

中国封建法再认识

任 强

内容提要:封建法被人们看作是中国传统法律的典型特征。但是,这一概念在中西法律文化中的内涵是有极大差异的。英国封建法孕育的有限王权和身份关系为现代社会提供了法治资源,至今仍有影响;而以集权和家族为特征的中国封建法则与法治社会相去甚远。理清封建法在传统中国与英国的社会中的不同内涵及其与法治社会的源流关系,有助于我们深入认识中国传统法律精神。

关键词:封建法 中国传统法律 英国法制史

人们习惯于给中国传统法律冠之以封建法的称呼。如果单从中国传统法律本身的特色来说,封建法算得上是对其特点的形象化描述,但是,如果放在比较法的框架里来观察,封建法在不同的法律文化中其内涵的差异是鲜明的。如果不加区别地使用,不仅会造成概念和术语使用的错乱,也会遮蔽我们对中西传统法律不同内涵的解读。本文对中国传统法律与英国普通法中的封建法的含义做一个比较,竭力将两种法律文化类型的特征细致地表述出来,加深对中国传统法律精神的认识。

一、封建法概念的由来与变化

封建主义的英文是 feudalism,这个词在西方学界有狭义和广义两种理解。狭义的如比利时史学家弗朗索瓦·冈绍夫。他认为,封建主义就是一套制度,它们制造并规定了附庸对领主的服从和役务,以及领主对附庸提供保护和生计的义务。当然,领主和附庸都是自由人。^[1]广义的如法国史学家马克·布洛赫。他说,依附农民、附有义务的佃领地(即采邑)而不是薪俸的广泛使用、专职武士等级的优越地位、将人与人联系起来的服从——保护模式的附庸关系,必然导致混乱状态的权力分割,在所有这些关系中其他组织即家族和国家的存留等等。这些就是欧洲封建主义的基本特征。^[2]考察这两种有代表性的学说可以看出,封建主义的含义在西方基本上是指封建主之间形成的特有的封君封臣关系以及与此相适用的采邑制度。在封建制度中,国家的政治权、司法权和其他社会特权随土地分割。与欧洲其他国家相比,尽管英国的王权相对强大很多,但是,我们仍然可以看到其明显的分权特

· 中山大学法学院副教授

[1] F. L. Ganshof, *Feudalism*, London, 1952, xvi.

[2] [法]马克·布洛赫:《封建社会》(下卷),张绪山译,郭守田等校,商务印书馆2004年版,第704页

征:国王与贵族分权、君主与教会分权、司法权层层分割、庄园则自成一体等。〔3〕对于这种特征,我国史学界基本上是一致认同的。

封建概念在中国有一个变化的过程。中文封建一词,最早出现在《左传》里。该书僖公二十四年记载:“昔周公吊二叔之不咸,故封建亲戚,以蕃屏周。”此指西周(前1066—前771)初期周天子对同姓诸侯和异姓诸侯的分封制度,其内容包括对诸侯“授民授疆土”等的地方管理权限的划分以及诸侯述职、纳贡、勤王的义务等。此后,秦废封建而置郡县,国家实行中央集权的制度,中途虽有多次复古但都为时不长,基本延续下来达两千余年。但封邦建国和中央集权两种制度各有利弊,孰优孰劣的辩论后世史不绝书,唐代柳宗元的《封建论》就是这方面思考的名篇。

将中西方封建制结合在一起进行比较思考是近代以来的事,最早对中国知识分子产生影响的是严复与梁启超。严复翻译亚当·斯密的《国民财富的性质和原因的研究》,把feudalism译为“拂特”、“拂特之制”,是为音译。后来他翻译爱德华·詹克斯的《政治制度史》,就把feudalism译为封建之制。他认为由唐虞以迄于周,中间两千余年,皆封建之时代。〔4〕而梁启超在这一问题上则深受日本人的影响。他说,“有周七百余年,为封建政治全盛时代。”〔5〕“自秦统一后至清代乾隆之末年,……中央集权之制度,日就完整,君主专制政体全盛之时代也。”〔6〕但是,梁启超对中国封建制度的界定是不细致的。他说,“自黄帝以至周初,为封建未定期;自周以至汉初,为封建全盛期;自汉景武以后至清初,为封建变相期;自康熙平三藩以后,为封建全灭期。”〔7〕这样整个中国的历史似乎都可以用封建来概括了。尽管这一时期,人们对封建的理解还相当混乱,但是,分权、割据仍被普遍看作是封建的典型特征,而宗法制也被看成是封建的属性。〔8〕

到了20世纪20年代,李大钊、陈独秀、瞿秋白等人将封建与当时中国军阀割据混战的严峻现实联系起来。他们虽然肯定周代为封建制,但是认为秦汉以后封建制度并没有被彻底废除,军阀、宗法依然长期存在,他们不仅将封建视为资本主义之前的一种政治法律制度,而且视为一种社会经济形态,既然资本主义社会以前是封建社会,那么,处于资本主义之前的中国社会的地主土地所有制就必然是“封建”(或“半封建”)的。〔9〕

其后,郭沫若认为,古义上是封建制的西周其实是奴隶制,秦汉以后的中国才是封建制。他说,古义上“封诸侯,建藩卫”意义的“封建”,“和我们现代所说的封建社会的观念完全不同。”〔10〕显然,郭沫若对封建的界定已经不仅仅是分权、割据了,封建还被赋予了专制主义的色彩。1949年之后,郭沫若对封建制的看法成为中国大陆最为流行和最为权威的观点。1956年,教育部决定在全国中小学教材中统一采用郭沫若的观点。〔11〕这就进一步全面影响了中国的学术界。

受历史学研究的影响,在中国法律史学界,对封建主义也存在两种理解。一种受“秦废封建而置郡县”的古义和梁启超等人的影响;另一种深受郭沫若等人的影响。

前者可以瞿同祖为代表。他认为,封建社会在殷代只是酝酿时期,是兴云而未雨的时期,是形成的时期。到了周代,才以政治的方式大行封建,封建成为社会的中心组织,是大雨倾盆的时期,是完成的时期。正和英国的情形一样,在诺曼征服以前,已经有了封建的事实,但经过征服以后,才有系统地

〔3〕 在法、德等国通行的是“我的附庸的附庸不是我的附庸”的封君统辖封臣的原则,在英国实行的是“我的附庸的附庸也是我的附庸”的原则。参见孟广林:《英国封建王权论稿——诺曼征服到大宪章》,人民出版社2002年版,第78页。

〔4〕 参见日知:《封建主义问题》,《世界历史》1991年第6期。

〔5〕 梁启超:《中国专制政治进化史论》(1902年),载《饮冰室合集》文集第四册,文集之九,中华书局1936年版,第66页。

〔6〕 梁启超:《中国史叙论》(1901年),载《饮冰室合集》文集第三册,文集之六,中华书局1936年版,第11页。

〔7〕 前引〔5〕,梁启超书,第69页。

〔8〕 潘洪其:《近代以来中国社会史讨论中“封建”概念的演变》,载《学人》第四辑,江苏文艺出版社1993年版,第187页。

〔9〕 同上文,第188页。

〔10〕 郭沫若:《十批判书》,《郭沫若全集》历史编第2卷,人民出版社1982年版,第13、16页。

〔11〕 参见前引〔8〕,潘洪其文,第188页。

使农民隶属于主人,才有正式的封邑组织,使在下者与在上者相互的关系愈具体化。我国在周代以前,也已然有了封建的事实,但从周武王以政治力量使全王国普遍地实行有系统的具体而严密的封建组织后,才入于封建社会完成时期。以同样的眼光来看,封建崩溃的过程,也是逐渐的,而不是突然的。在春秋战国时代,有些方面已呈崩溃现象,但社会组织仍以封建制度为中心。因此我们不能说封建社会已经完全中止,直等到秦统一了天下,推翻了一切旧有的制度,才结束了封建社会。瞿先生在他的名作《中国法律与中国社会》中使用了这一定义。^[12]

瞿同祖认为,秦统一天下之后,封建社会就解体了,大一统的中央集权政治消灭了原有的许多封建单位各自为政的政治制度,法律制度有了新的需要,也就不能保持原有的形态与机构。不再容许各个政治单位不同的法律的存在,而代之以大一统的同一法典。这法典是国家的,或是皇帝的,而不再属于贵族了。^[13]

后一种深受郭沫若影响的学者以张晋藩为代表,将战国以前称为奴隶制时期,从战国开始,中国进入了封建社会,法律也就成为封建法律。他还具体指出了封建法律的几个历史阶段。即由战国至秦汉是封建法制的确立时期。战国时期,中国封建法律实现了规范化和法典化,秦始皇统一六国之后,第一次建立起全国统一的封建法制,汉代罢黜百家,独尊儒术,儒家学说便构成了封建法律的理论基础,汉律尊崇儒家纲常名教,严格维护君权、父权与夫权,确立德主刑辅的观念,通过说经解律引礼入法,把法制与封建伦理密切结合,推行春秋决狱,使儒家经典法典化。由魏晋南北朝至隋唐是封建法制的定型与成熟阶段。魏晋南北朝继续探索封建法制的体系结构和内容,唐代的封建法律无论在内容上还是形式上均已完备,全面维护了专制主义中央集权的政治制度。由宋至明清是封建法制进一步发展之后趋于解体阶段,宋、明、清代全面加强专制主义集权,随着西方法律文化的侵袭,中国封建法律的历史在清末结束。^[14]在中国法律史学界,张晋藩对封建法律的界定目前占据主流的地位。

可见,封建法的概念在西方有确定的含义,它传入中国之后却经历了一个十分复杂的演变过程。由于人们对封建概念的分歧和转义,这个词在中国被赋予了丰富的容量。当封建法被作为一种理论模式来解释中国法律史时,对中国古代社会中的封建的解释和辨析自然也引起了很多的歧义。

二、封建法内容辨析

国内对封建法的两种理解都和西方封建法的含义有很大的差距。

以英国为例,可以看到其不同于中国古代社会的明显特征。英国封建社会的法律制度主要包括三方面的内容:

一是封建主之间形成的领主附庸关系。这种关系就是一个人对另一个人的从属,完成这种关系要行臣服礼。附庸合掌于领主手中,有时要跪拜,双方以唇相吻,然后附庸向领主宣誓效忠。附庸关系是一种契约关系,契约是两个人之间自由签订的,委身者的效忠是契约最强有力的保证。领主与附庸之间相互承诺,领主可以增强自己的实力,附庸得到重要人物的保护,不仅可以得到安全上的保证,而且可以得到社会地位上的保证。《盎格鲁—撒克逊法典》就对“无领主人”表现出了强烈的不信任。附庸对领主的义务有:服役、劝告、帮助;领主对附庸要承担法定责任,敦促附庸出席法庭,履行必要的军事役务,保护附庸免受他人伤害,以及酬劳附庸等。

二是形成了与领主与附庸相适应的封土制度。领主将自己的土地封赐给附庸,附庸按照土地的大小为领主服役。领主和附庸对封土享有不同的权利,前者有扣押、收回、优先占有、监护以及自由转

[12] 参见瞿同祖:《中国法律与中国社会》,中华书局1981年版,第136、166、199、207页。

[13] 同上书,第207页。

[14] 参见张晋藩:《中国古代法律制度》,中国广播电视出版社1992年版,导论。

封等权利;后者有收益权、处分权等权利。封土可以被转封或者再封,这样大领主笼络小领主,小领主也如法炮制,形成了封建等级制度。〔15〕

三是国家权力衰弱,各领主在自己的领地内取得了相对独立的行政、司法权力。〔16〕国王是最高领主,王权成了一个等级的或财产的制度,国王不能拒绝授予其封臣以权威,不能界定或限制封臣权威的范围。行政领域从根本上来讲是独特的和独立的。大大小小的封臣阻碍和限制了中央权力,封臣不是作为国王的代理人来行动,民族的生活被分裂成各种单独的形式,单个的国家被肢解成一批小的统治权,个人特别是大贵族的意志和欲望得到了自由宣泄的空间。〔17〕

英国封建化进程从8世纪开始。其时国家司法权力被无数的领主和封臣分割,尽管国王逐渐获得了对重大法律事务的支配权,但是,王廷司法权既不易直接有效地控制次级封臣,对总封臣的遏制也有一定的难度。例如在量刑上,威廉一、二世对臣属的反叛最多只能处以罚没地产、伤残肢体、终身监禁,但不能用死刑。由于司法权既是一种政治权力,也是一种财产权,各级领主既借此控制附庸,又借审判获取各种罚金。因此,一些领主竭力扩展其私家司法权,蚕食和僭取王廷的司法权。一些大领主法庭本来只能管辖民事诉讼,但是他们将自己的司法权扩大到其领地内所有人的刑事诉讼范围,获得了在领地内开庭审理刑事案件和在领地内外缉捕和绞死盗贼的权力。〔18〕直到12世纪,王廷的司法权才真正强大起来。

19世纪末20世纪初英国著名的法史学权威梅特兰认为,英国封建制度实际是私家所有权和财产权的私法。司法权是财产权,职位是财产权,王权本身也是财产权。任何诸如国家之类的概念在法律上面几乎没有出现,在国王的公共和私人职位之间没有界限,王权只不过是所有权的一种形式。国王和封臣的权力都是私权,它们没有本质的区别,国王不享有公权,只享有特权。国王的特权只是一种扩大和加强了私人权利,这是一种“例外”权。〔19〕所以,王权是有限的。

中国古代的分封制度与英国的封建制度的区别是显而易见的。商周封建的主要特色是分封。在周朝的分封制中,周天子是掌握最高权力的君主,享有独尊的地位。天子与诸侯、天子与卿大夫及诸侯与卿大夫、卿大夫与家臣之间,分别结成各个等级上的君臣隶属关系,每一等级上的隶属关系都具有相对独立的地位,构成相对独立的君臣概念。但是君主作为最高权力主体仍然是绝对的,只有周天子才是最高的统治者,其余诸侯卿大夫都是臣,诸侯受封建国,不仅要在政治上得到周王的任命,而且在实际的建国过程中还必须得到周王的扶助、干预方可,诸侯一开始就被置于天子的控制之下。这就是古人所说的“礼乐征伐自天子出”。所以,周朝的权力结构是由一元化的君臣统属关系维系起来的,但是,多级君臣隶属关系又说明,周代君主权力还未发展到高度集中的水平。〔20〕

中国分封时期的君主拥有最高的司法权威。当时的司法权是统一的,君主自己全然立于法律之外,不受其拘束和制裁,诸侯、卿大夫则享有一定的特权。所谓“礼不上庶人,刑不上大夫(《礼记·曲礼上》)”,“由士以上则必以礼乐节之,众庶百姓则必以法数制之(《荀子·富国》)”,便是这种法律制度下所产生的典型思想。当然,大夫违礼会遭受社会舆论的制裁,但是,大夫违法也不能用刑罚,若犯死罪则可以赐死让其自尽,若畏缩不肯自杀,便将为人所杀而遭屈辱了。但即使是他杀也与大辟、弃市有别,是不刑于市的。〔21〕所以,中国商周分封时期的法律是典型的等级制法律。

商周的分封制和英国的封建制有相似之处,也有明显的区别。相似之处在于两者在法律上都承

〔15〕 前引〔2〕,马克·布洛赫书,第250、265、270页。

〔16〕 参见马克吉:《西欧封建经济形态研究》,人民出版社2001年版,第61页。

〔17〕 J. K. Bluntschli, *The Theory of the State*, Oxford, 1921, pp. 382-386.

〔18〕 参见孟广林:《英国封建王权论稿——从诺曼征服到大宪章》,人民出版社2002年版,第322页。

〔19〕 F. Pollock & F. W. Mantland, *The History of English Law*, vol 2, Cambridge, 1978, pp. 230-231, 518, 513, 512.

〔20〕 参见葛志毅:《周代分封制研究》,黑龙江人民出版社2005年版,第2、5页。

〔21〕 前引〔12〕,瞿同祖书,第199、201、204、206页。

认君主的权威,都是以封土为媒介建立的上下级之间的等级关系。区别在于,英国的王权要比商周君主的权力弱小,前者享有的是“私权”或“特权”,后者享有的是“公权”;英国的封建制度是领主与附庸自发形成的隶属关系,而商周的分封则是君主自上而下的行政建制活动;英国的封建制度以封土采邑为媒介,通过领主与附庸之间的私人契约形式,建立起来的有契约性质的个人依附关系,附庸除了对领主负有契约规定的义务之外,并没有对国家的任何义务。而商周时期已经建立起了一个有效的国家统治秩序,君王行使的是国家公权,所谓“普天之下,莫非王土,率土之滨,莫非王臣”,就是这一状况的真实写照。君王对臣属进行的册封是恩赐,而不是和臣属订立契约,官员和庶人也不是契约关系,而是一种纯粹的等级隶属关系;英国封建时期的司法权被各级领主分割,国王不能独享司法权,领主们也享有广泛的司法特权。而中国商周分封时期的司法权基本上为君主所掌握。

中国社会进入秦汉以后,君王的权力变得更为强大,一套君主中央集权的专制主义宗法政治体制围绕着公权的强化逐渐建立起来了。这一时期,君主建立了至高无上的权力,所有社会阶层的力量都来自于王权,没有任何一支独立、强大的社会力量被置于君王的控制之外,士大夫阶层只是为君王服务的仆人,农民、佃户、雇工、奴婢在身份上不是完全的自由人,也没有资格和君王去讨价还价^[22]。在这样的集权制度中,君王享有对臣民的不受限制的绝对权力,要说限制也主要是受道德上的限制。这一时期法律的特点是维护专制主义和中央集权,推行重农抑商的政策。封建君主把宗法伦理关系引入法律,使家与国进一步沟通,借以加强皇权,以儒家学说作为法律的基本指导思想和理论基础,引礼入法,礼法结合。在中国封建社会里,人身依附关系长期存在,不能广泛提供法律上权利与义务关系的“私人的平等”,家法、族规对族内民事关系起着实际的调整作用。^[23]所以,中国的社会结构自秦始皇统一之后就再也没有出现过英国封建法那样的特征,在法的形式上也截然不同。

三、封建法的特征及对后世的影响

英国封建法的典型特征是建立在契约基础之上的分权,分权限制了王权,对英国现代法制的发展产生了巨大的影响。比如,英国封建时期的约翰王横征暴敛,违背了封君与封臣相互依存的双向契约关系。英国的贵族联合教会与市民,同国王进行抗争。1215年6月19日,二十五名男爵代表迫使国王在兰顿、威廉·马歇尔等人起草的《大宪章》上签字。《大宪章》共六十三款,数千言,确立了臣民对其财产和人身安全的保障权,以及臣民对暴君的反抗权,对国王的权利和义务都作了非常详细的规定。在这种法律关系中,权力是有限的,连国王也不例外。

建立在契约之上的封建关系还有一种独特的价值——以身份确定自己的权利义务关系。英国封建时期的人都很清楚自己的社会地位,很清楚自己该享有什么样的权利,该尽什么样的义务。既然权力是可以分割的,那么享有多大的权利就必须尽多大的义务,无论是国王、贵族,还是领主、佃户。附庸服从的条件是领主认真地履行契约规定的义务,附庸对领主负有多少忠诚,领主就对附庸承担多少义务。附庸毁约要受处罚,领主毁约,附庸可以离弃他。

英国普通法的权利、义务、责任等法律概念,都来自于封建分权继承之上的身份关系。当然,英国的封建社会毕竟不能等同于法治社会,因为身份社会不是一个平等的社会,而法治社会的基础在于人人平等和意志自由。自近代以来,英国普通法权利义务的基础由封建身份关系转向了平等身份的当事人的意愿,也就是说,把法律后果归因于契约或者意愿而不是身份关系。这就是梅因所说的“从身份到契约”的运动。^[24]

[22] 参见马克吉主编:《中西封建社会比较研究》,学林出版社1997年版,第102页以下。

[23] 前引[14],张晋藩书,第14、19、23、24页。

[24] [英]梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年版,第97页。

那么,自近代以来,封建制度中的身份因素对法律的影响是否完全消失了呢?不。这反映在英美普通法的某些特殊领域,出现了从“契约”向“身份关系”的回归现象。

在现代社会中,完全以当事人的意愿为基础来确立权利义务关系,有时恰恰会以形式的平等导致实质的不平等。在这种情形之下,法治社会在特定的情形中必须要保护弱者,从而建立起一种新的法律关系。例如,在法律实践中,将保险法排除在合同法之外,而不考虑合同自由的立法限制。这是因为如果按照契约自由来签保险合同,被保险人就会处于劣势,他的利益不能得到真正的保护,所以,保险法对保险人的权利进行了特别的限制,对被保险人的利益设置专门的条款予以保护。又如,确定公用事业公司的义务不是依据合同而是基于关系;它们并非来自公职人员订立合同时所作的选择,而是来自公职人员所从事的职业和对公众的相应关系。再如,有关雇主和雇员关系的立法,将责任和义务强加于雇主身上,不是因为雇主有此意愿,也不是因为他有过错,而是为了保护雇员的利益。^[25]

因此,罗斯科·庞德说:“过去,普通法的封建性备受指责。……幸运的是,19世纪并没有使我们遗失封建法为我们的法律传统所作出的贡献。以关系的概念处理法律问题,是根据封建法保有权附属的权利义务关系类推而来的典型的普通法模式。在此模式中,我们有着极其重要的法律惯例面向未来;我们能够使我们现有的法律传统成为今天、明天的社会里实现正义的有生力量,正如它在昨天的社会里一样。”^[26]

英美法系的这些变化也影响了大陆法系。在现代法治国家,当事人意思自治、契约自由原则贯穿于一般的法律领域,但是,在一些特殊的法律领域,则以关系或身份来设定当事人双方的权利、义务和责任,这显然是封建法律概念的复归。欧洲封建法律对现代法制的贡献总结起来主要有两点:第一,分权孕育了有限政府和法律至上;第二,身份关系对强者的制约,被法治社会用来救济弱者。所以,以契约为基础的英国身份社会与现代法治存在着一定程度的契合。

在中国,无论是商周分封时期的法律还是秦汉以后中央集权时期的法律,也孕育了一个身份社会,但是,与英国普通法相比,两种“身份”的差异很大。中国传统法律中的身份主要体现在宗法家族当中。在商朝,自然经济造成的私有制和商品交换关系不发达,宗法家族力量就很强大。到了周朝,周天子加大了同姓和异姓诸侯的分封,宗法血缘纽带获得了空前的社会价值。宗法组织由大宗统领小宗,其原则是“别子为祖,继别为宗,继祚者为小宗”^[27]也就是说,大宗由始祖的嫡长子即大宗宗子一系组成,其余嫡子和庶子分别组成无数小宗,由其再分别统领其同父、同祖、同曾祖、同高祖之弟。这就叫“大宗能率小宗,小宗能率群弟”^[28]大宗百世不变,小宗则会变动。宗子掌管全宗的祭祀权、财产权、接受咨询权、主婚权、报请君主后可获生杀权。^[29]

秦汉以后,随着中央集权的建立,取而代之的是家长制或族长制。中国的家庭是父权家长制的,父祖是统治的首脑,家庭的所有人都在他的控制之下,他掌握着整个家庭的经济权、法律权和宗教权,子孙即使在成年后也没有自由,如果违反父权就会遭受处罚,父亲对于子女可以行使扑责权。汉至唐宋,父无权杀子。^[30]但到元、明、清时,法律规定,除了故杀并无违犯之子孙外,子孙有殴骂不孝的行为,被父母杀死,是可以免罪的。如果子孙违犯教令,祖父母扑责时致子孙意外死亡属无罪,非理殴杀有罪,但是可以减轻处罚。^[31]子女违反教令或者供养有缺的,按律处罚,但是如果是由于父母呈送官府

[25] [美]罗斯科·庞德:《普通法的精神》,唐前宏等译,法律出版社2001年版,第19页。

[26] 同上书,第20页。

[27] 《礼记·大传》。

[28] 《白虎通德论》。

[29] 参见前引[12],翟同祖书,第19页以下。

[30] 参见《白虎通德论》,《魏书·刑罚志》,《唐律疏义·斗讼》,《宋刑统·斗讼》。

[31] 参见《元史·刑法志》,《明律例·刑律·斗殴》,《清律例·刑律·斗殴》,《清现行律例·斗殴》。

的,则要加重处罚。^[32]总之,在家庭里,子孙被认为是家长的财产。

家族的最高权威是族长,他处理家际之间的事务,例如族田、族祠、族学的管理、族田收益的分配等。族长掌管族内的祭祀权,处理族内纠纷,享有法律规定的惩罚权,如责令赔偿损失、赔礼道歉、开除族籍,也可以对违反族规者施以法律规定的身体刑甚至是死刑。家族是中国古代社会的初级司法机构,家族内的纠纷及冲突首先由家长或族长仲裁,不能调解处理的才由国家司法机构处理。^[33]

在宗法家族社会里,身份的特征就是一个差序,即“伦”。礼记大传有曰:“亲亲也,尊尊也,长长也,男女有别,此其不可得与民变革者也。”在这种人伦之中人们的地位并不是平等的,家庭成员处处以义务自课,否则就会被族长、家父借法律的力量施以处罚或排斥于家族团体之外。在中国的家族社会中,法律提倡的是子孙首先主动地承担对家族的责任,这就是他自己存在的价值,当人人自愿以这种义务自律之时,人人的价值就自然而然地在家族对自己的承认之中显现出来了,所以,一个脱离家族的人是不可能社会上获得独立生活的机会的。在这一社会结构中,君王的身分是一个集权者,他的权力是不可分割的。他对臣民有生杀大权,法律只是他用以统治人民的工具,他自己则全然立于法律之外,不受其拘束及制裁。^[34]尤其是进入秦汉以后的中央集权时代,每个人主要对他的上级负有义务,对他的下级享有权利,作为圣王的君主没有具体的上级,他只对抽象的“民”负责。

中国分封时期和中央集权时期的身份关系是以集权为特征的等级制。集权可以建立一个大一统的社会,但它不是现代法治社会的权力基础,现代法治社会中的权利义务关系的基础只能是分权,而不是集权。英国以契约为基础的封建身份被法治社会制约强者救济弱者,而在中国宗法家族的身份关系中找不到这种法治资源。这种身份关系不存在契约的基础,它确立的是强者对弱者的怜悯,而缺乏弱者对强者的制约。自近代以来,中国的宗法家族社会结构已经完全被摧毁,宗族、家族都不再作为一个社会的政治单元而存在,以等级身份为核心的法律体系已经土崩瓦解。以平等为基础的法治才有可能生长起来。

总之,中国和英国的法律史中都出现过君主制和等级法律制度,这是两者的共性,但是,当我们把两者都定义为封建法的时候就得注意,因为封建法在两种社会结构中存在着很大的差异,它们的内容也各不相同。如果不加区分,以封建法来概括中国传统法律文化的特征,将会给我们的思想造成混乱,不利于我们对中国传统法律精神的正确理解。

Abstract: Feudal law has been taken as the representative character of Chinese traditional law. Actually, there are great differences between the connotation of this concept in Chinese and Western respect culture. The limited sovereign power and the feudal relationships gestated by British feudal law have provided resources to the modern rule of law, with great influence up to now. on the contrary, Chinese feudal law represented by the centralization of powers and clans can't agree with a rule of law society. Clarifying the feudal law's different connotation and origin between Chinese and British society would help us make deep comprchension of traditional Chinese legal spirit.

Key Words: feudal law, Chinese traditional law, British legal history

[32] 《刑案汇览》44:56b

[33] 参见前引[12],摺同祖书,第22页以下

[34] 同上书,第199页