

习惯(俗)的确认与生成:从诉讼档案到历史人类学

杜正贞

(浙江大学 历史系,杭州 310028)

摘要: 诉讼档案记录了人们在具体的社会经济活动和司法实践中对习惯(俗)的定义、争论和利用。历史人类学的研究,将这些记录所展现的、不同人的观念和行为放回到具体的历史情境和长期历史过程中,揭示出不论是作为行为存在的个人习惯,还是被文字、语言确认的社会习俗,都是历史过程的产物,它们在实践中不断被选择、解释、修改,这个过程充满了权力和资源的竞争。诉讼档案研究中的“习惯(俗)”,也就因此成为沟通法律史料与历史人类学研究的核心概念。

关键词: 习惯;习俗;诉讼档案;历史人类学

中图分类号: C 912.4 **文献标识码:** A **文章编号:** 1000-5919(2018)05-0141-09

近十年来,我因处理一批民国年间的地方诉讼档案,开始学习法律史。在法律史中,“习惯法”是一个经典的问题^①,即法律作为一种特殊的规则系统,与没有经过国家确认、没有法典化的各种社会规则、习惯、习俗之间的关系究竟如何?应该如何?^②因为中国传统法律的性质以及它们在户婚田土和商业等方面的条款相对简陋,这个问题尤其受到学者的重视,滋贺秀三、寺田浩明、梁治平、黄宗智等学者围绕清代法律和诉讼的研究、争论,奠定了中国古代习惯法研究领域的基本

理论框架。^③到了近代中国法律史的研究中,习惯法又成为讨论西法移植、民事习惯调查和民法制定等问题时的重要概念。^④而地方诉讼档案因为记录了大量习惯(俗)与法律在诉讼实践中的遭遇和交锋,成为讨论上述问题的一手资料。

但如果我们稍稍离开法律史的领域,将考察的直接对象从“法”转向“人”,诉讼档案就不仅是“法”与“习惯”关系的记录,而成为包含了社会经济关系、人的行为、观念和表达的综合性史料。法官、两造当事人、涉事人之间的对话,围绕着他们

收稿日期: 2018-04-10

作者简介: 杜正贞,女,浙江省遂昌县人,浙江大学历史系副教授。

① 论及习惯、习俗这两个概念时,心理学一般将“习惯”作为个人后天养成的一种在一定情况下自动去进行某种动作的特殊倾向;在社会学和经济学中,这两个词语有时是通用的,在区分这两个概念时,一般将习惯作为个人的重复行为,而将习俗作为社会群体的重复行为,如康芒斯认为的“它是引起个人习惯的社会习惯”(《制度经济学》,北京:华夏出版社2013年版,第42页);“习惯法”概念中的“习惯”则相当于社会习惯,即习俗。本文主要讨论社会习惯,即习俗,在文中,这两个词语通用。在涉及个人习惯时,就用“个人习惯”作为区分。

② 习惯法的界定有很多种,在本文中取国内学界通常认为的,即以是否具有国家意志作为习惯法与法的分界。

③ 滋贺秀三著,张建国、李力译:《中国家法原理》,北京:法律出版社2003年版;寺田浩明著,王亚新译:《权利与冤抑:寺田浩明中国法史论集》,北京:清华大学出版社2012年版;王亚新等编:《明清时期的民事审判与民间契约》,北京:法律出版社1998年版;黄宗智:《法典、习俗与司法实践:清代与民国的比较》,上海:上海书店出版社2003年版;梁治平:《清代习惯法:国家与社会》,北京:中国政法大学出版社1996年版;等等。

④ 俞江:《民事习惯调查与中国民法典编纂》,《中国法学文档》第1卷,北京:法律出版社2005年版;苗鸣宇:《民事习惯与民法典的互动——近代民事习惯调查研究》,北京:中国人民公安大学出版社2008年版;刘昕杰:《民法典如何实现:民国新繁县司法实践中的权利与习惯(1935—1949)》,北京:中国政法大学出版社2011年版;高其才:《民法典编纂与民事习惯研究》,北京:中国政法大学出版社2017年版;李启成:《外来规则与固有习惯:祭田法制的近代转型》,北京:北京大学出版社2014年版;等等。

对于习惯(俗)和法律的认知、诠释和利用展开。理解这些诉讼中的对话,超越了狭义法律史的范畴,它不仅涉及“习惯法”“法律移植”等问题,同时也涉及心理学、社会学、人类学、经济学等诸多学科对“习惯”“习俗”的讨论。^① 概括来说,这些讨论涉及个人习惯的生成机制、社会习惯习俗的形成和变化,社会规则的分类体系、人们对习俗有策略的、选择性的实践等等。当我们再将上述学科的讨论,放回到具体的历史情境和历史过程中的时候,诉讼档案中各方围绕习惯(俗)和法的争论背后,往往就包含着一个社会经济结构、观念和语言的变迁史。诉讼档案研究中的“习惯(俗)”,也就因此成为沟通法律史料与社会史或历史人类学研究的核心概念。

一、诉讼实践中的习惯认定

1925年4月17日,一名叫作蔡炳成的人向浙江龙泉县公署呈递了一张民事诉状。^② 蔡的祖父在清光绪年间从李姓人手里买得一处山场。1916年,李姓又向蔡炳成领垦其间的一处荒坪。现在,蔡炳成告李姓“噬租吞垦”;李姓则以蔡炳成“截契措赎”等情辩诉。

该案的关键是一张光绪年间的卖山契。这张契约的抄件由原告蔡炳成随状上呈。蔡姓强调,该契约在清代即已经契税,真实有效。^③ 李姓被告则称,当年的契约并非“杜卖”而是“杜当”,蔡炳成出具的山契末尾本有一行准赎批字,“契内书明,仲资钱六百文。契尾批载:递年冬成,交纳白米二石,与蔡边为利。不论年月远近,李边办得

原价仲资取赎,蔡边不得执留等字”。至1925年间,李姓备价回赎,问蔡家捡寻契约,却发现契尾批载一段文字完全截毁。为了证明这张契的确是截去加批的杜当契,被告提出两项理由,一是要求传讯当年的立契人;二是该契虽然契尾批载被截去,但留有“仲资钱六百文”的字样,而活业取赎才加批仲资,这是龙泉地方的“书契习惯”。^④

这里牵涉至少两项当地的契约习惯问题。首先,在事实为活卖的情况下,是否习惯以杜绝清契加批回赎的方式立契?其次,是否“活业取赎加批仲资”,杜绝清契则不必写明仲资?

1926年1月20日龙泉县的判决并没有采信被告的辩诉,而倾向于取信契约的书面意思,由于契约订立年代已经超过《清理不动产典当办法》中的典当期限不过十年的规定,所以龙泉县的判决对“活业取赎加批仲资”的习惯,也并没有注意。

李姓上诉至浙江永嘉地方法院。永嘉地方法院致函龙泉县署,要求调查“活业取赎加批仲资”是否确为龙泉习惯。^⑤ 龙泉县县长随即命令验契处主任进行调查和回复。验契主任的回复非常含混:

职处素日所收各种新旧典买契据,于中资一项均有批载,不尽限于沽契一种。然此种批载亦非每契所必备,大约不过居十之一二而已。……盖中资字样于验契及税契上均属风马无关。是以职于呈验各契就中资一项,不甚注重。究竟有无前项习惯,似非周咨博访,询诸土著耆民,采集地方舆论,则事难贯彻。^⑥

① W. James 原著,唐钺译述:《论习惯》,上海:商务印书馆1944年版;康芒斯:《制度经济学》,第2章第3节,“习俗”,北京:华夏出版社2013年版;弗里德里希·冯·哈耶克著,邓正来等译:《法律、立法与自由》第一卷,《规则与秩序》,北京:中国大百科全书出版社2000年版;韦森:《习俗的本质与生发机制探源》,《中国社会科学》2000年第5期;张镛:《论习惯与法律——两种规则体系及其关系研究》,南京:南京师范大学出版社2008年版。

② “民国十四年蔡炳成等与李顺玉等山租纠葛案”,该案收录于《龙泉司法档案选编(第二辑1912—1927)》第38册,第830—974页。

③ 《龙泉民国法院刑档档案卷(1912—1949)》,M003-01-4753,第33—38,41页。收录于《龙泉司法档案选编(第二辑1912—1927)》第38册,第853页。

④ 《龙泉民国法院刑档档案卷(1912—1949)》,M003-01-4753,第10—18,23页。收录于《龙泉司法档案选编(第二辑1912—1927)》第38册,第837—839页。

⑤ 《龙泉民国法院刑档档案卷(1912—1949)》,M003-01-8514,第27—29页。收录于《龙泉司法档案选编(第二辑1912—1927)》第38册,第922—923页。

⑥ 《龙泉民国法院刑档档案卷(1912—1949)》,M003-01-8514,第32—34页。收录于《龙泉司法档案选编(第二辑1912—1927)》第38册,第925—926页。

相反,写契人的供词却明白地说,“龙邑习惯,杜绝卖契,则不书仲资,活契则将仲资载明契内,以便回赎并算”^①。

但龙泉县回复永嘉地方法院的信函,只录取了验契主任报告中的前半段,否认加批中资是活买契独有的特征。写契人的供词则没有被上报。永嘉地方法院于是驳斥了李姓的上诉。李姓再上诉至浙江高等审判厅,浙江高等审判厅废弃原判,发回永嘉地方审判厅更为审判。据1929年六月蔡炳成诉状,永嘉地方审判厅仍判定驳斥李姓上诉。至此,当事人对于活卖加批中资的“习惯”声称,可以说被彻底否决了。

这是一件平常的案件。在诉讼中有很多地方习惯、习俗的申诉。例如,山佃得无偿使用、砍伐、贩卖山上杂柴;“垫本客货,换客不换行”;白契管业等等;常常被称为“本地习惯”或“本邑惯例”。但同时,另一方当事人也时常反驳这种对习惯的声称。不论是在明清还是在民国,法官对“习惯”或“习俗”都不能轻易地置之不理。但是就像上述案例显示的那样,当“习惯”出现在诉讼场合时,法官不仅面临国家法与“习惯”之间的矛盾和争议,更为棘手的问题常常是“习惯”本身的认定。地方社会并没有一套确认“习惯”的正式机制。尽管在晚清和民国有过几次为立法而进行的民事习惯调查,但得到立法或被大理院、最高法院确认的习惯仍然只是很小的一部分。而且由于习俗、习惯的地方性特点,民事诉讼中的“习惯”仍然需要个别认定。

法学家和法律史学者在论述作为法源的“习惯”和“习惯法”时,无一不强调所谓习惯的“反复性”和“确信性”。^②但是,在诉讼中,就像上述案

例表现的那样,习惯的确定性常常充满争议。E. P. 汤普森在解说英国的“习惯”时甚至说:

在18世纪,习惯几乎是对任何权利的要求、使用和实施的合法性的辩解之辞。从此,未编成法典的,甚至编成法典的习惯处于不断的变动中。“传统”一词使人联想的内容远不是持久不变的,习惯是一个变动的充满争论的领域,是独立的利益提出冲突的要求的竞争场所。^③

寺田浩明分析过中国土地秩序中惯例的形成和民众对惯例的使用,他也说:

清代的民事惯例,无论对于当时地方社会的官员还是民众来说,都不是一种包含着稳定结构的或者客观存在的规范样式。

在清代民事秩序中,官民双方基本上都缺乏使社会规范得以“成文化、制度化”的机制及程序。……结果就是惯例成为一种事实上极易受各种影响而变异,始终在社会空间中漂浮移动而难以把握之物。^④

他和E. P. 汤普森一样,强调“惯例”作为争辩的理由、论据而被灵活使用的一面:“所谓‘惯例’并非以制度化的程序为担保而具有所谓客观性的规范,惯例体现在一个个主体在社会交往中提出或陈述的正当化理由中,也体现为包括种种实力的行驶在内的各种行动的过程和结果总体。”^⑤

在诉讼场合,区分社会经济生活中实际存在的习惯习俗和在纠纷争论中作为“辩解之辞”的习惯,是法官必须考虑的问题。法官启动调查的程序,但整个调查和认定的过程中充斥着话语权的争夺。例如,在上述案例中,是验契主任的报告和县知事带有选择性的汇报,而不是地方人士、契

① 《龙泉民国法院民刑档案卷(1912—1949)》, M003-01-3614, 第5—7页。收录于《龙泉司法档案选编(第二辑1912—1927)》第38册,第930页。

② 如1913年大理院上字第三号判例:“凡习惯法之成立要件有四:(1)有内部要素,即人人有确信以为法之心;(2)有外部要素,即于一定期间内,就同一事项,反复为同一之行为;(3)系法令所未规定之事项;(4)无背于公共之秩序及利益。”郭卫编:《大理院判决例全书》,上字第三号,第29页。胡长清:“习惯云者,即于一定期间内就同一事项,反复同一为之之习俗也。”《中国民法总论》,北京:中国政法大学出版社1997年版,第30页。王伯琦:“习惯为社会一般人关于同一事项反覆继续为同一行为而成立之行为准则。”《民法总论》,台北:台北国立编译馆1977年版,第4页。

③ 爱德华·汤普森(Edward P. Thompson)著,王加丰译:《共有的习惯》,上海:上海人民出版社2002年版,第5页。

④ 寺田浩明:《清代土地法秩序“惯例”的结构》,《权利与冤抑:寺田浩明中国法史论集》,第110页。

⑤ 同上,第104—106页。

约书写人的证词,成为决定地方“习惯”是否得到官方确认的关键。

不论是社会学、人类学还是法学,都强调相较于法律,“习惯”“习俗”无须权威认定、而被大部分人所承认,或者被无意识遵循的“自然”特征。马克斯·韦伯正是在强制性的程度和方式上,区分“习俗”“惯例”和“习惯法”的。他认为,“习俗指的是一种在常规状态下的典型的一贯性活动,因为人们只是‘习惯’于这样做,并始终是不假思索地模仿着做。这是一种集体性的行动方式,没有任何人在任何意义上‘要求’个人保持它的恒定性”。习惯法“其效力在很大程度上就在于一个强制机器会采取行动加以实施,尽管那只是出于共识,而不是因为制定了规范。相反,惯例的特征就是没有任何强制机器,就是说,没有任何——至少是相对明确地划分出来的——一部分人群能够随时持续地采用物理或心理手段承担法律强制这一特殊任务”^①。但是,那些存在于地方社会经济生活中的“习惯”“习俗”,不仅没有强制性的机制,而且也因此处于某种“不确定”的状态,只有当人们需要将它们说出来(或记录下来),关注到它们的时候,它们才获得了确定性。而这种“关注”本身,就是一种权力的作用。一旦被关注,其背后就有一种强制力存在,不论关注是来自于国家机构,还是来自于民间社会或学术界。

二、习俗在民间的确认实践

前一个来自于诉讼档案的例子,呈现了一种所谓的地方习惯,被官方关注,进而被确认或否认的过程。进入到诉讼场合或者被法律关注的习惯或习惯法,当然只是其中极少的部分,习惯更多是在社会中实践,并且在某些情况下被特定的人群关注和确认。

在法律系统之外,习惯的“确认”,不论是经由语言宣示或文字表达,同样是一系列权力操作的结果。对于相当依赖文献史料的历史学研究来说,习惯的成文化,是一个至关重要的时间点和事件。不管记录的作者是谁,记录本身是一种重要

而明确的确认行为。我们也许会想当然地认为,在这些行为没有记述为文字之前,一定早已在这个地方上相当普遍地存在,文字只是将这些客观的存在描述下来,而记录,并不会改变社会上客观存在的事实。但其实并不如此。语言文字本身并不是对行为的简单陈述或记录,在陈述记录中,包含了关注、确认、选择、归类、定型等一系列的动作。

习俗的一种确认方式,来自于士人在史志、笔记中的记录。清代的《龙泉县志》中有一则记载:

寒食节,土著大族家各有祠,祠各有祀产。每岁以次轮收值祭,祭之日,先持牲醴、挂纸钱于墓,继会于祠,男妇毕集燕饮。出嫁之女及婿与甥,皆得与焉,犹有古人萃涣之意。若侨居未久、族单无祠者,仅扫墓挂纸而已(黄续志)。^②

清明时节的墓祭或祠祭,办祭会饮,在不同地区的具体做法可能有差异,但有关记载司空见惯地出现在明清各地方志的风俗、节俗部分,它们看起来是一种地方的“共识”,或者说一种“传统”。共识、传统这一类词汇本身,让我们常常轻视了“习俗”中包含着的权力关系。但是,即使是韦伯这样强调习俗的非强制特性,他也不能不承认,习俗作为一种传统:“凡是传统上沿袭下来的事物,都是终于具备了强制力的事物的重要源泉。”不去适应习俗的人,很容易陷入或大或小的不便和烦恼。^③不遵循这些做法带来的不快或不利,这背后也是某种权力的支配。

例如“办祭”,这个被赞美为“古人萃涣之意”的习俗,其实是饱含着激烈竞争关系的宗族利益分配制度的一部分。循例操办清明节的同族聚餐,甚至成为争夺祭田轮值权利的一种手段。在光绪三十四年(1908)至宣统元年(1909)的一场争祭纠纷中,原被两造互控对方抢贴祭田,被告在辩诉中说:“节届清明,身应照簿办祭,割串完粮,谁知瞿林炎狡串瞿□□措留祭簿,复又教唆自旺抢割粮串。俟身祭无可办,粮无可完。揣其心,莫非于庭讯之日,以身祭未办、粮未完为词,而冒祖

① 马克斯·韦伯:《经济与社会》,上海:上海人民出版社2010年版,第438页。

② 顾国诏等修,张世埏等纂:光绪《龙泉县志》,第749页。

③ 马克斯·韦伯:《经济与社会》,第120—121页。

夺祭,易如反掌矣。”^①“办祭”和“完粮”纳赋一样,两者都是拥有祭田轮值权利的附带义务,但同时又是拥有祭田轮值权利的重要证明。是否出席这样的聚会,也是族人身份的证明。该案被告反诉原告冒认同宗,其中的一项理由就是,以往“递岁三节赴席,未见自旺(即原告)来祠”。^②获得“族人”或“嗣子”的身份,不仅需要立嗣书、族谱、祭簿等证明文件,还需要当事人年复一年的地参与各种有关的“习俗”来证明和维持。

“办祭”和会饮,绝不仅仅只是一种增进族人情感的美俗,操办和参加这项“习俗”都是一种排他性的权利。这类“习俗”的实践是一种权力(利),同时也是一种获得权力(利)的方式。在梁治平的定义中,这类与分配权利、义务功能相关的习惯,就是习惯法;“普通习惯只是生活的常规化,行为的模式化,习惯法则特别关系权利义务的分配,关系彼此冲突之利益的调整。”^③从法学的学理的角度,做这样的区分是合理和严谨的。在社会实践的层面上,乡民们没有习惯和习惯法的概念分别,但他们也关心的哪些做法被确认为俗例?哪些俗例能获得各个层面权力的支持?因为这与他们的权利息息相关。

乡规民约、族规谱例的制定过程中也往往伴随着一些习俗行为的确认。在法学中,它们通常被认为是典型的“习惯法”,主要讨论立法和司法是否以及如何吸纳这些“习惯”等问题。但是回到族规、乡约的形成过程,哪些行为、观念如何选择、确认为族规乡约?并在变成文字的时候固定化、抽象化?再反过来影响到人们的行为实践?这一系列问题,更吸引历史学者的兴趣,并因此考察过族规谱例的制定过程。^④在这些研究中,我特别选择那些被真正被实践的、具有生命力的族规谱例,而不是那些仅仅躺在纸面上的条文。

诉讼档案和族谱都显示,族规谱例中有关继嗣的规则,是最频繁被使用的,也是最频繁被修改的。这些族规谱例的来源,有的是国法,而与国法相违背或在国法中没有明确规定的内容,就会被说成是习俗或旧例。比如,准许异姓承嗣、异姓入谱。但是这些被称为习俗或旧例的条文,显然不是简单地对于一种在地方惯常做法的文字化。例如所谓的“异姓承嗣”,最初是一些家庭养异姓子的行为,在一些地区经历了宗族庶民化之后,被官府、士大夫、日益强大的宗族组织所“关注”,被禁止或被规范、认可,才被定义为一种叫作“异姓承嗣”的“乡俗”或“乡例”。换言之,“习俗”的确认,往往是一部分人对某些行为进行选择、赋予意义或者施以否认和批评的过程,这一过程的发生往往是有其特定的历史背景和利益诉求的。

嘉庆年间平昌俞氏族人重修宗谱,这份新谱和老谱不同,有一册叫作《外篇》。一些人被从老谱里移出来,放到了这册《外篇》里,这些人就是所谓的“异姓子孙”。《外篇规则》里说:

嗣后附外篇者仅与行不与第,聊为别同异,终恐以稗乱苗也。凡遇祠祭,主祭及执事者,推举本族亲派,而异姓子孙勿与焉,亦所以辨正宗之意也。夫此外篇之说,既已一一从俗矣,而异姓助祠,别族亦有此例,夫独不当从俗乎。^⑤

《外篇规则》一方面正式承认了立异姓为嗣,但又通过设立《外篇》和专门针对异姓子嗣的族规,将他们和本姓子嗣区别开来。这套规则和方法被当地人称为“俗”。

这种“俗”,事实上早在雍正年间,已经被当地地方官员注意,并在一起相关诉讼中被认可。《汤溪叶氏族谱》记载了雍正初年的一次异姓承嗣诉讼,根据族谱中保留的雍正元年知县姚公的

① 《龙泉民国法院民刑档案卷(1912—1949)》,M003-01-10516,第18页。收录于《龙泉司法档案选编(第一辑晚清时期)》,第145页。

② 《龙泉民国法院民刑档案卷(1912—1949)》,M003-01-10516,第7页。收录于《龙泉司法档案选编(第一辑晚清时期)》,第142页。

③ 梁治平:《清代习惯法:社会与国家》,第165页。

④ 杜正贞:《民国时期的族规与国法——龙泉司法档案中的季氏修谱案研究》,《浙江大学学报(人文社会科学版)》2014年第1期;《“异姓为嗣”问题中的礼、法、俗——以明清浙南族规修订为例》,《历史研究》2017年第3期。

⑤ 《平昌俞氏宗谱》卷之末,1926,浙江省遂昌县图书馆藏。

一则审语,知县谴责了异姓立嗣的行为,认为这与律例不符,但同时也说:

再查遂邑异姓入继者多,其始皆起于妇人之见,而后遂无可如何,以致大家望族,设立宗谱,遂有内外篇之分。内篇以叙嫡派,异姓入继者列诸外篇,与其助祭,不与其主祀。是尤为非礼之礼,非义之义也云。^①

有趣的是,然而尽管知县的审语承认了相关做法,叶氏宗族在新修谱例中却并没有完全听从知县的建议,而是确立了更为严格的、禁止“异姓为嗣”的原则。新修谱例强制无后族人立嗣,并绝对禁止抱养异姓子为嗣。^②

“习俗”不论是被宗族还是被官府关注、确认或否认的背后,都是某些人或人群的利益诉求和操作。这两个案例再次让我怀疑以“地方共识”作为“习俗”的基本特征的做法。相反,当它们被提及甚至记录的时候,有一半是因为它们受到了某种质疑,需要确认或重申。雍正年间,姚知县说为异姓设立外篇的习俗是“非礼之礼”;叶氏族人却舍弃“习俗”,选择了“礼法”,这些又提醒我们,“俗”的存在和定义都是基于一个更大的社会规则体系,人在社会规则体系中具有选择的能动性,更重要的是,在历史中随着整个社会规则体系的调整,同一种行为到底是“习俗”,还是“礼”“法”,这些也都在经历变化。

三、在社会规则系统中演化的习俗

在晚清法制改革的过程中,法学家沈家本曾经写过一篇文章,叫作《变通异姓为嗣说》。他举出了古往今来立嗣异姓的故事说:“以异姓亲属为嗣者,更难缕指数。此亦风俗之习惯,不能遽禁者也。”^③当沈家本用“风俗之习惯”来为“异姓为嗣”辩护时,背后是“礼法”与“习惯”相对立的观念:“风俗之习惯”是在礼法以外的,而且很多时候它是与法律相违背的存在。他将“禁立异姓子为嗣”作为一条法律,将与律条相反的“立异姓子

为嗣”归为一种“风俗之习惯”,然后将“风俗之习惯”作为新时代法律合法性的来源,以图改革原来“禁立异姓子为嗣”的法律。

在晚清和民初,沈家本的认识和逻辑大概是较为普遍被接受的。普查各地的“习惯”,在此基础上制定民法,是很多法学家的思路。这也成为晚清民初确立“异姓承嗣”的合法性的主要思路。晚清和民国进行了数次的“习惯调查”。^④与沈家本的论述一样,这些调查报告将“异姓承嗣”定义为地方习惯、风俗。^⑤这种定义背后的主张是:这些行为虽然与旧时的法律相违背,但新时代立法的原则不再仅仅是“礼”,习惯、习俗也能够成为法律的渊源。

正是在这个思路下,1911年完成的《大清民律草案》、1925编定的《国民律草案》中的继承条款都有修订。但是《大清民律草案》和《国民律草案》都没有正式执行。而在大理院时期,作为民事审判之依据的《大清现行刑律》民事有效部分,仍然遵循《大清律例》中的诸项条文。大理院判决例三年上字第70九号:

现行律载,凡乞养异姓义子以乱宗族者处罚云云。此项法规为强行法规,不容当事人以意思或习惯擅为变更寻绎。该条文语义至为显著(现行律户役门立嫡子违法条律)。^⑥

也就是说,在1930年之前的法律中,“立异姓子为嗣”仍然是不被认可的。而且该判决例还特别强调不能以“习惯”作为挑战这条法律的理由。直到20世纪20年代末,南京国民政府立法院起草继承法,立法者认为所谓宗祧继承在实践中已名实不符,且违背现代“男女平等”的潮流,1930年底颁布的中华民国民法继承编废止宗祧继承。相应的,有关禁止“异姓承嗣”的法律禁令也就不存在了。在某种程度上,这也使得在立嗣行为上,法与俗的区分不再存在了。

① 《汤溪叶氏族谱》卷末,《审语》。

② 《汤溪叶氏族谱》卷首,《凡例》。

③ 沈家本:《变通异姓为嗣说》,《寄簪文存》卷三,《沈家本全集》,第675页。

④ 俞江:《民事习惯调查与中国民法典编纂》,《中国法学文档》第一卷,北京:法律出版社2005年版。

⑤ 胡旭晟、夏新华、李交发点校:《民事习惯调查报告录》,北京:中国政法大学出版社2000年版,第892页。

⑥ 郭卫编:《大理院判决例全书》,台北:成文出版社有限公司1972年版,第264页。

正当南京国民政府制定新法的时候,龙泉城里的季氏宗族决定再次重修族谱。主持这次修谱的族人中有一位律师,他敏锐地感觉到法律上的巨大变化,对宗族组织和相关族规带来挑战。在经过一番宗族“民主评议”的操作之后,增修谱例12条,其中有6条直接有关继承。与国法删除立嗣规则相反,这个宗族谱例对出继、立嗣等行为进行了更为严格的限制。例如,“本支有余丁方可出继,既出继不得再牵本生。但远隔五等亲者,不许应继。”“独子可得兼祧,但以同父周亲为限,在同祖周亲以上者均不许兼祧。”“抱子入谱,不许轮祭。旧有谱例,承爱子与抱同姓疏属子亦同”等等。^①这些条款在旧有的宗祧继承的框架下,限制立嗣的范围。季氏宗族就用种方法呼应了新民法放弃宗祧继承的改变。在随之而来的相关诉讼中,地方法院也不再对立嗣纠纷进行判决。“立嗣”这种在宋代就有法条规范的行为,此时完全成为民间规约的内容,向地地道道的习俗演化。

如果我们回溯更远的时代,就会发现“立嗣”在最初也并不是法律中的规定,其源头是原来针对贵族的“礼”,并非对一般百姓的要求。这在唐律中仍然有痕迹可寻。直到宋代,与士大夫倡导、发展庶民宗族的过程相配合,庶民立嗣的观念才普及开来,并且在法律中开始出现有关的条款。民国时期,这些规范的分体系再次发生变化:一些原来属于“法”的旧规则,被新的法律所排斥,成为社会中的“俗”;原来在礼法体系之外的“俗”,则被新的法律体系所吸收,成为“法”;新的法律规范也进入到乡村中被人们实践,并由此转化、发明出各种层次的“俗”

我们一直强调,“礼”“法”“俗”共同构成了中国传统社会的规范体系,但是它们的内容,以及同一种行为被归入哪种类别,则在历史上不断变化。“习俗”不仅是一种行为模式,它也是一种“知识”,习俗的历史也是知识的生成、传播、实践和转化的历史。与所有“知识”一样,习俗这种知识的确认也与分类体系的演化有关。

四、习俗的生成和演变 ——历史人类学研究

至目前为止,我的讨论只涉及习惯(俗)历史中一个极短暂的片段,也就是习惯(俗)的确认过程。所谓确认,是指某些行为,在特定的契机之下,被宣称、记录、定义为“习俗”,或者归入“习俗”这个社会规则的特定类别中去。这当然是习惯(俗)历史中关键性的一部,但是,这些习惯(俗)的行为和观念本身何以生成?习俗尚未被确认、记录的阶段,依赖文献的历史学如何研究?如果还存在着大量普通人日常所为,却根本无意识或无须确认的习惯习俗,对于这些极少被确认、记录的行为和观念,历史学又当如何处置?因为,不论是诉讼档案还是族谱、契约,这些都是当事人有意识的表达,特别是涉及权利关系时对规则的有意识表达,因此从根本上说,我还能未能涉及那些习惯(俗)行为本身的生成史,或习惯(俗)的无意识阶段。但年鉴史学和历史人类学的理论,在这方面已有成功的尝试,可作为我们进一步探索的指导。

历史学对于习俗的关注由来已久,很多学者都会上溯至司马迁的《史记》或希罗多德的《历史》中对各地风土人情的记述,但是这些记述在我看来,只是对习俗的确认,他们所做的工作,或者正可以称之为“将无意识的习惯变成有意识的传统”。直到年鉴史学以追求长时段的历史、底层大众的历史为学术理想,历史人类学借助擅长研究无文字社会、无意识表达的人类学的方法和概念,才使历史学得以尝试探讨习俗行为的生成和实践过程。黄向春在《民俗与历史学的人类学化》中梳理年鉴学派、历史人类学与民俗之间的关系,他说:“从某种意义上说,民俗的本质就是一种权力关系的结构化;民俗中的权力很生动地展示了作为老百姓的‘集体无意识’的‘历史’与‘有意识’的‘现在’及合乎逻辑的生存记述或生

^① 《重修季氏宗谱》卷十六,第68—70页。

活艺术的复杂互动关系;最根本性的社会变迁——权力结构的改变,往往不那么具有‘英雄史诗’般的精英意志的性质,而是滋生于民俗并最终完成于民俗、表达于民俗的层面。”^①可以说,“历史人类学”对习俗的研究中,还包含了某种通过习俗发现另一种历史的野心。就像郑振满老师曾经说的,“历史人类学就是要尽可能把历史学关注的那些最基本的问题与民俗(地方性知识、日常生活的规则)联系起来,透过这种联系去解读它的意义”^②。因此,习俗的历史就不只是记录或定义某一时代和地域中的习俗是什么,而是关注在具体的历史情境中,行为模式的生成、传播,以及人们为此所进行的权力运作、策略选择。换言之,习俗的历史,包括人们改造其行为模式,实践,赋予其意义,并将其定义为习俗的目的、行动和后果。

不同的学科对于习俗的生成有不同的解释。马克斯·韦伯强调一种行为的“不断重复”,制度经济学从博弈论的角度讨论习俗的生成变化^③,康芒斯就认为,习俗虽然是一种重复,但是“任何重复都不会与其原有的事物完全一样,任何复制也不会与其同时代的东西完全一致,因此,习俗在相继的时代及同时代总会有变化性”。^④他也指出,习俗的重复、变化都是有意识的。到了布迪厄提及“习性”(habitus)时,他更明确地说:“‘无意识’从来只是对历史本身生产的历史的遗忘。作为身体化的、成为自然的、也因此被遗忘的历史,习性是习性赖以产生的全部过去的有效在场。”^⑤布迪厄引入具有历史感的“实践”概念,对习性或惯习(habitus)在个体行为与社会结构之间相互生成和转化,进行了理论上总结。他说:“惯习,作为一种处于形塑过程中的结构,同时,作为一种已经被形塑了的结构,将实践的感知图式融合进了实践活动和思维活动之中。这些图式,来源于

社会结构通过社会化,即通过个体生成过程,在身体上的体现,而社会结构本身,又来源于一代代人的历史努力,即系统生成。”^⑥由此,在拥有一定时间长度的历史中,习惯的“无意识”和“有意识”是可以获得统一的解释的。那些作为行为模式的、日常的习惯和那些被有意识地确认、记录过的习惯,也是可以在同一个历史的框架里进行研究的。

在这里,我们会想起布罗代尔的《十五至十八世纪的物质文明、经济和资本主义》,就像安德烈·比尔吉埃尔称赞的那样,“布罗代尔并不满足于只列举日常生活的一系列事物,而是指出主要经济平衡机制和交换的流通怎样塑造和改变着人类自然生活和社会生活的演进轨迹,指出人们的行为怎样集中表现于口味。重复性的行为以及为什么某种食品从一个大陆传到另一个大陆,或从一个社会阶级传到另一个社会阶级,改变人们的习惯等等”。^⑦我们还可以提到诺贝特·埃利亚斯的《文明的进程》,他对“礼貌”概念、社交礼仪,和诸如擤鼻涕、吐痰等行为的研究,论证人的行为方式的变化,从冲动、本能、情绪化的行动逐步为经过调控的、自我强制的习惯所代替的过程。他揭示了即便是那些看起来是无意识的习惯,也是规范化的结果。这种规范化,既有来自国家、知识分子精英、资本等力量的强制和诱导,也来自每个在社会群体中生存的个体的自我审查。

这样,从理论到具体的研究,历史学对于习惯的实践和生成演化过程的研究,破解了那种关于习惯是因为人们无意识重复而生成的陈旧见解。雅各布·坦纳在《历史人类学导论》中的一段话,很好地概括了习惯的实践、形成和在时间中的变化:

就连日常的常规习惯,人们也得一再地掌握它们,而且这种掌握永远不会是一种同一的重复,永远

① 黄向春:《民俗与历史学的人类学化》,《民俗研究》2002年第1期,第46页。

② 郑振满:《从民俗研究历史——我对历史人类学的理解》,《明清福建家族组织与社会变迁》,北京:中国人民大学出版社2009年版,第273页。

③ 韦森:《习俗的本质与生发机制探源》,《中国社会科学》2000年第5期。

④ 康芒斯:《制度经济学》,第41页。

⑤ 皮埃尔·布迪厄:《实践感》,南京:译林出版社2003年版,第85—86页。

⑥ 皮埃尔·布迪厄,华康德:《实践与反思——反思社会学导引》,北京:中央编译出版社1998年版,第184页。

⑦ 安德烈·比尔吉埃尔:《历史人类学》,J勒高夫等主编:《新史学》,上海:上海译文出版社1989年版,第239页。

不会是一种精确的翻版,而是表现为“一种游戏”,所以许多阶梯瀑布式的重复就能产生出一种促变涌流,后者根本无须是被行动者意识到的。普通人尽可以认为,一切“都还是完全按老样子做的”;可是科学考察者却从局外认定,随着时间的推移,社会实践发生了鲜明的变化。^①

在历史人类学的视野之下,习俗这种最本地塑造着人的行动和观念的因素,是在历史中被塑造的;人们对习俗的实践即便在某个实践者那里是无意识的行为,它也有一个被有意识塑造的历史过程;而每一个人带着个人能动性的实践,也是塑造和改变习俗的一种力量。

综上所述,习惯(俗)曾经被认为是一种外在方面没有保障的规则,是基于共识而产生的无意识的行为或观念,是一种稳定的、惰性的现象。而历史人类学的研究,揭示出不论是作为行为存在的习惯,还是被文字、语言确认的社会习俗,都是历史过程的产物,在实践中不断被选择、解释、修改,这个过程充满了权力和资源的竞争。这一认识上的变化,是我们今天再来理解“习惯”“习俗”的基本前提。

当然,我们离最终目标,即“在历史主体的无

意识与有意识的复杂互动关系中去揭示社会变迁的动力”,显然还很遥远。目前,历史学不断扩大史料的范围,人类学在解读民间文献、图像、仪式、实物遗存等方面给我们很大帮助。同时,在有意识的历史记录中挖掘那些被作为不言而喻的背景存在的“言外之意”“话外之音”,也是值得努力的一个方向。E. P. 汤普森也曾讨论,历史学家怎样去抓住“社会中当时的人认为完全自然,不言而喻的那些方面,它们常常留下最不完善的历史证据”,他说“发现无言规范的一个方法是经常性地考察非典型性的插曲或情况”。^② 这些非典型性的插曲和情况,既包括叛乱、暴动、战争,也包括村庄里、邻里间的争执和纠纷。对于特殊事件、非常态情形的记录,因此也可以成为探索普通人的、日常的行为、观念历史的材料。从这个角度来看,诉讼档案尽管并非记录日常而是相当特殊的、有目的的文书制作,但仍然是我们研究习惯生成史的重要资料来源。因为它们总是包含着这样一些关键性的时刻,人们正是在危机和纷争的关头,开始回顾、总结和表达那些日用而不觉的习惯和观念。

The Identification and Generation of Habits and Customs: From Lawsuit Archives to Historical Anthropology

Du Zhengzhen

(School of History, Zhejiang University, Hangzhou 310058, China)

Abstract: Lawsuit archives record the definition, debate and manipulation of habits and customs in specific social and economic activities and judicial practice. In the study from historical-anthropological approach, different ideas and actions recorded in these documents are analyzed on the basis of concrete historical situation and long-term historical process. Both personal habits as behavioral existence and social customs identified by spoken and written language are the outcome of historical process. These habits and customs have been repeatedly chosen, interpreted and modified in the historical process which has been filled with competition for power and resources. The “habits and customs” in the study of lawsuit archives have become the core concept to link the materials of legal history and the study of historical anthropology.

Key words: habit, custom, lawsuit archives, historical anthropology

① 雅各布·坦纳:《历史人类学导论》,北京:北京大学出版社2008年版,第99—102页。

② E. P. 汤普森:《民俗学、人类学与社会史》,蔡少卿主编:《再现过去:社会史的理论视野》,第189页。