

传统与当下的对话

——论社会性制裁的宗族法渊源^{*}

吴睿佳^{**} 王瑞君^{***}

摘要:社会性制裁的概念和相关理论目前在法学界尚属方兴未艾。从其源流考察,中国传统社会中,社会性制裁常以宗族法等四大类社会规范为规范载体。其中,中国古代宗族法及其制裁手段自唐末以来,与国家法在制裁体系的构成上既有分工亦有耦合,以宋明理学为哲学内核,承担了重要的教化功能与预防功能,并在一定程度上弥补了国家公共服务职能的缺位。宗族法所规定的制裁事项和制裁手段的演进,受到人口增长、国家政策、理学发展、宗族自律等多方面因素的影响,有其必然性和合理性。因此,了解和研究以宗族法为规范载体的传统社会性制裁,对于当下立足中国本土实际,改进或重构现代制裁体系,提升社会治理效果,具有重要的现实意义。

关键词:社会性制裁;宗族法;民间法;制裁体系;家法族规

一、“社会性制裁”的概念界定、种类及其现实意义

(一)“社会性制裁”概念的一般界定

“制裁”这一词语,在现代汉语中的意思为“用强力管束并惩处”。^① 其作为法学研究术语的内涵,按照日本著名学者田中成明对“制裁”一词的定义,是指:“针对违反社会规范的行为,以否定或者促使行为人放弃此种行为为目的而启动的反作用力,其内容是剥夺一定的价值、利益或者赋课一定的负价值或者不利益。”^② 根据这一定义,我们可以认为,不独有法律法规,习惯、道德、宗教教义等社会规范皆可以作为制裁发动的依据和规范载体。在这一定义的基础之上,日本著名学者佐伯仁志在其新近著作中进一步提出:“制裁可以分为以国家为主体、作为法律制度被组织化的法律制裁和除此之外的社会性

* 基金项目:国家社科基金青年项目“社会矛盾预防与化解中的第三方介入机制研究”(项目编号:13CSH010)、山东省社科规划项目“有序参与下的环境群体性事件基层治理机制创新研究”(项目编号:18CSHJ02)。

** 吴睿佳,山东大学(威海)法学院硕士研究生。

*** 王瑞君,法学博士,山东大学(威海)法学院教授,博士生导师。

① 中国社会科学院语研究所词典编辑室:《现代汉语词典》,商务印书馆2016年版,第1688页。

② 田中成明:《法的空间——在强制与合意的夹缝中间》,东京大学出版社1993年版,第141页。

制裁。”^①可见,大陆法系成文法中常见的“刑事制裁、民事制裁、行政制裁”,即属于上述“法律制裁”之列。虽然佐伯仁志在其著作之中并未明确给出“社会性制裁”的定义,但根据其观点可知,举凡符合制裁定义,且不属于法律制裁的“剥夺”与“赋课”行为皆可视为“社会性制裁”。

在以往的研究中,“社会性制裁”这一概念并不常见,但与之类似的概念在不同的语境中时常被应用于学术研究中。“社会性制裁”作为一种非官方的行为,其内涵界定往往与“私力”有关,因此在一些学术问题的研究中,有学者也使用“私力惩罚”“私人惩戒”“私人惩罚”的概念,与“公共惩罚”相对应,来表述非官方的惩罚行为。^②“私人惩罚”与“社会性制裁”两个概念在内涵上虽然高度重合,但本文认为两者之间尚存较大差异。根据桑本谦关于“私人惩罚”的著述,“嘲笑讥讽、批评指责、辱骂、冷漠、断交”等皆属于“私人惩罚”的范畴。^③这一界定使得“私人惩罚”的发动可以不依赖于任何社会规范——无论它是成文的还是不成文的,进而可以单纯凭借惩罚行为的发出者个人的价值观念和利益衡量而做出,这显然区别于“社会性制裁”要求必须以一定的社会规范为依据而发动的特点。考虑到法学相比于社会学、心理学等学科,对研究对象的规范性更为关注,因此,本文认为“社会性制裁”这一概念,能够更好地概括以法律法规以外的社会规范为发动依据的非官方惩罚行为。在本文的写作过程中,我们也发现有个别论文使用了“社会制裁”这一概念表述,并基于边沁提出的“四种制裁方式”,将除“自然制裁”以外的“政治制裁”“道德制裁”“宗教制裁”这三种制裁概括统称为“社会制裁”。^④这一概念主要是从社会学和伦理学角度提出的,它与“社会性制裁”的主要差别在于研究对象和语境的不同。一方面,边沁所论及的四种制裁方式是一种伦理意义上的广义惩罚,其中还包括了基于道德观念的自我心理折磨等;另一方面,佐伯仁志将“社会性制裁”与“法律制裁”相对应,而“政治制裁”中本身包含“法律制裁”。因此,两个基于不同学科视角而提出的概念,在内涵和外延上存在很大差异。

综上所述,我们认为,可以在佐伯仁志提出的概念基础上,进一步将“社会性制裁”的概念定义明确为:“与法律制裁相对应的,基于国家法以外的社会规范而做出的非官方惩罚行为。”

(二) 中国传统社会中社会性制裁的规范载体

不同于西方学者惯常遵循的“国家—社会”二元对立的研究范式,法律多元主义的倡言者之一,日本学者千叶正士认为,东方社会的法律三元结构区别于西方,其由“法律原

① 佐伯仁志:《制裁论》,北京大学出版社2018年版,第6页。

② 姜世波、孔伟:《私力惩罚的空间:基于国际足联诉马图扎伦案的思考》,载《甘肃政法学院学报》2015年第3期。

③ 桑本谦:《公共惩罚与私人惩罚的互动——一个解读法律制度的新视角》,载《法制与社会发展》2005年第5期。

④ 吕耀怀、陈颜琳:《论社会制裁及其矫治功能》,载《湖南工业大学学报(社会科学版)》2008年第5期。

理、官方法和非官方法”三个元素构成。^①在这一研究范式下对中国传统制裁体系的规范载体构成进行考察,我们可以基于法律多元主义的立场,将中国传统社会中社会性制裁的规范载体划分为四类。

一是宗族法。需要特别指出的是,对于本文所指的“宗族法”概念,其内涵专指宗族内部成员自行制订的家法族规,但由于具体语境差异或采用的学科视角差异等多方面的原因,一些学者习惯在著作中使用其他表述。如费成康等学者常使用“家族法”的表述^②,但“家族法”这一表述亦常用于对中国传统社会中专门调整家庭关系的法律进行概括,比如日本著名法制史学者滋贺秀三的成名作《中国家法原理》即为例证。为了避免混淆,本文将此表述弃之不用,而采用张晋藩和朱勇较早使用的“宗族法”这一概念进行概括表述。^③其余相关著述中学者使用的表述,如“宗法”“家法”等,或存有歧义,或失之俚俗,亦不采用。

二是少数民族习惯法。由于社会性制裁这一概念乃是与法律制裁相对,因此其规范载体不应在国家制定法之列。所以此处所指少数民族习惯法,应做时空限制。如吐蕃、辽、西夏等中国历史上的少数民族政权主体所制定的法律,在其政权存续期间,不属于社会性制裁的规范载体。同理,又如清代蒙藏地区等获得中央政府自治授权的少数民族地方自治机构所制定的成文规范,在其自治权存续期间,亦不属于社会性制裁的规范载体。

三是宗教教义、教规。如佛教典籍《四分律》《摩诃僧祇律》,道教典籍《道门十规》等规定戒律、禁忌的典籍文书均属此类。需要指出的是,我国历史上出现个别建立在宗教崇拜基础上的政权的制定法时常借用宗教教规的形式,并不能视为社会性制裁的规范载体。如太平天国政权模仿基督教旧约中“摩西十诫”制定的《十款天条》等,就属此列。

四是帮会、行会、书院、团体等民间组织规约。虽然我国传统社会中由于结社权不被统治阶级保护或认同,民间组织的发展受到严格的束缚和限制,并不普遍,但综合来看民间组织规约作为社会性制裁的规范载体仍然是一个重要的门类。其中包括帮会规约如“洪门三十六誓”等、行会规约如《武汉天平众师友公议整理行规》等、书院章程如《岳麓书院学规》等、团体规约如《西湖八社社约》等,五花八门,不一而足,此处限于篇幅,不再详细列举。

在“家国一体”的中国传统社会中,宗族法是以上四类规范载体中相对较为普遍、成熟的规范种类,从整体上看,其在古代社会治理中发挥的历史作用,以及对当下社会的遗留影响也是四类规范载体中比较特殊且显著的。因此,考察宗族法,是对中国传统社会的社会性制裁进行深入研究的一个较好切入点。

① 千叶正士:《非西方法》,载《比较法研究》1994年第2期。

② 费成康:《论家族法中的惩罚办法》,载《政治与法律》1992年第5期。

③ 张晋藩:《中华法系研究的新成果——关于〈清代宗族法研究〉》,载《中国图书评论》1989年第1期。

(三)对社会性制裁的宗族法渊源进行研究的预期目的

陈兴良指出：“对制裁制度的研究不能离开一个国家的法律语境。”^①应当说明的是，虽然“社会性制裁”这一概念本身在我国法学理论界尚未成为一个公知公允的学术概念，但“国家制定法以外的社会规范亦有其特定的强制力”这一点则早已成为学界共识。基于这一论断，从事法律多元主义和民间法研究的相关学者，更是以一系列丰硕的研究成果雄辩地证明，在中国社会，国家制定法以外的社会规范在法律秩序的形成和改造上拥有其独特的话语权和研究价值。钱穆先生有言，其治学时“常望能就新时代之需要，探讨旧历史之真相，期能对当前国内一切问题，有一本源的追溯”。^②因此，本文试图借助“社会性制裁”这一学术概念所提供的新鲜视角，先从中国传统社会性制裁的宗族法渊源切入，以期有助于理解中国传统社会刑罚以外的制裁手段，对当今中国社会以刑罚为中心的制裁体系之反思、改革乃至重构等“新时代之需要”，亦应有所裨益。具体来说，可以分为如下几点：

1. 通过分析中国传统制裁体系中宗族法和国家制定法之间的分工和互动，还原中国传统社会治理的一种样貌，为当下社会治理模式的转型探索提供历史参考。
2. 通过分析宗族制裁在传统社会中存在的必然性和合理性，透视当下一些不合法的社会性制裁行为的历史生成和演变，而非一味强调其与制定法之间的矛盾冲突。
3. 在当今强调治理主体多元化的社会背景下，对重视宗族制裁等社会性制裁在当今社会治理中的规范、转变和应用提出倡言。

二、中国传统制裁体系中宗族法的分工地位与预期功能

(一)宗族法与国家法在制裁体系中的主次之分和相对分工

有学者提出：“中国古代法秩序二元性，不仅仅意味着国家法与民间法的分工，更意味着国家法与民间法在实施社会控制中的互相配合，及其在长期演进和互动过程中的彼此渗透。”^③中国传统社会中，宗族法作为一种典型的民间法，与国家法长期以来形成了一种动态的分工和互动，因此有学者总结，“利用族权进行统治成为中国封建政治的一个重要特点”。^④但与此同时，我们也认为，具体到制裁体系上，这种分工既不是一种力量和地位彼此对等的互动过程，也不是一种泾渭分明的明确分工。整体来看，宗族制裁和国家制裁的分工互动，是一个封建统治阶级利用宗族进行统治的过程，其中既伴随封建皇权

① 佐伯仁志：《制裁论》，北京大学出版社2018年版，序。

② 钱穆：《国史新论》，九州出版社2018年版，自序。

③ 姜世波、王彬：《习惯规则的形成机制及其查明研究》，中国政法大学出版社2012年版，第17页。

④ 叶娟丽：《我国历史上宗族组织的政权化倾向》，载《学术论坛》2000年第2期。

和宗族整体力量的彼此消长,亦伴随着国家政治层面上的利益交换。

在民间法的研究领域中,学者们通常认为国家法和民间法在构成二元法律秩序的同时,二者之间亦有着密切的互动。具体到宗族法上,家法族规对自身补充“国法”之不足的定位,有着很明显的体现。如,湘阴狄氏一族规定:“士遵祖训、家法,以辅国法之行。”^①武陵熊氏一族规定:“家乘原同国法,家法章足国宪。况国法远,家法近,家法森严,自有以助国法之不及。”^②莱阳张氏一族提出“家法视国法为转移”^③。宜荆朱氏一族提出“家法必遵国宪,方为大公”。^④这反映出当时相当一部分宗族家法的制定者清醒地认识到,在封建皇权至上的社会,国家制定法所代表的权威并非家族宗法可以与之分庭抗礼,家法族规只能作为补充,“辅国法之行”,而不能于国法之外另起炉灶。这一点非常鲜明地区别于欧洲封建社会领主制定的宗族法,亦可作为西方“国家—社会”二元对立研究范式不能原封不动照搬于中国的一个佐证。

对于制定法而言,“法律不理琐事”,这一点在世界各国皆为通理。俞荣根认为,在中国“礼法”体系中,内含三个子系统:一是礼典系统,二是律典系统,三是以礼义为旨归、礼俗为主干的乡规民约、家法族规等构成的习惯法系统。^⑤这种体系结构正好与“天理、国法、人情”相对应:礼典系统传承古制,呼应天理;律典系统令出于上,对应国法;习惯法系统脱胎民间,照应人情。基于这种体系划分,可以认为乡规民约、家法族规为代表的习惯法系统扮演了“礼法”体系中的末梢系统,抑或可以说,习惯法系统解决的正是“礼法”体系内礼典系统和律典系统所不为的“琐事”。而在习惯法系统中,宗族法又承担了调整家庭关系、维护伦理纲常的主要角色。

从宗族法的规范事项上看,其主要围绕家庭道德、伦理纲常这一核心,从祭具维护、服饰标准,到胙肉分配、宴会座次,以今人的眼光看,确乎是“琐事”,并没有国家法出现的必要。但当论及制裁手段时,又往往会出现“逼令自尽”“浸猪笼”“漂河灯”这样动辄人命关天的词汇。可见,在制裁体系的分工上,宗族法和国家法并不是完全以制裁手段的严厉性作为分工标准的,对于自由刑、生命刑等现代刑法理论中严格禁止不经司法机关判处而适用的刑罚,在传统社会宗族法中却是常见且被国家法在一定程度上默许适用的。从制裁手段所规范的事项来看,宗族法和国家法的分工,虽然在一定程度上以“礼法”体系当中“家事”与“国事”的相对分野为标准,而这种分野由于“家国一体”的社会特质,在具体事例的应用中又往往不甚明了,存在很大的主观性和个别性。以“不孝罪”为例,依《大清律例》十恶第七条对“不孝罪”的罪状规定,“不孝罪”是“谓告言咒骂祖父母父母,夫之祖父母,父母及祖父母父母在时别籍异财,若奉养有缺,居父母丧事自嫁娶若作乐,释服从吉,闻祖父母丧,匿不举哀,称祖父母父母死”。其中所谓“咒骂”“奉养有缺”的行为,

① 《湘阴狄氏家谱》(卷五),刻本,1938年版。

② 《武陵熊氏四修族谱》(卷首),刻本,1871年(同治十年)版。

③ 《莱阳张氏谱书》(第一册),1919年版。

④ 《宜荆朱氏宗谱》(卷首),刻本,1908年(光绪三十四年)版。

⑤ 俞荣根:《古代中国追求“良法善治”的六个面相》,载《检察日报》2018年7月17日。

是否成立以及是否向官府申告几乎完全取决于“被害人”或家族尊长,也就是说,此类行为是诉诸国法,还是家法处置,具有相当灵活的转圜余地。因此,在“家国一体”的封建社会特质下,宗族法和国家法在制裁体系的分工上只能说是存在一种相对而有限的分工,而无法寻找一条泾渭分明的分工边界把“家事”与“国事”完全分离开来。这种历史传统,一方面对我国在制裁领域的法律移植和法律适用形成了较大的障碍,尤其是在“家庭暴力”、虐待、遗弃、亲属间斗殴等涉及家庭成员关系的纠纷处理上,无论是刑事制裁、行政制裁还是民事制裁,法律结果的可接受性都往往面临比其他纠纷更多的考验;另一方面,本身也是造成“家庭暴力”、体罚等现象较为普遍,且受害人通过法律渠道进行救济的动力和效果整体上不理想的历史原因之一。

(二)理学内核指导下宗族法及其制裁手段所承担的教化功能与预防功能

自唐宋至明清,统治阶级对于宗族和宗族法的态度以及政策虽然多有变化,但试图赋予宗族法及其制裁手段更多的教化功能和预防功能,始终是统治阶级的一种不变期望。“尽管中国‘家国一体’的社会构造可以否定中国国家与社会对立的结论,但是却不能否认中国官方与民间的二分;尽管中国礼法精神的一统可以否定民间法与国家法的平起平坐,但是不能否认民间规则与官方规则的差别。”^①宗族法因其基于血缘和家庭,无论在教化的便利性上,还是在制裁手段的多元化和快速性上,都具有国家制定法所不具备的天然优势。尤其是在宋明理学占领社会主流思想高地之后,与宋代宗族平民化的历史潮流相得益彰,宗族法所承担的教化功能与预防功能被显著加强了。

一方面,宋明理学为教化功能和预防功能的实现提供了价值判断标尺。宋明理学对汉唐儒学进行了深刻的扬弃,从训诂回归义理,将伦理纲常作为自身的价值内核,无论是“成贤、成圣”的目标追求,还是“修、齐、治、平”的修养路径,尽皆围绕伦理纲常道德而展开,从而从教义的层面上为宗族法提供了充分的价值判断标尺。尽管在实践中不免流于教条主义,乃至时常由于教义的僵化酿成伦理悲剧,但总体上看,宋明理学对宗族法的社会教化功能实现起到了显著的指导作用。

另一方面,宋明理学加强了宗族法制裁手段的有效性。费成康带领的研究团队,曾依据约 3000 个宗族的家族法,将自唐代至民国年间各地宗族陆续采择的惩罚办法整理归纳为 12 种。^②通过梳理这些古代宗族法的制裁手段,我们可以发现,古代宗族法的制裁手段绝大多数带有精神折辱性质,如当众申饬、革胙(剥夺祭祀时分取胙肉和参与家族宴会的资格)、标示(对犯有过错之人以挂匾额、贴布告等方式进行公示)、记过(在宗谱或功过簿等纸质档案类材料上记录劣迹)、罚祭(在祠堂、族墓等地祭扫反思)、押游(类似于游街示众)等。这些制裁手段的有效性很大程度上依赖于被制裁者的廉耻心和道德标准。对于丧心病狂、毫无廉耻之人,采用这样的制裁手段,效果自然不如人意。而宋明理

^① 姜世波、王彬:《习惯规则的形成机制及其查明研究》,中国政法大学出版社 2012 年版,第 15 页。

^② 费成康:《论家族法中的惩罚办法》,载《政治与法律》1992 年第 5 期。

学对于伦理纲常的显著强调,使得社会普遍重视道德修养,不仅加强了被制裁者受到精神折辱制裁时来自自身道德伦理修养的痛苦,也使得被制裁者在受到此类制裁之后社会评价大幅降低,使被制裁者和未受制裁者更加顾虑受到制裁后,由于风评巷议的负面评价带来的附随后果,从而更好地实现一般预防和特殊预防的功能。

(三)宗族法及其制裁手段对部分国家公共服务职能的缺失进行了填补

秦晖曾提出,中国封建社会“国权不下县,县下惟宗族,宗族皆自治,自治靠伦理,伦理造乡绅”的观点。^①但也有学者认为,“与其说古代中国社会是‘皇权不下县,县下皆自治’,还不如说是‘国家的公共服务职能不下县’更加准确一些”。^②两种观点各有千秋,对事实的描述概括均有相应的史料支撑。但具体到宗族法制裁的发动上而言,本文认为“国家的公共服务职能不下县”,本身就是导致了“县下皆自治”局面的一个重要原因。

古代社会公共服务职能时常缺失,政府往往由于政策的宽松和地方官员小吏的腐败而放任青楼妓院、赌场烟馆等社会不正当业态恣意发展。同时,由于治安维护措施的落后,地痞流氓和土匪恶霸也经常得不到及时的整治。在此环境之下,宗族子弟极易出现沾染恶习、交友不慎、败家输产甚至被挟为寇盗的风险。地方宗族大多对于家风有较为严格的要求,对于子弟的腐化堕落、游手好闲比之一般社会游民更为警惕。但宗族法不能侵夺地方政府的治安管理权力,对于地方治安环境的整体改善,既非宗族法力所能及,亦非宗族法制定的初衷。于是,宗族法中往往规定了大量严禁宗族成员沾染恶习、奢侈无度、擅自交际的制裁事项。对于身陷赌博、嫖娼等恶习的宗族成员,轻则于祠堂内当众申饬,重则予以革谱、出族,以免牵连整个家族。如温州《盘古高氏新七公家训》记载,“淫盗”“邪术”“争讼”“妄言”“赌博”皆在禁止之列,违者会遭遇“立予除名”等制裁。^③又如《毗陵长沟朱氏祠规》记载,“有违窃盗者,事发锁拿,重责四十板,逐出祠外”,“禁赌博……犯者重责四十板”。^④这些宗族规范与相应的制裁手段,在很大程度上对宗族内部子弟形成了较为有效的约束和管理,在古代社会治理理论匮乏、治理手段简陋的情况下,宗族法及其制裁手段对于改善社会风气、约束民众行为起到了对国家治理职能缺位的一定填补。

三、中国传统社会中宗族制裁产生和存在的历史必然性与合理性

(一)人口数量的膨胀迫使宗族通过严厉的制裁进行自我约束和内部治理

根据人口学研究的学界通说,明清以前,中国人口呈周期性波动状态,人口数增增减

^① 秦晖:《传统十论——本土社会的制度文化与其变革》,复旦大学出版社2003年版,第3页。

^② 张新光:《质疑古代中国社会“皇权不下县、县下皆自治”之说》,载《学习与实践》2007年第4期。

^③ 《盘古高氏贵六公房谱》(盘古新七公家训),刻本,1935年版。

^④ 《长沟朱氏宗谱》(卷二),刻本,1907年(光绪三十三年)版。

减,始终未超过1亿人;明清以后,中国人口不断增长,由1亿而2亿而3亿而4亿,连上四个“亿人台阶”。^①明清两代人口的爆发性增长对于宗族和宗族法的影响都是巨大的。

首先,人口的爆发性增长导致的宗族人员膨胀对于宗族日常管理来说是一个较为严峻的挑战。须知,宗族法规定的大部分事项都是日常性的,如祭扫、请安、饮宴等,宗族成员增多使得日常管理的难度和压力迅速上升。如何对日益增多的族人是否严格遵守宗族法的规定进行确认和监督,是摆在所有宗族管理人员面前的难题。同时,一些宗族法中规定的集体议事制度也随着宗族人口的迅速增多而变得不再便利,大规模的议事所消耗的成本也在提升。

其次,人口的爆发性增长使得宗族继承和财产分配面临更多纠纷和矛盾。宗族存在的根基是宗法,而宗法维系的根基则在于宗祧继承。人口膨胀带来的另一个难题是继承问题的解决,宗祧和财产的继承往往伴随着无休止的纠纷和争斗,宗族内耗引起的家族衰落乃至解体崩溃在明清两代亦不鲜见。

最后,人口的爆发性增长一定程度上消解了宗族整体抵御风险的能力。宗族成员内部之间的相互援助照应,是宗族自助自保的前提。但人口的爆发性增长使得这种援助和照应变得频繁,有时使得一些宗族成员在心有余而力不足的同时也心生抱怨,以致出现对个别特定宗族成员的有意疏离。与此相对应的,一些穷困潦倒者,则试图通过“认亲”“归宗”等方式改善自己的糟糕境遇。在这种情况下,很多宗族开始严格族谱的管理,有的干脆将族谱作为家族内部的保密材料交专人保管,无事不得查阅,以此来避免一些居心叵测的闲杂人等前来“寻亲”。但这样的结果就是宗族内部很难维持铁板一块的状态,人人都有自己的算盘,真正到了宗族面临整体风险的时候,松散的宗族成员很难短时间内集中力量共克时艰。

此外,人口的爆发性增长所导致的宗族血缘疏离,是宗族制裁趋于严厉的一个重要诱因。其影响主要在于降低了宗族尊长对远支亲族发动制裁的情感障碍。

社会学中关于越轨制裁的一种理论认为,对于越轨行为的惩罚效果,存在三个方面的影响因素——严厉性、确定性和迅速性。^②从确定性上来看,宗族法由于一般较为简略,对于制裁事项不可能规定得面面俱到,一般都会存在类推适用的情况,且适用结果往往取决于族长等权威长者的个人意见。这种较低的确性会使得犯事族人有时抱有侥幸心理,试图借助家法族规的不完善逃脱制裁,而且尤以与族长等权威长者血缘相近、关系亲密者为甚。从迅速性上来看,制裁发动的迅速性主要由两个因素决定:一是违规行为的暴露时间长短;二是制裁下达和执行的时间长短。前者主要依赖于信息的通畅性,家族越庞大,成员越复杂,信息越难以保真,对违规行为的监督越难。而后者主要依赖于宗族法的裁断方式和执行效率。

由于时代的局限性,以上两个因素在传统社会的宗族中一般很难得到大的改善。但

^① 朱国宏:《中国历史人口增长再认识:公元2—1949》,载《人口研究》1998年第3期。

^② 吕耀怀、陈颜琳:《论社会制裁及其矫治功能》,载《湖南工业大学学报(社会科学版)》2008年第5期。

宗族成员的增加又使得宗族管理者不得不想办法提升宗族管理效率。宗族成员的增加往往意味着宗族支脉的扩大,在一些大的宗族,嫡系成员和远房支脉甚至不属于三代以内旁系血亲,也往往很少在一起共同生活。在这种情况下,宗族管理人员对制裁手段的运用变得更加趋于理性,而非主要基于个人情感因素的影响。于是,为了提升对宗族成员越轨行为的惩罚效果,提高宗族制裁的严厉性就成为可行性最强的一种选择。

(二)封建皇权对宗族制裁权进行了有条件的部分认可与利益交换

梁启超有言:“中国古代的政治是家族本位的政治。”^①通过史料我们可以发现,封建皇权对宗族法制裁权的认可是通过一段较长的时间段逐步实现的,而且,这种认可背后有其复杂的政治考量与利益交换。

早在唐初,长孙无忌等世家大族在朝廷中的代言人就在国家律典中表达了国家制裁与宗族制裁并行不悖的观点:“刑罚不可弛于国,笞捶不得废于家。”^②但此时的“家”,仍然属于一种抽象的泛指,“笞捶”之制裁亦属于一种官方对于民间自我教化管理的合理期望,只在一些门阀贵族的宗族中主要依靠不成文的惯例和宗族家长的个人意志进行落实。至安史之乱之后,门阀士族在长期藩镇割据和兵燹战祸的打击之下彻底式微,五代之时,连同“族居”这一世家大族维系宗族样态的聚居方式也宣告衰亡。在这种情况下,中央宦官专政,地方藩镇割据,皇权旁落,重器失倚,旧宗族却没有相应的实力为国家秩序的稳定提供帮助,缺乏政治交易的筹码。在这种情况下,当然完全谈不上皇权对宗族制裁权的认可。

到了宋代,国家政权相对统一,政局稳定,朝政清明,大宗族解体后的残余的小宗族得到稳定发展的机遇期。同时,土地租佃制使得农民对于地主阶级的人身依附日益松弛,统治阶级希望建立平民的宗法组织来强化对农民的控制。^③但在宋代,中央政府虽然希望通过重建宗法秩序来强化统治,但对于制定有完备宗族法的超大宗族仍然心存疑虑。典型的一个例子是“义门陈氏”奉旨分家。义门陈氏于唐开元年间落籍江州,历经332年,15代人不曾别籍异居,并立有《义门家法》传世,被认为是至今最古老的传家规矩。北宋政府一方面从太祖赵匡胤开始连续有多位皇帝对陈氏屡次旌表,另一方面又在宋仁宗嘉祐七年(1062)因包拯、文彦博等名臣联名力谏而下旨将义门陈氏强行分为291庄,迁往全国。可见,当时的统治者更乐于看到宗族平民化、分散化,对于东汉以来的士族门阀不但不采取优容的政策,反而可能更加猜忌和限制。在此基础上,苏洵、欧阳修两位名儒大臣各自编纂宗族谱书,形成日后两大修谱体例,为后世遵循。因此,两宋数百年间,是公认的一个宗族平民化的热潮期。但与之相对应的家法族规虽然大量制定,由于统治阶级的刻意限制和猜忌提防,并没有在宗族制裁权上获得国家制定法的太多肯定和让步。

^① 梁启超:《先秦政治思想史》,上海书店、中华书局1896年版,第40页。

^② 长孙无忌:《唐律疏议》,中华书局1983年版,第1页。

^③ 李静:《论北宋的平民化宗法思潮》,载《重庆社会科学》2002年第3期。

经由元代短暂的过渡期,明清两代开始对宗族进一步加强重视。明太祖朱元璋、清世祖福临、清圣祖玄烨先后颁布“圣谕”“圣训”,倡言家法族规的重要性。雍正三年,《大清律》引“族长”入律,地方族权与中央政权正式结合,明确规定其法律地位。^① 雍正四年,清政府又专门规定宗族聚集之村庄可以不编保甲,以宗族组织代行保甲职权,并授予族长族中承嗣权、教化权、经济裁处权、治安查举权、对族人的生杀权等各项权力,族权的政权化倾向开始出现,宗族组织合法地成为向国家政权直接负责的乡村控制主体。^② 通过利益交换,清政府获得了基层社会统治和管理的一大有效抓手,并对日益腐化的胥吏和幕客形成了基层权力的制约;而地方宗族则获得了封建皇权对于宗族制裁权的肯定和认可。从结果上看,这一政治策略对于稳固统治秩序显然是极为有效的。有学者认为,江南地区在清朝中后期甚少响应反清运动,反而成为清政府的稳固后方,与清初激烈的抗清运动形成鲜明对比,其原因就在于宗族法在基层治理中发挥了极为重要的作用。^③

(三)程朱理学为宗族法的普及和运行提供了理论指导

根据史学界和社会学界的通说,平民化宗族的广泛形成应在北宋时期。在此之前,宗族以大贵族家庭集合形成的强宗豪右、官僚门阀为样态,作为社群集体,在社会上并不具有普遍性。而且其在政治上与封建皇权的天然联系,以及在经济地位上的独立话语权,使得其宗族内部治理与社会治理缺乏衔接,亦缺乏以成文家法族规来对宗族成员的行为举止加以规范的动力。文献考证方面的研究工作也对这一点提供了佐证:隋代以前的家法族规,迄今基本没有文献留存,目前尚无法求证隋唐以前是否存在成文宗族法。^④ 目前公认最早的宗族法应属于唐末江州陈氏宗族制定的《义门家法》。唐以前,留存传世的《颜氏家训》、诸葛亮《诫子书》等文献虽然在内容上记述了教化子孙、约束后人的内容,但由于其并未规定宗族成员的权利、义务以及行为后果和强制措施等规范性内容,一般来说学界并不认为其属于宗族法之列。因此,成文宗族法的大规模兴起,至早应在北宋时期。

北宋时期宗族法兴起的风潮并非历史的偶然,在诸多历史原因之中,程朱理学成熟完善并开始影响国家治理决策,是一个重要的因素。程朱理学对宗族法的助推作用集中体现于,通过一整套完备的哲学理论完成了制度控制和宗族制裁体系的逻辑耦合。从社会学理论看,郑杭生认为,制度控制是指以全社会的名义颁布的行为准则,对所有社会个体、社会群体和社会组织的社会行为进行调节与制约的方式。^⑤ 一方面,理学家们对于儒家经典的阐释和延伸解读,通过官方认可和民间传播两条路径成为当时的社会行为准则;另一方面,国家政权统一为民间经济文化的繁荣发展提供了稳定的环境保障之后,新崛起的一批地主富商取代旧贵族在社会资源配置上取得更大的话语权,也需要一套具备

① 朱勇:《清代江南宗族法的社会作用》,载《学术界》1988年第4期。

② 张金俊:《宗族制度控制与社会秩序——以清代徽州宗族社会为中心的考察》,载《天府新论》2010年第5期。

③ 朱勇:《清代江南宗族法的社会作用》,载《学术界》1988年第4期。

④ 费成康:《中国的家法族规》,上海社会科学院出版社2016年版,第8页。

⑤ 郑杭生:《社会学概论新修》,中国人民大学出版社2009年版,第284页。

可操作性的理论来维护自身既得利益。因此,以《大学》“三纲领、八条目”为代表性内容,理学家们在哲学层面上为宗族治理提供了一种有效强化社会秩序稳定的制度控制。比如,朱熹对《大学》中“一家仁,一国兴仁;一家让,一国兴让”一节的解读,就提出“‘一家仁’以上,是推其家以治国;‘一家仁’以下,是人自化之也”。^①在此基础上进一步体系化的“修齐治平”理论则与宗族治理需求进一步高度耦合,把“治国平天下”这一理念性的目标与“修身齐家”这一具体操作进行了逻辑关联。也正是程朱理学提出了一种“收拾人心、从意识形态入手而凝练成的一种虽然虚构、但却实用的封建国家进行社会控制与社会整合的有效工具”^②,从此,宗族法的制裁发动便可依据这一套超脱于“国法”之上的哲学理论,进而不再完全囿于国家制定法的授权。

(四)宗族制裁盛行的背后是大家族自我保全的自律意识

有学者认为,北宋时期平民化宗法之兴起,是“由于官僚地主已无世禄可依,这些既得利益者便力图建立历史上世家大族代代相传的世族宗法制和家族世袭制来实现自救自助,保全家族的长盛”。^③事实上,“自救自助”“自我保全”,一直是历史上每一个世家宗族所要考虑的一个核心问题。从子女教育,到坟墓风水,无不将家族的长盛不衰视作宗族的核心追求之一。在此基础上,许多制裁手段的发动,都基于家族自我保全的目的,往往颇为严苛,甚至有时做出一些在今人看来不可理喻的制裁行为。如婺源翀麓齐氏,曾规定,对盗伐苗木又无力缴纳罚款的族人,先捆缚于祠堂重责四十板,然后还须“叫街示众”。^④又如永兴张氏规定,在祖墓一带挖煤者,“打死勿论”。^⑤

这种自律自苛的现象有时被解读为“家风严谨”,但背后更深层次的原因则在于一种大家族“丢卒保车”的生存哲学。俗语讲“林子大了什么鸟都有”“常在河边走,哪有不湿鞋”。在古代连坐法和保甲制度盛行的背景之下,宗族人口膨胀的直接后果就是被族人无辜牵连的风险大大增加。以清代连坐族诛最为严重的文字狱为例,有学者对清代顺治年间到乾隆年间的文字狱地域分布进行了统计,发现“文字狱集中在东部地区,共有144起,占总数的90.6%;东部地区又集中在长江中下游平原地区,苏、浙、湘、赣、鄂、皖等6个州府地区共计92起,占东部的63.9%;此区江浙地区又最为集中,共有47起,占长江中下游平原地区的51.1%”。^⑥我们可以发现,文字狱高发地区,也是明清两代平民化宗族发展最为繁盛的地区,可见,清政府在明确认可宗族制裁权的同时,并没有放松对于宗族势力的警惕,一旦遇有可能威胁到其统治地位的蛛丝马迹,其对于宗族势力的惩治力

① 黄士毅:《朱子语类汇校》,上海古籍出版社2014年版,第375页。

② 李禹阶:《从主体道德自觉到集体道德理性——论朱熹“修、齐、治、平”的社会控制与整合思想》,载《重庆师范大学学报(哲学社会科学版)》2006年第6期。

③ 李静:《论北宋的平民化宗法思潮》,载《重庆社会科学》2002年第3期。

④ 费成康:《中国的家法族规》,上海社会科学院出版社2016年版,第92页。

⑤ 《永兴张氏族谱》(卷二),刻本,1929年版。

⑥ 朱竑、安宁:《清代顺、康、雍、乾时期文字狱的地域分异研究》,载《地理科学》2011年第1期。

度和提防心理甚至远超唐宋。因此,明清两代宗族法制裁的严苛很大程度上是出于一种宗族人口膨胀下加强自律管理以避祸的必然结果。

四、社会性制裁传统对于完善当今制裁体系的启示意义

从孔子提出的“无讼”理想肇始,学术界就这一话题衍生出的论题已涵盖“厌讼”“好讼”“抑讼”“息讼”“畏讼”等,不一而足。事实上,以上概念皆可视作是一种对于局部地区或某一时间段内发生的“个案簇”之现象描述,均无法作为一种传统社会诉讼观念的整体特征概括。但我们可以从上述这些对具体现象的描述性概念中得出一个结论:“情随事迁”,中国古代传统社会的诉讼观念是动态变化的,随时间和空间的改变而转移。“厌讼”也好,“好讼”也好,在长达数千年的中国社会发展历程之中,普通个体作为具体个案的当事人,原始着眼点始终在于个案纠纷的解决如何能够尽可能地实现自己的利益最大化,至于社会群体对诉讼的好恶,已非历史“剧中人”所考虑的范畴。正如苏力先生的名作,《秋菊的困惑和山杠爷的悲剧》为我们描述了一种现代法制与“本土资源”的冲突与矛盾,执着讨要“说法”的秋菊最终对要来的“说法”困惑不解,更遑论去判断自己究竟是“好讼”还是“厌讼”。^①秋菊讨要的“说法”到底该如何解读?这本是个见仁见智的问题,但我们仍然试图从社会性制裁的角度去对“说法”提出自己的解读。

陈兴良指出:“对于以刑罚为中心的制裁制度,我国的研究是相当薄弱的,这是一个不争的事实。”^②陈兴良的判断当然是依据刑法研究的语境来表述的,但我们认为,当下对于制裁制度,或者说制裁体系的研究不足,不仅仅是刑法学科所面临的问题。当下,我们如何去应对中国重社会性制裁的历史传统,以及如何看待和规范当下时常失范的社会性制裁手段,是一个跨学科的重要问题。秋菊的困惑,其实可以解释为现代法律制裁在应对社会治理问题时的无能为力。须知,“说法”的内涵并不一定对应刑事拘留、有期徒刑,当我们机械地将社会性制裁排除于制裁体系之外,单纯依靠法律制裁来解决一切纠纷矛盾时,被人为割裂的现代法制和社会传统之间,一定会出现一些注定要不到“说法”的“秋菊”在困惑中徘徊。

虽然从现行法律制度上看,我国与日本一样,制裁制度均以刑罚为中心,且法律制裁在整个制裁体系中居于主流核心地位,但这并不代表在现实社会运行之中社会性制裁的消亡和无用。事实上,随着社会人际关系的复杂化,社会性制裁在社会治理中扮演了极为重要的角色。一方面,社会自组织的蓬勃发展和现代管理制度的普遍建立,使得法律以外的组织管理规范在社会治理中得到了广泛应用,社会性制裁通过这些渠道,在社会资源配置和社会关系调整中发挥的作用越来越广泛和深入;另一方面,我们也可以发现,在社会转型期,整个社会制裁制度的体系化程度还很落后,社会性制裁的法治“基因”仍然存在“先天不足”

^① 苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第23~37页。

^② 佐伯仁志:《制裁论》,北京大学出版社2018年版,序。

和“后期发育不良”的问题。比如,云南曾经发生一起事件,父亲因孩子偷窃家庭财产而对其进行体罚,并迫使其冒雨游街。^①其与现代法治文明相悖自不必论,但综合我国社会性制裁的传统来看,这实际上是一起基于父权意识而发动的社会性制裁“越界”事件,且其普遍存在于礼法秩序已告解体而法治秩序尚未完备的社会转型期。又比如,某国有银行福建省分行曾发文要求员工罚抄《违规行为处理办法》,要求手工抄写三遍,共 11 万多字。^②在合理性上我们固然可以对这种行为进行抨击,但在合法性上我们找不到充分的理由去宣告这种企业内部制裁手段非法,进而禁止其使用。在对这些有违法治精神的案例进行批判和讨伐之余,我们应当认识到,体罚孩子和折辱员工在当下是普遍现象而非个别孤例,而当我们从社会性制裁失范的视角上去考察这些案例的时候,则会发现其有着深厚的社会土壤和复杂的形成原因。“徒法不足以行”,理论和历史实践可以证明,社会性制裁的功能和作用无论是古代还是现代,都无法完全以法律制裁替代,那么正视其在社会治理中的地位并加以体系化、规范化的引导和整合,则是一种最为理性而务实的选择。

The Conversation between Tradition and Present: On the Clan Law Origin of Social Sanction

Wu Ruijia Wang Ruijun

Abstract: The concept and related theories of social sanction are still in the ascendant in the jurisprudence. In traditional Chinese society, social sanctions are usually based on four social norms such as clan law. From the end of tang dynasty, China's ancient clan law and its sanction means have both division of labor and intersection with the national law in the constitution of the sanction system. Taking the neo-confucianism as the core of philosophy, the clan law bears important functions of education and prevention, and to some extent makes up for the absence of the national public service function. It is inevitable and reasonable that the evolution of sanctions matters and measures stipulated by the clan law is influenced by many factors such as population growth, national policy, development of neo-confucianism and clan self-discipline. Therefore, it is of great practical significance to understand and study the traditional social sanctions with clan law as the normative carrier for improving or reconstructing the modern sanctions system based on China's local reality and enhancing the effect of social governance.

Key Words: social sanction, the clan law, folk law, sanctions system, family method

^① 云南网:《云南:男孩遭父亲家法伺候 遍体伤痕裸身冒雨游街》, http://news.ifeng.com/a/20170702/51357761_0.shtml, 访问日期:2018-08-09。

^② 东方网:《罚抄规章 11 万字是哪家的家法?》, <http://news.cnfol.com/guoneicajing/20170430/24671096.shtml>, 访问日期:2018-08-09。