

·社会保障问题研究(学术主持人:王跃生)·

历史上家庭养老功能的维护研究

——以法律和政策为中心

王跃生

(中国社会科学院老年与家庭研究中心,北京 100028)

[摘要] 在没有建立规范性社会养老保障制度的传统社会,老年人主要依赖家庭成员赡养。为维护家庭养老体系,增强家庭养老功能,政府通过法律和政策对赋役、刑罚、任官和婚姻制度进行调整,确保老年人有基本的养老依赖,同时抑制子代对养老义务的摆脱和推诿行为,倡导孝行,保证老年人老有所养。当国家没有能力建立社会养老保障时,通过法律和政策维护家庭养老功能就成为必要之举。在当代,传统社会的做法不能被照搬过来,但社会养老制度不能替代所有家庭养老功能。农村则尚未真正建立社会养老保障体系。这意味着通过现代法律和政策抑制子代对老年亲代生存状态和质量的忽视仍有现实意义。

[关键词] 家庭养老; 传统时代; 法律; 政策

[中图分类号] C913.6 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1003-4145 [2015]05-0005-10

DOI: 10.14112/j.cnki.37-1053/c.2015.05.001

老年人居家养老是近代之前中国社会中的主要形式(直至当代仍未有根本改变,差异是当代城镇老年人多有退休金等作为生活来源,对子女的依赖程度降低),子媳等近亲是其生存资料的提供者,更是他们失去生活自理能力后的主要照料者。如何保证家庭成员承担自己应尽的赡养和照料义务,从而使依赖他人生活的老年人获得基本的生存条件,这就需要有相对健全的制度。传统时代,政府和社会组织比较重视建立与此有关的制度。在当代,家庭养老仍是法律、政策等制度形式维护的重要内容。探讨历史上的家庭养老制度,对完善当代养老制度有借鉴作用。就目前而言,对这一问题进行系统考察的研究尚比较少见,本文尝试做一分析。

一、保障高龄老年人身边有近亲赡养照料

相对于现代社会,近代之前老年人对家庭养老的依赖更强,亦即没有或很少有社会性替代手段。可以说,有子女老人所获养老支持主要来自家庭。有高龄老人的家庭,子女等亲属要承担更多照料义务。政府在这方面究竟给予了民众家庭哪些制度性协助呢?

(一) 高龄者的家庭成员赋役免除制度

免除有高年老人家庭部分或全部应服役劳动年龄成员的徭役,使其有时间尽赡养、照料之责。

近代之前,政府或民间对高年者即高龄老人的认定标准不一,多数以80岁为标准,也有的以70岁为标准。前一标准与现代社会比较一致。高年者及其家庭应该享受什么样的制度优待? 免除其家庭主要劳动力的徭役负担是比较普遍的举措,以便其有时间履行赡养义务。

《管子》一书中设计有优待老年人的制度,其着眼点是政府应免除高年者一个、二个儿子或全家的徭役,保证身边有人承担赡养和照料责任,从而维护老年人的生存条件:所谓老老者,凡国、都皆有掌老,年七十已上,一子无征,三月有馈肉;八十已上,二子无征,月有馈肉;九十已上,尽家无征,日有酒肉。死,上共棺槨。劝子弟:精膳食,问所欲,求所嗜。此之谓老老(《管子》,入国54)。在这一尊老制度下,国家设有专管老年

收稿日期:2015-01-10

作者简介:王跃生,中国社会科学院人口与劳动经济研究所、老年与家庭研究中心研究员。

基金项目:本文系国家社科基金项目“制度人口学”(项目编号:04BRK0003)的阶段性成果。

事务的官职和机构,70岁以上老年人享受一子不应征役和三个月由官方派送一次肉食的待遇;80岁以上者,两个儿子不服役,每月获得一次馈赠之肉;90岁以上者,全家免役,每日获得国家供给的酒肉。这些老年人去世后,由国家提供棺槨。负责老年事务的官员还要劝勉老人子弟,为其提供精细饭食,关注其所思所好。可见,这项制度具有政府提供物质条件与家庭负担照料人力相结合的特征。客观上讲,70、80和90岁以上三个年龄段的老年人对家庭成员的养老依赖逐渐增大,家庭为供养其生活付出的人力和物力也会提高。因而,这里采用了免一子、免二子和免全家徭役三种方式。我们认为,政府通过赋役调整手段协助家庭养老,是一项可行做法。至于向70、80岁以上老年人馈赠肉食,具有礼仪意义,对老年人的实际生活帮助有限。而90岁以上者每日获得肉食馈赠,直接减轻了家庭赡养压力,可谓很实在的帮助。这要有专门机构或人员负责,是否能或有条件做到?尚难说。不过,当时一国之中活至90岁以上者数量有限,政府负担其赡养的财力应该没有问题。此外,成书于战国时期的《礼记·内则》有“八十者一子不从政,九十者其家不从政”之说。这里的“政”泛指王事,对普通百姓来说主要是徭役活动。^①先秦时代的这些制度(有的可能只是制度设想)对后世影响较大。

汉朝政府规定:诸当行粟,独与若父母居老如皖老,若其父母罢(癯)者,皆勿行^②。不仅年老父母之子免役,而且残疾父母之子也可免役。西汉文、景之时,“礼高年,九十者一子不事,八十者二算不事”,“不事”为蠲免赋役;二算不事为免二口算赋(《汉书》卷51,贾山传)。武帝建元元年四月下诏:今天下孝子顺孙愿自竭尽以承其亲,外迫公事,内乏资财,是以孝心阙焉,朕甚怜之。民年九十以上,已有受粥法(师古曰:给米粟以为糜粥),为复子若孙,令得身帅妻妾遂其供养之事(《汉书》卷6,武帝纪)。这较文、景之时扩大了免役范围,由一子扩至全家,使其能全力尽赡养老人之职。我们认为,这是对“九十者其家不从政”理念和期望的具体落实。

三国时魏武帝下令:老耄须侍养者,年九十以上,复不事家一人(《三国志》卷1,《魏书·武帝纪》)。客观上讲,当时活到九十岁以上老年人在总人口中的比例是很低的。即使当代,一个数百户的村庄活至九十岁及以上的老者也屈指可数。不过,三国之前政府并没有一以贯之地实行“其家不从政”的政策,而是在“一子不事”还是“其家不从政”之间伸缩变异,表明当时政府对高龄老年人家庭成员徭役减免力度有限。

北魏时比较普遍的政策是80岁以上可享受一子不服役的照顾:民年八十以上,听一子不役(《魏书》卷110,食货志)。北魏太和元年文帝下诏,扩大照顾范围:七十以上一子不从役(《北史》卷3,魏本纪)。两者的差异在于,后者为特殊性规定,前者为经常性做法。北周规定:其人年八十者,一子不从役;百年者,一家不从役(《隋书》卷24,食货志)。“一家不从役”的年龄标准由九十岁提高至百岁。

后魏和平二年三月,文成帝巡幸中山,“所过皆亲封高年,问民疾苦。民年八十以上一子不从役”(《魏书》卷5,高宗纪)。它属于特行制度,并非惯常之举。

按照北周之制,司役掌力役方面的政令:有年八十者,一子不从役;百年者,家不从役;废疾非人不养者,一人不从役(《文献通考》卷10,户口考1)。这应该是北周本朝所实行的制度。

唐朝初年尚未形成规范性制度,仅有偶然性措施。贞观十一年“给民百岁以上侍五人”(《新唐书》卷2,太宗纪)。开元二十五年《户令》则将优待老人纳入法规之中:诸年八十及笃疾给侍一人,九十二人,百岁三人(《文献通考》卷10,户口考1)。我们认为,这里的“给”并非官府提供,而是免除相应数量家庭和近亲成员的徭役,以便其承担侍奉老年人之责。并且这些被免役的“侍丁”并不限于本家之内,其原则是“皆先尽子孙,次取近亲,次取轻色丁”(《大唐会典》卷3,户部)。唐朝开元时将受照顾的高年年龄降低:男子七十五以上,妇人七十以上,中男(18—22岁)为侍,八十以上令以例程从事(《新唐书》卷51,食货)。天宝五年年龄放宽:男子七十五以上、妇人七十以上,中男一人为侍;八十以上以令式从事(《新唐书》卷51,食货)。天宝八年六月因大赦而下诏:男子七十、妇人七十五以上,皆给一丁侍(《新唐书》卷5,玄宗纪)。此外,开元二十三年还对征防兵实施特别政策:征防兵父母年七十者遣还(《新唐书》卷5,玄宗纪)。从制度上看,由于年龄降低,唐代享受侍丁待遇者的范围扩大。

五代时政权更迭频繁,免除高龄者家人徭役政策也为各代政府所关注。后唐庄宗同光元年四月即位时

^①王跃生《中国人口的盛衰与对策——中国封建社会人口政策研究》,社会科学文献出版社1995年版,第181页。

^②《二年律令·置后律》,载《张家山汉墓竹简》,文物出版社2006年版,第64页。

下令:应诸道管内有关年逾百岁者,便与给复,永俾除名。自八十至九十者与免一子免役,州县不得差徭。十月再令,有年过八十者免一子从征。明宗天成二年十月下诏:养亲之道为子居先,应有年八十以上及家长有废疾者,宜免一丁差役,俾遂奉养。晋高祖天福二年四月制令云:天下百姓有年八十以上者,与免一丁差徭,仍令逐处简署上佐官(《册府元龟》卷55,帝王部·养老)。可见,这些应属于特殊性政策。

元代大德九年二月规定:老者年八十以上许存侍丁一名,九十以上存两名,并免本身杂役(《通制条格》卷3,户令,年老侍丁)。

明代洪武元年下诏:民年七十之上者许一丁侍养,免杂泛差役。但洪武二年又调整了政策:凡民年八十之上、止有一子,若系有田产应当差役者,许令雇人代替出官。无田产者,许存侍丁,与免杂役(《大明会典》卷20,户口)。可见,80岁以上老人的独子并非无条件免役,可出钱雇人代役。言外之意,不愿出钱雇人代役者,则仍应服役。

清代的政策是:军、民年七十以上者,许一丁侍养,免其杂泛差役(《大清律例》卷6,户律)。清康熙二十七年特降恩诏:居民年七十以上许一丁侍养。康熙六十一年十一月,雍正即位不久,又重申这一规定(萧奭:《永宪录》卷1)。乾隆元年上谕指出:上年恩诏,凡民人年七十以上者许一人侍奉;八十以上者始与八品顶带,以荣其身。乾隆皇帝觉得,生监中有年登耄耋者,却未能享受到这项待遇,“于引年尚齿之典尚未为备,故令通行内外直省,凡属生监年七十以上者,优免一丁,年八十以上者给予八品顶带(《乾隆朝上谕档》,第一册)。清代还规定:老人九十以上者,地方官不时存问,其或孤寡及子孙贫不能养赡者,州县查明赈恤,详报督抚奏闻,动用钱粮,务令得沾实惠(《大清律例》卷8,户律)。

以上表明,多数王朝对高龄老年人之子免差役照顾限定在父母80岁及以上;少数时期降低为70岁以上。近代之前,中国老年人的赡养、照料几乎全由家庭成员承担。而有老年人的家庭,主要成员若被征派徭役,则难以履行养亲之责。这一政策对家庭照料资源的培植是有作用的。而且,它也有助于增强人们对老年人的敬重意识。元代人王结在《善俗要义》中指出:九十、八十之老,朝廷颁赐绢帛,仍许一子免役,顾吾何人,而敢不敬耶(《善俗要义》第22条,敬耆艾)?帝王采取优待高龄老人的措施有助于倡导民间的尊老风尚。但在传统时期,能活至80岁以上的老年人,特别是男性的比例不大,可见这一规定的受益范围是有限的。相对来说,若将70岁作为照顾标准,受益家庭则可能增多。当然,在一些朝代,赋役繁重,扩大受益面将影响国家公共活动对徭役人丁的征派需求。秦汉至隋以前徭役为国家政事和军事活动所必须,政府在高年者家庭成员免役问题比较谨慎。它在很大程度上只是一种象征性做法。

(二) 官员终养高龄尊亲制度

为官之人若家有高龄父母或祖父母,且父、祖身边无兄弟或伯叔等期亲照料,政府允许或要求其请辞官职,回家尽其赡养之责。父母或祖父母多大年龄时为官子孙许请归养,甚至强令终养。对此,各朝规定不一。

西晋规定:其父母八十,可听终养,则孝莫大于事亲矣(《晋书》卷50,庾峻传)。可见,当时尚未形成硬性约束制度。

按照唐朝法律,祖父母、父母老疾无侍,委亲之官,将受处罚。其时父母老疾的标准如“疏议”所作解释:老谓八十以上,疾谓笃疾,并依令合侍。若不侍,委亲之官者。其有才业灼然,要藉驱使,令带官侍,不拘此律。另一种情形是:委亲之官,依法有罪。既将之任,理异委亲;及先已任官,亲后老疾,不请解侍,并科“违令”之罪(《唐律疏议》卷3,名例)。

宋代实行官员亲老时就近任职制度:州县官父母年七十以上无兼侍者,权注近官(《续资治通鉴长编》卷100)。真宗咸平四年规定:京朝官父母年七十以上,合入远官,无亲的兄弟者,并与近地;如有亲的兄弟年二十以上者,不在此限(《宋会要辑稿》职官十一之一)。仁宗天圣九年规定:选人父母年八十以上,听权注近官(《续资治通鉴长编》卷110)。甚至对军士也有类似照顾。熙宁八年三月,神宗下诏:军士祖父母、父母老疾,无男子兼侍而在他处应募者,听移就父母所在一等军分(《续资治通鉴长编》卷261)。这可谓公职履行与私养义务承担的一种结合和兼顾。

明代天顺二年正月英宗下诏:内外官父母年老在家愿分俸禄助养者,准令分俸于原籍关支。官吏监生有亲老愿侍奉者,准令回家侍养,亲终赴部听用(《皇明诏令》卷13)。分俸是允许官员将自己的一部分收入通过原籍支取的方式,直接交给其父母支配。至于亲老的年龄标准是什么,未予明确。弘治十八年规定:在外文职官员有亲老告回侍养者,亲终之日,仍许赴部听用(《皇明诏令》卷18)。

清代亲老可终养的标准为70岁。顺治十三年题准:凡官员祖父母、父母年老,无伯叔、兄弟者,准其终养。康熙三年规定:父母年七十以上,子男俱出仕在外,户内别无次丁者,或有兄弟笃疾,不能侍奉者,或母老虽有兄弟,同父异母者,俱准回籍终养。顺治九年规定:官员对继母亦准终养。乾隆年间将父母的终养年龄作出分别。乾隆五十年奏准:现任及试用人员,凡亲年八十以上,独子之亲年七十以上,通伤自行呈明,听其终养。嘉庆五年规定:汉官父母年届八十以上,而有同胞兄弟在外,其父母业经就养兄弟任所,不必概令诸子弃职终养,有呈请终养者,仍照例准行。官员出继为人后,如所继父母尚在,不准以为本生父母年老呈请终养,若所继父母已故则可,而本生父母年届七十八十以上……准其回籍终养(光绪《大清会典事例》卷140,吏部,终养)。

当然,在清代,官员也可将老年父母接至为官之地赡养,称为“迎养”。雍正五年议准:若现任官员,或父母衰病,迎养维艰,详请终养者,该督抚查该员政务并无怠忽,仓库钱粮并无亏空,取结具题,准其回籍终养。乾隆二年规定:官员告请终养,给督抚查明取具印结,一面题咨,一面飭令交代清楚,即给咨回籍,不必守候部复(光绪《大清会典事例》卷140,吏部,终养)。不仅亲年70岁以上,若遇父母生病等情形,也允许回籍侍养。康熙五十八年议准,告假回籍官员,遇亲老笃疾者,地方官出具印结,呈详该抚,保题到日许暂留在籍侍养。俟亲病痊可,给咨赴部^①。

清朝还曾有将亲老官员改补近地做法,这与宋代做法相似。但其中有人借机规避边远职位。所以乾隆十四年谕令:向例官员以亲老改补近地者,仍令坐补原缺,所以杜规避也。而告请终养之员,未有坐补原缺之例。夫父母年逾耆耄,许令侍养,乃国家锡类之令典,然亲年子所素知,何必俟莅任后,方行告请,安知其非因现缺平常,将来即可铨补他缺,藉以自便其私?是转为巧于规避者开捷径。嗣后官员亲老,与终养之例相符者,于未得缺前,许其呈请,其已经铨选抵任者,将来亦坐补原缺(光绪《大清会典事例》卷140,吏部,终养)。

这些制度表明,在家庭养老没有替代手段的传统社会,这一责任对儿子来说是刚性的,无论平民还是官员都会面临奉养年老尊亲的问题。不过,对官员来说,这些制度也会使其失去一些升迁机会乃至为官中的利益,因而若无制度性要求,主动提出卸任回家侍奉父母者将很有限。政府实行该政策,既是对家庭养老功能的维护,也有借此让官员以实际行动倡行孝道之意。

(三) 犯死罪者存留养亲制度

犯罪者触犯刑律,特别是罪重之犯,本应处于极刑。但若其父母年老,刑犯为独子或父母身边没有其他近亲承担养老之责,官府或予开恩,免其死罪,以轻刑代之,使其承担侍奉父母之责。这被称为存留养亲之法。但法外开恩之权操于皇帝之手。

北魏太和十二年规定:犯死罪,若父母、祖父母年老,更无成人子孙,又无期亲者,仰案后列奏以待报,著之令格(《魏书》111,刑法)。这是该法规首次订立。

唐律中有了更系统的规定:犯死罪应侍、家无期亲成丁,诸犯死罪非十恶,而祖父母、父母老疾应侍,家无期亲成丁者,上请。《唐律疏议》的解释为:非“谋反”以下、“内乱”以上死罪,而祖父母、父母,通曾、高祖以来,年八十以上及笃疾,据令应侍,户内无期亲年二十一以上、五十九以下者,皆申刑部,具状上请,听敕处分。此外,“犯流罪者,虽是五流及十恶,亦得权留养亲”(《唐律疏议》卷3,名例)。

宋朝庆历五年诏令:罪殊死者,若祖父母、父母年八十及笃疾无期亲者,列所犯以闻(《宋史》卷199,刑法志)。

元代特别对兄弟两人及以上同犯死罪作出养亲规定:诸兄弟同盗,罪皆至死,父母老而乏养者,内以一人情罪可道者,免死养亲(《元史》卷104,刑法志)。

明代将照顾范围扩大至非死刑罪,如应徒流远离家乡者,通过在本地收赎,使其能尽赡养父母之责:犯徒流者,余罪得收赎,存留养亲。若犯徒流,存留养亲者,止杖一百,余罪收赎(《明史》卷93,刑法志)。

清代这一制度更为细致:凡犯死罪非常赦不原者,而高曾祖父母、父母年七十以上,笃疾应侍,或老或疾,家无以次成丁者,开具所犯罪名并应侍养缘由奏闻,由皇帝裁决,有可能减死罪存留养亲。若犯徒流而祖父母、父母老疾无人侍养者,止杖一百,余罪收赎,存留养亲。但是必须查明被害人有无父母,是否独子?若亦系独子,亲老无人奉侍,则杀人犯不准留养(《大清律例》卷4)。在此基础上,形成有针对性的条款。乾隆五

^①沈云龙主编《近代中国史料丛刊三编》第78辑,台北文海出版社1994年版,第1043页。

年规定:凡犯罪有兄弟俱拟正法者存留一人养亲,仍照律奏闻,请旨定夺。乾隆八年制定这样的规则:孀妇独子有犯戏杀、误杀等案,如伊母守节已逾二十年者,该督抚查明被杀之人并非孤子取结声明具题,法司核复,请奏留养。道光十二年降低标准,将守节“已逾二十年”中的“已逾”二字去掉,“以体恤妇女苦节抚孤、矜全贞节之意”(《大清律例》卷1)。

下面看两例清代案件的处理方式。

嘉庆年间,四川总督奏沈现顺、沈现宇兄弟杀死一家二命,俱拟正法,例得留一人养亲等语。相应照例声明,请旨定夺……臣部行文该督,将沈现宇照例枷号两个月,杖一百,准其存留养亲。奉旨:准其照例留养(《刑案汇览》(三)第一册,第69页)。

嘉庆五年,福建台湾府淡水厅李葵供词:年46岁,原籍南安县人,寄居淡水厅。父母俱故,小的并未娶妻,自幼过继堂伯母李傅氏为子。伯母现年八十三岁。本人与因钱冲突,伤其身死。判词:李葵出继李傅氏为子,虽属亲老丁单,惟该犯本生父母俱故,并无子嗣,律应归宗,毋庸取结声请留养,李傅氏另饬立继^①。

免除有高龄尊亲在世、且身边无期亲的死刑犯死罪,是对家庭养老功能的又一种维护方式。

上述免除高龄老年人儿子徭役、为官者有老年尊亲且无期亲照料辞官终养、犯死罪者有老年尊亲无期亲照料时可被免死等法律与家庭养老功能的培植和维护有关。其中第一种类型覆盖范围最大,最有意义。可以说,这是政府借助其力量在官方没有或较少经济损失情况下所获得的社会收益。这些制度可谓在官私利益发生某种冲突时,政府通过牺牲自己的利益来维护有老人家庭的利益。其直接结果和作用是避免和减少老年人处于无助境地。

二、强化子孙养老义务的履行

在传统时代,家庭养老最基本的要求是老年人身边有子女,随时为其提供日常照料等基本需求。因而,限制子女随意离家出外,防止老年人身边无支使之入,是法律 and 政策的又一项内容。

(一) 禁止义子舍弃养父母赡养之责

一些无子者收养义子,以便年老后由其赡养照料。为抑制义子不履行义务的行为,政府立法加以限制。

唐代法律为:诸养子,所养父母无子而舍去者,徒二年;若自生子及本生无子,欲还者,听之(《唐律疏议》卷12,户婚)。宋代与之相同《宋刑统》卷12,户婚),后世其他朝代也继承唐代这一法律的精神。

明代规定:若养同宗之人为子,所养父母无子而舍去者,杖一百,发付所养父母收管。若有亲生子及本生父母无子欲还者,听(《大明律》卷4,户律)。清代予以继承。

可见,各朝法律始终贯彻了这一原则:所养父母无子,养子不得舍而不养。只有当养父母生有儿子,亲生父母无子时,才允许归宗。无子养父母应是养子尤其承担的赡养对象。

(二) 限制子辈在父母年老后分家和弃亲不养行为

从唐代以来至明清,各朝代都有限制父母、祖父母在世兄弟分财别居行为。它虽然没有指明是为父母养老考虑,但该政策的这一指向是明确的。

元代政府则专门针对兄弟分家导致父母生存困难作出规定。至元二十一年正月,中书省御史台呈:体知得近年以来汉人官吏士庶与父母异居之后,或自己产业增盛而父母日就窘乏者,子孙视犹他家,不勤奉侍,以为既已分另,不比同居。或有同祖同父叔伯兄弟姊妹子侄等亲,鳏寡孤独老弱残疾不能自存者,亦不收养,以致托身养济院苟度朝夕,有伤风化。今后若有别居异财,丰衣美食,坐忍父母窘乏,不供子职,及同宗有服之亲寄食养济院,不行收养者,许诸人首告,重行断罪。如贫民委无亲族可倚,或亲族亦贫不能给养者,乃许入养济院收录。都省准呈《通制条格》卷3,户令)。这一规定并不限制尊亲在世时子孙分财各爨行为,但前提是不能因此弃却自己的养老义务,置父母等尊亲于不顾。不仅如此,对旁系亲属中无人赡养鳏寡孤独、老弱残疾者也要予以收养。政府力图让家庭和亲族成员发挥更多的养老作用。

(三) 鼓励已分户子孙与老年父祖合户

儿子青年时婚后与中年父母分爨或分居生活,父母年老、失去生活自理能力后再与子女合爨生活。这种做法在当代城乡并不少见。传统时代多禁止子孙亲在而分居出去的做法。但汉代有这样一项政策:夫妻皆

^①杜家骥主编《清嘉庆朝刑科题本社会史料辑刊》第二册,天津古籍出版社2008年版,第500页。

痿病及年七十以上,毋异其子。今毋它子,欲令归户入养,许之^①。它应该是支持已分开生活的子代通过与老年亲代重新合爨来履行照料责任。这或许与汉代初期沿袭亲代做法,分异令仍在实行时的情形,即不禁止、甚至鼓励有多男家庭亲子分居,但当父母年老后鼓励以养老为目的的同居共爨行为。

(四) 限制独子出赘、出继

独子出赘做上门女婿或出继他人作为后,父母身边便无子女赡养、照料,因而为法律和政策所禁止。

元代至元九年规定:民间富实可以娶妻之家,止有一子,不许作赘;若贫穷止有一子,立年限出舍者听(《通制条格》卷4,户令)。其意为,家庭经济条件比较殷实之家,独子不许出赘,只应在家娶妻,赡养父母;若贫穷家独子,只允许其做立有年限的女婿,最终要归家顶门立户。

明代规定:止有一子者、不许出赘(《大明会典》卷20,婚姻)。清律继承明代做法。

独子出继他人也为法律不允。直到清末《大清民律草案》仍保持这一限定(第1393条):独子不得出为嗣子,但兼祧者不在此限^②。

(五) 限制独子为僧道

为僧道者离家修行于寺院,不事谋生之业,实际是弃养父母。故独子不得为僧道成为官方设定的一项基本原则。

元代规定:诸愿弃俗出家为僧道,若本户丁多,差役不阙,及有兄弟足以侍养父母者,于本籍有司陈请,保勘申路,给据簪剃,违者断罪归俗(《元史》卷104,刑法志)。

明代成化二十三年还有这样的政策:僧道有父母见存无人侍养者,不问有无度牒,许令还俗养亲(《皇明诏令》卷16)。但这是比较弹性的做法,并非必须还俗。

清代的处罚比较严厉:民间子弟户内不及三丁或在十六以上而出家者,俱枷号一个月,并罪坐所由僧道官及住持;知而不举者,各罢职还俗(《大清律例》卷10,户律)。

(六) 惩罚弃亲之任

这一制度主要针对为官者,或者说它与终养相表里。

明代规定,凡祖父母、父母年八十以上,及笃疾别无以次侍丁而弃亲之任,及妄称祖父母、父母老疾求归入侍者,并杖八十(《大明律》卷12)。这包含两重意思:一是别无次侍丁者隐瞒自己有80岁以上祖父母、父母,不行终养;二是谎称应行终养而离职。清代继承明代这一政策。

家庭养老功能具体表现为,老年尊亲身边有人提供生活资料和基本照料服务。因而,上述制度意在禁止独子、养子以各种方式离开父母、养父母,放弃自己应履行的义务,或者将尊亲置于无人问津之地。

三、表彰孝子惩戒不孝之行

按照传统伦理,子孙对父祖的孝行有多种表现,而尽心履行养老功能是首要要求。笔者认为,孝行倡导还与农业社会家庭生存条件或生活资料整体短缺有关,对广大中下层民众更是如此。作为子女,要勤于职事(或农耕、或工商,或仕宦),获得生活资料赡养失去劳动能力的父母,在生活资料不足时以供给父母为先。孝行是观念认识和行为态度结合的产物。但并非所有子孙都能以此对待父母,由此政府政策和法律便有弘扬孝行与惩戒不孝两种表现。

(一) 孝子表彰

政府表彰孝子虽有多种用意,但其核心却是为了让子弟对老年长辈履行好赡养义务。正如曾子所言:“孝子之养老也,乐其心不违其志,乐其耳目,安其寝处,以其饮食忠养之。孝子之身终,终身也者,非终父母之身,终其身也。是故父母之所爱亦爱之,父母之所敬亦敬之”(《礼记·内则》)。虽然曾子还讲“孝有三:大孝尊亲,其次弗辱,其下能养”(《礼记·祭义》),但对多数人来说,“养”亲是最为现实之“孝”。

近代之前,政府对孝子的表彰和倡导主要表现在以下方面:

1. 赐赏爵位

汉代时有赐赏孝子之举,多与诸种赐赏合并进行。东汉明帝永平二年下诏:三老、孝悌、力田人三级(《后汉书》卷2,光武帝纪)。明帝之后颁布多次赐爵之诏。永平三年,赐三老、孝悌、力田人三级(《后汉书》

^①《二年月令·户律》,载《张家山汉墓竹简》,文物出版社2006年版,第55页。

^②《大清民律草案》,吉林人民出版社2002年版,第178页。

卷2,光武帝纪)。永平十八年,章帝即位,大赦天下,赐民爵,人二级,为父后及孝悌、力田人三级(《后汉书》卷3,章帝纪)。建初四年,赐爵,人二级,三老、孝悌、力田人三级(《后汉书》卷3,章帝纪)。汉成帝建始三年春三月,赦天下徒,赐孝弟、力田爵二级(《汉书》卷10,成帝纪)。当然,这里的孝悌既包括孝顺父母,也有和睦兄弟之行。

南朝宋时,孝子、顺孙、义夫、悌弟,赐爵一级(《宋书》卷6,孝武帝纪)。孝子顺孙,悉皆赐爵(《南史》卷8,元帝纪)。陈天嘉元年,孝悌力田殊行异等,加爵一级”(《陈书》卷3,世祖纪)。

隋唐之后,这一制度较少采用。它与秦汉以降至隋唐前政府以爵位赐赏民众普遍有关。

2. 赐予吃穿物品

赐赏孝子物品象征意义比较明显。当然,有些朝代赐赏力度较大,对生活资料短缺的孝子家庭有直接帮助。

汉文帝十二年三月下诏指出:孝悌,天下之大顺也。故遣谒者“劳赐三老、孝者帛人五匹,悌者、力田二匹”(《汉书》卷4,文帝纪)。

南朝齐规定:孝子顺孙义夫节妇粟帛各有差(《南齐书》卷3,武帝纪)。

唐代,孝子顺孙、义夫节妇赐物各有差(《旧唐书》卷25,礼仪)。贞观三年四月,赐孝义之家粟五斛(《新唐书》卷2,太宗纪)。

宋代神宗时,诏赐资州孝子支渐粟帛(《宋史》卷16,神宗纪)。

金代章宗对孝子的赐赏力度颇大,如赐云内孝子孟兴绢十四、粟二十石(《金史》卷9,章宗璟纪);贵德州孝子翟巽、遂州节妇张氏各绢十四、粟二十石;棣州孝子刘瑜、锦州孝子刘庆祐绢、粟,旌其门闾,复其身;云内孝子孟兴绢十四、粟二十石(《金史》卷9,章宗璟纪)。

明代也有赐赏做法。弘治五年规定:各处孝子顺孙义夫节妇曾经旌表者,所司各赐米一石,布一匹。孝子有出仕途者,除在任外,若有致仕闲住等项及坐监监生、各衙门吏典人等,亦照例给赐(《皇明诏令》卷18)。

3. 徭役免除

从前文已经知道,父母80岁以上者至少一个儿子可享受免役待遇,而对孝子免役则与父母年龄没有直接关系。

汉代惠帝四年下诏:举民孝弟、力田者复其身(《汉书》卷2,惠帝纪)。

北周规定:有品爵及孝子顺孙义夫节妇,并免课役(《隋书》卷24,食货志)。

唐代将其纳入规章之中:“孝子、顺孙”免课役(《新唐书》卷51,食货)。开元十七年,旌表孝子顺孙、义夫节妇,终身勿事(《新唐书》卷5,玄宗纪)。若孝子顺孙、义夫节妇志行闻于乡闾者,州县申省奏闻,而表其门闾,同籍悉免课役(《旧唐书》卷43,职官)。天宝五年下诏:男子七十五以上、妇人七十以上,中男一人为侍;八十以上以令式从事(《新唐书》卷57,食货)。

这一政策多实行于丁徭役普遍推行的王朝,政府将免役作为对孝行的奖劝手段。

4. 旌表

旌表是在孝子之门张挂牌匾,或赏赐银两,资助其建立具有褒扬之意的标志物——牌坊等。

东汉时,凡有孝子顺孙,贞女义妇,让财救患及学士为民法式者,皆扁表其门,以兴善行(《后汉书》卷128,百官志),由乡三老负责上报其事迹。

北朝时,孝子顺孙廉夫节妇旌表门闾,量给粟帛(《北史》卷4,魏本纪)。

唐代,若孝子顺孙,义夫节妇,精诚感通,志行闻于乡闾者,亦具以申奏,表其门闾(《旧唐书》卷44,职官)。

宋代,孝子、顺孙、义夫、节妇为乡里所称者,地方官并条析以闻(《宋史》卷114,礼志)。特别是县令,对本地“有孝悌行义闻于乡闾者,具事实上于州,激劝以励风俗”(《宋史》卷167,职官)。

元朝,诸义夫、节妇、孝子、顺孙,其节行卓异,应旌表者,从所属有司举之,监察御史廉访司察之,但有冒滥,罪及元举(《元史》卷102,刑法志)。

明清时期也有旌表孝子之制(《皇明诏令》卷18)。

清代雍正年间,还实行了对不婚孝女的旌表。昌平州孝女何百顺,乃何淳之女,淳子百魁,早卒无嗣,百

顺见父母年高,矢志不嫁,以女代子,侍养终身,年逾六旬,歿于何氏,恭请特赐旌门。雍正四年,清政府破“无旌表孝女之文”之先例,对其“养亲不嫁,笃重天伦”的行为予以旌表(《清世宗实录》卷41)。

5. 授予官职

西汉高后元年下诏:初置孝弟力田二千石者一人(《汉书》卷3,高后纪)。

唐代曾在科考中短暂设孝弟力田科,为其开辟仕进之路。唐玄宗取消这一做法,他认为:孝弟力田,风化之本,苟有其实,未必求名。比来将此同举人考试词策,便与及第,以为常科,是开侥幸之门,殊非敦劝之意,自今之后,不得更然。但玄宗仍给孝子以做官机会:其有孝弟闻于郡邑,力田推于邻里,两事兼著,状迹殊尤者,委所由长官,特以名荐,朕当别有处分,更不须随考试例申送(《全唐文》卷35,玄宗帝)。

元代,孝子顺孙堪从政者,量才任之(《元史》卷21,成宗纪)。元代大德九年六月,钦奉诏书内一款:孝子顺孙曾经旌表有才堪从政者,保结申明,量材任用(《通制条格》卷6)。

明代弘治五年曾规定:若“见在听选官监生内有曾经旌表孝子者”,吏部查勘是实,不拘资次,即与选用。但这只是特举,“后不为例”(《皇明诏令》卷18)。

清朝则有孝廉方正科,借以选拔孝义人才。这一政策始于雍正朝。雍正帝初登基即下诏,直省府州县卫各举孝廉方正,赐六品章服,备召用。雍正二年,浙江、直隶、福建、广西各荐举的两名人员被任以知县,五十五岁以上者,用作知州。这以后,清帝御极,皆恩诏荐举以为常例。乾隆朝的规则是,府州县卫保举孝廉方正,先由地方绅士、里党公举;州县官据此采访公评,详稽事实。所举或系生员,会同学官考核,申送大吏,核实具题,给六品章服荣身。果有德行才识兼优者,督抚逾格保荐赴部,九卿翰詹科道公同验看,候旨擢用(《清朝通典》卷18《清史稿》卷109)。因为这是标准较高的荣誉,能获得者数量很有限。雍正初年刚下诏地方举荐时,“数月未有所闻”,以致皇帝生气,再发上谕催促(萧爽《永宪录》卷2上)。

相对来说,以官职奖励孝子为个别王朝之举,因为对父母孝养之人并不一定有理政治民的才能。

6. 给以荣誉

宣扬孝子事迹有助于提升其在乡里的地位,进而引导民众崇尚孝行。

宋代,有孝悌行义闻于乡闾者,具事实上于州,激劝以励风俗(《宋史》卷167,职官志)。

除了上述由最高当局奖励孝行的做法外,地方官通过教化手段敦励普通民众,以孝行为念。

清代地方官也发布告示训导民众以行孝道为本。乾隆五年“雅尔图告示”对当时孝子标准这样规定:教民孝:此身何来?父母所生,父母爱子,无所不至,人子报之岂可不孝。父母教训敬谨听从,父母责罚顺受改过,自己粗衣淡饭,供给父母温饱无缺,自己勤苦力作,替代父母,安闲享用。父母有病服侍不离左右,父母未寝己身不敢先睡。父母不喜我妻子,我即诸事教戒妻子,以承顺父母之意。事事勿劳父母担心,时时须防父母挂念,是为孝子^①。

尊崇、表彰孝子为近代之前各朝政府所重视。孝行虽有多种表现,但无条件地尽好赡养尊亲之责应该是最基本的要求。在家庭养老为主导的时代,表彰孝行楷模一定程度上会促使子女更耐心地服侍老年父母;在整体上家庭生活资料比较匮乏的时代,为父母提供尽可能好的饮食和居住条件;始终将父母放在家庭生活的中心位置,不敢或不忍做违拗之事。同时应看到,具有特殊行为的孝子是少数,表彰其行为暗含着多数人达不到孝子的标准,政府和社会组织只能以孝子之行来引导、劝勉众人。

(二) 惩戒不履行赡养义务之行

惩治不孝之行是维护家庭养老功能的另一举措,旨在矫正违规做法。

处罚不孝者在夏商时即入法。“五刑之属三千,而莫大于不孝”(《孝经·五刑章》)。商朝,“刑三百,罪莫重于不孝”(《吕氏春秋·孝行》)。周代,“元恶大憝,矧惟不孝不友……刑兹不赦”(《尚书·康诰》)。尽管并未言明何种行为不孝,但肯定包含赡养之责履行欠缺方面的内容。

根据《秦律》:免老告人以为不孝,谒杀,当三环之不?不当环,亟执勿失(《睡虎地秦墓竹简》,《法律答问》)(老人控告不孝,要求判以死刑,是否经过三次原宥的手续?不应原宥,要立即拘捕,勿令逃走)。

汉代《二年律令》规定:孙为户,与大父母居,养之不善,令孙且外居,令大父母居其室,食其田,使其奴

^①杨一凡、王旭编《古代榜文告示汇存》第七册,社会科学文献出版社2006年版,第483-505页。

婢,勿贸卖^①。同居之孙对祖父母赡养有缺,将失去房屋、土地和奴婢的支配权,改归祖父母使用。这可谓很具体的处罚措施。

晋泰始四年,武帝下诏要求郡国守相,“三载一巡行属县”,要“详察政刑得失”,其中包括:有不孝敬于父母,不长悌于族党,悖礼弃常,不率法令者,纠而罪之(《晋书》卷3,武帝纪)。

北齐将不孝列为十项重罪之一,犯者不在八议论赎之限。隋沿用,并置十恶之条^②。

唐律对此所作规定更为清晰,其中包含对父母赡养有阙等内容。唐律十恶之七曰不孝。祖父母父母在,别籍、异财,若供养有阙。议曰:善事父母曰孝。既有违犯,是名“不孝”(《唐律疏议》卷1,名例)。议曰:祖父母、父母在,子孙就养无方,出告反面,无自专之道。而有异财、别籍,情无至孝之心,名义以之俱沦,情节於兹并弃,稽之典礼,罪恶难容。二事既不相须,违者并当十恶。议曰:礼云“孝子之养亲也,乐其心,不违其志,以其饮食而忠养之。其有堪供而阙者,祖父母、父母告乃坐”(《唐律疏议》卷1,名例)。这一规定为宋元明清所继承。

明代,凡子孙违犯祖父母、父母教令及奉养有缺者,杖一百(《大明律》卷22)。

清代增加补充说明:谓教令可从而故违,家道堪奉而故缺者,须祖父母父母亲告乃坐(《大清律例》卷,刑律)。清代“十恶”中不孝之条为“奉养有缺”(《大清律例》卷33)。

直到1925年《国民律草案》第1165条:为子者,毕生负孝敬父母之义务^③。

对于孝子,传统伦理有多项要求,完全践行者并不普遍。五代时吴越王钱鏐遗训指出当时“孝于亲者,十无一二”^④。但这并不等于子弟不履行赡养义务。在笔者看来,为老年长辈提供基本的生存条件,多数子代是能够做到的。“孝”行由制度加以引导,是有其作用的。

从以上政府对不孝之行的惩罚内容和该项制度的演变看,是否赡养父母逐渐成为孝行的核心要求,可以说尽其所能养亲是孝行的基础。

四、允许无子有女者招婿养老

近代之前,赘婿在民间社会深受歧视,宗族内部更予排斥,官方则将其视为另类。秦汉时期政府向边疆移民时甚至将赘婿作为强征对象。但家庭养老为主的时代,无子有女者招婿承担赡养之责是现实需要。为减少由此产生的家庭纠纷,无子父母生存出现困难,政府也有相应规定维护这一惯习或婚姻形式。

元代法律对赘婿规定较细,它大体分为养老女婿和出舍女婿两大类。至元八年规定:嫁娶元约,养老者听从养老,出舍者听从出离,各随养老出舍去处,应当军民差发。招召养老女婿,照依已定嫁娶聘财等第减半,须要明立媒妁婚书成亲。招召出舍年限女婿,各从所议,明立媒妁婚书,或男或女,出备财钱,依约年限,照依已定嫁娶聘财等第验数,依三分中不过二分(《元典章》卷18,婚礼)。关于养老女婿和出舍女婿之分,徐元瑞在《史学指南》“赘婿”条下如此定义:养老,谓终于妻家聚活者;出舍,谓与妻家析居者(徐元瑞《史学指南》,亲姻)。前者入赘后与岳父母共同生活,承担养老义务;后者入赘后与岳父母分开生活,但也要承担必要的养老义务。至元十年针对各处军户召到养老出舍女婿,争讼到官,多无婚书,深为未便。为此规定:今后若有军民招召女婿,须管令同户主婚亲人写立婚书,于上该写养老出舍年限语句,主婚媒证人等书画押字(《通制条格》卷4,户令)。元代政府对招赘养老予以明确支持,这从对民诉案件中可以看出。大德五年十一月,延安路赵胤上告,年老无人养济,将女穿针召到王安让作养老女婿身故,其房弟王安杰要行收嫂。礼部议得:凡人无后者,最为大事。其赵胤初因无嗣与女召婿养老,不幸病死,赖有伊女可为依倚。合从赵胤别行召婿,以全养老送终之道(《通制条格》卷3,户令)。

明朝规定:凡招婿,须凭媒妁,明立婚书,开写养老或出舍年限(《大明会典》卷20,婚姻)。清律与之相同(《大清律例》卷10,户律)。

可见,上述赘婿养老具有契约制或“合同制”特征。这种养老功能突出的婚姻方式得到政府及所订律令的支持。但为了减少相关纠纷,官方强调一定要有婚书为凭。

①《张家山汉墓竹简》,文物出版社2006年版,第55页。

②《瞿同祖法学论著集》,中国政法大学出版社1998年版,第389页。

③《国民律草案》,吉林人民出版社2002年版,第359页。

④《武肃王钱鏐遗训》,载《吴越钱氏宗谱》卷首。

五、强调子女赡养父母与财产继承的对等原则

传统时代法律条文中并没有子女继承权与赡养义务对等的表述。但在有关家庭财产纠纷的官司中,这一原则得到体现。

南宋官府在处理财产继承纠纷时对此加以贯彻:王有成之父王万孙昨因不能孝养父母,遂致其父母老病无归,依栖女婿,养生送死,皆赖其力。纵使当时果有随身囊篋,其家果有田宅,尽以归之女婿,在王万孙之子,亦当反而思曰:父母之于子,天下至情之所在也,今我不能使父母惟我是字,乃惟我是疾,以我之食则不食,以婿之食则食之,以我之室则不居,以婿之室则居之,生既不肯相养以生,死又不肯相守以死,此其意果安全哉?必为子之道有所不至,是以大伤厥考心尔……即死于地,虽有万金之产,亦有所不暇问矣。况此项职田,系是官物,其父之遗嘱,其母之状词,与官司之公据,及累政太守之判凭,皆令李茂先承佃。王有成父子安得怙终不悛,嚣讼不已,必欲背父母之命,而强夺之乎!纵曰李茂先之家衣食之奉,殡葬之费,咸仰给焉,以此偿之,良不为过。王有成父子不知负罪引慝,尚敢怨天尤人,紊烦官司,凡十余载,合行科断,王有成决竹篋二十^①。

清朝同治元年,陕西商州人徐兴元与六个儿子分产时自提膳产一份,其余分为六股。后来,次房及五、六房告绝,兴元尚在,此三份绝产皆归兴元主持。兴元去世后,三子宾刚独占五股产业。而长门寡嫂夏氏、四门胞弟各得一股,“以致蔓讼不休”。官府判决为:三股绝业,归现存之三股各得一股。因三子宾刚“始终与父同度”,“现在宾刚仍与继母同度,膳产仍归宾刚经理。将来伊继母告终,此项膳产即归宾刚独得,以慰兴元夫妇爱子之心,以酬宾刚始终奉养之孝。且使愚夫愚妇咸知得亲心者分产较多,不得亲心者多得较少,亦足于劝孝而惩逆也”^②。按照一般原则,父母去世后,膳产应由兄弟均分。但因对父母所尽孝养有别,故此会有这种判决。

可见,子代继承亲代财产的刚性权利会在孝养父母这一原则问题上被“软化”。这意味着子代继承权的获得有一个逻辑前提,即尽到对亲代赡养之责。这无疑在民间社会具有认可基础。

六、结语和讨论

中国历史上家庭养老体系受到法律 and 政策的全面维护。基本表现是:减轻或免除有老人家庭,主要是70岁以上老人的子孙等近亲所承担的徭役义务;父母等直系尊亲年高缺少赡养人力时,特定范围内犯死罪的子弟由帝王法外开恩,减轻刑罚,以便其履行侍奉义务;在外为官者的高龄父母身边无期亲赡养时,政策允许或要求其离职尽终养之责,这些制度有助于维护老年人基本生存所需照料之人力。官方通过孝行倡导,抑制对老年亲属赡养的忽视行为;对变通性养老规则给予法律支持,如招赘婚等。总之,传统时期政府所实行的上述制度适应了家庭养老为主的社会发展阶段的要求,为处于弱势地位的老年人度过晚年提供了基本的人力和物质条件。当政府没有能力建立社会养老保障时,通过法律和政策维护家庭养老功能就成为必要之举。

当代社会养老保障制度正趋完善,它同时需要社会力量(用法律和政策等制度措施)维护这一体系。同时,家庭养老功能如何维护?这仍是一个需要关注的问题。我们固然不能照搬传统社会的做法,但却应注意借助家庭资源弥补社会养老功能的不足。广大农村则尚未真正建立起社会养老保障体系,这表明,通过现代法律和政策抑制子代对老年亲代生存状态和质量的忽视仍具有现实意义。

(责任编辑:陆影)

^①《名公书判清明集》卷4,户婚门,中华书局1997年版,第126-127页。

^②樊增祥《樊山政书》卷2,中华书局2007年版,第30页。