

中西法律的初始差异与后续流变

——读《史记·五帝本纪》和《圣经·创世记》札记

当人类已有善恶观念，出现恶人恶行，需要去恶扬善的时候，中外刑罚史上，实体罚则都没有太大差异，对于杀人放火抢劫强奸之类，无非是死刑或者长期监禁。晚近反酷刑的人文思潮，促使各国基本废止了肉刑，刑罚总体走向轻缓也是大势所趋。可以说，中西法律制度有史以来最大的差异不在实体罚则，而在诉讼程序，尤其是刑事诉讼程序。简言之，对罪大恶极的人就地正法，最为简洁明快，许多看客也会大呼过瘾。但这种做法的弊端是显而易见的，杀人的理由容易被掩饰、弱化，乃至忽视。因此，中西历史背景中刑事诉讼制度从雏形到完备，是法律文化依不同路径从蒙昧到文明的最好缩影。

毋庸讳言，对恶人恶性施加惩罚，最重要的条件是存在权威。权威可以是人，也可以是神。前者如帝尧殛鲧，后者如耶和華逐亚当、夏娃出伊甸园。次要的条件是，权威治下的个人或群体有某种罪错需要追究。殛鲧是因为他治洪水无功，逐出亚当、夏娃是因为他们违背主命偷吃分别善恶树上的果子。总之是权威依据某种理由将诛杀、流放等惩罚施加于罪错之人。但若细察《史记·五帝本纪》和《圣经·创世记》，就会发现中西权威施罚自古即有重大而微妙的差异，后世不同的诉讼风格，其来有自，各有宗本。

鲧受命抗洪，其轰轰烈烈可想而知，《史记》却避而不谈；鲧何

以治洪失败，《史记》也言之不详。《五帝本纪》甚至为鲧的不幸埋下伏笔，为尧用人失误预留说辞。帝尧主政时期，“汤汤洪水滔天，浩浩怀山襄陵，下民其忧”。帝尧问身边众官，派谁去治理洪水为宜，众官“皆曰鲧可”。帝尧却认为“鲧负命毁族，不可”，但众官强谏，说试一下无妨。于是帝尧勉强听从，用鲧治洪，“九岁，功用不成”。至于九年之间，鲧如何治水，策略是否得到尧及四岳重臣的认可，太史公不置一词。

令人惊异的是，鲧作为故事主角，竟然始终不在场。一位高官被诛杀，无论如何都是一件大事，可我们没听到鲧的申辩，也没人为他说话，包括那些举荐过他的人。并且，鲧并不是被押解回“首都”接受审判后处死的，而是在抗洪前线羽山被就地正法的。正的什么法也不甚清楚，无功最多不受禄而已，何至被杀？若鲧庸碌无为，可及早换人，何至令其治水九年？究竟是这些疑问不重要，还是司马迁为贤者讳，故作曲笔？我们不得而知。不妨展开历史想象：自古治水，需要汇聚大量人力物力，鲧长年拥众在外，无疑是舜继尧位的有力竞争者，一旦治洪功成，则民心归附，功高盖主。所以，至少不排除权位斗争的可能。但令人困惑的是，舜诛杀鲧之后，竟用其子禹接替治水，并最终禅位于禹。难道舜和禹下了一盘很大的棋？

在《五帝本纪》中，鲧主事的浩大工程似乎淡出了太史公视野，对这一历时九年的事业何以无功，也几乎只字未提，却着力运笔生动记述了舜在民间脱颖而出的事迹，所谓“盲者子。父顽，母嚚，弟傲，能和以孝，烝烝治，不至奸”。这些事迹并非轰轰烈烈，却最终声闻于“其仁如天，其知如神”的帝尧。于是尧将自己的两个女儿嫁给舜，“视其为德行于二女，以理家而观国也”。“尧善之，乃使舜慎和五典，五典能从。乃遍入百官，百官时序。宾于四门，四门穆穆，诸侯远方宾客皆敬。尧使舜入山林川泽，暴风雷雨，舜行不迷。尧以为圣。”于是钦定舜为继承人。禅位之初，舜曾以摄政王的身份巡狩四方。

而正是在巡狩期间，舜得知鲧治水无功，“百姓不便”，特意归来向帝尧汇报情况，请示之后，“殛鲧于羽山”。

既然看不到治罪过程，无从了解处罚理由，就怪不得我们对圣贤故事生起疑心。《史记》对这次诛杀重臣事件的叙述视角，只是帝尧听受另一重臣的汇报。至于重臣伏诛，罪名不重要，申辩不重要，甚至有无审判也不重要。而这一起历史悬案，却不曾妨碍尧舜成为圣贤。《史记》一再强调，帝尧虽有错误任用之嫌，但那也是众官“强请试之”的结果。中国古籍记述重大案件决断过程，多见君臣议定，少闻被刑者申辩。大抵如此。反观《创世记》，刑事制裁的过程，显得一清二楚，尤为重要者，我们几乎每次都能听到被处罚者的申辩。

最初，耶和华将亚当安置在伊甸园，吩咐他“不可吃园中那棵分别善恶树上的果子”。看到亚当工作勤快，又很听话，耶和华就造了个女人夏娃给亚当做老婆。可这个女人被蛇诱惑，又经不住那果子“悦人的眼目”，就摘下来吃了，又给亚当吃了。耶和华发现他们夫妻忽然有了羞耻心，便责问亚当：“莫非你吃了我吩咐你不可吃的那树上的果子吗？”于是我们听到人类的“第一次申辩”。亚当说：“你所赐给我的、与我同居的女人，她把那树上的果子给我，我就吃了。”耶和华又问夏娃：“你做的什么事呢？”女人说：“那蛇引诱我，我就吃了。”耶和华没再多问，就径直对蛇做出处罚：“你既做了这事，就必受诅咒，比一切的牲畜野兽更甚！”随后分别对夏娃和亚当做了判罚，并打发他们出伊甸园去。

相比尧舜商量了一下就“殛鲧于羽山”，耶和华在“审判”时，“被告”们至少是在场的。成熟的审判强调“直言词原则”，就是因为在场非常重要。从耶和华同亚当、夏娃的问答中，从耶和华对蛇的直接判罚中，或许能够得到一些启发。其一，“不可吃分别善恶树上的果子”这个禁令是耶和华直接下达给亚当的，当时夏娃还没造出来，所以耶和华向亚当和夏娃的发问是不同的：对亚当是一种责问，

话中包含禁令本身；对夏娃只是问“你做的什么事呢”，语气中似乎惋惜多于责备。其二，耶和华没有对蛇发问就直接判罚，是在暗示“坏人没有辩解的权利”吗？许多人相信，坏人一旦开口，就只有诡辩，还不如不让他们开口；因而主张，在必须让坏人说点儿什么的时候，一定要确保让他们说真话。让坏人开口说话，说好人想让他说的话，其间蕴藏着人折磨同类的穷极想象的邪恶能量。

暂且放下“坏人没有辩护权”的所谓暗示，先要追问耶和华是如何得出“蛇是坏人”这个结论的。有了《创世记》这一段文本，相当于今人看到一份庭审记录。借由这份记录，可以有根有据地说，耶和华对蛇起初并无偏见，因为伊甸园里允许蛇的存在。不过蛇引诱女人吃了禁果，的确惹耶和华不开心，因为它“钻了法律的空子”。分别善恶树上的果子，对亚当、夏娃是禁果，对蛇则不是；耶和华既未命令蛇不许吃，也未命令它不得让人去吃。但是，以蛇当时的智慧，一定能够预见到，夏娃一旦吃了果子，耶和华定会知道，定会不高兴，而且定会知道是谁让夏娃吃的。蛇是摆明了让人不高兴，又让人无话可说。说也说不赢，因为蛇将有力地辩称：您是上帝，我不过是您的造物，怎会料到她听我的而不听您的呢？因此，上帝才不让蛇有机会跟自己辩论（艾伦·德肖维茨：《法律创世记：从圣经故事寻找法律的起源》，林为正译，法律出版社二〇一一年版，36页）。

从申辩的内容和方式看，亚当这个人有很多弱点：在主的禁令和女人的示好之间选择了后者；尤为可气的是，他没有男人的担当，把自己择得一干二净，不仅把责任推给女人，而且直接推给耶和华，因为他说果子是女人给我的，女人是你给我的。不过亚当的辩解只要适当展开，就会推出许多合理的结论。比如，在吃禁果之前，亚当原本处于不辨善恶的蒙昧状态，而对一个蒙昧的人下达禁令是没有意义的，因为他不会理解违反禁令的后果。同理，夏娃先吃了禁果，先有了智慧，她让蒙昧的亚当做任何错事，错都不在亚当。这样说来，

给予亚当的惩罚实属不教而诛。

夏娃的申辩非常简短，但从文本语境可以清晰读出夏娃没有说出的情形。这个女人显然很无私，而且了无心机。她把自己喜欢的果子给自己喜欢的人吃，而全不顾及这样做的后果是，让亚当吃禁果而有智慧，将使自己失去先被启蒙的优势，以至于后代的女人一直受男人的管辖。再者，当她听到丈夫全无担当，推诿塞责之后，并没有反戈一击。她原本可以指出，亚当向她转达耶和华的禁令时，并不准确：禁令只说不可吃，没说不可摸。而从蛇与夏娃的对话中可知，蛇的诱惑之所以成功，是由于它让夏娃看到，“摘下果子来”比摸一下果子要严重，可并没有死，就此吃了当然也“不一定死”，而且“眼睛就明亮了”，“能知道善恶”。这有什么不好呢？

实际的辩解并未进行到这一步，因而耶和华是否知道亚当向夏娃转述过禁令，便决定了他对夏娃施罚是否公正。《创世记》后续章节可以印证，耶和华并非全知，尤其是他不在场时发生的事情。因为在决心毁灭所多玛和蛾摩拉两座罪恶之城前，耶和华曾说：“我现在要下去，查看他们所行的，果然尽像那达到我耳中的声音一样吗？若是不然，我也必知道。”因此可以合理认为，如果不再深入询问，耶和华不会知道亚当是否转述过禁令以及如何转述的。此时对夏娃施罚，无疑是不公正的。而正由于有这一简短的“庭审记录”，我们的“眼睛就明亮了”，就知道了这种不公正。追述《史记》有关尧舜殛鲧的记载，由于没有申辩，没有庭审，我们无从判断鲧是否罪有应得，也无从判断尧舜是否公正。

耶和华没有对蛇发问，既不像德肖维茨所说的唯恐辩不过蛇，也不是在暗示坏人没有辩护的权利。不对蛇发问的理由只在于，只要将故事演绎下去，就会看到耶和华在深入的“庭审”中将会陷入麻烦。毋庸讳言，这个麻烦正是给权威预备的。在权威者追究并惩罚他人的过程中，如果没有任何麻烦，如果可以任性而为，那么，

惩办坏人的效率一定是极高的，不过无辜蒙戮者也会剧增，而且冤案将被任意处决的黑幕所遮蔽。因此，刑事诉讼的灵魂在于庭审，庭审的灵魂在于质证。耶和華果真向蛇发问，之所以会遇到麻烦，就是因为发问势必引发蛇、亚当和夏娃三者之间的当面对质。

于是庭审的高潮从蛇的否认开始：“这个女人撒谎，我没跟她说过那些话。”蛇的否认给了夏娃一个极好的辩解机会。如果她还有个律师，那么一定会提醒她：蛇的否认意味着你和蛇之间的对话不存在了，你可以否认给过亚当果子，并且你的否认将使亚当的推诿成为孤证，不能据以定案。而你接下来可以否认亚当转述过耶和華的禁令，因而你是在无知状态下吃了果子，不应受到责罚。即便这样，耶和華当然也可以照样施罚，但至少暴露出此等判罚是成问题的。因此，庭审质证是刑事诉讼的核心与关键，侦查、起诉环节的问题在此可以一目了然并得以纠正。也因此，凡是弱化庭审、强化侦讯的刑事诉讼，都是法治不彰的表现。

严格说来，杀鲦是没有诉讼过程的，更像一道密令之下的秘密处决。这也可以理解。对鲦的处置不宜拖延，否则可能引发叛乱。不过，即便是秘密处决，它仍然有别于民间帮派私斗，因为毕竟是向最高权威请示之后方才执行的“国家意志”。当案情变得复杂，刑事诉讼必然随之丰满起来。向前拓展产生了专司侦查或者起诉的机构，向后延伸增加了给被告人上诉救济的机会；庭审本身的仪轨程序也渐趋固定，证据的收集和采信也因反复运用而形成规则，等等。这些难以计数的机构、救济、程序和规则，最终汇成一套称为“刑事诉讼法”的制度体系。

刑事诉讼旨在揭示真相，而刑事诉讼法旨在减少冤错。如果刑事诉讼是奔马，刑事诉讼法则是道路。没有道路，马也可以狂奔；有了道路，马奔跑起来比较安全。因为路人络绎，车水马龙，不能任性狂奔，所以马自身更安全，骑马者也更安全，路人车马对“如

何行走”皆有稳定期待，从而实现路面的人身安全。又因为有道路，前车后辙，平稳省力，不易迷路，从而确保交通的路径安全。因此，凡交通文明国家，必是法治文明国家，而且程度上成正比。而奔马与道路的比喻意在说明，法治文明国家，必然珍重刑事诉讼法，因为它反映着大众安全与个人自由之间的重大冲突。也因此，“每一项政治结构上的重大变动都将带动刑事诉讼法的修订”（克劳斯·罗克辛：《德国刑事诉讼法》，吴丽琪译，三民书局一九九八年版，14页）。

至少在刑事领域，程序比实体重要，取得真相的手段比真相本身重要。对权力的约束，程序限制比实体标准来得有效。有个比喻不妨一听：某人拥有杀人特权，这一事实无法改变，好在还有两种手段，可以限制其杀人数量。一是规定他“只准杀坏人，不可杀好人”；二是规定他每杀一个人之前，必须先在职场四百米跑道上跑一圈。我们选择哪一种手段才能有效限制杀人数量呢？第一种限制属实体性的，“看上去很美”，但难以落实，因为好人坏人的标准其实是由杀人者掌控的。第二种限制属程序性的，乍听起来荒唐，但仔细想想，这个规则可以轻易落实，而且容易监督检验。除非超人，跑几圈就累了，杀人数量也就减少了。最后，可以换位想象，如果你是那个拥有杀人特权的人，却又不得不接受这两种限制之一，你为了方便独断专行，将做何选择呢？

《现代汉语数量短语的指代功能及其相关构式》

陈再阳 著 定价：35.00元

本书立足认知语言观，借鉴构式语法理论，对现代汉语中数量短语的指代现象进行全面、系统地研究，以展示认知功能视角下的现代汉语数量短语指代现象的系统性及其认知机制。

学林出版社 2015年8月出版