

略論中國傳統司法的不確定性——以清代司法為例

2010-09-15 访问量: 访问量: 494

胡永恒

摘 要: 中國傳統司法有無“確定性”? 要回答這個問題, 必須先澄清司法“確定性”的含義和標準。本文以西方近現代的法的“確定性”觀念為標準, 以清代司法為例, 從適用法律規定是否具有確定性、事實認定是否具有確定性和法律推理過程是否具有確定性三個方面對中國傳統司法進行考察, 得出其具有較大的“不確定性”的結論。

關鍵詞: 傳統司法 確定性 清代司法

近年來國內法學界尤其是法律史學界掀起了一場關於中國傳統司法的爭論, 其中的一個重要爭議是傳統司法有無“確定性”的問題。爭論的一方認為: 中國古代司法將天理人情置於國法之上, 對成文法規則的考慮不夠, 因而導致司法具有很大的不確定性; 另一方則認為: 中國傳統的司法者基本上是依據成文法律和成案來判決, 具有較大的確定性, 即使是依據人情來判案, 也具備一定程度的確定性。從雙方爭論的具體過程來看, 比較注重史料的引證(尤其是中國法制史領域內的學者)。不少學者通過對古代司法檔案(尤其是清代中央和地方司法檔案)的考察來支持他們關於中國古代司法具有“確定性”的觀點, 另一些學者則對這些官方司法檔案的“證明力”提出了質疑, 並通過其他一些史料如筆記、小說、民諺等來提出反證。從爭論的結果來看, 沒有得出明確的結論, 雙方仍然各執己見。

據筆者的觀察, 這場爭論中至少有如下兩個問題值得反思: (1) 所爭論的司法“確定性”究竟是何種意義、何種程度上的“確定性”? 這一點很重要。若爭論雙方所理解的“確定性”不相同, 沒有起碼的共識, 沒有固定的爭論基點, 則爭論的過程則難免出現所指不一、“自說自話”的情況, 難以碰撞出真正的火花。如, 有的學者提出, 依“天理人情”判案也具有一定的“確定性”。那麼, 這種“確定性”的程度與依成文法規則判案的“確定性”程度相比如何? 算不算通常意義上的司法的“確定性”? 因此, 不搞清楚“確定性”的含義及標準, 則無從探討傳統司法的“確定性”問題。(2) 傳統司法的有無“確定性”的問題是否等同於或者可以簡化為“是否依據成文法判案”的問題? 如果不是, 又應當採取什麼樣的標準? 要知道, 司法要具有確定性, 依成文法判案只是其中的一個要件, 並不是全部條件。換言之, “依成文法判案”是司法具有“確定性”的必要條件而非充分條件。因此, 要考察傳統司法是否具有“確定性”, 還應考察其他相關因素。將“確定性”之爭簡化為“判案是否依成文法”的問題, 雖然縮減了爭論的範圍, 有利於發生實質性的交鋒, 但也妨礙了對這個問題進行深入和全面的探討。

因此, 在對中國傳統司法的“確定性”展開討論之前, 本文試圖事先對司法的“確定性”的含義及標準作出如下界定:

(1) 司法的“确定性”与立法的“确定性”紧密相连，考察某种司法的“确定性”，应该考察该法律制度整体上的“确定性”，即法的“确定性”。

(2) 法的“确定性”的核心表述是法的“可预期性”，即人们可以依据法律预见到自己的行为将会有什么样的法律后果，可以预见到法官将对争议的案件作出什么样的判决。法的“确定性”是现代法治的核心要件之一，是西方近现代经济制度和政治制度发展的必然要求。

(3) 法的“确定性”是相对性的，并不存在绝对意义上的“确定性”。通常所谈论的法的“确定性”，是以近现代以来法治所要求的标准而言的。现实主义法学和批判法学所质疑和批判的“确定性”，主要是针对某些“疑难案件”，从哲学和阐释学的角度提出来的。不能因为绝对意义上的法的“确定性”不存在而否定对它的追求，更不能因此而否定对法治的追求。

(4) 从西方两大法系的情况来看，判断某种司法是否具有“确定性”，主要看如下几个方面：

(1) 法律规定本身是否具有确定性；(2) 对案件事实的认定是否具有确定性；(3) 法律推理过程是否具有确定性，即将法律规定运用于争议事实得出的法律裁决是否具有唯一性。

在澄清有关司法“确定性”的含义及标准问题后，让我们把目光投向传统的中国司法，看看它是否具备本文意义上的“确定性”。鉴于中国传统司法中“传统”二字所指向时间领域跨度相当大，姑且只把考察的领域局限在清代。清代乃是古代中国的最后一个王朝，也是传统法制发展最为成熟、完备的时期，颇具代表性。另外，由于清代刑事审判和民事审判差异较大，在考察过程中作出了区分。

(一) 所适用的法律规定本身是否具有确定性

1、刑事审判的法源

有清一代，刑事审判中可以适用的制定法是律和例。其中，律是基本法律规范；例是对律的补充，其原始来源有二：其一是皇帝的诏令，其二是刑部就具体案件所作出的并经过皇帝批准的判决。律与例之间的关系，一则类似普通法与特别法，一则类似基本法与补充法。就前者而言，例排除律而适用，例的效力优先于律；就后者而言，例补充律的不足，例与律效力相等。

在清朝，律自雍正三年之后就再也未变动。但是，有限的律文显然不敷变化的社会之用，因此，以创造“例”的办法来弥补律的不足。1736年，清廷设立了律例馆，每三年修律一次，以便将前次修律之后新产生的例编入法典。例的数量增长相当快，康熙末年仅有例436条，雍正三年增至815条，同治年间达到高峰，达到1892条。显然，例的优势在于它能解决那些法典原制定者事先没有能预料到的特殊事件。但与此相联系，例的存在又常引起法律适用上的混乱和困难。《清史稿·刑法志》称：“有例不用律，律既多成虚文，而例遂愈滋繁碎。其间前后抵触，或律外加重，或因例破律，或一事设一例，或一省一地方专一例，甚至因此例而生彼例。不惟与他部则例参差，即一例分载各门者，亦不无歧异，辗转纠纷，易滋高下。”可见，清代的刑事法律体系内部存在着非常严重的相互冲突的现象，远非是一个规定详备、逻辑严谨的体系。黄宗智先生把《大清律例》形容成一个“大杂烩”，认为它“充满空洞的原则和不合时宜的条文，同时往往又在不甚引人注意的地方增添了众多新订的关键条款，这些条款又是牵强附会于原先的概念，甚或置于误导性的标题下面”。

另外，中国古代法律中法律概念的涵摄力较弱，而法律解释的技术也很不成熟，因此存在着较多的法律漏洞。律例有定而情伪无穷，于是出现了成文法的“细则化”倾向。如，对某些具体的犯罪，清律的规定非常详细。如，《大清律例》“斗殴”条关于伤害案件的各种情况作了如下的规定：用手足殴人而未致外伤者笞二十，手足殴人而致外伤或用器物殴人未致外伤者笞三十，以器物致人外伤者笞四十；如此等等。“细则化”的倾向反映出了古人追求法的“确定性”、防止审判官员任意出入人罪的一面。“在《大清律例》上，犯罪事实一旦确定，刑罚也就确定下来，负责审判的官员基本上没有在量刑上进行裁量的余地，或者说法典就是为了排除这种余地而构成的。”但是，越是以详细技术的方法将构成要件细分下去，就越容易遇到无法精确地对应于这些要件的情况。举例说来，上述斗殴条的要件可说是精细之至了，但遇到“用头撞人致对方流鼻血不止”的情况怎么办？审判的官员往往就不得不乞灵于比附、类推等办法了。因此，成文法的“细则化”并不能解决法律疏简而又僵硬的问题，反而有损于法律的确定性和可预测性。

此外，为了应付一些性质轻微但无明文规定的犯罪行为，清律中存在着概括性禁律（类似于现代的“口袋罪”）。具体说来，包括“违令”律和“不应为”律。《大清律例》规定，“凡违令者，笞

五十。(谓令有禁制而律无罪名者，如故违诏旨，坐违制，故违奏准事例，坐违令。)””，此为“违令”罪；又规定，“凡不应得为而为之者，笞四十；事理重者，笞八十。(律无罪名，所犯事有轻重，各量情而坐之。)””，此为“不应得为”罪。清末著名律学家薛允升对“不应为”律这样评价道：“今则刑章日繁，无事不有用条例，而犹有贪其简便，引用此律者，其陷人岂不更多乎。”他所担心的正是“不应为”律赋予了司法者过多的刑罚上的裁量权，有可能成为司法者故意使人入罪的帮凶。

最后，我们还应注意到，清代在法律适用中存在着“溯及既往”的情况。清律第43条规定：“凡律自颁降日为始，若犯在已前者，并依新律拟断。”所谓“新律”，其实是一种“事后立法”，依照新颁之律断罪，实际上就是使法律的效力溯及既往。人们若可能受到将来所制定的法律的处罚，则毫无法律上的可预期性可言，法律的“确定性”因之而大打折扣。

2、民事审判的法源

清代民事案件常称户婚田土案件，“户为户籍，婚为婚姻，田为田赋，土为土地。”相对于刑事案件，民事纠纷被统治者置于无足轻重的地位，“户婚田土钱债偷窃等案，自衙门内视之，皆细故也”。因此，用于规范民事行为的国家成文法数量相对较少。清代有关户籍、田宅、婚姻、继承、钱债、买卖、祖殿、雇佣等民事法律条文，散见于《大清律例》、《户部则例》、《清会典》以及有关的则例、事例当中。总体上看，呈零乱、琐碎之势，漏洞多多，很多案件无法从成文法中找到依据。民事纠纷多以亲邻、宗族、乡绅调节而结束，诉至官府者，则多以州县官审判而告终。州县官审判民事案件，基本上不依照律例来处理，而是诉诸所谓的“情理”。“情理”并无事先规定的、一致的、明确的文字表达形式，与律例等“国法”相比，随意性较大：“国法是成文的、实定性的判断基准，与此相对，情理则既没有成文、先例或习惯等任何实证基础，也完全不具有实定性，在这个意义上，只是自然的判断基准。”借用滋贺秀三的表述，“情理”不过是一种“常识式的正义衡平感觉”。因此，州县官在审判时所享有的自由裁量权是相当大的。有学者争辩说，“某种准则既被认为合乎‘天理’、‘人情’，可见必定是为多数人共同认可的，可以由一般有常识、理智的人加以验证确认的(所以常言道‘天理自在人心’)。当然它也可能被滥用，但滥用的过程和结果都可以很容易地被一般人看出来，所以其滥用反而比较困难”。这种说法不无道理，但是，这种没有用文字形式表达、没有权威机构加以认定的“天理”、“人情”，其确定性程度终究是非常有限的。很多情况下，往往是“公说公有理，婆说婆有理”，难定是非。法官对“人情”的适用是否正当、合理，也很难得到严格的监督和准确的评判。因此，经常性适用“情理”的民事审判较之基本上适用律例的刑事审判具有更大的不确定性，应该是不争的事实。

(二)对案件事实的认定是否具有确定性

1、刑事审判中的事实认定

对审判本身而言，案件事实乃是过去发生的事实，无法完全还原。因此，要借助证据等手段来重新构建案件事实，以此作为判决的事实基础。古时科技不发达，对案件事实的认识能力非常有限，这一点中西都是一样。但从长期的历史发展来看，西方的审判制度经历了一个从神明裁判到决斗再到陪审制的逐渐走向合理化与科学化的过程。但是，在中国却是近两千年一贯的纠问制，主要靠法官来发现案件事实。与此相伴的是，中国传统司法格外地注重口供，几乎是“无供不能定案”。清代也是如此。清律第31条附例规定审讯时务必得到犯人的供词：“……鞫狱官详别讯问，务得输服供词，毋得节引众证明白即同狱成之律，遽请定案。”为了取得定罪所必需的口供，刑讯逼供就成了顺理成章的事情。“捶楚之下，何求而不得？故囚人不胜痛，则饰辞以视之；吏治者利其然，则指道以明之”。一方面，审判官为了节省时力、降低开支，自然地倾向于使用这种简单、低成本而高效率的获取证据的方式，另一方面，为了维持整个行政、司法系统的正常运转，国家也不得不在法律上承认这种不人道的方式。明清两代在这方面有着完全相同的立法：“于人臀腿受刑去处，依法决打，邂逅致死，及自尽者，各无论。”清律第396条附例还规定：“若因公事干连人犯，依法拷讯，邂逅致死，或因受刑之后因他病而死者，均照邂逅致死律论。”这无异于在法律上为审判官在审判过程中任意使用刑讯手段开了方便之门，因为无论何种因刑讯而致犯人于死地的情形，都很容易依照该条规定而免责。而对无辜的人来说，衙门却成了灾难之地，屈打成招的事情司空见惯，在中国古代的文学作品种屡见不鲜。有这样的制度存在，无辜的人进了衙门哪里还敢指望真相大

白？哪里还指望官府为自己洗刷冤屈主持公正？可以说，刑讯逼供是使传统司法中案件事实认定不具有确定性的罪魁祸首，是迫害无辜的恶器，是中国传统司法的毒瘤。

除刑讯逼供使案件事实认定极有可能发生错误、造成冤情之外，我们还应看到，案件的事实、情节也是司法者可以大做文章的领域。在重大的刑事案件中，案件情节常常经过地方各级司法官员及其幕僚的细致周密的剪裁，其目的是使案件的办理从形式上看无懈可击，形成所谓的“铁案”。根据清代的一些幕学著作如《刑幕要略》、《幕学举要》等，幕友在上报案情时必须“晓得剪裁”：先确定所拟适用的制定法规则，然后决定剪裁的内容，对情节、供词、人证、物证、书证，甚至伤痕、尸体的检验结果，都可以大刀阔斧地删削。这样既天衣无缝，铸成铁案，又能左右逢源，回旋有路，非但犯人无从翻异，就是同为办案老手的上级幕友也难以识破。在这样的情况下，当案件经过层层辗转到达中央刑部时，刑部官员由于不参与事实审，只能在地方幕友们精心剪裁之后的事实框架下进行法律审，因此，很难发现其中破绽。这样在绝大多数情形下，“案情”会与律例之间吻合得非常紧密而牢固，法律推理也往往呈现出在形式逻辑上的圆满状态。这可能也是今日我们翻阅《刑案汇览》以及各地方司法档案时觉得清代司法“严格依照成文法判案”的重要原因。如果我们意识到了这些司法记录是经过精心编造甚至有可能是虚饰作伪的时候，对清代刑事司法的评价就不得不有所保留了。

2、民事审判中的事实认定

清代民事案件一般由州县官进行处理。从一些州县官的笔记来看，他们大多认为，作为州县官，最重要的一点在于通晓法律，掌握案情。有些州县官很重视明察案情，如一位名叫王植的县官把留心案件的细枝末节比作讲究写作技巧：“听讼如作文字，比钻研深入往复，间又自有新悟。非是不能得其情，而中其肯綮也。余听事颇能耐心不惮烦。”但是，像王植这样能够做到详察案情并且“耐心不惮烦”的州县官能有多少，却是个很大的疑问。要知道，清代的地方管理身兼行政与司法职能，公务繁冗，而很多地方讼案频仍，在这种情况下，绝大多数州县官不可能把很多时间、精力用于他们所称的“细故”，对民事案件的案情的了解因此不会很透彻。

另外，我们应清楚地意识到，州县官处理民事案件的目的并不是明断是非，而是致力于平复当事人之间的争议，修复被打破的社会关系，追求和谐的社会秩序，倾向于一种“具体问题具体解决”的情境化处理方式。因此，花费时力去明察民事案件的案情，不仅是州县官们所不愿意做的，而且从根本上来讲就无必要。从一些流传下来的判例中我们也可以看到，在很多民事案件中，州县官并不对案件事实进行仔细的调查，而是凭借自己（或者幕僚）的经验和直觉对案件的是非曲直作出大体的判断，继而作出合乎情理的、能为社会所接受和认可的判决，而并不为当事人作出明确的权利归属或孰是孰非的判决。因此，大致可以得出这样的结论，即清代民事审判中的事实认定是不确定的。

（三）法律推理过程是否具有确定性

1、刑事案件的法律推理

中国古代司法向来有“断罪引律令”的传统，清代亦不例外。清律第415条规定：“凡断罪，皆须具引律例，违者，笞三十。”清律第415条后半段规定：“其特旨断罪，临时处治，不为定律者，不得引比为律；若辄引致断罪有出入者，以故失论。”又同条附例规定：“除正律正例而外，凡属成案，未经通行著为定例，一概严禁，毋庸得混行牵引，致罪有出入。”其意在防止官吏滥用自由裁量权，任意断案。从某种意义上说，也体现了中国古代追求法的“确定性”的一种努力。一般认为，在刑事案件尤其是在所谓的“命盗案件”中，中国传统司法的司法者是严格按照成文法来判案的。这并没有什么费解的地方，因为对于绝大部分司法者来说，在面临官僚系统的内部控制和当事人有可能进一步上诉的情况下，最为省事、委托的办法，就是尽量按照律例的规定办案。

既然存在着“断罪引律例”的法律规定，司法者也经常性地引用成文法来判案，那么，是否可以说清代刑事司法的法律推理过程具有“确定性”了呢？这样的结论是否妥贴似乎还有待斟酌。

应该注意到，清代刑事司法存在着大量的“比附”的现象。有学者对《刑案汇览》中“诬告”门下的64个案例进行了分析，其中涉及比附的有24个，占总数的37.5%，可见比附在刑案中运用之频繁。比附的运用，乃是在“断罪无正条”的情况下，援引律例中类似的相应条款来作出判决。《大清律例》规定：“凡律令该载不尽事理，若断罪而无正条者，援引他律比附。应加、应减，定拟罪名，（申该上司）议定奏闻。”较之唐宋时的“举重明轻”、“举轻明重”，明清时期的比附已经

不仅局限于刑罚的简单类推适用，而频频被作为一种法律发现技术来加以运用，具有相当大的创造性。它以“事理相同”、“情罪一致”作为相似性的基准，在传统立法技术无法取得突破的情况下，得以去发现、论证法条与罚则。有清一代，一系列比附范例被创制以应付层出不穷的新情况。如，遗失京城门钥匙比照遗失印信；考取贡监生假冒顶替，比照诈取官；调戏弟妇比照强奸未遂，等等。应该承认的是，比附在一定程度上起到了补充与矫正成文法疏漏的功能。但是，它在发挥着弥补既有成文法不足的“创造性”的同时，也无可避免地赋予了司法者巨大的裁量权，在实践中流弊丛生。一方面，比附的运用使得现有的法律体系更为混乱，“现行条例已嫌繁多，若再加以比引条例，则益觉复杂矣”，“律之外有例，例之外又有比引条例，案牍安得不烦耶”；另一方面，比附为司法者恣意断案、出入人罪提供了方便。比附的这一弊端很早就为人所诟病，宋代的赵冬曦曾抨击道：“遂使生死，罔由乎法律，轻重必因乎爱憎，赏罚不知其然，举事者不知其犯……法吏得便，则比附而用之矣，安得无弄法之臣哉。”但是，由于成文法的固有缺陷，更由于清代立法技术的粗糙和诸多法律漏洞的存在，使得比附这种法律推理的方法大行其道。比附赋予了司法者过多的裁量权，为司法注入了相当大的不确定因素。

另外，我们还应注意到司法者在审判过程中所受到的外界因素的干扰，这也是影响司法的“确定性”的一个重要原因。比如说，在清代的重大刑事案件即所谓的“命盗案件”中，审判就很容易受到来自上司的干涉。因为重大案件必须经过上司的审核，而且，州县官的升迁考核之权也操纵在上司手中，往往不得不屈从于上司的旨意。因此，司法者在审判时就不得不考虑来自上司的意见，甚至不得不刻意揣摩上司未曾明确表示的意图。这一点我们可以从一位清代州县官员黄六鸿所留下的文字中看到：“但上司访犯，要看上司意旨何如；未审之先，要请教口气，以便迟速宽严；既审之后，要请教口气，以便轻重定拟。或上司始严而终宽，若急为据实定罪，虽欲从宽，反滋批驳，又费许多纸笔心思也”。审判独立的程度如此之低，司法之确定性程度可想而知。

2、民事案件的法律推理

清代民事案件多为土地、继承、婚姻纠纷，习惯上称为“田宅户婚钱债”案件或“户婚田土”案件。前面已经提到，民事案件被视为“细故”，不受中央政府重视。实际上，由于民事案件关乎多数百姓切身利益，数量并不少。由于民事案件属于州县自理的案件范围，因此，州县官在民事审判中拥有极大的权限。很多学者认为，清代的州县官们在处理民事诉讼时，多采用调处的办法，以一种父母官的身份，用道德、情理来教诲子民，并不追求依照法律判案。也有学者认为，清代县官堂讯办案，一般都依法断案，是非分明。他们极少像官方一般的表达那样，以情来调解，使双方和睦解决纠纷。考虑到清代的民事法律渊源并不发达，州县官在民事审判中依照法律条文判案的情形恐怕并不多见。因此，在多数情形下，州县官用以处理民事案件的，乃是“情”、“理”或“情理”。这就决定了清代民事审判中的法律推理的严格程度比不上刑事审判。清代汪辉祖揭示了以“情”来处理案件与以“法”来处理案件的区别：“盖听断以法，而调处以情，法则泾渭不可不分，情则是非不妨稍借”。此时的法律推理所显示出来的，是一种强烈的实用主义思维的倾向，其目的在于尽可能地寻求一个各方均能接受的处理结果，最大限度维持原有社会关系的平衡与和谐。如滋贺所言，“情理中浓厚地体现出来的是，给予眼前的每个当事人各自面临的具体情况以细致入微的考虑及尽可能的照顾”。因此，州县官在很多情况下要充分考虑到当事人的意愿和要求，在处理案件的过程中无可避免地充满了当事人之间、当事人与州县官之间的博弈。这时，审判呈现出一种“三当事人结构”，案件的处理结果也出现了多种选择的可能。所以，从现代眼光看来，这种民事审判由于对与案件相关的方方面面考虑周全而容易为当事人所接受，但也由于其依照“情理”等法外标准并且掺杂了过多的人为因素而使判决的结果难以预料。对于当事人来说，判决的结果虽然是可以接受的（也有的时候迫于州县官的权威而不得不接受），但却常常不是他在提起诉讼时所预期的结果。从这个意义上说，清代民事审判的法律推理过程具有高度的不确定性。

（四）结论：中国传统司法不具备“确定性”

以上分别从三个方面对清代司法的“确定性”程度进行了分析，总体上可以得出这样的结论：以清代为代表的中国传统司法的“确定性”程度较低，远不能达到近现代“法治”对法及司法的确定性要求。

本文对传统司法所作的分析与批评可能会受到这样的指责：这是用现代的标准去苛责古人。必须承

认，法律制度作为人类文明的一部分，的确受到时代和历史条件的局限。古时的人们不可能创造出
现代法治文明来，如同他们不可能制造飞机、计算机一样。但是，换一个角度来说，对传统在保持
一种“同情的理解”的同时，也应有一种批判的维度，尤其是对那些直到今天仍然在影响着现实制
度和人们日常生活的传统。只有“同情”而无“批判”，则容易走向极端的保守主义，走向改革的
对立面。今日我们建设“法治”，一项必要的工作便是对传统法制进行反思，检讨其中不符合现代
法治原则和理念的种种法律制度和法律观念。对传统司法的“确定性”问题进行反思，正是这项工
作的一部分。其中，用以衡量传统司法是否具有确定性的标准，只能是近现代西方法治所要求的
“确定性”标准，舍此无法找到其他更为合适的标准。借用一位法律史学者的话：“在学术范式已
‘全面西化’的今天，不用西方的理论，我们又用什么？不拿西方的法律作为参照，我们还有什么
比较标准？”在参照和比较之下，弄清传统法制存在的弊病，才能对症下药，才能确定我们今日努
力的方向。

应该指出的是，说中国传统司法从整体上来看不具备现代意义上的“确定性”，并不是一条纯粹
负面意义上的严重罪状，并不是对传统司法的全盘否定。作为一种颇具特色的法律文明，中国古代
司法并不以“确定性”为最高的追求，即并不注重“类似情况同等对待”，而是寻求“具体情况具
体对待”的实质正义。如寺田浩明先生所总结的：“与西洋的审判不同，旧中国的文明并不把严格
依据事先存在的客观性规范作出最终判断视为具有特殊或重大价值的纠纷解决方式。最理想的审判
就是立足在当时一般的价值观基础上，却着力于分别找到与每个具体案件的微妙之处相适合的
最佳个别方案，即合乎“情理”的解决。以一种功能主义的眼光来看，中国传统司法在解决纠纷、
维护秩序方面有其独特的制度设计，其中不乏合理、智慧的一面。但归根结底，是与古代中国的
政治、经济和社会状况相适应的。当时代变迁，昔日的社会基础不再，传统司法便成为明日黄花，
终究要“无可奈何花落去”

本文的结论可能是很多人在情感上所不愿意接受的。事实上，在关于中国传统司法是否具有“确
定性”的争论背后，隐藏着争论者的对传统司法价值判断与情感倾向。争论关系到对中国传统司
法的总体认识：是大致公平、可信的还是黑暗的？这个问题的答案又会影响到对传统司法的基本
态度：应该肯定还是否定？赞美还是批判？对传统司法的制度和观念是应该发扬、继承，还是
应该坚决地摒弃？正因如此，“确定性”之争在无形中上升到为传统司法“定性”的高度，从而
超越了简单的学术意义的层面，附丽了争论者对待传统法律文化的态度、情感乃至信仰。而这
又将注定这场争论会旷日持久而难获定论。尽管如此，争论本身的意义却不容否认。正是在
关注这场凝聚了不少学者心力的争论的过程中，我们不知不觉地走向了传统司法及传统法律文
化的幽暗深处。

（原文载于《福建法学》2009年第1期，编辑/邓陆阳）