

## 关于清代的民事法<sup>〔1〕</sup>

[日] 寺田浩明

### 内 容 提 要

本文通过民事审判活动是否存在民事法这一问题进行了分析探讨,并在此基础上对于中西两种民事法秩序的存在方式加以对比。作者认为:首先,清代与西方同样重视实现和维护民事法秩序,社会在这方面的投入总量相似。其次,两种民事法秩序之间在作为一种公共权力的地位与作用上存在着根本的差异,即清代民事法缺乏作为普遍性的公共规范的形式。第三,随着市场要素增大,清代民事法理在民事秩序中的重要性本身也在逐步加大。

### 前 言

对于清代是否存在民事法这样一个问题,确实难以简单一概而论。

首先,如果把“是否存在民事法”这一问题理解为在社会中广泛而稳定地存在着例如“为社会所共有的、有关确立和调整各个平等主体相互之间利益归属或相互关系的一定行为准则的状态”,那么,清代存在着民事法这一结论就几乎当属自明之理。

在清代，社会生活是以各个家庭为单位自负其责；而且，每个家庭之间的财产分配并不是通过行政手段，而基本上是通过契约和买卖的方式由市场来处理的。作为这种市场活动的前提，不可能没有调整买卖与所有权的一定的社会规范。另一方面，国家的审判也是以这些社会规范的存在为前提而进行运作的。根据残存的大量契约文书和审判文书，完全有可能对当时的中国人以什么样的观念为基轴确立和调整各种民事关系，以及大致的行为模式展开论述。笔者本人在研究生活的最初十年间，就曾致力于以这种方法研究清代土地法。

然而，如果变换视点，从清代社会中这种广义的民事法以何种形式存在、并以何种方式实现这一侧面，即，“法的存立结构”这一侧面着眼、提出同一个问题的话，那么立即就会面临若干困难。在此，由于缺少一种固有的制度，以至于很难将这些既存的社会规范称作为“法”。

毫无疑问，关于采取刑法式结构的国家法中亦包含着民事规范的要素之说确实可以得到实证；况且，当时的立法和审判不仅并没有脱离于社会之外，而且甚至必须说它们是基于或反映民众的日常生活实态（或者说生活中种种恶行的实态）的东西。然而除此之外，如果说国家法和国家审判的运作在理念上致力于这些民事规范自身的实现的话，反而会因此忽视中国传统上的“法”本身所具有的逻辑特性，并且会因此忽略与之相关的民事法的正确位置。应该说，当时的国家权力虽然确以民事法秩序的存在为前提，但却并未将民事法秩序的维持与管理视为己任。

那么相反，如果既不是从成文法，也不是从国家法，而是积极地从既存的具有实效的社会规范的角度着眼，是否可以将这些社会规范作为“习惯法”来论证呢？采用这种用语的方法在常识上完全可能成立；而且，针对那些在民间社会中全然不存在

“法”之要素的看法，为了拓宽法学研究和法制史的研究对象，这种论证也是十分必要的。不过不言而喻的是，在西方各国前近代法制史中所见的习惯法，作为审判规范，无论如何与审判是不可分割的；而且这一点正是它们作为“法”与其他所有社会规范完全区别开来的重要契机。这些习惯法或者是不成文的，或者仅由限定的审判管辖权所独占，但在作为审判规范这一点上，它们最初就是与近代西方民法具有同样意义的法，而以后的成文法化或国家法化反而是其发展的结果。然而，说到清代的民事习惯法，暂且把宗族等组织体的内部规则之类放置不论，至少在作为当时民事法律秩序最核心要素的土地交易和土地所有方面，社会中并不存在将其作为审判规范（即将这些规范的实现本身作为制度之目的，并且将其作为每个判决的正当性之根据）的固有的审判机构。因此，即使在这里使用“习惯法”一词，也不宜将这些既存规范直接与包括前近代在内的西方法制史所见的“法”相提并论。

也就是说，在清代虽然可以看到大量存在着调整广泛展开的民众之间相互平等关系的一定的民事规范，却看不到一种特定的制度，能够把这些规范从其他社会规范整体中区别出来，作为必须由权力强制实行的行为规范加以维持管理。其结果是，这里的民事法尽管在内容大略上可以比较明确地贯彻始终，但其边缘部分却十分暧昧；而且，就其存在的形态而言，虽然总体上确实周而复始地得到了实现，但在个别争讼的场合则未必能够真正实现。根据现代法学和法社会学的通常定义，显而易见，这样的东西可能不会被也不必被称作为“法”。

然而不言而喻，说到关于狭义的历史秩序本体的认识，能否将这些规范称作为“法”的论点不过是一个次要的话题而已。如果仅着眼于其非制度性而断言其不是法，那么这一断言一经提出

就会引起一种质疑，即：这种非制度的东西能够如此有效地发挥其功能的原因究竟何在？然而反之，即使着眼于一定的社会实效性将这些规范视同于法，也并未能够具体地揭示其存立结构。无论怎样确定其性质，首先必须解决的是，应对这些既存事态予以结构性的理解，用普遍性的语言对处于上述状态的民事法在当时国家与社会中的存在形态和发挥功能的方式做出解释。这样，阐明这一问题，无论依现代法学的角度最终是否承认其属于法的范畴，都会对我们加深关于法与社会的理解大有裨益。

基于以上的考虑，笔者近十年来对清代民事法的形式方面进行了一系列的考察。然而由于既不具备提问的模式，亦难以避免尝试中的错误，所以笔者本人自身对这一问题也并未得到十分确定的理解。这诚然是一种不甚完备的研究，若概括起来发表，或许亦可作他山之石之用。因此在本文中，笔者对迄今为止本题目所言及的问题进行了反复回顾，将当前本人对这一问题的见解整理如下。

## 一 田面田底惯行的研究

### 1. 田面所有权的逻辑结构

正如本文开头所述，在清代社会中，同样存在着现代民法学所研究的事物，即围绕个别主体的利益归属的一定的逻辑结构（姑且将这些一个个的法的逻辑称作为“民事法理”）以及以此为基础的实践活动。首先，作为这种民事法理的一个例子，在这里谨将我本人在研究生活的最初十年中致力研究的田面田底惯行介绍如下<sup>[2]</sup>。

田面田底惯行自元末明初开始在各地出现，历经清代，这一惯行的地域范围广泛扩大，至民国时期仍作为一种土地法惯行继

续存在。虽然该惯行的实质是一种可以自由转让的耕作权，但当时的人们不知为何并不将其作为与所有权相对应的永佃权，而宁可将其作为与田主所持有的田底所有权相并列的对田面的所有权的方式来理解。我的研究直接关注这一问题的最终目的，是期望说明为什么在当时人们的观念中把田面所有与土地所有相提并论。然而，这种研究一开始就遇到意外的复杂问题。不过，在我开始研究的二十几年前，即使是普遍的“土地所有权”方面，理论性的研究亦几乎付诸阙如。

经过一些尝试的错误之后，最终，我在这个领域中发现了下述逻辑结构：即，虽然说在清代存在私人土地所有权秩序，其实质归根到底是这样一种状态，即，“向国家交纳税粮并获得特定土地耕作收益的地位，这种地位在民间可据某些代价自由流转，并可以通过向前主支付代价得到转让，这一事实作为他们耕作该土地所拥有的最重要的正当性根据为当时社会中所认可”。虽然国家以这种状态为前提建立了土地税制，但决不意味着国家积极地建构了这种状态。

倘若把这种状态称作为土地所有权，那么这里自始便并不带有任何包括性和绝对性的含义在内。其结构的特征是，即使在表面上似乎实际占有着该土地的情况下，着眼点始终也仍然放在自己的耕作行为（史料用语为“管业”）的正当性上，并且以提交从前主处得到该土地的过程（“来历”）的证明——具体而言就是前主所订立并交付自己的，含有“卖与某某管业”之内容契据的方式——证明这种正当性。此后，这一结构更进一步在其内部分化出两种方式，即：承认对方以后永远占有该“管业”之正当性的方式（绝卖），和承认经过一定时间后如果支付原价即可取消管业许可之正当性的方式（活卖=典）。

提到土地法秩序，我们往往会设想存在着相当大规模的设施

设备,其实这里所有的只是个别的主体将自己的“管业”建立在前主所立的契据基础上这种非常简单而分散的结构。然而这种结构,在社会生活中处理有关财产处分之必要的买卖、典当、担保等大多数实务方面却具有足够的操作性。

因此,上述田面田底惯行,虽然是关于一种佃农支付地租而在某处土地耕作的地位,但由此,耕作者之间产生了与上述土地所有权同样的转移的连锁关系,而且,这种从以前的耕作者那里得到土地转移的事实证明,与地主所持有的自己土地所有权的卖契的作用一样,是为其耕作权确立社会基础,使其成为社会所承认的状态。不言而喻,地主与耕作者分别行使的经营收益权的实质内容是不同的。不过另一方面,在有关特定的经营形态正当化构成的形式方面,两者应然的存在方式确实是并列的。这样,如果从这种形式的并列性着眼,人们或许在将地主的地位视为所有权人的同时,也将佃户方面的地位视为所有权人,并如此表达。而且,这种“所有权”的构成即使在狭义的土地关系之外,例如各种营业权、水利权等方面,也同样屡见不鲜。

清代的民事法理,由此一例即可略见一斑。因而或许可以说,它作为一定的规范为社会所认可的基础乃是对获得其生业的人所付出的相应的代价和相应的劳动给予的相互尊重。这样,由于社会关系的一大部分是以市场和契约的方式结成的,因此,围绕社会生活的形形色色的局面,就可以以这种相互关系为基础建构各种各样的民事法理。

## 2. 管业、田面之法理的存在基础

然而,如果欲论述民事法秩序的现实的存在方式,必须首先回答,这种民事法理是通过何种结构作为共同规范得以确认并通过何种结构得以实现的。因此,在这一点上,上述田面田底惯行,具体而言“向以前的佃户支付金钱继续耕作的人,可以向社

会主张其作为该土地之佃农的正当性”这一民事法理的存在方式,也值得深入探讨。

首先,最为重要的,是那些在历史的某个阶段社会中新出现的法理。管业与来历这一逻辑在民间土地方面早已习以为常;但直至某个阶段之前,一般而言,民间土地的佃户耕作可与管业相提并论这种构想本身并不存在;不仅如此,那时从根本上,佃户相互间通过金钱方式转移土地这种实践活动本身亦不存在。然而不言而喻,这并不意味着这种构想的产生是由于在某个阶段曾以立法的形式对管业加以确认,而且也并不意味着最初是在田面这一现象出现之后才开始产生了对它的买卖。

此外,当这种构想在一定地域内确立下来,在一部分田地中田面的买卖所有权稳定地得以实行之后,向以前的佃户支付类似退租金的款项之后继续耕种农田的某些个别佃户,是否能够真正拥有相当于田面主的地位这一问题仍然周而复始地不断出现。实际上,田面买卖与容易混淆的金钱授受以各种各样的方式存在着。因此,这类纠纷总是围绕着佃户耕作可否作为独立的管业这一基本问题反复发生争执;而且另一方面,作为这种个别的争执的结果,往往会发生一种合乎时宜的变动——即,将在一定地域内处于类似状况的佃户耕作者们的整体地位或者全部作为田面、或全部不作为田面加以考虑。

通过查阅地方志类或使用契约文书和审判纪录,可以比较简单地发现某个时代、某个地域存在田面田底惯行。但由此更进一步,在提出“如果说存在惯行,那么它们是什么、是怎样存在的?”这一问题时,立即会暴露出这一事物的模糊性和我们在分析该问题时现有的概念结构的不足。然而,对于把田面田底惯行作为研究对象的笔者来说,解决这一问题乃是我责无旁贷的任务。

在一系列关于田面田底惯行的研究中，我提出的问题是：一个佃户如果因某种理由被强行要求退佃时，为了证明自己的佃户耕作所具有的正当性，能够提出什么论据呢？基于这一问题和史料阅读上的便利，我倾注全力对于“来历的取得”这一论据的提出方式以及处于其周边的各种论据之间的类型进行了整理。

然而毋庸置疑，另一方面，围绕论据的问题范围非常广泛，例如，以什么方式能够使该论据赢得周围的承认，或者反过来说，一定的论据提出以及其社会接受的环境以什么方式为社会所共有等问题。不过，这些问题如果一定要放在田面田底惯行的研究中解决，范围未免过大。因此，最终这些问题还是留到笔者随后的《关于清代土地法秩序“惯例”的结构》一文去解决了<sup>[3]</sup>。

## 二 行为准则的共有形态

### 1. “惯行”的结构

笔者在上述论文中，根据迄今为止学术界的用语，把一定的论据提出在该地域社会中基本被稳定接受的状态作为“惯行”状态加以把握；试图重新探讨在那种场合，当地的官民等各种主体具体是以怎样的方式对待这种惯行的。我的主要论点为以下三点。

第一，根据各种事例所见，虽然当时确实遵照惯行的行动在多数情况下不会遇到任何障碍即可直接实现，而且违反惯行的行为所引起的纠纷是很多的，然而，这并不意味着违反惯行的行为通常会受到社会的制裁，也并不意味着符合惯行的行为通常会得到社会的支持。这里社会实态并不是采取以形式性和客观性的基准为基础，将事物区分为合法与违法的方式存在；而是采取了以重点行为的存在方式为中心，有规则地分布成功之例与不成功之

例的方式存在着。突出的行为和个别的情况随着时间的推移也可能逐步实现。人们可以根据自己对风险的判断选择何去何从，并由此做出实际的选择。

第二，虽然从数量方面看案件为数不多，但在性质上却不容忽视的事实是，有时这种个别的突出事例会成为向惯行转化的契机。官方的史料中虽然以否定的方式特别列举出这种“效尤”现象——即看到他人作恶成功其他同伙也群起模仿其恶劣行为，以致在转瞬之间使恶事蔓延的情况；但反过来看，人们每天经常就是这样观察周围情况的。因此，假如大多数人的行为方式模仿那些突出事例的话，该行为自然而然就成为当地的重点行为方式。于是风险的配置就随之发生了变化。这样，此后甚至理所当然地出现了最初有人率先做出高举旗帜的突出行为，以期使大众追随其后的模式（史料称作为“某人倡某人之说”）。个别的事例与一般的社会惯行，就是这样循环往复地相互作用的。

第三，当时官方是把这种地域性的民事法理与其他地域性的风俗习惯一样，作为“风、俗、习”的问题处理的。地方官在审判之时，虽然并不直接将其作为审判规范，但实际上，“体问风俗”，将其作为案件处理之前提来考虑的情况较多。不过反之，一旦在地方官将其视为“恶习”“弊风”而不能不放弃的情况下，地方官就会有意地违背惯行做出判决，乃至发布告示、禁令，力图亲自改变惯行，“移风易俗”。不过由于难以实行，以及告示的实效性往往因时、因事而异等原因，至少不能把告示原封不动地作为此后当地社会的正式规范来考虑。毋宁说，如果从逻辑的高度论述，那么把官宪的审判或告示也理解为与上述所见的民间个别主体的行动一样，是对惯行的动态发生影响的一个“事例”，或一种“说”，反而更接近于实情。

通过这一研究，我最深切地感受到的是，在此，所谓“社会

规范”一语很难在不证自明的意义上使用。当然，这里存在着社会性的“标准”行为。因而每个主体在行为时也能意识到它们的存在。然而另一方面，这些“标准”并不具备排除违背它的现实，对社会行为的整体加以规范的制度性设施；毋宁说，正是社会行为的综合分布方面孕育产生了这些“标准”。关于这一点，笔者在上述的论文中以一个注释说明了这样一种见解，即，对于惯行，与其使用法学界所说的“社会规范”一语，不如将其类比为市场中的“行情”更为适宜。行情也是社会共有之物，所以在日常的行为中可以被意识为一种基准。但是，并不存在以行情为依据的规范性义务。人们有可能根据自己的风险大小设定价格，进行交易，毋宁说这种个别交易的积累创造了以后的行情。因此，地方官的告示恰好可以理解为中央银行对国际外汇行情所进行的“行情介入”的尝试。

## 2. 行为准则的社会共有形态

然而这种关于惯行的存在方式的认识，又进一步产生出新的问题。即，尽管如此，当时的社会中毋庸置疑亦存在着具有一定制度性的“硬性”行为准则的确立方式。例如，上有国家的皇帝所公布的律例和禁约，下有当事人双方缔结的契约与合约。那么，围绕民事法理存在的这些社会规范的事实性的存在方式，与同时期的那些社会规范的存在方式有什么关系呢？

基于这样的关心，笔者试图对当时国家社会中存在的主要的“行为准则的社会共有形态”的类型加以整理，写出了论文《明清时期法秩序中“约”的性质》<sup>[4]</sup>。但是这篇论文篇幅很长，而且还包含着民事法论以外的权力论和组织论的许多论点。所幸的是最近该论文也以便利的形式被译成了中文。其详细内容及观点的当否请读者参照原文，这里仅将其中与狭义的民事惯行的存在方式有重要关系的两个结论介绍如下。

第一，在那些成文的硬性行为规范的领域里，一个行为准则的理想的理想的存在方式经常被表达为“齐心”或“同心”，即抛弃所有成员的个体利害得失（=去私心）的全体“一心”之理念。如果将其反过来说，那么在这里，相当于现代法所说的“形式性妥当”的结构，即无论其是否现时为社会所承认，在确立规范的社会地位时，使规范宣示主体得以正当化的形式性结构和逻辑很不发达。实际上，在清代乡村社会的乡禁约的层次，经常可以看到这样的状况：如果很多人都违反某个禁约的话，不如说他们的动向主导着事态的发展，而原来提出的命题反而失落为“具文”规范（即一纸空文）。即使在成文化的规范中，也或多或少地可以看到与惯行同样的流动性。

第二，然而不言而喻，尽管如此，在事态的一端，一定的行为准则仍然以前提不可动摇的规范之形态存在着。例如，在较小的范围里，家庭内的父亲的发言就属于这类东西；中等规模诸如各种社会组织中的“耆老”的发言；最大规模的则有皇帝对天下民众宣示的律例。在这些场合，领袖的发言预先被设定为集团全体成员之心和公心的体现，而成员的与其相反的意志则被作为“私”予以否定。不过另一方面，如果领袖之言极端地背离成员之意的话，就会导致上述第一点所述的沦为一纸空文的状况。因此，为了不使这种宣示方式破产，实际上出现了这种需要：发话的一方力图事先汲取民心与舆论之内容，以便在其发言里加以体现。但是，说话的对象越多，抽取其共通项就越加困难。涵盖的范围越广泛，所言之物就自然而然地抽象化，而且趋向于演变为谁也无法公然提出反论的自明之理。或许，这正是以全体人民为对象的皇帝的律例何以向伦理和刑法方向倾斜的根本原因之所在。

如前所述，清代虽然确曾存在民事法理；然而不知何故，它

们未能得以成文化。或许有人会认为,既然已有民事法理的实质,那么以后就可能将其成文化,因而乐观地认定前近代的中国亦存在民法,或者说清代的国家权力也同样重视民事法。然而,无论如何不能说,这些民事法理在清代中期以前可以通过皇帝的权力成文化,或者只要一经成文化就不再发生任何变化了。毋宁说,原理性的问题即使在成文法的领域也以同样的形式存在,而其中的一部分则以上述民事惯行的形态而存在着。

### 三 听讼的存在方式

#### 1. 欺压与冤抑

在以上的研究中,研究者们预先设定的是“民事实体规范”的问题,试图对其在清代社会中的存在方式加以定式化。然而,在考察一个历史社会的民事秩序时,还存在着另一种方法,即不作这种预先设定,而是直接着眼于民众相互间的财产秩序之动态,论述民众在民事纠纷中所持的观念以及民事纠纷是以什么方式加以解决的问题。

正如众所周知的那样,清代的国家权力在立法方面确实仅有刑法而已,但另一方面,国家又设立了地方官定期受理民间诉讼的制度。史料上将其与断罪相对,称作为听讼。根据各种研究所得到的见解,在每月为期六天的诉状受理日里,每个地方官都会接到成百数十件诉状,勤勉的地方官每月最终能解决约五六十件事案。从审判纪录所见,这类诉讼大多数是以民事利益的归属为实质性主题的。而且更耐人寻味的是,这些审判的内容也相当充分地反映了民间所有的惯行性民事法理。

最近翻译出版的美国加利福尼亚大学黄宗智教授的《民事审判与民间调解:清代的表达与实践》一书,对于事态的这个方面

作了以下的理论化论证<sup>[5]</sup>。即,清代的国家法即律例虽然采取了刑法和罚则规定的外在形式,但其中的若干条文中亦包含着保护民事利益的明确而积极的原理。例如,“盗卖田宅”条就体现了国家保护私人土地所有权的原理。因此,所谓听讼,就是作为国家官僚的地方官基于国家法中所包含的积极而稳定的民事法原理保护和实现当事人的正当利益主张的作业。也就是说,根据黄宗智教授的观点,在由地方官主宰的州县法庭中,尽管在制度方面存在一些不完善的部分,但就原理而言,当时已经具有与近代民事审判相同的实质。

这里并不是介绍或批判黄宗智教授的场所,因此不准备在此对其立论的详细内容 and 功过进行深入的考察<sup>[6]</sup>。但是至少应加以确认的是,黄教授的说明虽然是对当时存在的各种事态之间的功能性关联的说明,但并不是对他们主观世界的说明。正如黄教授所承认的那样,当时的当事人并未采取根据某一条法律自己应享受某种利益那样的主张方式,而且当时的地方官们也并未有意识地认为必须根据任何实体法进行审判。

这样,在考虑最初应解决的问题时,不如以下面的方式提问。即,在不存在狭义的民事法,即为了主张民事利益而设的制度性共有的正当化根据的情况下,人们是根据什么,以什么样的叙述方法对自己的利益主张加以正当化的。以及法官根据什么,以什么样的叙述方法对自己的审判加以正当化的。那么接下来如果提出我们所关心的问题,就是:在这些活动中,上述民事法理占有何种位置?解决这一问题,正是笔者在《权利与冤抑——清代听讼和民众的民事法秩序》一文中最核心的课题<sup>[7]</sup>。

实际上,如果阅读大量的诉状,就可以发现,当时民间存在着一定的共同的表达方式。即,“视某怯弱无力,若鱼肉之易啖。弃道义而不顾,夺人之分而若人无人之境。如许此强暴则无法无

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。”如用一语加以概括，就是将对方的行为称之为“欺压”，而自己由于对方的“欺压”所遭受的悲惨状况被称作“冤抑”。这样，在审判者的说明中也正好相互对应似地使用“伸冤”一词。所谓听讼，被理解为就是受理为冤抑所苦的民众之诉，惩治欺压良善之辈，为民伸冤，从而实现在社会中消除“向隅之人”的理想的事业。

由此可知，在这里作为诉讼之直接主题而提出的，与其说是自己利益的正当性，不如说是着重于对方的不当行为或蛮横无理的态度方面。正是因为基于这种主题，即使在财产侵夺的诉讼中，也并非只列举侵夺之事实，而且还在诉状中不加区别地列举对方在侵夺时的暴力行为或者平时放荡不羁的生活方式等。因此，审判基本上是以惩治该恶人而告终。这里对某一事态的调整框架确实是刑事审判性质的。因此即使在制度的层面上看，听讼仍然处于当时国家刑事审判制度的最基层的位置，而且，被告发的对方当事人行为如果确应施以正式刑罚，事案就会自然而然地进入刑事惩戒程序。

然而即使如此，不必要也不能说这里完全不具有民事审判的性质。因为，确实诉状上提到对方犯有天地难容的“欺压”行为，并把自己的境遇夸张地描述为“冤抑”，但如果审视随后的诉讼过程，就立即可以理解，大部分纠纷的实质属于民事的、经济的利益纷争，而且诉讼的目的也正是为了实现这种利益。此外，审判者在财产之争中也基本上仅对当事人的态度加以形式性的斥责即止，而通常把主要精力倾注在对作为该纠纷的实质原因的民事关系的调整上。因此，实际上大部分事案的结果非但刑罚，甚至连轻微的体罚也达不到。所以，虽然形式上是刑事的，

实质上却是民事的。

不仅如此，实际上左右着审判结果的判断妥当与否的基准，在多数情况下也同样是从当事人所在的社会中汲取而来的。即使如此，在官宪中确实存在着“不当行为无论如何应该惩处且必须惩处”之类的一般逻辑以及实行这一逻辑的一般正当性。但是，在何谓“不当”行为、何谓“不当”侵害这些具体问题上，官方事先并未提供特定的必须依据的基准。相对于此，耐人寻味的是，提起诉讼的当事人却通常总是持有某种具体的基准。尽管使用“有悖天理”之类的夸大其词的说法，“冤抑”的主张实质上多数只不过是单纯通过比较周围一般的事例，认为自己这次受到了相当不公平的待遇之类的不满而已。而对方当事人无疑会回答说这乃是当地普通的做法而已。为了解决纠纷，归根结底不能不参照当事人所在社会的、具有实效的基准线；因此，实际上热心的地方官往往努力掌握有关地域社会的实际情况，并通过注意深入听取当事人的倾诉，试图发现当事人根据什么表明自己对不当待遇之愤慨的基准线。

审判虽然基本上是在惩戒恶行的结构中运作，但与此同时，就这样发挥了促进当事人社会之共有规范实现的功能。这样，正如土地契据真伪纠纷和土地边界纠纷那样，在双方基于同样的民事法理的、单纯事实之争的案件中，这种审判以其特有方式确实也能够发挥几乎与现代民事审判同样的功能。

## 2. 民事法理的逻辑地位

然而，即使是在考虑这种仅以参照狭义的民间基准做出裁判的情况下，仍需再次确认，此处的民事法理的功能性地位与西欧类型民事审判中的民事规范的地位存在着决定性的差异，并且在促使其有效地发挥功能方面亦与西方迥然不同。

之所以如此，是因为进入听讼的典型事案通常如同下面的例



子那样。即，某佃户从其父那一代就耕种某块土地，但从某年开始连续数年未缴纳地租。虽然地主要求其退佃，而佃户则持续赖着不退，并要求地主向其支付退佃金。地主告佃户不法占田，而佃户方面则立即反诉说自己曾进行了土地改良和肥培，或者提出从前代人就开始连续在该土地上耕作的事实，滔滔不绝地论证地主糟蹋自己改善土地的努力是多么损人利己。

毋庸置疑，如果单独以土地法的逻辑而论，在佃户欠租的场合，地主可以要求退佃乃是当时社会谁都承认的自明之理。因此，赖着不退的行为显然是不适当的。此外，在佃户进行了开垦肥培的情况下，即使退佃，地主也应该给予某些补偿。这一点如果作为单独的逻辑恐怕也是任何人都承认的。因此，不容分说地让人退佃显然也是不适当的。

但是，问题在于判定究竟是否确有肥培的事实是很困难的。作为日常农作，一般谁都会施肥，然而使土地的生产力多少有所提高的结果是有是无，几乎属于无法证明的事情。佃户在夺佃纠纷发生时常常以肥培作为论据，但是反之，仅就这方面而言，地主一方坚持否认肥培之事实的余地也相当大。这样，双方各持己见，最后终于到了不得不去打官司的地步。

毫无疑问，即使在这里也可以看到，如果只说到肥培，仍然可以把争点压缩到事实认定的问题上。而表面上也确实有这样处理的案件。然而不言而喻，正如由列举世代耕作的事实可以看到的那样，真正的争点并不在这里。毋宁说根本的问题在于，佃户确信自己常年耕种该土地维持生计的地位决不应如此轻而易举地被剥夺。与此相对峙的是，地主确信基于来历，该管业理应属于自己。因此，双方都相信自己的正义而毫不让步。

显而易见，提到常年耕种的问题，在我们现代人的眼里，佃户一方所说的理由中很难看到“法的”主张。然而根据当时的普

通思想方法，不能将这种主张断言为一种事实而一概加以排除。例如，明清律中有“威逼人致死”条。这里围绕“户婚田土”问题，规定威逼人自杀者杖一百并支付死者丧葬费用。实际上，这一条文经常被援用。作为这一立法之基础的，是这样的思想方法：即无论有怎样的根据，在实现民事利益之际导致人自杀都是非正义的。无论事情妥当与否，把人逼至此种境地本身就是应处以刑罚的犯罪。不过反而言之，无疑这里也未必完全没有考虑到一种生存的主张：即，因为发生了那样的事，导致某人从此断了生路而不得不自杀。如果把这一层次的理由也包括在内的话，那么任何人都可能持有某种与对方相对抗的理由。

不言而喻，作为佃户并未主张自己拥有土地的所有权。他们知道，无论怎么说，常年耕作，欠租总是必须交纳，如果继续欠租早晚会被要求退佃。更进一步说，地主实际上也并不认为来历管业是绝对的。正因为如此，虽然佃户欠租，但多年来地主也只是一直拭目以待而已。问题在于双方当事人之间，在关于地主的忍耐能达到什么程度，而佃户的要求在什么程度上是合理的，预期上是不一致的。因此，双方都对对方恶语相加。

这样，审判主要是对这种立场针锋相对的主张之间权衡轻重，并由此将双方各自的主张分别向恰当的“适得其所之处”推进。当然，在此如果不折不扣地遵循一方的论据，尤其是有产者一方反复援用的土地法法理，反而近乎于自杀行为。重要的是“公平地”听取双方的理由，或者把双方当事人所提示的逻辑放在一边，宁可将两者都置于相对化的位置上。例如在上述例子里，解决的过程恐怕是，地方官照顾到双方的面子，采取承认少量的肥培事实之事实认定形式，按照佃户的要求让地主支付少许退佃金（或者以此与欠租相抵），劝诫地主与佃户双方的过分要求，从而圆满解决该纠纷。

不言而喻,即使在这样的案件中,如果特别着眼于许可佃户退佃这个方面的话,可以说实现了“来历管业”的逻辑。而如果着眼于地主支付退佃金的角度,则或许可以说“肥培工本偿还”的逻辑实现了。实际上,在这里它们分别经过“权衡轻重”得到了实现。

然而另一方面,显而易见,审判的存立的基础与审判的意义并不等同于民事法理的实现本身。在此,也可能成为那些实在难以称作为民事法的东西的论据。而且,在民事法理的范围内,最重要的是,当事人本身自始就不曾考虑它们能否完全得到实现,也不认为必须实现。纠纷基本上是围绕着相当于认定各方当事人的利益主张哪一方更强的“程度”而存在。因此,审判者也并不对论据加以形式上的限制,而宁可暂且广泛地听取当事人提出的所有论据,然后分别对各种根据和各自的主张权衡轻重加以“限定”,教示当事人怎样掌握好从自己的视点出发贯彻自己的利益,以及基于他人的存在进行自我抑制之间的适当的平衡点。换言之,正因为有这些情况,诉讼不能不以告发与劝诫过强的欲望这种形式而构成,并且以这种表达方式而构成。

在这种达成妥协的作业中,作为民事法理之基础的是当事人所提出的作为生业之根据的方式中较有力的一个,但同时,其地位不过也只是通过听讼作业必须加以相对化的各种论据中的一个。在此,纠纷成为公共事件,纠纷的解决则成为“公式化”活动,而民事法反而却通过这种审判被贬低到了被处分对象的地位。

#### 四 民事秩序的理解框架

##### 1. 秩序形成作业的实质

我们现代人在论及民事秩序和民事审判之时,通常总是以某种实体法规范为基轴,把不适当的无秩序状态,即违法状态与应然的合法状态加以区别,并且把民事诉讼与民事审判构想为以当事人的“权利”主张为动力而推进的实现这种实体法规范的过程。

清代虽然确实存在着民事法理,但它们在民间多属于相当于个别行为的标准性参照基准,在其边缘部分,所谓标准本身亦无分明的界限;况且其存在方式随着大势之推移,重心与突出部分也在不断发生变换。此外,这些民事法理也大体上反映着民间民事秩序的存在方式。然而,这里却不存在以实现这些民事法理本身作为自身存立基础和意义的那种审判制度。

也就是说,问题的复杂性在于,清代的民事秩序尽管确实存在某些引人注目的、可能依“法的实现”模式进行再构成的素材,然而反过来,一旦如此构成之后,反而不得不将其描述为一种在这种状态下的非常不完备的东西。但是,当时的民事法秩序是否果真处于一种极其混乱的状态之中,或者说当时的人们是否把民事法理所处的那种方式理解为一种令人困惑的无秩序状态呢?显然并非如此。

尽管可能有形形色色的解决办法,但为了再次构成一种均衡的整体形象,莫若全部放弃上述那种法实现型的构想,而在民事秩序是如何形成的这一层面上重新考虑问题,或许反而不失为一条捷径。

因此,实际上如果仔细观察,就可以看到,当时民间的日常秩序本身经常并不是以力图使民事法理得到绝对贯彻这种方式进行运作的。例如前例所示的佃户退佃的情况,在民间社会乃是司空见惯之事,毋庸置疑,其中大部分不会发展到打官司的地步。恐怕在多数情况下,事态的发展无疑是以如下的方式进行的:即

地主在佃户欠租时通常只不过是暂且口头催促而已；之后如继续欠租，则视周围人们的反应伺机发出夺佃通告，一旦时机成熟就向佃户宣布。佃户见形势不利马上退佃则好，如果地主估计到佃户可能做出一些强硬的反击之时，就再做些许斟酌。然而在大多数情况下，是在这种相互争执中找到一定的妥协点，使佃户得到某些满足而退佃。

不言而喻，由于一切都取决于对方的态度，所以佃户能够得到多少，结果往往依个别情况而异（有时双方甚至都做好了赤裸裸地使用暴力的准备）。至于说到有关长年耕作的佃户在退佃时应得的利益的社会基准方面的问题，这种基准的不一致和不稳定性是显而易见的。然而毋庸置疑，可以指出，正因为这种基准依赖于具体情况，才使得小规模纠纷总是无穷无尽地发生。

反之，如果问人们是否认为这种状态常常是不正义的，恐怕未必如此。无论如何地主应向佃户作些补偿，但由于佃户的境遇各有不同，补偿亦应有所不同。此外，正如买卖常常会进行讨价还价一样，此处能得到什么、得到多少也是可以讨价还价的。因此，基准的划一性未必是秩序所必不可少的要素。毋宁说，这种注意着周围人们的眼光，并期待着声援的小纠纷的解决过程，正是双方当事人分别对自己的主张具有多大程度上的社会贯彻力加以确认和调整的场合。同时，对于周围的人们来说，这也是一个确认围绕该问题的“行情现状”的场合。对于秩序而言，重要的莫过于这种交涉或小纠纷的解决能够以文明的方式进行这一事实本身。作为这种慎重进行的个别交涉的各种结果的整体，就循序渐进地萌生出了某种基准。

## 2. 公权力的位置与作用

然而毫无疑问，双方的预期在任何时候都未必能够恰好归结在同一点上。同时亦无法保证所有的人都明辨事理而且行为文明

礼貌。实际上，或是有意识的，或是因为上述小纠纷不断激化，有时甚至会发展到刀刃相向的地步。不仅如此，周围观望这一纠纷的人们未必都是公正之辈。仗势欺人在任何人看来都是不正义的。在诉状中经常可见，由于周围之人慑于强者之威，因此偏向强者而不敢直抒公论，或者无法预见此种“不测事态”（即发生由某方挑起的刀刃相向的激烈事件）之类的套话。

但如果反过来说，对那些认为在上述那种个别交涉局面中受到强迫，导致事态向着不当结果发展的当事人来说，打官司是作为在比较公平的第三者面前展开交涉关系全貌的作业而存在的。因此，如果打官司的话，确实可使事情成为公共性的，至少可以惩戒暴力行为。这样，作为公共性主体，这种秩序也需要国家权力的参加，而且实际上，在此，国家权力作为公平的第三者和惩戒暴力的主体，与民间民事秩序息息相关。

然而另一方面，尽管在这里事案成为公共性的，但必须强调的是，事态处理的框架和逻辑本身并未由此导致任何决定性的变化。

首先，对于清代听讼的程序方面的详细论述不得不在此割爱；简而言之，当时的听讼并不遵循一事不再理的原理，或者说能够使这种议论足以成立的，能做出具有相对确定力之判决的制度并不存在。地方官即使宣布了堂断，但当事人如果再次提出诉讼，地方官仍不得不再次开庭，并再次做出或修正堂断。诉讼程序归根到底以双方当事人不再向地方官倾诉冤抑，具体地说就是不再提出诉状的状态宣告终结。听讼的全过程实际上不过是在地方官的陪席下，或者是以地方官所提出的各种具体意见为契机，对一方或双方当事人各自的利益主张之强度再次确认和限定，从而最终达到结束没完没了的争执的过程<sup>[8]</sup>。然而，如果考虑一下，这种双方通过对话重新检讨自己的预期，最后使双方的预期

达到均衡的过程，实际上也就是在上述处理日常小纠纷中人们一般所行之事。

其次，在此地方官虽然着眼于其所宣布的处断内容，但正如前节所言，那是一种对两种多少都拥有某些根据的双方的利益主张孰轻孰重进行权衡的作业。确实，在一个个具体事案的解决之际，做出使双方当事人都能心悦诚服的解决方案显而易见是极其困难的，另一方面，就所提出的方案内容本身而言，这里并不存在任何区别于事实性妥协的、特有的逻辑特征<sup>[9]</sup>。

也就是说，经过了法庭的审判之后，在此实现的秩序，实质上与日常生活中当事人之间通过无言的小纠纷解决所达到的均衡状态，实际上并无大的实质性区别。如果把通过审判实现的状态称作为“规范性状态”，那么实际上，这种状态在目不识丁的农民大众的日常生活中大半已然实现了。如果改变看问题的方法，那么听讼不过是将在良善民众之间也同样能够达成的结果，不厌其烦地经地方官之手付诸实现罢了。

至此为止，学术界围绕清代民事审判所作的两种说明都是可以成立的：其一为理念性说明，即认为民事审判乃是地方官根据情理解决当事人之间的纠纷并对地域社会整体加以协调的作业；其二是一种冷静的说明，即认为民事审判不过是只要能够终止纠纷则不问解决内容如何，对事实性纠纷加以平息的作业。然而，正如根据以上的考察所表明的那样，两种说明归根结底是同一事实的两种表现方式。无论是情理或是协调，其实质都与当事人之间在日常生活中通过小纠纷的解决达成的均衡状态并无二致，而且与民间社会既已存在的大部分现实亦无太大的差距。毋宁说，在这里，无人前来投诉冤抑的状态就是已然达到协调的状态，而谁也不再声张冤抑的审判就是合乎情理的审判。

然而另一方面，任何人都不认为这样的协调通常只能依靠当

事人自己自动达成。公平的第三者是必要的。而且，虽然通过民间主体的纠纷解决能够获得较单纯的公平，但为了满足追求更高公平之需求，最终毕竟还要求助于官宪的审判。因此，无纠纷状态绝不能听任强者横行霸道而弱者忍气吞声，为了实际地对无冤抑之状态这一逻辑（或者假设）给予相应的保障，国家也必须经常向所有民众敞开打官司之路。

## 结 语

本文在开头之处指出了清代民事法的存在方式与西方民事秩序中“法”的存在方式的差别。最后，再次从这一视点出发，重新把问题作如下整理。

如果再次论及这一问题，那么可以说在西方民事秩序中，民事行为规范被赋予了这样一种地位：即，在审判这一特定的场合，无论是诉讼当事人或是审判者一方，都将其作为必须绝对遵照的规范。当然在这个过程中，能够在法庭上提出的论据和不能提出的论据被加以区别，而且对能够提出的论据相互之间的逻辑关系也循序渐进地进行了整序。通过这样的配置，规范获得了依靠公共权力的强制而实现的最终性的保障；而公共权力则以共有规范的一般实现者之形态使自己的立场获得正统化，与此同时也接受了规范的制约。

相对于此，在清代的民事秩序中，关于那些在西方由司法制度集中地管理或集权地决定的行为规范的各种问题，基本上被委托给分散的个体之间的交涉来处理。但是，这些个别事例同时也是对整体的动向发生影响的事例。这样，每个人都通过观察周围做出机敏的反应，或者不愿使一个人单独受损的心理在此发挥着一种规范的平衡功能。因此，人们根据无论是民间，抑或是法庭

所实行的个别行情以及自己的观察，循环往复地对自己所持的关于论据的通用性所作的预期做出微小的调整。

因此，这里的公共权力并非制度性公定基准的实现者，毋宁说是作为这种分散进行的基准形成过程之整体公正性的保障者，而与这一秩序息息相关。权力固然谋求公平，但既非为了向人们保证实现特定规范的内容，也不是为了以此作为自身职责或正当性的根据。

所以，民事法理，即建立在相互的市场关系基础上的个体之间的规范，就是作为人们的预期之中的一个要素而存在，并作为一个要素而得以实现。然而另一方面，民事法理仅仅是一个要素，它本身并未成为论及公共秩序时的主题。此外，因其只是一种综合性的权衡轻重，所以对民事法理与民事法理之间的相互关系也并未进行多少逻辑整序的尝试。说到民事秩序这一用语，所表达的不过是情理或协调以及互让互谅等有关人们的文明共存的含混不清的修辞而已。

对于中西两种民事法秩序的存在方式，可以在若干层次上加以对比。首先，二者之间虽然存在集权与分权的差异，但可以说，在维持作为社会整体实现的民事法秩序方面投入的总量上相差无几。在论及秩序的基本实际状况时，或许正是这一点应成为最基础的认识。然而其次，越是如此论述，就会越发强调两者之间在基本的秩序构想上存在的差异，特别是公共权力的地位与作用上的差异。这样，归根结底会导致到民事法能否作为公共形态来论述的主要论述方法的差异上来。不过第三，就民事秩序所实现的实际内容而言，清代的民事秩序也同样随着市场的相互性社会关系所占的社会比重不断增大，民事法理所具有的重要性本身也在逐步加大。如果把问题限定在这种局部方面的话，或许毫无疑问，在某些案件里，情理一语所言及的实质内容实际上甚至可

以说蕴藏着民事法理。

因此，如何评价第三个层次上的现象就成为一个难题。例如，这种现象在该秩序的形成方式中，究竟属于病态的表现抑或是成熟的象征？此外，这种推移应视为中国传统的民事秩序的存在方式向西方的存在方式转变的“发展过程”抑或是其自身的普遍性的终结点<sup>[10]</sup>？各种迥然不同的回答可以同时成立。之所以如此，究其原因，恐怕是由于在如何考虑清代的民事法秩序这一问题的同时，还涉及到如何考虑中国或世界近代民事法制史的问题。

#### 【注释】

- [1] 本文是笔者在1988年11月和12月在北京大学和中国政法大学所作的演讲的基础上完成的。在此，谨对讲演之际赐予宝贵意见的各位先生表示深厚的谢意。
- [2] 关于笔者有关清代土地法研究的概要，请参照寺田浩明著，冯潇译，《中国近世土地所有制研究》，法律史研究编集委员会、中日文化交流丛书编集委员会合编，《中外法律史新探》（法律史研究第二辑），科学出版社，1994年，原载1989年。有关更加详细的论据，请参照寺田浩明，《田面田底惯行的法的性格——以概念的检讨为中心》，《东京大学、东洋文化研究所纪要》，第93册，33-131页，1983年11月，以及寺田浩明，《关于〈崇明县志〉所见的“承价”“过投”“顶首”——田面田底惯行形成过程的一研究》，《东京大学、东洋文化研究所纪要》，第98册，39-178页，1985年10月。
- [3] 寺田浩明著，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年收录，原载1989年。
- [4] 寺田浩明著，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, 1998年收录, 原载1994年, 实际执笔于1992年。

- [5] 黄宗智, 《民事审判与民间调解: 清代的表达与实践》, 中国社会科学出版社, 1998年。Philip C. C. Huang, *Civil Justice in Chian: Representation and Practice in the Qing*, Stanford University Press, 1996.
- [6] 笔者关于黄宗智教授之论述的见解概要, 请参照寺田浩明著, 王亚新译, 《清代民事审判: 意义与性质——日美两国学者之间争论》, 北大《法律评论》第1卷2号, 法律出版社, 1999年1月。详细论述请参照寺田浩明, 《清代民事司法的“审判”与“调停”——关于黄宗智氏(Philip C. C. Huang)的近业》, 中国史学会《中国史学》第5卷, 177-217页, 1995年, 以及寺田浩明, 《关于清代听讼中所见“逆说”的现象的理解——关于黄宗智氏的“表象与实务”论》, 中国社会文化学会《中国——社会与文化》第13号, 1998年。
- [7] 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》, 前引明清时期的民间契约和民事审判收录, 原载1997年。
- [8] 这种诉讼程序的动力, 归根结底自始至终在于当事人所提出的诉状。诉状提出之后, 地方官阅读之时将疑问和自己的意见写在诉状结尾处并张贴于告示板之上, 通常除此之外并无事情要做。如果被告方提出反诉, 而原告方先回答地方官的评语, 并做出补充说明后再次提出诉状催促程序的进行, 地方官方才开始继续进行: 派遣差役到当地调查, 并传唤当事人到庭。如果各方都传唤到庭了, 则开庭; 否则如果差役答复说当事人不在, 则就此放置不管。不言而喻, 当事人如对此表示不满, 就会提出质问的诉状, 纠缠不休地催促, 直到开庭。然而, 即使最后开了庭, 如果纠纷未能当庭解决, 地方官也只是兀自休庭而已。于是, 不满的当事人只好再次提出诉状, 如此循环往复地进行。
- 这种程序的一个结果就是, 正如本文所述, 出现了只要当事人诉讼不止、程序就永远不会结束的现象; 但其反面则可能存在另一个结果, 即, 如果在上述哪个阶段发现了妥协点, 就可以在那里息讼从而使该诉讼全部消除。根据最近的研究成果, 提诉事案的三分之二在开庭之前即已在地方官的面前以这种方式销声匿迹了。
- [9] 断案通常从文明人和圣人应如何做的高度进行“劝谕”。因此说到审判

的局面, 通常, 争执总是以地方官的这种“合乎情理”的说教使当事人心悦诚服的方式而偃旗息鼓。在此可以想象当事人与地方官之间存在着一种权威性的落差, 而对于纠纷的解决来说这是必要的。然而另一方面, 如果说到这里所显示的内容(例如成为实定法的根据), 则并没有任何形式性的特征。双方当事人似乎是以这种方式结束了争执。但反而言之, 在向当事人发话时, 向他们揭示双方当事人都能接受的(或者如果深思熟虑当然或应该认识到的)“均衡点”的规范性的高度, 正是法官的作用之所在。

- [10] 不言而喻, 西方法秩序中的“权利”, 在现实中也是受到来自公共福利的一般性限制的。

(范愉译)