

# 司法或政务： 清代州县诉讼中的审断问题

里 赞\*

---

**内容提要：**从现代西方三权分立的视角看，清代州县对诉讼的审断是司法行为。然而在中国，当时州县是统管一方的牧民之官，审断诉讼不过是他治理地方职责的一个部分，故其审断行为应看作政务而非司法。县衙不同于现代意义的法院，州县也不同于现代意义的法官。州县的铨选本不侧重法律知识，所针对的社会诉求也更多是伸冤而非维权，故其审断时主要考虑的并不是完成整个审断程序及严格适用律例，而是自主灵活地掌握程序与规则，综合运用情、理、律，以最便捷有效，也最能为当事人接受的方式了结纠纷，从而维护地方社会的安定与和谐。

**关键词：**州县审断 政务与司法 清代法制史

---

近年来，清代州县审断问题逐渐成为法律史研究的热点。<sup>〔1〕</sup>晚清以降凸显的中西文化竞争，使得州县问题的研究不仅在具体的历史阐述上与宏大理论相关，原本抽象的法律文化解释也在相当程度上增强了实证色彩，清代州县审断问题的研究也因此获得了超越自身的意义。清代史料相对丰富，尤其是州县档案的发掘和整理，为学界对清代审断的实证研究提供了坚实的基础，也使既有理论的重新解释成为可能。

早在20世纪40年代，瞿同祖的《中国法律与中国社会》一书即已论及清代州县的审断问题。<sup>〔2〕</sup>此后他所写的《清代地方政府》一书则较为全面地阐述了包括司法在内的州县制度。<sup>〔3〕</sup>随后，陶希圣的《清代州县衙门刑事审判制度及程序》一书，对清代州县的审断作了生动的系统性描述。<sup>〔4〕</sup>20世纪80年代，中国清代州县审断问题再度引起国际学术界的关注，其中影响最

---

\* 四川大学法学院教授。

〔1〕 在清代文献中，州县官常被简称为州县。为使叙述与引文融为一体，本文使用了这一习惯用法，仅在文义可能产生误解时表述为知县或州县官。

〔2〕 瞿同祖：《中国法律与中国社会》，商务印书馆1947年版（本文所引用为中华书局2003年版）。

〔3〕 瞿同祖：《清代地方政府》，法律出版社2003年版。该书英文版于1962年由哈佛大学出版社出版。

〔4〕 陶希圣：《清代州县衙门刑事审判制度及程序》，台北食货出版社1972年版。陶父曾为晚清州县，故此书也参考了陶个人儿时的经历。

大的是日本学者滋贺秀三和美国学者黄宗智。滋贺秀三指出,州县审断是“父母官诉讼”,〔5〕实质上是一种“教谕式的调解”;〔6〕而黄宗智认为州县是严格按照清律审断,“他们是以法官而非调停者的身份来行事”。〔7〕他们之间的争论到目前为止仍是包括中国学者在内的各方关注的重点,很大程度上主导着法律史学界对清代州县审断问题的认识。

不过,对清代州县审断问题的既存研究成果(包括上述日美学者和多数中国法史学者),都把清代州县审断视为了一种司法行为。正是由于这种定位,把负有地方全权职责的州县官视为法官,才导致法史学界围绕州县诉讼产生出一系列从事实到理论的论争,包括从法源角度争辩审断是否依律以及如何依律等问题。

然而,这样一种司法的定位,以及在此基础上按照现代法律思维来分析清代的州县审断问题,其实已陷入了黄宗智和寺田浩明在论战中都声称应当避免的“西洋中心主义”。〔8〕实际上,中国古代对于法这一基本概念的认识,以及法在社会中的地位和作用,都是需要重新思考的问题。作为审断当事人的州县官员的知识背景,与此密切相关;而诉讼中告状一方表现的社会诉求,更是州县审断所因应的直接对象。所有这些,都是必须纳入思考的重要因素。

放弃先入为主的理论预设,回到历史情境中去思考问题,运用档案材料把当时的具体问题陈述清楚,可以更准确地呈现史事的真相,也是解决上述国际性争议乃至寻求解答清代州县审断问题的必要途径。本文即朝此方向努力,立足于原始资料进行思考和提出问题,尽量不以现有概念曲解原有概念(甚至原来没有的概念);主要依据以保存完整著称的四川南部县清代档案,论证清代州县的审断主要是一项政务行为而非司法行为及其具体的运作方式。

## 一、政务与司法的理论界定

政务与司法是两种不同的概念,它们分别与全权全责的体制和分权制衡的体制相联系。

西方现代法治主义的理论设计是要在体制上为防止国家权力的高度集中而实行分权。在三权分立理论下,不仅立法、司法与行政在权力结构上被有效区分,形成以权制权的制衡机制,而且也赋予享有特定权力的国家机关以明确的职能分工。在此意义之上的司法机关——即法院,发挥着解决社会纠纷的职能。不过,分权机制和法治主义的价值取向在强调组织分工的同时,从制度和价值上实际免除了司法机关的某些社会责任和社会义务。〔9〕

司法机关的社会责任免除之鲜明表现即“程序正义”超过“实体正义”的理念。而司法人员的职业养成以及执业人员的选拔,也日益专业化,其关注点不仅在于专业化的知识和技能,而且要塑造专业化的思维和习惯。其职务的履行重在运用法律条文的正确与否,至于法律的适用是否会从根本上平息纠纷以及由此可能会给社会带来的影响,并非司法机关或法官的主要关怀所在。在此前提下,包括律师在内的所谓法律人主要关注的是法律的适用,在司法活动中排除一般社会规范和价值标准(如情理、道德),不仅具有理论和制度完善的意义,而且是顺理成章的事情。

反观包括清代在内的传统中国,既无西方现代意义的国家权力结构,也没有现代的法治体

〔5〕〔日〕滋贺秀三:《中国法文化的考察》,王亚新、梁治平编:《明清时期的民事审判和民间契约》,法律出版社1998年版,第3页,第13页。

〔6〕滋贺秀三:《清代诉讼制度之民事法源的概括性考察》,载前引〔5〕,王亚新等编书,第21页。

〔7〕〔美〕黄宗智:《民事审判与民间调解:清代的表达与实践》,中国社会科学出版社1998年版,第12页。

〔8〕黄宗智:《中国法律制度的经济史·社会史·文化史研究》,《比较法研究》2000年第1期;〔日〕寺田浩明:《清代民事审判:性质及意义——日美两国学者之间的争论》,载《北大法律评论》第1卷第2辑,法律出版社1999年版。

〔9〕参见〔美〕博登海默:《法理学——法律哲学和方法》,张智仁译,上海人民出版社1992年版,第340页;徐显明主编:《法理学》,中国政法大学出版社2007年版,第142页。

制。州县衙门以及州县官的实际身份和地位，与现代国家的司法机关及法官根本不同。在其固有的政治框架内，清代州县的角色和关怀与现代法治主义下的司法大不相同，其社会责任和义务不仅没被免除，反而成为州县审断中最重要的一环。正因此，审断是否适用法律及以何种方法解决纠纷，便不是首先要考虑的问题。州县的关怀在于实际化解纠纷，其依据往往是多元的（即并非只是律例），并可以采用灵活的方式来达到这一目的，以维护地方的稳定。<sup>[10]</sup>

古代中国政治强调的更多是职责而不是权力。从上古的《周礼》开始，中国文献中就很少讲到权力，却对从各级官吏到一般民众的职责规定得不厌其详。而朝廷对地方治理的基本政务，主要靠州县官的推行和落实。如陶希圣所言：“清代行政系统最高的顶点是全权的君主，最低的基点是全权的州县官。”<sup>[11]</sup>

全权可能是后出的观念。在当年，全权至少同时意味着全责，恰表现为州县权与责的全面性。州县是所谓“牧民之官”，迄今流行的“父母官”这一俗称，既是州县的自我认知和自我定位，也是他人对州县的认知及其社会定位，直观而典型地表达出州县承担着教化、保护和扶助百姓的职责。所谓“知县掌一县治理，决讼断辟，劝农赈贫，讨猾除奸，兴养立教。凡贡士、读法、养老、祀神，靡所不综。”<sup>[12]</sup>作为治理地方的首脑，州县对其管辖界内的一切事情负有责任，当然也必须维持辖区的秩序。如瞿同祖指出的：“他是法官、税官和一般行政长官。他对邮驿、盐政、保甲、警察、公共工程、仓储、社会福利、教育、宗教和礼仪事务等等都负有责任。”<sup>[13]</sup>

法史学界一般称清代地方官是“行政兼理司法”或“行政司法合而为一”。<sup>[14]</sup>实际上，决讼断狱可能是州县职掌中最为繁重的事务。从现有的一些四川县衙档案内容看，以当下标准能归入司法类的档案，在整个县衙档案中占有绝对的多数。现存南部县全清档案和巴县清代档案中至少有三分之二以上可归入司法类，<sup>[15]</sup>而未归入司法类的，也有相当部分可以归入法律类别。

清人汪辉祖曾说：“自州县而上，至督抚大吏，为国家布治者，职孔庶矣。然亲民之治，实惟州县，州县而上，皆以整饬州县之治为治而已。”<sup>[16]</sup>换言之，从中央到省的职责大体不过是“治官”，真正“治民”的是州县一级。而州县的治理责任也相当节制收敛，很多具体事务又实际委诸地方士绅。实际上，由于古代自上而下的管理取向是希望“无为而无不为”，<sup>[17]</sup>老百姓和官府最直接的接触，主要也是诉讼。

[10] 李怀印将其称为实体治理，并论及其与近代西方合理化和法治程序不同，国家首要目标是确保社会治安的维持和国家的财政需求得以满足，只要能够满足这些要求，国家就感觉并无必要去干涉地方治理的运作。参见李怀印：《传统中国的实体治理——以获鹿县的天赋征收为例》，黄宗智、尤陈俊主编：《从诉讼档案出发：中国的法律、社会与文化》，法律出版社2009年版，第203页以下。

[11] 前引[4]，陶希圣书，第23页。

[12] 《清史稿·职官三》

[13] 前引[3]，瞿同祖书，第31页。

[14] 清末法制改革时，官方表述中就有“以行政官而兼有司法权”和“州县行政司法混合为一”等语。参见张从容：《晚清官员的司法独立观》，《比较法研究》2003年第4期；吴吉远：《清代地方政府的司法职能研究》，中国社会科学出版社1998年版，第46页。

[15] 四川省南充市档案馆所存南部县档案有目录23本，共有1873盒，18070卷。案卷时间从顺治到宣统跨越整个清代，各房档案为：吏房341卷、兵房1250卷、刑房2094卷、户房4126卷、工房4029卷、礼房4718卷、盐房1512卷。四川省档案馆存有清代巴县档案113020卷，案卷时间从清乾隆元年到宣统三年共七朝175年历史。其中司法档案有99601卷，分总类487卷、其它9503卷、地租8775卷、租佃2942卷、家庭1639卷、房屋1551卷、继承517卷、命案5221卷、凶殴7535卷、盗窃16035卷、欺诈12659卷、赌博1286卷、妇女6516卷、商贸4897卷、水运247卷、工矿594卷、烟泥492卷、移关7728卷、契税589卷、宗教332卷。

[16] [清]汪辉祖：《学治臆说·自序》，载官箴书集成编纂委员会：《官箴书集成》第5册，黄山书社1997年版，第267页。

[17] 参见罗志田：《中国文化体系之中的传统中国政治统治》，《战略与管理》1996年第3期。

简言之，州县是统管一方的牧民之官，其审断职责不过是其全权或全责的一个方面。县衙不同于现代意义上的法院，州县也不同于现代意义上的法官。这种不同不仅仅是概念和内容的不同，而且也决定其审断的价值取向。由于州县的职责集中体现在对地方社会稳定的维护上，因此，州县的所有作为，包括审断行为，都应当看作是其对地方治理所采取的行动。

## 二、不以司法为重点的州县知识背景

将州县的审断不视为司法而视为政务，可从州县的出身和知识背景方面去考察。

清代的州县主要来源于两个途径：通过科举考试的正途和通过捐纳等异途。“定制，由科甲及恩、拔、副、岁、优贡生、荫生出身者为正途，余为异途。”〔18〕简言之，科举出身者为正途，其余异途之中，捐纳在当时和后来都颇受诟病。实际上捐纳所获更多是虚衔，通过此途径任实职者不多，任州县官的比例远没有想象中那么大。

根据瞿同祖的统计，在清代知县中，有正式功名者的数量远远大于捐官者，“1745年是74.4：16.5%；1850年是69.5：19.4%。”〔19〕在李国祈等人的研究中，清代知县中正途出身的比例约在60—80%间徘徊，多数时候维持在75%以上的高位；而捐官者则在17—36%间徘徊，多数时间与瞿同祖的统计数接近，然亦时有更高的比例。〔20〕而从四川南部县历任知县情况看，正途出身的比例略高于上述两项研究的统计，超过了80%，其中进士和举人占三分之二。〔21〕

州县既然多自科举出，而科举以识拔通才为目的，并不以律例为考试内容。〔22〕这样的目标和追求意味着科举考试不那么重视各类专业知识，其中也包括法律知识。道光十五年，御史易镜清奏三场试策请改用律例，就遭到礼部的反对。理由是：“国家设科取士，责以报称者甚多，不独在理刑一端。若于进身之始，先责以名法之学，无论剿说雷同，无裨实用；即真心讲贯者，亦必荒其本业，旁及专家。”重要的是这会造成“以法律为诗书”的后果，给“揣摩求合之士”以“因缘为奸”的可能，导致士习不端，所以不能采纳。〔23〕

可以说，整个科举考试及教育体制，都是以儒家经典为核心内容。通过科举考试选拔出来的士子，其知识结构的主要部分是一些人文经典知识，并不要求具备法律方面的技术知识。章太炎所谓“律者，在官之人所当共知，不必以之教士”，代表了很多人的看法。〔24〕在这种社会背景下，即便那些以“异途”得官者，也不致远离科举制度下的教育环境，而与通过正途入仕的官员有着大致相似的知识结构。这些人基本要到入仕以后，才通过教育体制外的途径逐渐获得多少不等的法律知识和相关技能。〔25〕

〔18〕《清史稿·选举五》

〔19〕前引〔3〕，瞿同祖书，第39页。

〔20〕参详李国祈等：《清代基层地方官人事嬗递现象之量化分析》，第一册，台北国科会1975年印行，第26页。

〔21〕根据《道光南部县志》（徐畅达等撰，王瑞庆等修，道光二十九年刻本）和《南部县志》（南部县志编纂委员会编纂，四川人民出版社1994年版）所列清代南部县历任知县情况统计。

〔22〕康熙四十一年制定的命题规则明确提出：“议准五经取士，务得通才。”乾隆皇帝也曾说过类似的话。均见《钦定大清会典事例》（嘉庆朝）卷266，《礼部·贡举》。

〔23〕《清实录·宣宗实录》（五）卷276，道光十五年十二月辛未。

〔24〕章太炎：《国学讲演录·经学略说》，华东师范大学出版社1995年版，第47页。

〔25〕如雍正三年的《御制大清律集解序略》即要求“凡士之注名吏部，将膺民社之责者，讲明有素，则临民治事不假于幕客书吏，而判决有余”。《钦颁州县事宜》也专列“读律”一条，强调即使聘有熟谙律例的幕宾，州县仍须自己读律，才算尸位素餐。两皆转引自张小也的《儒者之刑名——清代地方官员与法律教育》一文，载《法律史学研究》第1辑；参见汪辉祖：《学治说赘》，“律例不可不读”条，载前引〔16〕，《官箴书集成》第5册，第311页；张集馨：《道咸宦海见闻录·戊戌三十九岁》，中华书局1981年版，第42页。

以今日的眼光看，州县这种知识背景显然难以胜任其繁重的决讼断狱职责。然而在当时，这样的文化训练却足以使其通过考试获得朝廷对其治理能力的信任，也非常符合负有全责的“牧民之官”的社会定位。正因此，尽管律例明文规定“依律断案”，但州县在审断实践中仍不时表现出不严格依律而断，却援引情理为依据，以贯彻经义体现的道，实现其“道统”高于“治统”的政治理念。在这方面，不同出身的州县可见明显不同的表现。某种程度上，越是正途出身的州县，断案时越敢于疏离于律例；<sup>[26]</sup>而所谓“捐班知县”反倒表现出循规蹈矩的谨慎，很少逾越律例。

由于未曾受过系统的听讼断狱方面的训练，在涉及案件实质的分析和裁断时，州县往往表现出把握法理甚于固守法条的倾向，其考虑地方治理的现实需求，更胜过注重律例的严格适用。<sup>[27]</sup>在词状的受理、案情的问询、文书的制作等具体诉讼流程中，州县基本依靠具有专门技艺的刑名幕友来处理应对。然而作为负责一方全面事务的父母官，即使在审断程序上，州县也体现出开放灵活的特点。

### 三、开放灵活的审断程序

过去很多学者都依据清人刘衡在“理论十条”中所说“状不轻准，准则必审。审则断，不许和息”这一描述来说明清代州县审断的过程。<sup>[28]</sup>但南部县档案反映的情形则相当不同。虽然在各种不同的成文制度中对州县的审断有所规定，但这些规定并未形成一套严格的制度体系。<sup>[29]</sup>负有地方治理全责的州县，在案件审理时虽有规可循，但具体的办案过程则并非一丝不苟地照章办事，而是依照其个人对案件的判断和理解便宜行事。如同州县全权处理其他政务一样，州县在处理案件时同样有着极大的自主权。

根据南部县档案所反映出来的情况，州县的审断过程可以简单地概括为：告则理，理不一定准；准则审，审不一定断。

所谓“理”，是指州县衙门对告诉人词状的接受，即接受状纸的行为。这和现代司法制度中的受理有大区别，现在所谓受理是指案件将进入下一步的审理程序。州县接受词讼即为“理”，而只有当州县通过批词“准”之后，案件才能进入下一步的审断过程。“告则理”更多表现出父母官对下辖子民所有诉求都予以关怀的形象。

但作为地方的父母官，州县的政务繁杂，不可能对每一个案件都进行审理。迫于“告则理”要求，州县往往采取收下诉状后通过迅速地浏览案情，判断出哪些案件应当进入下一步的审理程序，哪些案件没有必要进行审断；前者在诉状上批“准”，后者批“不准”。在具体个案中，州县有时还会针对案情，说明准或不准的理由。若当事人对“不准”的处理不服，可以在满足州县批词所述的程序性要件后重新告诉，或者通过反复呈控取得州县的重视，以获批准。

[26] 如清代以能员著称的樊增祥，其所著《樊山政书》（宣统庚戌刊本）中选出的判例，大多逾越律例条规，而凸显出官员自身断案的主体性。另参见前引[4]，陶希圣书，第50页；蔡申之：《清代州县四种》，台北文史哲出版社1975年版，第76页以下。

[27] 汪辉祖曾区分官与幕在断案时的差别，即“幕据理法”而“官兼情势”。前者即《牧令书》所谓“公式之刑名”，其“有章可守，按法考律”；后者则是“儒者之刑名”，必“准情酌理，辨别疑难，通乎法外之意”。两皆转引自张小也的《儒者之刑名——清代地方官员与法律教育》一文中，载《法律史学研究》第1辑。

[28] 刘衡：《州县须知一卷附居官一卷·理论十条》，前引[16]，《官箴书集成》第6册，第109页以下。

[29] 关于清代州县审断制度的体系，参见前引[4]，陶希圣书，第29页以下；那思陆：《清代州县衙门审判制度》，中国政法大学出版社2006年版，第39页以下。

由于清律未对州县批词进行具体的规范,所以虽有所谓“不准十四条”,<sup>[30]</sup>但这些规则未对州县进行严格的约束,州县是否直接批示“不准”,仍有相当程度的伸缩余地。当州县直接批示“不准”时,多针对当事人“捏词妄告”或系当事人滋讼等情形。从南部县档案看,如同治十二年批何均朝等案:“显系搥索不遂,捏词妄告。不准”;<sup>[31]</sup>道光十四年批杨廷仪等案:“事外之人具控,疑告者图索,不准”;<sup>[32]</sup>咸丰十一年批宋汪氏案:“夫为妻纲,应即找回严加管教,毋得率行存案。不准”;<sup>[33]</sup>光绪十年批汪何氏案:“咎由自取。不准”;<sup>[34]</sup>光绪十九年批宋三鼎案:“词与档案不合,实属刁健。不准”,等。<sup>[35]</sup>

对于有些告诉,州县虽未直接批示不准,但却以息讼等类似用语终止案件的进一步发展。如光绪五年,批罗正坤案:“毋庸复讼滋累”;<sup>[36]</sup>光绪十一年批杨邦遂等案:“着凭两族邻证妥理寻归诚束,息事勿讼”;<sup>[37]</sup>光绪二十六年批王永镐案:“农忙期内,非控买卖之时。应各凭理成交,毋庸砌词捏伤兴讼”等。<sup>[38]</sup>

此外,知县对案件准与不准的态度和判断并非一成不变。在南部县档案中,先告不准而再告即准的情况时有发生。如光绪元年批敬冯氏案:“毋以买卖滋讼,致受讼累。不准。”但其坚持再告时,知县却改批“姑准唤讯”。<sup>[39]</sup>可见,准与不准、不准后是否再准,要看案件发展的具体情形或当事人态度,以及州县的拿捏,似无一定之规。另外,州县也可能基于对当事人品质的判断,同意本不应获准的案件进入审理程序。如光绪三十四年批譙氏案:“邓友谟既非好人,该氏即不应开门揖盗。现因反目,来案控诉,本难准理。惟访闻邓友谟确系莠民,姑准唤案讯究。”<sup>[40]</sup>似乎可以看出,总体而言,不准的案件在整个州县所受理的案件中是少部分,且如果当事人一再告诉,州县的态度也可能从不准到准,最终进入审理程序。

但审理也不一定表示州县要最终做出裁断。南部县档案反映出来的情况是,许多案件进入了正式审理程序,但最终并未以判词的方式正式结案。这些大量没有判词的案件,除了档案本身不完整的原因外,其中一部分是由于州县对案件进行调解息讼,而以批词结案;另一部分则可能是州县劝谕两造和息,或通过族人乡邻等社会力量介入等方式了结案件,而未进入官方记录。需要指出的是,州县的“批词”与“判词”,分别代表着审理程序的不同阶段,需要加以注意并区分对待。

整体而言,在审断过程中,州县并不以是否完成整个审断程序或给出判决结果为首要考虑,而是以如何解决纠纷为审断的目标。涉诉双方如果能够终结纠纷,只要不是涉及重情、人伦等大是大非问题,州县不会太在意以何种方式或何种理由结案。州县不会像现代司法那样强调程序,而可能

[30] 南部县清代档案的状式中列有“不准十四条”,从告状的事由、书写方式、被告和干证的人数到证据的提供等方面作出了具体的规定。此类状式可见诸于大量案卷中,例如《为藐断霸撤息查唤追事赖文喜、吴茂学、谢得升》告状状式,光绪六年二月廿二日,目录号8,案卷号81,南部县正堂清全宗档案,四川省南充市档案馆(以下再引此档案,为免每繁冗,略去档案馆名)。

[31] 《为具告黄玉昆子拐遗妻被获事》,同治十二年,目录号6,案卷号397,南部县正堂清全宗档案。

[32] 《为具告杨先贵等无故休卖民妻事》,道光十四年,目录号4,案卷号276,南部县正堂清全宗档案。

[33] 《为汪氏免逃粮家事》,光绪十年,目录号5,案卷号210,南部县正堂清全宗档案。

[34] 《为具告汪大才等吊拷凶殴搥许钱文事》,光绪十九年,目录号8,案卷号1033,南部县正堂清全宗档案。

[35] 《为具告张兴定等诱拐嫁卖民妻事》,光绪二十六年,目录号12,案卷号287,南部县正堂清全宗档案。

[36] 《为具告罗天禄积欠当钱又卡措不买事》,光绪五年,目录号7,案卷号784,南部县正堂清全宗档案。

[37] 《为具告石朝祥女等与民子婚配在先嗣后嫌民家贫子幼唆伊女抗教逆姑久住娘家事》,光绪十一年,目录号9,案卷号243,南部县正堂清全宗档案。

[38] 《为具告宋保元买田地乘驳措殴藐抗贿压事》,光绪二十六年,目录号15,案卷号460,南部县正堂清全宗档案。

[39] 《为具告敬冯氏等买房铺无染唆恃妄控事》,光绪元年,目录号7,案卷号159,南部县正堂清全宗档案。

[40] 《为具告邓有谟套谋家产逞霸凶殴事》,光绪三十四年,目录号18,案卷号1321,南部县正堂清全宗档案。

为追求化解纠纷而“不择程序”。因此，在整个审断过程中，没有现代司法意义上的严密程序性规则，更不会为了程序性的价值追求而牺牲实体问题的解决。这才是清代州县审断的真实过程。

#### 四、平息纠纷而非适用法律的审断取向

传统中国州县平息纠纷的审断取向，是个需要专门讨论的问题。但不管采用何种取向，其首要目的皆在维护所辖区内的社会稳定，其所有作为，包括审断行为，都应当看作是其地方全权治理所采取的行动。州县审断时考虑的主要不是援用律例或是情理，他们关注的是如何以最便捷、最有效、也最能为当事人接受的方式了结纠纷。究竟是否严格依照当时的律例来审断纠纷，并不是州县的主要关怀所在。只要有利于个案的处理并说服两造接受审断结果，州县就会采用他认为最合理或最适当的依据和方法来审断纠纷。这样，前述滋贺秀三和黄宗智等人围绕州县审断案件的依据问题是否依律的争论，就显得不那么重要了。

黄宗智曾按照土地、债务、婚姻、继承等分类在巴县等地基层司法档案中分别选取了若干案例进行分析。他认为“没有一件是依据法律外的原则判决的”，故“清代审判制度是根据法律而频繁地并且有规则地处理民事纠纷的。”<sup>〔41〕</sup>笔者搜集了四川南部县档案中113个有明确判词的案件，<sup>〔42〕</sup>其中仅三案的判词能够在《大清律例》中找到明确的依据，此外均未严格依《大清律例》裁断。<sup>〔43〕</sup>从这些案件看，州县在审断纠纷时并未以《大清律例》作为首要的考虑，而常囿于地方习俗和人伦亲情，考虑更多的是律例之外的因素。

首先，清代地方习惯对州县审断有着很强的影响。习惯影响审断的这一基本论断早已为学界公认。<sup>〔44〕</sup>事实上，地方习惯作用的发挥并不局限于律例留白之处，还可以影响州县在律例有明文规范的情况下“违律”而断。南部县案例中，转房类的案件就凸显出地方习惯对州县审断所具有的类似影响和约束。转房即兄弟之间若有身故，则生者可娶兄嫂或弟媳为妻。此习惯在明清时期的川陕两省极盛。对此行为，律例明文禁止，<sup>〔45〕</sup>而南部县衙也多次张贴晓谕严禁转房。<sup>〔46〕</sup>虽然官方反复强调要按律例惩办转房“恶俗”，但在已知南部县知县的审断中，无一例外都以不同

〔41〕 前引〔7〕，黄宗智书，第96、107页。

〔42〕 限于篇幅，这里仅简单列出这一百余案例的档案目录号和案卷号（形式为：目录号—案卷号），分别是：6—352，6—352，6—356，6—359，7—21，7—45，7—101，7—227，7—228，7—840，8—970，9—34，9—35，9—47，9—51，9—64，9—118，9—174，9—194，9—195，9—245，9—248，9—322，9—332，9—340，9—351，9—359，9—368，9—411，9—420，9—432，9—447，9—455，9—505，9—544，9—686，9—616，9—651，9—655，9—660，9—666，9—677，9—683，9—707，9—727，9—751，9—755，9—758，9—760，9—761，9—764，9—765，9—774，9—782，9—787，9—791，9—793，9—861，9—900，9—936，9—945，9—930，11—46，11—31，11—197，11—201，11—885，11—889，12—283，12—288，12—295，12—301，12—929，12—936，12—939，12—944，12—957，12—958，12—963，13—366，13—463，13—971，13—973，13—976，13—979，13—983，14—435，14—440，14—449，14—453，14—869，14—873，15—80，15—144，16—126，16—410，16—954，16—958，17—412，18—132，18—159，18—231，17—581，17—600，17—896，18—27，18—28，18—227，18—229，18—246，18—356，18—1384，20—103，20—106。以下涉及判词的讨论，除特殊注明者外，也都据此一百余有明确判词的案卷。

〔43〕 这三件案件分别是12—939，13—979，16—954，此三案都属于婚姻类。未依律的案件，部分是在《大清律例》中未找到明确依据，主要是田土、钱债类案件；另一部分是明显违反《大清律例》的规定进行的审断，主要是婚姻、继承类案件。

〔44〕 对于习惯及习惯法的研究，参见谢晖主编：《民间法》，山东人民出版社2001—2008年刊。

〔45〕 这在《大清律例》中定为“亲属相奸”，犯者处重至绞刑的处罚。

〔46〕 如光绪九年，南部县衙就曾明示严禁转房，见《为具稟请示禁同姓名为婚以正伦常事》，光绪九年，目录号8，案卷号832，南部县正堂清全宗档案；光绪十三年，四川省总督和按察使亦曾札开省内各属禁止“转房”习俗，目录号9，案卷号952；宣统元年，南部县知县再次晓谕民间，强调转房恶俗是要办死罪的。宣统元年，目录号20，案卷号1007。

方式违背了律例和自己的文告，对转房案件进行了从轻处理。<sup>〔47〕</sup>

案例一：张杨氏曾抱夫家胞侄张安孝承嗣，并为其娶妻王氏。后张安孝亡故，张杨氏再抱张安孝的堂兄张安平承嗣，继与王氏婚配。光绪二十一年四月南部县知县堂谕结案：“张杨氏既抱张安平承嗣，不应与伊寡媳王氏成配。况张安平兄霸弟妇，实属乱伦颠配，大干例禁，即予笞责，以儆其非”。而张家各亲属，“不惟不劝阻，胆敢从中作媒，于例不合”，“本应照律究办，姑念乡愚无知，均免深究”。实际处理不过取消张安平的抱养资格，让张杨氏“另选昭穆相应之人承嗣”，而“王氏听其另嫁，免生事端”。<sup>〔48〕</sup>

案例二：马应龙儿子身故，留妻李氏，同族堂侄马维刚凭媒说娶李氏为婚。经知县审断，判道：“同族转房，卖者买者均应有罪。姑念乡愚无知，飭令马维刚仍照中议，敷补应龙老衣钱四串。余概免究，各结完案。”<sup>〔49〕</sup>

上述两案若要依律而断，当事人都要判处重至极刑的惩罚，但州县往往以“姑念乡愚无知”的理由，给予较轻的笞责处罚，显然违反了律例的规定。如果从司法的角度看，不严格适用法律的州县是不合格的法官，甚至破坏了国家法律的统一性。但若将案件的审断作为其治理地方事务的一个部分，州县就要考虑到审断结果在当地百姓中的可接受性。国法高高在上，习惯却近在身边；律例对基层社会的影响并不确定，习惯却常存于百姓之中。州县的“父母官”定位，使其主动选择违律而断，在一定程度上等于默认了已深植于老百姓生活中的习俗。

其次，同样因为“父母官”的定位，从轻处断的关怀往往充斥在州县审断过程之中。南部县档案的判词中，经常出现“例应分别责惩枷号，姑从宽免”；<sup>〔50〕</sup>“姑着从宽……亦着从宽不办”；<sup>〔51〕</sup>“本应照例究办，姑念乡愚，宽免深究”；<sup>〔52〕</sup>“姑念愚妇无知，免其深究”<sup>〔53〕</sup>等语。以上仅举数例，根据南部县档案中一百余个有明确判词的案件看，使用频率最高的就是本应、姑念、免究、宽免这样一些法外施恩的语言。

从现代司法角度看，州县在判词中大量使用这类语言，是法官的个人感情因素影响到法律的适用；但作为一县子民的父母官，其慈母严父、德主刑辅的角色正要通过个案的审理来体现。由于处理的是地方政务，几乎在所有不涉及“重情”的判词中，州县都表现出其爱民、怜民、宽民的态度；虽对两造处以刑罚，但仍心存悲悯教化之意。“本应依律”之说，显示出律例更多成为州县说服告诉人接受审断结果的工具，故律例常常是选择性地出现于审断之中。与其说审断是为了适用律例，不如说是为了结审断而援引律例。

第三，在某些案件中，当事人虽未触犯律例，州县可能会因为其行为不符合礼法而从重处理。如陈黄氏改嫁后夫死再行改嫁一案。改嫁本为律例所不禁，但南部知县在审断时，却认为陈黄氏“年逾六旬有余，夫故再醮，实为不顾名义已极”，“着将陈黄氏荆责示惩”，并命“以后陈黄氏不准再行妄滋事端。”<sup>〔54〕</sup>判词中州县对其行为的厌恶显而易见，原因不在于其行为违背了律例，而在于其行为已经冲击到了州县认知中的社会道德底线。

〔47〕 有学者考察，南部县自道光二年至光绪三十四年的二十一宗涉及转房的案件均未依律而断。参见赵妮妮：《晚清知县对婚姻讼案之审断——晚清四川南部县档案与〈樊山政书〉的互考》，《中国法学》2007年第6期。

〔48〕 《为具诉杨通金等套娶遗媳藉摠伙诬事》，光绪二十一年，目录号12，档案号963，南部县正堂清全宗档案。

〔49〕 《为差唤马应龙具告马维刚等霸配子媳行凶案内人证赴县候讯事》，光绪二十五年，目录号15，档案号144，南部县正堂清全宗档案。

〔50〕 《为问询陈文星具告陈玉俸等串生妻事》，咸丰四年，目录号5，案卷号154，南部县正堂清全宗档案。

〔51〕 《为具告赵治邦等纠众凶殴特横叠摠事》，宣统元年，目录号20，案卷号991，南部县正堂清全宗档案。

〔52〕 《为具诉杨通金等套娶遗媳藉摠伙诬事》，光绪二十一年，目录号12，案卷号936，南部县正堂清全宗档案。

〔53〕 《为具告李含贵乘死悔送估还井房事》，光绪二十四年，目录号14，案卷号433，南部县正堂清全宗档案。

〔54〕 《为具告侯大友等逼嫁押摠钱文事》，光绪二十五年，目录号14，案卷号453，南部县正堂清全宗档案。

在《大清律例》涉及私人关系的规范中，婚姻类的规范相对详尽，依律而断的压力最大，故此类案件中州县不依律而断就有着更为典型的代表性。而许多民众呈递到官府的案件，并无明确的律例条文与之对应，州县在审理这些案件时也没有明确的律例可以严格依照。对这类案件的处理，占据着州县日常审断工作的主要部分。<sup>[55]</sup>许多在档案中无法找到判词而以批词或其他方式结案的案件，大都属于这种情况。即使在有明确判词的案件中，此类情况也不少见。假如审断本身无律可依，<sup>[56]</sup>则州县对大量的案件未曾依律而断，也应算是一个正确的选择。

樊增祥曾说：“州县终年听讼，其按律例详办之案，至多不过十余起。”<sup>[57]</sup>这话已为多人引用。樊氏长期担任州县官员，既是当事人，也是观察者，其本人经验和观察虽未必精确，大体上仍可表明“按律例详办之案”不多（通常属“重情”者就不能疏离于律例条文太远）。当然，即使对于执行政务者而言，审断也不能不依律，但依法审断不是州县的第一考虑。同时，告状者和百姓的诉求目标原也不一定在此。

## 五、伸冤而非维权的社会诉求与审断的针对性

清代社会乃至中国古代社会并非所谓法治的社会，律例自然也未必构成人们日常的行为准则。而且，律例不纳入科考内容，一些为官的读书人也只能依靠刑名佐杂处理案件。官员既不一定依律审断，一般老百姓更未必依法生活——他们的日常生活中恐怕没有多少所谓的“法律意识”。

传统中国社会不特别强调法在治理中的作用，很多时候也不像现代社会那样主张“普及”法律知识。从孔子说出“听讼，吾犹人也，必也使无讼乎”以来，以“无讼”为目标的儒家，向来不那么强调法条的存在。<sup>[58]</sup>章太炎曾指出，上古涉“刑”条文号称数千条，“当时必著简册，然孔子不编入六经，至今无只字之遗。”他显然观察到孔子是有意淡化法律条文的存在。

其实不止孔子，类似观念其他人也有。春秋时郑国大臣子产将法律条文铸在金属器上向社会公布，史称“铸刑书”。晋国的叔向写信给子产说：“先王议事以制，不为刑辟，惧民之有争心也。”按照叔向的想法，法律不能没有，但更成功的是让一般人忘掉法律的存在。有成法而不公布，即不强调其存在，是不希望助长一般人的“争心”。<sup>[59]</sup>晚清律法专家沈家本注意到，《路史》论神农氏之治，以为治民不能弃法，“法诚立矣，然刑罚不施于人而俗善。是神农时非无制令，特设而不用耳。”<sup>[60]</sup>《路史》是晚出之书，但其所说法条基本“设而不用”，大致符合上述先秦的基本精神。

直到民国初年，近代引入西学最力的严复还认为，通晓律法是法官和律师的事，一般“编户齐民，固不必深谙科律。使得舞文相通，或缘法作奸，以为利己损人之事。”那些“风俗敦庞之国，其民以离法甚远之故，于法律每不分明”，若老百姓成了“锥刀堂争之民，其国恒难治，其民德亦必不厚。”<sup>[61]</sup>民众法律知识多了就可能“缘法作奸”，与前引礼部认为科举考律例可能使

[55] 学界对基层社会纠纷的既往研究中，多强调绅首邻保等社会力量的调处功能，以及百姓多厌讼而不愿赴衙告状。但南部县档案却反映出，清代基层社会的民众常因琐细纠纷而诉诸衙门。详情参见里赞：《晚清州县审断中的“社会”：基于南部县档案的考察》，《社会科学研究》2008年第5期。

[56] 清律乃至中国传统法典律例多采取对违法事例逐一罗列的方式，按照对各种情况的“行为—处罚”形式进行规定，而不像西方法律那样给出原则性的概括规定。法律规则是有限的，而社会生活则总是超越立法预期的，发生于百姓日常生活中大量鸡毛蒜皮的琐细纠纷无法纳入律例之中，是导致此种“无律可依”状况的原因之一。

[57] 《樊山政书·批拣选知县马象雍等禀》卷20，第43页。

[58] 语出《论语·颜渊》，而《大戴礼记·礼察》申论这一“无讼”意旨颇详。

[59] 《左传·昭公六年》

[60] 沈家本：《历代刑法考》律令一，黄帝李法条。

[61] 严复：《“民可使由之不可使知之”讲义》（1913年），载王栻主编：《严复集》第2册，中华书局1986年版，第326页以下。

一些读书人“因缘为奸”，同是一个思路；基本仍是在复述叔向的立意，也可见类似观念在中国社会的确是源远流长。

正因此，老百姓不知律法成为相对普遍而持续的现象。清代顺治、康熙间的郑端在论及民间实际存在的“兄收弟妻，弟收兄嫂”等转房习俗时说，这类行为“于法合死，愚民皆不知也”。论其根源，乃是“上无教化，则下无闻”。不知者不宜罪，故当“先将律法遍晓愚民，有改正离异者，免究；勿听诘告之言，轻成大狱”。〔62〕

针对百姓对律法的无知，另一取向是通过宣示律令来达到“息讼”的目的。如雍正帝为《大清律》所作序文即说：“先王立法定制，将以明示朝野，俾官习之而能断，民知之而不犯。”他强调，不仅在位之官对《大清律》要“精思熟习”，就是那些候补官员也当“讲明有素，则临民治事，不假手幕客胥吏而判决有余。”同时，各州县还要仿《周礼》读法之制，“时为解说，令父老子弟递相告戒，知畏法而重自爱。”如此则“听断明于上，牒讼息于下，风俗可正，礼让可兴”，最终达到“息争化俗”而使刑罚搁置不用的目的。〔63〕

与叔向之言比较，这段话显然是有反其道而行之的意思。但雍正帝如此强调读律的必要性，恰表明当时在位和候补的官员对修习《大清律》尚未形成习惯；要让这样的地方官对民众“时为解说”，显然更困难。前述南部县衙多次张贴晓谕严禁转房，或许就是贯彻这一精神的有意努力。但对于识字不多的百姓来说，晓谕的作用恐怕有限。实际情形远没有达到“民知之而不犯”的程度，所以才有上文所述那样多对转房的从轻处理。

有意思的是，南部知县史九龙也曾以晓谕的形式劝导民众息讼，并以刑罚相威胁。他说，很多诉讼都是因“讼师教唆”而起，最后导致“废业失时，甚至倾家破产”。他要县属民众知悉：“健讼法所必惩，诬告律应加等。如人直而我曲，亦可凭情理论；切勿听唆妄告，卒致身蹈刑章。倘再执迷不悟，一经查访得实，如轻事告诬，笞杖立加；重事审虚，反坐即至。”〔64〕

史九龙的晓谕表明当时的老百姓并不了解“健讼法所必惩，诬告律应加等”，与前述“愚民”不知转房“于法合死”是同类现象。在这样的社会背景下，告状者本身具有多少“法律知识”虽然很难判断，但其对律例并不熟悉是可以肯定的。很多时候，诉讼的产生恐怕不一定是因为被告方违法，而可能是因为其违背了作为常规的社会伦理；而告诉一方也多是感觉自己受到不公正的对待，希望通过官府来评理。简言之，告状者主要是想要“伸冤”，而不是“维权”；社会对官府的期待亦同。

因此，州县在实际审断中并不严格依律而断，也是由当时的社会特点决定的。当社会并非“依法”运行的情况下，人们对律例一类的法条就不会有普遍性的认知，律例也就难以成为人们日常生活的行为准则。在清代，人们的生活和行为往往建立在一种约束自我和他人的道德与习俗的共识之上，而不是以表现为律例规则的合法性作为标准。当老百姓对官府的诉求并不是“依法维护合法权利”而是“讲理”时，与之对应的州县审断也就不可能仅靠引用律例来达到平息双方争执的目的，作为“父母官”的州县始终要考虑地方社会的反响。〔65〕

通过诉讼两造以及相关人的词状考察州县诉讼中涉案人员的诉求，并投射到更为广泛的民间

〔62〕 郑端：《政学录》，转引自前引〔2〕，瞿同祖书，第106页。

〔63〕 《大清律例》序。

〔64〕 《史久龙颁布晓谕》，目录号18，案卷号311，南部县正堂清全宗档案。

〔65〕 寺田浩明已经注意到：“所谓听讼，被理解为就是受理为冤抑所苦的民众之诉、惩治欺压良善之辈、为民申冤，从而实现社会中‘向隅之人’的理想作业。”其间“作为诉讼之直接主题而提出的，与其说是自己利益的正当性，不如说是着重于对方的不当行为或蛮横无理的态度”。故“实际上左右着审判结果的判断妥当与否的基准，在多数情况下也同样是从事人所在的社会中汲取而来的”。见寺田浩明：《关于清代的民事法》，载《学人》第15辑，江苏文艺出版社2000年版，第14页。

老百姓对州县审断的态度，对于认识和解释州县在审断中“断不一定依律”是有重要意义的。在南部县档案中，诉讼的缘起多由于受到恶人欺辱、被逼无奈，或希图摆脱麻烦，或了断羁绊。即便是有所谓契约者，也多未以约为据诉诸官府。出于情理或习惯考虑者居多，基于“维权”而诉诸官府者，则尚未发现。

例如刘绍芳告刘成业一案。刘绍芳在告状中陈述：“民与堂侄刘成业分居同院，伊屡恃强生事搯害，动辄逆凶，民均忍待。”后刘成业欲强卖刘绍芳房屋一间未果，又因强向刘绍芳借钱，竟“抓民发辫行凶，无端叫骂”。刘绍芳试图以“相邀讲理”的方式私了，但刘成业“抗不拢场”。其“情实横逆，大干伦纪。为此赴案，首唤究刁。”〔66〕刘绍芳强调他对堂侄的行为一向容忍，且也曾尝试以讲理方式了结；而被告作为晚辈竟然叫骂行凶又拒绝调解，“情实横逆，大干伦纪”。事情的背后当然是钱财方面的纠葛，若从因律诉讼的角度看，这才是诉讼的核心。但刘绍芳在词状中并未从这方面要求按律维权，反特别强调被告一方的行为“大干伦纪”，要求知县“究刁”。

类似的情形在相当多的案例中有所表现。如欧阳泽全告欧阳春一案及林何氏告张应喜、何树海一案，均表述出类似的诉求。〔67〕告诉人如此，被告或相关涉案人的诉状、禀状和恳状也都基本不涉及是否违反律例规定等问题，也无维护合法权益的辩护诉求。如在何朝宗禀张应开等一案中，何朝宗提出的是：若“由伊一面之语狡朦勒买，民心何甘”？〔68〕又如在邓均受、邓正绣告邓正万一案中，邓正万的恳状一方面强调对方“连年逞刁，借端叠索，寻衅不休”，同时提出愿将涉争议的钱财“充入书院”添补膏火，以“脱祸息讼”。〔69〕后一举措在当年并不少见，一则可增强自身的正当性，也不排除意图据此影响州县的判决。〔70〕

这样一种实际的生活状态反映在州县诉讼中，即当事人对纠纷的告诉，不一定是因为被告方“违律”，而更可能是因为其违背了作为常规的社会伦理，需要到官府“讨一个说法”。换言之，纠纷不一定因“法”（律）而起，告状者所寻求的也就未必是依“法”（律）而断。因此，州县对纠纷的审断，一般不依据诉讼当事人既不熟悉也不能完全理解的律例，而更多依靠大家都懂的“道理”来说服当事人。在公开堂断的情形下，即便州县考虑到援引律例，也未必将具体的律例条文作为审断依据在判词中反映出来，而是换成老百姓可以理解的变通表达方式来得当事人认同。

晚清州县不严格依律审断不仅是对两造诉求的回应，而且也与州县政绩考核相关。地方社会的稳定状况是上司考察州县任职的重要因素。以彼时之眼光，地方稳定的标准之一就是“无讼”，则“息讼”自然是州县努力的一个重要方向。既然解决纠纷是在处理地方政务，州县对案件的审断必然要考虑到审断结果不仅要让两造接受，更要为其所辖地方的民意接受。基层民众通晓律例者不多，“通情达理”者不少。不论从当时的社会诉求看，还是从堂断的效果看，州县似无需严格“依律而断”；若真严格依律，恐怕效果还不一定好。由于地方民意也可能影响到州县的升迁，为了地方安宁，也为自己的仕途考虑，州县处理纠纷时，严格诉诸律例并非其首要的选择，“动之以情、晓之以理”反而成为审断的常态。

〔66〕《刘绍芳告堂侄刘成业逞凶案》，光绪三年，目录号7，案卷号290，南部县正堂清全宗档案。

〔67〕欧阳泽全告欧阳春一案见《为衿刁骗叩搯勘唤究事》，光绪十九年，目录号11，案卷号617；林何氏告张应喜、何树海一案见《为套保欺撤叩唤究追事》，光绪二十二年，目录号11，案卷号810，均南部县正堂清全宗档案。

〔68〕《为下情申明恳添调究事》，光绪二十年，目录号11，案卷号671，南部县正堂清全宗档案。

〔69〕《为借当叠搯愿充脱祸事》，光绪二年，目录号7，案卷号217，南部县正堂清全宗档案。

〔70〕如王浦氏告王廷喜一案中，告状方王浦氏因为疲于应付，主动提出愿将涉案钱财“充入书院，以作膏火”。知县即顺水推舟，批“如恳准”。见《为愿施杜患恩赏准》，光绪二年，目录号7，案卷号215，南部县正堂清全宗档案。

## 六、传统社会中的法与清代州县审断

本文想要呈现的清代州县审断的图景是：州县在审断中秉持着解决纠纷的目的，将两造的告诉当作自己实现一方之治的政务进行处理。在这个处理的过程中，州县不会拘泥于制度规则，而是灵活掌握审断程序，综合运用情、理、律来了结纠纷。四川的一个县不能代表全国，具体时空之中的州县审断会更加多样化，不仅体现审断者主观的灵活性，也受到其个人出身和周围环境等各种因素的影响，甚至不排除例外个案的存在。但可以肯定，这一州县审断过程的本质不是现代三权分立下的司法行为，而是全权父母官处理政务的一部分。<sup>〔71〕</sup>

因此，州县审断的过程不同于现代法官的审案，后者是一个明确的司法过程，而前者更多是一个政务过程。由于州县的全权职责在于维护地方社会稳定，这就决定了其关怀所在是采取任何可能的方式达成讼争的平息，而不是现代职业法官考虑的法律条文适用与否。州县在审断中会选择其认为最便捷的方式了结纠纷，从而维护地方社会的安宁。只有当适用律例有利于纠纷解决的时候，州县才会依照律例办理，否则就以其他方式解决纠纷。

在中国古代著名的曹刿论战故事中，鲁庄公关于鲁国可以一战的理由就包括“听狱虽不能察，必以情断之”。<sup>〔72〕</sup>可知以情断狱有着悠久的历史，但这也并不意味着不依法。今日所谓法的概念，在中国传统社会里包含了多层次的意义，而非单指狭义的律例条文。<sup>〔73〕</sup>在较宽泛的意义上，可以说情也是法，理也是法。故依律例也好，依情理也罢，都符合清代对纠纷裁断的制度规则，三者皆为“法的渊源”，不存在依律就合法，而依情理就不合法的问题。在多元的中国法传统下，律例也不可能具有现代法律所具有的规范社会的强大功能。

在晚清以至民初公文中，“于……之中，已含……之意”是很常见的用语，基本都是严中含宽一类意思。这表明很多规则本身，在确立时就带有通融的一面，这也给执行者预留了灵活的地步。强调程序公正是后出的现代司法概念，中国传统所提倡的，恰是给规则的执行者以荣誉和公心来调整规则，并承担调整的责任，以最大限度地实现制定规则的目的。

正是在这样的思路下，樊增祥等人才会在给他人示范的案例中，多选那些判决并不严格依律的案子。樊氏曾说：“大抵审判之事，一要天分，二要学问，三要阅历，四要存心公恕，不贪不酷不偏，然后可为折狱之良吏。”值得注意的是，通晓律例并不在其中。在他看来，若没有这些因素，则虽为“治律专家”也可能任官而“不了一案”。<sup>〔74〕</sup>樊增祥的看法，特别鲜明地体现了州县审判侧重“通乎法外之意”的倾向性。

若以当下的司法原则而言，未严格依律的判词当然是不合法的。但在清代的图景中和州县的知识背景之下，正是这种不严格依律的审断过程，在某种程度上才体现出了州县的真正角色含义。对案件的审理仅仅是州县全权职能之一，州县对案件的审断不过是为其实现地方治理中明德慎刑和维护礼教秩序的一个方面甚或一个手段而已。州县在案件中所表现出来的貌似“法官”的

〔71〕 苏力和赵晓力等人的研究表明，即便在历经巨大社会变革的当下中国基层社会，法律行动依然受到地方文化的某种抵触，因而在地方社会的纠纷解决之中，基层司法甚至表现出了某些“反司法”的特点。参见苏力：《送法下乡》，中国政法大学出版社2000年版；赵晓力：《基层社会的反司法理论？——评苏力〈送法下乡〉》，《社会学研究》2005年第2期。

〔72〕 《国语·鲁语上》。《左传·庄公十年》的记载是：“小大之狱，虽不能察，必以情。”

〔73〕 寺田浩明在新近的研究中，将传统中国特别是清代的“非规则型法”，进而说明了在没有立法和法的作用分化的情形下，传统中国的审判制度如何获得社会性的正当性的。参见寺田浩明：《“非规则型法”之概念——以清代中国法为素材》，载《法制史研究》，2007年卷，第81页以下。

〔74〕 《樊山政书·批拣选知县马象雍等禀》，宣统庚戌刊本卷20。

角色，其实也不过仅仅是其全权父母官角色的一个侧面。

需要指出的是，县衙档案所记录的纠纷不可能是对整个时代社会诉讼总量的完整概括，加之已有档案已经明显的表明，社会力量对记录在案的纠纷的解决发挥了重要作用。因此，仅凭有限的档案材料和州县的审断记录来发现清代基层社会的完整面貌，并据以得出中国传统法的类型的归纳，应该是十分困难的。从这个意义上讲，套用滋贺秀三的话，州县审断只是解决社会纠纷那“大海上时而可见的飘浮的冰山”，<sup>〔75〕</sup>而依律审断的情况最多不过是这座冰山的一角。

在思考州县审断的相关问题时，当然要参考从西方传入的现代法学的概念和法理，但研究者自身需要明确的是，这些概念和法理虽有助于思考和认识晚清州县审断，它们却并不存在于晚清州县审断的进程之中，当时的州县官也不会从这类视角思考和处理问题。只有回到州县审断是政务而非司法的原初语境，才能真正体会到其中的是非、优劣与得失。

---

**Abstract:** The purpose of this paper is to argue that the adjudication of Qing magistrates is administrative rather than judicial in nature on the basis of well-preserved archives of south county of Sichuan Province in the Qing Dynasty, to reveal the possible theoretical misunderstandings resulted from west-centralist tendency prevailing in the research on lawsuits in Qing counties and even on Chinese traditional legal history, and to give new interpretations on related theoretical controversies by seeking to dismiss preconceived theoretical assumptions and ponder on historical facts in real historical situations.

To take the county-level adjudication in Qing Dynasty as justice and isolate it from county governance affairs stems from the preconceived assumption of separation of powers and is considerably inconsistent with the real situation in the Qing Dynasty. In traditional Chinese societies including Qing Dynasty, there had neither the structure of state power in the modern western sense nor the modern legal system. A county magistrate appears to be a “shepherd” of the people in the county, and adjudication is merely an aspect of his powers or duties. A County Yamen is not equivalent to the court in the modern sense, while a county magistrate is not equivalent to a judge either. These are not only formal differences in titles or terminologies, but could be substantial in the personal background, knowledge background and value preference. And the non-law-ruled nature of traditional societies means that what is needed by the societies is to complain the wrongs rather than to defend the rights. Therefore, a county magistrate, for the purpose of settling disputes, would regard the disputes settlement between the involved parties as work of the governance of the county. In this process, a county magistrate would make a flexible use of procedures and rules instead of sticking to them strictly, and the settlements of the disputes are the comprehensive application of commonsense, conscience and legal rules.

Sichuan's situation may not represent that of the whole country, and the adjudication in particular time or places would be more varied, and even existing some *ad hoc* cases. Nevertheless, it is certain that a magistrate's adjudication is rather part of the governance of the “plenipotentiary shepherd” than justice in nature under the doctrine of separation of powers.

**Key Words:** county-level adjudication, justice, administration, legal history in Qing Dynasty

---

〔75〕 前引〔6〕，滋贺秀三文。