

日本之页

# 清代民事审判与西欧近代型的法秩序<sup>〔1〕</sup>

〔日〕寺田 浩明 (潘健译)

## 前 言

我一直专门从事清代法制史的研究。特别近十年,我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究会上作过一次讲演<sup>〔2〕</sup>。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孕藏着更深的问题。

### 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<sup>〔3〕</sup>。

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,审判依法保护正当权利者的这一民事诉讼制度观已成为国家正统的诉讼观了。理解纠纷事实的这种公式化体系,即法定的表现(“表达”),就是这样在清代与民国时期发生了戏剧性的变化。

但是,如果着眼于国家在法庭上的操作(“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,给予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。

〔1〕 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。

〔2〕 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。

〔3〕 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.

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,更坦率地说,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。

黄教授的这些说明中,将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〔4〕。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或文法的事例,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象合乎道理,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——清代听讼和民众的民事法律秩序》就是论述这一问题的〔5〕。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“对方的要求过份了”,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基本上停留在“不管怎样对方太过份了”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,他们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。

〔4〕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》第一卷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《关于理解清代听讼中‘悖论’现象——评 Philip C. C. Huang 先生的‘表象与事务’论》,日本,中国社会文化学会《中国——社会与文化》第13号,1998年。

〔5〕寺田浩明著王亚新译:《权利与冤抑——清代听讼和民众的民事法秩序》,滋贺秀三等著,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。

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的与近代型“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,并不象黄教授所考虑的那样单纯。

一方面,的确存在着如编纂民法典那样,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。

中国近代民事法史决不是象黄教授所构想那样,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,那么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利的正当性根据,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。而各个时期出台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答,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份。当然,什么是“过份”(哪一方“过份”)?这个问题真是什么时候都一目了然

吗？究竟由谁来能弄清这些问题呢？如果要追问到这一类问题，那里涉及到的原理性问题恐怕就很难穷尽了〔6〕。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，并尽力在具体场境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作怎样的历史评价呢？

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〔7〕。

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的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，随着连租佃关系也消去了人身关系的色彩而转为一般契约关系，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多个世纪，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〔8〕。

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。无论评是好是坏，中国

〔6〕 笔者在寺田浩明著王亚新译：《明清时期法秩序中“约”的性质》上述《明清时期的民间契约和民事审判》中收录中，论述了这一问题的一部分。

〔7〕 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。

〔8〕 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作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作出反应的产物。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”，Beihft 72. forthcoming）。

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,则又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。象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,而且个体和全体决不会只存在一方。不论从那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<sup>[9]</sup>,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被转换的过程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。

(作者单位/日本东北大学法学部 校译/王亚新)

[9] 在例如“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。