

学术沙龙

达玛什卡之眼： 中国为什么没有出现福尔摩斯？

韩健平

摘要 福尔摩斯是英国侦探小说中的人物。他的身份是私人侦探。然而，在中国古代公案小说中，侦破疑案的主角都是政府官员，而非私人侦探。美国法学家达玛什卡认为，国家的性质会影响司法程序的安排。本文尝试根据他提出的概念框架来说明该现象。本文的研究表明，中国古代国家在大多数时间里表现出能动型国家的特征。这种国家性质导致了立法、执法和司法活动的政策化倾向。由于私人利益有可能与国家政策相冲突，因此，从早期中国古代国家开始，政府官员就一直主导着案件的调查，防止私人妨碍案件事实的揭露。这种司法现实反映到公案小说中，就是私人侦探英雄的缺席。

关键词 能动型国家 司法调查 公案小说 达玛什卡 宋慈

福尔摩斯是英国小说家柯南道尔塑造的一个私人侦探形象。每当国家的警员对案件一筹莫展时，当事人就会请求福尔摩斯介入案情调查。在中国，福尔摩斯可谓家喻户晓。然而，中国的公案小说中却没有出现福尔摩斯这样人物。有人称誉狄仁杰、包拯、宋慈等为东方的福尔摩斯。但是，他们都是政府官员，并不是福尔摩斯那样的职业的私人侦探。那么，中国为什么没有出现福尔摩斯这样的私人侦探？

目前，尚没有学者注意到该问题，更谈不上有相关的讨论。但是，这一问题的重要，在于它不仅涉及到了不同国家在命案调查等司法程序安排上的多样性问题，同时，对增进我们了解不同国家法医学的发展路径及其特征，也颇多助益。

作者简介：韩健平，中国科学院自然科学史研究所研究员。

因为，法医学的发展毕竟与谁进行或参与案件的调查密切相关。

美国法学家达玛什卡 (Mirjan R. Damaška) 有关能动型国家导致官员控制事实发现的概念框架，有助于我们来理解该问题。我们发现，中国古代国家在建立之初，就带有能动型国家的性质，它导致了政府官员对案件调查权的专享。

能动型国家是美国耶鲁大学法学教授达玛什卡创造的一个概念。达氏是美国耶鲁大学法学院杰出荣誉退休教授。多多少少让我们感到意外的是，他是前南斯拉夫人。20世纪50年代，他在自己的祖国完成了法学的本科教育与博士研究生教育。其间和其后，他游学荷兰、卢森堡和美国的著名法学院，并在祖国和外国的大学生法学院工作。1971年，他离开自己的祖国，接受美国宾夕法尼亚的终身教授职位。1976年，转职耶鲁大学。由于他在比较法学、程序法、国际刑法学、社会主义法律制度等方面的卓越研究工作，耶大授予他杰出教授的荣誉。然而，达玛什卡并非是一位囿于学院生活的法学教授，他还直接参与了前南斯拉夫及其后的克罗地亚共和国的相关法律工作。2010年，他被任命为克罗地亚共和国首相的特别顾问。^①

达氏非常好奇的一个重要法律现象，是不同国家在司法程序安排上的多样性。例如，在谁有权进行刑事案件的调查上，英、美等国家是允许私人侦探介入的。但是，在有些国家则是被禁止的。司法程序牵涉到从案前调查到起诉，再到审判执行的各个环节。各个国家在这些程序安排上的多样化程度非常高，远远超出我们一般人的想象。很多法律学者都试图发现某种概念框架，来很好地说明这种多样化现象。达氏也是他们当中的一员。他的著作《司法和国家权力的多种面孔》(*The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*) 所处理的主要课题，就是要找到这样一个概念框架。

达氏相信，政治因素深刻地影响了司法程序的安排。因此，他的工作主要是围绕政治与司法程序的关系展开的。但是，他并不认为，政治是唯一关系到司法程序安排的东西。他只是将工作聚焦于在他看来非常重要的因素上而已。达氏发展了两组四个概念，用来说明这种多样化司法程序安排背后的原因。一组概念是能动型国家与回应型国家^②；它们关涉到对政府职能的一种对立的看法，与意识

① 参见达玛什卡 2004，以及耶鲁大学法学院官网上达氏的介绍 <http://www.law.yale.edu/faculty/mirjandamaska.htm>。

② 达玛什卡并没有对国家与政府进行严格的区分。在他的著作中，“国家”与“政府”常常替换使用。这里的政府，不仅仅指称我们中国读者印象中的行政机关，而是包括立法、行政（执法）和司法（解释和适用法律）在内的一切政治组织。

形态有关。一组概念是科层式权力组织与协作式权力组织,它们关涉到一种对立的政府组织形式或说结构。这四个概念所指称的政治因素,都会带来司法程序上的一些特殊的安排。在实际的政治活动中,政府的职能与政府的组织结构形式是结合在一起,因此,这四种政治因素的混合与叠加,又会带来更加复杂的司法程序多样化现象。由于本文所尝试回答的问题,仅仅与能动型国家和刑事侦察权的安排相关,因此,我们这里可以省略掉对其他三种因素的讨论。

关于能动型国家,达氏认为它具有如下特征:“这样一种国家,……信奉或致力于实践一种涉及美好生活图景的全面理论,并且以它作为基础,来设计一个在理念上面面俱到的、改善其公民之物质和道德境况的计划。社会生活的全部领域,即使是那些发生在幽暗私隐之处的事务,都有可能接受以国家政策为标准的评价,并按照国家政策的要求被加以塑造。”^①

从立法上看,“能动型国家的法律并非生发于市民社会并反映着它的惯例,而是源自于国家并表达着它的政策。法律的主导形象是与契约论形象不搭界的国家命令。当国家的目标在于改善物质福利的时候,它的命令就会确立计划、分配任务,或者向其公民分配利益。当国家旨在改造精神福祉的时候,它的命令表现为指导恰当的行为和正确的态度,或者举反例警示不良行为和不当倾向。……它告诉公民应该做什么,以及如何去做。”[达玛什卡 2004, 页 122]

在这种情况下,司法的目的在于贯彻和落实国家的政策。“由于能动主义的法律体现着国家政策,我们可以说:能动主义司法的最终目的,在于将国家政策贯彻到法官所审理的案件之中。”[达玛什卡 2004, 页 130]

这种司法目的导致一种政策实施型的司法程序安排。它的一项重要内容,就是政府官员控制事实的调查。“能动主义的诉讼程序都必定会被安排得适合于寻求对突发事件的最佳政策回应。同样十分明显的是,对这一寻求过程的控制权必定掌握在国家官员手中:首先,受自我利益驱动的私人可能会阻碍国家计划的实现;其次,那些并非由私人当事方提出的事实和利益在法庭戏剧中必定会时常得到考虑。因此,受其司法目的观的鼓动,一个能动主义的国家必定会认真地考虑将其法律程序设计成一项由国家官员控制的调查。”[达玛什卡 2004, 页 130]具体到刑事侦察这一程序安排上,就是排斥私家侦探的介入,由政府官员控制整个案件的调查。

^① 达玛什卡 2004, 页 120。郑戈先生的译本使用了许多长句子。在笔者看来不太符合中国人的阅读习惯。因此,在引用时笔者按照自己的理解,对标点符号做了调整,下同。

无疑，达玛什卡的能动型国家概念，是以现代某些国家为原型建立起来的一种观念。但是，它仍然有助于我们把握中国古代国家的一些特征。因为，使用概念，实际上就是将概念所揭示的一组典型特征与外部世界进行匹配的过程。今天的认知科学让我们认识到，概念是对典型实体与情境的一种表征，而非传统意义上的需要加以严格定义的东西。实际上，“数学之外的领域，我们甚至就不应当期望对概念给出完全准确的定义。”[萨伽德 2012，页 68]“从计算和心理学上都有理由放弃概念具有严格定义这一传统观点，取而代之是将概念视为典型特征的集合。概念的使用则成为在概念与外部世界之间寻求一种近似的匹配。”[萨伽德 2012，页 83]如果我们还是像传统那样，将鸟严格定义为有羽毛的、会飞的、卵生方式繁殖的动物，那么，用鸟来谈论鸵鸟就是不恰当的。因为鸵鸟不会飞。但是，如是我们将鸟视为包括飞翔在内的一些典型特征的集合，那么，我们就可以用鸟这个概念来近似地匹配鸵鸟。它可以让我们来谈论和理解鸵鸟。同时，我们又会意识到它不是一种典型意义上的会飞的鸟。这是人类进化而来的一种经济的把握世界的思维能力。否则，我们的头脑会充斥非常多的更具体的观念，无法面对大量的、复杂的信息而做出迅速的应对。这有点像用科学这一概念来指称中国古代有关自然的认识一样。这些认识活动不是一种典型意义上的现代科学活动，但是，仍然不妨碍我们来谈论中国古代的科学，因为科学这一概念可以帮助我们把握这类活动的一些面向。

实际上，国家概念同样是一种近代才出现的观念。它的一个重要指标，是非人格化官僚机构的出现。如果我们将它作为一个判断的基准，那么，西周以前的中国仍然是一种部落社会。国家是在春秋战国时代从这种部落社会脱颖而出的。它们在进化过程中所发生的一个重要事件，就是废除了我们所说的分封制度下的世卿世禄制度，而将是否贤能作为用人的标准。该事件的本质，就是用非人格化的官僚组织，取代了以血缘关系为基础的、或说家族主义的部落政治组织。[福山 2012，页 97-124]

目前，还很少有学者基于能动型国家这一概念，来深入理解中国古代国家的性质及其带来的司法程序上的特征。对于这样一个大的问题，需要有一批学者对之发生兴趣，并基于一手文献进行广泛和深入的讨论。本文在下面主要利用二手文献的研究成果，基于能动型国家的概念，进行一个初步的、尝试性的讨论，希望能起到抛砖引玉的作用。

在大部分时期，中国古代国家都带有能动型特征。最典型的代表就是战国时

代的秦国以及后来一统天下而形成的秦帝国。秦在从部落演进为国家的过程中，逐步确立起法家的正统意识形态地位。在这种意识形态的支配下，秦对社会进行了彻底的改造。在经济方面，秦实行国家授田政策或说国有土地制度，即所谓的“废田井”，将农民从原来的地缘的与血缘的小共同体组织中抽离出来，成为向国家直接纳税的“编户齐民”[秦晖1999]。在政治方面，“反宗法，抑族权，消解小共同体，使专制皇权能直接延伸到臣民个人而不致受到自治团体的阻碍。”[秦晖1999]在精神生活方面，为配合国家的经济与政治政策，“崇奉性恶论，黜亲情而尚权势，……崇刑废德，扬忠抑孝，……鼓励‘告亲’，禁止‘容隐’，不一而足。”[秦晖1999]秦始皇焚书，则是在知识分子层面上打击有违国家政策的各种政治思想学说。与政治无关的农书与医书等，则被保留了下来。

只是在很少的时期，因为这种能动型国家对社会的干预、控制与改造走过了头，导致社会动荡，新的王朝才变得收敛起来，实行休养生息的政策，不那么能动主义了。例如，西汉初年政府信奉黄老思想，推行无为而治。这时，国家带有了回应型国家的特征，即是对秦帝国强的能动主义的一种反动。可惜，这种情况持续的时间并不长。另外，在家族主义势力抬头的一些时期，因为国家权威或说皇权的衰落，国家即使信奉能动主义的意识形态，也没有力量来予以实施。例如，历史上门阀世族强盛的魏晋南北朝时，国家基本上没有什么作为。但是，一旦一个统一的强势的帝国出现后，国家就会既信奉能动主义的意识形态，而且又有能力推行一种积极干预社会生活或某些领域的政策。

中国古代国家之所以具有能动主义的特征，是因为它在大部分时期主要地、或明或暗地信奉与实践一种法家的意识形态。但是，国家权力所及是有限度的，总有政府的力量达不到的地方。这时，社会秩序的维持就需要发挥社会风俗与习惯的力量，以及动用其他的政治思想资源。正是在这个意义上，儒家与道家的政治思想也从未从历史的舞台上消失过，而是与法家思想混杂在一起发生着辅助性作用。

中国古代国家具有或强或弱的能动主义特征，导致它的法律更多地呈现出政策的性质，而不太尊重民间的风俗习惯或说习惯法。例如，云梦竹简中的《南郡守腾文书》，撰写于秦统一天下前夕，即主张大力排斥古来各地的乡俗。“古者，民各有乡俗，其所利及好恶不同，或不便于民，害于邦。是以圣王作为法度，以矫端民心，去其邪避（僻），除其恶俗。法律未足，民多诈巧，故后有间令下者。凡法律令者，以教道（导）民，去其淫避（僻），除其恶俗，而使之之于为善也。”[张

政焯等编 1990, 页 33-34]

由于中国古代国家的法律并非主要地发生于社会并反映其惯例，而是主要地源自于国家，并带有浓厚的政策性质，因此，司法活动变成主要是服务于国家政策的实施。这种司法目的导致政府看重对案件事实调查的控制。因为，私人的利益有可能与国家政策相冲突，这会导致他们阻碍而不是推动事实的揭示。因此，拒绝私人调查案件成为理所当然的事情。私人仅仅沦为案件信息的提供者。

我们看到，中国古代国家正是这样来安排刑事案件调查程序的。在古代早期，县级政府委托专门的吏员带领随从前往现场进行堪验。例如在秦汉时期，县令一旦接到报案，会立即命令他的属官令史，带领官府的奴隶——隶臣与隶妾，前往事发现场进行调查，包括验尸等。实质性判决则由郡一级做出。但是，到了明清时代，命案现场的调查等，则直接交由州、县长官带领书吏和仵作等衙役进行。但是，这时的知州或知县仅仅进行预审。命案会经由府、路或省级的监司——提刑按察使司等，层层复审上报，最终由皇帝裁决。

当然，并非所有的命案调查都只在县一级进行。对于一些疑难案件，会交由上一层级的官员来进行调查。这包括府级长官，中央派住往地方的、具有司法监察性质的提刑按察使，乃至中央一级的大员等。因此，中国古代公案小说中的英雄是狄仁杰、包拯和宋慈这样的非县级官员，就不足为奇了。因为，他们的传奇形象正是经由解决疑难案件而予以刻画的。在狄仁杰智破黄金案中，他的身份是大理寺丞。在有关宋慈的公案小说中，他的标签则是大宋提刑官。

经由上面的讨论，我们大略能够理解，中国古代公案小说中为什么没有出现福尔摩斯这样的私人侦探了。显然，这与中国古代国家在司法程序的设计中，将案件调查权赋予政府官员而排斥私人力量的介入，有着密切的关系。

参考文献

- 达玛什卡 2004.《司法和国家权力的多种面孔——比较视野中的法律程序》. 郑戈译. 北京: 中国政法大学出版社.
- 福山 2012.《政治秩序的起源:从前人类到法国大革命》. 南宁: 广西师范大学出版社.
- 秦晖 1999. 传统中国社会的再认识.《战略与管理》. (6): 63-64.
- 萨伽德 2012.《心智:认知科学导论》. 朱菁、陈梦雅译. 上海: 上海辞书出版社
- 张政焯等编 1990.《云梦竹简·南郡守腾文书》. 长春: 吉林文史出版社.