

民国时期的司法与民间习惯 ——不同司法管辖权下民事诉讼的比较研究

王志强

沿着清末改制的轨迹，民国时期的法制状况发生了重大的变化，传统的中华法系逐步在实践领域解体。民事诉讼和审判作为民间普通纠纷的解决方式之一，从实体到程序上，其面貌都体现了迥异于传统的特色。在民国时期，国内不同程度上还存在着各种中央政府不能有效控制的离心势力，中国共产党领导下建立的各种革命和抗日根据地，是其中最突出的独立政权，在民事诉讼等法制状况上与其他地区亦有相当大的差异。此外，民国时期的一定阶段还曾存在着领事裁判权与租界内的会审公廨，实际上是在中国境内由外国人控制的司法权。在民国这一中国法制转型的重要阶段，社会政治中的这种复杂状况和各种力量的并存和交相作用，使激烈变化中的民事诉讼模式呈现出更为多样的色彩。本文以民国时期各典型地区的民事诉讼为线索，重点探究当时民事司法活动与民间习惯的关系。

清末大规模的改制活动，使传统法制面临解体。宣统二年（1910）年，制定了《民事诉讼律草案》；次年，《民律草案》也告完成。这是中国历史上第一次进行现代意义上的民事立法。这两部法律草案未及颁行，清王朝的统治即告终结。民国成立以后，北洋政府分别于1921、1925年完成了第二部民事诉讼法草案和民法草案。前者于1921年11月改称《民事诉讼条例》施行；后者由于国会解散，未能完成立法程序，仅由北洋政府司法部于1926年11月通令法院在司法中作为法理援用。南京国民政府建立后，民法的总则、债权、物权、亲属和继承各编相继于1929—1931年公布、施行，民事诉讼法的各部分也于1930—1931年先后公布并于1932年施行。此后，民事诉讼法曾于1935年和1945年两度修正。这样，在民国时期，自30年代以后，民事法制的立法工作基本完成，有关民事诉讼的实体和程序规范成为国民政府实际控制地区的法律依据。[i]

一般而言，民事诉讼的司法实践与民事立法息息相关。由于民事立法完成前后民事诉讼在基层运作状况可能出现的变化，本节分别选取民国初期和中后期江苏各级审判机构的部分民事判决书为研究的基本史料。[ii]以江苏一省的状况为例，具有一定的地域局限性，但由于江苏是当时经济较发达、文化较开放的沿海省份，又包括了特色不同的苏南和苏北地区，而且还是国民政府时期的政治中心，因而具有相当的代表性。

在民国初期，由于缺乏基本民事法典，故主要沿用前清的法律及大理院判例、解释例及司法部命令。据大理院三年上字304号判例：“国民民法典尚未颁布，前清之现行律除制裁部分及与国体有抵触者外，当继续有效。至前清现行律虽名为《现行刑律》，而除刑律部分外，关于民商事之规定仍属不少，自不能以名称为刑律之故，即误会其为已废。”由于基本法律的阙如，在二年上字64号判例中规定，“判断民事案件，应先依法律所规定；法律无明文者，依习惯法；无习惯法者，依法理。”但对习惯法的适用又作了相当的限制性规定：“凡习惯法成立之要件有四：（一）有内部要素，即人人有确信以为法之心；（二）有外部要素，即于一定时期内就同一事项，反复为同一行为；（三）系法令所未规定之事项；（四）无背于公共之秩序及利益”：“凡法律无明文规定者，本应适用习惯法，但习惯法则通常概无强行之效力。”

[iii]

虽然在当时大理院的判例中，习惯的地位和效力得到相当程度的确认，但从民国初年的司法实践来看，以习惯作为判决（包括终局判决和对部分争讼内容的裁断）的规范性依据，在有关判决书中并不多见。在《江苏高等审判厅民刑事判决录》和《江苏上海地方审判厅民事判决》所收的139件民事判决、决定书中，援用最多的规范性依据是法理（或作法学原理、条理、通例，包括实体和程序两种），共达42次；[iv]清光绪三十三年（1907年）颁行的程序性法规《高等以下各级审判厅试办章程》（或作《各级审判厅试办章程》）次之，共34次；大理院判解例12次；《县知事受理诉讼暂行章程》10次；司法部命令5

次；前清现行律（指《大清现行律》中的有效部分）、《民事诉讼律草案》（指其中“管辖”等章被允准援用的部分）各3次，《拘押民事被告人暂行规则》、《各县帮审原办事暂行章程》和《现行商人通例》各1次。而这些判决书中援引习惯作为裁判依据的仅4次。

被引据的4项习惯中，有3项是商事方面的。在民国三年的一件判决书中，依据前引大理院的判例，写道：“法律无明文者依习惯法，无习惯法者则依条理”，强调应该斟酌习惯、法理。该案中，黄某等承运孙某托运的瓷器，途中海船遇险，黄某抛弃瓷器，得以脱险，其他货物幸存无恙。孙某向其追偿，黄不允，双方相讼。审判厅委托上海市商会调查后，推断习惯上“沙船遇险所抛弃之货，原应由被保存者摊偿”，并非如黄某所谓“固有之习惯本不负赔偿之责”。黄某提出《商船会馆规章》中“如遇不测，各听天命；或遇浪水湿、送舱损失等事，按成本银数公摊”的规定，审判厅认为，所谓“不测”应理解为全船覆没，而后款规定则类似于现代法理上共同海损的精神，明文要求公摊损失，故判黄某赔偿。[v]在另一件发生在上海的诉讼中，泳祥园水炉业主杨某以邻店明园茶馆业主王某违反行业惯例、出售盆汤等事，向上海县知事公署提出禁止该行为的请求，获准。王某不服，向地方审判厅起诉。经过传唤和询问春和等其他四家茶馆业主，审判厅认定被告所称的同业惯例确属存在，而原告实有违反，故判其败诉。[vi]在这两案中，对习惯的认定经过了专门的调查过程。还有一项被援引的商事惯例，则直接由法官作为常识认定，并未经过调查：“商号与商号货款往来，均含有继续性质，不能于交易某段期间内计算利息”，故当事人要求对方支付某项预付款的利息，审判厅认为事实上双方此后还有继续交易的意图，故对该请求不予支持。

仅有的一项作为判决引据的民事习惯，出现在民国三年的一起上海的租房纠纷中。徐某租住甘某房屋，被逐出。徐某认为根据习惯，只有迁租或违反治安等行为，房主才能解除契约，故提起诉讼。二审的高等审判厅先以法理和各国规定为根据加以分析，“当赁借契约成立伊始，并未约定期限者，当事人之一方不问何时皆得声明解约，此因契约之性质所使然，初无预为约定之必要，征之之国法制，无不设明文之规定”，接着指出，“吾国习惯于赁借契约，素尊重赁借主之所有权。在赁借主之违反契约及有妨害公安行为，其契约之自应解除，固无待论。然使如赁借主苟未违反契约，而赁借主即永不得为解约之声明，则尤与赁借契约之性质相反。信如上告人之所陈述，则赁借主苟不违反契约，则赁借主亦将永不得为解约之声明，此不独法理上所必无，即按之习惯、人情，亦断无此理”，故判徐某败诉。[vii]本案中，习惯的存在与否及其状况实际上并未经过法官的实证性调查，而是以法理和人情作为推断的依据。事实上，根据不久后的民商事习惯调查，当时全国不少地区确有“只许客辞主，不许主辞客”的房屋租赁惯例，而在江苏省内，处于西北的砀山、丰县，习惯上租赁房屋“无故不准业主退租”，“如不欠房租，准房客自退，不准房主要房”；与此相反，处于中部地区的丹徒县，则有“租赁房屋、土地本无年限，其契约得随时解除”的习惯。[viii]这类习惯以及差异的存在，当时并不为法官所顾及和重视。判决中所谓的“吾国习惯”云云，只是作判者意识中的主观判断；对当事人主张所作的引申解释和批驳，显然是对上述习惯和差异客观存在的无知或漠视，不免有曲解人意之嫌。

习惯以外的其他裁判依据与民间习惯的关系，同样值得重视。在法理这一类引据中，包括实体性的“民事法理”和程序性的“诉讼通例”，实质上都以西方近现代的法学理论和法律制度为渊源和标准。在一件土地买卖的纠纷中，法官援引民事法理为裁判引据：“无代理权人以他人之代理人名义而订立契约，非经本人追认，对于本人不生效力”：“以他人之代理人名义订立契约者，若不能证明其代理权，并经本人拒绝追认者，得向订立契约之人请求履行或赔偿。”[ix]又如在上诉案中，法官指出，“事实问题，按之法理，上告非以第一审判决违背法令为理由者，不得为之”，对上告人关于事实的主张置之不理。[x]在另一件离婚案中，陈某与妻朱氏素不和睦，于1914年4月向松江县地方审判厅（后审级改组，改由县知事取代其权力）提出离婚请求。朱氏答辩亦允，但要求赔还妆奁。一审判决离婚，但未论及妆奁之事。朱氏不服，上控。江苏高等审判厅受理后，陈某在答辩中又提出要求追还聘金作为对抗。审判厅认为，“查诉讼通例，控告应对于第一审之终局判决，或可视为终局判决之中间判决为之，故控告审审判衙门对于第一审所未经判决之点，为维持审级制度之利益起见，不得迳与裁判”，“按之诉讼通例，当事人在控告审，不问相对人是否同意，均不得主张新要求”，故驳回双方的要求，但明确朱氏可向县知事声请追加判决。[xi]且不论其具体内容与民间所理解的公正之间差距如何，仅仅是连篇累牍的专业术语，在当时的客观条件下已足以使国家司法与大多数市井人家隔若参商。

作为裁判引据的法律明文中，《高等以下各级审判厅试办章程》和《县知事受理诉讼暂行章程》最为常见，主要规范具体诉讼程序和审判方式，不是实体性规定，而且也以西化的制度为基本模式。司法实践中援引的实体法规，无论西化或旧化，很大程度上都与民间习惯处于游离状态。在债务纠纷中，田天生之子全寿为经营自家所开茶馆，以个人名义向章某借款并出具借条，但久未偿还。后全寿离家出走，章某遂向县知事公署起诉，要求田天生承担偿还义务，获准。田不服，上诉。二审的地方审判厅的两件大理院判例，认为“债务人不履行债务时，债权人惟得对于债务人请求履行”，而且“债券上所载明之债务人，不问其果为实际收益人与否，就其债务，总须以名义上之债务人担负履行之责”，撤销原判，免除田天生的责任。[xii]在婚姻案件中，游阿二与邻家之子洪某外逃、同居，被游父追回，游阿二以其父为被告向地方

审判厅起诉，要求确认与洪某的婚姻关系。审判厅依据当时仍有效的清现行律婚姻门“男女婚姻”条“嫁娶皆由祖父母、父母主婚”及大理院判例“订婚以婚书、聘财为形式要件”的规定，认为游、洪之间在法律上婚姻关系并不成立。[xiii]这两案援引的法律引据，一件体现了民事责任自负的原则，一件则坚持保护传统上家长对子女的权力，但这种处理结果，与事理人情、与转变中的社会风习即使不完全相抵触，但显然也并不吻合无间。这是国家法律转型和操作过程中过度重视大传统的状况而漠视民间接受状况的结果。

30年代以后，民事法律逐渐健全，立法在处理国家法律与民间习惯关系的问题上沿用了民国初年的做法。在1929年5月23日公布的《民法总则》第一、二条分别规定：“民法所未规定者，依习惯，无习惯者，依法理”：“民事所适用之习惯，以不背于公共秩序或善良风俗者为限。”《民法总则编立法原则审查案》（国民党中央政治会议第168次会议议决，1928年12月19日送立法院）的“说明”称：“法律无明文规定者，从习惯，各国民法大都相同。所谓习惯者，专指善良之习惯而言，以补法律之所未规定者。但各国判例，法院承认习惯之效力，有数条件，其中尤以合于情理者为最要。我国自民国成立以来，亦有此判例。”[xiv]但系统周详的法典留给习惯的空间并不大。而民法典的内容，当时学者已有不少中肯的评论。参与立法的吴经熊指出：“就新民法从第一条到第一二五条仔细研究一遍，再和德意志民法及瑞士民法的债编逐条对校一下，倒有百分之九十五是有来历的，不是照帐誊录，便是改头换面。”[xv]这种状况给民事司法带来了深刻的影响。在执法中，法官的自由裁量权受到明确的限制。民国时期法官训练所讲义《民事审判实务举隅》中，对判决书的“理由”部分，强调“判决以法律为准，除适用法律外无自由裁量之余地（例如不得债权人之同意，不得为减免、或延展给付日期之判决是也）”。[xvi]

随着民事法律的完备，在司法实践中民事判决的面貌也有所变化。1937年的《江苏上海第一特区地方法院民事判决》一书中所汇集的41件判决和裁定（包括1件支付命令），基本上都援引明确的法律规定作为裁判依据，而没有引据习惯的现象。由于立法上存在的上述问题，周密的法律规定和严格的执法方式，反而使国家司法与民间习惯的距离进一步扩大。这种状况至民国终结都没有得到根本性改变。

二

在本世纪20年代以后的20余年间，中国共产党领导下的各种根据地一直作为独立的政权存在。在其直接控制的地区，民事诉讼的状况呈现出与国民政府实际辖境内完全不同的面貌。这种独有的特色对20世纪后半期的中国产生了深刻影响。

由于历史的原因，这些根据地政权基本上以武装革命为首要任务，意识形态领域则以反帝反封建为主要使命。因此，在民事法制建设方面，主要侧重于土地和婚姻方面。由于客观条件的限制，当时法律的内容并不细致，有不少属原则性的规定。如1931年《中华苏维埃共和国土地法》仅十四条，1934年《中华苏维埃共和国婚姻法》二十一条，1939年《陕甘宁边区土地条例》共二十七条，1943年《陕甘宁边区刑事案件调解条例》十二条，1942年《晋冀鲁豫边区民事诉讼上诉须知》十九条，1943年《晋察冀边区婚姻条例》二十三条，1947年《中国土地法大纲》十六条。有的法律在处理方式上还有民刑不分的倾向。[xvii]

这些原则性相当强的法律，对执法者提出了很高的要求。民事诉讼过程中，他们不是刻板的法律机器，法律存在的弹性要求他们具有较强的主体意识。他们需要兼顾各方面的利益，“要符合事实，而且能够实现。要多方面的照顾，不要顾此失彼。但这种照顾，一定是站在进步的方面，照顾另一方面，不是没有立场的照顾。照顾了这个阶级，还得照顾那个阶级（一面要减租，一面要交租等）；照顾了这个政策上的原则，还得照顾那个政策上的原则（一面要保护妇女利益，不准丈夫虐待，一面要照顾基本群众，不让他们大批地丢掉老婆等）；照顾了今天，也要照顾明天（今天法庭不准离婚，并要保证明天夫妻和好等）。”[xviii]实践中这种充满实用理性精神的作风，使代表国家权力的司法并没有远离民间。

同时，由意识形态的性质所决定，在根据地政权的民事诉讼过程中，法官与当事人及有关民众保持着相当密切的联系。当时强调，“在我们这里，假如有一个司法人员，仍然是‘断官司’、‘过堂’，板起面孔，摆起架子，叫人家一看他，是个‘官’，是个‘老爷’，那就很糟糕。”“走出衙门、深入农村”的做法得到大力提倡：“司法工作，如果不从团结老百姓、教育老百姓方面着眼，只会‘断官司’、‘写判决书’的话，即使官司断得清楚，判决书写得漂亮（实际上不可能办到），则这个‘断官司’和‘判决书’的本身，仍将是失败的，因为他和多数人民的要求相差很远。……千百事件整天发生在人民中，最适当的解决办法，也就在人民中。绥市五区开了两天群众会，解决了一百九十件人民纠纷，米脂银城市群众会，只一星期的时间，解决了三百一十七件人民纠纷。这些存在着的纠纷，一通过人民，就会解决得最快、最正确。如果不发挥人民本身力量，孤独地依靠我们司法干部去处理，那就需些年月！我们不要以为自己比老百姓高明，其实不然，新的创造要在老百姓中找寻。”[xix] 40年代根据地所提倡的“马锡五审判方式”，“总精神就是联系群众，调查、审讯都有群众参加，竭力求得全面正确，是非曲直摆在明处，

然后把调查研究过的情形在群众中进行酝酿，使多数人认识一致，觉得公平合理再行宣判，既合原则，又通人情，不仅双方当事人服判，其他局外人也表示满意，此即‘马青天’之所由来。”[xx]在处理民事诉讼的过程中，这种联系群众、由群众参加的方式，使代表国家权力的司法活动与反映民间意识的人情习惯得到较有效的连接。

在民事案件的审理过程中，根据地政权注重运用调解的方式。现有当时民事诉讼状况的记载，大多数都是以调解结案的。得到提倡的调解方式，应该像马锡五的司法实践中所体现的，“是在坚持原则、坚决执行政府政策法令、又照顾群众生活习惯及维护其基本利益的前提下，合理调解的，是善于经过群众中有威信的人物进行说服工作的，是为群众、又依靠群众的。”[xxi]在一起土地纠纷中，1922年郑世祥立写绝卖文契将土地以较低的价格转让给郑世德，至1939年因世德允其回赎，曾帮世德代管、耕种。但世德后来反悔，不同意其回赎。世祥遂提起诉讼。审判员根据其特点，高请郑氏家族中德高望重的郑世荣来主持调解此案。世荣召开家庭户内评议会，听取族人意见，提出由于世德当时购置时少出价钱，按户内规矩，此地可赎回，故建议由世祥抽赎一部分土地，得到双方认可。[xxii]此案中，由于郑世荣等族人的出面和“户内规矩”的援用，使纠纷得到有效解决。国家权力在其中处于较超然的地位。这种民事纠纷的解决方式受到积极提倡。

在另一件涉及土地和继承的民事诉讼中，陕西赤水县张兴、张怀兄弟有侄张德明、外甥杜生林。张兴由张德明生养死葬，但其产业却由杜生林继承。张怀在世时已将地产典当。他死后，杜生林让张怀之妻将地产87亩赎回、转典与杜，出价120块成交。此后，张妻改嫁孙家，买养一异姓子，改名张进喜，作为张怀后嗣，但从未归宗，一直生活在孙家，并分得产业。1943年，张德明向杜生林提出要赎回其叔张怀典与的地产，未获允，遂起诉，判准赎40亩。张德明仍不服，次年又起诉至县。审判员召集当地公正人士、乡村干部、小学教员、各文约说合人、替张怀妻买孩子的证人等共同参加，听取他们的意见。众人指出，张进喜确系张家所买之子，其未归宗是张怀妻的过错。审判员结合这些意见，根据《陕甘宁边区施政纲领》及边区政府有关保障地权和入权的政策法令，宣布了解办法：张进喜未归宗属张妻手续不周全，但既已改姓，应确认其承嗣身份；地产全部赎回，张德明因奉养、埋葬张兴，应分得一半；张进喜未归宗，且未奉养、埋葬，故只能分得一半；如张进喜一时无钱赎地，可由张德明先代赎、暂种；杜生林应交还原典当契约，否则另立合同为凭。这一办法为各方所接受。[xxiii]由于在事实基本明确的前提下，由法官主持、由乡族舆论声援和保障的调解办法，实际上未尝不可视同带有强制意义的判决。从其内容来看，依据是多方面的。根据相距不远的陕中地区武功县习惯调查记载，“典当房、地年久，将当契遗失，至回赎时无契可抽，应同中由当户出立收付字据交业主收执，作为该项典当房、地业经回赎之凭据”。[xxiv]因此，在本案中，对回赎权利的认定与分配，尤其是对张进喜身份的确认、典当回赎的具体方式等，都是立足于当地民众习惯所认可的通常做法。而相比之下，《陕甘宁边区施政纲领》等明文的法令更多的是作为一种指导性的原则，在具体案件的适用中，其体现的对双方利益规范的确定性、细致性并不比习惯更为明显。而这种确定性、细致性，恰恰是民事诉讼中解决纠纷最关键的环节。

由于现行法令规定与地方习惯不同造成的矛盾，也是司法中常常面临的问题。如不少地区习惯上并不认可女子继承权，但当时所援用的《中华民国民法》有关部分中却明确赋予女子继承权。因此在司法实践中，也兼顾各方面的利益进行处理。1943年晋察冀边区行政委员会在《关于女子财产继承权执行问题的决定》第4条规定，被继承人仅有一子一女，或一子数女，他的儿子在他死亡后就占有的财产，而有继承权的已嫁女子，截至本决定公布之日止，并未提出分割遗产的要求者，其继承权视同抛弃，能要求回复。但由于参加抗战或经营其他事业，背井离乡，不知被继承人死亡，虽已知死亡而事实上不能返归本籍实行继承者不在此限。[xxv]以发布该《决定》的6月15日这样的划一时间标准来确定继承权的有无，实际上一定程度承认了旧有习惯做法的意义，但并不放弃国家司法移风易俗的努力和权力。

三

在民国时期的中国境内，相当一段时期还存在着外国司法权控制下的民事诉讼。这种特殊的司法权，包括领事裁判权和民国初期上海等地租界区内会审公廨的司法权。

根据1843年《中英五口通商章程》和《中美望厦条约》，领事裁判权正式确立。这意味着中外人士之间发生纠纷、需要以诉讼方式解决的，如中国人为原告、外国人为被告，须由中国人向该国领事提起诉讼，按照外国法律进行审判。根据当时英人的记述，如华人向英人提起民事诉讼，须按照英国法律规定缴纳诉讼费、保证金，并须自带证人、证据，承担举证责任。审判中双方先后举证、陈诉，并可由律师进行质证。审判官则处于超然地位，根据双方的证据进行判决。在理论上，标的较大的案件还可以向英国本土的上级法院上诉，当然也须严格按照其规定的诉讼程序进行。[xxvi]从现存的中文史料来看，当时以外国人为被告、领事裁判权控制下的诉讼主要是刑事案件，只有极少数，如民国元年（1912）苏如轩诉日本人森山新太郎，是以刑事案件为前提要求赔偿而提起的民事诉讼。该案先后经日本长崎地方法院和上控法院审理，其适用的依据完全是日本法律。[xxvii]因此，领事裁判权控制下的民事诉讼，从程序到实体法律

的适用上，都以外国法律为准，不涉及中国的地方习惯。当时研究华洋诉讼的学者指出，“通商数十年来，洋人以负欠华人债务，致清偿无着者，亦颇有所闻矣。其能挺身赴该管领事呈诉者，率居少数。”其进而指出，这种状况的存在，原因之一就是“诉讼手续不备，吾民虽有债权，辄不知诉追之能否有效”。[xxviii]由于文化传统的隔膜以及领事裁判权本身的性质，这类诉讼显然是与中国固有习惯完全断裂的。

在各地会审公廨中，以上海公共租界会审公廨最具代表性。该机构在民国初年由领事控制，处理租界内各种诉讼。关于所适用的法律，当时研究者指出，“会审衙门之法律、惯例、条约上规定适用中国的法律、惯例（在上海会审衙门即用上海惯例）。然中国现时缺乏完全施行力之法律，一定之惯例亦少，且欲使各规定趋于一致，则因外国人异其法律、习惯，不利之点甚多，故现时会审衙门审判刑、民案，由该外国会审官之主张，常参酌外国法理、习惯。”“职是之故，会审衙门审判案件，只得依据原被两造及辩护士、证人、其他仲裁人鉴定等之供述及一切证据，按照案件性质、当时事情，由中外会审官协同悉心审理，鉴于法理与情理，酌量先例与习惯，或者中国会审官参酌中国新旧法典法规，外国会审官参酌该国法典法规，或者依该案性质，另征集在上海与华人事件有关系之各官署、公共团体之（谓中国之总商会、各种公所、外国诸协会又组合等）规则意见等，以为参考，互商之后，认为公平，即因适当方法而判决之。”[xxix]理论上，由于民国初年会审公廨的法律环境与前述同时代的中国地方审判厅并无差别，因此在诉讼中可能兼顾中国的地方惯例以弥补法律的真空，但实际上中国臬员由外国领事任命，外国陪审官由领事指派，公廨费用也由外方承担，在这样的现实体制下，所谓公平，只能是外国领事们的一厢情愿。如在上海会审公廨审理的Vinogradoff v. China Merchant Steam Navigation Co.一案中，原告是被告公司的职员，在公司的轮船上从楼梯摔下致残，不能再从事船务工作。经法庭调查，事故并非发生在出航期间，被告也无任何过错，摔跌、致残都是因为原告自身原因。但法庭依然判被告承担巨额的费用和赔偿金。[xxx]当时中国对这种情况并无规定，而英美法中也仅认为航行期间职员任何受伤均由船主承担责任。本案的判决，显然并无法律依据。在原告为外国人，华人作为被告的案件中，恐怕实际的利益是不可忽略的权衡尺度。同样在会审公廨审理的Chang Shih chao v. Wu Ting fang一案中，一位英国陪审官声称：“如果我们严格按照你们或我们国家的程序规则和法律，那么案件就不会有任何进展。……我们要承认我们并非遵循法律原则或规则，我们遵守的惟一准则就是尽可能在当事人各方之间追求公平（holding the scales as evenly as possible）。”[xxxi]在这种“公平”中，由于会审公廨的特定性质，中国的习惯是很难进入其权衡范畴之内的。国体不存，遑论习惯？

四

民国时期的民事诉讼中，作为裁处依据的法律、政策等往往带有鲜明的时代特色，尤其是迅速西方化，甚至是西方殖民化的痕迹。当时有人批评《大清民律草案》：“此项草案，采大陆最新立法主义，前三编全以德、日、瑞三国之民法为模范，偏于新学理，对我国固有习惯未加参酌。后二编虽采用旧律，但未经多数学者之讨论，仍不免有所缺漏错误。故《民律草案》就条文形式上观之，未始不整齐周密，然因草案继承外国法，对于本国固有法源不甚措意，如民法债权篇中，于通行之‘会’，物权篇中关于‘老佃’、‘典’、‘先买’等全无规定，故其内容既未参酌我国习惯，颇多格难通之处，不能认为适宜之法案也。”[xxxii]而制定于民国时期的民法典仍受到类似的批评，前已述及。土地革命和男女平等的浪潮下，共产党根据地政权的土地、婚姻法制也呈现出激烈的革命色彩，外国司法权控制下民事诉讼规则更与中国传统格格不入。

但在实践过程中，司法与民间习惯间的微妙关系在不同情况下呈现出不同的面貌。领事裁判权和会审公廨等主持的司法审判具有明显的殖民地色彩，审判者往往带着文化霸权的眼光，轻视甚至漠视中国法律文化。这类诉讼与中国固有习惯乃至中国的法律显然都处于一时难以沟通的状态。中央政府控制下，以法政学校的专业教育为基地，以西方近现代法学为范本，并以留学归国人员为补充，培养和引进了一大批法律专业工作者。[xxxiii]在此基础上，得以较快地在民国时期完成了形式上司法独立的改革，并制定了系统的民事法律。在司法中，民国初年的判决书就基本摆脱了旧式的面貌，实现了向新模式的转变。[xxxiv]与此相应，民事审判中逐渐排斥了传统社会中以“情理”作为基本价值取向的特色，[xxxv]割断了国家司法与民间意识的连接。在经济较发达、观念转换较快的江苏等沿海地区，以西方体制为模式的国家司法似乎没有过多地顾及旧有的民间习惯。上海等城市近代化的经济生产方式、不同于传统熟人社会的日常生活方式，以及新兴移民城市本身的特色，可能使市民较快地接受了这套国家司法方式。但实际上问题并不这样简单。光绪三十三年（1906），沈家本、伍廷芳提出《民事刑事诉讼法草案》，采用听证、律师及陪审制度，当时清廷先令各省试办。江苏巡抚陈夔龙即提出：江苏口岸虽较开通，但内地偏僻，州县仍多屏蔽，风俗习尚守旧，而绅士自爱，不愿任事，陪审员难得其人。因此不赞成全面试办，只允先择商埠行之。[xxxvi]这种局面的描述恐怕并不能简单地以顽固守旧目之，而且也未必仅是清季的状况。从40年代日本满铁在华北的农村调查资料来看，在民事纠纷的解决上，民间习惯在百姓中仍具有极为重要的意义。

[xxxvii]

而在共产党控制的根据地政权下，正如陕甘宁边区的一份官方报告所揭示：“边区因地区偏僻、文化

落后，故司法干部是比较缺乏的。现有司法干部未进过专门学校，主要的是依靠他对人民、民族、国家的忠诚，获得人民的信任，由边区的人民选举出来，再根据他的能力分配以适当的工作。” [xxxviii] 专业人员的缺乏，民事立法的单薄、过于原则化，以及内地经济的相对落后和文化的封闭，是当时司法的基本背景条件。代表国家权力的司法没有脱离民间的土壤，而是因地制宜又有所选择地利用着传统和民间的有效资源，以另一种方式维系着司法体制的有效运作。一定程度上由于客观条件限制所造就的、并不“现代化”的这种司法实践方式，在当时实际上却最大程度地避免了由于社会急剧变革所带来的国家司法与民间习惯的紧张和断裂，缓冲了二者之间的矛盾，使政权赢得了来自民间的亲合力。法律和机构的完备程度与法律运作的实际效果并不成正比。

需要指出，司法与民间习惯之间在近代社会所出现的紧张关系，与前述急剧变化的法律观念、法制运作的基本模式有着密切的关系，同时一定程度上也是民事习惯地域性差异的结果。在传统中国社会，缺乏系统、严密的民事立法，使相当一部分社会关系和秩序需要依靠地方性习惯来维持。辽阔的地域中，各地不平衡的社会发展水平和文化观念等多种原因使地方性民事习惯出现了一定的地域差异，这在民国民法典的制定时已引起关注。在《民法总则编立法原则》这项立法解释中指出，“惟我国幅员辽阔，人口最多，各处所受之影响不同，社会及经济上种种进步、种种组织，未必到处能与其他种种进步及组织并驾齐驱。结果所至，各省、各区域之风俗习惯大相悬殊，且根深蒂固、牢不可拔者有之。且此等习惯，多因各地特殊情形，均有特殊之适用。一旦废除之，殊非易事。” [xxxix] 尽管如此，当时这一问题显然并未得到有效的解决。对影响至今的民事习惯的地域差异进行深入研究，进一步理解传统社会的法律文化，仍是极有意义的重要课题。

注释：

[i] 参叶孝信主编：《中国民法史》，上海人民出版社1993年版，第605—615、641—643页。

[ii] 其中包括《江苏高等审判厅民刑事判决录》、《江苏上海地方审判厅民事判决》和《江苏上海第一特区地方法院民事判决》的汇编。原本均藏于复旦大学图书馆，线装。前者封面有“民刑事判决录”字样及“施霖”印，后二书无书名题签。《江苏高等审判厅民刑事判决录》中包括民事判决、决定书74件（决定书47件），分别作于1914年5月7日至1915年6月5日间，其排列秩序似乎并无规律。《江苏上海地方审判厅民事判决》系1921年9月19日至12月29日地方审判厅民二庭推事施霖所作判决、和解和决定书，共65件。《江苏上海第一特区地方法院民事判决》系1937年2月1日至2月27日地方法院民庭推事徐福基所作判决和裁定书，共41件；与前二者不同，其中在每件文书上均有“江苏上海第一特区地方法院”的印章，《诉字第1982号裁定》这份铅印文书上还有裁判者的签名。后二书中判决书均依日期顺序排列。

[iii] 《大理院判例解释新六法大全·民法汇览》，世界书局1924年版，第1—3页。

[iv] 同一判中数次引用同一类引据仍计为1次。

[v] 参1914年11月30日江苏高等审判厅控字第189号民事判决，见《江苏高等审判厅民刑事判决录》。

[vi] 1921年9月19日江苏上海地方审判厅地字第76号民事判决，见《江苏上海地方审判厅民刑事判决》。

[vii] 参1914年10月30日江苏高等审判厅终字第26号民事判决，见《江苏高等审判厅民刑事判决录》。

[viii] 分别见《中国民商事习惯调查报告录》，（台湾）进学书局1969年版，第375、378、363页。

[ix] 1914年11月30日江苏高等审判厅控字第180号民事判决，见《江苏高等审判厅民刑事判决录》。

[x] 参1914年11月30日江苏高等审判厅终字第31号民事判决；1915年1月30日上字第80号民事判决引“诉讼法理”大意略同；均见《江苏高等审判厅民刑事判决录》。

[xi] 参见1914年11月13日江苏高等审判厅控字第148号民事判决，见《江苏高等审判厅民刑事判决录》。

[xii] 1921年9月24日江苏上海地方审判厅控字第221号民事判决，见《江苏上海地方审判厅民事判决》。

[xiii] 1921年10月21日江苏上海地方审判厅地字第85号民事判决，见《江苏上海地方审判厅民事判

决》。

[xiv]转见胡长清：《中国民法总论·附录》，中国政法大学出版社1997年版，第407页。

[xv]吴经熊：《新民法和民族主义》，载《法律哲学研究》，上海法学编译社1933年版。

[xvi]曹凤箫编述《民事审判实务举隅》（司法行政部法官训练所讲义，尚文印刷所承印）第一册第25页以下；其后来所编司法院法官训练所讲义《民事审判实务》中亦略同。

[xvii]如《中华苏维埃共和国婚姻法》第二十条：“违反本法的，按照刑法处以应得之罪。”见《中国法制史资料选编》，群众出版社1988年版，第1143页。

[xviii]《晋冀鲁豫边区太岳区暂行司法制度》（1944年3月1日），载太岳行署1944年《司法工作》第五期增刊；转引自张希坡、韩延龙主编：《中国革命法制史》（上），中国社会科学出版社1987年版，第491页。

[xix]习仲勋：《贯彻司法工作正确方向》，载1944年11月5日《解放日报》，转见《陕甘宁边区抗日民主根据地》（文献卷下），中央党史资料出版社1990年版，第181—182页。

[xx]《陕甘宁边区司法工作总结》（1945年12月29日），油印本，转引自张希坡、韩延龙主编：《中国革命法制史》（上），中国社会科学出版社1987年版，第508页。

[xxi]《马锡五审判方式》，载1944年3月13日《解放日报》，转见《陕甘宁边区抗日民主根据地》（文献卷下）第172页。

[xxii]参1945年2月10日《解放日报》，转见赵昆坡、俞建平：《中国革命根据地案例选》，山西人民出版社1984年版，第221—223页“卖地风波”。

[xxiii]参1944年8月17日《解放日报》，转见赵昆坡、俞建平：《中国革命根据地案例选》，第218—221页“红崖村土地案”。

[xxiv]《中国民商事习惯调查报告录》，第646页。

[xxv]转见西北政法学院法制史教研室编印：《中国近代法制史资料选编》（第一辑），1985年版《无出版者》，第573页。

[xxvi]哲美森：《中英谳案定章考》，李提摩太、铸铁生译，载姚之鹤编：《华洋诉讼例案汇编》，商务印书馆1915年版，第750—752页。

[xxvii]参该案的两件判决书，载姚之鹤编：《华洋诉讼例案汇编》，第295—297、310—313页。

[xxviii]姚之鹤编：《华洋诉讼例案汇编》，第4页。

[xxix]西田耕一郎：《上海会审衙门制度》，许光世译，载姚之鹤编：《华洋诉讼例案汇编》，第773—774、777页。

[xxx] Foreign Office Files at the Public Record Office, London, 656/175, 24 July 1924; 转见 Thomas B. Stephens: Order and Discipline in China The Shanghai Mixed Court 1911 27, University of Washington Press, 1992, p. 91.

[xxxi] North China Herald, May 1920, 287; 5 June 1920, 615; 转见 Thomas B. Stephens 上引书, p. 93.

[xxxii]杨幼炯：《中华民国立法史》，商务印书馆1936年版，第73—74页。

[xxxiii]参李贵连：《二十世纪初期的中国法学（续）》，载《中外法学》1997年第5期；康雅信（Alison W. Conner）：《培养中国的近代法学家：东吴大学法学院》，王健译，载贺卫方编：《中国法律教育之路》，中国政法大学出版社1997年版。

[xxxiv]参见黄庆澜编：《上海地方审判厅司法实记》（1—8册），南华书局1912年版；直隶高等审判厅《华洋诉讼判决录》，北洋印刷局1919年刊印，中国政法大学出版社1997年再版。前者收录有上海初级审判厅和地方审判厅民国元年（1912）的民事判决，后者收录了直隶高等审判厅在民国三年至八年（1914—1919）的部分民事判决。

[xxxv]有关“情理”的概念和作用，参拙文：《南宋司法裁判的价值取向》，载《中国社会科学》1998年第6期；滋贺秀三：《清代诉讼制度之民事法源的概括性考察-情、理、法》，载滋贺秀三等：《明清时期的民事审判与民间契约》，法律出版社1998年版。

[xxxvi]参《庸庵尚书奏议》卷七，转引自王树槐：《中国现代化的区域研究-江苏省1860—1916》，（台湾）中央研究院近代史研究所1984年版，第221页。

[xxxvii]参黄宗智：《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年版，第二、三章，特别是“法律在社区调解中的影响”一节（第63—64页）。

[xxxviii]雷经天：《陕甘宁边区的司法制度》，载1938年8月28日《解放》第50期，转见《陕甘宁边区抗日民主根据地》（文献卷下），第161页。

[xxxix]转见胡长清：《中国民法总论·附录》，第399页。

相关文章

试析晚清至民初房地交易契约的概念

清代的法律推理——以刑部“致他人自尽”案的裁判为中心

论清代的地方法规——以清代省例为中心

论清代的地方法规——以清代省例为中心

中国法律文化 | About law-culture | 关于我们

中国法律史学会 主办 中国社会科学院法学研究所 承办
电话: 64022187 64070352 邮件: law-culture@163.com
地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720