

中国政法大学人文学院历史研究丛书

近代法律 与社会转型

The Law and Social Transition in Modern China

◎ 赵晓华 / 主编



经济科学出版社
Economic Science Press

014059105

D909.25
05

中国政法大学人文学院历史研究丛书

近代法律 与社会转型

The Law and Social Transition in Modern China

◎ 赵晓华 / 主编



D909.25
05



经济科学出版社
Economic Science Press



北航

C1746497

图书在版编目 (CIP) 数据

近代法律与社会转型/赵晓华主编. —北京: 经济科学出版社, 2014. 8

(中国政法大学人文学院历史研究丛书)

ISBN 978 - 7 - 5141 - 4981 - 4

I. ①近… II. ①赵… III. ①法律 - 思想史 - 中国 - 近代 IV. ①D909. 25

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 206793 号

责任编辑: 张庆杰

责任校对: 王肖楠

版式设计: 齐 杰

责任印制: 王世伟

近代法律与社会转型

赵晓华 主编

经济科学出版社出版、发行 新华书店经销

社址: 北京市海淀区阜成路甲 28 号 邮编: 100142

总编部电话: 010 - 88191217 发行部电话: 010 - 88191522

网址: [www. esp. com. cn](http://www.esp.com.cn)

电子邮件: [esp@ esp. com. cn](mailto:esp@esp.com.cn)

天猫网店: 经济科学出版社旗舰店

网址: [http: //jjkxcbs. tmall. com](http://jjkxcbs.tmall.com)

北京季蜂印刷有限公司印装

710 × 1000 16 开 15.5 印张 290000 字

2014 年 8 月第 1 版 2014 年 8 月第 1 次印刷

ISBN 978 - 7 - 5141 - 4981 - 4 定价: 45.00 元

(图书出现印装问题, 本社负责调换。电话: 010 - 88191502)

(版权所有 翻印必究)

前 言

近年来，伴随着社会史研究的兴起和司法档案的大量发掘，从历史学的角度探讨法律史已经成为学界研究的一个亮点，相关研究成果不断涌现。不过，从学科建制来看，法律史学隶属于法学学科，由于历史学和法学的学科训练、研究旨趣、研究路径各不相同，因此，学界便有“法学的法律史”和“史学的法律史”的说法。多学科交叉研究本是现今学术研究的发展趋势，但是长期以来，史学界和法学界关于法律史研究却鲜少对话，或者缺乏足够的交流平台。有鉴于此，2013年9月15日，中国政法大学人文学院历史研究所、中国政法大学东方毅法治与文化研究中心在北京主办了“近代法律与社会转型”的学术研讨会。来自司法部、教育部、中国社会科学院、北京大学、中国人民大学、北京交通大学、中国政法大学、光明日报、法制日报、检察日报等高校、研究机构和相关单位的四十多位专家学者，从历史学、法学、哲学等多学科视野出发，围绕近代中国社会转型的时代背景，就法律史研究的观念、方法及研究取向等问题进行了深入的讨论。此次讨论会的目的，正是期待能够有助于增进史学界和法学界关于法律史研究的对话和交流，进一步探讨从历史学的角度探求法律史的研究旨趣和方法。本论文集所收录的17篇论文（含会议综述一篇），主要来自这次会议。我们将收录的论文分编成“法律史的历史学视野”、“传统法律与中国社会”、“近代法律变迁与社会转型”三个板块，呈现给读者。经过本次会议热烈的、多层面的讨论，与会学者认为，中国法律史研究既不能单纯地“法学化”，也不能片面地“史学化”，作为一门交叉学科，研究者个人应追求法史兼修，法学界和史学界应当跨越学科鸿沟，增进交流与理解，进一步彰显中国法律史研究的学术价值和社会功能。作为历史学者，尤其应当注重避免李德顺教授所批

评的“童话史观”和“碎片史观”倾向，而应从“实践的历史观”的视角出发，去解读中国法律的过去、现在和未来。

本次学术讨论会的召开及论文集的出版，得到了许多领导、师友的关心和帮助。尤其想要提到的是，著名历史学家李文海教授慨然应允参加会议，并惠赐大作一篇，遗憾未及会议召开，李文海先生即因病逝世，愿本论文集的出版，或可化作心香一瓣，遥寄我们对李文海教授的感谢和思念。人文学院研究生刘佳、杜佩红、张静、张慧林、辛静、叶合鑫等同学整理了部分会议录音。经济科学出版社的张庆杰编审，对本书的出版给予了极大的支持，在此一并表示诚挚的谢意。

编 者

2014年4月21日

目 录

法律史的历史学视野 / (1)

- 重视历史才能推进现实..... 李德顺 (3)
历史司法档案的利用与法史研究的不同取向 赵世瑜 (8)
民族国家：近代史学和法学的共同书写框架 张世明 (12)
跨学科视野中的法律社会史研究 赵晓华 刘 佳 (56)

传统法律与中国社会 / (75)

- 《聊斋志异》描绘的官场百态 李文海 (77)
中国古代权威秩序中的法统：一个结构与功能的分析..... 张 生 (85)
中国的“天下观”遭遇西方的世界秩序观 刘丹忱 (98)
清代的杖毙
——以《清实录》中的杖毙事件为中心的考察..... 闵冬芳 (109)
重建五刑权威：清代旗人司法特权新论 胡祥雨 (127)

近代法律变迁与社会转型 / (151)

转型的困局

- 清末民初四种宪政模式及失败 迟云飞 (153)

丁日昌抚吴期间的司法变革	林 乾 (157)
中国近代外交与法制的起源关系	赵国辉 (167)
简论孙中山晚年法治思想的转变	郭相宏 (187)
从党权政治角度看孙中山晚年的司法思想与实践	李在金 (197)
抗战时期根据地婚姻立法与实践之张力论析	黄 东 (215)
马锡五审判方式：被发明的传统	胡永恒 (222)
“近代法律与社会转型”学术研讨会综述	邓庆平 (236)

法律史的历史学视野

重视历史才能推进现实

► 李德顺* ◀

就历史与现实之间的关系问题，我想谈三点个人的体会。

一、一切理论都是对历史与实践的解读

我不是历史学者，但我一向认为，搞理论研究首先必须面对历史，正视历史。这是因为，我们做学问、搞理论，说到底就是做一种“解读”的工作，而我们解读的最终“文本”，就是历史，就是实践。也就是说，一切理论工作都是对历史与实践的解读。我是从事哲学理论研究的，哲学说到最后也是对历史、人生和实践的解读。当然，哲学解读的层次要求更抽象、更普遍一些。

我们一切理论解读的是非得失，最终都要受到历史和实践的检验。所以一定要尊重历史，拿史实说话才是最有力量的。前人对历史的叙述和理论学术成果，应该看做是他们在一定条件下的解读成果；而我们对他们的学习了解，也不要纠缠于话语和概念本身，不要停留在“对解读的解读”这个水平上，而应该力求变成自己对历史与实践的解读，这样才能与前人经典“心心相通，心领神会”。

看得出，我这里说的“历史”，并不是仅仅指“过去”。我理解的历史，是一直延续到现在的。历史就是人的活动，就是人的生存发展，就是社会的实践，是真实发生的过程。我们弄清楚这些之后，就不仅能知道过去，而且能够知道现在和将来。所以要把现在的历史和过去的历史看成一个连续的过程。只有这样来理解历史，我们才能以古鉴今，以今验古。哲学上有一种方法，用马克思的比喻来说，叫“人体解剖是猴体解剖的钥匙”。这就是说，观察一种生命形态比较成熟阶段的状况，是理解它早初期状况的重要尺度和依据。但无论早期还是后期，都一定是指历史事实，一定是指历史实践本身，而不是指对它们的各种各样的言

* 李德顺，中国政法大学终身教授，博士生导师。

说。脱离了史实和历史本身，我们便不能够正确理解和判断我们生活中出现的许多现象，因而也找不到正确解决许多问题的办法。

事实胜于雄辩，历史是最有说服力的。记得2003年我还在中国社会科学院的时候，遇到了一个“以德治国和依法治国相结合”的提法。这个提法引起了很大的争议。法学界、政治学界和哲学界的多数学者认为这个提法不妥，社科院就指定由我组织了一个课题组专门研究这个问题。我们主要是以历史学科的学者为主，请了中国古代史、中国近代史、中共党史以及世界史专业的专家，整理了古今中外历史上的材料，看看历来关于道德和法的关系是怎么处理的，怎样是合理的、成功的，怎样是不合理的、失败的。例如，一位从事中共党史研究的学者，就整理了当年蒋介石搞“新生活运动”，企图进行一种“以德治国”尝试的过程，分析他是如何进行的，为什么最后注定失败，等等。正是在史学家提供的这些古今中外的经验教训中，我们从理论上归纳了“以德治国与依法治国相结合”这个提法有七个方面不合理，指出“德治”与“法治”不宜相提并论，而应该坚持“在依法治国的基础上加强道德建设”的原则。我们的报告上去后，当时的领导人很重视，又派人来核实一个问题：“德治”是否就是“人治”？学者们回答说，如果将“以德治国”与“依法治国”相并列，那么这里的“德治”就只能是指“人治”了。显然，中央是不希望维持人治的。所以从中共十六大开始，中央就不再强调以德治国，而是通过强调政治文明来强调依法治国，强调法治了（在官方说法中，以德治国曾被叫作“精神文明”；依法治国则被称为“政治文明”）。

二、描述与评价：历史观的张力

怎样才能做到尊重历史和理解历史呢？克罗齐（Croce）和科林伍德（Collingwood）都说过，“一切历史都是当代史”；胡适则说过，“历史像个小姑娘，随你怎么打扮”。我想这主要是因为，历史是指已经过去的东西，无法原样再现了。我们现在有些东西能拿出考古的证据来，有些情景则未必能拿到实物证据。那么谁来描述历史，怎样描述和理解历史，实际上应当反映出谁的立场、视角以及价值取向。从这个意义上说，我同意一切历史都是当代史，即对历史的叙述反映的是当代人的心态。这就是历史叙述中的主体性问题。我们要承认主体性，自觉地反思并把握这种主体性。

因为历史学毕竟不是戏剧学，不是写小说。对历史的叙述，也应该如科学叙述一样，区分其对对象事实的描述和对其意义的评价。评价即对一个事情的态

度,关于其价值好坏得失的评判。评价肯定是因人而异的,而事实及其描述则不可如此。我们看待历史的时候,对事实不能随意取舍,不能任意歪曲。可以有的人赞美秦桧,有的人骂秦桧,这只是两个人的评价态度不同;而秦桧本人究竟做过些什么,把这个事情说清楚,提供确凿可信的证据,这才是历史学和专业研究人员的责任。

关于所有的历史人物,对其的评价都是多元的。过去有不少人骂秦桧,现在又有些人赞美秦桧,还有袁世凯,等等。然而,评价说明的是评价者的立场,并不能代表被评价对象本身存在的事实。所以在评价问题上不存在谣言,每个人的评价无论好坏都是代表了个体的意愿,每个人都有权表达自己的意愿和心态,不能因为评价不一,就把别人的评价当作谣言,否则就会侵犯言论自由。但是,如果不是对事实负责,首先尽可能地提供完整全面的事实,而是有意阉割事实,捏造事实,歪曲事实,并利用假象来谋私,就可能构成有害的谣言。在这个意义上,谣言当然不是一种正当的自由,而是罪行。

由此进一步思考,对于怎么看待历史和历史人物,我们要对自己历史观有所反思,要注意自己历史观的变化。例如,我的感觉是,前些年我们的历史观好像是一种“童话史观”或是一种“神话史观”,就是把历史完全按照自己的愿望和要求(价值观)描述出来,而不是注重还原历史的真相。在“童话史观”或“神话史观”的笔下,正面人物都是一贯高大完美的,反面人物从外貌到心灵始终都是丑恶的;好人都是白马王子,坏人都是妖魔;整部历史就是好人与坏人的争斗,好人最终胜利……用这种“童话史观”来进行教育,虽有一时的励志的效果,却也有长久的负面效应,其后果是很严重的。我曾经在课堂上听到学生说:“‘文化大革命’那么烂漫!那么自由!”我觉得这不能怪学生,因为对我个人来说,回想过去受到的关于抗日战争的宣传教育,也是如此。像《地道战》、《地雷战》这些电影,也使我感觉抗战很像一场儿戏,很好玩;而那场战争为什么打起来,是怎么开始的,在战争中人民付出了多大的代价,最后得到了什么效果,总结了什么教训,等等,这些非常严肃的问题,都被这些童话式的描写淡化了、淹没了。

这样的“童话史观”使人的历史感简单化了,导致面对现实时心理脆弱,经不起实践和考验,容易走向反面。例如,改革开放以来,我们对历史的真相和细节开始关注和探究,但很多真相和细节揭示出来之后,由于缺乏整体性的把握,又造成了一种所谓的“碎片史观”。“碎片史观”就是只对历史上单个事实有所了解 and 考究,而对于整个历史的进程有失把握。它有时把个别人物、个别事件和某些局部的、枝节的因素,看成总体性、决定性的因素,沉溺于其中,而历史的大趋势、大进程究竟是什么,却看不见了,被淹没掉了,甚至某些基本的是非善

恶美丑也被颠倒了。例如，岳飞究竟是爱国还是卖国？这个评价涉及对“爱国”和“卖国”两个基本概念的理解。因为我们过去缺少一种符合历史的完整逻辑，对什么是“爱国”、什么是“卖国”这个问题始终没有说清楚，所以对这样的具体是非也很难说清楚。可见“碎片史观”纠正了“童话史观”的某些偏差，却又带来了一些新的偏差。

三、多用实践者的眼光看待历史

我们看待自己的历史不能太概念化，也不能太碎片化，而要有一些实践过程的整体感、现场感。我主张一种实践的思维方式，就是多用实践者的眼光看待历史，不妨称其为实践的历史观。

例如，关于过去的事情，我们不可只看前人的说法，不看前人的做法。其实就历史观察来说，当事人的做法比当事人的说法更重要，更值得注意和研究。当事人的做法要从其当时的客观条件和地位、利益以及形式等多方面来考察。打个比方来说，我们的历史研究不是仅仅给大家提供或描绘作为结果的一桌酒席或盛宴，因为盛宴的历史是在厨房里进行的。这就是说，真正的历史是在“厨房”里。在厨房里，每道菜并不是像摆出来的那么规整、那么完美。

人类创造历史的过程不是按照某种模式机械地完成的。要理解社会的历史，就要像在享受这桌历史盛宴的时候，了解怎样做出这桌酒席的过程一样，要把关注点放在“厨房”的运作过程当中。这样才能更真实地把握历史的真相。从实践过程中把握历史的真相，首先要尊重历史的主体，了解当事人的地位、利益、能力和客观条件，理解他们当时抉择的动机和原因，然后才能认清其中的得失，找到对我们今天有借鉴意义的结论，而不是一味地欣赏或挑剔酒席本身。

例如，看待我们现在的历史进程，要回答中国怎样走向法治，就要对当前的社会实践认真地、认真地、认真地观察，看谁在进行法治运作，目前运作到了什么程度，有什么问题和困难，等等。说到对它的评价，我们也要尽量不做旁观者，而是将自己看作中国现代化、法治化的当事人，把自己当作厨师，积极进行建设性的思考。

中国未来会怎样，只能是中国自己的历史和逻辑发展的结果，肯定不是靠模仿和照搬别人能够完成的；也不可能是凭空按照谁的意愿和意志发展，也一定是按照中国历史的合乎逻辑的发展。上次秦晖教授讲过美国人持枪的问题，美国的法律允许老百姓持枪，因为可以说美国的社会秩序就是靠他们一人一支枪打出来的，尤其是在美国西部开发时期。从这种历史出发，所以允许做出这样的规定，

没有这样历史的国家，就不会也不敢做出这样的规定。对其他国家来说，这是不可思议的。当然，美国也有人想废除这个规定，但最后他们的宪法法院还是决定保留下来。这是尊重和承认自己的历史。

总之，每个国家的发展都是历史的合乎逻辑的发展。从这个角度来看待历史，对于中国如何实现社会转型，怎么实现民主法治，我们可以从自身的历史得到非常丰富的资源。

历史司法档案的利用与法史研究的不同取向

► 赵世瑜* ◀

本人非常荣幸能够得到法大历史研究所的邀请来参加这次会议。虽然我不是法盲，但绝对是法史盲，我的初衷就是来扫盲的，向大家来学习法史研究的治学的经验。但既然与会，还是应该与大家交流一点自己的粗浅体会。刚刚听了李德顺教授的发言，对我的启发很大。虽然李教授自己说对历史没有多少研究，但是我认为他对历史学的很多方面都提出了高屋建瓴的、发人深思的问题。所以我也秉承他的精神，作为法史盲来讲一些关于法史的想法。

我要讲的话题，可能对大家、特别是对法史专业的研究者来讲，都是非常熟悉的东西。我们这些年所做的研究，经常需要到各个地方跑。不是仅仅在书斋里面，而是围绕着一个具体的地方做非常深入的、细致的研究，进而试图去思考一些更大的历史问题。因此，各种基层的文书档案就是我们特别注重的材料，尤其是里面所涉及李德顺教授所讲到的很多实践层面的问题，不是法理的或者是制度规章的问题，而是这些制度规章和法理怎么在人们的日常生活当中、生活实践当中发生变化，又如何受到日常生活的、包括传统习惯的反弹而做出相应调试的问题，是人们如何应对这些制度规章和法理的问题。这是作为我们对“人”这样一个核心的关注的组成部分而出现的。

对地方的历史档案的利用和研究，其实在“文革”前的史学界就已经有了，但比较多的还是从社会经济史的角度出发的，其中有一个重点就是对“资本主义萌芽”问题的研究。一些地方的档案，如天津宝坻县、河北获鹿县的档案等就开始被利用于这些研究。当然，那个时代的法史研究也是存在的，但是是否开始用了这些材料我就不是很清楚了。至少，我想肯定没有像今天这样大规模地受到法史研究者的关注。

到了改革开放以后，随着各个地方的档案（比较大宗的如四川巴县档案）的

* 赵世瑜，北京大学历史系教授，博士生导师。

利用,国内外都非常重视。但是直到现在为止,已经整理出版的只有少量的巴县档案。而且,出版整理的时间比较早,其中的错漏也较多。近年,由于国家档案局的要求,各个地方档案馆,从省往下一直到县里面都对历史档案做了一些非常好的工作,将其数字化,放在馆中供人利用。比较大规模的,已经编出目录来的有四川清代南部县的档案(量虽不多,但是相当完整,从清代顺治朝一直到宣统朝都有,尽管顺治档案只有一件。而其他县的档案多从雍、乾以后,甚至更晚)、四川冕宁县档案、内蒙古土左旗档案(即清代归化城的副都统衙门的档案,涉及的很多事都是汉人去内蒙古地区开发的,这是一直延续到今天的一个过程。这个过程中发生的许多纠纷都记录在这些档案里面,多数都是司法档案)、浙江龙泉县档案也有部分是晚清的档案。还有一些如宜宾市档案馆藏清代叙永档案,量也不少,当然这也比较集中在清代中晚期。这些只是一些简单的介绍,挂一漏万。上海交大曹树基教授、华东师大冯筱才教授等对各地民国时期档案都做了大量复制工作。

我想,这一类材料的出现以及建立在这些材料基础上所进行的研究工作,一定会对未来数十年的历史研究提供一个全新的平台。因为像李德顺教授所讲到的历史碎片化,无论在国内还是国外的史学界都是众说纷纭的话题。但是历史研究不管以后为人如何解说,如何概括,都是要建立在对人的关注、对人的生活细节的关注上,而不只是停留在冷冰冰的器物或少数几个“推动历史”的精英人物身上。正如现在一些学者着力推动的公众史学一样,其实历史是我们每一个人的,不是被某些人或某个人所垄断的,因此我们要体会不同的人对历史的不同想法,哪怕他是一个目不识丁、在历史上毫无建树(按过去的标准)的人,我们依然应该知道他对历史的看法。只有不同历史看法的综合体现,才是历史的相对而言接近真实的面貌。

当然,尽管有这样一批材料的出现,但这也并不一定会使我们的研究走到一个完全正确的路上。我们在历史研究中还会不断反思自己的研究。我们知道,这些历史材料,透露出大量的历史信息,由于我们现存的官方档案当中大多数是诉讼档案,故常归为“司法”档案。但是这个划分也不是十分严谨,我们很多的历史资料是在这样一些概念出现和发生的现代社会转型之前就长期存在了,因此不能被后来人的观念完全束缚,否则就可能遮蔽了以前曾经有的、原来的一些信息,它们的本来意义就会被现在的一些概念重新改造了。所以对此我们要还原其本来的面目。包括如今的档案管理,直到现在我们对档案资料的使用都应该注意这个问题。对于这个分类,实际上应该回归到原来的分类,即按六房定名。刑房档案不一定都只是用来研究司法问题,户房、礼房档案也不一定就没有关于司法的内容。因此,按现代概念分类的话就是一件很麻烦的事情。直到今天也没有得

到一个很好的解决，它告诉我们的结果就是：如果你脑子里面非常恪守现代或者近代以来的一个概念的话，就会无意地将一些原本应该有的历史信息从自己的研究或者阅读材料当中排除出去了。

所以我个人认为目前法史研究有着不同的取向，我们可将其概括为法学取向的法史研究与史学取向的法史研究这两类。比如说：我去过西昌很多次，那里沿着安宁河谷，不同的族群呈垂直分布，越靠河谷越是汉人的聚落，山脚下是回族的聚落，山上就是彝族。在不同的族群里面可以看到完全不同的景观，在不同景观当中又看到不同类型的历史材料。在同一个生态环境当中、同一个空间当中，它有不同的东西，我们就可以看到所谓的“兼听则明”的效果。后来我就发现有一些研究，以《冕宁清代司法档案研究》（中国政法大学2010年版）为例，其主要讨论司法程序、法律适用、司法监督、行政处罚等问题。还有《从冕宁县档案看清代民事诉讼制度》（云南大学2009年版），大体也是这样。研究者都利用了这些历史档案，但是，这显然都是属于法学取向的法史研究。他们讨论的问题是法学提出的问题，而不是史学提出的问题。司法程序等词汇或概念只是到晚清之后才出现的。所以，讨论这些问题是用后来的观念套在过去的史实上的研究。在场也有很多人就是从事史学取向的法史研究的，在这里我就不多说了。我概括一下法学取向的法史研究与史学取向的法史研究这两种取向的不同，有以下三个方面：

第一，前者是共时性的讨论，具体体现就是书中的章节不是按年代，而是按司法程序等来设置；后者是历时性的讨论，因为史学的问题除了要研究很具体的问题以外，还应有一个宏观上的历史发展变化。

第二，前者是以制度为中心的，所以过去我们法史研究有叫法制史，也有叫法律史等，大体上是以研究制度史为中心。后者是以人为中心的。虽然制度也跟人是有关联的，但是研究制度史的通常是不管人的。法学只是关心案件本身，却不关注其中的人是怎么回事儿，人只是一个符号而已。但是史学家是无论如何都绕不过人的，如我们看最近刚出版的龙泉的晚清档案中，很多纠纷都是在家族内部发生的，如果不能够了解当时当地人与人之间的关系，就不可能理解这些案子。

第三，前者是从后向前看的，人们回过头来看历史，用了很多新的概念去解释历史。后者是从前向后看的，虽然是立足于今天，甚至很多思考问题的出发点也是今天，但是在研究和叙述的时候，思考的逻辑是从前向后看的、从过去向今天看的。虽然在研究问题的时候脱离不开当今社会现实的羁绊，但是证明自己想法的过程与其他社会科学是不一样的，这是反向的，这就是历史学的特点。

所以在法史研究当中，我个人认为会出现这样两种差别，这些差别当然会导