

【历史的法学文丛】

主编 范忠信 陈景良

地缘社会

解纷机制研究

——以中国明清两代为中心

Diyuan Shehui
Jiefen Jizhi Yanjiu

陈会林 著

中国政法大学出版社

主编 范忠信 陈景良
【历史的法学文丛】



地缘社会 解纷机制研究

——以中国明清两代为中心

陈会林 著

中国政法大学出版社

2009·北京

总序 General Preface

2008 年度司法部国家法治与法学理论研究项目“民间与国家解决纠纷的
联接机制研究(08SFB2005)”成果之一

古代中国社会或传统中国社会,是一个非常不同于欧洲大陆的社会。古代中国社会有着自己特殊的政治机理。具体说来,古代中国社会有着特殊的多侧面、多层次的公共组织模式,有着特殊的公共政治事务处理模式,有着特殊的社会控制或治理模式。总而言之,有着特殊的社会秩序架构及其原理。

对于这一点,近代史以来的学者们,在学术研究的理论认识层面上,似乎都比较清楚,但是一到学术研究的实践操作层面上,大家似乎都模糊了。就是说,抽象地讲这些道理时,似乎谁都清楚,但一到具体分析、阐释古代中国的政治和社会时,就不是这么回事了。比如人们惯于用西方学者从西方社会发展史中总结出来的奴隶制、封建制、资本主义、殖民主义、商品经济、市场制度、市民社会、私人空间、公共权力、公共政治、民族国家、公法与私法、私有制等等一整套概念体系作为标准或尺度,去分析或阐释古代中国的政治和社会现象,结果就等于戴着有色眼镜看中国,不知不觉就歪曲了古代中国的政治和社会的本质。

基于这样一种“以西范中”、“以西解中”的衡量或解读,我们在过去的研究中,惯于觉得古代中国政治和社会的秩序(或体制)一无是处;特别是惯于认为古代中国的法律制度体系远远落后于西方,过于粗糙、野蛮、简陋。所以,近代史以来,特别是新中国成立以来,我们的中国法制史著作和教材常常可以写成控诉古代中国法制落后、腐朽、残酷、保守的控诉状。我们的史学界甚至还可以长期争论“中国封建社会为什么长期延续(或长期停滞)”、“中国

为什么没有较早出现资本主义萌芽”这样的伪问题，我们的法学界也可以讨论“中国古代为什么没有民法典”、“中国古代法学为什么不发达”之类的伪问题。

从这样的判断出发，近代史以来中国政治和法律的改革构想，大多必然会走“以西化中”的道路。所以，在过去百余年里，我们才会全盘模仿大陆法系的法制和苏联革命法制，搞出一整套与中国传统法制几乎一刀两断的法制体系。基于这样的考虑或追求，我们的立法才不会认真考虑它在中国社会土壤中有没有根基或营养成分的问题，才不会正式考虑与传统中国的习惯、习俗或民间法的衔接问题，才会得意洋洋地以“在一张白纸上可以画最新、最美的图画”的心态来建章立制，才会仅仅以“注重世界最普通之法则”的心态来设计中国的法制。即使有人提出过“求最适于中国民情之法则”的主张，但最后几乎都是虚应故事。大规模的“民商事习惯调查”的结果也没有对近代化中国法制与民族传统根基的续接作出什么实质的贡献。这就是160多年来中国法制建设的实际取向——西方化取向的由来。

在这样的取向下设计出的法制，实际上是缺乏民族土壤和根基的法制。这一套法制在我们民族大众的心目中，在我们社会实际生活的土壤中，是没有根基的，至少是根基不牢的。这棵移植的大树，缺乏民族的土壤或养分。所以，近代以来，如何把这套法律“灌输”给普通百姓成了国家最头疼的事情。直到今天，我们仍屡屡要以大规模的“普法”运动或“送法下乡”、“送法进街巷”的运动向人民推销这一套法制，但实际上收效甚微。事实上，我们今天的政治和社会生活，是不是真的在按照这套人为设计的、从西方移植来的法制体系在运作？我们生活中的实际法制是不是我们的法律体系设计或规定的这一套法制？我们大家都心知肚明。其实，谁都不能否认，在显性的法制背后，我们实实在在有一整套隐性的法制。这一套隐

性法制，是大家心知肚明、心照不宣的，常常是不便于说明白的。一旦说明白了，就有点像安徒生童话里的小孩儿直呼皇帝没有穿衣服一样。这些隐性的法制，当然正反两个方面的都有，绝对不仅仅是从贬义上讲的“潜规则”。可以说，近代以来，我们国家的政治和社会生活实际上主要还是按照我国民族习惯的方式和规则在进行，只不过其过程受到了人为设计或移植的显性法制一定程度的“干扰”或“影响”而已。即使仅仅就这些“干扰”或“影响”而言，我们也很难肯定地说都是正面的、进步的“干扰”或“影响”，很难说就一定是西方民主、自由、平等的法制及其精神对中国“封建传统”的挑战。当社会大众众目睽睽地看着“依法缺德”的人们得到法律的保护并获得各种“合法”利益而致使人心骇乱、是非模糊之时，我们就很难说这样的法制是中国社会应当有的良善法制。

基于这样的理解，我们近年来一直主张用“历史法学”的眼光阐释中国传统法制和建设新的中国法制。

近代德国法学家萨维尼认为，法律是民族精神的体现。“法律只能是土生土长和几乎是盲目地发展的，不能通过正式理性的立法手段来创建。”“一个民族的法律制度，像艺术和音乐一样，都是他们的文化的自然体现，不能从外部强加给他们。”“在任何地方，法律都是由内部的力量推动的，而不是由立法者的专断意志推动。”法律如同语言一样，没有绝对停息的时候，它同其他的民族意识一样，总是在运动和发展中。“法律随着民族的成长而成长，随着民族的壮大而壮大；当这一民族丧失其个性时，法便趋于消逝。”因此，法并不是立法者有意创制的，而是世代相传的“民族精神”的体现；只有“民族精神”或“民族共同意识”，才是实在法的真正创造者。“在所有每个人中同样地、生气勃勃地活动着的民族精神，是产生实定法的土壤。因此，对每个人的意识而言，实定法并不是偶然的，而是必然的，是一种同一的法。”法律的存在与民族的存在以及民族

的特征是有机联系在一起的。“在人类历史的早期阶段,法律已经有了一个民族的固有的特征,就如同他们的语言、风俗和建筑有它自己的特征一样。不仅如此,这些现象也不是孤立存在的,它们不过是自然地、不可分割地联系在一起的、具有个性的个别民族的独特才能与意向。把它们连接为一体的是民族的共同信念和具有内在必然性的共同意识。”这种“共同意识和信念”必然导致一个民族的“同一的法”。立法者不能修改法律,正如他们不能修改语言和文法一样。立法者的任务只是帮助人们揭示了“民族精神”,帮助发现了“民族意识”中已经存在的东西。法的最好来源不是立法,而是习惯;只有在人民中活着的法,才是唯一合理的法;习惯法是最有生命力的,其地位远远超过立法;只有习惯法最容易达到法律规范的固定性和明确性。它是体现民族意识的最好的法律。^{〔1〕}

萨维尼对“历史法学”要旨和追求的这些出色阐发,这些年一直在震撼着我们的心灵。记得20世纪80年代初我们最早接触“历史法学”时,“历史法学”曾作为一个反面的角色被痛骂,被认为是“赞成维护封建秩序”、“对资产阶级革命成果的一种民族主义反动”;其“反动的民族主义观点”甚至还“被德国法西斯所广泛利用”。^{〔2〕}

此后二十多年里,因为一直在思考近代中国的法律移植问题,才发现“历史法学”的主张并不是简单地维护腐朽,不是那么简单地可以否定的。“历史法学”的基本判断——法律作为“民族精神”和“民族性格”的体现,真正的法律应该是一个民族“同一的法”的整理编纂而不是立法者刻意制定等等,实际都可以应用于中国。

〔1〕 参见何勤华:“历史法学派述评”,载许章润主编:《萨维尼与历史法学派》,广西师范大学出版社2004年版。

〔2〕 上海社会科学院法学研究所编译:《法学流派与法学家》,知识出版社1981年版,第52~53页。

中国法学界应该以“历史法学”的眼光反省160年来中国法制近代化即法制移植或法制西化的历史。这一反省,我们现在尚未有规模、有深度地进行过,盲目移植法制和人为创制法制的思路或取向仍然在占上风。

我们法律史学者的历史使命,可能就是主导这样的反省。反省过后,我们必须提出在西来法治主义背景下的法制本土化或中国化方案,使未来中国法制更具有民族个性、民族风格、民族精神,具有人们更加熟悉的民族形式,使其更能解决我们民族面临的特殊问题,并用更具有民族个性的途径、方式解决公共问题。这大概就是法律史学人应该作出的贡献。

本着这样的理解,我们的确要重新审视中国五千年的法律传统。

中国五千年的法律传统,用西方法制、法学的理念和眼光去看,的确是很难理解和阐明的。我非常同意我的导师俞荣根先生的观点:中国古代的法制体系,实际上是由“礼法”和“律法”两个层次构成的;我们不能只看到“律法”的法制史,而不注意“礼法”的法制史。俞老师的见解非常有启发意义。我认为,中国社会生活的所有层面、所有事宜,亦即国家的公共事务和民间事务的所有方面,都是由很早就形成并代代传承的“礼法”(习惯法,有时有正式编纂)来加以规范的。在“礼法”的统率下,尚有所谓的“律法”。“律法”是比“礼法”低一层次的规范体系,它主要是就国家和社会生活中的更加浅表或显著层面的事宜、更加紧迫的事宜、最低限度的治安秩序要求的事宜等作出准确无误的规定,以便制裁违规行为和解决纠纷。用西方法学的眼光来看,我们就只能看到“律法”有些像法律,殊不知在中国古代社会里更重要、更为根本、更起作用的社会生活强制规范是“礼法”。由“律、令、科、比”、“律、令、格、式”或“律例”、“则例”等构成的“律法”体系,甚至还包括唐六典、清会典之类,都只不过是“礼法”的“扈从”或“保

鏢”而已，其使命不过是保障“礼法”的遵行。

对这一套“礼法”体系的法学阐明，我们过去是做得很不够的。过去我们研究“礼”与“法”的关系过于注意考察某些“礼”被违反后的刑事、民事、行政性质的强制后果，以此判断“礼”中哪些是法律、哪些不是法律；似乎在没有看到这种显著的强制性后果时，与之相关的那些“礼”就不足以判定是法律。这其实也是“以西范中”、“以西解中”的结果。其实，“礼”是不是社会生活中的公共强制性行为规范^{〔1〕}，并不一定要找到符合西方法概念的刑事、民事、行政强制后果作依据才能认定。中华民族有自己的公共强制力形式和强制模式，有时可能是西方的民事、刑事、行政等强制概念所难以比拟或概括的；古代中国的公共政治生活秩序正是在“礼”的强制下实现的。所以，如果一定要用西方法的理念去理解“礼”（“礼法”），当然只能得出“礼”主要是伦理规范、道德规范、礼仪习俗的结论。同样，用西方法的理念去理解古代中国的“法”（“律法”），也比较容易得出中国古代没有宪法（constitution）、没有民法、没有商法、没有行政法、没有诉讼法的结论。这无疑歪曲了我们民族法律传统的本质。因此，我们实在有必要站在“礼法”、“律法”为一个有机整体的视角来看待中国法律传统，来解读中国法律传统的特色和精神，来总结和认识我们不能不面对的历史遗留下来的中华民族“同一的法”。

为此，我们想特别倡导“历史法学”取向的中国法律史研究。

过去的中国法律史研究，就是通常所说的传统的法律史研究，我们大致可以分为三条路径。

第一条路径是法律史实的整理复原型研究。这种研究基本上是在整理和描述以往的法律活动及其结晶的历史事实。这些“事实”

描述包括三个方面：一是对历代法律制度事实的描述，包括对成文规范或惯例的描述等等；二是对历代法律制度的运作，如立法和执法活动过程的描述；三是对历代法律制度、法律思想实际功能和影响的描述。这三方面的描述，都是所谓“还历史本来面目”的研究。在这一条路径中，又可以分为两大支派：一派是法史考据型，就是对法律史的原始证据、原始信息、原始材料进行发现、发掘、训读、校勘、辨误（伪）、整理、注释的工作。这一工作相当于文物考古专家的工作——从各种隐蔽的处所发现历史上各种文明器物或其碎片，对这一物件的性质、作用、由来等做出最基本的考证和判断。另一派是制度整理派，就是通过前者考据的结果，通过无数零散的历史信息，从小到大逐渐理清（重新描述）历史上的制度和习惯的原貌、全貌，或大致还原历史上的法律生活过程的轮廓。这一工作，类似于依据考古资料和零星的历史文献记录来整理、重述或勾画历史上的社会结构、生活样式、价值标准等等的历史学家的工作。

第二条路径是历史上法律的功能价值评说型研究。这就是所谓的“总结历史的经验教训”、“发掘历史文化遗产”、“取其精华、去其糟粕”的工作。这一方面的研究，就其实质来说，正如同把中国过去数千年的法律文化遗产当作一大堆苹果，然后由我们这些“很懂行”的人去判断哪些是好苹果、哪些是坏苹果，特别是辨识出那些表面又红又亮而内部已经被虫蛀或已经发烂的苹果。然后告诉人们：好苹果还可以吃，还有营养；坏苹果不能吃，吃了有害；我们的社会生活中有的事实表明还有人正在吃坏苹果等等。这类研究的判断标准，纯粹是今天的社会需要和是非观念。

第三条路径是历史上法制的文化分析或文化解释型的研究，就是对先前法律的遗物、遗迹进行“文化解释”。什么是法律的文化解释？顾名思义，文化解释就是从文化学的角度对法律遗物、遗迹进行解释，或对法律遗物、遗迹的文化涵义进行阐释，或者说是从文

〔1〕 我们把“法”理解为政治共同体中具有公共强制性的行为规范的总和。

化的遗物、遗迹去破译一个族群的文化模式或文化构型的密码的工作。这样的研究要做的事情,第一是要对一个民族的成员们后天习得并以集体的行为习惯方式传承的、与强制性行为规则有关的一切进行研究,要一个民族世代累积下来的一切与法律现象相关的人为造物(包括无形之“物”)进行研究。第二是要研究一个民族的与法律最密切相关的生活或行为的样式或模式,要研究具有持久性地为一个民族的多数成员或一部分特定成员有意识或无意识地共享的法律生活或行动(含思维行动)的特有模式。第三是要研究法律文化的核心即传统法律思想和体现在其中的民族法律价值理念。

“历史法学”式的中国法律史研究,当然也必须借助上述三种宗旨或路径的法律史研究,必须以那些研究的结晶为基础。但是,本着“历史法学”的原则,也应该与一般的法律史研究有重大的不同。这些不同体现在哪里呢?我们认为应该体现在以下几个方面。

第一,注重整理、阐述中华民族历史上“共同的法”或“同一的法”。不管是成文的还是不成文的,只要是在中国历史上较为长时段存在并支配族群社会生活的规范,就要格外留心、加以总结整理并试图阐述清楚。

第二,注重考察民族历史传统上的“共同的法”与民族性格、民族文化、地理环境之间的关系。就是说,考察这些“共同的法”所要解决的社会问题,以及它所依据的社会基础、资源、条件和背景等。

第三,以上述研究成果为镜鉴,反省近代以来中国法制变革在每一部门法中的利弊得失,说清其失误之缘由,并提出更为符合中华民族的“共同的法”的解决方案(包括具体的立法建议案)。就是说,在追求民主、法治的前提下,使未来中国法制更加合乎中华民族的传统或更具有中华民族的个性,更能准确地针对中国的特有

问题以“对症下药”。

为此,我们拟聚集一批志同道合的学者投入这一工作。作为这一工作的准备性试探,我们先在自己指导的博士、硕士研究生中布置了一些“命题作文”。将来我们准备募集更多的研究资金,设定更加具体的“历史法学”性质的分支专题,召集相关同道共同完成。在出版这一文丛之外,我们还筹备编辑专题年刊,召集专题研讨会,主办专题网站,设立系列专题讲座,组织专题电视辩论或讲坛,编发立法建议简报,举办专题学术评奖……,以有声有色、卓有成效地推进这一有重大历史意义的工程。

为更好地完成这一工程,我们特别需要学术研究界同行的参与和支持,也特别需要律师界、工商界有识之士的资助。

感谢中国政法大学出版社独具慧眼看中了这一丛书的选题。感谢她给与我们这一工程的支持。

我们深知,更艰巨的工作在等待着我们。我们毕生精力大概只够提出工程设想和做出一点“试错”的工作而已。但即使如此,我们也不能因为胆怯而放弃,不能躲避历史赋予的责任。

我们坚信,真正有意义的事业,一定会有支持者,一定会有后继者。这,就是我们的动力所在。

范忠信* 陈景良**

2009年7月20日

* 中南财经政法大学教授、法律文化研究院院长、博士生导师。

** 中南财经政法大学法学院教授、博士生导师。

序 Preface

我们是中国的法律史学者，我们肩负着用类似于“历史法学”的眼光重述和弘扬中华法律传统的历史责任。法律与一个民族的语言一样，是一个民族的特殊性格、特别精神的反映；法律不仅仅是创造的，更重要的是发现的；每个民族实际上都有潜存于民族心理和习惯中的“共同的法”，等待着我们去整理、阐述和弘扬。我们要在当代中国大众的心灵深处的共性中，总结、整理现存的根深蒂固的传统，以这些传统作为未来中国法制建设的资源、背景和土壤，让移植的法制与我们的民族传统、民族精神、民族习惯，以及民族的法制表达形式之间有更好的吻合，当然也包括以民主、自由、人权、平等、法治、博爱、正当程序等西方法制精神重述或校审中国法律传统，改造中国法律传统的某些遗传基因，制止传统法律文化的不良因素对当代中国的影响。我们坚信，在西方民主、自由、法治追求和价值与中国传统文化的伦理精神及人本主义价值之间，并没有水火不容的冲突（终极目标都是民族的安全、福利和自由）；它们能够在代代妙手回春的“医师”面前珠联璧合、相得益彰。这就是我们法律史学人的责任，是历史法学性质的责任。

具有这样取向的法律史学研究，就是“历史法学”式的中国法律史研究。

这种取向的法史研究的主要动机，是阐明中华民族的“同一的法”，亦即阐明过去数千年形成的活生生的、作为民族性格体现的“法”；查清我们民族法制的近代化工程所不能不面对的社会基础及可以发扬光大的民族资源。

我们的这一工程，与其他法律史学者进行的工程也许没有很大的不同，但我们特别强调阐发中华民族的“活法”并为移植法制中国化服务，这样的取向是有我们的个性的。我们目前注意考察的主要是两点：一是传统中国社会长期形成的比较有共同性的、一贯性的行为规范，二是具备这样属性的解决各类纠纷的理念、机制和方法。

本着推进“历史法学”式的中国法律史研究的宗旨，我这些年指导学生作博士、硕士学位论文，就有意引导他们趋向“历史法学”性格的研究。应该研究的题目范围虽广，但我们完全可以从小处入手，一点一滴地作。近年我指导的博士、硕士学位论文所做的研究，就是这一工程的预备或试探。我近年指导的硕士学位论文，如翟文喆的《论明清时期民众的法律观念——以白话小说为素材的考察》、尤陈俊的《明清日常生活中的讼学传播——以讼师秘本与日用类书为中心的考察》、孙晋坤的《秘密会党自治规约的民间法意义》、徐会超的《论古代中国死刑执行制度的亲伦考量》、李加好的《古代中国避讳制度的法律史考察》、弓伟的《乡饮酒礼及其政治法律功能》、崔兰琴的《义绝与中国传统婚姻法制的精神》、王清文的《“秋冬行刑”制度及其历史根由》等等，都是试图开始以总结、阐释“中华民族数千年社会生活中逐渐形成的特别法制”为特色的法史研究，都是试图从局部入手阐释我们民族的“同一的法”。自2004年我开始招收博士研究生以后，我又注意引导博士研究生们进行这样取向的研究，并已经初具规模。如陈会林的《明清地缘社会的纠纷解决机制研究》、黄东海的《传统中国商业社会纠纷解决机制研究——以商牙关系为中心的考察》、易江波的《近代中国江湖社会纠纷解决机制研究——以汉口码头为中心的考察》、李可的《唐宋宗教社会纠纷解决机制研究》等，均已经完成论文并通过答辩；已经选定题目正在写作中的还有张国安的《传统中国家族组织纠纷解决

机制研究》、刘华政的《传统中国手工业社会纠纷解决机制研究》，都体现了同样的研究取向。

陈会林的博士学位论文正是这一工程的一部分。呈现在大家面前的这本书是以这篇博士学位论文为基础修改完善而成的。

会林是我指导的第一名博士生。作为历史学专业本科毕业生和法学专业硕士毕业生，他拥有法律史专业所需的较好的研究入门条件。在考入我校攻读博士学位之前，会林长期在湖北大学法学院从事法学理论、法律史等本科和研究生课程的教学与研究工作。并曾作为访问学者在我校研习法律史、法理等专业研究生课程，在南开大学学习计算机和文献学，在湖北大学从事文献检索教学与研究工作。这些经历又使他具备了从事法律史研究更好的学术基础。虽然早在2001年就已经被评为法学副教授并承担繁重的教学任务，但会林还执意报考我校法律史专业博士研究生，执意深入法律史学术的纵深地带作更加艰苦的研究。在三年的攻读学位生活中，会林把主要精力放在民间法律史料资源的调查和这篇博士学位论文的写作上，取得了出色的成绩。

这篇博士学位论文是我近几年指导完成的三届共四篇博士学位论文中花费心血最少的一篇，其资料运用、谋篇布局、逻辑性、学术归纳、语言表达等诸多方面，都较好地达到了我的预期，这是很不容易的。我自己虽不怎么会写大部头文字，但我对学生的论文的要求还是较为苛刻的。会林的论文较快通过了我的苛刻审读，我由衷感到欣慰。记得我在赴湖南大学讲学途中的车厢里读完他的论文初稿后就曾发短信给他：“资料丰富、语言通畅、结构合理、逻辑清晰、归纳较为准确，比我估计的情形好多了。现在更要做的是准确提炼学术观点。”后来经过几次修改，又有了很大的改观。虽然尚未提炼出洪钟大吕般的振聋发聩的学术观点和诠释模式，但仍不失为一篇出色的法律史博士学位论文。

会林这篇论文所进行的研究，是对中国传统社会纠纷解决机制的一个侧面的宏观概括性阐述。这一研究，在从事考据性法史学研究的学者们看来也许是空疏了一些，但在我看来是总结、阐释中国传统社会或我们民族“同一的法”所必须的，是这一工程的一部分。这里研究的其实正是具有民族精神、民族性格的“同一的法”——民间纠纷的解决机制，包括理念、程序、方式和途径等。会林特别关注的是传统中国的“地缘社会”亦即靠居住地相同、相近这种地理纽带联系起来的社会共同体解决社会纠纷、恢复社会秩序的机制；他要研究的是在官府主导的解纷模式之外，由乡里、乡约、同乡会馆、乡间结社与集会组织等地缘社会群体带有自治性的纠纷解决机制。他关于传统地缘社会解纷机制的各个侧面——教化与维稳维权结合的解纷方式、息事宁人的解纷理念、妥协与自治的解纷原则、以社会生成法为主的解纷规则依据、多元权威互补的效力保障、与其它解纷途径的衔接等等方面的归纳和阐发，都是相当深刻的。这一研究对于我们深入认识在官方制度和信息构成的显性的“大传统”之下，由民间惯习和信息构成的隐性的“小传统”是特别有意义的。会林特别从传统中国基层社会的前民主意义上的社会自治的视角上对中国传统地缘社会纠纷解决机制的价值和意义进行了很好地归纳和阐释。我相信这一阐释相当程度上揭示了中国传统法律文化的特质和精神，相信对我们深入认识和把握体现中国“民族精神”、“民族性格”的民族法制有重要的启发意义。

会林的这篇论文受到了答辩委员会的重视。由中国社会科学院法学研究所研究员徐立志、武汉大学教授陈晓枫、山东师范大学教授程汉大、本校教授陈景良和郑祝君共五人组成的答辩委员会在指出了文章的不足（如对地缘社会解纷机制与其它种类社会组织解纷机制的异同讨论不足，长时段地缘社会的研究应该注意到明清时代中国所有主要地域以避免以偏概全等）的同时，给与这篇论文很高

的评价，并推荐其为优秀博士论文。

中国政法大学出版社的领导们很有眼光。他们看到了这一研究课题的特别价值，决定将这篇博士论文纳入“历史的法学”文丛出版。作为导师，我很感激，也很欣慰。付梓之际，会林要我写个序言，我欣然应允。我想通过这篇序言让更多的朋友了解我的“历史法学”的研究取向和使命感，也为读者理解会林的这篇论文的主旨、内容和贡献作一个引介。匆匆草成，勉强为序。

范忠信

2009年7月28日

于武昌南湖东岸三族斋

目录 Contents

总 序	I
序	X

导 论	1
-----	---

一、研究的问题及缘起	2
二、基本概念	9
三、相关问题的研究现状	16
四、研究的思路、材料与方法	40

第一章 明清时期的地缘社会	50
---------------	----

第一节 明清时期地缘社会的组织	50
一、乡里组织	50
二、乡约组织	78
三、同乡社会组织	113
四、乡间结社组织	124
五、乡间集会组织	134
第二节 明清时期地缘社会的属性	143
一、民间社会	143
二、乡土社会	146

三、熟人社会	147
四、人情社会	147
第三节 明清时期地缘社会的职能	149
一、完成职设	149
二、治安管埋	152
三、公益经营	156
四、解困赈灾	157
五、和睦乡党	160
六、教化与解纷	161

第二章 明清时期的民间纠纷 167

第一节 纠纷发生的社会场域	167
一、家族关系	167
二、乡党关系	168
三、官民关系	169
第二节 纠纷增多的原因	171
一、纠纷总量增多的原因	172
二、同乡社会组织遭遇纠纷更多的原因	173
第三节 纠纷的类型与性质	176
一、纠纷的类型	176
二、“细故”与“利害”：官民不同的价值判断	178

第三章 乡里组织与民间纠纷的解决 182

第一节 乡里组织解纷的专门场所	182
一、申明亭的置废	183

二、申明亭的职能	185
第二节 里甲组织与民间纠纷的解决	187
一、里老理论解纷的国家授权	187
二、里老理论解纷的范围	189
三、里老理论解纷的地点	189
四、里老理论解纷的原则	191
五、里老理论解纷的方式与实践	192
六、里老理论解纷的性质与效力	209
第三节 保甲组织与民间纠纷的解决	212
一、保甲的解纷职能	212
二、保甲组织解纷的方式与实践	215

第四章 乡约组织与民间纠纷的解决 227

第一节 解纷的受案范围与主持者	227
一、受案范围	227
二、解决纠纷的主持人	228
第二节 定期集中解纷	231
一、集中解纷的地点	231
二、举善纠恶的含蓄解纷	234
三、“讼者平之”的直接解纷	240
第三节 平时灵活解纷	241
一、纠纷不达官府的直接调解	241
二、官批民调	245

第五章 同乡组织与民间纠纷的解决 248

第一节 解纷的职能与主持者	248
一、同乡会馆的解纷职能	248
二、同乡会馆解纷的主持者	250
第二节 解纷的方式与实践	252
一、调解纠纷	252
二、仲裁纠纷	254
三、与官府合作解决纠纷	254

第六章 乡间结社、集会组织与民间纠纷的解决 258

第一节 乡间结社、集会组织的解纷职能	258
一、乡间结社组织的解纷职能	258
二、乡间集会组织的解纷职能	259
第二节 “文会”与民间纠纷的解决	260
一、文会：中国古代的沙龙	261
二、文会对纠纷的解决	266
第三节 “吃讲茶”与民间纠纷的解决	268
一、解决纠纷的专场茶会	268
二、解决纠纷的程序	271
三、解纷机制的法理解析	275
四、弊端与衰落	279
五、解纷机制的现代元素	280

第七章 地缘社会解纷机制的内容 285

第一节 解纷主体：地缘社会组织的领袖	285
一、以乡绅为主体的社会精英	286
二、乡绅及地缘社会组织首领在民间解纷中的表现	298
第二节 解纷方式：教化与维权相结合的多元调处	303
一、调解	304
二、裁判	306
三、神判	308
四、混合方式	309
第三节 解纷理念：息事宁人	310
一、关于解纷理念	311
二、息事宁人	312
三、“和为贵”：中国人的表达与实践	316
四、与西方解纷理念的比较	320
五、与现代解纷理念的比较	323
第四节 解纷原则：妥协与自治	324
一、妥协原则	324
二、自治原则	325
第五节 适用规则：以社会生成法为主	326
一、社会生成法	327
二、规约或章程	333
三、乡俗与习惯	342
四、情理与信义	351
五、国家法律	359
第六节 效力保障：多元权威互辅	362
一、官府支持	362

二、乡贤保证	365
三、神灵威慑	370
四、社会生成法的权威	371
五、制裁机制	375
第七节 对外联接：与其它解纷机制的接轨	376
一、与血缘社会解纷的接轨	376
二、与国家司法的接轨	380
第八章 地缘社会组织解纷角色的历史成因	398
第一节 国家的鼓励或授权	399
一、皇帝谕示的要求	399
二、国家基本法典的规定	404
三、地方官府告示的规定	406
第二节 国家的基层司法体制和刑事政策的影响	412
一、基层司法体制导致解纷事务向民间分流	412
二、国家宽容“轻罪”、轻视“细故”的结果	414
第三节 官方“息讼”与民间“惧讼”的结果	415
一、官方对“息讼”的灌输和对“讼害”的夸大宣传	416
二、民间的“惧讼”心态	420
三、诉讼成本高于民间解纷成本	423
第四节 民间纠纷更适合民间解决	430
一、耕织社会的纠纷解决更需要民间权威的教化优势	430
二、熟人社会的纠纷更适合非讼方式解决	430
第五节 国家对民间解纷能进行干预	432
一、国家对视为违法的民间解纷的禁止性干预	432
二、国家对民间解纷的积极性控制	433

第九章 地缘社会解纷机制的法文化阐释	436
第一节 地缘社会解纷是社会自治的重要形式	436
一、中国传统社会自治的存在及其特征	436
二、中国传统地缘社会解纷与民间社会自治	445
三、中国传统社会自治与西方中世纪社会自治的比较	451
四、中国传统社会自治与近现代社会自治的比较	458
第二节 地缘社会解纷与国家司法	460
一、纠纷之地缘社会解决与司法解决区别的表现	461
二、社会解纷是司法解纷的“前置程序”	465
三、司法解纷是社会解纷的后盾和保障	466
四、联接国家司法与社会解纷的“第三领域”	467
第三节 明清地缘社会解纷机制与现代解纷机制	470
一、明清地缘社会解纷机制与ADR机制	470
二、明清地缘社会解纷机制与类法津式解纷机制	471
三、明清地缘社会解纷机制与解纷类型轴和准审判机制	472
结 论	475
一、明清地缘社会解纷机制研究的基本总结	475
二、明清地缘社会解纷机制的重大启示	477
后 记	490

表格目录

表 1-1	明代惠安县乡里组织结构	65
表 1-2	清代诸暨县乡里组织结构	66
表 1-3	五种地缘社会组织形式的内容及其相互关系	142
表 3-1	明代中叶福建惠安县乡里申明亭设置情况	184
表 3-2	里甲组织“直接民调”的案例	195
表 3-3	乡里组织“官批民调”的案例	201
表 3-4	里甲组织裁判纠纷的案例	205
表 3-5	保甲组织对纠纷的调解案例	218
表 4-1	乡约组织调解纠纷的案例	243
表 7-1	1760~1900 年巴县、宝坻、淡新的 民事纠纷案件统计	389
表 7-2	乾隆时期地缘社会组织向官府报告纠纷恶化 而成刑案的案例	390
表 7-3	乾隆时期地缘社会组织参与或协助官府办案案例	394
表 9-1	中英地方治理的组织与性质对比	454

图片目录

图 3-1	江西省婺源县秋口镇李坑村申明亭	183
图 4-1	明代万历年间《乡甲舍图》	233
图 4-2	康熙年间的《讲约图》	234
图 7-1	黄岩诉讼档案诉状实例	386
图 9-1	纠纷解决的类型轴	473

导论

根据社会法学的“社会控制”理论,法律是文明社会之秩序控制的主要手段^[1]，“法治”与“和谐”是现代中国建设的两大使命。事实上，“法治”与“和谐”也是中国“旧邦新命”的基本表征。

法治的实现,依赖于法制的现代化,而法制现代化的历史起点和逻辑前提是对传统法律文化的梳理和咀嚼,所以“中国的法治之路必须注重利用中国本土的资源,注重中国法律文化的传统和实际。”^[2]然而,在西方中心主义影响下,中国传统法律文化因为缺乏西方语境下的民主、自由、平等等一系列重要理念,其在走向法治社会的历史进程中,所遭遇的批评之多,使人们极易忽略其应有的合理内核。只要我们给予其起码的注意,就不能否认:这种法律文化在一个以小农经济形态为基础、兼靠宗法维系的社会,能够支撑庞大的中华封建帝国持续运转数千年,必有其耀古烁今的特殊智慧与魅力因素;中华法系在历史上能够长期屹立于世界文明之林,对人类文明的贡献自有其独到之处。这里也许就有苏力先生所说的、历史传统给予我们“学术的‘富矿’”^[3]。就连

[1] 庞德说:“社会控制的主要手段是道德、宗教和法律。……在近代世界,法律成了社会控制的主要手段。”参见[美]庞德著,沈宗灵译:《通过法律的社会控制》,商务印书馆1984年版,第9~10页。

[2] 苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第6页。

[3] 苏力先生在《法治及其本土资源》中曾说:“就过去的一百多年来来说,中国无论在自然科学、社会科学还是人文科学(特别是前两个学科)都主要从外国、特别是从西方发达国家借用了大量的知识,甚至连这些科学划分本身也是进口的——尽管它现已成为我们无法摆脱、也不想摆脱的生活世界的一部分。然而,在借鉴了这一切之后,在经济发展的同时或之后,世界也许会发问,以理论、思想和学术表现出来的对于世界的解说,什么是你——中国——的贡献?……我们这一代学者完全有可能根据我们的经验做出我们的贡献。……(因为)我们的历史传统、我们的众多的人民(包括我们自己)给了我们一个学术的‘富矿’,提供了巨大的可能性。”参见苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社2004年版,“自序”。

后 记

本书是在我博士论文的基础上修改完善而成的，也是我主持的司法部“国家法治与法学理论”研究课题《民间与国家解决纠纷的联接机制研究》的阶段性成果之一。中国法学界流行一句让很多人汗颜的问话：“什么是你的贡献”？初窥法学堂奥的我，实在是不敢言及自己有什么“贡献”，但十多年来，我一直朝着争取做点贡献的方向努力！这就是真心诚意地在传统法律文化研究领域笃学深思，探索耕耘。

百年前梁启超曾言中国“今日非发明法律之学，不足以自存！”我们忝入法律人之列，又置身中国（大陆）空前关注法治的时代，更感“发明法律之学”是自己义不容辞的责任！作为法律史学者，如何“发明”法律之学？我以为，首先要有这样一种学术理念或使命感，这就是为推进中国乃至整个人类的法治进程或法制进步作贡献！这一点与部门法学者是相通的。至于如何作贡献，作什么贡献，我认为中国法律史学者的中心任务是探清中国到底有哪些法律传统，特别是那些古今贯通、与西方近似甚至比西方还好的法律传统，这一点有别于部门法研究，但它是更加重要的贡献！本书的出版，应该说是践行这种理念的尝试，追求这种贡献的“脚印”！法律传统既是精神的，也是制度的，更是文化的。法律传统形于流动，生生不息，不是死亡的过去，而是鲜活的现实，它嵌入人们的思维深处，凝于人们的言谈举止，更或明或暗地附着于现行制度！法律传统既是民族的，也是世界的，更是人类的。因为随着世界市场的开拓和经济的全球化，“各民族的精神产品成了公共的财产。民族的片面性和局限性日益成为不可能”（马克思语）；因为“有地方色彩的，倒容易成为世界的，即为别国所注意”（鲁迅语）。

传统中国地缘社会解决纠纷的机制，是中国传统制度文明或法律传统的重要组成部分，是历史赐给我们的一个学术富矿。黄宗羲说“圣学之难，不特造之者难，知之者亦难，其微言大义，苟非功夫积久，不能见本体”，传统民间社会的解纷机制不是“圣学”，但“造之者难，知

之者亦难”却是相同的！时间的久远，地域的广袤，情形的细碎复杂，资料的散乱佚毁，加上相关理论问题的分歧或空白，都给本课题的研究带来一定的困难。我的博士论文题为《明清地缘社会的纠纷解决机制研究》，其中“纠纷解决”的外延取广义，包括纠纷发生前的预防和纠纷发生后的调处两个方面，为出版进行修改之后，文章篇幅倍增至六十万字，为了适应出版要求，不得不删去书稿中关于“纠纷的预防”的全部内容，所以本书中的“纠纷解决”宜当作狭义解，即仅指纠纷发生后的调处，同时本书也因此成为原博士论文的“节本”。

我的博士论文无论是当初的写作还是此后的修改出版，无不凝结着导师范忠信教授的心血！从论文选题到拟定提纲，从确定思想主旨到最后成文成书，范忠信教授都付出了极大辛劳！从第一次走进范老师的课堂至今已有十年，这些年来，范忠信教授以他融贯中西、会通古今的学识素养教育着我，以他一丝不苟、务实求真的治学精神感染着我，以他关注社会、指点江山的现实批判主义研究风格影响着我，以他长于学术活动组织、积极投身法治实践的大家风范指引着我！作为范忠信教授招收的第一位博士研究生，毕业后又留在他身边工作的助手，我有幸有更多的机会接受导师耳提面命，殷殷指教，有幸因此不断提升自己的精神境界和学业修养，并不时油然生起凤凰涅槃、蝶化新生之感！恩师的言传身教就像柏拉图笔下的那根“金色的、圣洁的绳子”把我一步一步引向法学研究的殿堂，使我有信心尝试着通过观照现实、反思传统的学术路径来“切入主流，干预社会”，从历史法学与社会法学两条路径阐扬中外法律传统精华，影响中国当代法治事业。

导师组的另两位博士生导师陈景良教授和程汉大教授对我博士论文的写作给予了切实指导，他们的每次指点都如同醍醐灌顶，使我大彻大悟。他们平时对我学业的劝勉，犹如晨钟暮鼓，使我保持着清醒的头脑，给我前进的动力，努力的方向。陈景良教授与范忠信教授的治学风格迥异，但各有其长，相映生辉。如果说陈师的研究注重事实之真切，那么范师的研究则强调价值之善美；如果说陈师的研究有中国古文经学、西方潘德克顿法学之风骨，那么范师的研究则有中国今文经学、西方历史法学之品格！作为学生的我们，浸沐其中，得其所长，堪称大幸！武汉大学的博士生导师陈晓枫教授，舌灿莲花，侠义肝肠，令我敬

畏!从论文评阅、答辩诘难,到书稿的改成,陈师都予以点石成金般的指导。湖北警官学院副院长萧伯符教授、西南政法大学曾代伟教授、华东政法大学徐永康教授、华中师范大学吴琦教授对我博士论文的评阅意见,成为我后来修改书稿的重要方向和依据。中南财经政法大学法学院理论法学系的张继成教授、郑祝君教授、武乾副教授、李艳华副教授、春杨副教授、孙丽娟副教授、李培锋副教授等对我博士论文的写作提出了诸多富有建设性的意见,极大地促进了我对问题的思考,堪有催笋成竹、润花著果之功。在此,我对上述各位老师表示最崇高的敬意!

我博士论文的写作得到诸多专家和友人的帮助。重庆市市政府副秘书长、中国历史文化名城学术委员会委员、著名会馆与民俗研究专家何智亚教授在收到笔者的“请教信”后,立即回信予以鼓励和指导,并提供大量研究与文献信息,同时承诺“只要需要”就可以寄赠自己收藏的珍贵资料,使我至为感动。本专业硕士生陈超玲同学全程协助了我的写作,从开始的资料收集、契约拍照,到最后的文字通校,她都付出了辛勤劳动。师弟刘华政博士帮我识读和录入了相当一部分原始文献;师弟翟文喆(天津外国语大学法学院)将自己收集的明清小说资料全部电邮给我。笔者过去的学生罗晨女士(北京中盛粮油工业公司法律事务部主管)多次前往国家图书馆帮我把所需的特藏文献拍照并制作光盘邮寄给我,还有王玉(西南政法大学法学院)、朱峰(工作于重庆)、郑文博(湖北大学法学院)等同学都为本文的写作做了很多具体工作。在博士论文的成书过程中,我的研究生耿芳同学承担了全部文字审校工作,湖北大学外语学院的李俊梅硕士核校了所有外文内容。以上诸君我都铭刻心际,永远感激!

我的学业一直得到师弟咸鸿昌、毕巍明、杨松涛、张文勇、黄东海、张国安、易江波、刘华政、罗鑫、李可、汪雄涛、张正印等博士的关心和帮助。如今他们星散各地,各自忙乎,我非常感念他们!

本书参考和引用了许多中外专家学者的权威成果,对他们的开拓研究和“巨人肩膀”之功,在此致以我最真诚的谢意和敬意!

中国的“诗圣”杜甫说:“文章千古事,得失寸心知!”本书虽经苦思酝酿和数易其稿,但“始生之物,其类必丑”,浏览全篇,摩挲书稿,我那诚惶诚恐、如履薄冰的心境没有丝毫变化。而且对于书中的缺

憾,我并非全部知晓,所以特别企盼学界同仁和读者诸君对其中的疏漏和谬误之处随时批评、赐教,我在此谨向您预致由衷的感激!

本书的出版得到了司法部“国家法治与法学理论”研究项目基金、湖北大学人才专项基金和湖北大学政法与公共管理学院学术出版基金的资助,谨致谢忱!感谢中国政法大学出版社社长李传敢老师、副总编张越老师的指导和支持,感谢编辑彭江主任的高尚劳动,正是他们的热情、敬业和执著才使得拙作得以如期面世。

陈会林

谨识 2009年7月

于火伞高张之武昌晓南湖畔

图书在版编目 (CIP) 数据

地缘社会解纷机制研究 / 陈会林著. —北京: 中国政法大学出版社, 2009.9

ISBN 978-7-5620-3559-6

I. 地... II. 陈... III. 民事纠纷-调解(诉讼法)-研究-中国-明清时代 IV. D925.114.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第155042号

书 名	地缘社会解纷机制研究 ——以中国明清两代为中心
出 版 人	李传敢
出版发行	中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号) 北京100088 信箱8034分箱 邮政编码100088 zf5620@263.net http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社) (010)58908325(发行部) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
承 印	固安华明印刷厂
规 格	880×1230 32开本 16.25印张 495千字
版 本	2009年12月第1版 2009年12月第1次印刷
书 号	ISBN 978-7-5620-3559-6/D·3519
定 价	40.00元

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所