

“分”与中国传统调解法律文化*

柯联民**

摘要:调解是中国古代传统法律文化的表征之一。当代对调解文化成因的研究,基本集中在“和”、“息讼”、“讼累”等观点上。其实通过表象可以发现,深藏在这些观点背后的是深厚的传统法律文化蕴含,其中“分”的概念就可以对调解作出中国传统法律文化历史的深邃反思。

关键词:调解 法律文化 “分”

一、古代法律思想中“分”之体现

世人皆以“仁”、“和”等抽象化概念来概括儒家思想的内核,不过,在法律思想领域,儒家思想中的“分”之概念值得引起重视。对于“分”,儒家代表人物之一的荀子说的比较多一些。荀子对“分”的论述,主要有三层意思。其一,是“名分”之分。荀子说:“亲亲、故故、庸庸、劳劳,仁之杀也。贵贵、尊尊、贤贤、老老、长长,义之伦也。行之得其节,礼之序也。”无论是因功劳,还是因血缘,都存在着仁的差别和义的道理,只有按照这种“名分”之“分”,各种行为才能称之为恰当,社会才能保持相对稳定的秩序。其二,是“处分”之分。荀子说:“故先王案为之制礼义以分之,使有贵贱之等,长幼之差,知愚能不能之分,皆使人载其事而各得其宜,然后使谷禄多少厚薄之称,是夫群居和一之道也。”在荀子看来,有了名之“分”后,才有了对社会资源进行分配的可能,身份的区分就包含了对权力和财产的区分,也确定了一种合理的社会秩序制度,故而“少事长,贱事贵,不肖事

贤,是天下之通义也。”其三,是“名分”、“处分”的依据。那么,社会各色人等凭借什么取得“名分”、行使“处分”呢?荀子也给出了答案,就是礼。他认为,“人生而有欲,欲而不得,则不能无求,求而无度量分界,则不能不争”,要实现定分止争、规范合理的社会秩序,就需要礼,“辨莫大于分,分莫大于礼”,礼是划定“名分”和进行“处分”的制约,是实现合理社会秩序的依据,所以,“人君者,所以管分之枢要也”^①。

法家也有关于“分”的思想表述。《慎子·逸文》中有载:“一兔走街,百人追之,贪人具存,人莫之非者,以兔为未定分也。积兔满市,过而不顾,非不欲兔也,分定之后,虽鄙不争。”《商君书·定分》中也说到:“故名分未定,尧、舜、禹、汤且皆如骛焉而逐之;名分已定,贫盗不取。”对于未定名分之物,如“兔”、如“权力”,就必然会致争乱,而名分既定之后,则各阶层亦分,各取所物,社会也就无争了。这在一定程度上与荀子的“分”思想是耦合的。

另一个能体现“分”的古代法律思想,是“时

* 本文系台州市哲学社会科学 2012 年度规划课题“调解的法文化基础及其当代地域性启示”(编号:12GHY08)的阶段性成果之一。

** 作者简介:柯联民,台州广播电视大学法学讲师、党政办副主任,历史学博士。

① 参见俞荣根:《儒家法思想通论》,广西人民出版社 1998 年版,第 401~413 页。

中”。“时中”一词最早出现于《周易》“蒙”卦的《彖传》：“蒙，亨。以亨行，时中也。”其意是蒙卦表示希望亨通，所以以通来行事，是符合“蒙”这个时机的。而儒家思想家对“时中”的哲学思想也早有关注。在儒家思想中，所谓“时中”原则，主要有两方面的含义：一是要“合乎时宜”，二是要“随时变通”。儒家思想家注意到了这样一个事实，即同样的言行，在不同的时间、场合下，将会产生十分不同的实际效果，对此要分别处之。因此，他们认为，一个人的言论行为要获得好的实际效果，遵守“合乎时宜”和“随时变通”的原则是十分重要的。在儒家思想中，孟子还称之为“执中权时”，而“时中”作为“合时”的含义，则不仅被看作是个人道德修养和行为实践所应遵循的根本原则，同时也被推广为治国安邦的重要原则之一。^②将“时中”思想推之法律实践中，则是在司法过程中对当值主官把握相同案由的不同案情之分、依律或依礼的判决之分，以及刑罚适用程度之分的要求和考验。

由此，可以对另一个法律思想即孔子“必也使无讼乎”作进一步的反思。其实，在上述“分”的法律思想映照下，孔子称“必也使无讼乎”并不是对一个理想社会的简单设定，而是对法的认识论和方法论的阐述。孔子认为法律只是维护统治的一种低阶规范，是不得已而用之的，真正的高阶规范应该是“德”、“礼”。国家的统治者因“德”而确立政治权威，继而对臣民施“德”、“礼”教化，自动遵循高阶规范，并除掉会影响民众的坏思想、坏东西，这样，人与人之间的纠纷自然减少甚至消无，就不必借助诉讼消除矛盾。^③总之，要区分对待国家治理所遇到的实际问题并区分运用德礼教化和法律手段，这才是孔子所说的“必也使无讼乎”。

以上这些“分”的思想对中国古代法律的影响是深远的，造成的一个重要后果，是“法”、“礼”之分分合合的思想和实践，也就是继而要讨论的法理之分。而这种思想一旦固化为一种生活方式和处事态势并根植于人们的意识之中，我们就可称之为文化，这也是调解文化得以发展的思想温

床。

二、道德法律化与法律道德化：法理之分

《唐律疏议》开宗名义：“德礼为政教之本，刑罚为政教之用。犹昏晓阳秋相须而成者也。”一句话实际上已经概括性地回答了，中国古代什么是法律、法律是什么以及法的作用等基本法理问题。由前论可推知，既然“礼”是定分止争的依据，那它完全可以成为古代法的主要渊源，甚至直接成为法律并产生法律效果。而在古代思想中，礼有时与理、义也是通义的。《乐记》有云：“礼也者，理之不可易者也。”《管子·心术》亦曰：“礼者，因人之情，缘义之理，而为之节文者也。故礼者谓有理也。理也者，明分以喻义之意也。故礼出乎义，义出乎理，理因乎宜者也。”

而且，道德的教化始终是中国传统社会治理的主要表征，古往的贤人圣哲们对“德”、“礼”推崇备至，主张“存天理、灭人欲”，提倡公而无私。经过几千年的浸化，在一己私利和私欲面前，“人们不是慑于惩罚而不敢争，而是达于人道而不愿争”^④。但纵观世界历史，到目前为止社会和国家的任何发展阶段，私利与私欲不仅是在客观上存在着，而且事实上构成了私有制的基础，并且是推动社会发展前进的主要动力之一。在这个意义上，“私”又是合乎理的，这个理就是指现存秩序。法律的任务之一就是要维护这个秩序，否则，社会将陷于混乱，面临解体的危机。我们传统文化的基本立场可以用一个“义”字来概括，这实际上意味着对于“私”的否弃。中国古代的全部道德都建立在这样的基础上面。这固然不能够消除人们的私欲，但是它至少可以把私放在一个不合“理”的位置上面。私是不合“天理”的，这种精神渗透了中国古代的所有制度，并且因此将私的活动、私的关系有效地限制在了一个尽可能低的水准上。于是，“中国古代的法律同时具有了双重的使命与性格。一方面，它要维护一个基本上是‘私有’的秩序，另一方面，它又致力于保护和贯彻一个本质上是去私的道德秩序”^⑤。

② 参见楼宇烈：《“用中”和“时中”——儒家实践的辩证原则》，载《北京大学校刊》1991年10月20日。

③ 参见张伟仁：《中国法文化的起源、发展和特点（上）》，载《中外法学》2010年第6期。

④ 梁治平主编：《法律的文化解释》，三联书店1994年版，第394页。

⑤ 同注④，第420页。

而从某种意义上说,保护“私利”的“私法”是一种技术,是一种确定和保护私权,调节各种利益之冲突,置社会生活于法律构架中的高度专门化的技术。这类技术中传统中国法律文化中较少表现,首先是因为,作为一种特定的道德立场,和谐的观念、无私的理想、对于人类大同的向往,以及因此制定出的种种原则和制度,无不具有某种反技术的性格。在中国传统文化的语汇里面,有一个词足以表明这种道德的立场和要求,那就是“礼义”。^⑥

这在古代成文法律中亦体现。《唐律疏议·杂律》中有载:“诸不应得为而为之者,笞四十;谓律、令无条,理不可为者。事理重者,杖八十。[疏]议曰:杂犯轻罪,触类弘多,金科玉条,包罗难尽。其有在律在令无有正条,若不轻重相明,无文可以比附。临时处断,量情为罪,庶补遗阙,故立此条。情轻者,笞四十;事理重者,杖八十。”在这里,“诸不应得为”的标准不是“律”,也不是“令”,而是在于“理”,因为“律”、“令”都没有明确的规定。

诚如著名学者李约瑟言,中国的政治和伦理的成熟水平远远超过其他制度,比如多样化的经济体系、完整的民事契约法典,以及保护个人的司法制度等。而且在整个中国历史发展进程中,朝代越往后,这些制度没有得到充分发展反而受到了积极的抑制,以避免它们干扰国家的统一管理。而作为个体的个人被鼓励去依附各种宗族或利益集团。并且,如果说有一种启蒙性质的伦理法规强调个人对其同伙的职责,那么它同时也禁止对于天赋人权的各种要求。在过去两千年里,这些状况几乎没有发生变化。^⑦

那么,一种道德法律化和法律道德化的倾向就成为了中国古代传统法律文化的表现之一。德、礼可成为法律之渊源甚至直接为法,并以严重的刑罚维护德、礼之权威和信仰;法律充作德、礼之手段,依德、礼之评判而为处罚之轻重。而这种道德法律化和法律道德化在法理上的后果,是对法的渊源和法的适用的分际,关涉德、礼之事,如有关婚嫁、立继的法律,毫无例外是以礼为依

归的,历朝的正式律文当中,亦充斥着这方面的规定。而对于“财产细故”事项的这种法律上的安排,又是因为它们依道德评判不够重要的缘故,在法律内容上和适用上表现得十分淡化。

这种分际和淡化造成一个直接结果,就是事关“财产细故”的民间词讼处理所适用的法律是极富弹性的。因为一方面站在特定的道德立场,会认为这类纠纷纯系薄物细故,因此较少法律上的详尽规定而交地方官自理;另一方面是因为,着眼于礼法秩序,处理民间词讼,官司通常无须法条亦可以胜任。“事实上,在许多案件里面,法官并不或很少援引条令,对他们来说,处理这类争讼只凭古往圣贤的教导和自己的生活经验即可游刃有余。因为他们所要做的,终究不是理清财产关系和维护财产权,而是使‘天理人情,各得其当。’”^⑧

这实际上是给调解文化在法理上造就法律适用的空间。而且“这些价值观和原则所支撑的传统中国的政治结构建立在一个前提的基础上,即公共利益往往必须先于私人利益。如果抛弃这一前提,这个广袤的帝国的官僚政府就会彻底崩溃”^⑨。

三、国家法与民间法:法律表达及实效之分

法理的基本问题也会反映在立法中。强调德、礼和“公器”,借以实现国家的一统化治理,这就势必使中国古代国家立法中,刑事立法的比重较重。“中国悠久的立法史基本上是刑事立法史。历代具有代表性的法典,基本上是刑法典。”^⑩中国古代,“刑、法、律”三字相继相通,从国家立法的层面看,中国古代也确实存在“重刑轻民”的法律创制倾向。

中国古代,出于维护统一政权和礼治思想的需要,统治者对刑事法律多有重视而轻视民事法律。刑事法律从实体到程序都规定得明确而细密,而民事法律则粗疏而不系统,并且缺乏严格

⑥ 同注④,第396页。

⑦ 潘吉星主编:《李约瑟文集》,辽宁科技出版社1986年版,第279页。

⑧ 同注④,第422页。

⑨ 同注⑦,第297页。

⑩ 张晋藩:《中国法律的传统与近代转型》,法律出版社1997年版,第141页。

的操作性。也就是说,在中国古代,国家没有也不可能提供一套从实体到程序都很完备的民事法律规范体系。由于民事法律规范数量既少又缺乏体系性,因此,在围绕民事利益发生争执需要进行裁决时找不到相应的法律依据的情况很多。“正是在民事领域里,法律的官方表达和具体实践之间的背离表现得最为明显。”^①

另外,中国古代还通过立法限制了官员的编制,给行政、司法合一的古代社会造成了客观上的裁判压力。清朝就只有两千个左右的基层行政官员的职位,另外还有一千五百个左右的教职;按官制,全国也仅有两万名文官和七千名武官。“中华帝国有一个不可思议的地方,就是它能用一个很小的编制来统治如此众多的人口。”^②

这样,一种法律的立法表达与法律实效之间出现了分裂的痕迹,既然国家法没有对民事细故作出详尽规定而缺乏操作性,帝国的官员编制又小得不足以应付纷沓而至的民事纠纷或诉讼,那么,统治阶层的治理手段就需另辟蹊径,一个简便而有效的途径就是在某些方面放松对基层社会的直接控制。“一方面,通过政府机关在基层社会的延伸,实现对民众的管理,如保甲制度;另一方面,允许基层社会以一定的共同体形式实行有限的自治,允许制定共同体内部通行而又与国家法律没有直接冲突的团体法如宗族法。通过宗族法处理民事纷争,将宗族法作为平息民间纷争的一种辅助性措施。”^③

中国古代社会可以称之为“宗族社会”或“宗法社会”,以家庭为基本单位,以血缘关系为基本纽带,“‘家’不但负有宗教、政治、经济、教育、文化诸方面的职能,而且具有道德上和法律上的重要性。这样就形成一种特殊的社会格局与氛围,使得没有家庭背景(包括由家族关系衍生出来的同乡、同府、同省等各种关系)的个人很难在社会上立足,更遑论取得事业上的成功了”^④。以此为发展基础,宗族自然而然在中国社会中不断壮大而比世界有史以来任何一个社会基本团体都要

牢固。同时,很多巨户大族通过制定严密细致的宗族法,以调整族内各种社会关系,遇有纠纷案件的发生,由宗族出面直接解决。“这些契约所涉范围虽小,其不可违背已经成为社会习惯,因为如果不是这样,整个帝国的农村经济就无从维持。”^⑤

而古代政府则更进一步赋予宗族族规或乡间契约以一定的法律效力,如前所述,对于古代中国治理而言是非常具有实际意义的。如《大清律例·刑律·贼盗》中规定:“地方有堡子、村庄,聚族满百人以上,保甲不能编查,选族中有品望者立为族正,若有匪类,令其举报,倘徇情容隐,照保甲一体治罪。”而《钦定大清会典事例》更载雍正五年“遵旨定例”:“凡同族之中有凶悍不法、偷窃奸宄之人,许族人呈明地方官,照所犯本罪依律科断,详记档案。若经官惩治之后,尚复怙恶不悛,准族人公同鸣官,查明从前过犯实绩,将该犯流三千里安置,不许潜回原籍生事为匪。倘族人不法,事起一时,合族公愤,不及鸣官,处以家法,以致身死,随即报官者,该地方官审明死者所犯劣迹,确有实据,取具里保甲长公结。”可见,到了清朝后期,国家对宗族团体包括宗族法不断松绑,承认宗族法在宗族内约束族人、处置宗族事务的效力,嘉庆以降,甚至普遍出现州县衙门批准宗族法现象,宗族团体将制定完毕的成文宗族法交送州县衙门,正印官阅后即发文批示,以官府名义承认该宗族法之效力,并且保证其执行。^⑥

这样,则更加加深了民众对宗族法的认同,使得宗族法有了民间法、习惯法的特性。“一般说,地方官的法庭只是在非正式的调停无效时才进行法律解决。鼓励通过家庭、宗族以及同业行会和其他非政府机构来解决争端。正式的‘族规’责成族内的成员尽可能避免法律诉讼,要他们在族长的主持下在族内解决一切争端,而不为衙门吏役所左右。因此,民事诉讼和商务争端尽可能留给宗族、商业行会和其他非正式的机构去裁

① 黄宗智:《民事审判与民间调解:清代的表达与实践》,北京社会科学出版社1998年版,第2页。

② 参见[美]费正清等编:《剑桥中国晚清史》(上卷),中国社会科学出版社1985年版,第14~23页。

③ 马作武主编:《中国传统法律文化研究》,广东人民出版社2004年版,第241~242页。

④ 梁治平:《寻求自然秩序中的和谐》,中国政法大学出版社1997年版,第118页。

⑤ 黄仁宇:《万历十五年》,中华书局1982年版,第151页。

⑥ 同注⑬,第246~247页。

决。”^{①⑦}所以,很多宗族历年都不涉讼,即便某些民事纠纷入官,又由官府批回宗族调处。宗族组织实际上承担了中国民间基层共同体内部绝大多数民事纠纷案件的法律调整任务,既减轻国家司法衙门的负担,又同样可以达到维持民间民事秩序的目的。如果没有宗族法等辅助性措施,官府绝不可能承担起对辖区内各种纠纷案件尤其是民事诉讼的法律处理任务。

四、“厌讼”抑或“争讼”:司法实践之分

一国或一地区司法实践的具体情况,是与法律思想、法理观念和法律文化息息相关的。就如对“必也使无讼乎”的解读,目前学界对于古代调解的成因或存在基础,其中有一条基本得到广泛认同,即中国传统法律文化存在着“贱讼”、“厌讼”、“息讼”思想,从而达到“无讼”理想。确实也有史料可以对之作一印证,比如对巴县、宝坻、淡新三县民事案件的记录总结,“在绝大多数情形下,诉讼记录在正式开庭时即已中止,其中当事人声称他们已自行解决争端的占百分之二十,当事人或官府没有积极追理此事的占百分之四十二。而当事人情愿破费,坚持到最后法庭判决的案子,只占百分之三十五”^{①⑧}。清汪辉祖在《佐治药言》中也论述息讼:“词讼之应审者十无四五。其里邻口角,骨肉参商细故,不过一时竞气,冒昧启讼,否则有不肖之人从中播弄,果能审理,平情明切,譬晓其人,类能悔悟,皆可随时消释。间有准理,后亲邻调处,吁请息销者,两造既归辑睦,官府当予矜全,可息便息。”

而从浙江黄岩诉讼档案中却可以发现另一值得推敲的历史现象。“从其他各案发生地点离城的距离看,除居住城区者外,最远离城达70里(第12、17、55号),西乡平均离城36.5里,南乡平均32里,东乡平均31里,北乡平均12.7里。以当时的交通状况看,除北乡外,都不算近。”^{①⑨}而当事人或案发地在较远的西乡、南乡和东乡的案件,分别占整个档案的22%、38%和17%,最近的

北乡反而只有3件,仅占4%,即便是发生在城区或城郊的案件,也只有13件,占17%。从黄岩的地理环境来看,现在借助修好的公路和现代交通工具,往返城乡各地也颇费周折,又何论当时的条件。并且,“根据在安徽发现、即将公布的一份诉讼当事人对其诉讼费用不厌其烦、保存完好的记录,我们可以看到该当事人对诉讼成本的高度自觉”^{①⑩}。就在这样的情况下,黄岩诉讼档案中的当事人还不顾案由“细故”,为“蝇薄之利”远赴县城,并不惜在诉讼中夸大其词,鲜活地反映了当事人想通过诉讼渠道积极保护自己利益的自觉意识,这与惯常所提“贱讼”、“厌讼”的传统思想实有出入。

更值得推敲的是,与当事人积极地通过诉讼途径而寻求“公力救济”形成鲜明对比的是,当值主官对案件却基本持“息讼”、“厌讼”的态度,“妥为理息,以免讼累”、“何必与讼致自取累”等批词经常出现。这是否可以推断,中国传统法律文化中“息讼”思想,并不是广泛存在于整个传统社会,而只是较多地表达国家权力和司法掌控者的意识,至少需要开辟官方和民间两个层面分别进行考量。从官方而言,国家政权考察官吏政绩的重要标准就是讼清狱结,而不被其拖累影响政绩、升迁。而中国传统社会里,就如上面所提到的,地方官员在处理自理诉讼过程中,是以具体个别案件能够得到妥善地解决为追求和注重的,而且只要处理结果尽可能公正而合乎情理,对法律是否适用或应否适用并不是首要的处理原则。

从民间而言,事实上,“在明清时期的中国,无论在与西欧的近代还是前近代对比的层次上,都不存在相对稳定的、可以安心依靠的规范空间。惟一的一个真正稳定(而且是‘超稳定’)的规范空间就是同居共财的家。但是,这种家正好也是广域的社会空间中在相互之间进行激烈竞争且不断上升下降的最基本单位。渴望获得安定和保障的人们把通过‘去私’而达到‘人心同体’的境界作为形成规范秩序的理想原型,然而面临的却是‘人心不一’、‘各顾其私’的现实”^{①⑪}。在各顾

①⑦ 同注⑫,第25页。

①⑧ 同注⑪,第184页。

①⑨ 田涛主编:《黄岩诉讼档案及调查报告:传统与现实之间——寻法下乡》(上卷),法律出版社2004年版,第49页。

①⑩ 同注⑪,第38页。

①⑪ [日]滋贺秀三等:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版,第275页。

其私的现实下,当家或家族不能为其自身提供有保障的生活,当家或家族中的其他人不顾共同利益坚持追求一己私利,和睦地共生共存已成为不可能的时候,只要有必要,家族中的个人会针对家族中的其他人而毫不犹豫地诉诸法律来保护自己的利益。如果是家族以外的其他人所主张和追求的利益有失节度乃至侵犯自身利益的话,纠纷和诉讼就会成为更容易发生的事。

实际上,只要有社会生产活动,就存在资源配置问题,就有产品分配问题,继而就产生公平与不公平,就会导致争讼。这是历史发展之规律。另一点上,从诉讼成本来看,引起古代中国人民事纠纷诉讼的,无非户婚田土钱债等民事纷争,是国家所谓“细故”之事,但恰是这些“细故”却是能密切影响古代中国人的生存状态的“细故”,是古代人生活中至关重要的大事。出现纠纷时,古人大多会谨慎而理智地权衡利弊,衡量非诉的后果与提起诉讼的代价。如果经过诉讼后,结果得不偿失或者连最起码的生活资料都保存不了、最起码的生存状态都难以维持的话,很少会有人愿意提起诉讼,他们必然会去寻求另外一种成本较少又更能获利如调解之类的其他办法来解决纷争。与此相反,如果诉讼后的结果是得大于失,或者只有经过诉讼才能保有生活资料、维系最起码的生存状态的话,此时的古人绝不会吝于诉讼,也就是说,古代中国人通常会为了维持最起码的

生存状态或为了追求更多的利益而提起诉讼。^②

这样,在古代司法实践中,“厌讼”抑或“争讼”之分体现的其实是官方和民间两个维度对待所谓“细故”的不同理路,渗透着对诉讼社会成本和经济成本的精算。也如黄仁宇先生所言,如果法律是以保护人权和财产权作为导向的,则一次诉讼所需的详尽审查和参考成例,确会导致使用众多的人力和消耗大量的费用,“这不仅为县令一人所不能胜任,也为收入有限的地方政府所不能负担。而立法和司法必须全国统一,又不能允许各个地方政府各行其是”。在这种情况下,“本朝的法律就不外是行政的一种工具,而不是被统治者的保障。作为行政长官而兼司法长官的地方官,其注意力也只是集中在使乡民安分守己,对于他们职责范围外没有多大影响的争端则拒不受理。这一类案件照例由族长村长或耆老士绅调解仲裁,为了鼓励并加强这种仲裁的权力,我们帝国的圣经‘四书’就为读书人所必须诵习,而其中亘古不变的观念又通过读书人而渗透于不识字的乡民之中,即幼者必须追随长者,女人必须服从男人,没有知识的人必须听命于有教养的人。帝国的政府以古代的理想社会作基础,而依赖文化的传统而生存”^③。而不管作为消除哪家“讼累”的法外方式,解调变成“厌讼”抑或“争讼”之分的中间地带,从而成为协助法律“定分止争”的途径甚至文化表现,还是应用广泛、无可争议的。

② 同注⑬,第213~215页。

③ 同注⑮,第153页。