

【*历史法学* 文丛】

主编 范忠信 陈景良

传统

中国家族组织的 **公法** 职能

——以明清两代为中心的考察

Chuantong

Zhongguo jiazu zuzhi de gongfa zhineng

李志明  著



中国政法大学出版社

传统中国

家族组织的公法职能

——以明清两代为中心的考察

李志明 著

主编 范忠信 陈景良

【历史与法学文丛】



中国政法大学出版社

2016·北京

- 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。

图书在版编目（CIP）数据

传统中国家族组织的公法职能：以明清两代为中心的考察/李志明著. —北京：中国政法大学出版社，2016. 12

ISBN 978-7-5620-7213-3

I. ①传… II. ①李… III. ①家族—组织—公法—研究—中国—明清时代 IV. ①D923.904

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第295824号

- 出 版 者 中国政法大学出版社
- 地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
- 邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
- 网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
- 电 话 010-58908285(总编室) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印业有限公司
- 开 本 720mm × 960mm 1/16
- 印 张 20.5
- 字 数 357 千字
- 版 次 2016 年 12 月第 1 版
- 印 次 2016 年 12 月第 1 次印刷
- 定 价 45.00 元

湖北省社会科学基金项目



.....

总序

General Preface

古代中国社会或传统中国社会，是一个非常不同于欧洲大陆的社会。古代中国社会有着自己的特殊政治机理。具体来说，古代中国社会有着特殊的多侧面多层次的公共组织模式，有着特殊的公共政治事务处理模式，有着特殊的社会控制或治理模式。总而言之，有着特殊的社会秩序架构及其原理。

对于这一点，近代史以来的学者们，在学术研究的理论认识层面上，似乎都比较清楚，但是一到了学术研究的实践操作层面上，大家似乎都模糊了。就是说，抽象地讲这些道理时，似乎谁都清楚，但一到具体分析阐释中国古代的政治和社会时，就不是这么回事了。比如，人们惯于用西方学者从西方社会发展史中总结出来的奴隶制、封建制、资本主义、殖民主义、商品经济、市场制度、市民社会、私人空间、公共权力、公共政治、民族国家、公法与私法、私有制等一整套概念体系作为标准或尺度，去分析或阐释古代中国的政治和社会现象，结果就等于戴着有色眼镜看中国，不知不觉歪曲了中国古代的政治和社会的本质。

基于这样一种“以西范中”“以西解中”的衡量或解读，我们在过去的研究中，惯于觉得中国古代政治和社会的秩序（或体制）一无是处，特别是惯于认为古代中国的法律制度体系远远落后于西方，过于粗糙、野蛮、简陋。所以，近代史以来，特别是新中国成立以来，我们的中国法制史著作和教材常常可以写成控诉古代中国法制落后、腐朽、残酷、保守的控诉状。我们的史学界甚至还可以长期争论“中国封建社会为什么长期延续（或长期停滞）”“中国为什么没有较早出现资本主义萌芽”这样的伪问题，我们的法学界也可以讨论“中国古代为什么没有民法典”“中国古代法学为什么不发达”之类的伪问题。

从这样的判断出发，近代史以来中国政治法律改革构想，大多必然会走“以西化中”的道路。所以在过去百余年里，我们才会全盘模仿大陆法

系的法制和苏联革命法制，搞出一整套与中国传统几乎一刀两断的法制体系。基于这样的考虑或追求，我们的立法才不会认真考虑它在中国社会土壤中有没有根基或营养成分的问题，才不会正式考虑与传统中国的习惯、习俗或民间法的衔接问题，才会得意洋洋地以在“一张白纸上可以画最新最美的图画”的心态来建章立制，才会仅仅以“注重世界最普通之法则”的心态来设计中国的法制。即使有人提出过“求最适于中国民情之法则”的主张，但最后几乎都是虚应故事，大规模的“民商事习惯调查”的结果也没有对近代化中国法制与民族传统根基的续接做出什么实质的贡献。这就是160年来中国法制建设的实际取向——西方化取向的由来。

在这样取向下设计出的法制，实际上是缺乏民族土壤和根基的法制。这一套法制在我们民族大众的心目中，在我们社会生活的实际土壤中，是没有根基的，至少是根基不牢的。这棵移植的大树，缺乏民族的土壤或养分。所以，近代史以来，如何把这套法律“灌输”给普通百姓成了国家最头疼的事情。直到今天，我们仍屡屡要以大规模的“普法”运动或“送法下乡”“送法进街巷”的运动向人们推销这一套法制，但实际上收效甚微。事实上，我们今天的政治和社会生活，是不是真的在按照这套人为设计的、从西方移植来的法制体系运作？我们生活中的实际法制是不是我们的法律体系设计或规定的这一套法制？我们大家都心知肚明。其实，谁都不能不承认，在显性的法制背后，我们实实在在有一整套隐性的法制。这一套隐性法制，是大家心知肚明、心照不宣的，常常是不便于说明白。一旦说明白了，就有点像安徒生童话里的小孩儿直呼皇帝没有穿衣服一样。这些隐性的法制，当然正反两个方面的都有，绝对不仅仅是从贬义上讲的“潜规则”。可以说，近代史以来，我们民族的政治和社会生活实际上主要还是按照我们民族习惯的方式和规则在进行，只不过其过程受到了人为设计或移植的显性法制一定程度的“干扰”或“影响”而已。即使仅仅就这些“干扰”或“影响”而言，我们也很难肯定地说都是正面的、进步的“干扰”和“影响”，很难说就一定是西方民主、自由、平等的法制及其精神对中国“封建传统”的挑战。当社会大众看着“依法缺德”的人们得到法律的保护并获得各种“合法”利益而致使人心骇乱、是非模糊之时，我们就很难说这样的法制是中国社会应当有的良善法制。

基于这样的理解，近年来我们一直主张用“历史法学”的眼光阐释中国传统法制和建设新的中国法制。

近代德国法学家萨维尼 (Savigny) 认为, 法律是民族精神的体现。“法律只能是土生土长和几乎是盲目地发展的, 不能通过正式理性的立法手段来创建。”“一个民族的法律制度, 像艺术和音乐一样, 都是它们的文化的自然体现, 不能从外部强加给它们”, “在任何地方, 法律都是由内部的力量推动的, 而不是由立法者的专断意志推动”。法律如同语言一样, 没有绝对停息的时候, 它同其他的民族意识一样, 总是在运动和发展中。“法律随着民族的成长而成长, 随着民族的壮大而壮大; 当这一民族丧失其个性时, 法便趋于消逝。”因此, 法并不是立法者有意创制的, 而是世代相传的“民族精神”的体现; 只有“民族精神”或“民族共同意识”, 才是实在法的真正创造者。“在所有人中同样地、生气勃勃地活动着的民族精神, 是产生实在法的土壤。因此, 对个人的意识而言, 实在法并不是偶然的, 而是必然的, 是一种同一的法。”法律的存在与民族的存在以及民族的特征是有机联系在一起的。“在人类历史的早期阶段, 法律已经有了一个民族的固有的特征, 就如同它们的语言、风俗和建筑有它自己的特征一样。不仅如此, 而且这些现象并不是孤立存在的, 它们不过是自然地不可分割地联系在一起的、具有个性的个别民族的独特才能与意向。把它们连接为一体的是民族的共同信念和具有内在必然性的共同意识。”这种“共同意识和信念”必然导致一个民族的“同一的法”。立法者不能修改法律, 正如他们不能修改语言和文化一样。立法者的任务只是帮助人们揭示“民族精神”, 帮助发现“民族意识”中已经存在的东西。法的最好来源不是立法, 而是习惯; 只有在人们心中活着的法, 才是唯一合理的法; 习惯法是最有生命力的, 其地位远远超过立法; 只有习惯法最容易达到法律规范的固定性和明确性。它是体现民族意识最好的法律。^[1]

萨维尼对“历史法学”要旨和追求的这些出色阐发, 这些年一直在震撼着我们的心灵。记得 20 世纪 80 年代初我们最早接触“历史法学”时, “历史法学”曾作为一个反面的角色被痛骂, 被认为是“赞成维护封建秩序”, “对资产阶级革命成果的一种民族主义反动”; 其“反动的民族主义

[1] 参见何勤华:“历史法学派述评”, 载许章润主编:《萨维尼与历史法学派》, 广西师范大学出版社 2004 年版, 第 30~40 页。

观点”甚至还“被德国法西斯所广泛利用”。^{〔1〕}此后20多年里,因为一直在思考近代中国的法律移植问题,才发现“历史法学”的主张并不是简单地维护腐朽,不是那么简单地可以否定的。“历史法学”的基本判断——法律作为“民族精神”和“民族性格”的体现,真正的法律应该是一个民族“同一的法”的整理编纂而不是立法者刻意制定等,实在都可以应用于中国。中国法学界应该以“历史法学”的眼光反省160年中国法制近现代即法制移植或法制西化的历史。这一反省,我们现在尚未有规模有深度地进行过;盲目移植法制和人为创制法制的思路或取向仍然在占上风。

我们法律史学者的历史使命,可能就是主导这样的反省。反省过后,我们必须提出在西来法治主义背景下的法制本土化或中国化方案,使未来中国法制更具有民族个性、民族风格、民族精神,具有人们更加熟悉的民族形式,使其更能解决我们民族面临的特殊问题,并用更具有民族个性的途径、方式解决公共问题。这大概就是法律史学人应该做出的贡献。

本着这样的理解,我们的确要重新审视5000年的中国法律传统。

5000年中国的法律传统,用西方法制、法学的理念和眼光去看,的确是很难理解和阐明的。我非常同意我的导师俞荣根先生的观点,中国古代的法制体系,实际上是由“礼法”和“律法”两个层次构成的;我们不能只看到“律法”的法制史,而不注意“礼法”的法制史。俞老师的见解非常有启发意义。我认为,中国社会生活的所有层面、所有事宜,亦即国家的公共事务和民间事务的所有方面,都是由很早就形成并代代传承的“礼法”(习惯法,有时有正式编纂)来加以规范的。在“礼法”的统率下,尚有所谓“律法”。“律法”是比“礼法”低一层次的规范体系,它主要是就国家和社会生活中的更加浅表或显著层面的事宜、更加紧迫的事宜、最低限度的治安秩序要求的事宜等作出明白无误的规定,以便制裁违规的行为和解决纠纷。用西方法学的眼光来看,我们就只能看到“律法”有些像法律,殊不知在中国古代社会里更重要的、更为根本的、更起作用的社会生活强制规范是“礼法”。由“律、令、科、比”“律、令、格、式”或“律例”“则例”等构成的“律法”体系,甚至包括唐六典、清会典之类,都只不过是“礼法”的扈从或保镖而已,其使命不过是保障“礼

〔1〕 参见上海社会科学院法学研究所编译:《法学流派与法学家》,知识出版社1981年版,第52~53页。

法”的尊严和遵行。

对这一套“礼法”体系的法学阐明，我们过去是做得很不够的。我们过去研究“礼”与“法”关系的人们过多注意考察某些“礼”被违反后的刑事、民事、行政性质的强制后果，以此判断“礼”中哪些是法律、哪些不是法律，似乎在没有看到这种显著的强制性后果时，与之相关的那些“礼”则不足以被判定为法律。这其实也是“以西范中”“以西解中”的结果。其实，“礼”是不是社会生活中的公共强制性行为规范（我们把“法”理解为政治共同体中具有公共强制性的行为规范总和），并不一定要找到符合西方法概念的刑事、民事、行政强制后果作依据才能认定。中华民族有自己的公共强制力形式和强制模式，有时可能是西方的民事、刑事、行政等强制概念所难以比拟或概括的；古代中国的公共政治生活秩序正是在“礼”的强制下实现的。所以，如果一定要用西方法的理念去理解“礼”（“礼法”），当然只能得出“礼”主要是伦理规范、道德规范、礼仪习俗的结论。同样，用西方法的理念去理解古代中国的“法”（“律法”），也比较容易得出中国古代没有宪法（constitution）、民法、商法、行政法、诉讼法的结论。这无疑歪曲了我们民族法律传统的本质。因此，我们实在有必要站在“礼法”“律法”为一有机整体的视角来看待中国法律传统，来解读中国法律传统的特色和精神，来总结和认识我们不能不面对的历史遗传下来的中华民族“同一的法”。

为此，我们想特别倡导以“历史法学”为取向的中国法律史研究。

过去的中国法律史研究，就是通常所说的传统的法律史研究，我们大致可以将其分为三种类型：

第一条路径是法律史实整理复原型研究。这种研究基本上是在整理和描述以往的法律活动及其结晶的历史事实。这些“事实”描述包括三个方面：①对历代法律制度事实的描述，包括对成文规范或惯例的描述等；②对历代法律制度的运作，如立法和执法活动过程的描述；③对历代法律制度、法律思想实际功能和影响的描述。这三类描述，都是所谓“还历史本来面目”的研究。在这一条路径中，又可以分为两大支派。一派是法史考据型。就是对法律史的原始证据、原始信息、原始材料进行发现、发掘、训读、校勘、辨误（伪）、整理、注释的工作。这一工作相当于文物考古专家的工作——从各种隐藏的处所发现历史上各种文明器物或其碎

片,对这一物件的性质、作用、由来等作出最基本的考证和判断。另一派是制度整理派。就是通过前者考据的结果,通过无数零散的历史信息,从小到大逐渐理清(重新描述)历史上的制度和习惯原貌全貌,或大致还原历史上的法律生活过程轮廓。这一工作,类似于依据考古资料和零星历史文献记录来整理重述或勾画历史上的社会结构、生活样式、价值标准等的历史学家的工作。

第二条路径是历史上法律的功能价值评说型研究。这就是所谓的“总结历史的经验教训”“发掘历史文化遗产”“取其精华、去其糟粕”的工作。这一方面的研究,就其实质来说,正如同把中国过去数千年的法律文化遗物当作一大堆苹果,然后由我们这些“很懂行”的人去判断哪些是好苹果、哪些是坏苹果,特别是辨识出那些表面又红又亮而内部已经被虫蛀或已经发烂的苹果。然后告诉人们:好苹果还可以吃,还有营养;坏苹果不能吃,吃了有害;我们的社会生活中有的事实表明还有人正在吃坏苹果……这类研究的判断标准,纯粹是今天的社会需要和是非观念。

第三条路径是历史上法制的文化分析或文化解释型的研究。就是对先前法律的遗物遗迹进行“文化解释”。什么是法律的文化解释?顾名思义,文化解释就是从文化学的角度对法律遗物遗迹进行解释,或对法律遗物遗迹的文化涵义进行阐释,或者说是从文化的遗物遗迹去破译一个族群的文化模式或文化构型的密码的工作。这样的研究要做的事情,一是要对一个民族的成员们后天习得并以集体的行为习惯方式传承的与强制性行为规则有关的一切进行研究,对一个民族世代代累积下来的一切与法律现象相关的人为造物(包括无形之“物”)进行研究。二是要对一个民族的与法律最密切关联的生活或行为的样式或模式进行研究,研究具有持久性的为一个民族的多数成员或一部分特定成员有意识或无意识地共享的法律生活或行动(含思维行动)特有模式。三是要对法律文化的核心即传统法律思想和体现在其中的民族法律价值理念进行研究。

“历史法学”式的中国法律史研究,当然也必须借助上述三种宗旨或路径的法律史研究,必须以这些研究的结晶为基础。但是,本着“历史法学”的原则,也应该与一般的法律史研究有重大的不同。这些不同体现在哪里呢?我们认为应该体现在以下几个方面:

第一,注重整理、阐述中华民族历史上“共同的法”或“同一的法”。不管是成文的还是不成文的,只要是在中国历史上较长时间存在并

支配族群社会生活的规范，就要格外留心加以总结整理并试图阐述清楚。

第二，注重考察民族历史传统上的“共同的法”与民族性格、民族文化、地理环境之间的关系。也就是说，考察这些“共同的法”所要解决的社会问题以及它所依据的社会基础、资源、条件和背景等。

第三，以上述研究成果为镜鉴，反省近代以来中国法制变革在每一部门法中的利弊得失，说清其失误之缘由，并提出更为符合中华民族的“共同的法”的解决方案（包括具体的立法建议案）。也就是说，在追求民主、法治的前提下，使未来中国法制更加合乎中华民族的传统或更具有中华民族的个性，更能准确地针对中国特有问题以“对症下药”。

为此，我们拟聚集一批志同道合的学者投入这一工作。作为这一工作的准备性试探，我们先在我们指导的博士、硕士研究生中布置了一些“命题作文”。将来我们准备募集更多的研究资金，设定更加具体的“历史法学”性质的分支专题，招募相关同道承包完成。除出版这一文丛之外，我们还筹备编辑专题年刊、召集专题研讨会、主办专题网站、设立系列专题讲座、组织专题电视辩论或讲坛、编发立法建议简报、举办专题学术评奖……以此有声有色、卓有成效地推进这一具有重大历史意义的工程。

为着这一工程，我们特别需要学术研究界同行的参与和支持，也特别需要律师界、工商界有识之士的资助。

感谢中国政法大学出版社独具慧眼看中了这一丛书的选题，感谢其给予我们这一工程的支持。

我们深知，更艰巨的工作在等待着我们。我们毕生精力大概只够提出工程设想和做出一点“试错”的工作而已。但即使如此，我们也不能因为胆怯而放弃，更不能躲避历史赋予的责任。

我们坚信，真正有意义的事业，一定会有支持者，一定会有后继者。这，就是我们的动力所在。

范忠信 陈景良

2009年9月13日

序

Preface One

历史法学告诉我们，法律与民族语言一样，是一个民族的特殊性格或精神的反映；法律不仅仅是创造的，更是发现的；每个民族实际上都有潜存于民族心理和习惯中的“共同的法”，等待我们去整理、阐述和弘扬。

我一直心仪历史法学。我认为，我们法律史学者的使命，就是要在当代中国大众心灵深处的共性中，总结整理现存的根深蒂固的传统，并以这些传统作为未来中国法制建设的背景、资源和土壤，让移植的法制与我们民族传统、民族精神、民族习惯，以及民族的传统法制形式之间有更好的吻合。当然，也包括以民主、自由、人权、平等、法治、博爱、正当程序等西方法制精神重述或校审中国法律传统，改造中国法律传统的某些遗传基因，制止传统法律文化的不良因素对当代中国产生的影响。我一直坚信，在西方民主、自由、法治追求和价值与中国传统文化的伦理精神及人本主义价值之间，并没有水火不容的冲突（终极目标都是民族大众的安全、福利和自由），它们能够在一代代妙手回春的“医师”的努力之下珠联璧合、相得益彰。

这就是我们法律史学人的责任，也是历史法学性质的责任。具有这种取向的法律史学研究，就是“历史法学”式的中国法律史研究。这种取向的法史研究的主要目的，就是总结阐扬中华民族的“共同的法”或“同一的法”，亦即阐明过去数千年中国社会生活中逐渐形成的、作为民族性格体现的那些真正的活生生的“法”；查清我们民族法制近现代化工程所不能不面对的社会基础及可供发扬光大的民族资源。

本着这样的理念，大约自1999年起，在逐年指导硕士、博士研究生时，我就有意地引导他们的学位论文向着“历史法学”的研究性格或旨趣靠近。

这些年里我先后指导的硕士学位论文，如汪雄涛的《民初新旧法律冲突中的婚姻问题》、翟文喆的《论明清时期民众的法律观念——以白话小说为素材的考察》、尤陈俊的《明清日常生活中的讼学传播——以讼师秘

本与日用类书为中心的考察》、孙晋坤的《秘密会党自治规约的民间法意义》、徐会超的《论古代中国死刑执行制度的亲伦考量》、李加好的《古代中国避讳制度的法律史考察》、弓伟的《乡饮酒礼及其政治法律功能》、崔兰琴的《义绝与中国传统婚姻法制的精神》、王清文的《“秋冬行刑”制度及其历史根由》、张锋的《春秋时期出师之名的法理初探》、李兵的《明代祖宗家法中的皇权制约机制——考察中国古代“宪”法的一个特殊视角》、吴欢的《传统国宪的历史形态与当代诠释》，等等，都是试图开始以总结、阐释“中华民族数千年社会生活中逐渐形成的特别法制”为特色的法史研究，也就是试图从局部入手阐释我们民族的“同一的法”。

自2004年开始招收博士研究生以后，我更加注意引导博士生们进行有这样学术旨趣的研究，并已经初具规模。直接贯彻这一研究宗旨的论文，如陈会林的《传统中国地缘社会纠纷解决机制研究——以明清为中心的考察》、黄东海的《传统中国商业社会纠纷解决机制研究——以商牙关系为中心的考察》、易江波的《近代中国城市江湖社会纠纷解决机制研究——以汉口码头为例》、李可的《唐宋宗教社会纠纷解决机制研究》、张国安的《宗族社会纠纷解决机制研究——以明清时期为中心》、刘华政的《近代中国手工业社会纠纷解决机制研究》等，均已通过答辩并获得好评。这些论文已经形成一个“传统中国解纷机制研究系列”，在全国法律史博士学位点“列强”中已经形成了一定特色。此外，乔飞的《清代教案与中西法律文化冲突》、黄晓平的《禅让制与传统中国政权危机化解》、李永伟的《南京国民政府银行法制及其宪政导向》、龚先碧的《唐代屯田法制研究》、范晓东的《古代中国君臣封建誓约的法律属性——“丹书铁券”及相关现象的契约分析》、李志明的《传统中国家族组织的公法职能——以明清两代为中心的考察》、汤建华的《“家”在传统中国的私法人属性与功能——以明清为中心的考察》、陈秀平的《中国婚姻禁制的传统及其近现代变迁》、阿荣的《明清时期蒙古地区基层社会解纷机制研究》、陈敬涛的《敦煌吐鲁番文书中的契约履行规则及观念》等，题目虽略有差异，但在内容中也部分体现了“历史法学”的精神。读国学西学书籍最多、最有独立思考的罗鑫同学，虽后来从法史转向了法理学，但也曾认同这样的研究取向并有所思考。

我们的这一工程，与其他法律史学者进行的研究工程也许没有很大的不同，但我们特别强调阐发中华民族的“活法”并有意推进移植法制的中

国化，这种取向是有一定个性的。我们关注的对象无非是二者：一是传统中国社会长期形成的比较有共同性的、一贯性的行为规范暨原则，二是具备这种属性的解决各类纠纷的理念、机制和方法。我们的目的就是对此二者进行阐释和发扬光大。这些题目范围虽广了些，但我们完全可以从小处入手，一点一滴地开始做。上述博士、硕士论文所做的研究就是这一工程的预备或试探。

李志明同学的博士论文就是这一工程的重要部分，他抓住了中国传统政治法律文化的核心问题——家族组织的政治作用问题。

志明是我在中南财经政法大学任教期间指导的博士研究生之一。他1990年从师范学校毕业后回到家乡石首做中学教师，直到2001年考取中南民族大学法理专业研究生。2004年硕士毕业即任教于湖北第二师范学院，2006年开始担任政法学院副院长。2009年考入中南财经政法大学，跟随我攻读法律史专业博士学位。因为硕士阶段没有专攻法律史，且硕士之前的学历也与法学基本无关，所以他报考和攻读法律史博士学位比其他人更困难，但因为刻苦准备，后来考得还不错，导师组很爽快地录取了他。不过，为了防止误入此门，进校时我就一再提醒他：法律史是个吃力不讨好的“四难”（考入难、写文难、毕业难、就业难）学科，现在后悔想退场还来得及。但志明义无反顾地坚持了下来，似乎真喜欢上了这一冷寂学科，在校4年里至少头2年辞去了教学和行政工作，专心致志常驻学校读书，因而学术长进很快，毕业论文写作和答辩都顺利完成，且质量不错。毕业后继续在二师工作，并于2010年晋升副教授。在这些年的求学和教学期间，志明先后主持了湖北省社科基金课题、省教育厅课题等多项课题，又先后在《江汉论坛》《理论月刊》等学术刊物上发表了20余篇学术论文，讲课效果也经常获得学生和同事的好评，算是教学、科研双重初有收获了。

志明的博士论文题目，是他跟我多次反复商量后选定的。至于为何选择这个题目，志明其实一开始就想通过认识家庭来认识传统中国。在选定论文题目时，志明说自己的历史和法学功力都不足，因而很想找一个有利于“恶补”国学知识的论文题目作为切入点，强迫自己在短时间内“加大剂量”读书思考以获得对传统法律文化的大致了解。我问他对传统法律文化的哪个环节特别有兴趣，他说他对家庭家族组织在传统政治中的作用问题有兴趣，这恰与他同届同学汤建华君特感兴趣的家族在传统中国的私法作用问题殊途同归，于是我就建议他们两人分别以“传统中国家族组织

的公法地位与功能”“传统中国家组织的私法地位与功能”为题做关于家组织在传统中国法律地位与功能的共同研究。我认为这两个题目系从两个不同角度出发，各有分工，相辅相成，对传统中国家组织作一个初步的法律文化阐释，所以就特别支持了他们的想法。

在大致确定选题方向后，我们还特别就这一选题的“问题意识”进行了反复商讨，师徒三人最后商定以传统家组织的“法人”属性阐释为核心，以缩小研究关涉面并突出研究宗旨目标。

在这两个论文题目的选定和研究过程中，志明和建华是有勇气的，是有一股不畏艰辛、知难而上的精神的。因为传统中国“家”形态复杂多样，要以现代“法人”视野去阐释、解读其公法、私法上的组织属性、地位、功能、作用，是很容易引起争议的，这一点我们一开始就想到了。在两人论文开题答辩、中期答辩、外审盲评和最后答辩中，质疑或争议最多的就是对家组织的“法人”定性问题。

很多同仁认为，“法人”是个相当现代的概念，是从国外引进的概念，是个民商法概念，在传统中国根本不存在“法人”概念，作为血缘组织而不是法构组织的传统中国的“家”是不可以视为法人的。但我们不这么看，我们认为把传统中国的家组织视为法人更能破解传统法律文化的某些遗传密码。

正因为有这样的认知差异，志明的博士论文答辩会上曾出现过这样令人难忘的一幕：有答辩委员严厉质疑将传统家组织视为法人是否适当（实即质疑整个选题能否成立）时，志明因为想在老师们面前表现出格外谦虚谨慎、诚恳奉教、尊敬师长的态度而不敢理直气壮回答。在场旁听的我“急眼了”，竟不顾“学术规范”，情不自禁站了起来与提问人进行辩论，声调竟相当于吵架。记得当时我竟然很动气地说：“我反对！经过了开题答辩、中期答辩、外审盲评，这个选题已经通过了几道正式认可程序，到了今天还要釜底抽薪地否定选题，是没有道理的！选题是否成立，责任在我，不在学生！不要因为这一点影响对全文的评价！若一定要说他们对法人问题没搞清楚，那也主要是我的责任，是我没有搞清楚，不能怪他们！”答辩现场，两位老师面红耳赤，全场其他师生不知所措地围观了这幕难得一见的法史囧剧，好在不过几分钟就结束了。虽然答辩后的“谢师宴”上即与那位仁兄互相“罚酒三杯”笑释意气，但关于这一论题是否成立的争议至今仍在，这关系到对传统中国家组织属性的根本认知，事涉对家族本位的中国传统法律文化的根本认

识,我觉得仍有必要在这里再作一个辩解和申述。

“法人”一词(概念)是近代中国从西方引进的,是用来称呼可作为民事主体的所有人际组织的,是用来指代法律或习惯承认的自然人以外的拟制人格的。这样一个源自古罗马法、发达于近代欧陆民法的名词,古代中国法律文化中是没有的,这一点谁也不否认。但是,我们不能不承认,将一定的人际组织承认为民事法律关系主体,拟制为法律上的独立人格,将其在法律上与自然人一样看待,使其享有权利、承担义务、履行责任,这样的实践、事实及其观念或理念,在古代中国很早就发生了。在古代中国的工商业活动及管理中,国家法、民间法都承认以“行”“堂”“房”“庄”“号”“帮”“店”“团”“作”“会”“伙”“社”“院”“寺”“观”等形态存在的民间组织可以独立行使民事权利、承担民事义务、履行民事责任,这是司空见惯的常识,事实上它们就是传统中国的法人。在人们心目中,在国家法律中,在民间习惯中,早就将它们当成独立民事主体了,只不过还没有来得及归纳抽象成一个通用的“法人”概念(范畴)而已。我们可以说古代中国没有法人概念,但不能说古代中国没有法人事实和观念。台湾学者戴炎辉先生曾为我们特别解读了清代台湾“乡庄”组织的法人属性,“庄为地方自治团体,不但为庄民之法的意识所支持,即官亦予认”,“庄之为共同团体而有法人格,即制定执行庄规,有庄产,以庄职为其机关而行为”,“因而乡庄系公法人”。即使到近代渐失了公法性格,但“仍具私法上之法人格”^[1]。社会学者陈宝良先生在《中国的社与会》中所述的古代中国的乡约、义甲、义社、义庄、义坞、牛社、义助会、联庄会、善堂、浮图会、行会、会馆与商会、诗文社或学社等经济型、治安型、慈善型、文化型民间组织^[2],其实都可以以其组织整体名义独立进行民事活动、承担民事义务。早在清末即有法律学者认为:“即以会馆言之,如俗云会馆敬启、会馆顿首之类,非俨然以人之资格而有意思、有行为乎?”^[3]人民大学张世明教授一贯力主宗族法人说,他认为:传统中国的宗族组织有族田等独立财产,能独立承担民事义务、责任,有族规宗约

[1] 转引自黄静嘉:《中国法制史论述丛稿》,清华大学出版社2006年版,第349、357页。

[2] 陈宝良:《中国的社与会》,台北南天书局有限公司1998年版,第二章。

[3] 《法政用语杂解》,载吴兴让译:《北洋法政学部》(第8册),第3页,光绪三十二年(公元1906年)十月。

家训等规章制度，还有族长执事房长之类的办事机构人员，更使用“某某堂”之类的名称标识符号对外识别，所以传统中国的宗族组织应该视为法人^{〔1〕}。这些学者的观点并不是什么“新发现”，其实只是捅破了一层蒙人双眼的窗户纸而已，道破了一个通常为偏见屏蔽的历史事实而已。今日法人概念的四个要件中，传统家组织符合三个。还有一个条件就是法人须“依法律或习惯而成立”。有人以家庭系自然（婚姻加血缘）形成而否定其法人属性，其实也是站不住脚的。因为所谓“成立”并非一定如今日成立公司一般依据法律去组建，也应包括对已存在的天合组织的法律主体资格追认，更不用说夫妇结婚立户注册和宗族修谱建祠立规都需要一定的官方认可手续。所以，我们将古代中国两种意义上的“家”——个体形态的家（税户）和亲团形态的家（宗族）都视为完全意义上的私法人和受托代行国家某些政治职责的准公法人是完全合理的，也是符合历史真实的。

中国传统法律文化，是在与西方数千年“不相往来”的相对隔离中成长起来的。因为长期隔离，所以中西各文明间一直是各忙各事，各说各话，双方很少有法学上的共同语言。中国传统法律文化的概念范畴，很难在西方法律文化中找到对应物；反过来，西方法律文化的概念范畴在中国法律文化中也找不到对应物。比如西方的“理性”“正义”“人治”“法治”“宪法”，等等，在中国传统文化中是找不到直接对应物的，中国的“礼”“仁”“和”“王道”“正朔”，等等，在西方文化中也是找不到直接对应物的。但是，没有这样直接的对应概念范畴，不等于没有相同或相似的观念、理念或价值，更不等于没有相同或相似的追求或事实。关于传统中国的家或亲属组织的法人属性、地位、功能问题，我们正需要作如是观。如果一定要在古书中找到直接对应的概念（名词）才承认古代中国有某某制度，那么我们就简直可以取消法制史学科了——因为从中国史书上找不到“婚姻法”“继承法”“物权法”“合同法”“行政法”“环保法”等概念（名词），难道我们就能断言中国历史上没有存在过这些方面的法律现象及观念吗？难道传统中国真实存在过的与这类舶来概念所指基本同一的那些历史事实（现象）就该视而不见吗？

我自告奋勇地就这一问题作了上述答辩，并非仅仅是为了支持志明和

〔1〕 张世明、步德茂、娜鹤雅主编：《世界学者论中国传统法律文化（1644～1911）》，法律出版社2009年版，第5～9页。