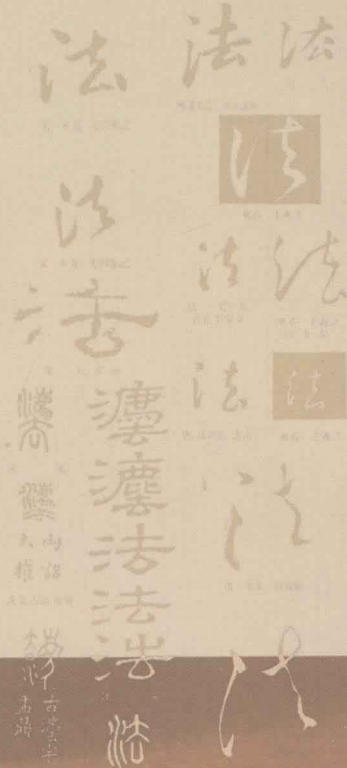


四川大学“211工程”项目
中国区域历史与文化
“近代地方社会与法律”学术系列



近代法评论

四川大学近代法文化研究所 主办 里 赞 主编

2010年卷 | 总第3卷



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

四川大学“211工程”项目
中国区域历史与文化
“近代地方社会与法律”学术系列

近代法评论

四川大学近代法文化研究所 主办

里 赞 主编

2010年卷 | 总第3卷



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

近代法评论. 2010 年卷: 总第 3 卷 / 里赞主编. —
北京: 法律出版社, 2011. 10
ISBN 978 - 7 - 5118 - 2593 - 3

I. ①近… II. ①里… III. ①法制史—研究—中国—
近代 IV. ①D929.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 201395 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京北苑印刷有限责任公司

编辑统筹/法律教育出版分社
经销/新华书店
责任印制/张宇东

开本/720 毫米×960 毫米 1/16
版本/2011 年 10 月第 1 版

印张/21.5 字数/300 千
印次/2011 年 10 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908
上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2593 - 3

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

本卷出版承以下基金资助

四川大学哲学社会科学精品培育项目
“法律与社会：清末民初基层社会的纠纷解决”

四川省哲学社会科学重点基地民间文化研究中心项目
“近代基层司法中的法律与民间习惯”

学术顾问(以中文姓氏笔画排序)

王汎森(台湾中研院院士)

王挺之(四川大学教授)

叶文心(Wen-Hsin Yeh)(美国加州大学伯克利分校讲座教授)

田 涛(上海政法学院教授)

刘海年(中国社会科学院荣誉学部委员)

许章润(清华大学教授)

陈廷湘(四川大学教授)

苏成捷(Matthew Sommer)(美国斯坦福大学教授)

吴志攀(北京大学教授)

陈金全(西南政法大学教授)

陈春声(中山大学教授)

何勤华(华东政法大学教授)

罗志田(四川大学教授)

林富士(台湾中兴大学讲座教授)

贺卫方(北京大学教授)

施耐德(Axel Schneider)(荷兰莱顿大学教授)

葛兆光(复旦大学教授)

彭慕兰(Kenneth L. Pomeranz)(美国加州大学欧文分校讲座教授)

霍 巍(四川大学教授)

编辑委员会

里 赞 赵妮妮 钱向阳 刘昕杰 宗建文 王有粮

主 编

里 赞

副主编

刘昕杰 王有粮

特邀编审

丁小宣 何进平 徐亮工 郭 烁

《近代法评论》

稿 约

《近代法评论》由四川大学近代法文化研究所主办,计划每年出版1卷,公开发行。四川大学近代法研究所和《近代法评论》依托于四川大学“211工程”项目中国区域历史与文化科研平台、四川大学国家级重点学科专门史以及四川大学法学院法律史学省级重点学科,立足西南,面向全国,旨在推动学术交流,开展学术争鸣,倡导理论创新,繁荣近代法史学研究。

本刊所载文章以学术论文为主,也欢迎形式多样的短文、书评及近代法律文献资料整理。现面向海内外法学界的专家、学者真诚约稿。现将有关事宜说明如下:

1. 稿件字数不限,以学术价值为唯一考量,论文主体部分应未在平面媒体刊载过。本书反对抄袭,来稿文责自负,但编辑部有权对来稿的文字做适当修改。因人手有限,恕不退稿。

2. 来稿中请注明作者的单位、职称、学位和联系方式(含手机与电子邮箱)。注释请采用 word 自动生成的脚注形式,引注请以必要为限,注释体例请参照后附“《近代法评论》注释体例”。译文请附原文,原则上自行解决版权问题。

3. 本刊常年征稿。来稿请以 word 附件格式发至:liuxinjielaw@163.com。稿件一经刊用,即向作者发出用稿通知。审稿周期一般不超过两个月,但不符格式规范之文不受此限。

4. 来稿如发表,将对部分特稿略致薄酬,对其余稿件将邮送样书刊1—2册,望各位作者理解。

四川大学近代法文化研究所

《近代法评论》编辑部

2009年12月修订

《近代法评论》

注释体例

(一) 一般规定

1. 采用脚注。
2. 采用 word 自带格式编码。
3. 非引用原文者,注释前加“参见”。
4. 非引自原始出处的,注释前加“转引自”。
5. 原则上不引用网上资料和未刊稿。
6. 同一文献再次引证时只需标注责任者、题名、页码,出版信息可以省略。
7. 引用先秦诸子等常用经典古籍,可直接在正文中使用夹注。如:庄子曾说惠子非常博学,“惠施多方,其书五车。”(《庄子·天下》)

(二) 注释格式

1. 著作

罗志田:《裂变中的传承:20 世纪前期的中国文化与学术》,中华书局 2003 年版,第 156 页。

张晋藩主编:《中国法制通史》,第 2 卷,法律出版社 1999 年版,第 239 页。

谢兴尧整理:《荣庆日记》,西北大学出版社 1986 年版,第 175 页。

实藤惠秀:《中国人留学日本史》,谭汝谦、林启彦译,香港中文大学出版社 1982 年版,第 11—12 页。

狄葆贤:《平等阁笔记》,上海有正书局,[出版时间不详],第 8 页。

《马克思恩格斯全集》(第 31 卷),人民出版社 1998 年版,第 46 页。

2. 析出文献

唐振常：“师承与变法”，载《识史集》，上海古籍出版社 1997 年版，第 65 页。

杜威·佛克马：“走向新世界主义”，载王宁、薛晓源编：《全球化与后殖民批评》，中央编译出版社 1999 年版，第 247—266 页。

黄仁宇：“为什么称为‘中国大历史’？——中文版自序”，载《中国大历史》，三联书店 1997 年版，第 2 页。

3. 古籍

姚际恒：《古今伪书考》（卷 3），光绪三年苏州文学山房活字本，第 9 页 a。

杨钟羲：《雪桥诗话续集》（卷 5），辽沈书社 1991 年影印本，上册，第 461 页下栏。

乾隆《嘉定县志》卷 12《风俗》，第 7 页 b。

《旧唐书》卷 9《玄宗纪下》，中华书局 1975 年标点本，第 233 页。

4. 报刊论文

何勤华：“‘汉语法学’一词的起源及其流变”，载《中国社会科学》1996 年第 6 期。

李眉：“李劫人轶事”，载《四川工人日报》1986 年 8 月 22 日，第 2 版。

“四川会议厅暂行章程”，载《广益丛报》第 8 年第 19 期，1910 年 9 月 3 日，“新章”，第 1—2 页。

5. 学位论文和会议论文

方明东：“罗隆基政治思想研究（1913—1949）”，北京师范大学历史系 2000 年博士学位论文，第 67 页。

任东来：“对国际体制和国际制度的理解和翻译”，2000 年 6 月“全球化与亚太区域化国际研讨会”论文，第 9 页。

6. 档案类

原则上按照“档案文件名,档案时间,目录号,案卷号,档案名,馆藏地”方式注释,但可根据具体档案文件的不同有所取舍。在引注清晰,可供读者溯源的前提下,尊重作者各自的标识方式。

“为具诉陈一年等嫌贫伙嫁民妻事”,道光二十五年,目录号4,案卷号294,南部县正堂清全宗档案,四川省南充市档案馆。

“民事判决书”,“胡子善案”,民国二十九年,目录号4,案卷号747,四川省成都市新都区档案馆。

7. 外文文献

引证外文文献,原则上使用该语种通行的引证标注方式。

目录

Content

论文

“和息”与清代知县对诉讼的处理

——以婚姻类案件为例

赵妮妮 陈红莹 /3

法律近代化中的民事习惯

——民国基层社会租佃制度的法律实践

刘昕杰 /28

晚清变局下的政治合法性与法制改革

赵 勇 /44

明清徽州社会是契约社会么？

——通过《畏斋日记》定性明清徽州社会

刘 钺 /57

传统士绅阶层在乡土社会中的解纷作用

宁 凯 /73

诉讼中的法外因素

——以五十个民国新繁档案为例

刘文艳 /81

冲突与适应：变迁中的民国法

——以民国新繁县亲属争讼案件为视角

姜璟俊 罗单丹 /121

民国基层的刑事审判：兼论印纸制度的适用

江雪鹏 /154

评论

中国法律在探索什么？

范 杰 /187

传统社会纠纷调处的情理法因素**——以不同的调解类型为视角****张天如 /194****新中国的行政诉讼检察监督研究：****一个学术史的回顾****毛晓宁 /203****“五五宪草”政制选择的探讨****——以《东方杂志》、《独立评论》、《国闻
周报》为材料****雍 洁 /217****从《诗经》探周代婚姻制度****余亚兰 /229****书评****家庭与阶级：读《中国法律与中国社会》有感****张 璩 /241****中国的“新时代”：读伯尔曼《法律与宗教》****何乃华 /246****档案选录****民国新繁县司法档案****刘文艳整理 /255**

论文

- ◎ “和息”与清代知县对诉讼的处理
- ◎ 法律近代化中的民事习惯
- ◎ 晚清变局下的政治合法性与法制改革
- ◎ 明清徽州社会是契约社会么？
- ◎ 传统士绅阶层在乡土社会中的解纷作用
- ◎ 诉讼中的法外因素
- ◎ 冲突与适应：变迁中的民国法
- ◎ 民国基层的刑事审判：兼论印纸制度的适用

“和息”*与清代知县对诉讼的处理

——以婚姻类案件为例

赵妮妮** 陈红莹***

宋明以来,无论府、州、县,其长官皆以“知”为名,寓意其治下事务,不分巨细,均与知府、知州、知县的职责相关。故而,作为事实上本来最为亲民的“知州”、“知县”,其职责更是州县民生所系,所谓“受寄民社而命之,曰知州,曰知县”。〔1〕知县所职,正如《清史稿》所归纳:

知县掌一县治理,决讼断辟,劝农赈贫,讨猾除奸,兴养立教。凡贡士、读法、养老、祀神,靡所不综。〔2〕

概括言之,知县负责领导并具体执行一县辖区内的所有政务。其职责范围涉及司法、农商、税务、赈恤、保甲、教化、祀祭等各个领域。由于知县的职责在一县辖区内的上述特点,蔡申之以其前清过来人的身份甚至总结说:“知县的权,几乎可以说是无限制的。总之,全国官员的权,除了皇帝就可以说是知县”,甚至将知县的权力以皇权作比。原因是“知县

* 这是指以达成和解的方法而令争执了结的纠纷处理方式。川省民间“和息”的达成一般需经过以下过程:集理与调处(按:除纠纷双方外,双方族长、保正及本姓绅衿是最主要的主持、见证者;通常以众人于庙观祠堂等处会集说理的方式进行,其间并有茶水、酒饮、瓜果点心等项款待,其花销通常应由理亏一方承担)、和解并书约(按:和约为以后与此相关的纠纷解决或诉讼审断之证据)、禀请销案(按:此一过程仅限于先行告官并经官批令调处的情况)。

** 赵妮妮:四川大学法学院。

*** 陈红莹:四川大学图书馆。

〔1〕 田文境撰:《州县事宜一卷》,“聖諭條列州縣事宜”,收在“官箴书集成编纂委员会编”:《官箴书集成》(第五册),安徽“黄山书社”1995年版,第682页。

〔2〕 《清史稿》,“志九十一”、“职官三”,卷一百十六。

管不着的地方,他自然是无权的。但他所管的地方,则可以说是比皇帝权也不小。”〔3〕

后传统时代,皇权大体被认为是不受制约的权力,情形正如罗志田、葛小佳先生所见:“传统中国政治统治”,“从清季以来的政论宣传到今日的学术著作,大体都以‘专制’二字概括之”。〔4〕可见“专制”一词几成描述以皇权为核心的中国传统政治时的“御用”表述。

然而,亦正如罗志田、葛小佳先生所言:“古代中国政治强调的更多是‘职责’而不是‘权力’”,“从严格意义上说,像主权这样的西方政治的根本原则,在古代中国可以说基本上不存在”。〔5〕相反,倒是与“权力”及“权利”相对应的“职责”(时人更多称为“责”)这样的概念,才是频繁见诸时人的表达中的。以知县而言,尽管其权力之大,如蔡申之所说,就“他所管的地方”而言,“可以说是比皇帝权也不小”,然而,无论知县以“父母官”自诩,抑或百姓对知县以“父母官”相称,其实,“责”(duty)才是此一称谓中的首要意义。

以清代为例,知县对细故〔6〕词讼的重要处断方式——“和息”,即是此处“父母官”履行其职责的结果。继往学界不乏对息讼问题的研究,但对知县热衷以调处方式解决诉讼纠纷这一现象的分析,却甚少从“父母官”与其职责的履行这一角度出发进行研究。为此,本文欲由此一点出发,对“和息”问题再作检讨。

一、“父母官”之责与劝民息讼

正如上述《清史稿》对知县职责的表达明显是规范其“责任”或“义务”,而并非对其“权力”的描述一样,当时知县对其职责的自我认知的普遍表达方式亦是如此。“父母官”一词实际上就是知县应当承担扶助、教

〔3〕 蔡申之等:《清代州县四种》,文史哲出版社1975年版,第69页。

〔4〕 罗志田、葛小佳先生已论证指出:“视传统中国政治为专制,恰是西人的观点”。“中国人几千年的思想论说中”实际“不存在我们今日所谓‘专制’这样的概念,则其政治统治方式可否以‘专制’来概括,至少应是可以存疑的”。参见罗志田、葛小佳:“中国文化体系之中的传统中国政治统治”,载《东风与西风》,三联书店1998年版。

〔5〕 参见罗志田、葛小佳:《东风与西风》,三联书店1998年版,第62页。

〔6〕 非刑事案件以及类似今日“轻微刑事案件”者,即属传统上的“细故”案件。

化、养育百姓主要责任这一含义的一个典型表达。至少在言说的层面上,官员们普遍重视和强调的是,知县如何能够像父母爱护、教养子女一样对百姓尽到其责任。官箴中的此类言论即是一证。

陈宏谋《保甲书》言:

朝廷设官原以为民。官必爱民乃为尽职。故府、州、县官皆以知为名,又名之曰地方官。谓地方之事府州县乃无所不知也。百姓称官曰父母,自称曰子民,谓民间苦乐府州县当无不关切如一家也。〔7〕

袁易斋云:

《诗》曰:岂弟君子,民之父母。《记》曰:有父之尊,母之亲,而后可以为民父母。州县非他,父母也。所莅非他,吾子也。官之与民,何等亲切。但以官自居而以民视民,失父母斯民之意矣!〔8〕

至于身为知县者如何能不愧为百姓“父母”,则务须尽其各项职责,所谓:

朝廷设官,自公卿以至驿递,中外职銜不啻百矣,而惟守令,人称之为父母。父母云者,生我养我者也。称我以父母,望其生我养我者也。故地土不均,我为均之;差粮不明,我为明之;树木不植,我为植之;荒芜不垦,我为垦之;逃亡不复,我为复之;山林川泽果否有利,我为兴之;讼狱不平,我为平之;凶豪肆逞、良善含冤,我为除之;狡诈百端、愚朴受害,我为剪之;嫖风赌博、抗帮痴幼,我为刑之;寡妇孤儿、族属侮夺,我为镇之;盗贼劫窃、民不安生,我为弥之;老幼残疾、鳏寡孤独,我为收之;教化不行、风俗不美,我为正之……〔9〕

可见,在官员的自我表达中,“父母官”的称谓,强调的是为官的职责、义务,换言之,即是“用义务的表述代替了对权利(及权力——引者

〔7〕 徐栋辑:《牧令书》,“卷一”、“治原”、“申飭官箴檄”条,收在“官箴书集成编纂委员会编”:《官箴书集成》(第七册),第17页。

〔8〕 袁守定撰:《图民录四卷》,“卷一”,“官称父母”条,收在“官箴书集成编纂委员会编”:《官箴书集成》(第三册),第183页。

〔9〕 吕坤撰:《新吾吕先生实政录七卷》,“知州知县之职”条,收在“官箴书集成编纂委员会编”:《官箴书集成》(第一册),第422~424页。

按)的表述”。^[10]实际上,此并非一个简单的表述问题,它表明,“责任”才是当时作官之人的心之所系,也是“父母官”最根本的含义。^[11]

既为“父母”,则对“子女”既有爱护之责亦有教戒之权(在中国的传统观念之下),强调的是“父母”之“责”而非“父母”之权,所谓“养不教,父之过。教不严,师之惰”(《三字经》)。这意味着,“父母”之“责”——“养”与“教”其实是尤其被重视的。“爱民如子”的说法尽管是理想化的,却亦因此成为身为“父母官”的州县的自我约束及要求。

听讼断案是知县重要的日常工作之一,所谓“讼狱不平,我为平之”。对于诉讼而言,知县的“爱民”,却是首先通过劝民息讼表现出来的。

(一)劝民息讼

曾为四川巴县知县的刘衡就颁布示谕,苦劝百姓切勿轻易兴讼。因该示谕极具典型性,不妨详录于此:

照得钱债、田土、坟山及一切口角细故,原是百姓们常有的,自有一定的道理。若实在被人欺负,只要报告老成公道的亲友邻族,替你讲理,可以和息也就罢了。断不可告官评讼。在讼棍,必劝你说,他熟识衙门、不消多费,可以替你告官出气。若依本[县府看来],这话万万听信不得。但凡告状的人,自作呈之日起,到出结之日止,无事不要花钱。到城市便被店家捉弄,到衙门便受书差吓索。过了好些时、花了好些钱,还没见官的面。等到示期审讯,先要邀请邻证,早早守候。房租、吃喝、夫马,哪一样

[10] 余英时:“民主、人权与儒家文化”,程嫩生、罗群等译,载《人文与理性的中国》,上海古籍出版社2007年版,第328页。

[11] 然而,今人对“父母官”的理解却极易偏向相反的角度,即只见其“权”。实际上,“专制”之所以被普遍用以概括中国传统政治统治,原因之一,就是由于持论者完全无视中国传统上强调“职责”远胜于“权力”的这一事实。罗志田、葛小佳先生指出:“从上古的《周礼》开始,中国政治文献中就很少讲到权力,却对从各级官吏到一般民众的职责规定得不厌其详。君有君责,臣也有臣责。但首要的责任在上”(参见罗志田、葛小佳:《东风与西风》,三联书店1998年版,第62~63页)。所谓“上”者,就“君臣”关系而言,“首要责任”则在君(此点参见罗志田、葛小佳著前注书《东风与西风》中“中国文化体系之中的传统中国政治统治”一文);就“官民”关系而言,“首要责任”在“官”(这同样有着复杂的多重原因,拙见以为,事实上的确存在的“官”追究“民”的法律责任在实际上普遍“从轻”的现象,应当是“首要责任”在“官”——尤其是传统上十分强调的“官”对“民”的“教化”责任——的逻辑结果之一)。