

# 从“礼治”到“法治”？

□ 梁治平

〔内容提要〕本文在考察中国明清时代的社会情态的基础上审视了费孝通在《乡土中国》中提出的一系列概念，认为，由于中国社会情态的复杂性，简单地用自由民主一类价值去衡量中国传统社会存在认识上的危险。我们应当重新检讨百年来中国的现代化理论与实践，重新看待和评估今天仍然备受压制的各种民间知识形态，检讨和调整我们对待历史传统和民间社会的立场和态度。

Based on the analysis of China's social situation in the Ming and Qing Dynasties, this monograph reviews the several key concepts which Fei Xiaotong employed in his "The Rural China". The author holds that the complexity of China's traditional social structure defies any oversimplification or generalization by such concepts as freedom, democracy, etc. We need to immerse ourselves in the grassroot level and the more civilian aspect of history.

一

根据一般流行的见解,传统的中国社会,从政治学的方面看,是一个“人治”的社会,从社会学的方面看,是一个“礼治”的社会,而无论“人治”还是“礼治”,在今天都不具有超越时代的意义,因为归根到底,它们只是另一种社会、另一个时代的范畴。在讲求自由、民主和法治的现代社会里面,这些范畴既不具有正当性,也无法成为一种积极的精神资源。

对繁复的社会事实进行分类和概括,这是人们认识和了解社会的一种基本手段;而且,把传统的中国社会定义为所谓“人治”的社会或者“礼治”的社会,恐怕也不能说是错误。不过,我们在这样做的时候确实面临着某种危险,那就是把对象简单化和将概念绝对化。事实上,作为一种日常话语实践,“礼治”与“法治”这样一对概念的运用,已经具有某种绝对的意味,这一点不仅表现在人们对这两种社会和秩序所作的截然划分上,也表现在他们对这种区分后面的支持性理论的不自觉上面。为了揭示这种状况,我将从分析一个社会学家所建构的颇具影响的社会模式入手,通过将相关概念语境化和相对化的办法,达到对这些概念以及概念后面的理论的反思,重新把握被遮蔽的社会现实。

二

本文所要讨论的“礼治秩序”的概念出自著名社会学家费孝通先生。

在1947年出版的《乡土中国》①一书中,费氏试图从中国本土社会里面提炼出一些概念,并用它们来勾画中国乡村社会的面貌。这些概念包括“乡土社会”、“差序格局”、“礼治秩序”、“长老统治”等等。在费氏看来,中国基层社会是乡土性的,或者,用社会学家的话说,是所谓“礼俗社会”。在这种社会里面,人们安土重迁,其生活富于地方性。乡土社区的单位是村落,人们彼此熟悉,因此,这又是一个“没有陌生人的社会”。②在这样一个社会里,“规矩不是法律,而是‘习’出来的礼俗”,③换言之,乡村社会秩序的维持,在许多方面与现代社会秩序的维持是不同的。正是着眼于这一点,费氏不以“人”、“法”二字区分“人治”与“法治”,而把它们的分别确定在维持秩序时所用的力量和所依据的规范的性质上面。从这里,便产生了“礼治秩序”的说法。

根据费氏的定义,“礼是社会公认合适的行为规范”。④不过,仅就行为规范这一点来说,礼与法律无异。二者的不同在于,法律要靠国家权力来推行,礼却不需要有形的权力机构来维持。“维持礼这种规范的是传统”;“传统是社会所累积的经验”,⑤通过教和学而代代相传。在缺少变动、代代如是的乡土社会,过去的经验常常可以用来作现下生活的指南,人们因此对传统抱有敬畏之感。作为所谓“合式的路子”的礼,即是“经教化过程而成为主动性的服膺于传统的习惯”。⑥而所谓礼治,“就是对传统规则的服膺”。⑦这样的秩序自然要强调修身,提倡克己,和注重教化。有了纠纷,要用调解的办法来解决,打官司是可耻事情,因为那表明教化不到。

“乡土社会”所描述的是一种特定的社会情态,“礼治秩序”所代表的则是一种秩序类型,二者之间具有紧密的内在关联。用费氏自己的话说,“礼治的可能必须以传统可以有效应付生活问题为前提,乡土社会满足了这前提,因之它的秩序可以礼来维持。”⑧相反,在一个变迁的社会里,传统的效力无法保证,只有大家在规定的办法下合作,才可能成功地应

把传统的中国社会定义为所谓“人治”的社会或者“礼治”的社会,我们在这样做的时候确实面临着某种危险,那就是把对象简单化和将概念绝对化。

“法治和礼治是发生在两种不同的社会情态中。”礼治社会是乡土社会的特色，法治则适合于变迁很快的社会和时代。社会情态改变了，秩序类型也必然要发生变化。

付共同问题，这样便产生了对法律和法治的要求。换句话说，“法治和礼治是发生在两种不同的社会情态中。”<sup>⑨</sup>礼治社会是乡土社会的特色，法治则适合于变迁很快的社会和时代。社会情态改变了，秩序类型也必然要发生变化。

费氏在他的书里面并没有正面地和系统地论述法的理念，但是他的“礼治秩序”概念却是在一个与之正相对应的概念即“法治”的对照下开展的。实际上，无论“乡土社会”还是“礼治秩序”，都只有在一个历史的和比较性的框架里才是有意味的和可以理解的，而我们也确实可以从费氏的比较性论述当中理出一个“礼治”和“法治”的对比式来；在“礼治秩序”这一面，维系社会秩序的规范是礼，维持礼的力量则是传统和习惯；礼对于人的约束是内在的，即人通过教化而主动地服膺于礼；这种秩序注重修身和克己，依靠调解来解决纠纷；打官司被视为丑事，讼师更为众人所不齿；与这种秩序相配合的是一个缺少变化的社会，或者，用更加确定的说法，一个前现代的社会或传统社会。而在“法治”这一面，基本的规范是法律；法律靠了国家力量来实施，从外部对人加以约束；法律着眼于个人权利的保护，因此鼓励人们主张各自的权利，亦不以涉讼为耻，相反，专门的法律家如律师在这样的社会中占有重要位置；自然，与法治相配合的社会是一个变迁很快的社会，即我们所谓现代社会。如果把上面的对比式再加以简化，我们可以看到这样一组正相对应的概念：礼治/法治，礼俗/法律，习惯/传统/国家权力，内在/外在，强调克己/主张权利，调解和教化/诉讼和审判，讼师/律师，相对不变/变动很快，传统社会/现代社会，等等。

对乡土社会的刻画和对礼治（秩序）与法治的区分，自然有助于人们认识和了解中国的社会现实，但这未必是作者唯一的和最终的目的。在费氏思考和写作这本小书的时候，中国社会正处于变化和动荡的的转型时期。就其讨论的主题来说，一个引人注意同时也是令人感到困窘的问题是，现代的司法制度已经引进并且推行下乡，乡土社会中人的组织、行为和观念却没有发生相应的变化，结果是“现行的司法制度在乡间发生了很特殊的副作用，它破坏了原有的礼治秩序，但并不能有效的建立起法治秩序。……结果法治秩序的好处未得，而破坏礼治秩序的弊病却已先发生了。”<sup>⑩</sup>要解决这样的问题，根据费氏的看法，除了把现代法律和法庭推行下乡之外，还应当“在社会结构和思想观念”上有一番改革。因为，归根到底，只有破坏了原有的乡土社会的传统，才可能使中国走上现代化的道路。<sup>⑪</sup>

费氏的问题意识很清楚。由于中国社会所经历的转变，礼治秩序已经失去了它的历史正当性，而且事实上，它也正在为法治秩序所取代。因此，问题仅仅是，如何推进这一历史进程，完成这一社会转变，同时尽量避免社会转型过程中可能出现的种种弊害。应该说，费氏当日对中国社会所作的观察是敏锐的，而他对于中国社会发展所抱持的这种看法，即使在今天仍然是颇具代表性的。<sup>⑫</sup>不过，在这本小书问世将近半个世纪之后，面对新的社会实践，我们似乎有责任也有理由重新思考这一问题。

### 三

我们的检讨可以从方法论开始。

费氏对于他所谓“乡土社会”的描述一方面建立在社区观察的基础上面，另一方面也受到他对于中国社会一般了解的支持。不过，正如他自己在《乡土中国》的“重刊序言”中所说，这本小册子与他以前所写的社会学调查报告如《江村经济》等不同，“它不是一个具体

社会的描写,而是从具体社会里提炼出的一些概念”。这些概念能够帮助我们一般地了解“中国基层传统社会”,了解它的特质和结构,它的支配着社会生活各个方面的“特具的体系。”换言之,“乡土社会”也好,“礼治社会”也好,这些概念在时间和空间两个方面都具有远为广泛的适用性。问题是,费氏对于中国的直接观察和思考毕竟是被限制在特定的时空范围之内,而这一特定时空又恰好处于中国社会面临现代性挑战的转变过程之中,早已经不是单纯的“传统社会”,于是,费氏对“中国基层传统社会”的描述在多大程度上真实可靠,又在多大程度上因为其特定时空内的特殊经验而受到扭曲,就成了一个问题。<sup>⑬</sup>

指出上面这一点并不是要否认传统的连续性,而是想强调,即使是具有连续性的传统也常常在变化之中。经历了近代革命的中国社会不同于“传统的”中国社会固不待言,就是在“传统的”中国社会里面,秦汉与唐宋、唐宋与明清,其社会形态也都各不相同。事实上,费氏所刻画的“乡土中国”更接近于明清社会。这也很自然,因为正是明清社会,直接构成了近代中国社会变革的历史背景。也是因为这个缘故,对明清社会的了解,不仅有助于我们重新检讨费氏建构的所谓“乡土中国”的社会模式,而且对我们认识最近100年来中国社会的变迁也大有裨益。

费氏笔下的“中国基层传统社会”有两个特点,第一是它比较地缺乏变化,所谓“乡土特色”使得整个社会趋于静止;第二是只见“社会”不见“国家”,以及相应地,只有“礼俗”没有“法律”。这种社会与我们现在所了解的明清时代的社会并不相同。许多学者的研究都表明,明清时期,尤其是清代,随着人口规模的迅速扩大,中国社会的商品经济和货币经济有了很大的发展,土地交易和土地的流转极为频繁,这使得整个社会内部充满动荡与不安。这种情况表现在法律上面,便是诉讼频仍和地方行政的不堪重负。比如据一位日本学者的保守估算,乾隆年间,普通州县一年可能收到15000到20000份状词;在一个有大约23000户人家的州县,每年作为新的原告或被告参与诉讼的在千人以上。<sup>⑭</sup>当然,这种估算即便属实,也并不意味着清代社会与现代社会无别,或者,清代中国就已经开始进入法治时代。我们能够确定的只是,明清社会并不缺乏变化,当时的基层社会也不是不见“国家”,在那里,社会秩序单靠传统、习惯和礼俗尚不足以维系。

一个有意思的问题是,除了上面提到的一般原因,诉讼频仍的现象究竟是如何产生的?这些诉讼所要解决的问题是什么?以及,对于体现于诉讼中的社会要求,国家的司法制度是否能够予以满足?要全面回答这些问题,显然将大大超出本文的主题和篇幅,因此,下面仅就本文关心的问题,根据已有研究作一个简单的叙述。

清代的诉讼,就其数量而言,多半与所谓“户婚田土钱债”有关。当时,这一类事务被国家视为“民间细故”,并将处断的权限委之于州县官吏。然而,对普通民众而言,生活日用无非就是户婚田土钱债一类事情,遇有纠纷,若不能及时解决,其日常生活必然深受影响。尤其是田地房宅一类纠葛,关涉人民生计,故往往拼死相争。值得注意的是,民间这类利益纷争并不以“权利主张”的方式表现出来,同样,无论民间的调解还是官府的听讼,也都不是以界定“权利”为目标展开的。比如诉讼,当事人并不是依法主张其权利,而是以“喊冤”方式求“青天大老爷”为自己“做主”。为此,无论告、诉,状词总要列举对方“恶行”如无理、霸道、欺压、殴打情事,且多夸张其词,期冀引起官府的注意与同情。官府这一面,则以更高道德权威的身份,站在“公”的立场上,在全面考察和考虑了各种具体因素的基础上,作出不偏不倚、合情合理的判断。<sup>⑮</sup>所谓不偏不倚,就是取中,不偏私;所谓合情合理,即是考虑周全,

费氏对于中国的直接观察和思考毕竟是被限制在特定的时空范围之内,而这一特定时空又恰好处于中国社会面临现代性挑战的转变过程之中,早已经不是单纯的“传统社会”

“中国基层传统社会”有两个特点,第一是它比较地缺乏变化,所谓“乡土特色”使得整个社会趋于静止;第二是只见“社会”不见“国家”,以及相应地,只有“礼俗”没有“法律”

当时的司法制度并不是为保护个人权利而设计,如果要在情节琐细且数量众多的民间词讼里面将权利一一界定清楚,则将耗费大量的人力物力,因此,地方官便不得不倚重民间调解机制,并且把听讼变成教化,将技术问题转变为道德问题。

既遵守当然之理(如“欠债还钱”),又照顾自然之情(如“事出无奈”之类)。①⑥因此,在“在理”者不一定能获全胜,“无理”者也未必全败。自恃理直而不依不饶的态度和做法本身就会被看成是不近情理而遭受非议。①⑦

与上述情形相应,民间也并不存在与事实上的领有关系相分离的抽象权利以及保护这种权利的“所有权制度”。比如与民生关系最为密切的土地方面,“所有的对象与其说是‘物’,不如说是一种‘经营权’,……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”。①⑧换句话说,我们今天所谓的“土地所有权”,当时只是一种建立在某种“来历”的基础之上并且获得一般社会承认的相对稳定的状态,一种介乎权利与事实之间的状态。从规范秩序的角度看,这种状态的稳定性与地方性惯例或我们所谓习惯有关,但即使是习惯法,正如这个词本身的含义所表明的那样,也不能够提供一套脱离事实的抽象规范。①⑨其结果,在明清时代,伴随着人口的巨大压力,以及人口与资源之间日益尖锐的矛盾,民间围绕着各个不同的“生业”而展开的斗争,就呈现出一种你挤过来、我推过去的暗暗较劲状态。②⑩明白了这一点,我们就不难了解,为什么当时的民间纠纷常常拌以各式各样的强力行为,从“图赖”式的“胡搅蛮缠”一直到关涉人命的“争殴”。②⑪

现在回到前面提出的问题。

明清时代民间的“户婚田土钱债”纠纷之所以多,除与当时的社会经济变化有关之外,也与财产制度和法律制度有关,与人们看待和解决纠纷的方式有关。既然民间各种“生业”只是一种介乎权利与事实之间的相对安定状态,而不曾在制度上被明确地加以界定,纷争与诉讼便会源源不断。又因为官府的审判实际上与民间调解一样,旨在恢复和谐、解决纷争,并不以界定和保护权利为目标,上述情形便只会进一步加深,以至虽然社会中存在无讼的理想和息讼的努力,虽然诉讼费用极为高昂,纠纷和诉讼仍然有增无已。其实,诉讼费用高昂这一现象本身也能说明问题。说到底,当时的司法制度并不是为保护个人权利而设计,如果要在情节琐细且数量众多的民间词讼里面将权利一一界定清楚,则将耗费大量的人力物力,为收入有限的地方政府所不能负担。因此,地方官便不得不倚重民间调解机制,并且把听讼变成教化,将技术问题转变为道德问题。②⑫不过,正如我们已经看到的那样,这样做的结果并不能阻止潮水般的诉讼。为了应付繁杂的衙门事务,地方官不得不依赖幕友、书吏和差役。②⑬后者数量可观,但却在国家编制之外,他们中间多数人的生活 and 办公费用由当事人身上索取,由这里,便产生了种种所谓衙门“陋规”。它们令诉讼成为一种灾难,但仍不足以根绝诉讼。

明清社会内部蕴涵了许多危机,诉讼频仍与地方行政的困顿便是这些危机的表征之一。

#### 四

清明时代的人很容易把诉讼频仍的现象归因于民间的“健讼”风习或者讼师的活动,但是对于一个生活在 20 世纪的观察者来说,这类看法显然是过于简单化了。在我们看来,不但诉讼的当事人,而且就是那些从诉讼中渔利的讼师,其行为也未尝不具有某种合理

性。事实上,并不是“健讼”之风和讼师的存在使得诉讼有增无减,恰恰相反,正是诉讼的必要性促使民众选择诉讼,④并使得讼师能够存在。⑤问题是,诉讼中所体现的社会要求并没有获得制度性的解决,结果在一方面,旧的诉由一提再提,新的诉由纷至沓来;另一方面,众多的诉讼在对地方衙门形成巨大压力的同时,也对当时的司法制度构成挑战。今天看来,这个挑战无法在传统的制度框架内予以化解,因为它包含了现代性的要求在内:一套产权界定办法和权利保护制度。

把现代性这样的概念加入到明清社会生活之中,这种做法必须加以限制性的说明。实际上,当时没有人提出什么“权利主张”,也没有人根据现在人所熟悉的权利—义务模式去思考问题。因此,与其说明清社会内部孕育了现代性的要求,不如说当时社会生活中的一些基本问题有可能借助于现代性的方案来加以解决。换言之,在传统社会与现代社会之间,存在了一些结合点。这个问题也可以另一个事例加以说明。

在对所谓清代习惯法的研究过程中,我发现,习惯法的支配原则与官府之法的支配原则不尽相同。前者是一套实用性知识,其应用关乎民生日用,因此主要受实用理性支配。后者则相反,作为一种精英知识传统,它的符号意味更强,文化选择色彩也更浓。通过对此二者之间相互关系的研究,我还发现,尽管这两种知识传统从来不是互相隔绝的,但从某种意义上说,它们之间的联系终究是外在的。中国历史上既缺少一种关于习惯法的说明性学理,也缺乏一个从事于这种探究和说明工作的群体,结果是,所谓习惯法只能是一种粗糙、实用的地方性知识,而无由成为一种精致、抽象和富有学理性的知识系统。⑥用一个反例来说明这种情形,我们可以举出中国近代的习惯法整理运动。这场运动发生于中国近代法律变革之后,是新的民、商事立法的一个环节。在全国范围的调查过程中,习惯法首次被全面地搜集和整理,并且根据现代民、商法体系加以分类。⑦不仅如此,在当时各地的司法审判过程中,习惯还被按照现代法理加以解释,进而程度不同地融入于司法实践和新式立法当中。⑧作为日常生活实践的民间习惯突然获得如此关注,显然不是因为它们自身发生了重大变化,而是因为法律制度的整体架构改变了,因为这一变化,一向被官府视为细微末节而不加重视的“户婚田土钱债”事务开始具有特殊的重要性,与这类事务有着直接关联的社会生活实践也被从新的角度重新加以理解。在此基础之上,作为民间小传统的习惯与新的国家法律逐渐被内在地联系在一起。

在明清社会内部发现现代性的生长点,这是一件颇有意味的事情。它表明,传统与现代不必截然两分,“礼治秩序”中也可能有“治法”的要素。反之,根据同一种逻辑,“法治”也未必不能包容和吸收某种“礼治”的要素。

也是在《乡土中国》一书中,费孝通先生区分了三种不同的权力类型,即所谓横暴的权力、同意的权力和教化性的权力。前两种权力另有专名,即专制与民主,后一种权力类型则为中国乡土社会所特有。在费氏看来,这种权力显然不是专制的,但也不是民主的,而是建立在他所谓“长老统治”的基础之上,是“无为政治”的一个结果,“礼治秩序”的一项内容。换句话说,教化性权力的社会基础,是乡土社会中的特定经济条件和社会组织结构。在那里,横暴的权力受到种种约束,在人民的实际生活中是松弛的和微弱的。⑨也是着眼于这一点,有人说中国虽没有政治民主,却有社会民主;或说中国的政治结构分为两层,上面是不民主的,下面是民主的。⑩也有人认为,与前现代社会中的欧洲人相比,中国人享有自由,从来都不是太少,而是太多。⑪持这类看法的人通常会注意到传统社会中的乡族、村

与其说明清社会内部孕育了现代性的要求,不如说当时社会生活中的一些基本问题有可能借助于现代性的方案来加以解决。换言之,在传统社会与现代社会之间,存在了一些结合点。

在明清社会内部发现现代性的生长点,这是一件颇有意味的事情。它表明,传统与现代不必截然两分,“礼治秩序”中也可能有“治法”的要素。

当费孝通先生指出教化权力既非民主又异于不民主的专制,或者,梁漱溟先生说中国人未尝自由亦未尝不自由的时候,我想,我们都意识到了中国社会情态的复杂性,意识到简单地用自由、民主一类价值去衡量中国传统社会的危险。

实际情况可能是,“礼治秩序”中有“法治秩序”的生长点,“法治秩序”也可以从“礼治秩序”中获取养分。在“礼治”与“法治”、传统与现代法秩序”也可以从“礼治秩序”中获取养分。在“礼治”与“法治”、传统与现代之间,可能存在着一些我们从来没有注意到的结合点。

庄、行会等共同体,强调其自治性质和它们对于来自国家的专制力量的消解作用。具有讽刺意味的是,“五四”运动以后占主导地位的思想舆论恰好认为,传统社会中的共同体如家族、行会等不仅不是自由的保障,反而是自由的大敌,只有彻底打破这种所谓“宗法社会”的格局,个人才能获得真正的解放。中国现代国家就是在这套现代性话语的指导下成长起来的,只是,它最终并没有实现任何有关个人解放的诺言,相反,随着“宗法社会”的彻底瓦解,不仅社会消失了,个人也不复存在。国家取代了一切,吞噬了一切。因此,毫不奇怪,在20世纪即将结束之际,当人们重新回顾这段历史,并对当下的中国社会认真反省的时候,历史上的各种共同体,它们的自治性质,以及它们与国家和个人之间的关系,又一次引起他们的注意。<sup>⑩</sup>

在此,我无意对中国历史上的国家、社会和个人自由的关系问题加以论证,事实上,我并不认为传统的中国人(即使是在明清时代)具有与西方人同样的自由、民主等价值理念。当费孝通先生指出教化权力既非民主又异于不民主的专制,<sup>⑪</sup>或者,梁漱溟先生说中国人未尝自由亦未尝不自由的时候,我想,他们都意识到了中国社会情态的复杂性,意识到简单地用自由、民主一类价值去衡量中国传统社会的危险。尽管如此,我们仍不妨去构想一种经由“社会”来实现的个人自由,而且,无论我们赋予这个“社会”什么样的现代含义,在它的那些渊源久远的民间社会组织形式之间,是可能存在某种联系的。<sup>⑫</sup>正是在这样的意义上,我们可以说,现代法治也可以在传统的礼治秩序当中汲取养分。

## 五

中国近代革命和中国现代国家,都是在一个历史进步论的宏大理论笼罩之下发展起来的。这种理论力图让人们相信,人类社会在不断地进步当中获得发展,新社会取代旧社会、现代取代传统,体现了历史的发展规律,是人类进步的必然结果。受这种宏大理论支配,产生了各式各样的现代性话语,这些具体理论虽然各不相同,但是都假定传统与现代截然不同,相信前者必然为后者所取代。在本文前面所介绍的费孝通先生对于所谓“乡土中国”的描述里面,就隐含了这样的理论逻辑。在那里,正如我们所见,“乡土社会”及其“礼治秩序”是在一系列二元对立的概念区分中被把握和说明的。因此,这里的问题并不是费氏对于中国基层社会的描述有多少真实的成分,或者,他从中国具体社会中提炼出来的概念具有多大的说明力,而在于,这种对中国社会的观察和解说在多大程度上受到作者本人理论“前见”的影响和扭曲,以及,一种贯穿于语词和概念结构中的理论可能在多大程度上遮蔽社会现实,又在多大程度上限制人们的想象力。

通过把概念引入历史,使之情境化、相对化,本文试图说明,费氏笔下的“礼治秩序”其实是一个人为构造的虚幻实在,支撑这一构造的一系列二元对立实际上并不存在。相反,实际情况可能是,“礼治秩序”中有“法治秩序”的生长点,“法治秩序”也可以从“礼治秩序”中获取养分。在“礼治”与“法治”、传统与现代之间,可能存在着一些我们从来没有注意到的结合点。如果真是这样,我们便不得不重新检讨百年来中国的现代化理论与实践,不得不重新看待和评估今天仍然备受压制的各种民间知识形态,不得不重新检讨和调整我们对待历史传统和民间社会的立场和态度。毕竟,我们今天的历史处境和生存状态,与我们对历史、社会、过去和未来的认识有着密切的关联。意识不到这一点,我们就将既失去过去,也失去未来。

注释:

①费孝通:《乡土中国》,北京,三联书店,1985年版。

②③④⑤⑥⑦⑧⑨⑩⑪⑫⑬⑭⑮⑯⑰⑱⑲⑳㉑㉒㉓㉔㉕㉖㉗㉘㉙㉚㉛㉜㉝㉞㉟㊱㊲㊳㊴㊵㊶㊷㊸㊹㊺㊻㊼㊽㊾㊿费孝通:《乡土中国》,第5页,5页、50页、50页、53页、55页、53页、53页、58—59页、58页、60—70页、65页、70页。

⑳费氏的这本小书自80年代以来一直获得重印,也许可以从一个侧面说明这一点。

㉑比如,40年代中国的农村社会已经深受现代化进程影响,新试的37法制度也已经推行下乡,这意味着社会与国家的关系发生了重大改变,这种改变不能不影响到乡社会生活,影响到乡民针对“法律”的看法、态度和行为。

㉒㉓参见夫马进:《明清时代的讼师与诉讼制度》,范愉译,载《明清时代的民间契约与民事审判》,王亚新、梁治平编,北京,法律出版社,1998年版。

㉔㉕㉖参见寺田浩明:《权利与冤抑——清代听讼和民众的民事法秩序》,王亚新译,载注①引书。

㉗参见滋贺秀三:《清代诉讼制度之民事法源的概括性考察——情、理、法》,范愉译,载注①引书。关于这一问题更一般的考察,参见梁治平:《寻求自然秩序中的和谐:中国传统法律文化研究》,第284—301页,北京:中国政法大学出版社,1997年版。

㉘㉙㉚㉛㉜㉝㉞㉟㊱㊲㊳㊴㊵㊶㊷㊸㊹㊺㊻㊼㊽㊾㊿在习惯法那里,规范与事实不能够明确地区分开来。参见昂格尔:《现代社会中的法律》,第43—44页,吴玉章等译,北京:中国政法大学出版社,1994年版。哈特:《法律的概念》,第92—95页,张文显等译,北京:中国大百科全书出版社,1996年版。

㉞滋贺秀三曾经注意到这种现象,详见其所著《清代州县衙门诉讼的若干研究心得——以淡新档案为史料》,姚荣涛译,载《日本学者研究中国史论著选译》(第8卷),刘俊文主编,北京:中华书局,1992年版。又,清代刑科题本中“土地债务”类涉及的都是这类情形。详见《清代地租剥削形态》及《清代土地占有关系与佃农抗租斗争》两书,北京中华书局1988年版。

㉟这一点早经黄仁宇先生指出,详见《万历十五年》,第145—155页,北京:中华书局,1982年版。关于中国古代法律的道德与问题,参见梁治平注①引书第9、10、11诸章。

㊱关于清代幕友、书吏和差役的情况,参阅郑秦《清代司法审判制度研究》,第105—143页,长沙:湖南教育出版社,1988年版。戴炎辉:《清代台湾之乡治》,第631—665页,台北:联经出版事业公司,1984年版。

㊲大体说来,发生纠纷时诉诸民间权威还是官府,这一点取决于当事人对其具体景况的权衡。参见岸本美绪:《清初上海的审判与调解——以〈历年记〉为例》,载《近世家族与政治比较历史论文集》,台北,1992年版。

㊳参见梁治平:《清代习惯法:社会与国家》,第127—140页,北京:中国政法大学出版社,1996年版。

㊴最明显的事例就是在北京政府司法部主持下进行的全国范围的民商事习惯调查,其结果即是1930年出版的《民商事习惯调查报告录》。

㊵作为中国固有制度之一的“典”被吸纳到《民法典》中就是一个好例。此外,《民法典》第一条即规定,民事无法律规定者,适用习惯。

㊶比如,孙中山先生即有这样的看法。见梁漱溟:《中国文化要义》第163页,上海:学林出版社,1987年版。岸本美绪:《市民社会论与中国》,王亚新译,载注①引书。

㊷参见杨念群:《近代中国研究中的“市民社会”——方法及限度》,载《二十一世纪》1995年12月。

㊸梁漱溟:注①引书第254页。

㊹最近一个有趣的事例是,有学者试图证明著名史学家陈寅恪在其中古史研究中寄托了自由主义情怀,即以士族制约皇权,实现“封建的自由”或所谓“贵族自由主义”。

梁治平:教授,中国文化艺术研究院