

中国古代法律文献研究

第十二辑

中国政法大学法律古籍整理研究所 编



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

目 录

再论礼律

——以“失礼入刑”为例 高明士 / 001

睡虎地秦简法律文书集释（七）：《法律答问》1~60简

..... 中国政法大学中国法制史基础史料研读会 / 049

睡虎地秦简《法律答问》“狱未断”诸条再释

——兼论秦及汉初刑罚体系构造 张传玺 / 120

《岳麓书院藏秦简（肆）》补注四 朱红林 / 173

从岳麓秦简赍劫案看秦国的匿皆罪及其乡里状况 南玉泉 / 204

西汉三公曹“主断狱事”探微 王 冠 / 227

奈良时代传入日本的文物与《唐关市令》

——以《天圣令·关市令》为中心

..... [日] 大西磨希子 著译 赵 晶 校 / 244

有关唐代平阙式的一个考察（下）

——以对敦煌写本《唐天宝职官表》的检讨为中心

..... [日] 冈野诚 著 赵 晶 译 / 283

唐判研读举隅（二）

——以《文苑英华·判》“师学门”“为政门”为例 于晓雯 / 323

敦煌本《天复八年吴安君分家遗书》有关问题 马 德 / 349

吉仪中是否有“三幅书”？

——从通婚书说起 [日] 山本孝子 / 368

《天圣令·狱官令》译注稿

..... 中国社会科学院历史研究所《天圣令》读书班 / 383

《天圣令·营缮令》译注稿 中国社会科学院历史研究所《天圣令》读书班 / 434	
纸石之间 ——宋代敕牒的文书与刻石 安 洋 / 462	
明代律典和明代司法 徐道隣 著 徐逸尘 译 / 485	
《巴县档案》读书会研讨词汇集 [日] 小野达哉 编著 杜 金 译 / 536	
论东川德治的东洋法制史研究 赵 晶 / 559	
寺田浩明著《中国法制史》书评专辑	
专辑说明 本刊编辑部 / 588	
传统中国法与近代法 [日] 寺田浩明 著 黄琴唐 译 / 590	
恶战苦斗的结晶 ——读寺田浩明《中国法制史》 伍 跃 / 626	
近代法视野下的清朝法律秩序研究：寺田浩明 《中国法制史》 阿 风 / 651	
评寺田浩明《中国法制史》 赵思渊 / 658	
评寺田浩明《中国法制史》 ——从内亚视角谈法律多元主义与跨文明比较法制史的展望 孔令伟 / 668	
2017 年度台湾地区中国法律史研究论著目录 刘欣宁 / 682	
2017 年度国外中国法律史研究论著目录 [加] 郭跃斌 [日] 吉永匡史 [韩] 金 珍 [法] 梅凌寒 / 691	
《中国古代法律文献研究》稿约 / 710	
Journal of Chinese Ancient Legal Literature Studies / 711	
《中国古代法律文献研究》撰稿凡例 / 713	

评寺田浩明《中国法制史》

——从内亚视角谈法律多元主义与跨文明比较法制史的展望

孔令伟*

在今日的中国法制史学界中,原京都大学法学部教授寺田浩明可说是一位几乎无人不晓的代表人物。他关于中国法制史的著作,不仅史料功底扎实,且深有洞见。在大量且细致的个案研究的基础之上,寺田进一步对传统中国法,尤其是清代中国的法秩序,提出了不少精辟独到的总体见解,如为中国法制史学者所熟知的“非规则型法”(非ルールのな法)^①以及“拥挤列车模式”(満員電車のモデル)^②等理论性描述,对开辟中国法制史的研究范式,均多有贡献。寺田治中国法制史的著作,往往又围绕着两个核心的问题意识,首先是该如何立足于历史学的基础,适当地描述清代法秩序的实际运作方式?除此之外,当代的法学研究者该如何跳脱出以西方近代法为圭臬的偏见,进而通过中国与日本法制史研究重新定义

* 美国哥伦比亚大学东亚系博士候选人、日本京都大学文学研究科外国人共同研究者。

① [日] 寺田浩明:《「非ルールのな法」というコンセプト——清代中国法を素材にして》,《法学論叢》2007年3月第160卷第3~4号,第51~91页。中译本为魏敏所译,收入中国政法大学法律史学研究院编《日本学者中国法论著选译》(下册),中国政法大学出版社,2012,第544~575页。

② [日] 寺田浩明:《満員電車のモデル——明清期の社会理解と秩序形成》,〔日〕今井弘道、森際康友、井上達夫編《変容するアジアの法と哲学》,有斐閣,1999,第133~147页。中译本为阮云星所译,收入中国政法大学法律史学研究院编《日本学者中国法论著选译》(下册),第465~478页。

前近代的“法”概念？这两个一体两面的问题意识，也正是寺田近著《中国法制史》所关照的核心课题。^①

寺田《中国法制史》一书，除去序章与终章外，共分为八个章节，分别就“人与家生业与财产”、“社会关系”、“秩序—纷争—诉讼”、“诉讼”、“断罪”、“法—权力—社会”以及“传统中国法与近代法”等议题对中国法制史进行深入的探讨。根据后记，本书的写作基础实际上为寺田历年在日本各大学法学部教授“中国法制史”“东洋法制史”等课程讲义的总结修订；而这份课程讲义的总结，也反映出寺田本人的学术体系的架构。^②也由于本书各章节的内容，具有面向大学生与研究生课程的讲义性质，所以内容深入浅出、行文流畅，借由通读本书，读者不仅可以对寺田的法史学体系有概要式的理解，也可以管窥日本大学法学部的基础学科教育内容。

总体而言，本书体大思精，比较全面地涉及了中国法制史中的诸多面向，又能深入浅出地利用清代法律文献对各议题进行精辟的阐发，无疑是一本近年法制史研究的代表性著作。由于《中国法制史》涉及范围甚广，又由于笔者自身的学术背景所限，本文无意也不能对本书进行通盘的评价，而更倾向由历史学的立场，尤其是清朝史与内亚史的视野，为《中国法制史》的读者提供一些补充性的思考。

在序章中，寺田便开宗明义地提及本书的两点限制。首先是本书虽以中国法制史为题，实际上却是以清代法律的性质为主要讨论素材，寺田清楚地指出家族法、土地法、身份法、裁判制度与刑罚制度等议题随着中国历代的历史变迁，不可以立基于清代中国传统法研究所得出的结论进行逆推并笼统地概括，然而本书的用意在于以清代各类型的法律案例为出发，反映出中国历代法律发展的折射过程。^③有鉴于此，本书虽名为《中国法制史》，读者在阅读本书时，理应具备独立的历史思辨力，不宜将作者以清代案例总结出的中国传统法特征，视为千百年来一成不变的中国法制史定律，否则极有可能陷入美国学者络德睦（Teemu Ruskola）所谓的“法律

① [日] 寺田浩明：《中国法制史》，东京大学出版会，2018，第3~5页。

② [日] 寺田浩明：《中国法制史》，第381页。

③ [日] 寺田浩明：《中国法制史》，第6~7页。

东方主义”(legal orientalism),亦即将中国法视为停滞不前的他者。^①笔者认为本书在时间维度上定义中国传统法时,之所以会无可避免地遭遇以清代案例为主要研究对象的困难,实际上反映出中国法制史研究材料的核心问题,亦即清代以前中央司法档案与地方契约文书等史料的稀缺性,而这也是所有中国法制史研究者在试图建构跨断代的理论性论述时,所必须遭遇的主要问题。

关于寺田本书在时间维度上的限制,笔者一方面认为实属非战之罪,另一方面同时也反映出中国法制史研究中一个迫切的问题,即文献学与法史学研究的跨学科整合与对话。随着20世纪初以降中国考古学的发展,殷墟甲骨、周代金文、秦汉简牍与敦煌吐鲁番文书等地下材料已成为中国史研究前沿不可忽视的重要部分,这些史料的相关研究,亦逐渐各自发展为甲骨学、简牍学与敦煌吐鲁番学等相对独立的学科;而这些地下材料研究的发展,如秦汉简牍研究与敦煌吐鲁番文书中的地方司法与民间社会经济文书研究,正为开拓中国法制史的历史纵深提供了绝佳的契机。然而由于断代史、文字学与文献学等专业门槛,要求所有的法制史研究者兼具甲骨、简牍与敦煌吐鲁番文献的释读能力,显然并不实际。相反地,笔者在此更加想要强调的是,法学背景出身的法制史学者如何超越学科的藩篱,与精通甲骨、金文、简牍等地下材料的历史学与文献学同道展开实质对话,将是未来深化中国法制史维度的一大关键。另一方面,研究中国上古、中古、近世与近代等各个断代的法制史研究者,将来该如何展开跨断代的统合性研究,也是值得思考的重大课题。

除了时间维度上的限制外,本书亦具有地域与文化维度上的限制。寺田在序章中亦自承本书虽以清代法为主要考察对象,却无法包纳清朝特有的历史要素与地域差异,尤其是满洲、蒙古与八旗等清代法中的特殊因素。^②换句话说,寺田所定义的“中国”,本身具有地理与文化上的限制,亦即以中原地区与汉文化为“中国”法制史的代表,而以满蒙与汉军为核

^① Teemu Ruskola, *Legal Orientalism: China, the United States, and Modern Law*, Harvard University Press, 2013. [美] 络德睦著《法律东方主义》,魏磊杰译,中国政法大学出版社,2016。

^② [日] 寺田浩明:《中国法制史》,第7页。

心的八旗制度以及通行于清代藏区与西北地区的佛教法与伊斯兰法，并不在其讨论范围之内。寺田虽在序章中直言了本书的限制，然而这并不代表其本人对于满、蒙、藏、伊斯兰等清代法中特殊因素的漠视；相反地，寺田的坦率或许反映出其对于清代法制史中民族因素的重视与开放态度。而寺田本人在京都大学法学部任教时，亦曾指导过清代蒙古法制史方向的研究生，如现任东京大学大学院情报学环兼东洋文化研究所准教授、清代蒙古法制史学者额定其劳（Khohchahar Erdenchuluu）便是寺田的高足，由此可见寺田本人对清代蒙古法制史研究实有提携推动之功。额定其劳在京都大学求学时，亦曾编纂《蒙古法史日本語论文著作目录（1924～2008）》并于2009年刊登在当时寺田的研究室网页上，^①供相关研究者利用参考，对于促进蒙古法史研究产生了一定的积极意义，这也侧面显示出寺田本人对于蒙古法研究的正面态度。

事实上，日本法制史学界自20世纪初以降，对于蒙古法史乃至内亚法传统，累积了相当可观的研究成果，在此仅列举较具有代表性的学者及其著作。日本的内亚法史研究中，以蒙古法研究为大宗，而田山茂是日本学术界较早关注蒙古法传统的学者之一，其相关代表著如《清代蒙古社会制度》^②《蒙古法典研究》^③等。此外，原明治大学名誉教授岛田正郎也是一位具有指标性的人物，他在内亚法制史方面的研究，从契丹、女真、西夏的法律传统乃至明清时期的蒙古法，均有所涉猎，其代表作如《北方欧亚法系之研究》^④《清朝蒙古例之研究》^⑤《明末清初蒙古法之研究》^⑥《清朝蒙古例实效性之研究》^⑦《北方欧亚法系通史》^⑧《西夏法典初探》^⑨

①〔日〕额定其劳：《蒙古法史日本語論文著作目録（1924～2008）》，原寺田浩明研究室网页（随寺田退休，已于2018年由其继任者铃木秀光接手），<http://www.terada.law.kyoto-u.ac.jp/sonota/mongol.htm>（检索日期：2018/7/20）。

②〔日〕田山茂：《清代に於ける蒙古の社会制度》，文京书院，1954；田山茂：《清代蒙古社会制度》，潘世宪译，商务印书馆，1987。

③〔日〕田山茂：《蒙古法典の研究》，日本学术振興会，1967。

④〔日〕岛田正郎：《北方ユーラシア法系の研究》創文社，1981。

⑤〔日〕岛田正郎：《清朝蒙古例の研究》，創文社，1982。

⑥〔日〕岛田正郎：《明末清初モンゴル法の研究》，創文社，1986。

⑦〔日〕岛田正郎：《清朝蒙古例の実効性の研究》，創文社，1992。

⑧〔日〕岛田正郎：《北方ユーラシア法系通史》，創文社，1995。

⑨〔日〕岛田正郎：《西夏法典初探》，創文社，2003。

等,可谓著作等身。除前辈学者外,目前日本青壮辈的学术骨干中亦不乏专研蒙古法制史的学者,如神户大学教授萩原守著有《清代蒙古的裁判与裁判文书》、^① 东北大学教授冈洋树著有《清代蒙古蒙旗制度研究》、^② 均属清代蒙古法制史不可多得之佳作。在以上较具有代表性的蒙古法制史专著外,日本学者在发掘蒙古法律文书方面也有开创之功,比较具有代表性的有二木博史对蒙古文《白桦法典》的译注工作。^③ 碍于篇幅限制,本文无法全面列举近年日本乃至国际学界蒙古法制史的研究成果,有兴趣的读者可自行参考萩原守与额定其劳 2014 年所撰写的研究回顾。^④

在蒙古法史之外,传统满洲法研究也是日本内亚法史研究的一大重心,其中又以八旗制度为重点,近年比较具有代表性的相关著作,如追手门学院大学教授承志《大清国及其时代:帝国的形成与八旗社会》、^⑤ 天理大学教授谷井阳子《八旗制度研究》、^⑥ 东京大学准教授杉山清彦《大清帝国的形成与八旗制》^⑦ 等。在满文法制史史料开拓方面,有日本大学教授加藤直人对《逃人档》的译注研究,^⑧ 以及国士馆大学教授石桥崇雄等人对乾隆《钦定八旗则例》的题解介绍^⑨等相关成果。

与中原内地、满蒙地区的法制史研究相比,日本学界中从事清代藏地与西北地区法制史研究的学者,数量上相对较少。总体而言,日本大学中

①〔日〕萩原守:《清代モンゴルの裁判と裁判文書》,創文社,2006。

②〔日〕岡洋樹:《清代モンゴル盟旗制度の研究》,東方書店,2007。

③〔日〕二木博史:《訳注白樺法典(Ⅰ)》,《遊牧社会史研究》第50号,1977,第10~19页;《訳注白樺法典(Ⅱ)》,《モンゴル研究》第12号,1981,第50~63页;《訳注白樺法典(Ⅲ)》,《モンゴル研究》第14号,1983,第12~27页;《白樺法典について》,《アジア・アフリカ言語文化研究》第21号,1981。

④〔日〕萩原守、额定其劳:《モンゴル法制史研究動向》,《法制史研究》第64卷,2014,第171~211页。本文中译参考〔日〕萩原守、额定其劳著《蒙古法制史研究动态》,彩虹、蒙古勒呼译,《中国边疆民族研究》第10卷,2016,第209~241页。

⑤〔日〕承志:《ダイチン・グルンとその時代:帝国の形成と八旗社会》,名古屋大学出版会,2009。

⑥〔日〕谷井陽子:《八旗制度の研究》,京都大学学术出版会,2015。

⑦〔日〕杉山清彦:《大清帝国の形成と八旗制》,名古屋大学出版会,2015。

⑧〔日〕加藤直人:《逃人档》,東北アジア文献研究会,2007。

⑨〔日〕石橋崇雄:《史料紹介満文〈欽定八旗則例〉(乾隆七年版)》(Ⅰ~Ⅲ),《國士館東洋史學》2006年第1号,第151~174页;2007年第2号,第38~70页;2012年第6号,第70~98页。

的东洋法史教席，仍以中原内地传统法研究为主流；至于满蒙法史，则因20世纪初日本的北进政策而获得较多关注，从而得以建立相对独立的学术传统。相形之下，日本学界中从事清代藏区与西北地区的法制史的研究者，尤其是藏传佛教与伊斯兰宗教法方面，人数则相对较少，这主要可能是日本大学的学科建设所造成的。如明治大学名誉教授冈野诚，虽师从著名内亚法史学者岛田正郎并继承其教席，其学术贡献却以唐宋法制史文献为主，并没有承袭其师内亚法史的治学路线。根据冈野诚本人回忆，他在1971年的研究生入学面试时，曾对岛田正郎说将来想从事西藏法制史方面的研究工作，岛田则建议以研究传统中国法史为主，若有余力再研究西藏与蒙古法，因为研究内亚法史在日本大学中很难获得教职。^① 这段故事也反映出日本法制史学界，长期以研究中原内地的传统法为主流，满蒙法研究次之，而中国藏区、西北地区与宗教法研究又次之的局面。

虽然日本学界中中国藏区、西北地区、藏传佛教与伊斯兰宗教法的研究者在人数上相对较少，却仍出版了不少质量优良的相关研究成果。在清代藏区法史方面，代表作如东京大学教授平野聪《清帝国与西藏问题：多民族統合の成立と瓦解》，^② 除了专书以外亦有不少相关的博士学位论文，如现任鸟取大学准教授、毕业自东京大学的柳静我，^③ 以及京都大学片桐宏道^④均曾撰写过相关博士学位论文。至于在清代新疆法史相关方面，前辈学者如原金泽大学名誉教授佐口透、^⑤ 甲南大学名誉教授堀直^⑥等人均有所建树，近年来东北学院大学小沼孝博^⑦与东京外国语大学

① [日] 冈野诚：《意志の人、情の人——島田正郎先生の思い出》，《法史学研究会会報》第15号，2010年，第211页。笔者最初是通过阅读赵晶对冈野诚的介绍文章而注意到这段文字。赵晶：《日本东、西两京东洋法制史学的“双子星座”》，《文汇学人》2018年3月2日。

② [日] 平野聪：《清帝国とチベット問題——多民族統合の成立と瓦解》，名古屋大学出版会，2004。

③ [日] 柳静我：《清朝の対チベット政策：雍正時期を中心に》，东京大学博士论文，2008。

④ [日] 片桐宏道：《ダライラマ政権の構造》，京都大学博士论文，2012。

⑤ [日] 佐口透：《十八—十九世紀東トルキスタン社会史研究》，吉川弘文馆，1963。

⑥ [日] 堀直：《回疆犯科帳：清代漢籍史料からみたる社会の一断面》，《甲南大学紀要・文学編》第105号，1997，第24～43页。

⑦ [日] 小沼孝博：《清と中央アジア草原：遊牧民の世界から帝国の辺境へ》，東京大学出版会，2014。

准教授野田仁^①等人又有相关著作问世，为学界理解清代民族法规与新疆地方社会变迁等议题，皆有所助益。

除了内亚法史的政治与社会经济层面外，近年来日本学界也有学者关注清代藏传佛教与伊斯兰宗教法等面向。在藏传佛教与法制方面，代表学者如早稻田大学教授石滨裕美子^②与关西大学准教授池尻阳子^③等人，研究藏传佛教寺院与扎萨克喇嘛制度等议题；在伊斯兰法方面，则有京都大学准教授中西竜也^④对清代汉人穆斯林社群法律传统的相关研究。

以上所列举之日文学界内亚法史研究中的既有成果，正如寺田在序言所言，并未被其统整纳入新作当中。然而本书既然以“中国法制史”为讨论范畴，而不使用范围较小的“清代内地法制史”，加上本书最初的预设读者又是刚入门的本科与研究生，不免容易使不熟悉中国通史、清史的入门读者有一种“中国传统法”等于“内地传统法”的错觉。

作为中国法制史的前辈学人，寺田对整体学科业已贡献良多，笔者在此的目的并非指出其近作之不足，而是站在后学的立场，希望与自己与治中国法制史的同仁一同反思，未来的研究者该如何正视中国法制史中的多元面向，避免落入将“中国法制史”限缩于“清代中原法制史”的窠臼中？又该如何站在世界史的视野，将传统中国法与奥斯曼、俄罗斯各地的前近代法进行比较研究，进而摆脱一味以近代西欧法为普世价值的法律东方主义？而这也正是寺田在序章与终章中，对未来中国法制史研究者所提出的期许。本文以下将以寺田《中国法制史》部分章节内容为经，以内亚法史视野为纬，以期通过内亚传统法的研究实例，来深化寺田本书所提出的关键议题。

在第一章“人与家”中，寺田敏锐地考察了作为前近代中国法的基础

①〔日〕野田仁：《露清帝国とカザフ＝ハン国》，东京大学出版会，2011。Noda Jin, *The Kazakh Khanates Between the Russian and Qing Empires: Central Eurasian International Relations During the Eighteenth and Nineteenth Centuries*, Brill, 2016.

②〔日〕石滨裕美子：《清朝とチベット仏教—菩薩王となった乾隆帝》，早稻田大学出版部，2011。

③〔日〕池尻陽子：《清朝前期のチベット仏教政策—扎薩克喇嘛制度の成立と展開》，汲古书院，2013。

④〔日〕中西竜也：《中華と対話するイスラーム：17～19世紀中国ムスリムの思想的営為》，京都大学学术出版会，2013。

社会单位“家”概念，尤其是同居共财、家产分割、尊卑长幼以及宗族观念等等。然而读者需要注意的是，本章所定义之传统中国的“家”概念，是一个根据清代内地经验所概括的原则性表述，无法充分解释清朝所统治的广袤内亚地区的社会基础。换言之，清代中国统治下满、蒙、藏等民族地区的社会基础，并不能用内地汉人的宗法与家庭概念来理解。例如适用于内地的《大清律例》，其刑律关于斗殴与故杀等部分，对于长幼亲属之间的暴力犯罪的惩罚，有很复杂的加减等系统，而这也反映出儒家文化亲疏尊卑的人伦思想。^①然而在清代《蒙古律例》中有关暴力犯罪的条文，却并没有如《大清律例》那般强调施暴者与受害者之间亲疏关系，而是以“贵族-平人-家奴”的身份差异作为量刑加减等的基础，^②这也反映出清代蒙古法的社会基础主要是根据“领主-属民”（ejen-albatu）的人身依附关系而非内地的宗法观念。

实际上，即便清代内地以儒家思想为基础的宗族观念并不适用于内亚地区，“家”这个概念对于理解满、蒙、藏等地的传统法，尤其是对身份制社会下人身依附关系与法律实践的关联性，具有相当重要意涵。关于“家”一词，满文作“包”（boo）；蒙古文作“格儿”（ger）；藏文则为“囊”（nang），而由此又引申出“家人”的特殊含义，即作为家中依附人口的“奴婢”。如满文“包衣”（booi，意即“家里的”）；蒙古文里则有“家人”（ger-ün kömün）、“家儿”（ger-ün köbegün）；藏文的“郎生”（nang bzan，意即“家里养的”），这些称呼实际上所指的是与家长不具有血缘关系的“家奴”，即家中的依附人口。

从上述满、蒙、藏等身份制社会中的“家”与人口依附关系的关系出发，可与清代家内奴婢、雇工人等依附人口的法律地位进行有趣的比较。寺田在第二章“生业与财产”中，曾参考高桥芳郎《宋—清身份法研究》^③的相关论述，对于清代一般平人的亲属律、奴婢律与雇工人律进行了深刻的比较，指出《大清律例》中奴婢和雇工人若殴打主家尊长，需参照殴打亲属尊长的原则加重量刑，这是考量到主人作为家长对于奴婢和雇

① [日] 寺田浩明：《中国法制史》，第42页。

② 《蒙古律例》卷7，成文出版社，1968，第149～155页。

③ [日] 高桥芳郎：《宋—清身分法の研究》，北海道大学图书刊行会，2001。

工人等依附人口具有恩养关系。换句话说,清代雇佣关系在很大程度上被视为家内的人身依附关系。虽然就国家的良贱体系而言,作为良人的雇工人与奴婢在法理上有严格的区分,然而在法律的执行层面上雇工人却与奴婢处于相似的隶属层。^①就清代雇工人的法律地位而言,由国家主导的良贱体系有所弱化,寺田亦注意到这可能与满洲人习惯中所存在的家奴有关,^②可惜并未展开进一步的讨论。

事实上,根据《清实录》等史料,^③雍正四年(1726)十一月关于奴婢法律地位的变更,就是清廷试图以“满洲待奴仆之法”更改“汉人之俗”的一次改革。此后汉人奴婢如果有犯上、逃匿等情,“照满洲家人例治罪”;不仅如此,“典当雇工限内,及身隶门下为长随者,照满洲白契所买家人例治罪”。由此以降,汉人奴婢乃至典当雇工人的法律地位被分别纳入“满洲家人例”与“满洲白契所买家人例”,而这也正式象征着就奴婢与雇工问题而言,清廷在雍正四年以满洲例取代明朝遗留旧制的历史进程。雍正四年上谕内阁中所提到的“夫主仆之分一定,则终身不能更易……而且世世子孙,长远服役”,正是满洲人所谓的“世仆”(dangkan)观念,如康熙《满蒙清文鉴》云:“世代为奴者,谓之世仆”。^④对于雍正四年汉人奴婢适用满洲例的改革,《大清会典》中又多出一部分说明:“或婢女招配,生有子息者,俱属伊等家奴,世世子孙,永远服役。婚配俱由家主,仍造清册。”^⑤这里实际上指的是满洲人“家生子”(ujin),如《满

① [日]寺田浩明:《中国法制史》,第59~69页。

② [日]寺田浩明:《中国法制史》,第70页。

③ 《清世宗实录》:“谕内阁:‘满洲风俗,尊卑上下,秩然整肃,最严主仆之分。家主所以约束奴仆者,虽或严切,亦无不相安为固然,及至见汉人陵替之俗。彼此相形。而不肖奴仆,遂生觊望……夫主仆之分一定,则终身不能更易。在本身及妻子,仰其衣食,赖其生养,固宜有不忍背负之心。而且世世子孙,长远服役,亦当有不敢纵肆之念。今汉人之奴仆,乃有傲慢顽梗,不遵约束,加以诃责,则轻去其主。种种敝俗,朕所洞悉。嗣后汉人奴仆,如有顽傲不遵约束,或背主逃匿,或私行讪谤,被伊主觉察者,应作何惩治,与满洲待奴仆之法,作何划一之处,着满洲大学士九卿详悉定议具奏。’寻议:‘汉人奴仆,有傲慢不遵约束,及讪谤家长,背主逃匿者,俱照满洲家人例治罪。如典当雇工限内,及身隶门下为长随者,照满洲白契所买家人例治罪。’从之。”《清世宗实录》卷五〇,雍正四年十一月二十五日,中华书局,1986,第757~758页。

④ 满文原文:“jalan halame aha oho urse be dangkani aha sembi”。《御制满蒙清文鉴》卷五,乾隆八年武英殿刻本,第14a页。

⑤ 《大清会典·户部》卷三〇,雍正年间刻本,第40~41页。

蒙清文鉴》曰：“包衣所生之子，谓之家生子”。^①由此可见，满洲法律传统中的“包衣”、“世仆”与“家生子”等概念，在雍正四年以后也被用于管理汉人奴婢甚至是典当雇工，对内地传统法产生了极为深远的影响。而不理解满洲文化语境中的“家”概念，就无从理解“包衣”、“世仆”与“家生子”等满洲例中的重要术语，也自然就无法深入探讨清代法制史中的满洲因素及其与内地传统法的交融过程。虽然对于以上议题，寺田本书中并未多涉及，然近年来开始有越来越多研究清代中国法制史的学者关注旗人的法律地位及清代中国法制史中的满洲因素，^②这点或许也反映出中国法制史研究朝向多元化发展，而不再只是关注内地传统法的未来趋势。

在第二章的后半节中，寺田详细地介绍了租佃关系与土地所有制，^③但是如同其先前对于奴婢与雇工人的论述，本书对于官庄、旗地与庄头等清代土地法中关键的满洲因素，依旧是着墨不多。寺田在此讨论租佃关系与管业来历的目的，主要还是试图通过“业”这个关键词，将传统中国所谓的土地所有权做概念上的梳理，进而与西方近代法中的土地所有权进行比较。寺田所讨论的土地制度，主要仍是以清代的案例为出发，却没有讨论在华北地区占据大量土地的旗人社会。实际上，在1644年清朝入关以后，在清廷的允许下，旗人通过圈地与投充在华北地区占领了极为广袤的土地，并以满洲固有的旗地与庄园制度进行土地管理。这些旗人所拥有的土地，性质与一般汉人民地极不相同，不仅是由内务府或八旗王公而非地方官府所管辖，庄园土地亦不可自由进行市场交易。而这些土地的所有权虽然在皇室宗亲与八旗王公手中，实际的管理者却多半为作为土地所有者家奴的庄头（满文 jangturi）与园头（满文 yafan i da）等人。而这些具有家奴性质的庄园旗人因为世仆，而人身属性与一般民人地主并不相同，不仅人身自由受到主仆关系的严格限制，即便是土地使用权的继承也取决于主人的态度。这些在畿辅地区占据庞大土地的旗人社会，其土地观念与所有权秩序，与一般汉人民地截然不同，尤其是八旗王公与庄头之间立基在主仆观念

① 满文原文：“booi niyalma de banjihajui be ujinsembi”。《御制满蒙清文鉴》第5卷，第13页b。

② 鹿智钧：《根本与世仆：清朝旗人的法律地位》，秀威出版社，2017。

③ [日]寺田浩明：《中国法制史》，第74~97页。

之上的土地关系,无法以中原传统法的租佃关系与管业来历等模式一概而论,而是必须回归到满洲固有的人身依附与土地观念来理解。关于以上问题,有兴趣的读者可以参考中国社会科学院副研究员邱源媛的近期研究。^①

在第三章“社会关系”中,寺田总结了施坚雅(William Skinner)的中地理论来讨论传统中国的市场网络,并提及宗亲会、同乡会与秘密结社等社会团体的作用。寺田根据施坚雅的宏观区域理论制作、加工了一张地图,^②但由于施建雅模型本身并未将蒙古、藏地与新疆等地纳入讨论范围,因此清代统治下的民族地区在本章中再次被略过。如前所述,内亚地区并没有华南汉人社会中那样的“宗族”概念,因此相对于汉文化中宗亲会与同乡会等血缘与地缘组织,蒙、藏、疆等清代民族地区中宗教寺院组织扮演着社会网络的枢纽。由于十六世纪末以降藏传佛教在蒙藏地区取得的主导地位,佛教寺院不仅得以累积大量的属人与土地进而形成强大的社会经济基础,更成通过经院教育与举行法会等宗教活动成为地方社会共同体的精神中心。这些蒙藏地区的佛教寺院,不仅有着相对严密的宗教法规(藏文 bca' yig; 蒙古文 Jayiy)以维持其制度基础,另一方面又通过施供关系(藏文 mchod yon)的佛教理论与地方势力甚至是朝廷中央有所联系,进而形成颇具影响力的社会关系网络,与中原汉人社会的宗亲会与民间信仰团体有着结构上的本质区别。而上述宗教为基础的社会网络,实际上也影响了清代内亚地区的汉人社会,例如在喀尔喀蒙古地区便有不少汉人移民投靠哲布尊丹巴所辖寺院而成为其属人,使得这些汉人的法律地位乃至身份认同产生了关键的变化。^③而甘青地区藏地佛教寺院与地方氏族势力的政教结合所形成的社会网络,也影响了清朝针对当地寺庙制定的规范以及边疆政策。^④除了蒙藏寺院所使用的佛教法规外,西北地区所盛行的伊斯兰教沙里亚

① 邱源媛:《土地、继承与家族——八旗制度影响下的华北地方社会》,《历史人类学学刊》2017年第2期,第17~51页。

② [日]寺田浩明:《中国法制史》,第109页。

③ 蔡伟杰:《居国中以避国——大沙毕与清代移民外蒙古之汉人及其后裔的蒙古化(1768~1830)》,《历史人类学学刊》2017年第2期,第129~167页。

④ 孔令伟:《洮岷藏传佛寺入清之兴衰及其背后的蒙古因素——以〈内阁大库档〉与〈理藩院满蒙文题本〉为核心》,《中央研究院历史语言研究所集刊》第86本第4分,2015年,第855~910页。

(Shari'ah) 法以及清真寺与麻扎等宗教组织^①亦是研究当地社会关系不可忽视的重要课题。有鉴于此, 汉人社会网络中所盛行的血缘与地缘关系, 并不能用来深入理解内亚地方社会的法律实践, 而是应该考察佛教与伊斯兰教宗教团体及其宗教法传统对建构地方团体所发挥的关键作用。

在第四、五、六章中, 本书重点通过清代中原地方档案讨论诉讼、听讼与断罪等司法审判议题。在讨论清代国家行政与裁判机构时, 寺田列出了一张图表, 相对清晰地表现出皇帝、军机处、内阁、六部、都察院、大理寺、地方督抚与府州县之间的层级关系;^② 然而这张图表中, 却并没有列入宗人府、内务府、理藩院、扎萨克、各地驻防将军与驻藏大臣等重要裁判机构。由此可见, 本书在讨论所谓清代的国家裁判体系时, 其范围仅局限在中原地区的汉人族群, 不仅没有涉及作为清朝统治核心的旗人, 同时对于外藩蒙古、藏人以及突厥语系穆斯林等非汉族群, 均不在其讨论范围之内, 因此本书关于司法审判与诉讼部分的讨论, 似乎也仅适用于清代中原部分地区, 并不能用来理解直隶的旗人与蒙藏疆地方的法律实情。如读者想进一步比较清代中原与民族地区司法审判的异同, 近年来利用清代内亚地区多语地方档案研究司法审判等相关议题, 亦有不少新兴研究发表, 在此仅列其一二。如在清代京控与光棍例等中央司法制度中, 回民与旗下人等多元因素所发挥的历史作用, 可参考李典蓉的研究成果。^③ 理藩院审判职能的形成, 则有 Dorothea Heuschert-Laage 近年发表的论文。^④ 关于清代蒙古盟旗案件的审理与裁判制度, 可以参考额定其劳^⑤与蒙古勒呼^⑥

① Jonathan Lipman, *Familiar Strangers: A History of Muslims in Northwest China*, University of Washington Press, 1998; Rian Thum, *The Sacred Routes of Uyghur History*, Harvard University Press, 2014.

② [日] 寺田浩明:《中国法制史》, 第153页。

③ 李典蓉:《棍徒奴仆与流氓: 对清前期旗下人与光棍例发展的推想》,《法制史研究》2015年第26期, 第111~144页;《编户下的回民: 以清朝杜文秀京控案为例》,《清史研究》2007年第2期, 第39~53页。

④ Dorothea Heuschert-Laage, "Manchu-Mongolian Controversies over Judicial Competence and the Formation of the Lifanyuan," in Dittmar Schorkowitz & Ning Chia eds., *Managing Frontiers in Qing China: The Lifanyuan and Libu Revisited* (Leiden: Brill, 2017), pp. 224-253.

⑤ [日] 额定其劳:《役所と“地方”の間——清代モンゴルのオトグ旗における社会構造と裁判実態》,《法制史研究》第67卷, 2018, 第41~97页。

⑥ 蒙古勒呼:《清代蒙古秋审考》, 沈卫荣主编《西域历史语言研究集刊》第9辑, 科学出版社, 2017, 第73~102页。

的相关论文。至于清朝司法制度在安多藏区的继受以及与地方传统的交融转化,可以参考马海云^①与欧麦高(Max Oidtmann)^②的相关研究。

在第七、八章与最终章中,本书从中国传统法的习惯、契约等基本核心概念出发提升到与西方近代法进行概念比较的理论层面,并提出寻求覆盖世界史的法概念以寻求比较法制史的主张。而笔者认为,未来中国法制史研究如果能超越以“中原传统法”笼统概括“中国传统法”的刻板印象,进一步正视中国法制史中满、蒙、藏、伊斯兰等多元因素,将极有助于比较法制史开展工作。寺田本书在法的类型学方面,提出了许多精辟独到的研究框架与问题意识,值得后学追比;然而在研究对象与史料取材方面,本书的写作范围与其说是“中国法制史”,不如说更像是“清代中原法制史”,而这个现象实际上也片面体现出中国法制史学界长期“重中原、轻内亚”的研究范式。其实不只是满、蒙、藏等内亚地区,西南地区的非汉族群也有独具一格的传统法,如乾隆元年(1736)年平定苗乱后,清廷为符合现实统治需求,乾隆帝便明令:“苗民风俗与内地百姓迥别,嗣后苗众一切自相争讼之事,俱照苗例完结,不必绳以官法。”^③这显示出内地传统法并无法用来充分理解清代苗疆的法律实践。

实际上,清朝对于满洲、蒙古、西藏、新疆乃至西南民族地区的治理,一方面采取了“因俗而治”的方式,将民族地区习惯纳入地方司法实践;另一方面也吸收民族地区在历史时期所发展出的成文法,进而将其制度化,因此在民族地区制定了与内地有所区别的法律规范。清朝这种在大一统国家体制下尊重各民族传统法与习惯的治理方式,可以被理解为近年法律史学界兴起的“法律多元主义”(legal pluralism),亦即一个国家体制内,可以包纳多元的法传统,进而形成大一统的重层体

① Haiyun Ma, "Fanhui or Huifan? Hanhui or Huimin?: Salar Ethnic Identification and Qing Administrative Transformation in Eighteenth-Century Gansu," *Late Imperial China* 29.2 (2008): 1-36.

② Max Oidtmann, "A 'Dog-eat-dog' World: Qing Jurispractices and the Legal Inscription of Piety in Amdo," *Extrême-Orient Extrême-Occident* 1 (2016): 151-182.

③ 鄂尔泰等修,靖道谟、杜淦纂:乾隆《贵州通志》,《中国地方志集成》第33卷,巴蜀书社,2006,第62页。

国家。^①就这点而言，清朝与包纳多元法律传统的奥斯曼以及俄罗斯帝国具有相似性，^②通过重视清代中国的“法律多元主义”，亦即将满、蒙、藏、伊斯兰等多元法律传统与内地传统法等量齐观，以法制史为切入点将清朝、奥斯曼与俄罗斯帝国进行比较研究，正可为寺田在终章中所强调跨文明比较法制史的愿景，^③提供极佳的实践可能。总体而言，寺田《中国法制史》一书通过立基于清代汉文中央史料以及中原地方档案，为开展中国法制史研究提出了深刻的见解，可谓成一家之言。而未来的研究者们如何站在前辈学人的基础上，共同合作整理汉、满、蒙、藏、察合台文等多语种法律文书，进一步展开跨断代、跨学科乃至跨文明的中国法制史研究，将是学人值得思考的问题。

① 关于清代中国的法律多元性的讨论，可参见孔令伟《国法与教法之间：清朝前期对蒙古僧人的禁限及惩处——以〈理藩院满蒙文题本〉中蒙古僧人坐罪案例为核心》，《历史人类学学刊》第15卷第2期，2017年，第187~220页。

② 岡本隆司：《世界史と宗主権》，《宗主権の世界史，東西アジアの近代と翻訳概念》，名古屋大学出版会，2014，第1~19页。

③ 〔日〕寺田浩明：《中国法制史》，第353~358页。

图书在版编目 (CIP) 数据

中国古代法律文献研究. 第十二辑 / 徐世虹主编

—北京: 社会科学文献出版社, 2018. 12

ISBN 978 - 7 - 5201 - 3996 - 0

I. ①中… II. ①徐… III. ①法律 - 古籍研究 - 中国
- 文集 IV. ①D929 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 274267 号

中国古代法律文献研究【第十二辑】

主 编 / 徐世虹

执行编辑 / 赵 晶

出 版 人 / 谢寿光

项目统筹 / 宋荣欣

责任编辑 / 宋 超

出 版 / 社会科学文献出版社·近代史编辑室 (010) 59367256

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](http://www.ssap.com.cn)

发 行 / 市场营销中心 (010) 59367081 59367083

印 装 / 三河市东方印刷有限公司

规 格 / 开 本: 787mm × 1092mm 1/16

印 张: 45.25 字 数: 715 千字

版 次 / 2018 年 12 月第 1 版 2018 年 12 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978 - 7 - 5201 - 3996 - 0

定 价 / 128.00 元