

理性地对待“侠”:基于救济视角的再解读

李 玲

(重庆社会科学院,重庆市 400020)

摘 要:从权利救济的视角言,侠的历史在场与公力救济自身的缺陷是紧密相连的。在传统社会,公力救济信任机制的危机以及成本的高昂,为侠的在场提供了空间。当然,侠的历史退场,与侠的滥觞是有关联的,但侠的滥觞并不意味着侠所代表的私力救济机制的退场,应该理性地对待侠,在体制内对侠进行改造,从而为公力救济提供更有有效的补充。

关键词:中国侠文化;公力救济;私力救济;心理基础;经济基础

中图分类号:D924.36;G112 **文献标识码:**A **文章编号:**1673-9841(2010)04-0036-05

侠不只是传说,他们曾真真切切地作为一个历史存在物而一度辉煌,但随着社会的变迁,侠已经退出了历史舞台。不能否认的是,侠义所凝结的历史记忆已经深入国人心中,成为“感情的中国结”当中不可或缺的一环。当经历忧患的无序世界,人们呼唤“侠”的出场;当面对太平盛世,对“侠”则质疑不断。这种对“侠”的判断和认知,基本上是停留在感性理解基础上的,在感性层面,“侠”承载了社会过多的期待和不公。“侠”无法承受如此之重,从中国传统国家与社会二元分离的政治格局的制度视角,以及国人“无讼”文化追求的文化视角,为“侠”的存在提供了足够的场所,因此,“‘侠’在本质上是正义的私力救济符号”^[1]。私力救济是与公力救济相对的一个范畴。公力救济之“公”与“国家”和“国家之强制力”相对应,国家产生之前私力救济为常态,但私力救济的不确定性甚至某种程度上的暴力性或破坏性,有可能危及到国家存在的根基,基于国家管理的需要,以国家权力为后盾的公力救济开始对私力救济进行限制。“侠”自《汉书》之后不再活跃于正史中,在公权力的打压和自身的堕落下逐步退出历史舞台。从救济视角言,侠所代表的私力救济与公力救济形成了一种纠结。笔者曾基于自由维度对侠与法亦即私力救济与公力救济之间的契合与分歧进行考察^[2],本文再从权利救济的视角,从心理基础与经济基础两个方面入手,对两种

救济体制进行分析,希望对“侠”的认知回归理性。

一、对公力救济体制的心理排斥是侠存在的心理基础

从心理学角度言,人类生活以基本信任为前提。中国传统社会秩序也一直强调“信”这个要素。在法律实践中,“对审判的信任”这一要素,则是作为影响人们最终是否会选择法院审判即通过诉讼的方式来解决纠纷、实现权利救济的一个重要因素。在面临某种较为复杂的纠纷时,人们是选择中途放弃、选择诉讼的方式,还是选择诉讼以外的方式来解决纠纷,牵涉到种种因素。除了纠纷的性质、当事者之间的关系、利益的大小、是否存在替代性纠纷解决方式之外,人们如何认识纠纷以及如何看待审判,在最终是否利用审判的决定上,起到了相当的作用,因此,“对审判的信任”就成为影响人们选择权利救济方式的重要因素之一。“对审判的信任”指向的是公力救济的选择,在一个国家,提供公力救济的依据是国家的法律,而国家的法律依靠审判来完成。在中国古代社会,尤其是“侠”存在的历史时期,人们尤其是下层人民对公力救济或者说对审判是不信任的,那时国家的法律也是建立在“有罪推定”的基本逻辑之上,缺乏信任基础。

春秋之前,有法而无典,统治者用于震慑社会的是秘密刑,统治者用刑而不让民知,这是其保持

* 收稿日期:2010-03-09

作者简介:李玲(1982-),女,重庆江津人,重庆社会科学院,助理研究员,主要研究中国现当代文学和文化产业。

权威的一种手段；春秋以后，始有法而有典，郑子产铸刑书、晋赵鞅铸刑鼎，从子产开始打破法律秘密主义。但这种打破是备受争议的，贵族叔向对铸刑书曾有批评，孔子对晋国铸刑鼎也持批判态度，从铸刑书、铸刑鼎所引起的争论以及贵族的态度，可以看出统治阶级与下层人民之间缺乏足够的信任机制。

在法典的内容上，传统司法奉行重刑主义，“禁奸止过，莫若重刑”，基本上是以重罚为主，李悝的《法经》明确规定了轻罪重刑的原则，商鞅变法延续了这一原则，重刑原则目的是使老百姓惧怕刑法而不去违法犯罪，但重刑也使得老百姓对法律尤其是轻罪重刑产生回避之念。另外，“在中国几千年的旧司法传统中，……凡是被抓到公堂之上的人，无论是官还是民，我们都已先天地把他看作是一个有罪的人”^[3]。其实，在古代法律上，不仅仅是把被告假设为罪人，就是原告、证人等也均被看做罪人，在法律审判中缺失了基本的互信。从商鞅开始，法律上出现了“鼓励告奸”，实行连坐，就是五家为伍，十家为什，互相告发，同罪连坐，告发“奸人”与斩敌同赏，不告发的腰斩。一家藏“奸”，什、伍同罪连坐。客舍收留无官府凭证的旅客住宿，主人与“奸人”同罪。相互告密的出现，尤其是这种统治者试图打破中国传统的亲亲相隐匿原则的规定，就打破了中国固有的信任机制，导致无可信之人，人人自危，对法律的信任感更是降低到了极点。所以，尽管法家一再宣扬“信赏必罚”，儒家宣扬“无信不立”、“言必信、行必果”，但这些针对的是树立主权者的威信以及对下层社会的教化，而不是建立相互间的信任和沟通，即忽视了社会平面关系里的人际互信，导致社会信任共同体无从构建，只存在局部特殊信任，缺乏整体普遍信任，就是在贵族社会，相互的信任也是建立在“人质”基础之上的连带保证。当这种方式用于国家统治而演化成结保连坐、相互检举揭发的局面时，出现了以信去信的讽刺性后果。虽然“礼法双行”的宗旨是把法律与关系主义的信任结合起来，但始终停留在为政者借用民间信任资源来巩固权力基础的层面上，既没有采取有效的制度化手段对信任进行充分的保护，也没有把信任机制导入法律体系内部。

从司法体制看，由于人们在社会中的地位是不平等的，形成了中国特有的等级差序格局，传统司法体制正是建立在“亲亲尊尊”、“君君、臣臣、父父、子子”伦理秩序之上，在这样的司法体制中，由于行政权和司法权结合在一起，在地方是“县官”、“州

官”这种所谓“父母官”兼理，“父母官”的称谓从本质上就是隔离了与百姓的信任界限，“只许州官放火，不许百姓点灯”更是形象地指出了本应作为中立者的管理者，成了高高在上的特权阶层，决定了他们对“子民”的审判从一开始就被定位为家长族长对不肖子孙的惩戒。所谓“刑罚不可弛于国，犹鞭扑不可废于家”，法律被定位为家长的手杖或鞭子。小民诉讼，一开始就自动定位为“请老爷为小的做主”。在审判程序中，不管原告还是被告、证人，都是跪着听讯，视同子辈，均称法官为“青天父母”，法官则动辄斥当事人为“贼子”、“逆子”。在审讯中，以刑讯逼供为基本手段，在古代，口供被视为刑事案件最重要的证据，口供的获取往往就是建立在对嫌疑人采用肉刑、变相肉刑或精神折磨等手段逼取的。中国有“断罪必取输服供词”和“无供不录案”的说法，犯人不签字画押，案件就无法了结，所以动辄“大刑伺候”。这种“家长式”的审判方式，以及大刑断案的思维就是建立在对人的不信任基础之上的。

从以上可以看出，在中国古代社会，公力救济制度的建立从根本上是建立在不信任基础上的，这也无怪乎老百姓在遇到权利受侵害时，所选的机制往往首先是私力救济。

私力救济作为一种解决纠纷的制度，有利于实现各方尤其是弱方权益的最大化，从而被普遍接受。强势群体和弱势群体是一种相对的划分，甲群体与乙群体相比可能属于强势群体，而与丙群体相比，甲又可能会是强势群体。侠客相对于大多数人来说，他们通过自己的努力提升自己的能力，通过武力奠定自己的社会地位，从社会生存能力来讲，他们属于强势群体，但他们为什么会“舍生取义”，代表弱势群体去挑战强权者的权力甚至是法律的权威呢？仅仅简单的个人英雄主义是难以支撑如此持久的“侠客梦”的，社会因人的行为活动而得以延续，社会中人的行为是互动的，互动有上下的沟通，有地位平等的对话，在古代社会缺乏上下沟通的互信机制，这就为地位对等的“侠”与下层人民的互信机制建立提供了机会，尽管“侠”因尚武而与普通百姓有所差异，但互信机制的建立不在于武，而在于“信”。司马迁在《游侠列传》中指出：“今游侠，其行虽不轨于正义，然其言必信，其行必果，已诺必诚，不爱其躯，赴士之厄困。”这种为“信”而舍己的行为立时会消除下层人民的顾虑。另外，“侠”的出身也和下层人民产生了信任的“共鸣”基础，当然，这些只是奠定了“侠”与下层人民互信机制的基础，

也是因“信任”奠定了“侠”之被尊重并获得良好名声地位的基础。

强势群体强加在弱势群体上的损害行为,表面上好像只是损害了受害人个人的利益,实质上则不仅仅损害了个人的利益,还有公共秩序背后国家的权威利益,除此之外,还有一些道德高尚或崇尚道义人群的道德利益,“侠”以正义为基本的道德底线,汉末荀悦在《汉纪》中说:“游侠之本,生于武毅不挠,久要不忘平生之言,见危授命,以救时难而济同类,以正行之者谓之武毅,其失之甚者至于为盗贼也。”这就强调了侠之为侠,须“以正行之”。唐人李德裕在《豪侠论》中也写道:“夫侠者,盖非常之人也,虽以然诺许人,必以气节为本。义非侠不立,侠非义不成。”这就是说,气节和道义是侠之所以为侠的根本,是侠的“正义性”所在。那些对他人的损害行为超越了其道德或道义的底线,侵犯了其“道德生命体”,他们可以对他人的利益置之不顾,但不能在自己的道德受到践踏时放任不管,那样无疑是“道德上的自杀”,这也是剑侠不计成本,甚至不惜以生命为代价,在“路见不平”时“拔刀相助”,“萍水相逢”却为他人“两肋插刀”的原因之一吧。一个社会之中,尤其是在中国古代的农耕社会里,相对掌握权力的统治阶级来说,农民作为弱势群体占有很大的比重,在公权力难以深入的农村社会,私力救济就成为农民这个弱势群体首要考虑的解决纠纷和取得救济的方式,这一被普遍人群接受的过程,就是私力救济形成习惯的过程,也就是侠文化深入人心,这也是“侠”被人们选择作为救济机制的根本原因。

二、对公力救济机制成本的考量是侠存在的经济基础

法律的背后是利益,作为公力救济根据的国家法律的出台、施行是以利益为考量的。中国古代法律基本上是代表统治阶级意志的,是为贵族统治服务的,较少考虑到下层民众。这也是地主乡绅等富人阶级在遇到纠纷时,愿意求助于公力救济的根源,一则法律为之服务,二则他们在纠纷双方中属于强者一方,即使不诉求公权力,他们也可以凭借自身之力解决纠纷,并使得结果有利于自身,但他们需要通过公力救济的裁判方式使其败坏道德或违法的行为“合法化”,树立在表面看来是以国家公权力为支撑的威信,以便日后“狐假虎威”、鱼肉百姓并使之敢怒不敢言。不过,他们之所以选择公力救济的原因还远不止这些。首先,他们可以利用自

身的财力优势贿赂政府官员,使公权力为自身所用,从而颠倒黑白、“指鹿为马”;第二,在古代社会,政府官员与当地的地主乡绅有着某种利益关系和人情交际,政府官员为了自身的利益有时也会不由自主地倾向于地主乡绅;最后,在封建社会,统治阶级本身就是代表地主阶级利益的,这是最根本的原因。即使在现代社会,立法过程中多少都会反映出强势群体的意志。因为一部新的法律颁布之后,在其推行过程中必然会触犯或损害一部分人群的利益。法律推行的顺利与否或遇到阻力的大小,很大程度上与利益受损群体自身力量的大小及其反抗力度的强弱有关。而法律能否顺利推行,将影响到立法机关的威信力,为了保持自身的威信力,降低法律推行的社会阻力,立法机关往往会向一些强势群体妥协,或者尽量降低对其群体利益的损害程度,或者在损害其某一方面利益的同时,在另一方面给予其等值甚至更多的利益补偿。

成本对比是当事人选择救济模式的一个重要考虑因素。救济成本在一定程度上,可理解为对权利的救济所需要的交易成本或交易费用,即为维护权利而准备、履行和监督的费用,包括纠纷当事人以及中介机构、国家机构等支付的费用。这里的费用应作广义的理解,不仅包括货币支出,也包括财务损失,还包括其他权利的折抵等。国家公权力的实施和运转需要一定的公职人员,在古代社会,地方官吏的收入除了国家的薪资,更多的收入要依靠自身的资源以维持生计,其中诉讼就占了其收入来源的大部分,所以在运用公权力为权利的损害提供救济时,就必须支付公职人员索贿甚至腐败的费用,虽然这种情况并不是所有的公职人员都会如此,但在古代社会,甚至在现代社会,这种情况还是比较常见的,普通老百姓除了通过税收支付给国家一定的费用之后,在具体诉求于国家机关时,还要支付给官员或办案人员一定的好处费。所以,公力救济的成本构成较为复杂,不仅包括当事人寻求公力救济所付出的成本,还包括公共成本、寻租成本、机会成本等。当事人寻求公力救济的成本如诉讼成本,包括法院收费、代理费、诉讼补助费等,其总额有时甚至超过了诉讼标的额,并且诉讼成本中只有部分可以由侵害方补偿,这就意味着诉讼收益可能为负。公共成本是指公力救济中国家机构的运转成本,即便没有任何救济活动,法官仍需工作,警察仍需执勤,执法机关仍需执法,因此,公力救济有其成本底线。这类成本因在当事人寻求救济时无需当事人直接缴纳,而通常不予考量。但需要注意

的是,公共成本通常是通过政府强制性的税收等途径分配给社会成员,其最终的承担者仍是个人,因而不能不成为我们研究范围内需要考虑的一个因素。寻租行为是指直接通过非生产性活动来寻求利润,如果不出这些费用则可能面临败诉或办不成功的后果,而这些费用对于处于社会底层的弱势群体来说,很有可能超出解决纠纷本身可以取得的利益,即使这些费用低于解决纠纷可以既得的利益,而这笔费用的支付也会使本身经济基础就比较薄弱的弱势群体的物质生活进一步降低,甚至威胁自身的生存,作为现实生活中的理性的人,经过权益大小轻重的比较分析,很少有人再去主动选择公权力作为纠纷的解决途径。

相反,私力救济的成本就包括证据的采集、当事人的交涉、救济的实施等成本,因私人的成本最小化动机而具有良好的经济基础,所以,私力救济的低成本和程序的简单化使得私权力救济在弱势群体当中比公权力更受人们欢迎,私权力救济在行使过程中多数情况是由一个人来行使的,人数相对较少,而且更多地基于侠客自身内心的正义或侠义而为,其目的不是经济利益,所以被救济者不需要支付经济费用,经济基础不会受到额外的损失。如果遇到的是一位出手大方,“视金钱为粪土”的豪侠,还可能会拿出自己的银子接济被救济者,以解决其目前的生存问题。所以,在经济基础决定上层建筑的规律支配下,经济利益是弱势群体选择私力救济最为主要的原因。

另外,公力救济的方式存在一定的缺陷,与私力救济相比,公权力缺乏灵活性,并且具有一定的滞后性,相对来说,私力救济更能够有效地在第一时间预防或阻止违法或犯罪行为,能够使人们的利益损害降到最低,或者是在最短的时间内实现报复甚至复仇,使人们心理得到平衡或安慰,这也是当人们之间发生纠纷时,弱者一方更愿意求助于私力救济的原因之一。

三、理性地对待侠

“侠”作为私力救济的形式,与下层人民有信任之基础,有成本之考量,但并不是说“侠”之存在就无瑕疵。就“侠”的生存土壤来看,“江湖”是其不可或缺的场所,而“江湖中的流民则可能是侠(杀富济贫者)或者是盗与匪(危害一般人生命财产安全)”^[4]。大浪淘沙,滚滚历史长河是优胜劣汰的最佳检验场所,“侠”的退场,与“侠”之滥觞是有着分不开的关系的。

侠,是中国下层社会的产物,是游民阶层的英雄,其社会基础是游民。中国古代是一个人身束缚极强的社会,市民有市籍,农民有田籍,社会中的户口管制极其严格,而“侠”脱离这种束缚,游离于社会结构之外。这种所谓的无拘无束的自由,对社会结构内的成员具有强烈的吸引力,尤其是在“侠”的历史退场后,后人以之为蓝本进行演绎,“侠”对后世的影响极其深远。当然,渴求这种自由,对于文本而言并无过错,但我们还是要指出,脱序的自由或者说正是对自由的差异及追求的不同,是侠与法渐行渐远的历史退场的根源之一。

由于“侠”拥有平民所不具备的“武”,如果不能得到正确使用,就会走向正义的反面,危害社会秩序。如果说《史记》以来的历史和文学作品丰富地表现了侠文化的正义感,但随着历史变迁,侠逐渐由英雄向流氓堕落,由求生存而滑向追求享乐,“百里报仇夜出城,平明还在娼楼醉”,由反对束缚、秩序到捣乱,由好武功而转向施强暴,鲁迅称这种变化为“流氓的变迁”,侠变成了流氓,“义”也就成为虚伪和反动,“力”不过是强暴的工具。这样,侠逐渐走向历史和价值的反面。所以,可能就会有人指出,“侠”作为私力救济的一种方式,由于其脱离于正常的秩序之外,更缺乏监督体系,尽管在一定程度上的确有利于对大众利益进行救济,但它的力量或能量超过一定限度后,由于缺乏有效的监督体系,就会发生本质上的畸变,即在“合理的惯例中产生出不合理的惯例”^[5],而一旦发生制度流变,它对民众利益的侵害将更甚于公权力,大陆内地的黑势力团伙和香港地区的黑帮,都是私力救济的制度流变。事实上,当侠“从‘私剑’到‘私力救济’”,“从‘轻财’到‘皆为财用’”,“侠文化走到这一步,实已成为黑社会性质组织的帮凶了”^[6]。

尽管如此,我们还是要明确地认识到“侠”的异化变迁,并不意味着是侠作为私力救济出现了问题,而是告知我们“侠”这种私力救济机制需要体制内的改造。毕竟中国人的处世文化使人们在遇到不平之事时,首先想到的并非诉诸公权力,正如晚明张潮在《幽梦影》中所说:“胸中小不平,可以酒消之,世间大不平,非剑不能消之。”人们首先想到的最好是有剑侠出来主持正义,对剑侠有一种精神上的期待甚至是依赖,再加上其他各种因素的影响,逐渐形成了中国人的“厌讼”文化(但不是“无讼”,即使在古代社会,县级官府的相当一部分收入是源于断案收取的费用,可见古代诉讼案件还是有一定数量的)。在当代中国,法制和司法体系已经相当

完备,随着城乡基层自治组织(村委会、居委会)的建立以及通过送法下乡,普法宣传,国家权力在城乡基层的控制力进一步加强,剑侠代表的私力救济生存空间越来越小,甚至有人断定,当代的法治中国已经不再需要私力救济。那么,剑侠及其自身的文化应该随着私力救济的非法化而消亡,或者说,剑侠已经消失于社会了,因为已经没有哪个人再会“仗剑走天涯”了。但事实并非如此,仗剑之人确实没有了,但剑之神韵却深驻人心,韩非称侠客虽“以其犯禁也罪之,而多其有勇也”,在他看来,一个人“多勇”未必不可,以武行侠也是勇,其为罪关键是其已“犯禁”,如果一个人在“禁”之内行侠,其行为不仅不能为罪,反而应该提倡。所以,即使在现代社会中,见义勇为在一定意义上就是行侠仗义的行为,国家不仅不禁止,还设立了见义勇为基金,以经济保障的方式鼓励和倡导人们多“行侠仗义”,并通过法律的形式予以肯定和确立,在刑法中规定了“正当防卫”,在自己或他人的正当权益遭受不法分子的非法侵害时,不仅可以正当防卫自身的合法权益,还可以出手相助,防卫他人的正当权益,这就是古代剑侠“路见不平,拔刀相助”的现代阐释,只不过古代剑侠更多地是出于社会道义或侠义,而现代社会则是出于法律规定。当然,也并非事事都可出手相助,什么时候出手还得是法律说了算。法律的规定在一定范围内和程度上给人们留下了“行侠仗义”的空间,不过这个空间是有限的,要受到法律的规制(其实古代剑侠救济的空间也是有限的,只不过与今天受到的限制角度和程度不同,从而古代的行私权力的空间更为广泛一些),要适可而止,否则便可能会“犯禁”,造成法律上的“防卫过当”,进而“罪之”。

所以,在现代社会,国家不是禁止侠义的流传,而是将其限制在法律规定的范围之内,在这个范围之内,国家还提倡和鼓励人们去见义勇为,行侠仗

义。而且,在司法系统无法将所有的纠纷都纳入自己管辖范围之内的前提下,在社会纠纷解决模式多样化的趋势下,私力救济必将成为司法系统纠纷解决机制的一个有机补充,就如影视剧当中的开封府,即使有包青天这样的清官坐阵,拥有狗头铡、虎头铡、龙头铡三大铡刀的国家行政司法权威,仍然需要剑侠意义上的展昭的辅助,才能充分展现铡刀本身作为公力救济象征的意义。

“世界上并没有一个十全十美的制度,一个制度的弱点也许可以用另一个制度来有效补偿。”^[7]过分强调公权力,完全禁止私力救济,在公权力失效的空间,就会使人们丧失对社会的合理期待,使秩序遭受破坏,进而还有可能造成整个社会秩序的崩溃。而过分强调和鼓励私力救济,就会降低公权力在人们心中的威信力。国家权力将会形同虚设,人们甚至会进一步忽视公权力的存在,进而会产生更多的违法犯罪行为。所以,在以公权力救济为主的社会机制前提下,合理改造私力救济机制,发挥中国侠文化优异的精神内涵和人格品质,可以更有效地构建具有中国特色的社会纠纷解决体制。

参考文献:

- [1] 吴安新. 侠:正义的私力救济符号[J]. 西南大学学报(社会科学版),2007(3):39-43.
- [2] 吴安新,李玲. 侠与法的契合与分歧:基于自由维度的审视[J]. 西南大学学报(社会科学版),2009(6):38-41.
- [3] 余定宇. 寻找法律的印迹:从古埃及到美利坚[M]. 北京:法律出版社,2004:203.
- [4] 李玲. 金庸“江湖”:侠道的隐忧——《笑傲江湖》细读[J]. 西南师范大学学报(人文社会科学版),2006(5):33-37.
- [5] 梅因. 古代法[M]. 高敏,瞿慧虹,译. 北京:九州出版社,2007:25.
- [6] 韩云波. 黑社会性质组织犯罪与中国侠文化负面批判[J]. 西南大学学报(社会科学版),2010(2):35-39.
- [7] 苏力. 法治及其本土资源(修订版)[M]. 北京:中国政法大学出版社,2004:350.

责任编辑 韩云波

A Rational View on the “Chivalry” Concept

—An Analysis from the Perspective of Remedy

LI Ling

(Chongqing Academy of Social Sciences, Chongqing 400020, China)

Abstract: From the perspective of right remedy, presentation of chivalry in history is closely linked with the defects of the public remedy. In the traditional society, the confidential crisis and the high cost of the public remedy allowed the presence of “chivalry”. Of course, its exit from the historic setting was closely linked with its overflow. But the exit of “chivalry” does not mean the exit of the public remedy represented by the “chivalry”. We should take a rational view of “chivalry”. We can reform the “chivalry” and make it an effective supplement of the public remedy.

Key words: “chivalry”; public remedy; private Remedy; psychological basis; economic basis