

“无讼”及其对现代法治建设的影响

陈秀萍

(河海大学 法律系 江苏 南京 210098)

摘要:“无讼”既是中国传统社会中人们对诉讼的一种观念和看法,也被认为是中国传统法律价值取向,它更体现了中国古代社会所追求的一种理想——没有纷争的大同世界。它与西方现代法治精神虽泾渭分明,但也一样是特定自然社会条件的产物。它们同样深刻地影响着当代中国的法治建设——负面的和正面的,鉴此,寻求二者契合,正视其积极、消极影响,方能理性进行现代法治建设。

关键词:无讼;价值取向;法治

中图分类号: D920.0

文献标识码: A

文章编号: 1671-4970(2005)04-0009-04

一、“无讼”理想及其成因探析

《周礼·地官·大司徒》中对“凡万民之不服教而狱讼者与有地治者听而断之”的注曰:“争罪曰狱,争财曰讼”。孔子曰“听讼,吾犹人也,必也使无讼乎。”^①意为他虽像别人一样听理诉讼,但他的目的是要让诉讼不发生,即让人们“没有官司”或“不打官司”。在这里,“讼”不仅仅是争财之意,而是泛指各种纷争,让人们“没有官司”或“不打官司”就是让人们和睦相处,没有纷争。至少后人在判决中引用孔子这段语录当作指导原则的时候是在这个意义上使用的。因为孔子是儒家思想的创始人,所以,现在通常认为“无讼”与以孔子为代表的儒家的施政理想是一致的,其目标是追求一个没有纷争,所有的人都能和睦相处、情同手足的大同世界。^②随着儒家思想被统治阶层所接受并成为古代中国的主流思想,“无讼”也成为中国传统社会基本法律价值取向并被不断付诸于实践。

从历史上来看,“无讼”是特定自然、社会历史条件下的必然选择。第一,在气候温和的平原地带形成的自然农业经济中,人们不是相互分离的原子化的个体,而是建立了一种含有情感因素的稳定的社会关系。这样它们在遇到纠纷时就会因为感情预期

和传统的道德习惯而不去打官司;“法官”也才有可能通过唤起人与人之间的和睦来平息诉讼。第二,早在国家形成时代的宗法农业生产方式所提倡的以血缘的纽带的聚居使人们之间的关系更为稳定,情感更为浓厚,社会成员好像生活在一个大家庭里,不应以身外之财产和其他利益伤及骨肉之情,邻人之睦。这也进一步强化了“无讼”这一价值取向。第三,正是在这一自然环境和社会条件下,人们形成了对自然的依赖和对和谐的内在要求。官方和士人阶层提出了仁慈、爱民的治国之道和“道法自然”、人际和谐协调的思想主张。普通社会成员也只能从总体上认可并接受这一主流社会意识。正是社会所推行的主流意识与社会成员及其社会环境和社会条件相互之间不断影响,形成了中国人所特有的民族心理、思维方式和文化传统。第四,在中国古代社会,统治者还建立起与自然、社会条件相适应的、以人身依附关系为特征的社会结构和一套礼治机制。这是“无讼”追求所达至的秩序的现实支撑力量。可见,“无讼”成为中国传统法律文化的价值取向绝非偶然,它既是传统中国特有的自然农业经济与现实政治的需求相契合的结果,也是普通社会成员的理性选择,更依赖于与之相适应的社会结构及礼治机制等坚实基础。

收稿日期 2005-08-29

作者简介 陈秀萍(1970—),女,江苏盐城人,讲师,吉林大学法学院博士研究生,从事理论法学与伦理文化研究。

①参见张晋藩.中国法律的传统及其近代转型[J].北京:法律出版社,1997.277.也有学者认为儒家、道家、法家甚至墨家在对“无讼”的追求上是一致的。参见梁治平.寻求自然秩序中的和谐[M].北京:中国政法大学出版社,1997.188—198.张中秋.中西法律文化比较研究[M].南京:南京大学出版社,1999.327—330.

二、“无讼”与现代法治的契合

文明意味着秩序,秩序意味着和谐。追求和谐与秩序是人类的共通的性格。为了保护正常的社会生活秩序与和谐,统治者都是一方面采取措施来消除无序状态或预防其发生,另一方面尽可能使多数社会成员自觉遵守社会规范(包括法律和道德等)。

1. 共同的追求

“无讼”的前提是不争,所以它不仅是一种诉讼观念,更体现了中国传统社会人们对和谐的大同世界的向往与追求。中国自西周以来,思想家们特别推崇人与自然的和谐,人与人之间的仁爱,他们认为,争,以及因争而起的冲突,是绝对不好的事情。有了冲突,“法官”不是说服双方遵守法律,而是要抑制人们的私欲以达到“不争”的目的。即使重法的法家其目的也同样是为了“去私”,使民不争,即“以杀去杀”、“以刑去刑”。所以,“无讼”不过是和谐的社会在司法上的要求和反映。或者说,“无讼”是和谐在司法上的一个转用词,其意蕴和旨趣是一致的。^[2]

秩序是人类生活的前提,因为“秩序意味着在社会中存在某种程度的关系的稳定性、进程的连续性、行为的规则性以及财产和心理的安全性,意味着人们对自己的行为、自己的生活、自己的利益有着较为确定的预期。”^[3]而法律的基本功能之一就是保证社会的和谐与秩序,所以,任何一个国家法律,都是人类社会生活关系的秩序化或规范化,西方社会和现代社会的法律也不例外。^①这就是说,即使人类的法律的具体内容是千差万别的,但在追求秩序与和谐这一点上,不同文明的法律有着相同或近似的功能,不同的仅仅是达到这一状态的手段有所区别。但因为“任何社会的秩序都是该社会生产方式的内在本质的展开,是社会生产方式摆脱了偶然性和任意性而表现出来的形式”^[3],所以,我们并不否认,在不同的社会,秩序与和谐的表现必然会具有某种独特的性质。

2. 相同的目标

无论是“无讼”,还是现代西方法治秩序,它的实现首先需要多数社会成员自觉遵守,事实上它们也都是希望社会成员能从内心自觉遵守社会规范(包括道德和法律等)。自觉地接受法律或伦理道德的要求是社会保持秩序稳定的更高形式,它将使社会的秩序和稳定状态变得更加有效和持久。“无讼”作

为和谐协调的社会理想在司法上的要求和反映,它的前提和基础是人们能够从内心接受中国传统社会的既定秩序,认为封建的纲常礼教和等级制度是合理的。这样在遇到小的纷争的时候,就会互谅互让而不用通过法律和诉讼的途径来解决纠纷。为此,统治者往往经常采用道德教化和唤起人们内心深处的情感等感化手段来达到息讼的目的。而现代法治在价值意义的层面上,更是一种信仰,是人们内心深处对法治所体现的理性的追求。其主要包括两种含义:即对法作为社会秩序调整器的调整作用的信赖;对法的精神,即自由、正义、秩序等的认同,并将之作为与内心情感相交融的一种向往与追求。所以,一个国家要步入法制化状态,除了要有一套完备法律体系,还必须使社会成员对法律蕴含的社会伦理价值具有自觉而坚定的信仰。

三、“无讼”实践与现代法治精神的背离

虽然古代思想家和统治者们追求“无讼”,然而,“自有生民以来莫不有讼也。讼也者,事势所必趋也,人情之所断不能免也。”^[4]中国传统社会和崇尚法治的西方社会在面临这一问题时,是用与其自然经济条件和社会结构相适应的方式来解决,从而形成各自不同的实践模式。

1. 道德教化与法律约束

中国古代人认为协调和谐的社会秩序主要依靠人们的宽容大度、谦和忍让的自觉精神来维持,强调“导之以德,齐之以礼,有耻且格”^[5],从而达到“无讼”。为此,统治者一方面将好讼者作为好争、好利的小人和导致社会不安定的因素加以鄙视和打击。邓析,这位中国最早的“律师”,就是被视为卑鄙可恶的小人而遭杀害。另一方面他们还从利益角度劝导人们不去诉讼,认为“讼,终凶”^[6],打官司“使了盘缠,废了本业……”^[7]此外,当有纷争诉至官府时,“法官”也会首先用道德感化的方式来平息诉讼。比如,清代知县陆陇其对一兄弟争财之讼,“不言财产之如何分配,及谁曲谁直,但令兄弟相呼”;“此唤弟弟,彼唤哥哥”;“未及五十声,已各泪下沾襟,自愿息讼”^[8]。

而在西方社会,人们一直认为人类自身具有无法克服的缺陷,而法律、制度是克服恣意和任性的最有效的方式,即“常人既不能消除兽欲,虽最好的人们(贤良)也未免有热忱,这就往往在执政的时候引起偏向。法律恰恰正是免除一切情欲的神祇和理智

^①当然,不可否认,“无讼”理想所追求的秩序与现代法治秩序有着本质的区别,前者主要通过教化来压制人们“争”的欲望,使人们安于等级秩序和名分的安排从而达到社会的稳定,因而是一种消极秩序;后来主要是通过对自己平等精神的弘扬,使人们依照法律的规定,积极地追求自己的权利,同时也尊重作为具有平等主体的他人的权利,从而形成一种积极秩序。

的体现。^{〔9〕}“一切有权力的人都容易滥用权力……^{〔10〕}因此,人类只能依靠相对独立于人之外的法律等制度才能克服自身的弱点。而法律作为一种秩序;有一批专门的工作人员时刻准备以(肉体或心理上的)胁迫使之就范,如果违反此秩序,将遭报复。这种强制的可能性从外部保证了秩序得以维持。^{〔11〕}

2. 调解与诉讼

中国古代人们除了通过道德教化来达到“无讼”的理想目的之外,还对实际发生的纠纷或争讼,采取调解的方式来解决,因为人们认为,调解处理的方式对和谐社会关系的伤害相对于打官司要小得多。所以,在古代中国,调处成了实现“无讼”的重要手段。对诉至官府田土户婚等“细故”和轻微的刑事案件,“官府”若息讼不成,便会先通过调解的方式来处理,调解时他们一般并不以法律的规定为标准,还是强调以人际的和谐协调为原则,比如说《名公书判清明集》中的“傅良绍与沈百二争地界”一案的调处结论认为“然年争之地不过数尺,邻里之间贵乎和睦,若沈百二仍欲借赁,在傅良亦当以睦邻为念。却仰明立文约,小心情告,取无词状申。”^{〔12〕}除了官府调解之外,中国古代还有民间调处,即民间争讼在向官府申告之前先找亲邻、族长等调处解决。

与中国人不一样,在西方人们认为通过诉讼方式解决纠纷是获得正义的根本方法。法律首先是为了保护人们的权利而设置,为权利而斗争是每个公民的光荣使命;人与人之间是非分明、利益清晰是法律的基本目的,通过法律途径“让人们得到他应该得到的东西”才是正义的。通过诉讼程序解决纠纷则意味着人们对自己权利的珍视、对法律的信任,意味着人们对法律的公平、正义等价值的追求,体现了人们希望通过法律来解决纠纷和保护自己权利的愿望,体现了人们对法律所建构的社会秩序的认同。

3. 情理原则与法条主义

尽管中国古代社会的人们为了达到“无讼”理想,采取了道德教化和调处息讼等多种手段,但这也并不能解决所有的纠纷,特别是一些刑事案件,往往还是要通过最后的审判来解决。此时,中国古代司法官(包括皇帝)还是以“无讼”作为其价值取向,以民众的情感和道德教化为最终目标,强调“执法原情”,甚至“舍法用情”。他们认为司法判决不仅是按照法律条文去适用法律,更应该是基于情理原则去解决纠纷;情理是法律的精神。铺陈情理就是挖掘法律的精神,以情理来理解法律,一般被肯认为是对法律精神的一种深刻理解……^{〔13〕}清代书画家及大诗人郑板桥为县令时,有一对年轻的和尚尼姑通奸,

众人执之以报官。依《大清律》;“凡人相奸杖八十或徒二年,僧道犯奸,加凡人二等。但板桥禁不住动了恻隐之心,非但不依法重罚,反而成人之美,信笔题诗,判令二人还俗结为夫妻。^{〔14〕}

现代法治理论认为,正是法律的确定性与稳定性使其成为现代陌生人社会中人们之间关系的文明而有效的调节方式,因而更强调法律的权威和“规则之治”^{〔15〕},即法官在进行审判和作出裁判时只关心法律事实和法律条文,而不是去关心具体案情及法律事实背后的凄美故事,哪怕这种严格的法条主义的所得到的裁判结果可能导致实质上的不公正。当然如果这种不公正已经是普遍性的不公时,也是可以通过立法程序来纠正的,但只对以后的案件起作用。这与中国人强调在千差万别的具体案件中实现人情或大众道德正好相反,他们尽可能将千差万别的案件统一于严格的、稳定的法律,而不会将法律弄成千差万别、支离破碎的形态去适应具体案件。

四、“无讼”对中国现代法治建设的启迪

对于中国法制之路的走向及形式,学界可谓见仁见智,不一而足,数十年来,鸿篇巨作甚多。笔者无力也无意对此再作理论和实践的宏观描述,只从作为中国传统法律价值取向的“无讼”对现代法治建设的影响这一视角再作探析。

1. 本土资源的价值重估

尽管“无讼”价值取向及其在实践中所形成的一些观念显然已经不能适应时代的要求,加强现代法治建设已经是大势所趋,但任何一个新的制度的真正形成是需要长期积累的^{〔16〕}。而以西方文明为价值支撑的现代法治在中国还缺乏足够的文化价值的支撑,况且,这种法治本身也并不完美。制度至上、规则至上、法律条文至上的原则使其无法摆脱僵化、冰冷甚至残酷的面孔,这肯定不是人类自身发展的最佳状态。

和谐协调的社会秩序和规则的自觉遵守是人类社会不断发展并走向文明的重要表现,自然也应该成为我国当前法治建设一以贯之的指导原则。在“无讼”的实践中所形成的调解制度对我国的法治建设也仍然具有重要意义。因为调解作为一种解决纠纷的方式,在某些时候能够更好地解决熟人社会的纠纷。在当代中国社会,熟人关系还在一定的范围内存在,比如说特定的社区成员、同事、朋友之间、婚姻家庭领域。而诉讼“……由于强调权利排他的绝对归属,所谓的依法解决常常导致当事人者之间发生不必要的感情对立,不仅不能助长合理解决问题的态度,还会引起当事人者之间的长期不和。^{〔17〕}在经

常的交易领域也是如此；因为，在有着长久业务联系的企业之间，如果发生合同纠纷，并不愿意对簿公堂，而宁愿‘私了’。从一个案件的角度看，可能他们有盈有亏。但从长远利益来看，保持它们之间的长久合作，不撕破脸皮，比一个官司的输赢更重要。^{〔18〕}

为实现“无讼”理想的道德教化对法治建设也有一定的启发意义。任何社会的法治秩序都离不开伦理价值的支撑。市场经济的基本原则是利润至上和等价交换，与此相适应的伦理精神是务实态度和平等精神^{〔19〕}。如果我们在进行法治建设的同时，也能够加强符合现代社会要求的这一伦理精神的培育，那必将是推进现代法治建设的明智之举。

2.“无讼”对现代法治建设的负面影响

（1）影响公民法律信仰的形成

“无讼”本来就隐含着法律或者不好，或者在万不得已的时候才使用，运用法律解决纠纷是下策，传统诉讼过程中的调解或违背法律的裁决也很难使人们形成一贯的、是非明确的法律理念，息讼的手段又进一步加剧了民众与法律的距离，贱讼、厌讼的态度使人们形成对运用法律解决纠纷的否定性的价值判断。

（2）影响人们程序观念的生成

经历了漫长封建社会的中国，“无讼”的追求、息讼的推行、贱讼、厌讼的态度，一方面导致诉讼的缺乏和对诉讼程序的轻视，另一方面，在诉讼不可避免的时候，“法官”会无视程序规则的制约，主观臆断。事实上，程序法一方面可以保证实体法的真正实现；另一方面，它也体现着正义的理念，即程序正义。正如道格拉斯所言：“正是程序决定了法治与恣意的人治之间的基本区别。”^{〔20〕}

（3）抑制了人们的权利意识

在“无讼”价值观的影响下诉讼审判变成了一种调解，这种调解‘很可能被旨在方便其统治的政治权力利用来钝化人们追求和实现自己权利的意愿。^{〔17〕}因为，有时调解会“在公权力的直接支配或影响的范围内、以得到客观上的正确解决为目标的倾向，同时又易于把合意与重视忍让调和视为一体。^{〔17〕}

总之，在中国当代法治建设进程中，加强立法、增加法律条文是必要的，但有智识的人们也应该冷

静地观照与透析传统与现代、中国与西方之法和社会，摒弃对法与法治的孤立和静止的观点，以理性的态度寻求法治的现代化与民族化的结合点——立足于中国现代化建设的现实之上的中国传统法律文化与现代西方法治精神的契合，把法治的原则与精神融化为民众内心的信念，使现代中国的法律成为社会中“活法”。

参考文献：

- 〔1〕论语·颜渊〔M〕.
- 〔2〕张中秋.中西法律文化比较研究〔M〕.南京：南京大学出版社，1999.324.
- 〔3〕张文显.法理学〔M〕.北京：高等教育出版社，北京大学出版社，1999.224—227.
- 〔4〕无闻集·讼论〔M〕.转引自范中信.中国法律传统的基本精神〔M〕.济南：山东人民出版社，2000.237.
- 〔5〕论语·为政〔M〕.
- 〔6〕周易·讼卦〔M〕.
- 〔7〕名公书判清明集〔M〕.
- 〔8〕陆稼轩判牒·兄弟争产之妙判〔M〕.
- 〔9〕亚里士多德.政治学〔M〕.吴寿彭译.北京：商务印书馆，1965.169.
- 〔10〕孟德斯鸠.论法的精神（上）〔M〕.张雁深译.北京：商务印书馆，1954.154.
- 〔11〕转引自弗里德曼.法律制度〔M〕.李琼英、林欣译.北京：中国政法大学出版社，1994.9.
- 〔12〕名公书判清明集〔M〕.
- 〔13〕霍存福.中国传统法律文化的文化性状与文化追寻〔J〕.法制与社会发展，2000（3）：1—18.
- 〔14〕转引自范中信.情理法与中国人〔M〕.北京：中国人民大学出版社，1992.237.
- 〔15〕苏力.送法下乡〔M〕.北京：中国政法大学出版社，2000.176—197.
- 〔16〕苏力.制度是如何形成的〔J〕.比较法研究，1998（1）：66—72.
- 〔17〕棚濑孝雄.纠纷的解决与审判制度〔M〕.王亚新译.北京：中国政法大学出版社，1994.62.
- 〔18〕朱景文.现代西方法社会学〔M〕.北京：法律出版社，1994.186.
- 〔19〕高兆明.社会变革中的伦理秩序〔M〕.徐州：中国矿业大学出版社，1994.25.
- 〔20〕转引自季卫东.法治秩序的建构〔M〕.北京：中国政法大学出版社，1999.3.