

· 品读堂 ·

身份观念下的中国法律史

——读瞿同祖《中国法律与中国社会》有感

杨 扬*

摘要:重读瞿同祖《中国法律与中国社会》这部著述,了解作者使用社会科学方法研读法律史的意图。以社会学视角研究中国历史已然具有法律史研究视角转变之开创意义,加之编写体例之独特,使得该书在形式上与其他同类法律史书籍有所区分,笔者通过“身份观念”的研究视角来诠释对此书的理解,关注瞿同祖先生对于法律史研究思路的开拓。

关键词:身份观念;家族主义;阶级;伦理本位

目 次

- 一、研究之缘起:社会学视角下的中国法律史
- 二、身份观念在家庭与阶级领域之渗透
 - (一)身份观念在家庭领域之渗透
 - (二)身份观念在阶级领域之渗透
- 三、“法律儒家化”对身份观念渗透之影响

“好书不厌百回读”,《中国法律与中国社会》为瞿同祖先生“四部半”著作中的第二部。^①先生虽著述不多,但部部堪称法史学界之经典。该书于1947年在吴文藻先生主编的《社会学丛刊》甲集第五种中刊载,历经近70年之时光,该书依旧为学界研究中国法律制度史不能忽视之佳作。

该书著作的背景是1939~1944年,瞿同祖先生根据其在云南大学与西南联合大学讲授中国法制史和社会学史的讲稿,整理汇编而成。正如其序言中所道“抗战翌年来滇,授课之余,即伏案写读,敌机不时来袭,有警辄匆匆挟稿而走,时作时辍,倍平日之力,始得竟其功”。该书在中华人民共和国成立后直至文革期间均未被刊印,直至1981

*中国政法大学法律史专业博士研究生。

^①瞿同祖先生一生仅有“四部半”著作,即《中国封建社会》《中国法律与中国社会》《汉代社会结构》《清代地方政府》,所谓“半部”则是《中国法律与中国社会》的英文版《Law And Society In Traditional China》。

年由中华书局出版。2012年由商务印书馆所出版的《中国法律与中国社会》，附录部分添加了对瞿同祖先生的访谈录，使读者可全方位了解作者写作之目的。本书渐次风靡于法律史学界，成为研究法史学问的必读经典，必有其原因。所谓“念念不忘，必有回响”。

一、研究之缘起：社会学视角下的中国法律史

关于此书写作的初衷，瞿先生在其第一版中解释道：

少时读 H. Maine 之 Ancient Law 及 Early Law and Custom 等书，辄叹其渊博精深，颇有效颦之志，而力有未逮也。及读 Malinowski、Hartland 诸人类学家初民法律之作，益叹西方诸哲为学之精进，其说房日新月异也，因窃不思量，益偶撰述中国法律史之意。

这则追忆道明写作本书的目的，即通过阅读西方之著作，观中国社会而著述，以归纳其社会性特征与具体表现。先生专业为社会学，其对中国传统法律的审视眼光独到，更加倾向于用社会学的方法来研究中国古代社会的法律，完成了以社会学视角研究中国法律发展的第一部著作。

瞿同祖先生自身具备跨学科的学术背景，因此欲仿照西方梅因所写《古代法》，运用社会学、历史学和法学的综合手段去描绘古代的中国社会。梅因《古代法》中最广为人知的，便是“所有进步社会的运动，到此处为止，都是一个‘从身份到契约’的运动”，这几乎成为整个学术界的金科玉律。与此不同，瞿同祖先生在《中国法律与中国社会》导言中提出“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，是中国社会的基础，也是中国法律所着重维护的制度和秩序”，由此也大致明了本书的两个写作主题：“家族主义”与“阶级”概念。在本书的前四章则重点阐明了这一问题。笔者鉴于研究能力的有限，仅就家族与阶级这两个方面来谈对这部著述阅读过程中粗疏之认识。

瞿同祖先生在导言中提出的两个主题，直至现在，梁治平先生也同样认为，“第一，中国古代社会是身份的社会；第二，中国古代社会是伦理的法律。虽然看似是两个独立的命题，但实质上却是互为一体。两个方面结合起来，就接近了中国古代法的真精神”^①，从本质上说，这是对瞿同祖先生此种观点的继承和延续。

从整个文章的谋篇布局来看，瞿同祖先生对中国传统法律与社会的论述，正是基于梅因提出的理论而展开的，其对中国古代社会的认知，紧紧抓住了“身份”这一本质，认为中国古代社会本质上说就是一种身份的社会。不论是先天身份的不同，还是后天由于各自原因所导致的不同，都会产生人们在法律地位和相应法律权利上的不对等。

本书除导论与附录外，内容包括六章：家族、婚姻、阶级、阶级（续）、巫术与宗教、儒家思想与法家思想。其中家族与婚姻涉及身份问题，阶级与阶级（续）亦是关于身份伦理问题的展开。整本书中以身份地位伦理为主题，说明瞿同祖先生深刻抓住了中国古代法制的核心内涵。正如孔子言：“礼乐不兴，则刑罚不中；刑罚不中，则民无所措手

^①梁治平：“身份社会与伦理法律”，载《读书》1986年第3期。

足”，身份是决定传统中国社会一切秩序的前提与基础。

与西方社会相比，虽同为身份社会，但西方对身份的划分主要表现在社会阶级上。中国古代社会与西方社会相较，其独特之处便是中国的身份社会通常是以伦常为标准，以家族为基点。瞿同祖先生在《中国法律与中国社会》中的阐述模式正是这种先家族、后社会的模式。结合目录来看，先从家族谈起，后至阶级；以家为本，渐次扩充，其深意可想而知。

二、身份观念在家庭与阶级领域之渗透

梁漱溟先生认为“中国是伦理本位的社会”，是依靠礼法来安排社会的名分以组织社会。这伦常礼法就是儒家伦理，其主张贵贱、长幼、尊卑、亲疏之间的区别与远近，要求建立一个“父子有亲，君臣有义、夫妇有别、长幼有序、朋友有信”^①的社会。在秦汉大一统的社会建立后，经世致用的儒学思想重新得到重视，自汉武帝“罢黜百家，独尊儒术”开始，儒家伦理便渗透到社会生活的各个领域。

（一）身份观念在家庭领域之渗透

身份在家族中最突出表现为父权和家长权。在本书第一章与第二章中专门阐述了这一问题。书中言“中国的家族是父权家长制的，父祖是统治的首脑，一切权力都集中在他的手中，家族中所有的人口——包括他的妻妾子孙和他们的妻妾……都在他的权力之下，经济权、法律权、宗教权都在他的手里”，^②“他对家中男系后裔的权力是最高的，几乎是绝对的，并且是永久的。子孙即使在成年以后也不能获得自主权”。^③

父权具体而言包括在经济上的财产绝对支配权，在法律上具有惩戒和送惩权，在宗教上具有祭祀权。而这些在瞿著中都有具体的阐述。

身份观念在家庭领域的渗透主要是在两个方面：刑事领域与民事领域。刑事领域中，主要涵盖在家长权父权下的亲属间犯罪。这种犯罪行为的处罚与常人犯罪均有不同；民事领域中，主要是在婚姻领域内，有关婚姻缔结、维持以及离异的不同状态规定。其中也包括妻子在夫权影响下的一系列地位问题。以上皆是身份这一基本内涵在民刑事领域内的不同体现，其本质都在于维护中国古代传统封建社会的家族伦理秩序与社会秩序。

关于家庭经济活动方面，瞿著曾言“《礼记》曾屡次提及有关‘父母在，不有私财’的内容，历代法律对于同居卑幼不得家长的许可私自擅用家财，皆有刑事处分”，^④法律规定子孙不得私擅用财，自更不得以家中财物私自典卖，法律上对此种行为的效力是不予以承认的。即使该典卖、买卖契约成立，其效力也不为法律所认可。这无疑是将经济权牢牢掌握在家长手中。家庭的命脉掌握在家长手中，其他方面的“垄断”地位则可窥见一斑。其中还指出对于父母在，而别立户籍、分异财产的，不仅是有亏于待养之道，且大

①杨伯峻：《孟子译注》，中华书局2008年版。

②瞿同祖：《中国法律与中国社会》，商务印书馆2012年版，第6页。

③瞿同祖：《中国法律与中国社会》，商务印书馆2012年版，第6页。

④瞿同祖：《中国法律与中国社会》，商务印书馆2012年版，第17页。

伤慈亲之心,法律上规定“别籍异财”为不孝罪名之一,可见其打击程度之深。

值得一提的是,瞿著中言及“不但家财是属于父或家长的,便是他的子孙也被认为财产。严格说来,父亲实是子女之所有者,他可以将他典质或出卖于人”,^①这就表明,子女并不存有独立之人格,完全是隶属于家长权威之下。对其家长而言,他们在一定情况下只是客体。子女的主体性和自主性由于家族家长的垄断而被剥夺。

子女既然可以由其家长作为财产处分,那么其违背父母,“别籍异财”的行为,家长是可以请求国家法律机构代表——衙门来代其惩罚子女的。这里需注意的是,衙门对于父母送惩的案件,不会过问发生事由,而是一概“发遣”。至于其子孙有何不孝,以及不孝是否属实,法律则不予规定。只要符合父母送至衙门且家长认为其子孙不孝这两个基本条件,即可发遣。在这种情况下,即使遇有“大赦”情形,若父母未申请领回,子女也不会因此而得以释放。瞿同祖先生在书中提到要注意法律和法律机构在这种情形下的角色位置。法律机构——衙门,是法律规范的具体践行者,但法律中规定子孙供养有阙或违反教令,依照本律不过杖一百。但同样的行为,因被父母送惩发遣,则终身不得自由。处分的程度完全掌握在父母手中,衙门只是代父母行惩戒。这与父母所具有的家长身份是密不可分的。

家长权的进一步延伸则是族权。同姓血缘之间的几家连接在一起构成家族。族长是家长的延伸,享有家族祭祀权、全族财产权、族内惩罚权和处理族内纠纷权等。具有的权力与家长的是相同的,只是在适用范围上有所扩大而已。瞿同祖先生说道“在宗法系统中不是所有的子孙都有祭祀权的,只有宗子才能祭其父祖”。^②宗子具有全部的财产权、生杀权,在宗法组织消失后,取而代之的则是族长或家长。

在以上的族长权力中,瞿著乃言明“除祭祀外,族长最重要的任务是处断族内纠纷”,^③族长处理的并非是每一单位的家所发生的纠纷,更多是关于家际之间的公务。族长具备本族的执法者和仲裁者的双重身份,其权威效力决不低于法官。有的权力甚至在某些时期是为法律所承认的。瞿著指出,例如族中立嗣的问题,有时法官难以判断,只有族长或合族公议才能解决此纠纷。

瞿著在论述“父权”中曾言“国法与家法,家族秩序与社会秩序的联系”问题,进而谈到“我们可以说家族实为政治、法律的单位,政治、法律组织只是这些单位的组合而已。这是家族本位政治法律理论的基础,也是齐家治国这套理论的基础”。^④这其实也是由于国家法律在一定程度对于族权的承认,因此也要求族长要承担维持家族秩序、社会秩序的责任。其中对于族内人的犯罪,其族长要承担犯罪的刑事责任是最突出的例子。

其中最能体现身份观念在家庭领域延伸渗透的,就是古代中国的容隐制度。其特别之处就在于“人民有违法行为,从国家立场及法律的立场来讲,自应鼓励其他人民告

①瞿同祖:《中国法律与中国社会》,商务印书馆2012年版,第18页。

②瞿同祖:《中国法律与中国社会》,商务印书馆2008年版,第22页。

③瞿同祖:《中国法律与中国社会》,商务印书馆2008年版,第25页。

④瞿同祖:《中国法律与中国社会》,商务印书馆2008年版,第30页。

发,但就伦理的立场来讲则不然”。^①这也就是中国传统法律中最具伦理特色的“容隐制度”,即“父为子隐,子为父隐,直在其中矣”。从汉代的亲亲得相首匿,到唐代的亲属相隐制度,伦理身份无不左右司法案件的判决。直至现代社会,《刑事诉讼法》第188条依然规定:“经人民法院通知,证人没有正当理由不出庭作证的,人民法院可以强制其到庭,但是被告人的配偶、父母、子女除外。”这就是父子、长幼、夫妇不同身份在具体刑事案件中功能的不同。这与父权、夫权是具有一脉相承之效力。有趣的是,对于谋反、谋大逆、谋叛的大罪是不可适用容隐制度的。这也部分从侧面体现出国与家、君与父发生冲突时,法律价值的取向问题。

(二) 身份观念在阶级领域之渗透

身份观念体现在家庭内部,是前文已述之父权、家长权、族长权。向外扩展到社会中,便体现为阶级的分层与分化。社会阶级关系虽未像家族关系那样复杂,但是其身份制度同样十分森严。按照《中国法律与中国社会》的归纳,社会阶级大可分为三层:贵族官吏、良民、贱民。

1. 社会生活领域下身份观念之渗透

在具体阐述前,我们需了解,在西方社会中,个人的物质享受是取决于其个人的消费能力和消费欲望,与其身份的高低并不相关;与之相反,在古代中国对不同阶级的饮食、衣饰、房舍、舆马等生活方式,以及婚姻、丧葬、祭祀的规格也做了详尽的规定。不同的阶级,就要适用不同的规格。这也是整个中国古代社会“礼”之导向。即便是同一阶级,因男女性别身份的不同,其所适用的内容也会有差别。各个阶级只能去适用那些法律规定只能由本阶级所规定使用的物品及其规格,违反即为逾制,要受到法律惩罚。《新书》云:“奇服文章以等上下而差贵贱,是以高下异,则名号异,则权力异,则事势异,则旗章异,则符瑞异,则礼宠异,则秩禄异,则冠戴异,则衣带异,则环佩异,则车马异,则妻妾异,则泽厚异,则宫室异,则床席异,则器皿异,则食饮异,则祭祀异,则死丧异。”^②不同身份人士的社会地位,也因这些规格的不同,而对其所属阶级一目了然。

具体而论,首先从衣饰方面述之。在衣冠方面,颜色的分别非常重要。用颜色来指示衣着者的身份,这种做法自古有之。有些上色的是品官专用,这些颜色对庶人而言,便是禁忌,是不得服用的。他们只得穿上色以外的其他颜色。不同朝代对此亦有不同规定。如汉代青、绿二色是民间常服,隋唐及宋紫、朱、绿、青四色只有官服才能服用,流外官及庶民是不得混用此色。商人有时特加贱视,不与庶人同列,因之服色也别有限制;配饰方面,金、玉、银、犀各朝皆禁止人民使用。唐代玉及金、银为品官之饰,庶人只能用铜、铁。宋品官带鱼以玉、金、银及犀饰之,胥吏工商庶人只许以铜、铁、角、石、黑玉为带饰。^③在此需要提及的是,妇女的服饰是由其夫或子的身份决定,其夫或子做官,则为命妇,其日常服饰亦不同与士庶的妻母。这些不同的规定俨然划分了不同的等级身份,按照规定去穿衣、佩戴、饮食。即使拥有万贯家财的商人,由于其身份天然的限制

^①瞿同祖:《中国法律与中国社会》,商务印书馆2008年版,第67页。

^②瞿同祖:《中国法律与中国社会》,商务印书馆2008年版,第161页。

^③瞿同祖:《中国法律与中国社会》,商务印书馆2008年版,第170页。

制,也不可能穿着和饮食像贵族官吏那样。在这样的社会中,各种消费欲望的满足必然是以其社会地位为先决条件,消费的能力和消费欲望的意志是无关的。种种规定意在创造一种差别,这种差别之不同产生身份的观念,整个社会按照这种理念在有序运行。

2. 法律领域下身份观念之渗透

要讨论法律场域下身份观念如何渗透,先决条件是古代中国社会关于“贵贱不平等”的基本问题。所谓“礼不下庶人,刑不上大夫”。基于庶人、贵族身份的不同,致使其在法律地位上贵贱间的不平等、良贱间的不平等以及种族间的不平等。^①身份的不平等,导致在法律领域内诸多权利内容的不对等或不平等。“许多人以为庶人无礼,如果我们承认礼是满足人类欲望的行为规范,而且承认这种行为规范有贵贱尊卑的差等,则我们不难明了任何人都有礼——只是所用的礼不同而已。我们只能说庶人所用的礼较为简陋,但我们不能说庶人无礼。”^②这种深刻认识告诉我们,不同阶层,不同阶级都有属于各自的礼与刑。基于身份之不同,身份之等差,不同人具有各自不同的礼与刑。瞿同祖先生整部著述都在力图说明,不同身份之人有其相对应的一系列规则,每个人都应“恪守本分”,在自己规则范围内活动,这便是国家维持整个社会秩序良性运转最为重要的方面。

在法律特权方面,贵族、官僚及其家属在司法上可以享有先请之制,也可以不受拘系刑讯,享有减赎、官当等特权;整个古代社会,上述拥有特别身份之人,享有议、请、减、赎、当的特别优待。官职也不再只是一个职位那么简单,更多象征着一种身份、一种地位、一种权利;罢官所丧失的只是职权的行使,除非因重大过失而被革职外,其身份所带来的特殊则属于个人而永远不会丧失。这种因身份不同所带来在法律地位上的不平等是古代社会常见的在法律适用中出现的方式。

良贵之间不平等,良贱之间也同样是不平等的。历代立法都采取相同原则,即良人犯贱民,处分较常人为轻;贱民犯良人,其处分则较常人为重。仅以常见的杀伤罪为例,瞿著谈到“奴婢殴杀良人,处分极重,汉时奴隶射伤人者皆弃市。唐、宋律官户、部曲及部曲妻殴良人者加凡人一等治罪”,^③主奴间的身份差异较良贱更为悬殊。奴侵犯其主,较普通贱人侵犯良人的处分更加严重。如清朝《赦款章程》中就已规定奴婢殴家长,谋杀家长,皆在不准援免之列。以上只是在单一民族阶层的社会中,若出现两个以上的种族且形成种族阶级时,种族间的不平等则呼之欲出。当契丹人、女真人、蒙古人、满洲人侵入中国,统治中国时,中国的不平等显著,特别是元、清两代。人的不同等级的划分,使得这些无论在政治、法律及社会上,都依其顺序而定其高下。^④这些皆为种族、贵贱身份在法律司法领域渗透的例证。

瞿同祖先生在《中国法律与中国社会》中对“阶级”部分的分析,意在从不同角度论证身份观念是如何在中国古代社会不同时期渗透到社会秩序。阶级内涵的分析,是家

^①瞿同祖:《中国法律与中国社会》,商务印书馆2008年版,第252页。

^②瞿同祖:《中国法律与中国社会》,商务印书馆2008年版,第229~230页。

^③瞿同祖:《中国法律与中国社会》,商务印书馆2008年版,第255页。

^④瞿同祖:《中国法律与中国社会》,商务印书馆2008年版,第264页、第278页。

族群体在整个社会政治群体中的另类延伸,同属于身份观念影响的范围。

作者试图从家族、婚姻与阶级三个方面,互为一体地对《中国法律与中国社会》中身份观念的具体表现作一总结。实际上,所有的法律制度,乃至整个的社会,无不是围绕在“身份”的控制系统下。唐律的一个突出特点为“特权法”,通过细致梳理,亦可从本质上说,《永徽律疏》本身大部分内容就是关于“身份法”的法律规范。正因特权本身就蕴含在身份观念中,是身份观念在政治、法律领域中的具体表现,故瞿著各个章节无不在身份观念的主轴下展开。在儒家思想的影响下,法律是维持这种伦常观念的工具,这与当时的社会、政治、经济、生活方式一同构成了中国古代的伦理社会。

三、“法律儒家化”对身份观念渗透之影响

“法律儒家化”问题是中国法律史一直研究,且有所争论的话题。^① 身份观念是一种礼教最为直接的表现。法律儒家化的产生也正是基于孔子所言“贵贱有序”的社会等级秩序。这是身份观念得以渗透传统中国社会近百上千年,甚至影响现今社会立法的核心原因。故《中国法律与中国社会》在最后专设一章“儒家思想与法家思想”来具体论证礼与法、德与刑、以及最终法律儒家化(以礼入法)的实现过程与路径。

中国整个古代法律可谓是儒家伦理思想的一部“百科全书”。儒家思想达到如此高之支配人们意识与行动的程度,是经历了漫长的渐进发展的过程,这一过程即是法家思想与儒家思想的交锋和融合的过程。具体而论,这些皆应以西汉汉武帝开始“罢黜百家,独尊儒术”作为儒家思想变迁的标志。在此之前儒家思想并未得到统治者重视,究其原因社会环境的不允许。自西汉以后国家统一,君主更多的是维持社会和谐而不是兼并战争,儒家易守的功效得到重视,儒家思想也因此重新回到其统治支配地位,并经改造吸纳了法家思想的有关内容,形成了新时期“儒家”的法律思想,即以法家思想为用,以儒家思想为本的法律思想。

“法律儒家化”的过程实为中国法制史上之最大变局,对中国古代法律的发展产生了重大与深远的影响。这也是身份观念影响中国社会最为深刻的一次变革。

对中国法律儒家化,瞿同祖先生“归纳言之,中国法律之儒家化可以说是始于魏、晋,成于北魏、北齐,隋、唐采用后便成为中国法律的正统。其间经一长期而复杂的过程,蕴酿生长以底于成”。^②

中国古代法典在首页的服制图,就表明了中国古代社会和法律对身份伦理的高度重视,并意图将其渗透到立法、司法等领域。立法方面,《四库全书总目》概括性地以“一准乎礼”来评价唐律,很多刑法适用原则多以礼的要求,身份的要求为准;司法方面,自西汉董仲舒“春秋决狱”始,利用身份理念进行这种司法审判方式屡见不鲜且更符合人治的特点。这些皆是法律儒家化的体现,也是身份观念深入骨髓之体现。以上这些都是以家族主义与阶级概念作为基本精神,其内在核心均为“身份观念”的贯彻始

^①吴正茂:“再论法律儒家化对瞿同祖‘法律儒家化’之不同理解”,载《中外法学》2011年第3期;张德美:“家族本位视角下的法律儒家化”,载《比较法研究》2011年第3期。

^②瞿同祖:《中国法律与中国社会》,商务印书馆2008年版,第399页。

终。其所衍生出来的法律也正是伦理和道德所要维护的社会制度和价值观念。

如前文已述,整部书除尝试以社会学视角解读中国法律史外,更是以身份观念的贯穿为灵魂而展开全文之论述。以家庭为始端,以家族社会“小家”扩至阶级社会的“大家”,无论从家族生活、饮食方式、婚姻还是政治体制上都有着“身份”观念的印记。“身份本位”“伦理本位”应为中国社会最具标识性的代号,是中国社会区别于西方社会的典型。毫无疑问,瞿著这种专题式的编排有其自身之缺陷,但这种跨学科、跨视角的尝试,其进步性应当是中国法律史研究的主流。这也为当今中国法律史研究与撰写论文在适用视角方面提供了另外一种可能。

诚然,经历近七十年的变化,该书提出的一些观点在大量文献出土后出现瑕疵,尤其是其对于梅因的“由身份到契约”的模式是否依旧可以适用于中国提出质疑,进而否定瞿老提出的中国古代社会以“家族主义和阶级”为其根本的理念。甚至有人认为,从身份到契约的转变“只是在西欧的历史上才是实现了的”,不能机械地套用在中国。^①

总之,不同时代在不同文化社会因素的影响下会催生出不同的法律主流思想。因此,不能再用现在的牛仔裤去嘲笑昨日的燕尾服,^②瞿同祖先生所处之时代是西学东渐之风盛行的时代,历史法学派与社会法学派盛行,运用西方思想解释中国问题是当时的主流;我们要着眼的不仅仅是其内容分析,更多应当注意的是瞿同祖先生对于法律史研究思路的开拓,后者才是中国目前法史学界最为需要的精髓所在。而其身份观念对中国古代社会影响之深远,亦或是瞿同祖先生带给当今学界最为宝贵的财富资源。

[责任编辑:任懿]

^①何兆武:《历史理性批判文集》,清华大学出版社2001年版。

^②刘信一:“把脉中国法史——读《中国法律与中国社会》有感”,载《法律文献信息与研究》2010年第3期。