

“十一五”国家重点图书出版规划
教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目资助



中国传统法律文化研究

..... 总主编 曾宪义

传承与创新： 中国传统法律文化的现代价值

● 主编 夏锦文

“十一五”国家重点图书出版规划
教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目资助

法

中国传统法律文化研究

····· 总主编 曾宪义 ·····

传承与创新： 中国传统法律文化的现代价值

• 主 编 夏绵文
撰 稿 人 (以撰写章节先后为序)
夏锦文 董长春 夏清暇

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

传承与创新：中国传统法律文化的现代价值/夏锦文主编. —北京：中国人民大学出版社，2011.12
(中国传统法律文化研究)

ISBN 978-7-300-15006-2

I. ①传… II. ①夏… III. ①法律-传统文化-研究-中国 IV. ①D909.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 271601 号

“十一五”国家重点图书出版规划

教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目资助

中国传统法律文化研究

总主编 曾宪义

传承与创新：中国传统法律文化的现代价值

主 编 夏锦文

Chuancheng yu Chuangxin: Zhongguo Chuantong Falü Wenhua de Xiandai Jiazhi

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511398 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com>(人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 涿州星河印刷有限公司

规 格 185 mm×240 mm 16 开本

版 次 2012 年 1 月第 1 版

印 张 45.75 插页 1

印 次 2012 年 1 月第 1 次印刷

字 数 930 000

定 价 128.00 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

目 录

引 言	1
-----------	---

第一编 治国方略

第一章 和谐大同理想与构建和谐社会	17
第一节 传统和谐大同理想的产生和沿革	17
第二节 传统和谐大同理想的内涵和实践	26
第三节 传统和谐大同理想的传承方式	37
第四节 从和谐理想到构建现代和谐社会	45
第二章 传统民本思想与以人为本的法律发展观	53
第一节 传统民本思想解读	53
第二节 传统民本思想辨析	69
第三节 以人为本：中国传统民本思想的传承与创新	85
第三章 传统仁政思想与执政能力建设	99
第一节 中国传统“仁政”思想的发展走向	99
第二节 中国传统仁政思想的两面性和时代价值	112
第三节 仁政思想与执政能力建设	122
第四章 传统德治思想与以德治国	133
第一节 源远流长的中国传统德治思想	133
第二节 中国传统德治思想的逻辑结构	150
第三节 中国传统德治思想的得与失	159
第四节 从传统德治思想到以德治国	164

第五章 垂法而治与依法治国	175
第一节 垂法而治的历史考察	175
第二节 垂法而治：中国传统法律思想的内涵与价值	190
第三节 “垂法而治”对依法治国的启示	201
第六章 礼乐刑政、综合为治	207
第一节 “礼乐刑政、综合为治”的思想内涵	207
第二节 “礼乐刑政、综合为治”的政治实践	214

第二编 法律原则

第七章 立法原则	231
第一节 创立善法与良法之治	231
第二节 法条简明、稳定与方便法的遵守执行	245
第三节 因时变法与立法的实事求是	256
第四节 西学为用与立法中的法律移植	264
第八章 法律适用原则	277
第一节 以法为本与树立法的权威	277
第二节 不分等级、刑无贵贱与法律面前人人平等	292
第三节 执法严明、不避权贵与严格依法行政	295
第四节 亲亲尊尊：传统法律适用中的伦理因素	303
第九章 司法原则	312
第一节 “律法断罪，皆当以法律令正文”与“法无明文规定不为罪”	312
第二节 慎刑与限制司法权的滥用	320
第三节 原心定罪与刑罚的人道主义	335
第四节 宽猛相济与宽严相济的刑事政策	348

第三编 法律制度

第十章 传统吏治制度与现代行政法治	361
第一节 中国传统吏治法律制度概览	362
第二节 中国古代官吏管理制度与现代公务员管理制度	367

第三节	中国古代官员责任体系与现代廉政意义	388
第四节	中国古代监察制度与现代行政监督法	401
第十一章	传统刑法制度的现代意义	409
第一节	罪名的设定	409
第二节	刑罚适用原则	424
第三节	刑罚制度	443
第十二章	调整社会稳定和经济发展的法律制度	449
第一节	婚姻家庭法律制度	449
第二节	经济法律制度	463
第十三章	独具特色的法律解释	485
第一节	中国传统法律解释概述	485
第二节	中国传统法律解释分析	494
第三节	中国传统法律解释的现代意义	523
 第四编 司法机理 		
第十四章	司法会审与注重实质正义	533
第一节	传统会审制度的理论基础	533
第二节	疑难案件的会审：从“三司推事”到“三法司会审”	537
第三节	死刑案件的会审：朝审与秋审	549
第四节	一般案件的会审：各种审录制度	558
第十五章	传统调解调处制度与现代多元化解纷机制	566
第一节	传统调处制度的基础	567
第二节	官府调处	580
第三节	民间调处	594
第十六章	传统司法官员责任制度与现代法官职业化	611
第一节	起诉受理阶段的责任	613
第二节	侦查审讯阶段的责任	619
第三节	审判处刑阶段的责任	628

第十七章 传统司法的人性化因素	636
第一节 告诉制度中的人性化体现——亲亲得相首匿	636
第二节 上诉制度中的人性化因素——乞鞠与上请	642
第三节 申诉制度中的人性化体现——直诉制	650
第四节 死刑复核制度中的人性化体现——复奏	656
第十八章 传统司法技术的现代价值	662
第一节 富有特色的传统受案技术	662
第二节 综合运用的传统证据技术	686
第三节 内外结合的传统审讯技术	711
本卷后记	725

引言

以人类进入文明社会并创立国家为起点，法律及文化开始了不断积累、不断发展的辉煌历程。全人类的所有伟大民族，在几千年的悠久历史中积淀了博大精深、底蕴深厚的法文化宝藏，吸引着国内外无数学者去研究、探索，寻找民族先人们创造的辉煌。法律文化的独特魅力和万丈光芒，源自于它独特的意义。其一，由于不同民族、不同文明国度的社会生活条件彼此相异，人类社会的法律文化在历史演进中呈现出五彩缤纷的繁荣景象。不同特质的法律文化传统构成了民族精神的载体，体现了本国本民族的价值诉求，蕴含着本国法律实践的丰富历史经验，也成为民族观照和反思自身的一面明镜。因此，世界各国学者无不热忱地研究本国法文化历史，以此编织着本民族的骄傲，释放着本国法律文化的魅力，并为后代塑造着法律文化传统的尊严。其二，更重要的是，伴随着社会的变迁与人类的进步，以一定的社会物质条件为基础的法律文化也同样面临着历史更替。通常，在国家与社会平稳发展的正常时期，法律文化就在不断地向前进化，催促着时隐时现的新法律文化因子的出现，昭示着新的法律文化精神的迫近，为法律传统的解构、观念文化的转换准备着条件。当整个社会在强劲的经济、政治助力推动下，在少数先觉者的呐喊呼声中达到转型阶段，社会变迁的规模和力度足以掀起法律文化的变革大波时，法律文化在变革和转型中的激变性和复杂性，以及由此带来的民族性维系、时代性转换等矛盾问题，虽然使人们因不易从容应对而彷徨且迷惘，却激发了人们探索和前进的智慧、热情与好奇心。其三，法律文化的魅力显然不仅仅在于其本身，而在于其所蕴含的更为深层的社会条件与更为复杂的历史背景。仅以近代中西法律文化的接触与碰撞为例，19世纪中叶以来的西学东渐，带有明显的文化之外的企图。在西方种种思想真理与思潮福音的外衣之下，实则包藏争夺与攫取权力的索求。^①可见，法律文化的变革与发展往往与社会的变迁、民族的兴亡、国家的命运息息相关，互为因果。因此，在错综复杂的社会历史条件下，世界各国的进步人士苦心孤诣地对本国法律文化的前途与命运进行着积极的思考，提出了各式各样的构想，以期能够振兴民族法律文化，使其在应对外来文化的冲击与挑战时，能够泰然自若，给予积极的回应并得以存续及弘扬。

^① 将西方向中国兜售文化这一事实一概视为“文化侵略”、“文化扩张”固然过分，但中西方文化一开始接触就不仅仅局限于文化方面，也是相当明显的。

当我们在宏阔的历史背景中回首外来法律文化传入本国后的种种遭遇，梳理国人面对外来法律文化的挑战所作出的种种回应，进而设身处地地探讨前人的心迹和各自的利弊得失时，我们不会再像过去那样，简单地或斥法律文化保守主义为顽固闭塞，或责法律文化激进主义为卖国求荣。相反，我们真切地理解无数前人的理想设计，深深感动于他们对祖国、对民族、对传统法律文化的真挚情感，并尝试在此基础上重建前人的种种思考与心迹，以求在传统的解释之外，提出新的见解，传承并创新法律文化的真实内涵。这项反思与重建，传承与创新的伟大事业，既凝聚着研究者的心智、气魄和激情，又是法律人的天职；既汇集着人们在不同的关注热点、涉猎领域和切入角度上所作出的不懈努力，又围绕着弘扬民族法律文化并对其进行创造性转换这一中心意旨；既标志着无数先驱所走过的崎岖之路，又预示着作为后来者的我们在这条路上将永不停息、永远攀登。

一、法律文化的传统与现代性

法律文化的上述意义，使这一关键词成为长期以来学术界最引人注目、探讨最多的课题之一^①，而且将法律文化的研究累积为一个如此宏大广袤和精微深奥的知识领域。^②然而，有关法律文化的任何论题，都不能回避法律文化的历史分期问题。长期以来，学术界尤其是西方学术界运用“传统”、“近代”、“现代”这类似乎界限明显的语词来概括不同历史时期的法律文化类型，阐释法律文化发展进程中的种种复杂关系。20世纪60年代美国法律与发展运动的学者们，甚至制造了“传统—现代”的两分法，把法律文化的发展简单分解为传统与现代这一对概念工具的二元对立以及由前者向后者的变迁。^③此后，这种使传统与现代各居一端，并在逻辑上互相敌对而无法相容的思想，以及衍生出来的彻底摧毁传统以实现现代化的观念，迅即在一切要求现代化的国度和地区中广为传播。传播并实践的后果就是一系列不可逆转的历史性悲剧，德国1919年施行的《魏玛宪法》便是显例。这部宪法作为一个抽象的政治文件而言无疑相当精彩，堪称民主精神淋漓尽致的充分体现。但由于它完全脱离了德

① 对法律文化的研究和思考，一直是学术界的大事。上世纪20年代开始的中西法律文化大论战，几乎一直持续到40年代末；法律文化在理论研究角度有很长历史，但系统化、理论化的研究则开始于20世纪60年代。当时苏联、美国、日本等相继提出了“法律文化”这一概念，并对其进行了深入的研究；中国从20世纪80年代中期开始兴起了一股文化热，直至今日法律文化的研究仍以方兴未艾之势向纵深发展。

② 仅在我国法学界，法律文化的研究就有至少以下五个研究方向：法律文化基本理论、法律文化比较研究、传统法律文化研究、法律文化的社会实证研究、法律文化的部门法研究。参见刘作翔：《法律文化理论》，33～34页，北京，商务印书馆，1999。

③ 被公认为20世纪社会最伟大的社会学家的马克斯·韦伯，较早地经典性地分析了传统法律与现代法律的历史差异性，并且建构了“传统—现代”两极对立、互相排斥的社会形态转换图式。这种两分法含有某种独断论的因素，并且以西方中心主义为依据。在这里，我们一方面要摒弃这种独断论式的西方中心论的传统与现代之两分法，另一方面也应当在唯物史观的基础上，对传统与现代的概念工具之有益成分加以采纳和适用，以反映法律文化的传承关系与创新意义。参见公丕祥：《法制现代化的理论逻辑》，65页注释，北京，中国政法大学出版社，1999；公丕祥：《法制现代化的挑战》，177～181、347页，武汉，武汉大学出版社，2006。

国文化背景,将“人事的改革可以不顾文化条件而一切从头做起”^①作为出发点,因此施行起来便一败涂地,最后竟然导致希特勒的崛起,酿成大祸。^②而在摒弃本国传统,移植外来法律这种法律现代化故事里,悲剧就更多了。近代中国在仿行西法中陷入形式与精神的二律背反自不待言,即使是移花接木相对成功的例子,如日本对盛唐、对法德、对欧美法律的全面移植,又如土耳其对瑞士民法典的引进^③,也因传统的无法离去而遭遇不同程度的困难。种种教训使我们不得不重新审视传统与现代这对概念范畴。

“传统”(tradition)是一个内涵十分丰富的术语,不同的学科所建构的“传统”内涵体系也不同,其多义性导致学术界在使用及理解这一语词上的见仁见智。^④关于传统的所有解释延传至今,为我们理解和探讨法律文化领域内的传统奠定了基础。首先,传统是与现代相对的一个概念。在时间向度上,法律传统是指在过去产生或形成的东西,它是一个历史的概念和产物。正如梅利曼(Merryman)所强调的,法律传统是“关于法律的性质,关于法律在社会与政治体中的地位,关于法律制度的专有组织和应用以及关于法律实际或应该被如何制定、适用研究、完善及教授的一整套植根深远、并为历史条件所制约的观念。”^⑤其次,法律传统必须是具有长期的延续性的东西,而不是短暂的内容。希尔斯认为,“信仰或行为范畴要成为传统,至少需要三代人的两次延传”^⑥。传统的重要特性就是延续性。^⑦再次,法律

① Clyde Kluckhohn, *Culture and Behavior*, A Free Press Paperback, 1962, p. 70, 转引自余英时:《试论中国文化的重建问题》,载姜义华、吴根梁、马学新:《港台及海外学者论传统文化与现代化》,重庆,重庆出版社,1988。

② 《魏玛宪法》是德国在一战中战败,1918年国内爆发资产阶级民主革命的历史背景下,于1919年8月公布实施的。由于内忧外患,这部宪法带有极强的民主主义色彩,被注入了崭新的思想和观念,并对现代立宪主义的发展产生了深远影响,被视为资产阶级民主宪法的楷模。但正是由于过分追求形式的理想化,反而脱离了本国实际,产生了制度上的重大瑕疵,给全世界带来无法挽回的巨大灾难。一方面,当1929年爆发的世界性资本主义经济危机来临并持续到1933年,对德国造成严重打击时,为了从危机中寻找出路,统治阶级感到《魏玛宪法》的激进条款束缚了自己的手脚,于是乞灵于法西斯专政。1933年1月30日总统兴登堡任命希特勒为德国总理,并于同年3月24日发布《授权法》,为希特勒独裁铺平道路,这就是建立法西斯专政的信号,从此开始了德国历史上最黑暗的12年法西斯专政时期。另一方面,希特勒上台后,《魏玛宪法》中诸如双首长制、比例代表制、总统的紧急处分权等体制性弊端均在客观上成为纳粹独裁的护身符,在助纣为虐的同时也使自己最终葬送于纳粹独裁之手。

③ 我们认为仅仅是“相对”成功的例子。诚然,日本法制史上三次大规模法律移植(大化革新时移植盛唐法律、明治维新时效仿法德并建立六法体系、二战后大量引进英美法律)都被中日学者普遍视为法律全面移植的范例;而对《瑞士民法典》全盘引进的土耳其也被认为是外国法继受的典型。但若深入考察就会发现,所谓深深扎根于日本社会的西方法律,实际上已经日本化了,而未经日本化、直接照搬的西方法律则没有发挥实际效用。至于日本人的法律观念,则与西方差距更大。详见徐忠明:《从比较法律文化看法律移植》,载《法学》,1995(6);而土耳其引进瑞士民法后,由于本国习俗与公众意识并不符合新的法律规定,使瑞士法的继受在家庭法方面遇到特别大的困难。详见[德]K.茨威格特、H.克茨:《比较法总论》,潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译,266页,北京,法律出版社,2003。

④ 在古代,中西方对传统都有着词源学上的不同解释。到了近现代,学术界对传统的理解主要有两种看法。一种是把“传统”与“过去”等同起来,另一种则把“传统”看成是过去的事物在现在的积淀。详细论述请参见夏锦文:《社会变迁与中国司法变革:从传统走向现代》,载《法学评论》,2003(1)。

⑤ [美]H.W.埃尔蒙:《比较法律文化》,贺卫方、高鸿钧译,20页,北京,三联书店,1990。

⑥ [美]E.希尔斯:《论传统》,傅铿、吕乐译,20页,上海,上海人民出版社,1991。

⑦ 有的学者认为,传统的第一特性就是它的延续性。参见叶启政:《“传统”概念的社会学分析》,载姜义华、吴根梁、马学新:《港台及海外学者论传统文化与现代化》,重庆,重庆出版社,1988。

传统是一个变动的概念，它不是单一的、凝固不变的，而是不断变化与发展的。最后，法律传统还是一个现实性的概念，法律传统作为一种历史文化积淀，存留于现代法律之中。希尔斯说，传统“是既存过去，但它又与任何新事物一样，是现在的一部分”^①。可见，传统不仅是过去的东西，又是现在、现实的东西。^② 达维德也认为，“传统并非老一套的同义语”^③。

与传统相对的“现代性”、“现代化”、“现代”这类语词，首先是带有变革色彩的概念，意味着传统法律向现代法律的历史更替。这种历史性跃进，导致整个法律文化价值体系的巨大创新。其次，“现代”也是一个延续性的概念。现代社会脱胎于传统社会，包含着对传统性要素的肯定和保留。在传统与现代之间不存在一条不可逾越的鸿沟，在法律文化的发展进程中，往往会出现这种现象：法律文化既蕴含着很多现代性的因素，又具备许多传统性的成分。所以，传统与现代之界分，便具有相对的意义，“法律的现代性，一方面意味着对法律的传统性的历史性否定和时代超越，这种否定和超越体现了法律发展过程的阶段性；另一方面，法律的现代性内在地包含有对传统法律文化中某些积极因素的肯定与传承，这种肯定与传承反映了法律发展过程的历史延续性”^④。

从传统与现代的互相观照中，我们看到了两者之间的相对性。C. E. 布莱克在论及传统与现代的概念功能时曾指出：“‘传统’与‘现代’是两个相对概念。”^⑤ 这种相对性与由来已久的“古今之辨”^⑥ 一脉相承，同时蕴藏着创造性转换的新内涵。当然，需要指出的是，我们也不能盲目夸大传统的生命力与延续性。如果不注重区分“传统”与“现代”之间的差异性，就容易陷入相对主义的境地。

传统与现代的相对性，决定了法律文化在发展和繁荣的历史中，其传统与现代性是紧密相关、唇齿相依的。“尽管传统法制与现代法制的价值取向是截然分别的，但是作为一个历史的延续过程来说，古老的法律传统并未因其是历史上的东西而发生断裂，它在或大或小的程序上以某种新的形式获得延续与传承，进而在一个新的法律系统中发挥新的功用。而现代法制的建构在一定意义上不可避免地传统回归（尽管不同形式的‘回归’的性质有所不同），从而进一步加强了传统。”^⑦ 更何况，法律文化绝非一蹴而就，而是由无数的经验、智慧、观念、制度以及人物、事件经年累积而成。我们不可能想象没有古希腊、古罗马法律文化的源头活水，而酿造出当代的西方法律文化；我们也不能想象没有诸子百家的争鸣与著

① [美] E. 希尔斯：《论传统》，傅铿、吕乐译，16页，上海，上海人民出版社，1991。

② 张文显在比较“法律文化”与“法律传统”这两个概念时，用了一大段论述了两个概念的异同，其中谈到：“……实际上，传统不只是过去的东西，而且是对现在和未来都能够产生定向性和规定性影响的东西。那些仅仅属于过去，早已僵化和死亡的东西，并不能称为传统。”参见张文显：《法律文化的释义》，载《法学研究》，1992（5）。

③ [法] 勒内·达维德：《当代主要法律体系》，漆竹生译，“为中译本序”，1页，上海，上海译文出版社，1984。

④ 公丕祥：《法制现代化的挑战》，183页，武汉，武汉大学出版社，2006。

⑤ [美] C. E. 布莱克：《现代化的动力》，段小光译，12~13页，成都，四川人民出版社，1988。

⑥ 由古向今的转换，是每一时代的人们都要面对的问题。不同时代的人们立足于各自所处的“当下”，将无限悠长、深远的时间之流划分为过去、现在与未来，从而形成各自的“古今观”，进行着永不停息的“古今之辨”。如清人段玉裁：“古今者，不定之名也。三代为古，则汉为今；汉魏晋为古，则唐宋以下为今。”参见段玉裁：《广雅疏证序》，转引自湖北大学中国思想文化史研究所主编：《中国文化的现代转型》，武汉，湖北教育出版社，1996。

⑦ 公丕祥：《法制现代化的理论逻辑》，350页，北京，中国政法大学出版社，1999；公丕祥：《法制现代化的挑战》，182页，武汉，武汉大学出版社，2006。

述,而积淀成汉唐盛世的中国传统法律文化。所有的发展、创新都是以温故为基础的。

法律文化的传统与现代性之间的紧密关联,使法律文化成为一个动态的系统。从传统与现代的相互关系来看,法律文化是一种“集历史与现实、静态与动态、主观与客观、过去与现在在内的人类法律实践和活动的文化形态”^①。它是在一定社会物质生活条件的作用下,掌握国家政权的统治阶级所创制的法律规范、法律制度,以及人们关于法律现象的态度、情感、价值、学说和法律设施、法律技术的有机复合体,是一个包括物质文化、制度文化、观念文化在内的多层次、多方面内容的统一体系;它既是一个宏观的法学新思维,又渗透在人类的法律实践中;它既体现在作为显性的法律制度体系中,又存活在作为隐性的法律观念里;它既是历史文化的遗留和馈赠,又是现实的人类发明与创造。过去人们创造了法律文化,现在人们仍在不断发展着法律文化。法律文化既是作为人类在各个历史阶段社会物质条件的基础上,在法律实践活动中创造并保存的内容之总和而存在,又是作为一个处于生存、发展、蜕变、转型、更新、重塑的永恒运动中的过程,作为一种活生生的创造活动而演化。因此,它是活动方式与活动成果的辩证统一,是一个不断创造的过程,是一个复杂的变体,也是一个奔流不息、吐故纳新的动态系统。在法律文化体系中律动着的脉搏和活的灵魂,作为经久不衰且不断演化的法律精神,是法律文化在创造性转换中存留和发展的永恒动力。

二、中国传统法律文化在现代留存的必要性

传统与现代的共生共存,使中国传统法律文化在现代留存在逻辑上成为必要。而中国法律文化由传统向现代迈进的千年历史,见证了中国传统法律文化的优美与发达,其中蕴含着无数优秀因子,富有现代价值,成为传统法律文化留存的必要价值。此外,中国传统法律文化具有多重的社会功能,使其在现代的留存具有功能上的必要性。逻辑上的不可分割、价值上的不可毁灭、功能上的不可偏废,这三点合成了一个多面体,显示出现代中国社会对传统法律文化的索求。其中,价值必要性是从中国传统法律文化的内在精神与优秀品质上展现其现代意义,而逻辑必要性与功能必要性则是描述性的,并不包含对中国传统法律文化本身优劣之类的价值判断,也不意味着对中国传统法律文化社会功能的抽象肯定或否定。

(一) 逻辑必要性

法律文化的传统与现代性,以及二者之间的亲缘关系,决定了法律文化无论朝着何种方向变动与发展,都不可能将传统断然抛弃。^②因此,法律传统“体现了从过去沿袭、传承到现在并依然在发挥作用的某种法律精神与文化”^③,任何一个社会的现代法律都无法排斥法律

① 刘作翔:《法律文化理论》,97页,北京,商务印书馆,1999。

② 英国法律史学家F.W.梅特兰用生物学中的隐喻来描述2世纪和后来英国法律中关于诉讼形式的变化,他说:“我们的诉讼形式不仅仅是法律中的标题,也不是无生命的范畴;它们不是适用于既存材料的分类过程的产物。它们是法律的制度;我们毫不迟疑地说,它们是活的东西。它们各自过着自己的生活,有着自己的奇遇,享受或长或短的茁壮、成材和盛名之年。少数几个流产,其中一些没有子女,另一些则活到高龄,能够看到它们的子女和子女。它们之间的斗争是激烈的,只有适者才能生存下来”。在这里,我们可以透视出诉讼形式这种法律传统的形成和发展过程,以及作为活的东西向未来前进或在现代存续的可能性和现实性。参见[美]H.G.伯尔曼:《法律与革命》,7页,北京,中国大百科全书出版社,1993。

③ 公丕祥:《传统与现代性:中国法制现代化的历史逻辑》,载《中国社会科学季刊》(香港),1993(2)。

传统的存在。“文化虽然永远在不断变动之中，但是事实上却没有任何一个民族可以一旦尽弃其文化传统而重新开始。”^①

这一看似浅显的规律，既不是研究者心血来潮之时的标新立异，也不是先哲灵光一闪之下的发明，而是无数前人为了探索和追寻法律文化发展之道，在历史与现实的锤炼中，历经成功与失败所赋予的困难艰险，阅遍法律文化的冷暖枯荣之后，所得出的真切体验与深刻教训。它所蕴含的“传统与现代紧密关联，舍弃传统将会受到传统的报复”这一中心意旨，在近代中国的法律文化价值选择问题上得以淋漓尽致的体现，成为中国传统法律文化在现代留存的逻辑必要性。

在风云变幻的近代中国，船坚炮利下西学的传播和渗透，对近代中国的文化、政治、社会、制度、心理等各个方面都产生了巨大的影响。^② 西方法律文化的大量涌入使中西方两种截然不同的法律文化发生了矛盾和冲突，有时还表现得很尖锐。面对这种差异和冲突，以及与之相关的中国传统法律文化危机^③，不同社会阶层以及不同的政治利益群体及其知识分子，都作出了不同的反应，形成了他们各自不同的中国近代法律文化建构观。各家观点纷纭繁杂，竞相角逐，但大体上不出三种：文化保守主义，又称文化传统主义；“中学为体，西学为用”论，又称文化折中主义；“全盘西化”论，又称文化虚无主义。^④ 文化保守主义显然是行不通的，没落的清政府长期以来的盲目自大、闭关自守不仅窒息了法律文化的正常发展，而且造成了中国近代科技和文化的全面落后。而“中体西用”与“全盘西化”论，也在社会实践中屡受打击。“中体西用”因忽视了传统法律文化的制度层面与精神层面而造成法律文化层的畸形；晚清政府师夷变法，对法律制度的“全盘西化”造成了落后的封建法律内容与先进的近现代法律形式的奇怪混合；等等。这些运动失败的根源都在于他们将“传统”等同于“过去”，轻视了法律传统作为一种历史文化力量和历史惯性机制所具有的深厚社会基础。他们误以为只要引进西方先进法律文化就能使传统的东西得以解体，却高估了西方法律文化的冲击对于中国传统法律文化的解体所起的催化作用，没有意识到使中国传统法律文化解体并重组的直接动力，乃是来自中国社会及传统法律文化内部的矛盾斗争。

（二）价值必要性

传统与现代的相互关联和不可割断，是中国传统法律文化在现代社会留存的必要性之一，同时也为中国传统法律文化的基本精神提供了足够的证明。在由传统到现代不断演进的

① 余英时：《试论中国文化的重建问题》，载姜义华、吴根梁、马学新：《港台及海外学者论传统文化与现代化》，重庆，重庆出版社，1988。

② 这种影响是多方面的，它不仅改变了传统中国的社会经济结构，促进了生产力的发展和生产关系的变革，更重要的是催生出各种新思想和新潮流，动摇和改变了在中国植根几千年的传统价值观念。

③ 有关中国近代文化所遭受的危机，请参见〔美〕成中英：《中国文化的现代化与世界化》，70页，北京，中国和平出版社，1988；赵雅博：《中国文化危机及其解决之道》，载姜义华、吴根梁、马学新：《港台及海外学者论传统文化与现代化》，重庆，重庆出版社，1988。而对中国近代法律文化危机的研究，请参见公丕祥：《法制现代化的挑战》，338～347页，武汉，武汉大学出版社，2006；曹全来：《国际化与本土化——中国近代法律体系的形成》（法史论丛），33页，北京，北京大学出版社，2005。

④ 事实上，关于中国文化的发展道路的论争，从16世纪就开始了。长达几个世纪的文化论争可以划分为四个阶段，期间涌现出大量的新思潮，但总是围绕着“古今中西”之间的关系。请参见张岱年、程宜山：《中国文化与文化论争》（中国人民大学出版社1990年版）中的专章论述。

历史进程中,中华民族塑造了光辉灿烂的中国传统法律文化,其优秀品质与迷人风采构成了传统在现代留存的价值必要性。

从整个文化大系统而言,中国文化以其最为连贯的内部传承、极高的发展水平、难以超越的世界性贡献,形成了层层叠压的文明世代、闪耀全球的盛世风光、扩散东亚的中国文化圈。^①西方文化东来之前的两三个世纪里,欧洲思想界、政治界的知名人士和学问家,无不对中国文化产生了浓厚的兴趣。^②其中,对整个中国文化体系有决定性意义的中国传统法律文化以历史的深长、体系的博大、组织的精密、精神的卓越,规律了千百年来华夏大地的社会生活,凝聚了中华民族的高度智慧、理性思维与创造精神,记载了历代王朝的法律思想与实践,促进了中国古代文明的构建与社会的发展,并且流播海外,泽被世人,在世界法律文化体系乃至整个文化体系中树立了无法撼动的地位。中国传统法律文化所蕴含的许多合理性因素,跨越时空,历久常新,既酝酿了中华法系的价值,又滋润着现代中国社会的文化与法律,使中国传统法律文化不因时代久远而淹没光彩,不因社会变迁而遭受遗弃。譬如人本主义的法律理念、法尚公平的价值取向、和谐大同的理想诉求、德礼为本的道德支撑、援法断罪的司法责任、情理兼容的司法原则等,都显示出中国法律传统中最有价值的部分,从中散发出无数的优秀传统因子,可以为今所用。^③对此稍作采撷即见,作为中国传统法律文化哲学基础的人本主义思想,衍生出德主刑辅且注重教化的法制模式、提倡无讼且注重调解的执法司法理念、宽仁慎刑且爱惜人命的司法人道主义;法尚公平的法律价值观,演化出“一断于法”的公平法律观、“立公弃私”^④的立法指导原则、“刑无等级”^⑤且“法不阿贵”^⑥的执法思想;援法断罪、情理兼容的司法原则,将天理、国法、人情三者协调统一,表现为立法上的亲情法律化,如“存留养亲”、“留养承祀”,以及司法上的执法原情、准情定谳,如“亲亲相容隐”的人伦主义;历代立法以史为鉴,纵向比较,使法典的篇目结构不断调整优化,立法的内容更加切合实际,进而培育了可贵的比较思维逻辑,结晶出薛允升《唐明律合编》、沈家本《历代刑法考》等比较法专著;中国古代制定法与判例并存共用、互补互渗的“成文法+判例”模式,调节着法律的稳定性与可变性的关系;作为中国古代法学集中代表的律学,沿革清晰,成就斐然,堪称中国传统法文化苑中的奇葩;由中华各民族共同缔造的中国传统法律文化,融汇了数量庞大、形式多样的民族立法与民间法,体现了民族法律文化相互沟

① 中国文化的发展并不限于中国本土,还扩散到东亚各国,如日本、朝鲜、越南等,形成了中国文化圈或东亚文化圈。从公元前4世纪到19世纪中叶,中国一直是这个文化圈的中心。在世界文明中心意义上,一般认为奴隶制时代、封建制时代、资本主义时代这三个历史时期内,文明发展水平最高、对世界文明贡献最大的文明中心分别是奴隶社会的古希腊与古罗马、封建时代的中国、近代西方基督教文化圈的西欧和美国。参见张岱年、程宜山:《中国文化与文化论争》,232页,北京,中国人民大学出版社,1990。

② 在当时西方人的眼中,遥远而神秘的中国代表着世界上最理想、最完美的贤明政治,而且道德高尚,文化发达。康帕内拉的《太阳城》、孟德斯鸠的《论法的精神》、伏尔泰的《风俗论》等著作中,写不尽当时的西方对中国文化无比热诚的追慕,以及至为热烈的赞美。

③ 有关中国传统法律文化或中华法系的内在精神与优秀品质请参见张晋藩:《中国法律的传统与近代转型》,北京,法律出版社,2009;张晋藩:《中华法系的回顾与前瞻》,北京,中国政法大学出版社,2007;郭成伟:《中华法系精神》,北京,中国政法大学出版社,2001。

④ 《慎子·威德》。

⑤ 《商君书·赏刑》。

⑥ 《韩非子·有度》。

通与吸收的精神……中国传统法律文化的这些优秀因子，以其视野的广阔、内涵的丰富，显示出先进性和现代意义。这些珍贵的传统与经验，是值得总结的，也是应当留存于当代社会的。

（三）功能必要性

传统在现代社会的功能，是中国传统法律文化留存的功能必要性。传统法律文化的社会意义体现在对法律发展与变革、社会凝聚与整合、行为规范与评价这三个方面。

首先，最关键的是，传统法律文化对当下法律发展乃至未来变化有着潜移默化的文化影响力，这在社会的通常状态与转型状态下都有充分的反映。一方面，在常态的社会，传统法律文化作为宝贵的文化遗产，使不同历史阶段之间保持着连续性，构成了一个社会、一个民族的文化密码。^①“随着社会的不断衍化，传统法律文化逐渐形成一种历史文化力量，它具有深厚的社会基础，存在于普通民众的法律意识、心理、习惯、行为方式及生活过程中，因而与一个社会的有机体密不可分。甚至在某种程度上成为社会成员信仰与认同的载体。传统法律文化作为这样一种社会历史惯性机制，不仅构成了一个新社会法律发展的历史起点，影响着当下社会法律发展的各个领域，进而与当下社会法律生活交融在一起，而且制约着一个社会法律文化的长期发展进程，有形或无形地左右着该社会法律的未来走向。”^②另一方面，在社会发生剧烈变动的特殊历史时期，尤其是外来法律文化的冲击之下，传统法律文化对法律变革与文化重组更是意义重大。^③近代中国各个阶层的思想家、改革家在引进西方法律文化、寻求变革之道的过程中，无不倚重固有的传统法律文化的力量，为自己的理论鼓吹与法律实践寻求合理性证明。例如，以“固守传统”、“稍变成法”为法律指导思想的洋务运动，将“稍变成法”建立在“固守传统”基础之上，以此回应和对抗来自封建顽固派对洋务事业的反对和责难。而“稍变成法”也是李鸿章从儒家古训“穷则变，变则通”中所推出的结论。即使是相对先进的维新派，仍将孔子装扮成维新变法的祖师爷，“托古改制”，借孔子的亡灵来减少变法的阻力。此外，在引进西方法律文化时，中国传统法律文化对引进的对象起到了选择的作用。西方人在华夏大地费尽心机进行的基督教传播活动收效甚微，而严复的一本《天演论》却使进化论在中国众口皆碑，这一对鲜明对比的例子就是有力的证明。^④这一切表明，无论是在社会常态下，还是在社会转型中，法律的变革与发展总是无法甩开中国传统法律文化这个拐杖。

其次，中国传统法律文化表现出凝聚与整合社会的功能。生活在这一传统下的中华民族形成了从种族学意义上讲是共同的或者相似的民族法律文化心理，这种民族法律文化心理体现了世代相传的亲缘意识，从而强化了社会成员彼此之间的认同感，起到了凝聚社会的作用。这种认同意识和凝聚力，促进了社会的整合。正如希尔斯所言，“传统是一个社会的跨

① 诚如希尔斯所言，“我们始终处于过去的掌心中”。参见[美]E. 希尔斯：《论传统》，傅铿、吕乐译，47、50页，上海，上海人民出版社，1991。

② 公丕祥：《法制现代化的理论逻辑》，347页，北京，中国政法大学出版社，1999。

③ 长期以来，很多学者认为中华法系的解体源自西方法律文化的冲击。事实上，西方的冲击仅仅是一种催化作用，中国传统法律文化的传承与创新的直接动力，仍然来自于中国社会与文化系统的内部。

④ 原因在于，基督教的思想系统与中国传统法律文化具有不相容性，很难纳入中国文化系统中。仅是不准祭祀祖先这一条，就很难被中国人接受。康熙末年清政府决定尽逐传教士的直接原因，就是罗马教皇于1704年颁布的一道教令激起了朝野的公愤，这条教令的内容就是禁止中国的基督教信徒祭拜祖宗。而进化论则与中国传统文化的精神一脉相通。参见张岱年、程宜山：《中国文化与文化论争》，186页，北京，中国人民大学出版社，1990。

时间的整合机制”^①。

再次，中国传统法律文化还具有规范和评价的功能。社会调整机制是多样性的。由于中国传统法律文化表现为世代相传的习俗与行为惯例，所以在一定的条件下，它可以起到规范人们行为的作用。尽管传统法律文化的规范性并不具有国家强制力，但是由于在传统法律文化中，凝结着人们对往昔法律现象、经验或祖先的某种程度的崇敬，所以人们会有意无意地以传统法律文化为参照系来指导和规范自己的行为。中国传统法律文化的评价功能也是不言而喻的，它是世世代代的中国人民在长期的交往过程中累积起来的生活经验和交往惯例的聚合体，具有伦理的性质。它借助于某些流传下来的共同道德原则，来对人们行为的合理性进行道德判断，其评价功能带有道德经验性的色彩。^②

三、中国传统法律文化创造性转换的维度与限度

（一）创造性转换的中心意旨

在近现代中国法律变革及其现代化的伟大事业中，源远流长的中国传统法律文化的存留有其多方面的必然性。这就提出了这样一个问题：对于正在走向现代法治社会的中国来说，应当通过何种方式使中国传统法律文化得以存留和传承？在法律文化的发展进程中，应当如何协调好传统性因素与现代性因素的关系，使两者在合理限度内彼此相容？

对于这一问题的探讨，早在学术界对法律文化现代化与中国传统法律文化的关系进行争论时就已经开始了。近代以来，中国传统法律文化开始遭遇西方法律文化的剧烈冲击与挑战。西方法律文化不仅向国人展示了学术流派的分歧多端及旺盛的活力，同时将其对东方的感化与征服的热忱也表露无遗。在西方形形色色的法律信条与意识形态之下，百年来一直在为中国传统法律文化寻找出路的中国人民，也一直徘徊在传统法律文化与西方法律文化之间，心理上始终存有矛盾和彷徨，时常陷入无所适从、进退失据的境地。因此，有关如何对待传统、存续传统的争论此起彼伏，定于一尊与多系发展，中体西用与西体中用，中西分途与中西调和，这些互相对立又互相联系的思潮与派别，尽管在社会变革中发生了不小变化，至今仍然各执一词，相持不下。人们不是把中国传统法律文化贬斥为明日黄花且已无功用于现世，就是在未经深思熟虑且尚缺宽广视野之时，盲目地致力于维护传统，将爱国精神表现得过于急切并时有疑虑。这些对待传统的方式，都加重了近现代中国法律变革与现代化事业的困难，各种错综惨痛的经历令人叹惋不已。

能否正确对待中国传统法律文化，关乎中国法律现代化事业的兴旺发达。传统法律文化在现代留存的必要性在上文已述，不过，留存不等于膜拜和固守，中国传统法律文化不是一个单一的定型模式，而是一个随着社会条件与时代因素不断发展着的变体，变革与发展是中国传统法律文化的基本精神。^③ 因此，在法律发展路途中，我们必须树立这样一个中心意旨：

① [美] E. 希尔斯：《论传统》，傅铿、吕乐译，437页，上海，上海人民出版社，1991。

② 有关传统法律文化的凝聚、规范、评价等功能，请参见公丕祥：《法制现代化的理论逻辑》，347～348页，北京，中国政法大学出版社，1999。

③ 诚如希尔斯所言：“传统存在的本身就决定了人们要改变它们。”参见 [美] E. 希尔斯：《论传统》，傅铿、吕乐译，270、285页，上海，上海人民出版社，1991。

中国传统法律文化的现代存留，不在于把传统借尸还魂供奉于博物馆内，而在于把传统脱胎换骨、创造性地转换为现代法律中的灿烂现实。此项任务既复杂艰巨，又不容回避；既需要无与伦比的心神智慧与勇往直前，又无法摆脱来自国内的存疑和西方的批评；既是一项反思与重建、传承与创新的攻关课题，又是一项开发未来美好法律图景的现代伟业。为了完成这一义不容辞的历史使命，实现中国传统法律文化的创造性转换，我们需要协调好传统因素与现代因素、社会基础与法律发展、制度建设与观念更新这三对关系。

首先，在对中国传统法律文化创造性转换的历史进程中，社会主体应当走出传统的法律世界，挣脱传统法律观念的束缚，获得新的法律价值观念，从而向新的法律世界前进。当然，这并不意味着主体同一切传统的法律观念与法律制度决裂，而只是与某些阻碍社会进步与法律成长的法律意识诀别，进而在新的历史水平上更深入地理解传统遗产的价值，积极主动地赋予传统法律观念以新的存在形式和生命力。

其次，中国传统法律文化创造性转换的根本动力，来自于商品经济和民主政治建设所形成的强大动力，特别是商品经济的推动作用。因此，新型的现代法律文化系统只有在现代商品经济的基础上，才能够确立和建构起来。^①

再次，中国传统法律文化的创造性转换，是法律制度建设与法律观念更新的统一，是法律文化结构内部的相互协调、相互配合与相互支持。在法律文化的创造性转换中，最关键也最难的就是观念的创造性转换，它代表的是人的现代化，是衡量法律文化创造性转换程度的根本依据。^② 对中国传统法律文化进行整体性的变革，使其三个层面都能得到革新并彼此和谐，是中国传统法律文化创造性转换进程中所要解决的重大课题。

（二）创造性转换的维度

在明确了中国传统法律文化创造性转换的中心意旨并把握了三对关系之后，我们认为，可以从四个维度创建传统法律向现代法律转换的机制，以承继并创新中国传统法律文化。这四个维度是：治国方略的变革、法律原则的转型、法律制度的重建、司法机理的转换。

1. 治国方略的变革

中国传统法律文化中优秀且先进的治国方略，有着连绵不断的历史沿革、深厚的理论根基、丰富的思想内涵，并在相应的制度设计和法律实践中取得了累累成效。这些万古长青的

① 我们需要明确，重构新型的现代法律文化系统，绝不是在过去小农式的自然经济轨道上的滑行，而是要适应商品经济的要求，对传统法律文化进行创造性、根本性的改革或革新。在这个意义上，那种脱离经济生活条件的转型而单纯追求传统的创造性转换的观念，是狭隘而不切实际的。因此，中国传统法律文化的创造性转换，是以一定的社会物质条件为根基的。详细论述请参见公丕祥：《法制现代化的理论逻辑》，360～364页，北京，中国政法大学出版社，1999。

② 诚如美国学者英格尔斯所指出的：“那些完善的现代制度以及伴随而来的指导大纲、管理守则，本身是一些空的躯壳。如果一个国家的人民缺乏一种能赋予这些制度以真实生命力的广泛的现代心理基础，如果执行和运用着这些现代制度的人，自身还没有从心理、思想、态度和行为方式上都经历一个向现代化的转变，失败和畸形发展的悲剧结局是不可避免的。再完美的现代制度和管理方式，再先进的技术工艺，也会在一群传统人的手中变成废纸一堆。”参见[美]英格尔斯：《人的现代化》，殷陆君编译，4～5页，成都，四川人民出版社，1985。美国博登海默也认为：“与一个社会的道义上的观念或实际要求相抵触的法律，很可能会由于消极抵制以及在经常进行监督和约束方面所产生的困难而丧失其效力。”参见[美]E. 博登海默：《法理学——法哲学及其方法》，邓正来等译，373页，北京，华夏出版社，1987。