



清华大学法学文丛

中国传统家族 司法研究



李交发 原美林 刘泽友 等 著

清华大学出版社



湘潭大学 法学文丛

中国传统家族 司法研究



李交发 原美林 刘泽友 等 著

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国传统家族司法研究 / 李交发等著. -- 北京 :
法律出版社, 2019
(湘潭大学法学文丛)
ISBN 978 - 7 - 5197 - 3063 - 5

I. ①中… II. ①李… III. ①家族—法制史—研究—
中国 IV. ①D923.902

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2019)第 022250 号

中国传统家族司法研究

ZHONGGUO CHUANTONG JIAZU SIFA YANJIU

李交发 原美林 刘泽友 等著

策划编辑 周丽君

责任编辑 周丽君

装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京虎彩文化传播有限公司

责任校对 杨锦华

责任印制 张建伟

编辑统筹 独立项目策划部

开本 720 毫米 × 960 毫米 1/16

印张 29.75

字数 449 千

版本 2019 年 2 月第 1 版

印次 2019 年 2 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)

网址 / www.lawpress.com.cn

投稿邮箱 / info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱 / jbwq@lawpress.com.cn

销售热线 / 010 - 83938336

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、子公司销售电话:

统一销售客服 / 400 - 660 - 6393

第一法律书店 / 010 - 83938334/8335

西安分公司 / 029 - 85330678

重庆分公司 / 023 - 67453036

上海分公司 / 021 - 62071639/1636

深圳分公司 / 0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5197 - 3063 - 5

定价: 98.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

总序

无可否认,湘潭大学法学院是中国法学教育界一个特殊的存在。其特殊性在于这所没有985高校与211高校光环并偏居一隅的大学,其法学院一直在中国高校法学专业教育园地占有重要一席。湘潭大学法学院创办于1982年,是湖南省成立最早、招生最早、师资力量最强、学科门类最全、招生规模最大、教学层次最齐全的法学院。翻开湘潭大学法学院走过的35年,学院每十年便跃上一个新的台阶,1983年正式建系并招收第一批法律本科学生,1993年获得湖南省第一个法学硕士学位授权,2003年获得湖南省第一个法学博士学位授权,2013年获批湖南省第一个法学类2011协同创新中心。此外,法学院还是第一批国家级卓越法律人才教育培养基地,设有湖南省第一批国家级法学特色专业建设点、第一门法学类国家级精品课程、第一个法学一级学科博士后科研流动站;拥有全国唯一的“中国—非洲法律培训基地”,湖南省唯一的国家级法学人才培养模式创新实验基地、唯一的全国法律专业硕士学位研究教育综合改革试点单位、唯一的法学类国家级实验教学示范中心、唯一的国家级法学专业综合改革试点单位。

2008年,乘《国家知识产权战略纲要》之东风,依托湘潭大学综合性大学的优势和法学院强大的师资力量,湘潭大学成立了湖南省首家知识产权学院,致力于培养社会亟须的复合型、应用型知识产权专门人才。学院在教学科研、人才培养和服务社会等方面快速发展,搭建起一个多元主体参与、协同创新的办学平台。至今学院已经形成了包括全日制知识产权本科、自学考试知识产权管理(独立本科段)、知识产权法学硕士、法律硕士知识产权方向、交叉学科知识产权硕士和知识产权博士等层次完整、特色鲜明的人才培养体系。学院人才培养质量获得社会的广泛认可,被业界视为知识产权人才培养的“湘大模式”,国家知识产权局还专门向全国推介“湘大模式”。

湘大法学院已经走过的35年,今日回望,虽然足以引以自豪,但湘大法律人当下最需要的却是不忘初心,继续前行。于是,就有了以湘大法学院35周年与

知识产权学院10周年为契机出版的法学文丛,这是法学院与知识产权学院走向未来的新起点。她的问世,不仅仅是献给法学院与知识产权学院诞辰的贺礼,也是对为法学院与知识产权学院今天做出卓越贡献前辈、关心法学院和知识产权学院建设各界人士的回报,更是对法学院与知识产权学院未来发展的期待和激励。收入文库的著作有对学科前沿问题的瞻望,有对古老法律思想的重新解释,还有对当今世界与中国问题法律上的思考与回应。每一本著作都是学术交流的载体,是思想火花的碰撞,也是湘大法学与知识产权学术水平的展示。

伟大的时代呼唤和激励不凡的智慧创造。在祖国走向复兴的今日,在全面推进依法治国的当下,我们有幸身处这正在发生的历史现场。应该有理由相信,湘大法律人与知识产权人一定能永葆创新激情,不断激发创作灵感,为中国的法治与知识产权事业做出湘大法律人特有的贡献。

湖南省人大常委会副主任
湘潭大学法学院名誉院长



目录

Contents

论古代中国家族司法	李交发(001)
中国传统家族司法研究	原美林(016)
传统家族司法价值论	李交发 原美林(128)
家族司法:古代和谐社会的非正式制度设置	李交发(141)
论中国古代司法二元性	原美林(151)
中国古代家族法与国家法关系探析	邹永明(157)
家族司法与国家司法的冲突与融合	原美林(194)
中国传统“家法族规”的特征及现代法治意义	李鼎楚(202)
明清家族司法探析	原美林(212)
义庄条规与传统社会和谐	李交发 刘泽友(233)
论中国传统家族司法主体的权力	
——以国家法律对家族长权力的确认为视角	原美林(247)
清代安徽家族法研究	范玉伟(255)
广西家法族规概论	黄爱平(286)
湘鄂西土家族家族司法研究	刘泽友(331)
论湘鄂西土司司法自治与土家族家族司法的确立	刘泽友(450)
湘鄂西土家族家族司法之效用	刘泽友(461)
后 记	(467)

论古代中国家族司法^{*}

李交发

中国传统诉讼的一个重要特征是其二元结构,即国家司法与家族司法并存。之所以出现这种诉讼景观,主要原因是“古代社会的单位是‘家族’……在古代法律中,这个差别有着重大的后果。法律的这样组成是为了要适应一个小独立团体的制度。因此,它的数量不多,因为它可以由家长的专断命令来增补。它的仪式繁多,因为它所着重处理的事务,类似国际间的事务的地方,多于个人间交往的迅速处理。尤其重要的,它具有一种特性。……团体永生不灭,因此,原始法律把它所关联的实体即宗法或家族集团,视为永久的和不能消灭的。……既然家族集团是永生不灭的,其担当刑罚的责任是无限制的”。^① 梅因的家族单位永久存在决定家族法长期存在的观点,很符合中国古代诉讼的历史实际。当然,我们也应该认识到中国古代家族司法所特有的几个问题:一是其萌芽、发展、定型的渐进过程;二是其特定的时空背景条件、独特的运作方式;三是其特有的社会整合作用;等等。只有注意到这几个方面,我们才能正确理解中国古代的家族司法。

一、依据

(一) 存在依据

在国家产生以后,中国不同于西方的地方是,社会最基础的单位是“家”和“族”,在血缘关系基础上,集家而成“族”,聚族而成国,而国是最大的社会组织。

^{*} 此文发表于《法商研究》2002年第4期。

^① [英]梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1984年版,第72~73页。

并且,在家、族与国的组织结构关系上,呈现出一种严谨的一体性:家国同态、家国一体。也就是说,家族是国家的微缩,国是家族的扩大,二者表面形式不同,实质内涵无异。无论家政和国政都以血缘和政治的二重原则为依据。家内重亲,强调子女对父母之孝;国中重顺,强调臣民对君王之忠,而且孝忠一体,由此延伸下去就是家长至高的家族统治权、君主不可侵犯的国家统治权。因此,子弟必须无条件地服从家长,臣民必须无条件地听命于君主。

如何理家和治国,这又是一个异常重要的问题。大体可以认为,在国家层面上,统治阶级主要通过教化手段和惩处手段治民治国,其中惩处手段是指法律的制定和适用。然而在成文法国度中,由于成文法典和法律的制定颁布受到各种条件的制约,每个时代总凸显出用成文法调整社会关系的乏力,适时地创制判例因而成为一种值得肯定的制度。中国古代长期以来就靠二者结合而比较好地调整了复杂多变的社会关系。

但是,中国地广民众,多民族一体,各地经济、文化发展的不平衡,国家法律往往难以实施于各地,特别是在一些经济落后、地理闭塞的地方,天高皇帝远,法律鞭长莫及。然而,无论对国家而言,还是对人们而言,总需要一种相对安定的社会秩序,以保障人们从事正常的生产和生活;否则,人们就会生活在一种无秩序的混乱之中。这样,必定需要有一种其他的行为规范代替国家法律来调整社会关系。尽管各民族在选择时各有不同,或宗教性规范,或家法族规,但无论何种行为规范的产生和适用,都必须符合民族或各地域的民情风俗,适合人们的价值取向。相对古代中国而言,由于是建立在血缘基础上的宗法制国家,所以存在严密的宗族组织和根深蒂固的宗族意识。正如孙中山所言:“中国人最崇拜的是家族主义和宗族主义,所以中国只有家族主义和宗族主义,没有国族主义。”^①因此,中国是一个“家庭化的国家”。或者说,是一个“家族化的国家”。国家不过是一个大家庭、大家族,皇帝犹如家长、族正。这种家国同态、家国一体的特点便决定了家法族规能作为国家制定法的一种重要的补充形态而存在于世。

另外,中国古代家族法的适用经久历长,已达到炉火纯青之地步。因“家之有规,犹国之有典也,国有典则赏罚以饬臣民,家有规寓劝惩以训子弟,其事殊,其理一也”。^②此道理确实既浅显又深刻,在家国一体的古代中国,讲齐家不就

① 孙中山:《孙中山选集》,人民出版社1981年版,第147页。

② 《仙原东溪项氏族谱·祠规引》。

是强调治国与平天下嘛！对此，古代不少思想家们是深谙其中奥妙的。正因如此，明代大思想家方孝孺在《家人箴》中大声疾呼：立家法训子弟，乃“君子之所尽心而治天下之准也，安可忽哉！”

由上可见，在中国古代，家族团体是国家组织结构的基础，家法族规与国家制定法，实际上是社会认可的合二为一的行为规范，这就决定了家法族规的社会功能以及它在齐家治国平天下中的特有地位，它不仅是齐家的有用规范，而且是治国的重要基础。它在维护家族内部秩序和调整家族关系时，实际上承担了维护国家秩序和调整社会关系的任务，因此，这就决定了家族司法存在的合理性和必然性。

（二）司法依据

由于家国一体的社会结构特征，国家认同家族的地位，承认家长的治家之权，肯定家法族规的社会功能，甚至允许家族组织代行国家基层行政组织的许多职能，以家法族规处理轻微刑事案件和几乎所有的民事案件，因此，家族司法就具有了司法的根据。

当然，家族司法具有司法根据，不是封建国家简单的借用结果，也不是缺乏条件的强作之合，而是统治阶级在充分认识其客观作用基础上加以利用的结果。随着封建专制统治的日益强化，国家赋予家族组织的权力也越来越大，甚至形成家法族规和国法的融通与合一：“立宗法实伸国法也。”^①无论国家最高统治者或家长、族正都深深地认识到，在由家而族、由族而国的血缘关系基础上的宗法制政体中，“国与法无二理也，治国与治家无二法也，有国法而后家法之准以立，有家法而后国法之用以通”。^②可见，在古代中国有家国一体的政制必定有家国一体的法制，因而由家法族规和国家法构成的古代法律体系便是中华法系最重要的特色之一。

家法族规本是与国家制定法相对立和矛盾的，制定和运用家族法势必破坏国家法的一体性和权威性。但在中国则是另一番景象，除了家法族规对国家法的有益弥补外，可能更重要的原因还在于：当制定家族法的指导思想被钦定或官定后，便带来国家对家族法内容的认可和理解，这就使家族法直接成为一种合法的司法依据。例如，孔子后裔在制定家族法时得到明太祖朱元璋的肯定。朱元

① 《潜阳呈氏宗谱》。

② 《桐城麻溪北氏族谱》。

璋对孔氏族长说：“主令家务，教训子孙，永远遵守。”^①到明中期，山东曲阜孔氏家法又得到嘉靖皇帝的认可，嘉靖对宗主孔尚贤赐令：“令尔尚贤，督率族长、举事，管束族众……如有恃强挟长，朋谋为非，不守家法者，听尔同族长查照家范发落，重则指名具奏，依法治罪，尔其钦承之。”^②可见，在封建社会，一些名门望族制定的家族法往往由皇帝出面予以肯定，其法律效力非同一般，它成为司法的依据，就无人敢疑了。另外，一般家族的家法族规，每当制定以后，为了获得官府的肯定以发挥其更有效的作用，往往主动送到地方官府批准后再使用。例如，明朝万历年间湖南长沙擅山陈氏把制定的陈氏家训送呈长沙府批准后再实施。可见，受到地方官府肯定后的家法族规具有对族人的普遍法律效力，因而，家族法理所当然地成为家族长的司法依据。

在这种文化背景下，即使没有得到皇帝御批或官府呈批的其他家族法，也同样可用作家族内司法的根据。关于这一点，我们从历史上一些著名的家法族规中杀气腾腾的硬性规定和家族内审断是非的森严场面可以看出。例如，清末宣统年间河北张氏制定一部《族规》，在族规后郑重说明：“以上各条系参酌族中情形而定，经全族议决，即当视家族公法，不可违犯。”也还有这样规定的：“已定完成家规永为定约。”^③

综上所述，家法族规制定的指导思想被御定，内容、措施被官府批准后，家法族规实际上就成为封建社会的一种法律渊源，理所当然地成为家族内调整民事纠纷和处理轻微刑事案件的司法依据。

二、主体与客体

（一）司法主体

家庭组织毕竟不同于国家组织，它纯粹以血缘亲族关系为纽带，父子兄弟为一家，数家成一族。因此，家族司法不需另外设置专门司法机构，宗族组织就是司法机构。中国古代宗族组织一般为三级设置：族、房和家。

族是最高宗族机构，设族长。族长由全体族人选举产生，即实行“公举族

^① 《山东曲阜孔氏·大宗谱》。转引自刘广安：《论明清的家法族规》，载《中国法学》1988年第1期。

^② 《曲阜县志》卷二九。

^③ 《福清郭氏支谱·家规》。

长”的制度。虽然在具体标准上各地不尽相同,但基本的要求是一样的:族长应年长有望、品优德高。例如,清代湖南省地方宗族选举族长的条件为:“品行端正,身家殷富,办事干练”;而福建省要求入选族长者必须具备的资格是:“或属族中殷实,或厕身庠序,或属明白事理。”^①还有些地方则注意从致仕官吏或“年弥高则德弥邵”的人中公举族长。族长是族内最高权力掌握者,统管全族事务,包括宗族行政权、经济权、立法权和司法权。在立法权方面,对宗族法的制定、修改、增删都由族长负责,其方式主要是由族长主持,组成一个“立法”班子,参加者一般是族内贤达之人,制定后由族长当众公布。即使是由全族议决,也必须由族长签署,才能生效。在司法方面,实施宗族法一般也由族长主持,无论处理族内民事纠纷或轻微刑事案件或送官的严重刑事案件。湖南新市《李氏宗规》说:“倘族人有家务相争,投明族长,族长议论是非,从公处分,必合于天理,当于人心,轻则晓谕,重则责罚。”族长实施族法,对违犯者除晓谕道理令人改恶从善外,还包括实施各种体罚、笞打、杖击、绞死、沉塘、令其自杀等。对于族内不法匪徒,族长有权“捆送州县审办”。因此,族长犹如族内法官,对族人握有最高的惩罚权。值得注意的是,有的地区在族长以下还设有“族副”和“察一族之是非”的“通纠”“宗纠”等,他们都是在族长总领下辅助族长或专司本族纠纷的司法官。

族以下设房,房有房长。房长由房内“才德兼优”者充任,掌管一房之事务,处理房内之纠纷,审理房内案件,俨然房内之法官。需要说明的是,房长位处族长与家长之间,其司法官角色既不如上之族长也不如下之家长作用那样突出,但他毕竟作为宗族内一级司法机构而存在(主要是参加族一级的司法)。

家作为宗族中最基层的司法机构,地位极其重要。有学者认为家不构成一级“管理机构”,^②此说似不妥。如果在家族法存在的古代社会,否定了家的宗族管理地位,何谈其作用?如果忽视其司法地位,又何谈家法族规的实施?同时此说也不符合历史实际。家同样是家族司法的主体,是最基层的一级司法机构。^③

① 朱勇:《清代宗族法研究》,湖南教育出版社1987年版,第56页。

② 朱勇认为:“房下有家,但家是宗族社会的最小的血缘单位,不构成一级管理机构。”朱勇:《清代宗族法研究》,湖南教育出版社1987年版,第66页。

③ 《安徽环山余氏家规》规定:“家规议立家长一人,以昭穆名分有德者为之;家佐三人,以齿德众所推者为之;监视三人,以刚明公正者为之;每年掌事十人,二十以上五十以下子弟轮流为之。凡行家规事宜,家长主之,家佐辅之,监视裁决之,掌事奉行之,其余家众毋得各执己见,拗众纷更者,倍罚。”像余氏家规审判违规子弟时,主审、副审、监视、掌事齐全,又各司其职,俨然于司法公堂者。这是最典型的大家司法的例子。

家长虽是由严格的血缘关系基础上的继承制而非公举制产生,但它是一家之长,握有一家管理、教育、惩罚之大权,特别在家内司法方面尤为突出。家长对子女的惩罚权,形式多种多样。《宋史·儒林传·陆九韶》记载,在陆九韶家,家长拥有广泛的对子女的惩罚权,如果子弟不遵家训,犯有过错,“家长令诸子弟责而训之;不改,则鞭撻之;终不改,度不容,则言之官府,屏之远方焉”。从中可以看到在宋代的家中,家长对子弟有训斥权、执行体罚权、送官府惩处权。从执行第二项权力看,家长犹似国家司法机关的司法官实施笞、杖刑一样;从执行第三项权力来看,家长犹如国家司法中第一审级,将家法与国法相结合,把家刑与国刑相结合。

送官权是封建时代家长最重要的一项司法权。表面来看,被送官府的子弟,在国家司法机关(州、县一级)依国法惩处其罪,尽管司法官可以进行调解(主要表现在犯违反礼教罪方面),也可以执行较轻的刑罚(如笞、杖刑),还可以处以重刑,体现了国家法的神圣性和权威性,但实际上是家长掌握施用刑罚的权力,家法起着重要作用。因为家长将犯法的子弟送官后,国家司法官执行刑罚是以家庭“司法官”的意见为准的,父母求免,皆免之,“父母欲杀,皆许之”。^① 由此不难认识到古代中国家长的“司法官”身份和在家内司法的极大权威性。

(二) 司法客体

家法司法的主体是家长,家长以下的其他成员都是家长司法的对象,只要家庭成员犯家法,都由家长以家法惩治。虽然家法的内容各有不同,有多至160条的家范(元代《郑氏家范》),也有少则十几条的家法(清代江南宁国府太平县馆田《李氏家法》);有惩治内容从宽的《颜氏家训》,也有处治手段从严乃至包括死刑的诸多家规。但不管家法是软约束还是硬制裁,都是子弟必须遵循的规范,凡违背伦理都要受到家法的处置。例如,清代江南宁国府太平县馆田《李氏家法》规定,子孙“以同姓之亲而操入室之戈,是祖宗之罪人也。被害者果有明证,投之祠堂,或责或罚,毋得宽贷。”“好色狂徒……贪花浪子……家长宜及早朴责锁禁,使之痛惩。”又如,元代《郑氏家范》规定:“子孙受长上呵责,不论是非,但当俯首默受,不得分辩。”“女子年及八岁,不许随母到外家,虽至亲之家,亦不得住。违者重罚其母。”

族内司法一如家内,甚至更烈于家内,族长、族副及专司成员在实施族规时,

^① 《宋史·何承天传》。

广大的族人(包括家法惩治对象的家人)都是其依法调整的对象,违反家法族规的人和行为都是族长依族规惩治的对象。族长以族规调整族内关系的内容相比家内广泛得多,类似于国家法模式,包括族人在政治、经济、道德伦理等各方面的所谓犯罪行为,诸如民事方面的田土财产之争,刑事方面的盗、抢、赌博,伦理上的违礼犯尊、奸非乱伦,等等。族长对此类行为适用族规时,轻则批评教育(叱责之类),次则鞭笞加身,重则死刑以之。族长俨然如法官,广大族人是其管制的对象,因而比较充分地体现出类似国家施用法律的特色。

值得一提的是,由于族长、房长都是公举产生,强调族长、房长必须“德高望重”,公正少私,如果他们“挟私受贿”“营私舞弊”、滥用权力,同样要受到族规的约束,族众可以族法惩处之。例如,安徽桐城《麻溪姚氏家谱·家规》就规定了这样的内容:房长“倘公事怠惰、处事徇情,族众查确,会齐公所,将房长革退;若有受贿之弊,加之责罚”。因为族长也好,房长也罢,他们首先是家族中的一员,不像国家中的君主那样被神化,对国君而言,法律是其所定,为其所改,法律当然就不能适用于他;而族规却是经全族议决,即当视为家族公法,不可违反,房长、族长作为家族成员,族规自然对他们同样起作用。当然,我们也应看到,在实践中,由于他们是司法主体、执法之人,族规对他们的约束毕竟是很有限的,真正对他们执行族规也是很艰难的。这样,他们在司法中的客体地位远远地被其主体角色所掩盖。

但是,家长与族长、房长有所不同,在家族司法中,他充当绝对主体角色,而在宗族司法中却要同时充当相对客体的角色,因为“一户人口,家长为主”。在家内绝对行使权力,这决定了其前一方面的地位。同时,家长有向家人承担责任的义务,这又决定了其后的角色。因此,如果家人违犯族规和国法,除犯法的子弟受到宗族法的惩处外,家长也应当受到惩处。浙江会稽《顾氏族谱·家则》规定:“有不肖子孙入于非类者,皆由父兄不能预禁之故。被族长觉察实情,赴祠禀告祖先,公议,将父兄议罚,其不肖者重责。”甚至还有地方的宗族法规定,行为者本人可以免责,只追究家长的责任,子孙“越礼犯分,皆由父兄,如不安分守己者,即以父兄是究”。^①

^① 《柳峰朱氏宗谱·计开条规》。

三、运行机制

(一) 程序

家族法是家人和族众必须遵守的行为规范,家人族众如有违犯,即构成违法犯罪行为,必受到家族法处罚。由于家族立法犹如国家立法,同时,家法族规又不完全同于国家制定法,所以家法族规与国法既一体又有所不同。因此,在执行家族法的程序上也不可能完全套用国家法的规定,而往往是在国家程序法的影响下拟制出家族法的一套司法程序。

首先,家人违反家法,必先受到家法的处罚,由家长实施司法权力。据《嘉靖重修扬州府志》卷 221 记载:“泰州人,四世同居,每日家长坐堂上,卑幼各以序立,拱手听命,分任以事毕,则复命。其有怠惰者,辄鞭辱之。”这是家长对家人直接用家刑的例子,像此类现象在历史上普遍存在。需要注意的是,因家为最小的宗族组织,父母子女少则数人,多则三代四世几十人或上百人,因此,在家内施法,一般不需要以“告”的形式进行,通常只在家长的直接管束中及时发现并随时惩处。虽然家长拥有惩戒权,但是,对于家人间发生民事纠纷或轻微刑事案件,大多数情况下,由家长禀申房族依规处置。

其次,告族处置。在家族司法中,族是“真正意义”上的一级机构,族长是相对完全意义的一级法官,真正负责审理家族之中的犯法违规行为。而且,在审理犯罪时,往往模拟国家司法机关的形式,以“告”的方式提起诉讼、审理案件,并且还有固定的宗族审判场所——祠堂。清朝浦江郑氏《义门规范》明文规定,“子孙倘有私置田产”等行为,首先必须言于家长,再由“家长率众告于祠堂,击鼓声罪”。乾隆年间彝陵陈氏《训诫》也强调:“合族中设有以卑凌尊,以下犯上,甚至辱骂斗殴,恃暴横行者,须当投明族长及各房宗正,在祠堂责罚示戒。”福建闽县《林氏族规》也有类似规定:“我族……有忤逆悖伦,凶横无忌之徒,该父兄投鸣户首族长,捆送入祠答责。”

家族司法中最耐人寻味的是,“家”内的家法处置并不是主要的,更大量的是集中在族一级审理,而且往往是家长或家长率人把犯法之子弟送交族里,由族长会同各房房长在祠堂进行审理。其主要原因,一是集家而成的族实际上是一个血缘关系很强的大家,又是一个得到了国家法律认可的地方“行政单位”,有的甚至就是一个自然行政村社。因此,族规也就基本相当或接近于一种乡规民约,而乡规民约的制定和实施都得到国家的授权(家法也类似如此,但不是普遍

得到国家授权)。而且,乡规民约的内容也多按国家法律操作,因此,其法律效力更大,其惩治作用更强。这样,用族规比使用家法当然更加有效。同时,族规又与法律相通,也就更符合统治阶级的需要。二是由于族内血缘关系相对家庭要疏远些,有的已在“五服”亲以外,这样,在执行惩罚措施时,从情理上和政策上相对地放得开,少有顾忌和限制,效果更好。加之,如同执行家法,受族长之罚也就等于受家长之罚,这使受罚者在亲情与肃严的交织中同样少有怨言。这样,二者相得益彰。这恐怕也是中国传统社会在依家法族规惩罚中轻家法重族规的重要原因。

最后,送官府惩处。家族司法,家长、族长对民事纠纷和轻微刑事案件虽有独立的审断权,但对于重大刑事案件或疑难案件,如反叛、人命等重案,牵连他族的复杂案件,则必须送交官府审判。例如,《光绪常熟席氏世谱》规定,对于家族之人中有不安本分,流入败类者,以“家法处治”,如果属“怙恶”者,则“送官究治”。《乾隆豫章黄城魏氏世谱》也规定,凡属偷鸡摸狗、窃菜盗果的族人,“拘赴祠重责三十板”;对穿壁大盗则“送官治罪”。还有族规规定对“奸淫盗窃”“污乱伦常”的子弟,由“族长公送到官,尽法处死”。^① 这样,家族司法就与国家司法有效地衔接成一体,使家族司法发挥更有效的作用。

(二) 手段

家族法中规定的惩戒措施难以数计,使用的情况也不尽相同,确实难以弄清其“庐山真面目”。如果对其进行源流追溯的话,那么起码我们可得到这样的认识:宋代以前还显得比较简单,宋元以后,由于大量的家训、家范、家法、族规、宗谱被保留下来,家族司法中众多惩处手段也基本可知了。有学者依据对唐以后约3000个家族法的研究,认为自唐代至民国间各地宗族陆续采用的惩罚办法大致可分为12类。^② 也有学者认为一般较常见的处罚方法自轻及重有11种。^③ 也有学者认为家族法所设立的处罚方法,较常见的有10种。^④ 实际上,家族法中的惩罚手段远不止这些。如果再把众多少数民族地区使用的手段合并计算就更不是这个数字了。其中普遍施用的刑罚手段有:辱名、罚跪、罚拜、锁禁、罚停、

① 参见《濡须崔氏宗谱·家规》。

② 参见费成康:《论家庭法中的惩罚办法》,载《政治与法律》1992年第5期。

③ 参见朱勇:《清代宗族法研究》,湖南教育出版社1987年版,第98页。

④ 参见刘黎明:《契约·神裁·打赌——中国民间习惯法习俗》,四川人民出版社1993年版,第15页。

革胙、罚钱、记过、出族、除位、活埋、沉塘、沉潭、迫其自缢等。

由此可见,古代中国家族司法中的种种刑处措施近似国家制定法之规定,从轻到重,从耻辱刑到财产刑直到死刑,形成一套完整的刑罚体系。

(三)与国家司法之关系

从总的方面来看,古代中国家国一体的政治和组织制度,决定了家国一体的司法制度,即家族司法是国家司法的一部分和重要的内容,因而形成一套家族司法—国家地方司法—国家中央司法的完整体系。

其一,家族司法是中国传统国家和社会最基层的司法审级。古代中国按照法律规定形成三级(秦汉时期的县、郡和中央)或四级(唐宋时期的县、府、州、中央)或五级(清代的县、府、省、巡抚、中央)的司法等级制度。县或相当县一级的州等地方审级是第一审机构,受理和审判民、刑案件,拥有独立的民事审判权与不完全的刑事审判权。县以下虽有诸如乡、里、保、甲、亭、村等行政机构,但均无司法审判权。这样,偌大一县小至窃瓜盗鸡、口角斗殴,大至杀人放火、谋财害命全部的案件,都要呈诉县衙,显然,县衙要全部理案是困难的,特别是在宋代以后规定知县必须亲自坐堂审判的情况下。实际上,县一级往往难管全县司法,从而出现县一级司法乏力、混乱的局面。在此条件下,家族司法作为一种最理想的补充形态,特别是在宗族组织与乡里组织合一的地方,具有特殊作用和占有特殊地位。这样,家族司法就演变成国家司法机构以外的实际上的第一级司法审级,恰好填补了县以下广大区域内司法机构虚置的空缺,由此构成实际上的家族—县—府—省—巡抚—中央(清代)的司法体系。正如清代御史周作楫(道光时期人)所云:“每姓有族长绅士,凡遇族姓大小事件,均听族长绅士判断。”接着又说:“如有不法匪徒人,许该姓族长绅士捆送州县审办。”^①这样,家族与县州一级的司法关系犹如县州与府省一级的关系。家族听断族内“大小事件”,重大案件送交州县审判。甚至,家族在某种意义上还拥有比州县更大的司法权力,最能说明问题的就是国家谨慎地给予了家族死刑处置权。清朝雍正皇帝曾谕令,家长族正“训诫子弟,治以家法,至于身死,亦是惩恶防患之道,使不法子弟知所做惧悛改,情非得已,不当按律拟以抵偿。嗣后凡遇凶恶不法之人……或以家法处治,至于身死,免其抵罪。”皇帝谕令后,刑部为了便于操作,特做三点明文规定:一是“倘族人不法,事起一时,合族公愤,不及鸣官,处以家法,以致身死,随即报

^① 《清实录》道光十二年戊戌。

官者,该地方官申明死者所犯劣迹,确有证据,取具里保甲长公结”;二是“若实有应死之罪,将为首者照罪人应死擅长律,杖一百;若罪不至死,但素行为通族之所共恶,将为首者照应得之罪减一等,免其拟抵”;三是“倘宗族之人捏称怙恶,托名公愤,将族人殴毙者,该地方官申明致死实情,仍照本律科断”。^①

由此可知,家族司法与国家司法有着统一的关系。由此也可认识到古代中国家族法为什么会受到国家的重视:为其确立立法的指导思想,官府又批准其颁行的家族法内容,更承认其司法用刑的合法性。此等问题的真正原因即在这里。

其二,家族司法为国家司法的延伸和重要补充。家族法虽然只适用于本家族,而且无固定的立法模式和司法模式,但在古代中国宗法制国家里,家族法与国家制定法有着天然的血缘关系:国家立法“一准乎礼”,家族立规也“以礼治尔”(江南宁国府太平县馆田《李氏家法》序言中语)。国家司法之目的是“安上治民”,家族司法亦强调“佐国家,养民教民之原本也”。国家司法的原则是“德主刑辅”“明刑弼教”;家族司法也重视“犯者惩之,且能改者,恕焉,亦明刑弼教之意也”。^② 由此便形成一个历代难变的共识:“欲明德于天下者,先治其国;欲治国者,先齐其家。”“资于治家以治国。”这样,家族司法和国家司法便浑然一体。

为了说明问题,我们再从刑罚适用上看看二者的紧密联系。自隋至清国家刑罚实行笞、杖、徒、流、死五刑二十等制度,在家族法中也有清代南海廖氏《家规》中确立的“处罚制度分作四种十三等”。^③ 从具体内容看,比较清代湖北麻城鲍氏《户规》与封建五刑的异同,也许更能说明问题。《鲍氏户规》共48条,除国家规定的徒刑和死刑外,其余三类笞刑、杖刑和流刑都有类似规定,并且也按封建五刑制度规定每种分为若干等差,如笞刑分为笞20、30、40和70四等;杖刑分为杖20、30、40、80、90、100和200七等;流刑不分等,一概定为“逐出族外”。^④ 特别要注意的问题是家族法中的“送官治罪”规定相当普通,通过送官治罪的处罚方法,实际上就将家族法之处罚措施与国家之五刑手段紧紧地衔接起来。如果

① 参见《钦定大清会典事例》卷八一—《刑律·斗殴》。

② 参见《江南宁国府太平县馆田李氏家法》。转引自朱勇:《清代宗族法研究》,湖南教育出版社1987年版,附件1。

③ 参见朱勇:《清代宗族法研究》,湖南教育出版社1987年版,第147页。

④ 参见《湖北麻城鲍氏户规》。转引自朱勇:《清代宗族法研究》,湖南教育出版社1987年版,附件2。严格地说,“逐出族外”类似“流刑”的处罚。