导论　中国法律的历史和发展

一、法律发展的历史回顾

中国法律的历史可以追溯到四千多年以前，它兴起于黄河流域，同时也吸收和综合了长江流域的法律创建经验；不仅体现了中华民族的伟大创造力，而且在漫长的发展中从未中断过，这是其他文明古国所少有的。中国法律内涵丰富，辗转相承,无论是历朝代表性的法典,还是基本的立法、司法、行政、监察制度,都有着清晰的沿革，其内在的联系性与因时而变的发展轨迹十分明显。

中国古代以农业立国的自然经济结构、以宗法伦理为基础的家族组织、以儒家学说为统一的指导思想、以皇权神圣为核心的基本政治制度，以及资源丰富的内陆性封闭环境等特点构成了中国古代的国情条件，决定了中国法律的鲜明特征和特殊的发展规律。

按照中国法律发展的阶段及风格特色等粗略的标准来划分，中国法律的历史大致可以分为早期法律、战国以后的古代法律和近现代法律三个大的部分。

(一)中国早期法律

中国早期法律,一般是指夏、商、西周及春秋时期的法制,也就是通常所说的奴隶制时代的法律制度，在时间上包括自公元前 21 世纪到公元前 476 年这一历史阶段。中国早期法律的突出特点是：以习惯法为基本形态，法律是不公开、不成文的。

在中国早期法律中,夏、商是奠基时期。自公元前 21 世纪夏启建立夏代开始，夏王朝前后存在约五百年时间。在此期间，中国早期的刑罚制度、监狱制度都有了一定的发展。商取代夏以后维持了将近五百年。在继承夏代法律经验的基础上，商代在罪名、刑罚以及司法诉讼制度等方面取得了长足进展。于 20 世纪出土的一些甲骨文资料证明，商代的刑法及诉讼体制已经比较完备。

中国早期法律的鼎盛时期是在西周。在中国历史上，西周是一个十分重要的历史阶段。在西周政权存续的五个多世纪里，中国传统的统治方式、治国策略以及一些基本的政治制度已经初步形成，作为传统文化基石的哲学思想、伦理道德观念等思想文化因素也都发端于此时。从法律上看，西周法律的形式和内容都达到了早期法的顶峰。在西周时期所形成的“以德配天”“明德慎罚”的法律指导思想,老幼犯罪减免刑罚、区分故意和过失等法律原则，以及“刑罚世轻世重”的刑事政策，

需要全本请访问 www.ertongbook.com

都是具有当时世界较高水平的法律制度，对中国后世的法律也产生了重要的影响。

春秋时期处于中国历史上第一次大动荡、大变革的前期，此时社会变革的重心在于“破”，即西周所建立的家国一体的宗法制度，包括政治、经济、思想文化等各个层面都受到挑战和否定。在法律方面，以反对“罪刑擅断”、要求“法布于众”为内容的公布成文法运动悄然兴起。郑国子产“铸刑书”、邓析著“竹刑”及晋国“铸刑鼎”等，都是这一法律变革运动的代表性成果。

（二）战国以后的古代法律

战国以后的古代法律，一般是指战国以后至鸦片战争以前中国各主要封建王朝的法律制度，在时间上包括自公元前 475 年至公元 1840 年这两千余年的法制历史。春秋以后，中国开始有了向全社会公布的成文法，从此，中国的法律开始由原来的不公开、不成文法的状态，过渡到以成文法为主体的状态。在从战国到清代后期这两千多年中，无论是法律理论、立法技术、法制规模，还是法律内容、司法体制等各个方面，都有了根本性的变化。我们通常所说的“传统法律文化”、“传统法律制度”，其主要内容就是在这一时期形成、发展和成熟的。根据法律发展状况以及在整个法律传统传承中所起的作用，我们可以把这一漫长的法律史划分为以下几个发展阶段。

1. 战国时期

这是由早期习惯法向成文法转变的重要阶段。战国时期处在中国历史上第一次大动荡、大变革时代的后半期，而社会变革的许多重要成果，中国的许多思想文化精华都出自这个时期。与春秋时期相比较，战国时期社会变革的重心在于“立”。在法律方面，“立”主要表现为以成文法为主体的新的法律体制开始在更大的范围内、以更成熟的形式建立起来。其中，在整个中国古代社会中，影响最大的两大学术流派——儒家和法家的主要政治法律思想，也都是在这一时期内成熟并在政治舞台上产生广泛影响的。

2. 秦汉时期

这是中国古代成文法法律体系全面确立时期。时间上包括自公元前 221 年至公元 220 年这段历史时期。公元前 221 年，秦始皇统一中国，建立了中国历史上第一个以中央集权为特征的统一的专制王朝，确立了以后几千年中中国传统政治格局和政治模式。在指导思想上，秦代奉行的是法家学派的“法治”、“重刑”等理论，而且在实践上贯彻得比较彻底，秦代的法律制度很明显地带有法家的色彩。在中国历史上，战国时代和秦代是法家学派最活跃的时期，而法家理论得到完整的实践，也仅仅是在秦代。所以，从整个中国法制史上看，秦代法制特色是极为鲜明的。自云梦睡虎地秦墓竹简出土以后，许多以前鲜为人知的秦代法律得以重现于世。从这些珍贵文物资料中可以看出，秦代的法律观念极强，法律制度也很严密。

在两汉（西汉、东汉）时期，中国古代法制在秦代法制的基础上得到了进一步发展。从总体上看，汉代的法律呈现出阶段性的特点。也就是说，汉代法律体制，从

风格上可以分为前、后两个时期。前期是指在汉武帝“罢黜百家，独尊儒术”以前，主要是‘汉承秦制’,就是在秦代留下的法律框架内进行局部改造,形成了一套与秦代法律没有根本差别的法律体制；后期则是指在汉武帝“罢黜百家，独尊儒术”以后,在指导思想上接受儒家的理论,使儒学成为官方的、正统的政治理论。从此,汉代的法律制度在理论、制度上开始‘儒家化’。经过‘儒家化’以后的法律制度,在许多方面不同于秦代及汉初的法家化的法律。而且，汉代以后的中国古代法律，都是沿着汉代儒家化的方向逐步发展的。

3. 三国两晋南北朝时期

这是中国传统法律迅速发展的阶段。三国两晋南北朝时期是中国历史上第二次大动荡的时代，在时间上包括自公元 221 年曹魏立国到公元 581 年隋文帝结束南北分裂、重新统一中国这段历史时期。在这段时间里，虽然政权快速更迭，局势持续动荡，但法律制度仍然得到了很大的发展。首先，立法技术不断提高，法律理论也有明显发展。其次，具体法律制度的儒家化得到加强。一些重要的制度，比如“八议”、“官当”、“重罪十条”等已经成为成熟的制度。这一时期法制的发展与进步，为隋唐之际中国古代法制走向成熟奠定了重要基础。

4. 隋唐时期

这是中国传统法律的成熟、定型阶段。在时间上包括从公元 581 年隋代建立到公元 960 年宋代建立以前。隋唐之际是中国古代社会的鼎盛时期。从夏代以后，经过近三千年的积累，中国古代社会的各个组成部分都已经成熟，各种社会体制也进入了比较和谐的阶段。所以唐代在政治、经济、文化各个方面都达到了中国古代的顶峰。这个时期的法律制度也是如此。由于有几千年的立法、司法经验作基础，隋唐的立法技术得以进一步提高，以《唐律疏议》为代表的优秀法典相继问世。在法律内容上，汉代中期开始的法律儒家化过程，持续了八百余年，到隋唐时期终于结出了丰硕的果实,以《唐律疏议》的制定完成为标志,中国古代道德与法律的融合过程,也就是通常所说的‘礼法结合’的过程基本完成,儒家学派的一些基本主张被精巧地纳入成文法典之中,中国传统社会的‘法律道德化,道德法律化’的特征，在隋唐法律中得到了充分的体现。同时，经过几千年的实践探索，中国古代的司法体制、诉讼制度也在此时达到了很高的水平。

应该特别指出的是,以《唐律疏议》为代表的唐代法制,达到了中国古代法制的最高水平。《唐律疏议》也成为中国古代法制和中华法系的代表作，在中国法制史和世界法制史上都具有重要地位。

5. 宋元明清时期

这是中国古代法律走向极端专制的时期。在时间上包括自公元 960 年北宋建立到公元 1840 年鸦片战争以前这段历史时期。宋代以后，中国的社会结构包括法律制度，在隋唐时期所确立的基本框架内，仍得到了很大的发展。宋、明、清时期，

基本法典仍是国家法制的基础。国家法律的基本精神、主体框架，仍然由《宋刑统》、《大明律》、《大清律》等基本法典确定,但是敕、条例等法律形式,在司法实践中却发挥着实际而具体的调节作用。在封建社会后期,“律”规定着大原则,而“敕”、“例”则从各方面进行补充和小幅度的修正。作为大原则的“律”相对稳定,较少修改,而起实际作用的附属立法,则因时因地频繁修订,此所谓“律垂邦法为不易之常经,例准民情在制宜以善用”①。这种立法上的变化说明,在经过了几千年的积累以后，到中国封建社会后期，统治者已经能够更加娴熟地运用各种法律手段来调节社会。同时,从唐代“安史之乱”以后,中国古代社会开始由盛而衰,一些封建社会体制所固有的矛盾不断激化,导致整个社会体制开始扭曲。随着皇权不断强化,中国传统法制的重心也开始向维护皇权、加强专制的方向倾斜。宋代的编敕、明代的廷杖和特务统治、明清之际盛行的“文字狱”等,都是这方面的具体反映。此外,元代和清代带有民族歧视性的和适用于少数民族地区的法律，也是这一时期法律制度的一个特点。

（三）近现代法律

从公元 1840 年鸦片战争以后，中国社会开始遭受西方列强一连串的侵略和欺凌。在内忧外患之中，中国社会也开始了艰难的转变。从法律上看，这种转变的突出特征是，存在了数千年的中国传统法律体制、法律观念开始瓦解，而近现代意义上的法律制度开始在中国土地上艰难地生长。一般来说，中国近现代的法制变迁，大致也可以分为以下几个阶段。

1. 清末变法修律

在中国,习惯上把 1840 年鸦片战争至 1911年清代灭亡这段时间称为“清末”。鸦片战争以后，中国由一个主权独立的国家，沦为一个半封建半殖民地社会。在这段历史时期内，虽然清代政府表面上继续维持着对中国大部分地域的统治，但在一些沿海地区和通商口岸,实际上丧失了国家领土主权(如在香港),或是行政司法管辖权（如在华领事裁判权）。西方列强在华领事裁判权的确立，就是中国社会半殖民地化的一个法律表现。同时，在 1840 年以后，特别是在清政府存在的最后十年（即 1901 至 1911年)中,清政府被迫进行了范围广泛的法律改革,大量引进了西方近、现代法律学说与法律制度，对清代原有法律进行了一定程度上的改造。从此，中国的法制踏上了近代化之路。

清末法律变革是中国法律发展史上一个重大的转折点。从这时开始，中国由古代法律体制向近现代法律体制过渡。

2. 南京临时政府时期

1911 年 10 月，中国爆发了著名的辛亥革命。1912年 1 月 1 日,中华民国南京临时政府宣告成立。在以孙中山为核心的革命党人的领导下，南京临时政府在很

① 清·祝松庵:《刑案汇览·序》。

短的时间内进行了一系列立法活动，初步奠定了民国时期法制的基础。

3. 北洋政府时期

1912 年 3 月，袁世凯篡夺了中华民国政权，在北京建立了由北洋军阀控制的中华民国北京政府，人们习惯上称之为“北洋政府”。北洋政府是军阀政权。为应付各种需要，北洋政府也曾进行了立法活动。这些立法，在客观上为以后南京国民政府的法制建设提供了一定的有利条件。

4. 南京国民政府时期

从 1927 年到 1949 年，是国民党建立的南京国民政府统治时期。南京国民政府建立以后，也曾经进行了广泛的立法，颁布了大量的法律、法令以及判例、解释例,形成了“六法体系”。但国民党政权的法律制度带有明显的双重性特点,即便在立法上比较完善，但在司法上极为黑暗，特别是在政治领域，采用的依然是专制集权方式的统治，严重地影响了法的价值的实现。

5. 根据地的法律制度

1921 年 7 月中国共产党成立，从此中国革命在中国共产党的领导下进入新民主主义革命时期。1922 年 7 月《中国共产党第二次全国代表大会宣言》在阐述党在民主革命阶段的具体政纲时,明确提出了建立“真正民主共和国”的口号,以实现中华民族的完全独立和工人、农民的权利与自由。这个纲领不仅推动了工农运动的发展，也指导了革命法制的创建。根据地内新民主主义的法制建设可以分为两个主要阶段：苏区工农民主政府的法制建设和抗日民主政权的法制建设。前者是新民主主义法制的奠基阶段，后者是新民主主义法制臻于成熟的阶段。根据地内创立的新民主主义法制，为新中国成立以后的社会主义法制建设提供了重要的示范作用。

二、古代法律传统的特点

中国法律的历史源远流长，近两千多年来，虽然中国的政治和社会制度历经变迁，但法律传统依然一脉相承。这些法律传统主要体现为：

(一)君主为法律渊源

国家的君主或最高统治者既是最大的立法者，又是最高的司法者和行政首脑。秦始皇在殷、周统治者神化王权的基础上,自称“皇帝”,集天上人间的最高权力于一身,其命曰“制”,其令曰“诏”。从此,皇帝的命令便成了统一的封建国家的最基本的法律渊源，具有最高的法律效力。皇帝至高无上的地位，显示出中国封建专制制度的两个属性,即皇权的不可分割性(专制独裁)和皇位的不可转移性(家天下)。以皇帝的诏令为国家最基本的法律渊源，是从秦朝确立以后一直贯穿在中国封建法律制度中的一个基本特征。

(二)礼法合一

法律和道德本属两个范畴，一般来说，西方法律中法律与道德的界分相对是比

需要全本请访问 www.ertongbook.com

较清晰的。唯有中国法典，法律与道德常常合二为一。礼以道德为依归，而法则以礼为中心。自汉以后，历经唐宋，直至明清的立法指导思想，就是儒家所主张的德主刑辅、礼法并用的法律思想。儒家经典拥有法律效力，汉代折狱，常取“春秋”；唐代解律，亦多引证于礼经。正是由于以礼为主、礼法合一，所谓“裙带关系”、“官官相护”等等，也就层出不穷了。

（三）维护宗法制度

中国古代是以家族为本位的，宗法血缘关系有着很强的约束力。在此基础上形成了人伦尊卑的等级秩序，即所谓伦理、伦常。为了维护伦理关系而制定的法律规范，构成了中国特有的宗法制度。这一制度表现在：（1）以法律的形式确认君权、父权、夫权的统治地位，并将父权引入行政领域，鼓吹皇帝“上为皇天子，下为黎庶父母”①，是全国父权的化身，藉以加强君权。即使地方州县官也被称为父母官。（2）确认家长制度。按法律规定家长握有对家内财产的支配权，握有对子女的主婚权、惩戒权、教令权。（3）家法族规的盛行，甚至得到统治者的认可，成为国法的重要补充。长期的宗法制度，必然导致对个人法律地位的漠视，形成权大于法的观念。

（四）诸法合体

中国从战国李悝著《法经》始，直至最后一部封建法典《大清律例》，都以刑法为主，兼有民事、行政、诉讼等方面的内容。中国古代“刑”即“法”，又是“刑罚”。这样，法律与刑罚几乎是等同的。因此，“对簿公堂”被视为可怕又可耻的事，长期以来把“打官司”与“惩罚”联系在一起，把“被告”与“犯罪”划等号。法律只是用来处理刑事犯罪的，即使用来处理财产、家庭、婚姻的法律法规，也多与刑法相关联。以刑为主的诸法合体的制度，必然导致重“刑”轻“民”、重“义务”轻“权利”的结果。

中国封建社会以农业为基础，它是建立在以家庭为生产单位的基础上，自然经济是生产的基本形式。家庭的经济状况，直接影响历代皇朝的盛衰。分散的家庭与分散的经济结构，要求高度集中的政治结构，将家与国统一起来，形成了君主集权的专制主义和家长制结合的宗法等级制。

中国传统法律的内容与形式，还受中国传统文化的影响。中国传统文化是多源的综合体。其中主要有两种文化：即儒家思想和法家思想。儒家思想属“内倾”型文化，它重视内心的自我修养和道德的自我完善。法家思想属于“外倾”型文化，它主张以“法”治国，以能否执行法律为衡量臣民优劣的标准，注重对外在行为的制裁。战国和秦代以法家思想为主，西汉以后是“儒法并用”、“外儒内法”，使得法既有对外在行为的制裁，也有对内在修养的要求，从而形成了中国专制主义法制传统的特点。

① 《汉书·鲍宣传》。

应该说，中华古代法制文明虽在世界法制文明史中能够占有一席之地，但由于中国古代社会进步迟缓，使得法律的发展处于陈陈相因的状态。当西方已经发生资本主义革命，建立了近代的民主与法治，中国却依然在封建法制的藩篱内踱步。这种落后状态至 19 世纪中叶以后，随着西方政治法律文化的输入和中国人民的觉醒和抗争,逐步发生改变,中国开始走上了法制近代化的道路。

三、近代法制转型及其经验

1840 年鸦片战争以后，外国侵略者通过不平等条约在中国获取了一系列特权，领事裁判权是其中之一，从此中国丧失了司法主权。为了改革中国的法制，先进的中国人在思考、探索,提出各种建议。例如,康有为在《上清帝第六书》中主张“今宜采罗马及英、美、德、法、日本之律,重定施行”。中国法律近代化最主要的进程,是从 1903 年修订法律大臣沈家本领导修律与改革法制开始的。迄至 1911 年清朝覆亡,已经制订了《大清新刑律》、《民律》、《商律》、《民事诉讼法》、《刑事诉讼法》、《法院编制法》等一系列新法。虽然大部分未及实施,但它标志着封建法律体系的解体和六法体系的建立，也意味着中国法律与世界法系（主要是英美法系和大陆法系）接轨的真正开始。在这段历史的进程中，既有血的教训，也给我们留下了宝贵的经验。

（一）西方法律文化的输入与中国的大陆法系的法律取向

1840年鸦片战争以后，中国固有的封闭状态被打破，西方的法律文化通过传教士、外国商人、清政府的洋幕僚以及中国留学生、驻外官僚等媒介传入中国。西方法律文化的输入与中国传统的法律文化碰撞以后发生了激烈的冲突，但先进的西方法律文化逐渐占上风,影响了中国法制的走向。中国在接受西方法律文化时,开始受英美法系影响较多，而后逐渐以大陆法系为取向。其原因首先与中国固有法律的法典化的传统有关;其次,中国缺乏大量的能够运用判例的高素质的法官;再一个重要原因,是日本明治维新的成功,包括其借鉴成文法的经验,给中国以很大的启发。

（二）法律观念的更新是法制近代化的思想前提

19 世纪中叶以后，中国的国情发生了巨大的变化，亡国灭种的危机威胁着中华民族的生存。为了救亡图存，开明的官僚士大夫在思考着中国的出路。在此背景下，传统的法律观念开始了某种程度的更新，这些观念变化的倾向主要表现在：(1) 由固守成法转向“师夷”变法;(2) 由以“三纲”为立法指导原则转向批判“三纲”,接受西方法治和人权观念;(3) 由“人治”的治国策略转向“以法治国”的治国方略;(4) 由司法与行政合一转向司法权的独立。可以说，这种观念更新是促使中国法制由传统向近代转型的思想动力。

（三）移植西方法律与中国国情相结合

清末修律虽然不足十年,但基本上形成了大陆法系的“六法”的立法架构,奠定

了清以后民国时期立法的基础。但同时需要指出，清末修律主要是采用最便捷的翻译西方法律和聘请西方法学家参与立法的方式来完成的。立法指导思想上，存在简单的拿来主义倾向，因此在制订的新律中有些脱离中国的实际。譬如，由日本法学家起草的民法物权编，忽视了在中国流行一千多年的典权，代之以德国民法中的质权，因而与国情相悖。晚清修律证明，脱离中国国情简单地移植西方法律，是很难发挥有效的调整作用的，也会失去广大民众的信任，而这种信任恰恰是法律权威的主要来源。

(四)改良政治是清末法制近代化的前提

清末的政权是极端保守的，拒绝任何政治改良,1898 年更以血腥的手段镇压了戊戌变法运动。然而，义和团运动以后，清朝已经无法照旧统治下去了，慈禧在流亡西安期间便以皇帝的名义下诏表示变法实行新政。 1905 年以后又宣布‘仿行宪政”颁布了《钦定宪法大纲》。虽然清末预备立宪是迫于人民群众的压力,特别是震慑于资产阶级革命派发动起义而采取的被动措施,但应该说,还是向改良政治迈出了一步，而修订法律也是作为宪政的一个部分提上议事日程的。修订法律大臣沈家本曾明确表示,修律是‘预备立宪的要著”。事实证明,清末政治改良与法制改革是互动的,但前者是前提,立宪所造成的政治氛围有助于修律的开展。修律的成果也使政治改良获得了切实的支撑点。没有清末的政治改良就不会有修律和法制改革，而清朝的覆亡所昭示的改良政治的失败,也使法制改革没有达到预期的结果。

四、现代化背景下的法治建设

20世纪 80年代以来，中国社会在其经济、政治、法律等方面经历了一系列急剧的变化，这一变化的过程是在中国社会现代化的背景下展开的。如果我们把上述晚清变法理解为传统中国向现代社会转变的一种努力，一定意义上讲，当代中国的法律改革是这种努力的继续。因为法治是现代化事业的一部分，实现法治是中国现代化实践中的一项重要内容。

我们暂且把正在进行中的中国的现代化变革界定为“社会转型”。这一社会的转型首先表现在经济领域：国家通过放松对人们经济行为和经济活动的管制，容许和鼓励人们对经济利益的追求，实行从计划经济到市场经济的转变。在政治上，这种转型不仅体现为行政机制和行政行为从经济领域的逐步退出，而且体现为随着市场经济的发展而逐步确立的民主和权利意识，以及这种意识推动下原有政治体制的某些民主化。在法律上，这种转型不仅存在于以法律形式对经济和政治转型予以确认，而且存在于对法律本身价值的认同和向法治的演进。

到目前为止，法律的转型可分为两个阶段：第一阶段是从 1978 年底经济改革开始,直至 1995年 9月召开的中国共产党第十四届五中全会，法律改革基本上是作为经济改革的辅助工具，并且以此得到重视和发展；第二阶段从 1995 年党的第

十四届五中全会正式提出“依法治国”这一口号至今，中国的法律改革开始更明确地追求法律自身的价值和权威。“依法治国”“建设社会主义法治国家”不仅成为政治口号，甚至作为国家的一项基本制度，被反映到 1999 年的宪法修改中。

当代中国法律的发展首先表现在立法方面。自 1978 年到 2005 年 6 月，全国人民代表大会及其常务委员会制定法律及有关法律问题的决定共 746 件；国务院发布行政法规及规范性文件共 3 873 件；国务院各部门发布的部委规章及文件共 50 719件。所通过的法律涉及宪法、刑法、民商法、诉讼法等基本法律。此外，基于中国所面临的独特的政治情势，全国人民代表大会分别于 1990 年、1993 年和 2005 年通过了《香港特别行政区基本法》、《澳门特别行政区基本法》和《反分裂国家法》。再一方面，中国在法律改革开始后还缔结和加入了一系列国际公约和多边协定，特别是在 90 年代经济全球化的趋势下，国家的有关立法更多地借鉴国际上的经验，尤其在经济与技术领域的立法，日益与国际惯例接轨。

在司法与法律执行领域，也出现了诸多实质性的变化。法官、检察官和律师职业的人数大大增加(截至 2002 年，各级法官约 21 万人，检察官 16 万人、律师约 12 万人)，每年解决的法律纠纷不断增长，整个司法体制在维持社会秩序中起到了举足轻重的作用，同时，民众对司法公正的期待和呼声也越来越高。与立法相比，司法和法律执行则更多地受到体制、文化等因素的制约，改革的过程也显得更为复杂和艰难。

可以肯定，现代化背景下中国的法治建设将会是一个漫长的过程。这个过程的特征是：首先，作为现代性方案的一部分，宪政、法治，以及现代法律制度的建立和完善，已为近代以来的历史证明是必要的，不但有历史的依据，更重要的是，它反映了这个社会的现实需要。尽管如此，在中国实现法治仍需要付出艰苦的努力，因为它本身也是一项复杂的事业，不仅涉及原则和制度，而且涉及认知方式和生活经验。其次，虽然当代的中国社会迫切地需要法治，而法治的逐步实现也可能为人们带来巨大的好处，但它不可能包罗所有的社会领域，也不能够解决所有的社会问题。对一个公正的社会来说，法治只是其必要条件而非充分条件。而在今天的中国，法治的目标本身也要借助于法律以外的其他社会制度和社会实践的发展才可能达到。再次，尽管中国的宪政运动已有将近百年的历史，而且今天正在进行的法律改革有可能把我们带入一个法治事业的新阶段，中国的法治仍然面临严重的挑战。这种挑战部分来自于现实生活中的利益冲突，部分来自于社会变迁本身，部分来自于心灵的积习，但不管怎样，它们都不是不可克服的。一个多元的、理性的、能自我调节的社会的存在和广泛的政治参与，是推动法治事业、确立法治正当性的一条重要途径。①

①以上中国法治发展特征的分析参见梁治平：“法治：社会转型时期的制度建构”一文的结语部分，原载普林斯顿大学《当代中国研究》，2000年第 2 期。

第一章　法律的一般原理

本章要点

本章阐述了法律的一般原理，主要包括：（1）法律的概念，涉及法律的含义、法律的基本特征、法律的构成要素以及法律的分类等内容；（2）法律制定，涉及法律制定的含义和特征，中国立法的原则、程序和技术，法律效力以及法律体系等内容；（3）法律的实施，涉及法律实施的含义、意义、方式以及法律渊源和法律解释等内容。

第一节　法律的概念

一、法律的含义

（一）古代汉语中的“法”、“律”和“法律”

中国古体“法”一字写作“灋”。中国古代一部著名字典——东汉许慎所著《说文解字》解释说：“灋，刑也，平之如水，从水，廌（音 zhì）所以触不直者去之，从去。”“灋，刑也。”这表明，在古代，法和刑基本上是通用的；“刑”即是刑法和刑罚；“平之如水，从水”，表示法代表公平，不偏私，又含有一点冰冷无情的意味。“廌”，是古代传说中善于审判的独角神兽。《说文解字》：“廌，解廌兽也，似山牛，一角。古者决讼，令触不直，象形从豸。”据说，在审判时被廌触者即被认为是有罪的人，所以“去之，从去”。古代“法”字反映了远古时期神明裁判的形式，即借助“神意”来判断某人是否有罪，它还是公平、正直和威严的象征。

关于“律”字，《说文解字》解释说：“律，均布也。”清代段玉裁所著《说文解字注》云：“律者，所以范天下之不一而归一，故曰均布也。”意指律是普遍的、使人们的行为整齐划一的准则或格式。

“法”与“律”有密切的联系。古代法典《唐律疏议·名例》称：“法亦律也，故谓

之为律。”中国封建社会各朝代法典一般都称作“律”。但是它们也有一定的差别。一般而言,法的范围较大,往往指整个制度,律则指具体规则、条文,尤指刑律。有时候法被看作律的内容,律是法的表现形式。虽然古代也有将‘法’和‘律’放在一起使用的情况,如《管子·七臣七主》:“法律政令者,吏民规矩绳墨也”,但是它们仍是两个字,而不是一个词,而且这种情况很少见。“法律”作为一个词汇,主要使用在现代汉语中。

(二)广义的法律和狭义的法律

在现代汉语中,特别是在中国的现行法律制度中,“法律”一词有广义与狭义之分。也就是说,人们有时候在广义上使用‘法律’一词,有时候在狭义上使用‘法律’一词。我们必须弄清在某种具体语境下法律一词是广义的,还是狭义的。

广义的法律指中国法律的整体,即国家机关以强制力保证实施的、具有普遍约束力的行为规范的总和。根据中国的立法体制,广义的法律包括了有关国家机关根据《中华人民共和国宪法》和《中华人民共和国立法法》(注:后文涉及中国规范性法律文件的名称时,一般省略‘中华人民共和国’字样)所赋予的立法权力和一定的立法程序制定的规范性法律文件。因此,它主要包括作为根本法的宪法、全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律、国务院制定的行政法规、某些地方国家机关制定的地方性法规以及民族自治地区人民代表大会制定的自治条例和单行条例等。中国法律文件中的‘法律’一词有时是广义的。比如《宪法》第33条规定:“凡具有中华人民共和国国籍的人都是中华人民共和国公民。中华人民共和国公民在法律面前一律平等。”这里的“法律”即指广义的法律。广义的法律有时候简称为‘法’。

狭义的法律仅指全国人民代表大会及其常务委员会制定的规范性法律文件,不包括宪法在内。当“法律”在狭义上使用时,它也不包括行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例等。《宪法》第5条规定:“国家维护社会主义法制的统一和尊严。一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。”这里的‘法律’是狭义用法。

准确地判断中国法律文件中“法律”一词的含义,是很重要的。例如《行政处罚法》第8条规定:“行政处罚的种类:(一)警告;(二)罚款;(三)没收违法所得、没收非法财物;(四)责令停产停业;(五)暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照;(六)行政拘留;(七)法律、行政法规规定的其他行政处罚。”接着,该法第9条又规定:“法律可以设定各种行政处罚。限制人身自由的行政处罚,只能由法律设定。”这里的“法律”指什么呢?它的意思实际是说,全国人民代表大会及其常务委员会可以在规范性法律文件中设定上述所有种类的行政处罚,而像行政拘留这类限制人身自由的行政处罚只能由全国人民代表大会或其常务委员会设定。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

二、法律的基本特征

法律是社会现象之一，也是上层建筑的重要组成部分。法律的基本特征是指法律不同于其他社会现象和上层建筑的其他组成部分的显著特点。弄清法律的基本特征，有助于进一步理解和认识法律。

(一)法律是调整人们行为的社会规范

所谓规范,意思是具有约束力的标准、模式、框架。法律作为规范,旨在约束人们的行为，为人们的行为提供标准、模式或框架。这也就意味着，法律侧重于约束人们的行为，而不是内心活动。法律不同于国家机关所发布的宣传某种思想观点的文件，或表明态度、立场的声明，也不同于国家制定的关于社会发展的目标或规划之类的政策。

法律作为规范，具有规范性。所谓规范性，意即普遍性和概括性。法律具有规范性,意思是说,法律作为标准,是对人们行为的概括性规定,对于人们的行为具有普遍的约束力。

法律文件泛指具有约束力的法律决定，它分为两类：规范性法律文件与非规范性法律文件。规范性法律文件是指具有普遍约束力的法律文件。它们适用于不特定的人们的行为，而且在失效之前可以反复地被适用。非规范性法律文件是指不具有普遍约束力的法律文件。它们适用于特定的人们的行为，而且只能适用一次。全国人民代表大会通过的《刑法》和上海市人民代表大会通过的《消费者权益保护条例》是规范性法律文件。人民法院作出的判决书、行政机关作出的行政处罚决定书是非规范性法律文件。规范性法律文件即是具有普遍约束力的法律，非规范性法律文件是有关国家机关实施规范性法律文件的结果。

人们通过行为形成一定的社会关系，所以也可以说法律是调整社会关系的规范。社会关系是人与人之间的关系。法律并不调整人与自然之间的关系（这是自然界的客观规律所调整的),也不调整人与自我之间的关系(这是宗教、道德所调整的），而是调整人与人之间的关系。人与人之间的关系可以分为三种情况：普通公民、组织之间的关系，普通公民或组织与国家之间的关系，国家机关及其组成人员之间的关系。这些关系分别由不同的法律调整。

(二)法律由国家制定或认可

一般而言，法律是由国家制定或认可而产生的。制定和认可是法律产生的两种方式。

有些法律是通过国家有意识的制定行为而产生的，这些法律被称为制定法。制定法一般是以成文形式，也就是以法律条文形式，表达出来的，所以又称为成文法。成文法并不是指以文字形式表达的法律，而是指以法律条文形式表达的法律。所谓法律条文形式,也就是以编、章、节、条、款、项、目等形式表现的文字编排形式。

有些法律是通过国家认可已经通行的某种习惯或做法为法律规范而产生的。这些法律一般不以成文形式或者法律条文形式表达出来，有时甚至不以文字形式表达出来。国家机关认可法律的方式可以是语言，更多的是通过实际行动，也就是国家机关在长期、稳定地实施着某种习惯或做法。但是如果立法机关在立法过程中采纳一条习惯，这条习惯就是制定法或者成文法的一部分了。国家机关以某种方式认可通行的习惯为法律规范，赋予该习惯以法律效力，以国家强制力保障它的实施,这种习惯就不再是单纯的习惯,而是习惯法。

法律由国家制定或认可，这种说法特别适合于中国以及民法法系的国家。但是在以英国、美国为代表的普通法法系国家中，存在着判例法。判例法是通过一种比较特殊的方式产生的。在这些国家中，法院特别是上级法院具有通过判例创造法律的权力。在一定条件下，法官可以采纳社会上的习惯，也可以根据自己对于正义的理解，作出判决。这一判决可能通过本院以及下级法院的“遵守先例”实践而成为判例。判例就是一种法律。

(三)法律由国家强制力保证实施

文明时代以来，国家垄断了有组织的强制力。国家的强制力表现在国家可以剥夺和限制人的自由、生命、财产和其他权益，体现为法庭、警察、监狱等强制手段。

强制力在保证法律实施方面的作用，有直接作用和间接作用之分。对于义务性质的法律规范，起到直接的保证作用；对于授权性质的法律规范，起到间接的保证作用。例如法律有关结婚权利的规定对于符合结婚条件的人来说，就没有强制力，但是一旦当事人行使了结婚的权利，其他人就不能加以干涉。强制力通过保护法律所赋予的权利而保证了法律的实施。

强制力的作用还有明显作用和潜在作用之分。明显的作用表现在法律对于违法者进行制裁；潜在的作用表现在法律对于未来的违法者起到威慑的作用。

相比较而言,纯粹的道德、习惯、宗教、纪律等规范都不是由国家强制力保障实施的。

(四)法律规定着权利、义务和权力

权利是指人们可以做某事或者不做某事，要求他人做某事或不做某事。义务是人们必须做某事或者必须不做某事。权力，在中国法律中通常称为职权，是国家机关所拥有的强制性地创造、维护或改变社会关系的能力。

在内容上，法律规定着权利、义务和权力。法律不仅施加人们一定的义务，而且赋予人们一定的权利；法律不仅赋予人们一定的权利和义务，而且授予国家机关一定的权力。

相比较而言，道德、纪律等规范一般侧重于施加人们一定的义务。

三、法律的构成要素

法律的构成要素是指法律是由哪些基本的单位构成的。如果法律是一个生物体，构成要素好比它的细胞。如果法律是一座大厦，构成要素好比它的砖瓦。法律主要是由这三种基本要素构成的：法律规则、法律概念和法律原则。这三种要素也就是三种基本形式的法律规范。

（一）规 则

规则是指设定具体的行为模式和法律后果的法律规范。在逻辑结构上，规则由两部分构成：行为模式和法律后果。

行为模式是法律为人们所设定的具体的行为标准或框架。它分为三类：可以这样行为，应该这样行为，不应该这样行为。《婚姻法》第 21 条第 1 款规定："父母对子女有抚养教育的义务；子女对父母有赡养扶助的义务。"这一款规定一种"应该这样行为"的行为模式。该条第 2 款和第 3 款规定："父母不履行抚养义务时，未成年的或不能独立生活的子女，有要求父母付给抚养费的权利。子女不履行赡养义务时，无劳动能力的或生活困难的父母，有要求子女付给赡养费的权利。"这两款规定了"可以这样行为"的行为模式。第 4 款规定："禁止溺婴、弃婴和其他残害婴儿的行为。"这一款规定了"不应该这样行为"的行为模式。

法律后果是法律对具有法律意义的行为所赋予的结果，分为肯定性法律后果和否定性法律后果。前者表明，法律对某种行为给予承认、保护，乃至奖励；后者表明，法律对某种行为不予承认、保护，或者予以惩罚或制裁。《合同法》第 8 条第 2 款规定："依法成立的合同，受法律保护。"这是一种肯定性法律后果。《刑法》第 261 条规定："对于年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人，负有扶养义务而拒绝扶养，情节恶劣的，处 5 年以下有期徒刑、拘役或者管制。"这是否定性法律后果。

法律规则不等于法律条文。法律条文是法律规则的载体，但是并不总是一个条文包含着一个规则。有时候一个条文包含着几个规则，有时候几个条文结合在一起才能够产生一个完整的规则。

在法律中，规则是数量最多的构成要素，是法律的主体。法律规则可以为人们的行为提供明确的标准，便于人们依法办事。它们使法律具有可操作性，为国家权力的行使提供了标准和制约的依据。

（二）概 念

法律概念是法律对各种具有法律意义的事物、状态、行为进行概括而形成的专门术语。有些法律条文规定了法律概念的特定含义。例如《刑法》第 14 条规定："明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望或者放任这种结果发生，因而构成犯罪的，是故意犯罪。"这里就规定了"故意犯罪"的概念。

法律概念有助于人们准确地理解法律和适用法律。例如《刑法》第 234 条第 1 款规

定“故意伤害他人身体的，处 3年以下有期徒刑、拘役或者管制。”显然，没有刑法第 14条有关“故意犯罪”概念的规定，我们不能很好地理解和适用第 234条第 1款的规定。

（三）原则

法律原则是法律的根本原理或总体精神，为具体的法律规则和概念提供了基础，为法律推理规定了方向。法律原则一般不设定具体的行为模式和法律后果，比较抽象和概括。

《刑法》第4条规定“对任何人犯罪，在适用法律上一律平等。不允许任何人有超越法律的特权。”《民法通则》第 4条规定“民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则。”这些规定都是法律原则。在中国现行的法律制度中，如果一部规范性法律文件设有“总则”编的话，原则和概念一般规定在“总则”编中。

法律原则的作用在于：表达法律的价值和精神；弥补法律规则的疏漏；引导法律推理的方向。总之，法律原则可以帮助人们准确地理解和实施法律，恰当地解决具体案件。

法律的构成要素有三种：规则、概念和原则。当然，这三个要素之间，特别是法律规则和原则之间的划分是相对的，它们有时候是不容易区分的。大致说来，规则调整社会关系的范围较窄小，一个规则通常只涉及一种具体的事务；原则的调整范围较宽广，适用于多项事务。规则较为具体、确定，操作性强；原则弹性较大，比较抽象，操作性弱。根据不同的抽象程度，原则之间也可以区分为若干层次，例如某一个规范性法律文件的原则、某一个部门法的原则、若干部门法的共同原则、宪法原则等，它们的抽象程度大致是越来越高的。

另外，我们也不能孤立地看待每一个要素。它们之间是相互联系、相辅相成的。在司法实践中，一般援引法律规则作出判决，但是如何准确地理解和适用某一个法律规则，则离不开对有关概念和原则的把握。

四、法律的分类

在法学上以及在法律实践中，人们经常根据一定的标准或者从一定的角度对法律进行分类。不同的国家惯常采用的法律分类可能是不同的。这里我们主要说明在中国法学上和法律实践中经常采用的法律分类。熟悉这些分类，有助于我们认识和运用中国的法律。

（一）国际法与国内法

根据法律的制定和实施的主体，法律可以划分为国际法与国内法。国际法是指若干国家参与制定或者国际公认的、调整国家之间关系的法律。国内法是一个主权国家制定的、实施于本国的法律。一个国家制定的调整本国公民、组织与外国公民、组织之间关系的法律，属于国内法，而不属于国际法。本书《中国法律概论》主要涉及中国国内法。

(二)根本法与普通法

根据法律的内容、效力和制定程序，可以把法律划分为根本法与普通法。根本法,即宪法,是指在一个国家中,规定最基本、最重要的问题,具有最高法律效力,制定和修改需要特别严格的程序的法律。普通法，其内容一般是调整某一个方面的社会关系，效力低于宪法，制定和修改的程序较为简单。普通法必须符合根本法。在中国,《宪法》就是根本法,其他的法律是普通法。这种划分方法适用于成文宪法制的国家，不适用于不成文宪法制的国家。在不成文宪法制的国家，规定宪法性问题的法律与其他法律在效力上是相同的。

(三)实体法与程序法

根据法律所规定的内容，可以把法律划分为实体法和程序法。实体法是指这样一些法律，它们的主要内容是规定人们在实体方面的权利和义务（或者职权和职责）的实体性规范。程序法是指其主要内容为程序性规范的法律，这些程序性规范规定着实体权利或义务的实施方式和步骤，或者实体权利义务之纠纷的处理方式和步骤。前者如民法、刑法等,后者如刑事诉讼法、民事诉讼法、行政诉讼法等。当然，一部实体法可能包括一些程序性规范，一部程序法也可能包括一些实体性规范。在一个国家的法律体系中，实体法和程序法都是不可缺少的。

(四)一般法与特别法

根据调整范围的不同，法律可以分为一般法和特别法。一般法是指对一般人、一般事，或者在不特别限定的地区和期间内适用的法律。特别法是对于特定的人群和事项，或者在特定的地区和时间内适用的法律。一般法与特别法是相对而言的。例如相对于《民法通则》,《婚姻法》、《继承法》、《著作权法》等法律就是特别法。特别法又可以称为特别规定，一般法也可以称为一般规定。

(五)上位法与下位法

根据法律的效力高低，可以把法律划分为上位法和下位法。上位法是效力较高的法律，下位法是效力较低的法律。上位法与下位法也是相对而言的，例如国务院制定的行政法规，相对于全国人民代表大会常务委员会制定的法律来说，是下位法；相对于地方国家机关制定的地方性法规来说，是上位法。下位法不能与上位法相抵触。

(六)制定法与习惯法

关于这种分类，我们已经在“法律的基本特征”部分中有所涉及。其分类的标准是法律的创制方式和表达形式。制定法是国家机关制定的、表现为成文形式的法律，又称为成文法。习惯法是国家机关认可的、不表现为成文形式的法律，又称为不成文法。在中国，绝大多数的法律是制定法。

(七)公法和私法

公法和私法是民法法系国家通常的法律分类方法。近年来在中国法学界，公法

与私法也成为划分中国法律的方法。关于分类的标准，众说纷纭。古罗马法学家乌尔比安说“:公法是关于罗马国家的法律,私法是关于个人利益的法律。”可以这样认为，公法主要是指调整国家与普通公民、组织之间关系以及国家机关及其组成人员之间关系的法律,私法主要是调整普通公民、组织之间关系的法律。宪法、行政法、刑法以及与之相关的诉讼法属于公法,民法、商法以及民事诉讼法属于私法。但是还有一些法律,例如社会法、经济法、环境法,则介于公法和私法之间,兼具公法和私法的性质。

第二节　法律的制定

一、法律制定的含义和特征

(一)法律制定以及相关概念的含义

法律制定是指国家机关依据法定的职权和程序创制、修改和废止规范性法律文件的活动。在这里，创制意指制定一部新的规范性法律文件；修改包括修订和修正，分别意指对已有的规范性法律文件进行大规模和小规模的改动；废止意指终止规范性法律文件的效力。

立法是一个与法律制定密切相关的概念，它有两种含义。广义的立法是指国家机关依据法定的职权和程序创制、修改、废止规范性法律文件的活动，有时候也指这种活动的结果，即所制定的规范性法律文件。广义的立法既包括人民代表大会及其常务委员会的立法活动,也包括行政机关的立法活动,与‘法律制定’的含义相当。狭义的立法仅指全国人民代表大会及其常务委员会创制、修改、废止规范性法律文件的活动。由于立法是人民代表大会及其常务委员会的主要职能，所以它们也经常被称为立法机关。立法的这两种含义是与中国法律制度中“法律”的两种含义相对应的。在一般情况下，立法一词取广义解。

法律制定中还有几种比较特殊的方式。这些方式主要有授权立法、法律清理和法律编纂。授权立法是指某国家机关根据其他国家机关的授权制定有关事项的规范性法律文件的活动。法律清理是指有立法权的国家机关对一定时期和范围内的规范性法律文件集中审查、整理,废止有关文件,决定修改有关文件,重新确认有关文件的效力。法律编纂是指国家立法机关将属于某一法律部门的所有现行规范性法律文件进行加工整理,创制新的规范,修改不合适的规范,废除过时的规范,从而编制成内容和谐一致、体例完整合理的系统化的新的规范性法律文件或法典。目前，中国正计划编纂一部民法典。

(二)法律制定的特征

法律制定或立法具有如下特征：

需要全本请访问 www.ertongbook.com