

北洋政府时期中国传统社会家族制度的法律转型

刘盈皎

(北京航空航天大学 法学院,北京 100091)

【摘要】在中国传统社会,家族制度一直是维护基层社会基本秩序的有效手段。清末民初时期,中国社会发生巨变,传统法律被迫走上了近代化的道路。在中国传统法律的转型过程中,家制成为传统与现代冲突最为激烈的矛盾点,因而对于传统家制法律层面的改造,立法者尤为慎重。北洋政府时期,各方政治力量的博弈导致整个社会法制呈现混乱失序的状态,但是该时期的立法建设始终未曾中断,而基于稳定社会基本秩序的需要,对传统家族制度进行法律层面的改造成为该时期屡次立法尝试的重点领域。

【关键词】家制;家族制度;社会本位

【中图分类号】S-09;K207 【文献标志码】A 【文章编号】1000-4459(2023)02-0125-10

Legal Transformation of Family System in Chinese Traditional Society during the Period of Beiyang Government

LIU Ying-jiao

(College of Law, Beihang University, Beijing 100091)

Abstract: In traditional Chinese society, the family system effectively maintained the basic social order at the grassroots level. During the late Qing Dynasty and early years of the Minguo period, China underwent profound changes, and the traditional law was forced to take the path towards modernization. The family system thus became the polarity between the traditional and modern laws of China in the legal transformation. As a result, legislators were particularly cautious about transforming the traditional Chinese family law. Under the Beiyang government, the political game led to chaos and disorder in the legal system of the society. However, the legislative construction was not interrupted. Moreover, the legal reformation of the traditional family system proved to be a key area of legislation during this period in order to stabilize the basic social order.

Key words: family system; familism; society-centered philosophy

2021年,习近平总书记在福建武夷山市考察时指出,如果没有中华五千年文明,哪里有什么中国特色?如果不是中国特色,哪有我们今天这么成功的中国特色社会主义道路?我们要特别重视挖掘中华五千年文明中的精华,弘扬优秀传统文化,把其中的精华同马克思主义立场观点方法结合起来,坚定不移走中国特色社会主义道路。当传统与现代激烈碰撞之时,对既有的文明成果进行时代性的扬弃就显得尤为重要。中国传统法律制度作为人类历史上唯一从未中断、延续至今的中华文明的重要一节,在19世纪末20世纪初的中国却面临着解体或承继的历史抉择。其中,对“家国一体”这一延续数千年的社会模式的改造就成了当时极为棘手又不得不为的关键一环。社会的变革势必带来法律的更新,历史的前进也必应以法制为助力,从某种意义上说,中国传统社会的现代化转型需从法制革新入手,也待司法

[收稿日期] 2022-09-02

[作者简介] 刘盈皎(1987-),女,法学博士,北京航空航天大学法学院讲师,主要研究方向为中国法律史。

加以巩固。国者,家之总也,家制不良,则国政推行,其效必寡,故治国必本于齐家。于是,中国传统家制的变革就成为中国传统法制,乃至中国社会近代化转型的重要篇章。

辛亥革命后,本已看到崛起曙光的中国再次陷入到了军阀混战的乱局之中,这一时期,整个社会法制呈现混乱失序的状态。然而,即便政治环境处于一种不稳定的状态,在内急外需的压力下,中央政府主导的立法建设始终未曾中断。在特殊的历史背景之下,被认为行将就木的中国传统家制却在社会的实际运行中仍旧承担着稳定整个社会秩序的重担。近些年来,不少中外学者对中国传统家制这一极具特色的社会组织制度进行了深入的研究^①,对于中国传统家制的近代化转型,亦有诸多前辈提出了深刻见解。不过,除却立法与司法材料的系统整理^②,更多学者则侧重于从社会学、历史学的角度对沿袭数千年的家族制度在中国近现代化转型的历史时期所呈现出的面貌和作用进行探讨^③。本文在前人的基础上,着重考察北洋政府时期,为适应新的社会状态,调整新的社会关系,中央政府在法律层面所做的改造工作。

一、中国传统家制在北洋政府时期的社会形态

家族是中国传统社会最基本、最普遍的社会团体,是社会生产和分配的基本单位,中国传统家制以“亲亲”“尊尊”之尊卑有序为核心,以权利让渡、义务承担之家族主义为本位,以父系血缘为组成线索,以父治为运行模式,维护父权,同时又反映了祖先崇拜的宗教色彩。中国传统家制是维系中国传统社会运行最重要的因素,是社会经济的动力所在,也是道德伦理、民族文化发展传承的重要载体,其所表现的特质因各种自然、社会原因而生成,同时又影响了中国历史的发展进程。但是,当社会条件产生变动时,再强韧的社会组织也会产生动摇,历经千年的家族制度也不例外。19世纪末20世纪初,中国社会风云突变,西方国家用炮火轰开了中国的大门,伴随而来的除了殖民的屈辱,还有文明的法制之风。北洋政府时期,虽帝制已枯,但统一之力羸弱,内忧外患之下,作为千年社会基石的中国传统家制前路为何,也亟需一个法律解答。

(一)动摇中国传统家制的历史背景

长期以来,中国人一切行为以家族之利益为基,这是中国传统社会基层秩序稳固的要求,在没有外族入侵的和平时期,“一切为了家族利益”的利己主义有益于家族生产和政治地位的总体提升。然而,坚船利炮的冲击打破了政治主导下小心维持的社会平衡,也撕破了家族支撑下的虚假和谐,家国一体在欧风美雨中飘摇。1911年辛亥革命对帝制的颠覆也揭开了中国社会多年来深层质变缓慢发展下半遮半掩的面纱,中国传统家制再无力以原有的面貌稳固庞大的国家机器。

首先,自给自足的农业经济走向解体。一方面,社会大变动时期,中国传统农业基础遭到破坏,家族共产制度的维持受到了资本主义经济模式的猛烈冲击,因此建筑于其上的宗法社会也趋于崩溃,宗法社会的组织形式——家族和伦理观念,自然也随之濒临崩塌。另一方面,商品经济的发展使个人有了走出家族、独立经营的机会,经济上的日渐独立使个人从团体中日渐分离,传统家制的统一力受到了严重冲

① 瞿同祖先生从法律的层面阐释了传统家制对国家法律的影响(瞿同祖:《中国法律与中国社会》,中华书局,2003年),而日本的滋贺秀三先生则对中国传统家制进行了极为系统的研究([日]滋贺秀三:《中国家族法原理》,商务印书馆,2013年)。

② 这一时期的法律资料相当丰富,既有中央政府主持编订的史料汇编(司法部民法研究修正委员会主编:《中华民国民法制定史料汇编》,1976年),亦有学者们进行的司法史料整理(郭卫:《大理院解释例全文》,上海法律编译社,1930年;殷梦霞、邓咏秋选编:《民国司法史料汇编》,国家图书馆出版社,2011年;黄源盛纂辑:《大理院民事判例集存》,元照出版有限公司,2012年),还有参与立法者所著的学术论著(谢振民编著:《中华民国立法史》,中国政法大学出版社,2000年;史尚宽:《亲属法论》,中国政法大学出版社,2000年)。

③ 潘光旦:《中国之家庭问题》,新月书店,1928年。

击。当社会发展到一定的高度,家族原有的职能多移于社会,家族的社会作用亦被吸收,家族这种组织形式就成为单纯的两性关系的载体。经济基础发生改变,依托其存在的社会组织形式——具体到中国——也即家族就有了转型的急迫性。

其次,尊卑有序的阶级结构逐渐崩溃。中华民国的建立犹如一记重锤令尊卑有差的社会共识产生了巨大裂痕,虽然中国政局又迅速卷入军阀互争的历史旋涡,但作为中国传统家制核心价值理念的“亲亲”与“尊尊”已被平权、公平这些新兴资产阶级的权利诉求冲击得无力喘息,社会组织从其核心向外分裂,牢固的运行模式必然动摇,秩序、自由、效率和正义的现代法的价值因而有了向基层渗透的可能性与必要性。

最后,人文思想的刻意误读徐徐澄清。社会制度培养人类的情感,而社会普适观念又影响着社会制度的呈现方式。因此,社会普适观念的变化会使社会制度的形式发生变革。北洋政府时期,社会普适观念的变化主要体现为人文思想的觉醒,个人主义的勃兴。潘光旦将人文思想分为两层意义,“第一层是,一切从人出发,向人归宿。第二层是,遇有二事以上发生冲突时,一切折中于人,即由人来斟酌损益,讲求应有的分寸,使不致畸轻畸重,因为,过犹不及,都是病源”^①。潘氏认为,人文思想在中国较西方得到更为完整的延续,但是长时间的传承没有随着社会状况的衍变而损益改变,导致人文思想之精髓被误读,其僵化的弊端反而盖过了以人为本的理性。在宗法观念的影响下,人文思想中的“人”并非是某个个体,而是以血缘联结的群体,也即家族。家族利益至上的利己主义泛滥,以人为主导的斟酌损益成为维护内部阶级特权的手段,个人的独立性逐渐丧失,权利意识逐渐淡漠。而文艺复兴和启蒙运动的蓬勃之势,使人文思想在西方被赋予了新的意义,并再次成为世界思想之潮流。19世纪末20世纪初,近代文明之风也自西方吹向中国大地。个人意识的觉醒,平等、自由思想的涌动冲击了礼教基础,动摇了家族主义。

(二)传统家制法律转型的挑战与契机

外部环境的变化引起了中国传统家制的动摇,在新的政治经济条件下,中国传统伦理道德受到冲击,个人主义思潮兴起,对权利的争取突破了义务本位的礼教纲常,商品经济的涌入,动摇了小农经济的自成一统,家族的社会经济职能逐渐削弱。北洋政府时期,中国社会剧变持续,政权更迭频繁,家族在政治上的意义也随着社会性质的变化而逐渐弱化,呈现出一种新的社会形态。

1. 传统家制转型的必要性和必然性

家族制度的产生正是源于人类对于维持生命和促进生活的需求。社会环境一旦发生变化,社会标准也会随之调整。在新形势下,中国传统家制长期存在的基础及其所呈现的积极性逐渐成为阻碍社会进步与发展的消极因素,就其内部而言,主观上有变革的必要性,从外部环境的变化而言,客观上有变革的必然性。

作为中国传统社会调整基层构造的重要手段,家制在运行过程中影响了公权力的扩展和行政司法权的统一。从组织形式上来说,家族对于族群成员个性的压迫使其进步性丧失,成为僵化的窠臼,而家族把持税捐、干涉词讼、妨碍行政,也成为新型国家政治建设的阻力,家制膨胀所造成的国家司法权的妥协亟需逆转。北洋政府时期,政权更迭的混乱对“外争司法独立,内争政治支持”的需求更为迫切,因而从制度层面改造传统家制对司法权的损害就成为重要的政治任务。与此同时,中国传统家制的运行是以权利让渡来达到稳定和谐的,其运行的稳定必须依靠外部条件的支持和维护。然而,当社会环境发生变化,制度的僵化使长久的个人压抑呈爆发之势,家族对于内部矛盾的调和能力逐渐减弱,权利义务的重新分配成为当务之急。

2. 传统家族制转型的渐进性与可行性

作为中国传统社会最基本的社会构成因子,家族的存在与否、存时久暂取决于其职能、效用。只要外部环境不发生大的变动,内部基本的分工结构足够稳定,组织的整体运作就不会停歇。中国传统家制

^① 费孝通:《生育制度》,商务印书馆,1999年,36页。

能够长期存在就得益于家族这一组织形式与社会环境相适应,组织结构逐步完善,组成分子能够良好地新陈代谢。因此,传统家族制在中华大地有着强大的生命力。即便到了近现代,中国内外环境发生剧变,经济基础、政治制度、文化认知对社会转型提出了新的要求,家制仍是基层社会秩序维持的重要手段,其存废非一日之功。特别是北洋政府时期,传统家制的流弊已然凸显,然而将其完全瓦解的条件尚不成熟,西方革命式的变革方式也不适用于中国,传统事物的惯性使家制在新的环境中仍具有存续性。“社会生活中有一种现象就是很多新的事务发生时,时常会利用现存的组织去经营,只要这现存的组织能胜任;有时毫无相干的事都可以纳入为其他目的而组成的团体中去做”^①。在历史的大变局下,由政府从制度上对传统家族制进行转型的引导是最为审慎的方式。

北洋政府时期,商品经济冲击了中国传统的农业经济,然而中国地广人密的自然环境并不能改变,农业立国的基础没有动摇,那么家制作为与农业国相契合的社会基层组织制度当然依旧发挥着重要的社会职能。正如胡汉民所说:“中国家族制度所以能特殊巩固,有两千余年的历史,乃至今日在我们民法中欲保存其精神而不能全部改造,如一般感受新思潮的青年所想望,完全为物质生活的生产方法所决定的。”^②因此,新的经济形式的出现并不能直接带来新制度的形成,更多的是为传统制度的改造提供了契机。北洋政府时期的中央政权,仍显现出一种军阀主导下的人治政治。1911年辛亥革命后,国民政府虽然成立,然而实质上的分裂使得中央政府的公权力相当羸弱,同时内忧外患之下,行政权、司法权尚不能得到统一,亦无强有力的保障,在这种情形下,国家政策的形成与执行均受到掣肘。时局之下,中国传统家制的惯性力量强于政府的行政手段,如果公权力贸然入侵,必然会引起强烈的反抗,不仅达不成革新目的,反而造成社会更大的动荡。因此,在各种条件尚未成熟的情形下,只能因势利导为我所用,以渐变的方式,促使传统家族制转型,以适应新时代的需求。更何况传统与现代也并非绝对相斥,传统家族制的某些理念并非与现代法律精神完全相悖,这便使家族制转型以平稳方式进行,以法律形式引导、巩固具有了可能性。毕竟一种制度因时空性而趋于僵化,这是正常的历史发展规律,面对已经改变的时间和空间,把僵化的传统制度改造为符合时代发展的新的历史形状,也未尝无有可能。

一种制度的形成,必然有其潜在的外部原因,而其崩溃也必须具备一定的社会条件。当传统与现代发生冲突时,历史的抉择绝非个人所能做出,依然需要交予社会优胜劣汰,取长补短。如果社会需要这种制度,那么即便全力以赴地去破坏,依然无济于事;如果社会不需要这种制度,那么即使欲全力保存,依然于事无补。鉴于时代要求、社会需要、条件所限,北洋政府针对家制的转型进行了尝试性的应对、引导,法律便是最重要的干涉途径。

二、北洋政府对传统家制转型之法律应对

北洋政府时期,中央政府几经更迭,但立法建设始终未曾中断。这一时期的法律文本对传统家制的转型多有涉及,其成果主要集中于以下几部法律文件中:一是清廷主持修订的于1908年修竣的《大清现行刑律》之民事部分;二是北洋政府时期的民事草案两部,一为1915年拟定的《民律亲属编草案》,该草案未及成为通行之法典,且不久即为其其他通行之法律文本所取代,一为1925年修订的民国《民律草案》。北洋政府对中国传统家制的现代化法制改造主要体现在实际充当社会规范的《现行律民事有效部分》及民国《民律草案》(1925)之中。

事实上,囿于复杂的政治环境,在此时期,法制建设一直处于立法阶段,特别是民事法律,始终没有完整的付诸实施的民法典来指导社会生活,充当民事实体法功效的法律文本的部分立法理念又与现代法治文明的要求不甚一致。因此,在具体的司法实践中,作为最高审判机关的大理院所进行的司法行为

^① 费孝通:《生育制度》,第165页。

^② 胡汉民:《民法亲属继承两编中之家族制度》,《中央周报》,1930年。

也成为考量北洋政府时期对传统家制转型法律应对的重要指标。在处理与家制有关的案件时,大理院通常以《现行律民事有效部分》为蓝本,参照习惯,对法规或强调现行律内容,或进行补充规定,又或展开变通解释,并将部分判决著为通例,指导民事关系处理,致力于弥补法典与社会现实的落差。

面对传统家制在新的历史时期呈现的转型局面,根据社会需求和新型法律观念传播、法律关系建立的要求,北洋政府结合立法尝试以及司法实践,在政治权力所能发挥的有效范围内将法律应对集中在了家族社会功效的改造、女性法律地位的有限改良、家族内部权利义务关系的调整这三个方面。

(一)家族社会功效的改造

北洋政府时期,中华大地正处于军阀混战之中,此时期的立法尝试也以稳定时局为侧重,在法律制定上更关注社会基层组织的稳固,并不以革新为主要目标。同时,立法者认为有关家制的内容应立足于中国传统法制理念,不能为迎合西方社会思潮造成法律文本与中国社会现实脱节,因而在民国《民律草案》拟定过程中主导的立法思想具有一定的保守性,在法律文本和司法实践中,基本认可了传统家制尊卑有差的核心价值,肯定了家族在维护基层社会秩序的有效性。但是,基于社会现实的变化,北洋政府在立法和司法实践中也不得不吸收新型法律思想,调整家族管理模式,着力保障新形势下发挥家族社会功能的有效性。

1. 法律文本维护基层社会的家族管理模式

纵观人类发展历史,无论在传统社会还是工业社会,家族在沟通上层政治统治与国家社会基础中具有一定的积极功效。北洋政府时期,中国旧有的小农经济模式走向解体,然而新的经济模式尚未建立,帝制的颠覆也不意味着新型政治制度的稳定,在这种社会状况下,传统家制的管理模式对基层社会关系的调节依然有着深刻的影响,现代法制的建立并不能完全忽视传统组织管理的有效性。民国《民律草案》认可了在家族管理中家长对家属的管理权,家属为户籍之出入^①、婚姻、立嗣或出嗣^②、认领私生子或以他人作为养子^③等行为时,须得家长同意。法律对家长权的扩张性认可给予了传统家制在现代社会发挥功能的法律空间。

2. 司法实践肯定传统家制仍具社会功效

中国传统社会,国家法律对于民间琐事极少干涉,家法族规成为指导社会基层组织生产、生活的主要规范。近代以来,随着法制的转型,在民事关系的调整上,国家立法逐渐取代了民间法。但是,北洋政府时期的民事法典并不完备,在司法实践中,审判机关根据具体情况对家法族规的效力加以认定和评估,以维持家制在社会转型过程中的积极职能。

一方面,司法判例认可家法族规的效力,“惯行之族规与成文之族规不容歧视”^④,并对其效力范围进行了现代法律意义的规制,“谱例乃阖族关于谱牒之规则,实即团体之一种规约,于不背强行法规、不害公安良俗之范围内,自应有拘束其族人(即团员)之效力。凡作奸犯科,国有常刑,固不容私人之径行处罚。”^⑤违背强行法规、有害公安良俗之家法族规并不具有法律约束力。此外,有鉴于承继法规之强行性质,判决例还排除了与承继法相冲突之族规习惯。“承继法规概为强行之规定,不容有反对习惯之存在。”^⑥“承继之法律系有强行之性质,不容有相抵触之族规存在。”^⑥

另一方面,判决例厘清了家族文本对个人法律身份的影响。“身份关系本由于血统或其他法定之原

①《民国民律草案》第一千零七十五条:“异居之亲属欲入户籍者,……,须经家长允许”;第一千零七十六条:“同居之家属欲出户籍者,……,须得家长同意”。

②《民国民律草案》第一千零七十八条:“家属为婚姻、立嗣或出嗣者,须得家长之同意”。

③《民国民律草案》第一千零七十九条:“家属认领私生子或以他人为养子时,须得家长之同意”。

④郭卫编:《大理院判决例全书》,中国政法大学出版社,2013年,第382页。

⑤郭卫编:《大理院判决例全书》,第381页。

⑥郭卫编:《大理院判决例全书》,第429页。

因而发生。至于族谱之作,则所以明世系而别亲疏,其于法律上身份关系之得丧究属无涉。”^①“谱牒仅以供同族稽考世系之用,于私人权义不生重大影响。故其记载虽有错误,而苟非确有利害关系,即属同房族之人,亦不许告争”^②。这样就从司法实践中剔除了家族文本对个人法律身份认定的干涉,确立法律对权利义务分配的唯一效力。

正是由于家制在北洋政府时期仍具有衔接上层政治统治与基层社会组织的重要作用,故而在司法实践中,审判机关对家族内部的规制文本进行法律改造,客观上促使传统家制与国家法律在新形势下的融合并用,传统家制的现代化转型在司法实践中得到落实。

3. 法律文本引导家族管理模式向社会本位转变

民国《民律草案》中将家政统归于家长管理,但规定了“得以家政之一部分委任家属处理”^③,这是家属对家长权的分担,家长在家庭内部乾纲独断的地位受到冲击。值得关注的是,民律草案还规定:“依第一千零七十八条规定被命出籍者,其配偶人及直系卑属,亦随之出籍。”^④一方面强化了家长对家属婚姻、出嗣行为的许可权,另一方面也反映了此时期的法律文本对于小团体也即家庭之一体性的重视。可见,清末风靡一时的个人主义在此时期的影响力大大削弱,而传统的家族本位也并不能适应彼时的社会环境,因此,北洋政府的立法理念将法律规范向社会本位引导。

4. 司法实践细化家族组织权限分配

家族体系内的管理权主要集中于家长权与亲权,大理院判决例结合社会现实,重构家族组织内部的权限划分,从而实现对传统家制的体系化改造。一方面,家属可有限分担原由家长独享的财产权利,如代父管理家务之子,得处分家财之权。“父在子虽不得私擅用财,惟父以管理家务委诸其子者,则子以代父管理家务之资格,即当然有处分家财之权”^⑤。另一方面,司法实践认可母之行亲权资格,“未成年之子之财产,应先行亲权之父为之管理。父亡故或失权者,则由其母。而继母在法律上之身分同于亲母,故亦应有代管子产之权。”^⑥“凡成年之子未得其母之同意私擅处分家财者,仅其母有撤销之权,其本人及第三人均不得主张撤销。”^⑦“现行律载‘嫁娶皆由祖父母、父母主婚。俱无者,从余亲主婚’等语。是无祖父与父之女,当然由母为之主婚”^⑧。虽在行使次序上依然是父权优先,但也明确了母之亲权是一项独立之权能,不受家长权和其他家族成员的干涉。“母代子管理财产,其管理权之行使或自为之,或委任他人为之,应自行做主。其于每年年终是否宜将经理账目送交族长阅览,亦应任其母之自由意思。”^⑨“守志妇就年幼继子之财产有完全管理之权,不许其他族人干涉。”^⑩

军阀混战的政治环境对于稳定基层组织的社会要求导致了这一时期的立法指导思想具有一定的保守性,然而现代文明的法律理念已成为不可逆转的历史大潮,因而在顾及政治需求的同时,北洋政府也在法制的多个层面对传统家族的社会功效进行了适时的现代化改造。

(二) 女性法律地位的有限改良

北洋政府时期的立法活动从整体上看是特定历史背景下的破局之举,无论从法律文本的编写体例、立法技术还是内容本身都以现有社会秩序的稳定为主要目的。具体到与现代社会发生不相适的传统家

① 郭卫编:《大理院判决例全书》,第380页。

② 郭卫编:《大理院判决例全书》,第238页。

③ 杨立新点校:《大清民律草案,民国民律草案》,吉林人民出版社,2002年,第346页。

④ 同上。

⑤ 郭卫编:《大理院判决例全书》,中国政法大学出版社,2013年,第385页。

⑥ 郭卫编:《大理院判决例全书》,第414页。

⑦ 郭卫编:《大理院判决例全书》,第234页。

⑧ 郭卫编:《大理院判决例全书》,第391页。

⑨ 郭卫编:《大理院判决例全书》,第414页。

⑩ 郭卫编:《大理院判决例全书》,第415页。

制,法律在制定过程中依然是以家族为本位,包含了许多传统的身份法内容。在帝制推翻、民国建立的历史变局下,立法机构依然认可、继承传统法制中的一些保守制度,也表明中国传统家制在该时期仍需以既有面貌调整基层社会关系,所谓转型,并不能与政治制度的更迭毕其功于一役。该时期立法的保守性集中体现在对女性法律地位的限制上。虽然此时男女平等的观念已蔚然成风,立法机构也欲对女性法律权利的解放通过法律文本的不断更新而持续进行,然而,无论从国家立法还是司法实践上,该时期对女性法律地位的改良均十分有限。

1. 维持婚姻关系中夫对妻之管理权

民国《民律草案》在规定夫妻权利义务关系时,明显体现出夫权的统治性。民国《民律草案》第一千一百二十条:“关于同居及其他共同生活事务,由夫主持。但妻得陈述意见或以行为实行协助。前项前段情形,如系夫滥用职权,致妻受有污辱或损害之虞者,妻无遵从之义务”^①。此条规定相较于《大清民律草案》“关于同居事务,由夫决定”^②之规定,认可了妻在同居事务上有限的意见陈述和协助权,但是,对于妻之其他行为则赋予了夫之控制权。“妻于日常家务,视为夫之代理人。妻如滥用前项权利,或无行使权利能力时,夫得限制或撤销之。但不得与善意第三人对抗。”^③“不属于日常家务之行为,须经夫允许”^④。

妻权利之弱化还体现在婚姻的再次缔结上,“再醮,除依第一千零七十六条第一项规定(家属出籍须得家长同意)外,并须经夫家父母允许”^⑤。再醮由夫家父母裁可,反映了婚姻缔结对于女性来说,依然是归属权的转换,而非个人权利或意愿的真实表达。

2. 夫权优先中肯定女性法律人格

虽然法律对家制核心价值的设定仍以尊卑有差为基本原则,但民国《民律草案》在亲属编总则中并未将妻列为限制行为能力人,女性的法律人格逐渐得到认可。与此同时,法律还赋予了新的经济环境中女性,尤其是妻子有限的营生权,“妻得夫允许为一种或数种营业者,在其营业范围内,对于一切营业事务,有自由处决之权。”^⑥然是在夫的许可下方能外出营生,但这却是中国历史上第一次在法律上规定妻可外出营生,数千年来一直作为男性附属的妻终于走出了家门,从法律层面获得了对外直接交往的资格。

总体而言,此时期对女性法律地位的相关规定仍以承继传统为主导,甚至在有些方面放弃了之前历次立法尝试已经取得的进步。然而,在大的历史背景下,这些法制层面的顿挫与反复未尝不是一种蓄力,在肯定传统因素的同时,中央政府也试图通过国家法律的制定引导家制在新的社会环境中最大可能地发挥稳定作用。

(三) 家族内部权利义务关系的调整

1. 法律文本重新确立身份继承的合法性

清末变法以来,为接纳吸收新型法律理念,在继承关系上欲通过废除身份制实现跨越式的法制变革,故《大清民律草案》在拟定过程中并未有身份继承之相关规定,但是民国《民律草案》第一千二百九十八条规定:“本律所谓继承,以男系之宗祧继承为要件。但第三章第一节别有规定者(遗产继承),不在此限。”^⑦不仅重新将身份继承纳入法律规范,还明确了本草案之继承规定以身份继承为主,特别对宗祧继承进行了细致的规范,重新回到了传统社会之继承方式。宗法社会继承方式的死灰复燃也标显了传统家制在这一时期对基层社会的控制力。

① 杨立新点校:《大清民律草案 民国民律草案》,吉林人民出版社,2002年,第353页。

② 杨立新点校:《大清民律草案 民国民律草案》,第173页。

③ 杨立新点校:《大清民律草案 民国民律草案》,第415页。

④ 杨立新点校:《大清民律草案 民国民律草案》,第353页。

⑤ 杨立新点校:《大清民律草案 民国民律草案》,第351页。

⑥ 同①。

⑦ 杨立新点校:《大清民律草案 民国民律草案》,第376页。

2. 法律文本对家族制度下的财产关系进行调整

民国《民律草案》认可了家庭成员之特有财产^①,同时为适应新的社会状况还规定了新的财产制度。

首先,通过夫妻财产制的规定有限承认财产私权。民国《民律草案》认可了夫妻之间关于财产的契约,并规定“夫妇财产关系,于成婚后不得变更”^②。同时为了进一步规范夫妻之间的财产关系,特别规定了法定财产制。法定财产制认可并划定了妻之特有财产范围,妻对于其特有财产享有所有权,虽然该财产之管理、使用、收益权归于夫,但夫对于这部分财产负有保值、增值的义务。更重要的是,夫妻财产制的规定承认了妻之家庭内部财产契约的订立资格,对于夫妻平权具有一定的进步意义。

其次,对“家产”进行法律厘清。民国《民律草案》亲属编专设家产一节,设置了“家财团”的概念。“以维持祖先祭祀、祠堂、坟墓或支給家属之教育、婚嫁、扶养及其他与此相类诸费为目的,得由家长、家属个人或共同另提一定财产,依总则之规定,设定家产,作为家财团”^③。“家财团”的目的范围、废止设定须经家长及家属之一致议决,审判机构对该家财团进行监督,但不得因个人债务而对该家产强制执行。“家财团”的设立,以家族共同财产权的方式增强了社会团体的一致性,同时通过国家公权力的有限介入,对社会组织之公共财产权进行监督,体现了社会本位已是当时社会环境下的主要价值取向。

最后,有限承认子在财产关系建立时的意思表示。民国《民律草案》将未成年子之财产管理权纳入亲权范围,却以但书赋予了涉及其个人财产之法律行为须经子本人同意的权利,这也说明了财产私有制在当时日益被重视,财产关系的建立以个人意愿为主要决定因素。

3. 司法实践明确家族内部的财产关系

财产权是民事法律关系的重要内容,但中国传统社会中家族内部之财产关系始终没有明确的法律加以调整。北洋政府时期,随着个人从集体中逐渐脱离,权利意识逐渐觉醒,对家族内部财产关系的调整也成为对传统家制进行转型引导的重要法律内容,大理院判决例通过对家财与私财加以区分,完成了对家族财产法律关系的现代化改造。

在家族组织内,独属个人的特有财产称为私财,家族共有的公产称为家财。大理院通过判例对家财、私财处分权进行明确的分配。一方面,家属对私财享有权利,“为人妻者,得有私财。”^④“妻以自己之名所得之财产为其特有财产,妾亦当然得从此例。”^⑤且家属之特有财产不得无故归入公产,“特有财产之制本为法律所不禁,凡家属以自己名义所得之财产即为特有财产,除经当事人同意外,不得归入公产一并均分”^⑥。另一方面,家财的处分权仍由家长独享,“本家财产本非卑幼所有,若不得尊长同意私擅处分,其处分行为乃无权行为,依法非经尊长之追认不生效力”^⑦。不过,对于卑幼擅自处分家财之行为并非当然无效,可通过追认产生法律效力。“父之财产其子私擅处分者,固不生物权法上之效力。惟嗣后经其父之表示追认者,仍应认为有效。”^⑧家财之处分虽由家长独享,但家属仍有公平分配的请求权。“现行律载‘凡同居卑幼,不由尊长私擅用本家财物者,处分(中略),若同居尊长应分家财不均分者,罪亦如之’等语。是尊长与卑幼同居共财者,其家财固不得由卑幼自专,而尊长亦不得将应分家财有所偏向。由此推论,除祖、若父就所有家财可自由处分外,其余尊长有所偏向,则卑幼据以请求分析,即不得谓违法(现行律‘户役门·卑幼私擅用财’条律)。”^⑨

① 《民国民律草案》第一千零八十一条:“家属以自己名义所得之财产,为其特有财产”。第一千一百三十五条:“妻于成婚时所有之财产及成婚后所得之财产,为其特有财产”。

② 杨立新点校:《大清民律草案 民国民律草案》,第354页。

③ 杨立新点校:《大清民律草案 民国民律草案》,第347页。

④ 郭卫编:《大理院判决例全书》,中国政法大学出版社,2013年,第402页。

⑤ 郭卫编:《大理院判决例全书》,第403页。

⑥ 郭卫编:《大理院判决例全书》,第384页。

⑦ 郭卫编:《大理院判决例全书》,第386页。

⑧ 郭卫编:《大理院判决例全书》,第235页。

⑨ 郭卫编:《大理院判决例全书》,第382页。

总体来看,中国传统家制的基本精神在北洋政府时期的法律文本与司法实践中得到了一定程度的保留,但是这种保留并非是简单的“三纲五常”“尊卑有差”之残存,更不是“同居共产”的家族扩大,而是顺应时代要求及社会现实的取长补短。在现代文明之风急遽掠过中华大地的彼时,将部分存续数千年的传统因素在法律层面予以保留,虽然以侵害部分弱势群体的正当权益为代价,但也是当时政治条件下可执行的最佳方式。所谓欲速则不达,越是着急地使用革命性的手段来根除传统的社会制度,越会使旧制度的弊端复杂化,不仅达不到一劳永逸的目的,还会造成社会基层秩序的紊乱。契约之自由精神,亦不能超越伦理之许可范围。因此,急迫中的从容,是面对新形势下法制建设最为理性的立法、司法态度。

三、北洋政府时期传统家制转型之法意评析

“变革”是一个异常复杂的命题,如果机械照搬他国先进之思想、制度,则与本国实际不符,只能实现形式上的“革”而无“变”之果;如果拿他国之用完成中体之改造,则与旧有制度相差不大,只能实现简单的“变”而无“革”之效。从清末变法始,近代中国在法律层面上一一直在做“移植”工作,“移”靠立法,“植”靠司法,既有“移”活之律,亦有“植”死之规,继受法与固有法之黄金分割点的把握非朝夕所能探明。我们在评价历史事物之时既不能武断否定,那是对先贤不公,亦不能盲目推崇,那是对今人不义。

北洋政府时期从法律层面对传统家制的现代化改造呈现出一种极其缓慢的节奏,甚至在一些规定上出现了回归落后制度的反复,这与当时的社会环境有着很大的关系。在中国传统社会,家族有其存在的必然理由。“经过历时的最长久的时期,不管家族的构造如何,总是有他最荣誉的时期,和他所以存在的理由的。家族于小孩是必要的,因为有家族,才有小孩保护的地方,及满足其要求的场合。如果没有保护小孩的地方和满足其要求的场合,小孩便不能发展成人了。此外,还有一点可以证明该有家族之必要的。是因为由于有了家族,所以已经实现了进步,才可以一代一代的传下去,他是已经灭亡了人类和将兴的人类之中的一个媒介”^①。家族存在的最重要的理由便是其拥有抚育和绵延的功效,家族制度的发展与完善依托于小农经济与君权政治的有机结合,这也是中国传统家制长期存在且发挥积极效用的根本原因。近代以来,随着经济、政治环境的改变,家族的某些职能逐渐转移给了社会,制度的精神核心与现代理念格格不入,那么家族解体、家制崩溃即便成为历史的必然。然而,时代所要求的革新是基于特定的社会条件,当传统与现代激烈碰撞之时,对于制度的建设就提出了更高层次的要求。所谓现代化的转型,必须以符合本土的历史传统为基准,结合现实社会呈现的新态势,在致力于新制度设计的同时更要妥善处理制度的制定者与执行者之间的融洽关系。

有鉴于此,中国社会在近代转型的历程中,最重要的不是吸收的理念多么先进,而是怎样把现代的理念进行本土化的糅合。具体到北洋政府时期,小农经济与商品经济之间的转换出现空窗,农村人口的过剩为军阀聚合提供了资源,军阀混战的局面促使人口被动流动,中国千百年来人口与土地密不可分的牢固关系出现罅隙,为了适应新的社会局面,对传统经济社会管理模式——家制进行改造就成为一项急迫的历史任务。与此同时,军阀政府的管理并没有摆脱传统家国观念的模式,于是家制的转型便也面临着政治阻力,这也决定了北洋政府时期对家制进行法制改造的深度与广度。

家制是一种复杂的社会组织形式,其运行模式也具有灵活性,因此,改革家制,如果使用某一种特定举措,其改革之效未必遂良。改革程序有轻重缓急,实施方法亦应各有不同。面对复杂的社会环境,制度的改良方式也应具有多样性。可以法律规定,可以教育陶成,也可先以论说鼓吹,形成舆论基础。19世纪末20世纪初,随着社会环境的变化,中国有识之士开始开眼看世界,接受并传播新的思潮。在社会舆论的影响下,社会精英开始了政治制度革新的尝试,从维新变法到辛亥革命,法律制度的变革只是政

^① [法]沙尔·菲勒克著:《家族进化论》,许楚生译著,上海大东书局,1930年,第5页。

治制度改革探索的一个方面。具体到家制的变革,从思想论战到教育铺垫,从文化传播到审慎立法,改良发生在社会的每个角落,方式的多样性也促使了改革成效的可见性。

文化是社会创造的使个人能够得到满足同时又能够共同生活的手段,它是一种社会力量,能够强制大家奉行普遍接受的规则。每个民族或国家的文化都有其独特性,可以说,民族之所以独立,正源于文化的独立。因此,在立法中对与现代文明不致正面冲突的传统因素进行保留,体现了对于文化遗产的重视。更何况,传统的不一定都是坏的,具有一定的合理性;保守的不一定都是反动的,还需客观厘析。

结 语

稳定是建立于一定的社会条件之上的,外部状况发生剧变,内部体系也会随之裂变。当社会经济政治状况发生根本变化,文化伦理出现短暂的混乱和中空,传统事物的存在就产生了动摇。需求决定职能,社会组织的存在与否及存在形式取决于其在新形势下能够承担的社会职责,因此,中国传统家制变革的方向就取决于其运行的载体——家族——职能的设置。法律制度是社会状况的风向标,它根据社会的物质基础构建符合现实且具有一定前瞻性的社会规则。19世纪末20世纪初,转型中的中国法制针对中国传统家制以审慎的态度,做出了当时情形下所能完成的最大限度之变革,通过对家族社会职能的转移,削弱家族存在的意义,从而力图以平稳的方式实现家制的现代化转型。虽然近代中国传统家制的变革存在着不足与缺憾,但法律规范已经在最合理的范围内较为有效的解决了传统与现代的矛盾,使社会基层秩序在复杂的社会环境中实现了基本稳定,从而为中国的政治经济变革提供了强大的基础保证。

当然,无论是旧组织的崩塌还是新组织的营建,绝非单纯的法律建设所能够实现。法律规范,在一定程度上,只是社会剧变的记录者而非书写者。家制的变革持续百年,至今仍是社会结构更新的重要命题。在以中国式现代化全面推进中华民族伟大复兴的关键历史时期,借鉴契合我国实际的法律传统,准确把握历史规律,总结前人的法律智慧,推动当代法律体系的完善,具有重要的时代意义。

(责任编辑:李良木)

(上接第124页)

皆有周密的制度设计。在确定展复范围后,移民的招徕成为展复成功与否的关键因素。展复之初,移民主要来自太平、乐清两县,随后扩展到温台所属沿海各县。而让官方感到最为棘手的是闽粤移民,尤其是漳泉一带的移民,他们随渔汛来到玉环诸岛东面海域捕鱼、晒盐、搭厂,来去无踪的特点给地方社会稳定带来海防隐患。地方官员初期采取直接驱逐的办法,但驱之复又归来,且玉环厅初建兵力有限而垦复任务繁重,迫使官方不得不在加强基层管理的情况下,默许大部分闽粤移民入籍。温台与闽粤移民,因地缘文化、生活习性、职业分化等因素的影响,其移民分布空间呈现出明显的地域特征。

外来移民的大量徙居,加快了玉环厅山岙、海岙及滨海滩涂的土地开发。在民间自筹资金与官方动支经费的结合下,修建了大量海塘、沟渠、陡门等水利设施。玉环厅田地山塘的开垦数在雍正十年时已较为接近展复前预估的田亩数。而乾隆时期玉环厅充裕的府库积银,充分展示了玉环厅展复后的开发成效。玉环厅的持续开发,也促使人口呈现高速增长状态,从雍正十年至嘉庆二十五年,玉环厅人口年平均增长率达到了16.4‰。村落的规模和数量也从侧面反映了这种趋势,自雍正十年至光绪六年的近150年时间里,玉环厅村落数量在原有基础上增加了一倍多,区域开发呈现由山麓及平原地带向山区及滨海涂地开发的趋势。至少到道光初年,玉环厅已完成深度开发。

(责任编辑:李良木)