

清代“情理”听讼的文化意蕴

——兼评滋贺秀三的中西诉讼观

苏 亦 工^{*}

摘要:明清官府审理民间纠纷案件,通常是情、理、法并用而以情理为主,国家的制定法往往只具有参考的意义,并非判决的依据。此种号称“听讼”的司法诉讼模式与西方司法审判的“一断于法”大相径庭,因而成为热议的话题。日本著名中国法制史学者滋贺秀三曾经撰文阐释其根由,以为中国传统的听讼模式与西方的“竞技型诉讼”相较,过于随意而失于“确定性”。此论一出,旋即在海内外法学界产生巨大反响并引发了广泛的争论。从中国文化立场出发,传统听讼模式旨在调整伦常关系,这是其确定性之所在,财产利益仅居于次要和附带性地位,此与西方“竞技型诉讼”重在调整财产关系而轻忽人伦者迥然有别。只有跳出“西方中心论”的视角,才能认识到中国传统诉讼体制和理念的合理之处。

关键词:情理 听讼 人伦 权利 竞技型诉讼 父母官诉讼

明清官府听讼断案,通常是情、理、法并用,与现代西方司法审判的“一断于法”大不相同,因此常常成为法学界热议的话题,甚至引发了中外法史学界围绕“中国古代司法的确定性”问题的激烈辩论,^①争议的焦点便是“情理”在传统民事审判中的运用。日本著名中国法制史学者滋贺秀三曾对此做过非常深入的研究,尤其是他在这一领域的3篇力作,^②影响极大,其中的一些论点可能直接触发了前述的论争。细读滋贺秀三的文章,可知其并非简单地比较中西两种不同的诉讼模式,而是透过诉讼的表象,深入探讨两种制度背后的文化本质。但是由于作者身陷“西方中心论”的立场,因此非但未能究明中国传统听讼的旨趣之所在,反而产生了许多困惑。笔者不揣浅陋,试从中国文化立场出发,阐释传统听讼模式的宗旨。

一、“情理”听讼释义

说起情、理、法在官府审案中的运用,清中叶曾在赣、湘两省任地方官的张五纬颇有心得:“民间讼事不一,讼情不齐。其事不外乎户婚、田土、命盗、争斗,其情不外乎负屈含冤、图谋欺骗。听讼者即其事、察其情,度之以理而后决之以法。法者,笞、杖、徒、流、大辟也。律例者本乎天理人情而定,刑期无刑,辟以止杀,全在官之决断。故狱不贵乎善辨而贵乎能决事理之当;讼不在乎肯问,而在乎能决情理之平。必能决,

^{*} 清华大学法学院教授、博士生导师

^① 参见张民全:《论中国古代司法的确定性》,载朱勇等编:《中华法系》(第11卷),法律出版社2018年版,第129~148页;俞江:《明清州县细故案件审理的法律史重构》,《历史研究》2014年第2期。注意:此处所说的“确定性”,针对的是审判是否具有确定性的依据问题,通常围绕司法判决的可预测性和随意性问题展开;后文滋贺秀三所说的“确定性”系指判决的既判力,亦即判决的效力是否具有确定性而言。二者涵义不同,请读者根据前后文义加以甄别,勿致混淆。

^② 参见[日]滋贺秀三:《中国法文化的考察——以诉讼的形态为素材》,王亚新译,载王亚新、梁治平编:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版,第1~18页;[日]滋贺秀三:《清代诉讼制度之民事法源的概括性考察——情、理、法》,范愉译,载王亚新、梁治平编:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版,第19~53页;参见[日]滋贺秀三:《清代诉讼制度之民事法源的考察——作为法源的习俗》,王亚新译,载王亚新、梁治平编:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版,第54~96页。

始可云公门无妄引之刑章,民间无不伸之冤屈”。^① 滋贺秀三也说:“当时的人士在处理公务之际,考虑作为自己判断指针的时候,时常在用语中将‘情’、‘理’、‘法’三者相提并论。如果在这三个字之前各冠一字以阐明其含义的话,就成为:‘国法’(或‘国家律法’、‘国法王章’等)、“天理”和‘人情’。”^②

表面上看,情、理、法这3个字似乎并不复杂,但由于语境不同,在具体运用中又不断地分合变换,要想准确理解也绝非易事,在此不妨多费些笔墨。

所谓“情”者,比较复杂:有时指实情,略似英美法上所说的事实;有时指情感,但“非指个体的特殊感受,而是具有普遍性的情感”;^③有时也指人情关系、请托关说等。可知“情”的含义常常变动不居,须借助前后文意才能判断确切的意指。有学者将明清案牘中的“情”字归纳为“共有四个义项,分别是感情、性情、人情世故,以及案情”,等等,略可参考。^④

所谓“理”者,指基于一定价值观念所形成的道理。滋贺秀三认为,如果将情与理“两个字分开,‘理’是指思考事物时所遵循的、也是对同类事物普遍适用的道理”。^⑤ 有学者认为“理”就是广义上的事理,除了事物之理外,还包括人伦之理。^⑥ 但应该注意的是:中国人所说的“理”,与西方人所说的“理性”不同,不但不排斥情感,还必须与情感相贯通,故又称之为“情理”。有学者指出:“情理是来自于情感的,但又区别于一般我们所言的情感。它本质上和西方人所言的理性相反,属于非理性。但因又合于中国哲学中所言之‘天理’,所以称为情理。因为中国人在认识自然之理——天理时,并不从语言和逻辑上予以把握和认识,而将天理视为贯通自然与社会的普遍原理,和人心相联系。”^⑦ 滋贺秀三也指出,“情”字的含义和作用具有多面性,很难说明,但是这正是理解“情理”一词的要害所在。他分析说:“情字有指情节、情况等事实关系的含义。在英国人所编的辞典中,被译为 circumstances……但这种含义的‘情’,实际上与作为判断基准的规范性的‘情’,有着深刻的联系。也就是说,在判断之际,不能将作为直接对象的事实和现象孤立起来,而必须将其置于与作为背景的各种事实和现象的具体关联中,加以同情的理解和评价,这种要求就体现在‘情理’一词的‘情’中……情本来有‘心’的意思……人们通常可以估计对方会怎样思考和行动,彼此这样相互期待,也这样相互体谅,或许这就是‘人情’所代表的意思。”^⑧ 此说很贴切。情与理很难截然分开。中国有句老话“通情达理”,意即只有通情才能达理。如果不知情而抽象地论理,难免会失于空谈玄想,未必能收实益。这大概也是中国文化的特点,即不是孤立地、个别地而是联系地、整体地看待事物和问题。

所谓“法”者,指国家的立法,即“国法”,在明清时即为律、例。中国古代的司法审判,向来分为狱、讼两个系统。日本学者仁井田陞说:“在中国,自古以来审判就被称之为狱讼。狱讼虽然不一定能够被明确地区别为民事审判和刑事审判两个系统,但如果要强加分别的话,则狱也就是断狱,相当于刑事审判;讼也就是听讼、诉讼,相当于民事审判。”^⑨

明清时代,官府审案依然分为大致相当于现今刑事诉讼与民事诉讼的两个不同系统,二者在审理的方式、程序和审断的依据等方面均迥然有别。前者在明清官方文献中多被称作“命盗案件”,或径称“案件”,指的是可能判处徒刑以上刑罚的案件。此类案件必须严格依法——律、例——审理和判决,逐级上报,层层审转,死刑最终要报请皇帝决断。^⑩ 后者在明清时代通常被称作“词讼”“民词”“细事”“细故”等,指可能

① (清)张五纬:《未能信录》(卷1),载苏亦工等整理:《历代判例判牍》(第9册),中国社会科学出版社2005年版,第503页。

② [日]滋贺秀三:《清代诉讼制度之民事法源的概括性考察——情、理、法》,范愉译,载王亚新、梁治平编:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版,第22页。

③ 汪雄涛:《明清判牍中的“情理”》,《法学评论》2010年第1期。

④ 参见汪雄涛:《明清判牍中的“情理”》,《法学评论》2010年第1期。

⑤ [日]滋贺秀三:《清代诉讼制度之民事法源的概括性考察——情、理、法》,范愉译,载王亚新、梁治平编:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版,第36页。

⑥ 参见汪雄涛:《明清判牍中的“情理”》,《法学评论》2010年第1期。

⑦ 郭忠:《法理和情理》,《法律科学》2007年第2期。

⑧ [日]滋贺秀三:《清代诉讼制度之民事法源的概括性考察——情、理、法》,范愉译,载王亚新、梁治平编:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版,第37页。

⑨ [日]仁井田陞:《中国法制史》,牟发松译,上海世纪出版股份有限公司、上海古籍出版社2011年版,第81页。

⑩ 参见郑秦:《清代司法审判制度研究》,湖南教育出版社1988年版,第153页。

被判处杖刑以下的轻微刑事案件和所有控诉到官的民间纠纷案件,由州县官全权负责审理结案,故又被称为“州县自理案件”。此类案件的审理既不必援引或拘泥于具体的法律条文,也无须层层上报复核。^① 滋贺秀三将之与“命盗案件”的审理做了比较,指出知州、知县在审理这类案件时,“只要注意不是极端地背离法律,就没有必要受法律文言的细枝末节所束缚。毋宁说,根据‘情理’融通无碍地寻求具体妥当的解决就是地方官的职分”。^②

在我国明清时代的基层社会,命盗之类刑事案件的发案率一般较低,^③但民事纠纷则相当之多,常常令州县官目不暇接、疲于应付。时人有谓“命盗为地方间有之狱,民词为贤愚常有之事……案件虽关系罪名出入,然一州县每年不过数起”,词讼则每月“三八放告,繁剧之邑常有一期收呈词至百数十纸者。又有拦舆喊禀及击鼓讼冤者,重来沓至,较案件不啻百倍”。^④ 可以说,明清时代,州县官审理的大多数案件是民事纠纷而非刑事案件,审断案件主要依据情理而非国法,法律——律例只是作为处理案件的原则和参考,不必直接援引和叙明。因此,在明清州县的司法审判中,情理的运用远胜于官方的制定法——律、例。道光年间李钧《判语录存》序说:“盖天下事不外情与理而已。先生以通经达变之才,具修己治人之学,遇事莫不体察乎情理而出,凡情之有幻者,穷理以诘之,理之不协者,用情以揣之。在乎情之中,於理有未尽者,权变之。出乎理之外,于情有可原者,矜恤之。礼云:分争辨讼,非理不决,况复以情参酌其间。于是情无不当,理无不真。必使疑者释、枉者伸、暴者化、诈者服。体贴入微,毫无冤抑。”^⑤情理之重要可见一斑。不过正如滋贺秀三所言:“情理如此广泛地发生作用,决不是说国法被无视或轻视……法使情理得以明确化,并赋予其强制力,情理与法绝非敌对关系……法律本是基于情理而定的,所以依据情理,并不必然归结出无视或轻视法律,两者之间并无逻辑性的关连。”^⑥

或问:“情理”如此扑朔迷离,难于把握,究竟是什么呢? 滋贺秀三曾经对此做过缜密的考察和透辟的分析,^⑦简言之,情理不是具体的、有形的法律、规范、原则或制度,也不是习惯等任何可以实证的东西,甚至连概念都不是,只是汉语中的一种修辞表达而已。但是,在中国的传统法制和司法审判实践中,情理却是制定、修改、运用和评判所有实证的法律以及审理和裁断各个具体案件的价值基础和判断依据,是潜存于人们内心的是非正误观念,是公平正义的感觉。

滋贺秀三对“情理”的涵义所做的分析和描述虽然十分精准,但还是略显抽象。康熙时曾任江西省新建县知县的陆毅^⑧处理过一起“兄妹争产案”,^⑨或许能帮助我们更直观地理解“情理”。案情如下:

“朱姓兄妹争家费。兄求情不得间,乃托藩司一首领於临时时索见,见则屏人语,遽出银一函於袖中,曰:‘此芹意也,事成加数倍。’予遽纳靴中,揖而出,升堂听审。见其兄盛气嚣张,颇难理喻,乃呼族众至前,授靴函,令偕其兄开看。切诫曰:‘骨肉天性,毋伤残,尔等速设席置酒,劝两人和,当以此银偿席费,否则银贮库,事发觉不可收拾矣。’族众莫知所谓。兄则俛首退,次日果具息焉。家人谓予不徇情,即宜执法还银可也。既收之而复迂迴以出之,情与法两安在? 予曰:‘银还首领,决不再入朱,予空受不白名,若显然发觉,干首领前程,且投鼠忌器,如藩司何? 姑少纾焉,以释彼争,足了吾事,於情法实未有处也。’”

注意,陆毅办理此案,既未援引任何实定法(律、例等),亦未参照先例(成案),更未提及任何习惯规则,

① 参见郑秦:《清代司法审判制度研究》,湖南教育出版社1988年版,第208~209页。

② [日]滋贺秀三:《中国法文化的考察——以诉讼的形态为素材》,王亚新译,载王亚新、梁治平编:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版,第13页。

③ 康熙三十九年,安徽徽州府婺源县庆源村有一人因犯盗案被判充军。同村秀才詹元相在日记中慨叹道:“吾乡住居千有余年,从无犯凶及问军者,今此子得之,岂不可恨。”参见(清)詹元相:《畏斋日记》,载中国社科院历史所清史研究室编:《清史资料》(第4辑),中华书局1984年版,第194页。

④ 转引自苏亦工:《天下归仁:儒家文化与法》,人民出版社2015年版,第285~286页。

⑤ (清)李钧:《判语录存·序》,载徐立志等整理:《历代判例判牍》(第10册),中国社会科学出版社2005年版,第8页。

⑥ [日]滋贺秀三:《清代诉讼制度之民事法源的概括性考察——情、理、法》,范愉译,载王亚新、梁治平编:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版,第39页。

⑦ 参见王亚新、梁治平编:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版,第13~41页。

⑧ 参见王祖畬等纂:《太仓州志》(卷20),成文出版社1975年影印版,第1325~1326页。

⑨ (清)陆毅:《自知录》(卷上),清康熙四十一年刻本,第20页。

完全是随机应变,临事处断,这正是典型的依“情理”办案。从其处置结果看,恰如滋贺秀三所言:“情理中浓厚地体现出来的是,给予眼前的每个当事人各自面临的具体情况以细致入微的考虑及尽可能的照顾。一方面,这可以说是作为情理构成要素之一的‘情’的作用使然,但必须说,从起因上,更根本的是因为审判本身的性质不是根据确立的规则(rule)来判断权利的有无,而是试图全面调整人与人之间关系的整体”。^①这个观察很准确。情理并不是任何实定性的规则,甚至连实定化的习惯都不是,只是“常识性的”或“中国型的正义衡平感觉”。陆毅办理此案,正是根据深藏于其内心的是非观和正义公平感觉。应当说,此案的处理结果确实照顾到了每个直接当事人和潜在的利害关系人:守住了兄妹间的亲情,顾全了上司的脸面和同僚的前程,同时亦未对自己的未来造成负面影响。

在现代法律人眼里,本案的处理方式和结果肯定是不规范的,甚至有点不可思议:陆毅没有解决本案的主要诉求——为兄妹分割家产,亦即没有“根据确立的规则(rule)来判断权利的有无”;而是致力于保全兄妹间的手足之情和家庭伦理。这与现代的民事审判大相径庭。此外,与滋贺秀三所说的明清时期的“‘听讼’是教谕式的调解”^②也不相同,陆毅没有喻之以理、动之以情,采取斥责、规劝、说服等各种所谓中国传统的“调解手段”,而是暗示以贿银为物证,胁迫其“兄”主动与“妹”和解。按照现代的西方法治原则,陆毅的作法本身就是违法的,其处理的结果自然也是无效的。行贿行为也是违法的。正当的处置办法似是依据其时其地的相关法律(如继承法或判例等)分割家庭财产,保障兄妹各自的财产权利和人身权利得以实现;同时还要追究行贿者及牵连人员的刑事责任。至于兄妹间今后的亲情如何维系、陆毅日后在官场与其上司和同僚如何相处,则非现代法律和法官所要关注的问题。

当然,本案最令现代“法律人”感到困惑不解的问题显然是:陆毅处理该案的规范依据或法源是什么?这正是中国传统的情理断案与现代西式审判的根本差异所在。

二、中西两种诉讼模式的差异

按照滋贺秀三的看法,前述“兄妹争产案”的处置方式应被称作“父母官诉讼”,即由作为法官的知州、知县发动强制性权力来实施,从最终来看却是一种靠说服当事者来平息纷争的程序;而不是由享有权威的第三者对相互争议的主张下判断的构造。^③后来,滋贺秀三的高足寺田浩明做了更为简洁的概括,认为“听讼”就是地方官员根据情理劝说两造心悦诚服接受解决方案的一种“调解”模式。^④

与“父母官诉讼”相对立的另一种诉讼模式是西方的“竞技型诉讼”。^⑤滋贺秀三认为,这两种诉讼模式的最大不同就在于“有没有实定法的依据”以及“能不能以判例的形式来生成法的审判”。在他看来,明清时代的“父母官诉讼”(即“听讼”)不能被称为“审判”,“如果要把听讼称为清代的民事审判,那就是没有实定法依据的,而且不能以判例的形式来生成法的审判”。^⑥后来,寺田浩明又对“审判”做了更为简要的界定:“所谓审判并非只是解决个别的纠纷,毋宁说是通过双方当事人实现自己权利的努力和法官以判定来实现法的努力,最终达到建立和维系正义的法秩序这样一种过程”。^⑦

滋贺秀三指出,“在任何国家的法制史中,关于法律渊源的研究都是不可或缺的。或者毋宁说,法制史

① [日]滋贺秀三:《清代诉讼制度之民事法源的概括性考察——情、理、法》,范愉译,载王亚新、梁治平编:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版,第35页。

② [日]滋贺秀三:《清代诉讼制度之民事法源的概括性考察——情、理、法》,范愉译,载王亚新、梁治平编:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版,第21页。

③ 参见[日]滋贺秀三:《中国法文化的考察——以诉讼的形态为素材》,王亚新译,载王亚新、梁治平编:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版,第12~16页。

④ 参见[日]寺田浩明:《权利与冤抑:寺田浩明中国法史论集》,王亚新等译,清华大学出版社2012版,第302页。

⑤ 参见[日]滋贺秀三:《中国法文化的考察——以诉讼的形态为素材》,王亚新译,载王亚新、梁治平编:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版,第3~16页。笔者按:滋贺秀三所称之“竞技型诉讼”可能就是指诉讼法学界所称的“对抗式诉讼”。参见高鸿钧、李红梅主编:《新编外国法制史》,清华大学出版社2015版,第229页。

⑥ 参见[日]滋贺秀三:《中国法文化的考察——以诉讼的形态为素材》,王亚新译,载王亚新、梁治平编:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版,第14页。

⑦ [日]寺田浩明:《权利与冤抑:寺田浩明中国法史论集》,王亚新等译,清华大学出版社2012版,第300页。

的研究首先是从对法律渊源的论述开始的”,因此“着眼于现实的诉讼场景,通过分析审判事例,来揭示什么被作为审判的依据”就是研究法律渊源的“一条不可缺少的途径”。^①

据笔者粗略统计,滋贺秀三在其3篇文章中,对大约24种清人判语集做了“比较广泛的查检”,得出了如下几点结论:(1)“决不是所有或大多数案件中都引照国法。从数量上看,未提及国法便得出结论的案件更多”,这一方面是由于“可成为民事法律渊源的国法条文数量极少”;另一方面则是由于“属于州县自理范围的轻罪通常不另行拟律”。^②因此可以说,“那里并不存在完整的实定法体系,其(笔者按:指实定法)片段的有关条款只能理解为在官员就情理进行判断时发挥一定的启示或参考作用”。^③并且,即便是引证国法,也“未必意味着法官严格地受到法律条文的拘束”。(2)与清代刑事案件中经常“引照成案,即判例”的情形相反,“在判语中,有关事案的民事处理中引照任何审判先例的,却仍然是几近于无”。^④因此,没有以判例的形式来产生实定法规范的可能。(3)更“不能设想有与‘情理’不同而作为实定法存在的习惯法……从未见过当事者在法庭上就习惯法的存在进行举证的现象”。^⑤

一言以蔽之,“听讼”——清代的所谓民事审判,不以任何法律渊源或实定法为依据:既无须依据国法(制定法)、也不必援引先例,甚至连实定性的习惯规范也没有,断案的主要依据就是“情理”。而“情理”不过是“深藏于各人心中的感觉而不具有实定性……既没有成文、先例或习惯等任何实证基础,也完全不具有实定性,在这个意义上,只是自然的判断基准”。^⑥

依滋贺秀三和寺田浩明之见,审判必须有可称之为法律渊源的实定法的依据方才可以进行。因为审判并非只是要解决某个具体的个案争议,而是要通过审理某一正在争议的个案确立起一项具有普遍性的标准或规则以备推广适用于所有同类案件;或将业已确立的适用于所有同类案件的普遍标准或规则适用于眼下正在审理的这一个案。显然,在西人看来,必先预设一套固定化的规则方能进行审判,亦必有此规则方才称之为司法审判。为什么呢?从滋贺秀三的归纳看,似有以下几个要点:

其一,保障“裁决之公平性”。滋贺秀三指出:“必须使当事人多多少少在某种程度上感受到存在着一种保障:审判是依照某些普遍性判断标准对案件进行裁决,无论是谁,在相似的情况下都能得到相似的结果,谁也不致受到完全随心所欲的处置。本文拟将能够称为上述‘所谓某种普遍性判断标准’的东西,在可能的限度内作广义理解,称之为‘法律渊源’。”^⑦

在此,笔者产生了一个类似鸡生蛋抑或蛋生鸡的困惑,法律渊源从何而来?是先有纠纷案件还是先有“普遍性判断标准”?审理案件的目的是解决具体的个案纷争还是创制作为“某种普遍性判断标准”的法律?何者是目的,何者是手段?最初的审判是凭借外在的、客观的规则呢?还是凭借深藏于各人心中的健全的价值判断特别是对于衡平正义的感觉?大陆法系的成文法与英美法系先例是依据什么产生的?“所谓某种普遍性判断标准”的终极来源是什么?

其二,实现法的目的——正义。滋贺秀三首先借助日本学者野田良之等人的比较法研究成果,追溯了“竞技型诉讼观”在欧洲的起源,然后指出:“通过诉讼而达到的结果——各个当事人得到什么或者对什么

① 参见[日]滋贺秀三:《中国法文化的考察——以诉讼的形态为素材》,王亚新译,载王亚新、梁治平编:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版,第19页。

② 参见[日]滋贺秀三:《清代诉讼制度之民事法源的概括性考察——情、理、法》,范愉译,载王亚新、梁治平编:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版,第25页。

③ 参见[日]滋贺秀三:《清代诉讼制度之民事法源的考察——作为法源的习惯》,王亚新译,载王亚新、梁治平编:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版,第69页。

④ [日]滋贺秀三:《清代诉讼制度之民事法源的概括性考察——情、理、法》,范愉译,载王亚新、梁治平编:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版,第26页。

⑤ [日]滋贺秀三:《中国法文化的考察——以诉讼的形态为素材》,王亚新译,载王亚新、梁治平编:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版,第14页。

⑥ [日]滋贺秀三:《清代诉讼制度之民事法源的概括性考察——情、理、法》,范愉译,载王亚新、梁治平编:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版,第35页。

⑦ [日]滋贺秀三:《清代诉讼制度之民事法源的概括性考察——情、理、法》,范愉译,载王亚新、梁治平编:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版,第20页。

负责才被认为是恰当的那些结果,就是欧洲所谓‘法’这种东西原初的意义。在欧洲有 *Rechtsspruch*、*jurisdiction* 等以‘法的表述’为原义的几个语词。这里的‘法’就是在特定的诉讼案件中‘正义的结果’之义,而且可以认为这正是法的原初性意义……像这样产生出来的,终究需要通过诉讼才得以实现的‘正义’、‘妥当’的总括性体系,就是欧洲所谓的‘法’——至少可以说是构成法的基础和根干的东西”。^①

如果允许做一譬喻的话,不妨借用郑人买履的典故而稍加变通:西方的法庭好比全球垄断型鞋业公司,其存在的目的不是服务某个人,而是要向全天下所有的脚售鞋,因此必须预估天下所有的脚的大小和形态并设定标准化的尺码以供销售之用。而明清时代负责听讼的州县官员,抑或称之为“传统中国的民事审判”机构,就好比手工鞋业作坊,只能为特定的需求者量脚制鞋,而不能向全天下的脚推销鞋子,故无须统一所有脚的尺码。但不知滋贺秀三会怎样回答下面的设问:万一某一只脚与所有按预设号码造出的鞋均不相合,是该量脚定做呢?还是该削足适履?

其三,实现法的确定性。滋贺秀三认为,在明清时代的中国,无论是州县自理案件还是“重罪案件”“都表现了在那里缺乏所谓判定的契机。与不存在即使被告主张自己无罪,也能够通过判定的程序来断定其有罪的制度一样,在民事方面同样不存在这样一种制度:即把坚持争议、不肯承服的当事人置于判定程序中去,宣告通过这种程序达到的裁决就是当事人之间的法,而无论当事人是否愿意,程序到此即告终”。^②

这段译文可能有点晦涩,大意似是:由于缺乏“不容许任何人进行争议”的“法律的任性强制力”,中国传统意义上的诉讼和审判,无论民、刑,从西方的标准来看,都算不上是审判:“用尽了诉讼上一切程序手段而在结局时宣告的判决,对于本案件来说正是被确定了的、在最为直接意义上的法。这样的判决已经不容许任何人进行争议,且具有了以强力也必须加以实现的性质”。^③

这里似可再做一个譬喻。好比英式足球比赛规则,进球与否以足球之整体越过球门线为断,这是事实要求,但判断权由主裁判掌握。即便主裁判的判断与事实不符,引起双方队员及观众的争议,其判定依然有效,而不以事实上是否进球或犯规为准,这就是预设规则的意义所在。大概在滋贺秀三看来,明清时期的民事审判就好比没有预设主裁判的绝对判断权的足球比赛一样,如果任何一方球员主张主裁判的判断与事实不符,双方队员就可以无限期争执下去。最终双方队员与主裁判之间只有通过交涉谈判、讨价还价,达到使比赛结果在三方都觉得可以接受、或不得不接受的“情理”范围内自然终结。^④

有趣的是,不久前举行的第21届世界杯足球赛引入了视频助理裁判制,即用多重角度的摄像机为视频助理裁判提供画面,以辅助主裁判做出更准确的判罚。可见国际足联并不认为主裁判武断裁决的“确定性”一定能够保障“裁决的公平性”,只是不得已而暂且采用的一种规则而已,追求公平竞技的努力尚未终结,仍在持续探索之中。同理,“竞技型诉讼”也不过是人类探索公平解决纠纷所尝试的一种机制而已,既不是公平正义本身,也不一定能保障公平正义,法律太过确定反而可能扼杀公平正义。

反观中国传统的“父母官诉讼”,同样也可视为探索公平解决纠纷的一种机制,尽管同样不代表公平正义本身,但在确保裁判的公平正义性方面,未必就不及西方的“竞技型诉讼”。^⑤ 在此我们不妨设问:自从中国接受了西方“竞技型诉讼”模式以来,法律的“确定性”是否提高了?若否,原因何在?若然,民、刑事审判的公平与正义性是否较之明清的听讼有了普遍的提高呢?谁人敢于挺身做出肯定且令人信服的回答?

① [日]滋贺秀三:《中国法文化的考察——以诉讼的形态为素材》,王亚新译,载王亚新、梁治平编:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版,第6~7页。

② [日]滋贺秀三:《中国法文化的考察——以诉讼的形态为素材》,王亚新译,载王亚新、梁治平编:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版,第14页。

③ [日]滋贺秀三:《中国法文化的考察——以诉讼的形态为素材》,王亚新译,载王亚新、梁治平编:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版,第7页。

④ 参见[日]滋贺秀三:《清代诉讼制度之民事法源的概括性考察——情、理、法》,范愉译,载王亚新、梁治平编:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版,第41页。

⑤ 美国学者兰博约认为,对抗式刑事程序有两大显著的缺陷:敌对效应和财富效应。前者是指对抗式诉讼具有歪曲事实真相的诱因;后者是指对抗式程序给有钱人带来巨大的优势。参见[美]兰博约:《对抗式刑事审判的起源》,王志强译,复旦大学出版社2010年版,第1~2页。

至于说中国传统的民、刑事审判“缺乏所谓判定的契机”,没有“通过公共权力的判定而达到‘确定’”,乃至不具备“审判”所应具有“区别于其他纠纷解决方法的特征”,甚至皇帝本人钦定的刑事判决,只要尚未执行,仍存在改动的可能性,等等,^①滋贺秀三的这些描述都是客观存在的,但那是否就意味着中国传统的民事司法一定缺乏“确定性”呢?如果跳出这些制度细节,站在思维和文化的高度加以审视,可能就豁然开朗了。

许多学者指出,中西文化的思维方式不同,西方是因果思维(或抽象逻辑思维),是“二元对立、单向单线思维结构”。在西方人的心灵深处,普遍存在着一种形而上的、超绝的主宰或实体。此种思维模式,肇端于古希腊时代的形而上学,“古希腊哲学是柏拉图派关于确定性、理想形式与正确答案的形而上学”。^②与西方的思维特点不同,中国传统思维的特质在于互系性。对此,美籍汉学家安乐哲指出:“不含本体论观点的思维使得中国传统与古希腊人所习惯的潜在本源观念形成鲜明的对照。对中国人来说,‘万物’或‘万有’背后没有一个‘本体存在’。在‘多’背后也没有个‘一’。在表象背后也没有实体。可以说‘有的只是万有’。中国也没有希腊抽象意义上的秩序法则,没有超然无上的‘一’……中国只有一个发现于世界本身之内的、永远变化中的过程常性。是它使得世界具有某种连贯性和定性,又由于其内在的不定性而显得常常出新和不可预测”。^③

思维方式不同,价值观念亦有差异:“中国古代的许多经典文本,以模糊思维和飘逸说理为特征”。^④季羨林曾经批评近代以来试图用西语语法分析汉语的种种尝试:“这一条路最终是会走不通的。汉语有时显得有点模糊,但是妙就妙在模糊上。试问世界上万事万物百分之百地彻底地绝对地清楚的有没有?西方新兴科学‘模糊学’的出现,给世界学人——不管是人文社会科学家,还是自然科学和记述科学家——一个观察世间错综复杂的现象的新视角。”^⑤

在中国文化看来,“伦常日用”中发生的民间细事纷争,多为“里邻口角、骨肉参商细故,不过一时竞气,冒昧启讼”,^⑥很难准确判断各方的是非曲直,因而“不必过分皂白,可归和睦者,则莫如亲友之调处。盖听断以法,而调处以情。法则泾渭不可不分,情则是非不妨稍借”,^⑦以便为事后各方重归于好留下余地。如若毅然决然地作出判决,必然伤了亲朋邻里间的和气。换言之,从中国传统文化的角度看,依西方式的“法律的任性强制力”做出的判决,即所谓“判定的契机”,未必精准正确,更不足以代表公平。“竞技型诉讼”强调“判决的确定”和不可动摇,也就意味着错误的确定和不可动摇。中国传统听讼刻意要保留一定的不确定性却恰恰是在持续不懈地追求公正,是在“尽一切努力不断向终极真理接近”。^⑧

第二次世界大战后国家赔偿制度的普遍出台,是否说明西人终于还是意识到了包括其审判制度在内的所谓“确定性”和“公正性”不过是一种假定而已?远非事实上无可争议的终极公正,因而也不宜永保其绝对的确定性?若然,则亦可视为对人类认识能力有限性的一种无奈的认可和不得已的补偿,同时也是对其审判制度过于确定之缺陷加以调整和修补的一种措施!

① 参见[日]滋贺秀三:《中国法文化的考察——以诉讼的形态为素材》,王亚新译,载王亚新、梁治平编:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版,第14页;[日]寺田浩明:《权利与冤抑:寺田浩明中国法史论集》,王亚新等译,清华大学出版社2012版,第301~302页。

② 参见田辰山:《要重视中西方传统文化的结构差异》,《中国图书评论》2018第8期;[美]安乐哲:《儒家角色伦理学——一套特色伦理学词汇》,孟巍隆译,山东人民出版社2017年版,第58页。

③ 转引自田辰山:《中国的互系性思维:通变》,《文史哲》2002年第4期。

④ 胡起达:《老问题与新见解——读刘星〈司法的逻辑:实践中的公正〉》,《文汇报读书周报》2018年2月12日。

⑤ 季羨林:《季羨林随想录二·我的人生》,中国城市出版社2009年版,第212页。

⑥ (清)汪辉祖:《佐治药言》,载赵子光注释:《一个师爷的官场经》,九州图书出版社1998年版,第11页。

⑦ (清)汪辉祖:《学治臆说》,载赵子光注释:《一个师爷的官场经》,九州图书出版社1998年版,第111页。

⑧ [日]滋贺秀三:《中国法文化的考察——以诉讼的形态为素材》,王亚新译,载王亚新、梁治平编:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版,第5页。

晚近以来,西方学术界也在反思其文化过度推崇确定性的弊害,法律确定性的不可动摇开始动摇了。^① 1993年,美国学者黄宗智撰文对滋贺秀三的观点提出批评,认为清代听讼属于“依法分清是非曲直,保护正当权利拥有者的审判”。寺田浩明将黄宗智的新说与滋贺秀三的旧论做了详细的比较,认定新说“并没有发现什么能够足以推翻原有事实认识的新史料……两说是根据同样事实而得出的不同理解”。

笔者认同寺田浩明的这一比较结论,若更进一步说,日美两国学者结论的差异,根本上还在于双方所比附或套用的西方理论的不同。寺田浩明认为“黄教授的工作实际上意味着以西欧近代型的审判模式为蓝本”来说明清代听讼也发挥着相似的功能;而“滋贺教授论证的却是两种类型之间在规范性原理上的差异,从方法论的角度看,功能在事实上的相似并不能消除这种原理性差异”。^② 寺田浩明可能没有意识到,黄宗智比附的不当,根本在于“西欧近代型的审判模式”关注的核心是利益或财产利益,而明清听讼关注的是家庭伦理和人际和谐,二者保护的对象不同。

滋贺秀三的结论同样也很勉强。他将清代的官府听讼定义为一种“调解”。但“调解”也是内置于西方诉讼体系的概念,虽然从功能上看略似传统的听讼,但前者是制度化的法定程序,是西式法治的组成部分。而后者没有硬性的限制,听由州县官处置权衡,不是单纯的法治,应是法治隐含德治。郑秦刻意将其称为“调处息讼”,以示区别于“现行民事调解”,^③不无见地,可知二者同样也是原理性的差异。事实上,中国传统的听讼与西方的司法诉讼是基于完全不同的理念而形成的两套完全不同的体制,是不能随意比附的。硬加比附而得出的结论,就好比说关公的武艺比秦琼高一般,不唯没有什么意义,甚至有点荒唐。诚然,黄宗智对滋贺秀三的批评“不可能真正触及”滋贺秀三相关理论的要害;但是寺田浩明对滋贺秀三理论的捍卫也同样软弱无力,或者即如他自己所说的,是“力不从心的”。^④

三、听讼重在维护伦常

滋贺秀三在比较中西两种诉讼模式时曾经指出:“比起西洋人来,中国人的观念更顾及人的全部与整体。也即是说,中国人具有不把争议的标的孤立起来看而将对立的双方——有时进而涉及到周围的人们——的社会关系加以全面和总体考察的倾向;而且中国人还喜欢相对的思维方式,倾向于从对立双方的任何一侧都多少分配和承受一点损失或痛苦中找出均衡点来,等等。”^⑤这个观察不错,但笔者以为,还有一点差别更为重要,但滋贺秀三没有明确指出,那就是这两种诉讼模式所保护的核心目标不同,这应是此两种诉讼模式的根本差异之所在。无论是从前引“兄妹争产案”还是滋贺秀三在其3篇文章中提及的清代案例看,明清听讼所保护的核心目标是中国传统社会的基本道德伦理,特别是家庭伦理,这与魏晋法律儒家化以来的历代中国律典所保护的核心目标是一致的。《唐律疏议》开篇即云:“轻刑明威,大礼崇敬……德礼为政教之本,刑罚为政教之用”,^⑥明太祖《御制大明律序》亦言:“明礼以导民,定律以绳顽”。^⑦ 清高宗在乾隆五年的《御制大清律序》中援引《尚书·吕刑》“以教祗德”之句,^⑧表明了清廷传承中华主流文化及维系儒家传统伦理道德的鲜明立场。

请仍以前引“兄妹争产案”为例说明之。该案的处理手法,纵使不能根本消除兄妹间为争夺家产而形成的矛盾和对立情绪,多少也能有所缓解,至少不会起到加剧和推波助澜的反作用,为今后兄妹间亲情的

① 参见杨寿堪:《现代西方哲学发展的一种趋势——析罗蒂“后哲学文化”的理论》,《学术研究》2001年第7期;Ofer Raban, The Fallacy of Legal Certainty: Why Vague Legal Standards May be Better for Capitalism and Liberalism, 载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》(总第16期),北京大学出版社2011年版,第1~20页。

② 参见[日]寺田浩明:《权利与冤抑:寺田浩明中国法史论集》,王亚新等译,清华大学出版社2012版,第307页。

③ 参见郑秦:《清代司法审判制度研究》,湖南教育出版社1988年版,第220页。

④ [日]寺田浩明:《权利与冤抑:寺田浩明中国法史论集》,王亚新等译,清华大学出版社2012版,第307页。

⑤ [日]滋贺秀三:《中国法文化的考察——以诉讼的形态为素材》,王亚新译,载王亚新、梁治平编:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版,第13页。

⑥ [唐]长孙无忌等撰:《唐律疏议》(卷1),刘俊文点校,中华书局1983年版,第1~3页。

⑦ 怀效锋点校:《大明律》,法律出版社1999年版,第7页。

⑧ 田涛、郑秦点校:《大清律例·御制序文》,法律出版社1999年版,第4页。

恢复留下了无限的余地。如果按照西方“竞技型诉讼”程序处理此案,明确划分兄妹双方各自的财产权益,结果又会如何呢?不难想见,双方各自的财产权利应能得到充分的保障和行使的便利,但兄妹间的手足之情、同胞之谊很难不受到严重的损害,双方间的矛盾和对立情绪很可能终生难以消弭。可知陆毅处理本案的最重要成果就是保全了兄妹之谊,维护了中国传统的家庭伦理,伸张了礼教的基本精神。由此案亦可见,“父母官诉讼”对于财产权益的处断可能存在着一些个案差异或不确定性,但是在维护人伦关系方面,却是十分确定的!在儒家看来,只要摆正了人伦关系,财产纠纷就可自行化解,无需外力矫正。

《尚书·君陈》曰:“惟孝友于兄弟,克施有政。”后世“友于”一词代指兄弟,即出典于此。意味着兄弟之间本就应该友爱互谅,兄妹亦然(下同)。《孝经·三才》篇曰:“先之以敬让,而民不争。道之以礼乐,而民和睦。”《礼记·礼运》篇云:“讲信修睦,尚辞让,去争夺,舍礼何以治之?”儒家经典向来主张君上尊长等居于主动、优势地位者对居于被动、劣势地位的臣下卑幼等要仁慈慈爱,担责让利,这是中国文化所独有的精神,与西方趋利尚争的法治思维和权利意识适成对比。《孟子·梁惠王下》说:“惟仁者为能以大事小,是故汤事葛,文王事昆夷”。程树德指出:“与礼相因为用者曰让。孔子云:‘能以礼让为国乎?何有?’夫贵贱有差,上下有别,礼也。人人知礼,则天下始无非分之想,仍不能不济之以让者,何也?盖虽至愚弱之人,谁则不思享其精且美者,其争心仍未尽平也。必使智者常让愚者,强者常让弱者,智而强者常使其不足,愚而弱者常使其有余,而社会之争乃平。”^①他又指出:“吾炎黄之胤所以立国者,其道有二:曰礼,曰让……礼者何?不以法治也;让者何?不以平权均利治也。《孝经》:‘安上治民,莫善於礼。’《礼运》:‘治国不以礼,犹无耜而耕也……以视拜金诸国,朋友则竞争权利,婚姻则约定财产,其风俗之厚薄固不可以道里计。今必舍我醇厚之礼治而从彼浇薄之法治,是犹弃美玉而宝珉玦,迁乔木而入幽谷也’。”^②

寺田浩明曾经设问:“清代的人们是透过什么样的理解框架来看待个体之间利益的竞合与冲突这一普遍现象的呢?他们为了冲突的公正解决又是如何进行纠纷处理的呢?这样的纠纷处理建立在什么样的历史和社会资源之上,又有什么优点和缺点呢?这种处理解决纠纷的样式与处于同样历史状况的其他社会中人们采取的样式之间,以及与中国近现代社会中人们为了形成规范秩序而采取的样式之间,究竟有哪些类似和相异之处呢?”^③此问非常中肯,恰恰触及中西文化在法治问题上的观念差异。

程树德早在约80年前就已做出了非常透辟的回答:“泰西之建国也以权利,以平权均利为至治,我国则否。周秦诸子对于社会问题各有极精密之研究。道家主张无为而治……然此法可行于风俗淳朴之上古,而不能行于民智已开之今日……法家则欲恃法以解决社会问题……太史公评之曰:‘法令者,治之具,而非制治清浊之源。’盖确论也。儒家则不主法治,而主礼制。礼者何?守分是也。人生以衣食住为不可缺要件,谁不欲享其精且美者,谁则甘受其粗且恶者?必使人人同享其精且美者,平等矣。而物之数有所不给。必使人人同受其粗且恶而遗其精且美者,物则给矣,而人之情又有所不甘。然则奈何?”^④此段大意是,对于资源的有限性与人类欲求的无限性的矛盾,古今中外提出过多种不同的解决方案。按照西洋的方案,通过法治保障人人平权均利,即西方的权利平等保护原则。如此,则“物之数有所不给”“欲必穷于物”;若令人人都放弃精美,忍受粗恶,人情又有所不甘;若令“智而强”之少数人享受“精且美者”,令“愚而弱”之多数人忍受“粗且恶”者,“以物之分量供给人之分量,各如其分际”,使人人各安其分而后供需平衡,此即儒家荀子礼治思想的精义。虽然看似不太公平,但也是承认现实的不得已妥协。只是一味地要求人们安分守礼是否就能确保社会的长治久安呢?在儒家看来仍然是不够的,还必须有礼。谁让谁呢?应当是已经享受“精且美”的少数“智而强者”让长期忍受“粗且恶”的“愚且弱者”,这也是一种平衡,是对“愚且弱者”的一种补偿。如果没有让,只有争,还高唱平等竞争,那么最终只会是天下大乱。

程树德描述中西两种方案的景象如下:“彼国(笔者按,指西方)风俗重青年,我国则敬老;彼国法律保

① 程树德:《国故谈苑》(卷4),商务印书馆1939年版,第176页。

② 程树德:《论语之研究》,《学林》1941年第9期。

③ [日]寺田浩明:《权利与冤抑:寺田浩明中国法史论集》,王亚新等译,清华大学出版社2012版,第309~310页。

④ 程树德:《国故谈苑》(卷4),商务印书馆1939年版,第175~176页。

护债权,我国则保护债务,让之义也。彼国尝教人以争,故竞争奋斗为流行之名词。我国尝教人以让,故安分知名,为古人之遗训,其道相反,故彼国资本劳工互相仇视,而我国二千年来从未有贫富阶级之争。斯礼让立国之效也。”^①程树德此文应撰写于1939年以前,其时正是欧美社会劳资斗争激烈高发之期。近数十年来,西方法治的发展,无论是有意借鉴还是殊途同归,在一定程度上应该说正与儒家文化的“让”之精义相合。通过消费者保护法保护弱势的消费者,通过破产法保护弱势的个体和商户,通过反垄断法、反不正当竞争法抑制激烈残酷的商业竞争,只是仍在坚持法治的道路。^②

中国拥有几千年的文明史,何尝不知一争三分利的道理。个人利益至上乃天生之本能,人类之共性。孟子曰:“人之所以异于禽兽者几希”,^③禽兽尚且知道趋利避害,何况人乎?但是无限的竞争必然导致人类的同归于尽。这个道理,又岂是那些初离林莽之辈所能领悟的呢?惟有像中国这样古老而又常新之文明方能有此先见之明!基于几千年礼教而形成的中国伦理文化一再告诫人类:人不能停留于天生的兽性,应当超越本能,复归人性。《孟子·尽心上》说:“尽其心者,知其性,知其性,则知天矣!”中国的主流文化一向反对争权逐利、好勇斗狠的兽性本能,主张弘扬人之德性,追求人际间的和平、和谐与合作。清儒汤斌有言:“人当以礼义自胜,不当以血气胜人。”^④换言之,人类应当追求精神卓越而不是停留在狭隘的个体间的物质利益纠葛。至如德国法学家耶林高唱的“为权利而斗争”,是否真如其所称美之“为了实现法和正义这一公共性目的而不可或缺的行为,也是每一个市民应当履行的崇高义务”?^⑤吾人犹当拭目以待。

四、权利与西方“竞技型诉讼”的起源

西方的“竞技型诉讼”同样与其法律体系所保护的核心目标——权利——相一致。滋贺秀三说:“对于在中国的传统中生活的人们,法律(Gesetz)是容易理解的,而法=权利(Recht)却是一个陌生的概念。从这里可以理解为什么中国不存在法学……在西洋所谓法就是正义,所谓法学是‘关于正义的学问’。”^⑥美国法学家昂格尔曾将现代社会中存在的各种法律形态区分为3类,其中“只有现代西方才发展出了一种不依人们的社会等级而分配权利、义务的法律制度”,都将这种在他看来只有奉行自由主义的西方社会才能生成的法律称为“高级法”,高级法的核心就是“权利”;同时指出,“权利不是社会的一套特殊安排,而是一系列解决冲突的程序,这个认识后来成为许多西方政治法律思想的核心观念”。^⑦英国法学家丹尼斯·罗伊德也说:“法律体系一旦达到充分发展的程度,足可容许法学家分析时,必然会发现,权利与义务的观念是法律结构的枢纽,借着它们,这个制度才能发挥它的功能。”^⑧

“权利”如此玄妙深奥,迷离莫测,其内涵究竟是什么呢?为避免转移本文的主题并陷入无谓的争论,这里仅撮要转述法学界的成说:“权利乃享受特定利益的法律之力”。^⑨“法律意义上的权利可以说就是由法律保护的那些利益。”^⑩“它(指权利)表示通过法律规则授与某人以好处或收益。”^⑪“关于权利之本质,即采法力说,则权利应作为一种法律上之力……法律上之力乃由法律所赋予,受法律的支持与保障的一种力量,依此力量可以支配标的物,也可以支配他人。此法律上之力,还须与‘特定的利益’要素相结合,才构成权利。此利益指生活利益,包括财产利益和非财产利益两种……生活利益本来很广泛,其中受法律保护

① 程树德:《国故谈苑》(卷4),商务印书馆1939年版,第176~177页。

② 参见[德]罗尔夫·克尼佩尔:《法律与历史——论〈德国民法典〉的形成与变迁》,朱岩译,法律出版社2003年版,第124~128页。

③ 《孟子·离娄下》。

④ (清)张伯行辑,左宗棠增辑:《汤潜庵先生集》卷上《语录》,清同治五年福州正谊书院刻本,第1页。

⑤ 转引自[日]寺田浩明:《权利与冤抑》,寺田浩明中国法史论集,王亚新等译,清华大学出版社2012版,第300页。

⑥ [日]滋贺秀三:《中国法文化的考察——以诉讼的形态为素材》,王亚新译,载王亚新、梁治平编:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版,第16页。

⑦ 参见[美]R. M. 昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章、周汉华译,译林出版社2001年版,第79~81页。

⑧ [英]丹尼斯·罗伊德:《法律的理念》,张茂柏译,新星出版社2005年版,第253页。

⑨ 王泽鉴:《民法总则》,中国政法大学出版社2001年版,第84页。

⑩ [英]詹姆斯:《法律原理》,关贵森、陈静茹译,中国金融出版社1990年版,第76页。

⑪ David M. Walker, The Oxford Companion to Law, Oxford University Press, 1980, p. 1070. 此处中译文,参见[英]戴维·沃克:《牛津法律大辞典》,北京社会与科技发展研究所译,光明日报出版社1983年版,第773~774页。

者,成为法律利益,简称法益……私法的基础是市场经济体系,其中心是财产权。”^①

原来,法学家一向津津乐道且惯于闪烁其词、高尚其事的所谓权利,说穿了主要就是财产利益或物质利益。公法上的权利和私法上的非财产权利,范围似乎要广一些,不限于财产利益,但也大都可以折算成财产利益。即便是在刑事审判中出现的冤假错案,国家给予受害者的赔偿,也不过是一定数量的金钱而已。明白了“权利”的本质,也就不难明了民法学界普遍推崇的所谓“为权利而斗争”之类冠冕堂皇的学说的根底了。说白了,仍不过是西方文化的功利主义传统和斗争哲学的另一种表达而已,似无更多玄妙!

或问,中西方社会为什么会发展出两种截然不同的诉讼模式呢?滋贺秀三援引野田良之的比较法研究成果,指出东亚文明圈之所以不存在“竞技型诉讼”的社会历史根源是:“因为农耕民族的社会本来就重视相安无事的和平,而把纠纷和斗争看作社会的病理现象。这种农耕民族特有的精神素质规定了自身社会里诉讼以及法的形态”。^②至于欧洲人产生“竞技型诉讼”观的缘由,野田良之认为也是“植根于印欧民族的共同祖先远古以来所体验的游牧生活以及通过游牧而形成的精神素质”。^③

关于东西方这两种不同诉讼观念的起源,野田良之还有一番更为深入的阐释,滋贺秀三在其3篇文章中均未提及:“人类生活形态分为二种,一是以畜牧为主要的的生活手段的游牧民族社会,另一是以农耕为主要生活方式的农耕民族社会。前者构成西欧文化的基础……游牧民族社会在与严酷的大自然对峙、战斗下,人们必须维持自己的生存,故对于确保及增加自己所保有的财产有着极度的关心,并亦彻底地予以保护使不受侵害,斗争的世界观便由此形成。相对的,在温暖多雨、形成茂盛常绿阔叶林带的中国……日本列岛等,则发展出农耕生活。在此类社会中人们最关心的是如何调和与分配因自然的恩惠而得到的收获物,故认为对自然恩惠之调和与分配,比起对于人类权利之强烈自我意识更有价值。因为这两种不同生活形态,产生了彼此相异的秩序观。特别是在不知不觉中在‘法’的词汇中所加入的想法,亦即在畜牧社会延长所形成的西欧型社会中,才能看得到支配秩序观。因此,用‘法’这个词汇所表现的‘法的支配’或‘法治’的观念,在西欧社会与东洋农耕社会里酿成的传统秩序观之间,应有不相干之处。”^④

野田良之有关“游牧民族社会更关注财产利益”的观点在明清时代中国诸游牧部族的习惯法中也能得到印证。明清时代,如蒙古、藏、满等游牧部族习惯法中均保留着以财产补偿方式处罚杀伤、盗窃等刑事犯罪的规则——“罚服”,即罚缴牲畜。嘉庆十四年,西宁办事大臣上奏清廷请求在蒙藏地区继续维持“罚服”的习惯法:“细查青海蒙古、番子大约重财轻命,习尚相同。向来命盗等案,一经罚服,两造欣然完结,即深夙怨,亦皆冰解。若按律惩办,不特犯事之家仇隙相寻,即被害之家,亦以不得罚服,心怀觖望。此种积习,不可化悔……其止于自相戕杀及偷盗等案,该蒙古、番子等向系罚服完结,相安已久,一旦绳以内地法律,恐愚昧野蛮,群滋疑惧,转非抚戢边夷之意”。^⑤

欧洲的侵权行为法是否也有过相似的发展历程呢?英国法学家梅因说:“对古代法典的仔细考察使我们知道……我们在习惯上认为专属于犯罪的罪行被完全认为是不法行为,并且不仅是窃盗,甚至凌辱和强盗,也被法学专家把它们和扰害、文字诽谤及口头诽谤联系在一起。所有这一切都产生了‘债’或是法锁,并都可以用金钱支付以为补偿。但这个特点,最有力地表现在日耳曼部落的统一法律中。它们对杀人罪也不例外有一个庞大的金钱赔偿制度,至于轻微损害,除少数例外,亦有一个同样庞大的金钱赔偿制度。”^⑥

① 梁慧星:《民法总论》,法律出版社2001年版,第76~85页。

② 参见[日]滋贺秀三:《清代诉讼制度之民事法源的考察——作为法源的习惯》,王亚新译,载王亚新、梁治平编:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版,第87页。

③ 参见[日]滋贺秀三:《清代诉讼制度之民事法源的考察——作为法源的习惯》,王亚新译,载王亚新、梁治平编:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版,第86页。

④ [日]高见胜利:《“大冈裁判”与“护法之神”——日本“人治”与“法治”的由来》,载许介麟主编:《中日文化差异研讨会论文集》,“国立”台湾大学日本综合研究中心1992年版,第341页。

⑤ 《西宁青海番夷成例》,载张锐智、徐立志等整理:《中国珍稀法律典籍集成》(丙编第2册),科学出版社1994年版,第379~380页。

⑥ [英]梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959版,第208~209页。

如此看来,明清时代中国游牧部族的法律与欧洲日耳曼部落法律的早期形态殊多相似,只是没有发展到欧洲大陆法系和英美法系那样缜密、完备的程度而已,但与中国农耕地区的法律形态却大异其趣。由此亦可知,“竞技型诉讼”和“父母官诉讼”的差异起源于自然环境和生存条件的不同。恶劣的自然环境和窘迫的生存条件养成了游牧民族社会的斗争精神及其对财产利益的高度关注;而农耕民族社会相对优裕的自然环境和生存条件则促使人们更重视维护人伦道德及协调群体内部的人际关系。在这两种不同的生活方式下逐渐形成了不同的秩序观和法理念。笔者曾指出:“从文化上看,中西法律的最大差别在于其所塑造和期待之‘人’的不同。西方法律上的‘人’,是抽象的‘个人’,说穿了,即利益中的人;而其所谓‘权利’,归根结底仍不得不以物质上的或财产上的利益为计算单位。反观中国固有法律,则很难找到类似西方法律上的抽象‘个人’。无论贵贱、尊卑、长幼、良莠,几乎无‘人’不处于一定的伦理关系之中。因此,如果一定要将‘人’抽象化的话,那么不妨说,中国传统法律中的人是伦理中的人而非利益中的人。由此我们又可进一步看清为什么西方法律会以‘权利’为本位,而西方法学家又为什么会特别强调要‘为权利而斗争’,此皆其法律背后之功利主义文化和斗争哲学使然。”^①

欧洲“竞技型诉讼”对判决确定性的强调,也很可能与其宗教信仰有关。滋贺秀三指出:“所谓判定从本质上讲就是‘神示’(oracle)。在判定这一概念的背后,作为无言的前提有着这样一种认识:应该存在着某种可称之为绝对的、终极的真实那样的东西,但这却不是以人类的智力所能知悉的……在原始时代——实际上一直到日耳曼人的欧洲那样并不遥远的时期,判定是委托给神的,即进行神判或者在广义上可以视为一种神判的决斗。随着时代前进判定也得到合理化,被托付给积累了精致洗练的法技术的裁判官……为了给这样的‘神示’提供载体,就出现了‘判决’的裁判形式。因此判决应该被理解为不可撤回、不可更改的东西。”^②西方向来有“法律源于神意”的观念,^③中国文化就未必认同此说。西方人较强的守法意识可能也来源于这一宗教传统。有西方学者说:“在英国绝大多数人服从法律,不是因为害怕惩罚,而只因为它是法律,而且他们觉得没有义务服从那些不是法律的规定。”^④辜鸿铭也曾指出西方法治的宗教属性及西方社会注重外在约束的特点,他指出:欧美人是“非靠教士及军人不能自治的人类”,待天主教势力溃灭后,又“想用法律制裁来维持社会的秩序”。^⑤与西方文化形成鲜明对比:中国文化恰恰是“殊少宗教意味和神话色彩,其支配精神是伦理的、人文的、现世的”。^⑥正如日本学者吉川幸次郎所言:“倘若用一句话来概括中国文明的特色,那则是彻底的人本主义;如果可以将人道主义一词换为人本主义,那么,没有什么比中国更尊重人道主义的了。”^⑦与西方相比,中国文化更重视内在的约束。在中国文化看来,如果没有人的内在的心悦诚服的接受和认同,单纯依赖外在的强制约束,任何法律规定和法庭判决的确定性都是靠不住的。^⑧

五、跳出“西方中心论”的视角

凡欲理解和评判某一制度的优劣,如果完全脱离了该制度所置身其中的社会环境和文化背景,就很难得其要领、解其真义。滋贺秀三说:“这两种诉讼类型由根本理念的不同而形成如此的差别。各自都有其长处和弱点,不能说哪一方是蒙昧和落后的。这正是文化的差异。”^⑨这个见解很高明,可惜未必反映滋贺秀三本人的真实想法,或许只是在表达他内心中对这两种制度隐约存有的某种不太确定的认识而已。一

① 苏亦工:《西瞻东顾·自序》,法律出版社2015年版,第2~3页。

② [日]滋贺秀三:《中国法文化的考察——以诉讼的形态为素材》,王亚新译,载王亚新、梁治平编:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版,第5~6页。

③ [英]萨达卡特·卡德里:《审判的历史:从苏格拉底到辛普森》,杨雄译,当代中国出版社2009年版,第1页。

④ [英]詹姆斯:《法律原理》,关贵森、陈静茹译,中国金融出版社1990年版,第4页。

⑤ 参见[丹麦]勃兰兑斯:《辜鸿铭论》,载辜鸿铭:《辜鸿铭文集》(下册),黄兴涛译,海南出版社1996年版,第613页。

⑥ 谢选骏:《神话与民族精神——几个文化圈的比较》,山东文艺出版社1987年版,第193页。

⑦ [日]吉川幸次郎:《中国文学史》,陈顺智、徐少舟译,四川人民出版社1987年版,第3页。

⑧ 参见苏亦工:《辨证地认识“法治”的地位和作用》,《山东社会科学》2015年第12期。

⑨ [日]滋贺秀三:《中国法文化的考察——以诉讼的形态为素材》,王亚新译,载王亚新、梁治平编:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版,第16页。

且触及具体问题,滋贺秀三便不知不觉地展现出对西方法学的全面认同了:“在中国,虽然拥有从古代就相当发达的文明的漫长历史,却始终没有从自己的传统中生长出私法的体系来……与国家权力在不同程度上相分离而具有独立地位的法律界精英们从理性的探索中产生出学说、判例,创造并支持着法这样一种现象——应该说这是欧洲法文化的核心要素——在中国几乎寻找不到……而与此相对,言之有据地讨论中国法学史却近乎于不可能。同为非欧洲的世界——例如就俨然存在着可称之为伊斯兰法学的体系,为什么中国法学却如此没有生气呢?”^①寺田浩明也感到困惑:“尽管数量如此众多的诉讼提交官府且得到了受理和处置,但国家自身始终对人民主张权利提起诉讼抱着否定甚至厌恶的态度。”^②

笔者认同这两位学者的观点。中国传统上确实不存在西方意义上的法学。因为在中国传统文化看来,人类应追求和谐、至善,而不是标榜斗争和对抗。法律只是维持社会秩序的手段和工具,不应成为人类社会的终极追求。在中国,听讼的目的是为了息讼,即消除纷争,而不是制造进一步的纠纷,西方则相反。这正是两种文化的差异所在。

滋贺秀三又指出,按照“成文法——习惯——条理三者的优先顺序考虑审判的依据,对于近代法学来说属于一种一般性常识”。^③显然,在滋贺秀三心目中,西方法学就是近代法学,近代法学就是西方法学。恰如1949年以后,中国政府将西元称作“公元”一样,称呼本身已经蕴含着价值判断。此外,滋贺秀三在论证清代审判中不存在将习惯或习惯法作为一种法源的论点时,反复辨析生活中的习惯与西方法律上所说的“习惯”或“习惯法”是完全不同的两个概念:前者是“在日常生活中反复被从事的行为”,英文作“practice”,日语汉字似当写作“惯行”;而后者是可作为法源引用的“具有一般拘束力含意的社会规范”。^④他特别指出:明清时代“体察民情的地方官赴任后,努力了解当地风俗确实是事实,但作为普遍原理,这是为了加深了解作为通情达理前提的事实认识,即通晓人情,而并非是为了精通习惯法这种实定性的规范”。^⑤

的确,生活中自然形成的习惯与西方法律上所说的习惯或习惯法本质的区别在于生活中的习惯是自发生成的行为,没有外部强制性,也无须经过任何权威机构的认定并加以逻辑化和体系化的整理,但却是在一定范围内人所共知的行为方式,活生生地存在于众人的印象和记忆中。明清时的州县官体察民情、了解地方习惯不是要受其拘束和限制,也不是搜集整理日后可成为法源的资料,或做成一种专门的学问;而是在履行其正常的职责:一方面,他可以借助习惯在听讼时判断案情的是非真伪;另一方面,他还负有移风易俗,剔除地方恶习、改良社会的重任。引申言之,清代州县官在听讼中对“成规”“风俗”“土俗”“土例”等地方习惯或行业惯例经合理性审查之后再决定去取的做法,^⑥很有点近世西方法院违宪审查制度的意蕴。这也表明:至迟到明清时代的中国政府即已意识到:判断某一行为或事务合法性与否的根本标准不在于其是否合乎既有的成规,而在于审判当时审判者信奉的公平正义标准,这才是真正的“法”的源头活水。如此说来,滋贺秀三所称的“父母官审判”,是真正不落俗套的、具有现代意义的审判方式。

而西方人所说的习惯法则是经过权威认定后的一种固化的规范体系,是从外部施加给当事人的行为规范,具有外部强制性。西方法学界的这种认识有其精当之处,但也显示出其思维方式的僵化、机械和教条,有时难免会生出些庸人自扰的笑话,甚至可能会对生活本身产生桎梏作用。举例来说,英国人强占中国香港以后,在法庭上曾经围绕什么是“中国习惯法”展开争论。一种最荒唐的解释是:“中国法律及习惯”

① [日]滋贺秀三:《中国法文化的考察——以诉讼的形态为素材》,王亚新译,载王亚新、梁治平编:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版,第2页。

② [日]寺田浩明:《权利与冤抑:寺田浩明中国法史论集》,王亚新等译,清华大学出版社2012版,第300页。

③ [日]滋贺秀三:《清代诉讼制度之民事法源的考察——作为法源的习惯》,王亚新译,载王亚新、梁治平编:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版,第54页。

④ 参见[日]滋贺秀三:《清代诉讼制度之民事法源的考察——作为法源的习惯》,王亚新译,载王亚新、梁治平编:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版,第55~81页。

⑤ [日]滋贺秀三:《清代诉讼制度之民事法源的概括性考察——情、理、法》,范愉译,载王亚新、梁治平编:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版,第41页。

⑥ 参见[日]滋贺秀三:《清代诉讼制度之民事法源的考察——作为法源的习惯》,王亚新译,载王亚新、梁治平编:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版,第63~64页。

指的是“120年前生活在广东省同一地区的一种贱民的习惯的理论概念”。对此,诚如某西方学者所指出的那样,习惯法是一种“活生生的、发展着的机体”：“那种认为适用于现行香港华人的中国习惯法系1843年中国此一地域的习惯法的观点,必然不可避免地导致中国习惯法被冷冻一个世纪的观点。那些坚持此种论调的人显然会拒绝承认上个世纪香港的华人习惯有过任何发展”。^①

这个事例说明西方的法律和法学故弄玄虚、人为过度、脱离实际社会生活太远、理论束缚实践等多重弊端。滋贺秀三不察之而竟奉为圭臬,可见其对西方法学只知顶礼膜拜而欠缺鉴别的自觉。蹊跷的是,通过对清代大量案例的通读,寺田浩明发现,虽然明清州县官审案无须论证习惯的存在与否,也从未将习惯实定化并作为法源引证,但在清代,“意外地存在一种明白的规则性,即判断内容大致与民间的习惯规范是一致的”。^②更令寺田浩明不解的是:“为什么一个由激烈地主张自己权利的人们所组成的社会(笔者按:指中国传统社会),或者说由人们相互间契约关系构成秩序主要部分的社会,又会产生并维系一种以‘情理’这样的概念为中心的审判样式来呢?在这里需要的不是对‘情理’内容的叙述,而是对上述根本问题的整体说明。”^③这就是太过迷信西方理论才会产生的困惑。将西方人虚构出来的“社会契约说”奉为真理而忘记了人仍然是自然中的人、伦理中的人、文化中的人,同时还忽略了一个古老文明数千年来人文施化的功效。何况,西方社会契约关系的维持,主要靠的是法治的外部强制力;而中国传统社会契约的维持,却主要是靠道德和礼教的内在约束,法律的强制力只是辅助性的。同样的契约秩序,动力来源不同,效果也自不同。姜亮夫曾指出:“我觉得外国人不管是哪一方,东洋还是西洋,日本人还是法国人、英国人、德国人甚至美国人,他们研究中国东西时有些长处,但是他最后的结论往往是牛头不对马嘴。”^④

滋贺秀三和寺田浩明都是学识高深、态度真诚的学者。应当说,两人对中西传统诉讼体制及其基本特征的观察和描述是非常精准而又细腻的,只是由于观察的立场和角度深陷于西方中心主义的窠臼不能自拔,乃至其一些论点不免偏枯。寺田浩明坦承:“要说在研究过程中容易陷入近代或西洋中心的偏差,意思好像很清楚,然而这种偏差的大部分其实往往在不知不觉之间已溶进了我们的认识框架。因为我们接受的是西方社会科学的训练,正是通过其概念和方法论才学习到的社会认识。我们很难预先知道什么是西洋中心式的偏见……”^⑤这话说得很恳切!经过百多年的西学濡染熏陶,如今的中日学人,尤其是所谓的“法律人”,几乎已完全丧失了跨文化的识读能力和超文化的鉴赏意识,很难真正跳出西方的概念和方法论去认识自己往昔的制度和文化了。

欧洲“竞技型诉讼”的长处,乃当今法学界之常识,毋庸赘言。但中国传统诉讼体制和理念的长处,在欧洲“竞技型诉讼”强大光环的笼罩下,已显得异常暗淡模糊,几近无人知晓了。笔者以为,中国传统上将刑事审判与民事审判区分为两种截然不同的机制,是非常合理的制度设计,其精审独到的考量、张弛兼顾的措置,远非我们这些早已习惯了西式科学思维的今人所能体会得到。

传统刑事审判之所以采取严格依法和层层复核且最后由中央最高司法机构统一把关的体制,是考虑到刑事处罚直接伤及人之身体、生命或束缚人身自由,故必须严格限定、多方管控,若听任审判官员上下其手,徇私舞弊,则难免对个人造成极大伤害,同时亦将危及整个社会。为最大限度地保护人身及社会起见,亦必须尽最大努力统一规则和尺度。至于滋贺秀三及寺田浩明两位学者所说的清代司法制度缺乏“确定”的契机,无论刑事审判还是听讼,均“不以使尽了程序的手段而终结”,亦是事实,此乃中西方价值取向不同所致。中国文化追求终极正义、实质正义,即当事人的心悦诚服而非程序本身的正义。西人则以程序本身的正义为目标。只要程序看起来正当,即便处理结果不当亦不肯纠正,前述英式足球裁判规则即然。但近

① 转引自苏亦工:《中法西用——中国传统法律及习惯在香港》(第2版),社会科学文献出版社2007年版,第121~122页。

② [日]寺田浩明:《清代民事审判:性质及意义——日美两国学者之间的争论》,载《北大法律评论》编委会编:《北大法律评论》(第1卷第2辑),法律出版社1999年版,第610页。

③ [日]寺田浩明:《权利与冤抑:寺田浩明中国法史论集》,王亚新等译,清华大学出版社2012版,第308页。

④ 姜亮夫:《欧行回忆散记》,载沈善洪、胡廷武等编:《姜亮夫全集》(第24册),云南人民出版社2002年版,第177页。

⑤ [日]寺田浩明:《权利与冤抑:寺田浩明中国法史论集》,王亚新等译,清华大学出版社2012版,第310页。

年国际足球赛事引入视频助理裁判制,说明西人似亦有转求实质正义之意愿,是否要步趋中国文化呢? 尚待观察。

与刑事审判相反,明清的民事纠纷采取全权委托州县亲民之官听讼、个案各办、审情酌理、便宜处置的体制,这对于保护纠纷当事方及潜在的各利害关系人来说,可能是最为简捷方便的制度安排。或许,这种讲求个案各办而不强求一律的听讼方式也与中国传统的互系性思维方式有关:“互系性通变哲学强调之处在特殊性的差异性而非同样性(sameness)或者严格的同一性(identity)。事物不被设想为是因为它们具有同一的质体(identical essence)而相同,而因为它们具有类比相似性而被认知。任何特殊情形或现象如被理解为是互系偶对性的阴阳式基本方面,都事实上包含一种域境化(contextualization)。相反相成偶对体是全部通变思考方式的核心……不像西方抽象性的两极,在通变思维中,所有偶对体总是发生在特定场合、具有具体情势、需要作出具体地鉴别”。^①

犯罪行为虽然复杂多样,但与民众日常生活中的情感纠葛和财产纷争相比还是要简单许多。民事纠纷千姿百面,异态纷呈,具体情节细微多端,变化莫测,案各不同,恰如人之手纹,几无完全相同者,必欲律以普遍性的规则以求创制法律,垂范天下,难免不以牺牲个案公平为代价,而貽削足适履之诮。况且,民众日用常行之生活琐事,若每于举手投足、俯仰顾盼之际,先思其是否合法,则未免太过束手束脚,全无自由自在之乐,生民何堪其累? 在中国文化看来,与其预设众多繁碎法律以候人纷争、诱人告诉,莫若全权委托饱读儒家经典以父母慈爱之心善待民众之地方官临机处断,更为简便得宜,亦最易实现具体问题具体处理的个案公平,不宜强求一致。此正孔子所谓“时中、从权”之深意所在。当然,这只是制度设计的理想目标而已,实践中肯定会遇到许多困难,尤其是对州县官个人品德和裁判技能的要求会非常高。宋元以后科举选官制度结合儒家经典教育的传播和普及,^②可以为这种审判制度的运转提供一定的条件,诚然,仍会有不少难以克服的问题存在。

不过,在中国文化看来,社会之治乱,根本在于人心而不在于法律和法庭是否健全。只要人人心存良知,行己有耻,人类社会就会充满生机,又何愁其没有秩序、没有前景呢? 故中国文化素以“从心所欲而不逾矩”为理想之境界,而不以法治详备为崇高! 这也是中西文化价值观的差异使然。自清末变法开始,中国系统地引入了西方的法律和法学,固有法律不仅被全盘推翻;褒贬臧否,亦纯奉西洋价值观为圭臬。滋贺秀三有关中西诉讼观之论说,即其一端,抑扬之偏颇失允,约略已可见于本文。其余若何? 当可不言而喻矣!

责任编辑 王虹霞

① 田辰山:《中国的互系性思维:通变》,《文史哲》2002年第4期。

② 参见祝总斌:《中国古代史研究》(上册),三秦出版社2006年版,第319~322页。