

中國傳統的司法和法學

張偉仁 *

要 目

- 前 言
- 壹、中國傳統的司法和「卡迪司法」
- 貳、法和法理
- 參、天理人情的應用
- 肆、就事論事的必要
- 伍、法學的基本問題和中國的傳統法學
- 陸、法並非單純的理性規則
- 柒、中西法學的異同
- 捌、怎樣看待中國傳統法制和法學

摘 要

近來國內法學界流行著兩個對於中國傳統的批評。其一指責中國傳統司法者不遵循法律和先例，僅僅就事論事，憑天理人情作成判決；其二聲稱中國傳統文化裡幾乎沒有法學可言。二者都與事實不符。第一，中國自秦漢時起，法律已極繁多，在有明文可以適用或有成案可以比照的情形，司法者都樂於遵循，不會自找麻煩另尋判決的依據。如果沒有法律或成案可用，任何法制裡的司法者都該先仔細分析案情

* 哈佛大學法學博士，中央研究院歷史語言研究所研究員。曾任臺灣大學法律系教授、紐約大學環球法學講座教授，哈佛、康乃爾等大學及法國法蘭西學院訪問教授。

** 此文係作者於2006年5月8日在重慶西南政法大學演講的講稿。

（「就事論事」），然後探索法的精義（「天理人情」）而作成一個合乎公平正義的判決；中國傳統司法者的做法並非例外。第二，中國歷代都有許多學者不僅以純理性的觀點和方法對於當代的法律加以注釋、批詳，並且從歷史背景和社會經驗中去深究其淵源、目的、效能，以及法與其它社會規範的關係、法的正當性，法律條文不足時應該如何補救等等法學上的重要問題，留下許多著作，對於這些問題提出了精闢的見解。只因他們的觀點、方法和所用的語言及陳述方式與近人習見的不同，所以被忽略了。

中國傳統法制自成一系，與世界另幾個重要法系併立，各有短長。如要加以檢討，應該先對它作一番整體的、深入的研究；如果想用另一法系的某些規定作為他山之石以改善中國法制，則更須對那些規定甚至整個法系作一番同樣的研究，看清了二者的優劣，慎為取捨，不可以輕易地將中國目前問題一概歸咎於傳統，更不該盲目地仿效他人。

關鍵字：傳統、規範、司法、法學、法理

前 言

2006 年春我應邀到西南政法大學訪問，和一些師生們談起中國傳統的司法和法學，聽到的大多是負面的評述；此外我也閱讀了一些相關的書刊，很多也有類似的論調。其中令我印象最深的一篇文章大意謂：中國傳統的糾紛處理猶如「卡迪司法」，其過程不注重同樣的事情同樣地對待，而就事論事，完全不考慮規則以及依據規則的判決的確定性；將天理人情置於國法之上；天理人情的高度不確定性導致判決者可以翻雲覆雨；人民無法通過這種司法制度伸張正義。除了這種論斷之外，又提到日本滋賀秀三的話，說中國幾乎找不到與國家權力