

# 大陆法系与中国传统法的转型

徐爱国

〔摘要〕清末修律之后,中国法律发生了转型,古老的中华法系传统转化为带有大陆法系性质的近代法律体系。伴随着法律性质的变化,大陆法系固有的法律缺陷同样渗透到了中国近现代法律,其中,立法上的工具主义、法律的政治色彩和法律思维的逻辑封闭性,直接影响到了中国的现代法。

〔关键词〕大陆法系;清末修律;大陆法系的缺陷

〔作者简介〕徐爱国,1965年生,法学博士,北京大学法学院教授,博士生导师(北京 110871)。

〔中图分类号〕D909.93 〔文献标识码〕A 〔文章编号〕1001-6198(2010)01-0047-05

## 一、法系、大陆法系与现代中国法的法源

法系的划分根据是法律的传统,这个传统与法律的历史发展有关,与法律制度本身的特点有关,也与法律的渊源和法律的形式、立法者与法官的地位和角色、法律适用的推理模式相关。

世界上的法系如何划分,一直存在着分歧。有的学者说有三个,有的学者说有四个,有的学者说有五个。<sup>〔1〕</sup>每种说法都有自己的根据,但从影响力和现存范围来看,最具典型意义的现代法系一般为两种:一是以英美为代表的英美法系,或称之为普通法法系;一是以法德为典型的大陆法系,或称之为罗马法系或日耳曼—罗马法系。至于其他几种法律体系,要么影响比较小,要么没有延续下来,要么与世界上的现代法律体系相距比较远。社会主义法系以前苏联为代表,包含了许多社会主义国家的法律。从性质上来看,前苏联法律是社会主义的法律,但从法律的技术和渊源上看,前苏联的法律仍然带有大陆法系的特点。苏联解体之后,很少有人再提社会主义法系一词。伊斯兰法系是现代社会中少有的政治与宗教混合的法律制度。心向中国古代传统或者心向西方法律的中国法律人很难激发起对这种法律制度的热情。所谓中华法系,历史遗迹的成分大些,现行法律制度的成分少些。当东方国家开始现代化过程的时候,法律的“中华传统”已经从法律的层面消失,隐藏到了法律制度运行的某个不为人察觉之处。

大陆法系源于古罗马法。从古罗马习惯法到以《十二表法》为代表的成文法,再到最后罗马帝国的查士丁尼国法大全,大陆法系最早的法律渊源就在此。随着北方日耳曼人入侵,作为具有法律效

力的罗马法消亡了,但罗马法的精神仍然存在,或者称为习惯法,或者称为普通法。在西方中世纪的晚期,随着西欧文明新的发展,人们重新发现了罗马法。14世纪的意大利波伦亚等地,出现了所谓罗马法的复兴。随后,罗马法的研究向北蔓延到法国,最后的成果是拿破仑法典。拿破仑所制定的一系列法国法律,其实质的来源或法律的技巧都是来源于罗马法。拿破仑创立了一整套法律的制度,随着他的军事扩张,这种法律制度直接渗透到了他的殖民地。19世纪末、20世纪初的时候,德国法的罗马—日耳曼传统带上了新的法律理念,法国法的个人主义发展到了德国的社群主义,大陆法系进入了一个新阶段。<sup>〔2〕</sup>

从历史上看,我国的法律受大陆法系的影响还是很明显的。清末之前,我们的法律称为中华法系,以“诸法合体,重刑轻民,德主刑辅”为重要特点;到清末的时候,法律改革形成了大陆法系的基本模式,清朝廷采用了日本的法律形式,日本的法律又来源于德国法,属于大陆法系传统。到中华民国的时候,中国有了大陆法系模式的六法全书。1949年之后,我们学习了前苏联的法律,前苏联的法律大体上来源于欧洲大陆的法律传统。如果我们从性质上看,中国古代法律是封建的法律形态;清末到民国,近代的法律带有半封建半殖民的法律性质或者资本主义性质;1949年后,我们的法律是社会主义性质。但是从法律的外在表现形态和法律技巧上看,我们的法律很大程度上还是属于大陆法系传统。

## 二、中国法继受大陆法系传统

1840年鸦片战争后,西方资本主义国家用坚



船利炮打开了中国的门户,强迫清政府签订了一系列不平等条约。西方列强的侵入,对中国的社会经济起了很大的分解作用。它一方面破坏了中国自给自足的自然经济的基础,破坏了城市的手工业和农民的家庭手工业;另一方面又给中国资本主义的发展造成了某些客观的条件和可能。清政府继1901年宣布实行“新政”以后,又在1906年宣布实行“预备立宪”,并从1902年起按照西方资产阶级的法律原则和体系修订了各种法律。应该说,这场宪政运动的理论基础是康有为和梁启超的理论,而康梁的理论则直接是洛克和孟德斯鸠君主立宪论的翻版。我们通常的性质界定是,“变法”和“维新”要求伸民权、争民主、开议院、定宪法,是以改良主义为基本道路,以君主立宪为最终目标的旧民主主义性质的宪政运动。〔3〕从制度层面上考察,1905年清政府派载泽等五大臣出洋考察宪政,次年回国,清廷确立了新政与修律的指导原则——“量中华之物力,结与国之欢心”〔4〕。在考察日本方面,载泽、尚其亨、李盛铎一行抵达日本后,“连日率同参随各员赴其上下议院,公私大小学校,及兵营,械厂,警察裁判递信诸局署,详为观览,以考行政之机关,与其管理监督之法”〔5〕。日本法学博士穗积陈重奉内阁命令,向载泽等人详细讲解了日本宪法。〔6〕最终的结果是,中国采用了专制制度浓厚的君主制度下的宪政,而非民主制度下的宪政。从1908年清政府颁发的《钦定宪法大纲》的日本式宪政,到1911年《宪法重大信条十九条》的英国宪法模式,法律文本仍然以君主立宪的形式继续保持清朝皇帝的统治地位。

立宪之后要制定法律,1902年5月13日,清朝统治者颁发上谕:“现在通商交涉,事益烦多,著派沈家本、伍廷芳将一切现行律例,按照交涉情形,参酌各国法律,悉心考订,妥为拟议,务期中外通行,有裨治理。”〔7〕于是就有了近代的刑法、民法、商法和诉讼法。从此,在中国的历史上,有了西方现代法律体系的划分,封建社会民刑不分变成了近代的部门法体系,这种法律体例上的变化,标志着中国法律从古代过渡到了现代。但是,从内容方面看,这些法律同时包含了西方现代法律制度的形式和中国传统法律的内容。在中西可兼容的地方,西方法律与中国传统法律共存;在中西冲突的地方,则引起了激烈的宫廷学者的争议。

商法的制定,似乎没有发生过太多的争吵,原因是:其一,中国的商人和商法只是停留在习惯的非正式法律层面,从无到有的过程不会遇到大的阻隔,其二,中国重农抑商的传统,从来都没有把商人当做重要的社会力量,既然不会危及社会和政治的根基,法律的论战就不会显著。刑法的争吵是激烈的,从《大清律例》到《大清现行刑律》最后到《大清新刑律》,以沈家本、伍廷芳为代表的西洋派,与以张之洞、劳乃宣为代表的保守派,进行了旷日持久的争论。争论的焦点表面上看,是西方近代的平等、自由和独立之法治主义与中国传统的等级、屈从和人身依附之礼治主义之间的冲突,从实质上看,其实是维持现有社会秩序,维护既得利益,与颠覆社会秩序重新分配政治经济利益之间的冲突。因为法律制度本身就是对社会的一种新的规制,新法律的实施实际上改变着社会本身。干名犯义、存留养亲、亲属相奸、亲属相盗、亲属相殴、故杀子孙、杀有服卑幼、夫殴妻妻殴夫、发塚等,代表了中国传统社会结构的制度。围绕着这些制度废存的争论,实际上是维护中国固有传统与从法律层面上改变中国社会结构之间的冲突。在沈家本与张之洞、劳乃宣之间,争论还只是停留在法律条文的层面上,而到了杨度与劳乃宣的争论之后,杨度开始深入到了文化的层面,区分了“家族主义”与“国家主义”。他声称,历史上所有国家的政治法律制度都经历了家族主义到国家主义的过程,只是有的国家发达较早,有的国家发达较晚,而中国是国家主义发展较晚的国家。杨度称,家族主义造成了中国的贫穷与落后,变家族主义为国家主义是中国由弱转强的迫切需要。①在这个时期,民法草案的争论没有出现。一是因为中国传统民法只是停留在民事习惯阶段,习惯已经把财产关系和人身关系处理掉了;二是因为中国社会仍然停留在农业社会,西方现代民法规定与中国原有习惯之间的冲突无法产生;三是《大清民律草案》未及颁行的时候,清朝就已经灭亡。西方近代民法传统与中国固有民事习惯之间的冲突,要等到民国之后,而且这种冲突不是在立法层面上发生,而是在法律实施过程中体现,比如在清末民初的民事讼案中,比如在民国大理院的判例中。不过,值得玩味的是,清廷于光绪三十三年开始组织人力起草民法典的时候,民法典的总则、债权、物权三编,由日本法学家志田钾太郎、松

① 参见张国华:《中国法律思想史新编》,北京:北京大学出版社,1998年,第381页。应该指出的是,杨度之家族主义/国家主义的区分实际上是西方传统家族主义/个人主义的区分,类似于梅因“从身份到契约”的命题,而不是西方近代个人主义/国家主义的区分。因此,从内容上看,杨度的“家族主义/国家主义”拿今天的话来说应该更名为“家族主义/个人主义”。



9 771001 619003

冈义正起草,民法典的亲属、继承两编,由修订法律馆会同礼学馆起草。在立法问题上,区分了财产法与人身法,避免了立法过程中的直接冲突。

但是,这种争议并没有持续下去,因为其一,中国此阶段的法律变革仅仅停留在法律文本上,其二,这些法律尚未开始在实际中施行,清王朝就走向了灭亡。从这个意义上讲,清末新政和修律,只是一场宫廷革命,而且是一场不彻底的革命。近代法律的变革只是法律文本上的变革,最多是立法和立法理念上的变革,或者说,仅仅是一种思想的启蒙。

1911年10月10日武昌起义,推翻了清王朝的湖北地方政权,建立了鄂军政府,改国号为中华民国,清王朝灭亡。次年元月1日,南京建立全国性的临时政权,史称中华民国(南京)临时政府。按照孙中山早期的理解,他的三民主义是一场政治革命、民族革命和社会革命。不愿独满人福利,要为大众谋福利;不愿君主专权,要政治革命;不愿少数富人专利,而要社会革命。要在中国实现宪政,必须经过军政时期、训政时期和宪政时期。从孙中山就任临时大总统,到袁世凯当上大总统,从宪法文本上分析,这就是《中华民国临时政府组织大纲》到《中华民国临时约法》的变化。《临时政府组织大纲》共四章21条,从法律的内容来看,它仿照美利坚合众国的政治制度,规定中央行政机关实行总统制,不采用内阁制。《中华民国临时约法》为了限制袁世凯的权力,规定实行内阁制,扩大了参议院的权力。临时约法规定了严格的修改程序,设立了专门的审判机构。在具体的法律原则方面,规定了废止刑讯逼供,实行重证据不轻信口供的原则,废止体罚制度,实行公开审判制度,实行辩护原则。从袁记约法到曹锟宪法,我们应该从法律文本和社会实践两个方面分别来看待。从法律文本上考察,北洋军阀时期的“宪法”与“法律”无不带有西方现代国家法律的特点,在具体的问题和法律规定上,其“民主”、“宪政”和“法治”的规定甚至比孙中山的临时约法更加细致和完善,其具体的法律制度沿袭了清末修律的传统,在法律文本上仍然坚持了现代的法律体系。到国民党南京政府时期,近代法律体系基本定型,这就是我们经常所说的六法体系。从社会实践上考察,从孙中山的民主共和到北洋军阀的“宪政”,实际上是一种政治的变革。

近代中国法律制度的转型,我们可以从多个角度来评判。首先,从清末新政和修律,中国法律制度的形式类型发生了变化,我们从“诸法合体”、

“民刑不分”转变到了“宪法”之下“近代法律体系”。这种变化,我们可以称之为中国法律的转型,也就是从古代中国的中华法系传统发展到了近代对大陆法系传统的模仿。因此,中国法制史从古代发展到了近代。其次,从清末“君主立宪”到孙中山的民主共和,中国政治制度由封建专制开始步入近代资产阶级共和。“君主立宪”的版本来自日本,“民主共和”的版本来自美国,模仿参照对象的变化,标志着法律文本上“贵族”到“平民”的变化,“等级”到“平等”的变化,以及“法治工具主义”到“法治理想主义”的变化。第三,这种转变我们可以从三个方面来解析。从法治理想和理论方面来看,中国近代的思想已经接近西方现代的法治理想;从法律制度方面看,我们也有了现代法治的制度文本;但是,从社会实践方面来看,西方的法治理念还没有与中国社会生活发生冲撞或者融合。这也就意味着,中国近代法治只是停留在书本上,而不是渗透在生活之中。

### 三、大陆法系对中国法的偶然效应和负面影响

中国继承了大陆法系传统,中国法律由此进入了现代的法律,这是一个既成的事实。但是,理论疑问仍然存在,中国法律的传统与大陆法系传统是形式上的一致性?还是中国法继承大陆法仅仅是一个历史的偶然?大陆法系传统给中国法律带来了什么结果?其中负面的影响有哪些?这些都是值得我们思考的问题。

#### 1. 中国法与大陆法系传统的形似而神不似

中国法的传统究竟是否适合继承大陆法系传统,是一个值得进一步思考的问题。一般的说法是,中国古代法与大陆法系传统存在着形式上的相似性。中国古代一直就存在着成文法,律令格式是唐律的基本形式,梁启超在设计中国法律史大纲并写作《论中国成文法编制之沿革得失》的时候,基本上就是按照各朝“律”的发展而展开的。<sup>[8]</sup>“中国法制史”从脱离“中国史”的那天起,基本思路也是从历史的文献中剥离出“法律制度”史。即使是庞德担任民国政府法律顾问的时候,也呼吁中国仍然保留大陆法系成文法的现状。<sup>[9]</sup>问题是,中国法是否就一定与大陆法系有着实质意义上的相似性呢?我觉得并不如此。中国法律有成文法自身的历史,但是传统法律运作并非仅是成文法的逻辑推演。廷行式和决式比等带有判例性质的法源仍然存在,将律束之高阁“以例破律”的现象也并不少见。而且,春秋决狱和司法官以情理取代法律,



以“实质理性”取代“形式逻辑”的情形也并不少见。西汉时代以儒家精神改造法家刑律乃是中国法律史上的亮点。无怪乎,有中国法律文化研究方面的学者称,中国传统法律文化并非单一的成文法,而是包含有成文法和判例法的混合法律类型。<sup>〔10〕</sup>更重要的,大陆法系传统与中华法系传统并不在同一层面上。大陆法系的形成要等到18世纪末19世纪初,也就是拿破仑系列法典出世之时,而中华法系到清末的时候,已经走向了死亡。所谓中国法系传统,乃是中国古代法律的传统,一个古代社会的法律怎么能够与一个现代意义上的大陆法系下的法律具有实质意义上的相似性呢?现代法律与古代法律之间的断裂,其中性质上的差异,完全存在于大陆法系与中华法系之间。回顾一下清末修律时代的历史背景,中国法继受大陆法系传统,与其说是两者形式上的相似性,还不如说是历史的偶然,是清末朝廷为了应付西方列强的法律改革要求而作的讨巧性的功利选择。民国的时候,庞德所谓延续大陆法系传统的建议,也不是要回到中华法系的传统,而是当时的中国并没有采用英美法系所需要的法律环境。

## 2 大陆法系的传统强化了中国法律中的政治色彩

大陆法系注重成文法典,注重立法机关的成文法制定活动,注重法律之中的形式合理性,注重法律适用中的逻辑推理。以法律渊源为例,成文法、制定法、判例、习惯、法学家的解释,司法所采用的不同的渊源可以区分不同的法律传统,大陆法系最基本的渊源就是制定法或者成文法。它是由议会机关通过正当的法律程序制定出来的法典形式,也就是说,用文字表达出来的一套法律制度,表现为一个体系完整、逻辑严密的法典形式。至于说到其他的法律渊源,比如说法官的判例,法学家的解释,习惯和学理,只是偶尔在特定的环境当中部分地发生一些作用。

这就产生了这样的问题,大陆法系的特点是以议会成文法为主导的。从起源上讲,大陆法系下的法律乃是政治性的法律,是各种政治利益和政治势力妥协的结果。法官适用法律,不过是将政治的决定应用于具体社会活动的细节。在这一点上,大陆法实际上是政治精英的玩物,不同于英美法,后者

是民众习惯的结晶。<sup>①</sup>

中国传统法律是带有浓厚政治色彩的法律,法家的“霸道”也好,儒家的“王道”也罢,都是遵从皇权的,都是优先照顾贵族特权的。现代大陆法系强调平等、自由、人权和意思自治,但是,法律还是出自议会中政治家之手。政治利益转化为法律制度,以强者的意识形态强加给社会某种秩序,是大陆法系不同于英美法系所在。当中国法继受了大陆法系之后,法律用来实现某种政治上的诉求,合乎逻辑地适合了中国的法律背景。

以大陆法系之公法和私法划分为例,法律的这两个基本的分类,是大陆法系法律所特有的划分。公法指的是涉及到公共权力的法律,调整公民与政府之间、政府与政府之间的法律关系。私法涉及到个人权利的问题,调整个人与个人之间的法律关系。对于公法和私法的划分,有如下几点是值得认真推敲的。其一,我们传统的法律理论不承认公法私法的划分。在古代社会,通说是公私不分、刑民不分。或者说,中国传统上,私法的问题同样以公法的救济手段解决,或者说,公法的问题存在于国法的层面,私法的问题存在于民间。在社会主义条件下,早些年,我们讲我们实行的是社会主义的公有制,法律上不存在公和私的区分。我们只承认部门法的划分,按照法律所调整的不同的社会关系,私法也是公法。其二,当法律发展到20世纪之后,公法和私法的区分越来越模糊,私法公法化的趋势至为明显。也就是说,公共权力介入到私法领域的现象日趋严重。商法就其发生时的情况来看,是商人之间的自治创造或者习惯,而当代社会,国家权力规制商业法的行为越来越普遍,如今的商法很难说是私法了。诸如劳动法和环境法这样的社会法,则是国家利用公共权力来调整私人的事务。<sup>②</sup>

## 3 大陆法系传统的形式逻辑思维阻碍了法律的发展

与大陆法系相对而言,英美法则是一个以个案形式发展起来的法律分支。法律的规定不从成文法典中去寻找,而只能从法官先前的判例中去发现;法律理论不存在着准确性和一致性,相似的案件可能存在着相互冲突的法律规则。一个大陆法系的学者会觉得,英美法仅仅涉及法律的适用,而没有法律的本体,因为英美法是支离破碎的,是浅

① 对法国民法典制定的评论,参见萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,北京:中国法制出版社,2001年,第42—46页;对英国普通法的评价,参见布莱克斯通:《英国法释义》第1卷,游云庭等译,上海:上海人民出版社,2006年,第18—19、80—85页;对英美陪审团的评论,参见霍姆斯:《普通法》,冉昊等译,北京:中国政法大学出版社,2006年,第106—110页。

② 法律现实主义对公法与私法划分的批判,见凯瑞斯:《法律中的政治》,信春鹰译,北京:中国政法大学出版社,2008年,第28—29页。



薄的。但是,我们可以说,英国的经验主义传统和美国的实用主义传统本来就是对大陆法系形式主义和概念主义传统的一种否定。法典、先例,规范/规则,形式/实质,逻辑/经验等等,形成了两大法系技术上的差别。大陆法强调逻辑,强调“形式的合理性”,而英美强调经验,强调“实质的合理性”〔11〕。

不同的思维模式导致了不同的法律演化模式。可以说,英美法是开放的,法律的进化有合适路径,大陆法则则是封闭的,法律僵化在所难免。

以侵权行为法为例,古罗马的法学家为什么将侵权行为法纳入到民法体系?学者探讨得少。不过,从那个时代开始,侵权行为法理所当然地成为民法的一部分。也是基于这个原因,大陆法系下的侵权行为法学具备了大陆法系法学的一般特点。这个特点,19世纪英国奥斯丁曾经以普鲁士法律教育为例进行了描述。他说,普鲁士的法律学生所学习的是法律的一般原理,学好了这些一般原理之后,就可以应用逻辑的方法解决所有法律的具体问题,而不用顾忌法律应用中的细微末节。他的意思大概是在讲,大陆法系的特点便是它的一般性、抽象性和肯定性,一个没有接受任何法律系统训练的人都可以用相对短暂的时间来掌握法律的大体内容。其实,这个特点本身却也蕴涵了它自身的致命缺点,这些缺点至少有二:第一,从法律的一般规定到法律实践的特殊个案,存在着许多中间的思辨过程,这个思辨过程如果没有法律规则的约束,就有可能导致法官或者法学家的滥用;第二,大陆法系法律体系的完整性和法学的理论一致性,导致了法律及其法学的封闭性,也就制约了法律的发展。以法国民法之侵权法为例,1804年的拿破仑法典总计2281条,而侵权行为部分仅有5条,1999年版本的法国民法典总计2283条,侵权行为法部分只增加了三款,另加一条“有缺陷的产品引起的责任”计18款。〔12〕可以说,大陆法系的侵权行为法的一般性牺牲了法律实践中的个案性,法律的完整性牺牲了法律的进化与发展。

大陆法系的这种僵化的思维模式同样影响了中国法。我们过于倚重立法机关的法典了,当我们碰到任何“无明确法律规定”的情况时,我们都要哀叹一下,然后呼吁“新的立法”。萨维尼说得好:“法典并非维系社会的必备要素,没有法律,民

族习惯就都安排妥当了。”〔13〕换言之,立法不过是总结性的东西,法典产生的那一天,便是法律死亡的起点。如果我们完全迷信于立法或者成文法典,那么我们还要法官做甚?如果凡事都依照成文法,岂不是让死去了的人束缚还活着的人?没有法官创造性地适用法律,法律如何得以发展?让法官在立法者划定的范围内去思考问题,法律还有什么样的生命力?为此,有必要重申霍姆斯对普通法的描述:法律不是别的,它是“对法官将做出什么判决的一种预测”,“法律的生命在于经验而非逻辑”〔14〕。中国法不摆脱以成文法或法典为根据的思维模式,我们就不能指望法律鲜活的生命力。

#### 【参考文献】

- 〔1〕沈宗灵:《比较法总论》,北京:北京大学出版社,1987年,第36—41页。
- 〔2〕丘汉平:《罗马法》,北京:中国方正出版社,2004年,第8、43—47页;尼古拉斯:《罗马法概论》,黄风译,北京:法律出版社,2000年,第49—55页;彼德罗·彭梵得:《罗马法教科书》(修订版),黄风译,北京:中国政法大学出版社,2005年,第5—7页;周相:《罗马法原论》,上海:商务印书馆,1994年,第38—43、80—87页;陈朝璧:《罗马法原理》,北京:法律出版社,2006年,第9—11页。
- 〔3〕〔4〕蒲坚:《中国法制史》,北京:光明日报出版社,2000年,第258、261页。
- 〔5〕〔6〕朱勇:《中国法制通史》第9卷《清末·中华民国》,北京:法律出版社,1999年,第58、161页。
- 〔7〕李贵连:《中国法律思想史》,北京:北京大学出版社,1999年,第357页。
- 〔8〕梁启超:《梁启超法学文集》,北京:中国政法大学出版社,2000年,第20—182页。
- 〔9〕王健:《西法东渐——外国人与中国法的近代变革》,北京:中国政法大学出版社,2001年,第474页。
- 〔10〕武树臣等:《中国传统法律文化》,北京:北京大学出版社,1994年,第411—412页。
- 〔11〕韦伯:《论经济与社会中的法律》,张乃根译,北京:中国大百科全书出版社,1998年,第61—63页。
- 〔12〕狄骥:《拿破仑法典以来私法的普通变迁》,徐砥平译,北京:中国政法大学出版社,2003年,第129—135页;张民安:《现代法国侵权责任制度研究》,北京:法律出版社,2003年,第6—7页。
- 〔13〕萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,北京:中国法制出版社,2001年,第26页。
- 〔14〕霍姆斯:《普通法》,冉昊等译,北京:中国政法大学出版社,2006年,第1页。

【责任编辑:车流畅】