

# 清代以来民事法律的 表达与实践

历史、理论与现实

〔美〕黄宗智 著

〔卷二〕

法典、习俗与司法实践：  
清代与民国的比较

014043824

D923.02

17

V2

# 清代以来民事法律的 表达与实践

历史、理论与现实

[美] 黄宗智 著



[卷二] 法典、习俗与司法实践：  
清代与民国的比较



北航

C1731417

法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

D923.02

17  
V2



北航

C1731417

### 图书在版编目(CIP)数据

清代以来民事法律的表达与实践:历史、理论与现实全  
3卷 / 黄宗智著. —北京:法律出版社,2013.10  
ISBN 978 - 7 - 5118 - 5300 - 4

I. ①清… II. ①黄… III. ①民法—法制史—中国—  
清代 IV. ①D923.02

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第200478号

卷二 法典、习俗与司法实践:  
清代与民国的比较

黄宗智 著

责任编辑 高山 董飞  
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 720毫米×960毫米 1/16

版本 2014年4月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 固安华明印刷厂

印张 13.25 字数 174千

印次 2014年4月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 5300 - 4

定价(全三卷):110.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 中文版序

本书是我继《清代的法律、社会与文化：民法的表达与实践》之后的第二卷，使用的资料仍主要是诉讼案件档案。但此书集中讨论五个存在较多诉讼纠纷的法律领域，对清代关于民事的法律作了进一步的论证，同时通过比较，对涉及这些方面的民国民法也作了初步的分析。国内不少读者对我上一卷关于清代法制的论点持有保留，我希望他们会被两本书结合起来的论证和论据说服，至少会承认清代和民国时期确实有许多普通老百姓使用法律制度来维护自己的合法权利，并且确实有许多县令、法官是依法行事的。可是，我仍然担心不少读者对现在的和过去的法律制度成见殊深，不易动摇，他们可能最终还是要通过直接阅读清代和民国诉讼案件档案之后才会改变成见。为此，我希望有学者会在近期热衷于从事编纂介绍诉讼案件档案作品的工作。

在当今中国努力倡导以法治国的情境下，了解清代和民国的法制可能具有特别重要的意义。当代中国法律所继承的主要是三大传统：一是清代的旧法制；二是模仿西方的民国法制；三是老解放区在否定前两者之下而形成的法制，也是受乡村习俗以及其公正制度影响较深的传统。今日要建设具有中国特色的法律制度，必得取源于这三大传统。本书的重点正是在于清代以及民

国法律与乡村习俗的相互作用,以及其间相悖和相符的各个方面。

本书特别强调法律实践以及“实践的逻辑”。我相信,要融会三大法律传统,不能只探讨法理,因为那样必定产生无穷争执,难定取舍。我们应借鉴法律实践之中的效果以及包含在其中的逻辑。这个观点的道理和“摸着石头过河”的改革实践是相同的。从诉讼案件出发来理解历史上的法律的实践,并从中突出和提炼其包含的逻辑及法理是此书的中心议题。

本书由我的博士生张家炎为我翻译,谨致衷心的感谢。因本书是译本,要准确表达英文原作颇为不易。更由于英文原作文字比较精练,翻译难度更大。此译本虽经我本人一再校阅,恐怕还是不能完全表达原作的含义,也未能达到原作的文字水平,请读者见谅。

## 英文版序

本书原计划是一套以时代为序(清代、民国、中华人民共和国)的三卷本著作中的第二卷,现在变得讲清代和讲民国的内容一样多,原因在导论中有说明。国民党法律被当作陪衬用来澄清清代小农社会和经济中那些明言的和未经明言的逻辑,反过来清代法律也同样如此。我希望这种来回的参照与对比会有助于让两个时段都显得更清晰,而不至于模糊了变化的过程。另外,与试图形成一致的叙述或概述不同,本书重点放在一系列依高诉讼频率选择的议题上。我希望全书能在深度上弥补其在一致性上的不足。

与我以前的三本书不同,本书没有一个单一的、一以贯之的简明主题。部分原因是本书采用了逐个议题探讨的方法,部分原因则是考虑到同时比较清代与“现代”民国时期并考察每个时期的成文法、民间习俗与司法实践的复杂性。我希望这一缺陷能由多重主题的丰富内容所弥补。

在本书中我对理论著述的处理也与我以往的著作略有不同。我觉得有必要提及认识论和方法论上的几个问题,它们最近在学术界极为流行。我在本书中与理论家们的对话既是方法论的,也是实质性的。

我 1988 年开始全力投入法制史研究,现在回顾起来

仿佛只是昨天的事,但这一小小的领域却已发生了极大的变化。当时我复制并以激动的发现的心情阅读的案件档案记录现在已比较容易得到,因为第一历史档案馆(北京)已把所有的宝坻档案制成缩微胶片,而四川省档案馆也把部分巴县档案制成了缩微胶片。尽管民国时期的案件档案记录仍然不甚容易得到,但广泛利用它们肯定为期不远。此外,加上本书,“中国的法律、社会与文化”丛书已经出了六本。从路斯基金会赞助的论文集开始(以四次国际会议中的第一次为基础),现在累积的专著已足以让我开设一门新的有关中国法律史的本科生课程。

对于我本人来说,自1988年以来这一时段内变化最强烈的感受莫过于我自己的两个学生苏成捷(Matthew Sommer)与白德瑞(Bradly Reed)现已成长为成熟、有作为的学者,分别在上述丛中出了一本重要著作,并正着手写第二本。在修改本书稿汲取各方建议时,我很高兴,也很自豪地把他们当作我能想到的最有见地、最好的评论者。而且在本书即将付梓时,我与白凯共同指导的郭贞娣(Margaret Kuo)和Jennifer Neighbors(胡宗绮)正启程前往中国进行博士论文的研究,她们将会是另一“代”有作为的年轻法律史学者,还有陈美凤(Lisa Tran),也很快将开始撰写博士论文。

除了苏成捷与白德瑞,周锡瑞(Joseph Esherick)与Norma Diamond对本书的最后几稿提供了有益的帮助。特别要指出的是,白凯又一次阅读、评论了每一稿,是她鼓励我保留书中与妇女有关联的部分。它们有助于我形成对清代和民国民事法律制度的完整图像。

对本书,也像以往三本著作一样,我第四次领教了Barbara Mnookin严格校对的“折磨”,她坚持用尽可能最少的文字表达最清楚的文意,在当今出版日益仓促、马虎的环境下,乃少有的优惠。我要再次感谢她。

最后谈谈对国民党法律史的研究。这几乎是一个完全被忽略了题目,主要是因为大家下意识地认为此一时期不过是清代与中华人民共和国之间一段反常的“中断期”。我希望本书将能够清楚表明这一时期是如何重要和如何显示关键性的主题,当与其他时期对比研究时尤其如此。除了对所选议题比较集中的分析之外,本书也许可以与白凯《中国的妇女与财产:1960~1949年》的书一道,被视作弄清国民党法律史大致轮廓的部分探索。更多的工作尚有待正在成长起来的新一代学者去完成。

# 目 录

## 第一章 导论 / 001

议题与分析角度 / 002

过去的研究 / 006

对研究结果的几点说明 / 008

## 上篇 从清代法律到国民党法律

## 第二章 清末民初的民法:修订过的《大清律例》 / 013

清末法律改革 / 013

民国对经过修订的《大清律例》的援用 / 015

清代法典中的民事条例 / 017

清代法典的更改 / 022

## 第三章 清末民初司法制度的改革 / 026

晚清司法行政改革 / 027

贯彻新的法律体制 / 033



#### 第四章 1929 ~ 1930 年的国民党民法典 / 040

- 国民党法典的起草 / 040
- 从禁与罚到“权利” / 044
- 资本主义对小农经济 / 046
- 男女平等 / 048
- 社会公正与矛盾倾向 / 051
- 习俗对成文法 / 053

### 下篇 清代与国民党民事法律制度的比较

#### 第五章 典 / 059

- 清代的法典和习俗 / 060
- 清代的习俗与法庭行为 / 064
- 民国时期的典惯习 / 070
- 持续的问题 / 073

#### 第六章 田面权 / 080

- 习俗中的佃权与所有权的起源 / 080
- 双层所有权的常规与语汇 / 083
- 成文法 / 086
- 适应与对抗 / 088
- 司法实践 / 092

#### 第七章 债 / 096

- 生存借贷与资本主义信用 / 096
- 司法实践中的延续与新发展 / 100
- 法律和惯习间的拉锯战 / 104

第八章 赡养 / 110

民间惯习 / 110

习俗与法律 / 117

第九章 清代法律下妇女在婚姻奸情中的抉择 / 126

司法分类与相关的法律 / 126

清代的构造 / 132

司法实践与社会惯习中的变异概念 / 134

妇女作为受害者 / 137

消极自主的负担 / 141

第十章 国民党法律下妇女在婚姻、离婚和通奸中的选择 / 145

国民党法律下妇女的自主 / 145

实践中的妇女自主 / 150

第十一章 结论 / 161

清代法律和民间习俗的逻辑 / 161

清代的司法实践 / 165

向现代法律过渡 / 167

现代化的地方实践 / 169

附录 / 173

引用书刊目录 / 175

中、日文(按作者姓氏的拼音字母顺序排列) / 176

英文 / 180

索引 / 187

# 表 目 录

- 表 3.1 顺义县 51 名男性大学毕业生,依教育背景区别,  
1912 ~ 1932 年 / 038
- 表 8.1 三个华北村庄中 19 户自耕农家庭的养老规定,  
20 世纪 30 ~ 40 年代 / 111
- 表 9.1 清代巴县、宝坻与婚姻有关的案件(依清代分类) / 127
- 表 A.1 研究中涉及的清代案件:县、时代、类别 / 174
- 表 A.2 研究中涉及的民国案件:县、时代、类别 / 174

## 第一章 导 论

本书提出这样一个问题：从 20 世纪初开始到新中国成立之前，中国的民事法律制度经历了怎样的变化与不变？提出此问题当然也是问什么是“中国”或“传统”，什么是“西方”或“现代性”，以及这些方面之间的内在联系与互相作用。另外，本书对“民事法律制度”或“民事法制”使用的是广义的理解。首先，在成文法律或法典之外，还包括司法实践。其次，是注意法律与民间习俗之间可能存在的背离，以及法庭如何斡旋于两者之间。最后，本书在法律制度之外，还注意当事人所作的抉择，目的在于弄清法律制度的变化在人们生活中的实际意义。

继上本以清代为重点的著作之后，在本书中我原打算以 1900 年至 20 世纪 30 年代的过渡期为重点，侧重于清朝最后十年的法律改革及其向国民党民法与刑法典的转变。本书的出发点因而是清代旧法律修订过程的叙述、过渡期内施行的制度变革以及新法典前后相继制定的多部草案。

然而随着研究的进行，我发现要回答自己提出的问题，不能仅考察过渡期本身。民事法律制度的变化要在对清末改革之前以及国民党掌权之后的比较中才显得清晰。本研究因而逐渐演化为对清代与国民党民事法

律制度的比较分析,主要集中在1860年至1900年间与1930年至1949年间的比较,超出过渡期本身。

这样一来,第一部分中有关过渡期的三章应当作全书的背景部分来读。过渡期内令人惊讶的是民法的延续,新的民国政府没有采用晚清政府依1900年《德国民法典》为范本草拟的新法典,而是继续使用清末修订过的旧法典。结果是一部自称为刑法典的《大清刑律》中的民事部分被出乎意料地当作国民民法典使用了将近二十年。

与此同时,过渡期也显示了许多主要的制度变革,包括至1933年全国约半数县建立了西式的或“现代的”法院系统(至1926年国民党统治前夕全国约四分之一县如此)。该法院系统内民法与刑法、县长与法官明确分开(而不像以前的县令兼行政司法于一身)。在1900年后的过渡时期里,制度上与行政上的变革实际上早于成文法的变化。

于1929~1930年颁布的国民党民法典几乎完全模仿1900年的《德国民法典》,它与以往法典有根本的概念分歧:清法典视父系家庭为基本社会单元,国民党民法典以男女个人为中心。前者的基本经济逻辑是围绕家庭农场组织的、以生存为目的的小农经济;后者的经济逻辑是围绕合同签订者组织的资本主义经济。这些基本的概念差异对本研究中深入探讨的所有议题都有影响。

### 议题与分析角度

本书无意进行清代与国民党民国法律之间所有差异的全面比较,而只注重那些与社会生活有最大关联的部分。我选择议题主要依档案案例记录中的诉讼频率为基准。这些议题内容分别归属于国民党民法典(总则之外)的四大编:“物权”编下的典卖土地与田面权,“债”编下的不履行债务责任,“亲属”编下的结婚、离异与通奸中妇女的“抉择”,以及“继承”编下的赡养父母。

对每一个案例我首先考虑清代法律与民国法律的不同逻辑。两者面对不同的社会秩序:一个是小农(虽然部分商业化了)社会秩序,另一个是资产阶级社会秩序。我比较两者的意图在于把一方作为另一方的参照面,以便揭示出两者的一些基本特性。

作这样的比较,重要的是要避免西方式的或欧洲中心论的先入之见。我们要自觉地批评那种现代西方对非西方“他者”的优越性假定。从清代法律到模仿西方的国民党法律的转变并非像某些大陆学者坚持的那样是由落后的封建法律向资本主义法律的简单转变,也不是由非理性向理性、由实体主义/工具主义者“卡迪法”向马克斯·韦伯所谓现代法的转变,或由假定的中国没有民法到开明采用现代西方民法的转变。从一开始我们就要摒弃此类直线发展的、欧洲中心论的看法。

然而我们也不应走向坚持“中华帝国也有”的另一个极端,不应给我们自己提出任务去证明清代法律也具有合同与市场关系的资本主义因素,或清代法律也具备韦伯式的理性,或中国也有西方民法的传统。<sup>〔1〕</sup>这种论点根本上与上述论点同样地唯西方独尊,因为它假定现代西方乃放之四海而皆准的普遍标准,和正宗的现代化理论并无不同。

我们需要问的是一方如何使另一方显得更清楚,而不是假定(无论多含蓄)此方或彼方的优越性,或试图坚持它们完全等同。我们的目的应该在于阐明两者的内在逻辑与囿于文化的不同特性。在好的比较中,任何一方应成为使相反方更清楚的参照。

不过同时我们也不能止步于仅仅把两者简单对立。国民党法律不是其德国范本的副本,它是以晚清草案为蓝本、经连续两次修订的产物。这些修订在某些重要方面使法律更切合中国的既存习俗与现实,在其他方面它们则引入了更进一步的根本性改变。

考虑到这点,国民党法典史很像广义的中国近现代史。它在一方面以西方对中国文化的影响为基础,我们中的许多人的确是以中国与西方的全面接触开始为准线来划分中国近现代时期。但这种接触的结果并不仅仅是任何由此及彼的简单变化。另一方面,本土文化的近现代史不仅是传统与现代间的一种对照与抗争,也是两者间的一种协调与适应。

国民党的立法者们提倡既从旧的,也从新的法律中进行选择,他们甚至提议合并二者以创造一个不同的东西。他们努力的最终目标在于形成一个将以个人为重点的法律融入以“社会”为重点的的法律的综合体,他们

〔1〕 对这些问题更详尽的讨论,参见黄宗智 1996,第一章。

草拟的新法典意欲成为,也需理解成包含两种文化的混合体。

此混合体特别包含了成文法意图与惯习之间的双向影响。国民党民法典应被视为一部多层次的文本,不仅包括借鉴自德国范本的概念构成,也包括选择性地保留了习俗与清代旧法律的某些方面。其中大部分仅被吸收为实用条例,不带意识形态色彩,但少部分在概念上依然一仍其旧,有些甚至与新法典的主干概念框架背道而驰。

对两部法典的比较因而牵涉两个方面:一方面是概念构成上由清代法典体现出的传统中国与新法典表现出的现代西方间的对照;另一方面是让法律适合中国社会实际的渐进过程。要理解从清代到国民党时期成文民法的间断和延续,概念构成的对照与适应过程两者不可或缺。

除了成文法的概念构成外,本书还考察法律的社会背景及其实际运作。这也是我在民事法律体系一词中所表达的意义——以区别于范围较窄的“民事法律”或“法律”(我指的是成文法)。我有意将民事法律体系解释成既包括成文法、民间习俗,也包括司法实践。经过对多部法典的分析之后,我的下一步考虑是把它们放在民间习俗的背景中。

在这里可以指出,有关习俗是或应该是所有法律的来源的假定,亦即英美传统的普通法的内含原则,不该硬套于中国。清代及民国法律有时维持、默许,但有时也明确地反对习俗。不考虑国家立法而将习俗与“习惯法”等同是不对的。<sup>[2]</sup>

同时我们要避免走向另一个极端,即假定习俗与国家成文法之间只存在对立。<sup>[3]</sup>清代法典不时维持或迎合习俗,而民国民法典通过连续两次的修订也达到如此效果。分析成文法与习俗之间的关系需要考虑到特定的法律条文与特定的时间。

[2] 陈富美与马若孟 Ramon Myere 以假定清代为西方古典的自由主义放任国家作为其出发点。他们进而认为清代经济增长的根源在于由习惯法支持的组织基础。在他们看来,“国家很少积极地管理习惯法”,尽管它“经常明确地承认各种私立合同”(1976:3)。这样一种假定前提导致他们忽视了国家对习俗与民间做法的压制,例如土地的一田两主制及婚姻中的妇女买卖(见 hen and Myers 1978:17-27)。

[3] 梁治平在其 1996 年的清代“习惯法”研究中同样没有适当考虑成文法。像马若孟与陈富美一样,他至少含蓄地把太多的自治与权力赋予清代习俗。他的基本信念似乎是个政治信念:要在习惯法中发现(英美式?)多元化政治的空间,反对专制主义国家权力。虽然我基本同意梁的政治观点,但我认为他在两种法律传统间强行划这样的等号是不对的。

有清一代,法律与习俗在继承和债务方面基本一致,在典卖土地和妇女买卖方面则表现为法律逐渐适应社会现实。但在田面权以及妇女抉择和养老的某些方面,法律与习俗间存在不可调和的矛盾。这些矛盾也许是我们研究中最有意义的部分。

在民国时期,由于在中国社会实际之上强加了一部高度洋化的法典,可以预料,法律与习俗之间的差距拉得更大了。我们因而可以看到本书中研究的所有议题都存在法律条文与民间习俗的明显背离。在典卖与债务领域,立法者最终让模仿德国的法典与习俗更趋一致。而在其他领域如田面权、妇女抉择及继承问题上,法律条文与社会实际之间的紧张关系依然存在。

把法律放在习俗背景下考察有几重目的。凡是双方一致的地方,留意二者有助于揭示它们之间的内在逻辑,这可能是不那么明显的逻辑。法律文本特别有助于弄清楚民间做法中未予明言的假定与基本原则。而民间做法则可能使法典中不那么显而易见的东西表露出来。清代的债务就是一个很好的例子。

凡是法典与习俗不一致的地方,各方在概念化与行为方面都可能使对方显得更清楚。如田面权习俗即带有清代、民国法律都不允许的一种产权逻辑。习俗与法典间的这一直接对抗有助于揭示两者截然不同的产权概念。

另外,同时留意法律与习俗双方有助于确定研究司法实践的背景。我这里用“司法实践”一词指的首先是法庭的具体行为,其次是法典中的纯实用性的规定(相对于意识形态思维)。它们在很大程度上取决于法典与习俗之间的关系,取决于双方是基本一致、不断冲突,还是完全背离。

凡法典与习俗一致的地方,法庭行为可能主要是依法行事。在这种情况下,案件档案记录告诉我们的是哪类争端、如何及为什么最易引起诉讼。它们表明法典在实际生活中的真正含义。

凡法典与习俗存在不断冲突或完全对立的地方,法庭判案可能会演绎出多种不同的类型。法典本身可能默认习俗的存在,有时这会有悖其主干概念框架,就像国民党民法中的债务一样。或者坚持不迁就习俗,就像清代、民国法典处理田面权那样。至于各级法庭,它们可能依照法典来



压制习俗,正如在处理田面权时清代在部分程度上、民国在很大程度上取缔习俗那样;或者也会顺应社会实际,就像国民党法院对待农村儿子赡养父母的习俗;或者调和法典与习俗,就像国民党法院对待女儿继承权。

换句话说,司法实践既不同于成文法,也不同于民间习俗。虽然它与成文法及民间习俗均有重叠之处,我们还是应该把它们分开来看。就像习俗与法典之间的关系那样,我们的研究中一些最令人感兴趣的议题即法律实践和成文法典的背离之处。法庭记录因而不仅告诉我们法典与习俗间的冲突,也告诉我们法庭如何在二者之间斡旋;它们甚至可以成为我们了解一些在法律条文上不承认而实际存在的社会习惯和法庭实践的主要信息来源。

总而言之,本书从这三个层面来考虑其主要议题:成文法、民间习俗及司法实践。每一层面揭示其在民事法律制度中与其他层面不同的某一方面。

对清代与民国时期的确切比较不能仅以成文法为基础,因为那样会夸大实际的变化。清代与国民党法律不同的指导意识形态与社会取向的确重要,但它们的不同也可能掩盖了习俗的基本延续及法典的实用条例与法庭的实际行为对习俗所作的重要让步。正是对以上三个层面间相互作用的考察告诉我们自清代至民国间民事法律制度的变化与连续。

为了了解这些变化与连续的具体内容,我们必须摒弃传统对现代、中国对西方的二元对立结构。变化与连续的过程涉及两者间多侧面的相互作用,既有妥协/适应也有反对/对抗,每一方都同时牵涉法典、习俗与司法实践的多个层面。

### 过去的研究

我们所涉及的内容中被研究最多的部分是清代国家的法律体系。美国在此领域已积累了几代学术成果:从博迪(Bodde)与莫里斯(Morris 1967)和包恒(巴克斯鲍姆)(Buxbaum 1971)的早期开拓性工作到包括安守廉(爱尔弗德)(Alford 1984)、布罗克曼(Brockman 1980)和科纳(Conner 1979)在内的第二代学者的著作,到最近依靠档案的研究成果,包括艾力(Allee 1994a)、白凯(Bemhardt 1999)、麦考利(Maculey 1999)、