

中华法系与罗马法的原理及其哲学比较^{*}

——以《唐律疏议》与《法学阶梯》为对象的探索

张中秋

摘 要:通过对《唐律疏议》与《法学阶梯》的分析,可以揭示出中华法系的道德原理与罗马法的自由原理,以及这两种原理的自然哲学基础是有机的自然观与无机的自然观。道德原理立足全体、效法自然、追求和谐,赋予了中华法系责任 权利的结构、道德的精神和人类全体以及人类与自然共生共荣的价值目标;自由原理立足个体、依据理性、追求正义,赋予了罗马法权利 义务的结构、自由的精神和人类独立与进步的价值目标。这两种原理的价值既有永恒性又有互补性,因为人是个体的但人类是群体的,道德与自由都是人类所必需的。因此,基于传统的力量、道德原理的价值和中国发展的趋势,尤其是中国有机的自然观已获得新的科学与哲学的某种支持,所以在理解和化解西方制度与中国社会的脱节,以及运用什么样的法律去参与解决人类争端和全球性的生态危机方面,中华法系的道德原理将有重大的指导意义。

关键词:中华法系;罗马法;道德原理;自由原理;比较研究

大家知道,唐律是中华法系的代表,《唐律疏议》是唐律的精髓和骨干;而《法学阶梯》既是罗马法的重要组成部分,又是罗马法的“全部法学的基本原理”所在,因此,以《唐律疏议》和《法学阶梯》为对象来探讨中华法系与罗马法的原理及其哲学,这在比较法上是可行的。当然,这里所说的中华法系

作者简介:张中秋,法学博士,中国政法大学法律史学研究院教授,博士生导师。

* 基金项目:教育部人文社会科学重点研究基地项目基金资助;项目名称:传统中国法理研究;项目批准号:2009JJD820013。

依中外学者的见解,中华法系是指以中国法为母法发展起来的东亚法律体系,包括传统的中国法、朝鲜法、日本法、琉球法、安南法、暹罗法和缅甸地区法。如果从时间和空间两方面来界定,在中国的秦汉至隋唐这段时间为中华法系的成型期,其范围包括东亚大陆、朝鲜半岛、日本列岛、琉球群岛和中南半岛部分地区。在中国的唐宋至清末这段时间为中华法系的存续和内部变化期,其范围还是包括上述地区。从公元 19 世纪中期开始,西方法律文化在列强的武力和殖民政策支持下向东亚扩展和传播,中华法系开始解体。到公元 19 世纪末,严格意义上的中华法系实际上仅存作为母法的中国法而已。20 世纪初,清廷迫于压力正式“变法修律”,作为中华法系母法的中国法整体瓦解。至此,东亚曾经共有的中华法系不再具有实体的存在,而是被作为具有法律文化传统和遗产意义的历史性法系对待。在中华法系的形成中,唐律发挥了承前启后、传播海外的作用,所以它被公认为中华法系的代表。

唐律是中国唐代法律的总称,包括唐前期的律、令、格、式四种法律形式和判,以及唐后期的格敕(格和格后敕)等。其中,作为律的代表的《唐律疏议》,不仅是全部唐律的主体,亦是全部唐律的精髓。可以毫不夸张地说,《唐律疏议》的学理即是中华法系的原理。参见刘俊文撰:《唐律疏议笺解》,中华书局 1996 年版,第 1 - 92 页“序论”。

查士丁尼皇帝在为《法学阶梯》颁示所作的“序言”中说:“……在把全部古法书籍编辑为《学术汇纂》共计 50 卷以后(这是在杰出人物特里波尼亚和其他卓越而有才识的人协助下完成的),朕又命令把这部《法学阶梯》分为四卷,其中包括全部法学的基本原理。”(古罗马)查士丁尼著:《法学总论——法学阶梯》,张企泰译,商务印书馆 1989 年版,第 3 页“序言”。

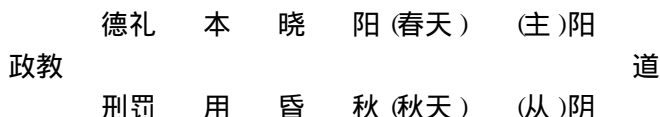
在比较法中,以某一具有代表性的法律秩序或者说法律传统,来代表对法系的研究是可行的。参见[德]K 茨威格特、克茨著:《比较法总论》,潘汉典等译,贵州人民出版社 1992 年版,第 121 - 122 页。同样,我认为以代表性的法典为对象来探索法系亦是可行的。

主要是指传统中国法,罗马法主要是指万民法时代亦即罗马帝国时期的法律。而本文既然是对原理与哲学的比较,实际上就是关于法的理念的类型比较,因此理念与制度及实践有不同之处,亦是正常的,并不影响研究结论的成立。

正如我们所知,概念是分析的工具。因此,本文首先从“原理”这个核心概念开始,然后再探讨相关的问题。在科学术语上,“原理”是来自西方的概念,它在传统中国文化中对应的就是“道”。这个“道”不单是道家之道,而是中华文化之“道”。正如金岳霖先生说:“各家所欲言而不能尽的道,国人对之油然而景仰之心的道,万事万物之所不得不由,不得不依,不得不归的道才是中国思想中最崇高的概念,最基本的原动力。”^{[11](P.18-19)}从这个意义上说,道是中华文化的共通原理。当然,它亦是中华法系的原理,因为中华法系是中华文化的有机部分。如何从法律上来认识这个原理,我们不妨先看一看作为唐律精髓的《唐律疏议》是怎么说的。

《唐律疏议·名例》在其开篇中说:“德礼为政教之本,刑罚为政教之用,两者犹昏晓阳秋相须而成者也。”^{[12](P.3)}这段话的意思是说,德礼是政教的根本,刑罚是政教的辅从,两者的关系犹如黄昏与早晨(相续为一天)、春天与秋天(相续为一年),它们相互配合构成完美的整体。这是对上述文字的直译,如果仔细分析,就会发现它的内涵远不是这么简单。首先,它融合了儒、法、道三家的思想。从概念的倾向上讲,“德礼”是儒家的,“刑罚”是法家的,“昏晓阳秋”是道家的。儒、法、道三家的思想在国家法典中融为一体,这是西汉以来中国法律发展到唐代“臻于完善”的表现,且随着唐律对中国周边诸国的影响,以《唐律疏议》为核心的唐律由此成为中华法系的象征和代表。其次,《唐律疏议》的这段话渗透了中华文化之道,体现了从“阳主阴从”到“德主刑辅”的道德原理结构。为了更直观地阐明这一点,我们先看下面的图示。

《唐律疏议·名例》所示道德原理结构图



很显然,这个图示是把上述《唐律疏议·名例》的文字表述结构化了,其中“阳秋”之后是笔者加上的,但符合道的结构。透过这个图示,我们可以看到作为政教两翼的德礼与刑罚与作为道之两仪的阳与阴的对应关系。我们知道,政教是传统中国政治文化的统称,法律亦包含在其中。因此,作为政教两翼的德礼与刑罚,实际上就是传统中国法的基本内容,亦即儒、法、道三家法思想合流后所形成的礼法结构。正如上述《唐律疏议·名例》所示,在这个结构中,德礼为本、刑罚为用。因此,人们把它概括为礼法结合、德主刑辅。礼法结合、德主刑辅是以唐律为代表的中华法系的基本结构。

从上述图示可见,礼法结合、德主刑辅的哲学基础或者说法理依据是阴阳合一、阳主阴从的中华文化之道。依据中国经典表述,道的基本构成是阴与阳,所谓一阴一阳之谓道,此一阴一阳就是道或后来被称之为太极的两仪。阴与阳这两者的关系是对立统一,其中对立中有相涵相摄,相涵相摄中又有支配,阳在其中起主导和支配作用,形成阴阳合一、阳主阴从的结构。按照中国古典思维,阳代表德性,“阳主”意味着事物的属性依德。因此,如上所述,道虽然可以用来指称事物的原理(在这种情况下,道

参见冯友兰著:《中国哲学简史》,北京大学出版社1996年版,第144-149页;严灵峰著:《原道》,载胡晓明等主编:《释中国》,上海文艺出版社1998年版,第899-906页;[韩]李顺连著:《道论》,华中师范大学出版社2003年版。

《周易·系辞传上》曰:“易有太极,是生两仪”。

汉儒董仲舒在《春秋繁露·基义》中说的一段话可为经典。他说:“凡物必有合。……阴者阳之合,妻者夫之合,子者父之合,臣者君之合。物莫无合,而合各有阴阳。阳兼于阴,阴兼于阳。夫兼于妻,妻兼于夫。父兼于子,子兼于父。君兼于臣,臣兼于君。君臣父子夫妇之义,皆取诸阴阳之道。君为阳,臣为阴。父为阳,子为阴。夫为阳,妻为阴。……阳之出也,常县于前而任事;阴之出也,常县于后而守空也。此见天之亲阳而疏阴,任德而不任刑也。是故,……德礼之于刑罚,犹此也。故圣人多其爱而少其刑,厚其德而简其刑,此为配天。笔者在研究唐代经济民事法律中对此有过具体的分析说明,读者可参见拙文《透视唐代经济民事法律(第五部分)》,载《法学》2002年第1期。

已经含有了德),但实际上道原本所表达的是事物的秩序结构,德是事物的内在性质。这亦就是说道是德的表现形式,德是道的存在依据,道与德共同构成了事物的统一性。因此,我们说道是事物的原理形式,德是事物的原理性质,两者构成完整的事物原理。有鉴于此,笔者把这种文化构成理论称为道德原理。如果对照上述《唐律疏议·名例》的表述和图示,我们即可发现,中华法系的原理不过是中华文化的共通原理在法律上的延伸,所以实质上还是道德原理,只是这个道德原理的内涵有了变化,由阴阳合一、阳主阴从的哲学概念转换成了礼法结合、德主刑辅的法律概念。换言之,道德即是中华法系的正当性所在,亦即最后的法理依据。因此,从法的哲学上说,中华法系的原理可称之为道德原理,中华法系法亦可称之为道德原理法。

二

依据《法学阶梯》,罗马的法律分为公法与私法,私法包括自然法、万民法和市民法^{[3](P.5-6)}。罗马私法是罗马法中最有特色和影响的部分,《法学阶梯》就是有关这部分的内容。《法学阶梯》在整个罗马法中的重要性,正如查士丁尼皇帝所说:“其中包括全部法学的基本原理。”^{[3](序言,P.3)}所以,我们要探索罗马法的原理就必须以《法学阶梯》为样本。

原理是对事物关系的本质揭示,它以思想观念的形态存在,通常隐秘而均匀地分布在法律的文本之中,因此,我们只有通过文本的分析才能触及到它。依中文译本统计,《法学阶梯》正文四卷十八篇,但笔者通过阅读,发现它对自然法、万民法和市民法等相关问题的回答中,亦即在《法学阶梯》第一卷的第二篇中,表达了罗马法的结构和原理。《法学阶梯》第一卷第二篇开篇明示道^{[3](P.6-7)}:

自然法是自然界教给一切动物的法律。因为这种法律不是人类所特有的,而是一切动物都具有的,不问是天空、地上或海里的动物。……

1. 市民法与万民法有别,任何受治于法律和习惯的民族都部分地适用自己特有的法律,部分则适用全人类共同的法律。每一民族专为自身治理制定的法律,是这个国家所特有的,叫做市民法,即该国本身特有的法。至于出于自然理性而为全人类制定的法,则受到所有民族的同样尊重,叫做万民法,因为一切民族都适用它。因此,罗马人民所适用的,一部分是自己特有的法律,另一部分是全人类共同的法律。……

2. ……至于万民法是全人类共同的。它包含着各民族根据实际需要和生活必需而制定的一些法则;例如战争发生了,跟着发生俘虏和奴役,而奴役是违背自然法的(因为根据自然法,一切人都是生而自由的)。又如几乎全部契约,如买卖、租赁、合伙、寄存、可以实物偿还的借贷以及其他等等,都起源于万民法。

《法学阶梯》不愧是伟大的作品,上述几段简洁的文字就给我们描绘了一幅贯通自然界、人类社会和罗马国家的法律图景。依据它的表述,在私法领域,通行自然界一切动物的法律是自然法;通行全人类的法律是万民法;通行某一民族国家的法律一部分是万民法,一部分是专为自身治理制定的市民法;所以,通行罗马国家的法律一部分是它的市民法,一部分是通行全人类的万民法。由此可见,从自然法到万民法再到市民法构成了一个法的链式整体,这三种法既分别对应于自然界、人类社会和罗马国家,同时自自然法以下又依次复合通用,从而在形式上形成一个从大前提到小前提再到结论的完美逻辑。

在此我要特别指出,这里所说的“道德原理法”中的“道德”一词,与现在我们通常所说的“道德”的含义不同。前者是传统中国一个重要的哲学范畴,用以表达世界万物的构成原理,亦即正文中所说的,道是事物的存在形式,德是事物的存在依据,道与德共同构成事物的统一性。这个原理贯通天、地、人,亦即自然、社会与人类,所以它本质上是中国人的世界观。由此可见,它与我们现在通常所说的人的品行好坏的道德一词,包括与英文中的 moral 和 morality,在内涵上都不一样。它们之间的联系,最多只能说后者是从前者引伸来的。所以,“道德原理法”一词是对中华法系原理的一种哲学表达。

根据这种逻辑,万民法是市民法的上位法,自然法又是万民法的上位法,所以,自然法既是万民法和市民法的效力渊源,又是万民法和市民法的正当性来源。这意味着自然法是罗马法的母法,自然法理论就是包括万民法和市民法在内的罗马法的法理依据,换句话说,自然法理论就是罗马法的原理。

自然法理论是西方法学的根基,所以自古希腊、罗马以来,有关它形成了不同的学说,但正义始终是它的核心和本质。从这个意义上说,自然法理论就是一种正义理论,自然法学就是有关正义的法学。这与《法学阶梯》所说的“法学是关于神和人的事物的知识;是关于正义和非正义的科学”^{[31](P.5)}完全吻合。这种吻合不是巧合,而是事物的内在逻辑使然。因为罗马法的理论是自然法,自然法的核心和本质是正义,所以法学必然是关于正义和非正义的科学。只是由于当时自然法在人们的观念中还具有神性,即《法学阶梯》第一卷第二篇所说的“各民族一体遵守的自然法则是上帝神意制定的,因此始终是固定不变的。……”^{[31](P.11)}所以,法学亦是“关于神和人的事物的知识”,但不管是神还是人的事物的知识,其知识亦即法学的核心和本质都不外乎是正义而已。这样说来,正义是罗马法的理据,就像礼(理)是传统中国法的理据一样。

问题讨论到此,似乎可以结束了。如果仅从法的层面上讲,情况的确是这样,但如果要追问下去,进入法哲学的原理层面,那问题还未了结。对照道德是中华法系的原理,道德(礼(理)法(刑))能够构成一个完整的理据链,而在罗马法的正义(法律)结构中,则缺少一个具有“道德”这样的文化原动力的环节。这说明在逻辑上,正义背后还有一个更高的理据存在,这个理据是正义的根源和动力所在。这个理据是什么?还是让我们从《法学阶梯》中寻找。《法学阶梯》在第一卷第一篇开篇定义道:“正义是给予每个人他应得的部分的这种坚定而恒久的愿望。”^{[31](P.5)}事实上,人对自己应得的那部分的愿望有很多,但“什么”才是人的诸多愿望中称的上是“坚定而恒久的愿望”呢?这即是说“什么”是人的一生中最坚定而恒久的向往。对此,《法学阶梯》虽然没有直接给予明确的回答,但在它文本的结构理路方面和将自然法作为评价人的标准方面,给了我们寻找答案的线索。

请看《法学阶梯》在第一卷第二篇的最后说:“我们所适用的全部法律,或是关于人的法律,或是关于物的法律,或是关于诉讼的法律。首先考察人,因为如果不了解作为法律对象的人,就不可很好地了解法律。”^{[31](P.11)}这说明在罗马法至少在罗马私法体系中,关于人的法律是第一位的。那么,在关于人的法律中什么又是第一位的呢?《法学阶梯》在第三篇的开头接着说:“关于人的法律的主要区分如下:一切人不是自由人就是奴隶。”^{[31](P.12)}这很清楚地表明,在《法学阶梯》有关罗马所适用的全部法律的结构中,关于人的法律是第一位的;而在关于人的法律中,关于人的法律的主要区分,即人是自由的(自由人)还是不自由的(奴隶)这是第一位的。确认了这一点,就等于确认了自由是人的一生中最坚定而恒久的向往,亦即自由是人所向往的最大正义。要明白这一点,只需理解在罗马法中,奴隶因其不自由,只是会说话的工具,在法律上等同于物。这说明罗马法将自由视为人之为人的条件,不自由就不是人,奴隶虽有人类的自然特性,但不是法律意义上的人,故而被自由人所支配,所以,自由是人所向往的最大正义。这样,我们在《法学阶梯》的结构中看到,它存在着人(自由)正义(法)这样一条理路。

这个从《法学阶梯》文本的结构理路方面所得到的认识,还可以从《法学阶梯》将自然法作为衡量人的价值的标准方面再次得到确证。《法学阶梯》在阐释自然法与万民法时说道:“奴役是违背自然法的(因为根据自然法,一切人都是生而自由的)。”^{[31](P.7)}它在第五篇“被释自由人”的开头一段中亦说:“……因为根据自然法,一切人生而自由,既不知有奴隶,亦就无所谓释放。……”^{[31](P.13)}这说明自然法

《牛津法律大辞典》对自然法的解释是:“一般说来,它表示一种对公正或正义的信念,这种正义秩序普遍适用于所有为宇宙间最高控制力量支配的人,它不同于实在法,即由国家或其他人类组织制定的法。一切自然法学说的出发点是理性和人性。但在自然法的含义和它与实在法的关系上,自古以来众说纷纭。……自然法的观念从未消亡,似乎永不衰竭。”[英]戴维·M·沃克:《牛津法律大辞典》,邓正来等译,光明日报出版社1988年版,第629—631页。

从《法学阶梯》所呈显的罗马法体系来看,情况确实如此,因为《法学阶梯》的一切设置,包括它关于人和物与诉讼的各项规定都是从这一区分开始的。

作为正义的理论,它在关于人的法律上的首要而基本的正义是自由,所以,根据自然法,一切人生而自由;如果人生而或生后不自由,就是对自然法关于人生而自由的正义原则的违背。这样一来,在自然法理论中,正义是衡量法律是否正当的一个标准,而自由成了保证正义正当性的理据,这亦意味着自由是正义的理据和原动力。所以,美国法理学家 E. 博登海默 (Edgar Bodenheimer) 在谈到正义与自由时说:“整个法律正义哲学都是以自由观念为核心而建立起来的。”^{[41] (P. 272)} 因此,当人们说自然法是一种正义的理论时,亦无异于在说自然法是一种关于自由的学说。

综合上面的分析,我们可以获得这样的认识,即在自然法理论指导下,由《法学阶梯》所呈现的罗马法,无论是在文本的结构理路还是内容的精神联系上,都已构成自由—正义—法律这样一个完整的理据链。换言之,正义是罗马法的理据,而自由则是正义的理据。因此,从法的哲学上说,罗马法的原理可称之为自由原理,罗马法亦可称之为自由原理法。

三

从上面对中华法系与罗马法的原理探索中,我们可以发现一个很有趣的现象,即无论是《唐律疏议》还是《法学阶梯》,在它们有关原理的表述中都与自然亦即大自然这个概念相关。《唐律疏议》使用了“昏晓阳秋”这个词,《法学阶梯》使用了“自然界”这个词,这似乎在提醒我们,中华法系与罗马法的原理都是与自然相关的。因此,如果要对中华法系与罗马法的原理及其哲学进行比较,有必要从它们的自然观开始。

(一)

关于中国与西方,包括古代中国与罗马的自然观,不仅有大量的历史文献可供阅读,还有数量众多的现代研究可资参考。一般认为,笔者亦是这样认为的,古代中国人的自然观是有机的自然观,即包括自然、社会和人类为一体的宇宙是一个有机联系的生命系统,用中国哲学的话来说,就是天、地、人为一体的世界是一个生命体。有机的自然观的核心在于把世界看成是有生命的系统,它之所以说世界是有生命的系统,是因为世界的自然状态是和谐有序和生生不息,和谐有序是它的外在现象,生生不息是它的内在性状。自然世界的这两个特征给我们的先贤以深刻的印象,他们把这种从自然得来的印象与人生经验和社会实践结合起来,将自然界的和谐有序概括为道,藉以抽象地表达事物的有序性,亦即事物的存在形式;将自然界的生生不息概括为德,藉以抽象地表达事物的创生性,亦即事物的内在性质。由于道原本是一种秩序,所以在哲学上它被引申为主静、属阴、显柔、为仁、表礼;而德原本是一种创生,所以在哲学上它被引申为主动、属阳、显刚,为义、表法;道与德共同构成事物的统一性。职是之故,宋儒周敦颐在他著名的《太极图说》中阐述了太极原理之后引《易》说:“立天之道,曰阴与阳,立地之道,曰柔与刚,立人之道,曰仁与义。”推而言之,立政教(大法)之道,即德礼与刑罚。这样,从原理上来说,世界

齐云博士详细地从奴隶自由权的获得方面论证得出:“优士丁尼的《法学阶梯》自始至终都贯穿着‘自由权优先’这根红线”。参见齐云:《优士丁尼《法学阶梯》中的自由权优先原则》,载《华东政法大学学报》2009年第6期。我认为这个观点是正确的,但遗憾的是作者还没有认识到,“自由权”之所以“优先”,是因为自由是罗马法的原理。

在关于中国古代科学与文明以及与西方的比较上,著名科学家李约瑟 (Joseph Needham) 先生的研究是最全面同时亦是最客观的,他在《中国科学技术史》第二卷《科学思想史》中提供了关于中西(包括古罗马)自然观方面最丰富的中外文献目录和最科学的综述与研究。阅者可参见[英]李约瑟著:《中国科学技术史:第二卷 科学思想史》,何兆武等译,科学出版社与上海古籍出版社1990年联合出版,第13章、第16章及参考文献。

所谓自然是个大宇宙,人是一个小宇宙之谓也。下文的论述是笔者多年阅读、思考、体悟的心得,参考的书目无法一一列出,因为数量不少而且很多思想又是交叉性的,惟有《周易》(重点是经与传)、《道德经》、《礼记》(重点是《乐记》、《大学》和《中庸》)、《春秋繁露》、《太极图说》和朱熹的《四书章句集注》等,以及上面提到的李约瑟和现代学者王国维、金岳霖、冯友兰、朱光潜、宗白华、张岱年、成中英、杜维明等人的相关论述,特别是艾兰等人的《中国古代思维模式与阴阳五行说探源》,江苏古籍出版社1998年版,对本人最具启发意义。

周敦颐撰:《周子通书》(徐洪文导读),上海古籍出版社2000年版,第48页。关于这个问题还可参见杨成寅著:《太极哲学》,学林出版社2003年版;杜维明:《试谈中国哲学的三个基调》,载胡晓明等主编:《释中国》,上海文艺出版社1998年版,第877-891页。

就是一个道德的世界,道德原理是沟通天、地、人,亦即贯通自然、社会和人类的共通原理。这种从自然出发具有生命感的理论,从根本上或者说哲学上回答了有机世界存在的形式与本质,所以它不是一般意义上的自然观,而是中国人的世界观。

道德原理的世界观是整体的、联系的和辩证发展的世界观,因为世界是有机的。作为法的指导思想,道德原理赋予了中华法系特有的结构、特征和价值。从结构上说,道德原理是形式与性质合一但以性质为本形式为辅的事物原理,所以中华法系的结构是礼法结合、德主刑辅。正如我们在前面对《唐律疏议》的分析中所揭示的,德礼为本属阳,刑罚为辅属阴,礼法结合、德主刑辅显示了阴阳合一、阳主阴从的道德原理的法理化。这种法理化实则是以道德为原点、以礼法为两仪、以德为主以刑为辅的一元化结构,类似于太极(太极)两仪(阴与阳)阳主阴从的太极图式,而太极图本是一种生命原型图,所以这种法的一元化结构是以有生命感的哲学为根子的。而且,由于德礼本质上是一种基于道德的责任,所以这个结构确立以德礼为本,实则意味着中华法系是一种责任—权利型的结构,即担当责任是行使权利的前提,这样的法又称之为责任优先或责任本位法。此外,从特征上讲,中华法系因道德原理而使它拥有某些与生命体相似的特征,如体系上的系统性、协调性、连续性和对立统一的继承式发展,以及内容上因强调整体利益而形成的公法特色和司法实践中的类比思维等。当然,在中华法系的道德原理中,还有比结构和特征更有意义的,那就是道德原理所赋予中华法系的价值。简单说,中华法系因道德原理的生命感而使它在追求形式统一亦即和谐有序的同时,更关注实质正义亦即公正、善良和仁义等。用现代法律话语,即实体价值优于程序价值。因为形式服从于实质,这是道德原理的本质要求。因此,即使法律是刑杀,目的还是为了仁政。如《唐律疏议·名例》在谈到立法宗旨时所说的:“《易》曰:‘天垂象,圣人则之。观雷电而制威刑,睹秋霜而有肃杀,惩其未犯而防其未然,平其徽纆而存乎博爱,盖圣王不获已而用之。’”就是一个很好的例证。

(二)

现在让我们来讨论罗马法的自然观问题。即如上述《法学阶梯》的引文所示,在罗马法的理论和制度体系里,自然界—自然理性—自然法—万民法—市民法,的确构成了一个前后相续的法源链条,但它与中国的自然—道德—礼法—法律(唐律)有所不同。前者是一种逻辑上的联系,相互之间没有有机体的相涵、相摄和互动,更不可能有上位法对下位法的吸收,只有上位法对下位法的单向指令;后者是一种

这里的“德礼为本属阳”要说明一下,因为我在前面说到,道在哲学上被引申为表礼属阴,说明礼是属阴而非属阳。这与“德礼为本属阳”似乎有矛盾,其实并不矛盾。因为就礼的本义来说是序,此点与道相通,所以在哲学上它被纳入属阴的道的范畴。但中国文化中的阴阳不是绝对的而是相对的,而且是可以转化的。譬如,德与礼、礼与刑、德礼与刑罚,一般说前者属阳,后者属阴,这是在它们各自独立时的对应关系,但如果把它们联系起来看,就发现这种关系的相对性,如礼相对于德属阴,相对于刑又属阳,所以德礼相对于刑罚属阳。这就是阴阳辩证法,亦即对立、统一、变化的世界观,而且正是因为有了这个辩证法,中国文化才避免了走向极端的弊端。

太极图是中国人关于世界的抽象图式,太极图中的阴阳鱼图形是生命的原型,或者说生命的原初形状。

在这里我使用“责任”而不是“义务”一词,是因为考虑到在英语中,“义务:duty/obligation”与“责任:liability/responsibility”虽略有区别(此点感谢张骥教授的提示),但可以通用,然而在汉语里,义务与责任却有不同。一般认为,义务是受动的,是主体对外部要求的一种回应,含有应要求和被迫使的意思;而责任具有主动性,是发自主体内部的一种积极行为。因此,相对于西方或者说现代的法律关系中的义务,责任一词(英语中最接近的对应词可能是duty)更符合中华法系的精神和实状。基于这方面的考虑,对中华法系的结构模型,我倾向于用“责任—权利”来加以表述。毫无疑问,这种结构模式的法通过对个人私心的压制和对人类责任的张扬,以求达到一种“重义轻利”的和谐。但这不等于说它不承认“私”,亦不等于说中华法系没有权利的存在。因为有机世界是整体的、联系的和辩证发展的世界,所以,传统中国社会中的人是处在由各种关系所构成的整体中的。在整体性的关系中,人的意义和权利就能体现出来。比如在夫妻关系中,妻子相对于丈夫,责任重于权利;但在母子关系中,她又拥有和她的丈夫很接近的对子女的教育权、惩戒权、主婚权和其他权利。因为依据道德,主体的权利愈大,其责任亦就愈大;反之,权利愈小,则责任亦愈小。所以,传统中国人不是没有权利,而是他或她的权利存在于群体的关系中,且任何权利的存在无大小都要以责任为前提并与责任成比例。这是因为人是道德的主体,法是主体价值的载体,所以传统中国的责任—权利结构,实际是道德原理在人与法上的贯通和展开。

参见[美]威格摩尔:《世界法系概览》,何勤华等译,上海人民出版社2004年版,第4章、第7章的中国部分;张中秋著:《中西法律文化比较研究》(第4版),法律出版社2009年版,第3章、第5章的中国部分。

这是一段含义丰富、意味深长的话。它首先是说圣人(代表国家)立法效法自然,所谓“天垂象,圣人则之。观雷电而制威刑,睹秋霜而有肃杀”;二是表明圣人(代表国家)立法的目的不是为了刑杀,而是为了“惩其未犯而防其未然,平其徽纆而存乎博爱。”亦即是说,圣人(代表国家)立法的直接目的是“防其未然”,其深远意图则是“存乎博爱。”而国家之所以要动用刑罚,实在亦是不得已而为之。

有机的联系,相互之间不仅有相涵、相摄和互动,而且上位法在指导下位法的同时,亦有可能与下位法相融而吸收之。由此可见,逻辑上的联系注重的是思想上的非矛盾性,有机的联系实际是事实上的统一性,这种区别的根源在于两种不同的自然观。

相对于中国有机的自然观,西方自古希腊、罗马以来,一直是无机的或者说机械的自然观占主导地位,而且这种自然观在古代和中世纪还有神创的色彩。就对罗马法有影响的自然观而言,来自古希腊斯多噶学派的自然哲学,经过西塞罗的吸收再传递和影响到罗马的法学家和裁判官们,并且在这个过程中还掺杂了来自希伯莱的基督教思想和罗马自己的实践经验,从而形成了罗马法的自然哲学。这个哲学认为,自然是由无数独立的个体(譬如原子)所组成的,这些独立的个体之间缺乏生命体那样的有机联系,所以自然是一个无机体。但自然本身是有序的,这种有序是自然法(则)的体现,自然法(则)出于自然理性。自然理性按斯多噶学派的说法是出于自然(物)的本性(实际是物的自由运动所形成的作用与反作用的规律,牛顿揭示了这一规律,机械唯物论以此为据),按基督教的说法是神意的体现。罗马法在这个问题上陷入了两难,所以一方面它说:“出于自然理性而为全人类制定的法,则受到所有民族的一样尊重,叫做万民法。”^{[31](P.7)}另一方面它又说:“各民族一体遵守的自然法则是上帝神意制定的,因此始终是固定不变的。……”^{[31](P.11)}但无论按哪一种说法,自然理性到处都是一样的,所以它是正义的。这样,在罗马法的自然哲学里面,由万民法而自然法,由自然法而自然理性,由自然理性而正义,所以,追溯起来,万民法与自然法都成了一种正义的理论。但我们不要忘了,自然理性之所以是正义的,按照斯多噶学派的说法,是出于自然(物)的本性,自然(物)的本性依无机的自然观,即是独立而自由的运动,因为自然的本原是无数独立(没有生命体那样联系的)的个体(譬如原子),所以,追本溯源,独立亦即自由乃是正义的根源和原动力,自然法的正义只是自由的表现而已,这一点我们在前面对《法学阶梯》的解析中已加以证明。所以,从法的哲学上说,罗马法的原理是自由原理。

从无机出发,自由原理的世界观是个体的、独立的、自由的和进取发展的世界观。作为法的哲学原理,自由原理亦赋予了罗马法特有的结构、特征和价值。从结构上说,由于自由原理是从自然本原经自然理性推导出来的,所以在罗马法体系中源于自然理性的自然法成了第一法源,万民法和市民法都以它为宗。又由于自由原理是一种个体间以及个体自身表象与本质之间相分离的二元结构理论,所以罗马法亦形成了一种自然法与制定法(万民法与市民法)相对立的二元结构。而且依据自由原理,理念先于现实,本质优于表象,所以在这个结构中,自然法拥有指令的权利,制定法(万民法与市民法)只有接受指令的义务。如前所说,自然法的核心是自由和正义,自由和正义表现在法律上就是权利,这样一来,自由和正义的权利在自然法上是天生的,而在罗马法上则是必须接受的天赋人权,所以罗马法(准确说是罗马私法)的结构是一种权利—义务型的,即行使权利是承担义务的前提,这样的法又称之为权利优先或权利本位法。同样,从特征上说,罗马法亦因自由原理而使它拥有某些与无机系统相应的特征,如体系上的逻辑性、开放性和冲突—征服式的扩张性发展,以及内容上因强调个体利益而形成的私法特色和司法实践中的形式逻辑思维等。最后,从价值上说,自由原理对罗马法价值的影响是深刻的。正如我们所知,罗马法有诸多价值,但笔者以为其中两个价值是最基本的:一是它高度逻辑精密的庞大体系,这是形式上的;一是它对自由、正义的追求,这是实质上的。这两者都奠基于自由原理,因为自由原理所表

本文以下论述亦是笔者多年阅读思考的结果,但笔者对西方原典和经典了解有限,在此问题上值得提出的主要参考书有:[英]柯林武德著:《自然的观念》,吴国盛、柯映红译,华夏出版社1999年版;[英]W. C. 丹皮尔著:《科学史》,李珩译,张今校,商务印书馆1987年版;[英]李约瑟著:《中国科学技术史:第二卷 科学思想史》,何兆武等译,科学出版社与上海古籍出版社1990年联合出版;[美]H. 萨拜因等:《政治学说史》(上、下),乔治·霍兰·萨拜因著,托马斯·兰敦·索尔森修订,刘山等译,商务印书馆1990年版;[英]罗素著:《西方哲学史》(上、下),马元德译,商务印书馆1982年版;[英]梅因著:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1984年版;[美]E·博登海默著:《法理学—法哲学及其方法》,邓正来译,华夏出版社1987年版;以及《爱因斯坦文集》,编者许良英、刘明,浙江文艺出版社2004年版,和柏拉图、亚里士多德、芝诺、西塞罗、阿奎那、牛顿、笛卡尔、康德、黑格尔、怀特海等人的相关论述。

参见[美]威格摩尔:《世界法系概览》,何勤华等译,上海人民出版社2004年版,第4章、第7章;张中秋著:《中西法律文化比较研究》(第4版),法律出版社2009年版,第3章、第5章的西方部分。

达的世界就是一个逻辑系统,所以,罗马法在形式上是一个具有逻辑性的系统理论,而实质上它又是一个立足个体、依据理性、追求自由的理论。以上就是自由原理与罗马法基本价值之间的关系,这种关系在罗马法中是通过自然法来实现的。如果我们仔细研究《法学阶梯》的理论结构和它的制度设置,就不难发现这种关系的存在。

(三)

《唐律疏议》颁布于公元653年(唐高宗永徽二年),《法学阶梯》制定于公元533年(查士丁尼皇帝第三任执政官期间),这两部分别代表古代东方与西方法律秩序的著名法典,在互不相通的情况下,其诞生的时间如此接近,真是人类法律史上的一大奇观。还有一个更有趣的事实是,《唐律疏议》与《法学阶梯》所代表的中华法系与罗马法,至少它们的原理和哲学,在古代东亚世界和地中海世界是通行的,而且影响深远,这是它们作为世界性法律体系的共同之处,即对人类法律文化和法制文明的重大贡献。所以,日本的中国法大家仁井田陞教授在对比研究了唐代律令与日本律令之后说:“耶林说过:‘罗马曾经三次征服世界,第一次是用武力,第二次是用宗教,第三次是用法律。然而,大体上可以说,中国亦是一以武力,二以儒教,三以法律支配东部亚细亚的(不过,其武力支配未达到日本)。蒙受中国法律影响较多的民族和地区,东至日本和朝鲜,南达越南,西及所谓西域,北到契丹和蒙古。”^[5](P.801)

然而,《唐律疏议》与《法学阶梯》的历史命运却有所不同。《唐律疏议》在中国被宋、元、明、清所继承,在东亚被其他国家所接受,所以在近代东亚法律变革以前,中华法系一直是整个东亚地区实际运行的法律体系;而《法学阶梯》则随着罗马帝国的分治和西罗马帝国的灭亡,逐渐湮没在欧洲中世纪的历史尘埃中。但当人类开始走出中世纪迈向近代时,它们的命运又发生了变化。《法学阶梯》以及罗马法的其他部分被重新发现并开始复兴,最后加入到了近代欧洲的大陆法系之中,并且随着欧洲的扩张走向世界。在东亚,从公元19世纪中后期起,东亚诸国面对西方的侵略开始变法,中华法系从外围开始瓦解;到20世纪初,晚清中国变法修律,经由日本接受了欧洲大陆的法律文化^[6](第1-章的中国部分)。这样,中华法系在其本土被继承了罗马法的大陆法系所替代,其原理和哲学当然亦不例外。

最近百年来,中国通过对域外主要是对西方的学习,在法制近代化和现代化上取得了重大进步,这是包括罗马法在内的西方法对中国的贡献,对此我们不应忘记。但在这个过程中,我们亦犯了一个很严重的错误,就是对中国法律传统有意无意的压制和忽视,这造成西方制度与中国社会的某种脱节,其中在涉及道德与自由的法律问题上,如全体(国家、社会、集体)利益与个体利益的关系、公共道德与个人自由、家庭伦理与婚姻自由等,这些问题在法的理论、制度和实践上都存在着脱节和争议。笔者认为,要理解和化解西方制度与中国社会的脱节,从原理处去思考是最根本的。因为在任何法律系统中,原理是支配性的,而且是最稳定的部分。就中国言,虽然中华法系已经解体,但它的道德原理并未消失,作为中国固有的文化原理,它早已融入中国的历史和文化之中,而且延续至今成为强有力的传统。道德原理之所以如此有力,本质上是因为道德原理是中国人固有的而且是至今未失(至少未完全消失)的世界观,何况这个世界观原本就是人类世界观中不可或缺的部分,所以,它当然亦是我们的法律中所不能缺少的。如果把道德原理与自由原理作一个比较,这个道理就很明确了。

如前所述,道德原理是一种有机的自然/世界观。依据这个原理,人生活在一个有机的世界,有机的世界本质上是一个道德的世界,所以人是有而且是必须有道德的,如果没有道德,则人无异于禽兽,因此,道德是人作为主体存在的正当性所在,亦即人之为人的理据。同样,人类群体若没有道德,或在缺乏

这是西方人文主义法律传统的源头,它在罗马法中首次得到确立,并在罗马法的复兴中得以传播,其核心是赋予个人独立、自由的合法性。它的推理是承认人是理性的,理性到处都是一样的,所以,人是独立、自由、平等的,这即是法律正义的内容。

虽然唐代中国与东罗马有间接的交往,但没有任何证据显示,《唐律疏议》与《法学阶梯》之间有任何联系。相对于对方,它们都是独立出现、独自存在并各自发挥作用的。有关中国与罗马的历史关系,可见[美]弗雷德里克·J·梯加特著:《罗马与中国——历史事件的关系研究》,丘进译,人民交通出版社1994年版。

道德的人之间,根本无法建立起正常的社会,即使通过某种途径一时建立,亦将时时面临着解体直至覆亡的危险。所以,中华法系的道德原理是从人际关系的健康确立和天、地、人和谐共存的有机观出发的。质言之,道德原理立足全体、效法自然、追求和谐,所以它赋予了中华法系责任、权利的结构、道德的精神和人类全体以及人类与自然共生共荣的价值目标。比较而言,自由原理是一种无机的自然、世界观。依据这个原理,世界的本原是独立而自由的个体(譬如原子),所以作为人类社会的一分子,人首先是独立而自由的个体,其次才是人类群体中的一员,因此,个人的自由和权利优先,以确保他、她作为人类一分子存在的意义,这就是罗马法以至整个西方法的出发点。质言之,自由原理立足个体、依据理性、追求正义,所以它赋予了罗马法权利、义务的结构、自由的精神和人类独立与进步的价值目标。虽然这两者是如此的不同,但依然各有其价值,而且还有某种程度上的互补性,因为人是个体的但人类是群体的,道德与自由都是人类所必需的。即使在全球化的今天,无论是道德原理法还是自由原理法,任何一项都不足以解决人类所面临的,在自律与他律、权利与义务、全体与个体之间的永久冲突,而且任何一项走向极端都会带来灾难,所以道德原理与自由原理始终是人类法的基本原理,只是不同的偏重而已。

有鉴于此,笔者认为,凭借道德原理的合理性和传统的力量,伴随着中国的发展和 cultural 自觉,特别是中国的有机自然观已获得最新科学与哲学(如机体哲学)的某种支持,所以,要理解和化解西方制度与中国社会的脱节,甚至在运用什么样的法律去参与解决人类争端和全球性的生态危机方面,中华法系的道德原理将有重大的指导意义。这主要是因为,依据道德原理法,个人是人类的有机部分,人类是自然的有机部分,人的行为不单单与他人而且还与自然相关联,所以个人与人类的行为要讲道德、负责任、守法则,这样人类才有望保持自身及与它息息相关的自然系统的和谐有序。

最后,还有不能遗漏的是,我通过本文的写作,悟到了一个道理,亦引发了一个思索,即伟大的法律体系都是有哲学的,而且是它自己的伟大哲学,作为正在追求远大目标的中国,它的法律体系的特点和哲学将是什么?这是值得我们深思的。

参考文献:

- [1] 金岳霖:“论道”,载刘梦溪主编:《中国现代学术经典——金岳霖卷》,河北教育出版社 1996年版。
- [2] 长孙无忌等撰:《唐律疏议》,刘俊文点校,中华书局 1983年版。
- [3] [古罗马]查士丁尼:《法学总论——法学阶梯》,张企泰译,商务印书馆 1989年版。
- [4] [美]E·博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,邓正来等译,华夏出版社 1987年版。
- [5] [日]仁井田陞著:《唐令拾遗》,栗劲等译,长春出版社 1989年版。
- [6] 张中秋:《中日法律文化交流比较研究——以唐与清末中日文化的输出与输入为视点》,法律出版社 2009年版。

(责任编辑 孙国栋)

如场理论、系统科学和机体哲学等,都已证明中国有机的自然观与人类对宇宙自然的最新认识是相通的。所以,李约瑟博士说:“中国人的世界观依赖于另一条全然不同的思想路线。一切存在物的和谐合作,并不是出自他们自身之外的一个上级权威的命令,而是出自这样一个事实,即他们都是构成一个宇宙模式的整体阶梯中的各个部分,他们所服从的乃是自己本性的内在诫命。近代科学和有机主义哲学,连同它的各个综合层次,已经又回到了这种智慧上面来,并被对宇宙的、生物的和社会的进化的新理解所加强。”[英]李约瑟著:《中国科学技术史:第二卷 科学思想史》,何兆武等译,科学出版社与上海古籍出版社 1990年联合出版,第 619页。有关机体哲学,可以参见,[英]A. N. 怀特海著:《过程与实在》,周邦宪译,贵州人民出版社 2006年版。