

# 清代的民事诉讼与“法之构筑” ——以《淡新档案》中的一个事例为素材\*\*\*

## 序言

在清代中国,作为最基层行政区划的县或者州(在清代后期,平均人口达20万人)之行政长官(知县或者知州。是科举官僚),直接受理并审判民之诉讼。据说其定例为:每月的初三、初八、十三、十八、二十三、二十八日这六天,为受理诉状之日;每天被提交到长官手头的诉状,在小县有一百几十份,在

---

\* 原载日本法社会学会编《法社会学》第58号“法的建构”,有斐阁,2003年。李力译。

\*\* 本论文只是对日本法社会学会编《法社会学》第58号(2003年3月发行)所刊载的拙稿《中国清代民事诉讼と‘法之构筑’——〈淡新档案〉の一事例を素材にして》(《中国清代民事诉讼与‘法之构筑’——以〈淡新档案〉的一个事例作为素材》)加以修改而成的。原载论文是基于2002年度日本法社会学会学术大会(2002年6月7~9日)全体专题讨论会“法之构筑”第1分科会《日常世界と法の构筑》(《日常世界与法之构筑》)的报告。在该专题讨论会上,以社会学领域中社会之构筑主义(social constructionism)的研究成果为基础,人们做了不以法作为据以解决问题的前提而以法作为在日常生活所发生的变化的前提来重新领会的种种报告。在第1分科会上,和我一同做的报告还有:西田英一教授(法社会学)题为《日常的交渉場面に現れる法——法と日常世界の接点で》(《出现于日常交涉场面的法——关于法与日常世界之切点》)的报告,中河伸俊教授(社会学)题为《クレーム申し立てアプローチ(“claims-making approach”)と法現象——エンピリカルな构筑主義の立場から》(《以向社会诉求权利之研究视角重新认识诸种社会现象的学术运动与法现象——从经验的构筑主义之立场出发》)的报告。

大县则有三四百份。<sup>[1]</sup>可以说这是一个惊人的诉讼社会吧。

但是,此处所进行的“民事审判”,未必与近代社会的、进一步说未必与前近代西欧社会的审判完全一样。因此,近十年来,在日本、美国、中国的法制史研究者之间,围绕它是审判还是调解,或者它是否是“基于法”这些问题,展开了热烈的讨论。这场争论近年来甚至引起了专家学者之外人们的兴趣。<sup>[2]</sup>对于上述问题的回答,的确是与“法”的定义密不可分。反之可以说,只要论者能够很好地处理,考察这一问题就不限于狭隘的传统中国审判之性质,同时还可以借此机会进一步加深对法的全面理解。<sup>[3]</sup>这大概就是笔者作为法社会学的门外汉受邀参加以“法之构筑”为主题的本专题讨论会的原因之一。

但是,如果目标不是对象所处之千篇一律的地位(以既存的法观念评价历史事实),而是被对象所触动而自我反省(重新审视我们对“法”的理解),那么实际上发生了什么事情呢?关于这点,尽管不是专家,也必须有能力证实亲身感受的详细且具体的知识。

因此,本报告拟以一半的篇幅——我知道这样做有点不合时宜——从19世纪后半叶台湾一个州县衙门所遗留的行政文书《淡新档案》之中,举出一件围绕家产分配的民事诉讼文书档案(文书号为22615“一件、据首保水田庄民妇郑林氏呈称、伊子郑邦试与胞伯郑贍南为子、被郑邦超霸占家业较被殴伤、呈请提验究办由”光绪十九年七

[1] 关于地方官进行的这些民事审判(听讼)在包括刑事审判在内的当时的整个审判制度之中所处的地位,参见寺田浩明(1997)。另外,关于当时的诉讼频率,参见夫马进(1993)与中村茂夫(1979)。

[2] 与此直接相关的主要论文有:寺田浩明(1995、1997、1998),黄宗智(1996),ホアン(1998),滋贺秀三(1998)。在此之前,则有滋贺秀三(1984)。

[3] 按照这样的意图,本文在最广义的意义上使用“法”这一词,即法是全社会所共有的、实施社会控制的强制性行为规范。顺便说一下,古汉语之“法”字,基本上是指皇帝所发布的刑罚法规;因此,假如说是扩大化,倒不如说是在执法意义上全面扩散开来的种类词语(若说“正法”,则是对罪人处刑)。当然这样的“法”(及据此进行的刑事审判),也不是与本文所论述之法没有关系,但是在这里就不涉及这个问题了。参见本文注[7]及寺田浩明(1998)。

月、1892年),以时间为序,介绍在从事件的起诉直至结束的一年半期间,双方当事人及官宪,进而由解决事件所动员的同族们接连不断地向官宪提出的被保存下来的诸种文书共计41点。<sup>〔4〕</sup>然后一同对之进行考察。

## 一、诉讼之始末

### 1. 《淡新档案》(22615)之介绍

争讼之地点,位于台湾北部之县城近郊的农村;纠纷之主题,简单地说,就是亲属间的遗产纠纷。诉讼纠纷持续几乎一年半,最后以和解的方式了结。首先,将该文书的日期与概要揭示如下:

- (1) 光绪十九年七月四日 【呈状】郑林氏
- (2) 光绪十九年七月四日 【验伤名单】郑邦试、郑林氏
- (3) 光绪十九年七月四日 【供状】郑邦试、郑林氏
- (4) 光绪十九年七月八日 【票稿】郑邦超、郑林氏、郑邦试  
之传票的原稿
- (5) 光绪十九年七月十八日 【呈状】郑邦超
- (6) 光绪十九年七月二十二日 【稟】差役之复命书
- (7) 光绪十九年七月二十二日 【提讯名单】在这张纸上写着  
堂谕
- (8) 光绪十九年七月二十二日 【供状】郑邦超、郑林氏、邦试
- (9) 【郑家之家谱图】
- (10) 光绪十九年七月二十二日 【遵依甘结状】郑林氏
- (11) 光绪十九年七月二十二日 【遵依甘结状】郑邦超
- (12) 光绪十九年七月二十二日 【遵依甘结状】郑邦试  
-----知县之交替(由叶交给刘临时代理)-----
- (13) 光绪二十年二月二十八日 【催呈状】郑邦试

〔4〕 关于《淡新档案》的史料性质,参见滋贺秀三(1987,1988)。

(14) 光绪二十年三月八日 【呈状】郑邦试

(15) 光绪二十年三月十八日 【呈状】郑邦试

-----知县之交替(由临时代理的刘交给范)-----

(16) 光绪二十年四月五日 【谕】对于族长的调查命令

(17) 光绪二十年六月二十八日 【呈状】郑邦超

(18) 光绪二十年七月七日 【谕】对于族长追加的调查命令

(19) 光绪二十年七月二十三日 【呈状】郑邦试

(20) 光绪二十年七月二十三日 【稟】族长、郑如兰等三人的报告

(21) 光绪二十年八月四日 【谕】对于族长正式命令立契  
收执

(22) 光绪二十年八月四日 【单】对于差役正式命令押纳(督促履行交租)

(23) 光绪二十年八月二十八日 【呈状】郑林氏

(24) 光绪二十年 八月二十九日 【稟】差役之复命书

(25) 光绪二十年九月七日 【呈状】郑林氏

(26) 光绪二十年九月十三日 【谕】对于族长的仲裁命令

(27) 光绪二十年九月二十八日 【稟】差役之复命书

(28) 光绪二十年十月三日 【呈状】郑邦超

(29) 光绪二十年十月四日 【单】对于差役拘捕郑邦试、并使  
之押纳的命令

(30) 光绪二十年十月十八日 【呈状】郑林氏

(31) 光绪二十年十月二十四日 【稟】差役之复命书

(32) 光绪二十年十一月 日 【稟】差役之复命书

(33) 光绪二十年十一月八日 【呈状】郑邦超

(34) 光绪二十年十一月十三日 【呈状】郑林氏

(35) 光绪二十年十一月十八日 【呈状】郑林氏

(36) 光绪二十年十一月十九日 【单】对于差役押纳的命令

(37) 光绪二十年十二月十二日 【和息稟】郑如兰等三人

(38) 光绪二十年十二月 日 【甘结状】郑林氏

(39) 光绪二十年十二月 日 【甘结状】郑邦试

(40) 光绪二十年十一(?)月 日 【甘结状】郑邦超

(41) 光绪二十年十二月 日 【永不翻异合约字】郑邦超、郑邦试

诉讼本身开始于未亡人郑林氏(38岁)所提出的一纸诉状[文书(1)]。其文具体如下:

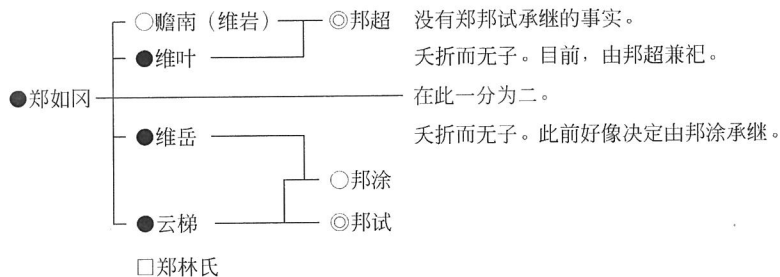
为恃强霸占、较被毆伤、乞恩提验伤痕、拘究断分事。切氏子郑邦试、自幼以父母之命、继与胞伯郑瞻南为子、计今一十八年、父[义父郑瞻南]在之日、并无异议。父死后、突被郑邦超[郑瞻南之亲子]心存不测、胆敢不遵约束、不守本分。横将氏子所有应得家财物业、结交党类、恃强霸占、任意花销、据地负抗、任较莫何。比本月初四日、氏子邦试、因家财被占、费项不敷、无奈出首向较、反被该恶郑邦超等、遇氏子书房回归之际、截途扭毆、在左右肋及背后胸前脐下、计五伤、具皆红肿疼痛、幸邻右救证。似此、不蒙提验押分、亏氏子家财被占、分文不与、日食具无、情惨至极、心奚以甘。沥情叩乞大老爷、威振雷电、恩准提案、验明伤痕、拘究断分。万世公侯、沾叩。

中年未亡人提出的请求是:带着自幼时就收养的、现已18岁的儿子进入县衙门,验明伤痕,书写调查记录,及拘捕、审讯对方。这是摆在知县面前的有关纠纷的最初的情形。当时,地方官收到诉状后,就直接在诉状末尾写下自己对此的感想、指示——中国古代称之为“批”——其云:“伤经验明注单、并随时讯供堂谕。候即提质讯究。断。”大概此次当场进行验伤,并写了调查记录与口供;在其后的日子里,颁发了传票[文书(2)至(4)]。

但是,接下来的十天,已被指名为加害者的郑邦超(25岁),不待

官府传唤,就提出了反诉状[文书(5)]。其中所述的情况,与未亡人的主张截然不同。

即若根据郑邦超所说,则郑家之家族构成正如下图所示的[文书(9)],父辈的男子包括郑瞻南在内也有四个人。而且两位伯父已夭折,而未亡人郑林氏之夫云梯大概也在数年前去世。但是,未亡人与儿子们,在父辈唯一健在的男性郑瞻南的领导之下,“同居共财”,即以一個钱包、谁的份额都不谈的形式过着家族共产的生活。但是,也许以郑瞻南的逝世为契机,家庭内部的不和睦加剧了,郑林氏一方要求分割家产。因此,在光绪十八年四月,即大约本案提起诉讼的一年半之前,在同族人的见证之下,达成了包括夭折的伯父之祭祀担当问题在内的协议,如图所示,在郑林氏一方与自己之间均分了家产。



分割财产的详细情况,直至最后也不太清楚。但是,如果综合各种信息,那么大概分给各方需要交纳二百石地租的土地;此外,还有需要交纳用作祭祀祖先的地租三百石的、处于共有状态的土地。关于后一问题,似乎决定每年由两方轮流收取地租,并以之作为祭祀祖先的费用。

然而,本年六月,未亡人的儿子郑邦试,竟采取了扣押已分配给郑邦超土地之地租的举动。于是,郑邦超知道后,即找到郑林氏,要求她斥责郑邦试;郑林氏知道实情的原委后,就命郑邦超替她去抓郑邦试;郑邦超正要去时,他(郑邦试)却逃跑了。这是事实的真相。

如果据此,那么将自己的儿子郑邦试从小就送给郑瞻南当养子之未亡人的主张,就变成从最初就是没有事实根据的。

而且实际上,在反诉的四天后即二十二日,法庭开庭。通过法庭讯问,正如已反诉的郑邦超所主张的:去年,分割家产时,郑林氏、郑邦涂都在其家产分割文书上署了名。这是很明了的[文书(8)、(9)]。因此,地方长官下达堂谕:认为未亡人一方曾想推翻已决定的协议,立刻叱责郑邦试[文书(7)]。于是,在当时的审判中,只好接受审判的当事人,立下保证“遵依甘结状”的誓言,签署接受判决誓约书并交给法庭;郑林氏与郑邦试都遵循当时的惯例,接受判决并写下“遵依甘结状”的誓言[文书(10)以下]。

事情至此,可以说那只是第一幕的结束。如果从此结束的话,事件就成为单纯捏造的事案。但是实际上,这一诉讼纠纷从此并未了结。翌年二月,下达该堂谕的地方长官转任。因为当时地方官的平均任期大概是二年左右,所以若稍微等待一下则人就换了。抓住这一机会的郑邦试、未亡人一方,又着手将问题翻出来[文书(13)]。可是,就连临时代理的刘长官在看了一眼后,说了那是已解决的问题的话,就不予受理(同上之批)。但是,清代中国的审判制度基本上没有所谓“一事不再理、既判力”这样的争论。若当事人一方坚持到底,则一般的处理方法是:既然当事人强烈要求重审,考虑到在原审中也许会有忽略了,等等什么特别的事情发生,地方官也受理诉讼(滋贺秀三 1984:197 页以下)。因此,郑邦试更加坚韧不拔地诉讼。而实际上,对其每十天提出的诉状进行种种批判、指责的长官一方,大概不知不觉地被卷入到郑邦试的争辩之中,但表面上却不动声色,最后,命族长们再进行调查[文书(15)之批]。于是四月,新上任的正式的后任长官同意前任者的判断,并制作、送达正规的调查命令书。至此就这样真正地再开审判[文书(16)]。

然而,有趣的是,文书的日期在此处间隔了二个月半。好久处于双方当事人谁都没有音信的状态。而其沉默,此次被正规的儿子郑邦超方面所提出来的诉状打破了[文书(17)]。若根据郑邦超所说,则此次郑邦试率领数十个猛士扣押用于祖先祭祀的、保留共有状态的土地的

地租，而原计划今年轮到郑邦超方面收取这些地租并用于祭祀祖先。然而四月以来至此为止的背景情况，在那一个月后即七月二十三日，在相继被提交的未亡人方面郑邦试的反诉状与族长们的调查复命书中，变得很明了〔文书(19)、(20)〕。

读了这些文书后，我们就清楚了：族长们大概在四月初得到来自长官的命令后，很快就开始进行调解；而且似乎他们没有并按照长官的要求直接调查并复命，而是趁机拿出更积极的着眼于解决双方当事人之间纷争本身的和解方案。若根据文书(20)，则当时族长们提出的和解方案之内容大概是：虽然当初分割家产的内容没有被任意变更，可是另行决定由正规的儿子郑邦超一方给未亡人一方“婚娶日食之需”，即以婚礼费用为名目，另行分给郑邦试相当于五十石地租的土地。不论名目是什么，实质上不外乎是变更二百石对二百石这一最初的分割比例为一百五十石对二百五十石。郑邦超因为不想被迫接受那些不利的话，所以事先声明附加一些辩解之词。因此，郑邦试、未亡人方面着急，并诉诸武力扣押了此次的地租。这就是四月以来所发生的事情的始末。若简言之，则族长们的和解工作不仅没有顺利地进行，而且终于引发了新的扣押事件。而在郑邦试方面提交诉状的同一天，族长们为了追赶上他们，急忙将调查复命书出示给长官，由此反而可见，这是放弃之标志或者也是对于地方长官的一种援助请求。

可是，一看到长官对于复命书所附加之批语就接受了报告的长官，反倒会在一旦归于失败后就积极地坐享其同族之调解方案。“查阅所呈，尚属妥洽。该职员等，迅令邦超立口租约字，付邦试收执以垂永久。至中港南湖……佃人……抗不遵纳，侯飭差押纳，可也。”〔文书(20)〕在这里，解决纠纷一变而成为官民共同进行的工作。

长官一方面要求以〔文书(21)、(26)〕对族长们、对郑邦超施加压力，另一方面以〔文书(22)〕以下的诸文书向差役布置“押纳”的工作，具体是：拘捕郑邦试方面的人，将之作为一种人质，就让人着手上缴地租的工作。但是，在未亡人、郑邦试方面，在请求支付祭田公租的问题

上,因为郑邦超也没有保证老老实实在地拿出五十石地租的土地,所以对于长官,要继续讨论扣押的正当性;而对于佃农,要继续施加支付地租的压力。而提起作为长官之依靠的差役,一直重复召唤人不在之类的复命[(24)、(27)、(32)]。因为那个这个,所以从8月到10月中旬,若说文书号则是从(21)到(36),虽然在十天与不到十天的间隔中有这样那样的动向,但是事态却一直处于胶着的状态。

但是,[文书(36)]在末尾以很强的语调命令拘捕,又突然在三周间变得平静了。然而在十二月十二日,报告达成和解并请求撤回诉讼的文书,与附加文书一起,通过族长一并被提出[文书(37)以下]。其中所记载的解决方案的内容是,以不改变四月当初族长们所提出的和解方案为结局。地方官高兴地接受了这些文书,命书吏在公文书上记录下纠纷解决、和解成立,并将他们提交的这些文书粘贴在诉讼案卷的末尾[(37)之批]。

## 2. 关于程序方面的补充

如上所示,我们展开了一例清代中国的诉讼案件。此次,如上所述是以调解和解、撤回诉讼结案的,当然,并非所有的诉讼事案都是采取调解和解、撤回诉讼的方式结案的。实际上,淡新档案之民事案件的三分之一,是以地方官堂谕的方式结案的(滋贺秀三1988,ホアン1996)。但是,如果根据以下情况,那么终结形态之不同,也很难具有非常重大的意义。

第一,此次的结论一看就知道是相当妥协的,但是不要认为这是因为族长的民间调解。这样的结论,即使在长官主持的法庭审判中,始终也都是常见的;反之,若说民间调解是妥协的,而在正式的审判中所进行的是非妥协的、黑白分明的审判。这样的想象是不恰当的。

第二,此次的确最后以族长的调解解决妥了,但是,是同族人对之有审判权还是国家命同族集团进行调解,以哪种方式来理解也都是不合适的。

最好的理解是,此次从一开始就跳过同族而向国家提起诉讼。根

本谈不上同族审判权。而在[文书(16)]中,地方官最初命令的只不过是调查事实与复命。尽管那样,可是族长方面可以说已随意地开始了调解工作。那么实际上,不仅在如此次一样的族长们被指名的场合,而且例如在当地差役仅单方面地找出来有关系者的阶段,到那时只在远处围观纠纷的邻人、同族们说目不忍睹两家的参商,并亲自出马为两家调解。这样的事例,在当时的社会也是司空见惯的(寺田浩明 1997 等等)。

而有趣的是,这次既然族长已亲自出马,但是其结局是调解工作进行的不顺利;于是族长们又打算将问题再抛回到地方长官一方。另外,在官民共同合作的调解工作一开始,和几乎发展到与结论所显示的一样之后,在长官、族长们的注视中,双方当事人之间拖拖拉拉的激烈争论一直持续不断。如果将表示具有强制力终局性的判决之力称为审判权,就可以说,岂止同族甚至连官府方面也都没有相当于“审判权”这样的概念实体,即清代社会之中未曾有过“审判权”这样的说法。

第三,虽然这一件文书在此就终结了,但是,现在这样真的就是一件已经解决了的案子吗?这实际是不清楚的。即使下判决并写下“遵依甘结状”,也可以旧事重提。这正是本案自身要表现的。而这次因为是当事人自愿的合意所以是可靠的,这样设想实际上也是很难的。其原因是:本案在最初时,家产分割契约文书业已完成,正好不外乎是在同一族长的见证之下、大家自愿署了名的合意文书。实质上,推翻它的就是此次的纠纷。为了方便起见,本文以十二月的解决作为一件案件的结束来处理;可是,归根结底,契约、判决、和解,它们任何一个都是该纠纷的里程碑,诸如此类的就成为理解事态的出发点。

## 二、法的内容与形式

那么,在该纠纷与纠纷解决的过程中,法处于怎样的地位并起到怎样的作用呢?为了论述这一点,首先必须解决的问题是:究竟该事态之中所出现的各种契机里,总的说来,采纳哪个作为法是妥当的呢?

## 1. 规范的内容——法理与情理

第一,在这次的事案之中,我们可以很容易地找到“法”这个词通常所给人印象那样之实体的规范命题群。在当初家产分割契约文书的背景下,有这样的原则:“家产在父亲直下的男子兄弟间均分(孙辈在初次分割家产时,首先在祖父直下的父亲兄弟辈均分)”;而在调解方案中提出来的“婚娶日食之需”之背后,有如下的惯例:为了与已婚男子保持实质上的均衡,在分割家产时,在家资方面对于未婚男子业已采取量力而行的优待措施。在第一、第二个解决方案中找到通用的“应守契约”的理念,大概也是可能的。

的确,在前近代中国社会,虽然没有实定的民事法规、习惯法书,但是如本案所见,不限于家族财产关系,即使围绕土地买卖、佃耕关系,也存在有我们称为“民事法理”那样的一套逻辑、一定的体系性的民事实体规范,这是很清楚的。如果认为将以家为单位的市场竞争关系作为基调是当时社会的应有状态,那么主张有关这些个体间的利益分配、关系形成的相互的规则是不存在的,这倒是难以想象的(那么土地买卖本身是不成立的)。当然,在逻辑上、体系上进行重构这些实体规则的工作也是很有可能的,实际上在这方面已有一些研究成果[作为代表性的研究成果,有滋贺秀三(1967);另外,笔者(寺田),除著有寺田浩明(1983)等论文之外,还撰写了有关土地法的论文]。而且若从全局来看,则大多数的判决内容与上述实体规则的内容大体上是相互照应的(此点后述)。也可能会这样想,如果民事实体法可以重构的话,那么纠纷与解决纠纷也都可以作为围绕这样的实体法的贯彻与变通的游戏来重新构筑。

第二,可是在实际的审判例中,正如此次纠纷的解决,法理好像被实现着,又好像未被实现着,这样半途而废的例子可以见到不少(那么,在此次的纠纷解决中,当初的家产分割契约大概是被实现了呢还是未被实现?似乎哪一种说法都可以)。而从议论的细微之处可清楚地看透,这样的法理隐藏于这些议论的背后;可是,为什么法理作为纠纷

的主题在正面被竖起的却寥寥无几？此次通过一个个的诉状，不是主张法所赋予其的权利，而是控告对方的种种暴力行为与不法侵占；而作为其背景，当事者所讲的故事大多充满着谎言和夸张。提出诉状的目的，是通过添油加醋地说对方是怎样不法地压迫、侵害自己，结果自己被置于何等的、不当的境遇，来加深替换的地方官的印象；而不是以客观的权利秩序为前提的、其侵害事实的客观的论证。

只是，那是毫无逻辑的吗？说起来，当然不是那样的。笔者曾经通观诉讼事例，着眼于那些任意的言论却陷入一种模式的事物，并尝试复原了在处于其背景下的社会秩序中的一定的理解构架以及与其相应的一定的诉讼话语方法（寺田浩明 1997, 1998）。

即此处所谓的民事秩序、民间社会，恰似在我们脑海中所浮现的这样一幅图像：人们在客满的电车之中拥挤着，同时占据着一定的空间。当然，一般认为，由于每个人的强弱不同，自然其可以占据的面积就有宽窄之别（若按我们的说法，则是拥有权利的人们自然应该占据广阔的空间）。只是，另外，正像在客满的电车之中，谁都不想再缩回自己的身体，而且谁都不考虑提出这样的要求；在这样的情况下，在这里连单纯的生存权的主张也绝不会被处理为零。共存是最大的价值，自己在其中可以占据的面积——等于与邻人的正确的地界——等于“应分之物”，当然绝不离开整体的状况（电车整体的拥挤状况）、与面前同伴的关系（哪位身体健康？对方莫非不是孕妇？）。

那么这样的“最佳分配状态”，具体说来大概是怎样形成的呢？于是，首先，一方面极度乐观的看法是存在的。即正如在客满的电车之中也有秩序，关于各人自己的面积，在抑制地考虑并观察面前同伴的反应的同时，一边试探，一边推挤；或者若发展到相让的地步，则在那里适当的调和自然而然地也应该可以产生。而且实际上，当时日常生活的大部分的确是通过这样的互让（或小纠纷）而自动周转着。只是，如果反过来说，那么若谁都不辨别事理、令人头疼地、不停地只主张自己的利益，则无论到何时调和都不会来临。于是，被挤的一方已经不能忍耐，

此时周围的公众进而向官宪扯嗓子大声喊,不管怎么说同伴一方拥挤得太过分了。这种状态就是在此喧哗,就是诉讼事件。

只是,当这样理解秩序的时候,在那里如何主张、主张什么都是很难的问题。如西欧近代法秩序之中所常见的那样,自己的主张之中存在着不依存于具体状况的坚固基础(依据已经存在的客观规则或双方预先达成的合意等),这种主张的方法(即指示作为裁判依据的法规范并据此提出权利的主张)在此反倒成为互让精神的反对物。自己的主张一方面隐藏于其中,而另一方面致力于非难对方的贪婪、违反互让义务,成为安全之策。因此,诉讼的基本模型如下:将我方视为弱者并坚守道理,对方则不断有“欺压”行为;因此,给人的印象是,自己处于不当的、不得已的“冤抑”状态;然后请求地方官替天行道,惩罚这样的欺压之辈,为自己平反昭雪(“申冤”)。

以上,就是笔者在前揭文章(寺田浩明 1997, 1998)中所呈现的构图。而且实际上,如果在把这样的构图装入头脑中并重新考察,此次所展开的事案之背景、在那里所谈的事实实际意义,也就易于搞清楚了。

首先,在分割家产前,未亡人等四人处于没有差别的、以同居共财方式生活的状态。但是,如图1所见,家产分割被规定在郑邦超一人与未亡人、郑邦试、郑邦涂三人之间一对一地进行。的确那是在将祖父辈的家产分割给孙辈之际,首先追溯到父(郑贍南们)辈,因此符合实行兄弟均等分割的一般原则。若一旦被提出,则很难公然抗拒的未亡人们也不得不在家产分割契约文书上署名。不过,若从未亡人的角度来看,双方的人数是一对三,即使仅从男子来算也有一对二之差。而此次夭折的两位伯父的承继问题,也是捎带着处理的。无论怎样应该还有其他的处理方法。越想越让人感到受不了:以一对一,自己这一方也过于不正当地被驳倒(其部分仅郑邦超方面不正当地闯入)。因此,开始将之顶回去的活动。可见,其各自所述的是胡说八道,这些全部都是试图给人一种郑邦超靠暴力而蛮横不讲道理的印象。

但是,因为其主张只不过是太没有事实根据,所以在第一轮就被单纯的原则论所拒绝(最初的堂谕)。未亡人只好因此接受判决。可是,不健全感还是没有消除。因此再次开始想将之顶回去的活动。在看到这样的活动的时候,(在当初分割家产时应该在场的)族长们甚至也开始感到当初的分配方案不平衡,因此在四月提出“婚娶日食之需”这一(虽然的确感到世人大都是这样认为的,但是在那以前连未亡人们也未曾主张)不同的理由,出示实质上对当初的分配进行很大修改的和解方案。虽然郑邦超进行抵抗,但是未亡人方面既然以已被出示的和解方案作为撬杠而采取扣押地租的行动,进而在六月,直至地方长官也对该新的分配方案赞同说“尚属妥洽”。当初以原则论为背景应该处于压倒性优势地位的郑邦超,也无法抗拒周围的人们一致进行的平衡判断,逐渐被逼得走投无路,而且最后接受新的分配方案。

未亡人方面之活动的基础始终在于,二百石对二百石的判断不过是什么奇怪的、倾向于随意的直感的平衡判断(反之可以说,只有那是贯彻始终的)。可是,族长们所表示的一百五十石对二百五十石的判断,及地方官所做的“尚属妥洽”的判断,都是凭直感的,在这点上并无多大的差别(无人论及“婚娶日食之需”为什么在此变为五十石。与其说“有未婚男子时应支付婚娶日食之需”的法律规范在最初被适用,倒不如说最初给人的感觉是想提示一百五十对二百五十的新分割方案。但是,也没有破坏事先已进行的二百对二百的判断。可是,也没有什么理由不能显示一百五十对二百五十的比率(因此郑邦试不同意)。以此用途,追加给付“婚娶日食之需”的论述方式作为便利被提出来了)。若将贯穿纠纷与解决纠纷的整体并赋予一定意义的框架称为法,则在这里倒不如说,与上述的“法理”相比,基于这样的民事秩序观的平衡判断方法才处于更近于法的地位。

那么,虽然在此次的史料之中并没有直接发现那样的文字,但是当

时的人们长于这样的平衡判断并将解决纠纷称为“合乎情理”的解决。<sup>〔5〕</sup>因此,为了叙述上的方便,以下拟以“情理”一词来代表该纠纷与解决纠纷所包含的这样的平衡判断。

## 2. 规范的形式——情理与法

那么在这里,只要说纠纷不是基于法理而是基于情理被解决的,因此问题大概就解决了吗?不,已经有一个问题。

我们所说的这个问题,即使仅在前面简单地说明一下,也有可能很容易地理解;那里所谓的“情理”这个东西绝不是指:在近代法世界中,在当事者主张权利之际,以及在法官宣布判决之际,以“根据”法那样的方法存在并发挥着作用。

最重要的是,首先,在大致解决妥了的阶段,那不外乎是对于该解决策略(可以说是成功之例)所给予的一种赞美之词或者以成败论英雄性的评价。即使这次的事案,如果在以要求履行当初的家产分割契约书的最初之堂谕平息了事态的场合,那么恐怕最初的解决一定被评定为“合于情理”。但是,若看其后的进展,则最初的堂谕在结局之处体谅错未亡人一方的苦衷(或者估计错其争讼的劲头);作为其结果,当然只不过是唤起了纠纷。当时的有识之士看了这样的失败结果后,如这次易如反掌一样,一定非难该地方官对人类与社会的理解之天真、肤浅。其原因在于,情理与西欧的法之间有如下的不同之处,即在西欧法中,事先设想存在一套由此在逻辑上推导出一定的具体的解释那样的规范。要求法官由此推导结论(或者什么推导性的行动);另外,只要由此推导结论,作为法官就履行了职责,完成了最低限度的工作。相对于此,情理不一定有特定的内容。该判断是否“合于情理”,这是不能离开实际的结果来讨论的。

〔5〕 关于“情理”一词本身之具体的用语法与指示对象,参见滋贺秀三(1984)第四《民事法源の概括的検討——情・理・法——》(《民事法源の概括性考察——情・理・法——》)。(译者注:该文已有中文本,参见范愉译、王亚新校:《清代诉讼制度之民事法源的概括性考察——情・理・法》,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。)

而且就当事人一方来说,事态也是类似的。于是,起码在双方当事人之间,关于最合适的共存之理念(欺压、冤抑、申冤之故事的架构),一直是共有的。而且在争讼的双方当事人之间存在理所当然的平衡点、妥协之处,这本身是毋庸置疑的(归根结底是处于连结两者线段正中间的何处)。对方迈过这条应有之线的事实,是引发争讼的动力,也成为诉讼的正当基础。可是,争讼对象一方的行动,在很多的场合已经根据那样的适当的平衡印象进行着(而且实际上已经说不堪忍耐的原告一方的忍耐,其实也许只是不够的)。对方是不知道越过界限并踏进地界的不讲理者,这样的告发当否、成败,虽然要看地界的内情如何,但是在这里一般认为必要的是,在根据互相争吵的对方一方的背景情况之上的是“应分之物”。那是何处并非自明的,而且在双方正争吵的时候,其情况只有如局外人所评价的那样:“人各绘一图,各持一据,目迷五色”(何刚德:《客座偶谈》。寺田浩明 1998:269 页)。可是,也不管那个,但是不知为何大多数的纠纷以某些方式被和平地平息了,而且这些解决也都被称为合乎情理。

若基于以上的事实,则不能把“情理”理解为:是独立于该个别的纠纷与解决纠纷之外的,而且是先行于这些纠纷存在的,提供给当事人与法官议论的共同基础。与其这样讲,倒不如说在这里,该纠纷与解决该纠纷的方法才是每天具体地充实着所谓“情理”这个“空箱子”的内容;从另一角度说,解决纠纷的过程,在此同时也是形成关于该事案怎样处理、是否合于情理之问题的共识(即法)的过程。我想这已经非常接近于实际情况。而且如果考虑一下的话,那么在这里也没有看到个别具体的判决,被要求应该以先行于事案的、客观存在的一般的法来指导。这样的逻辑思维方法,通常也未必有说服力。情理,即此处所谓的法,是可以作为非常简单、淳朴地通过纠纷与纠纷解决表现出来的事物来讨论的。

那么,该法即共识,是以怎样的面目出现的呢?或者在这里,该法、判决、纠纷三者相互间处于怎样的关系呢?那是以下相继应该回答的

问题。

### 3. 审判过程与法

如果回顾一下这次的事案:最初的堂谕,在四月阶段族长们出示和解方案,在六月阶段由地方官表明支持,而在最后正要撤回诉讼之前再次出示的大概是由族长们所起草的和解方案,那么在这些要点中所出现的这样的“审判方面之力”,对于事态的发展起着一定的作用。这是一目了然的。其中最明显的是,最后的结论变成了一百五十石对二百五十石这样的判断,“婚娶日食之需”的逻辑,都是审判方面的显示(当事人并没有坚决主张)。审判主体是必要的。

可是,另外,最初的堂谕却化为乌有了,即使关于四月阶段以降的三者(内容归根结底都是一样的),若除去最后一次,则其本身也并未曾直接导致解决纠纷。而且最后一次的成功,不用说,是由于郑邦超接受了新的分配方案。着眼于以上的事实,一部分学者提出附带(非审判)调解性质之说,即(包括依据堂谕与遵依结状的事例在内)在这里待当事人接受整个审判之后才可谓调解成立、纠纷得以解决。可是,不言而喻,比如在近代法世界,在最初选择审判与调解并存的世界,因为学者所谓主动接受之性质说,不过是为了专门说明调解方面的合理性而进行的议论和概念,所以即使近代型的审判没有对比的对象、即使说达到那样的程度,也没有太大的意义。在此,必须搞清楚的是,查明在那里起作用的审判力的特征。在此迫使郑邦超接受的是什么?而且它与情理及判决处于怎样的关系?如果不论述这个问题就没有用。从四月到十二月之间,具体说在从当初家产分割契约的完成到最后再分配方案的确定这一期间,大概在郑邦超的周围发生了什么事情吧。

当然,详细情况(大概也使用什么样的方法)并不清楚。个别因素的存在、否定也都未区别开。但是,若只说事情的梗概,则前述所有的事情所指明的是,通过未亡人的不屈不挠的运动,周围的人们痛感二百石对二百石的平衡之恶,人们对以一百五十石对二百五十石的调解方案为轴心的评价逐渐结束,郑邦超大概就是孤立地走在处于这样的包

围网之中的道路上的。与审判没有牢固的逻辑基础一样,在此争讼方面也没有牢固的基础。归根结底最后只是一种“程度判断”,持续反抗周围注视着事态发展的人们的常识性的评价、平均的感觉是很难的(或者若反过来说,则最后将纠纷的主题带入非“质的”、这样的“量的”判断局面,果真是该纠纷解决制度的内在的特征)。双方当事人当众目注视中公然地持续争吵的过程,也是恰巧陷于注视该争吵的公众们关于此形成一定的共识(舆论)的过程。而且最后连当事人也投身于该舆论,或者逐渐被舆论具有的同一步调强制力所吞没。这就是在这里发生了的整个事态的情况。

与此相对应,审判的作用归根结底是,一边凝视这样做的众人之平均的、常识性的平衡感以及双方当事人的争讼热情,一边探知最终的解决点;而且是稍微抢在大发雷霆的当事人前头,权威地显示这样的解决点,并指引事态发展的工作。当然,若没有看清事态的发展,则可预见有如最初的堂谕那样的命运。即使抢先显示了什么,此次的调解过程也标志着,事情的成败只能期待舆论之固定下来(及当事人争讼热情的减退)。如果说无力就是无力,只是,即使说舆论,那结果在最后也只有借具体的某个活人的口来说;而且甚至也可以说,莫如说那就成为舆论的内容(周围的人们的意识方面贴近那边),这样针对反对一方的情况也存在。若逐渐加强这一侧面,则事态就更与来自德高望众者的教谕相近。<sup>〔6〕</sup>

当然,通过这样的工作所具体显示的一个又一个结论,大部分的情况是,考虑到眼前的每一个事案、每一个有关当事人的个别情况,而且在如朝着解决纠纷总动员作为资源的一切个别情况这样的意义上,存在看作为只限于当场的特别判断的性质。有关个别主义之解决的评

---

〔6〕 在其审判制度之中,大概这是审判者与听从审判者之间规范的地位高低之差表现最强的瞬间。但是,其高低之差,通过当事者及众人将其发言理解为舆论的表现、自己内心的语言化而在一瞬间被取消。若是在它未被取消(没有成为被人们所接受的、现实的舆论)的场合,其发言之方就从规范的地位滑落。在寺田浩明(1994)中,论述了以这样的逻辑构造作为广泛的、当时社会之立法全面具有的特质。

价,的确没有错误。

但是,同时,在这里不要忘记还有这样一种情况:审判者唯一的支撑只是坚信自身的“公平”,具体地说,若有德、有识之士,与自己同样公平地调查所有情况,处于双方的立场彻底来考虑解决方案,则一定只下与自己同样的结论。而实际上,如果缺少这种契机,那么在此对其审判不满的当事人一方,向上级报告审判者的“循情不公”,直接请求其他的审判主体并任意地提出变动,岂止这样,从地方长官开始的国家审判制度的阶梯本身,当然也一直作为这种期望的平台被建立(而且皇帝一人坐在该阶梯的最上端,体现着天下的舆论)。寻求的是天下的公论,而舆论有自然而然地归于的一个处所;不仅对诉讼方面来说而且对审判方面来说,这样的想法(不用说,其基础是价值一元主义的人品观)才是自明的前提。即使说个别主义的,那就是在一个个的事案方面具有个别性的意义,以审判主体的个性的判断、与被审判者之间个别的人格关系这样的要素作为原理,反而是不被包括在内的。在审判方面所期待的,不如说就是这样的“至公无私”的、不寻常的普遍主义的态度,而且那才能够将这一判断的整体垂示为法。<sup>〔7〕</sup>

在这样的制度之下,实时处理的、具体的法产生于一个个的事案之

---

〔7〕 通俗的“人治与法治”对比论缺少一个重要的观察视角,即着眼于传统的“人治”,应当看到其也具有普遍性的一面。在传统中国的“人治”中,所设想的治理主体即“人”,在实地处理纠纷解决问题时必须创造出并服从于某种既根据每一个案的具体情节而时刻变化,又有一般妥当性的共识、公论(即本稿中的“法”),才真正获得“治人”的资格。作为体现这种普遍性的主体(因为不可能事先全部将这样的法写下来,所以其普遍意义仅仅只能体现在由“人”所实现的一个个纠纷解决中),其本身就是已近于“法”之化身。在此意义上讲既是“人治”也是“法治”。只是不能期待全体官僚都有那种资格或德性,这是谁都知道的。因此,关于所谓科以重刑的一定的局面,与其勉强要求“贤愚不一”的官僚们而导致混乱,倒不如至高的皇帝为臣下写本详细的指南,使他们据此适当地“划一办理”。这样的想法也就会提出来。在这里,古汉语的“法”有最重要的文理。反之,可以说,处于古汉语之“法”与“人”之间的是,由于用途不同,法的出现形式也不一样(是纲要与全体、被提出者与提出者、过去式与现在式之对比),不是像通常所认为的那样的普遍性标准的不同。而且在这样的“法”即“人”之上,没有设想已经有具体内容的规则的客观存在(虽然本来是那这样的,但是没有住所),这点成为其全体与西方语境中的“法治”(rule of law)之间的差异。

中,而且逐渐塞满被总称为“情理”的一个整体的法之中。可以说,这样的普遍主义的判断只是个别情况的多数(那被认为是无限的)的存在状态,或者普遍的一个什么东西显示每次适应(合于情理)千变万化的每一个个别事态具体情形的印象,那就是在这里的法之具体内容。

#### 4. 法、情理的存在形态

虽然是理所当然的,但是,在这样的法之中,即使存在某种一定的要件,却不一定可以期待事先确定能够保证发生一定效果的机能(在我们称为“可预测性”或“计算可能性”的缺乏)。另外,虽说缺乏达到西方社会里所期待的那种程度的可预测性,但传统中国社会里人们形成交往和交易秩序的空间却一直在扩大,因此在相当早的时期就有了一个大规模的市场及生活秩序。

最重要的是,对于在那里过日子的人们来说,一个个纠纷最后要怎么解决、应该怎么解决?关于此,大致的共识通常多多少少是存在的(所以纠纷才可能回避),并且那始终是作为在日常与对方的推挤之中被证实的、在互相推挤之中相互被细微调整的东西。当然,既然不过是在主观上被分得的东西,在认识上也就会反复发生分歧。可是,其时双方当事人都诉诸舆论,不久已固定的舆论的影响一直扩大到了周围。<sup>〔8〕</sup>因此,岂止纠纷处理过程,所有的日常生活过程,也是适当地保持平衡之安排的形成过程;同时,又作为获得就适当而言的共识之过程而存在着。可以说,虽然没有“中央标准时”,但是在那里相互之间反复细微调整的小表只存在于登场人物的手中。同时,转换夏令时那样的特技是不可能施予的,日常生活没有不满意的刻度是人们所共有的。

在那里的基本上仍不外乎是外行的判断。既然那没有被要求,通

---

〔8〕 当时的裁判基本上是公开的,连地方官也意识到其“宣传效果”并行动起来。“大堂则堂以下竚立而观者、不下数百人。唯判一事而事之相类者、为是为非、皆可引申旁达焉。未讼者可戒、已讼者可息。”(汪辉祖《学治臆说》上“亲民在听讼”)但是,有“宣传效果”的不只是裁判。看到某种的利益主张被彻底硬干下去的一个事例而所有处于类似境遇者都模仿起来(史料称为“效尤”,表达效仿恶事的意思),最后那变成了惯例(在该地区事案处理的重心)。关于其具体情况,参见寺田浩明(1989)。

过专家的自觉的体系化也没有发生。而且实际上,即使可以看到似乎有矛盾,很多矛盾也被置之不理(而且因为个别情况的差异进入到无媒介状态,所以在此从最初就很难列举逻辑上有矛盾这样的东西)。只是,虽说如此,但也没有必要认为全然缺少有体系的判断要素。

最重要的是,在大多数事案的重复解决过程中,整理经得起相互性的考验问题的若干原理,自然而然地浮出水面了。这无非就是上述的“法理”。不言而喻,如果从内容上来看,家产均分原则,婚娶日食之需,进而各种土地法、交易法的法理,都不外乎是上述对称判断之一种;在形式上,则表现为合乎情理的判断之一环节、一个要素。既然终究不过是判断要素之一,只是因为它们没有占据与其他要素所不同的特权的地位,所以也没有为其准备(例如,成文法,只是“基”于成文法的审判)特殊之席。可是,即使没有任何制度上的支持,也正是通过其自身所具有的力量,在很多事例中,它们处于作为在纠纷与整个纠纷解决过程中不被任何人打听的前提(即双方当事人共同承认的大前提)的地位。若争吵起来,则无论有多少争论重点都是可能的;但是,反之,只要不争吵,就可以充分地完成建构社会生活之框架的任务。

这样,实际上所进行的行动、实际上所进行的判断,就会采取以这样几个稳定的原理作为框架而对个别情况进行充实的形式。而在很多的场合,以“理”这个词代表前者,以“情”这个词代表后者。只是不用说任何一个都被认为是重要的;在这样的范围内,具体的契机是,以哪一个名称来称呼都是实际的状况(此次之“婚娶日食之需”的给付是理还是情?即使讨论也是搞不明白的)。莫如两极形成如无缝隙连接那样宽松的体系,并纳入人们的心中。<sup>〔9〕</sup>

〔9〕 只是,规则性是某方面的上限,即把事物的自明性提高至一个极点,但不是有特定内容的、明示的实体法,而是非现行的“理”(既然是人,当然也应该遵循自明之理),而什么是理?结局是当时立即被委托于修辞学,同时与前述教谕的契机结合就产生这样粗鲁的说法:“是与连这样的自明之理也不知道的狗畜生一样的,与狗畜生一样挨鞭子打”。在此招致的一个结果就是,无媒介地将活人的世界全部(而其自身已经构成价值一元主义)与法重叠起来。

但是这些法,不能成为事前的审判规范,而非常可能是历史学家在事后的记述。而且实际上,如果从远处观察其整体,并在此基础上在那里重构各种事例,(在某种意义上应该是出乎意料的)有一定特色的、有个性的价值体系就会浮出水面。如果说着眼于刚才的普遍主义的方面,那么在那里所显示的整体判断即:结局不外乎是就中国文明社会秩序而下的判断。与人的判断自然有一定的归纳一样,其判断也有一定的个性的归纳,这并不奇怪吧。而根据上述法的性质,在那里所再现的,既是旧中国人们以何作为义务的辩论,同时也是旧中国人们实际上组织起来怎样的社会关系的事实。那么可以说是“活的规范”。而且这才是前述的研究成果开始写了前近代中国之“家族法”“土地法”指向的内容。

### 结语

什么是妥当的解决方法?围绕这一问题,根据周围的人们所持的共识即“公论”,个别纠纷得到了受理和解决,一个个当事人的行动被贴上某种标签,而其结论先从负责裁判的官员口中说出。若着眼于这些方面则以上所见的事态可称为“审判”,只要结论为当事人和周围的人们所接受就是妥当的解决。与此相应,在那里起作用的共识“公论”也可称之为“法”。这就是传统中国的法通过审判得以“构筑”的机制。

可是,其法先行于纠纷及审判而存在,将纠纷与审判的应有状态纳入事先存在的规范框架并加以限制那样的形式却不存在。更不要说其法是在纠纷与解决纠纷的过程之中被实时处理地产生的,并且所形成的内容与现实状态处于不即不离的关系。判决本身是法,而且在其判决即法被显示的阶段,通常(因为那是有关当事人全体已经“甘愿”接受的现实)再被强制甚至也是不必要的。在此,法与现实之间没有太大的距离。或许法并没有足以抵抗每日时时刻刻变化的现实状态的独特的基础。

如果说起有关“在日常世界中法之构筑”的论题,在此任何人做的一切行为都是立法行为的一个构成契机,全部的判断结果、行为结果也

都无媒介地成为法的一部分。在此,正如文字那样,法在每天的日常生活之中被构筑。或许处于此处的是,在寻求与各种情况相应的适当的解决方法并构筑了法的时候,也可以说法本身达到了一种状态。可是,不用说,如果从已被制度化的稳定性(不只是作为事实的稳定性)这一角度来看,那么几乎好像也可以说,其实快速地被构筑与用不着被构筑,并没有显著的差别。

不过,仍然称为法吗?或者这样说时,我们现代人对法有什么要求呢?它从此就成为向前扩展的问题。可是,在这里详细地讨论这个问题,当然是不可能的。以法这个名称所谈论的对象在什么地方都是法全面的特性,特定制度构成的结果又是来自哪里的?在此,我们只论述清代民事审判可以提供解决这些问题的一个线索。我想可以结束报告了。