

法学研究生精读书系


www.docsriver.com
搜索商家 巨力电子书



中国家族法原理

〔日〕滋贺秀三 著

张建国 李力 译

 法律出版社
LAW PRESS



责任编辑/丁小宣



独角兽工作室

平面设计/王际勇

ISBN 7-5036-4035-9



9 787503 640353 >

ISBN 7-5036-4035-9/D · 3753 定价: 34.00元

法学研究生精读书系

27886

中国家族法原理



[日]滋贺秀三 著

张建国 李力 译



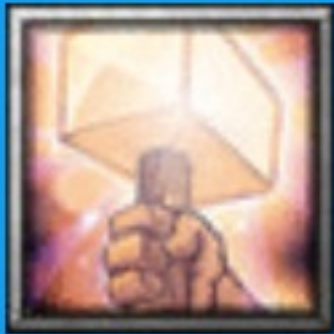
A1080346



法律出版社
LAW PRESS

www.docriver.com

搜索商家 巨力电子书



图书在版编目(CIP)数据

中国家族法原理/(日)滋贺秀三著;张建国,李力译.
·北京:法律出版社,2002.12
(法学研究生精读书系)
ISBN 7-5036-4035-9

I.中… II.①滋…②张…③李… III.法制史-研究-中国-古代 IV.D929.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 093080 号

©法律出版社·中国

出版/法律出版社	编辑/法律教育出版中心
总发行/中国法律图书公司	经销/新华书店
印刷/北京民族印刷厂	

开本/A5	印张/17.375	字数/470千
版本/2003年1月第1版	印次/2003年1月第1次印刷	

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	电话/010-63939796
网址/www.lawpress.com.cn	传真/010-63939622

法律教育出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/jiaoyu@lawpress.com.cn	
读者热线/010 63939660	传真/010 63939701

中国法律图书公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
传真/010 63939777	销售热线/010-63939792
网址/www.Chinalaw-book.com	010 63939778

书号:ISBN 7-5036-4035-9/D·3753 定价:34.00元



滋贺秀三教授

- 1921年5月1日 生于山口县岩国町，为福井县士族滋贺贞的第三子，母亲千代是日文点字表记法发明人石川仓次的长女。
- 1941年3-4月 武藏高等学校文科乙类毕业；考入东京帝国大学法学部法律学科。
- 1943年7-9月 高等文官考试司法科考试合格；法学部毕业。10月被录取为东京帝国大学大学院特别研究生，在法学部攻读东洋法制史，指导教官为石井良助教授。（前期2年，后期3年）
- 1948年9月 聘用为东京大学法学部助教授，并担任东洋法制史讲义课程的讲授。
- 1951年1月 与川上十郎的长女瑛子（母亲为文艺作家喜久子）结婚。
- 1959年4月 升任教授。
- 1962年3月 以论文《中国家族法原理》获得法学博士的学位。
- 1969年5月 以著作《中国家族法原理》获得日本学士院赏。
- 1982年4月 东京大学定年退休。5月获赠东京大学名誉教授的称号。
- 1982年9月 受聘为千叶大学法经学部教授。担任属于基础法学讲座的东洋法制史的课程讲授。
- 1987年3月 千叶大学定年退休。

出版说明

无论我们是欣喜,还是不满意,或是不满足,我们都已看到,从广度到深度,中国的法律教育事业正在进步。

法律教育的进步,自然也包含着法学教材的进步。但是,作为法律教育的知识载体,法学教材的理想目标应该是超越而不是同步甚或落后于法律教育的进步。就此而言,当前的法学教材出版事业的确任重道远,它既需要形式的改进,更需要理论的提升——其中包括需要一大部分具备相当理论水准的教材。无论使用法学教材欲培养的是“法律职业人”,还是“法律学术人”,都需如此。

法律出版社法律教育出版中心把服务于中国法律教育事业的发展引为己任。本着提高中国法律学生的理论素养的目的,我们推出这套阐发和探讨学理的高阶教材系列丛书。本丛书收入海外著名教材和优秀新著,也包括本社组稿推出的首版作品。不论作品是否严格采取了教科书的形式,只要它全面翔实地讲授知识,而非汲汲于某一个问题的专门讨论;只要它主要关注于知识的传承,而非完全偏重于学术上的创新,都可收入到丛书中来。由此出发,本丛书的特点是将全面传授知识、深入阐发理论、真诚中立地抒发己见和顺畅便捷地实现作者与读者的交流结合起来,不为片面,不为浮泛,不为平庸,不为晦涩。它是研究生阶段学习的得力参考

书,我们也愿把它献给所有爱知爱智的法律读书人。

我们期待,本系列丛书能如潺湲流水,汇入法治和正义事业的大水滚滚、江河滔滔。

法律出版社法律教育出版中心

2002年7月

译者说明

1. 本书的翻译底本是日文原著《中国家族法原理》昭和 51 年(公元 1976 年)8 月 15 日出版的第二版,但个别地方与第二版有所不同。在着手翻译前,滋贺先生对原书个别内容做了进一步修订,因此本书是根据修订后的内容翻译而成。译书对这些地方不再一一注明,凡与原书不同的地方,目前以本译书内容为准。

2. 书中有个别日文在翻译时比较难于处理,后决定保持原文不译。如“持分”、“持分权”、“得分”、“得分权”。“持分”的词义可以译为“份额”;“持分权”可译为“按份共有权”;“得分”可译为“应得的份额”;“得分权”可译为“应得的份额权”。但如果这样译出,则原文表达的涵义和形式会出现问题。“持分”所要表示的含义不仅是“份额”,还指相关的人“每个人都享有的份额”、“相关各方都有份儿”。四个词多少都是基于这一含义而形成的。所以,译为中文后将使原文所要表达的含义受损。同时,原文都是名词,如果翻译时照顾到含义的完备,则译出来的中文大都不成名词的形式而变成了短语或简直像个句子,它们之间的相关性也很难看出来。此外,如日汉辞典通常释“换价”为“估价”,但本书中出现的“换价处分”一词,含义却是表示卖出财产(如不动产中的土地、房屋)得到钱财,甚至似乎可以扩展到抵押、出典等对财产的处分行为,因此没有合适的中文专用名词对译。考虑到这些情况,我们决定在这里说明这些词的含义,而在书中仍用原文。现代中文里本来有许多名词来源于日语,我们希望,假如没有其他中文论著使用更合适的对应词,既然都是汉字,那么不妨把这些词直接引进为我们所用,本书很高兴成为引进这

些名词的先行者。

3. 原文喜欢用缩略方式引用一些书籍的书名如《清明集》，为了保持原书风格，使读者能够了解外国学者的注释规范，我们仍保留这样的使用方法，因为所引这些书是惟一的，对熟悉这一学术领域的人来说，不会出现误读。不熟悉的，请从书的前面开始读起，也不会有问题。

4. 书中引用的日文资料《中国农村惯行调查》，内容是问答式的，问和答的中间用等号“=”划分开，即等号前是调查人的提问，等号后是被调查人的回答。初次见到这种形式的读者可能会不明所以，故此说明。

5. 译书的页边码即页边所加的阿拉伯数字，是原书的页码。原作者在书中注明见某某页的地方，我们本来打算保留作者在这时使用的原汉字页码数字（如一二三）不变，以易于和译书的页码相区别，但这样有违出版局设立的数字使用规范，因此只好用阿拉伯数字。也就是说，原作者行文中提到见某某页时，读者请到页边码所在的页中去寻找。

6. 原书在章下分节（个别不分为节而直接分一、二、三），注释都在节后，本译书最初考虑为了方便读者，将注释一律变成页下注，而注释的编号不变。但这样处理后，从校样来看，有的注释因内容太多，排版上将出现一些页面空白，不够美观，因此按出版社方面的意见又改为节后注。对这样处理带来的阅读不便谨深表歉意。

7. 另一个涉及页边码的，是原书引用中文古籍案例资料时，同时附有对该案例的日文译文或说明，经征求作者意见，确定不再将日文回译成中文，而保留说明部分。但由于没有翻译这些案例的日语译文，相关的页码就没有了或页边码显示两页之间距离很近，这并非译书标页码出现错误，而是无法避免的技术原因。

8. 译书中后面所附的滋贺先生的年谱和著述目录，不是原书内容而是译书新加进去的。著述截止到1999年，近三年的没有收录在内。考虑到这是滋贺先生自订的，作为译者对这几年滋贺先生的著述不便加以取舍，好在近年的资料比较容易查到，如日本每年出版的《法制史研究》等书中有论著索引。

献给恩师
石井良助先生

序

本书是怀着彻底地改定增补拙著《中国家族法論》(弘文堂 1950 年)的意愿而开始写起的。旧著终究是我的初次写就的不成熟的著作,在此之后,学界的学术进展亦比较显著,当经过了十几年后的现在,随着认识的深化而重新整理时,则从章节的设立方法直至细节的措辞,都不得不加以新的构思和再次写过,以致于一眼看上去,最终完全变成了另外的一本书籍。随之书名也改为《中国家族法原理》。不过当初的意图还是得到了贯彻,旧著里面实质性的内容全部被吸收进本书之中。如果说旧著是种子,那么本书就是由其发育出来的成体。

对于旧著,已故的仁井田陞先生曾给予了严厉的批评;作为回应,我在《国家学会雜誌》上发表了题为《中国家族法補考》的论文。这篇论文中那些作为讨论前提的陈述自己见解的部分内容,大体也被本书所吸收,至于那些对先生所说的表示疑义的部分,则只留下今后参照的意义。

本书的第一章,是于 1961 年向东京大学法学部提交的博士学位论文。作为总论性质提出来的那些理论性的问题,是尝试尽心探求的地方,旧著里面没有与此对应的部分。在审查这一论文的过程中,石井良助、久保正幡、加藤一郎等先生曾提出各种各样的建议,对三位先生谨表感谢之意。当此篇论文收进本书时,为了和第二章以下的內容相照应,曾稍微做了一些修改。

旧著出版之后,全六卷的出版物《中国農村慣行調查》以听取农民陈述的原始记录的方式提供给学术界,这些资料是在日中战争期

间,由与东亚研究所第六调查委员会协作的满铁调查部的诸贤,选择了河北省、山东省的几个农村进行惯行调查的成果。本书在消化、利用这一调查资料方面倾注了很大的力量。安藤镇正、内田智雄、佐野利一、杉之原舜一、早川保、本田悦郎等诸氏的调查记录特别是内田、早川两氏所作的调查,对本书有关家族的部分多有帮助。以亲身参加了调查现在任教于同志社大学的内田智雄教授所写的论著为代表,基于这些资料的著述已经不少,然而,一边参照这些著述,一边接触那些调查所记载的活生生的资料的全貌,其意义仍然很大。深深感到的确是极具价值的贵重的调查资料。

中央大学多贺秋五郎教授的《宗譜的研究(資料篇)》一书,将许多族谱中散见的族的规约之类加以汇集整理,从而使这类材料能够很方便地阅读,对本书的写作也有很大的助益,在此一并表示敬意。

由于东京大学东洋文化研究所藏大木文库的公开,从中能够得以见到大量的明清特别是清代的判语,也是一件很幸运的事,不过这一方面的资料本书仅限于略加啄取,系统性的研究尚需留待将来。

虽然在学问的世界里,所谓完美的研究是根本不可期望的事情,可是本书在这里公开之际,仍有许多遗憾之处。大致完成了书稿之后,只是达到了预想的目标,当一读到新的资料,就想到也许在再次加以全面修订的基础之上才算完成,边这样考虑着边感到又没有那样的余裕,结果,稿子大略也就这样原封不动地定了下来。但是我想,如果给予自己的时间和能力的限度就是如此的话,提供相应不够完善的产品,也是置身于学界的一员应尽的责任。过去的行程大体已经结束,而一想到可能就此没有负担地面向未来,又不由地感到非常喜悦。

本书要献给不久将迎来六十大寿的恩师石井良助先生。作为大学院特别研究生,我在先生的指导下迈出了学究的第一步以来,尽管以不肖之身辱没了无量的师恩,但我还是想表达一下自己的感激之情。正如我在旧著的序文里所提及的,是先生的鞭策使我完成了那本旧著。对本书的写作,先生也给予深切的关注并时常加以激励。当一边怀着敬畏一边又能把本书献给日益康健的先生的时候,我感

到这真是一种无上的幸福。

但是,就此也不得不提到令人悲痛的变化。在中国法制史的研究上留下巨大足迹的仁井田陞先生,于去年6月22日,以安静的长眠结束了研究的生涯。以笃实的学风和温厚的人品受到学界仰慕的守屋美都雄教授,同样也于去年的7月10日,在大阪大学文学部长的任职期间突然去世。仁井田先生给予我的教益非常之大,我的旧著公刊以来,先生再三执笔提出严厉的论难,对此无论如何也应当道谢,如果说正是在经受这些批评而想要站直了的努力之中本书才得以产生出来,恐怕也非夸张。守屋教授正像人们所知道的那样,在中国的家族、民俗以及刑法志等等涉及法制史的领域中都有很深的造诣,对我的工作也时常寄予关心,通过亲切地交谈每每给予我有益的启发。当本书脱稿之际,我最想送其过日的两位老师却已经不在,一想至此,哀伤之感又重新涌上心头。在表示真诚地感谢和追慕的同时,谨为两位先生的冥福祈祷。

本书的出版,曾经得到了昭和四十一年度文部省科学研究费补助金(研究成果刊行费)的资助,在此谨表谢意。

对承担本书出版事宜的创文社和创文社中直接负责本书的工作、帮助编制索引的石川光俊氏,以及帮助校对的关根敏氏等,也深表感谢。

滋贺秀三

1967年3月25日圣土曜日

第二版序

本版是用初版的纸型,在技术可能的范围内加以改订的,原页数没有变动。改订以纠正误排的错字和由于粗心大意而出现的错误之处为主,有关引文也和原文逐一加以核对。完成了改订的此刻,对于初版面世时犯有如此之多的小错误,不禁从心里感到惭愧。此外对于那些多少觉得有些不安的言论或加以删削或加以修改,还有就是增加了一些多少需要加以说明的地方,但此类改动并不多。在 506 页、549 页增加了一些“补注”,在唐的应分条(245 页)摘录部分的复原方面采用了新的见解,因而注 16 也做了改写,这些都是稍微有实质性的新改动。对于奥村郁三氏在书评(载《法学協會雜誌》85 卷 12 号)中提到的颇为根本性的问题,在这次改订范围内未能增加与此相对应的内容。对于此外许多人士指出初版书中的错误之处和疑问点等,谨致以深深的感谢。

著者

1975 年 11 月 26 日

省略记号

录Ⅳ、2、3、…… = 《民商事习惯调查报告录》第四编第二章第三节。

录Ⅱ、15、2、十二…… = 《民商事习惯调查报告录》第二编第十五章第二节第十二……

惯Ⅰ 惯Ⅱ …… = 《中国农村惯行调查》第一卷 第二卷
……

彙報《関東庁ノ法廷ニ現ハレタル支那ノ民事慣習彙報》(満鉄調査資料第百六十五編)

郭卫 = 郭卫编《大理院判决例全书》

多賀 = 多賀秋五郎《宗譜の研究(資料篇)》

内田 = 内田智雄《中国農村の分家制度》

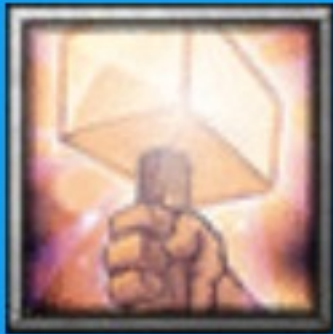
此外,收进本书末尾的文献目录中的论著,在比较近的地方再次出现(个别在首次出现)的时候,有时省略只写著者名或依目录里所表示的方式来引用。

目 录

序	(1)
省略记号	(1)
序说	(1)
第一章 基本的诸概念	(15)
第一节 关于亲属	(15)
一、宗族与外姻	(15)
二、同姓不婚、异姓不养	(23)
第二节 关于家	(40)
一、“家”的语义	(40)
二、中国的家和日本的家	(47)
三、同居共财和家产分割	(56)
第三节 关于继承	(88)
一、承继	(88)
二、承受	(101)
三、父子一体、夫妻一体	(104)
第二章 家的法律的构造	(119)
第一节 父家长型的家——直系亲的同居共财	(119)
一、问题之所在	(119)
二、围绕家产处分的父的权能	(123)
三、围绕家产分割的父的权能	(141)
四、父的权能的制约	(153)
五、理论的总括	(169)

www.docriver.com

搜索商家 巨力电子书



第二节 复合型的家——旁系亲的同居共财	(191)
一、兄弟同居之家的家产的处分	(191)
二、兄弟同居之家的家产的分割	(198)
三、叔侄、堂兄弟同居之家	(207)
第三节 生前进行家产分割的父与子的关系	(217)
一、法律关系	(217)
二、日常生活的样式	(222)
第四节 家务的管理——“家长”和“当家”	(234)
第三章 围绕无亲生子者的诸问题	(254)
第一节 由拟制而来的承继人——“嗣子”	(254)
一、可做嗣子的适格者	(254)
二、嗣子的选定——“立嗣”	(266)
三、嗣子的地位	(278)
第二节 未成年死亡者	(301)
第三节 承继人的不存在——“户绝”	(320)
第四章 妇女的地位	(335)
第一节 妻	(335)
一、无子寡妻的地位	(335)
二、寡妇的改嫁	(340)
三、母子同居之家	(343)
第二节 未婚女子	(353)
第三节 与宗之所属关系	(370)
一、女性与祭祀	(370)
二、结婚与离婚	(375)
第五章 家族成员的特有财产	(406)
一、官俸及其他特别的劳动所得	(406)
二、妻之随嫁财产及其他以无偿方式所取得的财产	(409)
三、妇女的个人财产	(430)
四、结语——特有财产的继承	(435)

第六章 不正规的家族成员	(444)
第一节 妾	(444)
第二节 义子	(463)
一、乞养	(463)
二、随母改嫁	(476)
第三节 招婿与招夫	(490)
一、招婿(赘婿)	(490)
二、招夫(接脚夫)	(496)
主要参考文献	(506)
索引	(511)
滋贺秀三教授年谱及著作目录	(524)
译后记	(534)

序 说

本书是法制史的著作,而非论述中国的现行法即中华人民共和国或中华人民共和国成立之前的中华民国的法制的著作。但也不是限于过去某个时代的论述,或者按时代的顺序追寻事情的继起那种性质的历史叙述。本书是要对所谓的旧中国(traditional China)即近代化开始以前的中国的、无论是时间上还是地域上都要作为广为扩大的一种社会体制来把握的、在这一体制下的家族的形态,从法学的视点作出分析和构设概念,并加以体系化的叙述。

本来,既然是历史,就不能无视时代上的契机,当本书写作之际也没有忽视这一点。关于中国史的时代区分,著者以前就持有如下的看法,^[1]即中国在其漫长的历史中,从全局来说经历了前后两次社会体制的根本性变革。以这两次变革作为分期点,全部中国史至少也应当首先分为三个时代。

第一次变革,就是从中国古来用语意义上的封建制向郡县制的变革,也就是从以邑为单位并作为基盘,通过族制性质的自立势力之间的几个阶段的统合关系而形成的秩序,向官僚制的领域国家的出现和随后统一帝国的建立的发展过程。其分期点大致可以在春秋与战国之交的时期来寻求。当然变革是渐次进行的,所以并非能以某一时点为界将两个时代截然分开。一般认为,春秋中期孔子在世的前后是新时代胎动的开始,而另一方面也可以认为,旧的要素的完全清算,新的体制的完全安定,则需要等到汉武帝时。从孔子一直到武帝,理应认为是两个时代既有重合又渐次分移的过渡期。⁴

第二次变革,简而言之就是中国近代化的过程。其分期点,大致

可以从作为最后一个传统的王朝即清朝的灭亡来求得。但是在这里,即使能够看到旧体制的动摇以及随之不久开始的向近代化的移行在鸦片战争时就已经发端,但直到民国成立以后至少到第二次世界大战前,也还是被认为仍浓厚地残存着旧的要素。而且,新的中国以如何的形态安定下来,现在就做出预见仍是困难的。也就是说,将从鸦片战争直到现时点的中国,视为仍处在一种过渡期的看法大概是比较适当的。正如以上所见到的那样,春秋以前的古远的时代可以称作上代,民国以后作为近代,而对处于中间的长时代,在还没有其他适当的词语的情况下,我想可以命名为帝制时代。而本书就是想把这个帝制时代的家族法作为运思的对象。

像上述那样,将几乎被认为占了中国史的大部分的二千数百年那样长的年数的时期,以帝制时代为名以便作为一个时代来把握,果真是可能的或是妥当的吗?以及果真具有实际的意义吗?对于这样的疑问,本书的论述自身或许就能够作出回答。最重要的是,即使用一句话概括旧中国,也并非是说同一的体制由无限的未来一直延续下来。体制的固定化可以说是开始于汉代,从而也不能认为在那以后的时代中的社会一般观念可以轻而易举地追溯到春秋以前的时代。^[2]若不对这一点加以明确则将出现论述上的混乱。儒教的经书虽然是以上代的社会现实为素材而写就的,但这些被视为含有超时代性规范的文献,对后世仍继续具有绝大的理念上的影响力。因此在使用这样的文献之际,特别需要留心上代与后世(即所谓帝制时代)的体制的差异。同样地,辨别经书记载的事物中特殊上代的要素和超时代性的要素也是必要的。对于此类情况本书中将偶尔有所言及。

此外,将由汉迄清作为一个时代来把握决非是要表示其间不存在历史的发展的意思。不过,若要问究竟是如何发展的,我想说的是,如果从宏观上来看,在最基本的层面上,体制的一定的类型不曾变动。所谓在一个类型的范围内发展这样的侧面着眼,还可将帝制时代再作几个时代的小区分,而这样的小区分当然就成了接下来要

做的课题。在本书中亦对那样微观意义上的变迁在可能把握的限度内努力进行了论述,但是还没有达到综合关于各个事象的变迁、以整合的形态回答有关时代的小区分那样的课题的地步。不仅如此,作为建构的虽说是要把帝制时代的全体纳入视野,但实际所用的资料,由于受到传存情况的制约,大部分是唐代中期以后的东西,在这个意义上,便成了论述以内藤湖南所首倡、由宫崎教授等人所展开的史观中所描述的中国史上的近世的资料得出的结果。^{〔3〕}如果想到这些,或许最初不如称之为中国近世家族法才是免遭非议的。此外,作为资料还大量使用了大理院判决例要旨以及各种惯行调查报告等民国时代的文献,其原因如前所述,是由于这些文献仍被认为残存着浓厚的传统性的要素。通过与古代的资料相照应,只要注意把这些文献中什么是传统性的要素慎重地识别出来,自然就可以当作极为有用的资料加以利用。

围绕中国的家族制度,先行者已经做了许多珍贵的研究与论述,在中国法制史研究中,家族法可以说是研究的积累极为深厚的领域之一。本书写作时一边面对着这样的现状一边想要另外多少作出一些新的贡献,那么,尤其是中田薰博士的堪称古典的《唐宋時代の家族共產制》的论考就成了研究的出发点。想把博士所说的加以消化并加以发展的意图,就成了旧著《中国家族法論》及其展开的本书的 6
构想的基础。所谓家族共产制,通俗一点儿说,就是家族靠一个钱袋来生活,各个人的勤劳所得全部凑集到这个钱袋里,每个人的生计也全部由这个共同的钱袋供给,从而财产作为共同的家产得到保持。像这样的家族生活样式,既不是仅见于唐宋时代的现象,而且也不是停止在人们从多种的可能性当中(无论这是如何地通常)任意采择的一个生活样式。在清末以降的近代化历史开始以前的中国,这些作为家族生活的必然的样式是在整个时代内一直维持不变的原理,实际上,连家的概念规定也可以说是那样的。解明形成这一家族共产制的法的构造,如果用最简明的话来说,就是围绕着作为共同的东西被加以保持的家产,家族中的每个人因各种各样的身份相应地具

有什么样的权利等问题,量详细地加以探究,这些将构成本书论述的主线。

家族共产制还可发挥继承的媒介的功能。一边围绕着家产使共同生活不断地得到维持,一边又存在由于婚姻、出生而导致的新人增加、因死亡造成的旧人减少而出现的,从祖先向子孙行财产的传承的并不显眼的情况。因此,为了解明家族共产制,就有必要在探讨共有理论同时探讨继承的理论。家族中每个人围绕着家产的权利,如果换个角度来看,也可以说是在继承法上的各个人的地位,这一点历来常常被忽略。故而不仅使家族共产制的论说显得很不充分,还封闭了从正面来把握中国的继承法问题的道路,这不能说一点儿也没有值得遗憾的地方。本书的一个基本的立场,就是将中国家族法在家族共产上所展开的场景作为继承法来加以把握。

7 中国的继承法,与祖先祭祀的观念且只承认男系亲为同类的亲族概念,简言之就是中文里所说的“宗”的理念相为表里。家族作为共同维持家计的宗族里的一枝,不外乎是同宗者的小集团。围绕着家产而出现的家族各个人的权利是由他们在宗这样的理念性的秩序(若直截了当地说也就是祭祀被祭祀的关系)中占有怎样的位置所规定的。本书的基本立场换句话还可以说成,在宗里的身份关系作用于围绕着家产共同生活的场而产生的诸关系的总体,是想要作为家族法来把握的东西。

作为比较法制史的考察,与罗马法的家族组织之间的实质性的类似性(只有提出类似性才可能显明差异),以及与日本的家族制度之间的原理的相反性,是我想要关注的地方。

在前述这些观点之下,就要把相当于我们现在的民法中亲属、继承两编里所要处理的主要事类,以某种形式大致不加遗漏地收进本书之中,并且要尽可能地纳入,也就是说,本书是围绕着所谓的家族共产制这一课题的研究书、同时又是一——虽然论述侧重于家族的财产关系而有关家族的身份生活方面不免就有些薄弱⁽⁴⁾——一并也想使之具有某种程度的旧中国亲属继承法体系的概说书功能的著

作。其体系颇呈特异之态,而且成为论述的主线的那些基本的诸概念,只使用我们现在的法学中既存的概念也是不够用的,所以决定导入几个切合中国的事象的独自的概念。由于这一原因,就有必要做一些将中国人无意识地经常来使用的几个极普通的词汇,改为从论理性的角度加以省察,通过认真地加以定义,使之达到学术性概念高度的那样的工作。可以说作为总论的第一章特地为这一原因而补充的。我想,通过这样的作业,中国法制史这样特殊的一个法学分科不是真正能够有助于法学全体的深广化吗?要而言之,可以说应将自己置身于有关家族生活的中国式的思考样式中,像中国人那样去思维,让这些思考的基本步骤尽可能的恰当,并且以经得起现代的学术性批判的正确和整合的形态来加以表现,这正是本书中著者一贯并努力要做到的事情,也是书名特别地称作“原理”的原因。

还有,本书冠以家族法之名,是想要专门研究家族生活的私法性的这一部分,因此,在围绕着家的公法上的各种制度(如户口登录制度等)方面没有深入地探讨。家的公法的一面和私法的一面大体可以分开论述,这是由于公共权力介入私法关系之中的事比较少的缘故,我想这似可视为旧中国社会的一个特征。仍是出于同样的理由,像封爵及作为其经济上的保证的食封那样的、当作公法上的特权同时又是私家的一种资产得到继承的现象及其继承法的详细情况,也决定不加涉及。这些是上代的封建制度的遗制,而且如果概略地说,仅仅是为了皇族的处遇或功臣的优遇那样有限的目的利用一下这类名目的制度,从大局来看帝制时代的体制时,这些对于社会全体所具有的意义决不是很大的,特别是到了宋代以后的近世,差不多可以说已经成了微不足道的东西。

在以上那样的构想之下,具体来说,就是将历代王朝的立法和记录并流传下来的审判例(判语)以及关于民间习惯的调查报告等三个部类的文献作为核心资料,每个主题都以综合性地考察这三方面的材料为中心进行论述,作为主要的资料文献,大致可以举出以下数种:

《唐律疏议》

《唐令拾遗》 仁井田陞撰,昭和八年(1933年)出版。

《宋刑统》

《庆元条法事类》 静嘉堂文库藏,昭和四三年(1968年)古典研究会影印。南宋庆元年间的敕、令、格、式。

《名公书判清明集》 静嘉堂文库藏,昭和三九年(1964年)古典研究会影印。南宋诸名士的判语的集录。参照仁井田陞《清明集戸婚門の研究》(同氏《中国法制史研究·法と慣習》所收)。

《黄文肃公文集》 静嘉堂文库藏宋刻四十卷本。南宋黄干的文集,最后的三卷收入了判语。

《后村先生大全集》 四部丛刊本。(南宋)刘克庄的文集,卷一九二~一九三收入了书判。

《袁氏世范》 (南宋)袁采的家事教训书。西田太一郎译(创元社1941年出版)。

《通制条格》 小林高四郎、岡本敬二《通制条格の研究記注》第一册1964年版、第二册1975年版。

《元典章》 本书使用沈家本刻本,同时参照了陈垣《沈刻元典章校补》中的补正以及影印元版。

《元史》刑法志 小竹文夫、岡本敬二《元史刑法志の研究記注》(教育书籍1962年出版)。

明律·条例 以光绪三十四年沈家本复刻的《明律集解附例》为底本,随时参照了雷梦麟撰·嘉靖三十六年汪克用刊《读律琐言》、周某撰·董裕序·万历二十七年刊《大明律例祥刑冰鉴》、王肯堂撰·清的顾鼎定重刻《王肯堂笺释》等注释以及薛允升《唐明律合编》。

《明令》 大藏永绥序延享三年和刻本。皇明制书卷一也收入此本。

《资治新书》 李渔(笠翁)撰,康熙二年刊。明末清初的诸名士的公牒判语的集录。

清律·条例 以光绪二十五年刊《大清律例增修统纂集成》作为底本。同书记载的顺序将条例进行了编号。同书上横的记载略称为“清律上栏”，所说的总注是指同书下栏的律的各本条末尾所附的注。关于条例的形成过程，可以参考《大清光绪会典事例》之刑部的部、吴坛撰·吴重熹刊《大清律例通考》、崇纶撰《大清律例根原》等文献。研究著作方面则参考了薛允升《读例存疑》等。

《五种遗规》特别是其中之一的《训俗遗规》 (清)陈宏谋撰。先贤的家事教训的集录。

《六谕衍义》范铤撰、《讲解圣谕广训》王又朴撰 见于鱼反善雄编《康熙皇帝遗训》(大阪屋号 1943 年出版)。

《大清光绪会典事例》

《户部则例》 常用的为同治一三年版，必要时参照了其他年度的版本。

《湖南省例成案》

10

《例案全集》 张光月辑，乾隆二年刊。《例案续增全集》潘又舫·徐某辑，光绪十二年刊。

《刑案汇览》 《续增刑案汇览》祝庆祺(松庵)辑，道光十四年、同二十年刊。《新增刑案汇览》 潘又舫·徐某辑，光绪十二年刊。

《棘听草》 东京大学东洋文化研究所大木文库藏。明末清初的李之芳在担任浙江省金华府的推官时起草的判语的集录。顺治十一年刊。

《判语录存》 同上。清的李钧在道光九年至十三年担任河南府知府时所作的判语的集录。道光十三年刊。

《吴平赘言》 同上。清的董沛于光绪初年在江西省清江担任知县时的判语、公牒。

《汝东判语》 同上。董沛在江西省东乡担任知县时的判语、公牒。

《晦阁斋笔语》 同上。董沛在江西省建昌担任知县时的判

语、公牒。

族谱的凡例·家规之类 取自多賀秋五郎的《宗譜の研究(資料篇)》(東洋文庫 1960 年版)。

《大理院判決例全書》 郭卫編,1931 年刊。大理院是民国初期的最高法院,从民国初期直至南京的国民政府成立之前的时期,曾起到引人注目的作用。同书收入的不是判决文那样的文书而是其中的要旨,但可以认为这些要旨仍是通过法院自身制作完成的。(作为同书的姐妹篇有郭卫的《大理院解释例全文》,遗憾的是本书执笔时无缘参照,两编都于 1972 年在台北再次出版。)

《民商事习惯调查报告录》 中华民国司法行政部印行,1930 年。

《関東庁ノ法廷ニ現ハレタル支那ノ民事慣習彙報》 (滿鉄調査資料第百六十五編,1934 年)

《中国農村慣行調査》 全六卷(岩波 1952—8 年出版)

本来使用的资料并非限于上述的三类,说起来其实是以这三类资料为三个支柱,围绕这些还从儒学的经书到小说等通常涉及到过去的中国的文献中,以及从近代的内外人士的著述中,采集了虽然接触不多但就目之所及的范围内能见到的有用的资料。而且在这一方面,已故的仁井田陞教授的浩瀚的著作就显得特别有用,有了这部著作的帮助的本书,与其广为寻找那些未知的资料,不如从已知的就在身边的重要资料里,在正确地领会那些具有法的意义的内容并给以应有的评价等事情上,更能够集中主要的精力。

综合性地考察以上那样的各种资料时所说的综合性具有什么样的意义,我已具体地做了论述,即只有请读者通过阅读本书来了解。不过有一点要预先加以明确的,就是本书虽然以“法”作为叙述的课题,但又不是把“法”仅仅看作具有某种形式的实定法。

虽然也将历代王朝的立法作为主要的资料之一,但这不是试图从中构筑成文私法的体系。旧中国的国家法主要由刑法和行政法规组成,私法方面的事情也不是丝毫没有加以规定(而且在私法之中

家族法属于采纳比较多的部类),但是,法体系全体的基础,是以组织、统制官僚机构和管理监督人民以及维持公共秩序、培养善良风俗等目的作为基本理念,从而事情即便是私法性的,其有关规定的制定仍是具有基于上述目的的性质。划定私权并加以保护等私法固有的理念并没有得到展开。即使将散在的一个个规定凑集到一起,也无法拼成完整的私法体系。试图强行加以解释亦是没有什么意义的。何况写进法律中的内容果真起到何种实际的效果,也常常成为问题。

不管国家有无立法,民事的纷争在现实中总会不断地发生,并会闹到地方官的法庭。与立法的简单的文言相比,在对这些争讼的审判中所作出的判语,则有着远为丰富而又现实的内容,因而具有十分珍贵的资料价值。但是虽然如此,却无论如何也不能够从中归纳出实定性的判例法一类性质的东西。说起来这些判语,是那些擅长写文章的名士们在一生经历的某个时期作为地方官在职期间,为处理诉讼而写的判决文,因作为这些文章的作品价值的缘故而被集录并流传下来,所以传存是偶然的,而且各个判语相互之间没有逻辑性的关联。这种情况是由于诉讼制度本身的特点所造成。民事的事案被认为是轻微的事事故只限于地方官予以处置。当事人即使上诉,与上级者亲自审理相比,也是再次下发给下级者令其审理的情形更多见。而且总的来说,民事的纷争主要着眼于令当事人妥协从而使当前的事件得以平息的裁决,而并非从确立在其他类似的事件中也应被适用的一般性的权利义务法则的立场来加以处理。这和那些某种程度以上的刑事案件自动地呈报到中央的审判机关、在那里谋求判例的统一而随之产生的、有关刑事的如清朝时代的刑案之类那样基于法的实用的目的而编辑起来的许多真正意义上的判例集相比,则颇异其趣。⁽⁵⁾

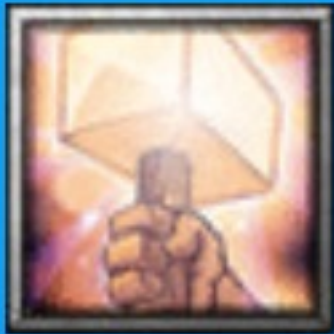
那么,实定法意义上的习惯法是否成立的问题在此还是应该作出否定的回答。将与国家制定法并存的民间的习惯看作是“法”的一个类型的见解本身,在旧中国是一个陌生的概念。正如较前所述的那样,在那里,公与私、官与民的机构性的显著分离也是其表现之

13 的确,以“情”、“理”等等语言来表现的自然的条理,以及被称为“礼”的正统的行动样式——这些作为教养,审判官当然掌握——在法庭上受到尊重并发挥了很大的功能,然而,当事人所属的被限定的社会(例如地域社会)多少带有特殊的细节内容的习惯——关于它的存在需要立证的那样的习惯——作为审判规范而援用的现象可以说完全看不到。普遍性的礼与法被作为价值的基准,至于局部地区的土俗,从宽容的角度给予照顾的事例即使存在,也不能从规范的意义上来认识,从而像编纂习惯法书一类的事情也不曾有。到了民国时期对于习惯的关心高了起来,并主动进行了调查,如《民商事习惯调查报告录》也得到出版。这些与通过外国人着手调查的成果一起,在获知社会实际情况这一点来说是极为贵重的资料,可是仍然不是习惯法的记录那种性质的东西。

然而,尽管从私法的范畴来说不存在实定法的体系,那并不意味着社会生活中人们没有意识到私法性的论理。正如在本书中所要弄清的,家族生活那样的被认为与法相比不如说情谊更容易支配的领域里,更让人感到惊奇的,却是在人们的意识中清楚地确定着的、对每个人来说哪些是他被人所承认的权利,并基于这些共有规范来使事务得到处理。由此,不用期待成文法的存在,在这个意义上自然地刻在人们的意识中并活生生地发挥着作用的具有法的性质的论理,我想称之为法意识,换言之也可称之为自然法。当然,这不是指客观性的在人类中普遍适用的自然法那种含义,而是对所谓的旧中国社会历史环境中生活的人们来说主观性的视为天地自然的理的那些东西,才是这种意义上的自然法。它们是那样的一种东西,由于植根于人性、所以一面含有浓厚的适用于全人类的要素、另一面又限于是历史的产物、因而带有中国式的特色并且这种特色保持着合理性和逻辑的一贯性的东西。本书是想要通过这样意义上所形成的过去的中国人的法意识作为考察的焦点,对于记述“法”这项课题做出实质性的回答。而且想尝试着通过“法”从中国这一角发掘人性——一边展开历史中多样化的侧面,一边在根本上没有变化的人性——的兴

www.docriver.com

搜索商家 巨力电子书



趣一直在支撑着我。理所当然这里也就关联到法这样的词语的定义问题。如果将实定性视为法的本质的要素,法就是由集中的权力立或承认的同时具有强制作用的规范等这样来定义的话,像以上那样的方法论就不能成立,而且就有关旧中国的私法作出某种内容充实的叙述大约也成为不可能。如果法的特质不是从规范的形式而是从内容上求得,那么所谓法,就是自古以来的法谚所说“应该给与某个人应归于他的东西”(suum cuique)的意义上的关系到正义的规范。如果按这样去定义的话,在所谓的法意识的形态上的确是存在着法的看法丝毫也不勉强,本书便持这一见解。^[6]旧中国的私法那样的研究对象本身,我认为带有不能接受法实证主义的方法论的那样的特性。^[7]

如果说由什么来找到上述那样的法意识,回答无非是通过对前面所言及的各个种类的资料的综合性的考察。习惯的调查记录不用说起着最为直接的效用,但只有这些还不够,因为第一,这些全都是在走向近代的过渡期被记录下来的东西,有时期性的限制。第二,在这些以采录民众生活的事实为宗旨的调查记录里面,在基于自觉向着正统的生活样式行动之外,含有一些出于无知、无自觉、无资力等原因趋向现实性的便宜之计等妥协的要素。并且在后者的这一方面显示出相当大的地区差。像那样的现实的样态作为反映了现实情况来说是贵重的,然而将其全部作为事实加以平面性的处理却是不合适的。为弥补这样的缺欠,历代的立法和审判的实例可以使我们的理解得以加深。过去的中国的官人们是社会中具有代表性的有教养的人,是文化的自觉的担当者,他们的判断具有标准性的意味。当看到在他们所作出的判语中,人们所怀有的共通的法意识通过其代办者之口以标准化的形态得到表述的时候,偶然传存下来的任何一份判语也就具有了珍贵的意义。同样地,立法也具有那样高度的标准的意义。那些常常被人们认为是自然的道理的私法性的原则,原封不动地表现为公权性的,或者将其作为自明的前提并在其上制定了刑法、行政法等技术性的规定。当然,并非全部都加以规定了。

15 说起来在立法上表现为就像地形图上一个一个山顶那样的分散。可是当与呈现出实际的世态的其他种类的资料一并来看时,这些规定就开始具有了生动的意义。要而言之,所谓中国的法意识,不能在其自身直接地见到成为普遍性的情况,需要通过不断地提高辨别能力,将那些看作在某种意义上包含其具体的表现的文献,不问其是什么性质什么日期完全作为资料来使用,由综合性的观点来加以评价。

如果采用所谓的国家法和民众法的词语的话,本书认为与其说两者之间是对立的不如说是等质性的,在它们的细目的点上注意到时代的变迁或地域的差异的同时,还要认识到在其基底方面原理的不变性,构成这样的方法论的原因是由于考虑到旧中国社会的特质,这大概是能够被理解的吧?这种特质如用一句话来概括,就是社会阶层相互间的封建性的或者种姓等级之类的闭锁性是不存在的。最起码闭锁性没有成为社会构成的基调是一个事实。六朝时代的门阀贵族在此应该如何评价,是个暂时想保留的问题,但至少就宋代以后那些确立了科举制度的时代来说,还是能够没有保留地指出这一特质。这不是说在社会生活中已经是万人平等了。作为输送出官僚的母体处于支配地位的、无论是称为“士”还是称为“读书人”的绅士阶层,和从事生产劳动的被支配的庶民阶层之间,毋宁说公开和明显地存在着差别。但这些是基于个人的经历而出现的人的品级上的差别,不是难于超越的世袭的身份的差别。两者之间时常流动的情况是可能的,科举无非是靠通过考试所认定的个人能力以获得作为绅士的资格的制度。制度上可能的流动,实际上大致达到什么程度这样的问题,顿时成为近年来学术界集中关心的研究课题。根据直到现在为止展现出来的成果所作出的大略的推测,如果不是从人的一生而是通过几个世代,就会看到上升下降的两个方向都有不断的很大的流动,而且认为在农、工、商等等庶民的职业之间也有流动性的看法是合适的。⁽⁸⁾实际的流动性是怎样的姑且不论,最重要的在于,事实是人们的思想里并不存在各阶层的闭锁性和那种生活原理的独自性一类的意识。只要诸种条件特别是经济的条件允许,人们都怀

16