

中国传统诉讼之 “情判”研究

ZHONGGUO CHUANTONG SUSONG
ZHI QINGPAN YANJIU

刘军平◎著



中国政法大学出版社

中国传统诉讼之 “情判”研究

刘军平◎著



中国政法大学出版社

2011·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

中国传统诉讼之“情判”研究 / 刘军平著. — 北京: 中国政法大学出版社, 2011. 10

ISBN 978-7-5620-4054-5

I. 中… II. 刘… III. 诉讼-研究-中国 IV. D925.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第197654号

出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088 信箱8034 分箱 邮政编码100088
邮箱 zhengfadch@126.com
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908586(编辑室) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)

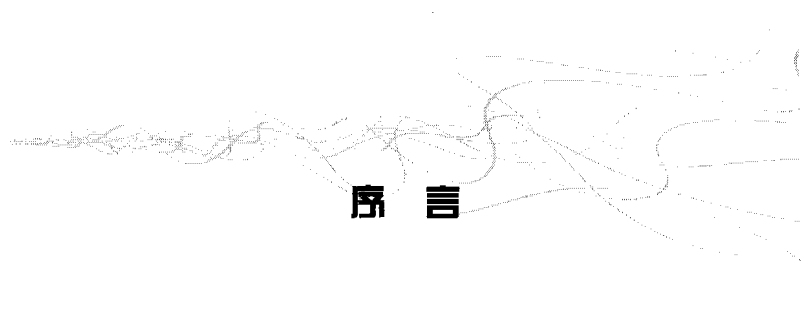
承 印 固安华明印刷厂
规 格 880mm×1230mm 32 开本 10.25 印张 235 千字
版 本 2011 年 11 月第 1 版 2011 年 11 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-5620-4054-5/D·4014
定 价 28.00 元

声 明

1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。



本书获教育部人文社会科学研究“中国传统‘情判’研究”项目
(批准号：10YJCZH090)资助及湘潭大学学术著作出版资助



序 言

情与法是中国传统社会法律研究中的重要论题之一，也是我们了解传统法律文化的重要桥梁。通过梳理情与法的语义语境，探析情与法之间的相互关系及功能，不仅能够使我们深层次地认识中国传统法律文化，而且能为当下我国法治社会的建构提供有益思路。而要对传统中国的情与法进行研究，其中一个重要视角即是传统诉讼之“情判”。这是指以“情”或“情理”为判决依据的诉讼审判模式，由于着重强调“情”或“情理”在传统诉讼审判中的重要作用和独特地位，故名之为“情判”。

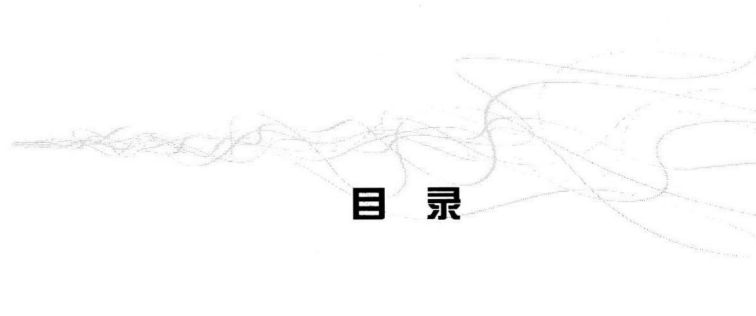
在司法实践中，判决依据乃是决定一个判决生命力的关键所在。受中国传统法律文化的影响，情在传统诉讼审判中的作用更为明显，更能凸显中国传统法律文化的特质。因而，对传统诉讼中依据情理进行判决的现象进行研究不仅对法律史而且对诉讼法学界均具有重大的理论和现实意义。中国传统司法审判历来注重“天理、国法、人情”三者的和谐统一。所谓“法不外乎人情”，作为诉讼判决依据之一的“情”或“情理”在司法审判实践过程中往往会左右司法官的审判结果。中国作为一个人情关系大国，自古以来存在于司法实践中的各种熟人关系也同样对司法审判产生了重要影响。司法官在司法审判实践中，不仅要尊重法律条文，而且还要考虑双方当事人和司法官

三者之间的人情利益的博弈，由此进行法律推理和论证，最后得出审判结果。

本书着重对中国古代诉讼之“情判”作一深入研究，对其含义、特征、表现形式、作用作一分析，探讨其文化根源、揭示其意义，这不仅能揭示传统法律文化的精神和特质，而且能为我国现代诉讼审判的完善提供有益的借鉴，这一点在主张全盘学习西方抑或吸收借鉴中国传统文化来完善中国当代法治的争论中将具有非常积极的现实价值。

刘军平

2011年10月



目 录

序 言	1
绪 论	1
一、选题的背景及意义 /	1
二、选题的研究现状和文献综述 /	8
三、材料与方法 /	13
四、结构 /	15
第一章 情判概述	19
一、情判的概念 /	19
二、情判的基本特征 /	20
第二章 情判的源流	29
一、神判与人判 /	29
二、法判与情判 /	39
三、情判的发展脉络 /	59
第三章 情判的文化背景与思想基础	70
一、情判的文化背景 /	70
二、情判的思想基础 /	84

第四章	情判的司法依据	100
一、“情”的界定	/	100
二、情的作用	/	125
第五章	情判的价值取向	147
一、情判的总体价值取向——和谐	/	147
二、情判的具体价值取向之一——无讼	/	156
三、情判的具体价值取向之二——追求实体公正	/	166
第六章	情判的主体	179
一、中国古代司法官吏选任制度简述	/	179
二、儒家化的司法官及其审判	/	183
三、循吏与情判	/	194
第七章	情判的客体	204
一、情判的客体之一——民事案件	/	204
二、情判的客体之二——刑事案件	/	223
第八章	情判的一般程序	237
一、情判的启动	/	237
二、情判中的事实认定	/	245
三、情判中的调处和息	/	259
四、情判的判决拟定	/	277
结 论		299
参考文献		301
后 记		317

绪 论

一、选题的背景及意义

（一）选题背景：近代以来诉讼立法与诉讼实践的回顾与反思

1. 历史回顾

本书所论乃是中国传统诉讼的“情判”模式，在展开论述之前，为交代本书的写作动机，有必要将清末以来诉讼立法与诉讼实践的变化与发展略为交待。

自近代以降，中国社会面临空前的危机与压力。内有革命风起云涌，外有列强虎视眈眈，清王朝处于一种深刻的内忧外患之中。在这样一个大动荡的时代，中国的内政外交逐渐为列强所控制。列强不但在政治上和经济上进行大肆掠夺，而且对中国的司法进行前所未有的干预。面对此一“千年未有之变局”，为挽救民族危亡，各方仁人志士进行了艰苦的探索。这标志着中国法制近代化的开端。众所周知，晚清修律的首要目标就是收回治外法权，即所谓“首先收回治外法权，实变法自强之枢纽”^{〔1〕}，中国法制近代化的基本路线乃是全面学习西法，这是当时人们的必然选择。故清政府颁布上谕，明示变法目的

〔1〕 沈家本：《寄谕文存一·删除律例内重法折》。

在于“参酌各国法律”，“务期中外通行，有裨治理”^{〔1〕}。在“务期中外通行”这一晚清修律思想的指导下，清末修律大臣沈家本又提出“参考古今、博稽中外”^{〔2〕}的方法，强调在修律过程中应当“专以折冲樽俎，模范列强为宗旨”^{〔3〕}；清末名吏张之洞亦主张“采用西法”，“所以为富强之谋”的变法路线，^{〔4〕}上述种种都反映出朝野上下希望通过全面学习西方，改变中国命运的迫切心情。在这些思想及宗旨的指引下，在古老的中华帝国的大地上掀起了一场轰轰烈烈的以全面西化为主导方向的修律活动。

此次及以后的历次修律活动中极为重要的一个方面就是诉讼法律的修订。清末处于传统法制面临转型的特殊时期，无论是官方还是民间学者都意识到诉讼法律修订的重要性。因此，自沈家本和伍廷芳被任命为修订法律大臣开始，他们就开始紧锣密鼓地着手清末诉讼立法。在短短几年的时间里，他们就先后主持制定了一个由多部诉讼法典、法院组织法和单行诉讼法规组成的诉讼法体系。清朝灭亡之后，步入民国时期，欧风美雨继续在司法改革领域占主导地位，直至中华民国南京政府时期，建立了非常完善的“六法”体系，这是以西方现代法律为主体模式集各种法律于一体的混合法律体系。其中的诉讼法及其关系法规亦受到西方法律的巨大影响。新中国建立之初，“六法全书”被废止，此后在诉讼法规的制定方面受到前苏联的影响。近几十年来，随着改革开放的深入进行，法学研究者把眼

〔1〕《清德宗实录》卷四九八。

〔2〕沈家本：《寄簪文存六·重刻明律序》。

〔3〕“沈家本奏请谕订现行刑律以立推行新律基础折”，载《光绪朝东华录》，光绪三十三年（1907年）十月。

〔4〕（清）张之洞：《张文襄公全集》卷五十三《遵旨筹议变法谨拟整顿中法一二条折》。

光再次投向欧美，先后制定修改了三大诉讼法规。^{〔1〕}

2. 反思

由上述可见，自清末以来，中国的诉讼立法总体呈现出一种急速发展的态势，而且就总体而言是向西方学习。可是，与诉讼立法的急速发展并不一致的却是诉讼实践领域的相对迟延与落后。^{〔2〕} 诉讼审判实践中仍然保留着不少传统诉讼的因素，旧有的诉讼机制仍在某种程度上发挥着作用，西方的一些较为先进的理念、技巧和方法虽已移植至中国，却似乎水土不服，并未为司法实践所采用。^{〔3〕} 间有以行政手段强制推行者，却适得其反，无果而终。个中缘由何在？其中有相当复杂的主客观因素。表面上看，这固然与政权的频繁更替、时局不稳、长期内乱等客观因素有关，^{〔4〕} 由此导致许多诉讼法规在制定之后，都难以及时公布施行。^{〔5〕} 但是，究其根本，笔者认为，其最重要的原因仍然在于传统诉讼法律文化的影响。众所周知，中国

〔1〕《刑事诉讼法》于1979年制定，并在1996年进行了首次大的修订，明确将“未经法院依法判决，不得确定任何人有罪”写进法律。《民事诉讼法》于1991年制定，在2007年进行了修订。《行政诉讼法》于1989年制定。上述程序法规在制定后，借鉴西方成熟法制经验，进行过一些修改，但是目前仍存在诸多不足，亟须完善，实务及学术界呼吁进一步进行修订。

〔2〕参见李交发：“清末法制改革：诉讼制度与诉讼文化”，载《郑州大学学报（哲学社会科学版）》2005年第5期。

〔3〕如1996年《中华人民共和国刑事诉讼法》借鉴西方而制定修改的一些制度在司法实践中并未发挥预期效果，而处于“虚置”状态。

〔4〕如清末在相关诉讼法规制定颁布之后，清王朝即告灭亡；民国时期又长期军阀割据或处于内战状态；新中国建立之后，革命之声高唱，阶级斗争扩大化；等等。

〔5〕如清末真正颁布施行的诉讼法规是几部法院组织法，即光绪三十二年（1906年）的《大理院审判编制法》、光绪三十三年（1907年）的《各级审判厅试办暂行章程》和宣统元年（1910年）的《法院编制法》。在施行上述几个诉讼法律时，还相应配套地制定颁布了十余部单行诉讼法规。而《大清刑事訴訟律草案》和《大清民事訴訟律草案》未及实施，清朝即宣告灭亡。

传统文化是一种建立在农业文明基础上的宗法文化和伦理文化，由此，中国传统法律具有很强的工具性价值取向，在诉讼实践中往往重实体，轻程序，加之传统社会的家国同构体制，儒家思想占据统治地位，因此，法律并不独立，往往居于附属地位。司法官在进行审判时，其判决的主要依据并不在于法而在于情。所谓“原心定罪”、“狱贵情断”。自古即有“人情、天理、国法”或者“情理法”并立之说。司法官在司法实践中，深受传统文化和风俗习惯的影响，往往并不严格依法裁判，而是“屈法伸情”即依据情理进行审判。

众所周知，立法与司法固然有相当的距离，但立法自立法、司法自司法的“两张皮”现象终究说明了中国法制改革的某种畸形，这种现象若持续下去，必将成为我国法治进程的严重阻碍。而立法说到底乃是源于司法实践，某种程度的超前立法固然可以，但这绝不是随心所欲的，而必须依据民情、民俗，在常情、常理的基础上进行。这就是所谓的“观俗立法”。只有对司法审判实践进行细心观察，总结其中规律，方可为立法所吸收借鉴。如若脱离本国、本地区的实际，忽视司法实践，片面地移植外来制度，则不但难以科学立法，更会对司法审判实践活动造成巨大的伤害。

不可否认的是，晚清以来，以西方化为主导方向的修律活动，成果可谓丰硕，它为中国近现代以来的法制体系的建立奠定了基础。但是，我们还应当看到，这场以西化为主导方向的修律活动在为中国以后阶段的法制发展提供丰富经验的同时，还给了我们深刻的教训，那就是，我们在吸收借鉴西方先进法制时，还应当对本国的法律传统持尊重的态度。因为，历史从来就不能被割裂，没有哪一个国家的法律体系的建立能在全面抛弃本国所有法律文化传统的基础上进行，勉强为之，那也必

将是无源之水、无本之木，不会有长久的生命力。正确的做法应当是在尽可能的情况下，将本国文化传统中符合国情、民情的积极因素纳入新建立的法律体系之中，从而为先进性的法律制度提供深厚的社会土壤和文化支持。

曾有学者以戏谑的口吻对明朝郑和下西洋之事评论说：“他们原来只是去拉拉人情关系而已”。^{〔1〕}中国的统治者认为，“这个世界的统一当然只能以人情关系为基础，只能‘王道’而不能‘霸道’”。^{〔2〕}但是，这种所谓的“全球人情网”却未能编织成功，没有人领中国的情。今天看来，不仅是明朝时期所谓的“全球人情网”未能编织成功，而且中国讲究人情、以情待人的方式还在清末受到西方列强的重创，于是乎，许多中国人在痛苦过后就反思这种“情”的处世方式是否已经过时。所谓“没有多少人领中国的情”、“多情还被无情恼”，于是“多情”的传统似乎又为“绝情”的信念所取代。中间经历清末的法制近代化、延伸至民国时期的全面学习西方、新中国建立以后五六十年代的破除四旧、八九十年代的拜金狂潮，“人情”这一中国传统文化心理中最核心的部位，一次次地承受着高压和冲击。所以，现在就有人反思：“多情”既不可为，“绝情”亦不可行，那么我们能否找到一种既不“多情”、又不“绝情”的新方法？体现在诉讼审判中，尤其明显。如何合理地吸收借鉴传统诉讼审判的精华，而不是在西风吹拂下，头脑发昏，一味将之全盘抛弃，这是我们当前司法改革面临的一个重要课题。

（二）选题的研究意义

时至今日，中国已逐渐形成了一整套颇具现代化色彩的司

〔1〕 韩少功：“人情超级大国”（二），载《读书》2002年第1期。

〔2〕 韩少功：“人情超级大国”（二），载《读书》2002年第1期。

法审判制度。从理论上来说，它主要表现为严格依照法律规定来审理案件，尽量杜绝法律之外的因素掺入司法审判之中。这样一种审判制度（方式）尽管在中华大地上推行多日，并占据了主要地位，可是若仔细探究起来，我们却仍可发现，在高度现代化的审判制度体系下，“情”仍在当前的司法审判实践中发挥着重要的甚至是关键性的作用。不过，它的作用形式却是“隐性”的。^{〔1〕}罕有法官在自己的判决书中明确表示自己是依“情”而判。中国的传统诉讼法律文化是一套截然不同于西方法律文化的特殊系统。这样一套本土固有的诉讼文化在政治经济处于相对弱势时，面对呼啸而至的“澎湃西风”，呈现摇摇欲坠之情状，凸显其“贫困”的一面，似乎因其与现代法治精神相悖，而被弃之如敝屣。包括许多法学研究者在内的很多人，对于传统诉讼法律文化也一直是持批判态度的，他们以为，要实现现代法治，^{〔2〕}就必须全盘抛弃传统的诉讼法律文化，诸如摒弃“无讼”观念，提倡人们通过诉讼方式解决纠纷，推广西方的弘扬个人权利的诉讼观念等等。在他们的心目中，西方的就是先进的，而中国的就是落后的。在中国现代法治建设的进程中，有许多法学家依据西方的法治传统和经验，对中国的法治进程进行了大量理论建构，并将之着力推向实践，而结果却是弊端多多、困惑连连。中国有如一个大汉，虽肚中空空，饥饿无比，可胡乱吃下的食物却由于消化不良而最终难以饱腹。这可谓尴尬无比。

对此，笔者颇不以为然。若是我们能跳出先入为主的主观评判，从宏观的层面上审视中国传统诉讼法律文化，在历史的情境中去了解传统诉讼，也许我们会改变之前对它的片面解读。

〔1〕“隐性”乃是笔者的一种说法，意在说明依“情”断案是不为现代司法审判体制所公开认可的，但“情”的作用却以一种不公开的方式渗透到了司法审判当中。

〔2〕这种所谓的现代法治其实在很大程度上就是西方式的法治。

在中国传统诉讼法律文化的影响下，中国形成了一套不仅不同于西方国家而且也不同于东方某些国家的司法审判制度。这一制度在中国历史上曾发挥巨大作用，呈现出精彩纷呈的美妙图景。在这其中，尤其突出的就是中国传统诉讼审判中的“情判”。它是指中国古代的司法官在司法审判过程中，在查明案件事实的基础上，全面考察当事人的具体情况，依据人情来作出判决的一种审判方式。笔者认为，若能以中国传统诉讼审判中的“情判”为切入点，通过对它的深入研究，反思中国传统诉讼法律文化，并以此来观照当前的司法审判及其实践，也许会在我们面临种种困惑的当下，提供一些有益的经验与启示，甚或言之，还可为当前司法实践中出现的一些难题提供一剂标本兼治、效果明显的良方。

笔者认为，这一选题的研究应当是颇具意义的。

首先，中国传统诉讼审判中的“情判”的研究，对于整个中国传统诉讼审判的研究而言具有首创和填补空白的意义。人们对中国古代的审判多数按照现代的审判模式来研究，而现代法治下的审判方式却与古代的审判方式相差甚远，因而既有的研究成果多数侧重于其依法而判的情形，对于“情判”却较少研究。其次，对于中国法律史的研究而言，通过这一选题的研究，能促使我们由传统的对制度和法律条文的研究逐步转向对制度和条文背后的文化的研究，并在此基础上把握法律在现实生活中实施的真实状态。最后，本选题还极具现实意义，通过这一选题，若能对中国古代诉讼审判中的“情判”作一深入研究，对其含义、特征、表现形式、作用作一分析，探讨其文化根源、揭示其意义，这必将能为我国现代诉讼审判的完善提供有益的借鉴，尤其应当指出的是，这一点在当前究竟是全盘学习西方还是吸收借鉴中国传统文化来完善中国法治的争论中将

具有非常积极的意义。

二、选题的研究现状和文献综述

关于中国传统诉讼审判,学界已作了不少研究,而且也涌现出了许多优秀的研究成果。学者们在进行研究的过程中,都或多或少地注意到了情或情理在司法审判中的重要性及地位问题。^[1]

贺卫方的论文《中国古代司法判决的风格与精神——以宋代为基本依据兼与英国比较》^[2],说明了中国古代的法官并不是千篇一律地刻板适用法律,他们在相当多的情形下,宁愿依据情或情理来作出判决;高鸿钧的论文《无话可说与有话可说之间——评张伟仁先生的〈中国传统的司法和法学〉》^[3],他认

[1] 应当指出的是,此处所指乃是将情或情理具体到司法审判中的所作的研究成果,而单独论述情或人情的论著则相当之多,兹不一一列举。

[2] 贺卫方:“中国古代司法判决的风格与精神——以宋代为基本依据兼与英国比较”,载《中国社会科学》1990年第6期。

[3] 高鸿钧:“无话可说与有话可说之间——评张伟仁先生的《中国传统的司法和法学》”,载《政法论坛》2006年第5期。此文缘起于贺卫方和张伟仁之间关于中国古代司法是否属于“卡迪司法”的一场争论。卡迪一词是伊斯兰教教职称谓,系阿拉伯语英译,意为“教法执行官”,简称“教法官”。依据阿拉伯地区的传说,卡迪是当地若干部落里处理族人纠纷的长老。德国社会学家马克斯·韦伯以“卡迪司法”一词指代就事论事,然后依据个人的观点作判的司法处理方式,认为其结果不具确定性。他将中国传统司法模式归于“卡迪司法”(参见[德]马克斯·韦伯:《儒教与道教》,王容芬译,商务印书馆1995年版)。贺卫方认为,中国传统的纠纷处理过程是卡迪司法的例证,“司法不能通过纠纷解决过程对立法规则加以明确化和精细化,天理与人情的高度不确定性导致决策者可以翻手为云,覆手为雨”(参见贺卫方:“法律人丛书总序”,载孙笑侠等:《法律人之治——法律职业的中国思考》,中国政法大学出版社2004年版)。张伟仁认为贺卫方的这一说法不妥,认为“不能泛泛地说天理人情有高度的不确定性”(参见张伟仁:“中国传统的司法和法学”,载《现代法学》2006年第5期)。此后,马小红针对上述学者的争论作了进一步的分析,指出中国古代司法不是“卡迪司法”,“以确定性评价中国古代法律本身就是一个历史的错位”(参见马小红:“‘确定性’与中国古代法”,载《政法论坛》2009年第1期)。

为中国古代的司法“基本属于‘卡迪司法’”；陈景良的论文《宋代司法传统的叙事及其意义》^{〔1〕}，认为宋代司法以儒家伦常为指导，法官审案时经常诉诸天理与人情，但这并非“卡迪司法”；霍存福的论文《中国传统法文化的文化性状与文化追寻——情理法的发生、发展及其命运》^{〔2〕}，该文对中国古代研究情理的传统在立法和司法上的表现作了探讨；邓勇的《论中国古代法律生活中的“情理场”——从〈名公书判清明集〉出发》^{〔3〕}，该文提出一个“情理场”的概念，并将之视为宋代及整个中国古代司法的总体精神和深层法文化特质；日本学者滋贺秀三的论文《清代诉讼制度之民事法源的概括性考察——情、理、法》^{〔4〕}，他对自己认为是法律渊源的情、理、法作了详细的分析，指出清代民事审判是一种“教谕式”的训导，清代民事审判的主要法源是“情理”，其分析思路及得出的结论有相当的借鉴意义；美国学者蓝德彰的论文《宋元法学中的“活法”》^{〔5〕}，其中专辟一节论述法律与人情的关系，在论述的过程中谈到了情的含义及作用等问题。

此外，还有一些硕士、博士学位论文也从不同层面对传统司法中的情理问题作了探讨。如肖晖的《中国判决理由的传统

〔1〕 陈景良：“宋代司法传统的叙事及其意义”，载《南京大学学报》2008年第4期。

〔2〕 霍存福：“中国传统法文化的文化性状与文化追寻——情理法的发生、发展及其命运”，载《法制与社会发展》2001年第6期。

〔3〕 邓勇：“论中国古代法律生活中的‘情理场’——从《名公书判清明集》出发”，载《法制与社会发展》2004年第5期。

〔4〕 〔日〕滋贺秀三：“清代诉讼制度之民事法源的概括性考察——情、理、法”，载滋贺秀三等：《明清时期的民事审判与民间契约》，王亚新、梁治平编，法律出版社1998年版，第19～53页。

〔5〕 〔美〕蓝德彰：“宋元法学中的‘活法’”，载高道蕴、高鸿钧、贺卫方编：《美国学者论中国法律传统》，中国政法大学出版社1994年版，第312～317页。