

# 中国司法文化传统的基本品格及其革新

郑旭文 徐振东

[摘要] 司法改革的最终的价值取向在于实现对中国传统司法文化的超越, 但作为一个历史的连续性过程, 已经在中国延续了数千年的、深深根植于中国社会土壤、代代因袭相传的司法文化, 仍然在影响着司法改革的进程和司法公正的实现。伦理主义、神秘主义、全能主义和和谐主义是中国司法传统在实体价值上最显著的特性, 充分体现了儒家伦理对中国传统司法的渗透和影响。司法传统作为一种观念形态, 是中国司法制度存在、发展的传统历史基础, 离开了对中国司法文化传统的追溯, 就不可能真正揭示当前司法改革的基础和动力。

[关键词] 司法文化传统; 司法改革; 儒家伦理; 时代价值

[中图分类号] F279.21 [文献标识码] A [文章编号] 1004-0633(2006)01-086-07

司法文化传统的革新是一个颇具理论性和实践性的时代性命题。理论性是指这一命题实际上就是对我国传统司法价值伦理深层次的理论追问和形而上式的思辨, 实践性则是指该命题涉及到司法现代化这一当代中国所面临的重大而紧迫的历史任务, 甚至可以说, 该命题的如何解答直接决定着司法现代化进程和司法改革的成败。在方法论上, 这一命题体现了一种将司法变革与传统文化进行某种联结的尝试。从法律社会学的视角来看, 这种联结使人们对于“司法”这一社会文化范畴进行更多的思考提供了基本的研究范式和概念框架。司法被置放于一个纵向的时间纬度(传统与现代)以及横向的社会语境作审视, 而不是仅仅把它看成国家基于统治需要而设计出的制度体系。在这一命题展开之前, 我们不得不触及到一个前置性问题: “究竟传统司法文化与当代司法变革存在什么关系?” 这无疑是一个相当严肃而又复杂的问题, 无法简单明了地想如何联结就能联结的。本文试图对司法与社会文化

的关系作社会学式的探讨, 特别是对司法变革的内涵和动力予以分析, 来透视在当代中国语境下司法文化由传统到当代转化的具体途径。

## 一、司法与文化传统、 社会语境的辩证关系

与其他社会现象一样, 司法过程可用不同的角度来考察。简单来说, 对于法律释义学家来说, 静态的司法是一个国家所专有、由一套逻辑严谨的机制和结构组成的动态的制度体系, 动态的司法则是国家权威将法的抽象设定和普遍要求适用于社会事实而形成一定秩序的过程。而对于社会学家来说, 司法本身是动态的社会文化现象, 与其所属的社会语境具有不可分割的关系, 无法来自于其文化和传统以外的东西, 不同的文化可能产生不同的司法形态(司法制度、司法判决形式、法官意识等)。换句话说, 司法制度是特定精神因素的载体, 它归根

[收稿日期] 2005-08-25

[作者简介] 郑旭文, 福州大学法学院教师 福建福州 350002; 徐振东, 法学博士, 厦门大学法学院博士后流动站研究人员, 教师, 厦门大学公法研究中心研究员 福建厦门 361005

结底是一种文化现象，文化和社会构成了司法的背景。司法体系、司法活动与政治、经济、宗教、道德精神、传统伦理等存在着一种交互关系。这种交互关系是辩证性的，而不是单向式的决定关系。司法体系一方面是与文化社会其他部门相区别的次级体系，另一方面，也与其他部门一样，同处于一个文化脉络与社会体系之内，彼此影响。

文化传统是社会创造力和精神的独特衡量，反映了具有历史性的群体行为和个人行为的特定模式。作为社会历史文化现象的司法，体现了人们对社会活动现象的理性认知（即如何处理社会问题以及救治社会矛盾冲突的合理判断）。在司法领域进行活动的，都是存有社会普遍意识的、受历史要素制约的人，对其行为起着支配性作用的是已经对其产生潜移默化影响的社会文化因素。从社会人类学的角度来看，司法制度的运作是在特定的社会历史条件下展开的，尤其要受到该社会的司法文化的制约和影响。在一定程度上可以说，司法文化传统就是一个国家司法制度的内在逻辑。它表现为受司法文化传统制约的司法人员关于司法的态度、价值和信念有形无形地影响着司法行为主体的司法实践和司法行为，进而在相当程度上规制着一个国家司法制度的运作模式及其发展走向。伽达摩尔曾经在论证历史性与司法判决的关系时说：“每个人都要降生在一个历史文化之中，历史占有了他。占有的方式不仅是与上一代有生理上的延续关系。更重要的是，历史通过语言占有个人。语言不是工具，它保存着历史、文化和传统。个人在接受理解语言的同时，就接受了历史给予它的成见。这种成见包括个人能够意识到的历史文化成份与意识不到的历史文化成份。个人永远无法摆脱这种成见，因为这是他在历史中的存在状态。”<sup>①</sup>因此，对于司法判决的理解，不能只是从实证角度来单纯分析司法制度及其运作方式，还需要从该时期的社会历史文化出发，进一步把握它的价值内涵，探讨司法与社会文化因素之间的内在联系。

在研究司法改革以及司法现代化时，充分了解司法制度与社会语境的交互关系，可以使我们能从更为广阔的视野去观察文明社会司法制度生成、发展和变革的深刻内涵。与其他文化制度一样，司法制度是社会的、政治的和经济发展的一个构成部分，司法制度和司法机构实际上是对整个社会变革的某种回应。然而，在当今法律学术群体中，司法与社会变革以及文化发展之间的许多基本问题却被人们普遍忽视了。传统的司法制度概念并不描述司法制度是如何运作的，也没有设定或者构建司法过

程与社会内在联系的理论。一般来说，一个运作良好的司法制度通常要包括三个要素：其一是结构性要素，涉及司法机构的数量和构成要素，司法和其他部门（法官、立法者、最高统治者、法律人群体、行政官员）之间的权力划分关系；其二是实体性要素，实际上是司法过程自身的问题，包括司法程序、司法的理解和解释以及司法判决等；其三是文化要素，这是将司法制度联结起来的价值和态度，它决定着司法制度在作为一个整体的社会文化中的地位。以上三个要素的有机统一，构成了完整的司法制度。在这个司法制度架构中，关键的要素就是司法文化，它是决定司法结构和司法实体怎样被运用以及如何被运用的价值和态度。司法文化的差异性反映了司法制度的差异性。特别是在一个急剧变革的社会中，随着社会由封闭向开放，由单一性向多元化转变，司法制度也必然要发生变化，并且成为促进和支持新的社会事实的重要手段。如果司法文化传统不能支持这一社会现实的变化，那么，一种新的司法机制就必然会产生或被创制。在这种社会语境下，新的司法态度和观念就往往成为司法变革的动力源泉，进而成为推动整个社会变革的推进力量。司法文化对司法改革现代化的功能就体现在它的主动性观念和支配性风格，这一功能发挥的程度也随着司法文化的不同而不同，既可以对司法现代化起抵制、扰乱或阻碍作用，也可以对司法现代化起支持、调适和巩固作用。司法文化是司法现代化过程中的决定性因素，司法现代化实际上就是对社会上存在的各种司法传统文化资源的重新选择的过程。司法文化传统作为一种观念形态，有时是司法制度赖以产生、发展和变迁的传统历史基础，离开了对传统司法文化的追溯，就不可能真正揭示司法改革的基础和动力。

在现今中国法治建设进程中，司法改革越来越多地吸引着人们的目光，而当社会上不断呼唤司法公正，现有的司法制度似乎很难去回应社会的需求。司法公正的实现，不仅需要具有健全的、完备的、优良的司法结构性要素和实体性要素，即存在一个运转良好的司法机构，一批高素质的法官执行法律，合理的司法、立法、行政关系，公正、公平、民主、开放的司法程序，司法解释和理解符合正当性要求等，还需要有反映人类普遍理性要求、符合社会现实发展的司法文化作为支撑。虽然司法改革的最终的价值取向在于实现对中国传统司法文化的超越，但作为一个历史的连续性过程，已经在中国延续了数千年的，深深根植于中国社会土壤，代代因袭相传的司法文化，仍然在影响着司法改革

的进程和司法公正的实现。就目前而言,我国的司法制度框架无疑来自于西方社会,然而,支持司法制度运转的司法观念系统却来自于中国社会本身,处于低度发展状态下的中国社会在很大程度上是受传统社会历史文化(法律的、政治的、民族的)制约、影响并支配着的。当这种外来的司法制度在有着强烈本土性的司法传统文化中运转时,原为异体的两者就必然会产生龃龉和冲突,进而影响着司法公正。因此,要不断深化司法改革,完成司法现代化进程,实现司法公正,首先就必须解决解决司法制度运行中的结构性障碍,即如何协调西方的司法制度与中国传统的司法文化之间的关系,如何实现嫁接甚或在两者间作出选择。当这些固有的司法文化传统无法被抛弃和被决裂,已经成为我们独特的民族文化心理结构,成为我们自身内在的一部分时,我们面临的就只能是理解、如何评价、乃至如何转化我们自身的传统的问题了。

## 二、中国司法文化传统的基本品格

19世纪80年代,一位英国学者在游历中国时,看到中国衙门的行刑场面,不禁发出这样的感慨:如果不了解中国古代的司法,就无法了解中国的传统社会,“中国司法制度的最后一幕是最能让人明白中国到底是怎么一回事了”。<sup>[2]</sup>这位英国学者的话语既反映了司法制度与所属的社会语境之间的交互关系,又从侧面隐晦地折射出了中西司法文化冲突所引起的心理震撼。那么,给英国学者带来心理震撼的中国传统司法文化又有着什么样的品格呢?这样的品格与现代司法理念又存在着什么样的差别呢?

1、传统司法的伦理主义。传统中国司法就价值取向和内在观念而言,是一种以儒家伦理学说为精神基础的司法伦理主义。费孝通先生曾经将社会分为两类:一是法理社会,一类是礼俗社会。前者并不具有具体的目的,只是因为一起生长而发生的;后者则是为了要完成一种任务而结合的社会。<sup>[3]</sup>礼俗社会的基本精神就是伦理精神。中国传统社会从本质上是一个亲血缘、重亲情的伦理社会和礼俗社会,“礼俗盈而法理亏”。在中国古代社会早期,在法律形式和司法判决中就体现了纲常伦理精神,礼与法的关系是密切无比的,如《荀子》曰:“礼,法之大分也。”管子亦云:“法出于礼。”礼法有时分治、有时合治,因此瞿同祖先生才会主张,研究中国传统司法必礼书法典并观,才能明其渊源,明其精义。<sup>[4]</sup>礼的目的在于维护社会中的上下贵贱关系和家族内的亲疏、尊卑、长幼的宗法等

级秩序,“礼义立则贵贱等矣”,“先王制礼,使有贵贱之等,长幼之差”。<sup>[5]</sup>早在西周,礼即成为社会关系总的指导原则,也是司法判决的根本指针,所谓“礼之所去,刑之所取,出礼则入刑,相为表里者也。”<sup>[6]</sup>至春秋战国,礼制作为司法准则的地位得到进一步巩固,是谓:“道德仁义,非礼不成;教训正俗,非礼不备;纷争辩讼,非礼不决;君臣上下,父子兄弟,非礼不定;宦学事师,非礼不亲;班朝治军,官行法,非礼威严不行。”<sup>[7]</sup>经过汉代中期的法制儒家化过程后,儒家的礼教最后成为居于封建统治地位的意识形态。礼教与法律的关系极为密切,不仅礼书与法典并列,而且儒家学说中的德主刑辅、慎刑恤狱、则天行刑、君亲无将、亲亲相隐等思想还转化为法律条文,甚至成为司法审判的基本原则,支撑着整个司法制度的实际运作。瞿同祖先生曾经指出:“儒者为官既有司法的责任,于是他常于法律条文之外,更取决于儒家的思想。中国法律原无法律无正文不得为罪的规定,取自由裁定主义,伸缩性极大。这样,儒家思想在法律上一跃而为最高的原则,与法理无异。”<sup>[8]</sup>

在传统中国,以儒家思想为精神基础的司法伦理主义乃是建构于“天人合一”的道德基础上的,以王道精神为标榜的宗法主义和君权主义思想体系。经义断狱是儒家伦理主义在司法上最典型的表现。“经义断狱”又称“引经决狱”或“春秋决狱”,是汉代中期兴起的一种司法审判方式,是法官在无法律明文规定的情形下援用儒家经义尤其是《春秋》的记载作为依据以审理案件的做法。所谓“经义断狱”的准则,即是儒家的伦理原则。经义断狱的实质在于以儒家之礼修正法典之弊(即违背礼教之法条),规避“先王之法不可变”之限制,以儒家经义化解先王之法。经义断狱依据的一个重要原则即是“论心定罪”,在司法上主要考察犯罪的主观方面,以动机、目的的善恶来定刑论罪,“志善而违于法者免,志恶而合于法者诛”,凡是主观动机符合儒家“孝悌仁爱”精神者,即使其行为造成严重危害后果的,也可以据儒家经义减轻或免于处罚。凡是主观动机严重违反儒家经义者,即使其触法行为不具严重危害,仍可据以治罪,给予惩罚。董仲舒对此原因进行了解释,所谓经义断狱,乃“必本其事而原其志,首恶者罪特重,志邪者不待成,本直者论其轻。”<sup>[9]</sup>虽然自此后,儒家伦理大多被成文化和法典化,如唐律“一准乎礼”,儒家经义的道德伦理莫不贯彻于律条之中,宋、元、明、清历代法典沿袭不改,但一切案件的审判仍然强调必须“应经合义”,法无明文规定者,须依经

义处断。

传统司法的伦理主义直接反映于司法审判过程和判决结果的人情化、情理化，强调要“顺人情，合人心”。人情即社会民众普遍认同的道德心理。在中国传统社会中，礼之所以成为王道之本，在于礼制与人性相通，反映了儒家的人道精神和人道的终极寄托。礼与法皆为社会规范，司法的法源依据并不限于法条之内。礼法并论、礼刑并举，甚至先礼后刑，把礼视为比法律更重要的规范准则。这样在司法实践中以“人情”、“情理”来判案就成为必然。一般而言，“法不外乎人情”，法与人情相互协调，法即人情的成文化。当僵硬的法律与儒家的道德伦理发生矛盾时，应屈法律以顾人情、情理、民心民俗。<sup>[10]</sup>维系家族、亲属关系的最大纽带是“情理”。儒家伦理中的“情理”乃以亲属关系为原点，以亲伦设譬基础的关于亲属关系原则之理。司法的情理化、人情化的目的在于追求社会和家庭的和谐，而不是一种法上的公平、公正结果。“亲亲相隐”制度、“三纵”制度、赦宥制度等司法诉讼原则，都体现了司法的道德伦理教化意义，并反映了中国传统司法文化对亲情关系原则之理、礼教的孝亲思想、尚情观念的维护以及对人性价值的关怀。

2、传统司法的神秘主义。在中国传统司法文化中，神秘主义的鬼神观念、因果报应观念、神明裁判以及天理观、天道观是非常重要的观念。在以农业生产为基础的中国传统社会，人们面对无法抗拒、无法理解的自然界的力量，一开始就存在着宗教崇拜和鬼神信仰。鬼神、天地自古被认为是一体的，是宇宙间万事万物的最终决定力量。所谓“山林川谷丘陵，能出云，为风雨，见怪物，皆曰神”，而“人死曰鬼”。<sup>[11]</sup>自殷周始，“天”作为鬼神的代名词出现，鬼神观演变为天人之辩。春秋时期后，神秘主义鬼神观、宗教观逐渐被儒家化，形成来了“天人合一”的观念。儒学中的“天人合一”即是融合了自然规律、伦理原则和阴阳五行学说的神秘主义观念，成为儒者思维模式以及司法观念所构成部分，并直接作用于司法过程的各个环节，也极大影响着司法制度的建构。神秘主义对司法观念的作用主要表现为“天理观”和“天道观”。“天网恢恢，疏而不漏”，“天理昭昭”等即是体现神秘主义色彩的刑罚惩罚观。在传统的司法观念中，犯法即是悖于天理，“获罪于天，天无所祈也”，凡触犯天条，藐视天理者必遭惩罚，而无有逃脱者，是谓“今人皆处天下而事天，得罪于天，将无所避逃之者矣”，“爱人利人者，天必福之；恶人贼人者，天

必祸之。”<sup>[12]</sup>按照儒家学说，各种自然现象与司法都存在着某种不可分割的联系。中国传统司法中的“秋冬行刑”制度就是受儒家的“天人合一”、讖纬五行等天道自然观影响而形成的司法仪式。儒家的天理观和因果报应观还体现在“赦宥”制度上。历代统治者往往因为天降灾异而将其与冤狱联系，下诏令清理狱讼，或因天降祥瑞而大赦天下以烘托喜悦气氛。韦伯曾经将诸如此类的“巫术信仰”看成是中国传统司法制度权力构成的最基础部分。<sup>[13]</sup>在中国传统司法过程中，还经常有神灵启示帮助断案。上古虞舜以“獬豸神羊”的传说即为典型案例，皋陶以神羊治狱，若遇有争讼，便使神羊裁判，神羊亦称独角兽，其性神灵，知有罪无罪，有罪者则以角触之。<sup>[14]</sup>春秋时，仍保留了神羊裁判的痕迹，若“有二人争讼，法官不能决，令羊裁判，分别读双方讼辞，结果羊冲决一方，即为败诉”。<sup>[15]</sup>齐庄公遇到重大诉讼，“乃使二共一羊，盟齐之神，二人许诺，读中里徼之辞，未半也，羊起而触之，折其脚，祧神之而槁之，殪之盟所。”<sup>[16]</sup>

3、传统司法的全能主义。中国的传统司法无论在组织结构、权力分配，抑或观念层次上，都体现了全能主义特征。中国古代的司法机关从一开始就是一种全能型的设置模式，行使着广泛的权力。中国古代司法制度的一个突出的特点就是司法尚未从行政、立法中脱离出来，行政与司法合而为一，司法权实际上是由行政官员行使的。这样的直接后果就是司法权依附于行政权，司法体现的是行政权威，国家本身的功能分工程度较低。从中央司法组织结构来说，皇帝处于国家政治体系的顶端，具有无限的、不可侵犯的权力，也是最高司法权的拥有者，是谓：“天下之事无大小皆决于上。”<sup>[17]</sup>在法律与皇权之间，法律无疑是处于附属地位，丧失了独立性。帝王的命令即是法律，他的裁判就是最后的裁决。在司法上，罪与非罪的界限以及重罪与轻罪的衡量标准，均由皇帝确定。在地方组织结构上，全能型司法体现为行政管辖就是司法管辖，地方行政长官兼理司法权，民间对官员的形象就是走堂审案的法官。<sup>[18]</sup>瞿同祖先生曾经说：“州县官听理其辖区内所有的案件，既有民事也有刑事。他不只是一个审判者。它不仅主持庭审和作出判决，还主持调查并且讯问和侦察罪犯。用现代的眼光来看，它的职责包括法官、检察官、警长、验尸官的职务。这包括了最广义的与司法相关的一切事务，未能依法执行这些职务将引起（正如许多法律法规所规定的）惩戒和处罚。”<sup>[19]</sup>中国传统的全能型司法由司法官主导诉讼的整个过程，全凭司法官一人进行独

断式的裁判。在这种家长式的审判程序中，原告、被告、证人以及仵作（鉴定人）被看作是刁儿顽童，只能跪着接受司法官的审讯，基本没有控辩式的争论。日本学者滋贺秀三认为，这种司法“在中华文明这一同样具有普遍性的世界里保持了两千年以上不变的传统，在此意义上可以说正是与‘竞技型诉讼’恰成对照的典型。”<sup>[20]</sup>全能型的司法形式有一个确定的前提，即掌握司法权的统治者和官员在道德人格上应该是无可指责的。宋元以来的小说、戏曲等文艺作品中塑造了各种德化楷模的官形象，反映了民间对清官文化的信仰。而且，法官的道德品格与司法判决的正当性几乎是同义词。在道德上，统治者、法官只要具有高尚道德人格，自然耳聪目明，也就能明察秋毫，作出合理、合法的裁判。在普通民众心中，“清官总是万能的”。<sup>[21]</sup>这样的思考倾向使得案件的审理由原来的严格意义上的法律问题，获得了道德意义，成为一个纯粹的道德问题。然而，司法上的全能主义倾向势必影响制约机制的建构，也为人治主义奠定了基础。由于司法官的非专业化和司法审判程序的不确定性，司法领域往往受外行知识的控制，司法论证充满着非逻辑性和任意性，司法官缺乏必要的客观标准的问案方式，不重视程序要件，以“五声听狱”的形式进行审判，即以司法官一人之直感，测被告人难以揣度之心，职责尽在法官一人。这难免会流于主观臆断。而且辅之“以五刑听万民之狱讼”的刑讯之制，这就很容易造成许多冤假错案。即使对于具有较高道德品格的“清官”来说，这种情况也屡见不鲜。

4、传统司法中的和谐主义。一位老资格的美国著名法学家魏格摩曾经说过：“中国民族是很特殊的，他们是世界上最爱和平的民族。”这句话显然是建立在他对中国文化很深的理解基础上的。儒家伦理哲学即以秩序和谐为基本的价值理想。所谓的秩序和谐，就是以“天人合一”、“万物一体”之“和”为最高的境界，倡导人与自然、人与社会、人与人之间的和谐相处。世无争，行有矩，则内外有序，天下有治。根据儒家之和谐主义思想，人与社会、人与人之间的和谐相处乃是“礼”运用于治世中的最高层次。是谓：“礼之用，和为贵。先王之道斯为美，小大由之。”<sup>[22]</sup>儒家伦理对礼的倡导在于建立一个没有法律、没有纷争的社会，“闾里不讼于巷，老幼不愁于庭”那样一种理想的和谐状态即是天下大同的理想境界。在儒家的法哲学思想中，“礼”与“和”是相互作用的，互为目的。“礼”的作用在于“和”，而“和”是维系“礼”的

重要手段。和睦无争即是礼，而争讼则是对礼制的破坏。在儒家和谐哲学看来，争讼产生的原因在于利益心太重，而礼教、节制不足，是谓：“欲恶同物，欲多而物寡，寡则必争矣”。<sup>[23]</sup>正如一位奥地利学者所言：“儒家哲学尝试将礼节普及全民，确信人民如果经由正确的伦理教导，学习守礼、且变得谦逊有礼，那就不再会有争执，因此法律与惩罚是多余的。反之，当有人尝试靠法律与巨细靡遗的惩罚来统治时，人民只会设法逃避惩罚，而不培养廉耻心。至于争讼的存在本身已是一个道德堕落的象征。”<sup>[24]</sup>争讼纠纷为礼制所恶，然而，“自有生民以来，莫不有讼。讼也者，事势之所必趋，人情之所断不能免者也”。<sup>[25]</sup>既然“无讼”不可能，纷争难以避免，就只有冀求“息讼”。如明代律法规定：“各州县设立申明亭，凡民间应有词状，许耆老里长准受于本亭剖理”，进行讼前调解，把诉讼消灭在萌芽状态。即使对于已经存在的诉讼案件，官方也劝诫和提倡“可息便息，宁人之道，断不可执持成见，必使终讼，伤闾党之和，以饱差房之欲。”<sup>[26]</sup>在大多数告到衙门的案件，司法官都会反复地敦促双方当事人进行私了，能够进入正常审理程序的，不足一半。正是在“和为贵”和“无讼”治世理念的支配下，形成了以“息讼”乃至“反诉讼”为中心的司法体制和司法操作方式。美国学者杰罗姆曾经对中国传统司法的“反诉讼”倾向进行评价说：“那些诉诸法庭的人不会得到任何同情，这样一种对待他们的态度，无疑会使他们厌恶法律，并且一到司法行政官面前就浑身哆嗦。”<sup>[27]</sup>从这个角度来看，儒家的和谐哲学传统司法中产生“非讼化”倾向的直接思想根源，同时也造就了人们的厌讼、贱讼的心理。在中国的传统司法中，调解息讼的机制十分发达，几乎成为社会的共同意识。无论是正式的司法还是民间的调处，“强调的都是维护群体的秩序与和谐，而非个人正义与权利的发扬。和谐被视为不易的真理，冲突是不好的，如果不能避免，最好也能迅速和解，让和谐的秩序重新恢复。”<sup>[28]</sup>从本质上看，调解息讼做法反映了“礼”对于传统司法过程的渗透，其根本目的在于通过息事宁人、道德教化，努力营造一个和谐无争、礼义有序乃至天下无讼的社会秩序。

### 三、中国司法文化传统的时代价值

对于当代的司法改革运动来说，中国传统的司法文化究竟有无现代意义呢？对于这个问题，我们可以从不同的侧面予以回答。一方面，由于社会语境和社会结构的根本不同，中国传统的司法文化作

为整体已经无法适应现代社会的需要了。随着社会语境的变迁, 中国传统的司法文化体系逐渐式微乃是不可避免的事情。另一方面, 尽管中国的司法文化传统中确实存在着与现代司法精神相悖的因素, 但它的现代意义仍不可忽视, 也就是说, 在传统与现代之间, 中西之间尚有许多可以衔接和沟通的司法理性因素, 而且, 中国数千年的司法文化传统通过“因革损益”, 不断地进行着自我调整和革新, 从而很好地适应了社会发展的需要, 也促进着中华法治文明的高度发展。进一步来说, 中国司法文化传统本身蕴涵了变化的潜力和适应未来的可能性, 这也意味着对于当代法治建设特别是我国的司法现代化改革离不开对中国的司法文化传统的总结和继承。

中国传统司法的缺陷是很明显的, 前面已经有所提及, 在此就不作过多的陈述。由于观点迥异的叙事方式, 在一些学者那里, 中国的司法文化传统除了专制主义、人治主义、淡漠权利以及司法专横、司法残酷之外, 别无价值, 更无可资传承的资源, 因此对其予以全盘否定。这显然是对中国传统司法文化的严重误读, 更是对自己历史缺乏真实记忆的片面之见。正是为了对这一说法进行“矫枉必须过正”式的处理, 本文以下侧重于传统与现代的衔接和转化问题, 力图挖掘中国的司法文化传统对于当代司法改革运动的现实价值。

首先, 中国传统的司法文化有着浓郁的人文主义精神。这种人文精神虽然不能以现代意义上的人文精神概念来理解, 但它同样包涵了对人格价值的尊重。中国的司法文化传统关注于人的生命的价值, 并为此创制了一些独具特色的制度, 如“亲亲相隐”制度、“三纵”制度、秋冬行刑制度、复奏、秋审、朝审、赦宥制度等司法诉讼原则和恤性制度, 都体现了司法的伦理教化意义, 反映了传统司法对孝亲观念的信仰和人性价值的尊重。“在近代以前的世界范围内, 这些规定和制度称得上是仁慈和人道的”。<sup>[29]</sup> 中国传统的司法文化高扬儒家的信念伦理, 没有陷入西方社会司法过程中的法律形式主义, 没有把对人情化的社会生活的调整完全寄托于僵硬的法律, 强调司法审判应以儒家的道德伦理为根据, 把“礼”看作是比法律更为重要的规范, 反映了中国传统司法文化对人道的终极寄托。虽然传统司法的伦理化特性在相当程度上导致了对法治主义的轻视和怀疑, 也为法律领域中的人治主义倾向提供了可能, 但在另一方面, 对于当前的司法现代化建设而言, 它也体现了人们对诚实与正直、善

良与正义、安全与和谐以及社会福祉理想的诉求。同时, 传统司法将道德作为合理性的尺度, 借助人们认同的原则和标准, 使道德约束和法律主治彼此协调, 相得益彰, 共同发挥着社会控制的机能, 显然在当代社会仍不乏积极意义。

其次, 中国传统司法文化强调司法人员的道德自律。在传统中国法律体系中, 道德律几乎是法律的化身, 属于“真正的法律”。道德规范不仅统治着整个司法过程, 甚至还构成了司法权合法性的前提。在儒家道德伦理哲学看来, 司法过程应该是“刑仁讲让, 示民有常。”<sup>[30]</sup> 掌握司法权的统治者和法官在道德上成为社会的楷模, 这样才能使人们对判决结果心服口服, 也才能使法令得以在社会中顺利实施。是谓: “子欲善而民善。” “其身正, 不令而行; 其身不正, 虽令不从。”<sup>[31]</sup> “政者, 正也, 子帅以正, 孰敢不正。”<sup>[32]</sup> 传统司法文化对于司法人员的道德要求, 在于确证司法过程与结果的合法性和权威性。在中国传统司法文化中, “仁”作为一个司法官应遵守最基础的道德纲目, 包含了司法官的内在的、主观的自我修养和道德自觉意识。“仁”的价值在于它能为司法上的日常行为提供根本指针。孔子谓: “克己复礼为仁。一日克己复礼, 天下归仁焉。为仁由己, 而由人乎哉?”<sup>[33]</sup> 这里的“仁”主要意味着一种个人的、内在的道德。就司法官的品性而言, 为了积极实践“礼”的社会功能, 司法官必须自我克服与自我修养, 也就是应通过司法官的道德自律去弘扬仁义, 从而达到为政者的理想人格, 也才能“使仁爱”精神贯彻于社会。中国传统的司法文化强调司法官的道德自律和道德修养也恰恰是当前的司法改革运动所不可或缺的。因为要建成现代型的司法, 实现司法正义不仅在于制度建设的完善, 而且在于法官的文化修养和道德自律的培育。当前的法官文化的现代化建设正是在对单纯依赖于对法官制度约束所存在着局限性的反思的基础上提出来的, 它通过加强法官的职业道德建设, 提高法官的道德素质, 建构司法人员群体的共同价值观念来确保司法公正。因此, 中国传统司法文化中的通过道德自律以及在社会中施行仁义的精神, 在相当程度上能够与当前的司法改革运动相耦合, 进而成为推动我国司法现代化建设的道德纽带和精神杠杆。概而言之, 在对待中国传统司法文化资源问题上要有所选择, 有所扬弃, 去芜存菁, 弘扬优势, 规避缺陷才是司法现代化运动的基本态度。

## 【参考文献】

- [1] 殷鼎. 理解的命运 [M]. 北京: 三联书店, 1988. 257- 258.
- [2] 吉伯特·威尔士, 亨利·诺曼. 龙旗下的臣民——近代中国社会与礼俗 [M]. 北京: 光明日报出版社, 2000. 260.
- [3] 费孝通. 乡土中国 [M]. 上海: 上海观察社, 1948. 5.
- [4] [8] 瞿同祖. 中国法律与中国社会 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 254- 255, 256.
- [5] 荀子·荣辱篇 [Z].
- [6] 范晔. 后汉书 [M]. 陈宠传 [A]. 北京: 中华书局, 1982.
- [7] 礼记·典礼 [Z].
- [9] 春秋繁露·精华 [Z].
- [10] 范忠信. 中国法律传统的基本精神 [M]. 济南: 山东人民出版社, 2000. 359.
- [11] 礼记·祭法 [Z].
- [12] 墨子·明鬼 [Z].
- [13] 韦伯. 儒教与道教 [M]. 洪天富译. 南京: 江苏人民出版社, 1997. 226.
- [14] 王充. 论衡 [Z].
- [15] 墨子·明鬼 [Z].
- [16] [唐] 李冗. 独异志 [Z].
- [17] 司马迁. 史记·秦始皇本纪 [Z]. 北京: 中华书局, 1959.
- [18] 郭建. 帝国缩影——中国历史上的衙门 [M]. 上海: 学林出版社, 1999. 196.
- [19] 瞿同祖. 瞿同祖法学论著集 [C]. 范忠信译. 北京: 中国政法大学出版社, 1998. 443.
- [20] 滋贺秀三. 清代诉讼制度之民事法源的概括性考察 [A]. 王亚新, 梁治平. 明清时期的民事审判与民间契约 [C]. 北京: 法律出版社, 1998. 85.
- [21] 黄仁宇. 万历十五年 [M]. 北京: 中华书局, 1982. 153.
- [22] 论语·学而 [Z].
- [23] 富国 [Z].
- [24] 田默迪. 东西方之间的法律哲学——吴经熊早期法律哲学思想之比较研究 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2004. 85.
- [25] [清] 崔述. 无闻集·讼论 [Z].
- [26] 汪辉祖. 佐治药言 [Z].
- [27] 诺内特、塞尔兹尼克. 转变中的法律与社会——迈向回应型法 [M]. 张志铭译. 北京: 中国政法大学出版社, 1994. 47.
- [28] 林端. 儒家伦理与法律文化——社会学观点的探索 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2002. 16.
- [29] 布迪·莫里斯. 中华帝国的法律 [M]. 南京: 江苏人民出版社, 1993. 435.
- [30] 礼记·礼运 [Z].
- [31] 论语·子路 [Z].
- [32] [33] 论语·颜渊 [Z].