

# “确定性”与中国古代法<sup>\*</sup>

马小红

**摘要:**中国古代法律的特征是否可用“卡迪司法”解释和归纳,需要从三个方面进行研究,一是“卡迪司法”本身含义;二是中国学者为说明中国古代法律是,或者不是“卡迪司法”而各自运用的史料以及对相同史料的不同解释;三是中国古代法律是否可以用“确定性”或没有确定性的“卡迪司法”来描述、评论。正本清源,可以看到中国古代法当然不是韦伯所说的那种具有理性的确定性的法,但也更不是“卡迪司法”。以确定性评价中国古代法律本身就是一个历史的错位。

**关键词:**确定性;卡迪司法;权变;稳定;变通

中国古代法究竟有没有“确定性”,其是否可以归类为“卡迪司法”,这些问题的讨论已经持续了很长一段时间,笔者对此问题的关注也已经很久。毋须讳言,这一发自社会现实的论题,除了希望廓清中国古代法律的“史实”,着眼点也许更注重的却是对中国传统法在现实社会中的“价值判断”。每每拜读有关著作和文章,也有介入其中,发表拙见之意。但因为论题涉及面的广泛,尤其是其中一些重要的概念在不同的著作和文章中有着不同的阐释,“确定性”的法律含义,更远非其字面语意所能表达。鉴于此,笔者“介入其中”的想法便又每每搁浅,演变成读书中的积累。2008年4月华东政法学院法律史研究中心召开“中国古代法律的确定性”学术研讨会,本人草成此文的大致框架,本想在会议结束后立刻完成此文,但还是未能如愿。一拖再拖的原因,一是因为自己对这样一个题目虽然有兴趣、有感想,但并不熟悉。尤其对于这一题目“法理”的来源和理解有一定的距离,尚需学习和甄别,以免形成自说自话。二是论证中国古代法的“确定性”抑或“非确定性”都不是一件轻而易举的事情,因为中国有着五千年的历史,幅员辽阔,资料浩瀚,如何选择、运用、甄别史料,应该有一个基本的原则。三是“确定性”的问题既然涉及到了现实中的价值判断,我们在研究中就很难不对“确定性”在中国古代立法、司法中的作用进行分析,这种分析难免会产生价值判断的分歧。因为就古代社会而言,法律具有“确定性”并不一定就是“是”,而“不确定性”也不一定就是“非”。本文想通过“确定性”概念的厘清、中国古代法律确定性问题的争论、中国古代法律确定性与非确定性的分析这样几个问题的研究,来解释中国古代社会的法律究竟是否有“确定性”以及有什么形式和内涵的确定性。本文的学术目的在于希望尽可能客观地认识并解释中国古代社会的法律,并从中寻找古代文明与现代社会发展的契合点。

## 一、法的“确定性”含义与学界的争论

关于法的“确定性”命题,出自德国思想家马科斯·韦伯,这一点在学界并无疑义。韦伯关于“法的确定性”观点,表现在他对法律类型划分的复杂的理论体系中。韦伯著作已有多种译为中文,他的观点

作者简介:马小红,中国人民大学法学院教授、博士生导师。

<sup>\*</sup> 本文为教育部人文社会科学项目“律与例:中国传统法律模式研究”的中期成果。项目批准号为 07JA820031。

许多学者的著作和论文中也有转述,比较之下,笔者认为高鸿钧教授对韦伯“确定性”内涵的概括简约而全面<sup>①</sup>,即韦伯将法律大致分为“形式非理性”、“实质非理性”、“实质理性”和“形式理性”四种类型。形式理性的法律是资本主义的法律,其有效地推动了资本主义的发展。在司法审判中,形式理性的法律主要特征是“使用‘法内标准’,同案同判”,“裁判案例的依据明确可察”,“形式理性”类型下,裁断依据只是“法律”。“形式非理性”法律类型与氏族社会的神明裁判相对应;“实质非理性”则指诉诸“法外标准”的“灵魅、情感或未经反思的传统”等。“实质理性”类型的法律,高文未提及,<sup>②</sup>只是一言以蔽之曰:“(除形式理性法律类型外)其他几种法律类型或者采取的是‘法外标准’,或者裁决案件的依据变化莫测,因而裁决结果往往具有随意性或高度不确定性。”这种对法律类型的阐述与韦伯政治学说中对“政权合法性”的区分相辅相成,即:“神授的合法性”、“传统的合法性”与“法定—理性的合法性”。<sup>③</sup>

应该说明的是,马科斯·韦伯虽然肯定了“法定—理性的合法性”权威及“形式理性”的法律类型在西方社会逐步占据主导地位,并成为现代社会的标准,但是他对人类社会的继续发展有着更深入的思考,对自己的理论体系也常常处在反思和怀疑中——这正是作为一个思想家的马科斯·韦伯的深邃之处,也是作为学者的韦伯对学问所具有的令人钦佩的严肃态度。韦伯认为“理性化表示信仰和行为的系统化,但是,它也要求破坏和窒息人类生活的丰富多彩”。在摆脱了传统和习惯的谬误支配后,韦伯看到或预见到了另一种扭曲,即“作为使用理性的代价,他注定只能从事理性工作、服从形式计算的结果。其后果是,生活的魅力消失在非理性之中”。理性“强化了技术而弱化了人类精神,它使人类同前现代生活风尚和自然韵律分离开来”。因此有人在评论韦伯的自我反思时说:“韦伯为描述现代生活而创造的最值得纪念的一句话是,他声称现代人被困在由理性的铁栅制成的牢笼之中。”由此,人们发现“韦伯是自我怀疑的先驱,这种自我怀疑逐渐成为后现代时代的特征”<sup>[2] (P. 288-298)</sup>。

笔者在此之所以要强调韦伯的反思,意在说明,即使韦伯本人也没有认为“法定—理性的合法性”权威及“形式理性”的法律类型是十全十美的,他甚至意识到了所谓“确定性”的局限并怀疑它的现实性。韦恩·莫里森评论道:“韦伯模棱两可地赞美着现代性的创造,现代性是由‘现代化的’——即理性化的——社会惯例构成的,充斥着训练有素的社会自我,他们执行着社会结构的要求和统治者的要求。韦伯之所以模棱两可,是因为他既描绘了一个过程也表示我们对这一过程的无能为力,同时这个体系的基础非常脆弱。具体地说——像其他人后来表述的那样——整个体系看起来像一个庞大的机器,但在机器里面有一个冤魂:这个冤魂就是人的主体性。”<sup>[2] (P. 302)</sup>

韦伯的法学方法论和现代社会法律以“确定性”(理性)为特征的观点在法理学界影响广泛,中国法学界有信之不疑,甚至较韦伯自身更为崇信者,但也有学者对近代以来的法学方法进行了深入思考,对法学的“理性”和“科学性”进行了分析。舒国滢教授认为:法学原本是一种实践知识,但近代以来科学的强势发展,使法学的思维、方法甚至语言修辞都浸透了“科学—技术理性”的痕迹,法学家们难以抵御建构“概念清晰、位序适当、逻辑一致的法律公理体系”的诱惑,因为如果能将“法律体系的各个原则、规则和概念厘定清晰,像‘门捷列夫化学元素表’一样精确直观,那么他就从根本上解决了千百年来一直困扰专业法学家的诸多法律难题。有了这张‘化学元素表’,法官按图索骥,就能够确定每个法律原则、

① 关于“实质理性法律类型”不同的学者有不同的解释。林端教授言:在韦伯西方法律发展史的理念性建构中,法律发展依次经过形式的不理性、实质的不理性、实质的理性、形式的理性四个阶段,在(3)与(4)的阶段里,“它们都是理性的法律,因为使用抽象的规则来作为法律创造与法律辨认的手段;在(3)的推定法阶段里,是一种实质的—理性的法律,是法国大革命主张的自然法超越法律之外的普遍性准则冲破了形式上的决定……”(见林端著《韦伯论传统法律——韦伯比较社会学批判》,三民书局2003年版,第7—8页。)黄金芳认为“实体理性的法律。这种法律的特点是法律根据政治、经济或道德等实体原则制定,‘实体理性化所依据的规范包括道德命令、功利和其他实用的规则以及政治信条。’这种法律类型对法律和道德规范不分,但它也严格遵守理性化的确定原则,它的典型形式是家长制社会中的法律制度。”见黄金芳“法的形式理论性——以法之确定性为中心”,载《比较法研究》2000年第7期。

② 参见《简明不列颠百科全书》(中译本),中国大百科全书出版社,1986年版;〔英〕韦恩·莫里森著《法理学——从古希腊到后现代》,李桂林、李清伟、侯健、郑云端译,武汉大学出版社,2003年版,第11章《韦伯、尼采和大屠杀:现代性除魅的来临》。

规则、概念的位序、构成元素、分量以及它们计量的方法, 只要用形式逻辑的三段论推理来操作适应规则、概念, 就可以得出解决一切法律问题的答案。法律的适应变得像数学计算一样简单。”<sup>[3]</sup> 但是, 因为法学研究所面临的问题毕竟与科学研究有着很大的差异, 所以, 试图用“科学”的方法解决法学的问题只能是一种梦幻, 舒国滢教授将其称之为“法律公理体系之梦”确实是再恰当不过了。然而, 自“法律公理体系”成为一种追求, “关于法的确定性的争论就成为靡费法学家最多笔墨和精力的一个死结一样的问题。形式主义和现实主义、概念法学和自由法运动、逻辑和经验、推理和直觉、意义核心和灰色地带、简单案件和疑难案件、规则和原则、自由裁量和‘惟一正确答案’……人言人殊, 各执一词, 在所有这些围绕确定性而生的二元对立中, 几乎很难找到一个可以证成的让对立的双方都能圆满同意的答案, 顶多只能找到一些对二者进行比例折中的权宜之计。”于是有学者提出“当法学越来越不能对自己的科学性表示满意的时候, 也许法学应该重新寻找一个新的问题立场, 一个不会让自己陷入确定性泥潭、也不会让自己不断丧失自治性从而去向其他学科寻求知识范式的立场”。<sup>①</sup>

当将法学的视野从立法转向法律的运行时, 确定性的泥潭就更加深不可测。虽然立法不能包罗万象, 但体系精深、内容完善毕竟是立法者始终的追求。从法律发展史来看, 对法的“确定性”的追求决非现代社会的产物, 法律从诞生之时起, 人们就赋予了它“普遍性”和“确定性”的希望和含义, “朝令夕改”永远是立法者的大忌。只是随着社会的发展, 尤其到了近现代, 法律的普遍性和确定性的意义对于社会发展而言, 显得越来越重要, 这种对普遍性和确定性的追求也越来越强烈。但是, 当有了较为完备的立法后, 司法是否就有了“确定”的结果? 答案显然也不容“确定性”论者乐观, 因为在复杂的社会实践中, 司法的确定性较立法更难企及。每一个案件的发生, 都不会将立法者作为“导演”, 具体发生的案件几乎都无法与既定的、抽象的、一般的法律原则和规范完全吻合, 如果实践中的案件与抽象成条文的规范严丝合缝, 那才真是一种“巧合”。因此即使在“有法可依”的前提下, 法律运行中也充满了“不确定性”的因素, 比如执法者的素质、不同法官对法律规范的不同理解等等。王晨光教授在天则经济研究所的演讲“法律运行中的不确定性因素”<sup>②</sup>中指出: “对一个案件作出一个判决, 且不说正确与否, 一般来说需要考虑三个因素: 事实因素, 案件到底是怎么一回事; 法律因素, 法律规定了什么; 法律运行过程中参与人的因素……”以事实因素为例, 事实因素用法律的语言来说就是“证据”, 然而, 有确定的事实却无充分的证据时, 法院认可的只能是证据而不是事实。再说法律因素, 也是如此。因为文字表达的有限性使法律规范的理解都成为问题, 更遑论法律的准确实施了。王晨光教授列举的这些在法律运行中的“不确定”因素, 或许可以因立法的进展而减弱, 却决不会消除。由此, 法的确定性在法律实践的过程中也只能是一种理想。认识“法的确定性”和韦伯的局限, 并不是要否定现代社会法治对“法律规则统治”的追求, 也不是要否定社会通过法律对权力进行有效的制约和控制。问题的关键在于, 实事求是地认识韦伯的局限和发现“法的确定性”之缺陷, 将有助于我们对法律的作用有一个清醒的认识, 对法律的目的有一个准确的把握。

## 二、关于中国古代法律“确定性”的争论及反思

虽然韦伯自称自己的学术研究不带有价值取向, 只解决“是什么”, 而不解决“应当是什么”的问题, 但深以西方现代化发展为荣的韦伯, 却无时不在用“西方的模式”和“现代化的标准”阐释和衡量着过去的和西方以外的社会, “应当”与“不应当”的价值判断渗透在字里行间。事实上, 韦伯也并不回避对不同社会的经济、宗教以及法律进行价值的评价, 恰恰是韦伯对中国古代法律的“价值判断”引起了中国法学界的争论。

韦伯对中国传统法律的论述, 林端教授在《韦伯论中国传统法律——韦伯比较社会学的批判》中有

① 常识: “回归实践知识的法学——读舒国滢《寻访法学的问题立场》”, 北大法律信息网。

② 王晨光: “法律运行中的不确定因素”, 中国民商法律网。

着鞭辟入里的分析,毋庸笔者赘言。笔者对韦伯思想的认识,是从拜读《儒教与道教》<sup>[4]</sup>开始的。在中译本的“出版说明”中,译者介绍:“马科斯·韦伯(1864—1920年)是德国著名的社会学家、哲学家,也是当代西方有影响的社会科学家之一。他一生的著作,尤其是宗教社会学方面的著述甚丰,其著作的涉及面也较广,包括了国民经济学、史学、宗教学、政治学、法学和社会学等各领域。”在短短的“出版说明”中,译者还着重说到韦伯的两个鲜明的观点:第一,西方的新教伦理是西方资本主义发展的精神动力;第二,儒教伦理阻碍了资本主义在中国的发展。但译者认为1970年代以来“以儒家伦理为传统文化的东南亚地区的经济都有了长足的发展,……韦伯上述观点也随之受到了激烈的冲击”。可以看出,尽管韦伯在《儒教与道教》的“导言”中开篇即言:“这里所说的世界‘宗教’,用完全价值无涉的方式来理解……”但作者的“现代化”立场,还是表达出了儒教“不应当”的价值取向。在说到了中国古代的法律时,韦伯表现出同样的价值判断:第一,“中国、印度、伊斯兰法地区以及所有理性的立法与理性的审判没有取得胜利的地方,都有这样一个命题:‘专横破坏着国法’。”中国自春秋时期的“铸刑鼎”后,理性主义便被权力扼杀,“反形式主义的家长制的作风从不遮遮掩掩,对任何大逆不道的生活变迁都严惩不贷,不管有无明文规定。”第二,在中国“没有一本正式的案例汇编,这是因为,尽管存在着传统主义,但是法律的形式主义性质遭到了反对,特别是没有英国那样的中央法庭”<sup>[4] (P.156)</sup>。其实,作为一个西方学者,韦伯对中国文化的了解十分有限,即使我们怀疑中译本难免在一定程度上妨害了韦伯原意的表达,但只是从《儒教与道教》研究所使用的资料及对资料的解释上看,也不难看出韦伯对中国传统文化理解的艰难与局限,这种局限造成了意料之中的误解。

问题在于,韦伯似乎必须要研究中国,因为西方现代化的理性与独特,必须通过不同文化的比较而说明。在19世纪,著名的英国法律史学家梅因也用了这样的方法,以民法的发达为标准,将西方称为“进步的社会”,而世界其他地区和国家则归为“静止的社会”<sup>[5]</sup>。中国古代的法律之所以为韦伯所重视,是因为“韦伯眼中的中国传统法律恰成西方现代法律的‘对比类型’,为了使他的原有类型(西方现代法律)的特性更加清楚,中国传统法律作为对比类型,与前者相反的地方被刻意地挑出来,使前者的原有类型在强烈对比下益形清晰透明”<sup>[6] (P.21)</sup>。中西方法律比较的结果使韦伯将中国传统法律归类为“实质非理性”的法,即类似于“卡迪司法”。<sup>①</sup>韦伯说:“中国的法官就是典型的世袭制法官,完全是家长式地判案,就是说,在神圣的传统允许的范围内明确地不按照‘一视同仁’的形式规则判案。在很大程度上倒是恰恰相反:按照当事人的具体资质和具体情况,即按照具体的礼仪和衡量适度来做断案。”<sup>②</sup>韦伯对中国古代法律的论述,重在阐述中国的法律由于缺乏严格的形式和宗教的支持,而无法像西方那样进入现代理性的阶段,而这正是“儒教”的主导地位所导致的。

韦伯关于中国法律特征的描述,实质的非理性——即“充满了不可预计性,‘实质的’考量压过了‘形式’的权衡”<sup>[6] (P.29)</sup>——似乎完美地解释了中国近代以来法律变革的举步维艰,也为现实中法治不能达成人意的结果寻找到了“历史的原因”,因此也就理所当然地引起一些学者的共鸣。笔者十分理解一些学者对韦伯论点表现出的高度赞同。如果从近代改良变法算起,中国人追求法治的历史已逾百年,但法治的现实却总是难如人意,预期与结果的巨大差距,难免使人沮丧和焦虑,这种沮丧和焦虑,其实正是中国自古以来“士”阶层就有的那种责任感的表现。有“托古改制”,就有“以古讽今”,因此将现实的“不如意”归为传统包袱过于沉重,也是情理之中的事情,这也是近代以来中国学界,尤其是法学界对传

① 卡迪指“伊斯兰教法执行官。其职责是根据伊斯兰教法断案。从理论上讲,卡迪可以审理民事和刑事案件,但实际上仅审理财产继承、宗教捐赠、结婚、离婚之类的宗教案件”。见《简明不列颠百科全书》(中译本),中国大百科全书出版社1985年版。

② 林端教授译为:“中国的法官——典型的家产制法官——以彻底的家父长制的方式来审案断狱。也就是说,只要他是在传统所赋予的权余地,他绝对不会根据形式规则,即‘不考虑涉案者为何人’来加以审判。情形大多相反,他会根据被害者的实际身份以及实际情况,即实际的结果的公平与妥当来判决。这种‘所罗门式’的卡迪审判也不像伊斯兰教那样有一本神圣的法典为依据。系统编纂而成的皇朝法令集成,只因为它是由强制性的巫术传统所支撑的,所以才被认为是不可触犯的。”见林端:《韦伯论中国传统法律——韦伯比较社会学批判》,三民书局,2003年版,第28页。

统法的批判未曾有过停止,甚至是减弱的原因。

学术观点的成立,不以人们的主观意愿为转移,而是必以资料为基本前提的。抛开现实问题,就中国古代法律而言,笔者更倾向于反对将中国古代法律僵化地归类为西方学者所设计的某种模式(或理念)中,更不能同意将中国古代法律归类于“卡迪司法”。这其中的道理十分简单,因为:

第一,中国古代的法律也好,中华法系也罢,确实是独树一帜,它有与世界其他地区和国家同时代的法律相通,甚至相同之处,比如追求公平、维系社会秩序;也有独到之处,比如重视经验,注重伦理。因为“独树一帜”,所以在其发展中,其自有着适应自己环境而发展起来的模式。

第二,十七、十八世纪,欧洲的思想家、学者对中国高度关注,他们借助于传教士对中国经典、律例等典籍的翻译和商人、水手等对中国的描述研究中国。孔子思想对于欧洲启蒙思想和社会发展的影响众所周知。学界前辈朱谦之历时40年之久,在大量的原始资料基础上,研究中国哲学对欧洲的影响,于1962年写成《中国哲学对欧洲的影响》。<sup>①</sup>在“简单的结论”中,朱谦之指出:在18世纪,欧洲对孔子哲学的认识和评价虽有分歧,但是“无疑同为当时进步思想的来源之一。来华耶稣会士介绍中国哲学原是为自己宗教的教义辩护的,反而给予反宗教论者一种武器……。尽管孔子是封建思想家,然而也竟能影响到欧洲资产阶级的上升时期。”<sup>[7] (P.377)</sup>我们在启蒙思想家伏尔泰、魁奈等人的著作中不难寻找到对中国文化理想化的赞扬,即使在孟德斯鸠、黑格尔等对中国文化抱有怀疑态度的思想家著作中,也不时地可以看到对中国审慎的肯定,当然更有大胆的批评。值得注意的是:西方舆论主流从赞美中国,把中国作为效法的榜样到批判中国,把中国作为停滞不前的典型,这一转折发生于西方社会的巨变时期,即18世纪末。在汇编了欧洲思想家对中国的论述后,周宁认为:“(英国)马夏尔尼使团出使中国,对欧洲的中国形象的转变具有决定性作用。”<sup>[8] (P.637)</sup>此前二百年间,甚至更长的时间中,欧洲正处在“中国热”中。难道二百年间,中国真的从天堂坠入地狱?亦或是18世纪及此前到过中国的西方商旅、传教士欺骗了他们本国的人民?事实并非如此。因为18世纪前与18世纪后,西方的著作中对中国“特征”的描述基本是一致的。比如幅员辽阔,人口众多,文字奇特,伦理发达。但不同时代对这些特征的评价却截然不同。这是因为西方基于自身社会的发展对中国社会的认识和需要有了改变。在中世纪末甚至资本主义的初期,生活在宗教的恐怖之中与资本原始积累残酷地剥夺与被剥夺的竞争中的西方社会,自然对中国平静、和谐并充满人情的社会有无限的向往。中国文化中“人”的定位、法的世俗、皇帝以及官员的亲民便成为启蒙运动中人性解放的旗帜。然而,当资本主义制度在西方逐渐完善后,中国古典式的“人性”便显得昔不如今。西方的资本主义工商业越是发达,中国的形象在欧洲便越是不堪。西方对中国文化这种评价转变的背后是中西社会发展的不同步和西方对世界资源的渴求。

显然,当中西方社会处在平等地位的时期,西方社会对中国文化和法律的认识和评价原本也有着巨大的分歧,正是这种“分歧”使得他们对中国的认识尚能客观。而自从西方“强势”后,其对中国文化和法律的评价便趋向一致,这个“一致”显失客观。倒是当代一些西方学者又重新打破了这个“一致”。美国学者柯文言:“研究中国历史,特别是研究西方冲击之后中国历史的美国学者,最严重问题之一是由于种族主义造成的歪曲。”<sup>[9] (P.1)</sup>

虽然“他山之石,可以攻玉”,西方思想家对中国传统法的评价常常会给“身在此山”中的中国学者带来意想不到的启发,但是,我们也必须警惕对一家之言的过分推崇,因为西方学者研究中国时,在资料、语言以及文化的深层理解等方面毕竟会受到很大的限制,在中西国力对比发生变化时,一些思想家更是难免持有文化上的偏见。这也是我们不能将西方思想家对中国的论断视为圭臬的原因。

第三,同样,如前所言,如果我们认真通读韦伯的《儒教与道教》就会发现韦伯与中国传统文化的

<sup>①</sup> 朱谦之著《中国哲学对欧洲的影响》,河北人民出版社1999年版。其写作与出版过程见黄心川所写的“序”,所用资料见朱谦之生前于1962年为本书所写的“前言”。

隔膜,也会见到他对许多中国资料的误解与不恰当的运用。比如对中国春秋时“铸刑鼎”事件的理解和评价<sup>[4] (P 154)</sup>、对科举制度的叙述和解释<sup>[4] (P 168-171)</sup>等等。对于一个外国学者来说这种对中国经典和古籍的误读或许可以理解。我们指出这种情理之中的误读,并不是要否认韦伯的研究,而是要提醒自己注意中国古代法律的模式与韦伯理念中的那个模式并不相符,能够证明中国古代法律特征的只能是历史遗留下来的资料,而不能是西方某个思想家或学者“概念化”的归类。

其实,有关“中国古代法律确定性”问题在中国学界的争论,给我们的启发早已超出了论题的本身,这场争论带给我们的绝不仅仅限于“历史事实真伪”的考辨,它更带来了法学方法论、传统法律文化定位以及如何解释现实司法中所出现的弊端等等诸多问题的思考。为便于阐述笔者对这场争论的反思,先将争论双方的主要观点(或对笔者而言,印象深刻的观点)摘要如下:

高鸿钧教授在《无话可说与有话可说之间——评张伟仁先生的〈中国传统的司法和法学〉》<sup>[1]</sup>的“内容提要”中简洁地交代了争论的由来以及作者的观点:“贺卫方教授在一篇文章中认为中国传统司法是‘卡迪司法’,台湾的张伟仁教授认为韦伯关于‘卡迪司法’的命题并无确据,中国传统司法不属于‘卡迪司法’的类型。本文认为‘卡迪司法’的命题成立,中国传统司法基本上属于‘卡迪司法’。如何评价中国传统的司法制度与观念,涉及如何把握法律的中西古今之维问题,也涉及当代中国法治的基本方向问题。当代中国法治应划分为三个维度,民生、民权和民心,它们分别与经济系统、政治领域和中国文化相对应,前两者是古今问题,重在现代的制度建构;后者主要是中西问题,重在复兴具有普遍价值的中国传统文化。现代的市场经济、民主宪政以及中国传统文化的二驾马车齐头并进将是中国法治现代化乃至整个现代化的必由之路。”作者在附记中又言:“我与张先生的切磋并非个人之争。我们所讨论的问题不仅涉及对中西古今法律的评价,而且直接涉及中国法治和法学方向。我殷切期望这一讨论能够引起法学同仁的关注,把这一讨论引向深入。”归纳起来,作者有这样几个观点:第一,认为韦伯将中国传统司法归于“卡迪司法”的判断“直接针对的对象是中国的帝王”。而作者同意这种判断并解释道:“我们都知道,中国的君王始终握有司法大权,这种司法权几乎不受限制,张释之那样劝谏和抗争的成功仅仅是特例,故为历代所传颂。但这种成功也得益于汉文帝能够纳谏,如果遇到隋炀帝那样的暴君,他的脑袋就立即搬家了。历代皇帝‘御批’、‘圣裁’的案件有多少,可能没有人做过统计,甚至也无法统计。但这种帝王司法的突出特征就是不确定性。龙颜大怒、偏听偏信、龙心不悦可能都会影响皇帝裁判的结果,而宫廷斗争和政治审判则更增加了帝王司法的不确定性。”第二,作者进一步认为,“除了帝王司法具有‘卡迪司法’的特征,奸佞司法和酷吏司法也具有‘卡迪司法’的性质。中国历史上的大多数帝王都不喜欢刚烈直言的忠臣,而偏爱那些投其所好的奸臣。……酷吏司法不仅具有随意性,而且其残暴程度都足使伊斯兰教的‘卡迪司法’相形见绌。”第三,自汉代改变了法家的“一断于法”和秦王朝的“皆有法式”之后,礼的地位逐渐提高,“在中国古代的司法中,如果‘礼’已经被吸收到实体法中,法官自然会依照这种法律处理案件,但如果某些法律的适用会导致与‘礼’相悖的结果,法官则可以超越具体的法律而适用‘礼’;如果法律没有合适的规定,法官自然会依照‘礼’来处理案件。在后两种情况下,司法判决的结果自然会有高度的不确定性。”第四,作者认为张伟仁先生否认中国古代法律为“卡迪司法”原因在于张先生观点的主要依据是“许多地方档案及地方官的审判记录”,作者言:“我想问题可能就出在这里,如果张先生留意古代有关司法的小说、笔记和野史以及民间传说,那结论也许就会大为不同了。历史研究仅仅依靠官方记录,是要出问题的。”

贺卫方教授在《法学方法的困惑》<sup>①</sup>中论及中国古代司法时,言简意赅地说:“我认为,我们的古典司法真正就像德国著名的思想家马科斯·韦伯所提出的卡迪司法。……没有法律可以遵循,而只是一个伦理型的准则或原则,这就是我对中国古典司法的一个看法。”他认为在判决中引用法律条文不见得法

<sup>①</sup> 参见北大法律信息网“法治论坛”。

律就有了确定性,因为“尽管大家都引用法律条文,所作的判决仍然会非常不一样,比方说‘侵犯公民名誉必须做出损害赔偿’就是侵权法中的一个原则,我们的《民法通则》第101条所规定的这样一个原则,法官们都会引用,但是作出来的判决却是参差不齐的,存在着非常非常多的变化”。“因为我们在西方两大法律传统中都看得到这种通过司法和学理来建构出来的法律的确切性,所以当我自己在观察中国古典司法传统的时候,会得出那样的司法绝对无法获得确定性的结论。引用条文并不能说明确定性,即便是官员们在司法判决的时候不断地说我们要严格地进行司法判决,也不见得就有确定性。确定性建构在一个人工建构的基础之上,而不仅仅是一种观念性的学说,或者说一种人道主义精神基础之上的伟大诉求。这种确定性所建立的基础性的知识经常是很烦琐的。”在法学方法问题上,贺教授指出“用文学的方法来研究法律,法律的不确定性就会越发加剧,这是我们在主张法律确定性时经常受到某些质疑的根源。但是,我还是要向在座的各位同学发出我的呼吁:不要轻易的相信从文学的角度去研究是一个对于法学而言无害的角度!从知识方面也许会给我们一些启迪,但是不能够代替我们的法学研究的方法。它不应该成为我们法学研究的一种主流式的方法。法律还是应当以追求确定性为最高目标,在方法论上也应当有这样的一种要求,那就是说在司法制度的建设过程中、在法学的研究过程中,我们都会孜孜以求地去追求一种法律本身的确定性。不要相信一些人说:法律规范都是人制定的,仁者见仁,智者见智。不,通过英美国家的判例法方法,我们看到这个确定性的大厦是如何一步一步确立起来的。”

张伟仁教授《中国传统的司法与法学》(修订版)<sup>①</sup>在回应高、贺二位教授时,归纳、分析和引用了大量的中西法律史料,指出:“对于一些基本的问题,中西的看法并无大异,但是因为不同的人用了不同的语言,将某些观点或强或稍弱的陈述出来,在一个不明底细的、粗略的观察者的眼里,便显得南辕北辙差距很大了。”在文章的“内容提要”中,张伟仁教授对将中国传统司法归类为“卡迪司法”的不成立作了这样的概括:“近来国内法学界流行着两个对于中国传统的批评。其一指责中国传统司法者不遵循法律和先例,仅仅就事论事,凭天理人情作成判决;其二声称中国传统文化里几乎没有法学可言。二者都与事实不符。第一,中国自秦汉时起,法律已极繁多,在有明文可以适用或有成案可以比照的情形,司法者都乐于遵循,不会自找麻烦另寻判决的依据。如果没有法律或成案可用,任何法制里的司法者都该先仔细分析案情‘就事论事’,然后探索法的精义‘天理人情’而作成合乎公平正义的判决;中国传统司法者的做法并非例外。第二,中国历代都有许多学者不仅以纯理性的观点和方法对于当代的法律加以注释、批译,并且从历史背景和社会经验中去深究其渊源、目的、效能,以及法与其他社会规范的关系、法的正当性,法律条文不足时应该如何补救等等法学上的重要问题,留下许多著作,对于这些问题提出了精辟的见解。只因他们的观点、方法和所用的语言及陈述方式与近人习见的不同,所以被忽略了。”中国古代社会中,听讼断狱究竟有没有依据呢?张伟仁教授肯定地说:“大致而言,中国传统的司法者在处理案件时,遇到法有明文规定的事件都依法办理;在没有法或法的规定不很明确的情形,便寻找成案,如有成案,便依照它来处理同类案件。许多地方档案及地方官的审判记录都可证实此点,极少见到弃置可以遵循的规则不用,而任意翻云覆雨的现象。理由很简单:司法者和任何公职人员一样,乐于使用最方便的程序处理事务。在有法条或成例可循的情形下,故意别寻蹊径为其判决另找依据,不仅自找麻烦,而且可能导致上控,使自己受到责难甚至参劾,在正常情形下,一般司法者绝不会这么做。所以说中国传统的司法者不遵循规则,不将同样的事情同样地对待,是与事实不符的。”在法无正条的情况下,依据天理人情断案,是否就失去了确定性?张伟仁教授的回答是否定的:“因为掌握了政治权威的人所立之法未必尽善,所以法的基础不应该只是他们的好恶,而应该是社会大众公认的一套是非,这种准则在中国的传统法律文化里被称为‘天理人情’,用现代的话来说便是‘法理’。”张伟仁教授在结束本篇时的“强调”,不但涉及到了法学方法问题,而且也涉及到了对中国现实法律发展途径的思索。读来令人深思:

① 文章地址: [http://humanities.cn/modules/article/view\\_article.php?id=91181](http://humanities.cn/modules/article/view_article.php?id=91181)

“所以我要强调：西方的法制和法学虽有其长处，但并非没有缺点。我们在改进中国法制的时候，不能、也不该跟随西方人曲曲折折地走他们已经走过的路，犯同样的错误，寻求同样的补救办法，而应该深切地审视中外文化的优劣，取长补短，选择一条最适合自己的路；在研究法学的时候不可以为了一时的需要，鼓吹短视的做法，而应该看得高远一些，认清法学的基本问题，先切实地去了解我国的传统，然后参考其他法系（西方、回教、印度等）的理论，综合中外的智慧，盈虚而后进，建立起一种更好的学说。这番话不是虚夸之言，我们读别人的著作，无论它多么博洽深奥，不要奉为圭臬，拾其唾余，而应该自行去思考基本问题，提出自己的看法。

在认真拜读上述文章的过程中，笔者对双方的研究方式、角度、着眼点，甚至行文风格、语言差异的印象甚至超过了对观点不同处的关注。这也许正是我们要反思的地方。

让我们从资料的运用上开始反思。张伟仁教授坚持的显然是一分资料说一分话的史学风格，这种方法本身就给人一种“确定性”的感觉。论文中涉及到的一些问题，张教授曾有过细致而深入的研究，比如先秦政法理论与法制的发展，清代的法学教育等等。在有限的字数中，张教授对有关资料目录索引式的例举，给读者以震撼。比如有关先秦诸子对法律的论述，张教授言：“我在《先秦政法理论》一书内依据上述诸点分类编辑了这些看法的原文，可做参考。”<sup>①</sup>有关秦统一后至清的法学资料，张教授言：“例如西汉董仲舒的春秋繁露，恒宽的盐铁论，刘歆的周礼，路温舒的论刑讯之非；东汉王符的潜夫论，崔实的政论，王充的论衡，应邵的风俗通，班固的白虎通；魏代陈群等人关于肉刑的辩论；晋代葛洪的抱朴子；南北朝时期南宋王弘等与八座丞郎之间的德法之辩；南陈沈侗等论测囚之法；唐代长孙无忌等的唐律疏义，柳宗元的封建论和断刑论，白居易的论刑法之弊，沈毅和牛希济的论感化，吕温的论上下一遵于法；宋代王安石等的论自首，宋慈的论检验，杨万里的论法之效力，欧阳修的论纵囚；明代方孝孺和黄宗羲的论法从民意，马文升的论司法专业化，刘球的论司法不受皇命干预，顾炎武的论人治，苏伯衡的论德刑之别；清代崔述的驳无讼论，李绂的论折居，钱大昕的论婚姻，孙颐臣的论法律教育，郭鸣鹤的论法律演进，吴铤的论刑罚之功能，王明德和薛允升对清律的诠释，沈家本对历代法制的考述和评论等等。”又言：“这些资料散见在他们的传记和著作里，有许多又被分类纂集在艺文类聚、玉海、十通、册府元龟、古今图书集成等‘类书’之中。我为了准备做中国传统法制及法理的研究，在台湾公私图书馆查阅了许多有关的书籍，后来选出2352种，出版了《中国法制史书目》3册。日本学者岛田正郎也纂集了有关的资料出版为《中国法制史料》8巨册。此外中国历代都有些审判案件的‘公牒’（如棠荫比事、名公书判清明录、刑案汇览、府判录存、鹿洲公案、抚吴公牒、樊山公牒、吴中判牒、宛陵判事日记、郑板桥判牒、秀山公牒、卢乡公牒）及档案（如宝坻档案、巴县档案、南部县档案、淡新档案、内阁大库档案、宫中档、军机处文件），其中纪录了许多司法者竭尽心力去探求事实，辨析条例和法理而作成公平判决的实例。这些判决大多是由司法官的幕友及属员所撰的。我曾写《清代的法律教育》一文，说明他们曾受特殊的法律教育及在职训练，往往终生从事司法工作，形成了一个庞大（约2.3万人）的法律专业群，对于全国的司法产生了深远的影响，使之合理化、制式化。他们也留下不少著作（如汪辉祖的佐治药言和续佐治药言、万维翰的幕学举要、王又槐的办案要略、张廷骧的入幕须知五种、宗稷辰的幕学说、胡志伊的幕职问答、陈天锡的迟庄回忆录）详细叙述司法实务及许多在理论上和实践上应行注意之点。任何人对于以上种种资料稍有所知，便不会说中国没有人从事法学的研究了。”依仗着这种烂熟于心中的资料，张教授获取了对中国古代社会法律的发言权。

反观近代以来法学的研究，在以西方法为模式对中国古代法律进行的苛责中，很少看到完整的资料

<sup>①</sup> 张伟仁辑、陈金全注《先秦政法理论》，人民出版社2006年版。本文所言“依据上述诸点”指先秦诸子对法的起源、基础、功能和限制，法的正当性，法与其他规范的位阶、立法者和司法者的资格，司法权与政权的调适，人民与政府之间的关系，个人与权威之间的关系，政府各项权力被滥用时个人及民众可做怎样的反映等。

引用,指责常常似是而非。问题还在于,在目前的学界,这种看不到有史料基础的苛责愈演愈烈,许多学者已然将近代以来制造出的无数的“众所周知”和“通说”作为了不刊之论,将古代文学作品中的某些“故事”当作了确凿的古代社会“资料”。在许多学者的眼中,中国古代帝王断案不受任何的约束,律典、成制、甚至祖宗之法都是“做秀”的具文。这种近代以来对古代社会形成的“共识”,使我们不能理解被史家称之为“仁君”的汉文帝能听从廷尉张释之的劝谏,依法判决惊了皇上坐骑的人以“罚金”之刑,何以“暴君”隋炀帝也能听从大理少卿师源的劝谏,将皇上要判为斩刑的侍卫长官改为依法判徒?<sup>①</sup>按照“共识”、“通说”和“众所周知”的推断,炀帝的侍卫长官早应该人头落地,甚至连大理少卿也应该以抗旨不遵之罪身陷囹圄,但事实并非如此。

我十分赞同贺卫方教授的这样一种观点,即一门学科必须有自己的主流或基本的研究方法,其他学科的研究方法所给与我们的只是一种补充或启发。法律史研究的主流方法,首先是以史实为依据的法学分析方法。如果没有翔实的资料作为前提,一切理论的分析并由此而得出的结论,即使“言中”,也无非是“多发偶中”或“歪打正着”的侥幸产物。用孤证或间接的证明方式,置基本史料于不顾,用所谓“珍稀”的资料,去阐释所谓历史“真实”,将“个别”视为“普遍”,在目前似乎成了研究中国法律史“快捷有效”的方法。但是,学术就是学术,没有捷径可走,这种快捷方法的代价就是日益加深我们对古代法的误解,就是我们在批判传统法中无法寻找自己的道路。其实,反思法律自近代以来在实践中出现的一些问题,我认为这些问题的出现并非是因为传统法的不良所造成,恰恰相反,传统在我们意欲中断却又无法中断的情况被误解和扭曲才是问题或弊端出现的关键。

19世纪以来西方学界对中国法律多有误解,比如,认为汉代儒学主导地位的确立阻碍了成文法的发展,习惯法重新获得了“胜利”。<sup>②</sup>但殊不知恰恰是西方一些学者颇为称赞的秦法堪称中国历史上最为“暴虐”之法,而汉代儒学的复兴则为法律注入了“民本”的精神。西方学者的观点对中国学界的影响深远,以西方法为标准检讨中国传统法律几乎成为近代以来的风尚,这种至今已经持续了百余年的风尚养成了我们将西方学者的一些观点作为“史实”的习惯,也造成了我们对古代法的偏见——凡是古代的,都是应该批判的。比如关于法律的确定性,有学者认为中国古代法律没有确定性是中不如西,也有人认为“确定性有时也是不好的,比如中国古代的法律是很确定的……”。<sup>③</sup>因此无论中国古代法律的实际状况如何,“中不如西”是一个早已“预设”而又不可更改的结论。当我们为法家失宠而扼腕,为秦“皆有法式”而欣喜,为儒学复兴而沮丧,为现代法律形式尚未健全就又遭遇到西方的后现代主义而焦虑的时候,我们忘记了“历史不是法律,不是事先规定好的”<sup>④</sup>。与其相信以西方法为模式而责难汉人对礼的复兴,不如更深入地去探求古人独尊儒术却又王霸兼用的原因,因为我们应该相信古人的智慧与经验。

话说至此,可以明白看出我们对古代法律的一些争论,往往是基于现实社会的法律状况提出的,“以史为鉴”是中国的古训,但是只有在尽可能真实而全面的“史实”基础上,“借鉴”才对现实具有积极的意义,学术的责任感与社会的责任感才能契合,人们对古代社会的评判才可能“价值无涉”。在检讨现实的时候,我们不能将现实的不如意归罪于古人。

### 三、有关中国古代法律有无“确定性”的几点认识

综上所述,如果按照韦伯的理念,凡是古代社会的司法,就都没有什么“确定性”可言。其实,即

<sup>①</sup> 《隋书·源师传》“炀帝即位,〈源师〉拜大理少卿。帝在显仁宫,敕宫卫士不得辄离所守。有一主帅,私令卫士外出,帝付大理绳之。师据律奏徒,帝令斩之,师奏曰:此人罪诚难恕,若陛下初即杀之,自可不关文墨。既付有司,义归恒典,脱宿卫近侍者更有此犯,将何以加之?帝乃止。”

<sup>②</sup> 参见马小红著《礼与法:法的历史连接——构建与解析中国传统法》北京大学出版社2004年版,第165—168页,“西方学者对中国传统法的误解——成文法发展在汉代停止并倒退及礼与法之对立”。

<sup>③</sup> 见中国民商法律网,《法律运行中的不确定因素》自由评论人3的发言。

便是现代社会,或现代西方社会,法律也无法完全做到“确定”。如果说法律的确定性是一个历史逐步发展的过程也许更符合实际状况。法律从诞生时起,尤其是人类社会进入了法典时代后,法律的“确定性”就一直是立法者的追求,这一点,中西法律并无差异。

无论“确定性”在实践中是否可能,也无论“确定性”给法律带来的是希望还是失望,抑或是如一些人所认为的那样——“确定性”的正面作用或负面影响因时因地而不同——若发生在中国古代,必定是“非”,若发生在西方或现代就一定为“是”。本文的最后一部分还是想客观地陈述一下中国古代法律在“确定性”方面所显示出的一些特征。

1. “确定”与“权变”的关系。我们从中国古代的“法理”方面分析,先秦诸子对法律的“确定性”确实持有不尽相同的观点。司法的确定性是以立法的完备为前提的,即司法中要“有法可依”。从立法的角度来说,先秦法家注重法律条文、制度的完善,主张在司法中严格地依法办事,事无大小“一断于法”。但是当涉及到国家、君主的利益时,法律则成为帝王的工具。信奉法家的秦始皇虽然以秦“皆有法式”而自豪,但是,这些法对君主,尤其是对他这个“千古一帝”的皇帝而言,约束作用是极其有限的。因此,法家的法治,说到底是一种“势治”与“术治”的结合,法律来自君主之“权势”,同时又是维护君主权势的一种工具。梁启超在赞扬法家的法治时也敏锐地认识到“法家最大缺点,在立法权不能正本清源。彼宗(法家学派——笔者注)故力言君主当‘置法以自治,立仪以自正。’力言人君‘弃法而好行私谓之乱’。然问法自何出,谁实制之,则仍曰君主而已。夫法之立与废,不过一事实中之两面。立法权在何人,则废法权即在此人。”<sup>[11](P.148)</sup>立法权与废法权同掌握在君主一人手中,“法治主义”归根到底不免陷于“势治主义”的控制——法律不但不能约束权力反而成为权力的工具。因此,法家的法治理论虽然强调法律在形式条文上的完备,但实质上这些完备的法律如果遇到有违“皇帝旨意”的状况时,便成为具文。当皇帝将刻薄寡恩视为严格执法时,法外淫刑便会成为社会的普遍现象。法律形式上的“确定”——“皆有法式”,无法弥补实践中的“不确定”。

儒家给世人的感觉是不太关注法律的形式和条文,而更注重司法的社会影响和效果,儒家的法律主张中充满了“变通”。仅以《孟子·离娄》为例:“淳于髡曰:男女授受不亲,礼欤?孟子曰:礼也。曰:嫂溺,则援之以手乎?曰:嫂溺不援,是豺狼也。男女授受不亲,礼也;嫂溺,援之以手者,权也。”“孟子曰:不孝有三,无后为大。舜不告而娶,为无后也,君子以为犹告也”。孟子曰:“大人者,言不必信,行不必果,惟义所在。”为救溺水之嫂,可以权变男女授受不亲之礼;为孝可以变通婚姻须有父母之命、媒妁之言之礼,不告而娶;为义可以不拘泥于“言必信,行必果”的束缚……因此,如果我们欲在儒家的思想中寻找韦伯的“确定性”,就如同大海捞针。但是,儒家并不是主张法律可以随意或任性,恰恰相反,儒家反对的是:以法律条文形式上的“呆板”损害社会生活中所应有的“确定”。支撑法律条文背后的精神在儒家的法律观中,永远高于法律的条文,那种“确定”是不言而喻的人们心目中共有的准则,是“天经地义”的。因此,儒家不相信世间能出现包罗万象的无弊之法,他们宁愿法网疏阔,因为他们相信根植于人类天生良知中的道德比严厉的法条更有威力。与其让灵魂淹没在“繁于秋荼,密于凝脂”的法律条文中,远不如使人们自省、自觉地去感悟圣人“以身作则”的无文大法。这一点,道家与儒家是殊途同归的。道家崇尚自然规律,这其中包括着人类社会的准则。不过这种准则,不是如法家所说的那样是由人制定的,而是自然所固有。所以道家主张无为而治,顺其自然,认为“天网恢恢,疏而不漏”。儒家与道家,一个主张圣人之法、一个主张自然之法,从形式上说都难以企及法家所主张的君主之法的确定形式,但是从实质内容上说,其正是明末清初黄宗羲所总结的以“天下人利益”为宗旨的“无法之法”<sup>[12]</sup>。

汉代以来,思想家、政治家、学者反思了先秦以至秦朝的学说和统治经验,形成以儒家为正统,杂糅先秦百家,折衷儒法的主流思想。就理念来说,汉人更多地继承了儒道思想,历代王朝基本都是初行黄老之道,与民休息,宽法简刑;中期继之以儒家学说,力倡教化。但是,就制度而言,尤其是法律制度,汉人仍然沿用了秦制。汉以后的历朝历代虽然无不以秦法为借鉴,批判秦朝的严刑峻罚和酷刑,但是对秦

制一直采取改良的态度,不断用儒家的思想修正秦法,力图使法的制度条文与其宗旨精神完全一致。

对中国古人而言,“确定”与“不确定”似乎并不成为法律问题。因为与条文在实践中是否被遵循相比,人们更关心的是法律的社会作用和影响。“惩恶扬善”是法律的使命,如果一旦法律条文不能体现其最终使命,“权变”则是必须的,比如对“以文乱法”的儒生、“以武犯禁”的侠客,不同的王朝、不同的帝王和官吏有着不同的态度,法律的适用也就无“确定性”可言。问题在于,虽然对一些较为特殊的案例,如孝子、烈女、侠客、义士等,法律往往网开一面,但是中国古人的“权变”不是随意的,从理论上说,权变的原则应该是“确定”的。其有些类似于现在法官的“酌情权”。“权变”必须秉持着仁义忠孝,即“人之常情”,如孟子所说:为仁可以援手救嫂,为孝可以不告而娶,为义可以言行有变……,即“权变”必须以“常情”作为前提。请看宋人欧阳修作《纵囚论》对唐太宗纵囚的批评以及清人吴楚材、吴调侯在《古文观止》中对《纵囚论》的点评,我们也许可以明白古人的“权变”,决非是我们所理解的“以情坏法”或“以情破法”。“唐太宗纵囚”是一个非常著名的法律事件,贞观六年,唐太宗按制“虑囚”,发现了近四百名死刑犯情有可悯,于是放还归家,并与他们约定行刑时,自归就死。结果在约定的日期,近四百名死刑犯皆如约归还,太宗感念他们的信义,赦免了他们的死罪。宋人欧阳修认为,唐太宗纵囚之举有悖常情。其一,因为视死如归即使君子也须勉励为之,而身陷极刑的小人如何能一改前非,做到即使君子也难能的信守信义,视死如归?其二,教化是一种潜移默化的长期积累,太宗虑囚时已经为政6年,为何6年的德政没有使这些人免于身陷缧绁,而“一纵”之恩,却能使他们成为信义之徒?欧阳修因此而认为,违背人之常情的纵囚之举,不过是一场“政治秀”,即太宗料定这些死刑犯会如期归来“就死”,而死刑犯也无不心知肚明“就死”的结果是被“赦免”死罪。欧阳修以圣人之治“必本于人情,不立异以为高,不逆情以干誉”为结论,否定了唐太宗的“权变”。因为唐太宗的这一“权变”是随意的,而不是以“确定”的原则为前提的。清人吴氏评论道:“太宗纵囚,囚自来归,具为反常之事。先以不近人情断定,未以不可为常法结之,自是千古正论。”《古文观止》所集、所评无不以中国古代社会主流价值观为准,所传甚广。其所肯定的以“常情”为前提的“权变”观,正是中国古代“确定”与“权变”关系的精辟总结。这也是唐太宗虽为帝王楷模,其纵囚之举却不能成为“故事”、“常法”的原因。

2. 立法上的“稳定”与“变通”。中国传统文化以“圆通”为特征,古人对法律的认识和研究,并不局限于法律自身,自然、人性、道德、权力、时势等都是人们观察、论述法律的角度。从“应然”的角度看,古人无不认为法律应该是稳定的,这种“稳定”依靠“确定”的基础,比如自然、人性、道德支撑。而从现实的角度来看,法律总是处于变化之中,因为法律无法左右社会的发展,控制政治集团势力的彼此消长。儒家与法家,在法律须因时而变这一点上惊人的一致。法家的治国名言是“法随时转则治”,儒家则更有“刑罚世轻世重”、“宽猛相济”的箴言。成书于战国至汉,在中国古代有着“宪法”地位的《周礼》如此论证时势与法律的关系:“刑新国用轻典,刑平国用中典,刑乱国用重典。”追求稳定,但不拘泥于条文因此成了中国古代法律的一个特色。这个特色表现在立法上就是“稳定性”与“变通性”的结合。

关于中国古代法律的“稳定性”与“变通性”问题的论述,笔者在《试论中国封建社会的法律形式》及《中国封建社会两类法律形式的消长及影响》<sup>①</sup>中有详细的论述,要而言之,中国古代的“律”从战国到清两千年间不断发展完善,形式稳定,内容简约,体例合理,可以称之为古代社会中“稳定”的法律形式。而令、故事、比、格、编敕、例等出现于不同的时代,其目的在于补律之不周。属于“变通”的形式。变通的法律形式经过一段时间的完善,也许会演变为稳定的形式,如唐代的令、明清的例等。这种稳定与变通的结合,从立法技术上解决了在个别案件中发生的情理与法律冲突的问题。

中国古人对立法经验的总结和对立法技术的推敲,值得我们注意,因为在解决法律与社会现实距离

<sup>①</sup> 参见马小红《试论中国封建社会的法律形式》,载《中国法学》1991年第2期,马小红《中国封建社会两类法律形式的消长及影响》,载《法学研究》1993年第5期。

的问题上,古人的思路充满了智慧。法律无法穷尽社会现实,因此世上没有无漏洞的法律,这是我和古人都面对并且承认的。不同的是现代人认为,堵塞法律漏洞的出路在于增加更多的法律条文。但古人的思路则是简约法律的条文,用立法技术和官吏的素质弥补法律的漏洞,即立法的最高境界在“疏而不漏”。尤其在刑罚的适用上更是如此。祝总斌教授在《晋律论考》<sup>[13]</sup>中指出,备受史家推崇的晋律,是一部“宽简”与“周备”兼具的律典。汉以来,致力于删除秦朝繁苛的法律,但是一直到曹魏,删繁就简的事情反反复复,进展缓慢。晋朝则在总结前人经验教训的基础上,将删繁就简的工作大大推进了一步,制定成了“文约而例直”的晋律,晋律较汉魏律省简了两千条。条文的减少,并不意味着法律的简陋,晋对律、令形式的明确定义、对法律原则的高度概括、对法律术语的准确解释、对法律条文设立及其覆盖面的斟酌反而使晋律更加“周备”。这种“周备”不是针对一事一处的弥补,而是整体统筹安排。《唐律疏议》将这种立法的技巧发展到了极致。唐律《名例律》有:“诸断罪而无正条,其应出罪者,则举重以明轻;其应入罪者,则举轻以明重。”如此将502条唐律无限伸展,防止了“文寡罪漏”(因为条文的简单而无法使有罪者受到应有惩罚)。《断狱律》中又有:“诸断罪皆须引律令格式正文,违者笞三十。”如此又堵塞了裁断者利用“比附”而随意轻重,出入人罪的途径。“比附”是允许的,但是,其决不是不受法律规范的限制,不是可以脱离法律条文的制约而随意量刑定罪。

另外,从一些具体的条文中也可以看出古人在立法时用心良苦,决不轻言设法。在立法审慎思想的指导下,一个法律术语的解释、一条法规背后法律精神的支撑、一个罪名的设立往往都会体现出古人那种殚精竭虑,比如,汉代的“矫制”罪分为“矫制大害”、“矫制害”、“矫制不害”三种。<sup>①</sup>量刑从“弃市”到“罚金四两”不等。同为“矫制”,何以有如此巨大的差距?原因在于犯罪动机和后果的不同。有矫制谋篡、谋私者,其心其行罪不容赦。也有善意矫制,后果无害甚至有功者,其仁心可嘉,其行情有可原。孙家洲教授在总结“矫制无害”时论道:“谒者汲黯矫制开仓放粮,使灾区百姓免于流离失所;使者冯奉世矫制征伐西域诸国之兵,平定了莎车叛乱,威震西域……对矫制不害的薄罚,体现了汉代立法的理性精神和刚柔相济的弹性原则。”<sup>[14] (P16)</sup>同一罪名,根据动机和后果划分等次,在中国古代的立法具有普遍性,古人对“罪”之程度的区分,有时比现代社会还要细致,比如赃罪分为六类,称为“六赃”、杀人罪分为七类,称为“七杀”等等。

细致而又具有一定弹性、简约而又具有概括性的立法,使“稳定”与“变通”成为有机的整体。

3. 司法上的“确定”与“不确定”。关于法律“确定性”的问题,主要是指司法领域中的“同罪同罚”。从形式上看,“确定性”事关社会的公正。“司法公正”是人类社会的普遍追求,虽然不同的时代,司法公正的含义、范围并不尽相同。即使今日也为国人熟知的三国蜀国诸葛丞相的《出师表》就说到司法公正的问题:“宫中府中,具为一体,陟罚臧否,不宜异同。若有作奸犯科及为忠善者,宜付有司,论其刑赏,以昭陛下平明之治,不宜偏私,使内外法异也。”

中国古人并不讳言现实社会中,“同罪异罚”的大量存在,历代《刑法志》几乎都说到法律在执行中的偏差,甚至是法外淫刑的泛滥。从历史的经验来看,古人比较注重从立法上弥补漏洞,以达到“同罪同罚”。具体措施有以下三个方面:

第一,根据司法实践中的经验和教训,及时修订增删“变通”的法律形式,避免法律规范、条文之间的矛盾。秦汉时期对“令”、魏晋至隋唐时期对“格”、宋对“编敕”、明清对“例”的不断重修删定,就是为了减少法律条文之间的冲突,使“法出一门”。在对变通的法律形式的修订中,“律”实为量刑轻重的矫正器。有时出于时势或人情的需要,变通的形式较律量刑定罪或轻或重,以律为基本标准的修订可以有效地控制同罪异罚的范围和程度。明太祖朱元璋言“条例一时权宜,定律不可改”<sup>[15]</sup>是古代立法废法的

① 关于“矫制”罪的等次划分及在司法中的适用,参见孙家洲《皇帝旨意与国家法律》,载孙家洲主编《秦汉法律文化研究》,中国人民大学出版社2007年版。

基本原则。《清史稿·刑法志》记,自乾隆朝始,例文三年、五年一修。尽管如此,稳定与变通、律与例、例与例间的矛盾依然存在,每到王朝的后期,法律体系往往因为变通形式的滋长而紊乱。

第二,当法律条文矛盾时,尤其涉及死罪,往往要奏请“上裁”。《明史·刑法志》记:明代嘉靖十五年,有人斗殴,将对方打成重伤,伤者过了“保辜”的时限死亡。刑部根据《问刑条例》判“斗殴杀人”罪,处殴人者以绞刑。大理寺则根据嘉靖四年例,认为应当判“殴伤”罪,处以笞刑。刑部大臣奏言:“律定辜限,而《问刑条例》又谓斗殴杀人情实者,虽延至限外,仍拟死罪。”又言大理寺所引用的“四年例”已经报请朝廷停止使用,因此奏上裁夺。皇帝诏,以刑部所议为是,并规定自此以后,凡是“有犯辜限外人命者,具遵律例议拟,奏请定夺”。实际上“疑狱”上请在汉代就已经成为制度,这种上请制度显然有利于对法律准确地理解和执行。

第三,加强官方对法律的权威解释,统一官吏对法律的理解。在中国古代,立法的完备与否是司法“确定性”的关键一环,但决不是惟一的一环。同样的法律,在执行中之所以产生差异,除执法者出于种种原因而故意枉法外,主要原因还是在于裁断者的法律素养以及执法者对法律条文理解的不同。所以《唐律疏议》在解释为什么要作“疏议”时说到:如今的立法虽然“章程靡失,鸿纤备举”,可说是“疏而不漏”。但是,在执行中却出现违背公正的“同罪异罚”现象:“大理当其死坐,刑部处以流刑;一州断以徒年,一县将为杖罚。”究其原因,法律“不有解释,触途睽误”则是一个重要的因素。但是法律解释只能有限地解决同罪异罚的问题。因为即使同受儒学教育、同为科举出身的官吏,由于秉性、性格、阅历的不同,对法律条文不同的理解也在所难免。

综上所述,就普遍性而言,古代的司法也当然追求“公正”,追求法律在实施中的“确定性”,要求断罪引律据法。但是古人并不以“确定性”评价法律的公正与否。古人认为有时“守文定罪”,不知“权变”恰恰可能造成冤滥。清嘉庆七年秋审时,御史援引乾隆十八年“一命必有一抵”的谕旨,奏请将斗杀拟缓的姚得辉案,改判为“情实”。嘉庆言:“一命一抵,原指械斗等案而言,至寻常斗殴,各毙各命,自当酌情理之平,分别实缓。若拘泥‘一命必有一抵’之语,则是秋谳囚徒,凡杀伤毙命之案,将尽行问拟情实,可不必有缓决一项,有是理乎?命乃照原拟入缓。”史家评论道:“其剖析法意,致为明允。”<sup>[16]</sup>

从丰富的史籍记载来看,在漫长的数千年的历史发展中,中国古代司法“确定”与“不确定”的例子都可以随手拈来。就《史记》所记事例而言,循吏固然是“奉法循理”的典范,而酷吏也并非都是专以皇帝旨意为是。太史公司马迁对其所记的10位酷吏作了不同的评价,虽然十位酷吏都有“酷烈”的名声,但是其中有“据法守正”,“虽惨酷,斯称其位”者,也有“妄杀”、“暴挫”,毁法以邀宠幸者。太史公感叹酷吏中“其廉者足以为仪表,其污者足以为戒”<sup>[17]</sup>。如果我们仔细分析史籍中“守文定罪”与“法外行刑”、“法外开恩”的事例,可以得出这样一个结论,即当案件牵涉到“政治”或“时势”时,“确定性”就会大打折扣,真正是“欲加之罪,何患无辞”。这其中最为著名的冤狱莫过于南宋抗金名将岳飞被以“莫须有”的罪名而诛杀,那是一件纵然是时隔千年,也无法使人们忘怀的千古奇冤。然而,就一般的案件,尤其是杀人越货的狱案则基本是按法律的程序运作,而有关“细事”的纠纷,则在调处中,多以“自愿”为原则加以解决,如果闹到公堂之上,也不排除官府根据众人心中的“大法”——天理人情加以裁断。

我们当然不能高估古代社会的法治状况,问题在于我们在研究中,要对一些现象进行深入的分析,弄明白古人在司法上所面临的问题,他们所采取的解决方式。因为有些问题是人类社会共有的,比如在一些具体的案例中,如何兼顾到发生了矛盾的人之常情与法律规范;在由于过失或种种原因的干扰下,事实无法成为证据时,司法裁判如何做到规范与事实的统一;法律与时势在发展中如何相辅相成等等。从《洪武永乐榜文》中就不难看出古人虽然努力地想要解决这些问题,有些时候也卓有成效,但常常是力不从心,甚至黔驴技穷。洪武三十五年刑部申明:“洪武二十七年十月三十日,为禁约事,奉圣旨:京都人烟辐辏,有等奸顽无籍之徒,不务本等生理,往往犯奸做贼。若不律外处治,难以禁止。所以在京犯奸的奸夫奸妇,各具处斩。做贼的、掏摸的、骗诈人的,不问所得赃物多少,各具梟令。已令出榜晓谕,犯

者至今不已。刑部再出榜申明，务要家至户到，男子妇人大的小的都要知道。”此申明后附具体案件，因为偷盗、诈骗、作弊骗人而被梟首者 10 起；通奸而被处斩刑者 3 起。此为典型的“律外处治”。时隔半年，洪武二十八年五月圣旨又言：“纪纲法度，朝廷所立。人臣非奉君命，不敢擅更。惟守而不易者，是为良臣。迩来诸司官不谙道理，往往非法用刑，凌虐善良，贪图贿赂。……尔刑部将合用刑具，依法较（校）订，发与诸司遵守。敢有仍前不遵者，就用非法刑具处治。皂隶祇禁，辄便听从行使者，一体处死。”<sup>[18] (P.515-516)</sup>这两条相隔半年有余的谕旨，同时被收入《榜文》，反映了朱元璋的矛盾心理：非“律外处治”不能禁奸，而“法外用刑”又难免奸官贪吏舞文弄墨，伤及无辜。这种矛盾，实际上也是立法与司法间无法消除的隔阂决定的。

文行至此，似乎有点远离本文的论题，但正是这种远离提醒我们“确定性”的命题是否存在，即使现代社会的法律，是否就真能达到韦伯理念中的“确定性”（理性）？我们是否有必要用连韦伯自己都认为是非十全十美的理性的确定性法律作为社会文明和进步的判断标准？其实，法律在发展的过程中，有许多优秀的精神是古今贯通，甚至中西一致的，那就是法律的最终目的——维护社会的公正、正义——是确定的。当然，目的的实现需要完备的制度作为保障，问题在于一旦目的与条文有所矛盾或条文有所疏漏（无论古代，还是现代，这种现象无法完全避免）的时候，我们是应该拘泥于法律形式的确定性，还是尊重法律精神的确定性？笔者想用发生在美国的一个“法律故事”作为回答并结束本文。故事发生在纽约的一个贫民区，一位孩子身患重病，眼见孩子奄奄一息，性命不保，父母却已经是没有足够的钱再请医生。同在一个区内的一位即将参加医生执照考试的年轻人，在人们的恳求下，经过激烈的思想斗争，选择了违背法律，救治病童。10 天后，病童痊愈，年轻人却被警察以非法行医而逮捕，举报人则是那些没有足够的钱绝不出诊的医生。在法庭上，法官经过调查后，面带笑容，举起法槌敲向桌面，告诉年轻人：“您违反了法律，原因是为了要遵守另一个更高的法律，因此我判你——无罪。”作者说：“这是个真实的故事，这场‘大审’是 1935 年 1 月 24 日在纽约市第二高等法院开庭的。”

#### 参考文献：

- [1] 高鸿钧：“无话可说与有话可说之间——评张伟仁先生的《中国传统的司法和法学》”，载《政法论坛》2006 年第 3 期。
- [2] [英] 韦恩·莫里森：《法理学——从古希腊到后现代》，李桂林、李清伟等译，武汉大学出版社 2003 年版。
- [3] 舒国滢：“寻访法学的问题立场”，载《法学研究》2005 年第 3 期。
- [4] [德] 马科斯·韦伯：《儒教与道教》王容芬译，商务印书馆 1995 年版。
- [5] [英] 梅因：《古代法》沈景一译，商务印书馆 1959 年版。
- [6] 林端：《韦伯论中国传统法律——韦伯比较社会学批判》，三民书局 2003 年版。
- [7] 朱谦之：《中国哲学对欧洲的影响》河北人民出版社 1999 年版。
- [8] 周宁编：《2000 年西方看中国》（下册），团结出版社 1999 年版。
- [9] [美] 柯文：《在中国发现历史——中国中心观在美国兴起》“序言”，林同奇译，中华书局 1989 年版。
- [10] [美] 昂格尔、孙笑侠：“中国传统与现代法治问答”，载《政法论坛》2007 年第 1 期。
- [11] 梁启超：《饮冰室合集》第 9 册，载《专集之五十·先秦政治思想史》，中华书局 1989 年版。
- [12] 黄宗羲：《明夷待访录·原法》。
- [13] 高旭晨主编：《中国法制史考证·甲编第 3 卷》，中国社会科学出版社 1999 年版。
- [14] 孙家洲主编：《秦汉法律文化研究》，中国人民大学出版社 2007 年版。
- [15] 《明史·刑法志》。
- [16] 《清史稿·刑法志》。
- [17] 《史记·酷吏传》。
- [18] 刘海年、杨一凡主编：《中国珍稀法律典籍续编》第 3 册，黑龙江人民出版社 2002 年版。

（责任编辑 晨 晖）