

『家长权』研究

宇培峰 著

——中、西法文化视野中的『家长权』



中国政法大学出版社

013033251

C913.1

46

『家长权』研究

——中、西法文化视野中的『家长权』

宇培峰 著



中国政法大学出版社



北航

C1639605

C913.1
46

图书在版编目 (C I P) 数据

“家长权”研究:中、西法文化视野中的“家长权”/宇培峰著.

— 北京:中国政法大学出版社, 2013. 4

ISBN 978-7-5620-4642-4

I. ①家… II. ①宇… III. ①家长制—比较文化—研究—中国、西方国家 IV. ①G0

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第062508号

- 书 名 “家长权”研究 Jiazhangquan Yanjiu
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088信箱8034分箱 邮编100088
<http://www.cuplpress.com> (网络实名:中国政法大学出版社)
58908325(发行部) 58908334(邮购部)
- 编辑统筹 综合编辑部 010-58908524 dh93@sina.com
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880mm×1230mm 32开本 9.25印张 210千字
- 版 本 2013年4月第1版 2013年4月第1次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4642-4/G·4602
- 定 价 36.00元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

内容摘要

本书采用“历史比较”的方法，对中西古今的“家长权”制度加以研究，试图通过对中西古今“家长权”制度的发展与嬗变以及比较研究，揭示和阐明“家长权”在古、现代发展的状态，并理清其变化的脉络。

中西关于“家”、“家长”等概念的不同诠释是形成不同的中西“家长权”概念的最初的文化渊源。这些是构成“家长权”问题研究的核心因素。

中国古代法对“家长权”的规定具有浓厚的伦理道德的色彩，体现在诸如“孝”、“忠”观念，强调卑亲属对家长的服从的义务。而古罗马法对“家长权”规定的伦理色彩则淡薄，它强调的是家长对卑亲属所享有的支配权力。与中国法相对，罗马法以权利为中心，它是一种公、私法二元分立的体系结构，所以建立在“人法”意识上的是有关“自由人身份”、“市民身份”、“支配权”、“自权人”、“他权人”等概念，在对它们的比较研究中可以窥测中西“家长权”不同的法文化背景。

中西法律对“家长权”制度有着不同的规定。本书从“生杀权”、“责罚权”、“送惩权”、“财产支配权”、“教令权”、“主婚权”以及“诉权”等方面对中西“家长权”制度内涵进行比较研究。

在古罗马和古代中国，“家长权”往往等同于“父权”，尤其是在古罗马法中，“家长权”与“家父权”是同一概念。如

“家长权”研究

——中、西法文化视野中的“家长权”

何定位“母权”与“家长权”的关系？本文分别从西方“女权主义”观念和中国“内”、“外”界限意识两方面，论述中西女性在行使家长权方面的表现，阐明“家长权”并非是男人所独有的权利。

中国古代法与罗马法中的“家长权”有着不同的演进道路：前者始终强大，演进近乎停滞；后者则有着明显的减缩的特征。近代以来，中西“家长权”制度也呈现不同的发展趋势。在现代社会，有关“家长权”的立法状况，各国不尽相同，可以在各国的不同立法规定中领略其立法宗旨。本文试图从“家长权”与“亲权”意识、“家长”扶养制度的演变、“家长”监护制度的演变以及“亲属会议”及“家事法庭”等方面，掌握“家长权”的演变趋势及有关制度设计。

最后，在前章各部分的基础上，对“家长权”问题的实质和发展趋向进行总结，得出结论。

目 录

内容摘要	(1)
绪 言	(1)
一、选题源起	(1)
二、研究现状与资料文献	(3)
三、研究思路与研究方法	(6)
第一章 “家长权”的核心因素.....	(10)
一、古代中国“家”、“家长”的古老寓意及其 嬗变与古代中国的“家长权”	(10)
二、古罗马法中的“家”、“家庭”、“家父”、 “家子”等观念与“家长权”	(38)
第二章 “家长权”的法文化背景.....	(68)
一、中国的“孝”、“忠”观念与“家长权”	(69)
二、西方“人法”中的“自由人身份”、“市民 身份”、“支配权”、“自权人”、“他权人”等 意识与“家长权”	(85)
第三章 “家长权”的内涵及其法律规定	(105)
一、“生杀权”——“家长权”中最令人注目和 惊讶的权力	(105)

“家长权”研究

——中、西法文化视野中的“家长权”

二、“责罚权”与“送惩权”——“家长权”中 最直接行使的权力	(116)
三、“财产权”——“家长权”中最为务实的 “支配权”	(122)
四、“教令权”——“家长权”中最不可 否认的权力	(133)
五、“主婚权”——“家长权”中重要的 “许诺权”	(143)
六、“诉权”——“家长权”中最具有法律 意味的权力	(154)
第四章 “家长权”与“母权”	(163)
一、西方“女权主义”观念下的“家长权” 与“母权”	(163)
二、中国“内”、“外”界限意识下的“家长权” 与“母权”	(175)
第五章“家长权”制度的发展趋向	(190)
一、“家长权”与“亲权”意识	(192)
二、近代至现当代“家长权”的发展状况	(212)
三、中西“家长权”制度的演变趋势及制度设计	(233)
结 论	(278)
参考文献	(284)
后 记	(290)

绪 言

一、选题源起

像我这样工作很久，已入不惑之年，而又上学的人好像不太多。这时的我和二十多年前上本科、上研究生不同，欲把所有的精力都集中于学习，好像很不可能。为人子、为人妻、为人母、为人师、为人徒……忙碌的时候，仿佛在使出浑身的解数，在不同的角色转换中，保持自己身心的平衡。所以往往是，当了好学生却成了孬老师，成了好女儿却变成了不称职的妈妈。我爱我的孩子，几乎每次家长会我都参加。她正处于长身体、长知识的关键时期，我不想因为自己的学业而忽略对她的责任。在长时间的摸索和探究中，我发现了许多作为家长的权益和义务以及一系列和家长权有关的值得研究的问题，以至于觉得把它作为博士学位论文的选题也绰绰有余，且能在我的博士学业和教育孩子两件事情上做到有机的调和。所以就毫不犹豫地把它作为博士学位论文的选题。

一个研究者的关注点，应该和他重点阅读的著作大有关联。瞿同祖先生曾说过，他写作《中国法律与中国社会》，是由于他读了梅因（Henry Maine）的《古代法》，叹服其渊博精深、见解卓越。他强调正是梅因的著作激发了他的研究与写作的欲望，梅因的著作为他提供了一个学术的样板。同样，笔者对于“家长权”问题的关注，确也多少受到这两位大师著作的启发。《古

代法》中关于“家父权”的长段精彩论述，以及《中国法律与中国社会》中关于中国“家父权”的精湛分析，同样令笔者兴奋。这应该也是选题的缘由之一。

关于“家长权”，中西古今对此概念有不同的解释。中文的解释比较单纯。《说文解字》“居也。从宀”乃为“家”，而“一家之主”即为“家长”，那么“家长”所享有的“权力”便是“家长权”。

古罗马的“家长权”（*patria potestas*）概念则复杂许多。古代罗马和古代中国曾是“家长权”最为典型的两个国家。在古罗马，在社会家庭处于统治地位，家庭的宗旨在于更高的秩序的情况下，必然要求家庭采取集权模式的管理。这种模式要求整个家庭必须服从某一个人的权力、品格和权威，于是“家长”自然就产生了。“家长”是管理家庭之人，罗马法上称之为“家父”。由于此时的家庭具有社会目的和维护公共秩序的职能，“家长权”也类似于行政管理的权力，带有强制性的支配权。而国家也认可甚至公开维持这种至高的主宰权，以至于在“整个真正的罗马时代，罗马私法就是家父或家长的法”。这一时期的“家长权”在整个家族内类似于“皇权”。

在现代社会，家庭成员的社会地位趋于平等，所谓现代意义上的“家长权”，是指作为一家之长依法所享有的权利。随着社会文明的演进，“家长权”发展到现在，已逐渐失去了往日的辉煌。日常生活中已很少再见到古代家族式的大家庭，自然家庭逐渐取而代之占据了主导地位，“家长权”也随之削弱。从当前而言，当代各国规定的诸权利，虽有家长之名，已无家长之实，在本质上发生了变化。现代家庭的“家长权”是基于共同生活之目的而规定的，家长和家属已处于法律完全平等的地位，大有“家长权”逐渐消亡的趋势。不过，这又需要一个相当长

的过程。从许多迹象看，现代社会仍有“家长权”存在的土壤，社会发展的某些方面仍然需要“家长权”的支撑，在瑞士、日本、韩国以及中国台湾的现行民法典中都有关于“家长权”的有关规定，中国大陆的不少学者也积极撰文，提出有关立法方面的建议，可见这一制度存在的必要性。

笔者试图通过对古今“家长权”制度的发展与嬗变，以及比较研究，揭示和阐明“家长权”在古现代发展的状态，并理清其变化的脉络。

二、研究现状与资料文献

首先，涉及罗马法中的“家长权”问题。古罗马人早在公元前451~前450年，就制定了《十二铜表法》，其第四表的内容便是关于“家长权”。《十二铜表法》是古罗马固有的习惯法的汇编。其内容以奴隶主私有为核心，同时保留父权家长制。它被称为是“一切公法与私法的渊源”和“人类智慧的完美体现”（西塞罗）。后世的罗马法学家正是通过对它所进行的解释和阐发而最终构建了罗马法体系。在此领域，黄风等学者的研究著述如《罗马私法导论》、《罗马法教科书》、《罗马法概论》等以及黄风译的《盖尤斯法学阶梯》和徐国栋译的优士丁尼《法学阶梯》等都是重要的研究参考资料。在《盖尤斯法学阶梯》的第一编（关于人：身份、婚姻、家庭）中，以及第四编（关于诉讼）中，都从不同角度描述“父权”与“家长权”。黄风对《盖尤斯法学阶梯》的汉译本的完成，对中国的罗马法研究作出了重大的贡献。黄风认为，《盖尤斯法学阶梯》的经典之处在于：它对繁杂的罗马私法体系进行了系统合理的梳理、归纳和排序，把其中最精华的东西以教科书的形式编排。他认为《盖尤斯法学阶梯》确立了罗马私法的三大中心：人、物和诉

讼。特别值得指出的是,《盖尤斯法学阶梯》的体系是以现实中平等的、主权的和有产的家父及其相互关系为模式创造的,这种家父赋予民法以特色;这些家父代表着理想中的人及其在法中的中心地位。黄风认为,盖尤斯设计的这一教科书体系后来为优士丁尼的《法学阶梯》所全盘继承。优士丁尼《法学阶梯》,以盖尤斯同名著作为蓝本,又参照其他法学家的著作改编而成。它是阐述罗马法原理的法律简明教本,也是官方指定的“私法”教科书,具有法律效力,在其第九题中则提到“家父权”。相较于盖尤斯对这些问题的论述,优士丁尼则倾向于只深入阐述“家父权”相关的情势,所以在家庭方面,通过取消一些与人有关的划分,完成了一个统一地考虑所有人的基本法律地位的重要步骤。笔者希望通过这一部分的论述,使人对罗马法中的“家长权”的内容和实质有一个较全面的了解。

到底是先有制度后有思想,还是先有思想后有制度?在“家长权”,尤其是“父权”问题上,谈的最多的是梅因在《古代法》中的精彩论述。《古代法》被认为是梅因毕生工作中的一个宣言书。在一般人的心目中,梅因的名字也许最容易同父权制的理论联系在一起。他完全承认父权制并不能适用于一切形式的社会,他所主张的,只是父权制是雅利安人所特有的。“在人类原始联合的所有特色中,没有比这种权力更多地被大量的证据所证明,但也没有比这种权力更为普遍地、更为迅速地从前进步共产体的惯例中消失。”所以他认为“家父权”就其正常状态而论,并不是,也不可能是一种在大体上永久的制度。他所说的“所有进步社会的运动,到此为止,是一个‘从身份到契约的运动’”,同样也适用于“家父权”发展演进的历程。虽然在梅因的卓越的文体中所表达的,有一些也不能认为是普通的东西,但“古代法”中有相当部分,几乎是学习法律制度的学

生所不可或缺的。另外，关于“父权”与“家长权”，洛克在《政府论》，霍布斯在《利维坦》，亚里斯多德在《政治学》中都有相关的论述。如果说，古罗马法中相关的制度是骨骼，那么西方思想家们对此类问题的精到见解则是灵魂。正是这些灵魂使得原本僵硬的制度规定有了灵动的生命和鲜活的气息。

和古罗马法中的有关规定不大相同，受中国古代“孝”的观念的影响，中国古代“家长权”处处渗透着宗法、家族伦理的特性。另外，又由于“孝”与“忠”的观念的互融性，致使“家长权”与“皇权”、“王权”有了密切的关联。我们可以从秦到清的有关律文中，找到相关的内容。瞿同祖先生在《中国社会与中国法律》的第一章的第二节，专门论述“父权”。他说，“父权”是讨论此种亲属团体中的统率问题。中国的家族是父权家长制的，父祖是统治的首脑，一切权力都集中在他的手中。“中国家族是着重祖先崇拜的。家族的绵延，团结一切家族的伦理，都以祖先崇拜为中心。在此情形之下，无疑家长权因家族祭司的身份而更加神圣化，更加强大大坚韧。同时，由于法律对其统治权的承认和支持，他的权力更不可摇撼。”瞿同祖坚持，中国古代法律的主要特征表现在家族主义和阶级概念上。二者是儒家意识的核心和中国社会的基础，也是中国法律所着重维护的制度和社会秩序。他认为，“法律既承认家长的主权，而予以法律上的种种权力，也希望每一单位的主权能为其单位团体的每一分子对法律负责，对国家负责。此等责任或为对国家的一种严格义务”。瞿同祖从社会历史的角度，陈述和评价中国的“父权”与“家长权”。这些论述无疑是后学研究者的必读材料，他的学术观点已为大多数法史研究者所共知。

对于上述这些问题，陈顾远先生在《中国文化与中国法系》，张晋藩先生在《中华法制文明的演进》以及日本学者滋贺

秀三在《中国家族法原理》等著作中都有系统的论述。

台湾学者的相关著作，如史尚宽的《亲属法论》、陈棋炎的《亲属、继承法基本问题》、徐朝阳的《中国亲属法溯源》以及林菊枝的《亲属法专题研究》等。这些著作，在台湾“亲属法”基础上，对中国古代“家制”、“亲属”、“家长权”等演变轨迹作了精细的梳理和详尽的概括。

相关论文，如江兆涛的《中国古代法与罗马法中家长权之比较研究》，陈志的《古代中国父权与古代西方父权的比较》，王明锁、杨戩的《现代社会家长权的嬗变》等论文，对中西“父权”、“家长权”及其嬗变作了较为系统的整理。

相关教材，如陈朝壁的《罗马法原理》和周枏的《罗马法原论》，杨大文的《亲属法》与《婚姻家庭法》、余延满的《亲属法原论》、杨立新的《亲属法专论》等，对中西“家长权”、“亲属法”等作了全面的介绍。

另外，如台湾“司法院”编印的《各国家事事件相关法规》、信春鹰等的《台湾亲属和继承法》、林荫茂的《婚姻家庭法比较研究》《婚姻家庭法比较》、夏吟兰的《美国现代婚姻家庭制度》、李志敏的《比较家庭法》、夏玉芝译的《日本民法·亲属法》等对中西“家长权”的发展作了深入和透彻的比较。

除此之外，本文还参考了一些报刊杂志的相关文章。详细资料可参见文后附录的参考文献。

三、研究思路与研究方法

（一）研究思路

在古代，中国和罗马曾是家长权最为典型的两个国家，在早期，中国古代法与罗马法上家长权的内容颇为相似，家属及整个家庭财产均处于家长权的支配之下，家长拥有至高无上的

广泛权力。这种相似反映了人类社会历史发展的某种规律性。这种相似，与其说是建立在双方对应法律概念与法律规则的基础上，不如说是建立在双方具体法律规则的实际效果的基础上。然而，中国古代法与罗马法中的家长权有着不同的演进道路：前者始终强大，演进近乎停滞；后者有着明显的不断减缩的轨迹。这种不同演进道路是导致后期中国古代法与罗马法呈现明显差异的直接原因，而其深层的原因则根源于其在国家起源、经济、思想文化等多方面的差异。如，中西关于“家”、“家长”等概念的不同诠释是形成不同的中西“家长权”概念的最初的文化渊源；中国古代法对“家长权”的规定具有浓厚的伦理道德的色彩，体现在诸如“孝”、“忠”观念，强调卑亲属对家长的服从的义务。而古罗马法对“家长权”规定的伦理色彩则淡薄，它强调的是家长对卑亲属所享有的支配权力。与中国法相对，罗马法以权利为中心，它是一种公、私法二元分立的体系结构，所以建立在“人法”意识上的是有关“自由人身份”、“市民身份”、“支配权”、“自权人”、“他权人”等概念。在对它们的比较研究中可以窥测中西“家长权”不同的法文化背景；中西法律对“家长权”制度有着不同的规定。这可以从“生杀权”、“责罚权”、“送惩权”、“财产支配权”、“教令权”、“主婚权”以及“诉权”等方面对中西“家长权”制度内涵进行比较研究。在古罗马和古代中国，“家长权”往往等同于“父权”，尤其是在古罗马法中，“家长权”与“家父权”是同一概念。如何定位“母权”与“家长权”的关系？本文分别从西方“女权主义”观念和中国“内”、“外”界限意识两方面，论述中西女性在行使家长权方面的表现。近代以来，中西“家长权”制度也呈现不同的发展趋势。在现代社会，有关“家长权”的立法状况，各国不尽相同。我们可以在各国的不同立法规定中

领略其立法宗旨，笔者试图从“家长权”与“亲权”意识、“家长”扶养制度的演变、“家长”监护制度的演变以及“亲属会议”及“家事法庭”等方面，掌握“家长权”的演变趋势及有关制度设计。最后，在前章各部分的基础上，对“家长权”问题的实质和发展趋向进行总结，得出结论。

（二）研究方法

由于“家长权”概念在古代（古罗马、古中国）和现代的不同解释，在对古罗马、古中国的“家长权”作阐述时，就必然涉及到“考证”及“训诂”。

Philology，相当于中国的训诂、考据。比如研究拉丁字的字源，最初是研究罗马史的。有些人治史，都是从古典罗马开始的，都具有古典的训诂学的或者是考据学的训练。Philology 就很像中国乾嘉以来的所谓“考证”。

同样是考证，考证中国古代法中的“家长权”与考证古罗马法中的“家长权”当然不一样。这不单是一个古汉语和拉丁文不同的问题，还有其他比如，研究古代中国法，我们可以从古律如《二年律令》到《唐律疏议》到《宋刑统》的律文中考证有关规定；但考证古罗马法中的有关规定，就不但要涉及不同的拉丁语的字源字义，还有不同的引证的版本。如同样是《法学阶梯》，就有盖尤斯的《法学阶梯》和优士丁尼的《法学阶梯》，以哪一个为准，这又需要去考证两本《法学阶梯》的价值、传承关系，以及具体条文的不同与异等。

史学是要追求历史上的客观的事实，寻找历史上什么事情真正地发生了，这是史学研究者的责任。历史不能由人的主观来运用。研究人的问题，研究社会问题，研究历史问题，同样要用科学的方法（即“客观的历史的态度”）。不过“历史学上有一个主观的因素、解释性的因素，这个因素是驱除不去的。”

我们也承认在实际工作上、文献处理上等考证学派的贡献——这贡献是不可抹杀的，而且是永远需要的。不过，另一方面，我们也主张历史研究不能只讲分析、考证，也应有一个综合的观念。所以不能武断地说“‘史学研究者’不能有主观判断”。

所谓“历史比较”，是“对两种或两种以上的历史社会进行精确的系统的相互对比，目的是要对其间的共同性和差异性以及趋同性和趋异性的发展进程进行考察”。历史比较在今天越来越多地为历史学家们所实践。历史学家进行比较研究的资料以及比较课题的研究状况，通常从一个国家到另一个国家，具有很大的差异，历史比较因此会出现困难。

“历史比较”的种类，首先是比较课题范围方面的区分，分为历史整体性比较和专门课题的比较。整体比较总体上关注的是对结构、经历、价值以及经济、社会、文化或政治的综合性整体的比较，而不是仅对单一方面、机构、社会群体或事件的比较。它可以比较整个文明、民族、国家性民族以及文化民族、地区，它总是以各个方面构成的整体为目标。总体性比较由于题目繁多复杂且要求十分严格，有时会令人望而却步。显然在实践中整体性比较是较少见的。“历史比较”通常是特殊性比较。特殊性比较之所以有别于整体性或总体性比较，是因为它并不研究社会的所有方面，而只集中在特殊的课题上。当然这种特殊性比较也会促进整体性的比较，而且特殊性比较首先也要在比较中考察机构、社会群体或事件的一般原则。历史比较所依据的意图并非都是同样的。可以根据动机的基本不同分为：分析性、解释性、理解性以及认同性的历史比较。论文拟采用“历史比较”的研究方法，对古今中外的“家长权”制度加以研究。

第一章 “家长权”的核心因素

何为“家”？何为“家长”？中西关于这些概念的不同诠释是形成不同的中西“家长权”概念的最初的文化渊源。

一、古代中国“家”、“家长”的古老寓意及其嬗变与古代中国的“家长权”

（一）古代中国的“家”的寓意及其嬗变

在古代中国，“家”不仅组织着中国传统社会的基本结构，而且构成中国传统文化的精神结构和价值指向。

许慎认为，“家”即“居也。从宀”。段玉裁注为：“此篆本意乃豕之处也。”而“家”表示供放着小猪的深广大屋，即祭祖的宗庙。“家”是部族祖庙的所在地，其建筑形制即为有大屋顶的房屋。这种“大房屋”是部落的中心，亦即部落议事和祖庙所在地。它可以被理解是最早的“家”。“家”作为部族的中心以共同的祖先崇拜连接着具有血缘关系的各个分氏族，并最终定型为宗法制度。所以“家”从“宀”从“豕”，有着确定的“象征秩序”。中国古代，在夏、商、周三代就已经建立了一种以“家”为中心的层层扩散的宇宙观。所以中国人早已把“家”当作中国文化基本结构的隐喻和象征。

蔡枢衡在《中国刑法史》中曾这样形容和界定“家”：“在有了房屋、宫室后，人群历史的另一发展是：一小群人同居于一屋之内，也就是有了家。屋居就是家居。家是人群的居处单位。《尔雅·释宫》：‘牖户间谓之扃。其内谓之室。’《尔雅·