

中国传统社会
坟山的法律考察

——以清代为中心

李哲 著



中国政法大学出版社

中国传统社会 坟山的法律考察

——以清代为中心



中国政法大学出版社

2017·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

中国传统社会坟山的法律考察: 以清代为中心/李哲著. —北京: 中国政法大学出版社, 2017. 6

ISBN 978-7-5620-7566-0

I. ①中… II. ①李… III. ①财产权—研究—中国—清代
IV. ①D929. 49

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第140676号

中国传统社会坟山的法律考察——以清代为中心

书 名 Zhong Guo Chuan Tong She Hui Fen Shan De Fa Lu Kao Cha
——Yi Qing Dai Wei Zhong Xin

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 箱 fadapress@163.com

网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)

电 话 010-58908435(第一编辑部) 58908334(邮购部)

承 印 固安华明印业有限公司

开 本 880mm×1230mm 1/32

印 张 8

字 数 186千字

版 次 2017年6月第1版

印 次 2017年6月第1次印刷

定 价 38.00元

前言
Preface

在中国传统社会，坟山是祖先的葬地，是以祖坟为中心的一片土地或者山林。受儒家孝道观念和古人隆丧厚葬观念的影响，以坟山为表现形式的葬制以及对祖先的祭养活动具有特殊意义，是古人生活中必不可少的组成部分。从法律的视角来审视，围绕着坟山产生了一系列具有法律效果和意义的活动。从古代家谱、判牒以及刑案的记载来看，涉及土地所有权、相邻关系、买卖、赠与、租佃等民事纠纷，甚至土地侵占、械斗、盗窃、杀人等刑事案件，这些问题的处理解决方法反映出了我国传统法律的运行方式和民间的法律秩序。因而从法律的角度考察坟山所涉及的法律活动能够反映出中国传统法律文化的本质和特征。本书除绪论和结语外，正文以清代为中心从五个方面对坟山进行了考察。

第一章为坟山与中国传统法律文化。中国传统文化以及其中的法律文化是坟山法律考察的背景，坟山作为一种社会事物是在中国传统文化的土壤中产生发展起来的。首先，从中国传统文化的角度来看，坟山的起源和发展无不受此种环境的影响，并深深地体现着中国传统文化的内涵，这包括民间以鬼魂观念和祖先崇拜为代表的

信仰观、“入土为安”的丧葬心理以及“福荫子孙”的风水观。其次，从中华法律文化的角度来看，与坟山相关的法律活动还是中国传统法律文化的折射，深刻反映了中国传统社会的宗法思想与宗法关系、儒家的孝道思想与家族伦理关系以及中国传统社会的法律关系与民间秩序。因此，民间坟山习俗中无不渗透出中国传统法律文化的精神实质。

第二章为坟山所有权与取得方式。坟山的所有权实为土地的所有权，因此，坟山的取得在本质上是土地的取得。首先，在坟山的取得方式上，土地的取得方式亦是坟山的取得方式，这主要包括买卖、赠与以及继承等方式。在坟山的利用上，受风水观念影响，我国民间形成了一些处理坟山相邻关系的习惯，对于方便坟山所有人的祭祀养护活动具有重要作用。其次，由于坟山的用途是用来埋葬死者的，受时间、地域以及人们自身原因的限制，也会出现一些特殊的取得方式，这主要包括错葬和借葬。错葬主要是对于坟山的地界标志认识不清而出现的葬入他人坟山或者土地的情况，当然，也不乏有为了风水等原因而故意葬入他人坟山的盗墓现象。借葬主要是由于贫穷、战乱、客死他乡等原因引起的在他人的土地上埋葬的现象。虽然错葬和借葬并不是取得土地所有权的常态，但是，在“入土为安”思想的影响下，人们不愿意惊动地下的先灵而迁葬，埋葬死者的坟山也就在事实上归于死者的后人所有了。

第三章为传统习俗中的坟山养护。坟山的养护从广义上来看，包含着祭祀、培土、植树以及看护等一系列的日常活动。数千年来，我国古人形成了诸多关于坟山的祭祀养护习俗，其中有许多是具有法律效果的民事习惯和传统做法。首先，坟山养护的经济基础为祭田的租息以及出租房屋、田产等的收益；其次，在坟山的养护

中还包括荫木的保护。荫木为坟山上的树木，不同于一般的树木。荫木被认为是祖先的护羽，在传统社会中具有特殊的意义。但由于树木的经济价值和生活用途，坟山上的树木会成为人们盗砍破坏的对象，因而，保护坟山上的荫木，成为家族以及国家的重要任务；再次，看坟人是坟山养护中的重要角色，是坟山的保护者。看坟人主要是通过契约以及继承等形式确立的，其职责包括看管、保护以及向坟主报告侵害坟山的人和行为；最后，坟山的造葬、禁葬与迁葬也是坟山维护的内容。坟山是随着家族关系、土地面积的变化而变化的，家族允许其成员按照一定的规则进行安葬，同时也禁止违反这种规则的乱葬。坟山的迁葬主要包括因为风水、社会事件以及战乱等原因引起的迁坟活动。

第四章为坟山与宗族制度。从家谱、判牒等有关资料的记载来看，族长、房长在家族处理坟山事务中具有关键性的作用，他们对于家族坟山事务的决定方式主要是以公议的形式实现的。因此，在坟山与宗族制度的关系上，族长、房长与家族的议事方式是不能忽略的。首先，族长是一个家族的负责人，是家长。一般按各地的风俗习惯，族长由族众公推选任族中具有贤能之人担当，也有以最尊长者担任的情形。族长具有对于家族事物的决定权，也是家族利益的重要保护者。其次，房长是家族分支的负责人，其地位次于族长，具有参与、决定家族事务的权利。最后，对家族事务的处理，主要依靠家族族长、房长等重要成员的共同商议来决定。公议的内容是多方面的，主要是与家族利益密切相关的事务。公议结果的公示主要包括立碑示禁、取得官府的告示，以及民间习俗反映出来的唱戏等特殊方式。

第五章为坟山纠纷及解决。坟山纠纷的解决存在着较大的难

度，稍有不慎，即可引起家族之间的械斗和世仇。在古代长期的法律实践中，无论是民间的自行解决，还是官府的审断，都积累了丰富的经验和方法。首先，从民间的自行解决来看，主要是依靠风俗习惯以及情理等来调解、和解；其次，涉及坟山纠纷的词讼，官府主要是通过家谱的记载、看坟人的陈述、实地勘察等作为证据，并且风水观念和“入土为安”思想对争议的解决具有重要的影响作用；最后，在坟山所涉及的刑案中，主要包括侵害坟山土地、争风水、盗卖坟山及盗窃坟山财产以及发冢等案件类型，其解决主要是严格按照国家法律的规定裁断和处罚。

透过上述对于坟山的法律考察，能够大体上反映出中国传统法律文化的特点，以及传统社会中法律实践的实际情况、民间法律秩序的维护方式以及纠纷的解决机制。

李哲

2017年3月



绪 论	1
一、关于选题背景	1
二、关于研究意义	2
三、关于研究现状	13
四、关于参考文献	16
五、关于研究方法	19
 第一章 坟山与中国传统法律文化	23
一、中国传统法律文化是研究坟山的大背景	23
二、坟山的文化解读	29
三、坟山是中国传统法律文化的折射	56
 第二章 坟山所有权与取得方式	75
一、坟山所有权与相邻关系	76
二、坟山的买卖	81
三、坟山的捐赠	98

四、坟山的错葬与盗葬	101
五、借葬	109
第三章 传统习俗中的坟山养护	114
一、坟山养护的经济来源	114
二、荫木	124
三、看坟人与坟山的看管	138
四、坟山的造葬与迁移	153
第四章 坟山与宗族制度	163
一、族长和房长	163
二、公议	175
第五章 坟山纠纷及解决	187
一、坟山纠纷的民间解决	189
二、涉及坟山纠纷的词讼	192
三、与坟山有关的刑案	210
结 语	233
参考文献	239
后 记	245

绪 论

一、关于选题背景

瞿同祖先生在《中国法律与中国社会》一书中指出：“中国古代法律的主要特征主要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。”^{〔1〕}我国古代数千年来的文明发展史和封闭的地理环境^{〔2〕}，成就了丰富而又独特的中国传统法律文化，这种文化被党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》（以下简称“《决定》”）称为“中华法律文化”。中国传统社会的法律是以儒家“礼”的思想为指导、以家族和国家的二元体制为治理模式形成的独特的法律理念和特殊的表达形式。因此，要了解中国传统社会的法律实践，作为其中之一的家族问题是一个不能不涉及和研究的领域。

通过查阅国家图书馆家谱与方志中心和中国人民大学图书馆的

〔1〕 瞿同祖：《瞿同祖法学论著集》，中国政法大学出版社2004年版，第8页。

〔2〕 关于地理环境的封闭性及对于中国传统法律的影响，参见范忠信：《中国法律传统的基本精神》，山东人民出版社2001年版，第37～40页。

家谱、方志以及判牍等历史文献资料，发现坟山在中国传统社会中占有重要的地位，尤其是在家谱中多有记载，涉及土地权利、相邻关系、买卖、纠纷等法律问题。在判牍和刑案中还发现，涉及坟山的案例不在少数，轻者为一般的民事纠纷，重者还会引起土地侵占、械斗、盗窃、伤害杀人等刑事案件。可以说，涉及坟山的案例是各级官府审断的重点和难点。从对这些资料的初步整理中，已经能够隐约感受到中国传统社会的法律运行的大体脉络。作为中国传统社会中特殊的财产和中国传统文化特有的现象，坟山法律考察的意义也自然凸显出来了。因此，笔者选定坟山作为研究的切入点和突破口，意图从法律的角度进行考察，以此来探寻中国传统法律的运行方式以及中国传统法律文化的本质特点。

二、关于研究意义

如果以今天的法律来考察坟山的性质，很容易得出这样一个结论，即坟山只是土地权利的客体，别无太多法律意义。但是，在中国传统社会中，坟山的意义却不限于此，甚至完全超越了物质形态的意义，这是身处现代文明的我们难以想象的。在我国古代，坟山是一个家族的祖先葬于斯，其后裔养于斯的地方，受浓厚的家族观念影响，坟山成为一个家族的精神领地，神圣不可侵犯。而所有的关于坟山的法律活动都是为了保护家族的物质利益和精神利益。因此，通过对坟山的法律考察，不仅可以看到中国传统社会法律运行的实际情况，而且能够更加深刻地领略到中国传统法律文化的丰富内涵。

（一）研究的理论意义

关于坟山法律考察的理论意义主要有如下几个方面：

1. 从微观角度，再现中国传统法律文化的本质和特征

坟山作为一种在我国历史上存在的社会现象，本身就具有研究的意义。恢复其本来面貌，是史学研究的首要和基本性的任务。而从社会现象中探寻法律的运行方式以及在该种方式之下所反映出的文化内涵则是法律史学研究的根本任务。

自从19世纪末开始的“西法东渐”以来，人们对西方的法律制度顶礼膜拜。正如马小红教授一针见血的评价，“这一百余年，我们始终未能摆脱以国势强弱论文化优劣的束缚，而这一点在对中国传统法的研究中表现尤为突出……当我们阅读百余年来，尤其是近二十年来关于中国传统法研究的著作时，我们感受不到传统的震撼，找不到可以给我们自信的传统，相反我们时时感到的是一种苦涩和失落”。^{〔1〕}而事实上，数千年来形成的中国传统法律文化是古人生活经验的积累和总结，其中包含着处理人与人之间关系的法律规则以及这种规则背后的原理。这种法律经验与当时的社会情况紧密相关，符合农耕文明的需求和社会发展规律，是“接地气”的法律运行方式。如果不将其还原到当时的社会环境中去考察，也就很难理解为什么这种没有以“法律”的名义表现出来的法律会在今天被否定、被批判了。因此，我们不能仅以今天的一种来自于西方的法学理论去评判中国传统社会的法律，这种研究方法本身就是错误的。所幸的是，《决定》要求：“借鉴国外法治有益经验，但决不照搬外国法治理念和模式。”因此，我们应该置身于传统社会，从社会运行的效果上去看待中国传统法律，力求从更深层次上展现中国传统法律文化的魅力，以找回我们曾经失去的自信！

〔1〕 马小红：《礼与法：法的历史连接》，北京大学出版社2004年版，第3页。

在中国的传统社会中，受儒家思想的影响，人们尤其重视孝道。而对于孝的最通常意义的解释就是“生养死葬”，因而以坟山为表现形式的葬制、葬俗以及祭养活动是“孝”的表达方式之一，是古代社会人们生活中必不可少的组成部分。前已述及，坟山作为一种具有特殊含义的财产，现实生活中会产生对该财产的占有、使用、收益以及处分等法律问题，还有可能受到侵害破坏，引发纠纷。这些法律活动都反映了中国传统法律及其运行的特点。本书的选题从传统社会的坟山这一微观静态事物出发，将社会学的研究方法用于法律史的研究中，力求“以小见大”。通过对以坟山为客体所产生的法律关系和行为、纠纷及解决等动态法律活动的考察，反映古人对法律问题的态度、做法以及传统社会的法律实践与民间秩序，力图通过微观问题的考察再现中国传统法律文化所具有的宏观特征。

2. 通过考察传统文化对法律的影响，明确二者的相互关系

坟山在传统社会中已经超越了一般意义上的财产，成为家族利益的集中体现。受中国传统社会崇拜祖先神观念的影响，古人认为，人死后会“灵魂不灭”，会在另一个世界生活并“庇佑”自己的后人，后世的福祸荣辱均与先人的“灵魂”紧密地结合在一起，生者的命运被牢牢地“掌握”在死者的鬼魂上。因而，后人对于埋葬死者的坟山的建造、管理以及养护极其慎重，唯恐因祭养不当而“招惹祸事”。在儒家礼制思想的指引下，坟山的祭祀养护融合了宗教、伦理以及风俗等多方面的因素，形成的风俗、习惯，乃至法律，深刻地体现着中国传统社会的家族观、信仰观以及法律观等，是多种文化现象的综合反映和体现。

通过对与坟山相关法律制度的考察，可以看到中国传统法律以

家族观念为核心的文化特质。“中国死亡文化的实物形态中，最能体现家族观念的恐怕莫过于祖坟。”^{〔1〕}但是，如果仅仅局限于法律角度的考察，我们还是难以完全理解古人对于坟山特殊的情感和态度。只有置身于与坟山有关的宗教、风水、伦理、习俗等文化现象中，才能够真正领略到坟山所反映出的传统法律文化的原貌，使得我们能够理解为什么古人在处理法律问题时采取与今人完全相异的态度和方式。因此，笔者在对于坟山进行法律考察时，是以中国传统文化为大背景的。

3. 发掘家谱、判牍等资料的学术价值，丰富法律史的研究

法律史是从法律和历史相结合的角度对古代社会法律制度进行研究，因而需要史料的支撑。自20世纪80年代以来，经过30余年的努力，对法律史基础性的、宏观性的研究已经取得了显著的成果。目前，对于法律史的研究已经不能局限于专业基础领域，而是需要改变思维、变换方法，借助多种史料从不同的角度拓展研究领域，以繁荣法律史研究。近些年来，学界在这一方面也作出了不懈的努力，取得了突出的成绩。田野调查、民事习惯调查、档案解析等研究方式被引入法律史的研究领域，使得法律史的研究不再单纯地局限于国家的正史典籍，从而取得了新的研究成果，为法律史的研究注入了新的血液，带来了新的生机和活力。

中国的史料浩如烟海，除了官修史书外，还有众多的家谱、判牍、档案、民间法律文书等，这些史料可能从微观上记载了中国古代社会的一个案件、一个判决、一个契约，乃至一个“法官”判案

〔1〕 王夫子：《殡葬文化学：死亡文化的全方位解读》（上），中国社会科学出版社1998年版，第225页。

的心得体会，直观地反映了中国传统法律的运行机制。透过对这些资料的研究解读，我们能够看到在一种无序状态下的有序秩序，与今天维护社会秩序的方式迥然不同。通过这些材料的解读，我们不能轻率地以“落后”“荒蛮”等批判性、否定性的词语去评价中国的传统法律，相反，我们能够明白费孝通先生为什么用“乡土本色”^{〔1〕}来描述中国古代的基层社会。“乡土社会秩序的维持，有很多方面和现代社会秩序的维持是不相同的。可是所不同的并不是说乡土社会是‘无法无天’，或者说‘无需规律’。”^{〔2〕}这种秩序的维持有着自己独特的方式，是通过社会经验、家族自治等方式来实现的，是完全不同于今天而又有益于古代的方式。通过这些史料所反映的微观社会来考察中国传统法律的实际运行情况，亦不失为一种有效的探索。

（二）研究的实践意义

研究与坟山有关的法律问题的实践意义在于：

1. 从传统文化中探求维护民间秩序的有效手段和方式，为当今农村法治建设提供有益的参考借鉴

几千年的农耕文明造就了中国传统社会独特的法律气质并且一脉相传直至清末。即使在法治现代化的今天，我们也没有摆脱传统文化的影响力。尤其是在受现代文明影响相对较小的农村社会，人们默默地遵守着前人留下来的经验，世代相传，没有人去问为什么，只知道这样做就对了，这就是传统文化的力量。

田涛先生在浙江黄岩进行田野调查时发现了大量类似经验，尤

〔1〕 费孝通：《乡土中国 生育制度》，北京大学出版社1998年版，第6页。

〔2〕 费孝通：《乡土中国 生育制度》，北京大学出版社1998年版，第49页。

其是在婚姻、继承、土地、计划生育等方面。以一则具有典型性和代表性的协议为例，胡甲在丧夫后要改嫁，但需要与原公婆就小孩抚养及房产问题达成改嫁协议。协议的主要内容是：①胡甲的小孩的户粮不迁出，由胡甲的原公婆抚养成人；②由胡甲负责小孩初中毕业以前的读书费；③胡甲原来所欠的账款改嫁后仍由本人负责；④胡甲改嫁后，小孩留给公婆抚养，愿留下房产及家具一宗；⑤胡甲原来嫁来的家具归本人所有。协议由胡甲及原公婆按指印，并由本村和嫁入村的村干部以及乡驻村干部作为见证。^{〔1〕}

对于这样一份协议，任何一位研习法律的人都能够看出其中不当之处，都能够为中国还有这样的事情激昂陈词痛批一番。笔者无意于从部门法的角度去批判这份协议，而是想揭示农村的法律现状，这样一份协议恰恰映射出中国农村的现实。如果说打官司，胡甲应该会胜诉，但是“她走了，苗根家两个老的怎么办？小的怎么办？靠谁？”^{〔2〕}这样的反问发人深思，切中要害。乡民们的生活经验没有把问题放到法律的对与错上，而是放到了现实的生活问题上，放到了情理之中。“他们也必须考虑留下的老小的生活。他们所能做的就是尽可能的留下东西，多留下一些财物，多让胡甲担些义务，多让胡甲背走一些债务。”^{〔3〕}而且，当事人、乡民以及村、乡两级干部都认为协议的内容是公平的。最终胡甲追求新生活的愿望实现了，而老人和小孩的生活也得到了了一定的保障。这种结

〔1〕 参见田涛：《被冷落的真实：新山村调查手记》，法律出版社2005年版，第128~131页。

〔2〕 田涛：《被冷落的真实：新山村调查手记》，法律出版社2005年版，第130页。

〔3〕 田涛：《被冷落的真实：新山村调查手记》，法律出版社2005年版，第131页。

果是否就是我们在苦苦追寻的“乡村秩序”？这是否就是一种和谐与以人为本？

伴随着现代文明的延伸，城市文明正在向乡村社会渗透，甚至是吞噬。但这并不能证明中国的农村最终将被城市文明淹没。中国的农村、农业、农民问题始终是国家关注的重要问题。虽然工业化也带来了农村的生活方式、生产方式、就业结构以及思想观念等多方面的变化，但是，基于土地、粮食等问题之于国计民生的重要意义，农村不会在短期之内消失，其不同于城市的生产生活方式还会长期存在。对“三农”问题的研究依然具有重要价值。

在法治现代化的今天，农村的法治建设也越来越受到重视，理论界与实务界都在为农村的法治建设做出种种探索和尝试。在这一进程中，我们既不能丢弃现代法治文明，忽视国家的制定法在农村社会中的作用；也不能置农村的传统与现状于不顾，忽视那些独特而有效的经验成果在现实生活中的作用。毕竟当前的中国农村还没有完全摆脱以家族和道德伦理作为维系社会关系的“乡土”气质。“中国传统法律中的许多观念和做法，在今天看来仍是弥足珍贵。这种有关法律的经验、智慧和社会理想，对现代中国法治建设有一定的积极意义，值得我们在今天的法制建设中从理念到制度上进行思考。当然这其中不乏批判、抛弃的成分，又不失有挖掘、改造的价值。因此，我们首先要找出中国传统法律中的精髓，然后才能够在民主法制建设中正确的运用，以期发挥其应有的功能。”〔1〕

〔1〕 郑定：“中国法律传统与现代法制文明”，载《人民论坛》2001年第1期。