



# 中国传统法律文化与 法律价值

何柏生 主编

庆祝西北政法大學建校八十周年

《法律科学》「法律文化与法律价值」名栏建设成果荟萃 总主编 韩松

 法律出版社  
LAW PRESS · CHINA



庆祝西北政法大学建校八十周年

《法律科学》“法律文化与法律价值”名栏建设成果荟萃

总主编 韩 松

# 中国传统法律文化与法律价值

何柏生 主编



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

中国传统法律文化与法律价值 / 何柏生主编. — 北京: 法律出版社, 2017

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1466 - 6

I. ①中… II. ①何… III. ①法律—传统文化—中国—文集 IV. ①D909.2 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 242061 号

中国传统法律文化与法律价值

ZHONGGUO CHUANTONG FALÜ WENHUA YU FALÜ JIAZHI

何柏生 主编

责任编辑 陈 慧

装帧设计 凌点工作室

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京金康利印刷有限公司

责任印制 沙 磊

编辑统筹 法律教育出版社

开本 710 毫米 × 1000 毫米 1/16

印张 35

字数 660 千

版本 2017 年 10 月第 1 版

印次 2017 年 10 月第 1 次印刷

法律出版社 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址 / www. lawpress. com. cn

投稿邮箱 / info@ lawpress. com. cn

举报维权邮箱 / jbwq@ lawpress. com. cn

销售热线 / 010 - 63939792

咨询电话 / 010 - 63939796

中国法律图书有限公司 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服 / 400 - 660 - 6393

第一法律书店 / 010 - 63939781/9782

西安分公司 / 029 - 85330678

重庆分公司 / 023 - 67453036

上海分公司 / 021 - 62071639/1636

深圳分公司 / 0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5197 - 1466 - 6

定价: 68.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

## 序 一

西北政法大学具有光荣的革命传统和丰厚的文化底蕴,学校的前身是1937年中国共产党在延安创办的陕北公学。后历经延安大学、西北人民革命大学、西北政法干部学校、西北政法学院、西北政法大学等时期,走过八十个春秋,已经成为法学特色鲜明,哲学、经济、管理、文学等多学科相互支撑、协调发展的多科性大学。学校1983年10月创办了《西北政法学院学报》,1989年更名为《法律科学》。《法律科学》创刊于学校复办后改革开放的新时代,国家百废待兴,学校事业也是刚刚迈步。《法律科学》无愧于这个伟大的时代,她始终站在时代的前列,开拓创新,与时俱进,积极地回应时代的要求,坚持正确的舆论导向和“为人民服务、为社会主义服务”的政治方向,紧密贯彻党中央制定的改革开放的基本路线,坚持科学发展观,认真贯彻党的“双百”方针,倡导学术自由和创新精神,促进法学的繁荣和发展,为改革开放和社会转型提供了有力的理论论证和学术舆论支持。《法律科学》作为西北政法大学的学报,是西北政法大学教学科研工作的重要组成部分,服务于学校的教学科研,通过校内外法学学术理论文章的发表与交流,及时反馈法学学术理论研究的新动态和新成果,提高教师的学术理论水平和科学研究能力,激发学术活力,培养科研队伍,提高人才素质,营造浓厚的校园学术文化氛围,推动教学改革、教学内容更新和质量的提高,使学报成为出成果、出人才的摇篮。同时通过学报的公开发行与校际交流,使学报成为展现学校教学科研成果和校园学术文化建设风貌的窗口,成为树立学校形象的一张“品牌”,成为学校与社会联系的一个重要渠道。目前《法律科学》已经是国内外具有重要学术影响的法学核心期刊,在促进学校事业发展中,发挥了应有的作用。《法律科学》取得的办刊成绩也是学校事业发展成就的一个重要方面。

《法律科学》一贯注重栏目建设和选题策划,其创办的“法律文化与法律价值”栏目,积极开展马克思主义法学法律文化与法律价值研究,积极开展对中国特色社会主义法律文化和法律价值的研究。不仅积极开展对中国优秀传统文化中的法律文化与法律价值的研究,继承其优秀资源;并且积极开展国外法学关于法律文化与法律价值的研究,吸收、借鉴其优秀资源为我国法治建设服务。在

“法律文化与法律价值”专题研究领域,栏目刊发了大量精品力作,取得了显著的成绩,2012年入选教育部名栏建设。为了总结栏目建设的成就,扩大栏目建设的影响,推进栏目建设再上新台阶,在庆祝学校建校八十周年之际,《法律科学》编辑部组织编选出版四卷本“法律文化与法律价值”名栏建设成果荟萃文集,作为对校庆的献礼,是很有意义的。我衷心祝贺《法律科学》编辑部取得的办刊成绩,特别是在“法律文化与法律价值”名栏建设中取得的成绩;并且衷心祝愿《法律科学》再接再厉,开拓创新,不断提高学术质量和办刊水平,为服务国家法治建设和学校事业发展做出更大的贡献。同时也向长期以来关心和支持《法律科学》的各位作者、读者和各位校友表示衷心的感谢!

西北政法大学副校长 王 瀚

2017年9月12日

## 序 二

中国的法学研究自 20 世纪 70 年代末得以复兴,但复兴伊始法学研究注重的是具体法律制度的建设和法律条文的注释,法学的主导思想把法律看作统治阶级的意志和统治的工具,对法律现象尚没有从文化和价值角度全面研究和认识。在 20 世纪 80 年代末,法律文化和法律价值问题的研究开始起步,在这个时候《法律科学》推出法律文化和法律价值选题对这一问题的研究具有先导作用,具有开拓性。

习近平总书记指出:“坚定中国特色社会主义道路自信、理论自信、制度自信,说到底是要坚定文化自信。文化自信是更基本、更深沉、更持久的力量。”社会主义法律文化的培育是文化强国战略的重要部分。没有法律文化的现代转型和对法律价值的人文化认识,就不能实现依法治国的方略。中国社会自 20 世纪 70 年代末期进入改革开放的新时期,改革开放的伟大实践带来了中国社会生活的巨大变化,特别是经济体制由计划经济体制向市场经济体制的转型,治国方略由人治向法治的转型,法律在国家社会生活中的作用日益凸显。如何建设社会主义的法治国家是法学研究面临的重大课题。特别是在缺少法治传统的中国社会,建设法治国家,不仅要学习借鉴西方的法律制度,实现法律制度的现代化,更要向西方学习先进的法律思想,实现法治理念的现代化。向西方学习但同时又必须立足于中国国情,坚持以马克思主义为指导,从我国建设社会主义法治国家的实际出发,把学习西方先进的法律制度和法律文化同吸收我国优秀传统文化资源结合起来,不仅建立和健全我国的法律制度和法律体系,更要造就现代法律制度运行的文化环境。因此,加强法律文化和法律价值研究是建设社会主义法治国家的根本课题。为此,《法律科学》于 1989 年起率先推出“法律文化、法律价值”和“法制现代化”专题,着力研究中国特色的社会主义法律文化与法律价值问题。我们不仅积极开展马克思主义法律文化与法律价值研究,继承其资源,而且也研究中国传统文化中的法律文化与法律价值,继承其优秀资源;并积极研究国外法学关于法律文化与法律价值的研究,在比较、对照、批判、吸收、升华的基础上继承其优秀资源,为我所用。随着专题研究的深入,从 2004 年起将这一专题定名为“法律文化

与法律价值”专栏并作为重点栏目建设,2012年入选教育部第二批名栏建设工程。到目前为止这一专题研究已达二十八年,栏目建设已有十三年,共发稿四百余篇;内容涉及法律文化、法律价值和法制现代化的各个方面。为了推陈出新,进一步深化对“法律文化与法律价值”的专题研究,使栏目建设成果更好地服务中国特色社会主义法治建设,值此西北政法大学八十周年校庆之际,我们从栏目发表的论文中编选出版了《马克思主义法律文化与法律价值》《中国传统法律文化与法律价值》《西方法律文化与法律价值》《法律文化法律价值与当代中国法治》四卷本成果荟萃文集,供广大读者学习参考。如果引用,请注明原发期刊年度期次。需要说明的是,由于论文编选从1989年度到2016年度,各个时期的本刊的编排规范不统一,因此,本次出版的四卷本论文集在注释和参考文献处理上也难以做到统一,分别采用了脚注和文后参考文献两种形式;同时,也由于年代久远,难以完全核查相关资料,有些文献的出版单位、版本和页码标注也有不规范之处;作者单位有的标注了论文发表时的原单位,有的标注了现在工作单位,有的单位不详的未标注单位。在此向各位作者、读者致以歉意,敬请谅解!

谨向长期关心支持《法律科学》“法律文化与法律价值”栏目建设的各位作者、读者表示衷心的感谢!向法律出版社对《法律科学》杂志的大力支持,特别是丁小宣分社长与陈慧编辑为本次论文集的编辑付梓付出的辛劳表示衷心地感谢!

《法律科学》编辑部

2017年9月12日

# 目 录

中国法的原始基因 ——以古文字为视野	武树臣 / 1
神权衍生的法观念	赵旭东 / 23
中国传统法律文化的形成与演变	段秋关 / 29
中国传统法律文化的价值基础	武树臣 / 37
中国传统社会:权利来源于国家授予性的成因及影响	魏建国 / 44
中国法律文化现代化的历史动力及其转换机制	刘作翔 / 57
传统法律观念的现实存在和影响 ——兼论法律观的现代化	段秋关 / 66
中国农村宗族问题与现代法在农村的命运	田成有 / 72
古典中国法律解释的哲学智慧	谢 晖 / 80
对古代鬼神信仰的一种法文化观察 ——与郝轶川先生交流	陈林林 / 97
巫术对中国传统法律文化的影响	何 瑛 / 106
中国古代的乐与法	张飞舟 / 112
律令关系、礼刑关系与律令制法律体系演进 ——中华法系特征的法律渊源角度考察	范忠信 / 120
从伦理规则到生活法则 ——中国传统法律制度史的另类解读	侯欣一 / 135
道家与中国传统法律文化	钱鸿猷 / 147
传统法律思想与士大夫的博弈运思	郑 智 / 154
劲士精神与成文法传统	武树臣 / 168



## 2 目 录

度量衡的制度塑造力	朱苏力 / 175
——以历史中国的经验为例	
监狱历史发展的一般规律及其启示	王 平 / 199
狱的法文化考察	高积顺 / 206
刑讯与五听：“情实”背后的身体思维模式	郑 智 / 217
从复仇到该当	邱兴隆 / 234
——报应刑的生命路程	
法律移植问题探讨	冯卓慧 / 244
比较法·文化·文明	强世功 / 257
泛讼与厌讼的历史考察	何勤华 / 268
——关于中西方法律传统的一点思考	
中国古代的慎刑思想研究	冯卓慧 / 276
——兼与 20 世纪西方慎行思想比较	
商代婚姻观念、制度与古代东西方各国婚姻观念、制度异同考析	冯卓慧 / 310
儒家法律文化与中日法制现代化	夏锦文 唐宏强 / 321
论先秦法家的价值体系	赵馥洁 / 330
汉唐民事诉讼制度	汪世荣 / 341
《唐律疏议》中的“理”考辨	刘晓林 / 349
浅议明清讼学对地方司法审判的双重影响	龚汝富 / 367
明清时期的“依法裁判”：一个伪问题？	徐忠明 / 384
“出入人罪”的司法导向意义	周永坤 / 399
——基于汉、唐、宋、明四代的比较研究	
雅俗之间：清代竹枝词的法律文化解读	徐忠明 / 412
司法与行政的有限分立	公丕祥 / 430
——晚清司法改革的内在理路	
司法主权与领事裁判权	公丕祥 / 454
——晚清司法改革动因分析	
二十世纪中国法制成长模式论	石文龙 / 469

寻找最初的礼	武树臣 / 481
——对礼字形成过程的法文化考察	
孝与传统法律观	王 霞 / 493
“仁”的变迁:孔子法律思想的历史逻辑	武树臣 / 498
《论语》中的“先富后教”思想及其法文化价值	徐永康 / 510
中国儒学与法律文化首届学术讨论会综述	徐永康 / 517
《论语》思想的现代法文化价值	咏 康 / 527
——中国儒学与法律文化第二届学术讨论会综述	
儒家义利观与市场经济	徐永康 / 536
——中国儒学与法律文化研究会第三届年会综述	
儒学与现代道德和法治的对话	徐永康 吴晓梅 / 542
——中国儒学与法律文化研究会第四届年会综述	

# 中国法的原始基因

——以古文字为视野\*

武树臣\*\*

中国古代法的原始基因是涉及中国古代法律文化的起源和原生形态的研究课题。研究该课题所涉及的材料包括传世文献,传说史料,出土资料,古文字,艺术作品等。其中,传世文献信息量极大,涵盖经史子集,可谓汗牛充栋;神话传说史料名目繁杂,关系错综,其文虽不雅驯,却隐含远古人物事件之原型;出土材料品种众多,大至城郭、祭坛、墓葬,小至各种器物,蕴含着丰富的礼仪制度、思想观念;艺术作品种类繁多,涉及雕塑、绘画、器物,它们所反映的古代信仰、风俗、习惯,可与文字材料相印证;古文字以其象形表意文字的独特方式,凝聚了先民对自然界和人类社会生活的见解和经验。因此,古文字是我们今天探索中国古代社会和法的活化石。古文字对我们研究中国法的起源问题具有特别重要的价值。

首先,中国的汉字是象形文字或曰表意文字。“表意文字自然要比表音文字更能显示优越性”,“中国文化能如此历久不变,足以让后人追根溯源,或许就是由于使用了表意文字”。<sup>[1]25</sup>“最早的文字应有两个来源,一个是图画,另一个是记号”,“图画文字最早见于大汶口文化晚期,年代约当公元前3000年左右”。<sup>[2]233</sup>在图画文字当中就包括图腾。当文字诞生之际,它已具备了非如此表现不可的必然性。某一文字所期表示的某一社会现象、事物或行为,已经历了多少代先民的口耳相传,形成约定俗成的“集体印象”,一旦有机会将它们付诸刀尖笔端,就非如此表示不可了。这就使古文字沉淀了先民的思想意识、风俗习惯和社会场景。特别是在直接历史材料匮乏的时候,我们不得不更多地仰仗古文字。

其次,只有从文化视野来审视古文字,才能发掘它的文化价值。比如,虽然殷

---

\* 本文发表于《法律科学》2016年第4期。

\*\* 武树臣,山东大学法学院教授。

商甲骨文给我们展现了当时的社会风貌,但是,甲骨卜辞所构成的文字体系仍然具有相对的局限性。因为在甲骨卜辞当中很难找到系统完整记录当时政务或法律活动的内容。而且甲骨文字,在很大程度上是占卜专业文字,它们所展现出来的字义和用途相对狭窄。这就要求我们努力探索某一具体文字被创造出来时所依据的原始社会场景和思想意识,以此为途径来追溯当时该字所欲表达的本义。这样,我们就既可以通过甲骨文了解殷商社会的社会生活,又可以窥测殷商之前远古时代的社会生活。

最后,“文字索原”或“文字考古”的研究方法是探讨中国古代法律文化起源时值得尝试的方法。周清泉认为:“传统的文字训诂,由于目的在于说教儒经周人意识的今义,就成了掩埋文字本身的本义古义的尘土,故要寻求文字所记载的意识的本来面目,就须得考古,才能发掘出古人意识及其精神文明的真面貌,从而探索出此文化的根源及其进化的历史。而文字考古的方法,则应根据原始思维联想的思想模式及相似相同的相似律,在意识物化为文字后所普遍存在的音同义通或义通音同的现象,在音以载义的原则下,寻求其对客观事物命名时能指的意,及所指的识,从而也就发掘出文字,特别是古文字所录载的原始意识。而原始意识中的文化进化的源流,也就出土面世,陈现出来。这就是以神话、巫术行为等形成所表象出来的原始的古代历史。”<sup>[3]182</sup>王献唐说:“真谛之出,愈古愈质,必眼下浅显事理,一语可以勘破者。汉魏而下,但望字生义,展转推籀,愈求愈深,而去古愈远。更不独名号如此,盖凡前人典籍之名物制度,据实而言,则平淡无奇。汉人务炫人主,自标邃奥,为保持其学术上之地位,故意深求,使人闻义恍芒,莫测精微,由直而曲,出浅入深。古学至此,已俨然别辟疆域,似进而实退,以求美转失真实故也。”<sup>[4]458</sup>胡澍咸指出:“《说文》所收录的是篆文,篆文不是我国最早的文字,很多字已不是初形,而是已经改变了的字形。有的是孳乳的,有的是讹变的,其所说的字义也很多是引申义或假借义,不是本义……甲骨文是接近于开始造字时的文字,其字形也保有开始造字时所表达的辞义,从甲骨文到金文到篆文,中间没有中断,其演变发展的情况可以看到。甲骨文发现以后,汉字演变发展的源流及其规律便应该可以寻找。”<sup>[5]405</sup>

当然,“文字索原”的研究方法并不排斥古代文献的重要性,因为,大量古代文献就是将口耳相传的材料变成文字的。比如《尚书》中的《甘誓》一文,顾颉刚、刘起釞认为,《甘誓》“大概在夏王朝是作为重要祖训历世口耳相传,终于形成一种史料流传到殷代,其较稳定地写成文字,大概就在殷代”。<sup>[6]</sup>综观《左传》所载夏书、夏训凡十五见,如“昏墨贼,杀”,“与其杀不辜,宁失不经”者,其渊源盖皆上古经世之恒言。<sup>[7]223-231</sup>总之,“文字索原”的研究方法不是单一孤立的只运用古文字,而是以古文字为主要脉络,努力将古代文献、传说史料、发掘文物等结合起来,试图

从一个侧面再现中国古代法的最初形态即中国古代法的原始基因。中国古代法的原始基因十分丰富,现择要简述如下。

## 一、图腾崇拜与法的神圣性

### (一) 鳧与独角兽

古代的“法”字在西周金文当中写作“灋”。如西周初期的《大盂鼎铭》中出现了“灋”字。铭文为“天翼临子,灋保先王”,“勿灋朕命”。在“灋”字中,“鳧”是个核心角色。甚至有学者认为“鳧”与“灋”同义。如《广雅·释诂一》:“鳧,法也。”王念孙疏证:“鳧与法同意。”<sup>[8]</sup>商代甲骨文中没有发现“灋”字,而只有“鳧”字。但是,在商代,金文也许是有别于甲骨文且与其并行的另一个文字系统,故殷商晚期的《作册般铜甗铭》中有“亡灋矢”句,“灋”字写作[𠃉鳧]。<sup>[9]</sup>东汉许慎撰《说文解字》时,涉及“鳧”的字只有“鳧”、“薦”、“灋”三个字。可以推测,他很可能不仅没有看到[𠃉鳧]字,也没有看到甲骨文中出现60余次的“鳧”,以及与鳧相关的组合字:[鳧匕]、[鳧矢]、[鳧上]、[心鳧]、[鳧爻]、[彡鳧]等,更不必说“子鳧”、“黄鳧”、“御鳧”、“封鳧”、“鳧龙”、“鳧协万事”这些词句了<sup>①</sup>。可见,我国古代文字从甲骨文发展到小篆,的确经历了很大的变革。

由于文字沿革本身出现的断层,致使东汉许慎《说文解字》在诠释“鳧”、“薦”、“灋”三字时,所依据的材料不大可能是小篆之前的完整的古文字系统,而更多的是依据口耳相传的民间史料。由于这种看似“不雅驯”的民间史料历来被儒家经典所“不语”,且为司马氏《史记》所不录,甚至为知识人所批驳,如《论衡》者,因此许慎的《说文解字》确实具有一定反传统的创新精神。

那么,我们看看东汉许慎撰《说文解字》是怎样注释“灋”、“鳧”、“薦”的:“灋,刑也。平之如水,从水。鳧所以触不直者去之,从去。法,今文省。”“鳧,解鳧兽也。似山牛一角。古者决讼,令触不直。象形,从豸省。”“薦,兽之所食草。从鳧从草。古者神人以鳧遗黄帝。帝曰:何食何处?曰:食薦,夏处水泽,冬处松柏。”<sup>[10]</sup><sup>202,104</sup>

上述文字揭示,鳧是传说的黄帝时代专司诉讼的长相似牛的独角解鳧兽。并且告诉我们,“鳧”字是象形字,至于其具体形象则语焉不详。直到19世纪末甲骨文的发现,我们才看到“鳧”的模样。

最早把甲骨文“鳧”字和“一角之兽”联系起来的是董作宾。据商承祚《甲骨

<sup>①</sup> 分别参见李宗焜编著:《甲骨文字编》(中),中华书局2012年版,第586页;姚孝遂:《殷墟甲骨刻辞类纂》(中),中华书局1989年版,第632、633页;宋镇豪、段志洪:《甲骨文献集成》(第5册),四川大学出版社2000年版,第75页。

文字研究》载：“廌，此字昔皆释马，余前承其误。董作宾先生谓，此乃一角之兽而非马。是也。然以为麟则非。余意廌字。《说文》：‘廌，解廌兽也。似山牛一角。古者决讼，令触不直者。象形，从豸省。’《异物志》：‘东北荒中有兽，名獬豸，一角性忠，见人斗则触不直者，闻人论则咋不正者。’是廌为善兽，古习见之。故甲骨文有获廌之辞。”<sup>[11]126</sup>

董作宾在《获白麟解》一文中写道：“在中国古代记载里，一角的兽，名目繁多。如廌、犀、兕、麈、麋、駮之类。”“此种一角能抵之兽，古或有之，但不知应属何类。解廌之名，当是后人附会为之者。因廌音宅买切，略同于抵，以其善于抵触，所以呼之曰廌。后来又因他能分解曲直，辨别斜正，所以在廌上又冠以解的美名。”<sup>[12]180-194</sup>

1971年12月，殷墟发掘卜骨，刻词有“御廌”、“御臣”、“御众”、“御牧”等。郭沫若认为（御廌）“廌或作豸，是莫须有的一种怪兽——解廌的省称。《说文》：‘解廌，兽也。似山牛一角。古者决讼令触不直者。’盖古时奴隶主于判处罪状时，将牛角去其一，以神乎其事。故后世司法官所戴之冠名‘獬廌冠’。廌字音读如宰，在此即读为宰，当是执法小吏。”<sup>[13]26</sup>

郭沫若认为廌是“莫须有”，即不一定有的独角兽。其实，从考古发掘出土的资料来看，我国远古时代应当存在独角兽。现摘要罗列如下：

焦墩卵石摆塑独角龙。距今6000年。龙形呈昂首直身，曲颈卷尾，独角上扬。<sup>[14]</sup>这是独角龙形象首次出现的记录。

濮阳西水坡墓葬独角龙独角虎。距今6000年。该墓中央有一具成年男性骨骸，骨骸东侧有蚌壳堆塑龙，西侧有蚌壳堆塑虎，头北尾南，龙虎均背向骨骸。<sup>[15]</sup>我曾经仔细观察过墓葬，发现蚌壳堆塑龙虎额上都有独角。如果是这样的话濮阳西水坡蚌壳堆塑龙虎就应称为独角龙独角虎。

凌家滩独角玉龙（一说玉虎）。距今5300年。玉龙呈偏心圆环状，首部呈兽面，脊背有长鬣形纹，直至尾部。<sup>[16]</sup>我同意玉虎说，并发现长鬣形纹实际即独角。

三星他拉独角玉龙。距今4000年。龙体呈环状，颈脊有长鬣。<sup>[17]55</sup>据我的观察，颈脊上的所谓“长鬣”实际当为独角。因此，“三星他拉C形龙”应当改称为“三星他拉C形独角龙”。

肖家屋脊独角玉雕盘龙。距今4000年。龙体首尾相悬接，额顶到顶后有长角形浮雕。<sup>[18]24、25</sup>其实，龙头颈部上方的“长角形浮雕”，其实就是一只宽大肥厚的独角。因此，肖家屋脊“玉雕盘龙”就应当称为“独角玉雕盘龙”。

商代甲骨文中出现了“麇”（麟）字。董作宾1930年作《获白麟解》一文，他推测，商代捕获的白麟，可能来自方外，即美索不达米亚地区。这种独角牛在亚述王朝和巴比伦王朝时代被称作“里姆”（Rimu），被视为神牛。“里姆”两字应当是音

译得来的词,急读之便是“麟”(Lin)。<sup>[12]180-194</sup>因此,面对濮阳西水坡墓葬的独角龙独角虎,可以说,龙是中国的动物,而独角兽是世界的动物。后来,龙、麟等都逐渐吸收了其他动物的共有特征,演变成双角动物,而鳧却一直保留了它的独角特征。

殷周以后,在艺术品当中仍然能够看到独角龙独角虎的形象。比如殷商的独角龙形佩、西周的独角龙形佩、战国的绞丝纹龙形佩和云纹独角龙形佩、东汉的红陶虎纹独角兽等等。从某种角度来说,这些艺术形象是远古独角龙独角虎形象的继承和怀念,并非艺术家凭空臆造。《说文解字》:“法,今文省。”当“灋”字失去“鳧”之后,独角兽鳧的形象并没有退出历史舞台。它在帝王宫殿的脊檐上,在皇家贵族的陵墓里,在江河湖泊的堤岸旁,在司法官员的朝服上,默默存在了好几个世纪。

## (二) 鳧是蚩尤部落的图腾

甲骨文的发现无意间为东汉许慎《说文解字》关于“鳧”的诠释提供了坚实的文化基础。从远古文化的背景来看,“鳧”是一个古老的图腾,是发明了“灋”并世代执掌司法事务的蚩尤部族的图腾。最先把蚩尤和鳧联系起来的是《尚书》的《吕刑》篇:“蚩尤惟始作乱,延及于平民,罔不寇贼、鸱义、奸宄、夺攘、矫度。苗民弗用,灵制以刑,惟作五虐之刑曰法。杀戮无辜,爰始淫为劓、剕、椽、髡。”

通过传说史料我们知道,黄帝部落与蚩尤部落曾经发生争战,黄帝战胜,杀蚩尤,将蚩尤嫡系苗民部驱逐至南方,并选择少昊氏作蚩尤旧部的新首领,组成新的部落联盟。《逸周书·尝麦》载:(黄帝)“执蚩尤,杀之于中冀,以甲兵释怒。用大正顺天思序,纪于大帝,用命之曰绝辔之野。乃命少昊清司马鸟师,以正五帝之官,故名曰质。天用大成,至于今不乱。”《韩非子·十过》载:“昔者黄帝合鬼神于泰山之上。驾象车而六蛟龙,毕方并辖,蚩尤居前,风伯进扫,雨师洒道……”《龙鱼河图》载:“蚩尤歿后,天下复扰乱不宁。黄帝遂画蚩尤形象,以威天下。天下咸谓蚩尤不死,八方万邦,皆为殄伏。”所谓“蚩尤形象”,与其说是“铜头铁额”、“人面兽身”的独角兽鳧的图腾,不如说就是“灋”。古“灋”字就像化石一样把鳧和蚩尤紧紧凝结在一起了。

因为蚩尤是五刑五兵的发明者和施行者,故被后世奉为刑神、战神。《周礼·春官·肆师》:“肆师之职常立国祀之礼。……凡四时之大甸猎,祭表貉,则为位。”郑玄注:“貉,师祭也,为十百之百,于所立表处为师祭,祭造军法者,祷气势之增倍也,其神盖蚩尤,或曰黄帝。”《史记·封禅书》:秦朝时祭祀东方八神,“三曰兵主,祠蚩尤。蚩尤在东平陆监乡,齐之西境也。”《史记·高祖本纪》载:刘邦起义时杀牲涂鼓,“祭蚩尤于沛庭”。《史记·封禅书》载,汉立,“令祝官立蚩尤之祠于长安”。其实,对蚩尤的崇拜当中就暗含对“鳧”和“灋”的崇拜。

### (三) 图腾崇拜与神明裁判

从古文字角度而言，“廌”和“灋”字都含有神判的色彩。此外，“善”字也可能与神判有关。《金文编》卷三“善”字写作(字形1)<sup>①</sup>，从羊在二言中间构形。《说文解字》：“詒，兢言也”；“兢，彊语也，从詒”。“二言中间的羊符，有当于灋字所从之廌符”，“大量文献记载这种神判之廌就是羊”，“比较原始的部族，在审判活动中，羊具有公正分辨诉讼双方是非曲直的品性。两造听讼，端赖区辨的巫术效力，具在一羊之形：在竞言相对的双方中间画成一羊符，就可以令善恶得以分辨开来。”<sup>[19]542-543</sup>

古老《周易》筮辞保留了神羊神虎裁判的痕迹。《大壮》：“羝羊触藩，羸其角”，“藩决不羸，壮于大舆之车，羝羊触藩，不能退，不能遂，无攸利，艰则吉”。《履》：“履虎尾，不咥人，亨”；“履虎尾，愬愬，终吉”；“履虎尾，咥人，凶”。就形式而言，以占筮来决定定罪量刑，这本身就具有神判的意思。如《蒙》：“发蒙，利用刑人，用说(脱)桎梏以往。”《归妹》：“跛能履，眇能视，利幽人之贞。”意思是此刻可以施行割趾刺目之刑。《噬嗑》：“何校灭趾，无咎”，“何校灭耳，凶”，是说处刑妥当，处刑刑不妥。<sup>[20]</sup>

《诗经》中有些诗句涉及古老的神明裁判的内容。如《小雅·小旻》：“我龟既厌，不我告犹，……不敢暴虎，不敢冯河。”《小宛》：“宜岸(犴)宜狱，握粟出卜。”《巷伯》：“取彼谮人，投畀豺虎，豺虎不食，投畀有北，有北不受，投畀有昊。”“有昊”可能是“古夷人图腾审判而遗留下来的古老熟语。”<sup>[21]220</sup>“投畀有昊”或即交给刑神蚩尤皋陶去制裁之意。

春秋时，齐国曾经用羊来裁断疑难案件。《墨子·明鬼》记载神判的实例，并称当时“齐人从者莫不见，远者莫不闻。著在齐之《春秋》。”齐国国境在今山东半岛，正是蚩尤和皋陶的故乡。这种审判方法应是远古神明裁判的遗风。

秦汉以后，神判现象并非毫无踪迹。比如，据《史记·儒林列传》载：“窦太后好老子书，召轅固生问老子书。固曰：‘此是家人言尔。’太后怒曰：‘安得司空城旦书乎？’乃使固入圈刺豕。景帝知太后怒而固直言无罪，乃假固利兵。下圈刺豕，正中其心，一刺，豕应手而倒。太后默然，无以复罪，罢之。”又据《南史·扶男传》载：“有罪者，辄以餒猛兽及鳄鱼，鱼兽不食为无罪，三日乃放之。”《搜神记》亦载，“扶南王范寻养虎于山，有犯罪者，投与虎，不噬，乃宥之。故山名大虫，亦名大灵。”神兽裁判的主角除了羊之外，就是虎。《说文解字》说：“𧇧”字“与灋同意”。“𧇧”的古字是“𧇧”，上部即“虍”，“虎”也。“𧇧”的本义可能是带有虎形或虎纹的高，此字值得琢磨。而且，蓐收、西王母都与虎有关。

① 本文所说的(字形1)、(字形2)、(字形3)……均见该文文末。



上述神明裁判都离不开羊、虎,这和初民的牧猎经历和图腾崇拜观念是分不开的。中国古代文献关于神判的记录非常少,其原因之一可能是受孔子“不语怪力乱神”的影响,西汉以后,儒学被定为一尊,“不雅驯”者更难为正宗学术所青睐。然而神判在少数民族地区却屡见不鲜。无论如何,神判是对法的神圣性的崇敬与怀念,反映了古老先民对公平正义的祈求与渴望。

#### (四) 神判卜史与劲士精神

在文字诞生之前,口耳相传的历史对古老民族的影响也许异乎寻常地强烈。对部落长老来说,“记住过去的事情是他们的份内工作”。<sup>[22]12</sup>在远古社会,公共行为规范和解决人们发生纠纷的处理原则或先例,这些知识都作为专业知识被固定的家族世代背诵。“法律记忆之公职,为中世纪北欧各国之通制”,而且是“初期文化低级之国家普通之现象也”。<sup>[23]13,86</sup>

在中国远古时代,这种最早的“法律记忆之公职”可能就是占卜之官,即“诸史”之职的前身。《左传·成公十三年》:“国之大事,在祀与戎。”古人把祭祀和战争视为最重要的大事。通过祭祀一方面将族人、国人凝聚在一起,另一方面是求得祖先神的启示。占卜之官既要忠实于神的启示又要恪守职责,从而逐渐养成了“忠”和“直”的职业道德。《国语·晋语一》载春秋晋国占卜之史史苏所言:“兆有之,臣不敢蔽,蔽兆之纪,失臣之官,有二罪焉,何以事君?”

“忠”和“直”的职业道德为“诸史”所继承,故中国历史上不乏忠于史实、“书法不隐”、直言犯上、“以死奋笔”的“古之良史”。<sup>[24]</sup>宣公二年《左传·襄公二十五年》记载:“大史书曰:崔杼弑其君。崔子杀之。其弟嗣书,而死者二人。其弟又书,乃舍之。南史氏闻大史尽死,执简以往。闻既书矣,乃还。”这种坚贞不渝的史官风范跃然于纸上。

在实行审判法的商代,法官“御廌”逐渐从占卜之官中独立出来,成为最早的司法官员司寇、御史。他们不仅熟悉先王之政典、历代之故事,而且依然保留着忠于先王故典遗训的传统。这种精神到战国时便演化成劲士精神。《荀子·儒效》:“行法志坚,不以私欲乱所闻,如是,则可谓劲士矣。”“劲士”又称“端直之士”、“能法之士”、“智术之士”、“法术之士”。如《商君书·修权》:“君好法则端直之士在前。”《韩非子·孤愤》:“能法之士必强毅而劲直,不劲直不能矫奸”;“智术之士明察,且烛重人之阴情;能法之士劲直,且矫重人之奸行”。《诡使》:“据法直言,名刑相当,循绳墨,诛奸人,所以为上治也。”所谓劲士精神是指执法之吏心存法律,不畏权贵,不徇私情,忠于职守的风格和情操。从精神层面而言,“法术之士”所秉持的劲士精神,当然离不开个人品行的修养和锻炼,但究其实正是来源于对法的神圣性的信仰和追求。