

近现代家庭法律之变 ——读《家庭革命：清末民初读书人的憧憬》与《中国家庭史》的思考

周忽必

(湘潭大学, 湖南省湘潭市, 411105; 1798207520@qq.com)

摘要: 自清末变法修律起, 中国亲属法的立法价值取向经历了从团体主义到个人主义的百年转变, 其核心在于“家”的法律地位变迁与“去家化”的发展趋势。新中国成立后, 法律体系延续此趋势, 1950年《婚姻法》及后续法律取消“家”的法律地位, 强化个人主义引发人身关系原子化、家庭财产个人化等社会问题。变法准据随历史观演变, 从康有为的文质论到进化史观、革命史观, 再到改革开放后的实用主义, 法律对家庭的态度呈现多元博弈。古代法律以家族主义为核心, 刑事、民事、政事法均围绕家庭名分展开, 清末民国逐步废除家庭连带责任等原则, 改造亲属伦常条款。新中国进一步清除封建伦常, 却也面临家庭功能弱化的挑战。司法实践中, 亲属差等逻辑隐而不退。家庭作为中国文化核心, 其法律变迁折射社会转型, 重审其价值对建构现代伦理家园具有重要意义。

关键词: 清末民初; 家庭法律; 个人主义; 法律体系

引言

近现代中国家庭法律的变迁, 深刻地反映着社会结构与价值观念的转型。赵妍杰在《家庭革命：清末民初读书人的憧憬》一书中, 揭示了清末民初知识分子如何将家庭视作变革的对象与构建新社会的起点, 他们的憧憬深刻影响了近代中国的政治与社会走向 [1]。而张国刚主编的《中国家庭史》则为我们理解这一变革提供了长时段的制度背景。自清末变法修律起, 中国亲属法的立法价值取向便历经了从团体主义到个人主义的百年转变, 其核心在于“家”的法律地位变迁与“去家化”的发展趋势 [2]。

这一重大转变的基础在于“家”的法律位格的迁移、复归与再造。正如吴经雄所言: “中国之法律乃以家庭之观念为中心” [3], 然而, 在以西方“国家与社会”范式为依托的法治现代化构建中, 中国却隐含着“家国分离”的内在理路 [4]。本文旨在通过对近代家事法律, 特别是清末民初至新中国成立后这一关键时期中“家”的法律位格变化的梳理, 结合对《家庭革命》与《中国家庭史》所呈现历史图景的思考, 来论证和重审“家”在当代中国法律体系与社会伦理中的价值。

新中国建立后, 法律体系延续并强化了“去家化”的趋势 [5]。1950年《婚姻法》及后续立法取消了“家”的独立法律主体地位, 确立了个人主义的价值取向, 这虽在推动平等、打破封建桎梏方面具有进步意义, 但也引发了人身关系“原子化”、家庭财产“个人化”、家庭伦理责任弱化等一系列社会问题, 持续至今 [6]。重新审视“家”的法律价值与社会功能, 对于建构符合中国文化传统与现代需求的伦理家园, 显得尤为迫切。

1. 变法准据之变

在古代中国, 法统之变易一直受一种以文质论为核心构造的历史观的支配, 变与不变, 须遵循文质损益之道, “质胜文则野, 文胜质则史” [7]。在康有为眼中, 孔子的改制, 是减损周代的礼文而采用殷代的质朴, 此后两千年的中国便都崇尚质朴。而西方则崇尚礼文, 依据文质循环的道理, 今后中国也应当崇尚礼文, 因此不得不效仿西方的礼文, 来取代数千年的质朴之法。康有为通过重新阐释公羊家“文—质—文”的循环史观, 解决了晚清变法的理论难题, 晚清中国的变法就会从质朴走向礼文, 并进而明确, 变法的基本方向是向西方学习 [8]。

“文”与“质”的原始意义比较简单。“文”是指线条交错或色彩渲染，表达附着在事物之上的纹饰与外表及其样态。而“质”的含义则倾向于内容，进而衍化出“实质”、“本质”的内涵；其次，因为不曾被文“化”，因而常常兼有质朴、自然之类的义项。进而，“文”被引申为礼仪节文。其静态的意义一般指代一个社群所演化或订立出的规范，而其动态的意义则指示人使自身超越动物性、摆脱粗鄙状态的努力。文质不仅用来指个体的人格修养，而且可描述整个社会的政治制度。“文”与“质”的说法，原出自《论语》。后来公羊家取此说用以阐释殷、周制度的差异所在，至于认为孔子作《春秋》相当于确立一代治国之法，自然会对周制有所增减，而这种增减的依据，正是基于周制的文弊，用殷代的质朴加以折中。因此，后世儒家谈论孔子改制，无非是文质之间的相互增减，甚至百代的治理之道，也不过是文质的循环罢了。文质论的损益之道，一言以蔽之，“情文俱尽”。申而论之，文质论传统“情文俱尽”的要求，最为关键之处便在于适性，既要适人的情理性，也要适天的规定性，就是要适合人和事物本身的性质和规律 [9]。

在这里，康有为虽然使用文质史观的思想资源为变法提供了正当性的证成，却也颠倒乃至虚化了文质的本来意涵，其所声称的“文”已与往昔大为不同，更多的指代的是文明进化的内涵，也就有了“野蛮之世尚质，太平之世尚文”此类论说 [10]，耗尽了文质史观当时对变法改革的解释力与形塑力，因而很快就被之后的进化史观与革命史观所取代。但文质史观作为一种相当独特的中国历史观的分析框架，其既不同于进化史观那种直线的毋庸置疑的递进演化图景，也与革命史观那种非此即彼式的极端解释迥异，而是提供了一种通过文质损益而达致平衡的变革之道，它实际上是一个更具融贯性的分析框架，用来观察中国法律与中国家庭的变常，或许是一种超越古今中西之争的理论可能。

清末变法之始端实出于公羊文质改制之说，而受后来的进化史观的影响，在法律的具体制定上径直走以西方国家法律为准绳的道路，意欲减少乃至取消家庭伦常在法律上的地位与影响。虽然针对“法理派”等人废家立国的主张，礼教派曾直言提出，中国政治法律之弊从来在国而不在家 [11]，此可谓振聋发聩、切中肯綮之论。文质损益以得宜为上，文不可过于压抑质，也不可太过放任质，过犹不及。近代中国法律变革显然不合乎文质损益之道。费孝通称“法治秩序的好处未得，而破坏礼治秩序的弊病却先发生了” [12]，正是对此一时期文质驰离的变法结果的评价。

新中国成立初期，对国民党旧法统的废除，实际上中断了近代中国法律在文质损益层面的历史进程。此后更认为，制定完备法律“是脱离实际的主观主义想法”，其结果“只会束缚群众的手脚”。在轻视所有旧法律的同时，也埋下了轻视一切法律的隐患。当法律的尊严被彻底剥夺，其权威自然也就无法确立。

这就为此后的以政策代替立法、以政治运动代替法的适用与执行奠定了基础，直至发展为“无法无天”、“砸烂公检法”的浩劫。在革命论的阶级斗争哲学影响下，试图在现代法学与传统礼俗人情之间找寻恰当的结合点的旧法统被一股脑废除了，阶级政治成为最高的礼法，家庭亲情等自然情感也必须以之为节文而批判自身，文再次压倒了质，家庭伦理等自然情感受到严重的压抑和摧残。这一状况直到改革开放之后个人从集体、情感从政治中再次脱嵌出来后，才开始好转。

改革开放以后，革命意识形态开始收缩，不再表现为斗争的形式和强制的力量，改革话语重新抬头。经过若干年的恢复与重建，中国法律在某种程度上接续了近代以来法律变革的历史遗产。在当代中国法的变革中，无论是进化论还是革命论，都不再具有主导性的力量，在实践中实际上支配中国法之变革的，是一种以实践为导向的实用主义变易哲学。譬如在刑事法中，法律废除了古代法中的基于家庭伦常的亲属差等原则，却也并没有全然接受西方流行法律原则，而是在司法实践中沿着社会情势、司法效率、文化风俗等多种力量的合力所指向的方向而呈现出一种与古代和西方都不同的不规则的差等逻辑；在民事法中，来自西方的个人财产制原则在城市家庭房产分割规范中强势挺进，与此同时，有着上千年传统的家产制原则在农村借助家庭承包制这一新的制度外壳一直表现出极强的适应性；在政事法上也是如此，将家庭作为规训主体的古代保甲原则被废除了，但个人仍然没有成为原子化的个人，而是经常性地以家庭为单位表达意志，家庭在自治背景下依然成为重要的组织与治理资源 [13]。

因此，法律对待家庭的方式呈现出不依赖于任何单一理论的特点，而是不同学派借助各类利益群体的代表，在多元共存中相互作用、彼此渗透。这种实用主义的实践理性，才为法律层面家庭变革的合理发展路径提供了可能的空间。

2. 家庭法律位格之变

2.1. 总论

中国古代法的基本精神是什么？影响最为广泛的可能是瞿同祖先生的回答：中国古代法的主要特征，一曰家族主义，一曰阶级概念 [14]。那么，是什么样的秩序观念塑造和支撑起了这样一套法律体系呢？

在《唐律疏议·名例律》的开篇，有一段类似法典序言的篇目疏议：

夫三才肇位，万象斯分。禀气含灵，人为称首。莫不凭黎元而树司宰，因政教而施刑法。其有情恣庸愚，识沈愆戾，大则乱其区宇，小则睽其品式，不立制度，则未之前闻 [15]。

这是中国传统法典中罕见的阐释立法者之法律理念的篇目，它非常明白地透露出了中国古代法的形上根基，立法者采用了“气化宇宙观”以说明秩序形成的原因。基于此宇宙观与秩序观，对名分之位的出离，不仅意味着违反了人间的法律，而且违反了自然的秩序。因此，中国古代法竭力维护一种名分之教，各法律体系的作用即在于保障名教的正常运转。名分之教以三纲、五伦为核心，其核心内容即家庭关系。中国古代的刑事、民事、政事法律，自然多围绕以家庭为核心的名分关系展开。

可以说，辛亥革命前延续数千年的传统中国社会，其核心原理与特征在于“拟家化”的政教结构：中国古代法律的规范由家庭衍生，法律的体系依家庭构建，法律的精神以家庭为根本。无论是刑事、民事法律，还是政事法律，都围绕以家庭为核心的名分关系展开。因此，对家庭法律的探讨不能孤立进行，而需与刑事、民事及政事法律一同研究。

刑事法的核心议题无外乎定罪、量刑与责任归属，中国古代刑事法的显著特征之一在于，其定罪、量刑与归责过程中都渗透着家庭主义色彩，甚至可以说以家庭主义为根本原则，具体表现为“准五服以制罪”的定罪准则、刑罚差等的科刑准则以及家庭连带主义的归责准则。也就是说，区分亲属关系的丧服制度，成为判定是否构成犯罪及衡量罪行轻重的依据；相同犯罪因亲属间尊卑、长幼、亲疏有别而施以不同等级的刑罚；同时，在株连、缘坐制度中体现出一人犯罪、牵连亲属的家庭连带责任。

民事法的作用在于规范与调整财产关系和人身关系。中国古代的民事性规范，其法权逻辑并非建立在独立个人之上，而是围绕人所处的家庭展开。在人身关系上，突出体现为父权家长制：其纵向延伸主要体现为父子关系，以要求子女履行孝道义务为核心；横向延伸主要体现为夫妻关系，以尊卑有别为核心礼法。在财产关系上，则表现为“同居共财”的家产制，财产所有权主要归家庭整体所有，呈现出以诸子“共有”为实质的家庭所有制形态，财产继承附属于宗祧继承，通过家庭门户的传承而延续 [16]。

在政事法层面，“保甲制度是理解中国古代政权组织方式的关键所在”，其核心任务始终是通过较少的官僚实现对社会的有效掌控。而保甲制度在家产官僚制国家具有不可替代的天然优势：它以家庭作为规训主体，同时构建起家际连带责任，这不仅让家庭成为“一种特殊的政治组织”，也使“家”与“国”自周代礼崩乐坏后再次关联且联系更为紧密，进而实现了高效的社会控制 [17]。

2.2. 清末民国时期

清末民初以分离家国、使国民出于家庭而直抵于国家为变法的精神枢机，从晚清政府，到民国北洋政府，再到南京国民政府，次第展开了一系列法律变革，中国家庭的法律位格产生了巨变。

刑事法领域中，以缘坐为典型的家庭连带责任在清末修律初期便已废除，“罪止己身”的个人责任原则开始确立。清末修律中的“礼法之争”结果显示，“准五服以制罪”的原则不再被严格奉行，而基于亲属伦常进行差别对待的原则在部分条款中仍有保留。这场争议的四个方面包括：亲属相奸、亲属相殴、亲属相盗、亲属相隐。其中，亲属相奸与亲属相盗虽未设专条，但处理时仍与常人犯罪有所区别；亲属相殴（杀）则设有专条进行差别裁决；亲属相隐方面，“干名犯义”之罪被取消，其不再作为强制性的法定义务。

民事法领域中，家庭身份制度虽在形式上得以留存，实质上却已丧失主要法律意义。近代中国民法典化进程中，在如何安顿“家”与“人”的问题上，进行了深入探索与重要突破，这一问题关乎现代中国人伦秩序与政制安排的重新构建，始终是民事法的核心所在。具体到家庭关系层面，近代民法典确立了平等型家庭关系：夫权转化为平等的配偶权，父权转变为以保护、教养未成年人为核心的亲权制度；个体财产制替代了家庭财产制，财产传递方式从分家析产变为遗产继承，而基于同居共财的分家析产制度，也由此退出了国家法范畴。

在政事法层面，保甲制度曾在“共和”的呼声中遭废止，后在国民党政府的政策推动下渐次恢复。此举旨在达成国家政权向地方社会的扩张与下沉，使国家权力能够直达乡村家户，同时也能缓解战乱时期的经济困局。但是，通过复兴家户式规训的保甲制度，国民政府仅增强了对乡村社会的经济汲取能力，对基层社会的控制能力并没有同步提升，人民自治与权利保障更未落实，国家政权建设之任务因而并没有真正完成 [18]。

2.3. 建国之后

新中国成立以后的民事立法，先是走了一条“去家庭，立集体”的集体化道路，其中，“人”被塑造为“去自我、去家庭、去血缘”的“社会主义新人”，是一幅“政治人”的形象，由于被“一大二公”的单位与公社所淹没，整体性的“家”在民事法律中几乎消失不见。直到改革开放以后，“集体退，个人进”，“人”被重新构造成为权利而斗争的理性的“经济人”，“家”才在民事法律局部领域得到了恢复，并在个人的强势挺进中依然保持着极强的适应性 [19]。

就家庭关系而言,我国1950年第一部单行的婚姻立法以来,完全取消了家制和家长制,完成了家庭成员之间人身与财产关系上的平权化。如规定家庭生活中夫妻双方人格与地位的对等,确立了代际之间的平等原则;规定男女继承权平等,婚生子女与非婚生子女继承权平等。每一个家庭成员都具有独立和平等的人格,彼此之间不存在等级和支配关系[20]。

与之相应,家庭作为亲属共居的生活共同体,不再具备法律主体资格,这引发了其他问题。以单一的婚姻法替代完整的家庭关系法,使得法律层面缺失整体性“家”的定位,难以涵盖包含身份与财产在内的全部家庭关系。导致的结果就是,在人身关系上,可见的只有核心家庭化的夫妻关系,中国式家庭中的其他家庭关系都无法被涵盖在家庭之内,造就了一个残缺不全的“家”的形象。在财产关系上,在婚姻法中能够看到的只有两个独立的个人作为产权单位,或者两个个体的联合作为一项财产制度,整体上的“家”不见了,“家”无法再以基本产权单位的名义承担家计[21]。

行政制度上,改革开放前,对于城市治理,一些地方探索出了居民委员会制度,较早的如南京市[22]。在农村,新政府最初推行行政村制度,随后取消了村长制度,设立人民代表主任制。与此同时,以当时的互助合作组织为依托,成立了居民小组。这一阶段,无论是在城市的居委会体系中,还是农村的互助组范围内,家庭都扮演着重要角色。

然而,时隔不久,城市与农村便都迎来了狂热的集体化与公有化浪潮。在城市,单位几乎垄断了个人的全部资源渠道,且独占分配权力,几乎完全掌控着个人的前途与命运。在农村,超越血缘关系的集体产权与劳动组织,近乎剥夺了家庭的产权地位和自主经营权利,极大弱化了家庭的基本功能。

1978年以后,随着家庭承包责任制的推行,人民公社的权力逐步退出,分散的农户以家庭为单元各自开展生产经营活动。但由于农户难以自行组织起来治理公共事务,乡村社会秩序随之出现恶化。经过持续探索与求解,国家立法与地方实践中形成了两条解决这一问题的重要路径,即户内委托投票制度和户代表选举制度。这两条路径均以家庭为基础,家庭借此继续在国家基层社会的整合与治理中发挥重要作用。

刑事法中存有的暗线。中华人民共和国曾分别于1979年和1997年两次制定刑事法典,但两部法典以及历次修正案中亲属相犯与亲属相隐区别对待的差等逻辑,虽没有明确出现,却在司法实践中获得了广泛的认同,赢得了新生的空间。亲属差等逻辑在刑事法中只有极少部分遗存,却也始终隐而不退,成为一种隐性的实践逻辑。

我国刑法虽无关于杀害直系血亲尊亲属之专条规定,但在司法实践中,对于此类行为,法官也会因其反人伦性而加以较重之非难,典型的杀害自己父母的案件中,法官一般除了使用“故意剥夺他人生命”这样的中性法律话语外,还会用“弑父”、“违背人伦”等道德话语。“弑父”一词,其基本义是指子女杀害自己的父亲,但同时带有大不孝、极凶残等能指和引申意涵,本身即含有强烈的非难之义,显示出法官对子女杀害父母这种行为的加重非难。

但是,司法实践中亲属相犯差别处断的原则,不是我国古代法中的双向加减原则,而是一种不规则的亲属差等逻辑,无论是以尊犯卑还是以卑犯尊,绝非只有加重非难的表达,亦有从轻处理的情形。或许可以说,司法实践中亲属相犯的差等处断原则是一种不规则的宽缓逻辑。

3. 总结

中国法律“个体化”进程中“家”的地位的稳定性以及“家”重返法律意味着什么呢?坚定的正统法律现代化主义者或许会说,现代对传统的清扫和处理是个长期的过程,个体化的理性力量不可能一劳永逸地在一切领域战胜家庭伦理习俗对法律的影响和塑造,一些旧传统在局部领域的暂时复活并不令人意外。而一个法律历史主义者则可能认为,“与过去的历史连续性并非一种义务,它只不过是一种必然”,以家庭观念为中心的法律传统经历了上千年的存续与演化,作为一种植根于共同体生活方式的深厚习俗而成为民族精神的一部分,几乎完全可以做到对抗有意和无意的个体化变革,持续葆有其生生不息的巨大力量。

“中国文化传统的根基在家庭,中国文化复兴的关键发力点也必然在家庭。”[]家庭伦理作为中国文明的核心命脉,直到如今仍是构建新式生活理想的起点。[]这是因为,在经历了追求自由与平等的变革、摆脱了外在强制与权力扭曲后,中国的家庭伦理传统中依旧承载着中国人的内在生活模式,以及对理想生活的构想。法律是对社群普遍珍视的生活意义的筛选与确立,唯有经过契合一个民族生活方式的基础性价值的筛选,法律才能从“事实”转变为“规范”[25]。

中国法律要想从压制性的外在事实领域走向内生性的规范世界,就必须能够有效回应中国人的生活方式和意义需求。李猛曾以激情洋溢的语言回答了为何历经千年变数的儒家人伦传统,始终关乎中国人的生活方式与终极命运:“正是当传统失去了其‘神圣性’,当传统的自然根基失去了道理的支撑,使其消散在日常生活的粗鄙角落,不再被坚守与传承之际,传统便不再是日常信念,而必须通过倾尽自身力量的‘献身’,才能重返传统的自然基础,从中探寻出‘古老思想与理想的强劲重生’。因此,当传统被理性化摧毁之时,传统的守护才不是因袭。”[26]

中国法律在中国家庭层面的历史使命，在于怎样通过创造性转化，让以往的伦常积淀成为未来伦理世界的有机构成部分，重新搭建起能为现代中国人提供精神安顿的伦理家园。

参考文献

- [1] 赵妍杰.家庭革命：清末民初读书人的憧憬 [M].北京：社会科学文献出版社，2020.
- [2] 张国刚，主编.中国家庭史·民国时期 [M].北京：人民出版社，2013.
- [3] 吴经熊.古中国与现代中国政治法律传统中个人之地位 [M]//东海大学哲学系，编译.中国人的心灵.台北：联经出版事业公司，1984.
- [4] 张善根.找回“家国”：法治研究范式及话语体系的重塑 [J].政治与法律，2023(1): 10-23
- [5] 朱林方.论中国法上的“家” [D].西南政法大学，2016.
- [6] 张祥龙，张恒.家的本质与中国家庭生活的重建——张祥龙教授访谈录 [J].河北学刊，2018，38(3): 1-8.
- [7] 论语·雍也 [M]//十三经注疏.北京：中华书局，1980.
- [8] 曾亦，张绍良.公羊家的文质概念与晚清变法思想 [J].复旦学报(社会科学版)，2012(6): 13-22.
- [9] 黄前程.文质论：中国传统治道的一个视角 [J].广东社会科学，2010(6): 67-71.
- [10] 康有为.大同书：卷6 [M]//康有为全集：第7集.北京：中国人民大学出版社，2007.
- [11] 林艺屏.林氏辨明国家主义与家族主义不容两立说 [M]//劳乃宣，编.桐乡劳先生遗稿.台北：文海出版社，1969.
- [12] 费孝通.乡土中国生育制度 [M].北京：北京大学出版社，1998.
- [13] 孟宪范.家庭：百年来的三次冲击及我们的选择 [J].清华大学学报(哲学社会科学版)，2008(3): 133-145+160.
- [14] 瞿同祖.中国法律与中国社会 [M].北京：中华书局，2003.
- [15] 长孙无忌，等.唐律疏议·名例律 [M].北京：中华书局，1983.
- [16] 叶孝信.中国民法史 [M].上海：上海人民出版社，1993.
- [17] 张维迎，邓峰.信息、激励与连带责任——对中国古代连坐、保甲制度的法和经济学解释 [J].中国社会科学，2003(3): 99-112+207.
- [18] 柳德军，贺翕.民国时期新县制“融保甲于自治”的历史演进 [J].河北学刊，2021，41(1): 214-221.
- [19] 王歌雅.中国婚姻家庭立法70年：制度创新与价值遵循 [J].东方法学，2023(2): 195-208.
- [20] 张华.“团结生产”：1950年《婚姻法》实施与新家庭建设研究 [J].开放时代，2022(6): 72-87+7.
- [21] 俞江.中国亟宜确立新型的家制和家产制——婚姻法解释(三)评议 [M]//高鸿钧，主编.清华法理论衡：第十四辑.北京：清华大学出版社，2011.
- [22] 孙宅巍，韩海浪.现代中国社会基层组织的历史变迁 [J].江苏社会科学，2000(4): 96-101.
- [23] 金耀基.从传统到现代 [M].北京：法律出版社，2010.
- [24] 吴飞.现代生活的古代资源 [M].上海：华东师范大学出版社，2015.
- [25] 张龔.何为我们看重的生活意义——家作为法学的一个基本范畴 [J].清华法学，2016，10(1): 5-19.
- [26] 李猛.理性化及其传统：对韦伯的中国观察 [J].社会学研究，2010，25(5): 1-30+243.