

清末《安徽省民事習慣 調查錄》讀後

俞 江*

一、文津樓的清末安徽省民間習慣調查錄

民國那次的《民事習慣調查報告錄》，重又點校出版兩年餘了（《民事習慣調查報告錄》，南京國民政府司法行政部編，胡旭晟、夏新華、李交發點校，中國政法大學出版社，2000年初版）。在序裏面，點校人也曾聲嘶力竭地呼籲了一番民事習慣調查的重要性，但終究應者寥寥。畢竟，關心民事習慣調查的人不多了。但七、八十年前，中國法學界的確有過一種不可遏止的進行民事習慣調查的衝動。

近代兩次民事習慣調查活動，都是法學界人士發起並推動的。北洋時期的那次，今人通過點校的再版本，已可概見其盛況與成果（又見《中國民事習慣大全》，施沛生編，上海書店出版社，2002年版）。而清末的調查情況卻一直撲朔迷離。據北洋時期的整理者記載，至1925年時，清末民事習慣調查錄共828冊（不計重複部分）仍保存完好。而大約在1928年前後，這批資料散失了，至今下落不明。此前，有傳說這批資料部分藏於北京大學圖書館、中國社科院法學所圖書館、東京大學東洋研究所、京都大學人文社科部，經核對，這幾種稿本均系北洋時期不同層次（多為縣一級）的調查報

* 北京大學法學博士，武漢華中科技大學法學院教授。

告原件。

因此，此次在文津樓（北京圖書館分館）發現的《安徽省民事習慣調查錄》，可能是目前能夠找到唯一的一部清末民事習慣調查報告錄。事實上，北洋時期整理清末調查報告時，唯一沒有見到的就是安徽一省。這說明，至少在 1925 年之前，一個能接觸該報告錄的人已將安徽省報告抽走。這樣，雖然北洋政府整理的所有清末習慣調查報告都神秘地失蹤了，但萬幸的是，因安徽省這三冊失而復出，終於使那次調查的真相露出了一角。

二、問題之提出

當清末第一次考慮修訂一部中國人自己的民法典時，手裏雖然沒有今天這麼多可資參考的各國文獻，但至少握有德國、法國、瑞士、奧地利和日本等五國民法典的中譯本，其中，德、瑞兩種是當時最新進的模式。當時的中國，現代法學研究剛起步不到 10 年，要超越這些模式，幾乎是不可能的。但這樣一個信念卻出奇的統一，那就是「一國之法律，必合乎一國之民情風俗」（「大理院正卿張仁黼奏修訂法律請派大臣會訂折」，1907 年），因此，民事習慣調查似乎沒有經過什麼爭論就上馬了。

調查起於光緒三十四年（1908 年），到宣統三年（1911 年），各省工作已基本收尾，只是修訂法律館總核時，因清室覆亡而沒能竣工。今天看來，對這場習慣調查的意義怎樣估計也不會過分，它不但第一次將全國民事習慣的存在形態摸了底，而且也是第一次自覺地、系統地、有目的地運用西方民法學分類方法（這也可能是它最大的缺點）進行的全國習慣調查。同時，由於這次活動正好位於社會大變革時期，因此，得來的調查報告也就必然地成了以前那個時代相對完整的和最後的留影。然而，最讓人感慨的還是，這樣大規模的調查活動能夠在三年內順利並迅速的完成，而且，至少從安徽省的報告看，其調查成果的質量還優於民國那次；相比而言，今天所以

不能開展一次全國性的民事習慣調查，除了財力、人力等藉口外，缺少的可能還有對生於斯長於斯的這個社會的一分信心和共識。

對於一場全國範圍內的規模浩大的民事習慣調查，信心太重要了，但我們卻在兩方面失去了信心。一方面，不再能肯定當代中國社會是否還像半個世紀以前那樣，在日常生活的各個角落都存有民事習慣；另一方面，不再能肯定現代城市生活除了法制以外，是否還需要民事習慣。換言之，經過一次次對傳統的否定運動後，我們已經連怎樣算是舒適生活的共識都不能達成，何況制度安排？

所以，從某種意義上說，那種漠視民事習慣的態度又是可以原諒的。許多人認為，那些日常生活中的、財產分配和流轉中的、婚姻家庭中的種種習慣，已經與某些意識形態一起被視為禍國殃民的流毒，在歷次「運動」中徹底被打倒了。從那時起，我們宣佈在全新的理論指導下無所不能，並運用新理論對日常行動進行了全面的解釋和安排，而結局卻適足哀歎。當單一的解釋終於不可避免地從生活中撤退，生活重又恢復它豐富多彩的模樣，人們發現，舊的習慣已經無可挽回，新習慣的長成則尚需時日。我們適應了把自己當成螺絲釘任人擺佈的日子，習慣了在命令下達之前不採取任何行動，突然，行動面臨起空前的困難，它要麼被置於規則的真空，要麼面對多樣化的規則，但更可怕的卻是，沒有人承認自己對規則的無知。於是，當面對無規則時，人們再一次宣稱可以靠個人的力量和智慧把握命運，甚至宣稱只有自己具備解釋規則的能力和權力，這樣的結果是，與陌生人的交往不再有相對穩定的預期，每一次行動前都需要重新計算成本。而當面對規則的多樣化，比如，在西方法制和內心確信的口耳相傳的規範不相調和時，人們茫然無措、怨聲載道。這說明，在日常生活領域而非政治領域中，經歷著由絕對的共識走向沒有共識。

總之，不得不面對的是，經過數十年國家權力對民間社會的滲透直至控制後，那種民間習慣的自生自發的脈絡是否已經被割斷。特別是，如果不僅

僅滿足於發思古之幽情，那些即使僥倖保留下來卻沒有順應社會而有所演變的個別習慣，對於作為一個龐大體系而存在的市民社會具有何種可借鑒的意義。當然，在權力逐漸退卻和成文法所不到的地方，新的習慣正在長成，但是新習慣的成熟度又受到懷疑。比如，在很多地方由於利益驅動和現行產權制度上的障礙，仲介公司不得不為在單位拿不到房產證書的賣方擔保，促成一種名義上沒有產權資格的交易得以成功。這種交易中或許存有以往法律所未慮及的產權確認或交易習慣，然而，這些習慣多大程度上可以作為立法考慮的物件，換言之，它們是否如「一田兩主」或典當等習慣，需要民法典去考慮，卻不得而知。

鑒於此，那種只願直接學習西方法制經驗而迴避本土習慣研究的傾向，或許應看成一種因存疑而採取的保守行動。即是說，並非習慣對立法和社會不重要，而是今天的社會是一個模仿西方的規則控制而形成的對各領域進行專斷的社會，很難讓人相信有一種普遍而深刻的自生自發秩序仍隱藏其中。民事習慣，或許在個別角落還苟延殘喘，但除了作為一種遺跡以供觀瞻外，誰也不相信它還作為一個強大的系統控制著日常生活領域。

總之，在前所未有的「社會改造」活動完成之後，生活在自大情緒支配下設計出的無所不在的體制裏，產生一種對自發秩序的悲觀態度，是可以理解的。

但是，如果缺乏信心是開展民事習慣調查的主要障礙的話，對「民事習慣」的誤解則是造成信心危機的另一原因。在日常理解中，「習慣」總是一種可以清晰表達的、人人都熟知的、實在的、固定的、並且有著強制力的東西，在人們的模糊印象中，能夠稱得上「民事習慣」的，其實跟法律沒什麼兩樣，唯一不同是沒有形成文字，但總可以信手拈來，並隨時彙成一本本小冊子供人閱讀。正是根據這一標準，人們說：我們身邊沒有這樣的「民事習慣」，也就不需要再做什麼調查工作。

形成這一印象，與學界這些年對習慣與規則不加區分地研究，有著直接