

比较法律文化论集



教育部人文社会科学重点研究基地
中国政法大学法律史学研究院 编



中国政法大学出版社

D909-53/2

2007

比较法律文化论集

教育部人文社会科学重点研究基地
中国政法大学法律史学研究院

编

中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

比较法律文化论集/教育部人文社会科学重点研究基地, 中国政法大学法律史学研究院编. —北京: 中国政法大学出版社, 2007. 10

ISBN 978-7-5620-3104-8

I. 比... II. ①教... ②中... III. 法律-文化-对比研究-文集 IV. D909-53
中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 166427 号

书 名 比较法律文化论集

出 版 人 李传敢

出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)

北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088

zf5620@263.net

<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)

(010)58908325 (发行部) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购)

承 印 固安华明印刷厂

规 格 787×960 16 开本 24 印张 475 千字

版 本 2007 年 11 月第 1 版 2007 年 11 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-5620-3104-8/D·3064

定 价 39.00 元

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

序

这本文集收录了中国政法大学法律史学研究院专职与兼职（本校）研究人员发表的论著 30 篇。从时间上看起自 1980 年，迄至 2006 年。虽然作者关注的热点不同，涉猎的方面和切入的角度也有异，但都围绕着一主线，那就是弘扬中华法文化，这是法史学人的天职。为了展示学术发展的真实进程，所录文章除个别错字改正外，不做改动。

中国政法大学从 1990 年起，便招收中国法文化方向的博士研究生。我在 1991 年 3 月 19 日《人民日报》海外版发表《简谈中国法律文化》一文提出：“要从浩瀚的法律文化资料中吸取精华，为当前的法制建设和精神文明建设服务。”如果说 16 年前中国法文化领域的研究尚处于蓓蕾阶段，那么今天已经是万紫千红的春深花圃，中青年学者迅速成熟起来，成为中国法文化研究的中坚力量。

有着四千余年法制文明悠久历史的中国，遗留下来的法文化宝藏积淀雄厚、博大精深。它吸引着国内外无数学者去研究、探索，寻找中华民族先人们所创造的法文化的辉煌。我们研究编写中国法文化的历史，其实是在编撰着中华民族的骄傲，是在释放着中华民族的魅力，是在为后代塑造中华民族的尊严。

这本文集说明了中国政法大学，法文化研究者所走过的崎岖之路，并且预示着他们在这条路上将永不停息、永远攀登。

张晋藩

2007 年 5 月

目 录

开展比较法制史的研究/张晋藩	(1)
中外法制历史比较研究刍议	(4)
中西宪法文化的比较	(21)
从清代注释律学看中西法律文化的差异	(31)
庄园、教会与宗族/朱勇	(36)
——东西方封建社会结构比较	
“衡平”与“原情”：论中世纪英格兰与中国古代对于 法律公正的二次救济	(44)
法律文化与政治文明和社会发展/张中秋	(57)
——概念、经验、原理和意义的探讨	
中日法律文化交流的动因比较分析	(64)
中日法律文化交流的选择比较	(75)
继受与变通：对中日法律文化交流的考察	(91)
人与文化和法	(119)
——从人的文化原理看中西法律文化交流的可行与 难题及其克服	
犹太律法和中国古代法的伦理特点分析/曾尔恕	(127)
论中国古代法和罗马法中的夫权	(136)
德国法对当代中国大陆民法影响浅论	(148)
论中国古代的法律自然主义 /崔永东	(164)

中西政法文化的几点比较	(184)
比较视野里的中西法律文化	(205)
——兼与古以色列法律文化比较	
从中西立法过程比较《唐律》与《国法大全》/王宏治	(223)
西方法律文化的输入及其对中华法系的冲击/李曙光	(236)
律令体制下的日本神祇祭祀/郑显文	(240)
从唐律到日本律	(252)
——关于日本律成立的几个问题	
日本对唐代服制的继受与变通/金肩	(270)
唐与清关于异族通婚的法律比较	(281)
中日法文化交流的历史回眸/李青	(290)
中日“家事调停”的比较研究	(298)
《大明律》与中朝法文化交流	(305)
秦律与日耳曼法之比较/顾元	(311)
中国传统衡平司法与英国衡平法之比较：从“同途殊归”到 “殊途同归”	(325)
论判例法的传统及其变革性机制	(347)
——以 20 世纪西方两大法系的融合趋势为主要背景	
关于法律多元论的反思/张德美	(362)

开展比较法制史的研究

张晋藩*

随着法制史科学的发展,开展中外比较法制史的研究不仅必要,而且也具备条件。在大学法律院校开设比较法制史课程,也应提到日程上来。

中国古代法制无论体系、形式、制度、原则、精神、经历、演变都具有明显的特点。这些特点的形成是和中国古代的社会结构、民族习惯、文化历史传统、地理环境的特殊性分不开的,因此,开展比较法制史的研究,不仅可以了解中外法制历史的真实进程,而且可以更准确地掌握中华法系所具有的特点和发展的规律性。

中国是一个具有 4000 多年没有中断的法制历史的国家,这在世界文明古国中是仅见的。譬如,埃及大约在公元前 4000 年就进入了奴隶制社会,但在公元前 525 年至公元前 332 年间,曾两度被波斯国征服;以后又相继在亚历山帝国、罗马帝国的统治下灭亡了。因此埃及的法制史和埃及的历史一样曾经中断过,甚至连古文字都废而不传。产生在公元前 3000 年的古国巴比伦的法制历史,也有类似的情况。中国由于法制历史从未中断,因此沿革清晰、源流明显,既完整又系统,成为中国文化遗产中的重要部分,也是研究东方法制史颇具典型意义的样板。

中国奴隶制时代,习惯法占主导地位,成文法是不发达的,而且不向全社会公布,以便于实现奴隶主贵族所期望的“刑不可知,则威不可测”的目的。与此相反,古希腊雅典于公元前 621 年出现了德拉古立法,其法虽以残酷著称,但却是在改革旧制中制定的成文法。公元前 594 年又产生了著名的梭伦立法,公布了代表新兴工商业奴隶主利益的成文法律,取代了曾经作为捍卫氏族奴隶主利益的重要手段的习惯法。这是新兴的工商业奴隶主向氏族奴隶主进行斗争的胜利成果。罗马早在公元前 462 年,平民保民官特兰梯留便在民众大会上提出编纂成文法。公元前 449 年颁布了著名的《十二铜表法》,这是罗马第一部成文法。中国奴隶制时代,由于氏族社会解体时显贵的家族由家而国,由血缘宗法纽带而政治联结,由氏族公有制而国有制。因此,最主要的生产资料土地是禁止买卖的,工商业也由官府经营,氏族奴隶主贵族始终掌握着权柄,工商

* 中国政法大学终身教授,中国政法大学法律史学研究院名誉院长,博士生导师。

奴隶主没有也不可能形成一支可以和氏族奴隶主贵族相抗衡的社会力量。这是因为中国自给自足的经济结构从一开始就占统治地位,国家的存在与发展不依赖于海外贸易,群众的日常生活也不依赖于市场所致。中国制定和公布成文法,是从郑子产铸刑书开始,这已是奴隶制向封建制过渡的时代了,是新兴地主阶级为保护自己的经济政治利益,而在法制上所作的斗争。

此外,中国奴隶制的法律具有国法与宗法的两重性,这两重性体现了王权与族权的统一。奴隶主贵族极力利用氏族的宗法血缘关系将亲与贵、家与国联结起来,一者掩盖贵族与平民的矛盾;再者借助宗族、宗法来加强国王与国法的权威。这不仅是中国奴隶制法制的基本特点之一,而且对封建法制历史的发展也有深远的影响。

进入封建社会以后,中国的法律不仅特色突出,独树一帜,而且有在很长一段时期影响着东方世界,至今仍被公认为世界五大法系之一。中国封建法律的主要特点是:

一、礼与法的渗透与结合

礼是氏族社会敬神祈福的一种仪式,进入阶级社会以后被奴隶主贵族改造成为确认奴隶制等级秩序的统治手段。礼以尊尊亲亲为原则,广泛调整着社会关系,至汉代确认儒家思想为统治思想之后,礼的内容又为儒家纲常学说所丰富。汉儒通过说经解律把儒家思想引进法律,开始了封建法典儒家化的过程。汉儒还论证了礼与法的关系,形成了“礼主刑辅”的观念,并被封建统治者确认为一项传统的治国理政的政策。儒家的三纲学说不仅是封建法律的理论基础,而且是封建法律的主要内容。用法律的强制力来维护君权、父权与夫权的统治,凡违背伦常之罪要加重处罚;尊卑之间有犯,同罪异罚;以致区别血缘亲疏的丧服制度,也被列为法典的重要内容。不仅如此,以礼为指导,以维护族权为目的的家法、家训、宗规不仅得到国家的承认,而且是对国法的重要补充,在封建法律体系中占有特殊的地位。礼与法的相互渗透和结合,是中国封建法制所特有的。

与此相反,西欧中世纪特殊的历史条件决定了在法律体系中充斥神灵色彩的教会法规是重要的组成部分。教会法规对西欧法律的发展具有重要意义,在婚姻、家庭、继承方面的影响尤为深远。此外,历史悠久的阿拉伯法系是以古兰经为伊斯兰法的基本渊源,由于伊斯兰教影响广泛,因此凡信奉伊斯兰教的国家也都奉古兰经为基本法典。

二、专制主义的强烈影响

中国自公元前 221 年秦统一王朝建立,直到 20 世纪初期清帝国崩溃,经历了 2000 多年的专制主义的统治。而以法兰克王国为首的西欧封建国家,直到 5 世纪才先后建立。其中无论是英国的都铎王朝,还是法国的波旁王朝,都只存在了二三百年的时间。当法国路易十四提出“朕即国家”、“法律出于我”作为加强封建王权的舆论时,已经距资产阶级革命不远了。由于中国封建专制主义经历的时间长,而且沿着螺旋上升的轨

迹不断强化,因此对封建法制的影响是多方面的。在立法权方面,秦统一后便形成了“法令由一统”的局面,立法权高度集中于中央,所有重要立法都以“钦定”的名义宣布,地方没有立法权,城市也没有立法权。即使在魏晋南北朝、五代十国的短期分裂时期,立法权也是相对统一的。西欧封建国家由于长期处于分散状态,教会法、日耳曼法又互相交融,各具效力,以致出现了法律极不统一的状况,不同的封建领地各有自己通行的习惯法和成文法,城市也可以自行立法,教会则更是握有极大的立法权。在司法权方面,从秦始皇起便“昼断狱,夜理书”,控制最高司法权。秦以后通过建立录囚制度、诏狱制度、复审制度使司法权更趋于集中化。特别是在明代随着专制主义高度发展,作为皇帝亲军的锦衣卫和宦官组织东西厂,控制了司法权,以致合法的司法机关——三法司失去了应有的作用,而非法的司法机关却掌握了实在的司法权,这是专制主义腐朽性在司法上的突出表现。西方在长时期的封建割据阶段,诸侯各自拥有与其地位相适应的独立的司法权,而由教会组织的宗教法庭也同样享有独立的司法权。在行政权方面,封建法律全面确认皇帝制度。皇帝不仅是国家的最高首脑,而且利用神权和父权来为其至高无上的地位辩护,所谓“奉上天之宝命,作兆庶之父母”。皇帝全面控制了对官吏的任免、铨选、考绩、奖惩的权力。地方行政权也同样渗透了宗法父权的因素,地方官吏在他的辖区内也都被看作是父权的代表。在封建专制主义的统治下,在族权、父权、夫权的束缚下,“古代日耳曼自由中的精华部分”的“个人自由、地方自治以及除法庭以外不受任何干涉的独立性”,^[1]在中国是不曾有的。

三、充满保守性、孤立性和排外性

中国的法律起源虽早,但在漫长的发展过程中却陈陈相因,充满了保守性、孤立性和排外性。以致17世纪中叶以后,西方已经开始了资产阶级革命,以资产阶级法制取代了封建法制,而中国却停留在完整的封建法制的窠臼。与此相反,西欧封建时代从大陆国家到英国,罗马法、日耳曼法、教会法互相通用,互相渗透,互相补充。中国封建法制之所以保守、孤立和排外,是和中国的特定历史环境分不开的。封建自然经济的闭塞性决定了中国长期是一个封闭的保守国家,而闭塞和保守恰恰是封建专制政权长期存在的重要基础。直到19世纪末20世纪初,传统的封建法系才逐渐解体,中国法制的发展才开始与世界法制的发展沟通。

以上意见很不成熟,只是希望法制史研究工作者注意开拓这一有待开发的领域。

原载《光明日报》1987年10月27日

[1] 《马克思恩格斯选集》第3卷,第215页。

中外法制历史比较研究刍议

当前开展中外法制史的比较研究具有十分重要的意义。这是因为世界各国法制的发展既有共同性又有特殊性,并且在各自的发展过程中形成了既联结又冲突的相互关系和不同程度的相互影响。因此,开展中外比较法制史的研究,可以了解中外法制历史在其发展中的不同源流、进程和趋向;可以把握各国法制的体系、形式、制度、演变以及法律文化所具有的明显区别;可以更准确地概括中华法系的特点和规律;可以开阔法制历史研究的视野,推动研究工作的深化;可以从世界法制历史的发展中广泛寻求有利于我国当前法制建设的借鉴。

用比较的方法研究法制历史,在中国古已有之。孔子所说“殷因于夏礼,所损益可知也,周因于殷礼,所损益可知也”,^{〔1〕}不仅指出了夏商周三代发展的联系性,而且也是从比较研究中提出的结论。因为只有比较研究的基础上,才有可能瞭望所损者何、所益者何。由于古代的礼涉及国家的典章、法制、礼仪、秩序等许多方面,所以从某种意义上说来,孔子是比较法制史的创始人与鼓吹者。至汉代,马融、郑玄既是经学家又是律学家,他们不仅说经解律、引礼入法,而且运用比较的方法考证三代以来的法律制度,为东汉的法制建设作出了重要贡献。史书说:“郑玄囊括大典,网罗众家,删裁繁诬,刊改漏失,自是学者略知所归。”^{〔2〕}

晋初,鉴于汉末法令繁多不能遍睹,根据“蠲其苛秽,存其清约”的原则,将 773 多万字的汉律令及说解,精简为 12.63 万字。这是从晋朝统治的现实出发,在比较汉律令得失的基础上完成的一项巨大的修律工作。著名的律学家杜预从比较研究汉以来法制历史的演变中,得出了以下很有见地的结论:“故文约而例直,听省而禁简,例直易见,禁简难犯,易见则人知所避,难犯则几于刑措。”^{〔3〕}杜预所注《春秋左氏经传集解》也

〔1〕《论语·为政》。

〔2〕《后汉书·郑玄传》。

〔3〕《晋书·杜预传》。

同样运用比较分析的方法,去阐明先秦的典章制度。在封建盛世唐朝产生了著名的《永徽律疏》,它是秦汉以来法制发展中最光辉的成就,它的完成显示了修律者在比较研究历代法制方面所付出的巨大功力,《永徽律疏序》清楚地说明了这一点:“爰造律疏,大明典式,远则王皇妙旨,近则肖贾遗文,沿波讨源,自枝穷叶,甄表宽大,裁成简久,譬权衡之知轻重,若规矩之得方圆,还彼三章,同符画一者矣。”清代薛允升曾就中国封建时代中后期具有代表意义的两部法典——《唐律》和《明律》进行了比较研究,编成《唐明律合编》30卷。该书针对唐明律文以及有关律令,剖析其异同,衡平其宽猛,论证其得失,鉴别其优劣。作者寓褒贬于比较之中,而意在书外。

在20世纪初期,沈家本主持变法修律,不仅详考古律,而且广译西法,以“博取中外,会通中西”为修律的方针,在广泛收集整理中国古代法律资料的同时,强调学习西方法律。他提出用西方“彼法之善”来补己法之“不善”,“撷其英华,弃其糟粕”,“取人之长,补吾之短”。为此,他不仅广译西法,而且聘请资本主义国家的法学家来华任教和参与修律,并创办了近代的法律学堂。沈家本主持制定的以《大清新刑律》为代表的系列法律,都是运用比较的方法研究中西法律的成果。他既深悉中国法制的历史,又明白欧美日本的法律大概,这使他有可能会突破中国古代律学家仅就中国法制发展作纵向比较的窠臼,第一次越出了国界,把中国的法制改革与世界法系联系起来,从中外法律的横向比较中寻求改革中国法制的途径,可以说沈家本是中国近代比较法学的奠基人。

历史进入现代以后,比较法学在缓慢中发展,逐渐深化到部门法中去。钱端升、王世杰撰写的《比较宪法》就是一例。

在西方,运用比较方法研究法律制度,首推亚里士多德,曾经对150多个城邦的政治法律制度进行比较研究。至18世纪启蒙思想家孟德斯鸠撰写的《论法的精神》则是近代比较法学具有伟大开拓意义的巨著。特别是当西方学者将“法系”的概念提出以后,各种比较法的著作和研究中心大量出现,并最终达到了比较法研究的高潮。

如上所述,中国的以及世界其他国家的律学家和法学家们,在比较法制史学及比较法学的领域中作了许多艰苦而卓有成效的工作,为我们积累了丰富宝贵的资料,提供了许多有价值的研究方法和成果。

但是,中国古代的律学家们为了总结历代法制的得失,虽对具体的律文规定进行细致的分析比较和删并,但很少从理论的高度及文化结构与价值判断上进行反思,更没有从世界法律文化发展上着眼和体验,所以他们的工作,从本质上讲还属于服从统治者政治策略的短期行为。西方的比较法学者掌握了较为完善的逻辑思维工具,并处于较为宽松的研究环境,对比较法制史学从各个角度进行了研究,但囿于观点和分析能力,并未使这门学科发展到应有的高度,特别是涉及中国传统的法律时,一般都表现出缺乏深度,甚至出现许多错误。19世纪的梅因是英国著名的文化人类学家和比较法学家,他所著的《古代法》一书被西方奉为比较法经典著作,但此书对于中国传统法律

的认识就存在重大偏颇。比如他说中国古代“只有刑法而没有民法”就是一个例证。法国的勒内·达维德是当今比较法学的巨匠,但翻开他的代表作《当代主要法律体系》就能发现分析较薄弱,尤其在论述有关中国法律时更是显得浮光掠影。

当前应该怎样在前人研究的基础上进行中外法制历史的比较研究呢?我认为要以中国法制史为主,有选择地同世界其他国家的法制史进行宏观上、总体上的比较,并给予综合评论,但也不排除特定制度上的微观比较。中外法制史的比较研究不仅要说明中外法制历史发展的异同,而且还要揭示造成这种异同的社会历史根源,包括经济、政治、思想、文化、地理环境、民族习俗和心理状态等各种因素,因而是一个十分艰巨的课题。

首先,我们应该注意从对几种不同传统的法律制度的比较研究中,找出人类法律文化发展的某些共同规律。中外比较法制史学有其特定涵义,它的研究对象是将自成传统与体系的中国法制历史与另一种传统与体系的法制历史进行比较、分析和综合。因此它必须是在两个国家(如中国和印度)、两个地域(如东方和西方)、两个民族(如中华民族和其他民族)之间进行的比较分析。当前比较学的研究方法大体有两种,所谓“平行”(parallels)研究和“影响”(influence)研究。前者是指在两种互无影响、但又有可能比性的传统思想文化中进行比较研究,找出共同与不同之处,以说明一般规律或特殊性质。后者是指在两种互相影响(直接的、间接的)或单方面受到影响的不同传统思想文化中进行比较研究,找出其异同以揭示相互间的冲突和吸收。但无论哪一种比较方法,都不应是简单的类比,或仅是抽出两个孤立的现象进行比较,只有在全面研究基础上的比较研究,才可能找到某些规律性的认识。

中国、印度、阿拉伯和西方各国的法律文化存在着极其复杂的差异性,开展中外法制史比较研究的目的之一,就是把握中国传统法律文化的特殊性,了解这种法律文化在世界法律文化中的地位和贡献,并从比较研究中发现和提出新的研究课题。

二

中国古代的法制具有 4000 多年没有中断的历史发展过程,这在世界文明古国中是少有的。比如,盘桓在尼罗河两岸的古埃及虽然大约公元前四千多年就进入了奴隶制社会,但是在公元前 525 年至公元前 332 年间,曾经两度被波斯国征服,以后又相继被亚历山大帝国和罗马帝国所吞并,因此埃及的法制史不止一次地中断,以至埃及的古文字都废而不传。公元前约 2000 年发源于两河流域的古巴比伦,也有类似埃及的命运。以巴比伦尼亚法为代表的楔形文字法系被认为是世界上最早的成文法系,著名的《汉穆拉比法典》曾令世界法苑瞩目。然而,随着帝国的迅速衰亡,它也与其创立者一起埋入了地下,直到 20 世纪初才重见天日。中国的西南邻国印度,有着古老的悠久历史和灿烂文化,古老的印度法就在这个土壤上生长、壮大。然而,公元 11 世纪以后,

穆斯林征服者攻破了印度的北大门,从此,伊斯兰法取代了至高无上的印度法,使印度法只能在印度教徒中间扮演习惯法的角色。只有中国的法制历史,首尾相衔,绵延未断,沿革既清晰,体系又完整,资料尤为丰富,对于研究世界古代法制史具有标本的意义。

中国奴隶制法制的主要特点之一,是习惯法占居主导地位,成文法虽有,但不发达,而且不向全社会公布,以便于奴隶主贵族实现“刑不可知,则威不可测”^{〔1〕}的目的,只是在奴隶制社会末期才将成文法铸在鼎上,予以公布。古印度有着与中国相一致的传统,习惯法比重很大,成文法典的条文基本上由习惯法所组成,《摩奴法论》第1卷第118条说:“永恒的地方、种姓法、家族法,异端的法和行会的法,摩奴在此论都已讲述。”^{〔2〕}令人惊讶的是,古印度虽与中国有同样的观念,认为法律是上流社会的宠物,由高贵的婆罗门所操纵,低贱的首陀罗和更为低贱的贱民无权接触,就连偶尔听到上等种姓诵读法律,也要被统治者滚油浇耳。但是,公元前3世纪,印度著名的阿育王,反传统把法律刻在全国境内的石碑、石柱和崖壁上,以便国民了解和遵循法律。这些著名的“石刻法”成了印度法制史的珍贵资料。比中国更早的两河流域诸王国也拥有大量的习惯法,成文法虽少却也公诸于众。《汉穆拉比法典》就刻在一块巨大的黑色玄武石上,立于巴比伦城。

古希腊雅典于公元前621年便出现了德拉古立法。德拉古立法虽以残酷著称,但它却是在改革旧制度中制定的第一部成文法,其后,公元前594年又产生了著名的梭伦立法。它是代表新兴工商业奴隶主利益的法律,并且向社会公布,用以取代曾经是保护氏族奴隶主利益重要手段的习惯法。梭伦立法是雅典新兴工商业奴隶主向氏族奴隶主进行斗争的成果。梭伦立法适应了工商业发展的要求,又为工商业的发展提供了有利条件。

早在公元前462年罗马奴隶制时代,平民保民官特兰梯留便在民众大会上提出要编纂成文法。至公元449年颁布了由十人团制定的《十二铜表法》,这是罗马第一部成文法。此后,又相继制定公布了调整罗马市民权利义务关系的罗马市民法,以及调整罗马市民与非罗马市民之间关系的万民法,还有解决平民土地问题的李锡尼——绥克斯图法案等。

两河流域诸王国公布成文法的主要原因是适应兼并战争,建立统一帝国的需要,只有公布成文法才能体现大一统的意愿,以取消各地零散的习惯法。古印度阿育王公布成文法,除了统一国家的需要之外,还为了将新的宗教思想输入国民的头脑以克服旧有宗教戒规的不适应性。古希腊古罗马之所以很早就公布成文法取代习惯法,也决非偶然。前者是工商业奴隶主与旧氏族贵族长期斗争的结果,后者是平民阶层为保护

〔1〕《左传·昭公六年》孔颖达疏语。

〔2〕《摩奴法论》,第11卷118节,第14页。

私有财产和本阶层的利益所取得的巨大胜利。而所有这一切都是和希腊、罗马工商业的发展,特别是海上贸易发达分不开的。马克思主义经典作家曾经指出:罗马法是“简单商品生产即资本主义前的商品生产的完善的法”,^{〔1〕}是“纯粹私有制占统治的社会的生活条件冲突的十分经典性的法律表现……”^{〔2〕}

与此相反,中国奴隶制社会不存在印度式的宗教斗争,而更重要的是,中国由于氏族社会解体时显贵的家族集团由家而国,由血缘宗法纽带而政治联结,因此,中国奴隶制国家的组织原则是亲贵合一、国与家相通的。作为国家重要生产资料的土地,也由氏族公有制转化为国有制,土地禁止买卖,工商业也由官府经营,所谓“工商食官”。特别是中国是一个地处东北亚大陆,资源丰富的国家,自给自足的经济结构从一开始就占统治地位,国家的存在与发展不依赖于市场。因而,没有也不可能形成工商业奴隶主和其他社会力量,也不存在希腊、罗马那样为保护工商业奴隶主和平民阶层的利益而进行的制定与公布成文法的斗争。在中国为制定和公布成文法而进行的斗争,是在奴隶制向封建制过渡的时代。这个斗争的主角也不是工商业奴隶主或平民阶层,而是新兴地主阶级。从郑国子产铸刑鼎开始的各国为制定和公布成文法而进行的斗争,是新兴地主阶级为打破奴隶主贵族的传统的特权,保护自己的政治地位和私有财产权而在法制上所作的斗争。中外各国公布成文法所走的不同道路,显示了不同法律文化体系之间的巨大差异性,并在各国法制发展进程中持续地产生影响。

中国奴隶制法的主要特点之二,是以血统来确定社会政治地位,因此宗法制度与政权等级制度相结合,宗法制度是世卿世禄的基础,直接影响着奴隶制国家机器的运行。作为奴隶制的法律也兼有国法与家法的两重性。比如,“立嫡以长不以贤,立子以贵不以长”,^{〔3〕}既是国法也是家法,王位继承和宗子继承都须遵守。这种两重性正是王权与族权的统一性在法律上的表现。如果说,国法是进入奴隶制社会以后以国王的名义所制订的法律,那么家法基本上是以贵族家族为本位的传统的习惯法。掌握政权的奴隶主贵族,极力利用宗法血缘关系将家与国、亲与贵联结起来,以便掩盖贵族与平民之间的矛盾。同时借助宗法来加强国王与国法的权威。这种宗法政治所造成的奴隶制法的两重性是世界古代法律史上独一无二的。

古印度也有一种在起源上与宗法制度相近似的种姓制度,但后来的发展却与宗法制度相去甚远。种姓制度的两个显著特点是职业世袭和实行内婚制。种姓制度也与法律制度紧密结合,法律就是维护种姓制度的有力工具。翻开印度古代法典,几乎可以从每一个条文中看到种姓制度的痕迹。例如,《摩奴法典》说:“为将婆罗门的义务与

〔1〕《马克思恩格斯全集》,第36卷,第168页。

〔2〕《马克思恩格斯全集》,第21卷,第454页。

〔3〕《公羊传·隐二五年》。

其他种姓的义务以适当顺序加以区分,生于自存神摩奴特编纂了本法典。”^{〔1〕}所以古印度法的本质即种姓法,如果说宗法制度的发展带来了中国奴隶制法律的两重性,那么,种姓制度的发展则直接使古代印度法变成了种姓法。宗法制度所带来的法律的两重性,使统治者可以得心应手地运用国法与家法,使王权全面法律化。然而种姓制度却使王权与法律脱节,把本来可以由国法来调整的各种关系变成了种姓的内部关系和各种姓间的关系。

中国奴隶制法律的这种两重性在希腊罗马也是没有或至少是不具有典型性的。公元前509~508年,克里斯提尼任雅典执政官后进行的改革中有一项重要内容,便是以地域关系取代血缘关系。他下令取消原有四个部落,把全雅典分为十个选区。这些选区的基层单位是具有各种政治军事职能的村社——“德莫”,它是按居民的住所来划分的。仅此一项改革,便彻底改变了雅典社会的基本结构,使雅典不可能出现与中国类似的宗族法。与此同时,罗马王政时代第六代王塞维·图里乌进行的改革也依财产多少将罗马居民分为五个等级。恩格斯曾经指出:罗马在所谓王政被废除之前,“以个人血缘关系为基础的古社会制度就开始被破坏了,代之而起的是一个新的,以地区划分和财产差别为基础的真正国家制度”。^{〔2〕}

中国的奴隶制法制的主要特点之三,是债务关系不发达,没有出现债务人以自己的人身对债权人负责,如不能还债则沦为奴隶。古籍中的“殷民六族”、“殷民七族”、“怀姓九宗”等,是种族奴隶,不是财产分化的结果,而是被武力征服的结果。但在两河流域诸王国,奴隶的来源则是多渠道的,既有战俘、买卖奴隶,也有债务人奴隶。在汉穆拉比在位时,为了缓和阶级矛盾和保证军队的来源,对此加以限制,规定把债务人及其妻儿沦为奴隶不得超过三年,第四年即应恢复他们的自由。^{〔3〕}古印度法律允许债权人将还不起债的婆罗门沦为债奴。古希腊罗马也都存在着大量债务奴隶,正是债务奴隶的反抗,公元前594年,雅典的执政官梭伦才颁布“解负令”,废除平民的一切债务,恢复债务奴隶的自由。罗马于公元前326年也产生了以恢复债务奴隶的自由为主要内容的波利提亚法案。这样的法律在中国是从未有过的。当然,中国奴隶制时代也不可避免地发生了“债”,其主要表现形式是买卖契约,其中也包括作为商品买卖的奴隶,但他们并不是债务奴隶。

三

中国自进入封建社会以后,法制的发展经历了二千余年的过程,由于中国封建的

〔1〕 马香雪转译,《摩奴法典》,第1卷,第102页。

〔2〕 《马克思恩格斯选集》,第4卷,第126页。

〔3〕 《汉穆拉比法典》第117条,参见《世界通史资料》第1卷。

法制特色突出,独树一帜,无论从制度的建设、法律的体系,还是法律文化的内涵,都比较适合于中国相邻的一些国家,因而产生了明显的影响。日本的《大宝律令》、《近江令》,高丽的《高丽律》,越南李太尊明道元年的《刑法》和陈太尊建中六年的《国朝新律》,大都取法于唐律,基本上属于中国法律系统,因此以中国封建时代的法律为母法的中华法系被世界公认为五大法系之一。如以中国封建的法制与世界主要国家的封建法制相比较,则可见中国封建法制具备以下特点:

(一)礼与法相互渗透与结合

礼原是氏族社会敬神祈福的一种仪式,进入阶级社会以后,被奴隶主贵族改造成确认奴隶制等级秩序的统治手段。礼以“尊尊、亲亲”为原则。“尊尊”意在维护王权,“亲亲”意在维护父权。尊尊亲亲与齐家、治国、平天下是一致的,因此,礼在确认和保护王权与父权的条件下,广泛调整着各种社会关系。早在中国奴隶制时代,礼与刑(法)就已经开始了相互渗透与结合的过程,这也反映了宗法政治的时代特点。由于礼对于社会具有广泛的、高度的控制力,而且是国家与宗(家)族相互关系的调解器,因此礼法的渗透与结合有利于封建社会的稳定和发展。自汉武帝确认儒家思想为统治思想以后,礼的内容又为儒家的纲常学说所丰富。从此,封建的礼趋于定型,汉以后礼的发展都是以汉为基础的。

汉儒董仲舒、马融、郑玄等人通过说经解律把儒家思想引入法律,从而开拓了封建法律儒家化的过程。汉儒较为全面地论证了礼与法的关系,形成了礼(德)主刑辅的观念,并被封建统治者确认为一项传统的治国、理政、立法、用刑的指导政策。以礼为主,以刑为辅,失礼入刑,说明了统治者把礼和法共同看作是对社会进行有效控制的工具,二者相辅相成。荀悦说:“德刑并用,常典也,或先或后时宜。”^[1]《唐律疏议》不仅鲜明地提出了“德礼为政教之本,刑罚为政教之用”,而且把二者比喻为“昏晓阳秋”之不可偏废和割裂。礼的功能在于“驭民教化”,使得人们在“知耻”的基础上能够自我约束,如同孔子所说“有耻且格”,它比起单纯用法所获得的“民免而无耻”,更有利于社会的安定。礼还可以调动人们内在的反省之心,从而便于封建法庭调处息讼使当事人悦服。如果说以儒家三纲学说为主要内容的礼,是封建法律的主宰,那么封建法律则是维护礼的强大力量。由汉迄清都以法律的强制力来维护君权、父权与夫权的不可侵犯,明文规定了违背伦常之罪加重处刑。自北朝起沿行的“十恶大罪”中,就有五项是属于此类犯罪。此外,还表现为尊卑之间同罪异罚;卑幼在法律上缺乏独立性,不享有自主的婚姻权和财产支配权,等等。

总括上述,礼与法的渗透与结合,一方面表现为引礼入法,把礼的精神、原则、规范、主要制度法律化;另一方面表现为国家赋予礼以强制力,违礼必违法,也要受到道

[1] 《审鉴》卷2《时事》。

德、行政和法律制裁。礼与法相互渗透与结合的结果,产生了中国封建时代特有的法律体系、法制传统和法律文化。不仅如此,以礼为指导,以维护族权、家长权为目的的家法、家训、家规之所以广泛流行,就在于它得到国家的承认,用以约束一族(家)之子弟,维护作为封建国家社会细胞组织的家长制家庭,起着国法所起不到的作用。因此,形形色色的家法、家训、家规也是礼法相互渗透与结合的产物,是对国法的重要补充形式,在封建法律体系中占有特殊的地位。我们还可以从晋时的服制入律和明清律典的首列丧服图,看出法律是如何维护着广被于整个社会的伦常关系的网络。

同时期世界其他国家的法制中就没有出现过这样的现象。西欧中世纪各国的历史条件,决定了它们的法律制度涂上了浓厚的神灵色彩。在基督教控制西欧各个领域的年代,教会法规成为西欧封建法律极为重要的组成部分。《圣经》、教皇圣谕、宗教会议决议、《教会法大全》等是重要的法律渊源。通过教会法的具体规范,可以清楚地看到基督教的教义怎样贯穿于整个教会法体系,基督教的道德规范又怎样成为教会法规范。尤其是它的婚姻制度、财产制度、诉讼制度、刑事法律制度等,简直就是教义的翻版。

在西亚,另一个宗教法体系——伊斯兰法统治了整个阿拉伯世界,《古兰经》、“圣训”成为穆斯林的最高法律。这个法系同样散发着浓郁的神灵气息,譬如穆斯林必须履行的义务——“五功”,便是这个法系的核心内容。统治者借此把人民和安拉、宗教和国家、道德和法律紧密地结合在一起。

有人说儒家思想是一种宗教性质的学说,以儒家思想为法律的理论基础,同以《古兰经》、《圣经》为法律的理论基础是一样的。这里须要指出,考察中外法制异同的主要着眼点是内容而不是形式。在中国以礼教纲常为核心的儒家思想,始终和专制主义的政治制度结合在一起。而西欧的教会法虽然捍卫着封建制度,却又在相当长的时间里严重干扰着皇权。尤其在10至11世纪,曾多次暴发教皇与世俗君主的斗争。11世纪以后,强大的教会已使世俗国家感到欲控而不能,教会法律已深入到社会生活的各个领域,就连国王的加冕典礼也常由教皇来主持。印度封建社会宗教与政治的关系也大体如此。

不仅如此,儒家思想的社会基础十分深厚,经历二千余年的发展过程,形成了严整的体系,丰富的内容,悠久的传统和深远的影响。以儒家思想为理论基础的封建法律,也同样具有稳定性和保守性。然而在西方中世纪的思想革命和农民战争中,已经对教会法作了全面的批判,特别是自然科学的发展,揭露了教会法的本质,扫荡了教会法的权威,在近代自然科学的冲击面前,西欧的神学和以神学为基础的教会法,较之中国的儒学和以儒学为基础的封建法律,要脆弱得多。

值得注意的是,西欧中世纪教会法虽是极为重要的法律制度,却不是唯一的法律制度。由于民族的差异和经济发展的不平衡等因素,不但日耳曼法和昔日的罗马法在许多领域中起着相当的作用,与教会法形成三足鼎立的局面,而且城市法、商法、海商