

清末修律中的国家主义与家族主义之争

邹小站

提 要 家族主义与家族伦理是中国传统文化的精神内核。近代以来,传统的家族主义受到了来自国家主义与个人主义的双重挑战。晚清时期,对家族主义的挑战主要来自国家主义。清末修律时,即发生了国家主义与家族主义的论争。论争双方围绕家族主义是否适合中国的现实需要,是否有碍于国家富强,追求国家富强是否必须破坏家族制度与家族主义;国家的目标是实现其道德价值还是追求国家自身的富强;立法创制是依顺历史与习惯,还是可以更多地发挥主观能动性等问题,发生了激烈的思想交锋。

关键词 家族主义 国家主义 清末修律 劳乃宣 杨度

The Controversy between Nationalism and Familism in the Legal Reform of the Late Qing Dynasty

Zou Xiaozhan

Abstract: Familism and family ethics that used to be the spiritual core of traditional Chinese culture have suffered a double challenge from nationalism and individualism in modern Chinese history. In the late Qing Dynasty, the challenge to familism came mainly from nationalism and there was a controversy between nationalism and familism in relation to the legal reform. The main issues of the controversy are whether familism is suitable for China's real needs, whether it hinders national prosperity, whether the pursuit of national prosperity should destroy the family system and familism, whether the state should aim to realize its moral values or pursue its own prosperity, and whether legislation and institution should follow historical conventions or give more play to the subjective initiative of the human beings.

Key words: Familism ; Nationalism; the Legal Reform in the Late Qing Dynasty; Lao Naixuan; Yang Du

人生于世,身份是多重的。首先他/她是一个个体。其次,他/她是一个家庭或家族的成员。其三,他/她可能是某个机构、某个组织的成员。其四,他/她是某一个国家的成员。其五,他/她是人类的一员。在思想上,则有以个人为本位的个人主义,以家族为本位的家族主义,以国家为本位的国家主义,以世界为本位的世界主义。中国传统思想中,家族主

义与世界主义(天下主义)发达,而个人主义与国家主义则比较欠缺。梁启超说,春秋战国时期,中国的国家主义一度比较发达,自秦一统后,因缺乏国家间的竞争,国家主义渐次式微。其实,自秦以后,至于近代以前,中国不但国家主义式微,个人主义也从未出现,盛行的是天下主义与家族主义。晚清以来,中国面临严峻的国际环境,国家主义渐次成为中国思想界的重要话语。五四时期,个人主义成为新文化界的重要话语。可以说,晚清以来,中国传统的家族主义受到来自国家主义与个人主义两个方面的挑战。另一方面,随着近代经济的发展以及随之而来的社会变动,家族制度开始崩解。这些变化,涉及传统中国文化的本质内容,其变动之巨,堪称数千年来中国文化的一个根本性变革。

个人主义对家族主义、家族制度的批判,主要发生在五四新文化运动时期,其言论相当丰富。比如,陈独秀称,中国传统伦理“以家族为本位,而个人无权利,一家之人,听命家长”,损坏个人独立自尊之人格,窒碍个人意思之自由,剥夺个人法律上平等之权利,养成人的依赖性。西方民族为个人主义民族,重视个人的自由、平等与权利。他主张以“个人本位主义”的新伦理,来代替东方“家族本位”的旧伦理。^①李大钊则将新文化所要求的思想解放归结为个性主义对于家族主义的解放。他说,中国社会“只是一群家族的集团”,“个人的个性、权利、自由都束缚禁锢在家族之中,断不许他有表现的机会。”“随着新经济势力输入的自由主义、个性主义”冲入家庭的领地,大家族制度和依附于它的孔子主义,进入崩溃时期。中国今日的种种思潮、解放运动,无一不是“打破大家族制度的运动”和“打破父权(家长)专制的运动”,“打破夫权专制的运动”,“打破男子专制社会生活的运动,也就是推翻孔子的孝父主义、顺夫主义、贱女主义”。^②对传统伦理的批判,不始自五四,但五四对传统伦理的批判的重要特色是,推究家族制度与专制制度、个人缺乏独立品格之间的关联,立足于个性主义,以批判家族主义伦理。清代学者对传统家族制度也曾有过一些批评,但都是具体谈论诸如寡妇再嫁、别籍异财等问题,而不是从保障人权、个性解放的角度去批评家族制度。戊戌时期,谭嗣同等激烈批判传统伦理,但较少揭露传统伦理与家族制度的关联。庚子以后,新思想界即开始严厉批评中国的家族制度与家族伦理,并发生过激烈的思想交锋。这种交锋主要体现在围绕修律问题的争论。清末修律中的争论,大体分三个阶段。第一阶段,争论的核心是能否为着收回治外法权,而以从万国良轨为修律宗旨?法律改从万国良轨,就可收回治外法权么?第二个阶段,争论的核心问题是礼治与法治的争论。第三个阶段,即是国家主义与家族主义之争。本文主要讨论第三个阶段的争论,即国家主义与家族主义的争论。

自封建制度崩溃,家族制度就取代宗法制度成为中国社会制度的基础。家族主义及其所倡导的家族伦理,构成了中国伦理秩序、社会秩序、政治秩序的核心精神。瞿同祖说,秦汉而后,中国的“家族实为政治、法律的单位,政治、法律组织只是这些单位的组合而已。这是家族本位政治法律的理论的基础,也是齐家治国一套理论的基础”。^③又说,自

① 陈独秀:《东西民族思想之根本差异》,《新青年》1卷4号,1915年12月15日。

② 李大钊:《由经济上解释中国近代思想变迁的原因》,《李大钊文集》,北京:人民出版社,2013年。

③ 瞿同祖:《中国法律与中国社会》,北京:中华书局,1996年,第26—27页。

法律儒家化的过程完成后,“家族主义和阶级概念始终是中国古代法律的基本精神和主要特征,它们代表法律和道德、伦理所共同维护的社会制度和基本价值观念,亦即古人所谓纲常名教。”^①在家族制度与家族主义的伦理秩序之下,社会、国家的基本单位不是单个的个人,而是家族,人们不是以个人为单位而是以家族作为单位面对国家与法律,“家族实被认为政治、法律之基本单位,以家长或族长为每一单位之主权,而对国家负责。”^②父权、夫权、亲权尤其是父权被看作皇权的基础,而皇权则是父权的扩大,“中国的家族是父权家长制的,父祖是统治的首脑,一切权力都集中在他的手中,家族中所有人口——包括他的妻妾子孙和他们的妻妾,未婚的女儿孙女,同居的旁系卑亲属,以及家族中的奴婢,都在他的权力之下,经济权、法律权、宗教权都在他的手里。……家庭范围或大或小,每一个家都有一家长为统治的首脑。他对家中男系后裔的权力是最高的,几乎是绝对的,并且是永久的,子孙即使成年以后也不能获得自主权。”^③这就造成了中国传统文化的一个最大缺失,即是个人不被发现。

王伯琦在论及《中华民国民法》时说,中国传统思想强调君子人格的意义,但所强调的是道德上的人格,而非法律上的人格,所以只能成为个人修身的张本,不能成为法律制度。在中国传统的伦常秩序中,“个人难有地位,人格难于伸张,自己不觉自己在法律上的独立人格和地位,必然就不能尊重他人的人格和地位”。缺乏法律上的独立人格观念,是中国传统伦常秩序与法律秩序的一个根本性缺陷。“至于我们现行的法律上,则充满了个人独立人格观念,而且可以说,抽去这一独立人格观念,我们的现行法律制度整个的必然垮台。”^④他又说,清末修律以前,中国“全套法律之中心观念,惟在使人履行其义务”,无所谓权利观念。中国传统社会里,“所谓财富,绝大部分是不动产,财产的流通根本谈不上,普通只限于家族间原封不动地世代相承,纵有分散,亦只限于亲族邻里之间极小的范围,所以谈不上什么财产关系。至于人的关系,则局限于君臣、父子、兄弟、夫妇、长幼之间,这全是一种层级的服从关系,在这狭隘的范围中,人的关系就不会有很多的发展。”因此,法律需要处理的事务相对简单,人之间的关系基本以伦理关系为基本点,财产关系也以伦理的原则处理,难以产生近代权利关系,法律也以维持伦常、使人尽伦理之义务为主。在伦常关系笼罩的法律体系下,家族利益高于个人利益,伦理义务高于个人权利,也就难以发生独立人格的观念,“祖父母父母在,子孙在法律上上的地位几乎全被祖父母父母吸收,自不能有独立的人格观念。‘杨朱为我,是无君也。’有了我的观念,伦常观念就无可立足。既然不能有独立的人格观念,从而亦不容有独立的财产观念,因为财产关系是人格观念的附丽,没有独立的人格,绝不可能有独立的财产。”由于缺乏独立人格的观念,故财产关系均以户(家)为单位,父子夫妇兄弟有共财的义务,在财产关系上负连带责任;在刑事关系,家族成员彼此间亦负有连带责任。^⑤独立人格观念的确立是近代中国思想的一个重要任务,这一任务的完成,有赖于经济社会的发展,有赖于思想的解放,也

① 瞿同祖:《中国法律与中国社会》,第326—327页。

② 瞿同祖:《中国法律与中国社会》,第25—26页。

③ 瞿同祖:《中国法律与中国社会》,第5—6页。

④ 王伯琦:《近代法律思潮与中国固有文化》,北京:清华大学出版社,2005年,第76—77页。

⑤ 王伯琦:《近代法律思潮与中国固有文化》,第245—249页。

需要法律的规定。中国法律近代化的基本任务之一就是在法律上确立独立的人格观念,此一进程就是从清末修律开始的。“由于独立人格观念第一块基石的奠立,男女平等了,行之于中国三年余年的宗法制度,一旦摧毁无遗。……男系与女系全然无别,身份继承整个废除,外祖父母与祖父母相等,姨母姑母与叔伯舅父毫无分别,姨表兄弟姑表兄弟堂兄弟一视同仁,继母伯母婶母成了姻亲,最亲的儿女亲家已根本不成其为亲。配偶各有其财产,而其继承地位特别优越,男女平等继承,夫家的财产可能全部转到母家,母家的财产可能权不转到夫家,侄儿原是标准的嗣子,在法律程序上反而绝对不可能继承叔伯。父子人格独立,财产独立,父债子可不还,子债父可不管,继承可以抛弃或限制。父母对子女的保护教养,既是权利亦是义务,虽得予以惩戒,但倘不得其当,亲属会议可以请求法院宣告停止其权利,可以不使他的父母来保护教养。家不过共同生活的处所,既无家财,则除个人应负抚养义务外,各人过各人的日子,可以漠不相关。讲到这些情形,初闻者,大有身处异邦之感,不禁愕然。”^①确实,清末以来的法律改革在改变中国传统的家族制度、家族伦理,塑造人们的人际关系、财产关系方面,发生了重大的作用,传统的伦理本位的社会关系与理念几乎荡然无存,这是千古以来的大变化。

清末修律最初并非为适应经济社会的发展而调整法律,而是为收回领事裁判权。还在洋务时期,随着中西交涉的增多,一些洋务官员以及思想人士就发现治外法权的丧失所造成的诸多问题,主张将中西律例折衷定为一书,凡办理交涉事务之人必习之,以便办理中西交涉事宜。^②为使西人愿意放弃领事裁判权,有人提出中国当革除严刑峻法,采纳律师制度、陪审制度。^③但当时人对于中国律例的家族主义特色,并不以为不妥,反以为是中国法律的优点。比如,袁祖志称西洋“律不载惩奸之条,妻可以置妾控夫,尤为可笑。”^④杨毓辉认为中律论罪有八议,又考虑尊卑良贱之分,考虑老幼废疾的实际情况,比西律法律面前人人平等的规定“周匝严明”。^⑤庚子后,修律问题被提上议事日程。起初,朝廷下令修律的目的在便于中外交涉,收回领事裁判权,对于修律将严重冲击纲常礼教,对于西洋个人本位、国家主义、法律面前人人平等的理念与传统法律的家族本位、家族主义、刑有等差的原则之间的尖锐冲突,并没有预计到。所以在修律宗旨上,朝廷最初对于参考各国成法强调比较多,对于体察礼教民情以修律强调得比较少。

清廷修律的另一重目的是希望采择中西之长,以修律为变法自强之枢纽。因此,修律启动后,法律的变革必然会从从轻刑省罚、建立律师制度陪审制度等司法技术层面的变革,扩展到法律本质精神的变革,近代西方法律中的个人主义、国家主义精神必然对传统法律的家族主义精神形成冲击,法律面前人人平等的观念必然对于传统法律分别尊卑良贱的阶级概念形成冲突。

当清廷修律进行之时,国家主义正成为思想界有极有分量的思想话语。其时,面对严

① 王伯琦:《近代法律思潮与中国固有文化》,第54—55页。

② 马菊生:《论办洋务宜订中西律例》,见《皇朝经济文新编》“西律”卷1,上海宜今室石印本,光绪二十七年(1901年)。

③ 何镛:《论中国宜变通律例》,《皇朝经济文新编》“泰西律例”卷1。

④ 袁祖志:《泰西不逮中土说》,见《小方壶斋舆地丛钞》,第11帙。

⑤ 杨毓辉:《中外刑律辨》,见《皇朝经世文三编》卷6“学术六广论下”,上海:上海书局,光绪二十七年(1901年)。

酷的民族危机,面对横行无忌的帝国主义的强权逻辑,国人迫切希望实现国家富强,养成国家的竞争能力,使国家在优胜劣败的国际竞争中不至于败灭,国家主义由此成为时代流行的思想话语,如何使国家具备竞争力成为思想界最重要的思想议题。于此,有人主张发达实业,有人主张普及新式教育,有人主张政治革新,更有人发现,国家竞争力来自个人,只有个人有活力,有创造力,国家才有竞争力。于是,从国家主义的角度发现个人的价值,要求将个人从家族制度、家族伦理中解脱出来,使之由族民而转化为国民,就成了许多新派人士的共同主张。梁启超之主张新民,就是从国家主义的角度,要求个人成为国民,具备独立的心思、品格、公德心、权利意识、竞争意识、尚武精神、国家意识。刘显志称,人群间的竞争历古就有,自进入国家时代以来,国家间的竞争就是人群竞争最重要的形式。这种竞争在古代为国家机关之间的竞争,在现代虽形式上表现为国家机关间的竞争,实质则是国群总体之活动力的竞争,是国群各个分子之能力的竞争。因此,应当一面行国家主义,改革政治,以国家之力整合国内力量,使国家具备竞争力;实行国家主义教育,“以培养国民之责任心及经济能力政治能力”,养成国民的国家思想与奉公观念。另一方面则应“以种种关于个人主义之教育,陶冶国民之个性”,“使数百万之个人,皆成为实用之人,即完成其独立自由之人格等耳。”总之,要一面以国家助长小己之发达,一面以小己之发达促进国家之发达。^①

在探究中国缺乏竞争能力之原因时,思想人士或归咎于专制制度,或归咎于科技教育的落后,或归咎于中国传统文化中存在的种种弊端,更有人将矛头指向中国的家族制度,认为家族制度、家族伦理使国人缺乏国家思想,养成了服从与依赖习惯,使国家缺乏竞争力。梁启超称国人有族民资格而无市民资格的重要原因是,中国社会之组织以家族为单位,非以个人为单位,中国的社会治理以家族自治为基础,而非如西方以市制自治为基础。^② 陈独秀批评家族制度使国人“只知道有家,不知道有国”,只关心家族利益,对国家之存亡兴衰毫不关心。^③《江苏》第7期上发表的《家庭革命说》更提出“家庭革命”说,号召人们“脱家族之羁轭而为政治上之活动”,“割家族之恋爱而求政治上之快乐”,“抉家族之封蔀而开政治上之智识”,“破家族之圈限,而为政治上之牺牲”,“去家族之奴隶而立政治上之法人”,“铲家族之恶果而收政治上之荣誉”,要求人们脱离家族之羁绊,由家族之人、家庭之人成为政治之人,几欲以政治代替伦理,以政治义务、政治快乐代替伦理义务、天伦之乐。文章认为古昔圣贤提倡家族,原以之为国家之雏形,结果却使家族成“国家之坚敌”。家族制度过于发达,遂使国人一切思想、行为皆以家庭为出发点,“家之外无事业,家之外无思虑,家之外无外交,家之外无社会,家之外无日月,家之外无天地”,结果,人只是家族之家人,而非国家之国民,有家族思想而无国家思想,只关心家族利益与家族事务,于国家事业则毫不关心。欲求国家富强,欲改革政治,必先开展“家庭革命”,必先“拔出吾数千万青年于家族之阱,而登之于政治之台”,使国人由家人而变为国民。只有这样,国家才可能兴旺发达,否则其国必不能存于今日之世界。^④ 林白水认为,国人“没有

① 刘显志:《论中国教育之主义》,《中国新报》第6期,1907年7月。

② 梁启超:《新大陆游记》,《饮冰室合集》专集之22,第121—123页。

③ 陈独秀:《亡国篇》,《陈独秀文集》第1卷,北京:人民出版社,2015年,第61—63页。

④ 家庭立宪者:《家庭革命说》,《江苏》第7期,1903年10月20日。

公共的观念”,不能合群,是国家衰弱的重要原因。国人缺乏公共观念之原因,一是由于政行专制,人们无参与政治之权力,乃对政治失去兴趣;二是家族思想的束缚,“文明国的国民爱力,都以一群为限。到了中国人,他的爱力,只晓得爱一家,所以于家族有益的事情,没有一件不做,于家族有害的事,就没有一桩敢为,到了一群有益的事,自然没有工夫来过问了。”^①刘师培批评中国传统道德“仅有私德,而无公德”,道德的基点立足于家族伦理,人们“以己身为家族之身,一若舍孝悌而外别无道德,若舍家族别无义务。”^②他认为西方社会以个人为单位,个人与国家、社会之间,别无组织,个人直接国家、社会,而中国社会则以家族为本位,在个人与国家、社会之间,有家族横亘其间,遂使国人缺乏国家观念,对国家之兴衰无动于衷。欲救国,必须打破中国传统的家族本位的社会组织以及家族主义的伦理,使国人脱家族之藩篱而为国民。彼时,刘师培尚未接受无政府主义,还是一个国家主义者,他说,中国之新宗教,就是要崇拜国家,“以国家为至尊无对,以代上帝”。^③

这里需要特别提到杨度的看法。还在1907年,杨度在其《金铁主义说》中,即以甄克思《社会通论》所阐述的理论,将人类历史分作蛮夷社会、宗法社会和军国社会三个由低级到高级逐步进化的时期,认为欧美国家所以能在国际竞争中占据优势地位,是因为它们已经进入完全的军国社会,中国竞争力不够,是因为中国虽已进入军国社会,但尚未发展为完全的军国社会。其表征是,政治上尚未建立三权分立之制,社会组织形态上尚保留宗法社会之残余即家族制度。中国若欲增强国家竞争力,必须破除家族制度,使国家由不完全的军国社会进化到完全的军国社会。他说,“夫文明各国之法律,其必以个人为单位者,盖天生人而皆平等,人人可为权利义务之主体。否则人权不足,不能以个人之资格自由竞争于世界,于是社会不能活泼,国家亦不能发达矣。”中国社会以家族为本位,以家族为权利义务之主体,而非以个人为权利义务主体,举国之人分为家长与家人,前者肩负一家之责任,有身家之累,不能顾及国家社会之公益,而后者则不但不顾及国家社会,甚至对于一家之责任也不负担,坐食于家长。如此,社会无能负国家之责任者,国家也就不可能有竞争力。不但如此,“家族制度与三权分立制度,于实施上颇有冲突”,盖近代政治的基本要素如代表、从众、政党等皆以个人为本位。中国欲使国家有竞争力,欲由不完全的军国社会进于完全的军国社会,就必须逐渐废除家族制度,即在政治上实行君主立宪制度,以“实行个人本位,破坏家族本位,完成法权,以监督行政”;在法律上,制定法律时以个人为权利义务之主体;在社会上,普及教育,使无能力之家人具备独立谋生的能力,以为破除家族制度之预备。^④

思想界所发生的国家主义对于家族主义的批判,是清末修律中国家主义与家族主义之争发生的思想土壤。没有庚子后国家主义思想话语的流行,就不会有礼清末修律中的

① 白话道人:《国民意见书》第10编“说合群”,《中国白话报》第16期,1904年。

② 刘师培:《伦理学教科书》第2册,2页上,宁武南氏校印,出版时间不详。

③ 刘师培:《醒后之中国》,李妙根编:《刘师培论学论政》,上海:复旦大学出版社,1990年,第353页。除国家主义者之外,无政府主义者也从个人绝对自由以及世界主义的角度批判家族制度与传统伦理,认为家庭为“万恶之源”。因与本文主题关联性不大,不赘述了。

④ 杨度:《金铁主义说》,《杨度集》,长沙:湖南人民出版社,2011年。

家族主义与国家主义之争。

二

1904 年 5 月,修订法律馆成立。修订法律馆初期的工作,除翻译各国法律、整理中国旧律、调查中外法制外,主要是对《大清律例》进行一些删改,比如去除凌迟、枭首、戮尸的规定,废除连坐制,废除笞杖而以罚金、作工代之,进行狱政改革等等,并未触及传统法律核心理念,不曾引起多少反对意见。反对意见的明确出现是在光绪三十二年。这一年,沈家本等提出《民事刑事诉讼法草案》,奏请先行试办。该草案打破了中国传统的诸法合体的立法体例,将程序法与实体法分开,并采用律师制度、陪审制度、公开审判制度。因兹事体大,清廷随即发布上谕,命各地将军督抚都统等体察情形,就该草案“究竟于现在民情风俗,能否通行,其中有无扞格之处,即行缕析条分,据实具奏。”在司法人员缺乏培训,律师奇缺,社会对于陪审制度等新式诉讼方法几乎毫无所知的情形下,试办新式民事、刑事诉讼法,多有滞碍难行处。因此,各地陆续反馈的意见出奇的一致,各地督抚皆回奏称新纂民事刑事诉讼法草案,于现在民情风俗,尚多扞格,碍难实行。其中,湖广总督张之洞的意见最尖锐、最系统,他称该草案“大率采用西法,与中法本原似有乖违,于中国情形亦未尽合,诚恐难挽法权,转滋狱讼……盖法律之设,所以纳民于轨物之中。而法律本原,实与经术相表里,其最著者为亲亲之义,男女之别,天经地义,万古不刊。乃阅本法所纂,父子必异财,兄弟必析产,夫妇必分资,甚至妇人女子,责令到堂作证。袭西俗财产之制,坏中国名教之防,启男女平等之风,悖圣贤修齐之教,纲沦法斁,隐患实深。”^①张之洞点出了新旧法律的根本冲突,即礼治与法治的冲突。由于各地方大员的强烈反对,此诉讼法草案夭折,围绕修律的争论步入了礼治与法治之争的阶段。

此后,在修订法律馆奏呈《新刑律草案》后,清廷下令各部院大臣、地方督抚等签注意见,结果“各省大吏、中央台谏,函电交驰,皆视为一种不可行之物”。^②由于《新刑律草案》遭到强烈反对,为平衡支持、反对两派的意见,朝廷乃于宣统元年正月二十七日发布谕旨,“著修订法律大臣会同法部迅遵前旨修改删并,克日进呈,以期不误核定颁布之限。惟是刑法之源,本乎礼教,中外各国,礼教不同,故刑法亦因之而异。中国素重纲常,故于干犯名义之条,立法特为严重。良以三纲五常,阐自唐虞,圣帝明王,兢兢保守,实为数千年相传之国粹、立国之大本。今寰海交通,国际每多交涉,固不宜墨守故常,致失通变宜民之意,但只可采彼所长,益我所短。凡我旧律义关伦常诸条,不可率行变革,庶以维天理民彝于不敝。该大臣务本此意,以为修改宗旨。是为至要。”^③朝廷此举,在相当的程度上,是为应付反对意见。毕竟在官方意识形态上,礼教是万万不可抛弃的立国之本,反对意见依据礼教立论,朝廷无可辩驳。另一方面,颁布刑律已列入预备立宪筹备事宜清单,政府需限期完成。修律既与筹备宪政的基本国策相关,宪政诸原则与理念如人格独立、权利平等、意志自由等等,不能不成为修律的指导原则,何况修律之最初动机又在将法律与各国

^① 张之洞:《遵旨核议新编刑事民事诉讼法折》,《张之洞全集》第3册,石家庄:河北人民出版社1998年,第1772—1773页。

^② 崔云松:《新刑律争论之感言》,《国风报》第1年第30号,1910年12月2日。

^③ 《宣统政纪》,宣统元年二月己酉,见《清实录》,北京:中华书局,1987年影印本。

改同一致,以收回领事裁判权。这必使主持修律者在维持伦常与宪政原则、收回领事裁判权之间,左右为难。面对强大的反对意见,朝廷乃令修律大臣以《大清律例》为基础进行删改,制定《大清现行刑律》,以为过渡。

在新刑律草案签注过程中,大约在宣统元年五月间,摄政王曾面谕军机大臣:预备九年案中,今年为核订新刑律之期,刑法上之要义,无分中西,在历史上均以轻刑为美谈。朝廷改订法律,固为收回法权之预备,但以中国数千年之文明,刑律日趋酷虐,今反使欧美各国诋我为野蛮,其如人道之谓何?此次核定,须先将主义拿定,完全以世界为主,期合于人道之大凡,方不负先朝修改刑律之美意。^①由于高层的这种态度,修订法律馆、法部在会同修订刑律草案时,对于签注中的主要反对意见,如将义关伦常诸条修入正文,甚至将关于亲属犯罪另设专篇等,并未采纳,而采取一个变通措施,即在附则(后来改为“暂行章程”)第二条中声明,大清律中十恶、亲属容忍、干犯名义、存留养亲以及亲属相奸相盗相殴并发塚、犯奸各条,均关伦常礼教,未便蔑弃,但亦未便列入正条,故对此类犯罪,照旧律办法另辑单行法,以治犯此等罪之中国人,以为过渡时期之办法。这一方面是为了应对反对意见,一面又使新刑律保持完整。但将事实上造成一定时期内的“一国两制”的局面,即对于犯义关伦常诸条之在华外国人治之以新刑律,而中国人则仍照旧律。订立新律本为收回领事裁判,保持司法主权的完整,但治华人以旧律,治外国人以新律,这违背了国际法中的属地主义原则。礼治派对此甚为不满。

鉴于新刑律签注中反对意见强烈,清廷令修订法律馆和法部会同修订新刑律,形成第二次草案。此后,新刑律第二次草案交宪政编查馆核订。时在宪政编查馆任参议、考核专科总办的劳乃宣乃具说帖,提出修正案,要求将旧律义关伦常诸条全数列入新刑律之正条。沈家本乃为文正面回应劳乃宣的建议。沈家本此文不正面谈礼教问题,而是就事论事,从中国法律史的角度,就干犯名义、存留养亲、亲属相奸相盗相殴、故杀子孙、杀有服卑幼、夫妻相殴、无夫妇女和奸、子孙违犯教令问题不列入新刑律的问题进行辩解,^②几乎全盘否定劳乃宣的主张。

宪政编查馆在核订新刑律第二次草案后,形成新刑律的第三次草案。此后,刑律草案交资政院审议。资政院法典股对草案进行了修正,形成第四案。资政院审议新刑律,三读完成的只有总则,而分则未及议毕,故分则部分暂从第四案,这样形成第五案。随后,宣统二年十二月二十五上谕裁可军机大臣对于新刑律之修正,形成第六案。

新刑律交资政院审议之后,时任资政院议员的劳乃宣就新刑律提出修正案,修正内容主要是两条,一是要求将无夫奸无罪改为有罪;二是关于子孙违犯教令,主张直系尊亲属有惩办权而子孙无正当防卫权。劳乃宣在资政院邀集同志者计105位议员,联名要求修正。为说明新刑律之宗旨,宣统二年十一月一日,杨度作为宪政编查馆特派员到资政院说明。杨度的演说以国家主义与家族主义概括新旧刑律之宗旨,认为家族主义不适合今日中国之需,以国家主义为宗旨的新刑律取代以家族主义为宗旨的旧刑律势在必行。有关新刑律的争议,由此从礼治、法治之争,转入家族主义与国家主义之争,并由朝廷内部的争

^① 《宪政篇》,《东方杂志》第6年第7期,见《孟森政论文集刊》上,北京:中华书局,2008年,第463页。

^② 《沈大臣书劳提学新刑律说帖后》,《大公报》1910年11月27日。

论迅速变为社会关注的焦点。

法治派与礼治派的争议争议点是：

一是保国与保教孰轻孰重。法治派从国家兴衰存亡的角度强调法律改革采大同良规的必要性。山东巡抚袁树勋提出，“中国如不改订法律，尚能适存于列强竞争之世纪否？尚能范围此住居衣食之人民否？”“居今日而言刑律，变固变，不变亦变，但变在我，或有桑榆晚景之收，变不在我，将愈酿涂炭生灵之厄。”且世界各国法律已经由“峻刑时代”进于“博爱时代”，现在又由“博爱时代”向“科学时代”迈进，世界各国“不能容忍我国以峻刑相残”。^①一旦国亡，则教亦必随国亡而亡。礼治派则认为，礼教为国粹，纲常名教万万不可废，否则人将沦为禽兽，国将沦为鬼域。刘廷琛说，“政治坏祸在亡国，有神州陆沉之惧；纲常坏祸在亡天下，有人道灭绝之忧。”新刑律以及民律草案，“违父子之名分，溃男女之大防”，一旦实行，“天理民彝渐灭寝尽，乱臣贼子接踵而至，而国家随之矣。”“一旦父纲、夫纲全行废弃，则人不知伦理为何物，君纲岂能独立，朝廷岂能独尊，理有固然，势有必至。”^②礼治派认为，若废弃礼教，则人民必“淫佚放恣，踰闲荡检，其流弊必至风纪日坏，人格日卑，国家积弱亦将日甚”，而昌明礼教，则国家可兴，即便国亡，亦有可以复兴之日。^③可见，法治派强调国家生存与富强优先，礼教存亡系于国家存亡，保国优先于保教；而礼教派则强调国家的目的在实现道德价值，保教优先于保国。

二是立法是因循礼俗还是以法律变革礼俗。礼治派将礼俗神秘化，认为礼俗民情根源于历史，其情形十分复杂，远非人智可以完全把握，若不顾礼俗民情，遽以无历史根基，有悖于礼俗民情的新理想，实行于国中，则必与社会现实激烈冲突，难为国人所信服，其弊“有非首议之人所能预料者”。^④而法治派则认为，古今社会殊，学理、制度亦应殊。旧律理想发生于数千年前，为当时社会所需。当时社会生活简单，伦理一科足以维持社会，刑法不过对于违犯伦理者不得已适用之具，故以刑法为副伦理之用。随着社会日趋复杂，伦理已不足范围人群，不可能诸事皆以伦理为依据，势必扩充法律之范围，缩小伦理之范围。^⑤礼治派认为天垂象，而圣人则之，圣人只是发现了礼，而不是创制了礼；法律为维持礼教而设，立法必须因循礼俗。法治派则认为无论礼教还是法律都是圣人创制以范围人群的规则，人通过自己的实践，可以发现时代需要，因时顺势，改革礼俗，创制法律，引领历史前行。双方的差异在于，一方认为人可以发现礼教风俗之缺陷，根据现实需要主动变革，另一方则认为在上者只能因循风俗，不能主动变革，变革之来必由民间而起，任民众在生活中变革风俗，在上者从而从之。法治派对人的理性有信心，认为睿智之士，可以充分认识历史与社会，可以创制法律，引导社会前行。他们的争论涉及一个颇为重要的问题，即人在历史发展中究竟是否能有所作为，能有多大的作为？也颇道出近代中国思想的困

^① 《山东巡抚袁树勋奏刑律实行宜分期筹备折》，《清末筹备立宪档案史料》，北京：中华书局，1979年，第864—865页。

^② 《大学堂总监督刘廷琛奏新刑律不合礼教条文请严饬删尽折》，宣统三年二月二十三日（1911年），《清末筹备立宪档案史料》，北京：中华书局，1979年，第867—869页。

^③ 《杨氏新刑律奸非罪拟请修改说》，《新刑律修正案汇录》，收入《桐乡劳先生遗稿》，丁卯冬桐乡卢氏校刊。

^④ 《陈阁部新刑律无夫奸罪说》，《新刑律修正案汇录》。

^⑤ 崔云松：《新刑律争论之感言》，《国风报》第1年第30号。

境。从某种意义上说,人类历史的发展,是一个自然的历史过程,人受制于环境与时代,身处运会之中,对于历史的进展无法以主观意愿去改变。但人类是在有意识地创造历史,总是试图将自己的主观意识贯彻于历史进程之中,这是人类历史与自然历史的本质区别。人类历史所贵乎有人者,盖因明智者能因时而动,因势利导,对历史进程发生积极的影响。人生活于其所处的时代,对于时代潮流与历史趋势有所认识,根于现实需要,借鉴历史经验,是可以有所创制,推动历史发展的。正以如此,人类历史的重大变动大都与人的思想意识的变动有密切关系。但历史发展,原因极其复杂,确非人类所能全知,因此人类在创制礼俗、政制时,必须敬畏历史与习俗,决不可罔顾历史与现实,全然将理想贯彻于社会,至于以绝对的权力强挟社会以趋于其理想之途,更不可取。近代中国,危机既迫,外来思想影响渐广,为着尽快解救危局,人们考索古今中外,提出了种种救亡方案。在此进程中,思想先进之士,在救亡图存的急迫心理的催促下,对内厌弃之情渐浓,效法列强成规之心渐亟,进而在西方模式的诱导下,欲举中国现在的问题与将来可能遇到的问题,一举而解决之,理性构建主义影响日深。然而受制于历史传统与现实条件,效法西方的努力不能不反复遭遇顿挫。

其三,礼与法之主辅及其范围。礼治派认为中国的礼俗民情就是纲常名教,此为中国立国之大本,是中国所以为中国的根本所在。尊重此礼俗民情,就是遵从立法的普遍原则,若抛弃礼教,将化中原为左衽。在法律观念上,礼治派坚持传统的“德主刑辅”“刑以弼教”的思想,认为礼高于法,修律的宗旨应当是“维伦纪而保治安”,而不是收回领事裁判权,甚至也不是国家富强。张之洞即说,中国“古昔圣王,因伦制礼,准礼制刑。凡刑之等差,一本乎伦之秩序、礼之节文而合乎天理人情之至也。《书》曰:‘明于五刑,以弼五教。’……此我国立法之大本也。大本不同,故立法独异”。^①就是说,礼与刑都是实现道德规范的工具,礼教因伦理而起,礼教为刑法之标准。礼治派认为,以刑弼教是各国通例。劳乃宣称,“各国之有刑,所以弼教,一国之民,有不遵礼教者,以刑齐之,然后民不敢越。所谓礼防未然,刑禁已然,两者相辅而行,不可缺一者也。”^②胡思敬称,“风俗之美,虽由教化濡染而成,亦借法律以维持之”。^③与多数礼治派混礼教与法律为一不同,同是礼治派的陈宝琛承认法律与礼教范围不同,但他认为,“法律与道德区域之大小,实不可不准诸时地事务之蕃变”,二者并不存在不可逾越的鸿沟。若国民程度不够,就“不得不缩小道德之领域,以扩充法律之范围”;若国民程度较高,则需要扩大道德之范围,而缩小法律之范围。比如关于无夫奸的问题,奸罪本为人情易纵,旧律以礼教与法律并行,尚且不能完全约束人,今日中国教育未普及,职业未发达,公共娱乐设施未备,礼教与舆论对此等行为尚未形成足够的约束力,就不能“遽以此事让之道德之领域”,而必须纳入法律调整的范围。否则,若一面法律不做规定,一面礼教、舆论之力未成,则荡逾偏越之风,将不可复遏,一旦风气败坏,将无余地以事礼教之修明、舆论之成立。^④

而法治派则以为,礼教与法律、教育、宗教等一样,只是治国之一策,并不是高于法律

① 《学部奏请改正新定刑律草案折》,《浙江教育官报》第5期,光绪戊申十一月(1908年12月)。

② 劳乃宣:《新刑律修正案汇录序》,《新刑律修正案汇录》。

③ 《御史胡思敬奏新政扰乱天下请速密筹善策折》,《大公报》1911年3月13日。

④ 胡思敬:《陈阁部新刑律无夫奸罪说》,《新刑律修正案汇录》。

的绝对目标;礼教为各国所共有,非中国所独有,只是各国因其历史、地理、宗教等不同,礼教有所差异而已。“议者谓礼教为民之秉彝,吾国数千年来治国之大本,非各国所能企及,不知礼教乃天生斯民不可须臾离之物,小之为饮食教诲,大之为朝廷制作,是六合之广,幽独之微,无不赖礼教弥沦贯注于其间,非一国所得而私也。”^①他们认为,“礼教与法律,截然分两性质,而非可强彼以就此者也。故有时为法律所不许,而在礼教则褒为盛德者也,如刲肝疗亲、捐躯殉夫是已。有时为礼教所深禁,而在法律则视为常事者,如父子结讼、夫妇离异是已。法律自法律,礼教自礼教,各适其适,民人安就其范围,初不自觉。使必借刑律之力量以为维持礼教之资,其为礼教也亦几何矣。人民以畏犯刑律之故,而戢戢以从礼教,是既无道德之质性,特处于勉强之行为。”^②他们认为,道德以意志自由为基础,“执刑罚之警策,迫礼教之进行”,^③那是既不知刑律为何物,也不知礼教为何物。有见于此,法治派认为诸如子孙违犯教令、和奸问题等等,属于道德教化的范围,不宜列入法律正条。

三

围绕新刑律的争论起初主要是礼治与法治之争,家族制度并非问题的关键。到宣统二年十一月杨度在资政院发表题为“国家主义与家族主义之区别”的讲演后,论争的焦点迅速由礼法之争转变为国家主义与家族主义之争。

新刑律提交资政院后,在资政院引起轩然大波,赞成与反对两派势若水火。为推动资政院通过新刑律,杨度作为宪政编查馆的特派员于宣统二年十一月一日到院就新刑律的起草主旨做说明。赞成新刑律的《大公报》报道杨度的讲演称,杨度讲演盛况空前,“前后共说至两个小时之久,当其侃侃而谈之际,议长与特派员及全体议员百数十人皆肃静无声以共听杨君之雄谈,拍掌之声更番迭起,议场中一种欢怡景象”,为资政院开会以来所未之一大特色。^④这只是一面之词,其实,杨度遭到礼治派的强烈反对。恽毓鼎日记即载其一班友好,对杨度的论点极为反感,龙子恕在三松学会发表演讲,痛斥杨度重国轻家之说,申明家族主义之价值。恽毓鼎斥责杨度之说“等人道于禽兽”,将使“世道人心渐灭溃决殆尽”,实为世道人心之大患。^⑤围绕着杨度的演说,赞成反对两派发表了不少文字,形成了激烈的思想交锋。

杨度不是拘泥于具体的法律条文,也不论礼治与法治之别,而是从政治的角度去谈新旧刑律之争,将法律问题政治化。他将新刑律的根本原则概括为国家主义,将旧刑律的根本原则概括家族主义,将新旧刑律之争概括为国家主义与家族主义之争。他认为,要讨论新旧刑律之是非,当先定国家主义与家族主义何者适用于今日。他指出,中国家族主义传统有其地理的、历史的原因,当闭关之世,家族主义尚足为治,而当日万国交通,强邻逼处,竞争剧烈之世,家族主义已不能适应时代需要,必须以各国通行的国家主义取代中国

① 《编制局校订新刑律意见书》,《申报》1910年12月19日。

② 《新刑律之冲突》,《大公报》1910年9月25日。

③ 《编制局校订新刑律意见书》,《申报》1910年12月19日。

④ 《资政院纪事》,《大公报》1910年12月5日。

⑤ 恽毓鼎:《恽毓鼎澄斋日记》,宣统二年十一月二十四日条,杭州:浙江古籍出版社,2004年。

旧时的家族主义。他说,家族主义有两大弊端:其一,养成人的依赖心理与服从习惯。家族主义以家族为社会之基本单位,以家族团体而非以个人为权利义务之主体。家族主义之下,家长之权利义务皆重于家人,“家人全体坐食,家长一人谋食,此其义务也。白首之儿,一切行动听命于黄耇之父,此其权利也。国家法律亦本此意,家人有罪,家长连坐,此其义务也。有所谓家法者,家长可自行其立法权以拟具条文,又可于神堂祖祠之地自行其司法权,以处分子弟,国家皆不问之,此其权利也。”由此,家人缺乏独立谋生的动力和能力,不能不依赖家长、服从家长。而家长既负担家人之生活,并需对家人之行为负连带责任,则其干涉家人之意志,决定家人之生活,亦属势所必至。这就使得国家社会缺乏独立的、能力发达的个人,有的只是坐食依赖的国家社会之蠹,国家自然就缺乏竞争力,而其祸即起于家族制度对个人的束缚。其二,家族主义使人们缺乏国家思想。家族主义之下,一国之人分为家长与家人两类。家人直接隶属于家长之下,而不是直接隶属于国家之下,对于国家而言,家人既非权利义务之主体,与国家无丝毫之关系,自然不关心国家之发达。当国家利益与家族利益发生冲突时,家族主义要求家人先服从家长之教令,先顾及家族之利益,于是,家之慈父孝子与国之忠臣两种要求,必生冲突。家族主义之下,人出而任国之官,其目的非为国尽责,而是为家人谋衣食,由此必不顾国之法纪。从国家的政治伦理看,此等官员为国之贪官污吏,而从家族伦理看,此等人又是慈父孝子,而为家族主义伦理所称许。有见于此,杨度决然提出,家族主义与国家主义有“不两立之道,无并行之法”,欲竞争图存,必发达国家主义,“必使人人有独立生计,以尽纳税之义务,成年以后不被养于家长也,必使人人有营业居住等之自由权利,成年以后不被养于家长也,而未成年之时,则教育之义务、管理之权利,皆属于家长,故其家族主义亦未全行扫除,特以之养成国民之基础之地耳,成年以后则变家人而为国民矣。”^①在他看来,家族制度是否有价值、是否需要废除,当取决于其是否能有利于国家富强。

杨度在资政院的演说,引发了激烈的争论。

主张国家主义的人士反对家族主义的第一个理由是,“国家之发达,必其全国人民,其精神与国家相直接,人民之心思材力,于自营一身之外,其余力不复他用,而悉举以贯注于国家,夫而后其国能蒸蒸焉日进于上。若夫国家与人民之间以一阶级焉阻其直接之线路,使人民之心思材力,其作用为此阶级所圈限,而再无复有余力从事于政治生涯,则其国家终无由发达”。^②而家族主义之下,家族横亘于国家与个人之间,使人思虑不出家族范围,每易置家族利益于国家利益之上,甚至对国家兴亡亦无动于衷。他们说,“极国家主义之利,国步纵底于艰危,而群策群力,可渐图恢复,不至受亡之实祸。充家族主义之弊,急公奉上不敌其自私自利之心,且有执抚我则后、虐我则仇之说,视易姓改朔为故常,民气消阻,振起无由,未始非宋元以来空谈名教之流有以中之也。”^③欲发达国家,欲振起国人救亡图存之心,必破除家族主义。

对此种说法,礼治派期期以为不可。劳乃宣称,杨度将中国今日之贫弱归咎于“家法政治”,以为家法政治使国人但知有家,不知有国,造成国家之贫弱,欲以欧美尚平等重权

^① 《杨京卿度国家主义与家族主义之区别》,《申报》1910年12月10日、11日。

^② 选:《论中国家族制度为政治上之阻力及将来改良之方法》,《申报》1911年1月11日。

^③ 《编制局校订新刑律意见书》,《申报》1910年12月19日。

利之道易家法政治,虽出于救时之苦心,但没找对病根。他认为,中国人但知有家不知有国,原因不在家法政治,而在秦以来的专制政体。专制政体之下,一国政治操控于官吏之手,人民无参与政治之机会,自无国家观念。他强调,家法政治与国家主义并不冲突,家法政治之下,人们也曾有国家观念,也曾关心国家利益,也曾为国家利益牺牲自身利益:“春秋之世,正家法政治极盛之时也,而列国之民,无不知爱其国者。晋侯之获于秦也,卫侯之将背晋也,皆朝国人而问之,国人莫不忘身以殉其上。弦高之犒师也,越民之事吴也,国人莫不毁家以卫其国。家法政治之下,民何尝不爱其国。”西方各国人知爱其国,一方面是因其人深明家国一体之理,知非保国无以保其家,其爱国心乃由其爱家之心扩充而来,非破除爱家之心育其以爱国之心;另一方面是因为西方行立宪政体,人人得预闻国事,个人、家庭之利益与国家休戚相关,故能扩充其爱家之心以爱其国。因此,欲使人有国家思想,关键的问题应当是改革专制制度,而不是破除家族制度。中国行预备立宪,地方自治之规、国民代表之制将次第发生,假以岁月,加以提撕,家国一体之理渐明于天下,天下之人皆知保国正所以保家,则推其爱家之心,而爱国之心将油然而生,不期然而然者。杨度“乃谓民不爱国,由于专爱家,必先禁其爱家,乃能令其爱国”,实为不揣其本之论。^①可以看出,在培养国人的国家思想和爱国心的问题上,劳乃宣与杨度其实高度一致,劳乃宣反对破坏家法政治的重要理由之一,就是家法政治可以为国家主义之宿根。

国家主义者将人的爱家之心与爱国之心对立起来,以为要培植国人的爱国之心,必破其爱家之心,确有不妥。一些赞同新刑律的人士,也不同意杨度的说法。大体上是位新派人士而当时正担任资政院议员的江谦(1876—1942,字易园,号阳复,近代著名教育家),即是如此。江谦试图调和家族主义与国家主义,他认为礼本包括政治与伦理两方面,但后世学者往往将二者混而为一。在新刑律之争中,家族主义者以伦理问题而怀疑新刑律,而国家主义者则因政治而欲破坏孝子慈父之家族主义,都混淆了政治与伦理。他认为,在政治层面,礼之大经为亲亲、尊尊、贤贤,政治制度亦经历以血缘远近分配政治权力的亲亲时代、唯尊是从的尊尊时代、选贤举能的贤贤时代,此三个时代即分别是封建宗法时代,君主专制时代,立宪选举时代。地方制度亦相应经历了宗法制的宗子时代,族长与乡绅时代,城镇乡自治时代。政治制度虽有此种变化,但伦理上的亲亲却并无变化,“宗法未废时代之所谓孝,孝于其父,不谓孝于大宗之宗子也。族法盛行时代之所谓孝,孝于其父,不谓孝于其族长也。”政治与伦理所涉层面不一,当政治与伦理冲突时,分别处理则两美,混而为一,则俱伤。他以传统礼学常论到的桃应孟子之问为例(若舜之父瞽瞍杀人,身兼君与子二重角色的舜应如之何?)来说明他的主张。他以为孟子的方案是十分合理的^②:“夫杀人者,处之以法,舜定之,皋陶守之。瞽瞍杀人,皋陶执之,而舜窃负之而逃。皋陶之执,为政治的,舜之窃负而逃,为伦理的也。皋陶之执,为知识的,舜之窃负而逃,为感情的也。使皋陶徇情则害政治,使舜执法则害伦理。”良善的政治、法律不能强制人们违背亲情以服从政治或法律。国家主义之所主张,意在以法律取代家庭伦理,使人忘记其家庭身份,

① 劳乃宣:《新刑律修正案汇录序》,见《新刑律修正案汇录》。

② 关于历代学者围绕孟子答桃应之问所提出的解决法律之人与伦理之间的冲突的方案的争论,可以参阅黄俊杰:《东亚近世儒者对“公”“私”领域分际的思考——从孟子与桃应的对话出发》,《江淮学刊》2005 年 4 期。

只服从国家政治、法律,任法而伤人情,实不可取。江谦肯定国家主义的必要,但强调家族主义与国家主义并不冲突。中国之孝子慈父的家族主义,有狭义与广义之分。孝悌以事父兄,为狭义的家族主义。“事君不忠,非孝也;战阵不勇,非孝也”,则为广义的家族主义。广义的家族主义正可以为国家主义之宿根,扩而充之即为国家主义,不必破坏家族主义而求所谓国家主义。杨度以贪官污吏在国为贪官污吏,在家为孝子慈父,证明家族主义与国家主义根本冲突,其实杨度所称之孝子慈父,按之广义的家族主义,正不孝之子、不慈之父。他主张,“当保存伦理上狭义的家族主义以弥政治所生之缺憾,提倡广义之家族主义,以为国家主义之先驱,如是而后吾国家之完全发达可期也。”^①可以看出,无论是提倡国家主义的人士,还是捍卫家族主义价值的人士,抑或调和国家主义与家族主义的人士,都肯定发达国家主义之必要,只是,捍卫家族主义的人士对于家族伦理的价值也十分看重,而国家主义者则一切以国家富强为中心。

主张国家主义的人士反对家族主义的第二个理由是,今日中国非立宪不能救亡,非以个人为权利义务之本位,养成独立的国民,不能立宪,而家族主义则以家族为权利义务之主体,使人缺乏独立自主的意愿与能力,故与立宪不相容,不适合今日救亡的要求。他们认为,欲立宪,“当使人人有独立之精神,有自由之意志”,而家族之制尚存,“则国家之法律上虽不阻拂人民之生机,而家族之范围实足阻抑人民之生气。”家族制度之下,唯家长有独立有自由,余皆附属于家长,一家之权利为家长独享,余皆出于无责任之地位。“与世界诸文明国较,彼个人为国家之分子,我以家族为国家之分子。彼有一人,国家即有一分之势力。我有一家,国家仅有一分之势力……虽有四万万人,直谓之为家族之分子,非国家之分子可也。直谓之为家奴,非国民可也。是故家族制度不改变,即国家主义不昌明,而欲使其国立于物竞天择优胜劣败之场,能巍然与他国角立,断无由致。”^②

对于家族主义养成人的依赖性、服从性,不能造就立宪国民的说法,礼治派以及肯定家族主义价值的人们未能从正面做出有力的回应,他们大多是从家族为中国社会之基本单位,不能骤破的角度谈论问题。他们的看法大体有以下几点:第一,中国目前需要借重家族主义以团聚人心。“凡一民族之团结,必有其团结之社会基础,而当其团结力涣散之际,欲破坏旧社会之基础易,而成立新社会之基础难。”西方有宗教以为凝聚力,故不必重家族,而中国数千年来,“莫不以家族团体为国家之根本”,若忽将家族主义骤然改破,“全国人民国家观念既浅,家族之范围复弛,恐人心涣然,更无术可以结合”。他们强调,国家救亡首先就要团聚人心,因此家族主义万不可抛弃。其二,欲个人独立,个人必须经济上独立,而中国目前多数人无经济独立的能力,家族的赡养救济功能仍然十分重要。“欲使一国之中,无复有家族之一级,而以个人直接于国家,则必个人之经济能力足以自立。若我国今日而遽言破坏家族制度,则多数之老弱,惟有转死沟壑之一途。旧有社会存立之基础既已破坏,而新社会所以存立之基础又未确立,此新旧递嬗之间,正国家存亡之所系,必使过渡时代于制度之兴废有互相维系之道而后可以收完全之效。”^③由此看来,礼

① 江谦:《礼刑争论评议》,《申报》1911年1月13日、16日、17日。

② 选:《论中国家族制度为政治上之阻力及将来改良之方法》,《申报》1911年1月11日。

③ 《皖抚冯奏刑律草案略陈大要数端折》,《北洋法政学报》第77册,光绪三十四年九月(1908年10月)中旬;《林氏辨明国家主义与家族主义不容两立说》,《新刑律修正案汇录》。

治派中部分人士在某种程度上承认家族主义存在使人缺乏自立意愿与能力的弊端,也承认个人独立自主的必要,承认发达国家观念之必要,承认中国的家族制度有改良的必要。不过,从他们的言辞中可以提炼出这样的看法,救国必先求社会稳定,而骤然废弃家族制度,必造成适合动荡,实不利于救国。其三,他们提出,中国的家族制度与欧洲古代的家族制度有差异,其对于个人权利与自由的限制并不严重,与个人主义、国家主义的冲突并不严重,没有到非突破不可的程度。他们说,古罗马的家族制度,其家主对于家族成员有绝对的控制权,“一族之中,只有家主权而无所谓亲权与夫权,家人对于家主,不能主张其财产权、自由权、生命权。质言之,即一族之中,只有家主人格而家众无人格也。”个人主义在欧洲的兴起是对此种绝对家主权力的反动。而中国家族制度,家长并无古罗马家主那样绝对的权力,法律上也没有罗马法中家主权的規定;旧律虽有子孙无私蓄之文,但在现实生活中,这些法律条文往往沦为虚文,民间习惯对子女处置其个人私有财并未限制。因此他们认为,中国只有亲族团体,而无家族团体,法律上只有亲权的規定而无家主权的規定。^① 这些看法,有一面的道理。中国古代的家族制度,一方面是封建宗法时代的残留,但毕竟只是宗法之残留,非完整的宗法制度;另一方面在农业经济为主导的传统社会,法律对于亲权的强调,对于孝道的维持,有合理性。中国人有祖先崇拜的传统,人们相信鬼是需要血食的,古人重视香火传承对于已故祖先的意义,在某种意义上具有宗教性。在此情形下,就有不孝有三无后为大的说法。因此,婚姻的根本目的是传承香火,一方面使祖宗血脉得以延续,生命得以不朽,另一方面使祖先祭祀不中断,使已故的祖先不沦为孤魂野鬼^②。同时,聚族而居又使宜其家室变得十分重要,婚姻关系到家族和睦,关系到香火传承,非婚姻当时人个人可以决定,不能不讲究父母之命。而生产能力不高,物质匮乏,基本的社会保障需由家族承担的现实,又使得年事已高的父母、祖父母的养老问题变得格外棘手,为维持社会稳定,法律不能维护亲权。此外,家族制度在维持亲情,承担地方治理和社会救济方面,也有其积极作用。在家庭规模上,一般户均 5 到 6 口,数世同居的大家庭虽为礼俗所推崇,但实际上比较少;家族制度下有所谓的族谱、祠堂、族规、族长约束族众,但其约束也远不如宗法时代宗子对部众的约束力。礼治派所称的法律的規定与现实生活的落差也是客观存在的。到明清时期,法律上規定禁止父祖在而子孙别籍异财,但现实生活中,父母在,而兄弟分家者,民间社会广泛存在,社会习惯也有保留地承认分家的合理性,人们大多认为木大则枝,水大则溢,兄弟分家为自然之理。虽然在法律上,父母一方明显处于优势地位,但现实生活中,除富厚之家外,在普通家庭,父母年老力衰、无力自营生计,实际处于明显的弱势地位,在缺乏社会保障的条件下,老人的养老完全依赖儿子。子女成年后,父母的亲权在实际行使中与法律規定确有落差。^③ 但这并不能否定法律上父子、尊卑长幼地位不平等,一般的观念是孝与顺联系在一起,这必然将父母对于子女自由意志的限制完全正当化。这对于子女独立人格的养成是有负面作用的。

由于杨度等对家族制度的态度比较激烈,不仅引发礼治派的不满,也引起一些新派人士的不满。陶保霖是清末民初的一个新派法律人,他赞同新刑律,但对杨度等将新刑律定位为

① 《林氏辨明国家主义与家族主义不容两立说》,《新刑律修正案汇录》。

② 瞿同祖:《中国法律与中国社会》,第 88 页。

③ 余新忠:《中国家庭史》第 4 卷,广州:广东人民出版社 2007 年,第 273—285 页。

以国家主义法律破除家族主义的法律,持不同意见。他说,“新刑律四百零五条,无一条可为破坏家族制度之证”。他也不认为中国的家族制度有碍于个人的发展。他认为,家族制度大体有四种类型,即宗法制的大家族制度,中国现行的服制家族制度,西方通行的小家族制度,以及斯巴达式的绝对个人制度(即个人直接属于国家,与家庭无关的绝对国家主义——引者注)。宗法制的大家族制度之下,宗子为部落之长,统率一部之众,部众的生命财产均受制于宗子,服从于宗子,此种制度确与国家主义、个人制度相对立。中国的服制家长制度,以家族中最尊长之一人为族长,同居共财范围大抵以服制为限,族长对于家众的制裁权力远不如宗法时代的宗子。在法律上,家长亦并无完全抚养家属之责任,家属亦无不许自谋生计之拘束。社会虽推崇大家族制度,礼法禁止子壮而出分,以为有薄恩义之嫌,但事实上,“子妇无私蓄之禁,久成具文”。社会上实际存在大量的以夫妻为核心的小家庭,中国的家族制度已远不是宗法时代的家族时代,而是在逐步向小家族制度过渡。此种家族制度有利有弊,其利在能以血缘团聚一家之众,使骨肉相扶助之义得以发挥,发挥家庭仰事俯畜之功能;其弊则在有时因家族过大,家族成员间有利益冲突,且不甚爱惜家族公共财产,荒堕坐食,不自谋生计,对于一国经济之发展不利。但这与国家主义并没有直接冲突,至于在家族利益与国家利益冲突时,优先考虑家族利益,此在欧美的小家族制度下亦难免,并非中国服制家族制度特有的弊病。他认为,杨度等将贪官污吏之多完全归咎于家族制度,“几欲人人逃免仰事俯畜之义务,然后国家可免贫弱,个人能为忠臣”,是完全错误。即便是欧美国家,虽以个人为本,但仰事俯畜之责任且规定于法律,比中国现行法律还严格。^① 不过,与礼治派不同,陶保霖明确肯定中国家族制度应当由服制家族制度向小家庭制度过渡,但这种过渡应是渐进的。其实,批判家族制度的人,并非不明白家庭的功能,也清楚中国家族制度历史悠久,社会影响深巨,一旦根本推翻,必引起巨大的社会震荡,所以他们并不主张骤然废弃家族制度,而主张逐步从传统的父子家庭过渡到夫妻为核心的小家庭,去除兄弟伯叔之同居,直接的抚养赡养义务是抚养幼子、赡养父母,以去家族之累,“在族制上,则禁立家庙,以破其家族之组织,使无九世同居之颓风”。这一方面可以保存孝亲慈幼之国粹,一方面去家族义务对于人们的拖累。^② 事实上,新刑律也保留了大量的家族制度的印迹,劳乃宣等批评新刑律,但他们大都肯定新刑律有保存家族制度之精意,只是没有明确的条文,他们要求的是将旧律维持家族制度的种种条文明确列入新律的正条。

主张国家主义的人士认为家族主义妨碍国家主义的第三个理由是,家族制度下,家长易侵犯子孙的人权,家长对于子孙的惩戒权侵犯了国家法权。他们认为,各国已进化至军国社会,中国非由家族社会步入军国社会,不能图存。军国社会的基本特征就是,“人民对于国家已直接负有权利义务,其个人之行动,在在皆受国家之处分,而不必有人焉界居其间,以增一重之隔阂。故军国社会子弟,除未成年外,皆应直接受国法之制裁,而国法外之法,法律上不宜别有所谓教令,盖使其行事而善,本毋庸父兄之干涉,其行事而不善,则国有刑章,自可按律科断,更无待父兄之教令。”^③ 他们强调个人一方面固然是家庭成员,

① 陶保霖:《论新刑律果为破坏家族制度否》,《法政学报》第1年第3期,宣统三年四月二十五日(1911年5月23日)。

② 选:《论中国家族制度为政治上之阻力及将来改良之方法》(三续),《申报》1911年1月14日。

③ 复:《驳劳乃宣反对新刑律之根据》,《申报》1910年12月18日。

但另一方面更是国家的成员,不是家长的附属物。他们认为家庭只是国民的养成所,人在幼年时受父母抚养,听父母教诲,理所当然,但家长并无直接惩办其子女之权力;至于成年后,子女与父母在法律地位上则是平等的,父母对于子女更无所谓教令权。旧律所规定的父母对于子女教令权,违背了“钦定宪法大纲”对于臣民权利义务的规定,侵犯了子女的人权。宪政编查馆编制局在奏呈对于新刑律之意见时说:依据“钦定宪法大纲,臣民权利义务,非按法律所定,不加以逮捕监禁处罚,是人民之应处罚与否,以法律之有明文为断”。而“旧律子孙触犯,呈送发遣,仅凭父母之一言,直以君上之大权,畀诸个人之手矣。凡此均与立宪之宗旨不符。”又称,“历观各国进化之理,均由家族主义而至于国家主义,国家主义者即保人权是也。诚以人生于世,与国家有直接之关系,故亦称曰国民对于国家有应尽之义务,国家对于国民有应予以之权利。”“夫保护人权,乃立宪之始基。”中国欲立宪,必保护人权。又称,人权之说并非始于泰西,康诰称“于父不能字厥子,乃疾厥子,在刑兹无赦之列”。《白虎通》亦云,“父杀其子,当诛。何以为?天地之性,人为贵,人皆天所生也,托父母之气而生耳,王者以养,长而教之,故父不得专也。”凡此皆天赋人权之权輿,特后之人罔知诵言,遂令古义湮晦耳。”^①

对于法治派提出的这一看法,礼治派也几乎没有从正面回应,因为这涉及立宪原则,而立宪是朝廷既定国策,加上旧律所定父母行使教令权致子女死亡而其罪不至于死的规定,确有违人情,过于极端。以至于礼治派中的一些人如陈宝琛等对旧律的此类规定亦不满,以为有违伦常之义。因此,当新刑律在资政院审议时,劳乃宣等提出两大修正内容中,和奸无夫妇女有罪的主张为多数所赞成,而其主张对父母之行教令权子孙无正当防卫权的主张则为多数所否决。

近代国家构建的一个重要方面是,人从家庭成员变成国民,一些原本由家庭承担的功能变成社会承担的功能,一些原本由家长执行的权力变成家长不能染指而必须由国家执行的权力。这大体是一个国家权力延展,而家长权力缩小,法律范围扩展,而道德、伦理范围缩小的过程。清末修律中围绕家族主义与国家主义的争论,其实是中国思想界对这一问题的争论。在争论中,家族主义者有时将家族主义与家庭等同起来,以为反对家族主义即是反对家庭,故有些说法是无的放矢。而国家主义者则主张以个人为权利义务本位,个人应直接属于国家,对于国家权力则抱过于乐观的态度。盖家族制度虽有种种弊端,但家人间有血缘在,有亲情在,家长之教育子女、惩戒子女,大体在情理之内,虽有虎狼之父母,但终究是极少数。近代国家,即便构建完成,政行立宪,国家权力有所限制,但国家机关之滥用权力,其对于个人之危害,并不比家长滥用亲权来得少。国家主义者,强调个人对于家族解放,强调个人人格独立的意义,具有正面的意义,但当时中国的国家主义对国家权力过于乐观,不能不说是其缺陷。家庭有其独特的价值,非国家可以取代,过分抬高国家的价值,甚至欲以国家取代家庭,以为人们效忠的唯一对象,是不可取的。

作者简介:邹小站(1967—),男,湖南邵阳人,中国社会科学院近代史研究所研究员,主要研究方向为中国近代思想史。

^① 《编制局校订新刑律意见书》,《申报》1910年12月19日。