

中国法律史学文丛

礼·法·社会
——清代法律转型与社会变迁
(修订版)

张仁善 著


创于1897

商务印书馆
The Commercial Press

2013年·北京

图书在版编目(CIP)数据

礼·法·社会——清代法律转型与社会变迁/张仁善
著. —北京:商务印书馆,2013

(中国法律史学文丛)

ISBN 978-7-100-09628-7

I. ①礼… II. ①张… III. ①法制史—中国—清代
IV. ①D929.49

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 266123 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

中国法律史学文丛

礼·法·社会

——清代法律转型与社会变迁

(修订版)

张仁善 著

商务印书馆出版

(北京王府井大街36号 邮政编码100710)

商务印书馆发行

印刷厂印刷

ISBN 978-7-100-09628-7

20 年 月第 版

开本 880×1260 1/32

20 年 月北京第 次印刷

印张

定价: 元

总 序

随着中国的崛起,中华民族的伟大复兴也正由梦想变为现实。然而,源远流长,根深者叶茂。奠定和确立民族复兴的牢固学术根基,乃当代中国学人之责无旁贷。中国法律史学,追根溯源于数千年华夏法制文明,凝聚百余年来中外学人的智慧结晶,寻觅法治中国固有之经验,发掘传统中华法系之精髓,以弘扬近代中国优秀的法治文化,亦是当代中国探寻政治文明的必由之路。中国法律史学的深入拓展可为国家长治久安提供镜鉴,并为部门法学研究在方法论上拾遗补缺。

自改革开放以来,中国法律史学在老一辈法学家的引领下,在诸多中青年学者的不懈努力下,这片荒芜的土地上拓荒、垦殖,已历30年,不论在学科建设还是在新史料的挖掘整理上,通史、专题史等诸多方面均取得了引人注目的成果。但是,目前中国法律史研究距社会转型大潮应承载的学术使命并不相契,甚至落后于政治社会实践的发展,有待法律界共同努力开创中国法律研究的新天地。

创立已逾百年的商务印书馆,以传承中西优秀文化为己任,影响达致几代中国知识分子及普通百姓。社会虽几度变迁,世事人非,然而,百年磨砺、大浪淘沙,前辈擎立的商务旗帜,遵循独立的出版品格,不媚俗、不盲从,严谨于文化的传承与普及,保持与学界顶尖团队的真诚合作始终是他们追求的目标。遥想当年,清末民国有张元济(1867—1959)、王云五(1888—1979)等大师,他们周围云集一批仁人志士与知识分子,通过精诚合作、务实创新,把商务做成享誉世界的中国品牌。

抗战风烟使之几遭灭顶，商务人上下斡旋，辗转跋涉到重庆、沪上，艰难困苦中还不断推出各个学科的著述，中国近代出版的一面旗帜就此屹立不败。

近年来，商务印书馆在法律类图书的出版上，致力于《法学文库》丛书和法律文献史料的校勘整理。《法学文库》已纳入出版优秀原创著作十余部，涵盖法史、法理、民法、宪法等部门法学。2008年推出了十一卷本《新译日本法规大全》点校本，重现百年前近代中国在移植外国法方面的宏大气势与务实作为。2010年陆续推出《大清新法令》（1901—1911）点校本，全面梳理清末法律改革的立法成果，为当代中国法制发展断裂的学术脉络接续前弦，为现代中国的法制文明溯源探路，为21世纪中国法治国家理想追寻近代蓝本，并试图发扬光大。

现在呈现于读者面前的《中国法律史学文丛》，拟收入法律通史、各部门法专史、断代法史方面的精品图书，通过结集成套出版，推崇用历史、社会的方法研究中国法律，以期拓展法学规范研究的多元路径，提升中国法律学术的整体理论水准。在法学方法上致力于实证研究，避免宏大叙事与纯粹演绎的范式，以及简单拿来主义而不顾中国固有文化的媚外作品，使中国法律学术回归本土法的精神。

何勤华

2010年6月22日于上海

修订版序言

本书的再版距2001年第1次出版已经11年。而我从1981年上大学至今,已经30年。现在同学聚会,或往事追忆,常以10年、20年乃至30年为单元,不禁感慨唏嘘。在这数个“10年”中,中国、世界都在急速变化,自己也多有改变:初进大学,懵懵懂懂,憧憬满怀;硕士阶段,年轻气盛,难免愤青;从教(包括深造)有年,阅历渐增,待人对事,心气渐趋平和,识见与日俱长。清人赵翼《论诗》绝句曾云:“自身已有初中晚,安得千秋尚汉唐”,我对法律与社会之间关系的认识,也随着岁月的递进不断修正、深化。

法律与社会的关系,无疑是法学界永恒的研究话题。法律因社会而生,因社会而变,也规范着社会,引导着社会。离开社会之源,法律必然枯竭;法律文本至上,却疏远社会实际,法律将悖离于社会。一个民族的法律,无法凭空产生,它离不开本民族的历史、文化和性格的沉淀。历史法学派早就指出,法的素材“产生于国族本身及其历史的最为深层的本质”,是由通过国族的全部过往而被赋予的,而非任意赋予,忽这忽那。^① 哲学家和史学家看来,“各种制度史是观念、感情和习俗的产物,而观念、感情和习俗并不会随着改写法典而一并被改写”,一些心理学家对此表示认同,认为:“一个民族并不能随意选择自己的制度,就像它

^① 参见蒂堡、萨维尼:《论统一民法对于德意志的必要性——蒂堡与萨维尼论战文选》,朱虎译,中国法制出版社2009年版,第108页。

不能随意选择自己的头发和眼睛的颜色一样。制度和政治都是种族的产物,它们并不是某个时代的创造者,而是由这个时代所创造。一种政治制度的形成需要上百年的时间,改造它也同样如此。各种制度并没有固有的优点,就它们本身而言,它们无所谓好坏。”^①传统中国盛行礼、法治国,礼、法治民,礼法合一是法律体系成熟的标志,它依托于长期形成的自然经济、家族主义、等级伦理以及集权政治。清末因受外力的冲击,法律精英试图通过立法,摧毁传统法律体系,事实上,也启动了中国法制近代化列车。1902年以降的半个世纪中,新型法律不断创制、完善,法律制度层面上的近代化或“西化”基本告竣,可是,法律制度的火车头却没能将中国直接拖进法治社会,反倒是“革命”不断,战争频发。传统王朝覆灭后,先是政局的一盘散沙,继而衍生出另一类集权模式。以暴易暴,难以营造法治秩序,有时反会将社会带进了一个更为顽固的集权体系。

没有社会土壤的彻底改良,仓促间的模仿、搬移别国的法律,并不能根本解决本土社会问题。思想观念上的创新,制度文本上的超前,均可在倏忽间实现,而民族性格的移转,绝非一日之功。尊重民族法律传统,并不意味要重堕法律保守主义的窠臼,也不是要祭出意识形态大旗,刻意否定某些西方法律的优越性。孕育可以“胎教”,治民亦可“法教”,^②但“胎教”过烈,势必扰动胎气,“法教”苛繁,民众难以适从。法律固然可以超前,“法教”亦具导向功效,关键在于在一定历史时段,法律与社会是否能保持一定的“适应度”。法律要有效力,必须能够执行;

① 参见[法]古斯塔夫·勒庞:《乌合之众:大众心理研究》,冯克利译,广西师范大学出版社2011年6月第2版,第107页。

② 王伯琦先生说过:“早熟的立法,在其一时的效力方面,或许要打些折扣,但在启迪人民意识方面,却有极大的作用,我们不妨称之为‘法教’,尤其在一个社会需要有重大的变革之时。此种立法上的手段,更为重要。”见王伯琦:《近代法律思潮与中国固有文化》,清华大学出版社2005年版,第74页。

法律能够执行,需要立法之实在可行。一味将今日无法实行之规条列于法律文本,期待将来实行之朝日,以资引导民众,用意固然可嘉,但弄不好“不特不能诱导,且适足长伪售欺,令人藐法”。^① 法律并非一成不变,与其将当下无法实行之规条编进法律,不如待将来政治情俗成熟时,再行更订。换言之,法律如果与社会过于“失度”,所谓法律构想只会沦为法律精英的独角戏,尽管台上锣鼓喧天,台下观众则稀疏无几,不但无助于推广相关知识,提升欣赏情趣,反而会因票房惨淡,激起剧场经营者的冷漠以致逆反,进而拆去舞台,一拍两散。所以说,法律过于脱离社会,将难逃被社会抛弃的命运。

清末中国修律变法,对传统法律弃之如敝帚,出现立法“大跃进”。事实上,植根于传统中国的社会、经济、文化及民族性格,晚近以来虽有变化,在某种程度上也推动着制度的变迁,但它们尚未发生质变,对制度的影响局限性明显。“西化”的法律制度固然光鲜,但它产生于西方数千年的社会、经济及文化土壤,指望用西化法律一夜之间武装中国社会,透析中华数千年积淀而成的性格血脉,跨跃进入法治国度,谈何容易!况且国人对西化的法律到底为何方之“西”法,还不甚明了。一些亲身经历者事后检讨这种罔顾社会、蔑视传统行为时说:“论吾国法系,基于东方之种族,暨历代之因革,除涉及国际诸端,应采大同外,余未可强我从人”,觉得“曩昔之主张,无非自抉藩篱,自决堤防,颇忏悔之无地也。”^② 这种感觉是他们在经过数十年的修律实践、游历东西、考察比较各国司法状况后发出的肺腑之言。100余年前,勒庞就说过,“在特定的时刻,对一个民族有益的制度,对另一个民族也许极为有害。进一步

^① 《改良法律所以应注意之事》,《时报》1906年七月初四日。见《东方杂志》第12期,第243页。

^② 董康:《民国十三年司法之回顾》,《法学季刊》1924年第2卷第3期;董康:《前清司法制度》,《法学杂志》1935年第8卷第4期。

说,一个民族并没有真正改变其各种制度的能力”,因为“各民族都受着他们自己性格的支配,凡是与这种性格不和的模式,都不过是一件借来的外套,一种暂时的伪装”,^①合身、得体的衣着才是自己最好的衣着。所以,立足于法律与社会的调适,持有法律社会史的“长时段”视野,不仅适用于对既往中国法律与社会的回顾与反思,也适用于对未来中国法律与社会走向的前瞻与预测。

近 10 年来,学界有关中国法律社会史的研究成果颇为丰硕,考虑到过往的研究成果已经注定成为法律学术史的元素之一,故本书再版之际,对原书中的部分表述、史料引证及文字讹错做了较多修正,基本结构和观点未作大的更动。

感谢王兰萍女士的督促修订;感谢吴婧女士专业而精心的编辑;感谢杨宇剑硕士的协助校对。

2012 年 8 月 13 日于南京

^① 参见〔法〕古斯塔夫·勒庞:《乌合之众:大众心理研究》,冯克利译,广西师范大学出版社 2011 年 6 月第 2 版,第 108、110 页。

绪言 中国法律社会史的理论视野

一、中国法律社会史的研究对象

20世纪80年代初敲响的“史学危机”警钟至今尚未解除。危机感的临头,已引起史学工作者的高度警戒,并将它化作强大动力,自觉地并且仍在努力拓展研究视野,文化史、社会史、心态史等领域均有一批力作问世。对于法律史研究者来说,21世纪的路程不能说已经平坦无滞,研究理念、研究视野、研究手段等方面的危机与挑战依然存在。唯有正视危机,敢于迎接挑战,方能有所突破,不断出新。开展中国法律社会史研究,将是克服危机、迎接挑战的对策之一。

以往中国法律史研究,多以政治制度史为线索,以奴隶社会、封建社会、资本主义社会、社会主义社会为单位时间段,近几十年来,出版的大小中国法律史或法制史教材足资佐证。这种按阶级形态划分历史的方法,源起于20世纪二三十年代的中国社会史(与本文所讨论的法律“社会史”概念有区别)大讨论,是适应革命斗争需要而出现的,是政治斗争在意识形态领域的反映。50年代后期到“文化大革命”结束期间,“阶级斗争”的特殊地位把“影射史学”意味为政治服务的史学研究推向极致。为适应阶级斗争的需要,史学重心集中于汉民族的形成、中国历史分期、封建土地所有制、农民战争和资本主义萌芽“五朵金花”上。历史阶段的划分及历史研究的重心的确定,使法律史研究也落

入了一个简单的认识窠臼：法律史发展与社会性质的发展是同步的，其阶段划分就是社会性质划分；国家是一个阶级压迫另一个阶级的工具，法律是上层建筑，是国家的组成部分，因此是阶级压迫工具；对法律功能的界定，集中在维护统治阶级利益、压迫被统治阶级上。贯穿法律史的线索是导致王朝兴替的政治、军事等事件，法律的阶级压迫功能乃是法律史界经久不衰的研究主题。

众所周知，从夏商以后的每个朝代，几乎都有一大堆关于法律的文字记载，作为传统律学家，可以只关心法律条文上写的什么，也就是它的面值有多少，但作为法律史学家，不能只注意它的条文，更应该注意法律条文产生的动因是什么，实际功能有多大，实践的效果如何，哪些因素在影响法律功能的发挥，也就是说法律面值的实际购买力究竟有多大。

马克思主义始终认为，人类首先必须满足基本物质生活需要，包括衣食住行等生活方式，然后才能从事其他活动。历史上法律固然是国家政治重要组成部分，但法律并不总是围绕统治阶级或个别帝王打转，更是人们日常生活行为的规范，是社会组织的依据，是民众心态的反映。法律的存在与发展，离不开最庞大的社会客体——中下层民众，离不开日新月异的社会生活，离不开缓慢变迁的社会结构，离不开民众对法律的顺逆情结。研究中国法律史，如果不把视角更多地转向社会中下层的社会生活，转向影响法律变化的最基本社会结构，就很难跳出政治制度史的框子。

典章制度的产生或消亡，原因是多方面的，起决定作用的却是内因，即看它赖以生存的“土壤”更变与否。这种土壤就是社会结构和社会生活。文化典章制度与其所处的社会必须适宜才会存在下去。古代晏子说过：“橘生淮南则为枳，生于淮北则为枳，叶徒相似，其实味不同。所以然者何？水土异也。”^①马克·布洛克(Marc Block)也说过：“小小

^① 《晏子春秋》。

的橡子只有在遇到适宜的气候土壤条件(这些条件完全不属胚胎学的范围)时,才能长成参天大树。”^①没有适宜的气候土壤条件,橘子就变味,橡子就难以成材。橘橡如此,法律制度亦然。

一位欧洲著名法律社会学家提出:“法律发展的重心不在于立法,不在于法律科学,也不在于司法判决,而在于社会本身。”法律变更有一个任何国家和政府都无法回避的问题,即破除旧律后,树立什么样的新律。因为法律的确定性决定了它既可以把一种新的法律置于一种社会、文化中,也可以通过对社会、文化秩序的重新组合巩固和加强旧规范。^② 破除一种法律,必须同时创建一种更适合社会环境、文化氛围乃至政治秩序和时代需求的新法律,只有在新法律的灵活性、进步性力量压倒旧法律的僵化性、保守性势力之后,旧法律才会逐渐退出历史舞台,新法律才会通行社会,获得社会的广泛认同和支持。否则的话,“破旧立新”就成了“空中楼阁”。历史上中国法律也始终存在“立新”与“破旧”的问题。但“新”能否立成,往往取决于“新”法是否与社会、文化、政治相适应;即使是移植外来法律文化,也要有能使其植根的土壤气候条件。

某一部门法律的产生可以宣告一种法律体系的消亡,但不能表明法律彻底变革时代的到来、法制近代化任务的完成或法治国家的实现。如中国清末《大清新刑律》诞生,标志着中国传统法系的瓦解,此后中国的立法工作一直在模仿近代西方法律体系,至南京国民政府时期,以宪法为根本法的近代法律体系基本完善。照理,中国应该开始步入近代法治轨道,然而我们知道,法律效用最终应体现在它对整个社会的影响

^① [法]马克·布洛克:《史学家的技艺》,转引自[美]周锡瑞:《义和团运动的起源》,张俊义、王栋译,江苏人民出版社1994年版,第361页。

^② 参见[美]埃尔曼:《比较法律文化》,贺卫方、高鸿钧译,生活·读书·新知三联书店1990年版,第9、69页。

上。上述法律体系并没有把中国带进民主宪政和法治国家行列,相反,在看似健全的法律体系外衣遮裹下,却不断培植出新的专制政治。在我国,法律条文的完善远不能说明法治社会的到来,正如有学者指出的那样,“在世界宪典史或宪政史上,虽不乏宪典促成宪政之例,然而,也有多少国家,宪典尽管制定,而上轨道的政治始终是不能变成事实的幻影,我们的 30 余年的制宪史更是最现成又最近的实例。政府中的大部分人士也应该获得足够的历史教训,那就是中国的问题绝不能单靠白纸上的黑字就能解决……”^①何以如此?把法律放到社会大背景考察,也许更易找到答案。

笔者认为,中国法律史,不仅仅是法律制度、法律思想的历史,而且还是法律与社会结构、社会生活等互动的历史,即法律社会史。中国法律社会史的定义是:研究中国法律与中国社会结构、社会阶层、社会生活及社会心态关系的历史,目的是揭示中国法律发展与中国社会变迁之间的内在联系,探求中国法律演变的历史规律。

开展中国法律史研究,将有助于拓宽中国法律史的研究视野,丰富研究内容,促进研究方法的更新,使中国法律史饱满充实,呈立体态势。开展中国法律社会史研究,还将有助于揭示中国法律与中国社会发展的内在联系,探寻法律发展的历史轨迹,揭示中国法制近代化步伐迟滞的根源。

二、历史的“长时段”与中国法律社会史研究

法律的价值,是指“在主体人与客体法的关系中,所体现出来的法

^① 楼邦彦:《如何能粉饰得了太平?——由召开行宪国大想到种种》,《观察》第4卷第5期,1948年3月27日。

律的积极意义或有用性。也就是说,只有当法律符合或能够满足人们的需要,在人与法之间形成价值关系,法律才是有价值的。一种法律制度有无价值、价值大小,既取决于这种法律制度的性能,又取决于一定主体对这种法律制度的需要,取决于这种法律制度能否满足一定主体的需要以及满足的程度。”^①换句话说,法律的价值取决于法律与一定主体相适应的程度。作为一定主体的人,是社会化的人,人的需要程度取决于社会发展程度,社会的发展体现在人的各种需求之中,法律价值也只有人的需要中才能得到体现。

法律如何才算满足人的需要?自然要涉及法律价值的评判问题。法律本身的合法性到底应以什么尺度来衡量,法学界素有歧义。西方法学界就一直存在自然法和实在法的争论。从古希腊以来形成的自然法理论认为:自然法代表了大自然的和谐,因此它是完美的,永远正确的;而实在法是由于人类认识功能的局限性,或私利左右着立法者的意志,免不了弊端丛生,所以实在法必须服从自然法,其合法性必须依赖自然法来检验,不符合自然法的实在法就不具合法性,也就是“恶法非法”。实在法学派认为,法律就是法律,“恶法亦法”。两种主张从理论框架到实践体验,都针锋相对。在传统中国社会,从奴隶社会的“时日曷伤,吾与汝俱亡”,封建时代农民们高呼的“替天行道”,到资产阶级革命时代,资产阶级揭橥的“天赋人权”、无产阶级“打碎一切旧的国家机器”、“实行全人类的解放”等口号和决心,几乎无不是自然法则胜利的验证。可是,来自君主或官方口中的“暴民”、“叛乱”、“异端邪说”、“反革命”等,又把实在法的威严与无奈,活生生地展现在历史的记录簿上。

法律的政治价值是相对的,法律的历史价值是永恒的,即足以抚慰

^① 范健、张中秋、杨春福编著:《法理学》,南京大学出版社1995年版,第169—170页。

人心、人性及人情,并且适应社会发展进步和人类文明进程的法律,才算得上是“良法”。“他山之石,可以攻玉”,早期的社会史学家提出的“长时段”历史研究跨度,无疑为衡量法律历史价值提供了一把经久耐用的标尺。法国年鉴派第二代领袖人物费尔南·勃罗代尔,鉴于到他所处时代为止的近百年史学,“除了人为的断代史和个别长时段解释之外,几乎都是以‘重大事件’为中心的政治史,历史研究的内容和现象都是短时段”的现象,指出传统史学只注意政治、军事、外交的变动,但它不能长久,人们仅仅能见着它的爆发火焰,因此这种变动只是历史的表层,“是最变幻无常、最迷惑人的时段”。真正有意义的历史研究应是以经济、人口、社会结构、文化等历史的深层运动为对象,这种运动是潜隐的、慢节奏的,常常是周期性的,但决定着历史的总方向。长时段即是以这些运动为对象。他力主用长时段的眼光来考察历史。于是,在史学界出现了一种新的历史叙述方式,即所谓“势态”、“周期”和“循环周期”的叙述方式,甚至还有“百年趋势”的叙述方式。这种时段是一种缓慢地流逝,有时接近静止。从这个一半处于静止状态的深层出发,由历史时间裂化产生的成千上万层次也就容易被理解了;一切都以半静止的深层次为转移。每一件“时事”包含着不同的原始运动和不同的节奏:今天的时间既始于昨天和前天,又始于遥远的过去。^① 他们试图从政治事件的变化不定中和有关它们的插曲背后,揭示出一些稳固的难以打破的平衡状态,不可逆转过程,不间断调节;一些持续了数百年后仍呈现起伏不定趋势的现象、积累的演变、缓慢的饱和,以及一些因传统叙述的混乱而被掩盖在无数事件之下的静止和沉默的巨大基底。^②

① 参见[法]费尔南·勃罗代尔:《历史和社会科学:长时段》,蔡少卿主编:《再现过去:社会史的理论视野》,浙江人民出版社1988年版,第52—58页。

② 参见[法]米歇尔·福柯:《知识考古学》,谢强、马月译,三联书店1998年版,第1页。

对于相对静止的社会来说,法律往往具有超前性,在某一社会时段,它可以有效地规范社会生活和社会结构。相对静止的社会又处于绝对运动之中,其发展变化是“长时段”的,面对不断变化的社会,法律的变化就显得僵化、缓慢。社会诸多要素,如社会结构、社会生活、社会心态等的变化,一般都不会直接通过法律条文的变化反映出来,“要使法律发生变化,通常需要形成社会的和政治的压力,甚至这种压力出现之后也可能受到抵制和阻止,除非它们力量强大并且具体。”^①中国历史上改朝换代频仍,周期少则数十年,多则数百年。导致改朝换代表面的、直接的动因几乎都可归结于政治、军事、外交事件上,每一新朝代出现后,总要制定相应的法律制度。这些法律制度都带有该王朝自己的特色。但无论是汉王朝,还是少数民族建立的王朝也好,中国传统法律的一些基本原则或根本趋势,如君主决定法律、礼刑有等、以刑为主、礼法结合、汉化趋势等,都在诸多法律中得到体现。在政治、军事、外交等因素的背后,还有什么最关键的因素在主宰中国法律性质?社会史“长时段”的考察方法不失为一条捷径。

社会结构和社会生活本身处于不断变化之中,尽管幅度不大,也不总是十分剧烈,但有一点是肯定的:它们始终在变。由此引发的中国传统的“风俗民情”、“礼教伦常”就具有相当的稳定性,有时甚至是静止的和保守性的,变化时段相当漫长。俗尚变了,法律才会随之而变。人们常说的“法律因时而变”,就是因俗尚而变,也即因社会结构和社会生活而变。如从春秋战国时代礼法对立,到宋末元初礼法精神与礼法实践的高度统一,其间经历了一千多年的漫长历史。其间社会结构、社会生活及社会心态始终处于缓慢变化之中,深深影响着法律制度。

综观中国法律发展进程,贯穿其中的一条重要线索就是礼与法(或

^① 参见《比较法律文化》,第9页。

德与刑)关系的发展史。春秋战国时礼法对立局面到汉以后开始改观,经魏晋南北朝到唐时基本结束。然而,从纲常名教的贯彻及礼法的实施看,到宋为止,礼法精神并没有完全渗透到社会生活和伦理结构中,社会成员的衣食住行、男女交往、伦理观念基本处于自由开放的社会氛围中,如魏晋士人的放荡形骸,曹操的不拘礼法,唐人服饰的华奢开放,宋代婚姻的“不论阀阅”等,都与后世的礼法准则和礼法精神不相吻合。比较能体现礼法精神的妇女贞节问题,其实在宋以前并无歧视寡妇再嫁之俗见,“再醮之事,北宋以前,不独世家大族,亦即公主亦有再醮者,汉、唐最多”。^①所谓“汉唐之风”,某种程度上就是指自由开放之风。阐发儒家思想的程朱理学的盛行也在宋元以后,朱熹的理学在南宋后期还被政府斥为“伪学”(1196年庆元党禁),蒙古族初兴时才传到北方,过了70多年(1313年),《四书》朱注才被元朝钦定为科举必考书。^②程朱哲学思想适应了宋元以后分裂趋于一统的大势而成为官方哲学,炙手可热。虽说“唐律一准乎礼”,但礼法精神和礼法制度、礼法实践的高度统一则在宋末元初以后。不能用阶段性的“礼法合一”特征来概括整个中国传统法律的发展进程。

再如,促成清末修律的直接动因是“收回治外法权”,修律最显著的成果是制定颁布《大清新刑律》,它基本以“法理派”的预先构想为模式,通过行政机构颁布施行的。它的出现,是中国传统法律体系衰亡的转折点,是中国法制近代化的里程碑。之所以能在中国根植,固然离不开收回治外法权的动机,但它的土壤气候条件正是清末社会结构、社会生活的变化和社会各阶层的心态变化提供的,而这些变化从清朝中期就开始了,到了清末,这种势头有增无减,礼法分离才成定势。在此前提

^① 沈家本:《寄谿文存》卷3,《说·再醮妇主婚说》,《历代刑法考》,中华书局1985年版,第2116页。

^② 参见金克木:《主题学的应用》,《读书》1986年第3期。

下,出现了一群思维方式迥异于传统法律“精英”的新型法律“精英”,并由他们来主持修律,加上“收回领事裁判权”等外部契机,最后在一定的政治压力下才完成清末修律的。

分析清末礼法分离,不能不追溯到清朝中期以来社会结构、社会生活、社会心态的演变趋势。故而,研究中国法律史,不能只聚焦于短期、突发的事件上,要放宽时间段,着力寻找法律演变根源及规律。

三、社会结构与中国法律社会史研究

年鉴学派把“结构”放在“长时段”问题中的首位,认为所谓结构,就是指在社会上现实和民众之间形成的一种有机的、严密的和相当固定的关系。有些结构因长期存在而成为世代相传、连绵不绝的恒在因素,它们妨碍或左右着历史的前进。而另有一些结构则较快地分化瓦解。但是所有结构全部具有促进和阻碍社会发展的作用。可以设想,要打破某些地理格局、生物观、生产力限度的思想局限(精神框架也受长时段限制),这是何等困难的事。(如地理限制、广阔无垠的文化领域也具有相同稳定性和残存性)^①霍布斯包姆也认为:“社会的历史乃是社会结构与社会变迁之一般模式与特定的实际发生之现象之间的互相交流。”^②

传统中国,宗法结构是最基本的社会结构,以父家长权利为中心,调整宗族和家庭成员的关系,成为传统法律的主要职志。中国传统礼法之所以长盛不衰,就在于它与我国社会等级制度和宗法精神贯穿其中的结构相适宜。陈寅恪曾举例说,我国自古以来也曾有过违背三纲

① 蔡少卿主编:《再现过去:社会史的理论视野》,第54—55页。

② 参见[美]斯蒂芬·格劳巴德等编:《当代史学研究》,转引自周积明、宋德金:《中国社会史论》(上卷),湖北教育出版社2000年版。