



历史反思丛书

一个古老的幽灵
难以消逝的阴影
对法外特权的限制
统治者的奥秘
人治和法治及其反映的文化特质
“罪”的探幽
被“遗忘”的个人
对中国古代法律的历史反思

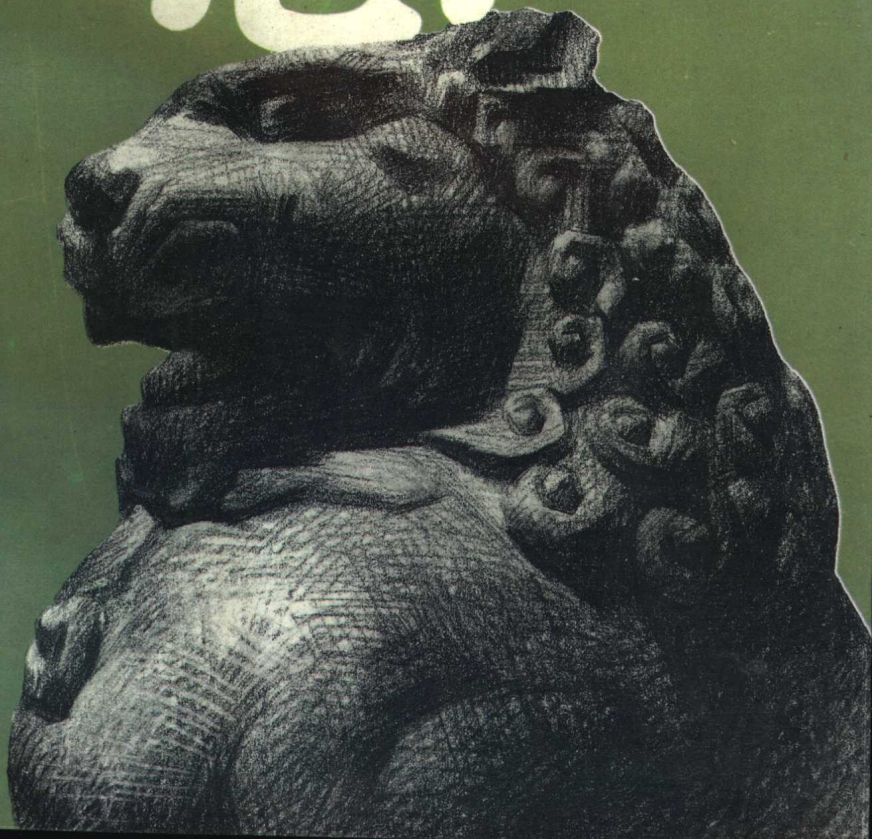
反

思

林剑鸣 著

法与中国社会

吉林文史出版社





反

田

心

反田心





历史反思丛书

法与中国社会

林剑鸣 著

Fa Yu Zhongguo shehui
法 与 中 国 社 会

林 剑 鸣 著

责任编辑：宋 一 夫

封面设计：王 潇

吉林文史出版社出版 850×1168毫米 32开本 10.625印张 51页 248千字
(长春市斯大林大街102号) 1988年5月第1版 1988年5月第1次印刷
扬州市邗江古籍印刷厂印刷 印数：1—20000册 定价：3.05元
新华书店总店 北京科技发行所发行 ISBN7—80528—012—6/K·11

编者 献词

1893年10月17日，恩格斯在伦敦给他的俄国朋友尼古拉·弗兰策维奇·丹尼尔逊的信中谈到俄国社会发展的命运时，说过这样一段话：“象你们的民族那样伟大的民族，是经得起任何危机的。没有哪一次巨大的历史灾难不是以历史的进步为补偿的。”

恩格斯的话，十分有道理。

我们民族同样经历了许多灾难，可最能引起我们觉醒的、并导致民族思考的、将以历史进步为补偿的灾难，是“十年浩劫”。

这场灾难，为什么会在中国发生？

已经站起来的中华民族，为什么会出
现万马齐喑的局面？

……

是必然，还是偶然，能够避免，还是无法避免，它占据着我们思维的时空，萦绕在每个中国人的心头。

美国的未来学家阿尔温·托夫勒说：“如果我们不向历史学习，我们就将被迫重演历史。”

我们认为：这并非耸人听闻！

历史不会重演。变异的历史——“返祖”的现象却在人类社会曾多次地出现过。它并非从前历史的再现，可同以往的历史有着惊人的相似之处。经历过苦难，补平过创伤的中华民族对此的痛感要比其他民族深刻的多。所以，也正是我们这样的民族发出了由衷的哀叹和心底的呼喊：“中国不能再走弯路了！”

是的。

可中国的路，怎样才能走好？

人们在求索；在沉思。

现实是严峻的。

人类在生存空间方面的竞争远远没有结束——更不会停止。对于先进的民族来说，它的空间会逐渐扩大，而对于落后的民族来讲，则是毫无疑问的相对缩小。

西方学者保罗·肯尼迪在其新出版的《大国的兴衰》一书中指出：现在世界势力的格局正朝着多极世界方向发展。每个国家能否成为多极中的一极，关键看在这场竞争中的

表现,可以说,这是一场人力、物力的角逐和国力的较量。

在近、现代的历史上,我们已经错过了许多次发展的大好时机。19世纪末维新变法的失败,使我们坐视日本跻身列强,自己却坠入苦难深渊。20世纪六七十年代,一些拉美国家和亚洲的几个国家与地区实现了经济起飞,可我们却陷入“十年浩劫”的泥潭中自相格斗。60年代初,毛泽东同志就意识到,如果中国不能迅速实现现代化,在这个世界上就没有我国的位置,就有被开除球籍的危险。不久以前,赵紫阳同志在会见外宾的谈话中再次重申:“再不改革,我们就要被开除球籍了。”

可见,中国的这场改革,关系到中华民族的生存,决定着中国的命运。

这是一场十分艰巨和痛苦的革命。现实又在框定我们,只能成功,不许失败。然而,在我们这样一个脱胎于半殖民地、半封建社会的落后大国,不仅建设社会主义是马克思主义发展史上的新课题,而且,我们还必须从现在起,尽快摆脱贫困和不发达状况,逐步赶上世界先进水平,把中国建设成一个繁荣富强的国家。其责任之大,负荷之重,是可以想见的。

这场改革能否成功,它的基点是建立在怎样认识中国国情上。应当看到,以往正是由于我们忽视了国情和我们国家所处的历史阶段这一事关决定国家方针政策的基本前提,致使我们在实践中不断地导致失误和偏差,最后酿成

了“文化大革命”的悲剧。

中国的国情，就是中国的过去和现在。我们只有把中国的国情了解清楚，才能找出现今社会的弊端；才能决定从哪里改，改什么；只有知道这些流弊是怎样形成的，才能掘其根，断其流，改革才能彻底。

今天的改革与历史上的改革不同之处，改革是全民族的事情。改革的最终目的，使社会得以发展，可社会发展，完全取决于人的发展。从另一个角度讲，经济改革也好，政治改革也好，最终是人的改革。中国的振兴，也就是中国人的振兴。所以，怎样看待历史上的中国人，现今的中国人，中国人将会有个什么样的命运，是人们思考的又一个重点。

我们不主张妄自尊大，同时也不提倡妄自尊大，既不能只看见我们曾有被屈辱和令人痛心的历史而把我们民族看得一无是处；也不能因为历史上曾有远远领先于西方的汉唐时期而沾沾自喜。人贵有自知，一个民族也贵有自知，这是立于不败的前提。我们的先人总结出三种自知的方法：一是“以铜为镜，可正衣冠，”二是“以古为镜，可知兴替，”三是“以人为镜，可明得失”。这三种办法既看清了人的外表，也看清了人的内在；既可知人的过去，也可知人的将来。这个总结是深刻的，它恰巧与本世纪英国著名学者柯林武德所提出的“历史学的目的是为了人类的自知”如出一辙，可见这是东西方人们在人生旅途中的共同领悟。

但是，必须看到从明中叶时，我们落后了，经济的落

后，政治的落后，文化的落后，归根结蒂为人的落后。从孙中山先生起，政治形态上的革命接连不断，可是对我们头脑和心灵深处那些阻碍社会进步的封建意识却没有很好地加以彻底清算。事业等待我们去发展，我们不但没能使其很好地发展，反而自己搞乱了方寸。“文化大革命”的出现，作为党和国家的领导人是要负主要责任，可我们曾参加过这场内乱的每个中国人，能推卸责任吗？而且为什么会变成一个全民族的灾难？其道理很简单，就是在我们这样的民族中，有滋生和蔓延这种灾难的基因和土壤。我们不要怕看见自己的不足，人生短暂，岂能总带着不足度过人生。

漫长的历史岁月构筑了中国的独特风貌，也铸造了中华民族的特有品格。我们必须对我们国家、民族的历史，进行深层次的反思。只有这样，才能看清今天中国的历史背景，明天中国的发展走向；才能分辨出在我们民族身上蕴藏着多少动能和携带着哪些阻力；才能最终使每个人得到发展和社会得到前进；才能迎接世界新格局的挑战！

人们习惯说：“走向现代化，走向世界，走向未来。”

可走向现代化，首先是走出落后；走向世界，首先是走出中国；走向未来，首先是走出现在，这都关涉着一个起点的问题。

人们在前进，也就不断地创造着自己的历史。这种创造并不是随心所欲地、或在已经选定的条件下创造，而是在直接碰到的、既定的、从过去承继下来的条件下创造。

中国是要走出去的。

这个断言，早在19世纪时一位欧洲人就已经下过。他说，中国是一头沉睡的狮子，一旦这头睡狮醒来，整个世界将在她的脚下发抖！

中国不称霸，但是，中华民族必须站立于世界先进民族之林，并且，还要有比现在更尊荣的地位！

为此，我们同香港中华书局联合编辑出版了这套《历史反思丛书》。

她将向人们回答：历史上的中华民族为什么由先进变成了落后；怎样看待传统文化和外来文化；今天中国人的人格与历史上中国人的人格之间有何关系；中华民族如何认识自己起飞的基点；今天的中国应该从历史的中国继承什么，抛弃什么等令人关注的问题。

我们热烈地希望：通过中国海内外学者对我们民族历史的反思，引起广大读者的反思，推动整个民族的反思，最终激起振兴中华民族的勇毅和决心。

作为一个事业，我们由衷地热爱它，但是，我们把所做的一切，仅仅看作是开始。时代给予了中国人这个使命，它要求大家——每个中国人都来做。谁不能相信，也没有任何理由不相信，经过反思后的中国和中国人，将不以一个新的面貌去面向实际，面向世界，面向未来呢？

1987年10月于长春

导言 法律、社会、文化

“知古不知今，谓之陆沉，知今不知古，谓之盲瞽。”

——王充：《论衡·谢短》

法，一个神秘而威严的字眼，它在中华民族古老的文化沉积中，是我们祖先遗留下来的智慧结晶。从“法”字的出现，就足以给人们不小的启迪，促使对面对的现实以深刻的思考。

据说在远古时代，世间有一种聪明而正直的独角兽，称为“麤”。它能判断人间的是非曲直。当人际出现难以解决的纠纷时，“麤”就以其锐利而坚强的角，准确有力地将对不公正的人触而去之。后来，古人造字的时候，就根据这个神奇的传说，创造了“麤”字，代表那个正直、严厉的独角兽，又把“麤”字下加“去”，再添水旁，成为“灋”字，这个字就是“法”。表示“法”应当象“麤”那样公正、无私，去除邪恶，而且持平如水。“法”字的产生和演变的独特传说是十分耐人寻味的。“古代的传说如用现代严密的科学方法去检验，大都象梦一样平凡地消逝了。但奇怪的是，这种象梦一样的传说往往是一个半醒半睡的梦，预示着真实。”^①从有关“法”字产生、构成的传说中，显示出人们对“法”倾注了多

^①赫胥黎，《类人猿的自然史》。

么丰富而神奇的向往，寄托着多么善良、美好的愿望啊！

历史的长河汹涌澎湃，奔腾向前。它冲刷着大地和人间面貌，也逐渐冲淡了人们的记忆。当人类揭开文明帷幕、进入阶级社会之后，正如以“法”字代替“灋”字所预示的那样，“法”也去掉了其持平如水的本质。所以，创造“灋”字的最初含义早就被人忘记了。然而，中国古代的法律，始终在社会发展中起着它应有的作用，它既象悬在被统治阶级头上的利剑，镇压来自反对统治者方面的反抗，又象全社会的杠杆，调整各种社会关系使之维持平衡和稳定。法律的发展以及如何运用，常常与社会进步与停滞，以及王朝的盛、衰、兴、亡有密切关系。其间，有多少值得后世借鉴的经验、教训和发人深思的曲折历程！这是中华民族传统文明中的重要财富。

经过十年浩劫后的中国人民，切身体会到健全社会主义法制的重要性，民主与法制建设成为政治生活中的一件大事。从奴隶社会的法，到封建社会、半封建半殖民地社会的法，与我们当前的法制建设，当然不能同日而语。不过，对历史的反思无疑会加深对当前许多现象的认识，汲取必要的营养，少走一些弯路，信心百倍地大步前进。

当我们怀着对有关法制问题的惶惑、疑虑，或激动、沮丧而回顾法制发展历史的时候，尽管不能指望从那“陈年老帐”中找到现成的答案，但在追寻的轨迹中，定会对当前给以种种启示，或有益于进行更深刻的思考。这里，不准备探讨理论，也无意于系统地叙述历史，只想从中国法制和法制思想发展的历史长河中，透过几滴晶莹的小水珠，窥视那遥远的年代，也许它们并不足以反映历史的全貌。但是，人们也不难从这一串水珠中看到过去的足迹，从而有助于探索未来的道路。

法律是构成广义的文化中重要的组成部分。对于中国古代

法律的研究，自然不能脱离对传统文化的认识。而对中国传统文化的评价，至今仍是一个争论很大的问题。目前为中外多数学者所接受的想法是：不崇上帝的人文精神，追求人际和谐的整体观念；排斥极端的中和方法，崇尚科学与价值统一的思想为中国文化的特点。这些特点固然表现于物质的、精神的，上层建筑、经济基础的各个方面，但其深层则为决定着行为和道德规范的价值体系，其行为规范中的一部分，则凝固化为法典。因此，法律可以说是整个社会文化的窗口，整个民族文化的重要特质不能不在法律中得到反映。例如上述中国传统文化中不崇拜上帝的人文精神，在中国古代法律中就表现得十分突出。中国古代的法典中，根本找不到西方法典中普遍存在的“君权神授”的词句，这是与中国文化所具有的强烈的、积极入世精神所决定的非宗教性和世俗性相一致的。正如中国传统文化所具有的这一特点，从而包含着深刻的二律背反性质一样。中国古代法律之非宗教性特点，一方面导致对宗教的淡化，它不转向对天国的崇拜，另一方面则转向对单一人格的崇拜，导致对皇帝、丈夫、父亲的崇拜。自最古老的法律产生，维护对父亲、丈夫和皇帝个人崇拜就成为其重要作用之一。而法权的渊源则自公元前221年就正式明确地被宣布为出自皇帝一人。从此以后，对统治者个人权威的崇拜就被凝固化为法律，其影响一直到我们封建社会的完结。

中国传统文化中的其它特点，也无不在古代法律中得到反映。如中国古代法律的两个主要特征：1. 明确的等级概念，2. 家族主义的影响。等级制度是阶级社会普遍现象，但是中国古代法律中不仅其明确的等级划分特别突出，而且在显著的等级制前提下，又力图追求和谐和统一，避免极端，以求达到社会的稳定。这就是作为维护政权的工具之一的法律，既有以暴力

镇压的一面，也有缓和阶级矛盾的一面。统治者在司法和立法活动中，既有“德”的一手，又有“刑”的一手。在维护等级制度的同时，也有限制扩大特权的规定；在维护剥削制度的前提下，也有禁止超过限度地压榨、剥削的法令。总之，使统治维持在一个各个阶级均可接受的水平上，这是历代完善的法制所追求的重要目标。家族主义或曰宗法制在中国法律发展中的影响，更能反映中国传统文化的特征。宗法制是古代中国的独特产物，从原始社会对偶婚产生开始，“家”的观念便深入人心，宗族乃是家的扩大。而到西周时代宗族又与国家合为一体，此后“家”和“宗族”在社会中便根深蒂固，成为社会组织中的细胞和国家政权的基础。在人们的观念中“家”“族”较之“国”和“政府”更具体、亲切。当“爱家”和“爱国”、“孝”和“忠”不能两全之时，只有极少数的豪杰之士肯移孝作忠。但在大多数的情况下“家”和“国”是统一的，因为在宗法制度下，由每个家庭组成的宗族构成了整个社会，而全国最高的家长就是国君——皇帝。所以“孝”和“忠”在总体上是一致的。反映在中国古代法律上，从产生之日起，就把维护“家”内的等级制度，维护家长的尊严和特权作为司法和立法的主要目标之一。有的时候，当维护家长尊严和权力与维护国家利益相冲突时，法律不惜牺牲后者而容忍前者，例如中国古代法律中对有罪者父子相隐，对家族复仇等罪行的宽宥，就表现了这一特点。然而，从总体考察，维护家长的特权与保护君权是一致的，古代法典之重视家和族，正是为了从基础上巩固君权，使“国”得以稳定。在这一点上也显示出中国传统文化追求人际和谐及整体的观念的特点。

中国传统文化表现于古代法律中的种种特点，例如人文主义以及追求人际和谐及整体观念等等，究竟是如何产生以及它

们给社会和历史带来什么影响，是值得研究的问题。因为，不从更广阔的视野上探讨法律的发展，就不可能正确地对它们进行评价，也无法从以往的历史中汲取有益于当前现实的经验教训。在这本小书里，我们将站在社会和文化发展的战略角度上，着重从权、特权、家族、阶级等几个方面对中国古代法律制度 and 法律思想等问题进行反思。尽管是挂一漏万并十分粗浅，但提出的问题或许对人们思考某些现象可能会有所裨益的吧！

目 录

导言 法律、社会、文化·····	1
一、一个古老的幽灵·····	1
二、难以消逝的阴影·····	15
三、对法外特权的限制·····	38
四、统治者的奥秘·····	54
五、人治和法治及其反映的文化特质·····	72
六、“皇帝”的出现与最高法权的确立·····	101
七、“密如凝脂”的秦律·····	119
八、礼、法统一的汉律·····	137
九、征服古代东亚的唐律·····	198
十、钝剑和失灵的杠杆·····	184
十一、“罪”的探幽·····	206
十二、“罚”之抉隐·····	227
十三、被“遗忘”的个人·····	248
十四、以压迫妇女为特征的婚姻法·····	265
十五、专门对付官吏的法律·····	288
十六、对中国古代法律的历史反思·····	311

一、一个古老的幽灵

“难道人类仅仅是较高级的类人猿吗？如果是这样的话，那么，人类同自然生态系统中的其它生物相比，不是就无关紧要了吗？”

——《只有一个地球》

法律，是文明进步的标志。当今，在这熙熙攘攘的地球上，人们处处感到法律的需要和它的威力。庞大的法规体系几乎限制和决定着人类的一切活动，从物质和精神的生产，到个人、家庭和社会生活，几乎有人际关系之处，都有必要的法律在起作用。个人以及群体之间的纠纷，多数也都要法律调节或裁决。甚至连人类目前尚未亲临过的某些星球将来如何开发，也已在制定相应的法律。法律和科学，几乎成为现代文明的同义语。人们对法律如此重视，不是没有道理的。试想：如果世间没有必要的法律，譬如法律中极其次要的部分——交通规则如果没有的话，我们就寸步难行，而飞机、汽车、火车等现代化交通工具就变成威胁人类生存的恶魔。仅此，就不难看出法律对人类社会稳定和发展的重要性了。经过十年浩劫的中国人，感受到了社会主义法制被破坏和不完善所带来的灾难。因而，对