

中华法系特点探源

张 晋 藩

中国封建法律经过二千多年的缓慢发展过程,至一八四〇年鸦片战争以后,才开始解体。西方资本主义侵略者用大炮轰开了中国闭关自守的大门,资产阶级的政治法律知识和商品一起输入,对中国的社会经济基础和上层建筑都发生了深刻的影响。二十世纪初期,清朝统治者实行变法修律,仿照资本主义国家的法律,起草了新的刑律、商律和其他法律。这些法律还没有来得及实行,清王朝便被辛亥革命的怒涛所淹没,从此中华法系便丧失了它的独特性质。不过从半封建半殖民地的法律体系中,还能找到它的一鳞半爪的残留痕迹。

(一)

从中国法制的历史实际出发,我认为中华法系的基本特点可以概述如下:

(1) 法自君出

无论中国奴隶制还是封建制国家,都采取以王或皇帝为主宰的专制主义政体。君主意志是法律的基本渊源。君主发布的诏、令、诰、谕、敕是具有最高效力的法律形式,也是指挥国家活动和司法实践的最有权威的根据。早在商朝奴隶制时代的典籍中,便有“听予一人之作猷”、“惟予一人有佚罚”^①的记载,连同甲骨文中“贞:王闻惟辟”、“贞:王闻不为辟”,都说明了商王个人握有高于一切的惩罚大权。及至周朝,王权的专制主义统治更加发展,有所谓“礼乐征伐自天子出。”^②其后,在漫长的封建社会,专制主义中央集权的政体沿着螺旋上升的轨迹,不断地强化。皇帝不仅拥有超越于法律之上的一切权力,甚至整个国家都被看作是他个人的私产。作为国家意志的法律也是以皇帝个人名义发布的,即所谓“钦定”。由于皇帝的诏令可以左右法律,也可以创制和取消法律。因此汉武帝时廷尉杜周在答复“不循三尺法,专以人主意指为狱”的指责时,毫不含糊地说:“三尺(法)安在哉?前主所是著为律,后主所是疏为令。当时为是,何古之法乎”^③。这确实道出了整个封建时代法制的真实情况。与律相比,令是针对形势的需要随时颁发的,“天子诏所增损不在律上者为令”,^④因而具有灵活性,适用的范围非常广泛,效力也远远超过律,逐渐成了封建法律体系中的基本形式。所有这一切,都反映了专制制度的发展和封建法网的严密。不仅如此,皇帝又是国家的最高审级,握有一切大狱的最后决定权,既可以亲自主持“廷审”,也可以恣意审批会审和复奏的要案。对于涉及特殊身份的贵族、高官的案件,必须事先奏闻、取旨,不得擅自勾问,如违背“应上奏而不上奏”的法定程序,主审官要受到刑罚的处分,借以保证皇帝对司法权的控制。在西方封建君主制国家也存在法自君出的现象,例如,英国国王詹姆士便认为国王权力无限,是国王创造法律,而非法律创造国

① 《尚书·盘庚》

② 《论语·季氏》

③ 《汉书·杜周传》

④ 《汉书·宣帝纪》注

王。法国国王路易十四也宣称：朕即国家，法律皆出于我。但是，就封建君主制统治的时间和程度来看，任何一国都远逊于中国。二千年来法自君出的传统，至今仍然可以觉察到它的深远影响。

（2）受儒家伦理道德观念的强烈影响

如果说以《古兰经》为主要法典的阿拉伯法系带有浓厚的宗教色彩，那么中华法系则受到儒家伦理道德观念的强烈影响。孔子所说“道之以政，齐之以刑，民免而无耻。道之以德，齐之以礼，有耻且格”^①最早表达了儒家既主张运用法律的武器，又重视道德教化的作用，即以礼（德）辅刑的思想。及至荀况倡“隆礼尚法”之说，则更进一步阐明了儒家礼法并用的主张，并为封建社会礼法揉合的政策奠定了理论基础。后世孔孟之徒大都鼓吹“德（礼）刑并用，常典也。”^②董仲舒还把这二者与阴阳四时相比拟，借以论证它的不可偏废。特别是他提倡的所谓“春秋经义决狱”，把儒家的经典当成了审判的直接根据，这是伦理道德影响法律的突出表现。引经断狱之风延续了七百余年，至隋、唐随着封建法制的完备才逐渐终止。但这并不意味着封建道德对法律影响的减弱，而是礼入法中，成为封建法律的重要内容。

历代封建法典都贯串着礼（德）主刑辅、明刑弼教的精神，都以严刑峻法维护忠君、孝亲，严上下之别、明尊卑之义的纲常名教。封建统治者从长期的统治实践中，深知道德的作用，在维护尊卑贵贱等级制度，和从精神上禁锢广大劳动人民等方面，有法律所不及之处。但是道德与法律不同。它没有国家权力的强制性，因此，还必须以法律手段来维护剥削阶级的统治，为其经济基础服务。汉廷尉陈宠说：“礼之所去，刑之所取，失礼则入刑，相为表里者也。”^③也就是说，法以礼为指导原则，礼以法为推行工具，凡属礼之所许必定为法所不禁，而法之所禁，又必定为礼所不容。一旦礼起不到使人向善，防止犯罪的作用，便要绳之以法，动用刑罚，给予暴力镇压。即所谓“礼者禁于将然之前，而法者禁于已然之后。”^④总之儒家所提倡的伦理道德观念，对于封建法律的影响，不仅强烈，而且深远。

（3）家族法在整个法律体系中占有重要地位

家庭是人类社会的细胞组织，在封建时代又是承担国家赋税、徭役和兵役的基本单位。因此，家内秩序的稳定对于社会秩序的稳定，国家统治的巩固，都有十分重要的意义。中国古代的统治者和为他们服务的思想家，从实践中深知“天下之本在国，国之本在家”^⑤，因而竭力宣扬“家齐而后国治”^⑥。中国奴隶制的法律便已确认家长拥有统治族属成员的无上权力，所谓“天无二日，国无二君，家无二尊”^⑦。进入封建社会以后，儒家的纲常伦理思想发展成一套完整的三纲五常学说，并通过国家法律的形式，确认和维护封建四权——政权、族权、神权、夫权的统治。儒家大肆鼓吹事君与事父的统一性，借以强化专制主义的制度。说什么：“君子之事亲孝，故忠可移于君”，“故以孝事君则忠”^⑧。正如马克思在《中国革命与欧洲革命》一文中所指出的：“就象皇帝通常被尊为全国的君父一样，皇帝的每一个官吏也都在他所管辖的地区内被看作是这种父权的代表。”

① 《论语·为政》

② 《申鉴》卷二，《时事》。

③ 《后汉书·陈宠传》

④ 《大戴礼记·体察篇》

⑤ 《孟子》

⑥ 《大学》

⑦ 《礼记·坊记》

⑧ 《孝经》

为了把巩固封建国家的任务落实到基层,保证家长代替官府监管族众,征调赋税,裁判纠纷,推行政令,封建法律明确宣布凡是触犯家长的权威,或违反家长意志的行为,便构成“不孝罪”,与“谋反”一样都属于“十恶”大罪之列。同时也赋予家长一系列权力,例如,卑幼未经家长允许,擅自动用家财,处笞、杖刑;父母在,子孙“别籍异财”,按不孝治罪。而从晋朝起,法律允许父母对于违反教令、敬恭有亏的卑幼杀之无罪。明、清律还肯定了家长所拥有的送惩权,即可以请求官府代为惩处,或杀或罚以家长意见为准。至于亲属间的法律纠纷,一般听凭家长、族长裁决。如呈报官府则“依伦常而重其刑”,凡属以卑犯尊概处重刑。

不仅如此,从宋朝起,随着阶级矛盾不断激化,农民起义此伏彼起,封建统治者更加需要通过稳定家内秩序,来巩固国家的统治,因而除了严格执行法律中的有关规定外,还以国家的名义支持当时流行于社会上的大量“宗规”、“家训”之类的家族法,推广一些大家族用棍棒维持家族内秩序的经验,力图通过家长、族长进一步严密地钳制和束缚家族成员,使其不得犯上作乱。宋以后,元、明、清三朝都继承了这个传统,出现了五花八门的适用于家族内的成文法。它们是对国法的重要补充,表现了家族系统所承担的巩固国家统治的特殊职能。正因为如此,调整家族关系的法规,才在中国封建法律体系中占有重要的地位。

在中国封建家长制的统治是悠久的。它之所以能长期维系,在于有政权作后盾和法律的强制作用,但是归根结底,还是由于封建自然经济所决定的。五四运动时期,李大钊曾经十分精辟地指出:“中国以农业立国……所以大家族制度在中国特别发达。中国的大家族制度,就是中国的农业经济组织,就是中国二千年来社会的基础构造。”^①

(4) “民刑不分”与“诸法合体”

中国封建时代颁行的法典,基本上都是刑法典,但它包含了有关民法、诉讼法以及行政法等各个方面的法律内容,形成了民刑不分、诸法合体的结构。不仅法典如此,其他如汉朝的编令、宋朝的编敕,明清的编例,也都不以它所调整的内容和性质来区分门类,而只是依照时间顺序加以编辑,删去其矛盾重复之处。

在西方古代的法典如罗马十二铜表法中,也包括民刑、诉讼等法,但民法所占比重较大,以后更形发展。相反,在中国的封建法典中,有关田土、钱债、户籍、婚姻等规定,所占的比重较小,条文也较为简单。这是因为调整民事法律关系的,不仅有国家颁布的法律,还有国家认可的长期流行的习惯,以及根据儒家思想所制定的礼,它们都起着十分重要的作用。《礼记·曲礼》说:“夫礼者,所以定亲疏、决嫌疑、别同异、明是非也。道德仁义,非礼不成;教训正俗,非礼不备;分争辩讼,非礼不决;班朝治军,莅官行法,非礼威仪不行”。中国封建法典所采取的民刑不分、诸法合体的法律结构形式,一直延续到清末变法。这种保守性是与封建社会长期停滞,发展缓慢的历史条件分不开的,因为法律关系从来都是社会经济关系的反映。但以刑事制裁的手段处理民事方面的案件,也暴露了中国封建法律的严酷。这种结构形式还和中国封建时代司法机关与行政机关的统一,密切相关,互相影响。

早在奴隶制的商朝,中央虽设立了专门的司法机关,但囿于专制王权的横暴,很少有可能独立地行使职权。秦、汉时,以廷尉为中央司法机关,负责审理皇帝交办的诏狱和地方审理不当的疑案。廷尉的判决要由皇帝和丞相最后决断。汉武帝以后,尚书台所属三公曹、二千石曹也管理司法,从而侵夺了廷尉的职权。唐时以大理寺、刑部、御史台为中央执掌司法的机关,但

^① 《由经济上解释中国近代思想变动的原因》,见《新青年》7卷,2号。

死刑案件,刑部须会同中书、门下二省更议,名为慎刑,实则增强了行政对司法的控制。明、清两朝,会审制度进一步发展,重大案件除由刑部、大理寺、御史台组成三法司会审外,有时还由六部尚书、都察院都御史、通政使和大理寺卿共同组成九卿会审,这标志着中央行政机关对司法的全面干涉。

至于地方司法活动由行政机关兼管,组织上是统一的,地方行政建制亦即司法审级。宋以前州县长官不亲自审判而由佐吏负责。宋以后,为了加强司法镇压,规定州县长官必须亲自审理案件。明、清两朝专制主义中央集权更加发展,地方司法机关的职权也不断地被侵削,省虽设司法机关按察使,但须受督抚节制,而且只有权处理徒罪以下案件,徒罪以上案件必须呈报刑部。由于地方司法机关与行政机关直接结合,司法机关逐渐变成了行政机关的附庸,从而为行政长官借诉讼鱼肉人民提供了方便。

(5) 律外有“法”

中国封建时代,律虽居于主导地位,是具有代表性的比较稳定的国家大法。但律不是法的唯一形式,律的作用和效力也经常受到其他法律形式的补充和制约。例如,汉朝律外有“令”、“科”、“比”;隋、唐增加“格”、“式”;五代和宋有“敕”;明、清有“例”。这些律外之法,不仅数量远远超过律,效力也凌驾于律之上。由于它们是针对变化着的形势随时颁发的,具有很大的灵活性。因此,到了封建社会后期,适用的范围便愈益广泛。从明朝起,例附于律文之后。清律承袭明制,明确规定:“凡律令该载不尽事理,若断罪无正条者,引律比附,应加应减,定拟罪名。议定奏闻。”清刑部曾就此解释说:“凡五刑之属三千著于律,律不尽者著于例,……有例则置其律,例有新者则置其故者,律与例无正条者,得比而科焉,必疏闻候旨”^①。乾隆时修订大清律,律文四百三十六条,附例竟达一千四百零九条。乾隆十一年遂确定“条例五年一小修,十年一大修。”至同治九年,例已增至一千八百九十二条。由于清代“有例则置其律”,律几乎成为虚文,表现了封建社会后期君主专制统治的加强和司法实践中比附断案的进一步系统化、制度化,从而弥补了因律无正条而造成的疏漏,使得封建法网更加严密。但由于条例繁多,便于封建司法官员随心所欲地援引,转而助长了专横武断的作风。特别是刑名胥吏通过抄签的诀窍,垄断了条例方面的知识,甚至聚徒传授,子孙相承,作为世业,从中营私舞弊,巧取豪夺。康熙时,湖广道御史李云芳在奏议中说:“则例纠纷,胥吏欲轻则有轻条,欲重则有重款,事同法异,总缘多立名色,便于高下其手”^②。至清季末叶,封建法制更加腐败混乱,例的作用也愈加突出,有些律已成了僵死的具文。

(二)

中华法系形成的社会历史根源:

首先与中国所处的自然地理环境有关

马克思主义认为地理环境虽不是社会发展的决定性因素,但却是社会存在与发展的必要的和经常的条件之一。由于地理环境直接或间接地影响着社会生产力、生产关系和上层建筑,因而对某个民族社会制度和政治历史特点的形成,有着不可忽视的意义。正因为如此,研究任何一个民族的历史,都需要从它所处的自然环境入手,这就是为什么恩格斯写《爱尔兰史》一书,把地理环境列为第一章的原因。

^① 《大清会典》卷五十四

^② 《康熙实录》第三十三卷,第二页。

中国是一个地处东亚大陆,拥有九百六十万平方公里的多民族大国。东亚大陆的地形、气候、土壤条件以及丰富的资源,使得中国很早就跨进了文明历史的门槛。中华民族是以黄河流域为摇篮发展起来的。这里气候温和,雨量充沛,土质松软,地处平原,具备发展原始农业的良好条件。因此,公元前二十二世纪左右,活动于黄河流域的最先进的夏部落,便在木石器生产工具的基础上发展了原始的农业生产,促进了社会财富的增长,加速了私有财产的形成和阶级的分化,为国家的产生准备了物质前提。

由于夏代的历史具有“早熟性”,因此,(1)在原始公社解体的过程还保留着氏族村社的残余,而氏族村社作为一个经济单位,又是进入阶级社会以后宗法制度得以存在和发展的经济基础。(2)氏族内部的阶级分化也有其复杂性,既出现了奴隶主贵族和奴隶,又有众多的平民。而在奴隶中,大量的的是被俘获的种族奴隶,债务奴隶和工商奴隶则很少。(3)中原地带虽然物产丰富,动植物品种繁多,但海上交通不便,商品经济不发达,自给自足的自然经济长期占主导地位,因而造成了中国古代历史,其中也包括法制历史发展的独立性。这种独立性由于长期与外界隔绝而很少改变,因而也显示出一种特有的“孤立性”。

总之,中华民族所处的地理环境,一方面使得文明发达较早,规定了中国奴隶制国家形成和发展的途径;另一方面,也深刻地影响着封建社会的经济和政治。中华法系之所以长期未受外来因素的影响而改变或中断,以及它在陈陈相因的缓慢发展中所表现出来的保守性、连续性和特殊性,都是和中华民族所处的地理环境分不开的。

其次与生产方式的特点有关

马克思说:“法的关系正象国家的形式一样,既不能从它们本身来理解,也不能从所谓人类精神的一般发展来理解,相反,它们根源于物质的生活关系。”^①他还指出:“每种生产形式都产生出它所特有的法权关系、统治形式等等。”^②中国奴隶制时代最主要的生产资料——土地采取王有,亦即奴隶制的国有形式,所谓“普天之下,莫非王土,率土之滨,莫非王臣”^③。受封的贵族、功臣只享有土地的占有权、使用权,而无所有权。除国王外,土地不得私相传授和买卖,所谓“田里不鬻”^④,土地国有问题不仅是剖析奴隶制社会及其向封建制转变的关键,也是了解中国古代所有权观念和形式的出发点。

中国奴隶制解体和封建社会形成的过程,就是从打破土地国有制确立土地私有制开始的。从此土地可以继承也可以买卖。土地买卖的结果,一方面产生了大量自耕农;另一方面也出现了为数众多的官僚地主、商入地主。

封建的经济对中华法系有哪些影响呢?

第一、封建的地主土地所有制和租佃制是中国长期实行专制主义中央集权制度的经济原因。与中国相比,西方在十五世纪以前普遍存在着领主经济。封建领主可以世代相承地占有领地和终生占有农奴,不仅有固定的等级身分,而且在领地以内执掌行政权、司法权和军事权。与此相反,中国封建时代虽然存在着士庶、良贱的等级划分,和与其身分相适应的不平等的法律地位,以及在车骑、服饰、器用等方面不许僭越的法律规定。但是这种等级差别,并不是由于土地所有制的严格等级结构造成的。也就是说,贵者必然是富者,但富者未必都是贵者。特

① 《马克思恩格斯选集》第2卷,第82页。

② 同上书,第91页。

③ 《诗经·北山》

④ 《礼记·王制》

别是由于土地买卖的流行,使得地主对土地和佃农的占有是不固定的,也没有固定的等级身分,不能掌握行政权、司法权和军事权,而必须由专门的郡县国家官吏掌握。这些官吏是由国家任命的,只对皇帝负责,他们的权力受中央节制,并可以随时罢免。即所谓“官无定守”^①。至于皇帝却因此而握有至高无上的“专己之威”。皇帝本身也就是地主阶级的总代表。

此外,国有土地的大量存在,对专制主义中央集权的加强也有一定的作用。这就使得中国封建专制政体螺旋式上升,不断强化,而维护君权也就成了中华法系的基本内容。

第二、在自然经济占主要地位的封建社会里,个体农民经济是社会经济的基本单位,“一家一户就是一个生产单位”。在这个狭小的生产规模中,农业和手工业结合在一起,“男耕女织”就是这种经济结构的典型写照。封建的家长制家庭,就是建立在这个经济基础之上的社会细胞组织。家长所拥有的管理、监督生产和支配家庭财产的权力,是封建的小生产经济存在和发展的要求。家庭成员相互间的身分、地位观念,以及一系列行为准则,也都是同这种经济状况相适应的。封建国家用法律维护家长制,调整家庭成员之间的权利义务关系,不单纯是政治原因,也有它的经济目的,即维系个体经济的再生产。由于家庭对于社会生活的政治作用同国家利益是一致的,因此,家族法自然要在中华法系中占有重要的地位。同时,由于封建个体经济的闭塞和保守,使得封建家长制能够长期存在,与此相适应的家族法也得以辗转继承。

第三、由于中国封建社会很早就流行着土地买卖,一些工商业者和高利贷者,乐于把利润和利息用来购买土地,使利润、利息地租化。在他们看来,土地是“举天下之物不足较其坚固,其可不思所以保之哉”^②,而且地租又是剩余劳动的通常形态,利润、利息的总量必然少于地租总量,所谓“本富为上,末富次之”。^③但是,商业资本、高利贷和地租三位一体所造成的货币资本不能大量积累,商业资本不易转化为工业资本,又成了封建社会经济发展缓慢,封建社会长期停滞的原因之一。加上中国封建自然经济所具有的内部的坚固结构,以及政治权力的保护,使得封建经济解体的过程极其缓慢。马克思曾经指出:“在中国,那就更缓慢了,因为在这里,直接的政治权力没有给予帮助”^④。事实上封建统治者不仅利用手中的政治权力维护封建的生产方式,使之不致发生改变,而且还百般束缚、压制资本主义萌芽因素的增长。由此便不难理解为什么在二千多年的中国封建法系中很少有实质性的变化。

最后,与宗法制度的长期统治有关

宗法制度是从氏族组织的血缘宗族关系蜕变而来的,是维护奴隶主贵族的阶级统治、奴役平民和奴隶的政治工具。早在中国国家形成的过程中,氏族组织中显贵家族的首领,逐渐转化为奴隶主贵族,他们保留了父系大家族的血缘关系的外壳和传统,发展成奴隶制的宗法制度,使宗法组织与国家机构相结合,家族的统治权被改造成为国家的统治权。参加国家管理的,既是氏族时代显贵的家族之长,也是奴隶制大家族的族长。所谓“人惟其旧,器非其旧,惟新。”^⑤例如,西周时的周王,在政治上是共主,在宗法上是天下的大宗,他的兄弟对周王而言是小宗,但在封地以内则为大宗。由于宗法制度和等级制度互为表里,紧密结合,各级宗主既握有族权,又握有行政权和司法权,他们和一般宗族成员即平民,是统治与被统治的关系。同时,一个宗族又是一个奴隶占有单位,包括大量被征服的奴隶在内。

① 《亭林文集·郡县论》

② 张英:《恒产琐言》

③ 《史记·货殖列传》

④ 《资本论》第三卷,第373页。

⑤ 《尚书·盘庚》

在宗法制度下,国家实行“亲贵合一”的组织原则,所有国家官职概由贵族家族世袭垄断。国家的行政管理体系和结构形式,根据宗法关系来缔造,所谓“非我族类,其心必异”^①。国家的军队也以贵族家族的亲属成员为骨干进行编制,整个国家的统治网是以各个大家族为中心联结起来的。国家的都城,既是政治中心,又是宗族统治的中心,是祖庙所在之地。“凡邑有先君宗庙之主曰都,无曰邑;邑曰筑,都曰城”^②。

由于亲贵是合一的,因此国家官职的高下根据血缘关系的亲疏进行分配。不同等级的官职,同时又是不同等级的宗主,他们拥有祝宗、室老等形式上管理宗族的官僚组织,以及军队、监狱、公堂等暴力机关和适用于宗族内部的习惯法。宗主有审判直到处死族众的权力,所谓“戮于宗”^③。正是由于宗法制度沟通了奴隶主贵族的家与国家之间的联系,使得王权与族权在共同维护奴隶主贵族专政的政治基础上直接统一起来了。因此,在古代祭祀宗庙社稷的“祀”,与保卫宗庙社稷的“戎”,同被视为最重要的国家活动,“国之大事,惟祀与戎”。^④

中国古代宗法制度的形成,除去历史的传统和政治上的原因以外,还在于保留下来的氏族村社组织作为它的经济基础。

进入封建社会以后,宗法制度发生了一些变化,不再直接表现为国家的政治制度。但是奴隶制宗法制度的基本精神和原则,例如,政权与族权、君权与父权的结合;大贵族之家与国的相通;嫡长子继承制;家长在家族内部的特权,妇女的无权地位,等等,完全被继承下来,并且得到了更广泛的发展。封建的家长制家庭,就是宗法制度的衍生物和宗法社会的缩影。

封建时代的族权,是由宗祠、支祠以及家长、族长的家族系统体现出来的权力。它与奴隶制时代直接体现为国家权力虽有所不同,但仍然是一种为国家所强制保证和支持的特殊权力。封建统治者力图把巩固封建国家的任务落实到基层,通过千支万系的家族组织,束缚和压迫广大劳动人民。明代,王阳明在镇压农民起义时,便极力发挥封建家族组织的反动作用,要求家长、族长严厉约束子弟,作到“德义相助,过失相规”,“小心以奉官法,勤俭以办国课”^⑤。由于得到政权的强制维护,封建制的宗法制度和精神,一步步地扩展到整个社会,影响着千千万万个家庭。特别是封建自然经济的长期占支配地位,使得矗立于其上的宗法制度也经历了漫长的岁月,而封建法律从巩固地主阶级的国家统治出发,强制地全面维护和推行封建的宗法制度,由此便不难理解为什么调整家族关系的法规,在中华法系中会占有那样突出的位置。

总之,中国从进入阶级社会时起,政权、族权、神权、夫权便互相补充,互相渗透,共同组成了束缚广大劳动人民的四条强有力的精神绳索。宗法制度的政治作用和宗法观念的影响,在中国古代是强烈的、深远的。甚至在社会主义的新中国建立三十年后的今天,还可以看到它的某些遗痕和烙印。



① 《左传·成公四年》

② 《左传·庄公二十八年》

③ 《左传·成公三年》

④ 《左传·成公十三年》

⑤ 《王阳明全集》卷十六