
重塑中华法系的几点思考

——三论中华法系

张晋藩

[内容提要] 作者认为中华法系不是一种历史现象,就总体而言,它没有消亡,而是处于艰难的蜕变、转型、更新与重塑之中,其基础是法律义务与亲情义务的统一、重视法的治国作用及法与吏的结合、教与罚的综合为用、制定法与判例法的互补等。

[作者简介] 张晋藩,男,中国政法大学教授,著有《中国古代法制史》、《清律研究》、《求索集》等,主编《中国法制通史》(十卷本),研究方向是中国法律史。

中华法系是在中国特定的历史条件下形成的,是中华法文化的特殊性及其世界影响的集中体现。它显示了中华民族的伟大创造力和中华法制文明的深厚底蕴。

中华法系从发端到形成是一个漫长的过程,这个过程是与中华民族的发展,国家管理的成熟以及来自多源头的法文化的不断整合分不开的。至近代,由于国情条件的巨大变化,固有的中华法系面临着尖锐的冲击,而处于解体的状态。中华法系中体现专制主义、宗法关系、自然经济的内涵,由于失去了它所依附的载体而退出了历史舞台。但就中华法系的总体而言,并没有消亡,而是处于艰难的蜕变、转型、更新与重塑之中。这同样是一个较长的过程。历史的发展总是曲折的、复杂的,不是个人主观意志所可以任意左右的。

中华法系的蜕变与更新有其历史的必然性,是以新认识、新理念所丰富起来的具有新时代烙印的、自觉的运动。当人们回顾在法制上全盘西化与一面倒学习苏联的教训时,终于领悟到引进外国法文化进行法制改革时,不能脱离本民族的文化土壤,不能忽视中华法系中体现历史发展总规律的民主性的传统,不能不顾及形成国情条件的某些仍在起作用

的因素。

中华法系不能理解为只是历史现象,或者是失去生命力的僵化的概念。相反,重塑现实性与历史性相结合、世界性与民族性相统一的中华法系,是一个值得认真思考的完善社会主义法制建设的重要课题。研究中华法系的特点、价值;剖析它赖以形成的历史与社会根源的目的,就在于寻求重塑中华法系的必要性与可能性的解释。

在传统的中华法系中,体现伦理道德精神和中华民族在法文化上伟大创造力的内涵,不仅使我们感到自豪,也是重塑中华法系的基础。

一、法律义务与亲情义务的统一 这既表现为立法上的伦理法规范的确立,也表现为司法上的执法原情的强调。但当法律义务与亲情义务发生矛盾时,一般服从法律义务,以示国重于家。在特殊情况下也屈法原情,以示伦理亲情优先于严酷的法律条文。这种理性化的伦理道德学说是中华法系得以矗立的理论基础。它所提供的父慈子孝、兄友弟恭、交友以信等等,虽然是旧的伦理教条,但同时也是人类社会具有永恒价值的伦理关系准则。

传统的伦理道德是深入中华民族骨髓的,是凝聚中华民族的重要因素,不能用西方的价值观进行简单的判断。当然对于已经不合时宜的,应该当作包袱加以抛弃,对于具有永恒价值的,需要从现代化角度加以弘扬。将道德规范与权利观念、民主意识相结合,与现阶段法文化发展的实际成果和未来走向相结合,展示中华民族的新智慧、新风尚,发展曾经被世界叹为礼义之邦的中华文明。

当前在一些人中间法律意识和道德意识都是贫乏的,因此对于道德完善的追求和对法制完善的追求,应予同等重视。真正在现实生活中产生效力的法律,需要得到社会的认可和社会普遍的道德支持。尤其在国家制定法尚未涉及的领域,传统的伦理精神仍然具有支配行为规范的活力。道德的完善侧重在内心的修养,法制的完善侧重在行为的规范,道德与法制的相互作用,是中华法系的主要特征。今天法制建设所面临的问题之一,就是缺乏道德的支持力量。因此,重塑中华法系,就是要在现代化的法律体系中,融入经过更新的伦理精神,使之成为一种新的国家意识形态。

二、重视法的治国作用及法与吏的结合 在传统的中华法系中,法始终被看作是治国工具,是驱动国家前进的鞭策,是控制国家活动的框架,是衡量是非曲折的客观尺度。因此,国无法而不立,民无法则不安。在中国历史上无论是短命的王朝,还是入主中原之后的少数民族统治者,都在立定脚跟之后迅速制定国家大法。

中国自古以来就是统一的多民族的国家,汉族以外的少数民族也对中华法系的缔造作出了自己的贡献。一般说来进入中原之前的少数民族的法制尚处于简陋阶段,进入中原地区以后,为了统治广大汉族地区的需要,积极吸收汉族先进的法文化,并在汉族官僚士大夫的具体帮助下进行立法建制,并且取得了很大的成就。例如,封建社会前期北魏拓跋族制定的《北朝律》,不仅发展了汉魏律,而且奠定了隋唐律的基础。封建社会后期辽、金、元、清各朝的法制建设,也都丰富了唐宋以后封建法律的内容。这不仅说明了中华民族内部法文化交流的重要性,更反映了中华各族对法律的治国价值的共识。

由于重视法的治国作用,因此早在公元前四世纪左右便形成了“以法治国”的概念,公元二世纪还确立了罪刑法定的原则。至于两宋时期读书读律的提倡,由唐迄清关于官吏讲

读律令的法律规定等,也从不同的侧面说明了中国古代对于法律的重视。

然而主张“以法治国”的法家,并没有忽视执法之吏对于发挥法律职能的作用。为此而强调“明主治吏不治民”。《云梦秦简》中更以“明法律令”或“不明法律令”作为区分良吏恶吏的标准。法家任法治吏,法与吏结合的观点对后世极有影响,而且不断为新的经验所丰富。例如,唐时白居易便提出:“虽有贞观之法,苟无贞观之吏欲其刑善,无乃难乎”。^[1]明末清初王夫之也进行了较为全面的论述,他说:“任人任法,皆言治也”,但是“任人而废法,是治道之蠹也”,“非法何以齐之”。只“任法而废人”也是“治之弊也”。“未足以治天下”。结论就是任法与任人相结合,“择人而授之以法,使之遵焉”。^[2]

由于中国古代历来重视法与吏的结合,因而不存在片面的单纯的法治观或人治观。荀子的确讲过“有治人无治法”,但那是在论述如何发挥法律的作用时才强调了人治的一面。并不是只重治人,不重治法。

为了防止吏对于法的滥用,中国古代制定了各种形式的官吏惩戒法、职官管理法、职官监督法,其完备的程度,是世界各国所没有的。此外,还积极倡导纲常名教以启发官吏内心的修养。由此可见,在治法与治吏相结合的问题上所积累的历史经验之丰富,它不仅推动了中国法系的建立,也促进了在全球文化中占有重要地位的文官制度的形成。

三、教与罚综合为用 在中国古代教与罚并用的思想是由来已久的。早在《礼记·乐记》中便系统提出“礼以导其志,乐以和其声,政以一其行,刑以防其奸。礼乐刑政,其极一也,所以同民心而出治道也”。由于教与罚综合为用,对于治国驭民起了积极的影响,因此一直成为统治者的政策思想和立法指导原则,著名的《唐律疏议》便开宗明义地宣布:“德礼为政教之本,刑罚为政教之用”,并把二者比喻为“昏晓阴秋,相须而成者也”。

明初,朱元璋鉴于元末弊政,实行重典治国。然而重法酷刑却收效甚微。积三十年之经验,使他认识到教与罚综合为治的价值。当《大明律》完成时,他亲御午门,宣谕群臣说:“朕仿古为治,明礼以导民,定律以绳顽”,把“明礼”和“定律”同等看待,并且以礼为先,以期收到“导民”的效果。

中国古代的明君贤相,大都一手运用法律的强制以保持社会的安定和国家的运转;一手运用道德教化以纳民心与行动于正轨。儒家所倡导的“德主刑辅”、“先富后教”和法家所主张的“明法务德”,“禁奸于未萌”,至汉以后已经合流,形成一套完整的成熟的教与罚相结合的政策与法律,是传统中华法系具有现实价值的重要部分。

四、制定法与判例法的互补,既是中华法系的特点也是优点 在漫长的法制历史中,国家制定法始终处于正统地位,是中华法系的主干,对于其它各种形式的法律渊源起着支配和主导的作用。但由于制定法的调整范围是有限的,因此早在先秦时期便以判例弥补律文的不足,并且逐渐形成了具有稳定形式的判例法。

由于判例对于制定法起着补充、修改和完善的作用,由此而产生了用例而不用律的判例意识。如果说制定法的调整方式是由一般到个别,那么判例法的调整方式则是由个别到一般,二者有机地和谐地互补互融,使法律的确性和适应的灵活性融为一体,从而有效地调整着变化发展中的社会关系。

仅从以上简约的数例中,已经可以说明中华法系的价值,它是中华民族的骄傲,它曾

经给予世界尤其是东方世界以深切持久的影响。对于中华法系的特点、价值理解得越深,批判得愈透,愈能准确地把握哪些是应该抛弃的,哪些是应该继承的,哪些是需要引进的。在重塑中华法系的过程中,继承其合理的永恒的内涵是重要的前提。在文化的发展历史上民主性的传统文化,总是前进的基础,通过文化的转型、更新来延续传统文化,并使其在新的历史条件下获得新的价值、新的风貌,这不仅是文化发展的规律,也是人类社会得以新陈代谢不断发展的基础。

在专制制度下,中国传统的法文化与其它文化形式,如宗教、艺术、建筑、音乐有所不同。如果说有些文化形式也融入过外来的文化,那么法文化则是输出的,而不是输入的,在中华法系形成的过程中,很少融合外来的法文化。中华法系的变异是内部各派法文化相互排斥、吸收与融合的结果,因而带有十足的民族性、本土性,直到鸦片战争以前仍然缺乏在法文化上的中外交流。从而障碍着走向新的法制文明。鸦片战争以后,外国先进的法文化的输入,才引起了前所未有的变异,并且由固步自封转向全盘西化,以至使这种变异脱离了中国的国情,带有某种畸型的性质。

中国是一个具有深厚法文化土壤的国家,中华民族在四千多年固有法文化的熏陶中所形成的素质,都是在接受外来法文化时所必需引起注意的。只讲引进不讲继承,只讲转化不讲延续,只讲世界性不讲民族性,必定要限制中国法制现代化的进程。应该指出,中国传统的法文化也是具有世界性的,也曾冲击过世界,正因为如此,中华法系才被世界公认为五大法系之一。

任何一个民族如果不尊重自己的优秀文化传统,便是缺乏精神支柱的,没有自信心的民族,当然也不应夸大本民族的文化传统。如果说大陆法系是人类共同的财富,那么中华法系同样也是人类的共同财富。经历了巨大的社会变革,作为完整的中华法系已经解体,如何在新的历史条件下,继承、发扬、更新、重塑中华法系,应该是提上历史的议事日程的任务。这种发展趋势并不是中华法系所独有的,以制定法为特征的大陆法系,和以判例法为特征的英美法系也正是日益接近而冲淡着彼此的特性。或许若干年后固有的大陆法系和英美法系也遭遇解体和重塑的问题,这不是悲剧,是前进,是不断地现代化,是喜剧。

重塑的中华法系决不是保守的、排斥外来文化的,相反只有融入现代优秀的法文化,才能使重塑的中华法系具有现代的特点。

在世界发达国家物质文明已经极大丰富以后,在人们得到充分物质享受之余,所追求的是精神上的满足,所贫乏的是人与人之间的沟通,以及相处而又相安的和谐关系。如同管子所说:“仓廩实而知礼义”,以至在今天的世界上,人们呼唤着中国文明的复兴。因此重塑中华法系不仅在国内有着广泛的群众基础,也会受到世界的欢迎。

如果说马可波罗和利玛窦,是早期了解并肯定中国文化传统的先进性,以及法律规范的严密性的外国人,那么在近代中国海禁大开以后,西方人也将他们感兴趣的中国文化介绍给欧美世界。以至今天发达国家经济发展的动力中也含有中国传统文化中的某些因素。譬如,中国传统文化“五常”中的“信”就是现代经济往来的基石。此外,以调整伦理关系为主要的内容的礼,也在东方国家如日本、韩国有着广泛的影响。礼所调整的面极广,涉及到社会的多层次多角落的人际关系,以至明礼、尊礼、隆礼被看作是文明与野蛮的分界线,人

与动物的区别点。不过当我们在思考如何重塑中华法系时，切不可为传统文化的辉煌业绩所迷惑，否则巨大的精神财富有可能变成中华民族前进道路上的拦路石。

中国近代在帝国主义列强的压榨下，国力孱弱，民族危难，严峻的形势使民间革命和统治层的改革平行发展。在统治层的改革中，法制改革是一项内容。由于固有的法律体系面临解体，改革的出路只能是以西方法律为模式，建立近代的法律体系。在当时还不存在从固有的法文化土壤上走向法制近代化的可能性，也不存在法律移植和本土法律现代化可以和谐发展，否则法律移植也难以成功的认识。经过百年法制改革的艰苦实践，中国已经具备参酌外国法律的同时走自己改革创新之路的条件。在未来的 21 世纪应该是中华法系复兴的时期——重塑中华法系，将给予中华民族以建设国家的自信心。如果说中华民族曾经以其优越的法文化长期滋润过东方世界，也能够以其更加丰富的法文化而傲然自立于世界进步的法制之林。

[1] 《长庆集》卷 48。

[2] 以上引文均见《读通鉴论》。

法学新书架

金融刑法导论

王 新著 北京大学版

32 开 300 千字 380 页 平装 估价:16.80 元

1998 年 11 月出版 ISBN7-301-03831-3/D·390

本书在一定意义上弥补了我国刑法学对危害金融犯罪研究的空白。在本书中，作者构建了金融刑法完整的理论体系。

经济犯罪与经济纠纷

徐 武编著 法律版

大 32 开 320 千字 381 页 平装 估价:16.00 元

1998 年 9 月出版 ISBN7-5036-2529-5/D·2143

本书着重对经济犯罪和经济纠纷各自的一些基本问题进行了阐述，并且在整体上对经济犯罪与经济纠纷作了综合分析和比较研究，在分论部分，对一些常见的经济犯罪与经济纠纷，按照各自在实际生活中得以发生的普遍程度，不但较为详细地分析了有关经济犯罪的构成特征，而且对与之相对应的经济纠纷以及两者的界限均有探讨和研究。

期货犯罪透视

陈文飞编著 法律版

大 32 开 320 千字 381 页 压膜装 估价:20.00 元

1998 年 9 月出版 ISBN7-5036-2544-9/D·2158

本书是我国当前研究期货犯罪问题的第一部专著，主要从期货犯罪的刑事立法、法律适用，以及期货犯罪的防治等角度进行了论证和分析。