

贺卫方:中国古代司法的三大传统及其对当代的影响 PDF转换可能丢失图片或格式, 建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E8_B4_BA_E5_8D_AB_E6_96_B9__c122_485731.htm 近年,司法改革吸引了越来越多的学者的关注,而当这个社会正在不断地呼唤着司法公正的时候,我们的司法制度好像没有办法去回应我们的社会需求。很多人说“市场经济就是法治经济”,是因为如果没有一种统一的游戏规则(法律的准则)使得交易的安全得以保障,如果没有严格法律制度来保障私有财产的不可随意侵犯,如果没有一种良好的法律体系去限制国家权力,使得国家权力不去过多地干预经济的发展,能够为经济建设创造良好的政治环境,那么可以说我们的市场经济建设就是一句空话。今天我们可以说,市场经济发展的一个“瓶颈”,也许就是司法。现在许多当事人要打官司的时候,往往对于管辖法院特别在意,多多少少好像有一点足球运动员的那种心理感受:那就是主客场很重要,是在主场踢球还是在客场踢球,是在主场打官司还是在客场打官司。在自己所在城市的法院诉讼觉得很踏实,一到了外地人生地不熟就觉得肯定会败诉。法院由于缺乏一种上下公认的学理支撑,法官们由于在司法的过程中缺乏对于法律解释方法的讲求,由于缺乏最高法院或者上诉法院审级对于法律统一的机制上的设定(如统一解释法律法令,违宪审查等等),所以使得整个国家的法律处在一种相对混乱之中。法律的混乱使得其他权力更多地介入,“家不和外人欺”,法律人自己不争气,其他力量就势必介入,法治建设就节外生枝。我们可以说,今天法制建设中出现的种种问题,可能不仅仅是今天的问题,我们国家社会主义建设的历史只不过50多年,受到西方影响脱离传统走

向共和的时间不过100多年。范忠信教授曾说,“从前有些学者四十岁以后所作的事情是整理国故”,好像他们自己也在做一种整理国故的事。对于这点,我多多少少有一点不以为然。对于不少人来讲,可能做的并不是整理国故的事情,而是做一种西学的引进工作。如果说《二十世纪中华法学文丛》显示的是百年来中国的法律学人们在追求法治社会的历程中所作的努力的话,我们今天还有一个非常重要的主题,就是我们要检讨:我们的法治建设不仅受到了百年来近代历史的影响,还受到千年以上古代历史的影响。我们的文明并不是一个突如其来的文明,我们的文明受到了历史的塑造,并且在今后的发展过程中一定要受到历史的制约,不管陈景良教授号召不号召大家研究宋代法律史,历史的精神渗透到我们的血液中,融化在我们的灵魂之中,必然体现在我们的行动之中。如果能够允许我以一个外行的眼光冒昧地总结一下中国传统法制文明特色的话,与西方相比较,我觉得以下三个特色给我的印象非常的强烈:第一个特色是德治的传统。当然先秦时代发生过“法治”和“德治”之间的争论,但是法治论者随着秦王朝的二世而亡变得永远在中国的历史中间缺乏号召力,它对于人民来说只是遥远的过去中间一段不幸的经历。儒家学说占据主导地位最重要的表现在于通过官员对社会的治理??官员行使政治权力的过程同时也是行使道德权力的过程这样的一种治理模式。所谓“有耻且格”这样的一种境界追求.所谓“君子之德风,小人之德草”??伟大的君主总是像春风化雨,总是像太阳一样照耀在我们的心中。“为仁者宜在高位,不仁而在高位是播其恶于众也”??孟子的这样一种追求,都深深地塑造了我们的一种官员选任制,在一定程度上我们把政治的领导者 and 道德的领导者合二

为一。这种传统,我个人的感觉似乎是与我们缺少一种强有力的宗教组织和神学体系有密切的关系.我们大致上不是一个喜欢宗教的民族。中华文化到底是一种格外具有宽容精神的文化,还是一种格外不具有宽容精神的文化?我总觉得我们说“夷狄入中国则中国之”,实际上就是说异文化进来以后不能保持自己的独立性,不能保持与我中华文化不同的东西。犹太人是一个何等了不起的民族!在世界各地都是一个砸不烂打不碎的小钢丸,谁也没有办法同化他们.但是到了中国来之后,没了,找不着了!我们中国消化西方的宗教文化也是很厉害的。佛教文化,在中国传播800年的时间,最后终于开出一个灿烂的花朵??禅宗。但是,禅宗最后变成一个只讲究顿悟,不讲究繁文缛节,不讲究宗教必然要求的形式和程序的某种东西。所谓“放下屠刀,立地成佛”,“酒肉穿肠过,佛祖心中留”.还有“两个和尚过河”??河边站着个漂亮的姑娘,无法过河。老和尚一把将姑娘抱起来过了河,小和尚走了一路都想不通。直到天快黑时最后终于忍不住了,问师父。老和尚很吃惊地说:“我早已经把她放下了,难道说你还把她抱在怀里吗?”这都说的是人心灵本身的重要性,而不是程序、形式的东西。所以说中华文化,不但能够接受孔子所说的“不语怪力乱神”、“敬鬼神而远之”这样一种精神,它还深刻影响到了我们的政治生活,使得我们政治方面没有办法形成一个足以与世俗权利抗衡的宗教力量。我们看到整个世界范围内,从西欧开始从西罗马帝国延续下来的政教分离的传统,宗教足以与世俗的力量相抗衡,甚至很多时候世俗的权力要屈居于宗教权力之下。再往东走到东正教范围之内,宗教和世俗还是两分的,世俗的权力成功地战胜了宗教的权力,世俗权力高高在上而宗教权力低低在下,但是宗教权力

还是存在,直到今天普京举行就职典礼的时候居然是东正教的大主教来主持他的典礼。再往东走,到东方,你会发现在东正教那里还存在的宗教势力已经完全被消解掉了。没有一种宗教权力的制约对我们意味着什么,当统治者为了维护一种良好的社会秩序的时候,他也许不得不身兼两职,两肩挑,既是一个世俗的统治者又是一个精神的统治者,他必须在精神方面来教导人民,他必须让全国各级的官员都不仅仅是一个简单的行政的官员,而且也是一个道德的官员、思想的官员,所以我们的地方长官叫“州牧”??牧民!像牧羊人这样一个角色,让人民在受到统治权力规范的情况下还要受到统治者思想的规范,心灵中受到一种感染,所谓“内圣外王”,使得通过心灵的改造过程形成一种秩序。人人都成为像尧舜一样伟大的人物,法律还有什么必要?“听讼吾犹人也,必也使无诉乎”,孔子是想让社会形成一个没有法律,没有法官,没有律师这样一个境界,这是一个伟大的高妙的理想的境界。我相信和这样一个境界相适应的是我们的官员选任制度,科举考试制度所追求的正是这样一个目标。让马克斯·韦伯感到很震惊的是,在中国这样一个社会里面居然可以通过科举制度成功地使官员和文人合而为一。韦伯意识到这样的合而为一,加上官员数量的稀少,可能带来的治理过程中的一些特色,比如说治理过程中的“粗线条”,不可能像黄仁宇不断强调的“数字化的管理”,一方面是官员的数量太少,一个州县朝廷命官只有一个人,下面基本没有分工。甚至中央意义上的分工,按照现在西方官僚制度的分工来看,也是不存在的。粗线条的另外一个方面是:官员所受到的训练或者说他们的知识背景太独特。他们的背景是“四书五经”,经史子集,要训练写诗。训练写诗几乎跟行使严格意义上的统治

权是对立的。因为大家知道,诗人的思维,充满了浪漫主义的情怀。我现在越来越强烈的感觉到,这样一种长久的诗人的思维训练,还有八股文文章的思维训练,使得中国传统的政治决策过程有一种浓郁的美感,浓郁的情感化的色彩,因为它和情感化的语言是有关系的,但也和政教合一、政教不分是有关联的。不消说,它加剧了决策中的任意性,它和我们现代法律决策中追求的确定性是不相符的。现代决策要讲求法律推理的方法,要非常严谨的,使得语言本身具有柔韧性,能够适应凹凸不平的社会需求,能够仔细地进行一种此案与彼案的区分,像英国的法律人那样,d i s t i n g u i s h,一定要进行一种区分,区分此案和彼案,才能够真正做到同样的事情同等的对待,法律的规则是在这样一个非常精细非常严谨的过程中间发育出来的。但是我们没有这样一种传统,我想,这是德治所带来的一个最大的特色。我们今天是否仍然在受到这种传统的制约呢?传统法律文明的第二个特色就是我们司法过程中的反逻辑、非逻辑的色彩。在笔者对中国古典问题研究的过程中,发现官员在作决策的过程中,似乎有一种明显的不太严格地依据法律来判决案件的倾向,最重要的问题是“天理人情国法”这样一个效力等级。当一个官员判决案件的时候无需关注此前的判决,严格地追求一种确定性的要求是不存在的。相反,官员们关注的是个别案件的解决,把这样一个个别案件顺利地解决了,对他来说已经完成了任务,所以每一个案件对他来说必然是一个个别主义的处理模式,而不能是严格按照一套规则来处理。当然这个问题在学术界有很大争议,比如滋贺秀三、寺田浩明、夫马进一派,他们强烈受到韦伯和昂格尔的思想的影响,同时,他们也不是泛泛之论。像滋贺秀三这样的人,他对中国法制史下的功夫,

比我们老一辈中国法制史学家更加严谨更加精细。他们得出的结论是,虽然中国法律文明在古典时代绝对不可以说是幼稚的文明,而是一个高度发达的文明,但是在缺乏确定性方面,中华文明和西方的法律文明呈现两极化的态势。西方在法学的研究过程中和法律的操作空间追求一种确定性,而中国只是追求一种浪漫,非常不具有逻辑性。为什么要追求这样的一种决策?看一下官员的知识结构我们就知道他们不大可能严格地追求逻辑。唐德刚先生讲,在英美法德这些国家法庭上那些律师个个都是逻辑学大师。在法庭辩论中间,重要的是逻辑上站得住脚,律师不需要关注天理人情。在《威尼斯商人》里边,犹太商人可以要求从被告胸口挖一磅肉出来,大家请注意莎士比亚的戏剧中表现出一种细节化的描述,戏剧中没有人去从情理的角度去说服夏洛克不要去履行这个合同,威尼斯大公在夏洛克残忍的主张面前束手无策,最后,化妆成法律人的鲍西娅走上法庭,她用怎样的方式来应对这样的残忍的要求?她不是用情理,而是用概念。首先是“一磅”这个概念,“你要注意你挖的可是一磅肉,不能多一点少一点”,其次是一磅“肉”,“不能流一滴血”。我们不是这样的。唐德刚先生讲,仲尼之徒,我们东方社会的知识分子们,最不喜欢的就是斤斤计较于法律概念,逻辑规范这些东西。所以,青天大老爷们如果判的好的话,则是天理人情国法俱在其中.如果判得不好的话,则满口大道理,一点起码的逻辑都不讲。如果没有排除情感、道德、政治考量,没有三段论的推理的支持,司法决策的确定性则无从获得。两千年的历史就是这么演变过来的,我们看到当年的司法体系给社会带来了什么?当年,八十万禁军教头林冲先生娶了一位漂亮的太太,结果被高衙内进行“性骚扰”,结果高俅设计陷害林冲。

如果在现代讲求法律确定性的社会,讲求司法独立的社会,这件案子是很简单的事情。但是,遗憾的是,当时的社会不是这样一个社会。高俅只是跟手下人说一声“把他押到开封南府,让滕府尹好生收拾”,开封府滕府尹手下有个小官叫孙定的,对滕府尹说了一段话,我觉得可以作为我们阅读《水浒传》的“书眼”,就是全书的纲领。孙定说:“您滕大人什么时候敢抗拒高大人的命令啊,开封府不就是高大人的开封府吗?要抓就抓要杀就杀,您老人家什么时候拒绝过高大人?”我想这就是中国整个传统社会的法律体系的真实写照:不是人们不追求公正,不是社会大众和官员们不追求公正。事实上,我们的官员,由于他们身兼教师和领导两种角色,他们有很多大的口号,什么“为天地立心,为生民立命,为往圣继绝学,为万世开太平”,但是因为我们缺乏一种具体的规范,法律方面的独立性,缺乏法律解释技术在司法过程中的运用,由于我们的法学知识不是一个独立的知识,甚至在一定程度上法学知识到底存在不存在?当然我们有律学传统,但是它在传统的学问的格局中间,并不占有很高的地位。从事师爷职业的这一批人,他们往往都是科举考试的失败者,他们最后找了一个地方为一个官员服务,当然跟“东家”之间有一系列规则。我看汪辉祖的著作,看到做师爷的人应当怎么做,什么“四就四不就”的,虽然他们能够受到官员一定的礼遇,但是我们看到司法体系的许多制度性的缺乏。师爷的知识是否能够直接影响到司法的决策,或者说让司法决策获得我们追求的确定性,这一点似乎是不乐观的。因为师爷不可以在法庭上出现,不是由师爷来审理案件,仍然是由“东家”来审理案件,而“东家”真是不太会运用法律,只是一味地运用那套诗化的语言来做判决,而古典时代对对仗体的追求,使得官员做出判决

书的时候总会喜欢一些对仗的风格,像于成龙的判决书:“《关雎》咏好逑之诗,《周礼》重嫁娶之仪.男欢女悦,原属恒情,夫唱妇随,斯称良偶。钱万青誉擅雕龙,才雄倚马.冯婉姑吟工柳絮,夙号神针。初则情传素简,频来问字之书.继则梦稳巫山,竞作偷香之客:以西席之嘉宾,作东床之快婿。方谓情天不老,琴瑟欢谐。”这是于成龙先生的实判,在广西罗城县做出的判决,现在入选《古今妙判选》,可是,妙固然是妙,但是他能够包容一种严格逻辑学吗?能够严格地包容一种法律推理、此案与彼案的差别吗?语言被格式化,以至于使得整个的司法过程不足以确立一种确定性的东西。所以我们今后的司法改革的路向,也许是要尽可能追求一种专业化,也就是让法官的头脑被这种专业的知识格式化,但是语言本身要具有一种柔韧性,要能够妥帖地描述案件的事实。两千年中国整个的法制传统的第三个特色是,缺少一种权力之间的相互制衡。我想权力之间最大的制衡是精神权和世俗权要分离,这是西方意义的权力制衡,我认为这是一个不可忽视的意义非常重大的制衡。我们近代往往只是考虑世俗权中立法权、司法权、行政权的制衡,实际上西方传统社会中宗教权力和世俗权利分立是最大的一种权力分立和制衡。晚近时代在这样一个分离的基础上世俗权利在不断走向分化。我们看到权力制衡有一种非常深刻的背景,那就是不仅仅不同的人做不同的事情,而且不同的事情也有做事的风格、规则、方法等方面的差别,甚至不同的人的选任标准都是不一样的。大家看美国式的三权分立,它的官员选任方式是不一样的,行政官员、立法官员,它的选任完全通过民主来解决合法性的问题,人民选谁就是谁。里根总统去世了,这两年全美国人民都在悼念他。里根总统是一个三流的电影演员,演电影

演不好,很不出名,后来就做好莱坞演员公会主席,后来做加州州长,逐渐成为一个政治家了。人民喜欢他就行,尤其是他穿衣服特别讲究,风度也很好,女选民特别喜欢,一投票他就当选了。立法机构的官员也是这样的,而司法机构的官员并不是采取民主的方式。托克维尔在美国考察民主的时候发现,美国这个国家虽然废除了贵族的制度,但他在美国分明能够看到贵族的存在,这个贵族就是法律人。法律人从其出身来说他是平民,但是从他们的生活习性还有他们对那种难以普及的知识的把握方面讲他们是贵族。长期对法律的研究和对规范的研究使得他们养成了对秩序的热爱,他们对来自民众的盲动的情感和对于来自专制政权的专横一样都不能容忍,他们想方设法要把权力的运行和人们的不满都纳入理性的轨道中来,在这样一个轨道中加以解决。我们看到在这样一个法官选任过程中,总统从精英律师和检察官中任命法官,而且一旦任命又不受民意的制约,完全可以永远地做下去,老百姓不高兴没用,除非他严重地违反了相关的规则导致他会受到弹劾,不受其他的任何制约。这样一种贵族式的政制在美国这样一个民主共和国里居然能够存在,我相信它是对三权分立这样一种东西进行了深入的研究,我们看到《联邦党人文集》是何等关注这类的问题。我们反过来看中国的历史,我们中国历史也有三省六部这样一种职能上的划分,但是大体上来说上到中央的官员下到州县芝麻官,都是皇帝的手臂,皇帝统治社会的一种触角而已。他们并没有一种真正功能意义上的分工,更没有一种专业化选任意义上的分工,于是导致在我们这样一种社会中间没有一种知识基础上的分工,更没有真正意义上的权力制衡,当然,我们说也有对皇帝的制衡,比如万历皇帝受到大臣的一种约束,但这种约束往往

诉诸情感的东西多,而诉诸严格的规则,尤其是制度意义上的独立的权力制约方面较少,这是我们在我们国家的政治历史中看到的缺陷。 100Test 下载频道开通,各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com