

「明清法律史研究」專號

前言

本專號的文章大約完成於2009年3月間。無獨有偶，*The Journal of Asian Studies*第68期第1號（2009年2月）也刊登了一組法制史文章：歐中坦（Jonathan K. Ocko）及大衛·吉爾馬田（David Gilmartin）二人撰寫長篇論文〈國家、國家主權及人民：比較中國及印度的「法治」〉，也有五位研究法制史及中國歷史的專家發表回應。我們不妨從歐中坦及吉爾馬田的文章談起，以便介紹本專號三篇文章的共同關懷。

歐中坦及吉爾馬田文章的基本概念框架，是「法治」、「人治」的對立。他們認為，19世紀的清朝及英國殖民地印度都有「法治」（Rule of Law）的制度，「法治」既賦予國家權力，也約束國家權力，因此「法治」有潛在矛盾。作者進而探討中國及印度在以下三方面的異同：法律如何在政治話語層面既賦予又約束國家權力、法律如何區分國家與社會、法律如何整頓經濟及社會秩序。我們很贊成回應人之一杜贊奇（Prasenjit Duara）的批評，歐中坦及吉爾馬田謂清朝存在「法治」，這種看法只能使我們更難了解清朝法律制度的真諦。因為二人已經明白，在清朝，固然存在字句嚴謹的律例條文，也有程序嚴格的司法制度，但真正既賦予又約束國家權力的是「天命」。既然如此，又何必強分「法治」和「人治」、創造出一個自己解決不了的難題？杜贊奇又指出，二人其實也已經看到，清朝的司法制度除依照律例條文之外，也參考習俗及禮儀，但二人對於禮儀着墨不夠多。

杜贊奇的批評與科大衛近年的著作可謂互相發明。科大衛斷言，研究中國法律而完全不涉及禮儀，是徒勞無功的。¹其實，近三十年前，滋賀秀三就已經發現清朝司法制度並非獨重法律條文，而是兼顧「情」、「理」、「法」三者，可能因為是以日文撰寫的原因，歐中坦等人的文章及討論都沒有提及滋賀秀三這個似乎未嘗不可以解決「法治」和「人治」的「難題」的重要觀點。²按照杜贊奇、科大衛的思路，法制史的研究似有兩個新方向：

¹ David Faure, *Emperor and Ancestor: State and Lineage in South China* (Stanford: Stanford University Press, 2007), 13.

² 滋賀秀三，〈清代訴訟制度之民事法源的概括性考察——情、理、法〉，原發表於1981年，載滋賀秀三等著，王亞新、梁治平編，王亞新、范愉、陳少峰等譯，〈明清時期的

一、從王朝法律條文以外的習俗入手；二、從禮儀入手。然而，即使我們同意禮儀是中國的國家與社會關係的重要元素，但司法程序、訴訟文書、個別案件的內容似乎也不應該被一筆勾銷。至於從王朝法律條文以外的習俗來理解中國王朝的司法制度，則除滋賀秀三之外，寺田浩明也認真研究了中國的「慣行」、「約」等「非正式」的司法運作以及中國老百姓以「冤抑」代替「權利」爭取法律保護的民事法觀念。³再一次，東洋與西洋之間因語言所造成的學術鴻溝，使寺田等人的研究完全進入不了歐中坦等人的討論中。同樣，寺田浩明要證明他的論點，不也還是要依靠具體的案例、判詞這類法制史檔案嗎？

寫到這裡，本專號的「問題意識」或稱共同關懷也可謂呼之欲出矣。賦予王朝權力而又約束王朝權力的究竟是「法」還是「禮」、「冤抑」這種訴求反映出中國法律文化的什麼特徵，這些問題都是從抽象的、本質的角度探討中國的法律制度，而本專號則不然。本專號研究明清至近代中國法律制度內的一個關鍵環節及兩個具體案例，探討法律制度在中國的具體運作及演變。

邱澎生的文章探討「訟師」這個司法專業在明清時期的發展歷史。他指出，儘管明清兩朝訂立更多法令禁止訟師介入訟案，但禁而不止，眾多訟師在全國大城小鎮逐步並且深刻介入了當地司法訴訟；也因為如此，以刻本或抄本形式出現的各種「訟師秘本」也遍地開花，一套不為官方認可的法律知識漸漸烙入明清社會。他認為，「訟師」專業的發展及「訟師」專業知識的流行，一方面有16至19世紀前期中國全國市場的形成、擴展以及社會經濟結構的變動這些宏觀的、外在的原因，另一方面，也有司法制度內在、具體的原因：理刑是各級地方官員的重要工作，有嚴格的條例、時限、程序須要遵守；百姓及下級衙門也越來越懂得利用司法程序挑戰官員的裁決。這樣，對於「訟棍」深惡痛絕的官員們也被迫培植自己的法律顧問即「幕友」了。對於邱澎生來說，與其爭論中國「訟師」與西方「律師」的異同，更有意義的是展現中國「訟師」專業崛興的機制與過程。

卜永堅的文章研究清朝康熙年間廣東程鄉縣陰那山靈光寺田產訴訟。該文細緻梳理訴訟過程，展現了當地社會主要力量（縣衙門胥吏、寺廟、宗族、士紳、豪強）之間、各級衙門之間的角力，更指出靈光寺清醒而有意識地編纂文字記錄也是訴訟過程的重要一環。同樣，靈光寺控制田產的制度與

民事審判與民間契約》（北京：法律出版社，1998），頁19-53。

³ 《明清時期的民事審判與民間契約》，頁112-265。

西方的「產權制度」有何異同並非該文重點。該文的重點是要展現這宗訴訟如何意外地促進了王朝基層政府整合地方社會的機制與過程。

松原健太郎的文章研究廣東香山縣葉氏宗族因為「堂」的財產而引發的內部糾紛及在香港法庭的訴訟。他指出，港英殖民地法律體系拒絕理解「堂」在傳統中國社會的運作，也不屑調整殖民地法律體系以配合「堂」的運作，而完全用英國成文法中的「信託」、「法人」概念來「消化」中國的「堂」，這與日本殖民台灣期間處理「祖嘗」的做法大異其趣。同樣，「堂」究竟是西方意義的「信託」還是「法人」並非該文重點。該文的重點是要展現港英殖民地法律體系宰制中國傳統社會組織的機制與過程。

本專號的研究對象也許具體而微，但並沒有「捨本逐末」、放棄法律史大問題之意。包括歐中坦本人在內的西方學者也早已微觀而細緻地研究明清司法制度的關鍵要素及典型案件，交出了一份不俗的成績單。⁴但開發空間似乎還很大很大。

卜永堅（香港中文大學歷史系）

⁴ Madeleine Zelin, Jonathan K. Ocko, and Robert Gardella eds., *Contract and Property in Early Modern China* (Stanford: Stanford University Press, 2004).