

# “无法”之讼：传统中国国家治理体系中的田土细故

王帅一

**摘要** 以现代法学知识体系来解读中国传统民事法律及审判，在对中国传统法典中几乎不涉及的细故问题作出很多阐释性理论贡献的同时，也产生了不少令人困惑与争论不休的问题，遮蔽了中国固有法文化的重要内容。如果要认识传统中国的细故问题，需要从“法”（刑）与契约的文化源头进行分析，并结合有关“细故”的语言表达一体化考察。将此问题还原至传统中国国家治理体系中，我们可以发现，“细故”问题并非今日理论之下的民法问题，甚至也很难说其为传统中国人心目中的法律问题。传统中国在处理“细故”纠纷时将其置于州县以下，采取礼义教化而非依法审判的策略来解决此类问题，是中国文化塑造的结果。

**关键词** 细故 土地契约 民事审判 国家治理 中国文化

作者王帅一，中国社会科学院法学研究所副研究员（北京 100720）。

中图分类号 P9

文献标识码 A

文章编号 0439-8041(2019)12-0106-15

## 引论

当现代人身处一个“法律帝国”时，我们的思想与行为皆受制其中，很难想象一个没有法律的秩序会如何发生。“我们生活在法律之中，并以法律为准绳。法律确定我们的身份：公民、雇员、医生、配偶以及财产所有人。”<sup>①</sup>今天的人们在遇到这些问题时，自然而然地会觉得这是法律问题，应该采用法律思维来理解与处理这些问题。然而，在不同时期、不同地方，人们面对这些共同的问题时，理解这些问题的立场、对待这些问题的态度和解决这些问题的方式并不相同。这是文化选择的结果，也因此产生了不同的意义。通过文化的解释，可以关注不同人群看待和处理共同问题的态度和方式，尤其是那些隐蔽在共同表象之后的有意味的差异。<sup>②</sup>

西法东渐与中国法律史学科的建立，有助于我们更好地分析中国历史上法律的发展演变。现代法学学科的分野，让我们对“中国刑法史”“清代民事法律”以及“历史中国的宪制”诸如此类的问题都颇有建树。在条分缕析的过程中，虽然加深了对问题的认识，但是采用现代法学的理论、方法对传统中国的制度进行剪裁，却使我们失去了一个整体意义上的传统中国。更何况刑法、民法的划分本身也是“文化选择”

<sup>①</sup> 德沃金：《法律帝国》，李常青译，徐宗英校，北京：中国大百科全书出版社，1996年，“前言”，第1页。

<sup>②</sup> 参见梁治平编：《法律的文化解释》，北京：生活·读书·新知三联书店，1994年，第37页。

的结果，是西方历史发展过程中生发的、对待治理问题的态度与解决问题的方式。我们如果亦做此分类，便忽视了传统中国在面对国家治理问题时所采取的与西方文明不同的治理方式的深层次原因。<sup>①</sup>虽然人类的生活相同，但生活的“样法”不同，文明的“用力所在”不同，不同民族的成功之处不同，抽象而言便是“文化的不同”，进一步说就是“生活中解决问题方法之不同”。<sup>②</sup>比较的视角使我们轻而易举地发现中西之不同<sup>③</sup>，但根本问题却是一直以来被我们忽视的文化根源问题。中国现代化建设并未彻底完成，因此，在走向现代化的宏观背景之下检视中国传统法律的研究，仍然具有积极意义。但是在现代化路径中理解传统而引发的争论与困惑，具体到民事法源与民事审判诸多问题讨论过程中产生的问题，迫使我们反思认识传统是否只有“现代化”一种范式。

从文化源头理解“传统之所以成为传统”这一命题，或许可以弥补自“批判式”对待传统以来所产生的理解偏差（甚至是谬误）。对传统中国“田土细故”及其纠纷解决的理解，或许可以换一种思路理解其秩序何以运转。如梁治平在强调“清代习惯法”研究意义时说：“认识清代习惯法对于我们了解清代社会及其变迁乃是必不可少的。因为有这样一种法律（连同认可这种秩序的国家法）所构建的秩序，清代社会才呈现出如此丰富多样而又井然有序的面貌，也是因为有这样一种法律传统，明、清时代的国民可能面对巨大的人口压力，创造出新的经济手段，一方面弥补资源上的匮乏，实现引人注目的经济增长，一方面增强固有体制的弹性，使不至在前所未有的人口和资源压力之下崩解。”<sup>④</sup>

在认识传统“法”的道路上，前辈学者作出诸多贡献。在传统“民事契约”“民事审判”“民事法源”或者是“私法秩序”等问题上，已经有了基于文献与档案等多种资料展开研究的大量成果，这些都成为进一步认识中国传统的智识资源。本文的写作并非要否定既有研究的意义，也并非另起炉灶重新全面系统阐发有关“民事审判”诸问题，而是在此前丰富扎实研究的基础上继续探讨一种回归文化源头认识传统的新角度，并试图回应问题论争中存在的问题，使这一重要问题的学术脉络得以充分继续发展。

## 一、中国传统“民事法源”及“审判”问题讨论中产生的问题

学界对中国传统契约诸问题的讨论几乎全部仰赖现代民法思维模式来分析。<sup>⑤</sup>无论是契约习惯是否属于民事法源的讨论，或是契约纠纷裁判是否适用民事法源问题的讨论，都使传统中国契约诸问题成为了一个实实在在的民事法律问题。因为传统中国法典编纂体系的特殊性，寻找民事法源的努力成为传统中国“民法”研究的一个重要特征。<sup>⑥</sup>

近代以来的中国与日本受大陆法系影响颇深，在立法上的表现不一而足，毋须赘言。源于欧陆，由一定逻辑体系联结基本概念而生发的法典理论体系，让学者们在思考传统中国相关问题时得到了相当程度上

① 在近代以来的法律实践领域也是如此，如梁治平所言：“考察西方法律的发展演进，辄见文化条件在先，政治变革在后，而且这种变革总是在固有文化基础上进行的。中国近代法律的发展正好相反，由于特定的历史原因，它的发展必须以否弃传统为前提，于是政治变革在先，文化创造在后，这个创造当然不能是固守传统，而是以对西方文化的认同为基本特征的。”梁治平：《法辨：中国法的过去、现在与未来》，北京：中国政法大学出版社，2002年，第160页。

② 参见梁漱溟：《东西文化及其哲学》，北京：中华书局，2013年，第57—58页。

③ 如滋贺秀三比较得出：“像在欧洲所能见到的，与国家权力在不同程度上相分离而具有独立地位的法律界精英们从理性的探索中产生出学说、判例，创造并支持着法这样一种现象——应该说是欧洲法文化的核心要素——在中国几乎找不到。”滋贺秀三：《中国法文化的考察——以诉讼的形态为素材》，王亚新译，滋贺秀三等：《明清时期的民事审判与民间契约》，北京：法律出版社，1998年，第2页。

④ 梁治平：《清代习惯法：社会与国家》，北京：中国政法大学出版社，1996年，第178页。

⑤ 比如运用产权分析模式会发现：“在中国历史的大部分时期，产权在政治中是一个无关紧要的角色……正如在衙门的诉讼中，争议者很容易为诉求和义务争论，却没有一个词是为了‘产权’。”曾小萍、欧中坦、加德拉编：《早期近代中国的契约与产权》，李超等译，杭州：浙江大学出版社，2011年，第191页。

⑥ 如寺田浩明所言：“滋贺教授在其研究的后期所讨论的‘情理’及州县自理审判的性质问题，直接的目的当然在于弄清当时地方官所从事的民事审判依据什么样的‘法源’。”寺田浩明：《日本的清代司法制度研究与“法”的理解》，《权利与冤抑：寺田浩明中国法史论集》，王亚新等译，北京：清华大学出版社，2012年，第198页。

的便利,却也因此产生了不少困惑,<sup>①</sup>甚至是根本对立性的观点分歧。<sup>②</sup>寺田浩明指出:“关于清代的民事法秩序(尤其是财产法秩序),即使把现在学术界已得以明确的知识都收集起来也难以描绘出一幅稳定的整体图像,或者甚至不妨说越是把这些知识收拢来,这项工作就显得越困难。”<sup>③</sup>研究中最大的困惑莫过于旨在解决民事纷争的国家制定法较之西方少之又少。<sup>④</sup>尤其在与刑事案件的审判相较之后,“民事处理中引照任何审判先例的,却仍然是几近于无”。<sup>⑤</sup>因此,源自现代法学知识的审判中“所有判断都必须根据对国法的解释才能作出”这种思想方法,在中国历史上是不存在的,而且审判依据也不必受法律条文的严格制约。<sup>⑥</sup>

在法典中无法寻求答案,研究者又将目光转至案例判牍中,从中发现了似乎可以作为民事法源的相关因素。“当时的人士在处理公务之际、考虑作为自己判断指针的时候,时常在用语中将‘情’‘理’‘法’三者相提并论。如果在这三个字之前各冠一字以阐明其含义的话,就成为‘国法’(或‘国家律法’‘国法王章’等)‘天理’和‘人情’”,研究甚至发现“即使在刑法的适用中,也要对情理法三者加以斟酌”<sup>⑦</sup>。情理法的和谐统一是秩序的根本保障。情理是法律的依据,是法律的精神,法律本于情理而立,法律的实施需要照顾情理是传统司法追求的圆满境界。<sup>⑧</sup>滋贺秀三的努力基本上是基于在材料中发掘可以代入在所谓“成文法—习惯—条理”这一顺序之中的元素,来寻找中国传统“民事法源”。<sup>⑨</sup>而“成文法—习惯—条理”这一法源公式,“对于生活在西欧法学传统这一语境中的学者而言”是常识,但清代甚至传统中国的法源“显然不是由史料本身‘自然而然地’产生出来的东西。可以很容易地看出,在方法论上,概念的分析整理、进行分析所依据的理论框架、作为这种框架之背景的西欧法制及其历史的知识因素,对于上述结论来说都具有极为重要的意义。”<sup>⑩</sup>情理法的意义只是弥补了“成文法—习惯—条理”这一逻辑公式的不足,本质上已经与近代法学所说的法源相去甚远。因而,研究者也认识到传统中国的“‘法’本来就不是具有确定内容的行为准则,而不过是人们每天在具体情景中就是否合情合理而反复做出评价时的一种权威性参照或准据。”<sup>⑪</sup>

以上结论是基于缺乏法律条文而转向判例分析的结果,而研究者在面对清代的所谓审判问题时仍然步履维艰。传统中国并不存在依据客观规范进行整齐划一式审判的价值要求<sup>⑫</sup>,也就缺少了制定法这一“大前提”,所以结合具体案情的“小前提”就无法在三段论式的逻辑推理中得出确定性的审判结果。即使是“法官”的判决,也显得没有确定的效力。在法庭上当事人接受判决并不代表结案后不会再次甚至反复提起上诉上控,并且这种行为在制度上是允许的。<sup>⑬</sup>从程序上来说,“听讼并不以使尽了程序的手段而终结。它拥有的是当对事实本身当事者已不再争执时即告终结的构造,而以这一特定争讼的平息为目的。”<sup>⑭</sup>

① 有学者将清代审判中的习惯称为“永远难以捉摸的证据”,参见巩涛:《失礼的对话:清代法律和习惯并未融汇成民法》,邓建鹏译,《北大法律评论》第10卷第1辑,北京:北京大学出版社,2009年,第100—106页。

② 岸本美绪总结道:“一种见解强调了出乎人们意料的私法性秩序存在和比较顺利地运转这一侧面;而另一种见解则主张旧中国社会里并不存在真正的私法秩序。”岸本美绪:《明清契约文书》,王亚新译,滋贺秀三等:《明清时期的民事审判与民间契约》,第308页。

③ 寺田浩明:《权利与冤抑——清代听讼和民众的民事法秩序》,《权利与冤抑:寺田浩明中国法史论集》,第207页。

④ 滋贺秀三的话是“想依照法律但却无可依照的情况很多”。参见滋贺秀三:《中国法文化的考察——以诉讼的形态为素材》,《明清时期的民事审判与民间契约》,第13页。

⑤ 滋贺秀三:《清代诉讼制度之民事法源的概括性考察——情、理、法》,《明清时期的民事审判与民间契约》,第26页。

⑥ 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》,《明清时期的民事审判与民间契约》,第29页。

⑦ 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》,《明清时期的民事审判与民间契约》,第21—22页。

⑧ 参见霍存福:《中国传统法文化的文化性状与文化追寻——情理法的发生、发展及其命运》,《法制与社会发展》2001年第3期。

⑨ 参见滋贺秀三:《清代诉讼之民事法源的考察——作为法源的习惯》,《明清时期的民事审判与民间契约》,第55页。

⑩ 参见王亚新:《关于滋贺秀三教授论文的解说》,滋贺秀三等:《明清时期的民事审判与民间契约》,第99—104页。

⑪ 参见寺田浩明:《日本的清代司法制度研究与对“法”的理解》,《权利与冤抑:寺田浩明中国法史论集》,第200页。

⑫ 甚至是“呈现出一种完全相反的价值指向来。”参见寺田浩明:《日本的清代司法制度研究与对“法”的理解》,《权利与冤抑:寺田浩明中国法史论集》,第194—195页。

⑬ 参见寺田浩明:《中国契约史与西方契约史——契约概念比较史的再探讨》,《权利与冤抑:寺田浩明中国法史论集》,第119页。

⑭ 滋贺秀三:《中国法文化的考察——以诉讼的形态为素材》,《明清时期的民事审判与民间契约》,第14页。

“审判的公正性保障，存在于通过当事人的承认——即使是勉强强硬的也罢——而使案件了结的程序结构之中。”<sup>①</sup>当事人表示服判的文书就如同在重罪案件中，被告定罪量刑需要其承认罪状的口供。有了服判文书，听讼才暂且告一段落，<sup>②</sup>由此可见，清代的听讼与现代意义上民事审判之间的差异。

相对而言，黄宗智研究清代法律所使用的“民法”概念相对简单明了，即“它的定义与当代中国的民法概念相同”，进而认为清律中的“户律”谈的都是“细事”，在清律 436 条律中的 82 条律与 1907 条例中的 300 条例，构成了“清代民法的主体”。<sup>③</sup>“只要可能，他们确实乐于按照官方统治思想的要求采用庭外的和社区的调解。但是，一旦诉讼案件无法在庭外和解而进入正式的法庭审理，他们总是毫不犹豫地按照《大清律例》来审断。换言之，他们以法官而非调停者的身份来行事。”<sup>④</sup>另外，从裁判者的角度，黄宗智在论证基层官员选择依法审判的动机时分析道，县官处在一个严密组织起来的官僚系统的底层，这个官僚体系有着一整套行为则例及报告和审查制度；在司法领域中，他们的行为还受到成文法律的制约；即使是民事案件，也存在着上诉和复审的制衡。因此，实践中的县官只是个下级官僚，必须在已确立的制度中循规蹈矩，以免危及仕途。在这种情况下，大多数县官都选择按律例来办案。<sup>⑤</sup>

“在 221 件经过庭审的案子中，有 170 件（占 77%）皆经由知县依据大清律例，对当事双方中的一方或另一方作出明确的胜负判决。”<sup>⑥</sup>在这 170 件所谓依法裁判的案例中，就文中所列举的“土地案件”中的“盗卖田宅”律来看，<sup>⑦</sup>明清律中此条律文应由唐律的“妄认盗卖公私田”及“在官侵夺私田”改并而来。<sup>⑧</sup>“妄认盗卖公私田”律意在明确私田一如公田秩序一体保护，而“在官侵夺私田”律则旨在控制“居官挟势”之人侵夺百姓私田。<sup>⑨</sup>虽然从这两条律文实施的客观效果上可以实现对私权的保护，但更明显的问题是 国家通过刑罚手段来规制公私界限，“妄认盗卖公私田”在保护公田的同时也保护了私田，而“在官侵夺私田”则意在处罚公职之人的恣意妄为。洪武年间因袭这两条律文又并为一律，意在针对投献、侵占等不良社会风气。<sup>⑩</sup>因而，盗卖田宅律应为典型的刑事法律，官员依此律裁判而起到保护私权的效果，并不影响其条文本身的性质。至于“典卖田宅”一条，更不能等同于民法，此条文意直指“契税”问题，在今人视角来看是典型的公法问题，而此条背后似更有维护国家税赋制度之深意。<sup>⑪</sup>

“事实上许多诉讼当事人还是成功地通过法庭保护了自己的财产。在这个意义上，我们可以说，不管法律本身的意图是什么，它的实际结果是保护了产权。因此，人们或许可以得出结论，无论它的表达如何，清代法律中有保护产权的实质。”<sup>⑫</sup>借用梁治平的话说，“这里所包含的法律观明显是出自西方模式，即它把法律首先理解为一种确认和保护个人权利的制度”，“从这一点出发，中国古代法律中的权利观念已经被预先给定了”。<sup>⑬</sup>

虽然黄宗智在“从法律实践看大清律例”部分着重强调了律文之后不断增加的“例”的数量，以试图说明清律并非完全是一部刑事法，<sup>⑭</sup>但我们也无法否认这些附在律后的例与律本身构成了一个整体性的法

① 滋贺秀三：《清代诉讼制度之民事法源的概括性考察——情、理、法》，《明清时期的民事审判与民间契约》，第 41 页。

② 滋贺秀三：《中国法文化的考察——以诉讼的形态为素材》，《明清时期的民事审判与民间契约》，第 14 页。

③ 参见黄宗智：《清代以来民事法律的表达与实践：历史、理论与现实》卷一，北京：法律出版社，2014 年，第 5 页。

④ 黄宗智：《清代以来民事法律的表达与实践：历史、理论与现实》卷一，第 10 页。

⑤ 参见黄宗智：《清代以来民事法律的表达与实践：历史、理论与现实》卷一，第 14 页。

⑥ 黄宗智：《清代以来民事法律的表达与实践：历史、理论与现实》卷一，第 65—66 页。

⑦ 参见黄宗智：《清代以来民事法律的表达与实践：历史、理论与现实》卷一，第 67—68 页。

⑧ 参见沈家本：《历代刑法考》四，北京：中华书局，1985 年，第 1835 页。

⑨ 参见《唐律疏议》，岳纯之点校，上海：上海古籍出版社，2013 年，第 205—206 页。

⑩ 参见沈家本：《历代刑法考》四，第 1835 页。

⑪ 参见王帅一：《明清时代官方对于契约的干预：通过“税契”方式的介入》，《中外法学》2012 年第 6 期。

⑫ 黄宗智：《清代以来民事法律的表达与实践：历史、理论与现实》卷一，第 13 页。

⑬ 参见梁治平：《法律的文化解释》，第 47 页。

⑭ 参见黄宗智：《清代以来民事法律的表达与实践：历史、理论与现实》卷一，第 87—88 页。

律制度。国家立法的目的是维护国家根本秩序的稳定,而且是使用刑罚作为其保障的一套制度体系。虽然其中的一些条文在客观效果上确实是保障了私权,但维护伸张个人权利并非中国传统法律的基石与归宿,就如同刑法中的一些条文也在客观上保障了私权与民事交易一样,不能将刑法中的这些条文直接等同于民法与民事审判之渊源。

对同一对象——中国传统“民事审判”问题——的不同认识结果,可以看作是研究者主要掌握与使用的材料不同所致。<sup>①</sup>其实,无论是依据情理诉讼,抑或是依法审判,皆由套用西方概念与理论来解读传统中国之研究路径而生。从这种单一视角去观察而得出结论的作法与滋贺秀三视中国古代法和秩序为不同于“西洋法”的另一种类型的初衷是相违悖的。<sup>②</sup>使用西方概念来把握传统中国的审判是否有效或有意义,就会成为问题。<sup>③</sup>早在 19 世纪,以“欧洲中心论”视角来关注中国等东方“活化石”的学术思潮就已泛滥。这种学术热情与成果导致的“证实性偏见”(Confirmation Bias),将中国视作反衬西方社会进步性的“脚注”也遮蔽了对于中国法中所蕴含的合理价值的关注。<sup>④</sup>“在探究中国传统法律思想时以西方观念为参照物,这种作法本身无可非议,但是预先假定西方法哲学上的基本问题同时也是中国传统法律中的根本原则,且奉为研究的指南,这就可能对真实的和完整的中国历史视而不见,最终只描绘出一个附在西方概念框架上的残缺不全的‘中国文化’。”<sup>⑤</sup>中国与西方历史上国家与法形成的特殊程序不同而造成的差异,是从事比较研究过程中需特别注意的问题,不加区别地比较中西之“法”,甚至在中国传统以刑为核心的法中寻找西方的权利之法,不得不说造成的困扰或许已经大于所解决的问题。在这种法与理、官与民、国家与社会等西式二元对立的“几乎完全相同的基础之上”,产生了传统中国民事纠纷的解决究竟是依情理调解还是依法律审判的争论。虽然各自一方的研究都非常有说服力与理论启发意义,但是综合在一起观察却发现是完全相反的结论。<sup>⑥</sup>虽然研究者们也反复强调中国传统与西方的不同,但西方理论体系已经成为他们“走不出的背景”。因此,如王亚新所言:“滋贺教授的研究成果能够作为一个极有益的刺激,帮助我们重新认识和深入思考自己的过去和现在。”<sup>⑦</sup>这似乎只是提出问题的开始,而并非问题的解决。

## 二、传统中国的“法”观念与“田土细故”

因今日的法律与法学是一个完整而独立的学科体系,所以在研究传统中国法律时,研究者同样也将历史上存在过的、属今日法律与法学范围内的一切事物视为一个独立的体系作为研究对象。这一做法是新的学术体系与学科划分要求的必然结果。但是,将历史上的人与事纳入今日法学范围内分析研究时,需要异常审慎地对待这些本无法学体系与框架束缚的内容。卡多佐告诫我们:“某些法律的概念之所以有它们现在的形式,这几乎完全归功于历史。除了将它们视为历史的产物外,我们便无法理解它们。在这些原则的发展过程中,历史的支配力有可能超过逻辑的或纯粹理性的。”<sup>⑧</sup>忽视历史发展的进程,只因现代法学将民法与刑法理解为构成“全部立法艺术的两大分支”<sup>⑨</sup>,研究者将本不受此束缚的中国传统困于两大体系之中,得出的结论可以说与中国历史真相存在着相当大的距离。如要逃脱这种“走不出的背景”,一方面我们需要在讨论中澄清明清士人对细故一类事务的认识,更重要的一点,恐怕是由于当时人们认为是常识而无需言说的部分,则需要今天处于不同知识背景的研究者们更进一步,从源头上认识塑造明清传统契约

① “从资料本身而言,美国学者所使用的档案出自官员之手,能够保留下来的档案或许就是官方特意用来应付上级、装点门面的。从这个意义上来说,日本学者立足于私审判牍的结论未必偏颇。从观念的角度来说,私审判牍所反映的状况毋宁是更真切的,因为这才是官员们真正共同价值追求的表现。”王志强:《制定法在中国古代司法判决中的适用》,《法学研究》2006年第5期。

② 参见梁治平:《清代习惯法:社会与国家》,第190页。

③ 参见王亚新:《关于滋贺秀三教授论文的解说》,滋贺秀三等:《明清时期的民事审判与民间契约》,第106页。

④ 参见于明:《晚清西方视角中的中国家庭法——以哲美森译〈刑案汇览〉为中心》,《法学研究》2019年第3期。

⑤ 梁治平:《法律的文化解释》,第42页。

⑥ 参见易平:《日美学者关于清代民事审判制度的论争》,《中外法学》1999年第3期。

⑦ 王亚新:《关于滋贺秀三教授论文的解说》,滋贺秀三等:《明清时期的民事审判与民间契约》,第109页。

⑧ 本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,北京:商务印书馆,2007年,第31页。

⑨ 参见边沁:《道德与立法原理导论》,时殷弘译,北京:商务印书馆,2005年,第347页。



等细故类“司法”的文化。<sup>①</sup>

中国历史上“法”的概念与现代法学中“法”的关系殊为复杂，以现代法的观念思考传统法的问题，便会出现前一部分所见众说纷纭的景象。在西法东渐之前，中国文化就已经产生了一套固有的法观念，这对于我们窥探今日之法与历史之法二者的集合关系大有裨益。<sup>②</sup> 历代刑法志最早的一篇——《汉书·刑法志》中就有关于法的起源的论述：

爱待敬而不败，德须威而久立，故制礼以崇敬，作刑以明威也。圣人既躬明愆之性，必通天地之心，制礼作教，立法设刑，动缘民情，而则天象地。故曰先王立礼，“则天之明，因地之性”也。刑罚威狱，以类天之震曜杀戮也；温慈惠和，以效天之生殖长育也。书云“天秩有礼”，“天讨有罪”。故圣人因天秩而制五礼，因天讨而作五刑。大刑用甲兵，其次用斧钺；中刑用刀锯，其次用钻凿；薄刑用鞭扑。<sup>③</sup>

这段文字对于我们理解早期中国的“法”与“礼”“刑”诸观念有着重要意义。此前有关“法”的解释显得过于抽象。如《尔雅·释诂》：“法，常也。”《管子·法法篇》：“不法法则事毋常。”又《正篇》：“制断五刑，各当其名，罪人不怨，善人不惊。曰刑……如四时之不赏，如星辰之不变，如宵，如昼，如阴，如阳，如日月之明。曰法……法以遏之，遏之以绝其志意，毋使民幸。（用法正人之志意，毋使人有非心之幸也。）当故不改曰法。”沈家本解释“当故”为：不改常也。<sup>④</sup> 而这段文字中的“立法设刑”则直接用“刑”的具象手段将“法”的抽象意涵体现出来。

因此，《汉书·刑法志》在讲述法的起源之后，以大量篇幅书写了先秦征伐之事绝非偶然与附会之举，<sup>⑤</sup> 意在用具体事例来阐释抽象之法的运行。所以才有“大刑用甲兵，其次用斧钺；中刑用刀锯，其次用钻凿；薄刑用鞭扑”的说法。这段话中除法与刑以外，我们还需要注意“德”与“威”、“礼”与“刑”、“礼”与“法”及“教”与“刑”的对仗并用现象。所谓“礼教不立，刑法不明”<sup>⑥</sup>，我们大致可以看出礼或教与法或刑似乎为一体之两面，二者不是简单的非此即彼、对立互斥的关系。不过，即便是一体之两面也可以分出本末轻重。

文德者，帝王之利器，威武者，文德之辅助也。夫文之所加者深，则武之所服者大，德之所施者博，则威之所制者广。三代之盛，至于刑错兵寝者，其本末有序，帝王之极功也。<sup>⑦</sup>

古人推崇“三代之盛”，终究是因其“刑错兵寝”。孔子进而解释说：“古之知法者能省刑，本也；今之知法者不失有罪，末矣。”<sup>⑧</sup> 也就是说，人们追求的是有法而不需要使用的境界，相反，即使大家都在学法用法，但却无法遏制违法与犯罪，这不是一种最好的治理状态。我们需要明白的是，古人是在使用日常生活中的话语将刑法的本末之别说清楚，其兴趣并非学术式地辨析每一个词的精准含义，进行纯粹的学术探讨。<sup>⑨</sup> 古书（尤其是史书）中论述礼教法刑，意在阐述如何治理国家，告诉人们什么才是更好的治理方式。这种古老的观念对传统中国的国家治理影响极其深远，但就法律领域而言，客观上确实遏制了法律“学”与“术”在传统中国的蓬勃发展。

① 中国传统文化自商周发展至明清，是渐进建构的过程。在这一漫长的历史进程中，并非是简单的线性模式。因此，在先秦、秦汉、唐宋与明清等不同时期，我们可以看到“一脉相承”或者是“迥然有别”的复杂情形。尤其在宋明以来，儒学的新发展对中国社会方方面面的塑造，形成了文化意义上与西方有别的“传统中国”。明清时代对于法律等相关问题的理解，并代表中国历史上各个时期的法律观念与司法运作，但是明清时代的“传统中国”与今日中国之关系与以往历代相比而言，无疑是距离最贴近、联系最紧密的。因此，以明清时期或者以清代为代表进入传统中国的研究是一种“比较研究”中“不得已”的有效的做法。

② 所谓集合关系，这里借鉴的是数学意义上的集合概念。如果将历史之法与今日之法看作两个不同的集合，那么这两个集合之间的关系到底如何，恐怕是相当复杂的问题。

③ 《汉书·刑法志》，班固：《汉书》，北京：中华书局，1962年，第1079—1080页。

④ 参见沈家本：《历代刑法考》二，第813页。

⑤ 参见《汉书·刑法志》，班固：《汉书》，第1081—1089页。

⑥ 《汉书·刑法志》，班固：《汉书》，第1109页。

⑦ 《汉书·刑法志》，班固：《汉书》，第1091页。

⑧ 《汉书·刑法志》，班固：《汉书》，第1109页。

⑨ 现代学术意义上对有关“法”及相关字词含义的探讨，参见李力：《发掘本土的法律观：古文字资料中“礼”及“刑”“法”“律”字的法文化考察》，韩延龙主编：《法律史论集》第3卷，北京：法律出版社，2001年，第262—289页。

从法观念的源头可知,“法”是立足于国家层面的大事,其与“礼”相辅相成,其志趣在于树立国家的根本性典范。世人皆知“国之大事,在祀与戎”<sup>①</sup>，“祀”即是“礼”，而“戎”就可看作是“法”，原因是“刑起于兵”及“刑”是法的具象化表现。所以，“礼”“法”二者就是所谓“大事”的代表。中国传统“法”的这种所谓“国之大事”的特征，是其诞生之初即具有的。因此，即使是经过“改法为律”之后的中国法典，其内容总是与国家治理中的基本伦常与政治秩序息息相关，<sup>②</sup>其中纵有略带“私权保护”色彩的条文，其立法本意也并非出于个人权利保护的目。相较而言，西语中的法律确实是权利的保证（如拉丁文的 Jus 或法文的 droit），因权利多种多样，则法律所指亦涵摄于社会关系之方方面面。基于对权利的保障又衍生出正义的观念，法律又一般同正义产生联系。<sup>③</sup>因而，在传统中国的“国之大事”中寻求今日所谓“私权保护”的民法，无论得与不得，皆有“不知有汉，无论魏晋”之感。<sup>④</sup>

今人常有对中国传统法的评价，如“数千年来中国只有一种法律，那就是‘刑律’（并非正好就是今人所谓‘刑法’），此乃道德之器械，它以内在的道德评判与外在的刑罚等级相配合，构成一张包罗万象的大网，其中无所谓民事与刑事，私生活与公共生活，只有事之大小，刑之重轻。”<sup>⑤</sup>用中国传统的“刑律”与今天整体法律体系相比较，从形式上来说确实如此。<sup>⑥</sup>从今人眼中法与道德二分的角度，又可以得出如下结论：“我们不妨换一个角度来评价中国古代法典皆为刑律的事实：如果说刑罚乃是国家专擅的权力，那么，法律关系的普遍刑事化，则不过是表明了统治关系的普遍化；同样，如果说刑罚总是被用来惩罚不道德的行为，则法律关系的普遍刑事化又同时意味着道德关系被普遍化了。”<sup>⑦</sup>这些说法在今天法学理论中看似正确得无懈可击，但不免陷入前述“欧洲中心论”视角导致的“证实性偏见”。

与通过征伐过程体现出来的“国之大事”不同，作为后世人口中的“细故”之一种，契约从其产生的源头来看，“契”或“约”实际上代表了一种邦国或者个人的信用。“《荀子·君道》曰：‘合符节、别契券者，所以为信也。’说明了此物已作为一种‘信’物而广泛使用于社会”<sup>⑧</sup>，这种“信物”的特征，深深影响了传统中国契约的发展脉络与走向。<sup>⑨</sup>由于先秦时期土地制度的特殊性，土地转让最早是在受封贵族之间相互交易的，因此早期的土地交易行为中的“邦国约”是其主流表现形式。战国以降“礼崩乐坏”，各项传统制度均受到不同程度的挑战，土地转让行为也渐趋下沉至民间，“邦国约”的时代特征已在不知不觉间为“万民约”所消弭。<sup>⑩</sup>随着土地占有情形的改变，在土地大面积私有化之后的民间缔约行为，应为普通百姓对早期时代贵族之间缔约行为的模仿。

契约的这一起源特征也深深影响了后世人们对于契约的认识。到了土地交易比较频繁的明清时代，我们仍然可以看到这种单方信用的特征。与今天的合同不同，传统中国（尤其在唐以后）契约的主流样式

①《左传·成公十三年》，杨伯峻编著：《春秋左传注》，北京：中华书局，1981年，第861页。

② 法律虽然名称换了，但实质并无太大变化，其核心指向仍然是“刑”。参见梁治平：《法辨：中国法的过去、现在与未来》，第66页。

③ 参见梁治平：《法辨：中国法的过去、现在与未来》，第32页。

④ 中国的法律是在历史中形成的，忽视历史的进程平面化地代入理解从本上来说，方向就已经错误了。如梁治平所说的源流问题，中国法律史上的《法经》，正像罗马法律史上的《十二表法》一样，是源流，是千年法律制度建立于其上的基石。我们在《十二表法》中看到的，可以被称为私法的部分，完全不见于《法经》。这里所涉及的，已经不是表现于法典中的技术问题，而是法典的文化意蕴，即体现于法律中的文化性格的重大问题。参见梁治平：《寻求自然秩序中的和谐》，北京：中国政法大学出版社，2002年，第102—105页。

⑤ 梁治平：《寻求自然秩序中的和谐》，第262—263页。

⑥ 从违法与犯罪的角度划分也是如此，“当时只有罪的概念而无违法的意识，因此，违法与犯罪总是混为一谈的。以后历代法律率多受此种观念支配。《唐律》十二篇，虽有职制、户婚、厩库等篇，但要找出违者不以刑罚相待的条款怕是很难的。这里，诸如亲属、婚姻、继承、物权、债权一类民事关系系统统统被纳入到刑罚体系中去。此外还有大量律文正条之外的规范，因与律相配合而具有强制力。”梁治平：《法辨：中国法的过去、现在与未来》，第86—87页。

⑦ 梁治平：《寻求自然秩序中的和谐》，第109页。

⑧ 参见张传玺：《契约史买地券研究》，北京：中华书局，2008年，第4—5页。

⑨ 还有一点需要注意的是“约”具有“约束”之意，在战国秦汉的文献中常见“约”与“约束”，在个人与个人或集团与集团之间，它指一方制约另一方的行为。参见增渊龙夫：《战国秦汉时期的集团之“约”》，徐世虹译，杨一凡、寺田浩明主编：《日本学者中国法制史论著选·先秦秦汉卷》，北京：中华书局，2016年，第218—220页。

⑩ 参见张传玺：《契约史买地券研究》，第15—21页。

是单契，<sup>①</sup>“当时大多数的契，如果是买卖则多表示为从卖主这一方给予买主的文书。就其内容而言，‘契’就是卖主表示在接受买价的前提下把不动产的权利让渡给买主，有些类似卖主一方提出的保证。”“当时在证明不动产归属的种种文件中，这种由原所有者所做的文书占有中心位置。确实，‘契’是在当事者双方达成合意的基础上才制作的文书，但里面关于权利义务的记载却往往采取当事者一方的表现方式值得特别注意。”<sup>②</sup>大量单契的文书的形式呈现了“一种权利的转移过程中的指向性，或者说契约文书表达了一种权利由立契人向相对方转移的单向流动”的特征。<sup>③</sup>这种单向流动的特征显然是以立约人的公开化的信用作为基础和保证的。

既有研究在论述契约细故时，主要的考量还是在于属于今日重要法律内容的细故问题为何不在国家制定法体系之内，为何不被官府重视。“按照清律成文法的解释，‘细事’主要是社会本身而非国家所关心的事。与那些必须立刻处理、及时详细上报以便审核的重情大案不同，民事纠纷如果闯进了官方体系，它们只能在指定的日、月收受，并规定是由州县自己来办理。对清代这样一个主要关心行政和刑事事务的制度来说，民事诉讼被认定和解释为琐细的干扰，最理想的状态是这类诉讼根本不存在。”<sup>④</sup>“中国古时的习惯做法是将‘户婚田土’一类‘民间词讼’划归州县自理，而对这类案件的处理，事实上往往没有明白载于律文的依据。这种做法似乎是把法律一分为二，一部分表现为国家的刑律，另一部分较少见于律文，更多是法官的自由裁断。当然，自由裁断并非无所依凭，而且事实上，法官在这种场合引以为据的有时正是‘律’‘令’一类正式条文。只是在更多的情况下，他依凭的并非法条，而是礼。”<sup>⑤</sup>

从社会与国家的对立，或者民事与刑事，以及礼与律的对立来看，的确可以得出上述两段结论。甚至还有习惯法与国家制定法的对立存在。“在绝大多数情况下（尤其是在涉及一些基本的关系样式时），以及在很大程度上，乡民们总是依据习惯法行事的。想象这种情形并不困难。我们只须牢记，习惯法乃是所谓‘小传统’。它们是更接近字面意义上的‘地方性知识’。它们为一个地方的民众所创造、拥有和信奉，它们构成这一或那一小社会的秩序。”<sup>⑥</sup>并且在审判过程中，也有习惯法的存在。“这样一类的调处、评议和处断所依据的原则、规范当然是‘法’，或者至少是‘准法’。但它们不可能是民法，因为它们所依循的是礼——广义上的礼，一套有着深远历史渊源的道德准则。它解决纷争的着眼点并不在确定或维护什么人的权利，而是要辨明善恶，平息纷争，重新恢复理想的和谐：一种按照道德原则组织起来的秩序。”<sup>⑦</sup>

广义上的“礼”是否可以成为习惯法，在这几段论述中显得非常矛盾。一方面认为礼才是现代的意义上的习惯法，其与国家制定法的代表“律”不相同。乡民们依据习惯法（“准法”）行事，而审判过程中的所依据的礼必然与准法相符合，也就是说礼成了所谓的“小传统”。但礼又是“一种按照道德原则组织起来的秩序”，将其视为小传统的习惯法显然不合适。更何况礼与法（律）在中国历史上的关系，也完全不是小传统与大传统的关系。况且，利用大传统与小传统阐释“法律多元”与“地方性知识”等理论时，同样也错误地将西方理论中的国家与社会、调解与审判等二元对立的思维方式套用在中国历史之上。

中国历史上的国家与社会并非对立的关系。以宗族为例，其自身要求族人忠于君主，遵守国法，完纳钱粮，使得祠堂成为维护君主专制制度及社会秩序的社会因素。以“孝”治天下是历代统治者所实行的传统政策。历代法律在族人、家人之间纠纷的定罪量刑方面，重情不重法，极力维护血亲之情、伦理之情。政府大力表彰“孝子义士”“节妇烈女”。民间宗族得到政府旌表政策的鼓舞，努力与政府配合，争取做

① 参见王旭：《契纸千年：中国传统契约的形式与演变》，北京：北京大学出版社，2013年，第25页。

② 岸本美绪：《明清契约文书》，王亚新译，滋贺秀三等：《明清时期的民事审判与民间契约》，第282页。

③ 参见王帅一：《明月清风：明清时代的人、契约与国家》，北京：社会科学文献出版社，2018年，第96页。

④ 黄宗智：《清代以来民事法律的表达与实践：历史、理论与现实》卷一，第9页。

⑤ 梁治平：《寻求自然秩序中的和谐》，第236页。

⑥ 梁治平：《清代习惯法：社会与国家》，第162页。

⑦ 梁治平：《寻求自然秩序中的和谐》，第243页。



模范宗族，以家庭出现孝子烈妇为荣，树立牌坊为光彩，更加自觉地实行宗法，教导和约束族人。<sup>①</sup>在实际案例中，确实可以发现家法族规与国家法律相悖的情况，<sup>②</sup>但是这种不同是因国法调整而族规未能及时更改所致，在国法调整之前，家法族规实际上与国法规定是一致的。将调解与审判作出区分，将国家与社会的分离当作不证自明的公理，这种做法在理解中国传统时皆无必要。<sup>③</sup>事实上，无论是审判还是调解，国家与社会，在处理细故案件时所采取的从价值追求到常识叙述的裁判依据都是近乎一致的，不能单纯因为主体的不同，或是形式的不同就简单得出对立的结论。

传统中国对民间广泛存在的私人相互行为，甚至私人之间形成的人身依附关系，都是放任而不加干预的。<sup>④</sup>众所周知的“官有政法，民从私契”的说法，实际上表明传统中国始终坚持意思自治的理念。但这并不意味着国家在民众发生纠纷时无法解决此类问题。当我们把州县自理的细故案件简单等同民法案件来看时<sup>⑤</sup>，必然要将其审判依据与国家制定法的效力相比较。研究发现，“圣人语录”（儒家经典）、“道德故事”（历史故事）、“义”“理”“天理”“人情”（生活常识）等资源常被利用为审断裁判的依据，在细故案件的审判中，它们的效力至少不低于国家法律，判词只言礼义而不引法条的情况比比皆是。<sup>⑥</sup>儒家经典、历史故事、生活常识等泛道德化的“审判”逻辑，使研究“民事审判”的学者十分困惑。

在困境面前，我们似乎应该换一种思路。形象一点来说就是，“中国人不是同西方人走一条路线。因为走得慢，比人家慢了几十里路。若是同一条而少走些路，那么，慢慢的走，终究有一天赶的上；若是各自走到别的路线上去，别一方向上去，那么，无论走多久，也不会走到那西方人所达到的地点上去的！中国实在是如后一说，质而言之，中国人另有他的路向态度与西方人不同的，就是他所走并非第一条向前要求的路向态度。”<sup>⑦</sup>国家法律明确规定了“诸断罪皆须具引律、令、格、式正文，违者笞三十。若数事共条，止引所犯罪者，听。”<sup>⑧</sup>“律令出于素定斟酌详明用法之经也，故断罪者具引之。”<sup>⑨</sup>同时，为防止律文难以穷尽所有犯罪行为的情况发生，又有“断罪无正条”的规定。当人们不按照法律的规定或逻辑来解决问题的时候，可能是因为他们根本就不认为这是一个法律问题。<sup>⑩</sup>“从清代民间契约和官府档案看，地方官判案兼顾和认许地方习惯之例甚多，然而这绝不意味着，民间任何一种‘规’‘例’对地方官可能具有法的性质和意义。”<sup>⑪</sup>因而，将此看作是法律的研究结论，只能说是仅仅采用了单一学科理论画地为牢的结果。

其实，中国人看待细故问题固有自己的意识，我们可以从古人的只言片语中体会“细故”的特征。我们最熟悉的当数“细故”与“重情”相对而言的情况。如：

旧设行事人员专一缉访谋反、妖言、强盗、人命及盗仓库钱粮等项大事，今西厂专却搜寻细故。凡街市斗殴、骂詈、争鸡、纵犬及一时躲避不及者，或捶楚或烦渎圣听置于重法，以致在城军民惶惶不安。<sup>⑫</sup>

放告不论日期，受陈应节钱叁千文，即田土细故概为准理；问事不辨是非，受宋升银贰拾伍两，虽人命重情漫不追究。<sup>⑬</sup>

① 参见冯尔康：《18世纪以来中国家族的现代转向》，上海：上海人民出版社，2005年，第41—53页。

② 参见许文潜：《塔景亭案牍》，俞江点校，北京：北京大学出版社，2007年，第60页。

③ 寺田浩明：《日本的清代司法制度研究与“法”的理解》，《权利与冤抑：寺田浩明中国法史论集》，第203—205页。

④ 参见岸本美绪：《明清契约文书》，王亚新译，滋贺秀三等：《明清时期的民事审判与民间契约》，第310—311页。

⑤ 例如“尤其可以注意者，划归州县自理的案件当中，正好包括我们现在认为应由民法处理的大部分问题，这就更使得问题复杂化了。我们是否可以认为，这就是与罗马私法正相对应的那部分法律，这就是中国古代的‘民法’？”梁治平：《寻求自然秩序中的和谐》，第112页。

⑥ 参见梁治平：《寻求自然秩序中的和谐》，第308页。

⑦ 梁漱溟：《东西文化及其哲学》，北京：中华书局，2013年，第70页。

⑧ 《唐律疏议》，第476页。

⑨ 薛允升：《唐明律合编》，北京：中国书店，2010年，第308页。

⑩ 如巩涛也曾“质疑中国契约的法律意义”，参见巩涛：《地毯上的图案：试论清代法律文化中的“习惯”与“契约”》，黄世杰译，载邱澎生、陈熙远编：《明清法律运作中的权力与文化》，桂林：广西师范大学出版社，2017年，第283—329页。

⑪ 梁治平：《清代习惯法：社会与国家》，第132页。

⑫ 商辂：《革西厂疏》，《皇明名臣经济录》卷六内阁，明嘉靖二十八年刻本。

⑬ 孙居相：《丙午军政拾遗疏》，《皇明留台奏议》卷十八举劾类，明万历三十三年刻本。

今世俗之吏不达大体，撝撝细故以为明，深文重刑以为断。<sup>①</sup>

前有一令，于民间呈递状词除命盗、伦纪重案外，如因口角、钱债细故兴讼者，先令开明本身花户钱漕若干，查核按户清完方与准理。此与考童互结声明并无抗粮方准与考同一办法。一可以清顽户之欠，一可以遏渎讼之风。<sup>②</sup>

朝廷建立法司，所以伸冤理枉、诛暴禁乱、罪奸治顽。军民人等诉告词讼，祖宗法律都有定规。近闻有等刁诈之徒，玩法欺公，损人利己，或怀挟仇怨，或躲避差操，往往搜寻细故，构捏重情，诬告妄奏，全无忌惮。<sup>③</sup>

此外，更有“细故”本意之表达如下：

宗室生灵至重，万一蹉跌伤损非细故。<sup>④</sup>

国之大事莫重于漕，命脉攸关，良非细故。<sup>⑤</sup>

从其本意出发，“细故”并非大事，其字面意思就是“小事”。而“国之大事……良非细故”，很容易使我们联想到“国之大事，在祀与戎”，由此可见“细故”与“礼”“刑”等事不可相提并论。在“细故”与“重情”的对比中，属“细故”一类的有“斗殴、骂詈、争鸡、纵犬及一时躲避不及者”，有“口角、钱债”，还有“田土”；属“重情”一类的有“谋反、妖言、强盗、人命及盗仓库钱粮”，有“命盗、伦纪”，也有“人命”。从“田土”对应“人命”可知，“细故”小事中最大的一类案件也就是“田土”了。这些对仗的表达恐怕不是追求言辞工整的偶然，应为人们脑海中固有观念的体现。

更耐人寻味的是，“搜寻细故，构捏重情，诬告妄奏”之说联系前文“朝廷建立法司，所以伸冤理枉、诛暴禁乱、罪奸治顽”等语，可见“细故”本非“法司”分内职掌，需要伪造成“重情”，才可以将其投入“法司”之手。那么，再结合“细故”字面意思而言，是否可以推断认为，从性质上来说，“细故”这种小事，在传统中国人的观念中并非法律所应调整的内容。也就是说，在传统中国人们对待细故纠纷从来就不是，或者不主要将其视为一个法律问题。从“法”的起源及“细故”中最大的一类“田土”契约的起源两方面来看，这种推断成立的可能性是存在的。但是，并不是说“细故”类案件在传统中国不是法律问题，或者不以“刑律”的思维方式来对待就意味着其不在官府受理的案件范围内，用今人的话来说就是“不受司法管辖”，这就涉及到“细故”类案件的解决在传统中国的国家治理体系中处于何种位置的问题了。

### 三、置于传统中国国家治理体系中的细故纠纷解决

吴廷燮在沈家本《历代刑官考序》中说：“立国之本，司法莫先。”<sup>⑥</sup>不过，相比于“在欧洲，法与诉讼从本质上是结合在一起的”<sup>⑦</sup>，传统中国的司法与西方是完全不同的另一种秩序类型。审判者发挥的作用并不是发现客观性规范，再严格按照其形式或字面不变地适用于同类案件。相反，审判者作为具有很高修养和人格素质的君子，他的任务则是根据一个个案件的具体情节找出最为合适的个别解决方案，说服教育相争不休的当事者，并给予做了坏事的人恰如其分的惩罚。<sup>⑧</sup>现代不得不用“司法”来指代传统官员坐堂审案及给出判决这类行为之时，我们必须明确传统中国人所说的“司法”活动，尤其是在州县一级的细故案件中，大量存在着一种“无法”司法的情况。<sup>⑨</sup>进一步来说，通过听讼解决纠纷并不能直接等同于

① 方孝孺：《送嘉祥知县叶孔昭朝觐还任序》，《逊志斋集》卷之四十，四部丛刊景印本。

② 王邦玺：《缕陈丁漕利弊户口耗伤情形疏》，《清经世文编》卷三十二户政九，清光绪石印本。

③ 陈循：《论刑部出榜文》，《芳洲文集续编》卷一代言，明万历四十六年刻本。

④ 李默：《论宣大总制胡侍郎疏》，《明经世文编》卷二百二十，明崇祯平露堂刻本。

⑤ 曹时聘：《泃河善后事宜疏》，《明经世文编》卷四百三十二，明崇祯平露堂刻本。

⑥ 参见沈家本：《历代刑法考》四，第1951页。

⑦ 参见滋贺秀三：《中国法文化的考察——以诉讼的形态为素材》，《明清时期的民事审判与民间契约》，第4页。

⑧ 参见寺田浩明：《日本的清代司法制度研究与“法”的理解》，《权利与冤抑：寺田浩明中国法史论集》，第199页。

⑨ 无论是主观意愿或者是客观不能，在判词中确实存在着大量依靠法律以外的话语来处理细故案件的现象。

今天的“审判”这一概念。<sup>①</sup>更有研究指出,即便是“严格遵照成文法规规范的现象”也并不是“依法裁判”这种近代性价值理念体现,自有其官僚体制内部的特殊性。<sup>②</sup>

不过,如滋贺秀三所说:“朝廷以在全国配备地方长官的方式向人民提供的最大方便就是司法的服务。”<sup>③</sup>寺田浩明借汪辉祖《学治臆说》中“民之长者,以租税为衣食,无事不取之于民。报民之劳苦,惟止争平讼,导民于义而已”,指出听讼是公权力对民众的义务,是“最重要服务”。<sup>④</sup>“最大方便”与“最重要服务”都表明“司法”在传统中国的重要性。司法确实在官方活动中占据着重要地位,我们不仅需要从法律体系内部以及审判的角度来理解司法,更需要认识司法活动在传统中国国家治理体系中的位置。只有这样,才可能进一步厘清“细故”纠纷解决的问题。<sup>⑤</sup>

在中国古人的理想治理体系中,周礼六官体系应为经典表达。“惟王建国,辨方正位,体国经野,设官分职,以为民极。乃立地官司徒,使帅其属而掌邦教,以佐王安抚邦国。”<sup>⑥</sup>“地官司徒”在《唐六典》及明清会典中逐步变成“尚书户部”“户部”,虽然这一系统并非为解决民间田土纠纷而设,但不能否认有关土地制度的事务确实在此系统职掌之内:“乃分地职,奠地守,制地贡,而颁职事焉,以为地法,而待政令。”<sup>⑦</sup>在这种治国体系中,掌握土地政令的官员在中央就是户部之官,在地方实际上就是守土有责的地方官,以明清为例,藩府州县皆属此列。

有意思的是,在今天的法学知识体系中本属“秋官司寇”部分的“狱讼”问题,在地官部分却先行涉及。“凡万民之不服教而有狱讼者,与有地治者听而断之,其附于刑者,归于土。不服教,不厌服于十二教,贪冒者也。争罪曰狱,争财曰讼。有地治者,谓乡州及治都鄙者也。附,丽也。士,司寇、士师之属。”<sup>⑧</sup>所谓“不服教”,即指“正月之吉,始和布教于邦国都鄙,乃县教象之法于象魏,使万民观教象,挟日而敛之,乃施教法于邦国都鄙,使之各以教其所治民。”<sup>⑨</sup>在传统观念中,地方官负有教民的义务。“上以礼乐化民,而万民不厌服十二教,则斗争起。”<sup>⑩</sup>教民在先,而民不服教则需采取措施处理。需要处理的类型主要有两大类,即“争罪曰狱,争财曰讼”,并且在当时人们的理念中已经明确,其中“附于刑者”要交由专门的刑官处理。并非所有狱讼之事都要附于刑,因而“有地治者”(地方官)实际上要负有处以刑罚以外的所有案件的处理。更详细的说明还有:

有狱讼者,将断割之时,恐其狱讼不审,故与其有地治者谓治民之官,共听而断之。……以司徒虽掌乡八刑,而狱讼之事必属之刑官也。其官刑扑罚以下,则司徒专断之。……若有小罪,则司徒决之。其附于五刑,则归于士,使秋官士师等断之。<sup>⑪</sup>

诒让案:郑意此云有地治者,犹遂大夫云属其地治者,亦犹蜡氏云有地之官。在六乡则为乡州之吏,在采地则为都鄙之吏,此皆有听讼之事,故乡师云“各掌其所治乡之教而听其治”,又云“听其狱讼”是也。<sup>⑫</sup>

这些中国文明早期理念在明清时代的治理体系中仍然存留。州县自理笞杖案件符合“扑罚以下,则司

① 举其一点来说,“所谓判定是一种被动的工作。……干预当事者并未主张的事情而加以照顾,或者揭发出隐藏的恶事并给与惩罚,这些作法是与判定的概念在本质上不相容的。”滋贺秀三:《中国法文化的考察——以诉讼的形态为素材》,《明清时期的民事审判与民间契约》,第4页。

② 参见寺田浩明:《日本的清代司法制度研究与对“法”的理解》,《权利与冤抑:寺田浩明中国法史论集》,第200页。

③ 滋贺秀三:《中国法文化的考察——以诉讼的形态为素材》,《明清时期的民事审判与民间契约》,第8页。

④ 参见寺田浩明:《中国契约史与西方契约史——契约概念比较史的再探讨》,《权利与冤抑:寺田浩明中国法史论集》,第127页。

⑤ 梁治平说规则只是文明社会的最低要求,关键是如何来看待这种规则,这首要是一个价值问题。参见梁治平:《寻求自然秩序中的和谐》,第111页。

⑥ 孙诒让:《周礼正义》,王文锦、陈玉霞点校,北京:中华书局,1987年,第641页。

⑦ 孙诒让:《周礼正义》,第740页。

⑧ 孙诒让:《周礼正义》,第762页。

⑨ 孙诒让:《周礼正义》,第751页。

⑩ 孙诒让:《周礼正义》,第762页。

⑪ 孙诒让:《周礼正义》,第762页。

⑫ 孙诒让:《周礼正义》,第763页。

徒专断之”及“若有小罪，则司徒决之”的原则，而涉及命盗重案等事则逐级审转经历专业法司，甚至最终到达皇帝手中裁决。这种“治民之官”与“刑官”的区分与配合是为政的需要，也是二者在官僚系统中工作职权的划分。用中国典籍中的语言来叙述，其实并不复杂，也不难理解。

细故之事并非国家法律所关心的“大事”，固不附于刑，因此守土有责的地方官在处理这些官方眼中的“小事”时，可以较为自由地运用前文所述“儒家经典”“历史故事”“生活常识”等话语来给出一个令各方都能接受的解决办法。地方官为政思路清楚，就是“德与政非两事。只是以德为本，则能使民归。若是‘所令反其所好’，则民不从。”<sup>①</sup>当然，“‘为政以德’，不是欲以德去为政，亦不是块然全无所作为，但德修于己而人自感化。然感化不在政事上，却在德上。盖政者，所以正人之不正，岂无所作为。但人所以归往，乃以其德耳。故不待作为，而天下归之，如众星之拱北极也。”<sup>②</sup>这里所阐发的意思就是“德礼为政教之本”，要“正人之不正”，听理“细故”案件正是教民的绝佳机会。所以官员们常说“如果是圣人就不会这样行事”以对事主进行谴责，又可以用“不是圣人而只是一介小民”为根据来劝当事人宽恕做错的一方。<sup>③</sup>教化人以减少甚至杜绝矛盾纠纷的产生，是以人本为中心从根本上解决问题，而非仅仅局限于从表面上解决具体个案纠纷。

从成本角度考量，相对于“经常支离破碎、考虑不周并且不公正”<sup>④</sup>的制定法来说，对这种百姓日常生活中经常发生的细故案件采用日常生活的逻辑来解决，也是明智之举。有关英国经验的研究指出，立法与官僚体系执行相结合的现代国家治理只是一种可望不可即的理想，相对于立法而言，司法治理减小了国家权力行使的范围，也降低了治理的成本。<sup>⑤</sup>近代中国法律继受在司法领域的最集中表现，就是从条文上照搬、具体制度上模仿欧陆及日本，将传统官府归入行政范畴，尽管固有治道中没有权力分立与制衡的观念和相关制度设计，虽然地方政府没有单列司法机构，但司法事务却是各级官府（甚至包括皇帝制度在内）的核心职能。近代以来的制度建设完全没能借助固有资源来进行的制度建设，另起炉灶，是近代中国司法权威难以有效确立的重要原因。<sup>⑥</sup>亲身经历并参与晚清法律改革的董康就表示，中国的情势当采取英国制度也。“英国法律手续，与中国旧法颇为密合”<sup>⑦</sup>，这正是司法在传统国家治理体系中发挥重要作用的一个注解。

在儒家的理想与政治的实践中，人们一直对通过硬性制度的治理心存疑虑。“大抵立法必有弊，未有无弊之法，其要只在得人。若是个人，则法虽不善，亦占分数多了；若非其人，则有善法，亦何益于事！”<sup>⑧</sup>“今日之法，君子欲为其事，以拘于法而不得骋；小人却徇其私，敢越于法而不之顾。”<sup>⑨</sup>人们对于规范国之大事的法律尚且不够完全信任，在处理细故纠纷这种小事上面，全在做人，本就不属于“法”，自然用不着必须追求制定法了。传统中国通过地方官府受理民众诉讼，在涉及国家根本伦常的大事上诉诸法律，而处理民间细故纠纷则采取人们日常生活中最能接受的话语来处理，确实是经济合理的选择。

这并非对于所谓“小事”的不重视，官员自然认识到对于小民来说“细事不细”。以合同纠纷为例，寺田浩明提出“传统中国社会中当事人所订立的契约在他们日后发生纠纷时却缺乏解决纠纷基准的效力”的判断，<sup>⑩</sup>一如所有将中国传统契约纠纷解决作为西式司法审判模式来看待一样，简单地将一纸契约

① 黎靖德编：《朱子语类》，王星贤点校，北京：中华书局，1986年，第533页。

② 黎靖德编：《朱子语类》，第533—534页。

③ 参见寺田浩明：《权利与冤抑——清代听讼和民众的民事法秩序》，《权利与冤抑：寺田浩明中国法史论集》，240页。

④ 本杰明·卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，第5页。

⑤ 参见于明：《司法治国：英国法庭的政治史（1154—1707）》，北京：法律出版社，2015年，第52—55页。

⑥ 参见李启成：《法律继受中的“制度器物化”批判——以近代中国司法制度设计思路为中心》，《法学研究》2016年第2期。

⑦ 参见陈新宇：《寻找法律史上的失踪者》，桂林：广西师范大学出版社，2015年，第39—42页。

⑧ 黎靖德编：《朱子语类》，第2680页。

⑨ 黎靖德编：《朱子语类》，第2688页。

⑩ 寺田浩明：《中国契约史与西方契约史——契约概念比较史的再探讨》，《权利与冤抑：寺田浩明中国法史论集》，第116页。



文书作为法律裁判中的证据来看,而非将契约文书所确定的交易双方的具体关系作为裁决的根本考量因素。但事实是传统中国人在处理契约纠纷时是将抽象的契约关系还原到具体的人际关系网络中来处理的,所依据的也并非抽象的法律。<sup>①</sup>儒家以人本为中心,而非以财货、法律为中心的纠纷处理方式常给人以“法官的判决没有确定的效力”之感。但是,从制度上不禁止当事人无休止上诉行为的“不确定性”来看,恰好反映了国家治理过程中以人为中心的态度,即制度并非是人们生活的牢笼,一切以解决人的问题为首要价值追求的特征。这是一种不主张借助暴力机器支持的秩序,同时也是一个立场的问题,在儒家“以民为本”观念下,解决纠纷到底追求“公平”还是“效率”的问题。“审级”与“终审制度”的确立是资本主义工商业发展过程中追求效率的结果,但在传统中国社会恐怕并无此需求。以“确定性”作为标准来检测中国传统,略有张冠李戴之嫌。

通过教化而非法律来解决细故纠纷,可以参考梁漱溟的解说。“孔子的惟一重要的态度,就是不计较利害。这是儒家最显著与人不同的态度”<sup>②</sup>，“所谓不仁的人,不是别的,就是算账的人。仁只是生趣盎然,才一算账则生趣丧矣!即此生趣,是爱人敬人种种美行所油然而发者;生趣丧,情绪恶,则贪诈、暴戾种种劣行由此其兴。算计不必为恶,然算计实唯一妨害仁的,妨害仁的更无其他;不算账未必善,然仁的心理却不致妨害。美恶行为都是发于外之用,不必着重去看;要着重他根本所在的体,则仁与不仁两种不同之心理是也。要着重这两种心理,则算计以为生活不算计以为生活不可不审也!”<sup>③</sup>在一个以“算计”“计较”为“不仁”的文化体系中,确实不太可能产生一种帮助人们算计与积极主张利益的硬性法律制度。儒家的人生境界全在于“乐趣”,是“爱人敬人种种美行所油然而发”的“乐趣”。正因为这一点在现实生活中很难做到,所以才被传统道德所不断推崇,也通过所有可能的教化手段(包括听讼)来实现其“治世”理想。在此,我们应该注意到的是,不能因为传统社会没有完全实现儒家的理想,就否定这种价值追求在治理中的意义,就好比现代法治社会中最好的立法也无法阻止有人违法犯罪的事实一样,这也同样不能用来论证追求法治是错的。

## 余论

现代中国对传统中国的选择性理解,始于近代以来不断解构自我从而更好地抛弃传统向西方学习,主要的基调是对传统的抨击与轻视。“在一般先进青年的眼中,传统不但是旧的,而且是恶的。”<sup>④</sup>彼时情形可谓:“学‘政制’的都学过英美德法的政制;好一点的连苏俄、意大利、日本的政制也学过,但中国的政制呢?大多数没有学过;就是学过,也就是马马虎虎,知其然不知其所以然。学政治思想的,那一定上自柏拉图,下至拉斯基,都听过一遍;好一点的,还对于某派某家下过专门的研究。至于中国的政治思想,普遍不过看了梁任公的演讲集。”<sup>⑤</sup>对此,当时学者即有批评:“盖今之学者,率喜侈谈西化,其所谓西化,又往往限于最新而一时流行者。而视吾国固有者,与敝屣同。”<sup>⑥</sup>

近代中国“从自我奴役中解放”的启蒙,自始便不是一场欧洲意义上“何谓真理”式的启蒙,这种对于传统的“轻率”论调之目的,仅仅是为了将中国从传统“纲常名教禁锢”中解放出来,其对于传统“攻诘”的激烈程度几乎与文艺复兴时对宗教狂热的攻诘不相上下。<sup>⑦</sup>对传统进行批判,在中国近代救亡图存的历史进程中具有特殊意义。不过,从认识与理解传统的角度而言,猛烈批判并非想要深刻地认知传统,而且这种自我批判切实造就的结果就是对传统认知的障碍。比如,传统中国的立法、司法问题就常常被置

① 参见王帅一:《明清时代的“中人”与契约秩序》,《政法论坛》2016年第2期。

② 梁漱溟:《东西文化及其哲学》,第141页。

③ 梁漱溟:《东西文化及其哲学》,第144页。

④ 梁治平:《法辨:中国法的过去、现在与未来》,“自序”,第3页。

⑤ 蒋廷黻:《中国社会科学的前途》,桑兵、张凯、於梅舫编:《近代中国学术思想》,北京:中华书局,2008年,第265—266页。

⑥ 刘伯明:《评梁漱溟〈东西文化及其哲学〉》,桑兵、张凯、於梅舫编:《近代中国学术批评》,北京:中华书局,2008年,第17页。

⑦ 参见舒衡哲:《中国启蒙运动——知识分子与五四遗产》,刘京建译,北京:新星出版社,2007年,第3—6页。



于现代法治主义的对立面，研究者偏向于讲述其与近代以来法律制度的种种差异；<sup>①</sup>或者是将传统中国的相关元素代入今日理论体系，展现出一种所谓的继承性研究。<sup>②</sup>可以说，单纯追求现代化的价值导向在目的导向合理性的掩盖之下隐隐形成了一种逆向思想枷锁，成为禁锢人们认识中国传统视野之藩篱。

一场历经百年的现代化比较运动似乎已将传统分析殆尽，但呈现在我们面前的是传统与现代契合之“精华”，抑或是传统与现代龃龉之“糟粕”。<sup>③</sup>这些对现代化建设不无裨益的结论，方便我们采取“拿来主义”的态度对历史传统有所取舍。但事实可能并不是“非此即彼”的二元对立模式。精华与糟粕更似传统文化之一体两面，并非泾渭分明地有助于吸收转化。“对于中国人来说，改变现有的法制是相对容易的，通过一场革新或者革命便可以做到，但是要创造一个崭新的社会环境，创造一系列与这种新的法制正相配合的文化条件，却是极其艰难的。”<sup>④</sup>近代以来的中华民族一直处于救亡与赶超的情境下，找到差距、解决问题的迫切心态使得人们很少有机会可以从“传统中国人自己对这些问题的认识是什么”以及“为何如此认识”等角度来讨论这些问题。

今日学人“很难真正跳出西方的概念和方法论去认识自己往昔的制度和文化的”<sup>⑤</sup>，用近代以来的法学知识体系去解释传统中国，在解释的过程当中会在很大程度上失真。“他们是把时人不曾赋予相同重要程度的项目加上底线并强调之。”<sup>⑥</sup>在这套解释体系之下，传统中国很多真正的问题却消失了，最根本、最重要的价值层面的问题，往往在这种新的知识体系下被忽略掉了。根本问题是，传统中国针对田土细故等矛盾纠纷的听讼行为“旨在调整伦常关系”，不争利而通过调整人际关系的手段化解纠纷是其“确定性之所在”，这与现代民法注重调整财产关系而忽视人伦的情形表现出明显不同的价值取向。只有跳出“西方中心论”与现代法学知识体系，才能理解中国传统诉讼体制和理念。<sup>⑦</sup>

古人在处理细故纠纷的过程中，洞悉僵化的制度在处理人际关系中之矛盾纠纷的不足，因而才会采取这种今天看似具有“不确定性”的做法。然而，“制度易讲，如何有人行！”<sup>⑧</sup>秩序应以人为中心，制度应为人服务，而非将人机械地“物化”去适应僵硬的制度。“中国没有西方那样的法的社会理想，但同样有基于理想社会而对法的另一种思考”，“我们今天怎么评价它是一回事，然而它对传统中国社会的秩序维持和发展却是必不可少的。这部分是因为它与传统中国社会的结构相契合，部分还因为它已深深扎根在国民的心里，成为民众/社会对司法的普遍诉求和合理期待。”<sup>⑨</sup>

长久的历史资源使中国人较早地意识到将国家治理中的一切问题交由法律去解决并非完美的国家治理方式。法网最密的强秦没有达到其传至万世的美好愿景，反而使人们意识到“法如凝脂”的问题。但是，法也确实被秦以后的继任者沿用了下来。不过历代统治者都明白应该将“通过法律的治理”限制在一个合理的范围内，才能发挥其最佳作用。法治是国家治理体系中的重要组成，但却不能将法治直接等同于国家治理。传统中国在法治与治国关系方面积累的智慧，应该成为我们理解传统中国法治问题的钥匙而非枷锁。今天的人们似乎喜欢强调中国传统没有什么，但是找出没有什么并不能有助于我们理解中国是什么。三代以降，王道虽不行，但中国始终鲜有追求功利的价值取向，这是中国文化的一大特色。<sup>⑩</sup>在历史传承

① 例如有关产权方面的论述：“直到今天，产权的不确定性和模糊性，仍是中国经济向现代体制转变中难以解脱的一大困扰。”杨国楨：《明清土地契约文书研究》，北京：中国人民大学出版社，2009年，“修订版序”，第2页。

② 例如将“户律、婚律、户婚、户役、田宅、婚姻、钱债等篇目”直接说成“可谓皆民法也”。参见史尚宽：《民法总论》，北京：中国政法大学出版社，2000年，第58页。

③ 参见王志强：《清代国家法：多元差异与集权统一》，北京：社会科学文献出版社，2017年，“序言”，第16页。

④ 梁治平：《法辨：中国法的过去、现在与未来》，第160页。

⑤ 参见苏亦工：《清代“情理”听讼的文化意蕴——兼评滋贺秀三的中西诉讼观》，《法商研究》2019年第3期。

⑥ 巩涛：《地毯上的图案：试论清代法律文化中的“习惯”与“契约”》，黄世杰译，邱澎生、陈熙远编：《明清法律运作中的权力与文化》，第298页。

⑦ 参见苏亦工：《清代“情理”听讼的文化意蕴——兼评滋贺秀三的中西诉讼观》，《法商研究》2019年第3期。

⑧ 黎靖德编：《朱子语类》，第2683页。

⑨ 参见张中秋：《概括的传统中国的法理观——以中国法律传统对建构中国法理学的意义为视点》，《法学家》2010年第2期。

⑩ 参见梁漱溟：《东西文化及其哲学》，第145页。

书写的过程中，我们应将这些中华优秀传统文化保留下来。让后人知道华夏先人的追求，应是我们这一代人的责任，也是不断建设法治中国的源头活水。

（责任编辑：天竞 编辑：王鑫）

## Trial without Law: Land Disputes in Traditional Chinese Governance System

WANG Shuaiyi

**Abstract:** There are many perplexing and disputable problems in the interpretation of Chinese traditional civil trial with modern legal knowledge system. In the discussion of the new discourse, many important problems of Chinese inherent law are also covered up. If we analyze the origin of “law” (punishment) and contract, and combine with the traditional Chinese understanding of land and loan, we can find that the problem of “details” is not a civil law problem under today’s theory. It’s even hard to say that it’s a legal issue for traditional Chinese people. The strategies adopted by the traditional Chinese in dealing with these disputes are the result of the shaping of Chinese culture.

**Key words:** minor matter, estate contract, civil trial, state governance, Chinese culture