的理论，在合同解除有溯及力时，可以拟制合同关系在违约金存在的范围内继续存在。

定金为证约定金或成约定金时，它与违约金在目的、性质和功能方面均有不同，两者可以并罚。需要指出的是，考虑到我国法上的违约金是作为损害赔偿额的预定而存在的，因而当定金与违约金并罚时数额过高时，可以减少并罚的数额。

（作者单位：吉林大学法学院）

责任编辑：张广兴

中国传统法律文化构成及其对实践的影响

武 树 臣

中国传统法律文化是中国传统文化在法律实践领域的特殊表现形式，并成为中国传统文化的有机组成部分。它深深植基于中国传统文化的肥沃土壤之中，不论在总体精神还是宏观样式上，都洋溢着中国传统文化的浓烈气息。

一、中国传统法律文化的两大文化基因

中国是个版图辽阔的国家。中华民族是由多种民族融合而成的统一民族大家庭。但是，统一的多民族的国家是经历长期的冲突、交融之后才形成的。在这之前，我们的祖先就已经分别在不同的地域，在不同的自然地理条件下，休养生息了漫长的岁月。正是在这样的社会历史条件下，形成了两大地域性文化。它们构成了中国传统法律文化的两大文化基因。

（一）中原地区的农耕文化

气候宜人、土质松软的中原大地，培植了自给自足的自然经济，养育了亲亲的宗法社会，并在此基础上建造了宗法贵族政体。这一切都成为中原文化的社会基础。中原文化的重心是周文化和鲁文化，在思想上的代表是春秋时代出现的儒家学说。

儒学的要义，在于肯定和谐宁静的生产方式即自然经济，推崇亲亲、尊尊、长长、男女有别的宗法家族秩序，用调和感化的措施来处理各种社会关系——君臣关系、亲属关系，使人们虽然各居于差异性的社会地位之上，却由于各自履行相对应的差异性道德规范，而相互和解、相互同情，既无虐行，也无暴乱，从而使全体人群真正象“人”一样地生存衍续下去。

儒学之所以能被视为农耕文化的代表，是因为它的最高理想是这样一幅蓝图：在这种社会里，人们各有不同的地位与责任，并依血缘链条传递下去：君君、臣臣、父父、子子、兄兄、弟弟、农农、士士、工工、商商。每个人的权利义务都是永远被规定好了的，这就是“与天地同理，与万世同久”①的礼。在礼的制约下，人们有亲疏而无纷扰，有尊卑而无争斗，

① 《荀子·王制》

彼此相安无事。这种社会正是自给自足的农耕社会。

儒学可以称为“人”之学。它强调人与禽兽的差别性，强调人的社会性即宗法家族的属性，认为人产生和存在于宗法家族之中，只有严格履行宗法道德规范，才可以称为真正的人。人生的价值不在于追求物质享受，而在于使自己成为“人”，从而完成“人之所以为人”的历史过程。儒学的全部内容，不外乎用道德感化和仁政措施来实现使“人之所以为人”的社会。

儒学又是君子之学。在它看来，君子的确切含义是：具备特定道德观念且居于支配地位的“人上之人”。君子的实践路线是：正心、诚意、修身、“刑于寡妻”、治国安邦，乃至“仁及草木”。君子的社会责任是建立并维护“人之所以为人”的社会秩序。这就必须以身作则，用“富而后教”的措施把人们的言行纳入礼的轨道。礼就是差异性的名分，有了名分人们才能合作，才能组成人的社会：“明分使群”，“群居和一”。①君子的社会价值就在于实现这一理想。

（二）西北地区的游牧文化

草木丰茂、气候寒冷的西北高原，养育了群处徙居、以牧猎为生的游牧民族。一年四季都处在游动之中的生活环境，冲淡了人们的血缘纽带和血缘观念。当他们为了共同的放牧、获猎或战争的目的而合作时，已不可能靠宗法家族规范，而不得不创造新的行为规范——“军法”，从而形成与中原文化迥异的游牧文化。这种文化在思想上的代表是战国时产生的法家学说。

法家学说的要义在于：个人首先是作为社会的一员而存在的，这个社会就是按地域（而非依血缘）来划分居民的国家。个人应当同国家建立直接的权利义务关系，而确认这种关系的就是国家制定的法律。这种法律靠着国家强制力，把个人从宗法家族的小圈子里拉将出来并赋予新的社会地位，从而在宗法家族的废墟上创建超血缘的中央集权的专制国家。

法家学术是法律之学。它认为法律是社会正义和公平的集中体现，是确定人们社会地位与权利义务并实行权利再分配的唯一标准。因此，一切行为规范必须经过国家的筛选和认可，才能具有社会权威。社会生活的各个领域应“皆有法式”并做到“天下事无小大皆决于法”，②同时还要“以法为教”，“以吏为师”。③

法家之学又是功利之学。它认为，每个人不论古人、今人、君子、小人，都是“好利恶害”、自私自利的。这种本性是天生如此而又不可改变的。在这种冷冰冰的人性面前，儒家的道德说教已黯然无色。法学把个人的功利和国家功利统一起来，通过赏罚两手驱使人民去做有利于国家的事，不做有害于国家的事。同时，个人也可以得到良田美宅、高官厚爵。

法家之学还是强力之学。他们认为，治理国家不能靠仁政和教化，只能靠国家法律的强制性。国家不能希望人人都成为品质高尚的正人君子，却可以靠着法律和刑罚使人们不敢为非。他们高举“重轻罪”、“以力服人”、“以刑去刑”的旗帜，视刑罚刀锯为无所不能的法宝，从而使理论上的法家成为实践中的罚家。

（三）两种文化基因的联系

两种诞生在不同社会历史条件下的地域文化，其差异性是主要的。农耕文化是宁静的、和谐的、温情的君子型文化；游牧文化则是运动的、奔突的、豪迈的斗士文化。前者重在内

① 《荀子》中《礼论》、《王制》篇.

② 《史记·始皇本纪》

③ 《韩非子·五蠹》

向的伦理感情，后者重在外向的行为表现；前者重视先天的血缘身份，后者则看重后天的人为努力；在前者那里，我们看到自上而下的、无始无终的纵向链条；在后者那里，我们则看到，在皇权的阳光之下，人人平等。

当然，两种文化也不是截然异旨、毫无相通之处的。比如，农耕文化也承认法律的作用，只是把它视为教化的辅助手段；游牧文化也承认宗法等级差别，只是不强调伦理感情；至于等级差异性，则是两者皆然的。

正是基于两种文化的总体差异性与局部相通性，才得以在不同的社会条件下，演出冲突、融合的历史剧幕。

二、两种文化的冲突与融合

中原文化与西北文化，作为中国传统法律文化的两大文化基因，曾伴随着生产方式的变革和民族的交往，在很大程度上决定着中国古代法律实践活动的方向和进程。

（一）冲突与融合的宏观轨迹

1.第一次冲突与交融

第一次文化冲突与交融发生在夏、商之交，其后果是农耕文化取代游牧文化。

夏朝的社会情况究竟如何？文献缺乏，很难确定，但亦可揣测到一点信息。《左传》文公四年谓：晋国“封于夏墟”，“晋国之封，启以夏政，疆以戎索”。《战国策·楚策一》：“陈轸夏人也，习于三晋之事”。可见战国时人们仍习惯于称晋人为夏人。《荀子·儒效》谓：“居楚而楚，居越而越，居夏而夏，是非天性也，积靡使然也”。晋人生活在夏墟，自然承继和保留了夏人的文化传统。从晋人轻宗法、尚武力、重国法的风格中，可以窥见夏人的风采。而大禹集合部落酋长时，处死迟到的防风氏，以及能够率领大批部众共同防御水患，都说明当时的军法已具有极大的权威。晋人继承的“夏政”，就是“戎索”，而“戎索”正是军法。这是游牧文化的标志。

商朝代夏而立，标志着农耕文化取代游牧文化。稳定的生产方式使宗法家族逐渐发达起来。由“兄终弟及”到“父死子继”的王位传递法，就是突出的标志。周人原是西北部的游牧民族，在向农业生产方式转化的同时，入主中原。周人敬服于商人的典章文物：“惟殷先人，有册有典”，① 在自己原有的宗法制度基础上“制礼作乐”，完成了“周因于殷礼”② 的社会改革。商人、周人都先后生活在中原一带，他们是农耕文化的共同创造者。而真正继承和发扬商、周文化的，正是“启以商政，疆以周索”③ 的鲁国。儒家文化就是在这块土地上诞生的，其精神就是“商政”、“周索”，亦即“礼”。

2.第二次冲突与交融

第二次文化冲突与交融发生在战国，其性质是游牧文化冲击农耕文化。

在中国文化史上，“后来居上”的情况并不少见。如果说“后来居上”的周人是捍卫农耕文化的英雄，那么，“后来居上”的秦人便是发扬游牧文化的豪杰。秦人的先祖是夏人。④ 秦人与晋人为邻，生活环境与生产方式大致相同。与晋人相比，秦人受中原文化影响

① 《尚书·多士》

② 《论语·为政》

③ 《左传》文公4年

④ 《史记·秦本纪》

更小，曾被中原“夷狄遇之”。一张白纸，没有负担，正好写新的文字，画新的图案。于是，秦人肩起时代的使命，用铁骑和弓箭摧毁了古老的宗法社会，在中原大地上建造了统一的超血缘的国家。

应当注意，游牧文化战胜农耕文化是社会上层建筑领域的变革，其实质是用土地私有制取代土地贵族所有制；用地域性官僚机关和集权专制政体，取代世卿世禄的宗法贵族政体，而不是用游牧生产方式取代农业生产方式。这是因为：第一，秦人高举的游牧文化旗帜本身，已经包含着农耕文化的因素。商鞅变法，改变“父子同穹庐卧”的故习，“令民父子兄弟同室内息者为禁”，“为男女之别，大筑冀阙，营如鲁卫”，① 就是最好的证明；第二，秦人的旗帜已经不是狭义的地域文化的旗帜，而代表了各诸侯国内部新兴地主阶级的意志和愿望。秦人的刀剑则自觉不自觉地充当了历史掘墓人的工具。因此，透过阳光，我们可以从秦人的旗帜上看出“新兴地主阶级”的字样。

这是一次伟大的变革，新兴地主阶级终于按照自己的形象缔造了新的国家，改变了社会的整体风貌。同时，这也是悲剧性的变革。新兴地主确立的土地私有制自然经济，不仅无力清除宗法社会的根基，反而还使它在新的条件下继续生存和发展下去。当时机成熟时，它们便会举起双手，呼唤“礼”的幽灵。

尽管如此，一个伟大的中华帝国毕竟诞生了。在这个国度里，皇帝支配一切，法律具有无尚的权威，涤荡了血缘身份的不平等，确立了新的等级制度，给一般平民提供了某些机会，而这些机会在贵族制度下是无法染指的。刑上大夫，血缘的神圣光环荡然无存；刑无等级，在皇帝和法律面前人人平等，除皇帝之外，任何人不能违法犯罪而逃避追究。

3.第三次冲突与交融

这是一次漫长的过程，从西汉开始，至唐代告一段落。主要特征是：第一，这一变革主要发生在政治法律制度和思想领域，既非根源于土地所有制和生产方式的革命，亦非伴随着民族战争；第二，农耕文化逐渐完成了历史性转移，即由宗法贵族政体转移到中央集权的专制政体上面，而宗法家族制度的恢复与发展又为此提供了社会基础；第三，中央集权的政体被沿续下来。封建统治阶级意识到，宗法家族不是王朝的对头，恰恰相反，它们作为王朝的社会基础，在官府鞭长莫及的广阔领域发挥着巨大作用。这一切都使集权政体与宗法家族携起手来，以拱卫和庇护为交换条件，结成神圣同盟，以共同抵御商品经济的侵袭。于是，文化交融带来了法律的蜕变，这就是法家法律的儒家化和儒家思想的法典化。

在中国封建社会后期，虽然也曾发生少数民族入主中原的事情，但由于军事上的胜利与文化上的被“同化”几乎同时进行，因此没有演成实质意义上的文化冲突。少数民族作为中华民族大家庭的一员，同样是中国传统文化的继承者和传播者。它们曾给传统文化注入新鲜血液。比如，元代禁止杀婴、堕胎的法律和判例制度等，就是证明。

（二）文化冲突、融合与学术之演变

文化冲突、融合对学术思想的影响是十分明显的。下面分两个阶段简要说明：

1.春秋战国

春秋末期，鲁国孔子创立儒家学派，其宗旨是“礼”，实践方法是“仁”。他们是中原文化的忠诚捍卫者。

---

① 《史记·商君列传》

其后产生的墨家、道家是传统学术的批判者。墨家批判宗法世袭制，主张君主集权制，重视法律的作用；道家揭露宗法伦理道德对人类自然本性的扭曲，以及这些道德教条的虚伪性。墨家指出传统学术的最大弊端，而道家则把批判旧世界的勇气留给世人。

齐国、郑国受鲁文化影响较大。但由于生存的原因，它们又程度不同地打破礼的束缚，在治国方法上实行新的政策。管仲任用有才能的平民，子产"铸刑鼎"公布新的法律，表现出最初的"尚法"精神。齐国在自己特殊的历史条件下，形成了兼重礼和法的学术思想，其成果就是荀学。荀学已冲出了儒学的框框，融合了法家的思想，是齐国化的儒学。

齐、郑的改革精神在晋国得到广泛传播。《韩非子·五蠹》说："今境内之民皆言治，藏管商之法者家有之"。此其证也。三晋是礼治的薄弱环节，又是法家和法治思潮的根据地，这里不仅培育了大批法家人物，还总结了新的法典——《法经》。

秦国受礼的影响比三晋更少，于是，三晋的法家在秦国找到了真正的用武之地。商鞅带着《法经》入秦，主持变法，干出一番大事业。应当指出，三晋法家的思想并非原封不动地搬入秦国的。商鞅以"帝王之道"说秦孝公而不得赏识，后改以"强国之术说君，君大悦之。"①这正是晋法家思想迎合或适应秦国文化传统之一例。这是法家三派（申不害重"术"、慎到重"势"、商鞅重"法"）中只有商鞅"重轻罪"、崇尚暴力、主张"以刑去刑"的原因。要而言之，商鞅之学，秦国化之晋学也。

秦经变法而强盛，随即操戈东向，扫平六国，统一天下。毫无疑问，秦朝的统治思想是法家思想。但由于维护统治的需要，亦曾开始吸收儒家的某些思想因素。公子扶苏就赞同儒家的某些主张，而秦简《为吏之道》则公开宣传"君怀、臣忠、父慈、子孝"之类。这都表明儒家思想开始浸润的迹象，但因秦朝"二世而亡"，这一现象没有继续下去。

2.封建社会

封建社会的总体风貌是：土地私有制自然经济、宗法家族社会、中央集权专制政体的"三合一"。在此基础上，儒家思想和法家思想互相让步和相互吸收，终于握手言和。其大致过程是：儒家思想由主张宗法贵族政体转而歌颂集权专制政体，董仲舒的学说就标志着儒学的一次蜕变；法家思想则由维护集权专制政体变成兼而维护宗法家族首长的特权，秦简中的"非公室告"便已显其端倪；而贾谊首倡的"黥劓之罪不上大夫"被制度化，更显示着法家法律由"刑无等级"到"刑不上大夫"的过渡。此后，法家法律儒家化，儒家思想法典化，殊途而同归，共同结晶是"一准乎礼"的唐律。

在整个封建社会，农耕文化以其深远的理性和感人的温情独占思想学术阵地，而游牧文化则以岿然不动的集权专制政体和密如凝脂的法网顽强地表现着自己。家族内部尊卑亲疏等级森严的礼治精神，和社会政治生活的法治色彩——比如平民可以通过考试、推荐而跻身社会上层——谱成和谐的二重奏。这一切构成了统一的实体：中国传统文化。

三、中国传统文化对法律实践活动的影响

中国传统文化对法律实践活动的影响是深刻的和多方面的。这里仅举其要而简述之。

（一）差异性的礼和平等性的法

同样是父系家长制度，但在农耕和游牧的不同环境，其发展方向也不同：在前者那里，其发展是内向的。自然经济把氏族隔成一个个孤立的群体，稳定的生活又使父系家长制得到

① 《史记·商君列传》

充分发展，其职能主要是调节氏族内部成员间的关系；在后者那里，其发展却受到抑制：一方面，不稳定的游牧生活时刻冲淡着氏族内部的血缘纽带；另方面，战争又加强了氏族的外部联系，促进了军法的形成，而军法正以氏族间的平等为主要特征。这种平等的军法开始主要用于调节氏族间的关系，后来又浸入氏族内部。当军法的强制性、平等性和“任人唯能”联系在一起时，原先的父系家长制便被压挤到无足轻重的地步。

西周是宗法制度亦即礼治的鼎盛时代。礼具有无尚的政治职能——宗法贵族政体和宗法意义上的法律。血缘不仅是区别社会两大对立阶级的标志，而且还是在统治阶级内部实行权利再分配的尺度。礼既是法律化的道德，又是道德化的法律。春秋以降，与铁制工具携手同来的土地私有制摇撼着礼治的基础，而“任人唯亲”的世卿世禄制又窒息了当权者自我调节的可能性。于是，古老社会在“礼崩乐坏”的叹息中走向衰落。

给中国大地带来新鲜气息的是法。这时的法已不只是军法意义和氏族平等意义上的法了。它由于以土地私有制为后盾，并同个人挂上了钩而显得威力无比、雄心勃勃。正是在法的大旗下，一个新的国家诞生了。然而，还是在法的旗帜下，这个强大的帝国覆灭了。这就使法具有了浓烈的悲剧色彩。法的悲剧在于：第一，没有促进工商的发展，反而错误地选择了“重农抑商”的政策。这就使自然经济在土地私有制基础上重新发展起来，使宗法家族社会得以休养生息，从而唤回古老的礼来同法分庭抗礼；二，在尚无力量根除旧社会根基的时候，新兴地主阶级的首批政治家反古过猛、过急，从而伤害了大多数人们的传统感情，招致社会的普遍抵触。

西汉以后，专制皇权与宗法族权达成谅解：皇权把一部分权力（半立法权和半司法权）交给族权，让它协助王朝共同治理人民，族权则甘心效忠皇帝以换取皇权的庇护。当家族的安定等于社会的安定时，赋宗法家族行为规范以国家法律的地位，则是顺理成章的事了。此刻，法倒退了。这不仅是因为平等返回到差异，而且还因为由调节个人与社会的关系返回到调节家族内部的关系了。封建社会后期，当市民阶层用“天下之法”来批判“一家之法”①时，这个“一家之法”，既包含皇权的专制政体之法，也包含族权的宗法之法。

（二）政体之变与法体之争

一般来说，中国古代经历了两种政体：西周、春秋的宗法贵族政体和秦朝以后的中央集权专制政体。

宗法贵族政体的特征是：各级贵族在各自领地内享有相当独立的政治、经济、军事、法律等方面的权力，并依嫡长继承制世世代代传递下去。这一政体在思想上的反映是“人治”，认为君主的贤否决定一切，亦即《礼记·中庸》所谓“其人存则其政举，其人亡则其政息”。该政体在法律工作程序上的反映是“判例法”，亦即《左传》昭公六年所谓“议事以制，不为刑辟”。法官依照先辈的故事来审理案件，成为支配立法和司法的重要角色。

集权专制政体的特征是：各级官吏包括法官均由皇帝任免而不得世袭，他们从皇帝那里获得俸禄并对皇帝负责。这一政体在思想上的反映是“法治”，即“以法治国”、“缘法而治”。该政体在法律工作程序上的反映是“成文法”，即由国家制定包括实体法和程序法在内的成文法典。法官必须依法审判，既不能曲解法条，也不必参照以往判例。为了维持司法的统一，国家把法律尽量制定得具体而精确。

春秋战国时“人治”、“法治”之争的实质是宗法贵族政体与集权专制政体之争。作为

① 黄宗羲：《明夷待访录·原法》

副产品，它也涉及对“人”与“法”的评价问题。

西汉以后的整个封建社会，其法体（即法律工作程序或法律样式）是“成文法”与“判例法”相结合的“混合法”。当社会稳定时，“成文法”起支配地位；当社会生活发展加快而原有法典明显不适用时，则“判例法”（表现为故事、决事比、判例、例等）起支配地位；而判例又常常被法典所吸收。封建社会的“人治”、“法治”之争已不包含政体的内容，而仅涉及对“成文法”、“判例法”的评价上。当“判例法”占上风时，便有人出来赞颂“议事以制”的古老传统；相反，则有人出来强调法律的统一性和尊严。后来，“议事以制”被制度化了，法官遇到疑难案件不得擅断，须上报朝廷，由皇帝裁决。“人治”、“法治”之辩也偃旗息鼓，变成了“任法而不任人，则法有不通，无以尽万变之情；任人而不任法，人各有意，无以定一成之论”；①“法所不载，然后用例。”②终于实践了荀子的预言：“有法者以法行，无法者以类（判例和法律意识）举。”③

应当指出，在封建社会，“人治”“法治”之辩并非丝毫不具备政体方面的意义。比如西汉初期的郡县制与分封制之辩，以及整个封建社会中不时出现的关于重建分封制（即“封建”）的议论等等。只不过影响不大而已。

（三）民本主义与皇权主义

民本主义源于儒家“民为邦本、本固邦宁”的主张。它要求统治阶级从其整体和长远利益着眼，约束自己的过分行为；通过道德修养，具备“仁民爱物”的情操，从而“爱民”、“博施于民”、“使民以时”、“富而后教”，达到天下大治。

皇权主义是法家主张，实源于墨家（“天子之所是，必皆是之；天子之所非，必皆非之”④），认为皇帝至高无上的权威是不可侵犯的。与法家不同，儒家认为，人民对象商纣王那样的暴君有权推翻，法家则认为这是“大乱之道”。法家虽然有时也劝皇帝为本身的利害考虑而遵守法律，不要“以私害法”、“以情坏法”，但是，他们既然奉行“皇权高于一切”的信条，就不可能建立一个行之有效的制约机制。这就使法家的法治出现逻辑上和实践上的漏洞，使无限制的皇权常常成为破坏法制的最大危险因素。

在封建社会，民本主义与皇权主义各自发挥着不同的作用。一般而言，民本主义实际上成为王朝施政的主要杠杆：当民本主义制约皇权主义时，社会就安定、就发展；反之，社会就停滞、就动乱。民本主义常常导致立法与司法的冷静与宽容，这不仅有利于保护社会生产力的恢复与发展，而且还推动古代法律由野蛮走向文明。其副作用是麻痹劳动人民的反抗意识，使他们常常寄希望于仁慈的统治者。皇权主义并非毫无积极意义，比如维系中华民族的完整，实现法律活动的统一。在社会大变革之际，可以加快变革的进程。皇权主义作为一种制度，体现统治阶级的意志，而作为一种观念，则也极大地影响着农民阶级。起义农民先是用革命的无政府主义摧毁旧的皇权，接着便经营起新的皇权。

（作者单位：北京大学法律系）

责任编辑：张少瑜

① 《东坡续集·王振大理少卿》

② 《大学衍义补·定律令之制》

③ 《荀子·君道》

④ 《墨子·尚同中》