

徘徊在情理与法理之间

——试论中国法律现代化所面临的困境

郭星华, 隋嘉滨

(中国人民大学 社会与人口学院, 北京 100086)

摘要:中国人遵循基于情境的“情理”取向的行为模式。“情理”是人们在交往过程中对一般性社会规范、双方的特殊关系、双方过去的交往经历、对将来交往的预期,以及双方自身情况都进行整体权衡的行为模式。中国传统纠纷解决注重基于“情理”对情境困境中的各种因素进行权衡,以恢复或调整双方原有社会关系为目的。现代性法律的“法理”以形式理性为特性,是具体事实通过法律逻辑适用法律原则的过程。在法律运行中“情理”式的行为模式与“法理”式的司法过程发生冲突,是中国法律现代化所面临的困境。文中对如何解决这种困境进行了探讨。

关键词:法律; 现代性; 情理; 法理

中图分类号: D920.0

文献标识码: A

文章编号: 1672-433X(2010)02-0118-04

从19世纪末开始,我国将现代化作为追求的目标,现代化甚至成为了一种意识形态^[1]。法律现代化,即法治化,又是现代化最为核心的内容之一。在这样一种语境下,将西方国家的法律进行移植取得了正当性,并成为我国近现代法律建设的主要方式^[2]。然而,现代性的法律在中国的实践过程中却与中国的传统文化发生冲突^[3],使人们不得不对我国的法律现代性建设进行反思^[4]。我国法律现代化过程所面临的主要困境,就是在判断事情对错时,现代性法律依据的是“法理”,而中国人依据的是“情理”。当现代性法律引入中国之后,这两种不同“理”的冲突就显现出来了。本文从纠纷解决的角度来分析现代性法律的“法理”在遇到中国文化中的“情理”时所产生的冲突。

一、基于“情理”的行为模式和纠纷解决传统

中国社会对做人、做事及其判断往往不是从理性、逻辑的角度来考虑,而主要是从具体情境和人际关系的个别性来考虑。所谓“合情合理”、“人情入理”、“通情达理”等等,都是指人们做事要依据情境、遵循“情理”。

费孝通、许珩光等学者曾指出,中国人的行为是根据不同人、不同情况而做出的,可称其为情境性的行动模式。情境是人处于多种特殊情况都发生时的状态。在《论语》中“叶公语孔子曰:‘吾党有直躬者,其父攘羊,而子

证之。’孔子曰:‘吾党之直者异于是:父为子隐,子为父隐。直在其中矣。’”^[4]正直的人见到别人偷东西,应该出面作证。亲人之间应该相互保护。单一的命题正像西方法律中的论证过程一样,可以这样表述:如果A则B,C是A,所以当C出现则B。作为单一的命题,古人对此并没有异议。而古人注重的不是单一命题的正确性,而是多个命题条件都满足的情境下,应该如何处理。这样,“父为子隐”的故事就可以这样表述,如果A则应B,如果C则非B,现在的情境是既A又C,应该怎么办?《孟子》中“窃负而逃”的故事,设定了一个更加复杂的情境,“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,终身欣然,乐而忘天下。’”^[5]这个故事设定了至少六种相互存在矛盾的关系组成的情境:舜作为天子应该遵守法律;舜作为天子应该支持士执行法律;皋陶为士,有人犯法时应该执行法律;瞽瞍杀人违犯了法律;瞽瞍是天子舜的父亲;舜应该保护瞽瞍;试问:在这样的情境下应怎么办。这两个故事,都不是对单一关系命题应如何判断进行讨论,而是看重如何在特殊情境下对各个关系命题进行权衡。这种把某一特殊情境中各种情况综合权衡,以寻求解决方案的行为方

收稿日期:2009-12-20

基金项目:教育部人文社科研究基地重大项目“民间纠纷解决模式的法社会学研究”(08JJD840186)。

作者简介:郭星华(1957-),男,湖南省湘潭市人,中国人民大学教授、博士生导师,主要研究法社会学。

E-mail: xh.guo@263.net

式,依据的就是“情理”。这与先把事情类型化,再寻求一般性解决方案的行为方式完全不同。

王思斌指出,中国人的行为模式是多元嵌套结构下的情理行动,“中国人的行动模式是情理取向的,这种行动以参与互动的行动者之间的基本关系,他们互动要解决的基本问题,行动者针对现实问题对自己责任的认知,以及行动者以往共事经验为基础。同时上述这些方面都有复杂的结构,这种复杂性不但表现为它们在横向上是互相联系的,而且表现为在纵向上受已往互动经验的影响。这些横向联系和纵向影响形成嵌套结构,并作为情境综合地、整体性地对行动者的行动产生影响,从而形成情理取向的社会行动模式。”^[6]滋贺秀三指出:“所谓‘情理’,简单说来就是‘常识性的正义衡平感觉’。……概言之,比起西洋人来,中国人的观念要顾及人的全部与整体。也就是说,中国人具有不把正义的标的孤立起来看而将对立的双方——有时进而涉及到周围的人们——的社会关系加以全面和总体考察的倾向;而且中国人还喜欢相对的思维方式,倾向于从对立双方都多少分配和承受一点损失或痛苦中找出均衡点来,等等。这些说法大概是可以成立的。因此,所谓‘情理’正确说应该就是中国型的正义衡平感觉。”^[7]可以说“情理”,就是人们在交往过程中对社会规范(“论常理儿”、“照理说”)、双方的特殊关系、双方过去的交往经历、对将来交往的预期(思前想后),以及双方自身情况(设身处地、将心比心)都进行整体权衡的行为模式。“情理”中的社会规范既包括国家法律也包括风俗习惯。

正是因为中国人遵循“情理”的行为模式,中国传统的解决纠纷过程也主要是依据“情理”着力于恢复或调整双方的关系,而不是从一般规范来判断某一件事的是非曲直^①。本杰明·史华慈在《论中国的法律观》一文中指出:(司法组织)不是根据法律判断人的行为是否适当,而是根据社会关系判断人的行为是否适当^[8]。情境是多个单一关系的重叠、嵌套,任何法律都不可能事先提供全部、甚至大部分情境的解决方案,依“情理”反复调试就成为寻找纠纷解决方案的必然过程。滋贺秀三在探讨清代民事审判的性质时,将以“息事宁讼”为目的的民间调解界定为一种教谕。“在那里,地方官以地方官的威信和行使一定强制力的权限为背景,主要依靠建立在情理基础上的判断——如果有相关的法律条文则不妨参考之——来劝导说服当事人以平息纠纷”^[9]。滋贺秀三还认为“清代中国的法官从事的决不是通过与当事人之间的制度化的相互作用来获得某种形成秩序的共同规范,而是居高临下地直接对当事人之间的关系反复进行的微调。”^[10]农业社会聚族而居的血缘关系和世代相邻的地

缘关系,也使“宗族、行会以及由年长绅士掌握非正式管理权的乡村共同体等等——这些和其他法律之外的团体通过对其成员们反复灌输道德信条、调解纠纷,或在必要时施行强制性惩罚,来化解中国社会中不可避免的各种矛盾。”^[11]黄宗智通过研究清朝的法律实践后指出:“民间的社区和宗族面对纠纷所做的是调解,而县官在正式堂审中所做的是断案,此两者之间实际上存在一个庞大的‘第三领域’”^[12]。“清代法律在实践中十分实用性地设立了处理所谓民间‘细事’(约相当于现代的“民事”范畴)纠纷的司法制度,首先依赖社区或宗族调解,而后是社区调解和法庭干预互动的‘第三领域’”。

总之,中国传统纠纷解决是基于“情理”对情境困境中的各种因素进行权衡,恢复双方原有社会关系为中心的恢复性法律。

二、“法理”与“情理”之间的分歧

现代性法律的“法理”是以个人权利保护和高度的形式化、逻辑化为内容的。正如韦伯所指出的,西方现代法律和其他法律之不同之处,主要是因为它的“形式理性”。他认为,西方现代大陆形式主义法律传统的出发点是有关权利和权利保护的普遍原则。它要求所有的法庭判决都必须通过“法律的逻辑”,从权利原则推导出来。“每个具体的司法判决”都应当是“一个抽象的法律前提向一个具体的‘事实情形’的适用”;而且,“借助于法律的逻辑体系,任何具体案件的判决都必定可以从抽象的法律前提推导出来”^[13]。

比较“情理”与“法理”两种规范,我们可以看到依据“情理”解决纠纷是为处在特殊情境中的纠纷双方的关系冲突提供解决方案。而现代法律则是通过把相互牵连、相互重叠的多种关系构成的情境割隔离开,通过“一个抽象的法律前提向一个具体的‘事实情形’的适用”来形成“具体的司法判决”。

下面,我们从一个生活中的实例,来分析“情理”与

① 福尔克马尔·格斯纳和尼克拉斯·卢曼将纠纷分为与人相关的冲突、与角色和规范相关的冲突。与人相关的冲突建立在紧密的、经常性接触和共同经历的关系上,参与方情感上相互联系,并各自对对方抱有多种多样的和复杂的行为期望。如果在这样的群体内出现冲突,则它往往会超越特定的冲突内容,波及相关方之间的其他互动,最终会对整体关系投下阴影,若冲突内容演变成相关方之间关系的全部,需要解决的不仅是他们之间特定的冲突,而是他们之间关系的重新定义。与角色和规范相关的冲突则经常发生在匿名的、一次性的关系中。冲突的内容仅涉及有关该社会关系的社会规范。参见:[德]托马斯·莱塞尔著,高旭军等译,《法社会学导论》,上海人民出版社2008年版,第256—257页。

“法理”之间是怎样产生分歧与冲突的。2000年,华北某村一位老人的儿子死于车祸,老年丧子使老人悲恸万分,然而更让他难过的是儿子去世不久,儿媳妇就招了个“墓角”^①,之后不但拒绝赡养他,还指使自己的儿子将老人的被子、锅碗儿扔到门外街上,坚决要把老人赶出家门。村里多次调解也无济于事,绝望的老人想到了通过法律手段要求儿媳妇给他养老,可法院的工作人员却因儿媳妇没有赡养他的义务而拒绝为他立案。但是,法院工作人员在了解了老人的情况后则帮他分析情况,还替他写了一份起诉书,请求分割老人儿子的财产和抚恤金中属于自己的部分,很快老人就胜诉了^②。我们分别从“法理”和“情理”的角度来分析这一案件。

从“法理”的角度看,老人的儿子去世,儿子与儿媳妇的婚姻关系就自然的解除,随之儿媳妇与老人的家庭成员关系也就化为乌有,她对于老人也就没有了赡养的义务。而从“情理”的角度来看,则除了法律规定外还要牵扯其他的因素。从民间习俗看,在人们的认识中,媳妇的脚一旦跨过夫家的门槛,就成了夫家的人,而且就永远是夫家的媳妇,即使她在丧夫后重新组建了家庭,也不能改变她的命运,只能在她原配家庭的墓中添加“墓角”。所以,从民间习惯看虽然老人的儿子已经去世,可是媳妇却仍然是他家的媳妇,媳妇给公公养老送终是“天经地义”的。丈夫去世不久便招“墓角”,还把老人赶出家门,太不近“人情”。从老人的情况看,受人遗弃没人赡养值得同情。总之,从“情理”的角度,存在着很多为人理解但不能诉之于法律的原因,使人们同情支持老人的要求。本案中法院的工作人员正是基于“情理”判断选择支持老人的要求,采用的则是“法理”的手段来达到“情理”的目的,在这里呈现出了“实践”与“表达”的背离。从这个案件中我们可以看出,人们在思考和判断事物时仍然延续着“情理”的方式,而法律只能提供符合“法理”的方案。

有学者把法律将事实类型化的过程形象地称为“甩干”的过程。“诉讼程序对于离婚纠纷的解决从某种意义上说就是一种‘甩干’程序,唯有通过法院这台甩干机的高速运转,一件轻盈的法律外衣才可以做成,一桩纠纷也才可以披上这件外衣并以法律纠纷的面貌呈现。”^[14]只有通过去除现实情境中不符合法律要求的因素,对事实进行合法化的修正,才能为法律提供合格的事实,并为运用法律逻辑创造条件。所以“法理”的运用是以去除法律规定的社会事实为代价的。或者说“法理”运用的过程是筛选去除现实情境中的部分关系,而只对剩余部分进行法律适用的过程。通常情况下,“法理”只是情境中一般社会规范的一个部分。

由于“法理”与“情理”之间的分歧,常常出现“合情

不合法”、“合法不合情”的冲突,使得“法理”往往不能为解决“情理”问题提供足够的支持,从而使“情理”语言不断地出现在司法过程中。田成有指出,我国绝大多数基层法院更多地体现了一种讲理与说情的氛围,民间语言被较多地使用,民间法是断案的重要标准之一,因此,基层法院的法官在解决纠纷时根据每个案件的具体情境灵活地处理,即以法律为基础,同时尽可能考虑到民间传统、文化等现实情况,使纠纷解决朝着既合法又合情合理的方面发展^[15]。赵旭东通过对华北村落纠纷解决的法律人类学的考察,认为国家的法律条文、政府的权力运作、民间的习俗惯例等都对乡村纠纷的解决发挥作用,并且它们调节的方法和原则是相互重叠和相互吸纳的。国家法律的运作往往不具有独立性,而是有民间的习俗渗透于其中,民间纠纷的解决大抵依据的是民间自发形成的公平逻辑,体现了中国式的“有秩序而无政府的状态”^[16]。

三、讨论

如何解决“情理”与“法理”之间的冲突,是中国法律现代化所面临的困境。埃利希指出:“大多数人自愿地遵守法律秩序,是因为他们意识到法律秩序是他们的秩序,是他们作为其中一员的社会共同体的秩序。”^[17]“情理”是中国人的行为模式和纠纷解决的主要依据,而强调逻辑和规范的一般性的“法理”不能满足人们的需要,使人们产生对法律的失望,这将伤害人们对整个法律制度的信任和认同。而另一方面,强调情境的特殊性又阻碍普遍性社会规范的建立和施行。赵晓力就指出:“倘若我们发现中国基层司法的主要运作逻辑既不是法治的逻辑,也不是礼治的逻辑,而是治理的逻辑;不是规则导向的,而是结果导向的,是实用主义甚至机会主义的,我们如何在这样的逻辑上提炼一套关于规则的理论——因为实用主义和机会主义本来就不是遵守规则,而是利用规则。如果这样的司法理论或者法学理论不是关于规则的,而是关于反规则甚至是潜规则的,那它还是司法理论或者法学理论吗?”^[18]

消解“情理”与“法理”之冲突,可以采取以下策略。

其一,在立法和司法组织建设中,注重吸收“情理”的传统。正如苏力所说的:“中国的法治之路必须注重利

① 所谓“招墓角”是华北农村的一种婚姻风俗,即死了丈夫的妇女不离开原来的婆家,而招一个新夫到亡夫家里来生活,接替亡夫的位置。但是这个媳妇去世后只能与原来的那个丈夫葬在一起,新招进的丈夫在去世之后只能安葬在原夫妻合葬墓的一个边角上,所以,当地把这种婚姻形式叫做“招墓角”。

② 案例引自:王晓蓓,《乡土社会中的国家法与民间法——对华北地区农村‘招墓角’风俗的实证研究》,中国人民大学2008年博士论文。

用中国本土的资源,注重中国法律文化的传统和实际。”^[19]立法者和法律学者应当研究如何把“情理”原则更多地纳入法律的规范之中,使“情理”在法律中有更明确的地位,而不是在实践中借“法理”之名,行“情理”之实。

其二,法治建设进程应当是与本土法律文化和社会现实发展相协调的过程,不可操之过急。正如萨维尼所指出的:法律植根于一个民族的历史当中,它“就像语言一样,不是任意的、故意的意志的产物,而是缓慢的、有机的发展结果”^[20]。因此,立法者应该做民族精神的真正代表,而不能试图通过立法来改变社会规则的自然演进过程。对此,笔者曾经指出过,“中国法律系统^①应当是三个因素相互作用的产物:外来法律文化、本土法律文化、社会现实。这三个因素构成了现代性与地方性互动的框架。”^[21]所以,过于偏重其中某个因素而忽略其他因素,将使中国法律系统的建设进程发生偏颇甚至反复。

其三,重视法律的地方性,将风俗习惯的内容纳入法律体系之中。笔者在前面的分析中指出,“情理”中包涵对一般性社会规范的权衡,一般性社会规范既包括国家法律也包括民间风俗习惯,目前许多民间冲突正是起因于国家法律与民间风俗习惯的冲突。法人类学家吉尔茨

针对法律现代性的盛行提出法律和民族志的运作凭靠的乃是地方性的知识。另一位民俗学家萨姆纳则更明确地提出,法律是建立在民俗的基础上的,一个社会中的某种社会风尚能够得到普遍遵守,就会发展成为正式的法律。因此,立法必须在现存的社会风尚中寻求立足之地,立法如果要做到难以被破坏,就必须与社会风尚相一致^[22]。笔者赞同法律应当是基于地方性知识的观点。而我国实际情况则是法律现代化的话语主导国家法律的建设,在司法过程中,国家法律又对地方风俗习惯形成了绝对的优势。中国人常说:“十里不同风,百里不同俗”,更何况中国地域广大、民族众多,社会发展极不平衡呢?所以国家法律应当为民间习俗让渡出足够的空间,根据各地实际,将民间习俗通过地方性立法或判例认可的形式纳入法律体系当中。

其四,要注重法律之外的规范体系建设。由于对法治过度推崇,使法律原则向其他社会规范领域不适当地扩散。法律的作用总是有限的,有些社会领域法律并不能有效地去调节,可以将其让位于家庭伦理、公共道德、职业道德、风俗、行业或社区规范等规范体系去调节,达到“各安其位、各尽其能”的效果。

参考文献:

- [1] 雷讯马. 作为意识形态的现代化——社会科学与美国对第三世界政策[M]. 牛可,译. 北京:中央编译出版社,2003:113.
- [2] 朱景文. 当代中国立法中的法律移植[J]. 河南省政法管理干部学院学报,2006(4).
- [3] 公丕祥. 中国法制现代化的历程[M]. 北京:中国人民公安大学出版社,1991.
- [4] 论语·子路:第十八章[M].
- [5] 孟子·尽心上:第三十五章[M].
- [6] 王思斌. 多重嵌套多元嵌套结构下的情理行动——中国人社会行动模式研究[J]. 学海,2009(1).
- [7] 滋贺秀三. 中国法文化的考察——以诉讼的形态为素材[M]//王亚新,梁治平. 明清时期的民事审判与民间契约. 北京:法律出版社,1998:13-14.
- [8] 本杰明·史华慈. 论中国的法律观[M]//张静. 身份认同研究:观念、态度、理据. 上海:上海人民出版社,2006:200.
- [9] 滋贺秀三. 清代诉讼制度之民事法源的考察[M]//王亚新,梁治平. 明清时期的民事审判与民间契约. 北京:法律出版社,1998:85.
- [10] 王亚新. 关于滋贺秀三教授论文的解说[M]//王亚新,梁治平. 明清时期的民事审判与民间契约. 北京:法律出版社,1998:107.
- [11] D·布迪, C·莫里斯. 中华帝国的法律[M]. 朱勇,译. 南京:江苏人民出版社,1998:3.
- [12] 黄宗智. 中国法律的历史研究[J]. 开放时代,2008(4).
- [13] 韦伯. 法律与社会:下卷[M]. 康乐,简惠美,译. 北京:商务印书馆,2004:199-216.
- [14] 刘正强. 乡村纠纷的事件与文本——对鲁西离婚纠纷的法社会学分析[D]. 中国人民大学2008年博士论文.
- [15] 田成有. 乡土社会中的民间法[M]. 北京:法律出版社,2005.
- [16] 赵旭东. 权力与公正:乡土社会的纠纷解决与权威多元[M]. 天津:天津古籍出版社,2003.
- [17] 尤根·埃利希. 法律社会学基本原理[M]. 叶名怡,译. 北京:九州出版社,2007:157.
- [18] 赵晓力. 基层司法的反司法理论?——评苏力《送法下乡》[J]. 社会学研究,2005(2).
- [19] 苏力. 法治及其本土资源[M]. 北京:中国政法大学出版社,1996:6.
- [20] 罗杰·科特维尔. 法律社会学导论[M]. 潘大松,等,译. 北京:华夏出版社,1989:24.
- [21] 郭星华,黄家亮. 社会学视野下法律的现代性与地方性[J]. 中国人民大学学报,2007(5).
- [22] TREVINO C A T. The Sociology of Law: Classical and Contemporary Perspectives [M]. New York: St· Martin Press,1996:30-33,50-54.

(责任编辑 彭建军)

① 我们这里使用“法律系统”这个词,是表明我们的分析不是囿于法律成文的制度层面的。