

《北大法律评论》(1999)

第2卷·第1辑·页358—383

Peking University Law Review

Vol. 2, No. 1, 1999, pp. 358—383

北大讲坛

中国法律制度的经济史、 社会史、文化史研究^{*}

黄宗智^{**}

我今天这个报告,一方面想谈谈我的新作(《民事审判与民间调解:清代的表达与实践》,北京:社会科学出版社,1998),同时想趁这个机会提倡结合法律史、文化史和社会经济史,利用诉讼档案,来研究清代以来的法律制度。

诉讼案件档案资料

大家知道,我们眼前放着一大堆发掘不多的宝贵资料。四川巴县,拥有十万多卷清代档案,绝大部分是诉讼档案。此外,顺天府宝坻县的档案和台湾淡水分府的新竹县的档案,都是尚待充分发掘的宝库。另外,我知道的,具有相当数量诉讼资料的还有东北的双

• 本文是黄宗智教授应北京大学中国经济研究中心和北京大学法学院司法研究中心的邀请,在北京大学所作的讲演,会议讨论的内容由杨柳同学整理。

•• 美国加利福尼亚大学洛杉矶分校历史系教授。

城县,以及四川的另外一两个县。

县一级的地方档案,是我自己的注意力集中所在。此外,大家知道中国第一历史档案馆拥有几十万件关于命案的刑科题本,也是研究法律制度实际运作的宝贵资料。另外是省、府级的档案,可能也有不少在等待着我们去发现、发掘。

虽然相对全国而言,今日可以看到的清代诉讼档案,只不过是当时全部的一小部分,但肯定足够我们探讨法律制度实际运作的真貌。

法制史研究的同仁过去作了许多很有价值的研究,但对法律制度的实际运作,注意比较少,有个别的学者,使用了案件档案,做了重要的工作,但应该说还有许多工作等待着我们去做。

清政府的表达

有的朋友们可能会怀疑,诉讼档案多是琐碎的细节,抓不到问题的核心,不如研究律例本身,可以阐明主导性原则。

我这本新作的主要论点之一,是澄清法律制度上国家表达和实际运作的背离。我们不能只根据政府的官方表达去了解法律制度。

首先,让我简略地说一下清代国家政权的表达。它本着儒家的统治思想,对人民摆出的首先是一位仁者的面貌。譬如,国家禁止“违禁取利”,抑制高利贷,把合法的利息禁止在月三厘,并且规定利息总额不允许超过所借的本额。又譬如,国家规定地主不允许“以威力制缚人”,私禁其佃农或对之用刑,这是国家保护弱者的儒家仁慈的一面。

同时,国家在人民面前也摆出法家严肃的一面,君主总揽大权,人民没有独立于君权的权利。国法主要是一套犯禁惩罚的条规,违犯国家关于结婚程序、继承规则、土地买卖等规定,是要用笞

杖刑的。

国家这两副面孔合并起来,即所谓“父母官”。地方县令相对人民,既是严父也是慈母,人民好比年幼的孩子,这是国家在人民面前摆出的自我形容。

从意识形态来说,国家政权的统治手段是仁政。地方官员是儒家的仁者君子,他们以身作则,感化子民,使大家和睦相处、无争无讼,这是儒家的理想。

伴随着这套统治思想的是一套官方话语,我这里只扼要举两个例子,县官既然是仁者君子,地方政治如果没能达到理想,一个可能是县官不仁,但更普通的是地方胥吏不好,鱼肉人民,这是清政府构造的现象和道理。《大清律例》对这个构造的现象有个专用名词:“衙蠹”,是指胥吏和衙役而言,这种“小人”像蛀虫蛀坏书一样,蛀坏衙门的政治。

与衙蠹一词相似,清代官方话语之中另有两个标准化了的名词:“讼师”和“讼棍”。在儒家的理想之中,仁人君子本着儒家让人的精神,不会与人有争,更不会涉讼上法庭。一个执行仁政的县官,他会感化子民,使他们也不会涉讼。这样,如果还是有人上法庭涉讼,应该归咎于一些不道德的小人:《大清律例》把这种唆使良民涉讼的人统称为讼棍和讼师。前者一般在衙门活动,不少是衙蠹之中的分子;后者在社会上活动,唆使好人涉讼,从中取利。这是清政府的另一构造。(这里需要稍加补充:“讼师”一词,原有它良性的一面,是指深通法律为人伸冤的法律专家[“师”]。《大清律例》就有如此的解释。但是,在仁政的大意识形态之下,“讼师”后来变为只有恶性含义的法律用词。)

清代这套话语有它的内在逻辑,与执行仁政的父母官相对立的是衙蠹。君子的反面是小人,贤良的县官的反面是恶毒的衙蠹。同样,懂得道德、知道让人的君子 and “良民”的反面是不仁的讼师、讼棍。这样,好人坏人成对并列,区别鲜明,地方政治决定于这种好

坏鲜明的对立,这是清代的官方构造和话语之中的逻辑。

当然,清代官方话语不完全是道德说词,它也有比较实际的一面。大清律例本身,就是一个多层面的混合体。一般来讲,它的436条律比较道德化理想化,而它在清末的将近2,000条的例则比较实际。举一个例子:第87条律规定(台湾学者黄静嘉对薛允升1905年的《读例存疑》做了仔细的编校,为各条律例做了顺序的编号。我这里用的是他的编号):“凡祖父母父母在,子孙别立户籍分异财产者,杖一百”。表面看起来,清代法律是不允许父母在世的时候分家的。但大家知道,小农家庭比较普遍在弟兄成婚之后就分家。《大清律例》有它实际的一面,它接着在例87.1条上写明:“其父母许令分析者,听。”这样,律例在表明儒家的理想状态的同时,实际地容纳了社会习俗。过去,有的国内学者为区别律例的理想与实践意图和社会实际做了重要的开创性研究,我们可以沿着这个方向作出更多的类似研究。

这里,我们可以区别道德化话语和实际性话语,对清代法制的官方话语本身作出多层面多元性的研究。再举一个例子,清代《牧令书》和《幕学举要》这种县官和刑名幕友“手册”类的著作,一般都要作一些公式性的道德化说教:诸如仁政的理想,教诫人民不要涉讼,以及对胥吏衙蠹和讼师讼棍的怪罪,这些都是当时比较标准化了的话语。但在这个层面以外,这些手册性的书里还都有比较实际和具体的指示,这点我一会儿还会提到。

但是,总的来讲,关于民事诉讼,清代官方表达,给我们的是这样的一幅图像:

(1)民事诉讼不多,首先是国家意识形态认为这种诉讼不应当有,即使有,也不过是“细事”,中央政府不多关心,由州县来“自理”。(2)再者,一般良民是不会涉讼的,如果涉讼,多半是受了不道德的讼师讼棍的唆使。(3)县官们处理民事诉讼案件的时候,一般是象父母亲处理孩子们的争执那样,采取的是调处的方法,用道德

教诲子民,使他们明白道理,不多依法律判案。这些表达,都和我上面讨论的仁政意识形态有关。

法律制度运作的实际

诉讼案件档案显示的却是不同的图象

(1)首先,民事诉讼案件占了县衙门处理案件总数的大约1/3,这是我从巴县、淡水新竹,和宝坻县档案得出的比例。到了20世纪30年代,民事案件的比例上升到大约一半,清代的1/3这个比例也可以见证于刚才提到的县官和刑名幕友手册类的资料(详见黄宗智,1998,第2,7两章),用一句话说,清代官方话语所谓的“细事”案件,实际是地方衙门处理事务之中的极其重要和占相当比例的一部分。方氏在他的《平平言》中说得很明白:“户婚田土钱债偷窃等案,自衙门内视之,皆细故也。自百姓视之,则利害切己,故并不细。”方更进一步说明,“一州一县之中,重案少,细故多,必待命盗重案,而始经心,一年能有几起耶?”(引自黄宗智,1998,页195)像方氏这样的话,就是我刚才提到的官方话语之中的比较实际性的话语。

(2)第二,诉讼当事人,大多数是普通人民,上法庭多是迫不得已,为了维护自己的合法利益,我从628件案件之中,鉴别了500名原告的身分背景,其中有189人是普通农民,82名是城镇的普通居民,另外有20人是农村的雇农,51人是普通地主,25人是功名士子,33人是商人,剩下的是少数的大地主,大贷户,集体团伙,等等。他们不符合官方话语形容中的诉讼当事人。

(3)第三,衙门处理纠纷的时候,要么让庭外的村社、亲族调解解决,要么就是法官听讼断案,依法律办事,县官本身极少在庭上进行调解。我统计了221件经过正式堂讯的案件,其中只有11件是由县官仲裁处理的,令双方都作出退让。其他的全是法官当场断

案,明判是非。从案件档案来看,清代法庭绝少像官方表达那样,从事法庭调解。

我们稍加思考,便可以理解。一个县令,是不会也没有可能采取老解放区和改革以前的那种马锡五办案方式去处理案件,也就是说不会由法官循着群众路线深入调查,访问当事人的亲属邻居,然后作思想工作,说服纠纷双方息事宁人。他没有这样的意识,也没有如此的空闲,他们一般都是“坐庭判案”的。还有,他们虽然在自己的写作之中,喜欢按照当时官方话语的习惯,把自己表达为一个仁者君子,凭道德感化开导“子民”,但他们实际上是一个庞大复杂官僚机构的底层分子,为自己的官僚前途,最安全妥当的办案方法,是按律例规章行事。

汪辉祖在这一点上,说得最实际最透彻。他在《学治臆说》里清楚区别法官堂讯的“断”和民间村社和亲友的“调解”或“调处”。他是这样说的:“盖听断以法,而调处以情。”“可归和睦者,则莫如亲友之调处。”法官是凭法听断的,作调解的是亲邻,不是法官。他进一步解释说:“法则泾渭不可不分,”“情则是非不妨稍借。”他的意思是,要是可以在庭外通过亲友和睦解决纠纷,大家不伤感情,那最好。但是,上了法庭,就只好凭公办事,依法断案,使是非分明。这样,负的一方,多半会怀恨于心,双方长期互相敌视,不如由亲友调解那样可以和睦了结。

就因为他认为知县要凭法听断,他告诫当县令的同僚,必定要熟读律例。他叫他们“每遇工余,留心一二条,不过数月,可得其要,憚而不为,是谓安于自息,甘于作孽矣”(引自黄宗智,1998,页197)。

大家也许会问:628件之中,如果有221件是经过正式堂讯结案的,那其他的案件是怎样的结果呢?不出所料,最大的一部分是经过民间调解解决的。我这里要加一些说明:清代社会,遇到纠纷,第一步就是亲邻调解,调解不成,才会有一方的当事人,诉上法庭

“打官司”。但是,进入官府,并不意味亲邻调解就此停止。相反,他们会更积极地试图解决问题。同时,当事人因为事情搞得严重了,又或是以为庭判将会对自己不利,常会在这种情况下,作出进一步的退让。这样,事情很可能就此解决。按照清代法律制度的程序,在这种情况下当事人应该向法庭正式具呈,恳请销案。628 件案件之中,有 114 件有这样的记录。

此外,除了这 114 件和 221 件有明确判决的案件之外,剩下的是没有明确结局记录的案件。其中有的有中止理由的记录,较多的是出去传讯的衙役回报找不到当事人,共 36 件。再剩下来的是没有明确记录中止理由的案件,最大数量的是档案停止于知县批说决定受理而发出传讯,然后就没有了下文。这样的案件里面应该有相当一部分是因为民间的进一步调解,解决了纠纷,但一旦解决,当事人没有像法律程序要求的那样,到衙门正式具呈要求销案,因此在记录之中,没有明确的结局。我们也许可以估计,在当事人呈状之后,通过进一步民间调解解决的案件,应该最起码占全数的 1/3,这是大家意料之中的现象。

我这里要强调的是,我们不要混淆法庭的行为和民间的调解。清代县官堂讯办案,一般都依法断案,是非分明,他们极少像官方一般的表达那样,以情来调解,使双方和睦解决纠纷(也就是日本学者滋贺秀三之所谓“教谕性调停”)。这是儒家的理想和官方话语的描述,不是实际运作之中的情况。(美国学者,有人误解了这一点,没有区别法庭调解与民间调解,以为我的数字证明诉讼案件的大部分是经过法庭调解解决的。)

我们把清代法庭想象为以调停为主要处理民间纠纷方法的机关,主要原因是受到清代官方表达的影响。此外,革命以来,法庭大规模地实行法官调解,把过去民间的调解纳入到官方法律(和党政机关)系统之下,又宣传说法庭调解乃是中国久有的制度。这样,引使我们把清代的法庭也想象为革命以来的法庭那样,档案所

显示的事实是清代县官绝少在庭上进行调解,而多是像汪辉祖说的那样,依法断案。

我这里对知县的听断,要稍为加一点比较具体的说明。譬如,一个典卖了一块土地的农民,可能会在十几年之后向买主要求回赎土地。而买主,因为他已经长期掌握了这块土地的使用权,对它的占有意识是比较强烈的,他常会拒绝让卖主回赎,要是闹到官府,而又坚持到堂讯,一般知县会首先检验原来的典契。如果上面写有“绝卖”“永不回赎”字样,法律有明文规定,是不可以回赎的。如果没有,法律同样明确,在30年期限之内,一概允许回赎。诉讼档案之中,像这样的案例比较多,知县的判决都很明确,没有什么“调解”可言。

再则是一个孀妇,如果平日和堂侄子们相处得不好,可能会想从另外的同宗侄子们中另选一个嗣子。但她的叔伯们,肯定会有意见,因为他们认为他们的儿子们才是法律上“应继”的嗣子。明清以来,这样的纠纷比较多,从乾隆40年之后,法律明文规定,允许孀妇不选“应继”侄子为嗣子,另选她比较喜欢的“爱继”侄子。这是因为考虑到她的养赡问题。像这样的案例,一般也没有什么“调解”可言。知县判断,都是非常明确的。

此外,债务纠纷之中,法律立场明确,欠债是要还的。在这个大原则下,知县听断,也没有什么“调解”可言。当然,他可能会考虑到欠债人的困难,允许延期或分期偿还。

此外,是婚姻的纠纷。比较多的是一方违反婚约,因此闹上法庭。律例在这方面的规定,也相当明确。订立婚约过程之中,不允许一方歪曲事实,欺骗对方。一旦成立,不允许拖赖,不依婚约完成婚事。

《大清律例》关于类似这种比较普遍的争执的规定,并不比民国民法典简略。我们不要以为清代法律只是一个刑法,没有民事内容。它与民事有关的规定,总共有80多条律,300多条例。其中关

于继承的规定,就有约 1100 多字,相当详细。中华民国成立之后,并没有立刻采用沈家本等所拟的新民法草案,而是援用了旧律例的民事部分(即经过修改、自称《大清现行刑律》的“民事有效部分”),一直到 1930 年颁布了《中华民国民法》才停止。我用的 221 件知县听断案例,主要都是上述这种类型。

对清代法律制度的理解

我这本新作的中心论点是:清代的法律制度是由背离和矛盾的表达和实践组成的。官方的表达和法律制度的实际运作,既矛盾又统一。我这里讲的“矛盾”当然不是完全对立的那种矛盾,而是既有对立,而又统一,既背离而又抱合的那种矛盾。清代法律制度,一方面具有高度道德化的理想和话语,另一方面它在操作之中比较实际,能够适应社会实际和民间习俗,这是这个制度之所以能够长期延续的秘诀。我们既不能只凭它自己的表达和意识形态来理解它,也不能只凭它的实际行为来理解它,而是要看到它表达和实践双方面的互相依赖和互相矛盾。

它的表达不仅决定了它的话语,也决定了它的许多行动。这里简单地举两个例子。它的君主集权的意识形态防止法律制度向司法独立和公民权利的方向演变,法律制度始终随时可能受到行政权威的干预。另外,它对民事的表达(由州县自理的细事)阻碍了民法制度的充分细致化和标准化,妨碍了程序法的充分发展,我们不要陷入行为主义的错误,忽视了表达的重要。

这里,我要简略地提一下我和日本学者滋贺秀三以及他的学生寺田浩明之间的争论。主要可以分作三项。一是出于误解的:我在这本书之前,先发了两篇实证性的论文,其中没有打出我这本书的中心论点,他们以为我是个行为主义者,无视表达的重要,又以我是计量主义者,认为行为的定量是历史的决定性因素。第二是

一个实证问题上的分歧。我从诉讼档案看到的现象是知县听讼,一般不作调解,堂讯一般当场断案,是非分明,而滋贺认为县官听讼,主要行动是调解,这分歧其实没什么好讨论,将来使用档案的人多了,这问题会不了了之。第三个分歧是我们在方法上和历史观上的分歧,这才是真正的分歧。滋贺他们研究法制的方法,主要是德国传统的法理学,要求抓住一个法律传统的,甚至于是整个社会和文化的核心原理。滋贺特别强调情理法的结合。而我的研究方法,首先要求区别不同层次的官方表达,再注意到官方表达和民间表达的不同,不可以把两者的相同作为前提,两者背离之处有时正是关键问题之所在。譬如,清代民间一田两主的表达和话语,官方一直都没有接受。这个问题下面还要讨论,更重要的是表达和实践的背离,官方所说常与它所为是不一致的。我们不要把官方的表达等同于实践,滋贺对情理法原理的分析,我认为主要是对官方表达的分析,有它一定的价值,但不能等同于整个法律制度,最后,我们研究社会史的人,讲究的是在一个结构环境之中,各个当事人所作出的抉择。滋贺基本不理睬这个问题,这可能是我们的另一个分歧。

我和滋贺在分析方法上的不同,可以用下面的例子来进一步说明。清代法律制度要求当事人在法官作出判决以后,具结说他心甘情愿接受并遵循法官的判断。滋贺认为这个制度正好证明了他对清代法理的分析,说明它是一个“教谕性调停”的制度。但档案资料显示的是,这种具结只不过是形式性的东西。知县一旦作出判决,当事人是没有选择余地的,不然是会受刑或被押不放的。这种制度,虽然在理念上与西方的判决不同,决不可看作是真正的调解制度。当时的知县,就像汪辉祖说的那样,把县官的“听断”和民间的亲邻调解,看作性质完全不同的两码事,也就是汪辉祖的所谓“听断以法”,“调处以情”,一是法庭所为,一是亲邻所为。滋贺没有区别法官的“听断”和民间的“调处”是不符合当时的实际的。而他之所以有这样的看法,是因为他把理念等同于实际操作、区别表达

与实践,乃是我和他的根本不同。这个区别,在下面还会有说明。

上面是我新作的一个总结,但我今天想讲的主要不是我这本新作的內容,而是想要提倡、呼吁我们从经济史、社会史和文化史的多方面来研究中国法律制度的历史,目的是要从新的角度来理解法制,也同时从新的角度来研究经济史、社会史和文化史。从这样的角度用这样的资料,可能做的课题非常之多,我下面想举几个例子,有的是我自己的尝试,有的是我比较熟悉的人所作的工作,先谈谈经济史的角度。

经济史的研究

国内的学者,过去对第一史馆的刑科命案题本做了重要的研究,从中发掘了许多有关生产关系的信息,例如地主佃农关系,分成租和货币租的比例,雇主雇农的关系,雇农的工资待遇等等。我自己在对华北和江南小农经济的著作中(《华北的小农经济与社会变迁》,北京:中华书局,1986;《长江三角洲的小农家庭与乡村发展》,北京:中华书局,1992),受到过他们的启发,引用过这些研究。我这里想讲的是在这个基础上,进一步使用地方诉讼档案,推进经济史的研究,也同时从经济史的角度来推进法制史的研究。

1. 借贷

举一个例子:我们可以用诉讼档案来研究清代的借贷关系和金融市场,我过去扼要简短地写过这个问题。清代的借贷,很大部分是为了生存,而不是为了投资,这一点在《大清律例》中表达得很清楚。国家关心的主要是对高利贷的控制,为了生存,为了糊口,一个小农必要时会愿意支出极高的利润。清政府企图把它限制于月利三厘,年利36%,(并且规定利息总额不能超过本金),这种利润率基于生存经济,超过一般资本主义投资单位所能负担的利息。诉讼档案所载有关债务的纠纷,主要都是这种生存借贷,而不是生产

性的投资借贷。这不是说清代没有生产性、投资性的借贷,而是说清代的金融市场,主要由生存性借贷左右,它是一个高度整合的市场,它的利息率,也就是说它的价格,朝向一致化,但它主要服从于生存逻辑,而不是投资的逻辑。

我们需要清楚区别这两种借贷,两种市场。我在我正在写的第二卷中,比较了清代和民国时期法律对借贷的规定,以及诉讼案件所反映的经济情况,企图阐明小农经济与资本主义经济逻辑的不同。国民党1930年的民法,原稿是一个比较纯粹的资本主义经济的蓝图,基本是德国1900年民法典的抄袭本,其后相应社会经济的实际,在第二、三稿中做了修改,这一段故事有助于说明两种经济逻辑的不同。

2. 典卖土地

再举一个例子:清代国家对地产的思想,原意是极其稳定的小农经济,其地产所有权基本永恒不变。但是,在社会的实际生活中,生存压力使一些小农迫不得已而要出卖土地。典卖是相应这个现实而兴起的习俗,它考虑到小农在生存压力下迫不得已而要出卖土地,为这样不幸的人着想,它允许出卖土地者保留长期的回赎权,等他一旦命运转化,经济情况改善,让他回赎他在保留回赎权的条件下而典卖的土地。清代法律面对这个民间习俗,一方面承认了小农频繁典卖土地的现实,并对它征税。另一方面,它支持了民间长期保留回赎权的习俗,保障了出卖土地人的回赎权。此外,为了限制这个习俗所引起的纠纷,它做了一些规定,最重要的是只允许卖者在从典卖改为绝卖的时候索取一次性的“找价”,不准典卖土地的人,在地价的上升的时候,一而再地向买主索取找价。

在从清代法律向民国民法典转变的过程之中,对典卖土地这个习俗的处理,是一条复杂曲折的道路(它的第一稿没有使用“典卖”这个范畴,而试图把它归并在从德国借来的范畴之下,后来才知道借来的概念不符中国社会习惯的实际,最后再次采用原来社

会上的范畴)。这段故事,一方面可以说明国家法律和社会习俗之间的关系,另一方面可以说明资本主义经济和小农经济对财产权的不同想法和构造,这是我在第二卷中要探讨的主要问题之一。

3. 田面权

再举最后一个例子:清代一田两主的习俗,也是一个很耐人寻味的问题,这个民间的习俗,有它自己的话语和逻辑。它和典卖土地的故事不同,因为清代和民国的国家法律都没有承认它的合法性。清代国家在政策上,曾经试图抑制民间这个习惯,而民国民法则试图把它划归在永佃权的范畴之下,两个时期的诉讼案件档案表明,民间习惯对财产的观念和国家法有基本的分歧。这一个故事也进一步说明小农经济的内在逻辑,它不仅不同于资本主义经济,也不同于清代政府的官方构造。

4. 中国式经济的逻辑和理论

我认为我们经济史学界今日面临的头号问题是如何跳出以近代西方经济为规范的理论框架,建立适用于中国经济实际的概念和理论。我们尤其需要跳出现代经济学在西方资本主义经历的基础上建立的对人们经济行为的一些基本前提:诸如“经济人”肯定是“理性”的,也就是说是追求利润最大化的人;以及唯有自由的市场才可能合理分布资源,等等。我过去对这个问题提出了一些初步的看法,想在蔡雅诺夫区别小农经济和资本主义经济的理论的基础上,阐明一些小农经济特有的逻辑,诸如家庭农场在人口压力下的特殊行为,以及过密化小农经济中商品化与资本主义式商品化不同的动力和后果,即所谓“过密型商品化”和“没有发展的商品化。”从这个角度来看,我对法制史的这些研究乃是我过去的工作的延伸,想进一步阐明中国小农经济的组织原则,说明它与资本主义经济的不同。

这里要加一些补充说明,我提出要建立符合中国实际的概念和理论,目的不是要提倡极端的相对主义,我不相信不同的经济没

有共同的目的和规则,而只能用各个不同文化的概念去理解。譬如,提高劳动生产率,是不同的经济体系发展的共同要求。但是,反过来说,我们不可以用资本主义经济的逻辑去了解一切经济体系。清代的经济,乃是一个混合体,既有糊口(生存)经济的逻辑,也有投资经济的逻辑,既有生存经济的商品和市场,也有投资经济的商品和市场。我们要先探讨它不同于资本主义经济部分的机制和原则,再去探讨它和投资经济部分的互相作用,互相抵制。

法制对这种问题的研究特别有帮助,因为法律本身是一个社会经济系统对它自己的一种有意识的说明和构造。以民国时期的法律为例,它开始(第一稿时)是个比较纯粹的资本主义的法典,后来逐步改写,形成了一个混合资本主义和糊口小农经济的体系。

社会史的研究

现在谈谈从社会史的角度来看法制史。

我们研究社会史的一个主要难题,是缺乏有关一般民众意志和表达的第一手资料,研究现代的社会史,可以参照或采取人类学的实地调查的方式。但对清代来讲,就很不容易得到第一手资料,除非是非常的情况,例如民众的起义或动乱。至于日常生活之中的抉择和表达,诉讼档案可能是最直接详实的资料,下面举几个例子来讨论。

1. 普通民众在法律制度下的抉择

我们一般对普通民众有两种极端不同的看法:其一,是缺乏自主的统治对象,由政府摆布,也就是清代官方表达中所谓的“子民”,服从于其“父母官”,好比是年幼的小孩,与这个图像对立的是出于马克思主义阶级斗争理论的民众图像:他们是历史的主人,通过农民战争、民众起义,推翻无道政权,建立民众的政权。

诉讼档案给予我们的是一个介于两者之间的图像。我们可以

看到一般的人民在君主集权的统治之下,有意识地作出抉择,使用法律制度来维护自己的利益,譬如通过呈状官府来对纠纷对方施加压力,企图逼使对方在庭外调解过程之中作出让步,或是妥协,或是认错赔礼。相对国家政权的“父母”而言,他们虽然不一定像民主制度理想下的自主的成人孩子,但决不是无意志的幼年小孩,也许应该比喻为青少年龄的孩子,既依赖父母,也有自己自主的意志。

从法制史的角度来考虑,我们也许可以说清代法律虽然没有公民权利的理论表达,但在一定程度上有公民权利的实际。一个普通农民,可以上法庭维护他的土地所有权和继承权,也可以上法庭行使他的债权,诉讼案件档案充满了这种例子。

2. 妇女的财产“权利”

再举妇女的历史为例,相对一般男性普通人民而言,妇女更没有发言记录、抉择记录,这是我们社会史研究领域里一个很不容易解决的问题。从这个角度来看,诉讼案件是极其宝贵的资料,也许甚至是提供有关妇女日常生活中的意志和抉择的最好的资料。

举一个简单的例子。诉讼案件表明,清代妇女对不愉快的婚姻家庭生活作出的主要反应是回娘家。有的长期在娘家居住。我们在诉讼案件之中,能看到许多丈夫,又或是公公,上法庭要求强制迫使在娘家的老婆或媳妇返回。因为清律没有规定不允许出嫁了的女子回娘家长期居住,这些告状的丈夫常常会虚拟罪名,呈诉老婆被人诱拐,甚或是与人逃跑。这样,县官会更可能受理他的告状。

另一个比较复杂的例子是妇女的产权问题,过去的想法是一般妇女对财产是没有权利的。但我的同事和妻子白凯,根据诉讼案件和对律例比较详细的分析证明,妇女有一定的产权,并且这些权利从宋代以来发生了显著的变化。

过去,我们只考虑到决定财产权的两大制度之一——分家制度——而且是完全从男子的角度来考虑。我们要是改变分析角度,

以妇女为主题,并从宗祧继承制度来考虑,就能看到妇女的产权及其变化。白凯说明,清代每十个妇女之中大约有三人会经历过以下两种情况之一:一是一个没有弟兄的女儿,二是一个没有儿子的母亲。(作为一个女儿,清代的十个女子之中大概有一个没有[活到成年]的弟兄;而作为一个母亲,十个女子之中大概有两个没有[活到成年的]儿子)。对在这两种情况之下的妇女而言,起关键性作用的是宗祧继承,而不是诸子分家。

事实上,从宋到民国有关财产继承纠纷的案件,绝大部分是宗祧继承的争执。(这一点我们从大清律例本身也看得出来:它有关分家的规定总共才 200 来字,而关于宗祧继承的规定则足足有 1100 多字。)

明初确立了无子家庭必定要从同宗侄子之中择立嗣子的制度。这大大限制了无兄弟女子和无儿子孀妇在宋代享有的财产继承权。此后,无子孀妇的财产权利主要体现为她对选择嗣子的发言权。明初,她的权利极其有限,嗣子主要由宗亲来选择,但到清代,嗣子的选择主要由孀妇决定,法律规定,她可以不选法律所认为“应继”的侄子,而选择她自己喜欢的“爱继”侄子。

进入民国,首先是民国初期的大理院,在多次的决定下,更进一步确立了她的自主权,允许她在侄子之外选嗣子。最后,国民党 1930 年的民法,在理论上完全否定了旧宗祧继承制度,赋予妇女与男子同等的财产继承权。但是,在实际运行之中,民国的法律制度并没有能够实现它的理想。一个父亲可以在生前,也就是说新法律对继承规定有效之前,把他的财产分掉,不给女儿。同时,对于一个孀妇来言,新法律虽然赋予她继承丈夫一部分财产的权利,但她不再享有过去保管全部遗产的权利,也不再享有她过去自由选择嗣子的权利。她现在变成只不过是丈夫财产继承人之一,权利和其他继承人——子女和双亲——一样。

这一系列的变化,都要以妇女为主题,注意到分家制度以外的

宗祧继承制度,并配合诉讼案件,才能看得清楚。

我们在诉讼案件资料的基础上,还可以做许多其他不同的研究。举一个例子:我和白凯的一个博士生,苏成捷(Matthew Sommer),配合律例和诉讼案件的分析,对清代法律制度关于“犯奸”行为的构造和处理做了详细的研究,课题包括强奸妇女、卖娼和男子同性恋爱,有许多发现都是我们过去没有想到的。

白凯和 Sommer 的著作,现在都已付印,纳入白凯和我为史丹佛大学出版社编的一套命题(《中国的法律,社会与文化》)丛书之中。第一本是关于清代和民国民事法律的论文集,第二本是我自己这本清代法律制度的表达与实践。第三本,很快就要见书,是关于讼师的研究。第四本将是白凯的这本《妇女与财产,960 到 1949 年》。第五本是 Sommer 关于性生活的研究。

这里顺带说一下这一丛书的其他的几本书。第六本将是我们的另一位博士生,白德瑞(Bradly Reed)关于衙门胥吏的研究。他使用巴县档案“内政”部分,主要是知县处理衙门内部各房的纠纷的案件档案,对胥吏作出了新的分析。这本书也已经付印。现在看起来,第七本将会是我自己研究清代以来民法的第二卷:《民事法律、民间习俗和司法实践:清代和民国的比较》。此外,还有几个博士生的论文,可能会修改成书,纳入这套丛书。一个是日本来的博士生唐泽靖彦,他从叙述的构成和口头文化与文字文化等角度来分析词状,也有新的发现。另外,李怀印用获鹿县的有关税收的诉讼档案,研究征税的实际操作过程,也有新的贡献。再此外,现在在学的研究生之中,有三人会选法制方面的题目。她们一两年之内就会到国内来查阅档案。我们编的这个丛书,虽然是向全国征稿的,但看起来,首批的六、七本将会主要出于我们自己和我们的博士生,计划是五年内出到十本书。

文化史的研究

最后,我想讲讲从文化史的角度来研究法制史。

我认为话语的分析是很有用的研究方法。它之与旧思想史的不同,相似于社会史和旧帝王将相史的不同。话语史可以看作是观念的社会史,把研究目标从一个思想家或一个观念转移到使用共同话语的群体。我自己对官方话语的用词、逻辑(甚至于可以称作它的“文法”)的一些看法(譬如,贤官和衙蠹的并列对立,道德君子或者是贤良凡人和讼师的对立并列),可以看作是一个初步尝试。

此外是对可以称作“实践的话语”的一些初步分析,清代牧令书之类的县官幕友“手册”同时具有道德化的话语,和比较实际的话语,我们区别两种不同的话语,可以进一步澄清清代法律制度中表达和实践的矛盾背离和统一相赖。

再则是未经明确表达的,也就是说未形成话语的一种不言而喻的逻辑,其中包含可以称作“实践的逻辑”。这个概念和分析方法对理解民间习俗尤其有用。我在已经出版的这一卷之中,对民间“调解”的原则和方法做了一些初步的分析,区别它与官方的表达,我在下一卷中会试图分析像一田两主这种习俗的内含逻辑,并把它区别于官方话语中的逻辑。

(我这里要特别强调的是官方话语和民间话语之间的可能背异,我不同意日本学者滋贺他们试图分析出贯穿官方、民间、全社会、全文化的基本永恒原理的方法。)

最后,作为一个旧式的社会经济研究者,我是绝对不能同意一些激进文化学同事所提倡的话语和表达决定一切论。我认为我们必须同时照顾到表达与实践,看到两者之间的可能背离,根据我自己这个研究的经验,最有趣的问题正是两者的背离点。诸如清代的道德说词和它的实际行为,它的君主集权世袭主义(patrimonia-

lism)意识形态和它的官僚统治实践(bureaucracy;这里指的是韦伯的一对概念),它贬低民事纠纷为“细事”和衙门对民事案件的实际处理,等等。这些背离的现象,既矛盾又统一,乃是清代法律制度的根本性质。

后现代主义的“新”文化学,作出了很大的贡献,除上面谈到的几点之外,最主要是提醒我们不要以西方的现代当作全人类的准则,忽视了帝国主义意识形态和文化的影 响。我们研究中国,需要寻找符合中国实际的概念和理论,不能盲目地抄袭西方的概念和理论。在这一点上,我完全同意新文化学同行们的看法。我不能同意的是有的同事,为了赶上西方最新、最时髦的理论而陷入了极端主观主义的陷阱,历史是由主观与客观因素相互作用形成推动的,缺一不可。

“新法制史”的研究

最后,综上面所言,我今天在这里主要是想呼吁我们多使用诉讼案件档案这个发掘不多的资料,结合所谓“旧”经济史和社会史以及所谓“新”文化史的研究,来进行一种也许可以称作为“新法制史”的研究。从经验研究的角度来说,它可以为我们发掘新的信息,而从理论研究的角度来说,它可能会有助于我们为中国历史寻找符合它的实际的概念和理论。

更重要的也许是新法制史有可能帮助我们跨过眼前学术界的代沟,也就是说“新”文化学和“旧”社会经济史以及“旧”法制史之间的代沟,也就是主观主义和客观主义之间的鸿沟。美国学术界,近年来这种分歧非常严重,国内似乎也有相似的趋势。诉讼档案,它同时包含有关表达与实践的资料,有关结构与抉择的资料,它要求我们同时从文化史和社会经济史的角度来考虑法律制度。我希望它今后会引起法学界和史学界,社会学科和人文学科,以及年长

和年轻的学者们更多的注意。

黄宗智学术报告会议纪要

在黄宗智教授的主题报告结束之后,与会的学者就有关问题展开了讨论。来自法律、经济、历史和社会学界的学者主要关注以下问题:

1. 问:您认为“经济人”的假设并不符合中国的实际,而我认为这个假设具有很大的普遍性,只是在不同的社会有着不同的制约条件。此外,如果这个假设不适用于中国的实际,那么有没有替代性概念?

答:这个问题我以前在关于华北和长江中下游的小农经济的两本书中作了讨论,主要是从蔡雅诺夫的经济理论而来,他分析了资本主义经济与小农家庭经济逻辑的不同。前者要雇工和考虑劳动力成本,并可以解雇劳动力,后者既不能解雇劳动力也不需考虑劳动力成本。当然,如果将“理性”这个概念扩大到“效用最大化”,制约条件变了,“理性”就不同,也能讲得通。近年来我主要关心的是一些中层的概念,如“过密的商品化”和“没有发展的增长”,这个问题非常大,在此就不作讨论了。

2. 问:您认为清代上诉到法庭的民事纠纷主要是依法而断。但中国古代的法律有很大的不确定性,因为西方法律的确定性主要来自法律家集团的同质性,在于对抗制对诉讼各方的制约,而中国的科举出身的县官(法官)显然不是一个法律家共同体。那么,中国的县官是依什么法而断案?如果所依的不是严格的法律规则,那么与依情理断案又有什么区别?

答:《大清律例》涉及到民事纠纷的约有 80 条律与 300 条例,

其中关于当时最主要的民事纠纷,如土地典卖、宗祧继承、债务等等还都有相当清晰的规定,从我所看到的 628 个案例而言,主要都是这些方面的。虽然很简单,但小农生活主要涉及的也就是这些方面,法官的判词也不过几句话。当然也有较为复杂的案例,涉及几个有势力的集团,聘请了几位讼师,但那只是个别情况。

另外还有一种说法是中国古代没有民法,但事实并非如此,1912 年中华民国建立时,本来已有清末抄袭《德国民法典》拟定的民法典草案,然而民国政府却采用了略经修改的《大清律例》(即《大清现行刑律》)中有关民事的有效部分,并援用了将近 20 年。

3. 问:作为一位历史学家,法律家的训练对您理解历史有什么帮助?

答:法学与历史学不同,我与滋贺秀三的分歧主要也在这一点上。他遵循德国传统,研究法制史主要强调永恒的原则—法理,强调情、理、法的结合,而作为历史学家,我注意到官方表达与民间表达、表达与实践的不同,关注法官与当事人作出了什么样的选择与行动,这在社会史来讲是首要的问题,显示了两个学科的分歧。

4. 问:在《统一合同法》的制定中,关于口头合同是否应予保护有两方面的意见,一方认为应予保护,另一方则认为口头合同是舶来品,不见于中国的历史而不应予以承认。您在研究法制史的过程中是否发现了有关口头合同的资料?

答:从我目前所阅读的档案中还没有发现,当时的婚约、典卖土地等都需要书面证据。

问:那么关于口头借款纠纷法官的处理依据是什么?

答:在亲邻朋友间,确实有不少口头借款的例子,不收利息也没有借据,而且纠纷比较多。有书面契约的借款,可以通过中间人进行调解,纠纷比较少,从口头合同这一角度考虑问题,我没有想

到,倒是很有道理的。

5. 问:您在清代法制史的研究中是否发现了一些有关司法腐败的记载?

答:我主要是从诉讼费用来讨论的。清代的诉讼费用在一定程度上是规范化的,呈状大概需要一个雇工一个星期的工钱,坚持到堂讯约要一两个月工钱,一般的小农是能承担的。当时一个县衙一年处理的民事案件约50—500起,可以多达几千件,这种规模和诉讼当事人很多是普通民众这一事实反映出的一副图景与流传的那些关于衙门政治的恐怖图景还是有区别的。

那些图景也是一种“官方表达”。清代自雍正年间已开始对县衙胥吏的人数有了限制,一般是几十人,然而实际上有的大县胥吏达到几千人。这就造成了一种印象,即这些胥吏都是不合法的、且非常腐败。同时,官方话语也需要这样一种逻辑,即县官都是仁人,是胥吏在鱼肉百姓,造成地方政治与司法的腐败。胥吏是一些基层官僚的设置,有其制度化的一面。关于诉讼费用应分成三类,一是狭窄法律所允许的收费,一类是当时的官僚实践习惯上认可可以容纳的正当收费,再有一类才是由于司法腐败收取的费用,在当时的胥吏中这种区别是较为明显的。我认为应该强调一点,过去我们主要看到了合法与非法的二元对立,但在实际的操作中有一个很大的领域是习惯运作中正当的但不合法。

6. 问:您对法制史的研究主要材料来源是巴县、淡水新竹、宝坻的档案,巴县、淡水都地处偏远地区,这三个地区的个案资料能否反映整个清代的司法状况?

答:在我所使用的这三个地区的档案中,巴县、宝坻是一类型,反映的是商品化程度不高的社会情况,案件都比较简单,一般都只有一次堂讯,县官处理案件的效率很高。

而淡水新竹则反映了 19 世纪后期当地商品化程度较高的社会情况,案件有时涉及一些团伙、大地主等有势力的集团,还聘请了讼师,使案件复杂化,曾有经过 12 次堂讯才结案的情况。案件多到衙门要经过多次催呈才会作出回应的程度。

从社会分化的层面而言,这两个模型是有代表性的。同时由于资料的限制,国内所能看到的也就主要是这些档案。

7. 问:您所描绘的清代的法律是一种分散化的法律体系,中央政府的规定粗疏,具体的操作由地方政府制定,这是因为中央地方的权力较为分散还是有意将规定模糊化以便于地方政府的干预?

答:这个体系是既分散又集中的,比如命案处理是很集中的,一律上报中央,民事法律是分散的,但也不是地方官自制法律。清代的律关于宗祧继承、诸子分家的规定都是很明确的,同时当事人如果不满官府判决,无论刑事还是民事都可以上诉。

你所说的原因我很赞成,韦伯对此作过分析,君主集权的世袭制度也有其自身的逻辑,多隔一层权力就会减弱。因此法律需要简单,不制定详细的程序法,因为程序法就意味着司法走向独立,这就使行政不能随时干预。清政府保留了行政对司法的干预权,这在我所看到的案例中也有反映。

8. 问:您谈到了官方表达与民间表达的区分,但如果一个妇女回娘家,她的夫家向法庭起诉并不是陈述事实而是构造官方接受的理由,这是民间表达还是官方表达?民间表达是指民间的表达还是表达的民间?

答:我的博士生唐泽靖彦研究的就是这个问题,口头叙述与文字叙述是如何相互影响的,清代法律规定当事人只能来衙门口头呈述,由官吏以官方表述写下来,但在唐泽所统计的约 3000 个淡

水新竹的词状中 80% 以上都有自来稿,即由当事人先写好,再由书吏抄一遍。过去认为这些自来稿都出自讼师之手,但唐泽和我都认为它们很多是来自诸如在集市里代写书信的这些人。官方表达与民间表达是相互影响、相互作用的。一些民间的表达也用官方的话语。现在已知的一些讼师秘本就是讲如何构造词状的。但官方与民间的表达也是相对独立的,例如,一田两主,清政府与民国政府都不承认其合法性,但民间却围绕着它构造出一整套话语,体现出一套未经表达的实践的逻辑,我关注的是这些背离所体现的不同逻辑,而唐泽则强调这两种逻辑的相互作用,他所参考的是巴县档案和北京第一历史档案馆的一些现审案件的档案,包括案件的一些原始记录,例如口述状词和供词,即当事人在呈状时的一些叙述,此后经过书吏誊写,当中会加入一些官方话语,肯定不是小农自己的话,这些都是可以研究的。

9. 问:您谈到宋代以后,妇女通过宗祧继承享有财产权,我在福建等地的田野调查中发现无子或无兄弟的情况下,往往通过入赘女婿、同宗继承、买儿子要宗孙的办法继承宗祧,血缘成了一种拟制关系,首要目的是为了继承宗祧,财产在这里成了一个次要问题。妇女在中国传统社会中是一个借来生子的工具,在没有男子的情况下也借男生子继承宗祧,不知您如何解释这一现象?

答:我在松江县华阳乡调查到,有 1/3 的情况是入赘女婿继承财产,但那是民间社会的习惯,法律上不予承认,法律上只承认嗣子的继承权。如果没有儿子而只有养子和义子,此后又再生儿子,财产则由两人平分,民间习俗与法律冲突而产生纠纷诉诸法庭,法庭一般依法而断。

10. 您认为清代官方表达与民间实践有很大差异,依赖的材料是衙门的一些档案,这是否也是经过官方选择后的一些材料?它

们能在多大程度上反映民间实际的经济与法律关系?

答:我用了几本词讼案件“簿”,乃是衙门原始材料。当事人呈状后都有登记,包括县官不受理发回亲邻调解的呈状。这些档案是在衙门操作中形成的,不会经过选择。我们过去依赖的是县官自己汇集的判语判词或写给同僚看的著作,这些资料倒是可能经过选择的。

11. 问:您认为清代官吏一般依法判决,但依法判决要建立在查清事实真相的基础上,清代没有程序法的保障,如何查清事实?

答:清代处理案件没有现代法律的详细的程序制度,但对于程序也有一定常规性的规定,比如,当事人呈状后,法官的批示要公示,要传讯双方对质,传唤证人尤其是中人查看书面契约,等等。

至于这些程序能否保证澄清事实,它们与英美的对抗制不同,前者主要是由法官判断。但即使是对抗制也不能保证查清事实。滋贺继承韦伯的传统对这一问题作了分析,在西方,“法庭的真实”是由法庭在固定程序之内所得出的真实,它不同于惟有上帝才能知道的绝对真实,这是形式理性的传统,中国的法律具有实质主义的传统,判决后要当事人具甘结表示甘心服从法庭的判决。

12. 问:您如何看待清代政府与民间处理纠纷的差别?

答:民间处理纠纷,强调妥协,维持原有的社会秩序,但也不是没有公正感。它们也强调情、理、法的结合,但与官方的概念有差别,官方的“情”是事实与仁义道德,“理”是朱熹以来的天理,“法”则是指《大清律例》。而民间的“情”则是人情,“理”则是人们所谓的一般性的“道理”。

《大清律例》是一个多层次的混合体,律一般是延续上代的;《大清律例》应付社会变迁的手段主要是例。它的一个很大的来源是巡抚处理实际案件的奏折。律比较理想化,例则比较实际。“法”同时包括道德化的理念和实际的意图。

(以下两问题在清史所、政法大学、历史所都提到)

13. 问:寺田浩明在这里作报告时,对你的批评中有一点是我们不应该用今日的范畴去理解清代,而应用它自己当时的范畴。

答:如果我们只用当时的范畴,譬如“衙蠹”和“讼师”、“讼棍”,那便无法跳出它构造的范围,不能看到它的表达和实践的背离。试想,我们如果在多年之后只用《人民日报》来了解今日中国,将会是怎样的一个后果。当然,使用“民法”这样的概念,必定要有自觉和反思,清楚了解它与清代“细事”的构造的不同。关键更在区别表达与实践。

14. 问:国内有人批评你的“第三领域”概念,说你既试图超越国家、社会二元对立的观念,但又把那个概念作为前提。此外,美国大部分的民事案件都是在庭外解决的,那是不是说第三领域概念也适用于美国?

答:这是个误解,我的出发点是区别中国政治思想传统与西方自由主义中把国家与社会作二元对立的前提。但这不是说国家与社会不可区分。对立和区分两个概念不同,用词也不同。这在英文原稿是非常清楚的。第三领域概念区分国家和社会,但不同意从西方搬用它们的二元对立来理解中国。

至于美国是否也可以用第三领域来理解,也是一个误解。中国在官方审判制度之外,有长时期的可以称作第二领域的民间调解传统。美国没有象这种每逢纠纷就先找社区亲邻调解的传统。它的庭外解决,乃是诉讼当事人两者之间的妥协,一般不通过中国那种亲邻调解机制,不能把两种现象混为一谈。没有第二领域,便谈不上什么第一、二领域相互作用的第三领域。

(初审编辑:杨柳)