



法学新前沿 New Law Frontiers

Judge's Judicial Ideas
in the Period of
the Qing Dynasty

清代法官的 司法观念

章 燕 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

Judge's Judicial Ideas
in the Period of
the Qing Dynasty

清代法官的 司法观念

章 燕 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

清代法官的司法观念 / 章燕著. —北京:法律出版社,2014.5

(北方工业大学文法学院法学文丛)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6356 - 0

I. ①清… II. ①章… III. ①司法制度—法制史—研究—中国—清代 IV. ①D929.49

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 080104 号

清代法官的司法观念

章 燕 著

责任编辑 王 扬
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2014 年 5 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 三河市龙大印装有限公司



印张 11 字数 170 千

印次 2014 年 5 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张建伟

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 - 5118 - 6356 - 0

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

一

清代司法文化研究,近十多年来成为中国法律史专业的热点问题。一直热衷于此领域的徐忠明教授,概括分析了目前的研究现状:

这些学术成果包括:一是司法制度的基本架构、诉讼程序的主要环节;二是“法律职业”群体——法官、师爷和讼师,甚至涉及了胥吏、衙役、代书等司法辅助人员;三是“广义律学”研究,包括律学知识的性质、内容和特征,律学知识的编撰、传播和读者;四是纠纷解决的模式,诸如官方裁判与民间调解,以及帝国衙门的裁判和调解;五是司法裁判的规范依据——法律、情理、情法并用、成案和习惯或习俗;六是法律文书的格式规范、制作技术和修辞策略;七是司法官员的司法理念、裁判技艺与民间百姓的诉讼态度、诉讼策略,等等。^{〔1〕}

他进一步明确指出,仍存在一些问题尚未引起足够的关注和深入的讨论:

这些问题包括:司法档案的制作技术与“裁决依据”之间的内在关系,司法官员的情感、信仰和信念对于司法实践的影响,州县衙门的建筑风格蕴含的价值取向,以及司法仪式彰显的观念特色,等等。^{〔2〕}

法律史学者们正为此不懈努力,如徐忠明教授“诉诸情感:明清中国司法的心态模式”一文,关注司法实践展现出的情感表达,建构了司法心态模式;论文“台前与幕后:一起清代命案的真相”,关注司法档案制作技术,研究司法档案中可能存在的虚构问题;霍存福教授从古代司法价值角度撰写的“‘断狱平’或‘持法平’:中国古代司法的价值标准——‘听讼明’、‘断狱平’系列研究之一”等。学者们尝试新的研究角度和研究方法,希望找到解读古代司法文化的

〔1〕 徐忠明:“诉诸情感:明清中国司法的心态模式”,《学术研究》2009年第1期,第5页。

〔2〕 徐忠明:“凡俗与神圣:解读‘明镜高悬’的司法意义”,《中国法学》2010年第2期,第128

“密码”。“我们说,我们不能预见未来。然而,构成未来的种种条件就存在于我们周围。只是,它们似乎被加上了密码,使我们在没有密码本的情况下难以解读。”^{〔1〕}本书亦欲从法官的司法观念入手,为寻找“密码”尽绵薄之力。

我跟随霍存福教授攻读博士学位期间,即对古代司法文化研究兴趣盎然。最初的疑问亦源于对“依法判决”的追问,然而受到大量清代司法官员撰写的,有关司法实践的记录与心得原始材料的冲击,在导师指导我围绕“法官在想什么”解读材料的研究思路影响下,我的研究视角开始转向法官的司法观念。^{〔2〕}这种“法官在想什么”的研究思路,无独有偶与理查德·波斯纳《法官如何思考》一书在某种程度上有相通之处——关注司法行动背后的人——法官,解密隐秘的司法行为及过程。

以法官的司法观念为研究视角,即强调司法行为背后人——法官的主体性。法官并不像德国著名社会学家马克斯·韦伯比喻的那样,是一台自动售货机,“投进去的是诉状和诉讼费,吐出来的是判决和从法典上抄下来的理由。”^{〔3〕}这种比喻,基于以下法条主义立场。

法条主义认为法律是一门自给自足的学科,一个“有限的领域”。由于规则已给定,只需适用,只要求(事实发现除外)阅读法律材料以及执行逻辑操作,因此法条主义法官对社会科学、哲学或任何其他可能用以指导政策判断的渊源就没有职业兴趣,因为他不从事,或至少认为自己不从事这样的判断。^{〔4〕}

法官在司法过程中究竟充当着什么样的角色呢?波斯纳总结了司法行为的九种理论以解说法官的司法决定,除上述的法条主义外,包括态度理论、战略理论、社会学理论、心理学理论、经济学理论、组织理论、实用主义理论和现象学理论。在分析与反思九种理论的基础上,波斯纳提出了将上述理论统一的实证审判决策理论。除将法官视为自动售货机的法条主义理论外,其他理论均认为司法决定会受到法官作为“人”因素的影响,包括政治偏好、与命令链上其他人的战略关系衡量、情感(对这个或那个结果的强烈偏好常常反映出或

〔1〕 [美]孔飞力:《叫魂·1768年中国妖术大恐慌》,陈兼、刘昶译,上海三联书店1999年版,第3页。

〔2〕 该书根据2008年我的博士毕业论文“清代法官的司法观念”,修改而得。故本书正文主要观点如与其他2009年之后作品相似,纯属“英雄所见略同”,可以收录的博士毕业论文为证。

〔3〕 转引自[美]科瑟著:《社会学思想名家》,石人译,中国社会科学出版社1990年版,第253页。

〔4〕 [美]理查德·波斯纳:《法官如何思考》,朱苏力译,北京大学出版社2013年版,第39页。

创造出一种情感承诺)和群体走极端、前见、理性利益计算、依据后果做决定的思维方式等。尽管笔者并不打算如波斯纳一样采用心理学研究方法来解密司法行为和过程,但对法官在司法活动中的主体性认可,亦是笔者展开清代司法文化研究的前提。

二

基于法官并非机器,而是司法活动中的主体角色考虑,研究对象进一步聚焦于法官的司法观念。之所以研究法官的司法观念,源于观念的特征。从通俗意义上说,观念是人类在长期实践当中形成的对事物总体的综合认识。与物质范畴相对立,它属于意识范畴,是思想研究的重要对象。“以认识世界和认识人类自己为目标的哲学,需要认识康德所谓‘全部的心灵能力’,则自然需要认识我们所拥有的观念,尤其要研究我们精神变迁中某些核心观念的生成与发展。”^{〔1〕}著名历史学家钱穆先生在《中国思想通俗讲话》自序中便解释了,研究道理、性命、德行、气运四个观念,“原意在拈出目前中国社会人人习用普遍流行的几许观念与名词,由此上溯全部中国思想史。”^{〔2〕}因此,本书意图找到清代法官在长期司法实践中形成的,对司法文化综合认识的几许观念来,以此视角探索清代司法文化。

当然,首要的问题便是厘清清代法官存在哪些司法观念,这必然需要反思我们可能存在的下意识地,或有意识地适用现代司法概念、观念进入古代法官世界的研究模式。如我们一直执迷于追问中国古代司法是否“依法裁判”,很大程度上便受到当代中国法条主义理论的影响。更应该具有的史学态度应该是这样的:当我论述古代法官时,我应尽力避免现代法律观念前见的影响,试图使用更多种类、更全面的资料,适用他们的概念、范畴和词汇,思考古代法官都有哪些观念?这些观念由谁、在什么社会提出来的?它们具体又由哪些概念构成?

观念,不仅是人类对事物的综合认识,而且还具有内在动力性。一旦形成某些观念,它可以支配人们的行为。

从这个意义上说,人类历史是占统摄地位的观念模式的历史。观念

〔1〕 高瑞泉:“观念史何为”,《华东师范大学学报:哲学社会科学版》2011年第2期,第1页。

〔2〕 钱穆:《中国思想通俗讲话》,生活·读书·新知三联书店2004年版,第5页。

模式,如同物质因素和历史变化一样,可以塑造并左右人们的行动、意识、政治、道德和思想情感以及审美态度。任何一个人类文明,其最具特色的生活方式和文化产品都是它特有的观念模式的镜像。若要理解某个文明的特性,就有必要在历史的框架之中辨析其主导性观念模式。〔1〕

法官的司法观念亦具有内在的动力性,一旦形成了确定的司法观念,他思考案件时就必然下意识或有意识地受之影响,指导着他的司法决策及行为。以中国检察官逢政在《主控官笔记》一书中记录的李某抢劫案为例,近距离观察法律精神、司法灵魂和社会良知,是如何支配着中国当代司法官的判决。

李某(女)来自北国一个贫瘠的乡村,与其他离井背乡来到这个繁华都市打工的姐妹们不同的是,她幸运地嫁给了上海的一位船员,并生有一女。据当地委员会干部反映,李某为人忠厚朴实,由于丈夫常年在外,她养育女儿,照顾公婆,打理家务,任劳任怨。也许是她的勤劳贤良感动了丈夫,一天她从丈夫那里得到 2000 元钱奢侈地想买部手机,不幸的是,却在半路上被人偷走。

而更加不幸的是,她思前想后决定去搞点钱以寻求补偿。她就像儿时记忆中“善良的诈骗犯”那样在街上寻找作案目标,先是在东方明珠塔下搭识了个女人,据她后来讲她觉得那个女人太可怜就放弃了。天色渐晚,她又游荡到某大厦的门前,看到一个女子独自站在路边,于是戏剧性的一幕发生了。李某冲上去一边抓住那女子的包,一边勾住那女子的脖子,大叫“别动,抢劫,我手里有刀”,不料却被附近保安当场轻松扭获。经过清点,被害人包中也仅有 160 元钱和一部手机。

我不认为这个案件在法律上有任何讨论的意义,即便是刚刚踏出校园的“自动售货机”也不会出现技术上的故障。本案中,李某为了“搞点钱”寻求补偿,当场采用暴力、威胁的方法,强行劫取公民财物,完全符合抢劫罪的犯罪构成,依法应处三年以上十年以下有期徒刑。当然,李某的行为是犯罪未遂,依法可以从轻、减轻处罚。〔2〕

之所以大段引用该检察官对案件的描述,因为我希望读者和我一样更真实、全面地通过作者使用的概念和语言,了解他想了什么,而且在他思考后,他做了什么。

〔1〕 曹意强:“什么是观念史”,《新美术》2003 年第 4 期,第 50 页。

〔2〕 逢政:《主控官笔记——什么是法律问题的正确答案》,中国检察出版社 2012 年版,第 6~7 页。

庭审结束后,法官在量刑时也产生了同样的困惑,即便因为李某是犯罪未遂,予以减轻处罚,判处有期徒刑两年已是法外有情,但这种结果对于需要照顾的公婆、女儿以及远行而归的丈夫来说同样残酷。

在法官征求意见的时候,我们毫无根据地认为,李某的行为应处有期徒刑六到十个月。这个数字没有任何司法技术上的意义,但法官最终采纳了我们的意见,判处李某有期徒刑六个月。在这个案件的处理上,法官与检察官达成如此高度的一致,在这当中起作用的不是某个法条或政策,而是司法良知或者社会评价的基本判断。^{〔1〕}

阅读至此,检察官的描述、内心独白与最终判决,一定触动了那些和我一样对隐秘司法活动充满好奇的读者内心。逢政检察官肯定地指出,是司法良知或者社会评价的基本判断,不是某个法条或政策,促使了他们“毫无根据”地低于法定最低刑期的判决。

观念内在动力性特征毫无争议,然而观念具有多大的动力性,在实践中是否受其他因素影响对行为动力性作用不大呢?这是法官司法观念研究模式需要质疑的,即一定有真观念、假观念、真真假假观念不同类型的现实存在。如果没有对观念研究模式的质疑,我们可能远离全部的真相,无法走近清代法官的司法真实世界。

观念并非一种纯粹的智力上的构想;其自身内部即蕴涵着一种动态的力量,激发个体和民族,驱使个体和民族去实现目标并建构目标中所蕴涵的社会制度。但是并非所有的观念都能够实现为驱动的力量。这里涉及观念史研究中的一系列困难问题:人们是如何在观念驱使下行动?何种观念才真正具备社会行动的动力性?观念所表示的义理与观念者的心理是什么样的关系?或者说,驱使人们行动的是观念的理性力量,还是观念之后(之内)的非理性诉求?这些问题都是真正的哲学问题。^{〔2〕}

对清代法官司法观念的研究,还应该是立体的。我所研究的不仅是单个的司法观念,而是一种观念体系的整个表述维度。因此除了回答以下问题:哪些司法观念影响清代法官的司法实践?这些司法观念如何影响清代法官司法活动的方方面面?坚持这些司法观念对“依法判决”是否存在威胁?清代法官如何处理它们与法律的关系?我还需要解答:各观念之间的关系——交相辉映、冲突和联盟,以及它们的位阶如何?上述问题的解答是对清代法官的司法

〔1〕 逢政:《主控官笔记——什么是法律问题的正确答案》,中国检察出版社2012年版,第9页。

〔2〕 高瑞泉:“观念史何为”,《华东师范大学学报:哲学社会科学版》2011年第2期,第6页。

观念体系进行辨析与整理的过程:既对“观念”辨析——考察清代法官司法观念的表现、作用及特点等;又对“体系”整理——在辨析的基础上重新考察、界定与排序各观念以及观念之间的关系。

三

任何试图研究传统的人,即使成果非凡,但终归是隔着距离去回眸,这是法制史或者说历史研究的最大悲哀。有学者分析了历史研究的两种态度——思想者的态度和学者的态度。“比如他主要是为搞清楚历史的真相,这样便需要考虑到当时的各种情况,照顾到前后与左右等关系,做如实的求证,这时,他所选取的就是学者的态度。而如果他想表述某种抽象的观点,由这种预设的观点去选取材料,肯定某种东西或否定某种东西,并使观点与材料能达到预设的统一,这时他所选取的就是思想者的态度。”^{〔1〕}应该还存在一种态度,就是两者的综合体——不仅还原历史,还能最终形成某种抽象的观点。带着这种态度,本书使用较全面、真实、深入的资料,以清代法官的司法观念为研究视角,还原历史,最终抽象出清代法官司法观念理论体系。

前文大段引用有关李某抢劫案的描述原文,还由于在当代中国司法官员记录审判活动、心得体会、反思司法行为资料比较稀缺的现状下,此书显得弥足珍贵。值得庆幸的是,存在几种类型的材料有助于我们对清代法官司法观念的研究。它们包括官箴书、公牍汇编、司法档案、律学、幕学著作、日记等。

官箴是官之箴言,官箴书是古代官员的读物,阐述为官道德,总结从政经验。中国官箴文化源远流长,最早可溯源到商周时期,初成于秦朝,自汉朝开始走向成熟和完善。如秦朝《睡虎地秦墓竹简》中的《为吏之道》,唐朝武则天颁布的《臣轨》,宋朝吕本中的《官箴》,明朝的《御制官箴》等。清代官箴的创作较之前代更为繁荣,不仅作品增多,而且在各级官员之间广泛流传,进入了一个新的阶段。

这种繁荣局面的形成原因复杂,除文化养成、皇帝倡导外,清代官箴书更具实用性特征,是根本原因。“清代官箴不但强调官员的道德,而且更加关注

〔1〕 黄卓越:《文化的血脉》,靳诺主编,中国人民大学出版社2004年版,第67页。

官员道德的具体实现方式,也就是职业道德理念与具体的行政技术的结合。”〔1〕试枚举二三,供读者欣赏。

《州县初仕小补》中记载了如何与道府幕友交往的相关技巧。为免于道府幕友故意为难,驳斥管辖范围内州县官的司法行为,除到任时需拜见外,平时应通过信函方式加强联系,按章馈送礼物,不宜短少。

到任时,道府之幕友必得拜见一二次。面托指教一切,辞行时又为恳托,倘公事有不妥之处,请其格外照拂。平时不妨常通信函,致问起居,公事随便商酌,免致驳飭为难。其节礼干脩,按时照章致送,不宜短少。〔2〕

分享司法技巧,也是管箴书中的重要内容。下文首先分析存在呈词真伪莫辨的常见现象,以及重在洞察其真实意图的推测,发现情理不顺之处认真批驳。批文中总要透出本无意批准之意,以宣传“息讼”等司法观念。

州县卯期呈词批阅最难。除命盗重案随时呈报,有伤痕可验,有形迹可勘,毋庸置疑外。所有寻常案件,词中之情节真伪莫辨,事理之谬妄难测其由。代书造作者,尚不至于离奇。惟讼棍之刁词,或指东而说西,或将无而作有,或捕风捉影,或空中楼阁,涛张为幻,任意妄指,百奇千怪,难以枚举。披阅之际,宜详细审视,观其意向,着重在于何处。择其要害情理不顺之处,严加驳飭,使知官不能欺,再呈再驳。迨被告呈诉到案,两情比较可以得其大概,方可婉批:本当不准,姑念控关有因,准传讯究办。其似有情理者,亦当择其欠顺之处,挑剔数语驳飭,仍转语曰:姑准传案讯究。〔3〕

另,以《居官日省录》中有关盗贼工作的指导为例。

强盗初执到官,当察其私下受拷之形,狼狈与否。以为刑罚之宽严,词色之喜怒。若见其步履如常,形体不甚跼促,自当示以震怒,加以严刑,非此则真情不能吐露。倘见有负伤甚重,神气索然者,则宜平心静气以鞠之,且勿遽加刑拷。何也?以其正在垂毙之时,求生之念轻,缓死之念重。非责其供吐之难,责其供吐必实之难也。〔4〕

〔1〕 郭成伟、关志国:《清代官箴理念对州县司法的影响》,中国人民大学出版社2009年版,第36页。

〔2〕 (清)褚瑛:《州县初仕小补》,清光绪十年森宝阁排印本,转引自官箴书集成编纂委员会编:《官箴书集成》第八册,黄山书社1997年版,第739页。

〔3〕 同上,第742页。

〔4〕 (清)觉罗乌尔通阿:《居官日省录》,清咸丰二年刊本,转引自官箴书集成编纂委员会编:《官箴书集成》第八册,黄山书社1997年版,第108页。

作者总结了强盗初被纠问至官,应注意观察身体状况,决定是否立即刑讯的司法技巧。他解释说:如负伤较重,切莫急于刑求,因此时生命垂危,心理呈现不求生但求缓死的特点,所供恐非实情。

在清代官箴书中,我们可以发现许多类似上文,有关行政、司法工作和人际关系等细致入微的经验总结,其实用性吸引了各色官员将官箴书当作“宦海指南”,事事省、时时省、念念省,奉为教材以指导各项工作。

山西布政使方大湜在《平平言》中给候补官员开列一张书单,劝告他们除读经史外要多读吏治书,即官箴书,尤其是多读本朝的官箴书。方大湜所列官箴书包括:《实政录》《皇朝经世文编》《五种遗规》《福惠全书》《图民录》《牧令书》《佐治药言》《学治臆说》《梦痕录节钞》《庸吏庸言》《蜀僚问答》《农桑辑要》《农政全书》《授时通考》《康济录》《荒政辑要》《捕蝗要诀》《读史兵略》《金汤借箸》《乡守辑要》《折狱龟鉴》《鹿洲公案》《历代河防类要》《治河方略》等,“以上各书所录皆良法美意,读之可以知得失、别是非。”^{〔1〕}以汪辉祖创作的官箴书《佐治药言》、《学治臆说》为例,“萧山有名幕汪龙庄,撰《佐治药言》、《学治臆说》诸书,一时士大夫奉为圭臬,几于家置一编。”^{〔2〕}有论文从皇权推动下官箴书的编撰与传播角度,以《钦颁州县事宜》为例,分析得出此书“是在雍正皇帝的积极推动下,由具有丰富行政经验的官员编撰而成;并经雍正审定后,谕令刊刻、颁发给全国的州县官员,是典型的通过皇权自上而下推行的‘官箴书’”。^{〔3〕}

官箴书的作者从帝王、大僚到长期从事地方行政管理工作的中下层官吏。因此,选择清代官员所撰,总结自己为政经验,实际上也影响着各级官员的官箴书为原始材料,对于分析、探索清代法官的司法观念起着至关重要的作用。

公牍汇编、司法档案。这类材料中保存的文书种类繁多,除常见的判词外,有皇帝的诏令文书,如诏书、敕谕、敕书、敕命、诰命、册命、明发上谕、寄信谕旨、朱谕等;有上奏文书,如奏本、题本、启本、随本揭帖、副本、奏折、夹片、录副奏折等;还有上行文,如呈文、咨呈、申文、详文、验文、禀文等;有下行文,如谕、牌文、牌票、牌檄、札付等;有平行文,如咨文、移会、照会、关文、牒呈、交片等。使用种类繁多的文书,有利于深入解读法官的内心世界。如清代官至护

〔1〕 (清)方大湜:《平平言》四卷,清光绪十八年资州官廨刊本,转引自官箴书集成编纂委员会编:《官箴书集成》第七册,黄山书社1997年版,第597~598页。

〔2〕 梁恭辰:《劝诫五录》卷三《名幕》。

〔3〕 杜金:“清代皇权推动下‘官箴书’的编撰与传播——以《钦颁州县事宜》为例”,《学术研究》2011年第11期,第56页。

理两江总督樊增祥的官箴书中,收藏了对下级法官自理词讼册的批文以及对重大命盗案的复审文书,满载了樊法官对审判的意见,某些内容在判文中无法体现。

日记、谚语、俗语、对联、诗歌等也是本书常用的研究资料。谚语、俗语、对联、诗歌与当时的社会文化紧密联系,真实反映了广大民众社会生活的方方面面;日记以隐秘的方式,记载的资料更真实、更深入。

总之,上述不同种类的资料需综合使用,方能实现探索清代司法文化的目标。

四

为方便读者阅读,将本书的主要观点概括如下。

本书冀望对清代法官的平允、仁恕、情理观念进行辨析与整理,解读清代的司法文化。既对“观念”辨析——考察清代法官平允、仁恕、情理观念的表现、作用及特点等;又对“体系”整理——在辨析的基础上重新考察、界定与排序各观念以及观念之间的关系。在辨析与整理过程中,分析包含的文化内涵,并对现有的观点进行了思考与澄清。

该书核心观点是:平允、仁恕、情理观念是清代法官的司法观念,三者对清代司法活动的影响可谓方方面面。平允判决基于司法最基本的要求,强调公平;仁恕观念受儒家“仁”思想的影响,强调爱人;情理观念中情理察案基于情理的客观性,情理说服观念源于中庸之道,强调对问题多角度评价。清代法官无论审理民事案件、轻微刑事案件还是重大命案,受司法观念的影响,判决都可能与法律背离。平允、仁恕、情理既有契合又有矛盾,理论上司法观念体系中三者的位阶是:情理观念>仁恕观念>平允观念,司法实践中常表现为仁恕观念>情理观念>平允观念。

全书共分四个部分。

第一章,清代法官的平允观念。中立是清代法官平允的基础,清代法官坚持去私心、去怒心的自我要求。清代法官审理刑事案件时使情罪相符,以惩恶扬善。不仅重视法定之情,还需考虑法外之情;惩恶扬善重点对“善”、“恶”人心角度的不同态度,即坚持诛心原则。清代法官在司法实践过程中根据行为中的表现和行为后的表现,如行为的动机、性质、侵害的对象、手段、结果等,判断行为人的主观恶性与再犯可能性。清代法官审理民事案件时为保护百姓的

财产权和身份权,判决重视当事人的自由意愿,并坚持过错兼公平责任原则。

第二章,清代法官的仁恕观念。清代法官审判时坚持哀矜勿喜的态度。仁恕观念使清代法官形成判决以宽为主的倾向;以宽为主的观念往往使清代法官纵容了罪犯,反思之下提出“非妇人之仁”观点。仁恕爱民主要是爱惜百姓的身家和名誉,因此提出主息讼、主速结、力图永止纠纷、严吏治、慎刑罚、保护绅士名誉、保护妇女名誉等主张。仁恕爱民表现为替百姓着想维护幸福和睦的社会关系,因此在审前程序中主张“多驳呈词”、调处和息;审理程序中为维护和睦的宗族、亲属、父子、邻里关系等,判决常对法律进行变通;仁恕观念还表现在司法活动中,清代法官超出是非判断外,帮助当事人解决困难。

第三章,清代法官的情理观念。一方面,清代法官依据情理判断案情的真实性。使用情理审案,要求法官通晓世间情理。情理,包括人之常情和事物之常理,值得强调的是清代法官根据多年司法经验归纳出的情理。情理具有客观性和盖然性。运用具有客观性与盖然性的情理时,清代法官既大胆又谨慎;不同法官对同一情理的盖然性理解存在不同认识。另一方面,清代法官依据情理说服百姓。情理具有“通”性,以情理说服能与百姓顺利沟通,达到说服教育的效果。清代法官动之以情、晓之以理,引之于利害进行说服。法官运用情理进行说服时,需要有诚心,有智慧,还要分析并说明情理中的情理。

第四章,清代法官的司法观念体系。平允、仁恕、情理观念构成了清代法官的司法观念体系。它们与法律有重合也有冲突;面对冲突,受司法观念影响,清代法官的态度表现为判决与法律发生或轻微或重大背离;对法律的背离源于法的确定性并非清代司法的最高价值,平允、仁恕、情理才处于最高位阶。司法观念与法律相冲突时,在财产权利案件中,清代法官判决在尊重法律、契约规定、约定的私权基础上作轻微的背离,有时也发生与法律的重大背离。在身份案件中,清代法官为尊重双方自由意愿,所做判决易与法律发生重大背离。在轻微刑事案件中,清代法官所做判决与法律产生或轻微或重大的背离。在审理重大刑事案件时,为坚持司法观念,清代法官采取或保守或积极的对策。最常见也是最易察觉的是清代法官的保守行为——于详文、禀文等文书中向上级申请变通。清代法官审理重大刑事案件,司法观念与法律权威性矛盾时,会采取积极的手段——将重大刑事案件纳入自理程序中是清代州县法官常用对策;还会采取更积极但更隐蔽的手段——对案件情节进行剪裁。平允、仁恕、情理观念三者虽有重合,但也存在差异。正是因为平允、仁恕、情理观念一定程度的契合,清代法官的判决才能既平允、仁恕,又合情理。平允、仁恕、情理观念是三个不同层面的概念:平允判决基于司法本身最基本的要求,

强调公平;仁恕观念基于儒家“仁”思想的影响,强调爱人;情理观念基于中庸之道,强调问题的多角度评价。同时通过分析三者冲突时清代法官的选择,最终确定清代法官司法观念体系具体观念的位阶。理论上司法观念体系中三者的位阶是:情理观念>仁恕观念>平允观念,司法实践中常表现为仁恕观念>情理观念>平允观念。

目 录

前言	(1)
第一章 清代法官的平允观念	(1)
第一节 中立——平允的基础	(3)
一、去私心	(4)
二、去怒心	(16)
第二节 刑事案件的平允	(19)
一、情罪相符	(20)
二、惩恶扬善——诛心原则	(28)
第三节 民事案件的平允	(37)
一、自由	(38)
二、过错责任原则兼公平责任原则	(44)
第二章 清代法官的仁恕观念	(47)
第一节 哀矜勿喜——态度	(48)
第二节 判决以宽为主——方法	(50)
一、以宽为主	(51)
二、非妇人之仁——对“宽”的反思	(56)
第三节 爱惜百姓身家名誉	(57)
一、爱惜百姓的身家	(58)
二、爱惜百姓的名誉	(68)
第四节 维护和睦的社会关系	(73)
一、审前程序中保护和睦的社会关系	(75)
二、审理程序中保护和睦的社会关系	(77)
第五节 为当事人排难	(82)
第三章 清代法官的情理观念	(85)
第一节 以情理察案	(88)
一、情理的分类	(90)

2 清代法官的司法观念

二、情理的客观性与盖然性	(96)
三、情理的运用	(98)
第二节 以情理说服	(103)
一、情理之“通”性	(108)
二、动之以情,晓之以理,引之以利害	(110)
三、情理的运用	(115)
第四章 清代法官的司法观念体系	(122)
第一节 平允、仁恕、情理观念与法律的关系	(122)
一、司法观念与法律精神的重合	(123)
二、司法观念与法律的冲突	(124)
三、对司法观念与法律关系的再解读	(136)
第二节 司法观念之间的关系	(139)
一、平允、仁恕、情理观念的契合	(139)
二、平允、仁恕、情理观念的差异	(141)
三、平允、仁恕、情理观念的位阶	(142)
结语	(145)
参考文献	(147)
一、史料类	(147)
二、著作类	(153)
三、中文译著	(155)
四、论文	(156)

第一章 清代法官的平允观念

清代富平县有妇人胡文氏,丈夫早年去世,留下幼小的女儿由其单独抚养,生活可谓穷苦无依。经自己的小叔子胡必方和弟弟文长娃介绍,嫁卖给石拴处做妾。礼银七十两,弟弟文长娃得钱三两。陕西旧有俗例:寡妇改嫁,夫家主婚且受财,娘家人仅得追往钱。改嫁后,可怜的胡文氏在生产后染病身亡,文长娃顿生贪念,妄图借命诬讹。富平县县令审理此案,查清文长娃纯属诬讹。然而法官不但没有追究文长娃诬控之罪,反而责备乐户石拴处不应娶妾之错,令其出钱二十串补偿文长娃。上级法官樊增祥^[1]审查后,认为县令所作判决不公,批示如下:

过矣,过矣。彼既因诬得利,是以一控府而两控司,任情牵累。石拴处出银七十两,得妾六个月,业已人财两空,而又于笞责之余,罚钱二十串。若谓吹手不应娶妾,本人与媒人皆有罪,彼甘心卖姐与吹手者,独无罪乎?彼此同罪,而长娃更有借命图讹一层,是人之罪一,而彼之罪二也。一罪受罚,二罪受赏,是长娃三次上控,乃该令不公之报也。夫复何言?^[2]

樊增祥批评下级法官判决“不公”,又可解释为不平允。公平与平允可通用,中国古代法官的平允观念,即公平适当判决的观念。“平允”,这个多少带点古汉语色彩的词语,虽然在今日的书刊杂志上,出现的频率越来越少,但在中国古代全然不同。《旧唐书·职官志二》中记载对文武百官功过、善恶的考法:一为四善,二为二十七最。“一最四善为上上,一最三善为上中,一最二善为上下;无最而有二善为中上,无最而有一善为中中,职事粗理,善最不闻,为中下;爱憎任情,处断乖理,为下上;背公向私,职务废阙,为下中;居官谄诈,贪

[1] 樊增祥(1846~1931年),字嘉父,湖北恩施人。同治六年(1867年)中举,光绪三年(1877年)中进士,曾任陕西宜川、渭南等县知事,后累官至陕西布政使、江宁布政使、护理两江总督。辛亥革命爆发,逃居沪上。袁世凯执政时,曾为参议院参政。

[2] (清)樊增祥:《樊山政书》,清宣统二年金陵刊本,转引自官箴书集成编纂委员会编:《官箴书集成》第十册,黄山书社1997年版,第305页。