

法律是什么？
法治又意味着什么？
为什么需要法治？
需要什么样的法治？
这些问题必须被不断地思考和追问。

梁治平/著

在边缘处思考

THINKING AT THE MARGINS

- 中国法律史上的民间法
——兼论中国古代法律的多元格局
- 从“礼治”到“法治”？
- 乡土社会中的法律与秩序
- 法治：社会转型时期的制度建构
——对中国法律现代化运动的一个内在观察
- “民间”、“民间社会”和 Civil Society
—— Civil Society概念的再检讨
- 法律史的视界：方法、旨趣与范式

法律出版社



在边缘处

西南政法大学 学子学术文库

在边缘处思考

THINKING AT THE MARGINS

梁治平/著



法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

在边缘处思考/梁治平著. —北京:法律出版社,2003.9
(西南政法大学学子学术文库)
ISBN 7-5036-4422-2

I. 在… II. 梁… III. 法制史—研究—中国—文集
IV. D929-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 069173 号

法律出版社·中国

责任编辑/段颖

装帧设计/曹铖 胡欣

出版/法律出版社

编辑/法学学术出版中心

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/莱芜市圣龙印务书刊有限责任公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/9.5 字数/243千

版本/2003年9月第1版

印次/2003年9月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939645

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

客服热线/010-63939792

中法图北京分公司/010-62534456

网址/www.chinalawbook.com

中法图上海公司/021-62071010/1636

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-4422-2/D·4140

定价:20.00元

西南政法大学学子学术文库编委会

主 任：梁慧星 龙宗智

委 员（以姓氏笔画为序）：

方 向 王卫国 尹 田 江必新

李 林 李连宁 张广兴 张建田

张新宝 张智辉 青 锋 卓泽渊

贺卫方 顾培东 黄松有 夏 勇

梁治平 景汉朝

秘 书 长：方 向 茅院生

总 序

西南政法大学建校至今已历 50 寒暑,中间虽遭遇“文革”之乱,停办近 10 年,但仍有 10 万之众的莘莘学子前后就学于此,歌乐山魂培育浩然正气,嘉陵江水滋养人文精神。10 万毕业生活跃于神州大地,为国家法治大厦之建设添砖加瓦,贡献才智,已形成法律界广受关注的西南法律人群体,造就了西南法律教育与这里的毕业生独特的品格与精神。

在校庆 50 周年到来之际,西南政法大学北京校友联谊会与法律出版社联合推出“西南政法大学学子学术文库”,这是对我们的母校 50 华诞的献礼,是对这所中国法律教育与学术研究重镇所取得成就的一次检阅,同时,我们也希望这 50 部著作能够成为后来者在法学研究和法律教育的道路上继续跋涉的阶梯,此外,还希望通过这些著作,能够向读者昭示西南政法大学的传统与精神。

体现在西南教育过程中以及学子著述里和行为上的品格与精神首先是强烈的忧患意识。忧患意识是中国知识分子的一种生生不息的传统。“士不可以不弘毅,任重而道远。仁以为己任,不亦重乎?死而后已,不亦远乎?”曾参的话最能够表现中国知识人的那种强烈的忧患意识和责任感。不过,近代以降,由于引进了西方的学术与教育制度,知识人有了不同的专业,因此在忧国济世与专业追求之间会有某种紧张关系。但是,对于一种在这个国家的历史上未曾存在过的新专业人士的法律人,他们与其他领域的人相比,在当今的中国注

定要遭遇更多的坎坷。在人民共和国成立之后,法律教育很快就处在受抑制的状态。实际上,20世纪50年代前期如西南政法学院等政法学院的成立与其说是对法律教育发展的起点,不如说是限制法律教育的举措。因为每一所政法学院都是在合并若干所综合性大学法律系的基础上而建立的;政法学院的出现其实大大缩小了中国法律教育的整体规模。比规模更重要的变化是,“政法”这样的概念所预示的法律教育内容与目标与既有传统的断裂。

因此,在政法学院里的人,无论是教师,还是学生,一开始就处在一种压抑的心态之中。我们看当时涉及法律教育的主流话语,完全是排斥法治的。到了20世纪60年代,这种排斥愈演愈烈,终于导致法律教育的完全停滞。教师下放劳动,学校纷纷解散。在这样的情况下,法律界知识分子的忧患真正是刻骨铭心,难以排解。文革浩劫之后,法律教育虽然恢复,法治建设也逐渐提上日程,但是书本上法律理论与社会中的实际状况之间的巨大反差仍然是法律人经常面临的巨大痛苦。尽管位居西南,多少有些“处江湖之远”,但是这种由于专业的特殊性而加剧了的忧患意识却没有须臾少缓,甚至正因为与政治中心距离的遥远而更有所强化。

在法律教育以及法学研究方面,这种忧患意识与理性和开放的精神相结合,形成了西南法律人好学深思、平等讨论的尚智风气和不盲从、不迷信的学术品格。尤其是复办后的一段时间,校园里面百家争鸣,学术墙报放言无忌,新论叠出,一些观点或论证,今天读来,或未免稚嫩,但是,在当时的舆论环境下,却颇有石破天惊之感。正是这样的校园风气,培育了西南法律人那可贵的怀疑和批判精神。

怀疑和批判不是一种情绪化的表达,而是建立在广阔而深邃的知识积累基础上的理性论证。最初,设置单科型政法学院的目标正是为了培养偏于技术化或工匠型的法科人员;不在一个综合性大学里,学生以及教师的知识视野就必然受到限制,批判精神便无从发育。然而,西南法律人的独特之处在于,他们意识到了这种教育体制的局限性,并且付出极大的努力,力求突破这样的局限性。图书馆里

的手不释卷,山荫道上的玄思妙想,宿舍卧谈中的唇枪舌剑,无不显示出这所专业略嫌单一的大学中的师生们不拘泥于法学一科、寻求超越的努力。这样的追求在我们的毕业生身上已经有多样化的体现:除了那些从事法律教育和法学研究的人们经常在作品中显示出他们多学科的知识修养之外,不少校友进入政坛,或从事着法律之外的业务而且胜任愉快,一些人甚至成为戏剧作家、旅行(作)家、诗人、哲学家。相信随着母校向综合性大学的不断迈进,我们的毕业生在这个特色方面将更加令人瞩目。

对于人而言,50岁已经是“知天命”的年龄。但是,就大学而言,50岁只能说是世界大学之林中的一颗幼树。尽管我们的母校已经形成了一种独特的精神和传统,在人才培养方面也取得了巨大的成就,但是,我们还需要为建设一所伟大的大学而作出艰巨的努力。作为校友,在献礼的同时,我们也表达对母校美好前景的衷心祝福,祝愿母校的优良传统不断发扬光大,祝愿我们的校园永远桃李芬芳,祝愿我们的校友人才辈出,在不断提升母校地位的同时,也为整个国家法治大业的成就作出更多的贡献。

邈邈学府,在蜀山中。孜孜弘道,惟我学子。

《西南政法大学学子学术文库》编委会

2003年8月6日

我的大学(代序)

20 多年过去了,到校第一天的情形依然历历如在目前。

10 月 7 日,细雨迷蒙。上午 9 点左右,列车缓缓驶入重庆站。虽然已在拥挤的车厢里捱过了两个晚上,我却毫无倦意。即将开始的校园生活,就要结识的新同伴,甚至眼前的山城风貌,在在都让一个年轻人兴奋不已。10 点多,我随当日到达的新生一道,分乘两辆接站的卡车开赴学校。

路程比我想象的远。公路蜿蜒起伏,路边民居的窗子高高低低,层层相叠,别具情调。转一个弯,刚才还屹立前方的房屋便降到脚下,露出一片片深黑的瓦来。最迷人的是那些铺满青石板的街巷,它们上上下下,弯弯曲曲,不知所终。这景象既陌生,又亲切,像一个旧梦,激起我心中几许温柔的迷茫。

卡车沿嘉陵江溯流而上。我对于江河并不陌生,但是当日的观感却很特别。左面高岸,右面深谷,江水浩荡,烟雾迷茫。此情此景,与卡车上一群胸怀远大、豪情万丈的年轻人当时的心境不是很相配吗?

终于,卡车驶进“烈士墓”旁的一座大门。我们到了。只是,车并没有开到坐落在小山上面的宿舍,而是远远停在小山之下。我们面前是一条泥泞的坡道,路虽够宽,但也够滑,车不能行,只好徒步

了。抬眼望去,小山上矗立着一幢巨大的凹形建筑,楼借山势,称得上宏伟壮观,但那些裸露的门窗却掩不住破败之象。那里就是我们将要生活和学习的地方。

初识校园,未免有几分失望。然而这只是开始。很快我就发现,还有比泥泞的道路、简陋的校舍和残破的校园更加令人失望的东西:教材老化,课程无味,师资欠缺,资料匮乏。对一个初入大学渴求新知的青年学子来说,还有什么比这更让人感觉失望的呢?不过,回到20年前,我们的遭遇与其说是特例,不如说更近于常规。重要的是,在那样一个社会激变的当口,大学具有一种特别的意味。更何况,在有些方面,我的大学与众不同。

同学当中,年长的30多岁,阅历丰富,年纪小的不过15、16岁,刚出中学校门。这种代际混杂的“奇观”今日已不复得见。当日的情形固然不属正常,但是不同人生经验相激荡每每产生令人意想不到的结果,而那过程本身尤具挑战性。直到今天我仍相信,即便在最好的大学,一个学生从他同伴那里能够学到的应当不比得之于老师的更少。此外,年龄差异和生活经历的纷杂对于学科和学制单一带来的问题多少也是一种平衡和补救。

毫无疑问,在西南政法学院的校史上,“78级”这个称谓有一种特殊的意味。试想,新生入校即无学长,而且从第一年到第四年总是老大,这种情形岂不是“前无古人”。应该说,这种格局无益于健全的教育,反易养成跋扈之气。有这样一则故事:某日晨,某君口诵英语,徜徉于操场一角。侧有一跑步者,往复不止。某君不胜其扰。厉声止之曰:“呔!我是78级的!”跑步者不甘示弱,对曰:“我也是78级的!”的确,与学弟学妹们相比,78级同学享有诸多特权。他们是头生子,老大哥,集万千宠爱于一身。记得第一年期末考试,老师们把茶水和冷饮送到考场。所幸,78级诸君那时已基本上成熟自立,不至滥用自由。敏感的心灵、旺盛的精力和求真的冲动,因有自由的空间而获得发展,创造出一种独立思考、蓬勃向上的局面。身为78级的一分子,即使不参加学生组织,不参与辩论,不卷入任何一个中

心,也一样能够领受和享有那种自由、独立和开放的精神。这种精神来自于那个生机勃勃的开放的时代,也来自于当年师生之间的平等关系,来自于学校对于自己学生的信任与尊重。

说到老师,我眼前便浮现出一些熟悉的面容、声音和姿态。许多年过去了,记忆中的这些影像既没有衰老,也没有褪色。我领受过这些老师的教诲,接受过他(她)们的指导和帮助。实际上,他(她)们传递给我的东西远甚于单纯的知识。他(她)们待人的真诚,对学问的执著,还有他(她)们责任感和正直的人格,在我的生命中留下痕迹。以后我自己教书的经验,我知道,在我教过的学生当中,哪怕一个班只有一人数人能因为我而受惠终身,我的努力便没有白费,我的付出便有了回报。我的老师们读到这段文字,应当有一丝欣慰之情吧。

同今天的许多大学相比,我的大学简陋、残破和狭小得不宜称为大学。但那确实是我的大学。我这样说,并不只是因为我曾经把一段青春留在了那里,也不简单是因为她一直被人们叫做大学,更不是因为我认为大学只应如此。我的大学之所以无愧于大学之名,是因为她保有一种开放、自由和平等的精神。我曾经在这样一种精神氛围中学习和生活,在其中成长,了解世界,认识自己。

已经有多年没有重访我的大学,平日,若非有人提起,甚至想不到我的大学。然而,她独立而自由的精神早已融入我的生命经验,成为我身心的一部分。我知道,有一天我将重返母校。我也知道,那时我看到的校园,会比当年的现代许多,美丽许多。但愿她那自由独立、开放进取的精神依然如故。

目 录

我的大学(代序)	1
中国法律史上的民间法	
——兼论中国古代法律的多元格局	1
从“礼治”到“法治”?	20
乡土社会中的法律与秩序	36
法治:社会转型时期的制度建构	
——对中国法律现代化运动的一个内在观察	98
“民间”、“民间社会”和 Civil Society	
——Civil Society 概念的再检讨	157
法律史的视界:方法、旨趣与范式	190
在边缘处思考(代跋)	242
后记	285

中国法律史上的民间法*

——兼论中国古代法律的多元格局

1962年,一位名叫斯普林克尔(Sybille Van der Sprenkel)的英国人类学家出版了一本关于清代法律的书,这部书虽然也谈到地方衙门,谈到大清律例,但是更多的篇幅被用来描述和讨论普通的社会组织和日常生活场景:村社、亲族、家户、市镇、会社、行帮、士绅、农民、商贾、僧道、婚姻、收养、继承、交易、节日、娱乐、纠纷及其解决,等等。^①如此处理法律史,显然是假定,法律并不只是写在国家制定和施行的律例里面,它们也存在于那些普通的社会组织和生活场景之中。所以,尽管斯普林克尔重点讨论的只有宗族的、行会的以及地方习惯性的法律,她这部小书却表明了一种更具普遍意义的研究视角的转换。借用人类学家的术语,她使中国法律史的研究者不再只注意“大传统”,即由士绅所代表的“精英文化”,而将“小传统”,即乡民所代表的日常生活的文化,也纳入他们的视野。

大传统和小传统概念的提出,以所谓文明社会为背景,在这种社会形态中,社会阶层和知识的分化业已达到这样一种程度,以至于乡

* 本文原载《中国文化》第15~16期合刊(1997)。

① 参阅 Sybille van der Sprenkel, *Legal Institution in Manchu China*. 尤其“导言”以及第1、7、8、10诸章。London: The Athlone Press, 1962.

民社会不再是人类学上完整自足的认识对象,相反,它们只是一个更加复杂的社会的一部分,对它们的认识必须通过考察其与知识中心长时期的联系才可能获得。^①毫无疑问,把这种视角引入中国法律史的研究当中将是极富启发意义的。不过,我们也注意到,提出大、小传统概念所针对的恰好是人类学研究而不是历史学,而这可能意味着,我们在史学领域中运用这一对概念时,不能不对它们加以适当的调整。就目前的中国法律史研究来说,这种调整可能表现在两个方面。首先,强调的重点将不是人类学研究中的“历时性”,而是历史研究中的人类学视界。其次,当中国法律史的研究由传统的“官府之法”扩展到更加广阔的领域时,它甚至不能只限于“小传统”。部分是出于这两种考虑,我选择了“民间法”而不是“小传统”作为本文将要讨论的题目。此外,正如我将在下面指出的那样,“民间法”并不是一个仅在范围上略不同于“小传统”的概念,毋宁说,它是一种更加切合中国历史和社会形态的分类。当然,以下对无论“民间法”还是“小传统”的讨论,都只能满足于一种粗略的勾画,更详尽的研究还有待于来者。

二

如果把比如清代社会作为一个历史的横剖面来观察,我们就会发现,当时的法律形态并不是单一的,而是多样的和复杂的。像在历史上一样,清代“国家”的直接统治只及于州县,再往下,有各种血缘的、地缘的和其他性质的团体,如家族、村社、行帮、宗教社团等等,普通民众就生活于其中。值得注意的是,这些对于一般民众日常生活有着绝大影响的民间社群,无不保有自己的组织、机构和规章制度,而且,它们那些制度化的规则,虽然是由风俗习惯长期演变而来,却

^① 参见 R. Redfield, "The Social Organization of Tradition", in *Peasant Society: A Reader*, by Jack N. Potter. Boston: 1967, pp. 25 ~ 34. ed.

可以在不同程度上被我们视为法律。^①当然,这些法律不同于朝廷的律例,它们甚至不是通过“国家”正式或非正式“授权”产生的,在这种意义上,我们可以统称之为“民间法”。

民间法具有多种多样的形态。它们可以是家族的,也可以是民族的;可能形诸文字,也可能口耳相传;它们或者是由人们有意识地制定,或者是自然生成,相沿成习;其规则或者清楚明白,或者含混多义;它们的实施可能由特定的人群负责,也可能依靠公众舆论和某种微妙的心理机制。民间法产生和流行于各种社会组织和社会亚团体,从宗族、行帮、宗教组织、秘密会社,到因为各种不同目的暂时或长期结成的大、小会社。此外,它们也生长和流行于这些组织和团体之外,其效力可能限于一村一地,也可能及于一省数省。大体言之,清代的民间法,依其形态、功用、产生途径以及效力范围诸因素综合考虑,或可以分为民族的、宗教的、宗族的、行会的、帮会的、地区习惯的以及会社的几类。这些民间法上的不同源流一方面各有其历史,另一方面在彼此之间又保有这样或那样的联系。

“民族法”是一个令人费解的概念,事实上,中国历史上从来没有“民族法”这种东西,有的只是各个民族的法律。因此,当我们由民间法中辨识出所谓“民族的”方面时,我们所针对的毋宁是这样一种情况,即在历史地形成的中华帝国版图之内,一直生活着诸多民族,它们各有其历史、文化、风俗习惯、社会制度,而且,尽管有统一的帝国背景以及民族之间的长期交往和相互影响,这种社会生活的多样性始终存在着,它们构成了民间法乃至一般法律史上多元景观的一个重要背景。在这样的意义上谈论“民族法”,自然包括汉民族在内。不过,由于下面将要就汉民族的民间法作更细致的讨论,这里谈的“民族法”将暂不包括汉民族在内。当然,汉民族

^① 这里可以考虑的作为一种社会行动和正当秩序的法律概念,这个概念被认为是“团体多元主义”的和“法律多元主义”的。参见林端:“韦伯法律社会学的两大面向”,载《儒家伦理与法律文化》,台北远流图书公司1994年版,第153~168页。

的概念本身也不是自明的。所谓汉民族和汉文化在很大程度上是历史上不同民族和文化长期交往和融和的结果,因此,这里所说的其他民族,应当既不是那些入主中原实施统治的民族,也不是那些逐渐融入汉文化终被同化的民族,而是那些虽在帝国治下但始终保持自己文化、习俗和社会组织的民族。对于这些民族,朝廷向以特殊政策待之。

早在秦汉帝国形成之始,中央政权即对西北、西南多民族聚居或杂居地区实行特殊的管理办法,并设置相应的机构和职官。唐宋“羁縻府州”之设,明清土司之制,就是这类特殊政策的制度化发展。这种制度的主要内容包括:就地方土酋原辖区域建政,不变动或调整其领土;任原有酋长以官职,统治其固有地区 and 人民;官职世袭;不变地方固有制度与习俗。^① 这种制度的推行,自然有利于不同法律制度的保存。当然,这些边疆民族本身在社会组织、经济发展以及宗教、礼俗诸方面也有相当大的不同,把那些生长于其中的形态各异的法律不加分别地视为民间法的一部分显然是不恰当的。因此,民间法中这一方面所关涉的实际只是各民族内部那些直接由社会习俗以及村寨组织中产生的法律。事实上,也正是这部分法律构成了这些边疆民族法律的主要样态,因为直到20世纪中叶,这些民族的多数仍生活在生产方式较为原始、社会分化程度较低和组织相对简单的社会之中。

讨论民间法中的民族源流,不能不注意其中的复杂关系。首先,与汉民族相比较,诸边疆民族不但在地理上而且在政治、经济和文化上都处在帝国的边缘,如果说,帝国政治法律制度(“国法”)的哲学基础是“天理”、社会基础是“人情”的话,那么,其主要载体肯定是汉

^① 江应:“略论云南土司制度”,载《江应民族研究文集》,民族出版社1992年版,第313~337页。

民族,而其他民族则成为“化”的对象。^①其次,各民族之间不但有社会形态上的差异,而且有发达程度的不同,其中较发达者如西藏,已有数百年的法典编纂传统,因此人们有可能发现区别于西藏古代法典的藏族民间法。^②类似因素的存在无疑增加了问题的复杂性,尽管如此,提出民间法的概念仍有助于我们中国古代法律制度和社会秩序的复杂性。

宗教法的概念也像民族法概念一样令人费解。首先,这个概念很容易让人想到比如犹太教法、欧洲历史上的教会法或者伊斯兰法一类法律制度,而在中国历史上,从来没有这种意义上的宗教法。其次,以往的法制史研究者极少甚至完全不曾注意到中国古代法律中的宗教源流,以至人们对于(中国的)宗教法概念茫然无知。然而,这两点恰好是我们应当就中国历史上的宗教法概念作进一步探求和说明的理由。

中国传统所谓儒、释、道是否为宗教?甚至,中国历史上究竟有无宗教?在今天,这类疑问多已经不成为问题,应当弄清的只是中国宗教的特定形态以及它们的历史。^③有学者分宗教为制度化的与普化的或分散的两种。前者即佛教、基督教、伊斯兰教等世界性宗教,后者则是所谓民间宗教,此种宗教与普通民众的日常生活密不可分。^④实际上,这两种形式的宗教在中国历史上都有充分的表现,因此,我们不但可以借此去了解中国古代的宗教,而且不妨以之为参照去梳理民间法上的宗教源流。

在中国历史上,制度性宗教的著例即是佛教。佛教由东汉末年

① 极端的情形是整个民族的消失,如广东瑶人之命运。详见江应:“广东瑶人之过去与现状”,载《江应民族研究文集》,第1~41页。具体“改造”之例则甚多,如清代云南丽江地方衙门为移易当地边民火葬习俗制定的法令。详见吴泽霖:“么些人的婚丧习俗”,载《吴泽霖民族研究文集》,民族出版社1991年版,第183~209页。

② 关于藏族古代法典,可以参阅《西藏古代法典选编》选收的两部法典和书后的“附录”。中央民族大学出版社,1994。

③ 参阅秦家懿和孔汉思:《中国宗教与基督教》,吴华译,北京三联书店1990年版。

④ 此系杨庆堃教授的提法。