

古代法中的儿童：规范描述与价值分析

段立章, 贾 维, 徐晓静

(唐山学院 文法系, 河北 唐山 063000)

摘要:在现代法律规范中, 儿童被赋予与成人一样的独立人格和尊严。然而, 在古代法中, 儿童却呈现出另外的规范样貌: 儿童被作为工具、财产或附属物而存在。这也正是造成古代社会儿童悲剧的总根源, 要避免这种悲剧在当代的重演, 必须通过立法充分保障儿童权利, 必须在公众中培育起牢固的现代儿童权利观。

关键词:古代法; 儿童; 法律地位; 权利

中图分类号:K107;D904 **文献标志码:**A **文章编号:**1672-349X(2019)04-0070-06

DOI:10.16160/j.cnki.tsxyxb.2019.04.012

Children in Ancient Law: Normal Description and Value Analysis

DUAN Li-zhang, JIA Wei, XU Xiao-jing

(Department of Literature and Law, Tangshan University, Tangshan 063000, China)

Abstract: In modern legal norms, children and adults are given the same independent personality and dignity. However, in the ancient law, children were presented with different norms: existing as a tool, property or appendages. This was precisely what caused the tragedy of children in ancient society. In order to avoid the recurrence of such tragedies in contemporary society, it's necessary to fully protect the rights of children by legislation, to cultivate a strong modern concept of children's rights in the public.

Key Words: ancient law; children; legal status; rights

在现代社会, 儿童作为人类未来的主宰、作为权利的拥有者, 享有与成人同样的人格与尊严。然而, 儿童的这种定位不是自古就有的, 而是历史发展和建构的产物, “儿童和儿童权利是历史和社会建构的产物, ‘儿童’并不是一个纯粹由生物学所决定的自然或普通的范畴。它也不是具有某种固定意义的事物, 让人们可以借助其名义轻而易举地提出各种诉求。相反, 童年的概念在历史上、文化上, 以及社会上都是不断变化的。在不同的历史时期、不同的文化与

不同的社会群体中, 儿童曾被以不同的方式看待, 也以不同的方式看待自己。……有关儿童的定义乃是社会过程与话语过程造成的结果。”^[1]历史是政治、经济、文化等诸元素的复合体, 而这些又通过法律规范得以集中展现, 规范将不同时代人的形象与面貌通过权利与义务的形式描绘出来, “对于一个法律时代的风格而言, 重要的莫过于对人的看法, 它决定着法律的方向”^[2]。那么, 在古代社会, 儿童的规范样貌是怎样的呢? 本文通过对古代代表性法典的考

基金项目:唐山学院博士创新基金

作者简介:段立章(1969—), 男, 山东济南人, 副教授, 博士, 主要从事儿童权利研究。

察,试图对此做一大略的描述与分析。

一、古代法中儿童的规范描述

(一)《汉谟拉比法典》中的儿童法律地位

《汉谟拉比法典》是古巴比伦第六代国王汉谟拉比“为使强不凌弱,为使孤寡各得其所”而颁布的一部法律,被认为是世界上最早的一部比较系统的法典,约公元前1772年颁布,其中多有涉及儿童的规定。

其一,父亲主权。法典规定:“倘自由民因负有债务,将其妻、其子或其女出卖,或交出以为债权,则他们在其买者或债权人之家服役应为三年;至第四年应恢复其自由。”法典还规定:“倘自由民之配偶为之生有子女,其女奴亦为之生有子女,而父在世之日,称女奴所生之子女为‘我之子女’,视之与配偶之子女同列,则父死之后,配偶之子女与女奴之子女应均分父之家产;当分产时,配偶之子得优先选取其应得之份。”该法典规定:“倘父于生前未称女奴为之生育子女为‘我之子女’,则父死之后,女奴之子女不得与配偶之子同分父之家产。女奴及其子女应解放,配偶之子女不得要求将女奴之子女变成奴隶。”

其二,父债子(女)偿。法典规定:“倘人质因遭殴打或虐待,死于取之为质者之家,则人质之主应检举塔木卡之罪;倘[被取为质者]为自由民之子,则应杀其子,倘为自己民之奴隶,则被应赔偿银三分之一名那,并丧失其全部[贷款]。”法典还规定:“倘自由民打自由民之女,以致此女坠胎,则应赔银十舍客勒。倘此妇死亡,则应杀其女。”

其三,父亲尊严不可侵犯。法典规定:“倘子殴其父,则应断其指。”

其四,抚护幼童。法典规定:“倘自由民意图离弃曾为之生子之妾,或曾使之有子之不育妇女,则应将此妇女之嫁妆归还,并应给她一部分田园及[动]产,使她能抚养子女。”“倘自由民淫其女,则应将此自由民逐出公社。”该法典还规定:“倘自由民已为其诸子娶妻,而未为其幼子娶妻,则父死之后,兄弟分产之时,应就父之

家产中,除此未娶妻之幼弟应得的一份外,再给以婚姻聘金之银,使之娶妻。”“已有幼年子女之寡妇,倘欲入他人之家,则非通知法官,不得前往。当其入他人之家时,法官应调查其前夫之家事,并应将其前夫之家委托其后夫及此妇,并向他们索取文书。他们应保存房产。抚养幼年子女,并不得将家具出卖。购买寡妇子女之家具者将丧失其银;[子女之]财产应归还其主人。”

其五,子责减免。法典规定:“倘自由民欲逐其子,而告法官云:‘我将逐吾子。’则法官应调查其事,如子未犯有足以剥夺其继承权之重大罪过,则父不得剥夺其继承权。”法典还规定:“倘子对父犯有足以剥夺其继承权之重大罪过,则法官应宽恕子之初犯;倘子再犯重大罪过,则父得剥夺其继承权。”

其六,此法典最早规定了人类儿童收养制度。法典规定:“倘自由民收养被遗弃之幼儿为子,并将其抚养成人,则[他人]不得向法院申诉请求归还此养子。”“倘自由民收养幼儿为子,而在收养之时,彼已认知其父其母,则此养子得归还其父之家。”法典另外规定:“倘自由民抚养其所收养之幼儿,但未将其视同自己之子女,则此受养育者得归还其父之家。”法典第一九一条规定:“倘自由民抚养其所收养之幼儿,至其成家生子之后,欲将此养子逐出,则此子不应空手离去;抚养彼之父应就其财产中给他以继承份额的三分之一,而后他可以离去;但养父可不以田园房屋给之。”另外法典还对宫廷阉人、神妓、手工业者收养幼童做了规定。

(二)《摩奴法典》中的儿童法律地位

成于公元前2世纪至公元2世纪的《摩奴法典》^[3]是古印度法典,内容涉及礼仪、习俗、教育、道德、法律、宗教、哲学等诸方面,其中有些条款涉及到了儿童。

其一,《摩奴法典》规定了严格的种姓不平等制度,这种不平等在儿童权利的规定中也有所体现,如该法典规定:“教师的儿子,勤奋可教的学生,能传授其他知识的学生,正直的学生,清净的学生,热诚的学生,能力强的学生,慷慨

好施的学生,道德高尚的学生,有血缘关系的学生,乃是依法准许学习吠陀的十种青年。”“同一城市的市民间,不以十岁之差而失其平等;艺人间不以五岁之差;精于吠陀的婆罗门间不以三岁之差;同一家庭成员之间,平等只存在不多的时间。”“十岁的婆罗门和年达百岁的刹帝利应该被视为父子,两者中婆罗门为父,且应该被尊敬如父。”

其二,儿童和青年有尊敬和服从师长、父母的义务。法典规定:“青年要经常在各种情况下做可以博得父母、师长欢心的事情,三者都满意时,一切苦行也就顺利完成而获得果报。”“恭敬地遵从三者的意图,被称为最卓越的苦行;学生未经他们许可,不得做任何善行。”“父亲是由家长永远维持的圣火;母亲是祭仪之火;教师是供物之火。这三圣火应该受最大的尊敬。”“尊敬这三者的人,必尊敬其一切义务,而获得其果报;但不尊敬这三者的任何人,其一切善行都无果报。”“当他们三者有生之年,不应该任意从事其它任何义务,但要始终表示尊敬的服从,一意承欢,奉事他们。”法典还规定“和父亲有争论的儿子”同“令人代己赌博者,酒徒,象皮病人,声名狼藉者,伪善者,植物液商人”一样无资格分享敬礼诸神或祖灵的祭品。

其三,法典规定要保护、怜悯儿童。如:“儿童、老人、被保护的穷人和病人应被认为是太空之主;长兄等于父亲,妻子和儿子有如自己的身体。”“众奴仆好像他(父亲)的影子,女儿是最值得疼爱者;因而,如果这些人中的一个人得罪他,他要经常忍受而无愠怒。”“如果儿童没有保护人,其继承财产应该置于国王保护之下,直到他完成学业,或达到成人期,即达到十六岁时为止。”“欲灵魂得享安宁的国王,要不断宽恕那些怒骂自己的诉讼者、儿童、老人和病人。”“国王应该始终尊敬知识渊博的神学家、病人、苦于忧患的人、儿童、老人、穷人、出身高贵的人和德高望重的人。”法典禁止杀婴:“杀婴儿者、以怨报德者、杀害请求庇护者或杀害妇女者,虽已根据法律进行自赎,也不可和他交往。”另外,该法典还规定了特殊情况下儿童的有限作证能力。

“遇此情况,没有适当证人时,可听取妇女、儿童、老人、学生、亲族、奴隶或仆人的供述。”“但因为儿童、老人和病人所述情况可能不实,法官应该将他们的证据看作是无力的,精神失常者的证据亦然。”

(三)古罗马法中的儿童法律地位

古罗马法是西方法律的源头,从其中的一些规范中也大致能窥见早期西方儿童的存在状态。

其一,在古罗马法中,父亲是一家之主。父亲有种种权力,如,承认或不承认儿子的权力;嫁女的权力,也就是将他对女儿的权力转让给他人;为儿子择偶的权力,因为儿子的婚姻与家庭的延续有关;出继儿子的权力,由此而逐儿子于家庭和家祭之外;承嗣儿子的权力,由此而让某一外人加入到本家的祭礼中。儿子与妇女的地位相同:他不能有财产,他工作的收入、经商的获利都归父亲所有;他从外人那里获得的赠与或遗产,承受者仍为父亲,而不是他本人。古罗马法禁止父亲与儿子订立买卖契约,因为儿子所得的财产均须交归父亲,所以若父亲卖与儿子,就等于是卖给他自己一样^{[4]81}。

其二,儿童是父亲的私有财产。据古罗马与雅典法的规定,父亲都有卖子女的权力。如《十二铜表法》就明确规定:“家属终身在家长权的支配下。家长得监察之、殴打之、使作苦役,甚至出卖之或杀死之;纵使子孙担任了国家高级公职的亦同。”而这种做法的理由是,父亲是支配全家产业的主人,儿子可以被视为是他的财产,儿子的双手劳动也是父亲获得收入的手段。所以父亲有权或将这一手段留为己用,或出卖给他人。

其三,儿童被视为国家的工具。《十二铜表法》规定:“对畸形怪状的婴儿,应即杀之。”说明国家有不宽容残疾人的权力。它可令人不要生下残疾者,或将生下的残疾儿杀死。之所以这样规定,显然是因为残疾儿童被看作是国家、家庭的无用的累赘。在亚里士多德及柏拉图所设想的理想法律中也包含将儿童视为国家之物的规定。柏拉图曾说:“父母不能随意令子女去还

是不去国家指定的老师家读书,因为儿童与其说属于父母,不如说属于城邦。”^{[4]295}

其四,家长权在一定情形下有受限性。《十二铜表法》规定:“家长如三次出卖其子的,该子即脱离家长权而获得解放。”这体现了古罗马法第一次对父权权力的削减。特别需要注意的是,按照雅典法,儿子到了一定的年龄,就可以不再受父权的支配。另外雅典法律规定儿子必须赡养他年老或不能自理的父亲,由此可推断,儿子可以拥有私产,以及他可以脱离父权的管辖。

其五,儿童刑责有减免情形。《十二铜表法》第8表第9条规定:“在夜间窃取耕地的庄稼或放牧的,如为适婚人,则处死以祭谷神;如为未适婚人,则由长官酌情鞭打,并处以赔偿双倍于损害的罚金。”

(四)中国古代法中的儿童法律地位

首先,中国古代法确立了长幼尊卑有序的身份等级秩序,不容僭越。如《大清律例》将“恶逆”“不孝”作为十恶不赦之罪。“四曰恶逆,谓殴及谋杀祖父母父母……”“七曰不孝,谓告言咒骂谋杀祖父母父母……”“凡谋杀祖父母父母……已行者皆斩,已杀者皆凌迟处死。”“其尊长谋杀卑幼已行者各依故杀罪减二等。”“凡子孙殴祖父母父母……皆斩,杀者皆凌迟处死。”“其子孙违犯教令而祖父母父母非理殴杀者,杖一百;故杀者,杖六十徒一年。”“凡子孙告祖父母父母……者杖一百徒三年。”“凡子孙违犯祖父母父母教令及奉养有缺者杖一百。”

其次,中国古代立法确认了家长主权原则。如《汉书·食货志》载,汉高帝颁布诏令:“民得卖子。”《大清律例》亦规定:“父母控子,即照所控办理,不必审讯。”

再次,我国古代立法规定了儿童犯罪的刑事减免,中国古代《礼记·曲礼上》载:“八十、九十曰耄,七年曰悼。悼与耄,虽有罪,不加刑焉。”《唐律》规定:凡年在七十以上、十五以下及废疾,犯“反逆”杀人等死罪,可以上请减免,而“九十以上、十以下,虽有死罪不加刑”。《大清律例》亦规定十五岁以下犯流罪以下收赎;十岁以下犯杀人

应死者,议拟奏闻取自上裁,盗窃伤人者亦收赎,余者勿论;七岁以下虽有死罪不加刑。

最后,中国古代立法有保护幼童的条款。如《大清律例》:“凡收留人家迷失子女不送官司而卖为奴婢或为妻妾子孙者,受杖刑徒刑。”“凡鳏寡孤独及笃废之人贫穷无亲属倚靠所在官司应收养而不收养者杖六十,如应给衣粮而官吏克减者以监守自盗论。”“奸幼女十二岁以下者,虽和同强(奸)论。”“老幼不拷讯。”

二、工具化:古代法中儿童的价值分析

“童年的历史恍如一场我们刚刚醒来的噩梦。我们越向前追溯这一历史,就会发现照顾儿童的水准越来越低,而且儿童被杀害、遗弃、责打、恐吓和性虐待的可能性越大。”^[5] 这样一个描述对于整个儿童权利发展的历史而言可能有点夸大,但对古代社会的儿童地位来讲该叙事基本是准确的,这一点在上述文明古国的古代法中已有集中体现。在漫长的古代社会,儿童的社会地位是非常低下的,他们被工具化、财产化或附属化,被要求履行义务却不享有权利。

首先,总体而言,在漫长的古代社会,儿童的价值被工具化,儿童仅仅被看作是国家或部族的财产和工具。在许多远古时代的原始部落中,新生婴儿不被当作人,而被视作父母或氏族的隶属品。在这些部落中流行杀婴、弃婴(特别是残疾婴儿)或杀婴献祭等现象。在古希腊斯巴达,儿童属于国家所有。婴儿刚一出生,就受到国家长老的检查,凡是身体畸形或孱弱的就被抛到峡谷墓地,检查合格的则交给父母代替国家抚养。实际上,人类第一部禁止杀害婴儿的法律直到公元374年才在欧洲出现^[6]。在古罗马时期,如果国家处于危机时刻,14岁以上的儿童也要像成年人一样参加战争,在战争中杀人或被杀^[7]。

其次,在古代社会儿童被作为权利的客体而非权利的主体。古代社会是等级森严的身份社会,在这样的社会中处于社会金字塔顶端身份高的人拥有各种特权,而处于社会底层的人

则只能履行义务,甚至不被当人看。儿童在古代社会就处于社会金字塔的底层,在那个时代,儿童仅仅被看作是父权制家庭中的私人财产和家长的附属物,是一种可以向其他成人自由转让的财产利益^[8],其实质上是父权制的一种客观对象物。在此种观念主导下,父母特别是父亲可以像支配私人财产一样随意处分自己的子女,对此国家基本采取自由放任的态度,法律对父母虐待、遗弃或盘剥子女的行为不但不做禁止性规定,反而授权他们可以对自己的子女进行严厉的管教、惩罚或责打,乃至随意买卖、扼杀。《圣经》中就有亚伯拉罕把儿子作为献祭的记载。

在古代,作为他权人,儿童在家长主权之下,毫无法律地位可言。“法律止于家的边界”,古罗马法学家盖尤斯就说:“要知道,人们不能将正义转让给在权力之下的人,即妻子、儿子、奴隶。就像他们没有什么东西属于自己的一样,他们也不能要求得到正义。如果你管辖下的儿子犯了罪,那么法律就将你告上正义的法庭。儿子针对他父亲犯下的罪,不具备任何的法律效果。”^{[4]81}由此显然看出,在古罗马儿子在法庭上既不能做诉讼人和辩护人,也不能做原告、被告及证人。家中只有父亲可以上城邦的法院,公义只与他一人有关,全家人一切罪责均由他一人肩负。在家庭内部,家长是审判官,凭着他拥有的夫权和父权,在家神的监视下可以以家庭的名义进行审判。亚里士多德也认为家庭的属性是个人与私人生活的一种现象,儿童是家庭或者父母的一种延伸。这种观点流传久远,甚至在启蒙时代霍布斯还主张儿童完全处于父母的支配之下,父母依据自己的选择来维护或是毁灭他们的孩子^[9]。与此类似,中国古代也有“君要臣死,臣不得不死;父要子亡,子不得不亡”的极端主张。

再次,在古代家长、成人中心论下,儿童的特质泯灭不彰。在欧洲中世纪,“预成论”曾大行其道,该观点认为,儿童与成人仅有尺寸大小、知识多寡的区别,而否认二者在身心特征上的重大差异,因此主张用对待成人的标准对待儿童^[10]。甚至到了中世纪社会依然不存在童

年观念。阿里斯主张,在中世纪童年和成年之间几乎看不到什么区别,人们意识不到儿童的不成熟,儿童一到七岁就完全参与成人生活^[11]。在儿童面前,成人百无禁忌:粗俗的语言、淫秽的行为和场面,儿童无所不听、无所不见。儿童一脱离尿布,马上就穿得和成人一样^[12]。诺伯特·埃利亚斯也认为在中世纪,“成年人与儿童之间的差距很小”^[13]。儿童及其童年在此失去了自身独特意义。

基于儿童的此种定位,对儿童的体罚在古代是被普遍认可的。在古代社会操控儿童命运的有“儿童原罪说”。“原罪说”的儿童观认为,由于人类的祖先亚当及夏娃不听上帝的话,偷吃了伊甸园的禁果,因此染上“原罪”(original sin),并遗传给子子孙孙,儿童生来本性倾向邪恶,故须严加管束。如基督教会《旧约》里就有这样的话:“不可不管教孩童,你要用杖打他,就可以救他的灵魂免下阴间。”一份中世纪的德国布道书中的观点是:“就像猫天生爱抓老鼠,狐狸爱抓小鸡,狼爱吃小羊一样,刚出生的婴儿在他们的内心中也有一种天生的不良倾向,如对奸邪、不道德行为的渴望,对偶像的崇拜,对魔法的迷恋,对敌意、争吵、激情、愤怒、冲突、纷争、结党营私、仇恨、谋杀、酗酒、贪吃等等行为的嗜好。”^[14]一个叫约翰·罗宾逊的牧师曾写道:“可以确定地说,在每个儿童心中都有一股源自天性的执拗和坚决,但在它们刚冒头的时候父母就必须坚决打击和粉碎掉这种性情。这样才能在谦逊和温顺的基础之上对他们实行教育,他们那个时代的其他品格也才能够养成。”^[15]于此类似,中国古代也有“不打不成器”“棍棒底下出孝子”的育儿观。

当然,古代社会对儿童而言虽有冷酷的一面,但亦有温情的一面。体弱恤幼及差别化对待的思想在古代尽管不是社会的主流意识,但却确实存在着——是古人留给今人的一大精神财富,亦是后世儿童权利得以生发的一块沃土。孟子曰:“幼吾幼以及人之幼。”古代世界各国都有类似的思想,如基督教经典告诫人们“不可挪移古时的地界,也不可侵入孤儿的天

地”;伊斯兰经典《古兰经》亦训诫道“要照顾孤儿。待他们不得残忍,必须善待”^[16]。当然,“古人慈幼的思想基点并不在于儿童本身,而在于国与家的政治经济利益,被用作齐家治国、富国强兵的政治手段,作为社会政治伦理维系君君、臣臣、父父、子子的封建伦常关系。此外,还被作为鼓励人口增殖的措施,服务于富国强兵的财政目的和军事目的”^[17]。

三、余论

有人说:“西洋在16世纪发现了人,18世纪发现了妇女,19世纪发现了儿童。”^[18]诚哉斯言,在漫长的古代社会,儿童一直被作为一种有用的工具、一种可易的财产、一种家长的附属物来看待。儿童被作为人来看待、作为独立的人格主体来看待,是近现代特别是二战后社会发展的产物。从历史发展进程来看,儿童的发现——儿童被社会作为平等的人格主体来看待——要远远晚于人(成年男人、女人)的发现。因此,时至今日,儿童权利观念、儿童平等主体观念在整个社会观念场域中远未牢固地树立起来,根深蒂固的古代儿童观在现代社会依然还有残存,还在影响着成人世界的价值选择,还在制造着现代儿童悲剧——如现实生活中时有发生虐待儿童、拐卖儿童、选择性堕胎等丑恶行为的发生往往与此有关。因此,关爱儿童、保护儿童不但需要在规范上建章立制,还需要在观念上清除古代社会遗留下来的有关儿童的一些错误观念,使儿童权利观、儿童平等主体观真正在全社会树立起来,从而为儿童的健康成长构筑起制度和观念双重支撑的空间。

参考文献:

- [1] 大卫·帕金翰. 童年之死[M]. 张建中,译,北京:华夏出版社,2005:3.
- [2] 拉德布鲁赫. 法律智慧警句集[M]. 舒国滢,译,北京:中国法制出版社,2001:141.
- [3] 摩奴法典[M]. 迭朗善,译,马香雪,转译,北京:商务印书馆,1996:139.
- [4] 库朗热. 古代城邦——古希腊罗马祭祀、权利和政制研究[M]. 谭立铸,译,上海:华东师范大学出版社,2005.
- [5] 施义慧. 道德视阈中近代西方童年观的历史变迁[J]. 中共福建省委党校学报,2004(12):97-100.
- [6] 谭旭东. 论童年的历史建构与价值确立[J]. 涪陵师范学院学报,2006(11):17-24.
- [7] 王蕾. 从“小”成人到“大”儿童[J]. 济宁学院学报,2008(2):45-49.
- [8] FREEMAN M. The rights and wrongs of children [M]. London: Frances Pinter, 1983:6-23.
- [9] 张杨. 西方儿童权利理论研究[D]. 长春:吉林大学,2011.
- [10] 杨佳. 周红安. 杨汉麟. 西方儿童观的历史演进[J]. 合肥师范学院学报,2011(7):34-38.
- [11] ARIÈS P. Centuries of childhood: a social history of family life [M]. London: Knopf, 1962:125.
- [12] 尼尔·波兹曼. 童年的消逝[M]. 吴燕趁,译,桂林:广西师范大学出版社,2004:22-27.
- [13] 诺伯特·埃利亚斯. 文明的进程:文明的社会起源和心理起源的研究——西方国家世俗上层行为的变化[M]. 上海:生活·读书·新知三联书店,1998:321.
- [14] OZMENT S. When fathers ruled: family life in reformation Europe [M]. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1983:164.
- [15] DEMOS J. A little commonwealth: family life in Plymouth Colony [M]. New York: Oxford University Press, 1970:134-136.
- [16] 世界著名法典汉译丛书编委会. 十二铜表法[M]. 北京:法律出版社,2000:237-238.
- [17] 刘森. 增强儿童权利保护意识,全面认识教育职能[J]. 教育研究,1996(6):19-24.
- [18] 王雪梅. 儿童权利论:一个初步的比较研究[M]. 北京:社会科学文献出版社,2005:26.

(责任编辑:李秀荣)