

 使用大字体察看本文  
阅读次数: 1376

## 略论习惯法与宗族法之异同

陈湘军

指导老师: 胡炳章 教授 吉首大学文学院: 陈湘军

**摘要:** 习惯法与宗族法同为非国家制定法,它们之间肯定有着相似之处。而作为两个不同的法理概念,它们之间的差异也是不可否认的。本文在概述了习惯法与宗族法的基础上对比了两者,并着重从形式上、调整对象和范围上、阶级背景和强制性程度上、赖以生存的条件上以及内容上比较分析了习惯法与宗族法之间的异同,力求对习惯法与宗族法有个全面的了解和把握。

**关键词:** 习惯法 宗族法 宗族组织 宗族制度 非国家制定法

习惯法与宗族法作为不同于国家制定法的另一种文化现象和知识传统是法学、法文化研究的基本对象,也是人类学、法律人类学研究的重要内容,随着全球多元文化研究的兴起,对习惯法与宗族法的了解、研究尤其其必要性。尽管我们伟大祖国的社会主义建设取得巨大成就,但目前我们国家仍有8亿人口生活在农村,其中的一部分人仍居住在偏僻、自然条件恶劣的山沟里,由于诸多因素的制约和影响,对这些人——尤其是那些居住在远离城镇的大山里的人而言,习惯法与宗族法显然比国家法更有亲和力 and 易于让人接受。如果我们能了解这其中的原因并告之立法者,毫无疑问我们就能够进一步地完善我们的法律体系,使我们颁布的法律能更贴近现实、更易于让人接受,这对于我们当前正在进行的社会主义法治国家建设是大有裨益的。这也让我们看到了了解和研究习惯法与宗族法的重要性。

当然,习惯法与宗族法作为两种不同的约束人的行为规范,它们必然是在许多方面存在着不同之处从而使它们互相区别开来,了解它们之间的异同显然有助于我们能更好地理解它们,为我国当前的法制建设服务。

### 一 习惯法与宗族法

在任何民族的法律体系中,习惯法都是法的渊源,世界上最古老的法典其实就是对习惯规范的记载。对于什么是习惯法我们现在还没有形成统一的看法,《中国大百科全书·法学》对习惯法的定义是:习惯法是指国家认可和国家强制力保证实施的习惯,是法的渊源之一。孙国华主编的《法学基础理论》认为:习惯法是经国家认可并赋予国家强制力的完全意义上的法。曹艳之认为习惯法是独立于国家之外,由一定民间社会组织 and 群体在长期的生产和活中自然形成或明文约定,体现民间社会组织或群体成员意志和利益,由获得民间社会组织 and 群体认可的社会物质力量保障其实施的普遍性行为规范行为的总和<sup>①</sup>。那么究竟什么是习惯法,梁治平先生的观点值得借鉴,他认为,习惯法乃是这样一套地方性规范,它是在乡民长期的生活与劳作过程中逐渐形成,它被用来分配乡民之间的权利、义务,调查和解决他们之间的利益冲突,并且主要在一套关系网络中被予以实施,就其性质而言,是不同于国家法的另一种知识传统,其形式上主要表现为乡例、俗例、乡规、土例<sup>②</sup>。梁先生的观点传达了以下几点信息:①习惯法是一套地方性法规(其形式上表现为乡例、俗例、乡规、土例),②习惯法是在乡民长期的的生活与劳作过程中逐渐形成,③习惯法主要是一套关系网络中调整,分配权利义务并解决利益冲突。梁先生对习惯法的定义趋于完善,我认为其美中不足的地方在于其所指的范围稍嫌狭窄,习惯法不应仅指乡例、俗例、乡规、土例,习惯法应该包括乡间、民间有普遍性、权威性的习惯做法,包括习惯、习俗。由此,我们认为习惯法是这样这一套普遍性的行为规范,它是在乡民长期的生活与劳作过程中逐渐形成,它被用来分配乡民之间的权利、义务,调查和解决他们之间的利益冲突,并且主要在一套关系网络中被予以实施,其形式上主要

表现为乡例、俗例、乡规、土例、习惯、习俗，就其性质而言，是不同于国家法的另一种知识传统。

就习惯法的上述定义并联系实际考察现今民间习惯法，其具有以下几个特点：

<一>植根的乡土性。习惯法一般流行民间、乡下，大多围绕着农村的生产、生活的日常事务、婚嫁丧娶、节日喜庆、人情往来进行，并且多偏重于对财产、婚姻家庭及本社区的生产资料的保护；以朴实、简洁、方便、合理、易操作的行为模式规范人们做什么、如何做。与制定法相比缺少理性、严谨、周密的科学色彩。

<二>适用范围的地域性。习惯法大都有一定的通行范围。与国家制定法相对应，习惯法出自特定的社会区域的人类群体和组织，只对该地区认可该行为规范的成员有效，作用范围非常有限，有的仅适用于一个村镇。没有国家法律那种普遍统一的效力和权威。不同地区的习惯法各有差异，所谓“十里不同风，百里不同俗”说的就是这种情况。

<三>生成的自发性。农村习惯法很大一部分是在长期的社会生活中逐渐自然形成的，有些是通过共同议定和约定而成的，没有什么外部力量的干预和敦促，它的产生源于人们的社会需要，是人们适应自然环境、维持生存的文化模式。欠缺成文法规，无完整明确的条文体系。其产生后，主要通过口头、行为、心理进行传播和继承，不象国家法那样有严格的制定程序和文字表现形式。

<四>实施的内控性。习惯法的运行没有外在强制力的保障，主要靠相关主体(农民)对该规则的普遍认可。认为它可以避免纷争，保证全体成员在利益分配上的公平合理。因此习惯法的实施靠的是一种情感、良心的心理认同和价值利益取向的共同性以及社会舆论。值得一提的是，在农村，社会舆论、习惯法的力量是非常强大的，它对维持习惯法的运行有重要的作用。

习惯法具有深厚的社会内涵，它被特定的社会群体所选择、容纳、共享、并经过时间积淀净化，得以延绵、传递，因而具有高度的稳定性、延续性和群体认同性，在国家制定法相当发达的今天，作为一种文化现象，一种调解机制和手段，习惯法并没有消失，相反，在我国一些地区，尤其是广大农村地区，习惯法还在有效地调整和规范着人们的生活和行为。甚至代替法律发挥功能，这其中的原因是多方面的：

<一>从社会学、文化学角度分析。民间乡下特殊的地理环境，独特的文化氛围，特殊的农民主体，这一切使他们逐渐形成了一些特殊的生活方式和行为模式。在交通落后、信息闭塞、传统农耕生活的环境下，他们接受和应用法律的能量、频率不是太高。加上文化素质偏低，传统心理积淀太深，现代法律宣传普及的缺乏，都会使习惯法有了长期存在、发展的文化土壤和社会条件。

在我们这样一个幅员辽阔、人口众多、文明与落后同在的国度里，习惯法代表和满足了社会上一定区域、一定人员的层次需求，有其存在的时间、空间基础。特别是在我们这样一个缺乏民主法制观念的农业大国更是如此。

<二>从法律控制论的角度分析。由于地区之间社会经济、文化发展的不平衡，任何法律都不可能作“一刀切”的简单规范。随着社会不平衡差异加剧和不断发展变化，法律也不可能对社会生活的各个方面事无巨细予以规定，毕竟法律只能为社会生活提供一个模式和框架，依靠法律的控制功能始终有限。这就使得法律对农村一些特殊的社会关系不能面面俱到和一一作出规定。这种法律在客观上的“失控”为习惯法的产生和发展留下了生存的空间。

<三>就习惯法自身来分析。习惯法贴近人们的日常生活，凝聚一定地区人民的心理和情感，为人们提供一种模式或框架，在这个框架里，人们可以互相影响和协调。再则，与国家制定法相比习惯法处理纠纷调整利益冲突的手段简单、易行、有效、经济，更易为人们所接受。

自人类站立起来开始劳动那一天起，习惯法就已经萌芽。存续至今，历经几千年的传承、积淀，习惯法蕴藏有太多的文化内涵。泛指的习惯法是个内容十分丰富的概念，民族习惯法、民俗习惯法、约定习惯法、准成文习惯法、清代习惯法等应该都是它的内容。我想习惯法之所以让诸多学者争论不休，其广博的内容及渊源流长的发展史可能是其中原因之一。

宗族法在我国同样存续悠久。在东汉时期就作为个别现象已经存在，三国时魏人田畴率族人聚居：“为约束相杀，犯盗，争讼立法，法重者至死，其次抵罪，二十余条”。自宋代开始，宗族组织在基层社会普遍建立，而宗族法则趋于成熟和完善，在封建社会，宗族法的发展主要历经了两个不同的阶段，由汉至唐，宗族组织主要以讲究身份门弟的门阀世族和割据一方的宗法豪强势力两种方式存在，与国家上层统治力量联系密切，宗族法的内容更多地直接来源于国家法律。宋代以后，中国社会结构上产生了一系列变

化,庶族地主取代豪族地主,形成地主阶级的主体,另一方面,阶级矛盾激化,封建社会由盛而衰,统治阶级需要加强对基层社会的控制,因此,在国家统治者的支持与扶植下,宗族组织在各地普遍建立,扎根于乡里基层,宗族族长基于维护族内秩序的目的,参照国家法、礼教常纲及地方习惯,制定出各具特色的宗族法。明清两代各地宗族法在内容与形式上都有了长足的进步,清代尤其如此,清朝统治时期,宗族组织在国家政权的保护下迅速发展,宗族法在几百年的发展基础上进一步完善,与此前相比,清代宗族法在内容上,其调整的范围更广、更宽,几乎涉及族内生活一切领域;在文字形式上,清代宗族法更系统、更规范;在立法技术上,清代宗族法更是有了长足的进步。正如张晋藩所言,清代宗族法是集中国古代宗族法之大成<sup>③</sup>。

对于宗族法,朱勇同志是这样概述的,宗族法是封建国家法律的重要补充形式,宗族权贵为了维持宗族社会秩序的安定,同时也为了保护自己的特殊利益,以国家法、民间法以及纲常礼教为原型,删减增补、加工整理使其成为宗族内部具有普遍约束力的宗族法,并以宗族自身力量和国家力量为其强制执行的保证。张晋藩则指出,宗族法深受古代宗法制的的影响,其内容更多地直接来源于国家法律,其主要精神、原则与国家法根本一致。我们认为宗族法是以血缘关系为基础,标榜尊崇祖先,维系亲情,在宗族内部区分长幼尊卑,并规定继承秩序及不同地位,身份的宗族成员享有不同权利、义务,以维持整个宗族生存与发展及正常运转为目的,并以宗族自身力量和国家力量保证其实施的法则。

从实际生活中考察宗族法,可以发现宗族法有如下几个基本特点:

<一>适用范围仅限于宗族之内,宗族法的效力基本上采取属人主义,凡同族之人,无论是经商异士,还是为官于府衙都得遵守宗族法,但是对于族外之人,宗族法则是没有约束力。

<二>宗族法一般为成文形式,宗族组织实质上是基层封建社会组织,宗族法是国家法律体系的重要补充部分,出于维护社会和宗族秩序的需要,宗族法以成文形式公之于众较之不成文形式更具威慑力,更易达到宗族法想要达到的目的,因而宗族法多采取成文形式。

<三>以自身力量及国家力量为其强制实施的保证。各地宗族皆根据本族实际情形,设立监督、审判机构,执掌监督、审判权,宗族首领根据宗族法对案件作出的判决,应责应罚立即执行,宗族成员不服判决,可以向官府报案,但宗族首领会尽量利用自己的地位向官府施加影响,以求官府维持自己的判决,大多数宗族成员最终还是受到相同的处罚。

<四>宗族法的内容与国家法根本一致。正如张晋藩指出,宗族法深受古代宗法制的的影响,其内容更多地直接来源于国家法律,其主要精神,原则与国家法根本一致。宗族法的内容体现了统治阶级的根本利益和要求,在封建社会中,族权与政权相结合,国家法与宗族法一致共同维持着整个社会的秩序。

与习惯法一样,宗族法也经过了长期传承和积淀,作为一种文化现象,宗族法曲折发展、不断演变,历经近千年而经久不衰,这其中的原因是深刻的:

<一>为统治者默认、许可甚至扶植。作为一种第二选择的调整规范机制,宗族法只有获得统治者的承认或许可,它才有生存下去的可能,由于在内容上和宗旨上与国家法根本一致,宗族法有了获得国家承认的资本。

<二>宗法血缘思想的影响。在中国封建社会,社会个体以宗亲关系聚合成族,同居共财的家庭完整地纳入宗族之内,并在血缘联结的基础上建立较为广泛的各种社会关系,与单门独户从事耕织生产的个体家庭相比,宗族组织在促进传统农业经济的发展,适应复杂多变的社会政治环境方面,具有更多的优势,宗族的另一个作用是维护族众的利益,对于那些势单力薄的个体而言,宗族组织是个很好的庇护伞。宗族组织的这双重特性使其自身形成更强盛的生命力,而宗族组织的存在则意味着宗族法的产生与存在。

<三>生产力落后及国家法不够完善。从前面的论述中,我们可以试想一下,如果我们的法律体系相当完善,对我们生活中方方面面都予以妥当的规范和保护,使人从内心里感到足够的安全,人们也就不会去寻求宗族组织的庇护;如果社会生产力足够发达,人们的一些基本需求能够满足,他们就不会太依赖宗族组织,这样宗族组织就成了一种可有可无的东西了,宗族法也就难以产生及生存下去。

总之,一个事物或文化现象的存在总有其存在的理由和价值,宗族法之所以存在是因为它适应了一定历史时期一定条件下人们或统治者的需求,换言之,只要宗族法能满足人们达到一定目的的需要,它就会有其生存的土壤,它就会不断地被传承下去。

作为两个不同的法理概念,显然,习惯法与宗族法在许多方面它们都存在着差异。其具体的不同之处表现在以下几个方面:

<一>在形式上。习惯法多为不成文的、分散的、零碎的,主要表现为乡例、俗例、乡规、土例、习惯、习俗、禁忌等。较之习惯法,宗族法一般是系统的、成文的,宗族法一般由宗族组织通过一定的程序制定并将之刻在石碑上(如苗族的“埋岩”)或者是记载于书上(一般宗族组织是如此做的),而习惯法没有具体的哪个人或者组织去制定它,也没有什么强制力量去迫使人们必须去遵守,它没有正式的记载,甚至是刻在石碑上,其流传也是靠人们口头相授,在形式上习惯法与宗族法的区别是显而易见的。

<二>在调整对象和范围上。习惯法一般出自特定的社会区域,它只对该地区的全体承认该习惯法的成员有效,其范围有限,在一定的范围内,习惯法是一节约交易费用的有效装置,但是超出一定的边界,习惯法的作用就不大了,甚至是失效,或者说需要采用另一种习惯法,正所谓“十里不同风,百里不同俗”。换言之,习惯法只能在特殊类型的社会关系中,如亲缘关系、地缘关系、熟人交往圈、相同行业、民间组织网络等这样的社会关系中才能起预期的作用,脱离一定的社会关系网络,超出一定的边界,习惯法就会失效。宗族法调整的是本宗族族众的行为规范,其有效的适用范围仅限于本宗族之内,本族族规对他族人不具有约束力,正如梁治平所言:“宗族法与行会法与特定组织和团体有关,而习惯法则更多地具有域特征”<sup>③</sup>,一针见血地指出其两者在调整对象与范围上的差异。

<三>在阶级背景与强制性程度上。绝大多数习惯法的产生是在长期的生产、生活中逐渐形成或是通过共同约定或约定而成,它没有什么外部强制力量干预,它的实施也主要是靠情感良心的认同和价值利益取向的共同性及社会舆论的影响。没有必要的监督,没有必要的强制力,没有谁对谁绝对的服从,没有至上而下的命令,仅靠“内在”的统治和良心的维系,因而习惯法一般是管得了君子管不了小人的。宗族虽然是一种以血缘为基础的自发性组织,具有一定的独立性,但宗族的背后隐藏着等级和阶级的差异。自宋代起,宗族制的一个变化就是:由不同族性间的等级差别转变为族内等级对立。在聚族而居的情况下,一个村庄基本上是一个族性,族有族长,家有家长它们之间的关系如明人所记:“宗族组织‘如竹之节,树之枝,从下至上等级森严’<sup>④</sup>。族长在一族中具有最高权威,他有对族众拥有教令权、惩戒权、生杀权,在宗族制制约下的尊卑长幼、封建伦常关系实质是具有等级性的血缘关系,由于披有血缘关系的外衣,这种等级关系具有极大的迷惑性,被认为是合理合法的。隐藏在等级关系的背后则是阶级关系,一般情况下,宗族组织多操纵于富户乡绅之手,宗族权贵为了维持宗族社会秩序的安定,同时也为了保护自己的特殊利益,以国家法、民间法以及纲常礼教为原型,删减增补、加工整理使其成为宗族内部具有普遍约束力的宗族法,并以宗族自身力量和国家力量为其强制执行的保证。如此,宗族法的内容必然会体现出对等级差异的维护,只是这种等级差异被血缘关系所掩盖而已。

<四>在赖以生存的条件上。对习惯法而言,只要存在被人们普遍认可的习惯、习俗,只要这些习惯、习俗具有植根于社会生活的合理性,只要这些被普遍认可的习惯、习俗能为社区成员带的好处更多于它们带来的害处,那么习惯法就有可能存在。习惯法的效力来源于乡民对此种“地方性知识”的熟悉和信赖,并且主要靠一套与“特殊主义的关系结构”有关的舆论机制来维护。宗族法依靠世代相承的血缘系谱关系来界定族内严格的社会规范和权利、义务,长幼尊卑各司其职。宗族法是以宗族血缘组织为依托的,换言之,只要现今的农民大多数仍然被束缚在固有的土地上,限定在依附性很强的血缘组织中,熟人社会的互相关系和人身依附关系没有得到根本改变,其所采取的宗族保护机制也就难以有根本的变化,宗族法就会存在,正如卢梭所说:“除了一切共同的准则外,每个民族自身都包含某些原因,使它必须以特殊的方式来规划”。很明显宗族法的存在是以宗法宗族制的存在为前提的。另一方面,宗族法的存在与一定历史时期的经济状况相适应,在生产落后经济不发达的地区,宗族法越是得以制定及被广泛接受,特别在有些僻远的山区,由于国家法鞭长莫及,宗族法更是盛行。

### 三 习惯法与宗族法的内涵异同

习惯法是法的渊源之一,世界上最初的法典就是对习惯的记载,如公元前18世纪古巴比伦的《汉谟拉比法典》。而宗族法在我国东汉时期就作为个别现象已经存在,三国时魏人田畴率族人聚居:“为约束相杀,犯盗,争讼立法,法重者至死,其次抵罪,二十余条”。可见两者在我国都存续上千年之久,在儒家思想占主导地位统治者极力宣扬尊礼奉孝、伦理道德的封建社会里,由于同样受到礼的制约,儒家思想的浸染,封建伦理影响,在内容及价值取向上两者存在着一些相似之处,但是由社会、经济、文化等因素的影响两者也存在着一些差异。在内容上两者之异同主要体现在如下几个方面:

<一>在维护封建伦理道德上的差异。维护封建伦理是宗族法的核心，为了说明这种关系，下面就几个族姓的家规进行分析，如海安崔氏族谱共有族约16条：“立族长，立族正族副，宣圣谕，敦族义，创祠宇，置祭田，守坟墓，重谱牒，立宗会，叙伦理，正闺门，端蒙养，供赋役，劝职业，尚节俭，谨储积等条”据浙江余姚姚芳氏《条约》有虔祭祀，洁祠宇，重宗功（建祠修祠），慎出纳（祠田租），重祭器，敦孝悌，重书香（入洋贺仪），严家法，遵公议（裁决），严族禁（禁盗窃），定举族各行，劝孝，劝悌，对耕，劝读等条；安徽桐城米氏宗谱有《家规》24各条标题为：立字子，举户长，修祖庙，谨莹墓，积公租，设义田，教子弟，敦孝友，笃忠义，睦家族，重婚姻，肃闺闾，治生理，积阴德，奖颀烈，尚德行，习文艺，勤耕织，崇节俭，戒游荡，禁刁讼，戒嫖赌，禁奸盗，禁贱役<sup>⑤</sup>。从上各族所定的宗法族规，除供赋税、劝耕读等极少数类别外，其主旨是维护封建伦常关系，如修祖庙，谨莹墓，明嫡庶，奖颀烈之类，据朱勇同志关于14省30份清代宗变族规的统计，族规共计456条，其中有关血缘伦理者238条，有关衍过行为者106条，有关持家立业者58条，有关报效国家者54条<sup>⑥</sup>。可以看出维护封建血缘伦理是宗规族法的主要任务。

习惯法在维护封建伦理道德方面与宗族法有着较大的差异，民间有些习俗、习惯是与封建伦理相背的，如亲属为婚向来为礼法所禁，然而，民间兄收弟媳、弟娶兄嫂之例比比皆是，清代山西之沁水、平湖、泰顺诸县，湖北襄阳、谷城、郟县、汉阳、兴山、湖南长沙、沅陵、宝庆、陕西之汉阳、平利、定县、甘肃之泾原等地均有此习俗。其名曰升房、转房、接面、转亲等，在一些落后的乡土社会里，民间还有共夫共妻制、表兄妹婚、妻姐妹婚、夫兄弟婚等做法。乡间的这些做法究其原因，一方面是因为农村生产力落后，出于争取和保留劳力的目的，另一方面是因为家境贫寒，无力支付娶亲的财物，故而采取此类做法。清代还有典妻、租妻、抵押婚等为封建伦理所不容的恶习。所谓抵押婚也就是典妻、租妻，即将妻子租给他人，待妻子给别人生有一子后又将妻子领回。关于典妻、租妻《清稗类钞》有如下记载：“雍，乾以前，甘肃有租妻之俗，盖力不能娶而望子者，则僦他人之妻，立券，书期限，或二年，或三年，或以得子为限，过期，则原夫促回，不能一日留也。<sup>⑦</sup>”出租、出典，一方乃是因贫无奈，另一方乃“力不能娶而望子者”此等做法则是双赢的局面。由此可知，乡民是否认可某种习惯规范是以现实利益为标准而不是以伦理道德为标准的。

<二>对待宗族血缘上的差异。在宗族法中族籍的获得主要通过出生和婚姻两种途径，宗族血统以男系为准，母亲不论为何方人氏，从其婚姻成立起，即为夫家所在宗族的成员，出生婴儿同父母永远处于同一宗族。对非婚生子女，宗族法给以歧视对待，无论其生父、生母是否是处于同一族，只要没有合法的婚姻关系，该新生儿则不能取得宗族族籍。康熙五十年，萧山来氏宗族规定：“野合于外妇与宣淫与族妇，及下乱于家人妇而有子，俱为奸生子，不得入谱”（浙江萧山《来氏家谱》卷9）。异姓乱宗则更是为宗族法所禁。但是从各地习惯来看，民间收异姓子为继子招婿以承嗣及过继姐妹之子、异姓兼祧、以外孙或义子之子为继者可以说是比比皆是，乡民恬不为怪，往往有宗族不加干涉且登其名入谱者，而人烟稀少之地，客民流寓之所，宗族组织不严，势力不强之时最有可能发生上述习惯。最初，异姓承宗或须有亲族同意，继而有以钱买入谱之权，而在此种习惯强盛之时，远近族人或任其自便不加干涉，或实际上已经不能过问了。

<三>与国家法的一致和冲突。宗族法是由以血缘关系为基础的宗族组织通过一定的程序制定的，前面已提及宗族组织实质上已成为基层封建国家政权组织，因而要求族众遵守法纪是宗族法中必然的内容，也正因为如此，宗族法才得以被统治者默许而存续上千年。

在各族宗族法中，一般都明文规定要求族众遵守法纪，一方面是因为宗族法是在宗族权贵的操纵下通过一定程序制定的，而宗族权贵与封建统治者的利益根本上是一致的，另一方面，遵守法纪，有利于维持宗族秩序，也符合广大族众的根本利益。因而，在各地宗族法中都有要求族众遵守法纪。江苏海安崔氏《族约》“宣圣谕”要求族众要训子孙，各安生理，毋作非为，要悉心向上，做“盛世良民”（《虎墩崔氏族谱·族约》）总的说来，各地宗族法要求族众遵守法纪的内容主要体现在如下几个方面：

禁赌博。江苏海安崔氏《族戒》有“戒赌博”：“赌博之为害大小，倾家产，坏心术，丧行止，甚则为盗为非…凡我族人，务各守分，毋贪他人财产，自贻伊戚，一有不遵守约束者，许众呈之族长，痛治其罪”浙江山阴县《项里钱氏宗族》卷首《宗规条》：“赌博一事，近来相习成风，凡倾家荡产招祸速寡无不由此，犯者宜会族众送官惩治”。

禁盗窃。安徽明径胡氏《祠规》：“如盗爪菜稻草麦秆之属，罚银五钱，盗五谷薪木塘鱼之属，罚银三两…”

禁不务正业。浙江萧山朱氏《家则》：“其有不习正业，游手好闲者，议罚”安徽桐城李氏《宗谱》：“倘有不务正业而放僻邪侈无所不为，家规重处，怙恶不悛，送案究办”。

禁斗殴和争讼。安徽桐城刘氏“家规”：“凡我同宗，务要彼此相维，情义相孚，有无相济…毋得尊凌卑，幼辱长，富欺贫，知弄愚，刁害良，以致怨恫宗祖，被害者果有证明，投祠，公较轻重，责罚⑧。

要求遵守礼法和法纪。浙江会稽顾氏《家范》：“礼者，人之大端也，得之则为君子，失之则为小人”。安徽淮南曹氏《家训》：“朝廷法度是人宜守，吾族幸赖祖宗训教，颇有一忠厚家声，倘若违法，不惟身家难保，抑且玷辱先人。

虽然在涉级国家根本利益的问题上，宗族法与国家法保持了一致，但宗族法毕竟不是国家法，在某些方面的规定，宗族法与国家法是有差异的，如宗族法为了维护族众或整个宗族的利益规定或变相地规定了血族复仇、血亲复仇等内容，族与族之间或是因为某个族众被欺负，或是为了争夺某一块地或某一座山，或是因为两族之间原本就有着世仇而经常会发生大规模的械斗，而这种无视社会正常秩序的流血冲突则是为国家法所不容的。

现实生活中，由于国家法的缺陷或路径不畅、成本太大等缘故，在一些地区尤其是一些偏远而贫困的山区里，人们仍然偏好于使用习惯、习俗、土政策、老办法等习惯法来解决人们之间的纠纷。在这些地区，国家法是隐居二线的，在维护社会秩序，解决人们之间的纠纷上习惯法实际上发挥着主导作用。民间的一些习惯做法比如“牲畜下田，打死不赔”“偷鸡摸狗，吊打屁股”“偷牛马者砍手指，偷爪菜者游街”之类的实际上代替着国家法律约束着人们的行为。当然我们也不否认某些习惯法与国家法是有着冲突的，比如民间至今仍然存在“祖业宅基，买卖由己”的观念和做法，有些地区一度流行早婚、抢婚、包办婚姻的习惯做法，还有些少数民族由于宗教、禁忌等缘故有着杀害双胞胎、生有六趾或肌体不健全的婴儿的习俗（如勐海哈尼族），这些习惯做法与国家法是有着冲突的。但我们可以看出习惯法与国家法的冲突主要是在民事领域及礼俗方面，在涉及统治秩序的刑事领域内习惯法与国家法的规定是一致的，因为这是广大人们的根本利益所在。

总之，无国则无家，无家则谈不上个人，显然，无论是宗族法还是习惯法都看到了这一点，因而在遵守国家法纪法令的立场上，它们是一致的。致于它们与国家法的差异，较之它们与国家法的一致来说是微不足道的。

<四>维护宗法等级制、宗族制。宗族法重视对礼的维持，不仅强制推行等级身份制，还强调宗族成员在整体上把握礼的内容，全面遵守礼的规定。礼的精神广泛渗透到宗族法各条文中，有些宗族法直接引用礼的内容，包括著名礼学家对礼的教条性阐发，朱熹的《朱子家礼》在各地宗族受到普遍推崇。据礼的精神，在等级性社会框架里，每个人都有与自己的身份、地位、财产相对应的位置，每个人的言行都应与自己的身份地位相符合。安份守己，不越等次，亲其亲，尊其尊，这是礼的基本要求，也是宗族法的基本要求。具有不同伦常身份的族人据宗族法，具有不同的地位。族长在一族之中具有最高权威，对族内任何族众有教令权、惩戒权、生杀权，尊长对卑幼拥有管教权，卑幼的言行不得与尊长意愿相违背。龙溪俞氏宗族规定：“子孙受长上诃责，不论是非，但当俯首默受，毋得分理”（安徽《龙溪俞氏宗谱·家规》）。宗族法处理族人纠纷确立处罚程度时，纠纷双方的身份等级将起重要作用。如同治八年，昆陵费氏宗族制定《宗规罚例》规定：“…兄弟有序，以弟犯兄，不恭，责三十板；以兄凌弟，不友，责十板”。

对宗法等级制、宗族制的维护在历代各时期都是习惯法的重要内容之一，我们略举一些地方的习惯、习俗，从中可以窥知一、二。清代民间习惯，长子除兼祧近门例不出继，因有“长子不下堂”“长子不出门”之谚，长房长子尤其如此，因而在许多地方，长房无子尚未立嗣者，次房不得先长房立嗣；长房无子，次房即使仅有一子，亦须继长房为后，是为“绝次不绝长”，惟事实上于此等情形多系一子兼祧两房，故有“一门两不绝”之谚。江西萍乡地方习惯，凡土地房屋田产系祖产遗管而欲出售者，须先尽亲房人等，即使其出价低于外人亦得先卖，这叫“业不出户”，这些习惯突出了对“祖产”“世业”的执着。清代民间习惯，人民置祠产祭田，且此等田产原则上不能出卖，除非迫不得已，且有全体族人或家庭成员的同意。这些习惯本身就是宗族制的重要组成部分，是在宗族制的影响和制约下自觉或不自觉地形成的。受宗族制的影响，宗族法中维护宗法等级制度，严格区分嫡庶、房、辈份、地位不同的内容在习惯法中也有所体现，如上面提及的“绝次不绝长”，继承习俗中的“嫡长继承”及苗族中由舅权制约产生的姑舅亲优先婚习俗等。

<五>妇女地位的低下。前面已提及宗族法与习惯法在存续的上千年时间里都深受礼的制约，宗法制的影  
响，儒家思想的浸染，而无论是“礼”还是宗法制，它们有着一个共同点，那就是对妇女的轻视，长达两千的封建史就是一部妇女遭受歧视和不公正对待的历史，在封建社会里妇女地位低下被认为是理所当然的，对妇女的蔑视是心照不宣的。因而无论是习惯法还是宗族法都对妇女有着歧视性的规定和约束。吐蕃族《守猎法》规定：“…若从牦牛身下救出，被救者则以女儿赏之，无女则给妹，无女无妹则给银二百两，或任其选择”⑨。在这里，妇女只等同于二百两银子，何其荒唐。麻溪姚氏宗族规定：“公事聚商，房长传出知单。凡毕姻成丁之子具须齐到”而宗族妇女及未滿十六岁之男性则无此权利；在一些宗族法中妇女只能以未成年人的身份享有

权利和承担义务,会稽张氏宗族规定:"子孙十六岁以上作大口,不及十六岁作小口,室女无论大小皆作小口算,大口每日贴钱十文,小口每日贴钱五文"。妇女在宗族法中的地位之低下由此可见一斑。

在习惯法中妇女也被看作是上不了桌面、办不了大事的人,民谚"妇人之见"尽显对妇人的蔑视。一般民间观念认为,女儿迟早是别家的人,女儿是靠不住的,在养儿防老观念的支配下,父母亲的言行会自觉不自觉地疏忽女儿重视儿子,"嫁出去的女儿,泼出去的水"便是其集中反映。在继承习俗上,女儿对祖产父业是无权过问的,如民谚所言"出嫁之女,祖业无份";寡妇再嫁便不得带走原来在夫家的财产,则是司空见惯的。一夫一妻制的小家庭中以父权为中心,世系依父方计算,祖产祖业只有儿子才能继承。这些习惯和做法深入人心、根深蒂固。

总之,传统民间观念认为,妇女只是传种接代的工具,是干不成大事的、可有可无的,至于振兴家族、光耀祖宗的伟业只能由男人来做,妇人是做不来的,或许正是基于这一点,宗族法与习惯法都毫无例外地体现出对妇女的蔑视。

#### 四 结束语

随着改革的深入,经济迅速发展,无论是城市、乡村还是偏远的山区都不同程度地受到先进科技、文化和现代生活方式的冲击,习惯法与宗族法赖以生存的那种单纯和静止的乡土社会被扰乱了。新中国的成立,由于新政府对宗族组织的压制和打击及国家权利的介入和民主法制的不断完善,宗族组织有所萎缩,宗族法也有所淡化;习惯法面对新的形式和局面不断变革,在一定历史时期一定范围内仍有其生存的土壤。但是我们必须明白一点:消除习惯法与宗族法(在一定历史阶段实际上是不可能的)并不是我们的目的,我们的目的是要建立起一套完整、系统、高效、贴近现实并实际上为人们所接受的法律体系,使我们的整个社会生活都纳入依法治国的轨道。这一目的显然不能简单地包括习惯法与宗族法之内的非国家制定法予以消灭并强制推行国家制定法就可以达到,历史事实证明这是行不通的。正确的做法恰恰与之相反,我们应该重视习惯法与宗族法,去研究、了解为什么在一定区域内较之国家法它们更具亲和力,更易让人们普遍认可。在立法过程中,如果我们能借鉴习惯法与宗族法中的这些积极因素,可以肯定我们制定出来的法律会更贴近现实生活,更易让人接受,我们的建构的法律体系会更完善、更系统、能最大地发挥其功效。这是一个艰难的过程,在这一过程中,对比分析习惯法与宗族法之异同无疑是朝前迈出的积极度一步,尽管是很小的一步。

注释:

- ①谢晖 陈金钊《民间法》[C] 山东人民出版社 2002 年第一版 第 51 页
- ②梁治平《清代习惯法: 社会与国家》[M] 中国政法大学出版社 1996 年第一版 第 1 页
- ③朱勇《清代宗族法研究》[M] 湖南教育出版社 1987 年第一版 第 2 页
- ④梁治平《清代习惯法: 社会与国家》[M] 中国政法大学出版社 1996 年第一版 第 15 页
- ⑤李文治 江太新《中国宗法宗族制和族田义庄》[M] 社会科学文献出版社 2000 年第一版 第 42 页
- ⑥李文治 江太新《中国宗法宗族制和族田义庄》[M] 社会科学文献出版社 2000 年第一版 289—291 页
- ⑦朱勇《清代宗族法研究》[M] 湖南教育出版社 1987 年第一版 140 页
- ⑧徐珂《清稗类钞》册五, 北京, 中华书局, 1984, 2201 页
- ⑨安徽桐城《刘氏宗谱》卷一 《家规》
- ⑩人大复印资料《中国少数民族》[N] 1984 年第二期 47 页

Slightly talk about the similarities and differences between Common law and Civil law

Abstract : To be law that isn't made by government,Common law and Clan's law must have similarity. And as two different legal principle concepts, the difference between them is undeniable. This text has compared with the two on the basis of summing up Common law and Clan's law, and emphatically from in form, adjust on the target and range, on class' background and mandatory degree, on the condition depended on for existence and on the content comparative and analysis the similarities and differences between the Common law and Clan's law , make every effort to have an overall understanding and assurance to Common law and Clan's law.

Key words : Common law Clan's law Clan's organizes Clan's system Law that isn't made by government

参考资料:

①《论法的成长》 张冠梓

社会科学文献出版社 2000 年第一版

②《中国宗法宗族制和族田义庄》 李文治 江太新

社会科学文献出版社 2000 年第一版

③《清代习惯法：社会与国家》 梁治平

中国政法大学出版社 1996 年第一版

④《民间法》第一卷 谢晖 陈金钊

山东人民出版社 2002 年第一版

⑤《清代宗族法研究》 朱勇

湖南教育出版社 1987 年第一版

⑥人大复印资料《中国少数民族》 1984 年第 2 期

2003 年 5 月 7 日初稿 8 日整理 5 月 14 日第二稿 5 月 28 日第三稿 5 月 30 日最后校正稿

中国法律文化 | About law-culture | 关于我们

中国法律史学会 主办 中国社会科学院法学研究所 承办  
电话: 64022187 64070352 邮件:law-culture@163.com  
地址:北京市东城区沙滩北街15号 邮编:100720