

博學篤行
厚德重法



西南政法大学 法学学术文库

中国判决理由的 传统与现代转型

肖晖/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法学学术文库



云南政法大

中国判决理由的 传统与现代转型

肖晖/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国判决理由的传统与现代性转型/肖晖著. —北京:
法律出版社, 2008. 9
ISBN 978 - 7 - 5036 - 8751 - 8

I. 中… II. 肖… III. 判决—研究—中国 IV. D925. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 132787 号
© 法律出版社·中国

**西南政法大学
法学学术文库**

**中国判决理由的传统与
现代性转型**

肖 晖 著

责任编辑 王旭坤 班运华
装帧设计 李 晴

开本 A5
版本 2008 年 9 月第 1 版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 12 字数 247 千
印次 2008 年 9 月第 1 次印刷
编辑统筹 法学学术出版分社
经销 新华书店
责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 8751 - 8

定价:26.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



总 序

受命为《西南政法大学法学学术文库》(以下简称《法学学术文库》)写序是件幸运的苦差事。言其幸运是组织的信任,言其苦差实颇费心力。

愚意以为,《法学学术文库》的出版是学校科研的盛举。述其作用论其特点,必须回放在一定的历史背景下予以说明。伟人说过:忘记过去就意味着背叛。伟人还说过,没有比较就没有鉴别。

众所周知,今天的西南政法大学(1995年前名为西南政法学院,人们常简称其为西政)已经五十有五啦,假如是个自然人,当此年龄段该是知天命多时了。五十五个年头,它有过创业的艰辛,有过成功的喜悦,有过失败的悲哀,有过耀眼的光环。它少年惨遭磨难,青年恰逢盛世。从纵向看,大致可切分为三个时期:

第一,奠基期。时间跨度当从1953年建校算起至1966年上半年。学校从批准到选址,从选址到成立,从成立到教学,基本是顺应政治之需。司法改革运动又“使一大批并无政治问题的法学专家、教授被拒之于新的司法机关和大学讲坛之外”彼时不以做学问为时髦而以讲政治为荣耀。虽有少许著述出台但基本上是谈不上法学研究的。尽管如此,世人也不得不承认,她还是为国家做出

过贡献：招收过本科，培训过干部，为立足西南奠定了一定的人、财、物根基。

第二，磨难期。“文革”十年不堪回首：学校停办、校园被占、图书遭劫、教师遣散……哪里还谈得上法学研究？

第三，振兴期。十一届三中全会后，法学教育迎来了发展的春天。学校开始步入正轨走向辉煌。从1978年招生算起，整整三十年。这三十年是共和国改革开放的黄金时期，这三十年也是西政日新月异的明媚春天。沐浴着改革开放的春风，在五大院校中它最早复办本科，成为品牌的“七八级”由此而生、由此而长；它第一批招收法学硕士生，它较早招收法学博士生。1982年新宪法的颁布，又为法学教育与科研营造了一个较好的环境。如果记忆没有出错的话，在此期间它至少实现了三个第一：第一次组建统帅全校科研事宜的科研处；第一次成立编辑部发行自己的学报（后更名为《现代法学》）；第一次在无出版社的情况下出版了自己的系列教材。这是多么的不易啊！

西政之科研，我想应从78级的墙报算起。那时，各个小班在教室四壁会定期的出版大约一平米见方的墙报，字体公正，楷书抄就，有报头有花边，有散文有诗歌，从案例分析到学习心得，图文并茂，丰富多彩。学子放言贵无忌，新论叠出敢争鸣，它是西政学子学术探讨的阵地，思想火花迸发的源泉。

西政之科研，铸就了不少学问家。有人放言，西政是培养高官的摇篮，对外宣传对内报告动辄说我们培养了多少多少部级干部、司（局）级干部，并引为自豪。此话属实，亦可陶醉一下。但类似的话说多了，说久了就会产生片面性。其实，西南政法大学并不是一所培养干部的学校，它是学府！是做学问出学问的地方，是学

习、研究民主法制建设重要问题的摇篮！君不见，学校培养了数以千计的教授、副教授！不少人还当了硕导、博导！而今他们已是中国法制建设的中坚！据笔者所知，在全国各类法学研究学会中任会长、副会长、常务理事、理事者，出自西政的几占四分之一。全国中青年法学家中有西南政法大学血缘者占15人之多！进入中南海讲课的教师之中与西政有千丝万缕联系者几占半数！

西政之科研，凭籍西政人的顽强拼搏，真是芝麻开花节节高！资料显示，公开发表的文章、著述一年比一年多！中标的研究项目一次比一次增加！获得奖项等级一届比一届高！

目睹西政今日之科研，我们振奋、高兴。但振奋高兴之余，时不时也会冒出一种危机感。如果从横向看，与先进的兄弟院校相比的确存有不小的距离。诚然，在客观上有天时、地利之差异，但主观努力程度也值得反思。故不陶醉，不自满，不回避，不放弃，契而不舍，持之有恒，应是西政科研今后之定向。

西政之科研，有其自身的特点：第一，它是在没有自己出版机构的情状下推出自己的专著的；第二，它是在经费极少的态势下完成自己的写作的；第三，它之科研并非纯研究的科研，而是科研著述与教学活动紧密相连，相得益彰，以教学带科研，以科研促教学；第四，科研主体强势。从领导到群众，从教授到助教，从博士生到本科生乃至专科生、自考生，人人参与，个个著文；第五，校园的科研是西政“论辩文化”的有机组成部份。课堂内外手不释卷，林荫道上玄思妙想，宿舍卧谈唇枪舌剑，学术思想撞击的火花或化成登大雅之堂的长篇文章，或草就油印小报上的豆腐块，或变为讲坛上的慷慨陈词。

为庆贺学校复办招生三十周年而隆重推出的《法学学术文

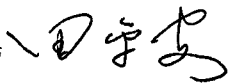
库》就充分地再现了以上特点。

《法学学术文库》各书作者均系学校的骨干精英。是他们,一面承担着繁重的教学任务,一面为国家的民主法治呕心沥血笔耕不止;不难看出,作者们的选题均源于教学系有感而发;文中论辨阐发不乏闪光耀眼之点,而光点之形成恰离不开“论辨文化”的熏陶;此外,立意新颖,题涉广泛,有实体的,有程序的,有宪法法理的也有法史法思的。

《法学学术文库》的出版,是学校科研实力三十年来第一次对外的整体亮相;文中之立论必将有助于教学改革的深化;文中闪耀的亮点必将推动社会主义法治建设的步伐。我相信,读完《法学学术文库》,一定会给读者以收获,给诸君以启迪。当然,书中也存有争点,留有瑕疵,聪明的人会从中引发新的思绪或触动新的灵感,这,或许是《法学学术文库》的又一作用。

寥寥数语,是为序。

西南政法大学教授、博士生导师



2008年8月22日于安怡斋

梅花香自苦寒来 宝剑锋从磨砺出

经常为人作序,有的属于职业,有的为情所迫,也有的属于应景。

为肖晖的书作序,却是我的意愿。

圈内人士说,他是我的得意门生。我不否定。

的确,我比较欣赏肖晖。一则是缘一则惜材。自认识之日始,我就发现在他的身上,有一种与常人不同的东西。从读者即将读到的这本书里或许你可以品味到。诸位明白,从法学和法史学的视角对民事诉讼进行深入探讨一直是民事诉讼法学部门学者的短项,也是法理学、法史学等理论法学研究者少有问津之处。以这一视角来研究民事诉讼问题,其方法本身就是值得提倡的。当然,由于涉及多方面

的知识,对研究者自身的知识储备要求是较高的。肖晖,作为我的学生能以极大的理论勇气自我加压,虽经挫折但终于成就了这样一篇博士论文,并被答辩委员会推为优秀博士论文,证实了他身上的潜力。

梅花香自苦寒来,宝剑锋从磨砺出。据我所知,在整个博士论文的写作中,他异常刻苦,阅读了大量的哲学、法理学、法史学、社会学和民事诉讼法学等方面的书籍,并利用自己曾经做过法官,具有一定司法实践经验的优势,将很多实践理性的东西在论文中充分地反映了出来。为了获得关于中国判决理由变迁的生动事例,他蹲点校图书馆,跋涉市档案馆、图书馆,饿了啃口馒头,渴了喝口矿泉水,硬是耐心而细致地从故纸堆中获得了不少有价值的、原始的第一手材料,这些材料许多已经在书中真实地反映了出来。在当今浮躁的学习氛围中有这种治学的态度是十分难能可贵的,也是值得肯定并提倡的。古人说,书山有路勤为径,大凡真正做学问是必须花苦工夫下大力气的,来不得半点马虎。

以“判决理由”为题,应当说是一个极小的题目。因为我一直提倡博士论文的写作要以小见大,见微知著。肖的论文或许贯彻了这一观点。他的论文核心论题实际上只有一个,即从传统到现代是中国判决理由发展的必由之路。

我还提倡写作者要有问题意识,一定要研究中国的真问题,不能食古不化或食洋不化。呈现在读者面前的这本书在这方面做得是比较优秀的。综观全书,你可发现作者所关心的是中国——而不是其他国家——判决理由背后的东西。说白了,就是研究法治在中国是否可能的问题。这正是他强烈的问题意识之所在。可以这样说,宏观的、理想类型的法治样态和悠远的、有深

厚积淀的中国文化是论文的两大背景颜色,作者就是在这两大背景颜色上挥洒笔墨。正是由于作者具有强烈的问题意识,层层剥笋、环环相扣,因而阅读的过程也就是同作者本人一道进行智识游戏的过程,给人以较大的智识上的愉悦感。

我还提倡博士论文的写作应当既具有理论意义,又具有实践意义。肖晖博士的论文做到了这一点。正如作者本人所叙述的那样:“本书具有理论方面的价值,一方面体现在文章系统地论述了法规范型判决理由的不可逆转性,更加坚定了我们走法治之路的信心;另一方面又揭示了法规范型判决理由的局限性和情理型判决理由的合理内核,从而使人们对法治的局限性和中国的文化传统有正确的认识。本书还具有实践方面的价值,它体现在如何完善立法、如何让法官所作出的判决理由符合法规范型判决理由的要求、法官应如何协调情、理、法三者之间的关系,如何克服法规范型判决理由的局限性上。”在这方面,他刚开始时偏重于论文理论意义这一方面,而忽略了论文的实践意义,因而走了一段弯路。所幸的是作者本人有丰富的司法实践经验,一旦意识到这一问题,及时弥补,立马见效。

我还提倡博士论文的写作应当语言顺畅、文风清新。现在有的博士论文故作高深、用词生涩,甚至动辄就用大段大段的欧化句子,读起来枯燥无味、形同鸡肋。肖晖博士的论文在这方面是做得不错的。尽管他的研究时间跨度很大,有很大的篇幅涉及中国古代,但文字娴熟、语言严格遵循“信、达、雅”的原则,因而阅读的顺畅感我是深有体会的。即使是文中引用的外文原文,作者在翻译时也很好地遵守了中文的语法规则,有意避免用欧化句子,这是值得肯定的。

欲对本书加以评价,似乎可以用视野开阔、观点新颖、资料翔实、文字流畅这十六个字来概括。具体言之,有以下几点值得一荐。

第一,本书的切入点新。本书从中国判决理由的传统与现代转型入手,对其进行历史性的梳理,填补了该学术领域的空白。这一点也得到了评审专家和答辩委员会的充分肯定。

第二,本书的观点新颖。如本书所揭示的中国传统判决理由是情理型判决理由,中国判决理由的转型过程就是从情理型判决理由向法规范型判决理由的转变过程,从传统到现代是中国判决理由发展的必由之路等观点均具有新颖性。在各章的论述中,也不时闪现出思想的火花,如对人格尊严、人性假设的论述等。

第三,本书的研究方法独特而多样。该书力图摆脱传统法学研究的范式,引入了历史学及社会学等学科的研究方法,如社会学家马克斯·韦伯的“理想类型”及功能主义的研究方法,历史学家布罗代尔的“长时段”及黄仁宇的“了解的同情”的研究方法等,这使得本书的论述显得新颖而不呆板,具有较强的可读性;同时,也使得论文有较强的说服力。如本书对中国判决理由的历史变迁的论述,由于运用了“长时段”的研究方法,因此并不局限于某一时期,这使得人们更了解历史的样态,更信服从传统到现代是中国判决理由发展的必由之路的结论。

第四,本书所用材料较新。这表现在本书尽可能地运用第一手资料,如在对中国判决理由的历史变迁进行描述的时候直接运用档案馆所藏的原始档案材料,这使得本书的论述显得更真实可信。

第五,本书体现了跨学科的特点。这一方面体现在研究方法

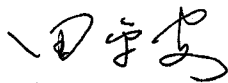
所表现出的跨学科的特点,另一方面体现在本书所用材料不仅仅局限于法学著作,而是尽可能地运用文学作品、哲学、历史学、社会学及古籍等来阐释本书的论题。我们从作者的参考书目中也可看到作者阅读范围的广泛性。

当然,该书也存在这样或那样的不足。虽然作者根据专家们的意见作了修改、补充和完善,但并不尽善尽美。例如,如何在中国文化和法治之间的平衡中探索出一条更切合实际的道路上,作者显然还应有更多的思考。

为人师者,最大的满足莫过于看到自己的学生能有所作为。作为肖晖博士的导师,我既为他在过去所取得的成绩感到高兴,又感到要再给他施压,以期望他在未来的学术生涯中能取得更大的成就,充分发挥自己的学术潜质。愿他在今后的人生与学术之路上大胆搏击、一帆风顺。

寥寥数语,是为序。

西南政法大学教授 博士生导师



2008 年 6 月 28 日

内容提要

本书是第一本对中国判决理由的传统与现代转型进行专门研究的专著,试图从体系到内容填补该领域的学术空白。它从多向度的视角来展开研究,并借用了历史学和社会学等学科的研究方法,运用了大量跨学科的知识 and 原始档案等第一手的材料,力图做到以小见大、以点带面、学术性和趣味性相结合。其论题从传统到现代是中国判决理由发展的必由之路。本书具有理论方面的价值,一方面体现在系统地论述了法规范型判决理由的不可逆转性,更加坚定了我们走法治之路的信心;另一方面又揭示了法规范型判决理由的局限性和情理型判决理由的合理内核,从而使人们对法治的局限性和中国的文化传统有正确的认识。本书还具有实践方面的价值,它体现在如

何完善立法、如何让法官所作出的判决理由符合法规范型判决理由的要求、法官应如何协调情、理、法三者之间的关系、如何克服法规范型判决理由的局限性上。

本书分六章,20余万字。第一章对中国传统判决理由作了较为仔细的考察,揭示了中国传统判决理由实质上是情理型判决理由。第二章是第一章的继续,对从鸦片战争到现阶段中国判决理由的历史变迁过程进行了较为细致的描述和梳理,目的在于勾画出中国判决理由从传统到现代的历史发展趋势。同时,为了打消读者对从特殊到一般所可能产生的疑问,笔者专门写了第三章,从生活方式、人性假设和人权等多视角论述了为什么中国判决理由的历史发展之路是一条从传统到现代的道路。为了对法规范型判决理由有更清醒的认识,第四章专门论述了法规范型判决理由的局限性及其克服。在此基础上,为了尽快实现现代化,第五章对情理型判决理由的继承与扬弃作了论述。第六章论述了中国现阶段判决理由存在的问题、不足及其原因及文化、制度建构和人的现代化等方面等的解决办法。

具体而言,本书第一章主要从文化的角度对中国传统判决理由进行了考察。首先,从传统中国的主流文化是儒家文化着手,论述了为什么司法官将人伦价值视为最高的原则,为什么在严格按照法律的规定进行处理将牺牲人伦的价值时,他们会毫不犹豫地不执行法律的规定。其后,论述了情在司法官心目中的地位,指出为了诉诸人情,司法官置法律规定于不顾的事实,并从情与理的不可分和中国古人的无讼思想等方面具体分析了其原因。最后,指出了司法官将法作为情理得以正当表达的工具的事实:如果严格适用法律不和情理相抵触的话,司法官不会拒绝适用法

律;如果司法官认为从情理的角度加以衡量,严格执法将导致案件不能真正平衡或者不利于教化和息讼时,他们通常所采取的策略是有选择性地适用法律或不适用法律。本章还具体分析了其原因所在。总的来说,以情理为导向进行案件的裁判是中国传统判决理由的实质所在,传统中国的司法官更关心的是理和情,而不是法,如果将情、理、法三者作一个层次划分的话,理居于金字塔的顶峰,情位于第二层次,法不过是处在第三层次而已。就此本章得出结论:中国传统判决理由是情理型判决理由。在研究方法上,本章主要运用的是黄仁宇的“了解的同情”的手法,力图使自己化为古人,真正以古人的所思所想来看待中国传统的判决理由。

本书第二章对鸦片战争——特别是清末——以来中国判决理由的历史变迁过程作了较为细致的梳理。首先,本章论述了中国传统判决理由与西方现代判决理由的真正碰撞开始于鸦片战争之后,特别是清末戊戌变法和修律运动,直接影响到了中国判决理由的现代转型。之后,对清末在立法和司法实践方面判决理由现代转型的具体情况加以描述。然后,论述了民国时期中国传统的情理型判决理由进一步向现代西方的法规范型判决理由靠拢的情况。之后,又专门对民国时期革命根据地判决理由的做法进行了论述,指出传统的以情理为导向、注重和解(调解)的做法在革命根据地一直得以延续的事实。本章还特别对“马锡五审判方式”予以介绍。同时,客观地指出革命根据地也存在关于判决理由公开的规定和严格依法进行裁判的做法。然后,论述了新中国成立后判决理由的发展情况。指出新中国在很长的一段时间是依靠政策,而不是法律以及它所沿用的仍然是“马锡五审判方

式”的事实。本章还对中国在“文化大革命”时期判决理由的混乱情况作了简要的描述。最后,还论述了“文革”——特别是 20 世纪 90 年代实行市场经济和确定建立社会主义法治国家——以来中国判决理由的巨变情况,指出判决理由进一步从情理型向法规范型转化的事实。本章就此得出结论:从历史的发展看,中国判决理由的演变过程实际上就是从情理型判决理由向法规范型判决理由转化的过程,这个趋势明显地存在于鸦片战争到现阶段这一“长时段”中,构成了这一时段判决理由发展的主旋律。这一章所坚持的是客观主义的历史叙述方式,奉行的是价值中立的原则。为此,它尽可能地运用原始档案等第一手的资料来进行历史的叙述,用材料说话,而不是凭空胡言乱语、主观臆断。在研究方法上,本章主要运用的是布罗代尔所推崇的“长时段”的研究方法。这种研究方法,保证了结论具有较大的可信性。

本书第三章从理论上对第二章所得出的结论作了进一步的阐述。本章从生活方式的视角对中国传统社会、作为参照系的现代西方社会以及现阶段的中国社会的生活方式与判决理由的关系展开了论述。中国传统社会是熟人社会的生活方式。在这种生活方式下的人们,他们之间的关系呈现出多重性、整体性的特征,这造成了法律不可能成为中国古代维系秩序的根本;相反,以情理为导向的中国传统判决理由正好契合了这种社会的要求。与中国传统社会相对,现代西方国家是陌生人社会的生活方式,它所追求的是凡事都具有可计算性、可预测性及形式合理性。西方现代判决理由主要是通过演绎推理和类推这两种形式为这种生活方式提供了必要的功能支持。随着历史条件的变化,特别是 1992 年中国明确提出走市场经济道路以来,中国人的生活方式

越来越和现代西方国家趋同,这种生活方式日益成为中国人生活方式的主流。在这种情况下,现代西方利用法律对生活方式的调整对于中国也是同样适用的。因此,从这个角度而言,情理型判决理由的衰微和法规范型判决理由在当今中国的勃兴是有其历史合理性的。本章还从人性假设的视角作了进一步的论述。指出中国传统的审判方式实际上暗含了“法官优势论”的人性假设,但是在中国目前这种市场经济的大背景下,“法官优势论”的人性假设并不完全符合当下中国的现实,市场经济条件下的法官和当事人应当基于“同一论”的人性假设。因此,“法官优势论”的人性假设下的传统审判方式及其衍生物情理型判决理由在现阶段急剧萎缩是必然的;与之相反,“同一论”的人性假设下的现代型审判方式及其衍生物——法规范型判决理由的逐渐勃兴是必然的。本章更进一步从人格尊严的视角展开论述。指出法规范型判决理由是同西方人所提出的人格尊严相伴相生的,但随着全球化时代的到来,人格尊严也具有了普适性,因此当今中国应当选择能够确保最大限度地实现人格尊严的法规范型判决理由,而不是情理型判决理由。从这个角度来看,情理型判决理由的衰微和法规范型判决理由的勃兴也具有必然性。最后,切入论题,在论述法规范型判决理由具有现代性的基础上,指出中国判决理由从情理型向法规范型的演进过程,实际上就是从传统判决理由向现代判决理由的演进过程。换言之,也就是判决理由从传统到现代的演进过程。由于这个演进过程具有其必然性,由此得出结论:从传统到现代是中国判决理由发展的必由之路。本章是最具理论色彩和思辨性的一章,饱含着笔者对大历史的思考。它的特点在于,运用跨学科的知识从多向度的视角同时透视一个论题,