



清代司法判决确定性研究

——以终局性为核心

胡 震*

目 次

- 一、“判定”与司法确定性
- 二、清代司法判决的确定性
- 三、清末民初司法转型中的判决确定性
- 四、两种时间观下的司法确定性
- 五、结论

摘 要 一些西方学者认为,以清代为代表的中国传统司法与近代西欧“竞技型诉讼”的重要差异在于是否具有“判定”这一诉讼的本质要素。深入考察二者的不同诉讼形态后会发现,清代司法判决并非没有确定性。近代西欧司法强调客观理性,认同判决的相对正确,通过与时间密切相关的期限和审级等程序性规定保证判决的确定性,体现了较多线性时间观色彩。判决因为经由具有“神示”等特点的客观程序得以确定而被认为是正义的,表现为“客观确定性”。清代司法追求案件的客观真实,强调判决符合“情理法”实质正义观并得到当事人主观认同而实现确定,可称为“主观确定性”。受循环时间观影响,清代司法表现出现象化、整体化和永恒化的特点,主张通过个案正义,实现社会关系的和合和有效治理。

关键词 上诉 判决确定性 正义观 时间观 审级

改革开放以来,随着我国经济和社会不断发展,人们权利意识不断增强,诉讼数量不断增加,以终局性为中心的司法确定性问题日渐成为影响中国司法的一个突出问题。面对缠诉、缠访、判而不结、终审不终等问题,有学者甚至发出“两审终审制已名存实亡,司法的终

* 中国农业大学人文与发展学院教授,法学博士。

本文是作者主持的国家社会科学基金后期资助项目“从‘上控’到‘上诉’:中国近代刑事上诉制度转型研究”(18FFX014)的研究成果。



局性已荡然无存，审级制度的主体结构正在被‘例外’和‘补救’程序冲击、剥蚀和瓦解”的声音。⁽¹⁾ 2014年《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中明确提出，要完善审级制度，通过诉访分离等措施解决司法确定性问题，“实现二审终审”。针对此问题，论者从审级设置、司法环境、权力配置等方面进行了广泛的理论研究。⁽²⁾ 实践中，近年来刑事领域中的刑事和解、认罪认罚从宽等一些与中国传统法律文化暗合的制度改革在较大程度上解决了判决不确定性问题，案件服判率得到较大提升，取得了较好的法律和社会效果。⁽³⁾ 上述改革措施的成功经验之一就是从我当前司法实际出发，充分考虑民情，找到一条适合自己的“中国方案”。

如果我们扩大研究视野，会发现判决确定性问题在中国历史上，至少在清代已经存在。⁽⁴⁾ 一些案件在判决作出若干年后，当事人也可能通过不停“翻异”上控，希求改判。⁽⁵⁾ 如何理解和解释这种独特的诉讼现象？学者给出了不同答案。其中，日本著名学者滋贺秀三先生从法律文化角度提出的“判定”观被认为是其中较具解释力的理论。他认为，西欧“竞技型诉讼”中的判决从本质上被认为是“神示”(oracle)。虽然承认绝对的、终极的正确判决的存在，但人类认识能力的有限性决定了特定时空下的判决只能把通过一定最优化程序获得的结论作为真实本身。因此，具有神示意味的判决应该也必须是具有确定性和终局性的。随着历史发展，判决的作出者虽由原始审判中的“神”，逐渐过渡到“以神之名”的裁判官(陪审员)或受国民委托裁判的“法院”，但判决的“神示”这一文化特点却得以保留。⁽⁶⁾ 与此不同，清代司法本质上是一种“教谕式调解”，完全缺少“判定”这一西欧刑事诉讼的本质要素，判决也不具有强制性和确定性。⁽⁷⁾ 滋贺先生上述论述浮现着马克斯·韦伯的影响，某种程度上把中国古代司法置于和欧洲近代司法相对立的“非理性”一极。⁽⁸⁾ 此观点虽然受到黄宗智先生的挑战，但由于对解

(1) 傅郁林 《审级制度的建构原理——从民事程序视角的比较分析》，载《中国社会科学》2002年第4期，第84页。

(2) 参见胡昌明 《“终审不终”现象的成因与消解——确立司法终局性的法律和社会双重路径》，载舒国滢主编《法学方法论论丛》第2卷，中国法制出版社2014年版，第211-224页。

(3) 参见江苏省南京市中级人民法院课题组 《认罪认罚从宽制度的审判实践与思考——以10273例刑事判决为研究样本》，载《人民司法(应用)》2018年第34期，第12-17页。

(4) 参见[日]夫马进编 《中国诉讼社会史研究》，范愉、赵晶等译，浙江大学出版社2019年版，第3-111页。

(5) “康熙三十九年覆准：奸徒包揽词讼，有不由州县，径行奔赴上控者；有已经结案多年，希图翻案者；有污蔑问官、牵告衙役、罗织多人者。此等讼棍应按光棍例定拟，以儆刁风。”《清会典事例》卷819《刑部》，中华书局1991年版。

(6) 极端表现可见于英国在19世纪70年代司法改革之前对于刑事上诉的排斥 [See Ken Whiteway, *The Origins of the English Court of Criminal Appeal*, 33 Canadian Law Library Review 309, 309-312 (2018)]。甚至20世纪80年代著名法律史学者卡内冈仍然慨叹“长久以来对上诉的排斥心理，在某些场合还是若隐若现。”[比]R. C. 范·卡内冈 《法官、立法者与法学教授——欧洲法律史篇》，张敏敏译，北京大学出版社2006年版，第5页。

(7) 参见[日]滋贺秀三 《中国法文化的考察——以诉讼的形态为素材》，王亚新等译，载[日]滋贺秀三等编 《明清时期的民事审判与民间契约》，法律出版社1998年版，第10页。

(8) 参见徐忠明 《清代中国司法类型的再思与重构——以韦伯“卡迪司法”为进路》，载《政法论坛》2019年第2期，第47-69页。

释清代司法裁判“屡断不休”现象具有较强的解释力，得到寺田浩明、欧中坦、於兴中、王亚新、季卫东等中外学者的呼应和认同，在学界引起较大关注。⁽⁹⁾

本文在检讨滋贺先生判定观的基础上，试图提出清代司法虽然缺少西欧以程序保障实现的“客观确定性”，但因为其判决符合“情理法”的实质正义观并得到当事人的主观认同而表现为“主观确定性”。进言之，中、西判决确定性的差异和司法正义观密不可分，且部分可以借助时间观理论得以论证解释。⁽¹⁰⁾ 论文分为四部分：第一部分以滋贺先生的判定观为中心，讨论判定的概念、内涵以及清代中国缺少判定的表现；第二部分讨论支撑判定的两个核心程序因素——上诉期限和审级，及其在清代司法中缺失的根本原因；第三部分以上诉期限和审级两个问题为核心讨论清末民初司法转型期两种判定观的冲突及其融合；第四部分尝试采用时间观理论分析中、西判定观差异背后可能存在的深层次原因；最后是一个简短的结论。

一、“判定”与司法确定性

1974年，滋贺秀三先生在日本著名法学刊物《法学协会杂志》第91卷第8号和第92卷第1号分两期发表长文《清代の司法における判決の性格——判決の確定という觀念の不存在》，系统提出了清代司法不存在“判定”（判决确定性）的观点。⁽¹¹⁾ 1985年发表的《中国法文化的考察——以诉讼的形态为素材》一文从比较法文化角度对此作了进一步阐发。滋贺先生上述论述对于理解以清代为代表的中国传统司法的特质具有十分重要的意义。⁽¹²⁾

滋贺先生认为，从比较法律文化视角而言，判定是西欧诉讼的本质要素和独特产物，对于理解欧洲的诉讼和法至为关键。但是，何谓判定？学者对其理解并不统一。滋贺先生认为判定具有三个特性：第一，判定是基于当事人对立主张而作出的被动判断。第二，判定从本质上讲

(9) 参见[日]寺田浩明《清代民事审判：性质及意义——日美两国学者之间的争论》，载[日]寺田浩明《权利与冤抑：寺田浩明中国法史论集》，王亚新等译，清华大学出版社2012年版，第298-310页；[美]欧中坦《千方百计上京城：清朝的京控》，谢鹏程译，载[美]高道蕴、高鸿钧、贺卫方编《美国学者论中国法律传统》，中国政法大学出版社1994年版；於兴中《非终局性、“青天大人”与超级法官赫尔克里斯——简论传统中国的公正观》，载《杭州师范大学学报（社会科学版）》2012年第5期，第102-107页；王亚新《关于滋贺秀三教授论文的解说》，载同前注(7)，[日]滋贺秀三等编书，第104-105页；季卫东：《法律程序的意义——对中国法制建设的另一种思考》，载季卫东《法治秩序的建构（增补版）》，商务印书馆2014年版，第58-61页。

(10) 从法文化类型的角度，本文所言“西方”主要是指作为清代“父母官型诉讼”对比参照物、强调对抗的西欧“竞技型诉讼”。无论是以英国为代表的对抗式司法，还是意大利、法国等传统纠问式国家，竞技性均是其核心特点之一。具体参见易延友《对抗式刑事诉讼的形成与特色——兼论我国刑事司法中的对抗制改革》，载《清华法学》2010年第2期，第5-25页；陈瑞华《刑事诉讼的私力合作模式——刑事和解在中国的兴起》，载《中国法学》2006年第5期，第15-30页。

(11) 参见[日]滋贺秀三《清代の司法における判決の性格——判決の確定という觀念の不存在》，载《法学协会杂志》91卷8号（1974年），第47-96页及92卷1号（1975年），第1-64页。该文后被收录于[日]滋贺秀三《清代中国の法と裁判》，创文社1984年版。

(12) 滋贺先生的“判定”观一直没有引起国内法史学界的重视，但却受到了诉讼法学者的重视和阐发，并在此基础上提出了中国当代司法中的“判决型”和“调解型”两种审判模式。王亚新《论民事、经济审判方式的改革》，载王亚新《社会变革中的民事诉讼》，中国法制出版社2001年版，第1-30页。



是“神示”，具有终局性。第三，在欧洲，通过法定程序获得的诉讼结果就是所谓“法”的最初意义，也是“正义”的代名词。⁽¹³⁾ 王亚新教授说“简单说来‘判定’是指法官在诉讼程序终结时所作的具有终局性的实体判断。”⁽¹⁴⁾ 综合上述观点，我们可以主要从以下四个维度去理解这一概念。首先，判定不同于判决。二者虽然具有高度重合性，但判决是一个制度用语，判定则是从有关判决的制度及其功能中抽象出来的理论范畴。判决是判定在制度上的典型表现。其次，判定是对抗式诉讼下的被动产物。判定是由国家等中立第三者依据既有规范被动作出的对对立纠纷当事人具有强制性执行效力的权威判断结论。再次，判定的强制性决定了其终局性，即判定意味着法官作出的最终裁断具有一经确定即不许再轻易更动的特点。⁽¹⁵⁾ 最后，判定本身蕴含着裁判的正当性。判定是基于承认既有规范大前提的权威性和正当性，在用尽了诉讼上一切程序手段并基于特定案件具体事实而给出的最终逻辑性结果。对于特定案件而言，这种结果就是确定的、最为直接意义上的法。西欧的“法”（jus）就是指在特定诉讼案件中，对于当事人来说正义的东西，也即亚里士多德所谓“正义的结果”。⁽¹⁶⁾

滋贺先生有关“清代司法中审判的性质是调解而不是判决”的著名论断，就是基于其所接受的上述植根于西方法律传统的判定观。⁽¹⁷⁾ 在讨论清代裁判的特点时，滋贺先生特别强调上述判定的终局性。首先，判定从本质上讲是一种“神示”。这一概念背后隐藏着一种观念：应该存在着某种可称之为绝对的、终极的真实那样的东西，但这却不是以人类的智力所能知悉的。⁽¹⁸⁾ 具体到司法过程中，曾经发生的案件事实客观存在，全知全能的上帝对其完全清楚，但人类却无法直接得知。同样，在事实确定的基础上，判定者也无法对案件全部相关因素作出正确考量并得出绝对正确的终极性裁判。法官裁判和学术活动类似，都是在既定条件下追求终极真理但可能永远无法到达终点的过程。基于上述认识，无论当事人对案件裁决结果是否认同，通过诉讼程序达到的裁决就是当事人之间的法，也是最后的正义结果。因此，判决一旦做出，不可撤回和更改。⁽¹⁹⁾

以判定观为比较基点，滋贺先生认为清代中国无论民事审判还是重罪的刑事审判中都“缺乏所谓判定的契机”，中国法律文化中从来没有产生过判定的观念，在历史上具体的诉讼制度里找不到与此相应的程序规定。首先，包括刑事和民事在内的审判制度本质上是“作为行政活动之一环的司法”。民事审判不是审判或判定，而是“教谕式调解”。换言之，清代中国官员的裁判不是根据当事人在诉讼活动中的表现站在中立的第三者立场上作出的被动判断行为，而是对当事人之间的关系反复进行调整的主动管理行为。其次，中国传统司法中，“有错必究”被视为

(13) 参见同前注〔7〕，〔日〕滋贺秀三文，第4-7页。

(14) 王亚新《对抗与判定：日本民事诉讼的基本结构》，清华大学出版社2002年版，第276页。

(15) 参见同上注，第57-60页。

(16) 参见同前注〔7〕，〔日〕滋贺秀三文，第6-7页。

(17) 林端教授精准意识到了滋贺先生有关清代司法论述的“西方中心论”底色，但似乎忽略了判决确定性（判定）不仅包括前端法源的可预测性，还应包括后端裁判结果的终局性。把二者结合起来才能更充分理解清代司法中案件屡断屡翻的原因。参见林端《韦伯论中国传统法律：韦伯比较社会学的批判》，中国政法大学出版社2014年版，第57-93页。

(18) 参见同前注〔7〕，〔日〕滋贺秀三文，第5页。

(19) 参见同上注，第14页。

天经地义、理所当然的原则和常识。为追求公平，当事人在案件审结后缠诉不断，法官把此前其他法官审结的案件推倒重审的现象并非少见。因为，清代司法中当事人的认同是官方裁判正当性的重要保障。命盗重案中被告人认罪的口供和户婚田土“细故”中当事人的甘结通常是结案的必要条件。最后，在裁判结果确定性和正义的关系上，清代与西欧表现出较大的不同。西欧诉讼终结后被宣告的结果就是法，也是正义的。换言之，因为西欧的判定是诉讼程序适用的确定性结果，所以被认为是正义的、终局性的；清代裁判结果的确定性则取决于当事人在具体情形下对裁判结果的主观认同和接受。

二、清代司法判决的确定性

如前所述，西欧近代型判决的确定性包含权威性、终局性和正当性三层含义，三者互相关联、密不可分。判决的权威体现在终局性，屡断屡翻的判决不可能有权威。正当性则以终局性为条件。其中，终局性是判决确定性的核心要素，主要是通过既判力、一事不再理等诉讼制度和程序设计来保障的。有学者认为，西欧“竞技型司法”确定性的背后体现了西欧法律文化传统中“法的空间”在一定程度上优先于社会生活空间的程序性秩序原理。⁽²⁰⁾ 支撑西欧近代型司法判决终局性的程序构造中，上诉期间和审级两种制度安排至为重要。判决确定有两种方式。一种是制度上不允许上诉，判决一经宣判即发生确定的效果（如我国当前的二审终审），这主要由审级来规定；另一种，可以上诉但当事人在法定上诉期间内未提起上诉，则法定期间期满后判决即告确定。当然，当事人在法定期间内明确表示放弃上诉也构成判决确定的条件。反观中国，清代司法既无上诉期间的明确规定，也无近代西方意义上的司法审级制度。加上司法实践中一些屡断不休的缠讼案件，很容易给人留下司法判决没有确定性的印象。本部分从司法内部视角尝试分析清代无上诉期间的原因和中、西“审级”制度的貌合神离，并提出：不同于西方通过程序保障既判力的“客观确定性”，清代司法受儒家正统法律观影响，通过追求司法的实质正义以实现判决确定性，从而达到“无讼”的目的，表现为“主观确定性”。

（一）清代司法并无上诉期间的规定

早在秦汉时期，已规定上诉（乞鞫）时限为一年，“狱已决，盈一岁，不得乞鞫”。⁽²¹⁾ 唐律未见有关上诉期限的相关规定。北宋对盗贼和涉及官员的“命官犯罪”案件分别规定了上诉期限；⁽²²⁾ 而对户婚田土民事案件并无上诉时限限制，竟有诉讼前后长达二十多年之久者。⁽²³⁾ 宋以后，元明清三代立法上均无上诉期限的明确规定。清代司法实践中也未见到官员以时间期限问题为由而拒绝受理案件的事例。即使案件审结，只要当事人认为自己确有冤抑，在不越诉的前提下，也有事隔数年乃至数十年后提起上诉而被受理者。即便是即将受刑的死刑犯，如果其

⁽²⁰⁾ 滋贺先生所谓“竞技型诉讼”就是通常的对抗式诉讼。对抗与判定被认为西欧近代诉讼的基本结构。参见同前注〔14〕，王亚新书，第348页。

⁽²¹⁾ 参见南玉泉《秦汉的乞鞫与覆狱》，载《上海师范大学学报（哲学社会科学版）》2017年第1期，第72-80页。

⁽²²⁾ 参见王云海主编《宋代司法制度》，河南大学出版社1992年版，第310页。

⁽²³⁾ 参见《名公书判清明集》卷十三“挟仇妄诉欺凌孤寡”，中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校，中华书局1987年版，第504页。



家人击登闻鼓鸣冤，也要“暂免行刑，听候请旨”。

清代司法之所以未规定上诉期间，大致可以作以下几方面的解释：

首先，“天人合一”的观念决定了统治者不能因为追求司法效率而放任冤案不管。否则，极端的审判不公会使帝国遭受天谴，造成宇宙失衡，危及王朝合法性，给国家治理埋下不安定的因素。^[24]南宋郑克在《折狱龟鉴》中指出“若罪状未定者，虑有冤诬，理当考核，岂可取快一时耶？君子于此宜尽心焉。”^[25]不能因追求结案而冤枉无辜，这也是清代的共识。在传统“天人合一”的思想观念下，不可能出现西欧严格区别自然秩序和人为理性秩序的文化传统，没有必要也不可能司法领域之外单独产生“法的空间”这种理性构建的产物。^[26]因此，清代司法从未产生过关于“客观事实”和“法律事实”的区分及争论，也不会通过时间制度来确定法律事实和裁判结果。

其次，清代司法总体上坚持“疑罪必审”，皇帝和官府不愿意承认有客观上无法查清的疑案。疑狱自古即有，“罪疑惟轻”的司法理念在古代中国影响较大，《唐律疏议》对“疑狱”（疑难案件）的构成及其处理作了具体规定。^[27]然而，明律却无疑狱之专条，清律沿袭之。清末律学大家薛允升言“是拷囚并不拘杖数，而亦不准有疑狱及拷满不承之囚矣。”^[28]清初秋、朝审“实缓可矜之外，尚有可疑一层，即罪疑惟轻之疑。凡有罪名已定，而情节可疑者，均归列于内，亦慎重刑狱之意”。^[29]乾隆后期，涉疑重案犯则不得因事实不清、赃证未明等理由监禁待质，而应在审限内结案定拟进入秋审程序，经会审后奏报皇帝裁夺。^[30]立法上不再愿意明文承认疑狱存在的合理性。当时流传广泛的各种官箴书认为，只要地方官员用心穷理，必能获得案情真相，所谓“凡无证之词有思理亦能得之”“凡审词讼，但以心入其中，详细研求，必有所见”“凡词讼只当堂细审，其情自得”等。反之，疑狱则被认为是官员能力低下、倦怠不作为的结果。当然，也有一些理性的官员提出，应慎重对待疑难案件，“只宜案候密访，慎勿自恃摘伏之明炼成附会之狱”。^[31]但是，严格的审限制度使得官员不可能不顾考成而“案候密访”慢慢查访，而只能依靠各种手段或推诿不理，或锻炼成狱，或移情就案，从而实现按期结案。总之，清代官方追求案件裁判中的绝对客观真实，有冤必平，就不可能通过上诉期间这种客观的时间规定来限制民众的上诉。

最后，现代司法中，上诉期间的设置目的，除督促当事人及时行使上诉权之外，更主要的是确定裁判、避免诉讼拖延。^[32]需要注意的是，清代司法认为裁判的确定性取决于当事人的主

[24] 参见 [美] 卫周安 《清代中期法律文化中的政治和超自然现象》，张少瑜译，载同前注 [9]，[美] 高道蕴、高鸿钧、贺卫方编书。

[25] （宋）郑克 《折狱龟鉴》卷八“严明”，山西古籍出版社 1995 年版，第 385 页。

[26] 参见王亚新 《社会变革中的民事诉讼（增订版）》，北京大学出版社 2014 年版，第 40 页。

[27] 参见蒋铁初 《中国古代的罪疑惟轻》，载《法学研究》2010 年第 2 期，第 196-208 页。

[28] （清）薛允升 《唐明律合编》卷三十，怀效锋、李鸣点校，法律出版社 1999 年版，第 819 页。

[29] （清）薛允升著述、黄静嘉编校 《读例存疑重刊本》“有司决囚等第”，（台湾地区）成文出版社 1970 年版，第 1239 页。

[30] 参见赵晓耕、逯子新 《清代涉疑案件处理考略》，载《法治现代化研究》2018 年第 1 期，第 148-155 页。

[31] （清）徐栋辑 《牧令书》卷十九“刑名下”，载《官箴书集成》（第 7 册），黄山书社 1997 年版。

[32] 参见刘玫、张建伟、熊秋红 《刑事诉讼法》，高等教育出版社 2014 年版，第 487 页。

观认同和接受，而不是通过客观的诉讼程序。诉讼拖延也主要在于部分当事人的藉端拖累和官员的疲玩拖沓。为此，清代立法严禁讼师活动，规定了十分完善的审限制度。⁽³³⁾ 虽然我国现行诉讼法明确规定了上诉期间，但由于判定机制和观念的缺失，仍然不得不通过严格审限这种具有更多行政化色彩的本土资源以提高诉讼效率、解决社会冲突。

(二) 清代司法中的“审级”

如果把“审级”界定为审判的级别，视为民众对下级司法机关的裁判不服而向上提起诉讼的等级。中国早在秦代已有明确的审级，且其审级之复杂和精致绝不亚于任何西方国家。传统中国，司法属于行政事务的一部分，司法审级基本和行政级别同一。具体到清代，《清史稿·刑法志》载“凡审级，直省以州县正印官为初审。不服，控府、控道、控司、控院，越诉者笞。其有冤抑赴都察院、通政司或步军统领衙门呈诉者，名曰京控。”⁽³⁴⁾ 部分研究者据此认为，清代以州县为初审，确立了严格的审级制度，甚至有六级六审、七级六审等称呼。然而，如果我们按照近代西方诉讼法意义上的“审级”概念，特别是审级制度背后的价值理念去观察古代中国，便会发现中西之间的“审级”在表面的相似下，掩藏了深层次的明显差异。其中最根本的一点就是，中国传统司法缺少作为审级制度最核心要素的司法终局性。⁽³⁵⁾ 现代审级制度是指法律所规定的审判机关的级别以及案件应经过几级法院审判才告终结的制度。审级主要强调的是法律所规定的审判机关在纵向组织体系上的层级划分关系，以及诉讼案件最多经过几级法院审理后、判决或裁定即发生确定力的诉讼法律制度。⁽³⁶⁾ 简单来说，审级制度可称之为“X级Y审制”。“X级”是指一国法律制度中所规定的、法院自下而上可以分为几个层级的纵向设置问题。“X级”的具体设置和特定的国家结构形式、政治体制、历史传统、地理环境等密切相关，往往和行政层级相契合。“Y审”则规定了当事人的上诉权以及与此密切相关的案件可经历的审级次数问题。二者共同构成了西方审级制的核心内容。

在对西方审级制度的内涵作简要梳理后，我们发现，清代司法虽有“X级”却没有“Y审”。即清代司法缺乏程序上规定的终审制。西方审级制度实质上是建立在司法各层级分权基础上的制度安排，而清代司法审判级别是大一统集权下不同层级政府职能的划分，而非权力的分配。寺田浩明认为，清代各级审判是官僚制内部按照官员德行的高低多寡与案件刑事性的多少而设置的自上而下的制度安排。⁽³⁷⁾ 清代并不具有西欧“竞技型诉讼”通过终审制来保障判决确定性的特点。如果说中国传统的上控和“逐级复核”制在促进规则治理（法律统一适用）和纠错方面，和现代上诉制度一样发生作用的话。⁽³⁸⁾ 司法终局性的缺失，却是二者最大的区别。中国

(33) 参见谷佳慧《“限期断狱”的中国命运：清代以来审限制度的变革与重述》，载《河北法学》2020年第5期，第79-91页。

(34) 古代中国法典，如《唐律疏议》《大清律例》等并无“审级”一词，法律条文中较早出现该词是在1910年颁行的《各级审判厅试办章程》中。《清史稿·刑法志》编纂于民国时期，其时“审级”等法学语词已普遍使用，是以编纂者未加深思，直接沿用。

(35) 参见胡震《近代中国刑事上诉制度的生成及展开》，载《法学研究》2020年第5期，第194-208页。

(36) 参见尹丽华《刑事上诉制度研究——以三审终审为基础》，中国法制出版社2006年版，第23页。

(37) 参见同前注〔9〕，〔日〕寺田浩明书，第250页。

(38) 参见于明《司法审级中的信息、组织与治理：从中国传统司法的“上控”与“审转”切入》，载《法学家》2011年第2期，第13-27页。



古代司法对案件事实真相的绝对追求，对实质正义的锲而不舍，恰恰是以牺牲司法终局性为代价的。

（三）两种不同的司法确定性

西欧竞技型诉讼中，支撑判决终局性的核心要素包括主观和客观两个方面。主观上，是指当事人对裁判在心理上的认可和接受；客观上，当事人只要在法定上诉期间没有依法提出上诉或者已经穷尽法律审级，判决效力即告确定。实际上，即使是当事人主观上对裁判的信服也需要通过客观不作为（在法定期间未提出上诉）来实现。简言之，期间和审级是现代诉讼中决定判决确定性的两个核心程序要素，程序决定了裁判的确定性。竞技型诉讼中，用尽了诉讼上一切程序手段而在审理终结时宣告的判决，对于本案来说正是被确定了了的，也是对于特定案件而言正义的（jus）结果。⁽³⁹⁾ 正如美国联邦最高法院大法官杰斐逊所言“我们的判决是终审的并非因为我们是正确的，我们之所以正确，正是由于我们是终审的。”⁽⁴⁰⁾ 这句话典型反映了西方判定观下判决确定性和正义观之间的关系。此外，为了实现和保证裁判的终局性，判定把关于案情是非曲直的伦理性判断转换成对当事人在诉讼活动表现的一个技术性判断，从而使裁判进一步获得了正当性。⁽⁴¹⁾ 由此，判定一旦作出，便被认为是公正的，也是终局性的。

不同于西欧竞技型诉讼，清代司法中的重案处理追求“案情确凿、引断允协、罪名恰当”，细故裁判需要两造输服、自愿结案。因此，能否顺利结案，则主要取决于当事人是否认罪、输服并作出“甘结”。⁽⁴²⁾ 换言之，案件判决结果是否确定主要决定于当事人的认可与接受。⁽⁴³⁾ 如果当事人认为裁判是公平的，则判决会得到遵守，判决的终局性得以保障。否则，在司法既无上诉期限规定、也未对上诉次数予以限制的情形下，只要当事人认为自己“冤抑”，理论上任何时候均可提出上诉以再次启动审判。当然，社会主流观念投射到该案件上形成的“公论”也会使得绝大多数生活其间的当事人不会为了一己之私而肆无忌惮。⁽⁴⁴⁾ 有能力的地方官“每决狱，纵民观听”。⁽⁴⁵⁾ 如此形成的裁判，既彰显了过程和结果的公正，又使当事人不敢违背舆论轻易上控。如果说，西欧竞技型诉讼是“裁判因为确定而正义”，清代司法则恰恰代表了另一种司法文明类型——“裁判因为正义而确定”。中国传统司法追求一种动态的实质正义观，在立法、司法上表现为“天理、国法、人情”的统一。传统社会中，“在实际的司法审判中，司法官、当事人和社会民意这三方，对于什么是天理、国法、人情，或者说情、理、法是什么，以及它们最终都统一在理上，存在着以社会主流和基本观念为背景的某种共识，即使有分歧亦不会动摇社会主流和基本观念的权威性”。⁽⁴⁶⁾ 司法裁判获得当事人认同，既可避免上控，也不会被上司轻易翻案。清代名幕王又槐曾言，对于不予准理的案件，裁判官“必须将不准缘由批驳透彻，指

(39) 参见同前注〔7〕，〔日〕滋贺秀三文，第6-7页。

(40) 同前注〔9〕，〔美〕欧中坦文，第485页。

(41) 参见同前注〔14〕，王亚新书，第60页。

(42) 甘结是当事人接受裁决结果的一种表现形式。没有甘结，一般无法结案，但实践中当事人迫于压力出具甘结后又再次上控的也屡见不鲜。

(43) 寺田浩明把当事人承认官府裁决划分为基于官方权威的“命令—服从”型和基于当事人内心认同的“说服—合意”型，清代司法更多呈现为后一种。参见同前注〔9〕，〔日〕寺田浩明书，第247页。

(44) 参见同上注，第256-257页。

(45) （清）汪辉祖《汪辉祖集（下）》，商刻羽点校，浙江古籍出版社2021年版，第828页。

(46) 张中秋《中国传统法律正义观研究》，载《清华法学》2018年第3期，第56页。

摘恰当，庶民心畏服，如梦方醒，可免上控。……也果能批驳透彻，即有刁徒上控，上司一览批词，胸中了然，虽妆饰呼冤，亦不准矣。”⁽⁴⁷⁾ 那些能够明辨是非、使百姓信服的清官循吏往往受到推崇。名吏汪辉祖对于自己通过听讼，使其治所从“俗素器健，动辄上控”之县变成“府道未受一辞”的模范县，也颇为自得。⁽⁴⁸⁾ 综言之，清代司法中案件裁判是否确定主要取决于当事人对该判决是否认同，而当事人是否认同则很大程度上决定于判决是否与以“天理、国法、人情”为代表的社会主流法律正义观相吻合。因此，如果以西方严格的上诉期限和审级为标准去观察清代司法，很容易得出清代司法没有确定性和终局性的观点。实际上，清代司法裁判并不是没有确定性，而是没有西方近代以严格程序保障的“客观确定性”。清代司法是以对裁判正义的追求和认同来保障裁判的确定性。一方面，以“天理、国法、人情”为代表的社会主流法律正义观是相对确定的，对于深受儒家理、礼思想长期熏陶的各级官员，多数案件判决既要符合社会主流正义观，也要实现个案正义；另一方面，由于“天理、国法、人情”并非一个完全整齐划一、客观确定的标准，不同案件中的法官、当事人由于其自身所受教育、生活环境、不同角色等个人因素的影响，可能对案件裁判结果的理解和认识出现偏差。清代乃至现代的一些案件，排除司法不公因素的影响，之所以判而不结、当事人缠诉不止，其中一个较为重要的原因就在于对个案正义的理解不同。对于清代的法官而言，既无法通过“依法裁判”的三段论逻辑论证方式证明裁判的正当性，也无法依托于期限等程序规定来终结案件，而只能通过当事者之间艰难寻找一个双方都接受的平衡点来终结案件。因此，相对于以程序和逻辑来确定的西欧近代司法确定性，我们可以把清代司法确定性概括为“主观确定性”，即通过对裁判结果的主观认同（无论自愿还是被迫）来实现和保障判决结果的确定性和终局性，从而努力实现“无讼”的理想。清代、西欧两种不同的判决确定性是根本不同的历史演进、诉讼理念和文化差异交互作用的结果。当然，二者之间并无优劣之分，各有长短，不能说哪一方是蒙昧和落后的。

三、清末民初司法转型中的判决确定性

清末民初，西法东渐。近代西方司法体系和制度之所以能进入中国，固然有废除领事裁判权的外在压力，但真正获得体制内改革者认同的，恰恰是针对传统司法中存在的问题予以改良的动力。⁽⁴⁹⁾ 在清代“简约型司法体制”下，受财政困乏严重制约的司法已无法满足民众日益增长的诉讼需求。一方面，刑讯逼供、冤狱频发等司法积弊丛生，民众苦不堪言；另一方面，在制度资源有限的条件下，政府不得不通过“健讼”这种话语资源来贬抑民众诉讼行为的合法性，以论证政府限制诉讼行为的合法性和增强司法体制的正当性。⁽⁵⁰⁾ 在当时改革者心目中，强调

(47) (清)王又槐《办案要略》，“论批呈词”，浙江书局光绪十八年刊本。

(48) (清)汪辉祖《汪辉祖集(上)》，商刻羽点校，浙江古籍出版社2021年版，第131页。

(49) 清末法制改革，袁世凯在天津先行试办审判厅，发现新式司法制度“免冤狱而省拖累。采取此制，可期庶狱之救平，而旧日之籍端讹诈及骫法私和等事，亦即不禁自绝。……现经试办数月，积牍一空，民间称便”。参见袁世凯《奏报天津地方试办审判情形折》，载袁世凯《袁世凯奏议(下)》，天津社科院历史研究所编，天津古籍出版社1987年版，第1493页。

(50) 参见尤陈俊《清代简约型司法体制下的“健讼”问题研究——从财政制约的角度切入》，载《法商研究》2012年第2期，第159页。



“判决必不可无确定之日”、以司法程序保证判决确定性和终局性的上诉制度对于破解传统司法“拖累破家”等难题具有显明的意义。⁽⁵¹⁾但是,这一套制度在更深层面上与传统中国追求客观真实、无限度实质正义的观念并不吻合。因此,近代上诉制度引入之初,对一些具体内容,立法和司法上便不乏争议。其中一些冲突随着社会发展而得以消解,另一些观念上的深层次问题则顽强存在且不时凸现。

(一) 清末民初的上诉期限

清末引进西方诉讼制度,开始规定上诉期限。1906年制定的《刑事民事诉讼法(草案)》规定“凡宣告判词经过上控期限方为决定。”(第78条)、“凡上控期,以裁判后一月为限,逾限不准。”(第245条)。⁽⁵²⁾此后,《民事刑事诉讼暂行章程》《刑事诉律(草案)》《各级审判厅试办章程》等清末诉讼立法均明确规定了上诉期限。1911年《刑事诉律(草案)》规定:“声明上诉期间,自谕知裁判日起算。”(第358条)。其立法理由曰“一切裁判,必不可无确定之时,故设上诉期间,逾期则不须上诉。但期间须明定起算之法,此本条之所以设也。”⁽⁵³⁾因为,“则判决不能确定,于公益、私益两有损害”。⁽⁵⁴⁾因此,相对于传统社会以当事人认同(甘结、口供)和官府认定作为判决的确定因素,上诉期间成为保证判决确定性的重要设置。

当然,上诉期限之被引入中国,也并非是无异议的。针对上述1906年《刑事民事诉讼法(草案)》规定的“凡宣告判词经过上控期限方为决定”,张之洞曾发表了如下不同意见“本法所称上控期限,仅止一月,而官司断狱,有故入故出、失入失出各例,如已经过上控限期,分别执行各刑,则明知冤枉不与办理者,以故入人罪论之例不几虚设耶?……承审之员当以力求裁判允当为主,若以经过一月方为决定,似所判已难自信矣”。⁽⁵⁵⁾通过时间限制来确定判决、实现司法相对公平是现代司法理性的表现。这与中国古代追求绝对公平正义的司法观是冲突的。张氏所言恰恰揭示了二者之间的紧张关系。

在农业社会中,人们生活在相对封闭的空间,日出而作日落而息,他们更习惯于按照自然时序和事物本身规律来安排自己的活动,不需要对时间做出分秒必争的安排。现代工商业社会中,大机器生产的准确、精密以及集体协作性,要求“人群的一切生产活动都须在时间上配合机器的转动,不能迟,也不能早,丝毫不容许有自随心意的余地。因之他们日子久了,无意中即养成了准时刻的习惯”。⁽⁵⁶⁾现代司法体制也是一个大机器。这座机器通过自己强大的规训能力,生产出划一的产品——司法程序和案件。这种司法的理性化特点,要求当事人必须按照规定时间起诉、应诉、上诉,否则便有可能承担败诉的后果。

清末民初转型之际,国人的时间观念同样也经历着变化。当农业社会的闲散时间观碰上强

(51) 传统司法被诟病者主要有刑讯无辜、非刑惨酷、拘传过多、问官武断、监禁凌虐、拖累破家等数端。参见高汉成《签注视野下的大清刑律草案研究》,中国社会科学出版社2007年版,第195页。

(52) 吴宏耀、种松志主编《中国刑事诉讼法典百年》(上册),中国政法大学出版社2012年版,第18页、第35页。

(53) 同上注,第186页。

(54) 同上注,第189-190页。

(55) 《张之洞奏遵旨核议新编刑事民事诉讼法折》,载怀效锋主编《清末法制变革史料》(上卷),中国政法大学出版社2009年版,第404页。

(56) 全慰天《时间观念的社会背景》,载《世纪评论》1948年(第4卷)第12期,第8页。转引自湛晓白《时间的社会文化史——近代中国时间制度与观念变迁研究》,社会科学文献出版社2013年版,第286页。

调效率、准确、细密的现代时间观时，不适应在所难免。民国二年二月十七日，大理院驳回黑龙江高等检察厅检察官超出法定时限提出的上告，“是对于已确定之判决为通常之上告，其上告程序不得谓为合法”。⁽⁵⁷⁾ 在民国二年大理院作出的 25 件决定案件中，因超过法定期间上诉而被驳回的占至 19 件。⁽⁵⁸⁾ 代表国家行使刑事上诉权的检察官尚且对上诉期限如此隔膜，普通当事人就更可想而知了。我们可以通过下述清末法制转型期的一个普通案件，观察判决确定性标准之变化对于普通民众的意义。

张坤对金绍年进行诈骗，被控于天津地方审判厅。审判厅查清事实后，作出判决。金绍年服判具结。但张坤却拒绝具结，其原以为自己不具结，案件就无法审结。然而，在现代诉讼体制下，案件判决的确定并不取决于当事人是否具结，而是根据当事人是否在法定期间上诉。正如审判厅所言“金绍年遵已具结，张坤犹狡不具结，惟案已判决，俟经过上控期间照章销案。”⁽⁵⁹⁾ 如当事人未在规定时间内上诉，则裁判即发生法律效力。即使是身居天津这种开放之地，张坤也没明白为何自己尚未具结而官方已经宣布案件审结。

（二）近代审级制度的建立

审级制度是上诉的重要载体，也是上诉得以存在和运行的基础和空间。清末引进西方诉讼制度，审级、检察、陪审、律师等制度被认为是学习借鉴审判制度时“最宜注意者”。其中，审级制度首当其冲。鉴于传统审判级别过于繁琐，新制既要有利民众诉讼，又要保障国家裁判之确定性，故需对各国制度仔细比较，慎重选择。⁽⁶⁰⁾

清末《大理院审判编制法》（1906 年 12 月）首次规定了四级三审制，不服第一审裁判，提起请求第二审审判，谓之“控诉”；对第二审裁判不服可提起“上告”。1907 年的《各级审判厅试办章程》对其予以进一步完善。至《刑事诉讼律（草案）》编竣，清末立法上基本建立了完整的四级三审制。

现代审级制度下，审判机关各有管辖，上诉必须逐级进行。即使案情属实、原判决不当，越级上诉和直诉也不会被受理。一般案件穷尽法定审级后，即使当事人不服，判决也会发生法律效力。其后，除非有严格的法定理由，案件不得再行。民国元年大理院“外省民事上告案件应由原审衙门转送通告”云：民事案件“如声明上告已逾上告期间或在高等厅已为终审，及未经第一审第二审径行对于本院请求审理者，均由高等审判厅以决定驳回，并将决定书送达当事人”。⁽⁶¹⁾ 该通告重点强调，超过法定上诉期间、管辖范围和越诉等违反程序的案件，无论案情如何，大理院均不受理。这和传统司法务求水落石出、有冤必平的司法理念已经相差甚大。

清代司法实行审转覆核制，虽然州县、督抚、刑部按案件处刑轻重，分别拥有不同决定权，但理论上皇帝是所有案件的终审者。⁽⁶²⁾ 州县初审裁决被看作是判决书草稿，谓之“拟判”。必

(57) 大理院书记厅编辑《大理院判决录》（第 1 册），华盛印书局，1913 年 2 月出版。

(58) 参见大理院书记厅编辑《大理院判决录》（第 1-10 册），华盛印书局，1913 年各月出版。

(59) 《各省审判厅判牍》“判牍七·盗窃门·恐吓取财”，法学研究社印行 1911 年版。

(60) 参见同上注，“考察司法制度报告书·审判制度”。

(61) “元年十一月十六日大理院特字一二号”，载余绍宋编《司法例规》，“北京司法部”1922 年，第 946 页。

(62) 参见郑秦《清代地方司法管辖制度考析》，载郑秦《清代法律制度研究》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 94-95 页。



须等相应有权机关批准后，州县裁判才能确定生效。至于死刑案件，则只有皇帝才能乾纲独断。清末民初通过四级三审制对案件终审权进行分配，使得只有少部分案件有机会通过上诉到达最高审判机关大理院。从原来案件当事人可以“千方百计上京城”到现在对案件在不同审判层级上的终审分流。这是现代审级制建立的一个重要结果，也是从传统司法“主观确定性”向现代“客观确定性”的努力。

四、两种时间观下的司法确定性

正如本文开始所述，法制近代化百年后的中国，所引入的上诉、审级等制度早已落地。但判而不结的司法终局性问题并未随着“判定”为中心的这一套制度的生成而得以解决。每一种法律制度都植根于一定的法律文化之内。表面相同或相似的制度，其背后的理念有可能相差甚远。正如有的诉讼法学者所言，“从本质上而不是从外表形式上省察中西文化的差异”，并且清点各自的长短之处，或许应为下一步司法改革的前期功课。⁽⁶³⁾“清点家底”不仅要知晓中、西的差异，可能更需要努力了解差异之根源。惟其如此，方能在古今中西之间走出一条适合中国自己的司法道路。

基于此，对清代司法缺少“客观确定性”的现象，学者此前从诉讼理念、司法价值、权力平衡、社会结构等方面进行了讨论。⁽⁶⁴⁾如前所述，两种司法确定性形成的一个重要区别是程序在其中的重要作用。而“程序就其本体而言是这样一种普遍形态：人们遵循法定的时限和时序并按照法定的方式和关系进行法律行为”。⁽⁶⁵⁾清代和西欧不同的程序观念和制度设置背后体现了相异的时间观念。本部分尝试采用时间观这一理论视角，在分析法律和时间关系的基础上，讨论两种司法确定性中的时间观及其重要影响。

（一）两种时间观

人类对时间的开始、行进和终了问题的认识，被称为时间观。时间观大致分为循环时间观和线性时间观。循环时间观认为，时间按照某种意志或规律循环往复，经历一个周期后再回到其初始位置；世间万物是反复出现的，人自身也处在永恒的轮回中。在农业文明中，人们的生产生活受循环时间观影响较大。线性时间观则认为，时间是直线状的，时间从一点出发，不可逆转地向前进，没有确定或可知的终点。个人的生命是独一无二的，人直接面对某一绝对终点，那就是“死亡和审判”。⁽⁶⁶⁾

一般认为，古希腊、古印度是循环时间观，犹太—基督教文明是线性时间观。深受基督教

(63) 参见佘化强《形式与神韵：基督教良心与宪政、刑事诉讼》，上海三联书店2012年版，第597页。

(64) 夫马进教授认为，允许无限制地上诉或者官府必须受理诉状的原则，是无冤理念法制化的结果。王亚新教授认为，中国缺少西方法制和法学传统中法的安定性价值高于具体案件实质正义价值的理念。季卫东教授认为，判决缺少终局性是通过当事人的翻案权来平衡司法官支配权的结果。於兴中教授认为，中国传统司法的非终局性是实质正义观的反映，是由中国两千多年的道德性社会结构决定的。参见同前注〔4〕，〔日〕夫马进编书，第20-22页；同前注〔9〕，王亚新文，第104-105页；同前注〔9〕，季卫东文，第58-61页；同前注〔9〕，於兴中文，第102-107页。

(65) 张文显主编《法理学》（第2版），高等教育出版社2003年版，第155页。

(66) 参见熊赖虎《时间观与法律》，载《中外法学》2011年第4期，第682页。

思想影响的西方社会表现出较多线性时间观的特点。中国古代社会以农耕文明为主，循环时间观在历史、文化和社会中的影响更大。古人很早就使用四时、天干地支来标度时间，这种时间观由于一年四季、六十甲子的不断轮回而具有循环性。⁽⁶⁷⁾ 汉代佛教传入中国后，“轮回”观念使循环时间观的影响更加扩大。明清时期，特别是在民众信仰的“小传统”中，各种公案小说、戏曲传说中包含的大量因果报应、世道轮回的内容，在传统司法正义观和裁判确定性观念中有较多体现。

时间与法律密切相关。‘在任何‘法律’当中，‘时间’都始终是一个极其关键而居于核心地位的实质性构成要素……正是‘时间’创造、构成并维系着‘法律’之作为‘法律’的真实存在。’⁽⁶⁸⁾ 法律通过对时间的制度表达和建构，把时间“从世俗之流中提取出来并置入法律框域之中”，使其超越了一般世俗意义上的自然属性，而具有了法律的一切属性。⁽⁶⁹⁾ 因此，不同的时间观对法律和司法制度及理念会产生不同的影响和作用。

（二）循环时间观和清代传统司法

就司法领域而言，古代中国体现出较多的循环时间观特点，或者也可以说，循环时间观对传统司法，特别是清代司法影响较大。

第一，循环时间观主要是基于对自然现象的观察，表现出较多非理性的特点。循环时间观倾向承认超自然现象的存在，并承认其对社会的绝对控制力。现象本身成为人们理解自然和社会的基本范式、乃至判定事物的依据。人类历史早期存在的占卜和神判，本质上就是用自然现象代替裁判本身。⁽⁷⁰⁾ 神明裁判中，“实体法、事实认定、判决结果三者‘混合’、‘浓缩’为一体并归结为一个现象或数字：有无烫伤、是否沉水、规定的宣誓人数量是否达到”。⁽⁷¹⁾ 神判是一种获取案件结果的“裁判方法”而非证明案件结果的手段。⁽⁷²⁾ 中世纪基督教思想家圣奥古斯丁说“如果可以通过人类的理性识别真相，就不应诉诸神明裁判。”⁽⁷³⁾ 神判这种原始的纷争解决方式被认为具有典型的非理性特点。⁽⁷⁴⁾

中国古代文明进化较早，殷商春秋时期占卜等方式的神判较为常见，战国秦汉以后律令法体系的形成逐渐解决了诉讼证据不足的问题，神判失去了制度上的存在空间。⁽⁷⁵⁾ 但是，汉代以后佛教的传入，宋明以后儒道释融合，使得“因果报应”等观念对法律不断影响渗透，神判虽不见于正式法律程序，却仍有其潜在的功能。在清代，一方面，官方正统意识中，通过神道设

(67) 参见方潇 《中国传统历法之法意及其对法律时间的影响》，载《法制与社会发展》2010年第5期，第110页。

(68) 姚建宗 《法治的生态环境》，山东人民出版社2003年版，第97页。

(69) 参见同前注〔67〕，方潇文，第109页。

(70) 参见同前注〔66〕，熊赖虎文，第684页。

(71) 同前注〔63〕，佘化强书，第95页。

(72) 参见〔英〕罗伯特·巴特莱特 《中世纪神判》，徐昕等译，浙江人民出版社2007年版，第207页。

(73) 〔比〕R. C. 范·卡内冈 《英国普通法的诞生》，李红海译，中国政法大学出版社2003年版，第88页。

(74) 参见〔德〕马克斯·韦伯 《法律社会学》，康乐、简惠美译，广西师范大学出版社2005年版，第151-152页。

(75) 参见郑显文 《中日古代神明裁判制度比较研究》，载《比较法研究》2017年第3期，第122页、第127页。



教,承认神判的教化惩罚功能;另一方面,对于一些疑狱,清代官吏会求助于“城隍神”等鬼神帮助揭发罪状、查明事实。⁽⁷⁶⁾因此,有学者把神判与官方审判、民间调解的互补作为中国传统法律的多值逻辑之一。⁽⁷⁷⁾

第二,在循环时间观看来,各种现象之间存在普遍联系,必须从整体上理解世界。根据中国传统“天人合一”的观念,自然界和人间是一个统一整体,包括法律在内的人世行为必须顺应四时、合于天道。否则,上天就会通过灾异等对人世予以警示。⁽⁷⁸⁾世俗犯罪者的恶行既违反了国法,也触犯了天理,理应受到天罚。天罚不受时间限制。在人间蒙受冤屈的鬼神即使身处阴间,也会设法使自己的冤抑得以平反;同样,一个罪恶累累之人即使在生前未受到应有惩罚,也必会死后遭到阴谴。⁽⁷⁹⁾这种观念是普通民众和不少地方官员共有的信念。清代汇编的官箴书中就有不少有关“阴德”“阴施阳报”的说法。⁽⁸⁰⁾此外,清代民众意识中,公平正义的实现不以现世为界,对恶行的惩处甚至有相隔十世之久者,所谓“天网恢恢,疏而不漏”。⁽⁸¹⁾这些均体现了较多循环时间观色彩。

第三,现象化、整体化的思维的一个结果就是中国传统司法相信案件事实真相一定可以发现、法律正义永恒存在且可以获得。在具体司法裁判中,法官的任务就是查明客观真相、公正裁判。无论案件进展到何等程度,即使是已经审结多年的案件,只要发现疑点,官员均有权力也有义务借助自己的智谋或者神灵启示去查找真凶、纠正冤屈。对冤假错案不惮纠正,有错必改。有学者把“求真得情”作为实现实质正义这一司法目标的进路。⁽⁸²⁾因此,清代对案件客观事实真相的无限追求,就不可能产生在法律程序中通过切割的时间点借助证据认定事实予以裁判的诉讼机制,也无法产生上述西欧法律传统中的“判定”。

(三) 线性时间观和近代西方司法

近代以来,随着以基督教为代表的西方文明的不断扩张。强调理性、发展、效率的线性时间观由于其适应了资本主义生产方式和法治治理方式的需要,对现代社会和法律产生了重要影响。线性时间观主要表现为理性化、个体化和即时化三个特点。

第一,理性化。现代社会的一个重要特点是形式理性。理性化的最终目标就是祛除人的主观任意,使得人类社会的行为可以在预期轨道上有序运行。马克斯·韦伯认为,近代西方法律理性化是两种相辅相成的力量的产物,一方面是法律程序,另一方面是系统性法典和受理性训练的职业官僚。⁽⁸³⁾此处的法律理性化是指法律的形式理性。传统实质理性社会中,实质正义、

(76) 参见瞿同祖《中国法律与中国社会》,中华书局1981年版,第255页。

(77) 参见同前注〔17〕,林端书,第117-125页。

(78) 参见同前注〔76〕,瞿同祖书,第262页。

(79) 参见同前注〔9〕,於兴中文,第104页。

(80) 参见同前注〔31〕,(清)徐栋辑书,卷十七“刑名上”。

(81) 范忠信《从明清市井小说看民间法律观念》,载公丕祥主编《法制现代化研究》(第4卷),南京师范大学出版社1998年版,第345-346页。

(82) 参见徐忠明《凡俗与神圣:解读“明镜高悬”的司法意义》,载《中国法学》2010年第2期,第131-132页。

(83) 参见张文显《法哲学范畴研究》,中国政法大学出版社2001年版,第217页。

秩序是法律优先考虑的价值。形式理性法治观强调，法律上的真实优于客观上的真实；合法性优于客观性；形式合理性优于实质合理性。⁽⁸⁴⁾ 不主张为发现客观真实而无限追究、反复纠正错误，而采用法律上认定因果关系的特有方式和逻辑推理形式，并借助具有时间限度的规则和程序，减少不必要的法律判断，以达到法律一定程度上的可确定性、可预见性与相对的不可知性之间的平衡。⁽⁸⁵⁾ 正如马克斯·韦伯所言，这种形式化的司法，“法官所追求的不过是相对的事实——透过当事人的诉讼行动所设定的界限里，能够得出的相对事实”。⁽⁸⁶⁾ 中世纪基督教思想家奥古斯丁认为，即使最优秀的法官，最完美的法律，也必然无法做到绝对正确，因而也就不可能真正公平。⁽⁸⁷⁾ 近代西方司法审判中则以自由心证为核心的主观真实主义取代客观真实主义，作为主要的证据裁判规则。一方面，大多数证据法学家都承认，获得特定的过去事实的知识是完全可能的；另一方面却认为，在审判过程对于过去事实获得绝对确定的知识是不可能的，所能获得的是关于过去发生之事实的一种可能性，而不是确定性。⁽⁸⁸⁾

第二，个体化。线性时间观带来的另一个后果就是个体化倾向。每一个人作为单独的个体，有着基本相似的自然生理和生命周期。就此角度而言，时间是平等的，单独的个体在时间和法律面前也是平等的。每个个体在法律上都具有独特的价值。个人权利在现代法律上具有了合法性。⁽⁸⁹⁾ 在现代诉讼模式下，按照时间序列展示的诉讼程序由当事人个体来控制，可以在法律限度内自主决定诉讼的开启、中断和终止。每个人成为自己时间的真正控制者。如果不按照法律规定的时间进行诉讼活动，最后的结果也只能是败诉。时间改变了判决的确定模式，成为判决确定的重要因素。

第三，即时化。个人以独立而平等的身份作为现代法律的主体这一趋势，和个人对自己时间的拥有观念结合在一起，其后果就是个人以一种享用现时的方式展开生活。⁽⁹⁰⁾ 行使权利、履行义务、承担责任都必须在一定的时间范围内展开。超出特定时间范围，权利不复存在，义务、责任发生变化。对时间的强调使得效率成为法的重要价值，有时甚至是优先于个案正义而需要考虑的价值。纠纷和争端必须在当下一定时间内解决才有实际意义。为此，人们通过由时间所充斥的司法程序设计追求效率。在从案件进入诉讼的那一刻起，整个诉讼程序被时间切割成诸多环节：起诉、审查、受理、开庭、一审、上诉、二审、终审、执行等。几乎所有的诉讼权利都被规定了一个时间上的有效期间，权利必须在法定时间内行使。恰恰是通过时间，司法行为获得了确定性，产生了西欧法律传统下作为诉讼程序终点的判定。⁽⁹¹⁾ 诉讼程序就如一列向前行使的列车，每一站点标志着诉讼的不同阶段。无论是诉讼进行中还是终结后，程序都是不可逆的。一事不再理、既判力法则都是在此意义上获得了正当性。

(84) 参见郑成良《论法律形式合理性的十个问题》，载《法制与社会发展》2005年第6期，第24-36页。

(85) 参见于兵《法律视野中的时间范畴》，载《法制与社会发展》2004年第5期，第135页。

(86) 同前注〔74〕，[德]马克斯·韦伯书，第222页。

(87) 参见高鸿钧、赵晓力主编《新编西方法律思想史（古代、中世纪、近代部分）》，清华大学出版社2015年版，第96页。

(88) 参见易延友《证据法学：原则、规则、案例》，法律出版社2017年版，第70-98页。

(89) 参见同前注〔66〕，熊贲虎文，第689页。

(90) 参见同上注，第689页。

(91) 参见同前注〔14〕，王亚新书，第59-60页。



五、结论

滋贺先生以欧洲“竞技型诉讼”为比较对象,在总结以清代为代表的中国传统司法一些类型化特征的基础上,提出二者的核心区别是:清代司法完全缺乏作为欧洲诉讼本质要素的“判定”。这一观点对于我们在比较法文化视野下理解和解释清代司法乃至现代司法中的一些现象具有较大启发意义。

首先,清代司法裁判并非如滋贺等学者所言没有确定性和终局性,而是没有西欧式的“司法确定性”和“终局性”。清代和西欧司法判决确定性的表现不同,背后的机理及其原因也相异。西欧竞技型诉讼通过上诉期间、审级等程序性构造来保障判决的确定性和终局性,可称其为“客观确定性”。除非经过法定理由和法定程序,这种客观确定性一般并不因案件真相的重新被发现而改变。与此不同,以清代为代表的中国古代司法追求绝对真相,以当事人对案件处理结果的主观认同来保证判决的确定性。这种确定性容易随着当事人所处社会情景和心理的变化而呈现出较大不确定性。但是由于作为当事人诉讼主张正当性依据和法官裁判核心原则的“理”是客观不变的,大多数案件裁判结果仍得以保持确定并得到当事人认同。因此,清代司法表现为“主观确定性”。

其次,在司法确定性和司法公正之间的关系上,二者不同。受宗教、政治、历史、社会等多种因素的影响,近代西欧司法多追求程序正义,清代中国则更多关注实质正义。恰如审级制是历史的产物一样,正义观也是历史文化积累的结果,而非理性的选择。在西欧,判决之所以被认为是正义的,恰恰因为其是经由法定的司法程序所确定的,而法本身被认为是正义的。亚里士多德以后的西方诸多法学家不断强化这一“法即正义”的观念,故可称之为“因确定而公正”。中国传统司法追求案情客观真实。在此基础上,法官“适中”裁决,民众允服,从而实现“无讼”理想的本身蕴含着对确定性的追求。但清代司法并非通过客观程序去定分止争,而是希望依据社会公认的规范——情理法,通过化解和预防纠纷而实现无讼,故可概括为“因公正而确定”。就追求社会秩序的安宁而言,二者并无价值上的优劣。

最后,清代司法总体上呈现出较多受循环时间观的影响,表现为现象化、整体化和永恒化特点,追求司法的绝对真实和个案实质正义,排斥形式理性。从而,其也很难产生出诉讼期间和审级这种程序制度。线性时间观下的近代西欧竞技型诉讼则强调形式理性、诉权平等及诉讼的效率价值,用时间严格限定诉讼各环节,规定了严格的上诉期限和审级制度。

马克斯·韦伯以来的一些学者基于西方的法律历史经验,把形式—理性法认为是法治发展的最高阶段。但是,对于当前的法治中国建设,基于西方法律传统总结的形式—理性法是否是我们的归宿?中国百年的法制现代化之路证明,这一问题仍有很大的探讨空间。能否在完善现有司法制度体制机制的基础上,走出一条中国特色的法治道路,很大程度上取决于我们是否能够从中国实际出发,结合具体国情,借鉴传统法律文化智慧,走出一条实质和形式并重的法治道路。