

## “家”视野下的法治模式的中国面相

李拥军

**内容提要:**“家”的生活方式孕育出了中国人特有的权利观念。权利不是作为维系家庭生活的首选机制而是作为备选机制来发挥作用的。“家”的维系依赖于一套以“同”“别”“情”“止”为特征的机制,这些机制深度影响了法律对现实生活的调整方式。“家”的思维方式的扩展,使中国人视野中的社会、国家、世界、自然都有了“家”的意义。在“家”的视域下的个人已不是纯粹意义上的独立个体,而是一种“关系性的自我”,人与共同体的关系是一种责任意识下的关系性平衡。既然“家”型塑着中国人的思维,深度参与了中国人的生活,面向中国人建设法治就不能无视“家”的存在。唯有兴家庭,才能扩大法治的社会之基,而只有充分关照“家”的意义才能构建出属于中国自己的法治模式。“家”意义上的法治重视协商、教育功能的发挥,不是恢复传统的家长制,而是力图通过“家”来培育亲情、人性、宽容、互助,进而培养出公民对社会的责任感,培植法治之善的根基。

**关键词:**家 法治 主体性

李拥军,吉林大学法学院教授。

随着国家的发展与壮大,中国人的自主性意识逐渐增强。不能以复制西方的模式而需要以自己的模式来实现中国的现代化,似乎已经成为了国人的共识。正是出于这种自主性发展的需要,当下中国在政治层面提出了建立“四个自信”的要求,决心为解决人类问题贡献“中国智慧和方案”。<sup>[1]</sup> 在学术界,十几年前邓正来先生“中国法学向何处去”的呐喊,可以说比较早地开启了中国法治理论与实践方面的主体性的话题,他认为中国的法学研究不能缺失“中国法律理想图景”。<sup>[2]</sup> 近年来针对中国法律理论与实践中的

[1] 习近平:《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》,人民出版社2017年版,第19、10页。

[2] 参见邓正来著:《中国法学向何处去——建构“中国法律理想图景”时代的论纲》,商务印书馆2006年版。

“西方法学在中国”“西方话语的中国表达”之类现状的批判更加激烈。<sup>[3]</sup> 官方与学界也将构建中国的“法治话语权”作为中国法治建设的重要目标。<sup>[4]</sup>

诚然,当下的中国需要属于自己的法治,需要建构出自己的“制度自信”,然而,如何构建这样的法治并实现这样的“制度自信”,根植于中国的国情和民情的法治具有什么样的面相,针对这些问题无论是官方还是学界都没有给出具体的答案。笔者认为,一国的法治必须依托于具体的人,而人是生活于具体的历史传统和现实生活结构之中的,因此中国的法治必须要面向中国人的文化传统与具体的生活实践。“家”是中国人最为重要的生活方式,是中华文化的特有内容与核心部分。西方文明源于宗教,中国文化源于家庭。东西方文化差异的节点就在于家庭。西方法治文明抹不掉宗教的印记,而中国的法治建设也不能无视“家”文化与实践,因此探索属于中国的法治之路不能离开“家”,“家”应该成为构建中国法治主体性的重要资源。

“家”的文化与实践直接影响到了中国人的生活方式与思维方式。因此,“家”对中国法治的影响是基础性的、本源性的,所以目前将家庭局限在某一部法律领域的研究并不能担负起全面而深刻地揭示出“家”对于中国法治的深层价值的任务。<sup>[5]</sup> 由此说来,“家”不仅仅是一种社会现象,它还是一种哲学立场,是一种有别于西方个人主义立场上的思维存在,在这种立场和思维关照下的法治必然会呈现出与西方法治不同的面相。如果不能揭示这一点,即使是在一般意义上研究家庭与法律的关系也不能更多地为构建属于中国自己的法治做出实质性的贡献。<sup>[6]</sup> 本文正是出于构建中国自己法治的考量,从“家”对于型塑中国社会的基础性作用入手,揭示出由“家”所型构起来的社会对法律运作构成的实质性影响,挖掘“家”的思维模式对于构建现代法治的可能性功用,从而试图为构建中国法治的主体性做出实质性的贡献。

## 一 “家”型塑下的中国人权利观念的特殊性

梁漱溟先生说,中国人过家庭生活,西方人过集团生活,“二者之间颇不相容”。<sup>[7]</sup> 这可谓道出了中西方文化差异的节点。在基督教的语境下,西方人有两位父亲,一位是生父,另一位是圣父。作为圣父的上帝比生父重要得多。生父对子女的权限和责任是有限

[3] 参见徐爱国:《论中国法理学的“死亡”》,《中国法律评论》2016年第2期;季卫东、舒国滢等:《中国需要什么样的法理学》,《中国法律评论》2016年第3期;陈金钊:《中国法理学研究中的“身份”焦虑》,《华东政法大学学报》2014年第4期。

[4] 参见张文显:《法治与国家治理现代化》,《中国法学》2014年第4期,第26页。

[5] 参见金眉著:《中国亲属法的近现代转型——从大清民律草案到〈中华人民共和国婚姻法〉》,法律出版社2010年版;丁慧:《试论中国亲属哲学的发展方向》,《法学杂志》2012年第7期;蒋月著:《20世纪婚姻家庭法:从传统到现代化》,中国社会科学出版社2015年版。

[6] 参见张龔:《论我国法律体系中的家与个体自由原则》,《中外法学》2013年第4期;方乐:《法律实践如何面对“家庭”》,《法制与社会发展》2011年第4期;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》,《清华法学》2016年第1期。

[7] 梁漱溟著:《中国文化要义》,上海人民出版社2003年版,第88页。

的,子女也就无需只倚重于生父。父母在子女成年之后也就完成了监管使命,认为这时应该由上帝替他们照管子女。<sup>[8]</sup>“上帝的这种介入,使得一切西方父子间的亲密,绝对不允许超过两人对圣父的分别效忠。人的死后存在,与子女后代没什么关系,只能靠上帝对其个人灵魂的拯救超度。”<sup>[9]</sup>中国人以家庭为主体的生活方式与西方宗教意义上的个人主义生活方式有着本质的区别。在西方的生活方式中,家庭是一个更为松散的联合体,亲属关系并没有更多的特殊性,在代际关系上奉行的是“接力模式”,即儿女一旦长大成人就与父母分开,独立生活,并没有“反馈模式”下的中国人对父母的赡养和扶助义务。<sup>[10]</sup>在中国,家庭生活模式衍生出发达的亲属关系。“一个完全没有亲属的人会很困难生存,即便是维持基本的生存,用儒家的话说,也几乎不可能成为一个健全的人。”<sup>[11]</sup>所以,亲属在社会生活中扮演着特殊的角色,进而亲属关系也是一种特殊的社会关系。在亲属关系中,关系越近,权利意识就会越淡,因为在亲近的关系中很难提及权利,它们更多是通过伦理、美德、亲情来维系。这样因为“家”的缘故,在权利意识与实践方面中国与西方人有着相当大的差别。

在隐私权方面,西方人视每个人都是一个独立的个体,所以人与人之间都有清晰的权利边界,因此个人隐私方面的权利意识非常发达,即使在家庭生活中也不例外。而在中国,家庭关系往往是最为亲密的关系,特别是在代际关系中,父母将子女视为自己生命的延伸,他们对子女的关爱往往会延伸到子女生活的方方面面。子女也常常将父母视为最值得信赖的人,许多心中秘密愿意和自己父母表白。在兄弟姐妹之间因为是同根同源,情感上的亲近性使他们利益愿意共享,困难愿意共担。所以在家庭成员之间隐私权方面的意识远没有西方人发达。美籍华裔学者许烺光教授对美国人与中国人之间的家庭隐私权方面的差异做了这样的描述,在美国,“父母在子女的房间不可乱动,子女在父母的管辖的范围内也不可随心所欲”,而“在中国家庭中,隐私权的尊重除了非夫妻关系的异性之间外,可以说绝无仅有。在家里,父母不但可以任意翻动子女的物品,而子女也可以随意使用父母的東西”。<sup>[12]</sup>特别在代际关系中,西方人和中国人更表现出很大的不同。西方人的代际关系是断裂的。上一代对儿童教育的方式,也是在为将来这个断裂铺路。因此,这就造就了代际不亲的状况,进而导致整个社会人情水平的低落。<sup>[13]</sup>在中国社会,代际关系远比西方人更加和谐亲密。这表现为父母要对儿女尽到教育、管理和照顾的义务,儿女要对父母尽赡养义务。在中国人的意识中,不论多大,在父母面前永远都是孩子。<sup>[14]</sup>

[8] 参见伊涛:《家庭伦理的儒学内涵与权利的备选位置》,《法制与社会发展》2013年第4期,第92页。

[9] 笑思著:《家哲学——西方人的盲点》,商务印书馆2010年版,第9页。

[10] 参见费孝通:《家庭结构变动中的老年赡养问题:再论中国家庭结构的变动》,《北京大学学报(哲学社会科学版)》1983年第3期,第7页。

[11] [美]罗思文、安乐哲著:《生民之本——孝经的哲学诠释及英译》,何金俐译,北京大学出版社2010年版,第30页。

[12] 许烺光著:《中国人与美国人》,徐隆德译,台北南天书局有限公司2002年版,第84页。

[13] 参见孙隆基著:《中国文化的深层结构》,广西师范大学出版社2004年版,第196页。

[14] 有学者描述这种现象为“成人儿童化的倾向”,参见孙隆基著:《中国文化的深层结构》,广西师范大学出版社2004年版,第208页。

“养不教，父之过”，家长有责任将孩子培养成有用之才。出于教育、管理的需要，父母常常要积极地参与到子女的一些个人事务中，要掌握他们的一些信息，有时甚至要帮助他们决策。另一方面，在养儿防老、堂前尽孝的观念下，老年父母生活上更多地要倚重儿女，要依靠和儿女的交流来得到情感上的慰藉，儿女也只有更多了解父母的信息才能做到使其“心安”“心顺”，进而做到真正的“孝”。因此从这个角度讲，对于大多数中国人来说，无论是儿女对父母还是父母对儿女都没有更多的隐私权。

在家庭财产的处置方面，中西方也表现出很大的不同。在家产制上中国人历来坚持“诸子均分”的原则。对于家产的分配，中国人往往通过“分家”的形式而不是通过继承特别是遗嘱继承的方式来完成。西方继承制是建立在个人财产制的基础上的，在西方继承法中，不可想象在死者生前提出分割财产的请求，因为死者的财产是个人财产。同时，遗嘱优先原则也意味着死者对财产的处分是自由的，除了“特留份”制度的限制外，不受家庭成员意志的制约。<sup>[15]</sup> 传统中国人的分家是建立在家产制基础上的，一般都是父母在世时进行的。父母为了防止老年时出现赡养纠纷，往往会提前对家产进行分配，并对老人的家产份额予以规定。家产的分配坚持的是平均主义的原则。平均分配家产往往被视为父母对儿女的义务，儿女则将其视为自己应得的权利。父母并不能依据自己的意愿推行不均等的分家模式。虽然随着现代“少子化”现象的出现以及男女平等观念的深入，传统的“传男不传女”家产分配原则基本被打破，女儿更多地参与了家庭财产的分配，同时也承担起赡养父母的义务，但是父母要向儿女平均分配财产并不许赠与没有血缘关系的外人，仍然是绝大多数中国人一种根深蒂固的心理习惯。<sup>[16]</sup> 在特有的传统思维下，中国人往往把平均取得父母财产视为自己天经地义的权利。如果父母不坚持这样的原则，则往往被视为违背常理的行为。在赡养和债务上也是如此，“养儿防老”“父债子还”的传统，也使儿女要平均承担赡养父母的义务以及父母所负的债务。这点与西方个人主义下父母可以凭借自己的意志自由分配财产、债务与儿女无关的传统有很大的不同。费孝通先生说，美国父母对孩子的爱也是有条件的，父母之爱不是孩子的权利，而是一种胜利品，也需要竞争才能获得。<sup>[17]</sup> 即每个孩子都不能将从父母那里获得利益视为理所当然，父母也不会将自己自由地处置财产视为对某些儿女的亏欠。许烺光先生揭示得更为深刻：“中国人讲究相互依存的人生观与美国的所谓自力更生，独立精神正好相反。我们在前面提过中国儿子必须扶养父母，中国父母也有义务带大儿子。这种相互依存的社会合约，是终生不能改变的。外国遗嘱的法律观念对中国人来说是陌生的，因为中国人的资产和负债，不管在生前或死后，一定是由儿子们平均分配的。”<sup>[18]</sup>

在婚姻方面，在中国，父母往往对子女会具有更多的建议权。在西方，儿女成人后，父

[15] 参见俞江：《继承领域内冲突格局的形成——近代中国的分家习惯与继承法移植》，《中国社会科学》2005年第5期，第124-125页。

[16] 参见林辉煌：《家产制与中国家庭法律的社会适应——一种“实践的法律社会学”分析》，《法制与社会发展》2012年第4期，第146页。

[17] 参见费孝通著：《美国人的性格》，华中师范大学出版社2013年版，第15页。

[18] 许烺光著：《中国人与美国人》，徐隆德译，台北南天书局有限公司2002年版，第126页。

母不再负照顾、抚养之义务,婚姻完全是个人的私事,父母通常不会干预儿女的婚姻,事实上即使当事人婚姻失败,这对其父母及其亲属也不会造成太大的影响。因此,西方的家庭法奉行绝对婚姻自由的原则。而在中国则不然,婚姻是人生中的头等大事。对于家庭来说,婚姻意味着一个没有血缘关系的外人要加入其中。基于血缘关系的亲密性源于人的生物性本能,而没有血缘关系的人之间的亲密则是有条件的,它要受双方的性格、兴趣、经历、知识等方面的影响。因此,通常某一陌生人的进入对该家庭会产生实质的影响,所以,家庭成员的婚姻并不像西方人那样完全是个人的私事,而是一个关系到家庭和和睦幸福的“公事”。家庭成员因为血缘和情感联系在一起,一个人婚姻上的瑕疵,必然会牵连到其他成员的生活。基于此,在中国人看来,家庭成员,特别是父母,有责任为儿女的婚姻把好关,即拥有家庭成员婚姻的建议权。在当下中国民间社会,一般来说,如果通过相亲的方式结合的,父母和亲属往往要陪同,并有发表建议的权利,其建议通常都会对婚姻成就与否起到决定性的作用。如果通过自由恋爱方式结合的男女,一般也要征求亲属特别是父母的意见。其父母对此也有表达自己看法的权利。基于一种亲属间的信任关系,这些意见通常也会给当事人的决策施加重要影响。正因如此,可以说,来源于西方现代家庭法中的绝对婚姻自由原则既不符合我们的民情,实践中也得不到真正的落实。从一个角度讲,无论是婚礼举办、婚房的购买还是婚后出现经济上的困难都需要父母或其他亲属的帮助,<sup>[19]</sup>也就是说父母或其他亲属要对其作实际的付出,要履行作为亲属应该负有的伦理上的义务。既然如此,这说明婚姻对于中国人来说绝对不是男女个人的私事。既然婚姻的成就在物质上需要父母或其他亲属的帮助,而单单在择偶上却完全凭借当事人自己的意志来决定,这显然是不公平的,也是不符合权利义务对等性原则的。

在医疗方面,在中国,亲属往往会对病人的治疗具有很大的决策权。<sup>[20]</sup> 在西方的个人主义生活方式下,在医疗决策上奉行自主性原则,即以自我决定为导向。西方主流价值观认为,每个人都有权对于自己的身体和其他方面作出决定。尽管一个人是处于临床环境下的病人,自主性原则依然对他很重要。他不能依赖于别人作出医疗决定。相反,家庭和医生有责任尊重和提高他的自主性,让他们最大限度地实行自我控制、自我决定。而在中国式家庭主义生活方式下,家庭是一个互相依赖、彼此共存的实体,因此某一个成员的生老病死是家庭中的大事,不是某个人的私事。病人首先是一个家庭成员,一个需要特殊照顾的家庭成员。作为家庭中的一员,他就不应该独立地处理自己的健康问题。他作为病人需要其他家庭成员来照顾,同时其他家庭成员遭遇疾病,他也会同样照顾他们。与西方相比,中国人的医疗决策显然是家庭主义的。在中国人眼里,由家属代表病人与医生合作来对付疾病是十分合理的方式,而让一个受苦的病人自己签字以接受手术是难以让人接受的。遇到严重的疾病时,中国家庭通常会对病人隐瞒真相。亲属这种对信息的截留

[19] 据社会学家研究,当下中国父母仍需负责儿子结婚所需的物质条件。婚姻基本支出有三大项:准备新房、支付彩礼和婚礼花费,更多地由父母承担。参见王跃生:《婚事操办中的代际关系》,《中国农村观察》2010年第3期。

[20] 此部分参见范瑞平著:《当代儒家生命伦理学》,北京大学出版社2011年版,第3-81页。

和遮蔽,由于是基于病人利益最大化的原则作出的,因此即使后来病人知道真实情况,通常也不会认为是对自己知情权的侵犯。

在夫妻财产权方面,中国社会一直坚持的是夫妻共有的形式。在古代中国,婚姻的意义和功能被界定为“合二姓之好,上以事宗庙,而下以继后世”。这里的“合”可谓道出了中国婚姻的本质。在古代中国,夫妻分别被赋予阴阳的属性,由阴阳主从而达致和谐的理念则构成了婚姻制度的内在本质。正如《易传》中所说的:“乾道成男,坤道成女。乾知大始,坤作成物。天地氤氲,万物化醇。男女构精,万物化生。”虽然阴阳具有不同的属性,而且具有主从关系,但是在婚姻中并不是强调某一因素的“一家独大”,而是强调“独阳不成,独阴不成”,即夫离不开妻,妻离不开夫,夫妻彼此共生,相互依存,强调家庭的和谐是双方共同努力的结果。在古代中国,家是一个共同劳动、共同生活、相对固定的群体,是一个血缘和姻缘的共同体,其存在除依赖共有的生活资料外,还要依靠共同的意识和家庭的荣誉感。这种共同意识既表现在父子一体、兄弟一体上,也表现在夫妻一体上。<sup>[21]</sup> 我国婚姻法坚持了传统上的夫妻一体主义。1950年婚姻法使用的是“家庭财产”的概念,其第10条规定:“夫妻双方对于家庭财产有平等的所有权与处理权。”1980年婚姻法提出了“夫妻共同财产”的概念,其第13条规定:“夫妻在婚姻关系存续期间所得的财产,归夫妻共同所有,双方另有约定的除外”;第14条规定:“夫妻有互相扶养的义务”。婚姻法的立法思想强调男女的结合要以感情为基础,离婚的标准也以感情是否破裂为标准。强调情感上结合,是一种更为高级的结合形式。既然两人情投意合,自然在财产上更是不能过分地区分彼此,因此,无论是从古代传统还是从革命传统来说,夫妻财产坚持的都是共有制的形式。2001年以来,我国婚姻法在保留了原有的夫妻共同财产制的基础上,还明确规定了夫妻约定财产制,但由于这一制度纯粹由西方舶来,以个人主义为基础,与我国传统不相吻合,因此推行起来十分乏力。在把婚姻定义为“合两姓之好”的中国人看来,婚姻还未成就就先把财产划分得一清二楚,这是不能接受的。西方权利概念的本质是一套区分“你的”“我的”这样的观念。<sup>[22]</sup> 在大多数中国人看来,结婚就意味着两家人并成一家人,两人应该心往一处想,劲往一处使,既然是一家人,在财产的权属上就应该模糊处理,不宜过分区分“你的”“我的”,过分区分权属是有伤感情的。即使对于“生命诚可贵,爱情价更高”的现代派年轻人来讲,这些做法也是和心中高尚的爱情属性不相符的。因此,婚前就对财产进行约定甚至进行权属登记整体来说是不符合中国的民情的。<sup>[23]</sup> 《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)》第8条第1款所作的规定之所以遭到舆论的普遍批判,归根结底也是因为它不符合中国人夫妻一体主义思维。正

[21] 参见金眉著:《中国亲属法的现代转型——从大清民律草案到〈中华人民共和国婚姻法〉》,法律出版社2010年版,第1、8、12页。

[22] 参见[德]康德著:《法的形而上学原理——权利的科学》,沈叔平译,商务印书馆1991年版,第54-57页。

[23] 婚姻法学者的调研显示:被调研的76个案件中,实行夫妻共同财产制的占绝大多数,共有74个,占被调查案件总数的97.4%;仅有两个实行分别财产制,这也是在夫妻关系产生裂痕,双方处于分居或半分居状态时由原来的共同财产制转为分别财产制。参见巫昌祯主编:《婚姻法执行状况调查》,中央文献出版社2004年版,第49页。

如一位学者所评价的,这种做法使婚姻法“从人身关系法过渡到投资促进法”,吹响了迈向“中国家庭资本主义化的号角”。<sup>[24]</sup>

应该说清晰的权利观念与家庭生活的本质是不符的。家庭的和谐需要每个成员扮演好自己的角色,承担起自己的责任,因此家庭中人的状态更应该是义务性的,过分地强调权利必然会疏离情感,弱化关系,使人更加原子化,进而威胁到家庭共同体的存续。一位美国的汉学家以兄弟之间的关系为例这样分析,兄弟之间的帮助是基于“爱,礼仪和传统习俗,以及维护不可或缺的家庭利益”而为。如果诉诸“权利”,那便“加入了两种不受欢迎的因素。首先,我已经开始根据家庭个体成员的私利来考虑自己的决定。其次,我也涉及我或其他人有法律约束,甚至是强迫的道德要求。一旦道德考量成为这种冲突性问题的回应时,弟弟与我便不再处于真正的兄弟关系之中,并且反过来还威胁到家庭成员与整个家族之间的关系”。<sup>[25]</sup> 由此看来,维系家庭生活和亲属关系的第一规范或机制是伦理、情感、美德与道义。亲人之间的互帮互助是出于伦理上的义务,是基于亲缘的情感,是源于“父慈子孝”“兄友弟恭”式的美德,是基于“亲亲为大”方面的道义。当亲人落难,你却袖手旁观,你本身在伦理和道义上是失职的,招来的是无情无义的评价和道德上的指责。因此,以自我为中心的权利与和谐的家庭生活原则上是冲突的。

诚然,权利观念与家庭生活和谐的本质是不符的,但并不是说权利对于家庭生活是无用的。如果家庭关系破裂或恶化了,用什么机制来做补救呢?比如,丈夫长期在外面包养情人,妻子多次通过夫妻情感的方式进行感化和道德伦理的方式予以规劝,但最终无果,此时妻子该如何处理呢?妻子有必要以权利为武器来维护自己的利益和家庭的安全。正如美国学者沃尔德伦认为的,从功能的角度,刚性的权利和义务不是构成婚姻生活所必需的;只有在情感不能被保证这种不幸的情况下,爱的维系机制才能转入法律上的权利和责任。<sup>[26]</sup> 陈祖为先生以儒家主义的视角肯定了权利对于婚姻生活的必要性:“如果丈夫对妻子的爱已经逝去,并且在很多方面伤害了她的利益,那么妻子诉诸正式的、法律上的权利来保护自己的权益就是可欲的,甚至是非常必要的。”<sup>[27]</sup> 因此从这个意义上说,权利是一种在美德、伦理失效或人际关系破裂时其作用才被突显出来的机制,是一种只能作为解决纠纷最后的手段而存在的机制,是一种情感、美德、伦理等首选机制失效以后的备用机制。<sup>[28]</sup> 由此看来,对于习惯于家庭生活的中国人来说,权利的行使是有条件的,是一种在迫不得已的情况下才适用的机制。如果一个人在日常的家庭生活中和一般的亲属领域表现出过多的权利意识,必然遭到伦理上的指责和輿

[24] 赵晓力:《中国家庭资本主义化的号角》,《文化纵横》2011年第1期,第33页。

[25] [美]史田丹(Justin Tiwald):《作为“后备机制”的儒家权利》,梁涛等译,载梁涛主编《美德与权利——跨文化视域下的儒学与人权》,中国社会科学出版社2016年版,第88页。

[26] See Jeremy Waldron, *Liberal Rights: Collected Papers 1981-1991*, Cambridge University Press, 1993, p. 376.

[27] Joseph Chan, *Confucian Perfectionism: A Political Philosophy for Modern Times*, Princeton University Press, 2014, p. 124.

[28] 参见陈祖为:《当代中国儒家人权观初探》,宁宁译,载梁涛主编《美德与权利——跨文化视域下的儒学与人权》,中国社会科学出版社2016年版,第81-83页。

论上的贬谪。因此,在西方个人主义世界观下形成的成熟的权利理论以及“为权利而斗争”的观念与实践与中国人的生活方式并不相符。正由于在家庭视野下中国人权利具有模糊化、复杂性的特征,因此这为调解制度在家事解纷解决中的运用提供了广阔的空间。<sup>[29]</sup>

## 二 重“家”的生活实践对中国法律运作方式的影响

“家”的维系依赖于一套以“同”“别”“情”“止”为特征的机制和属性,正是这套机制和属性型塑着“家”作为人群和生活方式的主体性。法律对家庭的调整也正是通过对这些机制和属性发生影响来完成的,或者说,家庭的法律意义也正是通过这些机制和属性来实现的。由于家庭在中国人的生活实践中占有重要地位,亲属关系在整个社会关系中具有明显的普遍性和特殊性,因此家庭的这些机制和属性便会深刻地影响法律对社会关系的调整,从而使中国当下的法律呈现出自身的特殊性。换言之,法律欲具有生命力就必须贴近人的生活,而贴近人的生活在中国语境下就是要对中国人的家庭生活实践给予充分的关照,从这个意义上说,当下中国法律的生命力取决于它对中国人家庭生活方式的关照程度。因此,当下中国的法律欲实现与人的生活方式的自洽,就必须按照中国社会自身的逻辑来运作,若依此运作,那么它必然呈现出自身独有的面貌。因此可以这样说,能否与“家”相适应也是检验当下中国法律合法性与否的重要标准。

### (一)“同”的机制

成员利益上具有共同性是任何一个人的集合能够存在和延续的基础,而家庭中的姻缘、血缘的纽带,以及家庭成员的近距离接触和长时间生活又增加了该集合的亲密性,从而使家庭在对外交往中在利益与情感方面呈现出其他形式的集合所不具备的一致性。法律若要承认“家”这种集合或生活方式的合法性,就要承认这种共同性。

法律对这种共同性的承认首先表现为将“家”视为独立的主体。家庭是人类历史上最早的团体。中国古代通常是以家庭为单位承担法律责任,这在法律上称为“户”。家长为户主。中国古代的赋税是以“户”为单位征收的,因此称“户赋”“户调”,<sup>[30]</sup>中国古代专门负责民政工作的部门称为“户部”,调整民事关系的法律称为“户律”,家庭没有男性继承人的情况被称为“户绝”。古代法律还把家庭视为犯罪的主体,如秦律规定了“匿户罪”,<sup>[31]</sup>即对逃避“户赋”治罪。又如唐律规定,以家庭形式犯罪的,以家长为首犯。<sup>[32]</sup>由于商品经济的早熟以及频仍的战争导致在西方其家庭的规模无法与古代中国相比,因此

[29] 参见王道强:《家事纠纷区别于普通民事纠纷之特质分析》,《人民法院报》2016年1月27日第7版。

[30] 《汉书·昭帝纪》记载,武帝时,每户每年要交纳户赋二百钱。《三国志·魏志·武帝纪》记载,建安九年曹操颁布《抑兼并令》,规定“其收田租亩升,户出绢二匹,绵二斤而已,他不得擅兴发。”参见宁清同:《家庭的民事主体地位》,《现代法学》2004年第6期。

[31] 《睡虎地秦墓竹简·法律答问》曰:“匿户弗徭、使,弗令出户赋之谓也。”

[32] 《唐律疏议·名例律》中规定:“诸共犯,以造意为首,随从减一等。若家人共犯,止坐尊长;侵损于人者,以凡人首从论。”



家庭对于法律的意义西方也远逊于中国。<sup>[33]</sup> 正因如此,随着个人主义观念的兴起,在西方家庭的社会功能逐渐萎缩,家庭的法律主体地位趋于解体,家庭成员对外的权利义务已由个人承担而非家庭和长辈承受,其中最为典型的是近代各国的主要民法典都不再将“家”列为法律主体。<sup>[34]</sup>

中国法律现代化虽然是在整体上通过移植西方的方式来完成,但是由于“家”依然在中国人的生活中占有重要地位,所以法律不能完全无视“家”的存在,而是要给其留下一席之地,其中典型的表现为民国时期的民法典仍然专章规定了“家”。虽然在近现代的民主革命中“家”被视为革命的对象,然而“家”的生活方式是无法通过革命的方式来去除的。虽然当下中国的《民法总则》并没有赋予“家”的主体性地位,但这并不代表其不是法律主体。只要在现实生活中以“户”为计算单位的传统没有绝迹,以家庭作为对外交往主体的形式还依然存在,法律就不能无视这样的实践。事实上,当下中国法律对“农户”“个体工商户”“农村承包经营户”以及以家庭为征税对象的规定就说明了这一点。<sup>[35]</sup> 无论是个体工商户、承包经营户,还是农户,它们参加民事活动都是以“户”即家庭的名义进行的,既不同于公民,也不同于法人,实际上是一种特殊的法律关系主体。<sup>[36]</sup> 改革开放以来中国的许多民营企业源于家庭经营,企业的运营模式也是家庭式的。<sup>[37]</sup> 即使在当下,许多企业虽然具有公司法人的外观,但由于它的运营模式完全是家庭式的,并存在于熟人社会之中,资金多来源于亲朋的借贷,因此事实上它们还是以家庭为单位承担经济责任,无法完全按照法律上的有限责任的形式来运作。这也给当下中国完全取材西方版本的公司法提出了挑战,如何设计出适合中国实际情况的公司制度是当下中国立法所需要考虑的问题。<sup>[38]</sup> 家庭作为最基本的社会单位,是经济行为、社会行为的基本主体,因此,对家庭行为的调节是税收政策关注的基本点。<sup>[39]</sup>

其次,法律对家的“同”的机制的认可还表现在法律对亲属间利益的互通性、行为的可互代性及其行为效果的同效性的承认上。“家”中的“同”表现为成员间血缘上的相似性、情感上的亲密性、利益上的共同性以及信用机制上的稳定性。既然国家保护家庭,那么就要承认“家”的属性,承认成员间为基于这些属性而行为的行为效力;既然国家承认家庭是一个统一的人的集合,那么它就得接受成员间为实现这种整体性而作的努

[33] 参见俞金尧:《欧洲历史上家庭概念的演变及其特征》,《世界历史》2004年第4期,第21-22页;汪兵:《诸子均分与遗产继承——中西古代家产继承制起源与性质比较》,《天津师范大学学报》2005年第6期,第34页。

[34] 参见朱庆育著:《民法总论》,北京大学出版社2013年版,第463页。

[35] 《上海市开展对部分个人住房征收房产税试点的暂行办法》(2011年1月28日)中规定征税对象为“本市居民家庭在本市新购且属于该居民家庭第二套及以上的住房和非本市居民家庭在本市新购的住房”。

[36] 参见《土地管理法》第62条,《农村土地承包法》第15、47、48条,《民法总则》第54-56条。另见朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2013年版,第463页;郝铁川:《中华法系研究》,复旦大学出版社1997年版,第241页。

[37] 参见费孝通等著:《农村振兴和小城镇问题》,江苏人民出版社1991年版,第7页;麻国庆:《永远的家——传统惯性和社会的结合》,北京大学出版社2009年版,第302-303页。

[38] 美国学者络德睦认为,近代中国公司的是一种“宗族—公司”的形式,中国的公司和公司法有自身的价值,不能以美国的公司法临摹中国的公司法,参见[美]络德睦著:《法律东方主义——中国、美国与现代法》,魏磊杰译,中国政法大学出版社2016年版,第24页。

[39] 参见李华:《家庭还是个人:论我国个人所得税纳税单位选择》,《财政研究》2011年第2期,第33页。

力。因此,“同”的机制获得法律的承认就表现为:法律承认或允许亲属间从事代理行为,或在特定条件下将亲属与当事人视为同一主体,或规定某些效力的取得须以亲属关系为前提。这是法律对亲属最为普遍的一种规定,法律文本中经常使用的“某某人及其近亲属”的规定即属于该种情况。具体说,如法律规定法定代理人、监护人首先应由当事人的近亲属担任;<sup>[40]</sup> 某些事项的举报、辩护、申请、接受等可以由近亲属代理或由亲属所为,这些事项与当事人自为具有同等效力;<sup>[41]</sup> 家庭成员因家庭事务而与第三人为一定行为,其效力及于其他成员;<sup>[42]</sup> 某些效力的发生取决于家庭关系的存在,如依据血统主义取得国籍;某些利益的取得基于亲属上的逻辑关系,如民法上的财产继承关系的发生;等等。由于家庭与亲属关系在中国人生活中占有重要地位,所以亲属间利益的互通性、行为的互代性以及行为效力上同效性的实践就非常发达。因此,与社会之间保持自治的要求促使法律对这些生活实践必须给予必要的回应,于是便造就了中国法律的特殊性。在刑事诉讼中辩护人的选择上,世界许多国家或地区规定只有律师方可担任辩护人,而我国法律则明确赋予了被追诉者家庭成员辩护人资格,即家庭成员有权作为辩护人为被追诉者辩护并享有诸多辩护权利。<sup>[43]</sup> 这一制度选择正说明了家庭对法律决策的影响。从一个角度说,丰富的家庭生活实践也为当下中国法律提出了新的要求和挑战,即谨防这种“同”机制对公共领域的入侵,法律禁止具有亲属关系的人介入某些领域从而最大限度地防止出现以公谋私的可能。因此当下中国法律必须对公权力的行使中有关亲属回避的情况、在公权力行使者为亲属牟利的禁止性规定或其亲属的从业禁止方面给予特殊的重视。

## (二)“别”的机制

从某种意义上说,家庭成员之间在利益与情感上的共同性反映出的是他们与非家庭成员之间在利益和情感上的差异性。亲属的意义是与非亲属相区别而存在的,正是亲属之间存在有别于普通人的权利和义务,亲属这个称谓或者这种关系才有其现实意义,法律才可能对其作专门的调整。从这个角度说,家庭关系的价值在于亲属之间奉行一套有别于非亲属的规则。这种“别”的机制作用于法律就表现为法律承认亲属之间具有一些特殊的权利义务,诸如发生在亲属之间的抚养、扶养、赡养、监护、教育等义务,发生在亲属之间的配偶权、亲权、继承权、先买权、名誉权、生育权、祭奠权、日常家事代理权等权利。这些权利和义务源于习惯和伦理,当它们与国家的基本秩序不相冲突时,往往都能得到法律的认可。一般说来,亲属关系越发达,其在社会关系中越重要,这种“别”的机制和属性就表现得越明显,发生在亲属之间的权利和义务就越丰富。发达的亲属关系及其生活实践理应催生出发达的亲属法律,然而,由于近现代的革命思维将家庭视为革命的对

[40] 参见《民法总则》第28条、第42条第1款。

[41] 如《民事诉讼法》第85条规定:送达诉讼文书,应当直接送交受送达人;受送达人是公民的,本人不在交他的同住成年家属签收。

[42] 如家庭法上日常家事代理权。如《瑞士民法典》第166条规定:“配偶双方中任何一方,于共同生活期间,代表婚姻共同生活处理家庭日常事务。”

[43] 参见肖仕卫:《刑事诉讼法如何面对家庭》,《清华法学》2015年第2期,第32页。

象,将亲属视为不值得发展的社会关系,所以就造成了长期以来中国亲属法律简单、粗糙的现实。<sup>[44]</sup> 随着中国传统政治型社会的解构、家庭观念的复归、传统文化的复兴,重塑中国当代亲属法规范就显得越发重要和必要。

### (三)“情”的机制

家庭是孕育情感的场所。家庭成员间的亲情既源于生物的本能又来自共同生活的实践。生物学家汉密尔顿提出了亲缘选择理论,认为有亲缘关系的个体间更倾向于生发利他行为,而且这种倾向随着亲缘关系的接近而加强。<sup>[45]</sup> 生物学家理查德·道金斯提出“自私的基因”的理论,认为维护自身基因繁衍是生物进化的根本动力,多数物种往往为了自己的基因而宁愿牺牲自身利益。<sup>[46]</sup> 他们都认为这类利他行为的产生源于一种生物学上的本能,其目的是为了共同的基因顺利地传递,从而能有效地避免资源过度的消耗和种群内竞争的压力,有利于种族的繁荣和进化,<sup>[47]</sup> 而共同生活的实践又使这种利他与互助本能提升为更高级的“爱”与“情”。这种情爱是维系家庭的核心纽带,是家庭伦理的基本内容,所以《礼记·中庸》中说“仁者人也,亲亲为大”。这种情爱生于天性,源于自发,如果无害于他人和社会,就应该得到法律的尊重。从某种程度上说,对这种善良的本能和情感的尊重是法律具有正当性的基础。正因如此,霍布斯将感恩视为自然法的重要内容,<sup>[48]</sup> 富勒把“不强人所难”视为法律的一种内在道德性。<sup>[49]</sup> 基于对这种情感和本能的认可,现代法律赋予亲属一定的特殊性的权利,如刑法中所规定的被采取强制措施后和被执行死刑前亲属的知情权以及被追诉者与家庭成员之间的会见权。<sup>[50]</sup> 出于尊重这种本能和情感的需要,甚至对于某些有害于整体利益的行为也给予必要的宽容。例如,世界多数国家刑法对近亲属之间包庇、窝赃免罪或轻罚的规定,<sup>[51]</sup> 以及多数国家诉讼制度中都有免除近亲属出庭作证的义务或赋予亲属拒证权、豁免权的规定。<sup>[52]</sup> 中华传统孕育的是亲情文化和重家的观念,强调的是家庭成员的一体感、归属感、关爱感、荣誉感、责任感、安全感,<sup>[53]</sup> 认为亲情是具有本真意义上的人性,是最值得珍重和保护。从这个意义上说,“亲属”之所以称为“亲属”就是因为他们是由亲情联系起来的群体。正是出于维护亲情的需要,在传统中国,“亲亲相隐”一直是法律所要保护的基本原则。然而这种需要我们坚守的传统却在现代国家主义的刑法观冲击下发生了断裂,被一种“大义灭亲”式

[44] 我国的婚姻法以夫妻为中心设计各种制度,而对亲属的范围、种类、亲系、亲等以及计算方法等内容都没有规定,参见金眉著:《中国亲属法的近现代转型——从大清民律草案到〈中华人民共和国婚姻法〉》,法律出版社 2010 年版,第 102 - 104 页。

[45] 参见刘鹤玲:《亲缘选择理论:生物有机体的亲缘利他行为及其基因机制》,《华中师范大学学报(自然科学版)》2008 年第 1 期,第 116 页。

[46] 参见[英]理查德·道金斯著:《自私的基因》,卢允中、张岱云译,科学出版社 1981 年版,第 5 页以下。

[47] 参见王剑虹著:《亲属拒证权研究》,法律出版社 2010 年版,第 158 - 160 页。

[48] 参见[英]霍布斯著:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,商务印书馆 1997 年版,第 115 页。

[49] 参见[美]富勒著:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆 2005 年版,第 83 页。

[50] 参见肖仕卫:《刑事诉讼法如何对待家庭》,《清华法学》2015 年第 2 期,第 30 页。

[51] 参见范忠信著:《中西方法文化的暗合与差异》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 68 - 99 页。

[52] 参见王剑虹著:《亲属拒证特权研究》,法律出版社 2010 年版,第 39 - 108 页。

[53] 参见杨国枢、黄国光、杨中芳著:《华人本土心理学》(上),重庆大学出版社 2008 年版,第 249 - 255 页。

的刑法观所取代。当下中国《刑法》第305、306、310条仍然规定,知悉犯罪嫌疑人情况的任何人,包括亲属在内,都不能作伪证,不能实施窝赃、包庇行为,否则构成犯罪;《刑事诉讼法》第60条规定,凡是知道案件情况的人都有作证的义务,近亲属并不能除外。这些规定是与当下中国传统和民情不相符的。

亲情给法律的纠纷解决机制会带来实质的影响。因为感情具有能够沟通和交流的特点,这使得更多的矛盾都不具有对抗性,所以发生在家庭内的纠纷往往都可以通过协商调解的方式来解决。由于亲情的存在,亲属间的某些伤害行为,更容易获得被害人的谅解,从而在一定程度上降低犯罪的恶性程度,因此亲情往往成为司法量刑需要考虑的情节。中国人“重家”的实践与重视亲情的观念,使得协商和解的机制获得了广泛的应用。这表现在家事司法中调解是法定的必经程序,发生在亲属间的犯罪最大限度地通过无罪化或轻刑化的方式处理。<sup>[54]</sup>也正因为中国人重视亲情,需要亲情,所以精神赡养才在当下中国成为重要的社会问题和法律问题。<sup>[55]</sup>

#### (四)“止”的机制

“止”的机制表现为家的功能对某些性关系的禁止和排斥。从某种意义上说,人类最基本的秩序是性秩序。人类基本的身份制度和家庭伦理都是由性秩序衍生的。由此说,性的任意流动必然对人类的基本身份制度构成颠覆性的冲击。<sup>[56]</sup>因此,从这个意义上说,家庭是对人类性资源的一种制度性安排。没有这种关于性的制度性安排,家庭就无法维系。因此人类很早就开始外婚制的实践,即性关系只能在夫妻之间进行,而绝对禁止其他家庭成员之间存在性关系。在中西方的传统中,亲属之间的性行为都被视为严重的罪行,在中国古代被称为“内乱”,被列为“十恶罪”中。现在仍然有许多国家刑法保留着乱伦为罪的规定。因为家庭在中国人生活中占有重要地位,所以伦理依然是当下中国人的重要精神纽带,然而在革命主义法律观下,乱伦罪却退出了刑法舞台。虽然婚姻法有“三代以内的旁系血亲禁止结婚”的规定,但这种规定是建立在优生学上的,不是依据家庭伦理为基础的。因为从中国传统伦理上讲,对于宗亲属来说,无论是代际间还是同代间,即使血缘关系比较远,通常也是不允许通婚的;对于较近的代际间的姻亲,即使没有血缘关系同样也不允许通婚。但在现有的立法模式下,根据“法不禁止皆可为”的原则推理,代际间的或同代的宗亲属,只要不属于直系血亲或三代以内旁系血亲皆可以结婚,任何形式的姻亲之间的结合不受法律限制。但是现实生活中,这样的情况无论是在伦理上还是在情感上,普通民众都难以接受。当下中国法律对家庭伦理的忽视,显然是与中国人的生活实践相脱离的。

[54] 参见最高人民法院、最高人民检察院联合作出的《关于办理敲诈勒索刑事案件适用法律若干问题的解释》第6条,《关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》第8条;《关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第4条等。

[55] 智敏:《精神赡养:道德义务还是法律责任?——全国首例法院判决支持精神赡养案引出的争议》,《工人日报》2007年12月10日第5版;王伟建:《“常回家看看”入法后首案判决——精神赡养不只是常回家》,《人民日报》2013年7月2日第04版。

[56] 参见[法]爱弥尔·涂尔干著:《乱伦禁忌及其起源》,汲喆等译,上海人民出版社2003年版,第62-63页。

### 三 “家”的思维对现代法治的可能性贡献

“家”的生活方式不但影响着中国人的实践,同时也影响着中国人的思维。“家”作为一种价值在中国数千年的生活实践中逐渐成为日常生活的基本思维方式,而“拟家式”的类推方法是这种思维方式的核心。<sup>[57]</sup> 在这样的思维下,“家”的逻辑得以在更大的范围内展开,从而使整个中国社会的运作都难以逃脱“家”的范畴。正是由于“家”的思维深刻地影响了中国社会,从而使其呈现出众多不同于西方社会的特征,因而决定了中国的法治必然不能完全按照西方的逻辑进行。“家”的思维蕴含的是沟通、互助、合作的理念,否定的是个人主义的单方性原则,因此它不但与现代法治不相悖,反而能够成为支援当代中国法治建设的重要资源。

传统中国的社会关系是以家庭为基础的,儒家所讲的五种社会关系,即“五伦”：“父子有亲,君臣有义,夫妇有别,长幼有序,朋友有信”,其中父子、兄弟、夫妻关系都属于家庭关系范畴,而君臣和朋友虽属于社会关系范畴,但是君臣可以类比于父子,朋友可以类比于兄弟,所以“国”可以看成是“家”的放大,家庭伦理可以类比于政治伦理。<sup>[58]</sup> 因此,“家”是型构社会的基础,“家”的思维统合着整个社会。既然家庭生活对于中国人来说依然还很重要,那么“家”的思维也就不可能中断。

家庭中所造就的人是一种“关系性的自我(relatational selves)”。即每个人都生活在关系中,在其中都扮演着不同的角色,是父母、儿女、兄弟、姊妹、夫妻等等。家庭无法“拼凑出一个纯然自主个体自我的人”。他们只能是“角色人(role-bearers)而非权利人(rights-bearers)”;“他们的自由并非在独立的意义上,因为他们的生活无法避免与许多其他人的生活密切交织着。他们也并非自主,因为他们所做或能做的事情极少与其他人的生活没有关系”。<sup>[59]</sup> 不同的角色意味着不同义务和责任。因为每个人只有扮演好每个人的角色,履行好自己的义务和责任,这个共同体才能维系,所以从事家庭生活的人是以义务为本位的。“伦理关系始于家庭,而不止于家庭。”<sup>[60]</sup> 由家庭中的“关系性的自我”出发,当这种关系突破家庭的限制而移至社会之中,中国人也仍然不是西方意义上纯粹的独立之个体,而是关系中的个体。对于“关系性的自我”来说,关照关系的平衡是他处事行为的基点,即要强调“己欲立而立人,己欲达而达人”,“己所不欲,勿施于人”。这样,才能维护好既有的关系,每个人也只有有良好的关系中才能发展。因此中国人的权利意识是在关系中存在的,强调义务与权利不可分离性,“为人臣止于敬”“为人臣止于孝”“为人父止于慈”,强调尽了义务之后才谈得到权利。

[57] 参见张龔:《论我国法律体系中的家与个体自由原则》,《中外法学》2013年第4期,第709页。

[58] 参见单纯著:《儒家思想的魅力》,中国社会科学出版社2011年版,第234页。

[59] [美]罗思文、安乐哲著:《生民之本——孝经的哲学诠释及英译》,何金俐译,北京大学出版社2010年版,第32页。

[60] 梁漱溟著:《中国文化的命运》,中信出版集团2016年版,第146页。

中国人的这种关系性的存在还体现在儒家核心概念“仁”上。“仁”的起点始于家庭,所谓“仁,亲也,从人从二”(《说文·人部》),即只有在多人的家庭关系中才能找到“仁”;所谓“仁”就是爱亲人,即“仁者爱人”。在家庭生活中“仁”体现在成员之间的关爱与互助,追求的是共同体的平衡。如果将“家”的概念放大出去,“仁”也不仅仅局限于亲属之间,而是成为调整社会关系的普遍性规则。“仁者爱人”,所要追求的是“爱人者,人恒爱之;敬人者,人恒敬之”(《孟子·离娄下》)的效果,强调的是人际关系的平衡。这一原则在家庭层面表现为“孝”,在国家层面表现为“忠”,在天下层面表现为“义”。在“家”的思维下,人起始于家,然后历经社会、国家和天下才能成为一个完整的人。“孝”生长在家庭的层面,在家尽孝是为走入社会、服务国家、治理天下做准备。如果培育个体的场所从“家”放大到“国”,其伦理规则当从“孝”升华为“忠”;如果从“国”放大到“天下”,其伦理规则又从“忠”升华为“义”。“忠”是对国家的“孝”,而“义”是对天下的“孝”。<sup>[61]</sup>从这角度说,“孝”不过是“忠”“义”的变体而已。它不仅仅是停留在家庭层面的规范,更是运行于社会层面的普世性的规范。这正如《孝经》中所说:“君子之教以孝也,非家至而日见也。教以孝,所以敬天下之为人父者也。教以悌,所以敬天下之为人兄者也。教以臣,所以敬天下之为人君者也。”它从家庭出发,以此类推,追求的是“老吾老以及人之老,幼吾幼以及人之幼”(《孟子·梁惠王上》),“亲吾父以及人之父,以及天下人之父”“视天下为一定,中国犹一人”(王阳明:《大学问》)。而“孝”“忠”“义”与“仁”又是相通的,不只是单方向付出,而是相互间以互逆为取向的关系上的平衡,是父慈子孝、君仁臣忠、兄友弟恭上的平衡,即只有父慈才能要求子孝,只有君仁才能要求臣忠。

由此看来,在“家”的思维下,个人不是原子,而是社会关系连续体中的关联性存在一方。因此,这种关系性的存在,不是以“权利之心与对象结成关系,而是以责任之心与对象结成关系。个人与他方构成关系时,不是以自我为中心,而是以自我为出发点,以对方为重,个人的利益要服从责任的要求。”<sup>[62]</sup>因此,“仁”中所蕴含的平衡是一种责任意识下的平衡,是一种关联着德行的平衡。关系中的个体以承担对他人的责任为前提,“孝”强调对家庭的责任,“信”强调对朋友的责任,“忠”强调对国家的责任,“义”强调对天下的责任。如前所述,“仁”强调主体之前的交互性,那么,在这种责任的交互性中,关系也仍然会呈现出契约性的特征。每个人都是米德意义上的“主我”和“客我”的统一。有机体对其他人的态度做出的反应构成了“主我”,其他人对有机体的态度构成了“客我”。因此,权利形成的过程恰恰是“主我”和“客我”的融合过程,即个体的要求和他人的承认相统一的过程。<sup>[63]</sup>我拥有权利并不意味仅仅我拥有权利,还意味着“你和所有其他人拥有和我一样的权利,以及我有同样的责任来尊重你的权利,正如你也不得不尊重我的权利一样”。<sup>[64]</sup>人与国家、人与自然的关系也都如此。所以我们说,“家”思维下的个体是一种

[61] 参见单纯著:《儒家思想的魅力》,中国社会科学出版社2011年版,第237页。

[62] 陈来著:《中华文明的核心价值——国学流变与传统价值观》,生活·读书·新知三联书店2016年版,第52页。

[63] 参见[美]乔治·H.米德著:《心灵、自我与社会》,赵月瑟译,上海译文出版社1992年版,第154-155页。

[64] [美]贝思·J.辛格著:《实用主义、权利和民主》,王守昌等译,上海译文出版社2001年版,第149-150页。

权利和责任的统一,构成了互负责任的平等。

在中国人的传统思维中,社会、国家、天下都是“家”的延伸。那么在“家”的思维下应当培养起来的是一种责任意识,而不是绝对的个人主义。正如杜维明先生所说,虽然权利意识对于培养人的自主性、独立性和个人尊严是非常重要的,但是过分强调自由,强调只有权利而无义务、责任的观念,肯定是不利于社会团结和人类繁荣的;“没有责任的权利可能导致的是一种自我放纵,即一种以牺牲和谐社会关系为代价的自我中心主义”;<sup>[65]</sup>因此由家庭中衍生出来的责任意识以及对待社会共同体如家一样的思维,对人类法治具有特殊的意义。

“修身、齐家、治国、平天下”,这是中国古人在“家”的思维下的行为逻辑。当家被推演开去时,家庭中的责任感衍生出对社会、国家、世界、自然的责任感。“君子自任以天下为重”“天下兴亡,匹夫有责”“先天下之忧而忧,后天下之乐而乐”,等等,体现的正是这种责任意识。这种责任意识正是中华民族历尽磨难、屹立不倒的精神之源。同时,“家”的思维也型塑着国家的理念与实践。国家有义务保护自己公民的权利与自由,每个家庭成员都有从国家那里取得应有福利的权利,都有获得充分发展的自由。若不如此,国家就没尽到它的责任,扮演好自己的角色,应该承担失职的责任。

“家”的思维跨越国别,形成的便是“天下”的思想。如赵汀阳先生所说,中国哲学中的“天下”,不仅是一个地域的概念,更是一个价值体系,还是一种世界制度。<sup>[66]</sup>它是“国家”之上的更大的一个概念,是一种把国看成家庭成员的一种世界制度,是一种以家庭和谐为旨归的价值体系。在“天下”的体系中,每个国家都与家庭成员一样,依然是一种“关系性的自我”,强调的是关系性的平衡和互惠。“天下”是“家”的延伸,它强调以“家”的思维来看待国家关系,要通过“义”来规范国家之间的关系。它强调“送往迎来,嘉善而矜不能,所以柔远人也。继绝世,举废国,治乱持危,朝聘以时,厚往以薄来,所以怀诸侯也”(《礼记·中庸》),即在国与国交往中,应该扶危济困,不能以大欺小,应该通过自身的德行来感化“远人”,吸引他们来归服。它强调以“以德服人”的道义,否定“兵戎相见”的霸道,倡导“远人不服,则修文德以来之”(《论语·季氏》)的王道。总之,“天下”的概念就是要以“家”的思维处理国际关系,就是要不示强,不排外,与邻为善,协和万邦,维护世界大家庭的和谐,构建人类命运共同体。中国一直以来坚持的和平外交政策其实就是对中国传统天下思想的继承。

由“家”的思维向外延展,整个自然是一个大家庭。作为“关系性的自我”的人,与每个自然体之间应该是一种互惠合作的关系;作为类存在的人,应该是自然的一部分,而按照自然规律来从事生活实践应该是人常规化的行为规则。中国传统的“天人合一”的思想正是在这样的逻辑下形成的,所谓“人在天底下,天在人心中”;“人与天地万物为一体”。既然“仁”是一种关系上的平衡,那么人与自然关系上的“仁”,表现为一种人对自然

[65] [美]杜维明著:《儒家传统与文明对话》,彭国翔编译,河北人民出版社2008年版,第124页。

[66] 参见赵汀阳著:《天下体系——世界制度哲学导论》,中国人民大学出版社2011年版,第30页。

的“孝”。张载在《西铭》中说：“乾称父，坤称母；予兹藐焉，乃混然中处。故天地之塞，吾其体；天地之帅，吾其性。民，吾同胞；物，吾与也。”杜维明先生认为，这是通过“孝”来整合天人关系，“作为宇宙的孝子，人类有义务和责任为宇宙的秩序保驾护航”。<sup>[67]</sup> 这是一种人对自然的责任意识，它是一种对西方主客二元理论的突破，它是对近现代人类中心主义的校正。通过“家”的思维来思考人与自然的关系为现代环境法治的建构提供了新的视角和资源。

#### 四 “家”意义上的当代中国法治的生成路径和特有面相

对于中国人来说，“家”是一种传统。在以宗法宗族为基本特征的传统中国，“家”既是人们生活的基本方式，也是国家对社会进行管理的基本形式。亲缘关系是传统中国最为基本的社会关系，是构建其它社会关系的元关系，是设计社会制度的基础。正因如此，汉学家布迪和莫里斯在研究传统中国的法律时指出：“任何严肃的对中国社会的研究都应当从家庭开始，或者以家庭终结。中国的家庭制度一直是社会稳定、历史连续和个人安全的根源。”<sup>[68]</sup> 对于中国人来说，“家”又是一种现实。虽然近现代的民主革命将矛头指向家庭，家庭观念因此受到激烈的批判，虽然当代商品大潮下经济理性对家庭的侵蚀使家庭伦理受到了巨大的冲击，<sup>[69]</sup> 但是重家的观念与“家”的思维方式并没有淡出中国人的精神世界，作为人的一种重要的生活方式与活动场域，“家”的机制仍然发挥着重要的作用，社会学家的研究证明了这一点。<sup>[70]</sup>

如前所述，东西文化的节点正是家庭，以“无家”为核心的宗教文化塑造了西方世界，而对于中国这样总体没有宗教所维系的世界就必须要通过家文化来支撑。借用余英时先生的理论，正是由于有了“家”，中国才可以不须像西方人那样只有借助造物主的救赎进而完成“外在超越”才能实现自身的完满，而是将自己投身于家庭进而延至于社会从而完成“内在超越”就能实现自身的完满。<sup>[71]</sup> 由此说来，家庭文化以及由此生发出来的亲情伦理与道德精神的意义系统，不仅是传统中国人生存哲学的基础，也是当下中国人精神世界的基石。<sup>[72]</sup> 它是中华民族生生不息的精神力量，是中华文化主体性的核心要素。法治是面向具体的人的治理，而人是生活在文化传统之中的，是受具体的生活条件所支配的。既然“家”型塑着中国人的思维，深度地参与了中国人的生活，全面地影响着中国的社会，因

[67] [美]杜维明著：《儒家传统与文明对话》，彭国翔编译，河北人民出版社2006年版，第197页。

[68] [美]D. 布迪、C. 莫里斯著：《中华帝国的法律》，朱勇译，江苏人民出版社2004年版，第137页。

[69] 参见孟宪范：《家庭：百年来的三次冲击及我们的选择》，《清华大学学报（哲学社会科学版）》2008年第3期，第133-134页。

[70] 社会学家的研究表明，亲属关系仍然在当下中国发挥着非常重要的作用。参见唐灿、陈午晴：《中国城市家庭的亲属关系——基于五城市家庭结构与家庭关系调查》，《江苏社会科学》2012年第2期；王跃生：《个体家庭、网络家庭和亲属圈家庭分析——历史与现实相结合的视角》，《开放时代》2010年第4期；刘汶蓉：《当代家庭际支持观念与群体差异——兼论反馈模式的文化基础变迁》，《当代青年研究》2013年第3期。

[71] 参见余英时著：《中国思想传统的现代诠释》，江苏人民出版社2004年版，第8页。

[72] 参见方乐：《法律实践如何面对家庭》，《法制与社会发展》2011年第4期，第54页。



此面向中国人建设法治就不能无视“家”的存在。

“家”的机制与理念强调的是成员间的亲密与互助,强调的是情感、美德。情感要求的是彼此间的沟通与合作,要排斥个人主义的“独往独行”。美德强调的是彼此的付出与奉献,要排斥个人主义的“一味索取”。因此,在家庭生活中,在个人隐私、家庭财产、婚姻自由等方面必然不会表现更多的权利意识,相反为了维系家庭的需要更多的是要强调彼此的责任。既然家文化不仅限于家庭,它还型塑着整个中国社会,那么在“家”的视野下,中国人的权利形态就有其特殊性。首先,权利必然要和责任相连,是作为“尽职尽责”的条件而存在的。其次,权利是在美德和情感机制失效、伦理和责任规范缺位的条件下作为补救机制来发挥作用的。因为在“家”的视野下,共同体的安全与和谐是每个成员所要重点考虑的问题,所以中国人的权利必然表现得没有西方人那样充分。这并不是说“家”视野下的中国人不重视权利,也不是说公共利益永远要高于个人权利,而是强调不能脱离责任来谈权利,要强调美德和权利的兼容性,不提倡权利在任何场域下都具有优先性,强调个人与共同体、自我与社会之间的平衡。

家庭是孕育情感的地方,而情感的特点在于能够交流和沟通,因此家庭中的矛盾最适合也最有可能通过调解与和解的方式来解决。如果用“家”的机制统合社会,那么社会中更多的矛盾都如家庭内部矛盾一样不具有对抗性,都可以通过和解与调解的方式解决。“家”思维排斥的是“对抗”的理念,不神话“为权利而斗争”这样的信条,而是强调更多的矛盾都是人民内部矛盾,强调这些矛盾更应该通过沟通、协商的方式来处理。“家”思维追求的是共同体的和谐,而追求和谐则要包容多元性的意见,需要的不是“只坚持某人有权利”的单方性机制,而是需要一种“既能让冲突双方完全满意又能让其都‘保全面子’”的双边性机制。<sup>[73]</sup>这必然是一种以调解和协商为主要手段的机制。它的优势在于:“冲突双方都保存了面子,充分参与了整个过程,并达成了终局性的解决方案。这个过程通常比正式的方法更快捷和更方便,它允许更适合特定情境的正义,并恢复了社会和谐,冲突的双方也都感到他们各自得到了想得到的东西。”<sup>[74]</sup>

既然“家”深度地参与了中国人的生活,既然家是通过“同”“别”“情”“止”四种机制来作用社会生活的,那么中国人比西方人在家庭领域必然表现出更多的“同”、更显著的“别”、更深厚的“情”、更严格的“止”。具体说,在中国人的生活世界中,家庭作为一个独立主体参与经济生活的情况会更加普遍,会更多地存在亲属间发生同效行为的情况;亲属间会更多地生发着有别于一般人的特殊性的权利和义务;家庭会有更多神圣感,家庭成员间会蕴含着更多的情感,这些情感更具有交流和沟通的可能性;家庭中会有更严格的性禁忌,善良风俗会发生着更为重要的作用。在“家国一体”的文化模式和社会结

[73] David B. Wong, *Rights and Community in Confucianism*, in *Confucian Ethics: A Comparative Study of Self, Autonomy, and Community*, Kwong-loi Shun and David B. Wong, eds., Cambridge University Press, 2004, p. 45.

[74] R. P. Peerenboom, What's Wrong with Chinese Rights?: Toward a Theory of Rights with Chinese Characteristics, 6 *Harvard Human Rights* 29, 1993, p. 55.

构下,受“家”思维的影响,中国社会会呈现出更多特殊性。具体说,中华民族更具有也更需要更多的“同”;中国社会因庞大的亲属关系会出现更多的“别”;中华民族是一个最具有人情味的民族,同时中国人对自己民族具有特殊的情感,因此它孕育着更多的“情”;中国民间社会离不开伦理风俗来维系,因此它需要更多的“止”。如果我们承认“家”文化是中国人的安身立命之本或者欲将其塑造为中国人的精神支柱,如果我们承认“家”的生活方式已经嵌入中国人的生活而不能剥离,那么我们就需要用制度来加以巩固与引导。既然面向中国建设法治不能无视“家”,那么这些内容也的确为当代中国法治增加了特殊性。

近代中国的现代化是在学习西方的道路上启动和推进的,而“家”恰恰被视为了旧制度与旧文化的一部分而受到批判,以至于传统家庭被视为“万恶之原”,<sup>[75]</sup>伦理纲常被斥为“吃人”。<sup>[76]</sup>在民主革命的过程中,家庭也被视为解构或改造的对象,革命者只有勇于冲破私人的“小家”而融入革命的“大家”才能谋求自身的解放,而革命的方向也是让中国从传统的家族主义的羁绊中脱离出来而迈向新型的国家主义。<sup>[77]</sup>与此相应,在这一过程中启动的中国法制现代化基本上是在“无家”或者“灭家”的基调下进行的。家庭是孕育美德的场所,缺失“家”的法制现代化带给当下中国注定是道德与情感上的困境;家文化是传统中国人的生存哲学和精神基础,而消解了“家”以后的中国注定呈现出来的是信仰上的危机。“家长形象坍塌了,家所包含的价值不断流失。当个体自由逐渐登堂入室,却又难以独当建构秩序的大任,由于未能自觉地去处理二者之间的关系,我们的生活世界越发空虚与堕落。”<sup>[78]</sup>更为关键的是,无家以后原子式的人并不能守护住法治的根基,而“家”是承载私人利益的空间和集合,消解了“家”就等于消解了抵御公共暴力的一道屏障。这种“使国民直接于国家”而形成的“直达个体心灵”的国家主义,<sup>[79]</sup>最终会摧毁个人权利赖以存在的基础。笔者认为,“家”是当代中国与“国家”相对意义上的“社会”的重要组成部分,唯有兴家庭,才能扩大法治的社会之基,而唯有在充分地关照“家”的意义上进行法治建设,才是摆脱上述困境与危机的必由之路。欲兴家庭就需要全面放开人口生育政策,通过具体的制度来支持家庭建设,而欲行法治,就需要将“家”的理念、思维、机制有机地融入到具体的制度建设中,使其成为中国法治的精神之维。“家”意义上的当代中国法治应该呈现出以下特征和面相:

第一,“家”意义上的法治重视协商、教育功能的发挥。在一个“家”意义上的社会,更多的人都是“家里人”,更多的人际关系都是亲属关系,更多的矛盾都是家庭内部矛盾。既然如此,没有什么关系不能修复,没有什么矛盾不能解决,纠纷应该尽量通过民主协商的方式进行。因此,“家”意义上的法治反对通过“敌我”的标准来划分人群,通过“对抗”

[75] 参见傅斯年:《万恶之原》,《新潮》创刊号。

[76] 《鲁迅全集》(卷一),人民文学出版社1981年版,第281页。

[77] 参见陈绍禹:《关于中华人民共和国婚姻法起草经过和起草理由的报告》,1950年4月14日在中央人民政府委员会第七次会议上。

[78] 张龔:《论我国法律体系中的家与个体自由原则》,《中外法学》2013年第4期,第709页。

[79] 梁治平著:《礼教与法律——法律移植时代的文化冲突》,上海书店出版社2013年版,第142页。

的方式来解决纠纷,主张在秩序的范围内,在“关系”的视角下,在制度的框架下,在相互协商的意义上,和平地解决纷争;主张通过教育、沟通、感化的方式解决问题,反对重典治国,主张刑法的谦抑化和人道化,强调德治与法治的有机统一,使人们成为社会治理的主体,而不单是被治理的对象。

第二,“家”意义上的法治不是要复原专制意义上的“家”,恢复家长制,重新启动礼教纲常,它所恢复的是被激进主义、建构主义人为破坏掉了的“家”,不是把“家”作为安排一切制度的圭臬和指南,而是把它视为衡量法制好坏的重要参照系。它主张在进化主义的路径下培育起发端于民间的“自然之家”,抛弃改造“家”的国家主义观念,承认“家”中的自生自发秩序的合理性,重视善良风俗、家庭伦理在社会治理中的作用,在充分关照中国的传统与民情的基础上构建家庭法,努力使源于人为设计的“外部规则”服从于源于自生自发秩序的“内部规则”,<sup>[80]</sup>力图通过“家”来培育亲情、人性、宽容、互助,进而培养出公民对社会的责任感、对国家和民族的情感,对人类共同体的家园感,培植法治之善的根基。

第三,“家”意义上的法治对“家”的机制的应用是有条件的。具体说,法律应该对发生在民间或者私人领域的对家庭中的“情”“同”“别”“止”的机制给予必要的尊重,即应该弘扬家庭中的亲情,提倡亲属间的互助,对亲属间特殊性的权利和义务给予必要的承认,但是法律必须要警惕这些机制对公共领域的染指,即在公权力的行使上要防控任人唯亲、徇情枉法、亲亲相护、因私废公,如果一种对从家庭中培育起来的忠诚,即使不源自强迫,并且其对公共价值也绝对必须,那么这也可能会助长形成一种对公德构成危害的偏私;“对家庭的合理忠诚”(a rightful loyalty to family)与“裙带关系及其特权”(nepotism and special privilege)也可能只一步之遥。<sup>[81]</sup>法律在私人领域对家的机制的尊重源于对人性的关怀,而在公共领域要防范“家”机制的扩张则出于对社会总体公平保障的考量。

第四,“家”意义上的法治充分发挥“情”的功能。在家国情怀下,中华民族是重感情、讲情理的民族,中国的法治强调“情”“理”“法”的充分融合,强调“法律效果与社会效果的有机统一”,强调法治不仅具有形式主义的侧面,更具有实质主义的侧面,强调对案件的处理不但要合法律,还要合情理,法律不但要有权威,也要有温情,法律不但要求“真”还要求“善”。其逻辑是社会治理如家庭治理一样,让“情”容于法之中,使法律的应用合情理、讲道理,有弹性、有韧性、有质感。

第五,“家”意义上的法治不是临摹西方版本意义上的法治。现代化的过程不是在也不应该仅在西方模式下进行,而是或应该呈现出一种“多元现代性”(multi-modernities)和“全球地方化”(glocalization)的趋势,<sup>[82]</sup>即在现代化的总趋势下,更多的政治实体保持民族和地方的特征。“家”意义上的法治正是这种性质的法治,它在“家”的视野下构建出了

[80] 参见邓正来:《社会秩序规则二元观——哈耶克法律理论的研究》,《北大法律评论》1999年第2辑,第419页。

[81] David B. Wong, *Rights and Community in Confucianism*, in *Confucian Ethics: A Comparative Study of Self, Autonomy, and Community*, Kwong-loi Shun and David B. Wong, eds., Cambridge University Press, 2004, p. 43.

[82] See Roland Robertson, *European Glocalization in Global Context*, PALGRAVE MACMILLAN, 2014, pp. 18 - 19.

中国法治的主体性。它将中国传统中的发端于家中的“仁”“天下”“天人合一”“中庸和合”“义利之辩”“家国一体”等思想与理念运用到现代的社会治理中,经过创造性转化、创新性发展,指导制度的形成,在关系的视角下,突出责任意识,平衡个人与国家、人类与自然、中国与世界的关系,构建国家法治、国际法治与生态法治,构建人类命运共同体,为人类现代法治贡献中国智慧和方案。

[本文为作者主持的2017年度教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“文化传统在法治中国建设中的创造性转化研究”(17JJD820004)的研究成果。]

---

---

[Abstract] The life-style of “Family” breeds Chinese distinctive right views. Rights are not as the first mechanism to maintain family life, but as a back-up mechanism. The maintaining of “Family” relies on a set of mechanism characterized by “Identity”, “Differentiation”, “Empathy” and “Forbiddance”, which deeply influences the legal adjusting way for real life. The expansion of the way of thinking “Family” has made the society, the country, the world, and the nature have the meaning of “Family”. The individual in the “Family” perspective is not an independent individual in the pure sense, but a “relational levels”, the relationship of individual and community is a kind of intersubjective balance based on the idea of responsibility. Since the “Family” shapes the Chinese thinking and deeply participates in the Chinese life, the existence of “Family” can not be ignored in the construction of rule of law for Chinese. Only by promoting the family can we expand the social foundation of the rule of law, and only by taking full care of the family can we construct our own rule of law model. The rule of law in the sense of “Family” attaches importance to the function of consultation and education. Instead of restoring the traditional paternalism, it tries to cultivate family affection, humanity, tolerance and mutual assistance through “Family”, and then cultivate the sense of responsibility of citizens to society and the foundation of the good rule of law.

---

---

(责任编辑:田 夫)