003年;黄宗智《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;郑秦《清代地方司法制度》,湖南教育出版社,1998年;张晋藩《中国民事诉讼制度史》,巴蜀书社,1999年;(英)S·斯普林克尔著,张守东译《清代法制导论》,中国政法大学出版社,2000年;梁治平《寻求自然秩序中的和谐》,中国政法大学出版社,1997年。其实在其他的诸多著作中,都涉及这类问题,在此不再一一列举。

以及社会对它的接受与运用程度。在历史的场境中,“对于当时生活在其中的人们来说,使任何必要的营生都有可能进行的交易或财产权安排,以及支撑着这些活动的——用今天的法律专业术语来讲就是——法的稳定性,却大致能够在社会里得到维持”^①。也就是说,在清代社会中,其社会秩序的维护并未完全依赖于法律制度的完善。因此,如果仅仅局限于“国家”的立场,来解释与理解秩序的稳定性,那我们不仅会忽略传统社会结构的特质,以及人在其中的主动性问题,而且也根本无法弄清清代法律事实上的社会功能和清代社会秩序得以维护的实质性内容。而解决这一问题,我们首先要对户婚、田土、钱债、继嗣诉讼中的“人”^②进行研究,但这种研究在以往的学术著作^③及学者们的研究视野中,往往被忽略,只是作为法律执行的受动者而出现。但“人”却恰恰兼有维护与破坏秩序的双重身份,而且不同的“人”在其中的作用又有所不同。因此只有首先对“诉讼主体”这一“中心”进行细致而深入的研究,我们才能够全面认识清代社会结构及社会秩序。

二

学术的发展、问题的确立离不开对以往学术研究的梳理,已有的相关研究又无疑是未来研究的基础。回溯以往研究成果我们注意到,在社会结构、群体研究以及社会秩序问题的探讨中,史学界与法学界都取得了不少研究成果,法学界的学者在法律制度、法律思想、法律文化等方面用功颇深,出版了诸多富有创建性的研究成果,但其中更多

①(日)岸本美绪《明清契约文书》,见(日)滋贺秀三等著,王亚新等译《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社,1998年,第312页。

②我们在此论述的“人”并非单个人,而是指复数的人,指具有某种共同特征的群体。对此,常建华教授在《社会史研究的立场与特征》(“当代社会史研究走向”笔谈,《天津社会科学》2002年第1期)一文中曾有详细论述。

③实际上,以往人们关于有无“民法”的争论也存在着这样的倾向,即只谈到“民法”中“法”的问题,而忽略了“民”的问题,好像这是两个无关的概念。而事实上,“人”在保护自我、解决矛盾的过程中有着很强的主动性,例如利用人际关系确定中人、抱告,以最大程度保证胜诉,或以“报官立案”等形式提前获得诉讼证据等。只有对民与法进行双重的研究,才有可能较全面地了解“人”与“人们的秩序”之间的关系。

是对法律制度的研究,忽视了法律的实践活动;史学者则多集中于社会结构与群体实践性与地域性差异的研究,很少从法律冲突的视角来对国家司法进而对社会结构与社会秩序进行深入研究。但事实上,正是这些关注点差异较大的研究成果为我们的研究提供了坚实的基础。

应该说,目前瞿同祖先生著述的《中国法律与中国社会》(中华书局,1981年)一书是研究国家与社会最为深入的著作,其从家族、婚姻、阶级、巫数、宗教、儒家思想、法家思想以及传统法律儒家化等方面全面论述了法律与社会结构、社会生活的关系,为我们进行相关研究提供了十分有意的借鉴。具体到清代社会,经君健先生《试论清代等级制度》(载《中国社会科学》1980年第6期)一文首先论述了清代社会等级的结构及其特征,而冯尔康、常建华两位先生著述的《清人社会生活》(天津人民出版社,1990年)一书则涉及清代的等级、团体、宗族、家庭、人口与社会、社会救济、清代历史发展等内容,对清代的社会结构以及人们的一般社会生活进行了探讨,也为我们研究清代的法律实践提供了历史的基本“场境”。冯尔康先生主编的另一部著作《中国社会结构演变》(河南人民出版社,1994年)则对整个传统社会结构的渐变与传承做了历史长时段的论述。

当然,具体到一般群体的研究,我们注意到:在现实生活中,由于存在着性别、职业、身份、地位等差异,不同人群也具有了不同的法律地位,这又会使他们在社会秩序维护过程中发挥不同的作用。事实上,对这一问题,不少学者已经进行了诸多尝试性的研究,并对一些基础性的问题予以了解答。比如,关于农民群体的研究有诸如冯尔康先生的《清代地主层级结构及经营方式述论》、《清代自耕农与地主对土地的占有》(以上两篇文章均参见《顾真斋文集》,中华书局,2003年)。关于士绅研究的代表性著作有:张仲礼的《中国绅士——关于其在19世纪中国作用的研究》(上海社会科学出版社,1991年);周德荣的《中国社会的阶层与流动——一个社区中士绅身份的研究》(上海学林出版社,2000年)。关于妇女群体研究的文章和专著很多,有冯尔康《清代的婚姻制度与妇女的社会地位述论》(载《清史研究集》第5辑,光明日报出版社,1985年);郭松义的《伦理与生活——清代的婚姻关系》(商务印书馆,2000年);王跃生的《清代中期婚姻冲突透视》(社会科学文献出版社,2003年)以及李中清、郭松义、定宜庄编论文集《婚姻家庭与人口行为》(北京大学出版社,2000年)等,这些论著都在对婚姻、家庭这些基本社会组织的论述中涉及妇女群体的社会地位、法律地位以

及社会生活等问题。其他关于商人的论著有张海鹏、张海瀛主编的《中国十大商帮》(黄山书社,1993年);关于僧侣的相关文章有常建华的《乾隆前期治理僧道问题初探》(中国社会科学院历史研究所明清史研究室编《清史论丛》,中国广播电视出版社,2002年);关于地方官的著作有瞿同祖的《清代地方政府》(法律出版社,2003年)等,恕不赘述。

显然,以上这些著作或文章都立足于群体,深入探讨了他们各自的特征、生产生活方式以及其对社会变迁甚至国家制度的影响。应该说这些研究更多立足于国家制度或生活常态的范畴,没有从冲突的角度来反映不同群体的生活差异。面对简单而又重复性的生活,不同的群体同样必须要经历纠纷甚至诉讼的“考验”,而这种考验对相对封闭的社区生活秩序也是一种检验。我们正是要透过冲突的形式与内容来观察不同等级、身份、性别的人群的不同表现,挖掘人们生活中的秩序与秩序中的生活。

在法学界,人们更加关注的是法律制度及其渊源等问题。在这样一种问题意识的指导下,出现了以下几种十分具有代表性的研究:

首先,法律作为国家的强制力,其在国家、社会秩序维护中的作用不言而喻,正所谓:“先王之治国也,不淫意于法之外,不为惠于法之内。动无非法者,所以禁过而外私也。……是故先王止治国也,使法择人,不自举也;使法量功,不自废也。”^①虽然不少社会学者在不断的向我们提供证据并试图说明:无须法律的秩序不但存在且运作良好,而法律也不必然导致秩序。但“贫者非不欲夺富者财也,然不敢者,法不使也。强者非不欲暴弱也,然不敢者,畏法诛也”^②却表明了法律存在的必然性。

人们对国家制定法在维护秩序中的作用是认可的,但在什么是“法”,即传统法律具有什么样内涵的问题上却存在一定的分歧,这种分歧早在近代人的论述中就已有所涉及。所谓“法,刑也”的观点,旨在说明传统律法的内涵或其关注点在于刑罚,但严复却认为:“西人之礼典,实兼中国之礼典。中国有礼刑之分,以谓礼防未然,刑罚已失。而西人则谓凡著在方策,而令一国之必从者,通谓法典。至于不率典之刑罚,乃其法典之一部分,谓之平涅尔可德,而非法令之全体。故吾

①《管子·明法》。

②同注①。

国《周礼》、《通典》及《大清律例》、《皇朝通典》诸书,正西人所谓劳士,若但取秋官所有律例当之,不相侔矣”^①。现代学者也这样论及法的内涵:“我们在强调古文中‘法,刑也’的含义时,却无视或忽视古文中‘法’所体现和具有的‘常也’(自然规律)、“制度也’、“礼法’也(风俗习惯)等意义”^②。尽管对法律的这种理解已经将国家成文法的内容扩大化了,但事实上,它对我们了解国家法律之“伦理化”或“儒家化”以及“以礼入法”的特征却是十分有益的。

其次,作为国家文化的积淀,国家成文法的神圣性在一定程度上制约着民众的行为,但我们又必须正视社会本身的习俗以及民间法等内容在社会秩序维护中的作用。学界首先将“民间法”进行概念化的是梁治平先生,他在对清代的习惯法进行研究的过程中认为:习惯法乃是由乡民长期生活与劳作过程中逐渐习惯的一套地方性规范;它被用来分配乡民间的权利与义务,调整 and 解决他们之间的利益冲突;习惯法并未形诸文字,但并不因此缺乏效力和确定性,它在一套关系网络中被实施,其效力来源于乡民对此种“地方性知识”的熟悉和信赖,并且主要靠一套与“特殊主义的关系结构”有关的舆论机制来维持^③。在这样的概念分析中,强调了习惯法本身的地方性以及它在秩序维护中的作用,并且立足于国家与社会的二元结构,提出了“国家法”和“民间法”的二元划分。高其才在对习惯法进行理论研究时也指出:“习惯法是独立于国家制定法之外,依据某种社会权威和社会组织,具有一定强制性的行为规范的总和”^④,其强调了“社会权威和社会组织”这些非国家强制制度与机构在秩序维护中的作用。何勤华则从法律渊源的角度对以上二者的观点提出了疑义,他认为二者最大的问题在于:习惯法虽然在形式上存在着独立的形态,但在实质上却无独立之地位——当它被国家立法机关认可时,它就成为国家制定法的一部分,当它被国家司法机关认可时,它就成为判例法的组成部分,并就此进一步认为,在清代司法审判机关一元的情况下,不可能也不允许法

①(法)孟德斯鸠著,严复译《孟德斯鸠法意》所作“按语”,商务印书馆,1981年,第7页。

②曾宪义、马小红《中国传统法研究中的几个问题》,《法学研究》2003年第3期。

③梁治平《清代习惯法:社会与国家》,中国政法大学出版社,1996年,第127—128页。

④高其才《中国习惯法论》,湖南出版社,1995年,第3—4页。

律渊源的二元结构,所谓“民间法”(地方习惯、家族族规、行会章程、少数民族习惯等)在被国家及地方各级审判机关适用,成为法律渊源之后,它们就是国家法律的一部分;而在遭到国家审判机关排斥、否定的情况下,它们只能是一种民间规范——虽然也起着规范调整部分人群、部分地区之纠纷的作用^①。从实际的诉讼案件来看,我们认为不管是国家法律的一元结构体系,还是国家民间二元的对立^②,实际社会自身都必然存在着一套进行自我调整的规范,这些规范与国家的制定法事实上是不矛盾的,例如国家法律不但不排斥习俗,相反可能会产生或依赖一些民间规范;也容忍一些民间规范的存在。因为法律本身永远都不可能达至社会的每个角落,所以民间规范的存在是必然的,而且这种必然与国家制定法的融合虽可能以某种冲突的形式表现出来,并可能因之被国家制定法所否定,但作为已经被模化为带有传承性特质的规范,仍具有生命力,并成为人们固定化了的生活。我们在案例中也可以看到,具体到一案一例,习俗或习惯法可以被国家法律轻易地否认,但在现实生活中,它们的消失却需要一个漫长的过程,或永远被保留下来。同时,民间法中的习俗与习惯法二者并不具有相同的内涵,而两者最大的不同则在于是否关系到权利义务的分配,以及彼此在冲突中的利益调整问题。作为习惯法,它的上述功能是明显的,也就是说,虽然它并不能像国家法律那样对社会关系中的权利与义务进行明确、肯定、具体的调整,但又不像风俗、习惯那样,仅以其“互惠性”与“公开性”^③作为维持责任的力量。

从秩序维护的功能性角度而言,以上的争论虽然从法律渊源上对社会控制的形式作出了界分,但实际上关于“什么在秩序维护中起到了作用”的问题并没有得到全面解答,仅对民间法而言,由于民间缺乏专门的司法组织来协调社会行为,所以通过机构的运转来识别情、理

①何勤华《清代法律渊源考》,《中国社会科学》2001年第2期。

②在社会学中,国家与社会的场域划分建基于权力分化与平衡关系的表达上,并假定两者都作为自主的实体而存在,并构成相互间的对峙与谈判。但我们认为:在传统社会中,因为并不存在着清晰可辨的权利实体,因而也并不存在着实际意义上的国家与社会或民间的对立。

③(英)马林诺夫斯基著,原江译《原始社会的犯罪与习俗》,云南人民出版社,2002年,第75页。