

中国政法大学青年教师科研基金资助项目
教育部人文社会科学重点研究基地资金资助



顾元 著

衡平司法与中国传统 法律秩序

——兼与英国衡平法相比较

中国政法大学出版社

中国政法大学青年教师科研基金资助项目
教育部人文社会科学重点研究基地资金资助

衡平司法与中国传统 法律秩序

——兼与英国衡平法相比较

顾 元 著

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

衡平司法与中国传统法律秩序：兼与英国衡平法相比较 / 顾元著.

—北京：中国政法大学出版社，2005.12

ISBN 7-5620-2845-1

I. 衡... II. 顾... III. 司法-对比研究-中国、英国 IV. D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 000078 号

书 名 衡平司法与中国传统法律秩序
——兼与英国衡平法相比较

出 版 人 李传敢

经 销 全国各地新华书店

出版发行 中国政法大学出版社

承 印 固安华明印刷厂

开 本 880×1230 1/32

印 张 13.75

字 数 350 千字

版 本 2006 年 1 月第 1 版 2006 年 1 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-5620-2845-1/D·2805

定 价 29.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088

电 话 (010)58908325(发行部) 58908335(储运部)

58908285(总编室) 58908334(邮购部)

电子信箱 z5620@263.net

网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

中国政法大学法律史学研究中心
博士文丛编委会

顾问 张晋藩

主编 朱 勇

执行主编 张中秋

编 委 (按姓氏笔划)

[美] 包 恒 刘广安 朱 勇

[日] 寺田浩明 李贵连 许章润

何勤华 陈景良 郑 定 林 乾

张中秋 张晋藩 范忠信 郭成伟

徐世虹 徐忠明 高鸿钧 崔永东

[韩] 崔钟库 黄源盛 曾尔恕

曾宪义 霍存福

《博士文丛》序

《博士文丛》是我国教育部人文社会科学重点研究基地·中国政法大学法律史学研究中心推出的丛书之一，它以优秀的法律史学博士论文为甄选对象。目的是及时反映和交流他们的研究成果，借以拓宽法律史学的研究领域，弘扬法文化，培养新的年轻的研究队伍。

近年来，一批优秀的法律史学博士生或潜心于某一专题的研究、或驰骋于中西法文化交流的广阔领域。他们的论文反映了学术根基之坚实和勇于创新的精神，尽管仍有这样那样的不足或瑕疵，但仍不失为法律史学宝库中的新贡献。我们希望源源不断的法律史学博士论文能够成为《博士文丛》的源头活水，使它朝着预定的宗旨不断地充实提高。

张晋藩

2005年4月30日

序

本书综合运用多学科的研究方法，进行多视角、全方位透视中国传统司法制度，并将其与英国的司法传统作系统比较，是其独到之处。其学术价值和理论意义在于，它不仅深入分析和总结中国传统司法的独特品格和文化精神，更在传统和现代的关系意义上为现代中国的司法改革和法制建设提供了一种可资启迪和借鉴的历史文化资源。

本书通过对大量的司法判例的实证主义分析和阐释，力图揭示司法乃至法律运作背后的社会背景和价值取向，突破静态司法研究的模式，描绘出司法文化的全景。另一方面，研究各个历史时期司法判例的意义不仅仅在于揭示立法条文与实效法律之间的差距，还使我们注意到中国司法文化中许多饶有兴味的方面，如司法过程中的逻辑运用、行政化背景之下司法官的角色意识、司法官们在判案中对于此前判决的态度以及判决书本身的语言特征及其对法律原则的影响等等，对于这些问题给予合理的、中肯的诠释，无疑有益于使司法现代化与中国传统社会中相应的成分衔接起来，以适合新的时代需求。这正是本书开展的基本出发点和最终归宿。

任何一个时代法制的兴革，除物质生活条件所起的决定作用外，都有思想作主宰，都有人物在操作，是动态的而不是静态的；是生动的而不是枯索乏味的。须要打破学科壁垒，将法律制度、法律人物、法律思想融合为一体。本书的研究体现了这一变化，注重运用司法个案实证主义分析和文化阐释的方法，通过特定历史环境中法律人物的活动及法律思想意识的碰撞，来展现司法制度的传统

和历史演变，力图展示一部全面而生动的传统司法文化史。

对于中国司法文化的研究，尤其要注意的是把握其系统之中的每一独特之处。本书对于中国司法文化传统的讨论和诠释，便是从这一立场出发的，并坚持运用马克思主义的基本原理和方法论。司法制度被置于社会文明史的大背景之中进行广泛又深入地研究和诠释。作者并不是一般性地对中国古代司法制度状况进行全方位客观描述，而是试图在中国的语境中有针对性地或有选择性地从积极的、正面的文化意义上去展示和解析中国传统司法，贯穿始终的是对中华司法文明的民族精神的剖析。在分析的过程中，自然不能不根据某种概念性的预设，这种预设并非他个人主观愿望的投射，而是在学术研究上具有一定的客观性和普遍性的。这一点是保证对中国司法的传统及其内在意义之诠释合乎历史逻辑的前提。

历史作为人类的遗产，其价值不是使我们回到历史中去，而是为新的历史提供资源。正如著名历史学家克罗齐所言，历史永远是当代史。应该看到，司法在中国传统社会中所发挥的重大作用和秩序功能，已经让我们从一个侧面感受到一种不同于近代以来的西方文明的价值所在。中华文明的悠久性和传承性应该使我们格外注意发掘历史中的有价值的理念和制度，并赋予它以新的历史条件下的崭新价值和意义。

法律史学的研究，不能像清代考据学派那样钻故纸堆，为历史而历史，而是既要深入历史，又要跳出历史，站在当代社会与建设需要的高度，撷取历史的经验和规律性的认识，丰富人们的知识，为完善现代化的法制建设，为实施依法治国的方略服务。本书在关注现实，沟通传统司法与司法现代化方面甚有新意。

近代以来司法官的重要变化就是已日益官僚化，如同马克斯·韦伯所说，形同一架性能良好的机器，他们更加注重通过公共化的、形式化的逻辑思辨来发展和系统化法律的原则，更加注重总体上制度的合理性。由于科学技术的发展等原因，司法官的裁量权在

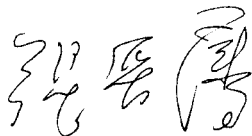
近代以来变得越来越小，司法不得不更为形式化了。但是，尽管如此，中国司法的传统及其发生的历史条件实际上也并没有完全消失。在现代的中国社会，特别是在社会经济欠发达的农村地区，其社会环境和民间的秩序结构及其特性，与传统的乡土社会的情形并无本质上的差别。面对国家正式法律制度的日益扩张和不断渗透，民间地方性知识进行着顽强的抵抗。这是在中国法律近代化背景之下如何实现传统司法向建构现代法治国家司法制度转型中的一大难题，也是一个现实的困境。而对于中国司法传统的认识应根据其内在的逻辑加以理解和说明，尽管那些支撑着民间秩序的规范性知识只能是一种粗糙和零碎的地方性知识，不能成为一套系统的学理。司法官与他们古代的同行们一样，需要着力应对这种局面，以解决实现个案中的公正和衡平与保持整个法制的统一性、协调性之间的矛盾。而且，国家立法目前仍有大量脱离现实和出现空白的状况存在，这就需要司法官能够能动地发挥司法的作用，以实现新的历史条件下的价值目标。因此，本书对于传统司法的历史研究和诠释，不仅可以更好地了解传统司法的运作及其功能，而且又有着十分丰富的现实价值。

顾元是我的博士生，他的学术功底扎实，知识面宽广，学风严谨，又勤奋敬业。他撰写的博士学位论文《衡平司法与中国传统法律秩序——以清代诉讼案例为主要素材兼与英国法相比较》，在答辩委员会上以全票被评定为优秀博士论文。本书正是在该论文基础上修改而成的。二〇〇二年七月他留校任教以来，积极上进，全身心投入科研和教学工作。作为一名专职的科研人员，他始终将专业的研究和 Learning 置于突出地位，开展富有深度和创新的科学研究工作，取得了较为突出的成绩，先后在国内外一些较有影响的学术刊物、报纸上发表了二十余篇较有分量的学术论文。尤其是近两年来他在中国传统司法的研究领域连续发表了一系列颇有学术价值和影响的论文，显示了他在法律文化史尤其是中国司法文化传统研究方

面的厚积薄发。近年来，顾元作为我的学术助手先后参加了我主持的“清史·法律志”（国家级大型项目）、“中国少数民族法制通史”（国家社科基金项目）、“中国古代监察法制研究”（教育部人文社会科学重点研究基地项目）等课题项目，此外还参加了司法部和学校的一些研究项目。

将现代司法理论与制度的萌芽和形成置放于中国历史的结构之中，是理解中国现代司法的出发点所在，也是诠释中国数千年司法传统的基本价值依归。从这个角度来看，司法的传统及其正确诠释是需要认真加以对待的，也正是在这个意义上，顾元的研究具有不可忽视的现实意义。希望他在今后的学术研究中刻苦砥砺，取得更大的收获。

是为序。

A handwritten signature in black ink, consisting of three stylized Chinese characters: 张彦彦 (Zhang Yanyan).

二〇〇五年八月三十一日

内容提要

本书试图立足于法律文化，综合运用多学科的研究方法，通过动态的司法个案分析和文化思考，研究中国传统司法的基本理念和制度运作，探索传统的纠纷解决机制及其价值追求之特质，以期揭示通过“衡平”司法所反映出来的中国传统法律秩序的真实状况，从而能够对现代中国的司法改革乃至法制建设提供有益的参考和借鉴。这一论题无疑具有丰富的学术价值和理论意义。

作者认为，传统中国社会里的司法官关于纠纷认知及其处理样式的模式是十分独特的：他们是以建立或者恢复一种稳定、和谐的人际关系和社会关系为根本的着眼点，来看待和解决现实的纠纷（特别是民事纠纷）。在这些司法官看来，重要的是解决纠纷，而不是企图通过具体的纠纷解决来建立一套旨在影响当事人和其他人的未来行为规则。在此纠纷认知背景之下，支撑司法官价值判断的是一种“衡平”的理念与精神。这里的“衡平”概念虽然与英国衡平法有着某种共同含义，但它并非是外来的语汇，尤其是其普适性的意义完全有着一种本土化的渊源。“衡平”概念可以作为探索和研究中国传统司法文化内在逻辑与意义结构的重要工具，用其来描述中国古代司法的理念和运作以及整个社会法律秩序的真实图景，是颇为恰当的。本书的研究就是以“衡平”理念为基本理论立足点，以“衡平司法”为主题的。

简而言之，中国传统司法中的“衡平”，是指司法官在天理、国法、人情、风习等的支配和综合作用下，对案件作出合于现实理性需要的适当性处理，其结果常常是对于国家实定法规则的一种

“技术性”规避。所谓的“衡平司法”，实质上就是法官尽其可能地权衡他所面临的所有社会条件，而作出的能够最大限度地达到和谐与均衡的判断的过程。衡平司法是中国人治社会中法律与道德有效运作的润滑剂，它对于建构和维系传统社会法律秩序具有十分重要的意义。

本书除导论、结论外，正文共分为六章，其主要内容为：

第一章“中国传统司法的性质与衡平司法的产生”。在概要地分析近代以来“司法”的概念和西欧前近代社会司法发展状况的基础上，总结了中国传统司法的特性，重点研究、分析了衡平司法在中国传统社会产生的历史和文化背景及其实际意义。

第二章“个案的研究：衡平司法在实践中的体现”。通过古代尤其是清代的司法个案分析，说明衡平司法在刑事、民事两类案件中的具体运用和体现。

第三章“衡平司法的价值取向”。从情理、无讼、礼义、仁爱、去私、为公、自然天道观等方面具体剖析了衡平司法背后的基本价值理念。

第四章“衡平司法的手段——司法技术与逻辑运用”。通过研究司法官对于司法技术和逻辑推理的运用状况，揭示衡平司法赖以实现的技术手段。同时，对英国判例法的技术与逻辑运用进行了比较分析。

第五章“中国传统的衡平司法与英国衡平法”。本章试图从历史发展、哲学基础、价值理念、纠纷认知和处理样式以及法律职业等方面，对中国传统社会的衡平司法与英国的衡平法进行比较，从而从一个侧面阐明两者的异同及其原由，说明传统中国的司法和审判乃是具有其自身独特价值的构筑社会秩序的方式。

第六章“缺失与陷落：衡平的悖论与传统司法的困境”。传统社会中广泛存在的贪污腐败、刑讯主义以及幕吏擅权等司法弊害，不仅有碍于实现真正的衡平社会效应，而且造成了妨害法律正常运转

作、破坏法律秩序的后果。司法衡平的普遍性的缺失，与中国深厚的官僚政治背景和泛道德主义的文化传统的深刻影响息息相关。

Abstract

On examining the judicature from the viewpoint of legal culture, this dissertation tends to tell the basic spirit of justice in ancient China. It explores the system for solving disputes, and makes an extensive and deep research in all kinds of legal cases, official documents, records and files, through which, we could learn the actual legal order in our traditional society. This dissertation offers a notion for the study of the traditional Chinese judicature. This notion is “Heng-Ping”, which has the some similar meaning as “equity” in English law. But this dissertation regards that “Heng-Ping” is the core of judicial principles in ancient China. This principle was followed by almost all judges.

In ancient China, the judicature preferred restoring social order, which included harmonies between individuals, society, and government, to protecting private rights. Thus, although “Heng-Ping” had some similar meaning as “equity” in England, it originated in native China, not overseas.

What is “Heng-Ping”? In short, “Heng-Ping” in Chinese Society is the proper solutions given by judges, who were usually dominated by universal law, state laws, common emotions, customs and other realistic or rational needs, etc. The judges would measure all kinds of condition and balance all different benefits, before they can make their decision more acceptable for parties, society and government.

Usually the consequence of “Heng-Ping” adjudication was that the

state written laws were shunned, but from it came the harmony and peace. In other words, "Heng-Ping" is the lubricating oil for the cooperation between law and ethics, and played an important role in keeping legal order in traditional society.

Besides introduction and conclusion, the dissertation includes 6 parts:

Part 1 makes a comparison between ancient China and western Europe in the understanding of judicature, points out the features of traditional judicature of China and centres on the historical and cultural environment where "Heng-Ping" emerged.

Part 2 analyzes lots of civil and criminal cases from traditional society, demonstrates the operation of "Heng-Ping".

Part 3 deals with the values and spirits behind "Heng-Ping".

Part 4 examines the methods and logic judges used to reach "Heng-Ping". This part makes a similar penetrating analysis of "equity" in England simultaneously.

Part 5 checks "Heng-Ping" against "equity" from various angles, summarizes the similarities and differences between them, and making it clear that "Heng-Ping" had its own special value in safeguarding order and peace in Chinese traditional society.

In part 6, the dissertation studies difficulties which "Heng-Ping" faced, pointing out that those problems held back the realization of "Heng-Ping", thwarted the operation of law, which led to serious damages in legal order. What caused those problems? the author says that they are due to bureaucratic politics and pan-moralism in Chinese traditional culture.

目 录

导 论	(1)
第一章 中国传统司法的性质与衡平司法的产生	(24)
一 近代以来司法的概念和西欧前近代社会 司法发展概述	(24)
二 中国传统司法的特性	(31)
三 衡平司法的产生	(40)
第二章 个案的研究：衡平司法在实践中的体现	(62)
一 刑事案件中的衡平司法	(65)
二 民事案件中的衡平司法	(93)
第三章 衡平司法的价值取向	(106)
一 情与理	(106)
二 无讼的理想与现实	(135)
三 “礼义”与“仁爱”	(166)
四 “去私”与“为公”	(178)
五 自然天道观	(184)
第四章 衡平司法的手段——司法技术与逻辑 运用	(203)
一 中国古代逻辑与法律思维的发展简述	(203)

二	中国传统社会司法的技术与逻辑运用	(210)
三	英国判例法的技术与逻辑运用——判例法 规范的发现和适用	(244)
第五章	中国传统的衡平司法与英国衡平法	(266)
一	存在于英国判例法二元结构中的衡平法	(266)
二	经验主义哲学与思辩主义儒学：哲学基础 之比较	(275)
三	衡平格言与伦理信条：基本价值 理念之比较	(287)
四	职业化与非职业化及其他：纠纷认识、处理 样式与法律职业之比较	(299)
五	从“同途而殊归”到“殊途而同归”	(327)
第六章	缺失与陷落：衡平的悖论与传统 司法的困境	(330)
一	衡平司法的政治与伦理背景	(330)
二	衡平之悖论和缺失：传统司法的困境	(343)
结 论		(384)
主要参考文献		(399)
后记		(411)

导 论

一

古罗马人有言：“法律乃公正与善良之艺术。”而所谓公正（或正义）与善良，无非是在组成社会的人群中间，适当地分配财富、权力以及荣誉，并对破坏社会合理秩序的行为加以矫正。作为人类最古老的学科之一的法学，正是研究怎样分配是为适当、如何矫正方为合理的实践型学科。而如何最终实现公正与善良，则依赖的只能是司法。十九世纪曾任美国国务卿的丹尼尔·韦伯斯特说：“人类社会最好的结局就是司法审判”，因为他认为，司法意味着法律秩序，“这是全人类最大的利益”。^{〔1〕}的确，司法审判为我们理解和把握一种法律制度提供了很好的角度。

从某种程度上说，法律与其说是一种抽象的、理想化的价值，或者是体现了这样价值的法律条文，毋宁说是一种与人们现实的、具体的生活方式无法分离的规范性秩序。正因为法律几乎总是同秩序相联系，所以法律从来都是社会中一种比较保守的力量，而不是一种变革的力量，其主要功能是建立和保持一种可以大致确定的预期，以便利人们的相互交往和行为。^{〔2〕}为了理解法律是如何确立

〔1〕〔美〕罗斯科·庞德：《普通法的精神》，唐前宏等译，法律出版社2001年版，第76页。

〔2〕苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年版，第7页。