

晚清西方视角中的中国家庭法

——以哲美森译《刑案汇览》为中心

于 明 *

内容提要：哲美森在《中国评论》上发表的“中国刑法案例”，是目前所见《刑案汇览》最早的英文翻译。哲美森的翻译，既源自他的中国民法研究计划，也来自英国法律人对于民事习惯与判例的关注。通过对哲美森著《中国家庭法与商事法》与其所译《刑案汇览》案例的对勘，可见哲美森对中国家庭法中的婚约效力、嫁娶违律、立嗣继承等问题的独到观察与深入研究，并由此折射 19 世纪下半叶西方人对中国家庭法的一般看法。回到维多利亚时代的学术背景之中，哲美森的中国家庭法研究来自于梅因等人所开创的比较历史人类学的研究传统，其中既有对已有研究的继承，也有汉学研究的独特视角与智识贡献。同时，由于殖民者的视野局限，这种比较研究的背后也存在不可忽视的偏见与不足。

关键词：家庭法 中国评论 哲美森 刑案汇览 立嗣

晚清以来，西方人进入中国日久，对中国社会的体察也愈深。关注的对象，从最初的奇风异俗，过渡到典章制度，再到精神信仰。对中国法的认知也经历了大致的过程。早期关注的焦点多是犯罪与刑罚等刑事相关法律，而后随着交往的深入，开始更多关注民事法领域。^{〔1〕}其中，家庭法无疑是距离西方人遥远且能体现中国传统法律精神的领域。到 19 世纪末，关注婚姻、家庭、继承的汉学研究者也日渐增多。在这些研究者中，最重要、也最引人注目的是英国汉学家哲美森（Geo. Jamieson, 1843 - 1920）。

哲美森对中国家庭法的研究始于 19 世纪 80 年代对《大清律例》的翻译，之后是对于《刑案汇览》有关婚姻、继承案例的翻译，以及对会审公廨案例的研究，并在此基础上完成

* 华东政法大学法律学院副教授。

本文为国家社科基金重点项目“《中国评论》与十九世纪末西方视野中的中国法”（15AFX006）的阶段性研究成果。

〔1〕 较之更早出版的《中国丛报》，《中国评论》对中国法关注的侧重点明显从刑事法转向民事法。参见李秀清：《〈中国评论〉中的中国法律及其研究价值》，《比较法研究》2017 年第 2 期，第 126 页以下。

了《中国家庭法与商事法》〔2〕一书（本书以下简称《中国家庭法》）。在这些研究中，最值得关注的是哲美森对《刑案汇览》的翻译与评注，这也是目前所知对《刑案汇览》最早的英译活动。本文聚焦于哲美森所译案例，并结合《中国家庭法》中的相关论述，透视19世纪末西方人对中国家庭法的观察与理解。最后，回到19世纪的欧洲学术思潮中，本文将探寻哲美森中国家庭法研究的学术旨趣，及其对比较法律史研究的推进与贡献，以及可能存在的不足。

一、为什么翻译《刑案汇览》

自21岁抵达上海，哲美森的一生几乎都在中国度过。他曾长期担任英国驻华外交官员，担任英国驻台南、烟台、福州等地的副领事和驻沪总领事。〔3〕哲美森还曾在英国律师会馆学习，取得出庭律师资格，并出任英国驻华法院法官。〔4〕1899年卸任驻沪总领事后，哲美森还曾担任英福公司（Peking Syndicate）总董，参与对华经济掠夺。〔5〕作为汉学家，哲美森出版过《中国度支考》〔6〕和《华英谳案定章考》〔7〕等论著，对中国财税史、司法制度的研究有开创性贡献。但在其一生的研究中，用力最深、最持久的领域还是中国家庭法。

早在1876年，哲美森就曾在当时著名的汉学刊物《中国评论》上发表《中国的遗嘱》，此后又陆续翻译了《大清律例》中有关婚姻、继承、田土等方面的律条。〔8〕1882年，哲美森又将目光转向了当时影响最大的判例集《刑案汇览》，翻译了其中有关婚姻、继承的九则案例，发表在《中国评论》第10卷第6期上。在目前我们所看到的英语文献中，这几则英译案例是最早公开发表的《刑案汇览》的译文。如果说《大清律例》之前已经存在小司汤东（Staunton）在1810年翻译的译本，那么哲美森所译《刑案汇览》则堪称英语世界的首创，也是哲美森本人对中西法律文化交流所做出的最重要的贡献之一。

《刑案汇览》是清代规模最大、流传最广的案例汇编，出版于19世纪30至80年代。

〔2〕 G. Jamieson, *Chinese Family and Commercial Law*, Kelly and Walsh, Limited, 1921. 对本书的评价和研究，参见苏亦工：《另一重视角——近代以来英美对中国法律文化传统的研究》，《环球法律评论》2003年春季号，第80页以下。

〔3〕 关于哲美森的生平，参见《中国家庭法》附录中的哲美森讣告。Biography of G. Jamieson, in G. Jamieson, *Chinese Family and Commercial Law*, Kelly and Walsh, Limited, 1921, pp. 189 - 190.

〔4〕 1871年，在中国担任外交官员的哲美森返英，进入内殿律师会馆（Inner Temple Inn）学习，后转入中殿律师会馆（Middle Temple Inn），期间他间断地返回英国，并在1880年取得出庭律师资格。

〔5〕 哲美森曾参与河南焦作煤矿的创办，在当地建有哲美森厂，侵吞路矿资源，但客观上也促进了焦作的现代化。关于哲美森的侵略活动，参见薛世孝：《论英国福公司在中国的投资经营活动》，《河南理工大学学报》2005年第5期，第149页以下；韩长松等：《英福公司与焦作早期的城市化进程》，《焦作大学学报》2008年第3期，第30页以下。

〔6〕 关于《中国度支考》的评价，参见陈锋：《20世纪的清代财政史研究》，《史学月刊》2004年第1期，第113页。

〔7〕 该文收录于王健编：《西法东渐——外国人与中国法的近代变革》，中国政法大学出版社2001年版，第335页以下。

〔8〕 G. Jamieson, *Translations from The Lü-Li, Or General Code of Laws of Empire*, in *The China Review*, Vol. VIII, No. 1, July, 1879 to June, 1880, pp. 1 - 18; Vol. VIII, No. 4, pp. 193 - 205; Vol. VIII, No. 5, pp. 259 - 276; Vol. VIII, No. 6, pp. 357 - 363; Vol. VIX, No. 3, July, 1880 to June, 1881, pp. 129 - 136; Vol. VIX, No. 6, pp. 343 - 350; Vol. X, No. 2, July, 1881 to June, 1882, pp. 77 - 99.

这一时期也正是开埠后西方人大量进入中国的时代，因此这部判例集也自然进入到汉学家的视野之中。在哲美森翻译部分案例之后，英国汉学家阿拉巴德（Ernest Alabaster）与美国汉学家布迪（Derk Bodde）等人也都曾翻译《刑案汇览》中的案例，并在此基础上完成了《中国刑法评注》〔9〕和《中华帝国的法律》〔10〕等重要著作。如果说这些学者的翻译在很大程度上是源于对中国刑事法研究的需要，那么促使哲美森在19世纪80年代最早翻译《刑案汇览》的原因又是什么呢？如果是翻译，为什么仅从中选择了九件案例，而不再翻译更多？

（一）“令人失望”的中国判例集

对于翻译《刑案汇览》的原因，哲美森在译文的“序言”中有所交代——之所以选择翻译《刑案汇览》是因为它是“中国现有的众多判例汇编中最全面、最权威的一部”。〔11〕作为一个19世纪的英国法律人，哲美森很自然地将判例视作法律的重要渊源。当哲美森看到数量庞大的案例汇编时，立即产生了浓厚兴趣，将其视作了解中国家庭法的重要线索。

但紧接着却是“失望”。这种“失望”主要来自于《刑案汇览》与英国判例集的“不同”。在最初下决心翻译《刑案汇览》时，哲美森曾对这厚厚的判例集寄予厚望，试图从中寻找中国法的基本原则与精神——毕竟，在同时期的英国，判例集已经构成了法律的主要来源。〔12〕但在一段时间的阅读后，这种简单类比产生的“希望”很快破灭了。在《刑案汇览》中，哲美森几乎找不到任何与英国类似的判例，他的失望之情也在译文“序言”中表露无遗：“然而，我们不得不承认对它感到失望。这些案例汇编与英国法中的判例汇编几乎没有相似之处。在英国的判例中，有的案件包含了一般的法律原则，其他案件则用以补充例证的规则和例外情形。而在这里，所有的只是细节。我们找不到一般原则。”〔13〕

对于造成“差异”的原因，哲美森将其归结为中国法“以刑罚为导向”。在哲美森看来，全部中国法的目标都旨在为某个犯罪寻找到最合适的刑罚。因此，无论是法典还是判例，注意力都集中在对犯罪具体情节的区分上，以针对不同情节给出不同的刑罚。比如，对于殴伤（assault），律例的焦点始终集中在对具体情节的不断细分上：或是对于使用工具（拳脚、木棍或刀具）的区分，或是对殴伤对象的区分（不同的亲属等级）。同样，在《刑案汇览》中，仅“强占良家妻女”条就至少列举了102个案件，用以讨论强占的各种具体情形（比如强卖有夫改嫁并非伙众、挟嫌拦截妇女致被他人强奸、强抢被翁卖体辗转价卖之妇、休妻改嫁因短身价纠众抢回等），以及每种情形对应的刑罚。〔14〕

〔9〕 *Notes and Commentaries on Chinese Criminal Law and Cognate Topics, with Special Relation to Ruling Cases, Together with A Brief Excursus on The Law of Property Chiefly Founded on The Writings of The Later Sir Chaloner Alabaster, K. C. M. G., etc., Sometime H. B. M. Consul-General in China*. 本书名称较长，通常被简称为 *Notes and Commentaries on Chinese Criminal Law*，出版时间是1889年。

〔10〕 Derk Bodde and Clarence Morris, *Law in Imperial China: Exemplified by 190 Ch'ing Dynasty Cases*, Harvard University Press 1967. 中文译本见〔美〕布迪、莫里斯：《中华帝国的法律》，朱勇译，江苏人民出版社2003年版。

〔11〕 G. Jamieson, *Cases in Chinese Criminal Law*, in *The China Review*, Vol. X, No. 6, July, 1882 to June, 1883, p. 357.

〔12〕 19世纪中期，同样是英国的判例法形成的关键时期，官方判例报告集与严格遵循先例的制度开始确立。参见毛国权：《英国法中的先例原则的发展》，载《北大法律评论》第1卷第1辑，法律出版社1998年版，第31页以下。

〔13〕 前引〔11〕，Jamieson文，第357页。

〔14〕 同上文，第358页。

尽管哲美森也承认，在这些案例中，或许可能隐藏了中国法的一般原则，但实在太少了，要从这些大量的案例中“找出这些原则显然是极其费力的工作”——就好比“从多的难以忍受的谷壳中去寻找少之又少的麦粒”。〔15〕在这里，哲美森的观察的确触及了中国传统成案与英国判例法的内在差异——与英国普通法判例更关注对抽象法律规则的提炼不同，中国对案例的关注始终集中在具体的事实。〔16〕在同时期的英国判例中，判决的重点是判决理由（ratio decidendi），即对于判决所依据的法律原则和规则的阐明，“并将这些从先例中提炼出来的法律规则适用于新的情况之中”。〔17〕相比之下，中国的成案始终缺乏对判决理由的抽象，关注焦点始终集中在情节和刑罚之上。用哲美森的话来说，“所有判决唯一的目标，似乎只是为了决定罪犯究竟应当打100下还是50下，或者究竟是流放3000里还是500里”。〔18〕

或许正是因为这种“失望”，哲美森在翻译了《刑案汇览》中的九个案例后，停止了进一步的翻译与研究。这也许是一种遗憾，但在中西文明交流史上，这种“失望”不过是一种常态。当西方人带着好奇心和偏见审视东方时，总不免有各种“失望”；但也正是在这种“失望”中，往往孕育着发现和创造的可能。哲美森对《刑案汇览》的研究也同样如此。

（二）家庭法——类似于“普通法”的习惯法

问题还没有结束。在理解了哲美森翻译《刑案汇览》的动机后，随之而来的另一个问题是，为什么哲美森翻译的案例全部集中在家庭法领域？

问题的答案或许可从《中国家庭法》中找到线索。在这部著作的序言中，哲美森回顾了自己的研究初衷与计划。在翻译《大清律例》时，哲美森就有意选择其中“被西方法学视作民法的内容”，因为他最初的设想是写一部《中国民法入门》（Manual of Chinese Civil Law）。〔19〕但哲美森最终放弃了这一计划，主要原因还是研究难度远远超出想象——在清代律例中有关民法的内容实在太少了，以至于无法勾勒出中国民法的完整图景。但这种困难也促使哲美森思考一个问题，如果“民法”不存在于法典之中，那么是否可能存在于习惯法之中呢？

在这个问题上，哲美森作为英国法律人的“直觉”再次被激活，他开始思考如何探寻习惯法中的“民法”——正如那个时期的英国法一样，最重要的法律规则不来自于制定法，而是存在于习惯法之中。比如，在谈到中国“民法”时，哲美森曾指出，“在中国从来不存在民法典”，但却存在有关婚姻、继承等方面的法律。只不过，这些法律不存在于法典中，而是存在于“无法追忆的习惯”（immemorial custom）之中。这些习惯不源于成文法，而是源于人民的自然本能和基于祖先崇拜的宗教信仰。〔20〕

在此后的论述中，哲美森也多次强调这些民事习惯来自于“不可追忆的时代”（time immemorial）。比如，在谈到立嗣继承时，哲美森强调这种做法是“在成文法出现之前就已

〔15〕 前引〔11〕，Jamieson文，第358页。

〔16〕 参见王志强：《中英先例制度比较研究》，《法学研究》2008年第3期，第118页。在之前的研究中，王志强也曾指出，中国传统司法在援引成案时，更多是一种事实类比，即通过比较事实的相似性来决定是否适用类似的法律和刑罚。参见王志强：《清代成案的效力和其运用中的论证方式——以〈刑案汇览〉为中心》，《法学研究》2003年第3期，第151页以下；王志强：《清代国家法》，社会科学文献出版社2017年版，第137页以下。

〔17〕 [英] 克罗斯、哈里斯：《英国法中的先例》，苗文龙译，北京大学出版社2011年版，第31页。

〔18〕 前引〔11〕，Jamieson文，第358页。

〔19〕 参见前引〔2〕，Jamieson书，序言第2页。

〔20〕 同上书，第3页。

经存在的普通法或习惯法 (common or customary law)”。有关立嗣继承的习惯法在久远的时代就已经存在,成文法不过是对这些习惯的“认可”和“救济”。比如,在《大清律例》中规定“立嫡子违法,杖八十”。但律条中并未规定,这里所违反的“法”究竟是什么。在哲美森看来,这里的“法”就是一种习惯法,因为它早已被人们理解,所以无需重复的规定。“它是一种习惯法,来自于不可追忆的时代,每个人都应当知晓”。^[21]

如果熟悉英国法的读者,也许已注意到,哲美森在这里使用的“不可追忆的时代”(time immemorial)正是英国学者对普通法传统的经典表达。英国法学家柯克、黑尔、布莱克斯通都曾使用这一术语来表达普通法的历史性,强调习惯法的效力来自于历史的悠久。^[22]因此,面对中国家庭法的这些“习惯法”特征,作为英国法律人的哲美森很自然地在中国家庭法与英国普通法之间建立起类比关系。在他看来,与英国普通法一样,中国家庭法的主要原则和规则并不来自于法典,而是来自于古老的习惯。^[23]至于这些习惯的阐明,和英国普通法一样,并非立法者的发明创造,而是由法官在司法审判中通过判例来“发现”与“宣告”。

或许,这也从另一角度解释了哲美森翻译《刑案汇览》的原因。在他看来,既然中国家庭法本质上属于类似于“普通法”的习惯法,那么对其规则的考察就不应诉诸法典,而应重点考察诸如《刑案汇览》之类的判例集。因为习惯法的发现、确认和阐明,总是存在于法官的判例之中。只有通过既有判例的梳理,才能发现真正隐藏在历史之中的法律。在这个意义上说,哲美森对《刑案汇览》的重视依然来自于他作为英国法律人的智识背景。

二、婚姻何以有效——律例与人情

有如前述,这九则案例全部是关于婚姻与继承的案例,其中七个案例关于婚姻,剩下两个案例是关于立嗣继承。我们首先讨论有关婚姻的案例。这些案例的译文顺序和标题与原文相比有很大变化,经比对后可确定,关于婚姻七个案例分别出自《刑案汇览》卷七中的“男女婚姻”“居丧嫁娶”“父母囚禁嫁娶”和卷八中的“娶亲属妻妾”“强占良家妻女”“嫁娶违律主婚媒人”这六个条目。从哲美森关注的主题来看,主要涉及两方面的问题:一是有关婚约的效力,如“王万春案”和“刘七案”;二是有关违律婚姻中法与情的权衡,如“任统信案”“孔昭池案”等。

这里需指出的是,哲美森在翻译这些案例的同时,只附带了少量评论,未就其中的法律问题展开深入讨论。因此,有关哲美森对于这些案例所涉相关法律问题的看法,本文更多是依据他在《中国家庭法》一书中的讨论。尽管《中国家庭法》出版时间是1921年,但依据作者自述与内容比对,其中有关家庭法的内容,主要来自同一时期发表的有关《大清

[21] 前引〔2〕, Jamieson书,第4页。

[22] 柯克曾说,“法律是借助于最卓越的人的智慧,在无数世代中,通过漫长而持续的经验得以逐渐完善”。See Sheppard Steve (ed.), *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke*, Vol. 2, Liberty Fund, 2003, p. 710. 布莱克斯通也强调,“判断一项习惯法是否可取,总是视其使用的时间是不是长到已无法追忆……”。参见〔英〕布莱克斯通:《英国法释义》第1卷,游云庭等译,上海人民出版社2006年版,第81页。

[23] 当代学者有关中国传统民法的研究也都倾向于习惯法的视角,参见梁治平:《清代习惯法》,广西师范大学出版社2015年版,第1页以下。

律例》婚约继承律例的译注。该书出版时，基本维持了这些研究的原貌。^[24]因此，哲美森在《中国家庭法》中有关婚姻继承等问题的讨论，无疑可与同时期翻译的《刑案汇览》案例互为参照与补证。下面就结合这两种文献，首先对有关婚约的案件分析如下：

（一）婚约——“实际”有效的婚姻

在中国传统婚姻法中，婚姻的成立自古以来即规定了严格的程序。这个程序分为“订婚”与“成婚”两个阶段。具体来说，“六礼”中的前四礼（纳采、问名、纳吉和纳征）为订婚，后两礼（请期、亲迎）为成婚。订婚的形式可以是婚书，也可以是聘财，两者必居其一。订婚即意味着婚约成立，并产生事实上的婚姻效力——男女双方就应按约在一定期间内结婚，任何一方违约，都要受到法律的制裁。^[25]

哲美森对“订婚”这种特殊程序表现出浓厚兴趣。比如，哲美森注意到中国的订婚无须考虑新郎与新娘的意愿，并且无须国家登记或宗教仪式。^[26]但其中最令哲美森感到惊异的，还是婚约本身的效力。在西方的婚姻法中，婚约（engagement）虽构成对男女双方的约束，但并不等同于实际婚姻。但哲美森却发现，在中国，“如果订婚后的未婚夫在婚礼完成前死亡，未婚妻甚至可以进入亡夫的家庭成为一名寡妇；在这种情况下，她拥有所有婚姻完成后的妻子的权利”。换言之，中国婚姻法中的订婚远远超越了西方婚约的“准婚姻”状态，而是在“未婚夫妻之间形成了实际的（bona fide）婚姻关系”。^[27]

在哲美森所译《刑案汇览》中，“王万春案”即为婚约纠纷的典型。^[28]该案中王运为儿子王杜儿订婚，女方是屈全经之女。王杜儿订婚后去哈密经商并有书信寄回。九年后，因王杜儿依然在外，女方向县官控告，主张依律例中“夫逃亡三年”的规定解除婚约，^[29]并得到支持。此后，屈全经将女儿另嫁王万春。王运对此不服，将案件上控到府。府级的裁决是王万春的婚姻无效，命令将屈全经之女重归王杜儿完婚；因屈氏已怀孕，故等分娩后再交由王杜儿带回。但王万春亦不服，又上控至省。此时屈氏已生子并哺乳数月，“母子实在难离”，省抚亦感觉难办，害怕“别生事端”，于是将案件提交刑部，请求刑部指示。

对于本案，刑部认为，问题的关键是最初王杜儿的订婚是否依然有效。在这个问题上，刑部否定了县官的看法，认为王杜儿外出经商并有书信寄回，不符合律例中“夫逃亡三年不还”的规定，因此婚约仍然有效。在此情况下，屈全经将女儿另嫁王万春，违背了婚约，因此其与王万春的婚约无效。此外，刑部还合理推断，县官解除婚约后，屈全经之女“在一月之间即经王万春迎娶过门，显系预先商谋”，甚至不排除县官也有“受嘱扶捏情事”。

[24] 哲美森对《大清律例》的译注共分七篇，发表在《中国评论》第八、九、十卷上，出版时间为1879-1882年，与《刑案汇览》译文的发表时间（1882-1883年）相同。通过比对《中国家庭法》与《大清律例》译注的内容，可知《中国家庭法》基本保留了译注的原貌，主要内容和表述大体相同。从作者生平与研究路径来看，19世纪90年代后，哲美森升任驻沪总领事，退休后转入商界，研究重心也转向中国商法，再无新的家庭法研究成果。综上，《中国家庭法》虽为哲美森晚年出版的著作，但其内容不过是对早年研究的重新整理。哲美森对《大清律例》中婚姻相关律例的译注，参见前引〔8〕，Jamieson文，《中国评论》第10卷第2期，第77页以下。

[25] 参见陈顾远：《中国婚姻史》，商务印书馆2014年版，第119页。

[26] 参见前引〔2〕，Jamieson书，第44页。

[27] 同上书，第47页。

[28] 参见前引〔11〕，Jamieson文，第360页。该案原题为“订婚改嫁虽已生子应归前夫”，《刑案汇览》卷七《户律·婚姻·男女婚姻》道光十年说贴，上海鸿光书局光绪十九年印本。

[29] “夫逃亡三年不还者，听经官告给执照，别行改嫁。”《大清律例·户婚·婚姻》。

至于省府的顾虑，害怕伤害该女子的感情（名节）致其做出极端之事，刑部也认为不必考虑，因为该女子甘于服从再婚的乱命，也就不会对依法判离有过激反应。

显然，哲美森之所以选择该案，意在说明婚约具有的不可违背的效力。即便是男子定婚后九年不完婚，只要并非无故和无音信的“逃亡”，婚约就依然有效。纵使女子与其他男子结合并生下孩子；只要定有婚约的男方主张，女方就不得不离开后来的丈夫，回到定有婚约的男方家中。就像哲美森所说的，婚约带来的是一种“实际”婚姻关系，与全部完成的婚姻没有任何差别。^[30] 尽管将女方交还订有婚约家庭的做法似与人情有悖，审理本案的督抚亦害怕依律判决会伤害女子名节而致其自杀，但刑部却依然维护了“婚约”的法律效力——由此亦可见官府在维护婚约效力问题上的坚决态度。

如果说“王万春案”还尚可理解，那么更令哲美森惊奇的，恐怕是他翻译的“刘七案”^[31]。该案中，刘八与苏从德侄女苏大各订有婚约，但尚未过门，刘八却离家出走，八年不知所踪。苏从德害怕苏大各因年龄太大难嫁，将其许配给刘八的哥哥刘七。该案被告发后，官府认定婚姻无效，判处苏大各离异归宗，听从改嫁别姓；双方主婚人则因“嫁娶违律”被判处流刑。该案后被上报刑部，刑部认为，依据条例，如果丈夫未娶逃亡三年，可以允许妻子告官别嫁。本案中刘八逃亡八年，苏从德可以在告官后将苏大各改嫁他姓。但因苏大各已有刘家媳妇的“名分”，故不能再嫁给刘家的任何亲属，双方主婚人“嫁娶违律”应当受罚。鉴于此案没有先例，刑部将此案传送各有司，作为此后审判的依据。

在对该案的评论中，哲美森坦言：“这个案件之所以引起我们的兴趣就在于它从法律层面展示了订婚在婚姻缔结中的重要意义。一旦经过双方家长的同意订婚，男女双方的关系就和事实上已经结婚完全一样（as good as married）”。^[32] 这种“完全一样”，不仅意味着男女双方不得再另行嫁娶他人，而且意味着双方已经取得丈夫或妻子的全部权利。“从这时开始，女方已经受到男方家庭的约束，不可以再嫁给家庭的其他成员。”^[33] 在本案中，苏大各已与刘八订婚，就已取得刘八妻子的地位。此时，苏大各与刘七已成为“五服”之内的兄长与弟妇，并且这种亲属关系是永恒的，不会因为刘八失踪、死亡或与苏大各离异而改变。因此，本案中将苏大各嫁给刘七，实际上等同“弟亡收弟妇”，有违“娶亲属妻妾”的律例。

在哲美森看来，这种对婚约效力的维护，无疑构成了中国家庭法区别于西方的显著特征之一。而在这种严苛的婚约背后，实际上还是隐藏着中国家庭法对宗法秩序的捍卫，以及由此带来的对于女性忠诚义务的严格限定。当然，哲美森同时也注意到，这种对宗法秩序的维护在实践中也并非毫无妥协，比如我们接下来要讨论的“嫁娶违律”案件即是典型例证。

（二）“嫁娶有违”与“酌免离异”

对于“嫁娶违律”的案件，实践中司法官员究竟如何处理与权衡？

在这个问题上，哲美森思考的焦点是，清代婚姻法中婚姻的禁忌如此之多，一旦发生

[30] 参见前引〔2〕，Jamieson书，第47页。

[31] 参见前引〔11〕，Jamieson文，第362页。该案原题为“娶未婚弟妇为妻系尊长主婚”，《刑案汇览》卷八《户律·婚姻·娶亲属妻妾》乾隆六十年说贴，上海鸿光书局光绪十九年印本。

[32] 前引〔11〕，Jamieson文，第362页。

[33] 前引〔2〕，Jamieson书，第47页。

在法律上有“瑕疵”的婚姻，这些婚姻在实践中是否一概无效？对于事实已经发生的婚姻，是否会顾及人情而予以宽宥，承认“瑕疵”婚姻的效力？从哲美森选译的案件来看，法官依律断案和原情处理的两种情形都各有代表：

1. 依律断案：孔昭池案

第一类案件是法官严格依律断案。比如，“孔昭池案”就是此类典型。^[34] 该案被告任氏的丈夫辛六犯私拒捕，被判处监禁；在此期间，任氏因家贫产生改嫁想法，就托朋友李开选将这个想法告知她的姑姑辛刘氏。之后，任氏谎称丈夫犯罪被处死，并假借辛刘氏的名义为其主婚，改嫁给戴景明为妾（辛刘氏事实并未担任主婚人）。任氏之后又被孔昭池强抢嫁卖，导致该案事发。主审官员认为，大清律例虽有规定，夫弃妻逃亡三年，妻子可以改嫁；但本案中辛六犯罪监禁并不等于“逃亡”，因此任氏不得改嫁。同时，由于辛刘氏并未主婚，任氏行为事实上构成有夫和奸，处以杖刑。

哲美森对本案的译注，主要强调婚姻法中两方面的问题。首先，关于妇女的离婚，哲美森发现，大清律例中“妻子没有任何提出离婚的权利；唯一的例外是，当妻子被丈夫遗弃时，可提出改嫁请求”。^[35] 在这种情况下，“如果妻子被遗弃的时间不超过三年，妻子可向官员申诉，官员有权裁定其是否改嫁；如超过三年，妻子则有权自己选择是否再嫁”。^[36] 但此处的“弃妻逃亡”严格限定为不知去向的失踪，而不包括出外经商或被监禁的情形。因此，在本案中，任氏的丈夫被判处监禁不适用本条，其妻亦不得改嫁。其次，即便符合弃妻逃亡的情节，改嫁也必须由家长主婚，要“得到丈夫家长的同意”。“如果夫家已无家长，也要由娘家家长主婚。”^[37] 本案中任氏虽将改嫁想法告知姑姑辛刘氏，但辛刘氏并未实际主婚；因此，即便任氏符合改嫁条件，由于“无主婚人”，依律也只能被等同有夫和奸。

2. 原情处断：任统信案及其他

在依律断案的案例外，哲美森还选择了一些法官原情裁断的案件。比如，“任统信案”就是此类案件的典型。^[38] 该案中，杨氏的丈夫杨长春去世，其母以女儿无子且家贫为由，将杨氏改嫁给任统信为妻。杨长春的哥哥却以杨氏居丧改嫁为由向官府控告。主审官员认定，杨氏改嫁在夫丧期间，判决杨氏离异归宗。任统信不服，上控至刑部。刑部认为，杨氏居丧改嫁，依律确应离异，但考虑到改嫁由其母主婚，且后夫又不知情，如判处离异，杨氏可能被迫三嫁，“未免辗转失节”。对此，刑部提出，此前判例中，存在丈夫因贫卖妻，虽依律应离异，但仍酌情判归后夫的先例；因此，本案可仿照先例，判决杨氏与后夫的婚姻有效。

在清代婚姻诉讼中，此类“居丧嫁娶”案件是大量出现的类型，也是礼法与人情冲突的焦点。儒家传统重视丧礼，强调“亲丧而致哀”，故“凡父母之丧未滿，女嫁夫，男娶妻，忘

[34] 参见前引〔11〕，Jamieson文，第361页。该案原题为“夫犯罪监禁妻因贫擅自改嫁”，《刑案汇览》卷七《户律·婚姻·父母囚禁嫁娶》道光六年说贴，上海鸿光书局光绪十九年印本。

[35] 前引〔2〕，Jamieson书，第54页。

[36] 同上。

[37] 同上书，第55页。

[38] 参见前引〔11〕，Jamieson文，第361页。该案原题为“居丧改嫁由母主婚酌免离异”，《刑案汇览》卷七《户律·婚姻·居丧嫁娶》道光十一年说贴，上海鸿光书局光绪十九年印本。

哀戚之心，不孝之大者也”。^[39]又因夫为妇天，“夫丧未久而即再嫁，忘所天之恩，不义之甚者也”。^[40]因此，从唐律到清律，对于居丧嫁娶都予以严惩，不仅当事人和主婚人要责以徒杖之刑，而且已成婚的男女也要被判处离异。但另一方面，丧娶虽为法律严禁，但在清代民间的婚嫁实践中却普遍存在。实践中丧娶盛行的原因也很复杂，既有“贫穷”等因素，也有商业经济发展、人口流动等因素所导致的正统观念的沦丧。^[41]

本案中，杨氏在夫丧期间改嫁无疑有违“居丧嫁娶”之律，地方官员也依律判决杨氏离异，但刑部在审断此案时却考虑到两方面的问题：一是杨氏改嫁是由其母唐氏主婚，并且后夫任统信并不知情，因此存在可以谅解的情节；二是如果杨氏离异归宗，其母势必将其三嫁，因而可能有损杨氏的名节。这时，刑部官员参照之前存在的前夫因贫卖妻但酌情判归后夫的先例，主张该案同样可酌情免于离异，以保全杨氏的名节。也正是基于实践中的这些做法，哲美森在讨论清代“婚姻效力的阻碍事由”时，明确强调，“在父母、祖父母、其他尊亲属丧期内结婚者要受到惩罚，但已成立的婚姻依然有效”。^[42]

事实上，与哲美森的观察一致，许多相关研究也都表明，清代官员在处理丧娶案件时往往充满矛盾。一方面，作为儒家礼教的维护者，他们理所当然地反对丧娶；但另一方面，在处理讼案过程中态度却较为灵活，更强调区分具体情节。同时，在官吏和幕友看来，忠恕之道、成人之美，是宦途应守的准则。^[43]因此，在处理丧娶案件时，对应当依律断离之夫妇，往往注重保其名节，酌免离异。在儒家礼教中，妇女“名节”同样是重要的问题，所以此种“变通”在刑部看来“于曲顺人情之中仍不失维持礼法之意”。^[44]同时，这种“原情酌免”也不乏“合法性”依据。比如，雍正八年的条例即称，“男女亲属有律应离异之人，揆于法制似为太重，或于名分不甚有碍者，听原问各衙门临时斟酌”。^[45]因此，本案中刑部官员判决杨氏“酌免离异”，虽系“曲顺人情”，但亦具备“于律例并无不合”的合法性。

除“任统信案”外，哲美森翻译的另一则“嫁娶违律之妇于夫卑幼有犯案”，^[46]也同样展现了清代国家法在“嫁娶违律”问题上的妥协与退让。该案中，一名妇女被发现与丈夫前妻的儿子和其他卑幼亲属相犯，但在审查时发现，该妇女的婚姻存在嫁娶违律的情形（案件记录中并未指出何种违律情形），依据清律双方应当判处离异。在这种情况下，该妇女与丈夫亲属的相犯行为是否应当被视作亲属之间的相犯呢？对于这个问题，刑部的答复是，《大清律例》中“嫁娶违律主婚媒人罪”所附条例有明文规定：“嫁娶违律应行离异者，与其夫及夫之亲属有犯，如系先奸后娶，或私自苟合，或知情买休，虽有媒妁婚书，均依凡人科断。若止系同姓及尊卑良贱为婚，或居丧嫁娶，或有妻更娶，或将妻嫁卖娶者，

[39]（清）沈之奇：《大清律辑注》，怀效锋、李俊点校，法律出版社2000年版，第261页。

[40] 同上。

[41] 参见王志强：《清代的丧娶、收继及其法律实践》，《中国社会科学》2000年第6期，第108页。

[42] 前引〔2〕，Jamieson书，第50页。

[43] 如汪辉祖所说：“余昔佐幕，遇犯人有婚丧事，案非重大，必属主人曲为矜恤，一全其吉，一愍其凶”。转引自前引〔41〕，王志强文，第108页。

[44] 《刑案汇览》卷七《户律·婚姻·居丧嫁娶》道光十一年说贴，上海鸿光书局光绪十九年印本。

[45] 同上。

[46] 前引〔11〕，Jamieson文，第362页。本案原题为“嫁娶违律之妇于夫卑幼有犯”，载《刑案汇览》卷八《户律·婚姻·嫁娶违律主婚媒人罪》嘉庆二十年说贴，上海鸿光书局光绪十九年印本。

果不知情，实系明媒正娶者，虽律应离异，有犯仍按服制定拟”。〔47〕

在哲美森看来，这一条例正是理解清代“嫁娶违律”问题的关键。从正式律文上看，只要嫁娶违律，婚姻一律无效；但这条例文却事实上改变了规则，对婚姻效力区分了两种情节：（1）违律情节较重的情形（如先奸后娶、私自苟合等），婚姻一律无效，应判决离异；（2）违律情节较轻的情形（如同姓为婚、居丧嫁娶等），则婚姻仍然有效，酌免离异。因此，在后一种情况中，由于婚姻仍然有效，妻子和夫家的亲属依然构成服制上的亲属关系，所以应当按照服制亲属相犯的律条定罪量刑。对此，哲美森强调，之所以译注该案，就是因为“这个案件在很大程度上解除了律条中对婚姻成立的诸多禁止性规定”。〔48〕在哲美森看来，这一条例，事实上赋予了同姓为婚、居丧嫁娶等轻微违律婚姻以合法效力。

同时，哲美森还从中发现了清代立法体制的一个重要特点：“旧的法律依然保存完好，但当事人双方却免于惩罚性的后果。直接修改旧律的做法，在中国并不受欢迎”。〔49〕这里，哲美森已经敏锐观察到了清代中国律例关系的基本规律——以例辅律。一方面，清律是国家的基本法，具有“一成不易”的稳定性，体现“先王成宪”与“祖宗遗命”的至上权威。另一方面，在不变的律文之外，条例则“准情而定”，具有“因时变通”的特点，以达到“刑罚世轻世重”的中罚目的。〔50〕无论是前述任统信案还是本案，都涉及对“居丧嫁娶”等违律婚姻原情宽宥的条例，也正是对清代“律设大法，例顺人情”的最好诠释。

三、立嗣继承中的宗法与情感

在婚姻之外，哲美森所译《刑案汇览》中的案件还关乎继承。对于继承，哲美森表现出浓厚的研究兴趣，并曾在《中国评论》上发表《中国的遗嘱》〔51〕《收养的历史》〔52〕等论文。在《刑案汇览》的“立嫡子违法”条目下，仅有两则案例，哲美森亦将这两则案例均译为英文。从内容上看，这两则案例主要关系到“同姓不宗为嗣”和“立嗣告逐”的问题。

（一）同姓不宗为嗣——立嗣的范围问题

在传统家庭法中，立嗣继承几乎是继承法中最重大的问题。所谓立嗣继承，是指无子或户绝的家庭过继家庭之外的人为子，以继承家产，充当家庭的身份性继承人，肩负宗祧继承的责任。在中国人的家族观念中，一个家庭如果没有男性继承人，就意味着家庭祭祀的中断，也意味着祖先和自己的灵魂无法获得血食，从而导致极严重的后果。〔53〕

立嗣一旦开始，首先要考虑的是立嗣候选人的范围问题。在这个问题上，哲美森首先

〔47〕 《大清律例》，嫁娶违律主婚媒人罪，例四。

〔48〕 前引〔11〕，Jamieson文，第362页。

〔49〕 同上。

〔50〕 关于清代的律例关系，参见苏亦工：《明清律典与条例》，中国政法大学出版社2000年版，第229页以下。

〔51〕 See G. Jamieson, *Chinese Wills*, in *The China Review*, Vol. 4, No. 6, July, 1875 to June, 1876, pp. 399 - 400.

〔52〕 See G. Jamieson, *The History of Adoption and Its Relation to Modern Wills*, in *The China Review*, Vol. XVIII, No. 3, July, 1889 to June, 1890, pp. 137 - 146.

〔53〕 “我国重宗法，以无后为不孝之一……惧他日为若敖之鬼。”徐珂：《清稗类钞》五，中华书局1986年版，第2191页。又参见丁凌华：《五服制度与传统法律》，商务印书馆2013年版，第308页以下。

注意到，“第一个要关注的问题就是女性——以及所有从女性谱系主张权利的人——被完全排除在外”。换言之，中国古代的立嗣只能从父系的“同宗”中选择，而不可能考虑来自母系家庭的候选人。哲美森强调，中国人的“宗”是一个十分特殊的观念，类似于早期罗马法中的“宗亲”（Agnates），仅指“将血亲中的出嫁女性及其后裔全部排除之后剩余的部分”。〔54〕

从西方的历史上看，在后期的罗马法、教会法、日耳曼法诸法源中，亲属关系的主流大多奉行以自然血亲为标准，平等对待父系与母系。〔55〕与中国比较类似的情形是帝制时代之前的罗马法，同样严格区分宗亲与血亲。因此，当哲美森向西方读者介绍“宗”的概念时，自然地将其类比为早期罗马法中的“宗亲”。但同时，哲美森也清楚意识到中国的“宗”与早期罗马法的区别——罗马法的“宗亲”中包含无血缘关系而被收养的人，而中国的“宗”却排斥一切没有血缘关系的人。中国家庭法这种严格的父系血缘中心主义，很大程度上来自于中国古代“神不歆非类”〔56〕的男系“血食”观念。〔57〕

在辨析中西方“宗亲”观念异同的基础上，哲美森进一步讨论了立嗣的原则。在哲美森看来，立嗣的核心原则是“昭穆相当”与“伦序不失”，其含义是必须保证嗣子“与其所要填补的位置在家族谱系中处于同等地位”。〔58〕昭穆相当的子侄之所以具有立嗣资格，在于他们相对共同祖先而言，与“嗣父未能生出的儿子”具有相同辈分，从而保证伦序不失，防止“以孙祭祢”的乱祭发生。比如，嗣子如从堂侄中选择，那么该嗣子在立嗣之前是其曾祖的曾孙，在立嗣之后也依然处于曾孙的位置。如果出现同宗内没有可立嗣之人时，可以将选择的范围扩大到同宗之外，但前提是仍然必须“同姓”——即强调形式上出自共同祖先。〔59〕

关于这一问题，哲美森翻译的“李四案”就是典型。〔60〕该案中，李四被指控杀人并被判处流刑。李四以自己是独子申请免于流刑，以供养父母（存留养亲）。李四的生父很早去世，后母亲改嫁，因此，他自幼被同姓不宗的李双怀的遗孀李刘氏收养。但问题是，本案中的立嗣是否合法有效？经查明，在已故的李双怀的同宗亲属中，没有昭穆相当可立嗣的子侄；并且，李四已经被过继长达四十年，也由此可见最初的立嗣是诚实的（in good faith）。因此，依据相关律例，这一立嗣合法有效。既然立嗣成立，嗣子也同样适用存留养亲，故准留养。

哲美森对“李四案”的关注焦点有两个。首先，同姓不同宗的立嗣是否有效？对此，《大清律例》有明确规定：“无子者许令同宗昭穆相当之侄承继，先尽同父周亲，次及大功小功缌麻。如俱无，方许择其远房及同姓为嗣”。换言之，同姓不宗立嗣的前提是在同宗之内确实没有适合立嗣的人选。由于李双怀的同宗之内经查明“别无同宗支派可继”，因此这

〔54〕 前引〔2〕，Jamieson书，第18页。

〔55〕 参见金眉：《中西古代亲属制度比较研究》，《南京大学学报》2010年第1期，第140页以下。

〔56〕 《左传·僖公十年》，中华书局2012年版，第377页。

〔57〕 参见前引〔53〕，丁凌华书，第308页以下。

〔58〕 前引〔2〕，Jamieson书，第19页。

〔59〕 事实上，正如滋贺秀三指出，“单就同姓来说，在姓氏已经混同的后世，实质上难保是同祖而气脉一直相连，更不用说当然连昭穆也不能论了”。〔日〕滋贺秀三：《中国家法原理》，张建国、李力译，商务印书馆2013年版，第330页。

〔60〕 参见前引〔11〕，Jamieson文，第358页。本案原题为“收养同姓不宗为嗣”，《刑案汇览》卷七《户律·婚姻·立嫡子违法》道光七年现审案说贴，上海鸿光书局光绪十九年印本。

一立嗣合法有效。其次，哲美森还关注了另一个问题，嗣子是否适用存留养亲？哲美森强调，所谓存留养亲，是指“年满七十的父母独子，如所犯之罪并非排除特赦的严重犯罪，则可以罚金赎刑，令其在家奉养父母”。〔61〕在本案中，李刘氏已经七十一岁，且只有李四一个嗣子，因此被判决准予留养。同时，本案也表明，只要立嗣合法有效，嗣子即取得与亲生嫡子完全同等的法律地位，包括对刑事特赦的适用。

（二）规则与意志——立嗣中的情法冲突

除同宗立嗣的问题外，哲美森关注的另一个问题是立嗣继承中情与法的冲突。依据清代立嗣规则，嗣子的选择应“伦序不失”，必须依照亲疏次序选择，即所谓“择胞兄弟之子以为嗣，次则择从兄弟之子，复次则择再从兄弟之子。两者皆无，乃及于昭穆相当之族人”。〔62〕在清代，符合法定次序的立嗣称为“应继”。但事实上，又经常碰到此类问题：应继者并不为嗣父母所喜爱，而另择亲缘较疏但更中意之人为嗣，称为“爱继”。〔63〕此“应继”与“爱继”的矛盾，自然成为情与法冲突的焦点，也是立法与司法所关注的重点。

哲美森在讨论清代立嗣继承时同样强调了这一问题的重要性。在阐述了立嗣一般规则之后，哲美森也讨论了嗣父母的“意志”发挥影响的几种方式。首先，在应继的同一辈分中，如果存在多个同等亲疏的人选，可以由嗣父母按照“择贤择爱”的方式挑选嗣子，以照顾嗣父母的意志和情感，也有利于新家庭的感情融洽。其次，即便是候选嗣子较他人的亲缘关系都更近，“也存在两种例外”：一是“双方在立嗣前就存嫌隙”；二是“立嗣后嗣子未能顺从嗣父母意志”。在这两种情况下，由于嗣子与嗣父母情感不合，有碍家庭和睦，因此“法律不得不向自然情感妥协”〔64〕，优先考虑嗣父母的意志。尤其是在后一种情形中，如果嗣子违逆嗣父母，嗣父母可以“向官府申请告逐嗣子”。〔65〕

对此，哲美森所译“李龙见案”〔66〕即集中反映了这两者的冲突。本案中，李会白是家道殷实的农家，娶有妻子李王氏，并纳李氏为妾，但一直没有子嗣。李会白年老，将他的胞兄李能白的次子李玉振立为嗣子。但由于李玉振游手好闲，李会白害怕他把家产败光，又不愿其继承为嗣，因此向官府告逐李玉振，之后另外选择他的朋友李自洁（同姓不同宗）第四子李嗣业为嗣子。由于李嗣业酷爱读书，深受李会白的喜爱。同时，李会白还让李嗣业和其妾李氏一起生活，并以母子相称。但这引起妻子李王氏的嫉妒。李会白去世后，李王氏向官府起诉剥夺李嗣业的继承权，理由是李会白和李自洁之间系同姓不宗，因此立嗣违法；同时，她主张将李玉振（已去世）的儿子李龙见立为嗣孙，以继承家产。

出乎双方意料的是，最终判决认为李嗣业和李龙见都不具备嗣子资格。对于前者，理由是李嗣业同姓不同宗，但李会白同宗之内并非无别支可立，因此该立嗣无效，判决将李

〔61〕 前引〔11〕，Jamieson文，第358页。

〔62〕 前引〔53〕，徐珂书，第2191页。

〔63〕 参见吕宽庆：《清代立嗣继承制度研究》，河南人民出版社2008年版，第89页以下。

〔64〕 前引〔2〕，Jamieson书，第20页。

〔65〕 从清代司法实践看，地方官在立嗣继承争端中，多从保护新家庭关系角度出发，尊重嗣父母意志。如清代董沛曾说：“父母之立继子，一则望其承业；一则望其承欢……若所立非亲爱，则其情不洽，何以能承欢？”参见前引〔63〕，吕宽庆书，第92页。

〔66〕 参见前引〔11〕，Jamieson文，第359页。本案原题为“同宗及已告逐之人均不准继”，《刑案汇览》卷七《户律·婚姻·立嫡子违法》乾隆三十九年通行本内案，上海鸿光书局光绪十九年印本。

嗣业归宗。对于后者，理由是李龙见的父亲李振玉已被李会白告逐，因此，李龙见亦无资格被立为嗣孙。随后，判决讨论了应立何人为嗣的问题。经调查，除李玉振外，李会白的服内侄辈有三个健在，但三人都是独子，因此无法被过继。但另一个已故侄子李师尹有儿子李元良，符合立嗣条件。因此官府判决，以李元良为嗣孙，继承李会白的宗祧和家产。

对于本案，哲美森重点关注了两方面问题。首先，李会白告逐李振玉，体现了嗣父母的“意志”在立嗣中的影响。本案中，仅仅因为李会白对李振玉游手好闲不满，官府就准其告逐嗣子，可见法律对父母意志的特殊保护。同时，哲美森强调，“嗣子一旦被告逐，他和他的继承人都不得再继承任何财产”；^{〔67〕}因此，李龙见也同样丧失成为嗣孙的可能。其次，该案也并非一味强调父母意志，同时也坚持立嗣的基本原则。依据前述律例，只有在同宗内确无适格人选时，才可于同宗之外立嗣。由于李会白同宗之内确有昭穆相当者，因此无论李会白有多喜爱李嗣业，都无法突破同宗立嗣的基本原则而立李嗣业为嗣子。

此外，哲美森还讨论了另一种特殊情况，即嗣孙的选择。哲美森强调，尽管法律没有明确的规定，但从已公布的案例来看，这种做法无疑是被允许的：“如果某人没有可立嗣的侄子，因此立同姓不宗为嗣，但事后发现同宗内适格侄孙存在，那么官府有权裁定将该侄孙立为嗣孙”。^{〔68〕}李龙见案正是此类情形的典型。本案中，官府主动介入纠纷，查明李会白服内侄辈中，健在的三位都是独子，不符合立嗣条件。于是官府又继续在侄孙辈中寻找，最后确认已故侄子李师尹的儿子李元良符合条件，因此判决李元良为嗣孙。这一判决也再次表明，同宗立嗣的“规则”较之嗣父母“意志”具有优先性——即便是在缺乏侄辈继承的情况下，适格的侄孙依然在顺位上优先于同姓不宗的继承人。

综上，与前述婚姻中的情法冲突一样，在哲美森对立嗣案件的讨论中，同样充满了规则与人情的碰撞。一方面是对同宗立嗣、昭穆相当等宗法秩序的维护，强调男系血缘关系的稳定性；另一方面是对亲人之间的自然情感的让步与妥协，追求亲情的融洽与家庭的和睦。在这里，我们不得不承认，哲美森的确已经敏感地触及了中国传统家庭法的两个核心问题——血缘与情感。关于这个问题，我们将在对哲美森的比较法律史研究的追问中继续展开。

四、“活化石”——重返比较法的视野

透过哲美森所译《刑案汇览》及其《中国家庭法》的文本，我们已重新审视了晚清时代西方人对于中国家庭法的观感与理解。但这里依然存在一个值得继续追问的问题——哲美森的翻译与研究的“原动力”究竟是什么？有如前述，哲美森翻译《刑案汇览》的原因是为了撰写中国家庭法的专著做准备，那么，我们似乎还应进一步追问，推动哲美森去研究中国家庭法的“初心”又是什么呢？仅仅是对东方异域文明的好奇，还是有更深层的背景与追求？

（一）好古与比较：维多利亚时代的英国学术

问题的答案，或许就隐藏在哲美森的智识背景之中。

〔67〕 前引〔2〕，Jamieson书，第20页。

〔68〕 同上书，第24页。

我们已注意到，在哲美森对中国家庭法的分析中，始终存在一个重要的参照物——古罗马家庭法。无论是对于婚姻缔结还是立嗣继承，哲美森都自觉或不自觉地将中国家庭法与古罗马法相对照，并强调两者的相似性。显然，哲美森一个潜在的前提判断是，中国家庭法与古罗马家庭法之间存在很大程度的“类似”。因此，中国家庭法可以成为西方人理解自身历史的参照——甚至是“在中国重新发现西方”。换言之，古代家庭法在十九世纪西方已经逝去，但与之相似的中国家庭法却依然“鲜活”。用哲美森转引庄延龄（E. H. Parker）的话来说，“通过中国法，我们可以重返活的历史，并与化石人类对话”。〔69〕

回到19世纪的英国学术中，这种对于东方“活化石”的研究兴趣，恰恰来自于这个时代的历史学、社会学与人类学研究的共同旨趣。对于西方而言，19世纪无疑是一个进步主义的乐观时代，工业革命的成功使西方人相信自己代表了历史的方向。〔70〕因此，这个时代的学术也普遍转向对人类历史规律的追寻，尤其是对于人类家庭与国家的起源研究。梅因的《古代法》（1861）、〔71〕巴霍芬的《母权制》（1861）、〔72〕古郎士的《古代城市》（1864）〔73〕和摩尔根的《古代社会》（1877）〔74〕都是这个时代潮流之下涌现出的作品。〔75〕由于这一时期考古证据的匮乏，对于古代家庭与社会的考察，不得不很大程度上借助于比较历史人类学的方法进行，尤其是对于诸如东方的印度、美洲的印第安等较多保留古代习俗的“活化石”的研究。

一个直接的证据是，哲美森的著作中充斥着梅因的影响。在《中国家庭法》的导论中，当论述到家庭在中国社会的基础地位时，哲美森即曾引用梅因在《古代法》中的论述，以强调“古代社会的单位是家族”，而非像“现代社会的单位是个人”。〔76〕此后，在谈及中国家庭法与罗马法的相似性时，哲美森也强调，“中国当代的家庭法与梅因在所有印欧语系的原始社群中发现的法律体系都非常类似。最典型的就是《十二表法》之前的罗马法，首要特征是家父权”。〔77〕在《收养的历史》一文中，哲美森也强调他是运用梅因的“法律进化论”来分析从立嗣继承到遗嘱继承的历史演变——其中一些内容几乎是《古代法》的复述和翻版。〔78〕

从哲美森的教育背景来看，梅因的影响也符合客观事实。在19世纪下半叶的英国，梅因无疑是最耀眼的学术明星。1852年，律师会馆仿效大学进行改革，在罗马法、法理学、财产法等领域任命诵讲人，剑桥大学罗马法讲席教授梅因也被邀请担任诵讲人。《古代法》

〔69〕 E. H. Parker, *Comparative Chinese Family Law*, in *The China Review*, Vol. VIII, No. 2, July, 1879 to June, 1880, p. 69.

〔70〕 参见黄剑波：《人类学的历史与历史中的人类学》，《思想战线》2013年第3期，第11页。

〔71〕 [英] 梅因：《古代法》，郭亮译，法律出版社2016年版。

〔72〕 [英] 巴霍芬：《母权论：对古代世界母权制宗教性和法权性的探究》，金子译，三联书店2018年版。

〔73〕 [法] 古郎士：《古代城市：希腊罗马宗教、法律及制度研究》，吴晓群译，上海人民出版社2012年版。

〔74〕 [美] 摩尔根：《古代社会》，杨东莼等译，中央编译出版社2007年版。

〔75〕 关于维多利亚人类学家关于早期社会的研究综述，参见吴飞：《人伦的解体——形质论传统中的家国焦虑》，三联书店2017年版，第52页以下。

〔76〕 参见前引〔71〕，梅因书，第67页。

〔77〕 前引〔2〕，Jamieson书，第4页。

〔78〕 See G. Jamieson, *The History of Adoption and Its Relation to Modern Wills*, in *The China Review*, Vol. XVIII, No. 3, July, 1889 to June, 1890, pp. 137 - 146.

一书正是在中殿会馆讲义的基础上写成的；^[79]因此，这些知识也理所当然地成为会馆法律人的智识背景。而哲美森进入律师会馆学习的时间正是1871年，并在1880年取得律师资格。尽管我们无法确证哲美森是否参加过梅因的课程，但梅因思想的影响却毋庸置疑。

在古代法研究中，梅因重点分析了罗马父权制的演变。梅因认为，在所有印欧民族的早期史中，父权制都构成社会的基本特征，罗马家长对子女的人身和财产拥有绝对的支配权。但在罗马对外征服开始后，家子在法律上的独立性不断增强。在此基础上，梅因将社会划分为“进步社会”与“停滞社会”两种，罗马等西方社会是进步社会的代表，个人不断取代家族成为法律基本单位。^[80]相比之下，印度、中国等东方社会则属于“停滞社会”，父权制的法律制度长期稳定，被完整地保留至近代社会，也因此成为观测和理解古代父权制的“活化石”。显然，两种社会的划分也同样构成了哲美森基本分析框架的来源。

（二）超越印欧语族：哲美森所见的“同”与“异”

不仅是继承，哲美森的贡献还在于他对东方法研究的拓展。

有如前述，梅因虽然注重东西方比较，但研究对象只限于印欧语族。自18世纪语言学界发现梵语同拉丁语、日耳曼语有共同点后，即用“印欧人”来统称使用这些语言的民族。这一发现也使得19世纪的比较人类学成为可能；两个相隔万里的世界，竟有共同的“血脉”。^[81]梅因对东西方的比较正是建立在“印欧语族”的发现上。《古代法》本身就是一份对雅利安各支系——罗马人、英国人、斯拉夫人、印度人——的古代法律的比较研究。^[82]在对东方的研究中，梅因尤其注重印度，试图将“印度的习惯法和曾经是西方世界的习惯法联系起来”；^[83]通过对印度习惯的研究来重新理解西方制度的起源。

相比之下，梅因的研究很少涉及中国。这一方面当然是由于梅因长期在印度任职，并且从未来过中国；另一方面，也是因为中国不属于印欧语系，因此似乎欠缺比较的“血缘”基础。但这也在客观上为哲美森等汉学家提供了学术创造的机遇。1840年后进入中国的西方人很快发现，尽管中国并非印欧语族，但在父权制方面，却与印欧人有着惊人的相似。中国古代的家族观念，与罗马、印度分享共同的特征。正如哲美森指出的，在中国与罗马，家族的形成都来自于对祖先灵魂的恐惧；^[84]因此，家族最重要的职能就是祭祀，而能够主持祭祀的人自然是“家长”，并对所有家庭成员与财产拥有支配权。

但同时，哲美森的贡献又不仅仅是“求同”，还在于两者的“辨异”。在对比中国与古罗马的家庭法之后，哲美森“发现”了中国家庭法有别于印欧语族的两方面特征——即较之罗马法，中国家庭法更强调“血缘”与“情感”的纽带。

首先，中国家庭法具有更强的“血缘性”。有如前述，哲美森已经发现，古罗马家庭同样以男性血脉为中心，强调“宗亲”观念，但不同的是，在立嗣继承的问题上，罗马法却承认“外人”的收养，比如母系血亲或无血缘关系的人。“外人”一旦被收养后，就被拟制

[79] 参见前引〔71〕，梅因书，第4页。

[80] 同上书，第79页以下。

[81] 关于印欧人语言学对梅因的比较历史人类学的影响，参见〔英〕梅因：《东西方乡村社会》，刘莉译，知识产权出版社2016年版，译者序，第7页以下。以印欧语族为基础的东西方比较，也可参见前引〔73〕，古郎士书。

[82] 参见〔英〕梅因：《古代法》，沈景一译，亚伦所作导言，第12页。

[83] 前引〔81〕，梅因书，译者序，第76页。

[84] 参见前引〔2〕，Jamieson书，第3页。

为具有男性血缘的继承人，而不再考虑真实的血缘关系。而在中国的传统立嗣中，却严格排斥母系血亲和其他外姓人；即便在同宗之内没有适格人选，也只能扩展到同宗之外的同姓之人。

回到中国传统中，这种“强血缘性”与上古中国的“血食”观念有密切关系。^[85]与印欧民族的原始观念一样，中国古人信奉灵魂不灭，“鬼犹求食”，^[86]因此需要子孙祭祀的供养。但与印欧习俗不同的是，中国人强调“以血滴于地而祭之”^[87]的“血食”。在中国古人观念中，血渗于地可招致鬼魂，因此杀牲滴血可引导与祭者有血缘关系的鬼魂来享用祭物。^[88]同时，又由于“神不歆非类，民不祀非族”^[89]的观念，这种“血食”也只能来自于同族男系的子孙，否则鬼魂无法享用。^[90]因此，基于这一父系血统的“血食”观念，中国家庭法自始即排斥“立外姓为嗣”的做法，将立嗣范围严格控制在男系宗族之内。

其次，较之罗马法，中国家庭法更注重“情感”。哲美森观察到，中国与罗马同样强调“家父权”（*Partia Potestas*），但又有明显区别。罗马法“家父权”是一种个人所有权（*dominium*），儿子的服从是从这种所有权中引申出来的义务。而“中国法的视角却恰恰相反”，“它首先强调儿子的服从义务，然后从中引申出父亲要求儿子服从的权力”。^[91]在中国，用以描述父亲和儿子关系的词语是充满温情的“孝”。“孝”是一种服从，但又不是一般的服从，而是强调“孝敬”（*filial peity*），即一种“恭敬”的情感。^[92]同时，这种“孝”的情感，还延伸到家族内的所有尊亲属，甚至兄长。而在罗马法中，家父权仅限于家长一人，除家长之外，家内其他亲属之间不存在服从的义务，更无孝敬的情感。

从中西比较的视野进入，对“情感”的强调，也构成中国思想传统的底色。与西方思想中强调理性的支配不同，中国传统“礼义”的根本即在于内在的“人情”，以人际感情为“本体”；^[93]或者说，以血缘关系生发的“情感”作为价值的合理性依据。^[94]在这种情感中，又以“亲子情”，也即“孝”的感情为基础。同时，原典儒学强调，“孝”的核心，并非单纯对父母命令的服从，而是发自内心的“孝敬”的情感。相比之下，罗马法中的家更类似一个理性的政治组织，家子对家父的服从类似于对统治者的服从，不以情感作为正当性基础。也正是基于这个原因，中国的“孝”不仅及于父子，而且及于不同层级的尊卑亲属之间。^[95]

[85] 参见前引〔53〕，丁凌华书，第308页以下。

[86] 参见吕思勉：《中国社会史》，上海古籍出版社2007年版，第263页。

[87] 参见林尹对《周礼·春官·大宗伯》中“以血祭社稷”的注释，《周礼今注今译》卷五，林尹注译，书目文献出版社1985年版，第194页。

[88] 相比之下，古代印欧民族祭祀，祭品多为点心、水果、牛奶、葡萄酒；尽管也存在牺牲，但却并非必需。即便祭献牺牲，也是将牺牲的肉全部焚烧，并不强调“血滴于地”的血缘意涵。参见前引〔73〕，古郎士书，第43页以下。

[89] 前引〔56〕，《左传·僖公十年》，第377页。

[90] 即便以母系子孙立嗣，因“血食”无法为祖先享用，与绝嗣无异。例如，春秋时莒国灭郟国后，曾以郟子之外孙嗣位，时人视之为“自灭其嗣”。前引〔86〕，吕思勉书，第263页。

[91] 前引〔2〕，Jamieson书，第5页。

[92] 同上。

[93] 参见李泽厚：《哲学纲要》，中华书局2015年版，第62页。

[94] 参见葛兆光：《中国思想史》第1卷，复旦大学出版社2013年版，第33页。

[95] 中国传统的“子孝”同时还强调“父慈”，体现互惠利他关系，这与罗马家父权片面强调家子对家父的服从也不同。参见苏力：《大国宪制：历史中国的制度构成》，北京大学出版社2017年版，第56页以下。

在此基础上,我们也可以重新理解哲美森所讨论的“情”与“法”的冲突。尽管明清律例中的规范,大多是“引礼入律”的结果,但由于秦汉之后的礼制大量吸收法家精神和统治者意志,包含了大量僵守教条的繁文缛节,导致律例所维护的“礼教”与原典儒学所倡导的合乎人情之“礼”相去甚远。^[96]但另一方面,原典儒学的“礼因人之情而为之”的精神,又通过古代经典得以流传,始终存在于士大夫阶层的精神信仰之中,并成为官员在适用法律时实际援引的准则。^[97]比如,在前述哲美森对“嫁娶违律”和“择爱立嗣”的讨论中,都不同程度上涉及了士人官员对“礼”所应顺的“人情”的维护。

当然,需指出的是,上述哲美森对中国家庭法的比较法观察,也代表了这一时期汉学家的普遍看法。同时期有关婚姻继承的汉学研究,往往都会涉及与古罗马家庭法的比较,并在不同程度上诉诸梅因的研究范式。比如,阿查立(C. Alabaster)在《中国评论》上发表的《中国继承法》,就曾以罗马法的概念术语来说明中国继承法的特点;^[98]再比如,前述著名汉学家庄延龄(E. H. Parker)的《比较中国家庭法》,更是从婚姻缔结、解除、收养等领域全方位比较了中国与古罗马家庭法的异同,并运用梅因、斯宾塞等人的理论展开分析。^[99]但不可否认,对于中西家庭法差异及其原因的探讨,哲美森无疑是当时最为深入的学者之一。

(三) 殖民者的偏见与不足

以上讨论表明,哲美森对中国家庭法的关注并非只是基于“好奇心”,还来自于19世纪欧洲学术界热衷于东方“活化石”的学术思潮。这种“活化石”情结,当然带来了相当的学术热情与成果,但也隐含危险——这种“意缔牢结”的观念,也可能导致研究中的“证实性偏见”(Confirmation Bias),以至于将中国视作反衬西方社会进步性的“脚注”。

关于这种危险,一个典型的例子就是梅因有关“停滞社会”与“进步社会”的讨论。梅因将印度、中国等非西方社会视作“停滞社会”的代表,在很大程度上正是为了反衬西方社会作为“进步社会”的独特性。^[100]哲美森也几乎全盘接受了梅因的理论,并严肃探讨了中国家庭法“两千多年时间里几乎不曾改变”^[101]的原因。比如,中国在地理上长期与异质文明隔绝,很少受到外来法律影响;中国国家的形成并未完全冲破血缘纽带,血缘家族组织高度稳定;以及中国缺少职业化法律人,导致法律规则的改进缓慢。相反,罗马法的“进步”则与外向型文明、公共性国家、职业法律人的发展有着密切关系。^[102]

应当承认,哲美森对中国法“停滞性”及其成因的分析是深刻的,但并非无可置疑。

[96] 参见苏亦工:《天下归仁:儒家文化与法》,人民出版社2015年版,第90页。

[97] 参见前引[41],志强文,第111页以下。

[98] See C. Alabaster, *The Law of Inheritance*, in *The China Review*, Vol. 5, No. 3, 1876, pp. 191 - 195.

[99] 该文是庄延龄(E. H. Parker)为穆麟德(P. G. von Mollendorff)的《中国人的家庭法》(The Family Law of the Chinese)所作的书评。其中,庄延龄也重点论及血缘在中国家庭法中的重要性,并将其视作区别于古罗马家庭法的核心要素。从引证上看,庄延龄曾引用哲美森对《大清律例》的译注,哲美森在此后出版的著作中亦曾援引庄延龄的观点,由此可见这一时期汉学家在观念上的互相影响。参见前引[69], Parker文,第88页以下。

[100] 在梅因看来,法律总能跟上社会变革的“进步社会”十分罕见,只有在西方社会中才能找到;而法律与社会发展缓慢的“停滞社会”却很常见,印度、中国等非西方社会都是梅因点名的“停滞社会”代表。参见前引[71],梅因书,第13页。

[101] 参见前引[2], Jamieson书,第6页。

[102] 同上书,第6页以下。

事实上，有学者已指出，将西方家庭史视作从“集体本位”向“个体本位”转变的单线进化，其实质不过是另类版本的“辉格史”。从“身份到契约”的公式，不乏格言式的穿透力，但也忽视了不同社会中“身份”与“契约”并存的复杂性。同时，这种进化论还隐含了潜在的“欧洲中心论”：只要转型在某一地区发生，于是此地区就一定蕴含了某种包含“历史必然性”的先决条件——仿佛“只有欧洲，尤其是西欧（或只有英国），才具备转型的先决条件”。^[103] 尽管哲美森的中西比较始终聚焦在古罗马，但在这种比较的背后，依然隐藏着“英帝国”——新时代罗马帝国——的影子。哲美森所分析的外向型文明、公共性国家、职业法律人等诸因素，可以用来解释罗马的“进步”，也同样可以论证 19 世纪英国的成功。

同时，更重要的是，我们还应清醒地看到，这种“进步”与“停滞”的标签，在很大程度上依然服务于殖民统治的目标。19 世纪中叶，英国工业革命完成，英帝国的殖民扩张也日益达到顶峰。但同时，这一时期印度、牙买加等地的连续叛乱，也促使英国思想家开始反思帝国殖民政策。梅因的《东西方村社共同体》等研究，实际上就来源于这一时期维护殖民统治的理论需求。^[104] 同样，深受梅因影响，作为领事官员和殖民公司领袖的哲美森，之所以深入地研究中国家庭法，自然与其扩大英国在华殖民利益的内在需求有着千丝万缕的联系。毕竟，与印度社会一样，中国家庭与社会也同样是与英国存在本质差异的“停滞型社会”，只有在深入研究的基础上才能真正理解中国，也才能更好地维护英国的殖民利益。

此外，哲美森的这种“欧洲中心论”视角，其危险性还不仅在于对殖民者优越性的论证和对殖民统治的维护，同时还存在另一种危险——可能遮蔽对于中国传统家庭法中所蕴含的合理价值的关注。事实上，许多研究已表明，梅因所描述的以个人取代家庭的契约本位社会，并非人类最完美的选择；即便将其视作一种进步，也只是一种“进行时”，而非“完成时”。个人本位的契约社会，固然存在注重个人权利、个性自由的优势，但也可能带来追逐自利、情感淡漠的弊端。尤其是在家庭法领域，个体化与契约化的婚姻关系已经从根本上挑战了婚姻家庭的正当性，导致了现代家庭法的“总体性危机”。^[105]

以此反观中国传统家庭法，尽管存在不合理的礼教束缚，但就其理论根基和价值取向而言，这种注重人伦与情感的法文化仍具有相当的合理性，并蕴含对现代性危机的反省与启示。^[106] 比如，哲美森曾指出中国家庭法对情感的注重，在孝道伦理中强调情感上的敬慕。回到家庭法的当代危机中看，这种对人伦情感的关注，对超越利益计算的道德情感的追求，^[107] 恰恰构成了传统中国家庭法中极具生命力的价值，可能弥补现代家庭法中情感基础破碎的不足。又如，哲美森还注意到在中国古代不存在类似罗马的“个人所有权”性质

[103] [英] 古迪：《西方中的东方》，沈毅译，浙江大学出版社 2012 年版，第 184 页。

[104] 对于印度村社共同体的探讨，旨在回答英国入侵所带来的传统社会基础的瓦解，在何种程度上构成对英帝国稳定的挑战，以及如何应对这种挑战。参见何俊毅：《梅因与自由帝国主义的终结》，《读书》2016 年第 3 期，第 90 页以下。同时，参见前引 [81]，梅因书。

[105] 参见赵晓力：《中国家庭资本主义化的号角——评婚姻法解释三》，《文化纵横》2011 年 2 月号，第 31 页以下。

[106] 参见前引 [96]，苏亦工书，第 90 页以下。

[107] 参见前引 [93]，李泽厚书，第 40 页以下。

的家父权,^[108] 家庭财产为全体家庭成员共有。^[109] 虽然这种共有的家产制可能构成对个人权利的限制,但却在家庭养老、教育、成员扶助等方面有明显优势。在实践中,这种家产制也在一定程度上为现代中国家庭法中的夫妻财产制所继承,^[110] 并应在未来家庭法中继续发挥作用。^[111]

以上的讨论并非对哲美森的苛责。作为那个时代的汉学家,哲美森对于中国家庭法的熟悉程度远超同时代甚至后来的西方人,并且始终保持了相当程度上的尊重和理解。但即便如此,我们也不能因此就忽视哲美森可能的视野局限与不足,尤其应当注意到其中所隐藏的由于自身视角局限所可能带来的有意无意的“偏见”。这种偏见可能来自于19世纪西方比较社会学研究的理论局限,也同时来自于殖民者的优越视角和利益考量。也只有在对于哲美森的“洞见”与“偏见”都有同样全面的理解之后,我们才可能真实地重构西方人对中国法的最初认知图景,也才可能借助“他者”的视角重新理解我们自身的法律与传统。

Abstract: Geo. Jamieson's "Cases in Chinese Criminal Law", published in *The China Review*, is the earliest English translation of *Xing An Hui Lan* in the Qing Dynasty. Jamieson's translation derived not only from his Chinese civil law research plan, but also from the concerns of British lawyers about customs and precedents. An analysis of Jamieson's study of *Chinese Family and Commercial Law* and his translation of cases in *Xing An Hui Lan* shows his profound understandings of core issues of Chinese family law, such as the effects of betrothal, illegal marriage, and succession, as well as the general views of Westerners on Chinese family law in the second half of the 19th century. Back in the academic background of the Victorian era, Jamieson's research on Chinese family law came from his comparative study of historical anthropology pioneered by Henry Maine. Jamieson's research includes both the inheritance of existing research and his own intellectual contribution from the perspective of Sinology research. Meanwhile, due to the limitations of his colonists' horizons, there are also serious defects in Jamieson's comparative study of family law.

Key Words: family law, *The China Review*, Geo. Jamieson, *Xing An Hui Lan*, succession

[108] 参见前引〔2〕, Jamieson书,第5页。

[109] 中国古代的家庭财产制被称为“家产制”。在这种家产制中,家产为家长和家庭成员共同所有,家长只是家产的管理人,不具有像古罗马家父那样绝对处分财产的个人财产权。参见俞江:《论分家习惯与家的整体性——对滋贺秀三〈中国家族法原理〉的批评》,《政法论坛》2006年第1期,第53页。

[110] 当代中国的家庭财产制也越来越受到个人财产制的挑战,参见前引〔105〕,赵晓力文,第34页。

[111] 参见赵玉:《司法视域下的夫妻财产制的价值转向》,《中国法学》2016年第1期,第226页以下。