

中国法律史学文丛

清代“家庭暴力”研究

——夫妻相犯的法律

钱泳宏 著



商務印書館
The Commercial Press

中国法律史学文丛

清代“家庭暴力”研究

——夫妻相犯的法律

钱泳宏 著



创于1897

商务印书馆
The Commercial Press

2014年·北京

图书在版编目(CIP)数据

清代“家庭暴力”研究:夫妻相犯的法律/钱泳宏著. —北京:
商务印书馆, 2014

ISBN 978-7-100-10958-1

I. ①清… II. ①钱… III. ①法律—研究—中国—清代
IV. ①D929.49

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 292903 号



所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

教育部人文社会科学研究青年项目资助
“清代夫妻相犯研究:基于《大清律例》与
刑科档案的考察”(11YJC820095)

中国法律史学文丛
清代“家庭暴力”研究
——夫妻相犯的法律
钱泳宏 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
北京冠中印刷厂印刷
ISBN 978-7-100-10958-1

2014年12月第1版 开本 880×1230 1/32
2014年12月北京第1次印刷 印张 10 1/2

定价: 42.00 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,源远流者流长,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阙。

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,于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瞩目的成果。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，以及简单的“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

清代处理“家暴”的法律审视

（代序）

自人类随进化而组成家庭以来,作为一个承担获取生活资料和繁衍后代任务的社会基本单位,家庭和其中的夫妻、亲子等亲属关系就衍生出一幕幕活剧,伴随着人的一生,同生命共终老。与各时期的经济、政治和文化等因素相联系,夫妻关系也从来不是平等和谐的,历来都存在着既互相配合又互相争斗的现象,而历代统治者治国理政的策略中,也就不乏对家族、家庭和夫妻关系的规范与调整法术。特别是西周以降,礼与法在很大程度上都极为重视调整家族家庭和夫妻关系,各朝法律也对包括夫妻相犯在内的家族和家庭内犯罪有具体的处理规定,直到清代,集历朝法律之大成,在处理夫妻相犯案件的立法和司法方面犹有周密精细的规则和丰富的实务经验。

清代社会倡导“琴瑟和鸣”、“尊卑有序”的夫妻关系,然而,数量巨大夫妻相犯而杀的暴力案件却显见于刑部档案中。北京故宫博物院西华门内国家第一历史档案馆藏“内阁汉文题本刑科命案类婚姻奸情专题档案”,为研究者展现了清代夫妻相犯的历史印迹。钱泳宏博士的《清代“家庭暴力”研究——夫妻相犯的法律》一书即通过对清代刑科档案的爬梳与研读,为读者展示了一幅关于清代夫妻相犯完整而具体的图像。该书是在其博士学位论文的基础上,增加修改而成,其博士学位论文曾荣获2011年上海市研究生优秀成果(博士学位论文)奖,是该年度上

海市唯一获此荣誉的法学博士论文,获得不少赞誉。

正如钱泳宏博士所认为:“考察夫妻相犯最直接的视角是法律文本与刑科档案,由于唐以前的法律已多亡佚,难以窥其全貌,我们只能从零散史料、片段的记载中探知相关内容或法律的实际运作。且有清以前,古代官方司法档案都未保存下来。幸运的是,清代较完整保留下来了法律文本与刑科档案、司法判牍等,尤其是大量刑科档案留存于世,便于笔者做系统的量化研究。”该书主要以清代法律法令、清代典章、刑科档案为主要研究素材,再辅之以相关的律学著作、地方志、杂记等。该书使用的基本材料有:《大清律例》、内阁汉文题本刑科命案类婚姻奸情专题档案、《刑案汇览三编》、《驳案汇编》(包括《驳案新编》与《驳案续编》)、《刑部比照加减成案》、《清代“服制”命案——刑科题本档案选编》、《清嘉庆朝刑科题本社会史料辑刊》、《大清律辑注(上、下)》、《读例存疑》、《大清律例通考校注》、《读律佩觿》和《办案要略》等。作者认真爬梳史料,治学颇为严谨。

该书首次提出“夫妻相犯”概念,主要是从较广的意义上,梳理发生在夫妻之间的、并受法律所惩处的互相侵害行为。该书系统地运用了中央刑部档案资料,对清代婚姻关系、夫妻相犯的方式、社会各方面反应进行了深入分析,体察了当时的时代背景、社会与婚姻家庭环境,勾勒还原了清代夫妻相犯的原貌。作者进而通过清代夫妻相犯法律适用的分析,考察《大清律例》在夫妻相犯案件中的实际运作情形及对社会的实际控制情况,探讨司法实践与官方和民间表述之间的背离;作者更通过剖析夫妻相犯的律文和条例,探寻社会性别意识对清律的影响以及主流社会的性别观念与法律价值观,发现并论证清律的夫尊妻卑特征及重惩奸罪的意旨对夫妻相犯的影响,尝试对清律防控夫妻相犯的得失作出新的解释。

该书扩展了法律史对女性法律地位研究的领域。学界提及传统社会的夫妻关系时,总是以“夫尊妻卑”一言以蔽之,而该书由夫妻相犯的个案切入,不仅能看到夫犯妻,深切地感受妻的卑贱法律地位,还能看到妻的反抗以及妻在某些条件下主动犯夫的行为,这样清代女性就处在一个相对动态的表现范畴内,是当前中国法律史女性地位研究的领域逐步开拓的一种尝试。

此外,研究清代“夫妻相犯”出自于钱泳宏博士十多年来对“家庭暴力”法律防控问题的学术关注。近三百年来,夫妻相犯,尤其是妻遭受夫的暴力侵犯在形式、内容、受侵害程度、法律防控与社会支持网络上,都具有很大的相似性。关注家庭暴力,尤其是夫对妻的暴力已成为我国社会的热点问题。作者对清代夫妻相犯与清律治理的研究,对当今防控家庭暴力也具有启示意义。该部分有不少可圈可点之处。如作者认为:“当代夫对妻的暴力,正是一种历史延续下来的夫犯妻行为,这与当今社会夫尊妻卑的社会意识、夫控制妻的古老欲望、夫妻间不平等、不平衡的权力结构没有发生根本改变有关。”因此,呼吁男性参与的“白丝带运动”,共同营造男女平权的社会文化氛围;作者认为:“目前我国法律受传统立法与传统观念的影响,也明显缺失社会性别视角,而当代夫对妻的暴力,正与立法缺乏社会性别视角,所制定的法律不完善有关。”因此,法律应重视社会性别,并以正当防卫构成要件中“不法侵害必须正在进行”及“没有明显超过必要限度造成重大损害”这些较为突出的限制性规定为例,指出这两个要件对女性存在的性别歧视以及给司法裁量带来的困惑;作者还提出要构建可操作性的防控家庭暴力法律,指出我国反家庭暴力应引入民事保护令制度的必要性等。

该书是一本研究清代夫妻关系与夫妻相犯的力作,选题新颖、结构合理,考证细致,文笔流畅,九表三图,图文并茂。不仅适合作为法律史

专业师生的补充读物,也是可供婚姻法与刑法学者借鉴的参考资料,更适合对中国传统婚姻家庭法律关系感兴趣的研究者参阅。征之于史,可长见识,用之于今,益莫大焉。

徐 永 康

2014 年 8 月 4 日

目 录

绪 论	1
一、写作缘起与研究动因	1
二、概念界定与材料使用	3
三、研究思路与研究方法	8
四、研究现状与文献综述	11
五、研究重点及意义	15
第一章 清代的夫妻关系	18
第一节 夫对妻的权利	19
一、财产权	19
二、教令权	22
三、休妻权	25
四、嫁卖权	28
五、杀妻权	30
第二节 妻对夫的义务	31
一、从一而终的贞操义务	32
二、从夫而居的同居义务	38
三、为夫隐匿的容隐义务	40
四、夫丧期不再婚的义务	43
五、侍奉舅姑的赡养义务	45
小结	50

第二章 清代的夫犯妻	52
第一节 夫犯妻的方式与原因	52
一、卖休	52
二、典雇	57
三、抑勒妻与人通奸	60
四、有妻更娶	61
五、杀妻	63
第二节 妻的反应	87
一、顺受	87
二、反抗	89
三、杀夫	91
四、自尽	92
第三节 社会各方面的反应	94
一、夫家的反应	94
二、妻家的反应	96
三、他人的反应	99
小 结	100
第三章 清代的妻犯夫	102
第一节 妻犯夫的方式与原因	102
一、背夫逃亡	102
二、和诱	105
三、逼迫夫自缢身死	107
四、告夫	108
五、杀夫	109
第二节 夫的反应	121
一、顺受	122

二、知情纵容	124
三、杀死奸夫奸妇	130
四、自尽	146
第三节 和奸之人的反应	148
一、奸妇的反应	148
二、奸夫的反应	162
第四节 社会各方面的反应	178
一、夫家的反应	178
二、妻家的反应	193
三、他人的反应	197
小 结	206
第四章 清代夫妻相犯的法律适用	211
第一节 律例有治罪明文时的适用	211
一、律为主导,例为补充	213
二、以例改律,以例废律	227
三、以新例破旧例	232
第二节 律例无治罪专条时的适用	236
一、直接适用其他律例	237
二、援引其他律例比照加减适用	239
三、援照成案适用	243
第五章 清代夫妻相犯的法律分析	251
第一节 律例的夫尊妻卑特征	251
一、律例夫尊妻卑的表现	252
二、律例夫尊妻卑特征对夫妻相犯的影响	256
第二节 律例的重惩奸罪意旨	260
一、律例重惩奸罪的表现	260

二、律例重惩奸罪意旨对夫妻相犯的影响	272
第六章 清代夫妻相犯对当代防控家庭暴力的启示	279
第一节 营造男女平权的社会文化氛围	282
一、让男女平权成为全社会共识	282
二、呼吁更多男性参与	285
第二节 重视社会性别,完善相关法律	287
一、法律应重视社会性别	288
二、基于性别差异,完善相关法律	289
第三节 构建可操作性的防控家庭暴力法律	297
一、现行防控家庭暴力法律的不足	298
二、防控家庭暴力法律要凸显可操作性	301
参考文献	312
后 记	320

图表目录

表一	清代夫妻的权利义务内容	50
表二	《清代“服制”命案——刑科题本档案选编》夫犯妻之 琐事表	64
表三	夫杀妻的原因	84
表四	妻犯夫的方式与原因	119
表五	奸妇的反应与原因	160
表六	各方面对妻犯夫的反应	208
表七	《大清律例·刑律·斗殴下》“妻妾殴夫”条的罪罚差异	257
表八	清律对本夫、本夫本妇有服亲属及他人捉奸杀奸的规定	267
表九	“本夫、本夫本妇有服亲属杀伤犯奸尊长”与“凡人杀伤 有服尊长”的罪罚比较	270
图一	“和奸”与“因奸杀夫”的罪罚比较	273
图二	“和奸”与“捉奸杀奸”的罪罚比较	275
图三	“因奸杀夫”与“本夫、本夫本妇有服亲属捉奸杀奸”的 罪罚比较	277

绪 论

一、写作缘起与研究动因

清代是我国帝制时期的最后一个朝代,统治中国 268 年之久,学界普遍认为,朱子理学成为统治阶级所尊奉的正统学说,“夫为妻纲”、“夫尊妻卑”的观念在清代发展到登峰造极,妻的家庭地位与法律地位尤为低下。因为虽然夫妻差别的法律从秦代就开始有,可是清律中对夫妻妻卑的差别规定比以往任何一个王朝都更为明显。^①然而,清代社会经济的发展,中下层家庭生活的艰辛,个体的情感需求,对律例规制下“夫尊妻卑”的夫妻关系有没有影响?如果有影响而发生“家庭暴力”中

^① 现仅将清律与唐律做一对比即可看出:针对妻殴夫,清律从唐律“徒一年,伤重者加凡斗伤三等(夫亲告乃坐)”增至“但殴即杖一百,不问有伤无伤(夫亲告乃坐),折伤以上加凡斗伤三等,至笃疾者绞”;针对夫殴妻,清律从唐律“殴伤者减凡人二等”减至“折伤以下勿论,折伤以上减凡人二等,且须妻亲告始论”;针对有夫再嫁,从唐律“徒三年”增至清律“绞监候”;针对有妻更娶,由唐律“徒一年”减至清律“杖九十”;针对妻过失杀伤夫,从唐律“较故杀减罪二等”增至清律“斩立决”,也即“法司虽明知情有可原,是出无心,但究因名分攸关,仍须按其殴杀夫本律问拟斩决,只能在稿尾将并非有心干犯之处声叙,候旨定夺。在这种情形之下,也只能从宽由斩立决改为斩监候。”;更为明显的是,从夫在任何情形之下皆无杀妻之权亦无捉奸杀死奸妇或殴死有罪妻妾的权利,发展到清律夫于奸所获奸、登时将奸夫奸妇一并杀死不论,即清律赋予夫于特定情形下对妻生命权的剥夺。清律沿革明律,相对于唐律而言,对“事关典礼及风俗教化”一类非直接侵犯君主政权等方面的犯罪往往是“轻其所轻”,照此来推,对处罚涉及夫妻关系的犯罪也应该是减轻的,但是,通过上述对比,可以发现夫犯妻的处罚得到减轻,而妻犯夫的处罚则是加重了,究其原因,可谓是随着理学的渗入,清代的夫权被扩张极致的结果。

较为典型的夫妻相犯^①，那么夫犯妻与妻犯夫的方式分别有哪些？是什么原因造成的？最突出的方式又是什么？对于夫妻相犯，社会各方面的反应是什么？在夫妻相犯案件的审断中，“国法”《大清律例》的适用如何？“情理”与“习惯”起到了什么作用？律例如何规制夫妻相犯？规制夫妻相犯的律例有何特征，这些特征又对夫妻相犯产生什么影响？以上诸疑惑，皆是最初爬梳资料时的一种构想，或者说是进一步搜集资料的留意点，笔者拟通过对《大清律例》与刑科档案^②的考察，试图解答上述疑惑。

考察夫妻相犯最直接的视角是法律文本与刑科档案，由于唐以前的法律已多亡佚，难以窥其全貌，我们只能从零散史料、片段的记载中探知相关内容或法律的实际运作。且有清以前，古代官方司法档案都未保存下来，如“宋代三百余年，留下的案例可能平均一年不到三件，根本没有量化的意义。”^③幸运的是，清代较完整保留下来了法律文本与刑科档案、司法判牍等，尤其是大量刑科档案留存于世^④，便于笔者做

① 家庭暴力是20世纪60年代以来，国际社会逐渐形成的一个新的法律概念。一般认为，家庭暴力是指家庭成员以暴力或胁迫、侮辱等其他手段，故意侵害其他家庭成员的人身权利包括身体上、精神上、经济上和性方面的权利，并造成一定损害后果的行为。家庭中的弱者，如妇女、儿童、老人、残疾人更有可能成为家庭暴力的受害人。笔者使用“夫妻相犯”的概念，主要是梳理清代仅仅发生在夫妻之间的、并受法律所惩处的互相侵害行为。因此，在这种意义上，当代家庭暴力的概念含义更广，包含了“夫妻相犯”。

② 刑科档案，虽然都是一些刑事案件，但反映的内容却相当广泛，尤其是真实展示了在其他史料中难以见到的那些中下层普通民众的婚姻、奸情等事。虽然也有学者认为刑科档案“并非只是一种单纯的记录，而是一种动机复杂而又充满张力的叙述。”（徐忠明：《案例、故事与明清时期的司法文化》，法律出版社2006年版，第4页。）但它毕竟是最接近事实的记载。

③ 柳立言：《宋代的家庭和法律》，上海古籍出版社2008年版，第248页。

④ 戴逸先生认为：“中国历朝历代档案已丧失殆尽（除近代考古发掘所得甲骨、简牍外），而清朝中枢机关（内阁、军机处）档案，秘藏内廷，尚称完整。加上地方存留之档案，多达二千万件。档案为历史事件发生过程中形成之文件，出之于当事人亲身经历和直接记录，具有较高之真实性、可靠性。大量档案之留存极大地改善了研究条件，俾历史学家得以运用第一手资料追踪往事，了解历史真相。”（杜家骥编：《清嘉庆朝刑科题本社会史料辑刊》，天津古籍出版社2008年版，“总序”第1页。）

系统的量化研究。

此外,研究清代夫妻相犯出于笔者对社会现实中“家庭暴力”的关注。冷佛说过:“人世间事,最冤枉不过的,就是冤狱;最苦恼不过的,就是恶婚姻。”^①家庭暴力是导致恶婚姻的主要原因。在当今社会,夫对妻的暴力依然是人们已经习以为常的现象,社会与法律将其视为家务事,并不愿过多干涉。自20世纪60年代西方国家出现反对针对妇女的暴力的运动以来,国际社会逐渐地形成一个新的法律概念,即“家庭暴力”,并用它来规范严重的针对妇女的施暴行为。目前,关注家庭暴力,尤其是夫对妻的暴力已成为我国社会的热点问题,我国的宪法、民法通则、民事诉讼法、刑法、刑事诉讼法、治安管理处罚法等实体上或程序上已有一些反对家庭暴力的相关规定,但是,现行法律缺乏性别视角,且反家庭暴力的法律体系缺乏整体性规范,禁止家庭暴力的条款大都只是原则性的规定,可操作性不强。笔者对清代夫妻相犯及其清律治理的研究,能为当今防控家庭暴力提供若干启示。

二、概念界定与材料使用

(一)概念界定

1. 清代

本文用“清代”而不用“清朝”,是因为“清代”是时间概念,学界基本认可从公元1644年清军入关定鼎北京开始,一直到1911年辛亥革命取消帝制为止。而“清朝”还是政权概念,且从清入关前开始,与本文内容的时间段限不符,因此用“清代”比用“清朝”准确。

笔者之所以选择以整个清代为研究对象,而不是研究它的一个时

^① [清]冷佛:《春阿氏》,松颐校释,吉林文史出版社1987年版,第1页。