

儒学正义论与中华法系*

俞荣根**

摘要:“仁义—中道”结构的儒家仁学正义论是中国传统正义学说,其特点是家族本位的血缘伦理正义,主导着中华法系的法律正义。中华法系是一个“礼法”法系,“仁义”居于内,“中节”发于外,构建起“正当”和“适宜”的法律正义,在关于统治的合法性、科举取士、“中平”立法、“德主刑辅”的治国方略、定罪量刑原则、刑罚制度、“调处息讼”等方面都有正面的表现。传统正义学说和中华法系都处于根本性的转型期,应当也可以吸纳西方正义论的基本自由、平等、权利原则,其固有的正面价值是实现转型的积极资源。

关键词:儒学 正义论 中华法系

中华法系以儒家思想为灵魂。因而,中华法系的正义问题,又可分两个相互衔接的部分来思考:一是儒学的正义学说问题;二是中国古代法的规则正义和制度正义问题。

本文就上述两个部分的思考作一个简要综述,藉以向各位师友请教。

一、儒家仁学正义论

笔者在拙著《儒家法思想通论》中说过:

“礼义、仁或仁义、天道、天理便是儒家法哲学中的理想法,是儒家之法价值本体,是他们用来判断现实社会的法律和法制的是非善恶的

价值标准。……儒家法文化的批判精神确具有‘为天地立心,为生民立命’的意义,它包含了良法观念,包含了正义和公道。”^①

诚然,肯定儒学有自己的正义学说是远远不够的,还得进一步揭示儒学正义论的理论样态。

先秦儒家大师中,孔子曰“仁”曰“义”,孟子讲“仁义”,荀子首提“正义”^②。据此,不少学者以为,儒学中可找到与西方正义论的“正义”一词接近或对应的词汇,它就是“义”,包括荀子的“正义”^③。

儒家学说是一个自洽圆融的思想体系,其中,宗教的、哲学的、伦理的、道德的、教育的、政治的、法律的、经济的、管理的等等这些近现代学

* 拙稿应台湾大学人文社会科学高等研究院召开“中华法系与儒家思想”国际学术研讨会之邀而撰写。本文的繁体中文版已收编在此次研讨会的学术论文集中。此稿为简体中文版,已在繁体版的基础上作了一定的修改。

** 作者简介:俞荣根,西南政法大学教授,享受国务院特殊津贴专家。

① 参见俞荣根:《儒家法思想通论》,广西人民出版社1998年修改再版,第687~689页。

② 《荀子》书论“正义”共有4处:《荀子·不苟》:“君子崇人之德,扬人之美,非谄谀也;正义直指,举人之过,非毁疵也……”《荀子·儒效》:“不学问,无正义,以富利为隆,是俗人者也。”《荀子·臣道》:“《传》曰:‘从道不从君。’此之谓也。故正义之臣设,则朝廷不颇。”《荀子·正名》:“正利而为谓之事,正义而为谓之之行。”

③ 参见蒙培元:《略谈儒家的正义观》,载《孔子研究》2011年第1期;黄玉顺:《中国正义论纲要》,载《四川大学学报》2009年第5期;黄玉顺:《“中国正义论”:儒家制度伦理学的当代政治效应》,载《文化纵横》2010年第2期;颜炳罡:《正义何以保证?——从孔子、墨子、孟子、荀子谈起》,载《孔子研究》2011年第1期。

科并未分疏,而是混沌地交织在一体的,可称之为原始的系统论。其所有的词汇都不能脱离体系而独立存在,都不可简单地抽出来单独解读。其中,“仁”是核心,是儒学思想体系的总德目,是“众德之总”,其他的德目,如孝、慈、义、礼、智、信、勇、忠、恕、恭、宽、敏、惠等等,都不能离开“仁”而存在,都须得到“仁”的改造和重新诠释。如,墨子也讲“义”,墨家的“义”也可作“正义”解。墨子说:“义者,正也……,天下有义则治,无义则乱。……然而正者,无自下正上者,必自上正下。”墨子的“正”,是按政治权力层级由上而下,一级“正”一级,形成“上之所是必是之,上之所非必非之”的绝对集权政治。这样“正”的结果,只能失去“正义”,成为非“正义”。儒家的“义”则异于是。孔子强调的是:“政者,正也。子帅以正,孰敢不正。”孟子更作断然之论:“君仁莫不仁,君义莫不义,君正莫不正;一正君而国定矣。”^⑦荀子还有“从道不从君”的名言,这个“道”,依然是“仁道”。可见,儒家是以“仁”率“义”、以“仁”释“义”。其正义论是以“仁”为核心的“仁义”正义论。

讨论儒学正义论时,不能不引入儒家仁学的另一个重要范畴——“中庸”或“中道”。“中”,包含“中和”、“中正”、“中平”、“中直”、“中节”、“中常”、“适中”、“适度”、“适当”、“适时”等涵义。通常所说的“不轻不重”、“不高不低”、“不宽不严”、“无冤无滥”、“不枉不纵”等等,就是孔夫子主张的“无过无不及”,讲的都是要“守中”、“持中”的意思,都是一种“宜”的哲学、“度”的哲学。“中”就是有度、适宜。在儒家仁学体系中,“中”和“义”是相通的,互为表里。“仁义”存于心,“中和”、“中平”、“中节”发于外。“中庸”、“中”是实践正义的原则和方法。尤其在法的领域,有度、适宜,符合“中道”,是正当性、正义性的基本要求。这一点,古今中外概莫能外。因此,儒学正义论,作完整全面的表述,则为“仁义—中道”结构的仁学正义学说。

自有人类社会以来,各民族、各族群对正义的向往和追求从未停止,各种关于正义的学说精彩纷呈,但也众说纷纭、莫衷一是。诸如古希腊的

自然正义论,穆勒、边沁的功利主义正义论,罗尔斯的现代版新正义论等等。与诞生于西方社会的正义论有所不同,儒家的仁学正义论是血缘伦理正义论。关于儒家仁学的血缘伦理特性,学界已有充分的论析,毋庸赘言。

儒家的仁学正义论以建立血缘家庭作基础的社会、政治、经济、文化结构为旨归,通过儒家大师的一系列诸如“王霸之辨”、“义利之辨”的论辩为道德正义、伦理正义、政治正义、法律正义确立内涵和价值标准。其中,“王霸之辨”确立政治统治的合法性正义标准;“义利之辨”确立权力与权利、君利与民利、公利与私利、群利与己利、大利与小利、远利与近利的合理性正义标准;“中庸”与“乡愿”,以及“中”与“过”、“不及”之辨确立立法、司法和社会法律生活求中贵和的正当性、适宜性正义标准;“君子”与“小人”之辨,以及荀子的“大儒”、“雅儒”、“俗儒”之辨确立社会精英阶层的道德正义和伦理正义标准;“导德齐礼”与“导政齐刑”之辨确立治国安邦的秩序正义的标准,如此等等。

没有正义理想追求的民族是没有生命力的,因而是不会有前途的。《礼记·礼运》“大同”章云:“大道之行也,天下为公。选贤与能,讲信修睦。故人不独亲其亲,不独子其子。使老有所终,壮有所用,幼有所长。矜寡孤独废疾者,皆有所养。男有分,女有归。货恶其弃于地也,不必藏于己。力恶其不出于身也,不必为己。是故谋闭而不兴,盗窃乱贼而不作。故外户而不闭。是谓大同。”

这段铿锵有力、慷慨激昂的文字引导着中华民族的世代追梦!孔夫子传《大同》篇肇其始,孙中山题“天下为公”继其后,邓小平勾画“小康”蓝图而复兴于今。《大同》篇是中华民族的正义篇,是儒家仁学正义论的代表作。

以系统研究“中国正义论”著称的黄玉顺教授认为,“中国正义论有两条基本的正义原则”:一是“正当性原则”,其中包含“公正性”和“公平性”两个准则;二是“适宜性原则”,也包含“地宜性”和“时宜性”两个准则。^⑧

^⑦《墨子·天志下》。

^⑧《墨子·尚同中》。

《论语·颜渊》。

《孟子·离娄上》。

黄玉顺:《中国正义论纲要》,载《四川大学学报》2009年第5期。

那么,这些关于正义的原则和准则与中华法系的关联性如何呢?

二、儒家正义论与中华法系的法律正义

在讨论中华法系是否有制度正义和规则正义之前,有一个关于中华法系和中国古代法是什么性质的前提性问题需要先期加以讨论。

国内外一些法律史论著认为,中国古代法是“律令体制”,中华法系是“律令”法系。如果真是这样,那么,上述认为中国古代法“以刑为主”,只是治民工具,无“法”的含义,缺乏正义和权利等等说法就有立足基础了。但事实并非如此。说中国古代法在法律形式上以“律令”为主不假,但无论是律(实为刑律),还是令、科、比、格、式、例等等,都唯“礼法”是从。“礼法”,才是中华法系之“道统”在法律体制上的外在表现,是中华法系的“法统”形式,或曰“法统”载体。质言之,中华法系是“礼法”法系。^⑨

黄宗羲是对中国古代君主集权专制法制有深刻认识的思想家。他认为暴秦以后的法都是君主的“一家之法”,是“非法之法”。但他提出的“一一通变”主张,即“复井田、封建、学校、卒乘之旧”^⑩,其根据仍是“三代以上之法”。换言之,是以中华法系中的正义规则去变革被专制君主扭曲的非正义规则。正是由于黄宗羲的批判,使我们能够更为清晰地把握中华法系中哪些是正义的制度和规则元素。

下面,从“礼法”法系的视角,顺着黄宗羲拨乱反正的思路,来梳理一下中华法系法律正义的方方面面。

1.关于政治统治的合法性。在“礼法”体制中,礼典的地位高于刑法典。礼典首先要解决的是一代王朝的正统性、合法性的问题。葛兆光先生曾经有段精辟的议论:“古代中国所有的王朝,都曾经借助一系列的仪式与象征,来确立自己的合法性,这叫‘奉天承运’,在国家典礼的隆重仪

式中,拥有权力者以象征的方式与天沟通,向天告白,同时又以象征的方式,接受天的庇佑,通过仪式向治下的民众暗示自己的合法性。”^⑪

所谓统治的合法性,也叫正当性,指人民对政权的认可、信仰和服从。韦伯说:“任何一种统治都试图唤醒和培养人们对其合法性的信念,一切权力都要求为自身辩护。”^⑫统治者在论证自身合法性的过程中,最重要的就是要在统治者与被统治者之间寻求一个共同的价值基础,从而使得被统治者认为统治权力是正当的,而甘心接受被统治的现实。在古代中国,“礼”就是这样一个存在于统治者与被统治者之间的共同价值基础,“礼”用其特有的诠释方式把国家形态与社会结构概念化、合理化,使所有成员都相信那样的结构形式与内容是天经地义的,是命定不可更改的。中国传统政治统治需要四重合法性:“天命”的神圣合法性;“以德配天”的德性合法性;以祭祀天地、山川、祖宗为主的礼仪程序合法性;以建筑、印玺、钟鼎、服饰、仪仗为载体的器物合法性。这四重合法性都通过礼表达,并由礼典规范。它们既是统治者自证的内容,同时也是被统治者批判、抨击的内容。

礼典的另一个重要功能是确定王朝内部内朝外朝、省部院寺、中央和地方,还有中央王朝和藩邦属国的权力与责任,规范君臣使佐、文武百官、士庶百姓的尊卑秩序。

古人说:“夫礼,天之经也,地之义也。”“礼,上下之纪、天地之经纬也。”“礼者,则天地之体。”^⑬礼和礼典,在古代社会从来是经国安邦的“大经大法”,是相当于近现代宪法地位的法上之法。在中国古代两千多年的帝国时代,尽管王朝更迭不断,宫廷政变频仍,但其合法性论证,都得依礼而行。合礼即合法,非礼即非法。

2.关于科举取士制度。美国著名学者顾立雅认为,科举制度是“中国对世界的最大贡献”,其影响的重要性要超过物质领域中的四大发明。古代科举制度由汉代察举制演变发展而成,自隋大

^⑨ “礼法”一词首见于《荀子》,如,《修身》篇:“故学也者,礼法也。”《王霸》篇:“礼法之大分也。”“礼法之枢要也。”关于中华法系是“礼法”法系的论述,可参见2012·中国曲阜《第五届世界儒学大会论文集》收录的拙文《和:中华法系之魂》。

黄宗羲:《明夷待访录·原法》。

^⑩ 葛兆光:《中国思想史》第2卷,第261页。

^⑪ 转引自[德]哈贝马斯:《合法性危机》,刘北成、曹卫东译,上海人民出版社2000版,第127页。

^⑫ 《左传·昭公二十五年》。

业元年(605年)创始至清光绪三十一年(1905年)废除,历经1300年之久。其间产生出700多名状元、近11万名进士、数百万名举人。历史上诸多治国安邦的名臣、名相,有杰出贡献的思想家、文学家、艺术家、科学家、外交家、军事家等大都出自这些状元、进士和举人之中。孙中山称赞其为世界各国中用以拔取真才之最古最好的制度。他设计的“五权宪法”制度的“考试权”,就汲取了科举制的优长。

科举一般属于礼部职能,有严格的管理和程序规定,其法规体系至宋朝而趋于完备。元朝《仁宗皇庆二年(1313年)诏书》是科举史上的一部重要立法,它不仅奠定元朝科举制度的原则、精神和方法,还对科举考试的时间、层级、报名者年龄、道德要求等作出详细规定,并拟订了惩罚措施。《皇庆诏书》颁发后,中书省根据诏书精神,对主考官的条件、规格、人数、试卷要求、弥封制度、誊录制度、回避制度、应举人的资格与健康条件等作出了具体规定。明清时期,科举制度臻于烂熟,科举法规更加丰富而完善。1384年,明太祖命礼部颁布《科举集成》,是中国第一部完整的考试规则,自此有了独立编制的科举法。清朝编撰有六十卷的《钦定科场条例》以及《续增科场条例》和专门的《兵部题准武场条例》,古代科举法走向顶峰。

中国古代科举法律制度不仅有严格的实体正义规则,而且有看得见的程序正义细则,从而形成公开考试、公平竞争、择优录取的人才选拔制度。在科举时代,科场舞弊并非没有,但那是违法的,只要王朝还不到足够衰朽而致无力执法之时,违犯者终究会受惩治。由是,入仕主要不是靠血缘、靠关系、靠门第而是靠“学问”成为一种共识。“朝为田舍郎,暮登天子堂”,并不能一言以弊之为“是一句空话”。

3.关于法贵“中平”的立法。西周史官史伯有句名言:“夫和实生物,同则不继。”法和法律,理所当然世界万物之一“物”,故“和实生物”,其中也包含着“和实生法”的天才猜测。法律,实在是“中和”的产物,或者说,“中和”是立法原则。史

称《唐律》“一准乎礼,得古今之平。”“平”,就是公平,亦叫“中正”、“中平”,指其法律条款疏而不漏、宽严得当,犯罪与刑罚两者相当、轻重适度,既不像秦代的严刑峻法,也不至于“网密于凝脂,而漏吞舟之鱼”。在世界法制史上,唐律被公认为是中世纪最好的法典。它在犯罪构成制度、定罪量刑制度、诉讼程序制度、官员回避制度、法官责任制度等方面堪称“允当”和“中平”,在法律篇章结构、法条设置、法律用语、法律解释等方面相当缜密和确切。

有人批判说,唐律有“十恶八议”、“官当”之制,有“亲属相容隐”条款等等,是一部“封建特权法”,无正义性可言。唐律是中世纪法典,有“十恶八议”、“官当”等特权条款不假。在帝制时代,有这些内容很正常。没有哪个立法者能超越自己的时代。正义是有适宜性的,即上文说到的地宜性和时宜性。唐律的正义,是中世纪帝制时代的法律正义,是与其他文明体同时代的法律相比显现出来的立法正义。

4.关于德主刑辅的治国方略。孔子主张“为国以礼”。若以为“为国以礼”就必定排斥以法治国、以刑治国,至少是一种误解。“为国以礼”包含着两对中国古代法的范畴关系:一是礼与法、德与刑;一是人与法。儒家答案是:礼法并用、德刑相济,但德礼高于法刑;贤人与良法并重,但贤人更重于良法。而贤人就是德礼的人格化。用孔子的话说是:“道之以政,齐之以刑,民免而无耻。道之以德,齐之以礼,有耻且格。”^⑭由此奠定儒家德礼优于政刑,德礼为主、为本、为体,政刑为从、为末、为辅的治国理论原则。孟子论仁政,认为“徒善不足以为政,徒法不能以自行。”^⑮这是讲贤人与良法应当兼备。荀子把这一治国之道编成歌谣:“治之经,礼与刑,君子以修百姓宁。明德慎罚,国家既治四海平。”^⑯孔、孟、荀的这些主张,汉儒归结为“德主刑辅”,成为古代社会长期标榜的治国原则和法制模式。《唐律疏议》以“德礼为政教之本,刑罚为政教之用”两句脍炙人口的法制格言将其作了总结性概括,成为法定治国方略和原则。

^⑭ 《论语·为政》。

^⑮ 见《孟子》的《梁惠王上》、《离娄上》、《公孙丑上》等篇。

^⑯ 《荀子·成相》。

若从社会控制、犯罪的预防和矫治的角度来看,德礼为主、法刑为辅带有古人所谓的“标本兼治、重在治本”的政治辩证法,未尝不是一种古老而朴素的综合性犯罪控制理论和社会治理学说。

在礼法、德刑关系中还涵摄着一个人与法的关系问题。重德礼、行德教和礼教,自然需要贤人治国,不然,“为上不正”焉能“正人”!孔子的“为政在人”,孟子强调行仁政必须“尊贤使能,俊杰在位”^{①7};荀子疾言“有治人,无治法”^{①8}。他们所谓的“贤人”、“治人”,都应当是遵礼守法的典范。儒家重视贤人、“治人”,不是不要法律和刑罚,而是为了更准确、更有效地实施法律和刑罚,使之尽可能达到公平和正义状态。后人将儒家的这种主张概括为任人与任法结合。

现在有一种比较流行的观点,认为“贤人政治就是人治”。其实,法治与贤人政治不相矛盾,更不相对立。法治需要贤人,贤人更能促进和完善法治。不然,像美国这些法治国家花那么多的金钱和时间搞竞选干什么?不就是希望选出贤能的执政者吗!法治社会离不开贤人、“治人”,人治社会就更需要贤人、“治人”。在人治体制下,如果不贤、不善、不直的人在上位,就更无正义可言。况且,其本身就是一种不正义。中国古代重视建立和完善科举取士制度不失为维护社会正义的一条路子。

5.关于定罪量刑原则和司法制度。罪刑法定无论是作为一种学说还是作为一种法律制度,均成就于西方近代。^{①9}其基本含义是“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚”。它可分解为以下主要原则:(一)不溯及既往,亦称禁止事后法;(二)刑事立法必须清晰明白,刑法规范以成文法而不是以习惯法的形式公布;(三)禁止类推;(四)法官应当严格解释,其解释必须符合法律的本义。据此反观中国传统法制,确不存在严格意义的罪刑法定主义。但我国古代立法及司法上亦“重视”罪刑法定,严格规定中下层官吏必须依律断罪。中华法系在儒家仁学正义论和“中道”思想的指导下,

罪刑关系处于一种既法定又非法定、既非法定又法定的状态。这种理论是在西晋时期确立起来的。

晋武帝时,廷尉刘颂提出了三个层次司法制度设想:“法欲必奉,故令主者守文;理有穷塞,故使大臣释滞;事有时宜,故人主权断。……使主者守文,死生以之,不敢错思于成制之外,以差轻重,则法恒全。事无正据,名例不及,大臣论当,以释不滞,则事无闕。至如非常之断,出法赏罚,若汉祖戮楚臣之私己,封赵氏之无功,唯人主专之,非奉职之臣所得拟议。”^{②0}

“主者”,指主司官吏,他们执法断狱必须严守律文;“大臣释滞”,是说像刘颂这样的廷尉、三公尚书才有权“议事以制”,运用法理、经义解决疑难案件;“人主权断”,即皇帝有生杀予夺的擅断之权。这样就形成了一个法吏实行严格的罪刑法定、“大臣”实行罪刑非法定、“人主”有权罪刑擅断的司法体制。至此,中国古代司法理论格局基本定型。

在这种司法制度下,州县依律断案,有严格的司法责任,定罪量刑是确定的。大案、要案、疑难案件上报后,三法司会审、九卿会审,或朝审、秋审也都有确定的程序。一般情况下,皇帝的最后“擅断”大多是例行公事,任意改变会审结果,或一意孤行地生杀予夺,也是不合礼法的。所以,中华法系的司法制度不好简单地归结为“卡迪司法”。

6关于刑罚制度。有论者认为,古代中国冤狱遍地,酷刑泛滥,儒家法思想既然占有主流地位,难逃罪责。事实恰恰相反,儒家历来反对酷刑,主张慎刑、恤刑。

中国古代反酷刑的历史大致可分为三个阶段:

一是反肉刑阶段。时间大致上在隋唐以前。汉文帝曾废肉刑,但仍保留宫刑和斩右趾。这以后,肉刑时废时兴、时多时少,直到隋《开皇律》、唐《永徽律》的制定,确立了笞、杖、徒、流、死的新

^{①7} 《孟子·公孙丑上》。

^{①8} 《荀子·君道》。

^{①9} 从学说而言,兴起于对中世纪封建制度下罪刑擅断的批判之中,是17、18世纪资产阶级启蒙运动的思想成果之一。从法律制度而言,首定于1789年法国《人权宣言》,再创于1791年《法国刑法典》,后为越来越多国家所仿效。

^{②0} 《晋书·刑法志》。

五刑制度,肉刑作为一种法律明文规定的正刑、主刑方告终结。

二是反各种残酷的身体刑阶段。时间大致上为清末以前。这一时期,除了继续巩固反肉刑的成果,重点转到减轻和取消残酷的身体刑。历代有识之士主要是在实施笞、杖的刑具、对象、部位、数量上加以限制,并明文规定可以用钱赎,以减轻它的残酷性。

三是以反对各种刑讯逼供和非法定的酷刑为重点的阶段。时间是在清末刑制改革以后。

第三个时期的反酷刑任务至今尚未完成,不是本文讨论的范围。第一、二两个时期反酷刑的思想武器主要是儒家的仁学正义学说。

同正义一样,酷刑也是一个历史的、时代的范畴。儒家是反酷刑的,儒家反酷刑又是有局限性的。儒家是家族主义法律原则的提倡者,儒家反酷刑不是以维护个人权利为出发点的,相反,儒家甚至容忍家族内部的酷刑,也不反对为亲人复仇。儒家文化特别看重家族的荣誉和个人的名誉、面子,相应地,在惩治犯罪中,往往把毁损犯罪嫌疑人或犯罪人本人及其家庭、家族的荣誉和名誉作为一种附加的惩治手段。因此,中国古代广泛存在着游街、示众等做法,按今天的文明水平和维护人权的要求,也是一种酷刑。

7.关于“无讼”和“调处息讼”。在古代中国,调处息讼有久远的文化和制度传统,儒家的“无讼”思想是一种历史传承,当然也是对调处息讼的一种推动,一种提升和强化。

“调处息讼”的制度可能形成于西周。《周礼·地官司徒》有“调人”一职,主要职责是:“掌司万民之难。而谐和之。”^①。汉、唐时期,在乡级基层组织设有“嗇夫”、^②“乡正”之类小吏,负责调处民事纠纷。宋代,调处制度得到法律的确认。司法官吏

对于民间诉讼,一般先行采取调处息讼。^③元代形成了“调处”和“息讼”的系统法律。在基层乡里设社,社长负责调处民事纠纷,调处结果对双方当事人具有法律约束力。^④明代在全国各乡设立“申明亭”,民间纠纷小事由老人主持,在申明亭调处。经调处不能和息的,方得向官府起诉。^⑤清代,调处在民事诉讼中处于被优先考虑的地位。康熙《圣谕十六条》的“和乡党以息争讼”、“明礼让以厚风俗”^⑥,成为清代处理民间纠纷的最高准则。

“调处息讼”制度为民众提供了一种解决纠纷的“非诉讼”途径选择,减少“累讼”对当事人造成的压力,有效协调“熟人社会”的人际关系,缓和社会矛盾,以最小的经济成本和社会成本换得经济活动和社会生活秩序的正常化。在传统中国社会,“调处息讼”无疑是古代司法制度中一种最经济、最快捷地解决纠纷的制度,是当事人不需要告官府、匍匐跪拜、受凌辱呵斥和勒索盘剥而获得适当救济的制度,也是对当事人的人格尊严侵害得比较少一些、轻一些,而使其所享有的伦理和人性温情相对多一些、浓一些的制度。

上述七个方面只是有关中华法系法律正义性的例证。限于篇幅,诸如古代法制中的检察制度、家产制度、契约制度、县以下自治制度等等都未能涉及,其中的合理正当元素也不当忽视。在理论论证中,分门别类的举例是必要的,但却不是充分的。中华法系作为一个法律系统,其正当性和适宜性存在于系统的整体和全过程之中。这将是一项宏大的研究课题,非本文力所能及。

三、现代法治语境与中华法系的正义价值

罗尔斯在《正义论》第11节中提出正义的两个原则:第一,每一个人都有平等的权利去拥有

^① 《周礼·地官司徒》。

^② 《汉书·百官公卿表》。

^③ 《名公书判清明集》卷之一,《官吏门·申微·劝谕事件于后》载:“遇亲戚骨肉之讼,多是面加开谕,往往幡然而改,各从和会而去”、“如卑幼诉分产不平,固当以法断,亦须先谕尊长,自行从公均分”。

^④ 《至元新格》规定“社长”的职能之一是“诸论诉讼婚姻、家财、田宅、债负,若不系违法事重并听社长以量谕解免使妨废农务,烦扰官司”。

^⑤ 顾炎武:《日知录》卷八:“命有司择民间高年人公正可任事者理其乡之词讼,若户婚、田宅、斗殴者,则会里胥决之。事涉重者,始白于官,若不由里老处分径诉县官,此之谓越诉也。”

^⑥ 康熙《圣谕十六条》,载《圣祖实录》康熙九年十月癸巳。

可以与别人的类似自由权并存的最广泛的基本自由权。第二,对社会和经济不平等的安排应能使这种不平等不但(1)可以合理地指望符合每一个人的利益;而且(2)与向所有人开放的地位和职务联系在一起。^⑦他的第一个原则体现西方正义论传统的人人平等和基本自由价值观念;第二个原则包含机会平等与差别原则,即机会和利益的分配应惠及每一个人,而人总是有差别的,因此在分配规则上应该有利于不利者,也就是要向弱势群体倾斜。

西方正义论根植于西方的社会和文化的历史与现实之中,不是所有文明的唯一标准,也不是评判中国历史上儒家仁学正义论和中华法系法律正义之有无多寡的唯一标准。然而,各种文明的特殊性和个性不能否认人类文明的普遍性和共性。人类毕竟有着共同的文明追求和公认的良知正义。各种丰富多样的特殊的和个性化的文明中必然涵泳着人类文明的普适的和共性的价值。因此,我们仍然有必要探讨儒家仁学正义论与罗尔斯为代表的西方正义论在正义价值论上的共性和个性。

儒家所主张的制民恒产、轻徭薄赋、优待鳏寡孤独老弱幼稚者,以及“有教无类”、“学而优则仕”等思想中体现的仁学正义论,与机会平等与差别原则的正义价值观是相向而立的。中国古代法中,科举制度不问身份地位,以考试方式择优选拔人才的机会平等原则;刑事法中体现儒家“恤刑”精神对老幼笃废疾减免刑罚,社会经济方面的“常平仓”制度、赈灾制度等,在一定程度上体现差别原则。古与今、中与西的正义学说存在这种一定程度上的关联性和可比性,正是人类不同文明的差异性中存在趋同性、特殊性中蕴含着普遍性的认识规律所致。

儒家仁学正义论与西方正义论的主要差别在平等自由问题上。罗尔斯的第一个原则,即人的基本自由原则是西方思想的传统精神。基督教的教义认为人是“上帝的孩子”,在上帝面前都是平等的。这里的“人”是宗教意义上的抽象的个体,是“原子”人,没有父母、子女、兄弟姐妹的差别。人生而平等、生而自由,也是个体与个体间的平等,“原子”人的自由。这一原则成为基督教文

明国家和地区一切法律的铁则,违反这一条,统统是不正义的。

儒家依据的是人类自然繁衍的血缘存在,重视血缘伦理。“子生三年,然后免于父母之怀。”这是一个血缘繁衍事实。儒家思想家以此为基础构建伦理规则:父慈子孝、兄义弟恭、夫敬妇顺。再推及社会,老人之所老,幼人之所幼,形成社会道德规范。由于人世间每个人既是父/母,同时也是子/女,还是夫/妻。因此,从每个自然人的角度,在其一生中,权利、义务是相对等的,或者说是均等的。

血缘伦理是古代家长制的规则。家长制的基础是家产制,而只有家产制才适合以家庭为基础的自然状态下的农业经济。在家产制下,家长通常由家父担当,对内负责领导和指挥生产经营,对外代表家庭,即代表其家产单位与政府、与社会打交道。家长在家庭中的权力和权利并不像过去有些教科书写的那样绝对,他更多的是责任,或者说,是与其责任和义务相对等的。家长只是把家产从父辈手中接过来再传承下去的血缘链条中的一个中间传人,除了养家糊口、纳税完赋,还负有保值和增值家产的责任,也就是通常所说的“发家致富”、“光宗耀祖”。如果家产败落,那就是“败家子”了,会遭到家族和社会的唾弃。家产制是得到古代法律认可和保障的。它的法律概念叫作“户”,家长是“户主”,户主吸收了户成员的权利和人格。在古代中国,是户,而不是自然的“原子”人,才是主要的民事主体,是政府征收赋税和社会管理的行政相对人。户主代表一户人行使权利,承担义务。户是自治的,经营什么,怎么经营,由户自主。户与户之间在法律上也是平等的。儒家仁学正义论和中华法系的法律正义就是这种家庭结构和家产制的产物,并反过来维护和保障它们。

因此,不能说古代中国和中国古代法没有平等,没有自由,没有权利。确切地说,是不表现“原子”式的个人平等、个人自由、个人权利。这便是儒家仁学正义论和中华法系法律正义不同于西方正义论的一个特点,也许还是其近现代发展中的一个局限、一个困境。

正义是随着人类文明的进步而进步的。在西

^⑦ 参见[美]罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社1988年版,第7~8页。

方正义论的基本自由、平等和权利原则普世化的时代,中国正义论需要从传统走向现代。古老的传统正义学说已经式微,或者说,已经在过度的政治和意识形态革命中摧毁,失去了支撑法律正义和社会正义的能力,而一个崭新的融汇中西方传统的“中国创造”的正义理论尚未产生。旧的正义堤防毁坏了,新的正义堤防又没有筑起来,结果只能导致非正义的、藐视正义的,乃至蔑视正义的洪水泛滥。这是社会转型时期的困惑,长此以往,还可能会成为一种危机,后果很严重。

譬如说,与家产制相适应的传统继承制度在法律上已被从西方引进的继承法替代,诸子平等、男女平权、亲子女与养子女等同。这是符合现代正义的。但如果有一个在新继承法实施前按照传统规则出嫁的女儿,娘家已经陪嫁了与当时家产相匹配的嫁妆,出嫁后又没能为娘家资产的增值作出贡献,其娘家父母在改革开放后创业成功,有一些资产,死后诸子继承了遗产,已出嫁的女儿向法院提起诉讼,要求保障自己的继承权。女儿的要求确有现行法律依据,也符合法律正义。然而,其兄弟,还有亲朋好友会作何评价?谁更正义?现在,此类继承官司比较多。一场官司下来,财产是依法分割了,亲情也就分离了。

再举一个亲属权的法律问题。我们从一个众所周知的“余祥林案件”²⁸说起。余案背后有个案中案,发生在余祥林母亲杨五香身上²⁹。她为给自己的儿子洗冤而反复上访和申诉,被有关部门认定为“包庇犯罪”、“妨碍司法公正”,关进看守所

长达9个月,身心备受折磨,回家后3个月,这位倔强而爱子心切的母亲在郁郁中去世,年仅54岁。余母的悲剧极具典型意义。假如余案发生在古代中华法系的法制环境中,她不可能被关押,因为有“亲亲相隐”的法律明文,对自己的亲生儿子,她理当“包庇”,应当“包庇”,为儿子辨诬,人情所然,天理所使,至大至爱,何罪之有?!

余母的悲剧在于,在现行法律否定了“亲亲相隐”的家庭本位亲情伦理立法以后,尚未在立法体系上将基于人性的亲属权利立法原则贯彻到底。我们的法律既摈弃了伦理亲情正义,又未确认基于以人为本的人权正义,在传统与现代之间发生了断裂,因而难免出现有悖情理之法。美国大法官霍尔姆斯在投票赞成米兰达无罪之判时说:“罪犯逃脱法网与官府的非法行为相比,罪孽要小得多。”我们套用他的话语逻辑:维护亲属特权可能会致罪犯逃脱法网,但这与以法律的名义撕裂人性、践踏亲权相比,罪孽要小得多。

儒家仁学正义论的另一个局限和困境是制度性的程序正义不足。与英美法系相比,中华法系更加关注实体正义、事实正义,而忽视程序正义。例如,“天意”就是“民意”,理论上很正确,但怎么判断“民意”?又怎么实现“民意”?古代除了“天人感应”,就靠民众“用脚投票”。其实,只要有一套“用手投票”的程序就能解决。现在,我们正在改变不重视程序正义的状况。问题是,我们是否要像英美法系那样,只要程序是正义的,就应当认为是公平正义的?

²⁸ 余祥林,男,1966年3月7日生,京山县雁门口镇何场村九组人,捕前系京山县公安局原马店派出所治安巡逻员。1994年1月2日,余妻张在玉因患精神病走失失踪,张的家人怀疑张在玉被丈夫杀害。同年4月28日,余祥林因涉嫌杀人被批捕,后被原荆州地区中级人民法院一审判处死刑,剥夺政治权利终身。湖北省高级人民法院二审认为事实不清、证据不足发回重审。后因行政区划变更,余祥林一案移送京山县公安局,经京山县人民法院和荆门市中级人民法院审理。1998年9月22日,余祥林被判处15年有期徒刑。在余祥林服刑11年后,即2005年3月28日,余妻张在玉突然从山东回到京山。同年4月13日,京山县人民法院经重新开庭审理,宣判余祥林无罪。

²⁹ 自余祥林出事后,余母杨五香走遍了周围的村落寻找出走的儿媳。因为余祥林跟她说过“我确实没有杀她”,这个倔强而爱子的农村妇女就开始了为儿子辨诬的艰辛之路。她穷困潦倒,身无分文被人接济着四处寻找,1995年元旦前后,杨五香寻访到了离雁门口几十公里远的天门市石河镇姚岭村,发现儿媳的线索。姚岭村副书记倪乐平给她出一个见过张在玉的证明。这份证明后来被媒体称为“良心证明”,如果没有它,也许余祥林早已作了枪下冤魂。然而,这份证明送到有关部门后,并没有得到令余家惊喜的结果,对方的回答是“这一套我们见得多了”。反而是杨五香因为反复上访和申诉被抓了起来,抓起来的原因是“包庇犯罪”、“妨碍司法公正”。9个月后,看守所通知余家带上3000元钱去领人,看守人员把杨五香背了出来。“她变得又聋又瞎,不会走路。”余祥林的父亲余树生说。在病痛中捱了3个月后,余母杨五香去世,死时才54岁。参见毛立新:《拿什么纪念余祥林的母亲》,http://www.dffy.com。

且以辛普森案^⑩为例。辛普森被宣判无罪而释放时,“美国公众接受调查,对是否认为辛普森有罪,回答是 yes;对是否认为辛普森受到了公正的审判,回答也是 yes”。^⑪显然,在这两个“yes”的回答里,前一个“yes”表明,美国民众认为辛普森在实质上是有罪的。后一个“yes”表明,美国民众对审判过程和结果是认可的,认为其程序是公正的。在美国民众眼里,一个案件只要法院按照正当程序进行审判,不管结果如何都是公正的,可接受的。这是一种典型的程序优先的司法文化。正如罗尔斯所说:“在纯粹程序正义中,不存在对当下结果的独立标准,而是存在一种正确或公平的程序,这种程序若被人们恰当地遵守,其结果也会是正确的或公平的,无论它们可能会是一些什么样的结果。”^⑫但是,中国人会接受这样的程序正义观念吗?

我们拿轰动一时的许霆案^⑬来作一分析。对于广州中院一审判决许霆无期徒刑所具有的程序上的正当性,当时的法律界和社会舆论并没有提出质疑,“没有人指出有可能影响这一判决的程序错误或非法行为”。^⑭一审判决也符合实体法关于盗窃金融机构罪的构成要件,这在重审判决书和二审裁定书中也是以该罪定罪就是明证。但法律界人士却对判决结果提出了高度一致的批评^⑮,认为判重了。广大民众凭着自己对公平正义的理解,众口一词,认为量刑太重而不能接受。有趣的是,一向强调程序正义的法律人也同样认为审判有违公正而不能接受。这就很能说明中国人重视实质正义的心理期待和价值判断。正是许霆案,唤醒了中国人对自己民族数千年传统司法文化和法律正义的记忆。这也许就是许霆案的标本

意义。

可以想象,如果辛普森案发生在中国,那么,我们的法律人士、我们的媒体将会是何等群情激昂地声讨,全国政协委员的发言和提案、全国人大代表的责问和议案将会成为那一届两会的大热点,主办法官和受理法院将被抛到 13 亿人唾沫掀起的风口浪尖上。

在中国人看来,当程序正义与实质正义产生矛盾和冲突的时候,服从实质正义是天经地义的。在这一点上,从普通百姓到受过专门法律训练的法律人,没有什么不同。原因无他,由于中国的法律人和普通民众生活在共同的中华法系的法律文化环境里,受着共同的法律文化和法律正义观念的熏陶,即便是拥有丰富的法律知识,也不能改变这种文化基因。

许霆案提供我们值得分享的经验是:移植西方正义价值和包括程序正义在内的一切正义规则时,不能偷懒,不能复制,不能原封不动地照搬,必须经过选择、反复地试错和试成,必须经过长期的消化吸收和艰难的创新融合。

写到这里,该是收笔的时候了。我们的体会是:在当代法治语境下,中国传统的儒家仁学正义论和中华法系的法律正义文化仍有值得肯定的正面能量,应当也可以实现现代转型,接受西方以人的基本自由为首要原则的正义文化,而其蕴涵的正面能量正是实现这种转型的资源;传统的中华法系法律正义在现代转型中,既要特别注重程序正义建设,也要重视实质正义与传统正能量资源的衔接,构建起与实质正义、程序正义相互匹配的法律正义原则与规则体系。

^⑩ 1994年6月12日深夜,美国著名橄榄球运动员辛普森的前妻妮科尔与其男友罗纳德·戈尔德曼被发现死于洛杉矶南邦大街875号。从作案动机、作案时间和证据表明辛普森具有重大嫌疑,辛普森遂因涉嫌谋杀前妻及其男友而被检方起诉。辛普森聘请了被人称为“梦幻队”的辩护律师团。经过一年多的被媒体称为“世纪”审判,在控方“铁证如山”的情况下,只因为警方取证时程序上的一些瑕疵和证人的种族歧视嫌疑等问题,涉嫌杀死前妻的辛普森最终被无罪释放。

^⑪ 杨新亮:《再论程序正义和实质正义——由刘涌案和辛普森案引发的思考》,载《中南民族大学学报》(人文社会科学版)2007年第5期。

^⑫ 同注^⑪,第86页。

^⑬ 2006年4月21日晚至22日凌晨,许霆利用自动取款机的故障,超额刷卡取走了17.5万元。2007年11月20日,广州市中院认定许霆盗窃金融机构罪成立,判处许霆无期徒刑,剥夺政治权利终身,并处没收个人全部财产。许霆一案在互联网上得以广泛传播,其定性和判决引发了社会各界包括众多法学界人士的激烈争论。后广东省高院以“事实不清,证据不足”为由裁定发回重审。2008年3月31日,广州市中院经重审,以盗窃罪判处许霆有期徒刑5年,并处罚金、追缴违法所得。广东省高级人民法院终审维持了一审判决。

^⑭ 苏力:《法条主义、民意与难办案件》,载《中外法学》2009年第1期。

^⑮ 这类批评很多,参见陈瑞华:《许霆案的法治标本意义》,载《南方周末》2008年1月17日。