

习非成是的舶来品：在中国重新审视 “习惯法”与“民间法”^{*}

孙 康

【提要】 以清代为切入点进行重新审视可以发现,无论从概念、历史抑或实践维度,“习惯法”及其在中国的派生物“民间法”均难以证立。“习惯法”概念被僵化地移植到中国,“民间法”则是被刻意建构起来的术语,它们过于简单地依赖于西方的法人类学与法社会学等思想,欠缺对官方和民间具体互动模式的规范考察,动态性视角的阙如导致内涵过于混沌。清代民间秩序的底层逻辑是儒家式官员倾向采取柔性的教化手段,在维护以家庭伦理为外观的宗族秩序的基础上,向外扩展至邻里和商事等秩序,在这些秩序的构建过程中,汉人生活区域被赋予有限的自治性,但其程度亦不能盲目拔高,以致脱离官治。对“习惯法”与“民间法”更加准确的认识应至少有两种:一是民间习惯的规约化,二是以习惯权利为代表的具体权利义务关系。

【关键词】 地方规范 习惯法 民间法 民间规约 习惯权利

近代中国对“习惯法”概念的引进,忽视了民间习惯的规约化,即通过地方法律和民间规约实现成文化,从而不宜再称为“习惯法”的历史事实。地方法律是国家法(国法)体系的有机组成部分,社会法学派将法学研究视角投向社会,尝试描述地方规范运行与民间秩序维持的底层逻辑,固然拓宽了研究视野;但与之相伴而生的是清代“习惯法”“民间法”等表述夸大了法的社会自发性特征,削弱了国家权威及其控制力的客观因素,虚化了中央授权下的地方政府及官员在立法中发挥的重要作用。有学者虽然强调习惯法的种种特征,但在区分习惯和习惯法时,却鲜少举例说明二者的界线,^①如此导致“习惯法”概念的外溢和泛化。从当代立法学视角看,将中央制定法之外的调节民间地方法律关系的内容都简单地归结为不成文的“习惯法”,而忽视地方法律的客观存在,将使得“习惯法”的概念产生冗余。习惯法与制定法不宜对称。“习惯法”和“民间法”落入概念窠臼的根本肇因,在于部分中国学者继受国外法学概念时未能全方位审视历史上的地方规范,将其与盛行于西欧的习惯法进行了不妥当的类比。还原“习惯法”的真实所指,解构与修正相关概念,方能更全面地认识中国古代法律传统。

^{*} 本文是教育部国家人权教育与培训基地重大项目“中国传统文化与当代人权话语体系的构建研究”(项目编号:18JJD820005)的阶段成果。

^① 胡祥雨:《清朝法史研究中的多元论及其反思》,《史学理论研究》2022年第2期。

一、“习惯法”在中国的概念误植

(一)“习惯法”概念的西学考察

“习惯法”一词的涵义定型于西方法学。《布莱克法律辞典》对其定义为：“法律由被接受为法律要求或强制性行为规则的习惯组成；习惯和信仰是社会和经济制度的重要和固有组成部分，因此被视为法律。”^①在欧洲大陆法语境下提及习惯法，主要是指中世纪的“商事习惯法”和19世纪以来历史法学强调的“民族习惯法”两种，^②同时习惯法亦是英国普通法的重要组成部分。通过对概念的检视可发现，欧洲大陆的习惯法存在从商事习惯法向民族习惯法转义的过程，以下对两种习惯法予以探讨。

黑格尔指出：“习惯法所不同于法律的地方仅仅在于，它们是主观地和偶然地被知道的，因为它们本身是比较不确定的，思想的普遍性也比较模糊。”^③从实践层面看，由于商业社会的强大，商事习惯法是客观存在于欧洲的一种主要法律类型，属于典型的“社会法”。6—10世纪欧洲各民族的基本法律并不是由民族共同体的上层设置的一种规则体系，它是民族共同体的共同意识、“共同良心”的一个组成部分。“法律就是亲属关系、领主单位关系和地域共同体关系。”^④巩涛指出，11世纪时教会法学家和圣典学者（宗规专家）阐明了法定习惯的两大主要特征。第一，习惯必须是被特定地域的民众认为具有约束力的规则，这一约束力来自“法律确信”。第二，圣典学者通过强调习惯的司法属性，推断“习惯在法律中产生共鸣，而普通风俗（ordinary practice）则属于事实的范围”，^⑤所以应在风俗与个人习性（habits）之间，而非习惯（customs）与法律之间划清界限。直到19世纪末，这两大特征都是欧洲法学家在引用习惯和习惯法时最基本的区分标准。除此之外，也需对习惯与法律作出区分，习惯是具备法律性质的风俗，这使得它们能够超越法律甚或对抗法律。^⑥从以上论述可知，中世纪欧洲大陆习惯法具有地方性，与制定法具有对抗性，一般认为是“法律确信”赋予习惯法以约束力。^⑦13—14世纪在斯堪的纳维亚地区出现了主要以习惯法为基础的法律汇编，削弱了罗马法的影响。^⑧质言之，在以罗马法为主流的欧洲，习惯法在某些特定区域仍姿态顽强并自成体系地生存下来，这与该地区自然及人文的独特性颇有关系。迨至欧洲民族国家的蓬勃发展阶段，实施中央集权的欧洲各

① Bryan A. Garner, ed., *Black's Law Dictionary (11th Edition)*, Thomson Reuters, 2019, p. 485.

② 需指出，“商事习惯法”和“民族习惯法”是笔者的概括。伯尔曼指出：“非正式的、习惯性的封建庄园关系虽然在9、10世纪还没有在法律上获得系统的表现，但已经普遍存在。”参见哈罗德·伯尔曼：《法律与革命（第一卷）：西方法律传统的形成》，高鸿钧等译，法律出版社2008年版，第327页。在这个时候可以认为，商事习惯法已是一个“制度性事实”，符合欧洲大陆的重商氛围。随着人类学等学科的发展，历史法学逐步兴起另一种习惯法话语，即“民族习惯法”，这种话语在清末民初的立法中对中国影响较大。

③ 狄骥：《法律与国家》，冷静译，中国法制出版社2010年版，第88页。

④ 哈罗德·伯尔曼：《法律与革命（第一卷）：西方法律传统的形成》，第73页。

⑤ 在古希腊语中，“νόμος”一词既代表法律，又代表习俗。

⑥ 巩涛：《失礼的对话：清代的法律和习惯并未融汇成民法》，邓建鹏译，邓建鹏主编：《清帝国司法的时间、空间和参与者》，法律出版社2017年版，第202页。

⑦ 在中世纪法国，如果习惯不是众所周知的或者是不确定的，就必须经过特定的确认程序。在此场合，作为对宫廷大法官和领主法院的判决进行上诉的法院，巴里治法院（Bailliage）应就习惯的存在及其内容向邻近的人们进行确认。参见大木雅夫：《比较法》（修订译本），范愉译，法律出版社2006年版，第157—158页。

⑧ 戴维·M. 沃克：《牛津法律大辞典》，李双元等译，法律出版社2003年版，第297页。

国为谋求国法的统一,竞相制定《拿破仑民法典》《奥地利民法典》等各类法典,事实上是要取代习惯法的既有效力。

从学术层面看,民族习惯法的理论及其在法典化中的应用为近代习惯法的复兴提供了历史契机。历史法学派的萨维尼认为,法是自然生成而不是被人为制造出来的,是民族精神的表现,也是民族法确信的具体化。习惯法本身虽不确定,但规定的内容可能比成文法还重要。他指出:“法主要体现为习惯法,它是最有生命力的,其地位远远超过立法。法是自发地、缓慢地和逐步成长的,而不是立法者有意识地、任意地制造的。”^①尽管萨维尼构想了习惯法与罗马法和谐相处的景况,但是,官方视野中的习惯法和制定法在多数情况下是互斥的,古罗马帝国正是适例。历史法学派对民族精神的过分强调,使习惯法的概念蒙上浓重的人类学色彩。本文把历史法学派旨在强调民族精神的习惯法称为“民族习惯法”,它基本上是不成文的,范围较为笼统,涵盖民族生活的方方面面,至少兼具刑事和民事内容。

与空洞化的民族习惯法不同,商事习惯法更为具体,也更富生命力。商事习惯法深受商业逻辑的影响,是追求平等甚至对抗专制的,并且在经过汇编之后呈现成文状态,如欧洲中世纪的商事习惯法的形态有不少就是“成文”的,这与历史法学派强调的不成文的习惯法有很大差别。正如巩涛所描述的:“古老的习惯法实际上是特权法,即体现为实质上的不平等,这是为新的民法规范所禁止的。因此,‘习惯法’成为欧洲国家发展过程中的一个特殊阶段。”^②以上两种关于习惯法的理论,对近代中国的立法与学术都产生过一定影响。

(二)“习惯法”在近代中国的继受

在欧洲大陆法学话语体系中,商业习惯法作为社会法的典型代表,被兴起于20世纪初的社会法学派理论化。民族习惯法作为历史法学派的研究对象,促进了19世纪以来西欧各国的法典化进程。西欧历史上存在的商业习惯法本土资源,与学术界流行的民族习惯法结合,对立法实践影响深远。1907年正式通过的《瑞士民法典》是习惯法在立法中复兴的标志。该法第一条旨在确立习惯法的法源地位以引入司法的机制,并赋予法官运用习惯法的自由裁量权,但由于习惯法后来大多被制定法排除,其在现代瑞士民法实践中的意义甚微,所以,法官创设规则的意义远远超过习惯法本身。^③值得一提的是,该条立法的宗旨在清末即被中国民事立法所继受。

1911年,《大清民律草案》第一章“法例”第一条明确规定“习惯法”一词:“民事本律所未规定者,依习惯法,无习惯法者,依条理。”^④可见,此处直接照搬了《瑞士民法典》的规定。然而,清廷进行商事惯例调查之时,修律大臣沈家本已清醒地指出:“中国商人向无习惯法,不过私订规则,官场亦未尝注意。民法较他法为繁杂,欲以日本为模范,则与中国习惯不同之处甚多,欲从中国惯例又难著手。”^⑤这说明精通西洋法律的沈家本并不认为中国存在商事习惯法,但在订立《大清民律草案》时仍照搬了“习惯法”一词。民国以后,由于缺乏实证化和司法化的机制,民商事习惯无法转化为确定的

① 萨维尼:《当代罗马法体系:法律渊源·制定法解释·法律关系》I,朱虎译,中国法制出版社2010年版,第33—36页。

② 巩涛:《中国民法形成过程中的权利、自由与习惯(1900—1936)》,白阳译,《法律史译评》2013年卷,中国政法大学出版社2014年版,第320页。

③ 参见李敏:《〈瑞士民法典〉“著名的”第一条——基于法思想、方法论和司法实务的研究》,《比较法研究》2015年第4期。

④ 《大清民律草案》,修订法律馆1911年版。

⑤ 《京师近事》,《申报》1909年4月14日。

形式化的法律条文,兼之民国主流法律理论深受德国思想影响,倾向于贬抑习惯法的作用,^①使得习惯在正式审判中的作用日渐式微,“习惯法”更成无稽之谈。1929年起颁行的《中华民国民法典》对《瑞士民法典》的再次借鉴促使“习惯”这一法源在中国流行开来,但基于对成文法主义的尊重,《中华民国民法典》在择词时定为“习惯”一词,该选择一直影响到今天《中华人民共和国民法典》的相关措辞。可见进入20世纪以来,官方并不认为以汉人为主体的中国民间存在西式的“习惯法”,倒是认可数量庞大的零散习惯的存在。由此导致在尚未了解中国古代特别是明清存在的大量地方法律及民间规约,亦即较多民间习惯都已经规约化、进入成文状态之前,很容易误以为民间存在大量的不成文法,从而不恰当地将其视为“习惯法”。

“习惯法”作为舶入中国的西方法学术语,国人对它的直观认识是其普遍存在的不成文性,极易与“习惯”相混淆。清末民初学界普遍把“习惯法”等同于与成文法相对的不成文法,且很难区分习惯与习惯法的关系,致使对不成文法、习惯法和习惯关系的认识趋于紊乱。本文认为,把不成文法和习惯法等量齐观,视习惯法与成文法平分秋色,一个重要原因可能是翻译的混乱造成的,尤其受英国的影响。近代著名立法学者董康曾指出:“民法之事项,不外户役、田宅、婚姻、钱债、市廛五类……至手续以便利当事人为主,条文简略,进行反为迅速,其保守习惯与英(国)同。”^②《大清光绪新法令》也提到:“故今惟英国视习惯法与成文法为有同等效力,此外欧美及日本各国,无不以比附援引为例禁者,本案故采此主义,不复袭用旧例。”^③可见,以上是把英国普通法径直等同于习惯法,并且出于非此即彼的认知,把成文法之外的不成文法皆简单地统称为习惯法,误把习惯法与成文法对应。这不仅罔顾了英国普通法是由习惯法和判例法等共同发展起来的这一事实,造成“习惯法”一词在中国法学界无端被滥用,也影响到部分西方学者对中国法律传统的理解。法国学者爱师嘉拉(Jean Escarra)在1936年的著作《中国法》(*Le droit chinois: Conception et évolution*)中认为:“在日复一日的生活中,习惯性私法战胜了官方成文法,而且,中国在本质上是一个‘习惯法国家’的事实,也要求现代民法必须建立在这一基础之上。”^④此种偏见正好印证了黄宗智曾指出的一种惯常误解:“清代国家对自己法律制度的表达,易使人产生两种错误的印象:一是这种制度几乎从不过问民事;二是即使县官受理民事案件,往往是凭己意做行政处理,或只是居间调停,息事宁人,而不是依据律例进行判决。”^⑤本文通过清代的实证材料匡正学界对习惯法概念和理论上的不足认识,争取摆脱“习惯法”“民间法”等概念带来的认知窠臼,更直观地分析中国近代前夜地方规范的真实状况。

二、“习惯法”“民间法”的理论困境

近年来,中国学界对习惯法的研究更多地集中于少数民族习惯法,广泛采用人类学、民族学等

① 余成峰:《近代中国民法典编纂中的“习惯法”》,《天府新论》2017年第5期。

② 何勤华、魏琼编:《董康法学文集》,中国政法大学出版社2005年版,第460页。

③ 沈家本:《历代刑法考·附寄籀文存》,邓经元、骈宇骞点校,中华书局1985年版,第1820页。

④ 转引自巩涛:《失礼的对话:清代的法律和习惯并未融汇成民法》,第210—211页。

⑤ 黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,上海书店出版社2001年版,第75页。

西方的研究方法。对于历史上的汉人生活区域是否存在习惯法这一问题,则一直存在争议。梁治平的《清代习惯法》是这一领域有深远影响的著作,其不但坚持清代存在西学意义上的习惯法,而且多次使用“民间法”这一概念来描述清代民间的规范及其运行。^① 梁治平强调“习惯法是有别于国家法的另一种传统”,^②这种自觉与见地在当时的学术环境下值得肯定,但在“清代习惯法”俨然已经成为一个新兴的专门术语的情况下,对术语援用的精准性问题则值得商榷。民间(社会)与国家的复调叙事甚至二元对立不尽科学,正如有学者指出,过去有关清代基层社会的研究,其实都是在“国家—社会”二元对立的观点下形成的历史解释,^③这种范式的缺点是难以观察地方规范的全貌及其与中央在制度层面上的互动关系。本文兹以“地方”替代“民间”作为立论基础,对“习惯法”及“民间法”进行逐一辨正。

(一)还原“习惯法”:清代地方规范的运行

研究法律史和社会史的学者很早即指出,在许多语境下,人们主要指望规范——而不是法律——来确定实体性权利。^④ 本文用“地方规范”一词来描述清代地方权力与治理的实际状态。“地方”一词旨在与中央相对,地方规范体系与中央规范体系是两套对应并统一的法律秩序,如此可避免传统的“国家—社会”二元划分带来的领域交叠,也能有效分辨“习惯法”或其等价物在汉人及非汉人生活区域的不同地位、特征及运行情况。

将明清时期的汉人与非汉人生活区域对比来看,中央制定法都是地方规范最高级也是最直接的法律渊源。非汉人生活区域的地方规范,更近似于人类学上宣称的“民族习惯法”,这类习惯法往往基于安抚政策得到地方主管官员的默许和支持,充分体现因俗制宜的立法原则,是明清土司制度的重要内容。不过,这种支持是有限的,民族习惯法仍处于汉化的进程中。^⑤ 一方面清政府对某些空间的习惯直接赋予法律效力;另一方面,上述做法主要是针对“化外”民族的习惯,这种赋予习惯以法律效力的做法并非治世常经,而是一种维护国家统一和稳定的权宜策略。^⑥ 汉人生活区域并没有相似类型的规范存在,即使有民族习惯法的对等物,也早已成文化。汉人生活区域中地方规范的内容比较广泛,可分为三种形式:地方法律、民间规约与民间习惯。

地方法律既在积极也在消极层面上产生效用——前者是在与中央立法不冲突的前提下,细化中央立法以便落实;后者则是监督与调整民间习惯。事实上,明代国法对民间习惯的调控力一度颇为有限。韩国学者吴金成提出“惯行”这一说法,认为明弘治十七年(1504年)对官绅《优免则例》的制

① 正如谢晖指出:“自从梁治平的《清代习惯法:社会与国家》出版以来,把社会与国家这对政治社会学的概念纳入民间法研究的情形在我国就不绝如缕。”参见谢晖:《民间法、民族习惯法专栏主持人手记(四十一):社会与国家的纠缠与分处》,《甘肃政法学院学报》2012年第5期。

② 梁治平:《清代习惯法》,广西师范大学出版社2015年版,第29页。

③ 巫仁恕:《官与民之间——清代的基层社会与国家控制》,黄宽重主编:《中国史新论》(基层社会分册),联经出版事业股份有限公司2009年版,第424页。

④ 罗伯特·C. 埃里克森:《无需法律的秩序:邻人如何解决纠纷》,苏力译,中国政法大学出版社2003年版,第171页。

⑤ 例如因为苗民风俗与内地百姓迥别,乾隆元年(1736年)曾上谕:“苗众一切自相争讼之事,俱照苗例完结,不必绳以官法,以滋扰累。”参见郭成伟主编:《大清律例根原》4,上海辞书出版社2012年版,第1893页。乾隆年间对杀伤命案的处理确认苗族民族习惯法具有部分法律效力,至道光年间,贵州巡抚酌筹议定《苗疆善后章程》规定苗地的劫盗斗殴及户婚田土等事一律由官府审理。

⑥ 邓建鹏:《“化内”与“化外”:清代习惯法律效力的空间差异》,《法商研究》2019年第1期。

定,首次以明确的“国法”形式限制了此前因为没有明确规定而肆意认可绅士优免特权的惯行。^①但是,由于《优免则例》的运行状态模糊,地方官无视法律规定肆意为所有的内外现任官、致仕官和未入仕士人赋予优免特权,导致优免则例根本无法阻挡滥免、寄庄、诡寄现象,^②而清代地方法律在规范性和强制力等方面都有明显进步。

在清前期的地方法律中,以禁约、教条等为代表的地方条约占据多数。^③例如,康熙年间张伯行《教条》记载:“为申明礼制,以阜民财,以正风俗事,照得理民之道,务丰其财,丰财之法,必禁其奢。闽为礼仪之邦,日来人心渐漓,竞趋汰侈,不但舍本业营末作,丽衣鲜服,游谑酒食,为财之蠹,即婚丧二事。”^④禁约和教条多从反面规制,有时也从正面引导,重点是关注民间教化,与宗法、礼俗紧密结合。清中期以后,省例成为地方立法的主要形式,立法技术较之前也有显著提高。西方法律的传入使晚清地方法律的制定程序更为成熟,通过《江苏省例三编》记载便可略窥一二:“光绪二年闰五月十三日据常州府知府谭钧培详称,奉臬司札奉巡抚部院吴批该府详酌议严禁抢醮章程,请示由奉批抢孀逼嫁,败俗伤风,棍徒恃有董保庇纵,毫无顾忌,亟应从严究禁,方足以除恶习。”^⑤清代的立法严格监控民间社会,习惯法不太可能有自发的生长空间。

与官府主导的地方立法不同,民间规约既是民间组织的自治规范,亦是民间公共事务管理的成文规则,主要包括乡约、村社规约、村寨(部族)规约、寺庙规约、书院规约、行会规约、帮会规约、士林社约、善会规约、宗族规约等。^⑥“民间规约”比“乡规民约”涵盖范围更广,并且,由于部分乡规(或条约)是官府制定或批准,乡规民约与地方法律间存在子项相容的风险,因此本文用“民间规约”这一术语代替“乡规民约”。民间规约,尤其是官方主导的乡规,^⑦主要功能在于宣传官方的社会价值观,配合地方法律在社会生活中发挥调节作用,所以,地方官对民间规约的制定往往乐见其成。作为民间规约重头的宗族规则(或称“宗族法”)在礼教原则影响下由宗族家长制定,对民间行为具有最前沿的影响。和礼教一样,宗族规则对民间婚姻、继承等方面发挥主导作用,并形成配套的纠纷调解制度乃至调解文化。此外,清代还存在大量带有劝谕、倡议性质的地方条约,其中有些属于地方法律,另一些则属于民间规约。^⑧

民间习惯则是更为松散的概念范畴,是填充国家制定法与地方法律、民间规约间罅隙的兜底性内容,依其范围可分为一般习惯(通行全国或全行业的习惯)、特殊习惯(地域习惯或特殊群体习惯)和当事人之间的习惯。民间习惯与惯例在明清时期被记载于各种尺牍、家用文书集中,常见的有契式、婚书式、阉书式等民间文书格式。调解是民间风俗习惯的一种常见表现形式,已有不少学者指出

① 吴金成:《国法与社会惯行:明清时代社会经济史研究》,崔荣根译,浙江大学出版社2020年版,第201页。

② 吴金成:《国法与社会惯行:明清时代社会经济史研究》,第212页。

③ 在英国,地方习惯不得与制定法相矛盾,地方习惯可以被制定法否定。参见望月礼二郎:《英美法》(新版),郭建、王仲涛译,商务印书馆2005年版,第114页。这说明,制定法对习惯的否定内容,无论在中国还是英国,都是常态。

④ 杨一凡、李守良编:《古代地方条约辑存》第3册,社会科学文献出版社2021年版,第3页。

⑤ 杨一凡、刘笃才编:《中国古代地方法律文献》丙编第12册,社会科学文献出版社2012年版,第583页。

⑥ 参见刘笃才、祖伟:《民间规约与中国古代法律秩序》,社会科学文献出版社2014年版。

⑦ 清代乡约是一种宣讲圣谕和法制的活动,与保甲一样是国家正式制度,乡规则是村落居民集体讨论制定的民间规约。

⑧ 所谓“条约”主要是中国古代地方立法的一种法律形式,具有立法适时、法律规范涉及面广、兼有教化与法律双重职能三种优点。同时,还有一些地方条约实际上属于官方主导订立的民间规约,例如明代陈儒撰《学政条约》、清代范泰恒撰《关中书院条约》等。参见杨一凡、李守良编:《古代地方条约辑存》。

“调解”这种法律表达方式的重要地位,如:“有关民间调处的各种习俗和伦理规范是国家立法的重要补充,是国家整个法律体系中的重要组成部分。”“调处息讼在国家权力的制约之下,受到国家的法制监督。”^①对于古代中国而言,法律秩序是内生和自足的,它已经自上而下建立了一套包含中央法和地方法在内的完整的法律体系。^②从明清基层治理的本土资源看,民间的人际关系与道德是解决纠纷的重要因素,然而国家权力还可能以一种隐性立法的方式直接管理地方而不仅监督民间。还有学者不免“矫枉过正”,把习惯径直描述为“非法”的,理解为在国家法的“入侵”之下,被国家法排除出去的那一部分行为和规矩。^③这种描述将习惯与国法对立起来,只看到了某些地方法律在规制民间习惯时存在实效不足的问题,却没有看到从习惯向国法的正向转换过程及其存在的官民之间共谋的特征,故亦需修正。^④总之,不论司法裁判中采用何种法律渊源或依据,均是服务于定纷止争的目标与社会稳定的大局,这是古典式法律实用主义的生动体现。

通过制度性视角的划分,清代地方治理中呈现的地方规范格局是法律(地方法律)—准法律(民间规约)—习惯(准规范)共同构成的阶梯分布、互补耦合的规范集群,总体上反映了清代地方的社会权力格局与规范状态——地方法律是具体化的中央法律,扮演国家法实施细则的角色,属于强规范;中央法律和地方规范并存不悖,地方事务主要按照地方法律处置,调解事务则多按照民间规约;民间规约不是法律,不具有国家层面的约束力,但它能灵活有效地补充包括中央制定法和地方法律在内的国家法。此外,还有大量地方事务按照民间规约规定的内容处理,虽一定程度上体现民间自治,但本旨在于提升办事效率,亦不会从根本上折损甚至僭越中央制定法的权威。

(二)解构“民间法”:民间秩序的底层逻辑

据笔者目力所及,法律学者苏力于1993年首倡“民间法”这一概念,迄今已有30年。苏力提出“民间法”的缘由是基于“私了”的普遍性和规范作用,认为它至少在功能上与公安司法机关代表的国家法律是相似的,从这个角度也可以称之为“法”或民间法律。^⑤自此,民间法成为中国法学界创制的一个居于习惯法上位的概念。梁治平的《清代习惯法》一书在“国家法”之外,特别标示出“民间法”这一概念以示区别,指出:“清代之民间法,依其形态、功用、产生途径及效力范围等综合因素,大体可以分为民族法、宗族法、宗教法、行会法、帮会法和习惯法几类。”^⑥对此,日本学者寺田浩明一针见血地指出,“民间法”首倡者之一的梁治平的著作中存在着民间法用语的模糊、法的性质不明确等问题。民间法观点虽然可以在理论上弥补一元法论的不足,但并未成功确立能与国家法理论一较短

① 郑秦:《清代司法审判制度研究》,湖南教育出版社1988年版,第224—225、232页。

② 有种观点认为,“习惯法”是在近代欧洲殖民扩张过程中被创造出来的,是简约治理的要求。殖民者之所以必须承认被统治民族的不成文法,主要是由于他们缺少管理人员,经费不足。参见马蒂亚斯·赖曼、莱因哈德·齐默尔曼编:《牛津比较法手册》,高鸿钧等译,北京大学出版社2019年版,第640页。很显然,用这一观点附会汉人生活区域是不恰当的。

③ 杜正贞:《由“礼、法、俗”看清“禁立异姓为嗣”的法律演变和社会实践》,邱澎生、何志辉编:《明清法律与社会变迁》,法律出版社2019年版,第177页。

④ 本文更倾向于把民间习惯看作“灰色地带”,而不宜直接视为毫无改造价值的“非法事物”,尽管“在(中国古代——笔者按)官方认识中,地方风俗习惯与主流意识形态长期处于对立面,应以国法礼教规训之”。参见邓建鹏:《晚清礼法之争前后关于习惯的认识和争论》,《华东政法大学学报》2023年第1期。

⑤ 苏力:《法律规避和法律多元》,《中外法学》1993年第6期。

⑥ 梁治平:《清代习惯法》,第36页。

长的理论基础,甚至可能妨碍问题的深入讨论。^① 巩涛则批评“习惯法”这一术语应该是指一种区别于国家法的规范性秩序,而不应被用来指称未曾明确界定的众多风俗民情。^②

“民间法”是一个中国本土化的概念,它建立在西方“习惯法”理论的基础上,深受法社会学的影响。“民间法”之所以很难说是一个成功的概念,根源在于其前提与场域带来的本体上的模糊性以及方法上可能引发的循环论证。该概念存在的最大缺陷是太过混沌,且过度刻意地强调其与国法在范畴上的对立,但梁治平在书中也不得不承认(或疑惑)“(某些场合)习惯法与国家法之间的界限更变得模糊不清”,^③亦即民间法与国家法既可能在范畴上存在一定的对立,而实际界限却又难分解,由此恰巧说明民间法乃至习惯法概念的冗余性。事实上,“民间”绝不可能排斥国法秩序的存在,也并不全然为习惯或习俗统治,进而形成一个封闭自洽的体系。中国古代国家和民间也并非截然二分,二者具有交叠区域。国外学者多从比较法角度指出流行于中国学界的“民间法”的不周延性,而实际在中国历史上,原本作为空间概念的“民间法”难以经得住时间的检验。清代中央和地方之间的界限因权限的配置划分比国家和社会的界分更为明晰,地方的强社会性特征不可高估,“地方”的措辞比“民间”更为科学合理。与西方相比,以清代为代表的中国地方规范体系具有双重地方性:相较于外部(如西欧)而言,中国地方规范体系具有第一层地方性,故不可简单机械地类比为西方法律传统;同时,在中国地方规范体系内部,各个地区均彰显其地方性,此即第二层地方性。无论应用在哪一层,“民间法”的描述都将导致同质化的后果。

“民间法”作为概念虽并不确切,但本意应是以更精微的角度审视地方社会。并且,“民间法”意欲描述的本质应该是存在于民间的某些权利义务关系,意指在一个高度集权国家的民间仍可能生发出某些“权利”,而不应指一种固定的法律类型或法律形式。本文认为明清大致有三类秩序存在于汉人生活区域,构成地方秩序的底层逻辑。

一是宗族秩序,反映家国同构的中华法系特征。“家”一直是基本的生存单位,由小农经济及儒家意识形态得以强化。宋代以后,一部分儒者意识到竞争日益激化,导致个体家庭的危机,发达的科举制度促使他们提倡同宗之家再次结合。宗族法最为类似于国家法的构造,在家庭与宗族之中,以父权和夫权为代表的内容体现了义务本位的特点,同时也印证“家国同构”,宗族法由此可以称得上是一种“准国法”。但是,不能排除在同居共产的前提下存在事实上的,且更多是一种伦理性的权利义务关系,所以宗族法可能同时存在公与私两个面向。

二是邻里秩序,体现熟人关系的地方社会特征。邻里是家族之外最亲近的社会关系,一般并不会向邻居设定现代意义上的权利义务关系,但邻里关系通常比家庭关系具有更多的平等性与自主性,也更容易派生出一些类似于当代法规定的“权利”的请求,其中较为典型的就租佃关系,至少在清代,佃户与业主在地位上的不平等并不明显,佃农在佃田时仍有讨价还价的余地。^④

三是商事秩序,昭示重农抑商的国家政策导向。很多劝谕、倡议性质的地方条约针对的是国家

① 参见寺田浩明:《超越民间法论》,吴博译,寺田浩明:《权利与冤抑:寺田浩明中国法史论集》,王亚新等译,清华大学出版社2012年版,第397页。

② 巩涛:《失礼的对话:清代的法律和习惯并未融汇成民法》,第210页。

③ 梁治平:《清代习惯法》,第28页。

④ 李德英:《国家法令与民间习惯:民国时期成都平原租佃制度新探》,中国社会科学出版社2006年版,第225页。

重点管控的领域,明清两代存有大量涉及盐政的地方条约,如明代的《两浙订正盐规》《盐政禁约》,清代的《司嵯条约》《禁私盐条约》《帑盐成规》等。其中一般是对私盐的限制,如俞尧在《申禁私盐示》中指出:“凡所日食之盐,必须向官商交易,即肩挑担负者,亦必察其来历。”^①此外,盐政方面也有很多因时制宜的权变调整。如洪之杰在《禁私盐示》中对于苏松滨海地区弱肉强食借私盐陷害百姓的事项进行调整,行保甲之法互相稽查。^②以上诸种规定,体现了地方政府对民间盐类交易的严密调控。除国家厉行管控的领域之外,各行各业民众之间的交易活动亦受官府调控,地方法律、民间规约及民间习惯在相应层面发挥约束作用。除此以外,亦有学者指出:“由实际经商者的立场来看,习惯法也好,国家制定法也罢,其实都是经济活动与司法诉讼过程中可资利用的‘制度’,在不同的法律制度限制下,涉讼工商业者总会找到最合用的‘论述’与‘实践’。”^③在国家宏观政策的总基调下,地方工商业者会对相应规约及习惯进行调整,以准确适应经济形势,确保商业利益的最大化。

热衷于描述“民间盛行习惯法”这一图景的学者们倾向于夸大民间社会在规范生成与运行方面的自主性,他们常常秉持“皇权不下县”的理论预设,认为中央政府对地方的监控程度甚为有限。然平允而论,“皇权不下县”并不是一种绝对化的现象,^④以之描述古代基层的权力与规范格局并不准确,皇权通过地方官员至少能产生柔性的影响。可以说,形塑地方风俗习惯是官僚集团实现社会治理与控制的重要途径。^⑤以往民间法的相关理论过于强调社会及民众内生的秩序力量,但不容忽视的是,地方官员作为中央派到民间地方的神经末梢,在民间秩序的构建中发挥了重要作用:“由于人们所行的是‘风’‘俗’,地方官的统治当然也为使该地方‘易风移俗’为目标,但是,这并不容易。”^⑥由于地方法律的主持订立者多是饱读儒家经典的地方官,他们时常会主持制定旨在教化乡里的、较为温和的民间规约。儒家式官员常以教民和利民两手营造自己的政绩。如康熙年间山东蒙阴官员陈朝君在为官期间规定,对于借事生风,假亲丧为射利之阶、每遇秋成巧立名色纠众敛财的人,要责枷罚谷。他对于官府自身也予以设限,不让本地各铺店轮流拨用以免耽误生意。^⑦这些顺应民心以救时弊的规定,往往易使百姓心悦诚服,从而实现民众守法的“儒家化”。^⑧

从中层视点来看,地方官员居于皇帝与百姓之间的“中层”。^⑨民间不存在脱嵌于官方的法律秩序,具有强烈能动性的地方精英更倾向与国家合谋,其选择也往往与国家行为紧密相关。换言之,中

① 杨一凡、王旭编:《古代榜文告示汇存》第7册,社会科学文献出版社2006年版,第94页。

② 杨一凡、王旭编:《古代榜文告示汇存》第7册,第117—120页。

③ 邱澎生:《禁止把持与保护专利——试析清末商事立法中的苏州金箔业讼案》,《中外法学》2000年第3期。

④ 温铁军在国内较早提出了“皇权不下县”的说法,指出:“由于小农经济剩余太少,自秦置郡县以来,历史上从来是‘皇权不下县’……农村仍然维持乡村自治,地主和自耕农纳税,贫雇农则只交租。这种政治制度得以延续几千年的原因在于统治层次简单、冗员少,运行成本低。”参见温铁军:《半个世纪的农村制度变迁》,《战略与管理》1999年第6期。但温说只能算是大致的情况,另有学者认为“皇权不下县”的论说并未提及基层人员的性质和地位。参见胡恒:《清代的乡官论与制度选择》,《历史研究》2020年第5期。

⑤ 邓建鹏:《晚清礼法之争前后关于习惯的认识和争论》,《华东政法大学学报》2023年第1期。

⑥ 寺田浩明:《清代传统法秩序》,王亚新监译,广西师范大学出版社2023年版,第441页。

⑦ 参见杨一凡、王旭编:《古代榜文告示汇存》第5册,社会科学文献出版社2006年版,第387—388页。

⑧ “守法儒家化”的意思是指,儒家思想渗透到社会的方方面面,潜移默化地影响着君主和臣民,每个人都遵守儒家思想所倡导的人际关系秩序,同时也愿意遵守法律。Kang Sun, Flowers in a Mirror: Critique of ‘Confucianization of Law’, *Asian Philosophy*, Vol. 32, No. 3, 2022, pp. 289–311.

⑨ “中层理论”是主张研究宏观与微观之间的中间层次的理论,参见杨念群:《“中层理论”应用之再检视:一个基于跨学科演变的分析》,《社会学研究》2012年第6期。

国古代的自治与他治、治官与治民之间的关系,是有机结合、动态互补的关系。地方法律是中央制定法的实施细则,它主要规范中央制定法囿于重农抑商等限制而不便直接规定的民商事规范,民间规约则是地方法律的有效补充。韩格理以方格嵌套结构描述传统中国国家结构:同样作为主角,皇帝居于最外围方格,目的是使天下和谐;官员居于中层方格,目的是使“中国”(社会)和谐;父母及丈夫居于最内层方格,目的是使家庭和谐。这些方格组系统既具有“各自”功能,又有自主性。^① 寺田浩明也有类似总结:“全民民心的统合,首先由父亲约束家人,使得家族全员齐心,而后由宗族的族长在此基础上统合族人全体的心,然后地方官统一统治地区的人心,以‘修身、齐家、治国、平天下’的顺序渐进,最后在皇帝之下,全民达到一体化。”^②这类中层视角正是将关注点过多聚焦于契约内容的《清代习惯法》等研究所欠缺的,进而导致了“以片段反映整体”的不足。

三、“习惯法”在中国的修正进路

地方规范体系是相对于中央制定法,亦即一般意义上的“国法”而言的一套实际运行于地方的规范体系,可以统摄“习惯法”与“民间法”原本所欲描述的对象,而地方规范体系内部存在的缝隙则由习惯权利填充。故此,就清代汉人生活区域而言,习惯规约化与习惯权利可能是修正“习惯法”在中国表达方式的两种基础进路,二者共同构成清代基层的法律秩序。

(一)习惯规约化

“习惯规约化”(regularization of custom)描述的是从习惯到地方法律、民间规约等较为正式规范的转化过程,比起“习惯法”一词更加动态和立体。地方法律有效延伸中央制定法的权力末梢,实现国家法律的“去中心化”。例如,清初陆陇其认为“民情土俗,万有不齐;立法更制,随方便宜,随时润泽可矣”,^③因此大力推行地方立法。整个清代地方立法比较兴盛。除刑事法律外,其他中央制定法通过地方法律得以细化实施,习惯首先被民间士绅规约化,其中一部分通过省、县备案或承认,由规约变成地方法律。^④ 规约化的习惯由此分途为地方法律和民间规约。地方法律是一种典型的正式制度,民间规约则是一种典型的非正式制度,处于合法与非合法之间地带,^⑤也是具有一定强制效力的“准法律”。它可以转化成地方法律,与地方法律形成既共存又互动的局面。具体的转化路径之一是,中央向地方派出的大员(如监察御史)有时代表中央在地方进行立法活动,地方通过榜文、告示和民间习惯联结起来,其中一部分榜文用来公布法律,中央、省、县级官员都可能涉及发布程序,都具有一定的立法权能。^⑥ 此外,根据现有的文献资料,关于户婚田土习惯规约化的案例基本发生在南方,

① 参见韩格理:《天高皇帝远:中国的国家结构及其自主性》,翟本瑞译,韩格理:《中国社会与经济》,张维安等译,联经出版事业公司1990年版,第116—117页。

② 寺田浩明:《清代传统法秩序》,第439页。

③ 陆陇其:《莅政摘要》卷下《治人治法》,《官箴书集成》第2册,黄山书社1997年版,第640页。原句为明末陈龙正语。

④ 乾隆年间浙江幕友万维翰编著的《成规拾遗》记载了浙江民间典权找贴、立契等习惯规约化的完整过程。详细记载参见杨一凡、刘笃才编:《中国古代地方法律文献》乙编第12册,世界图书出版公司2009年版,第455—461页。

⑤ 阿兰·斯密德:《制度与行为经济学》,刘臻、吴水荣译,中国人民大学出版社2004年版,第374页。

⑥ 明清榜文告示有严格的制定程序,一种是下级针对某种事项拟定榜文、告示文本,经呈报上级批准后,以下级长官名义发布;另一种是由上级针对某种事项制作榜文、告示文本发给下级,以上级长官名义发布,或授权以下级长官名义发布。还有劝农、观风等依照朝廷授权或上级政令精神制定、由各级地方政府发布的榜文、告示。参见杨一凡、王旭编:《古代榜文告示汇存》第1册,“序言”,第3页。

如江浙地区和湖湘地区,所以,对习惯规约化的研究仍需充分考虑地方性。

囿于所见资料的有限性,国外学者往往未发现习惯规约化的历史事实,兹以日本学界为例。与前文提到的梁治平关于国家法和习惯法之间界线“模糊不清”的疑惑类似,日本学者滋贺秀三曾疑惑于清代地方习惯上升到法律的过程,他所能关注到具有权利义务性含义的社会规范就是所谓的“法谚”。^① 滋贺秀三只认定习惯可以转化为模糊的“情理”,但一直不明白习惯成为“法”的基本路径。英国学者罗伊德勋爵比滋贺秀三更敏锐地意识到某种规范的存在:“习惯性的规范在中国流行的情形绝不比其他地区逊色,而且在某些方面可能还更有权威……但是在法律争端方面,中国人从未想到它们可以经由某种固定的司法程序用事先制定的规范加以解决。”^② 遗憾的是,罗伊德和滋贺秀三一样没有接触到中国古代法律文献中记载的“事先制定的规范”,即大量存在的地方法律与民间规约。

我们很容易发现滋贺秀三对于清代审判活动的矛盾说法,一方面他指出:“大多数案件的处理文书中不引照国法条文实属当然。”^③ 在这里滋贺秀三对于国法的定义过于狭窄,忽视了地方法律也应是国法的组成部分。另一方面他也颇有预见性地指出:“从其他地方可以零星收集到很难得知、分量却不少的重要民事方面的法规,但期待从清代的判语中得到同样的收获,那还是要落空的。”^④ 这一评论总体来说比较允当,因为他意识到,对于包括地方法律在内的清代法律的收集是一项艰难的工程,但若有新文献的出现势必可以修正既往研究成果。不过,在民间事务的裁判文书当中引用法律条文的情况确实比较有限,这可能跟裁判官的个人素养与价值偏好等因素有关。裁判文书仍然不可遮蔽地方法律的实际存在与重要效用。

作为滋贺秀三高足的寺田浩明更进一步断言,社会本身无法把惯例上升到制度性的“法”这一层次,^⑤ 他指出“官员经常对民发出布告,总称为告示”这一地方立法的具体途径。^⑥ 在清代基层,乡约、保甲(即“乡保”)带有半官方的民间身份,位居官员与村民两者之间,扮演沟通协调与联系的角色,^⑦ 进而从事地方立法活动。

需指出的是,清中期以后,省例成为地方立法的主要形式,进一步压缩了民间习惯的生存空间,并使得地方立法更加制度化。从内容上看,以省例为代表的地方立法于民间习惯通常有“禁止”与“确定”两种形式的规训。一旦涉及伦理等级,地方法律的调控将变得颇为严厉,兼具教化与惩罚的特征。不过,也不宜片面夸大清代地方的立法权能。有学者认为,省例所体现的中央对地方的控制关系,呈现出一种“动态平衡”的格局。^⑧ 从实效层面看,各级官员的判案实践不能只依据省例等文

① 滋贺秀三:《清代诉讼制度之民事法源的考察——作为法源的习惯》,王亚新译,王亚新等编:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社2022年版,第60页。

② 丹尼斯·罗伊德:《法律的理念》,张茂柏译,新星出版社2005年版,第195页。

③ 滋贺秀三:《清代中国的法与审判》,熊远报译,江苏人民出版社2023年版,第250页。

④ 滋贺秀三:《清代中国的法与审判》,第251页。

⑤ 参见寺田浩明:《清代土地法秩序“惯例”的结构》,王莉莉译,寺田浩明:《权利与冤抑:寺田浩明中国法史论集》,第111页。

⑥ 参见寺田浩明:《清代土地法秩序“惯例”的结构》,第94页。

⑦ 巫仁恕:《官与民之间——清代的基层社会与国家控制》,第440页。

⑧ 王志强:《清代国家法:多元差异与集权统一》,社会科学文献出版社2017年版,第52页。

本,还要注重乡规、俗例及契约文书所确定的地权关系,才能有效解决民间地权争端。^① 这些观点均未过于夸大清代地方的自治性,因而较为中肯。而在一些情况下,既然法律没有明确的规定,要定纷止争也只能按照民间习惯和惯例来处理。例如,租佃毁约讨还中资,就应当依据诚信原则,契约一旦成立,中人的说和钱便不予退回,这样可以维护淳朴的道德风尚。道德、风俗、习惯、情感等因素,在族长、亲友、乡保主导的纠纷调处中的实效,往往不亚于甚至更优于国家正式律例条文,这种实效性也有赖于更加精细化的地方法律与民间规约。

(二) 习惯权利

“法”与“权利”在西方法学中是一体两面的概念,可为合理表达清代基层法律秩序提供借鉴。中国古代的中央制定法以义务本位的公法为主,基本不涉及个人权利的内容,但这并不意味着地方或民间的法律秩序中就完全不包含事实上的某些“权利”。实际上,权利的产生比习惯还要早:“提出的权利要求遭到驳斥,这时才逐步推行某种法律惯例,由于这种法律惯例慢慢为人所遵循,它也变成了法律习惯。”^②英国学者斯普林克尔(Sybille van der Sprenkel)认为:“在习惯上容许或预期的权利与义务,可以称为习惯权利。”^③习惯权利包括由无法或不适宜被规约化的习惯所派生出来的实际权利请求,这种权利在国法宽宥或默许的范围内生长。使用“习惯权利”的称谓,可以避免被视为一种法律形式的“习惯法”招致制度层面的质疑,将视野集中于具体的法律行为和当事人。根据寺田浩明的研究,传统中国民事事实上存在着一些权利,大致包括两种:一是由分形同气的血缘观带来的具有本源性共识的“权利”,例如生存权益;二是有市场竞争社会基础中所包含的平等交换精神为后盾的“权利”,例如土地权益。^④习惯权利有两方面特点。一方面,民间细故在统治者眼中并不值得被规定。如黄宗智指出:“清代法典完全没有留意这些惯习,也许是因为它们还没有产生很多的纠纷而迫使立法者去立新法,或者也许是因为立法者们坚持前商业逻辑优于市场逻辑而干脆拒绝承认这些市场惯习。”^⑤另一方面,有些习惯权利在国法中已被明确废除,例如“先问亲邻”这样的符合熟人社会特点的“制度”,虽在明清法律中已不被官方提倡,但在民间习惯中仍长期保留,^⑥恐怕是民间传统的惯性使然。

客观来说,汉人生活区域的秩序尽管不适宜用“习惯法”描述,却也确实存在一些往往不定型的习惯权利,具有地方性的特点。称习惯权利是不定型的,是与“常法”比较而言。习惯规约化应兼顾礼教、国法与人情,既顺应人心人伦,也适应生产力发展。某些特定类型的地方法律规定,如从宋元

① 杨国桢:《明清土地契约文书研究》,北京师范大学出版社2021年版,第102页。关于这一点,以《湖南省例成案·户律·田宅》记载为例证:“楚省买卖田产,并非业银两清,成交之日,只先附些微产价,名曰压契,遂令卖主立交全价之契及书欠字,交与卖主收执,听其陆续收价,卖主续领价银之后复零,立领字交与买主为收银之据,故有不良买主捏造领字,希图混赖……凡有买卖产业,务令四至贴邻到场,书契画字产价,并契同交,登时割绝,不许彼此互立欠领,以杜捏造重索图之端。”参见杨一凡、刘笃才编:《中国古代地方法律文献》丙编第2册,社会科学文献出版社2012年版,第397—399页。

② 亨利希·库诺:《马克思的历史、社会和国家学说——马克思的社会学的基本要点》,袁志英译,上海译文出版社2018年版,第548页。

③ 斯普林克尔:《清代法制导论:从社会学角度加以分析》,张守东译,中国政法大学出版社2000年版,第128页。

④ 参见寺田浩明:《清代传统法秩序》,第179页。

⑤ 黄宗智:《法典、习俗与司法实践:清代与民国的比较》,上海书店出版社2003年版,第72页。

⑥ 叶孝信主编:《中国民法史》(修订版),复旦大学出版社2021年版,第485页。

到民国一直被禁止的“一田二主”,即永佃权的国家法的实效应该受到评估,^①享有这种“习惯权利”的田面主等当事人亦敢于在官府面前公开身份以请求保护。总体来看,伦理纠纷的解决一般依靠道德,财产纠纷的解决经常依靠习惯,规约化的习惯则通常会起到更上位的指导作用。民间习惯规约化的路径不容忽视,亦需要强调的是,不可能所有的民间习惯都会被成功地规约化,国法中的中央制定法与地方法律、民间规约、习惯等元素犬牙交错,共同产生治理国家与社会的总体效能,不可割裂开来。民间除了广泛的“德治”及道德指导下的一定程度自治以外,其实还有“法”治的广泛存在。像清代地方这样的一个人工的、被操作的社会完全有可能被按照经过思考的、理性的和科学的标准设计,而不是成为习惯或历史偶然性的产物”。^②超稳态结构的古代中国不太可能容忍崇尚自治的西方“习惯法”在广大汉人生活区域自发产生及蓬勃发展,但习惯及习惯权利可能存在,它们有时候被表达为“情理”“变通”“达权”等说法,被认为与英国法上的“拟制”“衡平法”相类似。正如民国法学家赵之远所说:“吾国数千年来,受儒家‘中庸’的哲学思想至深且巨,故凡遇扞格不通,则尽可由经达权,或有窒碍难行,则不妨斟酌情理。”^③习惯及习惯权利正是较“情理”更为法学化的表达。

结 语

中国古代立法的“社会本位论”之所以陷入与“国家中心论”类似的误区,是因为此类理论忽视了中国古代国家—官吏—百姓这样逐层套嵌统一指向的治理格局,低估了地方政府及官员的能动性、在地性与教化性等特点。法律术语在东西互鉴时应警惕背景性差异,“习惯法”与“民间法”遮蔽了中国古代法律规范体系的真实结构,使人们对古代地方法律样态的认知流于单调和轻薄,把作为成文法国家的古代中国人为割裂为“国家—社会”的二元化结构,充分说明西方的习惯法理论不适合描述古代中国的地方规范状态,不应把西方现代法律理念强加于中国古代法律传统之上。欲实现中国式法治现代化,必须构建自主的中国法律史学理论体系,一个重要的切入点就是重新审视既有法学概念、学说与理论是否适宜中国国情、立足中国禀赋,这项宏大而系统的学术工程离不开中国法律史研究内容、视野及范式的全面革新。

(作者孙康,山东大学习近平法治思想研究中心研究员;邮编:266237)

(责任编辑:张舰戈)

(责任校对:苑 苑)

① 福建《福建省例》和江西《西江政要》都记载了雍乾年间禁止“一田二主”的地方法律规定,但收效甚微。参见叶孝信主编:《中国民法史》(修订版),第500—502页。

② 詹姆斯·C. 斯科特:《国家的视角:那些试图改善人类状况的项目是如何失败的》(修订版),王晓毅译,社会科学文献出版社2017年版,第95页。

③ 吴经熊、华懋生编:《法学文选》,中国政法大学出版社2003年版,第269页。

SUMMARY OF ARTICLES

Historical Reflections on Chinese Marxist Historiography and Its New Beginning // *Chen Feng*

At present, the construction of Marxist historiography is a creative work. It must highlight the Chinese characteristics and Chinese style, rather than just promote, apply, or implant basic principles. Chinese Marxist historiography must get rid of the shackles of universalist narratives and identify and restore the particularities of Chinese history through meticulous positivist research and empirical study. Truly liberate itself from the shadow of Soviet-style dogmatism, we must take its own path, overcome the long-standing inertia and intellectual laziness; we must take internationalization as foundation to maintain the greatest openness and inclusiveness. The development of Chinese Marxist historiography cannot be separated from the criticism, reformation, and transformation of traditional historiography. Returning to academicization, we must follow the superior and sophisticated path to studying issues at the frontiers of international scholarship.

Accepting What Is Wrong as Right: Revisiting “Customary Law” and “Folk Law” in China // *Sun Kang*

Taking the Qing Dynasty as the starting point, one would argue that concepts such as “customary law” and its derivative “folk law” could not be applied to China, no matter in conceptual, historical, and practical dimensions. The concept of “customary law” has been rigidly transplanted to China, while “folk law” is a deliberately constructed term. The approach of applying them to China is oversimplistic, only relying on western ideas from disciplines such as those of legal anthropology, legal sociology and others. Normative investigation of the concrete interaction mode between the official and the folk has been absent. The lack of dynamic perspectives leads to confusion, and thus the research approach needs to be refined. This study shows that Confucian officials tended to adopt flexible educational means. On the basis of maintaining the clan order with family ethics as the appearance, they expanded and regulated neighborhood orders, commercial orders, and more. In doing so, they allowed the Han people some limited autonomy in the areas where they lived. This degree of autonomy should not be exaggerated, so much so to become disassociated from the government negating the interaction between the two. To be precise, there are at least two ways to develop a more accurate understanding of “customary law” and “folk law”: one is to recognize the dynamic process of customary regularization, and the norm pattern of “local law-folk stipulations-folk custom” at the local level; the other is to pay attention to the relationship of specific rights and obligations represented by customary rights.

A Review of Studies on the Criminal History of Ancient China: Between Criminal History and Legal History // *Yuan Yuan*

Since the reform and opening up, studies of the criminal history of ancient China has been emerged and continued to developing steadily, adopting legal history and social history as its main approaches. The