

清末法制习惯调查再探讨

邱志红

【摘要】清末新政期间，为了给编订和审核新法律提供参考和借镜，同时还出于筹备立宪、推进宪政的需要，清政府自上而下开展了一场声势浩大的包括民事习惯、商事习惯、诉讼事习惯、地方行政习惯等在内的法制习惯调查活动。在调查活动中，中央的宪政编查馆、修订法律馆、地方督抚以及新型法政人才扮演了不同角色，其作用值得肯定。

【关键词】预备立宪 法制习惯调查 宪政编查馆 修订法律馆

【中图分类号】K257.5 【文献标识码】A 【文章编号】1000-114X(2015)05-0124-10

近年来，随着国内外法学界对民国北洋政府时期民事习惯调查报告资料的整理再版以及先行研究的开展，特别是一批清末法制习惯调查报告资料陆续浮出水面以后，清末的法制习惯调查逐渐引起法学界和史学界研究者的兴趣和关注，以清末民事、商事习惯调查为主要内容的法制习惯调查逐渐成为国内学界、特别是法学界研究的热点，相继出现一批从不同角度对清末法制习惯调查进行考订、论述的论著。^①本文在既有研究基础上，根据中国第一历史馆藏的录副奏折、宪政编查馆、修订法律馆等卷宗档案文献，从清末新政尤其是预备立宪的历史脉络中，重新梳理清末法制习惯调查的历史实态，同时结合时人的日记、笔记以及各类公牍文章等史料，探讨新型法政人才在法制习惯调查中扮演的角色与作用，而这些内容，均是以往研究所尚未重视的。^②

以改革旧律、制订新律为基本内容的法制改革是清末新政的重要一环，而重视本土法律资源，进而开展法制习惯调查则是清末新政进入预备立宪阶段后，清政府将修律宗旨由“参酌各国法律，悉心考订”^③，调整为“参考各国成法，体察中国礼教民情，会通参酌，妥慎修订”^④之后，所进行法制改革的重要内容，其中，宪政编查馆和修订法律馆是与宪政改革尤其是法制改革密切相关的重要机构。

根据光绪三十四年（1908年）清政府颁布的宪政编查馆拟定之《逐年筹备事宜清单》规

定，法制改革的推进行程依次是：新刑律由修订法律馆、法部在第一年（光绪三十四年，1908年）共同修订，第二年（光绪三十五年，1909年）由宪政编查馆加以核定，第三年（光绪三十六年，1910年）颁布，第六年（光绪三十九年，1913年）实行；民律、商律、刑事民事诉讼律等法典由修订法律馆从第一年起编订，第四年（光绪三十七年，1911年）由宪政编查馆核定，第六年颁布，第八年（光绪四十一年，1915年）实行。^⑤宣统继位后，清政府在各方压力下，缩短了筹备年限，民律等法典相应提前至宣统三年（1911年）颁布，宣统四年（1912年）实行。^⑥由此，民律等法典原定4年编订、2年核定的6年计划骤然缩减至4年。

正是出于审核和编订新法律的需要，以及预备立宪筹备规划的调整，宪政编查馆和修订法律馆均注意到开展习惯调查的必要性和紧迫性。作为法制改革的一项重要举措，习惯调查被提上议程并迅速在全国范围内展开。

（一）宪政编查馆之法制习惯调查：统摄地方司法行政各类习惯

清末的法制习惯调查最早是在宪政编查馆系统内展开的。目前国内外学者普遍认为，清末法制习惯调查肇始于光绪三十三年九月十六日（1907年10月22日）宪政编查馆大臣奏请于各省设立调查局的奏折。实际上暂署黑龙江巡抚程德全早在光绪三十三年八月一日（1907年9月18日）的奏折中，就已提出在“各行省皆设调查局”的建议，视“调查国内习惯以资采用”为“预备立宪之方及施行宪政之序”的八项办法之一。^⑦程德全的建议在某种程度上可视为各省设立调查局的一个动因。而宪政编查馆诸大臣在光绪三十三年九月十六日的奏折中对各省设立调查局的意义作了更具体的阐发，并且强调宪政编查馆在各省设立调查局之模式，乃是仿效德国法制局，有先例可循；明确各省调查局实际上归“本省督抚管理主持”，所得各项调查资料，“呈由本省督抚咨送”宪政编查馆；规定各省调查局之调查项目涵盖地方司法、行政两大类，均是为实行宪政做准备。具体而言，各省调查局设法制科，其第一股负责调查各省民情风俗、地方绅士办事习惯、民事习惯、商事习惯以及诉讼事习惯；其第二股负责调查各省督抚权限内之各项单行法以及行政规章；其第三股负责调查各省行政上之沿习及其利弊。^⑧

宪政编查馆奏请各省设立调查局的提议当日即得到清政府的批准，^⑨从而正式拉开清末法制习惯调查活动的大幕。之后，全国22个行省的调查局陆续在各省城设立。西英昭、江兆涛根据《政治官报》档案分别整理出16（包括9个时间不确）以及23个调查局的开局时间及各自负责人的情况，^⑩并且普遍认为直隶调查局是设立最早的地方调查机构，开办于光绪三十三年十二月，时文中亦有《直隶设立调查局之先声》的报道。^⑪然而揆诸原始档案，笔者发现，实际上调查局的数量有24个之多，^⑫光绪三十三年十月，吉林调查局即已成立。各局的开局、撤局时间以及负责人的情况也更为复杂，比如江西调查局总办，一般都认为是饶州知府张检担任，实际上由于人事调动，真正在主办位置上主持工作的是江西试用道江峰青。^⑬

到宣统二年（1910年）时，最早一批设立调查局的吉林、直隶、广西、安徽等省的法制习惯调查已基本完成。宣统三年三月十五日（1911年4月13日），宪政编查馆大臣奕劻等人以“财政支绌”、“节省经费”为由，建议将各省调查局裁撤，将调查各省民情风俗、法规利弊之法制事宜并归各省督抚会议厅参事科办理。^⑭各省调查局遵旨相继裁撤，标志着宪政编查馆系统法制习惯调查的“完美收官”。

总体而言，各省调查局是宪政编查馆系统法制习惯调查的具体组织和执行机构，宪政编查馆颁布之《各省调查局办事章程》是各省调查局开展法制习惯调查的纲领性文件。各省在设立调

查局及开展法制习惯调查的过程中主要注意以下两个方面问题:

其一,由督抚将本省调查局开办情形分别上奏朝廷并咨送宪政编查馆报备。从各省督抚的奏章中,我们可以了解各省调查局的具体开办情形:

调查局的名称。各省调查局全称为“某某全省调查总局”或“某调查局”,¹⁵文献中亦常看到“安徽宪政调查局”、“滇省宪政调查局”,或更简略的“皖省调查局”之类的称谓。各省督抚一般都将调查局附设在各署衙或地方办事机构内,如广西调查局、新疆调查局、云南调查局等,一是便于管理,二是节省经费。也有租赁他处的,如湖南调查局、江西调查局。调查局的经费。包括开办经费和常经费两大类,直隶调查局由善后局筹拨并“作正开销”的方式,基本为其他各省所参考与援引。¹⁶各省调查局均能注意遴选法政学校毕业的新型法政人才担任调查局官员。总办方面,如贵州调查局总办贺国昌、湖南调查局总办张启后和四川调查局总办陈汉第等;帮办、各科科长、股官等方面,如山西调查局法制科科长赵俨威是日本法政大学学生,法制股股官刘蕃、龚庆云分别是日本法政大学专科生和进士馆法政毕业生。¹⁷广东调查局筹办伊始共有34名办事员,其中法政毕业生有8名,分别担任法制科、统计科的股员或书记等职务。¹⁸湖北调查局、河南调查局还注意对调查人员的培养,分别在各省地方自治局与法政学堂内附设调查员养成会与养成班。¹⁹这些具有法政知识的新型法政人才的参与,在一定程度上为清末法制习惯调查规范化、科学化地顺利开展奠定了人力基础,提供了智识保障。

其二,各省调查局以新型法政人才为依托,以各府厅州县统计处为具体执行机构,及时将调查进度安排、进展情况向宪政编查馆反馈和报备,有序地展开法制习惯调查。调查程序主要有如下三个环节:

首先,明确《各省调查局办事章程》所规定之调查项目。以吴兴让为代表的新型法政人才在其中发挥了积极作用。吴兴让,字竹林,江苏吴县人,日本法政大学毕业,²⁰时任北洋官报总局《北洋法政学报》主编。吴兴让参与直隶调查局法制调查伊始,²¹便对章程特别是第一股所涉调查内容进行了法理阐释。他认为,第一股调查的重点要注意从“政治上之作用”与“法律上之标准”双层含义上区分“民情风俗”与“民事习惯”的异同。因民情风俗调查“不仅为编订法典之资料”,同时“与宪政上有种种关系”,他从法律意义上厘定了“民情风俗”的具体范围,即“婚姻丧祭[祭]”和“考语”两大类,“旧日志书所载之民情风俗”则不在调查范围内。²²吴兴让还以《北洋法政学报》为媒介,相继发表一系列倡言立宪、法治主张的文章,如《自治士绅注意》(1908年第87期)、《论急宜定行政诉讼法》(1909年第95期)、《调查行政议论》(1909年第100期)、《预备立宪之难易》(1909年第104期)等,为宣传立宪、法治不遗余力。

其次,制定本省调查局办事章程(细则),并报请宪政编查馆审核。各省调查局办事章程(细则)是开展该省法制习惯调查的行动准绳,受各省对总纲领本身的法理解读、拟定者的水平以及实际法制、行政状况等因素的影响,各省调查局在规定的调查项目、调查形式时,体现出法制习惯调查在各省实际运作的差异。就调查项目而言,各调查局一般都按照三股调查事项拟定8类细目,广东调查局则进一步将“民情”、“风俗”、“民事习惯”、“商事习惯”分别调查,并与相关部门分立权限,对盐法、财政、军政以及军政隶八旗等办理专项调查。²³行文调查与派员调查相结合是各省调查局普遍采用的调查形式,至于具体调查中以何种形式为主导,各省也不统一。资料显示,直隶调查局、山东调查局是以派员调查为主,²⁴广东调查局则以行文调查为主,遇有府厅州县调查含混不实或延宕不报时,才会直接派员调查,且细分为“司局委员调查”、

“各股员调查”和“特派干员调查”三项。^⑤各省调查局订定的调查方式，却大致相似，即：民情风俗及民事习惯向民间各处实地调查；地方绅士习惯向该地官衙绅民调查；商事习惯向各商会调查；诉讼事习惯调查官衙卷宗并访问诉讼当事人；本省督抚权限内之单行法及行政规章之调查，或直接派员抄录整理，或由各衙门局所学堂咨送；本省行政上之沿习及其利弊多调查地方方案卷，并参考该地官绅意见及条陈。凡此种种，显示出各省调查过程中注意采取问卷、征询、实地观察等搜集信息的方法、技术与自觉意识，已经初具现代社会调查的特征。

再次，按类编纂本省法制习惯报告书，经总办审核定稿后详呈本省督抚，同时咨送宪政编查馆及修订法律馆。这是宪政编查馆系统内法制习惯调查的最后阶段，也是反映调查成功与否的关键。各省调查局将拟定并经审核确认的各股调查问题编册分发各府厅州县，实地调查后获得的各类答案，经过汇总整理，最终编纂成本省法制习惯报告书。因此宪政编查馆系统内的调查资料大致可以分为两大类，一是阶段性成果，即各省调查局根据本省实际情况所编订的各类法制习惯问题书或清册^⑥，目前可见到的直隶调查局《法制科第一股调查书》^⑦，四川调查局《法制科第一次调查问题清册》^⑧，湖北调查局《法制科第一次调查各目》^⑨，湖南调查局《调查民事习惯各类问题》、《湖南调查府厅州县行政上之沿习及利弊各类问题》^⑩，奉天调查局《续行调查本省民情风俗条目》、《续拟调查地方绅士办事习惯条目》、《续拟调查诉讼事习惯条目》、《续拟调查民事习惯条目》、《续拟调查商事习惯条目》^⑪等为此类型报告书；二是最终成果，即对调查问题答案的整理汇总。此类报告书又存在两种形态，一种是县级的基层调查报告，如《（徽州府）六县民情风俗绅士办事习惯报告册》^⑫、《龙游县法制调查报告初编（民情风俗、绅士办事习惯）》^⑬、《藤县民情风俗报告书》^⑭等；另一类是进一步整理的省级调查报告，如国家图书馆收藏的《广西调查民事习惯报告书、广西诉讼事习惯报告书》、《安徽宪政调查局编呈民事习惯答案》^⑮等。

宪政编查馆章程第12条规定“本馆调查及编订之件，应随时发刊报告书，或月刊或季刊，临时酌定”。彭剑认为，宪政编查馆基本上并未展开此项工作。^⑯此说其实不确。直隶调查局的调查报告除制成《直隶调查局法制科第一股调查书》之外，经吴兴让之手，断续在《北洋法政学报》上刊登。^⑰据其本人记述，直隶调查局的调查报告由于开放给各地学习自治、法律的人发函索取，以致一度出现“局中印本不敷”的局面。^⑱从上述《四川官报》刊载四川调查局阶段性调查报告书以及直隶调查局的情况来看，各省调查局对调查报告的编纂、制定、上报和公布直接负责，实际上替宪政编查馆承担了此项工作。这也在某种程度上说明宪政编查馆的法制习惯调查报告并非完全被束之高阁，各调查局之间也存在着一定程度的资源共享或意见交换。

（二）修订法律馆之法制习惯调查：专注民商事习惯

在各省设立宪政调查局进行法制习惯调查的同时，修订法律馆系统的习惯调查也开始启动。为编纂各项法典而进行习惯调查，是修订法律馆的首要任务之一，被明文写入修订法律馆大臣沈家本等人于光绪三十三年十月十四日（1907年12月18日）拟定的《修订法律馆办事章程》中。该章程规定，修订法律馆分设两科，其中第一科“掌关于民律商律之调查起草”，第二科“掌关于刑事诉讼律民事诉律之调查起草”，“馆中修订各律，凡各省习惯有应实地调查者，得随时派员前往详查”。^⑲随着新刑律^⑳的出台，修订法律馆的工作重心逐渐转到编纂民律、商律上，因此，相对于宪政编查馆繁芜、复杂的法制习惯调查内容而言，修订法律馆所进行的习惯调查内容较为集中，包括民事习惯和商事习惯两部分。

修订法律馆实施习惯调查的方式也与宪政编查馆不同，主要是派调查员前往各地进行调查。

根据沈家本等奏拟的《咨议调查章程》规定，调查员既可以从修订法律馆馆员中选派，也可以从通晓法律人士中临时委任，而后者既包括曾在本国或外国法政学堂毕业、现充法政教习的新型法政人才，也包括熟悉刑律的法律专才。章程同时对调查员的职责和纪律做了规定，一方面由法律馆视其承办事宜之繁简酌给公费，另一方面对于不称职之调查员，修订法律大臣可随时撤换，以督促调查员恪尽职守，按时保质保量完成调查任务。^{④①}

修订法律馆首先着手的是商事习惯调查。宣统元年（1909年）二月，由法律馆纂修朱汝珍主持的包括直隶、江苏、安徽、浙江、湖北、广东等省份的商事习惯调查启动。^{④②}修订法律馆专门制定《法律馆调查各省商习惯（问题）条例》，分总则、组合及公司、票据、各种营业、船舶等五部分，就商事习惯调查事项和问题做了具体规定，保证了调查活动有序、有效地开展。^{④③}

值得一提的是，除了宪政编查馆各省调查局的商事习惯调查之外，苏州等地商会也先于修订法律馆自行组织了民间性质的商事习惯调查活动。官民之间在对待商事习惯于商事立法重要性问题上的共同认识，使得修订法律馆的商事习惯调查很大程度上依赖各地商会得以进行，各地商会也给予了相当配合。苏州商务总会特颁布《订定研究商习惯问题五则》“传知各商界研究”，并“分类条答，以备法部修律之采择”。^{④④}尽管如此，商事习惯调查的实际进展并不顺遂。调查方法不当是导致调查难行的一个原因。有报道称，朱汝珍在上海调查时，调查员机械地按照拟定好的习惯问题进行发问，商人根据自身的个体经验做出想当然的回答，这种互动的结果往往导致“发问者未免隔膜，而受问者亦殊少纸片对策之能事”，调查员与商人之间“交相为伪”的现象时有发生。^{④⑤}但更重要原因在于法律馆拟定的习惯问题条例本身。该问题条例系以日本商法典为模本，从篇章体例乃至条文用语，无不大量移植日本商法典的新式法律词汇，反而忽略了本土商事习惯的特殊性问题，大大影响了本土商事习惯的真实呈现。对此现象，杭州商务总会不无抱怨地称“文法全系东洋名词，诘屈聱牙，文理复杂，非但商中十九费解，即未习法政者亦难骤然索解”。^{④⑥}苏州也不例外，在修订法律馆发出调查问卷后的六七个月间，各商会“答复者仅一二起”，据称，对法律名词“未易了解”是造成拖延的主要理由。^{④⑦}

朱汝珍主持的商事习惯调查历时半年，“博访周咨，究其利病，考察所得，多至数十万言”，鉴于此，沈家本乐观地认为“于各省商情具知其要。”^{④⑧}

在积累了商事习惯调查经验的基础上，宣统二年（1910年）正月，以修订法律馆拟定之《调查民事习惯章程》（10条）和《调查民事习惯问题》（217条）为指导和规范的民事调查在全国范围展开，同时对某些地方商事习惯进行补充调查。在朝野要求缩短预备立宪筹备年限的浪潮声中，为配合民律、商律在宣统三年颁行的计划，修订法律馆的民商事习惯调查被要求在当年（1910年）八月底前即将调查结果上报。^{④⑨}面对任务繁重、时间紧迫的压力，修订法律馆与负有协助修订法律馆调查员进行调查之责的各省调查局的依赖关系更加明显。^{④⑩}一方面修订法律馆调查员到达地方开展民商事习惯调查时多依赖该地调查局而成事。如江宁调查局协助修订法律馆将其调查民事习惯问题分发州县调查，并特别说明与本局遵照宪政馆编订之问题系属两事，要求不能混为一谈；^{④⑪}陕西、广东两省增补编订的《民事习惯上中下三编》22册、《民事习惯第三次报告书》二函30本，甘肃逾期呈交的《民事习惯答复册》1本，都是在本地调查局的协助下完成的。^{④⑫}另一方面有的调查局在本地民商事习惯调查中还一度发挥了主导作用。如江苏上报修订法律馆的第二批所属长洲、元和等10州县民事习惯清册共计22本完全是江苏调查局的调查材料；^{④⑬}四川根据本省调查局拟定的商事习惯问题，仓促完成川省民事及商事习惯第一次报告书，

以缓解中央政府一再催缴的压力。⁵⁴凡此种种，既显示出清末民商事习惯调查在修订法律馆与宪政编查馆双系统内从“并行”到“合流”的发展轨迹⁵⁵，也在一定程度上反映了修订法律馆在国内政局动荡、政府财政拮据及馆员人力不足的情况下进行民商事习惯调查时的仓促和应付。

国家图书馆古籍馆保存有两本尚未整理完毕的调查报告书手抄稿本，一本题为《调查江苏民事习惯报告书》，19页，朱格纸张，版心下撰“法律馆”；另一本题为《调查湖北民事习惯报告》，11页，朱丝栏纸张。两种报告书形态十分接近，均是对修订法律馆民事习惯“总则”编各种问题答案的汇总，但不详列问题，仅列“问题一”，或“问题一至七”等，答案或直接抄录，或是粘页。同时，《调查江苏民事习惯报告书》有删改“湖北”为“江苏”的痕迹，内容到第三编“债权”第一章“契约”部分结束。《调查湖北民事习惯报告》首页问题答案称“湖北僧尼较少，与江苏等省不同”，内容到第二编“物权”第三章“地上权关系”问题一结束。这两本调查报告书均没有标注时间，也没有《凡例》、《例言》之类的编辑说明，但从内容以及纸张上推测应是修订法律馆系统的民事习惯调查报告书，且有可能是最原始的形态。从中我们亦可窥见修订法律馆最后仓促进行民事习惯调查之一斑，令今人无限唏嘘。

二

以上，笔者以一手档案资料为基础，在清末新政的历史脉络中，大致梳理了宪政编查馆和修订法律馆双系统法制习惯调查的运作模式。概而言之，从调查的内容上看，宪政编查馆和修订法律馆的法制习惯调查共同构成了清末新政法制改革的重要一环，二者均为清末新政改革以及预备立宪服务，只是后者的习惯调查集中在民事、商事内容上，是以服务于民商法典编纂事业为目的，以“求最适于中国民情之法则”⁵⁶为目标；而前者作为清政府“宪政之枢纽”组织的法制习惯调查，则是在更广泛的意义上出于筹备立宪以及修订法律之资料收集、编制与统计的需要，是为立宪准备工作的大局服务，因此其调查内容，除了在民事、商事习惯部分与修订法律馆重叠外，还包括民情风俗、地方绅士办事习惯、诉讼事习惯、地方法规、规章及行政惯例。从调查的时间上看，是宪政编查馆以设立各省调查局为依托首先发起了法制习惯调查，在河南、福建调查局最晚设立的宣统元年（1909年），修订法律馆的商事习惯调查才开始启动，并为配合预备立宪缩短时限后的时间进度，宣统二年（1910年）民事习惯调查开展不到数月便仓促完成。从调查的组织管理上看，宪政编查馆设立各省调查局与修订法律馆派出调查员这两种模式之间，表面上看“缺乏协调一致，各自为阵”，⁵⁷但实际上二者在民事、商事习惯调查部分基本存在着共同执行乃至委托执行的情况，特别是为配合提前颁行民律、商律的时间进度，修订法律馆的调查员与各省调查局之间“商同调查”的合作关系更加密切，既避免了财力、资源的浪费，体现了“执简而驭繁”、“事半功倍”的章程精神⁵⁸，又契合了宪政编查馆与修订法律馆一定程度上“同质”的内在理路。⁵⁹

如若考察清末法制习惯调查之于清末新政法制改革之影响，需从两方面分析。一方面，必须承认，清末的法制习惯调查未能对各法典的编纂产生直接影响。受缩短立宪期限的影响，各省法制习惯调查尤其是修订法律馆的民商事习惯调查在时间进度安排和对调查结果的整理环节方面都显得过于仓促和草率，大部分省的习惯调查报告没有按时上交，清政府在尚未对各地习惯进行整理、吸收、利用之时，便将民法等草案仓促出台，以应对时局。此外，清政府开展法制习惯调查的主观条件也尚不成熟。清末法制习惯调查的内容是本土的，但其“调查”概念⁶⁰、调查理念、

调查方式、调查问题等都是学自西方，仿照日、德，甚至对待“习惯”^①的认识，上至统治者、立法者，下至参与调查的新型法政人员，及至地方督抚，都不统一。清末法政教育的勃兴，为法制习惯调查的开展提供了人才保障，但这些新型法政人才除了本身所具备的法律、法政知识外，还需具备必要的现代社会调查方法和统计学知识，方可应对法制习惯调查这种“统计型调查”的挑战。西英昭、张勤、毛蕾、江兆涛等人已经注意到各省调查局在实际调查过程中存在着相互交流经验和人才的情况，但这种交流机制是否在全省实际调查中普及，是否能切实解决实际调查过程中出现的问题，还有待相关研究的进一步揭示。实际上各调查局中都有一些所谓“通达治理”的道府官吏人员充斥其间，滥竽充数。^②主持管理广东调查局有年的两广总督张人骏，在担任两江总督后仍在电询宪政编查馆《各省调查局章程》中“掌调查督抚权限内之单行法及行政规章”一语应如何解释。^③江宁调查局开办近三年后，各州县对于调查事项还多属茫然，答非所问。^④凡此种种，均显示出法制习惯调查实际中存在着拟定调查问题条目一味移植日本等外国法典，实地调查经验缺乏等现实问题，加之清政府立法者在编纂法典时如何采纳习惯也存在着技术上的实际困难，等等，致使所调查之习惯在编纂的民法法典中未有明显和直接的体现，恰如民国法律家江庸批评清末《大清民律草案》“多继受外国法，于本国固有法源，未甚措意”。^⑤

另一方面，清末法制习惯调查的积极意义却不可忽视。首先，在宪政编查馆和修订法律馆的共同不懈努力下，清末法制习惯调查最终收获了大量的习惯调查资料报告书，仅就民事、商事习惯调查报告资料论，据民国北洋政府的统计，清末的报告书达 887 册，远远高于民国时期民事习惯调查时所得 72 册报告书的数量，^⑥这还不包括各种民情风俗、绅士办事习惯、诉讼事习惯等报告书在内。所以从调查活动本身而言，清末的法制习惯调查，可谓成绩斐然。其次，从法律层面上观察，清末法制习惯调查，尤其是民事、商事、诉讼事习惯调查，在“修明法典”方面收效甚微，但就习惯调查整体而论，在“整齐政俗”方面颇积累了相当经验。尤其是地方督抚管理主持各省调查局工作，将民情风俗、地方绅士办事习惯、督抚权限内各项单行法规及行政规章、省行政上之沿习及其利弊等调查，视为各自推行地方自治运作的实践内容，客观上有利于清政府对于国情的掌握，既为革新政治、改良行政、编制法规以及推进宪政等提供了有价值的重要参考，亦成为考察并提升地方自治能力的一种有效方式。最后，清末民事商事习惯调查运动的展开，对促进政府采集、认知本土法律资源也起到了一定的积极作用。《大清民律草案》第 1 条明文规定“民事本律所未规定者，依习惯法；无习惯法者，依法理。”^⑦其对习惯地位的规定也被民国政府制定的现代意义上的民法典所继承。^⑧立法者在立法理念、立法方针上对习惯的重视，较之立法实践或立法事实方面所具有的历史意义，似乎要更为深远。

①日本学界以中村哲夫、岛田正郎、滋贺秀三、西英昭等人的研究为代表，国内学界以胡旭晟、眭鸿明、江兆涛、刘广安、俞江等为代表。

②程燎原《清末法政人的世界》一书中有一小节的内容涉及“法政人参与调查局”问题，惜未深入开展。参见程燎原《清末法政人的世界》，北京：法律出版社，2003年，第256~257页。

③“光绪二十八年四月初六日内阁奉上谕”，中国第一历史档案馆编《光绪宣统两朝上谕档》，第28册，桂林：广西师范大学出版社，1996年，第95页。

④“光绪三十三年九月初五日清政府谕令律律大臣沈家本等人”，《清实录·德宗实录》，第59册，北京：中华书局，1987年，第661页。

⑤《宪政编查馆咨政院会奏宪法大纲暨议院法选举法

- 要领及逐年筹备事宜折（附清单）》，故宫博物院明清档案部编《清末筹备立宪档案史料》上册，北京：中华书局，1979年，第61~67页。
- ⑥《呈遵拟修正逐年筹备事宜清单加具按语》，中国第一历史档案馆藏宫中朱批奏折，档号04-01-02-0112-009《呈遵拟修正议院未开以前逐年筹备事宜清单》，宫中朱批奏折，档号04-01-02-0112-010。
- ⑦《暂署黑龙江巡抚程德全奏陈预备立宪之方及施行宪政之序办法八条折》，《清末筹备立宪档案史料》上册，第255~256页。
- ⑧《宪政编查馆奏请飭令各省设立调查局并拟呈办事章程折（附片并清单）》，上海《东方杂志》，1908年第5卷第1期。
- ⑨《令各省设立调查局各部院设统计处谕》，《清末筹备立宪档案史料》上册，第52~53页。
- ⑩西英昭《清末·民国时期的习惯调查和〈民商事习惯调查报告录〉》，中国法律史学会编《中国文化与法治》，北京：社会科学文献出版社，2007年，第392~393页；江兆涛《习惯调查与晚清法制改革》，载刘广安《晚清法制改革的规律性探索》，北京：中国政法大学出版社，2013年，第284~285页。
- ⑪《直隶设立调查局之先声》，广州《广东地方自治研究录》，1908年第1期。
- ⑫江苏设立调查局的情况较复杂，目前可知分设有江宁调查局与江苏调查局两个调查局。这与清代江苏省分为苏、宁二属，两江总督驻江宁（南京），江苏巡抚驻苏州的建置沿革有关。同时《东方杂志》1908年第5卷第9期上刊有《江南调查总局办事细则》一文，《申报》亦有关于“江南调查局”的零星报道，但限于资料，尚无法了解江南调查局的详细情况。
- ⑬《奏为陈明裁撤吉省原设调查局情形事》，中国第一历史档案馆藏录副奏折，档号03-7440-067《奏为遵设调查局并派充饶州知府张检总办事》，录副奏折，档号03-5621-026《奏为委派江峰青充当江西调查局总办事》，宫中朱批奏折，档号04-01-12-0679-019。
- ⑭《奏为变通各省调查局办法以节经费而裨统计事》，录副奏折，档号04-01-01-1111-053。
- ⑮《奏为遵设调查局办理情形事》，宫中朱批奏折，档号04-01-01-1095-049“江苏调查局木关防”印，《江苏省苏属调查局呈送第二批民事习惯清册》，中国第一历史档案馆藏修订法律馆档，档号10-00-00-0018-052。
- ⑯《奏为遵旨设立广东调查局情形事》，宫中朱批奏折，档号04-01-02-0110-015《奏为遵设调查局办理情形事》，宫中朱批奏折，档号04-01-01-1095-048。
- ⑰《奏报遵旨设立调查局办理事》，宫中朱批奏折，档号04-01-12-0663-063。
- ⑱《广东调查局办事员司衔名表》，中国第一历史档案馆藏宪政编查馆档，档号09-01-02-0016-014。
- ⑲《奏为遵设湖北调查局事》，宫中朱批奏折，档号04-01-01-1086-056《奏为遵设调查局办理情形事》，宫中朱批奏折，档号04-01-01-1095-049。
- ⑳敷文社编《最近官绅履历汇录第一集》，载沈云龙主编《近代中国史料丛刊》第45辑，台北：台湾文海出版社，1970年，第122页。
- ㉑吴兴让《调查局法制科调查书序》，天津《北洋法政学报》，第113期，1909年8月。
- ㉒吴兴让《各省调查局章程释疑》，天津《北洋法政学报》，第55期，1908年3月《调查局法制科调查书序》，天津《北洋法政学报》，第113期，1909年8月。
- ㉓《广东调查办事详细章程清册》，宪政编查馆档，档号09-01-02-0016-013。
- ㉔《直隶调查局详订法制科办事细则》，北京《政治官报》光绪三十四年二月十九日，第141号《山东调查局办事章程》，《山东调查局公牍录要初编》，济南日报馆，1909年。
- ㉕《广东调查办事详细章程清册》，宪政编查馆档，档号09-01-02-0016-013。
- ㉖眭鸿明认为清末的习惯调查报告分为“中期型”和“终局型”两类，其中“中期型”调查报告以广东调查局呈送的“调查条目”、“举例稿本”为代表。参见眭鸿明《清末民初民商事习惯调查之研究》，第53页。
- ㉗国家图书馆古籍馆藏。四卷本，分“民情风俗”、“绅士办事习惯”、“民事习惯”、“商事习惯”及“诉讼事习惯”五部分。
- ㉘成都《四川官报》第11-14期，1909年。
- ㉙上海图书馆古籍阅览室藏。

③⑩国家图书馆古籍馆藏。《湖南调查府厅州县行政上之沿习及利弊各类问题》共包括四部分内容，内页题“调查法制科第三股本省各府厅州县行政上之沿习及其利弊各类问题”，上刻有“北京图书馆藏”短长方形篆文藏章以及“陈垣同志遗书”长方形条章。其中“司法行政”调查归并入地方行政沿习及其利弊类，15叶；“湖南调查局调查民情风俗各类问题”，20叶；“湖南调查局调查地方绅士办事各类问题”，5叶；“湖南调查局调查商事习惯各类问题”，23叶。与《湖南调查局调查民事习惯各类问题》（含人事部与财产部）形成湖南调查局较为完整的调查问题清册报告书。

③⑪辽宁省档案馆编《中国近代社会生活档案（东北卷一）7》，桂林：广西师范大学出版社，2005年，第385~481页。

③⑫包括歙县、休宁、婺源、祁门、黟县以及绩溪六县的民情习惯、风俗习惯以及绅士办事习惯。刘汝骥：《陶甃公牘》卷12，见官箴书集成编纂委员会编：《官箴书集成》第10册，合肥：黄山书社，1997年，第578~625页。

③⑬日本东京大学东洋文化研究所藏，转引自中村哲夫《郷紳の手になる郷紳調査について》，《社會經濟史學》第43卷6號，1978年。

③⑭陈思《藤县民情风俗报告书》，国家图书馆古籍馆藏。

③⑮江兆涛敏锐地注意到安徽调查局民事习惯调查报告书是按照修订法律馆《调查民事习惯问题》的条例条目编纂而成，并将其定义为“修订法律馆体例条目型”，以区别于《广西调查民事习惯报告书》的“调查局体例条目型”以及四川省调查局的“复合型”报告书，对于我们进一步辨明宪政编查馆与修订法律馆双系统内的法制习惯尤其是民商事习惯调查之不同，提供了很好的研究思路和视角，具有重要意义。但即便安徽调查局民事习惯报告书是按照修订法律馆的问题条目编制而成，但它仍是宪政编查馆而非修订法律馆系统的调查与成果，这也恰恰说明修订法律馆对于全国的民事习惯调查而言确实起到了一定程度的规范作用。参见江兆涛《始并行而终合流：清末的两次民事习惯调查》，载里赞主编《近代法评论》（2009年卷），第75~77页。

③⑯彭剑《清季宪政编查馆研究》，北京：北京大学出

版社，2011年，第18页。

③⑰吴兴让除参与直隶调查局法制科调查规章的讨论、起草之外，还负责编订了直隶调查局“民情风俗”、“士绅办事习惯”、“民事习惯”、“商事习惯”四部分的调查问题书。天津《北洋法政学报》，第113-140期，1909年至1910年。

③⑱吴兴让《调查局法制科调查书序》，天津《北洋法政学报》，第113期，1909年8月。

③⑲《修订法律大臣法部右侍郎沈家本等呈修订法律馆办事章程清单》，录副奏折，档号03-5620-039。

④⑩即沈家本于光绪三十三年八月二十六日（1907年10月3日）和光绪三十三年十一月二十六日（1907年12月30日）上奏的“大清刑律草案”总则和分则。

④⑪《修订法律大臣沈等奏拟咨议调查章程折（附章程）》，上海《东方杂志》，1908年第5卷第8期。

④⑫《法律馆派员调查东南民情风俗》，上海《申报》，1909年4月1日，第1张第5版《朱汝珍催办函》，载章开沅、刘望龄、叶万忠主编《苏州商会档案丛编（第一辑）》，武汉：华中师范大学出版社，1991年，第256页。

④⑬《法律馆调查各省商习惯条例》，上海《东方杂志》，1909年第6卷第8期。

④⑭《苏垣研究商习惯问题》，上海《申报》，1909年5月22日，第2张第4版。

④⑮孟森《宪政篇》，上海《东方杂志》，1909年第6卷第4期。

④⑯《集议调查商习惯问题》，上海《申报》，1909年5月31日，第2张第3、4版。

④⑰《朱汝珍催办函》，《苏州商会档案丛编》（第一辑），第256页。

④⑱《修订法律大臣奏编订民商各律照章派员分省调查折》，北京《政治官报》，宣统二年正月二十八日，第845号。

④⑲《法律馆通行调查民事习惯章程文（附章程）》，《大清宣统新法令》第16册，上海：商务印书馆，1911年，第32页。

④⑳《修订法律馆奏编订民商各律照章派员分省调查折》，北京《政治官报》，宣统元年正月二十八日，第845号。

④㉑《查报民事习惯之批词》，上海《申报》，1910年

10月15日,第1张第3版。

⑤《陕西巡抚恩寿为调查民事习惯全行编辑完竣事致修订法律馆咨文》,修订法律馆档,档号10-00-00-0018-059 《两广总督张鸣岐为咨送广东第三次民事习惯报告书事致修订法律馆咨文》,修订法律馆,档号10-00-00-0018-058 《陕甘总督长庚为咨送民事习惯答复册事致修订法律馆咨文》,修订法律馆,档号10-00-00-0018-062。

⑥《江苏省苏属调查局呈送第二批民事习惯清册》,修订法律馆档,档号10-00-00-0018-052。

⑦《四川总督赵尔巽为咨送川省民商习惯第一次报告书事致修订法律馆咨文》,修订法律馆档,档号10-00-00-0018-050。

⑧江兆涛 《始并行而终合流: 清末的两次民事习惯调查》,载里赞主编 《近代法评论》(2009年卷),第64~78页。

⑨“注重世界最普遍之法则”、“原本后出最精确之法律”、“求最适于中国民情之法则”以及“期于改进上最有益之法则”被修订法律大臣俞廉三、刘若曾视为编纂《大清民律草案》的四大要旨。《奏为编辑民律前三编草案告成谨缮成册恭呈御览事》,录副奏折,档号03-9303-018。

⑩张勤、毛蕾 《清末各省调查局和修订法律馆的习惯调查》,厦门 《厦门大学学报(哲学社会科学版)》,2005年第6期,第90页。

⑪《调查民事习惯章程十条》,上海 《申报》,1910年4月2日,第1张第1版。

⑫陈煜从组织结构、工作关联、人员配备等方面考察,认为宪政编查馆与修订法律馆存在着极大的相似和交叉之处,具有充任“新政先锋”的“同质性”。参见陈煜 《清末新政中的修订法律馆——中国法律近代化的一段往事》,北京:中国政法大学出版社,2009年,第267~285页。

⑬据李章鹏的研究,最早在中国使用“调查”字样的是日本人藤田丰八,清末中国最早出现的几个调查组织均是由留日学生组成。参见李章鹏 《清末中国现代社会调查肇兴刍议》,北京 《清史研究》,2006年

第5期。

⑭法律意义上 custom 一词与“习惯”对译的文化史很值得研究。据笔者查考搜集到的早期英汉-汉英字典,从1822年马礼逊的《华英字典》第三部《英汉字典》,到1913年的《商务印书馆英华新字典》,都列有 custom 的条目,但基本上是以“规矩”、“惯例”、“风俗”等对译之,“习惯”一词更多的是对译 habit。据文献查考,光绪末年的督抚官员奏折中已经有“调查各省民情风俗”的用法,甚至在光绪三十三年六月初九日法部尚书戴鸿慈的《奏拟修订法律办法折》中特别提到“至若先事之预备,则在调查习惯,临事之秩序,则在分配职务,已事之设施,则在实行办法……”(《清末筹备立宪档案史料》下册,第842页)。

⑮《浙议员又痛驳调查局人员资格矣》,上海 《申报》,1910年12月27日,第1张第1版。

⑯韩策、崔学森整理,王晓秋审订 《汪荣宝日记》,北京:中华书局,2013年,第40页。

⑰《调查局札发新式问题》,上海 《申报》,1910年11月14日,第1张第3版。

⑱江庸 《五十年来中国之法制》,第7页,载申报馆编 《最近之五十季》,申报馆,1923年。

⑲《各省区民商事习惯调查报告文件清册》,南京:《司法公报》,1927年第232期,

⑳杨立新点校 《大清民律草案·民国民律草案》,长春:吉林人民出版社,2002年,第3页。

㉑《中华民国民法》(1929)第1条明文规定“民事法律所未规定者依习惯,无习惯者依法理。”从而规定了“法律”、“习惯”、“法理”为法之渊源。参见夏勤 《论新民法之法源》,南京 《国立中央大学法学院季刊》,第1卷第3期,1931年4月。

作者简介:邱志红,中国社会科学院近代史研究所副研究员,博士。北京 100006

[责任编辑 李振武]