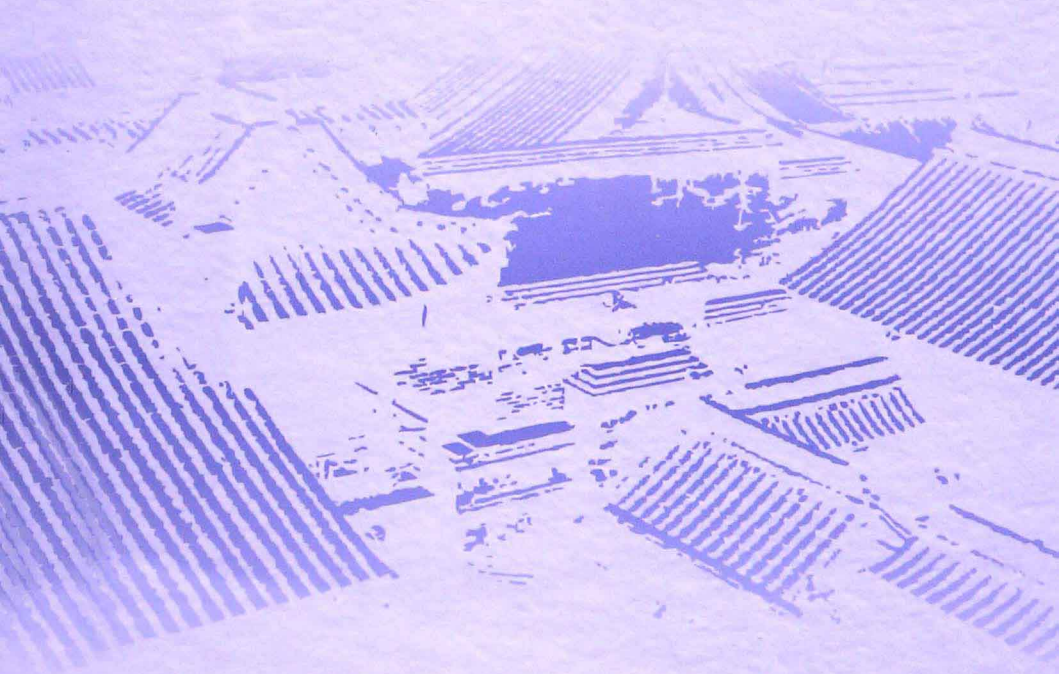


ZHENGFA CHUANTONG YU SIFA LIXING

政法传统与司法理性

何永军 / 著



中国政法大学出版社

政法传统与司法理性

ZHENGFA CHUANTONG YU SIFA LIXING

何永军 / 著



中国政法大学出版社

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

政法传统与司法理性 / 何永军著. —北京：中国政法大学出版社，2014. 1
ISBN 978-7-5620-5068-1

I. ①政… II. ①何… III. ①司法—研究 IV. ①D916

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第305731号



出版者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话	010-58908435 (第一编辑部) 58908334 (邮购部)
承 印	固安华明印刷厂
开 本	880mm × 1230mm 1/32
印 张	9.5
字 数	256 千字
版 次	2014 年 1 月第 1 版
印 次	2014 年 1 月第 1 次印刷
定 价	32.00 元

目 录

第一编 规范研究 1

先秦儒家公正思想发微 3

自我保存的自由——霍布斯不被强迫自证其罪

权利思想研究 15

论洛克的私力救济思想 30

论暴力私力救济 48

司法的合法性 62

能动司法与司法改革 78

陪审团事实裁决终局性的理据 104

刑事和解的潜在风险 118

第二编 经验研究 135

《全宋词》所见宋代诉讼及司法 137

犯罪、侦查与人权——一个观察者在 L 市 J 区的

见闻 149



政法传统与司法理性——以最高法院信访制度为

中心的研究 178

中国治理刑讯逼供六十年的经验 204

乡村社会嬗变与人民调解制度变迁 226

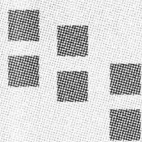
第三编 书评 259

蔡斐博士论文商兑 261

市场与国家的共生交换——评刘思达《割据的

逻辑：中国法律服务市场的生态分析》 270

后记 299



第一编

规范研究

先秦儒家公正思想发微

当前由于社会变革的原因，公正问题被一再突显出来，一时间研究“公正”成了一种热门。但遗憾的是，很少有学者对儒家的公正思想做系统的研究，即使是研究儒学的专家，囿于专业兴趣的原因，也鲜有提及儒家公正思想的。任何一种社会秩序都莫基于一定的公正观念之上，从一定意义上讲，秩序乃是公正的外化，不研究儒家的公正思想就无从深入理解我国传统社会的秩序；同时也会使我们无从梳理和准确把握今天大众的公正观念，也就无法为我们当下的立法和司法建立牢固的合法性与正当性基础，故有必要就此做一些工作。在此须作一交待，文中所提到的儒家特指先秦的儒家。“人文科学具有‘回顾性’，它是在解释和再解释中前进的”，^{〔1〕} 笔者的这种解读，是非得失还有待读者明鉴。

一、社会基本制度层面的公正思想

公正是社会基本制度设计的首要价值目标，任何不公正的社会制度都必将因其合法性和正当性的缺失而归于破产，所以罗尔斯说

〔1〕 何卫平：《通向解释学辩证法之途》，上海三联书店2001年版，导论。

正义是“社会体制的第一美德”。^{〔1〕} 儒家具有积极的政治追求，其学说首先是作为一种治国的政治主张而面世的，在社会制度层面对公正有许多独立的思考。

（一）建立在礼（不平等）基础上的“各得其分”的社会分配公正思想

孔子的时代已是“礼坏乐崩”，但孔子仍极力拥护周礼，多次说“吾从周”^{〔2〕}、“梦见周公”^{〔3〕}，对周礼十分崇敬，要求学生“非礼勿视，非礼勿听，非礼勿言，非礼勿动”^{〔4〕}，面对季氏“八佾舞于庭”，孔子发出了“是可忍也，孰不可忍也”^{〔5〕}的愤怒。为了维护周礼，孔子强调正名，他说：“名不正则言不顺，言不顺则事不成，事不成则礼乐不兴，礼乐不兴则刑罚不中，刑罚不中则民无所措手足。”^{〔6〕}

然而周公制礼的出发点和归宿是“亲亲”和“尊尊”，礼以亲疏和上下等级为其本质，荀子说：“礼者，贵贱有等，长幼有差，贫富轻重皆有称者也。”^{〔7〕} 礼的重要作用之一就是“别贵贱，序尊卑”。^{〔8〕} 承认礼的合法性和正当性，也就是认同人与人之间不平等的合法性与正当性，维护人与人之间尊卑贵贱的等级结构。对此儒家是不掩饰的，孟子宣扬“有天爵者，有人爵者”，^{〔9〕} 说“劳心者治人，劳力者治于人；治于人者食人，治人者食于人，天下之通义

〔1〕 [美] 约翰·罗尔斯：《正义论》，谢延光译，上海译文出版社 1991 年版，第 3 页。

〔2〕 《论语·八佾》。

〔3〕 《论语·述而》。

〔4〕 《论语·颜渊》。

〔5〕 《论语·八佾》。

〔6〕 《论语·子路》。

〔7〕 《富国》。

〔8〕 张晋藩：《中国法律的传统与近代转型》，法律出版社 1997 年版，第 14 页。

〔9〕 《告子（上）》。

也。”〔1〕荀子也认为“贱事贵，不肖事贤”是“天下之通义”〔2〕。

人与人之间的不平等是天经地义的，那怎样分配社会的基本权利义务才叫公正呢？儒家认为，在礼（不平等）的前提下，“各得其分”就是公正。孔子“克己复礼”的目的就是要恢复“君君、臣臣、父父、子子”〔3〕、差等有序、各人严守名分的社会。儒家把人义视为名分，“何为人义？父慈，子孝，兄良，弟悌，夫义，妇听，长惠，幼顺，君仁，臣忠，十者谓之人义。”〔4〕各守其分就义，据此各得其分便是公正。对此，孔子也曾说：“丘也闻有国有家者，不患寡而患不均，不患贫而患不安。”〔5〕不愁太少，而愁不能各得其分；不愁贫穷，而愁境内不得安宁。儒家坚持以礼（不平等）为前提进行分配社会的基本权利和义务，阶级局限性十分鲜明。

（二）立法等差与司法特权下的平等执法和守法

儒家是主张德治的，孔子说：“为政以德，譬如北辰，居其所而众星共之。”〔6〕但“徒善不足以为政”〔7〕，在现实社会中还不得不面对法律问题。上文已指出，儒家认为人与人之间存在贵贱亲疏的差别是合理的，人与人之间的不平等是天经地义的，所以对人应本其名分加以区别对待，“名位不同，礼亦异数”〔8〕。这一思想落实到法律上便必然是认同“礼不下庶人，刑不上大夫”〔9〕，要求立

〔1〕《滕文公（上）》。

〔2〕《仲尼》。

〔3〕《颜渊》。

〔4〕《礼记·礼运》。

〔5〕《论语·季氏》。关于这里的“均”，许多人误将其视为平均，实际应该是指“各得其分”。见康有为的《论语注》。

〔6〕《论语·为政》。

〔7〕《孟子·离娄（上）》。

〔8〕《左传·庄公十八年》。

〔9〕《礼记·曲礼》。

法有等差；“凡命夫命妇不躬坐狱讼”^{〔1〕}，司法存在特权。但在立法和司法本身不公平、不平等的前提下，儒家主张仍应平等执法和守法，这在孟子的思想中表现得最充分：

桃应问曰：“舜为天子，皋陶为士，瞽瞍杀人，则如之何？”

孟子曰：“执之而已矣。”

“然则舜不禁与？”

曰：“夫舜恶得而禁之？夫有所受之也。”

“然则舜如之何？”

曰：“舜视弃天下犹弃敝屣也。窃负而逃，遵海滨而处，终身訢然，乐而忘天下。”^{〔2〕}

从孟子对桃应设问的对答中，我们可以看出孟子认为作为执法者应平等执法，皋陶不应因瞽瞍是天子舜的父亲而曲法；守法者也应平等守法，舜作为天子不应滥用公权干预皋陶执法。但面对亲情与法律的冲突，孟子还是主张应放弃法律而维护亲情，以贯彻儒家关于“父为子隐，子为父隐，直在其中矣”^{〔3〕}的精神，不要违背“事亲为大”^{〔4〕}的原则。不过在这个思想实验中，值得注意的是孟子虽然主张“大义不灭亲”，但他也主张“大亲不灭义”，即舜不能用公权作为维护亲情的手段，舜要做到孝必须先放弃天子位。^{〔5〕}

〔1〕《周礼·秋官·小司寇》。

〔2〕《孟子·尽心上》。

〔3〕《论语·子路》。

〔4〕《孟子·离娄上》。

〔5〕林安梧：《论语——走向生活世界的儒学》，台湾文海学术思想研究发展文教基金会1995年版，第114页。也有学者认为舜如“背负而逃”便是“典型的徇情枉法”，实际是忽略了舜身份的变化，舜如果这样做，以今天的视角观来，舜将不是个好的守法者，但并非坏的执法者、掌权者。参见刘清平：“美德还是腐败？——析《孟子》中有关舜的两个案例”，载《哲学研究》2002年第2期。

在儒家看来，法律不但在仁德教化之下，而且也在亲情伦理之下。在儒家的话语之下是不可能形成任何法治的理念的，所以儒家的法律思想是十分矛盾的：一方面公开宣扬基于名分，立法等差与司法特权具有天然的合理性，另一方面又认为应尽可能平等地执法和守法。

（三）选贤与能的官吏选拔公正思想

如何安排和决定社会公职历来是公正所关注的核心内容之一，当代以正义理论闻名于世的罗尔斯就把“公职和职位应该在公平的机会平等条件下对所有人开放”^{〔1〕}作为其正义原则的重要内容。儒家主张积极入世，提倡“学而优则仕”^{〔2〕}，并不反对当官发财，孔子肯定“富与贵，是人之所欲也”^{〔3〕}，甚至对他的学生许诺：“学也，禄在其中矣。”^{〔4〕}主张“邦有道，则仕”^{〔5〕}，对于那些担忧不能获取官职的学生孔子安抚道：“不患无位，患所以立。”^{〔6〕}因此儒家历来对官吏的选拔和委任十分关注。

儒家倡言委任官吏应选贤与能。樊迟问智，孔子说：“举直错诸枉，能使枉者直。”不解，子夏对其解释说：“富哉言乎！舜有天下，选于众，举皋陶，不仁者远矣。汤有天下，选于众，举伊尹，不仁者远矣。”^{〔7〕}仲弓问政，孔子又说：“先有司，赦小过，举贤才。”^{〔8〕}对于“季氏将伐颛臾”，孔子引用了周任的话教训其弟子冉有，说：“陈力就列，不能者止。”^{〔9〕}可见孔子认为只应推举贤

〔1〕〔美〕约翰·罗尔斯：《作为公平的正义——正义新论》，姚大志译，上海三联书店2002年版，第70页。

〔2〕《论语·子张》。

〔3〕《论语·里仁》。

〔4〕《论语·卫灵公》。

〔5〕《论语·卫灵公》。

〔6〕《论语·里仁》。

〔7〕《论语·颜渊》。

〔8〕《论语·子路》。

〔9〕《论语·季氏》。



能之人为官，不贤无能者应被辞退。孟子也认为应“贵德而尊士，贤者在位，能者在职。……尊贤使能，俊杰在位”。^{〔1〕}对于“士师不能治士”者应“已之”。^{〔2〕}同时由于儒家主张“有教无类”^{〔3〕}，对受教育者进行“因材施教”，重视教育、培养人才，使那些贫寒之士有了一线步入仕途的希望。隋唐以降实施的科举考试无疑是儒家关于选贤与能的官吏选拔公正思想的实践，以考试成绩作为检测士人贤与能的标准。虽然这个标准在今天看来需要检讨，但在古代社会也许是唯一现实的办法。

儒家选贤与能的官吏选拔公正思想及其科举考试的实践经传教士西传，极大地震动了西方的知识界，使他们误认为：在中国，官职是直接根据才能来填充的；中国的等级制度，其基础不是别的，只是良好品质；在中国，作为孩子，在步入仕途的机会上都是平等的。在启蒙思想家的眼里，中国成了一个令人羡慕的国度。^{〔4〕}这正好表明儒家选贤与能的官吏选拔主张，大体上坚持了应得标准，而排斥了资格标准，具有相当的合理性。

（四）“有教无类”的教育公正思想

受教育权是一个人最重要的权利之一，因为能否接受教育常常决定一个人的命运，所以教育历来是社会公正所关注的对象，也是分配正义所必须讨论的领域。儒家十分重视教育，孔子本人就是中国历史上最早兴办私学的教育家之一，打破了学在官府的局面。孔子主张“有教无类”^{〔5〕}，他说：“自行束脩以上，吾未尝无

〔1〕《孟子·公孙丑上》。

〔2〕《孟子·梁惠王下》。

〔3〕《论语·卫灵公》。

〔4〕参见〔美〕顾立雅：《孔子与中国之道》，高专诚译，山西人民出版社1992年版，第361～387页。当然这是一种典型的文化误读，在解读异域文明的时候，人们常常会犯放大主题而淡化背景的毛病，不过这也正说明解读本身常常会超越文本本身的内涵，进行创造性的转化。

〔5〕《论语·卫灵公》。

海焉。”〔1〕不论出身贵贱，只要交上束脩，都可做他的学生。孔子这一主张，使许多过去根本无权受教育的平民子弟获得了受教育的机会，他的学生中就有不少是出身于“贱人”、“鄙家”的。公冶长就是一例，他曾坐过监狱，孔子仍接受了他，甚至“以其子妻之”〔2〕。孔子的得意门生颜回家境贫寒，孔子仍赞赏他：“一簞食，一瓢饮，在陋巷，人不堪其忧，回也不改其乐。贤哉，回也！”〔3〕儒家这种教育应向所有人开放的思想无疑具有积极的进步意义，在我们今天普及义务教育是可资借鉴的。

（五）“民惟邦本”，诛暴救民的革命公正思想

战争、革命历来是公正所关注的重点对象，对此儒家也有一套自己的说法。孟子认为：“民为贵，社稷次之，君为轻。”〔4〕统治兴亡的关键在于能否对民施行仁政：“三代之得天下也以仁，其失天下也以不仁。国之所以废兴存亡者亦然。天子不仁，不保四海，诸侯不仁，不保社稷”〔5〕。据此孟子主张：“诸侯危社稷，则变置。”〔6〕民惟邦本，本固才邦宁，统治者残暴无道就应发动革命将其推翻，另立贤主。所以儒家对“汤武革命，顺乎天而应乎人”〔7〕大加赞赏：

齐宣王问曰：“汤放桀，武王伐纣，有诸？”

孟子对曰：“于传有之。”

曰：“臣弑其君，可乎？”

曰：“贼仁者谓之‘贼’，贼义者谓之‘残’。残贼之人谓

〔1〕《论语·述而》。

〔2〕《论语·公冶长》。

〔3〕《论语·雍也》。

〔4〕《孟子·尽心下》。

〔5〕《孟子·离娄上》。

〔6〕《孟子·尽心下》。

〔7〕《易传·革卦》。

之‘一夫’。闻诛一夫纣矣，未闻弑君也。”〔1〕

在这里，孟子认为对于像桀、纣这样的暴君，汤武革命不属于弑君、篡位，其所为合法正当。对此荀子与孟子的看法大体一致，认为“汤武不弑君”〔2〕，“夺然后义，杀然后仁，上下易位然后贞，功参天地，泽被生民，夫是之谓权险之平，汤武是也”〔3〕。但在这里要作一点说明，儒家的革命并非现代意义上的革命，它是秉承周公“以德配天”的君权神授说的，命指的是天命，儒家只是主张得到天命的人可对不施仁政以致丧失天命的君主取而代之，以达到“一正君而国定矣”〔4〕的效果，在骨子里并不反对君权制度，并不主张社会制度的根本变革。不过儒家从道德上赋予革命极大的合理性和正当性，为中国古代历史上的改朝换代提供了合法性的依据，影响深远。〔5〕

二、作为个人道德品质的公正思想

公正不仅是制度设计的重要价值目标，也是个人道德修养的重要德目之一。一个人是否公正直接决定其道德品质的高下，而对于从事公职的人来说，公正是其最可贵的品质，甚至是其任职的首要条件（比如说法官），所以公正作为道德品质历来为人们所看重。先秦儒家倡行德治，主张“内圣外王”，向来十分重视个人的道德修养，孔子说：“古之学者为己，今之学者为人。”〔6〕一个求学之人应把自己培养成一个人格完美、道德品质高尚的君子而不是小

〔1〕《孟子·梁惠王下》。

〔2〕《正论》。

〔3〕《臣道》。

〔4〕《孟子·离娄上》。

〔5〕参见刘泽华主编：《中国传统政治哲学与社会整合》，中国社会科学出版社2000年版，第326～345页。

〔6〕《论语·宪问》。

人。在儒家的伦理学说中也包含了丰富的作为个人道德品质的公正思想，概而言之，主要有以下几点：

（一）儒家把公正作为评价道德品质高下的重要标准

孔子说：“人之生也直，罔之生也幸而免。”^{〔1〕}在他看来，正直是一个人生存的基础。《论语》中有几个例子，体现了孔子对公正的实践：一是孔子的得意门生“颜渊死，颜路请子之车以为椁”，孔子认为：“才不才，亦各言其子。鲤也死，有棺而无椁。”^{〔2〕}颜渊虽贤，但也只能和鲤享受同等的待遇，无论有无才能都应一视同仁公平对待。二是在对待公冶长上，孔子认为“虽在縲紲之中，非其罪也”，并“以其子妻之”^{〔3〕}。孔子并不以公冶长曾是囚犯而抱以偏见，对其仍十分客观地评价和对待，可谓对人公正之至。三是在评价管仲时，子路问：“桓公杀公子纠，召忽死之，管仲不死。”其“未仁乎？”孔子说：“桓公九合诸侯，不以兵车，管仲之力也。如其仁，如其仁。”^{〔4〕}孔子坚持客观全面地评价管仲，充分肯定了管仲的历史功绩，十分难能可贵。孔子还多次对当权者讲：“其身正，不令而行；其身不正，虽令不从。”^{〔5〕}要求他们自己首先要做到正当、公正。此外孔子还把正与不正作为评价人的标准，在评价晋文公和齐桓公时，孔子就说：“晋文公谄而不正，齐桓公正而不谄。”^{〔6〕}可见，在孔子看来为人正派、公正十分重要。

（二）儒家的公正品质是奠基于“仁学”之上的

仁是孔子伦理思想的核心范畴，是其整个思想体系的基石。孔子对仁的解释有许多种，其最有名的是“樊迟问仁”，孔子解释说

〔1〕《论语·雍也》。

〔2〕《论语·先进》。

〔3〕《论语·公冶长》。

〔4〕《论语·宪问》。

〔5〕《论语·子路》。

〔6〕《论语·子路》。



“爱人”^{〔1〕}。在坚持“爱有差等”的前提下，儒家主张推己及人，“能近取譬，可谓仁之方也已。”^{〔2〕} 孟子也认为一个人应当做到“老吾老以及人之老，幼吾幼以及人之幼”^{〔3〕}。仁的核心规则是“己所不欲，勿施于人”^{〔4〕}，自己不愿做的事，就不要强加给别人。与此同时，“己欲立而立人，己欲达而达人”^{〔5〕}，自己要想站得住，同时也要让别人站得住；自己要想通达，同时也要让别人通达。如此这样一个本着仁爱之心的君子，为人处事就自然能够做到“正”、“义”、“直”、“中”，^{〔6〕}具有公正的品质。

（三）儒家强调要养成包括公正在内的道德品质，必须自觉加强修养

孔子虽坚持“中人以下不可以语上也”^{〔7〕}，认为人的智愚善恶是先天规定的，但也肯定后天条件和个人努力对个人道德养成的影响，强调“为仁由己”^{〔8〕}、“求仁得仁”^{〔9〕}，说“仁远乎哉？我欲仁，斯仁至矣”^{〔10〕}。重视自觉地进行道德修养，要求其弟子“志于道，据于德，依于仁”^{〔11〕}，必要时甚至“无求生以害仁，有杀身以成仁”。^{〔12〕} 孟子虽然认为“仁义礼智非由外铄我也，我固有之

〔1〕《论语·颜渊》。

〔2〕《论语·雍也》。

〔3〕《孟子·梁惠王上》。

〔4〕《论语·卫灵公》。

〔5〕《论语·雍也》。

〔6〕有学者认为中国传统的正义观可从儒家经典中的“正”、“义”、“直”和“中”四个词中得到解释，参见成中英：《知识与价值——和谐、真理与正义的探索》，台湾联经出版事业公司1986年版，第354、363页。

〔7〕《论语·雍也》。

〔8〕《论语·颜渊》。

〔9〕《论语·述而》。

〔10〕《论语·述而》。

〔11〕《论语·述而》。

〔12〕《论语·卫灵公》。