

# 亲属法与新社会\*

——陶希圣的亲属法研究及其社会史基础

白中林

**提要:**家庭及亲属结构中的社会关系始终是百年来中国社会改造的焦点,从晚清的礼法之争到当前的婚姻法争论,皆昭示着此问题的复杂性。民初社会学家陶希圣敏锐地把握住了亲属法这一关键环节,开创性地进行了亲属法的社会史研究,提出从家制变革的角度建设现代社会的思路。沿着晚清法律变革的线索和严复开启的群学道路,他力图通过打破一本主义的宗法家族,树立生存权体系的亲属法,以此把家变成独立人格的养成所,为现代国家提供合格公民。

**关键词:**家庭 亲属法 社会史 生存权 契约精神

## 一、引言:无处安置的“家”

在中国百年来的社会转型中,家庭及亲属结构中的社会关系始终是社会改造中的焦点之一,处于政治、文化变革的漩涡之中。“五四”运动以来的反传统潮流,似乎是要努力革除传统礼俗社会中的“家本位”所确立的“亲亲”、“尊尊”等政治、伦理乃至人心的秩序,对社会进行全方位的改造:去除封建制中的宗法关系(王国维,1979),去除家产制的经济关系,去除法律中的儒家化因素(瞿同祖,2004),去除纲常制度中的服从关系等等,从而使家庭不再作为社会政治构成的枢纽,不再作为信仰和伦理关系的神圣基础,而仅在形式上成为一种最基本的社会单位。家从神圣到失落的过程是急促而复杂的,20世纪以来中国的“家”先后经历了三次大的冲击:20世纪初指向家庭制度的批判,1949-1976年间指向家庭情感的政治运动,近30年指向家庭责任的经济侵蚀(孟宪范,2008)。这个过程体现到法律层面,则是清末民初

---

\* 本文在写作过程中,得到了北京大学社会学系诸位师友的指导和帮助,同时感谢匿名审稿人中肯和详实的修改意见。文责自负。

时期的亲属法之争、1950年的《婚姻法》和1980年的《婚姻法》及其系列司法解释。而围绕婚姻法司法解释的争论,<sup>①</sup>不过是百年来现代中国社会变迁中的一个小小的缩影。说它是变迁中的争论,是说这场变迁远没有结束,争论亦不会休止。中国的现代转型是因势而变、顺时而变的,这意味着,虽然仅靠守持传统拯救不了现实的困境,但仅作为尾随者而进入世界历史,也成就不了我们的未来。

波兰尼曾指出,现代社会存在一个双向运动过程,即市场的不断扩张及其所遭遇的反向运动;反向运动的目的在于保护社会,把市场的扩张限制在一定范围内(波兰尼,2007:140)。家庭应该成为这一反向运动中一种重要的社会保护的力量。不过,在当下中国,由于婚姻更多地诉诸财产自由和感情自由的原则,使得家庭非但不易产生社会保护作用,其空间反而会进一步遭到侵蚀。如此一来,传统共同体的评价和亲属关系的约制将悄然消失,家庭代际关系也将出现失衡的危险。因为个人权利的过分膨胀,不仅压迫了夫妻之间的小家庭,而且连带地挤压了父母之家(杨善华,2011;贺雪峰,2006;阎云翔,2006)。显然父母一代以家庭责任为中心的伦理观与当前小夫妻以个人权利为中心的自我主义是不同的,这就造成了中国社会长久存在的反馈模式之畸变:既未获得西方接力模式之便利,也没有保留传统反馈模式之温良(费孝通,1983)。在仅以个人权利为中心的家庭生活中,既培养不出有道德感的公民,也培养不出有担当的现代人。这种状态并非单纯的婚姻法规定及其司法解释所能造就,而有其现代社会变迁中的深刻根源。

对大多数中国人的基本生活经验而言,“家”仍然是最基本的归宿。那么,我们不禁要问,家庭在现代社会中究竟要发挥什么样的作用?家庭在个人权利与国家权力之间如何取舍方能得中?倘若我们回到历史现场,将会发现,20世纪20年代末的亲属法之争,已经把我们面临的问题尖锐而深刻地呈现出来了。返回历史需要一个入口,而陶希圣可谓是社会史和学术史上的节点(Dirlik,1976,1978)。首先,从学科角度来讲,陶希圣是亲属法的集大成者;陶希圣在大学期间跟随民国最早一代的亲属法学者黄佑昌诸人从学,且以其对历史法学和社会学

<sup>①</sup> 近年来围绕《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(三)》及其征求意见稿,从民众到学者意见纷纭、莫衷一是。甚至有学者担心,该司法解释可能使中国之婚姻丧失基本理念,“开启了三千年未有之变局”(吴飞,2011;赵晓力,2011)。

法学的理解,独辟蹊径地对清末民初的亲属法做了体系性的总结,盖为民国亲属法颁布以前对亲属法最具深度的研究(陶希圣:1928b,1933)。其次,陶希圣站在了中国社会变迁的关键环节上。因为要通过亲属法来改造中国社会,必然需要追寻其社会基础。这不仅需要对中国社会当前的性质有着准确的把握,而且也要对中国社会发展史有透彻的理解。陶希圣在写出《亲属法大纲》之后,着眼法律变革的同时也投入了对中国社会性质和中国社会史的研究。他的社会史研究所提供的理论基础是直接面对现代问题的(陶希圣,1929a,1929b,1929c,1931a,1931b,1934,2009b)。再次,陶希圣也是真正进入到了国民政府法律实践过程中的司法指导者。与那些纯粹做立法研究或者规范研究的学者不同,陶希圣不仅是亲属法论著为立法当局所重视,而且他曾经参与到南京国民政府司法官的培训过程中(陶希圣,2009a:115),去实践他所提倡的亲属法的良善执行。从这个角度上讲,陶希圣的亲属法研究在社会、政治意义上都具有很厚重的思想史意蕴。

## 二、从礼法之争到亲属法之争

经由陶希圣返回百年前的亲属法变革现场,并非径直介入到中国第一部亲属法诞生前的争论中去。这里,我们还要澄清两个问题:一是亲属法的变革方向之争是接续什么争论而来的;二是在清末以来进行的新法制和新社会<sup>①</sup>建设中,陶希圣缘何选择亲属法作为突破口。

何为亲属法?对于西方现代社会而言,亲属法(Familienrecht, droit de famille, law of domestic relation)不过是关涉一般私人间身份生活的法律,甚至康德视之为与财产的契约相仿的要物契约或诺成契约(史尚宽,2000:99)。但是,在中国可以说亲属法一直发挥着支配性的作用:就传统宗法家族所承载的实质亲属法来讲,它不惟规定了亲属之间的身份关系问题,更拱卫着传统社会的纲常秩序,从天子以至于庶人皆

① 本文所说的新法制,是指清末变法以来开始构建的以权利科学为指向、以宪法为核心的现代政制秩序,这种新法制秩序迥异于传统中国社会礼法合一的伦常礼律秩序或所谓的“律令体系”。新社会,则指百年来中国面对西方现代性的挑战,如何协调与传统的关系,铺展出一套新的人世生活样态,从晚清民国迄于今,所谓的社会转型皆是通往新社会的探索。

被涵括在宗法的社会结构中(王国维,1979;陶希圣,1928b);另一方面,从现代亲属法的形成过程以及亲属法所处理的亲属关系构造来看,其所体现的传统伦常秩序与权利秩序之间激烈而复杂的碰撞,也昭示着亲属法的实质不仅仅是亲属之间的身份和财产关系问题,更关涉到现代中国人伦秩序和政制的重新奠基问题。

### (一) 礼法之争:亲属法变革的前奏

在时间轴上看,从清末变法到民国六法体系的形成,历时近30载;中国第一部正式实施的亲属法,最终以《中华民国民法·亲属》的形式生成(陈惠馨,2006:274-284;谢振民,2000:773-801)。显然,亲属法之争并非凭空而起,从其涉及的实质性内容来看,亲属法之争接续的是清末新政中的礼法之争。1901年清政府发布变法谕旨,虽然这意味着中华法系的全面解体,但并非等于一个新法系的诞生。因为1907年和1909年的上谕都限制了变法的范围。

此时,新法理与旧礼教的冲突主要体现在三个领域:一是立宪领域的君权与民权之争,二是刑法领域的狭义礼法之争,三是民法领域的模范列强与固守国粹之争。三方面所争者都在于一个问题,即礼法合一抑或礼法分立的问题。在立宪方面,尽管晚清颁布的宪法性文件中列出了君权至上条款,阐扬君为臣纲之义,表明旧礼教凌驾于新法理之上,但是在迅即而来的革命之后,已经不再存有什么大的争议了,民主共和为新法理的贯彻奠定了基础。这样,立宪活动的重心就落在了权力的制度性分配上(严泉,2007:120-159)。而在刑律修订中,变法的冲突表现得最为明显和尖锐,凡五要点:(1)干名犯义问题;(2)存留养亲问题;(3)无夫奸及亲属相奸问题;(4)子孙违反教令问题;(5)卑幼的防卫权问题(潘念之主编,1992:228-237)。

这五个问题都涉及家庭亲属之间的关系。如果按照法理派的平等人格逻辑贯彻下来,传统律例中认为是礼教之罪的这五个方面基本都要做无罪化处理。因此,这样的变革自然会引起礼教派的强烈反弹。在这次争论中,作为折衷,新刑法最后以附《暂行章程》5条而行之,中国法律的家族主义特征大体得到保留(瞿同祖,2004:10-105)。民国肇始,《大清新刑律》除了与国体抵触的各条无效外,便以中华民国《暂行新刑律》的名义施行了。由此,在礼法之争中的那些关键条文似乎都寂然隐去,宣告法理派获胜。此后,只有袁世凯欲以礼教诏令天下,在

1914年公布了类似于《暂行章程》的《补充条例》，但也仅昙花一现即被反正。而在随后的1918年二次刑法草案、1928年旧刑法以及1935年新刑法中，礼法之争的问题都没有再起波澜（王伯琦，2005：30）。

回到刑法与亲属法的关系看待礼法之争，则会发现民初的近20年间中国法是在一种体系矛盾、逻辑混乱中运行的。尽管在这一阶段，审判官们付出了艰辛的努力，但直到民国20年《中华民国民法·亲属》施行，才结束了这种分裂状态，初步达成了体系上的一致性。在这20年礼法之争的日常生活战场上，依靠司法者的实践理性、立法者的智慧和法学者们的睿智，重新定位了个人、家庭和国家之间的关系。不过，在经过南京国民政府初次草案的激进变更之后，对于承载礼教伦常的家制废除与否的问题仍旧引起了巨大的争论。可以说，亲属法领域中的礼法问题至此才真正成为一个焦点问题：即亲属法变革走到了三岔路口：改良、复古抑或立新？

## （二）作为突破口的亲属法

在礼法之争到亲属法变革之争的大背景下，为何陶希圣选择亲属法作为新法制和新社会建设的突破口？为何亲属法能够成为实施社会改造和确立现代中国的制度基础呢？为何不选择刑法或宪法作为新法制的突破口？这一重要问题所涉及的不仅仅是单项法律的制定和实施，而是现代中国法律变迁的实质性法理问题。<sup>①</sup>

辛亥之后，虽然刑律上的礼法之争由于国体的变更而不再作为改制的焦点，但是礼法之争中凸显的宗法伦理问题并没有消失。亲属法作为礼法之争的避难所，成了新法制的“阿克琉斯之踵”。只要宗法式亲属法不做根本的变革，在此制度和习俗环境中培养出的人就必然认同士大夫阶级的观念生活，也会不断产生士大夫阶级意识。同时，陶希圣认为这个突破口并不在宪法，而在于亲属法，因为让一个家父长制家庭中培养起来的家庭成员去做立宪国中的合格公民是无法想象的。立宪的前提必然是要打破家父长制的家庭，构造以彼此人格之互相尊重为内容的家，只有这样的家才能造就“人之所以为人”的合格公民。

可见，陶希圣之所以选择亲属法作为突破口，是因为他对已有近

---

<sup>①</sup> 显然，这里所讲的突破口并不是说立法时间上的先后，而是讲新法制逻辑构造上的先后问题。

30 年的新法制建设及其立法史抱有一种批评态度,而且他对当时流行的立宪救国热潮也保持着非常冷静的反思。综观新法制的建设,陶希圣的判断是,此前的立法史所呈现出来的只有两个可供采择的途径:一是继受资本主义国家的所有权法律;二是沿袭适合于宗法封建社会的法律。而南京国民政府的立法虽然一定程度上摆脱了这两个分立的途径,但始终没能做到为新社会提供逻辑一致的法律奠基。

### 三、公民、家庭与国家:亲属法变革的第三条道路

在中国现代法律变迁中,既然陶希圣给予亲属法如此重要的地位,那么必须追问:在什么意义上亲属法具有如此重要的地位?亲属法有着怎样的观念基础和思想传承?在亲属法的诸种选项中,陶希圣又是如何选择其变革路径的?

#### (一) 严复的探索

陶希圣在其亲属法变革方案开篇(陶希圣,1928b),便引用了夏曾佑为严译《社会通论》所作的序:

考我国宗法社会,自黄帝至今,可中分为二期,秦以前为一期,秦以后为一期,前者为粗,后者为精,而为之钤键者,厥惟孔子。孔子以前之宗法社会,沿自古昔,至孔子时,已与时势不相适。故当时瓌玮之士,各思以其道移之,显学如林,而孔、墨为上首。墨子尊贤贵义,节兼兼爱,皆革宗法社会之劲者,然与习俗太戾,格而不行,而孔子之说,遂浸淫以成国教。孔子之术,其的在于君权,而径则由于宗法,盖借宗法以定君权,而非借君权以维宗法。然终以君权之借径于此也,故君权存,而宗法亦随之而存,斯托始之不可不慎矣。(夏曾佑,1981:vii)

显然,陶希圣引夏曾佑为同好,与陶本人提出的中国社会两大阶段论是相呼应的。其实这也暗示了一条内在的思想线索:陶希圣选择亲属法作为切入点,并非起始于其亲历的“五四”运动之洗礼,因为早在 20 世纪初,严复就已在普遍历史的意义上对中国社会之改造有了初步

的设想,这也对陶希圣的思想发展产生了巨大的影响。

正是严译甄克思的《社会通论》第一次让国人视野中有了普遍历史的分期,而不再停留于儒家五德终始和公羊三世说的范畴,这也肇启了20世纪30年代社会史论战时中国社会分期的第一个高潮。严复的创造性在于把原来不在甄克思视野中的中国和其他亚洲地区纳入到这个社会发展阶段的框架里,使之成为普遍的人类社会进化史,并在序言和按语中提出了独特的解释:即中国乃“宗法之社会渐入于军国者,综而核之,宗法居其七,而军国居其三”(甄克思,1981:16)。在这个前提下,严复改造了甄克思主权国家的概念,把中国大一统的天下国家概念亦纳入其中。此外,严复把 tribe/clan 等译为民族,把 individual 译为与大人相对立的小己,在这个重国家、重小己、轻民族的格局中,视民族为建设军国社会必须消灭的宗法时代的过时之物,国家则是通过打破宗法性、民族间的障碍而建立的统一体。由此,要建立近代军国社会,必须打掉中间的民族这一障碍,使国家与小己直接发生联系(王宪明,2005:130-135)。

陶希圣显然受到了严复翻译此书的影响,无论在其自传中还是在其亲属法变革方案的引言中,皆可印证这一点。尽管在“五四”运动前后,《社会通论》还有相当的影响(高一涵,1915;吴虞,1917),但是其三个关键词的翻译所指涉的内涵都逐渐改弦更张,例如对国家概念的理解开始注入了马克思主义的阶级意涵,对 tribe/clan 的翻译也逐渐改为氏族或宗族,individual 也更多地开始带有法律上独立人格意味的个人。并且,严复所开创的国家、民族、小己三者关系的重构,在陶希圣那里已经不再限于借助西方历史的论证,而是通过现代社会科学的概念对中国社会史进行重新解读,并在新法制的建设中付诸实践的努力。

## (二) 变法格局中的亲属法

如果说严复的群学重构是一种思想上的先见,那么变法者的反应则显得颇为迟钝。因为与重构 state、tribe、individual 这三者的格局联系最紧密的两部法律,即宪法与亲属法都迟迟没有出台。亲属法的变革在清政府覆灭前夕才起步,但晚清的变法者始终没有意识到亲属法将在社会转型中发挥怎样的功能,反而把亲属法视为新法制变革不能触动的一块禁脔,其结局可想而知。

如何既能照顾到让亲属法与社会快速变化的节奏相适应,又能保证

亲属法在新法制中与诸法协调,这个问题直到国民党即将实现中国形式之统一时才见端倪。南京国民政府宣告成立后很快便设立法制局,着手进行法律修订工作,首当其冲的即是亲属法。法制局制定的亲属法草案贯彻了三大原则:承认男女平等、增进种族健康、奖励亲属互助而去其依赖性(谢振民,2000:750)。法制局草案完成后即引起了激烈的争议。如果说晚清亲属法草案遭到强烈反对是因其因袭礼制、经义而不理会民间“活法”和社会的最新发展,那么国民政府法制局草案引起的争议则在于过于先进,虽切合党纲党义和社会最新发展之要求,但不知如何顾及广大农村中的习惯,尤其是家制的取消,无异于对中国社会釜底抽薪。

因此,国民政府立法院成立后,便在法制局草案的基础上重新拟定亲属法,并由国民党中央政治会议核定了亲属法立法原则九点。在胡汉民的主导下,立法院所倡议的亲属法立法原则和法制局的立法原则大体上是一脉相承的,都是在承认新文化运动以来的男女平等之精神、在三民主义立法总原则下进行的(胡汉民,1978:785)。把三民主义作为一切建国工作的最高原则,就确定了无论是亲属立法还是立宪都有一个基本的精神,与此同时,在三民主义的框架下讲社会本位(李文军,2010),又可以在一定程度上缓解激进的男女平等之立法设计,给予传统中国的家制以新的位置。具体的立法工作则由傅秉常、史尚宽诸人负责,赶在1930年底完成公布,于1931年5月5日实施。亲属法这部基本民事法在南京国民政府那里着手最早,却出台最晚。立法院的亲属法比之法制局草案增加了许多内容,虽然借助社会本位的立法取向,再次引入了家制等内容,但法制局草案的基本精神还是贯彻下来了,即通过法律贯彻三民主义、改造社会。

总体来看,南京国民政府的立法基于党国合一的体制,迅速把握住了变动社会中亲属立法的本质,并结合大理院司法实践的经验,经两次反复,最终制定出了第一部现代意义上的亲属法。通过亲属法以推进新生活,树立新民风,然而新生活和新民风毕竟不是一纸亲属法所能够立起来的,一旦政府官员不能守护新的法律,社会经济状况也没有达成法律实施要求的条件,那么没有享受到法律规定权利的民众所抛弃的就不仅仅是精心打造的民法典了,可能会连政府一起给断送掉(张生,2004:275)。即使在社会大致趋于稳定的状况下,如果法学家意识不到亲属法所承担的社会和政治功能,而仅仅视之为私法的一个部门,新法制的建设也必将陷入诸法分离的格局。

### (三)陶希圣的洞察

在严复开辟的重构 state、tribe、individual 之格局的启发下,在南京国民政府通过法律变革社会的氛围中,陶希圣同样也选择了亲属法作为突破口来推动现代法律体系的变革。但是,陶希圣急于解决的并不是当下的亲属法问题,而是要解决它经由何而来、在当下又受着什么样的限制等问题。无疑,这与他所具有的历史法学、马克思主义史学等诸多复杂的思想背景有关。

在《亲属法大纲》中,陶希圣将古代社会以宗法为纲领的亲属法视为官僚法,且“此官僚法,实以宗法为纲领,除迫于非宗法之习惯之要求而设变例以外,其系统乃颠扑不可破。故由此系统所流布之法规,自不能一一衡量之”(陶希圣,1928b:4)。此处所论亲属法的宗法纲领,指的就是贯彻宗法精神的家制、婚姻等实质亲属法的内容。根据陶希圣对古代宗法理论与宗法实际的考察,可将其归纳为六方面的内容:其一,父系亲属制度;其二,宗祧制度下的嫡庶之别;其三,父治的家长权;其四,宗法精神的婚姻;其五,同居共财的家产制(家产制与家长权互为表里);其六,族长权力的支配(陶希圣,1929a,1934)。

陶希圣认为,汉代以后的宗法理论以及由此引出的礼经礼说,作为士大夫的观念体系的基点,已经扩展为历朝历代在公私层面的基本准则。公的方面,以《唐律》及《开元礼》为主导;私的方面,董仲舒的“经义决狱”则成为后世朝臣之仪表和法律运用的根本原则。由此看来,经之于律,大体是一种自然法之于实在法的关系。《朱子家礼》又是宋以后历朝礼典的准绳,《大清礼》和《大清律》也是一脉相承的。民国成立后,北京政府予以采用的亲属法,即是以《大清律》删修之后的“现行律民事有效部分”为法源的。在陶希圣看来,这种以宗法为纲领的亲属法,实为宗法制度解体以来维系中国社会礼法秩序的“阿克琉斯之踵”(陶希圣,2009b:356-374)。要建立新法制,摧毁传统的礼法体系,就必须打掉以宗法为纲领的亲属法。

陶希圣指出,面对世变之亟的处境,亲属法变革有三条进路:第一条进路是整理旧法。即根据法制变革的形式要求,制定以宗法理论为纲领的亲属法,这直接表现为复古精神,晚清民律草案中的亲属编即属于此一进路的立法。此进路之立法更多反映的是宗法理论家的意思。陶希圣显然不赞同第一条进路,因为恢复宗法便是恢复君权与官僚独裁的政府,而且社会的实际生活早已不是宗法理论适用的环境了。第

二条进路是改良旧法。正因为广大的中国乡村地区大体上实行的是男系宗族群居制和男系家族同居制,所以原则上还是要采用宗法理论作为立法宗旨的。另一方面,由于都市趋向于资本主义式的自由婚和小家庭,所以在婚制和家制部分要略加改革。民国北京政府的亲属立法走的就是第二条改良之路,但陶希圣认为,这种小修小补式的改良是无法撼动其宗法根基的。第三条进路是破毁旧法。即根据农工商民众的要求,制定生存权体系的亲属法(陶希圣,1929a:210)。

陶希圣认为,前两条变革道路是行不通的,只有走第三条道路才可能真正摆脱宗法势力。南京国民政府的两次亲属法的法律案,在陶希圣看来,第一次法制局的亲属法草案走的是第三条破毁旧法的进路;<sup>①</sup>第二次立法院出台的亲属法,比之法制局的草案有所倒退,包容了不少宗法的遗迹,但整体来看也是力图走第三条破毁旧法的道路。<sup>②</sup>陶希圣选择的也是这条道路,而且更坚决、更彻底。

在陶希圣看来,探寻亲属法的本质需要以社会史的考察为基础,而社会史的考察并不是西方普遍历史结论的直接使用,而是在比较中西差异的基础上,寻找可能的共同走向。西方的历史无法代替中国的独特性,但是西方的解放历程却可以带来某种启发。既然现代国家,无论是军国社会还是立宪国,都是建立在 state 与 individual 直接发生关联的基础上,那么对于中国的现代路径而言,首要问题就是如何产生 individual 的问题。如果 individual 只是小己,无论三权分立设计得如何完美,国体选择得如何恰当,现代国家都无法获得具有独立人格的合格公民基础,因而在新法制中确立以生存权体系为基石的亲属法,以培养具有独立人格之个体,就成为重中之重的任务(陶希圣,1928b:2)。

具体来讲,破旧立新要从六个环节行之:第一,打破男系制度,即父系亲属制度;第二,打破宗祧制度;第三,打破父治制度;第四,打破身份家产制;第五,打破宗法对婚姻的一切支配;第六,打破族长制度(陶希圣,1929a:218-235)。如果说前述五个方面的亲属法变革目的在于形塑具有独立人格的个体和具有平等精神的契约制自由婚姻,那么对于

① 法制局的草案分为通则、婚姻、夫妻关系、父母与子女之关系、扶养、监护人和亲属会议,共7章82条,极其简洁。

② 民国出台的正式亲属法,比之法制局草案少了一章,但是条文数却多了一倍有余,增加了家制和夫妻子女姓氏问题的规定,在个人本位与家庭本位之争中,依托着社会本位的立法原则,容留了经过改造的家制。

第六个方面的亲属法变革,陶希圣着力于打掉国家与个人之间的中间环节,尤其是带宗法色彩的家族势力,由此形成一种国家、个人、家庭之间的新关系。

陶希圣清楚地认识到,一纸亲属法并不能摧毁宗法势力,要使生存权体系的亲属法真正得到落实,必须配合以农村经济制度,尤其是土地制度的改革,同时需要革命的立法权者积极改造士大夫这个顽固的身份阶层,破掉实施生存权体系亲属法的障碍。但是,陶希圣在提及革命的法律必须有革命的立法权者始能成立时,却又抱着无限的憧憬与恐惧(陶希圣,1929a:239)。

#### 四、亲属法变革的社会基础

陶希圣之对其亲属法变革方案充满憧憬与恐惧,恰恰说明了变革本身所面临的复杂和剧烈的社会情境。而要理解这种变革的彻底性,必须充分理解以宗法为基础的亲属法的基本构造和运作原理。在此,亲属法下的亲属制度、婚姻制度和家制不仅是社会组织的一个断面,而且其各自本身就是一种社会组织,指示着一般社会组织的性质(陶希圣,1935:32)。

##### (一)宗法式亲属法的社会起源

讨论宗法式亲属法的基本构造,亦需要明确它的起源问题。在陶希圣着手研究之前,最新的观点是王国维在《殷周制度论》里提出的解释。王国维以新的历史材料和研究方法为工具,对殷周制度的异同做出了一种新经学意义的解释,认为周制的确立赋予了中国历史以精神底色。王国维在论述中突出了立子立嫡制、庙数之制、同姓不婚制三方面的意义,周代以此纲纪天下,合天子诸侯卿大夫士庶民以成一道德之团体(王国维,1979)。这里,王国维论证的前提,是把夏商二代的文化等同视之,然后突显周代改制的革命意义。

陶希圣自然不否认周制相对商制的变革之大,但他的切入点却颇为不同。他认为商制是二本主义,周制则是一本主义,此为两者的根本区别。所谓一本者,其解释为“天之生物也,使之一本”(《孟子·滕文公上》)。由此,在陶希圣这里,成为周制核心的就是父系(patrilinal)、

父权(father-right)、父治(patriarchal)的一本主义,而同姓不婚和长子继承制在一本主义的观察视角下则成了次要的现象。

在王国维笔下是立子立嫡制派生了宗法及丧服之制,在陶希圣这里则由“父系”派生了丧服和同姓不婚制,“父权”派生了父死子继和立子立嫡制。可以说,陶希圣用社会史之光去除了经学的迷雾,他将一本主义宗法制度的确立视为一个渐进的过程,并且把周族放到整体的氏族社会中来考察其位置。如此,则可以理解西周宗法推行时,鲁国的一生一及、<sup>①</sup>楚国的少子继承、宋国的兄终弟及和族内婚、齐国的长女不嫁、燕地的以妻待客等制度性的习俗,都是和宗周宗法制度并行的(陶希圣,1934:31-32)。若以历史语境的眼光观之,陶希圣一方面肯定了殷周制度变革的意义,但另一方面也限制了这种变革意义的效度。所以,他认为所谓传统中国的精神特质在殷周之际并没有全面树立起来。这种宗法制度只是在宗周的领地内,被迫认成为了封建贵族的组织原则,但在其他诸多封建领地内并没有成为封建贵族遵从的有效制度。在陶希圣看来,真正赋予传统中国以精神特质的时期,恰恰是在宗法制度和封建制度崩溃过程中出现的,也即周秦之变,其完成则在西汉中期。这个过程正是宗法式亲属法奠基的阶段。

周秦之变,在历史议论中向来侧重的是由封建转为郡县的演变效果,但是,陶希圣却认为,其更为关键的是士大夫阶级的形成。尽管发端于春秋的儒家学说之理想是贵族政治,但是由于知识已经从贵族传播于士人平民,受商业资本和土地私有的双重冲击,宗法制度和封建制度逐渐解体,贵族阶级被士大夫阶级所替代,贵族政治也逐渐转变为官僚政治。此时,士大夫阶级主要为贵族中的下士和庶人中的优秀者所组成。正是因为士大夫阶级的出现,使得宗法制度在崩溃的同时却保留了宗法观念,氏族结构的瓦解迎来的却是父系的家长家族制之建立(陶希圣,1931b:97-98)。由士大夫阶级主导的官僚政治代替了宗法封建的贵族政治,士大夫阶级作为观念生活阶级以宗法观念的担纲者作为统治阶级的一端,在上与王室、战斗集团相联系,在下则抑制生产的庶民。

从表面上看,王国维侧重的是殷周之变时宗法的经学起源,陶希圣

① 一生一及指的是鲁国并非始终贯彻父死子继的制度,而是父死子继与兄终弟及两种继承方式交替存在了很长一段时间。

所侧重的是周秦之变的宗法式亲属法的社会起源相比,其区别仅在于中国的精神气质确立于何时:王国维认为起点在周公,落实在宗周贵族身上;陶希圣认为起点在孔子,落实在战国以降的士大夫阶级身上。但实质上,王国维与陶希圣的不同解读却呈现出了截然相反的两种精神气象:王国维对周制的解读,得出其制度“实皆为道德而设。而制度与典礼之专及大夫士以上者,亦未始不为民而设焉”(王国维,1979:200-222)。陶希圣则认为,由于士大夫阶级的形成,中国在秦汉以后已经由封建制度进入官僚政治时期,政治力量由贵族阶级转移到士大夫阶级,此后中国一治一乱,都是由这个阶级的内讧所引起,以这个阶级为背景的官僚政治也表现出了极大的弊害(陶希圣,1929a:35)。从王、陶二氏不同的解读来看,同样面对中国社会的溃败,二者选择的道路自然不同,王国维希望的是返本开新,陶希圣希望的则是破旧创新。<sup>①</sup>

在陶希圣这里,可以看出宗法式亲属法的核心在于亲属制、婚姻制和家制三个核心环节对宗法精神的贯彻。宗法精神即父系的、父权的、父治的精神(陶希圣,1934:3)。也正是宗法式亲属法的社会效果,奠定了中国传统社会结构的观念基础。

## (二)宗法式亲属法的社会效果

陶希圣认为,宗法式亲属法借助于士大夫的身份力量,演变成为后世礼律规范和舆论准绳的形态。这个过程是通过士大夫阶级在政治支配结构中所占有的地位来实现的。最初由孔子及其门人整理的宗法理论已经与实际的生活不相干了,但由于知识向庶民扩散,逐渐形成了一个观念生活阶级,产生了极大的社会作用。这里的关键在于扩散知识的类型和内容是什么:中国传统教育的一个特色就是学统治术,即治术教育(陶希圣,1931a:307)。所以,在封建贵族被破坏之后,士人阶级作为观念生活阶级必须迅速掌握治权,成为统治阶级。在前引夏曾佑序文中,同样可以看到儒家与宗法观念的这种密切关系。即儒学是通过术的形式来进入到传统君主的统治结构和实际运行中去的,这就是所谓的借宗法来定君权,君权的巩固与宗法存在千丝万缕的联系。因

<sup>①</sup> 当返本开新无望,要彻底破旧而丧失中国之为中国的精神气质时,王国维内心面临的必然是文化和天下沦丧的绝望。而陶希圣基于其社会史分析,得出了破旧创新的道路,这是相对和平的社会变革之路,而非积极的阶级斗争式的社会革命,那么他虽然是国民党当局的反对者,最终也必然会倾向与国民党合作。

此可以说,儒家没能阻止宗法制度的崩溃,但是却促成了宗法观念的盛行(岳庆平,1990:110)。

然而,这种以士大夫阶级为担纲者的宗法式亲属法,又会造就了什么样的人格呢?在以本宗九族五服图为核心的诸丧服图中,可以看到隐含在宗法式亲属法规范下的各种人的形象。根据理想的宗法理论划分,从男女有别开始,一个完整的人必然无法逃脱从为人子到为人夫到为人父,或者从为人女到为人妻到为人母的过程。平铺来看,宗法式亲属法下人所呈现的几种形象也大体为这六种。虽然在宗法理论上,礼之发端在于别男女的夫妇之礼,然人生之始则自为人子或为人女。<sup>①</sup>

### 1. 为人子

从本宗九族五服图来看,为人子者所处的关系序列以纵向的父子关系和横向的兄弟关系为经纬,其中以纵向的父子关系为核心。作为子的行为准则首要是孝,突出显示了子对于父的从属地位。这体现的就是宗法的亲亲原则,但是在孔子之前的宗法制度中,孝道的设计则具有很浓的尊尊色彩。这一点可以从《孝经·圣治章》引述孔子语观之,而且在宗法制度时期,诸侯、大夫和士人行孝的标准也是不同的。然则,至春秋战国以降,宗法大家族解体为父家长制的家庭,孝的内涵就由尊尊兼亲亲变为亲亲为主,孝的重心从家庙之祖转向了最亲密的父。横向长子与众子之间的关系,则以友或者悌来调节。<sup>②</sup>即早期与“孝”相对的,是“友”而非“悌”。但后来“友”逐渐发生了转义,演变为社会中异姓朋友相交的准则(王利华,2003)。

但是,整体来看,无论是宗法制度时期,还是士大夫阶级形成后推行宗法理论的时期,“友”或“悌”的地位都没有“孝”重要。这一点与中国传统社会中,悌道始终从属于孝道、兄弟关系从属于父子关系、同僚关系从属于君臣关系是一致的。最重要的是这种孝体现在律法中,

① 在传统中国社会中,调整不同身份之人的行为准则分别有五伦说(即父子有亲,君臣有义,夫妇有别,长幼有序,朋友有信。见《孟子·滕文公上》)、六纪说(即诸父有善,诸舅有义,族人有亲,昆弟有亲,师长有尊,朋友有旧。见《白虎通疏记》,参见陈立,1994)和十义说(即父慈、子孝、兄良、弟弟、夫义、妇听、长惠、幼顺、君仁、臣忠,十者谓之人义。见《礼记·礼运》)。对各说之间的详细差异本文不拟辨析,其道大同小异,但对具体角色的定位以十义说较为详细。不过本文更在意的是亲属制中的不同角色在律法上的意义。

② 在宗法制度时期,嫡长子的地位极其重要,然而在古代中国的宗法理论及其实践中,嫡长子已经不再具有关键地位,重要的是众子。

完全把子对父的从属地位法律化了(瞿同祖,2004:16-18)。

## 2. 为人夫

为人夫是从为人子发展出来的另一种关系,进入到夫妇之礼当中。为人夫是相对于妻而言的,在宗法上对夫的要求是夫义。表面上看,夫义是对妻的敬,但是这种敬对夫而言并非基于夫妻关系本身的义务,而是“亲之主也,敢不敬与”(《礼记·哀公问》)。敬是从属于夫族而生发的一种义务,在夫妻关系中,仍然是以夫为主。从丧服观察,可以发现夫为妻亲之服是降等的,比妻本人为其亲之服要降三等;男女之别,一目了然。相应地夫在身份和财产方面对妻有主导权,法律上夫的地位如尊长,妻的地位如卑幼(瞿同祖,2004:124)。

虽然为人夫比为人子的“权利”范围要大一些,但是并不意味着夫具备了独立人格。首先在夫不为家长的情况下,夫的人格要受到家长的限制,而且就娶妻成为夫的过程而言,几乎看不到夫的意志,如同上文分析,整个起作用的是双方的家族。所以,如果说为人夫意味着一定程度的人格的显现,那么这种显现也是有限的,即在律法上是从属于家长或家的地位的。

## 3. 为人父

从为人子开始,为人父是终点。在关系序列上只是一种纵向的关系,这种关系不单纯是一种父子关系,而是以父为代表的父祖系列的纵向关系。如同孝在周秦之际有所变化一样,为人父的地位也存在相应的变化:在宗法制度阶段,侧重的是父祖的序列,到战国以降的中国古代社会时期才正式确立为以父为重的地位;<sup>①</sup>这一点与秦汉时期家庭形态的变化也密切相关。虽然宗法理论上对父行为准则的要求是慈,但从丧服和父的本义看却更多强调的是父至高无上的地位,子为之斩衰,即父为家内最高权力。可以说,家长在经济、法律、宗教三个方面掌握权力(瞿同祖,2004:15-37)。

虽然从为人子到为人父,一个人的权力在家内达到极致,但仍然不能说家父长具有独立的人格,这与罗马法的家长权是不同的。因为在中国传统社会的礼法中,家长所具有的不过是对家政的管理权而不是绝对所有权,这一点在诸子析产时家长权力受到的限制中也

<sup>①</sup> 此处并不是否认在宗法制度中为人父的地位之重要性,只是借此说明在后来的阶段父权不再像宗法制度下那样受宗子和祖辈的制约。

可以看出。而在家庭成员犯罪时,家长和其他家庭成员则可能会受到株连。依照对家之宗法构造的考察,可以看出中国传统社会中的家长是以家族契约为基础的父的人格对妻以及子的人格的吸收,此间,所谓父的人格并不是父独立的人格,只是以父的身份作为家长来代表家族这个共同体。所以说即使为人父也不具备独立人格,按现代法学的术语来比喻,即父作为家长仅仅是作为家的团体之“法人代表”而已。

#### 4. 妇人——为人女、为人妻、为人母

在父系、父治、父权的宗法一本之亲属法下,妇人一直处于从属地位,从历代丧服图皆可看出。为人女时,其人格为父所吸收;为人妻时其人格为夫所吸收(滋贺秀三,2003:109);为人母时其人格仍然为作为父的夫所吸收。有所不同的是,在为人妻时可以获得一些基于夫权的代理权,而为人母时因为父的关系则可以代理父权的部分,但这些都不是独立性的。在宗法式亲属法下,妇人的人格依附情形于此毕现。

对宗法一本亲属法下处于不同关系的人而言,不仅妇人没有独立人格,即使男子从为人子最终到为人父的时候,也没有独立人格。到处所见的仅是父家长所代表的家。在家与国的关系中,家作为一个独立的单元也显得尤为重要。这也与士大夫阶级作为支配阶级的政治结构相适应,士大夫作为家长率其家、率其族而构成一个治理意义上的天下国家。士大夫作为身份阶级而存在,受其统领的家或族中之人,亦无不受限于家内和家外秩序的身份。

在社会经济方面,这种宗法身份的限制作用更为明显。在陶希圣看来,在宏观上,士大夫阶级特质所铸造的政治结构,对自由资本主义的产生存在莫大的阻碍,而在微观上,宗法身份所形成的对人之束缚,亦无法提供自由资本主义所需要的劳动者精神(陶希圣,1929a:214 - 215)。

## 五、社会的再造与亲属法

### (一) 社会革新的动力

借助士大夫阶级的政治支配地位及其社会经济条件,宗法式亲属

法持续地表征着传统中国的精神特质,但是,从这种精神特质作为一种普遍性的诉求之始,直到上升为统一国家之礼律的时代,都并没有得到彻底的贯彻。这是因为,一直以来有两个因素不可避免地 & 儒家的宗法理论发生冲突:其一是在观念层面的先秦诸家学说,例如墨家之二本秩序、法家之齐物秩序;<sup>①</sup>其二是在“活法”<sup>②</sup>层面的风俗,例如春秋战国之际周宋楚秦不同制、隋唐时鲜卑风俗犹能变更礼法、清代宗法式亲属法在实践上依然受到满族习俗的冲击。<sup>③</sup>然而,更严重的冲击,倒不是基于民族习俗本身产生的,而是基于社会经济条件产生的。自近世社会以来,妇女在经济生产中的地位有所提升,相应地民间亦出现了女子拥有财产和女子承继财产的情况,甚至律法上也有所承认(柳立言,2008)。而在宗法式亲属法上的反映,则很大程度上体现在明代丧服制度的变动上。虽然这些变动并没有在根本上摧毁宗法一本之原则,却表明了 & 宗法式亲属法的压制下存在不同的改制力量。

对晚清为什么要改制变法这个问题,综观学界的各种回答,大体以废除领事裁判权为直接的理由,而以传统社会经济结构的转型为根本原因(黄源盛,2007:46-86)。然而,陶希圣却通过社会史的考察,把晚清变法改制的根源追溯到士大夫阶层的特质及其现代失败上。这种

① 墨家和法家对儒家的冲击,基本上被儒家化解掉了,尤其在汉武帝之后,儒家思想经过对先秦诸子学的融合吸收,如对阴阳家和法家的吸收,在思想领域占据了主导地位。先秦时期对儒家思想冲击最大的墨家学说反而销声匿迹了。按照陶希圣的分析思路,与儒家相比,墨家是一种生产性的教育,其依托的群体不是观念生活阶层的士大夫(在宽泛的意义上,士大夫阶层产生之初,所谓的知识阶层皆可以纳入这个阶层,但是严格说来陶希圣的士大夫阶层是指宗法理论担纲者的那个知识阶层而言的),而是手工业等生产性阶层,但是由于士大夫取得支配地位的官僚国家对社会经济条件采取从属和管制性措施,使得这种阶层受到了严格的限制,墨家不是观念生活阶层,离开了与其生产阶层的紧密联系后自然失去了支撑性的力量而败落了。中古社会,佛教曾经对儒家思想构成了严重的挑战,但是这种挑战并没有波及社会组织的伦理构造方面,所以中古社会虽然是佛教最为盛行的时候,但也是法律儒家化最为关键和颇有进度的时期,至近世社会儒家思想反而转化和吸收了佛教的冲击,构造出了更为严密和全面的宗法理论体系(这个体系的特征是在礼治的基础上又提供了一套心性秩序)。中古社会以降,中国思想领域的变化亦可参见陈寅恪(2009)的《冯友兰中国哲学史下册审查报告》一文)。

② 此处所言的“活法”是陶希圣借用当时西欧学者埃利希的法社会学中的概念,这也是其熔铸历史法学和社会法学,对中国法律进行的社会史研究之体现(埃利希,2009)。

③ 春秋战国之际,周宋楚秦不同制,这一点陶希圣在《亲属法大纲》和《婚姻与家族》诸论著中屡次提及。隋唐时鲜卑风俗犹能变更礼法,这一点鲜明地体现在唐时期丧服制度中母亲系亲地位的提升方面。清代宗法一本之亲属法在实践层面所受到的满族习俗的冲击,尤其体现在士大夫阶层家庭方面,例如,陶希圣在《潮流与点滴》中回忆了他的宦宦之家出身,其母受到满族妇道的极大影响(陶希圣,2009a)。

失败不仅是士大夫阶级的特质所导致的晚清在政治和经济上面临的困局,更与士大夫担纲的宗法式亲属法所形塑的非独立性的人格有关。士大夫阶级支配的官僚政治无法产生民主政治,与士大夫阶级的社会经济条件相配合的商人资本,也阻碍着自由资本主义的产生(陶希圣,1929a)。由此,使得士大夫的官僚政权在晚清遭遇西方资本主义国家时弊端尽显,但士大夫阶级在这种失败的同时,又蜕变出了新士大夫阶级,使中国社会的格局变得更加复杂。

在这种情势下,陶希圣认识到,如果仅从中国内在的发展来讲,始终无法走出士大夫阶级支配的社会构造,即使西方资本主义力量的侵入也不能自动改变中国社会的内在构造,只不过是增加了新的和更高的剥削链条而已。不过,外国资本势力的入侵却带来了某种革命的可能。因为中国社会自此被纳入了世界历史的进程,在士大夫提供的观念形态之外,有了更加强有力的思想形态与之竞争。这种新的思想因素首先体现为新力量的出现,即在传统的士农工商之外出现了资本阶级、新式工人以及从士大夫阶级中分化出来的现代知识分子(陶希圣,1934)。正是在这个新力量的基础上,中国社会的转变才能有新的希望。新社会的形成并不是自然出现的,要靠革命立法者的努力才能实现。

## (二) 中国与世界历史

既然要改制,就必然要革去建立在宗法一本主义基础上的旧礼法秩序的命,建立新法制的秩序。革命前期的法律,在陶希圣看来是统治阶级加于被统治者的负担,所谓统治阶级就是士大夫阶级,而被统治阶级则是农工商各阶级。两千年的政治支配结构为士大夫阶级所把持,这种礼法秩序也一直笼罩在农工商各阶级头上。当陶希圣诉诸民众中与礼法相悖的“活法”时,他实际上要传达的就是作为“活法”的俗对礼的斗争。但是,这种斗争尽管给宗法势力造成了很大的冲击,然而并没有根本打掉宗法的势力。所以,打破旧礼法秩序、确立新法制的理想还需要诉诸社会进化和法律进化。

在社会史视野中,考察法律的进化必然和社会的进化相联系。在社会的进化方面,陶希圣的中国社会史研究一再强调的是中国社会的独特性,即使中国也可以划分为古代社会、中古社会和近世社会,但与西方的古代、中世、近世的精神意涵也是不同的。这说明,我们不能从

对西方社会的历史考察中得出适应中国社会史的规则。

然而,中国近世社会末期西方资本主义势力的入侵,已经打破了中国社会独特的发展历史,把中国纳入到了世界历史的进程中。如果说中国社会的独特性在于说明中西没有共同的过去,那么纳入同一世界历史的进程之后,则使未来的中西社会具备了相似的一般规则之条件。这是从对西方法律进化史的考察中得出的对中国新法制建设具有重要意义的重要前提。

之所以这样说,是因为陶希圣做出了这样的判断:即西方资本主义势力的法律思想是随帝国主义的侵略同时俱来的。尽管这种侵入导致中国都市工商业的畸形发展,但依然可视为是一种进步:资本主义的法律现象在中国社会中渐渐产生了。这个进步,是在与中国传统法律相对比的基础上得出的。陶希圣认为,以宗法式亲属法为基础的礼法系统,从根本上是阻碍私法发展的(私法则是促进社会经济发达的关键要素),人与人之间的水平关系始终难以扩大到更广泛的范围(陶希圣,1928a)。这里所谓水平关系,就是人与人之间的独立而平等的关系。资本主义的法律现象之产生,恰恰是水平关系产生和扩大的表征,因而这些法律现象的产生,不仅是中国社会被纳入世界历史的一个说明,也是新法制可以与西方法律进化的趋势相接洽的一个明证(陶希圣,1929d)。

不过,陶希圣坚决反对一些法学者因此便心安理得地接受西洋法律思想。陶希圣认为,用一纸法令及法律草案将西洋的所有权整个抄来是不足取的,如果移植的法律与社会实际生活不能吻合,也不过是一纸空文,更谈不上推动中国社会的进化。

### (三) 亲属法的立法政策与立法技术

既然是在世界法律进化史中来考察新法制,那么,新法制首先否定的就是本土礼法体系的继受,肯定的则是横向参考的立法。但是,从一种社会形态走向另一种社会形态的改制立法不是一件容易的事情,尤其是当一种新的制度要重新塑造一个民族的心灵形态时。通常而言,立法是法律学家,即专家的事业;对法律学家而言,民法典尤其是成熟的民法典,如已广布施行的拿破仑法典和德国民法典,皆足以借鉴。在陶希圣所处的时代,就有土耳其革命后全抄瑞士民法的例子。但陶希圣认为,这对于革命时期的中国实不足为训。在他看来,当时立法上存

在一个两难的困境,即立法政策与立法技术的关系问题。

陶希圣对法律专家的定位是历史法学式的,在历史法学的视野中,法律专家是作为立法技术家而存在的(陶希圣,1928a)。但是,仅靠法律专家的素养,立法技术家不可能完成革命时期的立法事业。因为革命时期的立法,首要考虑的是立法政策,在立法政策的指引下才有立法技术发挥的余地。在对立法政策的考量中,各个制度和各个法学者学说及各国立法先例的比较选择,反倒处于一个次要的位置,真正重要的是新法制要导向一种什么样的社会的问题。因此,在革命立法时期,只有立法技术家兼为立法政策家,革命时期中国的立法事业才能完成。

在对西方民法典的比较考察中,陶希圣指出:“法国民法典是无意识的搜罗过去法令及习惯而厘定的法典。德国民法典及瑞士民法典却是有意识的订立。然而无论立法者对于法典的精神是有意识或无意识,法典的精神总是一贯的”(陶希圣,1928a)。法国民法典的基本精神是个人主义,德、瑞两国民法却在日耳曼法系影响下倾向于社会连带主义。陶希圣认为,这三部法典具有同一个中心:以“财产”为中心,皆为“所有权法典”。就法典的根本主义来说,中国的立法事业在立法政策方面已然凸显出与西方法典的差异。因为当时中国的革命主义是三民主义,不是个人主义,也不是社会连带主义。相应地,在通往民生社会或共产主义社会的道路上,中国的法典,尤其是民法典,应该从生存权出发来确立。而且,由此奠定的社会制度不是以赚钱为目的的资本主义制度,而应造成以养民为目的的民生制度,这与一切剥夺方法是不相容的。

#### (四)新社会建设中亲属法之落实

在此新法制和新社会建设过程中,可以说成也亲属法,败也亲属法。败也亲属法的担忧,是说必须要防止新法制体系堕入西方法治以“财产”为中心的窠臼。因为在建设新社会过程中,必然要引进西方法律进化史中的契约精神,以打破中国传统社会身份制的桎梏,但是契约制的引入又非常有可能把法律的精神引向以财产私有制为中心的自由主义。这种担心,陶希圣在讨论立法技术时便已流露出来:

家族婚姻制度在宗法势力之下,饱含着身份制的精神。家长与家属的身份关系依凭于家产制度而倍见其弊害之多。人自儿童

以至于成年以来,养育在对外私有,对内共有的狭隘自私的家庭,心目中有家庭没有社会。儿童的家族的保护,又纯为两亲及家长的利益而不是为儿童及社会的利益。婚姻制度的宗法的支配实矫揉男女的性生活,尤其牺牲妇女的精神生活和物质利益。在这种情形之下,依事物自然的发达,当以个人财产制代家庭共有制,而使契约制侵入婚姻制度,使趋向于自由婚。但与个人私有制并存的自由婚是不是适合于民生社会的理想?(陶希圣,1928a)

陶希圣认为解决这个问题的关键,在于立法政策上中国的新社会应该以“生存权”为中心,建设生存权体系的法治。那么,何谓生存权?

在法律进化史中,生存权首先是作为一个宪法概念提出来的,但陶希圣讲的生存权首先是一个社会史的概念。这与陶希圣对中国传统社会的观察有关,即士大夫阶级的统治术教育,完全属于非生产性的,易从政治制度上促使叠床架屋的官僚系统和“报销主义”(陶希圣,1931a:277)盛行,<sup>①</sup>由此在社会经济层面使商人资本屡屡陷入与土地资本相循环的怪圈,进而导致生产事业的沦落。因此,陶希圣的社会变革方案之关键处,即是如何解决基于剥削的观念生活阶层所主导的官僚支配系统。

陶希圣始终关切的是生产者和生产的事业,尽管他欣赏行政机关向人民代表负责的近代欧洲政制,但仍然不赞同中国走西方近代社会之路(陶希圣,1931a:281)。这是因为中国新兴的资本阶级仍然沾染有士大夫阶级的习性,倘若新法制以财产为中心,中国的社会经济生产虽然能够进一步丰富,但是整个政治支配结构仍然没有发生变化,人与人之间的关系仍然是依附性的。因此,陶希圣基于压制非生产性的考量,提出新法制的建设要以生产阶级的生存权为中心,而不是以财产为中心。

为了在新社会建设中实现生存权体系的亲属法,陶希圣在三个方面进行了重构。

首先,在亲属制度方面,陶希圣主张破除宗法制亲属法的内外和男女之别(陶希圣,1929a:218-220)。这就是要确立双系平等亲属和自

① 这是陶希圣对中国传统官僚行政特征的一个总结,他认为官僚行政之间的公文关系是属员对上官负责的关系,上官对属员所呈送的公文加以认可,则呈送此公文的属员关于此公文所载事件便可以免责。这就是报销。官僚的注意和努力,大抵在于公文责任的免除,此即为报销主义。

然亲等的原则,自然亲等意味着抹除了等级世系亲等中的等级性。同时,陶希圣并没有因此在亲等计算中引入罗马法计算法,而是保留了去除等级性的世系计算法。这暗示出陶希圣提倡的生存权体系之立法倾向,是团体意涵的共同生活而不是个人本位的契约制组合。

其次,在婚姻制度方面,需要将契约制纳入婚姻制度,使婚姻趋向于自由婚(陶希圣,1929a:233-235)。这种契约不是两个家族的契约,而是具有独立人格的两个人的契约。基于此,关于结婚和离婚的障碍之设定,必然也是要出于符合此独立人格的自由婚。结婚的障碍,除生物学和社会利益的考量之外,应不再存在任何宗法限制。此时的婚姻所重者,在于两个独立平等男女的感情,不在于家族的利益。有感情始能营造共同的精神生活,而离婚的惟一原因也应在于共同精神生活的破裂。但这种离婚标准并不意味着婚姻陷于随意和混乱。因为无论是基于对方精神病的原因而离婚,或是基于其他共同精神生活破裂的原因而离婚,生活能力较高一方都将对另一方负有扶养责任。此规定也是民生社会尚未发达之前生存权保障下移的一种立法技术。

最后,在家制方面,陶希圣主张不立有形家制,而采用无形之家的设计(陶希圣,1929a:227-228):有夫妇即有家。那么,在这个家中夫妻、父子、兄弟等不同关系该如何定位呢?其一,在身份方面,首先立血缘与法律拟制关系的平等,不仅破除嗣子与养子的差别,而且要比原来传统亲属法秩序下众子均分的格局前进一步,达到血缘与法律拟制的平等,保障非血缘父子关系中继承人的生存权。其次,家长权向亲权转化。陶希圣倾向于采纳为子女利益而存在的日耳曼法上的亲权制度,国家在这里扮演的是监督者的角色,一旦亲权侵害了子女的生存权,那么国家权力就会以保护者的面目出现。在亲权的享有方面,父母享有平等的亲权,这也是对亲属制度中双系平等的延续。

既然把家长权转化为了亲权,那么原来的族权几乎没有了存在余地。因此,陶希圣反对亲属法中设置亲属会,因为那无异于族权的再生。对此,陶希圣的替代措施是把亲属会的职权移至法院,实现监护的公法化(陶希圣,1929a:231-232)。这意味着儿童生存权的保障亦采取国家化的策略。

另外的问题是关于财产方面的,既然在身份方面家长权已经转化为亲权,且不立有形家制,那么是否还需要共有产呢?陶希圣认为,不立家制主要是为了打破宗法的身份主义,但在生存权的立法政策下,亦

不应鼓励以个人主义进行权利斗争,而是要树立以共同生活为本位的小家庭。为此,必须要设定共有产,共有产的前提是基于契约精神的夫妻双方财产的共有,而不是个人财产的联合制。陶希圣指出,这是一个过渡时期的问题,因为最终在民生社会发达期,成人皆为社会生产一分子,儿童的生存权便可在社会的保护之下了。这样,在宗法构造的家制中父子、夫妻、兄弟之间一体而不平等的身份关系,在生存权体系的构造下,既达到了平等的状态,又有彼此之间的独立人格存在的空间,从而才有慈祥恺悌的家内秩序。

## 六、余 论

针对20世纪初期中国过渡社会的问题,陶希圣在其社会史研究的基础上构建了以亲属法为核心的现代社会科学解决方案,可谓是一种难得的思想探索。然而,理论的逻辑毕竟不能取代现实的逻辑,当革命政党从彻底的亲属法变革方案后退,立宪国官僚系统士大夫化,而没有不党者的公民力量来阻止时,表面的宪法框架将无法解决严峻的社会问题,最终三民主义的革命政党还是失去了历史的机遇,历史的命运落到了共产主义的革命政党身上,中国走向了另一条通往理想社会的道路。

世易时移,今天我们经由陶希圣回到清末民初的变法改制现场,并不是要重拾陶希圣的变革方案。此一努力的目的,一方面在于揭示由陶希圣奠定的法律社会史的研究路径,另一方面是要指出亲属法(婚姻法)之于当下社会转型的意义。陶希圣通过亲属法变革方案,勾勒了新社会中个人、家庭和国家的关系,试图为现代国家打下坚实的个体基础。但是,未来社会将如何演进,又将以何面目呈现?陶希圣并未明言,他提出的只是社会过渡期的方案。

当下我们并没有走出社会过渡期,在一个甲子之后,虽然家庭、个人与国家的关系经历了更为繁复的杂糅与分离,但没有找到各自的准确定位。如果说陶希圣的时代主要面临的是如何从家庭中解放个人、塑造合格公民的问题,那么今天则同时面临着如何处理父权式国家、任性的个人与失去明确定位的家庭关系问题。虽然我们经历了彻底的亲属法变革,把亲属法简化成了婚姻法,所处理的也更多是家庭财产问

题,但是,家内的人伦秩序以及家与国的关系并没有得到妥当的安置。在社会经济条件不断变化的情况下,婚姻法的任何风吹草动都在挑动着我们敏感而无助的神经,都影响着我们的命运。

### 参考文献:

- 埃利希,2009,《法社会学原理》,舒国滢译,北京:中国大百科全书出版社。
- 波兰尼,2007,《大转型:我们时代的政治与经济起源》,冯钢、刘阳译,杭州:浙江人民出版社。
- 陈惠馨,2006,《传统个人、家庭、婚姻与国家》,台北:五南图书出版股份有限公司。
- 陈立,1994,《白虎通疏证》上、下,北京:中华书局。
- 陈寅恪,2009,《陈寅恪集·金明馆丛稿二编》,北京:三联书店。
- 费孝通,1983,《家庭结构变动中的老年赡养问题》,《北京大学学报(哲学社会科学版)》第3期。
- 贺雪峰,2006,《中国农村社会转型及其困境》,《东岳论丛》第2期。
- 胡汉民,1978,《三民主义之立法精义与立法方针》,中国国民党中央委员会党史委员会编《胡汉民先生文集》,台北:中央文物供应社。
- 高一涵,1915,《共和国家与青年之自觉》,《青年杂志》第1卷第1号。
- 黄源盛,2007,《法律继受与近代中国法》,台北:元照出版有限公司。
- 李文军,2010,《社会本位:理想还是现实?——对民国时期社会本位立法的再评价》,《华东政法大学学报》第1期。
- 柳立言,2008,《宋代的家庭与法律》,上海:上海古籍出版社。
- 孟宪范,2008,《家庭:百年来的三次冲击及我们的选择》,《清华大学学报(哲社版)》第3期。
- 潘念之主编,1992,《中国近代法律思想史》,上海:上海社会科学出版社。
- 瞿同祖,2004,《中国法律与中国社会》,《瞿同祖法学论著集》,北京:中国政法大学出版社。
- 《十三经注疏》整理委员会整理,1999a,《孟子注疏》,北京:北京大学出版社。
- ,1999b,《礼记正义》,北京:北京大学出版社。
- ,1999c,《孝经注疏》,北京:北京大学出版社。
- 陶希圣,1928a,《立法政策与立法技术》,《新生命》第1卷第10号。
- ,1928b,《亲属法大纲》,上海:商务印书馆。
- ,1929a,《中国社会之史的分析》,上海:新生命书局。
- ,1929b,《中国封建社会史》,上海:南强书局。
- ,1929c,《中国社会与中国革命》,上海:新生命书局。
- ,1929d,《法律学之基础知识》,上海:新生命书局。
- ,1931a,《中国社会现象拾零》,上海:新生命书局。
- ,1931b,《辩士与游侠》,上海:商务印书馆。
- ,1933,《民法亲属论》,上海:会文堂新记书局。
- ,1934,《婚姻与家族》,上海:商务印书馆。
- ,1935,《十一至十四世纪的各种婚姻制度》,《食货半月刊》第1卷第12期。
- ,2009a,《潮流与点滴》,北京:中国大百科全书出版社。

- ,2009b,《中国政治思想史》,北京:中国大百科全书出版社。
- 史尚宽,2000,《亲属法》,北京:中国政法大学出版社。
- 王伯琦,2005,《近代法律思潮与中国固有文化》,北京:清华大学出版社。
- 王国维,1979,《殷周制度论》,《西周政教制度研究》,台北:中华文化复兴月刊社。
- 王利华,2003,《周秦社会变迁与中国家庭伦理体系的建立》,《中国家庭史论集》,天津:南开大学出版社。
- 王宪明,2005,《语言、翻译与政治:严复译〈社会通论〉的研究》,北京:北京大学出版社。
- 吴飞,2011,《当代中国婚姻的价值缺位》,《文化纵横》第2期。
- 吴虞,1917,《家族主义为专制主义之根据论》,《新青年》第2卷第6号。
- 谢振民,2000,《中华民国立法史》,北京:中国政法大学出版社。
- 夏曾佑,1981,《〈社会通论〉序》,甄克思《社会通论》,严复译,北京:商务印书馆。
- 严泉,2007,《失败的遗产:中华首届国会制宪:1913-1923》,桂林:广西师范大学出版社。
- 阎云翔,2006,《私人生活的变革:一个中国村庄里的爱情、家庭与私密关系:1949-1999》,龚小夏译,上海:上海书店。
- 杨善华,2011,《中国当代城市家庭变迁与家庭凝聚力》,《北京大学学报(哲学社会科学版)》第3期。
- 岳庆平,1990,《中国的家与国》,长春:吉林文史出版社。
- 张生,2004,《中国近代民法法典化研究》,北京:中国政法大学出版社。
- 赵晓力,2011,《中国家庭资本主义化的号角》,《文化纵横》第2期。
- 甄克思,1981,《社会通论》,严复译,北京:商务印书馆。
- 滋贺秀三,2003,《中国家族法原理》,张建国、李力译,北京:法律出版社。
- Dirlik, Arif 1976, "T'ao His-sheng: The Social Limits of Change." In Charlotte Furth (ed.), *The Limits of Change*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- 1978, *Revolution and History: The Origins of Marxist Historiography in China, 1919-1937*. California: University of California Press.

作者单位:北京大学社会学系、商务印书馆  
责任编辑:杨可

grandparent-as-caretaker) has emerged in intergenerational parenting coalitions. Specifically, young mothers act as powerful “managers” of the childrearing project, while grandparents serve primarily as caretakers who are marginalized in the family power relations. Differing from an institutionalized power structure in traditional Chinese families, “*yan mu ci zu*” is a set of fluid, uninstitutionalized power relations, constrained by the negotiations and bargains between family members as well as the construction and maintenance of satisfying intimate relations between the parents and grandparents.

Family Law and the New Society: Tao Xisheng’s research on family law from the perspective of social history ..... *Bai Zhonglin* 172

**Abstract:** Family law, with family and the social ties within the family structure at its center, has played a crucial role in China’s transition from traditional society to modern society, as is shown in the controversy over “*li*” and “*fa*” in the late Qing dynasty as well as the current disputes over the marriage law. Tao Xisheng, a renowned sociologist in the early years of the Republic of China, noticed the special role of family law and structured his own thoughts in the light of modern social sciences while taking the traditional thoughts into consideration. Inspired by the reformation of the late Qing Dynasty and Yan Fu’s social studies, Tao proposed that the breakthrough in the transformation of society was to be found in family law. Tao tried to build a new system of family law based on the right to life and break free of the traditional family law arrangement, with a view to making the family a place where independent personalities are fostered and new citizens are brought up to be the pillars of a constitutional state.

Releasing Vitality and Regulating Order: A research on market governance in Yiwu, Zhejiang province ..... *Liu Chengbin* 197

**Abstract:** The study presents and analyzes the relationship between the energy release and order regulation from the perspective of the development strategy of the government, with the case of the harmonious market in Yiwu, Zhejiang province. “Four Allowances” policy in 1982 showed that the government passively responded to farmers going into business, and the “promoting business and developing county” strategy in 1984 reflected the government’s initiative of market dynamics. “Market Classification” strategy in 1992 reflected the government’s regulation on the external market order. After 2000, with the urbanization and urban-rural integration as the core, the famous city strategy reflects the government’s systematic regulation to the market. Overall changes suggest that the government’s moderate coordination with vitality release to the market and order regulation is the experiential password to market success.