

“化内”与“化外”：清代习惯法律效力的空间差异

邓 建 鹏^{*}

摘要：对于清代习惯是否被赋予法律效力从而在司法中作为裁判依据的问题，学界见解差异甚大。关于习惯在清代司法中是否具有法律效力的争论，实际上忽视了中国清代习惯的法律效力在“化外”与“化内”的空间差异。对“化外”的民众，清政府在制度上确曾明确赋予、认可某些习惯法律效力。对“化内”之地，清政府往往以移风易俗的姿态，对民间习惯或习俗持否定性态度。清政府赋予“化外”之地的习惯以法律效力，是其维护“化外”稳定治理的权宜策略。国家法典总是存在向“化外”扩张并顺势压缩习惯法律效力的空间。相关研究结论上的偏差，在于其受“内地中心主义”制约，并影响了当今法律史的研究。

关键词：清代 习惯 化内 化外 空间

一、引言

长期以来，对国家法的研究一直是清代法律史领域的重点所在。然而，过度专注于国家法，往往失之片面。毕竟，国家法之外的其他规范对社会秩序也发挥着重要影响，这其中就包括习惯。近二三十年来，习惯问题逐渐引起学界关注。特别是美国的社会规范学派，近年来对国内学者研究习惯问题产生了一定的影响。^①例如，有学者从“社会中心主义”角度，探讨清代租佃关系中作为社会规范的“习惯法”，^②等等。

海内外学者关于清代习惯、习惯法、习俗、惯习和民间法的视角、内涵、功能、表现形式和作用的研究非常广泛，亦存在许多争论。例如，早期美国的中国法律史学者包恒(David C. Buxbaum)认为，鉴于清代中国流传着“官有政法，人从私契”的民间谚语，契约在清代社会以及民法体系中具有重要地位，应该被视为存在于民众之中的法。^③然而，这种所谓契约形式的“习惯法”，只是当事人双方的“约定习惯”，其拘束效力针对缔约双方，是州县官参照审理的一种事实，不具有针对不特定对象的普遍拘束力。因此，很难说这就是习惯法的存在形态。

为使讨论的主题高度集中，本文宗旨仅限于探讨清代习惯是否被官方赋予法律效力从而在司法中作为裁判的依据问题，其他问题暂不展开讨论。对习惯的内涵，本文大致同意如下界定，“习惯是指独立于国家制定法之外，依据某种社会权威和组织，具有一定强制性的行为规范的总和”。^④当然，习惯并非绝对独立于制定法之外，如下文将论及的制定法《蒙古律例》，许多蒙古习惯被融汇其中。

关于清代习惯是否被官方赋予法律效力，学界见解差异甚大。日本著名中国法制史学者滋贺秀三认

^{*} 中央财经大学法学院教授

基金项目：国家社会科学基金项目(13FFX017)

① 参见[美]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1页以下。

② 参见何小平：《清代习惯法：租佃关系研究》，法律出版社2016年版，第1页以下。

③ See David C. Buxbaum, Contracts in China During the Qing Dynasty: Key to the Civil Law, 31 Journal of Oriental Studies, 195—196(1993). 类似观点，参见李力：《清代法律制度中的民事习惯法》，《法商研究》2004年第2期。李力认为，中国古代民事法律规范主要以习惯法的形态存在，并且以大量民间契约为表现形式，而官方法律制度则通过州县自理审判对民事习惯法加以认可和接纳。

④ 马珺：《清末民初民事习惯法对社会的控制》，法律出版社2013年版，第21页。

为，清代官员对民事案件作出裁判时很少将习惯法作为依据，难以找到从地方习惯中发现规范并在此基础上作出裁判的明确事例。因此，习惯法不是清代官员“听讼”的法律渊源。^①“清代中国的所谓习惯或‘习惯法’，归根结底不过是一种融汇在‘情理’中的东西。”^②在另一篇文章中，滋贺秀三提出，很难把习惯或“习惯法”作为清代审判的一种法源。清代地方官员被鼓励“体问风俗”并不包含在不同地方存在的各自已经形成的习惯法规范，也不存在审判应当发现并遵照这种规范、地方官必须把精通当地习惯作为自己的第一任务。^③

滋贺秀三的见解基本为其学生、法律史学者寺田浩明所支持，^④并得到法国的中国法律史学者巩涛(Jérôme Bourgon)认同，后者对“习惯”一词的西方语境和背景及中西“习惯”的差异作了深入辨析。^⑤不过，滋贺秀三等人仅满足于就事论事地探讨民事审判中习惯不具有法律效力，而未进一步分析何以如此。

与之不同，中国有学者认为：“清代的民事法律不仅表现为国家制定法，更多地表现为传统习惯法”。^⑥梁治平认为，清代习惯法形式上表现为乡例、俗例、乡规、土例，这些乡例是乡民在“长期生活实践中产生”，对于“乡民生产、生活和交易活动有指导及一定约束作用的规范，”同时还包括“自然生成的构成乡民生活(尤其是经济活动)秩序的行为习惯”。^⑦何勤华进而认为：“在清代民事审判中适用习惯法的判例随处可见，习惯法和判例是审判机关的重要法律。”^⑧

上述学者的争论及解析对理解清代习惯法问题以至当代中国的习惯都颇有助益。不过，笔者认为，清代中国广土众民，各地风土人情差异甚大，因此，国家的规则治理模式往往因为空间差异而不同。故而，上述学者争论清代中国习惯是否具有法律效力时，事实上均忽略了所谓“习惯法问题”在不同空间可能存在不同的答案。

为此，本文试图以清代习惯的法律效力问题为切入点，重新检视清代中国基于空间差异的法律文化与规则治理多元化问题，试图提出在清代中国(甚至整个古代中国)法制研究中，空间差异应该作为重要的法制观察视角，而不应持续被主流学者忽略；进而提出，已有清代中国法制的研究，有意无意地潜藏着“中原汉族中心主义”倾向，正是这种倾向无视法制的空间差异，使得研究结论与历史事实之间存在重大偏差；最后，探讨清代习惯法律效力的空间差异问题在当代的影响与启示。

二、被忽略的一对空间概念

前述学者研究清代习惯的法律效力问题时，只是泛泛地指称整个清代中国的习惯。这些“清代中国”的习惯是否在司法裁判中被要求援引为据，是否均具有法律效力？若仔细考察的话，我们将发现，由于空间的不同，相关答案存在明显差异。

如学者所述，“时间是历史学考查世界的独特视角，空间是地理学观察世界的独特视角。世界所有表象与本体都处于一定时间与空间下，时间与空间的观察视角与分析方法也就是认知世界最基本的方法之

① 参见[日]滋贺秀三：《清代诉讼制度之民事法源的概括性考察——情、理、法》，范愉译，载王亚新、梁治平编：《明清时期的民事审判与民间契约》，法律出版社1998年版，第41页。

② [日]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，载王亚新、梁治平编：《明清时期的民事审判与民间契约》，法律出版社1998年版，第72页。

③ 参见[日]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，载王亚新、梁治平编：《明清时期的民事审判与民间契约》，法律出版社1998年版，第64～68页。

④ 参见[日]寺田浩明：《关于清代土地法秩序“惯例”的结构》，王莉莉译，载刘俊文主编：《日本中青年学者论中国史》(宋元明编)，上海古籍出版社1995年版，第651～673页。

⑤ 参见[法]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，载尤陈俊、缪因知主编：《北大法律评论》(第10卷第1辑)，北京大学出版社2009年版，第89～120页；Jérôme Bourgon, Rights, Freedoms, and Customs in the Making of Chinese Civil Law, 1900—1936, in William C. Kirby ed., Realms of Freedom in Modern China, Stanford University Press, 2004, pp. 84—112.

⑥ 张晋藩：《清代民法综论》，中国政法大学出版社1998年版，第23页。

⑦ 参见梁治平：《清代习惯法：社会与国家》，中国政法大学出版社1996版，第38页。

⑧ 何勤华：《清代法律渊源考》，《中国社会科学》2001年第2期。

一”。^①具体到法律文化研究领域,法律文化是一个空间的现象,“不同的空间区域有不同的生活方式和不同的法律文化。不同的空间造就不同的法律文化,空间决定法律文化的内涵”。^②

然而,尽管上述学者强调空间与法律内涵的密切关联,但是张世明认为,在研究中国清代的法律等问题时,中国作为“大国”的空间性往往被视若无睹。^③他进一步认为:“与倡导‘中国中心观’的柯文等所反对的‘欧洲中心观’相仿,中国目前主流学术界和普通民众过去往往在潜意识深层受‘中原汉族中心论’影响,考虑问题时多将边疆少数民族置之度外。”^④一些法律史学者观察广土众民的中国的法制时,往往有意无意地忽略这种联系,这样势必影响其研究结论的妥当性。

在诸多研究者的视野下,“清代中国”法制的空间往往被有意无意抽象为汉族人居住的某一点,空间问题甚至在大部分研究中被虚化为无需交待。众所周知,诸如蒙、满、藏、回等其他民族聚居的广大空间区域,至少占清代中国全盛时期地理版图的一半以上,这些区域的法制,长期消失在“清代中国”法制史主流研究视野当中,在整个清代法制史研究里面,最多只是在一个有一些点缀效应的“少数民族法制史”学科里若隐若现。在研究中将蒙、满、藏、回等其他民族聚居的广大空间区域排除在“清代中国”这一空间概念外,既完全不合乎历史事实,也无益于放宽研究的视野。

至少自唐朝以降,大一统的中华帝国长期存在着“化内”与“化外”这对自生法律概念,大致对应中原汉族和边疆(包括国外)民族区域。其具体内涵则随时间飘移而呈现变化。《现代汉语词典》对“化外”的解释是“旧时指政令教化达不到的偏远落后的地方”。^⑤这种解释于具体时空而言,并不完全准确。在唐朝,根据《唐律疏议》的规范界定,“化外人”多专指“蕃夷之国,别立君长者,各有风俗,制法不同”之人。据《唐律》权威解释,这些“化外人”“其有同类相犯者,须问本国之制,依其俗法断之”。^⑥北宋初期的《宋刑统》沿袭了唐律规定。^⑦据此,“化外”是指别立君长,自有法制和习惯的区域。与“化外”对应的“化内”,则是指处于“缘边关塞”之内的区域,即直接属唐朝统治的范围。因此,这个“化外”概念与今天我们俗称的外国比较接近。不过,该内涵及其法律适用原则至宋和明清时期有较大变化。

北宋后期,朱彧称:“广州蕃坊,海外诸国人聚居,置蕃长一人,管勾蕃坊公事……蕃人有罪,诣广州鞠实,送蕃坊行遣,缚之木梯上,以藤杖挝之……徒以上罪,则广州决断”。^⑧据之分析,可知在北宋中后期,蕃坊内部的外国人犯罪,并不以其本国俗法断之,而是按其犯罪行为轻重作为处罚标准。总体上以“徒”刑为界,“徒”以下罪由蕃坊的蕃长裁决,大致是以夷治夷的方式。“徒”以上罪则不分其国别,统一由广州官府决断。这表明与唐朝和宋初法律相比,北宋中后期在司法实践中对外国人法律适用发生了较大变化。

或受此影响,明清“化外人”在中国相犯,一并依中国法律断案。“明代‘化外人’被解释为所谓‘土官土吏’、‘蒙古人、色目人、土夷散处中国者’。清朝建立后,在继承明朝的做法同时又有发展。统治者所倡导的礼义、制定的法令未贯彻实施的地方就被视为‘化外’,居住在‘化外’地方的人即为‘化外人’。”^⑨这里的“化外”,并不必然指外国地区,而是指属中国中央王朝管辖,但中原教令未达的边疆。例如,明代余继登提到:“永乐初定……诬告十人以上者,凌迟处死,枭首其乡,家属迁化外”。^⑩正统三年(1438),明英宗谕都察院臣曰:“近闻浙江、福建等处有等顽猾军民,不遵法度,往往聚众偷开坑穴私煎银矿,以致互相争夺,杀伤

① 鲁西奇:《中国历史的空间结构》,广西师范大学出版社2014年版,第1页。

② 徐爱国:《法律文化的空间与时间维度》,《光明日报》2017年5月1日。

③ 参见张世明:《法律、资源与时空建构:1644—1945年的中国》(第一卷),广东人民出版社2012年版,第27页。

④ 张世明:《法律、资源与时空建构:1644—1945年的中国》(第二卷),广东人民出版社2012年版,第559页。类似观点,参见王志强:《法律多元视角下的清代国家法》,北京大学出版社2003年版,第6~13页。

⑤ 参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》,商务印书馆2005年第5版,第588页。

⑥ 刘俊文:《唐律疏议笺解》,中华书局1996年版,第478页。

⑦ 参见《宋刑统》,薛梅卿点校,法律出版社1998年版,第109页。

⑧ (宋)朱彧:《萍洲可谈》,中华书局2007年版,第134页。

⑨ 苏钦:《唐明律“化外人”条辨析——兼论中国古代各民族法律文化的冲突和融合》,《法学研究》1996年第4期。

⑩ (明)余继登:《典故纪闻》,中华书局1981年版,第103页。

人命。尔都察院即揭榜禁约，今后犯者，即令该管官司拏问具奏，将犯人处以极刑，家迁化外”。^①这里的“化外”，明显均指边疆地区，并非外国。

综上所述，唐律“化内”与“化外”的区分以政治归属来判断，为唐帝国的境内与境外。学者还认为，根据明代律学家对《大明律》的注释，其中的“化外人”大致指两类人，“一类为明朝治内族裔，如土官、土吏以及归附来降的蕃夷，均是明朝子民；另一类为明境外蕃夷。明律化外人包括明朝统治区域内四夷与境外四夷，化外的界定是以文化为标准判断”。^②显然，唐与明之间，同一对概念的内涵已有本质区别。

《大清律例》“化外人有犯”律文在明律基础上，律例馆于雍正三年(1725)增加了“隶理藩院者，仍照原定蒙古例”。根据律例条文，“化外人”除了来降人员和今天意义上的外国人，还包括受清廷直接统治的蒙古人等少数民族群体。进一步来说，根据雍正十一年(1733)定例，居处于外蒙古的蒙古人，隶属理藩院管辖，受区域性特别法“蒙古例”治理，内地八旗蒙古人(处于今天的内蒙古)则受《大清律例》治理。清朝理藩院管辖范围非常广阔，还包括青海、新疆和西藏等地。^③与“化内”相对应，这里的“化外”主要是指当时虽被清政府纳入版图、但并未通行儒家礼义和国家统一法制的少数民族聚居地方。清代中国将近一半的版图，并不直接受《大清律例》的约束。从“中原汉族中心论”而言，上述地区属清代中国的地理边疆；从王法政令的角度来说，上述地区属清代中国的法律边疆。在这些地缘与法律上的双重“边疆”，以《大清律例》为核心的王法政令被高度稀释，因此必须借助于其他规则的治理。

除了这种双重“边疆”，近年来，有学者创造性地提出“内地的边缘”概念，这是指那些虽然在中华帝国疆域之内但并未真正纳入王朝控制体系或官府控制相对薄弱的区域，这些区域多处于中华帝国经济政治乃至文化的空隙处，故仍得称为“化外”。这种地方国家权力相对缺失，社会秩序的建立多有赖于地方势力，国家为控制此类地方，多采取变通方法，造成政治控制方式多元化。^④这种地方不属于清代中国的地理边疆，但属于清代中国的法律边疆。其较典型的地区，如湖南、贵州等地苗族聚居之处(“苗疆”)。

总之，清代中国的“化外”，既包括清代中国地理意义上的边疆地带，如外蒙古等，也包括某些单纯的法律上的边疆，如前述“内地的边缘”。“化外”未通行儒家礼义和国家法制，与“化内”差异显著，其治理模式和适用的规则亦存在多样性。故而，在回应“清代中国”的习惯问题时，必须注意到“化内”与“化外”是考察法制的重要分野。在此种空间差异影响下，人文内涵和法制理念区别甚大。

三、习惯在“化外”的法律效力

历代以来，中央王朝对“化外”之地多实行“修其教不易其俗，齐其政不易其宜”的“因俗而治”对策。在清代，“化内”与“化外”习惯的法律效力泾渭分明。在远离中原王法政令核心区的“化外”，一些当地习惯被统治者正式赋予了法律效力，具体做法包括：一是直接制定地区性特别法，将地方习惯作为特别法的核心，直接赋予习惯正式的法律地位；二是未制定特别法，但以中央法令形式，要求地方官普遍援引当地习惯为裁决依据，习惯视同为法律。

清政府管理边疆民族地区时，针对当地特定社会制度和习惯制定了特别法，如《蒙古律例》《番例》和《回疆则例》等。这些法规的适用空间仅限于当地，但依然是清代法律制度的重要组成部分。“《蒙古律例》是其中的典型代表，主要适用于外藩蒙古、归化城土默特及察哈尔游牧八旗，其内容借鉴了传统蒙古法的内容。”^⑤

《蒙古律例》融汇大量蒙古习惯，如对犯罪及民事纠纷规定主要采取“罚牲畜”之处罚方法，罪犯可用牲畜赎罪。在司法审判上，《蒙古律例》保留了传统的“人誓”习俗。在婚姻家庭问题上，《蒙古律例》依地方

① (明)余继登：《典故纪闻》，中华书局1981年版，第192~193页。

② 王义康：《唐代的化外与化内》，《历史研究》2014年第5期。

③ 参见马建石、杨育棠主编：《大清律例通考校注》，中国政法大学出版社1992年版，第295~296页。

④ 参见鲁西奇：《中国历史的空间结构》，广西师范大学出版社2014年版，第238页。

⑤ 包思勤、苏钦：《清朝蒙古律“存留养亲”制度形成试探》，《民族研究》2016年第1期。

习俗,规定蒙古人实行聘礼婚,“两姓结亲,俱系平人,其聘礼牲畜给马二匹,牛二只,羊二十只”。在聘定之后若女婿病故,所给之畜取回,其女病故,则取回一半。^①这均是通过国家立法形式对当地习惯规则的认可。正如学者所述:“《蒙古律例》是按蒙古习俗制定”。^②

雍正十一年(1733),西宁办事大臣达鼐于《蒙古律例》内摘选关系番民易犯条款,纂成《番例》,颁发遵行。嗣准刑部议覆:“番民僻处要荒,各因其俗,于一切《律例》素不通晓,未便全以内地之法绳之。不若以番治番,竟于夷情妥协。嗣后,自相戕杀命盗等案,仍照《番例》罚服完结,毋庸再请展限。”此事一并获得皇帝允许,对于寻常命盗等案,皇帝不要求“化外”之民遵照国家法,同意根据《番例》,“以番治番”,按照当地习惯规则治理。^③

乾隆帝在谕军机大臣等时指出,在处理新疆回民案件时,“办理回众事务,宜因其性情风俗而利导之,非可尽以内地之法治也”。^④皇帝提及不必一一依内地的法律治理,说明在司法上尊重当地习惯,直至赋予其同等于法律的地位,乃是其边疆治理策略。巩涛认为,习惯法的第一个显著特征,就是它是成文的,制订习惯汇编的作法,西欧早在11世纪就已经开始了,这种特点在清代找不到特定对应物。在帝制中国,无论是哪一层级,都不存在由官方、半官方或是私人倡导而形成的习惯汇编,寻找习惯并以之统治当地民众的做法,乃是来源于殖民地法的实践。^⑤比照清政府在上述“化外”的治理实践,这个观点并不准确。

针对南方贵州和湖南的苗疆地区,清政府根据对当地的控制程度,有针对性地要求地方官员或尊重当地习惯,或引国法为据。雍正三年(1725)定例规定:“凡苗夷有犯军流徒罪折枷之案,仍从外结,抄招送部查核。其罪应论死者,不准外结,亦不准以牛、马、银两抵偿,务按律定拟题结。”^⑥这条规定对苗疆的劫盗及伤毙汉人情节严重者照清律处罚,虽然考虑到了苗民的特殊情况,对军徒流折枷处罚,减轻了刑罚,但否定了杀人、伤人以牛马赔偿的苗族习惯法。这意味着,对刑事案件,统治者要求苗疆一并适用国家法律。

但是,此类思路在后来有所修正。乾隆即位,鉴于改土归流以后,赋役过重,苗疆多次起义。朝廷鉴于战争的教训,在立法方面作了新的调整,对苗民间争讼案件的管辖问题,明谕:“苗民风俗与内地百姓迥别,后苗众一切自相争讼之事,俱照‘苗例’完结,不必绳之以官法”。^⑦此谕明确指出,苗民风俗与“化内”之民有异,应援引“苗例”(苗疆纠纷解决的基本习惯规则)作为裁决自相争讼案件的依据,国家法被排除在适用范围之外。对同一“化外”之地的治理,乾隆对其父亲的思路作了重大修正。

乾隆五年《大清律例》编成后,乾隆这道上谕正式被编入其中,即“其一切苗人与苗人自相争讼之事,俱照苗例归结,不必绳以官法,以滋扰累”。^⑧这确认了苗疆习惯——“苗例”——在处理苗民间民事纠纷及部分刑事犯罪的法律效力,当时地方官员在立法与司法实践中,要求寨头、甲长等人普遍遵循此规定。湖南巡抚蒋溥称:“苗人户婚田土、偷窃雀角等细事,各令具报到官,责令寨头、甲长照苗例理处明白,取具遵依存案。”^⑨与《蒙古律例》等地方特别法典不同,“苗例”只是对苗疆习俗的概括,本身并未成文化,而是以中央法令形式,要求地方官员普遍援引之为裁决依据。

重视苗例不只是立法层次的文字规定与高层高员的言说,在当时的司法实践中也得到具体响应。例如,在道光二十八年(1848)四月贵州黎平府知府审理吴林氏与吴廷松两家人的婚姻纠纷时,吴廷松之子吴应青休弃结发妻子吴三音,知府“照依苗俗,断令应青出财礼银二十两补偿三音,以作休退之资。三音任听

① 参见《蒙古律例》卷之二《户口差徭》,该书现藏于中央民族大学图书馆。

② 苏钦:《中国民族法制研究》,中国文史出版社2004年版,第124页。

③ 参见蒲坚主编:《中国古代法制丛钞》(第四卷),光明日报出版社2001年版,第436~437页。

④ 《清实录》(第17册《高宗实录》),中华书局1986年影印版,第257页。

⑤ 参见[法]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,载尤陈俊、缪因知主编:《北大法律评论》(第10卷第1辑),北京大学出版社2009年版,第94~100页。

⑥ 《大清律例》,田涛、郑秦点校,法律出版社1999年版,第601~602页。

⑦ 中国第一历史档案馆编:《乾隆朝上谕档》(第一册),档案出版社1991年版,第100页。

⑧ 《大清律例》,田涛、郑秦点校,法律出版社1999年版,第602页。

⑨ 转引自苏钦:《中国民族法制研究》,中国文史出版社2004年版,第52页。

林氏择配,廷松父子不得掣阻”。^①在道光二十八年(1848)四月黎平府知府审理另一起婚姻诉讼时,亦“照依夷俗”判结。^②不仅如此,有学者认为,至少在清代黔东南苗族当江(轮换开木材行交易中介)问题上,官府对民间习惯和惯例相当重视。^③因此,泛泛而谈地认为清代中国的习惯未被官方赋予法律效力,显然不符合事实。

美国的中国法律史学者宋格文(Hugh Scogin)比较中西法制后提出,从西方法制史角度看,“习惯常被当作是法源之一,被认为是适用于正式法律制度之中的原则或标准。在这里,法与习惯的区分逐渐消失,习惯往往就是法律”。^④过度强调这种西方经验的特殊性是不准确的。在上述清代“化外”之地,很大程度上习惯就是法律。

四、习惯在“化内”的法律效力

在儒家文化氛围深厚的“化内”,同时也是官僚实施稳定统治的区域,清代的官僚集团往往对当地习惯多持明确的否定态度。与“化外”不同,我们从官僚集团的规范性文件或者中央权威的正式表态中,均几乎找不到明确认可“化内”习惯具有法律效力的依据,也不存在各地官员在司法裁判中普遍援引习惯的要求。

相反,在“化内”,清代大部分官员将移风易俗作为其治理民众的重要政务,地方民间风俗恰是正统意识形态所要求变革的对象。例如,道光十八年(1838),江苏按察使司按察使裕谦在论及严禁淫书、淫画时指出:“本署司载陈臬事,重莅是邦,首以移风易俗为要务”。^⑤“从来天下之治乱系乎人心,人心由乎教化,教化一日不行,则人心一日不转。教化者,圣王驭世之微权,实人心风俗转移向背之机,不可一日或废者也。”^⑥此表达了官方将礼仪教化、纠正人心、转化风俗习惯置于一并的内在逻辑。

类似观点非常普遍,如同治五年(1866)浙江慈溪县正堂宋某“为劝行乡约以安民业、以厚风俗事。慈邑向敦礼教,俗厚民安。近有花会、庙会擒诈等项,为害匪浅。本县到任以来,业经严捕,其风顿息”。^⑦根据咸丰五年(1855)江苏常州府无锡、金匮县知县的言论,正人心与正风俗存在密切关系:“风俗系乎人心,人心由于教化,人心不正,风俗因之败坏。故欲敦风俗,先正人心,欲正人心,先行乡约”。^⑧

在官方逻辑中,正风俗是行政治理的重中之重,原因在于,若风俗败坏,则易造成民众违法作乱,冲击社会秩序。社会安定渊源于民风淳美,民风淳美得益于官员教化,官员教化得益于礼乐兴盛。与之类似,在道光年间,裕谦升任巡抚后,在江苏发布《训俗条约》,要求本省民众习之,其称:“本部院自十四年陈臬以来,屡为吾民出示晓谕,总以正人心厚风俗为当务之急。迨日莠稂渐戢,讼狱渐清,士习民风,渐有起色。”在裕谦拟定的《训俗条约》中,涉及内容包括,依据《周礼》有按期完婚之礼,嫁娶应及时;丧葬不得踰制,士民均应以《大清通礼》规定为标准;服饰应简朴;宴会应节制;禁信师巫治病;肃清庙宇;整肃戏曲弹唱,只能演出涉及忠孝节义的曲目;必须专心于农田等本业。^⑨

风俗习惯本属中性词,有良风,亦有恶习,自身无关褒贬。虽说在官方言论中,他们所欲整顿的对象乃是地方恶俗,诸如“不孝不悌,纠众械斗,淫书淫画,淫戏摊簧……种种削伐元气之事,久干天怒,易召天殃,宜严立议约,永远禁革”。^⑩当地良善风俗,自然也是他们要维持的对象,照此论之,则在司法判决中,整合了良善风俗内涵的习惯,也应该成为官员裁判时应受拘束力的依据。但问题是,在“化内”,判定风俗习惯

① 《稀见清知府文档》(第4册),全国图书馆文献缩微复制中心2004年版,第1752页。

② 《稀见清知府文档》(第4册),全国图书馆文献缩微复制中心2004年版,第1798页。

③ 参见罗洪洋:《清代地方政府对黔东南苗族区人工林业的规范》,《民族研究》2006年第1期。

④ Hugh T. Scogin, Civil “Law” in Traditional China: History and Theory, in Kathryn Bernhardt and Philip C. C. Huang eds., Civil Law in Qing and Republican China, Stanford University Press, 1994, p. 30.

⑤ (清)余治:《得一录》,卷十一之一,“收毁淫书·宪示”,清同治八年(1869)苏城得见斋刊本。

⑥ (清)余治:《得一录》,卷十一之二,“翼化堂·教化两大敌论”,清同治八年(1869)苏城得见斋刊本。

⑦ (清)余治:《得一录》,卷十四之一,“乡约·附慈溪县乡约示谕”,清同治八年(1869)苏城得见斋刊本。

⑧ (清)余治:《得一录》,卷十四之一,“乡约·宪示”,清同治八年(1869)苏城得见斋刊本。

⑨ 参见(清)余治:《得一录》,卷十五之四,“训俗条约·裕中丞示谕”,清同治八年(1869)苏城得见斋刊本。

⑩ (清)余治:《得一录》,卷十四之一,“乡约·宣讲乡约新定条规”,清同治八年(1869)苏城得见斋刊本。

的善恶标准,是官员在把握国家政令和礼教基础上,源自于内心的掌控。

寺田浩明认为,地方官判案时并不都受当地惯例的制约,而是针对具体情况,加以“恶俗、恶习”等评价,同时注重各地人们的现实生活习惯。在更多情况下,地方官虽认为某种惯例是“恶俗”,但还是暂且根据当地的惯例作出判决。地方官自己也深入社会,针对恶俗,积极地颁布一些附带刑罚规定的告示,以此为手段,随时积极介入,力图禁止或加以改变惯例本身。^① 这些“化内”的风俗与习惯可能成为官员裁决时的参考事实,但并非裁决的必然依据。在司法过程中,习惯随时有被官员视为恶俗的可能,最后被官员置换习惯的往往是官员内心的认识、政令与礼教。王志强甚至认为:“面对各种民间习俗,官员们往往以移风易俗工作的主持者身份出现。根据地方恶习,使民间惯习规范化,是其立法中的主要责任。”^② 不仅如此,对现有形式较“合理”的民间惯行,官府往往也抱持不信任的态度。“在地方法规的制定中,除非当民间风习与官员们的切身利益出现紧密联系时,他们才会将其作立法时参考的要素。”^③

具体而言,《大清律例》虽未提到永佃权或田面权的问题,但清代国家对这些惯习的态度在地方条例上表现得清楚。18世纪时,福建、江西和江苏曾多次禁止这种双层所有权。^④ 在有关继承的规则以及养老问题上,清代国家法律和民间习俗均出现过背离。^⑤ 虽然学者同时认为,诸如在清代四川巴县,习俗逐渐演化为允许售者摘留家庭坟地的所有权,尽管清代法典没有特别提到此类惯习,法庭明确地倾向于承认它的合法性。^⑥ 邱澎生以清代苏州行会习惯法为例,论证习惯具有法律效力。^⑦ 但是,我们不得不指出,某个区域就算存在这种个例也未上升为一般性现象,毕竟,赋予习惯以法律效力并非官方的普遍决定。

官方对习惯的这种姿态,在中国有长期传统。早至春秋战国时期的立法,就看不出其与习惯的联系。如学者所述,春秋战国时期各国公布的成文法具有强烈的政治功效,立法创制的色彩相当重。至少在汉唐以后,民间民事习惯上升为国家制定法相当困难。除在家庭婚姻、继承等少数方面外,法律与民间民事习惯有相当差别。民事立法与民间习惯的这种分离,使得民事立法难以在社会上真正发挥作用。虽然国家法律对家庭婚姻、继承方面有相应规范,但这些规范更多是礼教影响下的产物。^⑧

五、法律效力空间差异的原因

综上所述,不同学者在讨论清代中国的习惯是否被官方赋予法律效力时,研究与结论有失偏颇,多忽略了其中的空间差异因素。一方面,在“化外”,习惯通常被赋予法律效力,在司法中被援引为据;另一方面,在“化内”,习惯通常未被赋予法律效力,相反,往往是官方整斥的对象。那么,同样是习惯,为何“化内”与“化外”存在上述显著差异? 清代地方和中央官员的议论为此提供了答案。

(一)“化外”民族暴力抵制下的临时妥协

乾隆年间,苗民喜爱佩刀的习俗与官方禁令产生抵触。强迫苗民归顺其统治的做法(禁止佩刀的习惯)遭到了苗民抵制。在数年苗民大起义后,清代政府逐渐改变了对苗疆的国家法约束,转而尊重当地习惯。

乾隆三十一年(1766),军机大臣、吏部等奉旨议覆贵州按察使高积关于禁止苗人佩刀跳月的奏请,“查佩刀本苗人之夙好,而跳月亦自仍其土风,原无碍于政教。即有如该按察使所称,讎杀、淫杀等事,则向来

① 参见[日]寺田浩明:《关于清代土地法秩序“惯例”的结构》,王莉莉译,载刘俊文主编:《日本中青年学者论中国史》(宋元明编),上海古籍出版社1995年版,第651~673页。

② 王志强:《法律多元视角下的清代国家法》,北京大学出版社2003年版,第42页。

③ 王志强:《法律多元视角下的清代国家法》,北京大学出版社2003年版,第45页。

④ 参见黄宗智:《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100页;王志强:《法律多元视角下的清代国家法》,北京大学出版社2003年版,第41页。

⑤ 参见黄宗智:《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189页。

⑥ 参见黄宗智:《清代以来民事法律的表达与实践:历史、理论与现实》(卷二),法律出版社2014年版,第66~67页。

⑦ 参见邱澎生:《法学专家、苏州商人团体与清代中国的“习惯法”问题》,载尤陈俊、缪因知主编:《北大法律评论》(第10卷第1辑),北京大学出版社2009年版,第72~73页。

⑧ 参见郭建:《中国古代民事法律文化基本特征概述》,载韩延龙主编:《法律史论集》(第2卷),法律出版社1999年版,第63~65页。

苗民犯法，自有科条……若如该按察使所奏，欲使苗民习俗，一时尽遵礼教，并责成该管官，定以年限考核，无论势所难行，徒滋扰累……今高积所奏既不准行，所有剃刀之禁，亦停止”。^①这一争论表明，官僚集团原本以国法、礼教作为移风易俗的治理标准，在这一点上，中央对待“化内”与“化外”的策略本一以贯之。但是，硬性以政教治理诸如苗疆，革除当地习俗，将带来社会动乱。在权衡利弊后，作为退让，朝廷认为不妨尊重当地原有习惯。此如学者所述：“许照苗例审理案件完全是因为苗俗相延已久，影响很大，统治者不得不顺之、认可之。”^②这意味着，“苗例”的法律效力虽在国家层面的立法（如《大清律例》）和地方司法实践中得到确认，但从朝廷角度而言，实为权宜之计。

有学者认为，贵州苗疆官府在争江判决中对惯例相当重视，其体现了官府以苗疆稳定为重的原则和宗旨。^③但在“化外”之地，一旦礼义教化得到普及，官方对该地就有能力实施全面控制，推行国家法律则势所必行。据学者研究，除了确立“苗例”（即苗人的习惯）的地位，在“改土归流”后，清代政府另对苗疆地区制定了比较系统的法规，涉及当地行政组织、司法制度、土地管理等各个方面，促使苗疆地区法制的内地化。^④在这一点上，朝廷对待“化外”与“化内”的治理态度渐趋于一致。

我们再度以苗疆为例，据学者研究，在雍正末年，许多官员借向苗民征收粮赋之机勒索和盘剥，导致苗民大规模武装反抗。清代政府几倾全国之兵力、财力，经数年才镇压下去。清代政府继续武力镇压的同时，也在法律上作了相关调整。清代政府正式确认苗例在“贵州苗疆”的法律效力，有不得已而为之和安抚苗民的用意。清代政府虽然认可“苗例”，但又通过一些立法限制“苗例”的适用范围。“苗例”在清代只适用于苗民之间发生的轻微的刑事案件和民事案件，涉及苗汉间的一切案件，则一律适用国家的制定法。^⑤在这种长期奉行中央专制集权的传统下，中原的王法政令向来都没有作简单退让。学者认为，清代政府对苗疆的“因俗而治”，并非完全不变地依苗俗治苗人，哪怕完全适用“苗例”的案件中，在已经依“苗例”审结的基础上，清代政府仍然可以依汉律对案件主体进行额外的惩处。这表明，清代政府对苗疆的“因俗而治”，并非完全不变地依苗俗治苗人。^⑥

（二）清政府高压下的“从化”趋势

有学者从更长的时间段，指出本来是汉代的“不用天子法度”和“正朔不及其俗”，本来是唐代的“化外人同类自相犯者，各依本俗法；异类相犯者，以法律论”，至元明时，则开始用各种手段迫使“从化”。清代政府在诸如苗疆等地有直接以官律干预山地民族的做法。^⑦这意味着，在“化外”，治理规则的内地化乃是不可变更的趋势，其背后代表的是中央权力意志对“化外”控制的雄心。

清代“因俗而治”的治边思想受中央专制集权思路的深层支配，治理“化外”的政策因时因事不断变化。为及时实现对蒙古与回部的统治，清政府在最初处理上述地区的案件时，以其习惯为重，《蒙古律例》的内容在这方面表现得比较突出。但至嘉庆十七年（1812）开始，出现了蒙古人犯罪适用内地律的规定，《蒙古律例》的内涵亦发生变化，其既借鉴了旧有蒙古法的内容，也吸收了清代基本法典中的法律制度。

具体言之，存留养亲是中原传统法律制度中体现儒家孝道的刑罚执行制度。传统蒙古法和清初制定的蒙古律中并无类似制度。“直到嘉庆初期，存留养亲才逐步被引入蒙古律。留养制度能够在嘉庆初年被引入蒙古律中，外部原因是清代官方意志的推动作用……清代政府虽秉承‘因俗而治’的治理原则，但对其他文化的包容不能掩盖清廷内部长期存在实现国家‘法制统一’的意愿。”^⑧

上述情况在《理藩院则例》的编订过程中也得到反映。《理藩院则例》编纂完成于嘉庆二十年（1815），

① 《清实录》（第18册《高宗实录》），中华书局1986年影印版，第485～486页。

② 张冠梓：《论法的成长：来自中国南方山地法律民族志的诠释》，社会科学文献出版社2007年版，第288页。

③ 参见罗洪洋：《清代地方政府对黔东南苗区人工林业的规范》，《民族研究》2006年第1期。

④ 参见刘广安：《简论清代民族立法》，《中国社会科学》1989年第6期。

⑤ 参见苏钦：《中国民族法制研究》，中国文史出版社2004年版，第136～145页。

⑥ 参见黄国信：《“苗例”：清王朝湖南新开苗疆地区的法律制度安排与运作实践》，《清史研究》2011年第3期。

⑦ 参见张冠梓：《论法的成长：来自中国南方山地法律民族志的诠释》，社会科学文献出版社2007年版，第285～286页。

⑧ 包思勤、苏钦：《清朝蒙古律“存留养亲”制度形成试探》，《民族研究》2016年第1期。

这部法规在《蒙古律例》基础上完成。^① 学者认为,《理藩院则例》除注重蒙古族的权利和义务外,还注意协调《理藩院则例》与内地律例之间的关系,诸如在“戏杀过失杀伤人”一条中规定:“凡蒙古戏杀、过失杀伤人,俱查照刑例分别定拟”。这类条文在《蒙古律例》中还没有,在嘉庆朝、道光朝、光绪朝的《理藩院则例》中则表现出不断增多的趋势。这反映了清代政府对蒙立法随着多民族统一国家的发展而具有向内地化方向演变的趋势。^②

康熙年间曾两次修订《蒙古律例》,一次在康熙六年(1667),另一次是康熙三十五年(1696)。“晚至嘉庆十九年(1814),《回疆则例》汉文本的初次编纂缮写工作才完成,次年刊刻印刷。《蒙古律例》吸纳不少蒙古习惯法,《回疆则例》则纳入的回部习惯法较有限,反而显示出与内地法律有较高一致性。”^③在“化外”法制内地化的趋势下,“化外”习惯的留存空间逐渐被压缩。平定回部初期,乾隆帝虽然曾谕示:“办理回众事务,宜因其性情风俗而利导之,非可尽内地之法治也。”^④但随着时间推移,《大清律例》在清代中国版图中的适用空间扩大。学者指出:“18世纪中期维吾尔社会对不同罪行适用的刑罚,其依据包括回人旧例,即和卓时代以来维吾尔人的习惯法;‘回法’、‘回疆之例’是维吾尔法;‘回经’是伊斯兰经典。在1760年以后清代政府把它作为维吾尔的习惯法或以伊斯兰教典为依据的法律。其后开始逐渐地适用清律,借以强化他们对异民族的统治。”^⑤

(三)政治一元与文化多样的空间张力

以上研究充分说明,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”民族的习惯而言,这种赋予习惯以法律效力的做法并非治世常经,而是维护国家统一和稳定的权宜策略。长期来看,中央王朝制订的法典总是向“化外”不断扩张。虽有学者指出“文化中国”是多元的,尤其在清代政府对“化外”之地因俗而治的政策支配下,文化的多元与政治的多元乃不争的事实。^⑥如果泛泛而谈的话,那么此论符合历史事实。但是,细细分析,这种清代政府不得已的策略实处于变动不居的状态。大帝国的广土众民,空间的复杂多元,使文化多元成为长期存在的事实。法制多元乃是中央政府不得不向文化多元妥协的产物。因此,有人认为:“从文化内部的观点看,只有一种法,那就是国家法。我们所谓习惯法不过是‘民情土俗’的一部分,其当存当废,端视其美恶而定”。^⑦从这种文化一元的视角洞察清代习惯,或失之偏颇。

不过,政治一元化——诸如不分“化内”与“化外”,贯彻统一的法令,则始终被中央政府视为大经大法。虽然明清两代涉及“化外人”犯罪的法律虽近似,但清代政治情形与明有异。“蒙古为满人统一,不得不另行规定别样适用的法律,同时又由于西北回民、南方苗人反抗势力的存在,又不得不部分承认他们各自习惯法的地位。这就实质上更改了自明代以来不问违法对象是谁一率适用国家法的原则。”^⑧

“化外之民”享受中央王朝因俗而治的阶段性“政策优惠”。这种策略伴随了王朝安定边境的政治妥协之考量。文化多样与政治一元之间的空间张力始终存在,推动国家法的统一适用乃中央王朝一贯之策。这意味着,在文化多样与政治一元的紧张关系中,随着时间的流逝,“化外人”接受中央王朝足够的礼教熏陶,政治一元化逐渐占据上风,在“向化”之后,他们原本获得中央认可、具有法律效力的习惯将被国家法取而代之。

晚清时期,劳乃宣对沈家本等修订的刑律提出反对意见,其理由是“广谷大川异制,民生其间者异俗。

① 参见达力扎布:《〈蒙古律例〉及其与〈理藩院则例〉的关系》,《清史研究》2003年第4期。

② 参见刘广安:《简论清代民族立法》,《中国社会科学》1989年第6期。

③ 裴杰生:《略论清代的西北边政方略——以〈蒙古律例〉、〈回疆则例〉为研究对象》,《昌吉学院学报》2009年第1期。

④ 《清实录》(第17册《高宗实录》),中华书局1986年影印版,第257页。

⑤ [日]佐口透:《十八—十九世纪新疆社会史研究》(下),凌颂纯译,新疆人民出版社1983年版,第643~648页。

⑥ 参见张世明:《法律、资源与时空建构:1644—1945年的中国》(第一卷),广东人民出版社2012年版,第18~19页。

⑦ 梁治平:《清代习惯法:社会与国家》,中国政法大学出版社1996年版,第18页。

⑧ 刘广安:《简论清代民族立法》,《中国社会科学》1989年第6期。

修其教不易其俗，齐其政不易其宜。是故王者之治天下也，礼乐刑政莫不因其民俗以为制”。^①劳乃宣“礼乐刑政莫不因其民俗以为制”之类的言论，对近年学者的研究颇有影响，然而其不过是用以抵御西法“入侵”的一种说辞，并不符合此前清代政府一贯的言说、政治企图与治理实践的真实内涵。学者认为：“清末民初民事习惯对民法典制定的作用相当有限，法律只是国家的产物而不是社会的产物，只是从统治者们的政策和价值中自上而下移动的产物而不是从整个社会的结构和习惯自下而上发展而来的产物。”^②晚至1929年，胡汉民仍认为：“我们知道我国的习惯坏的多，好的少。如果扩大了习惯的适用，国民法治精神更将提不起来”。^③胡汉民对习惯的负面评价是清代政府一贯做法在近代的延续。

六、结论

本文认为，首先，习惯法律效力的空间差异及其在清中后期的动态变化，体现了清政府在“化内”与“化外”一以贯之的国家法本位主义特征，在国家法侵蚀下，习惯只能被边缘化。清代中国的习惯是否具有法律效力，不在于学者自行推论，而应基于空间及法制多元化的事实，综合当时官方有代表性的言行和司法实践，进行相关证成，得出正确结论。否则，相关洞见存在典型的“我注六经”、主观判断的嫌疑，结论偏离真相。

其次，本研究说明，在广土众民的清代中国（以至当代中国），空间多元致生的规则多样化乃是常态。因此，对中国法制的整体研究的而言，空间差异和制度多样性都是重要的观察视角。长期以来涉及清代中国法制的诸多研究，实质多针对中原汉族聚居的有限区域。基于区域研究得出的结论，又被学者不假思索地等同于整个清代中国法制。这种做法以民国时期瞿同祖先生的早年名著《中国法律与中国社会》为典型。他的这种学术进路在《清代地方政府》（英文版）中更是得到充分体现。《清代地方政府》（英文本）在20世纪60年代出版后，美国知名中国史学者高慕柯（Michael Gasster）在评价该书时认为，人们希望了解清代地方政府的地区差异，^④但显然该书无法满足读者的这一要求。

近年来，这种学术进路的欠缺日渐引起学者的反省。^⑤遗憾的是，这些反思未能在法制研究领域引起足够反响。例如，黄宗智运用了四川巴县和直隶宝坻县等有限的几个县级司法档案，最后致力于却是整个清代中国民事审判的研究。^⑥这种研究是如何从几个特定县域的民事审判一跃而成为整个清代中国的民事审判？黄宗智没有作基本的说明。受上述名家影响，近十余年来类似问题不断涌现。以一本收入“国家哲学社会科学成果文库”的著作为例，作者吴佩林的研究主题为清代县域民事纠纷与法律秩序，研究的空间却主要限于清代四川省南部县，研究素材几乎全部是南部县司法档案。该书序的作者杨天宏即先行指出：以发生在南部县的区域性案例来推论发生在清代中国的全部案例，书中本应只是基于南部县得出的地方性、局部性判断几乎全部为全局性的清代中国判断所替代。^⑦偏远的南部县（局部）与清代中国（整体）之间存在巨大逻辑跳跃，我们却未见作者尝试作过弥补这种逻辑断裂的任何理论论证。清代习惯研究在方法论上给我们的启示是，在法制研究中应适度消解固有的“内地中心主义”模式。

最后，习惯法律效力的空间差异以及清政府对待习惯的态度和方式仍在延续，甚至其背后的政治逻辑亦存在古今相似性。在行政机构处置方面，学者认为，近年来，官方对习惯的处置总体上以“改造”为终极目标，当前阶段以“利用”为基本态度，以“协调”为技术手段，习惯总体上处于静态规则体系的“末位法源”地位。^⑧在司法方面，学者认为：“法院运用习惯尚属于经验性、个别性、零散性状况；法官更倾向于将习惯

① 劳乃宣：《新刑律修正案汇录》第二十四页，载劳乃宣：《桐乡劳先生遗稿》，丁卯（1927）冬日桐乡卢氏开雕本。

② 张洪涛：《近代中国的“以礼入法”及其补正》，《比较法研究》2016年第2期。

③ 转引自黄宗智：《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62页。

④ See Michael Gasster, Book Review of Local Government in China Under the Ch'ing, 23 The Journal of Asian Studies, 124 (1963).

⑤ 参见陈景良：《反思法律史研究中的“类型学”方法——中国法律史研究的另一种进路》，《法商研究》2004年第5期。

⑥ 参见黄宗智：《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1页以下。

⑦ 参见吴佩林：《清代县域民事纠纷与法律秩序考察》，中华书局2013年版，“序”第6页。

⑧ 参见李可：《习惯如何进入国法——对当代中国习惯处置理念之追问》，《清华法学》2012年第2期。

视为一种事实而非法律”。^①在最近十几年间,有学者指出虽然国家在立法上对习惯尤其是民事习惯更为尊重和认可,但截至2011年我国现行有效行政法规中认可的绝大部分习惯都是与少数民族有关的习惯。^②国家重视习惯,更多的是基于宗教事务管理和巩固民族团结进步的考虑,这在一定程度上是旧有传统的再现。对清代习惯问题的研究之于我们理解当代中国习惯与法律的关系进而重新思考法治建设之路具有历史启示意义。

习惯原是地方社会的重要自生规则,在基层治理中本可发挥重要功能。长期以来,受传统影响,国家法制一直持改造习惯的面目示人,其对习惯的疏离易引发负面影响。清代中国法律由官僚集团制作的痕迹过于明显,导致国家法与社会实践之间存在较大背离,国家转而依据道德之治与命令之治,削弱了法律的威信。在当代,学者指出,过于强调制定法的地位,忽视习惯法在社会的威信,形成片面强调国家法“一刀切”式的治理方式,使政府在治理过程中过于强硬地解决问题,导致旧的习惯规则所内蕴的价值体系被瓦解,外部灌输的制定法规则尚未被乡民接受和吸收,极易造成内外规则的嵌套和混乱。^③

不仅如此,国家法主动疏离习惯,甚至严重影响中国的法治进程。习惯是地方上民众长期认可的交往与行为规则,规则背后代表了广泛民众的合意。远离习惯的国家法,容易成为官方单方面意志的强制。学者从中西比较视野角度出发,认为西方走上现代法治之路得益于习惯法能制度化地进入国家法律,“从西方经验来看,习惯法可以成为中国法治建设的中心之一”。^④习惯本可以成为我国当代法治的促进因素,但在过去较长时间内被视为法治的障碍。

法律的有效运行并不是单纯取决于立法者的良好意愿,同时还取决于它赖以生存的文化土壤。真正的法律往往是人们自觉遵循的依据,而非立法者刻意设计之结果。法律的正当性与合理性部分源于对社会内部自生秩序——习惯——的遵守。法律适度接纳习惯,意味着法治建设走的是上下双向融合之路,其更容易被社会接受,有助于法治之路顺利开辟。综上,对清代国家法与习惯关系的研究启示了今人:立法者应抛弃传统的单纯国家本位法观念,在立法过程中采纳多元视角,适度认可习惯同为治国之常经,使中国法制整体有扎实的本土社会根基。1986年《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)第6条规定:“民事活动必须遵守法律,法律没有规定的,应当遵守国家政策。”2017年《中华人民共和国民法总则》(以下简称《民法总则》)第10条则将习惯作为民事法律渊源之一。新法的重要变化体现了立法者对习惯及社会生活的重视,是对《民法通则》的重大改进。不过,我们仍然要尽力避免未来民法典注重对外国民法排列组合而忽视本国国情的倾向。^⑤如学者一再指出,现下一些民法学家和法典起草者很少表现出对民间习惯一类社会实践的“同情的了解”,遑论重视和尊重。^⑥民法学家亦承认,多年来我国民事立法没有注意习惯的重要性,这在一定程度上不仅导致法律规则不能转变为人们的自觉行为,而且导致立法旨意与习惯的现实相悖,使法律可操作性降低。^⑦因此,《民法总则》虽规定习惯是可选择的补充性法源,但未来民法典及民事司法实践是否必然吸收习惯作为法源,习惯是否可以制度化地进入法律,仍有赖于法学家与立法者参照前述经验教训,努力推动法律与习惯的融合之道,实现法典的中西会通。

责任编辑 王虹霞

① 高其才:《民法典编纂与民事习惯——立法、司法视角的讨论》,《交大法学》2017年第3期。

② 参见高其才:《作为当代中国正式法律渊源的“习惯法”》,《华东政法大学学报》2013年第2期;高其才:《当代中国法律对习惯的认可》,《政法论丛》2014年第1期。

③ 参见刘柳:《基于“惯习”运作的治理法治化》,《法商研究》2017年第3期。

④ 张洪涛:《边缘抑或中心:大历史视野中习惯法命运研究》,《法学家》2011年第4期。

⑤ 学者认为《中华人民共和国民法总则》有6个条文比较直接地来自罗马法,构成《中华人民共和国民法总则》属于罗马法系的证据。参见徐国栋:《中国官方〈民法总则(草案)〉的罗马法基础》,《法学杂志》2016年第8期。

⑥ 参见梁治平:《法治十年观察》,上海人民出版社2009年版,第72~73页。

⑦ 参见《中国民法典编纂:历史重任与时代力举》,《中国法律评论》2015年第4期。