

中题西影: 反思中国传统诉讼文化研究的思维框架及其概念使用

尤陈俊

(中国人民大学法学院, 北京 100872)

摘要: 20世纪80年代后期以来形成的将“无讼”“厌讼”“贱讼”“耻讼”等视为中国传统诉讼文化之特质的“理想类型”概括,近十余年来受到法律社会史领域研究结论的质疑与颠覆。但是,后者所作的学术工作主要只是搜集更多的史料证据加以展示,而并没有针对中国传统诉讼文化研究中常见的思维框架及其概念使用进行反思。即便对于像中国传统诉讼文化这样非常本土化的学术议题,研究者也必须清醒注意到“法律意识”“权利意识”等概念所附随的“西学”知识背景对此类议题之讨论的微妙影响,从而在研究中国传统法律文化时对此类概念谨慎使用。

关键词: 中国传统诉讼文化; 无讼; 理想类型; 法律意识; 权利意识

中图分类号: DF03 文献标志码: A DOI: 10.3969/j.issn.1001-2397.2019.01.03

一、引言

综观关于中国传统法律文化的学术论著,可以发现,尽管不同的作者对各自使用的“法律文化”概念的理解不尽相同,但无论是实际上将法律文化当作类似于“文化”那样的泛化概念,还是有意识地将其限缩在观念之维的层面^①,在概括中国传统法律文化之典型特征时,通常都会就诉讼方面体现出来的所谓特征大书特书。而被认为最能体现中国传

统法律文化在诉讼方面之典型特征的,便是耳熟能详的“无讼”,以及由其衍生出来的“息讼”“厌讼”“贱讼”“耻讼”“惧讼”等类似的相关概念。试举几段代表性的论述为例:“无讼,作为中国传统法律文化的价值取向,实现大同世界最基本的标志,不仅意味着它是中国传统法律文化的终极目标,也启发我们要理解它的形成,应该从古代中国社会的结构和中国古代文明的特点入手”^{[1]323};“在中国古代的诉讼传统中,最具特色、也最具文化底蕴的,恐怕

^① 关于法律文化的概念界定,中外学界迄今仍莫衷一是,尽管达成了一定的共识。(参见:梁治平.比较法律文化的名与实[J].法律学习与研究,1986(8):52-53;张文显.法律文化的释义[J].法学研究,1992(5);刘作翔.从文化概念到法律文化概念——‘法律文化’:一个新文化概念的取得及其‘合法性’[J].法律科学,1998(2);高鸿钧.法律文化的语义、语境及其中国问题[J].中国法学,2007(4).)

收稿日期: 2018-11-01

作者简介: 尤陈俊(1980),男,浙江永嘉人,中国人民大学法学院副教授,博士生导师,法学博士。

还是迷漫于社会上下的厌讼、贱讼之诉讼心理,以及由此导致的息讼之文化趋向。……‘厌讼’、‘贱讼’之诉讼心理与‘息讼’之文化趋向恐怕是中国传统诉讼文化中最独特、也最怪诞的一面了。”^[2]

晚近十余年以来,先前此类立基于“理想类型”概括所做的整体性研究,在方法论上受到一些学者的批评。陈景良指出,诸如此类深受韦伯的“类型学研究方法”之启发而做出的特征概括,“给人的印象是中国的法律价值取向数千年来没有任何变化,都是‘无讼’。其实这大大偏离了中国的历史实际。且不说明、清两个朝代江南地区(如徽州一带)存在着大量好讼、兴讼的事实,即便是宋、元两个朝代,单用‘无讼’二字也很难穷尽司法活动中主审法官的功利主义价值蕴涵。”^[3]针对上述类型化判断的更为强有力的质疑和颠覆,则是来自于法律社会史领域的研究成果,越来越多的论著以翔实的史料展示,传统中国时期的诉讼文化绝非“无讼”“厌讼”“贱讼”之类的语词所能笼统概括,至少自宋代以降,延至明清,不少区域均呈现出诉讼多发的实况(东南沿海各省、湖南、湖北、江西等地尤为突出),描述、斥责当地民众“健讼”“好讼”“嚣讼”的措辞在方志、官箴、判牍等文献中常有所见,地方官府衙门所面对的诉讼案件数量大幅增长而远超其理讼能力(例如,根据对现存的巴县档案的量化研究,清代同治年间巴县衙门每年新收的诉讼件数为1000—1400件,而这还只是一个表明那些已在官府立案的诉讼件数的“最低限度的数据”^{[4][52]}),以至于一些学者以“诉讼社会”一词描述此种情形。^[5]即便只是将“无讼”“厌讼”“贱讼”视作代表了大传统诉讼文化的价值取向,而并非对小传统文化的事实性描述,也仍然无法完全解释传统中国时期发生在司法诉讼领域的某些令人深思的现象。例如,州县官通常被认为深受儒家“必也使无讼乎”之理念的熏陶,^[6]但伍跃以巴县档案所见的一则清末案例为分

析对象,细致地描述了地方衙门实际上却“希望诉讼能够保持一定的数量,如果有需要,他们自身甚至不惜主动‘挑起’,或将民间人‘诱入’诉讼”,“‘必也使有讼乎’对于维持专制主义统治制度之下的官僚机构运转和各类在官之人的生活是十分重要的”^[7]。白德瑞(Bradly W. Reed)更为系统地利用巴县档案揭示出,由于大量衙门胥吏的主要收入来源乃是仰赖于“陋规”,并非从国家领取体制内的薪酬,而这些人对于维持衙门公务正常运作而言又是不可或缺的,因此通过处理诉讼案件以使其可以从中收取司法费用,便成为了一套“法外制度”(extrastatutory system)^[8]。易言之,对诉讼案件的处理为财源,并不能完全归咎于州县官员、书吏和差役的贪欲,还存在有藉其维持衙门运作的经济压力。

本文并不打算以更多的史料来继续证明传统中国某时某地的诉讼数量颇为可观(当学者们对此方面的史料证据搜集和展示已然达到一定的程度,足以让人们相信以往那种貌似铁板一块的“无讼”“厌讼”“贱讼”话语并不能等同于历史事实的全部时,再进行这样的学术工作将会边际效用递减,尽管绝非没有学术价值),而是想检讨当代的研究者从不同进路研究传统中国诉讼文化时可能共同存在的一些问题。无论是先前借助“类型学研究方法”针对中国诉讼文化之特质所做的整体性研究,还是晚近流行的注重结合丰富的古代中国史料发掘微观社会事实的法律社会史研究,皆会程度不等地受到当代法学知识的“西学”特征之影响,从而有可能在某些议题的研讨方向上有意无意地偏离了传统中国的历史现场。有鉴于此,下文将整合法律史、比较法、法理学等相关学科的智识资源,从反思中国传统诉讼文化研究的常见思维框架及其概念使用切入展开讨论。

二、“纵向连缀法”与“视点穿越法”

当一些学者概括出“无讼”“息讼”“厌讼”“贱讼”“耻讼”“惧讼”等特征,并据此加以申说时,其所采用的研究进路通常有二:其一是就中国传统法律文化进行单独研究以发掘其主要特征的“纵向连缀法”,其二则是将之与所谓西方法律文化进行比照,并进而提炼中国传统法律文化作为一种“理想类型”所具有的特征的“视点穿越法”。“纵向连缀法”和“视点穿越法”的区分,乃是高鸿钧针对学界研究传统法律文化的常用方法和进路所作的概括。按照他的解说,“纵向连缀法”是指“对某个法律传统进行独立研究,发掘其中法律文化的主要特征”,而“视点穿越法”则是指“通过建立一些‘理想类型’基点和线索,对法律文化进行跨文化的比较研究”;除了这两种常见的进路,还有“根据生产方式的内在特征把人类社会分成不同的历史类型,通过对特定历史类型的研究来揭示和分析特定法律制度和法律文化的特征”的“横向切割法”^[9]。

运用“纵向连缀法”探讨传统中国诉讼文化之特征的学术论著通常采取宏大叙事的方式,试图从不同方面挖掘“无讼”等思想观念在传统中国生成的深层根源。例如,梁治平对“无讼”的讨论,便是首先从儒家、道家、法家关于理想社会的论说开始谈起,继而阐述中国古代的“和谐”观念是如何在社会关系领域演化为“无讼”这一具体原则,最后强调说,“中国人基于天道—自然—和谐的信仰而创造出的‘一整套与众不同的价值体系’,以及体现此套价值体系的礼、乐理论和制度,‘从根本上决定了古代中国人对于诉讼的态度’^[10]”。张中秋认为,“家与国同构(或称家国一体化)的社会结构特点,以及法自然的文化思维,是古代中国缘何形成无讼价值观的两大要点,并进而指出,‘从法自然的文化思维到法律文化以无讼为其价值取向,在根本上都只是传

统中国特有的自然农业经济与社会结构及现实政治的需求相契合的结果”^{[11]323-328}。另外一些学者则试图从更为“综合”的角度讨论无讼观念之所以形成于中国古代的根源。例如张晋藩将“无讼是求,调处息争”概括为中国法律传统的十二个特点之一,主张应从社会根源(家与国一体化的社会结构)、思想文化根源(对和谐的崇尚)和政治根源(专制统治对于秩序和稳定的追求)等三个角度理解无讼观念在古代中国的形成背景^[11]。诸如此类从社会、思想、政治等多个角度,宏观讨论无讼观念在传统中国所由产生和维系之根源的作法,也为后来的很多学者所效仿甚至照搬^①。

不过,即便在上面所提及的那些作品中,“纵向连缀法”往往也并非其唯一使用的方法,而是通常还穿插使用了将诉讼文化加以中西比较的“视点穿越法”,只不过在对后一方法的使用力度上可能有所差异。“视点穿越法”所体现的比较,尤其折射出很多学者讨论传统中国诉讼文化时或显或隐的思维框架和知识背景。

“视点穿越法”之下的具体比较,通常首先是将中西法律文化之特征加以宏观对比呈现的形式展开阐述。例如,胡旭晟声称,“就各自法律传统而言,中国人的‘厌讼’与西方人的‘好讼’大约是其最显著的特征之一”^[12]。范忠信认为,“鄙视、厌恶诉讼活动,一直是古代中国文化观念的典型特征之一”,“因为‘讼’之可轻可贱,所以才要动员一切力量千方百计地息讼、止讼,力求无讼。这与西方自古希腊罗马以来的‘健讼’(好讼)传统有着明显的区别。”^[13]值得注意的是,这种关于中西诉讼文化的比较,往往并非只是纯粹地加以对照性描绘,而是通常对两种类型所代表的优劣之分予以明言或暗

^① 例如,何铭,论“无讼”[J].江苏大学学报(社会科学版),2004(6):54-55;于游,解读中国传统法律文化中的无讼思想[M]//法律文化研究(第5辑).北京:中国人民大学出版社,2009:137-139.

示。正如有学者所概括的,“中国传统诉讼文化(procedural culture)作为法文化的重要组成部分,在中西比较研究的路径中,一般是作为‘反面典型’出现在诉讼法学教材上的。”^[14]举例来说,在评析被其视作中国传统法律文化之价值取向的“无讼”之时,有学者在简单提及“无讼”有作为“值得肯定的积极的价值所在”的一面后,随即转向重点讨论,从社会的发展和文明的进化方面来论,它的负面则又比正面更加显著。”^[11339-345]另有一些作品更进一步,试图将“无讼”拔到国民性的高度加以反思,强调“一般认为厌讼即是传统中国人丧失诉讼权利的心理表征之一,但从根本来说,这种厌讼心理是与传统国民性相互影响,互为表里的。”^[15]这种将诉讼意识(包括厌讼意识与好讼意识)与抽象的所谓国民性联系起来的思考方式,在国外学界也不乏其例,例如奥尔森(Walter K. Olson)在检讨美国社会的“诉讼爆炸”时,首先便问道“好讼是否已然成了美国人的国民性的一个组成部分?”^[16]但我们更应该注意的是对此做法的反思,例如日本法律史学者小早川欣吾提醒人们,倘若单纯只是用所谓日本人的国民性这种暧昧的说辞来解释为何日本传统社会中盛行私了而非诉讼,则跟什么都没有说明无甚差别^[17]。

三、或显或隐的比较框架

诸如此类将“无讼”(以及“厌讼”)与“好讼”分别作为中西法律文化体现于诉讼方面的所谓特征,并或隐或显地进行孰劣孰优之评判的论述方式,从其思维框架来看,实际上带有国外比较法研究领域某些早期作品的特点,尽管就中国学者此方面论述所展示的具体知识来源而言,很多作品都对国外相关的比较法研究借鉴甚少。

这种实际上赋予“厌讼”观念以负面评价的作法,在一些声称研究法律文化的日本学者笔下也颇

为常见。只不过日本学者通常更倾向于使用“法律意识”“法意识”之类的概念来讨论法律文化之实质性问题。正如千叶正士在1996年发表的一篇日文论文中所指出的,在日本,“有关‘法律文化’的实质性问题,主要是以‘法律意识’的用语和观念做一般性研究,此外,还有一些以‘法律观念’‘法律感觉’等其他用语对这一问题加以论述的,‘法律文化’这一用语,通常作为上述用语的同义词、同类语或总称而加以使用”^[18]。六本佳平也强调,“‘法文化’不仅表现法现象层面上的特征,而且还展示该国文化的法思考模式乃至思维构造,相当于上述日本人的‘法意识’一词所涵盖的核心内容”^[19]。在日本学者的这种使用偏好下,“厌讼”观念常常被与“法意识”勾连起来加以讨论。例如在其那本出版于1967年的著名小册子《日本人的法意识》当中,川岛武宜便将日本人所谓的“厌讼”(即避免采取诉讼的方式来解决民事纠纷)倾向称作“传统的法意识”或“前近代性法意识”,而将那种“更频繁地利用诉讼、裁判制度”的举动所透露的观念,视为正处于近代化过程中的日本所亟需培养的“近代法意识”^{[20] 207-212}。在社会进化论思潮的映照下,“传统”“前近代”相对于“近代”的低等意涵不言而喻。因此,川岛武宜笔下以“厌讼”为其内涵的日本人法意识,自然无法获得正面的积极评价。这种将日本人的法意识与欧美西方国家民众的法意识进行对比言说的研究方式,又被一些比较法研究者进一步提升至远东(具体为日本、中国、韩国等东亚国家)和西方(主要是西欧和美国)之法意识、法观念的差异比较的抽象高度^①。不过,即便放置在此类东西方比较的抽象框架下进行,一些对此种对极化比较之潜在陷阱有所认识的研究者,例如大木雅夫,也不得不承认“国民性中的所谓‘好讼’或‘厌讼’倾向

① 对这种研究方式所得出的结论之检讨,参见:余军,《东方人“厌讼”吗——对当代中国、日本低诉讼率现象的分析与思考》[J],《社会科学家》2000(3)。

之说,恐怕归根结底还是起因于学者的分类癖”^{[21]125}。

除了上述中西比较的进路,在关于中国传统诉讼文化的研究当中,很多时候还往往穿插着古今比较的进路。例如,以下这些说法便明显反映出“古代中国”与“现代中国”的对比论说框架——“‘无讼’作为中国古代法律文化的最重要的价值取向,对后世影响很大,是我国今天法治建设的巨大障碍”^[22];“厌讼主义传统对现代中国社会产生的影响是很大的,直至今日,‘赢了官司,输了金钱’、‘居家戒争讼,处世戒多言’等俗语在中国还大有市场”^[23];“在中国历史上,多种因素促成了‘厌讼主义’成为中国古代人们对待诉讼的传统主流思想,而传统一经形成,则成为整个中华民族抹之不去的阴影。从当代中国行政诉讼陷于困境之中的现实,我们不难发现现代中国人仍摆脱不了‘厌讼主义’的影子”^[24]。

而在古今比较进路当中,常被加以运用但同时也是最为冒险的,便是那种实际上将“古代中国”与“现代西方”作为特定的对比框架的作法(请注意,这仅仅是“中”“西”“古”“今”这四个概念相互组合后可以形成的四种对比性框架中的一种而已)。这种时空错置的比较,其得出结论的倾向性,自然可想而知。正如高鸿钧所提醒的,“合理的比较应把中西的传统社会(即国家产生后至现代前时段)作为比较的对象,而不应把古今的西方作为一个整体,更不应用西方现代法律文化作为参照系比较中国传统法律文化。”^[25]

四、作为中介概念的“权利意识”

值得注意的是,无论是中西比较,抑或古今比较,还是将两者综合使用,被一些学者认为是以“无讼”“息讼”“厌讼”“贱讼”“耻讼”“惧讼”等观念和意识为核心构筑起来的中国传统诉讼文化,之所以

往往总体上所获评价负面,在很大程度上乃是源于一个中介概念所象征的微妙意涵。这一关键性的中介概念,就是频频出现于有关诉讼文化的诸种论说当中的“权利意识”。

(一) 比较法研究作品中的“权利意识”

将作为法律意识具体化形式之一的“权利意识”之强弱,作为评价诉讼文化乃至整个法律文化之优劣的作法,在比较法研究中有其传统。

川岛武宜认为,对于日本而言,摆脱“厌讼”这种滞后的“前近代性法意识”之影响和塑造“近代法意识”的过程,意味着“从不曾有权利意识的社会转化到有权利意识且不断增加权利主张的社会”,并将更频繁地提起诉讼视为“更强烈地意识到权利所在,并坚持其权利”的重要手段之一^{[20]139-152}。大木雅夫虽然不同意那种认为日本人权利意识淡薄的笼统性判断,而是强调“所谓日本人特别和谐或权利意识淡漠的说法,不过是学者们的童话罢了”^{[21]125},但他的质疑和反驳,实际上依然受制于“权利意识”是否淡漠这一预先已被设定提问方式的思维框架。实际上,他所念兹在兹的便是极力证明日本在近代化之前的各时代都存在强烈的权利意识(例如江户时代被其视作权利意识的高潮),亦即主张权利意识在日本古已有之,只不过其是否表现在法律意识的表层,或者表现在法律意识的表层却“未发而终”,不尽相同而已^{[26]141-157}。

最为典型地体现出将法律意识之强弱与对其的价值评判相勾连的作法,一如埃尔曼(Henry W. Ehrmann)看似不经意间所作的那样,乃是构建“权利本位的法律文化(right-centered legal culture)”与“义务本位的法律文化”(duty-centered legal culture)这样的对极性概念^[27]。而耶林(Rudolph von Jhering) 1872年出版的那本小册子所高倡的著名口号(同时也是该书的书名,耶林本人将这一书名自诩为“人们可以到处喊的文学军令”^[28])——

“为权利而斗争(Der Kampf ums Recht)”^①则常常被视作最为形象地展示了西方“权利本位的法律文化”的特征。其实,“为权利而斗争”原本只是耶林的一句鼓舞性口号,却往往被很多人直接当作表明包括德国民众在内的西方人拥有极高的法律意识和极强的权利意识的事实性描述。大木雅夫就曾提醒人们,“耶林并不是为了赞美德国民众极高的法律意识和极强的权利意识而写作《为权利而斗争》一书”,“耶林的《为权利而斗争》这部著作只不过是一本辩白之书,充其量只是一本鼓舞为权利斗争的书”并且援引了勒内·达维德的一本著作中的说法指出,“耶林在‘为权利而斗争’的演讲(指耶林1872年春天在奥地利维也纳法律协会的那场传奇讲演——引者注)中所主张的观点是典型的法学家的观点。这种观点不仅没有在实务上得到承认,反而是耶林所激愤的最恶的调停也胜于最善的诉讼(Un mauvais arrangement vaut mieux qu’un bon procès)这一格言支配了整个西洋国家”^{[26]154}。

更加吊诡的是,在一些学者的笔下,“为权利而斗争”又常常被直接转化为“为权利而诉讼”。于是,民众诉讼偏好的强弱(被认为进一步具体表现为诉讼率的高低)便成了对比衡量权利意识(或法律意识)之高低、诉讼文化之先进与否、法制现代化程度之深浅乃至不同法律文化之优劣的重要指标。川岛武宜的观点便属此方面的典型例子,他在《日本人的法意识》一书中认为,“权利意识与诉讼行为之间势必存在着正比例的相关关系;诉讼率可以作为法和权利的意识发达程度的衡量标准”^[29]。大木雅夫更是在引述法律史学者对日本江户时代民众诉讼状况的研究成果之后直接强调,“正因为江户时代的民众也具有强烈的权利意识,所以才产生数目庞大的诉讼案”,“将这种滥诉健讼之民风作为强烈的权利意识的证明来把握,则更接近事实”^{[26]131}。但是,针对能否用诉讼率之高低来测度民众权利意识之强弱的问题,埃哈德·布兰肯伯格(Erhard

Blankengurg)便持非常谨慎的态度指出,诉讼率的高低,与法律运行之基础结构(infrastructure)的制度形态(例如对诉诸法院起到过滤作用的替代机制是否发达)有很大关系,并以荷兰和前西德相邻地区虽然有着近似的法律传统和社会经济环境但在民事诉讼率方面存在很大差异为例,验证了这一看法^[30]。

(二) 中国传统诉讼文化研究作品中的“权利意识”

讨论中国传统诉讼文化的学者们,未必皆非常熟悉比较法研究领域中的上述学术脉络,但这并不影响其对使用“法律意识”概念(或者更显具体化的“权利意识”观念)的同样偏爱。事实上,正是借助于“法律意识”“权利意识”等中介概念所隐含的价值倾向,诸如“无讼”“息讼”“厌讼”“贱讼”“耻讼”“惧讼”之类被视为与其对立的传统观念和态度,才成为频遭抨击的负面存在。冉井富将学界先前讨论中国传统社会所谓厌讼文化时展现出来的倾向概括为两点:其一是认为传统中国社会的厌讼文化是与现代的或西方的权利意识相对立;其二是认为这种在今天依然有延续的厌讼文化,是抑制权利意识增长、导致诉讼率低下的的重要原因之一^[31]。以下这段发声于20世纪90年代前期的论述,或可被视为上述倾向的代表:“泛诉法律观,是指人们对于一切冲突和纠纷都希望通过司法诉讼途径解决的一种现代法律文化意识。它是由传统法律观向现代法律观转变的直接的外部表现,同时又促进了传统的以表面和谐掩盖潜在危机的礼治社会向表面纷争而实际稳定的法制社会的转变。……鼓励公民兴诉的泛诉法律观,是中国法制建设迫切需要的新观念”^[32]。

相应地,“好讼”“健讼”等话语所描述或意味

^① 关于“Der Kampf ums Recht”的中文译法之流变,参见:杜如益,“法律的斗争”抑或“为权利而斗争”——耶林本意的探求与百年汉译论争考辨[J].中国政法大学学报,2018(2)。

着的诉讼数量增加,则被不少学者视为民众的“法律意识”或“权利意识”在某时某地萌发、觉醒或增强的积极表现,甚至一些并非法学出身的史学研究者亦明显受此影响。于是,在一些学者的行文当中,“是否‘好讼’似乎与权利意识的有无或强弱密切相关。”^[33]采用此种论述手法的学术作品不胜枚举,此处聊举几例:

“这时(指晚明时期——引者注)已不再是盲目排斥词讼,以‘无讼’为目的,而开始试图通过词讼来保护、争取自己的权益。这是权利意识萌发的标志之一,是市民意识觉醒的一部分,它与资本主义萌芽的出现是同步合拍的,也同样是稀疏软弱,长期得不到应有的发展”^[34]。

“被统治者斥之为恶风陋俗的‘健讼’风习,其实恰恰反映了明代徽州人法律意识的增强”^[35]。

“笔者浏览了清代四川巴县、河北宝坻、四川冕宁、台湾淡新档案及黄岩诉讼档案,从中发现民事诉讼案件在整个司法案件中占有相当的比重,民事诉讼的权利主体也有扩大。在民事诉讼案件中,大部分案件是为了维护财产权利而讼争,这说明清代民众的法律意识并不是蒙昧的,而是在觉醒”^[36]²⁰⁷。

“中国古代究竟是息讼还是健讼,学者们对此有着不同的认识。应当说,随着社会经济的发展,经济形态越来越重视个人在经济中的作用。随着人口的增长,人口与土地的矛盾愈发显现。个人权利意识逐渐觉醒,作为个体的人要求维护自己的权利,但是由于权利上缠绕着各种制约因素,导致其无法在实际生活中顺利地实现”^[36]²⁰⁷。

五、“权利意识”概念的陷阱

在传统中国的历史语境中,像上述所引文字那样使用“权利意识”之类的概念,尤其是将其与诉讼偏好的强弱正向勾连起来使用的做法,需要非常谨慎地加以斟酌。

“权利”一词,早在先秦时期的文献中便已出现,但其意涵与今天人们对其的理解差异甚大。《荀子·劝学》曰“君子知夫不全不粹之不足以为美也,故诵数以贯之,思索以通之,为其人以处之,除其害者以持养之。使目非是无欲见也,使耳非是无欲闻也,使口非是无欲言也,使心非是无欲虑也。及至其致好之也,目好之五色,耳好之五声,口好之五味,心利之有天下。是故权利不能倾也,群众不能移也,天下不能荡也。”此处所谓的“权利”,系指权势和财货。《商君书·算地》载“夫民之情,朴则生劳而易力,穷则生知而权利。易力则轻死而乐用,权利则畏罚而易苦。”此处所谓的“权利”,则是权衡利害之意。自汉代以来,“权利”一词主要是被用于泛指权势和利益^[37]。今天用于表示法律赋予人们实现其利益的自由、资格和能力之意的“权利”一词,并非中国自古有之的固有语汇,而是最早源于清朝同治年间美国传教士丁韪良(W. A. P. Martin)主持译成中文的《万国公法》一书对英文“rights”的对译。学术界曾一度认为今天所用的“权利”一词系晚清时期由东瀛传至中国的译词,但很多研究业已确证,由丁韪良主译、1864年时由总理衙门刊版印行的《万国公法》一书将“rights”译为“权利”要早于法律意义上的“权利”一词在明治时期日本书刊中的出现。《万国公法》一书于1865年传入日本。在《万国公法》一书中,“权利”一词出现了81次,且全部都是在合法的权利和利益这一法律含义上使用;不过《万国公法》并未对“权利”一词明确做出界定,专门对“权利”一词加以解释说明的工作,到了同样是由丁韪良翻译、1878年出版的《公法便览》一书才算完成^①。

^① 参见:李贵连. 话说“权利”[J]. 北大法律评论(第1卷第1辑). 北京:法律出版社,1998:115-129;刘禾. 普遍性的历史建构——《万国公法》与十九世纪国际法的流通[J]. 陈燕谷,译. 视界(第1辑). 石家庄:河北教育出版社,2000;金观涛,刘青峰. 观念史研究:中国现代重要政治术语的形成[M]. 北京:法律出版社,2009:112.

不过,今天所理解的“权利”一词迟至晚清时期方才生成,并非笔者主张在研究中国传统诉讼文化时对“权利意识”一词应当慎予使用的最主要原因。更关键的理由在于,“权利意识”一词背后所隐含的西洋文化背景(这主要源自对何谓“rights”的理解方式)未必适合于对传统中国社会的分析。严复在1896年翻译《天演论》时,虽然用“权利”对译“rights”,但他在光绪二十八年(1902)致梁启超的一封信中就对此明确反思道,自己昔年以“权利”对译“rights”,乃是以霸译王的强译,“于理想为害不细”,从而认为“Right 诸名词,谓与生俱来应得之民直可,谓与生俱来应享之权利不可”,“以直字翻 Rights 尤为铁案不可动也”主张将“rights”译为“民直”或“天直”更符合其在英文中的内涵^[38]。这是因为在西方文化中,“rights”一词除了有对自身合法的权利和利益之明确认知这一层法律含义外,还带有“强烈的‘理应’‘正当’这些明确的价值判断”,也正因为如此,自近代以来,中国人对“权利”的理解便与西方的“rights”有微妙的差别^[39]。一旦考虑到这种文化背景,若将“权利意识”与诉讼率进行正向关联,认为诉讼率之高低可以折射出“权利意识”之强弱,进而对但凡不惧向官府提起诉讼的行为均予以积极评价,则那些并非为了维护自身的正当利益、而只是意图利用诉讼来侵蚀他人正当利益的诉讼行为之多发(例如,有学者依据对清代南部县档案的研究指出,在当地的那些民事细故词讼中,至少有五分之一是因诸如嫁后图索之类的敲诈钱财而起,“兴讼图财者多是根据已有事实勒索钱财,也有编造情节借事图搔者。”^[40])很可能也会被不加区分地视为权利意识觉醒、社会进步的体现。这显然与“权利意识”一词中所隐含的“理应”“正当”等价值判断相悖。正如一些清醒的史学研究者已经有所意识到的:

“过去有些学者从讼案中看到了人们法律意识的增强,我们觉得讼端增加未必就是社会进步的标

志,某种意义上甚至是地方社会痞子化的表现”^[41]。

“近古以降各地讼风之兴,被有些学者看作人们法制观念增强、百姓依法维护自身权利的表现,反映了社会的进步。事实上,以皖北地区为对象的讨论表明,明清以来的民间健讼绝非正常现象,而是社会风习窳下的反映。因为民间健讼之兴起,与当时行政、司法和政治的缺憾,以及统治者的消息态度、民人的贫困有关;而讼者之所以热衷于诉讼,大多往往不是出于维护自身的正当权利,而是为了侵蚀或牺牲对方的利益,以貌似合法的手段达到非法的目的。而且,此类健讼对明清以来皖北地区社会风习的负向发展也具有极大的推助作用。因此,对于近古以来民间的健讼行为和习俗,我们绝对不能一概予以积极的评价,而应从诉讼双方的具体情况出发,实事求是地看待这一社会历史现象”^[42]。

因此,笔者以为,为了避免出现上述错位,与其使用“权利”“权利意识”之类的语词来描述、评价传统中国某些时期、某些区域诉讼增加乃至多发的所谓“健讼”情形,不如像一些学者那样使用“对生存利益的争夺与维护”^[43]“逐利意识”^[44]之类的表述更为妥帖。此主张并非笔者的一己之见。夫马进也明确指出,相较于使用“权利意识”这一前近代中国并不存在的用语或概念,“情理意识”更适合用来分析传统中国民众提起诉讼的行为。他写道:“所谓‘情理意识’,是一种人情与道理相结合的社会意识,或者说是基于人情的道理意识。在美国,权利意识是指人们在主张自己的正当性时,通常会以法律为依据;与此相对,中国的情理意识既有与法律相一致的情况,也不乏与法律相背离的场合。至少在……汉代以后,根据这种情理意识主张自己的正当性而提起诉讼,完全是理所当然之举。”^[42]寺田浩明也强调,“清代的审判无论从理念上还是在具体的操作上,都很难在对‘权利’的保护这一框架下加以理解”,当时的审判并非以“权利保护”为其理念,亦即“缺乏制度性的装置来明确认定究竟从

哪里到哪里才是正当地归属于自己的权益”^[45]，而其所对应的则是有着“拥挤列车”模型之特点（即默默地彼此推来挤去，摸索共存互让的界限，谋求全员皆能忍受的均衡点）的社会空间，概言之，“如果就其内核或概要而言，明清社会确实存在类似权利秩序之物，但若从其周边来考察，与其说存在着确定的权利秩序，不如说这里包含了许多不确定的部分”^[46]。明清时期体现民间房地买卖“绝卖不绝”之特征的叹契所指向的习惯性实践（亦即卖主将房地绝卖于他人之后，多年后仍可再向买主索要俗称“叹价”的经济补偿）以及诉讼纠纷^[47]，可被视为夫马进所说的“情理意识”在小民百姓身上的体现，或者生活在寺田浩明所称的有着“拥挤列车”模型之特点的社会空间当中的普罗大众的行为样式。

六、结语

20世纪中叶，围绕着研究非西方社会时究竟应使用非西方社会的当地概念还是现代西方社会的概念（即应当采取客位视角或主位视角）格拉克曼（Max Herman Gluckman）和博安南（Paul James Bohannan）之间曾有过影响深远的论辩^[48]。这场学术争论虽然是发生在两位研究“异文化”的英美人类学家之间，但对于研究中国传统法律文化的当代学者而言，同样有着重要的启发性。在研究中国传统诉讼文化时，使用诸如“权利意识”这样的现代概念，或者汲汲于利用司法档案进行诉讼率的统计分析，固然能够便利与其他法学研究者之间的沟通，但也容易受到这些思维框架及其概念的偏向性影响却不自知，以至于无法真正地贴近传统中国的历史现场。

事实上，不只是在研究中国传统诉讼文化时对于诸如“法意识”“权利意识”之类的现代概念必须保持必要的警醒，在研究传统中国的其他法律现象和法律问题时，使用现代的法学术语同样应当格外

小心，因为处理不慎的话，将会歪曲乃至抹煞中国传统法律文化的真正特点。例如，一些法律史学者在研究传统中国时期的“户、婚、田、土”（即官府常说的“细故”）实践时，轻率地使用“民法”乃至“物权”“债权”之类根源于罗马法的分类术语，不仅削足适履，甚至在很多时候根本就是牛头不对马嘴^①。置身于晚清以降一百多年来“西法东渐”的现实背景当中，哪怕在从事像中国传统诉讼文化这样非常本土化的议题研究时，也必须清醒注意到“西学”知识背景对此类议题之讨论的微妙影响，不管所受到的这种影响此前是出于显意识、潜意识抑或无意识。■

参考文献：

- [1] 张中秋. 中西法律文化比较研究[M]. 南京: 南京大学出版社, 1991.
- [2] 胡旭晟. 中国传统诉讼文化的价值取向[J]. 中西法律传统(第2卷), 北京: 中国政法大学出版社, 2002: 173-190.
- [3] 陈景良. 反思法律史研究中的“类型学”方法——中国法律史研究的另一种思路[J]. 法商研究, 2004(5): 138-139.
- [4] 夫马进. 中国诉讼社会史概论[J]. 范愉, 译. 中国古代法律文献研究(第6辑), 北京: 社会科学文献出版社, 2012.
- [5] 尤陈俊. “厌讼”幻象之下的“健讼”实相? 重思明清中国的诉讼与社会[J]. 中外法学, 2012(4).
- [6] 尤陈俊. 儒家道德观对传统中国诉讼文化的影响[J]. 法学, 2018(3): 137-138.
- [7] 伍跃. 必也使有讼乎——巴县档案所见清末四川州县司法环境的一个侧面[J]. 中国古代法律文献研究(第7辑), 北京: 社会科学文献出版社, 2013.
- [8] Bradley W. Reed, Talons and Teeth. County Clerks

① 对这种做法的一个批评，参见：俞江. 关于“古代中国有无民法”问题的再思考. 现代法学, 2001(6).

and Runners in the Qing Dynasty , Calif. : Stanford University Press , 2000.

[9]高鸿钧. 法律文化的语义、语境及其中国问题[J]. 中国法学 2007(4):32.

[10]梁治平. 寻求自然秩序中的和谐——中国传统法律文化研究[M]. 上海: 上海人民出版社, 1991: 174 - 201.

[11]张晋藩. 中国法律的传统与近代转型[M]. 北京: 法律出版社, 1997: 293 - 298.

[12]胡旭晟. 无讼“法”的失落——兼与西方比较[J]. 比较法研究, 1991(1): 21.

[13]范忠信. 贱讼: 中国古代法观念中的一个有趣逻辑[J]. 比较法研究, 1989(2): 62, 64.

[14]严音莉. “天人合一”理念下的无讼与和解思想及其影响[J]. 政治与法律 2008(6): 111.

[15]王石磊. 试析中国传统诉讼观念——官府“无讼”“息讼”与百姓“畏讼”“厌讼”[J]. 北京市工会干部学院学报 2005(1): 44.

[16]Walter K. Olson. The Litigation Explosion: What Happened When American Unleashed the Lawsuit [M]. Truman: Talley Books , 1992: 1.

[17]小早川欣吾. 近世民事訴訟制度の研究[M]. 有斐閣, 1957: 80.

[18]千叶正士. 法律文化的操作性定义[M]. 强世功, 等, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 1997: 229 - 230.

[19]六本佳平. 日本法与日本社会[M]. 刘银良, 译. 北京: 中国政法大学出版社 2006: 21.

[20]川岛武宜. 日本人的法意识[M]. 王志安, 等, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 1994.

[21]大木雅夫. 比较法(修订译本) [M]. 范愉, 译. 北京: 法律出版社 2006.

[22]于语和. 试论“无讼”法律传统产生的历史根源和消极影响[J]. 法学家 2000(1): 113.

[23]何勤华. 泛讼与厌讼的历史考察——关于中西方法律传统的一点思考[J]. 法律科学, 1993(3): 15.

[24]高新华, 张振海, 童毛弟. 传统“厌讼主义”对当代行政诉讼的影响[J]. 南京化工大学学报(哲学社会科学版), 1999(2): 61.

[25]高鸿钧. 法律文化与法律移植: 中西古今之间[J]. 比较法研究 2008(5): 17.

[26]大木雅夫. 东西方的法观念比较[M]. 华夏, 战宪斌, 译. 北京: 北京大学出版社 2004.

[27]Henry W. Ehrmann, Comparative Legal Culture, Englewood Cliffs, New Jersey: Prentice - Hall, 1976: 47.

[28]耶林. 法学的概念天国[M]. 柯伟才, 于庆生, 译. 北京: 中国法制出版社 2009: 24.

[29]季卫东. 法律秩序的传统与创新(代译序) [M]. 载川岛武宜. 现代化与法. 王志安, 等, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 1994: 2 - 3.

[30]埃哈德·布兰肯伯格. 作为法律文化指标的民事诉讼率[M]. 载奈尔肯. 比较法律文化论. 高鸿钧, 等, 译. 北京: 清华大学出版社 2003: 63 - 99.

[31]冉井富. 当代中国民事诉讼率变迁研究——一个比较法社会学的视角[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2005: 59.

[32]陈晓枫. 中国法律文化研究[M]. 郑州: 河南人民出版社, 1993: 521.

[33]徐忠明, 杜金. 清代诉讼风气的实证分析与文化解释——以地方志为中心的考察[J]. 清华法学, 2007(1): 90.

[33]杜婉言. 明代诉讼制度[J]. 中国史研究, 1996(2): 84.

[34]卞利. 明代徽州的民事纠纷与民事诉讼[J]. 历史研究 2000(1): 105.

[35]李青. 民事诉讼意识的萌发——以清代档案为视角[J]. 政法论坛 2013(4): 101.

[36]夏扬. 中国法律传统的经济理性[J]. 法学研究, 2016(5).

[37]金观涛, 刘青峰. 观念史研究: 中国现代重要政治术语的形成[M]. 北京: 法律出版社 2009: 111.

[38]严复. 与梁启超书(三) [M]. 王弼. 严复集. 北京: 中华书局, 1986: 519.

[39]金观涛, 刘青峰. 观念史研究: 中国现代重要政治术语的形成[M]. 北京: 法律出版社 2009: 112.

[40]吴佩林. 清代县域民事纠纷与法律秩序考察

- [M]. 北京: 中华书局 2013: 159 - 162.
- [41] 王日根, 江涛. 清代安徽士人健讼与社会风气——徐士林《守皖谏词》的解读[J]. 中国社会经济史研究 2009(2): 70.
- [42] 陈业新. 明清时期皖北地区健讼风习探析[J]. 安徽史学 2008(3): 110.
- [43] 邓建鹏. 健讼与息讼——中国传统诉讼文化的矛盾解析[J]. 清华法学(第4辑), 北京: 清华大学出版社, 2004: 193.
- [44] 陈海斌. 清代赣南民风健讼问题研究[J]. 嘉应学院学报(哲学社会科学) 2014(9): 28.
- [45] 寺田浩明. 权利与冤抑——清代听讼和民众的民事法秩序[M]. 载氏著. 权利与冤抑: 寺田浩明中国法史论集. 北京: 清华大学出版社 2012: 261, 231.
- [46] 寺田浩明. “拥挤列车”模型——明清时期的社会认识与秩序建构[M]. 载氏著. 权利与冤抑: 寺田浩明中国法史论集. 北京: 清华大学出版社 2012: 409 - 423.
- [47] 尤陈俊. 明清中国房地买卖俗例中的习惯权利——以“叹契”为中心的考察[J]. 法学家 2012: 4.
- [48] 王伟臣. 法律人类学的困境——格拉克曼与博安南之争[M]. 北京: 商务印书馆 2013: 263 - 280.

Chinese Issue and the Influence from the West: Reflection on the Thinking Framework and the Use of Concepts in the Study of Chinese Traditional Litigation Culture

YOU Chen-jun

(Law School of Renmin University of China, Beijing 100872, China)

Abstract: The general statement that “no - lawsuit”, “disgusting lawsuit”, and “considering the lawsuit as a shame”, etc., are regarded as the characteristics of Chinese traditional litigation culture, was formed mainly since the late 1980s by using the research method of “ideal - type”. It has been questioned and overturned by the research conclusions in the field of legal social history in the past decade. However, the latter's academic work is mainly to collect more historical data and evidence to demonstrate, rather than reflect on the previous common thinking framework and its use of concepts in the study of traditional Chinese litigation culture. Even for such a localized academic issue as Chinese traditional litigation culture, researchers must also be fully awake to the subtle influence of “western” knowledge background attached to the concepts such as “legal consciousness”, “right consciousness”, and so on, and then use these concepts with caution when discussing Chinese traditional legal culture.

Key Words: traditional Chinese litigation culture; no - lawsuit; ideal - type; legal consciousness; right consciousness

本文责任编辑: 董彦斌