

传统中国厌讼文化考

作者：周赟

作者单位：山东大学法学院

出处：山东大学学报哲学社会科学版(双月刊)2006年4期

内容摘要：传统中国的“厌讼”现象及其原因作为一个法学、文化学问题已经被学界关注多年。但不知应遗憾还是欣慰的是，学界在这个问题上取得了比较一致的看法，即“厌讼”心理的存在是“厌讼”现象的关键原因。然而，如果我们放弃用当今理论或术语去剪裁古典社会的做法时，我们却发现了一种别样的情形：首先，传统中国虽然存在几乎不到官衙解决纠纷的现象，但却可能不存在今人所谓的“厌讼”现象；其次，传统中国民众之所以不到官衙诉讼，其原因也是多方面的，而非部分学者所说的那样单一。

关键词：厌讼；无讼；国家；社会；民间

中图分类号：DF0-052 **文献标识码：**A **文章编号：**1001-9839(2006)04-0030-08

On the Lawsuit - Weariness Culture in Ancient China

ZHOU Yun

(school of Law, Shandong University, Jinan 250100, P. R. China)

Abstract: The law suit- weary culture in ancient China has been studied for a long time. In general, most scholars have reached a consensus on this question, i. e. there is a law suit- weary culture in ancient China and the hatred of law suits is the key underlying reason. However, we would find some-thing different if we tried a new perspective by giving up current theories or terms, and then we may come to the conclusions that there is no lawsuit - weary phenomenon in ancient China, and that the reasons why ancient Chinese did not go to a yamen to settle disputes are also diversified instead of being unitary as claimed by some scholars.

Key words: lawsuit-weariness; no law suit; state; society, civil society

正文：

—

传统社会中的国人很少、或几乎不到官衙去解决自己所遇到的各类纠纷。当下学界对此现象有一种比较流行的解释，即认为这是传统中国社会“厌讼”的表现。进而言之，这种解释还往往将传统社会中的国人不到官衙去打官司之原因归结为当时社会中存在一种普遍的“厌讼”心理，或结合一些其他因素总称为“厌讼文化”。

在笔者看来，如上这种认识是有欠考虑的，其中最可疑问的是：传统社会中的国人很少到官衙去解决纠纷就真的意味着他们“厌讼”么这个疑问所蕴含的信息是：虽然笔者也承认传统社会中的国人确实很少到官衙去解决自己所遇到的各种纠纷，但这并不意味着笔者同时认定传统社会中存在一种所谓的“厌讼”心理或“厌讼”文化。为什么这么说呢

让我们先对“厌讼”一词作一个简单的界定。语文常识表明，这是一个典型的动宾短语，因此，我们可以先分别对“厌”和“讼”进行解释，然后对两者简单“相加”就可得到整个词语的意思。应该说，其中的“厌”字比较容易达成一致的认识——我们大体可以用“不喜欢”、“不愿意”来对之进行说明；而其中的“讼”字，按照《周礼·地官·大司徒》的解释，则为“争财”，所谓“争罪曰狱，争财曰讼”；而按《说文解字》的解释，则所谓“讼”即“争”。应当说，在现代汉语中，“讼”字更多地采用的是《说文解字》中的解释，即表示各种纠纷、争议。据此，“厌讼”一词之严格字面解释是“不喜欢纠纷”——但这显然不是我们一般语意上的“厌讼”。

实际上，我们一般所谓之“厌讼”是“厌诉讼”的缩略表述方式。因此，所谓“厌讼”的语意应当就是：不喜欢、不愿意提起、请求一定之组织解决自己所面临的纠纷——考虑到诉讼与一般民间调解或仲裁的区别在于（如下区别我们实际上也可视为“诉讼”的两个相互结合的构成要件）：第一，诉讼是依据正式的官方规则、或有官方约束力的规则提起；第二，诉讼的裁判组织是正式的官方组织。所以，我们可以将“厌讼”较为详尽地解释为：当遇到某种纠纷时，人们不喜欢依据官方规则提请官方组织来解决。

接下来，让我们再回过头去看看传统中国社会中的相关情形。如前述，部分学者认定传统中国存在厌讼心理大体是因为彼时存在这样一种现象，即国人的纠纷一般都不请求官府裁断，而往往在宗族组织或其他民间组织（如行会、商会）中得到解决^①；同样如前述，笔者亦认为彼时国人确实很少到官衙而是到民间组织解决自己所面临的纠纷——但与持有传统中国存在一种“厌讼”文化观点之学者不同的是，笔者以为，传统中国社会中的人将纠纷提请民间组织解决本身就是典型的诉讼（即依据官方规则提请官方组织解决纠纷）行为，而非现代汉语语境中的民间调解或仲裁。换言之，此种情形的存在根本不能证明彼时社会中存有一种所谓的“厌讼”现象或“厌讼”心理：

首先，在很多情形中，虽然传统社会中的国人确实往往并不依据正式的国法（如《唐律》、《大清律例》）、而依据宗族行会法或礼仪习惯等提请上述民间组织进行纠纷的裁决，但是，这决不意味着这种请求行为就不符合诉讼的第一个构成要件。具体原因，下文的第二部分将进行详细的说明；

其次，相对应地，虽然传统社会中的国人也确实往往是提请宗族组织、行会组织等“民间”组织来对自己的纠纷进行裁断，但是，这同样并不意味着提请民间组织解决纠纷的行为在传统中国社会中是一种不符合如上所述之诉讼的第二个构成要件。下文第三部分的分析将表明，传统中国社会中的如上这些“民间组织”实际上恰恰是一种官方组织、至少在很大程度上是一种官方组织。

二

在《清代习惯法：社会与国家》一文中，梁治平先生对国内、甚至国际学界动辄以西方学术中的“国家-社会”范式分析、解读传统中国社会的做法作了一种在笔者看来比较有启发的批判。梁氏的批判主要是按照如下思路进行的：

首先，传统中国与西方国家的形成过程就不同：其一，传统中国形成的关键原因不是由于生产工具的重大改进、而是由于固有亲缘组织的扩张；因而，其二，传统中国国家的形成也不以地缘关系取代血缘组织及其原则为必要过程。这种国家起源的特点，决定了传统中国社会中的行为规范具有一种“内外无别”、“法律与道德不分”。

①相关观点的描述，可参见梁治平：《寻求自然秩序中的和谐》，中国政法大学出版社2002年版，第199页以下；[英]S. 斯普林克尔：《清代法制导论—从社会学角度加以分析》，张守东译，中国政法大学出版社2000年版，第81页以下；苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年版，第32-33页；张晋藩：《中国法律的传统与近代转型》（第二版），法律出版社2005年版，第270页；等等。

基于同样的原因，其次，传统中国的社会也不具有西方市民社会那样的独立性。这就使得所谓的“民间法”（包括本文前述之宗族法、行会组织法或习惯法）虽则从起源上讲具有地方性特征，并且在某些特定的情形中还会与国家法存在一定的龃龉，但它在生成、演变的过程中却处于一种典型的与国家法的“对话”、“互动”状态，也就是说，原生于“社会”的民间法实际上往往与国家法具有同质性（有关这一点，后文还将予以详细证立）——事实上，所谓的民间调处就不简单是一种非法律甚至反法律的解纷办法。^{[1]（第5-29页）}

梁氏的分析对本文的意义在于，它从宏观的角度上较好地揭示出传统中国的“民间法”与“国家法”并不是我们所想像的那样处于一种二分或对立的状态，恰恰相反，它们具有较明显的同质性。这意味着，依据所谓民间法提请裁决纠纷并不一定不符合前文所谓之诉讼的第一个构成要件。

由于梁文的着重点并不在于证立传统中国社会中民间法与国家法的同质性（只是连带分析了这一点）。因此，其略显单薄的分析、特别是如上比较简单的介绍可能不具有很强的说服力。因此，有必要对梁文提出的如上观点进行一个更为详尽的证立。应先予说明的是，为

了表述上的方便，在下文中笔者将采取一种“反证法”的思路，即先假定传统中国存在“国家”与“社会”的二分，然后证立两者由于各方面的同质性而实际上是胶溶的、一体的（也即两者二分的假定是不成立的）：

首先，传统中国特有的“家国一体”理念使得国家与社会保持了一种较强的同质性。传统中国统治者历来就追求一种“家-国-天下”之模式。即将天下或国建立在家的基础上，国是家的延伸和扩大，所谓“天下之本在国，国之本在家”，所谓“有家不治，奚待于乡有乡不治，奚待于国有国不治，奚待于天下”所谓“(人)惟孝，友于兄弟，施于有政。是亦为政，奚其为为政”^①并且，为了保障这种家国同构体制，传统中国还演变出一套重要的制度，即宗法制度。笔者以为，正是宗法制度而主要不是上述“家国一体”观念的存在使得家与国从本质上保持了一致—考虑到“家”同时也是社会的基本构成单位，这就使得国家与社会具有了构成上的同质性。

其次，“以吏为师”及“以师为吏”政策的推行使得传统中国社会精神层面和人员构成层面的较强同质性。如所知，“以吏为师”是法家提出的一项推行“法治”的重要措施，所谓“今修文学，习言谈，则无耕之劳而有富之实，无战之危而有贵之尊，则人孰不为也是以百人事智而一人用力。事智者众，则法败；用力者寡，则国贫。此世之所以乱也。故明主之国，无书简之文，以法为教；无先王之语，以吏为师；无私剑之捍，以斩首为勇”^[2]。—可以想见，随着“焚书坑儒”等具体措施的推行，“以吏为师”政策当可以在很大程度上促使社会在精神层面上保持与国家的同质性。虽然，秦王朝没有能够维持多久就被他人推翻，但继秦而起的汉王朝在吸取有关教训的同时也同样没有忽视对社会的同化工作。汉王朝的相关做法是贯彻董仲舒提出的“独尊儒术”政策—独尊儒术的极端表现是所谓的“引经决狱”，即根据儒家经典《春秋》的基本精神和基本原则来裁判案件。^[3]考虑到到底何谓《春秋》之基本精神是个需要不断解释的问题，而这种解释“权”往往又落在了儒士手中，因此，“引经决狱”政策的推行，实际上就使得儒士们具有了“吏”的作用。正是在这个意义上，笔者称之为“以师(儒士)为吏”。随着这种作风的绵延，再加上后来推行之科举取仕制度等因素的影响，社会上兴起了一种持久而广泛地对儒家经典的关注和学习风气(这种风气一直绵延至清朝)。因此，我们基本可以确定，“以师为吏”政策的推行亦当促进国家与社会在精神层面的同质性。同时，科举制度的推行又使得社会中的人能够有较大的可能成为“国家的人”(这与西方社会的高度世袭有很大不同)，考虑到人的这种身份的变化并不会导致“人”本身多大的变化，而这又促使社会与国家在人员构成方面具有了较大的同质性。

与儒士这种游走于官方与民间身份类似的人员还有诸如保长、甲长等“村官”或“乡吏”。

这些人一般由社会推选、经国家批准产生，他们并不具有正式的“国家机关工作人员”头衔，也往往不领取国家的固定俸禄；但从如下意义上讲，他们又实实在在地是“国家机关工作人员”：首先，他们的设置、产生以及行为由政府专门颁布规定规范；其次，他们忠实地服从于并对官府负责，并且要代替政府行使诸如监督治安、收取纳税等行政事务；再次，他们客观上亦可以依据手中的“权力”去支配村民，并且可以通过诸如收取“盖章”

①分别参见《孟子·离娄上》、《管子·权修》、《论语·为政第二》。其中第三句话是孔子在回答别人关于他不为政的疑问时说的，其意思是，一个人只要在家施行孝道，善待兄弟，并能推广之，实际上就是为一家之政。因此，不一定非得“当官”才叫“为政”——这非常好地说明了传统中国“家”在“政”中的地位和作用以及传统中国“家国一体”的社会结构。

(如地产交易时)费用等手段来获取一笔虽不是政府提供但却被政府认可的收入。同样重要的是，近年来的考古工作越来越揭示出传统中国社会中这些“村官”的大数量和大作用的一面。

[4] (第 32-42 页) 笔者以为，正是大批量的诸如“儒士”、“乡吏”角色的存在，使得“国家”与“社会”始终处于一种相互影响的动态关系之中，其结果之一就是各自都不具有独立性——哪怕是相对的独立性。

最后，从客观上讲，传统中国事实上恰恰也是一个国家与社会同质性较高的国度。为什么这么说呢让我们从如下一对事实出发来予以说明：一方面，传统中国是一个基本没有(特别是自秦以来)大的社会结构变革的国家——这就正如当年谭嗣同的那个判断所指出的，“两千年来之政，秦政也，皆暴政也；两千年来之学，荀学也，皆乡愿也”^[5]；与此相对的另一个事实是，传统中国经历了如此多的朝代更迭。按道理，朝代的更迭应该会导致社会结构的大变革才对(这在西方社会尤其明显)，因此，问题就出来了，即为什么传统中国中存在这样一对看似矛盾的现象笔者以为，这主要就在于传统中国的高度同质性。并且，这种同质的程度是如此的深，以至于即便是朝代更迭，也丝毫不能动摇社会的根基。

如果我们承认如上对国家与社会之同质性的证立，那么，我们似乎就没有理由认定传统中国语境中的“民间法”与“国家法”存在像当今社会中的民间法与国家法那样的二元(对立)关系——事实上，如下的客观现象也在一个侧面说明了这一点：即一方面，所有传统中国的官方法几乎都没有涉及民事活动的规定^①；另一方面，传统中国的民事活动没有呈现出一种没有规制的、混乱的局面。这就是说，调整民事活动的是另外一些规范——考虑到国家不可能放弃对民事活动这一国民生活的主要领域的管理，因此，比较合理的解释就是：政府认可、甚至是授权给了某些民间法规来规范民事活动。而此种认可，如果按照我们当下的立法学理论，实际上就是一种“准用性”的国家正式立法活动^②。换言之，经过此种授权，所谓的

民间法已经就成了正式的国家法、或至少可以说具有了正式的国家法效力。也因此，就传统中国的语境而言，根据“民间法”提请裁决纠纷并不意味着就不属于诉讼的范畴。

三

接下来，让我们看看传统中国的宗族组织、行会组织等“民间”组织与官方机构的关系。如前述，由于传统中国具有一种特殊的“家-国”一体结构，这一方面固然使“国”成了一种扩大的“家”，但与此同时，却也使“家”以及族“情不自禁”地融入到了统治机器之中。基本可以这么说，传统中国中的“家”虽在某种程度上与现代社会中的“家”之角色相同，但更大程度上却与现代社会的“家”有所不同：因为彼时的“家”更多的是一种政权组织，或可以说是一级政权控制单位。

首先，从观念层面上讲，传统中国的“家”基本能保持与政权的高度一致。这特别体现在对家庭成员的教育上。“在中国，孔子国家宗教的真正教堂是家庭，学校只是它的附属物。有着祖先牌位的家庭，在每个村庄或城镇散布着的有祖先祠堂或庙宇的家庭，才是国教的真正教堂。”^[6]（第72页）。更进一步讲，考虑到在传统中国儒士那里，其实“学”（治学）与“仕”（为政）本就是具有同质性的事情，所谓“仕而优则学，学而优则仕”^[7]——朱子的解释是“优，有余力也。仕与学，理同而事异”^[8]（第195页）。这就是说，此处关于传统中国“家”具有“教堂”之功能的分析从另一个角度讲，亦可视为“家”具有“公堂”之功能的“证据”。

也许正是这种观念、基本精神上的一致，使得传统中国各家族的“家规”、“族规”往往在制定过程中就与国法保持一致，或以国法为方针、依据。如赣南《黄氏族谱（江夏堂支）》中关于“家训”的部分就明确记

①这一点我们可以很容易地在诸如《大清律例》、《唐律疏议》等法典那里得到实证。事实上，这也基本为所有中国法制史学者所认可，如杨鸿烈：《中国法律发达史》，上海：商务印书馆1930年版，第2页；又如梁治平：《清代习惯法：社会与国家》，北京：中国政法大学出版社1996年版，第31页；[英]斯普林克尔：《清代法制导论——以社会学角度加以分析》，张守东译，北京：中国政法大学出版社2000年版，第69页。

②所谓准用性立法，是指国家立法机关在立法过程中，“并未规定行为规则，而规定参照、援用其他法律条文或其他法规”。参见沈宗灵：《法理学》，北京大学出版社1999年版，第35页。

载，“国有国法，家家有家训，……家训大都遵纪守法之道，皆于是乎在。……凡我族人，必须爱国爱家，遵纪守法……”^①。这就是说，与西方古典社会“家”或“族”有一种天然地对皇权警惕之心不同的是，传统中国社会中的“家”却是自觉地将自己定位为贯彻、落实“遵纪守法之道”的基本单位。其次，也是更重要的是，传统中国的政权往往以法律或法令的方式明确赋予“家”或“族”一定的国家权力。现略举数例^[9]（第131-277页）：

“凡遇族姓大小事件，均听族长绅士判断。……(族中)如有不法匪徒，许该姓族长绅士捆送州县审办。”(《大清历朝实录·宣宗朝》卷一百八十一)“诸论诉婚姻、家财、田宅、债负，若不系违法事重，并听社长以理谕解，免使荒废农务……”(《新元史·刑法志》)

“民间户婚、田土、斗殴、相争一切小事，不许轻便告官，务要经本管里甲老人理断。若不经由者，不问虚实，先将告人杖断六十，仍发里甲老人理断。”(明《皇明制书》上卷)“凡劝道风化，一级户婚田土争竞之事，其长(族长)与副先听之，而事之大者，方许之官。”(《皇朝经世文编》卷五八)。

透过如上这些律条，我们可以清楚地发现，从政府的角度讲，传统中国法律中关于诉讼管辖问题的规定是有一种非常清晰之分工的：即“不系违法事重”的案件，均由族长、社长、里甲老人等并非典型之“国家机关”或“国家机关工作人员”管辖；只有那些“匪徒”等“事之大者”才“许之官”，并且，即便是这类案件也往往由“该姓族长绅士捆送州县”。这就是说，无论是哪一种纠纷解决方式，族长等民间组织都扮演着重要的角色——考虑到族长的这些“角色”源自法律、法令规定，因此，按照现在关于授权的法学理论，我们应当认定的似乎就是：族长等民间组织或民间组织工作人员，在传统中国实际上是国家政权或执法系统的重要而有机的组织部分(即使他们可能不享有国家俸禄，也不具有“国家编制”)。

那么，为什么国家敢于(不担心引起社会混乱)并愿意、甚至乐于(不担心自己被架空)“放弃”这么一大块诉讼管辖权呢在笔者看来，这主要地可能是因为如下两点考虑：其一，政府与民间本就具有同质性，或者说本就是一体的，因此，从这个角度讲基本不存在所谓“放权”^②的问题；其二，这种体制可以节省大量的国家财政——如前述，那些实际承担政府职能的民间组织是没有财政支持的；其三，但并非不重要的是，这种体制也使得民间精英始终有一种参与政治的荣誉感和责任感，而这为国家政权的合法性奠定了非常扎实的民间基础。基于同样的理由，我们亦可认定，诸如商会、行会等民间组织大致也具有家族组织相似的“国家授权之民间组织”的性质。因此，古代的国人将纠纷提请宗族、行会等民间组织进行裁断，也并不是不符合诉讼的第二个构成要件——因为传统中国的这些所谓民间组织实际上恰恰是国家政权组织的有机组成部分(特别是在纠纷裁决问题上)。

四

至此，我们可以说，如果我们认可所谓“厌讼”就是“不喜欢将自己面临之纠纷依据国家法提请国家机构解决”的话，那么，我们就不能认定传统中国的人们存在一种厌讼心理——那些认定彼时存在“厌讼”文化的当今学者，实际上是由于某种“错位”原因才造成这一认识的：即，拿着我们今天的语词、概念去解说古代中国，而忽视了彼时与现代社会存在一些

很可能是根本不同的实质内容。换言之，如果一个中国古人说“我们有‘厌讼’心理”，那么他所谓之“厌讼”也应仅仅是指老百姓不愿意到“官府”、“衙门”这些典型而特定的国家机关解

①这是今年春节笔者在赣南进行民间法调查时所收集到的一本族谱。以笔者之见，传统中国“家训”与“国法”保持一致大体是一种普遍情况。

②因此，韦伯当年的那个关于中国政权的认识，就实在是有点儿经不起推敲。韦伯说：“正式的皇家行政只限于市区和市辖区的行政。……出了城墙之外，皇家行政的威力就一落千丈，无所作为了。因为除了有势力的宗族组织外，它还得面对乡村本身有组织的自治。”（〔德〕韦伯：《儒教与道教》，王容芬译，商务印书馆1995年版，第145页）一本文的分析以及“走马楼三国吴简”的出土都已经表明，所谓“乡村自治”在传统中国至少不是一种普遍的现象。

决纠纷，而非现代汉语中的“厌讼”，即“不喜欢依据国家法提请国家机关解决自己面临的纠纷”。孔子云，“必也正名乎”；又云，“名不正则言不顺”^[10]。宋时杨子（慈湖）并对此话进行了解释，即，“名不当其实，则言不顺。言不顺，则无以考实而事不成”^[8]（第128页）；西方学者德勒兹亦说，我们的学术讨论实际上就是不断制造概念、运用概念的活儿^[11]（第29页）。因此，笔者以为，在我们的学术讨论中确实有必要明确一个词、一个概念得以恰切表达其所欲表达之意思的语境，而不应采取一种“以理念害现实”的方式对待之。也因此，虽然笔者用这么大的一个篇幅来说明当下所谓之“厌讼”具有某种“名不副实”的属性略显啰嗦，但这又确实并非一项没有意义的工作。

当然，持有如上观点的人可能会继续追问，那孔子的“无讼”理想是怎么回事——孔子当年不是讲“听讼，吾犹人也，必也使无讼乎”^[12]么与此相关、但是尚没有予以足够重视的另一个问题是：“无讼”与“厌讼”之间的区别是什么学界往往关注的是两者的关联性方面，其中最典型的思路或表述是，“由于崇尚无讼，随之而来的必然是厌讼、贱讼……”^[9]（第270页）。笔者以为，这种关于两者之关联的认识是违背逻辑常识的：追求、崇尚无讼，那么更应该做的似乎应该是从根本上预防纠纷的发生、也即消除使诉讼产生的各种原因，而不应该是消除“诉讼”或讨厌诉讼；或者从另一个角度看，厌讼、贱讼虽然可能导致“无”讼（即仅仅是不诉讼，而不是没有纠纷），但是，这种掩盖矛盾的状态，即便可能是某些官府或官员用来粉饰太平的“障眼术”，似乎也不应该是孔子这一“至圣先师”所吁求的。

因此，仅仅从逻辑上讲，我们得出的结论似乎就应该是：孔子追求的不过是任何一个人、社会、国家都追求的一种和谐状态——没有纠纷、而不是没有诉讼的状态，谁不乐于追求呢也因此，那种动辄以孔子的如上断语——先不说即便“圣人”有时候也会说错话——作为传统中国社会存在“厌讼”心理或“厌讼”文化的做法就实在是不可取的。

持有传统中国存在“厌讼”心理观点的人可能还会追问的一个问题是：如果传统中国没有“厌讼”文化，那么，怎么解释传统中国很少有人到官府(衙门)解决自己的纠纷这可以从如下几个方面来予以回答：第一，如前述，由于传统中国官府倾向于只管辖比较重大的刑事案件，而在一个熟人社会，重大刑事案件(当然，重大刑事案件不管当事人愿不愿意都必须到官府解决)的发案率本来就不会很高。特别是我国历朝历代的法典中还都对诬告、反坐等作了非常详尽而丰富的规定^①，考虑到古时候取证手段有限、官场腐败等因素的存在，这无疑加大了起诉人的风险(谁也不能保证自己的起诉不是“诬告”)，因此，这类规定又在很大程度上消解了部分可能本来想到官府起诉之人的诉讼意愿；另外，由于非刑事案件直接诉诸官府很可能导致“杖六十”等惩罚，因此，这在很大程度上保障了官府诉讼管辖权的“纯洁”。简言之，这些因素的存在实际上使得老百姓更大程度上是“不可以”而非“不愿意”经常性地到衙门解决自己的纠纷；第二，如下一些因素的存在确实在很大程度上促使传统中国的老百姓不愿意、不乐于到衙门去打官司。

五

学界在分析传统中国“厌讼”(暂且不管其用语有问题)文化的原因时，往往归之于血缘社会形态、追求和谐的文化观、到官府打官司不经济^②等比较宏观的说法。本文以为，这些观点存在如下不足：首先，它们(尤其是第一种观点)都没有很好地说明这些因素是如何体现在“厌讼”这一心理上的也就是说，虽然笔者亦不否定这些因素确实从根本上、宏观上决定了“厌讼”心理，但它们是如何落实到“厌讼”上的我们从有关分析中却根本看不到。这实际上是一种偷懒的做法——按照这种思路，我们是不是可以将国人的“厌

^①仅以《唐律疏议》为例，其中关于诬告、反坐的规定就多达五条(包括诬告反坐、告小事虚、诬告人流罪以下引虚、教令人告事虚)。而整个“斗讼”篇不过六十条(参见《唐律疏议》，刘俊文点校，法律出版社1999年版，卷第二十一、二十二、二十三、二十四)。应该说，这种关于反坐、诬告规定的比例是相当大的。

^②如上三种观点，典型的可分别参见张晋藩：《中国法律的传统与近代转型》，法律出版社2005年版，第279页；[英]斯普林克尔：《清代法制导论——从社会学角度加以分析》，张守东译，中国政法大学出版社2000年版，第142页；梁治平：《寻求自然秩序中的和谐》，中国政法大学出版社2002年版，第199-230页；苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年版，第33、71页。

讼”心理归结为中国特有的天文地理环境(因为从根本上来讲，一个原生文化体决定于它的自然环境)但如果我们真这么解释厌讼心理，则与不作解释有何区别其次，就第二种观点而言，它很容易陷入到一种循环解释之中：即，到底是因为我们追求和谐而不诉讼还是因为我们不诉讼而导致了我们的习惯于追求和谐再次，就第三者而言，它没有能够解释在很多情形中为何

人们愿意选择一种可能耗费更大的民间裁决方式来解决——我们知道，在传统中国的某些民间裁决结果中，有一种是需要“败诉方”请戏班子唱戏或请人吃饭的，并且有时候往往多达十数天^①。当然，持这种观点的学者可能会说，他所谓之“经济”或“成本”还不仅仅指直接的金钱财货的损失，还包括面子、人际关系……等所有可能的损失。对于这种说法，笔者要问的是：如果所有的因素都可以包括进来，那你的解释还成其为解释么你还不如干脆说因为当事人不想打官司所以他有厌讼心理呢！^②这就是说，现有的这几种观点给出的理由都过于抽象，并且也往往过于单一或片面。因此，有必要从比较具象的角度予以分析。

总的说来，传统中国的老百姓之所以不到衙门解决自己所面对的纠纷，除了前述管辖分工的原因外，大体说来包括如下互相促进、互为因果的几个方面：

从政府角度看，统治者特意设置的一些因素使得当事人不愿意动辄到官府解决自己的纠纷。首先，保甲制度的推行以及皇权对族权的依赖，使得当事人有很多纠纷完全可以在保甲、宗族组织那里就得到较好、特别是较经济地解决——从政府角度看，这当然是为了节省财政开支；但从当事人的角度看，这却往往成为了他不愿意到官府解决纠纷的重要原因；其次，行政官员的考察机制从一个反面限制了老百姓到官府诉讼。东汉陈宠曾明确指出，“西州豪右并兼，吏多奸贪，诉讼日百数”^[13]，这就是说，诉讼率的高低实际上成为了一个行政长官是否清廉公正、乃至是否政绩显明的重要衡量标准。这种考核标准推行的结果是，很多官府以限制、甚至阻止老百姓到衙门打官司为能事；而为了达到这一目的，当然就会在诉讼过程中百般刁难诉讼者^③，其最终结果就是老百姓不愿意与官府打交道，所谓“劝君莫告官，烦恼说不完”、“县官断案缘故多，十有八九人不知”等民谚已经说明了老百姓对于官府的“厌”。再次，异地为官制度也是其中应当考虑的一项体制。在传统中国，为了避免官员腐败，一般都规定官员必须到外地就职。并且，这个“外地”往往比较远，所谓“八百里不为官”，而中国的方言又是如此的多，这使得一个官员往往需要借助本地人的翻译方能与诉讼人进行交流，而这给翻译者提供了上下其手的机会——这在当事人看来，则无疑等于增大了丧失公平的可能性，因此，这种异地为官的制度往往也可能在实践中成为妨碍老百姓到官衙诉讼的重要因素。又次，法典关于不许告诉案件的规定也极大地限制了老百姓到官府打官司。如在《唐律疏议》中对于如下几种情形就作了非常严厉地惩罚性规定，包括晚辈对于祖父母父母及长辈亲属、部曲奴婢对于主人、长辈对于晚辈亲属、普通人对于老幼笃疾者以及匿名告状、越级告状、所告非实、挑唆诉讼等。^[14]（第465-485页）考虑到在一个农耕社会中，人的交往范围本就基本限于亲属之间^④因而纠纷也往往发生于亲属之间，因此，这

①据学者 A. H. Smith 讲,他曾经搜集到这样一个遗产继承案例:整个诉讼过程持续了 12 天,而参与其中的 38 个人居然就连吃了 12 天,其中“喝光了 70 斤酒,100 多斤馒头”,还花费 200 多吊钱!转引自[英]斯普林克尔:《清代法制导论——从社会学角度加以分析》,张守东译,中国政法大学出版社 2000 年版,第 148 - 149 页。

②事实上,当年梅因早就针对这种泛功利主义理论的空洞性进行了激烈的批评,并且他恰恰也认为这种泛功利主义的论调不过是换了一个说法的同语反复而已。他明确指出:“所谓权宜和最大幸福,实在就是推动变更的冲动,不过名称不同而已;当我们把权宜作为是变更法律或意见的准则时,我们从这个命题中所能得到的,只是用一个特别名词来代替当我们说一次变更发生了时必然地要想到的另一个名词而已。”见[英]梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆 1959 年版,第 68 页。

③据有关学者考证,官府的做法实际上得到了最高统治者的支持。如康熙帝就曾御批如下文字:“假如小民不畏官府,假如他们相信在官府可以找到顺理成章、不折不扣的公平,官司就会增加,……结果是争竞之事无休无止,倾天朝一半之力,竟不足以平息另一半的官司。朕因此宁愿让求助于官府的人得不到半点怜悯,唯其如此,才会使他们厌恶律典,在州县官面前发抖……”转引自[英]斯普林克尔:《清代法制导论——从社会学角度加以分析》,张守东译,中国政法大学出版社 2000 年版,第 94 页。

④如所知,封建“经济-社会”体制的最大特点就在于自给自足,因此,一个传统中国的老百姓可能一辈子都只与熟人打交道——以费孝通笔下的开弦弓村为例,整个村庄与“外界”保持联系的经常性途径基本就是那一条负责内外购销的小航船(费孝通:《江村经济——中国农民的生活》,商务印书馆 2001 年版,第 206 - 215 页)。这一实证案例非常清楚地表明,绝大部分村民是基本不与陌生人交往的。

些惩罚性规定的存在无疑使得老百姓在很多情况下不愿意、甚至也不可以到官府诉讼。

从社会层面看,有两个因素构成了老百姓到官府打官司的消极影响。其一是宗族组织、行会组织等大量民间组织的存在。一个民间组织为了维护本组织的权威或面子,往往不希望其成员将纠纷提交给官府^①;而组织成员又基于各种现实的考虑(如在特定情况中需仰赖组织给他提供各种帮助,又如,需仰赖组织来帮他对抗他人)也往往不敢不顾组织的如上限定。两方面原因一结合,就使得民间组织实际上成了老百姓到官府诉讼的一个重要消极因素;其二是一个具有重大社会影响力的儒士阶层的存在。可以说,自汉代“以师为吏”以及“举孝廉”(即由地方儒士、绅士向政府推举孝廉之士以作为官员候选人)等政策的推行以来,儒士阶层就成了社会上的一个特权阶级,他们“享有比他们人数比例更为巨大的社会权力。他们既是社会上的菁英,也同时是过分享受权力和过分享受机会的人群。但这批人不是贵族,又不能称之为统治阶级,他们是中国历史上最活跃的人”^{[15] (第 45 页)}。无论是出于向官府或民间证明他们自己的存在之目的,还是他们事实上所享有的较高社会地位,抑或是他们的意见往往也与官府意见一致,两千年来,儒士阶层客观上都起到了一个裁决民间纠纷之权威力量的作用。相较而言,儒士们的裁决无论是从经济、还是伦理风俗的角度,可能都更加符合纠纷当事人的愿望。其结果当然就是“截流”了一部分到官府解决纠纷的案源。从个人层面讲,一方面,由于官场腐败、效率低下、官府法律的繁杂以及其他一些因素的影响,使他往往很难预测官府裁决的结果;相对应地,根据他所熟悉的民间法(宗族法或行会法等)并由相对更

加珍惜自己名誉的宗族长老、行会领袖来裁决自己的案件，可能更容易达到他想要的结果；更进一步地，他选择民间组织作为案件的“初审”并不意味着他丧失了求助于官府的可能性（这从前文所引之律条可以看出）。另一方面，由于有些纠纷本就是为了规避国家法律而产生的（如为了避免缴纳地产交易的契税而私下签订一个地产转让合同，但在履行过程中出现了问题），或依据当事人所选定之民间法而产生的，而这些民间法恰恰又与国家法相冲突（如国家法律规定婚龄为 16 岁，但当事人依据当地习俗“娶”了一个 14 岁妻子，后发生纠纷），在这些情形中，当事人如果选择到官府解决，很可能首先要缴纳一笔不菲的罚款——这当然使得当事人不愿意到官府起诉；或者，有些案子由于涉及当事人的隐私或商业秘密，也使得当事人往往不愿意“公堂对簿”。

参考文献：

- [1]梁治平. 清代习惯法：社会与国家[M]. 北京：中国政法大学出版社，1996.
- [2]韩非子[M]. 马玉婷译注，广州：广州出版社，2001.
- [3]董仲舒. 春秋繁露[M]. 上海：上海古籍出版社，2005.
- [4]走马楼简牍整理组编. 长沙走马楼三国吴简[M]. (上册)，北京：文物出版社，1999.
- [5]谭嗣同. 仁学[A]. 郑州：中州古籍出版社，1998.
- [6]辜鸿铭. 中国人的精神[M]. 海口：海南出版社，1996.
- [7]论语[M]. 程昌明译注，太原：山西古籍出版社，1999.
- [8]朱熹. 四书章句集注[M]. 济南：齐鲁书社，1992.
- [9]张晋藩. 中国法律的传统与近代转型[M]. 北京：法律出版社，2005.
- [10]论语[M]. 程昌明译注，太原：山西古籍出版社，1999.
- [11] [法]德勒兹. 哲学与权力的谈判——德勒兹访谈录[M]. 刘汉全译，北京：商务印书馆，2000.
- [12]论语[M]. 程昌明译注，太原：山西古籍出版社，1999.
- [13]范晔. 后汉书[M]. 北京：中华书局，1965.
- [14]唐律疏议[D]. 刘俊文点校，北京：法律出版社，1999.
- [15]许倬云. 中国文化与世界文化[M]. 贵阳：贵州人民出版社，1991.

(责任编辑：李春明)

① 笔者所收集到的赣南《黄氏族谱(江夏堂支)》中的“家训”部分一共只有八篇，但其中却设专篇“戒争讼”来提醒、限制族人“告官”。