

公正及公益的动力

——从《未能信录》看儒家思想对清代地方官行使公共职能的影响

苏亦工

摘要:自秦汉家天下帝制体系确立以来,政府官员的角色常摇摆于私家臣仆和国家公务员之间。两种角色既有交叉重合又时时产生矛盾冲突。以《未能信录》所收清人张五纬在嘉庆年间办理江西各州县司法及政务的若干案例为例证,探讨清代地方官如何在这两种角色定位之间寻求调和。虽然清代地方官之勤惰、廉贪、仁苛、正邪各有不同,因而促成其履行公共职能的动因也不一而足,单以张五纬所记录之个案来看,参之其它旁证材料,张氏勉力追求司法公正及推进地方公益事业之根本思想动因乃源于儒家思想之浸润,而非清代官僚体制自身。

关键词:张五纬;儒家思想;司法公正;社会公益;地方政府

中图分类号:DF08 **文献标识码:**A **文章编号:**1673 - 8330(2008)01 - 0127 - 14

一、《未能信录》及其作者

笔者前两年参加整理标点《中国历代判例判牍》丛书,其中清人张五纬的《未能信录》一书,令人印象最为深刻。

有关作者张五纬的生平,除本书和《风行录》提供的一些零星线索外,其余不详。据此两书各序、跋及正文知,张五纬字治堂,陕西西安府泾阳县人,其家世居宦官,本人则早年失学,19岁即步入仕途,先后在江西、湖南等地任县丞、知县、府同知、知府等职,除本书外,另著有《初任须知》1卷、《风行录》6卷(含续集2卷)等书。笔者所见之《未能信录》为嘉庆十八年(1813年)重刊本。据书前各序推断,当有嘉庆十二年(1807年)初刻本。

是书分四卷,前三卷记录作者于乾隆末在江西省各州县办理政务15事之心得体会。第四卷实为附录,收入作者署理袁州知府时拟定的劝化溺女的各项章程文告。前三卷所收之15事又大体上可分为两类,一类为前两卷所述之司法审判案例,共9案,总论中亦简要提及数案;另一类为辞讼以外的地方公务,共6事,皆收入第三卷。

《未能信录》不是汇编原始的判牍和公牍,而是采用追忆的笔法讲述作者在江西各州县任地方官时办理的若干司法和公务案例,行文夹叙夹议,重在谈吐自己的心得体会,因此应归入官箴书之属。但与我们一般常见的清代官箴书不同,该书不是空洞地说教或抽象地归纳出若干要诀及规则,而是通过生动具体的事例,现身说法,总结切身的经验教训。

该书的核心思想,大体上可归结为两点,一是强调审案断狱要“折之以理”,“不许冤民”,用现在的

[作者简介] 苏亦工(1962年—),男,中国社会科学院法学研究所研究员,法学博士。

话说就是追求司法公正；二是主张办理政务要“勤求民隐”，“无愧父母斯民之任”，换用现代的术语来表述，就是“全心全意为人民服务”，勉力推进公益事业。

本文拟从这两点出发，以《未能信录》所收案例为主要示例，参之其他旁证，探讨在清代私家化的政府体制之下，地方官行使其公共职能的思想动因。

二、清代司法“重刑轻民”的体制原因

学者们通常将清代地方官缉捕盗贼和听讼断狱称之为掌管地方治安和司法。这样的提法其实不很确切。现代意义上的治安和司法是以维护社会公共秩序和公众利益为出发点的，因此强调的首先是公正。而清代所谓的治安和司法，虽然客观上可能也会起到维护公共利益和社会秩序的作用，但其首要的目的是捍卫政府自身的利益和政府设定的统治秩序。清代官府对待刑事案件和民事纠纷的不同态度很大程度上就是这种政府体制造成的。

张五纬说：“听讼为地方官第一要政，并为地方官第一难事。人每重视命盗，轻视词讼，不知命盗为地方间有之狱，民词为贤愚常有之事。”所谓“命盗”大致即相当于今天所说的刑事案件，所谓“民词”，则大致相当于今天的民事纠纷或民事诉讼。

清代民事案件的数量远远多于刑事案件，但官府的主要精力却是处理刑事案件，对民事诉讼的态度则难免有敷衍应付之嫌，这在清代也非个别的现象。包世臣在《为胡墨庄给事条陈清厘积案章程折子》中说：“窃照外省公事，自斥革衣顶、问拟徒杖以上，例须通详招解报部，及奉上司批审呈词，须详覆本批发衙门者，名为‘案件’；其自理民词，枷杖以下，一切户婚、田土、钱债、斗殴细故，名为‘词讼’。查外省问刑各衙门，皆有幕友佐理。幕友专以保全、居停、考成为职，故止悉心办理案件，以词讼系本衙门自理之件，漫不经心。而州县又复偷安，任意积压，使小民控诉不申，转受讼累。臣查案件虽关系罪名出入，然一州县每年不过数起，即或未归平允，害民犹隘；至于词讼，三八放告，繁剧之邑常有一期收呈词至百数十纸者。又有拦舆喊禀及击鼓讼冤者，重来沓至，较案件不啻百倍。若草率断决，或一味宕延，则拖累之害，几遍及编户。是故地方官勤于词讼者，民心爱戴；明于案件者，上司倚重。然州县莫不以获上为心，常有上司指为能员，而民人言之切齿者。此皆以词讼无关考成，玩视民瘼；或以既得于上，反恣意削其民之故也。是以积弊相沿，州县旧案常至千数。署前守候及羁押者，常数百人。废时失业，横贷利债，甚至变产典田，鬻妻卖子，疾苦壅蔽，非言可悉。”

包世臣描述的情形在《未能信录》中也能得到佐证。张五纬也曾说过：“盖近世生齿日繁，人情变幻愈盛，由争夺、欺诈而激成讼端，每月呈词繁剧处竟有千余之多。”

按照清代制度规定，刑事案件，特别是重大刑事案件，随发随审，没有诉讼时间上的限制。但是民事诉讼只能在规定的日期向官府提起，其他时间均不受理。

《大清律例》规定，每年的四月初一至七月三十日为农忙时间，除谋反、叛逆、盗贼、人命、贪赃坏法及奸牙铺户骗劫客货等重大刑事案件外，户婚、田土等“一切民词”概不受理。此外，官定各令节、“各坛庙祭飨、斋戒以及忌辰素服等日”及封印日，官府也不受理刑名。因此，即便是在非农忙时节，官府实际受理诉讼的日期每月也只有六天。这就是前述包世臣所说的“三、八放告”，亦即旧历每月逢三、逢八受理词讼。

再者，清廷对刑民事案件监督、查核的力度也大不相同。拟判徒刑以上的刑事案件要逐级上报到中央刑部查核，拟判死刑的命盗重案还须报请皇帝裁决。但是民事案件则完全委诸州县“自理”。

（清）张五纬：《未能信录》卷一，页 2 - 3。以下引该书仅注明卷数页码。

（清）包世臣：《齐民四术》卷第七下《刑一下》，中华书局 2001 年版，第 252 页。

卷一，页 23。

《大清律例》，田涛、郑秦点校，法律出版社 1999 年版，第 479 页。

《光绪大清会典》卷五十六，注文。

清朝制度前后有变化，初为九天，后改为六天，即旧历每月的初三、初八、十三、十八、二十三和二十八。参见瞿同祖：《清代地方政府》，范忠信等译，法律出版社 2003 年版，第 196 页脚注^⑬。

此外,办理刑名案件的勤惰优劣是考核官吏业绩的重要指标,长于刑事案件不仅有利考成,还能获得上司的青睐,前程自然坦荡。而办理民事案件的表现则无关紧要。地方官即便“勤于词讼”,不过获得个“民心爱戴”的空名,对自己的仕途未必就有积极的影响,有时还可能带来负面的效果。在这样的制度设计下,地方官为切身利益计,对审理民事案件缺乏足够的动力。五纬说他自己有时也是重视上司交办的案件(即“委审”,基本上都是重大刑事案件)反而轻忽本管分内的民事诉讼:“其时首邑事繁,不能时常亲聆慈训,委审案多,于民间有不能耐性开导之时,致有冤受掌责之事,虽于覆审时申明其直,终觉有违慈训,追悔莫及。余母闻而责之曰:‘委审者,客案也。听讼者,尔所部之民事也。尔重委审而轻所部之民事,是旷职也。此县生灵何需尔为父母耶?似此任性,窃恐以前冤责者不知凡几矣!’”显然,清代的“重刑轻民”首先是制度使然。但凡身在官场,很难超脱。

从现代人的视角看,无论刑事案件还是民事案件,都是国家司法功能的组成部分,司法的效率和公正与否都将对社会公共秩序产生相应的影响。刑事案件对社会的冲击固然比较直接、强烈,但民事案件处理不当同样也会对社会秩序产生不良的影响。凡是以公益为己任的政府,于理不当厚此薄彼。

然而清代政权首先是属于皇帝的,其次是属于爱新觉罗氏的,其次是属于满洲人的,再其次是属于满汉官僚集团的,最后才是属于全中国的。在这样一种差序化的政治格局下,政府职能虽然并非毫无公共性,但却终归摆不脱私心,其首要的、根本的目标是要延续一己的江山。命盗案件直接危及到王朝的政治统治秩序,因此便最受统治者的关注。《晋书·刑法志》说:“(李)悝撰次诸国法,著《法经》。以为王者之政,莫急于盗贼,故其律始于《盗贼》。不论是否确有《法经》其书,也不论其是否真为战国时人李悝所撰。但“王者之政,莫急于盗贼”,确实道出了历代帝王的心声。

在偏私政府的体制下,社会公益只能是政府的附带职能。与此相应,私化政府体制下的官吏,其身份介乎皇帝仆从和国家公务员之间,虽然兼具维护王朝私益和社会公益的双重职能,但只有当王朝私益和社会公益处于交叉、重合状态时,官吏的双重职能和双重身份才处于重合状态。此时,制度本身会形成动力,对恪尽职守的官吏予以褒奖,对不作为的官吏施以惩罚。

《未能信录》载有一案,大致案情是:张五纬任江西瑞州同知时,都昌县张家岭一带有“逃回军犯刘细贵率众聚赌,该县史县丞前往缉捕,回程中刘细贵之子祖胜率百余人前来“抢犯”,夺回其父并逼勒史县丞写具“无事甘结”,史县丞最初拒写被连砍三刀,“深透骨、长寸许”,史不得不写出甘结以求脱身。案件发生后,江西巡抚立刻命“候补观察陈公、中军参府德公带兵二百人前往会拿”。此时张五纬正奉派在建昌审案,也临时受命转赴都昌县办该案。临行前,巡抚特别告诫张五纬说:“君责愈重,稍有遗q,指参未便,慎之勿忽。待到五纬圆满完成任务返省复命时,“抚宪差官郊迎,见面逾格优容,面许专折保奏……不余月,首厅缺出,荷蒙专折奏调。”

乍看起来,清代地方官的缉盗审案职能一如当今的警察和法院行使国家的公安、司法职能。但如细加分辨,还是不难看出二者间的明显区别。

仍以张家岭戕官案为例。待到张五纬受命赶到案发地都昌县时,该县顶头上司南康知府先到县,陈观察、德参府也相继前来,“添派官役帮拿”,一时间兴师动众,嫌犯闻风早已四散隐匿。知府见一无所获,只有“严比差役,吓得差役们不敢回城复命。知府怒差役们“抗比”,便下令将各差役家属收禁。差役们闻知,转将各嫌犯家属,“无论亲疏,一齐送县。县令不管应否,一并收监。一时四处搜捕,蠢役藉端滋害,宰杀鸡猪,毁坏门墙,环围三十里内弃家而逃者无数,其地多山,夜奔遇虎者不少。是因地方官办理不善,亦道府相继到县,风声严厉所致耳”。

本来,地方上发生聚赌案犯拘捕伤官案件既是对官方权威的伤害也影响到社会秩序的稳定,地方官府行使职权缉拿罪犯并绳之以法,应当说正属于同时维护政府私益和社会公益的双重行为。此案尽管涉案

前引。

借用费孝通语。见氏著:《乡土中国》,三联书店1985年版,第26、29、30页。

卷一《张家岭戕官》。

前引。

人数众多,但仍不过是一件重大暴力刑事案件而已,然而官方的处理方法却像是在完成一项重大的政治任务,不惜调动军队。政府的这种做法与其说是行使公安、司法职能,毋宁说是行使“公共控制”职能更为贴切。从这种做法的效果上看,官府自身的权威虽然迅速得以恢复,但却是以扰乱社会公共秩序为代价,乃至造成众多无辜者的生命、自由和财产损失。老话说“匪来如梳,兵来如篦,官来如剃”,果非虚言。

与刑事案件相比,官方对待民事案件的态度就截然不同了。虽然清代统治者也意识到民事纠纷可能会对秩序产生某些冲击,但对统治秩序的冲击毕竟是间接的。

在清代,“户婚”、“田土”、“钱债”之类普通民事纠纷通通被称为“细事”,除非这些“细事”最终引发了严重的暴力行为并导致了人身伤亡的后果,政府大都采取视而不见、放任自流的态度,极少过问和介入。即便是当事人告诉,官方也常常是采取“各打五十大板”、不辨是非、和解息讼的态度。

《儒林外史》第八回讲到遽公子与前来接任的王太守谈论其父的为政特点时说:“若说地方出产及词讼之事,家君在此,准的词讼甚少;若非纲常伦纪大事,其余户婚田土,都批到县里去,务在安辑,与民休息。”^⑪像遽太守这样对待民事纠纷的地方官在中国传统舆论中向来颇受褒扬,被视为不扰民的好官。从清代的特定政治环境看,尽量减少民众与官府的接触确实可以省却不少吏役盘剥的机会,但这种做法完全是消极的,实际上未必有利于民间纠纷的解决,有时可能会酿成严重的暴力事件甚至暴乱。

中国第一历史档案馆和中国社科院历史所据乾隆刑科题本编纂、中华书局出版的《清代地租剥削形态》和《清代土地占有关系与佃农抗租斗争》两部资料集共辑录 678 个清代案例。观这些案件的起因,最初几乎都是由田土、钱债等“细事”而肇端,最后则大都以人命官司收场。假如官府能在纠纷初起且尚未升级为暴力冲突阶段即主动介入,作出公平裁决,久而久之必能形成系统、公正而又合理的规范体系,据此规范体系不断提高民事裁判的公正水平,形成良性循环,大多数民事纠纷不难在其初起阶段得到化解,不至发展到暴力冲突乃至人身伤亡的严重地步。然而,由于包括清朝在内的历代官府疏于公益,必待至民事纠纷酿成大祸并可能对王朝的政治秩序造成直接冲击时方始介入,乃至导致更多的刑事案件和人身伤亡,这不能不令人对传统司法体制的效率和公正性产生怀疑。

清代官府对待民事纠纷普遍采取的消极放任态度,究其实还是由于制度自身缺乏动力甚至会生成反向约束力。政权的偏私致使官吏对公益事业缺乏热心从而造成民事纠纷不能得到及时合理的解决。

前引包世臣的那段话虽然点明了地方官重刑轻民的体制原因,但投鼠忌器,也只敢说到“获上为心”这一层,再深的,他就不敢说了。公允些说,重刑轻民并非局限于有清一代。可以说,古今中外,所有偏私的政府莫不如此,即便是以法治著称于世的大英帝国也不例外。英国人初占香港时,曾许诺原有中国法律及习惯除拷讯、体罚外得继续沿用。然而时隔未久,英国人便首先取缔了中国法在刑事和程序法领域的效力并代之以英国法。但是在刑事和所谓的“公共控制”以外的领域,英国人则尽量避免介入华人的事务。终 19 世纪,华人内部的民事纠纷基本上由华人自行调处解决,英国法庭极少过问。直至 20 世纪 70 代以前,港英当局仍承认中国习惯法在华人婚姻、收养、继承及新界地产等领域的效力。按照英国学者的说法:“从最初的时期起,政府就没有认为政府自己的使命除了所谓约束‘土著人口’以外还包含着更多的东西。……除了刑法和其他公共控制的必要附属物,譬如人口控制外,政府乐于让华人自己负责自己的事务。”^⑫这样,大体上,我们可以看出,香港华人与法庭的接触局限于我们可以称之为‘公共控制的领域’。^⑬

进而回顾中国自秦汉以来两千多年的历史,应当说中国刑事法律的发展已达到了相当高的水平,此为中外学界所公认,但是民事法律却始终处于较原始、简陋的状态,未能得到充分的发展,民事活动仍主要由习惯法调整。说到底,这种状况恐怕与政府的私心和“私化”不无关联。偏私的政权只注重本王朝的私益,而于公益事业漠不关心。

人们常说专制政府的社会管理成本太高,准确些说,不是社会管理成本太高而是维护专制政府自身利益的成本太高。从“张家岭戕官”案还可以看到,一个以政府私益为至高利益的政权,即便是在政府

⑪ (清)吴敬梓:《儒林外史》,作家出版社 1955 年版,第 81—82 页。

⑫ Evans: *Comm on Law in Chinese Setting*, H. K. L. J., 1971, pp. 12—13, 21.

私益和社会公益完全可以兼顾时,仍可能牺牲后者而保障前者。

三、儒家思想与司法公正

依据现代法律理论,“司法是国家管理社会活动中一种最基本的形式”。司法权是国家公权力的组成部分,国家行使司法职能维护的是社会公共利益,而不是某一特定方的利益。因此,公平和公正是司法的核心和生命,“是司法机关执行法律所追求的最高价值和最终目标”。^⑬所谓司法公正是对全社会而言的,是对利益冲突各方而言的;不是对利益冲突中的某一特定方而言的。在此意义上说,无公正,也就无所谓司法。

但是在偏私的政府体制下,所谓的“司法”,其首要目标是捍卫自身的利益而不是公正,抑或说,是追求对自己一方的有利而不是全社会的公正,也不是冲突各方的公正。中国帝制时代的听讼断狱之所以始终无法避免刑讯逼供和有罪推定,质言之,均是由于政府的偏私本性使然。考察《未能信录》所收各案,无可否认,即便是以今天的眼光来看,其判决的结果也是相当公正的。那么,促成张五纬公正审判的动力从何而来呢?前面提到,来自制度上的动力微乎其微。依笔者所见,除了教育背景和个人的道德品质外,主要是来自儒家思想的影响。当然,教育背景和个人素养也往往受儒家思想的影响。^⑭

首先,从《未能信录》的书名便可看出儒家思想的鲜明影响。“未能信”三字取典于《论语·公冶长》:“子使漆雕开仕。对曰:‘吾斯之未能信。’”孔子叫他的学生漆雕开去做官,后者回答说“我对做官还没有信心”。孔子听了很高兴。刘宝楠说:“由开之言观之,其平时好学不自矜伐,与其居官临民谨畏之心,胥见于斯。”^⑮作者自述取典之缘由与刘说大体相合:“当未听讼之先,胸中本无成见,及既审断之后,案中惟恐含冤,不但不敢信人,并亦不敢自信,如此尚难保心无遗憾也……自信者必不虚心,能虚心者必未能信。作者在自序中也说:‘苦心欤?虚心也。己见固不可过执,人言又岂可轻信。’”

显然,作者以“未能信”作书名不仅是要点出贯穿全书的主题,也是在提倡一种听讼断案的正确态度,此即:审理案件必须“虚心”,不仅不能轻信他人,也不可盲目自信,只有以这样严谨认真的态度听讼断案才能减少不公正的后果。具体说来,即在办案之前应“胸中本无成见”,办案之后则要“惟恐含冤”。

李元沪跋说:“(五纬)曰:‘狱者,一成而不变,故君子用心焉。凡吾所为用心焉者,究之未能信也。’嗟乎!夫是心也,即皋繇、邵伯之用心也,不是过矣。”

皋繇即皋陶,邵伯即召伯或召公,都是儒家推崇的上古圣贤,由于断案公正而深得民心。

其次,张五纬倡导的“以理折狱”,也是根源于儒家思想。

张五纬在《自叙》中写道:“友人为之抵掌称快曰:‘……片言折狱,古之人有之,君何所操而能摘伏如是耶?余曰:‘片言折狱,折之以理也。后世人心幻诈,情伪百出,理之所无,恒为事之所有。惟有悉心静气,为两造作或有之深思,即为一心证必无之见解。古人云:庖丁解牛,得其颡迎刃而解,恢恢乎,具有余地。折狱者,不啻解牛中窾得情,何覆盆之有?’”^⑯

“片言折狱”语出《论语·颜渊》篇:“子曰:‘片言可以折狱者,其由也与?子路无宿诺。子曰:‘听讼,吾犹人也,必也使无讼乎。’”

显然,在张五纬看来,只有当“折之以理”时,“片言折狱”方才是可能的、可取的。而要做到“折之以理”就必须像庖丁解牛那样,找到牛的“颡”,也就是案件的切入点,获得案件的真情。

^⑬ 以上两处引文分见李修源:《司法公正理念及其现代化》,人民法院出版社2002年版,第24页、第40页。

^⑭ 或谓传统中国的制度能够透过选拔出具备儒家道德品质者出任官职,也不失为是将道德动力“内建”于制度动力当中的思考。此说固非无当,传统的围绕科举制度的经史教育确有提高个人素质的作用,但一般只能养成“通才”,很难培养出司法专门人才。关于此点,美国学者William Jones也曾谈及:在清代,“法律不是科举考试的科目,也没有任何‘在职’训练规定。这很不同于文学和哲学的情况(此二者都是科举考试的科目)。”见氏著:《Studying on the Ch'ing Code, The American Journal of Comparative Law, Vol. 22, Spring 1974, p. 331 Note 6》中译本见拙译:《大清律例研究》,载高道蕴等编:《美国学者论中国法律传统》,清华大学出版社2004年修订版,第387页脚注。

^⑮ 见氏著:《论语正义》,诸子集成本,第90页。

^⑯ 《自叙》。

通观全书所引各案,张五纬所说的“折之以理”可从以下两个角度来理解:

一是反对刑讯逼供,强调以理服人。

五纬曾记述其母训说:“第‘慎’之一字为作民上者不可稍忽,于听讼用刑时尤为至要。刑期无刑,猛以济宽,法固不可废也,须于曲直审定而后照例决之,无以刑求供,无以刑出气,非实系狡供,戒勿轻加掌责。掌责易冤,不觉也。”^{①7}

乾隆四十九年(1784年),五纬任南昌知县时曾审理一起僧俗互争山地案。俗家告僧人伪造山契在自家祖遗山地盗葬,僧人辩以地系其师祖买自俗家之父,自己凭契管业并非盗葬。原告称其父于乾隆三十三年前任知县任内曾与山邻互讼,画有山图,并未注明卖与僧人。原被告各执一词。五纬查阅原契,系雍正十一年所立白契,契中代笔均已亡故,无从质证。僧人说:“先不知从前买有此山,今年无意中从经卷箱内检得。五纬心想:“民间买卖田地房屋首重代笔、中人,继凭红契。此案买卖原人均经物故,代笔中证俱无,且系五十年前白契,又于寺僧两代已葬自山之后,于该僧师叔将死之前忽于经卷箱内检出,谓为价实契真,其谁信耶?立以造占定断,尽可折服,可信无不平之失。又见该契书法工整,料定造契之人必为讼师,欲一并究之。于是喝令僧人招出造契之人。僧不招,“即令掌责、长跪,唤审别件。完一件,问一回;仍不招,又掌责一回,一连问完四宗,共计掌责五十。始则混认自造,令其照写,不对;复谕动刑,急呼曰:“情愿退还不要。由是观之,止就案论案,僧虽口服,心不服也。是夜,五纬筹思良久,不能成寐。乃升堂唤契中代笔之子问询,该子告以家中尚存其父代笔谢资簿册一本,当令取来,核之不但笔迹、画押、年份相同,且正记录有此笔买卖。“初何尝料及于此耶?随覆讯定断,僧人之屈遂明;俗家之诬可恕。惟余自恃擅责,每于仰对堂上之时,视听堂下之日,不禁愧怍交集之弗置也。从此益加敬慎,深以此为戒焉。”^{①8}

清朝与以往各代一样,办理刑事案件最主要的定案依据是口供,而取得口供的最主要途径就是刑讯。依清代法律规定,刑讯是合法的,虽有一定的限制,但其残酷恐怖的程度足以令人发指,更毋庸说那些限制往往形同具文。

有西方学者指出:“刑讯使用恰当,可以导致正确的口供并产生合乎正义的判决。刑讯若被滥用,则会导致错误的结果。”^{①9}的确,刑讯的存在并非毫无正当的理由,由法家“以力服人”的立场观之,更是毫无道德上的障碍。^{②0}但是按照儒家“以德服人”,务期令人“心服”的要求来看,刑讯逼供是缺乏道德依据的。

儒家一向反对以暴力或硬性强制的手段对待百姓,而主张以感化、劝导、说服的方式治理社会。孔子说:“善人为邦百年,亦可以胜残去杀矣。又说:“道之以政,齐之以刑,民免而无耻;道之以德,齐之以礼,有耻且格。”^{②1}孟子则认为:“以力服人者,非心服也,力不赡也;以德服人者,中心悦而诚服也,如七十子之服孔子也。孟子又说:“行一不义,杀一不辜而得天下,皆不为也。”^{②2}即便是被正统儒家视为另类的荀子也认为:“行一不义,杀一无罪,而得天下,不为也。”^{②3}晚近出土的郭店楚简《尊德义》也说:“民可道也,而不可强也。”《成之闻之》说:“上不以其道,民之从之也难。是以民可敬导也,而不可掩也;可御也,而不可牵也。”^{②4}因此可以说,儒家学说是真正的非暴力主义学说。

笔者以为,儒家的“德化”、“以德服人”,也当然包含着“以理服人”的内容。《未能信》记录了许多

①7 卷一《南昌僧俗互控山地》。

①8 前引①7。

①9 孔飞力:《叫魂——1768年中国妖术大恐慌》,陈兼、刘昶译,上海三联书店1999年版,第230页。

②0 《韩非子·显学》称:“是故力多则人朝,力寡则朝于人,故明君务力。夫严家无悍虏,而慈母有败子,吾以此知威势之可以禁暴,而德厚之不足以止乱也。”

②1 分见《论语》之《子路》、《为政》。

②2 《公孙丑上》。

②3 《荀子·儒效》。

②4 刘钊:《郭店楚简校释》,福建人民出版社2003年版,分见第124、137页。

屈打成招的案例,字里行间也表达了作者对刑讯逼供的深恶痛绝。^{②5}从该书所录各案来看,张五纬在审理案件和作出判决时所刻意追求的正是“以理服人而非“以力服人”。五纬曾引述建昌两儒士的话说:“故凡户婚田土不清之事,一遇贫富相争,必致成讼,百无一空……此中挽回之力,全在贤父母廉明勤决,兼行恩威,宽猛并济,稍有偏缺,不易化也。倘父母限于才能,又不能不仰求于表率之公祖,而尤望公、勤。勤则可以济属吏之情,公则乃能服两造之心。”^{②6}他又说:“天即理也,悖理者可不知所警惕耶?……赏善罚恶,理亦在其中矣。”^{②7}李元沪跋云:“传曰:‘吾斯之未能信。注云:‘斯指此理而言。夫浑然指为此理,澈上下,该出处,天地万物之情具是矣。而以属于仕,则析而愈多,繁而莫稽,故求信愈难,而折狱其尤也。可见,儒家所说的“理”,是普遍接受的公平、公正的天下公理,而非一家一姓、一党一派的私理。

二是主张“能决”,反对不辨是非曲直的息讼。

张五纬在《未能信录》卷一《原起总论》中开宗明义地指出:“民间讼事不一,讼情不齐。其事不外乎户婚、田土、命盗、争斗,其情不外乎负屈含冤、图谋欺骗。听讼者即其事、察其情,度之以理而后决之以法。法者,笞、杖、徒、流、大辟也。律例者本乎天理人情而定,刑期无刑,辟以止杀,全在官之决断。故狱不贵乎善辨而贵乎能决事理之当;讼不在乎肯问,而在乎能决情理之平。必能决,始可云公门无妄引之刑章,民间无不伸之冤屈。该书所载湖南按察使巴哈布序中也说:“然大《易》不废天水之占,《周官》亦载金矢之入。以是知民间户婚、田土、命盗、争斗之事,其负屈含冤、图谋欺骗者,虽郅治之世不能无,非听之者即其事以察其情,审其辨以度其理,虚心研究,诚伪判别,亦安能使之狱讼衰息哉?”

这两段话中所表达的观点似与清代官府所倡导的“息讼”论有所不同。

所谓“《周官》亦载金矢之入”,当指《周礼·秋官·大司寇》:“以两造禁民讼,入束矢于朝,然后听之,以两剂禁民狱,入钧金。三日,乃致于朝,然后听之。所谓“天水之占”,指的是《易》“讼”卦。讼卦的卦象是坎下乾上。乾为天,坎为水,故称“天水之占”。卦词曰:“有孚,窒,惕,中吉,终凶。利见大人,不利涉大川。”

清代官方除了严格限定受理“民词”的日期外,地方官府还时常训诫民众“息讼”。“讼则终凶”历来也是官府反对民众健讼的一个重要的经典依据。^{②8}但从前引五纬和巴哈布的观点来看,似乎对此不以为然。五纬在湖南任地方官时发布的一道告示中也说道:“……讼则终凶,非谓有情之讼亦必终凶也。可见无情不独不得尽其词,终必遭无情之凶。”^{②9}五纬的说法也是有经典依据的。《象》传谓:“天与水违行,讼,君子以作事谋始。王弼注云:“‘听讼吾犹人也,必也使无讼乎?无讼在于谋始,谋始在于作制契之不明,讼之所以生也。物有其分,职不相滥,争何由兴?讼之所以起,契之过也,故有德司契,而不责于人。”^{③0}

王弼的这个解释应当更合五纬的观点,然而清代官府的做法常常与此相反,不是自责是否失德,而是归咎于民众健讼。

譬如清初陕西省郿县的一份劝谕息讼告示中写道:“其如尔民不体本县之意,以为本县衙门好进,刑法颇宽,一纸虚辞,遂可轻投,纷纷渎控,恒无虚日。观其情状,似乎负屈,审出事节,都属细故。不但可以不准,并可以不告。独不思尔等自罹兵燹以来,从万死一生中留得几条性命,博得今日受享,还有何事不可忍耐?且一纸入公门,虽随到随审,亦耽搁了几日工夫,即衙门无使费,央人写状亦费却几文钱财,究竟抵不得饭吃,当不得衣穿,何如将这几日工夫,种田园,省却这几文钱财,买米过活,还博得个清闲自在,留得个忠厚好人之名……”^{③1}又如康熙初年浙江省嘉兴府的一则息讼告示写道:“禾俗刁险,好讼成风。本府下车放告,收阅状词,大抵风影之织,十居八九,浇漓健讼,已见其大概矣。今本府勉准数

②5 譬如作者任进贤县知县时办理诬控四人为窃贼案。见该书卷二,页37—41。

②6 卷三,页14。

②7 卷二《乐平县倪姓烧山命案》,页22—23。

②8 参见郑秦:《清代司法审判制度研究》,湖南教育出版社1988年版,第242页。

②9 (清)张五纬:《风行录》卷四《清究讼源》,嘉庆十八年重刊本。

③0 《周易正义》,见《十三经注疏》,第24页。按:原文“分”下衍“起契之过”四字;又“职不相滥”四字,从后者。

③1 (清)叶晟:《求自集·再行劝谕息讼以安本业事》,康熙刻本。

词,现在提审,但尔民不忍一朝之忿,罔顾后来之患,往往鼠雀微嫌,辄驾大题计告,殊不知一经准理,不论理之曲直,而先饱衙蠹之囊,且伺候听审,每有数月耽搁,农失耕耘,民废生业,即使小忿得泄,所损资息,已无算矣;更有轻听代书诬捏诬准,遂遭反坐。嗟尔乡民,何愚若此?真可怜而可恨也。^{③2}

查现今保留下来的众多清代地方官府的息讼告示,可谓大同小异,一般不外乎劝告民众遇事要隐忍,不能隐忍的则要尽量听从亲友或乡里的调处;不要轻信讼师挑唆,不要动辄便到官府打官司,以免受到吏役的盘剥导致倾家荡产等等。^{③3}前引两告示及《儒林外史》中遽公子描述其父亲的为政特点应当说就很典型地表达了清代官方的息讼观。

一般认为“无讼”是“儒家伦理在司法上的最高价值追求”,其思想渊源于孔子。^{③4}孔子曾说:“听讼,吾犹人也,必也使无讼乎?”^{③5}关于孔子的这段话,尽管历来解释纷纷,但基本的理解却相去不远。朱熹引范氏语谓:“听讼者,治其末,塞其流也。正其本,清其源,则无讼矣。朱注又谓:‘杨氏曰:‘子路片言可以折狱,而不知以礼逊为国,则未能使民无讼者也。故又记孔子之言,以见圣人不以听讼为难,而使民无讼为贵。’^{③6}

这应是最正统、最权威的解釋。刘宝楠《论语正义》引证诸家注解,大体上也与朱注相同。清人孙鼎烈在所著《四西斋决事》自序中即采纳了这种解释:“孔子曰:‘听讼吾犹人也,必也使无讼乎’。听讼者,治之具,非制治清浊之原也。”^{③7}

这种解释的基本要点是认为孔子并不赞赏用听讼(即法庭裁决)的办法消除争端,而是主张以改善政治,绝恶于未萌的方法从根本上消除纷争,导民向善。这种解释确实符合孔子的一贯主张,但是单从这段话本身来看,却未免显得有点牵强。杨伯峻先生的解释是:“审理诉讼,我同别人差不多,一定要使诉讼的事件消灭才好。”^{③8}这个解释比较符合字面的意思,但又失于语焉不详。笔者以为,要理解这段话的含义,仍须与前面的一句,即“片言可以折狱,其由也与?”一句联系起来。关于这句话,历来有不同的解释。

朱注谓:“片言,半言。折,断也。子路忠信明决,故言出而人信服之,不待其辞之毕也。此是通解。南怀瑾先生也解释说:“(片言)现代语就是‘一句话’的意思。‘狱’就是打官司。孔子说,要讲一句话,就可以把人家的纠纷解决了,只有子路做得到……下面说子路做到的理由,是‘子路无宿诺’,这就是侠义的精神……子路有这个精神,所以可以片言折狱。”^{③9}从前引五纬在《自叙》中的对白看,显然也是采纳了这种解释。依照这个解释,则孔子的意思当解为:一句话就能了结人们的官司,只有子路做得到。而自己与一般人差不多,是要通过听讼来消除争端的。

但邢疏本此句下注云:“孔曰‘片’,犹‘偏’也。听讼必须两辞以定是非,偏信一言以折狱者,唯子路可。邢《疏》也说:“听讼必须两辞方定是非,偏信一言则是非难决,唯子路才性明辨,能听偏言决断狱讼。”^{④0}杨伯峻先生从此解,他说:“‘片言’古人也叫作‘单辞’。打官司一定有原告和被告两方面的人,叫做两造。自古迄今从没有只根据一造的言辞来判决案件的(除掉被告缺席裁判),孔子说子路‘片言可以折狱’,不过表示他的为人诚实直率,别人不愿欺他罢了。”^{④1}

依照这种解释,则孔子的意思当解为:只有子路能只据一面之词便作出裁决。而自己与一般人差不

③2 (清)卢崇兴:《守禾日记》卷二《一件劝民息讼以保身家事》,乾隆刻本。

③3 例如前引嘉兴府告示又写道:“嗣后果有情关重大冤抑事情,如人命、强盗、贪官、恶蠹、势恶、土豪、十恶等项方许据事直陈,以凭申冤理枉。其余户婚、田土、斗殴、钱债、口角小嫌,可忍则勉自忍耐,不可忍则听亲友乡里调处和平。此非为让人,乃自为身家计也……此类告示保留甚多,不烦多举。”

③4 参见顾元:《左治司法的指南指导入幕的教材》及李靓:《汪辉祖官箴思想中的治民与治狱思想》,分见郭成伟主编:《官箴书点评与官箴文化研究》,中国法制出版社 2000 年版,第 188、241 页。

③5 《论语·颜渊》。

③6 此二处引朱注见(宋)朱熹:《四书章句集注》,中华书局 1983 年版,第 136—137 页。

③7 (清)孙鼎烈:《四西斋决事》,光绪三十年刻本。

③8 杨伯峻:《论语译注》,中华书局 1980 年版,第 128 页。

③9 南怀瑾:《论语别裁》,复旦大学出版社 2002 年版,第 574—575 页。

④0 《十三经注疏》,阮元校刻,中华书局影印本,第 2504 页。

④1 前引③3。

多,是要通过听讼来消除争端的。

“讼”,《说文解字》解作“争也”。可见,争是“讼”字之本意。“讼”与“诉”字连用并具备与现代汉语中之“诉讼”对等的含义当是后起的、引申的意思。因此,孔子在这段话里所说的“无讼”应当是说要通过“听讼”来消除人们的“纷争”,而不是说反对人们有争端后去打官司或反对官府用听讼(裁判)的方式解决人们的争端。

从清代的制度设计看,官方采纳的似乎是后一种理解,亦即反对民众打官司,也反对官府用裁判的方式解决民间纷争。这可称之为官方的“息讼”观,大抵也是由孔子的“无讼”辗转派生出来的。

需要指出的是,清代官方的息讼观与孔子的无讼观虽有一定的联系但绝不可等量齐观。如前所述,所谓“无讼”是孔子乃至儒家的一种社会理想;而官方所主张的息讼则是一种统治政策或策略。官府的“息讼”观当然并非毫无理据,或许官方相信民间有自我化解纠纷的能力,且认为官府过多的干预不仅不利于消除纠纷反而可能激化矛盾。前述港英当局在19世纪后期乐于听任华民自己解决民事纠纷可能就有这方面的考虑。

但是我们也很难排除另外一种可能,即如此解读儒家无讼观实系出于有意的曲解,目的是要遮掩专制官府的自私、懒惰和无能。举例说来,既然官方明知胥役把持词讼,盘剥小民,何不澄清吏治,消除把持盘剥呢?20世纪初,英国人在山东威海卫租借地上曾设立过裁判官法庭,起初当事人递交诉状须经由裁判官的属员转呈,后来官方发现这些属吏经常贪污索贿,于是便改变了惯例,当事人可在白天或晚上的任何时候亲往裁判官的官邸或者法庭向裁判官面呈诉状,也可以将诉状投入法庭附近加了锁的诉状箱里,裁判官亲自开箱拆阅。这点改革看似微不足道,但却一举消除了中间盘剥的机会,使百姓冤情便于上达。^④正如有学者指出的那样:

英国的裁判官和清朝的地方官有一个重要区别就是他们对待诉讼的政策。虽然庄士敦对工作负荷繁重慨叹不已,但他仍视调查和聆讯真正的争讼为己任。与中国同僚不同,他从不认为诉讼会构成对社会结构的威胁。琐屑争吵诉诸法庭固然令人厌烦,但这既不会危害他行使裁判官的职能,也不会威胁到社会构成。当然,或许也有相反的看法。虽然在这方面没有记录在案的证据,但在英国对该地区统治薄弱的时期,解决本地华民之间的纠纷,纵然不敢十分肯定地说,但亦可理解为避免该地方骚乱的重要手段。如果政府拿出了一套解决争端的可行机制,就能避免不满情绪。^⑤

如果一定要追究清代官方“息讼”观的思想渊源,笔者以为,与其说是来源于儒家思想,不如说是来源于道家或黄老思想更为贴切。

众所周知,儒家思想与道家或黄老思想的一个重大差别是前者主张有为而后者主张无为。冯友兰先生说:“(儒、道)两家也有不同,照儒家说,圣人一旦为王,他应当为人民做许多事情;而照道家说,圣王的职责是不做事,应当完全无为。道家的理由是,天下大乱,不是因为有许多事情还没有做,而是因为已经做的事情太多了。”^⑥前面提到,清代许多民事纠纷就是由于官方的无为才最终酿成命案的。如果说儒家的无讼观就是主张官府不受理案件,那么儒家歌颂的皋陶作士,召公断案又当作何解释呢?

儒道两家的另一重大差别在于儒家主张善善恶恶,明辨是非。《论语·为政》载:“哀公问曰:‘何为则民服?孔子对曰:‘举直错诸枉,则民服;举枉错诸直,则民不服。’”《孟子·告子上》则说:“是非之心,人皆有之……是非之心,智也。儒家所倡导的礼,正是判断是非曲直的尺度。《礼记·曲礼上》谓:‘夫礼者所以定亲疏,决嫌疑,别同异,明是非也。’”

儒家主张“刚健中正”,最厌恶的就是不明是非、不辨善恶、毫无原则、圆滑庸俗的和事老、好好先生。孔子说:“乡原,德之贼也。”又说:“唯仁者能好人,能恶人。”^⑦《孟子·尽心下》曾对“乡原”有过详细的阐释:“非之无举也,刺之无刺也,同乎流俗,合乎污世,居之似忠信,行之似廉洁,众皆悦之,自以为

④ [马]陈玉心:《清代健讼外证——威海卫英国法庭的华人民事诉讼》,赵岚译、苏亦工校,载《环球法律评论》2002年秋季号,第353—354页。

⑤ 前引④,第358—359页。

⑥ 冯友兰:《中国哲学简史》,北京大学出版社1998年重印第二版,第89页。

⑦ 分见《论语》之《阳货》、《里仁》。

是,而不可与入尧舜之道,故曰‘德之贼也。孔子曰:恶似而非者……恶乡原,恐其乱德也。顾炎武说:“老氏之学所以异乎孔子者,和其光,同其尘,此所谓似是而非也。”^{④6}

刚健中正反映在司法上就是“无偏无颇”的中道思想。杨向奎先生说:“无偏无颇就是王道正直。在《吕刑》,也屡次述说在刑狱中要实行中道,如‘惟良折狱,罔非在中……中道也就是儒家的经典著作《中庸》。《中庸》的涵义,不是圆滑、庸俗,绝对不是乡原,它是‘刚健中正’……《易经·讼卦》更是如此,如云:‘讼有孚窒,惕中吉,刚来而得中也。终凶;讼不可成也。利见大人;尚中正也。也是要求在刑狱中判断中正,在《九五》爻,有云:‘讼,元吉。彖曰:‘讼元吉,以中正也。孔子也说:‘刑罚不中,则民无所措手足也。’^{④7}他又指出:“准夫是司法官,古代司法讲中正,所以要准。……司法要求中正,而刚健中正是儒家传统的道德内容……”^{④8}

显然,依据儒家刚健中正的道德哲学,是绝对不会生出这种不问是非、不辨曲直的“息讼”观的。

与儒家不同,道家对是非、善恶常持相对主义的态度。《老子》云:“天下皆知美之为美,斯恶已。皆知善之为善,斯不善已。”《庄子·齐物论》云:“物无非彼,物无非是。自彼则不见,自知则知之。故曰:彼出于是,是亦因彼。彼是,方生之说也。虽然,方生方死,方死方生;方可方不可,方不可方可;因是因非,因非因是。是以圣人不由,而照之于天,亦因是也。是亦彼也,彼亦是也。彼亦一是非,此亦一是非。果且有彼是乎哉?果且无彼是乎哉?彼是莫得其偶,谓之道枢。枢始得其环中,以应无穷。是亦一无穷,非亦一无穷也。故曰:莫若以明。”

举例说来,在如何“报怨”的问题上,儒道两家便截然对立。《论语·宪问》:“或曰:‘以德报怨,何如?子曰:‘何以报德?以直报怨,以德报德。’”一般认为,“以德报怨”是道家的观点,《老子》六十三章:“为无为,事无事,味无味。大小多少,报怨以德。孔子“深不谓然”。《礼记·表記》云:“子曰:‘以德报德,则民有所劝;以怨报怨,则民有所惩。’《诗》曰:‘无言不讎,无德不报。’《大甲》曰:‘民非后无能胥以宁,后非民无以辟四方。子曰:‘以德报怨,则宽身之仁也;以怨报德,则刑戮之民也。’郑玄注:“宽犹爱也,爱身以息怨,非礼之正也。”^{④9}有学者说,这也可视为是对《老子》的批评。^{⑤0}

清代司法体制对待“民词”的方针,似乎就是这种“爱身以息怨”的态度。由此看来,清代地方官府对民事纠纷经常采用的那种不辨是非曲直,各打五十大板,含糊其辞,大事化小、小事化了了的息讼方式应是渊源于道家思想而非儒家思想。

此外,“未能信”三字还体现了作者“不是过”的精神,书中多次谈到自己办案中的错误,毫无掩饰。

前述南昌僧俗互争山地案即是一例。又其如在余干县任知县时,查夜捕役查到一人,睡在铺门柜台,“身有银一大包,书信一封,钱七百文”,自称是某船户水手,受托由省城带信、银送往府城的。五纬令此人先“在铺食宿等候”,退还钱三百文;一面令人前往船户查核并通知银主。次早饭铺来告,此人半夜逃走,查询船户知其人竟是窃贼。五纬自责说:“余谓不禁、滥禁均属违例,与其失于滥禁,宁可失于不禁。此皆介乎疑似之狱,为有狱官之必当慎者也。此案既经关提银主,查传船户,岂非介乎疑似之办法耶?当捕役拿案禀审之时,押之当也,果在押疏虞而逃,是为应禁不禁,或取的保而逃,亦可谓应禁不禁。今将待质之犯交于不能约束之人,置于不能防范之地,是为疏纵,不仅不禁之失也。虽脏获银领,于考成毫无窒碍,究竟上不可以对上宪,下不可以对下人。故处事有获重咎而问心无愧者,有被恶詈而对人无惭者,有名不称寔而自揣悚惶者,有人不加责而心终不安者。此即余心终不安之事也。”^{⑤1}

儒家历来主张改过迁善。《论语》中有许多相关的言论。《学而》篇载孔子语“过则勿惮改”。又《雍也》篇载孔子称赞弟子颜渊的优点是:“不迁怒,不贰过。”《述而》:“子曰:‘德之不修,学之不讲,闻义不能徙,不善不能改,是吾忧也。’”《卫灵公》:“子曰:‘过而不改,是谓过矣。’”《子张》:“小人之过也,

^{④6} (清)顾炎武:《日知录集释》卷十三《乡原》,黄汝成集释、秦克诚点校,岳麓书社1996年版,第486页。

^{④7} 见氏著:《易经中的哲学与儒家的改造》,载《杨向奎学术文选》,人民出版社2000年版,第7—8页。

^{④8} 见氏著:《西周金文断代研究中的若干问题》,载《杨向奎学术文选》,人民出版社2000年版,第111页。

^{④9} 《礼记正义》卷五十四,见《十三经注疏》,第1639页。

^{⑤0} 参见李学勤:《老子》的年代》,载李学勤主编:《李学勤学术文化随笔》,中国青年出版社1999年版,第109—110页。

^{⑤1} 卷二,页42—43。

必文。”《孟子》中也有许多类似的言论,如《公孙丑上》:“孟子曰:‘子路,人告之以有过,则喜。’”《公孙丑下》篇载陈贾问孟子:“然则圣人且有与?孟子答道:“……且古之君子,过则改之;今之君子,过则顺之。古之君子,其过也,如日月之食,民皆见之;及其更也,民皆仰之。今之君子,岂徒顺之,又从为之辞。”《告子下》篇也载孟子语:“人恒过,然后能改;困于心,衡于虑,而后作;征于色,发于声,而后喻。”

可见,儒家承认任何人都可能发生过错,即便是圣人也不例外。但是儒家要求人们在认识到错误后必须予以改正,不能坚持错误。应当说,儒家对待“过”或错误的这种态度是实现司法公正的一个必要条件。必须看到,无论何人,无论多么先进、多么高明的司法体制都无法绝对避免错判和冤案,现代各国之所以普遍建立起审级制度、国家赔偿制度,中国还设有审判监督制度,显然就是以承认司法审判可能发生错误为逻辑前提的。如果采取绝对的“官无悔判”原则,司法公正就很难实现了。

四、儒家思想对地方官行使社会公益职能之影响

贯穿《未能信录》的另一思想主线是“勤求民隐”。五纬说:“堂额多有以‘勤求民隐,天鉴在兹’二语大书高悬,是为万世亲民社者之箴规,可为天下玩民瘼者之棒喝。体会古人语意,民隐者即吾赤子莫白之衷曲也,非求不能知,非勤求不能备知。故曰‘勤求民隐’,不书‘民隐勤求’。又云‘勤以补拙’,皆首先重勤。盖人事要勤,职分要勤。从未闻有不敬而能废寝忘食,身体力行,知惧天鉴者也。”^②

张五纬说这番话倒不是自我标榜。从《未能信录》所收各案来看,五纬无论是听讼断案还是办理其他公务,确实都体现出了他的“勤”。其中最典型的当属他在袁州府任内办理的严禁溺女案。

乾隆五十八年(1793年)夏,五纬获授袁州知府,因“客案羁留”,一时未能就任,但已查悉该府属三县溺女恶俗:“江西溺女之风惟袁属宜春、万载、萍乡三县为盛,且无分贫富焉。每思救援,未能如愿。”是年八月,五纬请假回任,以便“清理本属积件讼案”,途次舟中,便开始苦思冥想,试图找到一个“急救永保之法”。五纬认为,女婴初生,与母亲尚未建立起深厚的感情,再加上贫困就很容易溺女或弃婴。富人可以用道理感化,穷人却不能仅靠威势压服,必须“急济其贫”,“以利动之”,让母女有足够的时间培养起感情,女婴的性命就可以得到保全了。五纬考虑建立一笔基金,向生女贫困之家提供资助。但资助金不能一次发放完毕,否则贪利之家很可能得银后仍复溺女,所以必须“匀其利使有所贪图”。五纬最初设计的办法是分三次发放:第一次是初生具报、第二次是满月,第三次是六个月时复验。(后来定拟章程改为满月、半年、周岁三次送验给银)贫户每生女一口先后总计给银三两。凡前来具报领银者,还根据路途远近发给往返盘费。为防止已领银之贫户再来冒报,五纬还想出了给女婴穿耳作为记号的办法。但是婴儿穿耳后如果本家抱归去线,待线孔愈合后再抱来领银,便无法辨识标记了。为此难题,五纬连日苦思,终不得其法。后来还是他的幕友想出了一个办法,即将线浸墨穿耳,纵使去线,仍留黑点可辨。技术上的难题解决了,济贫之资从何而出又令五纬百般为难。而且济贫资金必须数额充足,可以置成“良田美产”,使其成为“每年生息敷用之资本”,方“可冀久远生全”。五纬意识到,这笔巨额资金只能向富户集资,但要向富户集资又何尝不是件易事呢。五纬一时无计可施,只有到任后相机行事。到任次日,恰好有城乡绅士十余人前来谒见,请五纬出面倡率集资筑桥。五纬初闻时,“意兴索然,深有顾此失彼之虑”。转念一想,修桥“不过一千四百余金,尚可为力”,且正可借此机会博得士绅的信任,于是满口应承下来,并明确表示由自己一人出资,以便速成。五纬雷厉风行,第三日便开始兴工祭神,发银购料。且于到任十日内“连颁劝戒示谕,审理各属讼狱,舆论颇称公允,民情意似悦服”。五纬见“有机可乘,随于各绅士谒谢之便”提出了集资济贫、杜绝溺女陋俗的建议,得到士绅们的积极响应。两个月之内,三县便集得大量资金,购置田产,由各绅士公举首事,经理租息银钱出入,不许官役干预。萍乡县因捐有宽大空房一所,地方士民欲设育婴堂,男女婴孩皆予收养。五纬亲为拟定各项章程。《未能信录》全书不过四卷,其卷四所收,即全是办理济贫救溺的各项章程条规。其详尽、缜密,可行性之高,纵以今人眼光观之,也不能不为之叹服。五纬对自己的这项政绩显然也极感自豪,他曾写道:“计到郡不两月,

^② 卷三,页21。

而三善告成,然后知心诚求之,天必从之耳!^{⑤3}

读到这段文字,可以感受到作者踌躇满志、欢欣自得之情,读者也不能不为之动容。然而,掩卷深思,却又不能不顿生慨叹。溺女之俗,先秦已然。^{⑤4}两千年来,专制王朝文治武功之盛,南修运河,北筑长城,焚书剃发,无所不能,何以连区区溺女小事却始终不能禁绝呢?若云官府不知溺女之害,无意查禁,那倒不是实情。此点我将在下面讲到。五纬抵任之前,江西巡抚下发之《劝戒溺女条约》早已传示各府县,《未能信录》卷四即有收载,读之也是苦口良言,但结果却总是“言之谆谆,听者藐藐”。若谓查禁溺女,重违民俗,难以实行,那如何解释五纬到任不过两月,实心举办便立见功效呢?由五纬的具体事例可知,只要政府制定之章法可行且认真加以落实,查禁溺女恶俗并非太大难事。因此,我们不妨在此得出结论说,两千年来,溺女之风屡禁不止的根本原因还在于政府和制度本身。

以宜春、万载两县为例,平均一县救溺所需,不过三千两之谱,耗银并不甚巨。乃五纬身为一方长吏,掌管地方钱粮税收,却不得为此社会公益事业动支公帑一文,只能向民间募集资金。足见清代官府查禁溺女,不过是口惠而实不至,仍停留在舆论导向阶段,纸上谈兵而已,缺少切实的财政支持。再者,从五纬的叙述看,给人的感觉似乎他的桩桩举措并非基于职务的行为而主要系出于个人对公益的热心。从官方的制度上说,虽不无笼统的精神鼓励,但却没有明确、具体和强制性、规范化的要求。同样,五纬将举办济贫救溺各项措施禀报江西巡抚及布政使后,二官虽“俯如所请”,且“各捐廉银”赞助,但抚、藩二官的支持,似乎也主要是代表个人的行为,是出于道义上的同情,却并未纳入到地方政府的日常公务之中。

有学者指出,有关溺女问题,清代官员一早即已注意到,顺治十六年(1659年)左都御史魏裔介曾上书指出福建、江南、江西等地溺女之风甚炽,请求皇帝下令禁止,顺治帝也“立刻下了一道没有说明刑罚的禁溺令”。其后的1673年,康熙帝又再下禁溺女令,但无多大回应。雍正二年(1724年)五月,胤祜发布谕令,鼓励各地设立包括育婴堂在内的慈善组织,这道上谕“推动了整个18世纪都市善堂普遍的建立,其中以育婴堂最为瞩目”。^{⑤5}不过这位学者又指出:“1724年诏令的象征意义大于实际意义。雍正并没有因而进一步制定具体的政策来推行地方善政。在雍正皇帝看来,育婴之类慈善公益事业不过“妇人之仁”、“道婆之政”,并非“急务”,“因此自雍正开始,清中央画定社会福利是地方的责任,并非官方的责任。官方只是从旁鼓励,不直接管理。终清一代,中央并没有策划长期性的社会福利政策,这是清政府与宋政府基本不同之处。宋代政府将福利政策列为重要政策之一,而清政府则将福利视为次等事务,将它归为地方社会之责任。”^{⑤6}

由此说来,五纬所“勤”的范围并非官方的“急务”,且已超出了自己的职分。按照家天下的政治伦理和职业守则,只要效忠皇帝、服从上司,也就算是尽到了职责。

但是儒家的政治伦理不同于官场伦理。儒家是抱着“得位行道”的理想而出仕的,出仕只是“行道”的手段。所以有学者说:“在儒家思想内,有一超越君主之上的伦理判准,即‘道’;因此,儒者的出仕实际上已超越春秋战国时代的私臣传统或模式。故孔子、孟子对‘忠’的观点,都是从普遍性的道德意义立论,而较少注意其特定的政治意义。”^{⑤7}易言之,儒家效忠的对象是作为天下国家主体的“民”而不是“君”,甚至也不是某个特定的政权。

张五纬鼓吹的“勤求民隐”同样也是从普遍性的道德意义上立论,并非只是为特定的政权利益服务。五纬在其另一部著作——《风行录》——中曾经谈到自己对做人和做官的看法。他说:“先要论此心之安否,勿计上司之喜怒;继论此事之应否,勿惧同寅之笑骂。官是皇上家的,这才叫做个官;我是父母生的,方可叫做个人。能做人,断无不会做官;能作好人断无不会做好官。好官有时不能做,命也;好人终身必要做,理也。可知做官有已时,做人无了愿也。”^{⑤8}在同书所载另一封书信中他又说:“能到大

^{⑤3} 卷三,页28。

^{⑤4} 参见《韩非子·六反》:“且父母之于子也,产男则相贺,产女则杀之。”

^{⑤5} 梁其姿:《施善与教化:明清的慈善组织》,联经出版事业公司1997年版,第97—98页。

^{⑤6} 前引^{⑤3},第98、99页。

^{⑤7} 刘纪曜:《公与私——忠的伦理内涵》,载刘岱总主编:《天道与人道》,三联书店1992年版,第188页。

^{⑤8} 《风行录续集》卷一《与耕余复论案书》。

官,自然必要做成大事,才算尽职官之能。大与否有命存焉,然宁可能做大官而不能到其位,切不可已到
大官而不能做其事。^{⑤9}在《未能信录》中五纬也说过:“做人居官首重敬事,次及敬人。敬事者尽人事、
尽官职也。人事者不必皆是官事,有职者不可不知人事。人事即世间之事,必能知世事,而后能知处事、
审事、断事,不敢慢事之为敬也。”^{⑥0}

概括说来,五纬的意思无非是说:要做好官,先要做好人;做官本身不是目的,目的是做事。这种观
点正来自儒家思想。《大学》说:“自天子以至于庶人,一是皆以修身为本。其本乱而未治者否矣。梁启
超说:“儒家一切学问,专以‘研究人之所以为人者’为范围……质言之,则儒家舍人生哲学外无学问,舍
人格主义外无人生哲学也……而儒家政论之全部,皆以其人生哲学为出发点。”^{⑥1}

能做好人,养成高尚的品格,这是儒家学说的最基本要求。但这并不意味着儒家只是要个人提高一
己的修养,儒家提倡的是人们在提高自己的同时还应推己及人,兼善济众。《论语·雍也》载:“子贡曰:
‘如有博施于民而能济众,何如?可谓仁乎?子曰:‘何事于仁,必也圣乎!尧、舜其犹病诸!夫仁者,己
欲立而立人;己欲达而达人。’又《宪问》载:“子路问君子。子曰:‘修己以敬。曰:‘如斯而已乎?曰:
‘修己以安人。曰:‘如斯而已乎?曰:‘修己以安百姓。修己以安百姓,尧、舜其犹病诸。’”《孟子·尽
心上》也谓:“得志,泽加于民;不得志,修身见于世。穷则独善其身,达则兼善天下。”

张五纬作为地方长吏,虽难以做到“兼善天下”,毕竟可以“善及一方”,修己以安一方之百姓。从
《未能信录》记录的五纬言行看,他鼓吹的“勤求民隐”,其目标正在于此。

据此似可断言,五纬热心公益的动力并非来自正规体制或官方意识形态的推促,而是源于儒家思想
的长期浸润。

还有一点应当指出,五纬坚持济贫救溺必须由地方士绅自我管理,官府只是协助,并不直接介入,其
用意何在呢?前述清政府对待公益慈善事业的态度应是一个原因。是否还有其他原因呢?

晚清戊戌维新时期黄遵宪在长沙创办保卫局,亦强调官绅合办,且尤重绅民自立。^{⑥2}这二者的不谋
而合说明了什么呢?是否也是出于对单纯由官僚体制照应社会公益事业的不信任,因此便要借重民力,
以便促成官民二元化的社会稳定格局呢?由于五纬对此语焉不详,笔者只能做此推测,难以遽下定论。

五、结 论

《左传·襄公二十五年》记载了晏子的一段言行:“晏子立于崔氏之门外,其人曰:‘死乎?曰:‘独
吾君也乎哉,吾死也?曰:‘行乎?曰:‘吾罪也乎哉,吾亡也?曰:‘归乎?曰:‘君死,安归?君民者,岂
以陵民?社稷是主。臣君者,岂为其口实,社稷是养。故君为社稷死,则死之;为社稷亡,则亡之。若为
己死,而为己亡,非其私昵,谁敢任之?……’”

杜预注谓:“言君不徒居民上,臣不徒求禄,皆为社稷。”^{⑥3}所谓“社稷”,用现时的话说,就是国家或
国家这个共同体。所谓“私昵”指的是国君的私臣,其身份大抵相当于君主的私人仆役。《左传》的这段
记载实际上道出了近代以来西方政治学和政府理论上的一个重大问题,即国家、政府和社会的区别以及
政府功能的“两分法”,^{⑥4}同时也道出了国家公务员的实质。

晏子的那段话表明,早在先秦时代,中国人已经对君主的个人利益和国家利益有了明确的区分:君
主不同于社稷或国家,君主只是社稷的代理人或代表;臣民也不同于私昵或私臣,其效忠的对象是社稷
而非君主个人。到了明清之际,顾炎武又指出了“亡国”与“亡天下”之别:“易姓改号,谓之亡国”;“率

^{⑤9} 《风行录续集》卷一《与耕余论居官书》。按:“宁可能做大官而不能到其位”一句疑当为“宁可能做大事而不能到其位”。

^{⑥0} 卷三《居官首重敬事》,页20。

^{⑥1} 见氏著:《儒家思想》,载罗联添编:《国学论文精选》,台北幼狮文化事业公司1987年版,第55、56页。

^{⑥2} 参见韩延龙、苏亦工等:《中国近代警察史》,社会科学文献出版社2000年版,第21—23页。

^{⑥3} 《春秋左传正义》卷三十六,见《十三经注疏》,第1983页。

^{⑥4} 关于国家与政府的区别及“两分法”可参见澎湃:《政府角色论》,中国社会科学出版社2002年版,第23—25页、第35页;关于国家
与社会的二元化及政府的权力和功能可参见同书第59—60页。

兽食人,人将相食,谓之亡天下。^⑤他所说的“国”,实即我们今天所说的“政权”(state)或政府(government);他所说的“天下”,即我们今天所说的国家(nation, country),有时亦相当于今天所说的社会共同体(society, community)。古人将“亡国”与“亡天下”区分开来的用意,大体上即与我们今天试图将执政党利益、各个特定政权或政府利益与国家整体利益、全民族利益或社会公共利益区分开来的用意相当。

罗素说:“君主政体有一个严重的缺点,那就是通常不关心臣民的利益,除非和国王的利益一致。^⑥的确,在家天下王朝统治之下,各个王朝追求的至高利益是维系其政权自身的存续。秦始皇在灭六国以后宣布:“朕为始皇帝。后世以计数,二世三世至于万世,传之无穷。^⑦晚清朝廷制定的《钦定宪法大纲》也开宗明义地规定:“大清皇帝统治大清帝国,万世一系,永永尊戴。”

君主政体下之所谓官吏,就其本质而言,实为皇帝之私仆;与现代民主政体下的公务员悬隔天壤。在清代,皇帝与旗籍官员的关系公开挑明了就是主仆,旗员奏事许多情形下须自称“奴才”。^⑧汉官虽不必自称“奴才”,实际的情形是想作“奴才”尚不够格,只好降格作“奴才”的奴才了。《未能录》的作者张五纬其实就处于这种“奴才的奴才”的地位。然而从作者的言行看,显然他并不甘守“奴才”或“奴才的奴才”的本分,还是想以天下为己任。像张五纬这样的官员在清代虽然不止他一个,但又会有多大的普遍性和影响力呢?

看来,没有一个公共化的政府,没有制度化的动力,单靠个人的道德品质和思想情操,要想实现司法公正和社会公益终究不过是蚍蜉撼树,只能知其不可为而为之罢了。

武昌首义,国家易号共和。然而政府的偏私本性却是根深蒂固,难于清除,不仅制度化的硬性动力未曾建立起来,儒家思想的软动力也被扫入了历史的垃圾堆。由是劫难频仍,了无止境。

依本文所见,中国传统文化资源中真正堪与西方制度之公正及公益精神相呼应者,惟孔孟之道莫属。因此,必先恢复对中国传统文化之自信,制度变革方始有成功之望。

The Motivation for Justice and Public Welfare: The Influence of Confucianism upon Local Government Officials' Exercise of Public Function in Ch'ing Dynasty based on Wei Neng Xin Lu

SU Yi - gong

Abstract: Since the establishment of monarchy system in Qin and Han dynasties, the roles of government officials vacillated between public functionary and private servants frequently. The two different functionaries conflicted between each other while sometimes coincided. As evidence, this paper have included many judicial and governmental case records which Zhangwuwei have transacted in Jiangxi Province, to discuss how the local government officials in Qing dynasty managed to reconciled their two roles. Looking at the records of Zhangwuwei's case examples, with other materials as reference, the paper suggested that although those officials were quite different in their personal qualities which caused the difference in their agent to the execution of public functioning, Zhangwuwei's fundamental thinking—to exert himself in seeking judicial justice and promoting the cause of the public good—was originated from the theory of Confucianism education instead of Qing dynasty's bureaucratic system itself.

Key words: Zhangwuwei; Confucianism; impartial trial; Social Welfare; Local government

⑤ 《旧唐书·高祖本纪》卷十三《正始》,第 471 页。

⑥ 英 伯特兰·罗素:《权力论:新社会分析》,商务印书馆 1991 年版,第 131 页。

⑦ 《史记·秦始皇本纪》。

⑧ 清 徐珂:《清稗类钞》(第 5 册),中华书局 1995 年版,第 2171 页。“奴才”条称:“满洲大臣奏事,向有称臣或奴才者。乾隆戊子下谕:‘嗣后颁行公事折奏称臣,请安谢恩寻常折奏仍称奴才。所以存满洲旧俗也。乃久之,满臣奏折无论公事私事,俱称奴才,以为媚矣。……然不独满洲也,蒙古汉军亦同此称,惟与汉人会衔之章奏,则一律称臣。汉人之为提督总兵者,称奴才,虽与督抚会衔,而称奴才如故,不能与督抚一律称臣也。’”