

绪论

现代社会由于资讯的发达，人们总会对一些事例在网络上展开激烈的争论，包括早期的老人倒地无人敢扶现象、食品安全问题、留守儿童的教育问题、空巢老人的赡养问题以及国人在外国表现道德素质普遍低下等问题。这些问题虽涉及人们生活的各个方面，也体现了如养老、医疗等社会福利与产品质量责任追究等法律问题，但最终似乎都可以归结为由于传统文化的缺失引发的问题。近期引发热议的如八岁女孩儿将邻居家的小孩儿从高楼扔下的案件，最近频频发生的校园欺凌事件，以及引爆微信朋友圈的“罗一笑事件”和新春佳节中发生的“因逃票被老虎咬伤至死”事件等。这些事件既体现了国人道德缺失、信仰欠缺，又表明了国人缺乏规则意识，乃至更深层次的人生观、价值观问题。从中让我们不得不深思中国家庭教育的弊病，在大部分国人将提高孩子学习成绩、提供孩子温饱作为家长责任的今天，对于孩子人格培养的缺失已经成为一个巨大的社会问题。现代社会发生的很多问题可以归结于没有爱心、没有责任感、没有规则意识、没有同情心却追求自我的满足、追求金钱至上这种畸形的人生观与价值观。社会问题必须由社会解决，作为社会构成基本要素的“家庭”在我国古代社会中为维护社会秩序稳定曾发挥过巨大的作用，在新时代中我们当然要摒弃封建时代“家族、家庭”遏制个人自由发展的一面，但对于其中的精华我们仍应理智继承并赋予其新的时代意义，使传统家庭法律文化中的家风、家训以及一些法律制度在当代发挥有益的作用，以改善我国现代社会中的问题。近年来，随着党和国家领导人对中国传统文化的重视，

在全社会已经掀起了发掘传统文化优良传统的热潮。尤其是党的十八大报告中重申要“建设优秀传统文化传承体系，弘扬中华优秀传统文化的精神，要树立有中国特色的社会主义法治理念”后，习总书记更明确提出家风建设是推动国家发展、民族进步、社会和谐的重要基点，良好家风是社会主义核心价值观的重要体现，家风建设是作风建设的重要内容等命题。这些政策为法律史学界也注入了新的研究热点，将中国传统法律文化与建设有中国特色社会主义法治社会连接，寻求切入点以求传统法律能对现代法治社会建设提供切实帮助。

中国传统法律制度经过几千年的传承与发展已经形成了独具特色的法律体系，其具体制度既体现了当时的立法思想，又体现了高超的立法技术。尤其值得当代社会注意的是具体法律制度在历史的演变中所体现出的法律制度自我完善与自我修复的功能。中国的历史虽然经历朝代更迭，但中国传统法律制度却有着独立的传承与发展，各个朝代的法典均有迹可循，尤其以《唐律疏议》为代表，其上承隋律，下延宋至明清，使中华法系在世界上占据了独特的重要地位。以中国传统法律制度的现代化研究为题主要源自于多年讲授与研究法制史的过程中积累起来的自己对传统法律制度的看法，尤其是将传统法律制度与当代法律制度比较时激发了自己研究具体法律制度的热情；另一方面也是在大环境的影响下日益感受到传统文化对当代社会法治建设的重要意义。中国法制史研究是与建设社会主义法治社会最接近的传统文化研究，本选题立足于中国古代的法律制度研究，对传统法律制度制定的背景、某项具体制度的演变进行分析，通过中国传统法律制度的现代化使中国现代国情能和中国传统文化接轨，希望能改变现代社会中道德缺失、信仰缺乏等弊病，通过继承传统法制的精华改善现代法制观念与法制

环境。改善清末修律时照搬西方的法治理念与法律制度的弊病，结合中国国情重新阐释法治的内涵，以更好地建设有中国特色的法治社会。

一、学界对中国传统法律制度的研究述评

2003年，张晋藩、焦利在《新视野》发表文章《传统法律文化与现代法治理念的冲突与互动》，提出让优秀的传统文化在现代的法治建设中重放异彩，并提出制度与观念的互动及传统的“壳资源”可以注入现代的法治理念的观点。这篇文章在法史学界引发了一场关于传统法律文化与现代法治关系的研讨。张晋藩教授认为中国的传统法文化充满着现实主义的批判精神，是理性思维的结果。中华民族的先哲们在思想学说、制度设计以及各司法、行政行为中所体现出的跨越时空的建树，这些都是建设具有中国特色社会主义法制所不可或缺的营养成分，它为我们提供了很好的历史借鉴。在此之后，国内法律史学者将更多的注意力投入到研究传统文化与现代法治的关系中。

诸多法律史学者对传统文化与现代法治的关系在自己的研究领域都做出了精辟的论述。霍存福老师通过多年对中国“情理法”、契约精神、汉语言中透视中国传统法律文化的研究，将中国传统法律文化概括为：宽恕戒残、悲悯仁恤的宽宏精神；本乎人情、据于事理的情理精神；关注反省、释赦并举的自新精神；各别对待、分化瓦解的策略精神；和同公信、约定同法的契约精神；哀矜惟良、听明断平的司法精神等。^①并将这些精神与西方法律精神相衔接，使其

^① 霍存福：“中国传统法文化精神论纲”，《吉林公安高等学科学报》，2009年第5期。

成为构建新型法治的“中国元素”。张中秋教授则从中国传统的“道德”原理出发,对传统中国法的道德原理的内涵,即除三纲以外的仁、义、礼、智、信这五常的法律结构从价值与理念、原则与规范、感觉与态度这三个层面进行解读;由此得出传统中国法在对人、法、社会这三方面都有积极意义,其宗旨是肯定、保护和追求有德的人、向善的法与和谐的社会。^①武树臣教授立足于古代社会“三合一”(自然经济、守法社会、集权专制)的特征,说明中国封建法律伦理化这一独有的特征,并提出中国法律传统当中有四个方面的精神:政体上的共和精神,国家社会管理上的贤哲精神,司法上的劲士精神,法律样式上的混合法精神,这些精神值得我们汲取和借鉴。^②齐延平教授认为中国文化传统仍然是我们探讨中国现代法治的逻辑起点,“礼”“民本”“天人合一”是中国的法文化传统的精华。中国古代法传统为伦理法传统,现代法治强调的法律权威、法律独立、程序正义,在强调伦理、圣贤的中国传统思想背景下,缺乏的恐怕不仅仅是如何证明自身价值的机会,它缺乏的更多的是能被中国人接受的意识形态发展的过程和传统。在本土化之“民本”思想与外来化之“人权”理念存在诸多相通之处,今人在接受“人权”观念时才能融会贯通,领悟其中奥妙,进而打造出中国现代法治下人权思想的基石。“天人合一”思想让中国人在接受判例法的问题上不存在阻碍。在处理具体问题时,“天人合一”要求人与人之间协调,人与自然之间协调,选择“中庸”为最佳方案。^③而冯春萍教授则反其道认为中国传统法律制度中固然不乏值得称道的部分内容,但是封建司法制度的使命在于维护封建集权的君主专制政权,

① 张中秋:“传统中国法的道德原理及其价值”,《南京大学学报》,2008年第1期。

② 武树臣:“法律传统与法治智慧”,《河北法学》,2014年第5期。

③ 齐延平、孟雯:“中国法文化传统与现代法治”,《法学杂志》,2012年第8期。

不可能实行现代法治技术。封建君主专制所孕育的中国法文化传统与现代法治精神具有本质上的差异，中国传统法律制度在整体上应该被改造、被置换，但是其中与现代法治相适应的部分优秀法律文化应该被继承和吸收。^① 2011年，由曾宪义先生作为主编出版了十卷本的“中国传统法律文化研究”丛书，在这部集中了五十多名法律史学者的丛书中，先从“礼与法”这个中国传统法律文化的成长环境入手，接着从“罪与罚”“身份与契约”“狱与讼”“官与民”这些传统法律中的刑事、民事、司法、行政各方面进行了探讨。然后又针对传统法律文化与境外法律的影响与互动，提出我国传统法律文化的输出与反应以及对域外文化的借鉴与移植。并且结合现代法治社会的建设，提出传统法律文化与现代法治的冲突与转型以及传承与创新。近年来，也有学者开始重视传统家庭法律文化研究，如从具体的“孝”出发，认为孝道遂成为传统立法与司法的核心价值，形成独特而又一以贯之的孝道法文化，对古代社会的秩序构建和人性磨砺发挥了至关重要的作用，今日建构和谐社会若能对其进行创造性转化，于弘扬中华民族优秀传统文化、推进法制建设必大有裨助。^② 有的学者立足于“家”，认为从自由出发的现代法治只是一种权力与权利的对峙结构，那么从“家”观察，法治还内含一个守护生命成长与衰微的存在结构，它包括家庭自治、父爱主义、生存保障等。家与个体自由因而是包容而又竞争的关系，法律秩序构建应以家价值为参照系，而非以个体自由为圭臬。家就此成为中国人的生活世界的思维根据，也是化约其他价值和范畴的基本单位。^③ 有

① 冯春萍、张红昌：“也论中国法文化传统与现代法治——与齐延平教授等商榷”，《法学杂志》，2013年第10期。

② 龙大轩：“孝道中国传统法律的核心价值”，《法学研究》，2015年第3期。

③ 张龔：“论我国法律体系中的家与个体自由原则”，《中外法学》，2013年第4期。

学者将齐家视为宪制问题，有关基层社会组织和秩序。并从农耕村落的社会组织结构 and 功能的层面集中论证了“父为子纲”“长幼有序”等儒家教义发生的社会机理。^①还有学者将家庭、家户和家区别研究，认为当代户籍、教育、社会保障和福利制度对家庭成员异地居住增加的作用尚比较明显，对家庭功能的发挥、家庭关系的维护所产生的负面影响较大。^②

我国国内学者对中国传统法律文化的研究可以分成两大部分。他们或专研于传统思想的精髓及其对现代文明社会的影响；或专注于中国传统法律制度的内容、演变寻求传统法律制度自身的发展规律以及其对建设现代法治社会的影响。现在的法律史学界已经将研究领域纵向拓展，不再局限于研究历史中的法律，更多的是将历史与现代相联。2015 年法律史学年会的中心议题即为传统法律文化与现代法治文化研讨，在这次年会中，诸多学者对传统法律文化对现代社会的影响、意义进行了深刻的讨论与研究。在法律史学界内，将传统法律文化与现代法治社会建设互相关照已经成为大势所趋，因此，笔者提出中国传统法律制度的现代化研究正是在此大势之下寻求研究的突破点。与着重于研究传统法律文化的宏观思想及整体法律特点对现代法治社会的影响不同，笔者更侧重于传统法律制度中的具体制度对现代法治建设的意义。传统法律的具体制度不可避免会带有传统法律文化的烙印，因此此项研究会在前人研究的基础上，参考借鉴前人对传统法律文化特点的分析，试图找出具体法律制度在自身的设定、演变过程当中对现代法治建设的参考意义。由于此项制度历经几千年的历史，具有传统文化的

① 苏力：“齐家：父慈子孝与长幼有序”，《法制与社会发展》，2016 年第 2 期。

② 王跃生：“中国当代家庭、家户和家的‘分’与‘合’”，《中国社会科学》，2016 年第 4 期。

特点,对大众的潜意识影响更深刻,因此,借鉴此类具体制度应用于现代法律制度之中应更易于令大众接受,从而达到法治治理的目标。

国外学者早在17世纪即开始研究中国传统文化。进入20世纪以后西方对中国传统文化关注度有很大提高,起初主要集中在传统思想、哲学方面的研究上。如德福赫伯的《中华帝国》、德鲍吾刚的《中国人的幸福观——论中国思想史的天堂、空想和理想观念》、美史华兹的《古代中国的思想世界》;后开始研究中国传统法律文化,有的偏向制度研究,以仁井田陞为代表的日本学者代表作为《唐令拾遗》。也有学者对某一方面的制度进行研究,如秋野巽的《中国家族研究(上、下)》、牧野巽《近世中国宗族研究》等。有的偏重于传统法律思想研究,如英国教授马若斐,著有《中国传统刑法》《传统中国法的精神》等专著,对中国传统法律文化进行了阐述。进入21世纪以后,更多的学者关注中国传统法律文化,包括美国、德国、韩国、日本等多个国家的学者研究中国传统法律制度及法律文化,如博德、滋贺秀三等学者。

由于中华法系对东亚诸国的影响,日本、韩国对中国传统法律文化研究比较深入。如滋贺秀三在其《中国家庭法原理》一书中对中国传统家族中家庭成员的地位、家的法律构造以及财产的分割进行了翔实且有特色的论述。寺田浩明早期研究侧重于我国明清时期的土地立法研究,发表多篇论文,包括从概念出发分析研究我国土地法惯例,通过对清代土地契约文书的整理研究土地法秩序等;后将研究重点转入到明清时期民间契约和民事审判内容,分析中国民间契约形态及效力并通过与西方契约史比较研究中国古代的契约内容;后其研究对象从传统中国审判的性质如何等问题拓展到传统法秩序整体的存在方式,以及成文法规在其中的位置等更加

广阔的领域。^① 高见泽磨从人际关系符号化的法与作为行为定量评价的法分析中国传统法，并提出中国固有法是功罪赏罚的定量评价行为型的法，自近代以来，国际关系的原因使得权利义务型的法被引进中国，虽然如此，固有法的要素不但没有消除，反而渗入到了权利义务型法的条文之中，并继续发挥着效用。^② 很多日本学者还将研究方向集中于中国传统法律的某一角度，如冈野诚著《唐户婚律立嫡违法条论考》，专门研究《唐律疏议》中的一个条文，引发出对中国古代“立嫡以长不以贤，立子以贵不以长”的继承传统。赤城美惠子专门研究清代的秋审制度，著有《清代的秋审处与秋审条款》一文，对清朝秋审处的成立缘由以及秋审条款的出台以翔实的佐证材料加以证明，研究结论有据可查，有史可考。韩国任大熙从研究“存留养亲”制度的变迁分析中国儒家“教化”对法律制度的影响，认为存留养亲和留养承祀制度是中国儒家孝道文化之根所产生的刑罚执行制度，以此来公告亲伦关系，强化人们的忠孝价值观念。并强调传统中国是一个家庭本位的社会，与西方的个人本位截然相反，该项制度有其产生时代的合理性，它带有“理性和智慧”的光芒，是统治者大智慧的体现。^③

随着世界对中国传统文化研究的重视，除了日本、韩国等受中华法系影响较大的东亚国家的学者外，美国、英国、德国等国的学者也对中国传统文化中的特色问题进行了研究。美国学者本杰明·史华兹（Benjamin I. Schwartz）研究中国的法律观，将儒家礼视为“福音”，阐明其对中国的影响，并研究了儒家思想对“个人权利”

① [日] 寺田浩明：《权利与冤抑》，清华大学出版社2012年版，第Ⅲ页。

② 张中秋编：《中国法律形象的一面》，中国政法大学出版社2012年版，第43页。

③ 张中秋编：《理性与智慧：中国法律传统再探讨》，中国政法大学出版社2008年版，第179页。

的干涉,得出儒家观念不仅决定了中国法律的基本特征,而且影响着人们对法律的认识和判断。^① 德克·博德(Derk Boddle)从宗教和经济对法律产生的影响并结合欧洲、古埃及论述中国法律产生于政治性的独特性,中国法律是作为对付无序状态的政治工具而产生的,所以侧重于刑罚,与其他大多数文明的成文法赋予其神意起源不同,中国法从一开始就是纯粹世俗化的。并分析孝、忠和人道主义及宇宙和谐观在中国法律的体现。^② 英国学者崔瑞德(Denis C. Twitchett)系统论述了中国唐朝自中央至地方的法律体系及官员实施法律的状况,对初唐的行政制度中的户籍制度、地方官员处理诉讼进行了系统的研究,并对州、县长官的责任进行了详细描述,分析出在唐朝法律制度中,地方习惯和先例只能在县级以下的地方使用,在中央政府认可并在认为有必要干预的程度上才能适用。^③ 英国学者马若斐(Geoffrey MacCormack)系统地研究了中国传统法文化的精神,以其独特的视角分析中国传统法律制度与伦理的关系,分析家庭关系,分析社会与政治关系等内容。^④ 英国马若斐的专著《传统中国法的精神》中对中国法以行政法、民间法、刑事法分类,对法的保守性与象征性以及法的伦理基础进行研究,并深入探讨了中国社会与政治关系、基本的家庭关系,分析道德与法在中国的特殊性关联。除此之外,还对中国古代立法的技术特性等立法技术问题进行了剖析,是一部对中国传统立法综合研究的经典著作。德国学者陶安以汉代文书资料为中心研究“断狱”“听讼”与“诉讼”的分

① [美] 本杰明·史华兹:“论中国的法律观”,《中外法学》,1991年第3期。

② [美] 德克·博德:“传统中国法律的基本观念”,刘健译,《中外法学》,1992年第1期。

③ [英] 崔瑞德:“初唐法律论”,张中秋译,《中外法学》,1993年第3期。

④ 张中秋编:《理性与智慧:中国法律传统再探讨》,中国政法大学出版社2008年版,第191~224页。

别，文章中以出土的汉简为第一手资料，对汉朝的司法进行研究，认为断狱与听讼两种程序是执行行为，而不是诉讼行为。并有见地的提出裁判是进行判断的法律行为，与实现某种规范内容的执行行为泾渭分明，早在战国时代国家已经能够通过日常的行政工作控制人民的财产、自由以及生命，因而能够维持执行能力。^①

国外学者对中国传统法律的研究兴趣范围非常广泛，对传统法律文化、法律起源、法律思想以及具体的法律制度均有涉猎，充分表明外国学者对中华传统文化的强烈兴趣。中国悠久的历史使外国学者对神秘的中国的传统文化、传统法律制度、传统哲学思想有很大的研究热情。因此，外国学者研究中国传统法律制度并没有明确的目的性，研究范围和内容也都是本源研究，不会涉及传统制度对中国现状的影响，这也是受外国学者的身份所限。但外国学者利用他们对西方文化的了解，用独特的眼光看待中国文化，能给中国传统法律研究赋予新的视野，有很重要的价值。

二、中国传统法律制度对现代法制的影响

现代中国社会中弥漫的浮躁与诚信缺失等社会问题固然与改革开放以来社会的巨大变革相关，而中国传统法律与现代法制的断层也导致了中国现代法治缺少本土人文特征，很多法律制度不被民众理解与支持。清末被动的“变法修律”与新中国成立之初借鉴苏联立法的做法使我国传统法律制度未能在新中国得到有效继承，其中相关的文化因素也被湮灭。中国传统法律制度的现代化课题研究致力于找出中国传统法律制度中的某些具体制度将其应用于现代法制

^① 张中秋编：《理性与智慧：中国法律传统再探讨》，中国政法大学出版社2008年版，第78页。

中,但这种寻找并非直接将传统制度直接拿过来运用于现代法治社会,那将必然导致该制度的不适用,历经几千年的变迁,社会环境的巨大变化注定不可能将一项古代的制度照搬至现代社会。因此,此课题的研究重点是对传统法律制度的内容寻本溯源,分析确立该制度的立法指导思想,中国传统哲学对其的影响与体现等内容;还应研究此项制度在执行过程中被人民大众所接受的程度。在此基础上,分析该制度在我国现代建设法治社会进程中的可借鉴性,设计该制度在当代法律制度中的位置与应用可能性并设想该制度在实施过程中的影响等内容。本书共分为五章,首先研究“传统法律思想对现代法律制度的影响”。通过儒家的“礼治”思想、法家的“法治”思想及“礼法之治”研究传统法律思想对现代法律制度的影响。传统社会的“礼法之治”与“以法治国与以德治国相结合”有着异曲同工之处,是当代社会如何确定法律和道德界限可借鉴的经验。然后通过研究传统法律制度中具体的民事、刑事、司法制度等内容,寻找其中对现代法治社会建设有指导借鉴意义的内容。如传统家庭制度中由伦理观念规定的各项义务、家长负责制度对解决现代社会留守儿童、空巢老人等社会问题可提供的有效解决方案。传统刑事法律制度中的传统刑罚制度体系演变过程、刑事政策的演变过程、传统刑法原则等内容都对现代刑法改革提供了经验。传统司法官吏管理制度中对司法官吏的考核标准和方法也有值得现代法官参考的因素。传统司法判决制度更是通过具体判决来衡量法官政绩,其审判方法、审判原则的运用都可指导现代法官的审判及判决书的制作。这些传统法律思想及制度是我们中华民族遗留下来的宝贵财富,值得我们深入挖掘并运用到现代法治社会建设中。这一研究内容要涉及中国古代几千年历史时期内的具体法律制度,时间跨度巨大,对该研究造成的难度主要在于历史资料复杂烦琐、对考证资料

来源的真实性要经过反复证明以避免出现结论错误的问题，案例的寻找过程需要付出大量时间才可能找到合适的，对于制度设计的分析需要深厚的人文历史功底等，这些问题都为本研究带来了诸多困难，是在研究过程中要逐步克服的。

中国传统法律制度的内容博大精深，远非此本书可以囊括的。仅希望通过此书中对于传统法律制度等内容的分析能对当代社会主义法治建设提供些许有益的建议，引发同仁的一些思考足矣。

第一章

传统法律思想对现代法律制度的影响

◆ 第一节 『礼治』思想对现代法律制度的影响

◆ 第二节 传统『法治』与『礼法之治』对现代法律制度的影响

第一节

“礼治”思想对现代法律制度的影响

作为中华优秀传统文化象征的“礼”在中国传统法律文化中占有重要作用，对中国传统社会秩序的形成与完善起着关键作用。在建设现代法治社会的今天，“礼”虽然不再起到行为规范的强制性作用，但“礼”所注重的对人们道德观念的培养仍可发挥其深远的影响，通过对传统道德的创造性转化培养新时期的社会主义道德，完善以德治国，以达到对现代法治社会建设提供有力支持的目的。

一、传统中国的“礼治”

“礼治”思想作为中国传统法律思想中极为重要的内容其起源于儒家的“礼”的思想，并在此基础上形成了相应的治国思想与理念。孔子在继承整理“周礼”的基础上创设了儒家“礼”的概念，将“礼”的核心思想“尊尊、亲亲、男女有别、长长”等内容作为指导国家立法和司法活动的依据。虽然儒家思想历经孔子、孟子、荀子、董仲舒、朱熹、王阳明等儒家大师的修正，但对于“礼治”思想却从未动摇过，只是对“礼”的内容稍有调整，以使其更适合于当时统治阶级的统治需要。

（一）传统“周礼”治国

西周初期周公在继承商代礼制的基础上，为进一步稳定动荡的