

QINGDAI DE NANFENG XING YU SIIFA

清代的男风、性与司法

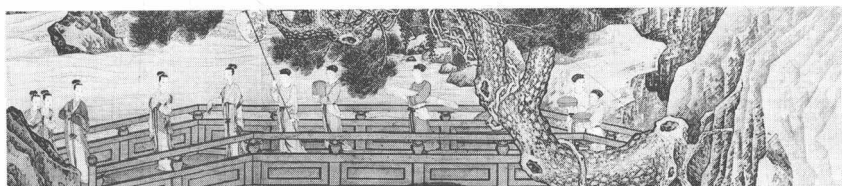
陈寒非 / 著



上海三联书店

清代的男风、性与司法

陈寒非 / 著



上海三联书店

图书在版编目(CIP)数据

清代的男风、性与司法/陈寒非著. —上海:上海三联书店,
2016. 10

ISBN 978-7-5426-5712-1

I. ①清… II. ①陈… III. ①同性恋—法律—研究—中国—
清代 IV. ①D923.902

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 242592 号

清代的男风、性与司法

著 者 / 陈寒非

责任编辑 / 冯 静

装帧设计 / 汪要军

监 制 / 李 敏

责任校对 / 张大伟

出版发行 / 上海三联书店

(201199)中国上海市都市路 4855 号 2 座 10 楼

网 址 / www.sjpc1932.com

邮购电话 / 021-22895557

印 刷 / 上海叶大印务发展有限公司

版 次 / 2016 年 10 月第 1 版

印 次 / 2016 年 10 月第 1 次印刷

开 本 / 890×1240 1/32

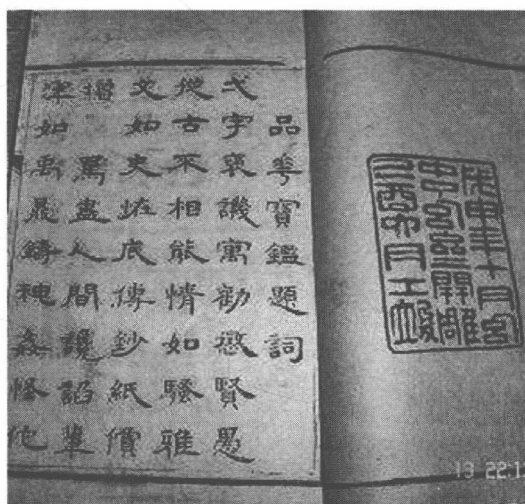
字 数 / 200 千字

印 张 / 6.75

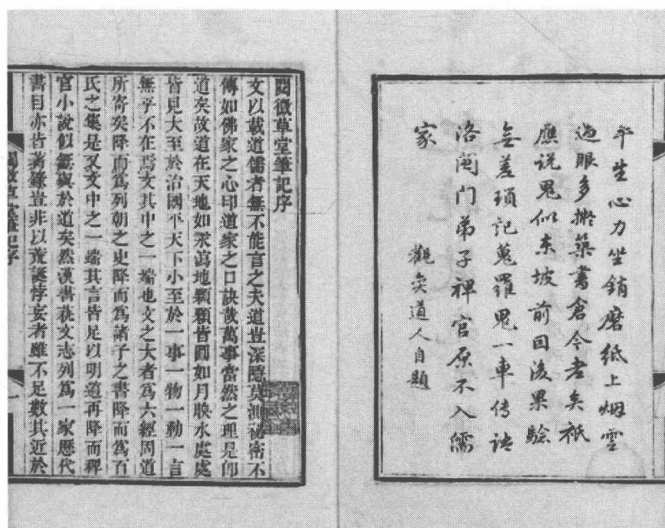
书 号 / ISBN 978-7-5426-5712-1/D·339

定 价 / 36.00 元

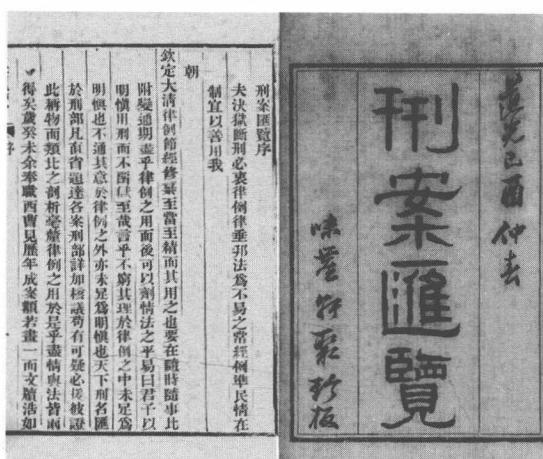
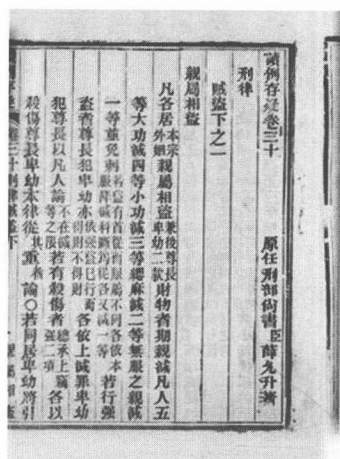
敬启读者,如发现本书有印装质量问题,请与印刷厂联系 021-66019858



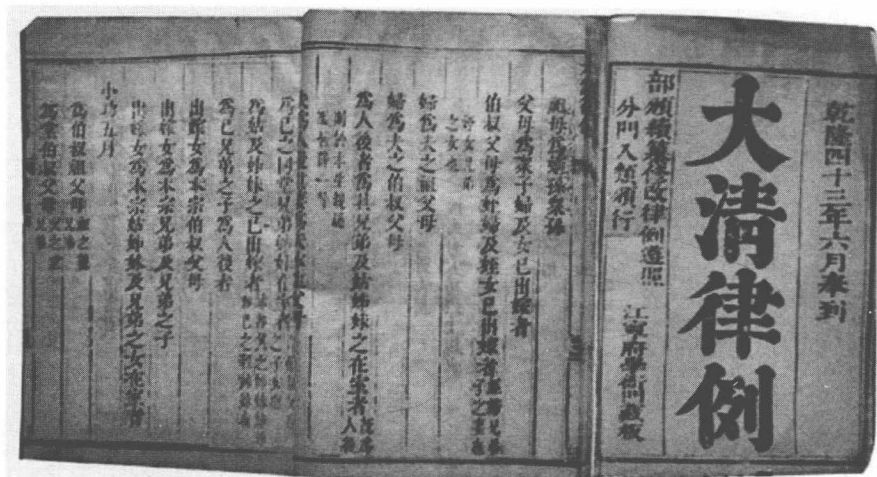
1. 陈森《品花宝鉴》，清道光四年（1848）刻本，藏于首都图书馆。



2. 纪昀《阅微草堂笔记》，清道光十五年（1835）刊本，藏于中国国家图书馆。



3. 薛允升《读例存疑》，清光緒三十一年(1905)刻本，藏于中国国家图书馆。
4. 祝庆祺《刑案汇览》，道光二十九年(1849)刻本，自藏。



5. 《大清律例》，乾隆四十三年(1778)刻本，自藏。



6. Two Lovers in the Study, China, Qing dynasty,《书房中的情人》,中国,清朝,藏于美国。



7. Under the Mulberry Tree, Panel from Spring Flowers and Autumn Moon, Ming dynasty album.《桑树下》,选自《春花秋月》,中国,明朝, Bertholet 收藏于荷兰阿姆斯特丹。

序

最近这几年,我一直在思考当代中国社会的社会结构、社会规范、社会秩序问题,而理解此问题自然又须联系中国固有社会,在把握中国固有社会特质的基础上,由历史而现实、由过去而今日地进行系统、整体的认识。理解中国固有社会,我们可以经由社会学家费孝通的《乡土中国》路径进行思索,也可以梁漱溟的乡村建设理论为线索指引深入的思考;我们可以沿着历史学家钱穆的思路进一步探讨,也可以政治家毛泽东对中国社会的分析为范本予以全面的观察和反思;海外学者费正清的视角也给我们有益的启示。这些各异的思考角度和观点给予我不同的启发。而陈寒非博士的这本《清代的男风、性与司法》则从清代法律对男风处置的角度为我认识中国固有社会进而思考当代中国社会提供了又一样本。

在中国固有社会晚期的清代,广泛存在着男风现象,按照清人李渔的说法:“如今世上的人,一百个之中,九十九个有这件毛病。”^{〔1〕}在礼教严肃、律例严苛下何以会存续这一社会现象?寒非博士在这一专著中即试图回答这一问题。他从社会阶层构成与社会秩序角度

〔1〕李渔:《无声戏·鬼输钱活人还赌债》,载《李渔全集》(卷八),杭州:浙江古籍出版社,1991年版,第157页。

进行分析,指出由于经济发展导致清代社会阶层和地区之间的不平衡发展以及人口增长所带来的压力,因而出现社会贫富分化的加剧,产生了大量以失业农民为主体的游民阶层,游民/流民、贱民与倡优的大量产生;同时,社会财富向个别经济中心高度集中,导致经济发达区域社会风气的“奢靡”,娱乐主义与纵欲主义盛行。这些因素加上其他如梨园业之兴盛、京昆戏剧之特质以及士人与乐伎之间的亲密性而形成清代男风之盛。“男风”这一明显违反礼教的异常性行为,实有其深层的社会环境、社会结构、社会经济、社会文化的原因,需要从社会整体角度进行系统探析。

面对这一现象,包括礼教规范、法律规范等在内的清代社会规范对如鸡奸罪之类的同性性犯罪予以严格禁止。就法律层面而言,清代的立法进一步严苛化,如恶徒伙众强抢良人子弟鸡奸,为首者可“斩立决”。同时,清代的立法进一步精细化,在作为主要正式渊源的律例之中予以明确规定,且依据主从、服制、良贱等不同的因素定罪量刑。大体而言,清代有关男风的律例的基本模式为“照光棍例”、“照擅杀罪人律”以及“良贱有别”。但是,具体、详细、峻苛的法律并没有遏制男风的存延。从69个有关清代男风的司法案例来看,比照“光棍例”处置男风案中的首犯,实际上是以打击和控制流民为目标,是试图通过司法将流民重新纳入到国家控制体系的一种尝试,反映了清代官府的社会控制努力;而“良贱有别”则因社会阶层、社会地位和社会身份的不同,所采取的处罚措施也不一致,故满清贵族、士大夫阶层的狎优蓄伶行为并不受到法律的严惩,反而变相受到法律的纵容。从“良贱问题”上可以看出,清代律法对特权和良贱秩序的维护,实际上体现出社会身份的不平等。司法在处理男风案时表现出一定的严苛和宽容并存的矛盾性,且司法官吏在审判过程中也会受到诸如政策、教化、治安、个人偏好和认识等因素的影响,司法官吏无

法真正贯彻落实法律对男风行为的规范,司法判决的结果并未达到实际的抑制效果,这更加加剧了以《大清律例》为核心的法律控制体系的松弛。这表明,中国固有社会的法律规范与社会秩序之间存在着一定的疏离状态,发展至在清代法律对社会的控制已呈现不可逆转的失控态势。一个朝代的命运由此已见端倪。

寒非博士的描述、分析,由男风现象而展示了清代社会的真实场景、世相百态,展现了清代民众感性与理性交织甚至有点野性又具有某种活力的生活状况,令我对清代乃至中国固有社会的社会结构、社会规范、社会秩序有了新的认识。从男风现象的法律对待中,呈现了清代社会结构的紧与松、社会规范的名与实、社会秩序的表与里、社会控制的强与弱,反映出中国固有社会的分离性、柔韧性、矛盾性、复杂性特点。立法与司法、法律与社会、国家与个人、社会与文化的制度安排与实际运行都体现着中国式的混合、杂融、迷散、错位特质。英国学者科特威尔曾经指出:“通过法研究社会学,同时在社会中研究法律。”〔2〕从寒非博士的这一作品中,我能够深切的感受到法社会学这一做法的意义。

在当前法律史学科话语体系中,男风犯罪问题可能很容易被认为是“非主流”问题,因而法律史学界对此并未给予过多关注,更未展开系统的研究。此书结合社会史、文化史和制度史从广阔的社会环境角度系统地研究清代男风犯罪问题,表现出作者极大的勇气。通过丰富详尽的案例分析,作者试图还原清代男风案的司法处置场景,让读者从法律实践的角度更全面深入地理解清代社会的男风现象。与此同时,作者还试图与马克斯·韦伯、滋贺秀三、黄宗智等人对话,概括出清代司法的“融合主义”倾向,为理解中国固有社会司法

〔2〕〔英〕科特威尔:《法律社会学导论》,潘大松等译,华夏出版社1989年版,第7页。

的特质提供了一个好的理论视角。

寒非博士为我的博士生，他勤奋好学、功底扎实、视野开阔；我们交流分享，教学相长，相处愉悦。他的博士论文以 1949—1957 的中华人民共和国的法律实践为对象专就“法律与身体”问题进行了探讨，有许多独到的见解。这本著作延续他的这一思考轨迹，从更具体的论题、更微观的视角分析“法律与身体”问题，并将清代男风泛滥解释为“身体的造反”，体现了他的学术追求和社会理想。我曾经阅读过此书的初稿，现书已经作了进一步的充实，材料更为详实，论证更加有力。在本书出版之际，寒非希望我作一序，我乐意为之，在再次通读全书后聊缀数语权充作序与寒非博士讨论并求教于读者诸君。

高其才

2016 年 1 月 8 日于京西樛然斋

目 录

第一章 导论	1
一、问题缘起与中心议题	1
二、文献回顾与研究述评	5
三、研究方法与分析进路	13
四、研究价值与创新之处	15
第二章 清代男风之盛及其成因	19
一、源远流长：清以前之男风现象	20
二、举国若狂：清代男风之盛况	22
三、清代男风兴盛之因初探	25
第三章 清代男风律例及其法意	56
一、清代男风律例要览	56
二、清代男风律例之法意	66
第四章 清代司法对男风案的处置	75
一、清代司法对男风案处理的基本情况	75

二、司法的基本态度	106
三、影响司法审判的因素	113
四、表达与实践之离合：对清代法律实践的再反思	130
第五章 性：国家法对身体的控制	161
一、法律与身体关系的学术史	161
二、国家法对性的控制	169
三、不平等性秩序的形成	179
四、男风泛滥：身体造反的历史	184
第六章 结论	189
参考文献	193
后记	204

第一章 导 论

一、问题缘起与中心议题

犯罪是人类社会常见的社会现象,犯罪史是社会史与法律史研究的重要内容。性关乎人的本能,关乎社会秩序的稳定,有关性犯罪的问题古今都存在,由此产生不少法律规制措施。由于性犯罪主要是在异性之间发生,因此,社会史研究往往将目光聚焦于异性之间的性犯罪方面,却很少关注同性之间发生的性犯罪问题。事实上,同性之间存在性关系的现象古已有之。在中国古代,由于受到男权主义的影响,妇女地位比较低卑,关于女性之间性关系的相关史料极少,古史典籍付之阙如,学界亦未遑深论^{〔1〕}。职是之故,学者所讨论的古代同性性关系主要是指男性之间的性关系,比如本书所探讨

〔1〕以中国期刊全文数据库所收录文献为例,笔者以“同性恋”为题名关键词,精确检索 1978—2012 年所有文章,经过筛选,共得 420 篇。再对这些文献以“古代”为条件在结果中搜索,共计 48 篇,其中,以古代“男风”为主题的文章足有 44 篇。可见,从学界对古代同性恋的探讨情况来看,主要是集中于探讨男同性恋,极少涉及女同性恋。由于历史文献中关于女同性恋的记载极少,史料的匮乏使得这方面的论述无法深入展开。检索时间为 2013 年 8 月 25 日 14 时 30 分—16 时 58 分,由于数据库会不断更新,因而不同时间检索的结果会有不同,故有必要在此简单说明。

的“男风”〔2〕。对于“男风”现象，如果我们从历史的视角进行思考的话，不仅要弄清楚它的来龙去脉以及在历史上的鼎革演变之因，还需要进一步追问的是，古代司法是如何处理这类“异常”性行为的？这正是本书即将探讨的主要问题。

概而言之，儒家对待“性”大致有两种迥然不同的态度。一方面，儒家认为“万恶淫为首”，“性”乃祸乱之源。《荀子·性恶》开篇即云：“今人之性，生而有好利焉，顺是，故争夺生而辞让亡焉；生而有疾恶焉，顺是，故残贼生而忠信亡焉；生而有耳目之欲有好声色焉，顺是，故淫乱生而礼义文理亡焉。”由此可见，在荀子看来，声色之淫实际上危害到了礼义廉耻这一根本性的伦理价值，应该通过维持社会秩序的“礼义”对人之欲望进行限制，达到“养人之欲，给人之求”（《礼记·礼论》）的目的。宋代程朱理学更是提出“存天理，灭人欲”，将其作为个人道德修养的目标，消除人的欲望。另一方面，先秦儒家对性也给予了承认与肯定，认为性乃人之本性。故《孟子·告子》云：“食色，性也”；《孟子·万章》云：“男女居室，人之大伦也”；《礼记·礼运》云：“饮食男女，人之大欲存焉”。先贤认识到了“性”作为人之本性的不可避免性。那么，既然性一方面是人之欲望，容易纵欲而远离礼义廉耻，另一方面又关乎生命繁衍和社会维系，因此为了调和这一矛盾，男女婚嫁便成为建构社会秩序时需要重点考虑的内容。《孟子·滕文公下》云：丈夫生而愿为之有室，女子生而愿为之有家；父母之心，人皆有之。孔子云：“不孝有三，无后为大”，充分肯定了性的功能及价值，性从纯粹的生物层面上升到伦理道德层面，承载着孝道使命。

儒家建构起的男尊女卑婚姻制度以及婚姻伦理秩序，成为封建

〔2〕 鉴于古代“男风”一词有特定的含义，不完全等同于现在所指的同性恋，古代“男风”主体其实大多是属于双性恋，故本书将主要使用“男风”一词。

社会家庭的主要形态。儒家伦理对异性之间的性关系尚且如此严苛,形成诸多规则形制,并催生出一整套以礼、律、令为特点的婚姻制度^[3],贯穿于这套制度的核心就是“人伦”观。儒家认为,应从“明人伦”再到“致忠孝”,前者是后者的基础和前提,后者是前者的最终目标,可见“人伦”观念的重要。故《管子·八观》云:“背人伦而禽兽行,十年而灭。”《孟子·滕文公上》:“人之有道也,饱食暖衣,逸居而无教,则近於禽兽,圣人(舜)有忧之,使契为司徒,教以人伦:父子有亲,君臣有义,夫妇有别,长幼有序,朋友有信。”《汉书·东方朔传》:“上不变天性,下不夺人伦。”然而,儒家认为,人伦观念应起源于男女夫妇之伦,此之为人伦之始。故《周易·序卦》云:“有天地然后有万物,有万物然后有男女,有男女然后有夫妇,有夫妇然后有父子,有父子然后有君臣,有君臣然后有上下,有上下然后礼仪有所错。夫妇之道不可不久也。”《易》乃群经之首,其中关于“夫妇之伦是人伦之始”的认识一直成为历代儒家身体力行的基本思想。

与之相反的是,男性之间性关系不仅无法承载上述功能,而且严重违背儒家的“人伦”观,因而受到强烈的责难。故对于违背“礼”的一切事物和行为,孔子认为应该做到:“非礼勿视,非礼勿听,非礼勿言,非礼勿动。”(《论语·颜渊》)《尚书·伊训》亦云:“制官刑,敝于有位,曰敢有恒舞于宫,酣歌于室,时谓巫风。敢有殉于色货,恒于游畋,时谓淫风。敢有侮圣言,逆忠直,远耆德,比顽童,时谓乱风。唯兹三风十愆,卿士有一身于身,家必丧;邦君有一于身,国必亡;臣下不匡,其刑墨。”此即为“三风十愆”,其中所言“比顽童”就是指“变

[3] 中国婚姻制度,导源于礼,而范之以令,裁之以律。违礼则犯令,犯令则入律,入律则有刑。唐宋以降,律令而外,复有格式诏制编敕之类,随代而变,名目滋章,要皆礼为本,辅律而行,是为中国婚姻制度之特色。参见陈鹏:《中国婚姻史稿》,北京:中华书局,2005年版,例言第1页。

童”，即被男子作为同性恋对象的男童。^{〔4〕}《国语·郑语》亦云：“恶角犀丰盈，而近顽童穷固。”汉王符《潜夫论·德化》云：“近顽童而远贤才，亲谄谀而疏正直。”由此可见，只要染上了这一“比顽童”恶习，则家国必然有失。故早在先秦对同性恋就存在伦理观念上的抵制，社会对同性恋之态度是排斥的。当然，同性恋现象在人类历史上本就存在，霭理士对此进行了生物学、心理学等方面的解释，认为属于“性的逆转”^{〔5〕}，但毕竟同性恋在人类社会属于“异态”且仅在极小的范围内存在。既然如此，如果排除这些属于正常比例的同性恋现象不谈，那么这种完全违背儒家礼教思想且受其抵制的同性之爱为何会有如此大的影响，乃至在中国历史上特别是在清代蔚然成“风”？这是本书所试图回答的第一个问题。

及至宋明程朱理学，一场影响深远的禁欲运动肇始。这场运动通过礼教伦理禁锢着人的性欲，并一直持续到清末。禁欲主义进入公共道德空间，不仅形成法律之外的无形枷锁，而且成为立法和司法的指导思想。鉴于“男风”与传统儒家礼教思想的相背以及所造成的恶劣后果，清代将其上升到律法的层面。对比明清关于男性之间性犯罪的律例条文，我们可以得出两个结论。第一，立法进一步严苛化。明代对于男性之间性犯罪的规定比附“秽物入口律”，刑罚为“杖二百”。而清代对男性之间性犯罪的限制是极为严苛的，相应的处罚也极为峻苛（如恶徒伙众强抢良人子弟鸡奸，为首者可“斩立决”）。第二，立法进一步精细化。明代对于男性之间性犯罪的规定并未正

〔4〕 尽管有人认为《尚书·伊训》系伪造（这可能涉及到经学中的古文经学与今文经学之争），但是本书并非考证今古文之辩，因而不对其作过多阐述。需要说明的是，《伊训》篇关于上述记载可在其他相关文献中得到印证，如《墨子·非乐》所引古真本《尚书》之“先王之书，汤之官刑有之曰：其恒舞于宫，是谓‘巫风’……”，其言大体可信。

〔5〕 参见〔英〕霭理士：《性心理学》，潘光旦译，北京：商务印书馆，1997年版，第296—338页。

式见于律例,而是笼统地比附参引。清代则在作为主要正式渊源的律例之中对此予以明确规定^{〔6〕},而且依据主从、服制、良贱等不同的因素定罪量刑,立法更为精细化。然而,与律法严苛与精细相对的是,清代“男风”现象并未得到有效的控制,而是较明代愈炽。如果说明代男风“极盛”,那么清代可谓之“猖狂”^{〔7〕}。清代男风之盛可见于野史、文学作品或文人手记中的描述,不仅存在于皇室贵权阶层,而且在士大夫以及庶民之间也相当普遍。我们从《大清律例》中关于“男风”的律例不难看出男性之间性行为的刑罚化取向,这似乎可以说明朝廷对“男风”态度的严苛,然而这种严苛并未有效抑制“男风”在社会上的广泛存在与蔓延。那么,我们要思考的是,律法的严苛为何并未达到理想的抑制效果?司法在处理男风案时具体有何种考量,换言之,哪些因素影响到了司法对男风案的处理?这是本书所试图回答的第二个问题。

毋庸置疑,第一个问题是宏观层面的,需要综合考虑清代政治、经济、文化等因素,第二个问题是微观层面的,需要结合第一个问题所得出的答案进行细致深入的分析。笔者认为,对清代男风问题的讨论,必须充分认识到这两个问题之间的逻辑递进性与一致性,只有这样才能确保本书研究结论的客观和可靠。

二、文献回顾与研究述评

在中国古代学术史上,由于受到资料整理以及思想观念的影响,

〔6〕根据何勤华教授的考证,清代的法律渊源表现形式是多元的,其中《大清律例》等国家正式法典在审判活动中是得到严格遵守的,并且作为最主要的渊源,同时成案、习惯法、情理、律学著作等也是司法官判案的重要依据。尽管如此,但在适用时,多元的法律渊源又被锤炼成一元的规则体系,以维护统一的社会秩序。参见何勤华:《清代法律渊源考》,载《中国社会科学》,2001年第2期,第115—132页。

〔7〕王书奴:《中国娼妓史》,上海:上海书店,1992年版,第317页。