

经济法与法人类学研究文库

清代司法演变 内在逻辑贯通论

新历史法学实践

张世明 王济东 李 明 / 主编

THE INTERNAL LOGIC OF
THE EVOLUTION OF
THE ADMINISTRATION OF JUSTICE
IN THE QING DYNASTY

New Historical Juriprudence's Practice



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

本书出版得到商丘师范学院“应天学者”计划资金支持
本书系北京市社会科学基金重大项目(15ZDA41)阶段性成果

清代司法演变 内在逻辑贯通论

新历史法学实践

张世明 王济东 李明 / 主编

THE INTERNAL LOGIC OF
THE EVOLUTION OF
THE ADMINISTRATION OF JUSTICE
IN THE QING DYNASTY

New Historical Juriprudence's Practice



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目(CIP)数据

清代司法演变内在逻辑贯通论：新历史法学实践 /
张世明，王济东，李明主编。——北京：社会科学文献出版社，2018.1

(经济法与法人类学研究文库)

ISBN 978-7-5201-0883-6

I. ①清… II. ①张…②王…③李… III. ①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116042号

经济法与法人类学研究文库

清代司法演变内在逻辑贯通论：新历史法学实践

主 编 / 张世明 王济东 李 明

出 版 人 / 谢寿光

项目统筹 / 芮素平

责任编辑 / 谢海燕 郭瑞萍 高艺林

出 版 / 社会科学文献出版社·社会政法分社 (010) 59367156

地址：北京市北三环中路甲29号院华龙大厦 邮编：100029

网址：www.ssap.com.cn

发 行 / 市场营销中心 (010) 59367081 59367018

印 装 / 三河市尚艺印装有限公司

规 格 / 开 本：880mm×1230mm 1/32

印 张：14.875 字 数：373千字

版 次 / 2018年1月第1版 2018年1月第1次印刷

书 号 / ISBN 978-7-5201-0883-6

定 价 / 98.00元

本书如有印装质量问题，请与读者服务中心(010-59367028)联系

 版权所有 翻印必究

目 录

导 论	001
第一章 “社会”一词的语义流动与新陈代谢	018
第一节 从社日祀社赛会到“居有社会”	019
第二节 各色“社会”、“聚徒结会”到雅集“结 社会”	033
第三节 所谓“新名词”与现代性“社会”概念的确立 ...	042
第二章 “制度”语义变迁的知识考古	058
第一节 作为“规范”层面的“制度”及其演变	058
一 宽泛的“法令”和“礼俗”——“制度”一词的 早期含义及其延续	060
二 各种具体的“礼俗”、“法令”及“规定”—— “制度”含义的变迁	065
第二节 作为“生活”层面的“制度”的沿革	070
一 “规模”、“样式”——宏阔意义上的“制度” ...	070
二 “制作”与“制作方法”——更为具体化的 “制度”	072
第三节 “制度”一词现代含义的确立	075
一 近代以来“制度”一词旧有含义的继续	076

二 现代法律、规则及体系——清末以来“制度”现代 概念的最终确立	078
第三章 清代自新所之源流：兼论中国近代新式监狱发轫于 乾隆年间	085
第一节 清代乾隆初期自新所的创立	086
第二节 同光年间自新所的复建状况	097
第三节 清代自新所创立和复建的内在驱动与本土资源 ...	112
第四章 清代审转制度之弊与太平天国后就地正法的沿用 不绝	118
第一节 清代的审转制度	121
一 清代审转递解中的执役群体	122
二 递解中的脱逃惩处与时间管理	126
三 审转中的递解形式与扰民	130
第二节 执行递解的费用问题	135
第三节 递解积弊与制度调适	143
一 空间难题：清代递解的司法积弊	144
二 制度调适：巡道代勘和就近审理	147
第四节 地方对使用就地正法的偏好	150
第五节 结语	159
第五章 清代命案中的“追埋葬银”：从立法到司法的历史 考察	161
第一节 清代律例中“追埋葬银”	162
第二节 清代“追埋葬银”的司法实践	168
第三节 与清代命案私和中“命价”的横向比较	176

第六章 为爱鬼头银，命比鸿毛轻：清代命案中的购买

顶凶	187
第一节 清代的“顶凶”：从“宰白鸭”说起	188
第二节 清代律例与成案中的顶凶	195
第三节 清代顶凶案件生成的社会—司法机制	201

第七章 清代官媒再探

第一节 重新认识官媒：清代官媒的另面	218
第二节 鬻女寻官媒：清代官媒的嫁卖妇女	228
第三节 在善与恶之间：清代官媒的制度省思	236

第八章 清代官代书制度再探

第一节 官代书的考取与代书考题	242
第二节 代书的分布、人数及收入	246
一 官代书在各衙门的设置情况	246
二 各级衙门官代书的人数	254
三 官代书的收费	257
第三节 官代书的职责	261
一 “代书词状”与“审查词稿”	262
二 传唤原告及“保戳人”	270
三 缮写甘结、具领状及保认状	273
四 劝解、开导当事人	275
第四节 官代书制度的弊病	276
一 官代书弊病的表现	277
二 代书弊病产生的原因	281
第五节 官方的应对及官代书制度的终结	289

一	官方的应对之策	289
二	官代书制度的终结	294
第六节	“吏役化”与代书制度腐化：关于官代书制度的反思	297
一	代书与吏役之分——代书制度的原初设计	298
二	代书的“吏役化”——官代书制度的变质	298
第九章	清末贻谷参案研究	302
第一节	案情考索：权力场域的博弈	304
第二节	揭开公司的面纱	339
一	设立	342
二	股权结构	343
三	股权收益	354
四	运作模式	359
五	进一步分析	366
第三节	资源配置与利益平衡：经济法律制度的核心	370
第四节	结语	416
参考文献		422
后 记		461

Contents

Introduction	/001
Chapter one A Study on Semantic Meaning and Vicissitude of the Word “<i>Shehui</i> (社会)” in Traditional China	/018
I From the Fete for the God of Land to the Grassroots Community	/019
II From the Various Club, Association to the Literary Gatherings	/033
III The Formation of the Modern Meaning as a New Word of “Society”	/042
Chapter Two The Archaeology of Knowledge of the Word “<i>Zhidu</i> (制度)”	/058
I For the Meaning of Etiquette	/058
1. The Early Meanings and it's Continuation; Statute and Manners	/060
2. The Evolution; As the Detailed Stipulations	/065
II The Meaning in Daily Life	/070
1. At the General Level; Pattern and Style	/070
2. At the Concrete Level; The Making Method	/072
III The Formation of the Modern Meaning	/075

1. The Continuation of the Original Meaning since Modern Times /076
2. Modern Law, Norm and System: The Formation since Late Qing Dynasty /078

Chapter Three The Origin and Development of Zixin Suo during the Qing Dynasty: Concurrently Discussing the Late Qing Prison System Inherited from Emperor Qianlong's Reign /085

- I The Creation of Zixin Suo in the Tenth Year of Emperor Qianlong's Reign /086
- II The Resetting of Zixin Suo during the Emperors Tongzhi and Guangxu /097
- III The Inner Impulse and Indigenous Traits of the Creation and Resetting of Zixin Suo during the Qing Dynasty /112

Chapter Four The Malpractices of the Trial and Review System during the Qing Dynasty and the Extending of the Immediate Executions after the *Taiping* Rebellion /118

- I The Trial and Review System during the Qing Dynasty /121
 1. The Runners Undertaking the Task of Escorting Prisoners /122
 2. The Punishment Regulations for the Prisoners' Escaption and the Time Limitation during the Escorting /126
 3. The Escorting Ways on the Road and its Bad Effects during the Trip /130
- II The Expenses for the Escorting /135
- III The Malpractices of the System and its Adjustments /143
 1. The Challenge of the Space: Judicial Malpractices of the Escorting during the Qing Dynasty /144

2. Institutional Adjustments: Subdistrict Intendant Partially Acting for the Judicial Function	/147
IV Local Authorities' Tendency Towards Immediate Executions	/150
V Summary	/159
 Chapter Five The Burial Tael in the Homicide Cases during the Qing Dynasty: An Historical Investigation from Legislation to Legal Practice	 /161
I The Provisions of the Burial Tael in the Code of the Qing Dynasty	/162
II The Burial Tael in the Legal Practice	/168
III A Comparison to the Life Compensation Price in the Homicide Cases of Private Settlement	/176
 Chapter Six A Study on Displacing the Murderer in the Homicide Cases during the Qing Dynasty	 /187
I Displacing the Murderer in the Homicide Cases: Starting from "Killing the White Duck"	/188
II The Statements of Displacing the Murderer in the Qing Code and the Leading Case	/195
III The Formation of the Cases in the Social and Judicial Mechanism	/201
 Chapter Seven A Further Research on <i>Guanmei</i> during the Qing Dynasty	 /217
I The Other Side of <i>Guanmei</i> : Some New Viewpoints from the Materials in the Local Archives	/218

II	Selling Female by <i>Guanmei</i> Legitimately during the Qing Dynasty	/228
III	Between Good and Evil: Institutional Reflection on the <i>Guanmei</i> during the Qing Dynasty	/236

Chapter Eight A Further Research on <i>Guandaishu</i> during the Qing Dynasty		/241
I	The Qualifying Examination for <i>Guandaishu</i> and the Test Topics	/242
II	The Establishment in Levels of Government, Enrollment and Income of the <i>Guandaishu</i>	/246
1.	The Establishment of the <i>Guandaishu</i> in Levels of Government	/246
2.	The Enrollment of the <i>Guandaishu</i> in Levels of Government	/254
3.	The Charge for the <i>Guandaishu</i> 's Services	/257
III	The <i>Guandaishu</i> 's duties	/261
1.	Writing Accusations and Checking Statements	/262
2.	Summoning Plaintiff and Voucher to Court	/270
3.	Pledging Undertaking	/273
4.	Enlightening the Parties Concerned	/275
IV	The Malpractices of the <i>Guandaishu</i> System	/276
1.	Symptoms	/277
2.	Etiological Factors	/281
V	The Reactions of the Governments and the Terminating of the <i>Guandaishu</i> System	/289
1.	The Governance to the Malpractices	/289

2. The Terminating of the <i>Guandaishu</i> System	/294
VI An Reflection on the <i>Guandaishu</i> System	/297
1. The System Design: Separating the <i>Guandaishu</i> from the Government Runners	/298
2. The Deterioration of the system: The <i>Guandaishu</i> Descending to the Government Runners	/298
Chapter Nine A Study on Yigu Case at the End of the Qing Dynasty	/302
I The Events Restoration of Yigu Case: The Game in the Fields of Power	/304
II Piercing the Corporate Veil	/339
1. The Beginning	/342
2. The Ownership Structure	/343
3. The Stock Right Profits	/354
4. The Operation Mode	/359
5. A Further Analysis	/366
III Resource Allocation and Interests Balancing: The Core of Economic Legal System	/370
IV Summary	/416
References	/422
Afterwords	/461

导 论

—

大题大做固然神浑气灏，但需要斫轮老手运斤成风的功力，而大题小做往往如同小孩子穿大人的衣服，虚浮不合体，浑身上下鼓鼓囊囊，撑不起来，导致好题目被轻易地糟践了。就研究方略而言，小题大做较为切实可行。所谓“小题大做”包括两方面含义。一是做小问题一定要与终极关怀、与学术史上的大问题相联系。做小问题的目的在于阐述大问题，做学问讲究正大中和、广大通明之境，宜先立乎其大；虽小处落笔，但不是细碎相逐，囿于一隅，蔽于一偏，而是大处着眼、以小观大，否则即便不是牛角越长越歪，也会钻牛角尖而无法自拔。例如，钱钟书以“管锥”之功求打通方式就是见微知著、以微引博。反观有些学者发表的论文，一个问题涉及上千年，随手牵引撷取一些资料就可以立论，表面上取材宏富，但漫然全无伦纪、类例。我对此颇感怀疑，这起码说明选题太大或者研究不深入。中国传统的治学方法讲求持例犹持军，殆类例攸分，学术自明，以其先后本末俱有。步德茂的《过失杀人、市场与道德经济：18世纪中国财产权的暴力纠纷》（*Manslaughter, Markets, and Moral Economy: Violent Disputes over Property Rights in Eighteenth-Century China*）一书，在一些中国学者看来似乎比较死气沉沉，不引人入胜，但其中的研究方法十分值得借鉴。这说明西方的正规学者是经过严格

学术训练的，不属于野狐禅。二是小问题不可随意划过，必须全力以赴，才能取得学术上的突破，否则多逞空辩，徒作大言，很大程度上不过只是“门面语”或“口头禅”，无所刻入，自以为没问题，其实问题很大。在格林兄弟为我们留下的萨维尼关于“法学方法论”的讲义笔记中，萨维尼就曾指出，所有的体系都通达于哲学。对纯历史性体系的阐述将会通达于某种统一性和某种理念，这种统一性与理念构成体系化阐述的基础，这就是哲学。但萨维尼在讲义中提到，有些时候法学的哲学性研究取得的平庸成果由于作者自身悟性和功力所限，往往很快就被淡忘并遭到鄙视，而那些因为从事历史性研究而不是哲学性研究从而被视为中等水平学者的成果却往往受到重视，所以，在法学研究中一些伟大的天才被充分培养成优秀的历史性研究者。这似乎颇为符合中国“愚者千虑，必有一得”的说法。我在自己的五卷本《法律、资源与时空建构：1644—1945年的中国》中借用德国人的概念将知识产权法律角度下创新程度较低的平庸之作称为“小硬币”（Kleiner Münze）。的确，但凡大学问家都没有眼眶子浅的商人那种“数小钱”的习惯，不过我们也应该看到，连篇累牍的充满大词的理论凌空蹈虚，仅仅是空头支票而已。这种空头支票其实一文不名。许多貌似宏大的系统即便借助于行政力量得到广泛宣传，但空言浮词终究经不起时间的推排销蚀，最终都是明日黄花，雨打飘萍，湮没于历史的黄尘古道。学问之道，讲求一棒一条痕、一捆一掌血的笃实，讲求抓铁有痕、踏石留印、美成在久的坚毅。

令人黯然神伤的是，在我们这样一个历史悠久的国度里，许多人不把历史当回事，弃之如敝屣，甚至把传统视为前进路上的绊脚石。读史本来使人睿智，使人变得成熟，故一些在政治上经过厮杀后等待时机的高层人物往往都以读点历史作为一种修炼。而如今人们对于历史的鄙夷，恰恰反映了一种不成熟的鲁莽，仿

佛青春叛逆期厌学的坏孩子一样。现代人对于历史具有根深蒂固的肤浅偏好，即厌薄历史、破坏传统。有人就曾经对洪煨莲开玩笑：“‘历史’这两个字，读来有点像‘立死’，乃是要死的学术。”^①殊不知“欲断今日事，须知往日情”（Things present are judged by things past），承新仍返诸旧。各种学人多喜就目前现状论断是非，则一时共以为甚确，历久仍不知其妄。长此以往，学问之道，遂难言矣。实际上，名垂千古的伟人都会自觉地资鉴历史，具有厚重的历史感。只有那些平庸之辈才会鼠目寸光，才会对历史不屑一顾，对于祖先的文化遗产无动于衷，直欲空中起楼阁，无苗收籽粒。《庄子·秋水》有云：“井蛙不可以语于海者，拘于虚也；夏虫不可以语于冰者，笃于时也。曲士不可以语于道者，束于教也。”^②井底之蛙的眼界本来就小，偏偏又待在井底下，不知千仞深海，以为天只有巴掌大，不以自己之短为短，遂不会有借高处看世界的冲动，也不会有陈子昂登幽州台的那种“前不见古人，后不见来者。念天地之悠悠，独怆然而涕下”的感触，更不会善待自己的历史遗产。恰如以史为鉴的唐太宗所感叹：“大矣哉，盖史籍之为用也。”“不出岩廊，神交千祀之外；穆然旋纡，临睨九皇之表。”^③历史是延长我们经验知识的神器。沈家本由刑部官员外放直隶保定府知府，其在《刑案汇览三编》序言平议中曰：“《汇览》一书，固所以寻绎前人之成说以为要归，参考旧日之案情以为依据者也。晰疑辨似，回惑祛而游移定，故法家多取决焉。顾或者曰：今日法理之学，日有新发明，穷变通久，气运将至，此编虽详备，陈迹耳，故纸耳。余谓：理固有日新之机，

① 洪煨莲：《历史在近代学术中之位置》，《师大月刊》1936年第26期。

② 方勇译注《庄子》，中华书局，2010，第259页。

③（宋）宋敏求编《唐大诏令集》卷81《修〈晋书〉诏》，中华书局，2008，第467页。

然新理者，学士之论说也。若人之情伪，五洲攸殊，有非学士之所能尽发其覆者。故就前人之成说而推阐之，就旧日之案情而比附之，大可与新学说互相发明。”^① 在西方，“历史是生活的老师”（*Historia est Magistra Vitae*）。人们在历史传统面前，无法摆脱过去之神，无法与旧世界一刀两断，“只有屈服于历史所产生的巨大客观力量”^②，把过去置诸脑后以便重新开始生活是徒劳无益的。“我们遨游在过去之中就像鱼儿遨游在水中，我们无法从中逃遁。”^③ 卡多佐说，法律是生长的，“现行的规则和原则可以告诉我们的方位、我们的处境、我们的经纬度。夜晚遮风挡雨的客栈毕竟不是旅行的目的地。法律就像旅行者一样，天明还得出发。它必须有生长的原则”。^④ 费肯杰为此也慨然指出：“伟大的法学家不是只有在实体法的领域，将传统的法律素材搜集、转换及现代化地传递于将来的世代。只有当他将实体法的研究与一个新的方法论的观点相结合，此一观点并为后世肯定及继受，才是伟大的法学家。萨维尼及耶林二人伟大之处均在于此。”^⑤ 赫拉克利特为物理世界写了这样的格言：上升的路和下降的路是同一条路。这在某种意义上同样可以运用于历史的世界。^⑥ 不知来，视诸往！蓦然回

① 沈家本：《寄簪文存》卷6《刑案汇览三编序》，商务印书馆，2015，第195页。

② 〔德〕威廉·狄尔泰：《梦》，载田汝康、金重远选编《现代西方史学流派文选》，上海人民出版社，1982，第9页。

③ Eric Hobsbawm, *On History* (London: Weidenfeld & Nicolson, 1997), p. 3.

④ 〔美〕本杰明·内森·卡多佐：《法律的生长》，刘培峰、刘骁军译，冯克利校，贵州人民出版社，2002，第11页。

⑤ Wolfgang Fikentscher, Ulrich Himmelmann, Rudolf von Jherings Einfluss auf Dogmatik und Methode des Privatrechts. In: Gerhard Luf (hrsg.), *Der Kampf ums Recht. Forschungsband aus Anlaß des 100. Todestages von Rudolf von Jhering* (Berlin: Duncker & Humblot, 1995), S. 95.

⑥ 〔德〕卡西尔：《人论》第10章“历史”，甘阳译，上海译文出版社，2004，第247页。

望历史是为了对未来的高瞻远瞩，这就是西方学者所谓的“以退为进”（reculer pour mieux sauter）的认知策略，和中国人“温故知新”的理念如出一辙。如龚自珍的名言“欲知大道，必先为史”，^①言简意赅地说明了回溯过去以服务现实的关系。章太炎曾一言以蔽之曰：“欲省功而易进，多识而发志者，其唯史乎？”^②历史指引我们前进。与传统的对话，乃深化其知识体系、坚定其自由信念的过程。对于历史，我们不能选择，不能回避。历史的分析和讨论，特别是对历史上的制度思想的分析和讨论，并非仅仅是一种学术上的兴趣，而往往是因为历史的经验会对现实有所裨益。所谓“物有本末，事有终始，知所先后，则近道矣”。^③毛泽东同志有两句话，一句叫作“今天的中国是历史的中国的一个发展”；^④另一句叫作“如果要看前途，一定要看历史”。^⑤这两句话联系起来，就讲清了历史、现实与未来之间的关系，揭示了应该总结、承继从孔夫子到孙中山这一份珍贵遗产的重要性。历史不过是业已逝去的现实，而当未来变成现实时，今天的现实也就成为新的历史。历史不是为了历史而历史。史学则应当通过通变明道的方式来鉴古知今和究往穷来。

二

中国人做学问讲求“会通”，贵会通以求，不贵分别以观。《周易·系辞上》第八章及第十二章均有云：“圣人有以见天下之

①（清）龚自珍撰《尊史》，载王佩诤校《龚自珍全集》，上海古籍出版社，2007，第81页。

②章太炎：《救学弊论》，载上海人民出版社编，黄耀先、饶钦农、贺庸点校《章太炎全集·太炎文录续编》卷1，上海人民出版社，2014，第94页。

③（宋）朱熹撰《四书章句集注》之《大学章句》，中华书局，1983，第3页。

④《毛泽东选集》第2卷，人民出版社，1991，第534页。

⑤《毛泽东文集》第8卷，人民出版社，1999，第383页。