

中央民族大学法学文库



# 清帝国司法的时间、 空间和参与者

邓建鹏 主编



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

中央民族大学法学文库

# 清帝国司法的时间、 空间和参与者

邓建鹏 主编



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

清帝国司法的时间、空间和参与者 / 邓建鹏主编

— 北京 : 法律出版社, 2017

(中央民族大学法学文库)

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1277 - 8

I. ①清… II. ①邓… III. ①司法制度—法制史—研究—中国—清代 IV. ①D929.49

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 207026 号

清帝国司法的时间、空间和参与者  
QINGDIGUO SIFA DE SHIJIAN,  
KONGJIAN HE CANYUZH

邓建鹏 主编

策划编辑 周丽君  
责任编辑 周丽君  
装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社  
总发行 中国法律图书有限公司  
经销 新华书店  
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司  
责任校对 晁明慧  
责任印制 张建伟

编辑统筹 独立项目策划部  
开本 A5  
印张 9.5  
字数 247 千  
版本 2018 年 1 月第 1 版  
印次 2018 年 1 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)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆分公司/023-67453036

深圳分公司/0755-83072995

西安分公司/029-85330678

上海分公司/021-62071639/1636

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1277 - 8

定价:40.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 总 序

作为国家重点建设的“211 工程”和“985 工程”的中央民族大学,自 1979 年即开始招收法学本科,是当时全国仅有的十多所招收法学本科的院校之一。经过三十多年的风雨历程,中央民族大学法学院已经成为国内外具有一定影响的法学院。目前,学院既有一批在国内外有一定知名度的中青年学者,也有一大批崭露头角的青年才俊。学院现有人事部百千万人才工程国家级人选 1 名,并被授予“有突出贡献的中青年专家”;享受国务院特殊津贴专家 1 名;二级教授 3 名;教育部新世纪优秀人才支持计划入选者 3 名;国家哲学社会科学基金法学学科组会评专家 1 名;教育部法学教育指导委员会委员 1 名;1 人获全国十大杰出青年法学家提名奖。学院是国内首家开设民族法学博士学位点的学院。近年来,学院的科研呈现强劲发展的势头,学院教师在《法学研究》《中国法学》等法学类权威和核心期刊上发表文章 300 多篇,承担国家社科基金和省部级等项目 70 多项。2012 年,中央民族大学法学院成功入选教育部、中央政法委首批卓越法律人才教育培养基地,成为全国 58 所应用型、复合型法律职业人才教育培养基地之一。

“中央民族大学法学文库”是中央民族大学法学院“985 工程”“211 工程”和卓越法律人才教育培养基地建设成果的集中展示,也是国内外法学界了解中央民

族大学法学院法学科研事业发展成就的重要平台与核心窗口之一。回顾三十余年的学院发展史(尤其是科研建设工作的风雨历程),如今的学院科研工作格外注重以下三对重要关系的均衡处理:

第一,基础理论研究与实践需求的时代回应。理论与实践的关系不仅是法学研究需要处理的重要问题,更是整个社会科学研究均须妥善应对的关键性认知。尤其是在我国各方面事业取得辉煌成就、实现跨越式发展的今天,如何在不断变化的实践需求中充分彰显基础理论研究的核心指导价值和时代生命力,更是在中国特色社会主义法学研究事业中扮演着重要角色。中央民族大学法学院的科研工作,既重视传统法学理论的精细化探索,也重视时代改革与发展的实践需求;既强调研究工作的深入开展,也强调其与教学环节的良性互动;既关注教师个人学术旨趣和学术自由,也关注学术梯队的集群化建设与规模研究效应。总之,在理论和实践的天平上,我们试图用一片敬畏科学、崇拜真理的求索之心维系着“知”与“行”的微妙平衡。

第二,法学基础学科与民族法制的特色研究。秉承中央民族大学长期以来在民族问题研究领域的鲜明特色与传统优势,法学院的学术科研亦一直以对民族法制问题的特色性研究独步全国,不仅在国内率先建立了民族法学博士点,更是作为中国民族法学研究会的秘书单位而执全国之牛耳。但是,对于特色学科的不懈发展与大力支持并未削弱学院对于传统法学学科的重视——恰恰相反,我们充分地认识到,在传统学科研究领域取得重大成就才是构筑一所法学院真正“江湖地位”的不二法门;也只有在传统学科的研究中夯实基础、不懈创新,才能为特色的民族法制问题研究不断注入新鲜的血液与活力。因此,两者在资源需求层面的关系绝不是非此即彼的“零和博弈”,而是互相促进、共同繁荣的“伙伴模式”。这种认知,不仅被贯彻于学院日常的科研管理过程,在本丛书的规划选题上也得到了淋漓尽致的体现。

第三,科研质量管控与成果发表的制度支撑。与其他社会科学一样,法学的科研工作永远将学术成果的优良品质奉为至高圭臬。对此,学院通过积极制定并切实贯彻相关科研奖励制度,鼓励我院教师充分发挥自身学术潜力,在不断提升教学水平的时候,积极投身到学术科研的工作当中。同时,我们也深刻地意识到,在当今中国法学事业研究百花齐放、百家争

鸣、一片欣欣向荣的大好局面中,拥有并坚守一块独具特色的科研成果展示阵地是何其重要!这不仅是我们日常科研建设的重要导向,更是本丛书得以问世的重要渊源。

感谢法律出版社对中央民族大学法学院科研事业的大力支持,这套丛书的顺利付梓,与该社领导的重视和编辑团队的勤恳密不可分。但显而易见的是,相对于我院数十年的学术积淀和近年来不断涌现的丰硕研究成果而言,这套丛书的容量是远远不足的。我们希望这是一个良好的开端,而未来能够有更多的机会和更为丰富的渠道将中央民族大学法学院的精品研究成果推介给学界。我们也由衷地恳请法学界各位同人一如既往地中央民族大学法学院的建设与发展给予大力支持,让我们共同携手,为中国特色社会主义法治建设的伟大事业略尽绵薄之力。

是为序。



2014年10月

## 作者简介

**陈利**:美国伊利诺伊大学法学院博士(J. D.)和哥伦比亚大学历史系博士(Ph. D.),现为加拿大多伦多大学历史系副教授、中国法律与历史国际学会会长、美国法律史学会的《法律与历史评论》编委(2013~2017年)。

**邓建鹏**:中央民族大学法学院教授,北京大学法学博士,主要学术兴趣为清代诉讼与传统民事法制,出版学术作品有《财产权利的贫困:中国传统民事法研究》(2006年)、《中国法制史》(2015年)、《清末民初法律移植的困境》(2017年),2004年参加工作迄今,获霍英东教育基金会第十三届高等院校青年教师奖、北京市第十届哲学社会科学优秀研究成果二等奖、中央民族大学十佳教师等多项奖励。

**巩涛**:法国国家科学研究中心法国里昂东亚学院(Institut d'Asie Orientale)研究主任,研究领域为清代及近代中国法制,合著有《杀千刀:中西视野下的凌迟处死》(2008年)。

**何志辉**:法学博士,澳门科技大学法学院助理教授,西南政法大学法学研究所成员,中国人民大学法律文化研究中心研究员,专攻澳门法制史、中葡关系史和法政思想史,近年出版著作有《澳门法制史研究》(2008年)、《明清澳门的司法变迁》(2009年)、《从殖民宪制到高度自治》(2009年)、《近代澳门司法:制度与实践》

(2012年)、《治理与秩序:全球化进程中的澳门法》(2013年)、《外来法与近代中国诉讼法制转型》(2013年)等,主编及合著多部作品。

**寺田浩明:**1977年东京大学法学部毕业,任东京大学法学部助教,1986年任千叶大学法经学部准教授,1993年任东北大学法学部教授,2002年任京都大学大学院法学研究科教授,主要学术兴趣为清代法律史,出版中文著作《权利与冤抑——寺田浩明中国法史论集》(2012年)。

**武内房司:**1985年3月东京大学大学院人文研究科博士课程东洋史学专修课程毕业,1985年4月为高知大学人文学部专任讲师,1990年4月为学习院大学文学部助教授,2001年4月至今为学习院大学文学部教授,专业领域为东洋近代史(18~19世纪中国西南地区社会,侧重于云南、贵州苗族研究)。

# 目 录

导 论 邓建鹏 / 1

法律、帝国与近代中西关系的历史学:1784 年“休斯女士号”冲突的个案研究

陈 利 著 邓建鹏 宋思妮 译 / 15

交涉、较量与嬗变:清前期澳门治理格局中的司法权  
——以乾隆初年两宗华洋命案为分析对象

何志辉 著 / 69

清代审前程序的规则控制

——《状式条例》研究

邓建鹏 著 / 111

帝制中国晚期的法律专家与地方司法运作  
(1651~1911 年)

陈 利 著 白 阳 史志强 译 邓建鹏 校 / 159

失礼的对话:清代法律和习惯并未融汇成民法

巩 涛 著 邓建鹏 译 / 197

对清代审判中“自相矛盾”现象的理解

——评黄宗智“表达与实践”理论

寺田浩明 著 海 丹 译 / 234

在鸣神与鸣官之间

——清代贵州苗族林业契约文书中的苗族习俗  
与纠纷解决方式

武内房司 著 海 丹 译 / 263

主要参考文献 / 287

## 导 论

邓建鹏

自20世纪80年代以来,随着中国大陆清代档案日渐开放,清帝国司法研究深受学界瞩目,并取得巨大成就,该领域逐渐成为整个中国法律史研究中的“显学”。不过,笔者认为其中也存在一些问题,有值得再思考的必要。笔者在宏观把握清帝国司法研究基础上,首先概述其主要成就,其次分析既有研究对一些关键要素的忽略,并对其带来的欠缺提出一些建议,以推进该领域研究的深化。

### 一、研究概况

在20世纪90年代以前,中国的法律史学者对清代州县一级司法实践的关注比较有限。<sup>〔1〕</sup> 相较之下,美国与日本的学者则更多、更早地关注清代法律文本之

---

〔1〕 郑秦在二十多年前曾对清代的司法审判进行了开拓性的系统研究,参见郑秦:《清代司法审判制度研究》,湖南教育出版社1988年版。另外,郑秦还撰有《清代州县审判程序概述》《清代州县审判试析》《清代旗人的司法审判制度》等,均载郑秦:《清代法律制度研究》,中国政法大学出版社2000年版。但是此领域的研究并未成为他那个时代法律史学界关注的热点。个别历史学者在其论著中初步探讨了清代诉讼的一部分,参见吴吉远:《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。总体来说,有关清代州县诉讼的研究在20年前的中国法律史学界中少见。

外的州县法律实践。美国以黄宗智为主导,<sup>[1]</sup>包括 Kathryn Bernhardt,<sup>[2]</sup> Melissa A. Macauley,<sup>[3]</sup> Mark A. Allee,<sup>[4]</sup> Rosser H. Brockman,<sup>[5]</sup> Hugh T. Scogin, Jr. 等人;<sup>[6]</sup>日本方面则以滋贺秀三,<sup>[7]</sup> 寺田浩明,<sup>[8]</sup> 夫马进等人为主。<sup>[9]</sup>美国及日本学者非常重视选取最能直接、全面反映清代真实法世界图景的历史文献。清代巴县档案、宝坻县档案及著名的台湾淡新档案为上述学者频繁引证。<sup>[10]</sup>美国、日本学者还大量采用中国清代民间契约记

---

[1] 黄宗智的系统研究,参见黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,上海书店2001年版;黄宗智:《法典、习俗与司法实践:清代与民国的比较》,上海书店2003年版。

[2] Kathryn Bernhardt, *Women and the Law: Divorce in the Republican Period*, in *Civil Law in Qing and Republican China*, Stanford University Press, 1994, pp. 187-214, edited by Kathryn Bernhardt, Philip C. C. Huang.

[3] Melissa A. Macauley, "Civil and Uncivil Disputes in Southeast Coastal China, 1723-1820" in *Civil Law in Qing and Republican China*, edited by Kathryn Bernhardt, Philip C. C. Huang, Stanford University Press, 1994, p. 119.

[4] Mark A. Allee, *Law and Local Society in Late Imperial China: Northern Taiwan in the Nineteenth Century*, Stanford University Press, 1994.

[5] Rosser H. Brockman, *Commercial Contract Law in Late Nineteenth-Century Taiwan*, in *Essays on China's Legal Tradition*, edited by Jerome Alan Cohen, R. Randle Edwards and Fu-mei Chang Chen, Princeton University Press, 1980.

[6] Hugh T. Scogin, Jr., "Civil 'Law' in Traditional China: History and Theory", in *Civil Law in Qing and Republican China*, edited by Kathryn Bernhardt, Philip C. C. Huang, Stanford University Press, 1994, pp. 13-41.

[7] [日]滋贺秀三:《中国法文化的考察——以诉讼的形态为素材》《清代诉讼制度之民事法源的概括性考虑——情、理、法》《清代诉讼制度之民事法源的考察——作为法源的习俗》,均载[日]滋贺秀三等:《明清时期的民事审判与民间契约》,王亚新、梁治平编译,法律出版社1998年版;[日]滋贺秀三:《清代州县衙门诉讼的若干研究心得》,姚荣涛译,载刘俊文主编:《日本学者研究中国史论著选译》(第8卷),中华书局1992年版。

[8] [日]寺田浩明:《日本的清代司法制度研究与对“法”的理解》《明清时期法秩序中“约”的性质》《权利与冤抑——清代听讼和民众的民事法秩序》,均载[日]滋贺秀三等:《明清时期的民事审判与民间契约》,王亚新、梁治平编译,法律出版社1998年版;[日]寺田浩明:《中国清代的民事诉讼与“法之构筑”——以〈淡新档案〉的一个事例作为素材》,李力译,载《私法》(总第6卷),北京大学出版社2004年版。

[9] [日]夫马进:《明清时代的讼师与诉讼制度》,载[日]滋贺秀三等:《明清时期的民事审判与民间契约》,王亚新、梁治平编译,法律出版社1998年版。

[10] 在清代与民国民事法/民法的比较研究中,黄宗智大量援引民国时期民事审判档案,参见黄宗智:《法典、习俗与司法实践:清代与民国的比较》,上海书店2003年版。

录、清代地方官从政手册(如地方官自撰笔记、日记等)、讼师秘本等作为清代州县诉讼研究的辅助素材。〔1〕以滋贺秀三、寺田浩明为代表的日本学者对清代州县诉讼深入研究,取得诸多成就。

近几年翻译的同类重要作品还有唐泽靖彦的《清代的诉状及其制作者》、〔2〕苏成捷的《清代县衙的卖妻案件审判:以272件巴县、南部与宝坻县案子为例证》、〔3〕黄宗智、尤陈俊主编的《从诉讼档案出发:中国的法律、社会与文化》、〔4〕等等。这些作品以巴县、南部县诉讼档案为出发点,由作者自行提炼档案的案情内容而非大段引述原文,对诉状的撰写方式、诉讼语言的选择、审判的结果与法渊问题等进行多方面、多层次的研究,部分沿袭黄宗智此前的学术风范,对中国同主题的法律史研究产生较大影响。

日本同行潜在地以西欧法秩序类型为参照物,注意辨析其与清代法运作的差异。黄宗智等美国学者注重从大量的档案史料中抽象出一对或某些具有理论意义的概念,比如“表达—实践”“第三领域”,尽管这些明显受到西方影响的概念(如“市民社会与政治国家”)引起了中国一些法律史学者的不同意见。〔5〕其中一些观点或许值得商榷,但是其均深层次地拓展了清代州县司法研究的理论深度。

近二十余年来,随着州县司法档案开放力度加大,以及受美日同行影响,中国大陆关于清代司法的研究在法律史这个日益冷清的学科内显示出

〔1〕值得一提的是,中国学者瞿同祖在数十年前曾以英文撰著《清代地方政府》,在这本经典性的著作中,瞿同祖使用大量清代地方官的从政记录、手册等历史文献勾画出清代地方基层权力运作的立体图像(其中一小部分涉及对民事方面动态法过程的初步探讨)。See T'ung-tsu Ch'u, *Local Government in China Under the Ch'ing*, Harvard University Press, 1962. 中译本参见瞿同祖:《清代地方政府》,范忠信、晏锋译,法律出版社2003年版。

〔2〕〔日〕唐泽靖彦:《清代的诉状及其制作者》,牛杰译,载《北大法律评论》(第10卷第1辑),北京大学出版社2009年版。

〔3〕〔美〕苏成捷:《清代县衙的卖妻案件审判:以272件巴县、南部与宝坻县案子为例证》,林文凯译,载邱澎生等编《明清法律运作中的权力与文化》,台北,联经出版公司2009年版。

〔4〕〔美〕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。

〔5〕颇有深度的分析,参见徐忠明:《清代民事审判与“第三领域”及其他》,载韩延龙主编:《法律史论集》,法律出版社2001年版。

“井喷”现象。近年正式出版的同主题研究有徐忠明、〔1〕张小也、〔2〕吴欣、〔3〕李艳君、〔4〕吴佩林等人的著作,〔5〕发表的学术论文数量为数众多,不易统计。〔6〕其中,徐忠明的研究主要基于文学作品、官箴书及判牍,探讨清代当事人的诉讼方式与官方态度。张小也则部分基于地方调查、传统文献探讨清代州县诉讼。吴欣与李艳君则基于清代宝坻县(属顺天府)档案、冕宁县(属宁远府)档案及少量巴县(属重庆府)档案探讨当时民事诉讼的类型或诉讼与审判的过程。

海内外学者在这个领域取得巨大成就,但在涉及清帝国司法的时间、空间和参与者三大要素上却存在欠缺,值得再思考。正如学者指出,空间与时间,奠定了法律文化的基本格局。空间决定法律文化的内涵。文化的多样性催生了法律的多样性。法律文化更是一个时间现象。没有时间,就没有传统,就没有文化。如果以空间为主要维度,辅之以时间概念,法律文化在空间上呈现静态特征;文化背景决定了法律特质。如果以时间为主要维度,辅之以空间的概念,法律文化在时间上呈现动态特征;时间既可以固化传统,也可以改变传统中的痼疾,法律同样可以助力文化的变迁。任何一个既定的法律文化,都是空间与时间交织而呈现的复合表象。〔7〕如果说时间是历史学考虑世界的独特视角的话,空间就是地理学观察世界的独特视角。显然,因为世界的所有表象乃至其本体都处于一定的时间与空间之下,所以,历史与地理就成为我们了解世界的核心,时间与空间的观察视角与分析方法也就是认知世界最基本的方法之一。〔8〕

## 二、司法的空间要素

所谓空间,依据学者的言说,是指特定形式的权力运作工具,空间被赋

〔1〕 徐忠明:《案例、故事与明清时期的司法文化》,法律出版社2006年版;徐忠明:《情感、循吏与明清时期司法实践》,上海三联书店2009年版。

〔2〕 张小也:《官、民与法:明清国家与基层社会》,中华书局2007年版。

〔3〕 吴欣:《清代民事诉讼与社会秩序》,中华书局2007年版。

〔4〕 李艳君:《从冕宁县档案看清代民事诉讼制度》,云南大学出版社2009年版。

〔5〕 吴佩林:《清代县域民事纠纷与法律秩序考察》,中华书局2013年版。

〔6〕 以下论文集集中收录了一些基于清代南部县档案的作品,参见里赞主编:《近代法评论》(第1卷),法律出版社2008年版。

〔7〕 参见徐爱国:《法律文化的空间与时间维度》,载《光明日报》2017年5月1日,第7版。

〔8〕 参见鲁西奇:《中国历史的空间结构》,广西师范大学出版社2014年版,第1页。

予人类意义的过程,就是空间变为场所、地方的过程,也可以说是人化的过程。<sup>[1]</sup> 中国文化景观和历史发展道路与模式均呈现出多样性与多元化的各种“区域”,但这都是统一的中国之组成部分,其“中国性”或“中国式的一致性”构成“多样性”与“多元性”的基础。<sup>[2]</sup> 区域多样性的思想方法,不仅使我们更着重强调中国历史与文化的多元构成,强调中华帝国与中国文化的内部差异;还促使我们以一种更为宏大、包容的态度,去对待在宏大的中国历史叙述中未能占据“一席之地”的各种区域性的历史与文化,尊重诸种形式的区域特性及其文化表现形态,承认并致力于揭示其在人类文明和中国历史发展中的价值和意义。因此,摆脱以“王朝更替”为中心线索的中国历史叙述与阐释体系,把目光从庙堂之上转移到山野之间,着意于追寻区域或地方历史发展的内在脉络,探究其自身的历史发展模式,应当是我们重建中国历史叙述及阐释体系的努力方向。<sup>[3]</sup>

清自入关至覆灭,帝国版图广及蒙古、西藏、新疆及内地十八省等地,呈现出丰富的民族多样性和文化多样性。故而,在整个不同管辖空间,清帝国的法制和司法既有某些一以贯之之处,同时呈现极大差异。比如,蒙古、西藏、新疆和苗疆等半数以上版图适用地方性法规,部分区域不适用甚至完全不适用《大清律例》,法制风景线因此多姿多彩。<sup>[4]</sup> 但是,一些“清代中国”法制的研究,却将这些“帝国边疆”的法制排除在外。

除了上述“帝国边疆”,长期以来,涉及“清代中国”法制的诸多研究,实质多为某个中原汉族聚居的有限区限。帝国的司法被一些研究者压缩成毫无空间感的点,这个点又被学者不假思索地等同于或代表了整个帝国

[1] 参见鲁西奇:《中国历史的空间结构》,广西师范大学出版社2014年版,第474页。

[2] 同上书,第23~24页。

[3] 同上书,第64~65页。

[4] 比如,蒙古地区司法实践与内地存在很大差异,参见[日]高远拓儿:《清代秋审文书与蒙古——关于18世纪后半期~20世纪初蒙古死刑案件之处理》,白玉冬、高雪辉译,载周东平、朱腾主编:《法律史译评》,北京大学出版社2013年版,第248~271页。西藏地区与内地司法实践的差异,参见袁剑:《清代西藏终审权问题初探》,载张世明等主编:《世界学者论中国传统法律文化》,法律出版社2009年版,第461~502页。湖南苗族地区法制与司法的研究,参见黄国信:《“苗例”:清王朝湖南新开苗疆地区的法律制度安排与运作实践》,载《清史研究》2011年第3期。

的司法。<sup>〔1〕</sup>以一本收入“国家哲学社会科学成果文库”的著作为例,作者的研究对象为清代县域民事纠纷与法律秩序,但研究的基础却几乎全部是清代四川省南部县司法档案。该书序的作者杨天宏即先行指出,以发生在南部县的区域性案例来推论发生在清代中国的全部案例。从内容上看,书中本应只是基于南部县得出的地方性、局部性判断几乎全部为全局性的“清代中国”判断所替代。<sup>〔2〕</sup>来自清代偏远的南部县(个案)与“清代中国”(整体)之间,显然存在巨大的逻辑跳跃,我们却看不出作者弥补这种逻辑破裂时作过理论论证的尝试。一些涉及清代司法制度的旧有研究,除了缺乏前述时间要素,亦抽走了空间要素的考察。

其中,还涉及案例研究的局限性。正如有人分析案例教学法的欠缺那样,该方法很容易陷入一些常见的谬误。其中最常见的逻辑错误就是“以偏概全”——某种经验在某个人身上应验了,并不意味着该经验在所有人身上都会起作用。<sup>〔3〕</sup>不少法律史学者投入巨大努力,对清代州县诉讼的研究使用了某个州县或某几个州县数百个以上的案例或数百份司法档案。<sup>〔4〕</sup>然而,对于清代中国约一千三百个县级单位,这么多案例的使用无论如何也是有限的。某个州县的数百个案例如何能够代表整个清代中国的州县司法实情?毕竟,现存的司法档案零星残缺,只能看出极少数几个小地区在某一段时间内的情形,据此概论清代整个司法程序,则结论的妥当性如何解决?

再如,有的研究选取在某一地方任职的某位幕友的作品(或某个官员撰写的案例集、某本官箴书)为基础,探讨清代中国司法的特征。同样的问题是,单一幕友作品、单一案例集或某本官箴书又如何能等同甚至代表整个清帝国的司法?从个例上升到整体,它们之间的鸿沟是如何弥合的?部

〔1〕 此如张世明教授所述,在研究中国的法律、经济等问题时,中国作为“大国”的空间性往往被视若无睹,仅被作为无须赘言的背景衬托,而对其在社会各层面的深刻影响概未之见。参见张世明:《法律、资源与时空建构:1644~1945年的中国》(第1卷),广东人民出版社2012年版,第27页。

〔2〕 吴佩林:《清代县域民事纠纷与法律秩序考察》,中华书局2013年版,“序”第6页。

〔3〕 李笑来:《把时间当作朋友》,电子工业出版社2013年版,第182~183页。

〔4〕 比如,参见[美]苏成捷:《清代县衙的卖妻案件审判:以272件巴县、南部与宝坻县案子为例证》,林文凯译,戴邱澎生等编《明清法律运作中的权力与文化》,台北,联经出版公司2009年版。

分研究者未对之作应有论证。

涉及清帝国司法的研究者视野多局限于汉族地区,更具体而言则仅限内地十八省,甚至主要是现今研究者便利接近的那些司法档案原生地(如淡水厅、新竹县、宝坻县、巴县、冕宁县、南部县等)。此类研究往往有意无意地割裂清帝国边疆与中原汉族聚居区(“化外”与“化内”)司法的联系。如果我们稍微尊重事实,从当时中央王朝与整个官僚集团的视角来看,就地理空间上而言,仅涉及内地十八省的某个或某些县域司法的研究,无论如何也不能冠以“清帝国”或“清代中国”等类似称谓。毕竟,这些局促有限的空间仅仅构成清帝国版图的一小部分,很多时候甚至是其中的沧海一粟。

前述所谓清帝国司法的研究想当然地限于汉族聚集的内地十八省。此种研究不作任何空间局限问题的交代、说明或论证,那么,当学术作品冠以诸如“清代民事诉讼”“清代县域司法”之类的标题时,实为空间残缺的研究,有意无意地割裂了清帝国至少一半以上的司法空间(蒙古、西藏、青海、新疆等广阔地域)。似乎为了对此种研究拾遗补缺,在中国大陆同时还出现了一个少有人知的、被称为清代“少数民族法律史”的学科。“少数民族法律史”在研究上缺乏与汉族地区司法的联系和比较分析,在当下法律史领域为学术的非主流。这种学术路径实质上导致了“清帝国汉族司法”与“清帝国其他民族司法”两个各自分立、甚少联系并且看起来颇为怪异的研究领域。这种学术上人为的分野导致法律与司法研究上的割裂,并不符合清帝国的司法真实。

### 三、司法的时间要素

有清自入关始,其存续时间长达两百多年(1644~1911年)。在这两百余年间,其法制与司法程序存在重大变化。至少如学者所论,在乾隆以后至清末修律改革之前,存在六大变革:(1)乾隆末期班房开始凸显;(2)嘉庆初年京控开放;(3)道光年间领事裁判权的确立;(4)道咸时期就地正法产生;(5)同治时期发审局的引入;(6)光绪末年流刑废除与监狱改革。<sup>〔1〕</sup>

但是,在这两百多年长时段出现的种种司法变化,往往被大多数研究者忽略。那些被冠以“清代诉讼”或“清代司法”之类的研究,并不特别标

〔1〕 张世明:《法律、资源与时空建构:1644~1945年的中国》(第1卷),广东人民出版社2012年版,第22页。

注其所研究的时间段,这点在日本尤其是中国学者的研究中表现得更为明显。在不作任何理论探讨、说明的前提下,这些研究相当于潜在地认同或认定,晚清法律改革之前清代任一时间段的司法都可以代表整个清帝国存续时期的司法。结合前引张世明教授的见解,这种潜在认识显然与史实不符。

在法律史研究领域,忽略时间(以及空间)要素的名作至少可上溯至民国时期。瞿同祖早年在他的《中国法律与中国社会》一书导论说:“为了免除读书的误会,还有一点于本结构及方法上的问题,或有声明的必要。读者略一涉阅便会发现本书不但缺乏朝代的划分,更缺乏历代法律不同之处的描述。这种将秦汉至晚清变法以前两千余年间的历史熔于一炉的态度是基于一基本信念——认为这一长期间的法律和整个的社会政治经济一样,始终停滞于同一的基本形态而不变(在异族统治的时代亦鲜例外,以汉法治汉人几为各朝一贯的统治原则)。”〔1〕瞿同祖的研究除了在时间上将秦汉以至晚清变法以前两千余年压缩成一个片断外,这本以“中国”冠名的作品在空间上也有意无意地将汉族地区以外的地方排除出研究视野。瞿同祖的学术进路基于其社会学视角,与史学、法律史学存在重大差异。这种功能与类型学的进路在社会学领域或被接受与认可,〔2〕置于史学则将产生误导。

近年来,这种学术进路与法律史对接,忽略法律制度及司法实践在时间与空间要素上的差异与流变,日渐引起一些学者的反省。〔3〕遗憾的是,这些有益反思未能在法律史尤其是清代司法研究领域引起足够反响。黄宗智对清代民事司法实践的研究进路也许未必受到瞿同祖潜在支配,然而两者在忽略时间(包括空间)要素上却大体一致。比如,黄宗智在研究中具

〔1〕 瞿同祖:《中国法律与中国社会》(《民国丛书》第1编第29种),上海书店1989年影印版,“导论”第2页。此论述在该书于20世纪80年代以后中国大陆再版时删去,但是书的其余内容与结论并未作相应改动。

〔2〕 比如,费孝通:《乡土中国、生育制度》,北京大学出版社1998年版。该书的相关分析,参考邓建鹏、刘雄涛:《假设、立场与功能进路的困境——对瞿同祖研究方式的再思考》,载《法制史研究》2013年第23期。

〔3〕 陈景良:《反思法律史研究中的“类型学”方法——中国法律史研究的另一种进路》,载《法商研究》2004年第5期;孙国东:《功能主义“法律史解释”及其限度——评瞿同祖〈中国法律与中国社会〉》,载《河北法学》2008年第11期。