

毛国权 著

宗法结构与中国古代民事争议解决机制



中国法律哲学临界丛书 邓正来 主编



法律出版社
LAW PRESS CHINA



中国法律哲学临界丛书

邓正来 主编

宗法结构与中国古代民事争议解决机制

毛国权 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

宗法结构与中国古代民事争议解决机制/毛国权著.

—北京:法律出版社,2007.5

(中国法律哲学临界丛书)

ISBN 978-7-5036-7240-8

I. 宗… II. 毛… III. ①宗法制度—研究—中国—古代

②民事纠纷—处理—研究—中国—古代 IV. D929.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 035081 号

© 法律出版社·中国

**中国法律哲学
临界丛书**

**宗法结构与中国古代
民事争议解决机制**

毛国权 著

责任编辑 董彦斌
装帧设计 汪奇峰

开本 A5

印张 6.25 字数 114 千

版本 2007 年 5 月第 1 版

印次 2007 年 5 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 法学学术出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978-7-5036-7240-8

定价:15.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



《中国法律哲学临界丛书》学术委员会

学术顾问：邓正来 张文显 季卫东 徐显明

主 编：邓正来

学术编委：付子堂 黄文艺 郑 戈 张永和

赵晓力 胡旭晟 刘小平 强世功

赵 明 蔡宏伟 柯 岚 邹立君

徐亚文 王 恒 陈林林 朱 振

临界：中国青年学者的使命与担当

——《中国法律哲学临界丛书》总序

邓正来*

这是一套旨在建构中国法学未来的丛书。

一如我在“中国法学向何处去”一文中所指出的，1978年至2004年的中国法学，为中国突破此前法学或法律虚无主义的时代做出了极大的贡献，而且无数学人引进西方法律知识和研究法律的努力为中国法学的未来发展起到了铺平道路的重要作用。这是一个在中国法学发展史上极为重要的时代。但是，我们也必须承认，这个时代的中国法学在总体上却未能为评价、批判和指引中国法制发展提供作为理论判准和方向的“中国法律理想图景”。因此，我认为，这也是一个没有中国自己法律理想图景的时代。在这个时代，我们没有属于自己时代的哲学，也缺乏一整套有关当下中国社会秩序之性质的基本问题意识的法律哲学。因此，我们需要在此前学人努力的基础上开启一个新的时代，一个建构中国法律理想图景的时代，一个开始追究我们根据什么进行思想的时代，一个开始追究我们自己的关

* 吉林大学理论法学研究中心教授、博导，《中国书评》主编、《中国社会科学评论》主编。

于美好生活的理想图景的时代。

在我对中国法学进行批判和重构的基本设想背后,是我关于中国社会科学自主性问题的一贯思考。这种思考从两个向度展开。在国内向度上,我们必须思考和确立学术研究的场域与经济活动的场域、政治活动的场域和日常生活的场域之间的区别,由此建构和捍卫学术研究场域的自主性;在国际向度上,我们必须摆脱在接受西方社会科学过程及其价值标准时的我所谓的“前反思”状态,打破“西方文化霸权”对我们的支配。仅就国内向度而言,在我看来,作为知识分子的对中国的知识生产和再生产活动所具有的那种“集体性”和“宰制性”仍处于一种不意识的状态之中。所谓“集体性”和“宰制性”的知识生产和再生产活动,亦就是我所说的中国在当下深陷于其间的那种由“自上而下”的“知识规划”与“自下而上”的“知识对策”构成的活动。我们可以发现,在这种活动中,中国社会科学场域中主要存在着两大知识生产趋势以及与其相应的两大“知识类型”:第一,存在着一种并不是以理论脉络和知识发展范式为依凭而是以某种“自上而下”的规划为根据的知识生产方式以及与之相应的“类型知识”。我把它称之为“规划的知识”。第二,存在着一种也不是以理论脉络和知识发展范式为依凭而是以其他各种需要(比如说社会需要、经济需要和政治需要)为根据的知识生产方式以及与之相应的“类型知识”,亦即违背知识场域逻辑的那种知识。在这个意义上,我认为,中国社会科学自主性的建构,在根本上取决于作为知识分子的我们对自身参与其中的

知识生产活动保持深刻的反思和批判。而这就不仅要求我们对知识研究本身的问题予以关注,而且还要求我们对中国既有的“知识生产机器”进行反思和批判。

毋庸置疑,正是在对中国法学乃至中国社会科学所处的这个时代进行整体性批判和努力建构一个学术自主性的新时代的诉求中,自然隐含了我对一种我称之为“临界”时刻的憧憬和预示。所谓“临界”时刻,在这里大体上是指中国法学在知识层面和知识生产制度层面上努力突破既有时代并可能进入一个新时代的时刻。这种“临界”时刻,与其说是一个事实性判断,不如说是一种源出于不同思想根据的主观建构或想象。这种“临界”时刻的达致,主要是通过知识分子从此前的状态中解放出来,进入一种我所谓的知识分子的“集体性反思”状态。坦率地讲,对这种“临界”时刻的追寻和想象,我本人也经历了学术认识和实践方式上的转换。我最早是通过与学术界的同仁创办并主编学术刊物的方式来践履自己提升中国社会科学和建构中国学术传统及批判体系的构想的,但是后来我发现仅此不够,因为这种重要的努力很难在提升学者个人学术水平方面有所作为。于是,我决意回到书斋专注于自己的学术研究。然而历经了对哈耶克自由主义理论的长达五年闭关的学术研究和批判以后,我发现,这些研究虽然具有很重要的基础性意义,但是面对建构中国学术传统这一整体性任务,个人学术研究再重要也不能构成中国社会科学的学术传统——尽管这种学术传统是由无数个人的研究汇合而成的。最终,我意识到,要建构起中国社会科学的学术

传统,期待中国法学“临界”时刻的到来,不仅需要每个个人的学术努力,而且还需要有良好的学术制度和评价体系的保障,更需要有学界同仁的集体性努力——这意味着,上述努力必须以一个庞大的旨在提升中国法学乃至中国社会科学之水平的学术梯队为支撑。

于是,达致这种“临界”时刻的关键便是年轻一代的知识分子。梁启超曾在“少年中国说”中对照老年人的衰朽而热情讴歌了少年人的激情和锐气,而我除了反对自然进步观这一点以外,也极赞同任公的观点。在我看来,无论是在物理上还是在精神上,年轻学者都代表着一种可能的学术新力量,一种可能承继并突破既有时代的新力量。他们是中国学术的未来和方向,甚至有可能是中国的未来和方向。这是我的一个基本判断。这一判断正是我历经十八年独立研究、五年闭关而一朝进入学术体制成为吉林大学教授的重要原因,正是我直陈研究生教育四大弊端并主张博士生招生制度改革的重要原因,也正是这套以青年法学博士为主体的“中国法律哲学临界丛书”得以面世的重要原因。

然而,必须指出的是,我关于年轻学者是中国学术未来时代建构者的判断,并不能被简单地视作是一种当然的定论。众所周知,年轻学者与既有的学术体制和学术时代有着千丝万缕的联系。在我看来,年轻学者,一如任何学者一样,都没有能力使自己完全摆脱生成他们、成就他们的这种学术体制和这个时代,正如理性不可能完全脱离其生成的条件而对这些条件进行彻底的反思和批判一般。我

在分析知识分子与既有学术体制和学术时代之间存在着一种深层的“合谋”关系的时候,实际上也曾指出过年轻学者与这个体制和时代的内在“合谋”关系。虽然在指出这种“合谋”关系的时候,我所依凭的乃是一种理性有限的知识论根据,甚或还在很大程度上保有着一种“同情性理解”的态度,但是需要指出的是,我对这个问题的强调,并不是要为年轻学者与这个体制和这个时代的“合谋”关系提供理据,而是旨在指出这个时代的学术体制和教育体制的影响也已深深地嵌在了年轻学者的身体之中。在这个意义上,《中国法律哲学临界丛书》在某种程度上就不只是年轻学者学术努力和学术成就的展示,而且也是经由展示他们的知识产品为人们认识这个时代建构起一个历史性的标本,据此人们可以洞见到他们的知识努力以及这种努力本身所深刻记载的既有教育体制和学术制度在这个“临界”阶段对他们所具有的隐而不显的影响。透过这个历史性的标本,人们会发现,对现时代的真正脱离乃是在严格限定的意义上而言的,因为在不意识知识分子与既有学术体制之“合谋”关系的情形下展开的批判,极有可能转换成一种与这种学术体制更深且更牢固的“合谋”:我们可能会通过我们自己的各种“改革努力”而把现有的这台知识生产机器粉饰得更加美丽,使其在生产和再生产那种规划的知识的时候更有效,进而使其生产和再生产出来的知识也具有更大的正当性。因此,这个历史性标本的确立,在一定程度上意味着一种深刻的对既有学术体制的关系性反思以及对作为建构者与被建构者的同一性位置的自觉意识。

当然,透过这个历史性的标本,我们也同样可能发现其间所隐含着的未来中国法学建构的可能方向。在这一点上,我们的学术起点始终植根于既有的时代之中,因此我们所建构的并不是一个彻底空无的学术乌托邦。但是值得我们注意的是,在对既有时代的批判中蕴含着未来学术的各种可能方向,而这些方向则蕴涵在批判得以展开的理据当中,蕴涵在批判既有时代的反向运动当中。因而,这些青年博士的研究成果,是我们建构学术新时代的曙光。实际上,关注这些法学博士的知识努力,本身就表现为一种对学术未来的期盼,因为他们就是学术未来;与此同时,这也是一种对某种学术批判的期待,因为他们的学术的合法性存在,本身就意味着学术批判的成就。

据此,我们可以说,《中国法律哲学临界丛书》既是对“临界”时刻的把握,也是对这一时刻的主动创造。现在,这种对中国学术未来进行建构的可能性就摆在青年法学学者的面前。这是一种责任,一份承诺,一种对中国学术未来的担当,也是中国青年学者特有的学术使命。当然,任何一个中国知识分子都不会把这项责任完全推卸给这些年轻的博士,我们将共同努力,因为我们知道,作为一种前后相继的学术传统的一部分,我们的智性努力也早已深深地嵌在了中国学术的未来之中。

是为序。

北京北郊无名斋

二〇〇五年十二月

上胡不法先王之法，非不贤也，为其不可得而法……故择先王之成法，而法其所以为法。先王之所以为法者，何也？先王之所以为法者，人也，而已亦人也。故察己则可以知人，察今则可以知古，古今一也，人与我同耳。有道之士，贵以近知远，以今知古，以所见知所不见。

——《吕氏春秋·察今》

各时代的统一性是如此紧密，古今之间的关系是双向的。对现实的曲解必定源于对历史的无知；而对现实一无所知的人，要了解历史也必定是徒劳无功的。

——[法]马克·布洛赫*

* [法]马克·布洛赫：《历史学家的技艺》，张和声、程郁译，上海社会科学院出版社1992年版，第36页。

目 录

第一章 序论:本书的基本逻辑框架	/ 1
一、以“人”为中心的争议解决机制理论	/ 2
二、宗法结构	/ 6
第二章 宗法伦理,秩序与争议	/ 9
一、宗法的含义与特征	/ 9
(一)宗法是一种拟制的概念	/ 9
(二)宗法结构与宗法关系的特征与性质:尊 尊亲亲、内外有别	/ 12
二、以宗法为核心对社会关系的理论建构与实践	/ 18
(一)宗法关系与法律关系	/ 18
(二)处理不同社会关系的同一宗法原则	/ 19
(三)以普遍适用的方法推行特殊主义的原 则:推己及人、化外为内	/ 21
三、争议与秩序的宗法属性	/ 23
(一)物与欲、礼与秩序	/ 24
(二)秩序建设的内治与外治、义利之辩	/ 26
(三)宗法、资源分配与争议	/ 31
第三章 争议解决过程中参与人之间的宗法关系	/ 34

一、官府诉讼中的宗法关系	/ 35
(一)父母官的“九五之尊”与教化	/ 35
(二)幕友、胥吏与讼师	/ 41
二、非官府争议解决机制中的宗法关系	/ 49
(一)家族	/ 49
(二)乡约、耆老	/ 53
三、裁决者宗法地位的内在矛盾	/ 56
(一)父母官、青天大老爷,吏与师	/ 57
(二)道德君子的理想与实际德才	/ 60
(三)州县独任审判制度与胥吏、幕友等的深 层介入	/ 63
第四章 宗法关系对不同争议解决机制相互关系的 影响	/ 68
一、家族、乡约争议解决机制的优先性	/ 70
二、官府的息讼政策与官府争议解决机制的权 威性	/ 75
(一)官府息讼的政策与策略	/ 75
(二)官府争议解决机制的权威性与政治性 宗决关系	/ 78
(三)秩序治理	/ 81
三、家族、乡族等在官府诉讼中的作用	/ 83
(一)与官府的互动与合作	/ 83
(二)与官府争议解决机制的冲突与抗衡	/ 88
(三)宏观争议解决机制正当性在微观解决 过程中的艰难贯彻	/ 98

第五章 名实范畴与规则的伦理地位	/ 102
一、名实含义与宗法结构	/ 103
(一)王者、君子正名	/ 104
(二)各人之名分	/ 106
(三)行为之名与责任之实	/ 106
(四)争议解决过程中的正名	/ 107
(五)名实与类推	/ 109
二、规则的伦理地位	/ 110
(一)礼之本,律之用	/ 111
(二)作为制度规范的经典	/ 114
(三)祖宗之法与用垂万世	/ 119
(四)经、律在规则发现意义上的共通性	/ 121
(五)经、律协调与内部冲突	/ 127
第六章 宗法与争议解决过程中的事实发现和规则发现	/ 132
一、事实问题与法律问题	/ 132
(一)近现代西方式诉讼法学关于事实问题与法律问题的严谨区分	/ 132
(二)中国古代争议解决机制中的事实问题与规则问题	/ 133
二、裁决者在事实发现与规则发现中的主导地位	/ 136
(一)“五听”的主体	/ 136
(二)宗法结构规定了尊长的主导地位	/ 139
三、宗法关系与事实发现	/ 143
(一)建构宗法关系的事实	/ 143

(二) 宗法关系制约事实发现	/ 144
四、具体争议解决过程中规则发现的宗法原则	/ 146
(一) 原名分	/ 146
(二) 对规则伦理地位的具体认定与规则选 择：“内”与“外”	/ 152
(三) 化外为内对当事人心服的要求，对裁决 结论做出形式的影响	/ 157
(四) 对已往的判断和对未来的指引	/ 163
(五) 州县与皇帝的政治性宗法关系对规则 发现的影响	/ 166
第七章 结语：以当事人为中心建构争议解决机制	/ 170
后记	/ 180

第一章 序论：本书的基本逻辑框架

本书是我在博士论文的基础上修改完善后的产物。在博士学习期间，我原想在近代中国法律制度变革的大背景下，思考近代民事争议解决机制的演变问题，希望从中讨论司法权如何从传统的全能政府体制中分化出来，以及当事人的诉权如何从当事人的正义追求、官府的息讼政策和多种争议解决机制的竞争中凸现、发展起来。然而，我逐渐地意识到，现有的关于传统民事争议解决机制^①的论述

① 本书没有对“古代”或者“传统”这两个语词的含义进行严格区分，虽然“古代”一词似乎更直接地表达时间上的含义，而“传统”所表达的含义更复杂、更微妙。为本书之目的，我以为，确切区分二者的含义似乎也不是重要的，因此经常混用它们，况且确切区分也是一件很难的事情，超出了本书的范围。

本书所讲的争议是特定的不同主体之间的现实利益（权利）之争，中国古代已经认识到民事与刑事案件的差异，尽管官方审理程序的性质并无大的差异。传统上所说的户婚、田土、钱粮等的争议基本对应着近现代的民事争议。另外，本书所分析的中国传统（或者古代）民事争议解决机制是理论上的典型类型，更准确地说是中国历代帝制王朝正统法律制度和法律思想下的争议解决机制。争议解决机制在相继更迭的王朝之间存在着相当的差异，也存在着变化的过程，但这不是本书要分析的。但是何谓正统？古之论正统，基本为论证王朝兴替，似乎多重“统”而略“正”，

模式与其近代转变的论述模式似乎是脱节的,特别是关于“人”的说明被掩盖在制度、条文、程式、机构之中,而从这些制度、条文、程式、机构被替代的近代命运中,将容易导致消解中国传统与传统中国的历史主体地位,忽视“人”在历史长河中的延续与成长。不理解传统,也就无法说明近代化。因此,我试图以古代社会的人与人关系及其宗法伦理建构为基础,针对古代民事争议解决机制提出一种解释思路,并且希望这种解释思路也能够基本适应对争议解决机制近代变革的分析研究。

本书的写作建立在两个基本的论点之上,其一是“人与人的关系”在争议解决机制中的重要作用,其二是“宗法”在中国古代社会、制度与观念中的核心地位。

一、以“人”为中心的争议解决机制理论

研究争议解决机制,需要突出“人”的作用,人与人相互关系的事实与理论认识将对具体争议解决机制的形成与运行产生重大影响。这个论点是基于我从一些关于民事争议解决机制的理论著作中得到的启发,这似乎更像是一种研究取向的认识问题。为本书之目的,以下是我综合

但“以德配天”之说源远流长。毛宗岗在《读三国志法》中开首便说:“读《三国志》者,当知有正统、闰运、僭国之别……且不特魏、晋不如汉之为正,即唐、宋亦不如汉之为正。”批判力之强,超越一般想象。因此可以说,正统之说是超越特定王朝的意识形态和批判理论的混合体。