



观念与制度

中国传统文化下的法律变迁

赵晓耕 主编

湘潭大学出版社

观念与制度

中国传统文化下的法律变迁

赵晓耕 主编

沈玮玮 周子良 易清 副主编

法治建设与法学理论研究部级科研项目成果

湘潭大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

观念与制度：中国传统文化下的法律变迁 / 赵晓耕
主编. —湘潭：湘潭大学出版社，2012.4
ISBN 978-7-81128-386-0

I. ①观… II. ①赵… III. ①法制史—研究—中国
IV. ①D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 045825 号

责任编辑：黎 毅

封面设计：司马楚云

出版发行：湘潭大学出版社

社 址：湖南省湘潭市 湘潭大学出版大楼

电话(传真)：0731-58298966 邮编：411105

网 址：<http://xtup.xtu.edu.cn>

印 刷：长沙理工大印刷厂

经 销：新华书店

开 本：880×1230 1/32

印 张：10

字 数：251 千字

版 次：2012 年 4 月第 1 版 2012 年 4 月第 1 次印刷

书 号：ISBN 978-7-81128-386-0

定 价：28.00 元

(版权所有 严禁翻印)

**本书为 2006 年司法部国家法治与法学理论
研究项目《文化传统与法律变迁》(项目批准
号:06SFB2016)的最终成果。**

绪 论：法律变迁中的文化研究 /1

第一章 法律变迁的社会基础：传统文化 /4

- 一、地理环境 /4
- 二、小农经济 /8
- 三、家国同构 /11
- 四、儒家文化 /13

第二章 法律变迁的核心主题：礼法权衡 /16

- 一、礼、刑、法、律 /16
- 二、法从礼来 /22
- 三、法在礼中 /23
- 四、礼法分立 /24
- 五、礼法融合 /25
- 六、礼法冲突 /29

第三章 法律变迁的价值追求：和谐夙愿 /36

- 一、传统法律思想中的和谐 /38
- 二、传统法律制度中的和谐 /50
- 三、和谐法律文化的主要特征 /65

第四章 法律变迁的直观写照：立法变动 /72

- 一、法深无善治 /72
- 二、三十年立法回顾：1979—2009 /73

三、法规实施密度：2005—2009 /84

四、中国立法史上的两个影像 /86

五、专业化立法下的法制变动 /90

第五章 法律变迁的制度体现——实体法制 /96

第一节 行政法制变迁：从为民父母到依法行政 /96

一、传统的行政法 /96

二、近代的行政法 /104

三、传统与现代的转换 /138

第二节 民事法制变迁：从抑权到尊权 /147

一、民权文化：重农抑商与义利之辨 /147

二、民权初生：永佃制与永佃权 /172

三、民权抗争：道不拾遗与遗失物处分 /192

第六章 法律变迁的制度体现——程序法制 /207

第一节 诉讼信任：从甘结到具结悔过 /207

一、结与具结 /207

二、清代民事司法中“甘结” /209

三、甘结在当代法律中的转变：具结悔过 /218

四、“具结”与司法信任 /224

五、“具结”之难：古今之因 /230

第二节 调解文明：从民间调处到人民调解 /233

一、调解的概况 /235

二、传统调处制度的基础 /244

三、民间调处 /266

四、谢觉哉的贡献 /285

五、人民调解的现代意义 /299

绪论：法律变迁中的文化研究

法律不仅是社会生活的构成要素，同时也是人类文化的一个部分，法律与文化的关系密切，而这种关系是互动的。一方面，文化传统以其定性的品格决定着法律的内容和精神，中国优秀的文化遗产，比如我国法律传统中重人伦、和谐、道义的精神，重教化、预防、调解的制度，有助于增强人们的合作精神与凝聚力，减少社会纠纷与诉讼及相应的社会成本等等，对这些文化因素熟视无睹，法治在中国的本土化只能是事倍功半；另一方面，法律也不能脱离文化传统而成自足的体系文化，法律的内容和精神对文化传统的延续又起着能动的反作用。但在现实生活中，文化传统与法律的密切关系常常为人们所忽略，其后果往往是，法律的实施因缺乏其社会基础而难以得到社会的认同。因此，研究文化传统与法律变迁的问题，协调好两者的关系，找到两者融合的切合点，并实现两者的有机统一，乃是我们国家所必须解决的问题，这不仅具有重大的理论意义，而且还有不可轻视的现实意义。

文化是人类在长期的社会实践中创造的物质和精神财富的总称。文化传统则是指人类文化的延续和传承。法律作为社会生活的调节器，是社会生活不可或缺的组成部分，它以行为模式的方式，规制人的行为而保证社会的有序发展。法律不仅是社会生活的构成要素，同时也是人类文化的一个部分。既然法律是文化的组成部分，那么我们就不能忽视法律与文化的密切

关系。

中国传统法律是在中国文化传统的母体里自然生发的，它对中国文化传统的形成和发展曾起过重要的作用，同时中国传统法律受到文化传统的有力支持而得到较好的实现。中国文化传统与中国传统法律变迁的关系主要体现在以下几个方面：第一，人本主义与哀矜折狱。中国文化传统中的人本思想在中国传统法律中体现为哀矜折狱以及相关的慎刑思想。第二，社会和谐与无讼。不同的民族创造了不同的文化，不同的文化有着不同的价值诉求。以和谐为价值追求的中国文化在法律上的体现就是中国的法律传统以无讼为价值理念。第三，忠孝观念与伦理法。中华法系逐渐形成了伦理法的特质，忠孝既是中国文化的基本精神，也是中国法律传统的根本原则。

中华文化不仅源远流长，而且流长，这是世界文明史上仅有的现象。中国传统法律作为中华文化中不可或缺的组成部分，历经数千年的传承，到唐代，形成中华法系。在中国的传统社会里，中国的先民之所以能创造出如此灿烂的中华文化和蔚为大观的中华法系，其中最重要的原因之一就是传统的文化孕育了传统的法律，而传统的法律又为文化的发展起到了积极的作用，即两者之间存在着良性的互动关系。深厚的文化沃土培养了灿烂的法律文化之树。

本书研究的重点和难点是中国文化传统中的哪些内容在当代仍然还有价值，它们对法律变迁起什么样的作用；当代法律变迁中哪些文化传统还在发挥着作用，怎么使文化传统成为法律变迁的有益支持等等。如在当代的法律变迁中，怎么使人本主义这一文化传统发挥大的作用，是值得研究的。再如，中国文化以和谐为价值追求，“贵和”的民族性格已渗透到社会生活的各个方面。比如，在家庭生活中，讲究家庭和睦，“家和

万事兴”；在商业领域，强调与人和善，“和气生财”“诚信为本”；在政治方面，要求“以德和民”，以“政通”求“人和”；在军事领域，主张“师克在和，不在众”；在解决纠纷时，崇尚和解，追求无讼；在国际关系中，主张和平共处。可以说，中国文化就是一种崇尚和谐、以和谐为最高境界的文化。那么，在当代的法律变迁中怎样体现这种贵的文化传统，并将其落实于法治建设中，正是值得深究的课题。

本书的创新在于：第一，以往的研究大多是就法律而法律，或者就文化而文化进行研究。而本课题的研究是将文化传统与法律变迁联系起来，避免了就事论事的研究范式。第二，本课题的研究不是停留在空泛的文化传统与法律变迁的宏观叙事上，而是采用实证的方法，以中国传统社会中的制度、案例为实证分析的对象，阐明中国文化之所以灿烂，中华法系之所以发达的原因之一，就是文化传统与法律变迁之间存在的紧密关系。第三，研究学问的目的不仅仅是说明一个道理，还在于通过研究为当代的社会实践和法律实践提供历史的参照。本课题的研究将文化传统与中国当代的法律变迁作为考察的对象，指出当代法律变迁的内在动力不是人为的制度变革，而是深藏法律背后的文化传统。第四，影响当代法律变迁的文化传统，不仅仅是指中国古代的文化传统，还包括近代的文化传统和改革开放以来形成的新的文化传统，它们都是影响当代法律变迁不可忽视的基础。

第一章 法律变迁的社会基础： 传统文化

一、地理环境

任何一个国家或民族都有其赖以滋长的地理环境。约一百多万年前，中华民族的祖先就生息在亚欧大陆的东部。最晚到战国时，我们的先民对自己生活的地理范围已经有了比较明确的认识。“东渐于海，西被于流沙。”^①《楚辞·招魂》：“西方之害，流沙千里些！”“北方……增冰峨峨，飞雪千里些。”“东有大海，溺水洿洿只。……南有炎火千里，蝮蛇蜒只。山林险隘，虎豹蜿只。”^②中华先民生活的地方，东濒浩瀚的太平洋，北接漫漫的戈壁滩和原始针叶林，西有流沙千里以及冰川广布的帕米尔高原，西南耸立着“世界屋脊”——青藏高原，南面则是地势崎岖、多山地峡谷的贵州高原和南岭。这些天然屏障，将这里围成一个近似封闭的空间。宽阔的腹地，分布着平原、高原、盆地、山川、湖泊……。河流附近的丘陵、山洞或江河的冲积平原（或台地）成为先民们栖息的理想之

① [清]阮元：《十三经注疏·尚书正义·禹贡》，中华书局1980年版，第153页。

② 陈子展：《楚辞直解·招魂》，江苏古籍出版社1988年版，第336-338页。

所。被称之为中华文化发祥地之一的黄河流域，土地肥沃，两汉前的气候较现在温暖湿润。温、热两带复杂的气候条件使动植物种类繁多。与中国同为文明发祥地的埃及、巴比伦、印度和希腊却有着迥然相异的地理条件。

自然环境对民族文化（包括法文化）有着深切而久远的影响。黑格尔说：“水性使人通，山性使人塞；水势使人合，山势使人离。”梁启超于1902年发表的《地理与文明之关系》一文，从濒海与陆居，剖析了海洋民族与大陆民族心理差异之成因：“海也者，能发人进取之雄心者也。陆居者以怀土之故，而种种之系累生焉。试一观海，忽觉超然万累之表，而行为思想，皆得无限自由。彼航海者，其所求固在利也。然求之之始，却不可不先置利害于度外，以性命财产为孤注，冒万险而一掷之。故久于海上者，能使其精神日以勇猛，日以高尚。此古来濒海之民，所以比于陆居者活气较胜，进取较锐，虽同一种族，而能忽成独立之国民也。”^①唯物论者在考察社会特征时，也未忽视自然环境的基础作用：“不同类型社会的主要特征是在地理环境的影响后形成的。”^②

地理环境不是社会变迁和文化形成的唯一决定因素，但却是一个重要因素。“地理因素不仅是背景，我们在讨论结束时将看到，它是造成中国和欧洲的文化差异以及这种格局所涉及的一切事物的极重要因素。”^③自然环境为人类的活动提供了相对的自由，同时也强加了一些限制。可以说，地理环境是塑

① 《梁启超全集·地理与文明之关系》，北京出版社1999年版，第944页。

② 《普列汉诺夫哲学著作选集（第三卷）》，生活·读书·新知三联书店1974年版，第179页。

③ [英]李约瑟：《中国科学技术史·导论》，科学出版社、上海古籍出版社1990年版，第53页。

造中华法系追求和谐、重视礼治传统的主要力量之一。

首先，中国相对封闭的自然环境避免了中华文化因异族入侵而中绝的厄运，同时也妨碍了古代中国人与外邦的贸易往来和文化交流。中华法系的礼法结合的特征同样体现了这样的特点。中华法系的礼治思想渊源于尧舜时代，经夏、商、西周王朝，到春秋战国时期，经过儒家的努力，已成雏形。《论语·为政》载，有人问孔子为什么不参与政治，他回答说：“《书》云：‘孝乎惟孝，友于兄弟，施于有政。’是亦为政，奚其为为政？”孔子认为，古代社会家国相通，教人孝友就是为政。而孝友则是宗法伦理最基本的内容。那么，体现宗法伦理的德礼与国家的政治法律之间哪个为先，哪个更为重要呢，孔子的观点也是明确的。孔子说：“不教而杀谓之虐”^①，“道之以政，齐之以刑，民免而无耻。道之以德，齐之以礼，有耻且格。”^②治理国家，应当先教后刑、德礼为本，刑罚为辅。后世儒者对这些观点虽有发挥和发展，但中国古代宗法伦理道德与法律的界限不分、伦理道德指导法律、法律以伦理道德为主要内容、根本原则和基本精神的传统却一直延续而未有改变。《礼记·王制》载：“凡听五刑之讼，必原父子之亲，立君臣之义以权之。”《唐律·贼盗》“发冢”条：“卑贵贱，等数不同，刑名轻重，粲然有别。”到清末，大理院正卿张仁黼还认为：“夫礼昭大信，法顺人情，此心此理，原可放诸四海而准，先王法制，本足涵盖寰宇。……一国之民必各有其特性，立法者未有

① [清] 阮元：《十三经注疏·论语注疏·尧曰》，中华书局1980年版，第2535页。

② [清] 阮元：《十三经注疏·论语注疏·为政》，中华书局1980年版，第2461页。

拂人之性者也。……故一国之法律，必合乎一国之民情风俗。……中国文教素甲全球，数千年来礼陶乐淑，人人皆知尊君亲上，人伦道德之观念，最为发达，是乃我之国粹，中国法系即以此。”^① “一国之人情风俗”，其核心仍然是“人伦道德”。这种以宗法伦理道德为中华法系特质的传统，之所以相沿不改，其重要的原因之一，便是中国古代地理环境的相对封闭性所致。

其次，中国独特的地理环境促使中国古代形成的经济形态主要是农业型的而非商业型的、游牧型的；造就的民族性格基本是大陆型的而非海洋型的。这种大陆型的民族性格与海洋型民族的性格有着迥然的差异。黑格尔说：“大海给了我们茫茫无定、浩浩无际和渺渺无限的概念；人类在大海的无限里感到他自己的无限的时候，他们就被激起了勇气，要去超越那有限的一切。大海邀请人类从事征服，从事掠夺，但是同时也鼓励人类追求利润，从事商业。平凡的土地、平凡的平原流域把人类束缚在土壤上，把他卷入无穷的依赖性里边，但是大海却挟着人类超越了那些思想和行动的有限的圈子。”^② 孟德斯鸠认为：“岛屿的人民比大陆的人民爱好自由。”^③ 相反，大陆的人民则追求稳定与和谐，却不提倡冒险和竞争。这种追求稳定、和谐的民族性格，使得中国古人特别注重礼法关系。《荀子·王制》上说：“君臣、父子、兄弟、夫妇，始则终，终则始，

① 故宫博物院明清档案部：《清末筹备立宪档案史料》，中华书局1979年版，第834-835页。

② [德] 黑格尔：《历史哲学》，王造时译，上海书店出版社1999年版，第96页。

③ [法] 孟德斯鸠：《论法的精神》（上），张雁深译，商务印书馆1961年版，第282页。

与天地同理，与万世同久，夫是之谓大本。”他认为宗法伦理不仅是社会、天地的大经大法，而且还是万古不变、与天地同久的最高法则。中国古代确立由嫡长子来继承王位实为古人在求稳定的观念指导下的制度设计。对此，王国维先生有精辟的论述：“盖天下之大利莫如定，其大害莫如争。任天者定，任人者争。定之以天，争乃不生。故天子诸侯之传世也，继统法之立子与立嫡也，后世用人之以资格也，皆任天而不参以人，所以求定而息争也。古人非不知官天下之名美于家天下，立贤之利过于立嫡，人才之用优于资格，而终不以此易彼者，盖惧夫名之可藉而争之易生，其蔽将不可胜穷，而民将无时或息也。故衡利而取重，挈害而取轻，而定为立子立嫡之法，以利天下后世。”^①而嫡长子继承制则是体现和维护礼治的主要制度之一。中国古代之所以产生求稳定的心理和相关的制度，不仅与地理环境有关，同时也与需要稳定的小农经济有缘。

二、小农经济

中国的自然环境为中华先民从事农业生产提供了良好条件。上溯到新石器时代，黄河流域的磁山人和长江流域的河姆渡人，远在公元前 6000 年和公元前 5000 年左右就已分别种粟

^① 王国维：《观堂集林》，河北教育出版社 2001 年版，第 291 页。

栽稻了。^① 由此至清，虽历经战国、两汉、唐宋、明清，商品经济也曾繁荣，周边游牧经济也有相当发展，但就整个中国传统经济来看，小农经济一直占主导地位。“明月别枝惊鹊，清风半夜鸣蝉。稻花香里说丰年，听取蛙声一片……。”字里行间散发着农耕文明的泥土气息。传统中国是“以农立国”，而非“以工商立国”，古代中国经济的主体是小农经济，而非商品经济。

土地、气温、雨泽、体力和经验为农业生产所必需，古代中国低下的生产力水平，强化了人对自然的依存。农业与自然的密切关系，人与自然的和谐，人与人的协作，小农经济所必需的安平、稳定、务实、顺从和农业生产的周期性等等，在长期的历史发展中，会积淀而成传统。安土重迁、务实求稳、敬重长者、伦理为本、讲求关系、崇善中庸、向往和谐、天人合一、贵经验、好传统的民族心理或民族性格，都或隐或显地带有农耕文化的烙印。作为农耕文化的一个重要层面——法文化，尤其是该文化的特质，同样具有农业文化的特色。在古代中国的农业生产中，由于男性长者拥有体力，富有经验，所以，男性长者在古代社会占有主导地位，法律的目标之一，就是维护男性尊长，尤其是父家长和丈夫的权威。在家庭（家族）中，法律赋予父家长至上的权力。父家长不仅统治着家

^① 1976—1977年，河北武安县磁山，发掘一处新石器时代早期遗址，时间约在公元前6000至公元前5000年间。灰坑中发现了农作物粟的痕迹。浙江余姚县的河姆渡遗址，年代约在公元前5000至前3300年间，发现的稻谷是目前世界上最古老的人工栽培稻。二处遗存表明，当时定居农业色彩浓厚。参见中国社会科学院考古研究所：《新中国的考古发现和研究》，文物出版社1984年版，第35、36、145页。《中国大百科全书·考古》，中国大百科全书出版社1986年版，第188、189、714页。

庭（家族）中的妻妾儿女，而且掌握着家庭（家族）的财产权以及对子女的主婚权、教令权和惩戒权。为了维护父家长的权威，历代都将“不孝”定为重罪。在夏、商，不孝构成最严重的犯罪。^①到周代，统治者认为“元恶大憝，矧惟不孝不友”，而且要“刑兹无赦”。^②北齐时，不孝被列入“重罪十条”，犯者“不在八议论赎之列”。隋朝以后更是将不孝规定在“十恶”之中，“为常赦所不原”。对夫权的维护，传统法律也有明确的规定。从西周到明清，历代法律中都规定有“七出”，在七种情形下，丈夫可以休妻。汉代以后，“夫为妻纲”成为定律。以唐律为例，法律规定如妻子谋杀丈夫，构成“恶逆”罪；妻殴、告丈夫，被定为“不睦”罪；“闻夫丧匿不举哀，若作乐、释服从吉及改嫁”，“皆是背礼违义”，入“不义”罪。以后历代法典都有类似之规定，而且这些犯罪，隋唐之后都属“十恶”重罪，不得宽宥。

小农经济使农民附着在土地上，农民的生产、生活必须与大自然保持一致，日出而作，日落而息，春耕夏耘，秋收冬藏是古代中国人的生活常态。长期的生活、生产实践逐渐形成了中国古代“天人合一”的文化内涵。“天人合一”的基本特点是和谐。尽管中华法系中有关和谐的内容十分丰富，但其中最主要、最重要的和谐乃是宗法伦理关系的和谐和礼法的和谐。孟子说：“人之有道也，饱食、暖衣、逸居而无教，则近于禽兽。圣人有忧之，使契为司徒，教以人伦，父子有亲，君臣有

① 周子良：《中国法制史》，法律出版社2006年版，第22、27页。

② [清]阮元：《十三经注疏·尚书正义·康诰》，中华书局1980年版，第204页。

义，夫妇有别，长幼有叙，朋友有信。”^①《礼记·礼运》的作者则希望通过修十义，实现“父慈、子孝、兄良、弟弟、夫义、妇听、长惠、幼顺、君仁、臣忠”的人伦和谐理想。相反，悖逆人伦的行为会受到刑罚的严惩。这种崇尚人伦和谐的文化和法文化，之所以区别于西方追求自由和权利的文化和法文化，与中西方不同的经济基础有很大的关系。此外，小农经济的分散性、自足性和封闭性使得古代中国人在面对强大的国家权力时，产生敬畏的心理，进而形成权力崇拜的传统。在国家伦理中，君权至上、君为臣纲的观念和制度有了滋生的土壤。

三、家国同构

农业经济需要定居，长久的定居会由家庭演变为家族，进而繁衍为同姓村落。从最早的社会组织——原始群，到氏族、胞族、部落、部落联盟，血缘关系一直是维系社会组织的最基本的纽带。正如英国法史学家梅因所说：“一切古代社会都自认为是来自一个原祖，并且除此以外，他们虽经努力，但仍无法想出他们所以会结合在一个政治团体中的任何其他理由。”^②由氏族过渡到国家，是人类社会的一次质的巨变，东西方社会的差异也渐趋明显。古代中国国家的形成并不以否定氏族制为前提。氏族血缘纽带没有因文明社会的到来而断裂，反而更加强韧。由血缘纽带而结成的家庭或家族，成为夏、商、西周乃

① [清]阮元：《十三经注疏·孟子注疏·滕文公上》，中华书局1980年版，第2705页。

② [英]梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆1959年版，第74页。