

婚姻家庭立法的同一性原理

——以婚姻家庭理念、形态与财产法律结构为中心

金 眉^{*}

内容提要：从传统到现代社会，中国人的婚姻家庭理念、形态与财产法律结构发生了巨大的变化，有关婚姻与家庭的观念与生活呈现多元的状态。婚姻不再具有在古代那样的当然的意义，但仍然被视为男女结合的主流方式；单一的宗法意蕴已经转变为传宗接代与生育乃至不生育并存；婚姻仍然具有联姻的功能，只是其重心与往昔已有根本的不同，那就是两个姻亲家庭都要服务于新建立的小家庭，但中国人内置于婚姻家庭中的人生意义追求并没有改变。不论在农村还是城市，夫妻关系都成为家庭关系的主轴，传统的家庭同居共财制为夫妻财产制所取代。夫妻内部的财产关系、与扩展家庭的关系和与双方父母的关系分别受到挑战，但传统的共同、协助、孝道以及男女平等的新传统仍然是人们尊重的价值，对此立法者应有足够的尊重。

关键词：婚姻家庭法 同一性原理 从夫居 同居共财 夫妻财产制

同一性原理是日本学者千叶正士将其作为法人人类学的基础概念而提出的，指决定各个法律文化性质的根本原理，它揭示出一个国家的法律即使不断变化，但其内在的文化同一性仍然保有持续性。^{〔1〕} 婚姻家庭法作为一国的固有法，它最典型地反映着自己民族文化的特性。历史上，中华民族曾经形成了自己独特的法律文化，并对东亚地区法律的发展产生了悠久而深刻的影响，成为独树一帜的中华法系。近代以后，中华法系解体，作为母国的中国转而移植西方法律。今天，在成功地接受了西方的婚姻家庭法则之后，我们需要回过头来正视自己民族在历史与现实婚姻家庭生活中凝聚的智慧、价值和精神，检讨法律是否充分反映了中国人蕴藏于婚姻家庭中一以贯之的生活原理。

* 中国政法大学教授。

本文是中国政法大学校级科研项目“中国特色亲属法的哲学基础研究”（20116058）、教育部人文社会科学2014年一般项目“新中国婚姻家庭法的历史与理论研究”（14YJA820011）的阶段性成果。

〔1〕 千叶正士对同一性原理有深入的研究，详见其著作《法律多元——从日本法律文化迈向一般理论》（强世功等译，中国政法大学出版社1997年版）、《亚洲法的多元性构造》（赵晶等译，中国政法大学出版社2017年版）。

一、婚姻在中国的语源、意义及其变迁

(一) 传统中国观念中的婚姻

男女两性的结合，在历史上是先于礼法就已存在的人类生活，当社会对其冠以婚姻之名的时候，也标志着社会对此类行为予以规范的开始。在古代中国，不是所有的男女结合就一定会形成婚姻，只有符合礼法的规定，举行了男娶女嫁的礼仪，结为夫妇，才能称之为婚姻。翻检古代文献，我们会发现，“婚姻”一词，古人既有合称而用，也有拆分而论，且在多种意义上使用：一是用婚与姻分别指结婚的男女本人；⁽²⁾二是指姻亲关系；⁽³⁾三是指婚姻嫁娶仪式。⁽⁴⁾在此有关婚姻的三种语义中，第一种是将婚姻释义为婚配中的男女主角，而第二种语义是将婚姻释义为男女双方各自家庭的家长与围绕两个家庭存在的亲属团体，第三种语义则是围绕从夫居而举行的嫁娶仪式。因此，“婚姻”一词在古代具有多重语义，但核心的内容无非是婚姻所涉及的人群、婚姻成立需要具备的仪式和婚姻形态。在这些古典释义中，婚姻涉及的人群不仅包括结婚的男女本人，还包括男女双方的家长和亲属。可以说，中国式婚姻的成立是以履行符合礼法的嫁娶仪式为前提，它是建立在以男女个人为主角基础上的两个家族的联合，姻亲之间具有休戚与共的特点，而嫁娶仪式的采用不仅是对礼教的遵从，更重要的是产生从夫居婚姻形态的结果——因婚姻而形成的小家庭被纳入男系家族系统，承担传承上下代系的责任，夫族本位最终形成，由此确保了宗法社会结构的建立与延续。但是将继嗣与婚姻相联的一个直接后果是个体在婚姻中沦为婚姻价值实现的工具而失去主体的地位。因此婚姻不是为个体设立，个人不是婚姻的主体而只是主角，在有尊长的场合，结婚的男女常常也不是法律责任的主要承担者。

以上所据文献资料并非出自法律的规定，但可以肯定的说，它们是传统中国人对于婚姻语词的理解。不仅如此，国家法律也是认可这样的语义解释的。《唐律疏议·户婚》“居父母夫丧嫁娶”条：“知而共为婚姻者，谓妻父称婚，婿父称姻，二家相知是服制之内，故为婚姻者，各减罪五等，得杖一百。”⁽⁵⁾地方官吏也是按照这样的理念来认定当事人是否存在婚姻关系的：“至于胡五姐，则当究问，昨来是何人主婚，是何人行媒，是何财帛定聘，是何财帛回答，是何人写婚书，是何时成礼，成亲之夕，会何亲戚，请何邻里，宴饮用何人庖厨？”⁽⁶⁾

显然，在传统中国，法律规范中内存的婚姻意义与知识精英和民众主流的内心认同是统一的，存在于人们心中的婚姻观念与礼、法的规范和司法官吏的执法具有内在的统一性，

(2) 《礼记·经解》引郑注：“婿曰昏，妻曰姻。”《礼记·昏义》叙：“娶妻之礼，以昏为期，因名焉。婿曰昏，妻曰姻。”转引自陈鹏：《中国婚姻史稿》，中华书局1990年版，第1页。

(3) 《说文》女部：“婚，妇家也。（释亲曰妇之父为婚，妇之党为婚兄弟。）……姻，婿家也。（释亲曰婿之父为姻。妇之父母、婿之父母相谓为婚姻，婿之党为姻兄弟。）”（汉）许慎撰、（清）段玉裁注：《说文解字注》，上海古籍出版社1981年版，第614页。

(4) 唐孔颖达《疏》谓：“男以昏时迎女，女因男而来，……论其男女之身谓之嫁娶，指其好合之际，谓之婚姻，其事是一，故云婚姻之道，谓嫁娶之礼也。”转引自陈顾远：《中国婚姻史》，商务印书馆1998年版，第3页。

(5) （唐）长孙无忌等撰：《唐律疏议》，中华书局1983年版，第257页。

(6) 中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校：《名公书判清明集》，中华书局1987年版，第144页。

传统社会由“民众—知识精英—统治阶层”所构成的社会系统，与由“礼俗—礼法—国家法律”所构成的规范体系达成了内在精神上的高度同质，因此出礼即入法，而礼又扎根于民众的日常生活之中。这种精神上的高度同质集中表现为对儒家礼教的认同，形成宗法的婚姻家庭观念，所以婚姻的意义和功能一直被界定为“合二姓之好，上以事宗庙，而下以继后世”。⁽⁷⁾这是一个以男系为中心的宗法观念，婚姻成为将已逝的祖先和未来的后人连结起来的不可或缺的一环，它通过两个家族的联姻来实现传宗接代的目的。此一宗法观念从根本上决定了生育与繁衍只有存在于婚姻中才是正当的，这意味着男女结合只有在符合礼教嫁娶仪式后才能得到社会的认可。因此，“礼合”与“野合”就是区分男女结合是否具有正当性的界限，也是人与禽兽、文明与野蛮的区别。

在古代思想的逻辑中，人与天地万物为一体，彼此相通而具有自生的秩序一致性，就如《易·序卦》所言：“有天地然后有万物，有万物然后有男女，有男女然后有夫妇，有夫妇然后有父子，有父子然后有君臣，有君臣然后有上下，有上下然后礼义有所错。”⁽⁸⁾在这个相通的世界中，人的理性自觉推动着人类建立属于自己的社会制度。它通过人与动物的区别、人与人之间的区别达成：首先是人类两性结合与动物雌雄结合的区别，它以男系传宗接代为目的、以嫁娶仪式为外在表现；继之而起是家庭、家族成员内部基于性别、长幼形成的区分，即父母子女、兄弟姐妹、夫妇之间的等差，由此将家内等级秩序推广行之于社会，就形成了等差有序的社会秩序。所以，婚姻成为一切社会关系的渊源。⁽⁹⁾

古代中国人正是将婚姻作为人世的起点而加以肯定和规范，占据主流的儒家思想更是将人们追求生命不朽的努力纳入礼教的轨道，通过婚姻来实现传宗接代的目标，实现生的永恒。这与佛教放弃家庭、脱离尘世修行和基督教对婚姻的消极、怀疑甚至否定的态度显然不同。在西方，人与神的分裂是西方社会的秩序之源，心灵中的宗教—道德与世俗的经济—政治构成了西方社会秩序的两个方面，所以信教的西方人认为信仰是幸福的源泉和终极，中国人则以生命的传承绵延不朽为自己幸福的起点和终极。“丈夫生而愿为之有室，女子生而愿为之有家。父母之心，人皆有之”，⁽¹⁰⁾婚姻既是中国人幸福的组成部分，同时也是中国人的一种责任。这种有别于动物的文明秩序，既是古代中国人的骄傲和人能立足于万物的根本，同时也培育了中国人由婚姻到家庭再到国家相联的家国情怀。在此制度设计中，人们想象个人、家庭与国家的利益是互通互益的。由于世系传承居于家庭利益首位，因此个人的利益包含在家庭利益中，同时也服从于家庭利益。法律则将家长看作子女和家庭利益的代表人，赋予其决定婚姻是否成立的权利，因此就男女个人而言，婚姻是不完全自主、不完全自由的，传统所谓的“父母之命，媒妁之言”才是决定婚姻成立的要素。

（二）近代以来婚姻意义的分裂与多元

近代以来的中国礼法瓦解，政党意识形态占据了主流，法律取代传统礼法成为调整婚姻家庭关系的主要方式。自民国以后，虽然历届政府的法律都没有对婚姻作出定义，但我

(7) 《礼记·昏义》，陈戌国点校《四书五经》上册，岳麓书社2003年版，第665页。

(8) 同上书，第209页。

(9) 对此陈鹏先生一语中的：“婚姻基于天地阴阳自然之性，为人伦之本，家始于是，国始于是，社会之一切制度，莫不始于是，是为中国古代婚姻观念之又一特点。”前引(2)，陈鹏书，第16页。

(10) 《孟子·滕文公下》，前引(7)，陈戌国点校《四书五经》上册，第90页以下。

们仍能从法律条文推导出立法者心中的婚姻理念。

1950年婚姻法第1条规定：“废除包办强迫、男尊女卑、漠视子女利益的封建主义婚姻制度。实行男女婚姻自由、一夫一妻、男女权利平等、保护妇女和子女合法权益的新民主主义婚姻制度。”该条的一个内涵是法律在废除尊长婚姻决定权的同时将自主决定自己婚姻的权利赋予了个人，个人在法律上成为了婚姻的主体。第3条规定：“结婚须男女双方本人完全自愿，不许任何一方对他方加以强迫或任何第三者加以干涉。”该条强调婚姻必须是男女双方本人的合意。第6条规定：“结婚应男女双方亲到所在地（区、乡）人民政府登记。凡合于本法规定的结婚，所在地人民政府应即发给结婚证。凡不合于本法规定的结婚，不予登记。”依该条，婚姻的成立需要履行法定程序。若将这三层意义串联起来，那法律上的婚姻指的就是男女双方在自愿的基础上、按照法律规定的形式缔结的一夫一妻婚姻，这也正是今天的西方国家法律关于婚姻的概念。^{〔11〕}

与传统的婚姻观已有很大的不同，现代法律认同的婚姻已经摆脱了家族责任的束缚而成为纯粹个体之间的事务，男女个人享有法律上的婚姻自主权，成为婚姻真正的主体，自然也是权利的享有者和义务的承担者。与此同时，国家法律取代礼俗获得了婚姻领域的管辖权。从其渊源上讲，现行法已经脱离了礼法而主要是借着于对西方近现代法律的移植而建立，其实现更多的是借着于政党与政府力量的推动。但是民众的婚姻家庭生活在很大程度上还是昨天的继续，尽管礼教已被政党意识形态所否定，但它仍在生活中顽强地发挥着作用，比如介绍人、主婚人、证婚人等角色的存在，婚礼仪式的举行，嫁与娶的心理与相应的习惯等，都仿佛在证明它的无处不在。今天的社会与往昔的一个不同是国家取代王朝、政党意识形态取代儒家礼法成为了主流，传统婚姻需要合礼、合法的要求现在已经变成了单一的合法，过去结婚需要举行婚礼的要求变成了双方到婚姻登记机关的登记，礼法退却了，但国家的管束增加了，进退之间是原有礼、法规范系统的解体和新的制度规范的建立。这是历史的必然，但是又有几许无奈，因为这种必然是以与自己民族的历史传统割裂、以社会伦理分裂为代价的，结果是现代法律对于婚姻的认定与知识精英、民众的心理认同并不总是一致。

显然，法律规范中内藏的婚姻与人们认知的婚姻有了分离。不仅如此，法律规范所追求的价值与现实世界也有了分离。传统婚姻并不将男女个人视为婚姻中完全的主体，这是因为传统社会并不将个人视为独立的主体，而是将其视为家庭、家族的一分子，个人的婚姻需要服从于家庭、家族的利益，所以礼法更多地将婚姻看作是关系的联合而不仅仅是个体感情的联合，在此之下存在的婚姻行为不仅与法律追求的价值、人们的理想具有统一性，而且具有相对的稳定性。但是现代婚姻法不同，它追求以爱情作为婚姻的基础，同理，当感情破裂时，婚姻就应当解除。尊重个人的情感，这当然是历史的进步。理想状态的婚姻应该是感情、性和婚姻的统一。但事实上，在现代社会，婚姻观念与两性生活都已经多元，独身、不育、婚外生育、婚外恋、同性婚恋等现象的存在，说明现代人的性、爱、生育与婚姻的分离远超古代社会，呈现统一与分离并存的状态，这一切皆是因为现代社会进入了多元的时代。

〔11〕 德国联邦宪法法院认为：“婚姻指的是男女双方在自愿的基础上、按照法律规定的形式缔结的一夫一妻婚姻。”这虽然是来自于德国家庭法的定义，但很符合中国法律的概念。见〔德〕迪特尔·施瓦布：《德国家庭法》，王葆苜译，法律出版社2010年版，第11页。

传统中国社会是建构于血缘关系之上，其价值观也主要在亲缘和家族关系中得到体现，个人受制于家族利益的婚姻观正是这种社会结构关系的体现。现代社会则不同，它以改变宗法中国、解放个人、实现平等为目标。在此社会中，每个人都在法律上获得了平等的地位，个人自主决定自己的事务包括婚姻，同时也独立承担自己的责任。因此，中国现代婚姻家庭制度自始是以推进个人本位社会的建立而建构，至今则是以个人本位社会的存在为法律修订正当性的基础。

近代以来中国的历史围绕着国家的独立和个人的解放而展开。在法律上，个人的解放是以身份的解放为核心而展开，它包括将子女从父权、妻子从夫权、个人从族权以及改革开放以来个人从公权力的肆意干涉下解放出来。但一个不容否认的现象是，传统中国社会关于婚姻家庭的价值取向、礼法规范、精英与民众的认知以及行为基本上是统一的，其法观念包括天理、国法和人情，而三者又是通过理相通。所以，国法能够而且必须上承天理下合人情，否则，就不能称之为国法。作为礼教核心内容的三纲五常，在传统中国，是上自社会精英下至普通民众的准则，也是人们评价法的正当性准则。传统法律在情理上的统一，不仅表现在上至君臣、下至庶民百姓有着统一的认同，也表现在官吏的理想追求与作为判案依据的法理是统一的。观古代判案，基本上是依法论断，但又在特殊情形下辅之以情理。情理的运用是要纠正和补充面临新情况时依法论断可能出现的偏离主流道德价值的结果，此间依据的法理、情理是统一的，因此古代人常用“案结事了”这样的说法来说明当事人服判的状态。^{〔12〕}但是今日中国社会则不同，现代中国人的道德是多元和纷乱的，政党政治的结果让中国人的道德具有了两面性，政治意识形态的介入，有时混乱了道德主流与非主流的界限，而来自西方的因素则增加了道德价值的多元性。客观地说，现今的中国社会在物质生活上已经取得了巨大的进步，但至今未能形成一个为社会整体——社会精英与广大民众共同普遍认可的核心价值体系，法律规范中内存的意义与民众心理并不完全统一。如果国法与情理不能达致内在的统一，国法的正当性就是需要质疑的。

二、婚姻家庭形态、结构原理及其变迁

（一）传统中国婚姻家庭形态及其结构原理

传统中国的婚姻以聘娶婚为主要的婚姻形态，男子迎娶女子到男家成婚，新妇以夫家为居所生活，成为丈夫家庭的成员，通常情形下终老于夫家。其劳动成果归于夫家，生育的子女属于夫家，姓丈夫的姓氏，妇人与丈夫一起共同承担赡养男方老人与抚育子女的职责。这是典型的从夫居家庭形态。

从中国婚姻的宗旨看，从夫居家庭形态在法律上的确认和礼俗上的践行保证了男系中心主义的实现和男性世系系统的完整与延续，只是女性不是以平等的配偶身份而是作为配角融入男方家庭，成为男系世系延续的工具，其价值只局限于婚姻和家庭中。这种形态的缺陷显然不符合现代社会男女平等的价值，但在功能上却能保障家庭的持久存在，当夫妻离异或者一方死亡之后，原来的家庭仍然存在，并不存在家庭解体 and 家产随意分散的情形，

〔12〕 此类资料繁多，不复列举，经典者可见宋人《名公书判清明集》和明、清官员以及幕吏的判牍文集。

因此,家和家产可以继续发挥赡养老人和抚育儿女的作用。在一个没有社会保障体制的社会,也许这样的制度性安排才能从根本上保证婚姻宗旨和家庭职能的实现。

男子结婚在传统中国不仅代表着成家的意义,同时也意味着在家族世系的延续中,新的一房的形成。最初,无论从礼教还是法律上讲,结婚后成立的夫妻小家庭都不是独立的家户,他们必须以大家庭成员的身份,与其他家庭成员一起过同居共财的生活。在此期间许多夫妻会生育自己的子女,有的家庭可能会在尊长的主持下分家析产,只有在此之后,夫妻小家庭才与父母、祖父母大家庭在经济上分开,独立核算、分开消费和生活。但是在身份的意义,分开后的小家庭仍然保留了与大家庭的血缘联系,犹如树枝与树根的关系一样,它只是原有家庭的一个分枝(民间俗称为“房”),与父母、祖父母代表的宗在血缘上一脉相承。

因此,对于中国大家族而言,聚与分都是其存在的状态。在血缘的意义上,聚是永恒、不可分的,但在财产的意义,家庭又是可分的。随着分家析产不断独立出房,也不断产生新一代的家户,新户的家庭成员之间若未经过财产分析,则又形成同居共财的关系。⁽¹³⁾所以,在古代中国人家庭生活的聚一分循环中,分的同时代表的是房的独立,但不变的是对祖先的崇拜和同居共财原理在各房的持续沿用。

存在于传统中国的家庭模式既包括祖父母、父母和孙子女在内的大家庭,也包括分家析产之后形成的父母子女小家庭,但不论何种模式,它的基本人群都是由父母、夫妻、子女、兄弟、姐妹组成。在这个庞大的家族人群中,父子与兄弟关系构成了家庭的基本结构,对此,娶进来的妻子和嫁出去的女儿以及自己的姐妹都不影响结构的完整,婚姻只是围绕着这样的结构展开。父子与兄弟关系所构成的家庭结构在传统中国人的观念中是由宗一房(支)来表达,宗是各房血缘的源头,而房则是宗的延续与扩展。从严格意义上讲,在中国谱系中,宗是指男性始祖,因为五世迁祖易宗,所以宗通常指的就是以高祖为始祖的大家庭,其下的各小家庭就是房。⁽¹⁴⁾不过在民间,房又是一个变动的概念,对上而言是房,对下而言则是宗。若以祖父家庭为宗,则父亲及其兄弟家庭就为房;同理,若以父亲家庭为宗,则其下生育的诸子家庭就是房。

在父子与兄弟构成的网络结构中,父子是相对于上下世系而存在的关系,构成家族(家庭)关系的纵向结构;兄弟则是相对于平辈而存在的关系,构成家族(家庭)关系的横向结构。由于婚姻强调的是世系的延续,因此家庭关系结构的主轴是一代又一代的父子关

(13) 滋贺先生对此有精湛的研究。参见[日]滋贺秀三:《中国家族法原理》,张建国、李力译,法律出版社2003年版,第45页。

(14) “五世”即五个世代,是传统中国人划分旁系血亲的边界。作为一种观念和制度,它至迟在西周就已确立。《礼记·大传》就有详细记载:“别子为祖,继别为宗,继祚者为小宗。有百世不迁之宗,有五世则迁之宗。百世不迁者,别子之后也。宗其继别子(之所自出)者,百世不迁者也。宗其继高祖者,五世则迁者也。”其中的“百世不迁”是大宗宗法,其特点是设定某一男性始祖,从诸子分家开始,各自形成宗支,代代嫡承庶分,形成百代不迁的宗族。大宗宗法的实行以西周王位宗法制为典型,在秦汉以后大多采行于帝王、王侯之家。“五世则迁”是小宗宗法,原理与大宗宗法相同,只是世代的计算以五世一次迁祖易宗为一个宗族,强调同一个高祖所出子孙后代之间五世以内的再从兄弟关系,从纵的方面讲,包括高、曾、祖、父、己身;从横的方面讲,就是己身、兄弟、从兄弟、再从兄弟、三从兄弟。各再从兄弟之间,若上溯五世同出一个高祖,就属于同宗同族,属于具有权利义务关系的有服亲属,过此就不是礼教和法律意义上的亲属。参见杨际平等:《五—十世纪敦煌的家庭与家族关系》,岳麓书社1997年版,第155页以下。

系而不是兄弟关系。^[15] 父子关系作为家庭关系的主轴，日本学者滋贺秀三曾经很经典地阐发了这一主轴关系的观念基础：人的血脉是由父亲传给儿子的，不论这种血统经过多少世代也不丧失血缘的同一性；而且这种血缘是生命的本源或生命本身，每个人的本性由此所规定。将这样意义上的血脉用中国话来表达，与其用“血”倒不如用“气”这一语词。正如所谓的“父子至亲，分形同气”一样，父与子从现象上来看是两个个体（分形），而在两者之中生存着的生命则是同一的（同气），即在观念上，子无非是父之生命的延长。“父子一气，子分父之身而为身”、“虽云三世（祖、父、子），合之一体，非有分者也”，这类场合中的“一气”“一体”之语，也是同样思想的表达。视己之身为亲之生命的延长，视亲之身为己之生命的本源，于是不加区分地视两者为一个生命的连续，这也可以说是中国人的人生观之基本。^[16]

“气”的观念的形成，让血缘成为了可以跨越时空的生命延续，让“父子一体”具有了高度抽象的哲学基础。但是“一体”只是用于表达血缘的本源同一，并不意味着无序，长幼辈分的区分让父子身份分出了尊卑高下。事实上，父子结构关系内部既存在相互依赖，又存在等差。相互依赖代表着传统中国家庭内的合作精神，表现为“父子一体”的观念。在这样的关系结构中，家庭作为人类的初始集团，为其成员提供生活保障和精神支持，所以家是一个独立的共同体，家内成员自出生起就享受作为家子的待遇，这促生了古代中国人的思乡恋家情结终生不解。而父子结构内含的等差关系，表现为“父为子纲”，它使得存在于家内的权力等差借助于儒家关于孝与忠的解释而与社会等差相沟通，家内秩序与社会秩序在家父权的基础上取得结构和功能上的内在一致性，二者相互依存，共为消涨，这在学界常被称为家国同构。

构成家族（家庭）关系的另一结构是兄弟关系。它虽然是对平辈关系的表达，但若将其放到世系之中，它又同样构成传承祖先血脉的一环。因此，在儒家看来，它是与君臣、父子、夫妇、朋友并列的人伦关系。^[17] 传统中国人常用一个人的手与足不可分来比喻兄弟关系，这种至亲关系的基础是人们认为他们来自于同一父亲的“气”。^[18] 将兄弟分形共气的理念推而广之于宗族之内，那么结论就是同一祖先之下的人们同气连枝（女性显然不在其中），类似的说法屡屡见于后世族谱中：“一祖分派，同气连枝”“世数虽远皆一气也”。^[19]

正是“气”的同源，让兄弟在面对外部世界时，能够一致对外，这就是《诗经·小雅·常棣》所说的：“兄弟阋于墙，外御其务”。^[20] 同理，“共气”消除了诸子之间因母亲的身份而形成的差别，也许正是这样的观念支配着诸子均分财产制度的形成。所以我们看到，

[15] 参见 [美] 许烺光《宗族、种姓、俱乐部》，薛刚译，华夏出版社 1990 年版，第 58 页。

[16] 前引 [13]，滋贺秀三书，第 29 页。

[17] 《中庸》：“君臣也，父子也，夫妇也，昆弟也，朋友之交也，五者天下之达道也。”前引 [7]，陈戌国点校《四书五经》上册，第 10 页。

[18] 按照理学的宇宙生成论，阴阳二气交化合生万物，人与万物一样，都是气的聚合之物，兄弟同受父母之气，自然最亲不过，这在古代文献中多有记载。《颜氏家训集解》：“兄弟者，分形连气之人也，方其幼也，父母左提右挈，前襟后裾，食则同案，衣则传服，学则连业，游则共方，虽有悖乱之人，不能不相爱也。”见（北齐）颜之推撰，王利器集解《颜氏家训集解》，上海古籍出版社 1980 年版，第 37 页以下。另参见费成康主编《中国的家法族规》，上海社会科学院出版社 1998 年版，第 231 页，第 321 页。

[19] 前引 [13]，滋贺秀三书，第 30 页。

[20] 前引 [7]，陈戌国点校《四书五经》上册，第 349 页。

兄弟之间虽然存在长幼之差和嫡庶之别,但相对于三纲,礼教对于兄弟关系的定性不是等差关系,而是强调兄对弟的关爱和弟对兄的恭敬,强调通过彼此的敬重所达到的和睦。^[21]

常与兄弟关系作比较的是夫妻关系,但它显然不是传统家庭的主轴,因为只要婚姻被赋予传宗接代的功能,就决定了婚姻的起点和归宿都是以家庭(家族)为基点,也决定了世系的传承与延续高于个人的价值和幸福,作为夫妇的个人在婚姻中就只起到工具作用,而不能成为家庭关系的主轴。但夫妻关系并不因此而不重要,相反,它因为是人伦关系的起点而格外受到中国人的重视。关于夫妻关系的定性与父子关系类似,夫妻同体合一是其中的一种定性,这在古典文献中随手俯拾。^[22]不过夫妻同体合一是就结婚形成的共同体而言的,也即对外和上下传承的意义而言;就其内部关系结构而言,妻不能处于与夫平等的地位,从夫居的婚嫁方式和财产按照男系世系相传的规则决定了妻在夫妻关系中只能居于从属地位,因此礼教又有“夫为妻纲”来定性夫妻之间的尊卑等差关系。这种既属同体又存差异的关系属性成为传统法律调整夫妻关系的内在义理,表现为在世系传承的意义上,法律视夫妻为密不可分的共同体,强调妻处于与夫同等的“相合”齐体的地位;但在夫妻内部,法律又明确夫妻身份不同,强调双方是尊卑、主从的关系,存在天与地的等差。以中国传统法律的代表唐律为例,这样的逻辑被法律反复强调。^[23]

综上所述,父子关系构成了家庭关系的纵向延续,兄弟关系则构成了家庭关系的横向扩展,纵横相连也就形成了宗与支(房)的家庭(家族)结构。其中,支配中国家庭的主要结构关系是父子关系,而兄弟关系是父子关系的平行衍生,夫妻关系则被视为一切亲属关系的源头,所以传统中国人在家庭关系中最看重的是父子、兄弟和夫妻关系。^[24]在此三对关系中,父子、兄弟是基于自然血缘形成的关系,唯有夫妇是人为制造的社会关系,随人们的意愿缔结或者解除。人们常将兄弟关系与夫妻关系相比较以证明手足之情高于夫妻之情,藉此道理来排除人为因素对兄弟和睦的干扰。《武肃王钱鏐遗训》:“古云:‘妻妾如衣服,兄弟如手足。’衣服破,犹可新。手足断,难再续。”^[25]

在古代思想中,关于三者内部的关系既有“父为子纲,夫为妻纲”的伦理,也有“父子一体、夫妻一体、兄弟一体”的伦理,彼此之间是怎样的关系?解读其间的奥妙,我们

[21] 如《礼记》:“何谓人义?父慈,子孝,兄良,弟弟,夫义,妇听,长惠,幼顺,君仁,臣忠,十者谓之人义。”见前引〔7〕,陈戌国点校《四书五经》上册,第516页。《浦江郑氏义门规范》:“凡为子者,必孝其亲;为妻者,必敬其夫;为兄者,必爱其弟;为弟者,必恭其兄。”见前引〔18〕,费成康主编书,第254页。

[22] 《仪礼·丧服》:“夫妻胖合”“夫妻一体”。见陈戌国点校《周礼·仪礼·礼记》,岳麓书社1989年版,第220页。《白虎通·嫁娶》:“妻者,齐也,与夫齐体。”见法学教材编辑部:《婚姻立法资料选编》,法律出版社1983年版,第62页。宋孙觉春秋经解“独阳不生,独阴不成。故有天则有地,有日则有月,男女之义,婚姻之礼,天地之道,人伦之本也。”见前引〔2〕,陈鹏书,第14页。清御纂周易程传:“天地万物之本,夫妇人伦之始,所以上经首乾坤,下经首咸,继以恒也。天地二物,故两卦分为天地之义,男女交合,而成夫妇,故咸与恒皆二体,合为夫妇之义。”见前引〔2〕,陈鹏书,第14页。

[23] 前引〔5〕,长孙无忌等撰《唐律疏议》一再强调:“夫为妇天,尚无再醮”(第257页);“夫者,妻之天也”(第16页);“妇人从夫,无自专之道”(第268页);“妻之言齐,与夫齐体,义同于幼”(第409页);“依《礼》,日见于甲,月见于庚,象夫妇之义。一与之齐,中馈斯重”(第255页);“妻者,齐也,秦晋为匹”(第256页);“伉俪之道,义期同穴,一与之齐,终身不改”(第267页),等等。

[24] 《颜氏家训集解》:“夫有人民而后有夫妇,有夫妇而后有父子,有父子而后有兄弟。一家之亲,此三而已矣。自兹以往,至于九族,皆本于三亲焉,故于人伦为重者也,不可不笃。”见前引〔18〕,颜之推撰《颜氏家训集解》,第37页。

[25] 前引〔18〕,费成康主编书,第229页。

需要回到问题的原点。在传统中国人的观念中，父与子、夫与妻分别被置于阳与阴的地位，其相互关系是由道的运行原理来决定。在中国经典中，阳与阴的关系是对立统一，其中对立中有相涵相摄，相涵相摄中又有支配，阳在其中起着主导和支配作用，形成阴阳合一、阳主阴从的结构。因此就父子、夫妻关系而言，所谓的“纲”实质上是将处于阳与阴位置的父与子、夫与妻分别置于尊与卑的地位，由此规定彼此之间的等差。兄与弟之间的关系虽然也是对应于阳与阴，但在儒家经典中并没有演绎成纲常，彼此之间的等差显然要弱于前述两种关系。但无论如何，父子、兄弟关系因为同气而成为一体，夫与妻因为传宗接代而结为一体，家庭所有的成员在世系延续的目标上达成了统一，在伦理上就表现为礼经所谓的一体论：“父子一体也，夫妻一体也，昆弟一体也，故父子首足也，夫妻畔合也，昆弟四体也。”⁽²⁶⁾

显然，儒家理想的社会不是对抗的，而是父子有亲，君臣有义，夫妇有别，长幼有序，朋友有信的有序社会。⁽²⁷⁾同理，家庭内部是共生共荣而不是对抗、对立的关系，理想的状态则是主从有序、和谐一体。所以我们看到民间社会反复强调彼此之间有序而和睦的道理。《临安钱氏谱例》：“凡宗族当循次第，长幼有序，尊卑有别，子孝父慈，兄友弟恭，礼亦如一。背者以不孝、不悌论。”⁽²⁸⁾《盘谷高氏新七公家训》：“谋国则当尽忠，事亲则当尽孝；夫和而义，妻柔而正，兄爱而友，弟敬而顺。”⁽²⁹⁾

将家庭成员按照阴与阳的属性划分等差，强调主从和谐一体的思想直接促成了中国传统婚姻家庭法律制度的构建和发展，其制度设计是建立在“别”与“和”的基础上。“别”的初始意义是人与动物不同，强调婚姻合乎礼教，实现传宗接代的功能；继之而起的区别是在家庭成员内部划分出等级，这在古代中国是借助自然存在的性别和年龄差异来实现的。所以“别”的进一步的意义在于确定了男女、长幼、夫妻、父子、兄弟的区分。这些有关男女、长幼的区分最终都被分置于阳和阴，形成男尊女卑、尊长卑幼的礼教伦理和法律上相应的权利义务。

对于传统中国人而言，“别”与“和”并不仅仅是礼教和法律的内容，事实上，也是其生活的逻辑。中国婚姻所包含的世系传承内涵，在精神生活的意义追求上将家庭成员凝聚为一体，而各自在其中所担当的角色和承担的责任又让彼此存在差异，构成精神生活领域的有序和谐。在日常生活中，尽管传统家庭结构是以父子结构为主轴，但其内部缺乏使父家长制绝对化的经济基础，因为对于普遍存在的小农家庭而言，男耕女织的角色分工带给家庭成员的是家庭内的相互依赖、合作而不是对抗。与工业生产相比，农业生产的周期缓慢，分工细密，工作是家庭活动的一部分，夫妇子女都从事经济生产，这种经济形态要求生产以家庭为单位，家庭的作用超过个人。不仅如此，男耕女织的模式还在生产制度上强化了性别合作、依赖的经济基础。在传统中国，读书、做官、种田、经商、对外交往联络，以俸禄、钱粮养家糊口，以威望、地位光宗耀祖，被认为是男子的职分，女人的职分则主要是家务、生养、行孝，前者主要活动于家外，后者主要作为在家内，但从构成家庭生产

(26) 前引〔22〕，陈成国点校《周礼·仪礼·礼记》，第220页。

(27) 《孟子·滕文公上》，参见前引〔7〕，陈成国点校《四书五经》上册，第88页。

(28) 前引〔18〕，费成康主编书，第237页。

(29) 同上书，第248页以下。

的劳动看,男子的“事农桑”和女子的“务蚕织”构成生产活动的整体,这种分工模式更强调彼此之间的合作、依赖而不是对抗,强调家庭的共同利益而不是个体的利益。

(二) 当代中国婚姻家庭形态及结构原理的变迁

当代中国与传统社会的一个显著不同是从夫居家庭形态的改变。传统的婚姻要求婚后新妇以夫家为居所生活,成为丈夫家庭的成员,夫妻与男方父母同住,所有的活动都是以男系为中心展开。但在今天,城市普遍存在的是婚后与父母分居,自立门户,经济独立核算、独立生活的模式。不仅如此,从妻居现象开始增加,随母亲姓氏虽然很少,但一改过去男系姓氏一统天下的情形,观念中子女不再只被视为属于男系而是属于夫妻双系的子女,夫妻一起共同承担赡养双方父母与抚育子女的职责,结果则是与女系亲属的联系较过去大为增强。在农村,婚姻虽然还固执地保持着男娶女嫁从夫居的习俗,但婚后夫妻与公婆分家的时间较从前已大为提前,^[30]与过去相比,夫妻核心家庭摆脱了公婆代表的大家庭的束缚,但在地域上夫妻家庭仍身处男方家族的势力之内,与其家族保持紧密的联系。

与传统社会的另一显著不同是家庭结构的改变。解放后中国家庭结构的变化有两个关键的阶段:一是1950年代伴随着社会革命而带来的宗族的瓦解,^[31]二是1970年代以后国家实行计划生育政策,中国城市涌现出一大批结构简单、规模很小的独生子女家庭。家庭结构的核心理化使得社会的基本结构已从过去的扩展家庭转变为核心家庭成为社会的普遍形式。在城市,夫妻通常与未成年子女生活,成年结婚的子女通常不与父母、祖父母居住;在农村,婚姻虽然延续了传统的嫁娶方式,普遍采行从夫居,但婚后与夫家分家独立生活的夫妻家庭占据了主流。这意味着,不论在农村还是城市,夫妻关系都成为家庭关系的主轴,^[32]与之相随的是家族社会中的宗一支(房)在现代社会已经没有什么实质意义。世系的传承中由于增加了女性,因此在原有的单系外又增加了双系传承。在城市,后者越来越成为普遍的观念。

近代以来的中国在婚姻家庭领域接受了来自西方的法律理念,传统法律赖以建立的身份差异原理被摒弃,男尊女卑、长幼等差原则被平等原则所取代,取而代之的是主体法律地位平等,夫妻之间、父母子女之间、兄弟姐妹之间、祖父母外祖父母之间在法律上的平等共同构建了家庭关系的平等,成为法律追求的基本价值。法律摒弃了家族社会的经济基础——传统的家产制,改采夫妻财产制,而身份在法律上的退出不仅意味着子与女共同作为继承人的平等地位的确立,也意味着在婚姻中,原来作为配角的妻子取得了与丈夫平等的法律地位,由此决定了父母子女双系传承取代原来的父子结构成为家庭财产传承的核心。这一切都源于婚姻立法从家族主义到个人主义的转型。当法律以个人为本位时,个人也就

[30] 参见[美]阎云翔《私人生活的变革——一个中国村庄里的爱情、家庭与亲密关系(1949—1999)》,龚小夏译,上海书店出版社2006年版,第103页以下。

[31] 1950年代国家实行土地改革,族产被分到个人,宗族仪式被放弃,宗族以及与宗族相联的意识被作为革命的对象而解体,随后的集体化运动结束了家庭拥有土地和其他生产资料的历史,生产由生产队组织的方式直接导致了父家长权威的衰落。而城市工资制和农村工分制的实行,使得男女并肩工作,同工同酬,男女平等具有了经济基础,直接导致了在现实婚姻家庭生活中,夫妻关系逐渐成为家庭关系的主轴,核心家庭成为社会的普遍形式。参见上引阎云翔书,第239页以下。

[32] 同上书,第101页以下。

被视为社会的基本构成单元，成为价值的最终源泉和终极的权利主体。⁽³³⁾ 个人主义的采用在传统夫妻同体合一而有等差的关系原理中加入了别体主义的因素，即夫妻人格独立、平等，这是历史的进步，但无疑也增加了婚姻双方的对立、矛盾和维系的困难；不仅如此，伴随着个体价值确立的是人的尊严的确立，这改变了传统的家庭关系中男尊女卑、尊长卑幼的不平等地位，确立了父母子女以及其他家庭成员相互之间在法律上的人格平等。

三、家庭财产的法律结构及其转型

(一) 传统中国家产制的法律结构与同居共财原理

正如前文所言，存在于传统中国的家庭模式既包括祖父母、父母和孙子女在内的累世同居大家庭，也包括分家析产之后形成的父母子女小家庭，在血缘上形成宗与支（房）的结构，而在生活状态上，决定二者是否独立的分界则是相互间是否存在同居关系。在传统家庭生活中，同居通常代表一种共同的生活状态，意味着家庭成员共同劳作、共同收益、共同消费、共同积蓄，但若从法律的性质而言，它则是指同住一起未分割家产，而不论同籍与否。⁽³⁴⁾ 所以共同生活仅仅是同居生活状态的一种表现形式，有时甚至连这种形式都毋需具备也构成同居。典型的例子是《史记》记载的汉代名臣张释之在京城做官与其在乡间的兄长“同居”。这样的观念放在现代法律的背景下是难以理解的。但是，正是因为共财的原因，使得居住地与“同居”并不构成必然联系，否则就很难理解异地异居的家人也可以存在同居关系。所以同居并不是指在同一家屋中居住，也不论是否在同一户籍下，而是指一种共财关系，在多数情况下还代表着一种共同生活状态。至于分家析产，它只是支（房）与宗的同居共财关系的结束，却又是以支（房）为独立核算单位的同居共财生活的开始。从此意义上说，同居共财就是贯穿于传统中国人家庭生活的原理，同时，借助于法律对三世同居共财的积极维护，⁽³⁵⁾ 它也是支配传统中国法律规范家庭财产的法律原理。

关于中国历史上同居共财的法律性质，日本学者曾经有过激烈的争论和深入的研究。⁽³⁶⁾ 在笔者看来，若从传统家庭的宗与房的结构着手，也许更能恰当地解析家庭财产的法律结构与原理。对于古代中国人来说，房的核心就是父子关系，一代一代的父子关系形成连续不绝的房嗣。房是一个团体概念，它意味着一个男子从其父亲的家族获得其应得的财产，建立一个以其房单位为中心的生活团体⁽³⁷⁾——家户，包括妻子和儿女。因此，各房对大家庭分割财产时，显然是作为按房共有的财产属性来分割。

当各房从父祖处分得财产后，以房为单位的家庭内部对财产所拥有的权利就又回归至同居共财的经济生活状态，房内的家庭成员对于本房的财产是共有和共享的关系。虽然就

(33) 参见卢风：《论生态文化与生态价值观》，《清华大学学报（哲学社会科学版）》2008年第1期，第95页。

(34) 对于同居，作为古代中国法律代表的唐律有明确的规定：“同居，谓同财共居，不限籍之同异，虽无服者，并是。”事实上，以后的历朝法律也是遵从这一解释的。见前引（5），长孙无忌等撰《唐律疏议》，第130页。

(35) 唐律规定祖父母、父母在，子孙不得别籍异财，违者处三年徒刑。按照疏议的解释，律所称的“别籍异财”，包括财异籍别、财同籍别及户同财异三种情况。只有在祖父母、父母令子孙分割家产时，才可以分割。见前引（5），长孙无忌等撰《唐律疏议》，第236页。

(36) 见前引（13），滋贺秀三书，第44页，第64页。

(37) 陈其南：《文化的轨迹》下册，台湾允晨文化实业股份有限公司1986年版，第13页。

法律的层面讲,有关家产管理、支配、处分的权利统于家长,他人无权干涉,但这并不意味着家长独享家产的所有权。因为所有权的另一内容——权益制约着对权利归属的认定。^[38]恰恰在权益上(指为所有人独享所有物的一般价值与使用价值的利益)古代家长不可能独享,他必须让家人共享家产的利益。^[39]事实上,在同居共财的人群中,任何个人无私产的禁规和观念又使得所有的同居个体在法律、道德的意义上都是任何共财的权利主体。

所以分割而来的财产在各房中又表现为同居共财的状态,当同居的人群面对同居者以外的人群(包括原来大家庭的其他房时),共财又排除了同居人群以外的其他人的所有权,表现出共同归属于同居人群的属性。因此,在常态下,同居共财生活中的财产表现出同居者共有共享的特性,但是在分割和继承的时候,又表现出按房所有的特点。

显然,上述家庭财产的法律结构与传统中国家庭的结构是彼此呼应而在原理上又相通一致,由于父子关系与兄弟关系构成了宗与支(房)的家庭(家族)结构,财产于是按照这一结构传承。由于作为支(房)的家庭成员包括兄弟,因此财产实际上是在父子兄弟之间分割和传承,即按照诸子代表的各房均分,这符合传统中国人父子一体、兄弟同气连枝的情理。

(二) 当代中国从家产制到夫妻财产制的转型

解放后的国家在实行土地改革的同时用新的行政机构与干部系统取代了过去以血缘与地方士绅为基础的基层权力体系,家族社会赖以依存的经济基础和政治基础解体,宗法意义上的宗一支(房)已经没有实质意义,在法律上也不承认其权利与义务。社会上存在的包括祖孙、外祖孙三代共同生活的大家庭,从形式上看虽然保持了传统社会的同居生活形式,但大多数已经“形同实异”,代际之间通常不存在共财的关系,而带有分摊消费的性质。

与此同时,婚姻立法实现了由家族主义向个人主义的彻底转型,法律不认可家之存在,惟认夫妇亲子关系而已。^[40]所以婚姻家庭法律制度的建构是以夫妻为中心、以父母子女关系为调整对象,夫妻财产制则取代了传统的家庭同居共财制成为解放后调整婚姻家庭关系的法律。现行的夫妻财产制虽说是法定制与约定制并存,后者的效力高于前者,但从解放以后直至今天的民众实践看,仍然以夫妻法定财产制——婚后所得共同制为主。这意味着在婚姻关系存续期间,夫妻双方的收入属于夫妻共同所有。对于共同财产,夫妻享有共同使用、收益和处分的权利。^[41]

与传统家庭财产制不同的是,现行的夫妻法定财产制(即婚后所得共同制)在一个家庭内部只认可夫妻对财产的所有权,而排除了其他家庭成员对财产的共有权。换句话说,在传统的家庭同居共财制下,除了夫妻,祖父母、父母、子女、兄弟姐妹等都因为家庭成员的身份而当然地对家庭财产享有所有权,表现为不论财产来源的共有共享关系(嫁妆的情形比较特别,不在论列)。但是现代夫妻法定财产制将财产的所有权人由过去的所有家庭成员缩小为仅限于夫妻,其正当性就在于以一对夫妻及其未婚子女组成的核心家庭已经成

[38] 参见金盾《唐代婚姻家庭继承法研究——兼与西方法比较》,中国政法大学出版社2009年版,第217页以下。

[39] 事实上,家长的权利还要受到道德的限制。

[40] 解放后的立法采取的是彻底否定传统的模式,以至于我们的婚姻家庭法中甚至没有家户的地位,只是在改革开放后的农村土地承包责任制中还能看到家户可以作为独立的法律主体存在。

[41] 夫妻法定个人特有财产除外,见婚姻法第18条的规定:“有下列情形之一的,为夫妻一方的财产:(一)一方的婚前财产;(二)一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助费等费用;(三)遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产;(四)一方专用的生活用品;(五)其他应当归一方的财产。”

为当前中国城乡占据主流的家庭形态。可以预见，它也是今后相当长时期内中国人普遍的家庭形态。多数情形下，由一对夫妻及其未成年子女组成的同一户籍家庭，处于共同生活状态，从效果上看仍然如传统家产制下的人们一样处于同居的生活状态之中，但本质上与传统社会已经不同，过去的同居共财（包括共同的收益、共同消费、共同积蓄诸要素）已经改变为今天的同居共享而不是共有。但法律只依据财产的来源而将其归属为夫妻共有的思想与中国民众的生活逻辑并不完全相符，因为在中国人的观念中父母子女是一体共存的关系，而法律将其从财产的所有人转变为共享人，这不仅是权能的减少，也意味着法律对其权利的剥夺，结果是家的经济基础日益脆弱和容易解体，随之直接影响到家庭养老育幼职能的实现。

四、转型带来的问题与挑战

近代以来的中国婚姻家庭立法一直是在与传统观念和制度决裂的方向上前行。今天，观念和制度的转型已经完成，但是也有遗憾之处。在中国传统的家庭关系里，父子关系是最重要的家庭关系，现在，夫妻关系成为婚姻家庭关系中最重要关系，但这肯定不是中国家庭生活的全部。事实上，在改变了重男轻女之后，父母与子女的关系一直是中国家庭的中心，现实生活中的夫妻在利益上可能存在分歧，但在有利于子女这一点上却几乎是所有夫妻能够达成一致的基础。

这种家庭结构的调整和家庭角色的转变，改变了财产按照男系世代传承的稳定性，而当下的高离婚率又带来了财产分割的可能性，由此给人们带来的是经济财产的失控感和心理不安全感。与之相联的还有老人和子女的利益受到了伤害。与传统的同居共财法律结构不同，在新制度下，老人和子女（包括儿童和成年子女）已经从家庭财产的共有人中退出。虽然国家法律有保护老人和儿童的原则，也有法定义务对赡养老人和抚养儿童作出强制性规定，但制度带来的实际效果是明显的，表现为赡养和抚养的质量不是由老人和儿童自己掌控，而要受制于他人。⁽⁴²⁾ 至于成年子女，不仅新制度将他们排除在家庭财产的共有人之外，而且司法解释关于父母抚养子女的年龄规定又进一步剥夺了他们对于家庭财产的共享权利。⁽⁴³⁾ 但是现代中国人的内心是不赞成这样的排斥的。以常理论，但凡子女，都会当然地认为父母的财产在将来就是留给自己的；但凡父母，内心都有应当尽可能帮助子女同时将自己的财产留给自己子女的感情。⁽⁴⁴⁾ 自古以来父子一体的血统观念在新的时代仰仗着男女

(42) 也许有人会说老人的财产权利可以通过他们本人取得的财产得以实现。从理论上讲这是不错的，但是从现实讲，普通中国人财产的积累是近三十年的事，这意味着在很长的时期内，普通人仅仅依靠自己的收入还是不能保证养老的质量，更何况社会保障体系还处于低水平阶段。事实上人们不得不主要依靠家庭养老，包括经济上、精神和提供劳动力的内容。

(43) 2001年婚姻法第21条规定父母对子女有抚养教育的义务。按照《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（一）》（法释〔2001〕30号）第20条的规定，父母通常对已经成年的子女没有抚养的义务，从而将在读的大学生排除在受抚养之外。但现实中存在的问题是，在学业和工作机会都紧张的情形下，大多数大学生只能选择接受家庭的经济支持才能完成学业。依照法律，子女接受的经济支持属于赠与性质，因此，父母是否给予子女经济支持就全赖其自愿与否（经济能力另当别论）。可以想象，如果没有中国传统的父母子女伦理支撑，这样的司法解释就可能在制造家庭矛盾。

(44) 这是就常理而言的，自由处分自己财产是法律赋予父母的权利，但若这种处分超出了正常合理的范围，也是为人所诟的。

平等主流意识的支持而成就了父母子女一体的观念，财产仍然应该沿着直系的路径给自己的子女，这是中国父母普遍乐意的一种执著。

在现行制度下，有几种关系是受到挑战的，即夫妻内部的财产关系、与扩展家庭成员的关系和与双方父母的关系。按照现行制度，在一个由夫妻和子女组成的核心家庭中，财产的权利主体已经被限定为夫妻。尽管法律规定了夫妻财产制的多种类型（包括共同财产制与分别财产制），特别是2001年婚姻法修改以及历次司法解释都存在肯定和扩大个人财产范围的趋势，但中国家庭普遍采用的仍是婚后所得共同财产制。这意味着在传统同居共财制解体之后，财产共同的观念仍然延续了下来，只是从前是家庭成员共财，现在却是夫妻共财。其间蕴涵的一个文化心理就是现代中国人仍然把家庭作为一个不可分割的共同体来看待。

另一个挑战是核心家庭与扩展家庭⁽⁴⁵⁾的关系。一个值得关注的现象是，在中国，核心家庭的普遍存在并不意味着家庭成员只是在父母子女的范围之内才保持亲缘往来。研究发现，“家庭成员间虽然各自组织核心家庭，但并没有减低其与扩展式家庭成员的联系，而且更涉及相互的协助、一同娱乐、经济上的支援、一同解决问题及在节日及喜事和丧事时出席活动以显现他们属于同一个家庭。”⁽⁴⁶⁾这表明，在传统宗族解构的同时，核心家庭仍然保持着与原来的扩展家庭的联系，保持着一定范围的团聚、互助。

正如研究所表明的，“尽管重视个人的事情越多，但不表示削弱了对家庭的义务。家庭成员纵使组成不同的核心家庭，但互相之间的探访、协助、资助、咨询意见仍多，特别是家庭成员遇到困难时为甚。集体主义的精神，发挥在以家为单位的集体上。家庭成员仍在尝试协调个人主义与集体主义两者的需要，以求得一个适当的平衡。”⁽⁴⁷⁾与传统社会大家族成员之间存在权利义务关系不同，今天的核心家庭成员在通常情形下与扩展家庭的许多成员已经没有法律上的义务，但是相互之间的亲情仍为人们看重，这种对扩展家庭的认同总是要和一定程度的协助（包括财产、体力与精神）相联，因此有时又是核心家庭形成矛盾的原因。但在道德和心理的层面，人们认可、赞成和保持着相互之间一定的协助。对此法律不能持漠视的态度。

与双方父母的关系涉及两层内涵，包括与男方父母的关系和与女方父母的关系。前者涉及传统的孝道，后者则既涉及传统的孝道又涉及男女平等的新传统。就与父母的关系而言，中国式的父母子女关系与西方有着不同，在西方，子女成家之后与父母的联系较少，独立性较强；在中国，子女成家以后与父母的联系仍然密切，在生育下一代之后，许多父母自愿承担着帮助与资助的责任，核心家庭与父母家庭的联系还会增强。父母自愿为子女出力、出资，子女必须赡养父母，形成了中国家庭牢固的纽带。

但现代家庭结构核心化的一个重要影响，是严重地削弱了传统的家庭养老功能，使子女对父母的赡养，从过去的共同生活赡养为主，转变为分居赡养为主。与此同时，没有了宗族体制与宗教信仰和仪式的支持，传统的父母之恩观念开始被削弱，在核心家庭更具自

(45) 此处的核心家庭指一对夫妇及其未婚子女所组成的家庭；扩展家庭则是指由父母和已婚子女或已婚兄弟姐妹的多个核心家庭组成的家庭模式。

(46) 刘锡霖、郭康健主编《蜕变中的中国家庭》，香港广角镜出版社有限公司1997年版，第61页。

(47) 同上书，第52页。

我利益意识的情形下，如果法律不能提供有力的保障，则赡养就具有随意性而容易损害长辈的利益。今天中国的法律并没有直接沿用孝道这样的中国话语，而是按照西方立法模式将父母子女关系表述为抚养与扶养关系，对扶养的解释又更多地释义为财产和生活上的扶养，即物质意义上的赡养，而精神层面的赡养诉求在司法领域则存在争议。但是，自古以来中国人的孝道包含着敬意和恭顺这种精神层面的内容，今天的中国人仍然视孝道为基本的价值，在传统社会里它的义务人是男系子孙及其配偶，权利人则是男方父母、祖父母及其他的尊长。但是在现代社会里，女性地位的提高使得孝道面临着两重挑战：一是权利的享有人的范围不能只限于男方尊长，女权的存在要求孝道的享有人也要扩大至女方，于是女婿对岳父母的孝敬也是人们赞赏的。与之相联的问题是，由于夫妻结构成为核心家庭的主轴，妻子摆脱了依附于夫的从属地位而成为家庭的主人，对公婆的孝敬就没有了从前依附时代的当然。这两重挑战在法律上就表现为直系姻亲之间有无权利义务关系的问题，对此，我们的法律是缺少回应的。

上述所有的挑战都可以归结到一个问题——制度建构中意义秩序的欠缺。近代以来中国婚姻家庭法律的建构集中表现为去除身份差异，实现将个人从家族社会中解放出来成为国家公民的转型。在这一转型的过程中，我们摈弃了既往的传统，全盘接受了西方以个人主义为基础的婚姻家庭立法。但是与财产法的继受不同，婚姻家庭领域是最能体现一个民族精神世界的领域，它与中国人的人生观和幸福观紧密相联。可以说，近代以来法律制度的转型成功地解决了中国人生存意义上的“活着”，但是就“如何有意义的活着”这一生存更高层次的意义而言，现今的法律对于中国人精神生活追求的回应是不够的。因此，在接受了西方的法律秩序之后，如何进一步符合中国人生活的逻辑，追寻民族生存的意义秩序，是当下婚姻家庭立法面临的最大挑战。

五、不变的属性：婚姻家庭立法需要尊重的生活原理

经历了近代以来婚姻改革运动的洗礼与社会的进步，现代中国人的婚姻家庭观念与传统相比已有许多的不同。在传统社会，中国人普遍视婚姻为理所当然的人生选择，婚姻目的也以生儿育女、传宗接代为宗旨。而今一部分中国人放弃婚姻选择独身不婚；在已婚的家庭中，一部分人选择不生育，但同时也有不少夫妻仍在践行传宗接代的观念与责任，更多的人则是潜意识里还留存着传宗接代的观念。这一切变化都意味着有关婚姻与家庭的观念呈现多元的状态。婚姻不再具有在古代那样的当然的意义，传统社会对婚姻终身性的追求现在遇到了挑战，传宗接代的宗法意识已不占据主流，生育与婚姻有了分离。占据主流的观念不仅认可了婚姻应当以感情为基础，男女在价值上平等，也认可了个人的价值和幸福高于对祖先的责任。核心家庭取代扩展家庭成为社会的基本结构，法律上传统的家庭同居共财制为夫妻财产制所取代。这一切都表明近代以来的中国婚姻家庭理念、家庭形态、结构与财产法律结构发生了巨变。但这只是问题的一个方面，事实上，在改变的同时，它们也保持着某些不变的属性：

第一，婚姻虽然不再具有在古代那样的当然的意义，但仍被视为男女结合的主流方式。“男大当婚，女大当嫁”的古训仍然是大众认可的主流生活方式。古代中国人表达人生美好

境界的“洞房花烛夜，金榜题名时”，在当下被简约为事业与家庭并存。婚礼上“百年好合”“永结同心”的祝福也在表达着古今中国人不变的理想和追求。家庭，这一中国人自古以来就珍视的共同体，在今天仍然是我们尊重的价值，不仅如此，它也是我们与世界相通的共同价值。1950年的《保护人权和基本自由的欧洲公约》第8条即规定：“每个人都有权要求尊重其个人和家庭的生活。”⁽⁴⁸⁾为了表达对家庭的推崇，联合国将1994年确定为“国际家庭年”，主题是“家庭：在一个变革的世界中提供资源和承担责任”，强调“家庭是构成社会的基本单位，理应受到特殊的重视。因此，社会可能提供的各种保障与支持都应着眼于家庭”；“家庭所发挥的重要社会经济功能应得到肯定，家庭为其成员特别是婴幼儿提供成长和发展所必须的感情支持和财力物力援助”；“家庭规模缩小和核心家庭增多已是带有普遍性的事实，这使个人具有了更多的独立自主性，有了更多的机会去把握自己的命运和享受家庭之外的丰富多彩的生活，然而这种变化也导致了另一方面的后果，即许多人对家庭的责任意识淡薄了，许多家庭满足其成员基本需求的意愿和能力都大大降低。这就意味着社会机构不得不去填补家庭中出现的‘责任空缺’，其代价是异常高昂的”。⁽⁴⁹⁾这些为联合国所看重的家庭功能，也许在古今中国人的心中并不如此清晰，但是有一点是明确的，中国社会没有严格意义上的宗教，中国人所有的责任和幸福就寄托在家庭中，没有任何组织能够超越其上。这就是古今中国人不变的生活逻辑，同时也是与其他人类相通的生活逻辑。

由中国文化培育的个人与家庭的认同关系不仅保持终生，还及于身后。这种以家庭为始终的观念，不仅培育出了中国人对家庭的异常珍视，同时也决定了中国人对待婚姻与家庭的态度，那就是个人在利己的同时必须考虑共同体内其他成员的利益，包括精神利益与财产利益，从而具有利他的特点，由此形成的是对家庭共同体的认同和对夫妻财产共有制的认同。虽然法律上传统的家庭同居共财制为夫妻财产制所取代、核心家庭取代扩展家庭成为社会的基本结构，但夫妻内部仍然强调“合一同”⁽⁵⁰⁾（这也是夫妻共同财产制在当今中国能为民众普遍采用的原因）、扩展家庭成员之间重视协助和交往、父母子女关系强调慈爱与孝道。对于中国人来讲，成立家庭不仅仅意味着男女在情感精神上的和合，同时也意味着作为共同生活基础的财产的统一，因此在合的基础上达到和的状态仍是个体婚姻家庭追求和羡慕的理想。

第二，传统单一的宗法意蕴转变为传宗接代与生育并存。如今隐藏在中国人婚育行为后面的动机是多样的，包括养儿防老、继嗣、情感需求、经济需求等，呈现为强调男女双系的现代生育观与强调男系的传统宗法观的混杂。但无论是现代还是传统社会，古今中国人在重视生命的延续上超越了时空而具有连续性。婚姻在今天仍然具有联姻的功能，只是其关注的中心与往昔迥然不同，那就是两个姻亲家庭都要服务于新建立的小家庭，内中蕴涵的是中国人的人生价值与追求。尽管经历了社会巨变，但是中国人内置于婚姻家庭中的人生意义追求并没有改变。在婚姻和家庭中追求生育和生命的不朽仍然是今天中国人普遍

(48) 前引〔11〕，施瓦布书，第13页。

(49) 王胜明、孙礼海主编《中华人民共和国婚姻法修改立法资料选》，法律出版社2001年版，第425页以下。

(50) 此处的“合一同”是就男女结婚组成婚姻共同体而言，强调传统的“夫妻一体合一”在今天转变为男女双方法律地位平等基础上的结合与和谐。

的理想。

第三，中国独有的孝道。在中国人的固有生活中存在着一个不同于西方生活的概念——孝道，在古代中国，它还是一个法律概念。但近代以来孝道不仅受到知识精英的猛烈批判，也为法律所摈弃。值得注意的是，我们在否定孝道的时候常常是依据西方个人主义的自由、平等、民主来解读和定位中国的孝道，其进步意义不容否定，它改造了传统代际关系中的等差秩序而融入了长辈与晚辈之间彼此相互尊重、相互独立的因素，但它也否定了代际关系中的超现世部分和父母身份的神圣性。⁽⁵¹⁾事实上，当社会主流话语在否定孝道、造成传统断裂的同时，中国普通民众的生活并没有与自己的传统决裂，他们在自己的日常生活中仍然自觉、不自觉地践行着孝道，将其作为生活中处理代际关系的基本准则和做人的评价准则。自上而下，在人们的内心深处，孝道内存的意蕴从来就未曾改变，有关孝道的传统文化精神也并没有动摇，它仍然是今天的中国人超越了阶级、阶层、性别、年龄、政党而具有普遍意义的基本价值和最高道德。

第四，现代社会中的“父子一体、夫妻一体、兄弟一体”观念。与传统中国人在家庭关系中最为看重父子、兄弟和夫妻关系相同，今天的中国人仍然视其为最重要的家庭关系，夫妻关系仍被视为一切亲属关系的源头，仍是一体共存的关系。虽然与传统社会不同，现代社会中的兄弟姐妹由于缺少实体家庭和财产的支持，彼此通常没有法律上的权利义务关系，但“兄弟一体”仍为民众强调，与之并举的则是在城市还增加了“姐妹一体”的内容，因此，日常生活中兄弟姐妹家庭之间保持着密切的往来，在一方需要帮助时，彼此还存在互助关系。传统的“父子一体、夫妻一体、兄弟一体”伦理观不仅仍存留在民众的观念和行为中，还借助于近代以来男女平等观念的普及，实现了自身的现代转型，即原来强调男系的“父子一体”“兄弟一体”伦理因为女性的加入而逐渐被改造为“父母子女一体”“兄弟姐妹一体”，这一切都在世系延续的人生意义上达成了内在的联系与统一。

上述的一切都寓意着古今中国人内置于婚姻家庭中的人生意义追求并没有改变。正是这样的生活原理决定了当代中国婚姻家庭的立法应当具有不同于西方法律的特色。日本学者寺田浩明曾经指出过这种不同：“西欧似乎是选择以个人作为秩序形成出发点的发展道路。把秩序理解为就是保护每个个体所拥有的正当利益而得到的总和。个体所拥有的正当利益被称为‘权利’，而权利完全实现的状态则被称为‘法’。权力就是实现这个法的机关。其观念形态的发展最终归结为社会契约论。与其相对，中国则是以全部个体的共存为基础。无论其基本的经济单位如何趋向于个体化或分散，但要求所有个体都顾全大局并作为一个和谐的集体中的一员来生活却一直被视为不证自明的道理。首先有全体的生存，才会有个体的生存。代表全体的利益要求每个个体互助与互让，同时对于每个个体有时会出现的私欲膨胀予以抑制或处罚，这些都被看作公共权力应该履行的职责。”⁽⁵²⁾

上述中西法律观念的不同虽说是立足于对清代与近代西欧法律秩序的比较而阐发，但谁能说它的意义就不存在于当下呢？确实，按照西方个人主义的立法，“家庭首先表现为其成员互相主张的各种权利，其次才是一个整体”。⁽⁵³⁾这是支配西方现代婚姻家庭立法的思

(51) 参见黄娟：《社区孝道的再生产》，社会科学文献出版社2011年版，第230页。

(52) [日]寺田浩明：《清代民事审判与西欧近代型的法秩序》，潘健译，《中外法学》1999年第2期，第126页。

(53) 前引(11)，施瓦布书，第3页。

想。但中国式的思维则是家庭首先是一个整体，其次才是各个成员。因此，“个人的权利就是整个地分享群体的权利”。⁽⁵⁴⁾ 决定这一切的是中西不同的思维：西方人将人看成是彼此分离的个体，而中国人则是将人看成是相互依赖的个体，因此中国人生活在关系社会中，其幸福取决于与人是否协调的生活状态。这决定了中国人的婚姻家庭生活原理与西方人是不完全相同的，由此也决定了制度建构的意义秩序是不完全相同的。以赡养案件的解决为例，如果法官仅仅停留于依法判决子女给付赡养费，但若老人与子女都不愉快，相互关系就很紧张，裁判的作用就值得思考。但近代以来的一个现实是，中国婚姻家庭的立法一直在向西方法看齐，法律立足个人本位而日渐忽视婚姻家庭共同体的团体属性，比如婚姻家庭法中家户法律地位的缺位，反映在具体制度的建构与纠纷的解决规范上容易忽视婚姻家庭的价值和世系传承的意义而偏向个人主义。事实上，即便是西方个人主义的立法，自20世纪末以来，知识精英也在检讨它的负面作用。至今，婚姻家庭法应当兼顾个人与社会双重价值也是人们的共识，限制婚姻家庭领域过度的意思自治，允许国家公权力在某些领域介入家庭生活（如对家庭暴力的干预），保护家庭中弱者的权益，平衡婚姻家庭当事人的利益，维护稳定的家庭关系，也是当代世界婚姻家庭法的价值取向。

与之相联的另一义理是，在传统中国，有关婚姻家庭的道德与法律规范是建立在家国同构、一体的基础之上，寄托着中国人修身、齐家、治国、平天下的家国情怀。今天，社会虽然经历了转型，皇朝、家族已经退出历史的舞台，但是家与国相联不可分仍然是中国人的共识，家庭仍然被视为国家与社会的基本单位，家庭的幸福与稳定仍然是国人的理想与目标。可以说，在民族国家消亡、世界成为地球村之前，家庭对国家和社会都应有一份担当，包括对社会的稳定作用和对家庭成员的责任。正是基于这样的国情，“中国政府重视家庭建设，把家庭的稳定与进步作为促进社会稳定与进步的基础”。⁽⁵⁵⁾

今天的中国，价值多元且纷乱是不争的事实，但这并不代表就不存在主流道德价值。事实上，作为礼教核心内容的“三纲五常”在摈弃了不平等的条纲之后，其中的“仁、义、礼、智、信”仍然是现代中国人尊重的价值；“富贵不能淫，贫贱不能移，威武不能屈”的先哲古训，也是令今天的中国人赞颂和感动的美德；摈弃宗法意蕴之后的“父慈子孝，兄友弟恭”，也是今天中国人推崇和践行的家庭生活伦理。在中国，自古以来婚姻家庭就是世俗生活的一部分，但是就在这种世俗中，我们的祖先仍然赋予了制度以理想追求。世俗的人们可以没有理想主义的追求，但是世俗的法律应该而且必须保持它的一份坚守。

结 语

当下的中国，民法典的编纂正在进行。作为其中重要的一编，婚姻家庭法的编制无疑具有继往开来的意义。在建构具体制度之前，首先需要解决的一个问题是，如何在保持现代法律理性的同时与自己民族的传统和现实生活相协调。对于婚姻家庭法而言，其“中国特色”只能取资于中国的传统和实践。它既要建立在对过去优秀法律传统与法律实践的尊

(54) [美] 理查德·尼斯贝特：《思维的版图》，李秀霞译，中信出版社2006年版，第5页。

(55) 前引(49)，王胜明等主编书，第306页。

重基础上，也应当建立在对未来婚姻家庭发展演变的理性判断基础上，其间应当有对中国婚姻家庭生活原理的尊重，由此构成婚姻家庭法的中国特色。

如前所述，从传统到现代社会，中国人的婚姻家庭理念、形态与财产法律结构都发生了巨大的变化，有关婚姻与家庭的观念与生活呈现多元的状态，但中国人内置于婚姻家庭中的人生意义追求并没有根本改变。如同语言、文字对于民族自身认同所具有的意义一样，法律也是一个民族的重要特征。即便法律也在不断变化，但是文化的连续性仍然是法律保持其内在正当性的一个前提。进一步言，支配西方现代婚姻家庭立法的思想是个人主义，其世界观是个体、独立、自由，因此西方人将人看成是彼此分离的个体；但在中国人的生活和观念中并不存在孤立隔绝的个体。当我们在回答“我是谁”的时候，总是脱离不了与祖先和后代的联系，脱离不了与现世家庭成员的联系。在现实生活中，家庭既是我们存在的来源，也是我们心灵寄托的地方，家庭成员之间是共生共荣、休戚相关的关系。正是因为中西世界观存在差异，是否存在宗教的传统不同，彼此对于公平正义的理解和认同也不完全相同，这决定了中西婚姻家庭生活的原理不尽相同，由此也决定了当代中国婚姻家庭法不同于其他国家法律的特色。

Abstract: In the transition of China from a traditional society to a modern society, the idea, form, and property law structure of marriage and family have undergone tremendous changes and the Chinese people's ideas and life relating to marriage and family have become increasingly diversified. The marriage no longer has the inherent significance as that in ancient times, but is still regarded as the mainstream mode of union of man and woman. The single patriarchal significance of marriage has been transformed into the coexistence of the significance of carrying on the family line, the significance of pure procreation and even non-procreation significance. Today, although marriage still has the function of forming an alliance, its emphasis is fundamentally different from that in the past: the two in-law families must both serve the newly established small family. Yet, the meaning of life pursued by the Chinese people in marriage and family has not changed. Whether in rural or urban areas, the relation between the husband and the wife is the axis of a family. The traditional system of cohabitation and owning property jointly is replaced by the matrimonial property system. The property relationship between the husband and the wife, the relationship between a couple and their expanded family, and between a couple and their parental families are all faced with challenges, while the tradition of communion, assistance and filial duty and the new concept of equality between man and woman are the common value respected by the Chinese people.

Key Words: marriage and family law, principle of identity, patrilocal residence, cohabitation and joint ownership of property, matrimonial property systems
