

四川大学“211工程”项目
中国区域历史与文化
“近代地方社会与法律”学术系列



近代法评论

四川大学近代法文化研究所 主办 里 赞 主编

第 1 卷



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

四川大学“211工程”项目
中国区域历史与文化
“近代地方社会与法律”学术系列

近代法评论

四川大学近代法文化研究所 主办

里 赞 主编

第 1 卷



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

近代法评论. 第1卷 / 里赞主编. —北京: 法律出版社,
2008. 12

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9263 - 5

I. 近… II. 里… III. 法制史—研究—中国—近代
IV. D929. 5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 202768 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/张宇东

开本/787 × 960 毫米 1/16

印张/19 字数/270 千

版本/2008 年 12 月第 1 版

印次/2008 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782 西安分公司/029 - 85388843 重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636 北京分公司/010 - 62534456 深圳公司/0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5036 - 9263 - 5

定价: 26.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

近代法评论

• 1 •

主 办

四川大学近代法文化研究所

学术委员会(以中文姓氏笔画为序)

王汎森(台湾中研院院士)

王挺之(四川大学教授)

叶文心(Wen-Hsin Yeh)(美国加州大学伯克利分校讲座教授)

田 涛(上海政法大学教授)

刘海年(中国社会科学院荣誉学部委员)

许章润(清华大学教授)

苏成捷(Matthew Sommer)(美国斯坦福大学教授)

吴志攀(北京大学教授)

何勤华(华东政法大学教授)

陈廷湘(四川大学教授)

陈金全(西南政法大学教授)

陈春声(中山大学教授)

林富士(台湾中兴大学讲座教授)

罗志田(四川大学教授)

施耐德(Axel Schneider)(荷兰莱顿大学教授)

贺卫方(北京大学教授)

彭慕兰(Kenneth L. Pomeranz)(美国加州大学欧文分校讲座教授)

葛兆光(复旦大学教授)

霍 巍(四川大学教授)

编辑委员会

里 赞 赵娓娓 喻 中 钱向阳

徐 跃 陈卯轩 刘昕杰

特邀编审

丁小宣 何进平 王 珏 徐亮工

编者前言

“清季迄今,变迁之大,无过于法制”,柳诒徵先生在 20 世纪 20 年代曾用于描述近代中国法制状况的这段话适用于以后的近百年似亦不为过。的确,由清末“变法”而引发的“法变”在“数千年未有的大变局”的近代中国史上不管是颇显重要的事情。我们今天依然关怀的诸如“文化竞争”、“现代化与西方化”、“科学与玄学”、“法治与人治”、“专制与民主”等众多普遍性话题,以及诸如“自由”、“平等”、“人权”、“宪政”等学术话语中的关键词,从以“法变”为重要内容的清末新政时期起,就已然凸显出它们的时代意义,并深刻地影响着此后中国的走向。以至于在相当长的时间里,所谓的学术思想(包括法学)的论争都不过是对那个时期所提出问题思辨的继续,或旧话重说,或旧题新作。而这种现象至今仍在延续。这意味着,那些在一百多年前就已摆在国人面前的问题,并未伴随着时间的推移而获得解决,甚至尚未找到问题之所在。这或许正是我们这个沉重的国家不得不仍在“转身”的原因。同时也提示法律学人应当意识到,解决所谓当下问题的那把钥匙未必就在当下,而需要将目光投注到影响当下的历史深处。

与时下稍近的一段时期,中国大陆的法律史研究,虽成果甚丰(尤其在重要文献整理方面),但也并非没有检讨的余地。陈寅恪先生在讲到思想与制度在解读历史时的互动关系时曾说:“夫政治社会一切公私行为莫不与法典相关,而法典为儒家学说具体之实现。故两千年来华夏民族所受儒家学说之影响最巨者,实在制度法律公私生活之方面。”可见,离开了儒家经典思想很难解释典章制度,上至国家典章政制、礼仪规程,下至社会习俗、家族制度和个人行为规

范,皆是我们结合传统价值观念体系考察法律问题的重点。然而受学科划分的局限,法律史从纯粹的理论意义上被区隔为思想史和制度史,不可避免地导致在描述或分析史实上有就制度而制度、就思想而思想之弊。同时也对中国法律史的研究方法带来一些需要反思的明显倾向:

其一,法学研究关注宏观问题,注重系统解释和逻辑分析的研究方法,在相当长的时间里,不仅主导了法学的理论研究,也主导了法律史的研究。事实上,在法律史的研究中,正是这一主导的理论方法影响着我们对法律史实的阐释以及对法律史的表达习惯。现有的通史类研究及其成果多属此列。而近年来,随着注重微观问题、注重史料运用的研究方法对法律史学的渗透,通过具体史料研究法律史的具体问题渐成风气,虽对此积弊有所改变,但并未成为法史研究重要的方法论共识。

其二,理论立场的“中心”错位。这在中国近代法研究中主要表现为以“西方”或“现代”立场解释中国法律史问题,常带有史学界所谓“倒放电影”的倾向,“后见之明”的成分较重。以先入为主的理论预设思考历史问题,容易遮蔽历史的真相,影响叙述方式的合理乃至史料运用的准确。如在清代法研究中将“重情”和“细故”按现代西方法学理论分为民事和刑事,将清代州县“自理词讼”归入民事诉讼,从而以当下的法学概念和法学标准去解释、衡量,甚至评价清代审断现象和制度。又如以法治主义的理论或已经实现法治的国家所建构的体制为背景,分析或解释清代的法律及其社会,将清代州县的纠纷审断比同于现代的所谓“司法”等等。回到历史情境中去,运用档案材料把当时的问题说清楚,而不必受制于所谓理论框架的束缚,尽可能做到不以现有概念曲解原有概念(甚至原来并没有的概念),进而尽量避免由此产生的主观臆断,大概是解决许多近代法律史中问题的重要路径。对此,虽有学人注意,但就普遍成果而言实为少数。

其三,在问题意识上存在着重中央轻地方、关注重大事件而忽略

小问题的倾向。主要表现为在史料的整理上,集中整理涉及中央官厅或涉及全国性的典章,比较忽视整理基层档案和地方性文献以及对比的必要的经费投入。因而,不仅诸如黄宗智以“表达和实践”为模式的研究在国内(主要是大陆)相对难以展开,对于近代已降各时期的社会法律的全貌也难以展示,更遑论所谓“通史”类的编著。

其四,研究材料上重文献而轻档案(或较少使用档案)。国内学者在依据档案材料来论证观点方面略显不足,这既与我们以前研究的问题多集中于制度上的宏大叙事有关,也跟长期以来形成的学术氛围和学术传统有关。坦言之,在相当长的一段时间里,中国法律史学界尚未形成凭档案说话的学术传统。近年来虽出现了一些变化,如对黄岩档案的整理研究、对巴县和南部县档案法学价值的日益重视,以及田涛、徐忠明等人的一些研究成果,表明中国法律史学界开始注意到研究材料的重要性,但是由于档案资源有限,加之档案整理和研究均需花费较长的时间和相当的学术积累,与当下急功近利的学术风气和学术评价体制并不相宜,因此在这方面有所突破甚至取得长足的发展绝非朝夕之间,尚需学界同仁的长期努力。

凡此种问题限于学养难以全面归结,但却是我们创办本书的基本缘由。本书力图提倡一种“发现中国问题、关注微观实践、依凭史料说话”的法律史研究范式,从而去探寻近代历史上真正的中国法及其转型。

作为中国近代法律史研究成果的交流平台,本书由四川大学近代法文化研究所主办,四川大学近代法研究所和《近代法评论》依托于四川大学“211工程”中国区域历史与文化研究平台、四川大学国家级重点学科专门史以及四川大学法学院法律史省级重点学科。本书受惠于四川大学所倡导学科交叉政策,是法学与史学的融合体,本书第一卷的多数作者也有着法学和历史学的交叉学科背景。本书将在致力于中国传统时代法律体制内涵的挖掘及多层次展现其运行模式方面的研究的同时,梳理和探寻近代中国法的内在逻辑及其发展轨迹。在研究方法上,本书重视基础史料的发掘,鼓励对

明清以来现存中央至地方各类档案史料的整理和利用,坚持和倡导以史料为基础的中国法律史研究。

经过紧张而艰苦的筹备,本书终得以付梓,权作践履上述弘愿之旅的出发。本书以《近代法评论》为名,其宗旨在于:徜徉历史、踏寻故迹、阐明发微,为中国传统法及其近代转型的研究提供一片供学人驰骋思想、纵横议论的澄净天地。愿以本书结缘众学界同仁,分担法史研究这一艰辛事业的责任。

里 赞

2008 年岁末谨识于四川大学文科楼

《近代法评论》

稿 约

《近代法评论》由四川大学近代法文化研究所主办,计划每年出版1卷,公开发行。四川大学近代法研究所和《近代法评论》依托于四川大学“211工程”项目中国区域历史与文化科研平台、四川大学国家级重点学科专门史以及四川大学法学院法律史学省级重点学科,立足西南,面向全国,旨在推动学术交流,开展学术争鸣,倡导理论创新,繁荣近代法史学研究。

本书所载文章以学术论文为主,也欢迎形式多样的短文、书评及近代法律文献资料整理。现面向海内外法学界的专家、学者真诚约稿,并将有关事宜说明如下:

1. 稿件字数不限,以学术价值为唯一考量,论文主体部分应未在平面媒体上刊载过。本书反对抄袭,来稿文责自负,但编辑部有权对来稿的文字做适当修改。因人手有限,恕不退稿。

2. 来稿中请注明作者的单位、职称、学位和联系方式。注释请采用每篇文章连注,引注以必要为限,注释体例参照后附“《近代法评论》注释体例”。译文请附原文,原则上自行解决版权问题。

3. 本书常年征稿。来稿请以 word 附件格式发至 liuxinjielaw@163.com,或“近代法评论”法律博客 <http://liuxinjielaw.fyfz.cn/blog/liuxinjielaw/>。稿件一经刊用,即发出用稿通知。审稿周期一般不超过2个月,但不符格式规范之文不受此限。

4. 来稿如发表,将对部分特稿略致薄酬,对其余稿件将邮送样刊1—2册,望各位作者理解。

四川大学近代法文化研究所

《近代法评论》编辑部

2008年12月

《近代法评论》

注释体例

(一) 一般规定

1. 采用脚注。
2. 采用 word 自带格式编码。
3. 非引用原文者,注释前加“参见”。非引自原始出处的,注释前加“转引自”。
4. 原则上不引用网上资料。
5. 同一文献再次引证时只需标注责任者、题名、页码,出版信息可以省略。

6. 引用先秦诸子等常用经典古籍,可直接在正文中使用夹注。例如:庄子曾说惠子非常博学,“惠施多方,其书五车。”(《庄子·天下》)

(二) 注释格式

1. 著作类。例如:

罗志田:《裂变中的传承:20 世纪前期的中国文化与学术》,中华书局 2003 年版,第 156 页。

张晋藩主编:《中国法制通史》,第 2 卷,法律出版社 1999 年版,第 239 页。

实藤惠秀:《中国人留学日本史》,谭汝谦、林启彦译,香港中文大学出版社 1982 年版,第 11 - 12 页。

2. 析出文献类。例如:

唐振常:《师承与变法》,《识史集》,上海古籍出版社 1997 年版,第 65 页。

杜威·佛克马:《走向新世界主义》,王宁、薛晓源编:《全球化与后殖民批评》,中央编译出版社 1999 年版,第 247 - 266 页。

3. 古籍类。例如：

姚际恒：《古今伪书考》卷3，光绪三年苏州文学山房活字本，第9页a。

杨钟羲：《雪桥诗话续集》卷5，辽沈书社1991年影印本，上册，第461页下栏。

乾隆《嘉定县志》卷12《风俗》，第7页b。

《旧唐书》卷9《玄宗纪下》，中华书局1975年标点本，第233页。

4. 报刊论文类。例如：

何勤华：《“汉语法学”一词的起源及其流变》，《中国社会科学》1996年第6期。

李眉：《李劫人轶事》，《四川工人日报》1986年8月22日，第2版。

《四川会议厅暂行章程》，《广益丛报》第8年第19期，1910年9月3日，“新章”，第1—2页。

5. 未刊论文类。例如：

方明东：《罗隆基政治思想研究（1913—1949）》，2000年北京师范大学历史系博士学位论文，第67页。

任东来：《对国际体制和国际制度的理解和翻译》，2000年6月“全球化与亚太区域化国际研讨会”论文，第9页。

6. 档案类，原则上按照“档案文件名，档案时间，目录号，案卷号，档案名，馆藏地”方式注释，但可根据具体档案文件的不同有所取舍。在引注清晰的前提下，尊重作者的标识方式。例如：

“为具诉陈一年等嫌贫伙嫁民妻事”，道光二十五年，目录号4，案卷号294，南部县正堂清全宗档案，四川省南充市档案馆。

7. 外文文献类，原则上使用该语种通行的引证标注方式。

近代法评论

• 1 •

目录

Content

主题探讨 四川档案与近代法律文化

论批词:晚清州县审断灵活性研究

——以南部县档案为研究对象

里 赞 /3

明晰:清代佐贰杂职司法

——以《南部档案》为中心

吴佩林 /24

“阴鹭”观与清代的案件裁断

赵妮妮 /38

民国民法中的典权:权利话语与司法实践

——以新繁县档案为研究对象

刘昕杰 /52

庙产兴学及其案件中的国家与法律

——以清代南部县档案、民国新繁县档案为佐证

王有粮 /69

论文

徽州民间私约中的合伙类契约研究

田 涛 /89

南京国民政府时期的新《盐法》风波性质解读

陈卯轩 /113

中国司法组织近代化转型的“实际图景”

欧阳湘 /132

旧文选校

- 我国大学法学课程之演进 薛铨曾 /159
厘定法律学系标准课程之检讨 孙晓楼 /182

档案选录

- 南部县正堂清全宗档案选录 赵妮妮 王有粮 整理 /197
新繁县民国司法档案选录 阎晓梦 整理 /240

主题探讨

四川档案与近代法律文化

论批词：晚清州县审断灵活性研究

明断：清代佐贰杂职司法

“阴鹭”观与清代的案件裁断

民国民法中的典权：权利话语与司法实践

庙产兴学及其案件中的国家与法律

