

东北师范大学政法学院学科建设系列丛书·法学

爱的民法表达与实践： 基于我国监护制度发展的法文化分析

AI DE MINFA BIAODA YU SHIJIAN
JIYU WOGUO JIANHU ZHIDU FAZHAN DE FAWENHUA FENXI

闫弘宇/著



东北师范大学出版社
NORTHEAST NORMAL UNIVERSITY PRESS

东北师范大学政法学院学科建设系列丛书 • 法学

爱的民法表达与实践： 基于我国监护制度发展的法文化分析

AI DE MINFA BIAODA YU SHIJIAN
JIYU WOGUO JIANHU ZHIDU FAZHAN DE FAWENHUA FENXI

闫弘宇/著

东北师范大学出版社
长 春

图书在版编目 (CIP) 数据

爱的民法表达与实践：基于我国监护制度发展的法文化分析/闫弘宇著. —长春：东北师范大学出版社，2017.8

ISBN 978 - 7 - 5681 - 3688 - 4

I. ①爱… II. ①闫… III. ①监护—社会制度—研究—中国 IV. ①D923.924

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 221577 号

□责任编辑：刘昕鑫 □封面设计：张 然

□责任校对：张翠翠 □责任印制：张允豪

东北师范大学出版社出版发行

长春净月经济开发区金宝街 118 号 (邮政编码：130117)

销售热线：0431-85687213

传真：0431-85691969

网址：[http:// www.nenup.com](http://www.nenup.com)

东北师范大学出版社激光照排中心制版

长春市赛德印业有限公司印装

长春净月潭旅游经济开发区小合台工业区 9 号

2017 年 8 月第 1 版 2017 年 8 月第 1 版第 1 次印刷

幅面尺寸：169 mm×239 mm 印张：14.5 字数：234 千

定价：37.00 元

闫氏家训

闫卫华和崔孟秋夫妇
四十余年工作、生活积累的箴言：

自立	自强	克勤	克俭
育子	育孙	互敬	互勉
十六	字言	世代	永传

闫卫华
2015年5月

再见！又一十年！

2006年7月，我迎娶了妻子刘佳；

2006年12月，我于吉林大学获得法学博士学位；

2008年1月，我喜获爱子业楷；

2008年12月，我晋升副教授职称；

2010年6月，我完成了博士后的研究工作；

2011年11月，我被授予中国人民解放军65316部队预编预备役少校军衔；

2013年10月，我被评定为博士研究生导师；

2015年6月，我开始兼职从事律师工作；

2015年9月，我获得东北师范大学首届“教学新星奖”；

2016年1月，我与慈父卫华阴阳两隔。

2005年10月，我的第二本学术专著《法理要论》出版之时，我以“十年”为序，对自己的学习生活做见证和小结。而今，又一十年悄然而逝。在家庭和事业之间，在父母和妻儿之间，在朋友、同事和学生之间，我感受到了喜怒哀乐和悲欢离合。父亲的离世让我痛彻心骨！在悲痛中，往事一幕幕在眼前掠过，而立之年也让我重新思考自己的未来方向。思来想去，无论是过往的经验还是未来的动力，都在一个“爱”字中间体现。而这，恰是我的博士论文《我国监护制度法文化分析》所表达的主旨。听闻学院资助出版，于是收拾心情，整理了思绪，修改了文稿，遂成此书。将书定名为《爱的民法表达与实践》，既是对中国民法文化基本精神的概括，也是对中国未来民法发展和法律实践的一种期待。

此书稿修改之时，我国《民法总则》即将颁行。本欲结合新法就书稿

做整体调整，但因新法在有关监护的相关制度中并没有做大的调整，在整体的立法精神中也很好地体现了“爱”的表达，因此，仅就部分章节进行了简单的增补。书稿大部分内容保留了博士论文的原貌，这也是对自己十年前已有的较为成熟的学术表达的一种敬意。

借此书对我的又一十年做以交代！

借此书缅怀我最深爱的父亲！

借此书祝福我的家人！

闫弘宇

2017年3月17日

于红旗街寓所

目 录

绪 论 爱、民法与文化 / 1

一、爱、民法与文化 / 1

二、爱在民法中最集中的制度体现——监护 / 8

三、本主题的研究现状述评 / 20

上编 爱的传统

第一章 中国古代监护制度及其法文化特质 / 31

第一节 中国古代监护制度的存在及其表现形式 / 31

一、中国古代是否存在监护制度 / 31

二、如何认识中国古代的监护制度 / 32

三、从监护制度的客观特征和效果看中国古代监护制度的存在 / 35

四、中国古代监护制度的表现形式 / 37

第二节 中国古代监护制度的内容和基本特征 / 41

一、家长对子孙的监护 / 42

二、父母对子女的监护 / 49

三、父母以外的人对未成年人的监护 / 49

四、妇女监护和妇女对子女的监护权 / 50

五、成年人监护 / 52

六、国家及社会对监护的介入 / 52

第三节 中国古代监护制度的法文化特质及其构成 / 54

一、中国古代监护制度的法文化特质 / 54

二、中国古代监护法文化特质的构成 / 62

第二章 监护制度及其法文化特质在《大清民律草案》到《民法典》期间的法律及草案中的变化 / 69

第一节 《大清民律草案》 监护制度及其法文化特质 / 70

- 一、《大清民律草案》监护制度的内容和基本特征 / 70
- 二、《大清民律草案》监护制度的法文化特质 / 77

第二节 《民国民律草案》 监护制度及其法文化特质 / 79

- 一、《民法典》颁行之前与监护制度有关的立法 / 79
- 二、《民国民律草案》监护制度的内容和基本特征 / 81
- 三、《民国民律草案》监护制度的法文化特质 / 84

第三节 《民法典》 监护制度及其法文化特质 / 84

- 一、《民法典》监护制度的内容和基本特征 / 85
- 二、《民法典》监护制度的法文化特质 / 89

第三章 我国现行监护制度及其法文化特质 / 93

第一节 我国现行监护制度及其法文化特质 / 93

- 一、我国现行监护制度的内容和基本特征 / 93
- 二、我国现行监护制度的法文化特质 / 100

第二节 我国现行监护制度的不足 / 103

- 一、立法体例上的不足 / 103
- 二、立法内容上的不足 / 106
- 三、立法技术上的不足 / 108

下编 爱 的 发 展

第四章 法文化与中国监护制度的演变 / 113

第一节 中国传统法文化与中国古代监护制度 / 113

- 一、影响中国古代监护制度的哲学观念 / 113
- 二、中国传统法文化与古代监护制度 / 118

第二节 形式西化、内容传统的《大清民律草案》 监护制度 / 120

- 一、中国传统法文化“优势”的必然性 / 120

- 二、经济等社会方面状况决定了西方法文化遭受冷遇的命运 / 123
- 第三节 《民国民律草案》监护制度对传统法文化的依恋 / 125
 - 一、客观情况改观不大 / 125
 - 二、主观复古依然明显 / 126
- 第四节 妥协于两种法文化之间的《民国民法典》监护制度 / 127
 - 一、政治观念决定了《民国民法典》监护制度对两种法文化的妥协 / 128
 - 二、两种法文化能够妥协的“合理”原因 / 129
 - 三、两种法文化在监护制度中妥协后的效果 / 130
- 第五节 我国现行监护制度确立过程中对法文化的选择 / 133
 - 一、我国现行监护制度的确立表现了自己的特点 / 133
 - 二、革命的法文化传统对我国现行监护法文化的影响 / 136
- 第六节 监护法文化特质的变化与我国监护制度的演变 / 139
 - 一、监护法文化特质的变化反映监护本质的变化 / 139
 - 二、我国监护法文化特质的变化规律 / 141

第五章 法文化与中国监护制度的未来发展 / 146

- 第一节 我国监护制度未来发展中的法文化选择 / 146
 - 一、我国监护制度未来发展中应确立自己独有的社会主义法文化 / 146
 - 二、中国监护制度发展中对社会主义法文化的选择应当建立在科学对待西方法文化和正确对待中国法文化传统的基础上 / 150
- 第二节 我国未来监护法文化特质应有的科学内涵 / 154
 - 一、“爱”的科学内涵 / 154
 - 二、男女平等的科学内涵 / 161

第六章 我国监护制度未来发展的有利因素 / 163

- 第一节 当代中国政治和经济协调发展 / 163
 - 一、政治稳定发展 / 163
 - 二、经济持续增长 / 165
 - 三、当代中国政治和经济的协调发展为我国监护制度的未来发展提供了坚实的保障 / 168

第二节 当代中国法文化建设良好发展 / 169

一、当代中国法文化建设良好发展 / 170

二、当代中国法文化的发展为我国监护制度的未来发展
创造了良好的法文化环境 / 195

余 论 中国法文化发展的伦理逻辑 / 198

一、中国传统法文化的伦理性 / 198

二、当代中国法律制度的伦理性表现 / 206

三、中国法文化发展的伦理逻辑 / 209

参考文献 / 212

绪论 爱、民法与文化

一、爱、民法与文化

爱，是中国传统文化中非常重要且积极的文化元素，在中国传统的民事法律制度中有着非常充分的体现。在传统的社会结构中，由于政治、法律的特殊性，传统文化中的“爱”并没有发挥出全部的精神内涵。在清末改制以后的中国近代法律发展过程中，“爱”这一特质随着国家整体的制度变革不断发展、变化。新中国成立初期，我国的立法虽然主要以《宪法》和《婚姻法》为代表，但是“爱”仍然基于革命的文化传统而得到延续和发展。改革开放以后，以《民法通则》为核心的民事法律制度在发展、演进中，逐渐将“爱”这一特质的法律表达不断丰富。2017年新颁布的《民法总则》，作为未来中国民法典的“总体精神”，赋予了“爱”更新的时代价值，也使我们看到“爱”在未来民法典中更全面表达的希望。当然，从现有的《民法通则》和即将实施的《民法总则》来看，“爱”无论是在主体上，还是在内容上都仍然具有不断发展、丰富的空间。

要客观、准确、充分地认识爱与民法的关系，法文化的分析是不可或缺的一种方法；同时，对于爱与民法的分析，也是对法文化研究的一种丰富。民法是最市民化的法律制度，爱是人最朴素的道德情感，对爱与民法的研究是研究中国传统法文化的一个重要进路。

法文化或法律文化^①是当代中国法学界被使用最广泛的概念之一，但又是一个界说纷纭的一个概念。文化本身是一个非常复杂而丰富的社会现象，“从19世纪以来人们围绕着文化的含义、内容、分类所发生的争论，一直没有停止过，而且至今没有统一的认识。”导致这种状况的原因是多样的，

^① 在术语使用上，有的学者使用“法文化”一词，有的学者使用“法律文化”一词。笔者认为这两个名词的区别更多的是在语言习惯上，而非内涵上。所以，本书对这两个名词做同等的理解。

“既有学科体系的不同，也有方法论上的分歧，更有政治视野上的差别，还有民族语言表达方式上的问题。”^① 法文化作为一种特殊的观察文化的角度，既可以看到法律现象中诸多的特殊文化特征，又很难在文化上对法律现象做出有效的抽象概括。在法学界，对法律文化的研究方法是多样的，由此而形成的法律文化概念也莫衷一是，众说纷纭，总的来说有主要影响的是以下几种：

1. 将法（律）文化作为法学现象中的一部分，即“法律现象的精神部分”，把法律文化仅界定为一种观念形态的产物。美国的学者大多持这种观点。例如，著名美国学者劳伦斯·弗里德曼在《法律制度》一书中，谈及法律文化时指出，“法律文化一词泛指一些有关的现象。首先，它是指公众对法律制度的了解、态度和举动模式。人们的感觉和行为是否认为法院是公正的？他们什么时候愿意使用法院？他们认为法律的哪些部分是合法的？他们一般对法律有多少了解？这种态度各人不同，但是我们可以谈一个国家或集团的法律文化，如果有能把它与其他国家或集团的文化区分开的模式。一种特别重要的集团法律文化是法律专业人员的法律文化，即律师、法官和其他在法律制度的神奇圈子里工作者的价值观念、思想意识和原则。”^② 此外，美国学者埃尔曼、梅利曼等人也分别阐明了类似的法律文化含义。我国学者张文显教授也把法律文化理解为法律现象的精神部分，“即由社会的经济基础和政治结构决定的、在历史进程中积累下来并不断创新的有关法和法律生活，特别是权利和义务的群体性认知、评价、心态和行为模式的总汇。”^③

2. 将法（律）文化理解为由社会的物质生活条件所决定的法律上层建筑。例如，刘作翔教授在《法律文化理论》一书中解释法律文化的含义时指出，法律文化的其中一种含义是，“法律文化是由社会的物质生活条件所决定的法律上层建筑的总称，即法律文化是法律意识形态以及和法律意识形态相适应的法律规范、法律制度及法律组织机构和法律设施等的总和。”^④

3. 将法（律）文化作为社会文化现象的一种。例如，刘学灵先生认为，“法律文化是社会观念形态、群体生活模式、社会规范和制度中有关法律

① 司马云杰，文化社会学[M]，北京：中国社会科学出版社，2001：2。

② 弗里德曼，法律制度[M]，修订版，李琼英，林欣，译，北京：中国政法大学出版社，2004：226-227。

③ 张文显，法哲学范畴研究[M]，修订版，北京：中国政法大学出版社，2001：235。

④ 刘作翔，法律文化理论[M]，北京：商务印书馆，1999：81。

那一部分以及文化总体功能作用于法制活动而产生的内容——法律观念形态、法制协调水平、法律知识积淀、法律文化总功能的总和。”^①

4. 将法（律）文化解释为法律意识中非意识形态的部分，理解为一种技术。例如，苏联学者阿列克谢耶夫认为，“法律文化是一种特殊的精神财富。它表现在法的调整素质，积累起来的法的价值以及法和法律技术之中。法律文化属于社会精神文明。它反映了法律进步内容已经达到的发展水平上的那些特点。”^② 我国学者孙国华教授认为，“法律文化是人们调整社会关系的智慧、知识和经验的结晶，反映了历史积累起来的有价值的法律思想和有关法的制定、法的适用等的法律技术，反映了法律调整所达到的水平。”^③

5. 将法（律）文化作为一种生活方式。我国学者郑成良教授认为，法律文化指的是“事实群体中存在的较为普遍的某些生活方式，它们或者直接构成了法律秩序的一部分，或者与法律秩序的性质和状态有关，它们既可能以实际的行为表现出来，也可能仅仅表达了人们的某种期望”^④。

6. 将法（律）文化理解为一种法学方法论。具有代表性的观点如我国学者梁治平先生在阐释法律文化时指出，“把应用文化解释方法的法律研究叫作‘法律文化’”^⑤。

当然，上述分类只是为了介绍目前关于法（律）文化的研究情况而做的简单划分，事实上学者们的论述要比上述的划分更为复杂，每一种分类所列举的学者在阐述法（律）文化的相关问题上观点也不是完全统一的，还有些学者在自己的不同著述中对法（律）文化做出不同的解释。

事实上，各种观点都有各自的合理性，基于不同的学术兴趣，从不同的角度，以不同的方法研究法学问题都是对法学的繁荣。本书在对法文化的理解上，更倾向于刘进田、李少伟先生的阐释，即法（律）文化作为一种文化存在，“是指存在和隐身于法律现象内部的普遍而稳定的集体意向，即态度、思维和观念”^⑥。

① 刘学灵，法律文化的概念、结构和研究观念 [J]，河北法学，1987（3）：37。

② C. C. 阿列克谢耶夫，法的一般原理：上册[M]，黄良平，译，北京：法律出版社，1988：220。

③ 孙国华，法学基础理论[M]，北京：中国人民大学出版社，1987：306。

④ 郑成良，论法律文化的要素与结构 [J]，社会学研究，1988（2）：98。

⑤ 梁治平，法律的文化解释[M]//梁治平，法律文化的解释，增订本，上海：生活·读书·新知三联书店，1994：57。

⑥ 刘进田，李少伟，法律文化导论[M]，北京：中国政法大学出版社，2005：105。

将法文化作为一种集体意向，对人们的态度、思维和观念进行分析更多的只是一种哲理分析，我们可以去总结一种先进的法文化，但是我们对法文化的研究目的不应局限于此，更为重要的是我们要研究一种先进的法文化在法律运行的过程中如何得以形成和发展的的问题，一种先进的法文化如何才能法律运行中得到具体的贯彻和实施的问题，这样我们的关注点就应当扩大到承载集体意向的法律制度上，扩大到反映人们态度、思维和观念的法律实践活动中，这就是法文化分析。对于法文化分析我们可以从以下两个方面进行把握。

第一，法文化分析是将法文化作为一种研究方法的分析。

“一切问题，由文化问题产生。一切问题，由文化问题解决。”^①这是国学大师钱穆先生对文化价值功能所做的至高评价。虽然这一观点具有“唯文化论”的倾向，不能为我们所完全接受，但是它使我们关注到文化的价值与功能。作为一种对待问题的态度、研究问题的方法，文化的研究方法确实是我们法学研究中可以行之有效进行借鉴的方法。法律是一种复杂的社会现象，可以肯定地说，这一现象中蕴含着丰富的法文化因素。因此，要有效地研究法律现象，就必然对其所蕴含的法文化因素进行分析，要将法文化作为一种研究方法来进行分析。

将法文化作为一种方法，“从文化的角度看待法律，我们可以对所有的法律现象进行文化审视和文化解释，它有助于我们克服传统的法律观中将法律视为或工具性或阶级性或规范性等‘一属性’的社会现象，而赋予法律以一种内含人类价值符号、价值体现等目的意义的‘多重性’社会文化产物，有益于深化人类对法律本质属性的认识。把法律作为一种文化，可以拓展人们的观察、思考和研究视野，把与法律相关的所有因素联系起来，考察法律现象，以求得对法律做出更加科学合理的阐释。”^②

将法文化作为一种方法的分析，是指我们在研究法律问题的过程中要首先站在法文化的立场上，而后就要以对待文化的态度和方法对待法律。法律，以及由此产生的法律制度，由此发生的法律实践活动，由此形成的法律关系都不是一种静止的状态，而是有着文化的生命力的。文化的形成不是一蹴而就的，对于法律这种文化现象的研究也不能局限于某一时期、某一环境的制度本身，而是要探询其背后所蕴含的文化发展轨迹，即这样

① 钱穆，文化学大义[M]//刘作翔，法律文化理论。北京：商务印书馆，1999：68。

② 刘作翔，法律文化理论[M]。北京：商务印书馆，1999：71-72。

的制度是在怎样的观念支撑下形成并发展而来的，并将以怎样的文化逻辑发展下去。要看到法律制度背后的法文化，这样才能更真实地认识法律制度本身。

将法文化作为一种方法的研究与分析在我国目前学术界的研究中并没有给予充分的认识，尤其在部门法学的研究中没有得到更好的体现。随着改革开放的逐步深入，学习、借鉴一切人类先进文化成果已经是我们再熟悉不过的一个原则，但在法学研究领域，如何借鉴和学习国外科学的理论和方法，我们还有一定的不足。部分学者在论及中国的某一法律制度时可以一针见血地指出我们存在的问题，但在讨论如何改进我们的制度时，则往往简单地认为可以模仿甚至照搬西方某些先进国家的制度。更有学者认为，甚至可以将与我们非属于同一法律传统的英美法系的某些制度移植过来，完全忽视我国现存相关制度所具有的大陆法系文化血脉。不要简单地、静止地看待法律制度本身，对于这样的观点，孟德斯鸠在《论法的精神》中就曾涉及，他指出，“为某一国人民而制定的法律，应该是非常适合于该国的人民的。所以，如果一个国家的法律竟能适合于另外一个国家的话，那是非常凑巧的事。”^①不探究国外法律制度所隐含的法文化背景，只简单、盲目地学习国外具体制度，既是对国外法律制度不负责任的理解，更是对中国法治实践不负责任的对待。在如何对待国外法律制度的问题上，苏力先生的意见是较为可取的，他指出，“我从来都不认为，国外如何，我们就应当如何；因为各国的法律规定和司法实践都与各国的各种社会条件相关，因此，国外的任何经验都必须经过我们的思考和经验的验证，哪怕是国外最通行的做法也都不应当视为天经地义，理所当然。”^②

一定时期的法律制度总是这一时期人们集体意向的反映，这是一种法文化问题，因此必然要进行法文化的分析，通过法文化的分析去寻求解决问题的途径。“因为文化问题只能用文化的方式去解决”^③。

第二，法文化分析是对法律制度和法律实践活动所反映的集体意向的分析。

作为一种态度、思维和观念，法文化是抽象的、主观的，这给我们对

① 孟德斯鸠，论法的精神：上册[M]，张雁深，译，北京：商务印书馆，1959：7。

② 苏力，司法解释、公共政策和最高法院：从最高法院有关“奸淫幼女”的司法解释切入[J]，法学，2003（8）：8。

③ 霍存福，复仇·报复刑·报应说：中国人法律观念的文化解说[M]，长春：吉林人民出版社，2005：16。

之进行认识和分析带来了困难。为更科学、有效地认识法文化，我们必须借助于法律制度和法律实践这些客观存在。将法文化作为一种方法，以法文化的立场对待法律现象也同样要求我们要注意法律现象背后的文化因素，要关注于促成法律制度和法律实践活动的法文化态度、法文化思维和法文化观念。

在当代中国的法治实践中，我们要依赖于法律功能的发挥与实现，我们要尊重法律的权威。因此，我们法学研究的真正目的不应限于去讨论如何建立一种科学的法律制度，而更应当去研究一种科学的法律制度是如何作为一种法文化现象而形成和发展的的问题，更应当关注如何使一种科学的法律制度得以贯彻、施行的问题，更应当关注如何使法律不仅在形式上，而是在实质上成为真正的权威问题。这一目标的实现在很大程度上取决于我们对法律制度和法律实践活动所反映的集体意向的科学总结。通过法文化分析，我们能够更真切地看到在不同的历史阶段，在不同的政治、经济以及其他社会因素的制约下人们的法律态度、法律思维和法律观念是如何形成和发展的，人们的法律态度、法律思维和法律观念又是如何促成法律制度的建立，人们在法律实践中的态度、思维和观念又是如何对现行法律制度做出评价，并对现行法律制度的发展产生怎样的积极或消极影响。

法文化分析之所以要关注于法律制度，其根本原因在于法律制度从来不是一种静态的事物，它始终是人类的一种法文化实践活动。从法律制度与法文化之间的关系上看，它们参与法律实践有着先后、主次之分，一般而言，法律制度是人们对法文化的具体实践。

事实上，从社会角度对法律问题进行整体性观察，我们可以发现在法律制度产生之前，人们在社会活动中，产生了不同的社会需要，同时在不断的交流中对一些共同的需要形成一种共识的情感、态度和观念，为保持一种固定的利益（权利），人们将这种观念上升为法律意志，以法律制度具体表现出来。这就最初完成了由法文化到法律制度的实践。当人们感受到法律制度对法律观念的实践结果给自身带来的实际利益时，则更积极地参加到各种法律实践活动中，不断地形成关于法、法律生活和法律现象的认知、情感和评价，又根据社会发展的实际可能，使之不断地以各种不同的、更专门的法律制度表现出来。从总体上看，“法（律）文化是一个国家法制的内在逻辑。它表现在受历史传统制约的人们关于法和法律的态度、价值、信念、心理、感情、习惯等等之中，直接或间接、有形或无形地影响着社

会主体的法律实践和法律发展的走向。”^① 法律制度作为法文化的实践，在各国法律制度中都有所体现。例如，法国专门审理行政案件的行政法院制度，正是根源于人们对普通法院法官专业技能的不信任的基本观念和对公民权利有效保障的基本需要而确立的。^② 在伊斯兰国家，法律制度对法文化的实践更为明显，《古兰经》和《圣训》是他们遵守的最初的法源，至今为止，伊斯兰国家在制定新的制度的时候，都会援引《古兰经》和《圣训》的内容，而每个伊斯兰国家法律观念上的差别，也就产生并不完全相同的解释，由此制度上也存在着不同程度的差异。^③ 美国著名法学家劳伦斯·M. 弗里德曼在谈及法学家对法律制度确立所具有的重要影响时曾精辟地指出：“法典背后有强大的思想运动。”^④

这就是法文化与法律制度之间的实践关系。当然，为了简单地说明这种实践关系，我们实际上抛开了一个重要的问题，那就是政治、经济结构在这一过程中的根本性的作用。事实上，在阶级社会中，由经济结构的性质所决定，法文化观念更集中地体现统治阶级的利益和根本需要。因此，只有统治阶级的法文化观念才更多地通过实践以法律制度的形式具体地转化出来。而人民群众的法文化观念只有在不与统治阶级利益相冲突的时候，才可能被转化为法律制度，而这也不是必然的结果，在不同的国度里，也取决于统治者的善恶和喜好，在有些制度下，这种转化更类似于一种“恩赐”。例如，在今天，契约制度更多地体现为一种民间的自由财产活动，而在奴隶制和封建社会中，由于统治阶级的实际需要，形成了不同的法文化观念，而在法律制度中赋予市民契约上的自由程度是不同的。相比较而言，在西方社会的发展中，契约自由的程度较高，而在东方社会，契约活动则更多地被统治阶级所限制。在中国古代自唐代以后正式确立了“恩赦不偿”制度，即朝廷通过颁布大赦令的方式免除债务。其制度基础是最高统治者对民众及其财产合法占有的观念，“即最高统治者将民众看成是其附属，有

① 公丕祥，东方法律文化的历史逻辑[M]，北京：法律出版社，2002：7。

② 勒内·达维，英国法与法国法：一种实质性比较[M]，潘华仿，等译，北京：清华大学出版社，2002：55。

③ K. 茨威格特，H. 克茨，比较法总论[M]，潘汉典，米健，高鸿钧，等译，北京：法律出版社，2003：530-536。

④ 弗里德曼，法律制度[M]，修订版，李琼英，林欣，译，北京：中国政法大学出版社，2004：241。