

學  
文  
叢  
書

# 礼·法·社会

清代法律转型与社会变迁

张仁善 著



天津古籍出版社

D929.49  
Z156

# 礼·法·社会

——清代法律转型与社会变迁

张仁善 著

大津古籍出版社

5131549/02

---

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.  
天津:天津古籍出版社,2001.7  
(学者文丛)  
ISBN 7-80504-777-4

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 041971 号

---

学者文丛

礼·法·社会

——清代法律转型与社会变迁

张仁善 著

出版人/刘文君

\*

天津古籍出版社出版

(天津市张自忠路 189 号 邮编 300020)

静海县印刷厂印刷

新华书店天津发行所发行

开本 850×1168 毫米 1/32 印张 11.5 字数 261000

2001 年 8 月第 1 版 2002 年 7 月第 2 次印刷

印数 1—2000

ISBN 7-80504-777-4

K·226 定价:18.00 元

## 内 容 提 要

礼法合一传统中国法律体系的基本特征，等级观念和纲常名教是礼法精神的两大支柱，社会生活几乎全被纳入礼法规范。本书用历史学、法学、社会学等方法，较为系统地探讨了清代礼法在清朝前期、中期和末期与社会生活、社会结构、社会心态等之间的关系，以及不同时期礼法的社会功能，梳理出清代礼法由合一到分离的线索，分析了礼法的演变对传统中国社会向近代社会转变的影响。通过对中国传统礼法的反思，就外来法律文明的本土化途径、中华法系的重塑、中国法制现代化的走向等问题，提出自己的看法。文章认为，清朝前期为礼法的苛严期（清初一乾隆朝中期，约17世纪40年代—18世纪70年代），清朝中期为礼法的松弛期（乾隆中后期—咸丰朝，约18世纪70年代—19世纪60年代），清朝末期为礼法的分离期（同治朝—宣统朝，约19世纪60年代—20世纪初）。礼法分离是中国法制近代化的开端，也是中国政治近代化的里程碑。清末礼法分离，是清朝中期以来，社会生活、社会结构、社会心态等演变的结果，中国社会变化的内因起了决定性作用，外来因素只起了催化剂作用。考察中国法制近代化轨迹，应溯源到清朝中期。贯彻于中国传统法系中的礼法精神与等级伦理原则与现代社会格格不入，我国要实现法制现代化，当务之急是致力于社会的现代化改造，促成社会结构、社会生活及社会观念的现代化，培育出能使现代化法系根植的土壤。

# 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 .....	28
一、礼法合一——传统中国特有的法律现象 .....	28
二、明清之际礼法的衰微 .....	35
三、民族文化的征服与法律文化的同化 .....	39
四、清朝礼法思想体系 .....	42
第二章 礼法与清朝前期的社会生活 .....	52
一、礼法与物质生活 .....	52
二、礼法与精神生活 .....	65
第三章 礼法与清朝前期的伦理结构 .....	76
一、刑罚标准 .....	77
二、服制关系 .....	79
三、父权的扩大 .....	86

四、夫权的提高 .....	115
第四章 清朝前期礼法的社会功能 .....	133
一、政治功能 .....	133
二、教化功能 .....	138
三、影响礼法功能的诸因素 .....	147

## 下 编

第五章 清朝中期礼法的松弛 .....	156
一、礼法松弛的表现 .....	156
二、礼法松弛的社会背景 .....	175
三、礼法松弛反映出的时代特点 .....	186
第六章 清末礼法分离的基本轨迹 .....	196
一、清末修律动议 .....	196
二、清末修律实践 .....	200
三、恢复礼制的失败 .....	210
四、同途殊归的修律宗旨 .....	212
第七章 清末礼法之争(上)——礼法分离的准备 .....	216
一、传统礼法的继承与改良 .....	217
二、新型程序法蓝本的天折 .....	220
三、近代刑法体系框架的搭建及其引发的 法律讨论热潮 .....	223
第八章 清末礼法之争(下)——礼法分离的实现 .....	240
一、新刑律体例之争 .....	240
二、立法指导思想之争 .....	245
三、最后的争辩与礼法分离的实现 .....	261
第九章 礼法分离与清末社会心态 .....	280
一、民众心态——导致礼法规范失控 .....	282
二、司法主体心态——造成礼法实施渠道阻塞 .....	294
三、知识精英心态——决定法律样式更新 .....	320

第十章 传统礼法反思与法制现代化前瞻 .....	329
一、物质层次近代化的起步与民众道德观念的 转变 .....	329
二、社会结构的转型与礼法基础的动摇 .....	333
三、先进法律文明的移植与本土化途径的思考 .....	336
四、传统礼法反思与法制现代化前瞻 .....	340
主要参考文献 .....	348
后记 .....	357

## 目 录

---

## 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,引起史学工作者的高度警惕,促使他们努力拓展研究视野,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,源起于本世纪二三十年代的“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”、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“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，因此是阶级压迫的工具；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的功能的发挥，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，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。”<sup>①</sup> 马克·布洛克(Marc

---

① 《晏子春秋·内篇杂下第六》。

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。”<sup>①</sup>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<sup>②</sup>。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

---

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

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

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,正如有的学者指出的那样,“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,我们的三十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……”<sup>①</sup>何以如此?把法律放到社会大背景考察,也许更易找到答案。

我认为,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。

开展中国法律社会史研究,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

---

<sup>①</sup> 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》。《观察》4卷5期,1948年3月27日出版。

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。”<sup>①</sup> 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,法律价值也只有人在人的需要中才能得到体现。

法律如何才算满足人的需要?自然要涉及到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。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”、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。

我以为,法律的政治价值是相对的,法律的历史价值是永恒的,即适应社会发展进步、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”

---

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。

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面层次,“是最变幻无常、最迷人的时段”。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的流逝,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<sup>①</sup>。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<sup>②</sup>。

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

---

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·福柯著,谢强、马月译:《知识考古学》,三联书店1998年版,第1页。

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。”<sup>①</sup>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。但无论是汉王朝也好,少数族建立的王朝也好,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

---

<sup>①</sup> 参见[美]埃尔曼著,贺卫方等译:《比较法律文化》,三联书店1990年版,第9页。

法(或德与刑)关系发展史。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。”<sup>①</sup>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),蒙族初兴时才传到北方,过了七十多年(1313年),《四书》朱注才被元朝钦定为科举必考书<sup>②</sup>。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。不要把阶段性的“礼法合一”特征概括整个中国传统法律发展进程。

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。它所以能在中国植根,固然离不开收回治外法权动机,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,

---

① 沈家本:《寄簪文存》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。

礼法分离才成定势。在此前提下,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”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。另有一些结构较快地分化瓦解。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)<sup>①</sup>。霍布斯鲍姆也认为:“社会的历史是社会结构与变化的一般模式同实际发生的特殊现象之间的纽结。”<sup>②</sup>

传统中国,宗法结构是最基本的社会结构,以父家长权力为中心,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悖三纲六纪的学说,如佛教就在中国播衍盛昌,但中国历

① 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54~55页。

② [英]E·J·霍布斯鲍姆:《从社会史到社会的历史》,转引同上书,第9页。



世遗留下来的纲纪之说并没有因之动摇,原因在于“其说所依托之社会经济制度未尝根本变迁,故犹能藉之以为寄之地也”<sup>①</sup>。瞿同祖先生也指出:“中国古代法律的主要特征表现在家族主义和阶级概念上。”<sup>②</sup>从周代开始,礼法制度中,就把维护宗族的利益放在重要地位。法律维护宗族制的遗风一直延续到清末,但是宗族的含义在历史上不是一成不变的。先秦时代,整个国和家合为一体,构成了典型的宗法国家,是宗法血缘与国家政治高度合一的时期,表现为宗子宗法制;战国到秦代,是宗法制遭到破坏时代;汉到隋唐,宗族制得到恢复,出现了世族、士族宗族制时代;五代以后,士族逐渐退出历史舞台,宗族的形式也因之发生变化,宋元以后的社会,是以官僚为主宰的社会,而官僚的背景又有若干阶层,趋向平民化,成了社会的基本细胞,官僚宗族、缙绅宗族组成了宗族的主要形式。近代家族制度是从宋代开始的。以前的那种宗法传统精神已经发生动摇,但不是废止,只是重心下移,变成普遍的民间“家族制度”<sup>③</sup>。

宗族在变化,调整宗族关系的法律也在不断变化。总的说来,国家法与宗族法的精神基本一致,都是为了创造一个以等级伦理为原则的社会秩序。国家法是宗族法的外延和保证,宗族法是国家法的补充和细化,两者结合,共同维护专制统治。我们只有把宗族结构的演变与法律的变化对照起来,才能全面把握中国法律宗族化在维系专制政权体系中的功能与地位。

国家结构建立在区域社会结构基础之上,法律是联系、调剂区域结构与国家结构之间的重要纽带之一。中国许多国家法律与区

① 陈寅恪:《王观堂先生挽词并序》,《陈寅恪文集》之一《寒柳堂集》,《寅恪先生诗存》,第6~7页。

② 瞿同祖:《中国法律与中国社会·导论》,中华书局1981年版,第4页。

③ 参见冯尔康:《中国古代的宗族与祠堂》,商务印书馆国际有限公司1995年版,第33页。