



司法学研究丛书

主编：曹文泽 崔永东

中国传统司法文化研究

ZHONGGUO CHUANTONG
SIFA WENHUA YANJIU

崔永东 等 / 著



人民出版社

中国传统司法文化研究

ZHONGGUO CHUANTONG
SIFA WENHUA YANJIU

崔永东 等 / 著

 人民出版社

责任编辑:张立

封面设计:周涛勇

责任校对:张红霞

图书在版编目(CIP)数据

中国传统司法文化研究/崔永东等著. —北京:人民出版社,2017.1

(司法学研究丛书/曹文泽,崔永东主编)

ISBN 978-7-01-017302-3

I. ①中… II. ①崔… III. ①司法制度-法制史-研究-中国 IV. ①D929

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第019818号

中国传统司法文化研究

ZHONGGUO CHUANTONG SIFA WENHUA YANJIU

崔永东等 著

人民出版社 出版发行

(100706 北京市东城区隆福寺街99号)

涿州市星河印刷有限公司印刷 新华书店经销

2017年1月第1版 2017年1月北京第1次印刷

开本:710毫米×1000毫米 1/16 印张:25.5

字数:405千字

ISBN 978-7-01-017302-3 定价:78.00元

邮购地址 100706 北京市东城区隆福寺街99号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

版权所有·侵权必究

凡购买本社图书,如有印制质量问题,我社负责调换。

服务电话:(010)65250042



司法学研究丛书编委会名单

编委会主任：何勤华 杜志淳 曹文泽

编委会副主任：王秀红 崔永东

主 编：曹文泽 崔永东

编 委（按姓氏拼音首字母排序）：

曹文泽	崔永东	陈光中	陈金钊	杜志淳	付子堂
范明志	吉罗洪	顾功耘	黄 毅	何勤华	罗培新
李雪慧	李玉福	李玉生	罗厚如	刘晓红	卢上需
刘作翔	王守安	叶 青	杨忠孝	郑成良	朱 勇
张保生	赵晓耕				

序

中国传统司法文化作为中国传统文化的一部分,根植于深厚的中华文化土壤之中,凝聚着中华民族的法律智慧、政治智慧、哲学智慧与伦理智慧,也是“中华法系”的一个重要组成部分。

中国传统司法文化是一个包括司法思想与司法制度在内的文化系统,在这一系统内,司法思想是核心结构,司法制度是表层结构,后者往往受到前者的影响。

长期以来,中国传统司法文化被当成一种落后的糟粕加以否定,而对其中的积极因素注意不够,影响到了人们对其所应秉持的客观态度。今天,我们应当全面客观地对待中国传统司法文化,用一种理性、公正的心态对其加以研究,区分其中的精华和糟粕,努力发掘其中的积极因素,并为今天的司法改革和司法文明的进步提供有益的借鉴。

在中国传统司法思想中,儒家司法思想是其主流。儒家司法思想的基本特点是“仁道”、“中道”、“和谐”,而“仁道”代表了儒家司法思想的基本价值取向。“仁道”是一种爱人之道,提倡对人的关爱、尊重,尤其强调尊重人的生命价值,这与今日的“人道主义”有相通之处。应该指出,封建时代的司法制度尽管并未全面贯彻儒家的“仁道”精神,但其中某些具体的司法制度还是体现了对“仁道”价值的追求。

例如,封建时代的“直诉”制度是一种当事人可直接上访、上诉或上诉于中央司法机构的司法制度,对蒙受冤屈者能起救济的作用;再如,古代的赦宥制度是一种对重刑犯赦免宽宥的制度,客观上起到了减少死刑适用、减轻刑罚的作用;另外如“存留养亲”制度是一种对家无成丁奉养父母的罪犯进行宽宥

的制度,该制度体现了某种人道关怀;还有如死刑奏报制度(唐代有“三覆奏”、“五覆奏”之说)、死刑监候制度(清代有“斩监候”、“绞监候”)体现了一种对死刑的慎重态度;如此等等。以上各种具体制度,在当时均有一定的合理性,都在一定程度上体现了“仁道”精神。

目前,我国提出了“文化强国”方略,力争民族文化的大发展、大繁荣。民族文化的发展繁荣需要我们做到“返本开新”,既继承民族传统文化中的优秀内容,又要有所创新(当然其中也需吸收其他民族文化中的优秀内容)。因此,我们理应对中华优秀传统文化给予必要的尊重,这种态度会衍生一种民族自信力。应当认识到,民族文化的创新是以民族文化的自信、自觉为前提的。

对中国传统司法文化,我们在分清其精华糟粕的前提下,要着眼于发掘其中的优秀内容,让那些具有永恒价值的元素在今天的司法实践中仍发挥其生命力,使其成为今日新型司法文化构建的“源头活水”。我们认为,今日构建的新型司法文化,应该是既有民族特点又能符合世界潮流的司法文化,是一种体现人道精神、展现人的尊严的司法文化。

正是立足于上述认识,我们开展了“中国传统司法文化研究”(最高人民法院2011年度重大科研项目)这一课题的研究工作,经过课题组成员的群策群力和忘我工作,终于将这样一部凝聚着各位研究者心血和智慧的书稿奉献在读者面前。

当然,该书因时间所限,肯定还有不少缺憾,请广大读者不吝批评指正。

本书由华东政法大学司法学研究院院长崔永东设计篇章结构。撰稿过程中的具体分工如下:第一章,撰稿人为宋大琦;第二章,撰稿人为陈煜;第三章,撰稿人为冯国泉;第四章,撰稿人为李超;第五章,撰稿人为崔永东;第六章,撰稿人为崔永东、刘家楠、余寅同、闵东芳、李振勇。全书由崔永东统稿。

该书在写作过程中,得到了中国政法大学终身教授张晋藩先生、最高人民法院司法改革办公室孙万胜副主任及胡夏冰处长的指导帮助,特此致谢。

崔永东

2016年7月30日

目 录

序	/ 1
---	-----

第一章 中国传统司法文化的背景和特色	/ 1
--------------------	-----

- | | |
|-----------------|------|
| 一、作为社会基础的小农经济 | / 1 |
| 二、家国同构的政权组织方式 | / 3 |
| 三、礼法合一的社会整合方式 | / 11 |
| 四、儒家伦理主导下的文化共同体 | / 20 |
| 五、中国人的正义观念 | / 31 |
| 六、诉讼文化心理及其根源与影响 | / 38 |

第二章 中国传统司法制度及其基本特点	/ 53
--------------------	------

- | | |
|---------------------|-------|
| 一、行政权力主导下的司法机构 | / 53 |
| 二、兼顾和谐与公正的民事诉讼 | / 74 |
| 三、严格谨慎的刑事侦查和审判 | / 87 |
| 四、系统完备的司法监察制度 | / 100 |
| 五、古代史上几次重大的司法改革 | / 108 |
| 六、中国传统司法制度的特点及制度外群体 | / 121 |

第三章 中国传统司法思想及其基本特点	/ 132
--------------------	-------

- | | |
|----------|-------|
| 一、西周司法思想 | / 132 |
| 二、儒家司法思想 | / 147 |
| 三、法家司法思想 | / 164 |
| 四、道家司法思想 | / 177 |

五、传统司法思想的基本特点 / 187

第四章 中国传统司法文化的近代转型 / 218

- 一、司法体制近代转型的原因 / 218
- 二、近代司法改革的设计构想与司法规划 / 232
- 三、近代中国法院体系的建立与发展 / 246
- 四、近代中国的法官选任制度 / 261
- 五、近代中国诉讼法律的产生和发展 / 275

第五章 中国传统司法思想的现代启示 / 292

- 一、“仁道”司法思想的现代启示 / 292
- 二、“中道”司法思想的现代启示 / 303
- 三、“谐和”(和谐)司法思想的现代启示 / 320
- 四、“教化”司法思想的现代启示 / 324

第六章 中国传统司法制度的现代启示 / 345

- 一、审判责任制度的现代启示 / 345
- 二、证据制度的现代启示 / 348
- 三、死刑司法制度的现代启示 / 353
- 四、录囚、直诉、会审制度的现代启示 / 364
- 五、监察制度的现代启示 / 375
- 六、亲属相隐与存留养亲制度的现代启示 / 380

参考文献 / 390

第一章 中国传统司法文化的背景和特色

一、作为社会基础的小农经济

（一）小农经济的自然成因

中国地处世界上最大的陆地亚欧大陆东部,最大的大洋太平洋西岸,在同纬度的其他地区多为亚热带、温带沙漠,但由于亚欧大陆面积太辽阔,其腹地形成与海洋正好相反的气压带,夏季海洋气压高而内陆气压低,气流从海洋流向内陆,形成湿润的东南季风,冬季内陆气压高而海洋气压低,气流从内陆流向海洋,形成干冷的西北季风。季风的力量如此之强大,以至将纬度对气候,尤其是对降水的影响削弱了很多。又由于疆域内地形西高东低的梯级分布,海洋气流在进入陆地的过程中不断被抬升,形成降雨,使东部平坦地区适合于农耕,地形和气候分布使甘肃祁连山脉以北地势相对较低、纬度相对较低一线形成农业走廊,这条走廊一直延伸到今天新疆一带,古称西域。河西走廊南部则西藏,北部则蒙古高原,或高寒,或干冷,不适合农业耕作,历史上多属于游牧民族势力范围。

中国的古代文明就是一片连成区域的农耕文明,在降水量分布图上可以看到,其分布主要就在长城、秦岭一线,恰好是与 400 毫米等降水量线重合,传统农业经济的范围就是传统农业王朝的疆域。当农业王朝强盛时,控制了河西走廊,也就控制了西域,当中原王朝衰微时,河西走廊被游牧民族切断,也就失去了西域。中原王朝的形成和维持的动力不是民族之间的征服和压迫,而

是农业民族共同抵御游牧民族侵扰的需要。^① 如果不组成大一统的国家,农业民族是无法与游牧民族对抗的。有趣的是,北方游牧民族一进入长城以南,很快就变成了农业民族,要与原来的农业人口一起组织起来抵御新的北方威胁。胡汉矛盾根本上是生产方式之间的矛盾。

(二) 小农经济的社会成因

中国古代的农业经济是小农经济。所谓小农经济,是指一家一户为单位的分散的农业生产,它的形成既是限于当时的生产力条件,也是政治、经济、军事、文化等综合因素所致。首先,在当时的生产条件下,很难形成大生产,不以交换为目的的自然经济一般也无大生产的要求。从出土文物看,夏商周时代有大规模人殉的基本是王族,有大规模人殉,说明有人口的集中,但这种人殉皆为王族,说明这些人不是因为经济因素而集中起来的,而是被政治力量集中起来。春秋之后有历史记载,皆未形成常态的大规模集体生产劳动(修长城、修陵墓、战争、徭役等不算),这种情况的形成显然并不是因为缺乏组织手段,而是缺乏社会需要。其次,小农经济的形成与政府对大户的打压有关,汉朝前期出现过生产集中的现象,汉武帝时大规模用法律手段打击豪强,限制民间力量的集中和壮大;到了魏晋南北朝时期,又出现坞堡和门阀,其原因是中央力量削弱,战乱频仍,人民被迫聚居以自保,而趁势壮大;隋唐一统天下后采取了科举制,到宋朝绝大部分官员皆从科举出身,这就将血统因素与政治地位的联系大大降低,从另一个方面抑制了大户的形成和财富的集中。最后,小农经济与中国古代的婚姻继承制度也有关,古代社会婚姻是一夫一妻多妾制,政治地位嫡长子继承,财产上诸子平分,对普通人家来说,只存在财产继承问题,多子而诸子平分,这就使作为主要生产资料的土地不断地被平均下去,难以形成雇佣大量劳动力的庄园。按说中国人的家族观念是易于形成财产集中从而又形成生产集中的,由于上面这些原因的综合作用,中国古代一直是以小农经济为主,强烈的家族、群体观念与分散的经济生产并存。

参照欧洲古代,我们发现,农业生产未必全是小农经济。欧洲中世纪也以

^① 早期国家的形成,学者多以为是共同治水的需要,然而秦汉以后统一大帝国的维持显然是与对抗游牧民族入侵有关的,这从长城的修建、历代王朝财政支出的比例、战争的次数等皆可看到。

农业经济为主,但是,欧洲未形成大一统国家,每个诸侯对外竞争的压力大于内部的张力;而且,中世纪欧洲是农奴制,贵族可以任意支配其治下之民,这就使家庭本位难以对抗“国家”本位,林立的诸侯就像中国古代的豪强,可以驱使其子民集体劳动;再者,中世纪欧洲实行长子继承制,身份和财产皆由长子继承,其他儿子只能得一些浮财,以致结婚都困难,这样社会人口增殖缓慢而且财产不被分散,有利于贵族地位的保持和生产的集中。欧洲中世纪以庄园经济为主,这是它与中国一家一户小农经济的显著不同。

二、家国同构的政权组织方式

家国同构问题的核心是君权与父权的关系。在世界其他文明类型中,只有在氏族社会阶段,社会组织才是家长制的,国家一旦形成,政治权力的运行与亲属关系就再无联系,这个过程被史学称为“地域破血缘”。国家多在民族征服过程中形成,这使其一开始就有强烈的压迫色彩,如古埃及、印度、罗马帝国。另外,一些国家以商立国,加大了人员交流,也在“破血缘”。但是中国国家的形成没有地域破血缘的过程,而是由氏族社会直接过渡到国家,尤其是周的亲属分封制,天下一家。在其他国家中,君主与臣民无亲属关系,贵族与平民(奴隶、低种姓、农奴)不通婚。古罗马等法律也保护父权,但君权与父权没关系。家国同构解决了政治合法性来源问题,与其他古代文明的以君权神授为政治合法性来源不同,古代中国的政治合法性建立在亲权之上。

(一) 周的宗法制与家国真实同构

夏、商、周三代中,周的家国真实同构最为典型,它奠定了中华文明的走向。夏、商二代带有比较明显的邦国联盟性质,夏、商君是天下共主,但与其他邦国之间等级关系比较模糊和松散,其亲缘关系以甥舅为主。周代替商的统治经历了两次战争。第一次是武王伐纣,当时商的主力在征讨东夷,加之周推翻商的共主地位后并未对商族进行屠杀,故商的元气仍在。周替代商后武王很快重病去世,周公摄政,武王的另外两个弟弟管叔、蔡叔不服,勾结纣的儿子武庚发动叛乱,周公二次东征,这次东征打了三年,所及之处地域广大。当时

的情况是土地广而人民少,为了监视各地、巩固国家,周进行了大规模的分封,封邦建国,这是封建制的本意。封建的具体做法是,周天子将自己的兄弟子侄(宗室)和姻亲分封到各地去建国。如周公本人封到鲁(周公自己没去,其子伯禽赴国)、姜尚封齐、武王的儿子叔虞封晋,既封土地,又封人民,实则是派封侯带领着族人到封地去自己建国,有武装殖民的性质。封国人民在当地繁衍生息几代之后人口增多,诸侯再将自己的子侄分封往周边地区,周礼记载“五世而迁”是这种制度的一个反映。这样就形成一个“天子建国,诸侯立家,卿置侧室,大夫有贰宗,士有隶子弟”^①的等级体系。对这种等级秩序的经典描述是“宗法制”。宗法制依靠自然形成的血缘亲疏关系以划定贵族的等级地位,从内部来讲,他防止了贵族间对于权位和财产的争夺,使之形成一种“礼序”。在宗法制度下,从始祖的嫡长子开始传宗继统,并且世代均由嫡长子承继。这个系统称为大宗,嫡长子称为宗子,又称宗主,为族人共尊。和大宗相对应的是小宗。在一般情况下,周天子以嫡长子继统,众庶子封为诸侯,历代的周天子为大宗,这些诸侯就是小宗。诸侯亦以嫡长子继位,众庶子封为大夫,这些大夫为小宗,而诸侯则为其大宗。大夫也以嫡长子继位,为大宗;众庶子为士,即小宗。在宗法系统里,诸侯和大夫实具有大宗与小宗双重身份。传统对宗法制的研究侧重于其如何稳固贵族阶级的内部秩序,本书这里的角度是,在宗法制的情况下,君亲是合一的,周天子是天下共同之大宗,在一个封国内,国君又是国内之大宗,天下一家,君父合一是一个事实。

在人类的任何历史时期,任何政权都要回答一个问题,即“凭什么由我来统治”,这就是政权本身的合法性问题。早期国家大都以神话叙事的方式,把统治者虚构为超能的神、神的后裔或神的代言人,这就是君权神授。夏、商的政权合法性解释就带着浓厚的君权神授色彩,他们不断地通过对天、上帝的祭祀来确认这种合法性。君权神授不能仅仅理解成统治阶级的欺骗,它也是一种真实的信仰,有时统治者自己也被这种信仰所迷惑。武王伐纣时打近商都,纣王不理解为什么会这样,还发出了“我不有命在天乎”的疑问。周的政权合法性基础在早期国家中比较独特,它是建立在血缘亲情的基础上的,君王的合法性与父亲的合法性一样不证自明。这使整个国家的社会文化都蒙上了一层

^① 《左传·桓公二年》。

温情脉脉的面纱,法律关系同时也是亲情关系,这使得礼法的制定和纠纷的解决必然受到亲属关系的影响。

(二) 汉朝之后的家国拟制性同构

秦朝统一天下后,君主与臣民之间没有了亲属关系。事实上,家国真实同构在统一的大帝国内是不可能的,它只能在早期小国寡民、层层封建的情况下才能实现。经过春秋战国几百年的兼并战争和人口情况变迁,地域破血缘在战国时期就已经是事实。韩非子指出,君与臣之间没什么亲情,不过是赤裸裸的利益交换关系,并因此而创立的新的政治学说。当时还是秦王的嬴政对此十分赞赏,说出了能见此人一面终身无憾这样的话。秦国人地处西鄙,没有中原国家那样深厚的文化传统,同时也就没有中原国家那么多的亲情礼仪包袱,没有那些依赖旧秩序格局的利益集团的阻碍,他们进行以赤裸裸的功利诱惑为导向的改革时,所受到的阻力较小,成功概率自然也比中原国家要大。当时的情况是,法家多出于三晋,而施展抱负在秦国。法家思想兴于中原、用于西戎的主要原因就是秦国本来就君臣无亲。

法家的功利主义、斗争哲学给秦国带来了巨大的成功,但是,一旦天下一统,法家的斗争哲学就失去了斗争对象,难以继续像以前一样发挥作用。秦很快就亡了,其成功于不讲人情,也失败于不讲人情。贾谊总结秦速亡的原因说:“仁义不施而攻守之势异也”,代表了汉朝初年统治集团的集体反省。缔造汉朝的刘邦军事集团核心成员多是秦朝的基层官吏,他们熟悉秦的制度运行,也继承了秦的制度遗产。汉承秦制,这是一个历史事实,然而汉朝的政治哲学却与秦大不相同,这也是个事实。汉在制度上继承了秦,在意识形态上却继承了周,二者之间的调适经历了很长一段时间。

汉朝初年,统治集团看到了周朝的长久与家国同构的政权组织形式有很大关系,同时认为秦的速亡与没有诸侯帮助有关,于是就主张学习周的封建制。汉初先是封了一些异姓王,其有不得已的安抚功臣的因素,后来朝廷又分封了很多刘姓王,这就是有为之了。但是,地域破血缘、郡县代封建已经是不可逆转的历史趋势,上层建筑无法彻底改变经济基础,后来中央不得不又花很大力气撤销封国。周的封建行不通了,秦的一味依靠武力也行不通,汉朝经过了七八十年的探索,终于走出了一条周制与秦制相结合的道路。这条道路

就是“拟血亲”的政权组织方式,即国与家拟制性同构,君臣的政治关系被蒙上一层温情脉脉的血缘面纱,被比拟为父子关系。事实上,我们看到,首先周的家国同构是真实的,而汉的家国同构不是真实的,只是一种意识形态,里面包含很大张力,这就需要汉朝统治者必须进行理论创新,为虚拟关系提供貌似真实的依据;其次,统治者还必须一再加强意识形态的束缚,使人们安心于这一虚拟事实;最后,皇权与父权及族权的关系必须达成某种妥协和纾解。在第一方面,以董仲舒为代表的汉儒今文经学派作出了很大贡献,他们引入阴阳家的一些思维方式,把先秦抽象模糊的“天”的概念具体化,创造了天人感应理论,将天人关系,尤其是天和皇帝(天子)的关系也拟制为血亲关系,这样,家国的拟制同构就取得了天道的基础,变得扎实。从汉朝到清朝,尽管政治哲学,也就是政权合法性论证方式有所更新,政权组织形式的家国拟制同构的本质一直没变过。期间君权与亲权的斗争也往复不已。拟制性同构下的君权与父权事实上是有矛盾的,俗话说“忠孝不能两全”就是民间的一种生动反映。宗法观念会造成宗族势力的加强,从而威胁中央集权的安全,历朝政府对宗法宗族是既利用又提防打压,政权稳定的时候朝廷多强调皇权对父权的优越性,而且也能实现这种优越性。但是,当乱世来临的时候,大家族的生存能力优势就表现出来,人们十分愿意聚族、收族以自保,于是宗法宗族强大起来,汉末豪强、魏晋南朝时的士族门阀势力都是皇权衰弱、族权强大的表现。无论如何,家国拟制性同构对中央大一统国家的维护正面作用是主要的,它也带来了如对皇权“爱民如子”的要求等一系列政治文化现象。

(三) 传统政治文化的伦理型特点

理论有自身的逻辑,它必须是圆融的——除非它本身就不想讲理。汉代以来的家国拟制性同构既为皇权提供了合法性基础,同时也对皇权提出了一系列伦理性要求;既对臣民提出了伦理性的政治义务,也赋予了臣民向政权“亲情式索取”的权利。它导致了一系列被马克思称为“东方专制主义”的政治文化特征。

中国的“东方专制主义”是一种父权制的威权政治。在家国同构的政治条件下。君主一方面是政治上的最高统治者,另一方面必须扮演伦理上慈父的角色。不管皇帝实质上是不是一个暴君,他都有义务表现得慈爱,他从小所

接受的政治伦理教育塑造他以天下为家的责任意识,继位后,作为儒家伦理的承担者的大臣们一再提醒、告诫他必须像个慈父。父权观念深入人心,甚至在语言中中国人已经无法将家和国分开。“国家”一词,英文偏重指地域的为 country,偏重于指民族的为 nation,偏重于指政府的为 state,指一个生活在同一地域的、有相同血缘文化的政治共同体。在中国,国是放大的家(family),而英文 family 却毫无“国”的意思。国君在享受最高权力和尊严的时候必须承担起最高的责任,甚至是根本与他无关的责任,“万方有罪,罪在朕躬,百姓有过,在予一人”。^①这种在远古形成的观念在汉朝以后被以天人感应的形式继承下来,人祸天灾皆由皇帝来承担责任,而且是对“天”的伦理责任。国家不治是皇帝没有照顾好自己的子民,这是对“天父”的不孝。直到清朝,皇帝还一再对全国发布罪己诏,对天以及天下百姓检讨自己的错误。皇帝的权力虽然缺乏制度性的制衡,但是受到的伦理文化约束力是很强大的。同时,守牧一方的郡守县令被视为这种父权在地方上的代表,被称为“父母官”。父权制是一种威权政治,它也是专制制度的一种,但是与一般专制制度不同的是,它是伦理型政治,不是法治性或行政控制性的专制政治,政治关系被看成是一种伦理关系,政治主体皆受到伦理的制约。

但是秦汉以后,在大一统的郡县制国家内,君与臣、民毕竟不是家族关系,政治与伦理之间不仅有亲和,也有张力。在周代,任人唯亲天经地义,统治者与被统治者是家族内部关系,而在秦代以后,任亲与任贤之间就是一个矛盾。任亲则返回封建制,行不通;郡县制要求任贤,在郡县制之内任人唯亲其腐败成本极其高昂。最后,历史选择了天子任亲,臣工任贤的方法,它在皇帝位继承上采取周式的宗法制标准,力图避免因争夺最高权力而产生的斗争和动荡,在官员的选拔上采取任贤标准,鼓励良性竞争。这是当时历史条件下最好的方法。官员任贤的办法历代有所发展,汉朝采取察举制,魏晋乱世官员任亲有所反复,体现为门阀制度,隋唐发明科举制度,宋朝科举大昌。明清两代则官员绝大部分皆由科举出,科举不但成为求官的手段,本身也成为一种价值追求,文化秩序与政治秩序高度合一。皇帝制度也有一定发展,宗室、外戚、宦官、权相、母后、藩镇六种人干扰最高权力的继承和实施,从而带来国家灾难的

^① 《尚书·尧曰》。

情况在早期多有发生,在后期则以制度化的方式基本解决。尽管如此,大一统国家与宗法制合法性理论基础之间的张力对国家的困扰一直没有终止。

(四) 行政权及其与宗法制的配合

当我们说一种政治是威权政治的时候,强调的是它的合法性来源在于“威权”,可以是亲权的威权,可以是神权的威权,也可以是真理的威权。当我们说一种制度是专制制度的时候,强调的是它是以一种自上而下的“命令—服从”模式来运行的。专制未必依赖威权,赤裸裸的专制不需要威权,只需要力量;但是威权政治却极易导致专制,尤其是在较大的政治共同体内。在大共同体内政治不能仅仅依靠自身的威望实行统治,它必须借助一套官僚体系。在传统小农经济的条件下,国家政令的推行和社会的整合通过行政化的手段进行,社会运行以组织为中心而不是以规则为中心,以“支配—服从”关系为主而不是以“规则—博弈”关系为主,这是正常的。现代人所期待的法治关系事实上是一种平等主体之间的关系,只有在主体的相对平等成为一种事实而不仅仅是理想的时候才能实现。中国古代社会曾经有过民间力量壮大的机会,但统治者的治国指导思想一直是集权化的,其中既有“不患寡而患不均”的儒家价值作用,也有最高统治刻意削弱民间社会以消除统治隐患的自私考虑。也就是说,以低效换稳定有时是政府有意为之的。同时,社会的等级化有时也是政府刻意维持的,这能使国民的力量在等级斗争中消耗掉,从而保障皇权的安全。在等级化、组织中心主义的社会里,行政权力成为主导性的权力,司法权没有独立地位,被看成是行政权的一部分。政府的司法行为事实上不是就两个平等主体之间的争议进行中立的裁决,而是为民“作主”,这使得司法活动的负担大大增加。司法官不但要负责对是非的裁决,而且要负责事实的调查,这反过来又加强了司法的行政化,因为只有行政权力才能够动员足够的资源来保障实质公正。这样的循环发展下去事实上是把政府往“全能”方向推,必大大增加政府的统治成本。宗法制的观念和社会结构这时为政府分担了不少负担。在宗法制的社会结构下,人际关系大都是人伦关系、亲缘关系,这时候人们是不愿“家丑外扬”的,而政府也十分乐于甚至培植宗法力量来实现自己的“息讼止争”目的。我国秦汉中央政府以来一直在削弱宗族势力,但在明清两代,又大规模培植民间宗法力量,在南方表现尤其明显,今天尚

遗存的祠堂可见其一斑。先抑而后扬的主要原因是科举制的成熟有效解决了宗族势力过于壮大、把持政权的问题。当宗族力量已经不能构成政权的严重威胁时,其对政权有利的一面就被放心开发了出来。宗法力量对政府的主要作用之一就是民间纠纷的调解功能,它有效地解决了全能政府的成本问题。法律史学者所说的明清间“皇权不下县”与秦汉时的严格户口、保甲制度形成反差,历史条件变化所致也。

(五) 腐败周期律与黄宗羲怪圈

皇权、官僚体系与民间社会之间的张力一直存在着,这其实是宗法制意识形态与大一统集权国家之间矛盾的一种体现。皇权被看成父权,但皇帝毕竟不是天下人之父;州县官被看成父权在地方的代表,但州县官一方面不能爱民若子,一方面也未必对皇权竭忠。多少皇帝虽然不能把天下人看作子民,但是却能把天下看成私人财产,而地方官也往往以此逻辑将治下看成个人私产。大多数人只愿享受家长的权利,然而却不愿尽家长的责任,这是人性一般的弱点。权力导致腐败,自上而下的控制性权力容易导致更大的腐败。按传统社会家国同构的理论,个人被要求服从国家和社会,而公权力却俨然以家长自居。这样,一方面私权不彰,另一方面最高统治集团却可以以其一家一姓之私冒充天下之大公。这种家长式的全能控制权力导致的几乎是一种受法律保护腐败。有鉴于此,传统社会特别强调道德的力量,传统文化中的道德哲学也特别发达。这并不是说,古人就不重视制度约束的作用。事实上,中国古代社会在防止官员腐败上下了极大的力量,其主要方法是在官僚体系内部互相监督、互相牵制。这些方法不仅仅是为了防止腐败,也是为了防止重要官员的专权。秦朝建立之初,中央国家机关就分为三部分,宰相是全国的最高行政首脑,廷尉掌管军事和司法,御史是副宰相兼监察官,如果御史能够找到宰相的问题将其参倒,就会升为宰相。汉朝的时候,本来中央政府是采取的三公九卿制,三公九卿是正式的中央职能机构,汉武帝时,担心公卿权力大,影响皇权利益,就令充当尚书的近侍出入禁中,与闻国事。秦及汉初,尚书是少府的属官,是在皇帝身边任事的小臣,与尚冠、尚衣、尚食、尚浴、尚席合称六尚,因其在殿中主管收发(或启发)文书并保管图籍,故称尚书。也就是说,尚书本来是管理图书的小官,得到皇帝重用后,权力隐隐然开始与大臣抗衡,被称为“内