

法律出版社

中华法系的 再认识

刘广安 著

法律出版社

中华法系的 再认识

刘广安 著



图书在版编目(CIP)数据

中华法系的再认识/刘广安著. —北京:法律出版社,
2002.7

ISBN 7-5036-3871-0

I. 中… II. 刘… III. 法制史-中国-文集
IV. D929-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 048810 号

出版/法律出版社
印刷/中国科学院印刷厂
责任印制/李 跃

总发行/中国法律图书公司
经销/新华书店

开本/850×1168 1/32
版本/2002年6月第1版

印张/6.5 字数/160千
2002年6月第1次印刷

法律出版社地址/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)
电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn
传真/(010)88414115
电话/(010)88414121(总编室) (010)68710329(责任编辑)

中国法律图书公司地址/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)
传真/(010)88414897
电话/(010)88414899 88414900
(010)62534456(北京分公司) (010)88960092(八大处营业部)
(010)88414934(科原大厦营业部) (021)62071679(上海公司)
商务网址/www.chinalaw-book.com

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-3871-0/D·3588

定价:13.00元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

前 言

从 1985 年至今,我在《中国社会科学》、《中国法学》、《中外法学》等学术刊物上发表了数篇中国法史学方面的论文。这些论文涉及家法族规、民族立法、民间习惯法、皇权与立法、中国法律史学反思等问题。问题虽然分散,但有一个关注点是一以贯之的,这就是从不同角度去认识中华法系的特点和意义。中华法系的概念、特点和意义,学界没有统一的看法,从不同角度去认识会得出不同的结论。如果从中华法系的根源去认识,可以说,中华法系是在华夏文化基础之上产生发展起来的一种法律传统。在其发展演变过程中,随着家族关系和民族关系的发展,君主集权制和儒家思想正统地位的发展,官方社会和民间社会的发展分化,以及不同时代学者研究的发展,中华法系的特点和意义也是在不断发展变化的。以此发展的动态的观点作为认识基础,我选择了上述不同专题去认识中华法系的具体特点和意义。遵丁小宣先生建议,我把这些论文分类选编(原文照录,仅改错字),增加说明,冠以《中华法系的再认识》之名出版。感谢法律出版社出版此书。感谢亲友师长多年来的关怀和支持。特别要感谢张晋藩先生、李贵连先生、张志铭先生、季卫东先生、李存捧先生、贺卫方先生、舒国滢先生、郑定先生对发表上述论文给过的指导、推荐或帮助。

目 录

前 言

第一部分	家法族规与民间习惯法·····	(1)
	论明清的家法族规·····	(3)
	对凉山彝族习惯法的初步研究·····	(20)
	传统习惯对清末民事立法的影响·····	(34)
	民间调解与权利保护·····	(42)
第二部分	民族、皇权与立法 ·····	(85)
	简论清代民族立法·····	(87)
	明朝的皇权与立法·····	(110)
	明朝的立法思想与立法解释·····	(117)
	中国古代法的演变·····	(129)
第三部分	儒家思想与法史学术·····	(135)
	儒家的家族主义·····	(137)
	儒家的礼治思想·····	(143)
	沈家本法学思想近代化简议·····	(154)
	杨鸿烈与中国法律史学·····	(160)

二十世纪中国法律史学论纲·····	(166)
附录:书评三篇 ·····	(187)
后 记·····	(201)

第一部分 家法族规与 民间习惯法

.

论明清的家法族规

家族关系是传统中国的基本社会关系。调整家族关系的家族法源远流长,自成体系,是中华法系自立于世界法系之林的主要标志。学界对官方制定的家族法研究较多,对民间制定的家法族规研究较少。我在1985年撰写的硕士学位论文《论明清的家法族规》,分析了这种研究状况,并在前言中说明了我研究家法族规的缘由:

“家法族规相对国家制定法来说,属于民间习惯法的范畴。法律学界过去对封建国家制定法的研究颇多。但对我国封建社会民间习惯法的研究甚少。对封建社会民间习惯法的主要组成部分家法族规的研究尤为薄弱。究其原因,是对家法族规在维护封建统治秩序,巩固封建专制基础中发挥的重大作用认识不足,尤其是对家法族规在调整民事关系方面的重要性缺乏认识。家法族规在意识形态方面的深刻的历史影响,也鲜为人重视。本文通过对明清家法族规与封建国家制定法之间的内在联系的剖析,说明作为民间习惯法的主要组成部分的家法族规在调整封建社会关系中的重要作用和深远的历史影响,以及研究家法族规的学术意义和现实意义。由于家法族规的史料,明代以前的遗存很少,明清时期的遗

存颇多。所以,本文的论述范围限于明清时期。”

本文即由我的硕士学位论文缩写而成,发表于《中国法学》1988年第1期。本文论证了家法族规的性质问题、效力问题,并涉及传统社会的民间自治问题、传统法律体系的构成问题、传统民法的存在实态问题。近年来,学者们已有更多的相关新作发表,请读者注意对照阅读。

以君权为核心的政权系统和以族权为核心的家族系统是贯穿整个中国封建社会的两个组织系统。二千年来,地方上小族依附大族,大族之间互相联姻,又尽力攀附皇族,形成了以皇族为核心,以大族为支柱,以中小家族为基石的“家天下”的宗法社会结构。明清时期,封建专制主义高度发展,封建宗法统治也更加强化。在朝廷,它加强了皇权;在地方,它加强了族权。它使政权与族权的互相支持和勾结更加紧密。旨在维护封建族权的家法族规,在明清封建统治者的大力支持下,发展到了鼎盛阶段,即完成了家法族规的法律化过程,使家法族规成为封建国家法律体系的一个组成部分。明清时期的家法族规不但具有比之封建国家的制定法更为浓厚的封建伦理色彩,成为维护封建统治的有力工具,而且形成了区别于明清以前的家法族规的鲜明特点。因此探讨明清家法族规的性质、内容和作用,对认识明清封建法律体系的构成,进而了解中国晚期封建法制的特点直至整个中华法系的特点都是很有价值的。

家族组织是世代聚居在一起的同一个男性祖先的子孙,以血缘为纽带,以地缘为基础,以财产为保障所形成的一种社会组织形

式。家族组织是构成中国封建社会统治的基础。家法族规是各个家族组织祖上流传而为后代修订的主要用以调整本家族内部关系的行为规范。最初它本是一种民间自治规范,其历史渊源可以上溯到原始社会末期的父系大家族组织。如西藏米林县的珞巴族就保存了一些原始社会末期的父系大家族组织的家法族规,其中有“财产由子女继承,而且不动产只能由儿子继承。但如死者绝嗣,动产可用于办理丧事和给死者的女儿一部分,不动产则由死者同氏族或同抗隆的人继承”^① 在奴隶社会的家族组织中,家法族规的数量已经相当可观,如凉山彝族奴隶社会家支组织的习惯法。早期的家法族规是家族组织中世代口耳相传的不成文的习惯法。成文的家法族规在封建社会前期已经出现,如三国时魏人田畴为约束族人,曾立规二十余条^②。宋代以后,随着封建专制主义的高度发展和阶级矛盾的不断激化,封建统治者特别强调以治家收族来“管摄天下人心”,稳定封建统治基础。他们大力提倡和支持制定家法族规,因此以成文形式出现的家法族规越来越多。明清时期,封建大家族一般都制定有成文的家法族规,一些中小家族即使没有成文的家法族规,也有许多不成文的传统禁例存在于家族组织的习惯之中。明清时期成文的家法族规,有称作家法、家规、家矩、家训、家禁、家约、族规、族约、宗规、宗约、宗式、义庄规条等。这些家法族规在结构上很多都模仿和接近于封建国家制定法,如有相似于国家制定法的正文、注疏、行为规范和相应的法律后果等部分。在内容上,它涉及到封建国家制定法中的刑事法律和民事法律的很多方面,与封建国家制定法有广泛、深入和直接的联系。有的家族明确规定:“国与家无二理也,治国与治家无二法也。有

① 抗隆:指一个祖先的分支,见宋兆麟等著《中国原始社会史》。

② 《三国志·魏志·田畴传》。

国法而后家法之准以立,有家法而后国法之用以通”^①,“谱列家箴、家礼、庭训,立宗法实伸国法也”^②。明清家法族规高度发展并与封建国家制定法联系紧密,其原因是明清封建官府对家法族规采取了以下一些支持和强化措施:

首先是通过宣讲上谕、律例的方式实行对家法族规的指导。宣讲上谕、律例是明清时期州县官的一项重要职责。官府对宣讲的内容、时间、方式都有具体的规定。如《钦颁州县事宜》中说:“凡为州县者父母斯民,首先教尊。每遇朔望,务须率同教官佐贰杂职各员亲在公所齐集兵民,敬将圣谕广训逐条讲解,浅譬曲喻,使之通晓,并将刊示。律例亦为明白宣示,俾譬物。至于四外乡村不能分身兼到者,则遵照定例,在于大乡大村,设立乡纳所,选举诚实堪信素无过犯之绅士充为乡正,值月分讲。印官不时亲往查督,以重其事”^③。这种宣讲,对家法族规的制定和执行都有直接的指导作用。有的家族把官府宣讲的上谕直接抄录于家规之中。如明代高攀龙把明太祖的圣谕六条录于家训之中,声称:“人失学不读者,但守太祖高皇帝圣谕方言:‘孝顺父母,尊敬长上,和睦乡里,教训子孙,各安生理,无作非为’时时在心上转一过,口中念一过,胜于诵经,自然生长善根,消沉罪过”^④。又如安徽《潜阳呈氏宗谱》,于康熙三十九年,“录御制十六训于前者,欲子孙共遵圣论也”。而安徽桐城苍基《王氏宗谱》,不仅录“圣谕六条”原文于谱,甚至连“六条”的注解也都一一敬录。明清时期,有不少家族把“圣谕”原文直接用作家规条目,再结合本家族的情况,加上具体注解说明。因此,明清时期各个家族私自制定的家法族规,虽然各有特点,宽简

① 《桐城麻溪姚氏族谱》。

② 安徽《潜阳呈氏宗谱》。

③ 《钦颁州县事宜》,同治年间重刊。

④ (明)高攀龙:《高氏家训》。

不一,但基本内容和精神实质是互相通融并大体一致的。这与封建官府宣讲上谕律例的影响是直接相关的。另外,地方官发布的“教约”、“禁约”等文告,对家法族规的制定和执行也具有指导意义。

其次是通过族权的认可和支持实现对家法族规的认可和支持。明太祖朱元璋曾御赐孔府族长龙头拐杖,以“主令家务,教训子孙,永远遵守”^①。朱元璋亲自接见浙江蒲江县郑氏宗族族长郑濂,以予表彰支持。乾隆《曲阜县志》卷二十九载:嘉靖四十一年(1562年),世宗又赐孔尚贤(宗主)敕谕:“令尔尚贤,督率族长、举事、管束族众,……如有恃强挟长,明谋为非、不守家法者,听尔同族长查明家范发落,重则指名具奏,依法治罪,尔其钦承之”。清代《户部则例》中明确规定:“凡聚族而居,丁口众多者,准择族中有品望者一人,立为族长。该族良莠,责令查举”。^②明清地方档案和官员的文集中,认可和支持族权的材料也很多。如清代台湾《淡新档案》12402号记载,淡水分府命巨姓王陈等十一姓,每姓举出一人为族长,发给谕戮,使其约束子弟。同档12211号记载,官府发给新充族长陈宗器戮记一顆,并谕“凡族中一切事务,务须妥为经理”^③。《西江视臬纪事》中有“设立族约议”:“各祠既有族长、房长,莫若官给牌照,假以事权,专司化导约束……特扎飭议”,并规定:“如果两年之内,化导有方,约束无事,地方官给匾奖励,五年无犯,祥宪请奖。十年之内能使风俗还醇,浇凌胥化者,详情具题奖叙,以示鼓励”^④。封建政权支持族权的材料在家谱中也有记述,如安徽南陵《许氏宗谱》中记载,“惟此通族相商,特恳天台准给印

① 《山东曲阜孔氏》大宗谱。

② (清)《户部则例》卷三,“保甲”。

③ 《淡新档案》史料引自戴炎辉:《清代台湾之乡治》。

④ 《江西视臬纪事》,雍乾时期凌煊任江西按察使所拟文件辑录。

示刑杖,如有不孝子弟,许各房长送公祠究实治罪”,王邑侯回批:“准此,合给示晓諭”。

再次是直接批准家法族规。封建家族组织为了使其所制定的家法族规更具有强制力和权威性,往往把家法族规送请官府“呈验”批行。如明代万历十六年长沙擅山陈氏宗族,把“家训”送请长沙府“呈验”,经长沙府骆知县批准后实行^①又如万历十九年,河北宁晋王氏宗族的“族约”也是经本县官府“批行”后方执行^②。明清时期把家谱送请官府要员审阅写序,也是一种认可、批准族规的方式。

最后是支持家法族规的实施。封建官府为了加强对基层的统治效力,直接支持家法族规的贯彻执行。如嘉靖时《休宁刘氏族谱》记载:“(族人)或有不肖,变易祭规,盗卖田地,集众具告府县俯鉴微情,赐扶家法”^③。再如台湾《淡新档案》(22706—7)记载:“(官府批示)郑庆陞即国栋果属不法,叠害族亲,尔等既为族、房长,尽可以家法处治奚庸存案”。同档(35104—1)还记载有官府批示:“邀同族长处明,治以家法可也”。明清时期,封建官府对家法族规总的说来是抱以支持的态度,尽管在个别时候封建官府对家法族规中有碍国家制定法的内容也加予限制或部分地禁止,但这种限制是为了更好地利用它。正因为如此,家法族规在明清时期才得到不断的丰富、发展并达鼎盛,同时封建官府对家法族规的利用也才会日益加强。

明清时期,由于封建官府对家法族规采取了上述措施,因此家法族规这种民间自治规范,实际上已成为明清封建法律体系的一个组成部分,成为封建统治者维护专制统治的一种法律武器。在

① 万历《长沙擅山陈氏族谱、家训》。

② 《河北宁晋王氏族谱》。

③ 嘉靖《休宁邑前刘氏族谱》。

封建官府的认可和支持下,族长对违犯家法族规的家族成员以及家族组织中的佃户和奴婢,据情可以实行罚银、罚谷、禁贍、革胙、除籍、杖责甚至处死等制裁手段。这些制裁手段的实施,一般是先教后罚。每个家族都定时宣讲家法族规,教育族人,并且要求族人记熟家规。不听教化者,就给予惩罚。

二

明清家法族规的主要内容和作用,是与封建国家制定的法律相配合,维护基层社会的封建统治秩序。其内容和作用集中表现在以下几个方面:

1. 维护封建的宗法等级关系。明清时期的封建家族组织内部,尤其是在一些封建大家族内部,族长、房长、户长和各种管事,等级分明,各有特权。家法族规对这些人的等级特权都有不同程度的规定。各级大小不同的家长,占有高低不同的地位,享有等级不同的特权,他们共同对广大族人实行封建家长制的宗法统治。在明清家法族规中,对“不孝罪”的规定,比之封建国家制定法中的有关规定更加详密,其制裁手段也更加严厉。

2. 维护封建国家的赋税制度。在封建国家的制定法中,对欺隐田粮,脱漏版籍,不按期完成国家赋税者,不但要治罪本人,而且还要治罪家长。因此家法族规与之密切配合,一般都把“完粮纳课”作为重要内容加予规定。对“拖欠钱粮”者,轻则“将其田地山园,家庙照业出卖,以完国课”,重则“合族送官公处”,以“不忠”之罪论。不少家族规定,族田收入必须“先完国课,后计开销”。

3. 严厉惩治窃盗。明清家法族规中惩治窃盗的规定,有的方面比封建国家制定法的有关规定还要细密,不但对“初犯”、“再犯”,“大盗”、“小窃”都作了区别,并规定给予轻重不同的惩罚;甚至对“窃蔬菜、薪木、鸡犬小物”等内容也都一一规定了惩罚办法。

4. 严禁斗殴生事。斗殴生事,扰乱封建统治秩序,为封建国家制定法所不容,当然也为明清家法族规所严禁。家法族规在这方面,既注重教化,禁于“将然之前”,也厉行责罚,惩于“已然之后”。如江西南昌《魏氏宗谱》中专条规定“禁行凶拳棒酗酒生事”,其先引用孔子、孟子的话进行说教劝阻,再对不听教化者,分别予以责罚。

5. 禁锢宗族成员的人身和思想。出于维护封建家族组织稳定的需要,明清家法族规对族人的人身自由和思想严格加予限制和防范。家法族规不许族人轻易迁徙,不许族人擅营它业,不许族人论说时政,不许族人增长见闻,不许族人读非礼之书,等等。有的家族还设置了“劝惩文簿”,规定了详细的“赏罚”制度,以监督族人的一言一行。明清的家法族规对于女子的人身和思想的限制极为严厉,如蒲江《郑氏家规》规定:“女子年及八岁者,不许随母到外家,亲虽至亲之家,亦不许往,违者,重罚其母”,安徽合肥《邢氏宗谱、家规》中规定:“若有不事纺绩,不守闺门,观寺院,嬉游野外荒郊闲玩者,必禁之。若有不孝姑嫜,不和妯娌,学牡鸡晨,效长舌妇,夺夫权而干予外事,好多言而搬弄是非者,必惩之”。由此不难看出,明清家法族规对族人的人身和思想方面的禁锢和控制,比之封建国家的制定法还要严苛,对于社会发展的影响也更为有害。通过这些家法族规使得卑幼与家长、族人与族长之间形成了一种强烈的牢固的人身依附关系。卑幼和族人要生存下去,就只有对尊长附首贴耳,甘受奴役。他们没有人身自由,没有独立的人格,没有独立的意志,一切以尊长的意志为意志,以尊长的是非为是非,总之,一切唯尊长是从。正如马克思在谈到东方专制制度的基础时所论断的:“它们使人的头脑局限在极小的范围内,成为迷信的驯服工具,成为传统规则的奴隶,表现不出任何伟大和任何历史

首创精神”^①。

明清家法族规与封建国家制定的刑事法律相配合,使违反封建刑律者不仅要受到国家制定法的制裁,还要受到家法族规的惩罚。违反封建国家刑事法律被判罪的“刑犯”,一般都要被家族除名,不得列入族谱,并为整个家族所不齿。封建官府支持家族组织利用家法族规处理一部分轻微刑事案件,这就使明清封建刑律之网更加严密,其宗法色彩也更加浓厚。

三

明清家法族规的另一重要内容和作用,是调整家族组织内部的民事关系,维护封建自然经济。明清家法族规关于民事关系内容的规定,涉及到封建国家民事法律的许多方面。在民事主体的权利能力和行为能力方面,家族成员之间的权利能力不平等。家族中的尊长具有完全的权利能力,而卑幼的权利能力则受到严格的限制。妇女被要求恪守“三从”没有独立的人格,其权利能力当然得不到保障。偶有妇女行使民事权利的情况,也只有代父或代夫行使而已。一方面是尊长与卑幼的权利能力不平等,另一方面是族产主置人与一般族人的权利能力不平等。一般族人对族产没有借贷或赠予的权利,自己使用也须经族产主置人批准尚可实现。家族成员由于权利能力不平等,其行为能力也必然有所差别。一般来说,家族中只有尊长具有完全的行为能力,至于一般族人或辈份低的人,即使年龄已达成成年,其行为能力也要受到限制,仍然属于限制行为能力人。

在所有权关系方面,族产是非常重要的属于家族成员共同共有的财产,其所有权属于全体族人。但由于族产为家族组织中的

^① 《马克思恩格斯选集》第2卷第67页。