

家族司法通过。辨尊卑、序长幼。的宗法理念，惩罚违背伦常之行为，其自身就是对家族关系的梳理，已达到伦常有序的效果。我们研究中国传统家族司法，并非是为了恢复家族长至高无上的权力，也不是将家族司法呈现于当代，而是希望通过研究，能够客观对待这种法律文化所蕴含的社会治理方式和理念，使家族司法的现代转换价值成为当代司法制度改革有效的助推力。

ZHONGGUO CHUANTONG JIAZU SIFA YANJIU

中国传统家族司法研究

原美林 / 著



ZHONGGUO CHUANTONG JIAZU SIFA YANJIU

中国传统家族司法研究

原美林 / 著



山西大学出版基金资助

 法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国传统家族司法研究 / 原美林著. —北京: 法律出版社, 2014. 9

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6897 - 8

I. ①中… II. ①原… III. ①家族—法制史—研究—中国 IV. ①D923.902

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 216763 号

中国传统家族司法研究
原美林 著

策划编辑 邢艳萍
责任编辑 邢艳萍
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2017 年 2 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 北京京华虎彩印刷有限公司

印张 15 字数 260 千

印次 2017 年 2 月第 1 次印刷

编辑统筹 大众出版分社

经销 新华书店

责任印制 沙磊

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

上海分公司/021-62071010/1636

西安分公司/029-85330678

深圳分公司/0755-83072995



书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 6897 - 8

定价: 39.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

序

李交发

从“五帝”时期“帝曰：‘吁！鬻讼，可乎？’”（《尚书·尧典》）至清季“因诉讼而审定理之曲直”与“因诉讼而审定罪之有无”的民刑事诉讼理论与制度确立，说明中国有长达四千多年悠久的传统诉讼历史。这属一份厚重的诉讼法律文化遗产，内含丰富的诉讼经验与教训，是当下诉讼改革的宝贵本土法律文化资源。对此，学界进行了长期不懈的梳理、研究，不可谓研究成果不迭出。可惜的是，长期研究成果表明，仅仅或至少是偏重于对国家制定法的研究，或者说只对或偏重于正式诉讼制度研究，遗漏或忽视了对非正式诉讼制度的着力，这是一种研究认识、研究方法上的遗憾与偏颇。这种认识和偏颇带来的必然结果：一是难以客观呈现、还原传统诉讼的本来面目；二是无意地狭窄了科学研究的视阈，阉割了矛盾化解、社会关系调整机制中鲜活有用的诉讼元素。须知，自古以来，无论中外，社会是多元的，国家是由多元社会组成的。调整多元社会的矛盾，排解多元社会的纠纷，必有一套适应于它的多元法律机制和诉讼措施、技巧。多元的法律机制、诉讼措施，包括国家制定法、国家诉讼制度，即正式法律制度、诉讼制度；还包括国家层面以外的非正式法律制度、诉讼制度。从整体上看，非正式法律制度包括宗教规范、伦理规范、行业规范、家族规范等。二者相互为用，相

互为补,有效地调整、化解多元社会的矛盾与纠纷。虽然各个民族、国家在其选择、运用上各有不同,但必须运用适应本民族、本地域“自然状态”的规范,方能在合乎国情、顺乎民心的文化氛围中施用有效,无论国家正式制度还是民间非正式制度,正如孟德斯鸠调强立法和司法必须适应本民族本地域“自然状态”理论那样。也就是说,一个民族、地域的人们生长、生活在一定的自然环境下,形成了相应的社会风情、民族风格,铸定了比较定式的行为模式,他们的生产、生活和产品交换都在这种特定的自然环境、社会风情、行为模式中进行,因而适用与“自然状态”相适应的正式或非正式制度,都能产出效果优良的法律产品。

针对中国而言,自古以来就是一个典型的家、国二元结构社会,且家、国一体,家、国同态。建立在血缘基础上的宗法社会,家为基础,聚族而居,家族与国家关系紧密一体,人们生产、生活、产品交换,以及发展强大,首先以治家为基础,为前提,然后伸及社会,即“齐家治国平天下”理论与实践。由是视之,中国国家二元社会组织结构,决定了社会治理的家族法与国家法二元法律组成,人们矛盾解决的家族司法与国家司法的二元诉讼机制。

因此,在治国认识上亦同治家,“治国与治家无二法也;有国法而后家法之准以立,有家法而后国法之用以通”。(《桐城麻溪北氏家谱》)“而欲求自治方法,莫如从家族入手。一家治,一族治,斯国无有不治矣”。(《上湘龚氏支谱·族规类》)

中国传统的二元社会结构、二元法律治理、二元诉讼机制,表征出传统中国诉讼的真实历史和诉讼文化的真正内含。尤其值得注意的是,尽管今天中国社会城市化进程正在提速,但本质上中国仍然属于一个农民占主体的社会,三农问题仍旧是一个短期内难以完全破解的社会大课题。非常现实的是,中国自农村改革实行家庭联产承包责任制以来,国家基层政权,集体机构的力量开始减弱,甚至退出,特别在广大的经济欠发达的农村更是如此。由此,引发了广大乡民对传统公共权威和公共仪式的怀念和信任。家族观念、家族权力开始回潮,家族文化开始复兴,社会再度兴起复宗祠、修族谱的高潮。应当说,这不是传统家族法和家族司法的简单复制和克隆,而是适应“自然状态”的“传统再造”,这种“传统再造”的生命力和深刻意义在于重视传统家族法、家族司法的现代继承及其转换价值。试图重构讲礼法,注重个人修养;维护家庭团结,和乡睦里;强调家庭教育,孝亲爱国;提倡勤劳节俭,尊师重道;奖励为人正直,为官清廉等正面训导和规制。也重视对家族之人的违

纪犯法、好事斗殴、纠众械斗、盗窃赌博、吸毒贩毒、破坏环境等恶性行为实行相应惩戒,从而构建一套现代民间的“活法”。

原美林同志基于上述认识,选择“中国传统家族司法研究”为博士论文题目。经过努力探索,潜心研究,由“陌生和惶恐”到“熟谙和喜悦”,或者说在学习与研究中,她吃了苦头(广泛收集族谱、消化理解家族法资料),尝了甜头(读博期间在《法学研究》等刊物上发表六篇家族司法的学术论文,毕业即以此为基础成功申报国家社科项目)。专著出版更是三年辛勤耕耘的结晶,而且具有开拓性、较高理论价值和实践意义。

开拓性。过往学界特别是史学界对家族制度史研究比较重视,出现了大批有较高学术含量的论著,法学界随后跟进家族法的研究,也产出了一批有质量的学术成果。但是专论“家族司法”的学术成果,未曾呈现。20世纪初,笔者提出“家族司法”概念,且于2002年在《法商研究》(第4期)发表《论古代中国家族司法》一文,也指导过一篇关于少数民族(土家族)家族司法的博士论文(未正式出版),三篇相关家族司法的硕士论文,但缺少一个具有代表性、通论性的有较高学术价值的成果。原美林同志的这部研究家族司法的专著面世,属家族司法领域研究的开拓性成果,无论从理论逻辑、证据支撑,还是价值判断等方面,均做了有益的较深次的探索。可以说,在学术研究上开辟一个新领域。

理论价值。法律是一种生活样式,诉讼更是人们的一种生活样式。社会没有不常生常灭的纠纷矛盾,纠纷矛盾的化解,是在社会规则中解决的,这些社会规则首要表现为法律,包括国家制定的正式法律(诉讼)制度,也包括民间的非正式法律(诉讼)制度。而且法律化解纠纷矛盾的运作方式往往呈多样性:正式法律制度的正式行使,即依法律规定诉讼;正式法律制度的非正式行使,即变通法律规定诉讼;非正式法律制度的正式行使,即以民间规则为法律渊源的诉讼。目的都是冀求一个社会效果良好的法律产品——有效维护社会秩序,化解社会矛盾。是著就是从家族司法这种非正式诉讼制度的正式行使视角立论,拓展了诉讼解决矛盾的理论视野。因此,专著颇具理论价值。

实践意义。“历史使人聪明”,她能让人们认识过去、了解现在、预期将来,但是关键在于是否能正确总结历史经验教训。作为有数千年诉讼法律文化的中国,因为从未中断过自己的诉讼进程,如何将传统的丰富多彩的诉讼文化,包括诉讼理念、诉讼措施、诉讼技巧等全面呈现于世人;其诉讼的历史经验和教训如何进行科学总结,提供今人可资借鉴与启迪的学术产品,是研

究者的学术责任。是著从批判和继承两个方面进行了分析,特别从家族司法的正面价值、负面影响、现代转换价值三个维度展开了阐述,较全面不主观武断地总结了家族司法的历史经验教训,挖掘了今天法治建设、诉讼改革可用的本土法律文化资源,值得充分肯定。

当然,作为一名青年学者的处女作,特别作为一部传统诉讼研究的拓荒之作,难免有不完善的地方。其不足之处主要有二:一是更须广泛地收集、发现至今无法统计的深藏在各地图书馆和散落于民间的家族司法的原始资料,特别是未被发现的民间文本,以防挂一漏万,影响价值判断。二是中国传统家族司法有地域性和民族性特征,应当在研究中注意充分揭示之,于此,研究颇显单薄,希望在继续研究中多加着力。

原美林同志读博三年,我作为导师,与其结下深厚的师生情谊,倍觉珍贵;博士论文出版,深感欣慰。尽管论文存有不成熟的地方,但作为拓荒之作,毕竟有“筚路蓝缕,以启山林”之功。

是为序。

甲午年孟秋于湘潭大学松涛寓所

目 录

引 论 家族司法学术研究概况 / 1

- 一、家族司法学术研究的缘起 / 3
- 二、研究现状与资料收集 / 7
- 三、研究思路与主要内容 / 20
- 四、概念界定与本书创新 / 24

第一章 家族司法发展演变和盛行之社会成因 / 32

第一节 家族司法的发展演变 / 32

- 一、家族司法的萌芽 / 33
- 二、家族司法的发展 / 35
- 三、家族司法的完善 / 39
- 四、家族司法的淡出 / 45
- 五、家族司法的转型 / 48

第二节 家族司法盛行之社会成因 / 50

- 一、重血缘的国家形成 / 51
- 二、社会结构的二元性 / 52
- 三、法律治理的二元性 / 56
- 四、司法审判的二元性 / 60

第二章 家族司法的思想基础 / 68

第一节 独特的农耕文化 / 69

第二节 德、法、情、理结合 / 71

第三节 法致中和 / 73

第四节 实践理性的经世致用精神 / 74

第三章 家族司法的组织结构和诉讼审判 / 83

第一节 家族司法的组织结构 / 84

一、家 / 84

二、房 / 85

三、族 / 88

第二节 家族司法的诉讼审判 / 90

一、诉讼依据 / 90

二、诉讼程序 / 100

三、惩罚方式 / 140

四、审判效力 / 142

第四章 家族司法与国家司法的冲突与融合 / 145

第一节 家族司法与国家司法的冲突 / 146

一、家族司法与国家司法原则冲突 / 146

二、家族司法与国家司法死刑处罚冲突 / 148

第二节 家族司法与国家司法的融合 / 149

一、家族司法是国家司法的延伸 / 150

二、家族司法弥补国家司法的不足 / 151

第五章 家族司法的基本特征和历史功能 / 158

第一节 家族司法的基本特征 / 159

一、政治与伦理紧密联系 / 159

二、尚礼重法 / 161

三、简单务实 / 162

第二节 家族司法的历史功能 / 165

一、稳定基层社会的政治功能 / 166

二、凝聚家族向心力的社会功能 / 178

三、保障家族经济发展的经济功能 / 183

第六章 家族司法价值评析和历史反思 / 193

第一节 家族司法价值评析 / 193

一、正面价值 / 194

二、负面影响 / 201

三、现代转换价值 / 204

第二节 家族司法的历史反思 / 206

一、批判 / 206

二、继承 / 208

结 语 / 218

参考文献 / 220

引论 家族司法学术研究概况

中国传统家族司法是一种典型的宗法性制度,它无疑是中国法律文化重要的组成部分,在我国古代司法制度的发展过程中,起到不可轻视的推进作用。传统家族司法所具备的社会治理作用,和稳定基层的社会功能,是其他任何社会组织都无法替代的。家族司法不但在司法制度历史上存在时间之久,而且流布之普遍,成为家族社会中最主要的规范行为的制度方式。家族司法中规范的行为方式,主要是家族关系,这种家族关系作为社会体系中最主要的社会关系,无疑具有自我管理、自我约束、自我组织的“自治”性质。由于家族司法“自治”的性质,统治阶级视之为安居百姓、维系社会稳定的重要社会治理方式,在治天下的方针政策中,不遗余力地利用了家族司法的惩戒作用,并将其与保甲制度相结合,在社会管理中形成经纬结合的密网。甚至,历朝历代的统治者利用家族司法的宗法伦理性质,推行以孝治天下的方针。比如在国家司法过程中,实行了家族法,还有连坐法,以及存留养亲等法律制度;在职官制度中应用了宗亲回避制、终养制、恩荫制、封赠制、贵族世袭制等,同时不忘旌表义门、选拔孝义人才以及孝子顺孙。

基于上述家族司法治理天下成为统治者的重要政

治议题之一,以至于宗主督护制^[1]、族正制^[2]的实验屡屡出现。这些都表明中国传统家族司法在安居百姓、稳定社会中起到重要作用,成为治理社会的重要因素,这一独特的社会地位无疑决定了传统家族司法在反映中国古代司法制度的特点时有了重要的担当。鉴于此,学生不顾自身学识的简陋,撰写中国传统家族司法,以能对我国司法制度的发展脉络提供必要信息。中国传统家族司法制度在当代虽已不复存在,但其曾经存在、遗留下的家族治理观念仍然影响着社会民众,^[3]此种生活现实向我们提出疑问:

- (1) 家族司法究竟是怎样一种法?
- (2) 家族司法是否是我国司法制度发展中存在的必然因素?
- (3) 家族司法是否对我国当现代司法制度的建设起到借鉴作用?
- (4) 人们对家族司法应持何种态度?

带着以上提出的问题,作者在本书的撰写过程中,试图说明中国传统家族司法的历史发展演变和盛行之社会成因,还原其组织结构和诉讼审判,剖析其思想基础及基本特征,以便正确认识传统家族司法在中国司法发展历程中的重要作用,这就是我的写作愿望。到目前为止,对家族司法的研究,只进展到对家族司法作出概述的阶段。要深化对这些规范的认识,在今后必须对它们有进一步的理论探讨。在研究的过程中,从不同的角度分析判断家族司法发展和应用,究竟哪些是精华、哪些是糟粕?家族司法在古代司法制度发展过程中究竟发挥过哪些作用等问题进行研讨和论争,只有这样才能对家族司法的认识逐步深化。

〔1〕 督护制是指北魏初年,面对各地豪强聚众结坞自保,北魏只得承认既定事实,实行任命坞主为坞主督护,让他们行使基层职权职能的一种制度。后北魏孝文帝改革废除“宗主督护制”,另设“三长制”。

〔2〕 “族正”一词,始见于隋代什伍制,五家一保,五保一闾,四闾一族,其首领曰“族正”。清代之族正,以族正为通称,或称祠正、族约,其宗族族长兼族正者则名为族长。清朝族正制实行之初衷是在保甲制不能通行之处,用族正弥补之,以利维护社会治安,然在实践中扩大了预定范围,行于聚族而居、社会治安状况不良之地区,如械斗、讼、会党活动频繁之地,遂与保甲制并行,且扩充其职能到施行教化、监督宗族公产管理、捆送不稳定分子诸多方面。族正由民举官定,平民承担职役。族正之职役与宋代保正、明代里长之职役相同。

〔3〕 作者认为,尽管从辛亥革命以后,我们的法制和过去的封建法已然有所不同,可是这只是在形式和体系上的差别,实际上封建法律意识依然保留。甚至,封建法律意识对我们现在仍然有很大的影响。我们并非一谈到封建法就一定是个否定的东西,我们评价古人一定要站在一个客观的立场中,不能用今人的眼光来看待古人,否则古人将一无是处。因此我们说,传统家族司法制度在当代虽已不复存在但其曾经遗留下的家族治理观念依然影响着当今社会民众。

由于中国法律文化的研究在不断深化发展,而家族司法又作为法律文化的重要组成部分,因此我们对待家族司法的研究和客观评价必然也会随着研究的深入发生相应的变化。所以对家族司法的理论研究无法“毕其功于一役”,势必成为一个长期的任务。虽然对此项研究颇有力不从心之感,但仍愿作一番尝试。

鉴于本书开展论述的结构安排状况,故将在《引论》中提出书中探讨的主要问题之后,就要说明家族司法学术研究的研究意义以及研究目的;同时,必然回顾此项研究的研究现状,以便在家族制度方面的现有研究成果基础上前进和明确我们的具体研究任务。另外,还需要说明作者的资料收集情况,进一步理清家族司法学术研究的思路,以便更加明确传统家族司法的主要内容,并将本书涉及的家族、家族法、家族司法等重要概念作一界定,点出本书创新的地方,发表一些不成熟的看法,既为方便本书的写作,也为学术界展开讨论提供一些资料。

一、家族司法学术研究的缘起

本书的创作要得益于我的恩师李交发先生,关于“家族司法”概念的提出是先生在《法商研究》(CSSCI)2002年第4期发表题为“论中国古代家族司法”的文章中首次倡导的。我有幸成为先生门下弟子,并跟随先生从事家族司法的学习和研究,深感幸运。

家族司法是我国古代司法制度发展过程中形成的文化精髓,它的形成和发展同古代家族法的制订密不可分,已经成为当时国家一种非正式制度。^{〔1〕}家族司法享有国家司法所不具备的一些特点,它在以家族社会为主要生活模式的古代中国,凸显了其被民众熟知,易于接受的优势。家族司法形成的时间比较早,经历了各种社会变革,出现了萌芽、形成、发展、完善直至淡化的过程,它调整的家族关系,体现了高度稳定的特点,并且以重伦理的思想基础,揭示了我国古代司法制度发展的一种独特的规律。

古代中国,是以农业立国的,非常重视实践理性的经世致用精神,是以家庭为本的宗法团体主义思想占主导地位的君主专制主义国家。司法制度发展的每一个阶段必然与本国的国情紧密联系,这也就决定了古代司法制度发

〔1〕 此观点,李交发先生在《求索》2008年第8期发表的“家族司法:古代和谐社会的非正式制度设置”一文中已明确表述。

展过程别具特色,家族司法的发展就是司法制度发展过程中的一大特色,暗藏着中国古代社会的发展规律。家族司法继承了我国古代司法制度发展的独特文化,以一种特有的中国传统思维模式反映了我国悠久曲折的司法发展历程,这些即推动了我们中华民族数千年的法律实践活动,从而凝聚了中国各个民族的向心精神,显然此种伦理主义精神在世界法律文化之林赫然显立。因为这种伦理精神具备历史的“合理性”,它不但是中华民族生存和发展过程中的必然元素,也是我国古代社会发展的一个必然结果。

因此,在中国传统家族司法的研究过程中,我们思考的不单单局限于是否对司法实践活动产生了价值影响,不应只看支配司法实践活动的价值基础本身,更要着眼于家族司法之所以产生,并对其所在的整个社会存在所产生的影响。想要发现家族司法对整个社会存在所产生的影响,要集中于社会组织、政治运行、生产方式和思想意识等几个方面的制约去思考,这就需要我们挖掘传统家族司法的思想基础,总结其基本特征,为我们当代司法制度的发展提供有价值的参考。

在法律文化的研究领域中,关于传统家族司法的研究,提出了长期被人们忽视却又值得认真思考的问题:古代家族司法缘何形成?它的诉讼依据是什么?又有怎样的审判效力?这也是值得我们在整个研究过程中深思探讨、分析领会的问题。

起初接触这个课题,感到陌生和惶恐,随着对课题了解的深入,加上自己在做基础研究工作时,关于家族司法方面的文章相继发表,才给了自己继续研究下去的信心。于是在恩师的鼓励下和自己对科研工作的辛苦坚持下,才将此学术研究进行到底,并坚定信念要通过不懈的努力赢得成果。那么究竟传统家族司法研究有怎样的吸引力,需要学生为之付出巨大的精力呢,这要谈到下面的研究意义和研究目的了。

(一) 研究意义

研究中国传统家族司法并能够得出富有创造性的识见,具有深刻的历史意义和迫切的现实意义。家族司法是中国古代司法制度研究的重要内容之一。从古代司法制度史的研究来看,典型的有张晋藩《中国司法制度史》,还有我们熟悉的张兆凯主编的《中国古代司法制度史》,再有方立新《传统与超越:中国司法变革源流》,这些都是中国司法制度史成熟和系统的成果。但学生大胆地说这些成果有一个共同特点是:在这些古代司法制度史中,研究对象大致以制度为主,甚至在研究的过程中,都是依据正史作为研究材料,总体

都运用了历史的方法去研究,所关注的研究范围,也基本上不出“大传统”的范围。总体上是受新史学的影响,普遍采用一种西方式的历史分期和知识分类的方法。

因此,受前述一些学术路径的决定,我们在司法制度的研究过程中表现出平面和单一化。实际上我国的司法制度研究在以往将近一个世纪时间里,是有丰硕成果的,即便是在近年来也有相当大的发展,尤其是实证方面的研究,都得到了很高的学术评价,具有非常高的学术价值。然而,我们仔细去观察,却惊讶地发现很多研究者常常的做法是首先在制度层面建立一个整体的认识,这一般都缺乏历史背景和发展脉络的深入性,这样就很难构架出一个更有解释力量的理论框架。

所以,我们坚持一个观点,传统家族司法研究是我国司法制度发展的一项基础性工作,对其作深入研究是非常必要的,可以对我国司法制度的发展脉络提供必要的信息。作者在查看了无数资料依次作对比之下,认为可以有以下的观点,中国传统家族司法的实施始终要以家族法的存在为依据,^[1]我们可以将古代的家族法视为古代社会民法的存在,当然,这种观点在学界是有很大争议的。例如,俞江在“关于古代中国有无民法问题的再思考”的文章中作了详细介绍,文章将争论的过程大致分为两个阶段:第一个阶段划分在20世纪80年代之前,此阶段的肯定意见认为中国古代是存在民法的,民法存在于礼制当中。否定意见则认为古代中国没有民法,因为民法应该以意志自由和地位平等为基本原则,以保护市民的私权为主要目的,而在中国古代的律典或令之中,都不具有这样的目的和性质。第二个阶段,就是划分在20世纪80年代之后,其肯定意见认为中国古代存在民事上的调整规范,这种调整规范,主要是指中国古代家族法。否定意见则认为家族法的存在不能视为古代民法的出现。

总之,在古代我们可以将那些支配人们日常行为方式的习惯、惯例、礼俗等视为规则,把社会舆论或一种特有的“相互期待”看做一种强制力,同时,我们认为古代中国律典中的一些原则对家族法的制定以及家族司法的执行都具有指导亦或参照的意义。

然而,在研究的过程中,我们发现了解家族司法现代的情况,远远比研究

[1] 家族司法的存在依据,李交发先生在《法商研究》2002年第4期发表的“论古代中国家族司法”一文中有详细叙述。

历史上的家族司法困难得多,因为很多家族司法在过去往往与地方习俗相一致,而今天却又以地方习俗的面貌出现,这就很难鉴别是前者还是后者。特别是一些家族司法的存在,多散布在偏远的农村地区,除非获得当地人的支持,还有家族长的信任,才可能会接触到这些家族司法,否则很难接近、很难了解。这些家族通常不愿意向外来人提供家族法制定文件,担心其中有些家族司法的施行与国家法律相悖,惹来麻烦。所以,收集近年来订立的家族法以透析家族司法的发展演变,其难度远远超过收集历史上的家族司法。但是,我们经过研究阶段的一些积累,深刻认识到,现今的家族法,其中关于家族司法的一些内容,都会随着社会的发展,以及法律的规定和变更,不断有新的增补或修改,随着这些内容上的变化,其对社会发展产生的作用,也会有所不同,因此,需要通过跟踪调查的方法来观察它们的发展演变。可见,对于传统家族司法的研究,是个长期艰巨的课题任务。

(二) 研究目的

本书通过对中国传统社会的经济制度、政治体系、社会结构等进行解读,在分析家族司法发展演变的基础上总结其盛行之社会成因。明确家族司法形成的思想基础后理清它的基本特征,并对其作出客观的评价。最终目的是将传统家族司法的现代转换价值置身于当代司法制度建设中,以便于能深入的了解家族司法到底是何样的司法。

中国传统家族司法尽管只是古代中国的非正式制度的设置,但它却是符合中国古代国情,适应民间自治的一种司法制度。家族司法的历史发展足以证明它自身的生命力,以及它给社会治理带来的巨大价值,是名符其实的古代宗法政治制度,是古代中国在农耕经济条件 and 自我封闭的乡民社会中,一种理性认识和适应时代的制度运作。这种适应时代的制度运作,一方面稳定了社会秩序,有效调整了基层社会关系;另一方面也消极影响了人们的诉讼意识。

传统家族司法的两面性使统治阶级适宜的选择其弥补国家司法的不足。这也是思想家们对古代社会家国一体的国情的认识。传统中国是家国组织形式,家是基础,集家为族,合族成国,构建出家国一体,家国同态的运行模式。这种家国组织的社会二元结构,明显以血缘纽带为联系,家族作为血缘纽带连成的群体,成为社会重要的存在形态。血缘共同体的家族区别于地域共同体的国家,血缘共同体的家族作为构成二元社会结构的基础,是管理民众的一种重要的社会组织形式。在古代宗法社会,这种管理民众的社会组织

形式,有效的弥补了国家司法资源不足的现状,统治阶级为了有效利用家族自治的社会治理方式,在家族法制定和家族司法实施方面都给予了一定的支持。家族司法的惩治措施理想的调整了家族内部成员的关系,稳定了社会治安,为古代司法制度的建设发展作出贡献。

在古代社会,国家法律在司法层面上有非常明显的短缺,对于基层社会,国家法律显得鞭长莫及。其原因,首先是古代社会的司法审级设置有限,州县司法机构不健全,这种情况下还要管辖州县之全部的诉讼,而且在宋代开始法有定制,州县长官须亲自审理案件,这就加重了州县司法机关的重担,州县官难理一州一县之诉讼,尤其在偏远之地,形成国家司法力不从心的局面。其次是农耕社会的乡民,对历史上的残暴刑罚心有余悸,视国家法律为恶器,总是敬而远之,在这种与国家法律相抗拒的思想意识支配下,国家司法显然无法施展自身之力。再加上司法过程中,不可避免出现的司法腐败,更加使得乡民不愿诉求法律,即便有国家司法的实施也难以达到预想的法律效果,这些都是加重国家司法资源在边远地区供给不足的原因。但是统治阶级坚决不会容忍社会有法律的空旷区域出现,必然寻求一种可以缓解司法资源不足,治理社会的力量,于是家族司法就有效担当了这种力量。作者通过对中国传统家族司法作研究,探索家族司法发展演变的历程,对其作出价值评析,可以拓宽历史司法制度研究领域,为中国法律文化的研究作出贡献。

二、研究现状与资料收集

作者结合自己的法律文化的知识储备,围绕中国传统家族司法涉及到的问题开展课题研究。在课题研究活动中,我们最为关注的是研究方法的灵活运用问题。但是,在学习和研究的过程中发现,只是阅读科研方法类的书并不能完全解决具体研究中的方法问题。研究经验告诉我们,拓展研究方法的最有效的途径其实是广泛阅读别人的研究,从别人的研究学习和体会研究思路,进而形成自己研究课题的方法选择与设计。作者从前辈学者的研究中按照研究的进程,对其研究思路予以分析,希望能够给自己此次撰写以方法的启迪。

从他人的研究中可以看到,研究方法并无一定之规。一个课题的研究往往需要多种方法共用;任何一种研究方法在实际研究应用中,都是经过了变通的。本书的所有研究实例都充分表明了这一点。因此要深入讨论,进行实际调研,才能确定本书的创作主题。同时,要加强收集整理与课题相关的资