

民间法文丛 谢 晖◎主编



清水江文书之法意初探

程泽时◎著



中国政法大学出版社

清水江文书之法意初探

程泽时◎著

民间法文丛 谢 晖◎主编



中国政法大学出版社

2011·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

清水江文书之法意初探 / 程泽时著. —北京: 中国政法大学出版社, 2011. 11

ISBN 978-7-5620-4079-8

I. 清… II. 程… III. 文书档案-研究-黔东南苗族侗族自治州 IV. G279.277.32

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第225793号

书 名 清水江文书之法意初探 QINGSHUIJIANG WENSHU ZHI FAYI CHUTAN

出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)

北京100088 信箱8034分箱 邮编100088 zf5620@263.net

<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)

(010) 58908285(总编室) 58908325(发行部) 58908334(邮购部)

承 印 固安华明印刷厂

规 格 720mm×960mm 16开本 26.75印张 470千字

版 本 2011年12月第1版 2011年12月第1次印刷

书 号 ISBN 978-7-5620-4079-8/G·4039

定 价 56.00元

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。



总 序

这套筹备了多年的丛书，终于要和读者见面了！

近二十年前，鄙人开始关注民间法问题，其中缘由，是和当时参与教育部项目“回族法文化研究”密不可分的。通过相关调查和研究，我才自觉地认识到：人们日常的交往生活，尽管依赖于国家正式法律者甚多，但人类秩序的建制，并不首先是从法律开始的，相反，法律本身的制定，必须遵循社会生活的规定。这种认知，在既有的法学理论中不但有所耳闻，而且是彼时法学教育中大讲特讲的。那时，所谓研析“规范内部的学问”还不为人们所接受，不像如今这般红火。虽然人们在讲授课程时，把“经济基础决定上层建筑”、社会事实决定法律一类的观念不时传授给学生，但在实践层面上，究竟如何把握这一问题，学生也罢，老师也罢，经常是不得要领的。相反，把人们在社会交往中存在的既有规则，如祭祖规则、节庆规则、信仰规则，等等，一股脑儿归结为所谓“四旧”，必欲彻底扫除而后快，却是司空见惯的。其结果是教材所授与实践操作之间形成巨大的反差，甚至出现实践所为和理论教化之间的倒挂：似乎不是经济基础决定上层建筑，反倒是意识形态等上层建筑决定社会及其发展。

不过近十多年来，我国立法、司法等法治实践的发展，还是最终趋向于对我们时代和国情的关注，法律的全球化和法律的本土化关怀几乎同时在中国法治实践中搬演。这显然是一个需要大智慧和大手笔予以探索、协调和对接的问题。在这期间，学人们不仅探讨法治化进程中和全球化相呼应的问题，而且也开始深究中国法治的自身土壤问题。在这一过程中，“法律文化论”、“本土资源论”、“民间规范论”、“私力救济论”、“替代性纠纷解决机制论”以及“法人人类学论”等不同的学说，成为我国不同法学者之间探究法治化进程中自身土壤问题的几种主要进路和学术观点。围绕这些理论或进路，产生了一批学术论著。特别值得一提的是，在法治发展中，具有“春江水暖鸭先知”功能的司法机关，已经在认真尝试如何在司法中将法律的一般规定和民间规范相结合的问题。其中“泰州经验”、“东营经验”、“陇县模式”等，引起了国内法学界和司法界的普遍关注，这更进一步证明在学术研究中关注民间规则以资法治实践的必要性。

九年前，为了推进对民间规则的研究，促进教学中学生对社会事实问题的认知，我和同仁们共同创办了以书代刊的《民间法》年刊。如今，该刊已经正式出版了八卷。与此同时，我在《山东大学学报》、《甘肃政法学院学报》分别主持的“民间法专栏”、“民间法·民族习惯法专栏”两个栏目，已分别坚持了五年和四年，期间稿件源源不断，所发表的论著也不断被转载、转摘和引用。其中《民间法》年刊被教育部“委托南京大学图书馆”评为“CSSCI来源集刊”。此外，自2005年开始，我和同仁们发起了全国“民间法·民族习惯法研讨会”，已分别在西宁、成都、兰州、武汉、贵阳召开了五届，来自全国各地的学者们就相关论题积极参与、热烈讨论。如上情形，已经形成了民间法研究之静态和动态两个“阵地”。这表明，这一领域具有很大的研究必要和开发潜力。为了进一步推动民间法研究向纵深方向发展，北京理工大学法学院、山东大学法学理论泰山学者团队决定编辑出版这套“民间法文丛”。这套文丛，也是拟议中的北京理工大学法学院三种学术丛书之第一种。

此为“民间法文丛”的第一辑。收入第一辑的著作，有些是作者

多年来调研的积淀之作，如《原生的法——黔东南苗族侗族地区的法人类学调查》、《藏族古代法新论》、《乡土秩序与民间法律——羌族习惯法初探》三书就是徐晓光教授、多杰教授和龙大轩教授多年来深入苗族、侗族、藏族、羌族等地区认真调查、归纳、总结和研究的成果。鄙人的《大、小传统的沟通理性》、魏治勋的《民间法思维》两书，则是作者多年研究民间法问题的心得。其他五部作品，分别是贾焕银的《民间规范的司法运用——基于漏洞补充与民间规范关联性的分析》、姜世波的《习惯国际法的司法确定》、王新生的《习惯性规范研究》、厉尽国的《法治视野中的习惯法：理论与实践》、张渝的《清代中期重庆的商业规则与秩序——以巴县档案为中心的研究》，它们都是作者在其博士论文基础上修改而成的。

自上述丛书第一辑的清单可以看出，本辑入选图书的一半左右偏重于学理的探讨。但民间法问题恰恰是一个必须来自实践，通过对人们交往行为中的日常规范，特别是纠纷处理的日常规范之分析、解剖、归类、整理，才能深入其堂奥的问题。在这个意义上，民间法研究理所当然应当把社会实证放在第一位。这也是本丛书以后的各辑在组稿时将特别强调和注意的。

鄙以为，按研究内容和专题所编辑的学术丛书的功能，一是能集中展示某时段、某地方的学者们在某个研究领域里的研究成果；二是能更好地实现在某一研究领域里学术成果、学术规范和学术方法的积累；三是能给相关的学习者和研究者在查找资料时提供便利。在这三点中，我特别看中第二点。但要让一套学术丛书真正发挥学术积累的作用，贵在持之以恒。因之，本丛书拟在条件许可时，分辑编辑出版，不断坚持下去，以期为中国民间规范的研究，乃至法社会学的研究，贡献微薄的心力和智慧。

是为序。

陇右天水学士 谢晖

2009年7月3日于苏州桥畔



第二辑说明

自从“民间法文丛”第一辑九部作品问世以来，得到了学界较好的反响，于是，我们又着手编辑第二辑。编入第二辑的作品，除了原定于第一辑准备出版的谢晖的《大、小传统的沟通理性》外，还有王林敏的《民间习惯的司法识别》、张晓萍的《民间法的司法运用》、刘昕杰的《民法典如何实现：民国新繁县司法实践中的权利与习惯（1935～1949）》、谈萧的《中国商会治理规则变迁研究》、韦志明的《习惯权利论》以及尚海涛的《民国时期华北地区农业雇用习惯规范研究》等六部作品。在这六部作品中，王林敏、张晓萍和刘昕杰的三部作品，侧重于民间习惯与司法实践之间的关联研究；谈萧和尚海涛的作品，侧重于不同行业习惯法问题的研究；韦志明的作品则侧重于习惯权利这样一个重要的习惯法范畴问题的研究。这六部作品，都立基于他们的博士学位论文。材料丰富、观点新颖、论证扎实是其共同特点。期待本辑作品的出版，能进一步丰富和推进我国民间法问题的研究。

谢 晖

2010年12月29日于北京



第三辑说明

转眼间，“民间法文丛”前两辑已大体出齐，将要推出的第三辑，共有五部作品。唐峰的《纠纷和解研究》一书，是目前我所看到的国内学者对相关问题最系统的研究，特别是作者长期参与纠纷和解工作的经验，使该书既有理论深度，又有操作启迪。淡乐蓉的《藏族“赔命价”习惯法研究》一书，则是我在相关研究领域内所看到的第一部中文博士学位论文。“赔命价”作为藏区解决命案纠纷的重要制度，一直受人关注。作为一位长期生活、工作在藏区的藏族同胞，相信作者对该问题的观点和见解，更有参考价值。陈文华的《民间规则在民事纠纷解决中的适用》一书，聚焦于民间规则在民事纠纷解决中的运用。尽管在行政纠纷，甚至轻微刑事纠纷中，民间规则都有适用的可能，但民间规则的主要适用场域，还是在解决民事纠纷中。这一客观情势也决定了该选题的研究价值。上述三部作品，都是诸位作者在其博士学位论文基础上修改定稿的。姜世波、王彬合著的《习惯规则的形成机制及其查明研究》，对习惯规则的两个重要问题——作为交往行为规则的形成机制和作为习惯法运用时的查明场域、查明方式等，做出了较为系统的探索，对习惯规则如何进一步升华为习惯法，从而运用于司法提供了一

系列可资参考的见解。程泽时的《清水江文书之法意初探》一书，对黔东南清水江流域存留达数百年之久的契约及其他文书进行了较为全面的梳理，并对其中展现的组织、观念、管理、词讼、司法、立法、法理等问题做出了颇有见解的思考。

上述作品的出版，和前两辑作品一起已经形成了一定规模。期待以后能收到从规范学和人类学两个视角更深入地研究民间法问题的作品。

谢 晖

2011年11月21日于西安





序

清水江文书，是堪与徽州文书比肩的中国历史文化大发现之一。继甲骨文、汉锦木简、敦煌文书及故宫明清档案之后，徽州文书被史学界认为是近代中国历史文化的第五大发现。二者何以堪比呢？可以从两方面来看，一是从文书本身看，二是从文书的研究价值看。

从文书本身看。二者有共通地方。二者的数量多，都以10万作为估量单位；都具有延续性、归户性强的特点；都有田契和林契等。当然，二者不同地方更多。第一，徽州文书以明代居多；而清水江文书以清代居多。第二，徽州文书的红契占比较大，清水江文书的红契占比极小，绝大多数是白契。第三，徽州文书产生在汉族地区，清水江文书产生在苗族侗族等少数民族地区。第四，徽州文书中的佃田契多，佃山契少，而清水江文书中的佃山栽杉契多，佃田契极少。第五，徽州文书的汉文书写和表达，整体上要规范和流畅些，清水江文书的汉字书写和表达，整体上要稍微逊色。第六，徽州文书契约多，杂类文书比重少，清水江文书中契约也多，但是官府执照、文告、诉状草稿、村规民约、家乘族谱、家庭收支账簿、算命单、风水文书、择日单、信札、说唱词、小学国文教材抄本、碑铭、乡试文章、练字习作等杂类文书十分丰富，

比重较大。

从文书的研究价值看。文书是地域经济、政治、文化和社会的原始记录。《尚书正义·尚书序》曰“古者伏牺氏之王天下，始画八卦，造书契，以代结绳之政，由是文籍生焉”。西晋政权南渡之后，随着人口迁入，徽州地区就进入第一次长时段的、持续的和平开发时期。北宋南迁，徽州地区进入第二次发展繁荣时期。现存的徽州文书所反映多为南宋以来的徽州历史，它是经济文化发展程度较高的中原汉族地区的样本。清水江地区，在明清就是“三省苗”聚居地“蛮荒”之地，苗族和侗族没有自己的文字，大部分地方尚处于“刻木为凭”和“结绳之政”的部族蒙昧状态。清康熙、雍正和乾隆三朝持续开辟和经营苗疆，屯军移民，改土归流，以文而化之。清水江文书正是在此历史背景下产生的，反映汉苗民族的文化交流、借鉴、创新和融合的历史。由是观之，清水江文书的价值堪比徽州文书。

清水江文书数量和种类如此丰富，对其研究绝非一二代人可以完成，更绝非一个学科专业所能胜任的。因此，持续和分学科的深入研究是非常必要的。即将出版的《清水江文书之法意初探》，无疑是清水江文书的法学研究方面用力甚深的一部专著。我认为，该书有以下几个特点：

首先，内容较为全面、系统。作者首先就清水江文书研究现状做了全面而不乏深度的述评，让读者了解概貌。然后，重点深入地研究了割木契、典契、借契、抵契、当契、佃山契、风水文书、佃田契、清白字、卖会契、讨字约、婚姻字约、送（食）田字、分关文书、判词、状（禀）稿、山林坐簿等17大类或种文书，是迄今出版的涉及清水江文书研究著作中，研究文书类型最多的。作者辨异求同，深入每一类文书内部进行逐层分类、解读，分析其制度事实和规范功能，探究和抽象出蕴含其中的理念和规则。

其次，研究视野开阔、深入。作者从法史、法理、民法、婚姻家庭法、诉讼法和立法等多个法学视角，揭示清水江文书的法律文化价值，显示作者扎实的法学专业知识基础。

最后，实证研究充分、比较研究突出。作者“以资料说话”，立论

都是建立在具有代表性的足够数量的契约文书样本之上，不作虚空的议论。所谓比较研究突出，一是对同一类型的契约作历时性考察，古今对比；二是对同一类型的契约作区域对比，与徽州契约比较；三是对清水江文书中的制度事实，及其规则意识、法律理念，与西方的相应制度和观念进行比较，上升到法律近代化、中华传统法律文化中习惯法部分的现代价值等重大理论问题。

最近，“清水江文书整理与研究”获国家规划办重大招标课题立项。在设计招标文本过程中，程泽时等几位夜以继日，做出漂亮文本，为我们这一地方小学校竞标成功做出了贡献。程泽时在清水江文书研究上用力甚勤，短短两年就出了很多有分量的成果，并汇成本书。当然，本书也不是完美无缺，粗疏和误读之处在所难免，但瑕不掩瑜，本书仍然是一部高学术品位、开拓性的著作。对此，读者自会有明鉴。作为作者的硕士生导师，期望广大读者对他进行批评指正，更期待他有更大的成就。

徐晓光

2011年11月1日





目 录

总 序	1
第二辑说明	4
第三辑说明	5
序	7
绪 论	1
第一章 清水江文书研究综述	9
第一节 清水江文书的抢救、整理之研究综述	9
第二节 清水江文书的内容研究综述	13
第三节 清水江文书的研究方法综述	30
第二章 清水江契约之辨究与比较	32
第一节 “割木契”	32

第二节	清水江典契、借契、抵契、当契之辨	37
第三节	徽州佃山契与清水江佃山契之比较 ——兼论清水江佃山契的地域原生性	59
第四节	清水江佃栽山（杉）契之演变与法经济学分析	67
第五节	锦屏阴地风水契约文书	77
第六节	清水江之佃田契辨究	98
第七节	清水江之“清白字”	108
第三章	清水江文书与地方法制史	124
第一节	清代锦屏三寨当江之“利权”考	124
第二节	“会”与“新县制”、民国民法典	135
第三节	清水江之清代矿业习惯法	151
第四节	三寨木行“当江”与牙帖	164
第四章	清水江文书与法理	176
第一节	拈阄、具阴状与分配正义、校正正义	176
第二节	清水江文书与权利观念之表达	182
第三节	清水江文书与梅因公式	205
第四节	清水江文书与大、小传统	211
第五节	法律近代化与西法、中法之体用 ——兼谈研究清水江文书的法律意义	216
第六节	“讨字约”中的习惯权利 ——清水江之客（难）民、苗民的土地权利样态	224
第五章	清水江文书与民法	238
第一节	清水江文书与民法典之前的“行为能力”	238
第二节	“先买为业，后买比为谋”与近代债法	246
第三节	清水江之漂流木与民法法源之演进	256
第四节	清代锦屏木材“放洪”纠纷与地役权问题 ——从锦屏加池寨的几份林契谈起	269

第五节 清水江文书中的“填补责任”	278
第六章 清水江文书与婚姻家庭法	294
第一节 改嫁、“协离”、退婚与合婚之字约	294
第二节 “娘头田土”赠与之比较	301
第三节 “转娘头”：国家法和习惯法的冲突与调适	307
第四节 清水江之分关文书与家族、家庭财产制度	317
第七章 清水江文书与诉讼法	334
第一节 清代词讼判决与习惯法 ——以锦屏亮江“永定江规”碑为例	334
第二节 山林纠纷判决中的“遵循先例”与判例法 ——从民国锦屏山林纠纷“第一判决书”谈起	343
第三节 民国锦屏审判权主体与法理“接榫” ——从锦屏民事裁判文书谈起	351
第四节 清水江纠纷解决机制之成本、程序	357
第五节 “盗则宜赃，奸则宜双”与告“奸”策略 ——从八宗涉奸案“稟稿”谈起	371
第八章 清水江文书与立法	385
第一节 林权确认的习惯法之立法完善	385
第二节 不动产登记制度完善之理路 ——主要以清水江文书为例	398
后 记	411



绪 论

中国自古就有“天意”和“民意”，但是“法意”一词的创制，则是戊戌变法以后的事。1748年，法国伟大的启蒙思想家、哲学家孟德斯鸠的法律、政治巨著《论法的精神》问世。作者综合运用历史、比较、实证等多种研究方法，探询法律的性质和精神，视野宽广，气度优雅。此书出版后轰动一时，不到两年就印了二十二版，并有多种外文译本。1900年日本留学生最先将它在杂志上翻译成《万法公理》。1904~1909年，中国最主要的启蒙思想家、前北京大学校长严复将其以《法意》为名译成中文。商务印书馆于1913年出版了严复所翻译文言文版的《法意》。此后，“法意”一词为国人所接受。1961年商务印书馆又出版了张雁深翻译的白话文版的《论法的精神》。白话文版的晓畅易读，使得此前的“法意”被人逐渐淡忘。

法意，顾名思义为“法的本来意思”，就充满思辨的意味，表明了人们对什么是法本来的意思有不同的观点。探究法意，或可转化为追问“什么是法”。自然法学派的所主张的“法意”，抽去了特定时空条件，去追问法的本质，其前提和部分的结论，很容易为历史事实和社会现实所证伪；社会法学派和历史法学派则是结合特定时空条件，去探究“法意”。社会法学派主要探寻“法意”于特定社会问题之功效，很难对“法意”有高度抽象、统一明确的结论。历史法学派将“法意”追根溯源至“民族精神”。前者探究法意之“用”，

后者追问法意之“体”。分析法学派把“法意”看做“主权者的命令”。诠释法学学给不同的“法意”追问者以平等沟通的地位，强调“视域交融”和法意的相对真理性。西方的后现代法哲学，则是解构此前的各学派对“法意”的一些比较固定的义涵。凡此种种，皆是基于西方社会的资料基础上的学理研究，但是，对于启发国人对中国社会的“法意”探求，多有裨益。

赵明教授2007年起主编法哲学辑刊《法意》，并在发刊词中倡言：“康有为有言，凡天下之大，不外制度、义理两端。法哲学关乎法之精神气质、价值诉求及意义根基，非注释性和技术性之形而下考察，乃追问式、批判式之形而上探究，自觉于法和法学之语言与逻辑，立内在而超越之标准，明国家政制法度之义理。然则逻辑与历史相一致：经验历史凭义理而呈现精神方向，义理藉经验历史而开示与确证。学界斤斤于‘当下问题’而不知其历史根基，而不明法哲学之‘问题意识’，而疏于义理之逻辑勘察，‘小学’也！吾辈痛乎此而兴拯病之愿，欲返回历史，探经典之玄奥，以启社会之蒙覆，重振‘大学’精神。”显然，赵教授关注的是中西经典中的“法意”，深究之意义自不待言。马克思在《资本论》中倡导和践行的“逻辑和逻辑统一”思想方法，的确值得中国法学研究者借鉴和运用。法史和法理学科分殊不无必要，但是笔者以为，法史和法理结合、综合更为紧要，既可以增强法理之说服力，又可收“串联”和“激活”起法史材料之功效。

西方法律思想家之“法意”宏论，藉著述而泽被西欧，西方率先开始了“法意之法典化”的时代，近代西欧亦成为世界之新中心；自诩天之中央和天朝上国的中国，遂沦世界之边缘和西欧列强之殖民地。中国政治精英们惊呼“三千年未有之奇变”，艰难地开始清末修律，开启了中国法律近代化进程。到民国南京政府时期，制定了“六法”体系，从形式上完成了中国法律近代化的任务。然而，新中国成立，废除了“六法”体系。直到2010年，中国特色社会主义法律体系始告基本完成。中西经验，“法意”藉法典而栖身，但是西方“法意”藉法典而渐成普遍之“民意”和公理，虽国家元首亦奉之为圭臬。清末修律，广泛参酌西方列强之法典，法典化之效率不谓不高，然“法意”并未统率、涵摄“民意”，更遑论“权意”。基础不牢，地动山摇。法典易成，“法意”难立。显然，法典化的“法意”，还没有在传统的、民众普遍观念之“法意”上“嫁接”成功，法意之“接穗”与法意之“砧木”没有“愈合成维管组织”，没有成为有机整体。深究之，要害在于二者的“亲和力”。