

晚清州县诉讼中的 审断问题

侧重四川南部县的实践

里赞 著


法律出版社
LAW PRESS · CHINA

晚清州县诉讼中的 审断问题

侧重四川南部县的实践

里
赞
著

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

谨以此书献给我敬爱的父母

目 录

第一章 问题:州县审断的研究与争论	/1
第一节 既存研究与争论	/1
第二节 考察视角与研究取向	/18
第二章 背景:州县的职掌与审断规则	/28
第一节 清代的州县	/28
第二节 州县的职掌:靡所不综 首在狱讼	/42
第三节 审断的规则	/44
第三章 实践:晚清四川的州县审断	/50
第一节 重情与细故	/52
第二节 告则理	/60
第三节 理不一定准(审)	/66
第四节 审不一定断	/75
第五节 断不一定依律	/83
第四章 反思:州县审断的依据	/131
第一节 民间诉求:诉讼未必因律而起	/131
第二节 审断灵活(上):在批词上的表现	/142
第三节 审断灵活(下):在判词上的表现	/165
第四节 多元一体:律例和情理的统一	/173

2 目 录

第五章 角色:超越司法的思考	/187
第一节 全权的父母官	/187
第二节 州县的出身与知识背景	/191
第三节 律例的特征与成文法的意义	/197
第四节 制度基础:财政与人事的观察	/199
结论	/217
余论 晚清州县审断中的“社会”:越位抑或缺位	/231
附录	/253
参考文献	/290
致谢	/301

第一章 问题：州县审断的研究与争论

第一节 既存研究与论争

近年来,伴随着国家与社会互动研究的兴起,以及与此相关的从宏观的国家向基层社会渗透的理论转向,清代州县审断问题逐渐成为中国法律史学研究的热点。^{〔1〕}晚清凸显的文化竞争,使得州县问题的研究不仅在具体问题的历史阐述上拥有了与宏大理论关怀的相关性,并在相当程度上或增强了抽象的文化解释的实证色彩,或拓展了原有的研究领域,清代州县审断问题的研究也因此获得了超越自身的意义。这或许正是原本并非专门从事法律史研究的学者日益关注晚清州县审断问题的原因。

研究方法的转向和研究材料的状况也极大地促成了这一研究领域的聚合现象。法学研究关注宏观问题,注重系统解释和逻辑分析的研究方法,在相当长的时间里,不仅主导了法学的理论研究,也主导了法律史的研究。很难说这样的研究方法没有局限性。事实上,在法律史的研究中,正是这一主导的理论方法影响着我们对法律史实的阐释以及对法律史的表达习惯。而近年来,随着注重微观问题、注重史料运用的研究方法对法律史学的渗透,通过具体史料研究法律史的具体问题渐成风气。这种研究方法的转变也

〔1〕 在中国古代后期的文献中,州县官长简称为“州县”,为尽可能使叙述与引文融为一体,本书沿袭这一习惯用法,仅在文义可能产生误解时表述为知县或州县官。

是清代州县法律问题成为法律史学界关注焦点的一个原因。尤其是清代州县档案的发掘和整理,为相关问题的研究提供了丰厚的基础,不仅可以进行更为深入的实证研究,对既有理论的重新解释也成为可能。

早在20世纪40年代,瞿同祖先生在其所著《中国法律与中国社会》一书中即涉及清代州县的审断问题,^{〔2〕}其后的《清代地方政府》一书则较为全面地阐述了包括司法在内的州县制度。^{〔3〕}随后,陶希圣先生的《清代州县衙门刑事审判制度及程序》一书,对清代州县的审断作了生动完整的描述。^{〔4〕}自20世纪50年代起,台湾的戴炎辉教授以“淡新档案”为材料也就此问题展开了研究。^{〔5〕}

到20世纪80年代,中国清代州县及其法律问题再度引起学术界的关注。以滋贺秀三为代表的日本学者相继发表了该领域的研究

〔2〕 瞿同祖:《中国法律与中国社会》,商务印书馆1947年版。

〔3〕 瞿同祖所著《清代地方政府》英文版1962年在哈佛大学出版社出版,中文简体版2003年在法律出版社出版。

〔4〕 陶希圣之父曾任晚清州县,故《清代州县衙门刑事审判制度及程序》也参考其个人儿时经历。该书先连载于《食货》月刊,后于1972年由台湾食货出版社出版。

〔5〕 “淡新档案”是清治末期台湾淡水厅、台北府、新竹县官府对乡庄组织的谕示、对差役的申斥、一般人民乃至各屯垦集团的诉讼与纠纷、官府的上下层级文书、番社番租的纠纷等等史料。从一九四七年底起,戴炎辉教授开始组织整理,历时五年三个月的辛勤劳苦,以近代西方法上“民事”、“刑事”、“行政”概念,大致分类为三门,并定名为“淡新档案”,此名称沿用至今。戴炎辉利用淡新档案所做的法史学研究成果如下:“清代台湾之司法制度”,载《台湾省通志稿卷三政事志司法编第一册第一章清代司法制度》,台湾省文献委员会1955年版;“清代台湾之隘制及隘租”,载《法制史研究》1957年第56号;“清代地方官治组织及其实际运用”,载《宪政时代》1975年第1卷第2、3、4期;“清代台湾的乡治组织及其实际运用”,载《法学丛刊》1976年第80—83期等。

成果,^[6]产生了重要的学术影响;90年代,美国的黄宗智带领其研究团队所进行的相关研究以鲜明的针对性深化了这一领域的研究,^[7]并引发了围绕这一问题的国际性讨论。^[8]

滋贺秀三的思想脉络源于马克斯·韦伯(Max Weber)。韦伯曾

-
- [6] 滋贺秀三等:《明清时期的民事审判和民间契约》,王亚新、梁治平编,王亚新译,法律出版社1998年版。滋贺秀三:“清代州县衙门诉讼的若干研究心得——以淡新档案为史料”,载《日本学者研究中国史论著选译》(第8卷),中华书局1992年版,第528—544页;寺田浩明:“中国清代的民事诉讼与‘法之构筑’——以淡新档案的一个案例为素材”,载《私法》第3辑第2卷(总第6卷),北京大学出版社2004年版,第304—326页;寺田浩明:“关于清代听讼制度所见‘自相矛盾’现象的理解——对黄宗智教授的‘表达与实践’理论的批判”,载《私法》(第8卷),北京大学出版社2004年版;寺田浩明:“超越民间法论”,载《民间法》(第3卷),山东人民出版社2004年版;寺田浩明:“中国固有法秩序与西方近代法秩序”,载《民间法》(第4卷),山东人民出版社2005年版;等等。
- [7] 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年版;《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,上海书店出版社2007年版;《法典、习俗与司法实践:清代与民国的比较》,上海书店出版社2007年版。Bradly W. Reed, *Talons and teeth: County Clerks and Runners in the Qing Dynasty*, Stanford, Ca.: Stanford University Press, 2000, preface, pp. xiv, 他利用巴县档案进行的研究还有:Bradly W. Reed, *Talons and Teeth: County Clerks and Runners in the Qing Dynasty*, Stanford University Press, California, 2000; “Money and Justice: Clerks and Runners, and the Magistrates’ s Court in Late Imperial Sichuan,” *Modern China*, Vol. 21, No. 3, 1995, pp. 345 - 382. 美国学者运用档案进行清代法律研究可参见:Kathryn Bernhardt, Philip C. C. Huang, ed., *Civil Law in Qing and Republican China*, Stanford University Press, Stanford, California, 1994; 另可见 Matthew H. Sommer (苏成捷), *Sex, Law, and Society in Late Imperial China*, Stanford, Ca.: Stanford University Press, 2000. 等等。
- [8] 黄宗智提出清代诉讼“表达”和“实践”相区别的理论,认为虽然表达层面清代州县看重调解,但实践中州县往往是依律而断。由此引发了日美学者关于清代州县审断依据之争。1996年9月21日至23日于日本镰仓市召开的国际学术研讨会题为“后期帝制中国的法、社会、文化——日美两国学者之间的对话”。在这场会议上,以滋贺秀三代表的日本学者和以黄宗智为代表的美国学者就清代州县审断问题进行了深入的讨论。寺田浩明:“清代民事审判:性质及意义——日美两国学者之间的争论”,载《北京大学法律评论》1998年第1卷第2辑。

经指出古代中国的司法属于“卡迪式的”审判(Kadi-Justiz)。韦伯通过对司法的类型划分理论,将中西司法严格区分开来,即中国的司法是以司法官员的非专业化和司法裁判的实质化为特点,而西方则是法官职业化和裁判形式化。^[9]

滋贺继承了韦伯对中西司法的类型化区分,并引用了昂格尔(Roberto M. Unger)的见解,认为,“中国法是离‘法的支配’的理念最为遥远的一极”,处于一种与欧洲对极的位置。在“这样一种欧洲和中国的法文化对极型差异的核心里,存在着两者在诉讼观或者诉讼构造上的差异,许许多多的不同点,追根溯源都可以归结到这个差异中去”。^[10]

在滋贺看来,如果将欧洲式诉讼看作是竞技型诉讼,那么中国传统的诉讼则是“父母官诉讼”。“知州知县是照顾一个地方秩序和福利的总的家长,其负担的司法业务是作为这种照顾的一部分一个方面而对人民施与的。”加之“可以供调整私人利益对立时作为依据的条文在大清律例中数量既少又缺乏体系性。只要不是极端的背离

[9] 韦伯认为帝制中国的司法制度是一种家父长制混合的类型,它模糊了司法与行政的分际,皇帝诏书内涵一半是教诲式的,另一半则是命令式的;其对司法的干预要么是普遍地,要么是个案地加以干涉;而进行判决的过程,如果不是受到巫术的制约,就是以实质标准而非形式标准为取向。因此,以形式标准和经济上的“期盼”来加以考量的话,它是一种有着强烈非理性的,而且具体的“衡平”的司法。参见韦伯:《经济与社会》(下),林荣远译,商务印书馆1997年版,第170页;林端:《韦伯论中国传统法律——韦伯比较社会学的批判》,台北三民书局2003年版,第64页。

[10] 当然,滋贺并没有认为两者有优劣之分,而是认为“两种诉讼类型由根本理念的不同而形成如此的区别,两者各自都有其长处和弱点,不能说哪一方是愚昧和落后的。这正是文化的差异。只是从父母官型诉讼中产生不出Jus、Recht系列的概念来,这对中国来说确实是一种宿命。对于在中国的传统中生活的人们,法律(Gesetz)是容易理解的,而法=权利(Recht)却是一个陌生的概念。”参见滋贺秀三:“中国法文化的考察”,载滋贺秀三等:《明清时期的民事审判和民间契约》(以下径引书名),王亚新、梁治平编,王亚新译,法律出版社1998年版,第16页。

法律,就没有必要受法律文言的细枝末节所束缚。根据情理,融通无碍的寻求具体妥当的解决就是地方官的职份”。^[11]

滋贺所谓的“情理”,简单说来就是“常识性的正义衡平感觉”,国家的法律不过是“情理的大海上时而可见的飘浮的冰山”。^[12]因此,州县审断的过程与现代法院“基于自由心证主义单方面作出事实认定”不同,州县审断要“竭尽全力争取获得当事人的认可”。

法官可以发动其权限范围内的强制力,拘押当事人或对其施加惯例上认可的某种体罚等——同时说这具有惩罚未履行义务的当事人,使对方当事人满意的意义,也有迫使当事人认可裁定的作用——同时晓之以为人处世的道理和大局的利害,加以劝诱、教导,两种手段并用以使一个案件得以解决。也就是说,这是一种带有教谕式的调解。^[13]

围绕这种教谕式的调解,滋贺分析了州县审断中所依据的法律渊源,即情、理、法。在对州县审断援引国法的问题上,他认为,在判语中所引用的国法,大体上仅限于《大清律例》这唯一的一部法典;绝不是所有或大多数案件中都引用国法,且引用国法也未必意味着法官严格受到法律条文的拘束。^[14]因此,滋贺秀三认为:

通常,法官在听讼时一般需要考虑国法中有哪些可作为其判断基准的条款。但是,“所有判断都必须根据对国法的解释才

[11] 滋贺秀三:“中国法文化的考察”,载《明清时期的民事审判和民间契约》,第3、13页。

[12] 滋贺秀三:“清代诉讼制度之民事法源的概括性考察——情、理、法”,载《明清时期的民事审判和民间契约》,第36页。

[13] 滋贺秀三:“清代诉讼制度之民事法源的概括性考察——情、理、法”,载《明清时期的民事审判和民间契约》,第21页。

[14] 滋贺秀三:“清代诉讼制度之民事法源的概括性考察”,载《明清时期的民事审判和民间契约——情、理、法》,第25—26页。

能作出”这种思想方法,从根本上是不存在的。^[15]

滋贺的研究得到日本和中国法律史学界的广泛认同,以至于在相当时期内成为清代州县审断乃至中国传统法律文化研究的主流学说,直到黄宗智教授根据淡新、宝坻、巴县三地州县审断的历史档案材料分析得出截然不同的观点。黄宗智认为,清代的“民事裁判”是以法律为依据的,清代“有大量的当事人,包括农民和普通城镇居民,为申辩和保护他们的权利而告到法庭”,而“县官们事实上是按照法律在审判案件”。^[16] 黄宗智发现:

一方面,县官是皇帝的代理人和地方百姓的父母官。他像皇帝一样,在地方上行使着绝对和不可分割的权力。在处理民事纠纷时他更明显地可以专断独行。另一方面,县官又处在一个又一个严密组织起来的官僚阶层的底层。这个官僚体系有着一套行为则例及报告和审查制度。在司法领域里,他的行为还进一步受到成文法律的制约,这些法律中既包括原则性的律文,又有实践性的条例。即使在民事案件中,都有可能上诉和覆审,这也是对他的制衡。县官只是个下级官僚,他必须在已确立的制度中循规蹈矩,以免危及自己的仕途。^[17]

就此,黄宗智得出了与滋贺截然不同的结论:清代的纠纷“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,依法办事”,^[18] 就像汪辉祖在《学治臆说》中所说的那样,“盖听断以法,而调处以情”。^[19] 在官方审判中,最稳妥的办法就是尽量按律例断案,

[15] 滋贺秀三:“清代诉讼制度之民事法源的概括性考察——情、理、法”,载《明清时期的民事审判与民间契约》,第29页。

[16] 黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,上海书店出版社2001年版,第90、189页。

[17] 黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,第13页。

[18] 黄宗智:《清代的法律、社会和文化:民法的表达与实践》,序言。

[19] 汪辉祖:《学治臆说》,清同治十年慎闲堂刻汪龙庄先生遗书本。

他认为：

地方官们的日常事务事实上就是按照法律来审判案件。……在实践中清代法律制度常常是在保护普通百姓的财产、契约、继承和赡养的正当利益。^{〔20〕}

作为一种有针对性的反驳，此论一经发表立刻引起学术界的强烈反应。滋贺的弟子寺田浩明认为，黄宗智和滋贺的差别是在立论问题上：

滋贺教授作为其立论基础的是中国法文化与西方法文化之间的类型对比。而黄教授始终关心的却是清代法秩序与“中华民国法秩序”，以至于改革开放、市场经济化以后的现代中国法秩序之间的历史继承关系。^{〔21〕}

在寺田浩明看来，黄宗智的立论基础在于，清代社会已经存在着接受西洋法律制度的土壤，才使得清末民初引进西洋法成为可能。寺田也承认在财产法领域的实际操作方面，民国与清代有着明显的连续性，对于民事纠纷的处理只是改变了使用的概念，而实际上无多大区别。然而他怀疑的是，“是否能够以这样的观点为基础而描绘出一幅关于清代民事法秩序的‘整体性统一图景’”。

寺田浩明说，他与黄宗智也有一些共同点：

在考虑清代民事法的时候，不仅仅要着眼于“所谓的支配性的垂直关系”，还要着眼于“人们之间的水平关系”的黄氏的这种观点，在出发点上恐怕与笔者的观点在很大部分是重合的。并且从重新构建整体结构时所使用的理论框架来看，我们在这一点上也是相同的，即在一个极上找出以无纠纷状态为理想的

〔20〕 Philip. C. C. Huang, *Civil Justice in China: Representation and Practice in the Qing*, Stanford University Press. 1996. p. 235.

〔21〕 本段与下段均参见寺田浩明：“清代民事审判：性质及意义——日美两国学者之间的争论”，载《北京大学法律评论》1998年第1卷第2辑。

秩序理念,在另一极上又认可个别人所主张的个人利益的实际存在,并认为历史的实际状态为两者的有机的组合。〔22〕

但是“在关于应该怎样看待清代官府所进行的民事审判的本质这一最大的问题上,两者的分歧是明显的”。他认为“清代审判的本质是惩罚忘记互让,只强调自己利益的正当性侵犯别人的领域的、肆无忌惮的人,从而纠正他的欲望”。

对于黄宗智的论据,寺田浩明也提出了质疑,他认为黄宗智虽然充分运用了档案材料,但是“把当时的审判看作是‘国家根据法来确定黑白’的一种审判,并把他所认为具有妥协形成性的民间调停放在了这种审判的对立面上的直接根据,却反而不在州县档案之中”。

寺田浩明认为,黄宗智的工作实际以西欧近代型的审判模式为蓝本,在清代听讼中找出与此相符的要素,通过这项工作以证明听讼发挥的功能比从前所理解得更近似于近代型的民事审判。而滋贺教授论证的却是两种司法类型之间在规范性原理上的差异。从方法论的角度看,功能在事实上的相似并不能消除这种原理性差异。然而“在黄教授的讨论中,原理或类型上是否存在根本差异的问题却一直未被提及,就好像两种类型之间的原理性一致是不言而喻的事实似的”。〔23〕

他认为,从功能主义的角度上看,“依据习惯性的民事规范来保护正当的利益主张”的现象确实客观存在。但是如果撇开它所固有的联系而只是孤立地把它分离出来,并且欠缺对必要的历史的、社会的基础的定位说明的情况下,就认为存在“依法判断黑白并使有正当

〔22〕 本段与下两段均参见寺田浩明:“关于清代听讼制度所见‘自相矛盾’现象的理解——对黄宗智教授的‘表达与实践’理论的评判”,载《私法》第4辑第2卷(总第8卷)。

〔23〕 寺田浩明:“清代民事审判:性质及意义——日美两国学者之间的争论”,载《北京大学法律评论》1998年第1卷第2辑。

利益主张的一方胜诉的审判”的“实践”,并把清代官府及人民所形成的秩序观描写成否定民事权益主张的“表达”的这种做法,“不是对历史的真正理解,也不是真实的恰当的记述手法”。寺田得出的结论是:“黄氏所提出的理论构架在清代的现实中既没有事实上的根据,也没有理论上的必要。”^[24]

在黄宗智自己的眼中,他与滋贺的论争有三:第一是“出于误解”,即“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“实证问题”,即“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”。这分歧不能靠讨论解决,“将来使用档案的人多了,这问题会不了自了”。第三才是“真正的分歧”,即“方法上和历史观上的分歧”:“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”。^[25]

如果非要给滋贺和黄宗智对州县审断的争议做一个简单的小结,可以称之为“各说各话”。前引寺田的总结大体看到了问题所在,即滋贺强调中国(司)法与西欧(司)法类型的不同,倾向于对清代法给予“中国式”的解读,主张在清代州县的审断中,并不存在“依法”、“权利诉求”等这样一些西欧法或近代法的因素,州县审断不是通过对法的运用来保障当事人权利实现的过程,而是对破坏社会规则人的惩罚。而黄宗智则更倾向于将清代法与清代之后的中国法加以联系考察,他认为清代州县的审断存在“表达”和“实践”的区隔,虽然

[24] 寺田浩明:“关于清代听讼制度所见‘自相矛盾’现象的理解——对黄宗智教授的‘表达与实践’理论的评判”,载《私法》第4辑第2卷(总第8卷)。

[25] 黄宗智:“中国法律制度的经济史·社会史·文化史研究”,载《比较法研究》2000年第1期。

在“表达”上,清代州县追求的是调和社会关系,对无德者进行教化,但州县审断的“实践”中则是依法保障当事人的正当利益。由于保障当事人权利已然具备了近代法类型的基本要素,这样一种“法律实践”得以贯穿到民国,即“如果我们跨越清代和民国的时期划分来考察问题,就会看到其间的矛盾趋势:一方面是表达结构的显著改变,另一方面是法律实践的基本延续”。^[26]

在事实层面,滋贺(以及寺田)与黄宗智的争议表现为对州县审断是否依律的不同认识,这一分歧使得双方对清代州县审断乃至清代中国法的理解上产生较大的差异。两人较少根据对方的档案材料进行直接的批判,而更多是对对方的理论背景和立论基础进行驳斥。同时,双方对像“法”一类基本概念的理解,以及对审断程序中理、准、审等一些细节的理解,都存在较大的不同,缺乏共通的认知。如果这些问题不解决,那么各说各话的争论还会随着各自拥护者的申论而继续下去。

中国大陆的学者也积极地加入了上述讨论,一方面通过翻译国外学者的作品,^[27]介绍该领域问题研究的国际现状,另一方面又通过广泛发掘和整理历史材料展开研究,取得了一定的学术进展。^[28]同时,中国大陆的法律史研究也有其自身的特点和侧重点。

张晋藩教授的清代审判制度研究在国内学术界影响很大,其许多看法业已成为中国法律史学界的主流观点。以他为代表的中国政法大学的学者将精力主要集中在制度研究上,尤其擅长于根据典籍

[26] 黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,第220页。

[27] 如王亚新等翻译了日本学者滋贺秀三等人的研究成果:《明清时期的民事审判和民间契约》(王亚新、梁治平编,法律出版社1998年版)。

[28] 在法律史学界的档案整理工作中,以田涛等所收集整理的《黄岩诉讼档案》(法律出版社2006年版)和李贵连等收集整理的《近代司法判决丛编》(北京大学出版社2006年版)有一定的代表性。

来论证制度问题。针对清代州县审断,张晋藩认为,清朝“发展了依律断案的传统”,^[29]而州县审断依据有三:第一,以礼代律;第二,律例条文;第三,人情风俗。他认为,“在清代民事案件的审判中,通过礼的适用,有时甚至可以改变律例条文的规定”;而“以律例条文作为民事案件处理的依据,在清代司法实践中是非常普遍的”。^[30]不过,州县所关怀的首先是“依统治阶级的利益”,并在此基础上援引上述依据。^[31]张晋藩还总结了清代民事诉讼的特点:第一,诉讼程序简便;第二,审判方式灵活;第三,司法官吏的责任严明;第四,监督机制健全;第五,调解制度具有较大的局限性。^[32]

与张晋藩教授研究方法类似的郑秦教授认为,在清代这种“封建专制集权的社会里,法制的存在是一个客观的事实,不是有没有法制的问题,而是有什么样的法制的问题”。^[33]清代地方司法管辖制度的特点是“审”、“判”权力的分离,而问题是审级设置过多。^[34]他也对清代州县的审断制度进行过系统的描述,并以《顺天府全宗》、《兴京县公署全宗》档案为基础考察了清代官府调解和民间调解的实际运作。郑秦认为,清代州县的调解延续了中国封建法制调解息讼的传统,其遵循的都是儒家的礼教和封建国家的法令,维护的也是封建社会的统治秩序。他利用顺天府和兴京县档案中的案例说:“地方官在审理民事案件时,并不引律例,也不作出审语判词,通常的做法是训诫、饬令悔过、具保或责令双方在乡保、差役、地邻亲族的调和下

[29] 张晋藩:“清朝法制史概论”,载《清史研究》2002年第3期。

[30] 张晋藩、汪世荣、何敏:“论清代民事诉讼制度的几个问题”,载《政法论坛》1992年第5期。

[31] 张晋藩:“《红楼梦》所反映的清朝诉讼制度”,载《红楼梦学刊》1980年第2辑。

[32] 张晋藩、汪世荣、何敏:“论清代民事诉讼制度的几个问题”,载《政法论坛》1992年第5期。

[33] 郑秦:“皇权与清代司法”,载《中国法学》1988年第4期。

[34] 郑秦:“清代地方司法管辖制度考析”,载《西北政法学院学报》1987年第1期。

撤诉。”^[35]

研究清代习惯法的梁治平认为,黄宗智关于“社会”与“国家”之间“第三领域”的理论,“过分夸大了他所谓‘正式的’法律与‘非正式的’法律之间的差别和对立”。^[36]梁治平指出:“由于古人的法观念以及他们对于礼、法的看法,礼往往直接转化为法律规范,‘法’则不过是罚则。”^[37]中国古代的国家法是“为道德目的而设,同时贯穿了行政统治原则”。出于这种原则,存在着国家法与习惯法两种不同知识传统的“分工”格局。他利用了巴县档案,认为地方官判案时,很多时候要兼顾和认许地方习惯,但“这绝不意味着,民间任何一种‘规’、‘例’对地方官可能具有法的性质和意义。从文化内部的观点来看,法只有一种,那就是国家法”。^[38]

近年借助档案进行实证研究的取向有明显增强的趋势。邓建鹏通过对黄岩档案的整理和分析提出,黄岩档案所反映的清代诉讼基本结构是:“双方当事人之间的利益竞争与衙门抑制双方当事人争讼诉求。前一部分为当事人之间的双向竞争,后一部分为双方当事人竞相向衙门提出诉讼请求。”在这样的结构关系下,“知县的大部分裁判来自知县对诉状直观感觉的断认”,其处理民事案件甚至刑事重案,都“很少引用法律为裁判依据。即使存在知县裁判时查照律例的尝试,也极少依据律例做出裁判,摘引某些律例只是知县威胁当事人接受裁判的方式”。而州县之所以这样做的原因,即在于“想方设法抑制争讼”,将“绝大部分纠纷交由民众自行解决”。^[39]

[35] 郑秦:“清末司法制度的几个问题——读兴京抚民同知刑档残卷”,载《历史档案》1988年第3期。

[36] 梁治平:《清代习惯法:社会与国家》,中国政法大学出版社1996年版,第14页。

[37] 梁治平:“‘礼法’还是‘法律’?”,载《读书》1986年第9期。

[38] 梁治平:《清代习惯法:社会与国家》,第128、132页。

[39] 邓建鹏:“清代州县讼案的裁判方式研究——以‘黄岩诉讼档案’为研究对象”,载《江苏社会科学》2007年第3期。