

中国传统亲属 法律文化和谐性研究

叶英萍 主编

ZHONGGUO CHUANTONG QINSHU
FALV WENHUA HEXIEXING YANJIU



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

中国传统亲属 法律文化和谐性研究

主 编 叶英萍

撰稿人（排名不分先后）

叶英萍 罗旭南 齐 虎

关丹丹 高 鸣 彭传霖

罗 涛

海南省哲学社会科学规划课题 (HNSK08-07)



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国传统亲属法律文化和谐性研究 / 叶英萍主编.
—北京:法律出版社, 2015.7
ISBN 978-7-5118-8296-7

I. ①中… II. ①叶… III. ①亲属法—文化研究
—中国 IV. ①D923.904

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 186740 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/刘琳

装帧设计/李瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京九州迅驰传媒文化有限公司

责任印制/沙磊

开本/A5

印张/8.625 字数/233 千

版本/2015 年 7 月第 1 版

印次/2015 年 7 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-8296-7

定价:24.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

《中国传统亲属法律文化和谐性研究》是叶英萍教授主持的海南省社科基金资助的研究项目,结项成果将在法律出版社出版,对于学者来说,将自己付出心血的研究成果公开发表,是一件很隆重的事,因此希望我给即将出版的著作写一个“序”,这是对我的信任,我必定认真对待。

《中国传统亲属法律文化和谐性研究》不仅仅是研究中国传统亲属法,而且是以中国传统亲属法律文化为研究对象,更让我敬佩的是,课题以中国传统亲属法律文化的和谐性为研究的落脚点,选题专而深,要做好这样的课题,实在需要有深厚的学术功底。

亲属法是调整亲属关系的法律,用以规范亲属关系的发生、变更、终止以及亲属之间的权利和义务。中国传统亲属法在规范亲属关系时又是如何规定亲属之间权利和义务关系的?体现了什么样法律文化特征?课题紧紧抓住中国传统亲属法律文化的和谐性,运用大量的历史文献和案例,采用了历史学、社会学的研究方法,条分缕析,体现出了清晰地

研究思路:首先以总论的方式对中国传统亲属法律文化的产生演变、内容与特征做出了宏观的概括性论述;其次以分论的形式分别从传统亲属法律文化所包括的因素、国家亲属法律制度文化、家规族法、家庭纠纷的解决等方面,分析论述了中国传统亲属法律文化所包含的和谐性因素与特征;最后对我国传统亲属法律文化的和谐因素在近现代的批判与继承情况进行了深入的具体的历史考察。作者通过全面展现中国传统亲属法律文化的和谐性特征及其表现后认为,中国传统亲属法律文化是几千年儒家文化的重要组成部分,它最集中体现了传统儒家法律思想的精髓;传统亲属法律文化的和谐性特征与秩序价值,是齐家的目标,也是治国的追求;不仅是法律制度上的设计、意识形态上的想法,也是现实生活中的行为准则,它为国家政权的稳固、社会秩序的安定和谐做出了重要的贡献。这是符合历史事实的,是可信的。

《中国传统亲属法律文化和谐性研究》对中国传统亲属法律文化和和谐性的分析和把握,揭示了中国传统亲属法律文化的特征和规律,尤其是对中国传统亲属法律文化和谐性因素的归纳和分析考察,把着眼点放在父子、夫妇、兄弟三伦关系之上,抓住了传统家庭秩序的根本,揭示了传统亲属关系的本质,中国传统家族的秩序就是通过家长控制实现的以“父子一体、夫妻一体、兄弟一体”为内容的“三个一体”秩序。

《中国传统亲属法律文化和谐性研究》扩大了法律史学和亲属法学研究的视野。法律史学如何更深入地开展学术研究?与相关“部门法”的结合,应当是一个不错的选项,该课题选择亲属法领域,以法律史学的方法展开研究,将法律史学与亲属法有机结合起来,使研究成果体现出综合性的特点,更具有学术性。同时也更能突破已有研究藩篱。该成果中的不少结论就突破了亲属法的研究领域,把研究的视野从亲属之间的关系扩大到国家的治理范围。如以下论述和结论就体现了这样的特征:“中国传统社会以宗法家族利益为根本,把家族秩序与社会秩序、家法与国法联系在一起,在家庭与个人、社会的关系上,把家族视为枢纽和关键;修身服从齐家,齐家为治国平天下之本,己、家、国三位一体,家既是己的依归和归属,又是国之本。因而,具有血缘宗法关系的家族人员往

往凝成一种比较稳固的群体。每一个宗族及家庭秩序的保证,关系到国家秩序的保证。”

总之,《中国传统亲属法律文化和谐性研究》从宏观到微观,从文献记载到实际案例,研究的视角触及了亲属关系与亲属制度的深层,得出的结论是中肯的、可信的。该成果的特色与创新主要在于,在研究方法上,将法律史学与部门法相结合,对问题进行综合分析研究;在研究内容上,打破一贯的对中国传统亲属法律文化的否定态度,从中立的角度、用一分为二的态度去分析传统亲属法律制度与文化,在对其糟粕进行批判的同时,充分肯定了它的和谐性价值,肯定了它的现代意义以及对当代中国婚姻家庭立法的借鉴价值。

童光政

2014年8月6日

目 录

绪 论 / 1

(一) 法律文化、亲属法律文化、中国传统

亲属法律文化 / 1

(二) 亲属、亲属法 / 3

(三) 中国传统亲属法律文化的表现形态 / 5

第一章 中国传统亲属法律文化概述 / 6

一、中国传统亲属法律文化的演变及其原因 / 6

(一) 中国传统亲属法律文化的演变 / 6

(二) 中国传统亲属法律文化演变的原因 / 15

二、中国传统亲属法律文化的内容与特点 / 19

(一) 中国传统亲属法律文化的内容 / 19

(二) 中国传统亲属法律文化的特点 / 20

第二章 中国传统亲属法律文化的和谐因素 / 23

一、和谐之因素：家庭、个人及其亲属 / 23

(一) 人情人性 / 24

(二) 仁及忠恕 / 30

(三) 亲属亲等 / 34

二、伦理及礼仪：道德准则与行为规范 / 37

(一) 伦理 / 38

(二) 礼仪 / 39

三、父子、夫妇、兄弟三伦的和谐因素 / 42

(一) 父子关系之伦中的和谐因素 / 42

2 目 录

(二) 夫妻关系之伦中的和谐因素 / 49

(三) 其他关系之伦中的和谐因素 / 55

四、对传统婚姻家庭法律文化中和谐因素的评价 / 60

(一) 朴素的和谐因素 / 60

(二) 牺牲个体的不平等“和谐” / 69

第三章 中国传统亲属制度文化的和谐性 / 73

一、家、家族制度文化的和谐性 / 75

(一) 家、家族的范围 / 75

(二) 家(族)成员关系 / 78

二、婚姻制度的和谐性 / 83

(一) 结婚制度的和谐性 / 84

(二) 离婚的和谐性 / 96

(三) 违法婚姻责任追究的和谐性 / 104

三、家庭关系及其他 / 107

(一) 亲亲、尊尊、长长、幼幼与家庭的和谐 / 108

(二) 继承 / 111

(三) 容隐、代刑、缓刑、免刑中的和谐 / 117

(四) 复仇问题 / 119

第四章 中国传统家族法文化和谐性考察 / 122

一、家族法文化的内容 / 123

(一) 中国传统亲属法律——家族法 / 123

(二) 家族法符合传统中国社会和谐的要求 / 143

二、传统中国社会和谐性在家族法文化中的体现 / 154

(一) 家族法的起源体现中国传统社会对和谐的追求 / 154

(二) 家族法文化以女性权利换取社会和谐 / 156

(三) 从明清小说看家族法文化的和谐 / 160

(四) 家族法在维护近代中国社会和谐性的体现 / 172

第五章 中国传统家族民事纠纷及其解决的和谐性考察 / 174

一、中国传统家族内民事纠纷的基本类型 / 177

- (一)分家析产纠纷 / 178
- (二)继承纠纷 / 179
- (三)婚姻纠纷 / 179
- (四)家族内其它民事纠纷 / 180

二、中国传统家族内民事纠纷解决的基本理念 / 181

- (一)道德教化,平息诉讼 / 181
- (二)忍让共存,保全族谊 / 184
- (三)维护纲常礼教,保持家族和谐 / 188

三、中国传统家族民事纠纷解决的依据与程序 / 190

- (一)中国传统家族民事纠纷解决的依据 / 190
- (二)中国传统家族内民事纠纷解决的一般程序 / 193
- (三)中国传统家族民事纠纷解决的具体方法 / 199
- (四)其他民事纠纷 / 209

四、中国传统家族内民事纠纷解决方法的评价 / 212

- (一)中国传统家族内民事纠纷解决方法的积极作用 / 212
- (二)中国传统家族内民事纠纷解决方法的消极作用 / 215

第六章 中国传统亲属法律文化和谐性及其近现代 / 221

一、中国传统亲属法律文化和谐性的特征 / 222

- (一)以宗法家族利益为最高准则 / 222
- (二)以伦理差等维护和谐次序 / 224
- (三)以义务本位为主要内容 / 225
- (四)以“调解为主,刑罚为辅”作为调整手段 / 226

二、中国传统亲属法律文化和谐性的近代化 / 228

- (一)中国传统亲属法律文化和谐性与晚清立法 / 229
- (二)中国传统亲属法律文化和谐性与民初立法 / 232
- (三)中国传统亲属法律文化和谐性与南京政府立法 / 235

4 目 录

三、中国传统亲属法律文化和谐性及其现代化 / 240

(一) 中国传统亲属法律文化和谐性的现代化 / 240

(二) 对当代中国亲属法律文化和谐性的思考 / 245

参考文献 / 255

后 记 / 265

绪 论

中华文化历史悠久,内容广博,作为其重要的组成部分的传统亲属法律文化,同样源远流长,丰富多彩。它既是中国传统法律文化的组成部分,又是传统法律文化精神的集中体现。在某种意义上,可以说传统亲属法律文化是中国传统法律文化的基础。

(一)法律文化、亲属法律文化、中国传统亲属法律文化

文化是指“人们在认识和改造自然界、社会的活动中所形成的以价值观为核心的思维方式和行为方式。法律文化,是文化的一种具体形态,它反映的是法律生活中群体化的思想观念、理想人格、行为趋向、情感倾向。”^{〔1〕}法律文化是指一个民族或国家在长期的共同生活过程,所认同的、相对稳定的、关于法和法律制度、意识和传统的学说。它包括法律意识、法律制度、法律实践、法律教育和法学研究等活动所积累起来的经验、智慧、知识及人们从事各种法律活动的传统等。

亲属法是调整亲属关系的法律,是一定社会中

〔1〕 徐显明:《法理学教程》,中国政法大学出版社1994年版,第80页。

亲属制度的法律形式。从实质意义上说,它是规定亲属身份发生、变更、消灭以及由此而产生的相关权利义务的法律。

一个国家或民族的法律文化,是一个民族或国家在漫长的历史发展中,不断积累起来的民族习惯与传统。每个民族、每一代人都会根据社会生活的现实需要,创造出一定的法律文化。因此,民族性是其重要的特点之一。中华民族的法律文化不仅在世界法律文化史上独树一帜,而且也奠定了中华民族法律文化的基本价值,构建了中华民族法律文化的基本内涵,是中华法系的重要思想的体现。

“中国古代是沿着由家而国的途径进入阶级社会的,家是国的缩微,国是家的放大”。〔2〕从中国传统法律文化发展脉络来看,家或家族是其发源地,换句话说,中国传统法律文化最早是从家或家族亲属关系中走出来的。中国传统的亲属法律文化,是中国传统法律文化的重要组成部分。中国传统的亲属法律文化,奠定了中国传统法律文化的基调。

本书所指中国传统亲属法律文化,是指中国古代的亲属法律文化的。从时间上来划分,就是自中国国家形成至20世纪初西方文化东渐,这段时间便是导致中国封建法律文化解体的时期。

总之,法律文化是一个内涵丰富,外延宽广的宏观概念。既有制度层面也有思想意识层面的内涵;既有某一历史时期的法律文化,也有自古至今演变而来的当代法律文化,还有部门法法律文化、民族法律文化等。中国传统亲属法律文化就是中国传统法律文化的重要组成部分,也是我国亲属部门法法律文化的一部分。当然,它也是中华民族法律文化的组成部分。中国传统亲属法律文化的特征,构成了中华民族法律文化的基本模式和特征,研究中华民族法律文化离不开中国传统法律文化,而中国传统法律文化的研究,也不能离开传统亲属法律文化。因为我国古代社会家国一体,以宗亲家族为基础的宗法制度,经儒家极力维持、推崇越发根深蒂固,成为定制。中华法系之精神,中国传统法律文化之精神,均与这一现象相联系,正如瞿同祖先生在《中国法律与中国社会》中

〔2〕 张晋藩:《中国法律的传统与近代转型》,法律出版社2009年版,第141页。

所言：“中国古代法律的主要特征表现在家族主义和阶级概念上。二者是儒家意识形态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秩序。”〔3〕

（二）亲属、亲属法

亲属是人类社会关系中的一种形式，它随着社会的发展而不断发展。现代亲属法认为，亲属是指基于婚姻、血缘、法律拟制而形成的社会关系。这种关系一经法律调整，便在具有亲属身份的主体之间产生了法定的权利义务。但法律调整的多是基于伦理亲属身份，也就是说，亲属首先是由伦理道德来调整，伦理决定了各主体之间的亲属身份；伦理决定了各主体之间的道德责任与义务，伦理性是亲属关系的第一个特征。

“亲属”一词在我国由来已久，古籍或古代律典中早有记载。《礼记·大传》曰：“亲者，属也。”汉代刘熙在《释名·释亲属》中说：“亲，衬也，言相隐衬也。属，续也，恩相连续也。”这些解释说明了亲属之间不同寻常的相衬相续的密切关系。它是以婚姻为基础、血缘为纽带编织而成的。在明代后的律典中，出现了“亲属”一词，如“亲属相盗”、“亲属相殴”、“亲属相奸”等。“亲属”一词的含义，方氏懿说：“以卑而属尊，以幼属长，以庶属嫡，以旁属正，故曰亲着，属也。”显然“亲”是指有血缘姻缘关系的人，“属”是指他们相互之间的关系。

亲属关系包含血亲关系和姻亲关系。在血亲关系中，还包含人们有意而为的收养所形成的拟制血亲关系。关于亲属关系的范围，今天人们的理解，是从血统源流上计算的，统称为血亲（即具有血缘联系的亲属）；从婚姻联系上计算的，除配偶外，统称为姻亲，除直系亲、旁系亲之外，还有男系亲、女系亲，父系亲、母系亲之划分，且二者地位相同。但在我国古代却不是如此，亲属关系被赋予了极其浓厚的家族制度观念。中国的家族是父系的，亲属关系以父系血缘计算的宗亲为主。因此，中国古代的亲属关系，在某种意义上是指家或家族关系，对家或家族关系的

〔3〕 瞿同祖：“中国法律与中国社会”，载《瞿同祖法学论文集》，中国政法大学出版社2004年版，第8页。

调整与规范,是古代法律道德的基本任务。《尔雅·释亲》曰父系曰宗族,而异姓曰母党、曰妻党、母党妻,但党为外亲,外亲与人们的关系极其微弱。对《礼记·曲礼》,孔颖达疏:“亲指族内,戚指族外。”由此可知,只有同宗族内之人才是亲,中国古代的亲属是以宗亲为本,族外的母党、妻党均为戚。戚因亲而生。宗族亦称宗亲、本亲或内亲。它以本宗男子为主体,同一祖先的男系血亲以及加入宗亲的配偶及未嫁女,外亲妻亲均是与女系血统相联系的亲属。

所谓亲属法,是规定亲属身份关系发生、变更和终止,以及基于上述身份关系而产生的权利义务的法律规范的总称。作为调整特定社会关系的一个法律规范体系,“亲属法”一词由来已久。在古代罗马私法中,亲属法占有重要地位,近现代大陆法系中,亲属是民法典中的一个编章。英系法系虽没有以亲属命名的法律,但其调整婚姻家庭关系的各种单行法综合起来也相当于亲属法。我国亲属法作为一个专有名词是自清末修订法律时开始使用的,清末《大清民律草案》,首次打破了我 国诸法合体的法律体系,通过日本引进了德国民法典的体系,设总则、物权、债权、亲属和继承五编,虽然《大清民律草案》未及颁布施行,但从此中国的法律走向了近代化。

我国古代的亲属关系主要是针对宗族关系而言,以宗亲为核心,以外亲与妻亲为补充,形成了中国古代的亲属体系,而具有法律意义的亲属范围大致是以服制图为依据,服制所及的亲属关系,均具有一定的法律效力。服制所及的亲属,与家族紧密相连,因此,亲属法在我国古代也可以称之为家族法,是规定和调整家族成员身份及其权利义务关系的法律。在中国传统法律文化中,通常也称古代调整婚姻家庭关系的法律为家族法(不论其采取表现何种形式),由家族法所确定的婚姻家庭制度也叫家族制度。

综上所述,本书认为,中国传统亲属法律文化,确切地说,可以称之为中国传统家族法律文化。

(三) 中国传统亲属法律文化的表现形态

法律文化是人类文化的组成部分,是上层建筑中有关法律思想、法

律规范、法律设施、法律艺术等一系列法律实践及其成果的总称。法律文化也是社会观念形态、群体生活方式、社会规范和制度中有关法律制度的一部分,是文化总体功能作用于法治活动而产生的内容。法律文化是一定社会法律制度的观念和态度的表现形态,它包括法律意识以及法律制度的运行机制等。中国传统法律文化则是指中国古代关于法律的观念、形态以及法律的运行机制等。

中国传统亲属法律文化主要是指中国古代有关婚姻、亲属、家庭的法律观念、法律思想、法律制度及其运行机制等,具体包括两个方面:一是制度形态;二是意识形态。在制度形态方面,我国古代的婚姻家庭制度主要有:历代统治者所制定的法律、奴隶制时代的礼、统治者所认可的习惯以及作为国家法律重要补充的、在家族范围有效的族规家法等。在意识形态方面,中国传统的亲属法律文化主要体现在社会各阶层的婚姻家庭观念、思想以及意识上,婚姻家庭的伦理道德也属于亲属法律文化的范畴。

第一章 中国传统亲属 法律文化概述

一、中国传统亲属法律文化的演变及其原因

(一) 中国传统亲属法律文化的演变

1. 中华传统亲属法律文化的原始形态

亲属,从我国现代意义上理解就是指因婚姻、血缘或收养而产生的一种社会关系。对于这种特殊的社会关系,需要从以下三方面进行理解:(1)亲属是人与人之间的一种特殊的社会关系,有固定的身份和称谓;(2)亲属因婚姻、血缘或收养而产生,不同于其它的社会关系;(3)在一定范围内的亲属负有法律规定的义务。从亲属的含义中,我们可以看到,亲属是一种特殊的社会关系。这种社会关系不仅是一种生物学属性的自然关系,更是一种社会学属性的经济关系、法律关系、道德关系、文化心理关系等多种关系的有机结合体。所以,作为多种社会关系结合体的亲属不只是阶级社会以后的产物,而且它还贯穿于人类社会的发展始终。从整个人类发展史来看,只要有人的繁衍生息,那么这种社会关系就存在,只不过在史前时代,人们还未意识到这是一种文明社会所谓的亲属的关系。研究亲属的原始形态,

不能离开对婚姻家庭原始形态的认识。因为婚姻是家庭的基础,也是亲属产生的基础。正如郑玄所说:“有夫有妇,然后为家。”〔1〕没有婚姻关系,也就无从组织家庭,也就无从谈起亲属的产生。

近代世界对婚姻家庭的原始形态的研究成果颇丰,尤其值得指出的是恩格斯在《家庭、私有制和国家的起源》一书中对史前婚姻家庭形态的论述,为我们研究中华民族亲属原始形态奠定了理论基石,是我们探索中国史前亲属原始形态的指南。然而,在这一书中,囿于历史条件的限制,除了曾经谈到“东方的一夫多妻制”和“西藏的一妻多夫制”等少数现象之外,并没有能够引用更多的中国古代和民族方面的资料,因此也就没有对中国史前婚姻家庭的原始形态做过多的论述,而只是对人类社会发展的共性做了一个提纲性的概括与理解。所以,对于中国特殊的地理环境和民族文化心理,人们需要根据中国特殊的地缘特色,并结合人类社会发展的共性,认识中国亲属的原始形态。

对中华民族亲属原始形态的认识,离不开我国古代学者的诸多重要论述。关于我国亲属的原始形态状况,我国古代学者认为,男女两性关系是人类原初的最基本的社会关系,即:有天地,然后有万物;有万物,然后有男女;天地絪縕,万物化醇;男女构精,万物化生。〔2〕在生存方式方面,他们指出,人类最早是群居的。由于“凡人之性,爪牙不足以自守卫,肌肤不足以扞寒暑,筋骨不足以从利辟害,勇敢不足以却猛禁悍”。因此,面对恶劣的环境,“太古”之民只有“聚生群处”,才能“裁万物,制禽兽,服蛟虫,寒暑燥湿弗能害”。〔3〕这说明,我们可以看到,虽然不排除有血缘关系的人生活在同一个群体之中的可能,但是,那时人类的血缘意识尚不明确,血缘界限尚不清楚,后世的那种伦理观念尚未形成,维系群体的主要是生存的需求,而非血缘纽带。所以,这种群体与以后的氏族还是有本质的区别。在两性关系方面,与群居相适应,长期没有什么

〔1〕《周礼·地官·小司徒》。

〔2〕《易·系辞》。

〔3〕《吕氏春秋·恃君览》。