

身份与财产

——谱系视角下的清代承继法律文化

李小标 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

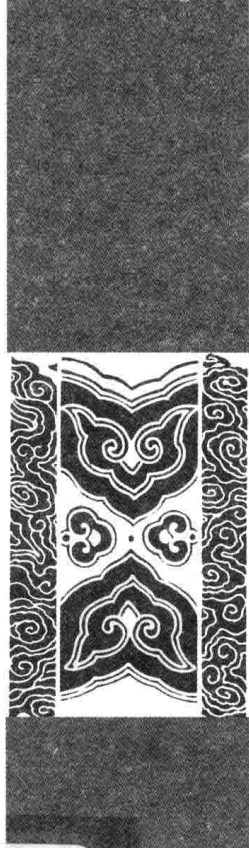


身份与财产

——英国文学中的社会等级与身份

李·哈特 著

陈永发 译



身份与财产

——谱系视角下的清代承继法律文化

李小标 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

身份与财产:谱系视角下的清代承继法律文化 / 李
小标著. —北京:法律出版社,2011.4
ISBN 978-7-5118-1954-3

I. ①身… II. ①李… III. ①继承法—研究—中国—
清代 IV. ①D923.52

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 044558 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/齐梓伊

装帧设计/贾丹丹

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/固安华明印刷厂

编辑统筹/综合出版分社
经销/新华书店
责任印制/张宇东

开本/787×1092 毫米 1/16
版本/2011 年 6 月第 1 版

印张/14.5 字数/204 千
印次/2011 年 6 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 978-7-5118-1954-3

定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



作者简介

李小标，男，1974年7月出生于湖南嘉禾。1994年毕业于零陵师专史政专业；1999年毕业于湖南省教育学院政治专业，获法学学士学位；2002年毕业于湘潭大学中共党史专业，获法学硕士学位；2005年毕业于中国政法大学法律史专业，获法学博士学位。主要研究方向为中国法文化史、中国化马克思主义。

序

传统中国的法制文明博大精深,涵盖范围极其广泛,内容又极精微,殊难备述。究其要言之,则可分为制度面、实践面与文化面三面向。法制史的研究范围当对此三面皆有涉及为佳。一般而言,中国法制史著作主要偏向于上述三面中的某一面。就制度面而言,即全面地展现过去曾存在于中国的某一方面法律制度的全部或部分,研究其文本结构、历史沿革等。

而《身份与财产——谱系视角下的清代承继法律文化》一书展现出了作者将制度面、实践面与文化面三面相结合论述、将之熔铸一体的可贵努力和勃勃雄心。概而言之,作者通过考察清代二百余年的国家正式制定法、家法族规、司法档案及民间惯习中含有的承继法律制度内容,全面论述了清代承继制度的实际运转以及相关承继事务参与者们的主观心理、价值理念。作者试图从法律的立场出发又跳出法律的窠臼,借此再现清代社会承继法律文化的真实图景,揭示传统社会中身份与财产的纠缠,从而在对历史的考察中明了了清代承继制度的现代启示。在这一研究中,法律的三个面向融为一体。应该说,这种研究本身就是非常难得的。

家庭是人类社会生活与经济生活的重要形式,家庭成员的身份,往往又与财产的继承存在紧密的联系。或者说,对于

传统中国这个家国一体的宗法社会,家庭财产关系与身份关系紧密结合,不但是家族伦理观念的体现,也是社会价值观念的反映。清代的承继法律制度纷繁复杂,就其实质内容而言,大致分为身份承继与财产继受两大类。“而在其身份承继的内涵中,又包括爵职承袭和宗祧承继两大部分。”但作者并不是就制度谈制度,而是从社会发展的角度观察法律及其所立足的一定文化之间的关系,将研究的着眼点放在了与普通百姓生活更为密切的宗祧承继之上,着重揭示了清代宗祧承继的社会功能,指出“观念表达与践行异化的状况也再次应验了一个真理——任何空洞的、脱离实践的教条在群众的实践理性面前都是苍白的”。就“财产继受”而言,作者揭示了清代社会家产继受中父子一体、夫妻一体、兄弟一体的法律原则以及这种继受制度对中国固有社会的影响,尤为难能可贵的是:“对长久以来引起学术界诸多纷争的传统社会女性是否有家产继受权这一问题作出了有破有立的思考。”

就法律的实践面而言,作者专列了“司法实态”一章,通过案例分析考察了清代承继法律的实际执行状态。确实,“文章揭示了清代承继案件司法过程中,不同层次的权力主体之间存在的某种程度上的差异、冲突和紧张,以及财产因素在这些纠纷讼争中所起的决定性作用,展示了清代社会法律多元、利益多元的社会图景。对案例中的当事人心态、动机及其司法官的分析等进行了研究讨论。”

如果说作者的论述仅及于此,那么也就不能说是一本出色的著作了。作者的可贵之处正在于其透过法律看文化,透

过文化阐释法律的努力。作者在第五章“余论：身份与财产的纠缠”中对身份与财产的拉锯关系进行了出色的研究，他让我们获得了超越承继法律本身的许多教益。作者的论述更加确切地证明了法律作为“地方性知识”的存在状态，启示我们在当代的法治建设中应以审慎的态度来对待法律的“本土化与移植。”

然而，作者的创见绝不仅仅是涉及清代承继制度本身而已。固然，法制史学著作研究的是过去曾经存在的法律或制度，但是从理论上厘清中国法制史法律概念问题的努力尚不多见。或者说，中国法制史的研究有意无意地预设了一定的带有法律实证主义色彩的法律概念，借此概念又界定了中国法制史的研究对象。这样就有可能导致国家法中心主义的视角，中国古代的法制被限定在国家的正式制定法之上。与此同时，民间法律惯习等非国家法则被排斥出“法制”之外。概念由语言和文字组成，并由一定的社会文化赋予其意义，从某种角度上说，人们是站在语言的舞台上观察、认识事物，并对其加以批判反思。因为语言一方面塑造了我们对于事物的认识，但另一方面又对我们认识事物限定了藩篱。所以概念为我们认识事物创造了一定的思维条件，但它并不是这种认识本身。在这个研究中，我们欣喜地看到作者对于固有法之概念的使用问题作出了富有创见的探讨。本书第一章导言即开宗明义地指出“同样的行动并不总是具有同样的概念，赋予任何行动一个不同于其自身时代和在其自己民族之中习惯具有概念，都是不确切的。各种特殊意义的概念常常使不同时空

的人们面临无法‘翻译’的困惑”。作者坦言：“在本研究中，我并不试图也无力创造一些兼容并包的新概念——这些概念能够兼容社会发展规律和历史偶然性，能够沟通过去和现在，能够将上层精英文化与普通大众文化各不同层面调和起来而不使任何一方的内涵受到扭曲或误读。确切地说，我并不冀望有能将我们观念的普遍性与所研究的特殊法律文化相联结起来的放之四海皆适用的概念。”因此，作者决定采取一种“同情之理解”的研究态度，适度地在传统与现代、中国与西方之间寻找一个平衡点，十分慎重地运用具体的法律概念。“我将尽可能地在所有场合都用古人的‘原话’来表达，以求降低文化上的错解和误读，推进本项研究的精确性与深度——尽管这可能由于自己的学术功力不足而力不能逮，但也毕竟代表了一种努力的方向。此外，囿于今天的我们对传统社会的法律习惯尚不具备充分了解，尤其是没有透彻分析之前，我也不打算想当然地建立一个承继法的‘体系’——如同许多现代部门法那样。”作者审慎的做法充分地体现在其对“承继”等词汇的使用上。作者一方面将国家法律制度进行分析的同时，小心翼翼地选取民间承继习惯中某些具有重要性的概念，将其与国家正式法相互对应，逐项讨论，从而使得清代承继法律制度的一般面貌展现了出来。如此一来，这种研究既将正式的国家制定法包括在内，也将民间法律惯习纳入其中，“进一步去考察这些法律制度尤其是国家法律制度在社会承继实践中的表现形态，并在此基础上，探究这些背后所隐含的社会意义与文化内涵”。这是一种超越了传统中国法制史研究的视角，在

此,国家法中心主义的研究立场被更具有包容性的法律多元主义涵盖,使法制史的法学方法与社会学方法有机地结合在一起。于是,对于清代承继法制的表述实现了静态与动态的统一,在此基础上对法律实践面的研究也逐步清晰起来。

作为李小标的博士生导师,我为他在学术道路上取得的成果而感到十分的欣喜。我热切地盼望着他不断进取,不断提高,在学术道路上取得新的更大成绩。

A handwritten signature in black ink, reading '张宇' (Zhang Yu) followed by a stylized character, likely '福' (Fu), representing the name Zhang Yufu.

二〇一一年四月

目录

Contents

序	1
第一章 导言	1
第一节 概念	1
一、概念之适用	1
二、本研究的基础概念与时空范围	2
第二节 方法	7
一、内在视角	7
二、社会学方法的引入	8
第三节 材料	10
一、原始资料	10
二、研究回顾	14
三、材料局限	15
第四节 承继制度的历史演变	15
第五节 研究意义与价值	18
第二章 身份承继	20
上部 爵职承袭	20
下部 宗祧承继	25
第一节 概述	25
一、概念	25
二、宗祧承继的原因	27
三、祭祀仪式下的宗子内涵演变	31
第二节 承继与立继	32
一、概念	32
二、立嗣的原则与例外	34
三、立嗣的确立主体	40
四、立嗣的几种主要实践形式	44

五、立嗣文书	50
第三节 兼祧	51
一、制度之沿革	51
二、习俗之考察	53
第四节 异姓为嗣	55
一、收养子与收继子	56
二、异姓亲属	65
三、赘婿	67
第五节 宗祧承继的社会功能	74
一、祭祖续后	75
二、养老送终	77
本章小结	79
第三章 财产继受	80
第一节 同居共财	80
一、含义	80
二、家族公产	83
三、家庭私产	91
四、分家	95
第二节 析产	98
一、概念	99
二、家产析分与现代财产继承的比较	100
三、析产文书	107
第三节 家产继受的法律构造	111
一、家产继受的主要原理	111
二、诸子均分继受制对传统农村社会的影响	122
三、遗产法定继受的补充——遗嘱继受	125
第四节 几种不正规男性成员在家产继受中的法律地位	136
一、私生子	136
二、义子(养子)	137
三、赘婿、后夫	140
第五节 女性在家产承受中的法律地位	143

一、女儿	145
二、寡妻	162
三、妾	166
第六节 户绝	167
本章小结	171
第四章 司法实态	172
第一节 关于爵职承袭	172
第二节 关于宗祧承继	174
第三节 关于财产继受	185
一、均分原则的贯彻	185
二、财产关系的不清	187
三、养子、义子的分产	188
四、女性的财产继受权	189
本章小结	193
第五章 余论：身份与财产的纠缠	194
主要参考文献	202
感恩(代后记)	213

第一章 导 言

通过考察清代的国法、族规、民间惯习及司法档案等,本研究试图探讨中国清代社会的承继法律制度、实际运转以及相关事务参与者们的主观心理、价值理念——这构成本研究中承继法律文化的内涵。近些年来,许多中外学者都开始关注这个学术领域,并做过各种有益的探索,取得了不少研究成果。本研究的有关论述,在许多方面得益于前辈和时贤的先驱性研究,但也力求在传承的基础上有所创新,有破有立。因此,在进入正题之前,有必要简要回顾以往的学术传统,并对本研究的分析框架及基本思路略作说明。

第一节 概 念

一、概念之适用

同样的行动并不总是具有同样的概念,赋予任何行动一个不同于其自身时代和在其自己民族之中习惯具有的概念,都是不确切的。各种特殊意义的概念常常使不同时空的人们面临无法“翻译”的困惑,但这也并不表示我们对此就茫然无措。倘若我们认可人类的基本需要是相同的,那么不同概念所隐含的文化也是相通的,这正是不同时空的人们对话的基础。在本研究中,笔者并不试图也无力创造一些兼容并包的新概念——这些概念能够兼容社会发展规律和历史偶然性,能够沟通过去和现在,能够将上层精英文化与普通大众文化各不同层面调和起来,而不使任何一方的内涵受到扭曲或误读。确切地说,笔者并不冀望有放之四海皆适用的概念,能我们将观念的普遍性与所研究的特殊法律文化相联结起来。着眼于此,在借助于现代法律学概念描述和分析清代承继方面固有的习惯法或法律

惯习^①时,笔者将尽可能从古代法上之固有概念入手,考察它们各自在当时社会生活中实际具有的含义,以及这些概念相互之间经常是界限模糊的关系。因为,“语言文字总代表着一种文化最核心的东西”。^②由此,笔者将尽可能地在所有场合都用古人的“原话”来表达,以求降低文化上的错解和误读,尽最大努力推进本项研究的精确性与深度——尽管这可能由于自己的学术功力不足而力不能逮,但也毕竟代表了一种努力的方向。^③此外,囿于今天的我们对传统社会的法律惯习尚不具备充分了解,尤其是没有透彻分析之前,笔者也不打算想当然地建立一个承继法的“体系”——如同许多现代部门法那样。笔者的做法是选取民间承继习惯中某些具有重要性的概念,结合相关的国家法律制度逐项讨论。这种做法也合乎本书宗旨:展示清代承继法律制度的一般面貌——既包括正式的国家制定法,也包括民间的法律惯习,进而去考察这些法律制度尤其是国家法律制度在社会承继实践中的表现形态,并在此基础上,探究这些背后所隐含的社会意义与文化内涵。

二、本研究的基础概念与时空范围

本研究所涉及的重要概念有许多,但其中最为核心的概念为:承继。之所以这样说,不仅是因为这一概念在本研究中是一个反复出现的词汇,更重

① 严格说来,法律惯习与习惯法并非同一概念,此方面的论述可详见梁治平:《清代习惯法:社会与国家》,中国政法大学出版社1996年版,第34~43页。但在笔者看来,所谓习惯法之概念,想来在清人的生活中是不存在的,因此这也不过是后人追加的一个符号。在此意义上,习惯法也好,法律惯习也好,并无实质上的区别,其内涵都是指清代社会对某一地域或集团的百姓日常生活有约束力的一套民间规则。事实上,当某套规则被惯以某某法的名称的时候,我们总是很自然地联想到一套系统化的规范组合,而清代社会中人们日常的习俗显然更多是一种默认的约定俗成。在这个意义上,笔者似乎更倾向于使用法律惯习之类的词汇。

② 梁治平:《寻求自然秩序中的和谐》,中国政法大学出版社1997年版,第5页。

③ 事实上,笔者在写作过程中也常为使用何种意义上的概念与前见努力抗争,并因而导致自己的研究调整修正数次。即便这样,想来书中也仍有不少概念断裂或紊乱之处。但是,笔者对各种概念的运用绝非玩弄文字游戏,如果能以“同情的理解”这种姿态去体验笔者对各个概念的运用之间的良苦用心——正如笔者努力以这种姿态去体会古人对各种概念运用之间的微妙差异,那么,透过眼花缭乱的各种形似神非的文字符号,当能看到笔者的一种追求。尽管具体的结论或许可以商榷甚至是错误的,但不影响这种追求方向本身的意义。同时,笔者也相信,有耐心的读者,将通过古人“话语”所传达出来的难以言说的神韵,更多地体悟清代承继法律所固有的文化内涵。当我们在论文中看到,清晰理解“承继”、“身份”、“财产”等概念在不同语境中所含不同意蕴对于富有穿透力地解读清人们的承继世界所具有的重大意义时,我们会觉得用再多的努力来保持我们对概念的审慎和反思都是不为过的。

要的是一种知识背景——无论是在承继法律文化的面貌描述还是在现状考察中,我们都会在文字的背后感受到它的存在。

从固有法而不是从现代的眼光出发,我们应该认识到清代乃至中国古代社会的人们所使用的“承继”这个词,其实是“承”与“继”两个词的组合。前者可以衍生为“承袭”、“承继”,而后者则可指“继受”、“继承”。在笔者看来,古人在使用广泛意义上的“承继”时至少包含以下三层含义:(1)“袭”、“承袭”。清人们用这个概念来描绘他们那个时代对于爵职的传递,如“官员袭荫”、“诈冒承袭”等。^①(2)“继”、“承继”。清人们用这层含义来形容他们所在时代宗祧的延续,如“改立应继之人”、“许令同宗昭穆相当之侄承继”、“断令立继”、“怱愚择继”等。^②(3)“继”、“受”、“分”。清人们用“继”、“承继”等来形容正常男性家庭成员(既是身份意义又是性别意义的)对于家产的获得,如“无应继之人,方许承继全分”、“财产果无同宗应继之人”,^③用“受”、“承受”这层含义形容女性(既是身份意义又是性别意义的)及非正常男性家庭成员对于财产的获得,如“户绝……所有亲女承受”、“妇人夫亡无子守志者,合承夫分”、“义男女婿均准承受家产”^④等。^⑤必须注意到其间所包含的“分”这层含义,“若立嗣后却生子,其家产与原立子均

① 详见《大清律例》卷六《吏律》“官员袭荫”条例。

② 详见《大清律例》卷八《户律》“立嫡子违法”条例。事实上,古代的历史记载中也多以“继祖”、“继宗”来描述宗祧的延续。参见吕思勉:《中国制度史》,上海世纪出版集团2002年版,第294~295页。

③ 详见《大清律例》卷八《户律》“卑幼私擅用财”条附例。笔者认为此处“应继”应理解为“应该继受”而非立应继之人为嗣这一意义上的“应继”。

④ 详见《大清律例》卷八《户律》“卑幼私擅用财”条附例。

⑤ 详见《大清律例》卷八《户律》“立嫡子违法”条附例。

⑥ 评述户绝财产条例时,《〈读例存疑〉点注》作者谨按:义男女婿均准承受家产,见立嫡子违法门。酌拨充公,似乎难行。胡星桥、邓又天主编:《〈读例存疑〉点注》,中国人民公安大学出版社1994年版,第187页。

⑦ 在用语上,就户绝财产来讲,古代法律中也只有“与”、“给”、“承受”等表达方式,如唐的户绝条“余财并与女”、南宋法律“尽给在室诸女”、清律条例“所有亲女承受”等,不论怎样的场合绝不会使用“继”、“承继”等文字。就对于女儿或义子的财产分与来看,喜欢使用“拨”字,在使用“分”字的场合也说成“酌分给”等字样。通过这些和共同继承人之间所进行的“分析”(家产分割)自然而然地加以区别了。这样的区别也表现在清末民初法典编纂的过程中,对之加以的明确区别:“夫继承云者,不惟承接其产业,实即继续其宗祧。故惟所继人之直系单属为有继承权。若其人并无子孙,则第处置其遗产,与嗣续问题无涉,故不曰继承而曰承受。”(1911年《大清民律草案》第1468条)参见[日]滋贺秀三:《中国家族法原理》,法律出版社2003年版,第102~104页。

分”、^①“如别无子，立应继之人为嗣，与奸生子均分”、^②“祖父母父母在者，子孙不许分财异居，其父母许令分析者，听”。^③ 这层含义是用来形容男性家庭成员（纯粹性别意义上的）对于家产的获得。^④

比照晚近民事习惯调查中对这个词的使用，我们可以发现，即便是到了20世纪20年代，民间在说明对宗祧的立嗣时一律用的是“承继”，而对财产方面的转移则大多用的是“继受”、“承继”、“承受”，少数地区也用“继承”这个词来修饰。对此，大清律例及其他清代相关法律规定中也只有“承继”之说而无“继承”之语。^⑤ 显然，这不是一种巧合——在这种词义的运用上古人恰恰是非常清晰的，他们知道对于身份方面的“继承”应该称之为承继，而对财产转移的修饰则有时也用接近现代意义的继承^⑥来描述。也就是说，“承”更多强调身份，而“继”则倾向财产。在某种意义上，现代法律概念上的继承与古代财产的继受有重合之处——当古人用这个词描述遗产的分配时，两者的含义达到一定程度的统一，但又不仅如此，因为，古人在使用“承继”时，如我们前面所见，还内含着“分”、“析分”以及“受”、“承受”的含义。基于此，笔者认为用“继受”来描述清代笼统的社会财产分配及转移似乎更为妥帖——它既包括了形似现代遗产继承上的遗产分配“继”，也包括了古代特有的诸子均分财产“析分”，还包括了女性出嫁时对家产的“承受”。^⑦

① 详见《大清律例》卷八《户律》“立嫡子违法”条例附。

② 详见《大清律例》卷八《户律》“卑幼私擅用财”条附例。

③ 详见《大清律例》卷八《户律》“别籍异财”条附例。此时，财产的承继不仅表现为父母生前的分割，还可能与分家联系在一起，独立门户。

④ 事实上，古人用不同的词汇来描述不同身份的人对于家庭财产的获得是否隐含机理不可得知，但笔者更愿意相信这种猜测是合理的：（1）在所有官方典籍里都用承继、析分来形容社会意义上的男性对于财产的获得，与之对应的是承受，与其说是巧合，不如说他们是可以这样，或许在他们的观念里本来就应该这样，所以没有出现令我们有点意外的混用的情况，这可以看做是经验上的证明；（2）这点随着笔者对研究的逐渐深入得到理论上的证实，因为两者背后本来就受着不同内在逻辑的支配而运行，前者遵循父系原则，而后者作为一种例外或补充按母系继替。这也是为什么笔者在后文中用承继来表示权利概念上财产传替，而用承受来说明女性对家产的获得，再用“财产继受”来形容有男性有女性成员时获得家产的情形。

⑤ 至少到目前为止，笔者还没看见过，或者即便有，笔者想也要么是在承继的内涵意义上使用，至少“承继”字眼的出现率是压倒性的这点可以确定无疑。

⑥ 现代继承的含义及特点参见张玉敏：《继承法律制度研究》，法律出版社1999年版，第1~3页。

⑦ 关于“承”、“继”、“承受”各概念之间的区别可参见[日]滋贺秀三：《中国家族法原理》，法律出版社2003年版，第97~104页。但是笔者认为滋贺先生在某些方面的解释是不够准确的。如“儿子以平等的立场祭祀祖先”等，忽略了儿子间是有嫡庶长幼之分的（见第100页）。