

# “化家为国”： 传统中国治理中的家族规约

王帅一\*

内容提要：既往研究以法律多元主义或者习惯法与国家法二分为视角，对传统中国的家法族规与国家制定法的关系进行了比较充分的讨论，多将其描述为二元对立或二元统一形式上的冲突或合一模式。将家族及其规约置于国家治理体系之中是新的理论尝试。立足于传统中国以伦理组织社会与国家的特质，以及家族与国家分野的源头，进而说明传统中国家法族规与国家法律在形式特征上的一致性源于二者精神内核上的一元性。在此基础上，中国文化所塑造的治理模式之中的家族规约及其应有之义与文化内涵，便得以彰显。

关键词：家族组织；家族规约；国家法；习惯法；国家治理

20世纪以来，民族积贫积弱、屡受蹂躏，胸怀救国救民宏愿的思想先驱曾不断否定传统制度。家族组织与制度“作为封建社会伦理、政治规则的基石”，在极度渴望现代化的时代背景下，受到了激烈批判，“使得传统中国家庭制度的神圣性、合理性被解构”。<sup>(1)</sup>如果我们认为传统中国的治理模式可以用“家国传统”的二元模式来概括，进而以法治的方式使其在国家治理现代化的推进过程中转化时，<sup>(2)</sup>那么首先需要进一步了解所谓传统二元治理结构中相对于“国”之“家”的真正面目。从法学角度理解此问题时，同样存在着二元（或多元）的描述。我们用源自西方知识体系中“自然法”“实在法”与“习惯法”的分类模式，并不能恰当反映出非西方法的经验，即使采用更加具有包容性的“官方法”“非官方法”的多元体系来分析传统中国的法律格局，仍存在问题。<sup>(3)</sup>现代社会科学理论描述下的传统中国的家与国家，无论是“家国一体”或者是“二元对立”，在家法族规等民间规约的研究领域，仍存在着推进了解的可能。

## 一、家、国及家族规约与国家法律的二分

以现代社会科学标准对传统中国语境下的家、家族及宗族予以界分，不是一件容易的事情。<sup>(4)</sup>

\* 中国社会科学院法学研究所副研究员，法学博士。

(1) 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133-136页。

(2) 参见刘毅《家国传统与治理转型》，《中共中央党校学报》2017年第1期，第60-70页。

(3) 参见梁治平《清代习惯法：社会与国家》，中国政法大学出版社1996年版，第34页。

(4) 虽然不容易区分，但并不是不能在一定程度上予以界定。为研究需要，有学者曾依据服制关系，将“父己子”三代之家定义为“家”的概念（包括只有“父子”两代的“核心家庭”），将大功以外至总服共曾高之祖而不共财的范围作为“家族”，将五服之外的同姓共祖之人称为“宗族”。参见黄宽重、刘增贵主编《家族与社会》，中国大百科全书出版社2005年版，第5页。吕思勉先生也讲过宗与族的差异“宗与族异。族但举血统有关系之人，统称为族耳。其中无主从之别也。宗则于亲族之中。奉一人焉以为主。主者死，则奉其继世之人。夫于亲族中奉一人为主，则男女比择其一。斯时族中之权，既在男而不在女，所奉者自必为男。此即所谓始祖。继其后者，则宗子也。《白虎通义》曰‘宗者，尊也。为先祖主者，宗人之所尊也。’是其义也。”吕思勉《中国社会史》，上海古籍出版社2007年版，第239页。

中国社会中的家并没有“严格的团体界限”，“可以依需要向外扩大”，家族在结构上包括家庭，最小的家族也可以等于家庭，家可以扩大得很远，五世同堂的家可以包括五代之内所有父系方面的亲属。<sup>(5)</sup>“如果说家是中国人的基本观念，家庭关系是中国人的基本关系，则中国人早就把这个家的概念，家的关系扩大、扩充了。”<sup>(6)</sup>因此，总体而言，家庭、家族、宗族是三个范围依次扩大，但界限并不十分清晰的概念。

在依次扩大的三个概念中，居于中位的“家族”常泛化为对这三个相互关联名词的统称。<sup>(7)</sup>如陈顾远先生就说“中国向以家族为社会组织单位，文化方面受家族制度影响极深。在宗法关系上，本于尊祖之道而敬宗，本于敬宗之道而收族；使家有所系身有所向，构成宗族团体，为社会重心，今日各地之宗亲会，犹其绪也。”<sup>(8)</sup>仁井田陞也使用“家族”来概括定义：“中国的家族，是共同经营经济，以夫妇、父母子女及其周围的血缘近亲为中心的血族集团。而且中国直到近些年，仍然是包含着这些一个一个家族的、范围更加广泛的父系血族集团，作为社会构成的主要单位。这种集团，不仅拥有作为其血统标识的共同的姓，而且拥有共同的始祖和祭祀活动，其内部维持着一体化的家族统治。这样一种广泛的血族集团，在中国一直被称之为宗族（有时称为氏族），其构成成员则谓之族人（宗人），而且从族人中选举出被称为族长或者宗长的首长。”<sup>(9)</sup>瞿同祖先生所用的“家族”一词也涵摄了家与宗族等多重概念。<sup>(10)</sup>

在诸如国家与社会、国与家等二元对立话语模式下，相对于国家这一概念来说，法学领域的讨论确实可以将家、家族、宗族归为一类，笼统以“家族”概括。因为国家法可以被一般地理解为由国家机构制定颁布、自上而下予以实施的法律，事实上，这些法律只能是整个法律秩序的一个部分。在国家法之外，还有其他类型的法律，它们“填补国家法遗留的空隙”，“构成国家法的基础”，“成为一个社会法律秩序中真实和重要的一部分”。<sup>(11)</sup>所以，无论是在家庭、家族还是宗族领域内的秩序规则，都成为被国家法掩盖并与国家法相对的概念集合。因此，本文亦将此类概念统称为“家族”，同时为了与国法的国家制定属性相区别，将传统社会的“家法族规”（或“家族法”）表达为“家族规约”，更体现其自发自然的属性。所谓“家族规约”，即相对于国家制定法而言的，在家族或宗族内部，适用于全体成员的行为规范。

家族组织作为家族规约的制定主体与实施范围，其在传统中国社会中如何定位，自然成为研究家族规约的前提。在二元对立的视角下，有几种关于家族组织的描述，颇能反应其性质与特征。其一，家族属于古代民间自治组织之一种，但它既不同于一般的民间社团，也非一般的民间机构，与村社等乡村自治组织也有区别，其特征以成员之间的血缘关系为纽带，此一纽带自人类社会出现就已存在，故宗族之存在为历史之“恒久现象”。<sup>(12)</sup>其二，由于传统中国政治社会二元结构中的权力失控，才使得家族组织在表层社会（国家层次）和基层社会（血缘、地缘关系的基础集团）之间的缝隙中游离、滋生、发展、壮大，使其具有发挥作用的空间。<sup>(13)</sup>其三，家族本身即“突破国家宗法制度禁限的产物”，因而其秩序既有区别于国家法的内容，也可能有与

(5) 参见费孝通《乡土中国·生育制度》，北京大学出版社1998年版，第39页。

(6) 陈来《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2015年版，第55页。

(7) 当然亦有不加区分地使用“宗族”这一概念来统称其他相关概念的研究，参见[日]井上徹《中国的宗族与国家礼制》，钱杭译，钱圣音校，上海书店出版社2008年版。

(8) 陈顾远《中国法制史概要》，商务印书馆2011年版，第56页。

(9) [日]仁井田陞《中国法制史》，牟发松译，上海古籍出版社2011年版，第142页。

(10) 参见瞿同祖《中国法律与中国社会》，中华书局2003年版，第1-5页。

(11) 参见前引〔3〕，梁治平书，第35页。

(12) 参见刘笃才、祖伟《民间规约与中国古代法律秩序》，社会科学文献出版社2014年版，第276页。

(13) 参见麻国庆《家与中国社会结构》，文物出版社1999年版，第213页。

国家法相悖的内容，这都表明传统中国国家与社会之间矛盾的、冲突的、不平衡的和动态的方面。<sup>(14)</sup> 在区分国家法与习惯法的研究范式下，我们有充分理由将传统中国律典（即国家制定法）看作是刑法，同时，包括民法在内的其他规范恐怕只能划归习惯法范畴。<sup>(15)</sup> 因此，以上三种描述展现出与国家法相对的家族规约的三个不同层次，使我们可以大致看出家族及其规约自身的特质、发展的空间以及存在的意义。

“家族法”尤其关心家族生活的“私法性”。<sup>(16)</sup> 家族规约这种所谓“私”的秩序能够得以长久运行，其内部逻辑是研究者面对的首要问题。其中，“家族制度背后的经济力量”自然是不可忽视的重要因素，<sup>(17)</sup> 如果没有物质基础作为保障，家族内部诸多制度运作（甚至正常生活）都要受到影响。<sup>(18)</sup> 物质以外，精神层面的联系也是重要因素，宗族制度的起源与祖先崇拜相联系，共同的祭祖活动构成了宗族存在的标志。<sup>(19)</sup> 当然，在物质与精神双重保障之下，族长（家长）如何在族内行使治理的权力，也成了研究者最为关注的问题之一。<sup>(20)</sup>

在二元对立思维模式影响下的家长权力研究中，家庭组织不同于国家组织，“国家司法与家族司法并存”成为传统司法的一大特征。由家族长主持的司法活动在维护家族内部秩序和调整家族关系时，分担了维护国家秩序和调整社会关系的任务，家族组织此时成为了司法机构，<sup>(21)</sup> 家族司法得以与国家司法并存。如果将家族组织作为自治组织之一种来看，那么相对于国家制定法而言，家族规约因其制定主体不同而自成体系。由家族与国家到习惯法与国家法，再到家族司法与国家司法，仿佛两条平行线串起了两种不同的规则从制定到实施的全过程。

以国家法与习惯法相区分的理论预设，来分析传统中国的家族规约问题，有助于我们了解家族规约相对于国家制定法而言的独特性。并且，二分法的思维范式更容易使我们从制定主体与适用范围等角度，发现家族规约与国家制定法的差异，甚至是冲突。通过关注家族规约的创制基础、指导思想、内容性质与所涉范围以及家族司法异于国家刑罚的扩张与收缩及惩罚强度等问题，<sup>(22)</sup> 我们发现了一个异质于国家法律体系的家族规约形象。但这种家（社会）、国家的二元或者多元分类方法，即使是以多元互动的视角来融合一种法律文化形态，<sup>(23)</sup> 也将原本具有内在共同逻辑的主体割裂开来区分对待，似乎在认清家族规约真面目的同时，构成了理解传统中国国家法之于国家治理上意义的障碍。

## 二、家族规约与国家法律关系在具体实践中的复杂性

虽然以二元对立模式描述家族规约时，会更清晰地呈现出其相对国家法律而言具有独特性的

(14) 参见前引〔3〕，梁治平书，第28-29页。

(15) 参见苏亦工《明清律典与条例》（修订版），商务印书馆2020年版，第23-30页。

(16) 参见〔日〕滋贺秀三《中国国家法原理》，张建国、李力译，商务印书馆2013年版，第14页。

(17) 参见李启成《外来规则与固有习惯——祭田法制的近代转型》，北京大学出版社2014年版，第3页。

(18) 参见前引〔7〕，井上徽书，第6-16页。

(19) 参见郑振满《乡族与国家：多元视野中的闽台传统社会》，生活·读书·新知三联书店2009年版，第113页。

(20) 有关家长对家产的权利行使，参见前引〔16〕，滋贺秀三书，第161-218页。有关家族财产的各项权利也并不一定围绕家长体现，参见王帅一《明清时代的缔约行为：家族文书中的体现》，载张生主编《法史学刊（2019年卷）》，社会科学文献出版社2019年版，第18-51页。财产权之外，关于族长的研究还集中在宗族祭祀权、族内事务主持监督权、族内纠纷调处裁判权、对族人的处罚惩治权、宗族对外交涉权等内外事务拥有较大的控制权，尤其在家族司法中，族长起主导作用，诸权集于一身，参见陈瑞《清代徽州族长的权力简论》，《安徽史学》2008年第4期，第95-101页；原美林《明清家族司法探析》，《法学研究》2012年第3期，第184-185页。

(21) 参见李交发《论古代中国国家族司法》，《法商研究》2002年第4期，第135-137页。

(22) 参见前引〔20〕，原美林文，第182-183页；前引〔12〕，刘笃才等书，第307-314页。

(23) 张洪林、薛锐《从习惯调整到国家规制：潮汕侨批中的法律文化透视》，《华南师范大学学报（社会科学版）》2018年第1期，第13页。

一面，但是二分之后的家族规约在传统国家的秩序中不会独立存在，其与国家法的互动展示出二者关系复杂的一面。在此种逻辑下，家族规约作为与国家制定法相对立和矛盾的存在，本会破坏国家法的一体性和权威性，但实际上在传统中国却是另一番景象。家族规约引用国家法律，成为国家法的有益弥补，其内容被国家认可和理解，成为了一种合法的司法依据，甚至与国家法律实质相同成为一体。<sup>(24)</sup> 我们可以从一则具体案件中，探究家族规约与国家法律的复杂面相。在清末民初的江苏省句容县，许文濬作为该县掌印官，处理过一则有关“独子兼祧”的案件，现照录批词如下：

据呈田氏族例，独子不得兼祧，田子祥胞兄子桢身故无后，族中应继有人，而子祥擅以其子安泰兼嗣子桢之后，请传案断令更正，以重祠规而绵绝绪等情。甚矣！该族规之可怪，而人情、天理之特殊也。查一子兼祧，定律所许。况一子两祧，乾隆时有特制。该族乃有一子不得兼祧之例，是欲以一家之私言变更历朝之成宪，何悖戾至此也？夫人承先人遗荫，孰不愿得骨肉至亲而托付之？身既无子，而犹子之亲乃不在承受之列，宛其死矣。他人入室，虽系连枝，究嫌隔膜。九原之下，能无恫乎？定律一子得以兼祧，而又特颁一子两祧之制，弥天伦之憾，济人事之穷。法至良，情至顺也。该族一子不得兼祧之规定，逆人情，违国法，启门庭之衅，而伤孤独之心，断乎不可以为训。田子祥以其独子安泰兼承胞兄子桢之祀，例以定章，并无不合。所请传案断令更正之处不准。该族设有借词争继以致滋生事端者，该族房长不得辞其咎。除呈报外。此令。<sup>(25)</sup>

由田颂周等人呈告内容可知，田子祥之同胞兄长田子桢亡故之后并未留下子嗣，在“族中应继有人”且田子祥也仅有一子“田安泰”的情形下，田子祥枉顾田氏族例中“独子不得兼祧”之规定，擅自将其独子“兼嗣”其兄长子桢。田颂周等人请求作为一县之长的许文濬主持公道，将田子祥传唤到案，令其改正违反族例的做法，“以重祠规而绵绝绪”，即维护族例祠规的尊严，以便让无后之人在族规的指引下得以有人继承香火。许文濬在批词开头即表示出对于田氏族例之不屑，认为其与人情、天理皆不相容，更进一步指出国家法律承认独子兼祧、一子两祧为合法行为。田氏族例之规定已经涉嫌违反国家法律，更不可能成为处理本案的依据。其中“欲以一家之私言变更历朝之成宪”一句直中要害，在当时情境之下，原告方即使再有不悦，恐怕也无力反驳。

在指出族规有违国法之后，许文濬又回到天理人情层面，继续从人性角度阐述继承制度的应有之义，即“孰不愿得骨肉至亲而托付之”。然而，在没有“骨肉至亲”的情况下，与他最近的一层关系就是他的胞兄弟了，可是其侄儿居然不在继承人范围之内，真可谓“宛其死矣”。如按族例规定，田子祥之子安泰无法承祧两房，那么田子桢后嗣之人必然由其堂兄弟或更远房兄弟的子辈中选择出任，这可能并非亡故之人田子桢所愿，有违常理人情。因此，许文濬在批文中断言“他人入室，虽系连枝，究嫌隔膜。”并替田子桢抱怨“九原之下，能无恫乎？”许文濬认为，国家律例层面规定一子可以兼祧及一子两祧之制，可以弥补应该被继承之人无子的遗憾，也可以缓解子辈人丁不旺的尴尬局面。从国法与人情两方面而言，这样的法律规定无可挑剔，而田氏族例的规定既不符合国法，又不符合人情，使同宗族人之间无法和睦相处，也使真正需要祭祀的人不得安心。因此，田氏族例不可以作为裁断的依据，依族例而提出的诉求也不会得到满足。

最终，此案的处理结果为：田子祥将其独子田安泰兼祧承嗣其胞兄田子桢的做法符合国家法律的规定，没有违法之处；驳回原告田颂周等人更正继承事实的请求，并且告诫田氏宗族，如再有借各种口实争夺继承权而滋生事端的情形发生，则该房族长应负有责任。许文濬在承认原告所

(24) 参见前引〔21〕，李交发文，第136-142页。

(25) 许文濬《塔景亭案牍》，俞江点校，北京大学出版社2007年版，第60页。引用时，对个别标点符号略作调整。

呈诉状事实的基础之上，对其请求与想法进行批判，径直作出了处理决定，了结此案。

许文瀾所批《田頌周等呈》一案，未经堂讯而径下判断，经寥寥数语援法说理之辞，即驳回原告田頌周等人之请求。此案处理过程的简单并不意味着其背后存在和反映的问题简单。如果以国家法律与家族规约二分视角来看，本案中首先呈现的问题就是家族规约与国家制定法的冲突，批词中的“欲以一家之私言变更历朝之成宪”，堪称经典表达。然而“一家之私言”何以与“历朝之成宪”相悖，却不是一句“习惯法与国家法相冲突”就能够说清楚的。

“兼祧”，字面理解即“由一个人同时继承父亲两兄弟两个家庭的祭祀（双祧），或者父亲三兄弟三个家庭的祭祀（三祧），这种情况不仅见于士大夫家，而且也见于农家”。<sup>(26)</sup>至晚清时，更有宣统皇帝“嗣穆宗，兼承大行皇帝之祧”的皇家故事。<sup>(27)</sup>与此相关的概念还有“独子出继”。“‘独子兼祧’与‘独子出继’的区别在于：独子出继是以独子的身份过继给叔伯，传袭叔伯而非本支的香火；而‘兼祧’则是一个人承载两个身份，以本支为主，兼承叔伯。如果兼祧者生有二子，则各继一支，分别承祧。”<sup>(28)</sup>陈顾远先生在谈及独子兼祧时，对其有一个简要概括“往昔为免户绝而以立后为尚，但近亲无多丁，远房无支子，且禁止异姓乱宗，不得为后；则欲立后，或竟无后可立，又将如何处理？于是清高宗遂创‘兼祧’之法，准其以独子兼祧两门”。<sup>(29)</sup>由此可见，“兼祧”之法实为不得已之法，而并非鼓励之法。那么，这种权宜之法是否为传统中国古老理念引导之下的做法呢？

自汉魏至明清，有关大宗无后时“小宗之独子是否可以出继大宗”的理论之争一直存在。<sup>(30)</sup>受宗法所谓“小宗可绝，而大宗不可绝”<sup>(31)</sup>观念之影响，小宗独子过继为大宗之后似乎成为天经地义之选，但是人为采取切断小宗之父母子女天伦关系的行为，却并非儒家经义价值所取。这种两难境地是人们不愿意看到的，因此，符合儒家经义与遵从人之内心常情的大宗、小宗皆不可绝的情形，只有“兼祧”才能完成。<sup>(32)</sup>立子之本意在于承担祭祀义务，而承担义务的同时，继子也享有权利，那就是继承遗产。从乾隆朝之前的历史看，独子出继的行为在民间并不罕见，在承继后可以承产的利益诱惑之下，“贪产不顾宗祀”“恋财不念本生”<sup>(33)</sup>的现象逐渐增多，因而国家法律基于宗法礼义对此乱象基本上予以否认。在经历了“消极禁止”“积极禁止”两阶段之后，<sup>(34)</sup>终于在乾隆朝开启了“积极疏导”的新局面，也就是从国家立法层面开始承认“独子兼祧”的合法性。<sup>(35)</sup>

本案看似简单却蕴含丰富信息。国家法对独子兼祧、一子两祧等问题的态度由否定变为肯定、模糊变为清晰是一个渐进的过程。可以肯定的是，在乾隆朝“一子两祧”定例之前，国家法中并无认可“兼祧”之制度，却有不容“两祧”之实践。<sup>(36)</sup>应该说，在国家允许“一子两祧”之前，田氏族例并无所谓与国家法律相冲突的情形。甚至可以认为其遵从了宗祧继承的一

(26)参见前引〔9〕，仁井田陸书，第184页。

(27)参见《清史稿·宣统皇帝本纪》。

(28)郑小悠《清代“独子兼祧”研究》，《清史研究》2014年第2期，第57页。

(29)前引〔8〕，陈顾远书，第238页。

(30)参见孔潮丽《清代独子兼祧制度述论》，《史学月刊》2009年第12期，第49页。

(31)此种舍小宗保大宗的观念，具有非常深厚的思想渊源。“小宗可绝，大宗不可绝，故舍己之后往为后于大宗，所以尊祖，重不绝大宗也。”《礼经校释》卷十五，清光绪刻后印本《白虎通疏证》卷四，清光绪元年淮南书局刻本。“大宗者，收族者也，不可以绝，故族人以支子后大宗也。”《仪礼管见》卷中之五，清乾隆刻本。

(32)有关立后之法，属礼法上之重要议题，不同意见颇多，参见前引〔4〕，吕思勉书，第259-260页。

(33)参见《大清高宗纯皇帝实录》卷一〇六（乾隆四年十二月）。

(34)“消极禁止”意指司法判决中禁止“一子为两家后”及“独子出继”，“积极禁止”意指随着争产案件的增多，官方有意识对独子出继行为进行打击惩处。

(35)具体过程，参见前引〔28〕，郑小悠文，第56-60页。

(36)如嘉靖朝议礼史事，其梗概可参见孟森《明史讲义》，上海古籍出版社2002年版，第208-224页。

般观念，尤其是这种观念还受到国家层面制度的执行与认可。正是由于国家法律的改变，使得田氏族例在当时呈现了与国家法相悖却又共存的一时混乱之情。因国家法律是以顺应民心为归宿而更定，<sup>(37)</sup> 则其在实践中最终会与产生于民间土壤的家族规约合流。

### 三、家族规约与国家法律的形式一致与精神一元

通过对上述案例的观察，我们发现在某些情形下家族规约与国家法律表现出的所谓“冲突”，实际上是由于时代变迁所产生的暂时错位。从长时段的中国历史进程中观察，家族组织与国家政权、家族规约与国家法律，却存在着形式上一致与精神上一元的双重属性。

#### (一) 家族与国家形式特征上的一致性

中国文化善于将家国并称，而且顺理成章并不突兀。“人有恒言，皆曰，‘天下国家。’天下之本在国，国之本在家，家之本在身。”<sup>(38)</sup> 然而，就中国早期国家形成史而言，却不是“集人而成家，集家而成国，集国而成天下”此类“集小而为大”的简单过程。<sup>(39)</sup> 中国史上自然是不存在西方晚近形成的民族国家，在与所谓现代国家形态类似的秦代大一统政权之前，我们很难将家与国完全区分开来。由原始的父亲家长制血缘组织经过变质扩大而成的宗法制度，不仅是西周春秋间贵族的组织制度，而且和政权机构密切结合，还由此确立了政治的组织关系。<sup>(40)</sup> 所以，吕思勉先生说“古未有今所谓国家。抟结之最大者，即为宗族。”虽然族有大小不一，但合族而居的情形下，治理之权都在于族，周代治理之权的选择特重嫡长与宗法，即是其重亲情与传统的表现，也反映了当时以宗族之法治理天下的实际。<sup>(41)</sup> 在宗法规则化为国家规则时，家族内部的惩罚方式也进入到国家的刑罚体系当中。<sup>(42)</sup>

即使到了建立完备政府的统一国家时期，通过比较分析仍可以发现国家制度脱胎演化自家族的痕迹，亦即人们所谓的“化家为国”。<sup>(43)</sup> “在世界上有过宗族性的血缘组织的民族不乏其例，但像中华早期文明社会中所见的宗族组织与政治权利同构的情形，却属罕见。古代中华文明中，宗庙所在地成为聚落的中心，政治身份的世袭和宗主身份的传递结合，成为商、周文明社会国家的突出特点。政治身份与宗法身份的合一，或政治身份依赖于宗法身份，发展出一种治家与治国

(37)官方表达为“立继一事，专为承祧奉养，固当按昭穆之序，亦宜顺孀妇之心。所以例载嗣子不得于所后之亲，准其另立，实准乎情理之宜也。至独子虽宗支所系，但或其人已死，而其兄弟各有一子，岂忍视其无后？且现存者尚可生育，而死者应与续延，即或兄弟俱已无存，而以一人承两房宗祀，亦未始非从权以合经”《大清高宗纯皇帝实录》卷九九五（乾隆四十年闰十月）。所以才有了“如可继之人亦系独子，而情属同父周亲、两相情愿者，取具阖族甘结，亦准其承继两房宗祧”的变革。参见嘉庆朝《钦定大清会典事例》卷六百二《刑部十九·户律户役·立嫡子违法》。

(38)杨伯峻译注《孟子译注》卷七，中华书局1960年版，第167页。

(39)参见前引〔4〕，吕思勉书，第237页。

(40)参见杨宽《西周史》（上），上海人民出版社2016年版，第454页。

(41)参见前引〔4〕，吕思勉书，第242-244页。

(42)参见黄海《由“笞”至“笞刑”——东周秦汉时期“笞刑”的产生与流变》，《社会科学》2019年第4期，第149-153页。

(43)钱穆先生对此作了解说“依照文字学原义，承是副贰之意。所谓相，也是副。……正名定义，丞相就是一个副官。是什么人的副官呢？他该就是皇帝的副官。”“为什么又叫宰相呢？在封建时代，贵族家庭最重要事在祭祀，祭祀时最重要事在宰杀牲牛。象征这一意义，当时替天子诸侯乃及一切贵族公卿管家的都称宰”“宰相的来历，本只是皇帝的私臣，是皇帝的管家”。“以上七个卿，照名义，都管的皇家私事，不是政府的公务。由这七卿，我们可以看出汉代政治，还有很多是古代封建制度遗留的遗迹。然而那时已经化家为国了，原来管皇帝家事的，现在也管到国家大事了。”“我们推寻出这一演变，却并不是说汉代的中央政府还是一个封建政府，而当时的九卿还是皇帝之私臣”“现在中国已经只剩了一家，就是当时的皇室。这一家为天下共同所拥戴，于是家务转变成政务了，这个大家庭也转变成了政府。原先宰相是这个家庭的管家，现在则是这个政府的领袖。”参见钱穆《中国历代政治得失》，生活·读书·新知三联书店2012年版，第5-10页。

融为一体的政治形态和传统。”<sup>(44)</sup> 从源头而言，“古之有家，略同有国，统绪不可沦亡。”<sup>(45)</sup>

个案研究中发现的，从皇室到世家大族努力维持家内的良好秩序，在礼的熏陶下成为高雅之家的风气以及希望由此博得世间的赞赏或成为天下表率思维方式，<sup>(46)</sup> 又或者如京师皇家宗庙（太庙），实际上又有与国家同义的存在，背弃宗庙等于背弃国家，侵犯宗庙也等同侵犯国家的公、私两义皆具备的特征，<sup>(47)</sup> 都可能正是渊源自国脱胎于家的流变。“旧日中国之政治构造，比国君为大宗子，称地方官为父母，视一国如一大家庭。所以说‘孝者所以事君，弟者所以事长，慈者所以事众’；而为政则在乎‘如保赤子’。”<sup>(48)</sup> 所以“孝行”作为家政的核心以及对道德人格的追求，会被认为与国家“公务”相通，二者有着直接的联系，即认真执行一个家族中公务的人，才可能是兢兢业业勤勉奉职的好官僚。<sup>(49)</sup> 正如孟子所云：“巨室之所慕，一国慕之；一国之所慕，天下慕之；故沛然德教溢乎四海。”<sup>(50)</sup>

根源植此，便不难理解家族规约亦如国法的表达，言辞间也可见二者颇具形式上的一致性：

国重国法，所以怨刁顽；家尚家规，实以儆败类。固以见国、家之一致，而初非有歧道也。我祖宗出膺民社，其于尊朝廷以心草野者，时见诸政族谱中矣。岂其于家之所当箴戒者，而反略焉不讲乎？不列于谱，其何以使后之人望之而生畏，以共底于淳庞也耶？<sup>(51)</sup>

家、国一道也，国有法，家有规，均所以制治防危而不可废焉者也，是谓虽无老成，尚有典型。言上有道揆，则下无违之法守也。吾家自宋中书舍人府君起家，迄今五百祀矣，世守祖训，钦遵圣谕，由是义声文献赖以弗坠。<sup>(52)</sup>

家族制定的规约，自身便要求族人忠君守法、完纳钱粮，使祠堂成为维护国家秩序的基本因素：

君臣大义，不因显晦有殊，居官者固当靖共尔位，即士庶未曾通籍，试思朝廷宵旰不遑，无非为抚绥百姓计。我辈得安居乐业，常享太平，光天化日，皆君之赐。念及此，则忠爱之心当油然而生。<sup>(53)</sup>

且每岁该办钱粮差役等项，必须及时依期，完纳应当，毋致官司责辱。或有重大之侵寻而家力之不堪者，所当陈诉鬲豁，不可恃顽推挨。<sup>(54)</sup>

耕田食，凿井饮，谁之力欤？踊跃输将，庶不愧为良民，是亦祖宗所深与也。必待官司斥责，胥吏追呼，而赋究不能免，适足为梗化之莠民耳。凡我族人，其共戒之。<sup>(55)</sup>

从形式上而言，我们在家族规约中随时可以看到引用儒家经典来表达制定规约的宗旨，家族文书中亦多引圣谕、圣训中“孝顺父母”“尊敬长上”“和睦乡里”“毋作非为”等内容教导族众。<sup>(56)</sup> 传统中国的法律在族人之间纠纷的定罪量刑方面重情不重法，极力维护血亲之情、伦理

(44)前引〔6〕，陈来书，第37页。

(45)前引〔4〕，吕思勉书，第259页。

(46)参见〔日〕谷川道雄《六朝士族与家礼——以日常礼仪为中心》，李济沧译，载高明士编《东亚传统家礼、教育与国法（一）：家族、家礼与教育》，华东师范大学出版社2008年版，第14-15页。

(47)参见高明士《礼法意义下的宗庙——以中国中古为主》，载前引〔46〕，高明士书，第48页。

(48)梁漱溟《中国文化要义》，上海人民出版社2011年版，第82页。

(49)参见〔日〕谷川道雄《六朝贵族的家庭生活及在社会政治上的作用》，赵永东译，载张国刚主编《家庭史研究的新视野》，生活·读书·新知三联书店2004年版，第44-45页。

(50)前引〔38〕，杨伯峻书，第167页。

(51)康熙《横冈胡氏支谱》卷下《家规》，载卞利编著《明清徽州族规家法选编》，黄山书社2014年版，第133页。

(52)宣统《富溪程氏中书房祖训家规封丘渊源考》，载前引〔51〕，卞利书，第166页。

(53)光绪《新州叶氏家谱·修省斋公家规二十条》，载前引〔51〕，卞利书，第158页。

(54)光绪《绩溪县南关许氏惇叙堂宗谱》卷八《旧家规》，载前引〔51〕，卞利书，第155页。

(55)咸丰《湾里裴氏宗谱》卷一《家规》，载前引〔51〕，卞利书，第152页。

(56)参见前引〔51〕，卞利书，第156-170页。

之情。国家大力表彰“孝子义士”“节妇烈女”，宗族得到旌表政策的鼓舞，争取做模范宗族，更加自觉地实行宗法，教导和约束族人。<sup>(57)</sup>

这种形式特征的一致性，还表现为国家法律明确认可了诸如家长“教令权”这种家族组织中实在运行的秩序。国家法律有关确认家长教令权的规定并将其付诸司法实践，远早于今天所见最早文献记录，<sup>(58)</sup>对于家族秩序的强力维护，作为中国古代法律永恒的主题之一，甚至可能源于“化家为国”的早期实践。

家族规约与国家法律形式一致、内容相通并不是巧合，也非简单地相互影响的结果。即使以多元标准来审视属于习惯法范畴的家族规约，其权威也无需依靠国家授权。历史上确实存在着国家对于家族规约进行“批准”的现象，<sup>(59)</sup>但因在国家法律之外产生，所行使的裁判权也非来自法律规定，其创造的秩序不应看作是国家授权的产物，而应“出自某种更高权威的授权”。<sup>(60)</sup>

## (二) 家族规约与国家法律精神内核上的一元性

中国早期国家的性质不仅是政治的、宗法的，而且还是道德的，仁与礼的观念及制度，皆与德相关。而彼时儒家两家论调显著不同，儒家论政意在打通家、国，而法家理念则将导致家、国对立。<sup>(61)</sup>无论是历史选择了儒家，还是儒家选择了历史，最终结果是历代家国间都奉行着犹如“王道明而黜陟行，春秋成而褒贬著。窃春秋之余意，行于一家，以辅王道之所不及，奚为而不可”<sup>(62)</sup>等家国一贯的思维。家对于礼的实践，是学习和落实圣人之学的必要场域，<sup>(63)</sup>唐律作为传统中国国家制定法的代表，更是有着“一准乎礼”的盛誉。

源于道德的礼或者礼所维护的道德，在传统中国并非空洞的说教，而是切实与日常生活紧密相关。传统中国社会是一个以伦理而非个人或社会为本位的社会，在社会与个人相互关系上，其重心既不在个人也不在社会，而在人与人之间的相互关系。中国人以伦理关系组织社会，消融了个人与团体的重要性，使居此社会中的每个人对于其四面八方的伦理关系负有义务；与他有伦理关系之人也对他负有义务，全社会之人不期而辗转互相连锁起来。此种组织方式形成的团体，没有边界，不相对抗，由近以及远，更引远而入近，因此便是“天下一家”及“四海兄弟”。<sup>(64)</sup>

为何古人以孝治天下？就是因为在此无边界的以伦理为本位社会中，“孝可以作为人类同情心或爱心的起点”，具有可以推广适用于所有人际关系的“普遍性”。<sup>(65)</sup>这种普遍性就如梁漱溟先生言“伦理社会所贵者，一言以蔽之曰：尊重对方。何谓好父亲？常以儿子为重的，就是好父亲。何谓好儿子？常以父亲为重的，就是好儿子。何谓好哥哥？常以弟弟为重的，就是好哥哥。何谓好弟弟？常以哥哥为重的，就是好弟弟。客人来了，能以客人为重的，就是好主人。客人又能顾念到主人，不为自己打算而为主人打算，就是好客人。一切都是这样。所谓伦理者无他义，就是要人看清楚人生相关关系之理，而于彼此相关关系中，互以对方为重而已。”<sup>(66)</sup>如同对待“细故”案件的“非确定性法律”态度一样，<sup>(67)</sup>我们不以僵硬的法律条文来规定本该具有温情

(57) 参见冯尔康《18世纪以来中国家族的现代转向》，上海人民出版社2005年版，第41-53页。

(58) 参见孙家红《关于“子孙违犯教令”的历史考察——一个微观法史学的尝试》，社会科学文献出版社2013年版，第34-55页。

(59) 参见常建华《明代宗族研究》，上海人民出版社2005年版，第335-342页。

(60) 参见前引〔3〕，梁治平书，第28页。

(61) 参见梁治平《为政：古代中国的致治理念》，生活·读书·新知三联书店2020年版，第216-222页。

(62) 乾隆《重修古歙东门许氏宗谱》卷八《家规》，载前引〔51〕，卞利书，第144页。

(63) 参见吕妙芬《颜元生命思想中的家礼实践与“家庭”的意涵》，载前引〔46〕，高明士书，第135-140页。

(64) 参见前引〔48〕，梁漱溟书，第77-79页。

(65) 参见苏亦工《法宜容情——古人何为以孝治天下》，《清华法学》2019年第5期，第87页。

(66) 前引〔48〕，梁漱溟书，第87页。

(67) 参见王帅一《“无法”之讼：传统中国国家治理体系中的田土细故》，《学术月刊》2019年第12期，第106-120页。



的伦理关系，这似乎是传统中国治理的特色。

儒家理论的核心概念，也是传统政治的核心概念——“仁”，其重点并不在于讨论某个人或某些人的问题，而在于讨论具有普遍性的人与人的关系问题。人与人的关系是仁的核心问题。身处家、族及国家、天下等不同范围的人要团结互助长久发展，不靠“威之以兵刑”“胁之以政令”或者“赏之以货财”，靠的是人与人之间的爱心。<sup>(68)</sup> 中国以伦理组织社会，正是中国人发现了发端在家庭的爱心并在家庭中着力培养，将取义于家庭的伦理用于制作社会与国家。<sup>(69)</sup> 这是中国人的法观念与国家治理的重要特征。

中国古人不抽象地讨论群体的区隔，更多地将此维护伦理社会的仁爱理念申发贯穿于“家”“国”“社稷”“天下”等概念之中。传统中国社会强调个人对团体、社会、国家的义务，正是充分认识到人际间的相互关系在人类活动与发展过程中的重要性，并将其置于个体利益之上的体现。正因如此，我们在家族规约与国家法律中能看到的二者之形式特征、内容规定，或者价值追求上的一致性，是传统中国社会以伦理为本位、家与国家具有高度一元的精神内核之必然结果。形式特征的一致与精神内核的一元，实际上互为表里。

## 余 论

寺田浩明先生曾说“在纠纷处理的性质这一点上，民间的调解与官府的审判并无根本区别”，在研究中“需要的不是一开始就将两者区别开来”进行比较，审判与调解也“不意味着国家与社会的区别对立”。<sup>(70)</sup> 这对研究传统中国的学者而言，具有一定的启发。对于传统中国社会所呈现的样貌，所采取的治理方式，我们曾经希望引用译介理论将其解释清楚，其百余年来努力勾勒出传统中国形象的成就，学界有目共睹。不过，解释的理论不应成为理论的解释，研究对象也不能一直以沦为注释的方式而存在。

本文对于传统中国的家族规约与国家法律的理解，虽不能达到扭转上述局面的目的，但期望成为桥接两端的抛砖引玉之作。当阅读《孟子》“三代之得天下也以仁，其失天下也以不仁。国之所以废兴存亡者亦然。天子不仁，不保四海；诸侯不仁，不保社稷；卿大夫不仁，不保宗庙；士庶人不仁，不保四体”<sup>(71)</sup> 诸句时，我们就会发现传统中国的家国关系具有独特的文化意蕴，早已超越了所谓二元对立或统一。

传统中国将“政治构造，纳入伦理关系中”，其理想境界便是“人人人在伦理关系上都各自做到好处（所谓父父子子）”。<sup>(72)</sup> 在伦理本位的社会中，家族规约与国家法律只是在不同领域发挥着相同的作用而已。此种情形“与西方宗教精神不尽同，也与他们的团体精神与个人自由精神不尽合”，在对待传统时不该“忘记了自己所特有的一套，而把别人的尺度来衡量自己”，“如果我们能再把为自己历史、文化、民族作基础的这一道德精神‘从新唤醒’，我们当前的很多问题，也都可以迎刃而解的。”<sup>(73)</sup>

责任编辑：刘晓林

(68) 参见苏亦工《天下归仁：儒家文化与法》，人民出版社2015年版，第66页。

(69) 参见前引〔48〕，梁漱溟书，第87页。

(70) 参见〔日〕寺田浩明《日本的清代司法制度研究与对“法”的理解》，载〔日〕寺田浩明《权利与冤抑：寺田浩明中国法史论集》，王亚新等译，清华大学出版社2012年版，第203-204页。

(71) 前引〔38〕，杨伯峻书，第166页。

(72) 参见前引〔48〕，梁漱溟书，第82页。

(73) 参见钱穆《中国历史精神》，九州出版社2011年版，第124页。