

司法冤案与儒家礼法

以《窦娥冤》为例

陈 颀^{*}

摘 要 窦娥冤案的成因不是古代司法科技不发达或程序正义的缺失,而是源于儒家礼法与蒙古文化之间的文化冲突造成的司法冲突。冤案的平反有赖于官员有意愿和能力去维护民众以儒家礼法为核心的生活方式和价值认同。从冤案法理学的角度来看,以儒家礼法为基础的司法模式代表了一种伦理与法律结合的政法制度。它虽属于具体语境下的地方性知识,但对当下的司法改革仍有启发意义。

关 键 词 司法冤案 儒家礼法 文化冲突 婚礼 丧服

一、问题与方法

何谓冤案?东汉王充有云:“无过而受罪,世谓之冤。”^{〔1〕}冤案,通常指在特定司法审判中被告人实际上并没有犯下被指控的罪行,然而在司法审判中被定罪和处罚。在这个意义上,汉语中的“冤案”的概念,主要针对案件当事人,特别是被告人。有些潜在的冤案因为证人、证据等原因永远不可能被推翻。有些冤案判决被推翻之时,已是若干年之后,或者当事人已被处死或死于监狱之中。古往今来,许多典型冤案,让人们同情当事人悲惨遭遇的同时,也反思和批

^{*} 重庆大学人文社会科学高等研究院讲师。本文初稿曾提交给2013年10月第五届“政治、法律与公共政策”年会,并在2013年11月华东师范大学思勉高等研究院“午餐沙龙”发表同名演讲,感谢与会师友的意见和建议,感谢冯象、罗岗、姜进、李晟、张春田、王烈琦和孙竞超等师友的批评和指教。当然,文责自负。

〔1〕 王充撰,黄晖校释:《论衡校释》,中华书局1990年版,页982。

判不公正的司法体系。〔2〕

就冤案的社会舆论和学术研究而论,主流逻辑首先追溯“冤案何以发生”,其次考虑“如何避免冤案”,并提出相应的制度设计。追溯冤案的产生原因,目的是让冤案昭雪;避免冤案的制度设计,目的在于减少冤案。〔3〕冤案研究主流逻辑背后的认识论预设是存在“公认冤案”。〔4〕由此出发,如何保护案件当事人、约束司法官员,进而改善法律特别是刑事实体法和诉讼法制度,便成为“冤案法理学”的主旨。

从案件当事人、特别是刑事案件的犯罪嫌疑人的维度出发,犯罪嫌疑人的人权保护是首要思路。从司法者维度出发,司法官员的道德品质问题是第一个思路,因为司法官员的不公正是引发冤案的一个原因。随之而来的第二个思路是司法官员的司法程序和职业方法问题,比如冤案研究者耳熟能详的刑讯逼供问题。〔5〕与第二个思路相关的是司法官员的角色问题,比如司法(职业)独立问题,公检法和律师等参与司法的不同机构的权责配置问题。〔6〕还有一个思路更为现实主义,认为历史和实践中的司法活动不可避免地会造成冤案,因此司法冤案只有逐步减少的可能,而不可能做完全消失。〔7〕尽管如此,冤案的现实主义思路认为,冤案减少的希望在于司法科技的进步,如DNA检测技术、法医毒物化学、法医病理学、司法精神病学……司法科技的发展,可以尽可能地减少——尽管不能完全消灭——司法冤案。〔8〕此外,还有一个思路是坚持“程序正义”对避免冤案发生的重要性,强调对被告人的沉默权等刑事权利保护的重要意义。

关于冤案的法学研究,已有论者敏锐地指出,“公认冤案”属于冤案的事后研究,而“冤案是否存在”则属于冤案的事先问题。〔9〕“公认冤案”的生成总是经由“冤案是否存在”的对立认识演变而来。因此,研究“冤案是否存在”的对立认识,特别是司法者与当事人、公众之间的对立认识,对于受害人申冤或者避免冤案,具有重要的法律理论和实践意义。其实,即便是研究者反复讨论的2005年“佘祥林案”等“公认冤案”,在公检法、佘祥林、被害人家属之间就存在严

〔2〕 中国古代冤案的资料整理不少,但严肃的学术研究不多,一个较有代表性的收集整理参见崔利波、祝思明:《中国古代典型冤案》,国家行政学院出版社2005年版。

〔3〕 冤案问题的“主流逻辑”,参见高鸿钧、张建伟编:《清华法治论衡:冤狱是怎样造成的(上)》(第9辑),清华大学出版社2008年版;高鸿钧、张建伟编:《清华法治论衡:冤狱是怎样造成的(下)》(第10辑),清华大学出版社2008年版。

〔4〕 参见刘星:“‘冤案’与司法活动——从卡夫卡《审判》看”,《法制与社会发展》2010年第1期。

〔5〕 参见封丽霞:“并非停留于历史的记忆里”,高鸿钧等,见前注〔3〕;魏晓娜:“我们为什么反对刑讯”,高鸿钧等,见前注〔3〕。

〔6〕 如刘思达:“立法、实践与政治过程——谈冤案与律师辩护难的成因”,高鸿钧等,见前注〔3〕。

〔7〕 参见戴昕:“冤案的认知纬度与话语困境”,载苏力主编:《法律和社会科学》(第1辑),法律出版社2006年版;苏力:“窦娥的悲剧”,载苏力:《法律与文学:以中国传统戏剧为材料》,生活·读书·新知三联书店2006年版。

〔8〕 参见苏力:“法律与科技问题的法理学重构”,《中国社会科学》1999年第5期;郭金明:《关于科学技术促进司法正义实现的研究》,中南大学硕士学位论文2004年版。

〔9〕 刘星,见前注〔4〕。

重的对立认识,甚至不同层级法院之间也存在争议。^{〔10〕}由冤案的“对立认识”出发,可以发现,某些不存在法官违背职业道德现象、严格遵循法律程序因此通常不被司法机关认为是冤案的争议案件,却被社会舆论认为是冤案,如2006年广州“许霆案”一审判决,以及南京“彭宇案”一审判决。这些案件之所以被公众认为是“冤案”,原因并不在于司法官员的道德品质、司法程序或司法科技问题,而在于公众与司法者对案情基本事实存在因不同的“文化语境”造成的不同的价值判断。由此出发,“公认冤案”的对立认识及其生成逻辑,是现有冤案的法理学研究中常被忽略的重要问题。“公认冤案”如何在特定的“文化语境”生成,便成为“冤案法理学”的关键所在。因此,从“公认冤案”的“文化语境”出发,通过经典文学作品研究“公认冤案”的对立认识及其生成逻辑,便能提供一个新的视角。

本文选取的冤案研究对象是一个文学文本:元代关汉卿杂剧《窦娥冤》。《窦娥冤》又名《感天动地窦娥冤》,自王国维先生起被视为中国古代大悲剧之一,属于文艺作品中的“公认冤案”。^{〔11〕}关于文学作品能否用于法学研究的方法论争论,“法律与文学”运动的支持和实践者已有大量有说服力的理论回应和研究成果,在此不赘述。^{〔12〕}关于《窦娥冤》的法学研究也相当可观,大致而言,可以分为四种进路:第一,从《窦娥冤》文本细节出发,研究元代法制和法律文化的具体问题。第二,从窦娥悲剧入手,从伦理和制度双重角度批判中国古代“封建社会”的法律制度和天地观念。第三,以苏力教授为代表的社会科学进路,认为窦娥冤案的悲剧性不在于司法官员的司法伦理问题,而在于古代中国司法科学技术落后,导致依赖于刑讯和口供制度的司法证据困境。^{〔13〕}这一进路影响很大,争议也不小。^{〔14〕}第四,从“程序正义”出发,批评苏力的分析,主张窦娥冤案源于无罪推定原则的缺失,以及相应权力约束机制的缺席。^{〔15〕}

从“公认冤案”的对立认识及其生成逻辑出发,通过以《窦娥冤》里窦娥和窦天章代表的(汉族)儒家礼法与桃机、张驴儿父子代表的(游牧)蒙古文化之间文化冲突引发的司法冲突这条主线,本文认为,在窦娥冤案中司法官员(桃机)的道德品质、司法程序和司法科技等因素之外,司法者与当事人、公众之间的对立认识常常是因为不同法律主体之间,特别是司法者与当事人(桃机与窦娥)之间存在严重的甚至是不可调和的文化冲突,这种文化冲突在司法实践中转变为司法冲突,形成了特定的“文化语境”中的“冤案”。由此出发,避免因文化冲突而产生的冤案,需要司法者不仅具备优秀的道德品质和司法能力,而且能够理解当事人的生活世界和文化

〔10〕 更为详细的论述参见陈柏峰:“社会热点评论中的教条主义与泛道德化——从余祥林案切入”,《开放时代》2006年第2期。

〔11〕 王国维:《宋元戏曲史》,上海古籍出版社1998年版,页99。

〔12〕 Ian Word, *Law and Literature: Possibilities and Perspectives*, Cambridge: Cambridge University Press, 1995, pp. 16—147; (美)西奥多·齐奥斯基:《正义之镜:法律危机的文学省思》,李晟译,北京大学出版社2011年版;苏力,见前注〔7〕,页384—386;冯象:“为什么法律与人文”,载林来梵编:《法律与人文》,法律出版社2007年版。

〔13〕 苏力,见前注〔7〕。

〔14〕 参见康保成:“如何面对窦娥的悲剧——与苏力先生商榷”,《中国社会科学》2006年第3期。

〔15〕 参见易延友:“冤狱是怎样炼成的——从《窦娥冤》中的举证责任谈起”,《政法论坛》2006年第4期。

诉求。换言之,要求司法者能有窦天章式的“以情听诉”的儒家司法伦理,并在此基础上依法判决,这样才能更好地避免冤案的发生。

在正式进入《窦娥冤》的冤案研究之前,需要界定和交代几个方法论问题:

第一,在“法律与文学”研究脉络中,本文对《窦娥冤》的冤案研究主要采用的是“法律与文学的文化研究”进路。^[16]《窦娥冤》作为一个戏剧文本,有其文学审美和戏剧演出的特殊形式,与历史档案、法律条文等社会史意义上的“研究材料”不尽相同。这意味着《窦娥冤》的文本不仅仅是法学研究的材料,其中的文学与法律问题在特定文化背景的影响乃至支配下,通过特定的审美和表演形式呈现出来。^[17]在本文看来,“文化语境”是理解特定文学文本及其法律问题的关键所在。

第二,法律与文学的文化研究进路承认和重视特定“文化语境”的经济和社会基础,然而着重研究特定经济和社会基础上的文学作品中的法律问题——特别是法律冲突——背后的特定“文化语境”。用现代学术的“司法科技是否发达”或者“司法程序是否正义”等标准评判元杂剧的冤案问题都是属于“进步论”的法律理论,或多或少地忽视了《窦娥冤》中的文化语境,即窦娥和窦天章代表的(汉族)儒家礼法与桃机、张驴儿父子代表的(游牧)蒙古文化之间文化冲突。这种冲突建立在蒙元王朝的军事征服、政治统治和经济优势的基础上,表现为阶级矛盾、族群身份、婚姻、丧服、法律等级等具体的文化冲突,贯穿于《窦娥冤》文本的始终。

第三,儒家礼法是古代中国的主流文化,但在关汉卿所处的蒙元王朝则属于弱势文化。关汉卿时代的蒙古文化和儒家礼法之间既存在文化冲突,也有文化融合。文化冲突与文化融合都是法律的文化研究的主题。关汉卿和其他文人创作的杂剧用含蓄手法透露元朝的社会矛盾和文化冲突,已是元杂剧和元史研究中的一个常识,原本不需重提。^[18]然而,很长一段时间以来,描写不同族裔和民族的冲突成为一个政治敏感的问题,变为一个不大不小的学术研究禁区。需要强

[16] 这个学术概括来源于李斯特对冯象“法律与文学”研究的评论,见李斯特:“评‘苏力评冯象’”,载苏力编:《法律书评》第5辑,北京大学出版社2007年版。另参见陈颀:“法律与文学的社会科学进路:洞见与不足”,载苏力编:《法律书评》第8辑,北京大学出版社2009年版;冯象:《政法笔记》(增订版),北京大学出版社2012年版;Stuart Hall, “Cultural Studies: two paradigms”, *Media, Culture and Society* 2 (1980)。

[17] 本文采用的版本是关汉卿:“感天动地窦娥冤”(简称窦娥冤),载关汉卿:《关汉卿全集》,吴国钦校注,广东高等教育出版社1988年版。《窦娥冤》现存主要有三个底本,这个版本以明代臧晋叔《元曲选》为底本,参考和校汇明代《古名家杂剧》和《古今名剧合选爵江集》等两个版本。关于元杂剧的版本差异和时代考证,以及对《元曲选》的批评,学术界有不少讨论。近期颇具颠覆性的研究是两位海外汉学家奚如谷(Stephen H. West)和伊维德(Wilt L. Idema)的批评,奚如谷:“臧懋循改写《窦娥冤》研究”,《文学评论》1992年第2期;伊维德“我们读到的是‘元’杂剧吗——杂剧在明代宫廷的嬗变”,《文艺研究》2001年第3期。这两位学者认为包括《窦娥冤》在内的元杂剧的现存版本遭到明代文人的改写。类似思路的研究也可参见:汪诗佩:“宿命·平反·教化观:论两本《窦娥冤》”,台北《戏剧学刊》2010年第11期。本文承认《古名家杂剧》与《元曲选》的《窦娥冤》版本差异,但认为上述三个文献均有扩大版本之间的差异之嫌。本文认为,在儒家礼法的“婚礼”、“丧服”与“司法伦理”等核心问题上,不同版本之间并无本质差异。

[18] 相关研究很多,一个经典研究见蒙思明:《元代社会阶级制度》,中华书局1980年版,页116;晚近有影响力的总结性研究参见萧启庆:“内北国而外中国:元朝族群政策与族群关系”,载萧启庆:《内北国而外中国:蒙元史研究》(下),中华书局2007年版。

调,法律与文学的文化研究并不坚持特定的族群文化立场,不认为某一文化立场必然高于其他文化立场。同理,本文也不认为现代法律及其背后的文化立场必然优于中国古代礼法。

第四,尽管如此,《窦娥冤》的作者关汉卿的文化立场无疑仍是儒家礼法。通过窦娥冤案与儒家礼法关系的细致分析,本文试图论证儒家司法观在关汉卿时代的合理性,并进一步讨论儒家礼法对于“冤案法理学”的启示意义。在这个意义上,法律与文学的文化研究的历史观试图调和法学理论的“地方性”与“普遍性”的矛盾,接近尼采所言的“纪念碑式的历史”,而非“怀古的历史”或“批判的历史”。^[19]

二、冤案的叙事方式与社会基础

“公认冤案”的本体论前提是存在“真实冤案”。研究者普遍认为,窦娥的悲剧无疑是一个真实的“公认冤案”,其文本证据遍及整个剧本。典型证据,如冤案昭雪后窦娥的感慨:“衙门从古向南开,就中无个不冤哉。”^[20]面对流氓张驴儿的诬告,太守桃杌的错判,为了保护自己的名节和蔡婆婆的性命,坚贞孝顺的窦娥甘愿承认自己是杀人凶手,被判处死刑。临刑前,窦娥控诉司法不公、天地不仁,发下三桩誓愿,此后竟一一应验。三年后,身居高位的窦娥父亲窦天章巡查楚州,窦娥冤魂申诉,司法冤案得以昭雪。这种《窦娥冤》的故事概括,是一个关于“公认冤案”的典型叙事。

窦娥冤案之所以被读者认为是“真实”的,与上文所述关汉卿的文化立场以及元杂剧的叙述方式有关。一方面,从关目、人物的上场诗、舞台提示、角色自述以及结束词等方面看,元杂剧作者以一种全知的零聚焦模式隐身在作品背后。另一方面,承担元杂剧主要叙述任务的是主唱人(剧中具体人物)而非剧外的“说书人”。于是,元杂剧叙事者的叙事是限知视角,不同身份的主唱人可以采用不同的叙述立场和策略。因此,主唱人便具有双重的叙事身份,既要遵守杂剧人物的限知视角,不能轻易逃逸虚构故事域,又必须完成故事叙述者的任务,以实现作者的理念。^[21]

从《窦娥冤》的关目、窦娥三桩誓愿应验、恶人伏法的“大团圆”结局和其他的文本证据看,关汉卿无疑持同情乃至歌颂窦娥的立场。然而,回到《窦娥冤》的文本,窦娥无疑是剧中角色(主唱人)中的“少数派”。在有限的主唱人中,不仅张驴儿父子和太守桃杌是窦娥的对立面,蔡婆婆也从未表示过窦娥被处死是冤枉的,甚至连窦天章开始也认为女儿窦娥犯了不可饶恕的“十恶”之罪。既然关汉卿赋予剧中角色不同的文化立场,那么身为“少数派”的窦娥的文化立场是怎么打动潜在的读者/观众,从而完成“公认冤案”的认识建构呢?要回答这个问题,我们需要回到窦娥冤案的叙事冲突。

在本文看来,窦娥冤案中不同角色的叙事冲突与窦娥时代的特定社会矛盾——儒家礼法

[19] 尼采:《历史的用途和滥用》,陈涛、周辉荣译,刘北成校,上海人民出版社2000年版,页11。

[20] 关汉卿,见前注[17],页39。

[21] 参见徐大军:“元杂剧主唱人的选择、变换原则”,《文艺研究》2006年第8期。

与蒙元文化之间的冲突——联系在一起。^{〔22〕}这一冲突的首要表现是“士农工商”为代表的儒家礼法的社会基础在蒙元王朝建立后遭到严重冲击，儒家士人从“士农工商”的社会顶层跌落到普通百姓不如的境地。^{〔23〕}借助一桩高利贷的经济纠纷，关汉卿在《窦娥冤》的开场“楔子”中将窦娥冤案置于汉人儒生家庭的没落与攀附蒙元王朝的汉族商人的兴起的矛盾之中。

“花有重开日，人无再少年。不须长富贵，安乐是神仙”，^{〔24〕}《窦娥冤》开场“楔子”的第一句是蔡婆婆的上场诗。^{〔25〕}诗中蔡婆婆先感慨自己不再年轻，接着表达不求富贵、但求安乐的生活愿景。不求富贵，是因为蔡婆婆家境殷实；但求安乐，是因为经营高利贷利润虽高，风险也大。元朝初年，高利贷是官方特别是蒙元贵族推动的合法生意。^{〔26〕}既然高利贷是合法生意，蔡婆婆为何如此忧虑？短短几句自叙，关汉卿告诉观众答案：经营高利贷不仅有经济风险，而且也有人身危险。蔡婆婆是楚州人士，楚州大致位于今天的江苏淮安，这意味着她属于元朝法定的“四等人”中最为低等的“南（汉）人”，不是为蒙元皇族或贵族合法经营高利贷生意的“斡脱户”——在元初通常是色目商人。^{〔27〕}没有蒙元贵族和官府做靠山，也不是专营此业的色目商人，独自经营高利贷的南（汉）人蔡婆婆自然战战兢兢、如履薄冰。何况蔡家没有男子，婆媳两个寡妇相依为命。常言道“寡妇门前是非多”，特别是蔡婆婆这种抛头露面、四处行走的“事业型”寡妇，更容易（被）惹出是非。因此，对于高利贷生意，蔡婆婆首要考虑的不是如何赚钱，而是如何找个倚靠，求个安稳。

有道是“商人重利”。蔡婆婆主动适应元朝高利贷经济制度，使得自家生活富贵，尽管她忧虑生意和人身的风险。紧接蔡婆婆上场的窦天章则是一个怀才不遇、穷困潦倒的儒生。窦天章是京兆（长安）人士，属于元朝四等人中的“北（汉）人”。尽管相对于南人而言，北人通常更受蒙元王朝的重视，然而在关汉卿时代废止“科举取士”的大背景下，窦天章作为儒生从“士农工商”的头等地位下降到一个普通的社会阶层。“九儒十丐”可能只是民间儒生的一个偏激的说法，但是也说明了儒生地位的下降。^{〔28〕}读书人读书之后无法进入仕途，读书本身就失去了实用价值。退而寻求其他出路，儒生又往往不习俗务，经济地位也可想而知。于是他们在世人眼里的地位也一落千丈。元代民间有俗谚曰：“生员不如百姓，百姓不如疍卒”（《一山文集·与董

〔22〕 有代表性的总结，见萧启庆：《内北国而外中国：蒙元史研究》（上），中华书局 2007 年版，页 30—32。

〔23〕 有关元代的儒士问题，一个简明扼要的研究参见邓绍基编：《元代文学史》，人民文学出版 1998 版，页 8—13。

〔24〕 关汉卿，见前注〔17〕，页 3。

〔25〕 作为元杂剧的必备要件，上场诗通常用来交待人物身份，是登场人物面对观众的自我表白，参见魏明：“元杂剧上场诗的类型化倾向”，《湖北大学学报》（哲学社会科学版）2000 年第 5 期。

〔26〕 元朝官方设立高利贷机构“斡脱所”，利率计算是一年本利一倍，人称“羊羔息”。关于元代“斡脱钱”，参见《元典章》（二），陈高华等点校，天津古籍出版社、中华书局 2011 年版，页 898—991；元代斡脱商业的研究可参见刘政：《斡脱商业与元代社会》，兰州大学硕士毕业论文 2011 年版。

〔27〕 参见翁独健：“斡脱杂考”，《燕京学报》第 29 期，燕京大学 1941 年版。

〔28〕 “曰我大元典制，人有十等：一官、二吏；先之者，贵之也，谓其有益于国也；七匠、八娼、九儒、十丐，后之者，贱之也，谓其无益于国也。”谢枋得：“谢叠山集”，载王云五编：《丛书集成初编》，商务印书馆 1936 年版，页 21。

涑水书》),甚至于“小夫贱隶,亦以儒为嗤诋”(《青阳先生文集·贡泰父文集序》)。^[29] 窦天章还没沦落到最低的“十丐”境地,然而“一贫如洗”的经济状况,让他不得不向蔡婆婆借二十两银子。一年后,连本带利合计四十两“羊羔息”让他无力偿还,无奈只得将女儿抵债。蔡婆婆嘴上说让端云(窦娥)给蔡家做媳妇,其实是让端云抵债给蔡家做童养媳,这点从两人的自述中清楚可见。一边是窦天章的感慨:“嗨!这个那里是做媳妇!分明是卖与他一般。”^[30] 另一边,面对落魄儒生窦天章,高利贷者蔡婆婆无疑是强势的,甚至可以予取予求:“我有心看上他,与我家做个媳妇,就准了这四十两银子,岂不两得其便。”^[31]

在元代,童养媳婚是一种民间的合法婚姻形式。^[32] 成婚前,童养媳不仅是男家的廉价劳动力,而且生活待遇菲薄,更有甚者,未及婚配就被卖为奴婢。这就是所谓的“以人为货”。《元典章》记载,“江南平定之后,悉为吾民。今十有八年,尚有营利之徒以人为货。……毋得纵令收买良民违错。欠少幹(当作“幹”)脱钱债等,依例施行。外,据转送孩儿、媳妇一节,即系以人为货事理。”^[33]《元史·刑法志》也记载:“诸以童养未成婚男妇转配其奴者,笞五十七,妇归宗,不追聘财。”^[34]或许正是担心端云被转卖为奴,窦天章恳求蔡婆婆看在自己“薄面”的份上善待女儿,蔡婆婆满口答应。窦天章这才收下蔡婆婆的盘缠,与女儿无奈分离,远赴洛阳赶考。

或许有人会站在道德制高点批评窦天章为了个人前程而抛弃女儿。这种看法属于道德求和时代误会。首先,窦天章在高利贷的盘剥下,已经负债累累、无力偿还。其次,窦天章如果不接受蔡婆婆的“美意”,不仅养活不了女儿,甚至自己也有可能沦为奴隶。^[35] 最后,窦天章所处的元初时代,朝廷并没有举行科举制度,帝国的都城也不在洛阳,因此,抛弃女儿、远赴洛阳赶考在现代读者看来,像是穷途末路的儒生的最后一搏,其实在元杂剧的观众看来,不过是当时儒生不可能实现的“鱼跃龙门”的梦幻泡影。^[36]

三、文化融合与文化冲突:人赘与改嫁

在元朝身份等级社会制度下,儒生窦天章穷困潦倒;在高利贷经济制度下,七岁的窦端云离开父亲的怀抱,成为经营高利贷生意的南(汉)人商人蔡家的童养媳,从此后改名窦娥。在

[29] 转引自白书仪:《元人杂剧与元代社会》,北京大学出版社1997年版,页47—48。

[30] 关汉卿,见前注[17],页4。

[31] 关汉卿,见前注[17],页3。

[32] 宋元以前,类似于童养媳婚的成婚形式通常限于上层阶级,特别是帝室。元代童养媳婚的研究,参见陈鹏:《中国婚姻史稿》,中华书局1990年版,页764—765。

[33] 《元典章》(二),见前注[26],页990。

[34] 宋濂等撰:《元史》,中华书局1976年版,页2644。

[35] “夫富者之为利,莫非放债取厚利,恃势而盈,致使贫乏下民终日逐利以偿其债,中人之家终身营业,以待其吞并,其或家穷力尽,同卖妻鬻子,身为奴仆而后已。”黄必大:《积善录》,转引自乔幼梅:“宋元时期高利贷资本的发展”,《中国社会科学》1988年第3期。

[36] 元仁宗皇庆二年(1313年)下诏恢复科举,这是元朝第一次科举。而一般认为,关汉卿卒于元成宗大德年间(1297—1307),有研究推断为1302年左右,参见邓绍基,见前注[27],页73。

“楔子”中,《窦娥冤》的叙述冲突主要表现为儒生社会地位低下,并受到高利贷剥削,这是窦娥悲剧的起因和社会基础。社会基础的变化,必然带来特定阶层的社会地位和生活方式的变化。在蒙古、色目人成为统治阶层的社会背景下,不少汉人或被动或主动地适应蒙元文化及其生活方式,蔡婆婆就是一例。

在第一折,通过蔡婆婆之口,我们得知窦娥也成了寡妇。可能是为了减少是非,也可能是为了安全,蔡家婆媳俩不久前搬到更为“清办(清净)”的山阳县。蔡婆婆继续经营高利贷生意,这次她向赛卢医讨债,竟然差点被勒死,幸好张驴儿父子及时出现,才得以幸免于难。张驴儿问蔡婆婆籍贯姓氏时,蔡婆婆不仅如实回答,而且坦言家里只有婆媳两个寡妇。张驴儿父子闻之大喜,便要求入赘蔡家。蔡婆婆起初不从,张驴儿便威胁勒死她。无奈之下,蔡婆婆只得带张氏父子回家,不得不收张李老做“接脚”。回到蔡家,张驴儿一见窦娥,色心便起,遭到窦娥严辞拒绝。

很明显,窦娥与蔡婆婆同为寡妇,对待入赘(招女婿)的态度却很不一样。窦娥不仅坚决不嫁张驴儿,还明确反对蔡婆婆招赘。窦娥提出三条反对理由:第一,蔡家经济宽裕,自给自足;第二,蔡婆婆年事已高,已过六十;第三,蔡婆婆招赘对不起留给她富足生活的亡夫。考虑到蔡婆婆经济、生理、情感和伦理等因素,窦娥的反对理由并非纯粹站在儒家伦理的说教立场,这是关汉卿比起一般文人儒士的更高明之处。可是蔡婆婆没有接受窦娥的劝说,仍然接纳了张李老。

蔡婆婆为什么接纳张李老入赘?第一个可能的原因,正如蔡婆婆自述,是迫于张氏父子逼迫。这个说法看似有理,却经不起推敲。在荒郊野外,蔡婆婆为了保命可以暂时答应张氏父子的强行入赘是可以理解。不过,回到山阳县城,蔡婆婆不可能没有其他办法应对强行入赘。第二,蔡婆婆守寡多年,会不会是因为情欲的需要接纳张李老入赘?从窦娥之口,我们也可以初步排除这个猜测:蔡婆婆年过六十,已进入老年期,不大可能因为情欲的需要而接纳张李老入赘。^[37]另一方面,蔡婆婆从事高利贷生意多年,可谓是见多识广、阅人无数,也不大可能对一个自愿入赘的普通老汉“一见钟情”。

此外,张驴儿父子热衷入赘也很稀奇。入赘婚作为一种非主流的婚姻形式,历来为中国主流文化所排斥。元以前,男子选择入赘的根本原因是经济贫困,如《汉书·贾谊传》:“家富子壮则出分,家贫子壮则出赘。”^[38]赘婿地位低下,所以男子往往以入赘为耻。在关汉卿时代,受到蒙古婚俗影响,也因战乱后家庭破碎、流民增多等原因,赘婚成为一种相当普遍的合法婚姻形式,妇女改嫁也受到法律保护。古代蒙古人原本实行收继婚制,视妇女再婚和男子娶寡妇为妻是正常之事,本无汉人的贞节观念。^[39]蒙元王朝也颁布一系列保护妇女再嫁的律例。^[40]

[37] 有研究表明,绝经妇女仍有可能出现性欲增强的现象,见王伟华:“绝经后女性的性欲活动和功能”,《世界核心医学期刊文摘(妇产科学分册)》2005年第10期。然而结合上下文考虑,蔡婆婆守寡多年,之前一直没有改嫁或招赘,因此不大可能因为情欲原因而接纳张李老。

[38] 班固撰:《汉书》,中华书局1962年版,页2244。

[39] 蒙古贵族原本实行收继婚制,即子收庶母、侄收婶母、弟收兄嫂,并没有要求妇女守节的观念。元朝收继婚的律令,参见《元典章》(二),见前注[26],页652—656。

[40] 元代保护妇女再嫁的律令,参见《元典章》(二),见前注[26],页618、628、635。

因此,张驴儿父子不以赘婚为耻或许是蒙元风俗使然,然而张氏父子做“接脚”寄居于蔡家却俨然以主人自居,就显得奇怪了。张驴儿父子不过是两个流民,既无财产,又无体面的社会地位。他们为什么能够如此骄横?

其实,张驴儿父子热衷于入赘蔡家,与他们的特殊社会身份有关。从张驴儿父子的居无定所、无技傍身看,他们当属元代城市游民阶层。在元初,城市流民属于一个特别的社会阶层,多为蒙古人、色目人或者早期归顺的北(汉)人。他们多出身下层,曾为蒙元军队南征北讨、出生入死,后来因为种种原因,没有得到蒙元王朝的良好安置,成为城市流民,甚至成为泼皮、流氓或恶霸。他们为数众多,互有联络,形成一股社会力量,与官府也有联系。元初流民阶层最为民众诟病的恶行当属掠夺妇女,强行逼婚。元杂剧对掠夺婚姻的恶霸流民多有反映。^{〔41〕}明白张驴儿父子的流民身份后,我们就能更好地理解,为什么身无长物、地位卑微的张驴儿一见到窦娥就自夸道:“你看我爷儿两个这等身段,尽也选得女婿过。”^{〔42〕}遭到窦娥严辞拒绝后,张驴儿便动手拉拉扯扯,立誓不占有窦娥就不罢休。对于张驴儿父子这样的泼皮流民而言,赘婚只是形式,霸占妇女和占有家财才是他们的真正目的。

张驴儿父子是无业无产的泼皮流民,为什么蔡婆婆会乐意招他们父子入赘呢?要解答这个问题,需要进一步从张驴儿父子的族群身份入手。“张驴儿”这个名字便是关汉卿暗示的线索。“驴”在汉人风俗中带有贬义,却是蒙古人常见的一个名字。恰巧,《元史》记载,在关汉卿创作《窦娥冤》的大致年代,有位名做张驴(又名章闰、张闰)的蒙古官员曾担任江南行御史台的“第二把手”御史中丞。更巧的是,江南行御史台的管辖范围,就包括古“楚州”地域。《元史》还记载,成宗大德三年(1299年),张驴在江南行台中丞任上被弹劾“受李元善钞百锭”。^{〔43〕}

结合下文太守桃机对张驴儿宽纵,本文认为,张驴儿父子应该是蒙古游民。^{〔44〕}他们虽然只是泼皮流民,但是蒙古人的族群身份却让他们在南(汉)人地区横行无忌,也让蔡婆婆这样依附蒙元高利贷经济制度的汉人愿意主动接纳。在本文看来,蔡婆婆接纳张驴儿父子入赘,正是因为他们的蒙古流民身份可以给高利贷生意带来安稳的社会身份基础,从而摆脱生意风险和人身安全的双重忧虑。

从经营高利贷和招婿入赘情节看,蔡婆婆虽不能说如鱼得水,也算是有惊无险地融入蒙元主流社会。作为一个高利贷经营者,蔡婆婆与社会上各类人群打交道,接触蒙元王朝新观念的机会自然比一般人要多,也容易受其影响。在这个“社会变迁”的大背景下,基于经济风险和人身安全的双重考虑,蔡婆婆的生活伦理发生巨大的变化,愿意接纳甚至主动招纳蒙古人作为赘婿,便是元初蒙古与汉族文化融合在婚姻观上的体现。然而,在元初文化融合的背后,毕竟是蒙古人对汉人的暴力征服和民族歧视,因此,正如下文分析的,蔡婆婆主动接受蒙元婚姻观的

〔41〕 参见王毅:“元杂剧中反掠夺婚姻的思潮”,《江汉论坛》1988年第7期。

〔42〕 关汉卿,见前注〔17〕,页12。

〔43〕 宋濂等,见前注〔34〕,页247。

〔44〕 当然,一种理论上的可能是,张驴儿父子是北人或南人假扮的“蒙古流民”。不过这不影响本文的判断和推理。

尝试也酿下文化冲突和司法冲突的种子。

四、司法冤案与文化冲突：婚丧礼法

同为寡妇，婆媳俩对招入赘的态度截然相反。窦娥为什么不愿招婿？一个常见的解释是，窦娥出身儒生家庭，从小秉承“三从四德”的伦理教育，因此恪守“封建礼教”的贞洁观，誓死不愿改嫁，落得因张驴儿诬告而冤屈死去的悲剧下场。^{〔45〕}有评论者进一步认为，窦娥是“封建礼教”的牺牲品，因为“窦娥不仅是抽象礼教的化身，她根本就是礼教本身”，她是一个“流着礼教的血，长着理性的肉的一个概念人”。^{〔46〕}因此，这些研究者认为，反思窦娥冤案应当延伸到对儒家礼法的反思。

本文认为，上述看法既是对儒家礼法的误读，更未能从剧中细节体会关汉卿塑造窦娥形象的伦理追求。的确，窦娥是有“贞”、“孝”观念。作为一个年青寡妇，她立志守节，拒绝招婿，遵从孝道，侍养婆婆。尽管如此，窦娥拒绝张驴儿并不单纯是从“贞”的观念出发，而有更充分的理由。本节从示爱方式、婚姻和孝服礼法的文化冲突，考察和分析窦娥拒绝与蒙古流民张驴儿成婚的原因。由于婚姻和丧服等礼法领域的分歧，窦娥与张驴儿父子和蔡婆婆产生激烈的文化冲突，最终演变为不可调和的司法冲突。由此出发，与其说窦娥是因为亡夫的恩情而拒不招婿，不如说是张驴儿身为蒙古游民的特定身份，以及亵渎儒家礼法的所作所为，让窦娥与张驴儿产生不可调和的文化冲突。

首先，在关汉卿笔下，窦娥不是一个只有“三从四德”的“伦理机器”。她也是有血有肉的年轻女性，有着正常的情感和欲望。比起公公与蔡婆婆生儿育女、置办家业的多年共同生活和奋斗经历，窦娥不过与亡夫成婚不到两年。连蔡婆婆都顺应“社会潮流”招赘婿，为什么窦娥还留恋亡夫的恩情呢？关汉卿在剧中明确表达了窦娥独守空房、闲愁难耐的情欲苦闷：

满腹闲愁，数年禁受，天知否？天若是知我情由，怕不待和天瘦。……则问那黄昏白昼，两般儿忘食废寝几时休？大都来昨宵梦里，和着这今日心头。……越觉的情怀冗冗，心绪悠悠。^{〔47〕}

尽管不免有寂寞闲愁，然而窦娥毕竟是一个有身份有教养的女性。她出身于儒生家庭寒家，生长在殷实商人蔡家，面对流民张驴儿的调戏和示爱，她理所当然予以拒绝。回到文本细节，窦娥拒绝张驴儿原因并不是出于张驴儿的蒙古身份，也不是窦娥立志守节，而是因为张驴儿调戏和逼婚的流氓行径。细细说来，站在窦娥立场，拒绝张驴儿的理由至少有三点：一是张驴儿父子乘人之危，以死相挟，强行逼婚，引起她的愤慨；二是婆婆“助纣为虐”，不仅自己屈从

〔45〕 一个常常被提及的文本证据，见第四折窦天章对窦娥鬼魂的训诫：“我当初将你嫁与他家呵，要你三从四德：三从者，在家从父，出嫁从夫，夫死从子；四德者，事公姑，敬夫主，和妯娌，街坊。”关汉卿，见前注〔17〕，页32。

〔46〕 张汉良：《关汉卿的〈窦娥冤〉：一个通俗剧》，载温儒敏编：《中西比较文学论集》，北京大学出版社1988年版，页254—255。

〔47〕 关汉卿，见前注〔17〕，页9。

张孛老这个“村老子”，而且没有和她商议就把她“出让”给了张驴儿那个“半死囚”，使她感到屈辱；三是张驴儿一副地痞无赖嘴脸，一见面就要拉着窦娥拜堂成亲，满口粗言鄙语，更使她难以忍受。^{〔48〕}总之，张驴儿一见窦娥就心生色欲，强行调戏，这不仅是儒家伦理所不能接受的，就算在现代社会，恐怕也没有正经女子会接受一个无业流氓的调戏和求爱。必须注意，从始至终，窦娥拒绝张驴儿时没有诉诸种族身份。这当然有可能是关汉卿的曲笔，然而，即便张驴儿是一个汉人，甚至是汉族儒生，窦娥也绝无可能接受这种流氓式示爱。

再次，更为重要的文化冲突是婚姻观的区别。张驴儿热衷赘婚，并且把赘婚理解为男女之间你情我愿的自由结合，男方入住女家就等于缔结婚姻。这种源于女真人的俗称为“据拜门”的元代婚俗与强调婚姻礼制的儒家婚姻观相比，简直是南辕北辙。^{〔49〕}元代不同民族以及民族之间的婚姻怎么适用礼制呢？元世祖至元八年（1291年）颁布圣旨规定：“诸色目人同类相婚姻者，各从本俗法，递相婚姻者，以男为主，蒙古人不在此限。”^{〔50〕}这条规定在承认各民族婚姻习惯法的同时，特别保护和维护了蒙古人和男人的婚姻习俗。这就意味着，当张驴儿与窦娥的婚姻观发生冲突时，蒙古男人张驴儿的婚姻观更受法律的尊重和保护。

宋元时代汉族民间婚礼尽管并没有《仪礼》所载“三书六礼”的隆重和复杂，然而聘礼和订婚仪式是绝对不可缺少的。^{〔51〕}关汉卿把婚姻观的巨大差异通过窦娥对蔡婆婆的劝诫表达出来：“相守三朝五夕，说甚一家一计。又无羊酒段匹，又无花红财礼；把手为活过日，撒手如同休弃。”^{〔52〕}在这段唱白中，窦娥不仅批评蔡婆婆与张孛老的“同居”不合儒家礼法，不算正式婚姻，而且表明自己与张驴儿没有丝毫瓜葛。此处的“羊酒段匹”和“花红财礼”是宋元时汉人订婚礼物，当时简称“红定”聘礼，是男家在女家答应婚事后，男方送给女家的订婚彩礼。聘礼在订婚仪式中占有相当重要的地位，只要女家收下聘礼，即使没有写婚约证书，人们也会认为婚事已定。民间将聘礼看作婚事是否合乎礼制的关键。

在儒家礼法看来，为什么婚礼如此重要？《礼记·昏礼》云：“昏礼者，将合二姓之好，上以事宗庙，而下以继后世也，故君子重之。”^{〔53〕}在中国文化中，婚姻是每个人和每个家庭的大事，它和中国人以家族为核心的价值观紧密联系在一起。古代中国人很清楚，结婚就是为了延续家族，对祖先和后代负责。传统婚姻习俗礼仪必须通知亲属邻里，以取得社会的认可和保障。儒家强调婚姻的礼法，不代表漠视人的情欲天性。《毛诗正义》有言：“发乎情，止乎礼义。”^{〔54〕}正所谓“丈夫生而愿为之有室，女子生而愿为之有家。父母之心，人皆有之”，然而“钻穴隙相

〔48〕 更细致的分析参见么书仪，见前注〔29〕，页118。

〔49〕 “外据拜门一节未曾举复。照得国朝蒙古婚聘并自来典故内俱无如此体例。此系女真风俗，其汉人往往效学，习以成风，徒费男家钱物，致起争讼，甚非礼制。”《元典章》（二），见前注〔26〕，页1051。

〔50〕 《元典章》（二），见前注〔26〕，页614—615。

〔51〕 《仪礼·士昏礼》规定，媒聘婚必须经过六礼，即纳采、问名、纳吉、纳征、请期、亲迎。详见李学勤主编：《十三经注疏·仪礼注疏》（上）北京大学出版社1999年版，页60—75。

〔52〕 关汉卿，见前注〔17〕，页20。

〔53〕 李学勤主编：《十三经注疏·礼记正义》（下），北京大学出版社1999年版，页1816。

〔54〕 李学勤主编：《十三经注疏·毛诗正义》（上），北京大学出版社1999年版，页15。

窥,逾墙相从”的苟且私通之举,不仅愧对祖先和家族,而且有害于血脉传承。^[55]“父母之命,媒妁之言”的婚礼,便是儒家用“礼义”来规训“情欲”的礼法制度。

最后,却是最重要的,窦娥不能接受张驴儿是因为元代关于丧服制度的法律规定。为什么窦娥只与亡夫正式结合不到两年时间,却要为他服孝三年呢?按照儒家礼制和元代法律,妻子为丈夫服丧属于五服制度中最重的“斩衰”,必须守孝三年。^[56]丧服(五服)制度的核心是“亲亲”和“尊尊”。理解“亲亲”的关键是“至亲”和“亲疏有别”,前者指父子、夫妻、兄弟一体,后者是指从至亲开始,不同亲属关系的区别。对窦娥而言,为父母和丈夫服丧是最为重要的。“尊尊”是指家族内等级区别,如父母、兄弟、夫妻、嫡庶的高下区分。对窦娥来说,就是她为父亲服丧要比母亲更重,她为丈夫服丧比丈夫为她服丧更重。因此,正如瞿同祖先生指出的,理解儒家礼法的关键就在于以礼入法,依据五服治罪,这就是所谓“中国法律儒家化”。^[57]

元代法律并不反对改嫁。在《望江亭》和《救风尘》等杂剧中,关汉卿也以同情和理解的态度描写了妇女改嫁的情节。根据元代法律,丈夫去世,窦娥只要守服三年,守志或再嫁就完全凭个人愿意。自愿守节的妇女,其夫家的改嫁权也自动消失,即所谓“妇人夫亡,服阙守志并欲归宗者,听。其舅姑不得一面改嫁”。^[58]窦娥被逼婚之时还处于为亡夫守孝的服丧期间,不仅张驴儿逼婚是非法的,而且蔡婆婆也没有要求窦娥招赘或改嫁的法律权利。

前文强调,法律与文学的文化研究并不坚持特定的文化立场。因此,本节分析并不是用儒家礼法的立场批判和贬斥蒙元文化。毋宁说,本节的讨论恰恰试图超越泛道德化的视角,从历史情境中讨论窦娥与张驴儿在婚丧礼法上的文化冲突。通过对文本细节的文化语境分析,本文认为,儒家礼法本身并不必然反对寡妇招赘或改嫁。窦娥之所以拒绝张驴儿,是因为窦娥清楚地意识到,身为泼皮流氓的蒙古游民不可能给她带来更稳定美好的婚姻生活。因此,在独守空房的苦闷中窦娥唱到:“我将这婆伺养,我将这服孝守,我言词须应口。”^[59]我们得以理解窦娥守孝守节的选择不仅仅因为儒家礼法的“约束”和“毒害”,而是在异族文化横行和社会矛盾激烈的时代,借以明哲保身的理智行为。

五、从文化冲突到司法冲突:窦娥冤案的生成

尽管在婚丧礼法上发生激烈的文化冲突,但是这不必然引发窦娥与张驴儿更严重的人身或司法冲突。如果张驴儿适可而止,不再苦苦纠缠窦娥;如果窦娥有比婚丧礼法更为强大的制度工具或者家族其他成员特别是男性成员的保护和协助,那么张驴儿可能也会有所忌惮,不敢有进一步行动。然而自古“寡妇门前是非多”,何况两个寡妇让两个嫖夫进了家门。面对张

[55] 李学勤主编:《十三经注疏·孟子注疏》,北京大学出版社1999年版,页164。

[56] “妻为夫之族服”的条目,见《元典章》(二),见前注[26],页1058。

[57] 参见瞿同祖:“中国法律之儒家化”,载瞿同祖:《瞿同祖法学论著集》,中国政法大学出版社1998年版,页371。

[58] 《元典章》(二),见前注[26],页646。

[59] 关汉卿,见前注[17],页10。

氏父子,窦娥必然陷入全面的弱势地位。更为无奈的是,蔡婆婆在婚姻丧服等核心文化观念上接受蒙元文化,鼓励和支持窦娥招婿,成为张氏父子的同盟军。默认张孛老入赘,使得蔡婆婆与张孛老的关系成为四邻街坊认定的“事实婚姻”,也给了张驴儿莫大的信心。父亲与蔡婆婆的“恩爱”进一步刺激张驴儿的情欲,让他铤而走险,试图通过毒死蔡婆婆而霸占窦娥,不料却毒死自己的父亲。威逼利诱不成,张驴儿将窦娥告上法庭。

与婚丧礼法等文化冲突不同,张驴儿投毒在儒家礼法和蒙古文化中都是道德败坏的恶劣行为,而且依中国古代法律都属于严重犯罪行为。在关汉卿的“全知全能”的叙述中,当代读者显然在庭审前就知道,真正的凶手是张驴儿,所以理所当然地站在窦娥这边。当太守桃机严刑逼供,将窦娥屈打成招,判处死刑之时,当代读者很容易得出这样的结论:窦娥的悲剧是一个真实的“公认冤案”。沿着“公认冤案”的思路,窦娥冤案的成因不外乎是司法官员桃机的道德品质或司法能力有问题,或者桃机所依赖的刑讯和口供的刑事司法制度本身存在根本缺陷。于是,为了防止窦娥冤案再次出现,不仅需要提高司法官员的道德水平和司法能力,并且需要改善依赖刑讯和口供的刑事司法制度。

在本文看来,桃机之所以采信张驴儿的证词而排斥窦娥的证词,不是因为桃机的司法能力不足,也不是因为桃机不遵守元代的法律规定和司法程序,而是由于在证据识别和认定的司法过程中,桃机秉承蒙元婚丧习俗的文化立场,排斥汉人的儒家(婚丧)礼法。进一步而言,倘若窦娥案的主审法官是一个理解和同情儒家礼法的官员,那么在同样的刑事司法制度和司法科技水平下,窦娥冤案很可能不会发生。

现有研究已经证明,桃机并未收受张驴儿贿赂,窦娥冤案与“法官”桃机的个人道德没有必然关系,此处不再赘述。^{〔60〕}而且,桃机被判处“刑名违错”的罪名和遭受“杖一百,永不叙用”的刑罚足以说明,至少在主审法官窦天章看来,桃机的罪状是错误地适用法律,而非贪赃枉法、故意错判。退一步而言,就算桃机是个贪官,更有财产也更有能力行贿的也是蔡婆婆这个楚州本地商人,而非蒙古流民张驴儿。因此认为窦娥冤案是因为贪官桃机陷害一说也就无从谈起。既然窦娥冤案不是因为桃机收受了张驴儿贿赂,为什么会给读者/观众以“偏帮张驴儿”的印象?为什么窦娥也认定自己冤枉,并对桃机这样“无心正法”的“滥官污吏”表示怨恨?

在本文看来,破解桃机为什么“刑名违错”的关键就在于张驴儿指控窦娥的罪名:“药死公公。”这个罪名的特殊之处是属于“十恶”重罪中的“谋恶逆”,意味着在起诉条件、司法程序和证据程序的认定上,“张驴儿诉窦娥毒杀公公”案都与普通刑事案件不同。

先看案件的起诉是否合法。元代法律规定,恶逆等恶性犯罪属于“十恶”,必须由当事人起诉。《元史·刑法志》规定:“若谋反大逆,子孙不孝,为同居所侵侮,必须自陈听。”^{〔61〕}如果张孛老被“媳妇”窦娥毒杀,其子张驴儿当然有合法的告诉权。按照元代法律规定,桃机必须受理谋恶逆案件。《元史·刑法志》记载:“诸民犯弑逆,有司称故不听理者,杖六十七,解见人,殿三

〔60〕 苏力,见前注〔7〕,页122—123。

〔61〕 宋濂等,见前注〔34〕,页2671。

年,杂职叙。”^[62]因此,张驴儿起诉窦娥药杀公公符合起诉的实体和形式条件,桃机也有受理张驴儿起诉的法律义务。

再考察审判程序是否合法。除去插科打诨的戏语,桃机出场后“升厅坐喝擗厢”,即是开庭时衙役呐喊助威,并审查诉讼是否合乎规定,这都是元代审判的基本程序。在具体的审理过程中,桃机问明被告和原告,并由原告张驴儿先陈述窦娥身为媳妇,药杀公公,并举出后母蔡婆婆作为证人。被告窦娥在陈述中否认蔡婆婆是张驴儿后母,并陈述蔡婆婆收留救命恩人张驴儿父子在家赡养,自己为亡夫服丧而不愿嫁给张驴儿的事实。窦娥称蔡婆婆是因为感激张驴儿父子的救命之恩才将他俩留在家中赡养终生。张驴儿承认与窦娥并无夫妻关系,但是他随即指出:“大人详情:他自姓蔡,我自姓张,他婆婆不招俺父亲接脚,他养我父子两个在家做甚么?”^[63]张驴儿的说法不仅合情合理,即便是窦娥,也被说得无言以对。的确,在中国古代这样一个女子都以礼教名誉为重,不具任何亲属关系而将陌生男子留在家长住是有点匪夷所思。孤男寡女同居一屋从来惹是非,何况是蔡婆婆和窦娥两个寡妇接纳张驴儿父子同居!如果只是报救命之恩,蔡婆婆的报答方式可以给钱给物,方法很多。如果不是招作“接脚”,蔡婆婆不可能接纳张孛老共同居住。元代汉人寡妇招赘婿虽然需要经过婚书,但是张孛老系蒙古人,两人的同居关系按照蒙古婚俗可以认定为事实婚姻关系。此外,元代一州最高行政官员称为“达鲁花赤”,由蒙古人或色目人担任,照例不能由汉人担任。桃机身为“楚州太守”,不仅很有可能是蒙古人,而且必然熟悉蒙古人婚俗。^[64]

在审判过程中,剧本只提到张驴儿和窦娥对蔡婆婆与张孛老的婚姻关系的证词,却“遗漏”桃机询问蔡婆婆和左邻右坊证词的过程。这不是关汉卿的法律疏忽,而是出于戏剧艺术的凝练,以及作者某些政治和法律上避免风险的考虑,因为蔡婆婆和左邻右坊的证词已经通过窦娥之口在不同场合被揭示出来。前面提到,窦娥在张驴儿下毒前曾对蔡婆婆抱怨,左邻右坊对蔡婆婆与张孛老同居的事实婚姻有许多闲言碎语。另外,在桃机认定窦娥不老实,动用拷讯后,窦娥痛苦地唱到“这无情棍棒教我捱不的。婆婆也,须是你自做下,怨他谁?劝普天下前婚后嫁婆娘每,都看取我这般傍州例。”^[65]这句唱词显然说明,尽管不承认毒杀公公,但是窦娥不得不承认婆婆与张孛老实际上是婚姻关系,只是这种跨文化婚姻产生的悲剧后果,却要做媳妇的窦娥来承受。

窦娥承认张孛老的公公身份,就意味着窦娥作为被告人,可能犯下的是“谋恶逆”的十恶大罪。窦娥在再度拷讯中提出新的抗辩:作为谋杀工具的毒药从何而来?在元代的证据制度中,这是一个必要但非充分的司法抗辩。按照元代司法证据规则,“谋恶逆”属于“十恶”的严重犯罪,并不要求指控人提交物证,也不要求法官断十恶之罪时一定要依据物证(状据)。一般而

[62] 宋濂等,见前注[34],页2621。

[63] 关汉卿,见前注[17],页22。

[64] 蒙古族在隋唐和宋代,又被称为蒙兀,因此桃机有可能是蒙古人,也可能是讨好蒙古人的色目人。参见屠寄:《蒙兀儿史记》,台北世界书局1962年版。

[65] 关汉卿,见前注[17],页22。

言,中国古代司法证据制度中,“据供辞定罪”是首要原则,“据状断罪”是次要规则,二者具有对立性。^[66]在刑事案件中,所谓“据状断之”的证据原则,是指在侦查、审理过程中重视“赃证”(可用于证明贪污、受贿或盗窃事实的证据)、“状证”(作案工具、被害人伤或死的现场勘验笔录等证据)。不过,在十恶等重大犯罪中,凡危害国家政权、皇帝的人身或尊严,有悖纲常伦理、恶性杀人等谋反、谋叛、谋大逆等犯罪的定罪量刑,很少适用“据状断之”规则。按照元朝法律,呈控子孙忤逆不孝,司法机关是不会拒不受理的,同时也不要求呈控人提供证据。连十恶较轻的忤逆不孝,官府都可以不必核实,更何况药死公公的“谋恶逆”。

必须注意,按照元代证据法律规则,在没有查明毒药出处的前提下,桃机可以凭借口供和人证以及自己对案情的整体判断定罪量刑,然而按照司法程序,桃机还必须继续询问其他犯罪嫌疑人。比起身为儿子的张驴儿,更有犯罪嫌疑的后母蔡婆婆也作为犯罪嫌疑人接受拷问。可能有人提出,中国素有善待老人的“慎刑”思想,桃机拷讯蔡婆婆不符合中国古代拷讯法律精神和规定。这种看法忽视了蔡婆婆的年龄问题。诚然,元代法律规定长者到一定年龄,可以免于拷讯。比如元贞元年(1295)刑部议得:“诸犯罪人,若年七十以上,十五以下,及笃疾不任杖责,理宜哀矜。每笞杖一下,拟罚赎中统钞一贯。”^[67]蔡婆婆的年龄是六十多岁,并没有达到七十岁。在今天的人看来,当庭拷讯一个头发花白的六十老妇似乎是一件残忍和不尊重人权的事情。然而,站在桃机的角度,拷讯蔡婆婆首先是一个“依法办事”行为。只不过,基于对案情的判断以及通过拷讯程序获得的窦娥证词,桃机确信了窦娥药杀公公的法律事实。还有人可能指出,拷讯蔡婆婆前,窦娥主动承认“药杀公公”,桃机由此可以推测窦娥是孝顺善良的人,从而在很大程度上排除窦娥的杀人嫌疑。这个推测,无疑是把桃机的法律智慧看作是包公这一层次,未免有点强人所难。站在桃机的角度,他完全有理由怀疑,作为药杀案的两个当事人,蔡婆婆与窦娥存在合谋杀人的嫌疑。

站在窦娥的角度,为蔡婆婆尽孝并不是招供的唯一理由,甚至不是最为重要的理由。在桃机决定拷讯蔡婆婆的时候,窦娥已经明白自己难逃一死,并决意赴死,因为拷讯结果不可能有利于窦娥。首先,蔡婆婆年事已高,若遭受拷讯或有性命之忧。倘若蔡婆婆因拷讯而死,不仅无助于消除窦娥犯罪的嫌疑,也表明窦娥不够孝顺。其次,基于婆媳婚姻观的分歧,对“安乐”生活的渴望,以及胆小怕事的心态,蔡婆婆为窦娥辩护,进而指控张驴儿的可能不大。一个侧面的证据是,窦娥招供后,蔡婆婆除了哭诉是自己害窦娥断送了性命之外,并没有任何言辞主张窦娥清白。再次,即便蔡婆婆做出有利于窦娥、不利于张驴儿的关键供词,在严刑拷讯中受到的“吊拷绷扒”的侮辱也让窦娥虽生犹死,不由心生死志。“千般打拷,万种凌逼,一杖下,一道血”,“打的我肉都飞,血淋漓,腹中冤枉有谁知”,这是窦娥对遭受刑罚的描述。回到历史语境中,这种扒掉衣服杖打的拷讯正是对重罪嫌疑人的“褫衣杖责”。它不仅带来肉体的痛苦,对于寡妇窦娥而言更是莫大的侮辱。最后,但不是最不重要的,即便蔡婆婆熬过拷讯,桃机也不

[66] 参见祖伟:“中国古代‘据供辞定罪’刑事证据首要规则及理据解析”,《法制与社会发展》2008年第1期;另参见祖伟:“中国古代‘据状断之’证据规则论析”,《法制与社会发展》2011年第4期。

[67] 《元典章》(二),见前注[26],页1334。

可能依法拷问张驴儿。蒙古人身份使得张驴儿在蒙汉间诉讼免于拷讯。《元史·刑法志》记载：“诸正蒙古人，除犯死罪，监禁依常法，有司毋得拷掠……余犯轻重者，以理对证，有司勿执拘之。”^{〔68〕}也就是说，除非张驴儿有药杀父亲的明确嫌疑，否则他不能仅仅作为证人而遭受拷讯。

从窦娥的角度出发，如果不招供，蔡婆婆面临死亡或者指控窦娥的危险，而且贞节也在脱衣杖责之下难以保全，自己依然难以逃脱药死公公的指控。在“三推六问”的司法拷讯之下，窦娥唯一能找到并用来保护自己的精神寄托，就是封建礼法的“贞孝”，这成了她信念的最大支撑。“褫衣杖责”却剥夺窦娥最后的尊严。既然已是必死的无奈情境，窦娥与其贞节、孝顺和性命三失，毋宁守住贞节和孝顺，含冤赴死。

六、冤案平反与儒家礼法

通过对窦娥案的司法程序和证据规则的梳理，本文认为，桃机基本做到了依法审判本案。然而桃机依法审判的判决结果却制造了一个被观众/读者公认的大冤案。窦娥冤案的复杂性和深刻性在于，冤案的生成不是因为司法官员徇私枉法，也不是因为司法官员有法不依、执法不严。在这个意义上，《窦娥冤》的启示难道是，在当时的特定历史条件下窦娥冤案的发生不可避免？站在现代法律的角度，不少研究者认为，桃机的历史局限主要有司法方法和证据能力不足以及法律规则本身的局限。因此，关汉卿安排的窦娥控诉、化身鬼魂以及窦天章的平反，不过是脱离历史情境和实践可能性的文学想象。

本文认为，在分析《窦娥冤》文本时，不能简单地将其视为社会科学意义上的真实或虚假的“材料”。戏剧对人物言行的表现的真实性是一种艺术的真实，依赖于读者的感同身受，这并非科学意义上的“真实”。因此，尽管在关汉卿时代身为南(汉)人的窦天章不可能通过科举成为“两淮提刑肃政廉访使”一级的官员，但是窦天章所信奉的儒家礼法的司法方法却有可能避免窦娥式的冤案。关汉卿在窦娥身上寄托艺术和道德理想，因此我们不能用现代知识来理解窦娥的献身精神，正如无法用现代科技来理解窦娥临刑的誓言，以及窦娥化为鬼魂寻父窦天章诉冤的超自然现象。有学者认为这超自然证据和灵魂反映了缺乏科学技术条件下的人们绝望中的希望，并认为只有父女之情才能超越证据的缺乏和人类能力的局限。^{〔69〕}超自然证据和鬼魂，在我们今天的世界观和知识看来，可能是一种迷信或者虚妄，但是在中国古代，普通民众普遍相信超自然冤魂和灵魂的存在，我们无法用今天的知识和价值观去批判《窦娥冤》的作者和古代读者/观众。

在本文看来，上述现代法律制度和理念，对《窦娥冤》的戏曲叙事、元代法律历史乃至中国古代法律史而言，都是历史中的实践者不可能想象的“解围之神(deus ex machina)”。如前所述，窦娥案的司法冲突的背后是儒家婚丧礼法与蒙元婚丧习俗之间的文化冲突，因此，在元代历史情境中，破解文化—司法冲突是平反窦娥冤案的关键。本节依据对《窦娥冤》文本特别是

〔68〕 宋濂等，见前注〔34〕，页2632。

〔69〕 苏力，见前注〔7〕，页147。

第三、四折的分析,讨论窦娥控诉和窦天章平反的儒家礼法逻辑。

尽自己的最大努力,甚至以生命为代价,窦娥想做一个守妇道、过安稳日子的妇人而不得。这样悲惨的境地让窦娥认识到自己的真正处境:无论做什么、怎么做,都不可能在她的时代守住自己的礼法信念和生活方式。自知必死后,窦娥没有哭哭啼啼,她明白自己的绝境不是来自于那个恶人、坏官或者恶法,而是来自于整个“天地人”秩序的颠倒和不公:

有日月朝暮悬,有鬼神掌著生死权,天地也,只合把清浊分辨,可怎生错看了盗跖颜渊?为善的受贫穷更命短,造恶的享富贵又寿延。天地也,做得个怕硬欺软,却元来也这般顺水推船。地也,你不分好歹何为地?天也,你错勘贤愚枉做天!〔70〕

在这里,窦娥代表的不仅仅是“自己”,而且代表在宋元之际汉人遗民特别是儒生的“天纲绝,地轴折,人理灭”的秩序幻灭感。〔71〕在窦娥和窦娥时代读者/观众的世界观中,“天地”并不是一个独立于人和社会的自然现象。《周易·系辞下》云:“广大悉备,有天道焉,有人道焉,有地道焉。兼三才而两之,故六。”〔72〕在中国古代思想中,“天地人”的“三才”构成最基本的宇宙秩序。诚如李约瑟所言:

在中国古代的世界观中,人并不被看成是造物主为其享用而准备的宇宙的主人。从早期起,就有一种自然阶梯的观念,在这个阶梯中,人被看成是生命的最高形式,但从未给他们对其余的“造物”为所欲为的任何特权。宇宙并非专为满足人的需要而存在的。人在宇宙中的作用是“帮助天和地的转变与养育过程”,这就是为什么人们常说人与天、地形成三位一体(人、天、地)。〔73〕

天地人谓之三才,构成几千年中国文化的根本。中国的皇帝称天子,虽然有无上的权威,但不敢超于天。站在人道的立场,他仍然是人,还是一样跪下来参拜天地,称为天子,自己当了上天的孩子。这就是三才之道。从三才之道出发,窦娥向天地的呼告,控诉的是天地管辖下的“人”,是对自己生活的特定社会的全盘否定,对关汉卿所处时代的“天地颠倒”的反儒家礼法秩序的否定。天地人的世界结构给予窦娥洗冤昭雪的希望——唯有天地显灵、造化于人,窦娥所处的是非不分、秩序颠倒的黑暗世界才有可能改变。为了“感天动地”,窦娥对天地立下三桩誓愿:一、血溅白练;二、六月飞雪;三、楚州大旱三年。

从三才之道出发,窦娥的誓愿对着人、天、地。血溅白练、不落尘土,意味着窦娥是冤枉的,不愿魂归地下。六月飞雪,意味着窦娥的冤屈上天有感,降雪遮掩窦娥的身体。楚州大旱三年,不仅是大地有感窦娥的冤屈,更意味着用“天人感应”来揭露楚州官员的“无心正法”。有人可能会说,大旱三年给楚州百姓带来过于严重的“连带责任”。然而这种有节制(非永久干旱)的报复正是窦娥对左右邻里为代表的楚州百姓的批评,批评他们屈从蒙元文化,违反儒家礼

〔70〕 关汉卿,见前注〔17〕,页16。

〔71〕 宋子贞:“中书令耶律公神道碑”,载张元济等编:《四部丛刊》初编,商务印书馆1936年版,页22。

〔72〕 李学勤主编:《十三经注疏·周易正义》,北京大学出版社1999年版,页318。

〔73〕 李约瑟:“历史与对人的估价——中国人的世界科学技术观”,载潘吉星编:《李约瑟文集》,陈养正等译,辽宁科学技术出版社1986年版,页338。

法。正因为窦娥尽了一切可能尽的礼法义务,做了一切能做的实践努力,她的冤屈和反抗才能如此真实和强烈,才有可能震动代表秩序的“天地”,从而感天动地。

唯有感天动地,才可能有冤案的平反。在关汉卿的剧情中,窦娥冤案由其父窦天章平反。有人认为,在关汉卿的特定时代,窦天章平反窦娥冤案是不可能实现的事情,因此关汉卿唯有借助超自然的手段,虚拟一个万能的“清官”。或者退一步说,窦天章平反窦娥只是因为窦娥是她的女儿,换成其他官员,绝无可能平反。本文反对上述说法,并认为代表“儒家礼法”的社会和法律秩序理想的窦天章式的官员能够借助儒家礼法平反窦娥冤案。

窦天章之所以相信窦娥鬼魂的控诉,不仅因为窦娥是他的女儿,而且因为他能够从儒家礼法角度理解窦娥对案件经过的陈述,做到真正的“以情听诉”。窦娥这样描述她对张驴儿的拒绝:“好马不备双鞍,烈女不更二夫,我至死不与你做媳妇,我请愿和你见官去。”^[74]从蒙古婚俗出发,太守桃机不理解或者理解也不认同汉族妇女立志守节,不愿改嫁的婚俗,因此很自然认同蔡婆婆与张李老同居的“事实婚姻”的合法性,有意无意地忽视张驴儿父子强行逼婚、掠夺妇女的可能性。唯有从儒家婚丧礼法出发,才能认清蔡婆婆与张李老没有婚姻关系,意识到窦娥不可能接受张驴儿的流氓式示爱,也不可能在法定的服丧期间改嫁或招赘,从而判断出蔡家与张家的真实社会关系,进而推断本案的犯罪嫌疑人。在这个意义上,关汉卿创作窦娥冤屈而死的社会—文化—司法悲剧,其目的在于证明儒家礼法之于社会—文化—司法秩序的根本意义。

考究《窦娥冤》的本,最根本的悲剧因素就是张驴儿父子强赘入门的婚丧文化冲突导致的司法冲突。入赘逼婚的情节与汉代“东海孝妇”的故事毫无共同之处,却是元代社会的现实反映及升华。关汉卿好友,同为元曲四大家的白朴的兄弟白恪,曾经审理过一件离婚案。元代文人袁桷在《朝列大夫同佥太常礼仪院事白公神道碑铭》记载:

至元中,世祖遣使诣州郡,试明经生,复门役,君首预选。弱冠试吏,探奸拔冤,狱具,御史不能挠。后为河南按察司书吏。有尉卒利孀妇财,未终丧,强赘于姑家。既而虐其妇,复不礼其姑。姑告于官绝之,尉卒隐其罪。屡诉,终丧无明文。事久不绝,君悉疏所犯,聚邑人以告。妇得终养其姑焉。^[75]

根据袁桷记载,白恪担任“河南按察司书吏”为至元(1267)五年后,其后一直担任御史行台的监察官等职务。白恪审理的尉卒强赘寡妇案与《窦娥冤》第一折的情节颇为相似,都是“利孀妇财”。更为类似的是,至案发时,男方已强赘女家,《窦娥冤》第二折张李老已经成为蔡婆婆接脚,两家人成为一家。尉卒之所以败诉,是因为孀妇“未终丧”,因此被白恪认定为“强赘”。窦娥拒绝张驴儿,也是因为服孝未了的五服礼法,这与孀妇终养姑姑完全一致。

为什么在类似的案件中,桃机和白恪做出相反的判决呢?这与白恪的儒家身份有关。白恪出身金朝的汉族官僚家庭,父亲白华任金朝枢密院判官,是著名儒家文人。^[76]按照儒家礼

[74] 关汉卿,见前注[17],页35。

[75] 袁桷:“清容居士集”,载王云五编:《丛书集成》,商务印书馆1936年版,页463。句读有改动。

[76] 关汉卿与白朴是好友,他与白恪亦有来往,两人都曾从河南到扬州府再到江浙行省,他们有可能在平江见过面。参见徐沁君:“《窦娥冤》三考”,《黄石师院学报》1983年第4期。

法,丈夫死后,妻子必须服孝,除服之后,才可能改嫁。蒙元王朝为维护儒家礼法和汉人习俗,在至元八年也定下名例。《元典章》记载:

渤海、汉儿人等,拟自至元八年正月一日为始,已前有居父、母、夫丧内嫁娶者,准已婚为定格;后格者,依法断罪,听离。……检会到旧例,居父母及夫丧而嫁娶者,徒三年,各离之。^{〔77〕}

按照元代法律,汉人窦娥为夫服孝,抗拒逼婚,理应受到法律的保护。白恪从儒家礼法和汉人婚俗出发,赶走尉卒,保护孀妇和其姑,便是一例。窦娥案的复杂在于,窦娥与蔡婆婆的婚丧观已经发生深刻的分歧,一个家庭两个寡妇,一个渴望招婿,一个抵触招婿。因此,对窦娥案的当事人法律关系的判断,既可以适用蒙古文化的婚丧习俗,也可以适用儒家礼法的婚丧习俗。古代中国“以礼入法”的经典法典《唐律疏议》规定,审讯时“必先以情审察辞理,反复参验,犹未能决,事须讯问者”,才加以拷问。^{〔78〕}其实,无论是窦娥案的文学描述,还是法律史档案和历代官箴书的记载,“慎刑”的背后总与司法官员是否能够做到“以情听诉”有关。^{〔79〕}

最后,窦天章对窦娥冤案的判断不仅来自于婚姻丧服的儒家礼法,而且来源于作为礼法基础的沟通“天地人”的天人感应。得知“楚州大旱三年”后,窦天章马上责问时任楚州太守为何不复查三年前冤案,祭祀冤死的苦主。在中国传统生活中,“天”从来不是高高在上、与世隔绝的神,相反,天与人事紧密相关。《中庸》云:“万物并育而不相害,道并行而不相悖。”^{〔80〕}董仲舒言:“道之大原出于天,天不变,道亦不变。”^{〔81〕}天人感应一事,虽然被信奉实证科学的现代人斥为封建迷信的糟粕,也不被桃机、张驴儿等元代蒙古人相信,然在中国文化传统中连绵不绝,不仅成为中国思想传统的一部分,而且深入到普通民众的生活,进入他们的信仰和生活世界,以及司法信念。官员无心正法,制造冤案,必然与天地有所交感,正所谓“天灾必因人祸而起”。

《窦娥冤》的最后一段唱词,即是“天人感应”的集中表达:

莫道我念亡女与他灭罪消愆,也只可惜见楚州郡大旱三年。昔于公曾表白东海孝妇,果然是感召得灵雨如泉。岂可便推诿道天灾代有,竟不想人之意感应通天。今日个将文卷重行改正,方显的王家法不使民冤。^{〔82〕}

七、代结语:《窦娥冤》与“冤案法理学”

在历史和文化的语境中,本文研究《窦娥冤》作为一个“公认冤案”的生成与平反的过程。不同于针对司法官员道德品质和司法方式的批判进路,也不同于司法证据的科学技术水平落后和法律体系缺乏“程序正义”的改革进路,本文以高利贷等社会矛盾和婚丧礼法观等文化冲

〔77〕 《元典章》(二),见前注〔26〕,页990。

〔78〕 长孙无忌等撰:《唐律疏议》,中华书局1983年版,页476。

〔79〕 关于中国古代刑事证据取得与判断,参见祖伟:《中国古代证据制度及其理据研究》,法律出版社2013年版,页73—96。

〔80〕 朱熹:“中庸集注”,载朱熹:《大学中庸论语》,上海古籍出版社1987年影印版,页15。

〔81〕 班固:《汉书》,页2518—2519。

〔82〕 关汉卿,见前注〔17〕,页40。

突为切入点,考察窦娥冤案的生成机制。在本文看来,窦娥和窦天章代表的(汉族)儒家礼法与桃机、张驴儿父子代表的(游牧)蒙古文化之间的文化冲突,是产生和破解窦娥冤案的关键。关汉卿通过窦娥控诉和窦天章的平反,展示了冤案平反的儒家礼法的历史——文化逻辑。

作为一篇法学论文,本文还希望通过对《窦娥冤》的“法律与文学”分析,推进司法冤案的法理学研究。本文的初步结论如下:

第一,本文认为,窦娥冤案的生成不在于拷讯制度或者古代司法科技的不足,而在于背后的文化冲突。传统的法理学、法制史和刑事法学研究通常将拷讯作为中国古代审判制度的中心,并将拷讯与现代“刑讯逼供”制度联系起来,展开批判。本文分析不仅表明,即便在元代,拷讯也必须通过严格的法律程序;而且,更为重要的是,避免简单通过拷讯获得错误的证词,需要法官能够“以情听诉”。“以情听诉”的根本在于法官与当事人分享同样的价值观和生活观,在《窦娥冤》中就是儒家礼法。

第二,如果法官与当事人在根本的社会文化问题存在分歧,那么法官就不可能理解和认真对待当事人的证词和控诉。在这种情况下,即便法官在主观上试图依法办事,在司法实践中也有可能造成冤案。对于“冤案法理学”而言,这提醒我们不能迷信司法科技主义或者司法程序主义,反而需要重新认识司法与司法之外更广阔的伦理生活的关系。

第三,从窦天章平反窦娥冤案重新理解法官的司法与伦理。对中国司法模式的传统研究,往往强调官员的清廉对于公正审判和严格执法的重要性。有批评者认为,官员清廉不一定代表“精明”,像窦天章这样的清官之所以能够平反冤案,不是因为他的精明,而是因为一系列特定的外在条件和因素。^{〔83〕} 这种批评有其道理,然而这不等于站在现代立场去批判儒家礼法,而是提醒我们需要在历史—文化语境中重新理解中国古代的“清官”或者“循吏”文化,特别是清官的司法方法的“再道德化”,或者说伦理与法律结合的“政法”制度。^{〔84〕} 清官或者说中国古代的循吏不仅有清廉的特质,他们之所以能够公正执法,是因为他们在司法过程中秉承儒家的司法伦理。在这个意义上,正如窦娥与张驴儿的生活伦理存在质的区别一样,窦天章与桃机的司法伦理也存在质的区别。^{〔85〕}

在儒家礼法看来,司法与伦理是末与本的关系,官吏的首要职责是确保儒家礼法的实现,因为它是社会秩序的基础。因此,清官之所以能够避免冤案、平反冤案,是因为清官有意愿和能力去维护民众以礼法为核心的生活方式和价值认同。在这个意义上,儒家礼法在具体制度上可能属于“地方性知识”,然而其司法模式却具有普遍意义。进而言之,结合司法与伦理的儒家的司法模式并没有过时,对今天中国司法改革仍有启发意义。

(责任编辑:章永乐)

〔83〕 苏力,见前注〔7〕,页194。

〔84〕 苏力,见前注〔7〕,页249—250。

〔85〕 参见强世功:《中国法律人的新“奥德赛”——在北大法学院2013届毕业典礼上的演讲》,载观察者网,网络链接:http://www.guancha.cn/qiang-shi-gong/2013_06_26_153802.shtml,最后访问日期:2014年6月25日。