

近代“亲属会议”制度移植

娜鹤雅 黄骏庚

法律移植在 21 世纪初已成为热点议题，随着法治建设的深入，至今仍受到学界的持续关注。学界围绕法律移植的必要性、可行性与成败标准等问题不断展开讨论，近代中国的立法实践也为校验法律移植的理论提供了丰富的史料。然而，从目前研究来看，清末民国的立法者们为移植所作的诸多尝试似乎并不尽如人意，其成果大多被当代学者批评为照搬外国法律、脱离本土实际、被工具化等，外来法与本土资源由此也多呈现出冲突矛盾的景象。^①

但应注意的是，在看似一体的效仿西法的法律移植之下，却存在两种截然不同的路径：一种为脱离本土传统文化，几乎不加修改地引入全新的西方法律制度；另一种是以中国传统作为移植的根基，试图整合外来法与本土资源，并寻找二者之间的平衡点。对于第一种路径既有研究多有涉及，但对于第二种路径少有实例支持，故“亲属会议”制度成为具有剖析价值的正面案例。

此外，在为数不多的相关研究中，往往将亲属会议与我国邀集族人处理宗族事务的“族议”^② 传统相混淆。例如日本学者滋贺秀三在谈及族议时曾引用民国大理院判决例，将所引判决例中的亲属会议等同于族议。^③ 事实上，亲属会议乃法、德

① 学界对法律移植成果多持负面评价，有的批评立法者照搬外国法律，脱离本土实际，如龙伟《堕胎非法：民国时期的堕胎罪及其司法实践》（《近代史研究》2012 年第 1 期）；有的则着重揭示法律移植中的工具主义倾向，如邓建鹏《清末民初法制移植与实效分析——以讼费法规为切入点》（《华东政法大学学报》2015 年第 6 期）；有的指出制度整合背后是法律逻辑的隐含冲突，如刘鄂《依违于礼教与宗教之间——〈钦定大清刑律〉“发掘坟墓罪”研究》（《清华法学》2014 年第 6 期）；仅少数研究肯定了法律移植中的本土化尝试，如李启成《法律近代化过程中的外来规则与固有习惯——以祭田案件为例》（《中国社会科学》2008 年第 3 期）。

② “族议”又称“合族公议”、“同族公议”、“亲族会议”、“房族会议”等，为保证表达的统一和简洁，本文一律采用“族议”。

③ 参见滋贺秀三：《中国家族法原理》，张建国、李力译，北京：法律出版社，2003 年，第 275—277 页。

等大陆法系国家亲属法和继承法中之特定制度，并非我国固有制度。族议与亲属会议一为本土传统，一为西方制度，将二者等量齐观，不免滋生疑义。

在传统社会中，宗族是同一父系祖先下亲属的集合，更是在宗法观念下团聚族人的一种具有实体意义的社会组织形式。家内事务由家长处理，而家际间乃至涉及全族利益之事务与纠纷则需在宗族层面寻求解决，因此往往采用族议的方式。^①西方舶来的亲属会议制度最早源于罗马法，旨在制止滥用家长权及夫权。步入近代，法、德等国先后继受罗马法中的亲属会议制度，并根据本国国情作出调整，但均与监护事务相关。至于继受亲属会议制度的原因，茨威格特和克茨认为在法国“封闭的家庭组织内部，任何国家干预似乎都难以接受”。^②除欧陆国家外，日本古有亲属集议家事之习惯，明治维新后，全面移植欧陆法，作为以家族制度为社会基础的国家，^③亲属会议制度也为日本民法所继受。近代中国以日本为模板变法修律，在纂修民律时，亲属会议制度才被移植到中国。本文以亲属会议为切入点，通过审视清末民国亲属法移植路径及其变化，比较分析外来法与本土资源的互动关系，以期深化近代中国对西方法律移植的理论认知。

一、清末《大清民律草案》与亲属会议制度的移植

清末新政，变法修律为其一端。《大清民律草案》对亲属会议的规定主要见于“亲属编”和“继承编”，这也是亲属会议制度在近代立法中的首度创设。宣统三年（1911）九月，修律大臣俞廉三、刘若曾上奏朝廷，将民律草案前三编“恭呈御览”，奏折同时将民律编修的要旨总结为“注重世界最普通之法则”、“原本后出最精之法理”、“求最适于中国民情之法则”及“期于改进上最有利益之法则”四项。关于“求最适于中国民情之法则”，奏折解释为：“矧其为欧、亚礼教之殊，人事法缘于民情风俗而生，自不能强行规抚，致貽削趾就履之诮。是编凡亲属、婚姻、继承等事，除与立宪相背酌量变通外，或取诸现行法制，或本诸经义，或参诸道德，务期整饬风纪，以维持数千年民彝于不敝。”^④可见，立法者在亲属编和继承编中重视对传统的吸纳，以期最大程度维持固有礼教伦常。

① 参见瞿同祖：《中国法律与中国社会》，北京：商务印书馆，2010年，第25页。

② 茨威格特、克茨：《比较法总论》，潘汉典等译，北京：中国法制出版社，2017年，第177页。

③ 参见牧英正·藤原明久编：『日本法制史』、東京：青林書院、1993年、第357—358頁。

④ 《修订法律大臣俞廉三等奏编辑民律前三编草案告成缮册呈览折》（宣统三年九月初五日），故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》下册，北京：中华书局，1979年，第911—913页。

立法者对传统的重视能否落实到法律移植中呢?考虑到民律编修的时间紧迫,立法者实际上可能无从顾及传统,因此更有必要回到制度层面加以细察。《大清民律草案》立法说明载:

亲属会者,就监护及其他法律所规定应行会议之事件,因本人并亲属及其他利害关系人之呈请而成立之议决机关也。吾国习惯,家庭之内遇有重要事件则邀同族中及亲戚会议处理,但此不过为习惯上之事实,并非法律上之制裁(度)。然既有此习惯,则关于亲属会如何招集,如何组织,如何决议,苟无法律规定,一任诸习俗之自然,恐流弊必在所不免。故欧洲诸国现行之法律,若德、法、意大利、葡萄牙、西班牙、比利时皆设亲属会之规定,即日本民法亦如之。^①

由此可以得出:一是立法者对亲属会议的移植,是基于吸纳族议传统立法宗旨对族议的改造;二是立法者并未将中国的传统族议与西方的亲属会议在本质上加以区分。

就第一点而言,立法者将族议定性为习惯,认为它“不过为习惯上之事实,并非法律上之制度”。古代国家法基本没有关于族议主体及程序的规定,与此相关的内容除立嗣外,也多以宗族法或习惯的形式置于国家法之外,确实很难称得上是“法律上之制度”。既然不是法律制度,在立法者看来若“一任诸习俗之自然,恐流弊必在所不免”。事实上,立法者所言并非无凭,宗族法一般只规定了族人议事权,“对于决定权却只字不提”,族长往往成为事实上的决断者。^②除族长权力过大外,族议本身也存在诸多弊端。《申报》有评论将其流弊归为:族人利用会议谋私利、不能选定适当之人参与会议、会议人数不确定、与会人态度消极、不当召集人越权召集会议、会议无一定解散期和组织期等。^③因此,在立法说明中,立法者所表达的正是欲通过对传统族议在召集、组织、决议上的法律规制来防止其弊端。换言之,立法者移植亲属会议的目的旨在改造传统族议。

就第二点而言,立法说明声称“然既有此习惯,则关于亲属会如何招集,如何组织,如何决议,苟无法律规定,一任诸习俗之自然,恐流弊必在所不免”,此处文中虽言亲属会,然实指族议。清末“安徽省民事习惯调查书”也有相同记载,“问:凡亲族会议由何人招集,集议时何人主席,如何决事?决定后如何施行?答:亲属会欲(俗)称为开祠堂门,其常会期多在每年祠祭之日。至临时会则分两种,

① 修订法律馆编:《法律草案汇编》上册,北京:修订法律馆司法公报处,1926年,第67页。另,“亲属会”即亲属会议,《大清民律草案》及其立法说明采亲属会的用法;“亲族会”又称“亲族会议”,是日本民法上的称法,清末存在“亲族会(议)”与“亲属会(议)”混用的情况。

② 朱勇:《清代宗族法研究》,北京:法律出版社,2017年,第17、80页。

③ 详见乞涯:《习惯亲属会议与法律亲属会议》,《申报》1921年1月24日,第16版。

一为公共事务，一为个人事务”。^① 安徽省“开祠堂门”显然属于族议，^② 而调查书却直接赋予其亲属会的名称。清末民事习惯调查是在中央主导下出于立法需要而进行的，调查大纲、问题设计等应是以民律结构和内容为参照统一设定的。故立法说明与民事调查书以亲属会代指族议，表明立法者并未想要对传统族议和亲属会议作特殊区别，甚至有意将传统族议纳入亲属会议框架之下。

是否基于立法宗旨的改造，还反映在亲属会议人员构成与职能范围上，即亲属会议在规则设计上多大程度保留了族议传统。

首先，在人员构成上，亲属会议不以宗亲为限，外亲、妻亲也涵盖其中。清末民律草案中亲属会一词仿自日本民法，但又略有差异，日本民法因有亲族概念，故称为亲族会。亲族包括六亲等内之血族、配偶、三亲等内之姻族。^③ 清末立法者认为，亲族在日本法中“异姓之配偶者及姻族均包在内”，但我国旧律中“亲族两字仅专指同宗族之亲”，易生误解，故选用了更为贴近的亲属作为对译。亲属会议之名由此而来，这也决定了其人员构成是以亲属而非亲族为核心。《大清民律草案》规定，如无遗嘱指定，亲属会议人员须从“亲属内及与本人相关切者”中选定。^④ 这里的亲属按《大清民律草案》规定，是指四亲等内的宗亲、夫妻、三亲等内的外亲和二亲等内的妻亲。可见亲属会议人员还包括外亲和妻亲，这与传统族议有所不同。

传统族议人员更多以宗族为范围。在宋代，参与族议立嗣人员为“近亲尊长”，或称“亲族尊长”，有的判词还称族议为“房长公议”。^⑤ 清代法律也将族议立嗣表述为“凭族长择昭穆相当之人继嗣”、“听户族另行公议承立”和“从族长依例立”等。^⑥ 从其用词不难判断，参与者主要为族长、房长等族内尊长，原则上不包括外亲、妻亲。因此，族议的参与人员范围远较亲属会议狭窄。

其次，在职能范围上，亲属会议不以立嗣等传统事项为限，监护亦被纳入其中。外国法中存在两种立法模式。一种是以欧陆国家民法为代表，即亲属会议为监护或监护监督机关，仅处理监护事务，职能范围相对狭窄。另一种是以日本民法为代表，亲属会议不以监护事务为限，对亲权行使之监督、子女身份之事项与家之事

① 《安徽宪政调查局编呈民事习惯及答案》，李贵连主编：《近代法研究》第1辑，北京：北京大学出版社，2007年，第241页。

② “开祠堂门”指以族房长为首在祠堂举行的会议，参见林耀华：《义序的宗族研究》，北京：三联书店，2000年，第30页。

③ 详见《新译日本法规大全》第1卷，何佳馨点校，北京：商务印书馆，2007年，第359页。

④ 修订法律馆编：《法律草案汇编》上册，第1、68页。

⑤ 参见范西堂《处分孤遗田产》、叶岩峰《争立者不可立》、吴恕斋《吴从周等诉吴平甫索钱》，《名公书判清明集》，中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校，北京：中华书局，1987年，第288、211、204页。

⑥ 《大清律例》，张荣铮等点校，天津：天津古籍出版社，1993年，第195、196、218页。

项亦有处置权限。^①而传统族议职能不受明文约束,有学者甚至认为是“凡一族之重要事务皆决焉”。^②民初北洋政府所作民事习惯调查也表明,族议可处理包括立嗣、处分绝产、公举家长、选任遗产管理人在内的诸多事务。^③可见,我国传统族议的权限范围甚宽,与日本民法上的亲族会更为契合,清末民律草案遂仿日本模式。

在职能上,亲属会议与传统族议最为密切的是关于立嗣的规定。民律草案第79条规定,“立嗣子时若死亡者有妻,由其妻行之,无妻由其直系尊属或家长或亲属会行之”,这与宋代判词所载“夫亡妻在,从其妻”,夫妻俱亡时“其欲继绝,而得绝家近亲尊长命继者,听之”,^④存在明显继承关系。此外,“归宗须由请求者请开亲属会议决之”的规定,^⑤亦符合“非得嗣父母亲族允许,不得悔继归宗”立嗣的习惯。^⑥

然而,亲属会议的职能同时又有偏离传统的倾向。一方面,民律草案中亲属会议职能不以监护为限,但据笔者统计,除亲属会一章外,与亲属会议相关条文共计27条,其中“监护”章多达10条,占比约四成。前引民律草案立法说明中亲属会议的定义亦将监护置于突出位置。民律草案通过仿效日本法,继受大量监护条文并以监护为重,使得亲属会议已与传统族议有所扞格。另一方面,更不易察知的是,由于亲属会议的职能以法律规定为限,不少本由族议处理的事项被排除在外。《草案》第124条载,“依本律及其他法令之规定应开亲属会议”,表明亲属会议的召集以满足法律依据为前提。依据亲属、继承两编各章规定,亲属会议有权涉足的事项包括立嗣、选定监护人、监督监护人、遗嘱承认、遗嘱执行和遗产管理等。此外,原属族议范围的编修族谱、处分族产等事务因不属于亲属会议法定职能,即便召集亲属共议,亲属会议相关法律规定亦无法对上述事务予以调整。

通过比对《大清民律草案》中的亲属会议与传统族议人员的构成与职能范围,能够发现立法者试图将传统族议纳入亲属会议中。即在亲属共议家族事务的形式架构下,将亲属作为议事主体,将关乎家族命运的重要事项如立嗣等纳入亲属会议职能范围之内。然而,亲属范围的扩大以及监护职能的引入,事实上使得立法者以族议传统为重的立法宗旨部分落空,至少并未达成立法者所预想的“变习惯而为法律”^⑦的目标。

① 两种立法模式的差异,参见胡长清:《中国民法亲属论》,上海:商务印书馆,1939年,第368页。

② 陶汇曾:《亲属法大纲》,上海:商务印书馆,1928年,第448页。

③ 参见前南京国民政府司法行政部编:《民事习惯调查报告录》,北京:中国政法大学出版社,2005年,第634、640、643、793页。

④ 翁浩堂:《已立昭穆相当人而同宗妄诉》,《名公书判清明集》,第247页。

⑤ 修订法律馆编:《法律草案汇编》上册,第51页。

⑥ 《安徽宪政调查局编呈民事习惯及答案》,李贵连主编:《近代法研究》第1辑,第247页。

⑦ 修订法律馆编:《法律草案汇编》上册,第67页。

二、民初大理院判决例与亲属会议制度的确立

民国肇建，经参议院议决，旧有之法律，除与民主国体抵触者外一概适用，“惟民律草案，前清时并未宣布，无从援用，嗣后凡关民事案件，应仍照前清现行律中规定各条办理”。^①由此，现行律即《大清现行刑律》成为民事领域的成文法依据。

（一）大理院与成文法中的亲属会议

现行律沿袭《大清律例》，与民初新形势多有不符。董康就曾评价现行律“已与习惯，多所鉴枲”，^②曾从事裁判实务的江庸亦慨叹：“旧律中亲属、继承之规定，与社会情形悬隔天壤，适用极感困难，法曹类能言之。”^③时任大理院院长余荣昌也认为，处于新旧交替之际的民初大理院“决不能不顾现代思想”，必须在现行律的基础上，作出调和新旧的判决。^④于是，大理院在裁判案件时不得不“酌采欧西法理，参照我国习惯，权衡折中”。^⑤而调和新旧的大理院判决例，最终成为现行律的重要补充，并“实际上与法律有同一效力”。^⑥

民国初年亲属会议制度在法律上的确立，正是通过大理院判决例实现的。这是因为作为成文法依据的现行律未规定亲属会议，《大清民律草案》又因未获颁行而无法援用，于是大理院通过判决例对现行律加以重新解释，使原本规范族议的条文成为亲属会议的法律依据。如1913年上字第64号判决例规定，亲属会议“于现行法上虽无直接规定”，但律例中所称“户族公议”即亲属会议的变称。^⑦1915年上

① 《新法律未颁行以前暂适用旧有法律案》，李强选编：《北洋时期国会会议记录汇编》第6册，北京：国家图书馆出版社，2011年，第445页。

② 《前清法制概要》，何勤华、魏琼编：《董康法学文集》，北京：中国政法大学出版社，2005年，第228页。

③ 江庸：《五十年来中国之法制》，申报馆编：《最近之五十年》，上海：申报馆，1923年，第7页。不少著述认为此句谈论的是《大清民律草案》亲属、继承两编，实乃误解。在此文中，清末草案被称作“前案”而非“旧律”，更无从致使“适用极感困难”，揣测其意，应指“现行律民事有效部分”。

④ 余荣昌：《民国以来新司法制度》，《法律评论》第244期，1928年，第4页。

⑤ 戴修瓚：《戴序》，郭卫编：《大理院判决例全书》，吴宏耀等点校，北京：中国政法大学出版社，2013年，第2页。

⑥ 郑天锡：《大理院判例之研究》，《法律评论》第36期，1924年，第4页。

⑦ 黄源盛纂辑：《大理院民事判例辑存·亲属编》（下），台北：犁斋社，2012年，第974页。

字第614号判决例从“妇人夫亡无子守志者，合承夫分，须凭族长择昭穆相当之人继嗣”中推导出“立嗣如无守志之妇，则由亲族公同立嗣承继遗产”的结论。1918年上字第250号判决例更为典型，现行律“族长依例议立”被赋予新的含义：“其所谓族长，依判例解释应为亲族会，族长不过其代称。”^①

（二）判决例中的亲属会议

虽然大理院为亲属会议找到了法律依据，但关于亲属会议职能范围、人员构成等方面未有明确规定，故民初亲属会议制度的真正形成，实有赖于司法实践的反复磨合。经笔者搜集，大理院编辑出版的判决例要旨中共有65则与亲属会议相关，若扩展至判决例全文则数量更多。这些判决例既是司法实践的组成部分，也会对将来的民事裁判产生约束力，反映出民众运用亲属会议、大理院通过裁判对其运用予以回应的往复过程。

在1914年上字第186号判决例中，上告人沈赓生援引现行律“取具阖族甘结，亦准其承继两房宗祧”及“应听户族另行公议承立”条文，主张由亲属会议选定嗣子，被上告人沈玉生则认为上告人所引条文是为兼祧和争继而设，本案不属二者，于法不合。两造分歧，反映出在早期司法实践中直接引用现行律解释亲属会议的尴尬。事实上，该案中大理院亦未能举出明确条文，只有含混声称夫妻俱亡时应由亲属会议立嗣，“法意甚明，无可异议”。^②

与此同时，亲属会议又很快为诉讼当事人所利用。在1915年上字第715号判决例中，上告人朱罗氏指控被上告人朱俊夫等以亲属会议之名干涉其家事。朱罗氏之夫朱庆孙死后遗有未成年之孙儒南及其母朱李氏，朱俊夫等借口朱庆孙曾立遗嘱，以“扶孤保产”之名组织亲属会议干涉遗产的处理。对此，大理院认为按照现行法例，朱庆孙遗产应由朱儒南继承，朱李氏代为管理，朱罗氏实行监督，此乃“非须经亲族会议之事项”。^③被上告人主张虽未获大理院支持，但本案中被告已经知晓如何主动依法利用亲属会议为自己服务。

在现行律之外，大理院还通过判决例创设了现行律中未予规定的新规则，使亲属会议的制度框架日趋充实。如1916年上字第729号判决例中，大理院在回应上告人韩金华对于亲属会议合法性的质疑中指出，“现行法令虽无明文，然按之条理，自必由各房亲族大多数或由各房举出代表与会，而取决于与会者过半数之同意，方

① 郭卫编：《大理院判决例全书》，第459、449页。

② 详见黄源盛纂辑：《大理院民事判例辑存·承继编》（上），第27—46页。

③ 详见黄源盛纂辑：《大理院民事判例辑存·亲属编》（下），第1035—1037、972—973页。

有合法”。^①可见，本案在尚有其他族人的情形下，由族长一人之意见替代众人决定并不合法，应该奉行多数决规则。该判决例，可能是仿照作为条理的《大清民律草案》亲属会议决议应获会员过半数同意的规定。^②

在另一些判决例中，大理院并未“借道”条理，而是在裁判中直接创制规则。如1918年上字第243号判决例中，上告人熊易氏将其亲生子炽昌出继给熊原谱，熊原谱夫妇亡故后炽昌亦于18岁时死亡，熊易氏因此主张亲属会议为炽昌立继之人应得其同意。熊易氏的主张得到了大理院支持，“（嗣子本生父母）于亲族会议中自应占重要地位，故除有特别情形外，其他亲族所择立之人，非经其同意不能认为有效”。^③通过限定亲属会议人选，确保决议结果公平，这其实是大理院在为欠缺成文法约束的亲属会议设计更为具体、合理的规则。除本生父母外，守志之妾与立嗣亦有利害关系。1918年上字第386号判决例中，大理院虽认为妾无立嗣之权，但也强调妾“于亲属会议中应占重要地位，故其所主张如有正当理由，则亲属会议之立继，即应经其同意或追认，始能完全生效”。^④经由大理院的“添砖加瓦”，由判决例搭建成的亲属会议制度已具相当规模。

如果说清末《大清民律草案》中的亲属会议尚停留在文本层面，到了民初，该制度则借由大理院判决例得以真正确立，实现了法律文本与司法实践的互动，不仅普通民众接触、接受乃至主动利用亲属会议，大理院也在裁判中回应实际需求，借助判决例发展亲属会议规则。

（三）趋向传统的人员构成及职能

大理院判决例承续《大清民律草案》，设立亲属会议制度，又以现行律为依据，同时立足司法实践，多重考量使其呈现出复杂的面相。表现之一即概念使用上的游移不定，“亲属会议”与“亲族会议”两种表述在判决例中同时并存。^⑤对概念不甚计较的缘由，或是在大理院看来，会议的人员构成理应限于同宗族之亲。这一立场得由1916年上字第729号判决例印证，即“亲族会议之组织”，“自必由各房族

① 黄源盛纂辑：《大理院民事判例辑存·亲属编》（下），第1040页。

② 详见《大清民律草案 第四编 亲属》，修订法律馆编：《法律草案汇编》上册，第70页。

③ 黄源盛纂辑：《大理院民事判例辑存·承继编》（上），第360—362页。

④ 黄源盛纂辑：《大理院民事判例辑存·亲属编》（下），第1043页。

⑤ 在判决例要旨中，亲族会议的用法自七年上字第905号起不再出现，但在判决书原文中，亲族会议一词仍为大理院所使用，如十年上字第440号判决例要旨采亲属会的表述，对应的判决原文却使用亲族会议的表述。详见黄源盛纂辑：《大理院民事判例辑存·亲属编》（下），第1047—1050页。

人多数或由各房举出总代与会”。^①大理院无意将宗族以外的亲属纳入亲属会议应与作为法律依据的现行律有关,“凭族长依例议立”、“户族公议”等条文决定了其无法完全舍弃以宗族为载体的传统办法。虽然亲属会议构成人员趋向于传统,但大理院有通过判决例改造传统的意图,这体现在对族长权力的限制上。除前述以民主程序限制族长权力的判决例外,大理院在判决例中多次强调亲属会议不能为族长等少数人所取代,如1913年上字第109号判决例规定,“承继律上不能以族长之资格主张立嗣”;^②1921年上字第361号判决例则规定:“亲属会立继除各房各推代表外,不能仅由辈分居长者列席议决。”^③

在职能上,一方面,大理院判决例显现出传统取向。在笔者搜集到的65则亲属会议大理院判决例要旨中,有49则与立嗣相关,占比逾七成,与监护相关的仅4则,占比不足一成,这表明传统立嗣仍是亲属会议的主要职能。前引朱罗氏上告案判决例中甚至将亲属会议的职能限定于立嗣,其他事项均不得干预。至于占据《大清民律草案》相当地位的监护部分,虽为1916年上字第622号判决例所承认,^④但在司法实践中,判决例数量过少表明亲属会议的监护职能处于虚置状态,这或许与民初尚缺乏制度运行土壤有关。

另一方面,民初亲属会议职能趋向传统又有其限度。具言之,亲属会议在民法中被定位于亲属法、继承法,并划定相对清晰的权限范围,但民间族议实践却不以此为限。这就决定了司法裁判必须面对一些以族议形态出现,却难以归入亲属会议的案件。对此,大理院有意将其与亲属会议相区分。例如在1915年上字第977号判决例中,大理院认为,从物权法共有物的规则出发,作为族产的祭田,其处分“以得族人全体之同意为有效要件”,但依据习惯或族约,“各房房长可以共同代理全体族人以为处分,抑或各房房长集众会议,可依族人多数议决以为处分者”,该处分行为亦为有效。^⑤此处的族议被置于物权法的脉络之下。因此,从职能来看,传统族议在近代民法体系中遭到分解,未能完整地由亲属会议继承。

总之,民初大理院判决例中亲属会议呈现出的复杂面相,是大理院判决例缓解现行律与《大清民律草案》、法律文本与法律实践之间张力的表现,也是亲属会议制度吸纳本土资源,不断被调适与改造以适应地方性的过程。

① 郭卫编:《大理院判决例全书》,第423页。

② 沈尔乔等编:《〈现行律〉民事有效部分》集解四种,北京:法律出版社,2016年,第63页。

③ 郭卫编:《大理院判决例全书》,第454页。

④ 详见郭卫编:《大理院判决例全书》,第421页。

⑤ 郭卫编:《大理院判决例全书》,第346页。

三、国民政府时期家制讨论与亲属会议制度的修正

在西潮冲击下，近代有识之士开始反思家族制度，“家庭革命”自清末兴起，一直延续至民国时期。在法律层面，家庭革命直接引发了关于家制存废的讨论，并最终促成《中华民国民法》中亲属会议制度的修正。

（一）家制讨论下的亲属会议

清末至国民政府时期，关于家制的讨论不绝于耳。对于如何改造传统家制，民国时期有主张废除婚制、消灭家庭，与主张废除大家庭、推行小家庭等不同声音。^①但无论持何种观点，在时人对国家兴盛和个人幸福的憧憬中，家庭都是必须被改造的对象。关于家制的讨论并未对清末民初的民事立法产生影响，历部民律草案均维持了家族主义的立场，但国民党掌权后，家庭革命开始从思想层面进入立法领域。^②

国民政府希望“以立法手段促进社会改善之任务”，在亲属编草案中，作为起草者的法制局奉行的一项立法原则为“奖励亲属互助而去其依赖性”，矛头直指家制。法制局认为，“吾国旧制，累世同居，分子复杂，易启竞争之端，经济共同，尤长依赖之性，弊害彰著，无待赘论”。^③因此该草案一改以往草案的做法，不再规定家制。在“继承编”中，法制局则主张“废除封建遗制之宗祧继承”，因为“本于封建时代之宗法观念”的宗祧继承，如今已演变为财产争夺，“无子者之财产愈多，斯族人之觊觎者愈众”。^④与家制、宗祧继承一样，亲属会议也被认为是根植于传统家族观念而遭致反对。陶希圣认为要推翻封建制度，打破族长政权，废止亲属会议势在必行。^⑤即便如此，亲属会议仍为法制局草案所承认。法制局之后成立的立法院，在民法典编纂中对传统家制的态度较为缓和，亲属会议得以继续保留。

从法制局到立法院，亲属会议之所以被保留，并与家制呈现出不同境遇，是“参考外国法制，斟酌吾国历来习惯、及司法行政之现状”的结果。首先，法制局

① 参见邓伟志：《近代中国家庭的变革》，上海：上海人民出版社，1994年，第110—118页；梁景和：《民国初期“家庭改制”的理论形态》，《江海学刊》2002年第2期。

② 赵妍杰指出，“家庭革命从思想进入立法领域的标志是1930年国民政府颁布《民法·亲属编》以及1950年的《中华人民共和国婚姻法》”。（《去国去家：家庭在重构社会伦理中的地位》，《清华大学学报》2020年第2期）

③ 国民政府法制局：《亲属法草案之说明》，《法律评论》第264期，1928年，第24—26页。

④ 国民政府法制局：《继承法草案之说明》，《法律评论》第266期，1928年，第27—28页。

⑤ 参见陶希圣：《中国社会之史的分析》，上海：新生命书局，1930年，第230—233页。

注意到,“欧洲大陆诸国法制,皆有亲属会议之规定”,而这些欧洲国家在家制上又均持个人主义立场。其次,法制局还必须顾及族议习惯存续的现实。不过法制局也提出“惟其任务应以本案及其他法令所规定者为限,以免亲属滥行干涉及袖手旁观之弊”,说明其已意识到,宗族权力的泛滥为改革家制、批判传统的时代潮流所不容,必须在容认亲属会议的同时,将其限制在法律框架之内。最后,法制局认为设置亲属会议,“为调和亲属间感情、解决其纠纷之机关,以分担国家审判之责任,盖为适应我国现时国情起见,势亦不得不尔也”。面对部门立法仍待完善、审判机构设置不充分的国情,立法者意识到“在国家司法机关,对于亲属法上之众多事项,尚难一一干预以前,亲属会议制之容认,实有许多便利”,因而继续维持宗族对于民事社会生活调处的部分功能。^①

(二) 疏离传统的人员构成与职能

1930年《中华民国民法》亲属、继承两编公布,这是近代以来亲属会议在制定法上的正式确立。相较以往草案和大理院判决例,民国民法典的亲属会议规则在人员和职能两方面发生较大变化。

在人员构成上,依从民法典亲属划分新标准,从原来的以男系为标准到以血统和婚姻为标准。民法典对亲属会议人员构成设置了相当严格的顺序要求:首先,直系血亲尊亲属、三亲等内旁系血亲尊亲属与四亲等内同辈血亲分别处于不同顺位;其次,在同一顺位的亲属之中,又以亲等近者为先;再次,亲等相同者,以父系亲属为先;最后,如果同系且亲等相同,则以年长者为先。^② 据此,亲属会议人员范围打破了既往对宗亲与非宗亲的区分,只有当同一顺序的亲属亲等相同时,父系亲属才会取得优先地位。这一改变与立法者对亲属的认识有关,立法院认为,传统的宗亲、外亲、妻亲三类,渊源于宗法制度,有加以改革的必要,应该分为配偶、血亲、姻亲三类,方才合乎世界法制。^③

在职能上,由于宗祧继承被废除,亲属会议不再发挥立嗣的功能,而是集中

① 国民政府法制局:《亲属法草案之说明》,《法律评论》第264期,1928年,第25、33页。另外,有民国学者指出,民法规定下的亲属会议“以采不干涉主义为原则,就社会本位之立法思潮而言,未免重视个人意志自由,而薄于共同利益之意味,此点在立法论不无批评之余地”,可见保留亲属会议并非迎合社会本位,故本文未从社会本位角度加以讨论。参见曹杰:《中国民法亲属编论》,上海:会文堂新记书局,1935年,第370—371页。

② 参见杨立新主编:《中国百年民法典汇编》,北京:中国法制出版社,2011年,第510—511页。

③ 详见《亲属法继承法立法原则》,立法院秘书处编:《立法专刊》第4辑,上海:民智书局,1931年,第4页。

于防范亲权滥用、监护人选定和监督、遗产管理和执行、遗嘱认定诸事宜。立嗣是传统族议的重要功能，也是民初大理院所认可的亲属会议的核心职能。宗祧继承和家制的废除虽不影响亲属会议的继续保留，但其消失标志着传统族议在法律层面的实质消解，客观上造成了亲属会议制度与传统习惯的背离。立嗣被废弃后，亲属会议的职能相对缩减，但它仍被批评为职能范围过分宽泛。针对法制局草案，陶希圣认为“草案所定亲属会的职权之广，实为可惊”，将导致大量家族事务“都在族长政权支配之下”。^①屠景山也持相似看法，认为如将职能限于监护就已经是“助长族长政权”，“违反各国的法律发达的趋势”，草案中的职能则可谓“漫无限制”。^②时论也曾对民法典中亲属会议的职能效用提出全面质疑。有文章指出，亲属会议在行使酌给财产、认定口授遗嘱等职能中可能因利益关联而有欠公允；^③在选定遗产管理人和执行人中可能因不关己事而潦草应付；在行使诸如准确了解监护人撤退事由、认定口授遗嘱真伪等过程中因缺乏专业素养而难于胜任；在纠正亲权滥用上大多数亲属又因碍于情面不能直言而无法起到纠正效果。基于以上判断，该文总结道，“亲属会议大部分职权，似以改由法院行使为当，现行民法狃于过去习惯，大小事项，悉委亲属会议办理，不知亲属继承各编，以个人为单位，与昔日以宗族为中心之思想习惯，已不相符，如强将过去亲族会议制度，适用于参照欧西成法订定之各项规定，枘凿不入，又奚足怪”。^④可见，时人已洞察到，民法典虽然规定了家制，但实质上是以个人为单位，因此亲属会议不应再以宗族为中心，大小事项不应再悉数交由亲属会议办理。

自清末法律移植以来，立法者对于亲属会议制度的理解立足于家族主义，将传统习惯作为该制度的重要渊源，因此仿效日本立法模式，赋予其宽泛职能。然而，至国民政府时期，国家价值观从家族主义转向个人主义，亲属会议也随之废除了立嗣职能，其职能开始由传统转向近代。但此时各国法律中已出现“监护法的公法化”趋势，监护的中心逐渐转移至法院，^⑤中国继续适用亲属会议的做法显然与世界趋势不相吻合，民国学者们的批评恐怕多在于此。

结 语

近代中国为实现法律现代化而不断推行法律移植。在法律移植过程中，移植

① 陶希圣：《中国社会之史的分析》，第231页。

② 屠景山：《亲属法原论》，上海：世界书局，1931年，第208页。

③ 详见安德：《亲属会议（一）》，《震旦法律经济杂志》第2卷第6期，1945年，第117页。

④ 详见安德：《亲属会议（二）》，《震旦法律经济杂志》第2卷第7期，1945年，第122—127页。

⑤ 参见陶希圣：《中国社会之史的分析》，第232—233页。

法很难做到原封不动,在与本土资源互动过程中总是会受到地方性“改造”,并在改造中逐步实现本土化。亲属会议制度在清末、北洋政府时期和国民政府时期,分别受到来自本土资源、司法实践以及国家价值取向的影响与改造。清末民事立法宗旨以传统为重,立法者将源于罗马法的亲属会议嫁接于传统族议之上,通过对其议事主体与职能的明文规定,使族议习惯法律化并将其置于亲属会议框架之下。但法律化后的族议即亲属会议在人员构成与职能上,却呈现出参考又区别于西法、继承又偏离于传统的样态,近代监护与传统立嗣并存可为一例。民初的亲属会议制度则受到了来自司法实践的改造,大理院判决例中民众接受乃至主动利用亲属会议的过程,使得亲属会议制度与本土实践紧密结合,传统立嗣职能仍占主导,监护制度难有“用武之地”。随着近代家庭革命思潮的日益发展,国民政府时期的国家价值取向开始转向个人主义,民事法中与家制密切相关的宗祧继承被断然删去,亲属会议立嗣职能由国家法再次回归宗族法,监护职能开始占据主导。

自清末至民国,法律移植在近代化过程中前后接榫,亲属会议制度不断受到地方性改造,但另一方面族议在西方法理语境下被不断释读,并在近代民法体系下被分解。至国民政府时期,族议甚至也开始以民主评议程序来决策族内事务。固然,有学者认为这是社会变革冲击的影响,或认为其内部动力在于宗族内受新思想影响的青年与商人,又或认为宗族是在“民主”话语中寻求新的合法性与话语权;^①但若从民间转回国家层面,可以看到清末以来民事法中亲属会议规定已经包含民主化的程序,北洋政府时期的司法实践也令我们很难否认亲属会议制度背后的西方法理对地方宗族的影响。可见,法律移植是一个双向、动态且持续的过程,外来法在改造本土资源的同时也经受着本土资源的改造,而本土资源解读与改造外来法的过程也是其运用外来法理论重新诠释和建构自身的过程。由此而论,只有自觉立足中国国情与实践,以本土资源融合改造外来法,并以外来法法理审视发展本土资源,在融合与发展中实现制度平衡与功能耦合,才能创造出一个更契合时代与地方特征的新法体系。

〔作者娜鹤雅,中国人民大学法学院助理教授;黄骏庚,中国人民大学法学院博士研究生。北京 100872〕

(责任编辑:刘宇黄娟)

^① 参见冯尔康:《18世纪以来中国家族的现代转向》,上海:上海人民出版社,2005年,第216、267—268页;杜正贞:《近代山区社会的习惯、契约和权利——龙泉司法档案的社会史研究》,北京:中华书局,2018年,第152—159页。

the geographical patterns that were of later dynasties. Although not a major focus of this book, this new perspective leaves us some room for future explorations.

Discussion and Review

Another Discussion on the Origin of Inscriptions on Oracle Bones in Zhouyuan Mortuary Temple

Du Yong and Li Lingling (173)

Controversies about the origin of inscriptions on oracle bones in Zhouyuan Mortuary Temple have not yet come to a conclusion. Carefully studying contents of oracle inscriptions, “Zhou Fangbo” therein should refer to King Wen of Xibo who was warred by the King of Shang Dynasty, and “Xi You Zheng (a good result in the west)” as well as “expecting a sign that the King is blessed by the Heaven” as inscriptions were predictions of Shang people for wars, praying no disasters in Zhou country and no lucks by immortals for King Zhou of Shang who waged wars against Zhou. The King Zhou, though a master of sacrificing, was not the subject of oracle tortoise shell. The subject should be Zhou people or King Wen who cared about whether wars would caused harms in west, not involving King Zhou. Inscriptions on oracle bones in Zhouyuan Mortuary Temple in the Zhou Dynasty reflect an opposite situation between Shang and Zhou who always fought against each other. Then, bilateral conflicts became more intense, Zhou people cooperating with all forces against Shang and finally overturning the governance of the King Zhou, starting a new historical stage.

Historical Notes

Transplant of “Family Council” System in Modern China

Na Heya and Huang Jungeng (188)

Luxury Advocating and Abandoning in Italy during the Renaissance

Shang Jie (201)