

社会科学前沿

传统司法行为及其合理性

武建敏 著

Traditional Judicial Act and Its Rationality



传统司法行为及其合理性

武建敏 著

中国传媒大学 出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

传统司法行为及其合理性/武建敏著. - 北京: 中国传媒大学出版社, 2006.7

(社会科学前沿)

ISBN 7-81085-796-7

I. 传… II. 武… III. 法制史-研究-中国 IV. D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 076298 号

传统司法行为及其合理性

著 者: 武建敏

责任编辑: 冬 妮

出 版 人: 蔡 翔

责任印制: 曹 辉

封面制作: 毛 雪

出版发行: 中国传媒大学出版社 (原北京广播学院出版社)

社 址: 北京市朝阳区定福庄东街 1 号 **邮编:** 100024

电 话: 65450532 或 65450528 **传真:** 010-65779405

网 址: <http://www.cucp.com.cn>

经 销: 新华书店总店北京发行所

印 刷: 北京市梦宇印务有限公司

开 本: 850×1168 毫米 1/32

印 张: 6.5

版 次: 2006 年 7 月第 1 版 2006 年 7 月第 1 次印刷

ISBN 7-81085-796-7/K·796

定价: 25.00 元

版权所有

翻印必究

印装错误

负责调换



武建敏 1969 年出生于河北省内丘县，于东北师范大学获哲学学士学位，于北京大学分别获哲学硕士和法学博士学位。2001 年投入武树臣先生门下学习法律思想史和法律文化，从此开始思考法律问题。现执教于河北经贸大学法学院，主要研究法律思想史、法哲学、司法行为理论，发表论文十余篇。

社会科学前沿

马克思主义哲学原理课实效性研究

社会科学学导论

大学人文论纲

创新思维方法论

知识经济概论

传媒政治

社会性别视野下的法律

传统司法行为及其合理性

责任编辑：冬妮

封面制作：毛雪

序

作为武建敏的导师,看到他的这本在博士论文的基础上经过增删而形成的著作得以出版,我很高兴!武建敏在跟我学习中国法律文化之前,一直研习哲学,有着较为扎实的哲学基础。在做博士论文的选题时,开始他告诉我说要做儒家法律思想的研究,这样过去积累的哲学知识就能够派上用场。然而儒家法律思想已经有很多学者进行了研究,要谈出新意不大容易,所以我建议他重新选题,后来他想从合理性的角度来研究传统中国社会的法律。这个视角很好,但从合理性的视角去研究整体的传统法律,对一篇博士论文来讲,似乎难以胜任,最后我和其他几位老师建议将题目相对缩小,希望他从合理性的角度对古代的司法行为进行研究,这个题目就这样确定下来了。虽然这个题目定下来了,但我还是担心能否顺利完成,所以让他详细地列出了论文的章节目录,看了之后,我感到很欣慰,于是允许他开始动笔写作。2004年夏季,武建敏的博士论文顺利获得通过,答辩委员会给予了较高的评价。现在我向读者推荐这本书,不便就该书的思想内容进行过多的评价去影响读者自己的判断,但我告诉大家这是本值得一读的书。针对这本书的特点,我

谈三个想法。

一是关于这本书的研究领域。对于传统中国法律文化而言,它不仅涉及法律思想史、法律制度史,还包括法律运作的动态领域,而法律的动态运作也包含了思想和制度的因素,但又不仅仅是思想和制度,还有一个民族的社会结构、一个民族的文化心理结构等等都会以各种各样的方式渗透到法律的动态运作当中,并对法律的运行特征产生强大的构造力,从而使得法律运作领域成为法律文化的荟萃地。这本书研究中国古代的司法行为,是对于传统法律文化的动态考察。令人惊喜的是作者能够将对司法行为的研究形成一个逻辑严密的体系,从真善美的多重视角来探讨传统司法行为的合理性。也许这种对于传统司法行为运作的体系化概括方式,会引起争议,但作为一种研究思路,人们采取一定的组织理念将文章各个部分有机地组织到一起也是研究中值得鼓励的现象。

二是这本书的跨学科研究性质。自从学科分化以来,每个学科在自己的领域中都取得了专业化的大发展,但这种研究进路有个问题,这就是专业化也可能意味着片面化。尤其对于中国传统法律文化来讲,古人是没有学科意识的,每一个传统的法律问题都不仅仅是个法律问题,而且也是哲学问题、伦理学问题,还是社会学问题,如果从单一的角度进行研究,可能就会忽略法律文化的整体性质。因此,从多学科综合研究的角度展开对中国法律文化的研究有着重要的价值和意义。这本书取材于法律问题,是对于传统司法审判活动的研究,但却能够运用思想史的文献和哲学的方法进行综合性的研究,可以说是对传统司法行为研究的跨学科尝试。这种跨学科的研究进路不仅是对传统法律文化进行研究所应当采取的方式,而且也是现代法理学研究乃至部门法研究所应借鉴的方法。法学研究不能封闭自我,而应当以一种宽广的胸怀接纳各个学科的合理思想与方法,从而实现对于法学研究的综合性发展态势。

三是关于这本书的思想性。对于每个学科来讲,都有自身的思想支撑,法学自然也不例外。任何历史都是思想史,法律的发展历史也是一部法律思想的历史。法律离开了思想的支柱,就失去了自身的生命力。中国法律制度和法律运作也有思想的支撑,儒家思想、法家思

想对中国的法律运作都有深刻的影响,可以说除了社会和政治等因素之外,儒家思想和法家思想共同参与了中国的法律制度和法律运作的营造。没有对于思想的解读,我们就很难理解一个时代的法律运作的整体特征。这本书时刻注意对法律运作进行思想性分析,从思想上为中国古代的法律运作寻找合理性的根基,思想的介入使得本书具有较强的论证价值,读来令人信服。当然,作者在对传统司法行为的分析中也渗透了一些自己的思想,尽管有的思想还有待探讨,却是一种非常有价值的尝试。法学研究不能离开思想,离开思想的法学将丧失法学的独立品格,这与跨学科研究并不冲突,法学的思想恰恰需要从自身的实践中挖掘思想和从其他学科中汲取合理的思想。

武建敏对传统文化有一种情感上的认同,对农业文明和古典田园式的生活无限向往,这一情感因素的存在使他在本书中下功夫最多的地方是对传统司法行为的合理性论证,而对传统司法审判中所存在的问题分析得不够充分,当然这并不是作者的研究重点。传统司法行为中的合理因素可以为我们今天所借鉴,同时也应该加强对于今天的司法行为的合理性研究,这是实现司法行为合理化,让司法获得人们认同和信服的正义事业。我希望他能够继续运用多学科的分析 and 论证方法对司法问题进行更深入的研究,为丰富和繁荣我国的法律文化事业作出应有的贡献!

武树臣

2006年3月

于燕北园

目录

序 / 1

导 论 传统司法行为的合理性视角 / 1

第一章 传统司法行为的一般性质 / 13

第一节 司法行为的一般性质 / 13

第二节 传统司法行为分析 / 22

第三节 传统司法行为运作性质的成因分析 / 32

第二章 传统司法行为的合理性分析(一) / 44

第一节 传统司法行为中的证据问题 / 45

第二节 传统司法行为中的逻辑思路 / 64

第三节 传统司法行为的客观性与合理性 / 74

第三章 传统司法行为的合理性分析(二) / 82

第一节 儒家与法家:一个比较的视角 / 84

第二节 传统社会与价值世界的形成 / 103

第三节 传统价值世界与司法行为的合理性问题 / 115

第四章 传统司法行为的合理性分析(三) / 130

第一节 传统儒学体系中的美与情感 / 131

第二节 传统司法行为的情感合理性 / 141

第三节 论证与质疑:传统司法行为的合理性全貌 / 153

第五章 另一种合理性:传统司法行为的功能分析 / 163

第一节 传统司法行为:国家与社会之间 / 163

第二节 传统司法行为:公平的实现 / 173

第三节 传统司法行为:寻求共识 / 180

参考文献 / 187

后 记 / 196

导论 传统司法行为的合理性视角

在法律领域中,自古以来就存在着法律规范和法律活动两个方面。法律规范属于法律的静态领域,法律活动属于动态范围。最初的法律规范的产生是一个自然而然的历史的过程,而不是人们思想的结果,但成文法领域中通过立法活动而诞生的法律条文及其所承载的法律规范则是人类创造性智慧的结晶。当然,法律规范从归根结底的意义上讲,来源于人类的社会实践活动,实践生成了历史,而同时也自然地孕育了法律规范。^①从这个意义上讲,人类的立法活动只不过是实践的基础上创造明确化的法律规范的一个环节。由于立法现象的

① 这是马克思主义的实践观。根据这样的一种理论解读方式,人类的活动规则在归根结底的意义上均来自于实践活动。在马克思那里,实践和历史是统一的。“他通过考察历史确定了实践的本质,又通过界说实践进一步规定了历史。”(张西平著:《历史哲学的重建——卢卡奇与当代西方社会思潮》,北京三联书店 1997 年版,第 83 页。)关于马克思主义的实践论思想,可参见其重要著作《1844 年经济学哲学手稿》和《德意志意识形态》等。

出现,历史上出现了成文法,^①这是在中国的春秋时代。^②但中国历史上开始的规模化的成文法时代则是战国与秦代。^③立法现象属于法律活动的范畴,而法律活动除了立法活动之外,还有法律的适用,即运用法律来解决具体问题的活动过程。虽然人类历史在成文法产生之前没有立法活动,但法律的运用却是一个很早就产生了的领域。^④

① 但成文法归根结底仍然以人类的实践为基础。梁启超认为法律不是创造的,而是发达的。其实说明了法律是从习惯而逐步地发展为习惯法,再发展而成为成文法的。(范忠信选编:《梁启超法学文集》,中国政法大学出版社2000年版,第123页。)这种主张与西方历史法学派是一致的,“作为历史法学派的首要原则,它认为法律是发现的,而不是制定的”。([美]罗斯科·庞德著:《法律史解释》,邓正来译,中国法制出版社2002年版,第23页。)

② 这里涉及对成文法的理解问题。梁启超认为,如果将命令理解为成文法,则“五帝之书”就是成文法,如果将礼理解为成文法,则“曲礼三千”皆是成文法,成文法的历史就会很早;但按照“法者,宪令著于官府”的说法来理解,则中国历史上的春秋时代无疑已经具备了一定规模的成文法系统。比如“齐之宪法”、“楚之仆区法”、“晋之被庐法”、“郑之刑书”,等等。(范忠信选编:《梁启超法学文集》,中国政法大学出版社2000年版,第123~127页。)

③ 武树臣等著:《中国传统法律文化》,北京大学出版社1994年版,第258~344页。

④ 当然,这里所说的法律是社会学意义上的法律,而不是政治学意义上的法律,即不是单纯由国家制定的体现了统治阶级意志的法律。比如,在林惠祥先生看来,在原始社会中的风俗习惯就具有法律的功能。“原始人确有一种固定的是与非的标准,这是无可怀疑的。他们的这种行为的规则很有秩序地包括个人一切的行动。‘风俗是国王’这句话还不够,风俗实是神圣的国王,他不容许个人有自己判断行为的地步或考虑的机会。对于这种道德律的遵从,为社会的惯例或宗教的规则所要求。违反一条‘答布’——即宗教上的禁忌——不殊于违犯了高等宗教的规律。所谓‘正直是神的人’(god-fearing man)这个名称可以表示宗教上的畏惧的久存,以及视正直与畏神为一事的倾向。原始人在各方面都是畏神的人,这使他不致不服从风俗。”(林惠祥著:《文化人类学》,商务印书馆1991年版,第210~211页。)

在中国历史上,很早就有法官皋陶的记载,^①皋陶是尧舜禹时代的大法官,那是原始社会后期的事。在那个时代没有成文法,但已经形成了大量的习惯法规则,这些规则在当时的历史条件下是人们解决各种纠纷的重要依据。人们对于法的认识不是来自于人们的主观构建,而是来自于现实的法律活动。有学者从文字学和法律文化学的角度对古老的“灋”字进行了深刻的阐释,揭示了“灋”字所具有的深刻的动态意义。^②这种对古“灋”字的解读具有极强的实践色彩,也最符合人类实践活动的规律。人类的活动规则、艺术创造以及各种器物的制作都是人类在实践活动基础上对人类自身活动反思的结果。而一种标记、一种符号则恰恰体现了人类的一种文化表现力。中国文字属于象形文字,极有可能是人类对自身各种活动过程的一种高度概括。^③由此判

- ① 传说中的皋陶面貌奇特,秉公执法,具有半神话的性质。他经常牵着一头“獬豸”(独角兽),在争论双方无法判断是非曲直的时候,就牵出此兽,兽角所触及的那个人就是罪犯。皋陶是中国法官的始祖,是纠纷的仲裁者。从这个传说中我们可以看到,法官的主要职责就是解决纠纷,法律的价值体现在司法审判之中,而且其中不乏公平的意蕴。虽说用獬豸进行判断,未必能实现实质的公正,但却体现了形式化的正义追求。其实,人类远古时代的各个部落都有用动物裁判的“神明裁判”的记载。虽说是无可奈何而诉诸神明,但也体现了一种公平的诉说,是人类关于司法公平的最早的表达形式之一。(关于皋陶的记载可以参见《尚书》中的“皋陶谟”、“大禹谟”等,另可参见郭建著:《古代法官面面观》,上海古籍出版社1993年版,第1~5页。)
- ② 古代的“法”字即具有活动的性质。“可见古‘法’字凝结了古代先民对于‘法’这一社会现象的最朴实最可靠的见解,法是由社会权威机构行使的,通过查明证据来解决纠纷,是非曲直并对违法者施以刑罚的特殊的社會活动,同时,也是通过这一社会活动来体现的人们必须遵守的公共生活准则。”(武树臣:《“法”字新考》,载《武树臣法学文集》,中国政法大学出版社2003年版,第25页。)”“当人们创造‘法’字的时候,脑海里出现了法官御廌,出现了弓与矢符号不一的场面,还出现了把坏人赶到河那边去的流放之刑。于是便产生了灋。”“在古人看来,‘法’是一种活动,即当人们产生纠纷时由法官来评判的一种审判活动;又是一种行为规则,即通过审判来宣布、通过刑罚来保障人们必须遵从的行为准则。”(武树臣:《寻找最初的“法”》,载《武树臣法学文集》,中国政法大学出版社2003年版,第31、32页。)
- ③ 在马克思实践哲学看来,人类的实践活动具有极高的创造力。李泽厚先生在运用马克思的实践观解读康德哲学时,甚至提出了数学也是人类对自身实践活动的一种反思和创造,其最终根源在于人类的实践活动的观点。(李泽厚著:《李泽厚哲学文存》上册,安徽文艺出版社1999年版,第103页。)

断,法的最初含义其实是在实践的意义上产生的,而不是一种单纯的所谓静态规则的表达。在对法本身的研究中,不能将规则性的法律体系与法划上等号,而忽略了法律实践活动中所产生的法的理念。在人类历史的发展中,法是一个系统性的概念,其中既包含了静态的制定法规,也包含了动态的法律运作过程,而在这样的运作过程中则蕴藏着丰富的法律智慧。^①

法律的实践领域包含了一个极为广阔的空间,其中既有审判的运作过程,又有法律监督的机制,还有监狱的运作状态等等。这里所要研究的主要是发生在传统中国的司法审判活动,并不包括法律监督以及监狱的实践运作,而此处对司法审判活动的研究所采取的是合理性的分析视角。

一、传统司法行为的初步界定

如果从成文法的历史来看,中国法律已有接近三千年的历史。在漫长的历史过程中,成文法产生之前还有一个判例法时代。春秋以前是中国历史上的判例法时代,战国和秦朝是成文法时代,汉代以后一直到清末是混合法时代。^②按照这样的一种逻辑思路,中国法律的表现形式既包括成文法,又包括判例法,成文法与判例法的共同发展构造了中国法律文化的丰富资源。从更深层的意义上说,中国文化的特质、社会结构的性格以及其他各种各样的法外因素,共同塑造了中华

① “法律不只是一种规则体。的确,法律拥有一系列有关行为和审判的规则、原则、概念和标准,但是它还拥有使行为规则和审判规则得以适用、发展和变得有效的法律学说、职业思想模式和职业裁决技术。与工程师的公式一样,它们代表了经验、科学对这种经验的阐释以及这些科学阐释的逻辑发展,但是也代表了人们在用一种发达的手段认识新方法并系统阐释它们的要求的过程中所具有的创造性的技艺。”([美]罗斯科·庞德著:《法律史解释》,邓正来译,中国法制出版社 2002 年版,第 232 页。)由此可见,法律所具有的深刻的实践性质赋予了法律以创造性的内涵,古今中外莫不如此。中国古代的儒家法律文化赋予了法官极大的灵活性和创造性,但又能使其创造性保持在必要的限度之内。

② 这是武树臣先生对中国传统法律样式的一种历史概括。(可参见武树臣等著:《中国传统法律文化》,北京大学出版社 1994 年版。)

法系的重要特征,使中国法成为世界法律文化宝库中的一支奇葩,是现代入深刻地阐释和研究法律科学的重要资源。^①

过去学界对传统法律文化的研究主要集中在法律思想和法律制度领域,并且取得了丰硕的研究成果,但仅仅研究法律思想与法律制度总给人一种静态化的感觉,而法律的生命在于实践,实践运作中所表现出来的法的特征更应该受到研究者的重视。法律思想与法律制度总是在特定的历史条件下与社会中的其他因素相融合,共同构造了法律实践的总体风貌。法律思想与法律制度的运作方式及其在运作过程中所表现出来的特征不仅成为衡量中华法系的一个重要维度,而且对今天的法制建设和司法运作都具有重要的意义。基于这样一种考虑,这里选择了传统司法行为这一领域进行研究。同时,司法行为作为法官解决具体问题的活动与方式,最深刻地反映了法律的本性,有助于人们对于法的重新理解。而如果从司法文化的立场上来看待传统司法行为的话,就会发现传统司法运作中还包括着非常丰富的文化资源,对于构建今天的司法文化具有一定的参考价值。^②

这里所关注的司法行为专门指的是法官运用证据和法律性的规则以及其他因素进行综合考量来解决具体纠纷的过程,在这个过程中,法律规则之外的价值系统以及人们的情感世界等因素都会影响司法的运作过程。^③在对司法行为的这种理解和研究中,法律不再被单纯从规则的意义上来理解,同时也从实践的角度来把握。对于司法行为这一法律实践活动的把握可以深刻地理解什么才是真正的法律,同时真切地感受到底是什么影响了法律的运作,以及在法律的司法运作

① 关于中华法系的特征,已经有很多学者进行过深刻研究,在此笔者不多着墨。(可参见郝铁川著:《中华法系研究》,复旦大学出版社1997年版;郭成伟主编:《中华法系精神》,中国政法大学出版社2001年版;张建国著:《中华法系的形成与发达》,北京大学出版社1997年版。)

② 每种司法运作都有其背后的文化基础。中国传统司法运作以儒家文化为寄托,而英美法系的司法运作以经验主义文化为基础,大陆法系司法行为则以理性主义的文化为寄托。关于这一点,下文还将进行较为深入的探讨。

③ 关于司法行为一词在英文中有两种名称,即“Judicial Act”(司法行为)和“Judicial Action”(审判行为),都与法院或法官有关。

中体现了人类怎样的追求和关怀等值得认真思考的问题。法律的运作体现了人类的实践理性的追求和法律的生活化特质。传统中国的司法运作具有自身的特征,既不同于西方式的司法,也不同于当代中国的司法审判,但它却真切地反映了人类司法文化的精华。

在传统司法审判中,法律的运作不是一个简单地从法律规则出发得出判决结论的过程,而是渗透着许多法律之外的因素。但这并不影响司法的法律性质,反而使得古代司法活动更加近乎情理,更加深刻地反映了法律的人文主义特性和生活化特质。传统司法行为是在特定的社会结构、文化精神以及政治制度等语境下运作的,必然具备那个历史时代的特征。对于生活在传统中国的人们来说,他们接受和认同古代司法的运作模式,这就说明它具有相当的合理性。一个时代的法律制度与其运作模式之所以能够长期地延续和发展,必然具备相当深厚的社会资源并因而能够得到人们的广泛认同。传统中国的司法运作自汉代以来没有质的变化,其存在模式大体是一致的。^①在传统中国,司法行为不仅具备社会认同的基础,而且传统中国的文化因素、社会结构因素以及知识/权力等诸多因素都共同参与了传统司法行为的合理性构建。所有这些因素与司法行为本身的规律融合在一起,构成了传统司法行为的合理性。

二、合理性概念分析

人是理性的动物,由理性所构建的各种制度以及人类的种种行为,都有一个是否合理的问题。传统中国的司法行为涉及到对案情的认定、法律的援用以及判决的制作乃至价值判断和审美体验等诸多方面,所有这些都需受到合理性问题的检验。因此,这里要首先对合理性概念进行分析。

① 当然,这并不是说汉代以后与先秦时代在司法运作方面就有截然相反的区别,恰恰相反,汉代以后的社会在司法运作的许多方面都是对传统的一种承接,比如五听诉讼的司法审判方式就是连续性的一种表现。钱穆先生认为,中国古代社会的变化只是一种政治上的变动,而民族文化和国家的传统则是连续的。(钱穆著:《中国文化史导论》,商务印书馆1994年版,第8~12页。)

可以这么说,对合理性的分析,可谓仁者见仁、智者见智,很难有一个完全统一的认识和结论。加之不同学科对合理性问题都很关注,就使得合理性问题成为一个交叉性的概念,因而显得更为庞杂。

合理性问题的提出是伴随着怀疑精神而来的。当人们开始怀疑某一事物、现象或行为的存在价值时,便要去探寻事物、现象或行为的存在理由和根据,从而作出新的判断,于是就产生了合理性问题。在今天,人们对很多古老的问题提出了怀疑,于是便努力去证明自己的怀疑。^①许多古老的事物和现象在今天已经失去了它的存在理由,比如今天的人们再也不会去相信皇帝的存在价值了。但在传统社会,皇帝及其制度的力量恰可以维系古老民族的绵延。^②合理性问题的提出的确体现了人们的问题意识和怀疑精神,但我们解读传统法律的合理性必须将其放置到传统中国的语境之中,否则就会怀疑和批判一切。

关于法律的合理性,思想家和学者提出了种种见解,其中最为有名者之一就是德国思想家马克斯·韦伯关于“形式合理性”与“实质合理性”的论证和判断。在韦伯那里,形式合理性体现的是数量化与可计算的标准,所要追求的是一种确定性。^③确定性是法律的重要规定性,是近代以来法律实证主义的一贯追求。^④韦伯认为实质合理性关涉的是价值问题,按照这种价值标准,形式上的合理未必在价值上也是合理的。当然,韦伯关注更多的是形式合理性,他认为,历史是在不

① 当然,此种怀疑是否合理,我们有必要考察怀疑者的立场和他对传统的态度。如果站在现代性的立场全盘否定历史并在传统中为自己的否定行为找寻理由,必然不会对历史有一个合理的评价。这种做法忽略了人文社会科学的一个基本立场——历史的方法。

② 任何一种制度,不仅解决了当时以这种制度所代表的文化意义的一些问题,而且必然传达了一种文化意义,这是与一个民族的生存息息相关的。梁治平先生在谈到法律制度时,就谈到了它不仅解决问题,而且传达意义。(参见梁治平编:《法律的文化解释》,北京三联书店1994年版,第54页。)

③ 比如韦伯谈到经济行为时说:“一种经济行为的形式上的合理应该称之为它在技术上可能的计算和由它真正应用的计算的程度。”[[德]马克斯·韦伯著:《经济与社会》(上),林荣远译,商务印书馆1998年版,第106页。]

④ 韦伯关于理性化的思想体现了实证主义法学的特征,这与近代以来启蒙思想的发展息息相关。