



中国

法

文化漫笔

● 郭建著



中国

法

文化漫笔

郭建著

東方出版中心

说 明

经中央机构编制委员会办公室和中华人民共和国新闻出版署批准,原中国大百科全书出版社上海分社、知识出版社(沪),自1996年1月1日起,更名为东方出版中心。

中国法文化漫笔

郭 建 著

出版:东方出版中心
(上海仙霞路335号 邮编200336)

开本:850×1168(毫米) 1/32

印张:9.25

发行:东方出版中心

字数:206千字 插页2

经销:新华书店上海发行所

版次:1999年1月第1版第1次印刷

印刷:昆山市亭林印刷总厂

印数:1—5,000

ISBN 7-80627-369-7/G·111

定价:14.00元

内 容 提 要

本书是“中国传统文化漫笔”丛书的一种。作者从大文化的角度切入,主要以中国传统的法律观念、理论、条款、案例为由头,在充分融汇古代的戏曲、小说、文人笔记、俗谚童谣以及西方法律中丰富而生动的材料的基础上,纵横捭阖,采用古今比较、中外比较的方法,对蕴藏在中国古代法律及民间行为规范中的文化意味及文化心理,作了多层次、多角度的剖析与阐述。全书由法律理论、刑法、民法、司法审判四个方面四十四个专题组成,如《治官不治民》、《“捉奸见双”话证据》、《“上方宝剑”的误区》、古代的“语录仗”》等等。漫谈形式的叙述,专业层面的把握,使这些法律文化随笔具有文化性、知识性、可读性,使中国古代许多法律问题得到了文化意义上的阐释。

前 言

自 80 年代以来,中国人文学科领域使用频率最高的词汇,恐怕就是“文化”了。而且,这个词在各类出版物及各种传媒工具上的出现频率恐怕也不低于“改革”、“开放”等等的政治术语。也不知怎么搞的,很多说不清、道不明的事,用“文化”来解释,都可以说得过去;而很多看上去简简单单的事,用文化一渲染,也就可以平添几分雅气。如此看来,“文化”真称得上是化雅入俗、点石成金的神奇之词。

说起来,这种现象本身当然又是一种“文化”。近代以来学科的划分越来越细,专业越分越狭,所用的方法、术语也越来越专门,常常出现一篇论文、一部专著实际上没几个人能看得懂的情况。对于研究者来说,需要有进行研究和叙述的更大视野。在当前这个大众传媒空前发达的社会里,任何一个普通的社会成员都可以享受到过去难以想象的精神生活,这种享受也需要一个能够为各阶层社会成员都能接受的规范模式,需要一种便于为这个忙碌时代人们接受的精神快餐。这种快餐的包装形式之一也就是“文化”。

本书所说的“法文化”,就像种种“文化”一样,难以作出一个明确的、界限分明的定义。法律是一种界限分明的社会规范,绝对意义上的、理想层次上的法律应该是可以用来精确称量人们行为的标准,就像中国古代法家最喜欢比喻法律的“绳墨”、“度量”,或像西方尊奉的司法女神手持的天平。可是人们为什么要

守法,为什么会有某一种法律,人们究竟是怎样被法律纠正行为的,这些和法律有关的问题就没有了精确的界限。在实际的司法、执法过程中,理想的精确性也是大可怀疑的。这时就可以用“文化”来解说了。

中国古代的法律有着独立发展、脉络清晰而自成体系的传统,和中国古代的政治、军事、文化(此处的文化指狭义的哲学、文学、艺术等意识形态领域)曾称雄乃至征服整个东亚地区一样,中国古代的法律也曾成为邻近的东亚地区国家立法蓝本或楷模。这种历经了至少三千年的法律传统在世界上也不多见,因此中国古代的法律和世界上最为宏大的印度法系、罗马法系、伊斯兰法系、普通法系并列为五大法系之一。然而这一法律传统在进入 20 世纪后戛然而止,立法者在短短的二三十年间匆匆忙忙地制订了全套的西方化的法典,而社会意识基本依然停留在传统层次上,与这些法典毫不合拍。最终的结果是,那些巍峨的西方化的法典被中国社会抛弃和忘却。这可以说明中国的法律文化传统是一个有机的整体,法律只是这个整体的一个组成部分,难以单独的加以变更。事实上这种传统至今依然深深地影响着绝大多数中国人的行为方式。

本书就是试图以漫谈的形式来描述我们每个人深深沉溺的这个“法文化”。在法学领域里有关这个方面的学科有法律史、制度史、法学史、法思想史、比较法等等,有着深厚的学术积累,也有不少通俗的读物。本书的宗旨是力求“融通”,打破学科界限,法律、制度、学说、习俗,融于一题来谈;叙述、评说、观点、感想,通于一节来写。向读者介绍“融通”的中国法律文化传统。

在法制史学界,有着活跃的学术氛围,有着众多的学说流派。本书所说的“融通”,也就有力图融通各种学术观点的意思。笔者经常提醒自己的是,即使是坐在可以直通世界各地的电脑

前,但仍很可能并不比那些摸大象的瞎子高明到哪里去。人的生命是有限的,人脑也是有限的,而人类以往的历史积累有文字记载的就已是浩如烟海,更不要说文字所记载的不过是人类沸腾生活场景的几个角落而已。研究历史的学者很可能不过是和那几个摸象的瞎子一样,是凭着自己脑中已有的一些极其有限的经验、知识的框架,去试图勾勒概括那近于无限的历史或文化。毫无疑问,自己并不可能比其他的研究者站在一个更优越的、更接近“核心”的位置。所以本书是一家之言,但也要博采众家之长。

所谓的特色,在很大程度上是要和其他的事物进行比较的时候才会显露出来的。本书“融通”的另一个含义就是试图在讲述中国古代法律文化的时候,适当的插入一些其他的法律文化的介绍,以此作为一个“参照系”,让读者能够加深理解中国法律文化的特色。

法律的实施往往比法律的制订更为重要。法律的很多问题是在实施时才出现的。本书所谓的“融通”也就包含着这样的意思,试图将我们现在能够看到的古代的法律条文和当时的实际操作结合起来分析,“通”起来进行叙述,每个专题都要例举一些能够说明问题的案例。

现在经常可以听见的一句话是“法制观念”,以今度古,我们现在能够看到的古代法律条文、古代思想家、法学家的学说理论在当时人们的心目中究竟有多高的地位?当时人们的“法制观念”究竟如何?这也是本书很感兴趣的一个题目。可惜古代主要由官方记载的历史书籍中对于这一方面的记载实在是太少了,所以就有必要借助于当时文人笔记、民间戏曲、市民小说、俗谚童谣等等材料。有句笑话说“历史除了人名都是假的,小说除了人名都是真的”,就小说戏曲所反映的成书时期人们的社会意

识、生活细节而言,这句话还是有一定道理的。本书在史料方面也是“融通”的,既采用官方正史的材料,也采用小说戏曲之类的材料来说明当时的社会普通人的法制观念。

“融通”不是人云亦云,也不是面面俱到。鉴于现在各类有关中国传统法律文化的读物中已大量介绍了刑法方面的内容,本书拟重点介绍中国古代民事方面的法律及民间的惯例、观念。实际上传统的民事方面的民间惯例、观念至今仍在影响着中国人的行为方式,写一点这方面的情况,也许可以让诸位读者照一照镜子。

“漫笔”写来水漫金山,自然不可没有源头活水。本书实际上是笔者在中国法制史及法律思想史方面十多年来教学研究的心得体会。为了读者阅读的方便及丛书的体裁限制,本书省略了大量的引文出处,也没有开列参考书目,但笔者可以负责任地说,本书所列举的案例及史实无一杜撰,均有史料根据。

按照漫笔丛书的写作要求,本书应该做到“既有文化性、知识性,又有文学性、可读性”。笔者长期和枯燥乏味的法律史料打交道,最缺少的就是文学的想象力,文字干涩。虽然一直以“学术水准要高、行文论述要浅显”自勉,不过仍然难免学术八股的套路。本书写作时已尽力改正烂熟的套路,全要靠读者的理解了。

本书由44个专题组成。既然号为漫谈,那么作者是“骑驴看唱本,走着瞧”式的漫写,读者自然也可以“青菜萝卜,各选所喜”的漫读。当然笔者在“走着瞧”的时候还是预先有一个大致的导游图的,基本是由几个专题组成一个大类的板块。具体而言,本书的第一至第八专题主要是谈法律理论方面的问题;第九至第二十专题主要谈的是刑法方面的问题;第二十一至第二十九专题谈的是民法方面的问题;第三十至第四十四专题谈的是

司法审判方面的问题。如果读者愿意按部就班地阅读本书,自可照此顺序漫游。

以上所说的就是笔者在本书开头想对读者说的话。预祝诸位“开卷有益”!

目 录

前言	1
----------	---

法理的透视

说古道今看法律	3
没有文字的法律	8
辉煌的典章	13
治官不治民	20
“一刀切”和“惟齐非齐”	28
神奇的数字	36
君子读书不读律	41
“出口转内销”的法律术语	50

刑罚是与非

教化的力量	57
疏而不漏的法网	65
“事出有因”与“查无实据”	69
“法不责众”的背后	75
坦白为何能从宽	79
果真“中重西轻”吗	84

“示众”的文化背景	91
“杀人者死,伤人者刑”	95
冤冤相报何时了	102
梁山好汉吃什么肉	107
“捉奸见双”话证据	113
神圣的“家”	118

民情与王法

“见者有份”合法吗	125
“官有政法,人从私契”	131
“一本一利”和一本万利	141
董永和七仙女故事的法律诠释	146
无所不在的网络	151
“损人一目,家产平分”	157
超越法律的圆圈圈	162
家庭的“大锅饭”	168
可以“付之一抹”的遗嘱	173

审判的审视

蒙目女神和独角神兽	181
“上方宝剑”的误区	192
“田忌赛马”式的智慧	196
无讼和息讼	204
“救世”的裁判	211
福孽报应	217

情理海洋中的冰山	223
古代的“语录仗”——“经义决狱”	231
斩却心中贼	238
敬鬼神而用之	243
“人是苦虫,不打不招”	250
箭垛式的包公	256
卑贱的肥缺	263
从讼师到律师	270
“皇恩浩荡”与“大赦天下”	276
后记	282

法理的透视

说古道今看法律

中国近代开眼向洋看世界的著名人物严复,在翻译西方法学名著、法国孟德斯鸠的《法意》(现通译《论法的精神》)时,在译文的第一篇的按语中就提醒读者,中文中的法律一词和西文中的法律一词语义不同:“盖在中文,物有是非谓之理,国有禁令谓之法。而西人则通谓之法。故人意遂若理法同物,而人事本无所谓是非,专以法之所许所禁为是非者,此理想之累于文字者也。中国理想之累于文字者最多,独此则较西文有一节之长。西文法字,于中文有理、礼、法、制四者之异译。学者审之。”

确实如严复所指出的那样,西方(本书所指的西方主要是指欧洲)文字中的“法”,含义比中国古代的“法”要广。比如拉丁文中的 ius 和 lex,英文中的 law,法文中的 droit,德文中的 Recht,都具有“公平”、“正义”的语义,是人类社会最高生活准则的总称,可以用以评论是非,可以用以裁断争议,可以用以评价行为。甚至还可用以指自然的规律。古希腊哲学家认为“法律者,一切神事及人事之君也”。罗马法学家塞尔苏士对法律的定义是“善良公平之术”。罗马的法学教科书《法学阶梯》确定:“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。”法律本身被当作人类社会应实现的终极目的。13 世纪德意志地区的法律书《萨克森明镜》甚至说:“上帝自身即法律,故法律为上帝所钟爱。”

中国古代的情况有所不同。对于自然或人类社会的规律,

中文里一般用“理”或“道”这个词来表示。而人类行为的评价主要是依靠“礼”或“礼教”。国家的制度也往往专用“制”这个字来表示。而法律在战国以前一般称之为“刑”，“法”是在战国时代才流行的一个词。就如习惯上所说的“王法”、“国法”概念所暗示的那样，中国传统意义上的“法”被归纳为有关国家管理的一整套规范。再说得简单一点，法律被认为仅仅是君主统治国家的手段之一。而君主统治国家的主要手段是暴力手段，直接的、大规模的暴力手段是军事武力，有规则的、低度的暴力手段就是刑法。中国古代的法律先是被称之为“刑”，“刑”既可以作为一个动词，指对人施用刑罚，也可作为一个名词，指国家的法律，很清楚地就表明了法律和暴力的关系。

中国历来就有“刑起于兵”、“兵刑合一”的说法，也明确表明法律和军事是同一性质的东西。春秋战国之交时“刑”逐渐被“法”代替，法的三点水据说代表“平之如水”，一般认为是有“公平”的意思。但据《尚书·吕刑》“惟作五虐之刑于法”，《韩非子·定法》“法者，宪令著于官府，刑罚必于民心”，法依旧是指刑罚。“法”这个字同时还具有“标准”、“模式”的字义，如《管子·七法》所称：“尺寸也、绳墨也、规矩也、衡石也、斗斛也、角量也，谓之法。”另外，法也可用于表示“方法”、“模仿”、“遵守”的意思。总之，“法”这个字是以表示技术层面的、操作性的意思为主的，并没有本体上的意义，更不成其为人类社会生活的终极目标。后世“法”字的意思依旧和刑罚相联系，比如东汉时政论家王符在《潜夫论》里说：“法者，罚之体；罚者，法之用。”谈论法律时往往可以用刑罚来换用这个词，如传统的“德主刑辅”、“德礼为政教之本，刑罚为政教之用”，都是将刑罚作为法律的同义词，和礼教相对立，作为君主统治的两大法宝。

正因为考虑到上述中西文里“法”的不同含义，所以严复才

特意注明西方所言的“法”比中国传统所言的“法”的含义要广，包括了中国的理、礼、法、制的意义。

上述的中西两种法律观的不同，恰恰反映了更深刻的文化内涵。欧洲古代将法律视为神的旨意或神的启示，所以强调人必须符合法律而生活，法成为概括性很强的概念。即使后来衍生出正义、公平的概念，但这些概念的神圣性依然来源于原来的法律的神性。而中国古代祖先神授予的生活规则是“礼”，“礼”这个字本身就是指祭祀祖先的仪式。经儒家整理发挥的古礼后来一般被称为礼教，具有神圣性。而法则几乎不具有神性，完全被视为是人类自己创造的。

如《墨子·尚同》认为法律是为了平息人类的争端而产生的。早期人类一人一义，十人十义，各持己见，争斗无休，于是“天下大乱，若禽兽然”。于是上天选择天子为首的各级政长来统一意见，百姓层层“上同”于上级，法律就是这种尚同的产物。

儒家的《荀子》甚至认为礼也是出于人造的。他认为供人们享用的物质资料太少，导致人们彼此争夺，“争则必乱”。圣人及先王就制定礼仪、法度，把人们分出等级高下，各按其等级享用生活资料。

另一部儒家的经典《礼记》的“礼运”篇，也把法律看作是人類进入不幸时代的产物。说是在“大同”社会，人人都想到别人，“天下为公”。后来天下转乱，彼此争夺，进入“小康”社会，于是先王就建立礼教法律来维持社会。

道家的看法更为消极。《道德经》以为最好的社会是“小国寡民”，人类不互相往来。现在既然已经开始了建立国家的悲剧历程，君主最好就是“无为而治”。所谓“天网恢恢，疏而不失”，这“天网”就是自然运行的天道，它自然会惩治罪人，使他们得到报应。君主去设置法律、司法机构，就好比是替木匠去砍木头，