



法律社会史的视野

张仁善 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

D909.9/19

2007

法律社会史的视野

张仁善 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法律社会史的视野 / 张仁善著. —北京: 法律出版社, 2007. 8

ISBN 978 - 7 - 5036 - 7552 - 2

I. 法… II. 张… III. 法制史—关系—社会发展史—研究 IV. D909.9 K02

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 108364 号

© 法律出版社·中国

法律社会史的视野

张仁善 著

责任编辑 刘文科

装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2007 年 8 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 北京北苑印刷有限责任公司

印张 13.5 字数 355 千

印次 2007 年 8 月第 1 次印刷

编辑统纂 法学学术出版社

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

苏州公司/0512-65193110

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 - 5036 - 7552 - 2

定价: 32.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

法律由谁来创制,谁来实施,效果如何,社会群体在法律规范下如何生活,民众的法治心态对法律发展有何影响……仅从法律条文上是读不出的。研究法律,不仅要梳理法律文本,还要透过文本,看清法律背后的人,看到法律背后的社会。法律文本是刻板的,法律与社会的互动则永远是灵动的,研究法律史,“活法”的理念不可或缺。

本书的讨论内容基本围绕法律社会史的理论、法律与法律人、法律与社会生活、法律与社会结构、法律与社会变迁等方面展开。

何谓法律社会史研究的对象?作者认为,法律社会史就是研究法律与法律人、社会结构、社会阶层、社会生活及社会心态关系的历史,目的是揭示法律发展与社会变迁之间的内在联系,探求法律演变的历史规律。

法律说到底,首先是法律精英的法律,或“法学家”的法律,没有法律精英,法律可能只能停留于习惯、政治、军事层面的命令、训示或政策规定,很难成为社会上具有普遍意义、带有强制性的社会行为

准则,正如马克斯·韦伯所说,“举凡法学者所无法思考的,法律上也不存在”。^① 法律精英思考法律,创制法律,解释法律,改进法律,同时也传承法律。没有他们的作用,法律的发展将失去连续性。传统中国,法学家主要由士大夫阶层组成,近代则有新式法学家,他们承载着法律传统的延续和向现代转型的使命,其学识素养、言论空间及角色转换等,无不决定中国法律样式的生成和发展走向。

霍姆斯(Oliver Wendell Holmes)认为,“法律的生命始终不是逻辑,而是经验”,只有熟悉法律的历史、社会和经济因素的法官或律师,才能够适当地履行其职责。^② 我理解,这种“经验”首先应该是长期社会生活的经验,由社会生活的经验,产生出生活规则,由生活规则,进而升华为法则或法律,司法人员了解社会生活,才能富有经验,更好地履行司法职责。孙晓楼先生也认为,除了法律的学问和法律的道德以外,对社会常识的了解也是一个法律人才必备的条件之一。所谓社会常识,用燕树棠先生的话说,就是人情,法律的问题,就是人干的事体的问题,小到“开门七件事”,大到国家大事,由此发生了许多的法律问题。^③ 可见,一切法律,都与社会生活息息相关,社会生活是法律形成发展的源头活水,法律源自生活,也作用于生活。社会生活方式多姿多彩,民众生活情趣日新月异,在法律规范下,民众通过衣食住行、婚嫁丧祭、交际往来、喜怒哀乐等生活形式所体现出的人生价值观,折射出的法律心态,构成了一幅幅法律规范与社会生活交相辉映的绮丽画卷,从中我们可以读出民众对法律规范认同或叛逆的基本心态,判断法律规范的实际功效。

法律依靠司法主体得以实施。司法主体的品行修养、学识背景、薪金待遇等,都有可能影响司法价值判断,左右司法公正性。中国历史上,

① 《韦伯作品集》四《法律社会学》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社2005年版,第287页。

② [美]E.博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第151页。

③ 参见孙晓楼:《法律教育》,中国政法大学出版社1997年版,第13页。

司法群体比较复杂:上到皇帝、王公贵族、总督巡抚,下到州县官、刑名幕友、讼师、律师、胥吏等,均属于司法主体行列,他们的法律信仰和品行操守都有可能融入司法活动,影响司法效果。从这个意义上说,美国法律现实主义理论家卡尔·卢埃林(Karl Llewellyn)早年所倡导的研究思路也许更适合对中国历史上司法主体的研究,即:法律研究的重点应当从规则的研究转向对司法人员的实际行为特别是法官的行为进行研究,因为“司法人员在解决纠纷时的所作所为就是法律本身”。^①

法律发展的历史也是一个国家长期历史轨迹的记录。社会结构的变迁过程曲折而漫长,依据社会而产生,又依据社会而发生作用的法律,其演进同样应该循序渐进。法律的传承性因着社会的连续性,正如我们无法割断与先辈的血缘纽带一样,我们也不能彻底去除本土法律中的传统因子,除非我们能把现实社会与历史上的社会之间的血脉联系挥剑斩断,永不接续。尽管在历史上的一些特殊时段,社会出现过“跳跃式”的发展现象,法律也曾随之发生裂变,但在悠久的历史长河中,这种裂变显得极为短暂。在不少特殊的瞬间,国人曾被急剧变化的情势晃得眼花缭乱,试图在一夜之间超越历史,抛弃传统,废除“旧”法,结果往往适得其反:“旧”的法系已被打破,“新”的法系无法创立,造成法律的真空乃至虚无,把社会推向动乱,教训可谓深刻。

本土社会结构发展的惯性是任何外力都不能骤然改变的,再好的法律都不能无视社会对象,脱离本土社会,否则,就等于只顾照本唱戏,不顾观众情趣,演出效果全无。一味热衷于引进最先进的法律制度,却不注意与本土社会发展的阶段特征如社会结构、社会生活、社会心态等相适应,仿如将法拉利赛车的引擎安装在拖拉机的外壳中,结果引擎马力巨大,驱使拖拉机在坎坷泥泞的村路上一路狂奔,难免车散人亡。优良的汽车引擎,只有配以相应的车身、离合、制动、安全气囊等,加以良好的

^① 参见[美]E. 博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第153页。

路况,整车协调,车路相适,才能驾车畅行,人车无碍。法律与社会何尝不是如此:社会可以加速发展,但离不开历史的积累;法律可以移植,但必须着眼于本土社会的发展状况。变革法律须与改造社会同步。

克罗齐说过,“一切历史都是当代史”,其实,一切法律史也可以看成是当代法律的历史。任何时候,历史总有值得后人踏循的足迹和汲取的养分,我们研究法律史的目的无非是:再现法的历史,解释法的历史,反思法的历史,进而预测当下法的走向。

一向以为,只有学界饱学硕儒或名流耆宿,方有资格汇文出版,藏之名山,以待后人,吾等年资学识俱浅,安敢作此计划?1922年新文化运动的倡导者陈独秀先生(1880~1942年)出版个人文集时,也曾有类似感慨。这里不妨借来为自己壮胆:“如今出版界的意思,只要于读者有点益处,有印行的价值便印行,不一定要是传世的作品;著书人的意思,只要有点心得或有点意见贡献于现社会,便可以印行……”^①作者也希望通过自己对法律社会史研究的一点“心得”或“意见”,为法律史学研究者或法律工作者,对中国历史上法律与社会之间关系的认识提供一些线索,对现实法律与社会之间关系的思考进献一点启示。

学者大多对自己以往的研究成果“恋旧”,因为怀有“文章总是自己的好”的情结;对新近或即将开展的研究“盼新”,因为总相信自己能创造出更好的作品。我也不例外:恋旧,使我鼓足勇气,荟萃既有的部分成果;盼新,也许能促使我在这本《法律社会史的视野》基础上,写出一部起码自己满意的《中国法律社会史》专著,争取在“不久的将来”能完成这一计划。

2006年10月6日 于金陵御沁园

^① 陈独秀:《独秀文存》,亚东图书馆1922年版,第1册《自序》,第1页。

目 录

序言 / 1

法律社会史的理论体系 / 1

中国法律社会史的理论视野 / 3

尚未破解的“礼法之争”之谜 / 23

法律精英与法律构想 / 31

传统中国“法律人”的角色定位及功能
分析 / 33

论中国近代法律精英的法治理想 / 48

论中国近代司法文化发展的多层面
冲突 / 68

司法主体与法律效用 / 89

论汉武帝的法律地位 / 91

论乾隆的等级伦理观及其维护等级伦理
的措施 / 98

清末官僚法律心理的演变与传统礼法

制度的消亡 /111

一种法律社会史视角的考察

——南京国民政府时期司法界不良社会

关系剖析 /132

论司法官的生活待遇与品行操守

——以南京国民政府时期为例 /160

近代中、德等国法院体系与法官资格、

待遇之比较 /183

社会生活与法律规范 /207

古人看戏与古人的文化生活情趣 /209

“魏晋风度”与礼法精神 /223

清朝宫廷乐舞及其政治、社会和

文化意味 /240

清代礼制对本朝前期社会生活的影响 /260

论清朝中期以后社会生活的反礼法趋势 /278

社会结构与法律改革 /293

中国历史骨架的再现

——评《中国社会结构的演变》/295

清朝前期“律”和“例”维护父权效用之

考察 /311

康熙朝“明珠案”与“治河案”的关系 /337

南京国民政府时期县级司法体制改革

缺陷及其对司法信誉的影响 /348

论南京国民政府时期司法经费的筹划

管理对司法改革的影响 /362

社会秩序与法律控制 /377

清末礼法分离的社会动因和文化动因

新探 /379

司法腐败与社会失控

——以南京国民政府后期为个案的

分析 /396

建国前后党和政府妥善解决社会问题的

政策措施及经验启示 /411

法律社会史的理论体系

历史的脚步已迈进新世纪,中国法律史研究正面临着研究方法的创新和研究领域的拓宽的双重挑战。加强中国法律社会史研究,是应付挑战的对策之一。法律与社会生活、社会结构、社会群体、社会心态、社会变迁等关系的历史,无疑是中国法律社会史研究的主要对象。阐述中国法律社会史的研究方法,构建中国法律社会史的理论框架,有助于扩大中国法律史的研究视野,丰富法律史的研究内容,揭示中国法律与社会发展的内在联系,使中国法律史学科内容饱满充实,呈立体态势。

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惕,并将它化作强大动力,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。惟有正视危机,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,出版的大大小小的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。20世纪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”、一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等“五朵金花”上。历史阶段的划分及历史研究重心的确定,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,不但应注意它的条文,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的重要组成部分,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群体——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,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。文化典章制度与所处的社会必须适宜才会存在下去。春秋时期晏婴说过:“橘生淮南则为橘,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。”^②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。

一位著名欧洲法律社会学家提出:“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。^③破除一种法律,必须同时创建一种更适合时宜、社会环境、文化氛围乃至政治秩序的新法律,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

① 《晏子春秋·内篇杂下》第六,《楚王欲辱晏子指盗者为齐人晏子对以橘第十》。

② [美]马克·布洛克:《史学家的技艺》,转引自[美]周锡瑞著,张俊义、王林译:《义和团运动的起源》,江苏人民出版社1994年版,第361页。

③ 参见[美]埃尔曼著:《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页、第69页。

植外来法律文化,也要有能使其植根的土地气候条件。

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,以宪法为中心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60年前有学者指出的那样,“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。中国法律社会史的学科定义是: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,丰富法律史的研究内容,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

^① 北京大学教授楼邦彦:《如何能粉饰得了太平?——由召开行宪国大想到种种》,载《观察》4卷5期,1948年3月27日出版。

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,在于它在社会生活和社会关系中所体现出来的作用,只有当法律适应社会的发展,满足社会成员的需要,能有效调整人与社会、人与人、人与自然的关系,保证社会和谐有序地发展,法律才有价值,才有积极意义。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。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。中国社会发展史上,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”、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。