



· 对话中西 ·

蒋传光 著

Twelve Lectures
on Chinese Law

中国法律十二讲

懷他志妻妾合徒年因指去而即改嫁者徒三年
年放云加貳等室家之禍
惟薄之內能無分爭
相頸聖去不此罪
問曰妻妾指去徒貳年
等其有父母周親
答曰下條嫁娶違律
父母知女指去理須調以義方不送夫家違法改
嫁周親坐父母合徒三年其妻妾之身准得指去之
罪周親主婚白
依首從之法
誰周顯德伍年宋月柒日勅條妻擅去者徒叁年
因而改嫁者流叁阡里妻各誠壹等娶者並與同
罪如不知其有夫者不坐辰而後知者減壹等並



中国法律十二讲

Twelve Lectures
on Chinese Law

郭齐勇 金林祥 马小红 杨汉麟
俞吾金 袁运开 赵 林 周桂钊
周瀚光 周永坤 陈卫平

联袂推荐

《中国法律十二讲》的意义在于尝试摆脱“近代以来，从制度到观念几近于完全否定中国法律的变革”这种“惯性”的约束，尽力客观地阐述中国古代、近代以致现代法律的发展历程；还在于在考察中国古代法律制度的同时，对中国法律的近代转型和当代中国法制发展的历程及未来法治社会的走向进行阐述。

——马小红（中国人民大学法学院教授、博导，全国法律史学会副会长）

媒体支持（排名不分先后）

中华读书报

中国新闻出版报

中国工商报

出版商务周报
China Publishing Today

人民网 读书频道
book.people.com.cn

腾讯读书
BOOK.QQ.COM

搜狐读书
book.sohu.com

中安在线
www.anhuires.com

安徽出版网

ISBN 978-7-5366-9122-3



9 787536 691223 >

定价：26.00元



· 对话中西 ·

D909.2/30

2008

陈卫平 主编

Twelve Lectures
on Chinese Law

中国法律十二讲

蒋传光 著

重庆出版集团  重庆出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

中国法律十二讲 / 蒋传光著. — 重庆: 重庆出版社,
2008.1

(对话中西丛书 / 陈卫平主编)

ISBN 978-7-5366-9122-3

I. 中… II. 蒋… III. 法学史—中国 IV. D909.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 150250 号

中国法律十二讲

ZHONGGUO FALÜ SHI'ER JIANG

蒋传光 著

出 版 人: 罗小卫

主 编: 陈卫平

策 划: 黄 勇

责任编辑: 周英斌 孙荣福 (特邀)

封面设计: 储 平

版式设计: 熊 俊



重庆出版集团 出版
重庆出版社

重庆长江二路 205 号 邮政编码: 400016 <http://www.cqph.com>

重庆联谊印务有限公司印刷

重庆出版集团图书发行有限公司发行

E-MAIL: fxchu@cqph.com 邮购电话: 023-68809452

全国新华书店总经销

开本: 720mm × 1100mm 1/16 印张: 18.75 插页: 2 字数: 242 千字

2008 年 1 月第 1 版 2008 年 1 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-5366-9122-3

定价: 26.00 元

如有印装质量问题, 请向本集团图书发行有限公司调换: 023-68809955 转 8005

版权所有, 侵权必究

总序

陈卫平

“对话中西”丛书与大家见面了。这套丛书共有10本书，在哲学、伦理、教育、法律、科技等五个领域进行中西文化的对话，所涉及的既有思想知识层面，也有规章制度层面，还有风俗习惯层面；既有对两者历史的纵向追溯，也有对两者神韵的横向比较，更有对两者趋向的前景展望。当你初次触摸到它的时候，作为丛书的主编在这里就编写的意图作个交待。其实，这在丛书名称“对话中西”里已经蕴含着了。

相异与相通。“对话中西”，是把对话看做在中西文化两个相异的主体间进行的，而对话的目的是为了使相异的两者得以相互沟通（相通）。现实世界中的事物千差万别，不少哲人将此比喻为“找不到两片相同的树叶”。中西文化显然是人类文化之树上两片不同的树叶。在中国步入近代以前，中西文化基本上是独立发展的，这两片树叶十分隔膜。中国近代以来，西方文化涌入中国，中西文化由隔膜而冲突，这主要是传统农业文明与近代工业文明的冲突，由于西方文化随着坚船利炮而来，因而这两种文明的碰撞、激荡具有了挑战和应战的火药味。在当今的全球化时代，一方面出现了向西方文化趋同的情形，这是以西方

经济的强势为凭借的；另一方面，非西方文化的民族担心本民族文化特性被西方文化的趋同化所湮没，纷纷强调认同本民族的文化传统，凸显本民族文化与其他民族尤其是西方民族的文化差异性，由此形成了文化多元化的格局。在一元和多元并存的情况下，如何避免“文明的冲突”而实现“文明的和谐”，对于中国来说，需要的是中西文化的沟通。那么，相异者的相通是否可能呢？我们的回答是肯定的。相异者的相通以相互了解为基础，而相互了解的有效方法是双方就同一问题谈出各自的看法。正是基于如此的考虑，这套丛书在五个领域都是中国和西方各写一本。因为这样便于读者在将两者互为参照中，知晓中西文化面对的基本问题域是相同的，但它们提出问题的方式和对问题的回答是不尽一致的，从而领悟中西文化既不同而又能相通。

长短与互补。“对话中西”，是把中西文化放在平等对话者的地位上进行比较。讲到比较，自然免不了要分析两者的长处和短处。但是，这不是我们丛书的主旨所在。我们认为在某一领域或方面展开中西文化的比较，两者的长处和短处不是绝对的，即长处并不意味着其中不存在缺点，而短处也不意味着其中没有值得挖掘的优点，因而两者往往是各有长短，存在着互补的关系。比如，一般公认西学重法治而儒学重德治。从当代中国建设法治国家的方向而言，前者显然是长处。但这并不意味着前者只有长处而后者只有短处。西方的法治传统奠基于正义原则之上。古希腊的柏拉图尤其是亚里士多德把正义看做是确定个体权利范围的界限，亚里士多德指出，体现和维护正义的法律，作为“毫无偏私的权衡”，就是保证“人们互不侵犯对方权利”的一种“合同”。西方以权利契约关系为内涵的法治传统由此而发端。但是，亚里士多德把法律看做是冷峻无情的形式，“法律正是全没有感

情的”^①。这样的法治无疑会导致人间情感淡漠，使社会成为自我孤独的冰冷世界。儒学的重德治以仁道原则为主导，认为人与人之间通过仁爱的道德情感加以沟通，是治理社会、建立和谐秩序的保证；因而以教育为手段，唤醒潜藏着仁爱之情的良心，比之立法和执法更为重要。它有见于个体彼此间道德情感的沟通所具有的社会凝聚力作用，但拒斥了个体间权利的确定。后者与儒学对于仁义的定位有关。“义”是儒学与西方“正义”相近的概念，但它从属于仁，因而关注彼此自身权利，势必导致相互争夺，泯灭仁爱之情，“义”就无从谈起。儒学把仁义和权利看做是对立的，“或上仁义，或务权利”^②，崇尚仁义，就要舍弃个人权利。可见西方重法治的长处正是儒学重德治的短处，但前者长处中所忽视的东西恰恰是后者短处中所具有的。以如此辩证的尺度认识中西文化的价值互补性，是我们丛书的目的所在。这样的中西对话，既有着抗拒西方文化话语霸权的意义，又不走入自言自语的国粹主义。

讨论与结论。“对话中西”，是把“对话”作为丛书的体裁。放眼当今图书市场，整套丛书以对话体出现，大概是很少的。然而，回望古今中外的历史，不少经典名著都采用了对话形式。柏拉图的著作几乎全部是用对话写成的，这些对话奠定了西方哲学智慧的殿堂，以致怀特海感叹道，全部西方哲学不过是柏拉图思想的注脚。在柏拉图之后，布鲁诺、贝克莱、狄德罗也留下了对话体的佳作。在中国同样有着众多的对话名篇。一部《论语》就是孔门师生切磋对话的记录，平实而深邃，显示了极高明而道中庸的境界。汪洋恣肆的《庄子》充满了生动的寓言、美丽的神话交织在一起的对话，

① 亚里士多德：《政治学》，商务印书馆1981年版，第169、163、138页。

② 桓宽：《盐铁论·杂论第六十》，上海人民出版社1974年版，第124页。

如庄子与惠施的濠梁之辩、河伯与海诺的问答等。对话不仅构成了儒道先哲著述中的精彩篇章,而且也是佛教高僧使人领悟真谛的有效手段,如禅宗处处有机锋的公案棒喝。屈原、柳宗元跨越千年的《天问》《天对》,乃是思想对话中不朽的绝唱。这些昭示我们,对于思想文化的探索,对话具有永久的魅力。其最大的魅力就在于不是“一言堂”的独白,而是充满着辩驳和诘难的讨论。我们的观点正在这样的讨论中涌现出来。但这并不意味着要求读者把这些观点当做结论来接受。因为我们的“对话”,不只是限于书中设定的两个对话者,而且包括了作者与读者的对话。维特根斯坦曾把他自己的著作比喻为:“好像英国火车站售票处‘你的旅行真有必要吗?’的告示一样,好像看到这一告示的人会认为‘经重新考虑,没有必要’”;他还说:“读者所读的东西可能都是他自己留下的东西”。^①我们的意图正是希望读者把阅读看做是和作者的讨论,由此重新考虑作者的观点;这样他一定会在阅读中收获自己的心得。

通俗与创新。“对话中西”,也是把“对话”看做将学术通俗化的一种形式,即用通俗明白的语言来阐述学理。但是这并不表示我们的丛书没有学术创新的追求。汉武帝的奶奶窦太后,拿出《老子》问博士辕固生:“你知道这是什么书吗?”辕固生不屑地瞥了一眼:“此是家人言耳!”(《史记·儒林列传第六十一》)所谓“家人言”,就是平常百姓看的通俗读物。《老子》算得上是玄而又玄的原创性经典了,但在汉人眼里它是普通人都能读得懂的。辕固生的评价固然有贬低窦太后喜好的黄老之学的蕴涵,但从中可以体会到学术著作的创新和通俗并不矛盾。通俗就是深入浅出,雅俗共赏。要做到这一点,必须对所论述的领域有通透的把握,因此通

^① 维特根斯坦:《文化和价值》,清华大学出版社1987年版,第90、112页。

俗不是学术专业水平的滑落而是提升,这样的提升无疑是以学术创新为指向的。本丛书的书稿都是在作者多年授课的基础上形成的,所以既有通晓这一领域的学术功力,又有使读者易于接受的讲解技巧,而贯穿其间的则是自己的新知新见。对于本丛书来讲,通俗不仅要求通透,还要求通古今之变。关于中西思想文化的分析,无法离开对两者历史的回溯和关注,这就必然要对两者的历史经典文本进行诠释。我们把这样的诠释看做是与经典文本不断对话的过程,这样的对话不只是“照着讲”,更是“接着讲”。伽达默尔说:“历史理解的真正对象不是事件,而是事件的‘意义’。”^①历史事件的意义往往要在历史后来的发展进程中得以显示,古典文本的意义同样要在今天的视域中展开。所谓“接着讲”就是以今天的视阈说明、充实、提升古典文本的意义,从而打通古今。这样一方面使古典的文本从尘封的故纸堆里走进今天的生活世界,另一方面使古典的文本作为今天创新的资源,以此来构建我们的学术成果。总之,“对话”在这里体现的是通俗与创新的统一。

言说与默会。“对话中西”的“对话”无疑是一种言说,但如同《老子》所说:“道可道非常道”,任何言说对于大“道”的把握和呈现都是外在的;真正的自得之“道”需要借助于默会,程颐的“闻之知之,皆不为得,得者,须默识心通”(《遗书》卷十七),正表达了这个意思。因此,在看完我们的“对话中西”之后,如果试图探究中西文化之大“道”的读者将掩卷沉思、默而识之,那就是这套丛书企求的最高境界了。

① 伽达默尔:《真理与方法》,上海译文出版社1992年版,第422页。

前言

来自西方的法律规范、原则、理论、概念，通过不断的引进，通过阅读、记忆以及现代传媒的大量复制，通过现代性的法律教育，它们已成为我们自己的知识。因而，长期以来在国人心中，自觉不自觉地就形成了这样一种观念，即中国只有人治的传统，法治是西方人的专利，几千来形成的中国的传统法律文化似乎没有多少可讲的。这实在是因为不了解而造成的一种误解。

其实，就是这十二讲全部用来讲中国传统法律文化，都只能说其大概。中国是世界著名的法制文明古国。翻开历史，中国法治文明可以上溯到公元前 3000 年左右，而且辗转相承，绵延不断，一直到清朝末年，形成了历史悠久、内容丰富、特点鲜明的法律传统。中国古代的法律文化曾经在相当长的时期影响着周边国家和地区的法制建设，对世界法制文明作出了自己的贡献。

1840 年鸦片战争后，西方的法律文化随着西方列强的坚船利炮涌入中国。随着民族危机的加深，各种社会力量，无论是清朝统治集团内部的早期改良派、洋务派，还是资产阶级改良派和革命派，在探索自强救国的过程中，都提出了各种改革法律的方案。迫于形势，清政府在 19 世纪末 20 世纪初进行变法修律活动，开始了中国传统法制向近代法制的转型。这一转型始自清末的预备立宪、法制改革，完成于南

京国民政府“六法体系”的确立。自1949年以后,中国的法制建设又开始了新的历史进程,尤其是改革开放的新时期以来,中国正朝着法制现代化的方向前进。

在这个过程中,必然涉及到如何评价中国传统法制的问题,其核心是中国传统法律文化对构建中国法治社会有无当代价值。关于文化的优劣评判,从不同的视角可以得出不同的结论。从人类文化学的视角来看,文化的价值都是相对的,没有绝对先进、优秀的文化,也没有绝对落后、劣等的文化。人类文化学对与自己的文化不同的异种文化的评判往往是以一种相对的、比较的观点和同情的、宽容的态度去看待的。

既然民族文化是一个民族在独特环境中的独特创造,彼此存在着巨大差异,一般来说是可以相互进行比较的,存在一个优劣评判的问题。法律文化也是如此。

如何看待中国的传统法律文化,一向褒贬不一,中西皆然。西方学者对中国传统法律文化的评价一向是不一致的。一种是持批评的观点,主要是认为中国未能构建行之有效的基于法治的“西方式”的法律文化。中国的统治精英不是通过正式的法律或普遍的道德准则将其权威合法化,而是完全以家长的方式处理事务。在中国古代,并未产生一种可与西方法律相媲美的法律制度。如德国马克斯·韦伯的著作《中国的宗教》和美国哈佛大学教授费正清的著作《东亚伟大的传统》就持这样的看法。但也有赞赏的观点,如“二战”以后美国最有争议的法律现实主义者之一的弗兰克法官和美国另一位同时代的著名法学家庞德,认为中国传统法律文化中的某些方面具有现代价值,如中国人采取的非正式的调解而不是正式的法律解决纠纷的办法,在作出判决时采用的灵活而基于道德的方法等,给予了较高的评价。

中国法制从传统向近代转型,是与西学东渐相联系的,

因此,中西法律文化的优劣比较,在中国自鸦片战争失败以后,一直绵延不绝,时至今日仍争论不休。但往往是贬大于褒,否定多于肯定。当代中国的法学界对此的主导评价是:较之于西方法律文化,中国传统法律的形式比较单一,诸法合体,刑民不分,法即是刑;法律重义务轻权利;人们迷信权威,畏惧权力,缺乏对权力的制衡等等。在当前法治社会构筑的过程中,没有更多的法治经验与传统资源去弘扬和开掘。中国法治发展的最大困难来自文化传统。

上述无论是从现代化的角度还是从中西比较的角度,对中国传统法律文化的评价都有一定道理,但也存在着相当程度的片面性。应当承认,从总体上说,中国的传统法律文化较之西方确有很多弊端,西方的法律文化也确实比中国有很多优势,这种优势自近代以来表现得更为突出。但是否就可以因此断言,在建设社会主义法治国家的过程中,中国的传统法律文化已失去了其存在的合理性?能否彻底撇开中国的传统法律文化,完全按照西方的法治观念建构当代中国的法治社会模式?回答当然是否定的。

建设社会主义法治国家,必须从中国的国情出发,不能照搬西方政治制度的模式,这是中国政府在确立依法治国方略时的重要指导思想。这里所讲的中国国情,当然包括中国的传统法律文化在内。对中国的传统法律文化不能一味否定,其中也有许多在今天值得弘扬的东西。一个简单的事实是:传统的文化在我国已有几千年的积淀和延续,割断这样一个“文化脐带”是根本不可能的。我们认为,也许对于中国传统法律文化来说,下述的评价比较恰当:适应乡土社会、调整小农经济秩序的中国传统法律制度体系,在中国社会结构已经发生变化的今天,从其整体来说已失去现代价值,但就其组成部分来说,仍有许多具有现代意义的因素;中国的传统法律文化,无论在思想层面还是制度层面,也有

许多可以与西方法律文化互补的东西。希望这样的评价能够通过我们的“中国法律十二讲”来得到读者的认同。

这十二讲包括三个部分的内容：第一部分从第一讲到第八讲，主要介绍包括立法、司法、法制的理念和制度设计，以及包含法制指导思想在内的中国古代法律制度的产生、发展和演进历程。第二部分第九讲和第十讲主要谈中国古代法律制度的特点、当代意义、近代转型的背景和过程。第三部分第十一讲和第十二讲，主要涉及当代中国法制的建立和曲折发展的历程、当代中国的法治社会如何构建等。这十二讲内容不可能涵盖中国法律的方方面面，只是试图为读者回顾中国传统法制的历史、关注中国当代法治的建设提供一个基础。

目 录

总 序 (陈卫平)

前 言

第一讲

神权法：中国夏商周法律的主要形式 1

【内容提要】关于法律起源的不同说法—中国古代法律起源的两条途径：古代部落的祭祀活动和战争—夏商周时代“神权法”的产生过程—治国之法来自于神意和上帝的恩赐—法律最初萌芽于对天神人鬼社稷的祭祀活动—神权法思想在西周的变化：“以德配天”的君权神授说与“明德慎罚”的法制指导思想—“神权法”思想对司法审判制度的影响：神明裁判与秋冬行刑

第二讲

礼与法：中国古代法的共同体 21

【内容提要】礼是中国传统文化的核心，也是法文化的主要构成部分—礼、礼治和周公制礼—礼治的主要特征：“礼不下庶人，刑不上大夫”—礼具有宗教性和国家意识形态的性质—礼的外在表现形式：体现社会等级秩序的复杂的礼仪制度，具有法的性质，人们日常生活中普遍遵循的伦理规范—引礼入法，礼法结合，中华法制文明的一个重要特征—礼的功能和作用：“别贵贱，序尊卑”，维护社会的等级秩序，经国家、定社稷，确认王权的特殊地位与权力的合法性，人们日常行为的规范和评判是非的准绳

第三讲

德主刑辅：中国封建正统法制的指导思想 46

【内容提要】社会意识形态对法律制度的影响—立法指导思想和立法基本原则—夏商周时期的“神权法”思想—春秋战国时期儒、墨、

道、法等各家学说对法律制度的影响—秦朝的以法为治和西汉初期的黄老思想—西汉中期以后大一统国家的确立，“罢黜百家，独尊儒术”，封建正统法律思想的形成—封建正统法律思想的内容，以“三纲”为核心的封建立法原则，“德主刑辅”的思想

第四讲

立法修律：中国古代成文法的产生及其发展 65

【内容提要】法产生的一般规律—中国古代的习惯法—中国古代成文法的产生：成文法的公布，第一部比较系统的封建法典的产生，商鞅“改法为律”—魏晋南北朝时期，确立“重罪十条”罪名，引礼入律、礼法合流—唐律集历代封建法典之大成，被视为中国古代封建法典的典型代表；唐律对后世封建法典和东亚邻国的影响—中国古代法律的表现形式—宋、元、明、清各朝的法律形式的特点—中国古代的法典结构的特点，编纂体例上的“诸法合体，民刑不分”，与法律体系上的“诸法并存，民刑有分”

第五讲

家法族规：中国古代的民间法 91

【内容提要】“民间法”的内涵—民间法的主要表现形式—家法族规—家法族规的具体内容—以家法族规为内容的民间法的出现及其产生过程—从东晋后期到唐朝，家法族规内容的变化—宋代以后家法族规在形式上的变化—作为民间法的家法族规的特点—家法族规在中国古代社会控制中的功能和地位—与国家法相比，家法族规在发挥功能时的优越性及与国家法在本质上的区别—中国古代社会民间法的当代启示

第六讲

防民之具：中国古代法律的功能和作用 115

【内容提要】中国古代法律在社会控制中的功能和作用—在价值理念

上，把法律视为治民的工具——在内容上，规定了完备的维护社会统治秩序的相应制度，如维护皇权的至尊地位；维护统治者所倡导的社会秩序；维护和规范社会经济秩序；规范司法官员行为，严格司法等——在实施的手段上，严刑峻法是法律调整所采取的主要措施

第七讲

重典治世：中国古代的刑罚制度 143

[内容提要] 中国法律的显著特点——“刑法畸形发达”，刑罚残酷——重典治国，用严刑峻法控制社会——中国古代刑罚制度的起源——奴隶制的五刑制度——汉朝的刑制改革——封建五刑制度的确立——封建五刑制度的具体内容——封建的刑罚制度在唐朝以后的发展——中国古代刑罚制度的残酷性和随意性——中国古代社会贵族享有的司法特权

第八讲

政刑不分：中国古代的司法制度 174

[内容提要] 中国古代司法制度的主要特点——行政兼理司法，即行政司法合一，政刑不分，忽视程序正义——中国古代司法机构和司法职官的设置——中国古代诉讼审判制度的起源与发展——西周创立的“五听”审讯方式——“登闻鼓”制度——民事诉讼和刑事诉讼的区分

第九讲

自成一体：中华法制文明的特点与当代意义 197

[内容提要] 有关中国古代法律制度的特点的各种论述——关于中国古代法律制度特点具有共识的部分。儒家学说是缔造中华法系的灵魂，法律以刑法为主，司法从属于行政——中华法系的价值：中华法系体现了中国文化的博大精深，可以看做中华文明的典型代表；中华法系源远流长，具有强大的生命力；中华法系是中华民族智慧的结晶和伟大创造力的体现——在当代中国建设法治国家，如何对待中国的法律文化传统——法律文化之间的优劣比较——进行

当代中国先进法律文化的创建，要重视本土法律文化资源的利用——传统法律文化中在思想和制度层面，值得我们今天汲取的精华

第十讲

西法东渐：中国传统法律的近代转型 217

[内容提要] 中国封建法制步入近代化的转折的背景——中国法律近代化的基本内涵——中国法律近代化的过程，洋务派、维新派和资产阶级民主派的法律理论——清末修律的契机——清末修律的内容——清末的司法改革——清末修律的特点及其历史影响——中国传统法律近代转型完成的标志

第十一讲

曲折前行：当代中国法制的建立和发展 236

[内容提要] 当代中国法制建设的历史前提和思想理论基础——当代中国法制建设的曲折历程——建国初期的摧毁与建立阶段——20世纪50年代末到“文革”前的发展与偏离阶段——“文革”时期的停滞与毁灭阶段——十一届三中全会以后的恢复与发展阶段——十五大以来法治建设的新时代——回顾当代中国法制发展历程应总结的经验教训

第十二讲

依法治国：当代中国法治社会的构建 259

[内容提要] 依法治国，建设社会主义法治国家治国方略的确立——依法治国方略提出的时代背景——“依法治国，建设社会主义法治国家”被正式作为党和国家的文献语言——依法治国的含义，“法制”与“法治”概念的区分——法治的原则及其在中国法律制度中的体现——建设社会主义法治国家应具备的基本条件——法治国家实现的途径及中国法治发展的模式——中国在建设法治国家的过程中，在理论和实践层面上需要解决的问题