

Post-doctoral Papers,
Institute of Law, Chinese Academy of Social Sciences
Vol.5

中国社会科学院 法学博士后论丛

第五卷

中国社会科学院
法学博士后流动站主编



中国社会科学出版社

Post-doctorial Papers,
Institute of Law, Chinese Academy of Social Sciences
Vol.5

中国社会科学院 法学博士后论丛

第五卷

中国社会科学院
法学博士后流动站主编



中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

中国社会科学院 [法学博士后论丛]·第五卷 / 中国社会科学院法学博士后流动站主编. —北京: 中国社会科学出版社, 2010. 9

ISBN 978 - 7 - 5004 - 9130 - 9

I. ①中… II. ①中… III. ①法学 - 文集 IV. ①D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 185630 号

出版策划 任 明
特邀编辑 成 树
责任校对 修广平
技术编辑 李 建

出版发行 **中国社会科学出版社**

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号

邮 编 100720

电 话 010 - 84029450 (邮购)

网 址 <http://www.csspw.cn>

经 销 新华书店

印 刷 北京奥隆印刷厂

装 订 广增装订厂

版 次 2010 年 9 月第 1 版

印 次 2010 年 9 月第 1 次印刷

开 本 710 × 1000 1/16

印 张 29.5

插 页 2

字 数 557 千字

定 价 68.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社发行部联系调换

版权所有 侵权必究

编辑和出版说明

为了集中反映中国社会科学院法学研究所博士后研究人员的工作成果，展现博士后研究人员的学术风采和水平，优化学术资源，我们决定编辑出版《中国社会科学院法学博士后论丛》，并成立中国社会科学院法学博士后论丛编辑委员会。

作为一套系列性丛书，本论丛计划从2003年起，在已出站博士后的研究报告中，精选出符合论丛出版质量要求的研究报告，编辑出版一至若干卷。本论丛的编辑规范，执行的是由北京图书馆学位论文收藏中心和全国博士后管理委员会办公室1994年9月联合下发的《博士后研究报告编写规则》。此规则为目前中国博士后研究报告编写规则的国家标准。

本论丛所发表的博士后研究报告，是每位博士后研究人员在其博士后研究报告的基础上，重新编写的一篇约5万字篇幅的能够反映博士后研究报告概貌、理论预设、主题思想、创新点、理论贡献等精华内容的报告。因此，它不是简单地对原研究报告的浓缩，而是在原研究报告基础上的再创造成果。

博士后论丛是每位博士后研究人员在中国社会科学院法学研究

所从事博士后研究工作期间学术生活经历的一段值得记忆的历史记载，是每位博士后研究人员学术水平和实力的展示，也是中国社会科学院法学研究所博士后学术水平整体实力的展示。

我们出版本论丛，也是希望得到社会各界对中国社会科学院法学研究所博士后研究工作的检验。我们热切地希望来自各方面的批评、评论和建议。

中国社会科学院法学博士后流动站

2003 年 12 月

/ 目 录 /

1	中国传统法律中的孝及其对现代法制的影响/吕华侨
47	城市社区治理的法律框架问题初探/周少青
109	媒体监督与司法公正研究/简海燕
167	我国公民人身权利的宪法保障问题研究/谭 红
225	公共养老储备基金法律制度研究/王文灵
277	受刑事追诉“农民工”的法律援助/张品泽
337	电子政务法基础理论研究 ——内涵、目的及框架/金承东
373	反垄断法核心设施理论的界定与适用/李 剑
415	专家对第三人责任的比较法考察/周友军

/CONTENTS/

1	Filial Piety in China's Traditional Law Culture and its Impact on Modern Legal System/Lu Hua Qiao
47	An initial study on the issues of legal framework of communi- ty governance/Zhou Shao Qing
109	Research on the Media Supervision and the Judicial Justice/ Jian Hai Yan
167	Research on Constitutional Guarantee of Personal Rights in China/Tan Hong
225	On the Legal System of Public Pension Reserve Funds/Wang Wen Ling
277	Legal Aid for Prosecuted Migrant Workers/Zhang Pin Ze
337	Basic Theoretic Research on The E-Government Law/Jin Cheng Dong
373	Definition and Application of Essential Facility Doctrin/Li Jian
415	Comparative Study on the Institution about Professional Lia- bility to Third Parties/Zhou You Jun

· 中国社会科学院 [法学博士后论丛] ·

中国传统法律中的孝及其 对现代法制的影响

Filial Piety in China's Traditional
Law Culture and its Impact
on Modern Legal System

博士后姓名 吕华侨

流 动 站 中国社会科学院法学研究所

研 究 方 向 法学理论

博士毕业学校、导师 中国人民大学 徐兆仁

博 士 后 合 作 导 师 刘作翔

研究工作起始时间 2006 年 9 月

研究工作期满时间 2008 年 8 月

作者简介

吕华侨 男，1971年生，安徽寿县人，就读于安徽大学、中国社科院研究生院、中国人民大学，先后获文学学士、历史学硕士、博士学位。2006—2008年在中国社科院法学所师从刘作翔教授从事法理学博士后研究工作，研究领域为传统孝法及其当代立法问题。读书期间曾经在《吉林师范大学学报》、《山东师范大学学报》、《船山学刊》、《管子学刊》等刊物发表《全球化背景下的中国社会主义政治文明建设》、《齐鲁文化的特点与传统文化的形成》、《天人关系新论》、《〈管子〉与汉初法制重构》等近10篇论文。

现就职于北京市科学技术情报研究所，担任发展研究部主任，从事科技政策、产业规划研究，主持北京市级科研项目6项，参编《现代城市运行》（中国城市出版社）、《公共部门的信息与知识管理》（北京科技出版社）等著作2部，发表信息、情报学论文、报告10余篇。

中国传统法律中的孝及其 对现代法制的影响

吕华侨

内容摘要：在古代，孝与法共同担负着维护三纲五常封建等级秩序和君主乾纲独断的统治职能。唐代以后，孝逐步内化到老百姓日常的行为之中，对中国人的法律观念、道德情操、民族性格产生了重要的影响。近代以后，孝成为被批判的对象，社会主义民主法制和社会主义道德中没有孝。传统法律体系之中的孝星散于部门法中，其功效已微不足道。孝在处理人际关系、维系家庭和谐方面有着不可替代的重要作用，如何从传统中发掘可资利用的合理成分，摒弃糟粕，淡化孝的政治功能，强化孝的亲情作用，在现有法律制度基础上，探索构建现代孝法是一件值得社会各界关注的大事。

关键词：传统法律 法律文化 孝立法 法制现代化

一、中国孝传统与孝文化

（一）孝的含义

治思想史的人，常常把思想史上重要的词汇顺着训诂的途径，找出它的原始意义；再由这种原始意义去解释历史中某一思想的内容。这种“以语言学的观点，解释一个思想史的问题的方法”（傅斯年语）虽有不当之处，却有借鉴意义。研究孝，我们首先需对它的含义及其变化有个完整的理解与把握。

许慎在《说文解字》中是这样讲的：“孝，善事父母者，从老省从子，子

承老也”^①，可见，孝在一般意义上是指子女对父母的敬爱与奉养，现代辞书对“孝”的阐释大都如此。其实，历史上“孝”的内涵远不只如此，从动物本能到“百行孝为先”；从伦理道德到引孝入法，作为古代中国人的第一行为准则，孝的概念随着历史的发展而演进变化，不同时期，它的内涵也在不断地丰富和变化着。

从先秦的文献中可以看出，孝大致包括三层含义，对应的有三种表达方式。

第一，侍奉父母，这是最初的，也是出于动物本能含义，尽孝的方式主要表现为赡养。生老病死是大自然的规律，任何人都无法抗拒。人总有老的一天，下一代在上一代不能劳作的时候，为他们提供食物，保障他们不会因为丧失劳动力而饿死。这种孝特指父母与子女之间的关系。

第二，尊敬、孝敬老年人，这是由尊敬自己父母衍生出来的，孟子所说的“老吾老以及人之老”是最好的诠释。此时孝的含义已经有所变化，孝敬的对象并不特指父母，而是泛指老年人；与此相对应，尽孝者也不完全是子女，而是对晚辈的统称。这种孝发生在年老群体与年轻晚辈之间。

第三，孝由尊老、敬老发展延伸到对已故先人的追颂和祭祀。从金文《仲师父鼎》中的“其用享用孝于望祖帝考”、《追簋》中的“用享孝于前文人”等可以看出这一点。《礼记》对孝的解释，“善继人之志，善述人之事也”，即指在事亲、敬亲的基础上承先人之志，述祖宗之事。这种孝是孝的更高形式，一般与有身份地位的家族联系在一起。

（二）孝的起源

在中国，人们一般认为孝源于血源而产生的“亲亲”关系，是人类的自然情感，它是维系孝的感情纽带；个体家庭经济形成，以及与此相联系的权利与义务关系是孝产生与发展的重要条件和物质基础。

1. 自然情感是“孝”产生的心理基础。人与动物的根本区别在于人类具有伦理观念和道德意志，“人之所以异于禽兽者几希，庶民去之，君子存之”（《孟子·离娄上》）。中华民族自古就有亲亲、敬长、慈幼的传统，这也是人类保护自身种系延续的本能。“哀哀父母，生我劬劳”（《诗经·小雅·蓼莪》），这是子女对父母养育之恩的歌颂和由此产生的“报本反始”之情，是孝产生的前提。基于血缘关系而形成的血亲之爱，是人类最古老、最朴素的情感，是孝观念产生的心理因素、情感因素。

^① 段玉裁：《说文解字注》，上海古籍出版社1995年版，第38页。

2. 个体家庭经济的形成是孝产生的社会基础。因为孝是社会发展到一定阶段的产物,当人类刚刚从动物界走出来的时候,他们的孝还处于本能的初始阶段。以血缘关系为基础的母系氏族公社时期,还不允许在生活资料分配上出现“亲亲之私”,不允许人们各“亲其亲,子其子”。进入父系氏族公社以后,男子成了生产的组织者和主要承担者,人类社会步入了以男子为中心的一夫一妻制的阶段。有了一夫一妻制的家庭,有了明确的父子关系,血缘亲属中也就产生了相互间的权利、责任和义务:父母有抚养子女的义务,有要求子女奉养的权利;子女有受父母保护抚育的权利,又有尊敬孝养父母的义务。这相互间的权利和义务在道德观念上就是父母对子女的慈爱、子女对父母的孝顺。

3. 农耕文明是孝产生的经济基础。农业早熟与繁盛,有较多剩余产品,避免因物质匮乏而杀食老人,这为养老、尊老提供了稳定的物质保障。此时社会尊老风尚是氏族时期先民尊老传统的继承和发扬,是孝观念产生的经济基础。农业生产中,稳定的食物来源靠劳动力的投入,人成为最重要的因素。生活中人们相互协作,聚族而居,世代为邻,人成为社会关系的主体。建立在血缘关系上的家庭是社会的基本单位,血缘关系成为最重要的人际关系,伦理,道德成为调节社会关系的主要方式。共同的祖先成为维系家庭、部族的情感依靠和归宿,社会是家的扩大、国与家的同构。在天神与祖先之间、在祭天与祭祖之间,周人更重视后者。在对父母深恩的回报中,在对老人的敬养中,在对祖先的祭祀中,孝的层次和观念逐渐丰富变化。

(三) 孝观念的形成演变

孝起源于父系氏族时期,之后的祖先崇拜、生殖崇拜等都是与孝相关的朦胧意识,但这些还不能说是真正意义上的孝。直至西周时期,人们对孝才有了较为明确的认识。

1. 西周时期的孝观念。周人“尊礼尚施,事鬼神而远之”,“德以对天,孝以对祖”是西周统治者的共识,对于孝的推崇,除了颂扬祖先功德、祈求保佑的目的外,最重要的还在于企求上天的庇佑。可见周人在祖权已渐抬头、神权尚有很大威力的情形下对于二者进行了折中,不过此时孝的立足点仍然在于天,这一点是显而易见的。

2. 春秋战国时期的孝观念。春秋时期是传统思想形成的重要时期,诸子百家争鸣奠定了孝观念、孝文化形成与发展的基础。

(1) 儒家是中国孝文化的代表,对中国孝文化的产生、发展有着极其重要的影响。儒家学派比较系统地阐述了孝道思想,为后世孝道的发展打下了基础。

第一，儒家的孝是对家庭关系的调整和规范。儒家典籍把孝的内容分解得相当具体、细致，从丧葬到祭礼都有一系列严格的规范和要求。但这些基本上属于“能养”、“不辱”的低层次。“孝有三，小孝用力，中孝用劳，大孝不匮”，是说体贴孝养老人，是“用力”的低层次；在尽力奉养老人的基础上讲道义、尚仁德，为“用劳”的中间层次；使老人在精神上感到安慰、满足和幸福，并使这种德行成为家风和传统，才是孝的最高层次。

孝的另一个方面是敬。孔子说：“今之孝者，是谓能养。至于犬马，皆能有养；不敬，何以别乎？”说明孝和敬是密切联系、不可分割的。敬包括对父母的遵从，对长辈品质、风范的崇敬，对前人传统的继承和为完成前人未竟事业的矢志不渝、执著追求的精神。

第二，儒家认为孝是对社会关系的调整和规范。“老吾老以及人之老，幼吾幼以及人之幼”（《孟子·梁惠王上》），即把孝敬父母，慈爱晚辈的原则延展推广到社会上去。正如孔子说的“入则孝，出则悌，谨而信，泛爱众而亲人”（《论语·学而》），主张人与人之间应相互理解、友爱和互助。孝和悌从纵横两个方面把家庭关系和社会关系联系起来，规范家庭关系的道德升华为调整社会上人际关系的原则，孝就成了忠、义、信、勇、廉等一系列道德的基础。

先人有家国一体的观念，认为家是国的缩影，社会关系是家庭关系的延伸和扩大，因此，视天下为一家，把处理亲情关系作为协调社会关系的基础，在理论和实践上也是可行的。

第三，儒家孝的最高境界是“以孝治天下”。先秦儒家的孝不是简单地规范普通百姓的，同时也要求人君带头行孝，以孝齐家，让自己高尚的品德成为天下效法的楷模。因为“其身正，不令而行；其身不正，虽令不从”（《论语·颜渊》），这是先哲看到了政治的实施在于执政者、统治者个人的素质和道德自律在政治中的巨大作用，便提出了以孝为基础、以仁为核心的礼作为执政者用以正身、正人的标准，于是，孝成了先哲先贤全力彰明的至德，朝廷全力推行的要道。

（2）其他诸子学派的孝观念。对于儒家以孝治天下的理论，先秦的政治家、思想家们，并不是一致同意的，但是孝作为人类家庭共有的一种美好的伦理道德观，却是他们共同认可的。

《墨子》讲兼爱，其中就包含着父子之间的相亲相爱，“父子相爱则慈孝”（《墨子·兼爱中》），“为人父必慈，为人子必孝”（《墨子·兼爱下》）。《管子·形势》中说：“孝者，事父之高行也”，把孝悌忠信作为举贤的条件。《吕氏春秋·孝行》中说：“今有人于此，行于亲重，而不简慢于轻疏，则是笃谨

孝道。”可见孝的观念并不是儒家的独创，而是得到了社会众多学派的认同的学说，只是儒家走得更远，将孝道发展到孝治，从而给中华民族的传统道德和政治统治以深远的影响。

3. 孝的发展与演变。春秋时期是孝的形成期，汉代及以后是孝的发展、演变期。

(1) 汉代——初步定型期。汉代统治者对儒家经典青睐有加，力推以孝治天下。当时关于孝的经典可以说是家诵户习。孝被当作选拔人才的标准，“举孝廉”是进入官场的阶梯。另外，孝开始被纳入法律条文，汉代法律规定“不孝者，斩首枭之”（《公羊传·文公十六年》何休注）。而且此时作为证明品德的重要标准，孝被正式写入史册。《汉书》与《后汉书》的人物传记中都述及孝行。《汉书·韦贤传》说：“孝莫大于严父，故父之所尊，子不敢习，父之所异，子不敢不同。”汉代统治者对孝的大力推崇以及所采用的一些措施为后世历代所仿效，并成为后代的执政之本，孝进一步政治化。

《孝经》是汉代著作，它所宣扬的孝道观，是紧紧围绕“以孝治天下”这一主题思想而展开的。在《孝经》的作者看来，孝也是中国社会中能够统率其他一切道德规范的最根本的道德规范，孝为“德之本也”（《孝经·开宗明义》）。正是由于包括忠君在内的所有其他社会道德规范都是由孝所派生的，因而孝也就成为中国社会中能够统率其他一切道德规范的最根本的道德规范。

(2) 魏晋南北朝——深入发展期。汉代以后，随着专制集权的加强，孝道的发展呈现一个逐步被完善、强化的趋势。魏晋统治者也标榜“以孝治天下”。武帝曾有诏曰：“士庶有好学笃道，孝悌忠信，清白异行者，举而进之，有不孝敬于父母，不长弟于族党，悖礼弃常，不率法令者，纠而罪之。”（《晋书·武帝记》）从思想上来看，此时儒家名教松动、式微，道家自然思想抬头，孝道突破统一的模式，呈现出多元共存的倾向，但总的趋势是更强调了孝的自然本性的一面。

正史《晋书》开始列《孝子传》，专门记述孝行，以昭示对孝的褒奖和宣扬。《宋书·孝义传》中说：“汉世士务治身，故忠孝成俗，至乎乘轩服冕，非此莫由。晋、宋以来，风衰义缺，刻身厉行，事薄膏腴。若夫孝立闺庭，忠被史策，多发沟畎之中，非出衣簪之下。以此而言声教，不亦卿大夫之耻乎！”

北朝颜之推所著《颜氏家训》是对孝道理论作出较大贡献的著作。他认为历代圣贤之书无非是教人诚孝、慎言、检迹、立身、扬名。他提出“父子之严，不可以狎；骨肉之爱，不可以简。简则慈孝不接，狎则怠慢生焉”（《颜氏家训》）。他宣传“夫有人民而后有夫妇，有夫妇而后有父子，有父子

而后兄弟。一家之亲，此三而已矣。自兹已往，至于九族，皆本于三亲焉”（《颜氏家训》），提出了以父子关系为主轴的家庭结构理论，这为宋儒的绝对父权、极致孝道提供了理论渊源。

（3）唐、宋——成熟期。唐代十分重视孝道和孝行，唐玄宗亲自注释《孝经》并下诏颁行天下，天宝年间免征居父母之丧者的劳役赋税，称为“孝假”。代宗又开“孝悌”选士科目。总的说来，唐朝的孝少了一些禁锢，多了一些宽容和开明。但统治者仍继承了重视孝道的传统，继续强调社会教化和政治表彰。唐穆宗曾请学者讲解并颁行《孝经》，为《孝经》作注疏，依据《孝经》选择人才。房玄龄等人修《晋书·孝友传》时，宣扬天人感应：“德之所届，有感必征”，“枯柏以应其诚，惊雷以危其虑”，神化孝道功能，后人讲述孝子孝行多感动天地，与此有一定关系。

宋代由于国内外形势发生变化，体现在孝文化上就是忠越来越居于孝前，并且被日益固定为“死事一君”之义。这一变化首先就可以从史家的修史活动中表现出来。宋代的统治者明确地规定了在孝文化中“忠”才是核心。

在宋儒构筑的博大精深的新儒学理论体系中，孝是其根本的理论范畴。他们从天理分析入手，论证孝是充塞于天地之间、存于万世的伦理道德准则，强调孝的形而上性，倡导愚孝，使孝道达到了登峰造极的地步。张载作《西铭》，把宇宙比作大家庭，孝道比作天道，强调孝道永恒，不可更改。他以乾为父、坤为母，认为人人皆天地之子，应当“爱必兼爱”。朱熹说：“事亲当孝，事兄当悌之类，使当然之则”，“君臣父子夫妇长幼之常，是皆必有当然之则，而自不容已，所谓理也”，“如为君须仁，为臣须敬，为子须孝，为父须慈，物物各具此理，而物物各异其用，然莫非一理之流行也。”他还说：“子之所以孝，皆人心天命之自然，非人之所能为也。”^①从朱熹的话中可以看出，事亲孝是“当然之则”，这就从理论上给孝定位，孝和仁、敬、慈一样，都是至高无上之“理”的表现，并且是不以人的意志为转移的。以朱熹为代表的宋代理学认为孝道是天理的流行，是永恒不变之法则，将孝道系统化、理论化，以至推演出“存天理，灭人伦”，“父要子亡，子不得不亡”的极端孝道言论。这种日益绝对化、片面化的孝道教化，使得宋代孝子辈出，孝行惨烈，为孝道后世遭到攻击而濒于毁灭埋下了不幸的种子。

（4）元、明、清——定型期。元朝虽系马背民族入主中原，但历代孝道教化形成的传统并未削弱，甚至出现了孝道教化的重大转向，即呈现通俗化、深入化的趋势，对后代影响巨大的《二十四孝》即成书于元朝。《二十四孝》

^① 《朱子语类》卷十八，中华书局1994年版，第426页。

是由元代郭居敬编辑的通俗读物，因其均有精美插图，又称《二十四孝图》。自汉代以来，有关人物的故事逐渐得到传颂和积累，到元代，据传由郭居敬最后将这些故事汇编成书，并序而诗之，以作为对儿童进行孝行教育的启蒙读物。该书行销于世，脍炙人口，流传久远，对孝文化在民间的传播起了重要作用。由于《二十四孝》既符合统治阶级“以孝治天下”的利益，也符合老百姓“养儿防老”、“父慈子孝”、“孝亲敬老”的人生需要，故自面世之时起，不仅为历代封建王朝所推崇，也为历来老百姓所敬仰。

明代强化中央集权，加强思想统治，借用宋儒理论，禁锢人们头脑，畸形提倡孝道，是封建文化最黑暗的时期。明代把三纲五常和贞节名分看得比生死还重要，孝道被提高到很特殊的地位，被看作是立家之本、固国之据、作忠之源。罗伦在《扶植纲常疏》中说：“孝者，天之经也，地之义也。国而非此不可以为国，家而非此不可以为家。人而非此则禽兽矣，中华而非此夷狄矣。故先王制礼，子有父母之丧，君命三年不过其门，所以教人孝也。古者求忠臣必于孝子之门，诚以居家孝，故忠可移于君。”明代忠臣极多，孝子也众，但有许多是在黑暗礼教之下被屠杀的愚忠、愚孝之人。明代在中华孝道发展史上是一个践行充分、对后世影响极深的时期。

清代处于中国封建社会的后期，虽有康乾时期对传统道德及孝道的宣扬、维护，但后期的政局动荡，政权岌岌可危，不可避免地让作为封建文化代表的孝道随着旧制度的衰落而归于没落，但一些思想家还是对孝道作了一些有益的理论探讨。清初王夫之主张在实践中体会孝道，强调孝重在“行”而非“思”；曾国藩对孝有许多论述，他认为读尽天下书，无非一个“孝”字，强调君子之孝，重于立身。他还注重孝道的因果报应，忠孝合一，这些都为传统孝道理论增加了最后一点亮色。

从以上对孝道的历史回顾中可以看出，孝道在中国源远流长，并被统治者加以利用，成为封建思想的一部分，孝道的功能价值也在逐步发生变化，大体上是政治意义渐渐超过伦理意义。

（四）孝对传统文化的影响

孝对传统文化影响深远，从上层建筑到行为举止，从帝王将相到贩夫走卒，无不奉为圭臬，不敢逾越。

1. 孝是中国封建社会伦理秩序的重要理论依据。中国从秦以后君主专制主义的中央集权制导致了血缘宗法制的解体，继之而形成的是地缘性的、以一姓一族为组织形式的新的宗法体制，即所谓家族宗法制度。它用血缘关系的网络，按五服、九族制度和亲亲、尊尊的原则，把家庭和家族的内部成员凝聚为