

法治建设与法学理论研究部级科研项目成果



和谐社会的司法解读

以中西方司法传统的 演变为路径

李游 / 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法治建设与法学理论研究部级科研项目成果
本项目批准编号：06SFB2014



和谐社会的司法解读

以中西方司法传统的 演变为路径

李游 / 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目 (CIP) 数据

和谐社会的司法解读：以中西方司法传统的演变为
路径 / 李游著. —北京：法律出版社，2012. 12

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4327 - 2

I. ①和… II. ①李… III. ①司法—法的理论—对比
研究—中国、西方国家 IV. ①D916

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 283064 号

和谐社会的司法解读

——以中西方司法传统的演变为路径

李 游 著

责任编辑 黄琳佳

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 9.375 字数 216 千

版本 2013 年 1 月第 1 版

印次 2013 年 1 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 世纪千禧印刷(北京)有限公司

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号 (100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号 (100073)

全国各地中法图分、子公司电话：

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4327 - 2

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

诉讼与秩序

人类制造法律,其原初动机是希望通过法律克服人的恶习,减少人的失误,实现有助于人类生活的秩序。但不同的人群,对于理想中的秩序有着不同的期待。近代西方,主张个体自由,注重经济公平,并以自由与公平为基石,构建符合西方近代社会需求的思想体系和制度框架。传统中国,主张家族伦理,注重人际和谐,也以伦理与和谐为基石,构建中国特色的思想体系与制度框架。

中国传统法律,首重秩序和谐,次及经济公平。法律更注重为社会营造一个秩序、和谐的环境,而将以经济利益的绝对平均为重要内容的公平标准置于秩序、和谐标准的下位。这一社会控制的基本原则,符合传统中国的主流价值观,也适应作为一个农业大国的发展要求。在这样一种主流价值观引导下,司法领域的“无讼”作为一种价值追求,作为一种制度设计,有其存在的合理性。

中国古代法律规定,偷吃他人田园的瓜果,构成“辄食瓜果罪”,计量处罚;手脚毆人,构成“毆打罪”,

笞四十。但遍阅古代成案、判牍及相关文献,此类案件的记载极少。静思推论,即便是和谐、安详的街坊、村社,手脚互殴行为,偷食瓜果行为,也一定时有发生。如果此类行为皆以诉讼形式投至府署县衙,由正印官逐一审理,可能知府县令再也做不了别的事了。

古代中国,地域广袤,人口众多,但基于农耕社会较低生产力水平以及始终作为治国良策的“轻徭薄赋”理念,正常状态下的历朝政府基本保持小政府、大社会的格局。清朝定制:5 万文官与 80 万军队构成国家统治机器的主体力量。在这样的国家社会结构中,为维护统治、稳定社会,必须降低管理成本,提高管理效率。从这一意义上说,“无讼”不仅是儒家所倡导、得到统治者所尊崇的价值追求,而且也是小政府、大社会这一国家社会结构的必然选择;通过“无讼”,实现社会所期待的和谐秩序;通过“无讼”,为国家管理与社会控制节约行政资源和社会成本。

不同的时代,不同的社会发展阶段,需要不同的思想体系,需要不同的制度框架。近代中国,西方主张个体自由并注重经济公平的思想体系和制度框架与传统中国主张家族伦理和注重人际和谐的思想体系与制度框架发生直接的遭遇战,这是一场时空错位的遭遇战。西方近代思想体系与制度框架所内含的攻击型特征在这场遭遇战中发挥得淋漓尽致。历史进入 21 世纪。人类社会面临着一些新的难题,并进入一个新的困顿期。化解难题,渡过困顿,我们可以从不同历史时期、不同文化背景下的思想、制度资源中寻找有益元素。

李游以传统中国的“无讼”和当代西方的“恢复性司法”为切入点,比较中国与西方,比较传统与当代,并通过时间的延续与空间的展延,分析法治发展的未来走势,其基本观点值得关注。

朱 勇
2011.5

前 言

本书将中国古老的无讼与西方年轻的恢复性司法放在一起,以时间为脉络、以司法理念与法律发展为内容、以比较为方法、以无讼和恢复性司法为主线,对中西方司法传统的主要内容进行比较和分析。

本书将司法传统划分为四个部分(或可称为分期),然后在每一部分内进行中西方司法传统的比较与探讨:其一,十二三世纪之前。中国的司法理念比西方的司法理念丰富而深邃;无论是中国古代司法传统的价值取向和美好的理想,独具传统魅力;其二,十二三世纪。这是人类历史上的一个大变动时期,在同样的条件下,英国抓住机遇改革成功,中国则丧失机遇转型失败;其三,17世纪至20世纪初。在17世纪中叶,西方资产阶级革命成功后建立了完整的司法体系与原则,而中国还在封建的泥沼中挣扎。直到20世纪初,中国才开始着手进行法律的近代化改革与移植;其四,20世纪70年代至今。源于西方的恢复性司法方兴未艾,但其理念却与无讼极其相似。

本书共有五大章和一个结语。

第一章 “司法理念探源”着重探讨的是12世纪之前的司法理念,将古代中国法律传统产生之基本理念与西方的法律传统进行了比较。远古时期,中西方的司法理念没有太大的区别,发展的程度大致相同,所关注的问题也具有相同的特点,所以,中西方在远古时期并未分出水平的高下。但随着社会的发展与进步,法律也必然随之发生变化。尤其是自然法在西方而儒家法在中国成为法律的领袖之后,中西方在法律领域的差距就越来越明显了。自然法和宗教在西方法的早期发展中起了重要的作用,由自然法而产生了法治的原则,由宗教而加强了法治的观念。自然法与宗教的结合是西方法律传统的重要成因。而同时期的中国古代法律传统是以儒家思想为基础的,儒家理念将中国古代的自然法则加以转化和升华,形成了一套独有的、具有深邃理论内涵的、领先于同期其他各国的法律传统。

第二章 “无讼——中国古代司法的理想”对无讼的理念、内容及无讼在中国古代司法实践中的运作模式加以深入的探讨和论述。作为中国古代司法的最高追求,无讼一直是统治者的理想和奋斗目标,也是儒家思想在司法传统中的具体表现。在无讼思想的影响之下,统治者强调“无讼、息讼”的司法策略,百姓产生“惧讼、厌讼”的诉讼心理,社会出现“耻讼、贱讼”的司法无奈。但是,无讼理念所带来的政权稳定、百姓礼让、道德兴盛与社会和谐却是有目共睹的,无讼对中国司法传统的影响是深远的和深刻的。

第三章 “转折与碰撞”着重论述了中西方法律发展史上的两个转折点:以英国为例的西方近代法律改革运动和以中国为例的近代法律移植。文中分析了转折的背景、条件和契机,并将中西两种转折方式加以比较。通过对中西方的司法理想、诉讼模式和法律职业的比较,我们可以看到中西方在司法制度及司法理想上的冲突与碰撞。

第四章 “无讼理想的破灭”首先论述了西方近代的司法原则,就

司法原则的形成、基本理念、联合国的确认及现今的争论热点加以分析,并由此引出中国近代司法原则确立的过程以及无讼理想的颠覆。在西方列强武力入侵的同时,法律与思想的入侵也同时进行,所以近代的开始也就是无讼理论在中国司法上的终结。

第五章 “恢复与和解”首先将恢复性司法的基本理论加以论述,在了解其产生渊源、运作模式及基本原则的基础之上,对传统司法和恢复性司法进行全面的比较和论证,以此为基础来对恢复性司法和传统司法作一个内在本质的对比。由于恢复性司法并未在中国建立,而由此衍生出的刑事和解也还在热烈的讨论和小范围的试用过程中,所以,在此,本书只论证了在中国建立刑事和解制度的有利条件和不利条件,期望可以为刑事和解在中国的真正建立作一点理论准备。

“结语”部分将人类社会的纠纷解决方式归纳为私力救济、公力救济、社会救济,同时也论述了从无讼所强调的私力救济到恢复性司法所强调的社会救济不仅是一个质的飞跃,而且也是法律发展的必然。

通过分析,我们可以清晰地触摸到法律发展的脉络,在从无讼到恢复性司法的发展过程中,司法传统也随之发生巨大的变化。二者的相同点是外在形式上的、道德要求上的和司法传统上的,而不同点则是内在实质上的、法律要求上的和具体制度上的。就地理位置来说它们很难有传承性,但思想的传播是无国界的,也是无限制的。虽然并没有人承认无讼对恢复性司法有任何影响,但在剥开恢复性司法的层层外壳以后,我们能从中看到无讼的影子。而西方法学家对于中国古代法律文化的崇拜,不能不让人怀疑无讼对恢复性司法具有影响力的可能性。

本书在对无讼和恢复性司法进行比较时,特别注意了时代上的差异。因为用现代的理论去和两千多年前的理论进行实体的比较是不公平的,所以将重点放在了理念上和传统上,试图淡化制度的差异而去深究理论的内核。从抽象的司法理念上讲,我们可以认为恢复性司法是

一种复古的回归;但从实际的司法实践来看,此时的社区已远不是彼时的社区,此时的和谐要求也远不是彼时的和谐要求,此时的司法内涵更不是彼时的司法内涵。所以,理念的回归可以被认可,但理念的提升更不能被忽略。比较的实质性结果并不重要,恢复性司法是对无讼的回归还是殊途同归也不重要,重要的是在比较的过程中可以探讨各自的理论功力,并能将其运用于新时代的新制度中去,因为对历史传统的挖掘和发扬可以给现代社会提供最好的借鉴。另外,也想借此书摆脱研究法律史只能做理论探讨而不能付诸实践的习惯。

目 录

前言 001

导论 001

第一章 司法理念探源(十二三世纪之前) 014

第一节 中西方的共同追求 015

一、追求法治 015

二、法律平等 023

三、司法公正 025

第二节 自然法理念在中西方的表现 028

一、中国古代的自然法则 029

二、西方的自然法理念 035

三、中西方自然法理念之差异 042

第三节 宗教在古代法律成长中的作用 046

一、宗教与中国古代法律关系密切 046

二、宗教是古代西方法的灵魂 051

三、宗教对中西方法律影响之比较 058

第四节 儒家法律思想对中国古代法律的统治 060

一、儒家法理念概述 060

二、中国古代法律的儒家化过程 067

三、儒家思想对中国古代司法的影响 069

第二章 无讼——中国古代司法的理想 071

第一节 无讼的理论支持 071

一、道家思想对无讼的理论支持 072

二、法家思想对无讼的理论支持 074

三、儒家思想对无讼的理论支持 075

四、自然法则对无讼的理论支持 079

五、社会背景对无讼的理论支持 082

六、道德伦理对无讼的理论支持 083

七、司法制度与司法黑暗 084

第二节 无讼在司法活动中的体现 085

一、无讼、息讼——官家的追求 085

二、惧讼、厌讼——百姓的选择 100

三、耻讼、贱讼——司法的无奈 104

第三节 调处息争——实现无讼的重要手段 108

一、调处制度产生的基础 108

二、调处的运作方式 112

第四节 无讼对中国司法传统的贡献 116

一、重视道德与教化 116

二、运用调解与协商 118

三、追求秩序与和谐 119

第三章 转折与碰撞 122

第一节 西方法的转折与飞跃——以英国为例 122

一、强大的王权使司法体系得以统一 123

二、普通法使法律体系得以统一 125

三、陪审制使司法行为理性化 127

四、法律职业阶层逐渐形成 130

五、英国法律为何“早熟”于同期欧洲其他国家 136

第二节 宋元明清——转折之前夜 140

一、“好讼”、“健讼”与反“息讼” 141

二、讼学与讼师 149

三、宋代——转折之制度预备 156

四、明清——转折之理念预备 162

第三节 中西方主要司法传统的碰撞 167

一、司法理想 168

二、诉讼模式 173

三、法律职业 177

第四章 无讼理想的破灭 182

第一节 西方近代司法原则的确立 182

一、司法独立 182

二、法律平等 184

三、无罪推定 185

四、司法公正 187

五、罪刑法定 189

六、罪刑相当 192

第二节 无讼的终结与近代的开始 194

- 一、西方法文化对中国的渗透 194
- 二、颠覆“无讼”理想 200
- 三、近代司法原则与制度的确立 206

第五章 恢复与和解 214

第一节 恢复性司法概说 214

- 一、恢复性司法的起源 214
- 二、恢复性司法的原则 219

第二节 恢复性司法之运作与立法模式 223

- 一、恢复性司法之运作模式 223
- 二、恢复性司法之立法模式 229

第三节 传统司法与恢复性司法之差异 232

- 一、运作模式之差异 234
- 二、理念之差异 236
- 三、恢复性司法之评价 244

第四节 刑事和解 247

- 一、制度基础 248
- 二、理念基础 253
- 三、刑事和解的障碍 257

结语：私力救济—公力救济—社会救济 263

参考文献 273

后记 284

导 论

笔者不敢奢望在本书中能将全部中西方的司法传统淋漓尽致地表述清楚,所以,开篇之前有必要对本书的时间和空间范围加以界定。

在本书中,对于“西方”这一空间概念的界定,仅指最具代表性的英美法系及大陆法系的发源地。就“传统”这一时间概念的界定:在中国,始自夏商周;在西方,则始自古希腊、古罗马,比较的终点截至20世纪初。由于对恢复性司法的研究是今天的一个新课题,故对其单独论述的时间是延续至今的。

以中西方司法传统的演变为路径来研究和谐社会,不可避免地会发生激烈的冲突与碰撞。尽管如此,我们却不能忽视中西方司法传统的相通之处,无论是产生于中国古代并贯穿始终的诉讼传统,恢复性司法是产生于西方现代的新型司法理念与制度,横跨古今中外的比较,是由于它们具有天然的契合点。因为“中国法律传统和西方法律传统在一系列重要问题上 是精神契合的,两大传统的法制在解决国家社会面

临的共同问题时采取的解决方案是大致相通的……”^①正是由于他们具有相通之处,也才具有了比较的价值。

—

关于无讼,最早提出的应为孔子,子曰:“听讼,吾犹人也,必也使无讼乎!”^②在儒家思想的指导下,无讼要求人们消除隔阂、和睦相处、协商互让、减少诉讼,最后以至无讼。张晋藩先生说,“儒家所追求的是一个没有纷争的和谐的社会”,所以,无讼“一直是执政者追求的目标”。^③

关于恢复性司法,至今还没有一个权威的概念,虽然对恢复性司法的定义有很多不同的表述,但均具备相同的内涵:以调解为手段,以赔偿为结果,以恢复为目的。^④

恢复性司法的出现始于20世纪70年代,是一个十分年轻的司法制度。我国学者在21世纪初年开始关注恢复性司法并迅速出现了一批研究论文。令人惊喜的是近年来国内法学界对于恢复性司法的关注程度越来越高,使恢复性司法的研究初具规模。但是,就恢复性司法目前的研究状况来看,多集中于概念的界定、运作的模式、基本的原则、实践

① 范忠信:《中西法文化的暗合与差异》,中国政法大学出版社2001年版,自序。

② 《论语·颜渊》。

③ 张晋藩:《中国法律的传统与近代转型》,法律出版社1999年版,第277页。

④ 联合国《关于在刑事事项中采用恢复性司法方案的基本原则》指出:恢复性司法是指采用恢复性程序并寻求实现恢复性结果的任何方案。丹尼尔·W. 凡奈思教授认为:恢复性司法是对犯罪行为作出的系统反映,它注重于对被害人、社会所受伤害的补偿及对犯罪行为人的改造,以恢复原有社会秩序为目的的犯罪矫治实践及步骤。霍华德·泽尔教授认为:恢复性司法意味着承认犯罪行为对于被害人的伤害及由此产生的需要:使行为人对于弥补和补救其行为所引发的伤害有所认知,并且在一个过程中使被害人、行为人、社区都有所参与。英国内政部的司法改革报告指出:恢复性司法就是使所有的当事人坐在一起,共同讨论犯罪行为所造成的后果以及对日后的影响,帮助罪犯认识到犯罪行为不仅违法,而且伤害了被害人、所有社区成员以及他们自己。参见英国内政部编制:《所有人的正义——英国司法改革报告》,最高人民法院法律政策研究室编译,中国检察出版社2003年版,第137~138页。

的经验及利弊的分析,基本以介绍式为主,而对其深层理论内涵的探讨则涉及甚少,尤其将中国古代的司法传统拿来与其进行比较性研究的就更寥寥无几了。本书就无讼与恢复性司法的理论内涵与现实发展进行了比较性的研究和探讨,不仅使恢复性司法的整体性更加丰满,也对司法传统的发展与回归进行了新视角的展示和研究。在本书中以无讼为起点,以恢复性司法为终点,系统地思考我国司法传统发展脉络的同时也探究西方司法传统形成的本质根源。笔者认为,将无讼与恢复性司法这两个时代相异、地域相异的制度联系在一起思考并进行实质性的比较,同时对司法文明的发展进行一个动态的分析与梳理,无论对认识古老的制度还是运用新兴的制度都将是极具价值和意义的。

二

中国传统文化的博大与精深是全世界共识的,法律文化上的表现也同样没有令人失望。

十二三世纪之前,在法治、平等和司法公正等方面,无论是中国还是西方,虽已有了这些司法理念的体现,但均属粗浅的框架阶段,而且有些现今著名的司法原则在当时并没有相对应的概念存在,只是后人认为现今的原则是由那些理论发展而来的罢了。通过本书的探讨与论述,希望可以证明我国古代不仅存在这样的理念,而且其理论的深度并不亚于西方。

“自然”可以说是人类法律发展史上的重要理念。西方古代的自然法与中国古代的自然法则均在各自法律传统的形成过程中扮演了重要的角色。西方法治的所有原则均出自自然法理念,没有自然法在观念上的支撑,也就没有今天西方的司法理念与司法原则。但中国古代的自然法则却和西方自然法所起的作用不大一样,中国的自然法则是建立在中国式的意识形态中的,反映出的是中国古老的文化底蕴。所以

笔者比较赞同这样的观点：儒家学说就是中国的自然法。因为儒家学说之于古代中国正像自然法之于西方国家一样在法律发展史中占据着理论依据与实践指导的重要地位。从儒家的思想与内涵中我们可以看到自然法则已经很自然地演变成了儒家思想的重要组成部分：比如从追求和谐到无讼的完美延续；从阴阳五行到宗法伦理的合理演变；从天人合一到义务本位的本色继承，这一切均表明儒家理念已成为中国古代自然法则的继承者和代言人，它不仅将自然法则的内涵加以延续，更对其加以完善和提升。

宗教是西方法的灵魂，但宗教对中国法的影响力却远不如西方那么强烈。正是由于宗教对法律的影响及在法律中所占的分量不同，使人们对法律的信仰程度也有所区别。基督教是西方的领袖宗教，而中国起领袖宗教作用的其实是儒家理念，所以儒家思想才是中国法律的灵魂，以至于贯穿整个古代社会而经久不息。因为“中国儒生的宗教从来没有受无稽神话的糟蹋，也没有为政教之争和内战所玷污”，“在已知的古代国家中，惟有中国不曾受神职人员的统治”。^①基督教是超验的，儒家思想却是实在地摆在人们面前的。相对于基督教来说，儒家思想要先进和丰满的多，他们可以那么完美地把自然与人世间的活动连在一起，可以让人那么信服地将儒家观点融于法律，可以不间断地将儒家理念延续了两千多年，中国这种延续的历史就是最宝贵的财富，也是傲立于世界的资本。西方没有一个国家的历史发展是这样连续不断的，古希腊与古罗马虽也有古老的文明但却没有连续性的发展，由别人来继承的东西毕竟有些“走样”，毕竟会掺杂进自己的喜好，那么它们的继承与发展也就不纯粹了。所以，在十二三世纪之前，中国深厚的文化底蕴使中国的司法传统一直领先于同期的西方国家。

① [法]伏尔泰：《风俗论》（上册），梁守锵译，商务印书馆1995年版，第41、220页。