

法律文化研究中心文丛

清代法制导论

——从社会学角度加以分析

[英]S·斯普林克尔 著

张守东 译



中国政法大学出版社

“法律文化研究中心”文丛

清代法制导论

——从社会学角度加以分析

[英]S·斯普林克尔 著

张守东 译

中国政法大学出版社

2000年·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

清代法制导论:从社会学角度加以分析/张守东译.
北京:中国政法大学出版社,2000.11

ISBN 7-5620-1985-1

I.清… II.张… III.法制-研究-中国-清代
IV.D929-49

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 54855 号

责任编辑 丁小宣

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 军事科学院印刷厂

开本 850×1168 1/32 7.25 印张 182 千字

2000 年 10 月第 1 版 2000 年 10 月第 1 次印刷

ISBN 7-5620-1985-1/D·1945

印数:0 001—4 000 册 定价:13.00 元

社址:北京市海淀区西土城路 25 号

邮编:100088

电话:62229563 (发行部)62229278(总编室)

声明:1. 版权所有,侵权必究。

2. 如有缺页、倒装,由本社负责退换。

“法律文化研究中心”文丛

主 编

梁治平

丛书编辑

丁小宣 宋 军

编者说明

“法律文化研究中心”成立于1995年初,为中国文化研究所下设机构。其设立之旨,在于将私人交谈转变为公共话语,通过平等的交谈和论辩取得最低限度的共识,并在此基础上建构自主的学术空间和建立学术共同体。为此,“中心”以自由松散的合作方式集合了一批青年法律学者和学生,以期为他们提供一个交流思想、砥砺学术、发挥集体创造力的自由空间。“中心”还希望通过开展严肃认真的学术讨论和学术批评,逐步建立新的评判标准和评判机制,探求法学研究规范与本土化的途径,寻找理论创新的可能。

《“法律文化研究中心”文丛》将反映与“中心”有关之学术活动及研究成果。“文丛”不拘形式,不求规模。举凡专著、文集、选辑、译著、资料整理,但能表明“中心”之学术追求,且符合“中心”厘定之学术标准,皆可收入其中。其甄选评定事宜,由专门成立的编辑委员会负责,以保证“文丛”之学术品质。

1996年6月

前 言

作为学社会学的学生，在去中国之前，有一件事令我迷惑不解：中国的文明在这么多方面优于我们西方人，而我们居然可以在这样一个国度里寻求治外法权。

1948年到1949年，我和我的丈夫生活在华北。在那儿，他是受 British Council 资助的天津南开大学访问教授。我一度是南开大学现代语言文学系的讲师，后来又在北京 British Council Centre 供职。到了天津兵临城下的时候，我们与同事及学生住在校园里，我们当时在那儿是仅有的外国人。北京解放后，我的工作使我接触到了中学教师与大学师生；1949年夏秋之际，我主持英语对话课程，参加者是中国的政府工作人员，中国朋友还带我参观了工业合作社与工匠们的作坊。

1948年，我们向南开大学的学生与同事了解保安措施，结果，有一次我们碰到了南京（在物价飞涨期间）派来的一位法官，要审讯那些涉嫌同情共产党的人，但他却没有足够的钱设立法庭。后来我们自己与官员的接触大大增加，这是因为我们需要得到出城旅行的许可，或是为了进口图书，还有其它一些场合；有一次，我们想看庙会的好奇心，加上办理许可证的机构缺乏效率，使我们被扣押了6个小时。我们也听说了新建的人民法院，却没有亲身经历的机会。然而，虽说其间事件令人着迷，并大大影响了我们和我们的朋友的生活，但这动荡不安、令人捉摸不定的年代，处于内战高潮与新政权上台之际，并不是进行冷静的社

会调查的好时候。

在 1950 年返回英国后，我决定研究中国传统法律制度，我终于提交了有关这一论题的一篇论文，以此作为申请伦敦大学硕士学位的部分条件。

在伦敦经济学院，我得到了 M. Ginsberg 教授和 M. Freedman 博士的指导与鼓励，以及社会学与人类学系同事们的激励，同时我还得以在东方与非洲研究院继续研读中文，学习一点日文。

我感激 Otto van Sprenkel，首先是因为他以宽容的态度鼓励我研究在他看来选择不够明智的课题，此后，又在我研究工作的各个阶段，给予了极大帮助。在国外汉学家中，我要特别感谢 Balazs 教授、费正清教授、何四维教授、van der Valk 教授，因为在拜访他们的时候，我受到了启发。

我要感谢澳大利亚国立大学给我机会在远东历史系研究早期历史发展，从而使我更加了解清朝制度，并有机会对原作加以修改、校正、增益。Fitz Gerald 教授态度友善，阅读了我的打字稿。

附录四的译文诚非易事。我要向 Lo Hsien - hao 先生，Piet van der Loon 先生，H. M. Wright 夫人致谢，在初译过程中，他们不惜花费许多时间来帮助我。Wang Ling 博士帮我校正了附录四及附录五的最后文本。S. Yanada 先生在日语文献方面给了我帮助。

我还要感谢 Werner - Gren Foundation for Anthropological Reserch 许可我引用胡先缙博士的专论 “The Common Descent Group in China and its Founctions”，感谢伦敦经济学院地理系为我编制地图与图表。

澳大利亚国立大学东方学院的 Ines de Rachewiltz 夫人热心助人，承担了打印汉字索引的工作，Wu Huang Chieh 夫人书写了其它所需要的汉字。

伦敦 Universities China Committee 同意提供由它支配的资金，赞助本书出版。

最后我要说，由于伦敦与堪培拉相距遥远，Stirling 先生为这本书所做的工作必定多于编辑通常要做的工作。

S. v. d. 斯普林克尔

1960 年 11 月于堪培拉

再版序言

看来，自我开始这项研究以来，人们对中国法律制度及相关制度的兴趣，愈益浓厚，而自我完成这本书的手稿以来，也已有许多相关的论著与论文发表。我很高兴有机会在补充参考书目中将其列入，并补上以前的疏漏。

由于在这一版中不可能修改全书的引文，所以我特别留意：萧公权教授与瞿同祖教授的权威性著作中有关行政结构与司法机构的附加材料；Bodde 教授对中国法律成就所做的学识渊博的评估；Skinner 教授令人大开眼界的著作，在如何折中对待社会结构——城乡关系的方方面面与乡村社会中官方组织、自发组织孰轻孰重之间的关系上，提供了新的视角。其它著作的书名则提示了与其相关的论点是什么。

我认为，要说近来发表的论著的效果是相互印证而不是抵消，是符合实际的说法。除了一些细节问题，我想还是保留本书的原样，这样，也许可以等到有可能评估当前正在进行的其它研究工作的时候，再作修订。

自我写作这本书以来，有两本论题更为宽泛的著作，我想提到。人们在哈特教授的《法律的概念》中发现，仍旧面临法律一词的确切含义问题的，不只是研究中国法律的学者。除我之外，或许还有别的人会因这一发现而松一口气。最后，我要感谢澳大

利亚国立大学的 Sawyer 教授做了我盼望有人去完成的工作，即在他从比较研究的角度所写的 *Law in Society* 一书中，收入了近期中国法律论著的材料。

S. v. d. 斯普林克尔

1966 年 2 月

目 录

前言	(I)
再版序言	(IV)
引论	(1)
第 1 章 中国社会结构中某些相关方面	(7)
第 2 章 有关政府的理论和中国政府的职能	(34)
第 3 章 行政结构	(46)
第 4 章 行政人员	(62)
第 5 章 律令典章	(69)
第 6 章 司法程序	(81)
第 7 章 宗族与行会的司法职能	(99)
第 8 章 地方的与习惯的管辖权	(121)
第 9 章 作为整体来考虑的法制复合体	(139)
第 10 章 法的内容、渊源以及它对社会秩序的支持效用	(156)
附录	(166)
人名、术语索引	(178)
参考书目	(203)
译后记	(221)

引 论

1

本书目的之一，乃是要在可以对中国法律制度与其他法律制度进行有效比较之前，找出在中国法律制度这方面必须作些什么研究，以便使中国在法律制度的类型学方面的位置得以评估。格鲁克曼教授（Professor Gluckman）已经引起人们注意到印度尼西亚的 adat 法律与非洲的习惯法之间的相似性，^{〔1〕}而我认为，那些熟谙这两个领域材料的人（并且，我也希望其他人）将会为中国在某些要点上的相似之处感到震惊。不同之处会象相似之处一样给人启发。

任何一位着手研究中国法律的人，即便我们假定他拥有足以胜任此项工作的知识，也都会从一开始就面临大量难题。他遇到许许多多不同种类的材料，看起来它们与其它社会中被称为法律的东西都有某种关系；而且，他也难以看清中国法律中究竟哪些内容对应于我们所知道的各不相同的部门法——这一难题是前（现代）工业社会的研究者们所熟知的。我们把人们知道的中国最早对使用铁器的记载（见《左传》）归因于一个事实，即在公元前 513 年刑法典被铸在三足鼎上，并且，有人告诉我们，^{〔2〕}正是因这一法典所具有的意义，才使得这一事件及材料值得提及。迭兴的王朝，均有其法典，而且，26 部正史中，14 部有刑

〔1〕 Gluckman (1949), p. 63. 引文出处详见书末《参考书目》。

〔2〕 Read (1937), p. 403. 汉字见于书末《汉字索引》，p. 162.

法志。中国大众文学中，有关审讯的故事大量存在，而在中国却既没有培育出法律专业，也未曾培育出法理学。据说，中国的契约法乃是习惯法中的一个部门，以村庄里宗族、行会和头面人物的管辖权为基础，^{〔3〕}因此，若想了解法律是什么，就得观察法典和法院之外的其它东西，并且，近来习惯法已引起中国与日本研究人员的注意。表面看来，中国社会组织中，大部分都有一种法律的层面，但我们还不清楚法律与其它制度有什么样的关系，也不清楚法律研究对了解中国社会有什么价值。

人们已经写出了有价值的专著，阐明中国制度中各不相同的
2 法律层面与准法律层面，但仍然难以就法律制度的整体获得概观。这里应提到某些近著，它们为满足从整体上把握中国法律制度这一需求迈出了步伐。仁井田埤教授（Professor Niida）极有用的《中国法制史》^{〔4〕}利用了文献材料以及现代学者对习惯法的研究成果，并把丰富的材料收集在一起，但其方法是逐个追寻制度在几个世纪中的发展过程，而没有把前后相继的阶段上不同制度彼此之间的关系建立起来。另一方面，瞿同祖博士的《中国法律与中国社会》^{〔5〕}一书，主要是把法典与判决中记录的不同时期的法律内容与其它一些制度——婚姻、亲缘组织、阶级结构与宗教联系起来，但却并没有涉足非成文法、实施机构或审判机关。所以，虽有这些实质性贡献，但难题并没有完全消失。何四维教授（Professor Hulsewe）对汉朝法律制度规模宏大的重构，一旦完成，将给我们展示出汉朝法律制度运转状况的完整画面，但我们
有理由认为这一画面也适用于此后的朝代吗？

眼下我的研究是试图对法律制度与准法律制度的整个复合结

〔3〕 Escarra (1924), p. 239.

〔4〕 Niida (仁井田埤) (1951) 【日文著作】。

〔5〕 Ch' u (1946) 【中文著作；1961年出英文版】。

构进行初步的审视，但仅限于一个有限的时段，旨在为如下这些问题找出答案：中国传统法律制度由什么内容构成？谁在操作这一制度？目的是什么？各个组成部分是如何彼此联系起来的？中国法律制度实际上是一个体系呢，抑或是多元的？它或它们在中国社会中扮演了何种角色？法律（或准法律）制度是怎样与其它社会制度联系起来的？

时段的选择

为了找出这些问题的答案，有许多理由表明挑选满清时期（1644 - 1911）将是最佳选择。满清法律制度值得研究，因它是 3 中华帝国体制的顶峰。这一时期的中国，是西方人首次与中国大规模接触的时期，并且西方人也因此而不得不向自己的同胞评述并描述中国，以便与中国达成协议。当政的满清王朝并非汉人，也不能把中国的制度理所当然地照搬过来，所以有兴趣研究这些制度，并主持了许多内容广博的项目——包括汇编并出版了几种案例集，如《刑案汇览》，极易查到。此外，由于满清法律制度是中国人与西方制度开始接触之时正在运转的制度，因此也是中国人不得不加以调整以便适应变迁了的世界局势的法律制度——结果，这一制度是中国人自己对其加以研究与批评的制度。所以，全算起来，这一时期就有大批额外的材料来补充其他时段的研究者们可以获得的历史材料与文献材料。

所用资料

作此类研究显然不可能只有某一种主要资料：必须从任何可能进行收集的地方把信息资料凑到一起。总之，我的方法是首先关注中国官方资料——历代刑法志，刑法典，行政法典及案例集——来找出可资利用的一切东西；其次，以广泛阅读西方的解释来补充，这样做，除了有助于把精力集中在利用最有成效的中文材料方面之外，还对此类研究具有内在价值，因为西方作者已感到有必要描述并解释那些对他们陌生的东西，而中国作者又会认

为这些东西太熟悉，无须对它们作评论。有时我发现当代中日学者在专论中收集的某些材料，确认或补充了某些素材。比如有闻均天关于保甲制度的研究，^{〔6〕}以及在前面提及的仁井田陞教授的中国法律制度史中关于更为广泛的课题所作的研究。偶或在一位现代中国学者关于满清王朝的通史中也有可能发现我所寻找的那种细节——例如，萧一山在其所著清史中关于乡村自治的论述——我也在中国通俗小说与侦探小说中发现了某些论点的例证；最后，在评判地方官及其幕僚审案的精神时，我利用了汪辉祖（1731-1807）为幕僚们写的一本小册子。汪在长期的幕僚生涯中，为许多地方官行使过这一职能。本书附录四是相关摘要的英译。

西方材料可归为 6 类：

- (a) 当代西方游客、官员与传教士关于自己见闻的第一手记录材料——如 Barrow's *Travels in China* (Barrow 的《中国游记》，Meadow's *Chinese and their Rebellions* (Meadow 的《中国人及其反叛》)，MacGowan 有关中国行会的文章。
- (b) Staunton, Boulais, Lind 和 Jamieson 所译《大清律例》^{〔7〕}以及在较小的范围内，Legge, Waley 等人翻译的中国伦理方面的著作)。
- (c) 关于中国法律及程序的研究，如 Alabaster 及 Jamieson 所作的那些研究，依据实际记录下来的案例以及作者个人对中国法律的运作进行的观察，这些观察源于作者在上海会审公廨^{〔8〕}作为外国助审员的经验。

〔6〕 见 pp. 46-49.

〔7〕 见 later, pp. 56 and 58ff.

〔8〕 建于 1864 年，用于处理涉外案件，其中被告或是中国人，或是不享有治外法权的外国人。见 Keeton (1928), ch. viii. 有关会审公廨的发端与发展的故事，从国际关系与法史这两个角度来看，都有重大意义。

- (d) 有关具体制度的专著——如 Hoang 有关婚姻与财产的论著，⁴ 胡先缙关于宗教组织的论著，以及许多其它有关论著。
- (e) 受命调查中国法律与习俗的委员会所写的调查报告——中华民国政府对全国各省的调查报告；^[9] 上海市委员会对上海行政管理的调查报告 (the Feetham Report, 1931)；香港政府关于该殖民地华人居民的调查报告。
- (f) 社会学家或社会人类学家——中国学者如费孝通、林耀华，西方学者如 Gamble, Kulp, Fried 等等——关于本世纪中国社会的考察。

后两类材料丰富的著作，不得不以审慎的方式用作较早时代的指南，但除了考虑到已知的条件变化之外，可以从这些著作中推论出大量较早时期的情形。例如，在 1830 到 1930 年之间，虽然依不同的占有类型掌握的土地的比例可能已有急剧的变化，但是，土地占有的类型本身似乎较少有可能发生很大变化。又如，在现代条件下，一个人比以往更有可能逃避宗教或乡村的戒律；然而，就这一可能性在 1920 年代或 1930 年代仍旧存在的程度而言，当时使用的方法（借以观察到这一可能性所达到的程度）很可能至少是以前发生过的一部分事件的适当提示。总之，人们知道，创新的政策遇到抵制，恰恰是因为习俗的顽抗。

局限

凭借收集清代那些选自尽可能多的不同领域的证据，我画出了我期望中的整个清代法制及其更为广泛的社会背景的相当可靠的画面。我对农村的情况比对城市的情况处理得更为充分，因为有关中国乡村的社会学上的可资利用的材料多于城镇的材料。然

[9] 此次调查未有来自最南边 5 个省的报告。有关这次调查内容的汇编与发表的情况，参见 Kroker (1953), pp. 216 - 219。在这篇文章中，只翻译了山东的材料。

而，我并未考虑在象西藏、蒙古或满洲这样的边疆地区存在的特殊情况。虽然我意识到，恰如读者将会认识到，假定一个社会在两个多世纪的时段内完全稳定，是不正确的，但我并未在这里试图把法律制度中的变化以及社会制度中其它部分的变化彼此联系起来。我认为，此种变化将会涉及的那类修正，对我的主要论点
5 的有效性不会有多大影响。

最后，我希望我所写的东西将会引起汉学家的兴趣，但我必须提醒他们，本书主要是一本社会学论著，并不妄称要全面涉足汉学家们面临的所有问题。