

# 家与国: 两类共同体的法治逻辑

谢 晖

(广州大学 人权研究院, 广东 广州 510006)

[摘 要] 共同体是一个言人人殊的概念, 但其基本表意是人与人之间因为情感或利益的需要而缔结的组织化体系。家与国分属于两类不同的共同体, 前者属于情感共同体, 后者属于理性共同体。对两者的法律调整和应对, 分别主要是私法和公法。“依法治家”的核心, 是尊重私法基础上的权利自治; “依法治‘国’”的核心, 则是尊重公法以及按照公法规定的权力制约。西方传统的“家-国两清”, 中国传统的“家-国同构”, 在现代社会中都不足以解决问题, 替代的方案可以是“家-国协构”。由于公共领域的出现, 在强调“家-国协构”中法律体系的协同发展时, 须同时关注分别与家和国、私法和公法紧密相关的调整公共领域的法律——社会法的协同。

[关键词] 情感共同体; 理性共同体; 私法; 公法; 家-国协构

DOI: 10. 3969/j. issn. 1002 - 1698. 2021. 11. 006

## 一、弁言: 情感共同体与理性共同体

### (一) 人类的组织化脚步

140 多年前, 美国学者摩尔根基于进化论的基本立场和人类学的观察剖析, 在其名著《古代社会》中振聋发聩地宣称:

人类的进步是从发展阶梯的底层开始的——各种发明, 发现和制度说明了这一点——两种政治方式……其一为氏族性和社会性的, 它产生了社会……另一为政治性的, 它产生了国家……前者以人身和氏族制度为基础; 后者以地域和财产为基础——第一种方式为古代社会的政治结构——第二种方式为近代社会或文明社会的政治结构——人类

经验的一致性——我所设想的文化发展阶段——(一) 低级蒙昧社会; (二) 中级蒙昧社会; (三) 高级蒙昧社会; (四) 低级野蛮社会; (五) 中级野蛮社会; (六) 高级野蛮社会; (七) 文明社会。<sup>[1]</sup>

被誉为“社会人类学的创始人”和“早期进化论者”的摩尔根,<sup>[2]</sup> 对人类社会发展的此种观察、研究和剖析, 甫一发表, 就很快在人类学界产生了重要的世界性回响。在一定意义上, 人类进化观念是他在人类学领域的开拓性贡献, 因此, 其毫无疑问是人类学上古典(早期) 进化论的代表性人物之一。<sup>[3]</sup> 不但如此, 而且因为马克思和恩格斯这两位兼顾学术研究和社会革命的伟大人物对其学术观点的格外青睐和重视,<sup>[4]</sup> 摩尔根

作者简介: 谢晖, 广州大学人权研究院教授、博士生导师。

的学术思想,产生了远远溢出学界的影响。特别是恩格斯在摩尔根基础上对人类文明进程三阶段的论述,影响深远:

蒙昧时代是以采集现成的天然产物为主的时期;人类的制造品主要是用作这种采集的辅助工具。野蛮时代是学会经营畜牧业和农业的时期,是学会靠人类的活动来增加天然产物生产的方法的时期。文明时代是学会对天然产物进一步加工的时期,是真正的工业和艺术产生的时期。<sup>[5]</sup>

可见,在人类历史的长期进化过程中,随着野蛮对蒙昧的胜利,进而随着文明对野蛮的胜利,在人际交往的社会结构上,也不断攀升和进步。其中最重要的进步之一,是家庭的出现。在《古代社会》中,家族及其类型,与家族紧密相关的婚姻,以及建立在不同婚制基础上的家族的发展,是摩尔根以浓墨重彩所描绘的。他经过认真考察,把人类史上的家族类型化为:“血婚制家族”“伙婚制家族”“偶婚制家族”(“父权制家族”是其重要的发展阶段和表现形式)和“专偶制家族”。<sup>[6]</sup>无论家族表现为何种情形,在本质上,它都是人类生活、生产和交往中以情感为纽带的共同体。

当族内组织这个共同体,不足以容纳人们的交往行为、利益获取、意思表达,反而会妨害它们时,根据利益需要和理性权衡,建立跨越家族或者超越家族的更高级的组织,以协调人们的交往行为,就理所当然。在人类组织体进化的逻辑上,家族—氏族—部落—部落联盟—民族,从低到高,从血缘到地缘,从内部到外部,从情感到理性,从氏族规则到民族法,层层递进,不断发展,最终以地缘陌生人,而不是以血缘熟人为特点的国家准备条件。更进地,随着族内身份关系的分化,甚至固化,“特权者和非特权者”的划分,保障了跨越家族的组织——国家的有序运转,从而人们的生活交往,除了情感的家庭共同体外,还有理性的国家共同体——自从“文明时代”以来,所有人大体都生活在这种“双重共同体”中。

## (二)众说纷纭的共同体

那么,究竟什么是共同体?这或许是一个言人人殊的问题。在鲍曼论述共同体的一部作品中,他把这个词置诸“感觉”的概念范畴:“词都有其含义;然而,有些词,它还是一种‘感觉’……‘共同体’……这个词就是其中之一。”<sup>[7]</sup>这种感觉,既可能是美好、温馨的,也可能是局促、束缚的,在成员间既可能是相互依赖和保障的,也可能是相互约束和冲突的。这业已表明了界定共同体概念之困难。但即使如此,也并不妨碍人们对这一概念的精致探讨。早在19世纪80年代,德国人滕尼斯就因共同体与社会之研究而蜚声世界。他在论及共同体时,特别强调这一概念之原始的、天然的、自发的和有机的方面:

人的意志在很多方面都处于相互关系之中;任何这种关系都是一种相互的作用,只要这种作用是由一方面所为或者所给的,而另一方面是遭受到或感觉到的……任何这种关系都是多数中的统一,或者统一中的多数。它是由促进、方便和成效组成的,它们相互间有来有往,被视为意志及其力量的表现。通过这种积极的关系而形成族群,只要被理解为统一地对内和对外发挥作用的人或物,它就叫做是一种结合。关系本身即结合,或者被理解为现实的和有机的生命——这就是共同体的本质,或者被理解为思想的和机械的形态——这就是社会的概念。<sup>[8]</sup>

相对而言,国家则属于社会的范畴。<sup>[9]</sup>一方面,国家——

……首先是普遍的、社会的结合,它的存在以及它的建立仿佛目的在于保护它的各种主体的自由和财产,因此也是表现和执行建立在契约的有效性之上的自然法。

其次,国家就是社会本身,或者就是社会的理智,社会的理智是由单一的、理智的、社会主体的概念给予的;社会以其统一体存在,它不是被设想为在其余的个人之外和与他们并存的特殊的人格,而是被设想为绝对的人

格,其余的个人仅仅是与这个绝对的人格有  
关联才有其存在。在这个意义上,不存在什  
么法可以对抗国家的法,政治的法就是自然  
的法。<sup>[10]</sup>

笔者不厌其烦地引述滕尼斯有关共同体、社  
会 and 国家的论述,旨在为本文有关两类共同  
体——家庭的情感共同体和国家的理性共同  
体之论述作奠基。滕尼斯有关共同体与社会两分  
类型的论述,是奠基于西方国家发展的历程中  
的。在非西方国家,共同体与社会两者,是否也  
这样泾渭分明地存在?回答是否定的。在东方  
世界,共同体与社会并非如此截然地两分。毋  
宁说两者都是共同体,两者又都属于社会。从  
而“家-国一体”“家-国同构”,家是国的雏形  
和缩微,而国是家的扩展和放大。所以,我们  
在词语上把国、家连缀,生成国家一词。

对此,梁治平曾说:“中国古代文明的基本性  
格即便不正好是由家国合一的传统中得来,至少  
与它有极为密切的关联。”<sup>[11]</sup>对这一见解,笔者  
深以为然。这种情形的形成,或许是因为直到  
目前为止,东方世界并没有出现那种预设的“绝  
对人格”的个体的缘故。主体性概念及事实  
在这里即使存在(突出地表现为“气”和“面  
子”<sup>[12]</sup>),也不是绝对的,而是和一定的情感、  
关系、社会结构等紧密勾连的。因此,在东方  
世界,与其生硬地区分共同体和社会,不如运  
用共同体这个概念,分别寻求两类共同体——  
家庭和国家各自的纽带,并进而在此基础上探  
究家庭和国家的法律勾连、沟通与整合机制。

### (三)家与国:两类共同体

事实上,在人类组织化史中,分别形成了以  
情感为纽带和以理性为纽带的两类共同体。可  
分别命名为情感共同体和理性共同体。顾名思  
义,前者是以人们在长期生活交往中自发而又  
自然地产生的情感为根据和基础所形成的共同  
体。后者则是以人们交往行为中通过利益的权  
衡取舍而自觉地、有意识地形成的共同体。在  
此意义上,前者是有机的,具有强韧的内在牵  
连。而后

者是机械的,似乎只要利益关系一结束,人们  
之间就不再有更多的联系。

不过即使如此,经由情感共同体可以塑造  
并迈向一种理性的权衡(如情感共同体成员之  
间的相互协作,攻坚克难);经由理性共同体也  
可以塑造情感共同体(如理性共同体成员内部,  
容易生成以同事为情感纽带的情感共同体等)。  
所以,两类共同体之间并非井水不犯河水,老  
死不相往来,不存在任何沟通的可能。反之,它  
们之间的联系如此紧密,乃至当理性共同体过  
于机械,从而妨碍其对主体交往的组织能力和  
作用时,需要运用情感共同体的有机性,以粘  
合理性共同体;同样,当情感共同体因为过于  
粘连,影响社会在更大范围内的竞争、合作及  
其活力时,借助理性共同体的利害权衡与刺  
激机制,适度松动情感共同体的过度粘性,使  
情感共同体向理性共同体汲取营养,改造情感  
共同体。由此足见两类共同体在发展过程中  
的相互镜鉴、相互吸收、相互支持和共同成长。

无论情感共同体,还是理性共同体,类下  
都有不同的种。如情感共同体中,存在血缘的、  
姻缘的、亲缘的、业缘的、学缘的、乡缘的等,  
理性共同体中也存在股份的、社团的、财团的、  
社区的、国家的、国际的等。<sup>[13]</sup>两类共同  
体各自内部的如上不同种,分别能典型地代  
表两类共同体的,是家(族)和国(家)。因  
之,家(族)是典型的情感共同体,而国(家)  
是典型的理性共同体。何以有此结论呢?这  
还要分别从家和国的概念谈起。

什么是家或家庭?这诚然是一个遽然难  
以定论的概念。这对专门研究家庭问题的学  
者而言,都是一个难题。有学者自己或借助  
别人的观点这样写道:

作为一种世俗的文化现象,家庭组织所  
新近出现的各种差别超出了对“家庭”的抽  
象和一般的解释……“我们没有千篇一律的  
家庭形态,没有超越时空的家庭,在对家庭  
规模、扩大的亲属关系、居住类型、家庭组  
织和功能、家庭的意义和情感寄托方式的认  
识上

是有很大差别的,这些可能不仅仅是由不同的文化所决定的,而且是由于不同的家庭可能在同一种文化中存在……”<sup>[14]</sup>

正因为如此,有关家庭的概念是难以界定的,“在某些意义上说一个家庭的概念是家庭各种含义的浓缩,是一个代表性符号,它以单词和短语的形式使家庭现象能得到一定的解释。”<sup>[15]</sup>因此,我们能够所获的,不过是家庭的“概念框架”。家庭理论的参考框架可能是结构功能的、社会冲突的、符号互动的、社会交换的以及发展的等。不过即使如此,也不妨碍有些学者对家庭这个概念从形式和实质上作出有意义的一般性解释:

西方的“家庭”一词,源于拉丁语,本意(义)是居住在一所建筑物里的人们的共同体。这同汉语中的家庭一词是相当的。汉语中家庭的“庭”,本义就是庭院、院落。在早期的古代文献中,“家”指家庭,“家庭”的意思就是家的庭院……

所谓家庭,就其一般性的特征说来,是以特定的婚姻形态为纽带结合起来的社会组织形式。家庭按其性质来说,可以分为群体家庭和个体家庭两种。<sup>[16]</sup>

就当下现实存在的家庭而言,婚姻形态未必是家庭成立的唯一纽带,兄弟之间、姐妹之间或兄弟姐妹之间以亲缘关系,共同生活的组织形式,也可谓之家庭;终身不娶或不嫁的人独自居住、独自生活,也不能把其排除于家庭之外。但上述有关家庭的概念,准确地把握住了家庭明显的情感特征。所有婚姻(姻缘),亲属(亲缘),归根结底是种情感关系。即便人们如恩格斯那般尽力在情感之外寻求、论证婚姻的本质,<sup>[17]</sup>但婚姻一旦离开感情这个基础,就成为交易了——它与普通交易唯一的区别,只在于交易的内容和标的。这意味着即使存在着没有感情的婚姻,也并不否定以婚姻为基础的家庭之情感特征。

人类的共同体,并非这种同质性远甚于异质性,从而只能在共同体内部作一颗螺丝钉,似乎

个体离开共同体就难以为继之境地的情感共同体。作为主体的人,无论其精神内质、需求特征还是行为表达,都存在异质性,恰是这种异质性,决定了共同体成员对理性的需要。因此,前述纯然的家庭情感共同体,并不能满足共同体成员(主体)的全部需要。也因如此,情感共同体要每每受制于更能凸显个体自由的理性共同体——其代表是国家——的支配。这诚如有些学者所言:

当人类社会进入有组织的生活后,无论是滕尼斯所讲的“共同体”“社会”二分,还是涂尔干的“机械团结”“有机团结”,那种纯粹的、接近于“自然”的“社会”早已不可能。这其中的社会很突出的一点就是“国家”等政治机构的各种类型的管理/统治。<sup>[18]</sup>

如果说作为共同体的家庭之基础是情感的话,那么,作为共同体的国家其基石则是理性。理性意味着,共同体成员之间尽管秉有其同质性的要求,保持其同质性的合作目的,但这种合作的前提是每个人异质性需要和技巧的保有,否则,合作就是多余;国家理性本应有的交涉、协商、程序、开放等属性以及建立在此基础上的稳定性也只是海市蜃楼。所以,理性能够增进人们的同质合作,但理性本身并非支持单向度的同质性,反之,理性必须尊重每个人应有异质性,并在异质性基础上求同存异。表现在法律上,异质性的法律规范表达是权利(当然,其中也不排除权利同等待遇的同质性),同质性的法律规范表达是义务(同理,也不排除根据个体差别在法律的义务规定中保有异质性)。在此意义上,所谓现代性带来的人的“单向度”特征,<sup>[19]</sup>尽管所言有一定道理,但对国家这个理性共同体而言,可谓只知其一,不知其二。它可能会影响共同体的结构弹性,而产生结构脆性,但并不必然会如此。

如上对家庭情感共同体和国家理性共同体的类型化处理,自然,不是说两类共同体之间就井水不犯河水,不但如此,自古以来,在我国就存有“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”的说法,<sup>[20]</sup>这种情形,夷陵至今,即使家庭观念和国家观念因为市场化的诱导而明显被理性濡染,但这并不影响两者的同时存在、各自分野和相互作用。问题是对于这两种不同的共同体,如何把它们组织和结构在法治的框架体系中。特别是作为情感共同体的家庭,如何被作为理性共同体的国家所制定的法律所组织和结构,更值得探讨。

## 二、家作为情感共同体的法治逻辑

### (一)家庭,法律不入之地

20世纪90年代,某市推出了一份“依法治家”的计划,该计划甫一推出,就毁誉参半。誉者以为,千家万户的分散管理能通过法律的集约能力,进行统一管理,是家事管理上的重要创新,也是社会法治化的具体体现。毁者强调,家庭属于私人交往的领域,也是一个道德情感领域,因此,除非家庭及其成员公然违背国家法律,否则,是法律不入之地。笔者当时参与了相关讨论,对前一观点有保留地赞同,对后一观点虽不赞同,但表示同情理解。<sup>[21]</sup>缘由如下:

之所以对前者有保留地赞同,在于不止今天,文明时代以来的中西历史皆表明,家庭作为一种情感共同体,并没有远离制度(法律)。<sup>[22]</sup>反之,自从家庭在人类史上登场以来,就是一个制度性事实,<sup>[23]</sup>从而就在一定社会规范(法律)的规制和结构中。在我国古代,举凡人们的公私交往,都被结构在以儒家伦理为范本的制度性事实中。对此,陈寅恪曾阐述道:

中庸之“车同轨,书同文,行同伦。”……为儒家理想之制度……夫政治社会一切公私行动莫不与法典相关,而法典为儒家学说具体之实现。故二千年来华夏民族所受儒家学说之影响最深最巨者,实在制度法律公私生活之方面……如六朝士大夫号称旷达,而夷考其实,往往笃孝义之行,严家讳之禁,此皆儒家之教训,固无预于佛老之玄风者也。<sup>[24]</sup>

瞿同祖更是在《中国法律与中国社会》中,

开宗明义就从家族谈起,论述古代中国法律与社会的关系,当然,囿于中国传统对法律的理解,瞿先生在该书中更多地考论的是家族与刑法的关系。<sup>[25]</sup>梁治平在《寻求自然秩序中的和谐——中国传统法律文化研究》中,照例开宗明义以家与国作为其论述的对象,只是和瞿同祖相较,他在阐述中,明显贯彻了比较法文化的方法。<sup>[26]</sup>这些事实,足见在中国古代法律调整中,家之重要的且崇高的地位。

在古代西方,家不但受法律调整,而且家庭内部关系,是罗马私法的重要调整对象之一。在“十二铜表法”中,明确赋予家长权,家长对家庭成员拥有日常行政性的管理权,甚至拥有司法惩戒权,当然,如果家长出卖其子超过三次,该子则获得解放,脱离家长权。<sup>[27]</sup>在古代西方,既没有以个人主义理念而牺牲家庭,也没有以公共理念(公法)而替代家庭,不但如此,因为家庭及私人领域的存在,还发展出了对后世法律与社会具有重大影响的私法体系,家庭在法律(私法)上具有独特而崇高的地位。

以古鉴今,在现代法治国家强调“依法治家”,绝非不能接受之事体。只是笔者并不赞同当地在“依法治家”的举措中,以政府机关的名义,具体指导,甚至包办家庭事务,譬如连家庭如何叠被子,都由政府提出折叠的示范和方案。对这种可能危及私权的举措,笔者不能不予以反对。如上文字,约略回答了围绕能否“依法治家”的上述两种针尖对麦芒的观点。

### (二)情感共同体的集体意向:何以“依法治家”

家庭作为情感共同体,似乎只是一种私主体,从而是个体的某种延伸,而不具有集体性质。这种看法,看似有一定道理,实则忘记了家庭作为共同体的属性。尽管和其他各类社会团体,尤其和国家相较,毫无疑问,家庭具有“私”的属性。但作为一种共同体,它是私人之间以合意所缔结的公共组织,因此,它自然具有公共性。尽管存在独人家庭这种极为特殊的家庭形式,但更

多的家庭,在其内部存在财产关系(物质关系)、伦理责任关系(人际关系),在其外部则存在社区参与关系。<sup>[28]</sup>何以存在这些关系?因为一个家庭一般而言总是由多主体构成的。多主体无论基于姻亲,还是基于血亲,针对具体的家庭成员而言,就是从情感个体到情感共同体的递进。在这个意义上,它对共同体成员而言,又是属公的。因此,它是私主体当中的“公主体”——无论史上家庭成员内部的等级结构模式,还是现在正式制度所倡导的家庭成员内部的平权结构模式,都不否定家对其成员的公共属性。即便成员间平权模式的家庭,也存在其内部的权威形成和决策机制,如成员间选举或共推其代表,协商、表决其共同事务等。

如果把家庭看作纯粹的没有公共性的“私主体”,则进而会得出这样的结论:即便家庭存在着集体意向,但更多的是私人的个体意向。<sup>[29]</sup>对此,笔者并不赞同。事实上,在前文笔者对家庭“公共性”的阐述中,已然说明家庭之于其内部成员,其主旨表达着集体意向性。即便在家庭外部关系中,其只要与其他家庭或其成员、其他社会组织等进行合作交往,就存在合作的集体意向——尽管不排除家庭作为私主体的个体意向。因此,家庭意向,之于其内部关系,体现为集体意向;之于其外部关系,则有个体意向和集体意向的双重性。就前者而言,我们知道,在我国自古以来,家庭的组建就是“昏礼者,将合二姓之好,上以事宗庙,而下以继后世也,故君子重之”。<sup>[30]</sup>所以,家庭的公共性及其集体意向(无论对内部关系的,还是对外部关系的),比其个体意向更为重要。

正是家庭的集体意向性,决定了制度性事实在家庭中产生的必要和必然。因为集体意向性首先决定了共同体成员的合作及一致性需要,接着,合作及合作主体的一致性需要,必须依赖自发的制度性事实以实现,并进一步发展为自觉的制度性事实。可见,正义并非如罗尔斯所强调的是社会制度的首要价值,毋宁首先源于人际交往

的正当性需求,制度则是对这种人际交往需求的进一步落实和逐渐定型化。<sup>[31]</sup>自觉的制度性事实,正是在包括家庭在内的诸多的集体意向性基础上产生的,所以,它是“依赖于人们一致同意的事实……这些事实的存在需要人类的制度”。<sup>[32]</sup>

可以说,法律是典型的制度性事实。它是经由人们的同意而产生的,当然,同意的方式,既可能是直接表决(如全民公决制立法),也可能是代为表决(代议制立法),还可能是主动或被动地接受(君主制立法),但无论如何,法律典型地表达着某种集体意向性。家庭作为秉有公共职能的私主体,由于其对内是集体意向的组织共同体,对外又能表达某种集体意向,因此,无论在家庭的内部关系——成员间的财产关系、身份关系以及其他内部关系,还是在家庭的外部关系——家庭作为私主体与其外部社会主体的各种合作关系,都需要通过法律来规范、协调。在此意义上,家庭自身就是一种制度性事实(即便没有法律,它也是小传统或非正式制度意义上制度性事实),但是,它更需要大传统或正式制度的规范和保障,以便使家庭的集体意向,以及它作为“社会细胞”的双重职能皆得以发挥和展示。<sup>[33]</sup>

这意味着,家庭关系的调整,不仅主要依赖于私法,而且公法在家庭需要时的保障也不能或缺。因为家庭不能自治地解决所有问题——无论家庭内部关系,还是家庭外部关系,只要家庭成员或其他自治主体介入其中后,不能有效地予以处理家庭内部关系,就需要请求并借助由公法安排和调整的公共主体(特别是国家机关)出面,或根据私法,或根据公法予以裁决或作其他处置。但无论如何,家庭作为私主体,其首先并主要被结构在私法体系中,是私法上的私主体。因此,在厘清何以“依法治家”的基础上,还需要藉由私法,进一步探究如何“依法治家”。

### (三)私法、权利、自治:如何“依法治家”

家庭是最重要的组织化的私主体,是个体主体转向组织体的第一种,也是最基础的形式。它既生发于人类发展中的原初(无情性)事实,更

是人类发展中与血缘关系或姻缘关系相伴随的、最初的那部分制度性事实。因为经由血缘或姻缘而组成的家庭,自身是哈耶克所谓“扩展秩序”的典型形式。<sup>[34]</sup>它虽然是组织化的情感共同体,但在性质上是私主体,是个体主体的组织化结盟,因此,家庭和法律的勾连,主要是私法,特别是婚姻法、继承法等私法。

众所周知,私法自治,是私法运行的基本要求,它是说凡属于私人(家)范围内的事,只要在其能力范围之内,由私人(家)自己解决,所谓“各人自扫门前雪”,在这里亦可派上用场。私法自治意味着,家庭内部的权利义务,除了法定的必须坚持并落实的内容(往往或与国家公共事务相关,或与家庭肩负的道德使命相关)外,在其内部,具体分配则由家庭成员自治地、协商地解决,一般不需要第三者介入——当然,这不是绝对的,详细情形,笔者在后天还会论及。家庭的这种自治,既是家庭在私法上的权利,也可以视为不容外力侵犯的“家庭主权”。只要符合法律的原则、精神和价值,自治的“家庭主权”就必须被捍卫。因为没有这种自治,家庭就丧失主体资格,就难以成为法律(民事)主体。

家庭关系的私法调整,针对国家的权利性质以及自治特征等,都说明作为私主体的家庭依法治理的路径。在纯粹私权范围内,家庭是法能进,但国王不能进的领域。正因如此,人们在平铺直叙、按部就班的家庭日常生活中,感觉不到法律的存在,甚至在家庭内部谈论法律调整,划分你的我的,还显得有些玷污了成员间的那种道德自觉、温情脉脉,冲淡了家庭组织内部的自我调节和自治自决。其实,所谓家庭的自治,在制度性事实的语境中,并不是逃离法律的自治,乃是法律之下的自治,在现代国家,则是宪定要求并具体化为私法授权的自治。<sup>[35]</sup>表现在具体的法律调整机制上,则既然是权利和自治的范畴,就体现为法律规范空间内的放任性调整。<sup>[36]</sup>显然,这是个“百姓日用”的领域,因此,也是人们不易觉察的法律调整之域。

说“依法治家”在法律技术手段上主要靠私法、权利和自治,一方面,并不是说在任何情况下第三者不能介入家庭关系。事实上,在三种情形下,第三者可以介入之。其一是因约定而介入,如在分家析产时,家长约请德高望重者作为见证人。其二是因请求而介入,如家庭纠纷无法内部解决时,请求第三方(包括他人、社会组织、国家机构)介入协调和解决。其三是因法定而介入,即家庭纠纷、矛盾和其他行为,已经影响到他人、社会甚至国家安全时,公主体介入处理。这事实上预示着家庭作为自治体,其内部关系在法律上基本是完全自治的,其外部关系则在法律上有时候是自治的,有时候是互治的,有时候还是他治的。<sup>[37]</sup>

上述情形,也意味着当强调家庭关系私法调整和自治的整体特征时,并不是说家庭和公法、社会法之间互不粘连,无所往来。根据如上论述,事实上,家庭关系在如下三种情形下,和公法或社会法产生关联。其一是家庭成员之间的内部关系无法通过自治手段解决,而请求有关国家机关出面予以调解和解决时。尽管国家机关的解决,在实体上一般仍然遵循私法规定,即一般不能援用公法实体法,但在程序上,却遵循的是行政的或司法的公法程序。<sup>[38]</sup>其二是家庭行为或家庭成员的关系涉及公法领域,有关国家机关根据公法的程序和实体规定主动介入其中。其三是和家庭息息相关的社会法,如《妇女儿童权益保障法》《老年人权益保障法》(两法虽然有私法的因素,但更属于社会法的范畴)和新近颁布的《家庭教育促进法》(典型的社会法)等,只要在家庭关系中——无论内部关系还是外部关系,涉及相关法律之规定,就必然意味着受相关社会法的调整。

凡此种种皆表明,作为情感共同体的家,不但不是法律不入之地,反而是法律,尤其是私法必须光顾之所。它不但因家庭天然的集体意向而产生法律调整(制度性事实)的必要,而且也在法律(私法)上找到了具体的调整技巧和方式。

### 三、国作为理性共同体的法治逻辑

#### (一) 国的契约或法律本性——“依法治国”

如果说对作为情感共同体的家与法律的关联人们容易产生误解的话,那么,对作为理性共同体的国与法律的必然关联,或许不会有人产生什么疑义。国的理性特征显然与法律的理性要求之间具有同质性。在一定意义上,国的理性特征,正源于法的理性赋予。尽管国与法的发生学关系,近乎是一个类似于蛋生鸡还是鸡生蛋的无解之谜,但只要鸡能生出蛋、蛋能生出鸡,就表明蛋和鸡之间的同质性。国与法律之间的关系,正是如此。我们知道,在国家发生史上,总要经过某种天受和民受的接受过程。这一过程,事实上也是国被正统化、合法化、固定化的过程。因此,国家权力的产生,总会伴随着某种“法统”。谢维扬在论及我国从酋邦到国家嬗变过程中的合法性问题时指出:

启时所实现的世袭制的实质是中原酋邦的最高权力获得了一种正式的合法性标志。这个标志就是,当最高权力是掌握在一个特定的王室成员手中的时候,人们可以、也才会认为这个最高权力是合法的;反之,人们便可以指责它为非法。这种关于最高权力合法性的观念是过去酋邦权力结构中所缺乏的,是全新的东西。它使社会政治权力秩序更正规化和法统化,因而在理论上也更固定化……国家权力同酋邦最高权力相比,主要的不同就是前者是正规的、法统化的和固定的,而后者则不太正规,也不太固定,并缺乏法统的形式。<sup>[39]</sup>

国与法的这种关系,来自于对人们需求意向的制度化加工。即国家能够按照一定的规则满足统治者和被统治者双方各自的需要。对此,一位研究者又指出:

“拥有……名誉财产的可能性,对于国家权力的产生具有根本性的意义,而对于维持国家政权更是极为重要,……这些可能性……就其重要性而言仅仅”是“占第二位的现

象”。“究竟为什么统治者们一而再再而三地重新得以占有这些名誉财产?……他们所以能有这种特别的幸运,是因为他们从满足人的那些基本需要中……从对人提供生活保障以及保护人免遭自然和环境危害的行动中——赢得了这样的权力。”<sup>[40]</sup>

论者的上述见解表明,国家权力的产生,绝不仅是暴力强加的结果,反而是名誉财产和获得生活保障、安全保护之间的一种交易。<sup>[41]</sup> 史实证明,统治者能够保障和保护被统治者的生活及安全,也就能获得其所需要的名誉、财产;反之,统治者罔顾民生,只顾贪财揽权,以供享乐,则只能招来天下揭竿而起。这就是荀况所谓“君者,舟也;庶人者,水也。水则载舟,水则覆舟”这一“民水君舟”论的核心意旨。<sup>[42]</sup> 尽管这与近代西方思想家在国家起源和权力存在方面的“社会契约论”有一定区别,但毫无疑问,它具有某种契约的性质。这种契约未必一定是以法定形式存在的,但它一定是能在人们心中因为需求的满足而产生统治者和被统治者相互需要的交换—契约意识的。正是在这层意义上,笔者更赞同国家的契约起源论和权力获得的契约性质——而不是神授性质或者暴力获取性质——无论古代的权力,还是近、现代的权力,在契约性质上大抵是一致的。

国的这种契约性质,事实也导致其产生伊始,就获得了在其治权范围内的集体意向性和理性权衡性。国家是集体意向的理性共同体。维系这一共同体的意识基础是理性,行动基础是自觉,目的指向则是出自交易性质的各自利益,从而完全不像情感共同体的家那样,其意识基础是情感,其行动基础是自发,其目的指向,是维系共同体团结的共同利益。因此,前者是脆性的,后者是韧性的。

但饶是如此,也必须得承认人类文明的发展,恰恰把这种脆性的事体,经由制度化和理性化的处置,越来越使其具有某种共识的柔性、韧性。无论建立在族群认同基础上的国家认同,还



是建立在利益认同基础上的国家认同,都使得人们越来越生活在一个法律和法治主导下的理性共同体中。特别是市场化经营方式以及现代科技带来的交通便捷、交往畅通、生活自由等,更进一步催化了人们对以法律理性所缔造的国家的高度依赖,进而导致对以法律理性缔造的国家间关系的依赖。因此,国这种理性共同体,在很大程度上获得了情感性的支持——在这点上,古代中国看似不无乖张的“家-国同构”,<sup>[43]</sup>或存有其先见之明。

(二)集体意向的理性共同体:必须“依法治国”

如果说情感共同体的家本来秉有集体意向的话,那么,理性共同体的国,就压根儿既是全体国民集体意向的产物,其本身所表达的,除了集体意向,还是集体意向。国和家一样,也存在内部关系和外部关系。但不同于家的是,国是公主体,因此,无论其内部关系,还是其外部关系——国与国之间的外交关系,国与国际组织间的关系,其意向表达所代表的都是公,都是集体意向。即便在国际交往中,不同的国总要围绕其所主张的利益而发表意见,进行合作,但这种“自我利益”之考量,对内,代表全体民众的集体意向,对外,代表国家间合作的集体意向,因此,它并非任何意义上的个体意向,而是典型的集体意向。

在此意义上,如果说作为情感共同体的家,因为天然表达集体意向而应被结构在制度体系中,成为制度性事实,从而接受法律规范和调整的话,那么,国作为理性共同体,作为集体意向的集大成者和最大、最重要甚至最关键的表达者,其自从产生,就与法律结伴而行。可谓是国必有法,无法不成国,更不能经国,进而济民。国的核心,是权力由谁掌握,以及如何行使权力。对权力掌握者及其行使方式的规范,就是契约。在古代社会中,它也是契约,即使其并非“完全契约”,但至少可谓之是不完全契约——完全契约产生于自由个体之自由意志的同意,从而,我同意,我从约。不完全契约遵循的并非同意原

则,<sup>[44]</sup>而是接受原则。它表明,一种规范,哪怕是国家或其他主体强加的规范,我并未表达同意或反对,但在行动中遵循了这种规范,并因遵循而享受其利得,这就是接受,也因此接受而形成不完全契约。

古代国家的法律调整或契约形式,大体上是后者,即不完全契约型的。即使在古希腊和古罗马曾有昙花一现的民主制度,但民主的主体只是自由民,奴隶作为“会说话的工具”,不具有主体资格,其法律对奴隶而言,显然属于不完全契约(如果站在今天的立场上,奴隶也算主体的话)。而近、现代以来的国家法律,大体上可谓完全契约型的,因它至少在形式上以意志自由、意思自治、行为自主的自由个体之同意为前提,尽管实质上总会顾此失彼。

无论实践中人们如何看待法律(契约)生成过程中主体的意志自由状况——究竟是全面发展的自由人的意志自由,还是个人作为社会机器中零部件的“单面人”的意志自由?究竟是理性决定的利害权衡的意志自由,还是理性而不失情感的意志自由?究竟是纯粹物质考量的意志自由,还是在物质考量的同时,兼顾了个体精神需要的意志自由等,在这里都不是顶顶重要的事。实际上最为重要的,是人们不仅在法律生成中表达其同意的意志自由(哪怕这种表达不可避免地会牺牲其天性的全面发展),而且这种同意一旦表达,人们就自觉地依赖于法律,并把自己带入由法律所规范、调整和组织的中。这既意味着自由意志的表达者把其集体意向寄托于法律和由法律所规范的国上,从而参与到这个理性共同体中,而且因之形成对这个共同体的依赖,使得理性共同体内化为情感共同体。这或许是人们爱国精神的重要来源——即使不是唯一来源。

进言之,要求一个人在对法律表达意志自由时,基于“自由人的全面发展”立场,既无可能,也没必要。缘由在于所谓“自由人的全面发展”,只有在分工主体之间的分工生产、相互交易、互补余缺的情形下才能达成,这是因为人并

非天生的“全面发展”者，也不可能仅仅依靠自我的力量而“全面发展”，如有，也不过是凤毛麟角。反倒是只有当每个个体作为社会或国家运转中的、自主的零部件时，才能在机器的整体运转中获得整体性，收获全方位需要，健全丰满的精神世界。这进一步表明，在完全契约时代，每个人有缺陷的、“完整天性”未能充分展现的同意，恰恰是其能被结构在法律中，从而也结构在国家中的前提。

因为如果人人都是“全面发展”的“自由人”，国家及其法律就反倒变得多余。这似乎是个题外话，但其实它进一步表明了如下道理：既然人在本质上不存在所谓“完整天性”（这只是一种对人的理想化的假设和想象），但人人都期望想方设法通往某种“完整天性”之境，那么，表达集体意向的国家及其契约——法律，正好能够最大限度地保障人们的分工协作，提防来自自然、社会或他人对这种分工协作的威胁。也表明作为理性共同体的国，其集体意向，只有展示在法律中时，才是白纸黑字、有凭有据的。否则，便只有集体意向，而并无稳定的规范依托和保障。藉此，集体意向的理性共同体对“依法治国”的需要，可谓昭然若揭。

### （三）权力治理与治理权力：“依法治国”之关键

如果说作为情感共同体的家，其法律调整主要循着私法、权利、自治的逻辑路向，从而权利及与其相关的义务是家事法的关键词的话，那么，作为理性共同体的国，其法律调整的路数主要循着公法、权力和控权的逻辑路向，从而权力及与其“一体两面”<sup>[45]</sup>的责任（职责）就是“国事法”的关键词。在此关键词中，存有相辅相成的两面：权力治理与治理权力。

权力治理，是说国家权力的本来目的，就在于依法治理公共事务。这种治理，首先得依法，且不说在现代法律上普遍通行着“权力不得推定”原则——法律没有授权，不得行使权力，即使在古代法律上，皇权而下，权力的行使也需要遵

循法定的基本准则。这正是我国古代法律上明确规定“僭越罪”的缘故。尽管皇权的行使，在制定法上的约束有限，但并非人们想象中的毫无法律制约。如果把所谓“天意”“祖宗之意”等“法上之法”以及相权（力）、后宫权（力）、民权（利）等“法中之法”<sup>[46]</sup>的实际制约纳入其内，表明皇权的行使，也须在法之内。至于在权力行使的目的上，上至皇权，下到吏权，更是皆须遵循“己所不欲，勿施于人”<sup>[47]</sup>“老吾老以及人之老，幼吾幼以及人之幼”<sup>[48]</sup>“然夫仁者，益推己以及人也”<sup>[49]</sup>等儒家伦理所总结的一般要求。<sup>[50]</sup>所以，当皇权以及其他国家权力的行使，在目的上违背上述宗旨时，也意味着可能甚至必然会遭致的合法性危机。

权力治理，即作为理性共同体的国家出面对社会的治理，它除了按照法定的权限展开治理外，自然还需遵循治理效果的合目的性。洪堡在论述“国家的作用”时，就是从单个的人的目的出发而展开的，意谓国家的作用，需要符合其每个成员——个人的需要和目的：

真正的理智并不希望人处于别的其他状况，它只希望给人带来这样的状况：不仅每一个单一的人享受着从他自身按照其固有的特征发展自己的、最不受束缚的自由，而且在其中，身体的本质不会从人的手中接受其他的形态，每一个人都根据他的需要和他的喜好，自己随心所欲地赋予它一种形态，这样做时仅仅受到他的力量和他的权利局限的限制。……理智从这条原则上退让的地步，永远不得超越它维护这条原则本身所必要的程度。因此，它也必须总是任何政治的基础……<sup>[51]</sup>

尽管这是站在现代立场上对国家作用的一种理想性描述，但这种描述与我国古人有关权力行使的理想描述可以形成古今、中外的对照，它们都表明权力行使在实在法上的合法性与行使目的（理想法）上的合目的性（合法性）。这意味着在权力治理的同时，必须治理权力，即权力必须受到制约。事实上，前文在论述权力之合法

地与合目的性地行使时,已然表明权力行使的制约机制,即合法行使权力,权力制约蕴含其中;合目的性行使权力,权力制约亦蕴含其中。在此意义上,权力治理与治理权力(权力制约)具有一而二、二而一的特征。权力治理过程,就是权力制约过程。但显然,权力制约或治理的意涵不限于此,即一旦权力行使超越法律、公然违背法律,从而不具有实在合法性,或者并没有按照合目的性行使,从而缺乏目的合法性时,究竟该如何处理?这才是治理权力的关键所在。

我们知道,洛克特别是孟德斯鸠“以权力制约权力”的观念,<sup>[52]</sup>业已深入人心,但与此同时,以责任制约权力、以权利制约权力等皆是治理权力不可或缺的机制或者措施,同时,也是现代法律所规定或认可的权力制约和治理方式。对此,相关论述可谓不胜枚举,这里不再赘述。但无论如何,治理权力,使权力按照法律得以规训,不仅在形式上表达着权力合法性,在实质上表达着法律合目的性,而且这种合法性要求与合目的性要求,本来就是作为理性共同体的国及其权力集体意向性的内在规定和必然要求。

#### 四、从“家-国同构”到“家-国协构”的法政逻辑

(一)“家-国同构”传统经验的规范基础及当代难题

“家-国同构”“孝-忠相连”,是古典中国家、国关系的典型表述,是中国人理解家和国的逻辑基础。对此,有学者曾作出经典论证:“在中国封建社会里,由子孝、妇从、父慈伦理所建立的家庭关系,正是民顺、臣忠、君仁的国家社会关系的一个缩影。家庭成为组织国家的基本单元,是国家的同构体。”<sup>[53]</sup>家是缩微的国,而国是放大的家。家中有国,国中有家。家有家父权,国有君主权……从而作为情感共同体的家和作为理性共同体的国之间,并非井水不犯河水,各自为政,各自安好,因此,尽管有公私之别,但在法律上,并没有发展出判然两别的专门调整家事等私人关系的私法和专门调整国家机构之间关

系的公法(尽管存在相对独立的官制及相关规则,如著名的“唐六典”等)。荀况云:“治之经,礼与刑,君子以修百姓宁。明德慎罚,国家既治四海平。”<sup>[54]</sup>其实荀况所谓礼与刑,如果按照今人的解释,可分别视为礼法和刑法的话,<sup>[55]</sup>其分类标准并非按照公、私的向度,而毋宁是按照行为的性质。

礼是规范、引导日常行为的,无论私人还是官家,其日常行为都应遵循礼。这些礼,或许是民间日复一日而积累的礼俗,或许是由官家负责制定的蔚为大观,又代代因革相传的法典化的“礼”,如“周公制礼”,如李世民制“贞观礼”等。而刑,顾名思义,是对违背礼的行为所准备的惩罚机制,是一种“为盛世所不能废,而亦盛世所不尚”的强制规范。<sup>[56]</sup>可见,礼和刑,分别从正的、肯定的和负的、否定的两方面调整人们的交往关系。在礼和刑两者之间,礼是刑的基础,故而也是“礼之刑”,刑是礼的修复机制、拱卫手段,因此,其以“复礼”为目的。在此意义上,纯粹的刑,无论如何是治不了国的,当然,纯粹的礼,也不能很好地治国。要治国,必须礼、刑兼备,出礼入刑,“文武之道,一张一弛”。

可见,在古代中国的“家-国同构”体系中,无论礼还是刑皆是全覆盖的。礼作为日常交往规范,全覆盖于情感共同体的家和理性共同体的国——尽管适用于家的礼和适用于国的礼各不相同;刑作为违背日常规范——礼的救济机制,照例全覆盖于两类不同的共同体——家与国。间或有所谓“礼不下庶人,刑不上大夫”的情形,<sup>[57]</sup>但其存在的曲衷,不能全然被既往宣传中所谓阶级之间的区别对待所很好地阐释。

正是在这种全覆盖的礼与刑面前,不但型构了“家-国同构”范式,甚至连每个人的道德理想、所作所为,都结构在其中,从而不仅“家-国同构”,甚至个人及其道德品行、学术修养也与家、与国、与天下是同构的。因此,其在此基础上,形成了人们耳熟能详的、著名的“修、齐、治、平”公式:

古之欲明明德于天下者，先治其国；欲治其国者，先齐其家；欲齐其家者，先修其身；欲修其身者，先正其心；欲正其心者，先诚其意；欲诚其意者，先致其知；致知在格物，物格而后知至，知至而后意诚，意诚而后心正，心正而后身修，身修而后家齐，家齐而后国治，国治而后天下平。<sup>[58]</sup>

这种情形，在根本上使家的甚至个人的追求与国的命运紧密勾连起来，因此国是家的国，家是国的家，甚至进而推论，国是个人的国，个人是国的个人。在这里，或许我们更能理解、体悟顾炎武那句千古名言：“是故知保天下，然后知保其国。保国者，其君其臣肉食者谋之；保天下者，匹夫之贱与有责焉耳矣。”<sup>[59]</sup>

不过，这种“家－国同构”的模式，在经过欧风美雨洗礼和自我锐意改革后的现代中国，尽管还有一定作用，但在总体上显然失灵了。家和国之间，虽仍有紧密的联系，但其在性质上、功能上、角色上以及定位上的明显两分是一个不争的事实。相应地，在法律上不是运用传统的礼、刑模式调整之，而是以新的法律分类私法、公法分别调整之，这也是家、国关系在规范领域的既成事实。或许在这里，诚然存在一个“公法不入于家，私法不行于国”的情形。显然，在此时代再以“家－国同构”看待家、国关系，有以去年的黄历查看今年的日子之嫌。那么，究竟怎么办呢？

## （二）“家－国协构”，一个可能的新命题

尽管“家－国同构”传统，因为我们已然进入到一个事实上家、国两分和两清的时代而难以发挥其既有作用，但这并不意味着其对我们今天已经重构了的，但过分两分的家、国关系没有启迪。相反，古已有之的家、国智慧，一方面，仍在主体观念甚至实践层面传承、执行和运用着；另一方面，其也对在市场化、个体自治化，以及家庭和国家的调整机制分离化背景下，如何避免家庭与国家关系两张皮的情形，仍有重要帮助。因此，尽管我们不能在此时代，仍旧老调重弹，倡导什么“家－国同构”“家－国一体”，但在此基础上，提

出一个新命题——“家－国协构”，<sup>[60]</sup>笔者认为有必要并可以的。

“家－国协构”与“家－国同构”，虽仅一字之差，但其间的区别不容小觑。后者强调家与国之间的同质性，甚至容易以此种同质性取代家、国之间存在的异质性。家和国之间过于粘合，既伤害了家理当具有的自治性，也增添了国因为事无巨细地出面管理所造成的必然的道义和经济负担。<sup>[61]</sup>因此，国家及其组织机构，特别是政府可以倡导“依法治家”或“文明家庭，德法双治”之类的口号，但不能替代、包办家内的依法治理。而前者则正视家与国之间的异质性，并在尊重此种异质性基础上，在尊重家和国（尤其对家而言）各自的主体性地位基础上，既依法各行其是，也依法相互协商，互补余缺，共缔更大更重要的、情感与理性兼顾的共同体。

可见，所谓“家－国协构”，意谓在尊重家和国各自异质性、主体性的基础上，作为情感共同体的家和作为理性共同体的国两者之间各自治理、协商互动、互补余缺、共缔人们交往秩序的家、国关系形态。此界定，分别表明了“家－国协构”之表层义、中层义和深层义。

首先，“家－国协构”之表层义，显然是静态的家和国这两类共同体之间的协构。家、国之间究竟应是什么关系？在人类治理史上，没有统一的模式。在有些地方，家庭乃是拥有“主权”的共同体，其不但具有庄园、土地、家庭成员，而且拥有“武装化”的家庭护卫方式，所谓“风能进，雨能进，国王不能进”的说法，正是描述家的这种“主权”特征和属性的。而在有些地方，家虽然也是一个相对独立的实体，但并不具有此种“主权”独立属性。但无论如何，这是两类不同的共同体，“家－国协构”所追求的，就是不因两种共同体的事实异质，而“老死不相往来”；也不因过分强调两种共同体的同质，而丧失其应有的独立性。而是在保障各自独立性、主体性的前提下，实现两者的互动，以及经此互动而导致的上、下，国、家、公、私之间应有的活力。

其次,“家-国协构”之中层义,则是动态的家、国之间的行动协构。具体表现为家、国之间的意思协商、行为互动、治理分工、责任分担和治理效果共享。既然家、国分别代表着社会与国家,以主体的方式存在,那么,“家-国协构”的过程,就既不是国家用权力对家庭的颐指气使,也不是家庭用权利对国家的刻意抗辩,而是两者为了一个共同的、和谐的目的,而有事相互协商,遇事在各自职能范围内行动,并互动,在治理上分工行为、发挥各自作用,进而在社会治理的后果上,分别承担各自的责任,共同分享治理的成果,以便最终形成毛泽东笔下的那种共享情景和效果:“我们的目标,是想造成一个又有集中又有民主,又有纪律又有自由,又有统一意志、又有个人心情舒畅、生动活泼,那样一种政治局面。”<sup>[62]</sup>这也预示着保障两者意思协商、主体分工、行为合作、责任分担、成果共享的规范机制也必须协构。

最后,“家-国协构”之深层义,则是情态的情感与理性的协构。如前所述,家和国作为两类共同体,分别奠定在人类的两种情态性的精神事实——情感和理性之上。谈到情感和理性这两个词汇,人们很容易本能地把其对立起来,并认为情感是不可靠的,理性才可靠,或者相反,理性是不可靠的,只有深入精神内里的情感才可靠。毫无疑问,情感与理性具有对应甚至对立的方面,但也必须承认,两者在人们的精神世界,是共存且互动的。因此,理性从来不是剥离或与情感脱钩的产物,毋宁说它是情感的精神升华;同理,情感也从来不是理性的反对者,反而它是理性得以生成的精神基础。在此意义上,情感与理性之间,即便有一定对应甚至对立之处,但绝不是说两者之间不可协调。反之,两者在人类社会发展中从来是相辅相成的。这就决定了作为情感共同体的家和作为理性共同体的国,不但能够协构,而且其协构的深层来源,恰恰在于两类共同体所各自依赖的情态—精神事实:情感和理性,进而“家-国协构”的深层次意义,就是人类情感和理性——两种精神情态之间的协构。

对“家-国协构”之意义廓清,并未进而在理论上解决其规范(特别是法律)保障问题。由于这一保障直接涉及“家-国协构”的技术可行性,因此,没有规范,特别是各自调整家、国关系的法律体系之间的协调,则只能停留于理念。可见,法律体系协同,乃是“家-国协构”之必要的甚至决定性的技术保障。除此之外,还要关注因为众所周知的“公共领域”的出现及其导致的社会要素和社会结构的明显变化,以及在此基础上法律技术及其体系上出现的全新事实,在更广范围和更深层次上探究法律体系之间的有机互动和内部协同。

### (三)“家-国协构”、公共领域与当代法律体系之协同

如前所述,“家-国协构”在技术上,必须依靠规范,特别是法律来保障完成。同时,前文也论及,作为情感共同体的家,调整它的主要法律规范是私法——尽管不排除公法,特别是社会法的调整;而作为理性共同体的国,调整它的法律规范却大体上完全是公法——尽管在按照公法处理具体事务时,也会涉及私法。这意味着,当家、国关系从“家-国同构”“家-国一体”,到“家-国两分”,再到“家-国协构”而变迁时,在近、现代以来调整它们的法律——私法、公法,以及工业革命以来产生的社会法,也需要协构、协同地推进,以加强诸法律内部的体系性协调和勾连,更好地协构家、国关系。

私法、公法和社会法,被认为是现时代成文法世界法律的三个方面,它们构成法律的“三元化结构”。<sup>[63]</sup>我们知道,自从古罗马因为私人(家庭)生活关系和公共(国家)管理关系的明显不同,而在两种关系的调整技术上把法律二分为私法和公法以来,公、私法两分,就是有关法律分类理论的经典模式。但是,近代工业革命和科技革命的发展,大机器工业的生产,导致人们越来越成为单位人、组织人,因此,在个人(家庭)和国家之间,明显地横亘着日益活跃且作用也越来越大的组织体(一种新型的共同体)。这种“共同

体”，既非家庭类的情感共同体，也非国家类的理性共同体，而毋宁是职业类、兴趣类、阶层类、性别类等的情感—理性共同体，是介乎家与国家之间的共同体。<sup>[64]</sup>对这种共同体，有些人称其为“公共领域”（二分为资产阶级公共领域和平民公共领域），如哈贝马斯；有些人则称之为“第三领域”，如黄宗智。<sup>[65]</sup>无论如何称谓，这种共同体皆需要另一种法律来调整，这正如哈贝马斯所言：“具有政治功能的公共领域……需要法治国家机制的保障”。<sup>[66]</sup>其实，对这一结论还可以推而广之，无论公共领域秉持的是政治功能、社会功能还是经济功能，皆需要国家的法治机制的保障。那么，这种法律保障机制是什么？一般认为，是不同于私法与公法的社会法。那么什么是社会法？对此，人们或许有不同的界定。<sup>[67]</sup>笔者基于和公、私法的比较认为：

如果说公法主要是有关国家（权力）的法律，私法主要是有关个人（权利）的法律的话，那么社会法则有关社会（平衡权力与权利）的法律。这里所谓社会有特指性，即它并非国家公权力的产物，而是自由人的联合体；它既是独立于国家的一种组织化模式，也是独立于个人的组织体，因此，社会组织间的关系，社会与国家间的关系，社会与个体间的关系等均需新的法律调节，这便是社会法……社会法的基本调节方式和作用是导向性平衡，即国家根据社会利益调整政策，个人根据社会利益选择行为，从而使公法与私法上的权力与权利、政府与个人间的关系具有基本的平衡机制。<sup>[68]</sup>

现代法律的这种三元结构，事实上导致表面上传统私法出现了“公法化”的倾向，同时也能导致传统公法出现了“私法化”的倾向，<sup>[69]</sup>事实上则是在公、私法之间，因为公共领域的格外活跃和呈现，私人领域（包括家）和国家各自的部分职能，转进到公共领域，进而产生了所谓公、私法的“混合法”（社会法），如最近颁布的“家庭教育促进法”，就是典型的社会法。法律的这种三

元结构，既表明法律体系形式上的变化，更表明法律体系所依赖的社会结构和交往模式的变化。因此，在强调“家—国协构”时，一方面，要时刻关注和把握出现并楔钉在私人领域和国家之间的公共领域，关注它们之间在异质性基础上的同质性协构，避免类似近代以来西方出现的国家/社会/个体之间的过分“极化”现象而导致不必要的内耗。另一方面，更要关注调整社会结构变化所引发的法律类型的变化，以及在新类型的法律呈现后，法律体系内部应有的协作方式和弹性结构，并通过制度化授权的方式补足低收入群体、社会弱势群体参与公共领域的可行能力。<sup>[70]</sup>

在一定意义上可以说，公共领域的出现，本身是对私人领域（包括家）和国家事务过度两极化的一种纠错机制，也是通过私人的权利让渡和国家的权力退出，更好地、弹性地弥合私人与国家关系的一种中间机制，进言之，它也在一定意义上是“家—国协构”的方式，从而社会法也成为“家—国协构”的规范方式。法律三元结构的成长和缔造，必须循着静态的社会要素、社会结构和动态的社会关系变迁的要求而进行，从而“家—国协构”，不能不考虑公共领域应有的、重要的、有时甚至是决定性的作用；“家—国协构”的法律，也不能不考虑私法、公法和社会法的三元结构之有机性，即必须关注法律体系内部三元规范之间的有机协同。

### 注释：

[1]〔美〕路易斯·亨利·摩尔根：《古代社会》上册，杨东莼等译，北京：商务印书馆，1977年，第3页。

[2]〔法〕弗洛朗斯·韦伯：《人类学简史》，许卢峰译，北京：商务印书馆，2020年，第145、173页。

[3]这一学派的代表性人物，除了摩尔根外，还有泰勒、博厄斯、斯宾塞、弗雷泽等。见〔法〕弗洛朗斯·韦伯：《人类学简史》，许卢峰译，北京：商务印书馆，2020年，第172—187页。

[4]其中马克思著有《摩尔根〈古代社会〉一书摘要》（单行本，北京：人民出版社，1978年）；恩格斯著有《家庭、私有制和国家的起源》（单行本，北京：人民出版社，1972年）。

[5]〔17〕《马克思恩格斯选集》第四卷，北京：人民出版社，1972年，第23、24—82页。

[6]参见[美]路易斯·亨利·摩尔根:《古代社会》上册,杨东莼等译,北京:商务印书馆,1977年,第381-530页。在恩格斯笔下,家庭按照其发展的历史顺序,被划分为“血缘家庭”“普那路亚家庭”“对偶家庭”和“一夫一妻制家庭”。参见《马克思恩格斯选集》第四卷,北京:人民出版社,1972年,第31-80页。

[7][英]齐格蒙特·鲍曼:《共同体(序曲)》,欧阳景根译,南京:江苏人民出版社,2003年,第1页。

[8][9][10][德]斐迪南·滕尼斯:《共同体与社会——纯粹社会学的基本概念》,林荣远译,北京:商务印书馆,1999年,第52,280-281,318,319页。

[11][26]梁治平:《寻求自然秩序中的和谐——中国传统法律文化研究》,上海:上海人民出版社,1991年,第12,1-26页。

[12]参见陈柏峰:《秋菊的“气”与村长的“面子”——〈秋菊打官司〉再解读》,《山东大学学报(哲学社会科学版)》2010年第3期。

[13]See Sergio Dellavalle, “Addressing Diversity in Post-unitary Theories of Order”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 40, No. 2, 2020, pp. 347-376.

[14][15][美]J·罗斯·埃什尔曼:《家庭导论》,潘允康等译,北京:中国社会科学出版社,1991年,第41,49页。

[16]徐扬杰:《中国国家制度史》,北京:人民出版社,1992年,第1,2页。

[18]韩宝:《“社会-法律”研究的一种思路——基于边地社会经验的非典型思考》,未刊稿。

[19]黄涛:《戏剧、审美与共同体》,上海:上海人民出版社,2015年,第181-182页。另对“单向度的人”之论述,可参见[美]赫伯特·马尔库塞:《单向度的人:发达工业社会意识形态研究》,刘继译,上海:上海译文出版社,2008年。

[20]《孟子·离娄章句上》,载杨伯峻译注:《孟子译注》上册,北京:中华书局,1960年,第167页。

[21]陈寅恪曾有“了解之同情”说,他指出:“凡著中国古代哲学史者,其对于古人之学说,应具了解之同情,方可下笔……所谓真了解者,必神游冥想,与立说之古人,处于同一境界,而对于其持论所以不得不如是之苦心孤诣,表一种之同情,始能批评其学说之是非得失,而无隔阂肤廓之论。”陈寅恪:《中国哲学史审查报告三》,《陈寅恪先生全集》下册,台北:里仁书局,1980年,第1361页。后人将之转义其为同情理解。笔者对同情理解的基本释义是:虽不赞同其观点或行为,但理解其为何要主张、坚持其观点和行为。

[22]论者常云“制度化”“法律化”,从而将两者并列,久而久之,似乎两者间是种并列关系。这是一种人云亦云的误解。至少在大传统视野中,所谓制度化,已然包含着法律化,即法律化是制度化的题中应有之义。因为一种制度,总是包含了规则(法律)、理念(意识)、主体(组织)、行为以及反馈等五个要素。其中后四个要素须紧紧围绕规则(法律)要素而展开,从而要于法有据。在这个意义上,在正式制度中,没有、也不可能没有离开法律的制度化。

[23]“制度性事实”是和“无情性事实”(“原初事实”)相对应的概念,也是塞尔言语行为理论的重要概念,它与“集体意向性”紧密相关。其中典型的“制度性事实”是一种行为能否被编入法典(或者被法律化)——“一种检验真正的制度性事实存在的方法就是我们是否能够明确地把这些规则编入法典。对于许多制度性事实例如财产、婚姻和货币来说,这些规则的确是明确地被编成了法律。其他制度性事实,如友谊、约会、鸡尾酒会则不能这样被编入法典,但是它们也可能被编入法典。”[美]约翰·R·塞尔:《社会实在的建构》,李步楼译,上海:上海人民出版社,2008年,第76页。

[24]陈寅恪:《中国哲学史审查报告三》,《陈寅恪先生全集》下册,台北:里仁书局,1980年,第1364页。

[25]参见瞿同祖:《中国法律与中国社会》,北京:中华书局,1981年,第1-87页。

[27]“父如三卖共子,子则可以由父权之下解脱出来。”世界著名法典汉译丛书编委会编:《十二铜表法》,第四表第二条,北京:法律出版社,2000年,第13页。

[28]陶自祥经由实证研究,得出结论认为现代中国的家庭有三元素,即财产权、伦理关系和社区性家庭,参见陶自祥:《论家庭继替》,北京:中国社会科学出版社,2015年,第51-76页。

[29][32][美]约翰·R·塞尔:《社会实在的建构》,李步楼译,上海:上海人民出版社,2008年,第8,22,3页。

[30]《礼记·昏义》,载杨天宇:《礼记译注》(下),上海:上海古籍出版社,2004年,第815页。

[31]See Jonathan Crowe, “The Idea of Small Justice”, *Ratio Juris*, Vol. 34, No. 3, 2021, pp. 224-243.

[33]马克思强调,家庭是社会的细胞,“夫妻之间的关系,父母和子女之间的关系,也就是家庭。这种家庭起初是唯一的 社会关系。”《马克思恩格斯文集》第1卷,北京:人民出版社,2009年,第532页。

[34]参见[英]F·A·哈耶克:《致命的自负》,冯克利等译,北京:中国社会科学出版社,2000年,第1页。

[35]See Nikolas Bowie, “The Constitutional Right of Self-Government”, *Yale Law Journal*, Vol. 130, No. 7, 2021, pp. 1652-1745.

[36]有关权利规范之“放任性调整”的具体论述,参见谢晖、陈金钊:《法理学》,北京:高等教育出版社,2005年,第221-223页。

[37]自治、互治和他治,在法律上分别表征权利处分、契约交易和权力强制,是法律治理(法治)的三种机制,其皆在现代法律范围之内,而不在其外。参见谢晖:《自治、互治和他治》,《法意与表达》,北京:法律出版社,2014年,第125-129页。

[38]有人认为,民事诉讼法是私法,参见任重:《民法典的实施与民事诉讼目的之重塑》,《河北法学》2021年第10期。笔者认为,在公民依法起诉环节及相关程序,可以说属于私法范畴,但在司法机关介入及裁判环节,则明显具有公法性质。

[39]谢维扬:《中国早期国家》,杭州:浙江人民出版社,1995年,第321页。

[40][德]罗曼·赫尔佐克：《古代的国家——起源和统治形式》，赵蓉恒译，北京：北京大学出版社，1998年，第87页。

[41]有人总结了史前国家演进的三种方式，即战争、贸易和水利灌溉，参见[美]乔纳森·哈斯：《史前国家的演进》，罗林平等译，北京：求实出版社，1988年，第114-136页。

[42]《荀子·王制》，载[清]王先谦：《荀子集解》（上），北京：中华书局，1988年，第152-153页。

[43]“现代汉语中用以指称一种与‘家’无任何关联之特别政治组织的词恰好不只是‘国’或者其他什么单字，而是吸收了‘家’字的构成词——‘国家’。单从逻辑上看，这种构词法是一种自相矛盾，除非我们预先了解了这些字词后面的历史、文化背景。”梁治平：《寻求自然秩序中的和谐——中国传统法律文化研究》，上海：上海人民出版社，1991年，第2页。

[44]See Larry Alexander, Heidi Hurd and Peter Westen, “Consent Does Not Require Communication: A Reply to Dougherty”, *Law and Philosophy*, Vol. 35, No. 6, 2016, pp. 655-660.

[45]权力（职权）与责任（职责）之间，是“一体两面”关系。具体论述参见谢晖：《法学范畴的矛盾辨思》，北京：法律出版社，2017年，第235-246页。

[46]“法中之法”，应被视为是实在法的规定及其实施的客观效果；“法上之法”则应视为是有关法的理想。实在法应尽量因应、符合这种理想。这种分类，是笔者受俞荣根教授在西安召开的一次会议上发言的影响而提出的。

[47]《论语·卫灵公》，载杨伯峻译注：《论语译注》，北京：中华书局，1960年，第166页。

[48]《孟子·梁惠王上》，载杨伯峻译注：《孟子译注》上册，北京：中华书局，1960年，第16页。

[49][晋]傅玄：《傅子·仁论》，刘治立注解，天津：天津古籍出版社，2010年，第26页。

[50]应强调的是：尽管上述名言乃是儒家思想家的学理性表述，但由于儒家思想在中国制度史上独一无二、至高无上的影响，可以认为其不仅是儒家思想家倡导的人生格言，更是对权力者的训诫。权力不按照这样的原则、训诫行使，则违背其本来宗旨。

[51][德]威廉·冯·洪堡：《论国家的作用》，林荣远等译，北京：中国社会科学出版社，1998年，第35页。

[52][法]孟德斯鸠：《论法的精神》，欧启明译，南京：译林出版社，2016年，第131页。

[53]金观涛、刘青峰：《兴盛与危机：论中国社会超稳定结构》，北京：法律出版社，2011年，第52页。

[54]《荀子·成相》，载[清]王先谦：《荀子集解》（下），北京：中华书局，1988年，第461页。

[55]俞荣根对“礼法”的解释是：“在古代中国，律是法，礼也是法，而且，律是礼法之律，礼是礼法之礼，两者都是礼法之法。礼法即法，法即礼法。”俞荣根：《从国学视角研究法史的价值》，载俞荣根等编著：《中国传统法学述论——基于国学视

角》，北京：北京大学出版社，2005年，“前言”，第1页。

[56]《四库全书·政法类·法令之属按语》。

[57]《孔子家语·五刑解第三十》，载王国轩等译注：《孔子家语》，北京：中华书局，2009年，第241页。

[58]《礼记·大学》，载杨天宇：《礼记译注》（下），上海：上海古籍出版社，2004年，第800-801页。

[59][清]顾炎武：《日知录·正始》，严文儒、戴扬本校点，上海：上海古籍出版社，2012年，第527页。

[60]俞荣根等专治中国法律史的学者，对法律传统的“旧命维新”，法律之“在地化”发展等很是看重，参见俞荣根：《礼法传统与中华法系》，北京：中国民主法制出版社，2016年，第341页以下；黄源盛：《中国法史导论》，桂林：广西师范大学出版社，2014年，第441-443页。

[61]See Asha Bhandary, “Arranged Marriage: Could It Contribute To Justice?”, *Journal of Political Philosophy*, Vol. 26, No. 2, 2018, pp. 193-215.

[62]中共中央文献研究室编：《建国以来毛泽东文稿》第六册，北京：中央文献出版社，1992年，第543页。

[63]孙笑侠：《论传统法律调整方式的改造——兼论法律体系的三元化结构》，《法学》1995年第1期。

[64]这或许是科特维尔划分其理想共同体类型理论——以地方与语言为基础的传统共同体（如邻里、同乡等），利益共同体（如商业共同体、职业共同体等），信仰共同体（如宗教团体、党派等），情感共同体（如家庭、朋友等）——的缘故吧？See R. Cotterrell, *Law, Culture and Society: Legal Ideas in the Mirror of Social Theory*, Aldershot: Ashgate, 2006, pp. 68-69.

[65]参见[德]哈贝马斯：《公共领域的结构转型》，曹卫东等译，上海：学林出版社，1999年；黄宗智：《重新思考“第三领域”：中国古今国家与社会的二元合一》，《开放时代》2019年第3期。

[66][德]哈贝马斯：《公共领域的结构转型》，曹卫东等译，上海：学林出版社，1999年，“1990年版序言”，第29页。

[67]参见孙笑侠：《法的现象与观念》，北京：群众出版社，1995年，第66页以下；葛洪义：《探索与对话：法理学导论》，北京：法律出版社，1996年，第320页以下。

[68]谢晖：《价值重建与规范选择——中国法制现代化沉思》，北京：法律出版社，2019年，第216-217页。

[69]参见龚刚强：《法体系基本结构的理性基础——从法经济学视角看公私法划分和私法公法化、公法私法化》，《法学家》2005年第3期。

[70]See Kate Andrias and Benjamin I. Sachs, “Constructing Countervailing Power: Law and Organizing in an Era of Political Inequality”, *Yale Law Journal*, Vol. 130, No. 3, 2021, pp. 546-635.

〔责任编辑：马立钊〕