

中华法系特点初探

陈朝璧

法系一词,是个外来语,英语作“Genealogy of Law”,法语作“Généalogie de Droit”。Genealogy也好, généalogie 也好,同样溯源于希腊文 geneos,原指一定的谱系,如家谱、世系之类由具有源流关系的某些事物组成的一个整体。就法律体系而言,某国固有的法律同某些从外国接受过来的法律,或者同本国历史上长期积累起来的法律接合起来,形成一种独特的体系,这就是所谓法系。任何一个法系,无不有所谓母法与子法的系统关系,也无不具有各自的特点。我们伟大的中华民族早在公元前二十一世纪已经从原始公社过渡到以夏王朝为代表的阶级社会。已出土的大量文物,特别是商代遗留下来的以十万计的甲骨文字以及汗牛充栋的历代文献,充分证明:它在四千多年的历史长河中创造了无比丰富多采的古代文化;我们伟大祖国以一个大国巍然屹立于世界文明古国之林;其法律制度和法律思想各自保持着独特的内在联系和不断发展的连贯性,因而形成了一个自成体系而富有民族特色的中华法系。作为一个法系在人类法制史上独树一帜的,为数不多,而同一法系中母法与子法所占的地位,孰轻孰重,又未可一概而论。例如战国时期李悝的《法经》为秦汉法制的母法,前者成了后者的基础;另一方面,由于社会生产力的发展和政治上的统一,作为子法的秦汉法制,又使《法经》得到了进一步发展,因而更能适应乃至促进社会生产力的发展,巩固了国家的统一。对整个中华法系来说,《法经》和秦汉法制都不失为它的重要组成部分。

世界文化史上公认的法系,一般分为两大类型:一为活的法系,包括中华法系、印度法系、阿拉伯法系、罗马法系和英吉利法系,就是所谓活着的五大法系;二为死的五大法系,包括埃及法系、巴比伦法系、犹太法系、波斯法系和希腊法系,则为与现行法律不关重要的法系。

法系的划分,有助于明确指出,某一地区或某一国家的法律,不同于另一地区或国家,以及在相同的地区或国家中,这一历史阶段的法律不同于另一历史阶段,对法制史的深入研究提供了一定的有利条件。但也不容否认,前述两大类型的划分及其各自包含的五大法系,与客观的实际情况并不完全符合,其划分标准和提法,也都值得怀疑。首先,所谓“死”、“活”之分,很难划出一条明显的界线。例如埃及法系被认为是一种死的法系,但它与活着的阿拉伯法系相互间,在纵的方面存在着一定的连续关系,在横的方面,彼此又互相影响,致使两者具有许多相同的因素,很难从时间或空间把它们截然分开,更不应该对前者漫然宣告死刑。其次,某些法律被列为死的法系,但对现行的法系仍不无影响,例如巴比伦法系与波斯法系,由于历史和地理的特殊因素,它们对活着的阿拉伯法系曾经发生、甚至继续发生一定影响。在某些具体问题上,例如在重男轻女的传统上,更难明确指出这三个法系的根本差异。对我们《中国法制史》和《中国法律思想史》研究工作者说来,现实的问题在于对中华法系本身及其特点的探讨,对其他法系,不论是“死”是“活”,姑置不论。

在世界十大法系中(包括不同类型的各个法系),自始至终独树一帜而不与其他法系相混

同的,只有历史悠久的中华法系,它的影响扩展到东方许多国家,成为东方许多国家共同的法系。就它在中华民族的历史作用而言,在长时间封建经济的基础上,随着封建性的小农经济的缓慢地发展,它作为封建法制也缓慢地向前发展。另一方面,作为上层建筑的重要组成部分,它在与封建礼教的配合下,在为封建统治服务的同时,又在一定程度上阻碍了社会生产力的发展。

中华法系经历了漫长的由简单到复杂,由低级到高级的发展历程。到了清代末叶,西洋资本主义法制已打破中华法系的古老传统。在鸦片战争以后,帝国主义的军舰大炮惊醒了封建王朝闭关自守的美梦,清朝皇帝在爱国力量的压力下,也不得不散布改革法制的烟幕,借以缓和内外受敌的紧张局面。也曾经邀请日本法学博士冈田朝太郎到中国法律学堂讲授刑法,宣扬资本主义法律的优点,并由他充当调查员,帮同修订法律大臣沈家本,制定了《现行刑律》等法律草案,经宪政编查馆核准清帝颁行。其中未及公布,入民国后曾被采用的还有《暂行新刑律》、《民律草案》、《刑事诉讼法律草案》、《民事诉讼法律草案》,在光绪、宣统年间已经公布的还有《公司条例》、《商人通例》、《著作权法》、《违警律》、《法院编制法》等。毫无疑问,这一切无非是西方和日本资本主义法律的翻版。事实证明,《大清律例》等及其母法如《唐律》、《明律》等那一套封建法律,已由外来的“新法”的输入而得到惊人的发展,是一种异乎寻常的质的改变。在鸦片战争以后,封建的帝国沦为半封建半殖民地的弱国,在这半封建半殖民地的经济基础上形成的法制,它的主要特点必然是专为这种新的经济基础服务。

资本主义法制移植到中国以后,已经以它本身的客观存在宣告了封建的中国旧法的死刑。从此一直到国民党反动法统的废除,特别是在二十年代以后,哪怕反人民的法律法令多如牛毛,其主要目的无非在于镇压伟大共产党领导下革命人民反帝反封建的革命斗争,因而不可避免地打上了封建地主和官僚买办的阶级烙印,只能说它是封建的中国旧法的一个变种——半封建的法律制度。从法系的角度说,我国半封建的法律制度,已受到罗马法系的影响。试以清《刑律草案》中一条说明理由为例——《刑律草案》第一编总则部分,关于中国刑法史上传统的《名例》的改变,曾提出这样的说明理由:“总则”之义,略与“名例”相似。往古法制无总则与名例之称,各国皆然。其在中国,李悝《法经》六篇,殿以具法,汉律益户、兴、厩三篇,为九章,而具法列于第六。魏律始改称刑名,居十八篇之首。晋律分刑名、法例为二,北齐始合而为一,曰名例。厥后历隋、唐、宋、元、明、洎于我朝,沿而不改。是编以刑名、法例之外,凡一切通则,悉宜赅载,若仍用名例,其义过狭,故仿欧美及日本各国刑法之例,定名曰“总则”。举例未免过长!但也可以通过这条说明,证明一个问题——引文从战国讲到清朝,洋洋大观,为了证明一个论点:“名例”一词改变为“总则”,必须“仿欧美及日本各国刑法之例”。其实,诸如此类的“仿”“例”,并不限于某一具体名词的改变,从内容到形式,整个法制无不以“仿”“例”为能事嘛。伟大共产党领导下的中国人民的革命炮火削平了三座大山,半封建的法律制度也就在剧烈的炮火声中烟消云散。

站起来了的中国人民,需要创立和巩固社会主义的革命秩序,把无产阶级的意志用法的形式表现出来,制定并实行为无产阶级专政服务的社会主义法律制度。自从一九四九年建国以后,中央人民政府在党的光辉政策指引下,在社会主义法制建设方面曾经做了大量工作;法律制度虽未臻于完备,但已对社会主义经济的不断发展起了促进作用。林彪、“四人帮”采取法律虚无主义态度,违法乱纪,曾经严重破坏了社会主义法律制度。但那只是社会主义法制史上的一股逆流。党的十一届三中全会号召加强社会主义法制,作出了把工作着重点转移到社会主义建

设上来的决定,五届人大第二次会议又讨论通过了《中华人民共和国刑法》等七个法律,这一切标志着社会主义法制建设进入了一个新的发展阶段,我们的社会主义法制必将在伟大的社会主义现代化历史洪流中日益完备起来,并促进“四化”的实现。

广义的中华法系显应包括三个历史阶段中本质不同的中国法制——历三千年之久的封建法制,近代史上昙花一现的半封建法制,后来居上的社会主义法制。社会主义法制,对前两者来说在本质上是根本对立的,是由中华民族这条红线把本质不同的三种法制连成一体,通过民族的和历史的纽带关系,这三种法制共同形成了一个整体——广义的中华法系。

旧法虽已成了历史陈迹,却有一些值得借鉴的因素,有待于后人发掘。用历史唯物主义观点把其中民主性精华批判继承下来,作为新法(我国社会主义法制)的养料,这是正确对待古代文化遗产的科学态度,是法制史研究工作的历史任务,也是古为今用的基本要求。因此,我们应该从广义上来理解中华法系,把旧法和新法看成是一个整体,在认清其本质差别的同时,又不忽视两者的历史联系,而不应该割断历史,孤立地看待问题。

有些人主观片面地看待问题,在他们的国际法制史著作中,无视中华法系的客观存在,对它的悠久历史和丰富内容,采取虚无主义态度,避而不谈。作为法制史和法律思想史研究工作者,我们有信心更有责任,用自己的研究成果去为中国法制史和法律思想史恢复名誉,进而在国际法制史领域中进行消毒!

* * *

由于我们伟大祖国具有悠久的历史,她以一个多民族的统一国家,数千年来巍然屹立在世界的东方,对人类文化宝库作出了宝贵的贡献。在上层建筑方面,劳动人民的血汗在哲学、伦理学、音乐、文学艺术等园地中,培育出大量独特的珍贵的花木,结出丰富多采的果实,在法的园地中也不例外。我们现有的大量古籍都是中国古代法相当完备的铁证,也是对中国法律采取虚无主义的有力驳斥。历史地对待古代文化,就必须承认中国古代法相当完备,且有不少值得借鉴的特点,供后人参考。兹提出以下三点初步意见。

特点之一是重视成文法典并惯于把有关社会规范的思想意识和制度用文字记载下来——自从西周初期起,我们祖先已把当时某些法律思想和法制写在《尚书·虞书·舜典》、《尚书·周书·吕刑》等篇里面。战国时期成书的《周礼》等古籍中,同样蕴藏着有关法的宝贵资料,留传下来,并曾对《唐律》及以后历代行政法起过典范作用。

试以《舜典》篇为例,它属于《今文尚书》三十四篇之一,内容主要为过去法制的追记,可信出于西周(公元前十一世纪)史官的手笔。它所反映的法律思想和法律制度,显然符合当时的实际情况。其中“眚灾肆赦,怙终贼刑”两句,意为因过失(眚)或意外事故(灾)发生的犯罪,应该免于追究(纵)或予以宽宥(赦);如为故意犯罪(怙)或惯犯(终),就可处以死刑(贼)或其他刑罚(刑)。早在三千年前,就能分清故意犯罪同过失犯罪的界限,区别对待,显示当时法律思想已达到一定水平。又如另一篇《今文尚书》《吕刑》篇规定了“五刑”——墨(在犯人面部打上烙印)、劓(割去鼻子)、剕(断足)、宫(腐刑)、大辟(死刑),又对法官提出了慎用刑的训诫:“惟敬五刑,以成三德”,而且,明确规定了他们本人的法律责任;凡是由于下列原因,判罪有失公平,法官就要受到和被告相同的处罚——“五过之疵(弊端),惟官(假借官职),惟反(对被告实行打击报复),惟内(通过私人关系接受被告或其亲属接受的请托),惟财(接受贿赂),惟来(通过法官所属人员接受请托),其罪惟均”。这是反映周穆王时期(纪元前十一世纪至第十世纪)刑事政策的可靠文献,可见中国古代法在社会规范中一向占着重要地位。

东周诸侯国中有郑铸刑书、晋国刑鼎，已开始把法律条文铸鼎公布，并借以保持法的稳定性。晋国刑鼎的铸成，时在公元前五一三年，比《罗马法》中著名的《十二铜表法》（纪元前四五〇年）还早六十余年。到了战国这一历史阶段，各诸侯国也往往重视法制，魏国李悝在公元前四〇七年拟定著名的《法经》，正是综合各诸侯国的成例，归纳成一部比较系统化的法典。商鞅把它带到秦国付诸实行，对秦国转弱为强乃至对秦始皇完成大一统事业，都起了不小的促进作用。

到了战国时代，对后代法律思想和法制影响最大的有两部著作，一为《周礼》，另一为李悝的《法经》。前者经过长时期的考证，一般认为它属于战国时期的作品，因为它所反映的国家机构及其活动的规模不可能在西周初期出现；相传是周公所作，无非出于战国时期文人的托古改制。该书通过六官（天、地、春、夏、秋、冬）的组织、职权及其行政活动的描绘，反映作者在健全国家机构方面丰富的理想。特别是其中“六官”的设想，成了唐代以后中央政府中六部（吏、户、礼、兵、刑、工）的楷模，而其中的“六事”（治、教、礼、政、刑、事）又成了《唐六典》及以后历代《会典》的先驱。

李悝《法经》六篇被汉魏及以后历代法制奉为典范，在中国法制史上有着重要地位，其原文现在虽然失传，但从历代《刑法志》一类的文献的引证看来，它的确不失为我国成文法典的良好开端。前引清末《刑律草案》中改“刑名”为“总则”的“说明理由”，从《法经》一直引证到清律，足够说明前者对后代法制的重大影响及其相互间一脉相承的源流关系。根据现存的法典和历代史书上的《刑法志》，无论法的形式或其基本内容，都有文字可稽，也都可从原文看出中国旧法的源流演变以及整个发展过程。

特点之二是以天理作为法的理论根据，并以合乎天理作为立法的指导思想，这个特点把中国古代法区别于一般古代法的“神授”主义，十分可贵。《今文尚书》中的《虞书·皋陶谟》说：“天叙有典，勅我五典、五惇哉。……天讨有罪，五刑五用哉。”这里的“天”是指天理，而不是什么有意志的人格神，我们不难从大量古书中普遍看到的以天（即指天理）为理论根据的法律思想和法律制度。例如《汉书·刑法志》：“《书》云：天秩有礼，天讨有罪，故圣人用天秩而制五礼，因天讨而作五刑”。反观其他法系，古代法无不以某种人格神的意志作为立法的根据，把现实社会中的法律制度涂上厚厚的宗教色彩。最早的《罕穆拉比法典》，是巴比伦国王罕穆拉比（公元前二一三三——二零零年在位）统治期内，在石碑上刻成律文二百八十二条之多的一部法典，不愧为人类法制史上的一个奇迹。但其序言，却把它的成就归功于一个“注定宇宙命运之天地之主宰杯耳”。那么“杯耳”这个人格神也就被吹捧成这部法典的创造者了。公元前十五世纪左右的《摩西法》的制定，同样是假借神的意志。以色列人摩西本来精通哲学、法学、文学、史学等各种学术，具有特殊才能，但他的立法事业却被说成是以上帝的命令为根据的。他首先列举的《十诫》构成《摩西法》的主要部分，据说那是上帝自己在西奈山的雷声震动中赐给他的。其他如古《罗马法》、印度的《摩拿法》等，也无不涂上宗教色彩。然而各种各样的宗教烟幕，终于掩盖不住统治者愚民政政策的欺骗性，充其量只能使现实的法律蒙上历史的尘埃。对比之下，我们祖先的法律思想，可谓出类拔萃，值得骄傲。所谓天命云云，有别于宿命观点，它植根于自然界的某些自然现象和社会上某些具有因果关系的某些社会现象，诸如一年春夏秋冬四季的更迭，政治上治乱兴亡，被人们看出其中的规律性，无以名之，就叫做天命，或称天理，简称曰天。说某某法律合乎天理，无非是说它顺乎人情，合情合理，必须严格遵行。所谓合乎天理，实际上是出于人为，因为合与不合，总得由统治阶级加以说明。统治者从其阶级利益出发加以美

化，其目的无非在于提高法的威信和强制力，但总不象法由神授等等虚妄论调那样蛊惑人心，自欺欺人。天理决定法律的法律思想，富有哲学意味，从实际出发，而又面向现实，在一定程度上接近于欧洲中世纪自然法学派的理论水平。

特点之三是礼、法并重——古人在不同场合对“礼”字取义往往不同，除指一般性的礼仪节度而外，有时兼指道德规范和行为规范。《周礼·地官大司徒》：“以五礼防万民之伪而教之中”。据注云：“五礼，谓吉、凶、宾、军、嘉”。也就是说关于祭祀之事（吉）、冠婚之事（嘉）、宾客之事（宾）、军旅之事（军）、丧葬之事（凶），各有相应的礼制来区别各人相互间尊卑、贵贱、亲疏的等级关系，借以推行《尚书·虞书·舜典》所宣扬的“五教”（父义、母慈、兄友、弟恭、子孝等“五常之教”）。古代统治阶级所需要的，主要是如此这般的“五礼”，因为这样的“礼”可以用来“防万民之伪”，把他们引入“正轨”。礼制的加强，实际上就是通过一定的礼仪节度，对臣民进行以“子孝”为核心的封建教育。加强这样的礼制，对封建统治的维护可起积极作用，不是很明显吗？惟其如此，在整个封建社会中，礼与法同被重视，这表现在两方面：（1）对礼与法给以同样的理论根据，两者同被认为合乎天理，出于天意。《皋陶谟》中所谓“天讨有罪”与“天秩有礼”相提并论。这就是说：凡是“有罪”的人，应受到合乎天理的法律的惩罚；谁如“有礼”，就应按照天理得到相应的地位。（2）礼与法被认为相互作用，所以古人惯用“出礼则入刑”一语表明两者的相互关系。伏生《尚书大传》：“礼者，禁于将然之前；法者，禁于已然之后”。意谓礼法两者皆具有劝善惩恶的作用，但其发挥作用，却有先后的区别，因而各自的效用遂有高下之分。于是有的学派如儒家重礼轻法，唯礼独尊。例如说：“安上治民，莫善于礼”（《孝经》）；“凡治人之道，莫急于礼”（《礼记·祭统》）；“治国不以礼，犹无耜而耕也”（《礼记·礼运》）；“为政先礼，礼者政之本欤”（《礼记·中庸》）；“礼者，政之挽也；为政不以礼，政不行矣”（《荀子·礼论》）。如此等等，莫不把礼放到治国的首要地位。

和儒家大唱反调的法家，重法轻礼，却又走到另一个极端，如说：“君臣上下贵贱皆从法，此谓大治”（《管子·任法篇》）；“矫上之失，诘下之邪，治乱决缪，绌羨齐非，一民之轨，莫如法；属官威民，退淫殆，止诈伪，莫如刑”（《韩非子·有度篇》）。

儒法两家对于礼和法两者，固然各有偏重，但在实际运用方面，却又是双管齐下。历史告诉我们，在长时期的封建社会中，与其说是礼法并重，在某些方面，毋宁说是礼重于法，先礼后法。这有两个原因：（1）自从汉武帝刘彻废黜百家，独尊儒术以来，儒家的思想路线始终占统治地位，儒家的“六经”也始终具有法的权威。可不是吗？封建社会中的中上层人物，绝大多数均以读经起家，而其政治地位却又高出真正的宗教之上。梁武帝肖衍是个虔诚的佛教徒，以至把佛教定为国教，却又在公元五〇八年的《立学诏》中宣称：“建国君民，立教（按指儒学——引者）为首，砥身砺行，由乎经术”，对儒家的“经术”推崇备至。出生于兄弟民族的统治者，本来对经术接触不多，一旦入主中原，还是对它大力宣扬，作为巩固其统治权的重要支柱。掌管立法和执法事务的人员，基本属于儒生。王安石创立新法来维护摇摇欲坠的赵宋王朝，总算是个有名的法家人物。但不要忘记，他自己本来就是精通儒术的“经学家”，为了对他的新法给以理论根据，更借助于《周礼》的注释，用行《礼》之名，行改制之实。（2）由于儒家“经术”能够很好地为封建统治服务。以小农经济为基础的自给自足的封建社会，在不同历史阶段中，固然需要在道德规范和法律规范方面进行一定的改革，但前期和后期的上层建筑，如同经济基础一样，并未发生质的变化。因此，在礼、法并重的前提下，尽可通过法的改革来保持礼的稳定。作为道德规范的儒家经典，主要溯源于西周，本来适应当时宗法社会的需要。由于封建经济发展的缓

慢,社会结构虽发生了一定变化,上层建筑部分并未随之作出相应的改变。因此,宗法社会虽然在形式上发生了某些变化,而“家”在整个封建社会中,始终是个核心组织。从唐代《永徽律》开始,“丧服图”成了《户律》的必要内容。用来维护“家”的封建性的“礼”,除了“五常之教”的内容而外,对于民法范围内的许多具体问题,例如:同财共居的家长制,嫡长子 in 宗祧继承中的优先权,妇女在“三从”传统中所处的被压迫地位,家庭中的夫妇之别和妻妾之别,子女间的嫡庶之分,婚姻关系中的“父母之命”、“七出之条”,亲属关系的亲疏远近等等,又可分别加以解决。不难看出,关于婚姻问题、亲属关系、继承权问题——一般民法中的重要问题的解决,都由传统的“礼”承担起来,可以说礼的某些部分,在本质上就是民法。某些法制史研究工作者硬说中国“没有民法”,只能暴露自己见解的片面性,甚至是“有眼不识泰山”。

可能有人说:法的特点是必须经国家机关公布,而礼只是道德规范,并不是法律规范。这是形式主义的论调。须知法的公布,属于后期立法程序的必要条件,不能拿这个新的尺子去衡量古法。《法经》未经过公布程序,并不妨碍它成为当时优良的法制,何况儒经在整个封建社会,既属强制通行的必读书,凡是知识分子,都在不同程度上铭记脑中。关于“父母之命”那一类与现实生活有关的民事问题,无不深入人心。当然,今天谁也不会提倡以礼代法,或者说是以道德规范代替法律规范,而是为了说明两个问题:(1)不应该由于某些传统缺乏法的形式而漠视其法的实质。(2)法律规范与道德规范的主要区别在于强制性的有无。在整个封建社会中,除了极少数反封建战士而外,难道还有人敢于反抗前述古礼中有关亲属婚姻、继承等民事问题的处理原则吗?有谁敢于反抗,马上就被扣上“离经叛道”的大帽,落得个“出礼而入刑”的严重后果。

不容否认,在民法方面,还有物权、债权问题,未曾在儒经中得到适当解决。但也未可一概而论:作为物权主要部分的所有权问题,基本上已在有关继承部分得到解决。至于债的关系,在重农轻商的经济政策影响下,在封建社会前期,债务纠纷较少发生,因而债法的重要性并不突出。到了唐代,商业较前发达,《永徽律》的《户婚律》部分也就在增加有关婚姻、亲属、继承等问题的规定的同时,开始规定“钱债”问题,补足了民法方面的缺陷。以后的立法,如《明律》、《清律》中,关于这类的民法规定,更加详密得多。

由于礼在封建统治中具有如此的妙用,难怪统治集团把它奉若至宝,视为神圣不可侵犯。哪怕是象《周礼》那样一种冒牌的儒经,早经公认是出于战国时期的伪造,只因为它被传统势力贴上周公的标记,也只好假戏真演,把其中某些内容接受过来,沿用无误。前面提到的“六部”、“六典”是溯源于《周礼》,成为定制。还有所谓“八议”的传统,对封建帝王周围的特殊人物提供了减免刑罚的特权。正是来源于《周礼·秋官·小司寇》所定的“八辟”的假古董——一曰议亲之辟,二曰议故之辟,三曰议贤之辟,四曰议能之辟,五曰议功之辟,六曰议贵之辟,七曰议勤之辟,八曰议宾之辟。”注曰:“辟,法也。”这就是说,凡是与皇帝有直接关系的这八种人,犯了国家法律,均可减轻或者免除刑罚,而逍遥法外。他们包括一些怎样的人物,历代法律在范围(例如“亲”,可包括同皇帝有几个亲等之人)方面各有不同的规定,但凡属按照规定属于在“议”之列的人物,总享有减免刑罚的特权。这在其他法系,并不多见,但在我国的旧法中,却已司空见惯,并不新奇。当然,减免刑罚的特权,居然被披上合法的外衣,这是中华法系的一个污点,而中国法制的研究需要突破法制的框框,深入到儒家经典(包括真经和假货)之中,去探索法制的史料以及法制与儒经相互间的密切关系,也可于此略见一斑。