

权利与冤抑

寺田浩明中国法史论集


清华大学出版社

「日」寺田浩明 著
王亚新等 译

本书包括15篇论文，内容包括我国明清时期的土地制度，民间的契约形态及效力，相当于民事诉讼的州县衙门“听讼”的程序与结构、性质与历史定位，作为审判基准的“情理”，重罪案件的刑事程序和律例的适用。更为重要的是，作者试图用“首唱—唱和”、“权利—冤抑”、“非规则的法律形态”等理论概念来归纳我国历史上的法律现象，试图在世界范围的文明比较视野中从理论的高度来内在地理解中国法的历史位置。

——王亚新

清华大学出版社数字出版网站

WQBook  书文局泉

www.wqbook.com

ISBN 978-7-302-29174-9



9 787302 291749 >

定价：48.00元

权利与冤抑

寺田浩明中国法史论集

〔日〕寺田浩明 著
王亚新 等 译

清华大学出版社
北京

版权所有，侵权必究。侵权举报电话：010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

权利与冤抑：寺田浩明中国法史论集 / (日)寺田浩明著；王亚新等译。
—北京：清华大学出版社，2012.7
ISBN 978-7-302-29174-9

I. ①权… II. ①寺… ②王… III. ①法制史 - 中国 - 文集
IV. ①D929.2-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 142886 号

责任编辑：刘 晶
封面设计：傅瑞学
责任校对：王凤芝
责任印制：李红英

出版发行：清华大学出版社

网 址：<http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址：北京清华大学学研大厦 A 座 邮编：100084

社总机：010-62770175

邮购：010-62786544

投稿与读者服务：010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈：010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 装 者：三河市金元印装有限公司

经 销：全国新华书店

开 本：155mm×230mm 印 张：29

字数：387 千字

版 次：2012 年 7 月第 1 版

印次：2012 年 7 月第 1 次印刷

印 数：1~3000

定 价：48.00 元

产品编号：047637-01

作者序

对于本人在中国法律史领域的部分研究成果能够翻译为中文并单独汇集在中国国内出版,深感荣幸。

我与中国法学界的接触交流始于1981年6月参加日本的中国法制史专家访华团,陪同前辈岛田正郎先生、滋贺秀三先生和冈野诚先生等访问上海和北京之行。当时我尚未写出收入本书的第一篇论文,即《田面田底惯例的法律性质——以概念性的分析为中心》(1983年),所以只能算是以“跟随”学术界名家的身份忝列专家访华团的一员而已。但依然得到了许多同行的热情款待,今天回想起来仍能够感觉到那时的暖意。

可以算得上我自己最初在学问上对中国学术界做出的一点贡献,就是1984年4月在北京召开的中国法律史国际学术讨论会上提交了研究报告《日本对清代土地契约文书的整理与研究》(后来收进《中国法律史国际学术讨论会论文集》,陕西人民出版社,1990年,第359~374页)。接下来就是收进本书的《中国近世土地所有制研究》(冯潇译)和《清代土地法秩序“惯例”的结构》(王莉莉译,周蕴石校),这两篇文章分别于1994年和1995年在中国出版。

不过,一直到20世纪90年代中期的那个阶段,中国的学术界对于中国法制史进行研究的主流仍是有关法典的研究。记得滋贺秀三先生曾经表示过,令人吃惊的是在他自身关注的若干研究领域内,只有关于唐律或律令编纂史方面,能够与中国的同行展开细致而十分有益的交流,而在他从事研究的另一个学问领域,即从与现代法学相通的法理学或法社会学等视角考察传统中国司法审判的性质等而提出的理论,当时则几乎不能引起中国同行们最起码的兴趣。

这样的学术交流状况发生明显变化的标志之一,大概就是由王亚新和梁治平共同编辑的滋贺秀三等著《明清时期的民间契约和民事审判》(法律出版社,1998年)一书的出版了。在新旧世纪即将交替的这个时期,黄宗智教授有关清代民事审判的研究成果也介绍到了中国。而且就中国法学界自身而言,梁治平教授的“习惯法”论和朱苏力教授的“本土资源”论等具有冲击力的研究成果已经相继问世。看来在当时的中国,由于法制方面的改革取得一定成果,西方近代型的法律制度及相关学说等得到某种程度的普及,与此相应这些外来因素与传统的秩序形成方式之间的摩擦或紧张关系也随处可见。于是,对于这两者之间的关系或张力展开原理性考查也就成为学术界的一种内在要求。

《明清时期的民间契约和民事审判》的出版时期正好处于当代中国的法史学研究长足发展和法学研究方法论“觉醒”的阶段。通过此书,日本的中国法制史研究与法理学和法社会学有关的方法论要素得到不少中国学者的呼应。当时我自己还是四十多岁的壮年,正在努力推进和深化自己相关研究的过程之中。自己的研究成果及方法论方面的探索无意中能够与中国学术界日益集中的关注焦点大体保持一致,而且一部分代表性的论文通过王亚新教授的翻译汇入了中国重要的学术潮流中去——这些都让我感到十分荣幸。不用说,中国的不少法制史学者,尤其是年轻一辈的学者给予我这些研究成果的关注和反映,对于我自己的研究来说已成为一种强有力的勉励。

从那时起又过去了十多年的时光。我自己的研究对象已从传统中

国审判的性质如何等问题拓展到传统法秩序整体的存在方式,以及成文法规在其中的位置等更加广阔的领域。今天中国的法史学界似乎也有了进入新的发展阶段之慨——利用历史档案对州县衙门的审判展开实证性研究已成常规的研究手法、成案等史料的一般运用也日臻成熟。同时对于作为参照的西方近代法保持距离乃至怀疑的程度亦非十年前所能见。就是在这样一个阶段,我的这本文集即将出版。那么这次的出版会引起什么样的反映呢?对此,我真是心向往之地期待。

最后,谨向使这本文集的出版得以实现的同行和朋友们表示深切的谢意。清华大学法学院的王亚新教授再一次承担了协助编校收进本书的各篇文章译文的工作。虽然没有能够与本书中各篇论文的翻译者和校对者一一分别联系,在此亦向他们致以衷心的感谢!他们的名字是(按译文排列顺序):郑民钦、冯潇、王莉莉、周蕴石、郑芙蓉、魏敏、李力、潘健、曹阳、陈新宇、吴博、阮云星、刘风景。

寺田浩明

2011年6月13日

编校说明

寺田浩明教授的研究成果中,有相当一部分已经在不同场合不同时期由多样的译者翻译为中文。这些译文或者发表在国内期刊上,或者编入某种论文集出版。本书收进的文章是在寺田教授提供的译文目录基础上,综合考虑主题及写作时期,并根据涉及的对象领域等因素,在与寺田教授充分协商的前提下有所取舍地进行选择的结果。构成本书的论文不过仅仅是寺田教授研究成果的一部分而已,就是对已经译成中文的文章也没有穷尽。不过,相信本书的内容已经能够大致反映寺田教授在中国法史学研究中的主要关注点及代表性的成果。对于收进本书的译文,其中有一部分本人又根据寺田教授提供的原文做了较大修改,对另一些较成熟的翻译则只是在误字和注释体例等方面有所调整。但是就这样也未能完全统一各篇译文略有差异的体例、语气和表达习惯等。从译文由许多译者在不同时期分别完成的实际情况来看,大致保留各自有所相异的风格既属不得已,或者也算一种展示“传播、解读过程”印记的特点吧。有心的读者可以自己留意。

王亚新 谨识

目 录

田面田底惯例的法律性质	
——以概念性的分析为中心	1
中国近世土地所有制研究	72
清代土地法秩序“惯例”的结构	89
中国契约史与西方契约史	
——契约概念比较史的再探讨	113
明清时期法秩序中“约”的性质	136
日本的清代司法制度研究与“法”的理解	
.....	182
权利与冤抑	
——清代听讼和民众的民事法秩序	207
清代的民事诉讼与“法之构筑”	
——以《淡新档案》中的一个事例为素材	
.....	275
清代民事审判:性质及意义	
——日美两国学者之间的争论	298
清代民事审判与西欧近代型的法秩序	311

清代刑事审判中律例作用的再考察

——关于实定法的“非规则”形态	323
“非规则型法”之概念——以清代中国法为素材	357
超越民间法论	394
“拥挤列车”模型——明清时期的社会认识和秩序建构	409
传统中国的“法律解释”	424

田面田底惯例的法律性质 ——以概念性的分析为中心*

序言

在研究明末清初(17世纪)至中华民国这段时间的土地法惯例的时候,给笔者留下深刻印象的特点就是一块土地上并存着以“田面”、“田底”这两个词语为代表的两种权利的状态。^[1]这种现象也称为“一田两主”。例如,中华民国初期进行的惯例调查中就有这样的记载。^[2]

佃户租田方法,尚有一特殊之例。即佃户租田,有田面田底之分。田底者即地主所有之土地权也。田面者,即佃户之耕种权也……地主可任意买卖田底,而佃户亦可买卖田面。若有某农欲租田耕种,则

* 原文载东京大学《东洋文化研究所纪要》第93册,1983年。郑民钦译。

[1] 有关两权的称呼,其他还有田皮田骨、田根田面、小租大租、小买大买、税田苗田等各种各样。另外,田面一词未必特指两权中的某一方。但本文为论述方便起见,将受租纳粮者称为田底主,将耕作纳租者称为田面主。另外,有的时候倒没有上述完整的称呼,即使只有称佃户为“顶首”、“粪质”的事例中,也存在着同样的权利关系,反之,即使有田面田底的称呼,有的事例也应该与之区别开来。现姑且这样称呼,第一节末尾予以准确的定义。

[2] 冯和法编:《中国农村经济资料》,106页,1933年。

先与耕种该田之佃户,商量田面之价。若已商定,然后再赴业主处,出立承揽据而耕种。若该田(佃?)户不愿将田面让人,则某农虽得业主之许可,而亦无所用。惟若原佃户因拖租不交,而其租价已超过田面之价时,地主可将田面收回,如是则该佃户遂不能耕种。

本文之目的是试图通过对至少始于宋代的以一田一主为基础的中国传统土地法变迁的最后阶段所出现的特殊惯例,尤其是关于佃户耕作的新的权利问题的分析,阐明其在当代土地法惯例整体逻辑中的概念性位置以及当代土地法惯例的总体性质。^[3]当然,田面田底惯例在各个社会经济的背景及其不同功能的作用下,必然具有地区性、时期性的差异,尤其对惯例的发生时期的划定、地域分布以及盛衰变化的量性测定本身就是很大的研究课题。本文的目的在于类型性地阐述惯例的法律性质,所以只好割舍惯例的地区性、时期性的差异问题,将明末至民国初期的整个中国的事例视为一个整体。另外,在史料方面,主要参考学术界各位前辈在这个领域所作出的成果。^[4]在正文开始之前,谨向诸位前辈深表感谢。

从田面田底惯例的法律性质这个角度回顾日本学术界对中国相关

[3] 既然以田面田底作为研究的对象,只能在租佃经营的民间田地的范畴内论述。有关当代土地制度的总体问题。参照台湾地区旧惯临时调查会编:《清国行政法》。

[4] 本文最主要的参考书籍是《中国农村经济资料》、《中国农村经济资料续编》(1935年)以及中华民国司法行政部编:《民商事习惯调查报告录》(1930年,以下简称《民商事》)3种。因为均是对中华民国初年的旧来习惯的调查,时而不经意地使用近代法概念(如所有权),但与以前的史料进行对照比较,可以充分了解传统的土地习惯法的形态,甚至包含近代语言的使用方法。

在中国传统的土地法固有表达方式中,一般不用“土地所有”之类的词语,更没有“土地所有权”一词。虽然存在“所有”一词,但与现代口语一样,其含义多指“一切”。当然存在着田主业主或者土地买卖行为的表达方式。其实,民国时代引进近代法概念后,惯例调查者所使用的“所有”、“所有权”的词语,与其说采用其近代的含义,不如说多用来单纯地替代传统中国土地法中的“主”的构成概念。从这个意义上说,明清时代的“田面主”、民国初年的“田面所有权”都是我们同等分析的对象。参见第一节第二项。

问题的研究史的话,^[5]如果指出仁井田陞提出的如下观点具有古典性的地位,对此大概不会有很大异议吧。^[6]

一田两主是一种习惯上的权利关系,就是把一块土地分为上下两层,上面的上地(称为田皮、田面等)与下面的底地(称为田根、田骨等)分别为不同的人所有。这是上地的权利与底地的权利持久并存的一个独立的物权的权利。底地所有者具有每年向拥有土地使用收益权的上地所有者收租(规定的利益)的权利,但租的滞纳一般不能成为废除合同的原因。另外,上地底地的权利者处理各自的土地,通常不互相牵制。就是说,上地所有者可任意转让出租,底地所有者的同意并非转让出租的要件。而且,上地底地各自所有者的变更也对另一方所有者的权益不构成影响。

这个观点是在充分融化前人调查惯例的见解、整理诸多史料的基础上,对田面田底的各种属性进行深入研究的结果,已被广泛公认。后人研究的主要方向是以仁井田陞的论点作为理论的前提,或通过史料收集更广泛的时期性、地区性的事例,或阐述田面田底惯例的社会经济背景以及田主佃户关系中的阶级功能。^[7]

[5] 中国对田面田底惯例的研究自然也十分活跃深入。早期有傅衣凌“明清农村社会经济”(1961年,《福建佃农经济丛考》。1944年文章的修订稿),近年有韩恒煜“试论清代前期佃农永佃权的由来及其性质”(《清史论丛》第一辑,1979年),刘永清“清代前期的农业租佃关系”(同上第二辑,1980年)。另外,对台湾地区惯例的研究,有戴炎辉“清代台湾之乡治”(1979年)。本文从上述文章中受到启迪,谨表感谢。但除韩氏文章外,其他文章的研究重点均为阐述社会经济背景及其功能,与本文论述的问题不太吻合。

[6] 仁井田陞:《明清时代的一田两主习惯及其成立》(同《中国法制史研究·土地法取引法》,1960年),第166页。初次发表于1946年(《中国近世的一田两主习惯及其成立》,《法学协会杂志》第六十四卷3、4号)。底线为笔者所加,下同。

[7] 论及田面田底惯例的论文不胜枚举,以此为主题的代表性论文有清水泰次:《明代福建的农家经济——关于一田三主的惯例》(《史学杂志》六十三编7号,1954年),片冈芝子:《关于福建的一田两主》(《历史学研究》294号,1964年),前田胜太郎:《清代广东农民斗争的基础》(《东洋学报》五十七卷4号,1969年)等。有关当代农村社会中田主佃户的关系的论文,可参见森正夫:《明清时代的土地制度》(《岩波讲座·世界历史》12,1971年)。

近年,随着研究的不断深入,藤井宏、草野靖相继提出重新认识仁井田陞理论的观点。^[8]首先是藤井宏分析田面主佃户欠租的归还情况,发现当累计欠租额超过田面价的时候,其田面几乎都无条件地被田底主田主没收,从而对仁井田陞的“租的滞纳一般不能成为废除合同的原因”的观点提出异议。^[9]这个异议本身可以说只是对仁井田陞关于田面属性之一的部分修正,但藤井宏的理论还继续展开,他认为田面的耕作权利与纳租义务是结合在一起的,如果不履行义务,就必然失去权利,所以应该认识到“租的滞纳一般成为废除合同的原因”。^[10]他的

[8] 藤井宏关于田面田底惯例的论文有:A.《关于中国“耕作权确立”时期的诸问题——对疯狂镇压的不屈的抗争记录》(自己油印本,1972年),B.《崇明岛的一田两主制——以起源为中心的论述》(《东方学》,1975年),C.《一田两主制的基本构造(一)》(《近代中国》第五卷,1979年。还在连载),D.《辍耕录(释怨结姻)说话的新研究——以〈转变〉的解释为中心》(《东方学》五十九辑,1980年)。草野靖关于田面田底惯例的论文有:A.《宋元时代的水利田开发与一田两主惯例的萌芽》(《东洋学报》五十三卷1、2号,1970年),B.《宋代的割田》(《史草》11号,1970年),C.《南宋文献中所见田骨、田根、田面、田底》[《法文论丛》(熊本大学)28号,1971年],D.《旧中国的田面惯例——田面的物质基础与法的、习惯的各种权利》(《法文论丛》36号,1975年),E.《旧中国的田面惯例——田面的转顶与佃户的耕作权》(《东洋史研究》三十四卷2号,1975年),F.《田面惯例的成立》(《法文论丛》39号,1977年),G.《旧中国的押租惯例》(《社会经济史学》四十三卷2号,1977年),H.《明末清初时期田面的变质——对长江下游沙田地带的考察》(《法文论丛》41号,1978年),I.《明末清初时期田面的变质——闽、江、广三省交界山田地带的考察》[《文学部论丛》(熊本大学文学会)第1号史学编,1980年],J.《明末清初时期田面的变质——以漳州府界为中心》(《文学部论丛》第5号史学编,1981年)。

从以上目录可以看出,两人的论文不仅数量大,而且大多结合对介于田面田底惯例或非惯例之间的史料事例的解释,阐述划定田面田底惯例开始时期的论点。如果只是单纯地介绍他们的理论要点,我恐怕难以做到,但从他们的论点与仁井田陞的学说的关系着眼,以藤井的AC、草野的DE的论文为主归纳要点作为参考。至于各自对史料的解释问题,以及对他们关于田面田底惯例的历史性位置的问题,将另文探讨。

[9] 例如,藤井宏A第52页,C(一)第144页,C(二)第116页。

[10] 参见藤井宏C(二)第116页等。他在C文中强调这个论点,但基本上不使用A文中经常出现的“租滞纳的容许额度以及容许期间”(第52页)的表现方式。参见第一节。

这些论点还涉及仁井田陞整个理论的本质问题^[11]（藤井宏的理论还在继续发表，所以尚无法全面了解他的论点。他以“分割所有权”的形式分析田面田底惯例，^[12]最终将如何阐述田面、所有权等问题，甚感兴趣）。

草野靖从田面形成的角度进行研究，提出与仁井田陞完全不同的田面论点。他将历来认为形成田面的原因归纳为田主的分与和佃户的开垦两种，指出更加根源性的形式在于后者，试图以田面主佃户具有什么权利、置换成佃户开垦后获得什么权利的形式进行解释。^[13]他认为，佃户通过开垦能够立即获取以下两个权利：向田主要求偿还为开垦而付出的劳力资材（开垦工本）的权利（工本偿还请求权）；在田主偿还之前，佃户继续耕作，并从自己开垦的土地上享受利益的权利（租田增益收取权）。田面主的权利内容可以理解为上述两项权利以及由此派生出来的权利的总和。^[14]这样，田面田底惯例的存在状态就变成在一般的田主佃户关系（租佃关系）之外还要附加开垦工本（底面分管关系）。^[15]在工本未偿还之前，关系持续存在这一点上，与仁井田陞的分割所有的田面田底论有着很大的分歧。^[16]

可见，藤井宏与草野靖之间的理论构成内容也存在很大的差异，所

[11] 藤井宏引用仁井田陞的论点“底地所有者具有每年向拥有土地使用收益权的上地所有者收租（规定的利益）的权利”，认为仁井田陞也与自己一样，“明确认识到上地（田面）的权利必然与纳租的义务成为一体”[C(二)第116页]。但在田底主具有受租权与田面权具有纳租义务为一体构造这一点上，与仁井田陞发生分歧。从这个意义上说，应视为藤井宏独自的理论结构。

[12] 例如，C(一)第97页以后各处。

[13] 草野靖D第62页以后。

[14] 草野靖D第63~68页。

[15] 草野靖D第68页以后、E第68页以后。

[16] 当然，草野靖并非否定资料的存在。他只是以根据上述逻辑分析的结果（佃户之间的转移、“顶价的涨价”、田主偿还工本钱的现实困难）所产生的“所有意识”处理史料（E第60页）。

以他们在近十年里展开激烈的争论。^[17] 现在回头看去,他们为什么要进行这样的尝试呢?因为他们都共同发现一个大问题,而且仁井田陞的论点缺少关于这个问题的说明。通过草野靖与仁井田陞观点的对比可以更容易地发现这个问题。

从上面的简单介绍也能了解,草野靖与仁井田陞对问题的切入点就不一样。草野靖始终着眼于从以前的田主佃户关系中如何产生田面主佃户的权利,并依靠什么存续下来的问题,以此形式立论,通过佃户开垦依然出现田面的事实以及开垦佃户退佃时一般都要偿还工本的惯例,指出佃户具有要求田主偿还工本的权利。而且在尚未偿还的情况,作为对抗田主的形式,佃户可以继续耕作。这些内容构成田面田底关系的核心。仁井田陞则认为田面田底惯例已基本上稳定存在,以买卖所有的表象所感觉的状态为对象,以记述田面主田底主的权利内容的形式立论。当然也论及田面主的权利性质、田面形成的原因,但只是停留在“土地本身”的上下两分及其买卖所有的表现上,对田面的实体与买卖所有及其取得的原因基本上进行常识性的处理,没有深入分析。^[18] 既然以稳定的买卖所有的局面作为对象,事实上当时的人们已经如此表现,也就没有必要进一步深入分析。从这个意义上说,草野靖首先关注的不是田面田底惯例,而是将一田一主的田主下,由于佃户开垦的行为自发性地形成田面田底关系的局面作为自己理论的主要构成

[17] 争论主要围绕着对元代《南村辍耕录》、《释怨结婚》,清代《崇明县志》所载《买价承价说》等难以确定的史料的解释展开,所以本文不能深入涉及,但作为旁观者,愿意进一句忠言:由于是对难以理解的史料解释问题进行争论,结果把本应以运用于各种事例的假设提示的形式认识的部分与逻辑性操作的史料部分混淆在一起,结果造成两者都不深不透的印象。本文只采取史料中简单明了的事例,或许这样还可以对假设提示方面的争论有所裨益。

[18] 例如,仁井田陞:《明清时代的一田两主习惯及其成立》第170页以后将一田两主与“德国中世的所谓分割所有权(双重所有权)”进行对比,指出一田两主对下级所有权者的处分权没有制约,而且上下级所有权都不包含“身份的统治以及庇护那样的人格关系”。虽然这种分析使人深感兴趣(也是正确的),但论述到一田两主本身的积极存在结构时,没有提出超越“土地本身的上下两分”的见解。

部分。如果以仁井田陞的观点解释这些情况,就很自然地产生“没有田面的地方,又是怎么取得所有呢?”这样朴素的疑问。问题不在于是否有“田面”这个词语,而是没有阐明田面主佃户的权利结构。仁井田陞没有结合实际状态的印象从正面论述田面所有的状况,所以要论述自发性的形成就没有什么用处。当逻辑性地重新构成田面形成的过程时,^[19]草野靖发现了传统理论的不足,于是提出上述论点。他的结论是否正确另当别论,这种尝试在学术史上具有非常大的意义。

从这个角度看,藤井宏在理论建构方面的努力可以说也是对仁井田陞学说不足部分的补充。他之所以将田面主欠租的处理作为一个大问题进行研究,其背面是意识到田面主佃户的权利依靠什么存续下来这个问题。另外,如果要区别佃权与田面的关系,必然就要自觉地阐述“分割所有权”的内容。^[20]不论最终的结论如何,如果要对田面田底关系的形成和终结做出统一的解释,就必须探讨田面主佃户的权利的基础。草野靖、藤井宏在努力建构自己的理论这一点上是共同的。

在试图论述田面田底惯例的法律性的时候,我们的面前存在着这些问题以及为克服问题而进行的两种尝试。但是,尚未完成的藤井宏的论点暂且不论,就草野靖的观点而言,我们对他的立论前提本身就表示很大的疑问。就是说,草野靖着眼于佃户开垦的状况,但他既在史料上发现田面形成的原因在于开垦的记载(事实上,这样的记载事例很多),又将由于佃户开垦而产生的佃户权利定义为“田面”,这两者之间出现逻辑性的乖离。^[21]至少从史料的文字上看,事实上,既有开垦产生田面的,也有不能产生田面的。即使可以逻辑性地抽出共同性,但也无法消除两者概念性的差异。就是说,即使草野靖是通过佃户的开垦

[19] 在草野靖以前,很少有人尝试对田面自发性形成过程进行逻辑性的阐述。不可否认,这是因为采取认为通过“力量关系”、“身份的上升”的一般性理论中足够解释自发性的田面形成问题的态度。参见第三节。

[20] 藤井宏 C(二)第101页。

[21] 滋贺秀三早就指出,草野靖所说的田面的定义“乖离于当时人们日常所说的田面的含义”。(对草野靖 D、E 的书评,《法制史研究》二十六,1976年)。

展开阐述自己的理论(总体上说,他的理论应该予以肯定),但也不能说是田面本身的理论。论述田面田底惯例的形成,必须对田面田底本身进行概念性的探讨,为此,只能重新研究什么是田面所有这个问题,此外没有别的途径。

于是,本文从思考以下这些朴素的问题作为开端:在田面田底惯例的稳定存在的状态中,实际上都有什么样的关系?当把这些视为与以前的田主、土地买卖一样,例如田面主及其田面买卖的时候,又具有什么样的结构共同性(第一节)?然后从两个方向探讨这种类型的位置,阐明形成这种状态的原因(第二、三节)。最后简单地论述对田面惯例形成问题的理论性预测。

一、田面主与田面买卖

(一) 佃户在田面地的耕作

存在于被称为田面主田底主的土地(以下简称田面田)上的形态与非田面田上的形态有哪些具体的不同点呢?如果只看日常的表面现象,田面主在一般的耕地纳租(以下称为佃户耕作)这一点上与其他佃户没有区别。^[22]从田底主方面来说,收租后向国家缴纳税粮这一点与采取雇佃户耕作、自己收租的形式获益(以下把这种土地经营方式称为租佃经营)的其他田主没有区别(为探讨功能的时候方便起见,把田面主田底主称为佃户田主)。当然,如果详细分析的话,没有发现例如田主向佃户提供田面田的种子、肥料,提出具体播种的要求的事例。大多数情况下,大概采取定额租的形式,这可以说在一定程度上体现了当时社会经济的特点。但是,反过来如果仅仅是采取定额租的自立自律

[22] 当然,其中也存在另有直接耕作者,而表面上田面主和田底主均向其收租的事例(例如《福建省例》卷十五田宅例“禁革田皮田根,不许私相买卖……”条)。另外还存在直接耕作者也具有类似田面的权利的一田三主的事例(《民商事》第411页)。本文为避免论述的复杂化,只采取田面主亲自耕作土地的一田两主的形式。但其他形式的事例大多数也可以由此理解。

佃户经营,并非仅限于田面田。^[23] 这样,田主佃户的行为差异主要体现在佃户耕作的正当性中。在佃户耕作开始以及终结的方式中可以具体地表现出来。首先将田面田的佃户耕作的开始终结方式与非田面田的最一般的方式进行简单的比较。

说到佃户,往往容易使人联想到一般所说的天生世袭的佃户耕作身份。当然,不言而喻,“佃户”不过是具体存在的每个无产小民,只是因为语言使用的方便,才这么称呼。严格地说,只有当他们在某块土地上耕作以维持生计的时候,才能称为佃户。^[24] 反过来说,为了在某块土地上进行佃户耕作,必须履行一定的手续。

非田面田的佃户耕作,一般先要通过中人等介绍,向田主提出承佃的申请,得到许可后才能耕作(通常是佃户立下字据,写明租额、纳租期、保证不拖欠租等内容,交给田主)。^[25] 当然,田主没有必须接受其申请的义务,田主具有自己耕种该土地的自由、将该土地估价出售典当的自由、租给其他愿意付出更多的田租的承佃者的自由。从这个意义上说,非田面田的田主选择租佃经营,而且只要在招请对方当佃户(召佃)的时候,对方才能在该土地上进行佃户耕作。

田面田的佃户耕作,正如本文开头部分所引用的资料那样,一般的

[23] 参见第二节补论。

[24] 至少在宋代以后,大量的土地采取租佃经营的形式,佃户作为一个社会阶层经常性地存在。为适应承佃后的佃户与田主之间的依存关系,“佃户的身份限制”(具体地表现为处理田主佃户间伤害事件时刑罚的加减)就成为一般性的用语。但是,即使是在这种情况下,并不因为佃户耕作别人的土地本身就自然而然地产生差别。另外,本文所涉及的时期还没有出现这样的限制。

[25] 举一例说明,东京大学东洋文化研究所藏《苏州金氏文书》4—37。道光七年七月,承揽据。“立承揽邓三规,为因少田耕种,央中保规债甲,顾友龙瑞源,今揽到金府管业粮田,坐落吴邑十二都十一图羊赖圩内田四亩八分零厘零毫。每亩额租米壹石贰斗五升,计共实该租米五石九斗八升零合外,加力米每亩三升,待至秋收,即将干圆洁净好米,作限一并交还,不致拖欠。倘有水旱虫伤,照依边方大例。如有抗欠霸种,听凭禀究,另召接种。恐后无凭,立此承揽,是实。”下面是年月、署名画押。

东洋文库明代史研究室编:《中国土地契约文书集(金一清)》(1975年版)里收入很多类似的文书,其基本目的是佃户为保证纳租给予田主的收租凭据。

但是,虽然极少,也有口头约定的事例(《民事事》第607页“佃耕不必具佃字”的苗族事例)。另外,第二节第二项将论述召承佃时田主所立的凭据。

做法是,首先必须与现在的佃户耕作者进行交涉,在双方同意后(通常是现佃户立契据交给对方),^[26]到田主那里办理承佃手续。^[27]从表面上看,承佃手续与通常的非田面田一样,由佃户订立租佃契约。所以,有的学者对契约本身十分重视。^[28]田主不能拒绝已经与现佃户达成协议的新佃户承佃耕种,^[29]反过来,新佃户未与现佃户交涉,先与田主

[26] 举一例说明,林惠海:《中支江南农村社会制度研究·上》(1953年版)第111页引用的中华民国二十五年三月五日绝卖田面文契:“立绝卖田面文契人丁六保,为因正用,央中将祖遗承种范志栈,坐落旧长境昌一图暨吴境十一都十八图田面拾二亩七分整,凭中情愿杜绝卖与赵阿水君耕种为业。三面议定,时值杜绝田面价洋八百九十元整。当日洋契两交。自卖之后,任凭买主栈过户完租耕种,与出主无涉。此系自愿。并非争阻,纠葛影戩,在外重叠等情,倘有事端,均归出主理直,不涉买主之事。欲后有凭,立此杜绝出卖田面文契存照。”(年月、署名略)

双方同意后,交付价钱(洋契两交),订立这份保证“杜绝卖与”田面,以“耕种为业”的“绝卖田面契”。同意后,买主到田主(该契约中的租栈)那里“过户”(变更负担纳税者的名义),以后即由其完租。

[27] 例如,《民商事》第327页这样记述:“故田面,俗称灰肥田,倘欲移转他人,既无户粮,又无印串,祇凭中证,立契收价,让与耕种,即由新佃人向业主另立租札。”

[28] 草野靖D第68页以后。他把佃户之间的立契手续与田主佃户之间的租佃契约手续视为一样,认为“这反映了底面分管与租佃是不同的关系”,该“租佃关系”是“欠租夺佃”惯例中一般的租佃关系的连续。

[29] 但是也有极个别的例外。《民商事》第464页记载:“永佃权之移转,须得所有权人同意。”

(浙江省嘉善县)查该县之永佃权俗称田面权,所有权人则称田底权,亦称业主。如有田面权之佃户欲将所得之田面权移转他人,必须征求业主同意,方可成立契约。盖永佃人能否得人,能否以善良注意经营其田,以及能否担负照约交付租金之义务,均因有关所有权人之权利……

但是,虽然的确存在例外的事实,至少不能作为一般性立论的基础。似乎与下述史料联系起来认识比较合适。《中国经济年鉴》(1934年)G第182页记载:

(浙江省海盐县)关于佃田之习惯,凡从业主领田耕作,并不先纳地价(不知道这句话的正确含义,租名义先行交纳的,也许指的是不支付押租)。只是在订立租契时,每亩交纳三四百文钱俗称“纳契钱”。退佃时概不归还(即礼金)。甲佃不愿承管,转让给乙佃时,如是上等田地,乙佃必须出钱给甲佃,俗称“顶首钱”。每亩七八元,少者一二元,无一定。如是次等田地,则无此项顶首钱。然转让之前必须经业主许可,方准履行(即说明田主可以根据佃户的情况,不予同意。佃户的行为相当于推荐新佃户)。然后再与新佃户订立租契,并如前面的佃户那样缴纳纳契钱。

这个事例发展成后面第三节第三项论述的佃户交替时新佃户向原佃户支付退田费的惯例,可以视为先期的过渡形态。

交涉办理了承佃手续,田主也不能以此为由逼迫现佃户交出土地。^[30]从法的含义上具有决定性的是,新佃户与现佃户达成协议后,现佃户指定对方为新佃户,继承自己进行佃户耕作。所以,与田主之间的手续,实质上只是事后把佃户耕作者,即纳租负担者更换的事实通知田主,并予以确认而已。从史料上看,有的在佃户更换的时候,并没有让新佃户订立租佃契约,只是在田主收租簿上变更名义,^[31]有的模仿土地买卖后变更向国家缴纳税粮的买主名义的手续,在新佃户与田主之间也履行“过户”、“过割”的手续。^[32]田面田的形式,由现佃户指定新佃户,也惟有如此,新佃户才可以在该土地上进行佃户耕作。

那么,这种佃户耕作的正当性在什么时候消失或者不消失呢?非田面田的形式,一般不设定召承佃的期限,^[33]一旦承佃下来,只要田主不发出夺佃的通知,以后就以同样的条件继续进行佃户耕作,^[34]而且

[30] 有关田面的纠纷大部分由于换佃时现佃户不退出而引起的。参见第三节第三项。

[31] 《豫鄂皖赣四省之租佃嗣度》(1936年)第27页以后。歙县休宁。有永佃权之田地,佃农初次欲承揽时,须先将佃权购入,而后与原佃户同往地主处说明。地主不另立佃田字据,仍保守原有之字据,只在收租簿上,将佃户之姓名更换而已。“地主不另立佃田字据”,从文字表面上看,似乎说的是地主立契,但与这则史料前面的舒城桐城各县的记述“佃农初次承揽耕地时,须先购进佃权,偕同旧佃户同赴地主家中,面议一切,并立一佃田字据交与地主”相比较,就知道此处说的是“地主不让(新佃户)另立佃权字据”。有关歙县的参见下注。

[32] 林惠海:《中支江南农村社会制度研究(上)》中有“过户”字样。另外,《民商事》第407页的安徽省歙县小买契(田面卖契)中也记载:“退顶小买田人,今将受分小买田,出退与某董盟耕种。”该书还说“小买……对于大买主(田底主)仍应另立租约”。这也是与上注的歙县有关史料,大概原则上采取另立租约的形式,但有的图方便,就在收租簿上更改名义。从上述两种情况的比较,“过割”给人的印象比较深刻。

[33] 现在难以掌握古代的数据,但天野元之助:《中国农业经济论·上》(1940年版)第345页登载有民国二十四年16省的佃户期限的一般性统计。根据对28万多户佃户的调查表明,不定期的70.26%,定期的8.12%,永佃的21.08%,其他0.08%。在此之前的时期,不定期的比率恐怕更大。第一节的论述主要以不定期为事例。另外,关于古代的定期租佃、租前纳问题,参见第二节。

[34] 一旦承佃后,中途是否可以修改租额租率,史料没有明确记载。但是,可以想象,租额变更与修改租契联系在一起,增租是夺佃再召佃的构成部分,这又牵连到能否夺佃的问题。

一般都愿意维持现状。^[35] 但是,所有的史料都认为,当出现下列情况时,田主可以夺佃,而佃户无法违抗。

第一,田主停止租佃经营。田主亲自耕种土地(自耕)或者田主将土地出售出典(典当)给第三者(外卖)时,佃户只好忍受田主的夺佃。^[36] 当然,在实际操作时,夺佃的时期要受到制约,^[37] 外卖时佃户具有先买先典权,^[38] 而且这些手段有时还成为惯例固定存在。但是,这一切都是被无奈夺佃的前提下的手段,并不能否定夺佃这个原则。

第二,即使田主继续实行租佃经营,这其中也会发生各种各样的变化,但至少在佃户欠租的时候,可以从该佃户手里夺佃,另招其他的佃户(换佃)。这已经成为共识,得到广泛的认可。^[39] 这大概与欠租多少无关,只要欠租,田主就可以通知夺佃,佃户不能违抗。^[40] 从这个意义上看,非田面田的佃户耕作方式,与其说佃户具有耕作权,不如说存在

[35] 《福建省例》卷十五田宅例“禁革田皮田根,不许私相买卖,佃户若不欠租,不许田主额外加增”条所举的事例是田皮(田面)主作为中间剥削者横行霸道时,由官府出面强制性地废除田面。但是,官府希望田面废除后的各方之间的关系应该是这样的:“嗣后若佃户不欠租,不许田主额外加增,生端召佃,使佃户知所劝勉完租,使田主不致误租欠课。(如此)两相安业。”在这段话的前面,对所谓“生端召佃”的情况这样描述:“从中勒佃加租,或刁农贪图耕种,私向田主加租夺佃,致启讼端。”就是说,官府希望佃户不欠租,田主收租缴纳国课。既不增租,也不换佃,主佃安居乐业。

[36] 外卖时的惯例也可以认为是买主的自耕问题。有关自耕外卖的史料不胜枚举,例如《民商事》第38页记载:“如租他人之地耕种者,遇业主将该地出当或出卖时,受当者或受买者,倘欲自种承租者,即当将地退出。”这些惯例与承典者不能对抗田主出卖的惯例合称“租不拦当,当不拦卖”(参见第37页)。

[37] 自耕种开始以后至收获结束之前的期间内不能夺佃的。“春不退佃”的惯例存在于民国时期(例如《民商事》第416页还记述其例外)、清朝中期(例如《西江视臬纪事》卷三“禁临春起佃及强佃霸耕”条,乾隆初年)各地。

[38] 例如,《民商事》第37页就“租不拦当,当不拦卖”说:“但所有者于典卖时,各该租典户有优先权。”

[39] 《民商事》也把欠租排除在外。

[40] 康熙《(福建)平和县志》卷六赋役记载:“他处田产,俱以业户为主,起佃久暂之权,操自业户,租户不过按年出租而已,少有拖欠,业户即便起佃,租户不得过问。”当然,欠租夺佃的可能性具有抑制佃户欠租的功能。但是,值得注意的是,欠租以后,夺佃与追征欠租部分是两个不同的问题。这就产生押租惯例。参见第二节第二项。

着田主随时可以夺佃的基础结构,当然也有抑制无谓的夺佃换佃的一般性伦理上的限制,而作为例外,在田主自耕外卖时、佃户欠租时,夺佃予以承认。

那么,田面田是什么样的情况呢?自耕外卖时的处理是很明确的。田面田的田主自耕夺佃的可能性本身自然不言而喻,即使田主外卖土地,虽然史料的记载形式各种各样,但现佃户依然在该土地上继续佃户耕作是不言自明的前提。^[41]不论是田主,还是买主,即新田主,除了继续维持现佃户的租佃经营,从该佃户那里收租以外,没有别的选择。

然而,对于佃户欠租,史料的见解不尽相同,其记述大致可分为两种。一种是即使田面主佃户欠租,田主田底主只能追租(追征欠租部分),不能夺佃;^[42]另一种是如果欠租数额巨大,可以“夺佃”或者采取“田面没收”等各种方法,田面主佃户将失去其特殊地位。^[43]藤井宏对后者的史料进行网罗式的系统研究以后,指出当欠租额差不多达到田面价时,田主都几乎不由分说地没收田面,对仁井田陞的“租的滞纳一般不能成为废除合同的原因”的观点提出批评。但是,其实问题具有两个方面。

首先是事实认识的问题,如果探讨田面主佃户的累积欠租额达到田面价时会出现什么结果,我们就必须赞同藤井宏实证性的归纳。的确,大多数史料表明,在这种情况下,田底主可以没收田面,田面主佃户

[41] 例如,《民商事》第345页记载,江苏省海门县“……凡置买田地,如无过投(田面)契据,即非不能自己耕种或召佃耕种,若苗地(田底),不过收额租,完国课而已”(参见第三节第三项)。该书第515页记载福建省光泽县“执皮契者为佃”,“……若仅取得其骨,则产量虽易面佃仍如故”。

[42] 例如,《民商事》第317页江苏省各县习惯,“……故该习惯近今之效力,佃户可使子孙永远佃种,或任意将田面部分(即永佃权)变卖抵押,即积欠田租:业主提起诉讼,祇能追租之程度为止,不得请求退田,遇有此项案件,按照习惯效力办理,双方尚能折服”(参见第三节第三项)以及该书第392页。

[43] 例如,本文开头部分引用的史料,此外,《民商事》第342页江苏省松江县。“……倘该种户有意抗欠租米为数较巨者,可将田面作价抵租,另召接耕”。

将失去特殊的地位。^[44]从这个意义上说,田面田的佃户欠租额累计达到田面价时,“一般地”说将失去田面主权利,这个立论完全可以成立。

但是,另一方面,如果探讨田面田是否也和非田面田一样,佃户的欠租一般地说成为田主正当夺佃的理由,对这个问题只能做出否定的回答。将田面田的田面没收与非田面田的欠租夺佃惯例进行对比,就能发现两者存在两个很大的差异。第一,非田面田的欠租夺佃是只要欠租,不问欠租额度多少,欠租的事实本身就可以成为夺佃的理由。而非田面田的没收理由并非欠租这个一般性的事实,而是欠租的额度必须达到田面价。即田面田的欠租额只要没有达到田面价,欠租这个事实与夺佃不会发生必然的关系。^[45]第二,田主通过欠租夺佃未必能够保证得到欠租额,而田面没收通过欠租额与田面价相抵的形式可以追征欠租的部分。在我们关注这一面的时候,同时也要关注田面没收的背后的另一面:田主一直不追征欠租,致使欠租额累积,达到田面价的程度。那么,是田主平时无法追征欠租吗?当然不是。所谓欠租,就是没

[44] 但也有个别的例外,对它们如何评价,将在后面叙述。

[45] 对这种状态的逻辑性处理方法有两种。一种是我将在后面叙述的设定一条迥异的逻辑思路,另一种是沿着传统的“欠租夺佃”的逻辑,考虑其他的限制性因素。草野靖是在后者的方向上进行彻底的探讨(草野靖 D 第 70 页、E 第 70 页)。

草野靖把田面价视为投入工本额(或者其转化形态),认为田面主佃户欠租的事态是佃户根据工本偿还要求权与田主对抗的“底面分管关系”的逻辑和既然是租佃关系,田主就可以解除不交租的佃户的“租佃关系”的原则进行抗争的表现形式。根据前者的关系,即使佃户欠租,只要田主不偿还工本,该佃户就可以继续佃户耕作。但是,如果欠租额的累积超过工本额,那么工本偿还要求权自然就与欠租相抵,根据后者的原则,实行欠租夺佃。

上述论点对欠租额度多少而产生的事态的两面情况进行分析,很有说服力。在欠租的问题上,不可能对该观点提出实证性的批评。有人批评说抵押的是田面价,不是工本额,草野靖进行了逻辑的补充(通过转顶的提价、抽象化的逻辑。E 第 60 页等),还有人批评说在小额欠租后,如果立即归还工本余额,田主还能夺佃吗?既然在一般的押租田上,欠租不满额,实际上往往也不夺佃,提出列举这样的事例的要求是不合理的(反过来说,有的史料也记载特殊的事例,称田面田只要欠租,就可以无条件地夺佃)。他的观点是否得当,只能通过包括其他见解的整个主张进行总体分析。

有交纳的租。田主具有收租的正当性。从理论上说,从欠租的第二天起,就可以追租。那么,为什么不追租呢?下面这个史料显示出追租与佃户的“佃权”之间很有意思的关系。《民商事》第906页记载安徽省英山县“有永佃权之佃户,得转顶(后文论述,一种转让)佃权与他人。惟新佃如查明旧佃有欠租情形时,须在顶价内扣除欠租,转交业主(田主),方能得地主之认可”。旧佃卖掉“佃权”的时候,田主可以从其代价中先获取旧佃欠租的部分。就是说,田主把佃户的“佃权”所具有的经济价值视为佃户欠租的一种担保。上述史料没有涉及田面,所以无法断言出售田面上是否也有同样的惯例,但可以想象,田面田的田主在田面主欠租不多的时候不去追征,还是着眼于田面具有的经济价值。佃户拥有财产,如果考虑到一旦发生什么事情,可以以此抵债,所以没有必要在佃户每次欠租的时候都要追征。这样分析大概就可以明白在欠租额达到田面价的时候田主才开始动作的理由。当田主感觉到继续欠租恐怕无望追征时,才突然开始采取追租的行为。如果佃户想办法从别的途径筹集资金还债,自然不会发生什么问题,但如果一筹莫展,田主当然就要盯着佃户的财产。而且如果追租逼得紧,佃户也就只好处理田面权,用以支付欠租。所以,没收田面可理解为田主追征欠租、佃户补交欠租的一种方式。

通过上述情况,也就可以理解以批判的语气记述田主“以所欠之租数,强作田面之价,竟夺而别售他人,以佃之”的田面没收、处分行为的理由。^[46]即原理上存在的不过是欠租追征的构成。从逻辑上说,欠租累积达到田面价时,田面主就自然而然地失去权利,同时田底主也自然不能追究佃户的家产田面。只是大多数在无法交纳欠租的情况下,以田面作为代替物还债,这种处理方法在很多地方就成为欠租累积时向田主还债的惯例而固定下来。在这种方法没有成为惯例的地方,如果田主单方面地进行这种操作,还是被视为残暴的行为。反过来说,正

[46] 陶煦:《租核》“重租论”(转引自铃木智夫《近代中国的地主制》,1977年版,第81、213页)。

是在这种纠纷中,才产生没收田面的惯例并固定下来。

这样,对上面所说的有关田面主欠租的两个系统的史料也可以进行统一的解释。就是说,虽然是田面没收,其实不过是追租的一种形式,不论哪一个史料都表示田主只能追租,不能“欠租夺佃”。如果及时地追征追纳欠租,就不会出现欠租额达到田面价的事态,“夺佃”也就无从谈起。相反,如果主佃双方对欠租都不闻不问,欠租额增至田面价时,追征一下子表面化,问题突出出来,在纠纷中以田面抵销欠租的方法就成为惯例固定下来。而一旦固定下来,欠租额不到田面价,就更不去理会关心,所以一说欠租,往往就与田面没收联系在一起。史料记述的差异只是对追租形式产生的注重点的不同,从逻辑上说,仁井田陞的“欠租一般不能成为废除合同的原因”的论点应当予以支持。

如果从佃户耕作的角度归纳上述情况,大致是这样的:非田面田的佃户耕作以田主对租佃经营的选择、召佃的形式开始,而且田主以该佃户不欠租作为租佃经营的一个契机产生作用的话,租佃经营就会持续下去。田面田的佃户耕作以前佃户耕作者指名新佃户的形式开始,其佃户耕作的基本正当性不因田主自耕的意图、土地买卖后田主的变更、佃户的欠租受到损害。反过来说,当佃户耕作以此种形式进行的时候,该佃户称为田面主,佃户的更换理解为田面买卖。

那么,在田面主田底主并存、田面田底的买卖这些表象背后存在着什么样的观念呢?或者说,在佃户耕作与比其先行,或并存的田主的土地买卖之间具有什么类型的共性呢?在下一项,我将以后退一步的一田一主的形式为对象,通过对田主(业主)以及买卖土地的论述,对其背后的意识以及具体实际情况作一个简单的必要的回顾。

(二) 田主与土地买卖

在查阅有关当代一田一主的田主(业主)与土地买卖的秩序的史料时,可以发现思维的两极。一极是以土地这个实体的转移归属的形式进行阐述,另一极是着眼于土地上的经营收益行为进行阐述。但是在探讨田主与土地买卖的时候,首先想到的是前者的思维。现在我从

最普通的土地出售的实际情况入手进行观察,再逐渐过渡到后者的一极。先从手续方面简单地介绍一下土地的“卖”以及与此并存的田主的基本行为“典”的情况。^[47]

“卖”土地的通常做法是卖主和买主经中人进行交涉,如双方同意,则会同中人见证,由卖主书写“某处土地卖与某人管业(为业)”为主要内容的土地卖契,取得买主的价钱后付执买主。^[48]当然,作为附带手续,买主必须进行“税契”(向官府交契税,官府在契据上加盖官印的手续)和“过割”(更改税粮负担的名义)。^[49]但是,尽管有上述处罚规定,从保存下来的契约文书来看,其中不少没有盖官印的卖契。^[50]另外,也存在没有过割的买卖。^[51]

所谓“典”土地,正如将一般的动产当铺称为“典铺”、“典当业”一样,即土地的典当,通常是土地交给承典者,从其借到该地价大约一半的钱款(典价),承典者在该土地上自由经营,其收益作为贷款的利息。^[52]土地典出的手续,一般是当事者双方经中介进行交涉,并在中

[47] 有关包含动产不动产买卖等的总体性研究,参见仁井田陞《中国买卖法的沿革》(《中国法制史研究·土地法取引法》,1960年版)。本项论述参见仁井田陞的许多业绩以及《台湾私法》以来的惯例调查研究成果,谨表感谢。

[48] 参见《中国土地契约文书集(金至清)》。

[49] 清律户律田宅、典买田宅条规定:“凡典买田宅,不税契者,笞五十。(仍追契内田宅价钱,一半入官。不过割者,一亩至五亩笞四十,每五亩加一等,罪止杖一百。其(不过割之)田入官。”明律也有同样的规定。

[50] 难以进行数量的统计,但如东京大学东洋文化研究所藏《苏州金氏文书》中乾隆二十四年至光绪二十二年的26份房屋基地卖契中,盖有官印的仅13份,同时也可以发现各个时期的不同情况。

[51] 参见第二节第三项。

[52] 关于典,参见仁井田陞:《元、明时代的质制度》(收入《中国法制史研究·土地法取引法》,1960年版)。当然,典当过程还有其他担保不至于发生占有转移的各种方法,本文不涉及。详见中国农村惯例调查刊行会编:《中国农村惯例调查》(1952~1958年)。如参见第四卷第257页等。

介会同下由田主书写典契付执承典者。^[53]另外,根据律的规定,承典者也必须办理“税契”、“过割”的手续。^[54]典出时,一般设定三年至五年的“典限”(禁止赎回期限)。典限过后,田主典出者随时都可以按原典价赎回(回赎)。反过来,如果不回赎,典出状态就一直继续下去。承典者无权要求田主回赎,但可以通过“转典”第三者收回原典价。^[55]关于回赎的手续,史料上有一点不清楚,按照原典价退还的时候,大概要收回或者注销典契,至少如没有特殊的情况,回赎时不会订立新的契据。^[56]

所以,一般说到典与卖的时候,从典契、卖契上明确典与、卖与“土地”的文字本身可以知道,无疑首先是土地这个实体的处分。而且从概念上相比较,典与卖不同,典将土地的归属与暂时性使用收益区别开来,而卖是针对土地固有的归属表现。田主当然是购买土地、具有该土

[53] 有关典契的实例,参见《中国土地契约文书集(金一清)》。典出时,为防止承佃者篡改典契,或者作为田主回赎的凭据,有的由承典者书写副契,形成典契副契的合同契的形式(例如《福建省例》卷十四田主条“典卖契式”、“民间活典产业毋庸设立对契”各条。或见《民商事》第337页)。

[54] 清律户律田宅、典买田宅条。但雍正十三年上的谕说:“至于活契典业,乃民间一时借贷银钱,原不在买卖纳税之例,嗣后听其自便,不必投契用印收取税银”(《台湾私法附录参考书》第一卷·中,第127页)。在典买田宅条的条例九(乾隆二十四年)也规定:“凡民间活契典当田房,一概免其纳税。”可见从清代中叶开始,典可以免除“税契”。至于“过割”,现在难以确定期限,但从道光十一年以后的《户部则例》田赋、置产投税条第八项。“如原业力不能赎,听典主投税过割执业”来看,大概在某一个时期,规定典限免于过割。之所以采取这个措施,正如雍正十三年上谕所说的那样,想减少胥吏以税契过割的名义进行勒索的机会,但同时由于容许不过割,也存在着税粮负担者与土地收益者难以长期忍受制度规定的乖离现象。随着对典限的限制,规定由此产生复杂的变化。国家如何看待、限制典与卖,如果从国家把土地惯例制度化的视角关心这个问题时,将是很有意思的素材,笔者准备另文详述。另外,从民国初年惯例的实际情况来看,存在着典过割与不过割的事例(如《民商事》第292页的,“买地拨粮,典地不拨粮”,第644页的“当地过粮”)。

[55] 详见中国农村惯例调查刊行会编:《中国农村惯例调查》(1952~1958年)。如参见第四卷第257页等。

[56] 发现一份少有的“回赎据”,大部分内容是典出时订立的合同契的一部分(《民商事》第353页),其余的是当初一契典出数块土地中回赎其中一部分的内容。此回赎据的内容比较特殊。

地所有权的人。实际上,在当时一田一主的状态下,一旦购买土地,买主田主可以以自由的方式使用该土地收益,而且基本上可以不受限制地处理土地,^[57]所以事情就自然而然地变成对于土地实体的处理,在概念上也将土地地位的转让这个土地归属问题与暂时性的使用收益关系区别开来。

但是,从史料上看,有的事例在卖与土地的“卖”字的含义理解上与上述概念有所差异。就是说,从史料中发现明确写有允许几年以后原价回赎内容的土地卖契。^[58]与这样的卖契形成明显对照的是,还有不像通常的土地卖契上单写一“卖”字,而是写着“绝卖”、“杜卖”、“死卖”,甚至“永远割藤拔根绝卖”等字句的事例。^[59]以上所述的形式与“绝”、“死”的形式相对照,有时还称为“活”的形式。^[60]从契约内容对这种“活”的形式的“卖”(以下称为活卖)进行判断的话,设定禁止回赎的期限,使对方可以在该土地上经营收益,期限过后,卖主可以随时按原价回赎,这些与典出在内容结构上都没有差异。^[61]尽管由于史料保存的关系,还无法断言,但一般很少发现活卖契与典契并存的现象,^[62]

[57] 戒能通孝:《中国土地法惯例序说》(收入《法律社会学的各种问题》,1943年版)最强调田主权利的无限限制性。

[58] 例如,东京大学东洋文化研究所藏《嘉兴县怀氏文书》一之六十八。道光元年的卖契:“立卖契冯干钦、君钦,今因正用,情愿央中,将祖遗分授,坐落嘉邑德三中十一庄北结字圩号内水田肆亩伍厘正,凭中蠢到怀处为业。三面言定,得受时值田价足钱壹百伯捌千文正,当日立契,一色现钱收足,并无准折等情。其田不瞒亲房上下,并非公膳祭产,倘有人言,卖主自行理直,不涉得业之事。自卖之后,任从推收过户收租办粮。两相情愿,各无异言。今恐无凭,立此卖契为证。”以下是四至、署名、税粮负担等。

[59] 例如,《嘉兴县怀氏文书》一之二十二,道光四年七月的卖杜绝契。在文字表现上,除使用“杜绝卖”,在回赎部分使用“不赎不加,永斩葛藤”的字样外,其他与同史料中的“卖契”相同。

[60] 例如,《民商事》第380页记载“活卖”与“杜卖”对比的例子。但还没有发现使用“活卖”用语的契约。

[61] 但是,一般地说,其禁止回赎期限比典契长。

[62] 例如,上述《嘉兴县怀氏文书》中就没有典契。但同样是东京大学东洋文化研究所藏《苏州周氏文书》的回赎条项的田土买卖采取卖契的形式,房屋基地买卖采取典契的形式。活卖契与典契的残存状态等联系在一起,所以难以明确判断。

或许田主根据各自的想法,有的以出典的名义,有的以活卖的名义,实行让对方暂时性地在该土地上使用收益这种同样的事情。但是,考虑到“卖”这个用语包括回赎可能含义的广义性,其背后存在着与前面的典和卖、所有和收益对比时的预想略为不同的事态。通过对活卖与绝卖的共同点的分析,会发现“卖”的含义与其说是区别于典当的买卖,不如称为田主给予对方在该土地上经营收益的正当性。而根据是否具有回赎可能性,细分为“活”与“绝”。这样的理解恐怕更接近于事实。^{〔63〕}如果站在买主方面进行对比,也许理解更加清楚。不论是活买主,还是绝买主,收到卖主的卖契后在该土地上经营收益这一点是共同的。但是活买主在禁止回赎期限以后,由于卖主前主按原价退还,买主后主的土地经营正当性就被取消。而绝买主就没有这个问题。^{〔64〕}所以,所谓绝买主田主,就是具有前主所授予的、不能回赎的正当性的土地经营者。

在前面进行典与卖的概念性对比的时候,如果注意手续方面的话,就很容易发现两者之间存在的完全同样的关联性。承典者在回赎之前,也和买主一样,采取或者自耕或者租佃经营的土地经营方式,其权利也与买主一样,可以与万人对抗。同样都是土地经营,典契与卖契的现实差异归根结底只是有无回赎可能性这一点。再从出典出卖的情况来看,其手续的核心都是田主立契付执对方,两者没有区别,而按照律

〔63〕 如果在某个地区没有写明绝卖,就具有活卖的实质内容。从这一点上说,卖一般包含回赎可能。

〔64〕 对于“活卖”,一般都称为“附带买回条件的买卖”(如仁井田陞:《中国买卖法的沿革》第378页以后)。作为对事实状况的解释,这种说法也没有错,但恐怕不能说当时的人们也把事实上的买回“回赎”视为买卖的一种。买卖的时候必须有卖主的立契,但还没有发现活卖在回赎时像典那样的买主立契的事例。活卖的回赎是前主原主将自己付执的契据收回注销,否定自己赋予对方的正当性。如果能够像本文这样重新认识“卖”本身的定义,对这个问题就比较容易理解。

的规定,都要进行税契过割。^[65] 这可以说出典与出卖的手续一样,但也可以说,即使是土地买卖,也并没有比土地典当更严格的制度。

如果从当时的土地纠纷、权利证明方面进行分析,就会发现更大的含义。当代的土地纠纷基本上以现在的土地经营收益者为中心,围绕着土地经营的正当性的形式而发生的,而且不论是依照民间惯例调解,还是官府官司审判,其认证基本上是验证与前土地经营者的关系(来历),具体地说,最一般的做法是出示前经营者付执的契券。^[66]“田以文契为凭,以中见(中人)为据”(《棘听草》卷七,臧词,产业)。“民间之典卖产业,全以文契为凭。呈官剖断亦以契券为据”(《福建省例》卷十五,田宅例,典卖契式)。买主也好,承典者也好,在这样的纠纷中,都以前主订立的契据作为凭据,主张现在对土地经营的正当性。不仅如此,如果出典出卖的时间已经很长(事实上,如果出典者不回赎,出典状态就一直持续下去),甚至发生篡改契约、分不清前主后主之间的典卖实际情况的纠纷。^[67] 这样看来,围绕着整体的土地经营收益(税粮负担),现经营者的正当性以追溯到前经营者、前经营者的形式进行认

[65] 通过对典与卖的概念性对比,与其说两者是典当与买卖的区别,不如说具有可以概括为同样行为的方面。《民商事》第712页以后显示出民国初年对典与卖的理解。关于卖契,在解释为“有完全移转所有权之效力”之后,指出“当契亦称典契,煎卖田房时缔结的契约。亦须赴所在衙署验税。其所有权转移的效力,于赎回日解除”。在这里,把典当也可以认为是“所有权移转”。这样的想法可以追溯到如《读律琐言》对户律田宅、典卖田宅条、重复典卖的规定的按语所说“已典卖与人田宅,即他人田宅矣”的主张,更进而追溯到上述的律总注所说“田宅已经典卖与人,即是他人之业矣”。关于“业”的意思,后述。

[66] 纠纷当事者双方的认证的相对优劣决定着判定的结果。当然,在现实的纠纷中,都有可能发生当事者双方都无法提供契据,或者有的提供假契据等各种情况,因此需要其他附属性的判断标准。关于地方官员以什么判断标准处理土地纠纷,森田成满以地方官员的判决文集(《判语》)为素材进行详细的研究(参见在法制史学会第三十一届大会上的报告《清代的土地审判》,《法制史研究》第444页)。本文从他在该领域先驱性的开拓努力获益匪浅,深表感谢。

[67] 此时,并非一开始就区别所有权与抵押权,实际情况是,能够证明“绝”的人就成为田主。在以活卖绝卖的形式意识“卖”的时候,自然也容易出现“典卖契载不明之产”,此类纠纷也就难以避免(参见户律田宅、典买田宅条、条例七)。不言而喻,只要能够证明“活”,什么时候都可以回赎。

证的状态,反过来前经营者指定后经营者并付执契据给予土地经营正当性的法制秩序,不论其表现方法如何,都更加接近实际情况。在关注、对应事情的这一方面时,才使用活绝的概念。

赋予附带回赎条件的正当性这个现实的典与活卖的概念性并存,实际上反映了当时土地买卖的两个侧面。如果注意到土地绝卖与所具有的土地实体转移归属的实质,那么以暂时性的、可以被取消的形式使用该土地收益的典就与卖概念性地区别开来;如果注意到授予在该土地上无限制地经营收益的正当性这个法律结构,同样的事情作为活卖就成为卖的一种。然而,反过来说,在通常的土地买卖中,这两面重叠在一起也是事实。所谓土地买卖,就是该地上的总体经营收益行为的正当性以“绝”的形式赋予,而且该收益行为的对象土地也随之转移归属。两者互为表里。将土地买卖的两面视为表里的时候,有关田主与土地买卖而使用的“业主”、“管业”等词语的含义,以及以“业”这个词为媒介的田主的土地所有的整体秩序与其他收益权结构之间的关系就得以明确。^[68]

首先,田主经常被表现为业主。另外,在土地卖契里,很少只是简单地写“土地卖与”,大多数都写明“将地卖与某某管业、为业”。^[69] 法

[68] “业”这个词使用的范围很大。下面叙述的在法律方面大概是最具广义的含义。当然不能否认,也有限制性含义的用语(例如,将业视为田土本身,或者与税粮负担者结合在一起使用),但以这样狭义的法用法作为思维的基础,的确很难理解下面论述的湖沼的权利与田面田底关系中的业的含义。下面论述的业以广义的含义为基础,在各个具体的情况中表现为限制性的意思,或者固有的含义。

[69] 《中国土地契约文书集》收入的146份卖契中,除十几份外,其他都表现某种业的关系。即使没有业的十几份卖契只有极少的例外只写卖与,大部分都写明“卖与某某名下耕种”。为什么没有明确写业呢? 大多数的事例通过与周围的事例对比,可以肯定不过割就是其原因(即上注所说的税粮负担与业的用法对应的事情),但其他事例难以发现什么理由(例如第125份“……其银即日交足,其田听从银主管承,召佃收租”)。业这个词经常使用(所以,在一些地方,是否使用业就具有与特定事实的对应关系),但并非如果不使用,事实的性质就会发生变化。其实将其作为一种修辞性的表现加以把握比较妥当。那么,在不使用业这个用语的地方,就会使用“耕种”、“召佃收租”之类的表现方式,或者也使用“召佃收租管业”这样的重叠说法。

律文书上也使用“为业”、“管业”的表现方式。^[70]

但是，“业”、“管业”之类的词语并非仅仅用于田主土地所有关系。例如，也可以使用于湖沼关系。《民商事》第 599 页记载：

(湖南省)常德县之渔业习惯由来已久,各渔业所有人亦自名“标业”。其取鱼方法有三种,一以钓,二以网,三以鸬鹚。钓为夜间取鱼,至晓则收。网与鸬鹚日中取鱼,至夜则止。若违反此特定时间,给他人造成损害,被告(被害?)入对加害人具有求偿权……

湖沼上有三种不同的捕鱼方式,称为“标业”。《民商事》第 578 页记载湖北省郧县、汉阳县的习惯,以“湖地权”、“湖水权”的形式并存“栽种水藕”、“捕取鱼虾”的权利的状态,“所有人各照契据所载管业”。其他各处还散见以“业”表示一定单位的收益关系的事例。^[71]

通过田土与湖沼的对比可以知道以下两点:第一,既然湖沼上的“管业”并存着复数的权利,只能理解为这是与“照契据所载”规定的收益方法经营收益相对应的表现形式。那么,田主的“管业”也具有同样的情况。的确,土地卖契上的“卖与管业”的表现形式,应该理解为在土地买卖中前主将土地经营的正当性给予后主这种行为相对应^[72](典契上有时也使用“管业”一词,也可同样理解^[73])。但是,如果考虑到

[70] 例如,作为律文的例子,户律典买田宅条的重复典卖规定:“田宅从原典买主为业”。该条总注末尾说:“业主无力取贖,则非典主之过,仍听管业。”

[71] 例如,胥吏缺买卖契中写有“此缺的系方学圣兄己业”,“此缺系钱瞻兄分授之业”等字样(东京大学东洋文化研究所藏《苏州金氏文书》卷四之四,15)。

[72] “耕种”、“召佃收租”也具有同样的含义。

[73] 这方面的事例虽然比卖契少,但根据日常百科全书《事文类聚启札青钱》中记载的《典买田地契式》,出典的格式与出卖一样,也使用“为业管业”这样的词语,可见原则上也可以使用(仁井田陞:《元明时代的村规与佃户证书等(一)》,收入《中国法制史研究·奴隶农奴法、家族村落法》1962年版)。另外,律文规定皆以承佃者为对象使用“业”的词语。

土地经营这个方面,以业主表现田主的时候的含义也可以理解为着眼于田主所具有的正当的经营收益对象的一面,而且将土地卖与某人为业的表现形式,可以理解为将该土地给予别人作为收益的对象、基础或源泉(从买主生计的基础这一面看,又与日常用语的“业”联系在一起)。〔74〕综上所述,发现当以“业”的表现形式认识事物时,就会意识到土地实体与土地经营的两个方面其实是一体的东西。“将地卖与某某管业(为业)”的时候,买卖的不是单纯的土地,而是作为经营收益的对象、基础的土地。那么,经营正当性的赋予、经营对象的土地的转移也是同样的事情。〔75〕

第二,这样的话,“渔业所有人”、“湖地湖水”的“所有人”与田主业主的土地“所有”的关系也是另一个样子。从有关田主的用语推测,湖沼上使用这些词语时关注的大概也是根据各自所定的收益方法进行的收益行为与收益对象收益源泉之间的关系。但是,由于湖沼上有多种的收益方法,存在多种“管业”,“业”也好,“所有”也好,自然很难像田土那样作为实体与湖沼联系在一起。然而,当作为“业”认识的时候,也许会这样想:从业的观点来看,一田一主的田主土地买卖是偶然的例外。基本上只是各种收益行为的正当性。对于一田一主的田主来说,不过是在对应收益方法的总体性的时候,其收益对象、收益基础偶然与土地实体重叠在一起而已。在这个意义上说,不论什么样的土地买卖,如果无须一田一主的结构必然性,农地上形式稳定的两种单位的收益

〔74〕 例如,《民事事》里有关一种管业权的两个事例就是区域划分的“业”。第398页《卖水地段》记载:“城区之内,有以卖水为业者,其所占之地段,与其卖水之户数,均有限制。如歇业后,让与他人,以一人卖水之地段,可售银六七元不等。”第954页《杀猪地段》记载:“贵池境内,以杀猪为业者,各占有地段,如某乡之猪,向归甲承杀,乙即不得越界换杀。”在有分界的地段上从事某种管业,这与田主业主没有什么区别。反过来说,上述管业也确立为一种权利的时候,就成为下面叙述的“业”。

〔75〕 根据这个观点,典也是使别人“为业”、“管业”的行为。这里所说的“所有权”与抵押权没有什么区别,具有土地经营的正当性的人显示着自己与该土地之间的关系。从这个意义上说,承典期间,可以说是承典者的业。另外,如果将“业”作为背景理解活卖绝卖的赋予土地经营正当性的“卖”的含义的话,就不会与对象处理的印象产生矛盾。

行为都具有各自固有的正当性结构。

(三) 田面主·田底主

如果以这个观点重新认识,就会很容易地发现第一项所说的田面田的佃户耕作具有第二项所说的广义的“管业”的属性。就是说,在该土地上,不仅田主的租佃经营,甚至连佃户据此进行耕作的收益方法,也是前佃前收益者指名后佃后收益者,赋予其正当性从而建立稳定的结构。而且佃户耕作的正当性可以不顾及田主的意图,即独立地持续存在下去,由前佃授与后佃。在一块土地上,并存着田主租佃经营和佃户耕作两种收益方法,各自存在着前主将正当性授予后主的连锁性。^[76]当然,这样的认识有时也表现在史料里。清代道光年间在福建省诏安县任知县的陈盛韶在其著述《问俗录》卷一建阳县《骨田皮田》条^[77]中这样写道:

同一田而骨皮异名何?骨(田底)系田主,宜税契收粮,过户完粮。皮(田面)系耕户,宜纳租与骨。……有一田而卖与两户,一田骨一田皮者,有骨皮俱买者。田皮买卖并不与问骨主。骨系管业,皮亦系管业。骨有祖遗(继承父祖),皮亦有祖遗。

该书卷二古田县《根面田》这样写道:

曷言乎田面也?完丁粮者也。曷言乎田根也?耕耘纳租

[76] 与湖沼不同的是,田主佃户之间存在着纳租收租的负担关系。但是,如果如本文那样,着眼于各自的收益行为,而不是两者之间的负担关系,就可以理解田面主田底主并存的现象。田面主依靠佃户耕作,田底主依靠租佃经营(具体地说,即征租)生活这种独自的正当性是概念构成的基础。但是,反过来说,这种行为的正当性即使由来历认证的方法予以保证,现实上如何实现收益又是另一回事,基本上是各人的私事。这也正是将田面主欠租作为田面主佃户耕作的正当性问题、而是作为田底主能否实行收租的问题予以考虑的理由。

[77] 《康熙乾隆时期城乡人民反抗斗争资料》(1979年版,北京),第120~121页。

与面者也。……然则面果为主乎? 曰否。根亦有手置(亲自购买), 有祖遗, 自持一契据, 管业耕种, 苟不遭租(欠租), 田面不得过而问焉。

佃户的行为也和田主一样, 是以“祖遗”、“手置”的现实具有独立的正当性的收益行为。如果从这个方面着眼, 就前项所论述的意义上说, 可以使用“管业”的表现形式。

如果通过“管业”用法的眼光看待与一田一主的田主土地买卖的构造共同性, 以田面主田底主的形式表现时的含义自然也十分明确。在一田一主的状态下, 存在着前经营者将总体性的土地经营的正当性授予后经营者的结构, 同样, 也存在着前经营收益者将租佃经营、佃户耕作的正当性分别授予后经营收益者的结构。授予总体性的土地经营的正当性是土地买卖与收益对象田主的转移归属的现象, 同样, 田面买卖田面主、田底买卖田底主这种现象是与给予各自的收益行为的正当性相互对应的。田面田底其实就是上面所说的“业”。^[78] 与叙述土地所有样, 也有叙述田面所有的事例。反过来说, “所有”的含义也在此固定下来。

但是, 从另一面来说, 如果这样整理的话, 也可能失去过分拘泥于表现的必要性。事实上, 即使权利结构一样, 还存在着有人把收租或者纳粮理解为田业主的土地的想法。另外, 一方面分别表现田面、田底这两种对象, 同时却将“卖”、“管业”这样的词语仅仅用于田底一方的事例不胜枚举。^[79] 当一田一主的状态成压倒之势时, 与之相关的用语

[78] 从这个意义上说, 有的事例将田面田底分别称为“皮业、骨业”(《民商事》第 440 页), “小业、大业”(同书第 437 页); 两主分别称为“小业主、大业主”(同书第 431 页)。

[79] 例如, 《民商事》第 407 页记载:“(安徽省) 歙县买卖田地之契约, 有大买小买之区别。大买有管业收租之权利, 小买则仅有耕种权, 对于大买主仍应另立租约。大买契内注明‘立大买契人, 今将某号大买田出卖与某收租管业’等语。小买契内则书‘退顶小买田人, 今将受分小买田出退与某过割耕种’字样。小买与永佃之性质相近, 小买者之移转, 大买主不得干涉。”当然, 如果“业”的使用与田地十分密切, 就会产生“一业两主”的说法(如嘉庆《云霄厅志》卷二十纪遗)。另外, 有的事例虽然说“一业三主”, 其实只称其中的一主为“业主”(同书卷四, 土田)。

自然也成为中心。不论是什么样的表现方式,重要的是在该土地上的佃户耕作是独立于田主的、以前佃授予后佃的正当性的形式进行的行为,或者就是能够进行这种行为本身。这种结构一旦固定下来,表现形式也随之转移(但为了论述的方便,下面如还涉及结构问题,笔者仍然无保留地使用田面、田面主、田面买卖这些用语)。

总之,田面田底惯例在当代土地法惯例总体中具有两个侧面。第一,田面田底惯例不过是在从前各种收益方法中的各种“管业”结构里单纯增加一个种类而已。一旦产生田面田底的关系,正是因为形式的共同性,才意外地以普通的形式固定下来。第二,采取“管业”形式的正是佃户耕作,这形成了无论是现实还是理论都不可忽视的一面。因为先有一田一主的状态,才有在该土地上的佃户耕作。而且先于田面,并与其并存的佃户耕作基本上只不过是在田主的租佃经营选择下的继续存在。佃户耕作具有与田主的更换无关的、独自的性质,从这个意义上说的“物权”的正当性本身至少起初觉得有几分奇怪。即使暂时撇开这种疏离感,从纯逻辑的角度去考虑,一田一主难以避开其正当性本身的渊源的问题(例如前佃将佃户耕作的正当性授予后佃的结构,如果往上追溯,那么最早的田面主的正当性又从何而来)。就是说,即使为了考虑田面田底惯例的类型位置,也必须搞清楚诸如佃户耕作的正当性从什么地方又是如何获得的,佃户耕作具有这样独自的正当性的事态与先行、并存的其他佃户耕作、租佃关系之间又保持着什么类型的关联等不可缺少的问题。

如果着眼于佃户耕作正当性的来源的时候,就必然会想到两种事态。一个是正当性渊源于总体性权利拥有者田主,即田主从一开始就将正当性授予对方的形式设定租佃关系。另一个是承租后佃户从什么地方获得独自的正当性,从而奠定现在的佃户耕作行为的基础。如果站在公式化整理的角度来看,前者的授予正当性的形式与当代田主的授予其他权利的各种形式(例如土地典卖、一般性的招承租)之间的关系就成为主要的问题;后者的佃户以什么独自的形式奠定基础,又以什么作为依据则是主要的问题。不论什么事态,同时都伴随着田面田

底关系以外的各种结果的发生。因此,当前先不把问题狭窄地限定在田面田底关系上,笔者打算在第二节广泛地探讨田主授予佃户耕作(或者更广泛的田主经常性负担的土地经营)物权的正当性时的手法及其概念性的定位问题,在第三节主要探讨佃户被夺佃时以向田主对抗的方式主张自己的正当性,或者其他各种类型的要求。^[80]

二、田主的授予正当性

(一)“顶与”的类型

当时田主授予佃户耕作(或者田主经常性负担的土地耕作经营)的物权正当性的方法,在几个外在形式下,存在着一定的扩展性。《民商事》第580页记载的事例中的“顶与”可以说是最典型地表现出田主操作的概念。

(湖北省)五峰县之佃约,与永佃权相似者,在习俗上谓之顶田。其出顶田地,虽仅关于佃权一部,然与出卖无异,永不回赎。例如甲田出顶与乙耕种,甲为粮主,乙为顶主,甲完钱粮,乙纳甲课。其顶价较卖价为低。其契约系用官印契纸,并须投税,均与订立买卖合同之手续无异。日后乙(顶主)如将佃权转顶与丙,甲即向丙收课,或甲(粮主)将田地出卖与丁,丙即向丁纳课。其两下移转均可自便,彼此不得干涉。

如果说这是与前一节所说的“绝”的形式相似的顶与的类型,自然也存在“活”的形式的顶与类型。《民商事》同项还记载这样的事例:

[80] 当前的目的主要是论述佃户耕作的正当性的来源,或者取得授予方式的概念性位置。所以,下面的论述未必就是对田面田底关系的形成过程网罗性的研究。另外,在论述田面田底关系的来源时,原田主就成为田面主,正当性的来源也许就在于田底主方面,但笔者认为应用问题,将视点限制在佃户耕作方面。参见“结束语”。

(湖北省)竹溪县之佃约与永佃权相似者,在习俗上谓顶当权,亦称明租暗典。例如甲买乙田,议价银四百两。旋因甲无银足价,乃将该田出顶与丙耕种,得受顶首银三百银两偿清乙价。丙每年向甲纳稞,在顶田限期存续以内,丙并得任意转顶与丁,非甲所能干涉。

正如顶当权、明租暗典、顶田限期等所表示的那样,这是附带回赎条件的顶与。^[81]不论哪一种类型的事例,承顶者根据田主授予的正当性,负担对田主的“纳稞”,进行田地耕作,而且还能通过“转顶”将此正当性授予新的耕作者。^[82]这里所说的“土地顶与”,正可以视为本节论述的与田主授予佃户耕作的正当性相对应的结构。^[83]

如果以上述活绝两种情况的土地顶与作为标准,下面这个事例大概可以说是土地绝顶与的一种变形。《民商事》第440页记载:

(江西省)宁都县习惯,凡土地等项之不动产向有皮骨之分,山田塘即其最著者。骨业乃业主之所有权,皮业乃业主所设定,与佃权地上权相似。皮业设定之方法,通常与买卖相仿,由业主得价若干,立顶皮字(与卖契记载略同,但有顶皮业字样,以为区别),付掌皮人(即佃权取得者)为据,掌皮人

[81] 《民商事》第667页记载“有订明不拘年限备价取赎者,有订明永顶不赎者”,是活绝两种事实的明确对比。参见第三项。

[82] 转顶本身也有活绝两种情况。《民商事》第486页记载活的转顶情况:浙江省上虞县“官顶者,业主直接顶与佃户,立有顶契,契内载明顶佃价若干,退佃时,可照原价归还。私顶者,佃户转顶与他佃户,亦有顶契,契内写顶价处空留地步,将来收回时,就空处照时价补填,名目照时价回赎。”同书第492页记载绝的转顶情况:“官顶私顶,不独上虞县有之,(浙江)龙游县有之。惟上虞顶契内皆载明‘可以回赎’,龙游则顶契内均载有‘永不找价,永不准赎’字样,遂至辗转相顶,产权者终无恢复原状之一日。此其相异也。”文中的“私”是否含有“随意”之意,从史料中难以明确。另外,应该转顶价背离原顶价的情况,参见第三节第三项。

[83] 田面契约上经常出现“顶与”这个词,也用于土地典卖等,使用范围非常广。大概在任何“业”的转换中都可以使用。本文的使用范围主要以上述事例为主。

于付价后，又立认租字，付业主为据，每年交租若干。掌皮人有时又将皮业出卖，得价后，立退皮字，交后之掌皮人为据，后之掌皮人又向业主立认租字，照前掌皮人原额交租。此外，又有皮骨归一之业，佃户赁耕时，但立白手借耕字，付交业主，每年认租若干，本佃户不耕种时，即不得转让他人。

如果以绝的形式顶与土地，田主就无法解除佃户耕作的正当性，结果产生田面田底的关系。当然，一般地说，从“皮骨归一之业”来考虑，可以理解为田主的绝顶与本身也是从一开始就对田面部分的处理。^[84]

下面这个事例大概可以说属于活顶与的情况。《民商事》第449页记载：

（江西省）横峰县土地所有者，招人承种，名曰佈，佃种者，名曰讨。彼此互立字据，佈字为佃户执凭，讨字为所有者执凭。佃户应出给所有者保证金名曰顶价，其数目之多少，视田地亩分，并双方之协议而定。……凡佃户执有佈字者，即永佃权之设定，而具有永久性质者也。嗣后虽所有者移转（变更），亦不能更换之，并得将佈字互相抵押，或移转佃种（名曰脱。由原佃立给脱肩字），所有者不能过问。惟佃户怠于支付佃租时，所有者得声明起田（夺佃），或自种，或另行招佃，所欠佃租，得于前收顶价内扣还。

现在横邑东西北三乡尚仍旧时习惯，南乡《惯例》已有变更，仅由佃种者写立讨字一张，所有者不立佈字。其顶价亦照立佈字者少。故是项顶田，遂不能私自抵押及移转所有者，并得随时起田。故欲问佃权有无永久性质，全视曾否立给佈字为断。

[84] 另外，宁都县在未开垦的塘园问题上，虽有“永顶”一词，却无“皮骨”一语。参见《民商事》第438页。

田主立给佈字,佃户获得物权之正当性,不论田主是否更换,佃户耕作可持续进行,而且可以将正当性授予别的佃户。但是,如果佃户欠租,田主可以取消该正当性。这就是将佃户欠租作为实行回赎条件的活的形式而体现授予正当性的一种类型。当然,正因为“活”,才不称为“田面”,又必须与田面区别,但从物权的正当性授予这一点来看,两者的差别仅仅在于是否具有回赎可能性。

田主的物权正当性的授予存在着活绝两种情况,绝与的形式归结到田面田底关系。那么,这种田主授予正当性的形式在当时的土地法中占有什么样的位置呢?仅从以上的事例也多少可以理解,它介于土地典卖手续与招承佃手续之间,即田主订立契据将土地耕作的正当性授予对方这一点与土地典卖具有共同性,而对方以后对田主负担纳租这一点与招承佃具有共同性。如果再详细地调查史料,就会发现实际上这些类型中存在着分别与没有物权性质的招承佃关系、普通的土地典卖重叠的情况,或者具有两义性的事例。

下一项将以上述横峰县的佈字立给事例为素材,探讨活的形式正当性授予与一般的招承佃关系的界线问题(绝的正当性授予以及与招承佃的关系问题,将在第三节论述)。第三项将论述活绝的正当性授予与土地典卖的关系。这些情况所具有的历史意义以及现实背景,将在补论中间接论述。

(二) 与高额押租的关系

从上述横峰县的事例中我们注意到,承佃的时候,不论有无佈字立给、物权正当性的授予,都要在田主佃户之间进行“顶价”的金钱授受行为(如果没有佈字立给,价钱稍低)。即使是佈字立给,也称为“保证金”;如佃户欠租,解释为“所欠之佃租从前收之顶价内扣还”。就是说,从顶价的功能来看,包括佈字立给的事例在内,与一般常见的“押租”的惯例没什么两样。

招承佃的时候,田主为防止佃户欠租,以押租、顶首等各式各样的

名目预收金钱的惯例在当时各地屡见不鲜。^[85] 这种惯例开始的过程从《民商事》第 761 页的记载中可以有所了解。

（奉天省）东丰土地膏腴，地主复多远在他邑，不能亲自经营。故招佃时，若不加以选择，误招贫乏者，则拖欠租项，不易索讨。故招佃之初，多令佃户纳押租金若干（每垧地百数十元不等），交由地主出相当之利息（每年每百元约粮二三石不等），由每年冬季交租时（从所定纳租额中）扣除。倘非殷实佃户，则押租无力缴纳，不致误招贫户。

如果田主是住在城市的地主，对农村社会失去有形无形的控制力，一旦佃户欠租，事后追征就很困难（前面所述的欠租夺佃惯例，即使采取预防措施，实际上一旦发生欠租，难以作为追征的手段）。为此，招佃时预收欠租的抵押金——押租的惯例十分盛行是完全可以理解的。

从押租的性质来说，佃户没有欠租，退佃的时候，田主应全额退还。佃户如有欠租，理应从押租中扣去欠租部分的金额。^[86] 既然押租的目的是欠租的备用，一般以该田地一年的租额作为标准，但也不尽然，^[87] 通过上述的押租额与其利息的减租对应关系，在田主佃户协商下，也采

[85] 有关押租惯例，参见清水金次郎：《契的研究》（1940年），白石博男：《清末湖南的农村社会——押租惯例与抗租倾向》（收入《中国近代化的社会构造》，1961年），重田德：《关于清初湖南的地主制——小论〈湖南省例成案〉》（收入《和田博士古稀纪念东洋史论集》，1961年），久保田文次：《清末四川的大佃户——中国寄生地主制发展的一面》，小岛淑男：《辛亥革命前后苏州府的农村社会与农民斗争》（均收入《近代中国农村社会史研究》，1967年），草野靖：《旧中国的押租惯例》（1977年）等。

[86] 例如，《民商事》第 341 页写道：江苏省淞江县“……佃户退种时。由业主原顶首返还，如佃户欠租时，业主得将原顶首抵扣”。其他还有同样意思的记述。

[87] 例如，《民商事》第 983 页记载：江西省新建县。……其缴纳之额数，有恰如纳额之额数者，亦有超过纳租之额数者一。

取对应于一定减租、多收押租的“押重租轻”的惯例。^[88]

问题是这种押租授受,或者押租的多少与佃户耕作权利的关系。原则上说,押租本身只是按照历来的惯例进行招承佃、夺退佃时附加的授受金钱。在这个意义上,它与金额的多少无关,不具有改变历来的租佃惯例的必然性。事实上,押租的授受也从来没有引起租佃关系的任何变化。如果自耕、外卖、欠租,田主通知夺佃,佃户退佃。那么,押租本身与上述佈字立给事例那样的情况就不存在内在的关联吗?未必如此。事实上,如果押租数额很大,就会发生下述情况。《民商事》第 616 页记载:

(湖南省湘乡县)例如甲有田百亩,价值五千元。乙进佃规(押租)四千元,向甲承佃该田。由甲书拨耕字交乙,由乙书佃字交甲,遂成东佃之关系。若该田租谷,年可收取二百石,因有重佃之故,年可只纳三四十石。苟甲将此项田亩出卖与丙,未将乙之佃金偿清,仍不得解除契约。

反过来说,外卖时,如清偿佃金,即可夺佃,“拨耕字”并不具有“佈字”那样的功能。然而,实际上,只要没有退还押租,不论土地是否外卖,乙都可以在该地上继续佃户耕作。下面这个事例是田主无力退还押租的情况。《民商事》第 114 页记载:

(湖北省)钟祥县佃田立约称日领字,内载领到某人田若干,庄房若干,每年交课若干。例如田十亩领钱(押租)十串交课十石,若领钱递增,则每年交课必递减。……其领字不定期限,或业主欲退领收田,或佃户欲归田取领,均可各听其便。惟领钱过多,(佃户退佃时)业主无力退领,则听佃户将赁贷

[88] 关于押重租轻惯例,参见注[85]的久保田文次论文,以及《民商事》第 619 页。

借权任意让与他人，取回领价，仍照前约办理。

这种情况下，田主不订立任何契据，而且一般也不用任何特殊的授权，但佃户提出退佃时，如果田主实际上无力退还押租，只能承认上述处理的方法。

不论哪一种情况，都可以从以下两个方面加以考察。一方面是，哪一种事例都不过是押租无法退还时的处理现象。如果田主退还押租，或者具有退还押租的余力，事情就与其他招承佃一样。但是另一方面是，佃户以田主未能退还押租这个事实作为正当性的凭据继续进行佃户耕作。交付押租得到的“拨耕字”具有正当性凭据的功能，而这种具有独自正当性的地位可以由后佃承接。如果夺退佃时必须退还押租的规范十分稳定，即使没有特殊的授权，押租未退还这个事实本身就成为佃户主张自己耕作正当性的基础。^{〔89〕} 上述事例所显示的功能在由于押租高额而实际上难以退还的状态中表现得尤为突出，可以说是主导性的事例。

如果将上述事例与田主佈字立给的事例进行对比，两者的差异只有以下两点：（1）不论田主是否具有退还押租的能力，退佃时是否承认指名后佃、并由后佃回收押租；（2）田地外卖时是否认可旧佃留在该地上继续耕作。如果田主没有自耕的意思，这两点对于田主来说，未必是难以接受的。只要进行租佃经营，总是需要佃户。前佃退佃时，已经决定了后佃，而且两者之间已经办完押租授受的手续，这对田主未必是不利的事情；而且对于以收租为目的的买主来说，以扣除押租部分金额后的价格购买土地，甚至更加合适。所以，即使没有授予特殊权利的意识，事实上大概也会认可或者默认佃户间的更换、旧佃的继续耕作^{〔90〕}

〔89〕 向田主提出金钱要求权的存在是该佃户的佃户耕作（物权的）基础，正如下一节论述的那样，在佃户向田主的田地投下工本时也会出现同样的情形。

〔90〕 由于这种情况还在进行状态，难以收入史料。史料里只有权利已得以固定的事例记载，或者从记载弊端、加以禁止的事例反过来推测事实本身。参见第三节。

(这当然也有弊端,当发现弊端的时候,在事后采取必要的措施。参见第三节第三项)。这种情况最终与佈字立给没什么两样,反过来,如果一开始就是有意识地制造这种情况,那就是佈字立给的事例。

田主以活的形式授予佃户耕作的正当性的佈字立给的事例与招承佃时授受押租的惯例成为表里的关系。退还佃户押租所产生的关系具有佃户独自的正当性因素的功能这个方面,与田主取消以活的形式授予一定的物权正当性这个方面,介于顶价与佈字重叠在一起。所以,可以通过这种过渡现象理解所谓的“高额押租田”所发生的情况(另外,通过某种关系成为“绝”的结构,参见第三节第三项)。

(三) 与土地典卖的关系

田主授予佃户耕作的物权正当性既与招承佃相关,又与土地典卖本身联系在一起。

土地典卖时,承买承典者与原田主之间实际上是在某种名义下对设定负担关系进行着实质性的相互浸透。用不着设想什么特殊的情况,以下的情况是经常存在的。《民商事》第298、512页记载:

(山西省左云县)卖地不拔粮,仅于契内载明带粮若干,至纳粮时,买主将契载粮数交卖主。谓之帮交粮。

(福建省建阳县)业主将田地出卖,买主每畏完粮之苦,议定每年贴给原业主粮钱若干,该粮仍由出卖之原业主完纳。议贴之后,关于该田之粮,与新买主无干。

出卖时不过割,但买主每年对卖主原主负担税粮。当然,法律禁止不过割,事实上大量存在。当然,出典也有同样的情况。^[91]

从顶与的事例来看,顶与实质上也在产生同样的关系。《民商事》第667页记载:

[91] 有关典,参见《民商事》第293页“干钱粮”,第294页,“帮交粮”等。

(陕西省岚皋县)例如甲有田地一份,凭中作顶价钱数十串,或数百串,出顶与乙。书立顶约,约内注明利益归乙享受,每年(乙)与甲帮粮课若干。有订明不拘年限,价备取赎者,有订明永顶不赎者。前者与典业无异,后者与卖业无异。总之,不过粮亦不投税。即乙转顶丙,其粮课仍归甲收。

以上是附带“帮粮课若干”负担的授予物权正当性的活绝不同的顶与事例。但上述状况与不过割的典卖没有实质性的差异。这样,如果顶与的形式走向极端,与其说对田主佃户关系,不如说与田地典卖手续里存在附加性的负担关系的状态相重复。^[92] 这种负担关系实质上只限于当时的税粮负担的程度,但如果该负担具有实质性的收益的含义,那么土地典卖也会产生与田主佃户关系类似的特殊情况。

在这样的关系中,例如从不过割的土地买卖里发现产生一田两主关系的的话,下列史料是很令人发生兴趣的。康熙《(福建)漳浦县志》卷七“赋役志·上、田赋”中刊有知县陈汝咸对当地“大租主(根租主)”、“小税主”分立由来的详细说明。其中一节如下:

盖漳州根租之始,始良家卖业,本民不议开割过户,将田仍留口户行粮,而索业主(买主)田租(买主租佃经营获得的收租)之半,以充粮费。故不论丰歉,岁必取盈,甚有业主颗粒无收而租主(卖主原主)颗粒不让者。其酷勒虽托名完粮,而租收实数倍于粮。所谓漳泉之弊,在卖主而不在买主也。又有单寒小姓,买田无户可归,辄寄势家户内,岁还其租。

[92] 《民商事》第1193页的湖南省安仁县“买卖山林书立顶契”在记述买卖山林书写顶契后,这样写道:“实际上永顶与永卖之契约,毫无差异,而顶契之价值,亦与卖契无轻重之别”,强调两者实质性的等价。也许在某种情况下,两者出现概念性的相互浸透的现象。

根据内容推测,大概是官宦之家作威作福,出卖土地时不许过割,故意制造强行代纳税粮的方式,从买主那里征收比实际的税粮负担额多出一倍的大租。如果是无法自己立籍的单寒小姓,在买田的时候,只能和某户权势之家拉关系支付税粮。但是,史料记载的时候,实际上其性质正在发生变化。

但此弊相传数百年,根租亦复辗转价贾,既非从前白享(尽赚钱)之比,而业主因日止半租(业主为获得该地位)授受(金额),亦止半价。今若以半价而得全田,则业主似为侥幸。以价买,而一旦革除,则租主亦似不平。……

根租主、业主(小税主)的地位如果这样不断转换流动,就不能说仅仅是根租主的违法。知县最后提出一个业主有偿偿还根租主地位的方法,试图“粮产归一”。不言而喻,这是一起特殊事例,没有普遍性,但从中可以知道,土地典卖与授予佃户耕作的物权正当性产生同样的结果。

即使这样从一开始就明确表示没有办理土地典卖手续,只要以土地典卖的思维进行认识,就会发现授予佃户耕作的物权正当性是介于押租与典之间的关系。例如,以下的房屋事例,如果提高押租,即使没有特殊的设定,其本身就与典有着某些类似性。《民商事》第630页记载:

(陕西省长安县)以租赁之手续,含典当之性质。譬如有人以房屋租与他人居住,多收顶首(即押租),少议房租。因其定有房租,不得纯谓之当,因其顶首甚重,亦不得纯谓之租。故名半租半当。

因此,正如嘉靖《(福建)龙岩县志》卷二的土田对“粪土田”的说明那样,有时也意识到相反的关联性。“粪土即粪其田之人也。佃丁出

银币于田主，质其田以耕。田有上下则质有厚薄。负租则没其质。沿习既久私相授受……”这里所说的情况与上述高额押租事例的情况一样，从一开始就联想到承典，结果与顶与一样。

这种流动性与押重租轻关联的时候，就会发生实质上很奇异的情况。例如，《民商事》第620页记载的湖南省全省的习惯：“……此外尚有田东（田主）向佃户加收批规（押租）若干减去年租若干者。又有免除年租全数，按照相当之数额加收批规者。以上两种俗呼重批，或称重庄。”如果免除全数租额，实际上与出典无异。其实，在明确规定限制出典的旗地等特殊地方，在租与的名义下，“钱到许赎，……钱无利息，地无租价”，实质上也在出典。^[93]就是说，即使不采取佃户耕作的物权正当性的结构，只通过单纯的负担增减，发生租与典的相互浸透关系，租的手法进入典中，典的手法进入租中去。

所以，田主赋予佃户耕作，或者附带对田主负担的土地经营以正当性的形式既与物权结构附加于招承佃关系的情况相重叠，又与附加负担关系的土地典卖的情况相重叠。反过来大概可以说，第一项所论述的土地顶与的概念以附带负担的土地经营正当性的形式对上述两种情况进行独自的概念性。正是在这种概念性单位化的延长线上，才产生田面田底并有的田主卖与田面的现象。

（补论）“典租”的类型

本节将田主授予佃户耕作的物权正当性的情况置于招承佃与土地典卖两者之间，论述其性质与类型。但是，从史料上看，发现作为连接土地典卖与招承佃的形态，存在着与本文另一系统的类型。于是以补论的形式予以补充，并通过两种类型的对比，对正文没有涉及的类型的出现、普及的背景加以一般性的探讨。

例如，民国初年的史料，虽然数量不多，但在几个地区可以看到下

[93] 《满洲旧惯调查报告书·租权》附录六《中国土地契约文书集（金至清）》第139页。

面的事例。《中国农村经济资料续编》第519页记载：

（浙江省）以一年为限的租期，在浙西亦数见不鲜。惟仅限于付钱租的旱田，而且是在承种以前预缴租金的。这种制度，有时称为“典租”，同富阳县的一年典田制极相类似。不过因契约成立的动机、立契的名义不同、耕种者之社会地位不同，哪一种是租，哪一种是典，是必须分别清楚的。

这种形式的租期为一年，在耕种之前就要付钱纳租。与之对比的浙江省富阳县的“一年典田制”，据《中国经济年鉴》（1934年）G第182页记载：“富阳县，佃田向分两种。一曰租，一曰典。租则当年偿谷，典则先一年缴价。全县皆同。”从与租的对比来看，虽然是典，看来典价也就一年偿还。如果撇开社会背景，的确与上述的典租在外形上难以区别。从法律关系上说，在耕作开始之前就以金钱等价支付了一年的土地使用收益。

《中国农村惯例调查》是了解民国初年华北农村的宝贵资料，在全部6卷中，租期一年租钱先付的形式在佃户关系中占非常大的比重。例如，第二卷河北省顺义县沙井村的“租”，都是指这种形式，秋收后如果不订立新的契约，租佃关系就自动解除。但如果预纳租金，这一年内如何使用收益则是承租者的自由，而且理论上说还可以出租。^[94]第五卷河北省昌黎县将同样的形式称为“典”（土地典当的形式称为“当”）。^[95]

这种租期一年租金预付的类型如果从租金预付的角度来看，无疑是租佃关系（田主租佃经营土地，以收租的形式收益）的一种类型，但如果着眼于田主取得等价后让对方总体性（没有租的负担）地经营土地的结构，又类似土地典卖。即虽然也可以说是与顶与、田面完全不同

[94] 参见《中国农村惯例调查》第二卷第94页以后。

[95] 参见《中国农村惯例调查》第五卷第4页。

的形式,但属于跨越招承佃与土地典卖两者的类型。从招承佃、土地典卖两个方向可以接近这个类型。

就上述浙江省的“典租”惯例而言,事实上是以下招承佃事例的产物。《中国经济年鉴》G第182页记载:

(浙江省新登县)……又有一种佃种出钱而不出谷,名为典租者。每亩年约需洋五六元不等。凡典租金,须预缴半数,亦有全数先缴者。但承种人无论偿谷偿钱,须有契约(即佃户写租佃契)。

(浙江省余杭县)农民佃田有租佃两种。租田按秋收之丰歉定缴米之多寡,典田视田亩之优劣定典价之高下。典价愈高,付钱愈早,甚有上年冬季预付,亦有本年分两季付楚者。租息不清,即行另招他佃。

基本存在形态是租的定额金缴纳。由于竞争性地预付租金,甚至出现前一年预付全部租金的现象。民国初年,这样的事例十分常见,而且一些地区的租佃关系几乎都是这种形式。应该说,这种租的定额金缴纳形式从清末开始流行起来,民国时代的大多数惯例都是这种状况的产物。

但是,如果作为类型来看,这种形式很可能被视为土地典卖的一个变种。其实从相当久远的时代就已经存在这样的实际情况。例如,仁井田陞介绍的明代万历年间的日用百科全书《三台万用正宗》里《摧田文书式》的契约格式就有这样的内容:^[96]

某乡某都某图,立摧田书人某人。今将自己坐落某处,民田若干亩,情愿出摧与某人耕种,一年二熟为满。当日凭中,

[96] 仁井田陞:《元明时代的村规与佃户证书等(一)》,第761页。

三面议定,每亩时值摧田价白银若干,立文书之日,并收足无欠。所有田上粮租,出摧人自行办纳,不干得业人之事。如有虫伤风秕水旱灾荒,眼同在田,平半分收,次年补种。系是二边情愿,故非相逼。恐后无凭,立此摧田文书为照。某年月,立摧田文书者某人。

这是田主书写后付执对方的契约,与摧田价若干等价的是给予一年两熟的该土地耕种权。在唐代租佃契中也能够看到同样性质的文书。以下抄录一份池田温《中国古代的租佃契》中收入的“唐天复二年(902年)十一月九日刘加兴租与地契”。^[97]

……慈惠乡刘加兴,城东口渠上口地四畦共六十亩,阙乏人力,莫(佃)种不得,遂租(租)与当乡百姓曹子,莫(佃)种三年。断作三年价值,干货斛斛一十二石,麦粟五石,布一疋四十尺,又布三丈。……其地及物,当日交相分付。两共对面平章,一定与(以)后,不许休悔。……

这是田主付给对方的许可今后耕种三年的契约,虽然没有明言完全预付租金,但基本结构与《摧田文书式》一样,是取得一定的等价后,授予对方一定期间内耕种正当性的关系。

以没有偏见的眼光看待这两份契约文书的时候,就很容易发现,从土地经营的凭据这个含义上说,具有与典卖契相近的性质,另外田主立契据付给对方,让其进行土地经营这一点又与第一节论述的土地典卖有一定的关联。如果强调关联进行对比,田主取得等价后,授予对方永久的土地经营收益的正当性相当于“绝卖”,附带回赎可能性的相当于“典”、“活卖”,在一定期限内授予土地经营收益的正当性的相当于“摧

[97] 池田温:《中国古代的租佃契(上)》(《东洋文化研究所纪要》第六十册,1973年。

与”、“租与”。所以,这也可以说成是以时间系列分割的土地卖与、典价偿还的土地典与。当然,这种形式只要是土地典卖的结构,就会从与一般的租佃关系不同层次的社会关系的必然性中自然而然地产生,而不会出现一般租佃关系中的那种土地典卖中没有必要的所有地与保有劳力的暂时性失衡(缺乏人力、佃种不得)以及土地的暂时性闲置现象。自古有之,不足为怪。可以想象,民国初年的状况,其具体操作派生于预付租金的方法,但结果是期限一年的此种类型的连续^[98](或者在“典租”与社会背景下可以区别的浙江富阳县的“一年典田制”,实际上也许是对应社会关系的方式)。

民国初年的典租惯例能够朝着招承佃与土地典卖的方向扩展的前提条件是,除了佃户的土地经营与田主承佃者的土地经营之间有无纳租负担这一点外,没有实质性的差异,就是说,佃户耕作不接受田主关于具体的种植作物的指示,也没有得到种子、肥料的支援等,完全进行自主自律性的经营。所以,招承佃以预付租金的形式提前纳租,外在形式上就与土地典卖的具体操作没有区别。或者反过来说,招承佃、租佃经营采取与土地典卖类似的方法。

现在回过头来看,顶与扩展的原因也同样是佃户耕作与田主土地经营接近这个因素。现实的事例已经证明与附带负担的土地典卖的接近,即使没有直接联系的高额押租的事例,其押租授受、押重租轻的操作本身就是佃户耕作的自立经营化、定额租金化的对应产物。作为顶与扩展前提的佃户耕作,其实质内容其实与田主承佃者的土地经营一样。反过来说,顶与方式是作为适应上述情况的新的土地经营手法而普及的。

不论正论还是补论,都可以从对应于佃户耕作的自立经营化、土地典卖与招承佃的事实上的接近这种状况的结构,田主对这种状况的法

[98] 矶田进通过对河北省栾城县惯例的调查,指出土地佃户与土地买卖的形式共同性、连续性问题。参见其《北支的佃户——性质以及法律关系(四)》(《法学协会杂志》第六十一卷5号第70页,1943年)。

律处理予以两方面理解。而且大概会成为法律处理的两极。即典租由于提前纳租负担,使这种佃户耕作的土地经营出现向土地典卖方向纯化的现象。从土地典卖方面来看,这是田主将自己永久的土地经营权(业)分时间的零售方式。而对于顶与,如果从另一极的田面卖与的视角观察的话,就可以知道在这种自立的佃户耕作作为授予物权的正当性对象(以解除对正当性授予的形式取消租佃关系的设定)的方向上出现纯化的现象。这可以理解为根据收益方式分割运用田主业的做法。

对于当时租佃关系中出现的法律状况,也可以通过第一节第一项论述的典型的招承佃关系及其两极形成的扇形地带予以理解。当然,许多状况具有两面性。例如押租,一方面通过高额押租连接顶与的方向;另一方面如果全额欠租,使用原纳押租的形式抵偿的时候,则与预付租金没什么两样。下面这个事例在解释的时候恐怕比较微妙。《民商事》第348页记载:

(江苏省)如皋县习惯,佃户承种业主之田,订约包租之始,须照约预完次年之租利,方得开始承种斯田。如日后业主撤佃,苟无欠租,仍须将此项预租退还。又在承佃期内,倘业主将是项田亩典卖移转于他人,则此种预付租利亦得并算于该佃卖文契之价值内。

典卖时当事者之间进行扣除押租额的金钱,由新主将押租退还佃户。对承佃期的解释会使事情发生变化。大概蕴涵着向两种方向变化的可能性。如果租期为一年,就朝预付租金的方向倾斜;如果租期更长,则倾向“佈字”立给的类型。

从租佃总体关系来看,顶与是田主在佃户耕作的自立经营化、实际上接近田主的土地经营的实际状况下采取的法律性处理形式。当然,对应这种状况的不仅仅是田主。佃户的自立经营化以及由此派生的事

实上以经济利益优先的对应方式将在第三节论述。

三、佃户的正当性主张

(一) 夺佃时的佃户主张

田主在最初设定租佃关系的时候,即使没有采取给予佃户耕作的物权根据的手法,但承佃的佃户只要在后来获得自己经营佃户耕作的独自正当性,其结果也会出现以物权为根据的佃户耕作。被授予活顶与正当性的情况也是如此,只要后来佃户通过别的途径获得田主不能取消的佃户耕作的根据,其结果就出现与绝顶同样的结构。

当然,同样是寻找根据,由于事情的性质,与田主设定,而且正当性渊源于田主等情况的不同,不一定像以物权为根据的佃户耕作那样为田主以及其他人所接受,而且一开始极少明确采取这种形式。这通常是一旦田主夺佃,佃户就会以种种理由认为这种简单的夺佃没有道理而进行反抗。由于反抗形式的表面化,当前所看到的存在形式只是佃户单方面主张。例如,光绪《(广东)清远县志》卷首《严禁卖产索赎,暨顽佃踞耕逋租告示》有这样一段话:[99]

佃人批耕(承佃)田地,如拖欠租课,应听田主另行召佃批耕。乃粤东(广东)之顽佃,以田坐落伊村,把持耕种,租谷终年不清,或田主欲改批别佃,则藉称顶首粪质名目,踞为世业,不容田主改批,亦不容别人承耕,逞凶撒泼,往往酿成命案(人命案件)。

田主欲夺佃,佃户以其特殊的“顶首粪质”的理由拒绝退佃。如果按照佃户的主张,他所经营的是田主也不能取消的、具有独自正当性的佃户耕作,即田面。但田主认为,这纯粹与霸占霸耕无异,不论佃户说

[99] 关于广东的状况,参考前田胜太郎:《清代广东农民斗争的基础》。

什么,都无法掩盖霸占的实际情况,不过是“藉称某个名目”而已。这就自然发生纠纷。另外,佃户反抗夺佃还有另一种方式。同治《(江西)瑞金县志》卷十六《严禁退脚科敛名色示》有这样一段话:^[100]

(叙述主弱佃强的形势下抗租事件不断发生的状况)田主是以剜肉医疮,只得吞忍,起田自种。诿意(佃户)一呼百诺,乌合蜂起,揭竿聚众,创立退脚之说,每亩勒银一两不等,方肯还田,否则据为己业,任彼更张。

表面上提出支付“退脚”银的金钱要求,但实质上不支付不退佃,是对自己佃户耕作的独自正当性的主张。^[101] 这样,事情就容易发展成纠纷。

佃户独自寻找佃户耕作根据的问题,归根结底是佃户针对田主的夺佃提出各种理由的集中表现,而且在与田主无关的其他情况(例如前佃户与后佃户之间)的进展过程中,最终也在这个根据上检验真伪当否。由于是佃户独自(在田主眼里,往往是随心所欲)的行为,提出的理由没有任何限制,通过上述两个事例记述的纠纷情况也可以知道,提出什么样的理由,这些理由会产生什么样的法律效果,往往事先没有稳定的共同的了解。一旦发生纠纷,当然难以避免主佃双方的暴力功

[100] 参考《康雍乾时期城乡人民反抗斗争资料》第80页,森正夫:《十七世纪福建宁化县的黄通抗租叛乱(三)》(《名古屋大学文学部研究论集》(史学)25,1978年)。

[101] 可以认为是前一节所说的“活”的形式的佃户耕作正当性的主张。高额押租田被夺佃的时候,佃户主张不退还押租就不许夺佃。但是,押租的情况下,田主夺退佃必须退还押租是当时社会的规范。这一点与文中所说的情况不同。

能,“逞凶撒泼”就成为常事。^[102] 佃户大半是在这种紧张的状态中寻找依据。正是从各个佃户寻找的根据中产生最终稳定的物权佃户耕作的事例,而且经过数次纠纷,一些理由也就成为该地惯例的规范。从这个意义上说,发生的事件既具有田主佃户暴力纠纷的一面,又是田主佃户双方对一事实(例如佃户开垦的事实)如何认识其含义的争端。双方的主张都有各自的规范背景,一方的胜利就意味着规范的固定化。^[103] 本节只是从规范的侧面对佃户提出的几点理由以及以此作为根据的方式进行简单的探讨。

问题是佃户主张的理由与佃户实行主张的状况以微妙纠合的形式存在着。从佃户提出的理由来看,开垦田主的土地(或肥培)这个事实占着很大的比重。下一项准备探讨开垦佃户在当时受到什么样的待遇、佃户开垦这个事实对于佃户耕作意味着什么等问题。但是,即使是这样的开垦,援用开垦事实的佃户并非开垦佃户本人,而是从开垦佃户承受其地位的佃户,真正的困难往往是从田主与佃户发生具体纠纷之前就已经先在佃户之间发生的状况中出现。这种佃户之间的更换关系

[102] 不仅田主,佃户也有许多对付的手段。有时候武力不是针对田主,而是针对田主换佃的新佃。例如,关于军家之佃、祖遗之佃、附近之佃、原主之佃这些“霸种之恶佃”与田主新佃的关系,《湖南省例成案》工律、河防卷一,乾隆三年布政使张臻以下四名之详文所引岳州府同治陈九昌之详文的一段这样记载(参考重田德:《清代社会经济史研究》,第69页):

在田主情急送官未尝不追。然皆有名无实。况田主一经涉讼,未免有守候之盘费、往返之耽延。计所欠之租,即使如数追还,尚然得不偿失。况告官未必即追,追而未必全还乎。是以田主只得哑忍,而恶佃且以为无如彼何。

亦有田主不甘,将田另召别人耕种而旧佃虎踞鸠占刁恶多端。或将老病之父母放死图赖,或将撒泼之妇女辱骂上门,或称价顶之世业横索陋规,或称肘腋之良田谁敢接种。于是新佃畏不敢按,情愿裹足而退,而此田竟为佃户之世业。永无还租之日矣。

[103] 佃户主张正当性的问题基本上只是个别的田主佃户之间的纠纷,但纠纷的原因有时也是一个地区整体的问题。例如,某个地区在承佃时必须向前佃交钱,这个交钱授受意味着什么,会涉及所有有关田主佃户的利益,其纠纷就会扩大成为全部田主与全部佃户的对立。历来经常论及的江西省宁都县有关“田皮退脚”的长期纠纷也是围绕着银两的含义问题,田主阶层与佃户阶层在知县的调解下进行拉锯战。这种个别的纠纷行为与惯例规范的相互关系、地方官员在惯例规范订立中的作用、地方政府告示的功能等都是很大领域的问题,应该进行专门的研究。

不仅限于开垦,在招佃后,在押租田、活顶与田的转顶等形式下,或者在单纯的租佃关系中,换佃时,实际上通过前佃后佃间的交涉关系到处都在发生,成为纠纷时佃户的特殊背景,或者事情本身就成为佃户耕作根据的理由。例如《民商事惯例》第544页记载:

(浙江省连江县)在田底田面的分离情形中还有一种场合,本来并非田主竟把他人之田面或底面俱全的田地承抵下来,耕种年久辗转承批出。更过分的是有时可历数十年,在十余多名佃户之间转户。这种情况下,佃户也俨然有了根主权的效力,即便田主想退佃也难以做到。是故连江县的听讼中十之八九为霸地抗租的案件。

至少开始设定的关系不是田面。但是不知道为什么会“耕种年久,辗转承批”,以至于最后佃户对田主的夺佃提出自己的田面主张。虽然细致的过程、背景完全不清楚,但显然佃户之间出现的事情对后来事态的变化起到规定性的作用。第三项将改变视角,对纠纷发生之前在佃户之间就已经出现的事情的形态进行一般性类型的考察,最后简单地归纳佃户提出的理由以及他们主张的特征。

(二) 佃户开垦

佃户开垦田主的土地(或者开垦者成为佃户)时,佃户具有什么样的权利?或者反过来说,佃户开垦这个事实对于佃户耕作意味着什么?这些问题在当时并不一定有肯定明确的回答。正因为没有肯定明确的回答,才可能发生下面这样的纠纷。例如,《民商事》第17页记载:

(直隶省天津市)津地滨海,在各国未通商以前,地旷人稀,地价极廉,而不毛者亦甚多,业主出些少之钱,即可购得大宗地亩。然无所收获,与石田无异,于是乃招贫人垦种。定约

之始，租价极廉，且多约内写明“不准增租夺佃”字样。在昔物力贱时，犹无辘辅，至清季粮米价逐渐腾贵，田地所有者负担亦逐渐加重，佃户与业主之损益适成一反比例。于是业主遂议增租，而佃户反抗，则议另招佃户承种，而讼端以起，甚有聚众要挟情事……

开垦佃户的确具有某种特殊的权利，这在主佃之间已达成共识，所以契约上写明“不准增租夺佃”。但是，这并没有明确授予田面。如果主佃双方满足于收租纳租的现状，就不会发生任何事情，但要是有一天，由于某种原因，这个安宁的现状被打破，于是开垦佃户所具有的权利的准确界限、佃户开垦这个事实的法律含义就要重新受到检验。除上述原因外，佃户的欠租、田主的自耕外卖也会引起纠纷。在发生这些情况时，将如何解决，并非简单之事。

问题的棘手可以通过以下的事例有所了解。《大清高宗纯皇帝实录》卷一七五记载，甘肃巡抚黄廷桂对开垦佃户的后代持有同样写着“永远承耕，不许夺佃”字样的团约的纠纷提出处理意见，乾隆七年九月乙酉，户部议复如下：^[104]

臣查，（甘肃以外）各省业主之田，出资财而认买，招力作以承耕，佃户之去留，凭于业主，非若甘省佃户。（然）其祖父则芟刈草莱，辟治荒芜，筑土建庄，辛勤百倍。而子孙求为佃户而不可得，实于情理未协。应请将当日垦荒之原佃子孙，止令业主收租，果有拖欠，告官押追，不许夺佃。倘立意抗欠粮租至三年者，方许呈明地方官，讯实驱逐，田归业主。若业主贫乏，将田别售，契内注明“佃户系原垦人之子孙，照旧承种，不许易佃”。若业主子孙欲自种者，准将肥瘠地亩，各分一

[104] 参见藤井宏：《一田两主制的基本构造（五）》，第132页以下。

半,立明合同,报官存案(主佃双方以后所有各自之地)……

上述情况表面上与田面田相似,但从整个规定来看,根本没有考虑到佃户处理其应有权利的情况,对于欠租时是否可以夺佃,只是限制在“有意抗欠粮租至三年者”,基本上着眼于佃户欠租的性质问题,这与不论意图如何,只要欠租数额累计得到田面价程度就进行处理的田面田的逻辑不同。^[105] 另外,允许田主自耕夺佃。在这种情况下,不论佃户耕作权利的社会价值的差异,一律平分土地。从田面田的逻辑(或者下面论述的投下工本的逻辑)考虑,这样的做法过于粗疏。但是,官府采取这种政策的意图是要维持开垦佃户及其善良子孙的生业,并与田主的生业进行调节。从这一点来看,对官府“讲求质量”的规定也可以理解。^[106] 在官府处理的其他开垦事实中,也可以发现同样的思维。^[107]

但是,在官府没有干预的地方(占大多数),极少有上述这样粗疏(或者细致)的处理。由民间处理的时候,对开垦佃户的待遇似乎集中到更加彻底的两种方式上,这可以说是与佃户开垦的事实在当时土地法惯例中的两种逻辑性文脉相对应。

一种方式是:以佃户为开垦投入的劳力资财(开垦工本)为中心看待佃户开垦这个事实,并以此关系处理主佃之间的问题。如果出现夺佃的情况,“若欲起佃,必须照还原费工本”。^[108] 这样处理所根据的逻辑性十分简单清晰。佃户代替田主开垦熟成田的土地,田主对佃户为

[105] 田面价或者工本额恰好相当于三年的欠租额的情况无须考虑,也没有考虑的必然性。当然,欠租三年后,田主夺佃时,佃户是否老老实实在地退佃,又是另外的问题。

[106] 田主自耕时的土地平分也是考虑到田主佃户之间的收获物的分别收获的惯例,以便维持双方的收益。

[107] 《民商事》第462页记载浙江省金华县在太平天国以后,浙江巡抚左文襄制定促进开垦方策规定:“佃户除欠租一年以上,许业主撤佃外,可以永远耕种。”但这条初期的规定能够执行到什么时候,又是另外的问题。

[108] 《西江视臬纪事》卷二,详记《平钱价禁祠本严霸种条协》。

此投入的工本自然应该另行结算。在这种思维方式支配下,对于开垦佃户的处理问题,最终可能变成对佃户投入的实际费用的结算补偿问题。欠租夺佃的问题,也可能作为一般性酌欠租额与投入工本额的抵销的问题予以经济性的处理。^[109]

这种方式有时在开垦阶段与田主采取的手法相照应。《中国农村经济资料续编》第 570 页这样记述:

东三省北部租种生荒制度,通常从“三年四租”至。“五年六租”。所谓“三年四租”者,即佃农从(开垦后的)第一年至第三年不纳租,从第四年起始纳租。余例称是。佃农不纳租之权利,即等于地主偿付垦荒投资之代价。倘免租期间,地主辞佃(夺佃),照例须按垦熟田面及当地工价酌赔垦费。迨免租期满时,地主可随意收回土地,佃农亦可任便退租。如愿续租,其租期另定,但免租年限,依例不展延。北部地广人稀,免租待垦之地甚多,佃农每于免租期满,退租他徙,另垦免租之地。故垦荒制度下之租期,无形中含有固定之限制焉。

开垦土地的特殊情况是,由于开垦后数年间的免租,工本被全部抵销,以后就成为普通的租佃关系。双方关系如此清楚,与其说是佃户开垦,不如说是近似于只承包土地开垦(免租是支付代价的方法),但可以容易地发现在逻辑功能以及佃户开垦方面思维的共同性。只是在工本偿还的方法、偿还的时期上有所差异。这两种惯例的前后关系虽然还不清楚,但将佃户开垦作为开垦工本问题进行认识、处理的这种方式无疑广泛存在。

[109] 与田面的情况一样,工本与欠租额的抵销并非从一开始就这样自然而然地操作,例如《西江视臬纪事》记载:“刁奸佃户辄恃业主(无力偿还工本)不能起耕,遂据租不清,历年累积动盈数百石。田主催之不应,起之不能,不得不鸣官追究。而地方有司又未免以业富佃贫敷衍了事,究之应得之租十无一二。”针对这种情况,作为对策提出:“将所欠租谷,照时折价,抵作工本”的处理方法。

但是,这种思维一旦固定化,就会出现以下的情况。《民商事》第395页记载:

(安徽省贵池县)未垦之荒,召佃承垦,必俟佃户垦熟获利后,方能立约,按亩计租。但(开垦熟成后)佃户有不能承种时,(该佃户)得私顶与他佃接种,收回顶礼银若干。业主即向后之佃户换约直接收租。如业主因佃欠租,欲退庄,亦必酌给开垦之工资为退庄费。

开垦佃户的地位由后来的佃户继承。但如果考虑到田主只要偿还开垦工本便可随时夺佃,田主为了继续租佃经营,就需要新的佃户,而且这样做具有可以将偿还工本的期限一直延长到后佃退佃的时候的好处,所以没有理由予以反对。另外,设定免租期,一旦佃户提出退佃,田主又没有现金立即偿还工本,就只好允许佃户换佃的行为。从佃户方面来看,换佃不过是佃户之间开垦工本的垫付而已,但从另外的方面来看,这也是以开垦工本作为特殊根据的佃户耕作地位的转让。这样看来,不言而喻,其间的逻辑结构与前一节论述的高额押租田的结构基本一样。开垦时投入在田主土地上的工本相当于承佃时付给田主的押租,夺退佃时偿还工本的规范相当于夺退佃时退还押租的规范。根据这个逻辑,开垦佃户最终与活顶与的地位一样,佃户开垦(投入开垦工本)这个事实在开垦工本没有偿还的时候,就具有成为佃户以及继承该佃户的新佃进行佃户耕作的物权根据的功能。前面介绍的草野靖的理论结构,就是对应于佃户开垦中存在的这个方面的逻辑和事实。^[110]

但是,从开垦佃户受到的待遇以及最终的结果来看,对上述换佃的看法未必一样。于是就出现另一种处理方式。《民商事》第317页

[110] 我基本上同意草野靖对这种情况的说明。我的异议不在于这种换佃是对佃户开垦这个事实的必然回应,而在于不过是对一种含义的对应。如后所述,当时对开垦事实还有其他的含义,而且如下一节所述,这个含义甚至有时候还会发生变化。

记载：

查江苏佃户，种田亩有肥土之称，又呼为田面。即佃户，于业主田亩上，有相当之地价……其发生之原因，洪杨兵燹（太平天国）以后，业主流离，土地荒芜。佃户即投资耕种，迨业主归来，（业主）即许佃户特别利益，准其永远佃种。相沿日久，佃户竟持其永佃权，视为一部分之所有权，不准业主自由夺佃，业主亦无异议。故该习惯近今之效力，佃户可使子孙永远佃种，或任意将田面部分（即永佃权）变卖抵押。即积欠田租，业主提起诉讼，只能至追租之程度为止，不得请求退田，遇有此项案件，按照习惯效力办理，两方尚能折服。

从结果来看，至少在表面上没有提出偿还投入工本实际费用的问题（关于“相沿日久”的含义，在下一项中探讨）。在并非佃户开垦，而是在佃户承佃后“肥培”（增加地力）田主的土地的事例中也有同样的处理情况。《民商事》第509页记载：

（福建省）南平习惯，于同一土地上，得有两个所有权。一曰苗田所有权，一曰税田所有权（顺昌建甌等县称骨田皮田）。此二个所有权，可以单独买卖让与继续（继承）。例如甲之田，年可收谷百石，招乙承佃，乙因勤劳农事，不惜工料，致其田年可收谷百五十石。则多获之五十石即为乙之所有权，曰税田。甲原有之田称为苗田，其税粮归有苗田者纳之。

不言而喻，“多获五十石”就是每年获得五十石收益的权利。从内容来看，这可以认为是比一般佃户多五十石收益的佃户耕作的权利。

所以，不论是哪一种事例，其最终存在的状况无非是田面田底关系，而且直接或间接地与开垦肥培的事实联系在一起。史料所记载的只

是一种“结果论”，没有明确记述具体的经过以及逻辑的应用，只能从获得与佃户耕作的正当性相近的某种原始性关联进行设想、推测。而的确从以下的状况中可以发现这种关联性：如果以现实的眼光看待开垦，最初不过荒地而已，这并不能像别人的土地那样立即成为佃户耕作的生业，从这个意义上说，虽然是招承佃，并不能自然而然地获得生计的基础。从事情的本质来看，佃户在开垦以后，才在这块土地上产生佃户耕作的生业。更进一步说，只有等到开垦以后，才能实现从田主的土地上获得收益的现实化。这样，实际上佃户耕作的经营收益可以说开垦从零开始。即使是肥培的事例，正是以同样的逻辑增加五十石肥培的收益。如果从土地上的收益行为：收益对象的结构从何而来的视角来看，开垦肥培的确可以说是产生的开端。

着眼点并非土地的归属，而是投入劳力与所创造的新的经营收益单位(业)关系进行判断，这种事例在当时社会里也有所存在。例如，清律的注释书《读例存疑》对刑律贼盗中的盗田野谷麦条的条例十四所加的按语就包含着令人很感兴趣的逻辑性。条例十四是保护池塘挑筑者权利的规定。费用工力，挑筑池塘，而别人任意将该塘池水引入自己田地灌溉，对此种行为规定了刑罚，但该条例保护的仅限于在自己业内修建的池塘，如果池塘修建在公共场所，对擅自任意用水者不予以处罚。《读例存疑》(黄静嘉校编本 271-12)批评说：

谨按，各自费用工力，挑筑池塘蓄水，自系不分是否己业。重在费用工力，重在蓄水备灌。故不准他人擅放也。(如此考虑，才)与律内山野柴草木石用工力砍伐积聚而擅取者，亦准穷盗之意相符。盖蓄水之地虽非己业，用力挑筑池塘，则可据为己有，犹之柴草木石本非己物，既已砍伐积聚，亦不得任他人擅取。

接着，对区分是否在自己业内的条例十四(修改例)进行批评：

即如官荒沙洲亦非己业，如费用工力开垦成熟，倒得升科管业，岂亦得谓之并非己业耶？

对无主之地无主之物的看法与已有田主之土地上的佃户开垦有着显然的区别，但具有逻辑的共通性。将这个逻辑应用于佃户开垦与佃户耕作之间的关系时，佃户开垦这个事实就给予开垦佃户独自的正当性。

佃户开垦这个事实在民间惯例上，一方面成为偿还投入开垦工本的根据，另一方面成为佃户产生独自的正当性的根据。当然，各自的理解、各自的处理方式如果在当地固定下来，就会在开垦一开始的时候得到法律性的处理。例如，《民商事》第344页记载的就是比较进步的制度化的事例。

（江苏省宝山县）江海沿岸，积淤成池，名曰沙田。由人民照章缴价管业权。缴价时，地尚低洼，不能耕作。如业主围岸筑圩，挑并成阜，召佃耕种之际，由佃户先缴顶首若干（每亩四五元至八九元不等）与业主，至秋收时，业主与佃户将成熟之谷四六分收，俗称谓分谷田。若业主缴价之地，由佃户围岸筑圩，挑并成阜，再缴若干钱（每亩一二元不等）与业主，由业主出与佃户草据一纸，名曰副度据。秋收时，业主向佃户每亩仅收租钱六七百文至八九百文不等，俗称谓额租田。此副度据可以买卖……

仅从史料上看，不知道这个“副度据”是活还是绝。如果是活，这与前一节的高额押租的“佈字”事例没什么两样，分谷田可以认为就是一般的押租田。这样的话，区别是否由于开垦就具有副度据为根据的佃户耕作权，还是佃户为了取得副度据而支出开垦工本和“钱若干”就没有意义，可以认为：投入开垦工本是支付副度据的代价的方法，佃户

开垦是田主立给副度据的动机。当开垦佃户取得田面成为一般性的状态时,如果田主还想让佃户开垦,从一开始就要采取荒地永顶与的形式。^[111]

但是,既然有上述两种含义,事情就无法简单地在一个方面固定下来。而且根据史料的记述,工本偿还的逻辑似乎表面上固定下来,其实背后存在着佃户以自己是开垦者为由不愿离开土地、而田主认为只要偿还原费工本就必须离开这样的对立,而且可以想象,佃户要求偿还工本,但实际上恐怕也包含着以这个名义要求获得相当于田面价金额的战术。既然欠租夺佃的时候都要涉及与欠租金额相抵销的问题,无论佃户主张哪一种形式,现实的利益没有很大的差别。实际上之所以很难估算原费工本额,就是因为存在着这样的灰色区域,即存在着纯粹的田面主张与纯粹的工本偿还关系这两极。

即使已经形成一定的惯例,由于不论当初田主以什么样的意思让佃户开垦,一旦田主具体夺佃、佃户反抗的时候,就要对其正确(或者现实)的意思重新进行审视,所以依然感到困难。即使当初说定是开垦工本的关系,一旦田主夺佃,现实上佃户不一定同意。尤其佃户之间存在的更换关系甚至将会改变上述两种含义的比重。下一项将论述佃户之间一般形式的转佃的作用。

(三) 佃户之间的转佃

佃户在某块土地上的耕作经营可以比其他土地获得相对有利的经济收益。例如,同一块地,租额低,相对地提高了土地生产力,最终也就提高了佃户的收益。当然,一般地说,这样的差异通过承佃时的市场关系取得均衡,而且如典型的“押重租轻”那样,如有差异,通过押租额顶

[111] 《民商事》第438页以后。江西省宁都县习惯。

所谓永顶者,多属塘园类。即立约之初,出顶人欲保其永久收税之利益,承顶人欲保其永久使用之业权,双方同意订立永顶契约。此项契约多塘园少田亩,因塘园未垦以前多属荒地。出顶人交承顶人一片荒土,为用资力垦成塘园。费用较大。因之承顶人得享受永久之权利,出顶人仅永久收税,无权回赎。

在这里,区别开垦熟成是承顶者取得权利的原因,还是田主永顶的动机没有意义。

价额的多少进行结算。但是,由于田主的粗心、只关心定额收租,偶然也存在这种差异,另外,承佃后情况发生变化也可能出现差异。例如,佃户承佃后通过开垦肥培,提高了土地的生产力,佃户的收入增加,超过负担的租额。佃户就享有这个利益。另外,并非上述佃户的努力耕作,而是承佃后,由于佃田需要量增大,其他土地的租额上涨,这就对该佃户的耕作相对有利。还有如以下事例所介绍的承佃后的“减租”也会出现同样的结果。《民商事》第1013页说明“退耕纸”这个物权的佃户耕作惯例的由来。

(江西省龙南县)一曰佃人减租。佃人耕田,每向田主请求减租,租额年年递减。于是曩日纳租一石者,甚或减至四五斗。田腴租寡,利益可知。此佃设急需时,将此田招人顶耕。顶耕者贪其租寡利多,愿出少许脱耕草粪费于前佃,前佃遂立一退耕字于新佃。而田主实之未知。迨新佃招人顶耕,索费如前。此退耕之缘,起于佃人者也。

如果是相对有利的佃户耕作,后佃与前佃通过金钱关系进行更换。对前佃来说,这是将自己事实上曾经享受过的利益估价以确定归属;对后佃来说,这是支付与经济实质相称的等价继承有利的佃户耕作。当然,如果有机会的话,后佃还会以同样的手段将佃户耕作再卖给别人。这样的更换形成连锁接连不断地继续下去,到最后问题表面化的时候,该佃户所主张的观点背后存在着老惯例事实。

具有相对有利的经济收益的佃户耕作就这样在佃户之间通过金钱关系而被更换、继承,这些事实是在“田主实未知之”的情况下进行的。但是,换佃本身采取一定的法律表面形式,或者也运用表面上不侵害田主权利的形式。当然,这种换佃的情况很普遍,也根深蒂固。以下看看两极的情况。

一种情况是:由活顶与、高额押租、原费开垦工本的偿还等从一开

始就构成一定的物权,在田主确保的地位转移时,在转顶价或者押租工本的偿还的形式下,佃户之间进行与佃户耕作的经济收益相符(原额以上)的金钱交易。如果是佃户开垦,由开垦而产生的佃户耕作的经济价值与投入工本实际费用之间既然原本没有必然的关联,就会经常发生这种情况。而且,活顶与、押租由于承佃承顶后佃田需求的变化、地力增强使该佃户耕作的经济价值相对提高等因素,也会发生同样的情况。例如,《民商事》第1044页记载:

(浙江省平阳县)佃田私顶,即佃户将业主田亩转交他人承种。盖其转取扎价(顶价)往往多于交付业主之扎价,此乃佃户巧妙牟利之弊。或扎期已满,业主备价向赎,而承种者因原佃扎价不清,霸田自种,或田已出卖他姓,买主欲将该田收回自种,因佃户私顶,(现佃户要求之)扎价与(卖主声明从原佃取得的)原扎常有多少之不符。

如果一开始就有物权结构,始终维持原定的租佃条件,承佃后的变化就很容易反映到转顶价,而且既然可以由前佃决定是否转顶,通过转顶希望者之间的竞争,难以避免转顶价的上涨。当然,事前会预想到出现纠纷,有的事例表面从一开始就规定禁止以高于原价的转顶价进行交易,^[112]但既然具有经济收益,只要有愿意买的后佃,这样的限制规定难以奏效。

当然,并非付给前佃高于原价的金钱,就会立刻引起原来状况的变化。如果在所有的当事者记忆犹新的时候问题就表面化,即使是后佃,也难以抗拒田主的原价回赎的原则主张。因此,对于田主回收后佃已经支付给前佃的金钱的事情,又要另当别论。然而,这样的换佃经常连续不断,形成连锁性,这使田主感到头痛。例如,前一节谈到的“佈字”

[112] 《民商事》第666页。陕西省屋县“顶地不得加原价”。

事例,只要佃户不欠租,即使田主更换,佃户耕作照样可以按照原定的条件继续维持下去,从理论上说,其间随时都可以转顶,而且换多少次都行。转顶价一旦离开原价,最后那个佃户就必须支付比已经超出原价的前佃、前前佃的转顶价更多的金钱,而他之所以还愿意出钱,是因为他已经预想到自己再转顶给别人时会得到相应的金额收益。如果田主突然宣布原价夺佃,佃户无可奈何,在这个时候,就会以原佃以来的各次换佃作为背景,提出自己的主张。这样,田主认为佃户在转顶的外在形式下逐渐进行的以原价对抗自己的地位,与佃户认为自己是按照佃户耕作的经济实力付给前佃金钱取得的地位之间认识的差距一下子表面化起来,使纠纷越发严重。

另外,佃户之间惯用的另一种金钱授受法是,田主换佃时事实上发生的前佃后佃之间土地交接所支付的“退佃费”。《民商事》第360页记载:

(江苏省)查奉贤县农民承种田地,无论自由租田,如有因契约或事故换人耕种时,新承种人须每亩出洋银若干元与旧承种人。名曰脱脚费。其价每亩两元或四元、六元不等,大率视田亩肥瘠贵贱而有区别也。

“换人耕种”的主动权在田主,但与此相对应的是新招佃的承种人事后必须按照土地的“肥瘠贵贱”向前佃交“脱脚费”。只要顺利支付,就不会给田主的换佃造成麻烦。田主对佃户之间的事情本来就是听之任之,所以这种做法就成为惯例固定下来。

当然,退佃费的由来可以各种各样。例如,广东省翁源县以及英德县的一部分地区在承佃时新佃须向旧佃支付“粪水钱”的惯例,史料记述其两种由来。《中国农村经济资料续编》第555页这样记述:

一是原来瘦瘠的田收成不好,经佃户不惜工本重加肥料,

实施灌溉以后增加了收成。于是交替佃权时,那耗去工本的佃户向(新佃户)要求收回代价。这代价俗称为“粪水钱”。二是原来很膏腴的田,佃户每造所得的比较普通收成要多些。于是佃户放弃佃权时,更(向新佃)要求得些利益以为要挟。地主对此当初当然反对。但下手佃户如不肯照给,上手的会在作物或水利上很厉害地横行报复。下手佃户因为很急迫地要佃进田亩,必然答应了这粪水钱,而地主也渐渐习惯于此种办法。

前者是换佃时要求新佃偿还投入工本,这还可以理解。但问题出在后者。前佃进行对收获有利的佃户耕作完全是偶然性。但由于难以舍弃自己一直享受的利益,就要求新佃支付一种补偿金。当然因为没有任何法律上的根据,所以可能只好一开始就扬言“横行报复”。但是,如果后佃想承佃该地,^[113]而且一旦支付了金钱,这就与投入工本的事例一样惯例化。作为田主,既然不是向自己提出要求,虽然也反对,其实采取置之不理的态度。所以,开始不过是偶然得到的好处,后来就成为惯例的金钱交易的对象。反过来说,也因此进入法律的范畴。

另外,《民商事》第 608 页也记述新承佃希望者的动向。

(湖南省)汉寿县乡间惯例,恒有甲置田百亩,向乙承佃耕种,历有年所,忽有第三人丙,谋佃该田。而乙又不甘退佃。丙则须赙补乙钱若干串。此费永无返还,故名沉潭费。赙补之多寡,则视田地之肥磽,以为标准。

[113] 佃户也存在选择放弃前佃如此赖着不走的土地承佃的可能性,但既然付钱,自然后佃也有其动机。例如,该土地离自己的家近,由于时间关系无法选择其他土地等个别的具体因素。但从连锁性的换佃状况来看,一般地说,其动机还是为了想承佃收益好的肥沃的土地,才付出相应的金钱。

前佃没有被夺佃(换佃)的理由,但是也没有向后佃提出金钱要求的法律根据。如果强行换佃,难免发生纠纷。于是由想承佃该地的后佃以补偿金、退佃费的形式按照“田地之肥瘠”支付相应的金钱。当然,法律上规定的只是田主的换佃,后佃通过金钱授受也无法获得可以对田主提出自己主张的特殊地位。这只是佃户之间的问题。但只要有一次后佃付钱给前佃,自然自己在以后的换佃中也会这样做,如果该田地的承佃的确具有让后佃付钱的价值,大概就会形成换佃的锁链。反过来说,只有在经济有利的情况下,这种佃户之间金钱授受的个别行为事实才会连锁性地发展下去,成为惯例。

这样,与田主换佃形成对照的佃户之间的退佃费交易开始出现各种情况。而且只要后佃一个接一个地向前佃支付退佃费(或者接连不断地出现向前佃付钱希望承佃该地的人),这种现象就连锁性地发展下去,与田主换佃不产生矛盾。因此,在接连不断的换佃中,就出现各种各样的问题。乾隆四年八月初六日两江总督那苏图视察江南后的奏文中这样写道:^[114]

又江南陋习,佃户佃田有送上首佃户顶首钱名色。故业主欲更换佃户,彼必索取他佃之顶首钱,如不遂欲,即霸占不容耕种,每致因此讦告。

惯例的由来不能说都很明确,但既然田主掌握着换佃的主动权,这“顶首钱”就不是转顶价,而且既然有的新佃拒绝付钱,也就不是押租或者变相的押租。另外,换佃拒绝付钱时,并没有立即向田主提出要求,这说明并不是可以向田主提出要求而预先设定的工本钱。从法律的角度来看,恐怕只能是属于退佃费之类的名目。在这种情况下,只要后佃交顶首钱,田主就可以顺利地更换佃户。其实,正因为后佃一直就

[114] 《康雍乾时期城乡人民反抗斗争资料》,第11页。

给前佃交钱,才形成现在这样的“陋习”。然而,后佃自然经常没有得到任何与此相应的保证。如果不交钱,前佃就不退佃,而且在佃户主张的背后存在着这样的长期惯例事实:前佃在承佃的时候就已经付钱给前前佃,岂止如此,在此之前的历次换佃中都给前佃付钱,这种惯例一直延续到现在,这样在退佃的时候才“遂欲”。当然不可能就他一个人一无所获地退佃。这种佃户之间的纠纷自然直接间接地波及田主。如果没有愿意付顶首钱给前佃后承佃的人,田主就无法换佃,实际上使田主无法夺佃。^[115] 如果田主自己想夺佃自耕,佃户则以历次前佃的惯例为理由,向田主提出同样的要求。这样,正如转顶价上涨一样,佃户之间一直延续下来的金钱交易的问题,就会在佃户与田主之间引起难以解决的严重纠纷。

不论有无物权结构,只要对该佃户耕作具有(超过原价的)经济价值,前佃后佃之间就进行独自的金钱授受,而且暂时不会与田主发生对立。当然,这种经济价值,有的是佃户开垦肥培的结果,也有的是偶然性的现象,现实中两者纠集在一起,在扩展中互相混合。本节第一项引用的“顶首粪质”、“退脚之说”、“辗转承耕”各例只见于史料,但可以确定已经扩展到一定的范围。反过来说,当问题表面化的时候,事例已经扩展到无法知道出处的程度,却依然放置不管,才使纠纷变得复杂化起来。极端的事例,如嘉庆《(福建)云霄厅志》所说:“近有‘佃户粪土之说’,佃户借‘上下承耕之例’踞佃、匿亩、抗税、代耕,百弊丛生”(卷二十,纪遗),这样说明“宿弊”(卷四,土田):

至佃头、粪土银,当时(康熙三十六年知县陈汝咸进行的
土地改革)听其自便。是亦未悉其弊。盖佃头、粪土,原系两

[115] 一般地说,前佃对后佃提出要求往往成为纠纷的起端,结果正如《云霄厅志》所说的那样,“别人不敢承耕”,自己赖在田地上不走,使田主实际上无法换佃。另外,还有像《江南征租原案》“计开详定规条”(《江苏山阳收租全案》附录)所说的那样,“明退暗霸”,虽然形式上夺了佃,但由于旧佃对新佃的破坏捣乱,“势将无人接种”,结果土地“往往竟自荒废”。不论什么情况,首先是前佃与后佃发生纠纷,然后波及田主。

项。佃头乃保佃之银，佃户无欠税（欠租），业主欲召佃（别的佃户的召佃，即换佃），宜清还之（即押租）。粪土乃兑佃之银，新旧相承，多寡无定，在业主原有不知（即佃户之间随意交易之金钱）。然强族悍佃拖欠短纳，业主欲召佃（换佃），则借粪土为辞，别人不敢承耕（实际上无法换佃）。此业主又隐受欺制（凭借势力掣肘）者也。大抵弊中有弊。是在仁人君子时而厘剔焉。

该史料对“佃头”、“粪土”的解释是否正确，难以判断（当地以前的史料中，有的事例将承佃时支付给田主的金钱称为“粪土银”），^[116]但大概相当于先前的高额押租田，只是转顶时以高于原价（或原价以外）的金钱进行交易。问题是时间。从所见的嘉庆年间的史料上溯，至康熙三十六年，已是一百年前。惯例的发端就更早。^[117]一百多年置之不理的问题，如今解决起来也并非易事。

置之不理的原因，大抵可以想象是田主不再直接经营土地、只关心定额收租等情况。前面谈到的“退耕纸”事例记述其由来，提到与“佃人减租”一样的经理（收租人）舞弊、管理疏忽的问题。

二曰田地属于公产者（如关于社仓神会祭祀等产），经理收租舞弊也。该收租人为图私利起见，每暗中向佃人商量，允为酌减租谷若干，索资为酬。从此租少田多，他人若欲顶耕，

[116] 例如，康熙《漳浦县志》卷七赋役说：“佃户又以田主得受粪土银，私相授受。”云霄厅是于嘉庆五年从漳浦县分出来的。

[117] 关于包含漳浦县在内的漳州府整个的惯例，崇祯《漳州府志》卷十一田赋考这样记述：

按佃户出力代耕，如雇佣取值，岂得称之为田主。其缘得田之家，见目前之小利，得受粪土银若干，名曰佃头银。田如佃手，其狡黠者，遁租负税亦莫可谁何。业经转移，佃仍虎踞。故有久佃成业主之谣。

这里的粪土银是佃头银的异称。关于漳州府整个的惯例状况，当然需要专文详细探讨。

原佃亦必索相当之资弥补，仍写一工本纸与新佃人收执。此退耕之缘起于收租人者也。

三曰管理疏忽。父兄之田，子弟惟知纳租，不问田之青腴。由经理历次更换，不识田之坐落（地点）。刁佃年久因作弊，私造工本（纸），无而为有，非多索金，不肯让人耕作。此退耕之缘起于管理疏忽者也。

只要能定额收租，田主对其他事情漠不关心，这或成为换佃扩展的发端，或促使扩展。当佃户欠租，迫不得已注意到这个问题的时候，该佃户已经制造出种种理由来了。

那么，佃户对田主能够提出什么理由和主张呢？前面已经谈到一些事例，现在再重新整理一下，大致可以分为三种状况。

第一，以要求偿还投入工本为由，向田主提出金钱的要求。如果从佃户开垦开始换佃，支付给前佃的金额就是原费开垦工本费，可以要求田主支付。开垦以外的，还有可以随意使用偿还肥培工本的名目。《豫鄂皖赣四省之租佃制度》第111页这样记述：

（湖北省宜昌县）该处旧佃凡地主租得之田地，有多余者，往往转佃他人，而从中抽取庄钱。俗称“溜庄”。自后此风日炽，欲佃种之农人，未能直接向田主承揽耕种，惟有向他佃农出庄钱溜入。于是溜庄一变成为田地优劣之价格。当地主租给佃农时，并未注意此弊端，故当时亦曾取得押金，迨后地主发现时，即愿将原押金如数退回，收回其田，而佃农却强硬不从，并谓彼等在田地方面，曾有相当之劳力、管理与施用肥料等。如果地主欲收回土地，须依时价出溜庄钱以及搬家费。至是地主已与佃农感情破裂，既诉诸法律，亦不易解决矣。

这是佃户之间支付押租以外的金钱的事例。^[118] 要求田主支付的实际金额,按照当时耕作权的实际经济价格,比佃户开始耕作时支付给前佃的“溜庄钱”要高(大概与当时该佃户耕作的经济价值相对应的),但其名目是对他或者在他之前的佃户整体承佃后投入的“劳力、管理、施用肥料等”名目的补偿。如果名甚不符实,这个主张就自我暴露出其虚假性。但从另一面来看,佃户投入多少工本、增加多少收获,实际上很难估算投入工本额,田主也无法随意否定。

这样,将支付给前佃的金钱事后硬说是肥培工本的事例与从一开始就以收回肥培工本的名义,实际上向后佃要求佃户耕作的实质性价值的事例形成互为表里的关系。例如,《中国农村经济资料》第403页记载:

(江苏省无锡县礼社镇)农民承种田地时须纳押租。俗称下脚。稻田每亩押租十元至三十元,无押租者年加利租米二斗。……桑田均交押租,每亩自二十元至四十元。地主有增加押租之权,称加下脚。佃农缴纳押租后,对于田地,有永久使用权,称田面,而地主之所有权则称田底。农民因特殊原因不愿耕种时,可将田面(永久使用权)转让他人,收回押租及各种投资,称灰肥田。或转租他人,而征收利租。灰肥钱之多寡,常受供求(需求)关系之影响,实际上代表田面之价格,并不受原纳押租及投资限制。

文中出现“田面”,大概是在开始阶段按照前一节所说的那种“押重租轻”的惯例而实行的高额押租田。前佃以收回“各种投资”(即肥

[118] 《民商事》第1147页也有关于湖北省宜昌县的“溜庄”的说明。简单地讲,溜庄钱类似退佃费、转顶价,是支付押租、承佃的佃户又将佃田佃耕出去时收取的金钱。原佃户脱离租佃关系时,通过溜庄钱的授受实现佃户更换,其形式与转顶相同。本文出现的。“转租”、“溜入”就是与此相互对应的表现形式。

培工本)的名义要求后佃支付高于原纳租的金额,但后佃不管原纳租额以及投资额,只按照“供求关系”即对当时佃户耕作所具有的经济价值的评价,决定实际支付的金额。结果,佃户之间无论使用何种名目,不想以低于现在享有的利益的价格出手的前佃与打算支付符合于将要获得的利益的金额的后佃之间,如果达成协议,实际上就形成金钱的授受。肥培工本也好,开垦工本也好,都难以与投入的实际费用相关联。而且,不论以什么名目进行的金钱授受,到时候都可以硬说是投入的工本实际费用。

第二,同样是金钱交易,如果已有固定的惯例,就无须谈论工本,惯例本身就成为佃户要求的基础。具体的判决事例,如光绪三十年前后湖北省东湖县的知县熊宾在《三邑治略》卷五的“讯罗永宝一案”^{〔119〕}中这样说:

讯明陈正忠种罗永宝之田,自道光三十年起,书立佃字,计庄钱(押租)四十串文,外有溜庄钱一百三十四串文。查溜庄乃系东湖恶习。然积弊太深,不能全行革去。该佃户既去溜庄在先,旧佃书有凭据,若将此钱断空,必有性命之忧(命案),亦非田东之幸。经本县酌断,原日溜庄钱一百三十四串,除言明付过四十五串外,再付四十五串。下余四十四串,尔佃户种田已久,不能全得,即作罢论。

这里所说的溜庄钱,是换佃时佃户交付的,而且田主没有偿还义务的金钱,即退佃费之一种。上述的判决完全是妥协的产物,但虽然说是“恶习”,只要是固定下来的惯例,就不能无视,所以对这样的判决也可以理解。对田主的要求是否得当姑且不论,至少该佃户为了开始从事佃户耕作,先交付一百三十四串文,这是依照惯例不得不交的钱,只有

〔119〕 经滋贺秀三先生指点,才知道有此史料。

在交钱之后才能得到生业。这是知县不能无视的事实。

第三,同样是对田面的主张,主张佃户耕作具有田主无法取消的独立的正当性。同治《(福建)长乐县志》卷二十《丛谈》这样记述:

[在叙述面(田底)、根(田面)分别买卖所有的情况后]更有一种,年远租贱,佃户辗转售耕,名锄头根。田主卖田,佃户诡云有根,反把持取利。近日争讼多由此。尤宜查核。

“年远租贱”,即因佃田供不应求,佃耕行情上涨,该田地之租额相对低下,于是在佃户之间“辗转售耕”。当然这并没有田主的分与,也与开垦肥培无关。但是对于佃户来说,与该佃户耕作相符的价格从前佃那里承佃,这与买田面没什么两样。辗转售耕中如带“锄头根”的名目,也可以认为是“根”的一种。在这里,并不是佃户提出各自的理由与田主对抗,而是从一开始就从前佃买得“锄头根”这个“来历”式认证形式作为正当性的基础。^[120]当然,如果追溯来历,即使事情纷乱复杂,例如在换佃时田主更换,而新田主只关心收租,允许旧佃续耕的情况多次发生(在制度上,也只能采取“佈字”那样的做法),但在历史性由来认证的程度上主佃双方不会有很大的差异,如果主张得到认可,就自然而然地成为田面田底关系。既然当时的土地法基本上采取以现在经营的来历为基础的形式,这样的换佃就难以避免。

如果在换佃的时候具有佃户开垦或明确的肥培行为,当然可以作为论据予以援用。自己将继承先前佃户的开垦肥培所获得的地位。在这个阶段,同样的事实比起开垦肥培当时的佃户向田主的主张更容易与对田面的主张联系在一起,而且也更具有说服力。不管怎么说,摆在

[120] 当然,这个主张所依据的具体事实是从前佃开始该地佃户耕作的生业都是通过交钱授受获得转让。从这个意义上可以发现一个过程:包含退佃费等事例的换佃便从单纯的生业逐渐具有营业权的实体,最后获得与田主同样的“管业”的法律外衣而固定下来。

佃户面前的是：田地开垦肥培以来具有一定的经济价值，继承其价值的佃户耕作的实际成绩、由此产生的田主收租、佃户耕作这两种形态的并存。如果一开始就有开垦肥培的事实，田面的原始取得的主张就站得住脚。

当然，换佃也包括主佃双方在工本偿还上取得谅解、佃户之间的更换也仅仅是能以工本额对抗的地位转移的形式。但是，出现纠纷的时候，最终只能根据其主张是否具有说服力进行判断。从以前的事例来看，田面的主张具有说服力。以下这个事例将开垦这个事实在换佃时所具有的两重性进行统一的解释，可谓煞费苦心。《民商事》第345页记载：

（江苏省）海门田制，有底与面之分。底为苗，面为过投。如苗与过投为一人所有，则谓之底面地。……其始由于佃户垦种田亩，必先预纳金钱若干。谓之项首。迨已垦种成熟安业多年，一旦退种时，业主无力付还项首，佃户遂将此佃种权转卖与人。谓之田面。即过投也。积日既久，乃成习惯。即新地原始为一人报缴承领垦熟者，（该人并有底面）亦可将田面划卖矣。

上述说明有的地方令人难以理解，^[121]但基本上与前面所说的情况一样，佃户支付项首后承佃开垦，后退佃时，由于田主无力偿还工本，就卖给第三者，使其继承地位。^[122]但是，这里不能如前项那样简单地由

[121] 很难想象承佃时支付的项首即是一旦退种时付还的项首，而且数额一样。实际上，后者是承佃时的项首价与佃户投入工本的总和。这样的记述或许和高额押租田的换佃混杂在一起。

[122] 《民商事》第426页记载江西省宁郡县的事例的经过也是同样的：“又，管皮者，往往垦田时，垫有工本，或以给付田主相当之价额（佃价），及退佃时，田主必须给还工本或佃价，否则须转退他人，应许取偿相当之价额。乃积习相沿，管皮者，竟误认永佃权为所有权，自由顶退，田主卒无由过问。”

后佃要求偿还工本的权利来解决,既然已经“转卖”,应该纳入田面田底惯例的范围进行处理。虽然详情不清楚,但自然不会第一次“转卖”就使事情出现严重的转折,应该说开垦与换佃两个时候的顶首的不同含义力求在文中寻求接点。

我们在很多史料中发现开垦形成田面的事例经常发现使用“相沿相习”、“积习相沿”等表现方式,^[123]而且回顾性地论及该田面形成的原因佃户开垦,相比之下,有关佃户开垦具体情况的史料大部分则论述偿还投资工本,其理由大体也是可以理解的。在佃户开垦的时候,如果就处理好问题,偿还工本的逻辑一般容易具有说服力。这与田面结合起来的论点多在换佃中具有说服力(所以才出现田面的结果)。但如果认为是田面,一切又与来历连锁在一起。如果追溯到从前佃户购买田面,当然开垦佃户也是田面主,也就理解为田面因开垦而产生,自然也有这样的记述。

佃户之间的换佃事实,或者其本身被援用作为佃户主张的论据,或者成为佃户主张的特殊背景,最后产生很多田面。

结语

以上我们探讨田面田底惯例在传统的中国土地法整体中所占的逻辑性位置,同时关注佃户耕作的特殊性,进行类型分析。最后简单地归纳要点,大致整理本文的论述与田面田底惯例形成问题的关系。

[123] 通过这些表现方式,最早提出开垦肥培后不会立即形成田面,相沿相习后乃形成田面的事例很多这一观点的,应归功于藤井宏。参考他的《关于中国“耕作权确立”时期的诸问题——对疯狂镇压的不屈的抗争记录》第53页、《一田两主制的基本构造(三)》。但是,他的“时效取得”的论点还值得商榷。“一典千年活”(承租者不论承租多么长的时间,终归还只是一个承租者。哪怕一千年以后,田主仍然可以赎回),在传统的中国土地法中,不存在时间的经过本身产生权利的想法。当然,事实上由于田主不能赎回,也有可能承租者处于田主同样的地位上的情况,但这并非时效的问题,而是现实上难以认证由来,造成纠纷时该地管业对自己主张的正当性相对劣势的事实。即是田面的问题,换佃的原因也并非时间,田面是否存在最终在纠纷时根据现经营者的正当性主张是否妥当进行判断,相对应于这种传统的中国土地法的结构。

第一节首先探讨田面田底主结构对应什么样的状况,发现与佃户耕作这个收益方法所形成的“管业”结构相对应。于是在第二、三节探讨佃户耕作的佃户独自的正当性从何产生的问题,并分析田主付与这种正当性与佃户事后主张独自正当性的不同情况。田主付与物权正当性的形式有活、绝两种区别,而且与土地买卖、授受押租的招承佃关系具有联系,而不论什么样的外在形式,以绝的形式付与正当性时,就产生田面田底关系。佃户承佃后,基本上在田主夺佃时以独自的理由奠定佃户耕作的基础的形式也是各种各样,田主无法取消的根据被接受固定下来,就会产生田面田底关系的结果。所以,所谓以稳定的形式谈论田面买卖所有的状态,有关在于佃户耕作的物权根据的各种形态里,这种根据应该是脱离个别的田主佃户关系的、无限制地构成的状态,其结果可以使正当性问题归结成为从前佃来历的正当性付与的状态。

田面田底惯例,或者佃户耕作具有物权正当性的状况以上述形式在当时的土地法惯例整体中占有位置,各个具体的田面田底关系形成过程的问题也可以理解为佃户耕作、田主租佃经营获得各自正当性的过程。当然,本文只是确认一种类型的位置,与具体地网罗性地探讨获得正当性的方法不同,历史性的形态(如原田主处于田面主位置的形式)也没有涉及,还残留着一些应用性的问题。对个别的具体事例的形成过程,将成为今后研究的课题。

但通过上述类型的探讨,有关田面形成理论的几个逻辑性难点可以简单地进行推测。

第一,必须指出的是,提出诸如开垦形成田面,或者佃户开垦是田面形成(取得)的原因这样一般性的立论没有多大意思。尤其自生形成,不能将某种“原因”与产生田面田底关系这个“结果”进行一对一的对应。佃户开垦有的也没有形成田面田底关系,相反,田主的减租有的还产生田面田底关系。从这个意义上说,列举出形成田面的各种各样的原因,虽然有记述整理的意义,但如果赋予某种含义,就会导致混乱。

第二,与上述情况相为表里的是,以一般的形式从诸多原因中寻找更具有“根源性”的形态,至少从逻辑上没有什么意义。历来在论述田面田底惯例形成的时候,总认为只要田面田底惯例固定下来,或者已经存在田面这个实态,就可能发生田主分售田面、佃户取得田面的情况。于是,往往很容易以最初的田面田底惯例本身是如何产生的这样的问题进行立论,也因此诱发出“根源性”形成原因的思维。但是,其实在田面田底惯例与各个具体的田面形成的关系上存在一个逻辑性的盲点。

问题可以从反面来看,如果田面田底惯例在一个地方稳定地存在,那么大家是否很容易就成为田面主呢?非田面田是否很容易变成田面田呢?也许可以这样回答:如果考虑到田主一般是田面田底并有者,可以通过田面分售制造田面田底关系。但是,只要田主不分售田面,即田主不选择以给予佃户耕作物权正当性的形式设定租佃关系,也就不会产生田面田底关系。那么,在田面田底惯例不存在的地方,田主是否就无法进行这种法律性的操作呢?也不是。即使没有顶与这个概念,也可以模仿以前的土地典卖的手段达到目的。其差异只不过是否称呼“田面处分”,或者这样的操作是否大众化。并非田面田底惯例的存在导致田主的田面卖与,而是田主将租佃关系物权化才产生具有物权正当性的佃户耕作的各种形式。佃户主张独自的正当性更加缩短了两者的差异。不论是否存在田面田底惯例,田主夺佃突然遭到拒绝,田主都会感到不知所措。当然,如果存在田面田底惯例,佃户的主张的确比较容易成立,但并非理所当然地被接受。即使没有田面田底惯例,也可以提出同样的主张。有田面田底惯例的地方,比较容易自然而然地形成田面,但其原因并非惯例存在本身,而应该是造成惯例存在的共同的状况。

所以,田面形成的决定性因素并非是否存在惯例,在什么地方都可以产生。从这个意义上说,寻求根源性的形成原因几乎没有逻辑的意义(当然,作为历史事实,论述一个地区,或者整个中国最早出现的田

面是什么样的形态,具有其固有的意义。当然,这需要对广泛的史料进行调查研究才会做出结论)。要研究田面田底惯例的历史性形成的一般性对应物,不能通过各个具体的形成原因和形成方法,应该通过佃户耕作的自立经营化或价值化的事态。主佃双方对这种事态采取各种对应的方式,或者利用物权手段取消租佃关系的设定,或者佃户主张独自の正当性,最终导致田面田底关系的产生。田面田底惯例的形成与普及,是通过个别的形式积累以及具有物权正当性的佃户耕作的固定化而存在。田面田底的买卖所有这种日常性的现象本身,其实存在于各个田主佃户对不断经营的根据的主张与容忍的稳定之中。

中国近世土地所有制研究^{**}

人类在面对自然,尤其在面对土地时,所持有的视角可以是非常不同的。例如,如西欧历史上曾发生的事实那样,如果人们视土地为全社会的生活基础之同时又将其理解为政治支配的根基,土地就表现为其拥有者的“领地”,对土地的占有则被视为对生息于其上的人们社会关系总体的一种领域性及政治性的统治。相反,当土地被单纯视为具有经济价值的财产时,便成为与人类相隔离的客观对象,成为商品。从这个角度考虑,对于中国近世(本文主要指清代,从17世纪下半期至20世纪初叶)的庶民来说,土地及其所有制是以何种形式表现出来,或者是透过何种视角被观察理解的呢?这是本文要着重讨论的问题。

毋庸置疑,每个人所持有的土地领有观和所有观,是与当时生存于社会中的人类总体与自然的相互关系,即社会秩序整体的存在方式互为表里的。

* 原载岩波书店:《丛书:世界史的追问》,第一卷《历史中的自然》,1989年。冯潇译。

** “近世”为在日本学者中形成了共识的一种有关中国历史的分期,大致是从田地可自由流转的宋代开始到清代结束的时期,有时也可延伸至民国早期。——王亚新注

上述第一种将土地视为领地的观点,在中世纪的西方较为典型。以往的研究成果表明,当时西方社会政治秩序的基本结构是,只有那些能够维持一定领域内的自然利益和人类秩序的人,才能成为土地的统治者。上述观点正是与这种政治秩序相适应的产物。在中世纪的西方,由于统治不可能孤立地实现,所以对土地的拥有就表现为一种多层次的“封建制”的土地所有体系。即呈现金字塔形态的所有:与家长对家内奴隶实施支配和提供保护相适应的各个家户的土地所有,与领主对农民既统治又保护相适应的庄园式土地所有,与皇帝贵族对领主骑士既统治又保护相适应的土地所有等。与此相对,上述第二种关于土地即商品的所有观,则是近代西方社会发展的产物。散存于旧社会中以自身实力进行政治性统治和保护的因素,在近代市民革命中被集约于中央集权制的民族国家之中。这就出现了另一个极端,即纯经济性的市民社会得到了发展。只有在近代历史中的社会秩序结构形成之后,才有可能产生这种土地所有观。

与之相反,中国近代社会却具有下述特征:中国近代社会也是皇帝统治,也存在着皇帝之下各种等级的贵族,但他们却缺少中世纪西欧领主贵族那些凭借自身权力进行领域性分割统治的“领主制”性质。以往的研究对“地主制”论述较多。“地主制”是指社会中多数小生产者与大土地所有者——地主并存,地主与在其土地上进行耕作的佃农形成收取租粮的关系。但是,它并不是像西欧“庄园制”那样进行领域统治,而是靠频繁的土地买卖和租赁契约的订立、解除,形成了个体间的经济关系。这种土地制度是皇帝任用官僚对民众进行一元化统治的“帝制”结构的有机组成部分。另外,“地主制”同近代以后西欧国家与市民社会的结合体也不相同。因为皇帝不仅没有像近代西欧国家那样,对民众的土地采取周到的保护措施,而且他所制定的法律也并非来自市民体系内生的规范。因此,对这样一种既非西欧中世纪类型又非西欧近代类型的历史社会中人们所持的特殊的土地所有制观念进行分析,就是本文研究的主要问题。

在考察历史上的土地所有观问题时,有两种互为表里的研究方法。一种是着重从行为主体的“外侧”,即从国家体制,社会秩序方面进行宏观的讨论,由此确定土地所有方式所处的社会位置。这是战后日本学者进行中国史研究时最为常见的方法。这种方法研究的主要课题在于搞清从土地直接耕作者到国家权力乃至皇帝之间经济关系的连锁环节以及权力支配基础的整体结构。此课题又分为研究佃农与土地所有者——地主之间关系的“地主制”论,以及围绕地主、自耕农与国家之间关系的“税粮制度论”(即“土地制度”论)两个方面。以往的研究在这两个方面都取得了较大的成果。然而,史学界对土地所有观的研究还不够透彻,对于当时人们是如何看待自己的土地所有权这个问题,至今仍很少有人涉及。

从现存史料来看,并没有直接论述中国近代普通民众土地所有观的文献,而且也不存在有关抽象的土地所有观念之论述。摆在我们面前的材料,就是生存于当时社会的人们,因为每天在中国各地分别进行着无数桩土地买卖和租佃契约的活动,由此而产生的统称为“契”的庞大数量的契约文书纸札。这些文书中既有像土地买卖契约书那样,在半张大小的模造纸上,以墨书小楷工整地书写,并在重要位置盖上地方官衙赤色四方大印的精美文书;也有像某些租佃契约书那样,潦草地写在普通书本尺寸大小的纸上的粗陋文字。无论哪一种文书,都是庶民获得财产和维持生计的凭证,是每一户庶民都要细心保管的重要文件。这里,我们利用现存的文书史料,对普通民众在日常生活中进行的土地买卖和签订租佃契约等各种类型的活动进行综合的分析,从三个方面来探讨当时人们的土地买卖观,租佃观和所有观念的问题。

一、买卖观

至少在进入宋代(公元10世纪)以后,土地对于中国人来说,就已经有了两种含义,一方面是农民们人人都想拥有的生存根基;另一方面是可以用金钱购入并可换算成金钱的一种财富。在那个时代,

土地往往是随着某些农民家族社会地位的急剧上升和下降,而被频繁地买卖,这种情况可以从现存的大量土地买卖文书(“卖契”)中得到印证。

在考察人们进行土地买卖的思想动机时,首先引起研究者注意的是与上述买卖的实际状态相对应的人们对“物”的认识。卖契上一般明文规定,某块土地卖予某人。一定区域的土地,必要时可作为动产随时自由地进行买卖,成为一种商品性的财产。不可否认的是,虽然当时人们大都抱有这种认识,但是情况也并非完全如此,还存在一种称为“活卖”即灵活出卖土地的概念。考虑到问题的特殊性,首先必须要搞清楚土地买卖手续的整个过程及其含义。

当时土地的买卖,大致可分为“卖”和“典”两种类型,通常在契约文书开头注以“立卖契人某某”、“立典契人某某”,以示区别。

关于“卖”的内容,与我们一般所说的土地买卖没有太大差别。土地买卖手续均按卖契上所注明的形式进行,简言之,由卖主作为土地所有者(史料上称之为“田主”或“业主”)写下契据,即“立契”交付给买主,买主把价款支付给卖主,“买卖”的过程即告完成。帮助寻找买主并为促成契约订立而斡旋的“中间人”的作用,以及立契时被请去在契据末尾划押的亲属或邻居的作用,均是对立契和交契手续公正性的担保。日后若发生纠纷,他们都是证人。各地卖契的内容亦无很大区别,主要包括:立契者姓名、土地的由来、地址、面积、价格、支付货币的成色、中间人姓名、买方名字、土地出卖时有关“将某块土地卖与某人永为管业”或“永远为业”的声明、价款即日支付的注记、担保所卖土地无任何问题的文字以及“恐空口无凭,兹立契以为照”之类担保性的文字、卖主签名、中间人签名、年月日等。

与“卖”相比,所谓“典”则通常是指田主(出典者)向承典者无利息地收取土地卖价的半数,而允许承典者在其土地上进行耕作等活动以获得收益。典契的订立手续与卖契相同,即由出典者写下典契,然后交付给以典价换取土地使用权的承典者。

有的典契不设期限,出典者可以随时向承典者归还原典价来赎回土地,这种做法称为“回赎”。但一般情况下,均要在立典契时写明“典限”为三年。这种规定的特别之处在于,承典者在典限未满前无权请求回赎。设立典限的目的是,禁止出典者随意回赎,以保证承典者对土地的使用权。并且当典限期满时,如果承典者愿意,可以继续保留对土地的使用权,而且可以将土地转而出典给第三者以向出典者交付典金,称为“转典”。

在近代中国,拥有土地所有权的人们之间存在着两种法律行为。即导致土地所有权归属转变的行为以及在所有权未根本转变前提下的“质权设定”行为。这两种行为分别被称作“卖”和“典”。这只是事情的一个侧面。值得注意的是,典和卖两种行为同时还具有相类似的另一个侧面,而且当时的人们也明确地意识到了这一相同点。这便是前面所说的所谓“活卖”的概念。

进行活卖时也要立据,开头写“立卖契人某某”,并写有到期“回赎”的条款。与活卖相比较,上面所说的“卖”属于完全的所有权转移,称为“绝卖”、“死卖”。当时,在许多地方,若只说“卖”,通常是指“活卖”。若是“绝卖”,则要在契约书上写明。而“典”的法律行为,也被人们认为是买卖的一种。因此,当时还存在着包含“典”与“卖”两种形式的广义的“卖”的概念。

那么,广义上“卖”的含义是什么呢?如上所述,契据一方面是明确土地这一物质实体的处置与转移的凭据;另一方面若仔细分析其内容,只写着土地“卖”与“买”的契约微乎其微,通常契约上还要写明“将某块土地卖与某某”“永为管业”或“永远为业”等字样,这就意味着卖方是把土地的所有权和经营权、收益权全部给予了买主。这种行为也是一开始就为当时的人们所意识到的“绝卖”。

而“典”虽然包括在广义的“卖”中,却是出典者因拥有回赎请求权,所以在出典后仍保留土地所有者的地位。从这点来说,“典”无疑是田主单方面进行正当的土地经营,履行给予或取消使用权的手续。

典卖两者共同之处被总结为“广义的卖”，其背景可以说是存在于“土地拥有者得到相当的价钱，而将自己一直进行的土地经营收益（管业）的合法性交给对方”的结构中。

从这个角度进行考察时会发现，典、卖两者的差异自然而然地会向下述方向发展。即“卖”（狭义的卖）是卖主（原地主）把土地收益的合法性给予买主（此后的地主），此后便不能剥夺给予买主的这种正当权利。这种意义上的“卖”是与卖主断绝了关系的卖，是“绝卖”。相对而言，活卖（即“典”）是指虽然卖主同样把土地收益的合法性给予了买主，但是经过一段时间后，原卖主可以退还原来的典价，从而取消原买主拥有的合法性，并再度使自己获得原来就拥有的土地收益合法性。从这种意义上讲，“典”虽然同样是卖，但与原卖主关系并未完全切断，是灵活的卖，即“活卖”。在“活卖”、“广义的卖”的情况下，人们所持的买卖观是典卖两者共通的土地经营（管业）及其合法性的独占或垄断这样一种形式。两个概念所表现的都是以土地收益为中心的观念。

当时有关土地移转的实行主要是在以“经营获得收益”为中心的观念指导下进行的。例如，在“广义的卖”的情况下，“活卖”、“典”与“绝卖”之间，除“活、绝”的区别外，尚具有共同的地方和相关之处。有时土地虽然已经出典（或活卖），但即使出典人在所借金钱即“典价”尚未退还时，有时也会要求承典者添补份额。这样一来，典价便接近于卖价，承典者自然不满足于典，就会倾向于绝卖。而且在卖即意味着活卖的地区，卖主大都希望留有回赎余地，但这些地区的地绝卖却占很大比例，大多是活卖因价格原因不得已而改为绝卖的。此时，办理的手续并非是废弃原来的活卖契据而重新订立表明所有权转移的契约，而大多是使原典契作为某种权利转移的凭证继续发生效力，同时再订立“我绝契”，二者合一就成为买卖凭据。即虽是典卖，但只要切断“活”的部分，便等同于绝卖和所有权转移。反之，只要约定绝卖加上变“活”的手续，就成为活卖了。

在解决土地纠纷过程中，人们始终从土地经营合法权这个角度来

考虑问题。发生土地纠纷时,当事双方大都以典卖契来证明自己的权利,亦即强调合法性。官方所进行的土地裁决也是以民间契据(“和契”)为依据的。

二、租佃观

在近世的中国,土地的所有权主要靠市场的交易,其结果显然会造成土地分配状况的极不公平。一方面存在着大土地所有者,另一方面也存在着大量的无产贫民。然而,不断从贫民中收购土地而形成的大土地所有者,却很少采用集约化的大规模经营方式,而往往以出租的方式分散到由若干只有劳动力的人家去耕种。没有土地的贫民很少有机会选择商业或其他行业,他们的大多数都不得不在属于别人的土地上进行耕作以维持生计,这些人被称为“佃户”,其行为称为“佃”或“租佃”。

在当时的历史条件下,佃户寻找自己耕作土地的承佃过程也被置于市场竞争之中。多数佃户并非不计利弊心甘情愿地祖祖辈辈去做佃户,他们对田主和土地等多种选择,或是自己耕作这块土地,或是典卖换钱,还可以从希望耕种这块土地的人中挑选出自己满意的人转租进行自己的租佃经营。

正因为如此,当时采用的租佃契约的形式,从法律角度上看有租佃形态的原型及其变形或发展。下面,让我们分析一下蕴藏在不同租佃内容和背景之中的认识框架和观念。

首先,从租佃契约的原型来看,租佃契约的内容根据租地面积的大小等有详有略。但总的来说,都由租金、纳租时间、租子质量的保证,不迟交租金的誓约等简短的文句组成。因此,立契者必定是佃户。从租佃契约的文字来看,契约的性质与其说是确定租佃权的契约,还不如说是佃户方面所作的有关保证支付租金的誓约书。

契约所定租金或租佃金,既有固定的定额形式,也有诸如以五五分成、四六分成这种田主与佃户的分成形式。租佃契约的期限大多不作

约定。在这种情况下,佃户一旦承佃,一般来说第二年还可继续耕作,而且出租和承租双方一般都希望继续这种现状。

但是,租佃关系绝非可以任意延长。在下述情况下田主可以赶走佃户,而佃户不得抗拒,这种事实在所有史料上均可得到证实。

第一,史料上出现的“外卖”、“自耕”形式,即田主在开始租佃经营后又终止租佃,具体地说,田主决定今后自己耕作土地(自耕),或田主决定把土地典卖换钱(外卖),无论何种形式,佃户只有忍受被从耕地上赶走(夺佃)的痛苦。

第二,史料上出现的“欠租”情况。佃主在继续其租佃经营时,其方式会有各种各样的变化,但至少有一点是不变的,即当佃户滞纳租金时,只要田主愿意,就可随时从该佃户手中夺租并可重新招揽佃户(换佃),这种做法是为当时世人所共知的:不论欠租多少,只要存在欠租的事实,田主就可夺租,佃户都不能反抗,且租佃权不允许佃户私相转让。

佃户与土地的关系与前述买主承典者对土地的关系相比有很大差异。从法律上看,佃户订立的仅是纳租的契约。佃户只是通过在他人土地上耕作,获得一部分粮食以维持生计,而这一特定形式的营生必须得到田主个人的许可。被这种关系联系在一起的人们之间法定的契约关系,就是租佃关系法的原型。

租佃契约与典卖的不同之处在于典卖是一次性的契约关系,而租佃至少是以数年为期限重复进行的持续的契约关系,并且通过这种循环往复,维持着农业的生产。其结果是在原型的租佃关系中,注入了围绕两个当事者的各种社会经济要素,产生了典卖所不可能有的几种社会实态和外部形态上的变种。

在租佃关系产生了变形的各种实际状态中。核心是经营土地必需的农具、种子、肥料等农业生产资料,由田主和佃户不同程度地分担。佃户基本上是按地主的指示进行耕作。到了收获期,地主与佃户按五五分、六四分或四六分等约定的比例分割收获物,有时是按面积分开各

自收获,这种形式称为“分种”、“分益”。这种形式有时似乎已接近类似于“农田资金借贷”的程度,但人们还是主要在“田主将土地贷给佃户”即租佃关系的视角下看待这类现象。不过也有另一种感觉,即普遍认为这好比是商业经济中经营体的“合股”,地主出土地,佃户出劳力等,双方共同进行农田经营,形成一个经营体。对收获物的处置与分配与其说是佃户向田主交的租赁金,不如说是共同经营体收获的庄稼,按田主佃户各自贡献程度大小进行分配,各取所得份额的分配关系。

历史上出现的任何现象事物均与当时社会经济实态密切相关。综观租佃关系,上述形态是租佃关系的核心。另外,当时的社会里也存在着佃户自立度很低的情况。即田主提供土地、种子和农具等劳动力以外的大部分或全部经营资本,田主本人又主导着经营方式,佃户只是服从田主命令,提供单纯的劳动力,只能得到收获的很少份额。这种情况即便同样是租佃关系,但事实上却并非由田主佃户共同经营,而是佃户依存于田主。同时,还存在较为极端的形态,如佃户有时连日常生活的维持和再生产都得接受田主的给养,佃户住在田主家里,由田主给予主食,甚至连佃户找配偶也要由田主一手操办,佃户世代代都在田主的土地上耕作生存,佃户与长工(雇佣关系)、极端的情况下与农奴的境遇无甚区别。这是分种的另一种极端的形态。

此外,在分种条件下还存在一种形态,即田主仅提供土地而对耕作既不关心也不介入,不久便成为不在乡的地主,由佃户取而代之负担一切经营资本和经营责任,自主地进行土地经营。其分配方式,起初是依照惯例,按对佃户有利的比例进行分配,其后变成不论丰歉都由佃户承担风险,交给田主一定收获物或金额,成为定额租纳方式。情况由先前分种时田主佃户各出生产资料和劳动力,形成一个农业经营体的形式,转变成田主以收获期获得定额租为条件,将土地经营承包给佃户。换句话说,只要支付定额“租金”,就将土地出租。这种方式已具备类似近代不动产赁贷租借的形式。

这些租佃关系从原型走向了变形的实态,呈现出以“分种”为中

心,向相反的两个方向发展的态势。若穷其极端,则是“古代奴隶劳动力地租”与“近代的土地租赁贷借”两种极为不同的形式。这三种形式并存于同一时代,且每种形态都是在有关租佃法律形态中以及相关的租佃观念支配下进行,这是不可否认的事实。导致形成变化的影响因素与其说是农业生产力和生产技术发展阶段的差异,毋宁说是基本取决于各佃户的家计状况和自主程度。其中,不能自立经营,甚至连日常生活也不能维持的耕作业者(佃户)与田主之间的租佃关系,与田主经营中利用长短雇工进行土地经营的形式较为类似。另外,日常生活自不待言,连土地经营亦能自主的耕作业者(佃户)与田主之间的租佃关系,则更接近于农地的租赁贷借。而位于这两个极端中间的“分种”,是指佃户的生活和经营的自立程度处于中等水平,即在生活上完全自立于田主,但无力独自从事农业经营,因而形成的“租佃”关系。以上是对当时租佃关系从原型到变形的若干种划分。

需要指出的是,随着时代的发展,租佃契约的第二种类型,即类似土地典卖的或具有“管业”即相当于买卖出典等关系的租佃形式便出现了。下面将对这种租佃契约类型略作论述。促使这种租佃形式转变的法律中介是“押租”和“先付租金”这两种新的租佃关系处理方法的出现。

首先,所谓“押租”,是指佃户立契并签字在承佃契约上时,田主向承佃的佃户先征收大约一年的租金,佃户欠租时,田主将此项金额充当为租金。而在佃户不欠租却要解除租佃关系(退佃)时,退还其押租金额。“押租”是一种欠租抵押式的“保证金”制度。但是,若田主在租佃期间将押租挪作他用,这无疑就等于佃户被多收了押租的利息部分,因此,在收取押租时,通常要减去相当于押租利息的那部分金额。

这种制度的产生是由于分种的分别收割可能造成损失,发生自然灾害时,地租会自然减少,田主也无法收取定额租金。另外,如果地主不在乡村,田主也会失去对承租者的约束力,丧失收取的实力,致使佃户欠租情况不断增多。当然,夺佃的原则性手段也还存在。但是欠租

夺佃主要只是事后将欠租佃户赶出去,并非是针对欠租本身的征收手段。加上当时国家订立的有关债权实现的法律极为不完善,基本上没有向极度贫困者收取钱租或使其清偿债务的手段,而将佃户赶出去就更收不到欠租了。因此,为保证欠租时能收到租子,押租制度便产生了。

但是,随着承佃时有金钱的授受,租佃契约的订立方法本身也发生了变化,以往的租佃契约是由佃户单方面拟订并交于田主的。与之相反,新的手法则是退佃时佃户要将契约作为使田主退还押租的证明,因而承租时,田主也要在契约上仔细写上一笔,于是逐渐地采用了双方立下租佃契约书的格式。由于可以根据押租额适当减租,承佃时可以收取接近于地价或典价的高额押租,而实际收租额却很低,形成一种“押重租轻”的趋势。这就产生了新的问题。

其一,收取如此高额押租,田主便不再夺佃,同时也难以夺佃,从而起到一种稳定租佃关系的效果。因为即便是佃户欠租,也有足够的押租用于补偿,田主即使想外卖或自耕,也必须将押租金退还佃户。但是,已收取的高额押租如果已将金钱移作他用或已经花掉,便无钱偿还。这种情况下,实际上不能夺佃,田主可以把土地和支付了高额押租的佃户一起以低价(押租金额)卖予第三者。此时即使田主变更,佃户仍然留在那块土地上。同时,佃户的地位也趋向稳定,当佃户提出退佃要求时,无力筹措已接收的高额押租金退还佃户的田主,只有招收新佃户,并以新佃户之押租偿还原佃户。这就开辟了一条随佃户间押租转让而产生的地位交替的租佃权转让途径。

如此看来,这种租佃制度的法律关系实际上是在耕作开始时,佃户以一定金额取得独立经营土地的合法性,只要金钱不被退还,其合法性就得到确保。而且除负担利息外,这种形式与前述土地的“典”,即向田主支付一定金额,将土地收益合法性以文书契据的形式表现出来,其合法性一直保持到田主退还先前所付全部金额为止这种形式在结构上是共通的:这种共通性有时也被当时的人们意识为“半租半典”。

而租佃与典卖相交叉的另一种途径是“先付租金”形式。招收承租者时,田主可将佃租全部转换成金额收取,且对租金的交付设一定期限,订契时规定承租者在此期限内将全部租金预先付清,这样就不用再担心欠租。具体契约形式是,“一年期限,不可自行持续,先付租金,其补偿为租佃后经营内容全部付于佃户,且允许佃耕自由”。

这也是典卖派生出来的奇妙方式。这种租期一年,租金先付的做法,从租金先付角度来看,无疑是租佃关系(佃户耕作田主土地,预先付给田主应得的一份收入,还是田主利用佃户进行土地经营和收益)的一种。从田主收取对等金额给予对方总括性土地经营权(已不再负担租金)这一方式来看,它又与土地典卖如出一辙。“卖”的定义被看成是将土地收益合法性永远给予对方,而租金先付形式则是以一年为期限进行的,带有清偿性质。

通过这种途径,“管业”、“来历”即与典卖所有相近的观念渐次浸透于租佃关系中。在近世的中国,从租佃关系原型发展变化而来并与此相并存的各种法律形态及相关观念,最终接近了中国特有的所有观念,并左右着拥有土地和佃耕他人土地的人们之间关系以及他们与土地的关系。

三、所有观

前面以“典卖”与原型“租佃”两种基本形态及其交叉状况为中心,对近世中国庶民订立契约时通常使用的土地法概念体系作了阐述。下面我们要探讨的问题是,在近世中国,人们对上述契约形式产生的基础——“土地私有”结构是怎样认识的?这些认识在当时的社会中又处于何种地位?关于这个问题,对田主的土地所有权以及近世中国社会中出现的其他不动产“所有权”进行的分析可以给我们以启发。其中令人瞩目的是,出现于明末至民国初期已遍及中国各地农村的所谓“田面田底”、“一田两主”等多种所有权之惯例。

所谓“田面田底”惯例,其本身是一种“永佃权”式的惯例。它与一

般租佃关系的区别是：在普通租佃关系下，佃户向田主提出承佃耕作的申请，得到许可后，与之订立租佃契约，成为佃户，当佃户欠租或田主外卖、自耕时，可以解除契约，脱离佃户地位。与之相反，在“田面田底”的情况下，如果承佃人想耕种某块土地时，必须同现佃耕人（现佃户）进行交涉。现佃户同意他佃耕时，便以同等价格把有关契约交与承佃者，新佃户也要与田主重新订立纳租契约，但那不过是以负担佃租者名义重新写文书，田主不能拒绝已经决定的佃户。普通佃户即使因欠租达到足以解除契约的程度，田面主也不能立即迫其退佃，土地外卖时也没有必要退佃，田主也不能自己耕种。而田主和田底主所能做的仅仅是，或自己收租，或把土地典卖于第三者而换取金钱。

值得注意的是，“田面田底”现象一旦出现，当时的中国人就认为它与其说是租佃关系，倒不如说是与田主所有权相并列的土地所有关系。人们并不把这种做法看作是土地整体的买卖，而是只是看作“田面”的买卖和所有。换言之，就是把“田面”、“田底”视为两种并存的事物，能够分别买卖和所有。

从整体上看，田面、田底具有相似的权利形态，且往往被推而广之到不同的领域。例如，据民国时期安徽省的调查，“田面田底”就适用到水面上，分为某湖湖水涨满时在一定范围内可用网捕捞鲜鱼的“水面权”，以及湖水退落后在长满芦苇的土地上获取收益的“水底权”两种形式。北京等大城市的不动产契约，也有类似的例子，即除店铺房屋的所有者和地主外，还有商店营业收益本身的权利——“铺底权”，它成为不同于土地和店铺的独立的买卖对象。

从社会层面上看，不仅不动产有收益权，就连地方官衙中的“胥吏”的位置，有时也成为买卖的对象。“胥吏”是靠在官衙书写文书的收入维持生计的，像田面田底关系下的佃户交替一样，只要向前一个胥吏支付金钱，就可以得到他的职位，成为下一个胥吏，从而获得收入。北京等地所见的具有卖水营业权的所谓“水钩担”转让，也有类似特征。北京由于缺少好的水井，生活用水需向卖水者购买。卖水人把从

好水井中打来的水装在车上向顾客出卖。在某口特定的水井里打水和在特定区域卖水这种权利,也像土地和田面一样成为买卖对象,有时也成为租赁对象。

那么,为何不动产、渔业权、营业权等形式完全不同的资源均被冠以“田面田底”的术语呢?这是因为它们之间具有共同点。按照旧中国的观念,这几种所有权不仅存在,而且其合法性可以按次序转让给一个又一个下家,田面主在该土地上的收益、田底主的收租、渔业权拥有者在一定水域的各种捕捞方法、胥吏及卖水者在一定范围内获取收益等行为,都是合法的转让。同时,这种行为在中国前近代的物权法中被称为“主”时,“主”对作为物或“业”的对象并不具有完全的使用权和占有权。田面主并不能得到土地收获物的全部,而田底主也只能以收租形式从土地上获取收益。三种渔业所有权的局限性也是相同的。各渔业所有者只拥有一种权利,或以网捕鱼,或以竿钓鱼,或以鱼鹰抓鱼,每一种都只是部分的权利。但每一种又都可以用中国人的传统用语“主”来称谓。因此,这种“主”较之对土地和物具有完全占有权的那种“主”而言,是一种特殊意义上的称谓。

下面,我们再来研究一下“营业”“为业”以及“业”的含义。

“营业”的说法并非一田一主的土地所有形式所独有的术语,在田面、“水钩担”、铺底和胥吏职位卖契中,如同土地典卖契一样,均写有“卖于某某管业”一语。至于“业”字的用法也很普遍。有将田面田底称为“皮业骨业”、“小业大业”的。在有关胥吏职位、铺底、“水钩担”买卖的契约中,也常把买卖对象本身称为“业”。史料中把渔业权称为“标业”,而当时一田一主的田主,被称为“业主”。

虽然从通常的意义上讲,经营收益合法性要以具有“所有权”为前提,但要理解“所有”,首先得弄清它的含义。当时,所有的对象是指进行收益行为的物或事业范围,同时也被认为是只要以其特定收益方法行动,就能产生相应收益的“业”。进行租佃经营时,可以设定田底,即“骨业”这一对象物为每年产生租的客体。进行耕作时,可以设定田

面。湖中劳作时设定“标业”,也是以各种方式获得的渔业收入。总而言之,“业”是指经营收益的权利,也是因为人们围绕“年年产生收益之对象”而缔结的社会关系和将其客体化、观念化时所产生的概念。经营田地的“业主”之“业”,也同样是从经营收益对象的角度看待土地时对土地的一种称呼。

那么,在这些社会关系中考察法律形态的总体时,一田一主的土地所有和土地买卖本身,不管如何商品化,都不能简单地看作土地的处置与转移,而应看作在占有土地的同时,又将土地作为收益对象管理运用的行为,把买卖土地看作是将其“业”今后让某人管理运用(“管业”),或者使其“业”成为对方家庭耕作收益“生业”基础(“为业”)的行为。当时买卖观的多样性在基础上便源于这样的统一性。

以上所述的是当时人们在与自然的关系中如何看待“所有”的基本视角。那么,私人的所谓“所有”在当时社会和国家制度中占据何种位置呢?

首先,中国近世土地的所有当然并非完全置于国家的控制之外。清代后半期,国家对土地(主要是农地)征收税金,对订立的典卖契约征收“契税”,对土地所有者或土地承典者的土地收益征收“税粮”,土地买卖或出典时,也有义务及时向官府办理支付契税和税粮负担名义抄文两个手续。

但从土地所有权这一侧面来看,国家的赋税与人们普遍抱有的土地概念并无理论上的指导关系,税金负担的存在(与“田面”所有中租金的负担存在相同)被视为理所当然。这与前述所有观的性质并无不同之处。因为在说某块土地为某个私人所有时,一开始就不是指对这块土地总括的排他的全面支配,而只是指经营者获得收益的正当性。税粮负担一开始就是作为从收益中扣除的损失金而算入账内的。

如果从相反角度考虑负担国家课税的当然性,就可以发现私有者处于这样的地位:作为国家,不管拥有土地的是谁、他与国家有何关系,只要土地有收益,就应理所当然地交纳税粮。因此极端地讲,对国家来

说,谁是某块土地的所有者无所谓,谁在耕种土地,或者谁有责任不使土地荒芜,就向谁收取税金。因此,这里所述的土地所有权归属、买卖秩序等问题,对国家来说并不重要,由民间自行处理就足够了。实际情况也大都如此。

对于一般人民来说,在土地买卖中,他们关心的主要是获得耕种土地和取得收益的正当权利。以“活”、“绝”两种方式进行的正当性转让,就是在这种观念支配下逐渐形成的租佃规则。所谓旧中国的典卖秩序,是指从国家制度角度讲,国家对私人租佃关系的选择采取放任态度,只须承认土地经营的正当性是由前主授权而获得即可。因此,在考察当时“土地私有”及其与国家权力的关系时,我们看到,虽然也存在所有权的问题,但较之土地“国有化”的情况而言,其所有权是不固定的。在中国前近代社会,一部分负担高额赋税的土地,其经营主体的选定要置于国家的行政控制之下,此类土地称为“官地”;与之相对应,民间个人私有的土地称为“民地”。在中国明清时期的“民地”体制以前,唐代实行过均田制。即把全国土地纳入官地体系,国家单方面判断人民的需要,把土地经营的正当性或给予民户,或从民户加以剥夺。中国明清时期的民地所有秩序,是逐渐排除掉国家对土地经营者的行政干涉,由民间依照自主的市场交换方式和“来历”(私契)确保家族和个人的土地所有权。由于中国明清时期私有观念较为发达,因此,即使是官地,其耕作经营者的变化,实际上由人民自发地决定,“官地的民地化”色彩甚浓。相反,对民间农地征收税粮赋课的限度在法律上如何加以制约的理论,在“民地”体制成立后也未从有关所有权的讨论中产生。

如此看来,中国近世的土地制度与其说是君主国家所有制,不如说是逐步自发形成的个人“私有”制。可回顾一下本文所述的明末以来的押租惯例,以及“田面田底”惯例的形成及其历史发展过程,可以看出租佃关系一开始就采取佃户耕作这一“生业”方式,并很快成为一种稳定的收益经营形态。其独自的正当性关系为社会所承认,最后作为与田面并行的另一种“业”加入旧中国的“财产”行列。从此种意义上

讲,它也是前述“民地”秩序成立过程的第二幕,且是各方面进行的各种“生业”和“管业”财产化的结果,出现了中国明清时期各种各样所有形式的并列状态。就人们对土地所有制的观念而言,人们并没有明确意识到国家对土地拥有统治权,而仅把皇帝对土地的统治权理解为“收取粮税”。土地虽被视为商品,但人们对它的理解是脱离人们社会关系的客观实体,而不认为人们对这种物品在观念上只能进行所谓总括性或“一揽子”式的占有、支配和处分。当时的一般观念就是把个别进行的各家经营收益行为(生业)直接理解成“权利”的基本单位,人们所有的就是这样的客体。这样一种思想脉络以及在强大的皇权和官僚统治下百姓们各守其业,无数小经营者并存的社会实态,构成了旧中国经济所有制形态的全貌。

【附注】

有关本文内容的更详细讨论,可参见拙稿:《田面田底惯例的法律性质——以概念性的分析为中心》(《东洋文化研究所纪要》第93册,1983年);《关于〈崇明县志〉所见之“承价”、“过投”、“顶首”——田面田底惯例形成过程的一个研究》(《东洋文化研究所纪要》第98册,1985年)。

可参见的清代土地文书有:浜下武志等编《东洋文化研究所所藏中国土地文书目录·解说》(上)(下),(东京大学东洋文化研究所附属东洋学文献中心刊,1983年,1986年)。台湾旧惯调查会编的《台湾私法》(1910—1911)、《清国行政法》(1910—1915)。南满州铁道株式会社调查课:《满洲旧惯调查报告书》(1913—1915)等。

清代土地法秩序“惯例”的结构*

清代土地法(广义指民事法)秩序并非建立在国家成文法的基础之上,而是依据民间“惯例”得以维持的。有关“惯例”的内容,仅在日本就有《台湾私法》等很多详细的研究。笔者也曾对从明末到清代乃至民国初年广泛存在的多重所有权惯例——田面田底惯例的内部结构以及其产生、存在、变动的过程进行过分析。^{〔1〕}但是现在看来,包括笔者的研究在内,都还未从正面对所谓“惯例”的规范形式本身与定义等问题展开过分析。从法律史学观点来看,这至今仍是一个有待研究的领域。例如,某种特定的土地法在某个地区最初怎样产生、又是以怎样的具体形式存在?同时,这个“惯例”原来正确的定义是指社会行动的何种方式而言?等等。关于这些问题,目前的研究还只停留在粗浅的分析和记述上。

当然,过去的研究对此也并不是没有任何作为前提的认识。一般说来,其共通的前提是一种漠然

* 原载《东洋史研究》第四八卷第二号(一九八九年)。王莉莉译,周蕴石校。

〔1〕 参见寺田浩明:“田面田底惯例的法律性质——以概念性的分析为中心”,《东洋文化研究所纪要》第93册、一九八三年;同,“《崇明县志》中出现的‘承价’、‘顶首’——田面田底惯例形成的研究”,《东洋文化研究所纪要》第98册,1985年。以下分别称为寺田A论文、B论文。

的常识性了解。即“惯例”至少没有采取成文法规的形式，如对照西方法规范的形式来说，就是某种相当于“习惯法”的存在。但是，最近经滋贺秀三先生的多方论证，使我们清楚地认识到这种了解是不能成立的。^{〔2〕} 滋贺秀三先生的研究重点是清代民事审判的性质，尤其是关于在纠纷处理中地方官是依据什么准则进行裁判的问题，即民事审判的法源究竟是什么。他以此作为研究目的，首先对当时由地方官裁判的民事案例进行了详细的分析。结果表明，当时的民事审判并不以成文法、习惯法等所谓客观存在的社会规范作为准据，并非依靠规范的权威而使当事人信服，而是针对每一个案件的具体情况，依据地方官认为是合乎“情理”的处置去处理纠纷或断案，并使当事人接受处理结果。这不是我们今天所说的西洋式的依据具有普适性的规范进行裁判，而是一种类似于“教谕性的调解”、以人际关系的个别化调整和恢复秩序为目的并高度重视纠纷个性的处理。因此滋贺秀三先生的研究重点放在了对审判所依据的“情理”，尤其是对“情”具有什么价值内容的分析上。就是说，要着眼于每个案件的特殊性，考虑到对于一般人来说不异常、不过分的要求，维护良好的人际关系。这构成了审判最重要的准则。滋贺秀三先生还把目光转向了民间社会内部的纠纷处理或调解。他指出，即使在村落、行会和宗族等社会性组织或团体中，与学术界通常的观念相反，也没有以惯例为“法”的裁断。这些组织团体的头目或长老等调解处理纠纷时的判断标准同地方官一样，都是根据纠纷的个性或具体情况去寻求符合“情理”的处理结果。

以上事实说明旧中国的“惯例”无论是在官方还是在民间，都没有形成能够作为审判或纠纷处理依据的规范体系，实际上至少在民事领域也一直缺乏总结裁判经验而编纂的判例集、习惯法典以及相应的各

〔2〕 参见滋贺秀三：《清代中国的法与裁判》，创文社，一九八四年（以下称为滋贺前引书）；同，“中国法文化的考察——通过诉讼的方式”，《东西法文化（法哲学年报一九八六年度）》；同，“传统中国法源中的惯例的地位——让·布丹协会报告”，国家学会百年纪念《国家与市民》第三卷，有斐阁，1987年。

种制度。按照西洋法律体系对“法”所下的定义,即“法”是审判时必须加以适用而带有强制性的规范,也可以说中国的“惯例”并不属于“法”的范畴。于是滋贺先生进一步认为,中国的民事惯例不是“习惯法”,即不是“虽然不成文却客观存在于社会中的规范”。不仅如此,在旧中国,所谓“法就是规定相互争议的双方当事人之间权利和义务的准则,为了依据作为准则的法律使市民生活中发生的所有纠纷都能据此得到解决,必须存在这样一种完备的规范体系”等在西方视为理所当然的观念并不存在。简而言之,制定并发展一整套“实在的”私法体系这种观念,无论对于“官”还是“民”都无从发生。〔3〕

因此,对于旧中国的民事惯例,至少很难将其理解为相当于西洋法体系中的“习惯法”。不过从旧中国的社会实体来看,其中还是存在着总称之为“惯习”的某种非审判的规范。这一点也是不可否认的事实。既然如此,进一步说来其究竟有何内容及性质呢?滋贺先生认为,可以引用英国法史学家波尔·比诺格拉道夫的话加以说明,即旧中国的习惯是“由合理的人际交往和社会性协调互惠引导的日常行动类型”,换句话说就是“非争讼性的习惯”。〔4〕但是滋贺先生并没有就这一侧面进行更深入的研究。关于“惯例”自身的定义和特性,至今仍是一个遗留下来有待解答的课题。

首先,有一点可以确定,即惯例从某种意义上说是社会性的客观存在。具体来说,第一,以土地法、家族法为中心,因地区性差异而存在着

〔3〕 参见滋贺前引书三六七页。滋贺总结的西洋法观念其特征是:所谓“审判”,就是依据适用法律对争讼的纠纷进行的裁断,所谓“法”则是审判所依据的规则体系的总和。不成文而长期惯用于作为审判依据的称为“习惯法”。参见滋贺前引书三六〇页。

〔4〕 参见滋贺前引书三六三页。

不同的惯例行为,在某一地区内所认可的惯例,在其他地区则不能成立。〔5〕第二,惯例因时代的变化而变化。在一个时期内不存在的行动类型,另一时期则作为当地的惯例而存在。〔6〕这样,个人行为正当与否,虽然是根据解决纠纷当时做出的一个个有关“情理”的判断所决定,但在此之前已经存在的民众日常行动本身,便已具有相应的一般性标准的性质,反映了与各个地区的社会情况相联系的社会意识。

其次,不可否认,从广义上说来,惯例也是“规范”的一种。审判时,即使地方官不听取民情,也会有一些人声称“这是当地的惯例”(参见后述)。即使国家没有要求惯例作为裁判规范适用于审判,但纠纷的解决应符合惯例却是各个地区人们在行动中共有的想法。

这样一来,无形中惯例就成为某一地域社会中维持民事秩序、衡量民事行动对错的标准。滋贺先生所说的并没有在审判上占有一席之地的这种“社会规范”,在社会内究竟有何安身之处呢?如果说旧中国的社会秩序没有采取西洋式的“法和审判”形式,那么当时带有规范媒介性质的民事秩序又是依托于何种结构而存在和发展的呢?反过来说,使惯例得以存在的“社会”是怎样一种情况呢?这一系列的问题于是

〔5〕 作为惯例存在地域差异的例子,可参见《中国民商事习惯调查报告录》一书中关于黑龙江省的章节里所举之例。书中还有同一惯例横跨数县,或相反同一县境内地域不同而惯例也不同的例子,还列举了关于惯例形成的空间范围等诸多情况。关于惯例成立的空间,滋贺认为不能称为“法的共同体”。那么究竟这是怎样一种空间呢?两种惯例在各自通行地域的临界部分情况又是怎样的呢?类似这样的其他许多问题在本文中都无法论述。对其详细的研究将作为今后的课题。

〔6〕 列举时期差异的例子,最适当的还是以田面田底惯例的形成过程为对象。但是关于这个问题的研究还在发展中,如何认识研究框架等问题都在变动,尚存在着很多争论。笔者在寺田B论文中批判地接受了藤井宏、草野靖两人的观点,对崇明县一地域的田面田底惯例的形成过程从规范内容的变迁以及内在的理论联系这两个侧面作了论述,已经有滋贺秀三发表了评论文章。参见滋贺秀三,“崇明岛的承价与过投——附寺田浩明氏论考的骥尾”,千叶大学《法经论集》(第一卷第一号)。

就产生出来。〔7〕

因此,本文想把“惯例”作为社会的现实存在来加以观察,将其社会意义、存在基础等置于不断变化的环境背景中进行观察,试图解决上述这些遗留下来的问题。当然,由于篇幅所限,不可能一下子解决所有相关的重大课题。同时,与分析民事审判的法源是什么的情况不一样,要想确定史料的有效范围也很困难。在这种情况下,本文先把已经过分析考证的众多清代史料加以平面的罗列,据此素描“惯例”的民事法秩序整体,所以只能为今后这方面的进一步研究提供某些线索。〔8〕作为在当时的地域社会内行动的主体,占有首要地位的是官员,所以本文要从“官员是如何面对惯例的”这一点开始进行论述。

〔7〕有关惯例的问题通常与社会的整体结构,特别是对社会规范的成立空间整个结构如何理解的问题紧密相关。滋贺先生批评了“习惯法在中国普遍存在”这个以前作为常识的观念,对认为旧中国是由村落、宗族、行会或更小的社会团体等结合而成,每个团体内部都存在各自不同的习惯法秩序这一有关旧中国社会在学术上的形象加以明确的否定。笔者认为,社会形象的问题是今后的研究课题。不过,仅就本文研究对象所涉及的诸多问题,对规范发生的空间(尤其是牵涉其中本问题所占位置)而提出有关社会形象的一种假说的话,首先,笔者当然不能否认在清代社会内宗族以下的社会集团客观存在,且经常强烈地表现出其统治性功能等事实。但是,仅根据这些集团存在及其功能结构,还不能说覆盖了清代整个社会的法秩序(例如当时广泛存在的土地买卖及商品交易秩序,就绝非小社会集团内的问题)。另外,官僚制度并没有为社会的结合设置从国家层面加以支持的制度性空间。从宋代开始、明代以来急剧加速的社会大规模化进程、即通过交易的社会流动和非人格结合的社会接触面扩展(而且上述的社会内各种集团,或各种社会性结合的形成及其功能,也都可视民众对应这种社会发展状况的多种生存方式),使得旧中国在相当早期的历史阶段就达到了不能简单地称之为“社会”那样广阔的交往空间出现或成立。清代的民事“惯例”秩序的应有状态,不管研究者愿意与否,都不得不与这个社会化的进程联系起来,构成与广阔区域内独特的社会样式相对应的“法的空间”形成问题。考察这种“法的空间”特性,应采取历史的、社会的观点。

〔8〕本文不具备发掘和考证史料的意义。引用资料的典据没有加以详细注明。一部分多次引用的史料来自中国人民大学清史研究所、档案系、中国政治制度史教研室合编:《康雍乾时期城乡人民反抗斗争资料集》(上、下)(中华书局,一九七九年、北京)。也参考了谷川道雄、森正夫编:《中国民众叛乱史》第四卷(平凡社东洋文库,一九八三年),此处深表谢忱。有关清代乾隆时期的《刑科题本》,则引用了中国第一历史档案馆、中国社会科学院历史研究所合编:《清代地租剥削形态》(上、下)(中华书局,一九八二年、北京。以下简称《剥削形态》及附记案件号码)中的史料。

第一节 地方官与惯例

1. 地方官对惯例的能动作用

滋贺先生在研究清朝的审判制度时,从审判的角度论述官员与惯例的关系,指出了两点。第一,地方官在判案时,并不都受当地惯例的制约,而是针对具体情况做出判断,有时对当地习惯甚至以“恶俗,恶习”等词做出否定评价。但是,另外,注重生活在各地的人们现实生活情况也是“情理”的要求之一。所以,地方官在更多情况下只要不认为某种惯例是“恶俗”,还是会根据这些惯例做出判断。^[9] 不过,如果全面考察官员和惯例的关系,就可以看出官员对惯例的反应并不只限于被动消极的态度。

当时从县到省级,官员经常对民发出布告,总称为“告示”。例如,江西布政司发出的告示有关“严禁典契虚填,淤涨霸占并一田两主等弊”(《西江政要》卷一),在其第一项中,将江西省随处可见的惯例“假典契卖”视为“锢弊”要求禁止,此后只承认通常的典契,违者照律计赃治罪。在第三项中,针对当地长期以来田土上“大业小业”的分立状态,命令实行有偿归并。同一告示中还有“严禁佃户私佃、并侵占报垦”(同上书卷二)。当时福建的佃户租佃江西省的土地进行开垦,向田主支付“退价”、“顶项”等费用,得到称为“退字”的文书后,或者自耕或者转让耕作,形成一田二主的状况。告示把这一现象视为“恶习”,强制禁止私相授受退价并付与“退字”。以上几种情况都被地方官视为弊端,虽然其本身是根据当事人双方协商同意而成立的私人契约关系和社会惯例,然而却被官员以告示的形式明确予以禁止。像这种在土地法领域产生却被地方官加以禁止的惯例,史料上不胜枚举。

这些告示并不单单是为了表明地方官的意见而发布。若有违背告示之命令指示者可能遭到刑罚处罚。如“一经访闻,定即一体治罪,绝

[9] 参见滋贺前引书第五论文第二节,尤其是三五二页。

不姑宽。本县言在必行,勿轻尝试”(《槐卿政迹》卷一《泰和到任关防告示》)。又如,“若经此次示谕之后,仍如前观望,不即设法清完,则是冥顽不灵,毫不足惜。本县亦不再以口舌文告劝谕。无论衿绅,定即一体镇擎,到案严比究追,以示惩儆,勿谓本县不教而诛也。法在必行,决不姑宽,凛之慎之,特谕。”(同上书卷一内谕各乡贤后裔清完钱粮二)。这些言辞都表明了地方官的强硬态度。

另外,为了让一般的农民彻底了解告示的内容是要花费很大气力的。地方官希望阅读告示的对象不是绅士而主要是农民,因此有经验的人士对地方官屡屡劝导,这类告示一定要写得简明易懂(如汪辉祖《学治臆说》上卷“告示须简明”,《福惠全书》卷二“发各告示”亦同),而且为了使众人所周知,每年征租时,若“大户恐佃众不能周知,准业户由州县衙门禀请规条,赴庄示禁,俾顽佃咸知警惕”(《江苏山阳收租全案》“江南征租原案·粘单”)。可见地方官在这方面做过的努力。

从以上这些事实很容易看出,地方官们并不是只坐在衙门里等待需要审判的案件送上门来,然后进行是非的判断,而是自己也深入社会,针对“恶俗”,积极地颁布一些附带刑罚规定的告示,以此为手段积极介入民众的生活秩序,力图禁止或改变某些惯例。所以地方官有时也是改变惯例本身而积极介入民间社会的主体,其功能有时能够超越纠纷的事后解决而及于尽早除去社会中产生纠纷的原因。在这一点上,他们所进行的审判本身还被期待具有另一个社会性功能即宣传教育作用。清代著名的幕宾、后来成为知县的汪辉祖曾经批评过听讼不在衙门大堂上,而在舒适的内衙进行的现象。他指出:“不知内衙听讼,止能平两造之争而无以耸旁观之听。大堂则堂以下踞立而观者,不下数百人,止判一事,而事之相类者,为是为非,皆可引申而旁达焉。未讼者可戒,已讼者可息,故挞一人,须反复开导,令晓然于受挞之故,则未受挞者俱默化。纵所断之狱未必事事适人意,亦既共见共闻,可无贝锦蝇玷之虞。且讼之为事,大概不离衡常日用,即断讼以申孝友睦邻之义,其为言易入,其为教易用。……”(《学治臆说》“亲民在听讼”二)。

他意在使地方官们意识到,审判本身是在解决具体纠纷,同时也是对某一类惯例的禁止或加以公认。审判的过程既是地方官对民众提示和宣告公共行为准则和要求,也是向民众进行什么是合理合法行为的一种宣示和教育的行为。

因此,这些审判和告示的颁布(有时为此立碑),在现实过程中有时是具有相关性或者相互交错发生的系列活动。例如,昆山县“奉宪永禁顽佃积弊碑”《江苏省明清以来碑刻资料选集》中引用刚发生的若干个案(并附有人名)说明立碑的情况,“可见此风总未变革,以致因此犯法者,日见其多。与其事后严惩,莫若事前告诫。……本署司欲挽回积习,不忍不教而诛。除札飭苏州府通飭各县抄示晓谕立石碑示禁外,合亟申明例案,严行禁约。为此示仰各都图农佃及佃属保总人等知悉……因。”在这里,同类案件的连续出现成了立碑的动机。另外,纠纷得到解决时也有树立告示碑文的。例如,《西江政要》卷三中记载的“内鄱阳湖草洲、分界禁约告示”,就记载了两县因为草洲的分界问题而不断引起诉讼,最后树碑禁约的过程。同书卷二“洲地坍塌、稽查禁约”列举了占用沙地的具体事件,“叠控不休,甚至酿成人命事件。若非委员确勘,秉公酌断,何能了局”。在出现人命案的情况下,地方官认为是某种视为“恶习”的惯例未得到纠正的表现,因此由官方提示有关江滩新涨地归属的一般处理标准而企图稳定局势。这些事例中,地方官把已经处理的一个个审判案件中出现的当地惯例视为“恶习”的具体表现而以告示或立碑等行动来加以纠正改变。

总之,地方官通过审判和公告这两种手段,经常试图积极地介入各地区现有的惯例中去。所以惯例也并不是完全处于官员的视野之外而可以自生自灭的社会存在。

2. 有关“习、俗、风”的三种理解

地方官对惯例的介入以及对民事交往的规范提示,有没有特别的形式呢?

正像滋贺先生指出的那样,官员在言及民间惯例时,通常使用一系

列具有若干特点的语言。^[10] 首先,常用的套语是“习”,“积习”,“恶习”等语词。例如,针对民间有人购买土地时没有更换名义(过割),或者自己购买却把名义更换到其他管辖区域或其他户主名下的行为,地方官发布告示要求购地人一定要在本人的名义下立户并且纳税。在这种告示的最后,就有“倘再狃于积习,观望因循,则是自干咎戾”的文字(《槐卿政迹》卷一《谕推粮过割告示》)。其次,官员也使用“俗”及“恶俗”等来形容某些民间惯例。例如,某位官员为了防止利用发给的地券重复典卖的现象,在发布一个禁止性的文告中称,“天台恶俗,又多盗卖之弊。有一产两卖,甚至有三四卖者”(《天台治略》卷五“一体颁给清丈田由事”)。第三种常见的称呼是“风”、“刁风”、“恶风”。例如,官员就把以“开垦施肥培植”为借口而拒不退佃的现象称作“刁风”。

但是,显然“习”、“俗”、“风”这三个词并不是专指特定的民事法惯例的词汇。例如,有关禁止妓女卖淫的问题,有如下记载:“名为卖饭,实系土娼,习为故常,恬不知羞。风俗败坏,一至于此,深可痛恨。……本县为挽颓风成美俗起见,法在必行”(《天台治略》卷四第三“驱逐土娼、以靖地方、以正风俗事”)。又如,有的官员对自己的辖区内女子进庙烧香的行为也加以禁止,而把这些行为也称为“风”(《天台治略》卷四“严禁妇女入庙烧香,以正人心,以端风俗事”)。

另外,像未必包含特殊“惯例”内容的纳租纳粮这种一般的民事行为,但如有懈怠也有被称为“恶习”的例子。例如,有关纳钱纳粮的告示最指出,“尔等勿复观望游移,各宜痛改恶习,速将应完本年新欠之赋,以及历年旧欠银米,统限两月内,自行投缴”(《槐卿政迹》卷一“催完钱粮告示”)。对于欠租、抗租者则云,“为严禁顽佃赖租积习,以裕粮赋,以遏刁风事”(《澄江治绩续编》卷二“文告、吴震等严禁顽佃抗租

[10] 参见滋贺前引书第五论文第二节。其中分析了“风俗”、“风气”、“土例”以及“规”等用语在裁判文书中的使用范围。但其分析重点在于指出地方官并不把这些惯例作为裁判标准。

告示三”。显然,对官员来说,他们无论对于拒交佃租和税金滞纳等一般性不良行为,还是对一些不适当的民事惯例,都是从同一角度加以观察的。

还有一种使用上述语词的情况。例如,“今台邑百姓刁健成风”(《天台治略》卷七三“严饬代书事”)。又如,“天台人心不古,习俗浇漓。强凌弱,众暴寡,小加大,私害公者,比比皆是”(《天台治略》卷七二“晓谕词讼票给原告自拘事”)。“世风浇薄,器竞成俗”(《福惠全书》卷十一“劝民息讼”)等,就是经常把“风”和“习俗”一类语词用来指一般的民风。

由此可见,官员所谓的“习、俗、风”既应用于一般的世事,其中一部分也用来指民事惯例。不仅如此,以他们的眼光看来,不良的民事惯例甚至是可能造成刑事人命案件如“肆行争估,构讼不休”,甚至“阻耕强割,酿成人命”(前引《西江政要》卷一“严禁典契虚填、淤涨霸占、并一田两主等弊”)的原因之一,或者是造成社会不和的种种不法行为,不惟“佃户业主不能相安,于风化大有关系”(“山阳县严禁恶佃架命擅诈霸田抗租碑”《江苏省明清以来碑刻资料选集二》)。因此,有些地方官大胆主张“若不经官司审断,安能雪枉除奸”(前引《天台治略》卷七三件“晓谕词讼票给原告自拘事”),其努力的目的还是在于“以成业佃相恤之厚俗”(前引《澄江治绩续编》)。

如此的认识,与官僚体制下是多从“风俗人心”这一角度来考核官员政绩有关。“至于无识之州县有司,恐地方生事,又惧上司觉察,多方掩饰,加意弥缝。或遇顽佃抗租,当赋从租办,上紧催征,乃徒弩业户之翰将,不顾佃民之抗欠,有听其习脱而业户赔累者。……若此之类,皆显以增长刁风,酿成恶习。与骗帑脱逃,事同一例,真人心风俗,良非浅鲜”(《朱批奏折》乾隆十年六月二十五日,礼部右侍郎秦蕙田奏)。地方官如果不介人民间惯例,就会被认为“增长刁风,酿成恶习”。而地方官也有回顾自己的治绩云:“然诸事废弛,风颓俗敝,非振兴惕厉,不可以返其本,复其元”,“且任事不久,未能变化风俗,移易民情”(《天

台治略》卷七“一件临别叮咛事”),有后悔自己某些失败之意。

这样,官方并没有把民事惯例当作民事“法”的一个特殊领域或视为法律上的一个问题来对待,而是从道德、风纪上,即在“风俗”的范畴内来考虑这个问题。地方官负有全面改善风俗的责任,他们介入民事惯例是作为改善社会风气的一环或是一种“移风易俗”的手段而行使的。

3. 告示的效果

地方官从“改良风俗”的角度向社会提示各种各样的规范而介入民间惯例,那么官员的这种做法到底有多大的效果呢?地方官发出的告示所立碑文之类,是不是马上就能成为在当地通行的民事规范呢?通过对史料的考察,得到只能是“效果各不相同”的回答。

首先可以明确的是,不能说官员的告示没有任何效果。前面曾多次引用的《天台治略》和其他有关地方治理的文书中都录有很多告示,就是说,地方官日常的治理反复经常地发布告示,这一事实本身就说明告示是能够发挥一定程度的作用的。

当然,史料对这种告示的“效果”评价不尽相同,也有相反评价的例子。如徐阶云:“迩年以来,有司数下讨债之禁,又重之以摊放之刑。于是佃户嚣然动其不义不信之心,而大家惴惴焉惧人有司之罟。”“习俗胥已败坏,而不可猝挽矣”(徐阶《世经堂集》卷二三“复吕沃州”)。虽然评价是否定的,但这正说明了地方官发出的禁令直接迅速地影响着民众的行动。

还有一种情况,告示可以发挥一种与地方官原有意图不同的作用。例如,“因崇明佃民向例夏冬二季交纳业主田租之外,尚有轿饒,折钱、家人杂费等项。经知县祖秉震于上午具详禁革立碑,文内分晰未明,刁民借以为题,欲将夏季麦租不还”(《雍正朱批谕旨、浙江总督李衡奏》,雍正八年六月初六日),其含义是内容暧昧不明的告示成了民众叛乱的起因。

所以在通常情况下,地方官的上任、转任就成为民间惯例更改的契

机。根据同治年间《瑞金县志》卷一六“兵寇”的记载,在康熙年间,地主招承佃户时征收各种附带性的费用,但佃户拒交,因此经常发生诉讼,在这种情况下,地方官“严加惩创,煌煌明示,勒碑县门,谓可永守勿失”,从此立下了佃户承佃时要交费用的惯例。但是,雍正七年,一位同情佃户的地方官上任。于是,“奸徒窥见意旨,遂乘衅而动,聚诸游手,沿乡科敛,按亩索钱,挺身为词首,创立名款,用诬田主。其大端则以革批赁,桶子、白水为词”,即佃户借机要求废除以前要求交费的惯例。对此,“郡守信之,檄行各县,悉焉革除”,其结果则是“致主佃相狱,累岁未已”。从此废除了要交费的惯例,代之以不交费的惯例。但是,以后情况又发生了变化。“幸而此公旋去,各上宪洞悉情弊,力惩奸徒,刁风渐息”。如何评价此事暂置之不论,但其已足以说明地方官的意志对地区社会有很大的影响。

但是,史料中也存在与上述情况相反的完全无视地方官告示的现象。当时的一些人认为地方官的告示不过是一纸具文而往往被民众忽视。例子很多,此处只列举其中两例。例如,地方官曾发布一个禁令针对“大卖小卖”这种田面田底惯例,但是却没有效果。“主佃相疾,虽经大宪碑禁,顽梗如故”(《新城县志》卷一“风俗”)。又如,地方官明令收租时禁止使用大升,结果却是“审看得斗头一项,屡奉各宪行禁革,乃犹有憨不畏死,私立斗头,横抽租谷如棍徒林章甫者也”(《临汀考言》卷一五“审献·上杭县援林章甫私立斗头”)。一般的告示末尾常套使用的惯用文句多为“勿视为纸上具文”(《天台治略》卷四二“饬赣士习以挽颓风事”等)。由此反而足以想见被无视的告示数量之多。

在这种情况下,如果地方官的意向非常强烈,就会反复发布同一内容的告示。例如,《福建省例》卷一四所载“久田宅例、央禁革田皮田根”中要求,“不许私相买卖、佃户若不欠租,不许田主额外加增”(乾隆三十年)。布政司鉴于当地的田面田底惯例“虽奉明示饬禁,而风雨损壤,及至视爵故套”,故又重新颁布,“呈请永禁”。并在雍正八年和乾隆二十七年分别建立两碑,说明被民众无视而湮没无闻的历史,缕缕重

述,并下令在各处立碑。同样受挫的情况在“宁都仁义乡横塘滕茶亭碑记”(《中国民商事习惯调查报告录》四二二页)的碑文中反映出来,雍正十年、乾隆三十三年、乾隆三十五年的记述都有“久奉各大宪勒碑永禁,乃日久禁弛”。

综上所述,可见当时的地方官对惯例还是起了不小的作用。他们并不只是消极地去个别地解决纠纷,而以颁布告示为手段,为纯化风俗而积极地介入地区社会,试图对现存惯例进行改革。但是,他们既不拥有绝对的权力,也无法彻底地强制实行所颁布的禁令,发布的告示有的有效果,有的没有效果。虽然颁布了告示,但旧的惯例依然得以维持的情况也不少。这些情况表明,地方官所提示的规范并不等于当地的新惯例,他们的行为始终只能算是一种从外部的“介入”。也就是说,民间惯例始终存在于他们的外侧,他们只不过是对其施加某些影响而已。但是,如果说民间惯例不完全受官的控制,那么反过来是否可以说是受民的制约呢?现在看来,这还是一个难点问题。

第二节 民与惯例

1. 重心与突出

在观察民众与惯例有关的行动时,首先看到的即使是符合惯例的行动也不一定能够平稳无事地进行。

例如,乾隆期《刑科题本》中记载,在福建省内,承包田地的佃户虽然已经支付了“顶钱、顶手银”(有的地方称“顶首银”,意为一种押租),却被无故更换,于是与新佃户发生争斗,最后导致人命案件发生。旧佃户向新佃户说理,“小的对他说:这田是我出了顶钱向毛绶昭批耕的。就是寻人另佃,毛家也要还我银子。怎么都不说明,混来耕种?他道小的不该阻止,与小的争斗闹,竟把牛牵下田去。小的气起来”,追上了他,这就发生了人命案。最后官员作出判决,除刑事处罚以外,另按佃户要求,命田主交回顶首银(《剥削形态》二八八页)。在广东,也有过这样的案件,向以前佃户支付顶首银而继承佃权的佃户被夺佃后,向田

主索要顶钱。“彰伯说：‘我祖父顶耕这地，用过顶首银八两六钱，你归还我的银子，我就退耕。’小的（田主）不依。”于是发生了人命案，官员下判决命令田主支付佃户顶耕银（《剥削形态》三八九页）。

从判决结果上看，佃户退佃时，田主应当退还顶首银，这是当地被称为惯例的租佃方式。尽管如此，佃户在要求退耕时田主并非自动地退还顶钱，佃户不得不向田主一一说理，有时引起争论甚至导致发生人命案子。

如果惯例自身的稳定性和权威性从一开始就有疑问的话，发生纠纷的可能性就更大。湖南省内有佃户承佃时，必须向地主交纳相当数量的“进庄银”的惯例。乾隆《刑科题本》中有很多关于“进庄银”的案例。一个例子是佃户要收回自己缴纳的进庄银：“小的不还进庄银子，不肯退庄”，以至最后发生了人命案。另一个例子是田主要更换已缴纳进庄银的佃户（因佃户声称不答应增租），佃户对田主提出不退进庄银就不退佃的要求，在田主唆使下，新旧佃户发生争执，导致人命案发生（《剥削形态》二八六、一八七页）。这两个案例的判决虽然都把进庄银的缴纳收受本身当作“俗例”，但结论却仍然依照这种当地的民间惯例。命令田主退还进庄银。田主则以官方认为这种惯例是不良的“俗例”为借口，试图否定履行遵守这种惯例的义务。

像这样，虽说一定区域内有了惯例，但实际上每个人相互之间一个个行动或个别的要求即使符合惯例，仍不能不加任何说明就可以要求得到众人都认可的承诺。若是不具有这样程度的惯例性质，日常生活中个人之间提出具体要求时的正当性常常带来肯定与否定两种反映，且这些反映之间又相互攻击。这样理解当时的现实情况可能更接近真实。但同一种情况，若从反面来看，违反惯例的做法或者相反遵守惯例的做法，虽然都不是毫无阻力，但也都可以相对自由地同时发生和存在。

同样在乾隆《刑科题本》中，还有这样的例子：佃户历年欠租而又把田主的土地随便典当（事实上就是没有转移所有权的抵押形式）出

去,田主发现后要求收回田地自种,从而发生争执。初看很像佃户盗典田主的田地,但是佃户提出了把自己的行动加以正当化合理化的理由。“问:这田既是罗扶元的,你们不过佃种,为什么就当银使用,又不许扶元犁田自种呢?供:小的们庄人种了这田,历来只换田主,不换佃户,就算世业一般。也不过是暂当认租,田仍是小的们种。若田主自己种了,就没有饭吃,故此去拦阻的”(《剥削形态》一四六页)。如果佃户有了一定的耕作权,就能说他也有出典之权利吗?从学术界一般认识来看,这正是田面、田底惯例形成的过渡形态(事实上就有通过这种方式产生出田面田底惯例的例子)。^[11]不过这里以前还未存在这样的惯例,佃户是否有此权利这一点也很不明确,至少官宪是持否认态度的,不过佃户仍然主张一己之理而强行出典了田主之田。

另一个案例是对于世耕的佃田,佃户一方私立“田根名目”,屡年欠租。当然,田主一开始就持否认的态度,但结果还是向佃户支付银十六两,买回佃户所称的“田根”,并让其写下退佃契约书,从而屈从了该佃户的要求。但是,佃户在实现第一个要求之后,仍然估耕欠租。佃主不得已要求官府审判,结果迫使佃户退佃。但是其后围绕退佃又继续发生争执(《剥削形态》一五页)。佃户立下各种名目向佃主索要退佃费,这也是田面、田底惯例形成的一种雏形。^[12]

以上都是围绕主佃之间的财产关系,并非经过双方明确的合意,而是佃户单方提出有利己方的理由,而强烈地要求某种利益,有时还得以实行的例子。此外还有佃户一方认为是某种情形属于当地有一般性普遍性的惯例,或者是人们都认为应该做的行为,从而引起某种争议的例子。例如,还是在乾隆《刑科题本》中记载的案例,佃户退佃时要求退佃费,金额没有商量好,佃户称田主夺佃时应向佃户付“出庄银子”属于“湘潭俗例”,于是与田主招来的新佃户发生了争执(《剥削形态》二二四页)。官员做出的判决则认为“原系俗例,毋庸议追”,因此拒绝了

[11] 寺田 B 论文,二三一页以下。

[12] 寺田 A 论文,第二节 3。

旧佃户的要求。其他史料中有时还出现这样的例子。如“业户虽欲起佃,而佃户以粪土田根之说,争衡掣肘,此又积习之难以遽更者也”(康熙年间《泰和县志》卷六赋役二)。这里佃户的“说”法,也可以视为与上例同类的情况。

通过以上事例可以得出什么结论呢?从研究的角度来说,就一个个案件所展示的史料来看,很难确定地判断“惯例”的实体究竟是不是存在。为何这样说呢?上文所列举的诸多案例,从其结果来看,无论是符合惯例的行为还是违反惯例的行为,其展现的类型并无太大的差别。但到了个别的场合下却可能发生争论,甚至导致人命大案。这样看来,即使符合惯例的行动,也不一定能够不受干扰非议地平稳进行。相反,在惯例并不存在的情况下,人们也可以制造种种理由并据此作出某种行动。而且,有时就像前面所说的那样,支付“田根名目”虽然是佃户一时性单方提出的主张,但也可以得到实现。这样一些事态都可以从正反或表里两个方面来看。例如,本节开始时举的例子,佃户主张是遵守押租惯例的行为,从另一方面来看就是批判田主无视押租惯例的行为。但从田主的观点来看,却在主张不必退还顶首银、进庄银属于当地的惯例。这样一来,是否符合惯例的权利归属问题很容易地就与惯例是否存在的问题联系到了一起。^[13]

因此,即使存在着某种惯例,也不一定存在能够与此相对应或可以为提供制度性保障的稳定结构。除了表现比较稳定且已经有长期传统的惯例另当别论,在流动性较大的情况下,并不存在“确认”某种惯例究竟是不是一定地域内应当得到切实遵守的“惯例”的任何程序。即使惯例得到某种确认,其也没有在制度上被作为裁判规范的性质。

[13] 关于田面田底惯例理论的研究,还有一些混乱不清的地方(在田底田面的分立惯例形成之前,人们是怎样根据买得和开垦来主张并取得“田面”的呢?等等)。个中原因在寺田 A、B 论文中已经提出过,研究者对田面存在的状况有使用概念不清楚的情况。另外,一旦发生争论,是否可以按惯例来确定权利框架的存在本身经常被与权利的归属问题混为一谈。其原因之一也在于旧中国当时的社会中,某种民事的“权利”存在结构具有非制度性等特殊性。

一旦出现争议,也没有保证这种围绕“惯例”存在与否的争议能够被提交审判的制度化途径。现实的情况看来可以理解为,所谓“惯例”并非以制度化的程序为担保而具有所谓客观性的规范,惯例体现在一个个主体在社会交往中提出或陈述的正当化理由之中,也体现为包括种种实力行使在内的多样行动的过程和结果总体。^[14]

由此可见,不一定需要以某种规范的客观存在为前提设想“遵守”或“违反”两种相反的行动类型。还不如先把现实中存在的行为分为两个极端:一种是被当地一般人们公认为“平常”或者完全符合“惯例”的行为,或者说此类行为在特定时间段内构成了当地一般人社会行动的“重心”或“主流”(说理时提出来作为正当化理由的话,被人们接受的可能性大一些);另一种则是并不在公认的“惯例”范围内,但少数人自认为有理由而采取因此也显得“突出”的行为(当然这种情况下容易出现麻烦和争执)。在这两种可用“重心”和“突出”来形容对比的情况之间,又存在着各种各样的行为类型。人们在众多的行为和纠纷中,不断试探哪一种行为不须争辩就会被认可,哪一种行为别人可能会予以反击或者进行争议,并试图寻求别人的承认。^[15]而且事实上,当时的

[14] 以上通过惯例的存在形式来加以讨论的问题,从一个个具体事例的侧面去看,也就是个案中的暴力行使、社会上一个个主体关于自身行为正当性或理由的主张与当时社会秩序整体的形成与维护有何关系,或者这些暴力和正当化理由在社会秩序内占有何种地位的问题。关于当时现实状况的详细分析和比较史的研究属于留待今后的课题。滋贺秀三在“清代州县衙门诉讼所见——以《淡新档案》为史料”,《法制史研究》一七号,一九八八年《纠纷与暴力》3一文中已初步探讨了这些问题。

[15] 本文所论述的惯例问题与滋贺先生的“情理”论在这里再一次相遇。滋贺先生认为,“所谓情理……与中国社会中的惯例有着密切的联系,情理以惯例为载体不断发出信号要求呼应”(参见,滋贺前引书三六三页)。在人们有关“情”的判断中,“生活在前近代中国历史环境中的人们……当事人、双方的利害关系人、裁判者以及旁观者们”都在寻求一种“平衡感觉的平均值”(三五三页)。这说明了“情理”具有社会性的一面。不过,滋贺先生研究的重点在于把中国的传统作为一个整体来加以把握,虽说其认识在个别场合显得有些凌乱,但“总体来看,将任何一部分都归纳到某一条理或某一类型之中……在总体上就构成了传统的中国性质”(参见同上书)。正因为本文也同样把研究的着眼点放到基本的共通性、文化的一体性方面,在一些小的差异与流动性方面、有关情理的差异与变动以及社会组织的流动性等侧面,都未能纳入本文的对象范围。

现实情况恐怕还要更加复杂。

2. 效尤与成风

上述情形引出另一个问题,即所谓显得“突出”的行为与“重心”内的行为之间又有一种什么样的关系呢?下列史料中列举的一些类型值得注意。

在有关抗租的记载中,经常可以看到“效尤”的说法,如关于地租的拖欠,有云“若因循不办,寨佃效尤,驯至废弛矣”(《赵氏宗祠经费章程》)。“秋收稍歉,强悍者倡首抗欠,群相效尤,谓之霸租”(光绪《江阴县志》卷九《风俗二》)。“似此刁横之风,断不可长。且崇明逼近海洋,若不惩治,将来接踵效尤,深为可虑”(《军械处录副奏折》乾隆六年十月,苏州巡抚陈大受奏)。

在描述同样事态时,也常用“成风”的说法。例如,关于收租时使用大于标准的斗,《临汀考言》中有云“彼唱此和,相效成风”(前引卷一五《审谳》)。“自孝廉去世,迄今又十余年矣。佃户之刁风,转相仿效,较往时益甚”(《江苏山阳收租全案》《雷莹序》)。汪辉祖也曾指出,“刁民间风以起,恣意讦告,而地方官不可为矣”(《学治臆说》上《民气宜静》)。

上述的情况表明,无论谁做了恶事,如果听之任之,很快其他人就会群起模仿,从而使坏事蔓延,这是理解当时事态的一种基本认识。这种群众盲从的现象,开初时不知由何而起。然而同治《零都县志》卷二二《艺文志》述及康熙年间情况的“除赋蠲租”上谕,对此作了独特的解释:“倡为‘除赋则除掌田者赋,摄租则蠲耕田者租’之说,一唱百和,比年秋收,颗粒不纳于田主”。即一旦有人“倡说”,于是就出现“百和”的状况,从而不断扩大影响。这种情况下被提倡的所谓“说”发生影响与上文讨论的惯例形成过程是相同的。既然存在着这些情况,就很难说“重心”与“突出”之间的关系总是一成不变。因为既使本属“突出”之“说”,说不定第二天就成为当地之“风”了。

综上所述可看到,在某个地域的民间存在着某种惯例的情况,并不意味着有一种制度化的或事先客观存在的组织来发挥支撑或担保的功

效。可以想象,如果有这样的组织存在,可以根据某种原理形成或制订规范,以此约束组织成员的分散的个别的行为(当然也可以说是保障这些行为得以实施),监督大家都遵守或对违背规范者进行有效的惩罚。要是有必要把违背惯例的行为或者将有关新的权利的主张视为正当行为时,则需要经过正当的程序来修订有关规范。可是,在旧中国社会或民间,围绕“惯例”从来都没有存在过这样的制度性保障。民事惯例无论对于官还是对于民来说,都没有构成具有某种可见的独特程序来保证其产生、调整或改变的制度性空间。惯例的发生以说“理”为依托,从个别行为开始,只要周围的人们认为其说其行是可以接受或合乎情理的,就会群起效尤而在量上扩大并迅速蔓延开来,形成有如由“重心”和“周边”构成的“风气”,正好像“风”一样流行、推移。前节所述的“习、俗、风”等用语正好反映体现了这样一个侧面。

3. 惯例确认的行为

惯例从根本上就缺乏将其变为制度的方法。虽然某种说法或行为的影响可以不断扩大,但总是缺乏社会的安定感。这种不确定的感觉在当时的人们中间业已广泛存在,于是便有了尽量减轻这种感觉或使其趋于稳定的种种尝试。

新的行动作为当地“风气”的“重心”,如果希望得到社会的确认或追认,支持该行动的人们往往会使用立碑的方法。例如,抗租叛乱的参加者“撞碑直竖县门”(乾隆时期《(江西)石城县志》卷七兵寇二)。抗租的行为以“私自竖碑”为结果(同治时期《瑞金县志》卷二八“严禁退脚科敛名色示二”)。不过,这个事件中所立之碑本身后来被当作“伪碑”推倒,而官员用以说明始末的告示,最后也采取了立碑的形式。在另外一个案件中,有关田骨,田皮的土地权属惯例,一部分佃户倡导应当允许佃户退佃,不许田主夺佃之“说”,集结数千人来到县衙门,挟持地方官,要求把他们的主张刻在石碑上,定为“例”(同治时期《兴国县志》卷四六《杂记》)。

像上述最后一个例子说明,民众的行为很少限于民间或只是在

“民”的空间里就得到完成和确认，一旦有机会他们总要向地方官申诉，主张其正当性并要求据此重新确定惯例，发布告示碑文。有关这种情况的史料很多。有些时候可说纯属民间自己可以解决的问题，如要求减租，佃户也要尽量使知县卷入这种交涉过程。例如，“崇明县亦有刁佃，因知县调办武闾，遂夥露挟制说县丞，出示减租”（《高宗实录》卷一五一·乾隆六年）。另外如有人希望改变民间历来的惯例所规定的主仆关系，也是主谋者与下级奴婢同谋，欺骗地方官，以求达到其目的。“复申党条列主仆九款。知县徐鼎为其所误，榜缉三日，凡邑中臧获奴婢者挟退殆尽，遂成大变”（光绪年间《麻城县志》卷三八“大事记”，顺治八年）。

这些并不仅仅是叛乱者的行为，在田主这个方面，为了否定佃户的主张也期待官方的介入。例如，“……钱按，佃户粪土之说，系隅强私相授受，借此挟制业主不得召佃，以遂其拖欠租税之计，此所以有‘良田不如良佃’之诱，非有锄强扶弱之官长，宿弊总难廓清”（嘉庆时期《云霄县志》卷二《纪遗二》）。这是站在田主的立场上希望地方官介入的一个史料。同样作为地方绅士向地方官提出请求或建议的例子，有著名的《山阳绅士公呈·初次奉批：江苏山阳收租全案三》：“种种不法虽奉历任示禁，佃等视为具文。近年山邑佃风，刁恶更甚，往往抗租不交，霸田不退”。于是，为了求得官员对“某等恭缮勒石，永垂久远”的许可，绅士们便向官府禀告。其经过记载颇详，“江右谭甫香明府为山阴令，励精圆洽，早作夜思，有利必兴，无弊卜卜。当廉于涧东跃然起曰‘先君子所为旁以待时者，今其是矣’。偕阿人历指其稜习，陈之于县，请详以旷禁。县即为之据情禀府通详，乃出承严禁，俱立碑以垂永久”。

看来，民间社会里对立的双方，都在提示和确认规范的力量这一点上给予了地方官很高的评价。所以，他们在地方官新到任时，往往认为是改变历来惯例的极好机会，于是便竞相传播信息，诉说自己的行为如何合乎情理，希望求得官的支持而开展某种运动。“欣闻荣任我县的日期已近，不胜欣快。这里须先奉闻一事，我同安县，近来发生甚为异

常的风潮……以上都是业主与佃户之间长年使用的旧惯例,并非最近急加增减的。然而近来无赖游民,倡平斛之说,逛职深山野谷农民,成群结队,叩县衙大门,要求‘平斛’。想来,县知事大人来临,佃户们定会结队求见,因此,必须制机先以镇压,请求使之沉默之策”。当然,佃户方面也有行动。“适大司马郭公维经,以援虔至汀,张胜、沈士昌等遣数百人入汀,泣诉田主取租激反佃人状。大司马主先人之发言,大恚粮户。至瑞金,田贼数万人,复阻截离城三里外寺驻车,谗声百端”。^[16] (乾隆《瑞金县志》卷七艺文,叛乱史兰一九三页转引)

这样看来,讨论民间的惯例必然会卷入有关地方官宪的体制等问题,前节已论述过,作为合理合法行为代言人的地方官,从民众的角度来看,确实有其存在的必要。但是,即使地方官颁布的告示,也不一定左右所有事态。正如本文开头一再提到的逻辑,地方官发出的告示有的奏效,有的也被无视。事态就是如此循环的。

因此清代的民事惯例,无论对于当时地方社会的官员还是民众来

[16] 关于清代社会各地从省到州县层级存在的“则例”、“告示”等类似于民事法规或民事“立法”的官方规范,在日本学术界过去的研究中,常常或者被认为只是一纸空文,或者直接就被理解为各地的“地方性法规”。这两种形成两个极端的观念在笔者看来都不很合适。如果按照本文的理解方式,这些所谓“立法”行为,虽然许多场合确实显得很强大有力或者有效,但从一个个地域社会的规范秩序构成全体来看,仍不过停留在作为单一行动主体的官员对地方惯例反复“介入”的尝试这样一种层面,无论带来结果实际成否或影响大小,其作为规范的意义都非常微妙。这样来理解这些所谓民事“立法”,也许可以对当时的现实状况达到某种更有平衡感也更具动态性的整体把握。滋贺先生认为清代法典中有关民事关系的片断性的成文法规就像是“浮在情理大海中的冰山”(滋贺前引书二九〇页)。也就是说,地方官有关“情理”的判断往往可能使反映社会内部实际情况的一般规范意识得到部分的“结晶化”,同时又能够作为社会上一般人各自作出自己有关“情理”判断的线索或重要参照(滋贺前引书二九〇页)。从本文上书的分析思路来看,还可以补充这个比喻。如果着眼于官方不断试图对在民间“漂移浮动”的“风俗”进行积极的介入,这个比喻也可以倒过来说,即“冰山”努力要冷却四周的海水。或者是省一级(甚至是中央)的官员有可能在了解来自各地信息的基础上,总览全局,要求更多的省、州、县官员瞄准某些“海域”并重点地投下“冰块”,以图改变周围的“海水”温度。在这里,试图对各地如同漂浮着的“气团”般的各种风气施加影响进行调节的上下层的官员们,能够实现某种程度的携手联动介入。但另外,虽然存在来自官方的介入,各地的民风、惯例仍继续着自身的“漂流”运动,并不一定因这些有时显得很有力的介入就改变其独特的盛衰消长之轨迹。这或者就暗示着一幅有关清代民事秩序总体的示意图。

说,都不是一种包含着稳定结构的或客观存在的规范样式。而且不论在官民之间,也不论上下尊卑,所谓“惯例”对地域社会内所有的行动或任何主体提出的正当化理由都有无条件地接受其影响的倾向,因此在其间像“风”一样飘浮推移变化。所以说“惯例”不具有自身特定的确认程序和保证其产生、变化的制度性空间,而是融进了范围更广的所谓一般“风俗”中,时而流行、时而消失。

结语

“法”这一概念,从狭义上说,就是社会内人们对日常生活中相互预期的行为规则施以成文化的操作,有时甚至将其“神圣化”而形成,并视其为经过一定的慎重程序可以改变的客观规范体系。这样构成的领域从现实政治或权力支配中相对分离出来,并可能进行独立的维持管理。历史上,曾有过通过这种“法”的形成而使社会中的人际关系(尤其在西欧社会史上表现明显)实现向制度化和文明化的转化或过渡的阶段。从这样一种狭义的“法”概念来看,清代民事秩序原本就不存在类似的阶段,或者也可以认为清代社会在建立此种狭义的“法”制度方面并未成功或招致了失败。这个论点也许不会使人产生误解。

在清代民事秩序中,官民双方基本上都缺乏使社会规范得以“成文化、制度化”的机制及程序。当然,在民事关系上存在着一般性的行动类型和相应的规范意识(惯例),但无论对于民还对于官员来说,在习惯法的编纂、裁判中对这些规范的援用以及通过判例形成法律规范等方面,既缺少这样做的意识,也没有发展出一套可以进行这样操作的制度装置。结果就是惯例成为一种事实上极易受各种影响而变异,始终在社会空间中飘浮移动而难以把握之物。从当时社会的实际状况来看,惯例自身是否存在并不明确,依靠惯例不仅难以解决处于所谓“灰色地带”的特定权利归属问题,而且是否真的存在这些权利本身就很不明了(如田面田底惯例的情况所示)。因此,人们往往只能按自己的希望采取行动并不断寻找个别的正当化根据,如果自认为田面的存在是正当的,就在与他人的交往或关系中加以积极主张并多次实践,尝试

是否能行得通。这些尝试有时成功有时失败。但即使成功了,个别的例子也不能作为客观的规则固定下来。如果如此实践的人不断增多,最后也只能是“比户成风”、“约定俗成”,只是形成某种新的“重心”而已。如此形成的“规范状态”并不能保证以后大家都会照此行动,也不能保证不会出现新的挑战。一些行为在某个场合行不通,而在另一个场合却可能例外地得到接受或承认。在“惯例”的有效范围不很清楚的所谓“交界面”上,情况就更加混乱。某一个别的“违背”行为有可能会成为下一次被“效尤”和“成风”的契机。

在社会本身没有办法把惯例上升到制度性的(或者说狭义的)“法”这一层次之同时,另一方面地方官同样也缺乏将自己发布的告示变成同一含义的“法”的制度装置。他们为了推行自己对本地的治理,能够采取的只是时而威胁,时而哄骗(“本县言在必行,勿轻尝试”)的办法,即使立了碑以后也可能被推翻。如此反反复复地动作,希望发挥影响作用于漂移浮动的“风俗”,最后也不过成为一种“易风移俗”的尝试而已。设想官方的“审判”及作为依据的“法规范”应当成为社会秩序的汇集点,有如山之顶峰,民间的种种动态则有如山麓之原野的话,这种构想要用来描述有关旧中国民间整体秩序恐怕会非常困难或勉强。官方或国家的位置和作用在整个变化不定的结构中虽然有力和重要,但又始终是相对的,只是一种局部性的介入而已。因此,西欧历史上那种以巩固的团体结合(共同体)及其组织原理和规范共有的所谓“法秩序”,在旧中国并不能找到与其相类似或相对应的存在。

虽然如此,清代社会却并不是一个单纯的未开化的社会,人们的日常社会生活已经远远超过面对面的小范围交往,早已构成了一个大规模的复杂社会。在那里社会已经实现了相当程度的分化,存在着众多的民事契约类型,这些都在日常生活中时时刻刻发挥着重要作用。这样的一个社会通过上述那样的种种方式得以运行,至少总体上能够维持民事秩序,这个事实本身就构成了应该由法制史的研究来加以解决的一个谜。除此之外,即便在世界史的范围内研究“狭义的法”的历史,仍然可能过于固执在西欧的法和历史这个参照系上而显得视野偏窄。所以我们应

该采用最广义的“法”定义，即把“法”理解为不是直接使用暴力，而是通过相互间沟通和交往来维持人类社会整体秩序的“共同编码”（西洋类型的“法秩序”在相对的基础上也不过是达到同样目标的方法之一）。如果能就其运行的内在机制和整体形像加以完整描绘的话，清代民事惯例秩序也许构成了过去没有充分研究过的，但是历史上又可能实现的另一种以规范为媒介的大规模秩序的形成类型。^[17] 为了进行这样的研究，在考察旧中国究竟存在什么样的“法”这个问题时还需要转换观察的视角和方法。而本文无论在历史事实的叙述上还是在理论的总结上，还都不过是一个初步的素描而已，仍有众多的问题留待于今后的研究。

[17] 顺便说一下，本文中记述的清代民事惯例那样存在状态，在现代的大规模社会中也不是看不到或完全陌生的。例如，现代社会中所谓“行市”，尤其有关市场经济中商品价格的“行情”等存在形式，就与清代民事惯例的存在状态很相似。人们根据行市进行交易，除此之外在交易参加者之间并更多其他共同的信用保障机制或制度装置，行市是每日每时随着一个个交易参加者的实际交易状况在不停地变化。是否依从行市另当别论，毋庸置疑行市在贸易中能够起到一种基准作用。但是行市又没有任何外在的约束力。每个人都可以用自己承担一部分风险为代价，以不同于一般行市的价格进行交易，一旦这种行为占领优势引领潮流，就会形成新的行市。市场上所有的交易者都依据自己的判断参与营造行市的活动，都是行市形成的主体。清代民事法秩序中“官”的地位也可纳入这个比喻中来看待：他既是形成“惯例”引领这种市场中“行市”走向的倡导人，同时也可能成为导致行市混乱的始作俑者。其既能“制造”出某种行市来，但又不能独自决定或完全左右行市。无论他在当时社会中的权力有多大，其影响和作用却都是相对的。例如，官员在理念上可以严厉地处罚任何违反告示的人，但其实际力量却经常不能做到（正如中央银行对汇兑行市企图做和能够做到的那样）。他能够做的事情常常不过是利用与其权威相对应的实力有限地“介入”行市而已。与其说官员是在用自己的权力压制他人，还不如说是间接影响和改变他人的行动方式（希望“一惩百戒”，但也可能“罚不责众”）。介入的效果根据当时当地具体情况各不相同，既有官员仅仅表明介入的意志就导致行市随之变化的情况，也有虽然花了大力气介入却不发生任何效果的所谓“被市场所压倒”，行市依然故我的情形。而且，某个时期只要介入就可取得效果，一旦松懈原来的行市却“卷土重来”。地方官介入惯例这个“行市”本身也会前后有变动，民众的行动方向也可能发生转移。如果停止介入，其效果有持续下去的，也有效果亦随之消失的。“行市”随着这些“介入”不断发生变化。当然，现代社会中的“行市”基本上是数量化的指标，但清代民事惯例的变动却没有这种特点。因此这个对比只能算作一种粗浅的比喻。不过，通过这种比喻可以很容易了解到，在不具有完整的立法结构和程序的社会中，人们可能采取什么样的行为方式这个问题。由此而形成得某种直观的图景或形象，使我们对规范多元存在的设想更加灵活，也有助于提升或激活我们有关秩序的形象力。

中国契约史与西方法制史 ——契约概念比较史的再探讨*

中国法制史上的契约发展与西方法制史上的契约发展,这两者之间有什么样的关系呢?在笔者还年轻时,学术界一般认为中国或者说包括日本在内,东亚传统的契约有很强的“封建性”,即契约并不基于双方当事人自由的意思表示一致而建立,所以与西方契约比较起来是“落后的”。这种观点以及东亚的传统中欠缺所谓“遵守契约精神”的观点等,当时都被大家视为理所当然地而接受下来。

不过现在谁都知道,这种简单的想法是不成立的。正如从历史上遗留至今的大多数契约文书所显示的那样:使财产关系、身份关系变得井然有序的多数契约类型,在中国古代就得到了长足发展,国家所设立的法庭也受理并裁决了大量与契约有关的诉讼。特别是宋代以来,与生产互助有关的大多数社会关系都是通过设立契约来完成的。与此相对照,在西方法制史中,法庭无条件地受理所有与契约有

* 原载三浦澈等编:《亚洲史的比较研究:所有 契约 市场 公正》,东京大学出版会,2004年。郑芙蓉、魏敏译。

关的纠纷是到了18世纪、19世纪才开始的事情。而且社会关系所谓“由身份到契约”的转型也只是到了近代才发生的变化。

但是,能否因此就说中国契约史比西方契约史“先进”呢?或者说,这样解释此问题就得到圆满的答案了吗?回答是恐怕不能。上面的讨论只是指出了传统中国的契约社会与西方近代的契约社会是不同的,但具体不同在哪些地方以及为什么不同,对于这些我们最想知道的问题却无法通过上面的讨论来得到解答。不仅如此,为了这种讨论而设定问题的方法本身,也只能起到把近代西方契约法作为当然的历史到达点这种单线的一元史观的强化作用。

那么究竟使用什么样的讨论或研究方法才合适呢?毋庸置疑,如果知道答案的话就不用这么辛苦了。关于这一点还没有什么前例,只能尝试着进行。今后学术界也很有必要开展这样的尝试,这里笔者先作一种尝试性的探讨,意在抛砖引玉。以下的第一节,主要是以清代为对象时期,对传统中国契约的特质进行整理;第二节对西方契约史进行概略的考察;第三节承接以上两节,在分析了传统中国契约秩序特征的基础之上,对作为比较核心的契约概念所具有的双面性质加以分析。

一、清代的契约与现实合意的关系

(一) 审判中的“保护契约”的内容

《大清律例》中有明确的条文,即便发生了诉讼,只要“验有亲族写立分书,已定出卖文为实者”,就承认被告的所有权(《户律·田宅·典卖田宅》的原例)。在清代的官箴书中,有关土地的审判要重视买卖契约文书;有关家产分割的审判要重视家产分割的契约文书的教谕随处可见(如《福惠全书》等)。事实上就清代民事审判的判决文集(“判语”)来看,也能看出清代的法官裁决的时候相当重视当事人之间的签订的私人契约(契约文书)。

但重视契约未必就等于在审判时以契约作为判断依据。以下从清末有关审判的文集《三邑治略》(全五卷,熊宾撰,光绪三十一年序)中

举出一例,即卷五《讯黄汉清一案》。

“讯明。黄汉清之祖黄辘臣,买陈堂住宅一所,计价九百串文。验明印约纸张,确系咸丰十一年所立。而刘宏达之父在日控称有当价二百五十串文未赎。查验归约,陈际文亲笔两张,字迹均不相符,显有情弊。断令刘宏达让去钱五十串,仰黄汉清书立二百串票据交伊抱告收领外,陈启运系出卖房主,义送钱一百串文,此房即归黄汉清自得。老约并还,当约注销,具结完案。此谕”。

对四十年前被买卖的房屋,拥有抵押权的第三者就该房屋一直争执不下,无法结案。地方官不仅调查了买卖的契据,也调查了抵押权是否设定的契据。最后的解决方案是使抵押权者的债权以及房屋买主的无抵押负担的所有权分别被实现。但详细地看其内容就会发现,其执行的内容为:由于借款契约(当约,归约)有可疑的地方,所以减掉五十串改为二百串,且让买主卖主双方均摊这两百串的责任。这样一来,的确使全体的当事人都得到了相应的满足(由此纠纷也得到了解决)。但这个结论却不是从当初的两个契约中推导出的,也是无法被正当化的。与其说当初的契约通过裁判得到了实现,倒不如说是根据案情原委结成了新的合意。

这种对契约实质“保护、实现”的方向,有时是通过撤销原契约的方式来实现的。例如,以下的同书卷四《讯牟奇翠一案》。

“此案,牟奇翠承买刘松魁田地,本元错误。因刘名著等有祖坟在内,先圣杨焕章劝刘名贤承买,而刘名贤故意揩贱,致使刘松魁转卖牟姓。始终错误即在刘名贤一人。断令此地仍归刘姓户族刘银魁接买,将牟姓所出之税契中资各费,均归刘银魁户族付给。杨焕章另代牟奇翠再买田地一分,以免楞

捕。牟奇翠此次所买之约：着原中杨焕章送来缴销，仍同杨焕章邀刘姓各族及牟奇忠等到面书立约据，卖于刘银魁名下以作护坟之田，嗣后亦不得再卖他姓。各具结完案。此谕”。

在同族的请求下，将欲卖给他姓的内有祖先坟墓的土地卖给了同族，同时令卖主另外购买一土地来卖给善意的原买主。原契约既没有得到实现，也没有被判无效或被取消。地方官所做的更接近于对一个新买卖的斡旋。所以说是重视对契约的，其实也就是对某一时间点上的两个当事人达成了合意这个事实的重视，也是对最能证明这一事实的契约文书的重视。审判的作用就是在充分立足于这些事实或案情原委的基础上，提出在这个时间点上可能实现的解决方案，并当场对此作出新的合意。

事实上，法庭成为以形成新的合意关系为目的而制作新契据的场所这类事例反复散见于这部史料中（比如，同书卷四“讯张朱氏一案”“当堂将借字退还销号，朱福坤亦当堂书立退庄字，以清此事”）。甚至存在用判决书本身代替有许多不明之点的借钱契据的事例（卷三“孝感县妇丁赵氏批”）。另外也存在这样的事例，即使是实现以前所定契约的内容，也在法庭上重新作出了相同内容的契据（同书卷五“讯赵龙新一案”。当两份分关——分割家产的文书中有一份被发现是誊写的伪证，仍判决双方当事人遵照原来的分割家产文书实行析产，同时当场做成了与原来的分割家产文书有相同内容的新的家产分割文书，并命令双方当事人在上面签字）。

从这些例子可以看出，法庭与其说是“实现”以前合意内容的场所，不如说是在当初的合意不能顺利进行的情况下，对双方合意进行再确认和再订立契约，从而作出新的合意的场所。不过反过来也可以说，传统中国社会中当事人所订立的契约在他们日后发生纠纷时却缺乏作为解决纠纷基准的效力。

（二）契约缔结与交易的同时性

在此回顾一下基本史料，就能发现传统中国社会的大部分契约文

书在约定将来如何履行这方面的性质上,从一开始就显得很薄弱。

如清代各种各样文书资料所显示的那样:土地买卖契约里面所写的最主要的内容是将某处的土地卖与了某人,由其“管业”,收取了多少钱等。这些内容无论哪一个都是在立契之前(或与立契同时)就已经完成的行为。关于家产分割的契约文书(“阉书”)的情况也一样。家产分割是在族长与同族参加的情况下,作成按人数预先将财产价值均等地分割的财产目录,再以抽签的方式进行分配。阉书则是在这些仪式(活动)都完成以后才做成的。这些文书虽然叫契约,但从一开始就不存在先约定后“履行”的问题(关于只约定将来履行行为的借钱契约,将在后面论述)。

当然在这些文书中,也含有关于将来的约定。如卖契中所规定的今后不妨碍对方对该土地的管理;所卖土地来历不明时由卖主负责;阉书中所规定的今后对于分得的家产不再提出异议等。但是这些大多数都是在买卖土地与分割家产中的不言自明的东西。谁都不认为只要文书中没写这些条款就能被免责吧。

结果,重要的是当事人关于土地买卖或家产分割这一重大事情达成一定合意这一事情本身。这些行为通过召集有关系的人、中间人、证人等参加的方式来公开举行,契约作为其中的一环而被签订。立契的主要目的是作为一种日后能使包括对方在内的周围的人证明当事人确实是在不存在不当压迫(“无逼情愿”)的情况下自愿签订了该契约的证据,契约文书为此被记录并保存。

(三) 与现实相交织的契约

土地买卖也好,家产分割也好,都是当事人在其意思表示的基础上对其财产归属关系进行变更、确认等的共同行为。而且此时的社会关系多数是通过相对任意地选择对方进行交涉后并达到合意的方式来形成的。与由血缘世袭等来决定人们关系的社会相比,把具有上述性质的社会称为“契约”的社会确实是妥当的,把在这种社会中所进行的每个相互合意行为都称为通常意义上的“契约”也是妥当的。

但是正如在前面所见到的那样,当时的契约与眼下就存在的行为紧密相关,并且与现在存在的事实状况本身并没有什么差别。

首先就其订立当时的场境来说,在契约中所记内容与眼前当事人之间形成的关系基本上是相同的。契约的签订按照当事人当下现实形成的社会关系配置而做成,本来就不是两回事。

不用说,现实生活中也常常会出现事态没有按双方当事人当初的约定或预料发展的情况,当事人合意的状况无法顺利进行而不得不停滞,结果就引起了争议和诉讼。此时的契约内容与现状之间当然就产生了不一致。

进行审判时作为法官的地方官先参考契约文书,在仅仅是一方当事人由于个人原因而食言的情况下,通常通过出示契约文书来证明当事人当时确实做过该承诺,从而实行强制履行(不仅如此,清律户律钱债《违禁取利》条中还规定了对“负欠私债违约不还者”的刑罚)。与此相反,正如上面几个事例所展示的那样:如果是因为由于某种确值得同情的隐情而无法实现契约内容的,就不再严格拘泥于当初所订的契约,而是尽量地帮助当事人做出与变化后的现状最相适合的(大多数情况下也是可以立即实现的)新的合意。

这并不等于无视契约。虽然上面举出了因无法确定而减去五十串的例子,但一般都要先追究原合意究竟有何内容。而且即使是原来合意无法实现的情况,也并不是否定曾经有过合意这一事实。此处所说的对契约的尊重,其实就是对过去的事实所谓“原委的尊重”。立契是当事人也经过了深思熟虑后央请中间人、证人等参加而实施的慎重行为。事实上在很多时候,立契被放在一种事态发展的关键点,或人际关系成熟到一定程度的重要位置上。因此法官重视这种文书也是很自然的事。这种意识的一个明显的表现就是,如果一方当事人事后提出种种论据为自己不遵守契约辩解时,法官会以下面的形式诘问这个当事人:“假如当初真有此等事由,为何在缔结契约时你不提出呢?”不过,法官追究的毕竟只是在订立契约时双方的合意。在事态因故不能按预

料发展而现状变得错综复杂的情况下,按原样固定以前的合意(或一味追求以前的现状)也就没有意义了。在对案件原委及其变化深思熟虑后安排当事人达成新的合意才是审判追求的目标,这也才是传统中国的司法作用之所在。

但是正如滋贺秀三的研究^[1]所做出的结论,即使是法官的判决,也显得没有确定的效力。在法庭上当事人虽然已经表示接受判决(当庭写下“遵依甘结”状,承诺遵守法官的判断),但在结案后只要他还是觉得不满,就可以针对同一案件再次或者反复地起诉上控。这种行为制度上是被允许的。而且,还有通过判决好像已经得到解决的案件,此后又以其他的形式产生新的纠纷等情况。史料中经常出现当事人针对已经作出的判决,又以“纠纷持续下去就可能发生不测之事”为由而上诉,地方官就不得不再行审理的例子。尤其是以民事纠纷为开端最终导致杀人等刑事案件发生时,即便民事纠纷经过了审理并作出了判决,当事人也写了遵依结状,法官仍不得不把已经作出的结论推倒重来。^[2] 这些情况意味着地方官一方面高度重视并仔细斟酌当事人已写过遵依结状,即对以前判断有过合意这一事实,但另一方面又总是在谋求形成与现在的情况相适应的新的合意方案。

这样看来,传统中国社会内官员的审判实际上是对缔结后又破裂,破裂后又缔结的当事人社会关系所进行的没有止境的调整与再调整。契约与判决存在于这样流动的现实的社会关系中,并与这些社会关系交织在一起,整体上“自然而然”地形成了一种独特的社会形态。

之所以说传统中国的契约“独特”是以西方的契约为参照的。从西方契约史上看,契约的任何一种都未必是这种“自然的”形成,或者说西方的契约绝不仅仅是一种“自然”的状态。

[1] 滋贺秀三:《清代中国的法与审判》,创文社,1984年。

[2] 寺田浩明:《权利与冤抑——清代的听讼和民众的民事法秩序》,《法学》61卷5号,1997年。

二、西方契约史中的合意与契约

（一）作为权力制度的契约

按照现代民法教科书对契约所下的定义，契约“是一种约定，并且其履行受法律的保护”。〔3〕这里所显示的典型思考顺序是这样的：我们平时考虑契约时，首先注意到的是当事人的约定或合意这个意思的集合，然后，当这个集合中的特定约定或合意被法律所保护时，它就变成了契约。同时，我们也知道这种私人合意的整体被广泛赋予法的保护在西方也是近代以后才有的事情。在这之前只有被严格定义的几种特定契约类型可以通过进行诉讼得到法律保护，而且越是往历史的前期追溯，被允许得到这种保护的契约种类就越少（如古代罗马法中限定性列举的“有名契约”）。因此在西方有关契约的历史基本上可以被设想为人们的约定、合意得到法律保护在范围上的扩大史。乍看起来，这确实是一种让人容易理解的说明。

但是这种说明也容易引起这样成问题的联想，即就契约中那些没有得到法律保护的部分来说，它们只是仅仅欠缺了法的保护而已，作为当事人之间的合意这一本质与受法律保护的契约则是相同的。而且如同后面将论述的那样，在近现代社会里，这样的联想也确实有根据可循。但是，如果将此联想扩大到前近代社会的话，却不一定能够准确地说明当时的历史事实了。这里无法分别研究作为西欧法制史对象的一个个社会中过去的契约关系，但整体上来看，与其将其理解为先有当事人之间的合意再得到公共权力的保护，还不如做另一种理解：在这些过去的社会里，对于人们日常社会生活的众多合意，公共权力只是认定了其中十分有限的几种作为允许通过审判获得公共权力保障的契约关系（倒不一定等同于公共权力能够一直保障到其完全实现）。于是就出现了若干种例外的、人为的、界限分明的交易类型，成为公共权力向一

〔3〕 星野英一：《民法概论Ⅳ》，良书普及会，1976年。

般人提供的公共服务,或人们需要时就可使用的“公共基础设施”。这样理解的话,“契约”就并非当事人形成的任何种类的合意,而仅仅意味着由公共权力预先“制作”出来的特定几种合意类型,试图诉诸公共权力保护的当事人只是选择其中某一种来形成合意而已。

例如,古罗马的典型契约就可以说是公权力预先向交易社会提供的工具。当事人之间的合意,也仅仅是利用这种特殊制度的合意而已。西方法制史上的“契约”与公共权力尤其是审判的权力紧密结合,并作为权力构造的制度出现在历史中。

(二) 把未来“现在化”的契约

下面我们把目光转向中世纪的英国。根据田中英夫教授所论述,如果要追溯英国契约的起源,就可以追溯到1066年诺曼底征服以前“盎格鲁—撒克逊时期”的赎罪契约。^{〔4〕}当个人之间发生了杀人及其他的侵权行为时,受害人的氏族对加害人持有复仇的权利,可以让加害人支付赎罪金,如果不支付的话就可以用决斗来证明受害人一方的正确(或者说受害人及其亲属负有这个义务)。但有时候即使达成了支付一定赎罪金的合意,但由于金钱不足导致实际的支付被延期的情况经常会发生。在现实的支付还没有被履行的情况下,难道不应该保留复仇或者决斗义务吗?事实上谁也不愿意决斗。作为解决这个进退两难的问题的手段,赎罪金契约这一事物便出现了。订立了这种契约,双方承认存在着就像赎罪金已经实际支付一样的法律状态,因此也就回避了决斗和复仇。

另外,在12世纪到15世纪初期之间所出现的追偿债务之诉和盖印证书之诉,也起到了与上文所述的“保护契约”相似的作用。前者是金钱借贷之前债权人债务人前往法院,债务人虽然尚未实施借贷却提出已向债权人借了钱的主张,并且承诺如果违反还债义务的话,就不能对由州长所做的查封财产有任何异议,并接受以其为内容的判决。即

〔4〕 田中英夫:“英美法——英美历史上对无偿契约的法律保护(一个历史的素描)”,比较法学会编:《赠与的研究》,有斐阁,1958年。

采取了“串通的诉讼”方式的契约。这种方式很快就得到了普及，并进一步形成了所谓“盖印证书之诉”，即只要债权人持有债务人所给予的盖有印证的文书，法院对这种具有严格形式的文书上记载的债权就给予法的保护。也就是说，盖印证书之诉成为替代上述的“针对共谋诉讼的判决”的制度。其中所谓的契约缔结，实际上与为了防备不履行债务而设置一种“有关权利行使的预约”是同一意思。

我们在此特别要注意的是，此处作为交易一方设置的“预约”是将来才履行的、在合意时还并不存在的行为（相对于这个将来履行的行为，“预约”才是这种现在的现实）。或者说是把“尚未存在的事物”当作现存的事物带到了交易现场来。契约制度被作为一种时间机器来使用。所谓的契约是一种向对方当事人所做的将来履行的约定，同时也通过公权力对其履行的强硬保障，反映了在现时交易关系中的未来。这里的契约制度可以理解为：把还未存在的将来状态或未来的事实如同现存的事实一样作为交易对象，为了实现这种交易而由公权力广泛地向交易社会所提供有一定担保作用的制度装置。换一种说法就是与公设市场同样，契约制度也是公权力为促进或“激活”交易社会而提供的一种“社会资本”或“公用设施”。不用说，这种结构对于交易社会的效用之大是无法测知的。正如货币的出现改变了物物交换中的“只有正好与自己的需求有相反需求的人的出现才可以交换”的限制，一举扩大了交易的范围一样，契约制度的出现也一举突破了从前交易关系中的“时间的限制”。至此，交易对象不仅仅只限于现有的东西。如果系统正常运作的话，所有的未来都可以成为商品。这是一种可以帮助以下愿望实现的工具，即所有将来的东西都能够以可计算的形式被“现在化”。契约制度作为这样一种体系，正是为在当代西方社会中的人们所熟知，或视为理所当然的契约性质之一。从这个角度来说，所谓“预测可能性”不仅仅只是契约的一个功效，还应该是西方契约的本质之所在。

而且，如果未来的财产能够“现时化”的话，那么未来的风险也有

可能被现时化。正如一位学者就当代美国的契约制度所指出的那样，〔5〕“契约的一个重要功能在于，当契约缔结的时候，可以在尽可能的范围内预测将来可能发生的问题并提前决定对其产生的风险进行分配”。现代美国法上的契约所假定的是，“对等的当事人在意思自治的原则下分配风险是双方当事人预见各自利益后所缔结的一种未来的关系”。这对双方当事人来说，应该是有利的交易安排。现代美国的这种契约观念可以说处于西方契约史的延长线上。

（三）西欧近代契约法的历史位置

正如以上所见，在西方，创始期的契约制度是为了克服交易受限制的特殊局面而通过公权力来设置的少数几种合意类型，是作为“公共品”提供给交易社会或者当事人用来突破交易限制的分散的、个别的“工具”。以后随着公权力实力的扩大，所提供的“工具”种类也随之增加。法学研究者也一直努力重新组合那些逐渐增加的契约种类，并力图从中找到一定的体系性。这样发展下来的结果，就是完整的近代契约法律制度逐渐得以形成。

在近代契约法中，虽然典型契约仍然被作为特定的合意类型经常被列举出来，但这些不过是起了一种示范的作用。市民之间真正的合意都能成为法律保护的对象。而且国家也有了对所有这些契约类型赋予法律保护的力量（而且是“以国家权力来强制实现私人合意”这种最大限度的保护）。不仅这样，近代市民革命以后，国家向社会中作为私人合意的契约广泛提供法的保护更被认为是国家存在的目的及主要任务之一。〔6〕

这种状态从一方面来说，可以理解为公权力向社会上的一般人缔结契约通过审判提供担保这种公共服务在范围上的单纯扩大。但是从另一方面说来，如果把这种理解置于近现代的法学专业语境中，却有可

〔5〕 樋口乾雄：“医师与患者的关系和契约——契约与 contract 的相遇”，棚濑孝雄编：《契约法理与契约惯例》，弘文堂，1999年。

〔6〕 村上淳一：《解读“为了权利的斗争”》，岩波书店，1983年。

能带来历史上和现实中关于契约现象以及其社会背景的观念等出现不知不觉的逆转。这样看问题的话,把契约作为当事人之间的合意和公权力保护下的契约关系这两种理解或理论上的对比,有时候会引起一些误解。

例如,法学界有一段时期曾经从契约的制度性质出发,把契约的法律效果理解为由缔结契约的双方当事人合意直接产生,所谓法律上对契约内容的保护或强制性的实现也仅仅被视为可以从当事人的意思表示来寻找其终极根据的问题。于是,关于对什么样的合意应给予法律保护、其界限可划在什么地方等问题结果就首先被置换为当事人之间合意达到何种成熟程度或意思表示的真正程度等问题来加以讨论。至于当事人之间合意是否符合法律上规定可以保护的契约类型等视角,却几乎从未成为讨论问题的出发点。这里的理论预设是:只要是真正的合意就应该得到法律保护。从这个角度来看,涉及法律保护的范围或法律上应当提供什么样的保护对象“名单”的问题时,起决定作用的公权力或者是社会的筛选功能,只是把如“违反公序良俗”那样的例外排除在“当事人真正的合意”之外而不给予法律保护,法律一视同仁地保护任何作为契约的真正合意则成为根本的原则。确实,考虑到现代国家中法律及审判制度运行的现实状态,以当事人的合意为基础来构建一般契约理论的方法,无论在整理双方当事人关系的方面还是在讨论国家权力作用时,都不失为是一种直接且有益的整理方法。民法学者以此来立论并不是没有理由的。

不过,正如在上文叙述的契约史发展过程所看到的,现实存在的状态也可以被理解为:作为公权力提供公共服务的一种制度,可以得到法律保护的契约类型“名单”范围被逐渐扩大到了极致,或达到了覆盖社会上差不多所有的合意这种程度。结果是使公共权力保护对象的“名单”成为一种普遍的抽象的制度框架,而其具体内容这方面的决定则全面地留给了当事人去做出。当事人双方完全可能根据具体场境中的个人需要去“预订”能够得到法律保护的契约类型。不管怎样强调当

事人的意思,契约归根结底需要国家权力通过审判提供的法律保护。而这一点在现代国家中就如空气一样被视为理所当然。于是在有关契约的理论以及社会上的一般观念里,明显浮现出来的只是当事人这方面的角度,而国家权力的作用反而隐而不显了。但是,离开了近现代国家特定的权力运作方式,现在我们所看到的契约现象却是不可能存在的。现代契约制度归根结底是在国家必须向社会提供审判的公共服务这个广泛的共识下才得以形成并维系,且只存在于这样的语境或“场域”之中。

在这样一种场域中,为了十年后的利益而把万贯财富以投资的方式委托给他人等在此之前的前近代那些不安定的社会里谁也不敢为的作为,现在人们却可以安心地通过缔约、形成合意来加以实行了。这个法律系统以契约的方法极大地扩张了社会中每个人的关系形成能力。或者不妨说,现代法律体系整体所拥的巨大能量在这里却好像表现为一个个主体作为其固有属性的形成合意能力的总和。在日常生活中围绕差不多任何主要的人身和财产关系,一旦发生纠纷需要法官解决时,只要存在合意则裁判该纠纷的第一准则,除了少数的若干强行法规之外,能够优先于一切实体法而得到适用的就是这个作为契约的合意本身。通过法学家的努力和律师在个案中将当事人的利益要求“翻译”为法言法语的活动,合同法在现代社会得到了普及并不断发展。以致我们有时会发生错觉,觉得现实生活中的一切事物都可以从国家或法院审判所保护的契约或合意这个角度来加以理解。

不过,社会中几乎所有重要的合意或约定都能够受到法律的保护或在审判的担保下得以实现这种状态,从反面看来却意味着可以把个人生活一切重要的场面或基本的人际关系都委托给了公权力。一个个主体能够自由自在地相互结合而创造出无限丰富的人际关系这种社会自身蕴藏的多样性、多元化倾向有时却可能被忘却。或许是我们都不知不觉深深受到现代的法律思维影响,有时甚至很难想象区别于“法律上的契约”的约定或合意本身。与实际上是否需要得到法律保护无

关,在一般观念上,人们往往把判断当事人之间是否存在“真正的”约定或合意的标准等同于法律上契约成立的要件。

归纳起来讲,在过去西方的前近代社会里,由国家作为法律制度提供保护的契约仅仅是现实生活中多种多样合意的很小一个部分,因此这种契约的制度性质以及其强制性、局限性都非常明显。但随着近代化或者现代性的进展,我们目前生活于其中的空间差不多为“法的空间”所全面覆盖。对于合意、约定这种生活中最原初的缔结人际关系的一般办法也不免总是通过“法律上契约”的棱镜去观察。日本的公司到中国投资,公司职员感到双方的合作往往不能依已经缔结的合意顺利进展时可能不禁会自言自语地说“中国真算不上契约社会”。大概他们心目中关于“契约社会”的形象,其实就基于西方近现代社会的上述一般观念或错觉吧。

如果以西方世界对于契约的这种理解来再次观察明清时期的中国社会,那么其契约秩序在中西契约史的比较研究中又占有怎样的位置呢?以下对此加以考察。

三、明清时期中国契约秩序的特征

(一) 法的保护范围与性质

首先来看一下契约的法的保护的问题。如前所述,在西方前近代被国家的审判权力受理并处理的契约纠纷在范围上是很狭窄的,而与此相对,在前近代的中国,这个范围内基本上却是无限制的广泛。

上文涉及了国家的审判权力与契约的关系。在近现代,两者的关系被说明为“只要双方当事人之间意思一致签订了契约,公权力就会帮助其实现”。不过从历史的观点来看,倒不如理解为“国家权力先通过制度安排创制出应受审判保护契约类型与强制性担保其内容实现的结果这一关联,当事人再通过起诉利用这个因果关联”更为妥当。受理了契约纠纷(有关契约不履行的案件)的公权力作用在此时当然只是根据上面的定义来实现契约内容。而国家允许起诉的契约纠纷类型

在历史上非常有限,只是到了近代以后才逐渐扩展到差不多对社会中几乎所有重要的合意提供保护。与此相对,在传统中国的历史上,不用说清代,从更久远年代开始,国家的审判权力早就受理差不多一切契约纠纷并加以处理。听起来像一个悖论,旧中国的国家权力广泛介入契约纠纷处理的这种无限性,或者说是其相对于西欧前近代的先进性,可以被列举为契约保护的比较史上传统中国的第一个特点。而且对于为何旧中国会出现这种无限定受理契约纠纷的广泛程度,有关其由来的说明也比较简单(参见前注〔4〕寺田论文)。

旧中国社会中虽然存在着厌讼的意识,但如汪辉祖在《学治臆说》“听讼宜静”书中指出的那样,“民之长者,以租税为衣食,无事不取之于民。报民之劳苦,惟止争平讼,导民于义而已”。听讼被作为统治阶级的义务,或者说是公权力对一般民众提供的最重要服务。

不过,在那里作为统治者义务而实施的听讼,并非根据所谓客观存在的法律,或是基于这些法律所主张的权利而为了保证其规范内容得以实现的操作。民众向国家权力寻求救济,只是意味着尽量援用从根据市场逻辑主张的既得权益到以现实状况为根据的生存权要求等任何可能的论据,以便在相互内之间“推来挤去”的生存竞争中争取某种有利的地位而已。听讼受理的就是这种相互指责对方“逾分”或推挤过头的争执,目的则在于想方设法地调和双方,力图回到某种能够和平共存的境地(往往意味着双方提出的不同论据之间的相互协调或均衡的状态)。听讼谋求的结果是发生了破裂或失去自律性均衡的当事人之间关系得以恢复,或者就是对这种关系的再调整本身。在那里并无我们所讲求的“事实”与“规范”之区别。一切能够作用于当事人相互关系的要素都允许在法庭上提出,都有可能作为论据使用,也都有可能为审判者所考虑。但另外,需要再加调整的当事人关系在很大程度上其实是由双方此前缔结的契约所创造出来的,因此听讼受理的争议大部分首先都会面临一个如何处理当事人之间以前合意的契约问题。

当然,任何论据都允许提出的这种全面性不仅仅在受理案件的阶

段出现,纠纷的解决本身也必然以全面彻底作为理想。其中有相当一部分案件,事实上也实现了原先的契约内容。例如,前面所举的《三邑治略》一书中卷四有“讯曾成意一案”,其内容如下。

“讯明此案,曾成意从前归并刘传福老当,有二百四十串字据,钱尚未付。验明属实。而邓永潮等所取喧子,据邓永川等供有十余石,据曾宪藻供有三十餘石。经本县裁压作为二十石,照二十四年以前市价每石作钱七串,合共一百四十串。外有邓永潮佃曾成意房屋一所,尚欠二十串佃钱未付。两面作抵,合共一百六十串。除抵项外,曾成意净找邓永潮钱八十串文,以清此事。当堂书立票据,将借据退还曾成意收执。至从前两姓互控各案夙嫌,着本城绅首刘子书等,在公所备办酒席三桌,二比见面,永敦和好。届时本县亦自亲临,均勿负谆谆劝诫苦心。此谕”。

这个判决在整理了双方对立的请求之后,通过债务相互抵销的手法,一举解决了又来已久因借贷关系而发生的纠纷。在作者日后写下的按语中,还附有对此案的背景说明:曾、邓两姓均是本县的宗族大户,产生纠纷后闹到相互间械斗不断的程度,向省衙门上告已有数年,还出现了虽然受到传唤却不出庭的情形。作者作为本县地方官到任时,曾提议两方的族长到县衙来听候县令为其公断。经过双方到庭接受调查,最终查明当事人之间只是因从前的借贷而引起争执,但双方的猜疑不断加深,最后陷入难以自拔的敌对状态。经采取了上述处理方法解决这一案件,日后作者因其他公事路过其附近时,受到了两个宗族的热情款待。“足见百姓无不可感化云!”

(二)“契约”概念的形式范畴之缺乏

但是,如上述这个案件处理的过程所示,虽然旧中国的国家权力无限定地受理有关契约的纠纷,在那里却看不到生活在现代社会里的我

们关于契约问题所期待的解决方法。例如,最典型的的就是契约本身被作为“法”并构成裁判根本的依据这种方法或相关的观念,在旧中国的审判现场很难找到其踪影。合意自身不被理解为裁判规范,与作为解决纠纷的根据任何要素都可能得到考虑的现象互为表里。有关审判的国家权力这种存在方式,不可能不对旧中国社会里人们涉及形成合意、缔结契约的日常实践发生重大影响。

与此相对,回溯西欧有关契约的法制史的话则会发现,虽然越是古代,公权力对于契约的保护在范围上就越狭窄,在内容也就越贫乏,但仅就得到法律保护的契约而言,哪怕是在很古老的年代里,其保护的方法及观念却意外地与当代西方的契约法息息相通。这就是为什么今天的合同法学者还反复不断地主张,围绕现代合同法的基本问题一定要与古代罗马法进行“有益的对话”之原因所在。^{〔7〕}对于西方的私法史来说,受到法律保护的“契约”与从此范围排除在外的所谓一般的合意之间,究竟应当在哪里划线区分的问题一直构成了基本的问题意识或研究着眼点。围绕“契约的成立条件”,或者“契约在何种情形下无效、解除和撤销”等契约法上的重大争论,无一不是与上述问题意识或着眼点紧密相关的。

与此相对,虽然通过阅读在旧中国留下来的大量契约文书,确实能够体会到作为一定概念集合的契约存在,但却基本看不到把有关契约是否成立的形式上要件作为重大问题给予认真对待的痕迹。日本的中国法制史学界曾有人试图用“诺成契约”、“要物契约”及“要式契约”等西欧特有的术语来分析中国的契约法史,但这样的做法除罗列概念来炫耀博学以外几乎没有任何意义。^{〔8〕}

如果我们把视线转向公证这方面,看到的情形也是类似的。在旧

〔7〕 河上正三、贝伦茨、奥柯:《历史中的民法——与罗马法的对话》,日本评论社,2001年。

〔8〕 仁井田陞:《中国法制史研究——土地法与买卖法》,东京大学出版社,1960年。

中国有数不胜数的事例表明,当时的人们会尽量以某种方式将契约文书或私人间的合意内容向国家“登记注册”:如为了会馆等共有财产的卖契不致遭到盗卖盗押而将其提交给官府保管(试图回避私人保管带来的风险)、为了公示对坟墓等土地的所有权而要请地方官发布告示(作为对周围居民的警告而预备性地动用公权力)、将乡村里结成的“禁约”内容报告到官府要求“一体颁示”(获得对违背“乡约”者行使的约束性暴力的事前许可),以及与这些行动并行不悖的经官员允许而将合意内容铭刻立碑等。所有这些行为,都意在实现私人间合意时得到国家权力一定程度的帮助。但是,如果问官府一定程度的参与是否使这些约定、合意产生了质的改变,则回答只能是否定的。上述的事例至多不过涉及对“曾在某个特定的时间段上达成了合意”这一事实证明度的增强或提高,而且也仅仅只是将合意内容报官者根据当时的周围情况和必要性所实施的个别的一次性的行为。当事人如果认为不需要就可以不报官,官府认为无必要也不会参与。总之,合意并不因曾向官府“备案”就形成与人们日常生活其他一般的约定不同的某种特殊类型。总之在那里,不存在可以同西欧的“契约”相对应的基本范畴。

如果不涉及官府,只看民间围绕合意成立而展开的社会实践的话,有关合意是否成立的形式性条件就显得更加模糊。当然,越是重要的合意,由于“空口无凭”人们一般都会订立合同文书。常见的办法就是在交易中总要央请第三者来充当中间人。立契时尽量邀集众多有关系的人们,并请他们作为证人在契据上签名。诸如此类的做法超越不同时代与地域通行于旧中国社会。但要是问“是否口头缔结的契约就无效”的话,得到的却是否定的回答。对于当事人具有重大意义的处分行为如果没有契据,与其说直接涉及契约有效无效的处理,还不如说首先被认知为“自然”还是“不自然”的问题来加以考虑。

结果,将契约加以“制度化”的努力,无论在当时中国的国家还是社会里,都只停留在适当突出某些合意的重要性或特定决断的重要意

义这个范围和程度,而从未出现过把合意的一部分种类纳入特殊的范畴内并给予特别处理的发展动向。合意是否成立的问题至多只是从证据的强弱程度来考虑,从在形式方面发展出某些可据此进行处理的要件。

(三) 对留待将来履行的契约类型的回避

总结起来,旧中国的一般情形就是:“曾经有过如此这般的合意”作为一个过去的事实,总能得到相应地尊重。但另外,即使这种合意作为过去的事实得到认定和尊重,却不存在将其理解为“法”或裁判规范本身的制度安排。对于处理如土地买卖或分家析产等问题,只要在形成合意立下契据的同时,主要的处分行为就已经完成,上述的一般情形也许还不至于带来什么隐患。但是,就“将来履行”类型的契约来讲,在现时间点上有的只是双方通过言语的约定,现在就先根据这个言语上的约定支付金钱,然后把实现约定的其他部分留到将来履行,当然对此无论谁也会感觉不安。当面临这种类型的合意时,上述那样的制度环境就可能表现出明显的弱点。

但旧中国既然也是商业社会,那也就不可能不使用这种契约关系。事实上,不仅是商业交易,就是在普通人之间,以消费借贷(日后再还钱),租佃(今后每年收获后向地主缴纳一定的租子),承包承揽(在某月某日完成某种作业)等为内容的形成合意缔结契约也是普遍存在的现象。那么在哪些场合,究竟人们是如何减轻或降低这些契约关系所必然伴随的不安定性,又是怎样获得参与这类交易时所需要的最低限度的安心感呢?诸如此类的问题自然地会涌现出来。

毋庸置疑,虽说没有强制履行的外部制度,但并不是说这种契约关系本身就是不可能的,已经约定的合意也不会全部或轻易地遭到践踏。人们因为考虑到相互间的利益才进入交易关系,因此总会朝着履行的方向努力。即使不能强制性地从不遵守约定的人那里夺回应得的利益,但至少还存在今后再也不与此人交易的选择机会。总之,如果是从长远考虑的话,对于当事人来说契约的履行才是最大的利益。单是靠

信义就已经足够担保相当一部分交易顺利进行了。不过问题在于,另一部分不能单凭诚实信用的交易有无什么办法来给予保证呢?

关于这个问题,美国学者布洛克曼(Brockman)以19世纪台湾的“商事合同”为对象进行过详细的研究。^[9]他着眼于在缺乏国家通过审判强制履行来提供担保的情况下,社会里的商事契约秩序仍然良好地运转这个事实,认为其原因主要在于“契约的自己执行(self-execution)的性质”。即为了促进履行而形成的种种制度安排并不依赖外部,而更多的是被有意识地组合到或“嵌入”了契约的内容、订立契约的过程之中。布洛克曼指出:“台湾的契约通常按照依靠自身相关条款的内容来促进履行的架构来缔结。得到广泛使用的是定金条款,即买方预先支付卖方一定数额的金钱,如果买方最后没有全额支付货款,则这笔定金就被没收。定金数额依交易的种类呈现出很大差异,从一般商品价格的10%,到粮食买卖时价款的80%。这种定金发挥了担保履行的功能,如果买方违约,不待法庭介入就能起到赔偿卖方损失的一定作用。除了定金条款,其他的相关条款也往往尽可能地按同时履行或相互制约的方式来加以设计。例如,约定一手交钱一手交货,或双方都各自履行到一定程度,待对方做相应履行后再履行下一步,等等。在缔结借贷合同时,居于双方中间的保证人起到强力的担保作用”。

这些方法和特征不限于商事合同关系,在很多将来履行类型的契约中也是常见的共通事实。例如,租佃关系中的“押租”习惯就是一个典型的表现。

不过,这类做法如果与前文叙述的英国法上通过公权力对交易行为的介入而使“未来被现在化”的制度装置相比较,则可以理解为由当事人之间通过协商,将不确定的“遥远的长时段未来”细分为在当事人

[9] Brockman. R. H, “Commercial Contract Law in late Nineteenth—Century Taiwan”.

Jerome Alan Golden, R. Rande Edward, Fu—mei Chang Cheff ed. *Essay on China's Legal Tradition*, Princeton University Press. 1980.

之间现在就能处理的“眼前的短暂未来”。定金的给付是为了始终维持当事人之间履行的并列关系这种均衡状态。将一年的租金作为押租预先交纳的做法,从一方面来看是对将来缴租的担保,从欠租时被用于抵销的侧面来看,又好像与一开始就以押租的代价购买了一年的耕种权没什么区别。总之,当时的人们似乎总在想方设法地力图把将来履行的契约转化为眼前就立即实现的财产等价交换,越是做这样的努力,为此而创造出来的办法越多,契约本身的性质就越来越从将来履行向眼前履行的方向转换。

此外,还存在布洛克曼未曾提到的另一种回避风险的方式,即租佃关系向共同经营方式转化的倾向。如作为租佃耕作方式的一种,有所谓“分种”的做法。按这种方式,地主与佃户之间的关系就好像不再是土地的租借,而是地主出土地佃户出劳力,以此为资本而形成类似共同经营的关系,产出则按出资比例在两者之间进行分配(各自接受分红)的关系。的确,通过这种方式,利益和风险都可自动分配,能够有效地减少双方对履行的不安。通过这种租佃向“合营”的转化,就减轻了一方或双方当事人对“现在花钱购买未来”的疑惧,有助于他们形成“随着时间推移共同感受未来”的安心感。

结果,在旧中国的这个体系之下,大概谁也不敢投身于过分远离现在的未来。而且大家都承认这才是合理和自然的状态。不过同时,正如滋贺秀三早已指出的那样,这样一来虽然资本主义,或者说一定规模以上匿名的投资,如股票市场或股份公司那样的资本积累恐怕很难出现,但是对于普通的社会生活和市场交易来讲,这样的制度安排应该就足够了。^[10]

结语

最后,对本文的关键词“契约”这一概念所蕴涵的问题做一个简单

[10] 滋贺秀三:《清代中国的法与裁判》,创文社,1984年。

的整理。

立足于上文中的探讨不妨指出,当我们想到“契约”这个词的时候所考虑的内容,往往有无意识地把两个要素或两种命题混合在一起的倾向。即:

A. 契约指一个个主体相互间自觉地基于合意而形成一定社会关系的行为。这是一种把社会关系看作人为结成并得以维持的现象的理解。

B. 契约指过去一旦成立的客观的约定反过来调整、规范现在的现实状态的因果关联。公权力通过审判制度应当完成的任务就是使这种关联得到实现,或保证过去的约定成为现实。

西方近现代法律上的契约概念,意味着“因 A 命题而得到的结果由 B 命题来加以处理”,或者也可以说是“按照 B 的形式性要求对 A 进行操作”。这里的 A、B 两要素在近现代法律中结合为一体。并且这两个方面在逻辑上统一于当事人自由的意思表示,或强力地受到具有自我同一性的主体意志制约。个人的意思表示或意志既是自由选择的基础,同时将来也是对个体自我最为强劲有力的约束。两者之间不可分的性质看上去是自然而然的。

但是另外,正如上文所展示的那样,中国传统的契约中存在着 A 要素,却不存在 B 要素(或者说至少其不具备西欧法制史上所能够期待的那种强度)。从这样的历史事实出发,在逻辑上对 A、B 两命题的关系再加考虑的话,则可以说 A 并不一定要求 B 的结果, B 也未必只限于以 A 为原因或前提。这二者虽然不无关联,但却都是各自独立的变量。

通过合意形成社会关系,并不一定完全等同于预先确定地分配将来可能的环境变化带来的任何风险。根据情势的变迁随时间推移动态地重新调整社会关系本身这样的行为,确实与 B 命题相抵触,却并不一定违背 A 命题。而且,无论缔结的是 B 要素如何强烈的契约关系,归根结底其所能支配的仍仅仅是双方当事人的关系而已,对于双方当事

人的未来这个现实环境本身却难以真正控制。任何将风险归于一方的关系都像是一种赌博,带来很可能是与 A 所理想的社会形态不一样或与其相违背的结果。B 要素未必总是与 A 要素是统一的。

本文开头部分提到的“把近代西方契约法作为当然的历史到达点”这种单线的一元史观所存在的问题或缺陷,恐怕就在于把 A 与 B 的重叠视为人们相互合意的“本质”这一观念。这也是导致对东西方文明的公平比较变得非常困难的最大原因。

因此,与其将传统中国的契约秩序与国家的关系以“AB 重叠型 = 因果关联型”的观念为参照,仅仅视为一种法律保护不充分或未发达的状态来讨论,还不如将其理解为另一种对合意及契约的认识,以及以此为基础的公权力介入方式。传统中国的契约有着上述种种自身的优点与缺点,但是其状态大概与西方契约法史的任何一阶段都不相同。

明清时期法秩序中“约”的性质*

一、明清法制史研究与“约”的问题

1. 法的领域与契约的领域

从明代到清代,“法”这一用语首先指皇帝发布的以《明律》、《清律》为中心的成文法典。这些法典就各种各样的恶行应处以何种刑罚作出了全面而有体系性的规定。法典的权威最终来自皇帝,官僚们在行使刑罚权时被要求严格遵守这些法典的规定。所以,如果仅仅着眼于成文法典,则所谓“法秩序”指的就只是皇帝以官僚为执行机构对民间发生的种种恶行坏事进行惩戒,即所谓“信赏必罚”的过程。从逻辑上讲,其成功的最终标志就是人们不再做任何坏事,从而法也就失去了自身存在的必要。

但另外,如果把所谓“法”或“法秩序”理解为人们不直接依靠暴力而通过语言和交往形成秩序的行为总体,则关于明清时期法秩序的讨论就有了另一个层面。本来无须说明,明清时代的社会并非处于人们只要不做坏事,现存的秩序就可以照原样无限

* 原载沟口雄三等编:《丛书:站在亚洲思考》第四卷《国家与社会》,东京大学出版社,1994年。王亚新译。

延续下去的静止状态。相反,那里呈现的是一幅变动不居的图景:因诸子均分的家产分割制度,家庭财产不断地化整为零;一个个孤立的家庭必须设法在此条件下维持家计或尽力争取上升,在它们之间随着其经济地位的沉浮,土地财产极为频繁地转移;人们为了谋求经济上或生活保障方面的相互帮助,还不得不与他人结成各种各样的社会性关系。只要是接触过明清时期民间文书史料集的人,对于当时的一般民众在日常生活中如何大量地写下和交换称为“契”或“约”的书面材料,对于大部分日常生活或日常的社会关系是如何依靠这些相互性契约来支撑的,必定都会得到深刻的印象。^[1] 在此意义上,完全可以说正是这些契约关系构成了明清时期法秩序的实体部分。

例如,作为全部农业生产的基础,土地关系首先就是建立在契约之上的。土地的每一次买卖、每一次租佃,当事者都要订立契约。而且为了从事农业、商业、矿业或手工业,当时的人们常常各自拿出一定的资本和劳力进行合股经营。这种时候通常会写记载有出资份额和分红约定等内容的“合同约”,按合股者人数作成一式数份,附上证明同为一式的印记,股东们分别联署后各执一份为据。

通过“合同约”建立某种持续性关系的尝试并不只限于经济活动,而且也涉及生活中一般的互助关系。在契约文书史料集中可以看到记载如下内容的合同约:为了举行葬仪时相互帮助,8个人结成了“清明会”共同购买土地,^[2]四姓之间因“祀神演剧之需”而成立了“卞王古

[1] 关于契约文书的收集整理和文书史料集的出版状况,参见岸本美绪“明清契约文书”,滋贺秀三编:《中国法制史——基本资料的研究》(东京大学出版会,1993年)。

对“某契”和“某约”这两种名称的差异,没有强调的必要。实际上如“卖契”和“卖约”之间并没有法律效果上的差异。不过相对于“某契”,总可以发现存在具有类似内容的“某约”,反之则未必如此。由此看来似乎可以说“约”字广泛地用于人与人之间作出相互安排的一般场合,其中特别是有关于土地买卖等性质较重大的安排,且当场作成文书交付对方(一般是买方)作为今后管业凭据的场合,则人们更倾向于使用“契”字。

[2] 嘉庆十一年“朱太常等清明会稽查约”,《清代乾嘉道巴县档案选编》(四川大学出版社,1989年),252页。这个清明会似乎在乾隆四七年就已创立,史料集中的“约”是嘉庆十一年对该会的宗旨再一次确认时所立。

会”并购置了田土山野，〔3〕同一宗族的44名成员“同心创立”一项基金，以资族内春秋的祭祀之用，〔4〕等等。这种合同约有时以碑文的形式出现。例如，咸丰三年广东的“悟洞三股乡约碑记”，就是记载了属于同一宗教圈的“各村衿耆父老”为了减轻三年一轮的保正公务负担，“联一乡约社，捐资财、置田产”，并使用其产生的利息雇人来承担保正业务的一个合约。〔5〕如果再浏览一下地方志等文书，还会看到如“澎人有所谓父母会者，或数人，或数十人，各得其类立约。何人丁忧，则会中人助理丧事。各贖以资，视所约多寡，不得短少。尤睦姻任恤之遗意”（澎湖厅志卷九）之类的记载。〔6〕从中可知农民们当时在现实生活中是如何根据需要通过“合同约”及由此而结成的“会”来展开各种多样互助关系及活动的。〔7〕

总之，同其他文明的法文化一样，明清时期的中国法中契约和法律本身同等重要，它构成了法秩序另一个不可或缺的侧面。不过也要看到，仅仅把法律和契约作为两个不同侧面的话，要在它们之间找到具体的接合点几乎是不可能的。如“国有律例，民有私约”这一谚语所显示

〔3〕“金汪陈宋四姓轮管租银议墨”，《明清徽州社会经济史料丛编》第一集（中国社会科学出版社，1988年），569页。这件契约书本身是设立会之后过了一段时间由四姓十户人家聚集在一起做成财产目录时所订立的。

〔4〕“歙县黄氏春秋二祭祀会合约”，同上书，578页。

〔5〕“悟洞三股乡约碑记”，《太平天国文献史料集》（中国社会科学出版社，1982年），348页。不过碑文末尾有“前人碑内有名者，累代子孙，毋庸均派保甲公费。但与伊兄弟叔侄无涉”的记载，表明这个乡约的效果并不覆盖整个村落。

〔6〕根据戴炎辉：《清代台湾之乡治》（联经出版事业公司，1980年），341页所引用的史料。

〔7〕“会”或“社”在旧中国农村生活里的重要性向来为旗田巍氏所反复强调。他曾指出，“华北的村落里，普遍存在着由于农民共同生活的需要而产生的‘会’或‘社’。这种团体是农民们在从事如农作物的看守、庙里的祭礼、节令的种种庆事、金融、娱乐以及村庄事务的处理、还有生活方面各种共同活动时，根据不同需要而形成的结合，也是他们集体生活的一般存在形式。”旗田“华北村落里以庙祭为中心的会”，小林弘二编：《旧中国农村再考——探索变革的起点》（亚洲经济研究所，1986年）。关于这种互助性团体根据需要的功能分化以及社会关系选择的多样性或多重所属性的观点，在日本的学说史上，构成了对试图按日本历史上“村落共同体”的框架来考察旧中国社会这样一种方法的批判。关于这一点，还请参见注〔27〕。

的,法律基本上由国家,具体说就是由皇帝和官员发布实施的东西,绝非一般民众所能参与。另外,庶民相互之间所立契约尽管在官员审案时可能大体上得到尊重,从当时关于法的一般观念来看,民间的契约关系本身却是不会作为法的问题而正面提出来的。日本的明清法制史学以前也一直以这种法和契约的分离、对比作为不言而喻的前提,基本上把两者看成性质上完全不同的对象来进行考察。^{〔8〕}如果把这两个领域的不同逻辑单纯地延伸下去,就可以顺理成章地得到以下这样两极对应的理念型图景。即一方面是以皇帝为顶点,其不证自明的权威统治着全体人民,而法律则作为其统治手段的政治支配空间;另一方面是在皇帝“一君万民”式的一元性同等支配下,同时又通过相互合意结成种种社会关系的人民以及他们以契约为媒介而形成的经济生活空间。但是,随着研究在这个方向上的进展,反而产生了官和民、垂直性的社会整合和水平性的社会结合、“国家”和“社会”之间在逻辑上出现越来越深的鸿沟这样一种悖论。^{〔9〕}

2. 考察“约”的视角

如果着眼的不是典型事例而是处于上述两极之间的“边缘性”事

〔8〕 关于日本战后对明清时期“法”的研究史,参见拙稿“日本的清代司法制度研究与对‘法’的理解”,《思想》792号(1990年)(已收入本书——译注)。关于“契约”的研究史,参见注〔1〕岸本论文。

〔9〕 顺便说,在这里想作为问题来展开讨论的并不是法律与契约具有各自不同的根据这一命题本身。更重要的理论问题发生于进一步追求两者各自的具体根据究竟是什么之际。如注〔8〕拙稿所介绍的,战后日本的明清法制史研究逐渐弄清楚了旧中国的“国法”并不是为统治者和被统治者所共有的审判规范。而且滋贺秀三氏还指出,不仅国法,就是民间的惯例也不是“虽然不成文却客观地存在于社会中的规范”这一意义上的所谓“习惯法”。在这个见解的基础上他进一步考察了旧中国法文化的整体性质并提示了如下的见解:“把法作为在相互争执的两个主体之间严格地划定权利义务的准则,使这样的准则实定化从而创造一套能够对应于人民生活的全部局面、给任何纠纷都提供确定性解决的完备体系——即创制出完备的实定性私法体系这样一种构想”,在旧中国的无论官还是民的思维方式里,从来就不曾存在过。滋贺:《清代中国的法和审判》(创文社,1984年),367页。但是,越是考虑到契约的广泛存在,就越有可能提出与上述见解不同的另一种观点。即至少在契约的当事者之间存在“共有的客观规范”即契约文书。这两种观点究竟相互矛盾还是可以相容?本稿最终想解决的就是这个层次上的问题。

例,则明清时期存在的社会状况无论在概念上还是在实际状态上都很难用两极对应的图式来加以把握。例如,以下将介绍的在所谓“乡村大”范围内形成“约”的种种事例,尽管从形式上看很多都是以“合同约”,即相互合意的方式来定立的,但其内容却往往有包括处罚条款的禁止性规定,因此又近似于“法律”。而且这样订立的规范有时还超越合同约直接参与者的范围,声称对整个乡村拥有拘束力。在这个意义上,合同约表面看来是通过相互合意订立的契约,实质上却往往带有有势力者针对该地域其他居民单方发布命令的性质。当然,虽说这样的“命令”不过是“民”之所为,不能与皇帝赋予权威的官“法”相提并论。但反过来,把它们看成具有对等地位的庶民之间缔结的水平性契约关系也有困难。不用说,所谓一般庶民相互之间不存在政治性支配关系的观念只不过是一种理念性命题,现实可以完全是另一回事。

再者,如果考虑到中文的“约”字还有以下用法,不得不说即使在概念层次上也不能轻易地把“约”的含义与契约等而论之,也很难简单地把契约和法作为现象的不同两极来加以对比。

明清时期地方官发布的禁令中,有时可以看到“着族长约束族人”等语。这里的“约”字并不意味相互的契约行为。^[10]此外还存在不少官员“给禁约”、即向人民发布禁令的例子。所以说,具有规范内容的文书冠以“约”的名称,却不限于民间的契约,有时其性质更近似于“法律”。如果上溯到战国秦汉时期的话,则“约”的用法更是主要在于禁止命令之意。关于这段时期“约”字的意思,存在增渊龙夫“论战国秦汉时期集团性的‘约’”这一权威性的研究。以下依照这篇论文简单介

[10] 关于这里所说的“约束”具体怎样实施,缺乏史料说明。但类似的其他史料有“寄住流民,各听房地主约束”,或“乐户家奴及佣工佃户各属,房地主挨查管束”等记述。从这些记载可以推断,“约束”并不是“通过约定加以管束”之意,“约”和“束”一样指的都是地位较高者直接指挥控制地位较低者的情形。因本稿旨在考察社会本身,对家庭内秩序不多加涉及。但确实不应忘记家庭内经常存在的是家长单方面命令和控制的情况,而且家长的控制有时还超出家庭范围。

绍一下“约”在当时的用法。^[11]

当时，“约”字或“约束”意味着单方面的命令、禁止和拘束。军事集团的长官“约束”士卒就是发布军令并以刑罚强制他们遵守，而“约”指的正是军法、军律本身。这种“约”具有要求得到遵守的明确内容，必须事先对士卒们“三令五申”，一旦发布就具有拘束力。总之，这里所说的“约”完全不存在理解为相互之间通过合意达成协议的余地，指的就是长官宣示罚则、统率士卒的行为以及所宣告的命令或罚则本身。

但据增渊氏的研究，当时使军事集团结合在一起纽带又不是专制或纯粹强权性的，而是一种“建立在相互信任人格的基础上，从内心产生的侠义感情式结合”。于是他的考察就集中在“概念上”不同的命令约束和相互信任两个方面在现实的历史场面下是如何融汇在一个社会关系之中而不发生矛盾冲突、这种融合又是通过何种结构而实现的等问题上。接着，他逐次考察了其他有关“约”的种种事例：首先，汉王朝统一之后为了统治帝国而发布的法或律令往往表达为“约”（如“约法三章”或“以三章之约制之”等）；其次，皇帝家以及民间豪强家中的家规也称“家约”；最后，群居聚落中为了实行水利、农耕和集团性自卫等公共事务而由该聚落的领袖一方宣示的规范也称为“约”。从这些事例看到了其共同点都在于“感情上的结合”。即强调在士卒与军事长官、一般居民与“父老”以及他们与聚落领袖之间，“尽管采取外部强制的盟誓等形式，更主要还是依靠内心感情的人格性结合”。例如，东汉末年田畴在自己的移民聚落里宣示规范的过程就采取了以下的顺序：田畴在移民大致安定下来时把“父老”们召集在一起，陈说公共性结合的必要，并要大家推举“贤长者”为领袖。父老们“曰善”并一致推举了田畴。田畴接受推举，即“为约束”，宣示了一些规范要大家共同遵守。于是，“众皆以之为便，至道不拾遗”。正因为有人格上的信赖，众人推举的领袖即使单方发布或宣示命令——“约”，其规范性拘束力

[11] 增渊龙夫：《中国古代的社会和国家——秦汉帝国成立过程的社会史研究》（弘文堂，1960年）。

也能得到来自感情上的支持或强化。作为结论,增渊氏最后指出,从历史上看,由于春秋中期以后氏族纽带和“歃血为盟”等对等的巫术性结合方式已不能继续在整体上维持政治秩序,于是逐渐产生了上述众人以人格或感情上的信任为基础推举长上,再由他单方地“约束”集团成员的方式。这种通过“合约”性的强制来形成秩序的方法终于逐渐地压倒和取代了原有的社会结合方式。

增渊氏的以上研究把战国秦汉时期存在的军约型的“约”作为主要对象,且研究的重点并不放在对“约”这一概念自身的探讨,而放在单方面下达命令的首长领袖所具有的权力基础或根据之上,因此与本稿关心的方向是不同的。但他的这项研究同时又包含了一般关于“约”的丰富知识和深刻见解,能够给我们以明清时期为考察对象的研究以种种的启示。如果把重点放在“约”本身的含义上来重新理解上述研究成果,关于概念间的关系我们至少可以得到以下的启示。

首先,无论并非双方相互的契约性合意而是首长单方发布命令或宣示罚则的“军约”,还是处于对等地位的人们之间通过合意而形成的“盟约”,在中国的传统上都共同使用一个“约”字。从这一事实看来,“约”自身是跨越两者的上位概念,显然意味着两个不同现象中某种共通的东西。从法制史研究的角度着眼于规范方面考虑的话,恐怕只能说这种共通的东西就体现在一定范围内的人们通过某种方式而达到了共有一个行为准则或赏罚标准的状态。无论军约拘束下的士卒还是盟约的当事者,都处于这样一种状态。所以,那里存在的共通准则或标准有时就直接称为“约”。于是,这两种现象都可以理解为达到行为准则统一状态(即被“约束”的状态)的不同过程,或视为具体订立、形成共有行为规范的不同方法。从春秋到秦汉时期,作为人们使彼此之间的行动服从于同一标准的做法,一个就是对等的当事者缔结“盟”或“约”的方法,另一个则是集团首长或领袖单方面地宣示“约”并强制进行约束的方法。前一种做法在当时的政治状况下往往主要依靠神明的力量来保证其拘束力,随着对神的畏怖或信赖逐渐淡薄,这一做法也就渐渐

地失去效果。但另外,要实行后一种做法,则要求宣示规范进行强制的主体必须拥有一定的背景或资源。例如,也有可能通过武力恐吓或恐怖政治来实行,逻辑上存在种种可能性。战国秦汉时期的军伍中,发生现实拘束力的背景在于士卒和将领们对于宣示“约”的主君具有人格上的归依关系。

总之,把视野扩展到这里,就可以看到简单地把“法”和“契约”作为两种不同现象,而且因有“约”这一字样就把乡村范围上所谓“乡村大的约”视为与契约同类性质的观点显然是成问题的。在历史上,称为“约”的种种现象,实际上都是人们为了形成某种共有规范或为了使彼此间的行动达到服从某种共有规范的状态而作出的努力,或者说也就是通过这种种努力而形成或达到了共通行规范的社会存在形态总体。就明清时期而言,不仅乡村大的“约”如此,即使是位于法秩序两极的“法律”和“契约”,也不过是这种传统的动态在一定历史过程中的具体表现或归结而已。以上的讨论构成本稿最低限度的出发点。

3. 明清时期行为准则的共有形态

首先,如按照上述框架对明清时期的状况进行一下整理,则可以很容易地看到,明清时期的国家成文法秩序基本处于战国及秦汉时期出现的帝制国家原理之延长线上,这个原理的内容就是主君单方面地宣示某种行动基准,并通过这种方法来强制性地把人们纠合在一起(“约束”)。虽然明清时期的法律已不是“三章”那样简单的东西,而已经形成了律和例组成的庞大体系,但到目前为止的研究证明,追根溯源的话,这一体系的根本渊源仍来自于皇帝单方面的意志。^[12]所谓“法”只是为了便于皇帝统治人民而存在的工具,而非人民能够以此作为根据向权力方面提出任何要求的基础。在这里并没有讨论君和民之间契约

[12] 参见前揭注[8]拙稿。

应该说,本稿并不是关于一个个“约”具体内容的实证研究。史实和史料基本上以所引用的先行研究成果为基础,本稿没有提出新的材料。由于着眼于宏观结构的分析,恐怕还有可能未能充分反映出先行研究在史实细节等方面的成果。但是相信这种概念性、整体性的分析对于今后实证性的个别研究也是有意义的。

关系的丝毫余地。而且到了皇帝的权威广被天下,即“一君万民”的帝制后期,单方面地宣示法律的正统性为皇帝所独占。皇帝的权威已不必再依靠任何个别或具体的“相互信任关系”,而建立在天命这一具有超越性逻辑的意识形态基础之上。

但同时,在皇帝一元化的支配下,人民相互之间也大量缔结具有“相互对等”性质的“约”。当然,由于帝制秩序业已完成,像春秋战国时期那样独立自生的权力主体之间政治性的结盟也失去了形成国家政治秩序的意义和存在的可能。另外,明清时期这些不带政治性的经济关系,只要作为日常生活中反复发生的契约现象,无须神明的力量,只靠“礼尚往来”的精神就获得了相当程度的保证或安定性。

结果,“根据对等者相互合意而产生的约”和“由享有较高地位者单方面作为规范宣示的约”在体制理念的层次上就分离开来。即这两种“约”不再是同一现象中可以进行选择的不同方法,而已经成为区别不同现象世界的两种原理。一方面是以“一君”为中心而形成的“国法”体制;另一方面则是“万民”处理日常生活关系的“私约”世界。在这里出现了两个基本原理及其作用范围都大不一样的现象领域,并构成了上面已提及的把“法与契约”作为分离的两极来看待这一观念的基础。

但是,如果不从理念而从实际状况的角度来看,超出个别具体的契约关系,同时比起国家行政区划来其范围又较小的乡村这一社会空间中,存在着无论“法”还是“契约”都很难完全包括的种种事态。这些事态的存在对于考察明清时期法与契约这两极性原理之间的关系,以及对于了解不能用这种原理的两极性观念来加以把握的实际情形提供了一个重要的研究领域。以下,我们将介绍一些乡村层次上的“约”的事例,同时确认那里存在着“自上而下的命令(约束)”与“基于相互合意的和约”这两种契机的混合状态。接着我们还要对在内部结构上结合了两种契机的“约”本身的概念进行探讨,弄清旧中国的法秩序以及规范结构中命令与合意具有什么样的内在关联。最后,在这些讨论得到

的知识基础上,就“法”与“契约”这两个看上去并无直接联系的现象形态在明清时期社会的行为规范整体结构内占有何种位置这个问题,再简单地做一些反思。

二、乡村层次上“约”的存在形态

1. 乡禁约

在乡村范围内形成的“约”首先可举出乡民们所缔结的村规。在史料上,这些规约往往以“某某约”、“禁约”、“乡约”等名称出现,一些研究则称其为“村规、乡规、民约”等。以下为方便起见,把它们统称为“乡禁约”。

在明代的史料中还未能发现这种“约”的实际例子,但在研究者统称为“日用百科全书”(尺牍)的类书里,尤其是把契约文书的格式收集在一起的这类书里,可以找到不少乡“禁约”的例子。以前,仁井田陞教授在《元明时期村庄的规约与租佃证书及其他》这篇论文中曾以四十三种尺牍为素材,对这种约进行了较全面的讨论。^[13] 可以根据他的研究介绍几例。如《三台万用正宗》一书中“民用门”下的一项“乡约体类”,开头以“乡约”为标题的文章有如下内容:

本乡居民稠密而无他业,众皆赖农耕维持生计。故禾苗生长之时,各家宜各自关好牛马鹅鸭,不得纵放践人田土、啄人庄稼。“爰自某月某日会众议约以后,倘有无籍者不依条约,照例惩罚。如有抗拒不遵,定行呈首官府,众共攻之,以一科十。纵律无正条,其情可恶。必敬必戒。故论。”

该书同一项下的“禁田园山泽约”表现了建立更为紧密的组织形式时使用的格式。其内容是为了取缔践踏破坏山野的不良之徒,“会

[13] 参见仁井田陞:“元明时代村落的规约与租佃证书等”,《中国法制史研究——奴隶农奴法、家族村落法》(一)、(二)(东京大学出版社,1962年),《中国法制史研究——法与习惯、法与道德》(三)(东京大学出版社,1964年)。下面所引用的尺牍如无特意说明均为明代后半期的史料。

集一方宰猪置酒，歃血预盟”，定下新的禁约，“同盟之人皆在所禁之中”。这份格式还规定以后要每日巡逻，而且每月轮班交替时要开“交牌之会”。

乡里的民众汇集在一起，就乡村的日常生活相互约定立下一些具体的规则或罚则（“会众议约”），同时通过这种行动达到共有某种规范的状态，有时还形成较为紧密巩固的组织。从这些格式可以想见到的就是这样一幅图景。

但是，并非上述格式的全部都符合这一想象的图景。例如，《云锦书笺》一书中的“坟山禁约”一项具有如下的内容：“立禁约人某等”于某地有祖坟山一处，近来屡遭盗伐。于是，“会集族众坟邻护近人等，置酒告明设立严禁”，此后不得入山采伐草木，本家子孙分派巡守，邻里则应相互看视。若再有窃盗之事即行送官究治，“为此特禁，决不轻宥”。确实这里也进行了“会众”，但“约”本身与其说由与会的人们共同订立，还不如说是坟山所有者为了禁止盗伐自己的山林而单方面作成并向与会者们宣示出来的书面格式。实际上，这种约的格式在内容上与元代刊行的《事文类聚启劄青钱》中“占墓山榜式”，即墓山所有者为悬赏举报盗伐、对盗伐者则宣告送官惩处而立的告示格式没有多大差别。

在《三台万用正宗》一书里还有如“禁盗田园瓜果菜蔬约”这样的格式，虽然冠名为“约”，且与上述“乡约”、“禁田园山泽约”规定的内容基本一样，但以“某境为禁约事”起头，接着列举蔓延于该地的种种恶行并宣称“理合给约通禁”，若行恶事者再不洗心革面、立即改悔，则定行严惩不贷，最后以“如此使人心知所忌惮”结尾，诚如一般的告示格式。关于想定谁是“给”此约或告示的主体，这里并未明示出来。但从文章所显示的方向看来，可以说表现了被自明地认为居于社会上层的

乡里头面人物向乡村内全体居民发布或宣示地域性规范的行为。^{〔14〕}

总之,从尺牍类中看到的明代乡村之“约”,就其订立的主体而言,既包括“会众议约”那样接近于“对等者通过相互合意而订的约”,又包括一部分人(不一定是上层人物)单方面所立的“告示”,还包括如“给示禁约”或“通禁”所表现的,类似于“由享有较高地位者单方面作为规范宣示的约”这样的情况。反过来看,可以理解“约”这一词正是被用来概括如此广泛而不同的现象的。

关于清代,我们可以看到戴炎辉教授所收集的规约文书,而且还可以从这些乡村的“约”看到其具体的社会背景。例如,戴教授所介绍的咸丰十年“合约字”就有如下的体裁和内容:

自祖先移住台湾以来,数百年间一直保持了当地的安宁。但近年却出现了“奸宄由放纵,间有无知不法之徒,恃强籍端滋扰,擅敢纠恶,逾庄抢夺”的状况。为此,“会集我老东势等庄公议”,各自约束子弟,并立下严规。今后若有不法之徒擅敢借端结党滋事行抢,无论本庄他庄,应即鸣锣聚众拿捕。拿获人犯者有赏,因此负伤者给金养伤,有隐匿犯人者则严罚之。所需费用由受害者负担三成,其他七成“系通庄田甲均派”。人犯轻者罚款,重者送官。该合约字的另一个部分则列举了与明代尺牍中各种禁约相类似的禁止内容。

这是一件禁止村落内的个人暴力行为,并为了实施禁令而在整个村庄的层次上组成自卫组织的事例。从“合约字”这一名称也可看出其契约文书式的特点。事实上这件文书就是以能够包税的实力派人物“干事”黄粤钦和“业主”(清代台湾土地制度中的大租主)吴恒记为中心,会集了该庄40名“头家”(一般租主)议定的合同,在结尾还署下了他们全体的名字。从其形式可以想见到多数的主体聚集在一起进行商

〔14〕 这件史料的后半部分有“赴亭从公审治”,罚金等“入本乡某处充会”等记载。此外,同书“禁六畜竹贱禾苗约”也有“倘有无籍之徒,恃强之辈,出首言争,即投申明亭上,从公断治”等语,反映出其背景似乎是明代的里老人制度。

参见戴炎辉,前揭注〔6〕148页;仁井田陞,前揭注〔14〕《中国法制史研究——奴隶农奴法、家族村落法》,732页。

议,并把合意事项以契约或合同约的形式写下来的场景。这还令人联想起与上述明代“会众议约”时相仿佛的现实情况。

但是另一方面,在这里署下姓名的人们究竟在何种意义上代表全体村民仍存在疑问。此外从台湾北部一个地方衙门的卷宗《淡新档案》所包含,并由戴教授整理的另一件实例来看,即使就“合约字”的联署者们而言,他们之间的关系也未必就一定是对等者通过相互合意形成契约的关系。^[15]

例如,铜锣湾八庄同治十年的“合约字”,是作为向淡水分府知府“具禀”的附件而出现在史料中的。该合约字首先陈述了订立的经过,“予等目击时艰,爰集众庄等,议定规条”,且规定“凡在约内人等”若有蔑视约定、相互包庇等情形,即送官究办。而议约之后,“各庄诸姓,努宜父教其子,兄勉其弟,各安生业”。然后列举了与上述咸丰十年合约字大致一样的规约内容,在末尾有 27 人的姓名联署。

作为主要文件的具禀则有铜锣湾庄的联庄庄首以下 23 人的署名(其中 5 人也署名于上述合约字上),向官府提出了如下要求:如国家有“律令之政”,乡间也有“条约之规”,“规残而俗败”,致使近来地方上治安日益恶化。于是他们就“清庄合约联庄”一事聚而议之,“即日经众,举得妥人生员李逢年,公事谙练,为人诚实,兼有家室,可以倡联庄约束,办理公务”。因此举李为约首,着手取缔匪徒、维持治安(上述“合约字”估计就是作为公议的证据而与此具禀一起提出的)。不过,如果在拘捕匪徒时出现杀伤等不测的事态,在草野“固可执约而行”,“在朝廷,其何以凭见乎”?为了使官府不要把可能出现的这种事态视为一般的杀人伤害案件,特请求发给李逢年“约首谕戳”的公印,以方便他办理联庄事务、以靖地方。

对此请求,地方官最初还觉得“察核规条,尚属简妥”,只是关于拘得犯人的赏金和负重伤时的养生银等所需经费出处,只有“由公议给”

[15] 参见台湾银行经济研究室编:《淡新档案选录行政编初集》(台湾文献丛刊第 295 种)481 页以下,文书号码 12212。

或“由众酌议”等不明确的内容,所以令具禀者再行议定呈来。但对第二次呈上来的具禀,知府则指出虽然换了名目,内容却仍然暧昧,看来这不过是庄首等人以维持治安为名向庄民强征资费的“假公济私”行为。结果驳回了发给“约首谕戳”公印的请求。

从这里可看到,所谓“合约”的缔结往往伴随着“约首”的推举,而且成为约首的人能够“倡联庄约束”。这种行为,有时被地方官视为“假公济私”,是约首和他背后的某些庄民“武断乡曲,百姓反遭鱼肉”的一种现象而加以谴责。虽然我们能够得知上述合约字及其禀的情况只是这些,但缔结合约的行动背后存在着“约首”、庄首或其他村落里头面人物在地方上的结构性支配是没有疑问的。所以,即使把“约”限定在共同订立“合约字”这样的场合,仍很难断定这就是对等者之间形成的相互合意。有时候,订立合约的相互行为与居于上位者“约束”在他之下的众人这种单方面行为是重合的。

2. 乡约

从明代中叶开始,在一部分士绅或地方官的率先提倡发起之下,各地的乡村里出现了制定乡约的活动。^[16]这种乡约的出现可以追溯到宋代。北宋的吕氏兄弟首先在故乡蓝田发起制定乡约,南宋的朱熹将他们定下的乡约加以补充修订,成为“朱子增损吕氏乡约”。明代的乡约运动先是以朱熹的这个文本为范例,在同时代的王阳明发起制定并实行“南赣乡约”之后,该乡约又成为新的范本并流传开来。乡约本身

[16] 就史料上的用语分布而言,如《三台万用正宗》“乡约体类”的标题所示,“乡约”这一用语显然有时也包括“乡禁约”在内。而且从现实状况来看,随着乡约保甲制的形成展开,两者的区别变得更加模糊。不过,本稿着眼于这两个词开始使用时的差异,且为了分类的方便,按日本史学界的惯用方法,把“乡约”概念限定在以下讨论的“吕氏乡约”这一系统。另外,在中国史学界,存在如陈柯云“略论明清徽州的乡约”《中国史研究》(1990年第4期)这样把本稿开头所列举的契约性会约也包括在乡约之内加以讨论的研究。

的出现虽可追溯至宋代，但真正得到普及和实行则始于明代的这一时期。^[17]

“朱子增损吕氏乡约”的内容大致如下：首先列出“德业相劝、过失相规、礼俗相交、患难相恤”四大纲目。在组织方面，大家推举一名年长有德者为“约正”，再举学有所长、品行方正的二人为辅，并确定每月轮流当值。置下三册文书，分别记录情愿入约者的名字以及他们的德业和过失。“同约之人”在每日各自修身养性的同时要相互督促做好事和互戒过失（过失被分为赌博之类的“犯义之过”、未履行上述四大纲目所列义务的“犯约之过”以及没有努力修养的“犯修之过”）。每个月都要集会，在会上推举有德行者并记录在显彰之册上以资表彰，对有过失经规劝还未改正者由约正在会上进行教育，如果道歉和表示悔改，则仅记录于过失之册。至于累教尚不思悔改者，将被处以“出约”即开除的处分。此外，对于日常的交际往来和红白庆吊等事，同约的人应克尽礼节。如有人遭遇水火盗贼疾病困穷等艰难时，同约者应尽力援助。还有街坊邻里若有缓急困难，虽非同约也应鼎力相助。这种时候即使自己没有能力，也鼓励与同约的人们互通信息，一起考虑帮助的对策。如果在这些方面怠惰，则是“犯约之过”；反过来如果常行善事，则记入德行之册。

另一个作为范例的王阳明“南赣乡约”，开始的文字则稍有不同。“凡尔同约之民，皆宜孝尔父母、敬尔兄长、敬训尔子孙、和顺尔乡里、死丧相助、艰难相恤、善相劝勉、恶相告诫、讼息罢争、讲信修睦、务为良善之民，共成仁厚之俗”。不过，推举“年高有德为众所敬服者一人”为“约长”，置下三册文书并定期集会扬善纠恶等方面则蹈袭了上述乡约以来的传统。此外，规定了“同约之人，每一会，人出银三分，送知约，具

[17] 参见清水盛光：《中国乡村社会论》（岩波书店，1951年）第二篇第三章“教化的组织与乡党道德”。关于对乡约的理解以及众多有关乡约的先行研究，参见井上彻：“关于乡约的理念——乡官、士大夫阶层与乡里社会”，《名古屋大学东洋史研究报告》十一（1986年）。此外，以下引用的《朱子增损吕氏乡约》和王阳明的《南赣乡约》，可参见和田清编：《中国地方自治发达史》（中华民国法制研究会，1939年）“附录、资料编”。

饮食”，以及“无故不赴者，以过恶书，仍罚银一两公用”。可以看出采取的是缴纳会费和出席会议义务等具体运行方式。

由此可见，所谓的“乡约”，一方面从“乡里之约”或“犯约”等语也可看出属于规定了一定范围内成员在伦理上相互督促和生活上相互扶助等义务的规范、规约；同时在另一方面，从“情愿入约”、“同约之人”和“出约”等关于成员资格的三种典型状态看来，乡约也指有领袖、有成员名单、有内外之分的一种具体组织。将两方面合起来看，则可以说乡约的实体就是由集结在一定的规范之下、愿意遵守该规范的人们所构成的一种集团或组织。

从“吕氏乡约”最后规定的在非同约者遭遇困难时设法伸出援手这一点还可以看出，在乡约集团的周围始终存在着没有进入约内的人们，所以不能说这种集团的范围与整个乡村的范围相重合。此外，从这种集团所具有的一个个功能来看，如婚冠葬祭时互助的方面与仅为了举行葬仪而订立合约的“父母会”在功能上有着连续性，还有相互督促修养的侧面与绅士文人为了促进学习古典或吟诗作赋时进行交流所结成的“某社”（这种情况有时同样形成某种规约）有许多共通之处。在这些意义上，乡约可以被视为当时随处可见的一种结社或约会现象。

但是另外，在禁止赌博等恶习这一点上，乡约与如尺牍《五车拔锦》中所载乡禁约“禁赌博约”等又有共通之处。而“禁赌博约”则属于上述乡禁约第三类上位者单方面的“给示禁约”，此约以“为禁约赌博事”起头，宣告禁革赌事，规定有赌博恶习者须痛改前非，若不遵禁约轻者会众训导、重者送官究办。另外，从督促遵守规范的方式来看，乡约与另一尺牍《万锦全书》中“乡方禁约”的运行方式也颇有类似之处。此禁约也属单方面给示的禁令，但是因未设约首等主体来负责监督禁令的执行，而采取了把参加者分别划为几区“每月朔望置酒交会以唤醒众心”的方式来互相督促。再者，王阳明的乡约中提出，“亲属乡邻，往往有因小忿，投贼复仇，残害良善，酿成大患。今后一应斗殴不平之事，鸣之约长等，公论是非”。这个方面与上述台湾的合约字中禁止私

人自力救济的功能同样有共通之处。从这些意义上讲,乡约又与乡村中各种其他禁约性质相似。^[18]

关于乡约到明代末期及之后如何演化,根据学者们到目前为止的一些研究可画出其大致的历史路径。^[19]首先作为乡约中心的伦理规定为《太祖六谕》或《圣谕广训》等皇帝下达的谕旨所取代,其次讲解宣传这种谕旨的仪式逐渐成为乡约集会的中心内容。在组织主体方面,地方官主导型的乡约更为多见,与此相关,乡约的组织本身渐渐与保甲制结合,所谓“乡约保甲制”成为主流。进入清代之后,在这个方向上更进一步,乡约成了地方官指导下覆盖所有地区的国家制度。但是,虽然同以“乡约”冠之,在此名目下举行的活动却已演化为每月两次在乡村的公共场所招集民众进行圣谕广训的讲解宣传,即类似于钦定道德的宣讲会。至此,乡约已逐渐失去了明代中叶那种有具体的规约并包括一定范围成员的集团性质。而且,在这样的宣讲会上同时也进行律的解释宣传(《大清律例》吏律公式“讲读律令”,乾隆十年议准),乡约的实际存在形态也更接近地方官单方面发布告示或向民众进行法制宣传的情况。如果以上面使用的一对概念来形容乡约演化过程的话,则是发生了从“对等者通过相互间合意形成合约”向“上位者单方面宣示的约束”这一重心的转移,最后与宣传国家法令的内容完全重合这样一个历史过程。同时此全部过程也意味着,虽然有一些例外(如对应朝廷反复的强调督促,有时出现几位热心这种活动的地方官)但乡约逐渐成为一种具文。最后,所谓“乡约”更多表示的只是乡村里头面人物的一种职务称谓了。^[20]

[18] 三者在历史上具体的社会背景里究竟有什么样的关系成为另一个课题。这里不可能正面讨论这个问题。迄今为止对这一点最全面的涉及,可参见山田秀二“关于明清时代的村落自治”一、二、三《历史学研究》二卷三号五号六号(1934年)。

[19] 关于明末以后乡约的展开过程,参见清水盛光,前揭注[11],以及酒井忠夫:《中国善书的研究》(国书刊行会,1960年)。

[20] 乡约的这种事态与后面将要谈到的调解相关,但这里已无力涉及。关于作为职务名称的乡约,参见佐伯富:“清代的乡约、地保——清代地方行政的一个局面”,佐伯:《中国史研究·第二》(东洋史研究会,1971年)。

不过,如西川喜久子和稻田清一就广西贵平县的“安良约”所作的分析和详细介绍,清代后期在太平天国革命时期等社会状况动荡不安的情况下,为了与叛乱势力或盗匪对抗,各地乡村里又出现了和明末相类似的自发结社型乡约组织。^[21]在此意义上,上述的一般演化过程也只是一种长期趋势而已,在清代的各个地域,乡约如何出现仍然依具体状况而呈现出多种形态。

总而言之,围绕乡约而发生的实际情况,往往很难单纯用相互合意或单方宣示这两个极端来分别整理。乡约是一种连接或横跨这两极的奇妙现象。

3. 抗租运动中的盟约

明清时期关于抗租的史料中,可以找到一些有关“约”或“盟”的材料。这种“约”或“盟”同样涉及乡村范围内不特定的多数人,以下作一简单介绍。

首先可举经常作为抗租的代表性史料、明末崇祯年间黄中坚的“征租议”为例。“今乡曲佃民,无不据金演剧,诅盟歃结,以抗田主者。虽屡蒙各宪晓谕,而略不知惧。间有一二良佃愿输租者,则众且群起而攻之,甚至沉其舟,散其米,毁其家,盖比比然也。……诸绅士有田业者,皆恐犯众怒,不敢发言。刁风之可畏如此”。

从“诅盟歃结”等语可以看出,佃民们饮血向神佛发誓、相互结“盟”是推动抗租运动的一种方式。^[22]所谓“刑牲誓神”的同样例子还可以发现于以下的史料。“横金镇奸恶唐左耕……借蝗灾为由,讹言倡众,纠合沿湖三十余村,刑牲誓神,村推一长,籍罗姓名,约佃农勿输

[21] 参见西川喜久子:“十九世纪前半叶的广西社会与农民的存在形态”,《讲座中国近现代史》一(东京大学出版会,1978年),稻田清一:“关于太平天国前夜的客民——以广西壮族自治区桂平县乡约、保甲制的变革为素材”,《名古屋大学东洋史研究报告》十一(1986年)。

[22] 有时在这种场合,抗租运动的组织采取的不是神秘性“盟誓”而是一般的会约形式。如乾隆《乌青镇志》卷二有如下记载。“小旱涉涉,动辄连圩结甲,私议纳数。或演剧以齐众心,或立券以为信约。倘有溢额者,黠者遂众噪其家,责以抗众,否则阴中以祸。”根据重田德:《清代社会经济史研究》(岩波书店,1975年)186页引用。

租业主”（崇祯《吴县志》十一卷）。还有，“金邑沈掌得，起义团社，齐心吞租，有不从者，辄殴击之”（咸丰《当湖外志》）。〔23〕

不知是否由于史料作者对于抗租运动的否定态度，抗租者的组织始终被描写为一种暴力性的集团。在上述第一件史料里，结盟的民众对试图交租的佃户采取了沉舟毁家的暴力行动；第二件史料中，缔结盟约时推举的一村之长把全村佃农的姓名掌握起来，要求（“约”，即“约束”）他们不得输租。第三件史料也记述了对不愿“团社吞租”的人进行暴力攻击的情形。

因为史料有限，很难具体地确定这些攻击行为究竟只属于盟约组织内部的纪律规制措施，还是组织中的人员向外部行使的暴力行动。比如说，第一史料中被参加抗租运动的人们“沉舟毁家”的佃农究竟是否出席了“结盟”的仪式，第二史料中推举一村抗租首领的佃农们与“籍罗”在名单上的人们是否重合等问题都不清楚。但是，仅从以上记述也可以看出，这些运动一方面以相互间缔结的盟约为中心，却并不总是完全依靠自发的意志和互相合意而形成并维持的。在组织流动的边界上，经常出现以暴力迫使他人加入、以暴力防止成员脱落的场面。这些维持组织的手法可以说是一种常态，抗租运动的盟约确实可能时时伴随着暴力。

不过，如果着眼于众人聚会在一起缔结盟约并推举出首领来“约束”大家这一形式，则可以说抗租运动的“约”与上述铜锣湾八庄同治十年缔结“合约字”时的情景并无多大差别。就实际的状态而言，“合约字”中关于负伤者给金养伤的规定意味着一开始就想见到了执行“约”过程中可能发生死伤的情况。还有，乡禁约本身也常常显示出暴力行使的可能性。在这些方面，所谓“约”，无论是乡禁约、乡约还是抗租盟约，都体现出类似的性质来。

〔23〕 根据滨岛敦俊：“明清时代江南农村的‘社’和土地庙”，《山根幸夫教授退休纪念·明代史论丛》下（汲古书院，1990年）1332页引用。

三、乡村层次上“约”的内在结构

1. 合约的形成与规范的宣示之间

上面介绍了关于明清时期乡村层次上“约”存在形态的一些事例。仅就上述三种“约”而言,因为各自具有不同的性质和社会背景,如果着眼于差异的方面,完全可以把它们分开来讨论。但是如果着眼于那里共同行为规范的形成方式,则也可以说三种“约”之间存在某些内在联系或共通之处。

首先,无论是乡禁约、乡约还是抗租抗粮的盟约,其基础的一部分在于参加者们相互之间的合意是没有疑问的。乡里的人们聚会在一起议决禁约,或具有同样道德观念的人们基于相规相助的宗旨立下乡约,或佃户们在共同抗租的意图下通过歃血结盟的形式团结在一起,从这些现象可以很容易地看到存在着相互合意缔结合约的因素。

但另外,如果着眼于他们的活动所涉及的范围,则可以明显地看到也存在着无法以相互间缔约来说明的因素。例如,抗租盟约和台湾的乡禁约等场合,因不服从这些规范而可能遭受攻击的人们(输租者或违禁者),就规范本身的目的看来,并不只是自愿缔结了合约的参加者,也不一定是停留在通过缔约而形成的集团内部的成员。就乡约来说,如果与乡村保甲制结合的话,也超出了同一志向的人们自愿结合的性质。在那里,能看到一种广域性、强制性的宣示规范或命令的因素(即“约束”的契机)。实际上,无论在哪一种“约”的形成过程中,都可以找出把规范提示或宣言出来的特定主体,如乡约里的“约正”,抗租运动中的“起义”者或“讹言倡众”者,乡禁约里“目击时艰”而纠集众人开会、“倡联庄约束”并被推举为“约首”的人物等。实际情况往往是出现这样的主体,提倡某种规范,并把人们组织到一起形成集团的过程。

不过,仅仅着眼于命令、“约束”这一方面的困难在于,上述各种“约”与春秋战国时期经“三令五申”即发生效力的“军约”以及明清时期国家的法律之间,依然存在着一定的明显差异。

例如，作为乡禁约的一种，《一雁横秋》中的“地方禁约”开头写道，“朝廷有法律，乡党有条禁。法律维持天下，禁条严束一方”。接着，在陈述了近来乡禁弛坏的现状后，“目击斯祸，风俗日偷，居民受害，深为未便”的主体“某等”就登场了。从这些写法看来，此禁约颇类似于前文所述乡禁约的第三种所谓“通禁”的类型，即发起者单方面地发布或宣示禁令、规范的样式。但是另一方面，着眼于禁约的宣示方式，则该禁约与“会众议约”的第一种类型同样，采取的是“为此置酒会众，严立禁条”的方法，且后面部分把与会的人们称为“我同盟”。同类的《词林武库》中“地方禁约”则更详细地写道，“某等目击心伤，不忍俗漓民薄，思欲禁革……挽回风习，以靖地方，为此会众，宰猪置酒，歃血定盟，写立禁条，以弭后患”。虽说是宣示禁约，但仅仅单方面地宣布出来并不一定解决问题，还必须（即使实质上是强制性地）把众人邀集在一起，当场结盟缔约。此外，在某处有坟山一座的某人“严设明禁”的场合，即前文所述乡禁约第二种张贴告示式的类型中，情况也是类似的。同载于《词林武库》的“坟山禁约”描述了这样的情景，“于是鸣锣聚众，杀猪置酒，遍请山邻当年里老乡约地方，及本族长子孙一切亲朋，并管山人役，眼同开立禁条”。还有把会众称为“尔同盟”这一点也与上列乡禁约一样。

根据这些文章可看出，即使是特定主体颁布禁约的场合，作为缔结乡禁约的实际程序，总伴随着聚众结盟的方法。^[24] 同样的结构也见于抗租运动。在那里虽然存在着“起义”或“讹言倡众”的人物，但接着参加者们总是会进行“团社”、“刑牲誓神”的活动。在乡约的订立过程中同样存在着倡首者，但那里所谋求的并不是对倡首者的服从，而是“同约之人”相规、相劝、相交、相恤的关系。总之，这些“约”里，规范的单方面宣示并不总是意味着强制、“约束”的契机。

这样，乡村层次上的“约”中，可以同时发现上述“对等者之间通过

[24] 从这些史料很难看出禁约的给示者在结盟时扮演什么角色。如果设想给示禁约者本人也参加结盟的话，则给示禁约与第一种“会众议约”的类型即使从形式上也更加难以区分了。

相互合意缔结的约”和“居于上位者作为规范单方面宣示的约”这两种要素。而且,仅仅着眼于其中任何一种要素都不可能完整准确地把握当时的事态。

只要以这一类“约”为研究对象,总不得不意识到上述这两个方面。以前的研究,如仁井田陞关于乡禁约曾写道,“在清代,村庄里的规约由村里的头面人物会集地主义决……虽号称‘公议’,但从不与佃户们商议。即使形式上征询他们的意见,也不过是为了获得合作而采取的一种便宜手段而已。这种场合就算称他们为‘伙伴’,也不意味那里存在着平等的关系。”他还引用今堀诚二所收集关于行会的谚语“耆老一唱群相和”,指出在旧中国所谓“共同体”或“同道者的结合”内部总包含着“一种寡头支配以及对此的从属意识”。在这里可以理解他所意识到的问题与村落、行会的规约以及这些团体结构里包含的两面性正相对应。如果着眼于是否存在自发的意愿,则实际情况确实很难用纯粹的合意来解释,需要进一步的说明。像仁井田陞这样以“寡头支配”为基础来把握实际情况的话,确实只能把参加聚会议论的因素评价为“便宜性手段”了。^[25]

另外,研究者中关于乡约而展开的两种对立性见解,即把乡约作为国家针对明初里甲制衰退而采取的一种乡村统治政策和将其理解为“乡人们就自身的事务而约定的事项”或“乡人们的自治规约”这两种观点,其中有一部分与这里所讨论的问题相重合。如果看到集结在“一乡之约”下的人们绝没有创造出某种纯粹的水平或对等结合式的秩序,同时看到这也不单纯是以约正为顶点的礼制或政治支配性的命

[25] 参见仁井田陞:“中国社会的‘伙伴’原则和家族”,前掲注[14]《中国法制史研究——奴隶农奴法、家族村落法》394页,“中国的同族以及村落土地所有问题”,同上书686页、694页。仁井田氏把支配命令的契机作为中国式“共同体”的一种性质。但这之后学说的展开逐渐否定了这种共同体的存在,而提出中国社会结合的基本形式在于经济性功能性的互助关系这样一种观点。不过,在这个过程中,仁井田氏提示的支配命令这一契机并没有得到充分的讨论。关于中国社会集团或组织的性质,还可参见伊藤正彦“义役——南宋时期社会结合的一种形态”,《史林》70卷5号(1992年)。

令体系,则可以说两种对立的观点确实都各有其道理。^[26]

但是,这些见解的问题却在于,不能单纯地把“约”归结到“相互对等的约”和“命令性的约束”之中的哪一个方面,如果这样做就无法完整地把握事态的特殊性质。显然,问题的产生与“约”的实际状态所具有的特殊性直接相关。对两个方面采取二者择其一的态度或把一方作为实际情况,而将另一方看成意识形态的幌子,都未必是说明现象的合适方法。我们不必硬把现象框到某个侧面里去,而应当通过两个方面或两种契机如何结合的具体考察,把围绕“约”而发生的现象整体作为一个完整的结构来加以把握。以下,先从构成“约”中心部分的结构来开始考察。

2. 首唱和唱和

如上所述,乡村层次上的“约”在一个方面,即能够体现参加者自发性、主体性这一方面类似于其他一般的、经济性的会或约。尤其是作为抗租运动中心的盟约和明代中期以修养伦理为目的来相互督促的乡约,就其意图看来,有较强的结合力并由发自内心的自发性所支持这一方面是相当明显的。不过,就是从实质性的核心部分来看,这两种“约”虽说是建立在自发性基础上的结合,其形成集团的方式仍存在着与其他一般会或约不同的某些特点。

首先,一般的会或约,无论是合股还是钱会或为了举行葬礼时互助的“父母会”,总是在特定的目的下聚集一定数目的成员而设立,之后即使有成员的更替但一般并不考虑招纳新人加入,此外,在达到当初目的后往往即行解散。^[27]与此不同,上述乡村层次的各种“约”尽管在具体的时点上总是由一定范围的成员所组成;但在较长的时间段上看来,就会发现都有一种扩大自身范围的倾向或对外部感化、吸引的动机。

以明代中叶的乡约为例,从前述“出约”的处罚规定可知其具有严

[26] 参见井上彻,前掲注[19]论文,铃木博之:“关于明代徽州的乡约”,收入前掲注[25]《明代史论丛》。

[27] “父母会”、“钱会”等不用说具有一达到目的就解散的性质,但即使是本来以长期持续存在为原则的“合股”等结合形式,现实中往往也具有一种短期内就清算解散的倾向。参见村松拓次:《中国经济的社会态制》(东洋经济新报社,1949年)。

格的会员制度来划分约内约外。但另外,作为“德业”而举出的“能广施惠、能救艰难、能为众集事、能解斗争”这样的善行,却不局限在同约的人们这一范围内。就其组织形态来看,既然在规定“出约”的同时提到“愿入约者”,仅以发起时的参加者为限并不是这种乡约的特点,不如说其组织结构正建立在希望通过同约之人的善行或表率作用吸引“愿入约者”,并期待着今后这种人不断增加。在此意义上,乡约一方面是乡村里一部分具有道德主义倾向的人们为了彼此提高修养和互助而结成的一种“会”,只具有部分行动的性质;另一方面这个“会”自身作为一种启蒙组织在整个乡村范围内积极推进改善生活的运动,又具有向整体扩散的趋势。

同样的特点在前述太平天国时期的“安良约”里也可看到。在“安良约”中有不少关于这种结合对于乡村整体影响的记述,如“一时才智之士、殷实之家,相与联络以为之倡率,则愚懦之辈,有所依附而相引来矣”,“爰集绅耆、共商联约、以为联甲之先声”。“此风一倡,则善类奋兴,恶党渐息”,等等。^[28] 这里出现的也是少数先驱式的人物先结成约,意图以此为中心或重心来逐渐改变整个乡村的风气这一现象。

再以抗租盟约为例,不用说这种约具有把周围的佃农都卷进来力图扩大声势的倾向。不仅如此,与基本上依托现存体制而形成的乡约等组织不同,抗租的组织本身始终只是在抗租反乱的运动中存在,并随着运动的消灭而消失。不过,尽管有方向上的不同,这些约都有一种作为“运动”而存在、随“运动”而兴衰的性质。

其次,这些“约”在使内部意志统一的方法上并不只是单纯地取得相互之间的合意。

例如,抗租反乱的组织形成过程,史料显示出在那里构成盟约的核心部分绝不是作为一种自然发生的事态而形成的。上面已举过的史料“借蝗灾为由,讹言倡众,纠合沿湖三十余村”而结成盟约的记述就表

[28] “安良约第一碑记、安良约第二碑记”,前揭《太平天国文献史料集》345页以下。

现了这一点。数名首倡者首先倡导“今年遭蝗害，租应全免”，在佃农们群起响应的过程中逐渐扩大抗租队伍，到了一定阶段则“刑牲誓神”，举行了相互确认团结的仪式。换言之，参与者达到意志统一状态未必依靠相互间的商议确认，而是人们为某个或某些特定的首倡者提出的主张（当然一开始是单方面的）所打动，并群起相和的结果。所以，在那里产生的盟约，一方面确实是赞成首倡者主张的人们相互统一意志加强团结的一种方式；另一方面也具有反乱的领导者或抗租主张的首倡者招募同道并把他们结合到一起的“约束”行动这样一种性质。

同样的结构也见于明代的乡约。乡约也并不是自然发生的现象，而是以某个或某些具有伦理感召力的人物为中心而有意识地开展的“运动”。约的内容不同于当事者根据特定经济或社会性目的而分别具体地加以议定的合同或契约，其主要的骨架由上述中心人物“首倡”提出（也许是他个人的主意，也可能参考了某种范本）。对于乡约的参加者来说，这些内容基本上只是事先给定了的，具有先验的正确性，他们只有赞成的份儿。在史料上通常记述道“众推有齿德者一人，为都约正”（吕氏乡约）或“同约中，推年高有德，为众所敬服者一人，为约长”（王阳明乡约），描绘的是形成乡约的组织后由“同约之人”自由地推举选出约首的情形。但首倡者以外的人员被推举为约首的情况是很难想象的，没有首倡者的这种“同约之人”的组织本身就不可能存在。在此意义上，乡约也同抗租反乱的盟约一样，响应首倡者号召的人们集结在他的领导之下，具有一种“首倡”和“唱和”的结构。

上面已指出这些约的组织具有向外扩张发展的倾向，这种倾向完全可以与这里所说的结构联系起来加以理解。围绕“约”而形成的集团、组织并不是事前就具有共识的人们经过对等的讨论就能达成的结果，而是某个主体的首倡和众人对其唱和的过程。在此意义上，这种类型的集团或组织结构不能由其外延或范围而必须由其核心部分来加以说明。虽然特定的时点上可以根据对首倡进行唱和的人数来确认约的范围，但这不过处于过程的途中，这种组织的结构决定了其不断扩大外延的倾向。

如果用本文开头时提出的框架来进行整理的话,则这里所谓“行为规范的共有状态”既不单纯是对等的参与者通过交涉谈判而达到的结果,也不仅仅是事前就享有权威的首长单方面发布或宣示命令就取得的效果。行为规范的共有状态只是在特定主体的“首唱”和众人的“唱和”这种相互作用中逐渐形成。这一过程因为存在“首唱”的契机,所以区别于“建立在相互合意上的约”这种理念型;同时又因存在“唱和”的契机而与“命令型的约束”区别开来。如果简单地加以定义的话,不妨就称之为“建立在首唱和唱和基础上的行为规范共有状态”。可以说,人们通过“约”而结合在一起的这种状态构成了与上述两种理念型不同的第三种类型。

对事态的核心部分进行了这样的分析整理之后,再来看边沿部分,就能够获得一些新的视野和观点。

3. 自发与强制

从有关乡村层次上“约”的史料看来,既存在首唱者和唱和者构成部分集团的事例,也存在某些具有权威的特定主体针对一定空间内全体居民单方面发布禁约的事例。^[29]前者类似于一般经济性的“会”或“约”,包含着参加者一定的自发性,就乡禁约来看的话属于第一种“会

[29] 不过,面对这些史料会产生一个问题,即在“约”之前就存在的社会结合或社会组织是如何成立的呢?当然,可以想象一种自然形成并具有协同性关系的自然村。但另一方面,学者们也指出在清末民初的农村社会,村落财产的所有主体或村落的管理机构往往与看青会、树山会、庙会等具有“约”性质的组织重合。如果着眼于这种现象,则有必要考虑村落等集体本身也是通过某种类似于“约”的方式才得以形成和维持的可能。

在这里不可能深入探讨社会结合或社会集团的问题,只想指出一个有趣的现象,即如庙祭等村落的集体活动中,其费用向全村“照田科派”的情况(史料表明存在着从大家都“乐捐”一直到众人对拒绝承担者实施攻击的例子),与本稿讨论的给予禁约之间有着某种结构上的共性。在讨论明清时期社会的结合或集体的形成时,无论从规范的侧面还是从经济的侧面,在设想首先确定集团的外延再考虑其组织内部的规范内容或经济负担分配情况的同时,也有必要设想另一种理解集团或社会结合的框架。即首先从少数核心向人们提示规范或要求他人承受经济上的负担开始,然后由接受了规范或负担要求的人们构成集团本身(接受的过程伴随着说服和暴力。而且集团的范围始终是不清晰的)。而这正是“约”的结构。

众议约”的类型。而后者则以居住在一定空间内的人们已经构成某种整体作为前提,属于乡禁约的第三种、即“给示禁约”或“通禁”的类型。后一情况不仅见于乡约,在抗租反乱运动中也可能发生。例如,滨岛敦俊在介绍上述“起议团社、齐心吞租”事例的论文里指出,那里所说的“社”就是当地以土地庙为中心而形成的地缘性结合。所谓“团社”并不只是同道者的结盟,而更接近于企图对包含在这种地缘关系中的全体居民进行统合的行动。^[30]事实上,这个事例中“有不从者、辄殴击之”的记载就说明了这一点。前面已说过,不清楚所谓“不从者”指的究竟是拒绝参加“团社”者,还是参加了团社仪式却又有输租行为的佃户。但至少那里的情况绝不限于志同道合者们基于相互合意的结合这一点却是肯定的。强制乡村居民全体加入的乡村保甲制与此相类似。

不过,把事态的核心部分单纯地理解为享有权威的人士单方面进行强制或统合的行为,并将此与“会众议约”等对等的结合相对比显然也存在困难。因为那里至少在形式上总是伴随着人们会集起来缔结盟约的程序,实际情况与纯粹的“约束”有一定距离。另外,即使是志同道合者们缔结的“约”,也不完全是对等的合意,而是在某个主体“首唱”之下,通过众人“唱和”而形成的结果。单方面发布或宣示规范与众人议决规范之间的差异似乎并没有史料作者们想象的那样大。如果考虑到被发布的禁约本身可能与乡民们潜在的愿望或“公共的需要”相一致,在适当的时间和场合一经宣布出来就立即得到参加集会的众人拥护这一“理想状态”的话,则要区别什么是一方的命令、什么是大家相互的合意就变得更加困难。有关“给示禁约”的大多数史料确实也在这样地主张自己的正当性,在不存在如上述台湾乡禁约中关于“假公济私”记载这种反证材料的情况下,我们是没办法弄清实际情形究竟如何的。

另外,我们也必须考虑与上述“理想状态”相反的情况。在与“团

[30] 前面已提到的“村推一长,籍罗姓名”或“连圩接甲”等例子,都使人想象到在“约”之前存在某种地缘性的社会结合。

社”不同的另一些关于抗租运动的史料中,存在对“输租”的佃农进行攻击或以实力制止的事例。前面已谈到过,很难确定这种攻击或制止究竟只是针对抗租集团内部成员还是针对外部一般佃农的。但即使把这些攻击理解为针对外部的行为,在存在行使暴力的情况下,恐怕很难想象集团内部的人们都是因自愿而参加进来的了。既然预想到不参加抗租运动或违反抗租者的主张而进行“输租”将会遭受攻击,就会出现虽然内心未必情愿也不得不参加进去的情况。所以,即使现象上是在“一唱百和”中缔结了盟约,其实际情况仍然可能是多种多样的。所谓“首唱”和“唱和”的典型事例未必能够与某个或某些主体硬把众人纠合在一起,强使他们缔结盟约的情况完全区别开来。对于实际上发生的事情,我们同样很难得到明确的认识。

总之,无论从首唱者和众人之间究竟存在的是实质上的一致意思还是实质上的强迫这两极来看问题,都难以理解围绕“约”而发生的事态。在那里存在的恐怕正是难以区分“自发与强制”的一种微妙状态,而且乡村层次上“约”普遍地总是多多少少伴随着这样的状态。其结构上的表现就是“首唱”和“唱和”,而享有权威者单方面地“约束”众人的情况也不过是其中的一种极端性局面而已。

如果进一步探索隐藏在“约”中的强制因素所具有的实质性基础,我们就能意识到尽管自发与强制两种因素在不同情景下比重不一,两者之间却存在着一种循环性的结构。

例如,从乡禁约中发生违反规约情况时由谁执行惩罚的侧面来看,第一种“会众议约”的类型规定的是“众共攻之”。此外从“同盟之人皆在禁约之内”的内容也可看出,成员间的相互监督和惩戒是保证“约”拘束力的基础。另外,属于第二种“告示”类型的《词林武库》中,聚集在一起立下“坟山禁约”的人们似乎规定的是“本家子孙”必须进行巡逻,“左右邻近”则负有“互相戒傲”的义务。另外,包括在第三种“给示禁约”类型中的《雁鱼锦笺》“禁夜行”,其规定的内容是各家每夜轮流当班,持铃巡回,发现犯禁者则鸣锣示警,其他未当班的各家必须持武

器前来进行取缔。总之，即使在享有权威者单方面发布禁约的类型里，对违反者进行监视、执行惩罚的主体首先仍然是“众”人而非发布禁约的个人。在这一点上。乡约和抗租反乱的盟约也没有什么大的差异。乡约中对“过失相规”的自然是同约的人们，抗租盟约里“村推一长、籍罗姓名、约佃农勿输租业主”，但用实力阻止输租的还是集结在此“一长”之下的佃农们。

“约”之所以有这些规定，从一些史料的说明部分看来，不得不给示禁约的前提正在于“强者依势横行，弱者缄口畏缩，或徇情以容隐，或贪利以偏护，卒致禁令败坏，风俗日颓”（《云锦书笺》“地方禁约”）那样的状况。为了对抗“无知不法之徒，恃强籍端滋扰”而组织庄人“登即鸣锣，统众捕拿”的咸丰十年“合约字”也似乎属于这种情况下动员“通庄人出力抵御”而缔结的盟约。但是，即使有这样的盟约存在，仍然不得不预先想定出现“恃强不服”者以及“阿纵不举”者（《云锦书笺》“田禾禁约”）的情况，或者始终得担心有人会“阳奉阴违、徇情庇袒”（同治十年“合约字”）。在那里，“同心协力”的要求始终与“袖手旁观”的可能性互为表里式地存在。^[31] 如果大多数人都“袖手旁观”的话，则“强者依势横行，弱者缄口畏缩”的现实无从改变，情况又回到“约”以前的状态。

当然针对上述情况也有一些对策。如《雁鱼锦笺》“禁夜行”中规定，如果鸣锣之后有不出来参加集体行动者，则次日将“会众共罚之，决不轻贷”。不过，如果“众”的大多数都违反禁约不出来的话，次日恐怕将无人参加集会，保证禁约约束力的结构本身也就随之自然地消灭了。

换句话说，使人们服从“约”的契机（强制性的因素）依存于通过“约”结合起来的人们所采取的共同行动（自发性的因素），但同时采取共同行动的自发性契机又依存于强制性的契机。这就是两种因素的循环性结构。人人都不希望因未响应鸣锣而在次日面对“会众共罚”的

[31] 根据戴炎辉，前揭注〔6〕266页道光二三年“合约字”引用。

处分,但同时人人也不想或不敢自己单独去攻击“依势横行”之辈。大家都懈怠的话最后就不再有出面攻击懈怠的人了。但是仅靠自发而没有强制的话,问题似乎完全没有得到解决可能。

关于那里存在的情况可以看出两点。第一,一般的大多数民众尽管明白“同心协力”符合大家的利益,但却感到只有在别人出力的前提下自己也出力才会有自己的利益。超出个别主体之间相互交换关系的结合往往相当困难。在涉及多数人的公共性层面上,个人相互间的自发性反而难以得到保证。这样的情况下,如果出现不问是否情愿就明确地宣示禁约、在赏罚分明的前提下强制大家都遵守规范的主体,无疑会因其能够切断各自只顾一己利益而相互观望这种恶性循环而得到普遍欢迎。第二,在围绕“约”而发生的事态中,具有充分的权威和力量来强制性地实行赏罚的主体,作为单独的个人往往并不存在。虽然通过“约”明确了大家的行为规范,但担保其效力的方法仅在于让大家相互“盟誓”。一旦出现不守盟约的连锁反应,则很难维持“约”不遭崩溃。

从这个角度看来,在“安良约”前言中提出的下列建议令人很感兴趣。首先,与把全乡都组织起来的保甲制(结果因此而成为空架子)相对比,“盖保甲之法,合一乡之富贵、贫贱、智愚、贤否而一以例之者也。其间品流错出,识见回殊”,所以“其不相习而互相猜也,彰彰明矣”。而自己采取的方法却是“将欲联之,必先择其人之相类者,使为之会约,以坚其心”。这里强调的似乎确实是参加者的志同道合性,表现了“约”自发性的一面。但前面所引史料中也有“一时才智之士、殷实之家,相与联络以为之倡率,则愚懦之辈,有所依附而相引来矣”的记载,表现了“约”作为“愚懦之辈”前来依附的核心这另一个侧面。尽管着眼的是整个乡村,但首先由少数人建立一个使大家可以依附的坚实基础或紧密核心,这样可以更有效地影响事态的趋归。重要的就是那里表现出来的这种认识。

结合到上文所提出的关于“约”核心与边缘的问题,从以上分析可以将该问题作为围绕“约”的历史状况而发生的两种经过情形,或形成

“约”的两种策略来考虑。第一种情形是像“安良约”那样先根据参加者的共同意志形成核心集团，再通过面向外部的精神感召力和实力性强制来逐渐扩大其范围。第二种情形则是如“通禁”的类型那样针对一定范围的人们“给示禁约”，让他们缔结盟约后再通过内部的“约束”来维持组织。这两种情形同时也能够被理解为首唱者根据自己具有的权威和力量并衡量流动的具体状况而作出的策略选择。不过，从目的都是使乡村全体达到某种“规范的共有状态”这一点来看，两者的差异只存在于过程的前后顺序不同而已。

相信上述分析已经揭示了乡村层次上“约”的特有结构。从外观看来，那里一方面既存在着“给示”或宣布禁约的现象，同时另一方面也存在相互间订立的合约。但实际上事态却往往是首唱者向众人提示某种规范并使大家接受该规范的过程，换个角度看也是人们以某个主体提示的规范为契机逐渐达到相互间共有某种规范的状态这一过程。在理想的状态下，这两个方面可以达到完全一致，没有必要再问究竟谁是发起人或规范的宣示者。那里确实存在命令和强制，但所命令或强制的内容同时也是在此以前已潜藏在人们的心里，是大家都真心希望的东西。不过，现实的历史中，并不可能经常出现理想状态，更常见恐怕只能是在两个方面或两极之间循环往复的运动过程。

这种运动的最初推动力显然是首唱者。但是结果是否能够达到大多数人共有某种行动规范的状态，最终却依存于“众”的意向或动向。现实的情况往往以首唱主体（或少数在“约”的先驱分子）的人格力量强弱和首唱的内容不同，在完全的合意、完全的强制以及完全的失败这三者之间推移。

如果着眼于即使是给示禁约的事例往往也伴随着会集众人缔结盟约的现象，似乎可以说首唱者相当重视众人的意志或要求他们的自发性。但考虑到那种场合下缔结盟约的实际过程，则又可以说不仅首唱者，就是被要求缔结盟约的众人也并不真正重视“相互合意”的形式。大家心里都明白，所谓“约”本身并不能带来与其庄重形式一致的拘束

力,拘束力只在于大家都真正地遵守它。另外,给示禁约或首唱者除了使众人都参加缔约之外,往往也没有什么有效的保证手段。结果,对于首唱和唱和者来说,“约”就是这样不得不依靠又难以依靠的东西,在这个程度上简单地成立又简单地消失。

在这个意义上,当时的史料中频繁出现的“人心不一”这个词的两种用法很发人深思。一种用法是指人多意多、众心难齐的情况,另一种用法则是指人心易变的情况。^[32] 针对第一种情况,史料反复地呼吁“同心”、“齐心”,尽力使大家的意志统一,能够结合在一起。但是,即使一时达到了“齐心”的状态,仍会因第二种情况的出现而导致“约”的组织分裂以致崩溃。与近代西欧的根本观念不同,在传统中国的文化价值中,似乎人们的自由意思以及这种意思的相互结合并不被视为一切社会规范存立的实体基础,也不像法律上的根据那样稳定牢固。不如说在当时中国人的心目中,人心本来就只能是“不一”的东西,而且人们也只能以这种“不一”的状态作为不得已的前提来采取或选择自己的社会行动。^[33] 但是另一方面,老是“人心不一”的状态也无法构筑

[32] 前者的典型可举出“歙县胡宗朝等保护风水文约”(原文的标题为“齐心合同文书”,载《明清徽州社会经济史料丛编》第一集 567 页)。该文书指出“皆因人心不一”而使祖坟遭他姓侵犯,于是规定“齐心约束,歃血定盟。自立以后,俱要同心,毋得结外害内”(除此之外这件史料没有其他具体内容)。后者的例子则是“今恐人心不一,立合约为照”等在一般契约结尾频繁出现的句子。

[33] 当然,这绝不意味着中国的文化传统没有赋予恒心以很高的社会价值。“信”是最高的社会价值之一,而“言不忠信”在《朱子增损吕氏乡约》举出的“过失相规”中也是代表性的恶行之一。但是,尽管在价值层面上是这样,在制度层面上,旧中国的人们却似乎不认为一旦作出的约定轻易不能改变是形成社会秩序绝对不可或缺的基础,而且也没有建立一套严格的制度来保障明确表示出来的意思得到尊重。相反,看来人们更倾向于认为把秩序的基础放在不得轻易改变的意思表示之上违反一般人的天性,所以绝不是一种理想或应有的社会状态。当然由此传统中国的社会秩序也产生了另外一系列内在的困难。

反过来看,外国的研究者总把规范的共有状态归结到个人的意思,即不是从上至下的命令就是对等的合意。我们所持有的这种极为强烈而又很难自觉意识到的潜在价值指向,往往使我们难以理解用不是命令就是合意这样的分类为何不能全面把握中国现实的社会状态。我们的问题可能正在于这种“前理解”的层次上。

或形成秩序,于是为了实现哪怕只是暂时的“齐心”状态,就出现了反复订立并宣示共同行为规范、力图把众人“约”到一起的持续努力。围绕乡村层次上“约”而发生的种种动态正意味着这样的努力。

有关秩序形成的状况也许比我们想象的还要困难。如果根据以上的分析再来看看当时的法秩序,则会发现上述结构以及由此而来的困难状况并不限于乡村里的“约”这一领域。

四、“约”与地域性的秩序

1. 告示、惯例、唱首

不用说,当时的乡村并不是封闭的世界,乡村层次上的约与州、县这样更大范围内的规范秩序必定存在联系,属于这种广域的行为规范共有状态中的一个部分,或作为形成这种状态的契机之一。

关于州县层次上日常行动规范的存在形态,笔者以前曾在“清代土地法秩序中‘惯例’的结构”一文中以有关土地法的习惯例为素材,就人们(主要是“官”和“民”)围绕土地关系的处理而形成共有行动规范的过程作过一个初步的分析。^[34]因讨论上的必要,以下对此文关于当时的民事惯例究竟以何种形态存在于地域性社会中的结论作一简单介绍。

首先,地方官基本上并不把各地的“惯例”作为习惯法或规范的问题来考虑,而作为当地的“风”、“俗”或“习”的问题。如果他认为是“恶风”、“恶俗”或“恶习”的话,地方官就可能为了改变这些惯例而发告示、立碑文,积极地试图“移风易俗”。但是,地方官并不一定享有绝对的权威,也不一定掌握充分的人力物力资源来彻底贯彻自己发布的规范内容。因此,他“移风易俗”的努力有时成功,有时却毫无成效。情况既可能是尽管发布了新的规范从前的惯例却依然如故,告示成为一纸空文;也可能是尽管地方官的努力一时奏效,但随着他的转任旧的

[34] 参见拙稿“清代土地法秩序‘惯例’的结构”,《东洋史研究》48卷2号(1989年)(已收入本书——译者注)。

惯例又重新出现,而所立之碑也只有倒坏或覆满青苔的份儿。在这个意义上,“官”所提示的规范绝不等于当地的惯例,他只具有一种“介入”性的位置。换言之,地方官始终在惯例之外,并试图从外部对此施加影响而已。

但是,如果惯例并不完全在官的控制之下,那么能否反过来说完全属于民众自己能够掌握的东西呢?问题在于也很难这样说。通过史料仔细地观察当时存在的实际情况,则会发现说是某种惯例存在并不意味着人们的每一个具体行动或具体要求只要合乎该惯例就可以得到不言而喻的承认。当然,大部分的这种行动或要求确实能够无条件地得到承认,但在其边缘上,围绕合乎惯例的行动或要求却也不断地发生日常性的质疑和争议。反过来看,并不合乎惯例或很难作为惯例而被认知的行为,尽管可能遭到不同程度的抵抗或反对,却也相当自由自在地被人们所从事。关于什么是对什么是错,往往只能在日常生活中通过实际的行为来不断地加以尝试和相互确认。

在这个意义上,与其以某种客观性规范的存在为前提,把那里发生的实际情况视为该规范的“遵守”和“违反”这样的两极现象,还不如看成一极是接近于大家都从事的行为类型的中心(所以关于这种行为的主张更容易得到一般承认),另一极则是行为者自己认为有理,却背离了这个“中心”从而显得“突出”的个别行动(当然也就更可能发生争执以致流血冲突)。实际上的情况可以理解为分布在这两极之间无限多样的状态。即使从事的只是接近中心的行为,有时也难免引起争执;反过来即使采取了“突出”的行动,有时也可能就此获得通过。就这样在无数的行为和纠纷中,人们不断地以自己的行动或实践来相互确认在什么范围内行为就可以不至引起争执、超过什么限度就会招致别人反击。而正因为如此,这种“中心”与“突出”之间的关系也在随时间变化而不断推移。史料上频繁出现的“效尤”、“成风”等词语指的是,有谁做了坏事而未被追究的话,不久人们就会群起效法,致使恶事蔓延而不可收拾。从这种情形也可以想见“突出”的行为在一定条件下并不难

在明日成为当地的“风习”。

综合以上的分析可以看到，旧中国所谓在某个地域存在某种惯例，与我们从西欧历史上得到的有关客观性规范（包括习惯法）存在的形象完全不同。我们心目中的这种形象意味着：某种规范作为一种团体的组织原理而事先存在于民众个别行为之外，同时却对这些行为具有拘束力（或反过来说能够使这些行为作为权利而得到保障），民众对这种规范即使内心不服也只能尊重其客观存在的权威，而且针对违反规范的行为有一套进行制裁的机制；如果需要把违背既存规范的行为作为新的权利要求加以主张的话，则有必要按照一定的程序来修改原来的规范。但是，关于规范存立的这种所谓客观的、制度化的框架在旧中国却完全不存在。那里所谓的惯例，无论在官府还是在民间都不具有上述意义上的程序性或制度化空间。个别人主张自己有理而开始从事的个别行动，可能随承认其合乎情理的人们在数量上的增加而逐渐扩大范围，最后成为一种由中心和边缘构成的“风气”或“风习”，但也正如“风”这一比喻所象征的那样，存在的始终只是不断在流动推移的状态。

当然，行为规范的共有这种不断流动，或仅仅停留在“事实”层次而不能达到制度化的状态，对于一般民众来说也是很很不方便的。因此。在民间出现了种种促使其保持安定的动向。具体的行动往往体现在立碑这一象征性的手段上。例如，参加抗租的佃农们，聚集数千人“抬碑直竖县门”，迫使县官承认自己的主张，并将其作为“例”刻石立碑。如这个事例所显示的那样，民众的行动并不停留于民众自己的生活世界里，而更经常地表现为向官的诉求，要求地方官对其规范或惯例以刻石立碑的方式加以确认。不过，即使地方官立了碑或出了告示，事态也未必能够就此确定。在那里，经常出现的只是上面已指出过的，地方官的告示可能一时奏效也可能完全遭到无视而成为一纸空文的情况。

以上就是笔者在前一篇论文里达到的结论。总之，旧中国的所谓“惯例”（即一般民众日常生活中行为规范的共有状态）具有一种非制

度化的、事实性状态的性质,而且这样的性质规定了整个社会秩序的内在结构。

那么,如果把围绕乡村层次上“约”而产生的种种现象与惯例在州、县这样大的地域范围里具有的上述结构联系起来考虑的话,首先可以很容易地看出抗租盟约与所谓“效尤”、“成风”的局面非常相似。例如,光绪十年《江阴县志》卷九中“风俗”一项有如下的记载:“秋收稍欠,强悍者倡首抗欠,群相效尤。谓之霸租”。这个记载与前文举过的“讹言倡众……约佃农勿输租业主”的事例可以说完全是互为表里的。所谓“效尤”就是从一般民众的角度来看对首唱者进行唱和的行为,而首唱者的目的既然是扩大影响使抗租行动“成风”,他总希望通过言论和暴力来尽量把更多的人卷入盟约。

同样,给示或缔结乡禁约的背景也与地域性秩序那种极为流动的性质紧密相关。作为给示禁约的理由而被举出的“使举家有所倚靠”,反过来看正意味着那里存在的是“无所倚靠”这样一种无序或缺乏共同行为规范的流动状态。人们渴望或要求有谁、不管用什么方法,只要能够带来秩序和规范的一致就行。作为对这种要求的回答,出现的就是“目击时艰”而给示禁约并使大家缔结盟约的主体。他们的目的同样在于所谓“以正风俗”或“庶几则风同道一”。但是,无论禁约还是盟约,结果都与惯例一样难以结晶为客观的、制度化的规范。一旦发生大多数人背离规范的事实(即“风气”的“中心”发生了移动的话),则它们也就自然而然地归于消灭。在这个意义上,乡禁约也不过是一种“纠风”或“整风”的行动而已。

如果我们把视线转到官员的行动上,则会发现与民间之约不同而构成规范秩序另一极的所谓“法”,其实也接受着同样结构的支配。

上面已提及,地方官如果觉得任地的居民中普遍存在某种不端行为,即认为当地有恶习、陋俗、刁风在蔓延时,他可能会主动出具告示,试图改善这些风气。这类告示多为明确的禁令,如“有犯必惩,决不宽贷,特示”或“不得以身试法,各宜凛凛,特示”等就是其老套的结尾。

地方官单方面颁布这些禁令，且一经发布立即生效。许多情况下，省以致中央新近制定的禁止性法令也通过地方官的告示向人民公布。如“伏查，新例内开……煌煌功令，炳如日星。且现奉各上宪三令五申。……但不教而杀又所不忍，除现在密访严拿外，合行出示严禁。为此示仰阖邑各饼匠知悉。嗣后……一经访闻告发，定照新例，通详治罪。特示”就是其中一例。^[35]

地方官的告示从形式上看完全属于“居于上位者单方面宣示的规范”或“约束”，其中一部分还与国法本身内容重合或直接以国法为根据。但另一方面如上所示，这些告示实际上的效果却很不确定。当然国法或告示因官的权威而得以“三令五申”，也没有人会正面对其正统性提出异议，不过现实情况往往在于这种规范的发布本身未必能够使人们的行动立即统一到某个共有的基准上去。确实，与乡村层次上“约”不同，国家拥有正当的暴力机构，对违反行为可以实施惩罚。但是在“有犯必惩”的威胁后面，总存在对出现“以身试法”者的预期。当时的国家并没有充分的强制装置或执行能力来威吓抑止潜在的违法者。结果，国法与告示也不过对人们行为规范的流动状态（即“风习”）发挥一种事实上的影响作用。且只是在事实的层次上有效。即使有时候成功地达到了“移风易俗”的目的，但由于只是一种事实性状态，最终仍然避免不了“日久禁弛”的结局。正是在反复不断地发禁令、立碑文这样一种不得不持之以恒的过程中，地方官的统治才得以实现。

总之，如果不从理念而从日常性共同行为规范的形成方面来看，^[36]官的“法”与民间乡村层次上的“约”在“首唱”和“唱和”这一结构上并无决定性的区别。在这个意义上可以把地方官的告示本身理解为不过是“首唱”的一种，发布告示的行为也就是在州县层次上意图获

[35] 这里的引用都来自藏兆佳《天台治略》卷之四“告示”。

[36] 不过，这里的问题并不完全是“法实际上是否得到执行”的问题。如本稿开头所述，明清时期的“法”主要指的是官吏在行使皇帝赋予的刑罚权时应当遵循的实务标准，在那个意义上，则可以说，“法”通过严格的覆审制度和对违反该标准的官吏进行惩治的制度，确实在相当严格的程度上得到了执行。

得“唱和”或“齐心”的尝试而已。国家正是通过地方官的这种具体作为与人民发生联系的。

同时还可以看到,与“法”不同而构成整个规范秩序另一极的“契约”,在实际状态上其实也具有和乡村层次上的“约”相类似的结构。

2. 审判、调解、契约

两方当事者为了确定相互间的权益而立下的合约中,存在着从内容上可以清楚地看出是纠纷实现了和解时缔结的协议文书。

例如,嘉庆十年四月初九的“孝义合约”就具有以下内容。^[37] 文天齐弟兄一直分别耕种父母分给各人的土地,在水利上共用一个水路。但同月七日弟兄间因水堰发生争吵,弟天齐用扁担将其兄的左手击伤。当即“族约邻亲”介入进来对二人进行了“理剖”。弟受到众人斥责后醒悟到自己的错误,于是对大家作出保证,今后不再妨害兄长的水利。“自合约之后,弟兄永敦和睦,不得以大欺小,以小犯上。若堰水有阻,不安本分,罚银五两”。结尾则表明以上内容均为天齐自己情愿,并无威逼强加等情,特立此文书为据,云云。

围绕土地尤其是坟墓或坟山的归属,当然也存在同样的例子。如乾隆五十七年的“合约”写到,姚思忠、思维兄弟以前曾出卖农地给唐正伦,只是卖地时约定保留位于该地内的坟墓部分。但是此后唐正伦并不提保留的部分就欲转卖该土地,思忠向官告状,并已有差役传正伦出庭。在这个阶段,有“约邻人等,不忍二家参商。“从中剖明”,二家悦服。和息之后,其祖坟园内,任思忠人等迁葬,思维弟兄同蒋姓人等,不得异言阻滞。此系三家心甘情愿,中间人等并无押逼等之情。今恐人心不一,立此合约各执一纸,永远存据”。^[38]

以上两例都是对等的当事者就双方各自的权益或应得之分达到一

[37] 参见前揭《清代乾嘉道巴县档案选编》上,二页“文天齐兄弟孝义合约”。选编的文书只有弟弟出具的一份,但从“合约”的名称可以想见可能还存在另一份兄长出具的同一内容文书。

[38] 参见同上书“姚思忠等人合约”。

定合意,并固定在合同约这种形式里的情形。但是很显然,这些合约都不是仅仅由当事者自身任意订立的。在订立合约之前发生了争执,且前一例涉及伤害行为,后一例则有具控告官以及派遣差役等情节。在此过程中,“族约邻亲”或“约邻”等似乎实在看不下去,于是出面居中调解(“理剖”或“从中剖明”),结果就是订立了这样的合约。

此外,后一事例因为已经告官,作为正式的程序,调解者应该向官提出“和息呈”。事实上在同一史料集中可以见到报告这类过程的另一件文书,这就是“乾隆五十六年二月约邻李君用等息状”。^[39]关于订立和解性合约的过程在那里有如下记述:上面派遣差役拘传诚不得不谨从,但作为两当事者的近邻,某等因不忍坐视两家参商,已邀集双方进行了“理剖”,使他们各自吐露了真情。在了解真相的基础上,某等会集双方当事者根据原契勘察了土地的边界,并“鉴石定界,立清界合约二纸,各执一纸为据,永杜事端”。显然,正因为有这些调解者积极的介入,才使双方当事者达成合意,合约得以成立。

为了解决纠纷而在两当事者之间订立合约的情形并不限于民间的调解。在上述同一史料集中,有地方官审结案件时的“遵依结状”末尾记载“书立合约各执”的事例,^[40]还有地方官直接要求“谕令书立合约,从宽免究”的事例。^[41]两个事例都显示出当事者一方面承诺接受地方官的判决,向他提出“遵依”的书面表示,另一方面在彼此之间还订立了(或被迫使订立了)合约。当然,这样的记载并非在所有关于遵依结状的史料里都能找到。同样是关于水利权争议的案件,同一史料集中“道光四年十二月十一日刘仕漠结状”却没有提到合约。^[42]不过,

[39] 参见同上书55页。在《淡新档案》中也能看到一些“和息呈”的例子。令人感兴趣的是,有些案件里当事者接受和解之后,与和解的合约一起还要向地方官提出一份发誓绝不“翻异滋事”的“甘结状”(例如其中文书号码22615—37“和息禀”,38—40“甘结状”,41“永不翻异合约字”等)。关于“和息”,参见滋贺秀三:“关于清代州县衙门诉讼的若干所见——以《淡新档案》为史料”《法制史研究》37号(1988年)。

[40] 同上书9页“道光十六年十月初二日田庆芝结状”。

[41] 同上书11页“道光八年四月二十五日周亨书结状”。

[42] 同上书4页。

这些案件处理的类似性并不因这种记载上的区别而发生变化,这里的情况还可促使我们进一步理解合约的性质。

上面所举的最后一例中,两当事者之间权益分配关系的确定完全是由地方官用“堂谕”来判决的,两当事者各自以遵依结状的方式表示接受该判决,纠纷就此了结。但与此稍微不同的还有当事者不仅表示接受官的裁决,还进一步在彼此之间订立合约的事例。在此延长线上再移一步看,则又有经过众人调解说合或“理剖”,两当事者就彼此间权益关系的重新确定而订立合约的例子。像这样延伸下去,就能够达到未经纠纷与和解,纯粹是双方当事人成立合意订立契约的情况。但这样的情况下同样往往存在着第三者。如兄弟间围绕分家析产而订立合约的例子,一般从一开始族人们就会积极地参加进来,居中说合或临席作证。此外,也就是说,服双方当事人相互让步这种程度的功能,在买卖、租佃等更加日常性的契约里也往往由中人来承担。总之,在日常生活频繁的契约缔结行为中,当事者双方的相互合意及合同的成立,多多少少总要依靠第三者的居中“说合”已成为一种具有普遍意义的结构。如果万一在利益分配上出现争执,最早出面进行调解的人也往往是中人。或者不如说,正是考虑或预期到万一出现争执的情况才事先请求中人参加契约缔结过程的。从这个意义上讲,从平时的契约成立和纠纷和解一直到官府审判案件,其实是一条结构上具有连续性的延长线。日常的现实状态似乎总在这条线的两极之间推移或分布在这两极之间。两当事者与说合者或调解者在决定事态归结上的比重也随在事态在两极之间的推移而变化。而地方官单方面的堂谕与纯粹由当事者双方自己缔结的合约就构成了这条同一结构内的延长线的两极。

再者,关于这种结构中第三者宣示规范的契机,还有必要考虑到另一个重要因素。即滋贺秀三教授所指出的清代审判缺乏“确定力”或“既判力”的现象。例如,在相当于民事审判的“州县自理”或“户婚田土”案件里,尽管当事者已经以遵依结状的形式表示接受地方官的堂谕,但一俟该官员转任他又会要求新来的官员重新审理,或反复地向上

级官府上诉。同时,对这种就同一纠纷反复提诉的行为,官员们似乎把发现存在某种理由时重新再审作为自己应尽的职务。而且再审的结果同样似乎并不具有确定性的效力,在事实上,存在着当事者无限地向后任或上级官员提出申诉的可能性。^[43]从这种现象得出以下结论:关于民间的调解当然用不着说,^[44]就是作为最强的第三者即由地方官作出的堂谕,尽管是对当事者间权益分配的最权威判断,事实上却不一定能够带来确定的权益分配状态。纠纷本身一直到双方当事者都在事实状态上接受了判决、即不再争执而按照判决所提示的行为标准行动时才告终结。审判者也似乎有充分的耐心等待,或有思想准备反复地形成新的妥协方案,一直到当事者在事实上接受某个方案为止。

以上事实或现象所具有的最重要含义,就是必须于当事者之间形成行为规范在事实上或现实的共有状态。至于是通过缔结合约的方式还是用堂谕再加上遵依的方式才达到这种状态,或进一步说,是根据当事者自身的意思还是由第三者发出的权威判断,并不成为最重要的问题。就实际的情形来说,只要成功地达到了行为规范的共有状态,则几乎不可能区别是根据当事者自己还是第三者的意思。因为无论是契约、和解的合约还是遵依甘结文书中,当事者通常都会写下“系心甘悦服”这样的字样。但反过来一旦出现当事者之间的不一致现象,即使官的权威也不足于遏止规范共有状态的解体。

讨论到了这里,就可以比较容易地看出调解者(包括契约的中人、居中说和来解决纠纷的“族邻”以及民事审判中的地方官)与前面所分析过的“约”的首唱者,在行动样式上有明显的类似性。在这些不同主体采取的行动后面,显然存在着某种共同的社会结构。当然,中介或调解着眼于眼前的具体情况,所以提示的总是个别的或有妥协性的内容。

[43] 参见滋贺秀三,前揭注[9]第三“判决确定力观念的不存在——民事审判的实态”。

[44] 前揭《清代乾嘉道巴县档案选编》上,三页“嘉庆二四年胡文连告状”。这件史料显示了围绕水利纠纷的民间调解中立下的合约反复遭破坏的情形。

但调解者作为背后存在着社会一般人的第三者,不仅有时可以采取居高临下的教育说服方式,而且提示的方案往往意味着人们应当共同遵守的行为规范,中介或调解也就成为一种整合人们行为方式或社会关系的活动。在此意义上,调解和通过“约”使人们达到某种规范共有状态的活动并无根本性的差异。这一点,尤其在地方官要求原被告立下合约同首唱者要求唱和者们缔结盟约的相似性里表现得更清楚。不过,尽管有合约或盟约,第三者提示的规范总得当事者或参加盟约的人们事实上也按照此规范行事才真正发生效力,且这种效力随他们共有此规范的状态解体而消失。在规范共有状态不断的形成和解体过程中,调解者或首唱者也在反复不断地从事着提示或宣示规范的行为。旧中国日常的社会秩序就存在于这种持续不断、无穷无尽的努力及其整体的集积之中。

还可以说,调解的活动以致其前一阶段的契约缔结行为,都不意味着通过合意来确立某种牢固的规范,而不过是力图使不统一的“人心”暂时达到一致状态的一种“尝试”而已。人们一开始就明白人心的一致是一种极为脆弱的状态,因而不得不无穷无尽地尝试下去。而且,这个过程中所需要的合意很难仅仅由当事者自己来达成,往往必须通过从一般的中人到权威更高的人士以致地方官的介入才能获得。即使是“契约”的范畴,也不仅仅意味着对等的当事者相互间从事的交涉和合意。

3. 权力在“约”中的存在方式

总之,乡村层次的“约”建立在“首唱和唱和”这一基础上的结构,与当时有关于行为规范共有状态的两个领域,即法的领域和契约的领域都有密切的内在联系。实际上,由于这两个领域在形成规范共有状态上各自所特有的困难,很多情况下不得不依靠同样的结构从而通过“约”的媒介而相互融合。

这就是说,如果换一个角度,如本文开头所指出的那样,明清时期的法秩序可以分为享有超越性权威的皇帝单方面宣示的法和一君之下

的万民们彼此之间对等地缔结的契约。这两个领域的原理完全不同，所以表面看来并无结构上的连接点。但是现实中无论是单方面的规范宣示还是对等的相互合意，似乎都不足于解决获得一种稳定的秩序或规范共有状态的问题。于是，地域性的秩序实际上处于这样一种状态：面向一般人有“倡首”者提示某种标准，在较为微观的层次上则有中人或调解者为特定的当事者提供某种方案，而围绕这些标准或方案反复展开的“首唱和唱和”全部过程以及通过这种运动或尝试而不断地达成又解体的行为规范共有状态，就构成了动态的社会秩序本身。换言之，日常生活中反复出现，力图把一定范围内的人们“约”到一起的无数“首唱和唱和”行动，实际上同时支撑着“国法”和“私约”这两个表面看来极不相同的领域，并使命令和合意这两种不同的原理在社会现实中交错结合起来。上面已提到过的一方面试图以发布告示等来改善风俗；另一方面通过听讼问案来处理纠纷的地方官，正是在这样的状况下且只能以符合这种现实的方式来从事自己的职务。如果把“国家”的存在放到这个层次来看，则统治的内涵也可以理解为无非就是“首唱和唱和”而已。

同时，只要着眼于结构，则可以说不仅皇帝或官员从事的是这样性质的活动。乡约的首唱者、“目击时艰”而给示禁约的“某等”、契约的中人、不忍坐视纠纷发生发展的“族约邻亲”、还有鼓吹抗租的领导者等，无一不是通过提示某种行为基准而试图把一定范围内的人们“约”到规范共有状态中去的主体。“人心不一”的现实不断地要求着这样的主体出现，社会的秩序形成不可能使所有人们之间都保持单纯的水平关系。围绕“首唱和唱和”的结构，在形成一定范围内的规范共有状态过程中，总是伴随着行使实力以致暴力性的对内制裁或对外强制。即使是籍籍无名的一介佃农，只要他的首唱能够获得“一唱百和”而达到“成风”的效应，则出现的就是如“诸绅士有田业者，皆恐犯众怒，不敢发言。刁风之可畏如此”的状态。换言之，只要拥有实际上获得众人唱和的首唱能力，或者说把人们“约”到一起的能力，也就拥有了

一种社会性的“权力”。〔45〕而在当时的社会里,如果不问巧拙的话则几乎任何人都能充当中人或调解者;不考虑实际上是否获得或在多大程度上获得人们赞成唱和的话,则没有哪个纠纷的当事者不能“唱其说”,即讲出一番自己的道理来。在这个意义上,无论就首唱的机会还是首唱的主体来看,这种“权力”的细胞是日常性地普遍存在于社会之中的。

既然这种形式的“权力”是这样地分散,现实中的地域性秩序于是不得不通过各种各样主体围绕“约”的行动而呈现出一种对抗与整合的动态。

即使把事例限定在前述乡村层次上的三种约上,也可看出通过给示乡禁约或发起乡约来统合乡民们的行动,很多情况下正是针对类似于抗租运动那样的反抗行动。〔46〕在有关乡禁约的事例中,一方面有像上述同治十年台湾铜锣湾八庄“合约字”那样被地方官作为“假公济私”而驳回的情况;另一方面也存在根据地方官的指示而缔结合约,甚至由地方官自己直接起草和发布乡禁约的例子。〔47〕但从上介入的情况并不一定都是出于地方官自己的主动,如某地数十户经“协同公议”后向官具禀,称“虽已议明,不敢擅专,理合禀请赏示严禁”,结果地方

〔45〕 如果考虑到首唱者的力量基本上存在于人们是否唱和这一事实中,首唱本身并没有强制他人行动的决定性契机,那么也许不应称这种力量为“权力”,而使用“权威”或别的什么概念。不过,这里想指出的是,至少就民间地域社会的日常生活而言,与上面所分析的结构不同而又能够在秩序形成中发挥主导作用的制度性强制力并不存在。那里存在的只是通过组织化和运动的过程而产生,又随这种组织或运动的解体而消失的非制度化的权力。

〔46〕 最典型的表达可以见于有关“安良约”的以下史料,“至有事之日,则恶者一招而集,善者累约不来。此非恶党多而善类少也。为匪者有要质之誓言,而从善者无重申之禁约也。或欲联之,必先约之”。黄体正:“上陈观察书”,《太平天国革命时期广西农民起义资料》上册,中华书局(1978年)32页。

〔47〕 例如,咸丰三年台湾某村落的六名头面人物缔结的“和庄公禁约字”写道,“兹我众人等,奉官示谕,欲立清庄连庄公约”(根据戴炎辉,前揭注〔6〕122页引用)。另外,伊能嘉矩《台湾文化史》上(刀江书房,1928年)944页所引用的道光十六年“庄规禁约”,就是由淡水府同知自己起草并颁布的。

官准其所请,将他们合意的内容用告示向“该处军民人等”进行了公布。^[48]那里实际存在的状况既可以理解为乡村里的首唱者动员借用了地方官所具有的权威和力量,又可以看做地方官试图通过“约”的结构来整合该地域的秩序。

关于乡村层次上的“约”,最后还有一点应该指出。前面曾提到过,明代自发结合式的乡约到了清代逐渐演化为国家在乡村里的宣讲制度,即官方的乡约。从上述观点来看,这一变化也可理解为国家对民间“首唱”行动的组织化,或国家及官僚自身开始积极地作为进行首唱的主体而出现在地域社会里。不过,关于这种宣讲制度,从武内房司对四川省的研究可以看到还有另一个侧面。^[49]从清代中叶起,出现了所谓无业游民借口宣讲,到处设台鼓吹因果鬼怪等妄谈以图觅食,且有联络党类流传异教者等现象(民国《新修武胜县志》卷六“礼俗”)。对宣讲制度的这种利用还与民间流传的“扶鸾”等仪式结合起来,到清末甚至开始成为“抗粮斗争等民众反抗运动或新兴宗教宣传中不可缺少的工具”。把大众聚集在一起进行宣讲的活动,结果对于统治者来说成为一种双刃之剑。在借宗教传播反抗意识的所谓“神命”与“天命”之争里,皇权遭受到未必肯定能克服的挑战,弄得不好连皇帝本身都被相对化而成为无数的首唱者之一而已。

明清时期的行为规范共有状态或者说规范秩序,就是在这样的结构中发生和存在。当然,各种因素的对抗和整合会表现出无限丰富的现象,而围绕“首唱与唱和”结构而产生的种种现实状况也绝非以上所述就能

[48] “嘉庆二四年十一月初十日巴县告示”,前揭《清代乾嘉道巴县档案选编》上,280页。

[49] 参见武内房司:“清末四川的宗教运动——扶鸾、宣讲型宗教结社的诞生”,《学习院大学文学部研究年报》第37集(1990年)。此外,光绪《广州府志》卷五“徇典”同治四年中所引御史贾铎的奏折也有“城乡士民,多以讲约为名,敛钱聚众,烧香结盟”的内容。

全部概括。^[50] 最后还应该指出的是,这里所讨论的结构并不是到了明清时期才出现的东西,^[51] 而且,这样的结构也没有随着明清时期的终结而消失。^[52]

[50] 与乡禁约相类似的现象和结构,在宗族的“族规”和行会的“行规”里也不难发现。关于民间的“权力”,如明末朱纨弹劾当时具有代表性的乡绅林希元的文章里写道,“……以此树威,门揭林府二字。或擅受民词,私行拷讯,或擅出告示,侵夺有司”(《甌余杂集》卷二,根据重田德前揭书引用)。可以说这里所指责的行为与上述“权力”的存在形态正相对应。

[51] 似有必要指出,在考察历史时,本稿所提示的跨越合意和命令两者的“首唱和唱和”这一结构的存在(或从研究的角度讲,对这种理论框架的需要),与这一结构在不同时期、不同状况下的各种表现形态,应当有所区别。

对“首唱和唱和”结构的起源进行考察既有可能也有必要。例如,本稿开头所介绍的秦汉时期,田畴招集村落里的父老们集会,并在得到他们推举后发布“约”的情形,与明清时期村民们所推戴的“约正”宣示乡约的情形显然十分相似。所以,作为一种结构,“首唱和唱和”贯穿相当长的历史时期完全是可能的。当然,需要在从事大量的实证研究之后才能最后下结论。另外,就这种结构的表现形态而言,即使在明清这一相对较短的时期内也有很大变化。例如,从明初的《教民榜文》可看出,此后通过乡约或仅仅由父母会、钱会等个别结合形式所承担的婚冠葬祭或其他互助性功能,在当时却被作为“本里人户”全体的义务。另外,后来通过乡禁约来实现的禁止私人自力救济或解决纠纷等功能,明初似乎也是由里老人制度所承担的。实际情况究竟如何还须等待进一步细致的实证研究,但至少与明代后半期相比,明初的乡村中由“里老人”直接“约束”村民们而实现的秩序所占比重可能是相当大的。

[52] 例如,中华人民共和国现行法制中就存在着“乡规民约”的范畴,类似于我们所说的乡村层次上的“约”。典型的如拥军公约、爱国卫生公约、计划生育公约等“公约”类。从“人民群众为了贯彻党和国家的政策方针,通过集体讨论约定一些明确的条文,并作为共同遵守的规范确定下来”等教科书式的定义(详细内容可参见如《中国实用文体大全》(上海文化出版社,1983年)“公约类”)来看,可以说公约处于社会与国家、自发与强制的两者之间。

根据土岐茂的研究,1950年到1951年发动的“爱国公约运动”不仅在全国所有的单位都要求缔结公约,而且发展到要求各家庭也缔结“家庭爱国公约”。通过土岐氏对数次爱国公约运动的分析可以看出,公约的特点在于:规范内容广泛涉及日常生活、运动向全国规模的逐渐扩大、党的号召指导与群众的自发性相结合、运动与当时的政治形势紧密相关、规范的实际效果随“运动”高低潮的推移而消长并在很大程度上依赖于群众的自觉性,等等。这些特点与明清时期“约”的结构显然有很多内在的共通之处。不过,在人民自发性的唤起动员以及形成全国规模的运动和组织的这方面,现代中国远远地超过了明清时期的国家。这可能因为交通通讯手段的发达和现政权与人民大众的历史渊源关系等因素。同时,这里所出现的规范形式与其他国家的“法律”、“契约”等相比,显然也是颇为不同的。而且这样的结构还与社会秩序过度的政治化以及缺乏安定性的情况互为表里。从这些角度来看,本稿所提示的理论框架对于研究当代中国的规范秩序也会有一定的参考作用。

日本的清代司法制度研究与对 “法”的理解*

在过去的中国,“法”这一概念与西方语汇中“law”“recht”等词在内涵上有相当的区别,主要是指国家制定的成文法,即“法律”。关于中国历史上的“法”或“法律”,从第二次世界大战前到战后的一段时期,以下的看法几乎成为西方和日本的中国法制史学者讨论中国过去的成文法性质时一致的出发点或讨论的基本背景。即旧中国的法与其说是任何人都不能逃避的强制性秩序。还不如说不过是一种“雏形”——法律倒是制定了,但一般并不能真正得到适用,所以往往只是缺乏实际效力的一纸空文而已。

大约十来年以前,针对这种当时还有很大影响的观点,中村茂夫教授发表《对传统中国法雏形说的一个试论》一文(载新潟大学《法政研究》12卷1号,1978年)进行了痛烈的批评。他详细地考察了所谓“空文说”所依据的史实,指出这种观点缺乏实

* 原载《思想》第792号,岩波书店,1990年。王亚新译。

证的根据,并通过考证证明了作为法律得不到适用的根据而举出的种种史料也是经不起推敲的。相反,中村教授列举了大量事实说明,在旧中国,国家制定的成文法通过各种刑罚制裁实际上确实发挥着现实的作用。他还进一步指出,否定旧中国的成文法有实效性这一观点的另一背景在于认为,国家的司法对于介入民事纠纷非常消极,这类纠纷基本上全是由民间自身进行处理的。针对这种所谓“民间处理说”,中村教授在上述论文中同样提出了强有力的疑问,他根据清朝时期的种种史实推论,尽管存在着社会性的抑制因素,仍有很大数量的民事纠纷被提交到国家的法庭之上。总之,把旧中国的成文法和国家司法理解为与一般民众相当疏远,不过是有名无实的观点,再也不能被视作理所当然的了。

这篇论文在提出旧中国的成文法具有一定实效性,并进一步论证了国家司法活动的重要作用 and 体系性这一点上,可说是代表了当时日本的中国法制史学界一部分学者不满支配的学术观点而力图创新的动向。此后,这一动向逐渐得到了学术界的广泛认同。而由中村教授提示的,关于旧中国成文法在刑事审判上有相当程度的实效性,大量民事纠纷实际上被提交地方官处理等观点和论证,随着司法制度等领域的研究进展,也得到了更多实证性资料的支持。旧中国的成文法不过是一纸空文的单纯看法及其所谓实证性基础可以说几乎已经完全消失,从这一点来看,上述论文当初的目的已全部达成。

但是另外,不容忽视的事实是,随着这种共识的形成,问题的另一个侧面也浮现了出来。这就是具有一定实效性的成文法和在解决民事纠纷上也相当活跃的国家司法活动,究竟在旧中国的文明和秩序中占有何种位置或具有何种含义的课题。与所谓“没有实效”或“不起作用”的看法相比,对“有实效”或“发挥作用”的观点更有必要问一个究竟“有什么样的实效”或“发挥什么样作用”的问题。如果读者从论证旧中国的司法活动相当活跃的上述观点出发,想象旧中国社会里也存在着与西洋同等类型的司法审判和成文法秩序,差别只在于发达程度不同

而已的话,则这种想象本身与实证的事实也是完全相悖的。所谓“实效性”、“活跃性”的主张如果不是仅仅作为批判通说的口号,就必然要求进一步的探究。事实上,在这个主张下进行的实证研究确实都包含了从各种角度对旧中国司法活动特有性质的考察。这样看来,可以说这十多年来日本学术界的研究动向就在于探索重新建构分析旧中国“法”与司法活动的理论框架。目前,已经是对现有的研究成果进行总结,厘清学说史上这方面问题的脉络和考虑下一步研究方向的恰当时机了。

从上述问题意识出发,本稿欲简要介绍日本的中国法制史研究者,在旧中国的“法”与司法活动方面都搞清了哪些事实,根据这些事实又是如何理解旧中国“法”和司法活动性质的,在此基础上,还想确认一下目前存在问题的状况。由于日本学术界的上述动向主要由滋贺秀三和中村茂夫两位教授关于清代司法制度的研究所主导和代表,所以本稿将考察对象限定在清代以及两位教授的研究成果上。因本稿的这种性质,以下的讨论并未包含作者自身新的实证性成果。

一、清代的司法制度

由皇帝和官吏们直接承担的清代司法制度并不存在现代所谓“民事审判程序”或“刑事审判程序”之类程序性质上的区分。无论是围绕土地边界的矛盾、金钱借贷的争议、家产分割或婚约不履行的纠纷还是种种斗殴伤害或杀人案件的诉讼,全都先不分种类而直接向行政区划基层的官员即州、县的地方官提诉,然后再根据情况向上级移送。另外,对地方官自己发现并实行搜查、逮捕的犯罪者,使用的也是完全一样的程序过程处理。^{〔1〕}

但不用说,这并不意味全国所有的诉讼案件最终都会到达皇帝这

〔1〕 以下概述的有关清代司法制度的种种史实,没有另外引注的主要都是依据滋贺秀三:“清朝时代的刑事审判及其行政性质——包含若干沿革性的考察”,法制史学会编:《刑罚与国家权力》(创文社,1960年)227-304页。此稿后来收入滋贺著《清代中国的法与审判》(创文社,1984年)。

一级。制度上,程序的进行具有如下的流程。

官吏们能够行使的刑罚权根据他们各自在官僚制度内所处的不同地位而受到严格的限定。给予州县地方官的最大刑罚权限就是“笞杖”,反过来看,如果只是处以笞杖这个限度内的刑罚,则地方官一个人就能决定并执行判决。这就是所谓“州县自理的案件”。人们日常生活中围绕财产、身份地位而发生的争执(“户婚田土之案”)和轻微的犯罪等,由于恶性不大,大部分都是在州县这一层次解决的。但是诉至州县衙门的案件多种多样,其中也存在着如关系到身份尊卑的伤害或争斗中致人重伤乃至死亡等必须重罚的情况(“命盗重案”)。因为地方官没有决定笞杖以上刑罚的权限,对这样的案件只能在进行调查后作成包含量刑建议的判决原案,把这些文件连同犯人一并解往上级。作为州县上一级的府对此再行调查后又解送至省级的按察使、巡抚、总督,而这个层次上的官员对适用于一般伤害案件的“徒”(有期劳役刑)拥有决定权。如果认为处以徒刑是适当的话,督抚自身就可以作出最终判决并命令加以执行。

但是,即使是判处徒刑恰当的案件,如果牵涉到人的死亡(即“人命案件”),或案件本身需要处以“流”以上刑罚的情况,则督抚这样的大官也没有作出最终判决的权限了。对这类案件,督抚自身必须再起草文件送往北京,由专门负责司法的中央机关刑部裁决。只有刑部批准之后,判处流刑的判决才能作出。但刑部也不是万能的,对于死刑案件刑部不能单独下判决,死刑判决的权限只有皇帝一人享有。所以,督抚阶段就死刑案件起案,在形式上是直接向皇帝上奏的文件。刑部接到这些文件后,对其内容进行审查,认为无问题再发往都察院和大理寺这两个有关衙门,三方取得一致后才将文件呈交皇帝。皇帝如果裁可,死刑的判决才能算确定。就这样,徒刑以上的案件根据情节的轻重不同而顺次报往各级上司,接受一再的审查。这种采取多层次复审的制度结构在日本学者的研究中被称为“必要的复审制”。

在上述意义上,清代审判制度自身虽然并没有程序上的区分,但作

为一种实际状况，仍可能把案件的审判按制度内的哪个级别拥有最终处理的权限大致分为两类。即以民事案件和微罪案件为主要对象，州县地方官就拥有最终处理权限的“州县自理”审判（按今天常识性的说法就是民事审判）和以较重大的犯罪案件为对象，程序上采取“必要的复审制”在州县以上的不同级别分配最终处理权限的“命盗重案”审判（同样可常识性地理解为类似于今天的刑事审判）。从事实上看，这两者之间确实存在着种种的差异。^{〔2〕}日本学者围绕清代“法”的性质所进行的讨论，大多都是根据清代审判制度本身所具有的上述两种不同局面而分别展开的，从结论上看也因这种区别而呈现出不同的方向来。以下根据滋贺、中村两位教授弄清楚了种种事实，首先考虑一下所谓命盗重案的审判有什么样的具体内容。

二、命盗重案审判中对“法”的理解

对程序上必须上报的徒刑以上案件，无论是基层地方官作成判决原案这一阶段还是各级上司进行复审的阶段，审判中所有的官吏都被要求严格地引照遵循成文法条文。《大清律例》“断罪引律令”条规定：“断罪须引律例”。而且这里所说的“引照遵循成文法”，比起现代日本司法制度要求法官依据成文法的原则来，可说具有更加具体的含义。这是因为在清代，要求得到遵循引照的成文法条文一般都采取非常具体特定的形式。

例如，《大清律例》“斗殴”条关于伤害案件的各种情况作了如下的规定：用手足殴人而未致外伤者笞二十，手足殴人而致外伤或用器物殴人未致外伤者笞三十，以器物致人外伤者笞四十；然后还有殴人致耳目出血或致吐血者杖八十，打断他人一颗牙齿或一根手指、致耳目鼻功能

〔2〕 不过，联系到以下的讨论，还不能把各级官吏享有的刑罚权限看做绝对的东西。就州县自理案件而言，只要当事者不满州县长官的处理，尽可以向上级官府最终乃至向皇帝上诉。关于命盗重案，虽然督抚、刑部享有处以徒、流的最终决定权，犯人仍然能够随时上诉，而且皇帝也可以通过事后报告的制度进行检查。

受损或致人受火伤者杖一百,折人二指二齿或拔人全部头发者徒一年,折断肋骨一根或伤人双目,以及伤害胎儿或用刀伤人者徒二年,折人手足或致人失明者徒三年,如此等等,一直到流三千里的刑罚。这里举出的只是规定的一部分,而且关于什么是外伤、伤害耳目指的是什么样的程度、以刀背击人是什么情形等,都附有详细的注释说明。同样是关于伤害,日本现行刑法典仅仅规定:“伤害他人身体者,处以10年以下有期徒刑或30万日元以下罚金或科料”,而在此范围内具体处以什么程度的刑罚则完全委之于法官的裁量。与此相对比,就很容易了解清代成文法的特点何在。在《大清律例》上,只要犯罪事实一旦确定刑罚也就确定下来,负责审判的官员基本上没有在量刑上进行裁量的余地,或者说法典就是为了排除这种余地而构成的。^[3]

所以,这里所谓“依照遵循成文法”的意思就是,地方官在作成判决原案过程中详细调查案件情节,并从成文法中找出与此相符的条文,把所规定的刑罚照原样适用于该具体案件;另外,上级官员在复审过程中就案情和成文法的刑罚规定是否吻合反复进行审查,在此基础上根据自己所处层次和拥有的权限作出决定。如果在复审过程中发现法律的适用有误,则作成原案的地方官和中间阶段未能看出问题的复审官员就有受到惩处的可能。在命盗重案的审判中,成文法就是通过这样的制度装置来严格地制约着所有官员的判断。

但是不用说,在这样的成文法之下并非制度的一切都可以自动运转了。意图把官员们所做的一切判断都纳入成文法轨道的这种制度,反而从一开始就伴随着几重困难。第一个难点在于,存在尽管显然是不可放过的恶行,却在成文法上找不到与此行为相对应的刑罚规定这种情况。旧中国的刑律由于极详尽之致,反而更容易导致这类情况的出现。一方面为了确保刑罚轻重适宜;另一方面又要维持案情和处罚程度一对一的平衡对应关系,于是就有必要将条文规定的构成要件加

[3] 旧中国法立法技术的这种特点在研究上称为“绝对的法定刑主义”。关于该特点及其制度上和现实中的含义、归结。参见前掲滋贺著:《清代中国的法与审判》75页。

以详细展开。事实上《大清律例》的刑罚规定也做到了这一点。但是如上所示,越是以详细记述的方法将构成要件细分下去,就越容易遇到无法精确地对应于这些要件的情况。举例来说,上述斗殴条的要件可说是精细之极了,但例如致手足脱臼的情况怎么办呢?所谓“律例有定、情伪无穷”。对致人手足脱臼的行为,恐怕在应该处罚这一点上大家意见都会一致的。但是却不存在必须引照的条文。而且即使决定给予处罚,虽然不难看出致人脱臼比折人手足要轻一些,但与折一指相比,孰轻孰重却非常难说。第二个难点在于另一种情况的存在,即有时由于犯罪行为的形态、背景等极其微妙,把既存条文所规定的刑罚机械适用的话,反而令人觉得不合适或不近情理。因为负责审理的官员没有根据微妙的情节进行裁量的权限,解决这种困难并非易事。

为了对付第一种困难,清代刑事司法制度存在着“比附”的制度,即地方官在没有严格对应的条文而又认为必须处罚的情况下,比照最为相近的条文拟定适当的刑罚,作成判决原案后上奏至皇帝裁决。^[4]作为针对第二种困难的方法,结果仍不外是斟酌情节在成文法之外量刑,但这样的权限仅仅归皇帝一人享有。无论哪种情况,皇帝的特殊作用都凸显出来。

居于复审制度顶点的皇帝不仅对需要比附的案件,而且对所有上奏案件的原案,都享有不受现存成文法或自己以前所下判断拘束,自由地作出最终裁决的权力。如果皇帝本人觉得原案中根据成文法规定而拟定的量刑对于具体案情来说实质上有失均衡的话,完全可以按自己的意思加重或减轻;如果觉得案情或背景有什么蹊跷,则可以下令重新调查。换言之,在这种制度中皇帝发挥着两种不可或缺的特殊功能。一个功能是居于以成文法为根据而展开的复审制顶点,通过保证脱法

[4] 参见《大清律例》“断罪无正条”。另外,关于没有刑罚规定的轻罪,存在着称为“不应为”的一般条款。作为详细讨论比附和“不应为”制度及其刑法学上含义的文献,可参见中村茂夫《清代刑法研究》(东京大学出版会,1973年)及“不应为考——关于罪刑法定主义是否存在的问题”,《金沢法学》26卷1号(1983年)。

擅断的行为受到惩罚,监督并强制着官吏们严格遵循成文法。但皇帝的另一个功能却在于自由地改变官吏们严格依照成文法做成的判决原案,以超越凌驾于一切法律之上的方法来求得实质上的衡平。就后一功能而言,并不存在任何制约皇帝判断的法律,相反,在上述的比附等情况下,毋宁说制度本身一开始就期待着皇帝发挥弥补成文法缺欠的积极作用。进而言之。在旧中国的历史上,皇帝本身的这种作用正是成文法得以随时间推移而不断产生发展的最基本渊源之一。

这是因为,只要皇帝就某一特殊情况作出了成文法上找不到或不同于成文法现行规定的决定,而且命令今后同样的案件都必须照此办理的话,则该决定即被照会所有官员周知。而且在对法条每隔几年进行一次定期修订时,皇帝的上述决定以一定形式被记录下来,作为优先于刑律本身得到适用的“条例”正式载入法律。自乾隆五年(1740年)《大清律例》刊行之后一直到清末,几乎没有对“律”本身进行过改订。在此期间,正是通过上述步骤而产生的“条例”担负着法的变化以及将变化本身公之于众的功能。^[5]

在这个意义上,可以说清代“法”的整体包括:作为历代皇帝过去的意志集中体现在“律”里面的,皇帝过去关于犯罪和刑罚的对应关系而作出的判断;集积在“条例”中的皇帝最近的判断或最近的意志;以及皇帝现在就一个个具体案件作出的个别判断或体现在这些判断中皇帝现在的意志。构成清代“法”的这三个层次可以比喻为一种经历着不断变动或逐渐在加厚的地质结构:皇帝现在关于具体案件的个别决定不断地覆盖在表层上,而随时间经过现在的个别决定又会变成“条例”。官吏们有义务遵循皇帝最近和过去所表明意志,在此基础上以成文法为根据的复审制度才得以维持和运转;同时,正因为存在上奏

[5] 结果到清末时,虽然“律”的正文仍为436条,而“条例”却已达1900多条。关于“条例”的性质,参见滋贺秀三:“清朝的法制”,坂野正高等编;《近代中国研究入门》(东大出版会,1974年)271~318页。另外,清朝以前在基本法典、次要法典和单行法令之间也存在着同样的结构。关于这个问题,参见滋贺:“中国法”,《布里塔尼卡国际大百科事典》13卷(1974年)218~222页。

的程序和皇帝独占变通法律的权力,复审制也意味着成文法不断地产生和发展出新的内容来。

以上是滋贺、中村两位教授所揭示的关于命盗重案审判的主要事实。如上所述,成文法在这样的制度中占有的位置对皇帝和对官吏来说大不一样。在两位教授展开的“命盗重案审判论”中,关于“法”的理解可以总结为以下几点。

第一,无论从司法还是立法的侧面来看,这种审判制度显然都是围绕“皇帝的意志”这一中心而运转的。在司法方面,皇帝的意志优越于包括既存成文法在内的一切意志,而且构成了此后成文法发生发展的基础。在这里成文法所起的作用就是有体系地把皇帝的意志传达给作为执行机构具体负责量刑的各级官吏,是保证官员们严格地遵守皇帝的判断,或遇到不清楚的情况时自动地把案件上奏听候皇帝裁决的一种手段。所以,成文法从根本上讲不过就是统治机构内以官吏作为控制对象的内部规范,或者说是官吏执行职务的准则、王者治理天下的工具。这也就是清代的“法”在命盗重案审判中的社会位置。

第二,从内容上看,清代刑事司法尽管有官吏严格遵循成文法和皇帝完全自由地作出判断这种区别,结果却都可以理解为在一个个具体的案件上不断追求罪行与刑罚衡平对应的持续努力。在制度上官员们根据体现了皇帝既往判断的成文法作成判决原案上报,皇帝则对这些原案自由地进行调整,然后新的判断又以成文法形式重新提示给各级官吏。如此循环往复持续不断的微调过程就构成了活生生的制度本身。^[6]从这个角度看来,成文法可以说正是这种调整活动长期反复的结晶,或者

[6] 作为通过具体事例展示这种微调过程的文献,参见滋贺秀三:“清朝判例中的宗族私刑——尤其关于国家对私刑处死的态度”,《国家学会杂志》83卷3、4合并号,(1970年)1149页(后来收入《清代中国的法与审判》)。着眼于清代刑事司法整体上本着这种“衡平的精神”付出了细微而又持续的努力这一点并给予适当评价,正是贯穿于滋贺和中村两位教授著作中的一贯态度。这样的态度对于“因为是专制王朝的审判。当然只能是恣意擅断”这类不费力气的轻易论断(更确切地说是放弃对认识对象进行内在理解的努力)构成了一种有力的批评。

可以说是反映了罪与刑均衡对应关系的精华。〔7〕这里所存在的机制确实完全不同于西洋的法治观念,可是其本身决非无意义或无内容的东西。尽管方向上与西洋相异,这样的制度无疑也是人类的一种有价值的社会活动或者人类为了形成秩序而努力构筑的一种文明产物。

第三,为了综合上述两方面的结论,由皇帝和官僚制所承担、包括“州县自理案件审判”在内的清代司法制度整体的性质问题就被纳入视野。在制度的整体上来看,清代的成文法并不具有西洋意义上法的概念所包含“为人民和统治者所共有的社会规范”这一性质,即并不是一方面要求人民直接以此作为自己的行为准则。另一方面人民又能援用来进行权利主张的法。〔8〕所以,清代的审判也不像西洋的审判那样意味着“终止互不相容的主张对立的权威性裁定”或“代表法共同体意志的天启神示”,而是一种统治者为了保持人间世界的和谐,针对搅乱秩序行为采取的适当处置及其程序,直接反映的是王者治理天下的意志。这种审判制度从西洋近代“行政”和“司法”的概念分化来看,毋宁说属于“行政”所具有的理念和性质,不妨称之为“作为行政活动一环的司法”。〔9〕

〔7〕从这个角度来看,可以把旧中国的刑律视为力图把一切恶行按其形态及轻重详细地加以分类,并各自分配以不多不少正好与其恶性程度相对应的刑罚这样一种“罪刑对应一览表”。而刑律发生发展的全部历史都可以被看做不断形成这种精细的、体系性的、能够覆盖可能出现的一切恶行及其一切形态的一览表的努力过程。另一方面反过来从在刑罚上看,笞、杖、徒各五等,流三等,死二等共二十等刑罚构成一个系列,且到流刑为止的十八等各个刑等根据身份关系条款的加等减等规定排列成间隔基本相同的结构。着眼于此,也可以说刑律的发展就是意图把一切恶行都纳入这一刑罚框架中,并通过这种公共的观念性架构来确认和宣示恶行程度轻重大小的努力过程。

〔8〕参见滋贺前掲著作 78 页。

〔9〕参见滋贺《清朝时代的刑事审判及其行政性质》前掲著作 86 页,以及他的“清代司法中判决的性质——关于判决确定这一观念的不存在现象”,《法学协会杂志》91 卷 8 号(1974 年)47~96 页,92 卷 1 号(1975 年)1~64 页(后收入滋贺前掲著作)。后一论文中的论述把“州县自理案件审判”纳入了视野,是对清代司法制度整体性质的理解。

三、州县自理审判论中对“法”的理解

如上所述，“命盗重案”审判中官吏们负有必须遵守成文法的义务，而且实际上也确实存在着严格引照遵循法律的实务或实践。但是与此相对，前面提及的另一种在州县地方官层次上处以笞杖以下刑罚就解决了大部分问题的审判，即“州县自理”的审判，却表现出完全相反的自由裁量特征来。

中村教授以清代的“判语”（地方官记录自己处理案件过程的一种文集）为素材，对可以引照《大清律例》中“诬告”条和“威逼人致死”条的有关纠纷类型在州县自理审判中如何处理进行了调查考证。他发现，存在着如果按照“律”显然构成犯罪的案件却被宣判无罪，或即使宣告有罪却并不引用法律而且量刑明显与律、条例上规定不同的不少事例。^[10] 滋贺教授在更广泛的范围上考察了“判语”中有关户婚田土案件的处理情况后，指出大部分案件的判决根本就没有涉及律和条例的参照引用，而且即使引用也只限于《大清律例》。对于微罪，地方官发动作为行政长官所当然享有的体罚执行权限予以解决，事实上几乎不存在引照《大清律例》中有关笞杖的规定进行量刑的判决。^[11] 换言之，州县自理的审判显然不要求在严格依照引用成文法的前提下进行。

于是，两位教授的“州县自理审判论”围绕如何理解“法”在其中的位置或性质问题也就向两个方向展开或延伸。

第一个方向上的问题在于，如果成文法不被引照，那么地方官是以什么作为基准来进行审判的呢？这是一个理所当然会被提出来的问题。中村教授首先把州县自理审判基本上理解为一种地方官行使裁量权对某种轻微罪行放弃起诉的状态，即从刑法学角度将其视为“裁量

[10] 参见中村：“从清代的判语看法的适用——尤其关于诬告和威逼人致死罪”，《新潟大学法政研究》第9卷1号，1976年。

[11] 参见滋贺：“关于清代诉讼制度中民事法源的概括性考察”，《东洋史研究》第40卷1号，1981年（后收入滋贺前掲著作）。

起诉原则”的一种表现。作为进行这种裁量时地方官考虑的因素,他举出了犯人的性格年龄境遇、罪行的情节轻重、犯罪后的情况等;他还指出为了便于查明事实真相和减轻诉讼当事人的负担而避免向上级移送案件也是地方官进行这种裁量的动机之一。而且地方官还有“尽量使纠纷涉及的各方面都得到妥善处置,使纠纷前和谐的人际关系得以恢复”的意图。滋贺教授对户婚田土案件也作了同样的考察,他指出指导地方官处理这些纠纷的主要理念一方面在于“欠债还钱”或“父在子不得自专”等旧中国文明中不成文却为人们广泛承认的种种原理原则;另一方面却在于如“给予案件的特殊性或具体情况通盘和细致的考虑”,“不能无视或压制一般人认为是自然的感觉、想法和习惯”或“应该尽量使良好的人际关系得以维持或恢复”等强调具体问题具体处理的价值观念。前者称为“理”,后者称为“情”,两者集中体现在“情理”这一词中,构成了旧中国指导纠纷处理的基本准则或理念。^[12]

第二个方向上的问题是,不依照成文法而在上面所述的那些原则理念下进行纠纷处理的州县自理审判与既存的成文法秩序又有何关系呢?

中村教授在认识到州县自理审判的种种事实具有“裁量起诉原则”性质的同时,还是再次强调了命盗重案审判严格要求适用成文法的“实效性”、“准确性”以及“法的安定性”等理念的存在。他进一步指出,州县自理的审判至少在刑事性质较强的案件中往往采取了“将律例上的法律根据置于视野中再适当考虑斟酌情节”的步骤。所以“仅仅因为没有完全适用法律规定而存在斟酌情节顾及常识等事实,还不能说就是背离了法律或无视法律的做法”。与这个提法相并行,他还提出,州县自理审判与强调“法的安定”理念的命盗重案审判相比可能更着重于“衡平的实现”这一价值理念。

滋贺教授的观点一定程度上也可以理解为包含了把上述两种提法

[12] 参见滋贺:“关于在传统中国作为法源的习惯——提交让·布丹委员会的报告”,国家学会诞生百年纪念文集《国家与市民》第3卷(有斐阁,1987年)。

进一步展开并予以统一的内容。但滋贺教授的研究已不限于州县自理审判与严格依照成文法的命盗重案审判的关系问题,而是在与西洋社会中法与审判的性质进行对比的基础上,尝试描绘出旧中国的审判和审判基准所具有的特征并为其提供一种理论性解释的工作。^[13] 首先,他根据上面所提及关于清代民事审判的种种事实指出,所谓“情理”尽管构成了地方官处理民事性纠纷的基本准则,但却不是对于万人都同样适用的客观规范。“情理”尤其是“情”不过是地方官意图权威性地解决纠纷时给自己提出的一般要求或规范性的心理感受而已。所以,实际作出的裁定总是根据具体情况而呈现出千差万别的状态。但“情理”其实要求的也就是不作“一刀切”或整齐划一的处理,每一个案件都有其特有的内容细节,而审判官的判断随这种具体状况千变万化,毋宁说正是“情理”这种基准所期待的结果。把这样的制度结构与西洋近代的法和审判相比较的话,可以说旧中国的民事审判呈现出一种完全相反的价值指向来。西洋近代型审判的制度理念在于,将先于具体纠纷已经在社会中客观存在的规则(无论是成文的国家制定法还是不成文的习惯法)作为法源,而发现这些规则并将其公平一律地适用于一个个具体案件以确定当事者双方的权利义务则是审判的任务。与此相反,旧中国的民事审判却要求细致入微地考虑每个案件个别的情况,理解并同情普通人认为是自然的、不勉强的状态,努力作出有助于在当事者之间维持或恢复形成良好关系的判断。换言之,这样的审判意味着力图在处理每一个案件时都总是一次性地分别实现对于具体的当事者和个别的案情来说最为妥当的解决。不折不扣地一律适用既存的法规在这里并不被认为是有什么特别价值的做法。

但是滋贺教授也注意到,尽管州县自理审判的实践中地方官并不引照律例,实质上成文法也未成为纠纷处理的基准,但另外成文法仍然

[13] 以下内容为本稿作者根据滋贺上揭二论文以及他的“作为法源的经义、礼和习惯”滋贺前揭著作第五章,以及“中国法文化的考察——以诉讼的形态为素材”,《1986年度法哲学年报——东西法文化的考察》等研究中表现出来的方向而进行的一种总结。

享有高度的权威。为了找出能够给予这些事实统一说明的内在逻辑,他对于旧中国“法”的性质提出了如下的观点。即“律例本天理人情而定”——所谓“法”在当时中国人的心目中并不是与个别主义的“情理”不同的东西,“法”不过是得到了明确化和被赋予了强制性的“情理”核心部分而已。如果把“情理”比喻为水,则“法”就是其中固定冻结成冰的部分,或换句话说,成文法不过就是漂浮在“情理”大海中的一座冰山而已。在这样的世界里,尊重存在于每个人胸中的“情理”就体现了“法”的精神,反过来看,作为“情理”核心部分的法律在适用于具体案件时总需要根据“情理”来解释或变通,与“法”本身的要求绝不相悖。

这样的观点在旧中国法的内容与形式两个方面都构成了一种全新的说明,并包含着向多种方向展开的微妙可能性。通过发现和揭示“情理”这一旧中国民事审判中固有的价值或力图达成的目标,滋贺教授意在表示成文法本身并不只是种种刑罚的集积,而是植根于与“情理”相统一的某种秩序理念或价值基础的文明建构。但另外,由于纠纷的解决具有要求符合“情理”这样一种个别主义的特征,可以说在旧中国的审判中并不存在所谓客观普遍的、强行性的规范,即西洋意义上的法。反过来看,旧中国的“法”是一种不被普遍适用也未必违反其自身价值指向的特殊规范,“法”从根本上就内在地具有不强求一律适用的特殊性质。换言之,旧中国的社会里实质上并不存在依据客观规范进行整齐划一式审判的价值要求(尽管表面上可以观察到这样的现象)。对于这种状态下成文法存在的意义和性质依然能够作出统一及具有理论体系性的深刻说明正是滋贺学说的新意所在。

滋贺教授的议论由于与旧中国社会的纠纷解决中客观普遍的规范是否真正存在的问题紧密相关,其包含的意义必然地超出官方从事的审判和成文法在那里的位置这一问题范围。实际上他也确实明确地指出,与学者们一般都期待出现的情况相反,实证的事实表明清代民事审判的记录中几乎见不到引用了“习惯法”的事例。以这一事实为基点,滋贺教授把自己通过考察官方审判而获得的观点进一步扩展到社会领

域中来。在西洋的历史和语汇中,“习惯法”指的是虽然不成文却客观地存在于社会里的“活的”规范。就这种意义上的“习惯法”而言,旧中国的官吏们进行审判时是否引用其作为依据其实并不能成为问题,因为在中国社会里本来就缺乏这种客观地存在着并可供他们引用的规范。于是,不仅能够说旧中国的国家制定法不具有西洋的法那种作为客观规范的神圣化含义。而且还可以说就是在社会本身的任何一个角落也同样找不到以这种形式存在的规范。作为行为准则的判断标准始终只存在于每个人的心中,却缺乏任何制度性的安排和程序来把这种主观的规范从制度上还原为客观的、外在的或具有可视性的法,且旧中国的文明本来对这样的制度性努力就不提供价值支持。滋贺教授所展开的这些主张意味着,上文介绍的成文法特点以及民事审判不引用成文法等事态,都不过是与西洋相比具有自身特殊性质的旧中国文明或法文化在一定局面上的表现。对审判和“法”的理解就这样涉及了旧中国的法律文化传统有何特质这一更广泛和更深层次的问题。

四、现阶段关于“法”与法的认识

上面简单介绍了滋贺和中村两位教授这三十年来围绕清代“法”的性质所展开的见解和作为其背景的基本史实。从这里可以看到,立足于西洋的法律传统而不费力气地笼统断定旧中国的成文法缺乏“实效性”显然是没有实际内容的观点。但要想进一步说明旧中国的“法”具有什么样的“实效”却也面临着极其复杂的局面和结构性的问题。

首先,在命盗重案审判中发挥控制官吏们量刑的作用这一方面,成文法具有无可置疑的“实效性”。但是在州县自理审判的这一方面,官吏们却并不依据成文法作出判断,也很少起草引用成文法的判决。为了理解看上去相互矛盾的这两个方面的事态,必须指出与西洋的审判不同,旧中国的文明并不把严格依据事先存在的客观性规范作出最终判断视为具有特殊或重大价值的纠纷解决方式。最理想的审判就是立足在当时一般的价值观基础上,却着力于分别找到与每个具体案件的

微妙之处相适合的最佳个别方案,即合乎“情理”的解决。而且,所谓“情理”和“法”在当时的中国人心目中并不是什么相互矛盾对立的東西。所以,尽管有严格引照成文法的事实,却不能据此断定旧中国的文明也像西洋文明那样赋予“依法审判”的作法以某种特殊价值;但另一方面,举出成文法在许多纠纷的解决中都未被援用这一事实同样不能说明清代的“法”缺乏“实效”或无用。换言之,无论在西洋法秩序的观念下否定旧中国的“法”能够发挥作用,还是以西洋的价值体系为标准来试图找出旧中国的法现象中也存在着与西洋同等性质但程度不同的东西,可能都是没有多少意义的做法。

滋贺、中村两位教授的工作就是在这种困难的局面下一方面从不同于既存观念的角度揭示了不少关于清代司法制度及实际情况的新史实,同时立足于清代的审判也具有自身独特的价值和局限这一新的观点,探索了可能给种种复杂事实以统一和体系性说明的理论框架。如上所述,他们的研究正是从命盗重案审判和州县自理审判这两个局面入手,逐渐地弄清了两种审判各自的基本面貌,并进而对看上去相互矛盾的这些复杂现象进行了初步的理论综合。在这个过程中,无论是新史实的揭示还是理论框架的建构,日本的中国法制史学界的认识、观念通过他们的工作得到了更新或深化的地方绝不在少数。

不过也必须指出,两位教授自身都尚未明确地提出能够把上述两种局面统一起来的理论说明。中村教授关于考虑“情”和“理”并不意味着忽视成文法的看法给滋贺教授关于“法”和“情理”之间实质上并不对立这一观点开辟了道路。此外,中村教授对“衡平的实现”加以强调,也给滋贺教授进一步在“情理”基础上统一把握清代司法审判的尝试不少影响。尽管两者的工作有先行和深化拓展之分,但是都还没有有意识地提供一个明确的框架来统合命盗重案审判和州县自理审判这两个局面。确实,由于证明了不同局面的审判都有其内在的价值,两位教授的工作使关于旧中国的司法审判缺乏实际意义的一般印象失去了存在基础。然而,尽管问题的领域得到了深化和拓展,问题的提出方式

也发生了重要的转换,但如何从时期及细部等角度统一地说明命盗重案审判和州县自理审判这一问题却仍然存在。

那么,关于清代司法审判和“法”的位置,我们现在得到了一幅什么样的图景?依然存在的又是哪些问题呢?从目前已达到的认识来看,研究的对象可以分为两个领域,一个领域关系到皇帝和官吏们从事的审判活动具有什么性质,以及在皇帝官僚制度的内部成文法占有何种位置等问题;而另一个领域则越出了国家司法的范围,与整个帝制中国的法秩序具有什么样的性质、在旧中国的社会中所谓一般的社会规范又占有何种位置等更广泛或更深层次的问题相关。就第一个领域而言,通过上面所介绍的滋贺、中村两教授关于命盗重案审判和州县自理审判的研究,尤其是通过滋贺教授最近进行的理论性综合,可以说大部分问题都已经有了答案。如果在上述研究成果的基础上再略加发挥的话,则关于清代司法制度可以描画出以下这样一幅图景。

滋贺教授在其研究的后期所讨论的“情理”及州县自理审判的性质问题,直接的目的当然在于弄清当时地方官从事的民事审判依据什么样的“法源”。但这项工作并不只是着眼于民事审判本身,而意在发展滋贺教授本人早期提出的“作为行政活动一环的司法”这一观点,力图对清代司法整体的性质作出内在的统一的解释,并从正面加以说明。事实上,滋贺教授在州县自理审判中所发现的地方官作为审判者的形象,如果在命盗重案审判中寻找的话,就可以在皇帝的作用中看到这个形象的完整体现。如前所述,皇帝在整个司法体系中扮演的角色绝不是机械适用既存的成文法或先例,而是超越于所有这些规范之上来考虑与眼前的具体案情最相适合的个别妥善解决,并通过这样的活动匡正风俗、教化臣民。而且他的判断标准至少从制度上看决非恣意,就“王道本乎人情”而言,归根结底也就是“情理”二字。所以说,地方官审理民事案件不引照成文法这种情况,既不仅仅是因位于官僚制边缘的一种失控或事实性状态,也不是与当时审判的原理原则相背离或抵触的现象。而应当把这种情况看做植根于旧中国文明的根本价值,或

者是作为旧中国社会秩序维持方式的一种原型。

于是,在这些事实中我们可以看到,关于统治者、审判者的位置和作用以及规范的性质,在旧中国存在着与西洋文明完全不同的另一种秩序类型。那里期待统治者、审判者发挥的作用并不是发现事先存在着的客观性规范,再严格按照其形式或字面普遍不变地适用于同类案件。相反,统治者、审判者应该作为“通情达理”的君子,具有很高修养和人格素质,他的任务则是根据一个个案件的具体情节找出最为适合的个别解决方案,说服教育相争不休的当事者,并给予做了坏事的人恰如其分的惩罚。通过这种旨在从根本调整当事者之间以至全社会人际关系的不断努力,为政者就起到类似于严厉而又慈爱的父亲斥责教育顽童、平息弟兄争吵的作用。皇帝从“天”那里得到了这种权力和责任,对“天下”即在全国范围内行使任何可能的刑罚,而地方官则在自己管辖的区域内从皇帝那里得到授权来行使笞杖以下的刑罚。尽管有管辖范围和刑罚权限的不同,但在作为匡正风俗、教化人民的严师慈父这一点上,地方官扮演的角色实质上与皇帝没有什么根本的区别(事实上,地方官确实被称为“亲民官”)。皇帝和官僚同样是通晓“情理”的君子,同样“为民父母”,同样对改善“风俗”负有全面责任,他们的关系或相互位置可以显示为一种同心圆似的图形,同时又体现在官僚制的垂直型组织之中。各种恶行与刑罚之间详细的对应关系则以成文法的形式表现出来,构成了整个帝制统治机构实行惩罚时所依据的价值标准的外部形态。

不用说,在皇帝和地方官之间,尽管是同心圆式的结构却也存在着明明白白的上下关系。皇帝以下的官僚制按道德教养的多寡分为高低不等的官阶,制度上的前提是官阶越居上的官员就越应该通晓“情理”。上级关于“情理”的判断从内容上被认为(而不是在制度上被决定)优于下级的判断。位于顶点的皇帝一旦就某个案件作出判断,当然成为具有最高权威的合乎“情理”的决定。这些权威的判断被总结起来构成了成文法,所以注重个别具体情况的决定与成文法并无结构

性的矛盾。大大小小的官僚们在日常的审判业务中各自根据自己心目中的“情理”标准不断地作出具体判断,而所谓“法”不过就是这些判断积累起来的金字塔顶点,是具有最高价值的“情理”判断或“情理”的结晶。另外,越是尊重具体情况的差异,就越不可能认为存在完全同样的案情。所以,成文法虽然采取一般规范的形式先于案件而存在,却不是什么客观的,或只能发现而不能变更的东西,一旦遇到难以适用的案件就可以根据“情理”予以变通正是其前提。在这个意义上“法”本来就不是具有确定内容的行为准则,而不过是人们每天在具体情景中就是否合情合理而反复作出评价时的一种权威性参照或准据。

不过,“法”的作用样式或变通“法”的主体可以根据官僚制的制度设计不同而变化,这种设计的要点在于作为权力来源的皇帝如何向自己以下的各级官吏分配权限。清朝的制度设计是笞杖以下的刑罚权限分配给地方官(州县自理),在此限度内州县长官可以自由地变通“法”或根据自己的“情理”标准来处理案件或纠纷。只要当事者不上诉,案件到此就结束了。所以,在州县自理审判这一局面,地方官关于“情理”的判断在制度的层面浮现出来。与此相对,处以徒刑以上案件的变通权限则向皇帝集中,于是命盗重案审判中担任起草判决原案和负责复审的官员们都必须严格按照成文法来从事日常业务,一旦出现变通法律的必要就自动地将案件上奏皇帝。所以,成文法作为保证这套制度设计有效运转的关键,在命盗重案审判的制度层面凸显出来。但是也正因为如此,清代司法过程中这种严格遵照成文法规范的现象并不是“依法审判”这一近代性价值理念的直接体现,而不过是官僚制内部围绕刑罚权限分配的一种制度设计,或者官僚制内部根据上下级别进行控制的反映而已。归根到底,“法”在这种制度内的位置仍然是“王者治天下之具”。

就皇帝和官僚制度内部的情况而言,把滋贺和中村两位教授的观点结合起来,关于清代司法制度以及“法”在其中的位置就得到了这样一幅相对完整的图景。在这一方面,可以说结论已经相当清晰;但另一

方面,如上所述,滋贺教授最近的研究中关于“法”的性质问题已不仅仅停留在国家制定的成文法或国家从事的审判制度这一范围内。在那里,问题的提出又展现出另一种新的局面。

滋贺教授后期在研究州县自理审判的过程中提出,旧中国的民事审判基本上是一种依据“情理”的判断,反过来看也可以说,那里既不认为依照客观性规范作出普遍不变判断的做法具有像在西方那样的重大价值,实际上也不存在这种形式的规范。这个观点从他思路的发展来看,可说是他早期在关于命盗重案审判的研究中提出的,旧中国的“法”不是由统治者和人民所共有的社会规范,而不过是官僚内部的实务性操作规则这一见解的展开和扩大。通过这个理论性的发展,成文法得到严格遵照和能够自由变通的两个局面为何同时存在的事实就获得了统一的说明,由此关于法在作为清代统治机构的皇帝官僚制内占有何种位置这一问题也达到了一个相对完整和有说服力的结论。但是,这样的理论发展同时也在旧中国社会中规范存在的整体形态方面带来了新的重大问题。因为滋贺教授进一步指出,不仅国家或皇帝官僚制内部不存在西洋意义上的法或社会规范,而且在作为一种独特文明的旧中国社会本身同样找不到类似的规范样式。于是,接下来必然发生的问题就是,旧中国那样大规模的社会中究竟存在的是一种怎样的规范秩序呢?这时候需要考察的对象已不限于成文法在官僚制内部的作用和位置这一最初的研究范围,而涉及旧中国的社会秩序通过什么样的规范形式而形成、形成的秩序又具有何种原理或特质等有关文明的根本层次问题。换言之,与西洋意义上的法在其最广义上发挥作用的空相对应,旧中国的广域社会中发挥类似作用的规范采取何种样式而存在就成为研究考察的出发点。

这也就是消去了引号的法在旧中国社会中的位置问题,而上面讨论过的所谓加引号的“法”即成文法不过是这个问题不可或缺的一部分,两种意义上的“法”必须结合起来加以考察才有可能得到完整的结论。

但是,要想在这个层次上回答上述问题,无论在理论框架的构成还是史料的收集考证上,准备都极不充分。目前这方面的工作与关于“情理”标准等皇帝官僚制司法过程的研究成果相比只能说尚未真正展开。不仅如此,正因为滋贺教授对旧中国民间的规范秩序提出了上述观点,到现在为止一直存在的种种虽然模糊却也支配着一般人看法的印象或理解就遭受到了深刻的冲击。关于旧中国民间的规范秩序,现有的几种理解归根结底或者或明或暗地都是以西洋式的审判和近代法秩序作为其观察基点的。例如,把国家和民间团体各自担负的秩序维持功能都看成类似于西洋式的“司法审判”,再考虑两者的管辖范围及其关系;或者只把国家的作用作为“司法审判”,将此与民间进行的“调解”相比较;或者反过来把国家的审判视为恣意擅断的专制,认为另一极存在着一般民众立足于习惯法的或自律的“法共同体”。然而,滋贺教授的观点正是对这些以规范的共有或在某种封闭性“共同体”中适用规范为前提的理解构成了强烈冲击。当然在目前的研究状况下,还不能肯定地说民间存在着什么样的规范秩序,所以关于旧中国法秩序的整体性质尚没有确切的答案。但是,现在已不能继续安心地依靠原来认为是理所当然的印象或理解,原有的图景已处于解体状态这一点却是千真万确的。

不过,并非完全不存在力图正面回答上述问题的努力。以下简单介绍两个研究动向。

第一个动向是依靠具体的史料对民间解决纠纷、维持秩序的机构与国家官僚制度的结合部进行重新考察,力图了解其实际存在的结构形态。近年来岸本美绪教授以清代初年上海知识分子的回忆录《历年记》为素材,指出诉讼提起以及诉状被受理后民间仍然继续调解是当时常见的现象。^[14]另外滋贺教授根据州县的审判记录指出,虽然提起了诉讼,但不等判决做出当事者就主动撤诉或消极放弃诉讼的情况并

[14] 参见岸本美绪:“从《历年记》看清初地方社会的生活”,《史学杂志》第95卷6号,1986年。

不少见。他的研究表明,向官府提起诉讼与民间进行调解同时并行的现象值得注意。^[15]

从现有关于州县自理审判的成果出发,上述研究动向采取的角度可以说是很自然的。不管如何强调官府的司法审判功能,旧中国社会中一旦发生相持不下的纠纷,在那里总会因当事者的请求或不愿看到纠纷继续下去的人们主动介入而出现民间的第三者。这个第三者也总会努力用眼前或长远的利害来说服纠纷当事者,力图使他们的关系能够得到修复调整。而且,由于人们总是置身于一定的社会关系网络中,这些网络重叠交错而形成的复杂结构也总能为发挥调解的作用提供多样的社会圈子。这些都是不争的事实。而且人们在这样的调解中谋求的恐怕也不是什么“依据适用客观规范的解决”,民间调解多半是日常生活中熟悉双方当事者的第三者着眼于纠纷的前因后果以及对周围的影响来全面地调整双方关系的尝试,其目标往往在于友好关系的修复或维持。但是另外,根据上面所述关于清代司法制度性质的新见解,地方官从事的州县自理审判其实也是同样类型的纠纷处理,即依据“情理”的解决。这样来看,至少在纠纷处理的性质这一点上,民间的调解与官府的审判并无根本的区别,或者说从这个方面无法考虑两者的关系问题。在这里需要的不是一开始就将两者区别开来再进行量的比较,而应该把民间的调解与官府的审判先看成同样性质的纠纷解决方式,再设法把握两者在功能上的相关。上述的第一个研究动向正是在这个方向上的具体展开。

如果像这样着眼于两者的同质性,则把已经搞清楚了的清代司法审判机构内部所具有的逻辑结构推广到社会的一般领域,用来解释民间调解现象也不是不可能的。例如,单纯适用上述已知的逻辑,也可以

[15] 参见滋贺:“关于清代州县衙门诉讼的一些看法——以《淡新档案》为史料”,《法制史研究》第37号,1988年。把官府的审判视为实质上仍然是调解的一种,所以认为这种审判与民间的调解不能被单纯地作为相互对立区别的东西,而应从功能上来考虑其区别及关联的观点,在滋贺教授从事研究的很早时期即已经被意识到。参见前注[9]所引论文。

作出以下的推论。即官府的审判与民间的调解并不意味着国家与社会的区别对立,两者的差异只在于关于“情理”判断的高低以及作出判断的人物所享有的权威程度,还有这种判断的影响力大小等方面。关于是否合乎“情理”而作出判断的人们就像一个金字塔式的序列,在顶上是“天命所归”、集“有德”之大成的皇帝,以他为赋予权威的源泉从上至下排列着大大小小的官吏,在底部则分布着因其高低不等的道德修养而可能在各自居住的地域进行调解的绅士或一般人。通过这些“有德者”在各个地区的日常生活中从事的“情理”判断,社会关系就得到了不断的调整和再生产。而以这种基层的秩序形成过程为起点,一直延续到君临天下的皇帝,关于“情理”的判断按此系列集积起来就构成了一幅有关统治或法秩序的统一图景。当然,在研究的具体化过程中,即不必拘泥于这样强调连续性、同质性的印象,也不可能停留在这种单纯的图景上,需要深入探讨的地方很多。^[16] 不过,尽管纠纷处理的不同质或相区别的侧面要求得到更细致的描述和说明,上述那样一个初始的印象仍然可能是有用的。

第二个研究动向与第一个动向以处理解决纠纷的主体或机构为对象这一角度相反,是从规范本身的角度来接近问题的尝试。上面已经讨论过,旧中国的“法”并不构成人民的行为规范,而且依据客观性规范发现惟一正确判断的审判样式作为一种制度结构无论在皇帝官僚制内部还是在社会自身之中都不存在。换言之,表面看来与西洋的法并无很大区别的旧中国成文法,从作为社会规范的角度来看却不具有指示一般人日常生活中如何行动的性质和功能。于是,在社会规范这一最广义的考察范围内把法的含义扩展到“惯例”这种非形式性的日常行动样式,再通过把握惯例的实际形态来了解成文的规范在其中的位置和作用就成为必要和可能的研究方向。从这个角度获得的新知识有

[16] 在强调区别的方面,滋贺教授已经提出了以下的问题并在一定程度上作出了自己的回答。即既然官府的审判实质上与民间的调解并无区别,为何地方官的审判有必要存在呢?在调解盛行的社会中官府占有一种什么样的位置呢?参见上注所引论文。

可能使关于成文法性质的现有见解重新受到挑战。

关于“情理”的判断既然如上所述是一种具体个别的、与判断者的人格个性紧密相关的过程,则尽管有巧拙深浅之分,一般说来却是任何人都能够做、实际上也是人们每天都在做的事情。就民间的调解而言,不仅调解者,而且当事者和周围的一般人在调解前后一直也在就是否合乎“情理”作出自己的判断。从史料看来,清代社会中正充斥着这样据“理”相争,“情”尽则或以暴力相见的人们。但是,虽然一方面可以说“情理”就是人们所共有的社会规范,而其结晶则是成文的律例,反过来看成文法仍然不过是皇帝一方宣示的命令,只是在官僚制内部控制官吏们量刑的范围内起作用,却不能发挥现实的功能来综合或统一人们日常生活里关于“情理”的判断。那么,在社会生活中的什么层次上究竟存在着什么样的规范实体呢?这种规范的实体又是怎样获得或者又是如何缺乏社会性、共同性的呢?在这方面有许许多多的问题需要探索。^[17]

当然,以上两个方面的研究动向都只不过刚刚起步,成体系的实证性研究成果还只能寄希望于将来,但现在已经可能预见到研究的内在逻辑将会有什么样的展开或归结。上述两种动向只要以关于清代司法制度性质的新见解作为出发点,则其前提就是一致的。即把民间通过处理解决纠纷而形成秩序的过程与官府审判活动从性质上区别开来加以考察可能是没有意义的,并无必要把国家和社会的分离当作普遍的或不证自明的公理,而应该把两者统一起来作为一个连续的秩序整体考虑其结合形态或内在结构。但这样看来,在没有真正了解民间动态秩序的情况下把官吏们从事的审判作为一个封闭的体系并仅仅从制度上来加以考察是不够的。国家的司法制度不过是更广阔的社会秩序中一个有机的构成部分或要素而已。随着逐渐把握民间的秩序形

[17] 作者曾在这个研究方向上就官和民双方围绕“惯例”的行动特征作过一个初步的描述。参见寺田浩明:“清代土地法秩序‘惯例’的结构”,《东洋史研究》第48卷2号,1989年。

态,以皇帝为顶点或中心而描述出来的关于旧中国社会秩序的图景因为只是从国家角度或皇帝统治这一事实出发的秩序观,将不得不受到挑战。在这个意义上,本稿中所介绍的关于“法”在旧中国皇帝官僚制度内部占有何种位置的新见解也不过是目前所达到的一个暂定结论而已。

权利与冤抑——清代听讼和民众的民事法秩序***

序言

关于清代的民事法秩序(尤其是财产法秩序),即使把现在学术界已得以明确的知识都收集起来也,难以描绘出一幅稳定的整体图像,或者甚至不妨说是把这些知识收拢来,这项工作就显得越困难。

根据到目前为止获得的研究成果,清代民间的民事法秩序呈现出以下这样一种状态。^[1]在那里,以男性家长为核心,家庭成员们构成一个个“同居

* 原载东北大学《法学》第61卷5号,1997年。王亚新译。

** 1996年9月在日本镰仓市召开了题为“后期帝制中国的法、社会、文化:美国与日本的研究者之间的对话”(Law, Society, and Culture in Late Imperial China: A Dialogue between American and Japanese Scholars)的小型研讨会。本论文是笔者以同一题目提交该会议的报告经过大幅度修改后的改订稿。在此谨向当时于会场内外给予了笔者有益批评的各位参加者表示感谢。关于这次会议的情况介绍,参见寺田浩明:“后期帝制中国的法、社会、文化:美国与日本的研究者之间的对话”(《中国图书》1997年1号)。此外在相当一段时间内,笔者与王亚新教授围绕现代中国民事法秩序的定位问题进行了反复的意见交换。本论文的问题意识有不少地方直接或间接地得益于这种个人之间的学术对话。在此也向王教授表示谢意。

[1] 关于历史上中国社会的这种流动状态,可参见斯波义信:“中国的社会与经济环境”(乔本万太郎编《汉民族和中国社会(民族的世界史,5)》山川出版社,1985年)关于社会关系整体的契约性质,参见寺田浩明,“明清时期法秩序中‘约’的性质”(沟口雄三编《社会与国家》丛书第四卷:从亚洲思考,第四卷,东京大学出版会,1994年)。(已收入本书——译者注)

共财”的小家。这些家既是日常消费生活和财产归属的基本单位,同时也往往是进行生产经营的基本单位。大部分农地已经完全商品化(能够自由买卖),分别为一个个家庭所私有,在农地上的经营也常常已经把市场交易作为前提。超越这些小家庭的宗族、村落、行会等共同性的组织一般都很软弱且不稳定,所以社会秩序的实质性部分是由这些不得不单独谋生的一个个小小的家通过在彼此之间缔结契约关系来承担的。这种契约的结合具有市场的任意性质,不断地发生又不断消灭,大部分都只持续很短的时期。而且,家自身随着世代交替,通过反复在男性兄弟之间进行的析产均分而不断分裂,具有变得更加零细的倾向。^[2] 作为政治上最大资源的士绅地位是因科举考试而由男性个人取得的,并不能成为继承世袭的对象。当然,既有没落之家也有上升之家,随着他们的沉浮,土地财产也频繁地在家之间转移。^[3] 这里出现的是一个由无数主体构成,且在他们之间充满了个别的不同利益主张和利益冲突的竞争社会。由此,主体间的纠纷自然会不断发生。^[4]

[2] 当然,分家析产并不是义务,只要不分家而增加同居共财的成员,把一个越来越大的家庭维持下去(累世同居)不仅可能,甚至也是儒家伦理所鼓励的。但是一般的情况却是一旦家长在世代间发生交替就分家析产。这种缩小同居共财范围的行动,其理由无疑在于通过将上升没落的单位化整为零来获得分散风险的利益,以防止整个家族一起没落的危险。在那里起基本动力作用的则是家自身的生存欲望。例如,分家文书中就有这样的表现,“自此一分永定,日后各房或侵或长,皆系造化。不敢生端滋事。所愿子子孙孙,勿替引之,庶公业永远,而房分炽昌矣”。三田祐次藏、张炎宪编:《台湾古文书集》(南天书局有限公司,1988年)125页,3087。

[3] 例如,高见泽磨:“台湾凤山张氏文书”(滨下武志等编著《东洋文化研究所所藏中国土地文书目录、解说(下)》东京大学东洋文化研究所附属东洋学文献中心刊,1986年)介绍了土地买卖时卖主将自己手里历年传下来的“老契”(有时达十多张)与本次买卖所立契约一并交付给买主的习惯。当然,只要分析这一系列契约的日期,就可以判明该地买卖的频度。平均算下来,在十八九世纪的台湾,农地每十来年就有一次买卖。

[4] 关于地方上纠纷发生的频度,熊远报:“村庄的纠纷解决”(1995年度东北中国学会报告)报告了下列令人深感兴趣的数字。通过分析当时居住于安徽省庆源村(人口约为500人到800人)的下层知识分子詹元相所写《畏斋日记》(《清史资料》第四集,中华书局,1983年)中从康熙三十九年(1700年)到四五年六年间的记载,发现共有47件关于纠纷的记录(换言之一年大约有8件左右),其中涉及告官的8件(包括两件“命盗重案”),剩下的纠纷都由近邻民间的主体通过调解予以解决了(其中有11件提到了“族”的干预)。

而且由于共同性组织的软弱,对于纠纷的处理往往不能被限定在近邻社会的内部。实际上,全国统一的权力通过约每二十万人口就设置一名的州县地方官(亲民官)直接向人民敞开着诉讼的门户,在此人口范围内每月平均可有千份以上的诉状提交给地方官。^[5]对于人民来说,地方官主要就是为了听取告状给予善处而存在的;而地方官也把听讼理解为“答民所劳”的最重要手段。^[6]

流动的且建构于契约之上的民间社会以及国家民事司法的存在感及其作用的重要性,这两个论点,都是战后日本的明清法制史学在与强调固定而封闭的共同体以及共同体内部处理纠纷的学术界旧有观点相对抗中提出并尽力发展论证了的观点。^[7]当然,这种新观点并不打算,实际也没有主张旧中国存在着与西方近代同样的财产法秩序。不过,既然主张这样的观点,至少在大的轮廓上,由多元的个别的主体通过利益交换或契约而形成的经济秩序、社会秩序与负责解决纠纷的统一性国家权力相加,确实显得非常地类似于西方近代的财产法秩序。由这一类似性就产生出下面这样朴素的疑问来。

最直接的问题在于听讼解决民事纠纷的性质。先举一例。19世纪中叶在山东某县,一位年老的寡妇向衙门控告已故丈夫的兄弟及侄子们妨碍自己买卖土地。其侄则反驳辩称并无此事实,只是老寡妇要

[5] 嘉庆年间(1800年前后)的中国人口约为3亿350万余人,州县数为1603。每一州或县由出身于别地的科举合格者在一定任期内充任长官。此外,州县衙门还有数名科举官僚出任辅佐,但清代只允许正印官一人受理人民的诉状。关于诉状的数字以及成讼的频度,参见中村茂夫,“对传统中国法雏形说的一个试论”(新潟大学《法政研究》12卷1号,1979年),以及夫马进,“明清时代的讼师与诉讼制度”(梅原郁编:《中国近世的法制与社会》,京都大学人文科学研究所,1993年)。根据这两位学者及以前其他研究,估计平均人口为20万人的县每月约有一千数百件诉状提出(每月大约有6天左右的诉状受理日,平均每日二百余件),其中新受理的案件数约为一百多件(一个案件可有复数的诉状),每月的断案判决数约为五六十件左右(案件的2/3未到达最后判决就由当事人自己撤回)。

[6] 参见汪辉祖(学治臆说)“听讼宜静”和“亲民在听讼”。他把听讼视为教化人民的最重要手段。

[7] 关于笔者对学说史这一具体的发展过程及其遭遇到的难关的看法,参见寺田浩明:“论明清法制史学的研究对象”(东北大学法学部《法学》58卷3号,1994年)。

求他们以高于市场价格之值购买其土地遭到拒绝而已。审理下来,看出事情实质上是穷困的老寡妇为了向亲戚告帮而制造借口的地方官采取了以下判断:“余想。高书行(亡夫的兄弟)之所供言语,却在情理。但查,高姜氏(老寡妇)年逾七十。或竟恃老迈,抵死向高书行硬找田价若干。高书行恃理直,丝毫不拔,官司打到何时才了。余便开导高书行曰,‘骨肉为重,钱财为轻。高姜氏即无三亩田,典给予尔。向尔通缓急,尔们亦不能不应。倘伊无力自存,尔等将弃之不养乎。本县今有公断’”。于是命侄们以相当于双方主张中间的金額买断了土地,结果当事者两造各自依判写下了遵依结状,讼遂息。〔8〕

从这个例子可以看出,地方官受理人民的诉讼,并不是按照某种客观的规范来判定当事者双方谁是谁非,而是提示一定的解决方案来平息争执,进而谋求双方的互让以及和平相处。当时人经常高唱的“情理”这一用语之所以重要,是因为其代表了对调和当事者人际关系的重视和一种衡平的感觉,而非强调遵循某种预先客观存在的严格规则。其实,在针对围绕民事利益而发生的争执进行裁决时,能够作为一整套具有具体内容,且在程序上得到了实定化的规则而被予以适用的实体规范本身,无论在国家还是在民间都是不存在的。〔9〕

上述清代民事诉讼持有的特征与从前的理解有很大的不同,以一种更为明确的理论精度把它们揭示出来也是日本战后的明清法制史学

〔8〕 胡学醇《问心一隅》(咸丰元年序)“当地找价”。胡学醇于道光二十四年(1844年)至咸丰三年(1853年)任山东博平县知县。此书是就他自己审理的一件案子所做的回想录风格的记载。关于文中所举之例,在买断土地的请求之前当事者双方还存在“典”的关系,因此裁决进行了对“找价”金额的认定。但这里所述问题的本质与此并无关联。

〔9〕 在那里既无民事法典,也不存在地域性的习惯法书。正如滋贺秀三《清代中国的法与审判》(创文社,1984年)367页以下所指出的那样,在旧中国,无论官还是民都不曾有过“把法视为划定相互争执的两个主体之间权利义务的严格准则;力图将这样的准则实定化并上升到能够对应市民生活的一切局面,对那里可能发生的任何纠纷都给予明确裁定的完备体系——简而言之就是实定性私法体系的基本观念”。

最大的成果之一。^[10]但是,被揭示出来的这种审判理念、审判形态与上述清代社会契约性、市场性的秩序结构究竟有什么样的内在关联,却成为一个显然很难一目了然的问题。权利和契约的意识应该很强烈的人们,为何会把纠纷交付给那样一种结果难以预测的审判来处理并服从其裁决呢?反过来看,在只有那样一种审判制度的状态下,所谓契约性、市场性的秩序又如何能成立呢?

再进一步展开视野,从当时的国家或官府与民间民事秩序的相对位置来看,则更难容许单纯的理解。国家权力一方面确实如上所述向万民敞开着出诉的门户,但另一方面却举胥吏衙役(其本身就是国家设置的诉讼制度有机的一部分)的横暴腐败等来劝导人民兴讼之不利,甚而公开对人民坚持主张权利的行动表示不满和非难。^[11]此外,官员们允许人民告状却极端地厌恶帮助诉讼的主体(讼师),将他们视同蛇蝎。^[12]总之,尽管大部分农地已经在频繁地买卖流转,税收制度也早经确立,但官府却无意构筑维持所有权秩序所需的基础制度设施。简单说来政治权力本来就对权利秩序的维持毫无兴趣。可是,要说国家向民众提供的最重要服务,却仍然是民事案件的处理。

显然,国家和社会、审判权力与民事秩序在那里呈现出来的相对位置或关系,很难用我们在法与秩序方面一直持有的理解框架来加以把握。那里存在的事态整体上既难使用“封建制”或“前近代社会”的框架来理解,其内涵又不容以近代法秩序的框架来把握。但是,把现有的说明组合起来,就只会成为“民间社会由权利性秩序所构成但却不存在保障权利的公共性制度”,或“没有法而只有权利”这样一幅相当奇怪的图景。

[10] 滋贺教授的上揭著作就是最具代表性的成果。关于学说史发展的详细过程,参见寺田浩明:“日本的清代司法制度研究与对‘法’的理解”(岩波书店《思想》792号,1990年)。(已收入本书——译者注)

[11] 明初皇帝的《教民榜文》明明白白地教导人民,只要不是“被人凌辱太甚,情理难容”,就应“互相含忍”。参见“两浙江西等处”之条。

[12] 关于清代“讼师”的活动以及国家对他们的态度,参见上揭注[5]夫马进论文。

于是,近些年来,针对关于清代民事审判性质的上述学说,作为一种批评,森田成满和黄宗智分别提出了清代衙门的审判属于“权利保护”的观点。

黄宗智通过对州县衙门所藏大量文书档案的分析,发现存在着以妥协为内容的判决意外地少,而实际上大部分案例都明白地宣告了正当权利者一方胜诉的这一倾向性事实。再加上他自己认为完全可以从律例(刑法)条文后面找出以保护权利为核心的各种民事法原则,于是展开了清代存在的审判类型是法官遵循法的规范来保护人民权利这样一种主张。^[13] 森田成满则把清代审判的种种事态分为建立在实现权利这一逻辑之上的“法理”部分和对此进行“调整”的部分,并强调了“法理”部分的意义。^[14] 确实,当时的案例中存在的并不限于如上文所举之例中那种妥协互让的要素,也可以看到明确保护拥有正当权利一方的例子频繁出现。如果持正因为存在原理原则才会有让步这样的观点,逻辑上甚至还可能达到所有让步的基础都在于决定正当利益归属的原则之存在这一结论。于是,立足于官和民之间出现的权利主张和

[13] 黄宗智的研究去年已成书出版。参见 Philip. C. C. Huang, *Civil Justice in China: Representation and Practice in the Qing* (Stanford University Press, 1996)。

[14] 参见森田成满:“清代土地所有权法研究”(劲草出版服务中心,1984年),同“清代土地所有权法补论”(《东洋法史的探究——岛田正一郎博士颂寿纪念论集》汲古书院,1987年),同“清代法中官的活动与不法的救济”(《星药科大学一般教育论集》第11辑,1994年)。

最近,森田氏在“清代民事法秩序的结构”(《星药科大学一般教育论集》第12辑,1995年)一文中进一步提出了以下主张。首先,“把审判中官的意志作为官法”。官法分为“通常应当遵循的一般准则”和作为其妥协的“调整准则”。官法的正当性来自于皇帝。在官法中,既存在官吏在内部遵守而人民不过接受其间接性利益的部分,又存在“官给予人民并承诺予以保障”的部分。这种“官向人民明确承诺予以保障的利益”就是“权利”。围绕“权利”并依照“一般准则”进行审判时,就出现了类似于西欧依法的审判和权利保障那样的现象。不过在清代,也存在仅仅是“调整”的情况,还有“未给予承诺”的例子。“官通常根据一般准则考虑人民的利益,但这并不绝对,并非毫无例外地一律加以保护”。确实,如果采取只要官府承认的利益就算作权利这样的逻辑,官的审判规范与民间权利秩序显然是相互协调的。但问题是,究竟什么历史事实指出了存在着“官对民的承诺”呢?所谓“对一般准则的遵循”究竟是一种事实性的倾向还是一种制度上规范上的义务?关于森田氏新说的考察,想在他对这两个问题作出回答后再进行。

权利保护这一侧面,单纯地讨论这类现象在量上所占比重及其功能的话,还可以引出当时的审判尽管制度并不完备,却在相当程度上有效地发挥了保护权利功能这样的估价。

就他们具体提示的清代民事审判“权利保护性质”说而言,黄宗智与森田成满的观点都很难说取得了成功。对黄来说,难点在于旧中国并非不存在要求严格依照成文法的制度(如“命盗重案”);对森田来说,难点却是如果应该在什么地方什么程度上适用“法理”只在于法官个人的独自判断,则审判整体上归根结底也只能说是一种“调整”而已。此外,比较审判记录与民间契约的内容、并找出两者之间的共通性这一“事实的统计性分布”层面的分析,逻辑上却不一定能够归结到起诉和审理本身都基于实现民间客观存在的权利规范这一“制度性当为要求”层次上的结论。^[15]

不过,在上述问题意识下再度阅读这两位学者的著作,着眼于他们都把“权利主张与权利保护”作为现象上的共通出发点,则可以意识到这其实是一种试图把民间社会秩序与司法秩序内在地连接起来的工作。确实他们提示的民事审判论存在许多问题,但作为其批评对象的学说理论尽管着眼于清代审判的规范性框架,却没有能够另外提供一

[15] 对于黄宗智的著作中有关狭义的民事判例研究部分(注[13]所引书的第三章到第五章)所具有的实证意义及其实证方法上和理论上的问题,笔者曾加以详细地考察。参见寺田浩明:“清代民事司法论中的‘审判’与‘调解’——关于黄宗智氏最近的业绩”(《中国史学》第5号,1995年。以下引用时简称寺田“清代民事司法论”)。

另外,就黄的研究与滋贺的民事审判论之关系而言,黄以滋贺为代表而加以批评的大部分有关清代民事审判性质的论点,其实不过是美国学术界旧来的俗说,与滋贺氏毫无关系。在这个意义上,黄对滋贺的批评多半是无的放矢。但在黄的近著中,加进了一个新的观点。即把清代民事秩序视为“表象”(意为地方官们对自己的听讼业务持有怎样的观念且如何表达这些观念。其内容大致是有德者对无德者的教化)和“实务”(意为司法系统现实的运作以及达到的结果。黄氏认为就是依法实现权利)的一种悖论式结合起来加以考察。这个观点与本稿的内容无论在正面反面都有不少关联,但因笔者尚未充分地理解黄氏的新观点,在此不能予以置评。这里仅停留于指出该观点具有较大的启示意义,但详细的讨论批评只能留待日后了。

种关于两种秩序之间内在联系的有充分说服力的回答。^[16] 反过来看，可以说只要在这方面未能获得充分的回答，则如上述那样的“权利实现”论就必定会反复出现。^[17]

那么，现在应做的是什么呢？如上所述，对以前关于清代民事审判性质的说明所做的批评派生于下列问题：既然民间的秩序都建立在权利这一概念上，为什么民事审判却完全是另一种性质呢？不过回顾起来，对究竟在什么意义上说民间的秩序具有“权利”性质这一问题，到目前为止并没有做过充分的考察。而未作这样的考察就着手讨论民事审判的性质这一更困难的问题，意味着已经埋下了可能引起混乱的种子。

[16] “合乎情理的审判”这一理论模型究竟在整个秩序中占有何种位置、发挥的又是什么样的作用？对此，本稿的全部内容将构成一个完整的回答。关于在滋贺氏以“情理”为核心而构成的审判模型中，“民事规范”究竟占有何种位置和发挥何种作用的讨论，将于下文第三节中进行。

另外，笔者曾经在上揭“清代民事司法论”一文中，从“是审判还是调解”这一黄宗智氏设定的问题角度对滋贺理论提出了两点批评。第一，当事者向地方官提出承诺接受判决的所谓“遵依”，逻辑上并不一定能表明那里的审理是尽力说服当事者。第二，关于判断的准据这一问题的设定，如果要讨论现实的准据，在法和情理之外还有其他种种规范。而且考虑判决的正当性根据时，情、理、法本身并没有成为现实的正当化基础。这两点都关系到判决中能够作为根据向当事者提示的究竟是什么规范的问题，但由于笔者当时正处于对这个问题进行摸索的阶段，设定的提问角度并不准确，对滋贺说的批评本身也未必中肯。与其围绕个别论点作无益的争论，不如首先尽自己所能积极地描绘出一幅完整的图景，以便更容易地确认问题的所在和对立之点。本稿就是这个尝试所迈出的第一步。

[17] 黄宗智的工作就其实质性部分而言，就是把从衙门档案等获悉的地方官判断与根据各种契约文书了解到的民间秩序情况加以对比，并考察它们之间原理上的共性。这种工作其实在日本学术界早就有一定的传统和积累。不仅如此，如果不提审判制度而谈到实体法规范研究的话，这简直可以说就是日本的明清法制史中心的研究领域。代表性的研究成果是滋贺秀三：《中国家族法原理》（创文社，1967年），此外注[14]森田成满的著作以及笔者自身的土地法研究都集中在这一领域。不过，通过这些研究而获得的论点仅构成了契约性的民间秩序这一观点的论据，至于现实的审判时一个个案件的处理中实体法性质的规范究竟占有何种位置，却没有得到充分的考察。黄宗智提出的问题，从日本的学说史这个角度来看，也就是如何解决民事实体性规范的研究与民事审判制度的研究之间存在的断裂状态。这一学术上的断裂状态在黄氏提出问题之前即已存在，即使不考虑他的问题提起及其内容本身妥当与否，也应该由日本学者独自予以解决。

关于清代社会的民事法秩序,有下列的问题需要考虑。即当时的人们构想的是一种什么样的民事法秩序?或者说,无数各自有其利害的个别主体聚集在一起,在日常的相互合作又相互竞争中是如何使一种秩序得以成立的呢?为了使秩序得以成立需要的是什么呢?实际上人们又是怎样作的呢?不用说,民事审判只是作为这样一个更大的构图之一部分而存在。本稿的意图在于,通过提示一幅包括从民间的民事秩序到民事审判场面的完整图景(尽管只是一幅大致粗略的图景),从而把以前过分地集中在法官判断的基准这一焦点上的清代听讼性质问题重新置手更广阔的社会背景中去。

首先,在第一节以清代土地法秩序为素材,探讨所谓“权利”在那里具有什么样的内容,又存在于什么基础之上。第二节则考察当时的人们在什么认识框架下来把握理解一个个小家庭之间的利害冲突,又存在什么样的制度性框架来对这些矛盾纠纷进行处理。最后的第三节用来讨论这样的审判制度不得不面对的各种内在的矛盾或难题。以下,先从考察民间的“权利”秩序开始。

一、财产法秩序的实态

1. 私人的土地所有权秩序及其社会基础

通过相互合作和相互对抗来各自谋求生存和繁荣的一个个小家庭,其基础在于家产,而家产最主要的形态就是农地的所有。因为农地的归属和流转都委之于市场的买卖,所有状况是明显不均等的。不过,土地既然只是通过市场集中,即使是所谓大土地所有,实际上也不过是许多分散的小片土地在量上的简单相加而已。因此,像西欧封建制那样依托土地占有而展开领域性的政治支配几乎没有可能。实际上,那些小地块重新通过一个个称为“租佃”的契约关系,由无产的农家(佃户)分别耕作。在此意义上农地所有就是以小片地块上的经济收益为中心的所有,整个土地法秩序或者也可以单纯地称之为私人的土地所有权秩序。

对于这样的情形,当时一般民众的理解及表达就是土地的“有”和“卖”。土地的卖契上往往写明“将某所之地卖与某人”,而所有者则被称为“田主”或“业主”。所有者的地位还与只是用益或占有的情况区分开来。例如,与“卖”相并列的契约形态是“典”,即所有者接受约为卖价之半的金额而允许他人使用自己的土地获得收益,经过预定的期间后他随时可返还最初领取的价额,重新取回土地。即使在某人将土地出典而失去了具体的用益与占有这一过程中,他仍然可被称为田主或业主。^[18] 如果要从法律学的角度来说明这样的情形,似乎可以很自然地想定,在区别于现实用益的“所有”以及通过买卖改换业主这种常识性理解后面,存在着“私人土地所有权”这一抽象的权原(title)以及该权原通过买卖契约来变更其归属这样一种法的结构。

但是,这种样式的理论说明将会碰到一个比较有趣的(如果从近代的土地所有权制度看来恐怕也是有几分奇怪的)问题——当时在那里,对于一种能够达到不言而喻地向社会主张并得到确保的“请求权”,以及与这种权利成为一体并构成商品的“土地所有权”而言,却似乎没有支撑足以称为这种权利的特定制度基础存在。无论国家还是社会之中,都找不到离开事实上的领有关系而证实抽象的权原存在和保护其存在的所谓“土地所有权制度”。在国家与社会中较清楚地存在着的,只是一种通过契约文书形成的“土地买卖制度”。在那里,买卖时由卖主写下并交给买主的契据本身就是买主唯一的权限证书,发挥着争取来自社会的一定支持或保护这一功能。

当然也可以不拘于所谓“权原”(title)移转归属的思考方式,如果循着买卖的连锁追溯下去,同样可能想象“最初的土地所有权”或持有这种权利者的存在。但是,历史知识却告诉我们,在宋代以后广泛出现这种土地制度之前存在的是唐代的“均田制”(即土地的国有制:国家

[18] 关于当时的契约习惯与契约文书类型以及日本的契约文书研究史等,参见岸本美绪:“明清契约文书”(滋贺秀三编:《中国法制史——基本资料的研究》,东京大学出版会,1993年)。

收益(当时称为“管业”)的一种地位。所谓“土地的买卖”,指的是现在对某土地进行“管业”的人把这一地位出让给他人,而且今后永远允许后者对该地进行“管业”;所谓“土地的所有”,指的是自己现在享有的“管业”地位能够通过前一管业者交付的契据以及正当地取得该地位的前后经过(当时总称为“来历”。具体表现为前一管业者写下并交付的“绝卖契”)来向社会表明的状态。实际上,围绕土地的交易行为整体上都是以土地的经营收益及其正当性这一理解为基础而展开的。作为其反映,如“典”和“买”的关系,与其以用益权的设定和所有权的转移这一近代法的框架来加以对比,毋宁说当时通常都是用“活卖”向“绝卖、死卖”逐渐移行的框架来理解的。“典”是今后仍可能通过返换原价款而取回管业正当性(即与对方的关系仍然是“活”的“买卖”),而“卖”则意味着一旦把管业的正当性赋予对方就不能够再以返换价款的方式重新取回(即与对方的关系完全断“绝”了的“买卖”)。^[21] 尽管从这种土地的买卖、所有秩序中仍可能在某个程度上抽象出某种权原(title)性的因素,但归根结底这也不过是由“来历”作为基础的“管业”秩序达到一定稳定性时的结果。确实,持有契据并日常从事着管业的主体总是处于这种“活”或“绝”来历之链末尾的人。但既然周围的人们明了活与绝的区别,即使将土地出典,只要持有最后的绝卖契就是该土地的田主(“绝业主”)这种程度的了解,总可能在社会中获得充分的稳定性。

总之,那里所成立的土地所有秩序,就其整体上来说,就是围绕特定农地的经营收益行为前一管业者与后一管业者之间通过支付代价而发生的“活、绝”两种正当性的赋予与继受关系,以及社会上对此结果

[21] 在有的地区,把绝卖和典合起来总称为“卖”,甚至只要不是特意写为“绝卖”而仅为“卖”字,指的就是典(“活卖”)。在这种情况下,“卖”这一词的含义就成了本稿所说的“管业赋予的全部来历”。关于“管业”与“来历”及其结构的详细分析,参见寺田浩明,“田底田面惯例的法律性质——以概念性的分析为中心”(东京大学《东洋文化研究所纪要》第93册,1983年)第一节第二项“田主与土地买卖”。

大体上的尊重和由此而来“管业来历”在社会结构中获得的较固定位置。^[22] 如果要问为什么没有进一步发展到形成如今天的不动产登记机关那样的一般性管理机构,则能够引出的回答恐怕只能是这样就足够了。实际上,管业者们各自主张自己现在经营收益的正当性;这种主张基本上以提示“来历”(继受管业正当性的前后经过及其证明)的方式来展开;且为了方便提示“来历”,在土地交易时前一管业者总会写下契据交付给后一管业者。正因为这种相当简单而又一般存在的机制,才使旧中国那样大规模的土地交易秩序可能在低成本上得以维持。

于是,所有的对象与其说是“物”,不如说是一种“经营权”,因为成为移转和持有对象的始终是眼下的经营收益行为。同时,土地所有权本身并没有成为一种国家的制度。因为所有者的地位并不由国家在他相对于社会以及国家权力的位置与作用这一制度层次上进行设定和承认,而只是体现在所有者从前一管业者手里取得的、眼下正在从事或转让负有税粮义务的经营收益以及周围人们对这种状态的一般了解和尊重。上述两个特点带来的结果是,在土地所有权与社会中人们为了谋生而自然形成的种种经营性权利之间,缺乏一种制度性的根本区别。

例如,如果去检索清代北京的契约文书,就可以看到其中有把所谓“水钩担”作为买卖对象的契约。^[23] 在缺水的北京,用手推车载着井水或其他饮用水沿街叫卖是一种重要的谋生手段。“水钩担”指的是一定区域中能够在从某胡同到某胡同的范围内卖水的地位,这种作为谋生手段的地位不仅同样能够买卖继受,其“来历”及契据等与土地契约文书在内容上也十分类似。

[22] 如果这样来把握旧中国民间土地秩序的结构,关于这种土地秩序在历史上是怎样发生的这一问题,就不能够再以“最初的土地所有权”在什么时候开始出现这样的方式提出,而应当考虑管业与来历的循环式的结构如何通过一个长期的过程在社会中逐渐形成,并弄清这一过程的机制。实际上,民间的土地秩序在中国历史上确实是一种于“不知不觉中”成立的秩序。

[23] 参见寺田浩明:“北京文书”(前掲、滨下等编著:《东洋文化研究所所藏中国土地文书目录·解说(下)》)。

物权性质的耕作权、永佃权等，同样通过“管业与来历”的结构在佃户之间转让继受。令人感兴趣的是，一旦佃户之间形成这种管业来历的连锁，人们就把它与原来的土地买卖关系（田主之间形成的另一个管业来历的连锁）相并列，或者称之为“一田两主”，或者表达为“田面、田底”、“皮业、骨业”、“小业、大业”，将其理解为田主与佃户各自分别进行买卖和所有的两种对象。确实，如果从一个个小家各自谋生而产生的行为类型这一分析角度出发，则尽管一方是收取地租；另一方是在负有交租义务的土地上经营，双方各自的“营业内容”不同，却也可以说在同一土地上展开了两种经营，或者说两种谋生手段都依托同一土地。而且这两种“业”在取得了“绝的来历”这点上完全是一样的。一旦形成这样的状态，当时的人们就不再追问对象的内容，而努力把这些“业”都理解为所有和买卖。^[24] 反过来看，那里所谓的“所有”，正是到了这样的程度，以致完全不被视为空间或物的支配，而被理解为从事或确保“生业”的地位。

2. 权利与事实之间

有关所有权的领域，就是以这样围绕种种经营行为的“来历”为基础，并因周围人们的承认而呈现出来的一种相对安定状态。管业来历的机制只要在社会一般的认可之下，持有“绝”的“来历”总可能获得一定的安全感。不过，就每一个家庭所从事的“生业”而言，并非都能采取“管业来历”的形态而相对安全地继受和保持（换言之，人们并不总是“所有”财产）。当然存在着许多没有财产的家庭，在更不安定的基础上从事某种生业。明清时期无产的家最普遍的生业就是以耕作他人管业的土地来谋生。这种情况意味着一块土地上重叠出现了两个家的不同生业，即租佃关系。

所谓租佃契约，基本上是一种田主答应把自己无力或没有耕种的土地交给请求承佃的佃户耕作而产生的债权式关系。通常不付期限

[24] 在“业主”“管业”“为业”“皮业、骨业”“小业、大业”等说法中出现的“业”字，恐怕应理解为指示这种抽象的“所有”之对象物的一般名词。

(一旦缔结契约,下一年度在同样的条件下自动延续)。但如果有佃户欠租或田主需要自耕以及将土地出卖出典等事由,中止原来的契约(“夺佃”或“退佃”)就被认为是理所当然的事情。^[25]

但是,现实中究竟采取什么经营形态,完全依田主佃户双方的社会经济状况而定。既存在佃户自立程度很低、好像是作为附加的劳动力被吸收到田主一家的家族式经营中去那样的情况,也有田主出土地和肥料、佃户出劳力和农具,在田主指示下进行共同经营(当时的人们作如此理解)这样的形态。不过到了清代后期,田主往往搬往远离农村的城市居住,土地经营的大多数情况实际上也渐渐地向佃户缴纳定额地租并承担包括荒年风险在内的完全承包形态演化。这种形态意味着除了缴纳地租之外,佃户土地经营的日常状态实际上已经与自耕农相差不多。换言之,与田主直接或参加经营时不同,负有缴纳定额地租义务的土地经营本身已开始在社会中形成一种定型化的“管业”形态。于是,佃户们也开始向社会主张这种经营形态具有独立的正当性基础。^[26]

佃户经营的这种“管业化”倾向,在一定程度上起源于田主采取的措施。由于田主们大都不在乡间而开始失去对农村社会有形无形的控制能力,所以,在缔结租佃契约时为了防止欠租,田主往往要求佃户缴纳大致相当于一年间应交之租数额的抵押金(“押租”)。尽管存在每年按押租利息的累积相对减少地租负担这样经济上较合理的做法,但一部分地区的倾向却是押租的金额逐渐提高。既然采取了这种防止欠

[25] 关于租佃契约,参见寺田浩明:《中国近世的自然领有》(《丛书:向世界史发问》第一卷《历史中的自然》,岩波书店,1989年)“二、租佃观”。(已翻译成中文,参见冯潇译,《中国近世土地所有制研究》,《丛书:法律史研究》第二辑《中外法律史新探》,科学出版社,1994年,425~440页——译者注)

[26] 有关以下的叙述,尤其是佃户间自相授受的“工本费”,参见上揭寺田:《田底田面惯例的法律性质——以概念性的分析为中心》第三节3项“在佃户之间的展开”,以及寺田,“关于《崇明县志》中见到的‘承价’‘过投’‘顶首’——田底田面惯例形成过程的一个研究”(东京大学《东洋文化研究所纪要》第98册,1985年)第三节1项“过投授受的法的性质”。

租的手段，佃户要求退佃时田主当然不得不将扣除了欠租的押金予以返还。但是反过来，即使有欠租，通常不到原来抵押的租金被扣除完毕田主就很难要求退佃，佃户因而可以向社会主张一种只要未返还押租就一直在土地上耕作下去的地位。结果，就好像是田主通过获得押租而给予了佃户“负有缴纳地租义务的土地经营”一种“管业”性质的“活”的“来历”。〔27〕

另外，佃户们自己的行动也促进了上述“管业化”倾向。如果在定额地租条件下全面地承包土地经营，承租后在经营中发生的附加利益首先归属于佃户。这种后来发生的利益有时表现为土地肥力等生产效率的上升，有时是仅因为周围邻近土地的地租涨高而该地原定租额不变所产生的相对利益。享受到这种附加利益的佃户在退佃时当然不愿意无条件放弃，于是以各种名义要求获得补偿。最典型的例子就是因欠租而被田主要求退佃的佃户，主张自己为了“肥培”（提高土地肥力）而投下了“工本”，因此除了扣除后的押租外田主还应返还工本，否则就绝不退佃。

可是，虽说要求的是返还工本，但这与押租不同，田主最初并未从佃户手里获得收入。而且佃户作为理由所主张的“肥培”，本来就可能包括在无论谁耕种土地都通常会从事的施肥翻耕等农事之中，说土地的肥力或地力上升，当时条件下也是极难论证的事情（左右收成的不仅有农地本身的质量，还与每年的气候紧密相关）。即使与从前相比地力或产量确实有某种程度的提高，但一般也不存在这种情况下田主应当怎样办的约定。究竟是否应该补偿、如果补偿的话究竟又应该支付多大的金额（以佃户投入的实际费用还是以一切可能获得的利益为标准）？这一切都不一定存在着正确解答。于是，事态一方面显得好

〔27〕 而且在此之后，出现了当事者双方一开始就把租佃关系理解为“管业”来历的赋予，并在此共同认识下进行缔约安排的契约类型（一般常用“顶与”一词来表达）。但同时，同样的事态也有可能被视为缴纳地租的典，一些情况下确实被理解成典的一种类型（“明租暗典”或“半租半当”）。参见上揭寺田，“田底田面惯例的法律性质——以概念性的分析为中心”第二节1项“‘顶与’的类型”。

像是对土地进行了追加投资的佃户要求获得正当的补偿；另一方面，同时也好像佃户是在无理地捏造借口以谋取不当利益。

当然，这之后事态的展开，往往在一个个具体情境中因事实关系和田主佃户双方相互采取的行动不同而多种多样。既有田主以无据无理为由而完全无视佃户要求的情况，也可以见到田主支付一定程度的金钱让佃户退佃的例子。而且，仔细分析存在于田主承认佃户要求之例后面的种种因素，就会意识到问题意外地困难和复杂。

首先，很难否定使佃户的要求得以贯彻的原因之一在于他们事实上能够采取的骚扰破坏行为。田主尤其害怕的是即使将佃户赶出土地，此后他仍可能趁夜晚来毁苗、决渠，实行种种破坏农事的活动。自然，仔细阅读史料就会明白，这类行为的实施者本身并非意图以此直接获得什么利益，^[28]不过类似于单纯的出气、泄愤。但正因为只是这种程度的行动，反而有了谁都可以随便简单地实行这样的性质。与骚扰、破坏相当容易相比，要完全地防止这类行为则非常困难且需要很高成本，可见这种事态发生的基础就在于农事自身的脆弱性。如果仅仅使用来作为要挟（“不付工本的话今后的事情恐怕更麻烦！”），这类行为本身确实没有必要实现任何直接利益，甚至有时也不必真正着手实行。

再者，随着事态的发展，弱者一方作为最后的对抗手段，能够采取“图赖”的行为（牺牲家族中的一人——多为妇女老嫗，以自杀来迫使

[28] 在这点上，这些行使实力或诉诸暴力的行为一开始就持有比“自力救济”更广的含义。滋贺秀三氏通过对台湾淡水新竹衙门档案的研究，深刻地指出了当时在债权的确保等局面下诉诸暴力行为的事例中，“很难看到类似于西洋法传统上为了正义而严正地自力执行那样的意识”，“不如说包含着更多‘巧取豪夺’式的因素”。但他的结论大致是：虽有暴力行为，却没有必要说那里就不存在权利的秩序，“实现权利的自力执行行为有时候也能够具有相当的暴力性”。参见滋贺：“关于清代州县衙门诉讼的若干所见”（《法制史研究》37号，1988年）“一、纠纷和暴力”。至于笔者本身早期对暴力与权利关系的言及，参见寺田浩明：《书评：草野靖〈中国近世的寄生地主制——田面惯例〉》（千叶大学《法学论集》4卷2号，1990年）。

对方承担责任)。^[29] 明清的律例有规定,“凡因事(户婚田土钱债之类)威逼人致死者(审犯人必有可畏之威),杖一百。……并追埋葬银一十两,给付死者之家”(刑律人命“威逼人致死”)。引起他人自杀者如果被证实有“威逼”之情,将被科以刑罚;即使是最后查明并无威逼等情的场合,也不免在调查审讯阶段遭受胥吏衙役的勒索诛求。到了这种境地,无论对于哪方当事者来说,当时人们生存之艰难与脆弱已暴露无遗。

就这样,即使是弱者一方也常常保有某种攻击或反击的手段,因弱者的选择可能在某一阶段突然爆发。而且这类行为,即使仅仅是暗示其可能性,实际上往往也有极大的效果。^[30] 反过来看,既然许多人都生活在一种接近最低生存线的极限状态之中,对于当时社会的人们来说,确实存在着在采取行动时把这种可能性时刻置于心头的必要。无论理由是什么,把他人逼得无路可走总是极其危险的。即使是单纯地计算得失,无视邻人的生存权主张而试图彻底贯彻自己权利的做法经常 would 得不偿失。

另外,这也被作为做人的伦理道德问题来看待。如上所述,“图赖”行为之所以发生效果其原因之一就在于法律上存在着“威逼人致

[29] 关于“图赖”,参见三木聪:“抗租与图赖——《点石斋画报》中‘刁佃’的空间”(《海南史学》32号,1994年),同“轻生图赖考——尤其关于与‘威逼’的关联”(《史朋》27号,1995年),同《死尸的要挟——中国近世的图赖》(盗贼研究会编《偷盗的文化史》青弓社,1995年)。另外,关于从刑法学角度对“威逼人致死”条的考察,参见中村茂夫《清代刑法研究》(东京大学出版会,1973年)第四章“引起自杀的罪责”。顺便说,这一条文在中国“律”的历史上最初出现于明律。关于其背景,是否可以看出本稿末尾描述的明清民间社会“挤来挤去”的历史状况,将来想另外予以考察。

[30] 例如,作为这类情况的一个综合性事例,可举《湖南省例成案》工律河防,卷一“失时不修堤防”第二项“堤顶冲之处”中段所引岳州府同知陈九昌的议论。在论及催讨欠租上诉讼并不管用之后,他指出“亦有田主不甘,将田另召别人耕种,而旧佃虎踞鸠占,刁恶多端,或将老病之父母放死图赖,或将撒泼之妇女辱骂上门,或称价顶之世业横索陋规,或称肘腋之良田谁敢接种。于是新佃畏不敢樱,情愿裹足而退,而此田竟为佃户之世业,永无还租之日矣”。(上揭寺田:“田底田面惯例的法律性质——以概念性的分析为中心”99页所引)。

死”条文。如果没有此条文，“图赖”大概也不致那样常见。可是如果反过来考虑为什么需要立下该条文等伦理道德方面的背景，则归根结底会到达一种存在于社会根底的感觉。即无论因为什么样的理由也不应把他人逼到走投无路的境地，在“户婚田土钱债之类”事情上绝不存在即使到了这样的事态也要实现的正义。然而，现实情况往往是一方当事者既然不肯退让，另一方只好“威逼”。禁止威逼实际意味着在某种程度上对弱者的保护。正是通过这样的方法，弱者一家保卫自己“生业”的行为即使只是依据一种赤裸裸的生存权主张，也能在某一相应的程度上获得社会的承认。

还有，更麻烦的事态是，这种生存权性质的利益主张与建立在管业来历之上的权利主张在形式上并不能截然区分开来。实际上，两者之间有时呈现出来的是一种相互推移、相互渗透的连续性关系。

例如，围绕退佃时要求补偿工本费而发生的严重纠纷中，不少情况是在田主与佃户进行争执以前，前佃和后佃之间事实上早已经开始了金钱的授受。被夺佃的佃户往往不向田主而向与田主缔结新的契约并前来接受土地的后一佃户要求支付补偿。尤其是租佃关系当初就建立在高额押租之上的场合，前一佃户的租佃条件一般照原样适用于后一佃户。这种场合下，随农地在佃户之间的交接，押租也往往不采取先由田主交还前佃，再由后佃重新向田主缴纳的程序，不少情况是直接由后佃返还给前佃。同时，在这样的交接之际，前佃经常除押租之外再以工本费或“谢仪”等名目要求附加支付一定的金额。在实际上交代接替耕作农地的佃户之间，这类补偿费用的要求与向田主提出的场合相比，似乎更容易得到实现。首先因为作为前佃要求补偿之基础的土地本身如果确有魅力的话，对于后佃来说也是同样的。有时前佃还可能暗示骚扰破坏来要挟补偿费用的支付。后一佃户当然可以说得到田主许可租种者是自己，但如果遭受骚扰破坏的话，受害者同样也是自己。于是，为了避免麻烦，许多后佃自然会想稍微出些钱算了，实际上往往也就这样办了。这就是所谓押租的“时价化”，而且不少情况下作为代

价,前佃会写下以退佃后绝不搞骚扰破坏为内容的“退契”并交付给后佃。这样,一旦向前佃支付过这类费用,现在的佃户在下次退佃时当然要向下一个佃户要求补偿。而且与最初要求补偿的佃户根据的是土地肥力提高等不确实的理由不同,自己确实是在向以前的佃户支付了这项费用的前提下才得以租种的,还存在着前佃立下的退契这样明白的证据。在并不居住当地的田主默认下或完全不知情的情况下,这种金钱的授受往往又形成另一个连锁。当然,这里所包含的问题到了例如田主想自己耕种而向佃户夺佃的场合,就会一举浮现或暴露出来。被迫使退佃的佃户自然会向田主提出来源于上述连锁的费用应该得到补偿,但作为田主肯定会主张,除了当初的押租之外,完全不存在自己必须支付这类费用的理由。

从田主这方看来,这不过是起初的工本费等无理要求发展到更恶劣更难控制的状态而已。但是,到了这个阶段,在佃户主张的后面,已存在着长时间积累起来的一系列既成事实的沉重的连锁。对于处在这种既成事实的连锁末尾,并不得不直接与田主相争的佃户来说,自己向前佃支付了费用,而且这种费用支付与移交土地的关系在当地早已成为惯例,这一切都明明白白地说明自己是按照“正常”的做法交了钱才平安地取得耕作土地资格的。在佃户的主观上,自己就是从前佃那里正当地继受了负有缴纳地租义务的土地经营这样一种“管业”权利的主体,而且持有退契作为凭证。于是,与这样的主张相伴随而形成的,就是前述的“田底田面”惯例。正因为这种惯例在当时人们的观念世界中已取得了相应位置,所以有时佃户的主张可能会采取“自己购买了田面,绝无理由承认退佃”这样的形式。

使事态更加复杂的情形,还在于事先抵押了高额租金的土地,往往佃户不变而土地所有者本身却已经换人。这种场合买卖之际买主所支付的土地价格,通常以发生夺佃或退佃时由买主承担返换佃户押租的负担为条件,相应的低于包含押租金额在内的一般价格。结果,田主所继受的土地所有权本身,不仅就其实质内容来看,一开始就不过是从现

正耕种该地的佃户那里取得定额地租的一种经营性地位,而且买卖的价款也只是与这样的地位相对应而已(也许比“正常的”土地价格低得多)。所以,说不定完全像佃户所主张的那样,田主购买的不过是田底。佃户提出的绝不是无理要求,而是抵抗田主的压迫、勇敢主张“来历”、确保自己的“管业”权利。所以,这种主张可能也算是一种应在“管业来历”结构中占有一席之地中心之地的行为。但是,在那个具体的时间点上,两种“管业来历”连锁的源头都已年代久远而难以溯及。而现实的事态就是双方都不得不以这样模糊的根据,背负着模糊的连锁背景来进行争议。

即使着眼于向国家缴纳税粮这方面而强调田主拥有的业主权,却也很难断定现在正在耕作的佃户仅仅是为前佃所欺骗而没有对抗田主的足够根据。可是另外,如果承认佃户的耕作具有来历的正当性,产生的状态就是一块土地上同时存在两种管业来历,即田面田底的分离。“业主权”不知不觉地变成了“田底权”,佃户的耕作行为本身于是从正面进入了管业来历的观念世界。

3. 竞合性的处理——秩序的实际状态

围绕种种生业而形成了来历管业的结构。即使仅把佃户的耕作作为管业或生业的一种形态而言,也可能有着其基础在于从无理占据到基于来历的管业等多种多样的形成方式。在那里,围绕生业的基础,在对象、方法和强烈程度上各个不同的多种主张,在同一社会中被提出来并相互竞合。那么,这些关于管业正当性基础的主张究竟处于什么样的竞合关系中呢?以下想再度分类来进行一个简单的整理。

第一,如上所述,完全根据来历而得以管业的田主,与完全只是依据租佃契约而进行耕种的佃户之间,因具体情况也会围绕同一产业的正当性基础发生冲突。既然现实中始终存在妨碍农事的可能,而且社会上一般意识非难逼人过分的行为,所以即使看上去无理的事实性主张有时候也不可完全无视。如果将此理解为当时条件下为了能够安心从事农业而应该支付的代价(至少,这比彻底依靠自己的力量来保证

农事安全所支出的代价更为便宜),则与其进行争执不如花钱算了。这显然是更为合理的行动。不过,人人都这样行动的话,尽管管业来历这一结构本身并不受到怀疑或否定,但权利的实质性内容已开始点点滴滴地流失掉了。

第二,存在着佃户的土地耕作获得“来历”的基础并从正面进入所有权领域的情况。反过来说,通过这种事态的发展,土地所有权公然地被重新解释为不过是收租这样的经营权。

当然,从逻辑上讲,上述那些处于金钱授受连锁末端的佃户所展开的主张是否正当,可以参照在他接替耕种之时当地已经存在的有关管业来历的习惯性制度框架。但是,旧中国的社会却没有从未产生过宣告或确认这种框架是否存在的制度或机制。有的只是周围社会的人们对佃户耕作该地是否有正当性的一种默示性判断或承认。例如,只要不是想将土地出售或自耕,向没有欠租的佃户夺佃并不合适;只要没有返还押租佃户继续耕作就是妥当的(田主不还押租却要夺佃与没有权利的人用暴力妨碍佃户耕作一样,都没有道理)等,都属这样的判断。结果,只要佃户在土地上投下的肥培工本未得到返还,佃户当然可以继续耕种这一主张终于出现,并且在社会上得到了一定程度的承认。那里展开的事态意味着佃户最终形成了完全不以田主承认为基础的另一种管业来历的正当性赋予方法(即从前佃那里承继的来历),并能够据此向世间主张自己的正当性。在具体场面的争执中,“权利的归属”,即买卖的来历这一问题,总会与“权利的一般结构”、即只要提示来历,管业的正当性就能得到社会承认这一问题一起提出,并在相互间发生竞合冲突。而且一个个具体个别的争执累积起来,就会左右该地域社会内整个规范框架的流动及其趋归。^[31]

就算以一田一主式的土地所有或土地经营为典型,其管业来历的结构也是同样的。即如果追溯其正当性基础的话,归根结底也只是在

[31] 关于对这种结构及其展开的详细描述,参见寺田浩明:“清代土地法秩序‘惯例’的结构”(《东洋史研究》48卷2号,1989年)。

于买卖交接关系的框架为周围的人们所承认这一历史的事实,不过这种承认显得更稳定而已。换言之,即便是作为当时家庭财产之代表的土地、作为权利之王的土地所有权,在旧中国社会中与其他家产或生计相比,也不具有根本性质的区别这一意义上的正当性。同时,并不存在任何将土地所有权与其他权利明确区分开来的制度性安排。

如果像西欧的前近代社会那样,把土地所有权按对物或空间的排他性支配这一框架作出安排,或如近代这样从国家制度上给予强有力的保障(如设置全国统一的登记机关和设定登记义务等),那么即使承认佃户具有可处分的物权性耕作权且该权利实质上与所有权相同,也能够采取给予土地所有权特殊地位的政策。至少国家可以掌握全国土地的分割状况以及土地各自的主人都是谁。但是在旧中国,尽管说是土地所有,着眼点却只在于把税粮负担作为不言而喻的义务之后的土地经营。概言之,持有土地只意味着以某种方式获得收益后扣除税粮而剩下的差额,或者说是靠这种差额谋生的一种称呼而已。而且其持有形式不过是用前一经营者私人立下的契约文书证明自己正当地继承了该土地的经营而已。所谓地域性的秩序,在当时人们的观念中无非就是皇帝支配下各自依靠一定生业谋生的无数小家或万民的共存状态。没有单把田主的生业特别提出来给予特殊待遇的道理。实际上事态发展总的趋向是,只要认定佃户的耕作同样具有管业来历的结构,人们就不再认为这种权利与所有权之间有任何质的不同,而只是单纯地把它们视为两种并列的所有。

第三也是最后,即使在形态上最为安定的管业来历结构内部,也存在着管业者相互之间的冲突或竞合,且竞合本身往往一开始就包含有强烈的事实性因素。例如,关于相邻的土地所有者之间如何确定和保护其各自的疆界,回答是只能依靠当事者日常的努力。虽说各自的权利都有明确的来历,单契据上写下的通常只不过是邻接土地为谁所有的所谓“四至”,与邻接土地的境界究竟在哪里很难仅根据契据来确定。契据大体上证明的只是来历的正当性,实际上的范围以及与周围

的相邻关系等一开始就都留给日后田主自身通过日常的努力去确定和保证。管业来历的结构本来就建立在大前提之上；反过来看，也可以说在生业的内容本来就有限这一前提下，仅仅着眼于其根据的合理化这一部分而成立的，就是管业来历的结构。当然，根据土地的具体情况能够采取某些确定疆界的办法，如若是农地可能设有田埂或埋下界石，若是山林可能会给境界上的树木刻下印记，等等。但是，既然同时也与此相应的存在着类似于“换段移丘”（从地形较低的地方渐渐挖进来使土地境界移动的手段）那样的方法，结果保卫自己的疆界仍不得不依靠日常的监视。而且如上所述，当初的境界线很可能已经只不过是既成事实性质的产物，一旦进入争执状态，要提示明确的正当性根据往往十分困难。于是，在那里出现的争议场面，常常就成了两个家庭之间为了确保各自的生业而图穷以匕首见式的赤裸裸的力量对比。

如本节第1项所述，在旧中国，围绕以土地经营为代表的种种生业，确实相对稳定地存在并展开着买卖和所有的社会空间，且这种空间构成了以小家为单位的“私人所有权”秩序的基础。但是这种空间同时也不断地遭受着来自内部和外部的竞合蚕食，而且蚕食的一方一旦在同型的结构下成长起来，就会遭遇自身反而受到蚕食的悖论。当然，如果是围绕同一土地的管业而发生的正当性之争，可以通过核对契据的有无真假来进行判断；另外，要求补偿工本费而不肯退佃的佃户既不是就所有权提出争议，也不会要求等同于土地价格的工本费。对于所争执的对象和作为根据的道理等，当事者自己很明白其强弱程度。在这些根据之中，持有“绝”的来历的田主地位相对而言占据着最强的位置。但同时，即使只是单纯的生存权主张，其位置也未必完全等于零。如果看到人们都以某种根据为基础来谋求维持和保证自己的生业，而其区别只在于根据的强弱不同，则可以说那里存在的只是“程度的问题”而已。

总之，如果寻找整理社会整体共通的问题所需要的共同基础的话，只能从所有的家族各自都持有一定根据来确保自己的生业或生存这一

事实出发。建立在来历之上的管业不过是这些生业的正当性根据中最为有利、最为稳定的一种而已。来历管业与其他生业之间并没有质的断绝,而只是位于同一条连续轴线上的一极。实际上,既然按照同样的观念生活在同一个社会空间里,谁都不会说某一家族没有经营任何生业的资格。而且考虑到高度的社会流动性的话,今天自己对手的处境很可能就是明天自己子孙的处境。即便自己持有的论据如何地强有力,许多场合下对方也多多少少总有一点道理。自己虽然有权利或完全正当的地位,但考虑到遭受妨碍的种种可能,权利在现实中未必能够落实;而根据对方的行动和社会上人们看法的变化,在伦理上,正当的地位并不一定绝对,甚至也有成为问题的时候。认识到自己生业的脆弱性,同时又有一定余力的话,在每日的生活中为了避免暴力冲突而支付某种程度的代价,对于生活在那个空间的人们来说属于一种常识性的选择。^[32] 对于对方得让且让,自己有理也不要过分——于是,自然而然出现的就是这种厌恶“硬要”、尊重“让性”的社会伦理。

在互让的伦理下展开的事态多种多样。例如,田主或新佃户因惧怕农事遭破坏而向旧佃户支付一定的金钱,或者邻地的田主想回避冲突而对少许的换段移丘等侵占行为装作视而不见,等等。但围绕这些状态,究竟是权利的实现,还是弱者得寸进尺和强者好意让步,或者甚至是强者的横暴和弱者的忍辱吞声?要想这样区别开来不仅非常困难,而且恐怕也没有多少现实意义。一般情况总是围绕同一个事态双方各自抱有自己的看法,且那里总存在着一定的“灰色领域”。

这种充满了互让或者是忍气吞声的社会空间,正是对应于缺乏制度性的装置来明确认定究竟从哪里到哪里才是正当的属于自己的利益这一状况而发生的现象。不过,也同样正因为这一状况,那里存在的

[32] 在近代所有权的观念世界中,自力救济的这种局面也许会被理解为“为实现权利的斗争绝不只是为了确保自己的利益,而是每一个人为了创造和保卫法的秩序都应当履行的义务”。这种观念可能会鼓励人们去明确自己权利的所在、去争取权利的稳定性。但是在旧中国,“权利的主张”并没有这样绝对的信念作为理念上根据。不如说在社会的公共性上被赋予更高价值的是好意的互让。

同时又是一种“反互让”的空间。只是处于好意的一时让步(或者对方很强而不得不暂时忍让)与本来利益就属于对方,这两者之间的境界并不总是清楚的。如工本费这样只要支付就能解除关系的情况还算好,如果是持续性的关系,忍让或默认到了一定程度以后,不仅对于对手来说,就连社会上一般人也可能不再认为是让步,而看做了对方应得的利益。再如佃户之间自行授受金钱的情况,表面上只是当事者们自己在让步,而累积起来最后的负担总会向田主转嫁。总让步绝不是办法,这也是那个世界里的常识。于是,归属于自己的正当利益之不稳定性和事实状态上的模糊性,反而在另一个方面促成了人们不愿让步、不能让步的倾向。实际上,一旦发生争执,为了保卫自己的利益,人们往往可能作出过分的反应。日常的生活世界于是充满了“反互让”的主张和过剩的自我防卫。

在这样的意义上,相互无争的日常生活秩序也意味着一方面持有某种正当性(而且当然得到了社会的一定承认),另一方面又不得不时时暗示诉诸暴力的可能来确保各自生业的互相竞合或对抗的状态。就像一种相互之间不做声地挤来挤去、推来推去的状态,一种暗暗地较劲的状态。即使大体上大家都共有一种社会性了解作为基础,现实中则总是在使用暴力的可能和让步的余地之间你挤过来,我推过去。而现状往往就是这种相互间力量对比关系和主观认识的一种“半事实性”的均衡状态。于是,看上去像是保卫正当权利的情形以及似乎不过是巧取豪夺、得寸进尺的情形,都发生于上述那种挤来挤去的状态之中,且只能在那样的状态里才得以展开。反过来看,本节一开始指出的那种私人的土地所有权秩序,正是作为这种状态中的大体框架或较为安定的重心而出现的。不过,一到个别的具体的场合,秩序本身却可能显得非常地流动和不明。对于眼前的现状,人们往往很难确定什么才是正当的。

当然,忍耐本来也是有限的。如果有一方觉得对方的推挤已经越过了可以忍让及应该忍让的限度,不做声地暗暗较劲就会一变而成为公开的冲突。不用说随后可能会有直接导致杀人伤害并惊动官府拿捕的局

面,但通常发生的却都是伴随着或明或暗暴力的“争吵”。如果近邻的人们没有介入进来调停或者即使介入也未能收拾事态的话,这种争吵的归结之一或展开过程之一环就是“打官司”——不堪忍耐的一方向衙门提起诉讼。^[33]

接下来的问题是:告状针对的是什么,又以什么样的方式提起?审判针对的又是什么呢?在这种公共的场面,告状者以什么理由来争取社会的支持以实现自己的利益?审判者又通过什么样的机制来使自己的判断成为当事者行为基准的呢?总起来说问题就在于,在那个社会里共存的秩序以什么方法形成,而形成过程中人们所依照的又是什么样的理解框架呢?

二、告状与审案的制度结构

1. 冤抑与申冤

清代的诉讼与审判不具有近代法秩序下“民事诉讼”的一般特征。这一点已经由滋贺秀三氏全面而周到地加以了论证。^[34]清代的诉状内容往往在“叙述对方如何地无理、自己如何不当地被欺侮的冤抑之情——(中略)上花费大部分篇幅”,最后请求官府立刻采取“着即究问”等“程序上的措施”。换言之,清代的状子与近代民事诉讼中的起

[33] 不用说,并非所有的纠纷都被提交官府处理。注[4]引用的数据表明,村庄上发生的纠纷(在其他人所知觉的意义上是明显的纠纷),只有六分之一左右发展到“打官司”的局面,剩下的都由民间调解所解决。从史料看来,调解下的和解似乎多采取第三者帮助立下“合同约”的方式。自然,“衙门审判”与“民间调解”的性质之异同、两者之间现实的或程序上的关系等,都是问题。而且与后面将提及的“诉讼中纠纷消失”现象的理解相关联,这些问题必须放到对官府审判的研究中来考察。不过,仅就现在已有的研究成果而言,清代的打官司制度上并不要求民间调解的前置;而且民间调解基本上被理解为同样由有德的主体对当事者进行开导教育;再者不满民间调解的当事者一般最后总会采取打官司的方法——在这些方面学术界已有共同的认识。这些认识都牵涉到如何理解官府审判的性质。以下将把考察集中在官府的审判上。

[34] 参见滋贺上揭《清代中国的法与审判》,尤其是第三论文“判决确定力观念的不存在”。关于诉状的性质,参见滋贺:“《淡新档案》的初步知识——诉讼案件中出现的文书类型”(《东洋法史的探究——岛田正郎博士颂寿纪念》汲古书院,1987年)262页。

诉文书不同,并不是根据法律主张自己的权利和请求得到保护的书面。从审判者这一方面来看,也不存在明确依据法律作出判断的制度性要求,而且那里完全没有“判决确定”的观念。清代的民事诉讼不是两方当事者各持明确的法或权利主张出现在法庭上,而法官对两者的主张依照法给予判定那种西洋式的审判。

对滋贺氏的研究所揭示的事实和据此而展开的见解,几乎不存在表示异议的余地。确实,如果把“法”理解为当事者和法官所共有,即赋予当事者主张也赋予法官的判定以正当性基础的客观性规范,则清代的告状和审案并不以这种意义上的法为基础而展开。告状者只要能够说明自己如何有理对方如何不是,连日常生活态度或个人习惯等都可以全盘端出。援用的根据以及涉及的事实范围上的无限制性正是这种告状的特征。另外,审判者本身也没有必须把某种实定的客观规范(即位于一般和个别两极的中间、具有更多可操作性且有限定的规则)通过具体的逻辑推论来构成自己判决基础的意识。那里的法官作为拥有儒家教养的知识分子,不仅考虑眼前具体的事态,也会顾及人生一般的生存状态这种具有普遍性的侧面。但是,这两方面都很难说就是“准据”本身——它们或者过于具体或者过于抽象。

不过,这些情况如果不是与具有强烈的形式性特征的西欧式审判相比较,而单纯作为人类社会中集体的相互行为类型之一,则既可能也有必要赋予其另一种位置。清代的打官司尽管确实不意味着特定化的“权利主张”,但显然也是人民的两造向地方上的一位权威(地方官)指明特定的对手,并相互指责对方不法不当的一种行为。而且尽管确实不是对两个不同主张的“判定”,但清代的听讼问案显然也意味着针对人民相互的争执,地方官给予某种表明妥当与否的判断。总之不用说,在那里显然也是围绕着某种当为(尽管不是西洋式审判中可见的那种围绕客观性规则而展开的逻辑推论)而展开了一定的意义交换的相互作用(communication)。如果这样理解的话,把告状和审案连接在一起的规范基础又是什么呢?换言之,告状者想诉诸的对象、法官甚至还有

对方也共同抱有的规范意识,或者使双方当事人和法官能够各自赋予自己行动某种意义的“准据框架”——这一切究竟是什么呢?到目前为止,尚无人正面地提出这样一个单纯的问题。^[35]

当然,正如滋贺氏的研究所指出的那样,如果想找出一套既能成为一个个当事者主张的根据,又是使判决得以正当化的共通基础那样有具体内容的“论据”或“判断基准”,那么一开始找的就不是地方。^[36]这里所说的“当为”并不以那样的形式而存在。但是反过来,如果没有任何共通的基础,意义的交换与沟通也就失去了可能。应当寻找的也许是一种与文法或讲述方式极为接近的东西,一种审案时隐藏在当事者与法官的种种表达或对话之后,却能够使这些话语整体获得意义和内在联系的规范性结构。实际上,当我们不是着眼于诉状都说了些什么,而是注意诉状如何描述事物这一侧面时,就可能意识到那里确实在某种不可思议的共通程度上存在着特殊的表达方式或惯用语词。而这些表达与西洋法的观念世界里对事物的描述似乎是很不相同的。

不仅暴行等对身体的伤害,而且如土地的不法占据、债务的不履行等经济性侵害也向地方官提诉。不过令人感兴趣的是,即使当事者主要目的在于经济利益的场合,被作为问题的也不是关于权利的所在等事物的客观方面,而像暴行伤害的场合一样基本上是对方的行为或态度。当事者追及并诉诸于地方官的往往只是这些行为态度的妥当与否或适当与否。在诉状描述自己与对方关系的行文中可以看到一种不可思议地相互雷同的结构。其典型的表达就如:“视某怯弱无力、若鱼肉之易啖。弃道义而不顾,夺人之分而若入无人之境。如许此横暴则无

[35] 在滋贺氏的研究中,关于法官对诉的反应这一问题的考察,基本上仅集中在审判者的判断基准方面,即考察的只是民事法源的问题。而且由于分析集中在“情、理、法”这一用语的内容上,滋贺氏指出了当事者提出的是对方之不是与自己的冤抑等情之后,不知为何却并没有从判决性质方面适当地提示与此对应的内容。

[36] 如果真存在这样的“论据”或“基准”,那就是“法”。滋贺氏的“判定论”所否定的,正是既然是审判就应该预先存在或公认某种限定性的推论基础这一观念,以及基于这种观念主张可以依据当事者的请求和判决从逻辑上重新构成某种实体性规范体系的见解或方法。

法无天矣。恳请至公至平无私之青天大老爷，主持公道惩此巨恶，俾使此等无法之辈知有苍天在上，而孤寡良善得以偷生矣”。告状者总显得是可怜无告的弱者，被告则是毫无忌惮横行霸道的无法之徒。

在概括对方这类行径时，最常用的词就是“欺压”二字。这里的“欺”字指的不是“欺骗”而是“欺侮”。所以往往与“恃、倚、挟”（即以某种特定条件为后盾或依靠）等字组合起来使用。对方所“恃、倚、挟”的东西不用说依场合不同而多种多样。即有单纯恃他个人的“强横”“财势”“威势”“武勇”的场合，也有如“恃尊欺卑”那样指某种身份上优越地位的情况，还有如“交结衙门”“浓交吏皂”等以官府或有权势之人为护符的情形。^{〔37〕}对方正因为有所恃，或有恃无恐，才毫无忌惮地欺压人。

而概括地表示自己由于受这等恶人欺压且无有效对抗手段导致的悲惨处境，则是上述滋贺氏关于诉状的研究所指出的“冤抑之情”这一词汇。这里所说的“冤”不是“无辜”的意思，而带有“无端而遭受不当之待遇”的含义。由于对方蛮不讲理的行径，自己从应有的“份”或地位陷入或沦落到一种被压抑的不正当状态。而且邻人们或因“循情”或“慑于淫威”而只是拱手旁观，无人伸出援手。于是，只能求救于“至公无私”的青天老爷了。

关于地方官应这样的请求而从事的活动，正好对应于“冤抑”的描述之语就是“申冤”。在这类话语情境中，法官作为主持公道、惩治恃强凌弱横行霸道之辈的主体登场，使陷入“冤屈”“压抑”状态的当事者一方得以“伸展”，恢复到理应如此的原有状态。在那里，要求公共权力所做的就是解除“申冤无门”的状态，实现“无向隅之人”的状态。

〔37〕 这里所述的常套例文并无具体所本，但却常见于当时的诉讼文书。例如可参见尺牍《三台万用正宗》卷八“律例门”词讼体段。这部分的内容与所谓《讼师秘本》相类似。另外本稿序言所举的山东省一例，纠纷正是在“恃老迈，抵死向高书行硬找田价若干”的老寡妇与“恃理直，丝毫不拔”的侄子们之间展开的。只要是老人，谁都可以“恃老迈”（如“图赖”，则任何人都可以“恃”）。另外，任何人当然都可以主张自己有理，但如果过分的话则可能成为“恃理直”的非难对象。

这样看来,欺压、冤抑与惩恶、申冤这一对比,确实可以被视为把告状与审案内在地联系在一起的概念装置(至少是其中之一)。

这种关于诉讼的观念,其实完全与上节所述的社会实际状况相对应。那是一种主体(一个个小家)之间默默而不断地挤来挤去推来推去的动态。只要双方都顾及对方的难处,各自抑制自己过分的利益主张,呈现出来的就是共存的状态。“恃”自己某种事实上偶然的优势而无端“欺压”他人的行径无疑是天人共愤的恶行。于是,对于尽管充分地理解互让的必要性(而且也对过分主张自己权利有所顾虑),但同时又深深地感到自己一方正在被不当欺压的当事者来说,“冤抑”确实是一个安全而有效的词语。

在那样的情境下,所谓打官司的过程,就当事者而言就成了使用各种方法从不同的侧面展示对方欺压的横暴和自己不堪凌辱的惨状;就地方官而言则是通过阅读听取这些冤情(有时来自于当事者双方),形成关于双方究竟是如何推来挤去的这一纠纷实际状况之认识,并在此认识上作出判断。考虑到打官司的这种性质,清代衙门的听讼所常见的下列情形就更容易得到理解了。在那里,诉讼往往开始于为了“耸动”地方官“视听”的所谓“验伤讯究”请求,而一旦诉讼走上轨道,暴行伤害的侧面就被推向后景,而最初似乎只是作为背景情况的经济性争议则逐渐成为诉讼的中心,争执的焦点于是发生了推移。而且无论什么论点以什么顺序被提出来,到了最后,地方官总是就在此过程中掌握的纠纷总体状况提示一定的解决方案。这种审判样式确实与“冤抑”、“申冤”的话语结构是一致的。

2. 无刑罚的纠纷处理及其基础

不过,只要像上文那样地理解事态的话,听讼整体上就不得不作为对恶行的惩罚来考虑。而且在有的“逼人过甚”的场合,欺压的行为自身造成了杀人伤害等后果时,国家代表全社会惩治这样的恶行当然是很明白的逻辑。但是,诉诸地方官的纠纷中也存在完全没有出现暴力行为的案件。与这种情况相对应,地方官所下的判断中有许多显然没

有科以刑罚的例子(例如序言中介绍的山东省老寡妇请求买断土地一案)。考虑到第一节所揭示的清代社会状况,这类案子中无疑存在许多权利的归属本身并不清楚,即当事者双方主观上都相信正义在于自己一方,从而相互告发对方欺压、痛陈自己冤抑的纠纷。

如果在西欧近代型的法律制度下,这类纠纷首先会被作为“依照法律的话权利应当归属于自己”这样围绕法解释而发生的意见分歧或主张的对立,然后对当事者双方关于法的理解有分歧的部分(且仅仅只针对这一部分),由法官代表公共权力作出判断。而民事诉讼就是作为请求和给予这种判断的公共领域或制度装置被建立起来,一开始就带有无刑罚的性质。败诉的一方并不是犯罪者。但是,在清代听讼的场合,连这样的问题都会被力图按照某一方的欺压、不法行为来看待。负责为民申冤的法官进行处理的必要性和正当性也正是作为欺压行为的对立面而成立的。但是,这种围绕经济利益而相争的情况下,究竟依照什么来决定一方行为之“恶”呢?(比如上述老寡妇请求买断土地之例,最后被命令买下土地的侄子们究竟“恶”在什么地方呢?)另外,如果是“恶行”,为何又有许多不科以刑罚的情况呢?

从这样的问题出发来看正当行为与不正行为之间的关系,清代中叶的思想家戴震的“欲之失为私”这一名言,能够成为帮助我们理解的最佳契机。

沟口雄三氏着眼于中国的公私概念在历史上的演化,尤其是其内容在明末清初的转换,对戴震上述名言的性质进行了如下的分析。^[38]即在中国从明末以来,对“社会的欲(物质欲望或对所有的欲望)”开始给予肯定。另外“天理”一词也开始被理解为“规定社会的欲之间关系的道理”。戴震在思想史上的地位就在于确立了这样的“理”观。“他把‘己和私’、‘私和欲’区别开来,把‘己、欲’作为肯定性概念确定下来,另外再次明确地把‘私’定义为否定性的概念。对于他来说欲之

[38] 参见沟口雄三:《中国的公与私》(研文出版,1995年),尤其是第一节“中国的公私概念之展开”。

所失就是私。自然的欲是值得肯定的。……但如果偏离了自然,欲就失之于私了。欲之所失即‘私’不仅是不正、偏邪而且也是不自然的。在他那里,相对于自然天理的偏私、相对于公正的自私、相对于普遍中正而作为特殊的、不正的私等概念重新得到了确认”。同时,“所有一切的‘生’相互充足的和谐互补关系被规定为‘仁’(公)”。在不偏向任何一方当事者的意义上这是“公平”,在超越个体而代表全体的意义上则是“公共”。

从清代地方官处理纠纷的行动背景中,确实也可以看到与上述说明同样的关于“欲”的理解与同样的纠纷观。

第一,在那里,社会中每日都在发生的纠纷从某种角度上也被作为一种无法避免的现象来看待。民众就自己的生活或生存提出一定的利益主张、即“欲”的本身不可否定,也没有被否定。就举土地所有秩序为例,那里的一个个主体为了确保自己生业的努力正是促使民间秩序实体部分形成的基本动力。不过在另外,各人主张和追求自己所“欲”有失节度乃至犯禁的话,共存将成为不可能。实际上,如果自己真有什么可“恃”之处,也很容易导致欺压他人。所谓“民生有欲、不能无争”。^[39] 只要并非人人皆圣贤,则纠纷就不能不发生。于是诉讼不可避免,而听讼也就成为必要。

第二,那么,是否共存的秩序本来就是不可能的呢?或者纠纷自身是否就不可能回避呢?当时的人们似乎也不这样考虑。就像邻接的两块土地之间总存在正确的境界那样,在暗暗地相互推来挤去的人们之间,也应该存在最适当的分界线、最合适的利益分配或者对于各自来说最合乎节度的“欲”。换言之,存在着能够综合照顾到全体的状况,使所有的人们都能互让和共存的“规定社会的欲相互之间关系之道理”(既然人们必须共存就应该存在这样的道理)。如果所有的人都时刻注意照顾到左邻右舍,自觉地只在应该属于自己那一份的利益范围内

[39] 这大概是一种常见的说法。例如,可参见《皇明条法事类纂》卷三八“在外问刑衙门官员务要亲理词讼不许辄委里老等保勘例”。

活动,不要说诉讼,连纠纷本身都不会发生了。反过来说,只要现在事实上已发生了纠纷,那显然一定是某一方(或双方)有“欲之所失”的地方。于是,审判就是从“公”的立场、即全体共存的高度来矫正“欲之所失”、使冤抑得以伸张的过程。确实,如果像这样把握问题,当然能够视一切纠纷的根源都在于“不正、偏邪”了。

把上述第一点与第二点合起来考虑的话,就可以从逻辑上想象下面这样一种空间的存在。首先,作为衡量是否越轨、谴责偏邪不正的基准,设想有一种弃绝一切“私”的所谓“至公无私”者之间达成的状态,在那里“人人皆圣贤”。但是另一方面,既然说“民生有欲、不能无争”,对普通人一开始就不能也不该抱有这样的期待。于是出现了一种中间的阶段或中间性的空间,在那里既可以用如果是圣人就不会这样行事实为理由来进行谴责,又可以用因为不是圣人而只是一介小民为根据来给予宽恕。这种空间介于按照律例规定应当进行惩处的犯罪行为和无任何可非议之处的行为(即无争议无诉讼的空间)之间,并成为无刑罚的审判(民事诉讼)之基础。在此空间内的纠纷处理整体上虽然不施刑罚,但使过分者有所收敛、助受抑压者得以伸张的审判正当性,却建立在“欺压”行为具有的较轻微的非难可能性上。

不过,还应注意,以圣人的行动为一极、向所谓达不到圣贤基准的行为而展开的这一广阔领域,与“杀人者死”这一犯罪者惩罚的典型为另一极而展开的、必须用刑罚来处罚或矫正的行为领域之间,并不能以一条固定的境界线来截然分开;相反,两个领域在逻辑上和现实中都明显地有所交错。

例如,律例上一开始就设有“不应为”条(从事了一切不应从事的行为)这样一个缺乏任何构成要件的罪名(法定刑为重者杖八十,轻者笞四十)。其具体的适用如,仅仅是发生导致人死亡的争吵时在场,也可能因未能帮助避免死亡后果而据此条文被科以杖刑。尽管国家没有事前列举什么行为该罚,但从应“以刑罚正之”的行为领域一直到仅仅是达不到圣贤标准的行为领域,国家任何时候都留有以刑罚来干预的余地。反过来看,也可以说一切犯罪行为显然都是对圣贤基准的越轨。

所谓律例,对人民而言,就是作为圣人的皇帝为了使大家知道什么才是合适的行为,将典型的犯罪按其恶性轻重而列出的行为与刑罚一一对应的一览表。仅仅是达不到圣贤标准的行为向犯罪行为方向延伸(或者反过来,可罚的行为向反方向延伸)的话,最后两个领域可能会以一种相互表里的方式重合起来。换句话说,两个领域能够以不同比重相互混合。

无刑罚的审判逻辑上处于行使刑罚惩处最弱的一端,相反死刑则是对逸出圣人基准的行为科予的惩处中最重的手段。令人感兴趣的是,如果对杀人者没有处以死刑,在当时人们的理解中这也是一种死者的“冤抑”未得到伸张的状态。^[40] 确实,具体作出刑罚决定的是国家,而且刑罚首先被视为维系全社会行为规范的手段,但同时刑罚也被理解为是给死者、被害者“申冤”的方法。就两方当事者关系而言,通过杀人者“一命一抵”,他与受害者的均衡关系就得到了恢复。在惩戒欺压伸张冤抑这同一个主题之下,案情轻微时对经济利害关系的调整成为审判的主要内容,而行为恶性重大时则执行刑罚的侧面就凸显出来。

于是,作为审判主体的国家居于“公”(公共和公平)的位置上,对人们之间推来挤去时发生的各种过分为行为(从失之于私的“欲”到伤害杀人等程度的各种偏邪不正)给予惩处纠正,从而构成了审判制度最重要的一个部分。

3. 审判主体在制度上的排列

在帝制时代的中国,国家权力的全部正统性被理解为渊源于由于极高的德行而受天命的皇帝个人。官僚对人民享有的权威基本上也被认为来自于他个人的德行。不过,官员的德行之有无和多少,全都系于皇帝的评价,其地位和权威也由皇帝单方面地赋予和剥夺。在根据这种理解而建立的制度性安排下,案件的处理究竟如何在皇帝和官僚内部进行分配,就成了一个权力内部的制度编制的问题,或者不过是作为一切权威之源泉的皇帝如何向作为其手足的官僚分配权限的问题。以

[40] 例见刚毅:《秋诚辑要》卷首,乾隆二二年十月十三日上谕。

下在必要的限度内简单描述一下这种分配的大致情形。^[41]

首先,在皇帝的名义下立有称为律例的成文刑法体系。其内容是将代表性的恶行按不同的行为情节层层细分,并与此一一对应地从“笞杖徒流死”的五刑二十等刑罚体系中选出轻重适当的刑罚作为固定的法定刑。于是,律例就有了类似于一一对应的犯罪刑罚一览表那样的性质。而官员们在“断罪”时被要求严格引照律例(刑律断狱“断罪引律令”)。当案件为“命案”“盗案”或其他需要判处徒刑(以半年为一格,从一年到三年共分五格)以上的重案时,对基层(州县)地方官的要求是必须把案件逐级上报。州县地方官经过调查取证并认定罪状事实,按律例拟定罪名后,将作成的判决原案和人犯等一并解送到上级衙门以候上司覆审。这样报上来的案件经过官僚机构层层阶梯的覆审,最后在享有最终决定权的衙门或官员批准下,才能够结案发落,即进行宣判和执行刑罚(有时甚至会到达皇帝那里才能结案)。

由于律例本身对应于一个个具体行为分别规定了固定的刑罚(绝对的法定刑主义),只要确定行为者和属于何种行为,应处什么刑就自动地得到明确,官僚自身并无量刑的余地。当然,关于刑罚以外有些部分的处理。地方官的原案能够反映出一定创意。关于徒以上案件最终决定权限的分配,应处以徒刑的案件由总督巡抚裁决,应处以流刑的案件则由刑部的长官裁决。不过,这些地位更高的官员们所能做的也不过是许可法定刑的执行,在没有任何裁量权来调整刑罚轻重的意义上,

[41] 关于清代司法制度的一般情况,可参见寺田,上揭《日本的清代司法制度研究与对“法”的理解》,详细内容可参见其中所引用的滋贺氏论文。顺便说,本稿在这个层次上引述的制度规定,都可以在以下的条文中找到。即光绪《钦定大清会典》卷五五“户婚田土之案,皆令正印官理焉。罪至徒者,则达于上司以听覆。若命案若盗案,得报即通报,狱成则解上司以审转,总督若巡抚审勘乃具题焉”。

从这件史料可以看到不是州县自理案件就是具体案件(即皇帝处理的案件)这两种分类。不过这一史料并未明确既不是“户婚田土”又不是“命案盗案”的案件如何处理。但从州县自理案件有时又称“户婚田土及笞杖轻罪”或“户婚田土钱债斗殴赌博等细事”看来,这类案子大概一般先作为州县自理处理,如果需要处以“徒以上”刑罚才予以上报。总之,命案、盗案以及需处徒刑以上刑罚的“重事”必须上报。其余则都为州县自理。

他们与地方官毫无区别。而且至少在制度上,对这些官员已作出最后裁决的案件,皇帝也可以通过直接间接的事后报告来随时加以改正。在此意义上,臣下的裁决只是一种“先予执行”(正因为如此,不可能事后纠正的死刑案件,许可执行的权力被置于皇帝之手)。

同时,皇帝自身却能够自由地斟酌案情,不受律例束缚地调节刑罚轻重(律例本来就被视为皇帝的意志)。原则上只有皇帝本人才能够直接向人民指示如圣人之为应是何种状态,官僚们所能做的不过是方便皇帝裁决的准备工作以及日常化的部分处理而已。律例和上报覆审制度第一位的作用就在于控制官僚们的职务行为,使其保持在合乎皇帝意志的范围之内。

不过,并非所有的案件都要求履行这种上报覆审的程序。另外,皇帝又把命案盗案以外而且达不到处以徒刑的案件,连同最终完结发落的权限,全部委托给受理告状的地方官处理(在徒刑以下,除了法定的笞、杖之外,还有枷号这一附加的刑罚存在)。这就是“州县自理”的案件。所谓“户婚田土钱债斗殴赌博等细事”,人民相互之间日常生活中发生的大部分纠纷,都被放在“州县自理”的范畴内加以处理。而且这种案件的审理现实中几乎不援引律例。^[42]

在律例中,对笞杖以下的刑罚也分别规定了法定刑,且有“断罪必引律令”的规定(实际上,含有其他重罚相当的行为而逐级上报的案件中,地方官的判决原案对从犯较轻的行为也一一按法定的笞杖刑进行拟罪)。从与这些法条和事实的关系看来,州县自理案件不引律例的现象当时在制度上如何加以理解并不很清楚。不过,联系到相关的一

[42] 滋贺,上揭《清代中国的法与审判》第四“民事法源的概括性考察”根据“判语”资料指出了以下三点:引照国家法律的情况极少;即使引照也只限于《大清律例》;引照律例时并不被条文严格拘束。另外,Mark A. Allee, “Code, Culture, and Custom: Foundations of Civil Case Verdicts in Nineteenth - Century County Court”, Kathryn Bernhardt and Philip C. C. Huang eds. *Civil Law in Qing and Republican China*, Stanford University Press, 1994. 一文在详细调查了《淡新档案》中 222 件民事案件记录的基础上,指出其中明确提到律例的只有 4 件(而且关系到案件中心问题的只有 2 件)。

些现象来考虑,把形式上是否引照法律的问题从清代审判的本质这一层次上来过分地加以强调或重视显然并不合适。

首先,皇帝给予地方官在处理一切行政事务方面的广泛权限,相当于笞杖的惩戒权、体罚权也包括在其中。而且这类权限是无须任何实定性法律的根据而以地方官的裁量自由行使的。^[43]律例上的笞杖规定一开始就不包含制约地方官在律例所规定以外的场合对人民行使笞杖刑罚的意思。^[44]

而且一般而言,清代的情况并不是只要法律没有规定的行为就不能科以刑罚。当然,对于需要上报覆审的案件如果找不到适用的律条,官员们就会比照最相接近的条文并适当增减法定的刑罚进行拟罪,然后呈报给皇帝以求最终的裁决(即比附制度。见名例“断罪无正条”)。与此相对,作为立法者的皇帝自身并无依照律例的义务,他理所当然地享有对任何行为科以任何刑罚的权限。地方官在行使笞杖刑罚方面所享有的自由裁量,就程序上来说,意味着笞杖限度内的案件处理不仅免除了上报义务,也免除了进行比附时的报批义务。但更重要的是,就像天地间任何案件的自由处置都由“天”委托给了皇帝一样,不需要处以徒刑以上的案件(州县自理案件)的全部处理又由皇帝委托给了地方官。就这类案件而言,地方官本人就直接成为诠释什么才算圣人之为这一基准的主体。这样来理解当时的整个制度安排,其内在的逻辑就比较清楚了。

另外还有一些尽管制度上的理念并不很清楚却值得注意的现象。即,无论何种案件总是先由地方官受理(所以实际上不仅对州县自理案件,而且对所有的案件,地方官都成了第一位负责处理的主体);由于上报覆审制度的基准是“相当于徒刑以上”,首先判断案件是否应当

[43] 参见上注滋贺著作。

[44] 不过,当案件牵涉到外州县,地方官写判决意识到其他官员可能阅读时,以及当事者是知识分子或有钱有势者等场合,可以见到明确引用律的情况。参见上揭,黄宗智著作(第四章)。关于当事者有知识或有钱有势的情况,大概因为案件上控的可能性更大。这些例子反而告诉我们成文法的引用只是官僚相互间统一办事基准的一种手段。

处以徒以上刑罚就成为必要。作为其结果,对于看起来按照律例似乎可以处以徒以上刑罚的行为,实际上地方官却判断为无此必要(即处以笞杖就算完事或干脆无罪开释)而不予上报的余地,现实中却是广泛存在着的。^[45] 这些现象可以说体现了前面所谈到的“以刑正之”的行为范围(刑罚领域)与无须惩戒的行为范围(圣人的领域)两者之间逻辑上和现实中的重合。现实的审判中,对某一行为既可能按正规的上报覆审程序予以惩罚,也可能作为“本该科以刑罚,但斟酌某情,予以免除”的情形来处理。而且这样的选择事实上很大程度被委于地方官之手。^[46]

这样的情况,一方面如后面将要提到的那样给理解听讼带来困难的问题,但另一方面确实清楚地为我们展示了无刑罚的纠纷处理究竟以什么为基础。失之于欲而犯禁,但经过用道理开导又能够认识到自己之非者,仍不失为能够进入圣人领域的预备生。对他们用不着科以刑罚。但如果是听不进道理的愚顽之徒,则只有用刑罚来让他醒悟了。地方官心目中的当事者大致总是这两类,而诉讼案件的处理一开始总着眼于开导教育这一方面。所以,地方官在法庭上进行无刑罚的处理时总是以圣人的标准作为基础。

在当时的中国,置身于相互间默默地推来挤去这一上文已描写过的秩序中,人民和官僚还有皇帝,就是以这样的词汇,在这样的认识框架中理解并处理各种纠纷的。其中所发生的一切事态,都可以在这样一幅图景中找到其位置。但是不用说,不能想象这样一种制度框架不存在任何问题。例如,仅就上面的说明而言,马上就会产生下列的

[45] 地方官负有立案义务的领域基本上只限于必须向上级“通详”的“命盗重案”,尤其是其中严禁“私和”的几种牵涉人命的犯罪类型。关于审判实践中这种裁量处理(类似于日本的“起诉犹豫”)的实际情况和理念基础,参见中村茂夫,“从清代判语所见的法律适用——尤其关于诬告和威逼人致死”(新潟大学《法政理论》9卷1号,1976年)。

[46] 此外,自理的案件本身还存在处以一定体罚和完全不加体罚这样一种较小的区别。关于这种区别以及影响地方官作出选择的要素,今后再予以考察。

疑问。

问题越是微妙(或者说行为的恶性越是轻微),使用来开导当事者的道理就越可能是“如果是圣人就不会如此行事”这样的标准。当然只要大家都这样来理解问题并停留在一般而论的层次上,很显然在当事者各自的“分”之间总存在一条双方都能承认是最适当的境界线,而且纠纷的发生意味着某一方(或双方)事实上越过了这条线。可是,相互争执的当事者所关心的,具体来说只是究竟谁、在多大程度上越出了自己的境界(谁是谁非的问题,或归根结底自己能够占有多大利益的问题)。但遗憾的是,关于如何行动才符合圣人的标准,问题的情境越是微妙,其答案的获得就越是困难。而且,这样的标准本质上就不适于逻辑性的论证。

当然在那里,首先由作为享有天命的皇帝之代表而派遣到各地的地方官来提示这种判断。人民也正是因为承认地方官的这种权威才来打官司的。不过,地方官本身并不是圣人或皇帝自身。人们是否把他所提示的判断视为圣人的标准本身来加以接受呢?他是否真能够提出让双方当事者都心服的标准呢?关于行为适当与否的判断,只是在让人领会了确实还存在更加合适的行为余地这一前提下才有意义。

不用说这是一个由不断地努力确保各自利益的人们所组成的社会,而相互间推来挤去的结果之一就是打官司。如果设想人们一旦到了法庭上就会循规蹈矩地遵从权威,则对这种社会秩序的理解绝不会得到深化。“我们并不宣告王权的意识形态口号。因为我们要研究的是这种意识形态的实质内容,因此必须从王权之下的社会绝不是柏拉图式理想国观念的自我发现这一不言而喻的事实出发”。^[47] 以下,将按顺序来考察听讼的理念和制度在现实社会环境中表现出来的种种动态与特性,以及这种伦理中心的纠纷观和纠纷解决制度所付出的代价或包含的问题。

[47] 参见关本照夫:“东南亚王权的构造”(伊东亚人、关本照夫、舟建夫编《现代的社会人类学·3:通向国家和文明的过程》东京大学出版社,1987年)10页。

三、冤抑·申冤型审判的内容

1. 审判的正统性——具体的审判与审判的形态

当然,如果对地方官的判决,双方当事人都承认其公正性而感服的话,则判断内容在逻辑上的不可论证性也不会暴露出来。这种情况下,地方官所提示的解决意味着“公”这一理念与作出公正判决的地方官本身是“至公无私”德行高尚的主体这一理念获得了外观上的一致。^[48]。但是相反的情形下,即当事者的某一方或双方对判决内容不肯或不能承认感服时(或者因为地方官的审理有问题,或者因为当事者方面过于固执于自己的主张或利益),又会出现什么样的局面呢?

实际上,判断主张的正确适当与否之不可论证性,对于当事者方面来说也是同样的。且如果情况处于上述“虽可罚之姑且免之”的领域(只要地方官愿意,民事性纠纷的几乎一切情况都可以被置之于此领域),地方官就总有采取强硬措施的回旋余地。如斥责当事者“既愚顽至此而不明理,何异畜生?抑不醒悟,则只有笞之”,即以体罚等来威吓当事者改变态度。^[49] 面临这样的局面,当事者往往也会想“判决内容绝不能让人心服,但自己不想显得固执己见而不顾他人,如果只有

[48] 关于这样的状况,如果着眼于当事者不得不无条件地承认接受法官所做判决这一可能,则意味着两者之间存在类似“命令—服从”或“权威—从属”的关系;但如果着眼于当事者“悔悟自新”,自发地(“心愿悦服”地)把法官的判断内容作为自己的行动准则则另一种可能,则又可以说两者的关系建立在“说服—合意”的原则之上。由于被命令者自发地向命令者提示的基准靠拢(或者说“提高自己”),实质上就消解了命令关系本身。换言之,最富于强制性质的关系或秩序形成手法,却能够以最缺乏强制性的样式表现出来。关于旧中国社会中形成行为规范时共通的这种悖论式结构,参见寺田,前揭《明清时期法秩序中“约”的性质》。对于地方官所下的堂喻,要求全体当事者写下并提交表明自己“甘愿”接受的“遵依甘结”这一审判的制度性安排。如果放在上述结构中就更易得到理解。

[49] 不过这种情况在二重的意义上与后述具体审判的正当化问题相区别。第一,地方官可以自由行使体罚的权限并不意味着禁止当事者出诉。即使当事者不再争议也被解释为是他自己“醒悟”或自愿的。第二,采取这种强硬手段往往导致冤罪的主张(即更容易引起上级的主动介入)或当事者进行上控。

这样那就只好委曲一点吧”,于是屈服。^[50]这里存在的是一种以强制来迫使同意的结构。^[51]正如下文将要提到的那样,当事者最后是否接受判决,并不一定与地方官提示的理由直接相联系。既然接受判决并不意味着完全心服口服,当事者即使对具体的内容或理由有疑问或不服气,也有可能承诺接受判决。

同时,现实中也可见到当事者采取种种手法来回避或拒绝接受判决的事例。

当然,一般情况是当事者不敢直接就地方官所下判断正确与否提出异议,一方面说“金批公正如神”,但另一方面又提出“还有如此这般

[50] 这并不是对判决内容积极的赞同或响应,但同时也不是不加思考的单纯服从。这里的同意或屈服可能位于上述两种情况的中间,即类似于表白自己所具有的道德感,或对自己愿意继续作为共存重视型的共同体之一员的意思表示。另外,在集体行动的层次上围绕共同规范的形成和遵守,同样存在强制合意的问题。而且那里所谓“自愿性合意”的本质,却反而在于消解了作为“自愿性”逻辑基础的个人意思这一悖论机制上。有关集体行动方面的这些问题,参见寺田浩明:“合意与齐心之间”(森正夫、滨岛敦俊等编:《明清时代史的基本问题》汲古书院,1997年)。如果从“个人自愿放弃自我”(“去私”或“消除私心”)的角度来看,注[48]所提到的对判决内容无条件接受或“悔悟自新”,即使在最理想的状况下,也只是意味着放弃“过去那个固执己见的自我”,即“去私”或“消除私心”的一种形态。这里存在的至多只有“发自内心地”还是“不经心地”放弃自我的区别,而且对于当时的人们来讲,这个区别恐怕远远比我们在这里分析时所能想象的要小得多。

[51] 顺便说,这种接受判决的理由与西欧近代式的“法—权利”型审判中“对判决内容不满,但因为是根据既存的准则而得出的结论,应该予以接受”这一逻辑相互照应。不过,在“法—权利”型审判中,当事者进入审判之前已经被要求持有一种对既存准则的制度性认同,而且在程序和法律推论等方面存在着一系列对“依法审判”的保障(正因为如此,准则本身不得不加以明确化、实定化)。而与此相对,清代中国的审判中,作为支持强制保证获得同意的基础,则是要求人们拥有一种能够恰如其分地互让的能力(即以此划分贤与不肖)这样一种框架。而且人们一旦生活在那个空间,无论如何总会被纳入这样的框架之内。由于这个框架包容了整个社会,出现就是一种这样的状态:既可以说完全不存在“法庭”这样一种特殊的制度空间,也可以说普天之下都在一个“法庭”内;既可以说没有任何明确的共有的规范准则,又可以说所有的人(以“天下”为范围,一切“浴于王化”的子民都应该做到的是)对于准则都有一种无言的了解和承认。不用说,由于准则扩散或弥漫到了这整个观念空间的规模上,具体的审判中当事者既难以展开“法律辩论”,法官也不可能严格依据这种准则作出判定。至于其具体表现为什么样的状态,参见以下第三节第3项。

的事情尚乞大老爷斟酌”。而且在那里,即使地方官下了堂谕当事者也提交了承诺接受的“遵依”,再次向同一地方官提起同一诉讼也并非不可能(不存在“一事不再理”原则)。滋贺秀三氏的研究已经清清楚楚地揭示了:当时的审判具有一种只要当事者坚持争议下去就不能终结的结构,而且官僚机构内部在理念上并不主张禁止或压制当事者反复申诉,或者说那里本来就缺乏把决定的终局性本身视为一种特殊价值的观念(不存在“判决确定”观念的司法制度)。^[52]反过来说,当事者提出种种尚待解决的问题并不意味着明确地拒绝接受判决。在某种意义上,当事者正是因为相信审判官公正诚实的敬业精神才反复“缠讼”。

但是在这种审判制度中,同时也允许当事者以审判官的“审断不公”和自己的“冤屈”为理由(哪怕正处于审判进行之中)向上司以至皇帝提起上控、京控。换言之,心怀不满的当事者必要时完全可以向上级官府诉苦,指责审理自己案件的官员貌似公正实则偏私。考虑到地方官作为皇帝代表的理念,这种制度安排确有其危险的一面。但是地方官有贤有愚,^[53]而且地方官判断的有效性之基础全在于当事者愿意将其视为代圣人立言这一事实上,所以当事者一旦正面对地方官的权威提出疑问,制度上就不得不作出相应安排。而实际上的制度安排意味着承认这种情况下州县一级的审理本身已失去使其成立的基础条件,案件在上控的层次上展开。现实中,当事者确实时时利用上控的机会。

不过另外,上述的制度安排似乎告诉我们另一个重要的事实。即人民尽管指责某次审判、某个法官“不公”,但追求的却仍然是另一更加“至公无私”的主体所主持的更加“公平”的审判,而不是在要求其他种类、其他基准的审判。拿演剧来作比喻的话,那里发生的只是主角配

[52] 参见滋贺,上揭《清代中国的法与审判》,尤其是第三论文“判决确定力观念的不存在”。

[53] 而且地方官并不是由皇帝直接选定和指派的。地方官以及任地由吏部通过抽签决定或直接由省一级的长官指名。参见坂野正高《近代中国政治外交史》(东京大学出版会,1973年)第二章第七节“官僚制度”。

角的交替，而“圣人标准的宣示者与倾听者”这一剧情和舞台装置却毫无变化。当事者不满而进行上控意味着特定的判决未能得到正当化，但是对“所谓审判就是公平无私的人考虑照顾到一切方面而作出能够最大限度地达到和谐和均衡的判断”这一审判的“形态”本身，他们的信任却从来不曾动摇过。

只要社会中还有秩序，在某个地方总会有，也必须有毫无偏心至公无私的主体存在。实际上，人们正是在这种信念下寻找代表“公”的“青天老爷”。从制度上讲地方官就是国家为了满足人民的这种需求而配置在各个地方的“公”的代表。当事者如果觉得民间调解中的调解者“循情不公”就会打官司的行动样式显示，地方官的权威正是由人民向上寻求公正主体的内在需要所支持着的。正因为对大公无私的主体人民始终抱有期待，清代的司法制度才得以成立。而且为了对付当事者不满地方官之“不公”的事态或局面，国家还准备了一套逐级排列一直到皇帝的审判主体系列。这种系列与官僚制内部按德行的高低多寡而安排的上下关系相对应，意味着由低向高的“至公无私”程度。抱有不满意的当事者则可以沿着这一阶梯向上寻求更加“至公无私”的主体（在这方面，州县以上的官僚各自在握有完结发落权限的上控案件中扮演这样的角色）。这无疑就是上控制度的意义之所在。

而且，制度上还允许人民通过科举考试自己成为官员、审判者，成为公平的主体。如果找不到至公无私的官员，那么自己完全可以通过努力自己来充当。人们并不会想到要问一问“至公无私的主体是否可能真正存在”这种“无用的问题”。至少对于争取进入代表“公”的空间或想成为“至公无私”者的人们来说，公私的对比只是一种人生的努力目标、一种进取的对象，而决不会成为需要反思的问题。在这个意义上，中国的公私概念并不是由某种社会制度派生出来或给予支撑的观念，而是给一切社会行动和社会制度带来根本意义的最基本的“神话”或意识形态。

就这样，个别的特定的判断或判决内容之不可论证性以及由此而

产生的不安定,通过被理解为作出判断的主体之无德无能而控制在制度的框架之内,取而代之的是寻求更加公平的主体和提供这种主体的制度安排。

于是,当时已经出现而且现在研究上仍然存在的关于“当为的审判”(应当如此的审判或理想的审判)问题,以及围绕该问题的种种学说所具有的含义和位置,都有可能从上述“个别的特定的审判”和“审判的形态”这一分类出发来更容易地加以理解。

滋贺秀三氏指出,既然是审判,就应该有某种制度性的设定或基础,以“强制当事者接受他们所不情愿的后果”。而且在“审判是依照某些普遍性的基准对案件进行裁决”,“谁也不致受到完全随心所欲的处置”等问题上,总应该“存在一定程度的保障”。那么,旧中国的审判中所谓“普遍性判断基准”究竟是什么呢?对于自己提出的这一问题,滋贺氏的研究所找到的答案就是“情理法”三个要素。^[54]

但是,从这个问题的内容、即能够迫使当事者接受判决的根据或这种审判所依照的普遍性基准这一角度看来,对滋贺氏所提示的上述结论是否有效的答案仍存在一些疑问。历史上确实有过合乎情理的审判,许多情况下审判的结果确实使当事者心服口服。但是指出有这样的历史事实并不意味着情理本身就是能够迫使当事者接受审判结果的正当性根据,也不意味现实中一个个具体的审判都通过情理的力量而达到了当事者的心服。换言之,关于情理的议论很难成为揭示一个个具体的审判都依照什么基准的正当性理论。实际上,所谓合乎情理,只是在审判进行得十分顺利的时候(即谁都没有对审判正当性提出异议的场合)才能作为有效的正当性根据。从这个意义上讲,情理理论未能提供一种全面的说明,也不是一个个具体审判的正当性基础本身。

不过在另一方面,就上述“审判的形态”而言,滋贺氏所描绘出来的这一幅“合乎情理的审判”图景,却拥有别一种理论力量。通过这幅

[54] 参见滋贺,上揭《清代中国的法与审判》第四章“民事法源的概括性考察——情、理、法”。

图景,我们对于当时优秀的地方官之所作所为能够获得某种内在的理解。滋贺氏所提供的这一理论框架与本稿中所说的“审判的形态”本身是完全契合的。^[55]而且从历史的现实来看,“情理法”等语在当时那种缺乏制度性基准的审判中作为至少比“公”这一概念更加具体的根据,确实给予地方官们审案的某种指针。有心的地方官在那样复杂的困难情境中总是尽力追问什么才是恰如其分、合情合理的解决。而且实际上他最终达到和提示的具体方案时能够争取到人们发自内心的共鸣,并导致纠纷的圆满解决。这些一个个成功的案例,一个个优秀地方官的故事有时记录下来,鼓励着同僚和以后的审判人员。作为促使人们去确认和肯定这种审判形态拥有的可能性与正统性的媒介,当时的社会里流传着许多这样的美谈。从长时期和整体上看,正是由于这些成功事例或模范的存在与流布,才使人们不会对审判的形态本身发生疑问,也不至于想到这种形成和维持秩序的方法或样式本身会不会存在根本的缺陷。在公私对比的框架中,滋贺氏所描绘的以“情理”为中心的审判图式,如果作为当时的当事者们把什么视为理想的审判,而地方官努力想达到的又是怎样一种境界等问题的说明,确实是具有充分说服力的。

这种审判制度不断地要求法官个人尽力去达到最善的纠纷处理,但同时其本身就建立在具体的一个个审判终究不可能得到正当化的前提上。就其达到的结果或成绩而言,法官在具体的案件处理中付出的努力既有成功也有失败,部分的混乱是日常性地存在着的。但是,建构在“公与私”框架上的这种审判类型,作为一个整体本身却始终保持了其正统性不会受到任何挑战的稳定状态。这种具体审判之缺乏正当性基础与审判形态整体上不可动摇的正统性就构成了清代审判内在的悖论。

[55] 寺田上揭:“清代民事司法论”一文中所做的分类是“具体的审判”与“一系列审判的整体”。这个分类现在看来并不妥当,所以本稿采用了新的分类,即“具体的审判”与“审判的形态”。

2. 审案之后与告状之前

那么,通过上述形态的审判所达到的状态具有什么样的性质呢?

首先,既然这种审判原则上以“若是圣贤就该如此行动”为指导而展开,其达到的结果理应是惩处制止了欺压,消除了冤抑。且理念上当事者经过审判应该已各自获得了恰如其分的利益分配,所以可以说审判后双方所拥有的利益处于一种得到社会一般承认的状态。实际上,已经通过官府审理并下判这一事实本身,能够为当事者此后向社会主张自己的利益提供相应的论据。

不过另外,考虑到第一节所描述的那些情形就会明白,无论得到了怎样有力的论据,如果将此绝对化而对周围的人们采取“反互让”态度的话,无疑会招致“恃”官断而肆无忌惮的非难和反对。而且一般情况下审判中地方官正面指出并确定下来的只是对某一方不法的欺压行为之谴责,而不一定明确被害者一方存在着什么“确定性权利”。^[56]更不用说在法官提示的解决显然是妥协的场合,法官的判断与其说为某种利益主张提供了论据,还不如说只是就两方应该互让的现状划出了界限而已。所以,如果出现新的事态,彼此各自应得的份额可以改变。甚至随着时间推移或事态发展,只要有一方觉得自己遭受了“冤抑”,围绕同一标的物再次提诉在制度和现实中也是完全可能的。

换言之,通过这种公共权力性质的解决而给当事者带来的状态,结果仍不过是在特定时点上达到的一种暂定性安排,至多也只是此后当事者们又开始默默地推来挤去时一个新的出发点而已。在此意义上,那里的所谓审判即使在最理想的状态或理念形态上,也不能从根本上克服当事者始终推来挤去的“半事实性状态”。旧中国的审判似乎本来就没有把树立某种性质上完全不同于这种状态的确定性秩序作为目标。

[56] 这种情况在纠纷处理发展到国家“执法”断罪的局面时仍然不变。在刑事色彩最明显的场合,明确作出判断的只是关于特定犯罪者特定行为的犯罪性、非法性,而这种判断并不意味着承认受害者有什么“确定的权利”。

可以见到的有些极端事例更显示了对秩序的暂定性程度恐怕不能作太乐观的估计。例如，有如下一案。18世纪后期在湖南省，有一吴姓人家与张姓围绕土地的境界打官司，地方官已经下断。但此后张姓不遵官断，又越过境界不法地侵占了吴姓土地。这次通过保邻调解，划定新的境界而达到了解决（大概张姓从已侵占的线有所后退，同时比起原来的官断吴姓又作出了一定让步）。这以后，谢某从吴姓那里买下了该土地，买卖契约上照官断标明境界，而实际上谢某却惧怕张某的强横而照保邻划定的境界进行管业，回避了与张某的冲突。可是，张某这回又得寸进尺，越过境界建了一所茅屋。听到此事后谢某赶到现场，在双方的相互斗殴中张某死亡。^[57]

即使在县里得到了官断，这之后的状态却仍然像进行诉讼前一样继续推过来挤过去。就算法庭上已经指明了什么是错误的行为并对此进行了惩戒，但关于民事上利益的再分配，通常法庭只是作出指示，让当事者双方提出遵依结状表示接受，而现实中这一利益关系的实行或实现主要就得依靠此后当事者的自觉履行或自助努力了。实际上，官的指示有时并不能得到执行。有的情况是愤怒的当事者再度出诉，地方官也随之采取更强硬一些的手段；^[58]而有的情况则是如上例中那样因惧怕对方的强横而暂时隐忍下去；同时，还有的情况就像上例的结果一样，推来挤去的后果达到暴力冲突的公开化，甚至造成有人死亡这一最糟糕的结局。在上述例子那样的情况下，向官府提诉并获得判决也不过是纠纷逐渐扩大升级以致最后致死人命这一过程中的一个场面而已。

[57] 参见中国第一历史档案馆、中国社会科学院历史研究所编：《清代土地占有关系与佃农抗租斗争（乾隆刑科题本租佃关系史料之二）》（中华书局，1989年），案件号码028。这件史料是对纠纷最后发生的致死人命进行审判时由刑部尚书上奏皇帝的题本。

[58] 如果在结案之后不久当事者又告状的话，一般将诉状附在原来的卷宗里，所以形式上看就像同一个案件程序的继续。另外，还存在曾经开庭审理或下过堂谕，但没有结案而暂时中止审理，一段时间后因当事者的请求又重新开庭审理的情况。这种诉讼程序的持续状态与诉讼终结后又反复申诉审理的状态通常很难区别。

不用说,把矛盾激化到这种程度的事例视为一般情况是成问题的。^[59] 诉状中见到的如“可虞不测之事态”等语表明人们期待打官司本身能够发挥防止纠纷升级、抑制矛盾激化的作用,而且诉讼确实也起到了一定的这种作用。但是,考虑到上述事态的可能性,只得说当事者打了官司得到了官断而回到的世界,却仍然是与出诉前那一个同等性质的、每个人都不得不相互推来挤去的生活空间。在那里必然会有暴力的冲突,也少不了告发对方欺压诉说自己冤抑的告状。究竟将此状况理解为共存秩序出现破绽而一时发生纠纷,纠纷得到解决后又恢复到共存的秩序状态;还是理解为所谓共存秩序也不过是纠纷与纠纷之间短暂的休战而已?无论作何种理解,审判后或通过审判实现的状态与出诉前(虽然不知道究竟是互助互让的理想状态还是一方暂时隐忍不发的状态,但至少没有人出头公然地主张他人的欺压和自己的冤抑)的状态。在“秩序的性质”上来说,却似乎很难说存在多少区别。

站在这种理解的标准上,再回过头来看第一节所指出的那种互让与忍受并存的小推小挤局面或半事实性的均衡状态,就能认识到那种秩序状态自身具有的难得价值。确实,换种角度的话,也可以说那里暂时并不存在使人不得不告状的欺压和冤抑,尽管谁也未下命令却实现了建立在互让上的共存,而这种状态正是国家通过听讼审案力图达到的局面。如果官府的审判所指向的目标与民间日常的秩序内容一样,不待地方官断案,当事者自身能够自愿地回到互让状态中去的话,不管内容如何,地方官一般是不会否定其结果的。对听讼过程中的当事者撤诉或民间调解者的介入,地方官往往持鼓励的态度,或者即使不鼓励也不会积极地否定和排除。把这种态度放在上述理解框架内来看,就更容易对其加以说明。^[60]

[59] 不过,即使是结案后反复争执的上述例子,至少在下堂谕并提交了遵依结状的那个时点上,无疑也显得问题似乎已经完全解决。着眼于这种局面的话,对于没有交代作出判决后事态如何发展的大部分民事审判史料来说,恐怕很难假定所有这些案子都顺利地达到了纠纷平息的结局。

[60] 例如,可参见汪辉祖:《学治臆说》“断案不如息案”,同《佐治药言》“息讼”。

对于接受审判的当事者来说,面临的局面也是类似的。不管怎样,照原样完全实现自己主张本来在现实的日常生活中就不是一种常见的状态,而且也不是维持那种秩序的必要条件。将能够得到的利益与回避冲突的成本相衡量,减去成本而剩下的就是自己眼前所享有利益,或者说是无须争执就能确保的利益。所谓不得不争的情况,一般来说属于当事者主观上认为连这种相对的利益也受到了威胁的情况。当然,双方当事人都以照原样完全实现自己利益主张为目标而争执的情况,现实中并不是不可能发生。但既然双方的目标不可能同时达到,而双方都一直不肯让步的话,这种纠纷显然是不会有终结的,其结果往往十分悲惨。^[61] 作为当事者,总不得不在某个地方作出适当妥协来结束纷争。当事者这种对成本和结果的计算,尽管有程度的差别,却每日每时都在进行。能够作出适当妥协的地方既可能在民间调解过程中找到,也可以是听讼的场面,而对于后者,当事者也未必抱有什么与民间调解不同性质的期待。^[62]

当然,就现实的场面而言,正因为不会很容易地达到自愿的互让才有打官司,也正因为适当妥协的地方不容易找到,审判才难以终结。当事者不满民间调解的结果而开始打官司,打过了官司双方仍继续争执的话还可能在法庭内外几进几出,这之后如果当事者仍不服气可以通过上控进一步争执下去。不过应该指出的是,不管处理纠纷的程序发展进行到什么地步,处理解决的样式却总是停留在同一性质上:一方面,缺乏决定性说服手段的处理主体必须摸索寻找一种能够使当事者双方都不再争执或不再主张自己冤抑的解决方案;另一方面,当事者则摸索寻找在某个适当的地方接受这种逻辑上缺乏确定性的某一解决方

[61] 在序言所举老寡妇要求买断土地一案中,地方官所忧虑的就是老寡妇“竞恃老迈,抵死向高书行硬找田价若干。高书行恃理直,丝毫不拔,官司打到何时才了”。另外参见滋贺,上揭《关于清代州县衙门诉讼的若干所见》的“结语”,有关“终讼”的讨论。

[62] 顺便说一句,当时对判决本身在逻辑性论证方面要求不高的事实,无疑在很大程度上有助于减少前项所述的“对圣人的标准不可能加以论证”这一问题的尖锐性。审判者只要在一个较大的幅度内提示大致的妥协点就算发挥了“代圣人立言”的作用。

案。这一过程中尽管处理的场所和处理的主体改变了,那里的区别却只在于处理者找到这种方案和当事者接受这种方案的难易程度而已。〔63〕

换言之,与民间的纠纷解决相比较,官府进行的纠纷解决既不存在什么不同的特殊程序和准则,其达到的结果也没有什么性质上的重大区别。对民间调解主体的“偏私”不满而打官司的当事者向官府要求的,仍然不外是不偏向于对方的“公正”“公平”。纠纷既然只能以诉诸于共存伦理的样式来解决,审判者持有代表“公”的权威(审判者与当事者之间存在的“公私”对比)就成为必要和有效的因素。越是困难的问题就越容易被当事者追求“公”的动机和力量所推动,上交到“公”的权威程度更高的主体那里去。〔64〕

同时还不应忘记,这里所谓需要解决的问题之“难易程度”并不仅仅指客观存在的纠纷状况,通常是纠纷的复杂性与双方当事者进行争执的主观意欲(通常被从固执、刁悍等否定的方面来评价)相乘的结果。关于很快就得到了解决的案件,既可以肯定这是由于当事者理解到互让共存的重要而痛快地接受了法官的判断,也有可能指出连这样容易解决的纠纷当事者也需要来打官司的不明事理。同样在另一方面,关于涉讼经年仍难以解决的复杂案件,既可以谴责当事者的刁悍和愚顽,又可以同情他们在不存在明确的是非标准和统一的逻辑推论方

〔63〕 在此意义上,滋贺氏所说的“一言以蔽之,纠纷并不因使尽了一切程序上可能利用的手段而终结,只是到了在事实上谁都已经不再进行争议的情况下,纠纷才最后平息”这一见解,仍然是我们最终应该维持的结论。参见滋贺:“中国法文化的考察——以诉讼的形态为素材”,(1986年度《法哲学年报·东西法文化》)51页。

本稿所做的工作实际上就是对滋贺氏所说“事实上谁都已经不再进行争议”这一部分(或者滋贺氏在别的地方所述“因当事者双方被说服而达到解决”的部分)重新进行较深入分析的一种尝试。

〔64〕 此外,把民间的主体所从事的调解与官府进行的审判先作为性质上同样的纠纷解决样式,再讨论两种样式之间在功能上的互补性这一见解和方法,在日本学术界已经成为定说。参见滋贺,上揭《关于清代州县衙门诉讼的若干所见》,以及岸本美绪:“《历年记》中反映的清初地方社会生活”《史学杂志》95编6号,1986年。

法这样的情况下不得不坚持自己认为是正确主张的困难处境。不用说,实际状态究竟属于哪一种很难一概而论,且随着法官与当事者相互行为的推移,对同一处理过程完全能够作出这两种不同的理解。^[65]

从上述角度再来看地方官对原告提诉而决定是否受理的场面,地方官在那里所表现出来的几种表面上矛盾的态度也可以作为这种两义性的反映而得到统一的理解。

首先,既然共存互让与打官司的分界其实只在于每个人是否肯“忍耐”,而且忍耐的限度也只是一个程度问题,那么地方官很可能采取的一种态度就是“相互再稍微忍一忍就不至于发生争执”。于是有了以“各自谨慎,何至讼事”为由而不予受理的现象(“多一事不如少一事”式的处理方式)。而且当事者仍在忍耐、冲突没有表面化的阶段,若有人介入进来,对当事者指出应该争议的话,基于上述同样的原因,地方官将会认为这是“籍端生事”或“教唆词讼”而深恶痛绝。^[66] 为了在有限的资源下实现和平共存,有时候除了社会的全体成员各自忍耐(每人都自我放弃一定利益)之外并无其他更好办法。这样的背景下,

[65] 对于问题的解答显然总是存在于一个有限的范围内。但却没有什么可以帮助从逻辑上推论到这个结论的有效手段,而且归根结底究竟什么才是正确的解答(以及如何说明这是正确的解答)只取决于诉讼参加者们在具体情境下的相互作用。在这样的意义上,地方官的听讼就有些类似于在一面宽阔平滑的墙壁上设法为一幅画找到最佳的悬挂位置。一般人往往很难一下子就挂到最恰当的位置。而且考虑到每一次墙壁和画等场景都会有所不同的话,一下子就解决问题之难度更可想而知了。但是,在那面墙上总应该有某个位置最合适或最有和谐感,而具有较高审美意识的人(或大家都这样认为的人)一旦把画挂到了合适的位置,人们不用讨论推理就可以通过直觉感受到其恰到好处。不过反过来说,最合适的位置并不一定只有一处,而且如果愿意的话,实际上对任何挂法都总能表示不满。很难判断这些不满究竟是因为观众的审美能力更高还是因为他们缺乏足够的审美能力。但是说到底的话,不管是名人经过苦心斟酌而挂到的位置,还是小孩不经意地挂上的地方,终究都不过是在墙壁上挂一幅画罢了。

[66] 所谓“教唆词讼”的讼师,在当时确实不会得到类似于近代司法制度上律师那样的地位,也绝不会被视为给权利和正义的实现提供法律援助的职业。另外,即使不采取这种当时流行的观点,也不能把讼师的所作所为理解为相当于近代法中帮助“实现权利”那样的工作。讼师所从事的,结果也不过是在听讼的制度装置中帮助当事者形成和叙述“告发欺压诉说冤抑”的“话语”而已。

确实总存在问一问“是否忍耐得还不够”的必要。^[67]

但是对于当事者来说,是再忍下去还是出头开始争执的分界,许多场合可能只是一个利益成本的计算问题。而且诉讼本身根据其具体展开也总会要求种种的成本。当时有名的地方官关于听讼写下的体会中,包含着对同僚和后辈的如下劝告:如果诉讼只是意味着把胥吏衙役讼师等牵扯进来使纠纷更加复杂的话,不受理告状对于原告本人可能更好。这一劝告的意义正在于为当事者节约成本的考虑。不过反过来,即使在已忠告尽量别打官司的前提下,如果当事者坚持诉称已经不堪忍耐或到了忍无可忍的状态,地方官也可能会作出“看样子另一方也许实在太过分,应该受理”的决定。只要读一读当时的诉状就会明白那里充斥着关于自己如何地“情穷”、对方如何地“跋扈”等大同小异的类似内容。

不过,在那样的情况下,通过听讼的整体努力,真的能够实现一个不再有冤抑的互让世界吗?再进一步,作为这一切基础的民间社会本身,即使完全不发生争执是否就处于没有不当欺压的互助互让状态之中呢?(会不会只是因为豪强土霸把持压制了周围所有的人们而造成了“有冤难伸”的状态呢?)我们很难消除这些朴素的疑问。实际上根据社会经济史学的研究,当时的社会现状确实不允许作太乐观的估计。

另外,就当时秩序形成的日常生活环境而言,除了人们感觉到“冤抑”并出头告状这一主观的方面,究竟是否还存在另一种“客观性标准”来衡量审判结果有没有达到最妥当的均衡状态,或者衡量社会中存在不存在欺压行为呢?恐怕回答只能是,寻找或讨论这种“客观性标准”并无多少意义。在清代社会中,本来就不存在一种可以作为参照来客观论证现实与其是否相符的“秩序样本”。事态总是处于推过

[67] 把这种情况放到地域层次上看,就会引出“健讼之风”一说。

来挤过去的流动过程之中。^[68] 人家挤过来了自己只好再挤回去,但究竟该挤回到什么程度则根据具体情况而千变万化。对于感到自己被不当地挤压到不堪忍受的人们,国家广泛地开放了诉说冤抑的途径,一旦出现告状也总是会给予某种回应。但无论这些回应具体内容如何,其性质却都只是小修小补式的。国家既没有足够的装备与力量来提供或实行超出这类回应性质的日常服务,而且社会本身就似乎根本不期待国家发挥另外的作用。^[69]

不过当时的意识形态或当时的一般人们并不这样认识听讼和自己的秩序本身。在那里,眼前谁都没有提诉的现实往往被表达为“谁都没有冤抑”,从而与所有的人们都充满互让互助精神的理想共存状态划上等号。即使出现纠纷,经过双方争执和民间的调解者或地方官提示解决方案而最终平息这一事实,也往往与通过说理人们意识到互让和共存的必要从而达到了一个新的伦理高度这种意识形态的宣传划上等号。

于是,无论现实的状况及其推移如何严峻,只要当事者不再相互争

[68] 究竟是因为缺乏“秩序的样本”才推来挤去的呢,还是因为总是推来挤去以致不能形成这种“样本”呢?这无疑是一个“先有鸡还是先有蛋”式的问题。在那里,关于正义的讨论往往不从某种客观的基准(如某种理念性的抽象的“权利”及其实现)出发,而经常与“态度”或“行为方式”等主体和主观方面联系起来。这一特征恐怕与“缺乏秩序样本”的问题不无关系。

[69] 例如,作为清代的统治阶层,“士绅”的人数包括没有出任官职资格的生员在内据说有百万左右(具有任官资格的举人以上士绅约为50万人。官员的职位约为4万)。将士绅的人数加上他们家族的平均成员人数,占总人口的比例也不过在1.5%到2%之间(参见斯波义信,上揭《中国的社会与经济环境》)。国家权力从社会中征收的税粮约为生产总量的1/10。与此相对,在日本的江户时代,统治阶层的“士”约占总人口的1/10,每年将生产总量的五成左右作为“贡赋”收归己有。这两个在数量规模和夺取的财富上都大不相同的公共权力面向社会时显然不可能以同样的方式进行统治或提供同等程度的服务。在清代中国,州县以下并不存在拥有自己的暴力装置来强制解决纠纷的领主制权力(关于州县以下的政治秩序如何形成,参见寺田,上揭《明清法秩序中“约”的性质》)。封建领主制在某种意义上或一定程度上意味着要求自己利益得到彻底实现的民众与拥有高度集中的暴力来回应这种要求的权力(社会因这种要求的存在而承认暴力的高度集中)。而这样一幅图景在清代中国是完全看不到的。

执,纠纷和纠纷处理就可能被理解为:经过有德之人的开导,双方当事人的认识上升到了互助互让的道德高度,从而使矛盾得到解决。这种意味着“人人皆可为圣贤”的“故事”或“话语”(discourse)在当时的环境中,只要当事者自觉的话任何场面下都可能成立,而且受到人们的普遍欢迎和喜爱。事实上除此之外,并不存在任何可以肯定和支撑共存的秩序并赋予符合共存要求的行为以意义的“故事”或“话语”。^[70]

3. 判决的内容与审判的结构

总之,告状与审案意味着相互推挤的当事者之间一个个互让关系的破裂与修复,基本上表现为一个个相互独立的案件。不过,把地方官收集自己所下判决的文集(判语)以及州县衙门的诉讼记录(档案)综合起来看的话,就会发现本来应该只是就一个个具体案件作出的判断,整体上却呈现出一定的倾向。如许多研究者曾经指出过的那样,对这些判决的内容予以整理时,可以把尊重管业来历的根据并努力给予保护的现象作为山顶,而把反映了对此进行调整和修正的因素等现象作为山腰,这样就呈现出具有层次高低和规模大小的有序分布这样一幅倾向性的图景。^[71]本稿序言中所介绍的力图以“实现权利”的框架来整理清代州县审判种种现象的学说,其基础也正在于这里。

但是,正如本稿一直论述过的那,清代的审判无论从理念上还是在具体的操作上,都很难在对“权利”的保护这一框架下加以理解。并不以“权利保护”为理念的这种审判总体上看,反映的是一种沿着“对管业来历的保护”这一基轴而分布的内容。关于其背景和原因可

[70] 从这一视角来看,告状时关于“欺压与冤抑”的叙述或话语本身实际上不过是内容更广泛的意识形态之一部分。一位日本学者指出,中国的审判制度中,当事者、法官以及旁听者都不过是在一出按“说理与心服”的脚本上演的戏剧中各自扮演一定角色。参见高见泽磨:“罪的观念与制裁——中国的纷争与审案”(《丛书:向世界史发问》第五卷《规范与统合》岩波书店,1990年)。本稿从上述论文得到了许多启发。

[71] 关于黄宗智的研究成果及其实证意义的局限,参见寺田,上揭“清代民事司法论”。另外,关于判决内容上的分布,滋贺氏指出的状况与黄氏的见解其实并无多少差异。这一点也参见同一论文。

以作以下的说明,而且这样的说明也就足够了。〔72〕

首先,理念上那确实是一种根据抽象的“圣贤”基准来惩罚欺压行为并为民申冤的审判。但是,地方官最终不得不处理的问题总是当事者关于自己不当受压的不满,或者进一步说,是他们对于对方以及周围人们不尊重不理解自己所提出的“正当根据”而产生的不满。当事者所感受到的“冤抑”,以及他们衡量自己受压程度的标准线或平均线,其实都来自于他们通过日常的社会生活而获得的关于“应当如此”的生活感觉。当事者双方究竟依据什么来主张自己所受到的不当待遇、控诉对方的不是和过分的问题,在地方官自身认定是否有欺压的时候,自然成为他考虑的对象,他确实也不得不考虑这一问题。

就财产的归属而言,如第一节所述,民间社会的财产法关系中占有中心地位的是管业来历的理念。尤其在私人的土地所有这个方面,管业来历已成为中国近千年以来财产法秩序的基轴。实际上,只要某人持有“绝的来历”,他的一家所拥有的土地管业至少在周围人们很难否定的程度上得到了相对安定的社会基础。也正是由于能够获得这样一种对稳定性的预测,人们才为了拿到一纸契据而支付高额的地价。管业由来所证明、绝的来历首先受到尊重。这一道理成为人们日常生活中对彼此行为抱有的相互期待的一般基准。人们之所以将此作为规范而给予尊重,正因为社会中存在的相互性或相互依存的性质本身,作为国家的法律写下来也无不可,但似乎并无特意写明的必要。〔73〕不用说,正如已经指出的那样,立足在某种正当性基础上力图确保自家

〔72〕 民间关于财产交易活动等种种自生的规范性安排,通过地方官对当事者具体情形的考虑和照顾而引入了审判,但这些安排中反映出来的规范因素在审判中起到的作用不过是为法官的判断提供大致参考。这些论点已经由滋贺氏指出。参见滋贺,上揭《清代中国的法与审判》,尤其是第五“作为法源的经义与礼、习惯”。

〔73〕 滋贺氏在讨论清代社会中习惯的位置时援引保罗·维诺格拉多夫的话“合理的交往与社会性合作中因互惠的考虑而发生的日常惯例(practice)”恐怕就是形容这类稳定存在的规范最合适地表达了。参见滋贺,同上注。此外,滋贺氏在解释“人情”的定义之一是“有血有肉的平凡人之心”时所举出的“平凡的一般人通常对于他人的行动相互抱有的—定期待以及可能相互给予的适当照顾”,作为这类规范的说明也非常恰当。

生业的并不限于田主,而且能够作为生业正当性基础的也并不限于来历。

确实,如果当事者双方各自拿出契据来(也许有真有假)围绕特定管业的来历进行争执的话,管业来历的道理本身就是双方共同持有而付诸于不问的前提。但是如果是佃户提出生存权性质的主张与坚持管业来历的田主相争,处理这种纠纷时只注重管业来历的理念就可能引起“偏私”的怀疑。毋宁说给予种种论据适当的轻重排列正是那种秩序形成的要谛,或者说正是纠纷的处理者显示其能力与技巧之处。归根结底,纠纷处理所追求的目标终究是共存本身,但这一目标实际上并不一定能靠一个个论据之间的逻辑推论而达成(生存权性质的主张因此能够直接地“侵入”所谓“权利的空间”)。对立或争执越是包含生存限度的问题,当事者们所提示的论据整体上就越容易被作为不过是“私”的事情。与此相对,共存的价值本身或互助互让的道德义务作为“公”的要求就更明显地凸显出来。例如,本稿序言中所举的围绕老寡妇土地买卖之案例,面对以土地法规范作为根据的当事者,地方官却(在我们看来是“唐突地”)提出了“骨肉为重、钱财为轻”的道理。这本来是双方当事者都没有涉及的命题,但对于生活在旧中国文明中的人来说,谁都明白这属于人人都应保持和应当履行的伦理义务。在此意义上,这才是最大的不言而喻的前提,一旦被提出来当事者很难进行反论。

来历管业的根据与其他根据发生竞合时相应地受到限制,这一点甚至对于一般民众来说也属于常识的范围。官的审判既然尽量通过唤起人民的互让意识来解决纠纷,不拘泥于彻底实现建立在管业来历上的“权利”而要求“妥协”的处理自然不在少数。^[74] 但是另外,在简单

[74] 不过,如以上述老寡妇土地买卖案作为一例来看,此案解决要是着眼于土地法规范或财产上利益的归属,确实应该说是“妥协性”的。但反过来如从亲族之间本源的互助义务这一伦理上的要求出发的话,则该案的解决则又可以说是原理的贯彻。在作出“妥协”的评价时,显然潜在或无意识地以前一个着眼点为根据,对此没有觉察的话就有可能引起议论的混乱。

的案件里(如双方当事人争执的只是来历的确认或存在明显的霸占、欠租等确定债务的场合),惩罚欺压行径为民申冤的审判内容可以单纯地表现为如对两份不同契据的真伪作出判断,对土地进行丈量划线埋下界桩,派遣差役催交欠租,以及要求当庭履行债务等。无论采取的是什么措施,这些审判都意味着公共权力对管业来历的生业秩序内在的弱点(权原基本上只是由私人文书证实的不稳定性以及利益的实现基本上只是通过当事者自身努力的不确定性)给予适当的弥补或救济。其中有些事例如果硬不叫做“实现权利”,反而显得过于勉强。存在这样的事例应该说是理所当然的。因为对于民间日常性的土地买卖以及土地所有的秩序来说,正当的权益和“欠债还钱”等道理无疑正是其基础或核心,依仗威势而侵犯这类核心准则的行为显然就是“欺压”的典型。

换言之,这一审判制度在通常的案件审理时表现为一种如实反映当时社会生活实际状态或立足于一般人常识上的纠纷处理。这就是官的审判一面以管业来历的道理为核心,但又不完全拘泥于此而自由地斟酌了如互助共存等理念,并灵活地调整种种论据的分量甚或考虑超越现有一切论据的要素等。从案例史料中反映出来的上述种种情形很清楚地显示了审判的这些内容。

现象似乎很单纯。但这些现象又使研究者在说明清代民事审判的性质时感到十分头疼。如果说其原因,恐怕就是我们用来整理和说明这种审判中“判决内容”的位置或性质的理论框架存在不成熟、不清晰的问题。作为最低的限度,或许也有必要划分以下三个层次来进行分析。

第一,不管对案例中保护管业来历的倾向评价到什么程度,却很难说那里存在的主要都是当事人依据管业来历“主张权利”的现象。而且法官并没有一种规范性的义务(没有写下任何法条来规定这种义务),要求必须绝对地实现管业来历的理念。所以,尽管有不少类似于“实现权利”的情形,但从制度上讲,管业来历的道理只不过是地方官

在判定当事者之间推挤中是否有过分之处时随意参照并适当地决定其轻重缓急的一种“事实性的大致尺度”(也许只是许多尺度中的一个)而已。

实际上,正如第二节所述,面对各自提出一定论据相互对立的当事人,法官作为没有“偏私”(即并不把任何一方提出的论据绝对化)的主体,从“公平”的立场(即同时对双方的生存愿望给予肯定性理解)出发,指出并谴责有过分之处的当事人“欲之有失”,帮助重新树立互让共存的状态。清代的审判就是被理解为具有这样内容的工作,也是在这样的理解下运作的。于是,作为审判者越要显得公平就越需要与当事人举出的各种论据或理念(管业来历只不过是其中之一)保持一定距离。反过来看,即使是全面承认管业来历根据的判决,也不外意味着对于该特定案件来说,这就是依据“圣贤作为”的准则而得到的适当判断而已。如果以管业来历为论据的当事人面对主张最起码生存权的对手丝毫不让,就像自己的论据不言而喻地应当得到绝对保护那样地行事的话,他很可能被视为“恃理直”而欺压人的典型。在审判这样的公共场所,当事人一般不会冒触犯众怒的危险来采取这种不明智态度的。

对审判只要像上面这样地加以理解,则无论审判显得如何地尊重管业来历的理念,这个理念本身也绝不能成为构成审判形式空间的规范框架,或者为告状和判决提供应然性的基础。一些研究者力图从判决建立在这一规范性基础上的前提出发来分析理解清代的审判,而他们的努力之所以都未能获得成功,其原因也正在于这里。对大量的判决或案例按不同的纠纷领域分别进行整理,从而描画出一个个领域里存在的(即审判时得到了相应重视的)一定实体规范总是可能的。但是,如果据此而展开审判本身正是围绕实现这些规范而构成或运作的见解,则会发现许多制度性的现象与此见解相矛盾。另外,把个别的判决内容进一步抽象化,从中推导出更高层次上判断标准的存在,逻辑上也总是可能的。但是,这种抽象化、一般化的层次越高,最后就会发现到达的并不是当事人以及社会本身所共有的规范框架,而是审判者

用来使任何规范都相对化的“圣贤之所为”等修辞或“话语”。〔75〕

第二，不过如果把使审判得以成立的形式性基础这一问题暂时放在一边，而着眼于日常的审判实际上实现的是这个实质性部分的话，就会意识到讨论判决内容还有另一个理念上的空间。

虽然使审判得以成立的形式性框架就是“惩罚欺压、为民申冤”，但地方官通过使用这些“话语”、修辞而实际从事的，仍然是使民间已经存在的某个或某些理念得到部分或整体的实现。例如，说侵犯土地财产的人是欺压，“横暴难容”，而实现的则是“根据来历的管业”这一理念。这也是上述类似于“权利实现”的现象背后的实质。

回顾上文中的讨论，可以说“惩罚欺压、为民申冤”的理念尽管高度地重视全面的共存互让这一价值，而反过来看在共存究竟有什么内容这一点上却不具有任何特定的具体的理想。这样的逻辑，正像西欧法传统中“当事人依据法主张权利、法官依据法作出判定”的逻辑（这个逻辑同样不问什么是“法”的内容）一样，只不过构成了审判的“形式性框架”而已。审判的具体内容只有通过日常的运作由其他方法去填充。〔76〕而通常我们谈到法的时候，则谈到的主要是其内容。

而且由于实际上审判的目的总在于追求“停止争议”，对于置身于

〔75〕 顺便说，黄宗智的研究表明，来历管业的理念在判决内容里占有一种重心的位置是既无时代变化又无地域差别的现象。确实，如果通览各地的判决，越是关于中心的问题就越难以否定那里存在一种逻辑上的共通性。考虑到这种全国范围的共通性，黄氏从判决内容的统一性应该建立在统一的立法之上这一观点出发，认为这种现象表明州县审判实质上体现了国家所制订的法律原则。但是笔者对这种现象的解释是，各地民间的民事活动样式本身就是共通的。实际上，关于并不共通的部分，地方官总是毫不犹豫地照顾各地特有的惯例。不过，民间的活动样式为什么能够在那样广大的地理范围内保持共通性仍然是一个问题。作为对此问题的一种可能的回答，也许地方官定期在全国范围内转任的功能值得考虑。

〔76〕 例如，把那里存在的事态按“当事人依据法主张权利、法官依据法作出判定”的公式表述为“当事人依据共存的要求告发对方的欺压、法官依据共存的要求作出判定”也不是没有可能。不过，对于当事者和法官来说，共有的规范究竟是“法”还是“共存的要求”情况将会大不一样。实际上中西方的诉讼与审判在结构与过程上完全不同。关于这点，还可参见注〔51〕。

第一线的地方官来说,无论充满敬业精神还是满足于没有大错就行,总是不得不努力达到使双方当事人都不再诉说冤抑的结果或状态。于是,地方官进行判断时与其说依据自身的正义感,还不如说总得沿着当事人的日常生活感觉,或者说沿着双方当事人共同接受的日常性规范意识来考虑解决的方案。在制度上这确实不是规范的要求,而只是一种“事实性的参照”,但着眼于纠纷的解决建立在这些日常生活感觉上的实际状态来说的话,也可以讲判决“依照”或“遵循”了当事人之间已经存在的某种共有规范。如果,“依据”的正好是管业来历的理念这种场合,则特定的审判无论从内容还是形式上都更加类似于按照规范要求来“实现权利”的现象了。

换言之,只要审判以上述方式运作,即使没有国家的正规立法,通过法官对规范意识的“事实性参照”,判决就获得了一种日常性地直接把民间社会中种种行为规范吸收进来成为自身内容的机制。通过这样的机制,审判完全可能与当事人以及社会本身进行时间上同步的交流沟通。^{〔77〕}一个个案例所反映的,就是官所要求(或者也是当事者之间现存关系所要求)的互让共存这一理念与当事人各自抱有的“私”的生存欲望暂时相互折衷妥协的结果。也可以说一个个案件处理通过调整现实存在的一个个矛盾冲突而具体体现了互助互让没有冤抑的抽象理想。民间社会与官的审判相互作用,或者说双方当事人在官的介入之下展开的冲突和妥协中产生和实现的,无疑就是当时的民事规范的内容。

以这些案例为素材,当然有可能考察当时的人们(包括官与民)在处理各种矛盾纠纷时关于“法”的内容或“正义”的基准都抱有什么样的观念,而且不管有意识还是无意识地,到目前为止的清代民事实体规

〔77〕 关于这种情况,既可以说是公共权力对社会条件的变化采取了灵活的对应方式,也可以说是在至公无私的主体全面考虑社会整体的福利来进行审判这一理念无谬的基础上,公共权力随时改变宣言内容来谋求长久维持统治的一种手段。

范研究可以说都是以这种方法来进行的。^[78] 只要不把那里找到的规范理解为“审判规范”（判定的制度性准据），州县自理案件的判决等资料确实是这种研究素材的宝库。在那里发现某种民事规范的存在与本稿一直在阐述的种种论点毫无矛盾。

再将上述第一方面的论点联系起来看，就很难避开一个问题：为什么从“判决内容”的角度能够讨论民事规范的存在，但所发现的这些规范却很难被理解为告状和审判自身的制度性基础呢？这个问题归根到底恐怕只能用当时社会中规范共有的整体状态以及这种状态内在的性质来加以说明。

正如笔者曾在另一篇论文中指出过的那样，当时社会中有效的规范共有状态就是“齐心”或“同心”的状态。这些词语意味着人们现实中各自将行动统一到一定基准上去，而这种齐心状态基本上是靠有权威的主体“主唱”或“首唱”和其他人对此“唱和”而达成的。^[79] 这一过程的逻辑在于，至公无私的主体诉诸于众人内心深处存在的“公心”，而受到启发感召的群众则自发地进行响应。更具体地说不外就是群众接受“公”的宣示而自发地“去私”、即主动放弃自己的主张。相反，越是需要众人响应，且只要有必要追求行动基准的共有状态，众人反过来就越需要出现能够与之进行唱和的主唱。而这种来自一般人的要求正好保证了上述理念上逻辑的现实性，尽管实质上主导权始终在主唱者手里。^[80]

[78] 这种规范在滋贺秀三《中国家族法原理》（创文社，1967年）一书中表述为“法意识”。即如果“不是从规范的形式而是从内容来寻找法的特质，则所谓法……就是关系到正义的规范”，在这一定义上“法意识”被作为考察的对象。关于“正义的基准”这一说法，参见岸本美绪，“明清时代的‘找价回赎’问题”（《中国——社会与文化》12号，1997年）264页。

[79] 参见寺田，上揭《明清时期法秩序中“约”的性质》。

[80] 顺便说，滋贺氏指出的“审判公平性的保障在于只有当事者承诺接受——哪怕是很不情愿的——才能最终完结的程序结构。通过当事者与法官之间讨价还价式的反复交涉而最后达成的，一般而言就是情理判断的具体内容”这一观点与本稿在这里表述的内容和结论一致。就这个方面而言，寺田，上揭《清代民事司法论》中对滋贺观点提出的批评在此予以全面撤回。

这样的规范共有状态,说到底只是在眼前的人们之间实际上已经发生了“首唱和唱和”的局面下才得以成立,只要离开这种具体场面,任何关于规范的主张都不过是某人提出的“一说”而已。在审判中,根据已被当事人接受的判决而讨论“法”即民事规范的存在与内容尽管完全可能(就像根据谁都不加争议而作为日常生活常识静悄悄地普遍存在的“非争讼性习惯”来主张“有秩序即有法”那样),但这样的“法”或民事规范却不能像在西欧近代“法与权利”型的审判中那样,作为逻辑上先于纠纷和审判而“客观”存在的规范,起到既为起诉的当事者又为作出判决的审判者提供同一种准据的作用。这是因为在旧中国,纠纷和审判正是行动基准或规范的共有状态趋于崩溃和重新生成的场面,而且规范共有状态的重新获得靠的也不外就是审判者的主唱与当事者对此的唱和这一形式上自上而下、实质上却是相互性的作用过程。^[81]

在这一过程中,实体性的行为基准与其说是纠纷的进行和纠纷的解决本身所依据的既成规范性框架,还不如说只是通过纠纷和纠纷解决才得以发生的对象领域。这一点在因佃户之间“私相授受”工本费而引起的纠纷及其解决中看得最清楚。

[81] 滋贺氏提出的“情理”论尽管在前述一定语境下作为审判实体内容的说明很具说服力,但在抽象的层面上却令人感到存在不足。恐怕这是因为“情理”论只着眼于判决内容,而且将此抽象到斟酌具体情节和照顾整体上普遍性要素这两者的一般均衡高度。这样一来,同时地考虑具体个别和普遍一般就显得好像成了清代审判的规范基础,而隐藏在判决具有实际效果的现象后面、使规范生成并存立的结构本身,却没有进入研究视野。确实,地方官们进行审理时总是想着应该斟酌细节又顾及一般的因素,而且通过审判而形成的规范意味着地方官的主唱获得了当事者的唱和。但是,如果同这种反复发生的现象其基础、原因究竟是什么,仅仅回答是因为地方官做到了全面地衡量和照顾了具体和一般的话,就不过是对当时支配性意识形态的一种再表述而已。这样的回答也许在相当程度上符合当时的实际处理情况,但不仅没有对上述问题作出正面回答,甚至会妨害阻塞寻找答案的途径。以清代社会为对象来论述其社会规范在内容上的价值,总伴随着这种危险。寺田,上揭《清代民事司法论》对滋贺氏“情理”论提出的批评尽管不尽准确完全,着眼点却在于想指出如果在规范生成的结构没有另外被弄清的情况下仅集中讨论规范内容的话,不管论者的意图如何,其结果可能包含着上述的危险性。

而且,由于规范的成立结构具有上述那种“齐心”的性质,当事者一旦接受了“主唱”,逻辑上这是出于自己本心所以不觉得存在规范的强制意义,反过来如果不接受的话则视为与己无关的“一说”而不承认有遵守规范义务的发生。因此,在这个社会中很难设想一种建立在承认规范抽象的妥当性本身以及承认获得这种形式性妥当的程序机制上的“审判规范”。如果试图把那里现实发挥规范作用的行动基准按这种“审判规范”来加以理解的话,必然很难自圆其说。在那样的状况中,仍要寻找使审判得以成立的某种形式性结构的话,也不应向规范的内容去找,这种结构也许只能在主唱者与唱和者之间个人人格的感召关系中找到。所以,从审判的特殊结构来看判决内容,最终达到的只是“有德之人所言不谬”这样近乎于空虚无内容的循环论而已。

第三,判决既然以上述那样的结构和逻辑顺序而成立,在判决的内容与当时当地一定范围内社会共有的行为规范之间,就呈现出不同于单纯提供准据的另一种动态性相互关系来。

仅有整体性互让共存的抽象理念不足以解决任何问题,这一点对民众来说也是同样的。互让共存的伦理完全得以实现只能是在同居共财的小家庭各自的范围之内。但是清代社会的现实却是一个个小家之间进行着激烈竞争且沉浮无常的世界。以自己一家的生存“私欲”为前提,同时又以生存的相互性为基础,关于生产和交换的形式就产生了和存在着许许多多契约性、市场性的具体安排,或者说人们围绕相互间的行为和关系编织出了许多行动框架。尽管多数行为框架的最终基础仍不得不建立在维持相互生存的互助互让义务上,但这样的框架越多,人们就越要追求其具体的内容。实际上,在从事日常的交换时,当事者不得不时刻考虑目前双方共有的,或在周围人们之间占主流的(因为万一发生纠纷时需要争取周围的同情支援)行动基准或框架都有什么具体内容,这些内容在出现争议时作为支持自己的根据有多大力量。不过如在第一节中已经指出的那样,这些行动框架基本上由人们日常生活中个别地取得的契据等凭证和周围人们对此类根据比较松散的一

般承认而构成。如果发生类似于佃户之间授受工本费的连锁最后导致冲突那样的纠纷,则当事者双方各自以相互矛盾的不同框架作为根据,其结果就是难以确认框架究竟是什么,或者说框架本身成为争执的焦点。

在审判者与当事者双方之间展开的具体纠纷处理过程,同时也是在上述社会状况下进行的规范确认过程。对于周围那些关心究竟什么是眼下有效的共有规范(既可以说是现行规范也可以说不过是“当地的大致行情”)这一问题的一般民众来说,这无疑是一个确认规范的绝好指标。

考虑到周围民众的注视以及具体审判可能取到的波及效果,地方官不能采取只要当事者愿意息讼就万事大吉的态度。正是出于这样的考虑,地方官的判决要求具有一定的规则性,而且个别的审判也要照顾到长期的社会性的一般要素。^[82] 于是,在民众关注下,地方官通过苦心斟酌而提示的判决内容(或者说法庭上确认的民事规范)往往能够发挥一种整理和统合民间大致存在却有许多微妙矛盾之处的共同感觉这样的作用,从而促进对规范共有状态的确认。对于有能力的地方官来说,公开的审判是教化民众的绝好机会。用上面已提到的理论框架来把握的话,地方官与民众之间的关系仍不外是首唱和唱和的关系。更精确地说,地方官与当事者之间在个别案件中成立或确认的共有规范,作为一个模范事例,在当时整个地域的民事规范共有过程中发挥“首唱”的功能。而且一旦在该地域得到“唱和”而成为支配性的共有规范,又能对其他地域产生波及作用。于是规范的共有状态就呈现出一种同心圆式的波及扩大态势,而个别判决则作为同心圆的中心而

[82] 这不仅仅是州县自理审判固有的要素。律例规定上典型地反映出来的刑罚轻重的规则性、命盗重案与涉及“风化”问题严禁“私和”而要求一律通过刑事程序的重案处理,都体现了这种对一般性的考虑。地方官在选择决定究竟是“依法”一惩百戒还是作非刑事性处理时,所斟酌的因素中也包括这方面的内容。换言之,为了理解这种面向一般性、普遍性的考虑,仅仅着眼于“息诉”并基本上就当事者双方以及特定案件具体情况的层次来展开分析的话,很难获得充分的说明。

存在。

不过,只要注意这种功能上的关联,就可以清楚地看到地方官对地方上的习惯发挥影响力的局面并不限于听讼审判(如地方官可以发布告示,有时候告示甚至与审判直接有关)。作为向周围波及的“模范事例”,地方官的判决与第一节所述的民间一个个“推来挤去”的成功与失败事例(如佃户以“肥培”为理由获得了田主补偿,或者该理由遭到田主人家的坚决反击等事例)功能上并无根本差异。对于处于类似状况中的佃户和田主来说,这些事例绝不会没有关系。而且一旦大家都“群起效尤”的话,任何“模范事例”转瞬之间就可能成为在当地一定程度上能够安心地依照其行动的准据。

使民事规范得以形成或者使行动基准趋向共有的行动,在当时的民间社会中每日每地都在发生。在民事规范整体的动态之中,官的审判只是这类行动中的一种,或者说不过是同种行为之一而已。有时候官的判断确实能够左右整个地域的规范动向,但考虑到一个佃农或某一无名的市民“倡某说”而采取勇敢(或是“狂妄”)的行动同样能够风靡整个地域社会的现实,则只能说两者之间实在没有什么本质上的差别。^[83]

确实,在审判中成立或地方官在法庭上确认的民事规范对于当地可能是一种“典型”,但研究者如果把地方官在判决中提示的规范命题视为民间规范意识整体的基础,则是过于局限于社会整体的规范动态中一个小小的局部了。而且进一步把这样的认识抽象到社会整体层次上去的话,则很可能陷入逻辑上无意义的循环论中去。

结语

在社会关系的主要部分已经由各自持有自身利害的无数主体通过竞争竞合而形成这样一种多元的动态之下,一定的共存秩序如何得以

[83] 笔者关于这些实际状况的见解,可参见寺田,上揭《清代土地法秩序“惯例”的结构》,以及同《明清时期法秩序中“约”的性质》。

成立呢？本稿所讨论的，其实就是旧中国的民众和公共权力怎样对付或处理这样一个恐怕世界上任何近世社会都会面临的共通问题。

在那里，许许多多的小家为了维持生业、确保生存，每日都在努力以致苦苦挣扎。围绕着生业的移转和确保，已经存在着建立在营业和来历两个概念上的一定财产法秩序。人们为了在这个社会中达到最为确实的生业保障，总是想尽力取得“绝”的来历。以一个个小家为单位、各自负有维持自身生存责任的情况越是普遍，对人们为此而付出的心血和汗水越不能忽视。同时，即使没有财产的家庭，其生存欲望也不容否认，而且他们为了确保自己的生业也拥有相应的手段（包括自杀在内）。如果在更长的时间段上考虑问题，则对方的现在可能就是自己家族的将来。没有人会否定互助互让的必要性。于是，当时的人们把围绕自己的社会状况首先理解为各有特殊情况以及相应论据的一个个小家默默地相互推来挤去的事态，而把社会秩序的形成视为一个相互调整的问题。当然，不能否定“欲”的存在，但是欲的膨胀如果超过一定限度，必然要引起受压的他人坚决反击。存在着某个恰当的均衡点，或者说人们总相信无疑应该存在。如果人人都以达到均衡为前提适当而有节度地行动，秩序自然就会成立。不过，这样的秩序形成原理尽管确实是简单明快，但一旦付诸实行却非常困难。在这种困难的状况中展开的种种现象或局面，就是本稿一直在描述的内容。

那么，像这样形成的秩序与市民革命以前或者市民革命以后的西欧法秩序有何异同呢？其差异又是怎样产生的呢？而且，旧中国社会的秩序不久也开始进入了近代。有了民事法典，有了近代式的依法的审判。这些新的状况与原来的秩序在哪些方面相互联系，在什么地方又发生了断绝呢？换一种表达方式的话，在个体的集合与总体秩序形成这一对于人类的过去和现在都具有普遍意义的问题中，清代中国社会中所尝试的上述那些秩序形成样式具有什么样的意义和性质呢？与前近代和近代的西欧法秩序所具有的意义相比较的话，又该怎样把握

中国式的秩序形成样式呢？如果从这种比较文明论的角度来对“权利”和“冤抑”加以对比，也许更加便于考察。但是篇幅有限，对这个问题只能另找机会来进行讨论了。^[84]

[84] 笔者在1996年于镰仓举行的专题研讨会上提出的论文花了相当篇幅来讨论了这个问题。此后不久，又有机会参加“第一届亚洲法哲学研讨会”（1996年10月于同志社大学）并提交了题为“满员电车的模型——明清时期的社会理解与秩序形成”的大会报告。在这一报告中扩充了自己原来的见解，把中国明清社会秩序形成的特征及其一定的普遍性比喻为在满员电车中发生形成的事态，并进一步进行了整理和理论说明。该报告与其他大会文件一起译为英文，将于《国际法哲学社会哲学杂志》（*Archiv Fuer Rechts. And Sozialphilosophie*）上发表。现在笔者的观点并无大的变化。拟不久后将这些观点整理出来，补充本稿中所缺的这一部分（已收入本书——译者注）。

清代的民事诉讼与“法之构筑” ——以《淡新档案》中的一个事例为素材^{***}

序言

在清代中国,作为最基层行政区划的县或者州(在清代后期,平均人口达 20 万人)之行政长官(知县或者知州。是科举官僚),直接受理并审判民之诉讼。据说其定例为:每月的初三、初八、十三、十八、二十三、二十八日这六天,为受理诉状之日;每天被提交到长官手头的诉状,在小县有一百几十份,在

* 原载日本法社会学学会编《法社会学》第 58 号“法的建构”,有斐阁,2003 年。李力译。

** 本论文只是对日本法社会学学会编《法社会学》第 58 号(2003 年 3 月发行)所刊载的拙稿《中国清代民事诉讼と‘法の构筑’——〈淡新档案〉の一事例を素材にして》(《中国清代民事诉讼与‘法之构筑’——以〈淡新档案〉的一个事例作为素材》)加以修改而成的。原载论文是基于 2002 年度日本法社会学学会学术大会(2002 年 6 月 7~9 日)全体专题讨论会“法之构筑”第 1 分科会《日常世界と法の构筑》(《日常世界与法之构筑》)的报告。在该专题讨论会上,以社会学领域中社会之构筑主义(social constructionism)的研究成果为基础,人们做了不以法作为据以解决问题的前提而以法作为在日常生活所发生的变化的前提来重新领会的种种报告。在第 1 分科会上,和我一同做的报告还有:西田英一教授(法社会学)题为《日常的交渉場面に現れる法——法と日常世界の接点で》(《出现于日常交涉场面的法——关于法与日常世界之切点》)的报告,中河伸俊教授(社会学)题为《クレイム申し立てアプローチ(“claims-making” approach)と法現象——エンピリカルな构筑主义の立場から》(《以向社会诉求权利之研究视角重新认识诸种社会现象的学术运动与法现象——从经验的构筑主义之立场出发》)的报告。

大县则有三四百份。^{〔1〕}可以说这是一个惊人的诉讼社会吧。

但是,此处所进行的“民事审判”,未必与近代社会的、进一步说未必与前近代西欧社会的审判完全一样。因此,近十年来,在日本、美国、中国的法制史研究者之间,围绕它是审判还是调解,或者它是否是“基于法”这些问题,展开了热烈的讨论。这场争论近年来甚至引起了专家学者之外人们的兴趣。^{〔2〕}对于上述问题的回答,的确是“与法”的定义密不可分的。反之可以说,只要论者能够很好地处理,考察这一问题就不限于狭隘的传统中国审判之性质,同时还可以借此机会进一步加深对法的全面理解。^{〔3〕}这大概就是笔者作为法社会学的门外汉受邀参加以“法之构筑”为主题的本专题讨论会的原因之一。

但是,如果目标不是对象所处之千篇一律的地位(以既存的法观念评价历史事实),而是被对象所触动而自我反省(重新审视我们对“法”的理解),那么实际上发生了什么事情呢?关于这点,尽管不是专家,也必须有能够证实亲身感受的详细且具体的知识。

因此,本报告拟以一半的篇幅——我知道这样做有点不合时宜——从19世纪后半叶台湾一个州县衙门所遗留的行政文书《淡新档案》之中,举出一件围绕家产分配的民事诉讼文书档案(文书号为22615“一件、据首保水田庄民妇郑林氏呈称、伊子郑邦试与胞伯郑贍南为子、被郑邦超霸占家业较被殴伤、呈请提验究办由”光绪十九年七

〔1〕关于地方官进行的这些民事审判(听讼)在包括刑事审判在内的当时的整个审判制度之中所处的地位,参见寺田浩明(1997)。另外,关于当时的诉讼频率,参见夫马进(1993)与中村茂夫(1979)。

〔2〕与此直接相关的主要论文有:寺田浩明(1995、1997、1998),黄宗智(1996),ホアン(1998),滋贺秀三(1998)。在此之前,则有滋贺秀三(1984)。

〔3〕按照这样的意图,本文在最广义的意义上使用“法”这一词,即法是全社会所共有的、实施社会控制的强制性行为规范。顺便说一下,古汉语之“法”字,基本上是指皇帝所发布的刑刑法规;因此,假如说是扩大化,倒不如说是在执法意义上全面扩散开来的种类词语(若说“正法”,则是对罪人处刑)。当然这样的“法”(及据此进行的刑事审判),也不是与本文所论述之法没有关系,但是在这里就不涉及这个问题了。参见本文注〔7〕及寺田浩明(1998)。

月、1892年),以时间为序,介绍在从事件的起诉直至结束的一年半期间,双方当事人及官宪,进而由解决事件所动员的同族们接连不断地向官宪提出的被保存下来的诸种文书共计41点。^[4]然后一同对之进行考察。

一、诉讼之始末

1. 《淡新档案》(22615)之介绍

争讼之地点,位于台湾北部之县城近郊的农村;纠纷之主题,简单地说,就是亲属间的遗产纠纷。诉讼纠纷持续几乎一年半,最后以和解的方式了结。首先,将该文书的日期与概要揭示如下:

- (1) 光绪十九年七月四日 【呈状】郑林氏
- (2) 光绪十九年七月四日 【验伤名单】郑邦试、郑林氏
- (3) 光绪十九年七月四日 【供状】郑邦试、郑林氏
- (4) 光绪十九年七月八日 【票稿】郑邦超、郑林氏、郑邦试
 之传票的原稿
- (5) 光绪十九年七月十八日 【呈状】郑邦超
- (6) 光绪十九年七月二十二日 【稟】差役之复命书
- (7) 光绪十九年七月二十二日 【提讯名单】在这张纸上写着
 堂谕
- (8) 光绪十九年七月二十二日 【供状】郑邦超、郑林氏、邦试
- (9) 【郑家之家谱图】
- (10) 光绪十九年七月二十二日 【遵依甘结状】郑林氏
- (11) 光绪十九年七月二十二日 【遵依甘结状】郑邦超
- (12) 光绪十九年七月二十二日 【遵依甘结状】郑邦试
-----知县之交替(由叶交给刘临时代理)-----
- (13) 光绪二十年二月二十八日 【催呈状】郑邦试

[4] 关于《淡新档案》的史料性质,参见滋贺秀三(1987,1988)。

(14) 光绪二十年三月八日 【呈状】郑邦试

(15) 光绪二十年三月十八日 【呈状】郑邦试

-----知县之交替(由临时代理的刘交给范)-----

(16) 光绪二十年四月五日 【谕】对于族长的调查命令

(17) 光绪二十年六月二十八日 【呈状】郑邦超

(18) 光绪二十年七月七日 【谕】对于族长追加的调查命令

(19) 光绪二十年七月二十三日 【呈状】郑邦试

(20) 光绪二十年七月二十三日 【稟】族长、郑如兰等三人的报告

(21) 光绪二十年八月四日 【谕】对于族长正式命令立契
收执

(22) 光绪二十年八月四日 【单】对于差役正式命令押纳(督促履行交租)

(23) 光绪二十年八月二十八日 【呈状】郑林氏

(24) 光绪二十年八月二十九日 【稟】差役之复命书

(25) 光绪二十年九月七日 【呈状】郑林氏

(26) 光绪二十年九月十三日 【谕】对于族长的仲裁命令

(27) 光绪二十年九月二十八日 【稟】差役之复命书

(28) 光绪二十年十月三日 【呈状】郑邦超

(29) 光绪二十年十月四日 【单】对于差役拘捕郑邦试、并使
之押纳的命令

(30) 光绪二十年十月十八日 【呈状】郑林氏

(31) 光绪二十年十月二十四日 【稟】差役之复命书

(32) 光绪二十年十一月 日 【稟】差役之复命书

(33) 光绪二十年十一月八日 【呈状】郑邦超

(34) 光绪二十年十一月十三日 【呈状】郑林氏

(35) 光绪二十年十一月十八日 【呈状】郑林氏

(36) 光绪二十年十一月十九日 【单】对于差役押纳的命令

(37) 光绪二十年十二月十二日 【和息稟】郑如兰等三人

- (38) 光绪二十年十二月 日 【甘结状】郑林氏
(39) 光绪二十年十二月 日 【甘结状】郑邦试
(40) 光绪二十年十一(?)月 日 【甘结状】郑邦超
(41) 光绪二十年十二月 日 【永不翻异合约字】郑邦超、郑邦试

诉讼本身开始于未亡人郑林氏(38岁)所提出的一纸诉状[文书(1)]。其文具体如下:

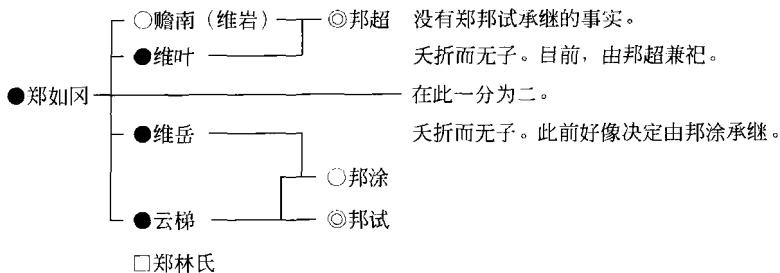
为恃强霸占、较被殴伤、乞恩提验伤痕、拘究断分事。切氏子郑邦试、自幼以父母之命、继与胞伯郑瞻南为子、计今一十八年、父[义父郑瞻南]在之日、并无异议。父死后、突被郑邦超[郑瞻南之亲子]心存不测、胆敢不遵约束、不守本分。横将氏子所有应得家财物业、结交党类、恃强霸占、任意花销、据地负抗、任较莫何。比本月初四日、氏子邦试、因家财被占、费项不敷、无奈出首向较、反被该恶郑邦超等、遇氏子书房回归之际、截途扭殴、在左右肋及背后胸前脐下、计五伤、具皆红肿疼痛、幸邻右救证。似此、不蒙提验押分、亏氏子家财被占、分文不与、日食具无、情惨至极、心奚以甘。沥情叩乞大老爷、威振雷电、恩准提案、验明伤痕、拘究断分。万世公侯、沾叩。

中年未亡人提出的请求是:带着自幼时就收养的、现已18岁的儿子进入县衙门,验明伤痕,书写调查记录,及拘捕、审讯对方。这是摆在知县面前的有关纠纷的最初的情形。当时,地方官收到诉状后,就直接在诉状末尾写下自己对此的感想、指示——中国古代称之为“批”——其云:“伤经验明注单、并随时讯供堂谕。候即提质讯究。断。”大概此次当场进行验伤,并写了调查记录与口供;在其后的日子里,颁发了传票[文书(2)至(4)]。

但是,接下来的十天后,已被指名为加害者的郑邦超(25岁),不待

官府传唤,就提出了反诉状[文书(5)]。其中所述的情况,与未亡人的主张截然不同。

即若根据郑邦超所说,则郑家之家族构成正如下图所示的[文书(9)],父辈的男子包括郑贍南在内也有四个人。而且两位伯父已夭折,而未亡人郑林氏之夫云梯大概也在数年前去世。但是,未亡人与儿子们,在父辈唯一健在的男性郑贍南的领导之下,“同居共财”,即以—个钱包、谁的份额都不谈的形式过着家族共产的生活。但是,也许以郑贍南的逝世为契机,家庭内部的不和睦加剧了,郑林氏一方要求分割家产。因此,在光绪十八年四月,即大约本案提起诉讼的一年半之前,在同族人的见证之下,达成了包括夭折的伯父之祭祀担当问题在内的协议,如图所示,在郑林氏一方与自己之间均分了家产。



分割财产的详细情况,直至最后也不太清楚。但是,如果综合各种信息,那么大概分给各方需要交纳二百石地租的土地;此外,还有需要交纳用作祭祀祖先的地租三百石的、处于共有状态的土地。关于后一问题,似乎决定每年由两方轮流收取地租,并以此作为祭祀祖先的费用。

然而,本年六月,未亡人的儿子郑邦试,竟采取了扣押已分配给郑邦超土地之地租的举动。于是,郑邦超知道后,即找到郑林氏,要求她斥责郑邦试;郑林氏知道实情的原委后,就命郑邦超替她去抓郑邦试;郑邦超正要去时,他(郑邦试)却逃跑了。这是事实的真相。

如果据此,那么将自己的儿子郑邦试从小就送给郑贍南当养子之未亡人的主张,就变成从最初就是没有事实根据的。

而且实际上,在反诉的四天后即二十二日,法庭开庭。通过法庭讯问,正如已反诉的郑邦超所主张的:去年,分割家产时,郑林氏、郑邦涂都在其家产分割文书上署了名。这是很明了的[文书(8)、(9)]。因此,地方长官下达堂谕:认为未亡人一方曾想推翻已决定的协议,立刻叱责郑邦试[文书(7)]。于是,在当时的审判中,只好接受审判的当事人,立下保证“遵依甘结状”的誓言,签署接受判决誓约书并交给法庭;郑林氏与郑邦试都遵循当时的惯例,接受判决并写下“遵依甘结状”的誓言[文书(10)以下]。

事情至此,可以说那只是第一幕的结束。如果从此结束的话,事件就成为单纯捏造的事案。但是实际上,这一诉讼纠纷从此并未了结。翌年二月,下达该堂谕的地方长官转任。因为当时地方官的平均任期大概是二年左右,所以若稍微等待一下则人就换了。抓住这一机会的郑邦试、未亡人一方,又着手将问题翻出来[文书(13)]。可是,就连临时代理的刘长官在看了一眼后,说了那是已解决的问题的话,就不予理睬(同上之批)。但是,清代中国的审判制度基本上没有所谓“一事不再理、既判力”这样的争论。若当事人一方坚持到底,则一般的处理方法是:既然当事人强烈要求重审,考虑到在原审中也许会有忽略了,等等什么特别的事情发生,地方官也受理诉讼(滋贺秀三 1984:197 页以下)。因此,郑邦试更加坚韧不拔地诉讼。而实际上,对其每十天提出的诉状进行种种批判、指责的长官一方,大概不知不觉地被卷入到郑邦试的争辩之中,但表面上却不动声色,最后,命族长们再进行调查[文书(15)之批]。于是四月,新上任的正式的后任长官同意前任者的判断,并制作、送达正规的调查命令书。至此就这样真正地再开审判[文书(16)]。

然而,有趣的是,文书的日期在此处间隔了二个月半。好久处于双方当事人谁都没有音信的状态。而其沉默,此次被正规的儿子郑邦超方面所提出来的诉状打破了[文书(17)]。若根据郑邦超所说,则此次郑邦试率领数十个猛士扣押用于祖先祭祀的、保留共有状态的土地的

地租，而原计划今年轮到郑邦超方面收取这些地租并用于祭祀祖先。然而四月以来至此为止的背景情况，在那一个月后即七月二十三日，在相继被提交的未亡人方面郑邦试的反诉状与族长们的调查复命书中，变得很明了〔文书(19)、(20)〕。

读了这些文书后，我们就清楚了：族长们大概在四月初得到来自长官的命令后，很快就开始进行调解；而且似乎他们没有并按照长官的要求直接调查并复命，而是趁机拿出更积极的着眼于解决双方当事人之间纷争本身的和解方案。若根据文书(20)，则当时族长们提出的和解方案之内容大概是：虽然当初分割家产的内容没有被任意变更，可是另行决定由正规的儿子郑邦超一方给未亡人一方“婚娶日食之需”，即以婚礼费用为名目，另行分给郑邦试相当于五十石地租的土地。不论名目是什么，实质上不外乎是变更二百石对二百石这一最初的分割比例为一百五十石对二百五十石。郑邦超因为不想被迫接受那些不利的话，所以事先声明附加一些辩解之词。因此，郑邦试、未亡人方面着急，并诉诸武力扣押了此次的地租。这就是四月以来所发生的事情的始末。若简言之，则族长们的和解工作不仅没有顺利地进行，而且终于引发了新的扣押事件。而在郑邦试方面提交诉状的同一天，族长们为了追赶上他们，急忙将调查复命书出示给长官，由此反而可见，这是放弃之标志或者也是对于地方长官的一种援助请求。

可是，一看到长官对于复命书所附加之批语就接受了报告的长官，反倒会在一旦归于失败后就积极地坐享其同族之调解方案。“查阅所呈，尚属妥洽。该职员等，迅令邦超立口租约字，付邦试收执以垂永久。至中港南湖……佃人……抗不遵纳，候饬差押纳，可也。”〔文书(20)〕在这里，解决纠纷一变而成为官民共同进行的工作。

长官一方面要求以〔文书(21)、(26)〕对族长们、对郑邦超施加压力，另一方面以〔文书(22)〕以下的诸文书向差役布置“押纳”的工作，具体是：拘捕郑邦试方面的人，将之作为一种人质，就让人着手上缴地租的工作。但是，在未亡人、郑邦试方面，在请求支付祭田公租的问题

上,因为郑邦超也没有保证老老实实在地拿出五十石地租的土地,所以对于长官,要继续讨论扣押的正当性;而对于佃农,要继续施加支付地租的压力。而提起作为长官之依靠的差役,一直重复召唤人不在之类的复命[(24)、(27)、(32)]。因为那个这个,所以从8月到10月中旬,若说文书号则是从(21)到(36),虽然在十天与不到十天的间隔中有这样那样的动向,但是事态却一直处于胶着的状态。

但是,[文书(36)]在末尾以很强的语调命令拘捕,又突然在三周间变得平静了。然而在十二月十二日,报告达成和解并请求撤回诉讼的文书,与附加文书一起,通过族长一并被提出[文书(37)以下]。其中所记载的解决方案的内容是,以不改变四月当初族长们所提出的和解方案为结局。地方官高兴地接受了这些文书,命书吏在公文书上记录下纠纷解决、和解成立,并将他们提交的这些文书粘贴在诉讼案卷的末尾[(37)之批]。

2. 关于程序方面的补充

如上所示,我们展开了一例清代中国的诉讼案件。此次,如上所述是以调解和解、撤回诉讼结案的,当然,并非所有的诉讼事案都是采取调解和解、撤回诉讼的方式结案的。实际上,淡新档案之民事案件的三分之一,是以地方官堂谕的方式结案的(滋贺秀三1988,ホア>1996)。但是,如果根据以下情况,那么终结形态之不同,也很难具有非常重大的意义。

第一,此次的结论一看就知道是相当妥协的,但是不要认为这是因为族长的民间调解。这样的结论,即使在长官主持的法庭审判中,始终也都是常见的;反之,若说民间调解是妥协的,而在正式的审判中所进行的是非妥协的、黑白分明的审判。这样的想象是不恰当的。

第二,此次的确最后以族长的调解解决妥了,但是,是同族人对之有审判权还是国家命同族集团进行调解,以哪种方式来理解也都是不合适的。

最好的理解是,此次从一开始就跳过同族而向国家提起诉讼。根

本谈不上同族审判权。而在[文书(16)]中,地方官最初命令的只不过是调查事实与复命。尽管那样,可是族长方面可以说已随意地开始了调解工作。那么实际上,不仅在如此次一样的族长们被指名的场合,而且例如在当地差役仅单方面地找出来有关系者的阶段,到那时只在远处围观纠纷的邻人、同族们说目不忍睹两家的参商,并亲自出马为两家调解。这样的事例,在当时的社会也是司空见惯的(寺田浩明 1997 等等)。

而有趣的是,这次既然族长已亲自出马,但是其结局是调解工作进行的不顺利;于是族长们又打算将问题再抛回到地方长官一方。另外,在官民共同合作的调解工作一开始,和几乎发展到与结论所显示的一样之后,在长官、族长们的注视中,双方当事人之间拖拖拉拉的激烈争论一直持续不断。如果将表示具有强制力终局性的判决之力称为审判权,就可以说,岂止同族甚至连官府方面也都没有相当于“审判权”这样的概念实体,即清代社会之中未曾有过“审判权”这样的说法。

第三,虽然这一件文书在此就终结了,但是,现在这样真的就是一件已经解决了的案子吗?这实际是不清楚的。即使下判决并写下“遵依甘结状”,也可以旧事重提。这正是本案自身要表现的。而这次因为是当事人自愿的合意所以是可靠的,这样设想实际上也是很难的。其原因是:本案在最初时,家产分割契约文书业已完成,正好不外乎是在同一族长的见证之下、大家自愿署了名的合意文书。实质上,推翻它的就是此次的纠纷。为了方便起见,本文以十二月的解决作为一件案件的结束来处理;可是,归根结底,契约、判决、和解,它们任何一个都是该纠纷的里程碑,诸如此类的就成为理解事态的出发点。

二、法的内容与形式

那么,在该纠纷与纠纷解决的过程中,法处于怎样的地位并起到怎样的作用呢?为了论述这一点,首先必须解决的问题是:究竟该事态之中所出现的各种契机里,总的说来,采纳哪个作为法是妥当的呢?

1. 规范的内容——法理与情理

第一,在这次的事案之中,我们可以很容易地找到“法”这个词通常所给人印象那样之实体的规范命题群。在当初家产分割契约文书的背景下,有这样的原则:“家产在父亲直下的男子兄弟间均分(孙辈在初次分割家产时,首先在祖父直下的父亲兄弟辈均分)”;而在调解方案中提出来的“婚娶日食之需”之背后,有如下的惯例:为了与已婚男子保持实质上的均衡,在分割家产时,在家资方面对于未婚男子业已采取量力而行的优待措施。在第一、第二个解决方案中找到通用的“应守契约”的理念,大概也是可能的。

的确,在前近代中国社会,虽然没有实定的民事法规、习惯法书,但是如本案所见,不限于家族财产关系,即使围绕土地买卖、佃耕关系,也存在有我们称为“民事法理”那样的一套逻辑、一定的体系性的民事实体规范,这是很清楚的。如果认为将以家为单位的市场竞争关系作为基调是当时社会的应有状态,那么主张有关这些个体间的利益分配、关系形成的相互的规则是不存在的,这倒是难以想象的(那么土地买卖本身是不成立的)。当然,在逻辑上、体系上进行重构这些实体规则的工作也是很有可能的,实际上在这方面已有一些研究成果[作为代表性的研究成果,有滋贺秀三(1967);另外,笔者(寺田),除著有寺田浩明(1983)等论文之外,还撰写了有关土地法的论文]。而且若从全局来看,则大多数的判决内容与上述实体规则的内容大体上是相互照应的(此点后述)。也可能会这样想,如果民事实体法可以重构的话,那么纠纷与解决纠纷也都可以作为围绕这样的实体法的贯彻与变通的游戏来重新构筑。

第二,可是在实际的审判例中,正如此次纠纷的解决,法理好像被实现着,又好像未被实现着,这样半途而废的例子可以见到不少(那么,在此次的纠纷解决中,当初的家产分割契约大概是被实现了呢还是未被实现?似乎哪一种说法都可以)。而从议论的细微之处可清楚地看透,这样的法理隐藏于这些议论的背后;可是,为什么法理作为纠纷

的主题在正面被竖起的却寥寥无几？此次通过一个个的诉状，不是主张法所赋予其的权利，而是控告对方的种种暴力行为与不法侵占；而作为其背景，当事者所讲的故事大多充满着谎言和夸张。提出诉状的目的，是通过添油加醋地说对方是怎样不法地压迫、侵害自己，结果自己被置于何等的、不当的境遇，来加深替换的地方官的印象；而不是以客观的权利秩序为前提的、其侵害事实的客观的论证。

只是，那是毫无逻辑的吗？说起来，当然不是那样的。笔者曾经通观诉讼事例，着眼于那些任意的言论却陷入一种模式的事物，并尝试复原了在处于其背景下的社会秩序中的一定的理解构架以及与其相应的一定的诉讼话语方法（寺田浩明 1997, 1998）。

即此处所谓的民事秩序、民间社会，恰似在我们脑海中所浮现的这样一幅图像：人们在客满的电车之中拥挤着，同时占据着一定的空间。当然，一般认为，由于每个人的强弱不同，自然其可以占据的面积就有宽窄之别（若按我们的说法，则是拥有权利的人们自然应该占据广阔的空间）。只是，另外，正像在客满的电车之中，谁都不想再缩回自己的身体，而且谁都不考虑提出这样的要求；在这样的情况下，在这里连单纯的生存权的主张也绝不会被处理为零。共存是最大的价值，自己在其中可以占据的面积——等于与邻人的正确的地界——等于“应分之物”，当然绝不离开整体的状况（电车整体的拥挤状况）、与面前同伴的关系（哪位身体健康？对方莫非不是孕妇？）。

那么这样的“最佳分配状态”，具体说来大概是怎样形成的呢？于是，首先，一方面极度乐观的看法是存在的。即正如在客满的电车之中也有秩序，关于各人自己的面积，在抑制地考虑并观察面前同伴的反映的同时，一边试探，一边推挤；或者若发展到相让的地步，则在那里适当的调和自然而然地也应该可以产生。而且实际上，当时日常生活的大部分的确是通过这样的互让（或小纠纷）而自动周转着。只是，如果反过来说，那么若谁都不辨别事理、令人头疼地、不停地只主张自己的利益，则无论到何时调和都不会来临。于是，被挤的一方已经不能忍耐，

此时周围的公众进而向官宪扯嗓子大声喊,不管怎么说同伴一方拥挤得太过分了。这种状态就是在此喧哗,就是诉讼事件。

只是,当这样理解秩序的时候,在那里如何主张、主张什么都是很难的问题。如西欧近代法秩序之中所常见的那样,自己的主张之中存在着不依存于具体状况的坚实基础(依据已经存在的客观规则或双方预先达成的合意等),这种主张的方法(即指示作为裁判依据的法规范并据此提出权利的主张)在此反倒成为互让精神的反对物。自己的主张一方面隐藏于其中,而另一方面致力于非难对方的贪婪、违反互让义务,成为安全之策。因此,诉讼的基本模型如下:将我方视为弱者并坚守道理,对方则不断有“欺压”行为;因此,给人的印象是,自己处于不当的、不得已的“冤抑”状态;然后请求地方官替天行道,惩罚这样的欺压之辈,为自己平反昭雪(“申冤”)。

以上,就是笔者在前揭文章(寺田浩明 1997,1998)中所呈现的构图。而且实际上,如果在把这样的构图装入头脑中并重新考察,此次所展开的事案之背景、在那里所谈的事实的实际意义,也就易于搞清楚了。

首先,在分割家产前,未亡人等四人处于没有差别的、以同居共财方式生活的状态。但是,如图 1 所见,家产分割被规定在郑邦超一人与未亡人、郑邦试、郑邦涂三人之间一对一地进行。的确那是在将祖父辈的家产分割给孙辈之际,首先追溯到父(郑贍南们)辈,因此符合实行兄弟均等分割的一般原则。若一旦被提出,则很难公然抗拒的未亡人们也不得不在家产分割契约文书上署名。不过,若从未亡人的角度来看,双方的人数是一对三,即使仅从男子来算也有一对二之差。而此次夭折的两位伯父的承继问题,也是捎带着处理的。无论怎样应该还有其他的处理方法。越想越让人感到受不了:以一对一,自己这一方也过于不正当地被驳倒(其部分仅郑邦超方面不正当地闯入)。因此,开始将之顶回去的活动。可见,其各自所述的是胡说八道,这些全部都是试图给人一种郑邦超靠暴力而蛮横不讲道理的印象。

但是,因为其主张只不过是太没有事实根据,所以在第一轮就被单纯的原则论所拒绝(最初的堂谕)。未亡人只好因此接受判决。可是,不健全感还是没有消除。因此再次开始想将之顶回去的活动。在看到这样的活动的时候,(在当初分割家产时应该在场的)族长们甚至也开始感到当初的分配方案不平衡,因此在四月提出“婚娶日食之需”这一(虽然的确感到世人大都是这样认为的,但是在那以前连未亡人们也未曾主张)不同的理由,出示实质上对当初的分配进行很大修改的和解方案。虽然郑邦超进行抵抗,但是未亡人方面既然以已被出示的和解方案作为撬杠而采取扣押地租的行动,进而在六月,直至地方长官也对该新的分配方案赞同说“尚属妥洽”。当初以原则论为背景应该处于压倒性优势地位的郑邦超,也无法抗拒周围的人们一致进行的平衡判断,逐渐被逼得走投无路,而且最后接受新的分配方案。

未亡人方面之活动的基础始终在于,二百石对二百石的判断不过是什么奇怪的、倾向于随意的直感的平衡判断(反之可以说,只有那是贯彻始终的)。可是,族长们所表示的一百五十石对二百五十石的判断,及地方官所做的“尚属妥洽”的判断,都是凭直感的,在这点上并无多大的差别(无人论及“婚娶日食之需”为什么在此变为五十石。与其说“有未婚男子时应支付婚娶日食之需”的法律规范在最初被适用,倒不如说最初给人的感觉是想提示一百五十对二百五十的新分割方案。但是,也没有破坏事先已进行的二百对二百的判断。可是,也没有什么理由不能显示一百五十对二百五十的比率(因此郑邦试不同意)。以此用途,追加给付“婚娶日食之需”的论述方式作为便利被提出来了)。若将贯穿纠纷与解决纠纷的整体并赋予一定意义的框架称为法,则在这里倒不如说,与上述的“法理”相比,基于这样的民事秩序观的平衡判断方法才处于更近于法的地位。

那么,虽然在此次的史料之中并没有直接发现那样的文字,但是当

时的人们长于这样的平衡判断并将解决纠纷称为“合乎情理”的解决。^{〔5〕}因此,为了叙述上的方便,以下拟以“情理”一词来代表该纠纷与解决纠纷所包含的这样的平衡判断。

2. 规范的形式——情理与法

那么在这里,只要说纠纷不是基于法理而是基于情理被解决的,因此问题大概就解决了吗?不,已经有一个问题。

我们所说的这个问题,即使仅在前面简单地说明一下,也有可能很容易地理解;那里所谓的“情理”这个东西绝不是指:在近代法世界中,在当事者主张权利之际,以及在法官宣布判决之际,以“根据”法那样的方法存在并发挥着作用。

最重要的是,首先,在大致解决妥了的阶段,那不外乎是对于该解决策略(可以说是成功之例)所给予的一种赞美之词或者以成败论英雄性的评价。即使这次的事案,如果在以要求履行当初的家产分割契约书的最初之堂谕平息了事态的场合,那么恐怕最初的解决一定被评定为“合于情理”。但是,若看其后的进展,则最初的堂谕在结局之处体谅错未亡人一方的苦衷(或者估计错其争讼的劲头);作为其结果,当然只不过是唤起了纠纷。当时的有识之士看了这样的失败结果后,如这次易如反掌一样,一定非难该地方官对人类与社会的理解之天真、肤浅。其原因在于,情理与西欧的法之间有如下的不同之处,即在西欧法中,事先设想存在一套由此在逻辑上推导出一定的具体的解释那样的规范。要求法官由此推导结论(或者什么推导性的行动);另外,只要由此推导结论,作为法官就履行了职责,完成了最低限度的工作。相对于此,情理不一定有特定的内容。该判断是否“合于情理”,这是不能离开实际的结果来讨论的。

〔5〕 关于“情理”一词本身之具体的用语法与指示对象,参见滋贺秀三(1984)第四《民事法源の概括的检讨——情·理·法——》(《民事法源的概括性考察——情·理·法——》)。(译者注:该文已有中文本,参见范愉译、王亚新校:《清代诉讼制度之民事法源的概括性考察——情·理·法》,王亚新、梁治平编:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年。)

而且就当事人一方来说,事态也是类似的。于是,起码在双方当事人之间,关于最合适的共存之理念(欺压、冤抑、申冤之故事的架构),一直是共有的。而且在争讼的双方当事人之间存在理所当然的平衡点、妥协之处,这本身是毋庸置疑的(归根结底是处于连结两者线段正中间的何处)。对方迈过这条应有之线的事实,是引发争讼的动力,也成为诉讼的正当基础。可是,争讼对象一方的行动,在很多的场合已经根据那样的适当的平衡印象进行着(而且实际上已经说不堪忍耐的原告一方的忍耐,其实也许只是不够的)。对方是不知道越过界限并踏进地界的不讲理者,这样的告发当否、成败,虽然要看地界的内情如何,但是在这里一般认为必要的是,在根据互相争吵的对方一方的背景情况之上的是“应分之物”。那是何处并非自明的,而且在双方正争吵的时候,其情况只有如局外人所评价的那样:“人各绘一图,各持一据,目迷五色”(何刚德:《客座偶谈》。寺田浩明 1998:269 页)。可是,也不管那个,但是不知为何大多数的纠纷以某些方式被和平地平息了,而且这些解决也都被称为合乎情理。

若基于以上的事实,则不能把“情理”理解为:是独立于该个别的纠纷与解决纠纷之外的,而且是先行于这些纠纷存在的,提供给当事人与法官议论的共同基础。与其这样讲,倒不如说在这里,该纠纷与解决该纠纷的方法才是每天具体地充实着所谓“情理”这个“空箱子”的内容;从另一角度说,解决纠纷的过程,在此同时也是形成关于该事案怎样处理、是否合于情理之问题的共识(即法)的过程。我想这已经非常接近于实际情况。而且如果考虑一下的话,那么在这里也没有看到个别具体的判决,被要求应该以先行于事案的、客观存在的一般的法来指导。这样的逻辑思维方法,通常也未必有说服力。情理,即此处所谓的法,是可以作为非常简单、淳朴地通过纠纷与纠纷解决表现出来的事物来讨论的。

那么,该法即共识,是以怎样的面目出现的呢?或者在这里,该法、判决、纠纷三者相互间处于怎样的关系呢?那是以下相继应该回答的

问题。

3. 审判过程与法

如果回顾一下这次的事案:最初的堂谕,在四月阶段族长们出示和解方案,在六月阶段由地方官表明支持,而在最后正要撤回诉讼之前再次出示的大概是由族长们所起草的和解方案,那么在这些要点中所出现的这样的“审判方面之力”,对于事态的发展起着一定的作用。这是一目了然的。其中最明显的是,最后的结论变成了一百五十石对二百五十石这样的判断,“婚娶日食之需”的逻辑,都是审判方面的显示(当事人并没有坚决主张)。审判主体是必要的。

可是,另外,最初的堂谕却化为乌有了,即使关于四月阶段以降的三者(内容归根结底都是一样的),若除去最后一次,则其本身也并未曾直接导致解决纠纷。而且最后一次的成功,不用说,是由于郑邦超接受了新的分配方案。着眼于以上的事实,一部分学者提出附带(非审判)调解性质之说,即(包括依据堂谕与遵依结状的事例在内)在这里待当事人接受整个审判之后才可谓调解成立、纠纷得以解决。可是,不言而喻,比如在近代法世界,在最初选择审判与调解并存的世界,因为学者所谓主动接受之性质说,不过是为了专门说明调解方面的合理性而进行的议论和概念,所以即使近代型的审判没有对比的对象、即使说达到那样的程度,也没有太大的意义。在此,必须搞清楚的是,查明在那里起作用的审判力的特征。在此迫使郑邦超接受的是什么?而且它与情理及判决处于怎样的关系?如果不论述这个问题就没有用。从四月到十二月之间,具体说在从当初家产分割契约的完成到最后再分配方案的确定这一期间,大概在郑邦超的周围发生了什么事情吧。

当然,详细情况(大概也使用什么样的方法)并不清楚。个别因素的存在、否定也都未区别开。但是,若只说事情的梗概,则前述所有的事情所指明的是,通过未亡人的不屈不挠的运动,周围的人们痛感二百石对二百石的平衡之恶,人们对以一百五十石对二百五十石的调解方案为轴心的评价逐渐结束,郑邦超大概就是孤立地走在处于这样的包

围网之中的道路上的。与审判没有牢固的逻辑基础一样,在此争讼方面也没有牢固的基础。归根结底最后只是一种“程度判断”,持续反抗周围注视着事态发展的人们的常识性的评价、平均的感觉是很难的(或者若反过来说,则最后将纠纷的主题带入非“质的”、这样的“量的”判断局面,果真是该纠纷解决制度的内在的特征)。双方当事人当众目注视中公然地持续争吵的过程,也是恰巧陷于注视该争吵的公众们关于此形成一定的共识(舆论)的过程。而且最后连当事人也投身于该舆论,或者逐渐被舆论具有的同一步调强制力所吞没。这就是在这里发生了的整个事态的情况。

与此相对应,审判的作用归根结底是,一边凝视这样做的众人之平均的、常识性的平衡感以及双方当事人的争讼热情,一边探知最终的解决点;而且是稍微抢在大发雷霆的当事人前头,权威地显示这样的解决点,并指引事态发展的工作。当然,若没有看清事态的发展,则可预见有如最初的堂谕那样的命运。即使抢先显示了什么,此次的调解过程也标志着,事情的成败只能期待舆论之固定下来(及当事人争讼热情的减退)。如果说无力就是无力,只是,即使说舆论,那结果在最后也只有借具体的某个活人的口来说;而且甚至也可以说,莫如说那就成为舆论的内容(周围的人们的意识方面贴近那边),这样针对反对一方的情况也存在。若逐渐加强这一侧面,则事态就更与来自德高望众者的教谕相近。^[6]

当然,通过这样的工作所具体显示的一个又一个结论,大部分的情况是,考虑到眼前的每一个事案、每一个有关当事人的个别情况,而且在如朝着解决纠纷总动员作为资源的一切个别情况这样的意义上,存在看作为只限于当场的特别判断的性质。有关个别主义之解决的评

[6] 在其审判制度之中,大概这是审判者与听从审判者之间规范的地位高低之差表现最强的瞬间。但是,其高低之差,通过当事者及众人将其发言理解为舆论的表现、自己内心的语言化而在一瞬间被取消。若是在它未被取消(没有成为被人们所接受的、现实的舆论)的场合,其发言之方就从规范的地位滑落。在寺田浩明(1994)中,论述了以这样的逻辑构造作为广泛的、当时社会之立法全面具有的特质。

价,的确没有错误。

但是,同时,在这里不要忘记还有这样一种情况:审判者唯一的支撑只是坚信自身的“公平”,具体地说,若有德、有识之士,与自己同样公平地调查所有情况,处于双方的立场彻底来考虑解决方案,则一定只下与自己同样的结论。而实际上,如果缺少这种契机,那么在此对其审判不满的当事人一方,向上级报告审判者的“循情不公”,直接请求其他的审判主体并任意地提出变动,岂止这样,从地方长官开始的国家审判制度的阶梯本身,当然也一直作为这种期望的平台被建立(而且皇帝一人坐在该阶梯的最上端,体现着天下的舆论)。寻求的是天下的公论,而舆论有自然而然地归于的一个处所;不仅对诉讼方面来说而且对审判方面来说,这样的想法(不用说,其基础是价值一元主义的人品观)才是自明的前提。即使说个别主义的,那就是在一个个的事案方面具有个别性的意义,以审判主体的个性的判断、与被审判者之间个别的人格关系这样的要素作为原理,反而是不被包括在内的。在审判方面所期待的,不如说就是这样的“至公无私”的、不寻常的普遍主义的态度,而且那才能够将这一判断的整体垂示为法。^[7]

在这样的制度之下,实时处理的、具体的法产生于一个个的事案之

[7] 通俗的“人治与法治”对比论缺少一个重要的观察视角,即着眼于传统的“人治”,应当看到其也具有普遍性的一面。在传统中国的“人治”中,所设想的治理主体即“人”,在实地处理纠纷解决问题时必须创造出并服从于某种既根据每一个案的具体情节而时刻变化,又有一般妥当性的共识、公论(即本稿中的“法”),才真正获得“治人”的资格。作为体现这种普遍性的主体(因为不可能事先全部将这样的法写下来,所以其普遍意义仅仅只能体现在由“人”所实现的一个个纠纷解决中),其本身就是已近于“法”之化身。在此意义上讲既是“人治”也是“法治”。只是不能期待全体官僚都有那种资格或德性,这是谁都知道的。因此,关于所谓科以重刑的一定的局面,与其勉强要求“贤愚不一”的官僚们而导致混乱,倒不如有德的至高无上的皇帝为臣下写本详细的指南,使他们据此适当地“划一办理”。这样的想法也就会提出来。在这里,古汉语的“法”有最重要的文理。反之,可以说,处于古汉语之“法”与“人”之间的是,由于用途不同,法的出现形式也不一样(是纲要与全体、被提出者与提出者、过去式与现在式之对比),不是像通常所认为的那样的普遍性标准的不同。而且在这样的“法”即“人”之上,没有设想已经有具体内容的规则的客观存在(虽然本来是那这样的,但是没有住所),这点成为其全体与西方语境中的“法治”(rule of law)之间的差异。

中,而且逐渐塞满被总称为“情理”的一个整体的法之中。可以说,这样的普遍主义的判断只是个别情况的多数(那被认为是无限的)的存在状态,或者普遍的一个什么东西显示每次适应(合于情理)千变万化的每一个个别事态具体情形的印象,那就是在这里的法之具体内容。

4. 法、情理的存在形态

虽然是理所当然的,但是,在这样的法之中,即使存在某种一定的要件,却不一定可以期待事先确定能够保证发生一定效果的机能(在我们称为“可预测性”或“计算可能性”的缺乏)。另外,虽说缺乏达到西方社会里所期待的那种程度的可预测性,但传统中国社会里人们形成交往和交易秩序的空间却一直在扩大,因此在相当早的时期就有了一个大规模的市场及生活秩序。

最重要的是,对于在那里过日子的人们来说,一个个纠纷最后要怎么解决、应该怎么解决?关于此,大致的共识通常多多少少是存在的(所以纠纷才可能回避),并且那始终是作为在日常与对方的推挤之中被证实的、在互相推挤之中相互被细微调整的东西。当然,既然不过是在主观上被分得的东西,在认识上也就反复发生分歧。可是,其时双方当事人都诉诸舆论,不久已固定的舆论的影响一直扩大到了周围。^[8]因此,岂止纠纷处理过程,所有的日常生活过程,也是适当地保持平衡之安排的形成过程;同时,又作为获得就适当而言的共识之过程而存在着。可以说,虽然没有“中央标准时”,但是在那里相互之间反复细微调整的小表只存在于登场人物的手中。同时,转换夏令时那样的特技是不可能施予的,日常生活没有不满意的刻度是人们所共有的。

在那里的基本上仍不外乎是外行的判断。既然那没有被要求,通

[8] 当时的裁判基本上是公开的,连地方官也意识到其“宣传效果”并行动起来。“大堂则堂以下踰立而观者、不下数百人。唯判一事而事之相类者、为是为非、皆可引申旁达焉。未讼者可戒、已讼者可息。”(汪辉祖《学治臆说》上“亲民在听讼”)但是,有“宣传效果”的不只是裁判。看到某种的利益主张被彻底硬干下去的一个事例而所有处于类似境遇者都模仿起来(史料称为“效尤”,表达效仿恶事的意思),最后那变成了惯例(在该地区事案处理的重心)。关于其具体情况,参见寺田浩明(1989)。

、过专家的自觉的体系化也没有发生。而且实际上,即使可以看到似乎有矛盾,很多矛盾也被置之不理(而且因为个别情况的差异进入到无媒介状态,所以在此从最初就很难列举逻辑上有矛盾这样的东西)。只是,虽说如此,但也没有必要认为全然缺少有体系的判断要素。

最重要的是,在大多数事案的重复解决过程中,整理经得起相互性的考验问题的若干原理,自然而然地浮出水面了。这无非就是上述的“法理”。不言而喻,如果从内容上来看,家产均分原则,婚娶日食之需,进而各种土地法、交易法的法理,都不外乎是上述对称判断之一种;在形式上,则表现为合乎情理的判断之一环节、一个要素。既然终究不过是判断要素之一,只是因为它们没有占据与其他要素所不同的特权的地位,所以也没有为其准备(例如,成文法,只是“基”于成文法的审判)特殊之席。可是,即使没有任何制度上的支持,也正是通过其自身所具有的力量,在很多事例中,它们处于作为在纠纷与整个纠纷解决过程中不被任何人打听的前提(即双方当事人共同承认的大前提)的地位。若争吵起来,则无论有多少争论重点都是可能的;但是,反之,只要不争吵,就可以充分地完成建构社会生活之框架的任务。

这样,实际上所进行的行动、实际上所进行的判断,就会采取以这样几个稳定的原理作为框架而对个别情况进行充实的形式。而在很多的场合,以“理”这个词代表前者,以“情”这个词代表后者。只是不用说任何一个都被认为是重要的;在这样的范围内,具体的契机是,以哪一个名称来称呼都是实际的状况(此次之“婚娶日食之需”的给付是理还是情?即使讨论也是搞不明白的)。莫如两极形成如无缝隙连接那样宽松的体系,并纳入人们的心中。^[9]

[9] 只是,规则性是某方面的上限,即把事物的自明性提高至一个极点,但不是有特定内容的、明示的实体法,而是非现行的“理”(既然是人,当然也应该遵循自明之理),而什么是理?结局是当时立即被委托于修辞学,同时与前述教谕的契机结合就产生这样粗鲁的说法:“是与连这样的自明之理也不知道的狗畜生一样的,与狗畜生一样接鞭子打”。在此招致的一个结果就是,无媒介地将活人的世界全部(而其自身已经构成价值一元主义)与法重叠起来。

但是这些法,不能成为事前的审判规范,而非常可能是历史学家在,事后的记述。而且实际上,如果从远处观察其整体,并在此基础上在那里重构各种事例,(在某种意义上应该是出乎意料的)有一定特色的、有个性的价值体系就会浮出水面。如果说着眼于刚才的普遍主义的方面,那么在那里所显示的整体判断即:结局不外乎是就中国文明社会秩序而下的判断。与人的判断自然有一定的归纳一样,其判断也有一定的个性的归纳,这并不奇怪吧。而根据上述法的性质,在那里所再见的,既是旧中国人们以何作为义务的辩论,同时也是旧中国人们实际上组织起来怎样的社会关系的事实。那么可以说是“活的规范”。而且这才是前述的研究成果开始写了前近代中国之“家族法”“土地法”指向的内容。

结语

什么是妥当的解决方法?围绕这一问题,根据周围的人们所持的共识即“公论”,个别纠纷得到了受理和解决,一个个当事人的行动被贴上某种标签,而其结论先从负责裁判的官员口中说出。若着眼于这些方面则以上所见的事态可称为“审判”,只要结论为当事人和周围的人们所接受就是妥当的解决。与此相应,在那里起作用的共识“公论”也可称之为“法”。这就是传统中国的法通过审判得以“构筑”的机制。

可是,其法先行于纠纷及审判而存在,将纠纷与审判的应有状态纳入事先存在的规范框架并加以限制那样的形式却不存在。更不要说其法是在纠纷与解决纠纷的过程之中被实时处理地产生的,并且所形成的内容与现实状态处于不即不离的关系。判决本身是法,而且在其判决即法被显示的阶段,通常(因为那是有关当事人全体已经“甘愿”接受的现实)再被强制甚至也是不必要的。在此,法与现实之间没有太大的距离。或许法并没有足以抵抗每日时时刻刻变化的现实状态的独特的基础。

如果说起有关“在日常世界中法之构筑”的论题,在此任何人做的一切行为都是立法行为的一个构成契机,全部的判断结果、行为结果也

都无媒介地成为法的一部分。在此,正如文字那样,法在每天的日常生活之中被构筑。或许处于此处的是,在寻求与各种情况相应的适当的解决方法并构筑了法的时候,也可以说法本身达到了一种状态。可是,不用说,如果从已被制度化的稳定性(不只是作为事实的稳定性)这一角度来看,那么几乎好像也可以说,其实快速地被构筑与用不着被构筑,并没有显著的差别。

不过,仍然称为法吗?或者这样说时,我们现代人对法有什么要求呢?它从此就成为向前扩展的问题。可是,在这里详细地讨论这个问题,当然是不可能的。以法这个名称所谈论的对象在什么地方都是法全面的特性,特定制度构成的结果又是来自哪里的?在此,我们只论述清代民事审判可以提供解决这些问题的一个线索。我想可以结束报告了。

清代民事审判:性质及意义 ——日美两国学者之间的争论^{***}

在日本的中国法制史学界,关于清代地方官针对人民就“户婚田土细事”提起诉讼而进行的审理(即史料上所谓的“听讼”),东京大学法学部名誉教授滋贺秀三将其性质定义为“调解的一种”。这一观点在日本学术界早已得到了普遍的认同。但是,1993年加利福尼亚大学洛杉矶分校的历史学家黄宗智(Philip. C. C. Huang)教授对滋贺教授的观点展开了明确的批评,提出了清代听讼属于“依法分清是非曲直,保护正当权利拥有者的审判”这一新说。^[1] 笔

* 原文为1998年在南开大学历史系的讲演稿,译稿载《北大法律评论》第1卷2号,1998年。王亚新译。

** 本稿以作者1998年应邀在南开大学历史研究所和中国社科院历史所分别作的两次讲演为基础。在此谨向给予笔者演讲机会的两研究所,以及当日会场上赐以了宝贵意见的诸位先生表示诚挚的谢意。

[1] Philip. C. C. Huang, *Between Informal Mediation and Formal Adjudication—The Third Realm of Qing Civil Justice*, *Modern China*, 19_3, 1993. “*Condified Law and Magistrial Adjudication in the Qing*”, Bemhardt and Huang ed., *Civil Law in Qing and Republican China*, Stanford University Press, 1994.

在上述论文基础上,近年他又出版了 Philip. C. C. Huang, *Civil Justice, Modern China: Representation and Practice in the Qing*, Stanford University Press, 1996。

者针对这一新的观点于1995年发表了“清代民事司法论中的‘调解’与‘审判’——评黄宗智教授的近作”这一批评性论文,在指出黄教授新说的意义和问题点之同时,也尝试着就两位教授观点相互间的关系进行了整理剖析。^[2]不过,当时的分析梳理是非常不充分的。到1996年,日美两国学者以上述分歧作为主要议题之一,在日本召开了一次国际学术研讨会。在会上黄教授与滋贺教授进行了面对面的直接争论,笔者也针对两位教授之所说向会议提交了一份长篇论文。^[3]

然而在会议上,就滋贺教授与黄教授之间的争论而言,尽管结论上的对立非常明显,讨论本身却令人有未能正面交锋之感。两位教授有他们自己的选择,但笔者自身实实在在的感受却是通过努力理解他们之间观点对立的含义而受益匪浅。

作为半个当事人,在这场争论已告一段落的现在,笔者愿就这些观点的对立有着什么样的根源,又意味着什么,问题在于哪里等论争的状况再做一次整理,以就教于中国的读者。

一、滋贺教授的研究

1. 清代听讼与西欧近代的民事审判

众所周知,清代州县的地方长官在处理民众提起的诉讼方面是颇为活跃的。根据现有的研究成果,尽管每月只有六天受理诉状,这些日

[2] 载中国史学会《中国史学》卷五,1995年10月,177~217页。

[3] 1996年9月21日至23日于日本镰仓市召开的这一国际学术研讨会题为“后期帝制中国的法律,社会,文化——美日两国学者之间的对话”(Law, Society, and Culture in Late Imperial China: A Dialogue between American and Japanese Scholars)。

关于这次会议的一般情况,可参见笔者与会议主题同名的介绍性论文(载《中国图书》1997年1号)。黄教授向会议提交是他上列近著的草稿,滋贺教授提交的论文则发表于中国社会文化学会《中国——社会与文化》第13号,1998年。

笔者向会议提交的论文经修改后,以“权利与冤抑——清代听讼和民众的民事法秩序”为题发表于东北大学法学部《法学》61卷5号,1997年12月。此外,该论文的中文翻译已收入王亚新、梁治平编:《明清时期的民事审判与民间契约》(法律出版社,1998年)。(已收录于本书——译者注)

子里地方官每天都要收到一百数十份诉状，而勤奋的官员每月会给五六十件案子以最终解决。^{〔4〕}虽说很难在数量上进行比较，但显然清代的官府在十七八世纪世界上所有国家权力中都应属最热心于受理和解决民事纠纷的权力机构之一。不过，这并不意味着在清代听讼的场面同样能够看到类似于西欧近代的法院所做的那种审判。

近代西欧的民事审判可以被规定为：对立的双方当事人根据法律主张自己有某项权利，而法官则依法认定其中一方当事人的主张正确并给予最终的权威性判定。在这背后存在的近代市民法的秩序观就是，只要这些个别的“权利”全部正当地得以实现的话，“法”和正义也就得到了实现。从这样的观点看来，所谓审判并非只是解决个别的纠纷，毋宁说是通过双方当事人实现自己权利的努力和法官以判定来实现法的努力，最终达到建立和维系正义的法秩序这样一种过程。如19世纪德国法学家耶林格提出的“认为自己的权利受到侵害而提起诉讼，并不只是保护自身利益的利己性行为，而是为了实现法和正义这一公共性目的而不可或缺的行为，也是每一个市民应当履行的崇高义务”，即有名的“为了权利而斗争”这个口号，就表达了这样一种思想。

但是在清代听讼里几乎无法找出这种“法的实现”的要素。地方官在大堂上作出的判断中基本上不引用任何实定法，而且实际上就几乎不存在可供民事审判引用的国家法律。再者令人感兴趣的是，尽管数量如此众多的诉讼提交官府且得到了受理和处置，但国家自身始终对人民主张权利提起诉讼抱着否定甚至厌恶的态度。

看来，虽然清代国家在法庭上积极地处理着民事纠纷，但那里的结构却是与近代西方的法学家们熟知的民事审判大相径庭的。于是，在日本和欧美的中国法制史学界，清代听讼和西洋近现代的民事审判之间究竟有何区别就成了研究的焦点之一。

〔4〕 例如，作为从史料上查明清代诉讼频度的文献，可参见夫马进：“明清时代的讼师与诉讼制度”（该论文已由范愉以中文译出，收入上列《明清时期的民事审判与民间契约》一书。——译者注）。

2. 关于判决的性质与情理的作用

日本学术界的清代司法制度研究是由滋贺秀三教授开创的。他早在70年代就注目于清代审判中“判决”的性质,由此出发,就包括民事在内的清代审判整体上与西欧法文化中所见的审判之间存在的原理性差异,他作出了以下论述。^[5]就西欧法文化影响下的审判制度而言,必定存在着“判决”已绝对不可动摇的阶段。以法律学的术语讲,这就是“判决的确定”。当然,在近代法制度下,法院由下级到最高构成了一个上诉的序列,只要当事人上诉,下级法院的判决并不立即确定。但如果最高法院作出判决,则该判决已无改变可能。审判必定在某个阶段得到“确定”。这种确定了判决或者说判决的“确定力”不仅拘束着当事人,也拘束作出该判决的法官和法院。除了少数例外,当事人已不能再就同一案件提起诉讼。有趣的是,即使作出判决的法官本人事后认为自己的判断或观点有误,制度上也不允许他再对此判决进行修正了。

但是一旦观察清代的司法制度就会发现,在那里并不存在这种“确定”的契机。对于地方官已经下了堂谕的同一案件,当事人反复找新赴任的官员或甚至就是下了堂谕的官员本人要求重新审理的例子并不鲜见。而地方官也是只要认为有道理,就能够不受以前的判决拘束而将案件推倒重来。“有错必纠”被视为优秀的官员应采取的态度。实际上,当时的听讼意味着只有在当事人事实上已放弃而不再进行争执的情况下才可能真正终结。就法官总有机会重新考虑和改变自己已作出的判断这一点而言,不仅听讼或民事审判是这样,就是皇帝本人进行的刑事审判也可以看到同样的现象。死刑案件由皇帝审批,当然一旦执行就无从更改,但在执行前皇帝则完全可以自由自在地改变判决。“纶言如汗”的比喻至少是不适用于司法的。

[5] 滋贺秀三:《清代司法中判决的性质——判决确定这一观念的不存在》,《法学协会杂志》91卷9号,1974年,91卷9号,1975年。(后收进他的《清代中国的法与审判》,创文社,1984年。)

总之，清代司法制度中并无作为西欧型审判特征的“确定”这一严格的（在一定意义上是极端的）观念。而在西方关于司法制度的理论上，一般是把通过公共权力的判定而达到“确定”作为审判区别于其他纠纷解决方法的特征。于是，滋贺教授得出结论，如果按照西方学术界的制度分类，则清代的无论刑事上的断罪还是民事上的听讼都不是“审判”。

从这样宏观的类型论比较出发，滋贺教授进一步分别就处理命盗重案的断罪和处理户婚田土细事的听讼各自的程序以及作为判断依据的法律渊源进行了实证性研究。关于听讼所依据的判断基准，他通过对当时人们经常使用的“情理”这一词汇的分析，指出了地方官判案的基准就是一般道理与照顾具体案件个别情况的结合，集中表达为“情理”一词。^{〔6〕}最后，滋贺教授在这些研究的基础上对听讼总的性质作出了以下说明：清代听讼就是地方官听取两造主张，根据情理而提示妥当的，能够使双方当事人心服的解决方案，并通过说服（也可能包括一定程度的“压服”）双方当事人接受解决，停止争执而达到平息纠纷的处理过程。简单说就是“调解”的一种。^{〔7〕}

这些见解在理论上有效地说明了清代听讼的实际情况以及清代审判史料的内容，从而长期以来在日本和欧美的中国法制史学界获得了通说的地位。依笔者的管见，到目前为止中国的法制史学界基本上也是以大致相同的认识来看待听讼之性质的。^{〔8〕}

但是，近年来随着外国学者也较容易地接触到清代州县衙门档案并深入考察其内容，尤其在美国学术界，开始出现了一些新的见解。黄宗智教授的“清代听讼属于依法保护当事人权利的审判”这一新说，在

〔6〕 滋贺秀三：《清代诉讼制度中民事法源的概括性考察》，《东洋史研究》40卷1号，1981年。（后收进上列《清代中国的法与审判》一书，中文翻译则载于上列《明清时期的民事审判与民间契约》一书。）

〔7〕 滋贺秀三：《中国法文化的考察——以诉讼的形态为素材》，《日本法哲学年报》1986，东西法文化。（中文翻译载于上列《明清时期的民事审判与民间契约》一书。）

〔8〕 例如可参见，郑秦：《清代司法审判制度研究》，湖南教育出版社，1988年。

这种动向中占有一个显著的位置。^{〔9〕}

二、黄宗智教授的研究

1. 对史实共通的认识

那么,黄教授究竟是以什么论据,通过什么逻辑结构来形成上述新说的呢?

首先应注意的是,把清代州县档案研究的进展视为导致重新看待“调解说”的契机之一其实只是一种误解,通过档案发现的新事实并不是“调解说”和“审判说”对立的原因。关于清代地方衙门审理案件的情形,滋贺教授在提出上述见解时已经根据台湾《淡水厅新竹县档案》和判语的研究弄清了主要的史实。近年来对四川巴县档案等进行的研究基本上也只是使原来弄清的史实更加丰富清楚,并没有发现什么能够足以推翻原有事实认识的新史料。简而言之,上述两说是根据同样事实而得出的不同理解。

以下想就先清代听讼在当时社会解决民事纠纷的整体过程中占有怎样的位置,又具有哪些特征等问题,将最新了解到的史实作一个大致的整理。

第一,官府的听讼和民间的调解,或者说地方官进行的纠纷解决与总称为“公亲”的各种民间主体所承担的纠纷解决并没有分为截然不同的两个领域。打过官司后当事人仍可能在民间各种仲裁者的介入调解下继续交涉。另外,官府尽管受理了诉状,通常也不立即开庭,而是通过对诉状的“批”和差役的派遣来促进民间自发的解决。对州县档案进行统计的结果表明,打官司的案件中实际上经开庭审理并由地方

〔9〕 不过应当说明,黄教授的见解在当代中国的中国史学界并非通说。黄教授本身就把自己的观点视为针对包括日美两国“接触档案以前的旧说”的一种新说。此外,上列 Bernhardt and Huang ed, *Civil Law, in Qing and Republican China*, Stanford University Press, 1994。一书是近年来美国学术界根据档案对清代和民国时期民事法进行研究的代表性成果,但本书的作者之间就已经存在着种种视角和见解上的分歧。笔者对这本著作的书评载《东洋史研究》54卷4号,1996年3月。

官下了堂谕的只占1/3。也就是说,诉讼案件的2/3在地方官作出判断之前就已由民间解决并自行撤回。^[10]

第二,反过来也可以说至少有1/3的案件民间未能解决,而经历了地方官相对正式的审判。不过,另外,确实又很难把当时地方官进行的审判与法律的严格适用和判决的确定力等现代国家审判的特征联系起来。

首先,正如上文所述,只要阅读当时的衙门档案,就会发现几乎没有在堂谕中引用具体法律条文之例。^[11]至少就审判的程序而言,采取的并不是以事先存在的法律规范为前提而将其具体“适用”到一个个案件上去的样式。从史料看来,在那里显然更重视的是以“情理”一词所代表的实质性合理主义要素。

2. 黄教授新说的概要及其问题点

那么,既然依据的都是对史实大致同样的认识,为什么又会出现两种正好相反的对立见解呢?

滋贺教授把听讼规定为“调解的一种”,显然是因为以上述第二种认识为核心来构筑自己的理论框架。在清代,即使是最正式的纠纷解决方法也并不是严格依法来判定权利是否存在这样一种样式的话,上述的第一个认识或论点,即民间调解和官府听讼在程序上难以截然分开就是理所当然的事情了。按滋贺教授的整理,从民到官在纠纷解决制度上的重叠,可以从解决纠纷的主体得到承认的不同权威程度,或者从这些主体通晓“情理”的不同程度来理解。而且,听讼所具有的保护

[10] 具体的数字可参见,滋贺秀三:《关于清代州县衙门诉讼的若干所见——以〈淡新档案〉为史料》,《法制史研究》37号,1988年,以及 Philip c. c. Huang, *Civil Justice in China: Representation and Practice in the Qing*, Stanford University Press, 1996。

[11] 例如,美国学者马克·阿里(Mark Alee)仔细检查了台湾淡水厅新竹县档案的222件民事案件记录,结果发现其中以某种形式引用了律例的不过只有四件而已。而且这种引用与判决的结论之间真正存在联系的还仅仅只是其中的两件。Mark A. Alee, “Code, Culture and Custom: Foundations of Civil Case Verdicts in a Nineteenth-Century County Court,” in Bernhardt and Huang ed, *Civil Law in Qing and Republican China*, Stanford University Press, 1996。

正当权益的功能及其规则性,也能够从“情理”的一部分内容正在于要求当事人在日常生活中遵循的规范得到照顾尊重这一角度来加以理解。

与此相对,把听讼的性质理解为“审判”的黄教授,则是从上述第三个方面,即从听讼大体上也实现了“保护权利”的功能这一认识出发,从而构筑起自己整个理论体系的。如果仅仅着眼于这种出发点的差异,也可能把两位教授之间的分歧归结为观察途径或理论起始点的不同。

从上面的介绍也可看出,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”,以至与改革开放、市场经济化以后的现代中国法秩序之间的历史继承关系。^[12]“中华民国法制”的轮廓无论从法律概念还是从制度来看,确实都是从欧美引进的。但是正因为是在清朝的阶段,社会里已经存在着接受西洋法制度的土壤,才使清末民初变法即引进西洋法制成为可能。在清代就已经能看到民众频繁地把诉讼提交国家的法庭,而国家也努力对此进行了处理。在黄教授看来,面对这样的现象,却以不同于西欧的审判为由理解为“不是审判”的观点是成问题的。这大概即是黄教授立论的出发点之一。

限定在民国以来的近代法制前期来看,确实很难否定黄教授的观点有相当的成立基础和意义。尤其就财产法领域的实际操作而言,清代与民国时期在实际情况上的连续性是相当明显的。有很多民事纠纷的处理只是改变了使用的概念,而实际上与清代的解决在内容上并无多大区别。如果承认民国时期存在着依法保护权利的西洋近代型民事审判,那么在看上去完全不同的清代听讼之中找到同样的要素(或至少是这种要素的萌芽),无疑也是完全可能的。

[12] 在 Bemhardt and Huang ed, *Civil Law in Qing and Republican China* 一书中,两位编者所著的卷首论文“清代中国和中华民国的民事法:论点”(Civil Law in Qing and Republican China: The Issues)就清楚地表达了这样一种理论关心。

不过问题在于,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呢?照上文的整理来看,就是存在着能否把第一个和第二个认识有机地整合到同一个理论说明中去的问题。黄教授其实也正确地意识到了这个问题。为了解决这一难题,他提出了三个抽象度颇高的理论观点。

第一个论点是围绕听讼所依据的法源而提出的“积极性原理”论。黄教授也承认,确实堂谕中并不明确地引照成文法规,而且国家的成文法只是以刑罚规范的形式存在。但是,如果把律例与判决内容加以仔细比较,就会看到两者都共通地包含着保护人民权利的“积极性原理”。这就是清代的国家为人民实现权利而提供的最终手段。

第二个论点则是把国家和民间社会联系起来的“第三领域”论。黄教授自身也清楚像理解西欧近代法秩序那样想象中国社会整体上为“法和权利”的逻辑所左右是十分勉强的。但是为了维系地方官的听讼实质上是依法保护权利的审判这一命题,就需要将听讼与“非审判”的纠纷解决联系起来的某种概念装置。于是,他把民间社会中的纠纷解决定义为一种摸索并形成事实性妥协方案的处理过程。在此基础上,他指出清代衙门的审判制度存在着种种弊病,而且其能力也相当有限,并不足以覆盖当时的民事法秩序整体。实际上清代社会中民事纠纷的相当一个部分都是在介乎于官府审判与民间调解的“第三领域”中得到解决的。

第三个论点是“表达与实践之间的乖离”论。如上所述,黄教授认为至少国家所提供的最为正式的纠纷解决方法采取了依法保护权利的形式。但一个令人尴尬之处则是,史料表明清朝的国家从上到下都对人民主张权利的“好讼”行为显露出明白的憎恶态度。在当时的体制下,官方的意识形态导向始终是“良民不涉讼”。为了摆脱这一矛盾,黄教授引入了一项大胆的理论说明。即清朝的政权以及崇尚儒家传统的官员们在公开场合确实表达的是一种抑制诉讼的意识形态,但在诉讼实践中从事实际操作时则发挥了一种“实务家的合理性”,实际上总

是根据上述“积极性原理”来处理人民间的纠纷。总之,清代的官员使用儒家语言所进行的自我表达(“表达”)与他们实际上从事的具体业务(“实践”)之间存在着矛盾或乖离,或者说存在着一种悖论。

关于黄教授提出的这些论点,笔者在别的文章里已有详细的评论。^[13] 总地说来,其理论的构成相当勉强,其内容中包含的逻辑上,史料考证上的问题点也相当明显。看来,这种理论结构上的勉强归根到底来自于越过听讼与民间民事习惯的大致对应这种事实性关系,而直接得出了“依法保护权利”这一规范性命题。

立足于这样的理论来批评滋贺教授给清代听讼性质下的结论,即“调解论”,显然也是无力的。因为黄教授的工作实际上意味着以西欧近代型的审判模式为蓝本,并从清代听讼中也找出与此相符的要素。通过这项工作确实证明了听讼发挥的功能比从前所理解的更近似于近代型的民事审判。但是,滋贺教授论证的却是两种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。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。这样的批评当然不可能真正触及滋贺理论。

不过,仅仅指出黄教授著作中的难点并加以批评,却不能解决历史学家们面临的所有问题。因为在美国及日本的中国法制史领域,力图把握清代民事审判特征的现有理论性成果在深入了解中国这样一个历史性的大规模社会上仍然显得力不从心。

三、留下的课题

1. 学说史的现状

首先,日美两国的学术界从来就存在着两个方面的学说,一个方面

[13] 关于“积极性原理”论在逻辑和史料方面的问题。参见笔者上列《清代时期民事司法论中的“调解”与“审判”——评黄宗智教授的近作》一文。关于“表达与实践之间的乖离”论所包含的问题,参见笔者“关于清代听讼中所谓‘悖论’现象的理解——评黄宗智教授的‘表达与实践’理论”,载中国社会文化学会《中国——社会与文化》第13号,1998年。

是关于清代社会中持有明确权利意识的人们通过契约形成各种各样社会关系的学说；另一个方面则是清代地方官以依据情理而说服教谕当事人的方式来进行裁判的学说。这两方面的学说都各有其研究积累，不可思议的是关于两者之间应该通过何种关系连接起来的问题却从未得到过统一的说明。换言之，关于个体的利益主张与社会对这种主张的公共性处置之间的关系，以前从来没有人正面地尝试作出完整说明。例如，上面已经指出“调解说”把听讼实现权利的侧面放在“情理”的内容中来加以说明，但如果把社会本身纳入视野，就会产生如下的问题：为什么一个由激烈地主张自己权利的人们所组成的社会，或者说由人们相互间契约关系构成秩序主要部分的社会，又会产生并维系一种以“情理”这样的概念为中心的审判样式来呢？在这里需要的不是对“情理”内容的叙述，而是对上述根本问题的整体说明。

这样看来，黄教授的“积极性原理”论可以被理解为关于个体利益主张与社会处理机制之间关系的一种说明。他为此引入了正当的权利主张与公共性保护这样一种模型，也带来了难以解决的难点。但是，除此之外还有什么样的理论模型呢？这是问题之一。

其次，如上所述，清代国家在言论上对于人民提起诉讼抱着一种压制的态度，而且制度上也没有建立任何旨在直接促进民事法秩序形成的公共设施。国家司法制度的核心是刑法典和惩罚犯罪的制度。中国法制史上直到清末民初才算真正出现了民事法典。不过，如果说国家与民间的民事法秩序毫不发生关系的话，则事实上比起世界史上同时代的任何国家权力来，清代国家在受理和解决民事纠纷上都显得更为积极和活跃。为什么同一个国家表现出如此矛盾的两个侧面来呢？这无疑也是需要说明，然而以前却未能得到回答的一个问题。

黄教授的“表达与实践”论把这两个侧面视为无法统一的要素，通过表达与实际的乖离这一说明来加以处理。如果不满足于他这种不成说明的理论构成，那么就需要正面回答，为什么公共权力在处理个体的利益主张时会表现出如此的自相矛盾。

最后,对于在黄教授新说的背景中存在的问题,即清代民事法秩序与中华民国以来,一直到当代中国所展开的市场经济秩序之间的关系问题,到目前为止日美两国的学术界也尚未加以充分的考虑。如果中国将来在世界史上也始终保持完全独特的面貌,则仅仅讨论中国法文化的特有类型也就足够了。但是随着现代化事业的推进和法制的完善,在中国同样看到了与其他国家相似的法律制度。而且如果以“传统和现代”等区分按辛亥革命或人民共和国成立等事件明确将历史分为两个断绝的部分,则对以上问题的回答可能会比较简单。但是,就契约法秩序而言,毋宁说连续性、共通性构成了贯穿过去和现在的基调。于是,清代民事法秩序和中国近现代民事法秩序究竟以什么样的内在逻辑连接起来,又究竟有着什么样的区别和差异,就构成了应该得到理论性说明的另一个重要问题。

在黄教授那里,无意识地把西欧近代的市民法模型作为普遍的发展模式引入清代是他试图解决这一问题的方式。给他的努力贴上一个“近代主义”或“西方中心主义”的标签相当容易,然而要问我们关于上述问题是否已准备好了什么更好的回答,则结论只能是“无”。在能够提示不同的解答之前,我们很难理直气壮地批评黄教授。

总而言之可以说,黄教授的新说以及围绕其观点的论争使学说史上已经存在的问题得以明确,同时他的见解实际上又以自身的例子生动地表明了解答这些问题的难度。我们应该做的工作就是针对同样的问题而努力提示不同的回答。

2. 解答问题的方向

在整理滋贺秀三教授和黄宗智教授之间争论的基础上,再来看今后需要解决什么问题,就显得比较清楚了。

清代的人们是透过什么样的理解框架来看待个体之间利益的竞合与冲突这一普遍现象的呢?他们为了冲突的公正解决又是如何进行纠纷处理的呢?这样的纠纷处理建立在什么样的历史和社会资源之上,又有什么优点和缺点呢?这种处理解决纠纷的样式与处于同样历史状

况的其他社会中人们采取的样式之间,以及与中国近现代社会中人们为了形成规范秩序而采取的样式之间,究竟有哪些类似和相异之处呢?简言之,我们需要准备一种足以清楚理解清代民事法秩序之特殊性和普遍性的认识框架(或者说通过这一框架,我们同样可能清楚地理解西欧近代民事法秩序的特殊性与普遍性)。

但是知易行难,这几乎意味着必须形成一种普遍的秩序认识框架。要说在研究过程中容易陷入近代或西洋中心的偏差,意思好像很清楚,然而这种偏差的大部分其实往往在不知不觉之间已溶进了我们的认识框架。因为我们接受的是西方社会科学的训练,正是通过其概念和方法论才学习到的社会认识。我们很难预先知道什么是西洋中心式的偏见,只有作为研究对象的历史才能以事实来提醒我们。当然正如众所周知的那样,历史的认识已经是一定理解框架的产物。我们只能始终留意,不要忘记自己只是以一种尺度来衡量另一种尺度。不断地来回调整两个尺度——也许,这就是历史学家所能做的工作。

注释〔6〕里提到的“权利与冤抑——清代听讼和民众的民事法秩序”一文是笔者基于上述问题意识,为了尝试初步地解答上文提起的问题(尤其三、1中提起的第一和第二个问题)而写下的近作。至于那里的解答是否能够使人满意,则只能等待读者的判断了。

清代民事审判与西欧近代型的法秩序^{***}

前言

我一直专门从事清代法制史的研究,特别近十年,开始研究清代民间契约及民事审判。关于这方面的问题,前些日子我已在北京大学司法研究中心的研讨会上作过一次讲演。^[1]因此,这次我想再展开一点,就“应该如何理解清代民事审判与西欧近代型法秩序的关系”谈一谈现在的想法,请各位指教。一开始思考这个题目,我就意外地感到这里蕴藏着更深的问题。

一、清代民事秩序与民国时期民事秩序的连续性

首先,对于中国近代的法律秩序始于清末民初

* 译稿载《中外法学》1999年第2期。潘健译,王亚新校。

** 本稿是在1998年12月29日于北京大学法律系李贵连教授主持的研讨会上发表的讲演稿基础上,加以必要的最小限度修改而成。在此,再次对给予我演讲机会的李贵连教授,以及当日提供了宝贵意见的张建国教授以及研讨会的各位参加者表示谢意。

[1] 即北京大学司法研究中心和北大法学评论共同举办的研讨会(1998年11月22日)。演讲报告《关于清代的民事法》进行翻译之后,预计于近期内在《学人》杂志上刊载。

的法制改革和西欧法制的引进这一常识,我并无异议。的确,在这一阶段建立了许多西欧近代型的司法制度,并且以“权利”为代表的许多新的思想、新的概念,从此开始进入中文词汇中。

但是,这些新的思想言论的引进在清代与中华民国之间,当然不会完全断绝。众所周知,清代民事秩序中,意外地已经存在许多所谓“近代的”要素。例如,那时包括田主佃户关系在内的许多社会关系已经通过契约来建立。民国时期民事法律中的大部分习惯在清代也已存在。并且作为国家统一行政体系的基层官僚,州县长官已直接受理这种民间的契约纠纷,即进行民事诉讼。在西欧史学及日本史学中,法国革命、明治维新这类近代型革命的意义,通常意味着“确立统一的国家权力,打破封建割据,形成全国市场”,而在中国,这样的体系早在辛亥革命以前就早已存在了。

再者,近年来对清代官府档案的进一步研究意外地发现,在官府所从事的审判中包含有以民间民事习惯为基础的保护正当利益主张的内容。仅就财产法方面而言,愈是着眼于这一领域的实质内容就愈觉得清代与民国之间究竟有什么区别这一点,反倒成了问题。

最近已出中文版的黄宗智教授的《民事审判与民事调解:清代的表达与实践》一书,对清代与民国时期之间存在的断绝与连续这两个侧面,使用“表达”和“实践”两个概念进行如下的说明。^[2]

在清代官方的意识形态上,人民被认为本来不应提起诉讼,解决纠纷本着调和和社会关系的目的,审判在官方公式化的表达上只是有德者对无德者进行教喻的一种形式。与此相比,在民国时期民众依法主张权利,审判依法保护拥有正当权利者的这一民事诉讼制度观念已成为国家正统的诉讼观了。理解纠纷事实的这种公式化的意识形态体系,即法定的“表达”就是这样在清代与民国时期发生了戏剧性的变化。

[2] 黄宗智著:《民事审判与民事调解:清代的表达与实践》,中国社会科学出版社,1998年,原著为 Philip C. C. Huang, “Civil Justice in China: Representation and Practice in the Qing”, Stanford University Press, 1996。

但是,如果着眼于国家在法庭上的实际操作(“实践”),就会发现两者的差异并不很大。据黄教授自身的研究,州县地方官主持下进行的正式审判,与国家“公式化的表达”不同,实际上是依据国法明确地进行判断,赋予拥有正当权益的要求者百分之百的权利。也就是说,其所包含的内容,与民国时期的民事审判没有太大差异。

清代与民国之间,虽然“表达”发生了戏剧性的变化或断裂,但是“实践”的内容或方式是连续的。也就是说,着眼于两个时期审判“实践”的实质内容来看,实际上都由近代型意义上的“依法保护权利”而构成,更直率地说,在清末民初,在与西洋法律制度接触并引进新的概念以前很久,中国已经存在相当于西欧近代型民事审判的实质内容了。作为这种自生的“实践”发展结果,就出现了中华民国时期的民事法律制度。

黄教授的这些观点在将法律史上的断绝与连续两方面一并举出进行说明这一点上,的确具有一定魅力,但是也并不是没有疑点。^[3]例如,黄教授为了强调连续性,试图说明清代地方官已依法进行民事审判。但是,《大清律例》不用说当然是刑法典,在当时民事判决的案例中不仅几乎没有援引成文法的事例,而且关于民事审判也没有应依法审判的思想存在。加之黄教授所谓积极受理民事诉讼,依法判决,保护权利的国家,同时也就是宣传是良民就不应提起诉讼,解决纠纷应以实现调和社会关系为目标等思想的国家本身。因此黄教授为了解决这一矛盾,反复说明在清代“表达”与“实践”之间,存在着“悖论”性质(paradoxical)的关系。的确,作这样的说明从语言上看来好像合乎道理,但表达出来的内容却意味着,地方官们尽管丝毫没有保护权利的意识,但

[3] 关于笔者针对黄宗智教授论点而发表的有关见解及其概要,参照寺田浩明著、王亚新译:《清代民事审判:意义与性质——日美两国学者之间的争论(中文译名)》,《北大法律评论》第1卷第2号,法律出版社,1999年3月。详细内容参照寺田浩明著:《清代民事司法论中的“审判”与“调停”——评 Philip C. C. Huang 先生的近作(中文译名)》,日本,中国史学会《中国史学》第5卷,177~217页,1995年10月,以及寺田浩明著:《关于理解清代诉讼中“悖论”现象——评 Philip C. C. Huang 先生的“表达与实践”理论》,日本,中国社会文化学会《中国——社会与文化》第13号,1998年。

在现实中却是作为权利的保护者而行动。这样看来,他们是否具有一种“梦游病患者”般的性质呢?这样的疑问恐怕很难避免。

二、清代民事审判的逻辑结构

当然我们不会认为清代的地方官是“梦游病患者”。他们一定是用其特有的方式理解当时的纠纷现象并进行处理的。那么他们对民事纠纷的认知框架是什么样的呢?我的论文《权利与冤抑——清代听诉和民众的民事法律秩序》就是论述这一问题的。^{〔4〕}在那篇文章中,我提出了如下论点。

将当时的诉讼理解为当事人主张自己权利的正当性,并依靠公共权力实现自己权利主张的过程,其本身就是谬误的开始。当事人在诉状中竭力诉诸的内容,与其说是自身权利的正当性,不如说是另一方不断欺凌自己的不正当态度。当时的诉讼基本上是当事人向地方官控告有什么样的恶行存在,诉说放任这样的恶行将是无法无天的状态,而地方官则受理这样的控告并替天行道,惩治恶人恶行的过程。

当然这里面存在着相互调整民事利益的要素。并且实际上在大部分案例中,因被一方当事人认为“欺人太甚”而被告发的另一方当事人,其实往往也认为自己的行为本身具有正当的依据,是为了实现自己民事权益的行为。他们这样相互地强烈主张权益的背后,多数情况下也各自有着作为一定社会正义内容的根据。当事人因都有一定根据的民事权益主张相互发生冲突,双方都认为“对方的要求过分了”,这就是纠纷发生的实质。尽管刚才使用了“恶行”这个词,但是当事人只有一方是恶行的情况其实并不一定经常发生。因此实际上即便在地方官的判决中,以刑罚来结案的情况也几乎不存在。当时所发生的纠纷在实际形态或实质上来看,与现代的权利纠纷其实并无太大不同,区别在

〔4〕 寺田浩明著、王亚新译:《权利与冤抑——清代听诉和民众的民事法秩序》,滋贺秀三等著,梁治平、王亚新编:《明清时期的民间契约和民事审判》中收录,法律出版社,1998年。(已收录于本书。——译者注)

于对纠纷的理解方式不同。

也就是说,问题在于为什么那时的诉讼不着眼于利益主张的正当性,就各个主张的正当性基础或根据进行争议,而且审判也不是对各种有关正当性的主张或根据之间的逻辑关系按照某些统一的原则来进行对比和调整。那时的诉讼中提出的问题上基本上停留在“不管怎样对方太过分了”这种程度上,审判方也不大深究这些诉求的正当性根据,而往往是在调和性地承认双方的主张总有各自的道理这一基础上,专门关注于如何调整双方的利益关系。

如果诉讼中法官更积极地着眼于论据方面,经常从正当性的角度将相互矛盾的论据在逻辑上不断地重新排列组合,精心地调整其各自成立的要件及效果,如果按照这样的方式来操作的话,案例日积月累,结果最后一定会产生所谓的私法体系。但是在那时,法官并没有沿着这个方向把这种逻辑性的工作引向纵深,关心的只是在案件中以怎样程度的比例分配双方的利益才能取得更好的平衡效果。这样,诉讼案件既然每回情况都会不同,那么无论案件积累多少,其内容用“情理”二字就能全部概括了。

这种方法的确能够实现“给每个人属于他自己的东西”。就这一点可以说是包含了“权利的实现”。但是这种方式积极追求并表达出来的理念却是,从包括当事人双方在内的全体生存的公平观念出发,引出了“合乎情理”这一基本标准,在此基础上,给每个当事人展示其权利主张的限度,要求他们向自我克制的方向努力。这种任何人面临纠纷时都考虑到对方的立场,对自己的利益主张进行自我抑制而互相容让的过程,就是秩序形成的过程。如果这样来相对地考虑问题的话,有时控告对方的“强欲”而打官司的行为,会变成忘记自制而表现了自身“强欲”的情况。这就是地方官有时对告状本身持否定态度的原因。

清代所谓一方面“抑制诉讼”、另一方面又“实现权利”的矛盾现象,就是在这一社会脉络中同时表现出来的。没有必要特意地在逻辑上或史料上将诉讼的抑制与“表达”、权利的实现与“实践”分别联系起

来加以对比。反过来看,虽然黄教授将当时官方的“表达”理解为与民众提起诉讼的行为本身完全不能相容的调和主义,但是当时的地方官所认为的“和谐”状态,却是主张个人利益的民众互相争执又互相容让,在这样一种默默地推来挤去的动态中地达到的调和。民事审判的位置就是这种在或隐或显的纠纷中达到动态平衡过程的一个片断。

三、近代中国的民事法秩序

那么,如何理解清代的民事秩序与中国近代的民事法秩序两者之间的关系才好呢?

正如上文所述,黄教授在谈及中华民国以后的民事法秩序时,基本上只是从西欧近代型“法与权利”为基础的民事诉讼制度这一方面来考虑的。如果这么考虑的话,确实很难把构成了清代民事秩序整体的当时人们的所作所为简单地与近代联系起来。于是,黄教授特意划分了“表达”与“实践”两个层面,并从清代历史中把封闭在史料中而为人们忽略了与近代型“法与权利”秩序有关的部分“解救”出来。简单说来,这大约就是黄教授所主张的主要内容。

但是,如果在这里冷静的回顾一下就会马上发现,中国人在进入近代后为了民事秩序的形成而努力的过程,并不像黄教授所考虑的那样单纯。

一方面,的确存在着如编纂民事法典那样,倾向于从正面给予个人拥有的权益以正当性基础的一系列改革。即无疑是向西欧近代型所谓“法与权利”式的民事秩序靠拢的方向。但另一方面,所谓民事法制的建设,换个角度来看,其实意味着对能够向法庭提出的论据或正当性根据进行限制。私有土地所有权秩序的确立使在此之前佃农一直享受的习惯性利益被从法律的世界放逐了出去。基于生存权要求的利益主张,如果在清代的法庭上就能够提出来并得到相应考虑,但到了民国的近代型审判中却只会从一开始便吃闭门羹。但是国家仅仅对一部分利益主张的明确承认,对于大多数农民来说却只不过意味着“弱肉强食”的公开或激化而已。在他们眼里,国家及其法官脱离了公平的立场,忘

记了自己是全体利益的代表者,把自己贬低到了一部分强者代言人的地位,于是结果是发生了众所周知的革命,导致了对私有土地所有权秩序的全面否定。不过,这种以“全体人民的生存权”为旗号的秩序,近年来却由于再次出现了保护个体利益的强烈要求而开始动摇,呈现出相当流动的状态。就农村的改革而言,在土地公有制之下设定私有的土地使用权和形成了支持其流通的逻辑结构,这种情形不禁让人想起了宋代以后的“普天率土”下“业主权”的图景。今后事态将向何处发展,却仍然是难以预料。

中国近代民事法史绝不是像黄教授所构想那样,单纯地向依法保护个人权利或私人的所有权制度这一方面发展的形成史。如果冷静地观察一下,个体利益的主张或要求与全体共存的必要性之间,或者换句话说,赋予私人利益以固有权的正当性根据,并以此为基础来促进个体间契约性的关系和交往以形成一种“法与权利”式社会秩序的目标,与从全体的生存或所有个体共存的必要性出发来赋予每个个体相应的地位与利益这一目标之间,一直存在着矛盾或对抗。而各个时期出现的不同制度其实正是这两者之间暂时的妥协或解决方法而已。

立足于这样的历史认识做一下回顾,可以说上述清代民事审判的状况也是针对一直延续到现代的个体利益主张与个体利益相互共存两种要求之间的矛盾这一问题,并植根于当时社会状况的一种回应。这个认识对于我们理解从清代到当代历史的连续性是有重大意义的。

在清代,国家一方面对以家为单位的个体依据一定理由而主张的利益要求给以适度的照应或保护,而另一方面又要抑制其利益主张的过分。当然,什么是“过分”(哪一方“过分”)？这个问题真是什么时候都一目了然吗？究竟由谁来弄清这些问题呢？如果要追问到这一类问题,那里涉及的原理性问题恐怕就无穷无尽了。^[5]但是反过来说,当时的人们也正是通过反映了这些问题的种种概念,并尽力在具体场景

[5] 笔者在寺田浩明著、王亚新译:《明清时期法秩序中“约”的性质》(已收录于本书——译者注)一文中,论述了这个问题的一部分。

中反复不断地试图解决上述的难点。通过无尽的努力来从事这无止境的尝试以达到个体利益的保护与全体共存的实现这一困难的均衡,这个过程就构成了清代民事秩序本身。而且生活在中华民国的人们以及中华人民共和国的人们其实努力正在解决的,也是同样的问题。

近现代中国从清代继承下来的最大遗产并不是分别在一个个历史现象中表现出来的共通性,而是上述的历史课题与有关这一课题的整体框架。而“依法保护权利”的现象只是作为整体框架中一个有限的部分而已。

四、“近代型法秩序”的历史透视法

那么,对于从清代贯穿到现代的上述那种课题的连续性应该做怎样的历史评价呢?

在受西欧传统影响的学术话语中,从全体的利益出发,再向个体分配利益的作法,一般被视为来自传统文化或国民性的束缚,因而也往往被与“近代化·现代化”进程的障碍联系起来。从这一角度来看的话,所谓现代化无论其结果好坏,就只能描述为一种摆脱旧传统的过程。^[6]

但是如果停留在这个程度上来看,现代中国处理民事关系的逻辑结构在清代已经有了其原型,而根据这个事实我们立论的形式应该倒过来,即认为中国的“现代”在清代已经开始。尽管这仍然是一个非常不成熟的想法,我想就这一点最后简单地谈一下自己目前所达到的见解。

首先我认为在讨论“近代型法秩序”这个问题时,必须从逻辑上区别以下三个层面:

第一是社会经济史的事实或者秩序形成的历史课题这一层面。随着生产力的提高,农业生产单位的分工一般都越来越细,人们相互之间的自然纽带关系变得越来越松散,这样,在多数的个体之间如何建立社

[6] 当然关于这种见解还可分为两种表现方式,一种认为旧传统是可以被摆脱的,而这种摆脱的努力一直到现在都在逐渐地进行,应鼓励当前的脱离过程。另一种则是感到有些东西无论如何也摆脱不掉而产生焦虑或急躁的情绪。

会秩序就成了一个亟待解决的问题。当然,最初的社会单位不是个人而是家庭。在西欧历史上,随着中世纪封建农奴制的松弛乃至瓦解,人们开始意识到了这个问题。而在中国,宋代以后随着民间土地自由流转体制的产生,也出现了这个问题。到明代后期,随着租佃关系消去了人身关系的色彩而嬗变为一般契约关系,这个问题更成了秩序形成的中心课题。尽管课题的出现本身在西欧和中国相差十个多世纪,但从这样的历史长度来看,西欧法秩序与中国法秩序意外地在需要解决的社会课题上却是一致的。

而在第二个层面上,在如何回答这个课题以及以怎样的方式来构成全体的社会秩序上,西欧与中国的对应却完全相反。

结果,西欧似乎是选择以个人作为秩序形成出发点的发展道路。把秩序理解为就是保护每个个体所拥有的正当利益而得到的总和。个体所拥有的正当利益被称为“权利”,而权利完全实现的状态则被称为“法”。权力就是实现这个法的机关。其观念形态的发展最终归结为社会契约论。

与其相对,中国则是以全部个体的共存为基础。无论其基本的经济单位如何趋向于个体化或分散,但要求所有个体都顾全大局并作为一个和谐的集体中的一员来生活却一直被视为不证自明的道理。首先有全体的生存,才会有个体的生存。代表全体的利益要求每个个体互助与互让,同时对于每个个体有时会出现的私欲膨胀予以抑制或处罚,这些都被看作是公共权力应该履行的职责。^[7]

[7] 建立在互让基础上并保持和谐或调和的人际关系这种思维方法源自中国古代。但宣传这种伦理道德,比如以乡约《六谕》的讲读形式积极地向民众灌输等做法则是从明代以后才开始的,这种称之为“儒教民众化”的现象是当时的知识分子和国家权力对于个体化发展的历史状况做出反应的产物。从这个意义上可以说,与归结于社会契约论的西欧近代政治思想是基本站在同一历史位置上的。有关这一点笔者的观点请参照:寺田浩明:《满员电车模型——明清时期的社会理解与秩序形成》(今井弘道、森际康友、井上达夫编:《亚洲的法与哲学的转变》,东京,有斐阁,近期出版)(‘The Crowded Train Model: The Concept of society and the Maintenance of order in Ming and Qing dynasty China’, in ‘Archiv fuer Rechts- und Sozialphilosophie’, Beiheft 72. forthcoming)。(已收录于本书——译者注)

这些原理性出发点的不同,导致了西欧和中国在民事审判制度及其运行方式以及法律在民事秩序形成中的位置等重大问题上的不同。为什么对同一课题会出现两种完全不同的回应呢?其原因目前恐怕只能暂时归结到在面临上述课题时,两个地域内的公共权力所拥有的权威与暴力装置的差异。无论评价其是好是坏,中国在那个历史阶段内明显地存在着能够代表全体利益并拥有着权威和暴力装置的单一性世俗政治权力。而在西欧却不具备这个条件。

再从第三个层面,即不是根据制度上的理念,而是根据历史事实来看的话,则可以意外地发现中国与西欧之间的差异并不大,甚至随着历史的发展,两者的内含在逐渐接近。

在西欧,由市民革命产生了民族国家,出现了明确代表国民全体的主权权力,同时全体国民也作为拥有基本人权这种名称的既得权主体而在法的世界里占据了牢固的位置。像这样全体公民同时登场,而且整体的范围受到明确限制时,其结局必然是引入了个体间互让的契机。而且虽说称为权利,但既然是通过立法由公民全体赋予,同时又明确接受来自全体利益的制约,就已经不再是中世纪意义上的固有权或既得权了。通过近代的市民革命,法和权利在获得了普遍的、世俗性基础的同时,具有讽刺意味的是也已经开始具有了与旧中国的各人之“份”相类似的面貌。

与此相对,在中国,随着以分散的小家为基本单位的经营进一步自立化和自律化,个别家庭的沉浮,个人生计获得的机缘和生存的基础越来越依赖于个别经营主体的努力与才能,而他们谋求对于自己所获成果进行保护的倾向也越来越强烈。于是,既不能回避个别利益转化为既得权,同时以无视其存在的方式来主张全体利益也逐渐变得非常困难。就土地所有的秩序而言,在清代已经在既得权化、“权利”化的方向上走得相当远。如果国家权力在这方面努力自我抑制而尽量少加干预的话,到了某个时期确实可能出现类似于西欧近代型的“权利”秩序那样的体制。

如果从个体开始而形成秩序的尝试能够到达全体共存的结果,反过来说从全体共存开始的秩序形成也能导致个体可以强硬地主张自己权利这种结局的话,则这样一个事实的出现将是明显的:社会秩序终究不过意味着承认各人获得他所应得的利益份额,或者社会以一种非黑即白的方式来解决利益争端,给予每人他所应得的份额。换言之,最后剩下的仍然是一个如何调整全体与个体利益关系的普遍问题,而且个体和全体绝不会只存在一方。不论从哪一方开始来构想秩序,实际上归根结底对另一方要素的考虑也是无法逃避的。实际上,同时从两个方面来考虑的话,甚至可以看出无论在中国还是在西欧,总体上实现的秩序就结果而言其实并无太大的差异。

当然,这里并不是在主张中国与西欧的历史最后全部都变成同样的东西,而且也不想去论证这样的结果,^[8]但至少谈及民事财产法律制度时,有一点却是事实:在现阶段讨论原理的不同已经没有什么实际的意义了。

五、结论

迄今为止,法制史学界一直倾向于只是把关于“近代型法秩序”的理解局限在上述的第二个层面上,且往往只是作为一个包含着片面性内容的词汇来使用。

的确,近代型的“法与权利”这种思路所固有的价值是明显的,实际上,中国的法制近代化在赋予个体的利益要求以正当根据或正当位置的过程中,从西欧传入的那些思想和概念所起到的作用也是不可低

[8] 在如“生育的权利”等基本人权领域,或者在政治权力的组织方式等领域,究竟是从个体出发来展开讨论还是从全体出发来展开讨论,其结论实际上是会出现很大区别的。不过,这种区别的基础存在于一个根本的原理性对比或两难处境中,这个原理性的对比或两难处境就是:具体的行为者总是个体的、活生生的人,但个人又是构成类并在这个类中才能生存的社会存在。对于这样一种有关个人与作为类的社会整体之间关系的原理性对比或者说每个人现实面临的两难处境,我们必须提出某种答案,但我们也很难得知正确的答案究竟是什么。如果把这样的问题降低到东方与西方的对立或前近代和近代间的差异那种程度上的话,我们寻求答案的努力将很难有成效。

估的。所以说着眼于第二个层面的制度理念转换来展开有关近代化的讨论既有充分根据,也非常有意义。

但是反过来看,如果要对这些概念及思路的转换过程,或者说的更正确一点,对这个有些部分转换了而有些部分没有转换的过程,如果从整体上考虑其包含的历史意义与现在位置,或者要讨论主体从事有选择的转换时所凭借的历史条件和社会基础的话,就必须看到这一过程背后存在的更为宏观的历史脉络。从这个角度来看,中国近五百年来围绕民事法秩序形成而展开的历史,其实也是世界史上普遍面临的所谓“近代型社会的状况”在中国引起了有中国自身特点的反应的历史。中国史中的这个过程本身亦构成了世界近代法发展史的一个部分。如果这样来理解事实状况,也许对我们深化自己的认识会有帮助的。

清代刑事审判中律例作用的再考察——关于实定法的“非规则”形态*

序言

清代的审判由国家行政机构及其官吏自身承担,这点通过滋贺秀三氏的工作已经众所周知。民众的诉讼中,被总称为户婚田土钱债斗殴赌博等细事的民事案件和轻微刑事案件,通过称为“州县自理”的程序来处理,即案件由受理诉讼的州县地方长官径行裁决;而人命案、盗案和其他应处以徒刑以上刑罚的案件则要通过“必要的复审制”程序来处理。即案件要在以州县官为起点的皇帝官僚制的各个层级间逐级复审,最后再由拥有与该刑罚轻重相对应的决定权限的高官(死刑的情况下是由皇帝本人)作出裁决。^{〔1〕}

* 原载大岛立子编:《宋代至清代的法与地域社会》,财团法人东洋文库,2006年出版。曹阳译,陈新字校。

〔1〕 滋贺秀三:《清朝時代の刑事裁判——その行政的性格。若干の沿革の考察を含めて》(收于滋贺《清代中国の法と裁判》创文社,1984年。首次发表于1960年)。在清代的死刑判决中,除“立决”(即“马上执行死刑”)之外,还有“监候”(全称为“监候秋后处决”,也就是下达死刑判决后不立即处死,而是收监等待翌年举行的大规模复审手续——“秋审”的判决)。监候人犯在秋审后会再分类为情实(应于当年执行)、缓决(本年度不执行,来年再度秋审)、可矜(减刑赦免)等。上述关于刑事审判制度的说明请参照上揭滋贺论文。

关于其中的前者、即“州县自理”审判(常识意义上的民事审判)的性质,由于当时不仅不存在成文的民事实体法(以下称“实定法”),而且甚至在审判中援引律例或其他实定法规范的例子也很少见,所以这种审判建立在怎样的基础之上这一规范性依据如何的问题,与其性质相关就构成了一个难点。日本的中国法制史学界围绕此点展开的一系列论争,逐渐揭示出了这种审判中作为依据的规范所特有的作用方式。^[2]

而关于后者,即“必要的复审制”审判(常识意义上的刑事审判)的性质,由于从最初就存在着“律”、“例”这样比较完备的刑法典,并且日本学术界研究的着力点一开始就从对“旧中国虽然制定了成文法律,实际上却没有真正发挥作用”这种历来旧说的批判出发,^[3]所以问题很容易被简化为对“刑事审判中律例是具有实效性、还是只是一纸空文?”这种二者择一式追问的探讨。并且正因为如此,官吏审判援引律例的实态和皇帝为对应社会变动而频繁改废条例等事实,通过学者以

[2] 滋贺秀三:《民事的法源の概括的检讨——情·理·法》(前掲滋贺:《清代中国の法と裁判》。中文版《清代诉讼制度之民事法源的概括性考察——情·理·法》收于滋贺秀三等著、王亚新、梁治平编:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社,1998年)。《中国法文化の考察——诉讼のあり方を通じて》(收于日本法哲学会编:《东西法文化》,有斐阁,1987年。中文版《中国法文化の考察——以诉讼的形态为素材》收于《明清时期的民事审判与民间契约》);Philip C. C. Huang, *Civil Justice in China: Representation and Practice in the Qing*, Stanford University Press, 1996年;寺田浩明:《权利と冤抑——清代听讼世界の全体像》(《法学》第61卷第5号,1997年。中文版《权利与冤抑——清代听讼和民众的民事法秩序》收于《明清时期的民事审判与民间契约》)。《清代听讼に見える“逆说”の现象の理解について——ホアン氏の“表象と实务”论に寄せて》(《中国——社会と文化》第13号,1998年。中文版《关于清代听讼制度所见“自相矛盾”现象的理解》收于易继明主编《私法》第4辑第2卷,北京大学出版社,2004年)。《中国清代民事诉讼と“法の构筑”——〈淡新档案〉の一事例を素材にして》(收于日本法社会学会编《法の构筑》(《法社会学》第58号)有斐阁,2003年。中文版《中国清代的民事诉讼与“法之构筑”》收于《私法》第3辑第2卷)等。笔者个人的达成点将在本稿的“结语”部分概括介绍。

[3] 作为此批判的急先锋,有中村茂夫:《传统中国法=雏形说に対する一试论》(《法政理论》第12卷第1号,1979年),《清代の判语に見られる法の适用——特に诬告、威逼人致死をめぐって》(新潟大学《法政理论》第9卷第1号,1976年)。

充分的实证研究揭示出来以后,反倒很难展开进一步更深入的讨论了。〔4〕这就造成了一种颇具讽刺意味的后果,即学术界似乎为某种错觉所控制:如同我们在当今世界上所面对的审判一样,在中国古代刑事审判的领域,作为立法者的皇帝暂且不论,至少对于官僚来说,也存在着类似于“依法审判”那样的结构。无论是否中国法制史的专家,这种漠然却也是广泛存在的认识好像都已经被普遍接受了。〔5〕

但毋庸置疑,即使官员援引律例来断案,也不能说官员和律例之间存在着我们现在的法官与法律同样的位置关系(即一方面要求法官的所有判决都一定要有法律根据。但另一方面,只要做到了这个要求法官的责任也就得以免除)。由同一官员承担的一系列审判中,“州县自理”审判(即州县长官具有终结该类案件权限的审判)中不出现实定法,而“必要的复审制”中出现实定法。这种事实暗示着此类审判中实定法的地位和作用与我们今天的审判有着原理上的差别。尽管如此,古代中国同样“依法审判”这种印象依然在漠然地不断扩散着。这大概是因为就实定法的作用方式来说,我们除了常识性的那种“以法律

〔4〕前注所揭的中村茂夫的二论文,虽然列举了显示审判中情法之平判断之优位性(本稿在下面会予以介绍)的诸事例,但结论也只是论述了将律例视为一纸空文的不正确性。与此相区别,滋贺秀三在《判決の確定力观念の不存在——とくに民事裁判の实态》(滋贺前揭《清代中国の法と裁判》第3章。原题《清代司法における判決の性格——判決の确定という观念の不存在》,1974、1975年)一文中,将皇帝和刑事审判的整体纳入视野,论述了此处的审判在原理水平上缺乏西洋式审判所共有的“判定”的契机。此结论本应触及到对此处的律例=实定法的意义和位置的反省,但遗憾的是此后的讨论并未在该方向上进一步深入展开。如将中国学界也纳入视野的话,在此之外也可以看到若干的展开(特别是王志强的以《清代刑部的法律推理》(同《法律多元视角下的清代国家法》,北京大学出版社,2003年所收)为代表的诸研究直接与本稿的课题相关),本稿暂不对此进行深入介绍和讨论。

〔5〕笔者虽然也曾执笔《清代司法制度研究における“法”の位置付けについて》(《思想》七九二号,岩波书店,1990年。中文版《日本的清代司法制度研究与对“法”的理解》收于《明清时期的民事审判与民间契约》)这篇对民刑事法两者进行概括讨论的论文时,虽然阐述了对传统中国司法的“实效性”“活跃性”的一般的论述的空白和局限,展开了刑事审判中到皇帝级别后起着最主要作用的还是情理这个中心价值的论述,可就官僚制内部的讨论来说,还是停留在了对普遍的律例遵照论的重复。本稿是对当时见解的补正。

为依据”的方式来加以理解之外,至今还没有提出其他的理解方式而造成的后果。

因此本稿主要根据至今为止的传统中国刑事裁判的实证成果,再次探讨其中的官员和律例=实定法的位置关系(或者说由这种位置关系衍生出的实定法自身的特性),试图对实定法(或者法的实定化这种行为)在大规模审判制度中可能存在的“另一种形态”提示另一种模式。从下面的介绍中我们可以发现,如果精确地解读的话,到目前为止的研究中呈现的也绝不是单纯的“依法”画面。为了弄清问题的所在,让我们先从对先前的研究成果的探讨开始。

一、迄今为止的清代刑事审判研究中对律例的定位

1. “情法之平”理念和律例

中国刑事司法的整体可以总结为国家皇帝忠实地代天惩戒行恶之人,为受害者申冤,使人们远离犯罪。其执行理念是“情罪相符,归于平允”,一言而概之,即为“情法之平”〔6〕这里的“情”指的是每个犯罪行为的犯罪情形/恶性程度,“罪/法”两者都是被处以的刑罚。每个犯罪行为的犯罪情形/恶性程度都必须准确地和其刑罚轻重相对应。如果刑罚太轻,受害者一方不足以申冤的话,则残留的问题会引起下一次争议。而看到刑罚这么轻,其他的人也会争相模仿;相反,刑罚太重的话,则国家刑法自身就会给加害者一方带来新的“冤”情。这样上天就会以干旱或者大雨等形式直接给皇帝以警告。

但这种理念自身是否立即会衍生出律例=实定法呢,事实并非如此。首先担当着惩恶职责的皇帝自身的职务行为就不需要引用实定法。其次从“情法之平”理念来考虑,既然同时存在着“情伪无穷”,即犯罪情形无限不同、犯罪案件具有无限个性,则与其制定一种不变的规

〔6〕 这样的用例十分常见,比如乾隆二十七年九月初五日上谕(《秋谏辑要》卷首)。这种罪情和刑罚之间毫无掩饰的对应关系的描述,从其性质来看多见于和秋审有关的史料。

则,还不如由皇帝针对无限不同的案件个体,一个个缜密、诚实地思考并下达与其相适应的刑罚,这在理念上显得更为合适。

尽管如此律例依然被制定,这是因为皇帝一个人毕竟不能处理全国所有的犯罪案件,所以不得不借用官员的力量。而在皇帝眼中,通过了科举考试的官员也是“贤愚不一”。如果怕麻烦全部委托给了愚者,不仅会出现个别的蒙冤者,而且还可能引发大规模的洪水而导致后果惨不忍睹。所以实际上,对于流刑以下的案件,虽然由于担心案件大量出现(由此造成手续停滞)而允许不需等皇帝裁决,只要有督抚以及刑部的裁决就可以执行(“先行发落”),但每年所有这些案件也必须于事后报告给皇帝(汇报/汇题),给皇帝留下事后更正的余地。而对无法事后更正的死刑,原则上每一件都保留由皇帝个别裁决。^[7]从这点上来说,可以认为尽管存在着官僚制的分工,但基本上官员们执行的只是案件处理的预备部分(调查和判决原案的做成)。由此,法的实定化也基本上是和这种局面相对应,并表现为服从此目的的形态。世祖章皇帝(顺治帝)御制大清律原序(顺治三年)中对此有如下描述:

“人民既众,情伪多端。每遇奏讞,轻重出入,颇烦拟议。律例未定,有司无所禀承。爰敕法司官广集廷议,详译明律,参以国制,增损剂量,期于平允。书成奏进,朕再三覆阅,仍命内院诸臣校订妥确,乃允刊布,名曰大清律集解附例。尔内外有司官吏,敬此成宪,勿得任意低昂”^[8]

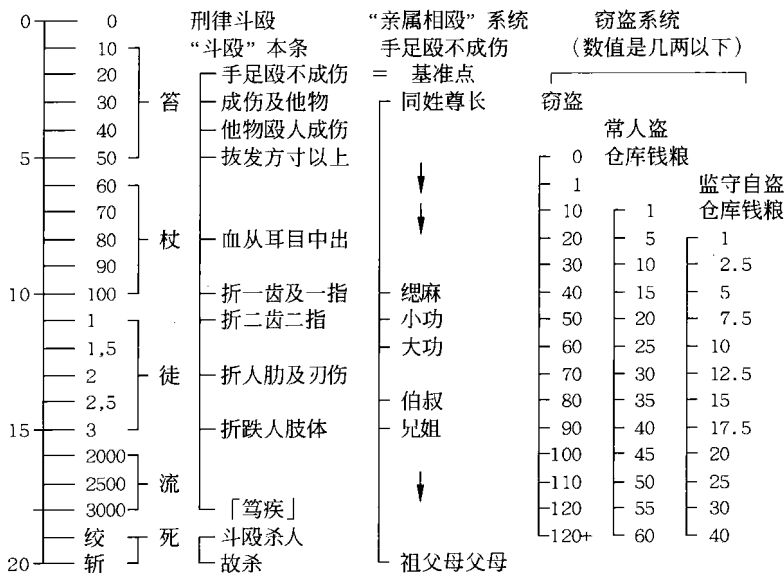
[7] 关于事后报告制度的详细请参照前揭滋贺论文《清朝時代の刑事裁判》。

[8] 关于制定律的目的,除了本文提及的内容以外,预先警示万民何种行为会给予何样的刑罚以预防犯罪的描述随处可见。顺治律序也在上文后继续写道“务使百官万民,畏名义而重犯法,冀几刑措之风,以昭我祖宗好生之德”。但就像在本文后面所能看到的那样,即使在个别的刑事审判中将适用的律条出示给犯罪者,实际的刑罚也未必和(犯罪者以一般外行的想法所考虑的)律条中记载的一样。律所显示的情法之平,对于民众来说并没有一般性的警告意义。因此对于这个侧面本稿不再论述。

即最终判断由皇帝来做是不言自明的。但是虽然说让官员们作出判决原案,可是让全国各地贤愚不一的官员们各自用他们平庸的头脑论述“情法之平”的话,其结果就是一旦对相似的犯罪案件作出了各种轻重不一的刑罚原案的话,整理可就是异常麻烦了。因此收集众议,谨慎审议,制定为律以供审判者们在作成刑罚原案时使用。这就是律所具有的本来的制度背景。

2. 律的内容

以上的目的决定了律的内容有其特定的形态。为了使读者们更容易了解律的内容和性质,笔者特将其作成下图。



律的规定方法模式图

图左端的刻度表示五刑二十等的刑罚尺度(笞杖刑的单位是次数、徒刑的单位是年、流刑的单位是里)。反过来说律中的笞杖徒流死这五种刑种,并不是根据目的、用途分别使用的,而是成为一个整体,被当作了表示二十等刑罚等级的衡量标尺。图右侧是犯罪类型的示例。

在第一部分中,将从清律“斗殴”本条的前半部和“斗殴及故杀人”条中摘出从斗殴到杀人的各种形态,标注了各自的刑罚轻重。在第二部分中,摘取了斗殴中“手足殴不成伤”情况下(如第一部分所示,加害者和受害者之间没有身份关系时刑罚为“笞二十”)被害者为加害者尊亲属时的各种形态和刑罚。第三部分表示同为盗窃时,通常盗窃的情况下、常人盗窃仓库钱粮的情况下、乃至仓库看守自盗仓库钱粮情况下的分类和刑罚。

所谓律基本上可以说是这样一个膨大的“罪行和刑罚的对应一览表”,每一个恶性类型中的具体形态都被细致地分类,然后一个个地被投放到刑法刻度上的某一个特定意义的地方。如果只是在同一犯罪类型内比较衡量的话,该项工作可能并不是那么困难。但如果横向看齐上图的徒1年的话,就会立即注意到:一旦采取了这种构造,则对不同犯罪类型的刑罚轻重进行综合的考察是势所难免的。这几乎就是一个没有尽头的工作。但传统中国的人们一直在反复考虑不停衡量,探索着最安定的配置。这种中国文明独具的“情理之平”判断之精华的收集工作在唐律中达成了大致的古典完成状态,在此基础上进行的进一步细化则成为了之后的律例发展史中的一条脉络。

而此处的“情法之平”的想法,关于对犯罪行为应处以何种刑罚才是轻重适当的讨论,也不是单单以犯罪行为的情形的细化就可以概括的。比如,乾隆律的钦定序(乾隆五年)中有如下论述:

有曰:宽严之用,必因乎其时。……深念因时之义,期以建中于民。……简命大臣取律文及递年奏定成例,详悉参定,重加编辑,揆诸天理,准诸人情,一本于至公而归于至当。

而大臣方面也有同样的论述。傅鼐奏请修定律例疏(乾隆五年):

刑罚世轻世重,自昔为然。而宽严之道,遂如温肃之异用

而同功。时而崇尚悖大，禁令渐弛，道在整饬，不得不济之以严；时而振兴明作，百度具张，道在修养，不得不济之以宽。宽严合乎大中，而用中本乎因时，盖所谓中无定体，随时而在。

什么是轻重适当的刑罚，这随着全体人民风气的改变也会发生变化。与此相对应也会出现对律文整体体系进行改订的必要。不仅如此，即使是同样的要素因为地域的差别也会有不同的表现形式。《秋谏志略》比对条款、增拟第三条目：

秋审实缓(情实和缓决)有一定不易之成法，而又当合时地以相参。所谓惟齐非齐，并行不悖也。即如僧人杀人与私铸钱文二项，当乾隆三十三三十四年间，多入情实。不过三、四年，犯者渐稀，仍复入缓。乃辟以止辟之明效大验。又如回民之案严于陕甘，抢夺之案严于咽匪，械斗之案严于闽粤，牛马之案严于蒙古，斗杀之案严于新疆，近日江海盗案严于粤省。窝窃贓脏之案严于楚粤，皆因地制宜，所以移风易俗，久则必变也。司谏者，当深体此意，俾全局在胸，触目即是。不可执一而不二。亦不必推类以及余。

即所说的“因时制宜·因地制宜”要素。这样，情法之平的内容随着社会和时代的变化或者综合性地、或者地域性地发生着变化。

清律“断罪引律令”条(“凡断罪皆须具引律例。违者，笞三十”)中规定了官员有义务在做成刑罚原案时引照律例，而该律例就是深入考虑了以上这些要素的“情法之平”对照一览表。

但律例既然是以特定一个个与犯罪情形(“情”)最为轻重合适的刑罚为目的，则其中记载的一个个“情”就只有采取相当具体、限定的形式了。而且在援引律例的时候，最为普通的做法是原样不动地直接引用律例条文中相关部分的文句，严格禁止任何解释扩张。如此，每个

条文的射程就只停留在一种常识性的范围(文句的日常表达的意思范围内),即上级官员读呈报文书,看到记载的案情和援引的律例本文后,能将此案的案情与此条条文的“情”等同起来。〔9〕其射程范围本来就非常狭窄。所以无论怎样对细部如何进行梳理,归根到底其也只能是一把齿间稀疏的梳子。结果连人命案件以及盗窃抢劫案件这样比较容易定义的犯罪领域,也频繁地出现没有可以适用的条文(现实中的案件的“情”和律所设定的哪个“情”也对应不上)的情况。〔10〕也就是所说的“律例有定,情伪无穷”。

当然这种情形从最初就被预想到了,所以律中也规定了处理这种情形的方式。这就是“比附”、“比照”的使用。〔11〕清律名例“断罪无正条”:

凡律令该载不尽事理,若断罪无正条者引律比附,应加应减,定拟罪名,议定奏闻。若辄断决,致罪有出入,以故失论。

当律例中没有正条(合适的条文),即该案件的“情”和律例中记载的哪个“情”也对不上时,寻找能证明自己的情法之平判断适当的其他条文,将其作为基准点出示并根据需要调节刑罚的轻重,做成原案呈报。当官员们间有了定论后再等待皇帝的最后裁决。不如此做,即应

〔9〕 森川伸吾在《中国法の法源と調査方法》(上下、国际商事仲裁协会:《JCAジャーナル》2000年2月号、3月号)中以现代中国法为对象也指出了大致相同的问题。也就是说,在中国的法律实务中适用法律条文时,基本上不存在着和日本法学家所实行的同样的“文理解释”(即日本法学家通过更为自由的方式来解释说明法律规定的含义)。不仅如此,这种想法本身几乎也不存在。法律条文基本上只含有文字表面所能看到的意思。另外,森川也指出了“但反过来说,这种特点也带来了一定的事实关系是否符合文句的部分很容易被个别法官的当场判断所左右”的弊害。

〔10〕 像户律这样的周边领域,能列举出某种行为这本身已经相当偶然了。在这样的领域中似乎最初就没有包罗具体事态的意识。

〔11〕 中村茂夫:《比附の机能》(同《清代刑法研究》,东京大学出版会,1973年。中文版《比附的功能》收于杨一凡总主编、寺田浩明主编:《中国法制史考证》丙编第4卷。中国社会科学出版社,2003年)。

该比附却漫不经心地强引已有的条文，或者做了比附却不呈报上奏时，将被处以误判之罪。

基层官员采用其中的一种方法援引律例作成刑罚原案后，等待上司的复审。

3. 皇帝的裁决

这种必要的复审制的顶点是皇帝。如上所述，理论上所有的呈报案件都要交到他的手上，并且事实上所有的死刑案件原则上都必须一件件地听从他的个别裁决。对于臣下的呈报，皇帝单纯地予以批准的例子当然占了大部分。但是如果认为有必要，他可以随时推翻臣下的原案。下面列举一个皇帝推翻依照律例拟定的原案的例子。乾隆三年四月二十二日、对三法司题本（原拟为依“弟殴胞兄死”律，“斩立决”）的朱批：

雷凤于推跌之后又被方氏衣膝头面，雷春复行扭殴，雷凤急欲挣脱，举脚一踢，误伤伊兄肾囊身死，情尚可原，雷凤著改为应斩监候，秋后处决。^[12]

当然相反加重刑罚的案例也存在。下面是秋审时的裁决例。乾隆四十五年九月初五日上谕：

本日，刑部将川省秋审缓决人犯本进呈内曾子开致死胞弟曾保开一案。刑部因曾子开念伊弟作贼起意致死，尚无图谋财产情事，拟以缓决。所办非是。曾保开屡次行窃不听教管，反被出言顶撞，曾子开原可鸣官究治，或自行管束锁禁，俱无不可。乃该犯因有代弟赔偿行窃钱文一事，恐此后复犯再行赔累，心怀忿恨，登时毙命。实为残忍。该部自应照例问拟

[12] 转引郑秦：《清代司法审判制度研究》，10页，1988年。

情实,将伊弟行窃缘由加片声明。^[13]

一言以蔽之,即皇帝本身不受律例所束缚。但如果就此一概而论地认为皇帝的裁决仅仅是非法律性的、反法律性的行为,这也不符合事实。关于这一点,滋贺氏在从前就予以指出过,最近陶安あんど氏也对此进行了强调。^[14]也就是说,此处的“情”并不是皇帝的个人感情、心情。^[15]认为“情尚可原”,实际上对应得是“急欲挣脱”、“再行赔累,心怀忿恨”这类每个案件中个别(同时也可能类型性地发生)存在的情形,进行的是对这种情形和刑罚平衡的合理化调整。这种裁决构造的本身和“律”同样是“情罪平允”。并且,如果最终下达的刑罚轻重不当,犯罪受害者的不满和对冤罪的天谴同样会出现。所以这裁决实际上也和“律”一样服从于不能畸重畸轻的原理性规律。对于这种同型的裁决,律展示纲要,皇帝再根据个别案件再进行调整,这是两者的基本位置关系。

4. 副次法典论

但皇帝从已有的律例出发自由地进行情法之平的判断同时,将皇帝的这种个别裁决中的重要部分再度条文化发布给官员(即编入律例

[13] 《秋谳辑要》卷首所收。但顺便说一下,皇帝自己也并不认为这个犯人实际上应该在本年度处以死刑。如上谕以下的部分说“自可免勾。即该部不行加片,此等案情,朕无不留心总核持平办理。乃竟依该督原拟予以缓决,将来数年后与常犯一律减等、未免失之宽纵”。这是一个为了体现案件的细微差异的情法之平,甚至把手续处理方法的差异也作为体现刑罚轻重差异手段的例子[关于这种展开的意义,赤城美惠子的论文《“缓决”の成立——清朝初期における监候死罪案件处理の变容——》(《东洋文化研究所纪要》第147号,2005年)中有细致的描述]。一直强调情法之平的细致,可刑罚方面为何只设置了大约二十等刻度的问题,也可以暂用这个方式试答。

[14] 陶安あんど:《比附与类推——超越沈家本的时代约束》(《沈家本与中国法律文化国际学术研讨会论文集》,中国法制出版社,2005年)等。

[15] 如果说是心情,则此处的心情与其说是个人的感伤,莫如理解为对应外部事情的细小差异而被唤起的内心的反应(并且善良的人理所应当会被同样的方式所唤起)。当然不可否定事实上存在着这种缺乏普遍性的情(私情)。但在审判的情况下,如果审判人被这种情所影响,则会被认为“循情不公”,一贯是被排斥的。

体系中)的制度性构造也在运行着。

滋贺氏的研究阐明,皇帝如想将某个裁决(某个量刑的轻重)应用到以后的同样的犯罪时,就会在表示此案具体处理内容的谕尾写明“嗣后如遇此等案件,均照此案办理。将此传谕知之”、“嗣后以…为例。”接到这样的指示后,记载着此次案件内容和处置的文书就会被做成并发放给全国的审判担当部门。这叫做“通行”。此后,官员们在处理同样的案件时就有义务跳过已有的律例本文而引用通行。而且每隔几年,这些“通行”就会被整理总结为条文公布。这实际上就是附载于律的“条例”的来历。就这样,对应着现实社会的动向,律例不断地被改订。^[16]

类似的过程贯穿于整个中国的法典发展史中。皇帝口中下达的个别性意志胜过一般性意志,新意志胜过旧意志。以这种“皇帝的意志”为源泉的立法论视角进行整理,并将各种史料整理为“基本法典·副次法典·单行指令”这三种法的存在形态的,正是众所周知的滋贺氏的刑事法源论。^[17]

这种理解是将在旧中国刑事审判中看到的以法典为代表的静的侧面和从皇帝的个别判断到其再实定化的动态侧面,以作为法的最终源泉之“皇帝的意志”,以及皇帝的个别判断和律的价值同型的观点统合起来。单从此方面看,确实具有将以上的实态认识融为一体的说服力。

但这种理论把变动的要素完全归结到了皇帝立法权下,这很可能使此动态过程中官僚作用的讨论徒劳无功。结果就出现了本论文开头所描写的学说史的现状。确实,如果只谈实定法的价值,把立法者的职责单一地归结给皇帝的話,官员们剩下的就只有法的忠实遵守者这种

[16] 滋贺秀三:《清朝の法制》(滋贺《中国法制史论集——法典と刑罚》,创文社,2003年所收。首次发表于1974年)。

[17] 滋贺秀三:《中国法》(《ブリタニカ国际大百科事典》第13卷,1974年)。同《法典編纂の歴史》(滋贺前掲《中国法制史论集》所收)。

定位了。^[18]但如果再进一步思考,官员们在刑事审判中真的只是单纯的实定法遵守执行者么?当时的实定法被制定就是为了发挥这样的作用吗?在下一部分中,本论文将以官僚和实定法的关系为中心进一步展开讨论。

二、律例的非规则性质

1. 官员的判断和律例间的位置关系——以比附为中心

在以上的论述中,官员们基本上被描述为严格遵循律例(具体是做成刑罚原案)的审判者。不仅如此,再加上律例中刑罚的轻重并没有一定的调整幅度,而是被法定为绝对的方式,官员们甚至没有量刑裁量的余地,所以看起来他们比我们的法官受到的法律约束更加强烈。并且在实际的审判例中,单纯地把案情套入律例(其中记载的权威的、标准的情法之平)中的呈报文书在数量上占了大部分。只看到这些话,确实可以得出大部分案件是依照律例被裁决的这个结论。

可是实际上,虽然数量较少,但依然存在着上文中提到的那种将应比附的案件依律裁决后遭到上司的驳或者处罚处分的例子。官员的职责并不只是把案件套入已有的律条中。在特定的情况下,比附与其说是审判者的权利,还不如说是义务。如果再深究一下比附的内幕的话,就可以进一步地看到细微之处。请看下面的例子。

刑律贼盗“夜无故入人家”中有以下条例:“凡黑夜偷窃或白日入人家内偷窃财物,被事主殴打致死者,比照夜无故入人家已就拘执而擅杀至死律,杖一百、徒三年。若非黑夜,又未入人家内,只在白日旷野摘取蔬果等类,俱不得滥引此律”。^[19]这是一例以几个比附案件为契机做成的条例,从这点上来说可认为是最正统的比附例子。仔细观察这

[18] 注[5]所揭的拙稿《“法”の位置づけ》论文中的结论最终落入官员的法遵照论之窠臼的最大原因也源于此。

[19] 康熙五十一年刑部议准定例。雍正三年律例馆奏准附律(《大清律例通考校注》,中国政法大学出版社,760页)。另外,该条例在乾隆五年时再度修改,内容上增加了关于拒捕的各种要件,变得越发复杂。

里的比附操作的话,可以看到一些非常有特点的内容。

使用比照处设定的是被盗人家的主人黑夜在屋外、或者白昼在屋内当场杀死盗窃犯的例子。与此对应的比照原条文是“夜无故入人家”律的本条“夜无故入人家者,杖八十。主人登时杀死者,勿论。其已就拘执而擅杀伤者,减斗杀伤罪二等。至死者,杖一百,徒三年”。此条文原为夜晚无故入他人家者被主人发现并当场杀死时,以正当防卫无罪论;如被缚后被杀时,则虽不能判为无罪,但也和单纯的斗杀殴不同,应判徒三年。此次其后半段部分被比照。^[20]

可此处被比照的事例和被比照的原律到底哪里相似呢?后者是“被缚后”,而前者是“黑夜”(屋外)“白日人家内”,内容的展开完全是不同的方向。构成要件几乎完全没有共通性。特别是此处的犯罪已经完全脱离了比照原律“已就拘执”云云等刑罚得以成立的大前提“夜无故入人家”律本身的核心内容。因此,如果从法条里寻找刑罚下达的根据,即用我们的所谓类推适用来考虑的话,怎么也不会明白这种类推缘何成立。所以,此处的思考可能是以其他顺序进行的。

比如,一个审判官遇到了某男当场杀死在屋外偷盗的小偷的案件。当然,既然出了人命就应该受到刑罚。可是以斗殴杀来处以死刑也确实有些苛刻(该案的“情”和通常的斗殴杀的律条所设定的“情”确实不同)。如果以情法之平来衡量的话直感上也就是徒刑的程度吧。但却没有明显的减刑条文。此时灵机一动,“夜无故入人家”条文的后半段里倒是存在着从斗殴杀减刑的形式。拿起律例一看又发现,那个前半段中不论罪的前提条件要求“黑夜+人家内+登时杀死”这三点同时具备,而后半段可以看做是缺少这三个条件中的“登时杀死”条件时的规定。那反过来想,此次的案情可以看做是“夜无故入人家”条的三点

[20] 清律“夜无故入人家”条以及清律中正当防卫的处理,请参照中村正人《清代刑法における正当防卫(一)(二)》(《法学论丛》第127卷第1号,第3号,1990年)、同《清律“夜无故入人家”条小考》(《中国史学》第5卷,1995年)、同《清代刑法における处罚构造——窃盗犯に対する防卫行为を中心に》(梅原郁编:《前近代中国の刑罚》,京都大学人文科学研究所,1996年)。

条件中缺少了另一个条件的例子吧。是了。就比照这个,来说服上司徒三年这个刑罚是轻重适当的吧。

如上所述,比附中的律的援引,与其说是扩张已有的个别律条的“情”,使此次案件的情被包含其中(由此将此条文作为此次刑罚的直接根据)的操作,还不如说基本上是一种将自己对此次案件所做的直感上的大致“情法之平”判断,以和律条体系中某个“情法之平”的要件(推导其的逻辑)相关联的方法来提示,由此来增加自己的量刑判断的说明力的操作。在中村茂夫氏的研究中,甚至还可以看到存在着完全适用的条文,却由于寻求别的量刑而比附其他条文的例子。^[21]律中是否有正文,也就是此次的案情的“情”和律所设定的“情”是否完全吻合这种判断大概已让位给律中记载的刑罚的轻重是否适当,这种审判者自身的直觉的“情法之平”判断了。结果就是无论是否律有正条,首先自己要先进行“情法之平”判断,而进行这行为的当然就是直接接触案情的基层官员自己。也就是说,最后怎么做另当别论,官员们有自由和义务自主地根据此次的案情来考虑“情法之平”,易言之,其有要考虑是否引用正条的自由与义务。

2. 权宜处置

通过铃木秀光氏的一系列关于“权宜处置”的研究表明,官僚所拥有的这种自由和义务不仅存在于引据律(正)条的情况中,而且也存在于案情呈报的手续中。^[22]依照当时的定例,人命案件要经过州县官/知府/按察司/督抚/刑部的顺序依次复审,最后得到皇帝的裁决后才可以处刑。但仔细地观察史料,特别是其中罪状恶劣的案件,就可以发现存在着不须皇帝的批准而在下属级别“即行正法”、“先行正法”的若干类型。其代表是“杖毙”,即用执行杖刑的方法杀死犯罪者的方式。这

[21] 中村茂夫前掲《比附の机能》,177页以下。

[22] 铃木秀光:《杖毙考——清代中期死刑案件处理の一考察》(《中国——社会と文化》第17号,2002年)。《恭請王命考——清代死刑裁判における“权宜”と“定例”》(《法制史研究》第53号,2004年)。同《清末就地正法考》(《东洋文化研究所纪要》第145册,2004年)。

种形式在整个清代中广泛地存在于从基层地方官到巡抚的各个级别。根据铃木氏的研究,案件中有确实与律相符合应当处以死刑的,也有未必如此的。在手续方面,有事先或事后通过奏本报告给皇帝的,也有未经过报告的。而且铃木氏在研究中,还介绍了杖毙之外的“恭请王命”、“就地正法”等先行正法的各类型。

问题是皇帝怎样看待这样的方式。关于这一点,在此转引一下铃木氏所引史料是最为易懂的。〔23〕

林棍等聚众制械,欲进漳浦县城抢劫富户,实因本年八月二十五日厦门匪类郭兴等一案,所以闻风而起。若不从重究处,何以慑怖奸人之胆。……(不过)此案奸徒虽聚众商谋抢劫,然实未上盗,似与厦门郭兴等公然杀害官兵者不同。(认定属于未遂。而该当律文中规定的对于未遂的刑罚应该是流三千里。虽然如此,其所作出的判断是)……将内为首及藏械藏人者即在该地杖毙、抄没其家外,其余伙犯严行枷责,仍按轻重分别永行禁锢看守。

【雍正帝的朱批】甚好。但一点宽纵不得。今匪类漏网,遗害良善,大损阴德事也。将此等放虎入山之假仁,万万行不得,只以严为好。

此处地方官以时宜、地宜为理由提出的权宜的处置得到了皇帝的赞赏。并且,铃木氏在其研究中也列举了与其相反,本有必要紧急究处以使民知所畏惧的死刑案例,巡抚不紧不慢按照定例呈报处理,结果被皇帝叱责“殊属拘泥”的事例。〔24〕

如此可见,即使是基层官员,如果有必要进行包括时宜、地宜等在

〔23〕 铃木前揭《杖毙考》所引,《雍正朝汉文硃批奏摺汇编》六册 No. 262《福建巡抚毛文铨奏緝获漳浦县不法之徒情形摺》(雍正三年十月二十五日)。

〔24〕 铃木前揭《恭请王命考》所引,乾隆五十五年谕旨。

内的“情法之平”的裁量的话,也要毫不犹豫地“独断专行”来进行“权宜”的处置,甚至被积极地要求这样做。而且一旦提到时宜、地宜的话,则即使行为事实完全和律例的记述一样,实际上这“情”的差别也就有了无穷的讨论空间,而且也必须进行考虑。而地方官在非常时刻也被要求站在最前线,像皇帝那样自己进行判断和裁决。概括此处的全体像的话,即为一种制度基层的法执行者在每次处理案件时,都可以判断利用当时的制度和实定法是否适当,甚至被积极地要求这样做的不可思议的构造。

此处的事态和我们普通所认为的“依法审判”不同这一点毋庸置疑。但很明显,此问题不是单单用一句大臣对法遵守的不足或是从皇帝统治的逃逸就可以解释的。^[25] 上述史料中显示的权宜处置案例,无论哪一个都不是瞒着皇帝而偷偷进行的。并且在比附中,制度从最开始就设定了官员的这种“情法之平”判断要呈报给上级并最后听从皇帝的裁决。臣下被允许(要求)的判断的幅度极广宽,近乎白纸委任,但这种判断基本上并没有被赋予独立的权威。实际上,臣下的这种行为并不是都会被皇帝接受的,同时也存在着驳和惩戒。^[26] 但皇帝不接受臣下的判断绝不是因为其没有依照实定法或定例,简明地说是由于这判断不得当。

结果可以确认一点,即皇帝和臣下之间虽然有明确的上下关系,但这种上下关系绝不是其间夹着“法”的“立法者”和“执行者”或“解释者”之间的位置关系。或者说在这里实定法虽然作为援引比照的规则基准被反复使用,但其作用并不像我们通常所想的那样只有依据实定法的行为才会被赋予正当性,并且也不是法官只要依照法就会被免责

[25] 不可否认,此处的事态有时会 and 命令违反权限逃逸系统的诸问题相重叠。关于两者的关联会在后面的注解[31]处再次提及。

[26] 但反过来说,只要皇帝认可,这个官员的判断也可能就会由此成为皇帝官僚制全体的意志。这也会成为有野心的基层官员向官界全体夸示自己见识的机会,并且有时也会促成他们的独自判断。所以无须把事态看成是完全由皇帝统治的。关于皇帝官僚制内的意思统一过程自身所抱有的问题可参照注解[28]。

(或者说独立的主体可以以此为“依据”)。而在传统中国,虽然具有实定法的体系,但承认其存在的同时,不仅是形式上的立法者——皇帝,甚至连基层官员在内的审判制度的全体成员都在不断进行着权衡,希望将其提升到更高层次的“情法之平”原理。必要时不履行此行为的人甚至会被认为是一个不合格的管理者。然而,这并不能说明所有的一切都已经完全地委托给他们了,而是通过呈报制度最后统合在皇帝的管理下。为了更好地理解这种实定法制度的特性,下面我们先对其形成对比的我们的实定法的性质再进行一次教科书上的确认。

3. 规则和原理

近年的法哲学教科书中,对我们的法院中所进行的法律议论的特性有如下说明:我们在法规范正当化的推论中所出现的论据,最后也会归于伦理性命题等并非一定属于法的论据。由于法本身就是浮动在其外侧无限展开的社会中的,所以这也是理所当然的。

不过,法的正当化中的一些制约使其区别于别的种类的正当化。第一,法的正当化至少要引用一个法律性论据。第二,法的正当化所援引的(相对的)法律性论据优先于(相对的)非法律性论据。……因此,提交法律性性质较薄弱的论据的一方负有将其正当化的责任。此责任叫做“议论责任”。……议论责任是一种和内容正当化的说服力相独立地、把各种论据按照法的性格对它们进行重要性衡量的构造,由此秩序的正当化以及议论成为了可能。而比如说从宪法和法律的优先关系以及上一级审判和下一级审判的事实效力的差别也可以看出,法律制度本身也在将这种构造进行着制度化。^[27]

我们的法制度或者法源制度首先最应理解为这样的使“论据的形

[27] 龟本洋:《解释技法の使い方》(平野仁彦·龟本洋·服部高宏:《法哲学》,有斐阁アルマ,2002年,第5章《法的思考》)。

式阶梯化”成立并运转的体系。或者说这种论据的形式阶梯和实质内容的价值序列以独立的方式成立这一点,才正是法律议论的特征。

而把这从与传统中国对比的角度来看的话,则现实中这种实定法几乎充实到可覆盖社会中出现的所有事态的程度(也就是说,出现的每个案件都可以作为这种实定法/固有的“规则”的“例子”处理)。它在法官和当事者们的头上(宛如在低空聚集的云彩)水平地展开,实际上隔绝了向原理以及价值(这个太阳)直接挺进的路径。甚至实定法的间隙也被残留的实定法的力量极力地填满了。这种方式下,实定法处于一种事实上垄断了法背后的某些价值或原理解释权的状态,这是我们通常所认为的实定法秩序。^[28]

而与此形成鲜明对比的是律例很显然缺乏这种“向原理直接挺进的隔绝功能”。皇帝当然是这样的,甚至官员也在不断地弥补着律例的间隙,向情法之平这个根本价值或者原理直接挺进。如再联系到前述的律例本身也即为情理之平原理的体现,则个别案件处理的裁决也和一个个的律条一起并列地直接悬挂在情法之平原理之下。如上文所

[28] 而且这样的构造之所以能够成立还有一个无言的前提,即被文字化为法的词语的抽象度问题。在这里实定法比起个别的“案件”来说当然更加抽象,但是比起下面所说的情法之平或者情理等“原理”来说则是更为具体了。并且其被典型地概括为原因/结果(要件/效果)相关联的形式,且执行由权力作内在的保障。这种抽象度和权力性共存的结果,使得此处的实定法具有把人的行为限定在一定幅度中予以制约的功能的同时,也具有预先直接赋予此范围内的行为社会正当性的“权限给予”和“自由保证”的机能(法官的法“解释”现象与“依法裁决”也都是在这样的构造中形成的)。这些属性中的任何一个在本稿所描述的实定法中也找不到(此处的实定法反复地被“案件”或“原理”所牵引,不能保持中间的形式)。本人深感对包括这些在内的总体性进行对比的必要,但由于能力有限,本稿暂不对此进行深入研究。并且,论文《アンシブルな対話——清代では法と慣習とがシビルローの中に融合しなかった件について》(Jérôme Bourgon ‘Uncivil Dialogue: Law and Custom did not merge into Civil Law under the Qing’, *Late Imperial China* Vol. 23, No. 1 (June 2002): 50-90 的全文翻译、寺田浩明翻译、解说。《中国——社会与文化》第20号,2005年)中,指出中世纪/近世的英国以及法国法制史中的“习惯法”以及广泛的规则型私法成立的背景是权力和社会实践中的“社会对话”,并通过与它的对比,指出帝制中国中缺乏这种对话。本稿从此论文中受到了很多学术刺激,特此记之以表谢意。

见，审判事例中的一些又会被再次条文化凝结为条例的形式。此处的实定法并不是横截在案例和原理之间，而莫若说是在相同的原理下以和案例混合的状态存在着。或者说，法规和案例的差异并不是规则和个案之间的差异，而只不过是同样直接悬挂于情法之平原理下的判断中“固定化程度的差”而已。

因此，由皇帝制定律例这也并不是说由皇帝出示的实定法体系来全面地替代情法之平这一原理。而且，以皇帝为首脑，官僚为手足的这样一个刑事司法制度整体也并不是一种由皇帝制定法而官僚仅仅是完全遵守的模式。在这里整体存在的是下面这样一个过程，即虽然根据情法之平的理想所有的有德者应该给予相同的判断，但由于现实中担当者的贤愚不一而难免出现不一致，所以要将这些原理直接关联的判断通过呈报过程被总结起来，最后再由世上独一无二的皇帝宣示。^[29]

[29] 本稿为了集中体现实定法的性格，没有深入讨论官员和皇帝之间统一判断的过程，但是这方面当然也有其特征性的构造。从制度的正面出发，当然可以认为皇帝才是唯一知道正确的“情法之平”的最终决定者。并且确实皇帝官僚制度整体的最终意志通常是通过皇帝的口被宣示的。但实际上就其内容来看，皇帝和其余的全体官员意见相左提出不同的看法的情况是极为少数的。大多时候只是把官员们在呈报过程中不断斟酌得出的结论以皇帝的名义昭告天下而已（正因为有此基础，幼帝的存在制度上才成为可能）。并且通过情法之平这种综合的程度判断，得出的结果也无外乎大家（首先是科举官僚们）认为哪个程度更符合“官界的常识”或者“官界的公论”，不会有其他不同的独立的判断标准。甚至皇帝发布的律例，其内容也是臣下众议的结晶。在这意义上，所谓的刑事审判，其案件的呈报过程也同时就是官界内公论该案件的“情法之平”的过程，所以可以认为皇帝体现的也基本上是这种官场的公论、全体的意志（在此意义上，从来的议论中所说的“皇帝的意志”有时容易产生误解）。关于在公论形成中起作用的规范契机和权力契机之间的逻辑关系、对此构造中设想的人们的“意志”（心）的理解等，拙稿《明清法秩序における“约”の性格》（沟口雄三等编：《社会与国家》所收，东大出版会，1994年。中文版《明清时期法秩序中“约”的性质》收于《明清时期的民事审判与民间契约》）中有更加直接详细的论述。极力推荐参照。在此再提一句与统一判决功能相关联的话，此制度“允许全员原理直结式地议论时，回答总可以统一为一个的保证在什么地方”，这个（近代人首先应该浮现的）问题基本上从未被从正面提出过。在此莫若说，先有这样一个无条件的前提，即正确的公论一定会有一个，大家一齐舍掉“私心”站在“公”的立场上的话就自然会达成，然后从人世中将具具体统一的必要出发，导出了迷于“私欲”的人民到“至公无私”的皇帝这种“德的多寡”的设定，这样说可能更加合适。

律例在整个过程中莫如说是纵向插入的。

从这个视角再一次整理律的作用：即首先律被原封不动地援引（就是判断该案件的案情与律所记载的“情”相同）的情况下，官员从最初开始就没有如上所述的解释操作的余地。换句话说，即依律审判的时候，律并不是作为一种规则，而是一种对官员处理该案件的直接的明示的“命令”。^[30]相反在“情”有所不同的情况下，首先自己应该考虑情法之平。这时，已有的律例体系全体在呈报提案的过程中定位自身的情法之平的判断，并且作为援引比照的范围或是“基准”而发挥作用。无论从哪一面来说，此处的律都不是我们所认为的作为“伴随着解释的法、此次个别判断的一般性基础、对应于个案的规则”而运行。

当然“命令”和“基准”之间有着明显的差异，则实际上判断该犯罪的案情是否和律所想定的情的一样（即事实认定）就成了最大的岔道口。但这一点根据律本身无法进行完全的控制。虽然遵守律例的文字本意会成为出发点，但恐怕一方面一定会存在过度倚靠律文，或者由于过度倚靠而将案件的“情”牵强到律例一方的例子。^[31]而过于小心翼翼，回避律以外的判断，则难免受到“拘泥”的指责。而且只有细心地注意到情的差异才不负士大夫的美名。如果提出了时宜和地宜的话，则此时的情和法设定的情不同这样的例子举不胜举。但如果做的过头了的话，又会被说成是“僭越”。于是在此问题上，官员们常常面临这

[30] 但这未必会成为此次案件的最后结论。一旦皇帝主张“情”的错误，则官员一下子就会成为连这种明明白白的情的差异也辨别不清，错引了无关律例（比如说关于此次案件处理的皇帝的命令）的无见识的或者“不辨朕的真意”的小人。就连单纯的“听从命令”的情况下也不可以脱离情法之平得出结论。

[31] 唐泽靖彦：《話すことと書くことのはざままで——清代裁判文书における供述書のテキスト性》（《中国——社会と文化》第10号，1995年）中利用刑部现审案件的档案对刑事裁判中这种操作的存在予以了形象有力的说明。

样严峻的判断。^[32]

但尽管说律不是规则,只是一种命令或者大致标准,可其仍然有着重要的作用。只要想到文章最初所描述的在综合了解所有犯罪类型基础上进行情法之平判断的无比困难和判断失败可能带来的毁灭性后果的话,就会明白从零开始进行的审判无论对谁来说都是难于登天的。在这种情况下,某种情对应某种刑罚,这种在过去的丰富实务经验基础上形成并受到认可的命令组合(“祖法”)的存在对于官员,甚至对于优柔寡断的皇帝来说都是一种侥幸。在没有该当的法条而必须要自己考虑情法之平时,律例体系全体理所当然地成为了这种困难的判断的引导工具。并且,如果是直到执行前都在自己个人内心的黑匣子里进行封入式操作的情形(州县自理以及皇帝的立场)下,这种工具可能还不会显得那么重要,可是在命盗重案等必须向上司详细解释刑罚的适当理由的情况下,提案和评价的双方也就当然地都需要一个共有的大致

[32] 但如该案件被呈报,听从皇帝个人的判断(死刑案件和比附案件基本是这样),则臣下级别的选择最后就会被皇帝级别的更大的情理之平判断所吸收,因此不会给总体的审判性格本身带来大的影响。并且这种臣下的情判断和呈报的有无(比如,必要的复审制和州县自理之间,如果再加上事实上的问题的话,更是另有以省和中央之间的内结/外结区分为首的若干的选择点,上述的“权宜处分”的一部分也在此处重合。)一旦重合进行,就会再产生一个麻烦的问题。当然如果这个也被适当地进行的话,就会作为情理之平理念的体现给予积极的评价(比如,中村茂夫前揭《清代の判语に見られる法の适用——特に诬告、威逼人致死をめぐって》论文中详细介绍的对自理和呈报之间的某些“起诉便宜主义”措施的评价)。相反,如果进行得不适当的话,这又会一变成为官员们徇私情,自作主张地进行“枉法”行为等和单纯的权限逃逸·责任放弃相关的问题。这样,本稿所讨论的情法之平判断和实定法的本质问题在此和权限分配、权限逃逸等制度问题相重叠。当然论点可以由此向多方面展开,但本稿不对此做过多讨论。本稿想讨论的是即使排除了一切“弊害”,并且所有的最后裁决都在皇帝处统一后,依然残留下来的本质问题(反过来说,即至今为止被上述的“弊害”议论所掩盖的、未被从正面论及过的核心部分自身所包含的问题性)。而关于此问题是否存在及探讨该问题必要性,我们需要试着思考一下下面的问题就可以明了了:即只要行政基层“严格执法”了,这个法秩序所包含的诸问题就会马上得到解决了吗?而这里也会出现“依法审判”的秩序吗?

标准。而律例正对上司和下属之间的这种交流提供了一定的权威构造。^[33]

4. 法和成案

律例尽管是实定法,但它并不是水平地展开于案件处理全体的上方,外在地控制其动向并同时作为其基础地运作。这里的实定法也是每日进行的与无限的个别的“情”相对应的情法之平判断之一,纵向地排列着。既然如此,则其不可能成为今后发生的所有案件处理的坚实基础,律例中没有的判断会不断地出现。但这也不能立刻理解为实定法的被轻视或者机能不全。在这里不如说实定法从最开始就是以这种非规则的方式被构思制定,并起着相应的作用。

关于律例和个别裁决 = 成案(即判例。请注意这也要经过皇帝的批准)的区别和对比可参见史料,刑律断狱“断罪引律令”的后段“其特旨断罪,临时处治,不为定律者,不得引比为律”、同条的条例“除正律、正例而外,凡属成案未经通行著为定例,一概严禁,毋得混行牵引,致罪有出入”等。从学问整理的方面看,也有滋贺氏的立论:“法规具有规定力,对违反其行为的制裁可以证明这种效力。而先例具有的是参考价值,靠援用者找出恰当的例子进行巧妙的立论等说服技巧来证明并发挥其效用。”^[34]在此我们可以注意到这种关系与我们所了解的法和判例之间的对比,即规则和个例的关系不同。毋庸置疑,传统中国中也

[33] 这种对律的性格的定位好像并不是笔者的创见。在刚刚出版的森田成满《清代の命盗重案における法源と推论の仕組み》(《星药科大学一般教育论集》第22辑、2004年)中也偶然性地进行了如下大致相同的论述。“……通常对律和条例的条项的意思进行的是严格意义上的(限定性的)解释。……常常发生的犯罪类型适用律例的机会虽然不少,但由于解释被限定,所以一个个条项的涉及范围非常狭窄。”对于比附则是“比起从开始就根据情理规定刑罚,还是以律例这种有形的东西作为线索更容易得到妥当的刑罚。大概律例原来就是这种比照的雏形吧。而当做了完全符合律例的行为时,推论就被律例所牵引,也就原样地使用了律例。”并且在结论中说,“清代法法源的构造中并不是把律例作为强制性的处罚根据。但是律例作为犯罪的典型例,事实上多成为犯罪的事实认定框架的决定性根据,同时也成为了事实上的衡量决定刑罚的标准”。

[34] 滋贺秀三:《中国における法典编纂の历史——新著刊行の报告》(《日本学士院纪要》第58卷第1号,2003年)。

具有和个别裁决相区别的“法”的范畴,但其在审判中虽处于我们所认为的规则的位置,逻辑上完全是两回事。

另在此提及一下法典编纂史的话题。滋贺氏在其新著《中国法制史论集——法典と刑罚》中的论文《法典编纂の历史》中提出了刑事法源论的崭新论点,认为元代以后数量逐渐增加、清代则以地方各省的省例和中央各部的则例等形式泛滥的行政先例的单纯累积型书物的性质与前述的“副次法典”的差异就在于编纂时有无“删定”(即编纂时有无对相关先例进行取舍选择的作业,是否将被排除在立法之外的先例“讨论认定其无效”而废弃,以及是否有对其规范性进行明确的否定的操作和功能),将二者以“例的世界”和“法的世界”的形式来进行对比。并且滋贺氏在指出行政方面有进入“例的世界”的长期性倾向的同时,认为附载在律后的条例部分的编纂刊行仍然具有“删定”的性格,在这个意义上,它们具有真正的副次法典的性质,并且强调刑事司法仍然处于“法的世界”之中。

此前谷井阳子氏与笔者也曾对明清期的这种明显的、大致非立法性质的、由此其编纂主体也未必是国家的但部头却相当庞大的事例集成型图书的丛生现象进行过考察,而滋贺氏的论述将其在更大的历史发展里定位,具有深广的意义。^[35]但如果把本文上述的考察结果——法并不是覆盖天下所有案件的规则,而是在最初就作为基准纵向混杂在案件处理全体中——也纳入视野的话,则必须注意与此处“例的世界”相区别的“法的世界”不可随便地敷衍为“规则的世界”。并且一旦放弃规则性的想法的话,就可以立即发现此处的“法的世界”与“例的

[35] 寺田浩明:《清代の省例》(滋贺秀三编:《中国法制史——基本资料の研究》,东大出版会,1993年所收)、谷井阳子:《清代则例省例考》(《东方学报》第67册,1999年。中文版收入前掲《中国法制史考证》丙编)。

世界”之间的围墙也意外地很低,或者从本质上根本就不可能太高。^[36]

关于上述“断罪引律令”后段部分所说的成案援用禁止规定的实态,小口彦太氏于八十年代对“成案的法源性”的细致考察中,已经揭示了诸多事实。^[37]

小口氏首先有力地说明了尽管存在着援用禁止规定,但在实际的清代刑事司法实务中,在比附之前调查成案几乎已经成了一种惯例。^[38] 经过删定过程的“法”也已经不具有律例所设定的作为法源的垄断性。而且基于上述实定法的性质,不如说这是一种自然的展开。已有的实定法已经不能原样不动地成为审判的万全的基础。实务的核心课题,不在于是否和实在法相吻合,而在于是否符合情法之平。不断进行的弥补实定法间隙的审判可以说就是情法之平原理的直接具体化。尽管还没有成熟到被通行的程度,但或许其就是“最新式”的情法之平判断,表现了适应时宜的审判动向。从站在写呈报书的官员的立场来看,如果违背了这种官僚制上层部门随时形成共有的最新倾向的话,则与通行的有无等无关,现实上存在着呈报书被驳回的危险。而且谷井阳子氏在其力作《清代则例省例考》中称围绕着各种各样的行政

[36] 强调法规和成案的差别(条例制定时的“删定”的意义)的滋贺氏也进一步地先行指出某些立法性单行指令(通行)和处分性单行指令的差别如下:“虽说是立法内容的单行指令,但是具有相当的对应目前具体性状况的临场制定的倾向。在此点上可以说与对个别案件的处罚没有大的不同。并且在物理性的文书收藏方式上,也没有将立法文书和处分文书清楚地区别开来。虽然立法性的、处罚性的性质不同,但一段时间后都会被一起埋在书架上的书山之中,结果不得不依靠胥吏们的文书操作特技。“随着时间的流逝,全部转化为例。……这是帝制中国不可抵抗的制度力学”(滋贺前掲《中国における法典编纂の歴史》)。

[37] 小口彦太:《清朝の裁判における成案の役割について——刑案汇覧をもとにして》(《早稻田法学》第57卷第3号,1982年)、同《清代中国の刑事裁判における成案の法源性》(《东洋史研究》第45卷第2号,1986年。中文版《清代中国刑事审判中成案的法源性》收于《中国法制史考证》丙编)。

[38] 在此转引小口氏在其论文中所引的当时的代表性见解,“本部办理刑名,均依律例而定罪,如用新颁律例,则仍以最后之例为准。至律例未备之处,则详查近年成案,仿照办理。若无成案,始比律定拟”。(《刑案汇览》卷二十三、谋杀祖父母父母条“山西司查,例载尊长故杀卑幼案内,如有与人通奸,因媳碍眼云々”道光二年说帖)。

提案,尽量避免上司的驳的基层官员,特别是辅助他们担当着实质上做成呈报文书实务的法律顾问=幕友们,从其职业上的需要出发进行的积极地、自发地收集先例信息的活动为幕友的“自助努力”,认为则例及省例最初出现的动机正在其中。^[39] 因此尽管表面上存在着成案援用禁止规定,但清朝后半期日益膨大的成案集、收集中央重要判决案件的书籍在官员及幕友的手中不断地被编纂刊行,通过这些现象可以认为刑事司法中存在着与行政领域同样的情形。^[40]

另一方面,小口氏对立法(条例制定)和成案间的关系,也揭示了非常意味深长的事实。即

在此考虑成案对立法化的影响……与其说是在专条/成案什么都没有时策划立法化,不如说看到的是随着从前成案的积累,各成案间逐渐发生了法律处理的不统一,结果为了维护法的统一性和安定性,重新进行立法化的情形。更进一步说,即使没有专条,但有可以覆盖其欠缺的从前的成案,并且只要这些成案间没有发生不统一,则单纯以欠缺实质性法源为理由立即策划立法化这样的事情是不大会存在的。^[41]

如果成案参照的实务已约定俗成,则即使没有实定法而只要有成

[39] 谷井前揭论文。

[40] 关于这些书籍,请参照中村茂夫:《清代の刑案——〈刑案汇览〉を主として》(前掲滋贺编《中国法制史》所收)

[41] 小口前掲《清朝の裁判における成案の役割について》,368页。

案间的安定,也完全可以成为事实上的实务构造。^[42]重要的是官界中是否具有这种共识。相反,如果发生混乱的话,则就轮到立法出场了。立法即以皇帝的名义显示出明确的方向性,从而对官员们的认识进行强权性的约束。以这种有目的的政策性方向进行立法时,法从最初就是以将稳固用的桩子打入到这种液化基盘中的方式纵向地打入到流动的事例中。滋贺氏所描述的具有删定功能的条例编纂,实际上从整体来看就是这些特定的部分吧。在此基础上可以认为,在条例仍作为“法”存在的阶段,剩余的刑事司法实务整体已经大幅度地以“例的世界”的基底前进了,就连“法”的位置也是根据和它的关系来确定的。

如果把现实中通过刑事审判实现的规范性东西的全体称为最广阔意义上的法的话,虽然其大框已通过已有的律例体现,但其最前缘的部

[42] 总称为《秋审条款》的一系列规则集的编纂过程为这种清代的案件和法的所有相关问题提供了意味深长的论点。《秋审条款》是将监候案件的情实/缓决/可矜分类的标准整理为条文型(最初大约50条,最后增加为大约200条)的,清代秋审实务的代表性书籍。但其编纂的发起不过是由于刑部的高官在每年年度开始之际,为了统一刑部中的原案作成实务(进而说是为了避免皇帝的驳),而从到当时为止的秋审时皇帝的个别裁决(即事例)中,抽出客观上可以看到的一定的判断倾向作成的部内勤务规则。但其不久后由于同样为监候案件的分类而烦恼、担心与刑部原案的龃龉及皇帝的驳的省官员们的要求流出刑部之外,逐渐成为全国秋审实务的事实上的标准。对此,皇帝曾经显示了对不快之意,因为秋审的本意应为对应每个个别案件的在白纸上进行的情法之平判断。但从年年膨大的事例来看,其占有一定的比例的事实是毋庸置疑的,而既然如此,那么从中寻找基准的官员们的行动也就无从尽封了。不久,信息的流通和共有再度开放。到了清代后期,《秋审条款》成了律例的各种坊刻本的必要附录(意味深长的是与从刑部流出的时期相对应,其记载的内容也在一点点发生着变化。但因其到底不是审判根据,而只是大致标准,所以这也没被当作太大的问题)。最后的最后,清末宣统二年《大清律例》被改订为《大清现行刑律》出版之际,《秋审条款》摇身一变又成了和律一起钦定发布了。如果从形式上讨论的话,只有最后的宣统《秋审条款》才是“法”,其余的不过只是单纯的“先例集成”。这种分类反倒凸显了分类自身意义的薄弱。对于《秋审条款》内容的全体,高远拓儿在《清代秋审制度と秋审条款——とくに乾隆・嘉庆年间を中心として》(《东洋学报》第81卷第2号,1999年)、《清末における秋审成案の刊行について》(白东史学会《中央大学东洋史学专攻创设五十周年纪念 アジア史论丛》刀水书房,2002年)中进行了详细的分析。

分还存在着日常的事例,并且通过事例=成案的关系又会衍生出其后的事例。^[43] 通行以及条例是有意识地打入到流势中的木桩,或者推波助澜,或者阻其前进,令其改航换道。在此意义上来说,此处的实定法和社会现实保持着紧密的联系(如果立法和个别裁决相重合,则莫如说其自身也成为社会现实的一部分)这点已毋庸置疑。但其并不会强烈地束缚今后的审判。并且(既然情的不同有无尽的论述余地)也不会无条件的作为审判的基础。因此不考虑规则型的图像而直接进行律例的“实效性”讨论,这正是讨论的局限所在。在这里,公权力、实定法和社会现实,呈现出了与规则型不同的组合形态。

而且条例的编纂虽然长期间定期地进行着,但在同治九年(1870),第22次也终于告以终焉。出版活动变得频繁,围绕着个别案件处理的详细情报(现阶段取“情法之平”工作的全貌)超越了该案件直接负责人的范围为官界全体而共有。此后,大概中央政府挑选传播的法规终究只是纲要,只知道这些也不足以应付社会实务,不过成了面向外行的简便情报吧。清朝的刑事司法最后迎来的大概就是这种形式的“成熟”。

[43] 顺便说一下,从事例本身就直接形成广义的法的一部分这点来讲,在常识上当然也可以称这种成案主导的形态为“判例法”,然后称律例主导的构造为“法典法”,甚至论述两者的混合(合作和对抗)也不是不可能的。但是,在上述情形的背后,连实定法也不能称为规则的地方,事例当然更没有成为规则的力量(当然说到底的话,此处包括实定法在内的全部都是事例型的形态)。并且更进一步说,此处被看做事例(成案)的东西,就连发端于基层官僚的创见的情况下,也都要经过立法权者皇帝自己的个别裁决,由此来获得权威性(在此意义上来说,此处的实定法和事例的区别归根到底不过是同源泉的不同表现间的对比)。尽管同样使用判例和法典这些词语,但此处的对比与经过独立法律家的手、以已有的规则的欠缺为开端、以将此次判决为契机的规则转换为终点的方式进行的英美法式的判例法系统和中央权力确定性地提示规则(而且中央地方的司法权力进行的个别裁决也基于此规则被下达)的大陆法式的法典系统之间的对比(这两种法系虽然主体不同,却拥有以规则型构造及设定为前提的非常大的共通项)有着相当的内在的和文脉上的不同。无视这样的根本性构造差别,只论述表面上的现象上的类似性的话,当然会伴随着很大的风险。

结语

通过上述分析,可以将清代刑事审判的全体像总括为一个为所有个别案件一个个度身量造并执行符合情法之平的刑罚的过程。但是,根据“情伪无穷”这种基本认识,这种作业在原理上就是无限个别性的,当然不可能存在着预先束缚这一个个权力作业的实体规范。因此可以说,日常公平诚实地执行的这种困难的课题、将情法之平原理具体化到一个个案件解决过程中的困难的职责,反倒被积极地托付给了公权力本身。

当然,眼前的权力并非总能恰当地执行这项工作。但其工作的恰当与否,在此莫若说是以一些社会事实或者社会反响——即刑罚太轻时,无法申冤的被害人又会引起下次的社会不和,而目睹刑法之轻的恶人们会继续进行类似的犯罪;相反刑罚太重时,上天看到蒙冤者又会以自然灾害等形式下达天谴——来直接衡量。并且,当权力无法适当地对应这些反响而使上述事实愈演愈烈时,这里又备有由别的(堪当此任的)新主体代替现任者占据权力的地位的“革命”的系统。但由此所改变的只是此剧的主演,并不是此剧的整体构图。

既然就连每个审判的正当性都在这个大框中被处理殆尽,则此处实定法几乎不可能成为当事者各个裁决的基础。并且实际上,即使遵从必要的复审制的通常步骤,适用条文也并不须向犯罪者本人出示。拟律的作业通常在地方官结束大堂讯问和嫌疑人招供=在认罪书上画押后,回到内衙和幕友商量做成呈报书的阶段开始进行。即使有权判决者(督抚或皇帝)认可呈报原案照此判决,在其批文中,也只是命令对罪犯执行特定的刑罚而并不提及法条。律条在官僚制阶梯的攀登入口出现,在攀登结束后消失。归根结底,它只是皇帝官僚制进行的内部的结论形成和意思统一的媒介手段。

而且既然有情法之平这个本来的要求,则甚至在官员制作原案的过程中,实定法也基本上没有把官僚所做的审判都纳入到成文规定的

框子里的机能,并且从最初就没对此有很大的期待。案情和该律例所想定的“情”相契合,实定法作为无条件的命令起作用的反面,也几乎无限制地设定并允许了律例中无规定的“情”的存在。结果实定法中无规定的判决事例,就以与实定法并立的方式,直接悬挂在了情法之平原理的下面。

但因为事例具有与法相近的性格,那法也就只可以变得与事例性质相近了。尽管规定了某种“情”对应某种刑罚(尽管设立了和事例区别开来的“法”的制度性范畴),但谈到时宜、地宜时,就经常需要也必须考虑是否是相同的“情”了。在这种构造中,实定法对其后的全体事态的压制力在原理上就不会太高。只要支撑刑事审判基本规范构造的是非规则性的东西,无论将哪部分实定,在实际运作中,该部分都不会被视为与西方法律规则具有同样的性格。在此处立法(法的实定化)的第一意义,本来就是把对应一个个案件的原理直接关联的情法之平判断中的几个暂时客观化,提供给官界全体作为一个共有的大致标准,并把这种根据需要不断升级的大致标准发布给官场全体。如果随着信息化程度的更加进化,事例信息的全体都被官场共有了的话,则其中实定法所占的位置和作用,也就会不可避免地被逐渐地相对化了。

最后,以上述整理的刑事审判全体像和笔者至今为止明确的民事审判全体像的对比来结束全文。^[44]

首先看大构造的话,很容易发现两者之间有着令人吃惊的共通性。在民事审判中出现的“情理”与刑事审判中的情法之平所占的位置相同。“理”是指天下所有正常人都这么认为并这么进行的道理,“情”和情法之平中的情一样,指一个个纷争所拥有的个别的特征,纷争双方当事人所各自抱有的个别情形。对每个无限不同的纷争给予相应的符合情理的解决,是对地方长官职责的要求。但反过来说,此处情理这种

[44] 笔者所进行的对民事审判性质的具体讨论请参见注[2]所揭拙稿。

唯一的原理和无限不同的无数个个别案件之间,并不存在着能将两者连接的具体内容(可以和我们的规则相类比的)的规范群,并且也不存在着用其将法官的判断预先束缚在一定范围内的尝试。此审判是否符合情理,不如说是由使用该审判是否解决了纷争这个事实直接来衡量的。或者更加准确地说离开了这个事实(纷争解决的成功案件,更加扩展来说是无争的社会现实本身)则情理其本身也就不存在了。此处看到的公权力和规范、社会现实这三者的关系,和上面看到的刑事审判的相关事项基本并没有不同。

两者之间当然也有差异。但进行这种对比时,可以发现最明显的差异“刑事审判/必要的复审制裁决中援引律例,而民事裁判/州县自理的裁决中不引律例”,和审判的规范基础这个本体问题几乎没有关系,只不过是单纯地一个附加的现象的差异而已。

如前所述,甚至在必要的复审制情况下,律也是在呈报书的做成和复审阶段中出现的要素,并不是作为判决的根据向当事人所出示的东西。也就是说,从对当事者的正当性问题的角度来说,刑事审判也并不是我们所认为的“基于法的审判”。而莫如说律例的作用是在呈报案件在官僚制内部反复讨论时,为其交流提供的大致标准。但在州县自理的审判中没有呈报制度(因为没有,所以称为自理),没必要写呈报书来劝说上司,于是就连拟律的机会也单纯地消失了。^[45] 仅就律例援引的有无这个论点来说,差异只不过是如此而已。^[46]

[45] 在这一点上,明代笞杖以下的户婚田土案件也有一部分要呈报到府。与此同时,在判语中也常常看到“不应为”条等律例援引案件。这些事实也非常值得思考。但如果只从和民事审判性质论的关系上来说的话,在民事纷争解决中如果援引“凡不应得为而为之者笞四十,事理重者杖八十”的“不应为”条进行审判,则是否果然能出现论者所期待的“依法的民事审判”,这也是一个另外的初步论点。

[46] 对于清代州县自理案件,根据当事者方面的动态可以进行上控,并且也存在着上级官厅向州县下拨的案件。在这种局面中,上下级官厅间的官僚制内的交流成为必要。但惹人深思的是民事法源论中也有与此相对应的“虽然现实上无引律的必要,但也不要和律的明文相反”的事实(滋贺前掲《民事的法源の概括的检讨》)。在民事审判中言及法时也离不开和呈报的关系。

讨论两者的差异的话,应该注意的还是如下的大构图的不同。即刑事审判中,刑罚的下达方和接受方,皇帝官僚制和民之间的权威位置关系基本上是固有承认的,现皇帝官僚制所显示的裁决是否符合“情法之平”的问题很可能直到发生天灾或者革命之前都不会被问津。但这正容易使情法之平问题(从最开始就缺乏不言自明的正解的程度问题)处于一种摸索的状态。并且也容易变成重视祖法的传统主义态度。既然审判的正当性被专一地与该皇帝统治的正当性相重合,则也产生了通过呈报制度将全国的案件都最后汇集在皇帝的监督之下的要求。问题被凝结为刑罚轻重判断这一点之后,这里既存在着五刑二十等的刑罚刻度这个共通项,也存在着共有这构造的官僚们的封闭的内部世界。结果刑事审判中,从官僚统制和交流的必要出发,将“情法之平”原理一定程度实定化、客观化的动向从上兴起,而且在下也自动地涌动出在全国大范围内共有信息的动力。如此,就扩展成了全国大一统的刑事司法世界。

与此相反,民事裁判中,相争的当事人就在审判官的眼前。而且只要他们不停止争吵审判就无法结束。单方面地执行刑罚就可以了这种刑事审判的独善性最初就不存在。但另一面,即使是同样的程度判断,情理的情况下归根到底探究的是双方当事人的折合点。这很容易从当事人所在社会人们每天的行动中找到大致标准。一边注视着这些平衡的所在,代表人们将其出示,其余的委托给周边社会的赞同压力,这是解决纷争的最好方法。当然,既然审判的成败依存于当事人社会人们的平衡感觉的体现度和汇集度,那么如果不能体现这些话,对审判官的公平的怀疑就会日日滋生。相反,在适当地体现公论的过程中,权力的正当性也有可能被不断地提高。在民事审判方面,公权力和当事者社会的“对话度”一定会提高,或者只要托付给直接会话就足够了。因此这些案情的处理基本被完全委托给基层的州县官。这样,每一个案件都根据“情”的差异被彻底地个别、分散处理,结果此处甚至没有

出现“例”的世界。^[47]

一个个的审判以和情理或者情法之平等原理直结的方式为基础。但眼前的法官是否正确地将原理具体化了,是否具有完成此事的力量和德行却基本得不到保证。结果,不论民事还是刑事,审判大体上都会被要求同时具有进行判决的主体的正统性和他所下达的判决内容的正确性,并且采取着由适当的解决这个事实同时证明的基本构造。但是将一个个案件的原理具体化这样的工作由谁来怎么做(是中央一手抓还是托付给基层的现场),还有关于前面提及的以何种方式解答出正当性,这些细节却依然存在着仔细琢磨的余地。大概就是这些成就了审判制度历史的变迁吧。本稿试论了其在清代的配置以及当时实定法所占的位置和作用。但以中国审判史整体为对象时,又会呈现出怎样

[47] 但民事审判到中华民国时期转成为完全在中央集权统制下进行。法官在作出民事判决时,被要求在(还不完全的)实定法系统中寻求依据。并且,如果遇到了超过法规明确表示的文言的范围的情形,则有义务向中央询问(不允许现场法官个人的法解释)。中央方面以“解释”的名义不断地重复副次性的立法。并且,只有中央的判决被允许援引先例。这时所形成的状态,是和本稿所叙述的清代刑事审判完全相同的。并且这种中央集权的民事司法的外缘部,以制度外的存在方式,再次扩展出了将情理这个原理和千差万别的案件案情当场直结的审判空间。其展开也告诉了我们,在以模仿西洋近代法制度的方式进行的民事审判实定化这样一个问题中,还含有“实定法化”本身就具有不同性质这样一个问题。

的形态呢？此问题留待别的机会探讨。^[48]

[48] 户婚田土细事在基层，命盗重案在中央这种基本构图自古以来就有。并且就是在后者之中，以皇帝的情法之平的个别判断为机轴，但实际的实务中在一定程度上不得不委托给各官僚，在此过程中实定法的出现及作用，这种问题设置也一直没有大的变化。因此，笔者认为，本稿所描述的实定法的本质属性大概在清代之前就存在。但同时，特别是对于审判制度的具体的编成部分，本稿的这些议论并不能直接以原来的样子追溯过去。比如，本稿的议论是以皇帝也可以得到足够详细的案件情节来进行情法之平判断为前提（清代中后期的实态）。根据谷井阳子氏的研究，给皇帝的呈报文书中如此详细地记载供述记录也是清代立朝一段时间以后的事了（谷井阳子：《做招から叙供へ——明清时代における审理记录の形式》，夫马进编：《中国明清地方档案の研究》科研费报告书，2000年所收）。并且，现存的明代州县审判文书基本上采取的是“问得……。议得……。照出……”这样的三部分构造，在第二部分进行拟律是原则上的做法，这样的格式在清初的官箴中依然成为标准（寺田浩明：《明代の州县裁判文書——清代型听讼的前史》，东洋文库《前近代中国の法と社会》研究会（2004年9月11日）报告。准备在其他机会出版）。仅举以上两个事实，就很容易想象以在州县官和皇帝的二极上放置焦点的方式所论述的本稿的这种民事审判和刑事审判的对极图式的局限性了。如果再向上回溯的话，宋代的民事审判（判语）中比清代更加频繁地引律，这个事实也众所周知（比如：参照佐立治人：“《清明集》の‘法意’と‘人情’——诉讼当事者による法律解释の痕迹”，梅原郁编《中国近世の法制と社会》，京都大学人文科学研究所，1993年所收）。本稿中所描述的大的构造中发生的历史变化的问题，全部留待今后的考察。

“非规则型法”之概念——以清代中国法为素材*

序

日本法史学者新田一郎在其著作中论述了13世纪后期的日本经历了一个转型期,即从“常规的世界”——现实行为与规范行为密不可分的世界,过渡到对比并区别两者的“法的世界”。〔1〕这个论述的前提是将规范和现实不即不离交织成的法的自然状态设为出发点,再到人们自觉地从抽取一些社会潜在的规则性将其明确化、客观化,并赋予其权力的阶段。也就是说,新田氏把人们以订立“规则”的方式把现实和规范拉开距离(或者说通过“规则”来规范地把握社会全体)这样的构造之产生视为“法的制度化”。

这样的视点,比起论述古代是否有过同样形式的法的讨论方法来说,可以说是在某个层次上将法的历史观察立体化了。而且,受到新田氏的立论以及其作为企划人之一举办的“法之创生”的研讨

* 原载京都大学《法学论丛》第160卷第3、4号,2007年。魏敏译。

〔1〕 新田一郎著:《日本中世的社会与法——国制史的变动》,东京大学出版会,1995年。

会的影响,二零零四年秋的法制史学会研究大会上,也出现了颇有新意的关于世界各国史的学术报告。^{〔2〕}不过,如果按照这个框架进行讨论的话,像中国这样在民事领域没有制定成文法或没有确立按照制定的法规进行审判的国家,最后似乎只能被当作历史上没有出现“法之创生”阶段。确实,如果按照这样的论述方法理所当然地能得出这个结论,而像这种深究法的特征的方法本身也应该是理解中国法的出发点。但是,反过来由此推出中国一直就是保持法的自然状态的国家这样的结论却又很明显是说不通的。正如后述,中国自古以来,积极地于衙门中处理民事纷争,并且也有成体系的刑事方面的法典。不论是关于民事还是刑事,都有以涉及社会各个方面的方式而对社会规范进行制度性支配的实践,且这些实践在两千年的历史长河中不断地得到积累和完善。对于这些历史事实应该如何看待呢?在讨论法的历史的时候,又应该把这些现象放在哪个位置上去评价呢?不得不看到,上面提及的讨论框架对问题的这一侧面缺乏充分的考虑。

笔者认为在讨论世界的法的历史的时候,仅仅用上述的“规则”(rule)型法的模式去展开讨论是不足的。由此本稿即以传统中国法(具体特定为最后的清王朝的法现象)为素材,考察当时人们对社会正义的认识,以及这种认识又如何贯穿于具体的法制度和审判制度中,并在此基础上,提出以“非规则型的法”为名的另一个法的制度化模式。

〔2〕 关于该研讨会的概要,参见日本《法制史研究》第55号(2005年)《会报》。该研讨会上的论文将于近期刊行。

以此为客观公正地比较东西方法制史提供一个新的立脚点。^[3]

接下来,本稿先从介绍当时社会的实际形态和审判制度的概略开始展开讨论。

一、传统中国的社会和审判

1. 社会的形态

日本人在理解中国社会的时候,很容易出现误解。在此首先要强调一下日本与中国的“家”的差异。^[4]日语中一说到前近代的“家”,就会浮现出一个以独自家传的行业谋生的,超越家族成员世代交替而延绵存续的组织体。在那里,社会整体呈现的是这样一个个“家”相互间的垂直和水平的关系。个人就于这个“家”中出生,成长,然后承担起家业,最终再将家业传与子孙。相对于这样的理解,中国的“家”字,却基本上没有从祖先那儿继承,传与子孙的这种“家传祖业型”的含义。个人,首先是作为男系血统的生命延长线上的一点而存在,而家,则被理解为亲近的血缘关系者以各种各样的行业谋生,并将收入汇集到一个“钱包”中,大家共同生活、同甘共苦的这样一个组织体(“同居共财”)。在这个共同体中,父亲被视为核心,当父母去世而居丧结束后,这个家就会分割成以各个男性兄弟为核心的多个的家(如同青蛙

[3] 本论文是对笔者近几年来在讲课和学术报告中一直探求的问题进行总括的文章,因此会在某些部分与以前的拙稿相重复。比如,本文中关于“制定法”的论述,笔者早在《清代刑事审判中律例作用的再考——关于制定法的“非规则性”的存在》(大岛立子编:《宋-清代的法与地域社会》,财团法人东洋文库,263~307页,2006年3月)这一论文中进行过初步的探讨。并且,于2006年3月在台湾中央研究院历史语言研究所做的报告中开始以此为基础再次构想中国民刑事法总体像(报告原稿中文版为《试探传统中国法之总体像》,刊载于中国法制史学会会刊《法制史研究》第9期,2006年6月,台北),随后,于同年5月在早稻田大学比较法研究所作的报告更深化了该论点。(该报告原稿《传统中国之总体像——“非规则性的法”之构想》预定刊载于同所之《比较法研究所丛书》第34卷)本论文在以上的旧稿及报告的基础上,吸取了各种意见,并就一些被问及的问题作出了回答。此处,向为我提供执笔机会和给予过各种意见的各位,表示衷心感谢。

[4] 关于以下论述的传统中国家族的构造与特点,参见滋贺秀三著:《中国家族法原理》,创文社,1967年。同书中文版由法律出版社2003年出版。

卵细胞分裂一样),而且此时家的财产也会在男性兄弟间被严格地均分。由此,中国的“家”的数目,在理念上就会以等比数列的方式增加。

这种方式用日语来说就是“分田”(日语中分田有“自找麻烦”的意思),实际上,分割并细化后的各个家大多数会走向没落,衰亡。那么,中国人为什么又选择了这种“自找麻烦”的方式呢?答案是为了分散风险。中国人在考虑如何使男系DNA存续的问题上,不同于日本人拼命地守着一个家,而是积极地采用好比植物分株的办法,让子孙各自自由地选择各种各样的生存方式(行业),由此指望其中某个“分支”存活,成为新的“植株”。从另外一个意义上来说,中国的社会环境,自然环境是很残酷的。实践中上演着各个家的兴衰更替。兴者和衰者之间的土地财产买卖以异常的频度持续着。另外,政治权力集中于国家官僚制度,官职是非世袭的,有才能的人通过向万民敞开大门的科举登上仕途,成为掌握政治权力的官僚。而这种存在于经济和政治两个方面的激烈的垂直流动性构成了这个社会的特征。

因此,在这里,反复着兴衰存亡的各个“分支”之间的生存竞争就成为了社会生活的基调,他们之间日常的小纠纷更是不可避免。“家”只要是这种临时性的单位,那就很难用地缘关系把他们构筑到一个固定的、安定的互助关系和支配保护关系中去。而且,在中国前近代的社会中,也不普遍存在能完全独立地处理纷争的权力团体。^[5]因此,人们一旦发生纷争,虽然说首先是很自然地在周围寻求调停者,但是如果邻里亲戚的介入也不能解决的话,则会毫不犹豫地将其诉诸于国家的法庭——即被称为州、县的国家行政区划的最末端(清代中期的平均人口为二十万左右)——的长官(由中央派遣的科举官僚。任期为数

[5] 关于传统中国村落的实态和机能,参见戒能通孝著:《中国土地法惯例序说》。(同著《法律社会学的诸问题》,1943年。以及《戒能通孝著作集》第4卷《所有权》,日本评论社,1977年)关于宗族(血缘组织)的国家制度层面的位置,参见滋贺秀三著《刑案所见宗族私刑审判造成的命案——兼论国家法律的对策》(收于同著:《清代中国的法与审判》创文社,1984年),中文版收于《中国法制史考证》丙编第4卷。(中国社会科学出版社,215~259页,2003年)。

年)之下。^[6]

在清代,向官府提起诉讼被称为“打官司”,具体说来就是向州县衙门提交诉状。州县衙门在除了农忙期后剩下的八个月中,每个月规定特定的日期受理诉状。比如说以三八放告的方式(每月逢三和逢八之日,一个月大约六天)受理诉状。至于有多少诉状以及判决了多少案件,这些数字可以从一部分史料中窥见。根据这些数字并考虑行政区划大小进行整理的话,大约是一个拥有二十万人口的州县,其一年受理的诉状约为一万张,其中新受理的案件数约为一千件左右,判决数目约为三百多件。以清代有一千六百多个州县来计算的话,即这个数字乘于一千六百,则清代每年新受理的案件数大约为一百六十万件。这些数字放在前近代社会来看,可以说当时是一个相当好讼的社会。

2. 审判制度

清代州县官受理了诉讼案件后,按照以下两种方式处理案件。^[7]

首先,案件内容如果是“户婚田土”(关于婚姻关系和土地财产的纷争)或者是“斗殴赌博等细事”,并且其刑罚在五种类二十等的刑法体系(五种类为笞刑、杖刑、徒刑、流行、死刑,其中笞刑五等、杖刑五等、徒刑五等、流刑三等、死刑二等)中的笞杖刑以下,受理案件的州县长官就有权进行判决和执行判决。这类案件在史料中被称为“州县自理”案件。不过,对于此类案件,如果当事人对州县官的处理方法或者对其判决内容不满的话,可以随时将案件控诸于上级衙门,即“上控”。

相对于此,案件的内容如果有涉于“命案”(不论他杀或自杀)、“盗案”(强盗或者偷盗),或者是不论案件种类,只要其处罚为上述刑法体系的徒刑及其以上的重大案件(这些统称为“命盗重案”),受理此类案件的州县官就只有调查和作出判决原案呈报上级的权限,该判决原案

[6] 以下论述的关于诉讼的实态,参见拙稿之《权利与冤抑——清代听讼和民众的民事法秩序》(滋贺秀三等著、梁治平、王亚新编:《明清时期的民间契约和民事审判》,法律出版社,191~265页,1998年)。

[7] 关于清代的审判制度的更加详细的叙述,参见滋贺秀三:《清代的刑事审判——其行政性格及其历史沿革》(收于前面所列滋贺秀三:《清代中国的法与审判》)。

和犯人依次送往监督州县官的府及其以上的衙门，由该当衙门复审，最后由该当刑罚权限的上级官员作出裁决后依照其判决执行（其中最低的徒刑也必须由总督、巡抚这样的省级最高官员作出裁决，而死刑则必须经过皇帝的许可）。因为这个程序是没有当事人的上诉也必须经过上司的复审，滋贺秀三称之为“必要的复审制”。

在户婚田土这种州县自理的审判中，当事人之间的财产纷争及其解决（即“听讼”）是审判的焦点，而命盗重案这种必要的复审制的审判中，对罪犯的科刑（“断罪”）则成为审判的焦点。因此，一般说来，将前者整体称为民事审判制度，后者整体称为刑事审判制度也并非不合适。不过，州县自理案件的判决中，也可以伴随一些轻微的体罚；反之如果案件中含有任何命盗重案的要素，包括民事的部分的整个案件的所有部分都要进入必要的复审制程序。最终，这里有的是在同一个审判中一举解决民事和刑事两个方面的审判，和为此设计的以州县官为起点到皇帝的一条线的官僚制的司法制度。上述二者的区别仅仅在于阶梯上升的高度差而已。其区别的标准基本上是案件带有的刑事性格的程度大小，而且制度设计的背后的是将小事件交与末端，将重大事件极力集中于中央处理的这样一种官僚制式的权限分配构思。

3. 判断的两种类型及其表现方式

不过，虽然说是同一种类型的审判制度，但着眼于其中具体的审判方式方法的话，则可以得出与州县自理和必要的复审制这样一种制度区分、以及民事纠纷处理和刑事处罚这种内容差异一部分重合一部分龃龉的，但外表看来显著不同的两种不同的审判类型。

第一种就是在复审制的呈报过程中，特别是在其中的刑罚处断部分中能看见的“律例援用型”。在必要的复审制中，官员们必须将案件向上司一件一件地呈报。正如律文所规定的“凡断罪皆须具引律例”，其中的断罪，即拟议应科刑罚的部分，要求严格引用制定法。而且与其相对应的律例——即将犯罪情节详尽地分类，按案情的轻重从上述的五种二十等的刑罚标准中选定其一（也就是说，一开始就彻底地排除

了量刑裁量这一行为)的详细的体系性刑法典——也具有相当的完备形态。^[8]而且在复审的过程中,关于引用条文的是否得当;拟议的官员和复审官之间有时有激烈的讨论。这点确实与现在审判官根据成文法判决案件的情况很相似。

可是不同于此,州县自理的案件中的判决文中,却基本上没有任何引用律例的痕迹。科以笞杖刑罚时基本上也没有引用律例的例子。^[9]当然可以理解为不科处刑罚的案件就是无刑罚,而无刑罚自然不引用刑法典。不过同时,在这里也没有代之以类似“习惯法”的规范作为依据。^[10]在此被高高捧起的是“情理”(“天理、人情”),一种既顾虑到一般的人情道理,又考虑到发生纠纷的当事人具体个别情况的理念。^[11]

不仅如此,这种不以有具体指示内容的法为基础,而仅仅以情理这个理念(或者说这个词汇)作为直接的标准而作出的判断(以下称其为

[8] 关于中国刑法典具有的形式性特征(绝对的法定刑主义),参见前面所列的滋贺秀三:《清代的刑事审判》和拙稿《清代刑事审判中律例作用的再考——关于制定法的“非规则性”的存在》。

[9] 参见滋贺秀三:《民事法源的概括性讨论——情、理、法》(收于前面所列滋贺秀三:《清代中国的法与审判》)。另外,律文中规定笞刑杖刑的条文数目不少,但是事实上这些条文仅在呈报的案件中作为次要的要素被适用。

[10] 参见滋贺秀三:《作为法源的经义、礼和习惯》(收于前面所列滋贺秀三:《清代中国的法与审判》)。

[11] 关于这种审判理念和内容以及其背景,参见滋贺秀三《民事法源的概括性讨论——情、理、法》以及拙稿《权利与冤抑——清代听讼和民众的民事法秩序》。不过,关于清代民事审判,美国学者黄宗智教授认为清代民事审判即使是以默示的方式,但其也是以律例为基准进行审判,而且律例中也包含有足以依照的制定规范。虽然其从正面提出了不同的观点,但是对于其观点在实证方面和法理论方面理解的难点已经在拙稿《清代民事司法论中的“审判”与“调停”——介绍黄宗智教授的近作》(《中国史学》第5卷,177~217页,1995年)和《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》(《中国——社会与文化》第13号,253~281页,1998年)(中文版载于《私法》第4辑第2卷(总第8卷)北京大学出版社,431~461页,2004年12月)中详细论述过,所以本稿就不再赘述。不过,现在回过头来看,黄教授的议论与其说是主张程序性的法依据,不如说主要是想主张清代民事审判并非是(现代美国人认为的)“恣意的”,或许应该说其只不过是按照美国人的思维习惯表达为“基于法”。本稿通过提示另外一种为回避审判“恣意”性的存在,来指出这个观点的不当之处。

“情理直结型”的判断)未必仅仅只是由州县官作出。比如说,当事人不满州县官对户婚田土等州县自理案件的处理结果而上控,则案件由府及其以上的上级衙门处理。在这个时候,这些上级官员还是以情理直结型的方式进行判断。另外,即使是那种含有徒刑以上刑罚要素而进入必要的复审制流程的案件(断罪的部分仍援用律例),如果其中含有民事纷争部分,仍然也是按照情理直结型的方式处理(少数如土地盗卖那种律例中有详细规定其处理的案件除外)。而且这种判断方式并不一定就仅仅是因为没有相关的制定法。正如在上面论述中所见,即使在州县自理的案件中也会有科以笞杖刑的情形,而那里并没有引用律例。而在断罪这条线上,最顶端的是皇帝。而皇帝要求官员们在断罪时援用律例,并且对于这些以律例为准据作出的刑罚原案大部分都直接认可。从这点来看,皇帝一方面本身是作为律例援用型审判的主体站在最高点上;另一方面,如果认为有必要的话,他也可以自由地推翻官员们提交的以律例为准据作出的判断。此时登场的则又是“王道本乎天理人情”的“情理”理念。

那么,上述的两种审判方式、审判形态之间有怎样一种内在关系呢?又应该如何去构思产生这两种方式并使之持续存在的法和审判的总体像呢?从皇帝的行为来看,整体的框架显然就是一个情理直结型构造。接下来,本稿将一边关注情理直结型审判特别是其典型的户婚田土等州县自理体系的审判(一般意义上的民事审判),一边对传统中国人在社会生活中对审判的预想以及对法的理解进行忠实于史料原貌的整理。

二、法 = 社会正义的存在形态

1. 个别主义与普遍主义

正如前面所看到的那样,民事审判从当事人提交诉状开始。如果通览这些诉状,就会发现这里面所告的内容是共通地呈现这样一个逻辑。即对方如何欺压我这样一个弱者,结果我自己因此处在一个冤抑

状态,请求公平至极的青天大老爷一定要为我这个弱者做主,惩戒欺压之辈,为我申冤等。^[12] 与我们通常认为的抑讼论、厌讼论的印象相反,这里满溢着所谓的权利意识,并且也有对公权力的救助作用的期待。这里有的诉讼观,就其告发不当侵害请求公权力介入予以恢复这点上,不如说与我们现在有的权利侵害、权力救济实现的图示是相通的。但是,我们却又不能忽视了两者在这之前就存在的差异。

在我们以当代的眼光看来,论及不当侵害的时候,其界限当然在于“权利”的界限,其正确领域的全面实现状态就是法。且这个界限(和当事人的具体情况没关系地)客观地存在,因此,我们现在的诉状内容的主要部分在于论证是否客观拥有该项权利。相对于此,传统中国的诉状中,被高高举起的是对方不讲道义的行为的不当性,是对不惮于作出此行为的对方的人格的非难。为此,对方此次的暴力行为甚至平素的不当行为等就被积极地写入诉状。针对这里为什么会出这种差异以下进行一个简短地说明。首先,如前所述,这个社会里有的是一个个“分枝”的家的生存竞争,因此这些“家”自然会提出为了自家生存的各种各样的论据从而拼命争取自己的利益(其结果是常常出现主张过多的利益)。但是,这里的家都面临同样的命运。他们最终的目的是家与家全体的共存共兴(此为“公”),因此,抑制那种不考虑对方的情况而只顾自家利益的利己主义(此为“私”)的必要性就被视为不言自明的前提。因此在提起诉讼时,当然地会主张提出诉讼的“我”正是遵守这个前提的“文明人”的一分子。而对方却如何如何无视这个前提。这也正是以“公”的方式主张利益的逻辑的立脚点。同时也是主张己方冤抑常常与告发对方欺压即违反互让义务互为表里,而为民申冤的过程中多少含有对违反互让义务者进行惩戒的轻微的刑事要素的理由。也就是说,比起我们认为的个体权利面之间存在的客观的界限,这里有的是一条更加有弹性或灵活度的线,是互让逻辑信奉者之间成立

[12] 关于以下论述的对传统中国诉讼的理解,参见拙稿《权利与冤抑——清代听讼和民众的民事法秩序》。

的最合适的共存线。

而问题一旦如此构架起来,除了在任何人看来都有明显的侵害行为的场合以外,要以客观的方式去讨论何处才是正确的界限(哪一方超出了自己的领域)这个问题就变得很棘手。正如在很多纷争中双方当事人皆强调对方欺压这一事实所表明的一样,问题的中心在于双方当事人间对互让的期待值出现了龃龉。这种情况下,第三方可以做的就只能是以局外者的身份,站在公平的立场上,将双方当事人各自的主张和依据以及其不得不如此主张的背景情形进行评价,然后找出双方让步的适当的点。而先前所述的“情理”这个价值标准,正是在这个过程中作为判断指针登场。不过,即使说“理”(道理)是天下共通的,但“情”(情况,情形)却是随着案件不同呈现出千差万别。越是考虑情理,越是每个案件都有自己具体的“情理”,结果,每处理一个案件,就得每次根据不同情况一个一个考虑。在这个意义上来说,说这样的审判具有“个别主义”的性格是没有问题的。

不过问题是,当时的人们是否也会和我们一样认为如果按照这种无基准,自成一家的做法会使审判结果因人而异。即是否也认为“个别主义”等同于“恣意的”审判。这个问题的答案却是不能从一而论。

事实上当时的人们并没有认为所有的审判总会带来符合情理的结果。史料中不乏对以下情况的描写。即对争吵进行调停的第三人煞费苦心地作出裁定后,不满的一方称其初始就偏向于另一方,不公平,因此作出的裁定并不是大家公认的天下“公论”。显然,这里对作出裁定的人的恣意性的疑虑也是很自然地存在的。只不过接下来,被认为不公平的调停者即使会怒火中烧,但他最后也会让不满的一方去寻找新的调停者。因为如果阻止其行动则反而证明对自己的公平性缺乏自信,所以最好的举措就是让当事者本人去他处确定自己作出的裁决就是天下的公论。

当然,其后的发展既可能是得出同样的结论,从而“证明”先前的结论就是公论,而不满的当事人的一方也就死心,承认这个公论。同时

也可能是在另一处得到新的“真正的公论”，从而将原裁决方案的非公论性，原裁决者的非公平性曝之于天下。不过，理所当然的，不满新结论的一方同样也可以再去寻求新的“公论”。如此，只要一方认为还有新的“公论”出现的可能性（还没出现“定论”），并有争讼的想法和金钱上的宽裕，则问题就会不断被带到更广的区域，更高的权威下被裁定（既不存在阻止这个发展趋势的逻辑，也基本不存在有力量对此加以阻止的社会力量）。这样，这种寻求有权威性的公论的趋势发展到向地方官提起诉讼。这就是前面所述的打官司。而且这个制度也允许不满地方官裁决的当事人向其上司上控。

在这里，最初有的确实是对不同的审判者及不同的裁决的恣意性的不安，但是其后的发展的基础却不是对这种带有个别主义色彩的裁决原理上的恣意性的放弃争执，相反，是对一种谁都承认的正确性 = “公论”的执著地确信，即确信虽然是根据案件考虑各种情况的个别主义的，综合性的判断，但如果裁决者是站在公平的立场认真地去处理的话，其最后也会有大致相同的裁决。

按照这个理念和构造，无论是谁来做裁决，如果不想被认为是偏离公论的话，都会尽力作出为大家所承认的公平无私的结论。而提出诉讼的这方在大致看到天下公论的所在后，比起被贴上冥顽贪婪的利己主义者的标签来，宁愿选择被视为是懂得天下道理的一员而自发地接受该结论。^[13] 而正是这种公论所持有的让所有人同一步调的强制力

[13] 需要说明的是，着眼于最后由当事人以自发接受公论而结束纷争这点，可以认为这里的审判有调停的性格，而且对于消除某种误解（认为是不受法约束的审判官恣意强迫一方接受裁决的误解）来说，有时也是必要的。但是，如果超越这点（好比近代调停论以同“基于法的审判”的对比去强调）认为这个审判是以当事人的接受为基础的话，就会忽视上面看到的其与社会的相关性。正如本文所论述的，这里的基本构造，是一个依照社会整体的正义感，并在这种社会的压力下，将所有的行为驱赶往一个目的地的过程。这本来就符合站在法的视点的讨论。而且，重要的是和持有裁判制度的近代司法制度不同，中国除此之外没有其他地方可以就民事法律关系进行法律的表述。

成为了停止纷争的最大的动力。^[14] 实际上,尽管这里有的是这样一种宽松的结构,大多数的纷争也都在不知不觉中于某个阶段得到了解决。

也就是说,原来这里虽然就对象的处理方法和判断的内容来说采取的是一种宽泛的个别主义,但就其判断结果为社会共有的这一侧面来说,则又抱有一种过度的普遍主义理想,即认为各个不同的案件都有一个天下公认的正确性=公论的存在,正确的审判就是作出或者应该作出符合这个公论的裁决。而且,正是这种普遍主义理想和支持(或者说至少不否定)这个理想的实际行为,使现实中个体的无前提的个别主义判断成为关于该案件社会全体共通的适当的判断(即“法”),而且使其裁决成为依法解决个别诉讼的过程(即“审判”)。

2. 与日常判断的相似性

上面描述的这种判断的方式,审判的存在形态,与人们日常的社会生活的存在形态是一种相似形的、同心圆似的关系。

前面论述情理时提到的“按不同事件考虑所有个别情况的综合判断”,如果仅仅抽象地去想象,这似乎在实际操作中很难实现。但实际上其内容对于普通的个人来说却是别无其他的日常的社会生活中的行为。在普通的日常社会交涉中,一般人们会综合观察自己和他人的情况,仔细考虑这次推进或退让的限度,然后再行动。而且其推进或退让的大概基准(或者说是要领)是社会共有的。因此,大部分的社会关系可以不发生冲突。上述的个别主义和普遍主义的理想的结合状态,在某种意义上来说,其相当一部分也已经是中国社会的现实。

当然,由于那种判断基准是人们在心中主观个别持有的,所以有时

[14] 这种迫使所有人同一步调的强制力后面存在着当事人难以与之抗争的现实问题(这种“正义”的存在形态不保护少数人),而一个想定的公论的后面是多数人的顺应行为(正是因为有这样的实际状态,才能想象最后公论的一致)。关于这种从表面无法看到的,但同时在法的强制背后忽隐忽现的“过分强调同一”的基底构造(以及其与权利的关系),参见拙稿《明清时期法秩序中“约”的性质》(沟口雄三等编:《社会与国家》,东大出版社,69~130页,1994年)。中文版参见滋贺秀三等著、梁治平、王亚新编:《明清时期的民间契约和民事审判》(法律出版社,139~190页,1998年)。

候也不可避免的出现判断有相互龃龉的时候。这种龃龉通常是经过对方的争辩和周围的评论后当事人双方根据自己的基准进行再调整而消除。但有时也不可避免地会出现双方都称自己的判断是天下的公论而互不相让的场面。此时纷争随之而生,而当事人将自己的正确性告之于公众则引起诉讼。从这个意义上来说,审判就是一个提出就个别的眼前的事件,让少至当事人,多至旁观事态发展的社会上的人们都接受的具体的解决方案,并将发生龃龉的当事人的判断基准再调整到相同同步调上的社会过程。而且,这个纷争的过程,审判的情况,又同时给围观的人提供对自己的判断标准进行再调整的素材。^[15]

通过这种日常的相互的交涉和审判,社会成员的推进和退让的判断基准实质上呈现一种缓和地被统合的状态。或者说所有的社会关系都以符合情理的方式在日常生活中被调整(没有任何人出来控诉“冤抑”)的状态,就是这里的社会正义 = 法得以实现的形态。而这里的“法”,用抽象的方式来说就归结于“情理”,而情理的具体内容则是无数的“符合情理”的纷争解决方案,甚至及于平时在和平相处无纷争的背后存在的个别的社会的交涉行为的整体。这些个别的正确性的总体就是“情理”或者说就是这里的“法”的内容。

3. 事件与原理的中间项

但是,如果将上面的事态反过来看的话,可以发现这里的“情理”和无数的“符合情理的解决事件、社会交涉”之间缺少一种足够坚实的社会构成体。

这当然不是说这里的社会交涉和纷争的解决是完全没有逻辑的,也不是说其间没有实体性的共同项。相反,我们通览众多的契约事例、纷争事件的话,就会发现围绕处理中平衡点的取得这个问题,这里有着

[15] 当时的审判事实上是公开审理,地方官也意识到审判有这种示范教育效果。汪辉祖在其《学治臆说》“亲民在听讼中”提道:“(前略)大堂则堂以下伫立而观者不下数百人,止判一事,而事之相类者,为是为非,皆可引申而旁达焉,未讼者可戒,已讼者可息。”

共通的逻辑结构,因此仅仅就家族财产的处理问题就有如同滋贺秀三的《中国家族法的原理》这样的大作。^[16]而且就社会的实际情况来看,那儿也确实存在基于社会相互性的一定的规则性,且构筑着上述流动的市场社会关系的不言而喻的基盘。不过,即使这些是近代法学者从当时的日常行为和审判的内容整体发现或复原的大概性的事实,但是并不表示这是当时的人们有意识地自觉地作出的规范体系,更别说是以制定法的方式将其固定下来。国家的审判和民间的调停并没有将其作为自身的“法”。^[17]同时,这些逻辑作为构成“情理”的一部分,作为当事人争辩和审判者裁决时考虑的一个要素,潜在于无数的事件、行为之中。

在这里,我们就会注意到由西方的“法”这个词所能联想到的,是不同于此的中间层次的话题——是一个比起个别事例来说当然地抽象,比起情理这种原理来说却是拥有更多的具体的内容——的特别的存在。在那里一般所说的“法”,呈现的都是一种原因与结果、要件与效果对应的,即规定一定范围的行为类型和与这个范围内的个别行为相对应的效果这样一种“规则”(rule)的形式。而这个规则被置于中间,其一边是按照这个规则运行的社会,而另一边是这个规则的维护者

[16] 而且在土地所有、土地买卖的领域中也是同样的。关于这点可以参见拙稿《田面田底惯例的法律性质——以概念性的分析为中心》(东京大学《东洋文化研究所纪要》第93册,33~131页,1983年)。中文版参见《中国法制史考证》丙编第4卷(中国社会科学出版社,344~422页,2003年)。

[17] 并且森田成满在《清代土地所有权法研究》(劲草出版中心,1984年)的一系列研究中,将地方官在审判中表现出来的关于土地纷争处理关系的逻辑分为“民事法理”和“调整法理”进行了分析。其理论中论述的审判官“根据法理”进行审判的部分与以“情理”为基轴的民事审判论在很多地方是对立的,与黄宗智的“基于法的审判”有共同之处。但是正如本文所述,在审判中也能看到在社会中存在的规则性。从地方官的审判事例中“复原”这些规则性是毫无问题的,而且就其作为出现在审判中的逻辑这点来说,称之为“法理”也未尝不可。不过问题在于,对于这种规则性及对这种规则的维护本身是否被作为了审判的正统性根据。而且就论述的“调整法理”这点来说,森田成满也并没有认为单独实现“民事法理”成为过这里的审判的正统的基础。如果按本稿将社会的规则性和审判的正统性两个问题分开讨论的话,就能消除“情理论”和“法理论”之间表面呈现的大部分齟齬。

的权力,审判被理解为实现这个规则的场所。这种将法作为“规则”的构思法也并非只是近代国家或者各种法典法自身的创造。在判例法国家中通过探究判例所确立的法理最初也是表现为这种“规则”的形式,不仅如此,甚至从“神的法”到“万有引力法则”也都是以这种“规则”形式表现出来。或者说西方的这种认为世界是由规则和其变形构成的构思法,生成了各种各样的社会制度。

但是上述传统中国的法,在表面上却并没有以自觉的方式出现这种中间构成物。准确地说,是审判并没有以这样的中间构成物作为基础。^[18] 作为审判依据的规范的要素,用一个词来概括的话,就是“情理”这个词,而要探究情理的具体的内容则又归于个别的事例。情理这样一个原理,在无数的个别事件中都有其具体的形态,而且都以这些个别的形态直接显现。或者说一个个判断都是在填充着情理这样一个空的盒子。而最典型的场面就是审判,而且审判权力 = 公权力的作用正是执行这样一个将情理的具体形态显现出来的操作。这里法与审判就是以这样的方式重叠在一起。

三、审判制度的基本构造

1. 正统性的循环构造

虽然说判断是依照所有人心中共有的一个正确的判断进行,那如何去从外部获得人们内心的正确结论呢?按照逻辑严格地说来,事件只要是千差万别的,那这个正确的判断就不可能在各个事件发生之前预先存在。这个正确的判断就只能是通过裁决具体事件的担当人在那

[18] 而且只要不存在把那种规则性作为自身要依靠的规范的审判(于其中寻求自身存在基盘的审判权力)的构造,那种以规则性为规范的做法大概就不可能在社会关系中出现。中国没有出现过“习惯法”也是基于这同一个原因。巩涛(Jérôme Bourgon)著,寺田浩明译的《不文明的对话》(《中国——社会与文化》第20号,2005年。)参见原著 Jérôme Bourgon ‘Uncivil Dialogue: Law and Custom did not merge into Civil Law under the Qing’, *Late Imperial China* Vol. 23, No. 1 (June 2002), pp. 50-90 以及由寺田所作的《译者解说》。

个场合中去直接表述出来。那问题是这样的具体的结论由谁用什么样的方式去表述呢？

众所周知，在传统的理念中是由公平的第三人、大公无私的“德高望重者”来直接表述公论，而无德的当事人则应是接受教诲幡然醒悟，从而恢复互让互助的社会关系。^[19]而且最理想的似乎是只用只言片语的不需要过多的推理说明的裁决。解决问题本身实际上就是考虑在何处让当事人妥协这样一个程度问题，如同在一面宽阔的墙壁上如何挂一幅画才能有好的视觉效果这样的问题一样，其适当与否是一种对具体结论的直观的理解。而且实际生活中确实有某些人擅长解决这样的问题，而且对于适当的结论即使不需要解释说明我们也确实很容易接受。由此可以说上面这种做法并非是非现实的，相反，它带有强烈的现实性。

但是，如果其中谁对结论有怀疑的话，问题又变得复杂了。即这种取得整体平衡的问题，很难用论证的方式去说服所有人。结果，一旦有人提出疑义，就有可能出现对作出裁决的第三人表述的“公论”或者对第三人本身的公平无私产生怀疑，猜测其是否是伪君子、假公济私等类似的问题。

于是，这里就需要一个吸收这种不稳定性的社会装置的存在。而上述的纷争解决的展开形态正是这样一个装置，作为接受民众公论期望的平台，这里构建了一个从地方官到皇帝的官僚制机构。在这里，想定一定存在一个实现共存的正确答案，而没能找出这个答案的原因就

[19] 高见泽磨在《罪之观念与制裁——中国的纠纷与裁决》（《规范与统合对世界史的提问系列5》岩波书店，1990年）中将这种构造以“说理和信服”的概念定型。

是审判主体的偏私。^[20] 于是如果认为民间调停的主体不公平的,就会向更高的权威=公平有德的主体寻求公论,到当地的科举官僚的州县官那里去打官司,如果觉得该地方官也不公平(没有足以得出天下公论的德),就将案件上控于其上司,最后在这个漫长的官僚制阶梯的最尽头处,就坐有一个体现全人民共存的公平无私的皇帝,他那里必定会得出一个天下的公论。在这里有这样一个期待,即期待不必受缚于当地人际关系的在衙门的科举官僚能站在高处,代表在更大范围里生存的人们的良知来表述一个天下的公论,正是因为有这个期待才有了打官司。反过来说,人们在日常的生活,对接受天命的有德的皇帝和他任命的官僚们形成的权威序列的无丝毫的异议,提供了秩序和制度的框架。

但是从逻辑上来说,我们又不得不思考皇帝是否真的能体现公论这个问题。实际上,针对这点这里有这样一种逻辑准备。即现在的皇帝如果总是有违公论,则会有能体现真正公论的主体出现,代替他接受天命的“革命”逻辑。并且,这种逻辑也时不时地被实现。虽然说是皇帝,但这个地位绝不是理所当然地被想定的。不过,同时必须注意的是,新的皇帝做的也仅仅是无前提地体现公论。寻求理念基础的结果,

[20] 需要补充说明的是,从逻辑上来说,在这种情形下,本来可以产生是否真正存在这样一个答案(是否所有的问题都会有或者应该有所有人都一致同意的答案?这个答案对于秩序的形成来说,真的是必要的吗?)的疑问(如果这样考虑的话,其后的展开又当是有另外的形式),但是在这里问题却没有朝这个方向发展。将问题作为“情理平衡的问题”型确立起来的结果,就是反而不去怀疑是否真的总是有一个正确的答案(结果或解决方案只在于找出连接两个利益主张的中间线的位置)。而且先构建了全体共存的“公”和为“公”的想法,想定个人只要去掉那种只为自己着想的“私心”,则自然会出现一个代表全体的想法,因此,一旦不能得到公论,则会当然地认为这是谁的“私心”使然。而且,正如下面论述的一样,人们只是一味在寻求“至公无私”的有德的主体,而且社会只能以顺应这种一般需要的方式随之构筑起公权力。

仍然只有事实和实绩。^[21] 或者,有德的人提出的是公论或者能提出公论的人就是有德的人这样一个循环论在最后也无法了结。

也就是说,从末端的调停主体、地方官到皇帝的这样一个大范围中,公众总是同时重视表达法的立场的正统性和所表达的法内容的正统性,而且,通过裁断的成功(公论的体现)这样一个实际成果同时实现这两种正统性。其中一个的构造如果从静态或者从权威的正统性来观察,就会出现从接受天命的皇帝到官僚、到无德之民这样的德的多寡顺序和以此为基础的教化和德治的逻辑。另外,如果从个别的行为观察,则会出现一种逻辑,即人们之间因为共存的必要性产生出共存共荣的集团(公)和当时所有人共有的一种意识(公论),而代表众人表述公论的超越个别私欲的公平无私的主体也就应运而生,并且赋予正确担当的主体以社会的权威,而正是假定天下所有人有一个公论的前提使得皇帝作为正确表达公论的主体在这个过程重复产生。

2. 作为公论形成媒介体的公权力

这种权威的正当性很大程度地依存于公论的自明度。比如说,如果是杀人、强盗,在应该给加害人处罚这点上是没什么分歧的。这种与人伦整体相关的问题的处理容易通过上面的教化达到共识。而且实际上,如后所述,作为全体人民的安宁生活的守护者的皇帝,一手把握着这个刑罚权,并在下面构筑着必要的复审制这样的申诉体系。而如果是户婚田土的财产纷争,当事人的恶性程度很难判断,几乎都是各有不妥,而且围绕现实的财产分配是否符合情理这个问题也并非是自明的。结果,虽然有良识的人聚在一起判断影响着公论的内容,但实际上正是因为双方当事人坚持自己的判断符合情理才导致现有的纷争,而常悬不决的纷争后面,通常存在当事人对社会自身的判断标准的动摇(各

[21] 并不是说这里没有超越性的存在。在这里有“天”这种超越性的存在,它在“革命”的进行中虽然不是主角,但是扮演了非常重要的角色。不过,因为“天”(和本文论述的情理一样)的具体内容仅仅限于体现民意,所以其超越性会瞬间与实体的公论所在的社会现实相重叠。因此这里只有“大家说的就是正确的”这样一种议论。所有的讨论都是在这个结构的内部进行。

种判断都有其支持者,所以当事人不罢休)。因此,这里所说的公论的表述,实际上等同于公论的社会的“形成”。

并且,解决纠纷的地方官虽然打着礼教伦理道德的旗帜,但是作出的判断如果与当事人所在的特定地域社会在当时那个时间点上所共有的判断基准相差甚远的话,人们就不会信服(也就不能成为实际意义上的公论。不但当事人不会信服,而且如果处理得不好,作为地方公论的体现者的地方官的权威自身也会被怀疑)。但是反之,如果判断过分地依赖当时当地的现状,则又很难作出超越双方当事人个人利益而得以成立的公论。在这里能做的是找到这二者中间的合适的落脚点,站在这个点上总括当事人所处地域社会的人们的意见,同时选用其中的判断使执拗的当事人也被吸入这个落脚点这样一种微妙的操作。^[22]在行政末端进行着循环论式(权威的自我生成式)的实践,即设定大家都接受的权威落差来集结人心作出公论,同时通过表述公论的方式来加强这个公论体现者的自身的权威。^[23]

3. 规则两端的正统性的分化

和上面对比来看,西方的规则型法在审判制度中的作用就显得更加明晰。在西方这种权力的正统性问题当然也是存在的。不过,仅就日常的审判来说,一般不会出现裁判者在立场或制度位置上的正统性和所表达的判断内容的正当性以上述方式直接重叠的现象。

上面看到的正统性问题被分化成好几种情况。就判断主体这部分来说,出现经过某种程序选出特定主体,这个主体的发言无条件的被作为规范的这一手法。而就规范的部分来说,这里的构造是先想定抽象

[22] 具体的事例,参见拙稿《权利与冤抑——清代听讼和民众的民事法秩序》。而其展开的具体方式,参见拙稿《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》(《私法》第3辑第2卷(总第6卷)北京大学出版社,304~326页,2004年1月)。

[23] 这种逻辑构造,不仅仅限于审判的时候,而且在传统中国社会中的规范设立(或者权威的社会性生成)的几乎所有的场合都能发现。关于这点,参见拙稿《明清时期法秩序中“约”的性质》,其中将这种构造称为“主唱和唱和”。

规则的存在,先于案件或事件前,用一般的方法预先设定对这个规则的承认。而在事件发生的阶段,只要判断者从预先想定的该当规则按逻辑和程序得出的判决,当事人就无必要也不被允许再对判决个别的正统性提出疑问。近代西方这两种机制同时存在。在此,审判官的作出判断的幅度理所当然地限于事前被承认的规则的范围之中(对各个事件不能自由自在的判断),而一旦进入法庭的当事人,也不能再去质疑规则的正确性和审判官的权威。规则对现实所持有的权威,是审判官和当事人之间权威落差的制度上的支持,给审判官提供了强硬的立脚点。或者反过来说,正是因为设置了这样一个强硬的立脚点,才愈发需要规则来束缚其行为。

相对于此,传统中国的审判(特别是民事审判)中,因为对“情”(具体情况)综合考虑的要求很高,所以不能对事态中如“规则”这样的部分要素给予特权性的社会位置。其解决方式就是在裁定时不断地将各个事件包含的所有具体情况和情理原理贯穿起来。但是其结果就是到了裁定的时候,“裁定是否符合情理”,“眼前这个审判官是否真是有德的大人”,“他是否能做出符合情理的结论”——这样的大问题就会总是会被追究而且也必须得到回答。^[24]立法和审判的全体框架在每次审判的时候都会被提出来并加以重组。这里的课题就是裁判者必须以实际行动来同时完成“立法”和“司法”两个层面为人们所期待的重构任务。而末端的国家政权担当者如果能完成判断内容的正当化并证明自己能够提供这种判断的德行,则人们对体制及原理整体的信赖就会加强,反之,如果一个个判断有损于人们信赖的整合,首先负责具体案件的裁判者的无德无能会被质疑,接着这个问题甚至还会逐次上升到

[24] 因此,另一方面也可以把这里的情况理解为每有一个事件就有一次“立法”,这点上来说其持有和判例法相似的侧面。但是,在这里(因为没有“规则”这样一个观念),每个判决的正统性并不依据过去的事例(从其中归纳出来的规则),而且其判决自身也没有被归结为规则。这些诸事例在州县自理的审判下,根据“情”的差异彻底地被分散,其后来即使被再加注意的时候(不是作为法理的宝库),是作为取得整体平衡的模范例被解读。因此,这种各个的“立法”也就基本仅限于各个特定事件上使用。

对中央政府正统性的怀疑。

反过来也可以说,正是这种审判权力承担者在立场上构造性的不安定或者说这个制度的正统性的不足所带来的紧张感,才保证了审判的公正性。而且如果设定以上内容来考虑社会正义,并以上述方式来确保社会正义,则审判“遵循规则”就未必一定是正确的,其对社会秩序的维持和审判制度的存立也就不是必不可缺的。虽然没有国家成文法,但同时,这却为国家整体的正式的审判制度(其本质就是寻求天下国家整体上秩序的成立)的不可思议的民事审判提供了基础。

四、实定法的位置

1. “情法之平”与律例

可是如果按照上面的论述来理解的话,则又出现了这样一个问题。即传统中国自古以来就存在的律 = 成文法典应该怎么去理解,传统中国的实定法在这样一种(本质上非规则性的)构造中占有怎样的位置,并起了怎样的作用。这个问题的阐释是探讨传统中国法性格不可或缺的一步。因此接下来就对律例援用型的审判在这个体系中占有什么样的位置展开讨论。

首先,在律例援用型的审判中所体现的是断罪 = 刑事审判整体的理念。在这里重视的是通过对一个个恶行的刑罚来为受害者申冤,并以此来预防今后恶行的发生。其思想的基础就是朴素的报应观。如果将其放任于民,则民间的暴力会永无止境,所以这个工作就托付给代表全人民利益的皇帝一手承担。如果皇帝施加的刑罚过轻,就不能充分为受害者申冤,今后还可能出现模仿加害的人;反之如果刑罚过重,这次施加的刑罚本身就又会生出新的冤屈(冤罪)。因此,这个工作的最高理念就是分析和把握单个恶行的具体的内容 = “情”,作出与该当恶行符合的轻重正确的刑罚决定,即做到“情罪之平允”或“情法之平”。(这里的“罪”“法”皆是刑罚的意思)

这个构造,除了将“情理”换为“情法之平”以外,和上述的民事审判基本没什么差异(也可以说“情法之平”是断罪部分中情理的别名)。

这里同样也是一方面既有“情法之平”这样一个原理,另一方面又有体现这个原理的无数的处罚事例。刑事审判的内容就是依照眼前的事件固有的“情”将“情法之平”原理一个个具体化。而且,正如前述,此处皇帝本人以惩戒的不言自明性为前提进行处罚(而且刑罚本身就是国家权力单方规定并且进行,完结的),所以不会出现民事审判中的当事人直接正面质问审判的正统性的情况。取而代之的是,如果刑罚过轻会出现受害人不满和治安恶化这样的社会反应;反之过重的话老天爷就会为狱中的含冤者以洪水或干旱的形式警告皇帝。并且如果是人民都知道的大事件的话,就可能出现地方公众、有识之士等高举地方公论来提出质疑。如果处理不当的话,这些都会引发革命。而皇帝自己就需要审视基准并对其进行细微调整。这虽然是间接的方法,但判断的错误由社会事实纠正。规律的大致上的构图与民事审判没有多大差异。

如此,刑事审判制度在构造上也是由一个非规则性的结构所组成,而且审判主体就视为皇帝一人的话,这种结构就表现得更明显。但是不用说,现实中,不可能是皇帝一个人处理全部的案件,无论怎么样也必须有许多官僚的参与,于是,事情就稍微复杂了一些。在皇帝眼里,官僚是“贤愚不一”,他们不可能总是正确地作出“情法之平”的判断。于是,作为下策,皇帝就预先将“情法之平”的典型事例构筑成体系,规定官僚在做成刑罚原案时遵循。这就是律例的全局性的位置。而法典几乎都是以缺乏量刑裁量的形式出现的理由也在于此。

2. 律例发挥作用的方式

包括笔者本人在内的法制史学者,一直以来都认为,除了立法者的皇帝以外,至少就这里有的律与官僚的关系来说,中国传统的刑事案件中律例援用型审判的构成是和西方的规则型审判类似的“依法断案”,律例就担任了断案依据的作用。^[25] 但是现在看来,这里的“断罪时援

[25] 参见拙稿《日本的清代司法制度研究与“法”的理解》(滋贺秀三等著、梁治平、王亚新编:《明清时期的民间契约和民事审判》,法律出版社,112~138页,1998年)。不过在那之前对于中国的刑事审判有观点认为其是恣意的,律仅仅是空文。拙稿的论述从学说史上看是对这些观点的批评和反对之说。这和第一节注[8]末尾提到的黄宗智的立场类似。

引律例”与我们所谓的“审判依法”之间有微妙的差异。而仔细探讨起来,确实有如下几点值得探讨。

首先,是其在社会的位置。刑事审判中,律例基本上是地方官在法庭完成调查、将嫌疑人押回拘留处后回到堂后与幕友(私设法律顾问)商量写上报书(详文)时才出现的。这个详文上报后,上面的高官或者皇帝看了后认为可行的话,他就把自己的裁决写成“批”的形式,并按此开始执行刑罚的手续。“批”中只有罪犯的名字和刑罚的种类,并没有任何律文的引用。也就是说,在这个制度中,并没有规定要给接受刑罚的人示以根据的条文。^[26] 换句话说,即使在直接适用律文这种单纯的案件中,律例并没有作为刑事审判中对当事人宣示的正统化机制的一部分而发挥作用。倒不如说律例是皇帝官僚制这样一个权力共同体围绕适度的刑罚轻重加以讨论并决定执行的内部意思形成,或者是使意思统一过程运转的制度装置。^[27] 其构造是审判在是否得到当事人乃至社会的接受的这样一种正统性上,不是看判决是否依据律例,而是看其是否实现了“情法之平”,并根据现实社会的直接反应来看是否获得了正统性。

其次,即使是仅仅限于皇帝官僚制内部,律例的作用也与我们平常考虑的实定法的作用有微妙的差别。即,在这个审判中“情法之平”=对犯罪的个别事实的差异的细微的对应是其最大的价值,且律例颁行的目的本身也在于让所有的官僚都做到“情法之平”的审判。因此,律例中的“情”在具体化、精细化上也达到相当高的程度。但是越是要使

[26] 当然这不意味着律例是对民不公开的。自古以来律的作用除了对官僚表示其从事量刑时的判断基准以外,还有向人民公示罚则从而达到威吓并抑制恶性发生的作用。在明清时代,律例的主要内容也每每被公之于民。只不过在实际的审判中,实际上判处的刑罚不一定绝对受到那些罚则的制约。具体的罪行总是会根据案件的“情”而分别处以轻重不同的刑罚。

[27] 关于州县自理案件中为什么不援引律例(只是针对当事人提起上控和上司介入的可能性,当时有人建议对这类案件只需不要违反律的明文规定即可),上述的律例主要作为官僚制内部交流的对象而存在的讨论,基本上能解答这个问题。

“情”具体化、精细化,就越是无法避免“有定者律例,无穷者情伪”的情况。^[28] 这种落差,无论怎样改进律例的表达方式,在原理上都是无法消除的。于是,律例规定了官僚在判断案件为“律无正条”的情况下必须采取的程序——即“比附”。这种情况下,首先要列举近似的条文,然后将二者联系起来,作出符合这个案件的“情”的适宜程度的刑罚原案,再上报以请求皇帝裁决。^[29]

一直以来,比附都被认为是所谓“法解释”的类推使用,即被理解为将现存律条范围的逻辑扩大的系统。但是不容忽视的是被比附的原案必须经过申报,由皇帝个别裁决的事实。在最终结论从皇帝那里出来之前,虽然官僚有过类似法解释的逻辑操作,但是从其正统性这一方面来考虑的话,最后的结果仍然是皇帝这个立法者自身的再判断。而且和现存律条的背后皆有与其相对应的“情”一样,这次新的判决(过后称为“成案”)的背后也有其特有的“情”,而与其对应成立的“情法之平”才是这次刑罚的适当性和判决的正确性的基础。^[30]

[28] 而且其中加以考虑的“情”中还含有时代和地域等环境要素。比如,太平之世则希望是轻刑罚,而纲纪废弛之时又求严刑。而且在该犯罪类型于此地特别盛行的情况下需要重刑以整风纪。这些“因时制宜、因地制宜”的内容又是无穷无尽的。

[29] 《大清律例》名例“断罪无正条”：“凡律令该载，不尽事理，若断罪无正条者，（援）引（他）律比附，应加应减，定拟罪名，（申该上司），议定奏闻，若辄断决，致罪有出入，以故失论”。参见中村茂夫：《比附的作用》（《清代刑法研究》，东京大学出版社，1973年）。中文版收于《中国法制史考证》丙编第4卷（中国社会科学出版社，260～284页，2003年）。

[30] 相同的关系也见于律的条文间的正统性的依存关系中。即重要的成案会以“条例”的形式被编入律例中。不过比如说斗殴杀人这种自然犯的问题，早已经包含于律的内容中。所以后面的新的立法的大部分，从内容上来看，与其说是要填补情法之平的空白地带，还不如说是既存条文的内部分化。但是如果是着眼特定的“情”建立的新条文，其宣示其特有的“情法之平”的瞬间，反而使作为特殊的“罪名”与既有的基本条文相并列，其含有的“情”是基本条文中所没有的。此处罪名全部列于旁边，并且正如《大清律例》末尾的“总类”部分（该处列举了五刑二十等的各个刑罚对应的所有罪名）所明示的一样，这些罪名都制度性地独立存在（至于其收录于律例的某个章节完全是按照查找的方便行事，因而时常会有章节间罪名收录的移动）。本文着眼于制度的独立性，而非律与案件之间内容上的逻辑依存关系（以体系性的观点去思考的话也并不是没有这种依存关系）。

也就是说,在这些事例中实定法和单独的判决之间的关系,不是上面所看到的与西方的规则型相类似的构造。皇帝和官僚之间并不存在这种关系——即皇帝事先通过立法给予官僚一般的指示并赋予正统性,官僚依据这些立法进行审判,且单个的判决因为其依法而获得直接的正统性。这是一种水平的分工关系和围绕正统性的获得而预先分化权力的构造。传统中国的情况从正统性的观点来看,一个个的律例与一个个的成案之间并无上下或被“适用”的关系,而是在“情法之平”这样一个根本原理之下,以同样的资格并列这样一种状态。^[31]

当然,如果眼前案件的“情”和律例想定的“情”相同的话,官僚就会适用特定的律条,且除了死刑案件需要皇帝一件一件最终裁决外,其他的案件都是在此就开始执行。^[32]于是与实定法的合一就直接成为判决的基础和官僚进行案件处理的正统性的根据。但是这种情形下,因为律对“情”的指定只限于某些特定部分,这个时候律例条文与其说是官僚就单个具体审判适用了一般性规范,还不如说是皇帝对该档案件处理以直接的指示或“命令”的方式发挥作用。出现在表面上的就是皇帝的情法之平的判断,而官僚与其说是独立的判断主体,还不如说是将皇帝的考虑当成自己的考虑而虚心地实行的“皇帝分身”。

[31] 当然,其对后面的判断的规制力自然也是有差别的。清律也以禁止断案时援引没有通行的成案而在制度设置上区别二者。如《大清律例》“断罪引律令”：“其特旨断罪,临时处治,不为定律者,不得引比为律。若辄引(比)致断罪有出入者,以故失论。”以及同条例：“除正律正例而外,凡属成案,未经通行著为定例,一概严禁,毋得混行牵引,致罪有出入。(后略)”用本文的用词来说这里禁止将成案视为“命令”。但是正如后述,就律例也是作为“参考标准”这样一个逻辑中(虽然其范围在清朝持续扩大),这种制度性的阶段构成的意义本身就很微薄。而且实际上,贯通整个清朝一次性的成案也逐渐成为下次审判实务重要的参照框架。参见小口彦太:《清代裁判中的成案——以刑案汇览为主》(《早稻田法学》第57卷第3号,1982年)、同《清代中国刑事审判中成案的法源性》(《东洋史法学》第45卷第2号,1986年)以及前面所列拙稿《清代刑事审判中律例作用的再考——关于制定法的“非规则性”的存在》。

[32] 不过,徒刑和流刑案件也要每季度和每年度就其处理内容向皇帝提出申报,皇帝如果认为必要也可以于事后更正其判决。(参见滋贺秀三:《判决确定力的不存在——以民事审判为中心》,收于前面所列《清代中国的法与审判》)。关于这部分和后述的死刑案件的情形相同。

而如果是案件的“情”和律例规定中的“情”不同的时候，这次就立即向再立法的方向展开。这个时候在申报时即使援引律条，那也不是作为新的判断的正统性基础本身，而是根据这次的案件定位，作为达到情法之平的判断时之一种辅助性工具，并借以向上司说明其“起案”时借用了什么共有的“参考标准”，期待能发挥在上下级之间提供交流的框架这样一种作用。

当然，虽然说是“参考标准”，律作为历代实务的结晶，其本身已经具有相当的体系。并且官僚上下级必须展开紧随这个框架的立论，彼此之间的说服行为当然也以这个体系作为依据，其结论也在这个体系性的基础上朝着更精致的方向发展。从这个意义上来说，这里的内容，与我们的法解释极度类似。但是在这个过程中，却不存在通过对审判官进行法解释的积极期待和通过将一般的规则在此过程中转换为个别具体的规范，为该具体裁决的正统性提供社会性基础这样的要素。^[33]反过来说，正是因为律例作为实定的法律没有带有“间接赋予正统性的社会功能”，所有疑难的案件最后都不得不仰赖于立法权拥有者即皇帝本人的判断。

而关于皇帝一件一件裁决后才能付诸执行的死刑案件，上述区别的意义就更是相对的。这里即使是简单的“直接适用（律例）”的案件，其实质内容也如同一次单独的立法。而且清代的制度下要求起案的官员必须将案件的细微部分（包括当事人的供状）都积极上报给中央的情况下，皇帝的裁决与其说是对臣子是否遵守法的形式上的监督，还不如说是皇帝自己根据案件的情况以实现情法之平为基准，而顺次地不得不审查臣下的实现情法之平的判断是否得当。律例整体上的位置是

[33] 但是，即使在这样的框架下，可以设想客观条件上的一些困难悬隔使得中央和地方以及皇帝和官僚的交流中有一定程度的隔绝。但是官僚的审判权威仍然需要皇帝的权威支撑，在这种情况下应该会出现官僚频繁援引成文法来作为判断基础的事态。但是清朝政府通过提高在命盗重案的处理中的交流效率，仍努力地企图将判断权限总括于中央。另外，关于户婚田土的案件，则采取彻底地分散判断权限，委托给政府末端的权威去处理。结果，在实践中上述可能发生的事态出现的机会却反而减少了。

在这个操作体系的外部,并只是作为这种操作的“参考标准”而存在。

3. 皇帝、官僚、实定法

同时,如果从这里作出决定的内容来看,将皇帝和官僚的关系单单只是作为命令和被命令的关系,或者由于这里的最终决定权归属集中于皇帝就认为这里是“朕即法律”式——所有的法都为“皇帝的意志”——的观点显然存在着问题。

从清代刑事审判的实际状况来说,皇帝直接过问审判属于例外情况(直接裁决的死刑案件每年只有数千件),原案的大部分由官僚们做成。当然,在案件的申报和复审过程中官僚间进行了热烈的讨论。最后不能统一的时候将正反双方的论点一并提交给皇帝,皇帝只是从中选定某一论点而得出结论。官僚制内部如果达成定论的话,皇帝在大多数场合下仅仅是单纯的同意这个结论(因此即使是幼小的皇帝也可以执政)。总之,就该当案件在官僚体系中逐步形成达到情法之平的判断过程,就是情法之平的“官界内部的公论”的形成过程,皇帝则为公论的体现者。讨论无私的公论来源于何人的意志这个问题是无意义的。

而且追溯起来,律例就是集聚了官僚制的众议而产生的。从这个意义上来说,律例自身与其说是皇帝单方的命令,还不如说是历代官僚共同体全体精炼出的确信的结晶。或者也可以认为是皇帝官僚制全体共同在实现情法之平的过程中通过实践固定下来的若干基本路向。而且这个过程中需要解决的课题是非常困难的,即一边要关注着整个天下每天发生的多样案件的整体,一边还需要对每一个具体案件的处理都尽力达到适度的刑罚与罪行之间的平衡。如果没能实现情法之平,则老天示警会出现洪水和干旱。为了解决这样的难题,如果每个个案都真是从零出发去处理的话,对任何一位处理者来说都是不太可能实现的困难任务。于是,过去的经验和实际成绩(即没有引起饥荒和洪水等上天示警的成功事例)就成为判断如何处理眼前个案时的第一参考。在这个意义上,使处理个案的判断主体总想遵循某种成体系的判

断基准的动力,与其说是官僚统治的需要,还不如说出于解决这种难题需要把握的“度的问题”或者处理任何个案总有“线索”可循的规律自身。虽然对于皇帝本人来说,律例在制度上来说只是一种暂定的“标准”而已,但皇帝实际上也很难偏离过去的成功例和精炼而成的律例的框架完全自由自在地行事。而且皇帝要是作出与以前不一样的判断,也必须在官僚的注视下充分说明本次个案于从前不同的案“情”之存在。^[34]

因此,如果判断了某个案件的案“情”和律例想定的格式化“情节”是一样的话,谁都没有什么好犹豫的,只需要沿袭以前的判断即可。在这种时候“依照律例”的形式就贯彻了程序的整体。但是,有时也不是只有走过的地方才能通行。一定的情况下,个案的特殊情形也会要求根据案件的具体案“情”,重新反复考虑情法之平,走出新的一步的勇气。而且在这样一种公论形成过程中,官僚体系末端最初的原案作成者也可能因为作出了新的提示,引导新的公论形成而得到皇帝赞许。正是敢于这样做才是士大夫,而且没有这个程度的野心也就不能扬身出世。正因为有许多官僚如此反复尝试实践,新的路有的时候也就成了老的固定的路了。而且实际上,在新的“情法之平”的反复判断中沉淀下来的部分,最后都被整理为条文的形态,以“条例”的名义进入律例体系之中。^[35]

传统中国依据“律”裁判的基本构造,不同于西方法律观念上那种“立法者与审判官”之间静态的对比——即由拥有立法权者事先创制

[34] 正因为如此,臣下要求皇帝三思其判断(遵守祖法)的实例在历史中并不少见。而且没必要认为这种以传统主义方式实现的权力的自我抑制和自我约束与法的遵守一概说来是两回事。不过,后文表明,这里皇帝和臣下所寻求的是“当下”这个特定时间点上的正确的行为,而非对规则的一般遵守。先例不是因为其作为先例而应该遵守,是因为其正确而应该遵守,判断其正确性的就是在身处历史潮流最前沿与现实对峙的皇帝自身。而且皇帝的权力所处的制度上的位置并不需要其戴上“遵守规则”的面具,正因为如此其可以被正面讴歌为“奉天承运”。

[35] 关于条例编撰的情况及结构,参见滋贺秀三:《法典编纂的历史》(《中国法制史论集——法典与刑罚》,创文社,2003年)。

出有层次差别的法律渊源体系,再由负责审判的官员根据法律规范的位阶高低依次参照这个法源体系来进行审判,据此一个个案件的处理才能获得正统性。中国的审判好比一种循环的持续状态——共有共享最新的关于实现了“情法之平”的裁决这种信息的皇帝及其官僚机构,不断在原来基础上共同做出能够实现“情法之平”的新判断,其成果再由皇帝以自身的名义表达出来,并为今后的官僚起案时所参照。律例=成文法,就是在这种始于官僚底端而终结于皇帝的刑事审判实务——针对无限多样又始终存在微妙差别的案“情”思考其该适用的刑罚轻重,并在官僚体系内部的上下之间不断循环往复加以实行的实务——过程中凝结成的精华。并且已形成的律例在此后同样的实务操作中也继续构成新的律例形成之中介或契机。当然的,这样的规范不可能一概都是空文,但同时这种实定法体系明显的没有类似于我们当代的法那样的功能:为审判全体的正统性构建并提供事先存在的基础,并以明确的“要件—效果”规定统驭今后的审判。在中国传统的刑事审判中,裁决的正统性始终是在皇帝—官僚体制这一权力机构总体之内,以“情法之平”是否随时得到了实现这样的问题被提出来并要求回答,律例——中国传统的“实定法”在这套机制内的位置就是体现反映这种寻求正统性的实务的符号,构成了使这样的实务得以运行的一部分内容。

五、法的制度化的两种类型

1. 两种模式的对比

以上描述出来的是清代中国的法和审判的整体图像。将其背后存在的有关法的制度化的模式和与该模式形成鲜明对比的西方所谓“规则型的法”模式加以比较,对二者之间的差异再一次进行概念性整理的话,可以看出二者存在着如下的关系。

在规则型法的模式中,法和正义的内容自身被理解为社会关系中的规则性或自然法似的存在。将这个自然法中的重要部分抽出来加以

外在化、客观化并赋予其社会的强制力,即提供公共权力的支持,其就成为了制度上的法。或者不妨说,公共权力在社会中借助规则的发现而为自己找到了用武之地或生存之道可能更恰当一些。当然这里的意思不是公共权力拥有者的意志在决定应该从社会中抽出哪些部分来作为规则的问题上不起决定性的作用,但是被“发现”的规则一旦进入“法的制度化”世界中,权力意志的身影就从表面消失了。自然法的内容被理解为原来就存在于社会中,权力仅仅是一个扮演了使之得以实现的类似“无色透明”(没有给规则染上自己的色调)那样的主体,或者不过是维持社会自律的规则性的一种机构角色。在西方的观念中,这种制度化的法被描绘为在公共权力和社会中保持自身的自律性,并能够发挥将权力和社会二者统一起来的功能,据此实现一种称为法治或“法的支配”(rule of law)的秩序。

相对于此,在传统中国的观念世界里,法与正义的理念要实现的是一个主体或家族相互之间恰当的位置关系(谁也没有冤抑的现实状态),这个理念以“情理”或者“情法之平”这样的词语来表示。但是,这个理念本身(或有关的言说)虽然是自明和不变的,但是其具体的内容和形式,却随着竞争中不断兴衰浮沉的一个个家族的变化而变化,而且每个主体因持有个人利害关系其关于法与正义的判断不一定都那么自然明了。于是,那里就需要某种能够将这些判断在日常生活的现实中整合起来的主体,为了实现全体民众的共存作为公平无私的第三者而出现。或者不妨说,中国社会中的公共权力就是以回应这种社会需求的方式而出现并存在的。在那里所谓的权力,就是能够主动地参与或干预有这种需求的社会现实的主体,其必须通过行使权力的日常实践或者解决一个个具体问题去不断地生成“法”的内容,这也是持续地统合人们的认识从而获得自身正统性的过程。当然,只要是在一种存在着竞争性市场的社会,当事人在日常生活中或者审判官自身也不是对社会关系没有规则性的认识。但是那里的“规则性”只是作为解决问题之判断形成的逻辑过程中要素之一而发挥与其他要素同等的寻常作

用,没有出现“规则”与权力交叉影响并得以客观化的构造,换言之,就是没有像西方那样,出现以权力来强化社会关系中的规则性,或者把公共权力作为社会内某些规则的特殊拥护者那样的正统性定位方式。

不过,在需要大规模的动用各级官僚的刑事审判中,由官僚共同体内交流的必要性引发了“法”或规则在一定程度上的客观化。形成的就是传统中国的成文法=律例。在那里(虽然仅限于“情法之平”这样的形式),公共权力承担者处理案件的日常实践中作出的判断必须从个人内心这样的“黑箱”里拿出来交由官僚共同体的其他成员加以审视评点,其沟通的结晶最终会自觉地得到体系化。但是从裁决如何获得正统性的观点来看,那整个过程结果只是相对于社会而言的统治者即皇帝官僚制这样一个统一的刑罚主体在内部相互说服的逻辑学层次的问题,或者只是理性的同一主体的关于自身同一性而自我对话的话题而已。反过来看,就皇帝和官僚的关系来看,律例不过是公共权力拥有者在其共同体内部日常进行的意思统一(“公论”形成)操作的一种对象,同时也是在这个基本框架内构成的“公论”之一种标识而已。结果无论从哪个角度来说,实定法都不是公共权力从外部赋予把“情法之平”作为目标的刑事审判的正统性基础。相反,恰恰是公共权力不断对个案所作出的日常性实质判断,才创制出了实定法并给予了其生命力。

2. 两个模式的接点

不过,虽然有以上的原理性的不同,单就现实中的审判实务来看的话,二者之间却没有那么大的区别。虽然可能显得有些唐突,下面引用一小节棚濑孝雄教授介绍现代美国法哲学家罗纳德·德沃金(Ronald Dworkin)学说的文章内容来展开讨论。

古典的形式主义中,法的体系性被理解为都是同一的,从基本命题到下位命题被假定为存在阶层似的构造,法的判断被视为是该命题的演绎性的推论。对于此,德沃金认为实际上法的推论中所运用的法是一种包含了“法的原理”和“法的价值”而更加丰富“饱满”地存在的规

则,按照他的原话就是好比一个“没有接缝的编织物”。

……这种包含许多内容的法,不仅仅是存在于此而被认识,而且对于进行法解释的人来说,每次具体运用时都会有不同的构成。在需要解决的具体问题面前,费尽心思考虑法的正确解释的审判官广泛参照相关的判例和法理论以及能够提供依据的法共同体之讨论,据此对推论的前提即法本身进行再探讨。将上述种种元素作为法的继承性部分并以现在的关心再去思考,重新构建对于眼前的实际情况而言是最善的法这样一种操作,就被称为“构成的解释”。此处的法解释有如下特征,即眼前妥当的现行法意义上的“法”不能离开审判官关于“应该如此的法”这一规范判断而存在。

……从事这种实践性的法解释的审判官,不同于古典形式主义所想定的孤立的解释主体。德沃金强调了他们是在时间上和空间上都扩展了的“解释共同体”中进行法的解释。所谓的空间上的扩展,是指法的解释超越了具体审判本身而传达至其他的审判官和法学家,为大家批评斟酌。并且这些关于法的相互探讨总是以案件处理本身在其事前或事后被不断地反馈这样一种我们所熟悉的方式而进行。这种在互相批判中进行的审判,比起审判官单独的审判来,其解释的扭曲的程度会小很多。……即使主观上是审判官个人进行法解释,但构筑这种解释方式的解释共同体作为其背景实际上展开着一种具有客观意义的法解释。”^[36]

在第一段中,德沃金指出了古典形式主义的非现实性,第二段表明了当代美国,法的内容也在案件处理的现场被具体化,成文法有着类似我们所谓“准据”的地位。第三段指出,这个判断不是个体性的,而是有“解释共同体”参与的(将判断托付给个体作出不一定意味其成为恣意的判断)。可见即便是在当代的美国,审判官在处理案件时实际上围绕实定法所进行的操作和上述关于清代官僚圈内“公论”的形成并没有什么很大的差异。二者分别从不同的两个侧面往同一个方向靠

[36] 棚濑孝雄:《现代法理论和法的解释》(《司法研修所论集》2005年第2号、总第115号)。

近,或者二者最初就从同一的出发点开始也说不定。^[37] 聚焦于单个审判主体的心里的话,无论在哪儿,所有的要素对于他来说都是判断的参照。并且要是不考虑对社会的正统化这个方面的话,评价具体裁决适当与否的其他最近的主体是处于同等地位的审判官,法解释问题就与不同的从事审判者之间进行专业知识交流和司法实践中类似“行情”那样的惯例形成问题就相当接近了。着眼于不同文化背景下处理法律问题的专家共同体内部所谓“发现法的逻辑”而言,似乎可以说传统中国和当代美国二者之间存在的只是裁决如何得以正统化这一层面的差异,实际的做法并无根本性区别。换言之,传统中国信仰的是“公论的神话”,而现在的美国人则把“形式主义”模式奉若神明而已。^[38]

但是另一方面,由操作法律的专家们所进行的审判实务,在整体上又与社会发生何种关系,在社会中又是被如何看待的呢?着眼于这一点的话,则传统中国和当代美国之间的根本差异又浮出水面。了解了清代的相关情况之后,我们已经知道如果真正能够实现日常的所谓“构成性的法解释”是非常了不起的事情。比如,清代的州县长官们总是被置于随时可被当事人质疑其是否具有足够的权威和德行来进行“构成性法解释”的尴尬地位。而真正能就“什么判断才是妥当的”这一点作出终极结论的只有包含当事人在内也构成判断主体的社会的公论本身。说极端一些,就是把德沃金所说的围绕法解释的判断样式理解为在超越特殊资格法曹的全社会人民这样的范围中展开,而且也不限定讨论的对象、时间等范围的话——即设想一种为所有社会成员都参与构成的“解释共同体”,那就是清代的民事审判的实际状态。

[37] 在这个意义上,笔者认为,着眼于传统中国专掌司法的官僚们所展开的“法解释”在实际操作上的精致性,并且把相应于中国这个特征的不同时期在西方由法实务家和法学者进行的同类操作加以对比是一项可能而且有必要从事的研究课题。本稿中强调的仅仅是这种法解释操作的“推理性”和审判“依法”的性质二者之间在逻辑上的差别。

[38] 从反面看,关于近现代西欧型的官僚制司法中成文法和判例不同作用的探讨,也可以从区别于“依法审判论”的其他视角去重新考察。

结果可想而知,依法宣布确定判决并具有独立位置的审判官这样一种地位或这样框架本身,在传统中国是完全无法成立的。

按照棚濑教授引用德沃金学说后所作的说明,德沃金认为到“构成性解释”理论为止,形式主义的理论框架已经呈现出流动状态且不断地改变,但是由法律专家们所组成且能够自我封闭、自我完成的“解释共同体”相对于社会的权威性位置却似乎没有受到置疑。究竟是什么在支持或允许这种观点,使其成为不言自明的存在呢?答案只能归结为,使用这种方法去发现的目标就是法的规则,而这个规则体系作为一个总体相对于社会现实总是占有绝对优越的地位这一点,在西方社会中存在着允许其不言自明的确信。但是在传统中国的清代看来却完全缺乏这种确信。在那个社会中,寻求“法和正义”等正统性的结果,是上文所叙述的那种公共权力、规范和社会现实之间互相循环转化的构造,作为其意识形态高高揭示在其表面的,则是集“公论”于一身的皇帝和由“有德的大人”组成官僚共同体进行教谕的神话。

无论什么样的审判制度都只能作为特定社会中规范确信的一部分而存在。如果追问到某一审判制度究竟成立于何种正统性基础之上这一层面时,信念、“神话”或意识形态的差异就成为决定性的因素。传统中国和现代西方这两种“法的制度化”模式在不同的历史路径上各自充分发展后,所体现出来的类似现象和不同本质,正好反映了不同信念体系之间的决定性差异。

3. 当代中国法秩序的历史的位相

到了当代的中国,上述两种不同的法的形态在现实中也开始重叠交织。在那里,正如两个银河系产生大碰撞一样,在社会生活的各个层面都发生了矛盾冲突和混合相融的现象。^[39]

当代中国的国家与党的权力在其政权正统化的基础构筑方面,明显

[39] 关于当代中国的法状况的论述,参见拙稿《超越民间法论》(《民间法》第3卷,山东人民出版社,1~13页,2004年。转载《律师文摘》2006年第3辑,总第21辑,中国法制出版社,1~9页,2006年)。

地是按照“公论的直接体现者”这样一种“非规则型的法”之逻辑而成立的。但是,国家在此同时承担了(形式上呈现出“规则型法”的外观之)法秩序的强行推行者和最后的担保人角色。但是从规则本身缺乏充分的社会根基这点来看,无论国家在形式上订立多少“规则型”的法律,审判官要想仅仅凭借“遵循规则”就获得判决的正统性却非常困难。这些“规则型”的法律在司法实践中有时候如同不得有丝毫违背必须执行的“命令”(“严格执法”),有时候又不过像是“情理直结型”审判中的“参照标准”而已。与此相应,国家权力自身一方面被社会期待成为冷严彻底地实现规则的实施者和担保者,同时另外一方面,特别是随着媒体的发达,出现了不同于传统的国家官僚制共同体内“公论”统合形成的其他种种“天下公论”的存在形式,或者不妨说表达“公论”的主体也越发多样化了,简单地遵循并实现规则的判断往往引发来自不同“公论”不同主体的强烈质疑。即便在刑事审判中,法官作为“公论的直接体现者”的资格也可能经常受到挑战。理所当然地,如果权力的所作所为都要符合这些彼此矛盾的期待,不仅非常困难而且结果总是会损害法的稳定性;但是,如果离开日常的“公论”以及与其配套的公权力表达的正统化构造,又不存在制定法和判断都可以凭依的其他立足点。

另外,在民间社会中,也在不断反复地发生着自发的规范形成和权威形成。近年来此类现象被整体冠之以“民间法”的称呼。但是有人讨论将其理解为“规则型”的法与权力形成的萌芽,也有人论证其就是和中国传统上的“听讼”一样的“非规则型”的法、权力形成过程的连续。不过,现实中出现的事情实际上本身就有着两义性。因而在论述这方面的问题时,除了做学问和认识论上的分歧外,可能还不得不考虑各家学说的提倡者和支持者们各自在政治价值或意识形态上作何选择的问题。

而且在公权力或学者之外广阔的社会空间中,经由在市场经济中活跃的参与者和一部分法律技术专家之手,“规则型法”的实定法实务逐渐得到改善和完备,这方面的领域往往直接与国际民商事法秩序的一部分相融合。就社会的实践和公权力的结合方式来说,那里已经出

现并存在着一种“规则型法”秩序形成的最标准形式。但这些领域现在仍“漂浮”在国家与民间某个中间的部分，将来最终会落脚于中国社会的某处目前却还是未知数。

结语

如上文那样对传统中国法的真实状况进行理解的话，构成“非规则法”这样一种概念作为工具再去审视相关的学术史，则在日本的中国法制史学界过去成为常识的一种说法，即“西方法是以规则来控制，即法支配权力；而中国法则是权力支配法。传统中国的实定法是国家权力（皇帝官僚制度）在深思熟虑之后制定的统治民众的工具”这样一种观点就出现了明显的问题。

确实可以想象一下，若是国家权力脱离了与社会的关系，单方面地订立并强制实行“规则型的法”的话，那里存在只有“权威主义的管理型”国家体制而已。但是如本文所述，传统中国法秩序中的真正问题点在于：无论良法还是恶法，法律都没有采取西方那种“规则型”的形态，而且正因为这样，权力与法之间并不成立西方世界既有的那种关系。基于这点去重新审视上述学说史中所谓“常识”的话，其结果不外就是先根据传统中国律例的外表而将其视为一种“规则型”的法，然后再批判这种法并没有实现“规则型”法应发挥或具备的作用。这种观点无非是在自己认为具有普遍性的“规则型”的法观念内进行自我循环而已。但是，这样的自我循环不单对认识中国法没有好处，而且对“规则型”法来说（虽说有可能导致自我满足）也无助于其自身进行历史性的反思省察。本文试图说明，在世界历史上，除“规则型的法”之外，至少还存在有传统中国这样一个有关“法的制度化”的其他方式。据此可看出在法文明比较论的研究中，其实潜藏着上述的深层问题。

对于战后日本的中国法制史学所取的进展和存在问题，也应进行同样的反思和省察。

确实，战后这一领域不少地方取得了进展和成功。即纠正了在研

究中国习惯法时因直接使用西洋的或近代的法概念而引起的谬误,也按照传统中国社会中人们理解事物的观念尽可能从总体脉络上复原展示了中国家族法和土地法。但是,正如本文所示,即便是这些有关家族或土地的“法”体现了所谓“情理判断”的大概内容,但绝不是我们在西方的语境中以“家族法”、“土地法”之名所考虑的那种客观的规则。虽然对“错置西洋近代”式的谬误保持警惕,但许多研究先从传统社会固有的社会行动中抽象出或提取一定的规则性,然后直接冠之以“法”的名义这种态度,虽然表面看来是坚持价值中立的“非西方中心”的观念,但实际上或许其本身不知不觉地已构成最大最严重的“错置西方法、近代法样式”的谬误。

另外,战后日本中国法制史学的进展在明确了传统中国的刑事法,即律例特有的概念构成和犯罪定性等特征之同时,也指出了实践中的刑事审判具有的“实效性”特点,从而彰显了其在法律发展史上的意义。但是,提出传统中国的刑事法具有“精致的逻辑和精密的思考,并在审判实践中不断扩展”的说法和“刑事审判以实定法为根据”的观念,其实并不一定是同一件事,而且也没有必要一定等同。其实,从中国“非规则型”的审判中,一样可以孕育出实定法体系,而且就连那种不依照律例的现象本身也恰恰表现了中国传统的实定法体系所具有的本质特征。着眼于制度和审判实践中类似于“严格依照成文法审判”的部分现象来说明传统中国司法制度整体的正当化机制,就不知不觉陷入了“错置西洋近代”式的谬误。相对这种认识来说,首先必须承认审判制度中除了依据成文法的类型外,还有不依据成文法的其他种类的审判。换言之,在传统中国,既有围绕命盗重案而在皇帝官僚制的共同体内展开的具有相当精致繁琐的性质这样一种“断罪”的空间,又有委诸于州县长官之手进行自由裁量的“听讼”的部分。把这二者结合起来并找到能够为其提供统一的正统性基础之内在逻辑,应该更有助于明确了解传统中国社会中人们法律生活的本质。这就是本文试图完成的任务。

超越民间法论*

一、民间法论的昌盛

1. 民间法论产生的背景

近一段时间在中国的法学书籍中经常会见到“民间法”的概念。笔者不清楚此概念首次使用的时间,在众多论著中,民间法论反复引用梁治平的《清代习惯法:社会与国家》(1996年,中国政法大学出版社)及苏力的《法治及本土资源》(1996年,同上)这两本书作为研究的出发点。这两本著作与其说是个别的实证研究,倒不如定位为在两部著作出版时年龄在四十岁左右的精通西洋学说的年轻气盛的学者在其作品中所倡导的一种法学方法论更为恰当。这两本著作宣称摆脱了过去仅仅着眼于研究国家成文法的教条主义法学,强调转而研究民间法律秩序的形成机制的重要性。此种动向在去年创刊的《民间法》年刊上有所体现(山东人民出版社出版,共422页,《民间法》的第二卷,今年由山东人民出版社出版并公开发行,共492页)。该书主持人谢晖在《民间法》年刊总序中对本刊的发行宗旨作出如下陈述:

* 原载《法律家》1258号,2003年。吴博译。

“自古迄今，国家法虽为江山社稷安全之必备，然民间法亦为人类交往秩序所必须。故人间秩序者，国家法与民间法相须而成也。此种情形，古今中外，概莫能外。因之，此一结论，可谓‘放之四海而皆准’。凡关注当今国家秩序、黎民生计者，倘弃民间法及民间自生秩序于不顾，即令有诤诤之声，皇皇巨著，也不啻无病呻吟、纸上谈兵，终其然于事无补。”〔1〕

民间法研究的主张产生并之所以能在一定范围内被接受，原因可能有二：一是对国家法律一元论和只有通过国家法才能建立更好的法律秩序之主张提出异议；二是对潜藏于主张理性设计的法律思想中的某种乐观主义、精英主义的畏惧或反弹。“正是在这个意义上，中国的法治之路必须依靠中国人民的实践，而不仅仅是几位熟悉法律理论或外国法律的学者、专家的设计和规划，或全国人大常委会的立法规划。”〔2〕不过，民间法的志向能否做到“为通过研究，促进民间法与官方法之比照交流，俾使两者构造秩序之功能互补，以为中国法制现代化之支持。”〔3〕（前引年刊总序“民间法宗旨之二”）、能否形成这样一种学问，当然还取决于民间法的概念究竟能在多大程度上明确采取与国家法相对峙的立场。〔4〕

2. 民间法概念的问题所在

通过对年刊中作为民间法的实例所讨论的几个对象以及逻辑关系

〔1〕《民间法》（年刊总序），谢晖、陈金钊主持：《民间法》（第1卷），山东人民出版社，2002年。

〔2〕苏力：《变法、法治及本土资源》，苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社，19页，1996年。

〔3〕《民间法》（年刊总序），谢晖、陈金钊主持：《民间法》（第1卷），山东人民出版社，2002年。

〔4〕为了从更广阔的领域捕捉民间法研究的动向，除去国家法与民间法的对比赛论外，在《民间法》所登载的论文中，讨论现行实定法制度之社会机能的典型法社会学研究以及少数民族法特征的实证研究均占有一定的比例。这些研究所具有的重要意义，本文因篇幅的关系在此不做论述。

的考察可以发现,民间法这一概念所包含的困难也明明白白地表现出来。在这一系列的论著中经常提到的有以下两个事例。

第一,恋爱中男方将女方强奸,女方父母将男方告到派出所。不过在警察正式逮捕之前,男方父母向女方提出:立即结婚并给予三千元赔偿,要求撤回诉讼、私了此事。女方基本同意,但要求一万元赔偿,双方协商最终以五千元人民币达成一致。双方明知男女均未到法律规定年龄,但通过熟人领到了结婚证。后来,其规避法律的“私了”行为被政府发现,婚姻被宣告无效,男方以强奸罪被正式起诉,并宣判有罪。根据这一事例,朱苏力在《法律规避和法律多元》中指出“那些潜在的、指导这一纠纷解决的规则为一种‘民间法’——也可以称之为在社会中衍生的、为社会所接受的规则”。〔5〕

第二,现在已经在全国范围内制度化了的农业生产承包制度等,市场经济的改革措施大多都是由个人和企业、地方官员发起的,这些措施当初都是违法行为或者“规避”当时正式的法律制度及政策的行为,由此推断法律规避有时也具有正当性和有效性。

前一事例,是否可以给民间自发解决纠纷以用武之地,的确是与国家法与民间法相对峙的设问相吻合的研究视角。不过民间存在的这种处理方式,在何种意义上可以称之为法?对此,除“从社会派生出来,又被社会所接受的规则”之外还没有更进一步的说明。然而,现代国家法与社会之间的逻辑关系归根结底是一致的。问题只在于两者的派生与相互容纳,存在着结构上的差异。只要民间法论有足够的正当理由和合理论据,在与国家法相对立的意义上,说明其能与国家法的法理论相匹敌,那么在近代,国家法就是法理论理解的唯一根据。事实上,近代国家的法理念中,当现实社会中的各种实际规则与国家法对立时,就被彻底否定;当两者不矛盾时,其中的一部分内容则被积极地吸收到国家成文法中。于是乎,就会陷入(软着陆)到立法论上的取舍选

〔5〕 苏力:《法律规避和法律多元》,苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社,44-45页,1996年。

择中。

后一事例所指明的对象,原本是基层权力依具体情况而提出的政策建议及未经上级批准而实施的冒险性行为。的确,这不是国家中央的立法,但不能简单地称为民间惯例,更何况其也不是自然发生的。并且地方权力一方面也是国家权力的一部分。从此种意义上说,与其说民间法是一个可以替代习惯法的课题,还不如说是国家立法权所具有的一种特殊分布形态:即最初没有主权性中心的授权,也并非立法权力中心单独发挥作用的产物,但同时其又是现实中国家正当权力的一部分、构成国家法秩序的有机组成。论述者之所以关心这样的现象,也正是因为这最终会成为中央的政策。论述的主题应该始终围绕着国家法的问题、现代中国国家大立法权的实态与近代西洋宪法体制的立法权实态的异同问题。如果将其称为民间法、习惯法,那么本应从正面回答国家法的问题就变得模糊起来。

仅凭一元国家法的单方强行当然不能产生法秩序,并且仅仅依靠一元的理论的确无法把握现实中所发生的全部事情。民间法论所致力的研究,无疑是正视事实的,它可在理论上弥补一元法论的不足。但从现状来说,民间法理论还没有成功地确立能与国家法理论一较短长的理论基础,甚至让人觉得有时民间法论反倒成为妨碍深入讨论问题的障碍。

在首倡者之一的梁治平的著作中已存在着民间法用语的模糊、法的性质不明确的问题。其著书中指出国家与社会的概念对比,起源于西洋近代史,对传统中国的分析不能照搬照用,需非常的慎重;而另一方面,官方、民间的对比传统,中国自古有之,故可以使用,于是创造出与官方法相对的民间法用语,以及与成文法相对应的习惯法等现代法学概念相重叠。不过还是尝试一下比较好。改革开放后的国家法与清代国家法对于社会来说具有同样的机能吗?清代,民法确实不具有国家成文法的形式,难道由此就能认为民法与西洋传统法中的“习惯法”具有同样的性质吗?将社会空间分割,并分别冠以法的字眼,虽然对于

吸引只关注国家法研究的法学者将其视野投向民间很有益处,但该理论的展开和进一步说明却相当困难。因此,我们需要进一步推进该研究的理论深化。

现代国家法理论的性质大致清晰。在笔者看来,为了解开层层疑团,虽然显得有些迂阔,但还是只能从中国传统法(特别是民法)的存在形式开始论述,除此之外别无选择。〔6〕

二、传统中国的民法

1. 个别主义内容的普遍主义提示

“情理”作为传统中国民事审判的规范性因素之一,受到瞩目,但这并不意味着它可以同现代审判中的法那样作为人们主张权利及判决的根据。就个别审判来说,现实中存在的是,当卷入纠纷时,为了此纠纷的实质性解决、消除两造关系紧张,在裁判官主持下通过调解做出两造可以接受的一次性判断或合意。显然,这里所寻求的目标,不完全是客观规则的适用,而是通过对双方持有的各种情节的主张以及围绕争议的整个状况进行公平权衡之后得出的最佳解答,在大多数情形下也就是可以不必牵强而立即实现的解决方案,或者是双方妥协的结果。当然,只要涉及具体情况就可以发现,由于世间没有完全相同的纠纷,所以法官所作出的判断也因现实生活当中纠纷的无限多样而无限分化,或者也应该是无限多样化的。可见把传统中国的民事裁判理解为殊主义的解纷方式并不是没有理由的。

只是在这里同时还应该注意到,尽管案件的细节各不相同,但并不能认为对案件所作出的判断也一定会因人而异,或者认为这样不同的判断是好事。如下所述,作为制度整体之基础的恰恰相反,尽管不同案件的情节千差万别,与此相应对案情的判断也是千差万别,但面对一个

〔6〕 有关于传统中国法的叙述及根据,敬请参考拙稿《清代的民事诉讼与“法之构筑”——以〈淡新档案〉为素材》,日本法社会学学会编:《法的构筑》(《法社会学》第58号,有斐阁,2003年)。

具体的纠纷,公平的人总要综合考虑其中的全部要素,费尽心思得出的结果也应该大致是一样的。也就是说,无论具体的纠纷及进行判断的法官多么的分殊化,但每一个纠纷都自有并且也应该有天下公论作为说法。这里的普遍性要求不是在纠纷类型方面推而广之,而是在判断的统一性方面的伸张。

诚然,要在充分考虑个案所涉及的所有背景性情节上作出判断并使这样的判断得到整个社会的认同的话那是很难的,但不言而喻,这也正是普通人在社会交往过程中所进行的日常性实践。在日常生活中,人们总是根据自己与他人的关系以及周围环境的不同而决定自己在该场合主张自己利益的强弱程度。而且这样的判断还会在与对方的交涉和协调中互相作出细微的调整。实际上,正因为对应该退让的程度或者应该施加压力的分寸存在着一定的社会共识,大部分的社会关系才能够在人们相互妥协中继续进行。不管局外人看来如何的复杂,对于当事人来说,恐怕大致都可以看出事态大体发展的方向吧?既然存在主观、非制度的因素,便不可避免地会存在与人们预期的偏差。如果双方都固执地认为自己的主张才是妥当的,那么无法调和的纠纷自然会转化为公开的诉讼。有关当事人把自己主张的正当性和恰当性(相应的,对方不懂得互让的顽冥性和贪婪性)诉诸天下的公论,这就是诉讼;裁决者对有关问题给予解答并指明何为天下公论,这就是审判。

当然,假如重视个别情况并把该案理解为世上独一无二的,那么所谓公论的具体内容也只能依据当时情形制定出来,并且只有从某人的口中叙述出来才能被公众所知晓。在典型的状况下,事态往往会按照下面的过程而展开。无论如何争论,大部分内容都是有关于程度的判断。在公开争论的过程中,周围关注的人们的看法会逐步集中,形成一定的“行情”,也许会有某个人出面代表大家发言,或者裁断者是个平时很有公平道德观念,享有极高威望的人,听了他的发言,周围的人就会认为他的发言最具道理而使舆论趋向一致。并且某个单个的人想抵抗舆论是很困难的。最终,争议的当事人本人也屈从于这种压力,或者

遵从当时的说法,自我觉悟而放弃自己的主张,服从于舆论,从而结束这场纠纷。停滞的日常生活恢复了正常运转,而且纠纷的这种解决方式,在关注该纠纷解决的人们当中(作为今后作出细微调整判断标准的一种素材、一种经验)产生的影响就像投石激起的水纹一样逐步扩散开来。

很有意思的是,在这里故意不设置某种能够以强制的方式制止当事人下次进行起诉的制度安排。如前所述,当对民间主体的调解不满时,当事人不屈从于舆论压力,会认为审判主体和周围的人被蒙蔽了,或者大家因畏惧对方当事人的威力而不敢将真正的公论表达出来。由此主张处理纠纷的主体及其提供的解决方案内容“循情不公”(偏重于情义而不秉公),也可以把问题提交到更广大的场所。清代国家设立的州县长官听讼,正是为周边民众寻求公平、无私、有权威的主体为之裁判而设立的(州县地方官通过科举证实其有德,并因本籍回避制度而不受当地缘故的羁绊)。还有一种制度是,对于不满州县长官的裁判,认为其“循情不公”者,不论是在判决前还是判决后,都可以上诉至上级的府长官、省长官(从官僚制度来看,此种制度还包含着向上级告发下级官僚腐败的意味)。最后还有条道路就是还可以直赴京师,向皇上告御状,由天下独尊的皇上替天行道,阐释公论。

纷争的过程、裁判的过程同时也是通过裁判者在当事人之间及社会空间内形成(或者确认)公论、共识的过程。^{〔7〕}与裁决方进行教化的契机相对应的是,当事人常常会质疑裁决方体现公论的程度,如是否能够真正的做到大公无私,真正体现公正的内涵。正是由于这种对同一纠纷反复争讼的性质(或者说纠纷的解决结果欠缺制度性的确定力),才可以担保公论性的形象。只有裁决者自己的结论就是天下公论这样的自负才构成法官裁决的证据,或者相反,只有申诉的渠道逐步消失、一个人与公论不断抗衡会被贴上刁顽的标签而孤立化的恐惧、才是削

〔7〕 这一部分与最近民事诉讼法学关于现代日本法庭中法形成的机能等讨论相类似。不过传统中国制定的法采取文章下述的形式。有关于其差异原因的论述本文未能深入。

减当事人争讼的欲望并消弭纠纷的最大动力。法官所陈述的分殊主义的解决之所以同时可以被理解为一定意义上的法,其基础在于,法官的判断都——不论好坏与否——具有社会性,并且在周围的人最终不敢为了自己的私利而再提出异议这一含意上具有普遍性。

2. 法的存在形态

于是乎,具备因事而异的分殊主义内容的正义同时又为全天下所共有,或者普遍存在的东西可以对应千差万别的个别事件,通过审判者而赋予具体形态,这种不定形的整体状态正是法的存在形态。

即使称为法,从抽象意义上讲它可以简化为“符合天理人情”的表达,但是,其实质或更具体的内容如果离开了一个个案件中个性化的现实状况就无法确定。这里的确有赖于有德者的教化,也会呈现出法律教化者与被教化者的区别。不过,只要当事人表现出对道德教化“心悦诚服”般的接受,他们之间的紧张关系及他们与教化者之间的权威落差会转瞬即逝(当事人的争执状态得以消除、被教化者的认识“提高”到教化者的水平),若其无法在瞬间消失时,便会导导致法律教化者和被教化者的角色发生错乱(后者开始质疑前者是否真有资格进行教化)。在这里具有讽刺意味的是,法到了获得具体内容(即抽象的天理人情在纠纷过程中斟酌一切情节才得以具体地体现出来)的同时,也从规范的形态转化为现实状况本身,或者法与事实之间其实不可区分。法无论从何种角度来看,都不能占据裁判中作为个别判断的一般基础这样的“客观存在”位置(不是从某个可以客观确定的情理“规则”来引出个别的判断,反过来只有细心作出而有说服力的一个个判断累积起来,才能逐步从整体上体现情理的内容)。这也是最终无法采取一定的规范语言来表现法律具体内容的原因之所在。^{〔8〕}

不过并没有必要由此过度认为裁判是无原则、无规则的。或许经

〔8〕 因而可以认为,以律为代表的传统刑法(传统中文的法主要指律),在非常早的时期就已经采取了国家成文法典的形式。其原因何在?或者在广阔的法的领域中占有何种地位?这些都是饶有趣味的问题,因篇幅的原因在此不做论述。

过长年实践的积累所形成的判断,正如某个人的判断会自成体系一样,整体上会具有稳定性。研究者在原则性的东西基础之上添附伦理的内容,这也就是传统中国社会里逐渐形成的所谓“家族法”、“土地法”的实质:即法律既是对现实的一种规范性的认知,又是对社会现实的描述本身。规范与事实之间并无区别,两者合二为一。

3. 立法的位置

通过国家权力进行立法所产生的规范及规范的公布也不能脱离这个脉络。立法的正当性基础只能是“公论”的体现,不过社会也不是一张白纸,不会任由立法者随意宣称什么就是“公论”。若不进行实际的尝试那么最终谁也不会明白公论究竟何在。形成公论的诸要素,即有关于日常礼仪的共识(风俗)已经在社会中按照一定的分布方式而存在。立法规范公布的效果只能是由是否与既存的事实“重心”所在的不同分布来决定(立法得到多数人支持或与多数人采取的行动方向一致效果就好,反之则是一纸具文)。其功能或者是“现存重心”的代言者(表达了多数人的要求,或通过对某种行动方式的再确认而增加采取该行动的人们之间活动的统一度);或者是促使“重心”转移的诉求和“移风易俗”的努力(通过立法试图改变人们行为方式的既有分布状态)。其有效程度与前面提到的审判过程中进行教化的效果是一样的,如果进行得顺利,人们的意识就会向规范宣示的方向靠拢,统一为公论的形式;但如果立法与重心偏差太多,就会产生对立法者公平程度、公论代表程度的怀疑。^[9]

并且只要始终考虑个案的特殊性,大多数一般的说明、原则因其一

[9] 关于传统中国立法与社会实践之间的关系,请参见寺田浩明:《清代土地法秩序“惯例”的结构》(《东洋史研究》第48卷第2号,1989年)(王莉莉译,周蕴石校:《关于清代土地法秩序“惯例”的结构》,刘俊文主编:《日本中青年学者论中国史 宋元明清卷》,上海古籍出版社,1995年),关于规范提示行为与规范提示权力之间存在的相互依赖的关系,请参见寺田浩明:《明清时期法律秩序中“约”的性质》(沟口雄三等编著:《社会与国家》(站在亚洲的立场上思考丛书第四卷,东京大学出版会,1994年)(王亚新译:《明清时期法秩序中“约”的性质》,滋贺秀三等著、梁治平、王亚新编:《明清时期的民间契约和民事审判》,法律出版社,1998年)。

般性从最初就有很大局限。实际解决纠纷的时候,必须在调查了解整个案件情节的基础上反复考虑是否需要原封不动的适用某种原则(或者即使经过考虑觉得可以适用,也要通过对此原则反复的进行整理,该原则的具体内容才能明确并获得社会的正当性)。既然是否适用规范的内容是根据不同地域的具体情况和当时情势来判断,那么就不得不限定规范所能适用的空间范围。越是涉及广泛的领域,上位规范就越是只能停留一般抽象程度的含糊指示,具体的内容还要由各地的规范宣示者“因地制宜”地在个案的处理中逐渐加以确定。

大体说来,传统民法到底是国家法还是民间法的提法并无太大意义。传统中国欠缺有关管辖权范围理论的基础,即一定组织的成员在内部将规范加以“客观化”的动力不足,也不存在依据审判权力统一规范的作用逐渐形成“法共同体”型的秩序。所以法从某种角度来看确实是由皇权统一为一元性的体系,但从另外的角度来看,它又被高度分散地掌握于最末端的纠纷解决主体及一个个教化者的手中。有关社会规范的定立和实现的全部问题,通过公论标志的体现,人们行动标准的分散状态在每日的实际运转中却得到了实质上的统一。在这整个过程,法与权力都不能与公论相分离。

三、两种“法”之间的关系

1. 传统型与外来型的“法”

围绕着规范秩序的形成,传统中国曾存在着这样的形态。社会全体对“所有人之间公正而均衡的共存状态”所持有的共识,可以称为法,依据这样的社会共识处理个别的纠纷,可以称为裁判。不过,如果从狭义上理解法和法律制度,把与变易不拘的现实相对峙并限制个体的具体行为,同时为人们一个个具体行为提供基础和保障的客观规范以及制定和实现这些规范的制度作为概念的基本内容(西方对“法”的理解)的话,那么传统中国现实中存在的法与上述来自西方的概念理解之间存在着相当大的差异。

如上所示,前者(可以称为传统型的“法”)的确是为了将抱有各自利害和心理差异的多数个体统一为社会整体、从而为平稳地形成某种公正公平的秩序而采取一整套措施以取得相应平衡的制度。不过这种无条件地与现实与社会变动交融在一起并且变易不居的法与审判制度,不能给社会提供大规模市场行动所必要的可预测性。为了市场经济的顺利建立,后一种类型(以下称为外来型)的法制度不可缺少,这也正是当今中国人们的一种要求之所在。

然而,不能基于上述的考察就认为。所谓引进外来型法的制度改革,单纯从传统国家法的角度考虑就仅仅等同于制定一部民法典(这当然是一项伟大的事业)。这种新的法的存在方式,除了内容之外,更多地形式和制度的位置方面,与中国社会对于法的作用所抱有的期待会存在着很大的差异。

首先,在传统型和外来型中,法和裁判作为整体在社会秩序中所处的位置截然不同。传统型将秩序回复、社会统合都直接并完全地转为法需要处理的问题,但是,法所固有的部分空间却不存在。而外来型只是抽取人们生活全要素中几个特定的要素并形成某种内部自治的体系,就以此统驭规律现实生活。这样的定位可以带来可预测性等上述的长处,但也会让人产生不自然的感觉。因为外来型法偏重于生活中一部分的契机(通常为一小部分人所拥有或与其利益相吻合),就会与传统型的法中所期待的公权力作用相反,势必增加部分的、形式性的问题解决所必然带来的以偏概全的感觉。不过,虽然外来型法的这种解决方案对于现在的中国来说可能既不安定也不充分,但若全面舍弃在形式层面上整理现实并形成客观规范的努力或排斥这种事业的必要性,又与中国融入世界的方向不相吻合。为实现这种转换并维持引进的外来型法之功能,人们会认识到必须把公权力的一部分分离出来(如强调司法独立)的必要性和正当性,人们对此能认识到何种深度和广泛程度也就成为决定外来型法制度的效力范围的首要因素。

另外,对于传统型和外来型,法律制度实践的內部不可避免地也存在

着不同层面上的差异。从纠纷当事人以及周围注视纠纷解决的人们的角度来看,传统型是把纠纷置于“天下公论”的纠纷解决场所,而当事人与当事人周围的社会可以随时不断介入作为纠纷解决根据的规范内容形成过程的一种制度安排。与此相对,外来型的纠纷解决方式则意味着在当事人自己不熟悉的场域(法律家的职业共同体)内展开处理过程并作出决定,并受这种决定的单方面束缚的制度安排。当然,立法过程中民主参加的扩大和一般人把法律内容“内在化”可以减轻正式规范的外部性特征或其对于当事人的陌生程度。不过只要是外来型法,无论怎样都不能完全做到与纠纷现场的实际情况丝丝入扣地合拍。法官如果根据当事人的个别要求使之合拍,很可能无法实现法的可预测性或者可计算性。

传统型和外来型的立法者也会受到不同问题的侵扰。传统型法律内容的决定过程、正当化的筹措过程以及社会的实现过程都是不可分割的整体。因此在立法的场合,自始至终都准备因地制宜、因时制宜。与此相反,在外来型的场合,必须以不受事实左右的、统一执行的法为前提,制定与现实相区别的法。如果仅就权力仅仅从别处筹措足以保障立法的正当性的问题而言,这当然是外来型法本身始终抱有的问题。为此,必须通过所谓“自然存在的法的发现”、“当事人的意思表示及相互间的约定”、“主权者的强制性命令”等理论的总动员,有决定权限的主体也从虚拟的神、君主向人民逐步转化。不过无论如何,使法得以固定化、客观化的框架始终是存在的,这也规定了权力的存在方式。总之,传统型的立法在逻辑上与权威的获得同时进行,原理上无论是谁,只要宣示出为多数人所接受的规范命题,同时也就获得了“立法”的权威。而外来型的立法与享有立法之权力可以完全是分离的,总是必须先从权力设置的框架开始论证可否立法的权威性(虽然这样做其实多少与常理相悖)。

到了现实的纠纷解决这一层次,两种类型的问题解决方案依然有很大区别。在传统型的场合,解决纠纷的主体首先在公众的面前表述

并演示公论,体现自己说服和教化的能力,根据复杂多样的案情细节形成具体的规范并设法达到妥当的解决结果。如果这样的工作完成得漂亮,得到人们普遍拥护,也就构成了其获得权威的基础。不过因判断总是不定型的,也难以从逻辑上清楚地加以论证,纠纷解决主体往往需要在每一个案中分别地获得权威。这带来了极大的制度性紧张,不过正是这种紧张或困难,一方面会带来必须应对当事人基于社会生活产生种种复杂细微要求的压力,另一方面又需设法做到与位阶更高的权威(“公论”及其代表)的融合,在这种紧张之中作出的一个个判断或决定累积起来,就构成了将规范与现实、具体与抽象统一在内的秩序整体。但是,如果引进外来的型法,在束缚法官(大幅度地缩减其形成规范或“公论”的裁量空间)之同时,也保护法官不受当事人和社会质疑的所谓“客观”的制度框架,却会妨碍传统型的上述动态的秩序机制运作,就如给正在运转的“秩序形成发动机”浇上一盆冷水。在当代的中国,离开传统型法的潜在功能,各种秩序还能顺利运转吗?引进外来的型法的努力究竟能够在多大程度上动员各种社会全体积极地参与进来呢?类似的疑问名单可以一直列下去。

归根结底,这里存在的是这样的问题:脱离具体纠纷解决层次上复杂而细致入微的对话实践,抽象的法规范果真可以单独存在吗?传统型法中溶为一体的立法与执行在何种程度上、又怎样切分开来呢?

2. 民间法问题的历史位相

重新返到开头提及的话题,所谓的紧张关系与其说存在于国家与民间之间,倒不如使用上述传统型法与外来的型法的对比与相互关系这个分析框架,才更容易理解。

如前一事例所示,目前正大力引进的外来型与中国固有的传统型之间存在着混乱,结果是谁也无法成为法的固定形态。关于将来发展的走向,除了外来型的全面浸透这样的假设之外,还可以考虑将生活领域产生的传统型与外来型实行彻底的分割,进而将作为外来型而制定的国家法当做实际中法官进行判断的一种大致的基准而加以利用的结

合形态。若如后者一样的推进,那么社会基层一般所存在的就是传统型的法。那里确实存在统一的法并可提供大致依此种规范行事的解决方案,但那样的规范并不是判决正当性的客观基础,也可能达不到预期的可计算性。

另外,如上文列举的后一事例所指明的那样,就是自始至终把传统型法实践与外来型融合在一起的事例。经济改革中地方所进行的各种尝试,中央仅仅采取默认的态度,与社会实践的紧密表里关系是法和制度的基础。在当初倡导的阶段没有规范的地位和规范的实质性,只有在制度与实践相互促进,互为依据中才能形成标准的规范形态。就这样,国家把本来体现在传统型的法律世界中的因素放到推行外来型法的过程中并设法使其融入外来型法之内。

另外,国家在主导立法活动之际采取的“试行”的手法,可以说起到的也是将同样的关联组合到国家立法本身中去的尝试。根据季卫东教授的研究,现代中国的“法律试行”,不仅限于对控制“手段”有效性的测试,还兼有对控制的内容、目的是否符合民意的测试以及对立法者的正当性、权威性、“公”的程度的测试。^[10]也就是说,国家法也不能仅仅在外来型法的基础上成立。

当然,难以实行把立法过程和法的实施严格加以区别的做法,是与法在形式上不能充分自立互为表里的。在更深的层面还存在这样的问题:通过种种巧妙的尝试而体现出来的传统型与外来型法之间变动不居的动态关系,到了最后,究竟会“落实”或“固定”到什么局面上呢?最终形成的秩序究竟会以何种类型的正当性根据作为主要的基础呢?这些问题目前恐怕不可能得到答案。

以这种与性质论相对应的方式,现代中国各地社会生活状况极为丰富的多样性通过各种路径动摇着某种关于秩序的一元性想象。无论

[10] 季卫东:《法律编纂的试行——在实施与规范之间的反思机制》(《世纪中国》,2000年11月17日)。另,季卫东:《权力的试行与反思的法》(《超近代的法——中国法制的深层构造》,1998年)。

如何,在如此广阔的空间、众多的人口中,树立一元化的法律空间的努力确为人类之前所未有的事业,至今还没有过成功的事例。人们会面临着多种选择,比如对外来法化的全面抵制、传统型与外来型的分类使用、侧重于大一统的框架对整体与部分作原则性及具体的规定,或者与长期以来的“因地制宜”相结合的做法,等等。然而,如果重视分殊化的实际情形把“因地制宜”、“因时制宜”的原则一直贯彻到底,那么整个规范秩序又会再次变成本质上与传统型毫无区别。

当然,在此并不敢预言此课题的归结点。这里所应依据的事实很多(而且都是很让人眩晕的大问题),大都没有决定方向的必然要素。传统型法秩序所带来的均衡状态已不符合国民经济的发展,又尚未发现新的均衡状态。在动员社会中现有的形成秩序的资源的同时,在确保大致的统一、在不发生混乱的情况下推进改革完全是中国国民的现实抉择的问题。笔者认为,日本学者所能做而且必须做的就是从整体上认识中国作出选择的全过程,以资日本人进行自己的现实选择之际作为借鉴或参考。

“拥挤列车”模型——明清时期的社会认识和秩序建构*

1. “等级”抑或“互助”

溝口雄三(MIZOGUCHI Yuzo)教授在其“礼教和中国革命”的报告中指出,近代以来礼教作为传统中国社会身份等级关系和集团性压制(个性)体制之象征,一直被人们所否定;与这种纯粹负面的印象相区别,他论证了“礼教”在其开始被使用的明清时代,自身在积极方面所持有的意涵和功能,特别唤起人们对礼教在当时流动的社会状况中所持有的相互扶助、相互连带这种正面含义的注意。^[1]

* 原载今井弘道等编:《变革中的亚洲之法与哲学》,有斐阁,1999年。阮云星译。

[1] 在《第一届东亚哲学研讨会》(1996年10月)上,笔者被大会安排为溝口雄三教授报告的评论员,本文为根据大会事前寄送的溝口雄三教授报告稿而撰写、提交的评论原稿。大会论文集(今井弘道·森際康友·井上達夫編:《変容するアジアの法と哲学》有斐阁,133~147页,1999年)出版之际虽有修改机会,但考虑到本文是受溝口教授报告的触发和激励,而达致该程度的思考进展之“来历·缘由”实难改动,因而,在论文集收入时,仅在文体上作了若干修改,内容上并未进行改动。

译者注:溝口雄三教授的“礼教和中国革命”一文也收入在上述大会论文集中(“礼教と中国革命”,113~132页),此外,本文在2004年溝口雄三教授的个人文集(溝口雄三著:《中国の衝撃》,東京大学出版会,141~165页,2004年)中也能查阅;另,该文的中文版,可参阅陈平原、王守常、汪晖主编:《学人》第十辑(江苏文艺出版社,121~139页,1996年)。

基于这样的礼教认识，一方面，沟口教授指出了在近代西洋中心主义（“近代主义”）的价值取向中，中日学者对礼教认识的偏颇，即，忽略了作为传统的民众日常生活之规范的礼教（popular Confucianism）所持有的合作的相互扶持的内容；另一方面，他又提议，在搁置好恶等价值判断的前提下，应在中国传统社会近五百年来有关互助合作精神的发展史中对中国革命进行重新定位。

仅将前近代社会当作一种压迫机构来探讨，对社会历史研究没有多大益处。以西方的近代价值观为基准，仅论证东方前近代社会的“缺失缺陷”的做派，也是内在地理解这些社会和历史的大敌。囊括“积极的”和“消极的”侧面、对过去存在的社会历史整体进行结构性理解的重要性是显而易见的。在这个意义上，沟口教授不但阐述了关注中国传统伦理同样具有的相互扶助的层面——以往常常仅被从“尊卑长幼之序”层面进行论述——的重要性，而且提议将礼教作为民间日常生活中的规范——不是将其作为哲学的教义或王朝的统治理念——来定位理解，对此，笔者深表赞同。

当然，反过来，仅以相互扶助从过去论及未来的话，我们无法回避以下的疑问。也就是说，如果按沟口教授报告所言，礼教含有相互扶助这一要素的话，恐怕马上就会有如下的问题。即，这一相互扶助的要素与礼教含有的另一要素，即等级秩序这一要素的关系如何？两种要素始终合体呈现之现象给人们的首要示意，难道不是终究两要素整体不可分、不可能仅以相互扶助这一个方面的要素来加以继承发展吗？可是，关于这一点，沟口教授的报告之持论好像显得相当乐观。

比如，沟口教授强调，民间生活规范中的“孝悌”并非是在强调下对上的绝对恭顺这样一种等级关系的脉络中，而是在抑制尊长凌虐卑幼，尤其主张兄弟间的和睦与平等互爱这样的脉络中被言说的。如此的持论背后显然含有这样一种理解，即，视等级关系和相互扶助为不同的两码事，认为以往的说法是对后者佯装不知。又如，将“律例·家训”等的明文规范和礼教的实际状态在对比中呈现，在等级秩序只不

过是“公开规范”、相互友爱和相互扶助才是实质性的内容的论证中,问题的说明也被归结为:为了相互扶助的目的、等级秩序作为手段被使用;如果在此进而加上将王朝的政治意识、专制的基础和民间生活规范、生活秩序作对比式论证的话,恐怕会出现大凡等级秩序的原因都归之于王朝支配体制,而民众的生活规范、“礼教的实际状况”中则尽是相互友爱和相互扶助这样的图景。

这种将礼教的两要素看成是可以割裂开来的认识,在溝口教授报告的近代“礼教”论批判中也留下一定的印记。也就是说,在批判近代出现的将“礼教”看成“阶级制度”的理解时,溝口教授明确地将其和明清时代民间生活层面的“礼教的实际状况”对立而置,明晰地进行援用史实式的批判。然而,在中国近代和日本近现代的“礼教”研究中,也存在着正是在认识到礼教的相互扶持的实质的前提下,对相互扶持本身从“相互依存”、“依赖性”(也被看成等级秩序的基础)视角来进行论考的一系列的研究。但是,对这些视角的研究,溝口教授换了一种方式进行批判。批评说,这是将个人主义看作无条件的好东西的西洋中心论式的进步史观,抑或是由于个人本位而无视共同体式的连带感的日本近代知识分子之积弊的产物。前论是在批判历史认识时将事实与批判对象相置而论,相对地后论则是完全从被批判方的认识主体持有的认识方式,抑或评价标准、价值观方面寻找问题,在此相置而论的与其说是历史事实、不如说是溝口教授的价值观。

当然,这种批判的背后具有一种危机意识,即,意识到近代主义的“礼教”理解最终所达致的是把“礼教”看成与自己无涉之物,是为了将其抛弃、摆脱而进行的议论,因而它既不是一种对思想的也不是一种对历史的理解,这样的中国、亚洲的近代观无法解释晚近五百年的社会历程。对此笔者深感共鸣。那么,是否正因为如此,反之就可以断定等级关系、压迫只是王朝支配体制的问题,把民众的礼教也视为具有压迫性的看法是近代主义的产物,就此认定亚洲之希望不如说是在继承和发扬民众礼教的相互连带这方面呢?

如果欲将传统中国的相互扶持的传统融入“21 世纪的文明观”中发扬光大的话，恐怕首先有必要作一个回溯性的检讨，即，研讨在明清时期的民众生活秩序中，什么是“相互扶助”和“等级关系”以及它们两者间的关系。

关于这一问题，笔者曾在有关“乡约”的论文中做过讨论。该文从明清社会中的“等级、统制”要素和“水平、合作”要素的相互渗透之关系的视角，以沟口教授的报告中有言及的“乡约”所代表的乡村集团和乡村规约的订立过程为对象，进行了概括性、概念性的考察。^{〔2〕}

因此，本文不再重复前论，而是以沟口教授这次报告中所提示的饶有兴味的史料，即以“勿恃强凌弱”的一系列的史料用语为线索，拟对这样的社会伦理不断被强调的社会历史背景中的结构性的要因进行考论。

2. “欺压”和民事诉讼

沟口教授报告中的主张，即，宗族家训、分家文书中与一般观念不同，与其说是强制人们遵从卑幼、弱者要绝对恭顺尊长、强者之说，毋宁说是相反，反复强调宗亲、兄弟间的互相扶助和“同心协力”。这一主张所依据的是沟口教授重视的史料：尊长、强者严禁“倚强欺弱”、“以长凌幼”、“以尊凌卑”、“恃众暴寡”。笔者则在别于沟口教授主张的其他的意思上对这些史料饶有兴味，之所以如此，是因为史料所示的诸如“恃强凌弱”这样的一系列的用语，实际上是清代的民事诉讼中，当事人提出的诉状中最常使用的修辞用语。

众所周知，作为前近代的明清社会已是契约非常常见的社会。这一时期，作为政治地位的非世袭制和家产瓜分造成的结构性的财产细碎化倾向之结果，沉浮家庭之间的土地和财产十分频繁地被买卖。同

〔2〕 寺田浩明：“明清时期法秩序中‘约’的性质”（“明清法秩序における‘約’の性格”，沟口雄三他编：《社会与国家》，东大出版会，69～130页，1994年）。

译者注：中文版参见，王亚新译：《明清时期法秩序中“约”的性质》，滋贺秀三等著，王亚新、梁治平编：《明清时期的民间契约和民事审判》，法律出版社，139～190页，1998年。

时,由于村落社会中各个家庭之间实难确立持续稳固的关系“制度”,有关金融、生产和生活的社会性的互助关系,不得不通过频繁的家庭间相互的缔结契约来维系。自然,围绕着这些社会性的交涉,争端也在所难免,而且其中有一部分被送至官府。以清代为例,据说大约以20万人比1的比例来设定的地方行政长官同时也是审判官,这些父母官在每月约有6天的诉状受理日里,每一天都会收到百来份这样的诉状。

然而,传统中国不存在民事实定法,而且,官府的审判也未必采取根据法律来判定有关权利是否被侵害这样的制度和办法。因而,在目前的清代法制史的领域里,日美的学者间存在着诸多争论激烈的问题。诸如,究竟接受了这样的诉状、在地方庭审中进行的工作算什么,算是审判还是调停?这里使用的判定标准又是什么?再则,这样自由裁量式的裁判,对当事者言具有“必须服从的规范”的权威性的依据为何?进而,原本形成这样的当事者和审判官的关系的社会基础究竟为何,等等。作为研究这些问题的一种取向,有以下这样的问题设定:那么,在不采用依法来裁定权利(侵害)方法的审判庭里,当事者究竟诉诸着什么?实际上,这么设问来读诉状的话,便会注意到诉状中存在着一一种典范式的说辞法、诉说事由的撰缀法,而占据这种说法核心位置的正是上述的一系列说辞。

如果将诉状中当事者通常喜欢用的诉说情节加以抽象化表述的话,一如下文。即,“对方依仗着自己的财富和暴力,鱼肉我辈贫弱之人,践踏天理,侵我财物、辱我家人。倘若容忍此伤天害理之举,则世间无法无天。恳请青天县太爷大人主持公道、惩恶除害,讨还天理”。而受理此申诉(告发与请愿)的地方官的所作所为也与此相对;地方官对有关事态作综合查访,若有恃强凌弱欺压之辈则惩罚之,若有因欺压造成的冤抑则恢复之。就是说,这一切被当作“申冤”来理解的。

当然,虽然申诉使用“欺压与冤抑”的说辞,但由于申诉的问题大多是与契约相关的民事争端有关,申诉的内容其实也是有关自己的正

当利益，即所谓“权利”的实现。然而，在此为何当事人自己几乎不直接申言原本的“权利”，而是代之以被“欺压”的说辞来申诉；而审判官一方也一样，并非像当代的我们所熟知的那样，司法以“依据权利保障，实现法的秩序”，而是以惩戒欺压行为和“申冤”为主旨来进行审判。

明清时期的史料中可见的“勿恃强凌弱”的说辞，并非仅见于兄弟间和宗族内，而是孕育着与明清时期民间民事秩序整体结构相关的问题。

3. “拥挤列车”模型：主观性权益主张和相互均衡

由此，我们不得不回答以下疑问：为何明清时期总以“欺压与冤抑”的说辞和方式来整理、理解和处理民事争端？或者反过来说，为何在明清时期社会关系的大要已经靠契约关系来维系的这样的社会里，却不用主张权利、维护恢复权利的方式来解决争端？究竟“勿恃强凌弱”之训导为警句的社会是一个怎样的社会？

当然，这个问题与诉讼之前民间社会日常生活中正当的利益诉求的依据方式，即所谓“权利”之秩序密切相关。而实际上，当时的“权利”以如下方式存在着。^{〔3〕}

首先，民间确实存在着类似“权利诉求”的现象。有了一定程度的权利秩序，买卖契约才可能被缔结。但是，另一方面，那里的人们并非与各人都持有各种各样事实根据而进行的主观性的利益诉求的状态相分离，并在不同的抽象的邻域中建构制度；而是毋宁在一种主观性的利益诉求的人们之间的“相互调整进退”的、事实上的均衡、相互容忍的状态中，寻求只不过作为一时性的、较为安定的局面这样的权利秩序。明显的武力的违法强占、违约赖账这样的简单案例的话，是非一目了然

〔3〕 详细请参照，寺田浩明：“权利与冤抑——清代听讼和民众的民事法秩序”（「権利と冤抑——清代听讼世界の全体像」〔法学〕61卷5号，1~84页，1997年12月）。

译者注：中文版参见，王亚新译：《权利与冤抑——清代听讼和民众的民事法秩序》，滋贺秀三等著，王亚新、梁治平编：《明清时期的民间契约和民事审判》，法律出版社，191~65页，1998年。

然；但是，比如是以下案例的话，即，耕种期间略为改良过土壤肥力的雇农，在解约时地主是否应该对他进行补偿这样的双方似乎各有其理的案例的话，则无完好的解决方案。其结局大概只能是依据经济上是否富余和现实中的权势关系状况，或是在善意的让步和忍气吞声之间被个案地处理。国家方面，对民间的“权利”秩序也并非一定给予积极的承诺；完备的登记制度也未设立和使用；此外，官府在解决纠纷和争端时，通常是在全面听取包括举证人在内的所有当事者的主张的基础上，提出应对当下个案的、事实上合理的裁决方案，以整体的利益均衡和平息争端为目标的公正的局外第三者来行动。在这样的审判中，自然也有作为结果的“权利”实现，但并非因此就可以标榜在此“权利的实现”是目的或是正当性之依据。

如果就其内核或概要而论，明清社会确实存在类似权利秩序之物，但若从其周边来考察，与其说是存在着确定的权利秩序，不如说这里包含了许多不确定的部分。

这样的以“不确定的权利”为基础的秩序的存在方式，确实和我们耳濡目染的熟知的法秩序相去甚远，然而，另一方面，如果将其加以一定程度的抽象化的话，这也是我们日常生活中时有所见之物；再则，反之，回想我们的社会生活中也存在着同样的状况，则有助于从内面对此问题的理解。亦即，这样的状态和问题所在，其实恰如“拥挤的电车之中”我们所面对的问题。

比如，请试着考虑以下的问题：在拥挤的车厢中，被邻近者挤压时如何反应才是对的？或者说，在本来非常拥挤的车厢里，自己应该占据的空间究竟是多大？回答这样的问题很难。无疑无论是谁都占有最低限度的一定的空间，但反过来说，并非车厢内的每个人都均等地占有一定空间才是正确的答案。乘客中有健康者也有病弱者、有肥胖者也有消瘦者；再有，乍看只是一位胖妇人，不想其实她可能是位孕妇。正是这样情形各异的人们挤拥在一节节的车厢里。

自然在此状态下，首先应自肃，车厢拥挤的状态下被别人推挤时先

要调整自己,进而互相之间作退让调整,这样的举动符合社会性的伦理。但是,另一方面,由于被挤压时若不挤回去,自己当有的空间也将荡然无存,以个人言,被挤压的话,无论如何得再挤回去,符合此时行动的逻辑。换言之,通过这样在默然之中的相互推搡和退让,摸索谋求着全员的满足(或曰忍受)的均衡点。所幸,实际上大多的情况下,列车开出车站不多会儿,乘客间的相互位置关系便安定了,人们各自获得相应的空间开始拿出(折叠成窄幅的)报纸等进行阅读。虽然并非每人均获同样大小之空间,倘若无人表示不满,这样的状况也算一种秩序。当然,无须赘言,这样的安稳不持久。一旦列车抵达下站,再有乘客上车,重新的相互推搡和退让在所难免,而且,对此即使抱怨也无济于事。高峰期的电车中正充满了如此这般的情形。

然而,在这种状况中,比如某人大嚷已经无法忍受了,情况又将如何呢?抑或,大家都在相互退让却出了一个坚持绝不相让的某某,事态又将如何演变?前者可能诸如,真的对方是仗恃着自己的武力正失当地大打出手也未必可知;或许,申言无法忍受的某人,却意外地只是其忍受力薄弱。后者也许诸如,看来奇怪地猛推周围众人的妇人,或许让人意想不到,她如此这般却是在拼命保护自己腹中的小小胎儿。也许,会有主张说,非但如此,不如上车时就申言怀孕在身、请人让席便好,同样,反驳说有特殊情况的并非仅此一人的意见也可能出现。这种通过互推互让若能达至全体成员之忍耐的均衡点而无须其他周折的秩序,其相反的情况却是,一旦某人开始申言其理,定数不详的某某便也会纷纷执持有关事由和道理的这样一种局面。那么,究竟如何行事才能使问题得到解决呢?

当然,即便在此,每一位当事者从各自必须维系的自我利益和无论如何当下自己占有的有限空间出发,进而从(也许不一定能看得出)“我是孕妇”,到“我是老人(你年岁不高也欠成熟——不懂尊老礼让)”等提出各种“理由”的主张;而且不论持论具有怎样的说服力,谅其本人还是自有自的有关社会性的认识吧。但是,无论有怎样的道理,在这

样终究是在必须相互让步的拥挤的列车中的前提下,倘若将此主张作为如同绝对的论据来提出的话,其本身就的确成了类似“以尊凌卑”的情形了。在此,重要的是“度”(程度和节度),但如何判断这个“度”也很难。自我主张是充满风险的,结果大家毋宁采取能心安理得地非难对方不义的易行的申言方式:诸如非难对方操行无度或是忘记了互让的自我主张的做派。

然而,即使是当事者之间都没有既成的必须申言的明确的“底线”,这种情况也造成了诉讼审判方的特有的困境。当然,谴责暴力性的行径是容易的;困难的是论证哪里才是应有的“边界线”。的确,如果从理论上说,即使是在拥挤的车厢内,根据充分的信息设定每个人“最佳空间”的专有面积是可能的;再者,相较激愤的当事者而言,冷静公平的第三者的判断通常被认为可能提示近似的“最佳空间”。但是,无论怎样的判断,一旦争执起来,不论对谁来说,说这就是“最佳空间”这样的说法,基本上属于无法论证之持论。与作为当事者在此时只能依据现状申诉对方得寸进尺而别无他法一样,审判方能够有所作为的(惩戒暴力则另当别论)也只能止步于此:从比当事者宽广些的视野来确定“边界线”,也就是说,在公平地听取当事者双方的说辞之后,以第三者的身份提示当下的“边界线”;进而,以此为前提,促使当事者双方再度互让互助。

正因如此,当检视那些双方堂堂正正地争执且被公正裁判的案例,那里存在是状态与争端之前的事实上均衡的状态——即,虽然不清楚自己“正确”的应占有面积,只求在互让互推搡中谁也不因此而争执的状态——相差无几。然而,细细想来这是一个原先就不存在确定的专有面积之世界;秩序和争端的分界,不在于属于权利范围的现实状态和其被侵害状态之中,而在于面对现实是否诉诸争端的“是”或“否”之间。裁判的首要工作是促使(当事者双方)返回到默然的互助和相互推搡的状态(“边界线”)中;换言之,除了这样的弥合性、妥协性的了断之外的解决方案,无论谁都无法提示。再说,作为当事者,如果考虑到

在无法持有十分确定的依据的情况下,行过头申诉之风险,也只好见好就收、收敛锋芒。

因而,明清时期衙门里进行的裁判终究无法得出如上所述的冷静公平的第三者式的裁决。仅限于民事秩序的层面而言,在此国家并非试图依据一定的法则积极地营造秩序。再看其宣判的判决,虽然标榜公正性和实际上的妥当性,然而其结论并非都具有逻辑性和说服力,并非带来绝对性的确定性的争端裁决结果(清代的审判不具有既判力)。但是,尽管如此人们还是不断地将纷争诉诸于国家的衙门,而且许多争端也确实在那里得到解决和平息。这样的无穷尽(而且也不希冀通过一定数量的累积来制定民事实定法体系)的个别主义的作业的持续,构成了清代民事司法的真相。

换言之,明清时期民事秩序的逻辑世界,不论从社会一方还是从国家一方来看都可以说完全内含在“拥挤电车模型”之中。因而,在此如果回顾《六谕》、《教民榜文》、《圣谕广训》这样的民众教化文献和乡约等的民众性礼教文献,也让人不由地想到,文献中的社会被描绘成这样一种状态:宛若大大小小膨胀着的诸多气球碰撞撞、进退退,神奇到横向地无结构的“互推赛力(挤香油)”状态、“拥挤电车”状态。原来如此,为人不得“恃强凌弱”、尽心尽力互帮互让这样的说教,正与这样的推来挤去的“拥挤电车”式的社会认识相互适应。

4. 秩序建构的模式和权力的角色

当然,不用说这样的拥挤电车型的社会图像并非就是当时未经加工的社会现实。依据史学知识来看的话,明清时期的社会自身已经具有复杂的立体结构,这种立体结构是由地主和雇农、主子和佣人以及血缘、地缘组织等各种关系要素和机缘错综复杂地构成的,它绝非是平扁的均平的社会。毋宁说,礼教文献所描绘的拥挤电车型的社会图像,正是有意不顾这样的现实的分别、强将人们的社会关系从某种视角来加以整理和抽象化的所致之物。然而,这样的抽象化的确提供了一种不同的关于“一般性的秩序”的说法,即,它提供了与在经济、身份错综复

杂的关系中,各自持有各自利害关系及背景而相互竞争、相互帮助的众多的小家庭、家族之间存在的,弱肉强食规则与现实不同的另一种关于“一般性的秩序”的说法。明清社会其实并非原来就是拥挤电车型的社会,而是追求某种秩序的人们将这一时期的社会“看作”拥挤电车型的社会。

实际上,最重要的是当时礼教本身具有的所谓“全民运动”的性质。当时的礼教亦如当时的宗族,是一种面临着宋代以后逐渐展现、明代中期以降急速发展的,只能用“社会”来指称的大范围的秩序空间的形成,以及在这样动荡的规模巨大的社会中无数的主体被释放出来的状况下,为了发现、制定出秩序而兴起的“国民”性运动。这种“全民运动”是那个时代的人们的(“时代”)问题的一个组成部分;这个问题考虑的是,以怎样的框架和方式来理解以致驾驭这样一种流动的社会状况;若从这个社会的内部来说,也就是在这种新的状况中政治权力在哪谋求自己的位相的问题。

如此看来,关于现实社会宛如拥挤电车这样的说教,显然在使人们想到其中的当事者必须互助互让的同时,也制造出了特定的权力结构。即,如上所述,拥挤电车型的社会原理,是一个对所有个别主体的利益主张都不给予确定性的论据,或更确切地说,通过将个别主体的利益主张视为“私欲”加以制约,从而营造整体秩序的逻辑世界。因而,这样的权力结构必然要超越无数个私的相互竞争的世界,倾向于通观整体状况、企求其中以为实现当事人的共存为目标的“公”的主体的存在,而且赋予这样的主体以权威。也就是说,这里议论的逻辑世界,若从为政者一方来看,其做法与将权力之基础建立在个别主体权利主张的论据之上的做法——在无数个个别主体各自的利益主张之横溢的状况面前,通过对这些主张之根据的逻辑性的整理和强行实现,奠定实行者权力之基础的做法——正相反,这里的做法毋宁是,通过采用公与私、全体与个私这样的修辞,剥夺个别主体的自我主张的绝对性根据,圆滑地

为全体利益代表者的“公”的权力奠基正位。^{〔4〕}

当然，由于“最佳的平衡”无法论证，个案的判决所具有的说服力被限定；为了谋求更加公平的主体和审判，人们不断地重申旧论、不断地诉诸审判，以及不断努力试图通过以科举形式对万民开放的通往统治阶层的上升之道，使自己终成这样的“公”的主体。然而，这样的实践同时反过来，也成了对分别公私的结构置之不理之道。清代的皇权统治采用这样的操作和统合“公”之象征的方法，确保自身的社会正当性。

进而，我们在家训类的教训的情境中也可见上述这种结构。即，如溝口教授所说，近世中国民间的互助合作论是诸多的小家庭已经成为生活及兴衰的基本单位之时代的产物。然而，担心家产分割后兄弟间不和而教导互助的父亲，其理想的兄弟互助模式是家产分割前兄弟们谁都无私产无私心同居共财的状态，与此同时，也是一家整体（在此这也被称为“公”）代表的父亲，其意愿表达时其诸子各自的各自的意愿被淹没其中的整体状态（未经父亲许可晚辈处置家产即公产的情形被称为“私擅”）。当然，家产分割动议是前述无条件的同心合力状态（持续这种状态少有益处）已无法保持之状况的所产。因而，面临不置可否的个别主体分立之现实，在此仍然试图抑制个别主体如此这般横溢的私欲（并非在确定和相互尊重这些个别主体的私有权的前提下）而创制整体秩序之时，终究在此营造出反复教诲“切勿恃强凌弱”、务必人人“同心协力”，这样的状况。

论及社会秩序时，被讨论的不是客观的规范和程序，而净是个人的互助互让的“态度”的背景中，存在着特定的状况，即，一定程度的“个体”已经被分离出来，而且无条件的同心合力已不存在，也不被期待，

〔4〕 古典中国话语中的“私”，通常伴有否定性的意味，且不同时与“公”相提并论。“公”并非个人间存在的公共的空间，毋宁是重视由相关的人们形成的集团的同心合力之状态的概念；在此，成员们被处于一种不具有个私的利害关心和个体意愿的状况里。而权力被看成这样的集团的利益的代表者。

然而另一方面,完全以“个体”为基础构筑全体秩序的根基也不存在的这样一种状况;存在着这种状况中秩序形成的特定方式,同时也为特定的权力方式的产生奠定了基础。

5. 传统中国型秩序建构模式的历史位相

那么,如何理解具有这样的秩序建构的传统中国模式的历史位相才好呢。要对应纵论近 500 年的历史发展趋势,以“更加丰富中国观、世界观”、“确立 21 世纪的文明观”为目的的沟口教授的讨论的话,不容不论及这个问题。此题非本人学力所逮,在此仅述数点,仰仗沟口教授的批评。

第一,拥挤电车模式本身并非就是不公正的。如果立足于人们并非独自一人地生存着,而是和其他人共存共生这样的现实的话,相互礼让是理所应当的。实际上,在拥挤的电车中主张“既得权”本身就是违反社会常识的。

当然,反过来,在采用了拥挤电车模式之时,至少于个别主体这一方面而言,出自自身的、对任何某物的能够坚决主张的、强硬的根据同时将荡然无存,这也是难以否认的事实。虽然,无论是怎样的个别利害和个别主张,都只有经由全体的视点方才得以确定其正确的分量和获得完全的正当性;可是,关于这个全体,个别主体一方始终只能拥有不完全的部分信息;结果是,个别主体一方只能默然地听任声称代表全体的权力一方的摆布。具有讽刺意味的是,这种模式系统的最大功用,莫过于以如此的方式剥夺来自个别主体的固有的发表主张的根据和正当性。

与此相比较来看,在我们熟悉的“既得权”型的世界里,讨论问题的逻辑与方式正好与此相反。个别主体首先拥有某些确定之物,然后这样的各自拥有所有物的个别主体集聚着,在互相认可各自的拥有物的过程中产生出全体。在这里,权利主张并非特别被限作“弱肉强食”来理解、尊重个人的主体性与拥有共同体的连带感也并非只是矛盾。这也是一种营造共同性、公共性的方式。

然而,另一方面,这种方式的问题在于,不具有拥有物的人们一开始就被处在不被接纳的处境中(与这个“资格圈”没有任何关系)。而且实际上,仅就前近代而言,大部分的芸芸众生被晾在这“资格圈”之外。换言之,在此,法的世界并非覆盖了全体秩序,而且,正因如此才能声称能够用既得权论构成一个世界。与此对比来看,拥挤电车模式则从相当早的时代开始,姑且将在那里的所有的人们都考虑在内来谈论问题。“拥挤电车”型对于社会认识的优越·良善之处和麻烦·艰难之处,最终在此相关联着。

第二,若搁置模式,依据近代的现实而论的话,实际上两者的对比也无法泾渭分明。

通过市民革命的国民国家诞生的话,在那里不但有明确的代表全体国民的主权权力,而且每一个国民作为拥有被冠名为基本人权的既得权的主体也出现在法的世界里。然而,倘若全体国民都登场,而且全部资源的范围被限定着的话,实际上那里也成了“拥挤电车的车厢”了。要论证抵抗的正当性,即,抵抗代表全体国民的国家权力为了“全体”的所作所为之正当性,是困难的。再则,虽说是权利,倘若这时的权利成了通过议会立法由全体方授权、且被明确规定接受全体利益制约的权利的话,它就已经不是中世纪式的固有权既得权了。说来矛盾,通过近代市民革命,法和权利在获得普遍的和现实的基础的同时,却开始变得与传统中国的情况有几分相似了。

再看近代中国,各个经营体经营的自立化自律化进一步推进,随着各自家庭兴衰、生业获取之机缘和存立的基础,变得越来越倚重于各自经营主体的努力和才智,进而对这些所获财物加以保护的要求势必强化。各自利益的既得权化在所难免,而且采取无视既得权的方式来论说全体利益也变得日渐困难。倘若就土地所有秩序而言,清代的既得权化·“权利”化也已相当程度地进展了。只要国家权力方面自我节制地行政的话,有朝一日在那里一如权利秩序之物亦将出现。

从个体开始的尝试一旦遍及全体,或是从全体开始的努力一旦与

自成单元的个体相互面对的话,无论从哪方开始,其结局都呈现出这样的清楚事实:或是零和博弈的解决法、或是关于各自正当的占有份额的社会认可方法、或是相当于基于社会常识的各人的占有份额的确定方式。在此存留的终究是如何调整全体和个体的关系这样的普遍问题;只要不可能只是个体或全体一方存续的话,归根到底,无论哪方先行,实际上最终无法摆脱对方的要素。那么实际上我们对这样考虑了双方情况的情形进行考察的话,便能看到综合性地被实现的结果相差无几。

近代主义的理解无论如何不如从前那样理直气壮的原因之一恐怕也在这里。如果提起近代的理念型,说是无论如何“现代型”为好的话,但这样的东西在这里早已有之(正是这些事项相当早之前就有了)这样的议论的可能性是存在的,并且很难说这种议论没有根据。而且,最近我们不得不意识到,我们生活在一个以地球冠名的拥挤的电车之中的事实。

但是,第三,恐怕并非正因如此便可说圆满收场了吧。个体是一个个地生来死去的,然而,这样的个体又是在相关的共同体中生活,而且只能在社会中才能存续,只要这样的事实存在,个体和全体就不会湮灭。在权力的正统性建构、全体之社会和个体之间的关系(如人口政策和“生育权利”)的状况中,无论是先由个体还是全体哪方起始的争议的展开,必将持续成为反复出现的问题。

当然,这里的问题已经既不是历史发展的前后关系、“进步”与“落后”的关系问题,更不是“西方”与“东方”的问题。我们面临的是答案和方向都仍旧不明晰的价值选择的问题。既没有谁具有可用超越性的方法来代表全体的根据,反之,亦无靠个私的叠加式的累积便可保障全体之生存的道理。既非因为有了拥挤电车状况,便可径直正当化认为全体社会优越的选择;反之,主张个体优位和本源性的一方,则也不能不在依据相应的事实的基础上,再行构建此主张的逻辑基础和依据。“近代主义”的理论谅已衰弱无力,但恐怕也无法因此便可以说“近代主义批判”的理论已经给出了答案。

传统中国的“法律解释”***

本文的主题“法律解释”，所讨论的是在“一般性地规定的抽象法律规范”与“针对一个个案件的具体判决”这两极之间，以清朝时期为代表，传统中国的法院及法官究竟居于何种位置，以及在历史社会的类型论背景下，如何看待中国传统的成文法和判例等问题。

一、清朝的裁判制度

1. 全国行政机构概况

先介绍一下清代中国裁判制度的概况。在传统中国，裁判是行政长官的职责，裁判制度与行政制度大致重合。^{〔1〕}

* 原载《社会体制与法》第11号，2010年。刘风景译。

** 本文以笔者在“社会体制与法”研究会（2009年6月5日，东京大学）上的口头报告为基础撰写而成。其后，有机会阅览同治时期（19世纪后半期）“巴县档案”（四川省重庆府巴县的县衙门留存下来的行政文书）中，“命案”部分约二万个微缩胶卷的胶片，了解到州县层级命案处理的实情，意识到需要对过去笔者的裁判制度理解（特别是民事裁判与刑事裁判的关系定位，听讼与断罪的用语理解等）进行修正。基于这些新的理解，本文将在几处对过去的见解予以修正。

〔1〕 关于清代裁判制度的整体状况，参见滋贺秀三：《清代中国的法与裁判》（创文社，1984年），特别是其中“第一，清朝时期的刑事裁判——其行政性。包括若干沿革性考察”。

清代的统治方法是,全国被划分为约 1600 个州或县的行政区划,其衙门设置于中心城市,作为科举官僚的长官(称为知州或知县)被派驻在各地,在一地任期为二三年,负责治理属下的臣民。清朝中期的人口约为 3 亿,一个州县平均人口为 20 万左右。在州县长官与治下的人民之间不再设置中间层次的官僚。其原则是长官与民众之间直接联系,在此意义上,州县长官也被称为“亲民官”。

集中十个左右的州县,在其上设置府这一行政区划,派驻被称为知府的长官。知府直接统治府内 200 万左右的臣民。知府的主要职责是监督州县长官的工作,其他的上级官僚的工作性质也大致相当。因此,知府以上的官僚与上述的亲民官比较,又被称为“治官的官”。

集中十个左右的府,之上设置的是省。省的面积相当于当时普通的一个西欧国家大小。在省的长官巡抚之下,设置负责省内财政的财务长官布政使,负责省内刑罚行政的长官按察使,协助巡抚工作。还有,设置负责治理几个省的官职总督,实际上,省的行政是巡抚和总督共同负责。总督和巡抚合称为督抚。

在首都北京,设置以六部(其中,刑部负责司法事务)为主干的庞大的中央官厅,作为其长官的尚书与督抚相并列,与皇帝直接联系,辅佐皇帝的日常工作。一有来自督抚的有关司法的文件,皇帝首先即交给刑部处理,由刑部提交具体的建议。总的说来,行政区划有州县—府—省—全国几个层次,但实际上,司法案件的处理,在府与督抚之间插入了按察使,在督抚与皇帝之间插入了刑部,形成了州县长官—知府—按察使—督抚—刑部—皇帝这样的脉路。

2. 案件处理的方法与程序

清代中国与其说是静态的农业社会,不如说是平均规模为 5 口人的一个个小家族在市场环境中围绕上升机会和下降风险激烈打拼的竞争社会。由于实行兄弟均分的家产分割制度,即使生产力水平提升,一个家族积累起来的财产经过几代的不断分割,又回归到贫穷的多数的小家族状态。加之,实行科举制度,官职不得世袭。所以,这里垂直的

社会流动基本上是自然而然发生的。在各家族的上升与没落之中，连农地也被频繁地买卖，地主佃农的关系也演变为不具身份性质的市场契约的形式。难以在各个家庭之上形成超世代的安定性，也不存在将它们聚结起来而形成的稳固的村庄共同体。

这些小家族之间不断产生纷争，不但可能交由民间解决，也可以轻而易举地诉诸于国家（具体而言，就是州县衙门），国家机构对此也未设制度性的障碍，事实上是大规模地接受了来自人民的诉讼请求。粗略估计，一个州县衙门一年新收的案件大约为一千件左右，全国的数字可达其1600倍的160万件。在前近代时期，这已属于一种明显的诉讼社会了。^{〔2〕}

在中国，大部分的刑事案件是由私诉所引发的。另外，臣民越过州县长官直接诉诸知府，原则上是不被许可的。所以，所有的民刑事诉讼的初审法官，都是州县衙门长官。

州县长官负责的裁判，如同“听讼”一词所表征的那样，就是把原告被告以及证人们传唤到州县衙门长官的大堂，分别听取他们的陈述，把握事态经过（必要时也实行拷问），长官据此就双方经济利益的分配发出指示、必要时对相关当事人施加适当的惩罚（主要是鞭刑），以期平息双方讼争。一次开庭即处理完毕的案件有之，但因当事人固执已见找不到妥协点而择日再行审理的案件也很多。如果认为州县长官的指示内容或处理的过程本身不公平，当事人可随时和不受限制地向府以上的长官（最终是皇帝本人）提出控告。如接受控告的上司认为有必要，可以亲自审理案件，通常以文书的形式要求州县长官说明案件的来龙去脉再进行裁判。许多情况下，向官府提出控告之后，民间调解也在同步进行。在这诸多社会力量的交错碰撞过程中，或许不久就会找到某一妥协点，并为各方所确认。在纷争经由州县长官之手处理终结时，有关各方即出具“衷心地”接受州县长官指示（“堂谕”）的誓约书

〔2〕 参见拙文：《权利与冤抑——清代听讼和民众的民事法秩序》（《法学》第61卷第5期，1997年）。

(“遵依甘结状”);在民间调解成功终结时,调解人也须向官府提交当事双方的和解合约,并出具撤回诉讼请求的文书(“和息禀”)。通常官府对此欣然接受。^[3]

这虽也称之为裁判,但在程序和实体上都并无刚性的约束力,也没有区别民事与刑事的观念。并且,只要有关当事人不再提出控告,裁判在受理案件的州县长官手中即告处理完毕。这就是“州县自理”的裁判。占据诉讼案件大半的“户婚田土钱债赌博等细事”之类的经济利益纷争、轻罪案件,基本上都是以这种方式结案的。

但是,虽然案件都大致按上述过程加以处理,但州县长官遇到属于必须施以很重处罚的案件时,情况就会有所不同。例如,亲属被杀害之诉,一般最稳妥的解决方法就是国家对加害者科处死刑以抚慰作为原告的被害方。这是以“一命抵一命”的形式恢复社会秩序的方法。但是,国家对基层官僚滥用刑罚权保持着高度的警惕,且特别重视量刑之当否。所以,在官僚处理案件运用正式的刑罚(具体地指“笞、杖、徒、流、死”五种刑罚中“徒刑”以上的刑罚)时,还设置了需要逐级向上司报批并得到许可的制度。徒刑的许可权属于督抚,流刑执行开始的许可权属于刑部,死刑实际上是由皇帝本人亲自裁断的。州县长官倾听当事人诉求并处理案件时,如果认为对至少一方当事人处以徒刑以上的刑罚是必要且适当时,原告一般都会同意自己的诉求得到满足,与受害者或“苦主”之间的纠纷就算获得有效的解决,^[4]被告之外的有关当事人如果已经被拘提,向长官提交遵依甘结状后即被释放;被告及犯罪者本人在罪状自供状上划押后则被投入监狱。然后旨在获得有关量

[3] 关于州县衙门诉讼的展开过程,参见拙文:“清代民事诉讼与‘法之构筑’——以《淡新档案》中的一事例为素材”(日本法社会学学会编:《法的构筑》,《法社会学》第58期,有斐阁,2003年)。

[4] 相反地,在社会中的当事人之间,如对某人科处刑罚而终结纷争没有达成共识,刑事处罚是难以顺利进行的。实际上,就杀人案件,以当事人间金钱和解而终结的,并不鲜见。详见拙文:“自理与上申之间——清代州县层级命案处理的实际状况”(夫马进编:《中国诉讼社会史研究》,京都大学学术出版会,近刊)。

刑的最终决定和刑罚的执行许可这一官僚体制内部的程序重新启动。具体说来,首先州县长官制作详细的判决书草稿(“原案”)并送交上一级府的长官,这就进入了“覆审程序”。〔5〕如果知府对原判草稿满意,就根据原判重新制作本级的判决书草稿送交省一级的按察使,进入覆审程序的下一阶段;反之,如果认为原判所拟量刑意见及根据的事实证据等有问题,即发回州县重新审理(称为“驳”)。按察使的工作与此相同。这样,案件经过层层覆审,在官僚体制内自下而上地运转着,最后到达享有裁决权的长官或衙门手中,由其批准后刑罚就得以确定并付诸执行,案件处理即告终结(称为“完结”)。对于判处徒刑以上刑罚的案件(因其大多涉及生命或身体的伤害和强盗窃盗,故统称“命盗重案”),程序显得很慎重。滋贺秀三先生将这种程序与上述的“州县自理”程序相比较,命名为“必要的覆审制”。

总之对命盗重案,是由以裁决权享有者为顶点、以州县长官为底端的官僚机构整体来承担裁判职责的。州县长官只是为裁决权享有者提供意见。但是,就官僚内部职责分工而言,有罪无罪的问题和经济利益如何配置之类的问题一样,大致是先由州县长官的处理先拿出某种结论或解决方案,再往上报批;如果在覆审过程中发现该裁判有问题时(已经完结的州县自理案件被当事人上告的情况亦同),往往发回州县长官重新审理或改变原来所拟的意见,重新上报。所以,裁决权者具体裁断的通常只是量刑是否恰当这一部分。〔6〕在此意义上,虽设有必要的覆审制,但审判的大部分程序都是在州县层次完成的,因为这里才是现场。只是狭义上的量刑具体决定和刑罚执行命令(当时的语言称为

〔5〕对于犯人本人,拟判徒刑的解送到府衙门,拟判流刑的解送到按察使衙门,拟判死刑的解送到督抚衙门,以便接受上级官府讯问。但相反地不知何故,真正对一定级别的刑罚享有裁决权的上一级官员却不对犯人本人进行讯问,如对徒刑享有决定权的按察使在制度上就不需要讯问拟判处徒刑的犯人。

〔6〕最重要的是,无论民事还是刑事的案件,牵涉当事人之间的纠纷只是在相关当事人都能够出席的纠纷发生现场,即最基层的州县衙门处理解决。另外,官僚机构的中枢想把全国发生的重大刑事案件都以文书往来的方式予以统一的处理,于是势必发生本文所述的分工。

“断罪”),才在全国官僚体制内逐级上报,并获得不同层级的官宪施以审核和并下最终裁断。

综上所述而得到的初步结论是,传统中国的成文法(律例)只是在官僚体制对量刑进行上报审核并最终决定这个部分才发挥作用。但是,在整个程序格局中成文法确实占据一定的位置,并对官僚的决策产生影响或发挥响应的作用。以下,结合包括不出现成文法的州县自理案件在内的清代审判整体状况,对成文法的作用影响等加以讨论。

二、审判的社会功能与法的实际状况

1. 秩序、纠纷、审判

在我们今天看来,“听讼”的实质大致相当于民事审判。既然是国家的审判,其就应该按照我们熟知的“法官必须根据某种给定的一般规范对具体个别的案件进行审判,不论这种规范采成文还是不成文的形式”这个命题来展开。

毋庸置疑,既然清代的整个中国社会都在转向市场化、契约化,作为其前提,遵守契约的意识、出资持续经营者理应拥有土地经营收益权之类的市场规则也逐渐扎根于社会之中,以此为根据而提出的各种主张也为社会所尊重。否则,任何人都不能放心地进行交易。但是,这种市场规则流行的结局就是“陌生人在集市交往”的世界,可能走向缺乏合作伦理所谓“弱肉强食”式的生存竞争。本应相互合作、共同生活的亲戚、邻居都只追求自家的利益,而对他人不管不顾。于是作为一种补救,基于维系所有人生命这一底线在生存权意义上提出的各种主张就具有广泛的影响。考虑到在具有高度流动性的社会状态中,眼前的穷人等弱势群体的惨状,很可能就是其他任何人子孙后代面临的境况,要有同情心的伦理要求成为无止境的竞争或赤裸裸的权利主张的遏制因素。而且,当时的弱势群体也拥有诉诸于公众的自杀等各种作为“弱者武器”的抵抗手段,如果他们全力反抗,与强者缠斗、拼争到底的话,

势必两败俱伤。无论从哪个方面考虑,面向所有人共存的互助互让都实属必然。

这样,社会关系在持有不同利害和利益主张的人们之间通过不断的相互摩擦冲突而运转。在这样相互推来挤去的竞争状态中,到底在哪里退让、在哪里推挤,无论是观念上还是现实中都取决于自己与对方手中掌控什么样的牌。实际上,无论纠纷发生与否,当事人总是在根据彼此利益主张根据的强弱,观察对方实际上采取的态度,环视周围的反应与评价,评估自己与对方之间相互试探能够平稳实现各自利益的范围和程度。这种行事方式也是人们在日常生活世界中能够获得的一般观念。作为一种理想的整体均衡状态,就是通过人们交往与相互关系的调整,能够形成对于各种不同的利益主张都根据其社会中的重要程度达到相互间接受,使所有人都觉得利益得到了合理分配的格局。即社会的全体成员都可以得到觉得自己“应得的那个部分”。不过这究竟是互助互让的伦理世界,抑或仍是推来挤去、经常不得不忍气吞声的现实世界,出于评价角度之不同都说得通。总之,通过反复调整,社会中一般人之间大体上总能达致某种相互可以共存的均衡性动态,而且,通过人们之间自发的交涉与妥协,这种状态总是在时时刻刻地自发生成并维系、存续,并为人们提供了秩序形成的理想蓝图。

但是,虽说是相互妥协,说到底都是双方基于主观的视角而作出的战略性判断,如果攻击方和退让方的预判不一致的话,难免产生“你应该再退让一点”、“不,应该退让的是你”之类的争议。如果协商不能成功,就可能立刻向周围的人高声谴责对方“不讲理”或互让不够,于是相互争吵起来。如果周围的人劝说无效,当事人就会以“对那个不知道互让的家伙,您得好好惩罚他”为说辞,诉至州县长官。这就是所谓的诉讼。

如果纠纷解决追求的都是上文所述那样的理想秩序,虽说到了国家审判的层次,但议论来议论去的基准线仍不限于客观权利的范围,

而是双方相互妥协互让才能形成的一条只存在于众人心目中的“最佳均衡”线。当事人诉诸的也只能是这样主观的“底线”，所以总是主张对方仗势欺人，自己已经没办法退让了，如果听任对方如此不顾情理，逾越底线来压迫自己（“欺压”），那就没有天理“无法无天”，把自己置于暗无天日的悲惨境地了（“冤抑”）。公正无私的青天大老爷（州县长官的褒称）啊，请惩罚这仗势欺人之辈，为百姓申冤做主吧！——这就是一般诉状的标准用语。^{〔7〕}

既然这是一种相互推挤的状态，对方当然也有不满。或许客观看来，怎么都像是主张受到欺凌的这一方忍耐得还不够。这样，州县长官首先要做的是，对于告到自己眼前的一个个案件，先仔细听取双方当事人所举出的各种证据，并分辨出各种理据的强弱轻重。还需根据整个案件各种细节及其含义（往往以“情”字来表示）加以斟酌并作出微妙的判断。于是一个个案件的处理根据具体案情而微妙区别，判断也不会是“一刀切”式的一概而论。因为需要解决的只是根据案件具体情节来判断当事人的哪一方该如何互让的“程度问题”，所以从头到尾都不适合采取整齐划一的判断，也难以使用预先确定不能变通更易的某种规则来审理案件。审判过程就是通过经济利益在双方之间微妙的调整分配和国家惩戒的威胁等手段，设法使双方当事人达成互让的合意，只要能够平息争端就可。于是解决每个案件的理想状态都依其案情的微妙区别而呈现出处理的过程及结果都各个不同的个性化特征。

综上所述，从普通标准来看，所谓的“审判”当时也与事实上达成的妥协形成并无二致。如此看来，作为审判结果所实现了的纠纷解决状态与社会中现实地达成的“半事实、半理想”的均衡状态并无本质区别。换言之，本来可以是一般人经过内部妥协或可自然而然地解决的纠纷，某些情况下却不得不经官吏之手才获致解决的，即为诉讼。这是“抑讼论”或“诉讼即恶”说产生的理由，也是诉讼与民间调解总是紧密

〔7〕 参见拙文：《权利与冤抑——清代听讼和民众的民事法秩序》。

联系在一起的理由。可是,不论是好还是坏,“半事实”均衡以上(或以外)的社会秩序对于当时的人们来讲都是无法想象的。这种秩序本质上须经每天无数个别的均衡不断形成才得以成立,而某些均衡形成不可避免地会招致失败。诉讼和审判又都可以作为一种修复这些失败导致的社会破裂的一种手段,在当时中国的文明发展中占据着重要的位置,今天回头去看也可说是成功地完成了自己的历史使命。

2. 法(情理)与审判的关系

如果说审判中只有事实上的均衡而完全没有规范性或理念的契机,也是站不住脚的。只要是追求共存,就必须找到两个当事人生存欲望之间的均衡线。而且既然是量的均衡问题,那就一定存在着某个均衡点(均衡线段中间的某处)。虽说是理论上很难得出具体的结论,但形成大体一致的意见也不是不可想象的。不管涉及多么复杂的问题,只要把相关案情细节归并到一起并加以慎重审视,公正且明理之人所认定的相对稳定之均衡状态并反映天下公论的理想情境理应总会存在。实际上,大部分的社会关系都能够通过个体之间反复的揣测掂量,在彼此妥协的状态下平稳地运行。当然,这并不是在任何时间内也不管是谁都能做到的事。如果当事人自己不能找到该均衡点,就可以让不偏向任何一方的公正无偏私的有德之士、或者能够对双方当事人各自主张的特有情节都报以足够关注和同情心的人士出面来代替当事人自己寻找那条大家都能接受的均衡线、共存线究竟在哪里。只要是出自这种有德之人公正无私的判断,最终总会得到大家的认可。当时的人们把这一条理想的均衡线或双方均可得到相应利益的最佳解决方法中反映出来的规范性,在事情的“情”之上再加上一个道理的“理”,称为“情理”。

如果着眼于这一方面,上面所述的“事实性、妥协性审判”,也就是在社会关系各个领域都实现“情理”这个普遍价值的过程,或者说,“情理”就是审判中的“法”。公正无私、德高望重的“大人”教诲当事人要服从“情理”相互谦让地解决自己之间的争端,屈从于私欲而互相争

执的一般庶民渐渐地也接受了这些告诫,并努力自己去感觉和摸索正确的互谅互让的界限之所在,诚心诚意地与对方互让和解。这就是与当时的事实状态所对应的标准的纠纷解决观念。

不过问题在于,究竟什么才是“情理”的内涵呢?如果是双方严重对立的纠纷,在审判中,当事人都各自主张己方符合情理、是对方单方面违背了互让义务。双方争吵起来,周围的人也可能站在某个方面而加入进来,同时出面解决纠纷或居中裁判者也有可能偏袒某一方。只要当事人不认可纠纷解决者的结论,随时都可以不客气地提出双重质疑:天下明事理的人真的都同意这些说法吗?眼前这位纠纷解决者真的是公正无私、德高望重之士吗?他随时随地总能找到理由将问题上升到更广泛的范围、更高权威的层面上,以“天下公论”为名质疑眼前自己得到的具体判断,并以行动拒绝接受别人作出的纠纷解决结论。州县长官所主宰的法庭,是作为一种载体,承担了社会生活中人们对公正无私的主体无限期待的愿望。国家设立这种机构也是为了回应社会的这种需求。的确,州县长官因回避制度和任期限制在原理上与任职地不发生个人关系,而且是通过科举选拔出来作为统治精英的知识分子。制度上期待他们不考虑特殊的个人的亲友关系,而应当为治下的民众以身作则,进行教化说明天下的道理。而且,当当事人不认可州县长官的判决时,国家还设置有可上告到府级以上直至京城等各级长官的上控制度。在遥远的地方,存在着对天下所有的百姓共存负有总体责任的皇帝形象和他所代表的天下公论。这既是一种虚幻的梦想,又是一种实在的激励。对于公论和最高层次上有德之人的期望正是整个社会纠纷解决机制和诉讼得以运行的动力。也正是此种人们在从事诉讼时具有的目标向上开放性,会给处于纠纷解决不同层级和阶段、作为审判主体的各级官僚带来“必须给出世人都公认的经得起考验的判决结论”这样一种压力,一般情况下不致完全放任地恣意妄为。

虽然是这样一种层层向上寻求“公论”的机制,但却不会出现上

告到某个层次就能找到确凿无疑的最终决定性因素那样的情形。^{〔8〕}不过,当事人总有可能将自己的问题公之于众,诉诸于更加广阔的舆论空间,因为当时的审判是公开的。针对引起广泛注意的案件,社会上可能展开种种的议论,一方当事人若是做得太过分,自然会引起社会舆论的谴责(人们顺应大流意识也起到很大作用),受此压力此方当事人的言行也许不得不迅即收敛。所以当事人如果感觉自己没有强有力理据的话,往往不得不较早阶段就接受某种安排,罢讼息诉。当事人即使对州县长官作为判决而提供的纠纷解决方案不满,如果一般舆论是支持判决且随着这种“公论”渐趋明确,他就会遭受要是过于坚持自己的主张,就会被视为违背公论的利己主义者而遭到孤立这种强大的压力。总之,在到了某一时间阶段,许多情况下对于当事人来说,申明自己也“通情达理”并愿意接受判决提供的解决方案才为上策。

诉讼就是在这样的意义上通过公众参与的方法,在社会空间内发现(或形成)各个具体案件双方当事人利益主张之间的均衡线。审判官对于固守己见的当事人总会说服道,“这就是天下的公论,无论上告到哪个层次都不会变”,并强制半强制地设法让其接受裁判结果。社会从根本上带有迫使当事人协同一致的强制压力,审判主体在制度上被期待为“公论之口”,只要他在合理的范围内履行职务,就带有了制度赋予的权威性。通过这种方法,州县长官总可以发现每个案件中最为或较为合适的“情理”,并通过提供的纠纷解决方案将其具体体现出来。

因此,即使把“情理”理解为传统中国社会中的“法”规范,可是这种意义上的“法”又并非像今天一般理解的那样属于先于一个个纷争解决而存在的规范。即使通过裁判而使高度抽象的“情理”得到具体

〔8〕即便到达皇帝那个层次情况也是如此。传统中国的文明早已预设了眼前的皇帝在不能体现公论之时,就需要“改朝换代”,由另外的家族来体现“天命”的逻辑。可是,即便是刚换了的新皇帝,实际做的及他能够做的事情,仍然是以符合“情理”的判断来表达不定型的“公论”。所以,除了所有人都实现暂时相安无事的“共存”这一事实,在此之外不存在任何可以给裁判提供“最终正当化基础”的规范。

化,但具体的“情理”本身总是个性化的,并不能根据以前的判决推导出也能运用于今后裁判的规范。符合“情理”的具体特定答案只能在每次解决纠纷时个别地形成。于是反映在现实中,就是只要双方当事人停止争端即等于找到了最合适互让线。虽然有时也会出现例外,但在社会不发生剧烈反应的情况下,看上去稳定的结果总体上就是符合“情理”的。整个社会的“法”规范存在形态就是两种极端,一端是“情理”这样一个价值性的高度抽象的修辞,另一端就是具体内容表现了“情理”的无数个别的纠纷解决个案,其间不再存在其他规范形态。或者也可以说,当时人们观念中有关规范实现的逻辑关系就是:只要判断是由通情达理、德高望重的“君子”大人作出,那么纠纷解决的具体内容就应该符合情理;反过来,只要判断符合情理,就说明作出判断的主体具有相应的权威。这种逻辑不能防止人们对每一个具体的裁判都生出疑问,同时反过来,每一次裁判都因其没有引发疑问或打消了疑问的成功,从而使情理的实现和审判主体的权威得到“证成”。

与西欧历史上的审判相对比的话,那里的逻辑则是在秩序整体价值和解决一个个具体纠纷的个案之间,应该存在一种由要件和效果构成的规则,个别案件则是这种规则的体现。审判的最主要目的是实现这一规则。规则在限制审判官的自由裁量范围的同时,也为一个个的判决奠定了正当性基础。但这类我们所熟知的规范结构在传统中国根本不存在。此种区别的存在还是要归因于秩序根本理念的差异,或者说是关于审判职责的理解上存在根本性的不同,与此相对应的“法”概念及规范存在形态也不同。

以上所述的内容是讨论传统中国的“法解释”必须依据的出发点。^[9] 根据这样的理解,清代官僚基于成文法的断罪这种刑事审判,整体上也体现为与上述逻辑一致的过程,而且构成了反映传统中国审判整体特征的一个要素。

[9] 关于类型论对比的详情,参见拙文:“‘非规则型法’之概念——以清代中国法为素材”(《法学论丛》第160卷第3、4期,2007年)。

三、关于成文法和判例的若干问题

1. 有关定罪的观念和官僚司法体制

审判中,如果案件中涉及的当事人有严重罪行,作为处理纠纷的一种手段,真正的刑罚即被启用,当面临量刑的决定和实际执行刑罚时,就要在皇帝=官僚体制内按照非常慎重的程序进行。

在传统中国的审判中,刑法的首要功能在于借国家之手,替上天惩罚罪犯,为受害人申冤。^[10]当然,能否正确把握一个个具体犯罪行为的恶劣程度(这也称为“情”)与所科处的刑罚(称为“法”)之间的平衡(“情法之平”),就显得十分重要。对于所犯罪行,如果科处的刑罚过轻,就无法替受害人申冤;如果科处的刑罚过重,国家本身又会在社会中造成新的冤情。当时人们普遍认为,如果有人蒙冤入狱,上天便会以洪涝之灾予以警告。于是,判断和实现“情法之平”的权力与责任,就全部归于代表天意的皇帝一人身上。

既然“情”因案而异,那么刑事案件的事态就类似于民事中的“情理”。若追求理念上理想状态,那么最好是由皇帝本人亲自处理所有案件。可皇帝只是一人,而天下何其广大。实际上,只能借助大大小小的官僚之手去实现“情法之平”。但是体制上或皇帝本人又认为官僚们“贤愚不一”,如果放任不管,有的官僚会妄自尊大、擅权弄法;反过来,还可能有人会为了积攒阴德,滥施“僧侣之仁、妇人之心”,大讲慈悲。以为只要当事人满意就可以(即使存在问题,也想着等不满判决结果的当事人一方提出上诉后再着手处理也来得及)。与户婚田土案件的处理不同,由于一人蒙冤,就会引发整个地区自然灾害的可怕后果,皇帝就不能将审判权完全托任于那种官僚。因此,就有以下两种解决方法。

第一是必要的覆审制度。官僚们可以处理当事人的纠纷,但刑罚的最终决定权却保留在皇帝手中。只是,上呈的刑罚原案很多且过于

[10] 就秩序整体而言,还有一个大目的,即昭示着作恶必受罚,进而预防为恶。但是,如同注[5]论述,这些方面并未如期发挥作用。

庞杂散乱,很难处理。因此,就需采用第二种方法,即皇帝在分析整理迄今为止司法经验的基础上,把“情法”平衡的判决内容作为典型案例,从中抽象出若干“情”和“法”或“罪行”和“量刑”一一对应的规范命题,并加以分类记录,制成一个手册,提前发给担当判案工作的官僚,这正是传统中国的成文法=“律”得以形成的主要制度脉络。与民事领域的“情理”规范不同,“情法之平”的目标至此即走入最低限度的实在化法律之路。

在历代王朝传承下来的文字记载中,各种罪行即“情”被类型化。与此相应的各种刑罚轻重均衡得到了微妙的调整,并且加入了一定程度上的理论反思,这些理论反思背后还存在模糊的体系性思考。制定的成文法虽重视“情”的差异,但基于尽可能剥夺下级官僚在量刑上的裁量权这一思路,在律的外在形式上,就需罗列大量的具体法律条文(罪名),尽可能地详细区分构成罪行的“情”,并设置一一对应的刑罚。而且,官员在起草判决书时必须找到与案情一致的律条,并且最好一字一句地直接引用相关条文的语言文字(《大清律例》的“断罪引律令”条规定“断罪务详引律令,违者笞三十”)。一旦引用具体的律条,刑罚原则上就被确定。这样,荒唐无稽或者滥用裁量的量刑方案也就无由产生,全国范围的案件在量刑上即可以期待得到统一化。而且,以完备的成文法为前提,在罪行内容与律文规定完全符合的简单案件中,针对以徒刑流刑处理的案件,也设置了拥有相应权限的官员得按成文律条的规定实施刑罚执行(赋予一定级别的官员对执行刑罚予以许可的权限)之类的辅助性制度措施,以便减轻皇帝的裁决负担。这就是赋予督抚和刑部徒刑、流刑的裁决权的背景。

即便对于判处徒刑和流刑的案件,仍设置了要求有裁决权的督抚层次的官员们须每季度、每年度向皇帝汇总上报并说明这些案件的详细情况,皇帝视情况能够事后更正其刑罚的体制。至于无法事后更正的死刑案件(清朝案件每年多达三千件),针对每一案件,从案件的始末及相关人员的口供陈述都要详细记载,将非常详细的案卷和判决书

上呈皇帝,再由皇帝逐一作出最终判决(当然是借刑部之手)。这种机制一直延续到清朝的末期。反过来说,关于各种罪行的量刑,以皇帝之名特意制定了详细的成文法以供审判时参考,但是在死刑案件上(或是徒刑和流刑案件在某种程度上),有时归根结底还是由皇帝自己进行裁判(有关量刑的裁决判断)。这就产生了唯一的立法者也是唯一的审判官的奇妙机制。当然,这样的成文法作用和地位,显然都不同于来自于西方法律传统的审判制度。

2. 成文法和判决的关系

首先从案件的数量上来说,相对简单的案件也就是担任审判的官员认为案情属于律文所规定的罪行即“情”的范围,于是引用相关律条及对应的量刑呈报给皇帝(若是徒刑和流刑以下刑罚,执行之后再汇总呈报),皇帝一般对审判官对案件的处理及判决书一一照准。无疑,这类案件占重罪案件的大多数。对于日常生活中出现的一般严重罪行,依照成文法规定的刑罚近乎于机械地下判即可。这类例行公事式的做法滋生蔓延。但是,在现实生活中也会出现复杂的重罪案件。

第一种情况是,存在一些律中没有规定“情”和“法”的案件。正如谚语所言“律例有形,情状无穷”,事先把所有可能发生的案情尽收律例之中,是不可能的事情。可能出现成文法中并未记载案情以及相对应刑罚的案件这种想法,自始就得到体制上的认可。法律在对官员审案拟订判决课以一般性的援引律例义务之同时,相应地也规定了不存在可供援引的律条时案件的处理方法。《大清律例》“断罪无正条”规定:“凡律令未载不尽事理,若断罪无正条者,引律比附。应加应减,定拟罪名,转达刑部,议定奏闻。”也就是说,对于“律无正文”的复杂案件,死刑案件自不必说,程度低于流刑的案件也不允许官僚私自断罪决定量刑并实施执行,每次都应一件一件地附上相关条文呈报皇帝请求判断。

第二种情况是,即使是臣下认为只要直接地引用律例就可审判的

简单案件,有时皇帝却不批准原判,而亲自作出不同于现行律例、而在“情”“法”之间取得新平衡的判断。这种情形可能由于案件的“情”或“法”或两方面的因素引起。

首先看“情”的方面,对于官员按照某个律条中规定的“情”决定量刑后上报的案件,皇帝可能会指出案件中有关“情”的细微差异(可能是罪犯的主观因素,又可能包括犯罪形态及与被害人的人际关系等外在因素),并训斥道:“知不知道本案其情有异?”这时皇帝就会作出与律例规定不同的判断,重新具体量刑。

这种情形下,因为皇帝认为眼前的案件与律文的规定在具体案情上有所不同,从结果来看,与上述“律无正条”的情况在逻辑上是一致的。处理内容不太明确的所谓“律无正条”案件,作为臣下的官员应当采取的处置就是运用比附,即寻找最相接近的律条参照处理。于是,对上述情形,仔细了解了案情的皇帝就会将律文中载明的“情”,与本案的具体情节加以区分,再从以往的律文规定中归纳总结出另一个量刑幅度,适用于眼前的案件。因此,所谓罪行的形态即“情”实际上是千差万别的,可以说在每个案件都各有不同的表现,真正要追究到细部的话就是天底下并无同样的案件。由于要分类适用有限的律条,必须有意地一定层次上降低对一个个案件具体案情的“清晰度”,将某些大致一样的归为同类统一适用同一条规范就成为法律。官员的职责是适用现有法律,所以如果遵循律条的量刑被训斥为“知不知道本案其情有异”时,会感到很困惑。但是只要皇帝说要加以区分,他们也只能听令行事。总之,皇帝才可以不受律条的限制,以超出常识范围的语言解释如何判断是否适用律文的界限,可以说正是皇帝才能够行使着调节刑律“清晰度”的权力。

并且,罪行与量刑及“情”与“法”两者之中如何取得“法”之平衡也容易产生出麻烦的问题。当然,随着全国的官僚体系长期处理大量刑事重罪案件积累经验,逐渐形成有关“与某种程度的罪行对应可处以某种程度刑罚”这样大体稳定的判断框架,表述为一个个条文就成为

“律”。但是，乾隆年间的大臣傅鼐奏请修订律例疏（乾隆五年）提道：“刑罚世轻世重，自昔为然。而宽严之道，逐如愠肃之异，用而同功。时而崇尚敦大，禁令渐弛，道在整饬，不得不济之以严。时而振兴明作，百度具张，道在休养，不得不济之以宽。宽严合乎大中，而用中本乎因时。盖所谓中无定体，随时而在”，这意味着即使对于同一恶行，施以何种程度的刑罚为合适，从大处说要考虑时代的情势变迁，即须因时制宜；从小处说，应该根据当地具体情况，即因地制宜。这类司法政策上的判断从大处说可以成为法律整体修改的起因，从小处讲就是必须根据案件个性及具体情况因时因地作出微妙的调整。总之，不能认为法律规定的“情法之平”本身是万古不变的，该改变时就需出手改变。

无论是从“情”还是“法”的哪一方面来看，越是强调“因时因地制宜”的观念，律文的具体规定就只具有参照的性质。处理具体案件时要寻找真正最适当的“情法之平”，最后只能根据每一案件的实际情况作出判断，而且，只有达到这种意义上的“情法之平”达到这种合适程度，才奠定了审判得以承认的基础，并保证审判主体获得正当性。这也是皇帝始终不能把自己作为审判官的职位予以撤销的最大原因。但是从逻辑上讲，就连直接引用律例规定即可处理的简单案件，其实也可以理解为不是这些案件的处理因援引法律规范而得到正当化，相反是法律规范中“情法之平”的内容因成功地处理这一个个案件而得以体现。换言之，不是事先制订的成文法规范为审判和判决奠定了正当化基础，而是通过一个个具体的审判，相关法律条文的正当性才得到确认或者证成。

这样的事态从一个方面来看，作为现实存在的一般情况，成文法规范与刑事审判实务相互“重合”，而且大部分有关重罪案件的司法实务事实上也是援引律例条文就可以运转的。但在另一方面从内在逻辑来看，却可以说处理每一个重罪案件法官都应当努力去追求其个别或个性化的“情法之平”，成文法规范只是在帮助法官达到这种“适当程度”的参照，只不过大部分案件的处理结果都在律例规定的“情法之平”范

国内而已。总之当时的官僚体制审判刑事案件的逻辑并没有把成文法作为审判的出发点和不可或缺的正当性基础。审判实务的整体,就是面对日常发生的一个个重罪案件,逐一别地进行“情”“法”之间如何匹配吻合的具体判断的工作。同时这也是以皇帝为首的整个官僚体制整体从下至上通力合作的处理过程。在官僚体制内部运用成文的律例谋求形成全国划一的审判业务,从大量案件中筛选出简单案件的类型并订立一条条“情法之平”的规范,要求下级官员都尽量适用这些规范就是作为减轻中央乃至皇帝负担的一种制度设计。不过从一开始当时的人们无论官和民都没有期待着这种制度设计能够发挥为整个社会的运转奠定正当化基础的作用,而且当时存在的律例这种成文法形态确实也从来没有产生过这样的功能。

3. 判例和成文法的关系

在上述皇帝=官僚体制作为一个有关审判实务的整体长期有效的运作中,以皇帝名义进行个别裁决的案例(即判例。当时统称为“成案”)日益增多,渐渐积累成了另一套可资官员审案时参考的体系性资料。

在这些“成案”当中,既有简单的案件,也就是根据律条规定的“情法之平”而形成的案例,也有成文法没有具体规定的案件,由皇帝重新就“情法”之间新的平衡作出判断的案例。前者相当于对既存的成文法进行适用而形成的判例,后者是不适用成文法或在成文法之外另行做出的有关“情法之平”的判例,但在逻辑上却不是既存的成文法的例外而与成文法规范并列。在内容上,无论适用援引既存的成文法而得到的结果还是不适用这种规范另外寻求的“情法之平”,其根据都在于具体的“情”与“法”,两者并非“原则”和“例外”的关系,而只是“情”以不同的形式存在而带来的不同结果。而且,支撑两者的正当化理念或根据都是是否实现了“情法之平”而非是否成文法规范的准确解释。在其权威性的支撑上,其权威的来源都出自皇帝本人。换言之,成文法与“成案”即判例之间并非“一般与个别”或“上位与下位”之类的主次

关系,而都是根源于皇帝本身的权威并视为其本人作出的有关“情法之平”的判断,两者在逻辑和地位上都表现为并列或并立的关系。这样看来,在成文法与实际的审判之间,“成案”或判例又处于什么位置呢?

首先,从根本观念上说,既然所有的案件之间都存在差异,那么逻辑上是不该有先例存在的。这也是当时人们认同的一个基本的出发点。例如,汪辉祖《佐治药言》对“切勿轻率引用成案”一语作了如下阐述:“成案如程墨然,存其体裁而已。必援以为准,刻舟求剑,鲜有当者。盖同一贼盗,而纠夥上盗事态多殊。同一斗殴,而起衅下手情形回别。推此以例,其他无不皆然。人情万变,总无合辙之事。小有参差,即大费推敲。求生之道在此,失人之故亦在此。不此之精辩,而以成案是援,小则翻供,大则误拟。不可不慎也。”大清刑律《断罪引律令》条的后段也有规定:“其特旨断罪,临时处治,不为定律者,不得引比为律”,即对于判例不得加以援引。还有,该条的条例三规定:“除正律正例而外,凡属成案未经通行著为定例,一概严禁,毋得混行牵引,致罪有出入。”这也是明令禁止臣下在制作判决草案时如同引用律文那样援用成案的规定。

但是,如果过于强调罪行即“情”千差万别的个性或差异,那么作为成文规范的律例本身也难以成立。问题在于对抽象的法律规范统一适用的普遍性与一个个具体案件的特殊性之间的张力或矛盾如何加以调整以及由谁来调整。这种调整只是一个程度的问题,但关于应该着眼于案件中“情”的哪个部分、哪个要素来决定要否对律例规定量刑加以调整,实际上担任审判的官员自己也难以辨明,更不要说在全体官员之间达到自然而然的一致了。只有把这项权限集中到皇帝一个人身上,由其着眼于案情的微妙差异,调节相应刑罚的轻重才是可行的制度安排。与其听任“贤愚不一”的臣下官员任意决定是遵循法律还是应当不机械适用法律,还不如把此项判断的最终裁决全权专属皇帝一人更为明智。不过这样的制度安排看上去就好像是皇帝对不适用律例的

案件施以个别的例外的处理,有时情况也确实如此。

如果对成案作上述那样表面的理解,那么官员在制作判决草案时就可以完全无视仅仅作为例外的成案了。这种理解其实大错特错。正如小口彦太氏的诸多研究所揭示的那样,当时刑部的实际做法是,“本部办理刑名,均依律例而定罪。用新颁律例,则仍以最后之例为准。至律例所未备,则详查近年成案,仿照办理。若无成案,始比律定拟”(《刑案汇览》卷二三)。刑部衙门在实务中的运作方式就是广泛地参照成案。^[11] 必须看到,定罪量刑最终必要的就是实质上是否符合“情法之平”,如果不符合,即使形式上引用律例最后也得被驳回,如果符合,即便在律例之外拟订新的量刑方案也能得到皇帝认可。在此过程中,如果对于某些类似案件的“情法之平”皇帝已经在以前就做过处理并发出某种意旨,即形成了成案或判例,那么官员即使不引用也必须予以参照并尽可能地照此办理。而且,为了回应审判实务上的需要,民间也发行了以《刑案汇览》系列为代表的数种数量达百余卷篇幅浩瀚的判例集。

制度上之所以禁止引用成案,主要还是担心会损害下级官员处理案件时在寻找“情法之平”的参照上需要保持的一般性。但是,如果是皇帝本人作最终的决裁,这种审判或判断本身一开始就与立法一样性质,形成新的带有一般性、普遍性的规范或参照标准。在程序上皇帝于个别裁断案件之后会以附注方式发出一些命令,如“嗣后著为例”,或者“著通行传谕问刑衙门知之”,等等。刑部等上级衙门也可能印刷相关案件的处理文书,并分发给担任审判的全体官员。还可能借此机会形成并发布一般性程度更高的“例”。并且,“断罪引律”令条例三的后段有如下记载:“如督抚办理案件,果有与旧案相合,可援为例者,许于本内声明,刑部详加查核,附请著为定例。”这样,级别高到某个层次的官员能够按照一定程序参与把具体案件的处理上升为“例”的过程中

[11] 参见小口彦太:“关于清朝裁判中成案的功能——以刑案汇览为素材”(《早稻田法学》第57卷第3期,1982年)等。

来。其实就连那些尚未达到“例”的一般程度的“成案”，实务上也被参照实行。在此过程中，只要成案不断累积，其稳定性、一般性逐渐提高，就有可能上升为“例”。相反，在司法判断散乱杂存的情况下，一旦官员的高层意识到有将审判实务加以统一的必要，总会设法从个案中抽象出较有一般意义的“例”这样的法律规范，并将其编入既存的成文法体系之中。此类司法判断的积累称为“通行”或“递年奏成定例”，对这些资料做定期的整理并加以条文化后将其编入“律”，就是清代“条例”编纂的实际过程^[12]。

相对于律例来说只是一种变通的成案，看上去像个别的特殊的例外处理。但事实上在当时的审判实务中却具有相当的重要性。正因为成案的存在，才促使了个别具体的案件处理上升到“例”的抽象层面，最后形成“律例”的成文法体系中不可缺少的一个环节。通过一个个成案或判例的出现，成文法才永续成长。就刑事领域而言，清代的律例体系经由这些案例才能够不断演进发展。

四、法解释的位置和意义

以上所述的是在清代的中国一般意义上的“法”、成文法、判例和一个个具体的案件处理结果相互之间具有什么样的关系。那么，在这样的结构中“法律的解释”又有怎样的位置和意义呢？对此有必要区分以下的两个方面。

第一，无论案件处理的目标是合乎情理还是达到“情法之平”，每个作为审判结果的判决都应当是就本案的具体情况而言最恰当的处置，只要达到这个要求审判也就获得了正当性的基础。同时又不能将该审判和作出判断本身看成是无任何前提制约的独断。

就支撑整个审判的“情理”这种抽象的价值而言，确实是不存在对规范命题进行逻辑操作的“法律解释”这种余地的。但审判的目标却

[12] 参见滋贺秀三：“法典编纂的历史”（《中国法制史论集——法典与刑罚》，创文社，2003年）。

在于这揭示天下的公论,希望任何目睹该案件审理过程和结果的人们只要公正无私,谁都会得到同样的结论。正是这种关于每一个案件的具体处理结果都可能在“天下”的范围内达成共识的期待支撑了审判,并使其获得相当程度的稳定性。这里存在的是一种信念或者梦想,即在比起规范命题的解释来更加微观或更加具体的层面上,人们依然可能就一个个案件的处理是否恰当直接达到认识的一致,而法官发挥的不过是把这种一致的认识(“天下的公论”)表达出来的作用而已。整个审判制度都是为了支撑这个梦想而存在的,所谓成文法和规范的解释都是这一整体构造的有机组成部分。

在这个构造中有关针对严重罪行量刑的部分,出于汇总整理众多官员拟订判决草案的实务并尽量使其趋于统一的操作性需求,把历代皇帝和各级官员们处理“情”和“法”决定刑罚的实务经验(实际上并未因冤屈而导致民众起义或天灾,所以是成功的经验或功绩)加以总结,抽象出若干行为或“情”与刑罚或“法”一一对应的条文,以皇帝的名义昭示于天下,就是作为成文法的律。“情法之平”是一种高度抽象的价值目标,担任刑事审判的官员必须勉励自己,先辈和同事都在处理一个个案件的实务中追求这个目标,自己对眼前的案件处理同样如此。而律则起到例示“情法之平”目标的确切化功能。作为先辈经验的结晶,符合律文列举具体罪行的大部分有关量刑的判断都被沿袭下去。而且“律例无正文”时,既有的最相接近的律条也被运用来帮助拟订最适合的刑罚(即“比附”)。此外,作为皇帝权威判断的成案,即使其参考价值比不上律例,但也被认为拥有必须作为参照的相应意义。因此可以说,每一个具体案件的判断都是在大量以前的审判实务经验这个制度脉络中作出来的,成功的话最终也就作为其有机的组成部分而汇入这种实务经验中去。

具体的审判官员对手头特定案件拟订判断方案时,总需要参照自己所属群体的过去经验。这样的做法确实可称之为“法律解释”。实际上,从这种实务中很容易找到与现代的法官所从事的法律解释相类

似的操作方法。

但是在另一方面,如果涉及每一个判决是否通过参照或解释适用某种成文规范或过去的经验整体而在制度上获得正当性基础,则问题又须另当别论了。关键是,对于律例上无正文即没有规定的案件,其判断处理只能转而诉诸“情法之平”的根本原理。相反,有时又必须无视现行律例上存在的“正条”,需要请求皇帝直接作出同样符合“情法之平”的新判断。虽然皇帝也会遵循过去有关“情法之平”的先人经验,但其根本的作用在于总是着眼于当下面对的具体案情,作出“情”与“法”最相适合的判断,与时俱进地把具有“情法之平”内容的审判实务整体向前推进。皇帝及其率领下的官僚体制是否做到这一点,则是靠是否保持了现存秩序的稳定,现政权是否具有正统性的回答来最终确定的。反过来,这种秩序的保持和正统性的维系又依靠处理一个个具体案件的判断是否妥当或是否符合天下公论来获得担保。换言之,在目前的王朝体制下皇帝和官僚有无作出判断的资格与判断是否合乎“情理”及“情法之平”的问题是相互循环、互为支撑的。作为成文法的律例和一个个具体判断之间,确实存在着内容和逻辑上的联系,但成文法却没有为具体判断提供正当性基础的制度性关联。两者之间甚至称不上有“一般与个别”或“规则和个案”那样的关系。从存在的形式来看,律例本身作为一般性的规则其“例示”的性质显得过于强烈;成案本来是个别的事例,但其权威性又很高。结果,成案与律例的差异只在于作为处理案件参照时的稳定和明确程度有所不同而已。这一点从成案很容易被定型并上升为“例”的情形就可看出。

既然一个个审判的具体结果与作为成文法的律例是这样一种关系,确实很难把来自西方法律传统的审判就是解释适用法律规范命题的观念套用来看待清代中国的官员断案与律例。其实最明显的一个区别就是在中国那样的体制下,官员处理严重的刑事犯罪只限于拟订判决原案并向皇帝呈报,官僚本身并非独立的判断主体。因为理念上总是由皇帝最终决定什么才是具体案件的“情法之平”,无论何种情形下

官员如果胆敢把自己的想法优先于皇帝的判断,就成了“僭越”。官员断案必须援引律文的义务,就是这种权威序列的体现。反过来看,遵守律例的最终目标绝不是法律条文内容的实现自身,而是对于世间千差万别、复杂多变的“情”,在大体方向上一致的前提下科以最相对应的刑罚。正因为如此,在犯罪发生的现场最先接触到案情的基层官员提出新的观点也是非常必要的。官员如果只会墨守成规,机械地套用既有律例,也会因“拘泥”旧制而遭到皇帝训斥。对所有官员来说,最理想的状态就是做到与皇帝在有关什么才是“情法之平”的判断上总能心心相通,才可以随机应变而不逾矩。^[13]

这样看来,传统中国的成文法虽然早就存在,而且类似于法律解释那样的实务也一直在进行,但却不可能出现与西方法学的“法源论”相对应的观念。

在西方的法律传统中,作为规则而存在的法律规范当然必须以某种高度抽象的秩序价值理念作为背景或基础。但是在一般的审判实务中,只要有明文的规则可作为判决的依据,其结论就不会直接诉诸于根本的秩序价值理念。^[14] 结果是规则之间的空隙也总是以创制规则的方式予以弥合,从而形成整套的规则体系。只要可能,审判就只通过具体规范命题的解释适用来进行,即尽量只是诉诸于规则。在根本价值与同时具有一定抽象度和具体性的规则之间形成严格的界限,不同的

[13] 这种理念在要求官僚必须依“权宜”处理问题的领域,如特殊情况下不待层层上报就执行死刑的“杖毙”等方面得到最好的体现。参见:铃木秀光:“杖毙考”(《中国——社会与文化》第17期,2002年)。与此形成对比的是,关于处于笞杖以下的轻微刑事或一般民事案件,自始就责成州县长官在小范围内发挥类似于皇帝那样的职能去进行处理,而且在出现问题时,则可以由不服的当事人向上级层层地起初控告,最后可一直诉至皇帝。这种有关“州县自理”案件处理的制度安排同样体现了在不同官僚层级内实现“情理”的理念。

[14] 参见龟本洋:“解释技术的运用方法”(平野仁彦、龟本洋、服部高宏:《法哲学》,有斐阁,2002年,第五章“法的思考”),以及拙文:“清代刑事裁判中律例功能之再考——关于实定法的‘非规则’状态”(大岛立子编:《宋—清代的法与地域社会》,财团法人东洋文库,2006年)。

规则之间则按照一定位阶编排并构成等级。具体判决的作出和裁判主体的资格授权都不直接来源于根本的价值理念,而都通过援引不同等级的规则来确定各自的位置。极而言之,正是通过这种尽可能避免对根本价值理念加以直接援用的制度安排,使得本来作为基础的根本价值理念与本来只是体现这些价值理念的规则这两者之间的效力关系在现象上好像发生了逆转似的。所谓“法源论”,讲的就是裁判能够依据哪个层面的规则,在什么情况下才有可能诉诸于根本价值理念的问题。在这样的基础上,以作为规则的法律规范作为基础并因此获得正当性的审判才得以成立,立法与审判的分工才能够发生。如果说西方传统中的法律解释是特殊的话,则其特殊性并非系于解释本身,而体现在法律本身的存在方式之中。

与此相对,在传统中国因为“情法之平”这种价值既是高度抽象的,又具有只能体现于一个个案件的具体处理这种性质,即使以“律例”的成文法方式把这一根本性价值转化为法律规范,但制度上安排却并不禁止从事审判的官员直接诉诸于“情法之平”的价值本身。结果,对于成文法的解释作为根本价值的二次性解释,与对价值本身的解释(即立法)之间的分界线变得模糊不清。到了皇帝那里,立法和审判这两者便在“情法之平”的直接解释中达到了完全的重合或等同。在这样的制度脉络中,仅仅“依据”成文法得出的结论所具有的说服力自然受到很大限制。上文已经指出,不能套用“一般和个别”等范畴来看待作为传统中国成文法的律例和成案以及和具体案件处理的关系,也不能按照“立法者”与“法官”的分工关系来看待皇帝与官僚关系。其理由也尽在于此。

不过,如果转换一下视角还能够看到,即使是在传统中国,要是把每一个具体案件都自有其独特的“情理”或“情法之平”的理念推向极端,则在同一个官僚体制内保持案件处理起码的统一性也是不可能的。因此问题只在于如何控制实务上的统一与分化某种程度的并存与紧张。这样看来,在可能无限分化的大量案件处理过程中,律例与成案作

为成文法和判例制度实际上确实担负了保持必要程度的统一性与流动性之间张力的功能,并推动整个体系不断地发展演进。考虑到现代大规模科层制下的审判制度也面临着如何统一裁判的课题,再想一想当今成文法体系国家的最高法院判例所起的作用日益增大等现象,就不难看到现代社会与传统中国之间其实也有类似之处。研究中国的法与审判,或许能够帮助我们发现仅仅立足于“法源论”所不能穷尽的某些重要问题。