

## 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相互作用。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，以及法庭如何在两者之间斡旋。最后，本书在法律制度之外，还注意当事人所做的抉择，目的在于弄清法律制度的变化在人们生活中的实际意义。

继上一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。因而本书的出发点，是对清代旧法律修订过程的叙述、过渡期内施行的制度变革及新法典前后相继制定的多部草案。

然而随着研究的深入,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—1900 年间与 1930—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以 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。结果一部自称为刑法典的《大清刑律》中的民事部分,被出人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、县长与法官被明确分开(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。

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》,但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。我选择议题主要以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(虽然已部分商业化了的)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。

做这样的比较,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的“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> 这种论点基本上与上述论点同样唯西方独尊，与正宗的现代化理论并无不同，因为它假定现代西方乃放之四海而皆准的普遍标准。

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（无论多么含蓄）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，任何一方都应成为使相反方更清楚的参照。

不过我们同时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其更切合中国的既存习俗与现实，在其他方面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开始全面接触为准线来划分中国近现代史的。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，本土文化在近现代史中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法律的复合体，他们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。

---

<sup>①</sup> 对这些问题更详尽的讨论，参见黄宗智，1996，第一章。

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,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>①</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>②</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了如此效果。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。

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、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。

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

---

① 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 Henand Myers, 1978: 17—27)。

② 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这样一个政治信念：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画这样的等号是不对的。

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,还是不断冲突或完全背离。

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,我们的研究中最令人感兴趣的一些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做的重要让步。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得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者的学术成果：从卜德与莫里斯(Bodde and Morris, 1967)和包恒(Buxbaum, 1971)的早期开拓性工作,到包括安守廉(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)、白德瑞(Reed, 2000)和苏成捷(Sommer, 2000),以及我自己(黄宗智, 1996, 1998)。但是,没有一位(除了白凯)从与民国的明确比较角度来理解清代,也没有谁侧重于研究本书中研究的具体议题,我在1996年对清代民事法律制度的研究对这些议题也只是一带而过。

在梅尔(Meijer, 1950)和约瑟夫·程(Joseph Cheng, 1976)的著作中有大量篇幅涉及晚清的法律改革,它们至今仍是对模仿西方的新民法典草案的权威性研究。该草案在1929—1930年后成为中国的法律。但就清末民初而论,我的重点将放在对清代旧法典的修订上,因为此旧法典的民事部分乃民国头二十年执行的民法。

对民国初期及国民党时期的研究都不多,对该时期进行整体研究的(主要英文著作)仍只有范·德·沃克(Van Der Valk) 1939年的《概论》。后来的学者相对忽视这一时期,部分原因可能是他们认为民国不过是从清代到新中国之间的演变中的一个中断期而已(而新中国则受到与清代几乎同等的重视)。

然而本书将阐明,民国时期的情况对我们理解当代中华人民共和国的法律体系至关重要。后者的法律不仅受到古代中华帝国和现代社会主义理念的影响,也继续受到西方法律的影响,特别是1978年改革以来更加如此。随着20世纪八九十年代新立法活动

的开展,中国再次在许多方面恢复了晚清法律改革者和国民党立法者草创的工作:确立一个既与西方主导的现代立法趋势相一致(及与由改革引起的新的社会现实相一致),又保持中国传统习俗的法律体系。我们也许可以说今日中国法律的出发点更接近国民党法律而不是清代法律。

尽管本书的分析角度与以往的作者不同,我还是从过去的学术成果中获益匪浅,这在全书的引文与讨论中是显而易见的。如果我对已往研究成果的引用显得似乎没有像其他议题那样详尽,那是因为对民国时期的研究委实太少,将民国与清代进行比较的研究更是少之又少。

下面再简单谈谈本研究所使用的资料。对清代与民国司法实践的比较,我主要依赖 875 宗地方案件的档案记录。清代案件来自四川巴县、直隶宝坻及台湾新竹-淡水三县,时间从清中叶到 20 世纪前十年。民国案件来自河北顺义(今北京市)、四川宜宾、浙江乐清及江苏吴江四县,时间主要集中在 20 世纪三四十年代,但顺义县也有 20 世纪一二十年代的案例。所有使用的案件均依县、时期及有关议题在附表 A1、A2 中显示。我还利用了最高法院及北京地方法院的案件来补充研究民国时期的部分情况。

就民间习俗而言,案件档案记录本身当然是重要的资料来源,它们很好地展示了法典与民众习惯之间、法典与法庭行为之间的张力。另外,我再次利用了卓越的日本满铁调查资料。对本书研究的主要议题来说,满铁资料提供了至今仍是最好、最详尽的人类学实地调查证据。民国初年北洋政府司法部对民间习惯的调查(《民商事调查报告录》,以下作《民商事》,1930)也有助于我们更

完全地了解情况。<sup>①</sup>

至于 1900—1930 年的过渡期,现存不仅有清代及国民党法典,而且有改革者修订的清代法典和他们对各类律例的修改所做的说明,以及表现出新旧之间适应与冲突的新法典的三部草案。另外还有最高法院<sup>②</sup> 1912—1928 年、司法院 1929—1946 年应下级法院的请示对法典中的条款所做的诠释与说明(郭卫编,1912—1927 年;1927—1928 年;1929—1946 年)。此时期内最高法院的案例判决也有助于澄清法律中模棱两可的地方(傅秉常、周定宇,1964 年,第二历史档案馆)。

这些资料组成了本书的实证基础。我尝试着利用它们对整个民事法律制度做鸟瞰式的宏观研究,同时也对某些选定议题进行微观分析

## 对研究结果的几点说明

在回到本书的重点之前,让我简要地讨论一下广为学界考虑的两个次要问题。由于本书一半以上的内容涉及国民党的法治统治,我们免不了要对国民党的统治做某种程度上的评价。多数美

---

① 在我看来,虽然那些调查在展现民间习俗在不同地区的差异上非常有用,但它们并没有满铁资料的那种细节丰富与实地调查的翔实感。后者是基于村级的人类学调查,而前者则基于县级司法官员所填的问卷(由省上级法院发下)编成。这些资料在实证信息上的弱点,从梁治平的研究中(1996 年)清楚表现出来,该研究几乎完全建立在此单一资料的基础之上。

② 最高法院 1906 年初创时以“大理院”名之,到 1927 年改名为“最高法院”。1929 年之前最高法院有权听取上诉及诠释法律,1929 年后该诠释功能由新设立的司法院接管。

国读者将会以易劳逸(Eastman, 1974, 1984)为代表的主流派观点来看待此问题。易与同学派的其他学者们的注意力集中在国民党与共产党的政治斗争上。他们展示出：面对与共产党的斗争，以蒋介石为首的核心领导集团变得越来越狭隘地专注于保住其自身的权力，最终导致出现一些致命弱点，这些弱点解释了其政权崩溃的原因。易劳逸主要研究军事与政治政策及行为。而帕克斯·科布尔(Parks Coble, 1986)的重点则在揭示南京政府时期国民党的财政政策如何同样变得日益专横和自私。

本研究并不挑战这些观点，但仍有与之不同的看法。我的焦点是法律，这也许可以(与其他领域，像教育、运输、通讯，甚至工业发展一起)称之为“二线领域”。因为在蒋介石集团与共产党的角逐中，这些“二线领域”并不如一线政治斗争那样迫切、紧急，它们为不同的理念与行为提供了更多的空间。虽然对政治斗争没有直接的决定作用，但从长期“基础结构”变化的角度看，这些二线领域的重要性仍十分明显。由于国民党的法治成绩与其军事-政治-财经领域的成绩相比较为突出，从某种程度上说，本研究的确提倡对那种仅仅建立在中心政治斗争基础上的观点进行重新思考。

作为对民事法律制度的研究，本书也必然考虑法律如何处理性别关系。在此方面，最近的学术研究很好地展示了妇女在帝国晚期，虽然是在家长制的社会秩序之下，对其自身生活具有的各种自主空间(特别参见科[Ko], 1994; 曼[Mann], 1997; 白凯, 1999; 苏成捷, 2000)。本书的第九章、第十章把重点放在较少被探讨的清代与国民党法律如何看待妇女的意志及其所做的抉择问题上，试图为上述学术问题的研究做少许贡献。我认为清代法律视妇女既

非似国民党法典下独立的积极的自主体,也非缺乏意志或选择的纯粹被动体。虽然清代法律视妇女的意志从属于男人,但它赋予妇女在被侵犯过程中和从与反抗的抉择——亦即我所说的“消极抉择”。

本研究进一步追问,在清代法律和民国法律下,妇女在现实生活中所做的选择如何与法律的设想一致或背离。对某些读者来说,令人惊奇的可能是清代法律对待妇女的构造实际上在有些方面起到了保护和强化她们自身的作用(但同时也向她们强加了一些无理期望)。与此相反,国民党法律坚持妇女乃完全独立的、积极的自主体实际上却造成了取消清代法律对她们的一些保护的结果。

虽然这些问题令人感兴趣,但本书的主要内容仍是广泛比较清代与国民党民事法律制度之间的异同。正如可以想象的那样,对二者的比较形成了某些明显的或众所周知的对照,这正如父系社会秩序与个人社会秩序之间的对照一样。但它也引出了其他也许并非明显的对照:生存伦理与投资伦理之间,土地的永恒产权与土地乃有价物品之间,有拘束的产权与单一的、独立的产权之间等。此外,这一比较也显示了法典与习俗之间的一些根本的对立。本研究认为,总体而言清代法律与民间习俗比国民党法律与民间习俗具有更强的一致性。因此,清代法庭在司法实践中无须做到像国民党法院那种程度地斡旋于两者之间。

最后简单谈谈我在前面提到的一些主要理论问题。作为对自清代至民国民事法律制度的研究,本书不可避免地要界定“传统中国”和“现代西方”的概念并处理它们在 20 世纪的相互作用问题。

这样一来,也不可避免地要触及时下由后现代主义者和文化研究对旧的现代化范式的批评所引起的方法论与理论上的争论。

理论家如爱德华·萨义德(Edward Said)和克利福德·吉尔茨(Clifford Geertz)曾经特别强调过现代化范式怎样把西方自身的后启蒙现代性当作全世界的准则,他们也批评了现代化模式及其对立面的旧马克思主义社会史双方都隐含着唯物主义倾向。另外,皮埃尔·布迪厄(Pierre Bourdieu)试图运用其“实践逻辑”的概念去超越唯物主义与唯心主义之间、结构主义与唯意志论之间的分歧。本研究从这些理论家那里汲取了不少东西,但也会从他们的贡献与不足角度提出自己的看法。

因为主题的多层面性及书中采用了逐题的组织方法,本导论不打算提供惯常的对主要问题与中心论点的统一陈述。习惯了此类导论的读者也许可以先看结论,其中有对本书主要论点的总结和所采用理论观点的说明,但其他读者可能更乐于就此投入正文,从头看起,让主要论点与经验证据一道逐步展开。