

华东政法学院法律史研究中心

法律史研究

(第一辑)

主 编 何勤华 王立民

中国方正出版社

上海市重点学科项目

华东政法学院法律史研究中心

法 律 史 研 究

(第一辑)

主 编 何勤华 王立民

执行主编 高 珣

中国方正出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法律史研究 (第一辑) / 何勤华, 王立民主编. - 北京: 中国方正出版社, 2004. 4

(法律史研究系列丛书)

ISBN 7-80107-798-9

I. 法… II. ①何… ②王… III. 法制史-研究-世界 IV. D909.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 016192 号

法律史研究 (第一辑)

何勤华、王立民 主编

责任编辑: 汪 艳

出版发行: 中国方正出版社

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

发行部: (010) 66124758 门市部: (010) 63094573

编辑部: (010) 66158711 出版部: (010) 66510958

网址: www.FZPress.com

责编 E-mail: bell-0450@163.net

经 销: 新华书店

印 刷: 北京金华印刷有限公司

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

印 张: 8.5

字 数: 276 千字

版 次: 2004 年 3 月第 1 版 2004 年 3 月北京第 1 次印刷

(版权所有 侵权必究)

ISBN 7-80107-798-9

定价: 19.00 元

(本书如有印装质量问题, 请与本社出版部联系退换)

序

与民商法、经济法、刑法和诉讼法等学科相比，法律史研究领域既冷清，又寂寞，其人也稀，其言也寡。这不仅是中国学术界的现状，也是世界各国的大体情况。

但是，一个民族，或者一个国家，乃至整个人类，又是不能没有自己的历史以及对它的研究，因为它是我们今天继续往前走的路标或者影子。作为法律人，我们更是无法忘却自己的过去，无法不时常回首那些令人曾为之激动的法律事件、法律人物和法律作品，也无法摆脱用历史上法制兴衰之得失来评判现实生活中法律运作实践的习惯。因此，对法律史感兴趣的人不会绝迹，对法律史的研究也不会因市场经济的不断成长而停止。

华东政法学院法律史研究中心成立时间虽然不长，但该学科的发展历史已不短。既有 20 世纪五十年代初创时代研究的底子（徐轶民、王召棠、李昌道、叶孝信等是该时代的一批探索者），也有五十年代迎来学科重振雄风时代的基础（1981 年获准招收硕士研究生，陈鹏生、钱元凯教授又于此时加盟该学科）。20 世纪九十年代以后，该学科的一批中青年学者又开始成长，并出版了不少有分量并在全国学术界有影响的作品。

2000 年 10 月，华东政法学院法律史专业获准招收博士研究生。2001 年第一批 15 名博士生入住其院，给这一学科带来了勃勃生机。法律史研究中心成立以后，通过成立以及整合相应的二级研究所，进一步为该学科的发展奠定了坚实的基础。作为该中心学科建设的内容之一，我们编辑了《法律史研究》这一学术系列丛书，由中国方正出版社出版。

本书的收稿范围主要是华东政法学院法律史专业教师以及博士生和硕士生的论著，同时也刊登全国各地学子关于法律史研究的最新成果，欢迎大家踊跃投稿。

本书由我和王立民教授主编，博士研究生高珣负责第一辑的具体编辑事务；硕士研究生胡俊、胡建会、彭杨承担了本书的资料库的编辑整理工作。中国方正出版社的陈学军主任也为本书的出版付出了辛勤的劳动。本书作为上海市重点学科项目，出版时获得了上海市重点学科建设资金的资助。对此，均表示我们一片诚挚的感谢。

何勤华

于上海·华东政法学院

法律史研究中心

2004年1月5日

目 录

【中国法制史研究】

中国 19 世纪基层司法文化研究

- 以《汝东判语》为文本 李孝猛 (1)
- 中国传统契约法文化的形成、特色及反思 吴晓梅 (34)
- 试论中国近现代证券法之演变 李本森 (60)

【外国法制史研究】

- 论英国法的遵循判例制度 刘大力 (84)
- 论美国宪法的解释 沈建平 (107)
- 西方国家期货立法透视 秦瑞亭 (130)
- 信托：英美法系的奇葩 张 奕 (151)

【法学著作选评】

- 莫理斯《法律发达史》述评 胡骏、刘君 (172)
- 死去的制度，活着的文化
- 解读丁凌华教授的《中国丧服制度史》 杨成炬 (182)

【资料库】

- 民国时期出版法律史书籍目录 (188)
- 新中国成立以来发表的法律史论文目录 (一) (1949—1989) (197)
- 附表：华东政法学院法律史专业硕士研究生毕业论文目录 (263)
- 编者的话 (265)

中国 19 世纪基层司法文化研究

——以《汝东判语》为文本

李孝猛*

19 世纪的清朝基层司法文化依旧秉承着中国几千年的传统司法文化之特质，同时正是在这个时期，传统的基层司法文化正逐步走上解体之路，也就是说，对传统的基层司法文化之改革正是从此时开始。本文通过 19 世纪中国基层司法官吏董沛的一个判语集——《汝东判语》，^① 对此一时期的基层司法文化做一番考察，诸如基层司法官吏在判案时是否严格按照律例条文？基层司法官吏是否如有的学者所言拥有巨大的自由裁量权？基层司法官吏在司法审判活动中扮演什么样的角色？官府和民众是否如传

* 作者为华东政法学院九八级中国法律史专业（法律文化方向）硕士研究生。

① 《汝东判语》有一个清朝刻本，根据其自序性质的“题辞”，可以知道清刻本产生于光绪九年二月。还有一个复本，复本比刻本多一个薛福成写的序。本文的研究即是以清刻本作为文本。刻本尚未有学者标出句读。国内也尚未有学者对《汝东判语》做过研究。《汝东判语》是中国 19 世纪即清朝末年江西省东乡县知县董沛（名觉轩）收集自己任上所处断的案件编纂而成的判例集。全书共六卷，前五卷皆是案例汇编，最后一卷是“杂文”（其实是知县发布的告示、饬令等地方政府法律性质的文件）。全书一共收集了 142 个判语，主要是基层地方官吏司法权限范围内的“自理案件”，具体包括轻微的刑事案件、民事案件以及一些治安案件。

统的说法那样存在着根深蒂固的厌讼、抑讼心理？等等。当然，本文最直接、最主要的目的是认识中国 19 世纪的基层司法文化的真正面目。也许本文的研究可能是也只能是一个片面的解读，但正是因为我们观察和了解了无数的片面，才能最终获得全面的深刻。

笔者相信，运用法社会学、法文化学和历史学的方法对一个文本进行研究，或许更有助于我们对 19 世纪中国基层司法文化的认识和理解。当然，笔者同时也非常清醒地意识到，如果对自己的研究方法不时保持警醒和反思，那么很有可能陷入一种危险的境地——像“瞎子摸象”一样，只要摸住了象的尾巴或耳朵就固执地以为自己知道了整只大象的模样。因而笔者首先必须声明，作为一种文本研究的方法，不可避免的缺陷是：（1）通过文本本身来研究中国 19 世纪的基层司法文化而得出的结论极有可能是不全面的，因为文本所记载的内容毕竟只是当时清王朝众多州县中的一个（当时，清王朝管辖了大约 1500 个县和县级地区如州等）。这就意味着，把对一个县的司法文化的研究结论推而广之总不是那么谨慎。（2）文本内容的真实性是否绝对可靠仍然令人感到不安。笔者在研究文本的过程中不止一次地自问：这个文本是否真实地记载了当时的司法情况？文本的作者是否为了某种个人的目的而美化或者歪曲了事实？也许笔者这种担心并不是多余的，因为在研读《汝东判语》的过程中，笔者明显地感觉到前三卷与后两卷的措辞和文风有着很大的不同。（3）毫无疑问，《汝东判语》中记载的案件只是一个纠纷的片段，也就是说，在董氏处断案件之前，纠纷是否已经经过亲族调解，或者在董氏处断之后，诉讼双方是否又去上控，这些具体情节，我们并不十分清楚。

尽管这样，笔者仍认为对《汝东判语》的文本研究是有意义的，因为：（1）当时除西藏、蒙古等少数民族地区外，清王朝统治的大部分地区特别是汉族地区的司法机制、制度和观念等本质上应该具有同一性，尽管在具体的细节方面可能会有许多的差别。因而可以说，研究《汝东判语》而得出的结论大致上应该可以反映当时的基层司法文化状况。（2）我们当然可以断论，《汝东判语》不可能绝对对真实的记载当时东乡县的司法状况，但是我们也不能凭此而断定《汝东判语》完全就是文人墨客想借此青史留名而吟咏或杜撰的产物。一般而言，《汝东判语》中的基本案情应该是真实的，因为董氏审理的案子与同时代的其他官吏相比，并无特

别光怪陆离之处,无非是那些田土、户婚、继承和钱债纠纷案件。我们不能排除的可能是,董氏是否为了展示其包括司法才能在内的才华而对其处断案件的方式和手段有夸大之处。但是,即使是这样,我们仍可通过其对案件的处断,从一个侧面来认识和理解当时的基层司法文化。基于这种认识,在本文中,董氏只是一个被研究的文化符号,这个符号在一定程度上反映了中国19世纪基层司法官吏的形象。

一、司法官吏适用法律渊源研究

清朝基层司法机构是州县衙门。州县衙门审理“自理案件”。“自理案件”就是州县全权管辖、可以作出发生法律效力判决的那部分案件;就《大清律例》五种刑罚而言,就是笞、杖刑案件;就诉讼程序而言,就是不必逐级审转、州县有权终审的案件;就案件性质而言,就是民事案件及一些轻微刑事案件和治安管理案件,主要是民事案件。而对于非自理案件,州县司法官吏受理后,也要拟判,移送上级衙门。所以,即使是在州县衙门,基层司法官吏对于其受理的案件都必须适用法律渊源作出处断。清律对于司法官吏在审判活动中有着一条极为重要的规定——“断罪引律例”,^①即判处案犯有罪必须严格适用律例条文。近年来众多学者的研究表明,古代中国的司法活动远非过去人们想像的那样专横妄断、有法不依。相反,司法官吏们相当严格地依照律例处断案件。^②而对基层司法官吏审判的“自理案件”是否严格地适用律例条文这一问题,学术界观点纷呈,诸家异说,意见难趋一致。

仔细考察《汝东判语》,我们可以发现,董氏在判案时,既不像其自

① 《大清律例》中“刑律·断罪引律例”条明确规定:“凡(官司)断罪,皆须具引律例,违者,笞三十。”

② 其中最具代表性的学者应该是美国著名汉学家布迪和莫里斯,他们在细致深入地研究清朝的《刑案汇览》中数千个案例之后,得出这么一个结论:“清朝的刑事审判程序具有制度化、合理化的特点,它已经形成了一些必须遵循的重要原则;至于忽略这些原则而任意判案,这只是极其个别的例外,……这种司法体制要求司法官吏严格的依法办事;实际上,任何一名法官,在任何一段时间,都在致力于理解并运用法律条款的真实含义(当然并不总是限于法律条款的文字本身)。与其他任何国家法官一样,中国的司法官吏也非常注重于依法判案,甚至有过之而无不及。”参见〔美〕D. 布迪、C. 莫里斯:《中华帝国的法律》,朱勇译,江苏人民出版社1995年版,第442—443页。日本学者寺田浩明也持这种观点,参见寺田浩明:《日本的清代司法制度研究与对‘法’的理解》,载梁治平等编:《明清时期的民事审判和民事契约》,第118—121页,法律出版社1998年版。瞿同祖先生也认为“(清代)所有判决必须遵从现行的律令”。参见瞿同祖:“清代地方司法”,《瞿同祖法学论著集》,中国政法大学出版社1998年版,第459页。

诩的“本县盟心似水，执法如山”；也不似人们所言的“葫芦僧判葫芦案”，枉法裁判；而是既比较严格地适用国家法（包括律、例及其他法律条文），又比较灵活地适用情理和礼法。甚至在找不到法律根据的情况下，董氏还适用习惯法处断案件。

（一）国家法

国家法在本文的语境中，当指由国家制定的成文法。就《汝东判语》而言，应指由清王朝制定的律、例和会典等其他法律条文。从《汝东判语》中可以看出，事实确实如此，董氏在处断案件时，适用的国家法形式多样，主要有律、例和成例等。这类案例颇多，下面略作说明。

1. 律、例

律例是清代最主要的成文的法律渊源，所谓“凡明罚敕法，其文有二，曰律曰例。”^①在《汝东判语》里，律应当指大清律，例，应是指案例。这是司法官吏在判案中适用的最主要的法律渊源。在多数的书判中，司法官吏直接引用律作为自己的判案根据。司法官吏一般通过三种形式适用“律”：一是在陈述被查清的案情前，直接引用“律”的条文，如“律载”形式；二是在陈述案情后，再适用“律”之条文，如“依律究断”、“按律究断”等形式，在这种形式中，司法官吏一般不再详细援引律之条文。最后一种形式是司法官吏在判语中“律例”连用，作为自己判案的理由。司法官吏适用例的形式与适用律的情况相似。如：

《吴广山呈词判》（下文凡引《汝东判语》，只写篇名）：“律载：‘买休卖休和娶人妻者，本夫本妇及买休人各杖一百。妇人离异归宗，……依律究断，以正伦常，而准风化。’”《颜饶氏呈词判》：“例载：‘无子立嗣，若继子不得于所后之亲，听其告官别立。……倘敢故违，准予捆送究办。’”

以上是律例适用的最基本的形式。本文不想在此长篇累牍地列出众多有关司法官吏在词判中适用“例”的案例，而只是想指出，“律、例”在司法官吏的司法活动中占据重要的地位、起着重要的作用。并且，笔者发现，只要清朝律、例中有与案件相关的“例”之规定，司法官吏还是乐意适用且确实相当严格地适用这些条文。

^① 参见《清通志》卷76，《刑法略二》。

2. 法

一个值得重视的现象是,在很多情况下,董氏处断案件时并不引用律、例等条文,而是适用“法”这种形式作为自己的处断根据。可是,众所周知,清王朝并无“法”这种法律渊源。那么,司法官吏是在一种什么样的语境下适用“法”作为自己的处断根据和理由呢?《提讯梁启春等判》:“梁清和等辄敢聚集多人扰及乡里,……殊属目无法纪。著将梁启春先行羁押。”《徐小保等控案判》中,司法官吏对不知廉耻、自构与人通奸的徐杨氏非常恼怒,认为“法难曲贷”,故“重惩之杖”。

可见,司法官吏在处理案件时,确实是把“法”作为自己处断的根据和理由。只不过“法”在判语里是一种概指:它有时是指“律”,有时是指“例”。这也许是法官自己弄不清应该适用那些律例条文,也许是法官觉得没有必要指出自己适用的是哪个具体的条文。但是,在这种情况下,法官可以依靠自己对“法”的直觉就可以判断诉讼两造谁是谁非。

可以说,这是律例适用的另一种形式。就此而言,笔者更加可以断定,在自理案件中,基层司法官吏适用的主要法律渊源是律例,或许一个统计数据会有说服力:在《汝东判语》共142个判语中,除了38个属于驳回起诉不予受理等情况外,其余104个案件,司法官吏作了处断,其中又有60个案件是依据律例处断的。基层司法官吏在判语中也时常表明自己对律例的态度:“大清律例为万世不易之经,属在臣民皆应恪守”^①、“国家所以治民者,贵于立法;官长所以治民者,归于奉法。”^②此外,必须指出的是,在《汝东判语》中,律与例是互为补充的关系:在律未加规定的情况下,司法官吏就适用例;笔者尚未发现司法官吏以例破律的情形。

(二) 成案

“成案”是清代各部或各省对某些典型案件判决的先例汇集而成的、不成文的法律形式。据《刑案汇览·凡例》的解释,成案具有特定的含义,即:“例无专条,援引比附、加减定拟之案。”换言之,成案是在制定法出现空缺时,可供司法官吏援引的一种法律渊源。不过,乾隆三年曾规定对“成案”之适用加以限制,要求必须奏请皇帝批准“通行”:“除

^① 《汝东判语·曾正秀呈词判》。

^② 《汝东判语·陈王氏呈词判》。

正律、正例而外，凡属成案，未经通行著为定例，一概严禁，毋庸得混行牵引，致罪有出入。如督抚办理案件，果有与旧案相合可援引为例者，许于本内声明，刑部详加查核，附请著为定例。”^①清代基层司法官吏除了适用律、例之外，还根据需要适用“成案”作为自己处断案件的根据。^②如：《何操氏呈词判》：“……如系该氏母子商同嫁卖，则援略卖子妇皖浙成案，从重予以杖徒；如但系尔子卖妻，则从卖休本例科断”。《方如斗等控判案》：“……历来成案，童养妇夫亡守节，与已婚者一律褒旌。童养妇违犯舅姑与已婚者一律科断。安得谓童养之媳无姑妇之名耶？”《王荣等呈词判》：“……又考嘉庆十九年河南成案，兼祧之小宗娶妻，无出，纳妾生一子，妻卒，子持服三年。部议不以为嫡母，亦援慈母如母之律。其大宗之子即如父妾无服。与鄙见略相符矣。”

在上述第一例中，《大清律例》有“卖休”之例，但其针对的对象是“夫”，而非“夫”之母，故对“夫”之母参与“卖休”的情形并未加以规定，所以司法官吏“援略卖子妇皖浙成案”结案。在有关童养媳服制一案中，司法官吏在《大清律例》无文可引的情况下，也适用了成案。第三例的情况比较复杂，司法官吏详考儒家经典之后，最终还是援引“河南成案”处断了纠纷。可见，司法官吏在处断纠纷时，也非常注意“成案”，从而为自己的判案提供法律理由。并且，司法官吏似乎为自己知道他处有“成案”而“自得”呢！只不过，《汝东判语》中，司法官吏很少适用“成案”。整个《汝东判语》中，司法官吏只适用了三次“成案”。可以说，基层司法官吏在适用时是非常谨慎的——其前提必须是律例对案件中的情形未加规定。

（三）习惯法

自古以来，中国地域广袤，民族众多，宗法制的村庄更是难以计数。不仅如此，古代中国还存在着为数极多的寺院道观、行会团体等。因此，很难想像当时的国家权力能够无孔不入、渗透到穷乡僻壤之中去；也很难想像国家法律能够摧毁一切少数民族之习惯、寺院道观之教规，特别是在

^① 参见乾隆三年定例：《大清律例·断狱·断罪引律令》。

^② 法制史学界目前对清朝“成案”的研究尚未深入，但已有学者指出，“成案”是清朝的一种法律渊源，只不过受到严格的控制。参见苏亦工：《明清律典与条例》，中国政法大学出版社2000年版，第55—56页。

古代中国民事法律条文屈指可数的情况下,国家民事法律条文如何面对如此复杂繁多的民事纠纷?因此,不难推测,在国家法律所不触及的社会领域和社会区域里,一定有着民间的规范在起着规制社会秩序的作用。这些民间的规范独立于国家制定法之外,且具有一定的体系。它反映的是特定群体的共同意志,具有持久性、自发性、稳定性、强制性之特点。它可以是成文的,也可以是不成文的。^①《汝东判语》中的案例表明,在19世纪的基层司法审判中,司法官吏也常援引习惯法作为自己的判案根据。当然,由于习惯法生于民间,难免与国家法相冲突,在这种情况下,司法官吏多会舍习惯而秉国法。《汝东判语》中,基层司法官吏以习惯法作为自己处断案件的根据的例子只有三处。

《桂如禄呈词判》:“冥配一事其来已久。周官媒氏有迁葬嫁殇之禁,可知商周之间民俗通行,故先王设之禁令也。汉时则称娶会见于郑注,周人禁之而汉世行之,亦以见习尚相沿而不能尽绝。从宜之礼,后人有不必泥古者,此其一耳。魏哀王早夭,娶甄氏之女以为配;唐懿德太子娶裴粹亡女;建甯王娶兴信公主亡女,皆冥婚也。虽帝王之家尚亦有之,况民庶耶?恭绎大清律例,凡嫁娶违法者,言之甚详,并无禁革。冥婚之说,据杨升庵《丹铅总录》,前明亦无此禁。直省风俗,东西异尚,南北异宜。至于冥婚,则处处有其事。国法之所不禁,民习见之亦习用之矣。……尔伯兄亡子十七夭殇,为之婚配,葬入祖山,虽于礼无征,然亦民间恒有之事,且亦律文不禁之事。尔系卑幼,何得胶执周礼,辄行阻挠?”

《吴仁发等呈词判》:“典押财产与质当衣物相同,值十之价,往往不得其半,此各处通例也。”

这些案例,饶有趣味。特别是第二个案件,“冥婚”在有些地方确实已成习俗,但也有反对者,司法官吏不厌其烦地引经据典,意图表明其合理性。也正是在这个判语中,司法官吏道出了其中关键:“国法之所不

^① 笔者觉得这里必须分清“习惯”与“习惯法”的区别。何勤华先生对这个问题的观点很深刻:“习惯与习惯法的区别主要还是后者获得了国家强制力(从法学角度)或社会公共权力机关的强制力(从社会学的角度)的认可和支特。……习惯法作为一种法律渊源,它在形式上虽然具有独立的形态,但在实质上却无独立之地位——当它被国家立法机关认可时,它就成了国家制定法的一部分(如德国民法典第151、157条),当它被国家司法机关认可时,它就成了判例法的组成部分(如英国的普通法)。”参见何勤华:《清代法律渊源考》,《中国社会科学》,2001年第2期。

禁，民习见之亦习用之矣。”反过来说，尽管习惯是司法官吏判案时的一种法律渊源，但是，如果司法官吏觉得“习惯”与国法严重抵触，往往会拒绝适用习惯法作为自己的判案理由，甚至会指斥此习惯法“陋俗”，从而运用国家力量力图改变“习惯”，以达到其所认为的“良俗”。如以下几例：

《乐李氏呈词判》：“……东乡地方率多不顾纲常，教唆出嫁之女肆意吵闹，随又带领子弟凶扰婿家。此等陋俗，本县遇案严惩。”《乐王氏呈词判》：“事关名数，著即抄录批词，经投公正晓事之族邻严行斥止，如敢视为习俗，……一经查出，即将乐贤孙按律治罪。”《丁富保呈词判》：“人之有生不能无死，东乡地方籍命抄抢恶习。本县确认其弊，早经申明律文示禁在案。”

是否认同习惯法作为自己适用的法律渊源，司法官吏拥有自由裁量权。尽管司法官吏常常以国家法来排斥习俗，但是有一点是肯定的：如果国法并不禁止并且符合礼教，那么司法官吏在司法审判活动中还是愿意且谨慎地以习惯法作为判案的法律渊源。^①

滋贺秀三认为在明清时期的中国，不可能存在作为“习惯法”的法律渊源；他认为，明清时期所谓的习惯法都可以归结于情理之中去。^②从《汝东判语》的情况来看，笔者不能赞同这个观点。因为笔者发现，对于习惯（法），基层司法官吏在处断案件的过程中，拥有或确认或禁止的自由裁量权。这意味着在基层司法官吏的信念里，习惯法并不总是“恒定的正义”，因而在必要时可以舍弃。但是对于情理，基层司法官吏不可能不花费大量的心思去迎合它，因为不符合情理的处断肯定不符合当时民众的“正义观”，因而也是不成功的处断。

① 笔者在此时也觉得梁治平先生对“习惯法”的定义确实过于宽泛了。一般而言，民众在生活中包括民事交易、婚姻离合和继承方式等行为都有一定的规则，但并不意味着这些规则就是“习惯法”。如果这些规则最终没有得到官方的认可，那就不能称之为“习惯法”，而只能视其为“习俗”。例如，黑帮组织都有自己严格的“规矩”；强盗也是“盗亦有道”等等，这是一些极端的例子。

② 滋贺秀三认为：“在中国，习惯并不意味着与‘情理’不同的另一种实体，并且不是‘依独立存在的共同体之数’，而是依一个个案件之数而呈现出千差万别的形态来。因为具体的妥当性只能在每一个案件的特殊情境中去追求。但总体上都能归结到‘情理’这一具有普遍含义的词语中去。”参见滋贺秀三：《清代诉讼制度之民事法源的考察——作为法源的习惯》，载梁治平等编《明清时期的民事审判与民间契约》，王亚新译，法律出版社1998年版，第76—77页。

（四）礼（法）

礼在古代中国社会起着十分重要的作用，在某种意义上说，中国社会的运作是以礼作为规范的。不仅儒家化的司法官吏非常熟悉礼，而且即使是下层民众百姓对礼也不感到陌生，因为礼是全体贫贱富贵者的行为规则。不仅制定法律必须体现礼的要求，而且在司法审判活动中，也必须依照礼的精神。故在《汝东判语》中，礼又有礼法之称。非常明显的是，司法官吏在判案中也会以礼作为自己适用的法律渊源。如：《熊简俚呈词判》：“前据熊简俚夫妇分词赴案具呈，本县固念叔侄之间关系名分，未尝一字斥责熊育青等之非。盖所重在人伦，并不为熊育青护短也。嗣据生员熊为祥等公诉，即经申明礼法，详悉批示。”《汝东判语》中，既有叔侄之间的“人伦”之礼，又有宾主之间的“交际”之礼，但主要的还是具有血缘关系民众之间的“尊卑长幼”的人伦之礼。民众在在彼此之间交往的时候，必须尊奉这些礼节，否则就可能会受到司法官吏的斥责。笔者经统计发现，在基层司法官吏适用礼（法）处断 19 个案件中，90% 以上的案件的当事人有着亲族关系。

古代中国法律的明显特征之一就是贯注着礼的精神，《唐律疏议》更有“一准乎礼”之称。一般而言，法与礼是和谐一致、互为补充的，故司法官吏在审判过程中以礼作为法律渊源，也是理所当然之事。特别是关涉到尊卑、长幼等级名分的案件，基层司法官吏对于那些不守礼教的当事人深恶痛绝，因而时常加以斥责或惩戒，即使律例并未加以详细规定，因为违礼之人即是触犯国法之徒。但是，尽管法律必须体现礼的精神，可随着社会风俗、人们观念的逐渐变化，法律也必然会与稳定性更强的礼相冲突。在这种情况下，司法官吏也会尽量权衡礼与法之间的关系，必要时也会舍“古礼”而取“时法”，如《王荣等呈词判》。

（五）情理

（人）情（天）理是宋、明、清时期司法官吏在审判案件时适用的法律渊源之一，对于这一点，法律史学界似乎取得了一致，达成了共识。在《汝东判语》中，基层司法官吏适用情理作为自己处断根据的情形达 24 个。如：《提讯文在兹等判》：“揭启太诬控仁和，致族中有削谱之议，本应律究，念在兄弟之间，情重于法，姑免杖责，用全宗谊。”《饶和廷呈词判》：“王氏屡易其夫，尔非木偶，以禽犊抚畜之爱，留恋婿家而未尝

奉养该氏，论理固有不合，论情亦尚可原。该氏不求所以安处之方，率请差传禁断来往，设身处地，能乎？”

从上述案例中以及笔者的统计中可以看出，“情理”是司法官吏在审判活动中必须斟酌的重要因素之一。一般而言，国家法体现了情理，情理也与国家法和谐一致。但是情理的内涵会随时间的流逝而变化，而国家法的适应性相对来说要弱些，所以情理与国家法的偶然对立是不可避免的。在这样的情况下，基层司法官吏往往会“曲法原情”，如上述第二例中，揭启太诬告其兄仁和，本应处以杖刑，但是基层司法官吏觉得兄弟之间“情重于法”，所以法外施恩，教训一顿了事。那也就是说，在民众的行为违背了国法但合乎情理的时候，基层司法官吏有可能会放弃其严格的遵守国家法的立场，从而作出一个他以及民众都认为依据情理或许更为“公平”的处断来。当然，我们还须明确一点，不仅情理与国法之间存在着对立的情况，而且“情”与“理”之间也会有冲突的情形，如上述第三例，基层司法官吏认为当事人的行为虽然“论理固有不合”，但是“论情亦尚可原”。

从《汝东判语》中可以看出，作为一种由国家审判机关适用的法律渊源，情理的内容极为丰富，既包括国家大法，民间习惯，法律观念，道德规范，儒家的经义；又包含了外部客观世界存在与发展的内在逻辑，事物发展的道理、规律，与国民性相适应的社会公德、职业道德、家庭美德以及人们的共同生活态度，内心情感，价值取向；还涉及具体案件的案情和法律文书（诉状）的用词和行文逻辑等。^①情理既是清代司法审判的法源之一，更是清代法律适用的价值基础，其核心则是“至公”、“至当”。^②但“情理”是个非常抽象宽泛的东西，甚至可以说，“情理”主要并不是规范性的判断，而是对案情事实的经验性判断。当然，“情”（人情）和“理”（天理）又是有区别的。

笔者认为，“人情”是指在特定的案件中，一般人在心理上都能认同、接受、或者希望发生的合乎公序良俗的感情。司法官吏考虑人情，就

① 何勤华：《清代法律渊源考》，《中国社会科学》，2001年第2期。

② 参见乾隆五年《御制大清律例序》：“朕……简命大臣，取律又及递年奏定成例，详悉参定，重加编辑，揆诸天理，准诸人情，一本于至公，而归于至当。”

是在当时的背景下，普通民众是否会在心理上乐于接受作出的判决或处断。而“天理”并不具有程朱理学的那种神秘气息，但是要将“理”简单地加以概括是一件颇为棘手的事情。日本学者滋贺秀三认为“理”是指思考事物时所遵循的、也是对同类事物普遍适用的道理。^①故司法官吏以“情理”作为自己的判决理由时，就是考虑、权衡当时具体案件的处断是否能让人们在感情上接受、在认识上认同。但是，必须指出的是，《汝东判语》中，司法官吏直接适用“情理”的案例并不是最多的，这似乎与滋贺的结论有些相悖。^②与两宋的《名公书判清明集》相比较，《汝东判语》中的“情理”因素已大大减弱，甚至可以说，“情理”并不是司法官吏首要考虑的因素，也极少见到司法官吏作出诸如“屈法伸情”、“揆之天理，揆之人情”等判语。这大概是 19 世纪基层司法官吏与宋时的区别之一。

（六）小结

《汝东判语》中，司法官吏在判案时适用的法律渊源主要有国家法（律、例、成案）、习惯法、礼法、情理等形式，这是不争的事实。但是，司法官吏是否把这些法律渊源视为同等重要？司法官吏是否在所有的案件中都适用这些法律渊源？笔者仔细考察了董氏在《汝东判语》中的所有司法处断，得出如下统计数据：

律、例、法	成案	情理	礼法	习惯法	其他	总数
60	3	24	19	2	37	145

① 滋贺秀三在研究明清时期的判语集之后，认为情理不过是一种修辞，并非具有明确定义的术语。同时，他也指出，不管口头上说与不说，情理经常在法官心中起作用。滋贺秀三还作了一个非常著名的比喻：“国家的法律或许可以比喻为是情理的大海上时而可见的漂浮的冰山。而与此相对，西欧传统的法秩序却总是意图以冰覆盖整个大海，当铺满的冰面上出现洞穴的时候，则试图通过条理来扩张冰面，以覆盖这些洞穴。这是二者最根本性的差别。”其实，论及情理的学者颇多，如梁治平、马小红和张晋藩等，具体内容参见梁治平：《法意与人情》，海天出版社 1992 年版，第 149—154 页；马小红：《中国古代社会的法律观》，大象出版社 1997 年版，第 49—81 页；张晋藩主编：《中国民事诉讼制度史》，巴蜀书社 1994 年版，第 211—214 页。

② 滋贺秀三认为，在清代的民事审判中，司法官吏适用的主要法律渊源是情理，而不是法律（律例），法律就像浮在情理之海中的一座冰山。参见滋贺秀三：《清代诉讼制度之民事法源的考察——作为法源的习惯》，载梁治平等编：《明清时期的民事审判与民间契约》，法律出版社 1998 年版，第 40 页、第 80 页。