

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
The Commercial Press

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**
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
北京瑞古冠中印刷厂印刷
ISBN 978-7-100-09628-7

2013年4月第1版 开本 880×1230 1/32
2013年4月北京第1次印刷 印张 117%

定价: 35.00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。

目 录

绪 言 中国法律社会史的理论视野	1
一、中国法律社会史的研究对象	1
二、历史的“长时段”与中国法律社会史研究	4
三、社会结构与中国法律社会史研究	9
四、社会阶层与中国法律社会史研究	12
五、社会生活与中国法律社会史研究	15
六、关于“礼·法·社会——清代法律转型与社会变迁”的 研究意图及学术动态梳理	21

上 编

第一章 清朝礼法思想体系的形成	31
一、礼法合一——传统中国特有的法律现象	31
二、明清之际礼法的衰微	38
三、民族文化的征服与法律文化的同化	41
四、清朝礼法思想体系	45
第二章 礼法与清朝前期的社会生活	55
一、礼法与物质生活	55
二、礼法与精神生活	68

第三章 礼法与清朝前期的伦理结构	80
一、刑罚标准	81
二、服制关系	84
三、父权的扩大	90
四、夫权的提高	119
第四章 清朝前期礼法的社会功能	137
一、政治功能	137
二、教化功能	142
三、影响礼法功能的诸因素	152
下 编	
第五章 清朝中期礼法的松弛	163
一、礼法松弛的表现	163
二、礼法松弛的社会背景	183
三、礼法松弛反映出的时代特点	194
第六章 清末礼法分离的基本轨迹	204
一、清末修律动议	204
二、清末修律实践	208
三、恢复礼制的失败	218
四、同途殊归的修律宗旨	220
第七章 清末礼法之争(上)——礼法分离的准备	224
一、传统礼法的继承与改良	225
二、新型程序法蓝本的天折	228

三、近代刑法体系框架的搭建及其引发的法律讨论热潮·····	231
第八章 清末礼法之争(下)——礼法分离的实现·····	248
一、新刑律体例之争·····	248
二、立法指导思想之争·····	253
三、最后的争辩与礼法分离的实现·····	270
第九章 礼法分离与清末社会心态·····	289
一、民众心态——导致礼法规范失控·····	291
二、司法主体心态——造成礼法实施渠道阻塞·····	303
三、知识精英心态——决定法律样式的更新·····	330
第十章 传统礼法反思与法制现代化前瞻·····	340
一、物质层次近代化的起步与民众道德观念的转变·····	340
二、社会结构的转型与礼法基础的动摇·····	344
三、先进法律文明的移植及其本土化途径的思考·····	347
四、传统礼法反思与法制现代化前瞻·····	351
主要参考文献·····	359
原版后记·····	366

表 目 录

表 1	五刑之图	81
表 2	丧服总图	84
表 3	本宗九族五服正服拟图	87
表 4	为人后者为其本宗九族降服拟图	89
表 5	三父八母服图	91
表 6	六父十三母图	92
表 7	妻为夫族服图	120

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。