

 使用大字体察看本文
阅读次数: 1020

近年来日美两国学者关于清代民事审判性质的争论

寺田浩明

前言

在日本的中国法制史学界，关于清代地方官针对人民就“户婚田土细事”提起诉讼而进行的审理（即史料上所谓的“听讼”），东京大学法学部名誉教授滋贺秀三将其性质定义为“调解的一种”。这一观点在日本学术界早已得到了普遍的认同。但是，1993年加利福尼亚大学洛杉矶分校的历史学家黄宗智（Philip.C.C.Huang）教授对滋贺教授的观点展开了明确的批评，提出了清代听讼属于“依法分清是非曲直，保护正当权利拥有者的审判”（即与西欧近代的审判本质上一样）这一新说

在上述论文基础上，近年他又出版了Philip.C.C.Huang,Civil Justice in China:Representation and Practice in the Qing,Stanford University Press,1996.>[注释]。笔者针对这一新的观点于1995年发表了“清代民事司法论中的‘调解’与‘审判’——评黄宗智教授的近作”这一批评性论文，在指出黄教授新说的意义和问题点之同时，也尝试着就两位教授观点相互间的关系进行了整理剖析[注释]。不过，当时的分析梳理是非常不充分的。到1996年，日美两国学者以上述分歧作为主要议题之一，在日本召开了一次国际学术研讨会。在会上黄教授与滋贺教授进行了面对面的直接争论，笔者也针对两位教授之所说向会议提交了一份长篇论文

关于这次会议的一般情况，可参见笔者与会议主题同名的介绍性论文（载《中国图书》1997年1号）。黄教授向会议提交是他上列近著的草稿，滋贺教授提交的论文则发表于中国社会文化学会《中国——社会与文化》第13号，1998年。

笔者向会议提交的论文经修改后，以“权利与冤抑——清代听讼和民众的民事法秩序”为题发表于东北大学法学部《法学》61卷5号，1997年12月。此外，该论文的中文翻译已收入王亚新，梁治平编《明清时期的民事审判与民间契约》（法律出版社，1998年）。>[注释]。

然而在会议上，就滋贺教授与黄教授之间的争论而言，尽管结论上的对立非常明显，讨论本身却令人有未能正面交锋之感。两位教授有他们自己的选择，但笔者自身实实在在的感受却是通过努力理解他们之间观点对立的含义而受益匪浅。

作为半个当事者，在这场争论已告一段落的现在，笔者愿就这些观点的对立有着什么样的根源，又意味着什么，问题在于哪里等论争的状况再作一次整理，以就教于中国的读者。

1， 清代听讼与西欧近代的民事审判

众所周知，清代州县的地方长官在处理民众提起的诉讼方面是颇为活跃的。根据现有的研究成果，尽管每月只有六天受理诉状，这些日子里地方官每天都要收到一百数十份诉状，而勤奋的官员每月会给五、六十件案子以最终解决[注释]。虽说很难在数量上进行比较，但显然清代的官府在17，18世纪世界上所有的国家权力中都应属最热心于受理和解决民事纠纷的权力机构之一。不过，这并不意味着在清代听讼的场面同样能够看到类似于西欧近代的法院所作的那种审判。

近代西欧的民事审判可以被规定为：对立的双方当事人根据法律主张自己有某项权利，而法官则依法认定其中一方当事人的主张正确并给以最终的权威性判定。在这背后存在的近代市民法的秩序观就是，只要这些个别的“权利”全部正当地得以实现的话，“法”和正义也就得到了实现。从这样的观点看来，所谓审判并非只是解决个别的纠纷，毋宁说是通过双方当事人实现自己权利的努力和法官以判定来实现法的努力，最终达到建立和维系正义的法秩序这样一种过程。如十九世纪德国法学家耶林格提出的“认为自己的权利受到侵害而提起诉讼，并不只是保护自身利益的利己性行为，而是为了实现法和正义这一公共性目的而不可或缺的行为，也是每一个市民应当履行的崇高义务”，即有名的“为了权利的斗争”这个口号，就表达了这样一种思想。

但是在清代听讼里几乎无法找出这种“法的实现”的要素。地方官在大堂上作出的判断中基本上不引用任何实定法，而且实际上就几乎不存在可供民事审判引用的国家法律。再者令人感兴趣的是，尽管数量如此众多的诉讼提交官府且得到了受理和处置，但国家自身始终对人民主张权利提起诉讼抱着否定甚至厌恶的态度。

看来，虽然清代国家在法庭上积极地处理着民事纠纷，但那里的结构却是与近代西方的法学家们熟知的民事审判大相径庭的。于是，在日本和欧美的中国法制史学界，清代听讼和西洋近现代的民事审判之间究竟有何区别就成为了研究的焦点之一。

2， 关于判决的性质与情理的作用

日本学术界的清代司法制度研究是由滋贺秀三教授开创的。他早在七十年代就注目于清代审判中“判决”的性质，由此出发，就包括民刑事在内的清代审判整体上与西欧法文化中所见的审判之间存在的原理性差异，他作出了以下论述[注释]。

就西欧法文化影响下的审判制度而言，必定存在着“判决”已绝对不可动摇的阶段。以法律学的术语讲，这就是“判决的确定”。当然，在近代法制度下，法院由下级到最高构成了一个上诉的序列，只要当事人上诉，下级法院的判决并不立即确定。但如果最高法院作出判决，则该判决已无改变可能。审判必定在某个阶段得到“确定”。这种确定了判决或者说判决的“确定力”不仅拘束着当事人，也拘束作出该判决的法官和法院。除了少数例外，当事人已不能再就同一案件提起诉讼。有趣的是，即使作出判决的法官本人事后认为自己的判断或观点有误，制度上也不允许他再对此判决进行修正了。

但是一旦观察清代的司法制度就会发现，在那里并不存在这种“确定”的契机。对于地方官已经下了堂谕的同一案件，当事人反复找新赴任的官员或甚至就是下了堂谕的官员本人要求重新审理的例子并不鲜见。而地方官也是只要认为有道理，就能够不受以前的判决拘束而将案件推倒重来。“有错必纠”被视为优秀的官员应取的态度。实际上，当时的听讼意味着只有在当事人事实上已放弃而不再进行争执的情况下才可能真正终结。就法官总有机会重新考虑和改变自己已作出的判断这一点而言，不仅听讼或民事审判是这样，就是皇帝本人进行的刑事审判也可以看到同样的现象。死刑案件由皇帝审批，当然一旦执行就无从更改，但在执行前皇帝则完全可以自由自在地改变判决。“纶言如汗”的比喻至少是不适用于司法的。

总之，清代司法制度中并无作为西欧型审判特征的“确定”这一严格的（在一定意义上是极端的）观念。而在西方关于司法制度的理论上，一般是把通过公共权力的判定而达到“确定”作为审判区别于其他纠纷解决方法的特征。于是，滋贺教授得出结论，如果按照西方学术界的制度分类，则清代的无论刑事上的断罪还是民事上的听讼都不是“审判”。

从这样宏观的类型论比较出发，滋贺教授进一步分别就处理命盗重案的断罪和处理户婚田土细事的听讼各自的程序以及作为判断依据的法律渊源进行了实证性研究。关于听讼所依据的判断基准，他通过对当时人们经常使用的“情理”这一词汇的分析，指出了地方官判案的基准就是一般道理与照顾具体案件个别情况的结合，集中表达为“情理”一词[注释]。最后，滋贺教授在这些研究的基础上对听讼总的性质作出了以下说明：清代听讼就是地方官听取两造主张，根据情理而提示妥当的，能够使双方当事人心服的解决方案，并通过说服（也可能包括一定程度的“压服”）双方当事人接受解决，停止争执而达到平息纠纷的处理过程。简单说就是“调解”的一种[注释]。

这些见解在理论上有效地说明了清代听讼的实际情况以及清代审判史料的内容，从而长期以来在日本和欧美的中国法制史学界获得了通说的地位。依笔者的管见，到目前为止中国的法制史学界基本上也是以大致相同的认识来看待听讼之性质的[注释]。

但是，近年来随着外国学者也较容易地接触到清代州县衙门档案并深入考察其内容，尤其在美国学术界，开始出现了一些新的见解。黄宗智教授的“清代听讼属于依法保护当事人权利的审判”这一新说，在这种动向中占有一个显著的位置[注释]。

二、黄宗智教授的研究

1、对史实共通的认识

那么，黄教授究竟是以什么论据，通过什么逻辑结构来形成上述新说的呢？

首先应注意的是，把清代州县档案研究的进展视为导致重新看待“调解说”的契机之一其实只是一种

误解，通过档案发现的新事实并不是“调解说”和“审判说”对立的原因。关于清代地方衙门审理案件的情形，滋贺教授在提出上述见解时已经根据台湾《淡水厅新竹县档案》和判语的研究弄清了主要的史实。近年来对四川巴县档案等进行的研究基本上也只是使原来弄清的史实更加丰富清楚，并没有发现什么能够足以推翻原有事实认识的新史料。简而言之，上述两说是根据同样事实而得出的不同理解。

以下想先就清代听讼在当时社会解决民事纠纷的整体过程中占有怎样的位置，又具有哪些特征等问题，将最新了解到的史实作一个大致的整理。

第一，官府的听讼和民间的调解，或者说地方官进行的纠纷解决与总称为“公亲”的各种民间主体所承担的纠纷解决并没有分为截然不同的两个领域。打过官司后当事人仍可能在民间各种仲裁者的介入调解下继续交涉。另一方面，官府尽管受理了诉状，通常也不立即开庭，而是通过对诉状的“批”和差役的派遣来促进民间自发的解决。对州县档案进行统计的结果表明，打官司的案件中实际上经开庭审理并由地方官下了堂谕的只占三分之一。也就是说诉讼案件的三分之二在地方官作出判断之前就已由民间解决并自行撤回[注释]。

第二，反过来也可以说至少有三分之一的案件民间未能解决，而经历了地方官相对正式的审判。不过，另一方面，确实又很难把当时地方官进行的审判与法律的严格适用和判决的确定力等现代国家审判的特征联系起来。

首先，正如上文所述，只要阅读当时的衙门档案，就会发现几乎没有在堂谕中引用具体法律条文之例

Century County Court”, in Bernhardt and Huang ed, Civil Law in Qing and Republican China, Stanford University Press, 1994. >[注释]。至少就审判的程序而言，采取的并不是以事先存在的法律规范为前提而将其具体“适用”到一个个案件上去的样式。从史料看来，在那里显然更重视的是以“情理”一词所代表的实质性合理主义要素。

其次，尽管堂谕确实是地方官单方面宣告的，但现实中若要起到解决纠纷的有效作用，双方当事人还必须提出内容为“心甘情愿”接受该判断的书面（遵依甘结）。所以说虽然是官府正式的审判，制度上仍要求当事人自发承诺接受的意思表示作为其中一个不可缺少的要素。

第三，如果不考虑程序结构而考虑作为审判结果的判决内容，通过对大量案例的通读则可以发现，在那里意外地存在一种明白的规则性，即判断内容大致与民间的习惯规范是一致的。在日本，对清代中国的土地法和家族法领域，长期以来利用民间契约，官员们写下的判语和衙门档案等资料进行了有益的详细研究。这些研究表明，民间通用的日常民事规范与官府审判所实现的解决内容大体上是共通的。而这种共通性也正是上述研究得以展开的一个基础。仅就功能而言，确实可以说清代的审判和近代西欧的民事审判大体一样，都发挥了依据民间形成的习惯规范来保护当事人权利的作用。

2. 黄教授新说的概要及其问题点

那么，既然依据的都是对史实大致同样的认识，为什么又会出现两种正好相反的对立见解呢？

滋贺教授把听讼规定为“调解的一种”，显然是因为以上述第二种认识为核心来构筑自己的理论框架。在清代，即使是最正式的纠纷解决方法也并不是严格依法来判定权利是否存在这样一种样式的话，上述的第一个认识或论点，即民间调解和官府听讼在程序上难以截然分开就是理所当然的事情了。按滋贺教授的整理，从民到官在纠纷解决制度上的重叠，可以从解决纠纷的主体得到承认的不同权威程度，或者从这些主体通晓“情理”的不同程度来理解。而且，听讼所具有的保护正当权益的功能及其规则性，也能够从“情理”的一部分内容正在于要求当事人在日常生活中遵循的规范得到照顾尊重这一角度来加以理解。

与此相对，把听讼的性质理解为“审判”的黄教授，则是从上述第三个方面，即从听讼大体上也实现了“保护权利”的功能这一认识出发，从而构筑起自己整个理论体系的。如果仅仅着眼于这种出发点的差异，也可能把两位教授之间的分歧归结为观察途径或理论起始点的不同。

从上面的介绍也可看出，滋贺教授作为其立论基础的是中国法文化与西方法文化之间的类型对比。而黄教授始终关心的却是清代法秩序与中华民国法秩序，以至与改革开放，市场经济化以后的现代中国法秩序之间的历史继承关系[注释]。中华民国法制的轮廓无论从法律概念还是从制度来看，确实都是从欧美引进的。但是正因为是在清朝的阶段，社会里已经存在着接受西洋法制度的土壤，才使清末民初变法即引进西洋法制成为可能。在清代就已经能看到民众频繁地把诉讼提交国家的法庭，而国家也努力对此进行了处理。在黄教授看来，面对这样的现象，却以不同于西欧的审判为由理解为“不是审判”的观点是成问题的。这大概即是黄教授立论的出发点之一。

限定在民国以来的近代法制前期来看，确实很难否定黄教授的观点有相当的成立基础和意义。尤其就财产法领域的实际操作而言，清代与民国时期在实际情况上的连续性是相当明显的。有很多民事纠纷的处理只是改变了使用的概念，而实际上与清代的解决在内容上并无多大区别。如果承认民国时期存在着依法保护权利的西洋近代型民事审判，那么在看上去完全不同的清代听讼之中找到同样的要素（或至少是这种要素的萌芽），无疑也是完全可能的。

不过问题在于，是否能够以这样的观点为基础而描绘出一幅关于清代民事法秩序的整体性统一图景呢？照上文的整理来看，就是存在着能否把第一和第二个认识有机地整合到同一个理论说明中去的问题。黄教授其实也正确地意识到了这个问题。为了解决这一难题，他提出了三个抽象度颇高的理论观点。

第一个论点是围绕听讼所依据的法源而提出的“积极性原理”论。黄教授也承认，确实堂谕中并不明确地引照成文法规，而且国家的成文法只是以刑罚规范的形式存在。但是，如果把律例与判决内容加以仔细比较，就会看到两者都共通地包含着保护人民权利的“积极性原理”。这就是清代的国家为人民实现权利而提供的最终手段。

第二个论点则是把国家和民间社会联系起来的“第三领域”论。黄教授自身也清楚像理解西欧近代法秩序那样想象中国社会整体为“法和权利”的逻辑所左右是十分勉强的。但是为了维系地方官的听讼实质上是依法保护权利的审判这一命题，就需要将听讼与“非审判”的纠纷解决联系起来的某种概念装置。于是，他把民间社会中的纠纷解决定义为一种摸索并形成事实性妥协方案的处理过程。在此基础上，他指出清代衙门的审判制度存在着种种弊病，而且其能力也相当有限，并不足以覆盖当时的民事法秩序整体。实际上清代社会中民事纠纷的相当一个部分都是在介乎于官府审判与民间调解的“第三领域”中得到解决的。

第三个论点是“表象与实务之间的乖离”论。如上所述，黄教授认为至少国家所提供的最为正式的纠纷解决方法采取了依法保护权利的形式。但一个令人尴尬之处则是，史料表明清朝的国家从上到下都对人民主张权利的“好讼”行为显露出明白的憎恶态度。在当时的体制下，官方的意识形态导向始终是“良民不涉讼”。为了摆脱这一矛盾，黄教授引入了一项大胆的理论说明。即清朝的政权以及崇尚儒家传统的官员们在公开场合确实表达的是一种抑制诉讼的意识形态，但在诉讼实践中从事实际操作时则发挥了一种“实务家的合理性”，实际上总是根据上述“积极性原理”来处理民间的纠纷。总之，清代的官员使用儒家语言所进行的自我表达（“表象”）与他们实际上从事的具体业务（“实务”）之间存在着矛盾或乖离，或者说存在着一种悖论。

关于黄教授提出的这些论点，笔者在别的文章里已有详细的评论[注释]。总的说来，其理论的构成相当勉强，其内容中包含的逻辑上，史料考证上的问题也相当明显。看来，这种理论结构上的勉强归根到底来自于越过听讼与民间民事习惯的大致对应这种事实性关系，而直接得出了“依法保护权利”这一规范性命题。

立足于这样的理论来批评滋贺教授给清代听讼性质下的结论，即“调解论”，显然也是无力的。因为黄教授的工作实际上意味着以西欧近代型的审判模式为蓝本，并从清代听讼中也找出与此相符的要素。通过这项工作确实证明了听讼发挥的功能比从前所理解的更近似于近代型的民事审判。但是，滋贺教授论证的却是两种类型之间在规范性原理上的差异，从方法论的角度看，功能在事实上的相似并不能消除这种原理性差异。而在黄教授的讨论中，原理或类型上是否存在根本差异的问题却一直未被提及，就好像两种类型之间的原理性一致是不言而喻的事实似的。这样的批评当然不可能真正触及滋贺理论。

不过，仅仅指出黄教授著作中的难点并加以批评，却不能解决历史学家们面临的所有问题。因为在美国及日本的中国法制史领域，力图把握清代民事审判特征的现有理论性成果在深入了解中国这样一个历史性的规模社会上仍然显得力不从心。

三， 留下的课题

1， 学说史的现状

首先，日美两国的学术界从来就存在着两个方面的学说，一个方面是关于清代社会中持有明确权利意识的人们通过契约形成各种各样社会关系的学说，另一个方面则是清代地方官以依据情理而说服教谕当事人的方式来进行裁判的学说。这两方面的学说都各有其研究积累，不可思议的是关于两者之间应该通过何种关系连接起来的问题却从未得到过统一的说明。换言之，关于个体的利益主张与社会对这种主张的公共性处置之间的关系，以前从来没有人正面地尝试作出完整说明。例如上面已经指出“调解说”把听讼实现权利的侧面放在“情理”的内容中来加以说明，但如果把社会本身纳入视野，就会产生如下的问题：为什么一个由激烈地主张自己权利的人们所组成的社会，或者说由人们相互间契约关系构成秩序主要部分的社会，又会产生并维系一种以“情理”这样的概念为中心的审判样式来呢？在这里需要的不是对“情理”内容的叙述，而是对上述根本问题的整体说明。

这样看来，黄教授的“积极性原理”论可以被理解为关于个体利益主张与社会处理机制之间关系的一种说明。他为此引入了正当的权利主张与公共性保护这样一种模型，也带来了难以解决的难点。但是，除此之外还有什么样的理论模型呢？这是问题之一。

其次，如上所述，清代国家在言论上对于人民提起诉讼抱着一种压制的态度，而且制度上也没有建立任何旨在直接促进民事法秩序形成的公共设施。国家司法制度的核心是刑法典和惩罚犯罪的制度。中国法制史上直到清末民初才算真正出现了民事法典。不过，如果说国家与民间的民事法秩序毫不发生关系的话，则事实上比起世界史上同时代的任何国家权力来，清代国家在受理和解决民事纠纷上都显得更为积极和活跃。为什么同一个国家表现出如此矛盾的两个侧面来呢？这无疑也是需要说明，然而以前却未能得到回答的一个问题。

黄教授的“表象与实务”论把这两个侧面视为无法统一的要素，通过表达与实际的乖离这一说明来加以处理。如果不满足于他这种不成说明的理论构成，那么就需要正面回答，为什么公共权力在处理个体的利益主张时会表现出如此的自相矛盾。

最后，对于在黄教授新说的背景中存在的问题，即清代民事法秩序与中华民国以来，一直到当代中国所展开的市场经济秩序之间的关系问题，到目前为止日美两国的学术界也尚未加以充分的考虑。如果中国将来在世界史上也始终保持完全独特的面貌，则仅仅讨论中国法文化的特有类型也就足够了。但是随着现代化事业的推进和法制的完善，在中国同样看到了与其他国家类似的法律制度。而且如果以“传统和现代”等区分按辛亥革命或人民共和国成立等事件明确将历史分为两个断绝的部分，则对以上问题的回答可能会比较简单。但是，就契约法秩序而言，毋宁说连续性，共通性构成了贯串过去和现在的基调。于是，清代民事法秩序和中国近现代民事法秩序究竟以什么样的内在逻辑连接起来，又究竟有着什么样的区别和差异，就构成了应该得到理论性说明的另一个重要问题。

在黄教授那里，无意识地把西欧近代的市民法模型作为普遍的发展模式引入清代是他试图解决这一问题的方式。给他的努力贴上一个“近代主义”或“西方中心主义”的标签相当容易，然而要问我们关于上述问题是否已准备好了什么更好的回答，则结论只能是“无”。在能够提示不同的解答之前，我们很难以直气壮地批评黄教授。

总而言之可以说，黄教授的新说以及围绕其观点的论争使学说史上已经存在的问题得以明确，同时他的见解实际上又以自身的例子生动地表明了解答这些问题的难度。我们应该作的工作就是针对同样的问题而努力提示不同的回答。

2. 解答问题的方向

在整理滋贺秀三教授和黄宗智教授之间争论的基础上，再来看今后需要解决什么问题，就显得比较清楚了。

清代的人们是透过什么样的理解框架来看待个体之间利益的竞合与冲突这一普遍现象的呢？他们为了冲突的公正解决又是如何进行纠纷处理的呢？这样的纠纷处理建立在什么样的历史和社会资源之上，又有什么优点和缺点呢？这种处理解决纠纷的样式与处于同样历史状况的其他社会中人们采取的样式之间，以及与中国近现代社会中人们为了形成规范秩序而采取的样式之间，究竟有哪些类似和相异之处呢？简而言之，我们需要准备一种足以清楚理解清代民事法秩序之特殊性和普遍性的认识框架（或者说通过这一框架，我们同样可能清楚地理解西欧近代民事法秩序的特殊性与普遍性）。

但是知易行难，这几乎意味着必须形成一种普遍的秩序认识框架。要说在研究过程中容易陷入近代或西洋中心的偏差，意思好象很清楚，然而这种偏差的大部分其实往往在不知不觉之间已溶进了我们的认识框架。因为我们接受的是西方社会科学的训练，正是通过其概念和方法论才学习到的社会认识。我们很难预先知道什么是西洋中心式的偏见，只有作为研究对象的历史才能以事实来提醒我们。当然正如众所周知的那样，历史的认识已经是一定理解框架的产物。我们只能始终留意，不要忘记自己只是以一种尺度来衡量另一种尺度。不断地来回调整两个尺度——也许，这就是历史学家所能作的工作。

注释(3)里提到的“权利与冤抑——清代听讼与民众的民事法秩序”一文是笔者基于上述问题意识，为了尝试初步地解答上文提起的问题（尤其是三，1中提起的第一和第二个问题）而写下的近作。至于那里的解答是否能够使人满意，则只能等待读者的判断了。

1998年8月31日

来源：北大法律信息网

相关文章

清代民事审判与西欧近代型的法秩序

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