

## 习惯法研究与对应性调查——评《黄岩诉讼档案及调查报告》

赵晓力\*

- 一、习惯法调查
- 二、“双轨政治”与习惯法
- 三、生活形态中的习惯法和文明形态中的习惯法

翻阅《黄岩诉讼档案及调查报告》，使我想起 1996 年暑假在老家陕西省千阳县档案馆翻阅民国司法档案的经历。翻到一份土地买卖案卷宗的时候，也曾有过到案件发生地去搞对应性调查的冲动--最好能亲眼看看那块地到底是平是陡，现在还在种什么作物；甚至找找当事人的子孙后裔，问问他们是否听说过先人曾经打过的官司，今天有什么想法--这冲动最终也没有付诸行动。我很快就将自己依据民国北洋时期的民商事习惯调查资料所做的研究<sup>[1]</sup>抛在一边，转入对当代基层司法的调查。那个把历史档案和当下实践进行比对的对对应性调查从此再也没有提起。

《黄岩诉讼档案及调查报告》最大的特点，就是不但整理了浙江台州黄岩出土的这批从 1874 到 1889 年间共 78 件诉讼档案，而且还记录了 2001 年和 2002 年分两次到黄岩进行对应性调查的情况。对应性调查的目的有二，一是寻访当年诉讼的标的物留存和当事人的后裔，直观感受案件发生地的地理人文环境，以和档案材料比对；二是采集当地民间如今使用的各种契据文书和调解记录，观察今人如何解决纠纷，以观察百年来民间习惯的变迁沿革。这些，正是我当年想做而没有做到的。

然而，对应性调查的对应点究竟应该到那儿去寻找？黄岩档案毕竟是官方档案，官方档案本身并不是巨细无遗的民族志记录，诉状是当事人呈给当时的衙门的，批词是衙门批给当时的当事人的，他们的本意都是解决当时的问题，未必关心我们现在关心的问题。我们现在关心的问题，在那些档案中有对应物吗？通过仔细阅读《黄岩诉讼档案及调查报告》可以看出，黄岩调查的第一个目的基本实现，而第二个目的的实现则并不理想。原因是，研究团队实地调查中主要关注的是当今农村社会中村民之间、村民与基层组织之间的交涉，这方面的情况和一百年前诉讼档案的对应性并不是很强。

- 一、习惯法调查

近代我国习惯法调查起自清末，但清末调查资料没有整理出版，无由得见。民国时期，北洋政府从 1918 年开始民商事习惯调查，调查成果后编辑为《民商事习惯调查报告录》<sup>[2]</sup>。调查的目的，1917 年 10 月 30 日奉天高等审判厅厅长沈家彝给司法部的呈文略有表述：“窃查奉省司法衙门受理纠纷案件以民事为最

多，而民商法规尚未完备，裁判此项案件于法规无依据者多以地方习惯为准据。职司审判者苟于本地各种习惯不能尽知，则断案即难期允惬。习惯又各地不同，非平日详加调查，不足以期明确。……"[3]也就是，调查民商事习惯是为了补充司法审判中民商事立法的不足。另外，这份呈文还透露出当时的司法审判中于法无据时"多以地方习惯为准据"。可见当时司法过程中民间习惯所起的作用还是不小的。

要搞清楚北洋时期为什么会做这样的民间习惯法调查，得从清末变法开始讲起。清末变法，1902年成立法律编纂馆（1906年改名为修订法律馆），修订法律大臣沈家本、伍廷芳主其事，一面修订旧法，一面编纂新法。修订旧法就是修订"诸法合体，民刑不分"的《大清律例》，1905年，废除了《大清律》中凌迟、枭首、戮尸、刺字等刑罚；1907年，不再区分满汉，标题也从"吏、户、礼、兵、刑、工"改为"田宅、婚姻、钱债、市廛"等；1909年，取消奴隶等级。呈皇上批准后，又经宪政编查馆评议，于1910年颁布为《大清现行刑律》实施。编撰新法则

多聘请日本法学家。其中《大清民律草案》模仿日、德民法典，通则、债权、物权部分由日本法学家松冈义正编纂，亲属、继承部分由中国法学家编纂。松冈义正编纂的前三编于1911年11月26日呈皇上，但这时候武昌起义已经发生，该《草案》未及颁行就夭折了。[4]

民国北洋政府时期（1912—1928），民法援用的其实是清末"修订旧法"的成果《大清现行刑律》中的民事有效部分，并未援用"编撰新法"的成果《大清民律草案》。沈家彝所说的"民商法规尚未完备"，指的就是1910年《大清现行刑律》中民事部分不完备，而民商事习惯调查要补充的，也是这删剩下的《大清律例》。正是由于这部"旧法"不完备，才有调查、使用民间习惯法的必要。

到1929—30年南京国民党政府继承《大清民律草案》的《中华民国民法典》颁布实施，民间习惯法的重要性大大降低。"国民党改革者继承的是1911年的民法典草案。该法典已经摒弃了清代旧法典中视民事为'细事'的概念。……'细事'是那些统治者宁愿让社会自己处理的事情。"[5]现在，这些"细事"已经在舶来的法典中有了详细明确的规定，民间习惯法作为重要法律渊源的职能自当消失了。

不但如此，和传统国家法听任民间习惯各行其是不同，新式《民法典》却试图替代、改造民间习惯。比如，新《民法典》奉行德国民法体系的"一物一权主义"，并不承认在江苏、浙江、江西、福建等地流行的"一田两主"习惯。一田两主中的"田面权"，在新式民法中被当作"永佃权"处理。但民间习惯法中的田面权，其实比《民法典》上的永佃权包含更多的权利：一是独立的转让权，二是不得以欠租为由夺佃。把田面权等同于永佃权实际上给田底权人撤佃和限制田面权转让提

供了法律依据。新《民法典》第 845 条规定："永佃权人不得将土地出租于他人", 法典颁布后, 《江苏无锡国民导报》1930 年 11 月 30 日报道, 本来江苏无锡的田面权可以自由转让, 而近来各仓厅(收租机构)为便利收租起见, 禁止田面权人出卖田面权。律师蔡毓钟于 1930 年底代表杨保滋堂仓厅警告佃户, 有".....各佃农非经本仓厅同意, 不得以灰肥租擅卖他人。.....违则撤佃, 取消其佃权"等语(《中国经济年鉴》(1934【G】80)。另外, 新《民法典》第 846 条规定欠租达二年之总额即可撤佃, 以及第 847 条规定撤佃为单独行为等, "亦为促使永佃消灭之有利契机"(《南京中央日报》1933 年 3 月 14 日, 《中国经济年鉴》(1934【G】81)。而这部法律本来是以保护佃权为宗旨的。[6]

在新式《民法典》中, 除了少数的例外, 民间习惯法并没有多少变成正式制度, 有的被废除(比如不动产的亲邻先买权), 有的被代替(比如永佃权代替了田面权), 有的虽然被"制度化"和"重述", 如"典", 但被重述的内容, 却是前清官方条例中对民间典制度的种种限制, 而不是"典"这一民间习惯本身。[7]不同的是, 前清对民间典制度的限制, 实际上因为国家能力的不足, 往往成为具文, 而现代民法对典制度的限制, 却可能随着现代国家机器不断深入民间社会, 而一步步得到实现。

总结起来, 恰恰在北洋政府这个过渡时期, 民间习惯法得以在国家司法中被重视、被调查、被使用, 因为此时的现代国家已经开始了对民间社会的侵蚀和改造, 但它所依据的民法, 却是一部删剩的、本来就对民间细故不屑一顾的《大清律例》; 要受理民间纠纷, 就不得不依靠民间的东西, 包括民间的习惯。[8]在这个过渡时期结束之后, 移植自外国的国家法织就严密的法网, 民间习惯法在司法过程中的"客串"角色亦告中止。

而"黄岩诉讼档案"记录的时代, 还在清末变法之前。这时候, 民间习惯法也是起作用的--但却是在民间, 在国家司法过程之外起作用。那时候的国家, 无力、不愿、甚至拒绝深入民间; 而国家无力、不愿、拒绝深入民间, 却使得民间不得不依靠自己的力量解决纠纷。

黄岩诉讼档案中, 每张状纸所附的《状式条例》都充满了"不准"的规定。有的规定要求原告承担所有"举证责任", 如 "告诈赃, 不开明过付见证、赃数、月日者, 不准。""告婚姻无媒妁、聘书; 田土无粮号、印串、契券; 钱债无票约、中证者, 不准。""告盗贼, 不投明地保验明出入情形, 不开明确赃者, 不准。""告赌博, 无窝伙姓名, 又不现获赌具; 奸情非奸所捉获指奸者, 不准。"有的规定又限制"户婚田土细事, 干证不得过三名, 违者不准。"总之是不举证, 不准, 多多举证, 也不准。《状式条例》也不鼓励对已经了结的纠纷重新翻告, 如"将远年旧事及已经审结之案希图翻控者, 不准。""告诉内以生监、妇女作证, 并已经结案复行翻控者, 不准"。另有些规定, 则对状式提出了繁琐、苛刻的要求, 比如"

不遵状式并双行叠写，无代书戳记，副状及呈首不填写新旧字样，并不另纸写粘历次批语者，不准。""呈词过三百字者，不准。""呈内字画务须端楷，不许潦草，如蝇头细字，除不准外，定提代书重究。"总之给人的印象是，官府对受理这些民间细故并无热情，从而对起诉设下了较高的门槛。

除了《状式条例》中那些繁多的不准规定，师爷实际处理案件，也多是让当事人自行处理，或者由家族村社调处。比如对一起钱债纠纷（档案第 34 号），衙门的批词是"进出货洋既有账簿可凭，又有王汝春等理算可证，着再自行清理，毋庸肇讼。"对一起媳妇打骂公公的案子（档案第 14 号），批词是"据呈 该监贡之子潘文褒有意违犯，唆令弟媳洪氏出头殴骂等情，如果属实，亟宜治以家法，否则尽可呈请提究，非传谕申斥所能了事也。"让当事人诉诸"家法"而非"国法"；对一起争水纠纷（档案第 13 号），批词是"即经族理，着持批再邀族众劝令听理。毋得率请示谕。"也是既然族理了，就再族理。

档案中只有一起拖欠教书先生"束修"又打骂先生的案件，引起了衙门的重视，不但当堂受理当堂批示，批词也很严厉："欠修逞横，侮慢师长，所控如果属实，张乘鳌殊出情理之外。着值役蒋升、方玉贰名持批速往查理。或仍凭土屿张绅等妥为理息，以免讼累。如理处不下，准即带案讯办。去役不许滋扰。定限廿日稟复，勿延。当堂批。"所体现的主动、效率和周到，是这批档案中的例外。

## 二、 "双轨政治"与习惯法

传统中国的政治结构被费孝通先生称为"双轨政治"。"中央所派遣的官员到知县为止，不再下去了。自上向下的单轨只筑到县衙门就停了，并不到每家的大门前或大门之内的。"国家奉行无为而治的哲学，除涉及钱粮税收的事务（如黄岩档案中第 37、38、69 号案件），官方对民间的细故，能不理就不理。双轨政治中，直接和人民接触的在衙门里是皂隶、公人、班头、差人之类的衙役胥吏，"但是这种人的社会地位却特别低，不但在社会上受人奚落，甚至被统治者所轻视，可以和贱民一般剥夺若干公权。这一点是很值得注意的，因为这是最容易滥用权力的地位，如果在社会地位上不用特殊的压力打击他们的自尊心，这些人可以比犬狼还凶猛。当这种职司的人在社会地位上爬不起来时，他即使滥用权力，并不能借此擢升，因之他们的贪婪有了个事实上的限制。"<sup>[9]</sup>从上面那个当堂堂批的例子可以看出，衙门在派役查理的时候，特意嘱咐"去役不许滋扰"。

这是传统中国"双轨政治"中自上而下的那一轨，这一轨，在档案中显而易见；档案中看不清楚的是费孝通所说的自下而上的那一轨，因为这一轨的运作很多情况下并不形诸官方档案。费孝通说：

我把应付衙门这任务和其他地方公务分开来说是有原因的。在自治组织里负责的，那些被称为管事和董事等地方领袖并不出面和衙门有政务上的往来。这件

事却另外由一种人担任，被称为乡约等-类地方代表。在传统政治里表面上并不承认有自下而上的政治轨道。君要臣死，不得不死。违抗命令就是罪名。但是自上而下的命令谁也不敢保证一定是人民乐于或有力接受的。所以事实上一定要敷下双轨。衙门里差人到地方上来把命令传给乡约。乡约是个苦差，大多是由人民轮流担任的，他并没有权势，只是充当自上而下的那道轨道的终点。他接到了衙门里的公事，就得去请示自治组织里的管事，管事如果认为不能接受的话就退回去。命令是违抗了，这乡约就被差人送入衙门，打屁股。甚至押了起来。这样，专制皇权的面子是顾全了。另一方面，自下而上的政治活动也开始了。地方的管事用他绅士的地位去和地方官以私人的关系开始接头了。如果接头的结果达不到协议，地方的管事由自己或委托亲戚朋友，再往上行动，到地方官上司那里去订交涉，协议达到了，命令自动修改，乡约也就回乡。[\[10\]](#)

这大概就是那位教书先生的案子受到特别优待的原因。这先生未必有权有势，但却和知县属于同一个身份共同体，所以衙门把他的事当自己的事。[\[11\]](#)另外，黄岩档案《状式条例》也规定"凡有职及生监.....无抱告者，不准。"档案中监生、监贡具呈的有八宗，都是由抱告人，而不是本人出面打官司。抱告人有的是"本人之工"，有的是"本人之子"。这样做的目的，大约都是避免运作政治中自下而上那一轨的人，在自上而下的政治轨道上面对面相遇。

习惯法的运作和"双轨政治"的存在是分不开的。衙门拒绝受理或者总是驳回民间诉讼，好像是一种不负责任的做法，但实际却维护了"皇权不下乡"的政治传统，避免了衙役频频下乡为祸乡里。正是这种表面上看来不负责任的做法，保全了习惯法的运作空间。档案里可以看到，衙门有时候甚至不顾国家法的规定，将案件批回。有一案本夫控告妻子"席卷衣物与奸夫私逃出外"（档案第4号），按《大清律例》这是犯罪行为，属刑事案件，也被驳回让自行处理。衙门的几次批词如下："李氏不守妇道，究应如何设法，以杜后患。尽可投知亲族妥议行之，何必讦讼公庭，播杨家丑也。""妇女犯奸，即使到案，照例亦应本夫领回，听其去留，不能官为断离。""奸情暧昧之事，律应奸所捕获方能准理，若以奸情指控，其事无凭，断难究追，仍不准。""李氏深恶万分，披阅情词，断难相安，或去或留，尔父子尽可自行主张。控之不己，其意何居。既无妇女杖斃之例，不能由官递行断离。即使予以责惩，亦未必能改前过。着邀族从长计议，呈情立禁可也。毋生他心，希图彼累。""案节据具呈，本县批之详矣。既不愿留，亦不使之遁去，徒以无据奸情哓哓不己，为意何居。特飭。""尔妻李氏淫奔，已犯七出之条，若无所归，固难离异。兹既逃回母舅家中，亦可谓有所归，听其自去可也。尔乃先请断离，今又欲领回设法，实属无耻已极！犹敢哓渎，深堪痛恨。特斥。"王宏治教授对此案的读解是"将诉状驳回，可能成全了'淫奔'的李氏。或许这位师爷看多了明清言情小说，欲令'有情人终成眷属'。"[\[12\]](#)这当然是王教授开玩笑。因为前面提到的那起媳妇打骂公公的案子，按《大清律例》已属"十恶"中的"不孝"大罪，衙门也是驳回，难道我们可以说那是因为师爷看多了"五四"时的反礼教的小说吗？

其实，衙门拒绝和驳回案子的法理更可能是这样：知县和师爷相信，民间之所以产生纠纷，往往是由于当事人没有遵守他应当遵守的儒家伦理，本来就不对；倘若再把纠纷交到衙门，则是对这种伦理的进一步违背。受理这种纠纷，不但无助于解决纠纷，反而助长了当事人对伦理秩序的偏离。从档案中可以看见，衙门接到案件后，很多情况下把案子放在一边，而首先对告状的行为严辞申饬。比如，在一起亲兄弟因为道路出入引发的纠纷（档案第 44 号）中，师爷根本不管事情本身的是非曲直，而是对告状者劈头盖脸一通申饬："同胞兄弟同室操戈，本县叠次批斥。为区区小事犹敢率请究惩，实属荒谬。此后如再晓渎，定将具呈者先行惩治以儆□□切切。"对被告也是同样的斥责话语："既不为争竞产业，乃为挑粪小事，竟尔操戈同室，互相肇讼，迨奉批饬，有敢晓渎呈渎，甘心匍匐公庭，实属不知自爱，特斥。"在一起斗殴案件中（档案第 16、18 号），衙门对为原告作证的被告堂兄周官风，不但不表扬他是好公民，反而严词斥责他"袒护外人"的行为："同室操戈，本属家庭戾气。况尔以周官升喝子擒禁等词架耸，诬陷亲属，袒护外人，更属不顾大局。特斥。"

这样看来，我们在这批档案材料中看不到《民商事习惯调查报告录》中那样丰富的民间习惯法材料，就可以理解了。一方面，知县和他的私人幕僚--师爷都是来自外地，并不熟悉当地民俗，但更重要的，是他们即使熟悉民俗或者对此有浓厚兴趣，"双轨政治"的架构也要求他们避免直接诉诸民间习惯法解决纠纷。<sup>[13]</sup>在民事审判这个自上而下的领域中，他们要避免和民间社会形成直接的互动，只有这样，才能避免双轨变为一轨。民间习惯法只应在民间起作用。民间习惯法和官方规则发生互动是在另外一个领域，即费孝通所说的，"地方的管事用他绅士的地位去和地方官以私人的关系开始接头"这个非正式领域，这种接头当然不可能在官方档案中留下多少记录。瞿同祖写道："无论个人行动还是集体行动，士绅作为一个代表共同体利益的压力集团，他们是唯一可以通过公认的渠道向州县官或更高级的官吏表达抗议或施加压力的集团。曾有士绅写信给县官，揭露征收到的地丁银常常被政府雇员贪污的情况，同时要求官员对纳税人更加宽厚一些。有一次，因不满书吏在办理地契过户时索要的规费过高，浙江省山阴县和会稽县的士绅们召集会议商定地契过户时可以附加的规费不得超过 800 文。他们将这一方案通报给知府，要求他将这一数额确定为永久性的官方收费额。这一请求得到了同意。如果州县官无视士绅的建议或申诉，正如我们上面提到的，士绅们将直接找他们的上司，对该官员施加更大的压力。"<sup>[14]</sup>

既然官方诉讼档案是在一个民间习惯无由呈现的领域出现，那么在这些档案中寻找民间习惯的历史渊源，就可能是一件徒劳的事情了。这同时给我们提出了对应性调查研究应该如何寻找对应点的问题。在我看来，要做对应性调查和对应性研究，首先要搞清楚不同历史阶段的政治、法律乃至文化结构，结构清楚了，对应点也就容易找了。这就涉及到下面所说的生活形态的习惯法和文明形态的习惯法。

### 三、生活形态的习惯法和文明形态的习惯法

传统中华帝国的"双轨政治"在近代民族国家建设的过程中被逐步破坏了。为了筹集列强勒索的巨额赔款和军阀混战的巨额军费，也为了从民间社会攫取资源进行各种现代化建设，国家权力频繁深入民间，但此时的国家权力已不再奉行无为而治，这使得地方上的"保护型经纪"无法立身，一班只知牟取私利的"赢利性经纪"即"土豪劣绅"取而代之，人民更加陷入水深火热之中。[\[15\]](#)用费孝通的话说，在建立现代国家的过程中，"中国的乡土社会中本来包含着赖以维持其健全性的习惯、制度、道德、人才，曾在过去百年中，也不断地受到一种被侵蚀和冲洗的作用，结果剩下了贫穷、疾病、压迫和痛苦。"[\[16\]](#)乡土社会和国家政教之间的有机循环被打破，以往的"双轨政治"的两轨，都不能维持：

目前地方上各种公务腐败不堪，政治的双轨实际都已淤塞。站在自上而下的路线上看，地方官无法执行职务，竟有成为绅士们的傀儡。中央在名义是集权，机构上也已筑下了直达民间户内的轨道，而实际上却半身不遂，所筑轨道反而给别人利用来营私舞弊，大权旁落在无数土皇帝手上，空担了个恶名，站在由下而上的路线上看，有如我自己，上通的轨道影子都不见了，以致连以往"道在师儒"时代的无形轨道都觉得值得回念了。[\[17\]](#)

这表现在习惯法的运作上，就是以往州县衙门拒绝受理民间"细故"，反而使民间习惯法有运作的空间，新式民法典为民间交涉设计下的严密法网，反倒听任豪强、律师把这个习惯法运作的空间挤压殆尽。就民事审判而言，法制现代化历史上唯一认真对待过民间习惯法的，倒可能是北洋这个"无法可依"的过渡时期。

当代中国的乡土社会，已经是经历过国家无数次一次比一次深入翻动过的乡土社会。从黄岩研究中对黄岩当代农村社会的调查看，传统民间习惯只是在很小的范围内还保留着。比如，1982年周岩根从堂兄周寿学手中购买祖留房屋和宅基地时，不但立了正契，还同时立了三找的找契。问他为什么这样做，周岩根回答："越是近亲越要写得清楚，外人的一般不会赎了，要是亲戚来回赎，就不能不还给人家，亲兄弟更要明算帐啊。"[\[18\]](#)由于周氏兄弟祖上同财共居的事实，"亲族无断业"的习惯法在他们仍然这里是有效的。亲族之间的不动产买卖，以可回赎为通则，以卖断为例外，以至于卖断也要采用正契加找契这样的立契方式，以在形式上符合这样的惯例。这和《民商事习惯调查报告录》中的记载相同。[\[19\]](#)

然而在为发现这样的活化石般的传统习惯法而欣喜的同时，我们也要看到，周氏兄弟毕竟处理的是一个曾经同财共居的大家庭的遗物，随着社会变迁和国家计划生育政策的推行，随着农民越来越多地以小家庭为单位翻盖新房，这种用于处理同财共居大家庭传统的习惯还能保持多久呢？虽然黄岩课题组在寻找传统习惯法方面颇为用力，但从他们的收集看，绝大多数当代契约文书和调解书，

已经在处理当代农村社会的新问题。那些"不再生育合同"、"保证结扎实物抵押单"、"解除婚约调解书"、"恋爱纠纷调解协议书"、"赡养纠纷调解协议书"、"医疗纠纷调解协议书"、"供养五保户协议书"、"粮田还耕协议书、担保书"、"柑桔承包合同"等等,针对的正是乡村社会当下的生产生活实际。主持这些协议和调解的,已不是历史上的士绅、地方精英或宗族、地方团体,而是村、组集体和乡镇政府、司法所等。其所要贯彻的,也不是历史上盛行的儒家伦理和意识形态,而是现代国家发展与稳定之间的辩证法。

换句话说,随着现代国家的深入,我们已经很难找到一个纯而又纯民间习惯法运作的领域,哪怕是在这些偏远的乡村。《黄岩诉讼档案与及调查报告》的副标题是"传统与现实之间:寻法下乡",这让人想起苏力教授的《送法下乡:中国基层司法制度研究》[\[20\]](#)一书。在送法下乡这么多年以后,多数情况下我们在当今乡村社会寻找到的,究竟是哪一种"法"呢?是民间自给自足的习惯法,还是国家送下来的"法",城市送下来的"法",现代经验送下来的"法"?如果答案是后者,那么如果我们期望民间的习惯法能够在和平、稳定的环境中再次缓慢发展起来,我们是否要先退一步,不要那么着急地送"法"下乡,而给民间"法"的发育留出一个空间?但是,在民间社会的秩序已经要靠国家、政府维持的今天,这一退步是否又会产生一个民间既无国家法可诉诸,又无习惯法可依靠的"无法"状态呢?这似乎使我们进入了一个两难处境。

说到底,这里的困境并不是法律层面上的,而是文化层面上的。传统中国的民间习惯法虽然不进入国家正式司法系统,但因为和国家正式法分享同一文化意识,从而是一种文明形态的习惯法,它构成文明内部的小传统,和国家政教体制之间,并没有文明意义上的冲突;而它的运作发展,其实也受到大传统的规范和滋润。我们上面的习惯法建设问题毋宁是文明建设问题:现代乡土社会在没有国家政教体制支持的情况下,能够独立发展出这样一套文明形态的习惯法吗?

文明形态和生活形态是不同的,百姓日用而不自知,是生活形态,但日用而不自知的习惯、惯习或者习惯法,在碰到与之轩格难入的国家政教法令时,尤其是这种政教法令又代表另一文明形态时,往往一败涂地,甚至连自辩的话都说不出来,更遑论抵抗了!

也许,在思考国家如何退出民间社会出谋划策的同时,知识分子还需要思考如何进一步在民间社会和国家政教层面重建内在一致的文明形态的问题。[\[21\]](#)这种重建,不应只考虑自上而下、自外而内、"送法下乡"这一种可能性,而首先应考虑疏浚上下内外的交涉渠道。半个多世纪以前,费孝通先生在思考这一问题的时候曾经设想:

简单地说，我所希望的是：皇权变质而成向人民负责的中央政权，绅权变质而成民选的立法代表，官僚变质而成有效率的文官制度中的公务员，帮权变质而成工商业的公会和职业团体，而把整个政治机构安定在底层的同意权力的基础上--这是我所希望的变化.....[22]

所谓底层同意，就是我们今天所说的大众民主，这正是现代重建古老的"双轨政治"的思路。这意味着，在中国已然通过艰苦卓绝的革命确认人民主权的现时代，我们已不能脱离"民主"而妄谈"法制"，忘却民主而谈论法制，无异于想把法制建在流沙上面。如果费先生的这一设想变为现实，民众日用而不自知的生活形态，以及生活形态中日用而不自知的习惯、惯习、习惯法，便可以通过有保障、可预期的方式，提炼上升为文明形态的国家政教法令；而国家的政教法令，也将重新获得它在文化上的合法性。正如甘阳所说："在许多人看来，中国的巨大'文明'是中国建立现代'国家'的巨大包袱，这基本也是 20 世纪中国人的主流看法；但我们今天要强调的恰恰是.....21 世纪中国人必须树立的第一个新观念就是：中国的'历史文明'是中国'现代国家'的最大资源，而 21 世纪的中国能开创多大的格局，很大程度上将取决于中国人是否能自觉地把中国的'现代国家'置于中国源远流长的'历史文明'之源头活水中。"[23]而这一"文明—国家"的筹划，其实和"民族—国家"的筹划一样，其基础都应该是"民主"。

如果我们能够站在这样的高度看待中国民间习惯法问题，我们也许就可以从要么怀着怨恨"送法下乡"、要么怀着乡愁"寻法下乡"的进退失据中解脱出来。在这种意识下的对应性调查，就既不是局限在狭窄的西方人类学视野中的对中国"有国之民"的生活形态的削足适履的描摹，也不是局限在同样狭窄的实证历史学视野中的对中国传统文明形态的尸体解剖般的解说，而是超越学科界限，在生活形态中发现文明形态，在文明形态中填充生活形态的发现之旅、重构之旅。我愿黄岩研究及其后续研究，是这项文明复兴事业诸多努力中的一种。

---

\* 法学博士，清华大学法学院副教授（100084）。  
Email:zhaoxiaoli@mail.tsinghua.edu.cn

[1] 赵晓力："中国近代农村土地交易中的契约、习惯和国家法"，《北大法律评论》，第 1 卷第 2 辑，北京：法律出版社，1999。

[2] 司法行政部（编）：《民商事习惯调查报告录》，台北：进学书局，1969。

[3] 转引自，同注 1。

[4] 黄宗智：《法典、习俗与司法实践：清代与民国的比较》，页 15—20，上海：上海书店出版社，2003。

[5] 同上，页 50。

[6] 同注 1。

[7] 同上。

[8] 参见黄宗智：《法典、习俗与司法实践：清代与民国的比较》；白凯：《中国的妇女与财产：1960—1949 年》，第 3 章，上海：上海书店出版社，2003；卢静仪：《民初立嗣问题的法律与裁判：以大理院民事判决为中心(1912—1927)》，北京：北京大学出版社，2004。

[9] 费孝通：《费孝通文集·第四卷·1946—1947》，页 337—338，北京：群言出版社，1999。

[10] 同上，页 339。

[11] 清代士绅与地方行政之关系，另参见，瞿同祖：《清代地方政府》，第 10 章，范忠信、晏锋译，何鹏校，北京：法律出版社，2003；Joseph W. Esherick, Mary Backus Rankin (ed.), *Chinese Local Elites and Patterns of Dominance*, Berkeley: University of California Press, 1990.

[12] 王宏治：“黄岩诉讼档案简介”，见田涛等（编）：《黄岩诉讼档案及调查报告》（上卷），页 54，北京：法律出版社，2004。

[13] 当然不排除有的地方官留心地方风俗，并以此来推定案件事实。例见：滋贺秀三：“清代诉讼制度之民事法源的考察：作为法源的习惯”，载滋贺秀三等著，王亚新、梁治平编，《明清时期的民事审判与民间契约》，北京：法律出版社，1998。

[14] 同上，页 307—308。

[15] 参见：杜赞奇：《文化、权力与国家：1900—1942 年的华北农村》，王福明译，南京：江苏人民出版社，1994。

[16] 同注 9，页 354。

[17] 同上。

[18] 田涛等（编）：《黄岩诉讼档案及调查报告》（下卷），页 104，北京：法律出版社，2004。

[19] 参见，同注 1。

[20] 苏力：《送法下乡：中国基层司法制度研究》，北京：中国政法大学出版社，2000。参见我的书评，赵晓力："基层司法的反司法理论：评苏力《送法下乡》"，《社会学研究》，2005 年第 2 期。

[21] 内在一致，意味着它内在精神的一致，表现形态也能也应当是多元的。参见，甘阳："儒学与现代：兼论儒学与当代中国"，载杜维明（主编）：《儒学发展的宏观透视》，页 595—640，台北：正中书局。

[22] 同注 9，页 434。

[23] 甘阳："从'民族-国家'走向'文明-国家'"，《书城》，2004 年第 2 期。