



法律文化之旅丛书 贺卫方 主编



獬豸的投影

中国的法文化

郭建著



上海三联书店

法律文化之旅丛书

贺卫方 主编

D909.22

4

獬豸的投影

中国的法文化

郭 建 著



上海三联书店

图书在版编目(CIP)数据

獬豸的投影—中国的法文化/郭建著. —上海:上海
三联书店, 2006. 8

(法律文化之旅)

ISBN 7—5426—2356—7

I. 獬... II. 郭... III. 法律—文化—研究—中国
—古代 IV. D909.22

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 085485 号

獬豸的投影—中国的法文化

著 者/郭 建

责任编辑/王笑红

装帧设计/贺维彤

监 制/林信忠

责任校对/毕竞悦

出版发行/上海三联书店

(200031)中国上海市乌鲁木齐南路 396 弄 10 号

<http://www.sanlian.com>

E-mail: shanlian @ yahoo.com.cn

印 刷/上海惠顿实业公司印刷

版 次/2006 年 8 月第 1 版

印 次/2006 年 8 月第 1 次印刷

开 本/890×1240 1/32

字 数/220 千字

印 张/9.375

ISBN 7-5426-2356-7

D·104 定价: 20.00 元

前言

很多古代书籍里，都提到中国古代的第一位法官，他的名字叫作“皋陶”（音 gao yao 高遥，或作咎陶、咎由，音同），说他是被尧帝（也有的书籍说是被舜帝）命为法官，要他裁断是非，处罚为非作歹者。传说他的相貌奇特，吻部突出，犹如鸟喙；脸色发青，像个菜瓜；声音喑哑，很少说话。尽管一些儒家的书籍强调他是一个英明忠诚的大臣，可是看来在民间的传说里他大概是个半人半神的角色。尤其是传说他审案要靠一只神兽“獬豸”（音 xie zhi 谢至，或作獬廌、解廌、𧈧𧈧），这只神兽似羊非羊，似鹿非鹿，头上长着一只角，毛色发青，有双方争执不下的案件，只要把獬豸牵上来，它就会用它的那只独角去抵触有过错的当事人。

东汉时人许慎编写的字书《说文解字》断定，汉字中表示法律的“法”字，就是来源于这只独角兽。据这本字书的解释，法字原写作“灋”，三点水加上廌，意思是“平之如水”，表示的是公平；对于不正直的对象则由獬豸“触不直者去之”。

不过，根据现在可以看到的古代文字资料，“法”和“灋”似乎这两个字是同时存在，在社会上并行了很长的时间。“灋”字首见于周代金文，现在发现的共有七例，其中有一处解释为“大”，是《大盂鼎》中“灋保先王”一句中的用法；其余六例都出现在“勿灋朕令”这一句式里，表示的是“去除、废弃”的意思。这个用法直到秦汉时期仍然很普遍，比如湖北云梦睡虎地秦墓出土的秦代竹简里发现的秦国法律文件《语书》里说：“今法律令已具矣，而吏民莫用，乡俗淫失（佚）之民不止，是即灋（废）主之明法毆（也）。”这段话的意思是：现在已经公布了法律和命令，而官吏和民众往往仍然不遵守，坏人坏事仍然不改正，这就等于是废除了国王的法律。显然“法”和“灋”是两个字，表示的是不同的意思。而在同时发现的大量秦律条文里，可以看到法律还专门规定对于不称职的官吏处以“灋（废）”这种处罚，将官吏撤职并且永远不得再次被任用。另外还有专门的“灋（废）令”罪名，法令规定要做的事故意不去做，就是“灋令”罪。

在目前能够看到的商周青铜器铭文中还找不到“法”字。在春秋战国时代开始普遍流行“法”字，表示的是由国家正式制定公布的行为规范。不过这个字是否就是“灋”字的简化，好像还有点疑问。因为这个字除了表示法律外，还经常用来表示“办法”、“手段”，如《墨子·辞过》里所说的：“古之民，未知为宫室时，就陵阜而居，穴而处，下润湿伤民，故圣王作为宫室，为宫室之法。”以及引申出的“模仿”、“按照”、“规范”的字义，如《老子》中的名句：“人法地，地法天，天法道，道法自然。”

根据现有的材料还没有办法对这两个字的来源做出确切的划分，只能推测原来作为“去除、废弃”的动词用字的“灋”，后来渐渐开始用作名词，表示剖判是非、主持公道，与由“办法”、“遵循”意思而来的“法”字相通。到《说文解字》成书的时候，这两个字已经开始合流混用，因此《说

文解字》才会将这两个字合二为一进行解释，将“法”作为“灋”的简化字体。影响到后世，“灋”字就逐渐不再使用了。

不管这两个字的原来意思如何，反正至少从战国以后，“獬豸”一直是中国法律的象征。比如汉唐时皇帝派出去办案的御史往往就戴上有一只角的帽子，号为“法冠”，象征着明察秋毫的獬豸神兽。明清时御史的官服，在前胸上也是绣着獬豸形象的“补子”。而后世皇帝的坟墓前面也总是摆放着两对石头獬豸。直到现代社会，习惯上仍然以獬豸的形象作为法律的象征。因此或许可以说一部中国法制的历史，就是这只神兽的投影。

目 录



前言	1
1. “法”的不同寓意	1
2. “口头号令约束”	7
3. 一脉相承的法典	12
4. 明主治国，纲举目张	20
5. 不拘一格治天下	30
6. 法律里的数字游戏	39
7. “君子读书不读律”	45
8. “拿来”的夹生词语	55
9. 让人改过自新的力量	60
10. “疏而不失”的法网	69
11. 事出有因和查无实据	73
12. “法不责众”	77
13. 坦白从宽	81
14. 谁先走向文明？	86
15. 让人出丑的惩罚	93
16. 最基本的法律信条	97
17. 惊心动魄的复仇	105
18. “大块吃肉”表现的造反精神	110
19. 允许一人杀二命的恶法	116
20. 绝不容许侵犯的“家”	121

21. “拾金不昧”背后的故事	126
22. 私契与官法	133
23. 被认为不道德的“以钱生钱”	143
24. 夫妻双双得以把家还的前提	149
25. 从生到死的保险网络	154
26. 元朝留下的法律遗产	160
27. 血缘的圈圈	166
28. 家产的传递	172
29. 死者的意志	178
30. 蒙目的司法女神	184
31. 让人解气的三把大铡刀	195
32. 为结果可以不择手段	198
33. 消除诉讼的理想	206
34. 社会救济的不同途径	213
35. “善有善报，恶有恶报”	219
36. 三位一体的裁判体系	225
37. 比法律更具权威	234
38. 意识比行为更需要矫正	242
39. 裁判中的鬼神力量	248
40. “捶楚之下，何求而不得？”	255
41. 层层累积的清官形象	261
42. 执法的小人物	268
43. 帮人诉讼的执业者	276
44. 经常降临的“浩荡皇恩”	282
后 记	288

1

“法”的不同寓意

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、艺术等意识形态方面领域）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。

西方文化中概括性的“法”

不过说的是同样的“法”，在不同的文化背景下，“法”的含义与地位却是有着很大的差别。中国近代开眼向洋看世界的著名人物严复，在翻译法国人孟德斯鸠写的西方法学名著《法意》（现通译《论法的精神》）时，在译文的第一篇就写下一个很长的按语，来提醒读者，中文中的“法”和西文中的“法”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。”也就是说在中文语境里，法仅指“国之禁令”，而在欧洲文字里，“法”不仅仅是表示国家的法律、制度，它还包括了中文里用来表示自然及社会规律的“理”，表示社会道德操守的“礼”，意思要比中文里的“法”寓意广泛得多。

正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”，是表示一种至善至正的价值体系的载体。西方文字中的“法”字大多从拉丁文中的 ius，和 lex 演化而来，ius 原来的意思是“神谕”，表示神圣；而 lex 表示的是“公平”、“正义”，都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。”法律本身被当作了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。”

中国传统文化中的“王法”

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。再说的简单一点，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，大规模的、无限制的暴力手段是军事武力，小规模、有限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，很清楚的就表明了法律和暴力是一个系列的，比如古史《国语·鲁语》中就说：“大刑用甲兵，其次用斧钺；中刑用刀锯，其次用钻笮，薄刑用鞭扑。”因此中国历来就有“刑起于兵”、“兵刑合一”的说法，明确表示法律和军事是同一性质的东西。东汉人班固在写中国第一篇法制通史《汉书·刑法志》时，也是把军事制度与法律制度合在一起写的。

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”，显然在这些作者看来，法指的只是刑罚。而《管子·七法》说：“尺寸也、绳墨也、规矩也、衡石也、斗斛也、角量也，谓之法。”也表明作者所认为的“法”，主要是从技术层面、操作性的角度出发的，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。

法被认为是社会控制的工具

上述的中西两种法律观的不同，反映着更深刻的文化内涵。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，甚至被尊为“天理”。相反，“法”则被几乎所有的思想家认为只是人类自己创造的社会控制工具。

比如《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》甚至认为就是礼也是出于人造的。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，也把法律看作是是人类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，就由先王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，君主最好的是“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，弄得不好就会砍伤自己的手指。

《道德经》的思想后来在积极的和消极的两个方向得到发挥。积极的发挥是号为“黄老”的一派学者，在他们的著作《经法·道法》里以为“道生法”，君主应该按照天道去立法，而立了法以后君主本人也不得触犯，“生

法而弗敢犯也，法立而弗敢废也”。《道德经》消极的方面是由《庄子》发挥的。《庄子》认为法律不过是窃国大盗们的护身工具，只有彻底砸烂才会符合天道。

最讲求实际的法家彻底斩断了法律和神灵或天道之类恍惚之物的联系。《慎子》一书就认为法律“非从天下，非从地出，发自人间、合乎人心而已”。“合乎人心”似乎有顺从百姓习惯的味道，所以韩非批评慎子是“下取同于俗”。商鞅认为“以强胜弱、以众暴寡”的时代，君主根据“人情好爵禄而恶刑罚”的特性，就用这两样东西来统治，这就是法律。韩非更进一步发挥，认为“人民众而货财寡”，人类的一切关系都是争夺货财的利害关系，君主就可以利用这种关系，用“刑德”二柄控制臣民。所以法律不过是君主驱使臣民的“大棒和胡萝卜”。就是这两件法宝还应该分主次之分，《商君书》以为赏得太多会使国库匮乏，而人的物欲又是无穷尽的，靠得住的还是刑罚。所以一个理想的国家应该是“刑九赏一”。

观念超前的双刃剑

中国古代思想家关于法律性质的这些主要论述抹去了法律的神圣性质，从这一点而言，中国古代的法律和欧洲相比，在摆脱迷信方面要先进得多。神圣的东西如礼教、如天道、天理，并不具体化，不是那么有明确的操作性，也不需要太多的细节规则；而法律没有神圣性，全然是操作性、工具性的，应该是强调细节的规则。换言之，神事单纯为神事，适用较为模糊的规范来侍奉；而人事纯然为人事，要适用严厉的规范来整齐。

从现在的眼光来看，二三千年的中国古代思想家对于法律性质的分析或许是相当科学的，远远领先于世界其他古老文化。这是中华法律文化的一个突出的特点。

然而在人们还普遍相信神灵的时代，这种超前的思想也是一把双刃的剑，既为皇帝的专制集权统治找到了合适的工具，同时也就因为法律完全摆脱了神性而使得普通民众逐渐对法律失去了兴趣。对于法律的遵守除了商鞅、韩非所说的赏罚导致的贪婪和恐惧之外，几乎也就没有其他习俗上的或宗教上的禁忌作为法律的后盾。法律逐渐成为一种外在的强加于人的因素存在于社会，畏惧刑罚的心理使得人们总是试图与法律保持距离，尽量设法逃避法律的规范。人们的社会生活主要依靠的是伦理、习俗的调整，而不是法律。事实上这一漠视及畏惧法律的观念直到今天依旧在影响着大多数中国人的行为，排斥着法制观念的深入人心。

2

“口头号令约束”

现在我们提到法律，就会联想起一册一册的法律典籍、一叠一叠的司法卷宗，很难想象在人类历史上曾经有过一个漫长的不使用文字的法律时代。

口头交流为主的时代

有文字的历史在人类历史上只是一个不长的阶段，在人类活动区域狭小、社会交际简单的时代，人们只要凭借着口头的语言、形体动作、面部表情等就足以传达必要的信息，凭借着个人的记忆力就足以掌握本部落的习惯规则和历史。《说文解字》称：“古，故也。从十口，识前言者也。”后人的注释以为“十口所传是前言也”。梁启超曾说“十口相传谓之古”，就是这个意思。为了能够记住本部落的大事，往往把大事编成韵文，编成朗朗上口的歌曲，一代代传唱下去。最重要的大事是部落所有成员都必须牢记的，还有一些不那么重要的，就由一些专门的“说唱人”传唱，时时向部落成员提醒。当积累到一定程度，就被文字记录下来成为“史诗”。

文字和口头语言不同，开始时是人们为了和难以交流的鬼神进行交流而逐渐创造出来的。由于人类没有办法和鬼神直接用口头语言交流，巫师、祭司常常要用一些特别的符号来表示和鬼神的交流，传达鬼神的信息，这大概是语言转换为文字的重要原因之一。作为一个语言学家的儿子，控制论的创始人维纳在《人有人的用处——控制论和社会》一书中曾指出，“在许多原始民族中，书写和巫术并无多大的区别。”比如埃及的象形文字最早的就是“祭司体”，后来发展出“官吏体”，最后才出现“平民体”。中国文字最早的字体也是巫师们使用的、预卜吉凶的“甲骨文”，以后又出现用于祭祀祖先礼器的“金文”，再出现官吏和平民使用的“大篆”、“小篆”和“隶书”。当人们的交流的范围越来越大、交流越来越频繁的时候，才会在日常的人与人的交流中使用文字，来记载人们交往的信息。文字在这时才会被社会的普通人掌握。

口头形式的法律与裁判

在长达上百万年的原始社会时期，人类还没有法律，直到进入阶级社会以后，原始社会的习惯才逐渐转变为法律。早期的法律也不是用文字来记载的，而是完全依靠人们的记忆力来保存的，重要的法律规则要靠贵族或祭司等少数人来记忆。中国古代的史书记载周边少数民族情况时往往会强调少数民族“口头约束号令”，说明这些民族的法律只是以口头语言记载的。而实际上汉族早期也是如此的，孔子曾说：“夏礼，吾能言之，杞不足征也；殷礼，吾能言之，宋不足征也；文献不足故也，足，则吾能言之矣！”文献的不足不仅仅是因为战乱的破坏，而是因为有很多的古礼根本就是不成文的。

各族有各族的礼，对于本族人而言，礼是自己耳熟能详的习惯和规则，而对于身处异乡的外族人来说，要了解所在地区的礼就很困难。在“礼崩

乐坏”的春秋时代，很多原先夏族及商族的古礼都散失了，被活动范围大大扩大了的人们所遗忘。就是周族的礼也有很多并不是靠文献来记载的，到了春秋时期人们活动范围扩大，古礼也有很多已经散失，“信而好古”的孔子到处采访询问仍旧不能全部复原。据说孔子编的《尚书》里编入的古代帝王发布的法令，都称之为“诰”、“训”、“誓”也都从言，也应当是一种“口头号令”，后来才用文字记录。君主的“君”字，象形为一只持权杖的右手和一张发号施令的嘴，更是形象的表现了“口头约束号令”的遗迹。

早期的法庭也全然是口头的，中国古代一直将审判称之为“听讼”，审判的场所称之为“厅”，厅和听原来就是一回事。在过去的繁体汉字里，“听”（聽、聽）和“厅”（廳、廳）同源，只是“厅”多了一个屋顶而已。诉和讼也都从言，据《周礼》注，讼的意思就是“言之于公”。法官作出的裁决称之为“论”，向上级请示复审称之为“谳”，也是口头诉讼审判的遗迹。

世界其他地区也是同样的。古希腊、古罗马也都有过一个漫长的以口头法律为主的时期。古罗马直到公元2~3世纪时，其诉讼程序仍然是完全口头进行的，有着严格的形式主义色彩，当事人所说的话、所站位置、所作的动作都必须遵守严格的规则，稍有错误就算是败诉。比如两人争夺某项财产的诉讼，当事人必须把这项财产带到法庭上，即使是无法携带的房屋、土地、树木之类财产，也要拿上代表该项财产的物体，如砖头、土块、树枝等，放置在法庭上。当事人要以一根木棍接触这些物体，说出一套规定的术语，双方还要作出争夺的样子，到法官喝停时再停止，就如同演戏一般。欧洲中世纪时各国的法律虽然已经是成文的，可是诉讼依然是口头进行的，和古罗马一样，诉讼当事人如果不能正确叙说法庭专用套语的话，败诉的可能性就极大。事实上，当代欧美法庭的很多规则都是从这个口头诉讼时代遗留下来的。