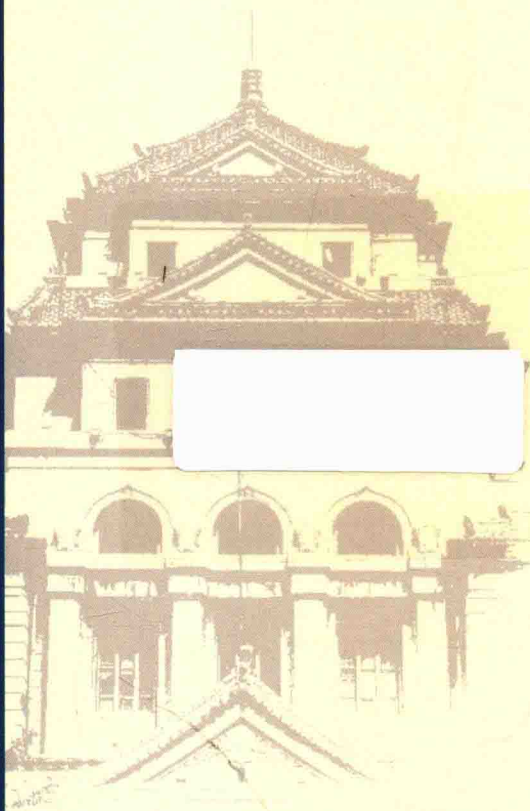




吉林大学理论法学研究中心学术文库

话语与叙事： 文化视域下的情理法

崔明石 / 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



吉林大学理论法学研究中心学术文库

话语与叙事：

文化视域下的情理法

崔明石 / 著

此成果为教育部人文社科项目 (12YJCBI0168)
《话语与叙事：文化视域下的情理法》最终成果



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

话语与叙事：文化视域下的情理法 / 崔明石著. --
北京：法律出版社，2017
(吉林大学理论法学研究中心学术文库 / 杜宴林主
编)

ISBN 978-7-5197-1470-3

I. ①话… II. ①崔… III. ①法理学—研究—中国②
法制史—研究—中国 IV. ①D920.0②D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 242037 号

吉林大学理论法学
研究中心学术文库

话语与叙事：
文化视域下的情理法
HUAYU YU XUSHI;
WENHUA SHIYU XIA DE QINGLIFA

崔明石 著

策划编辑 李峰云
责任编辑 李峰云
装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京虎彩文化传播有限公司
责任校对 昆明慧
责任印制 陶 松

编辑统筹 学术·对外出版分社
开本 A5
印张 10.5
字数 254 千
版本 2017 年 12 月第 1 版
印次 2017 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址 / www.lawpress.com.cn

投稿邮箱 / info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱 / jbwq@lawpress.com.cn

销售热线 / 010-63939792

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、子公司销售电话：

统一销售客服 / 400-660-6393

第一法律书店 / 010-63939781/9782

重庆分公司 / 023-67453036

深圳分公司 / 0755-83072995

西安分公司 / 029-85330678

上海分公司 / 021-62071639/1636

书号：ISBN 978-7-5197-1470-3

定价：45.00 元

(如有缺页或倒装，中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

张文显

时代的伟大实践需要与之相适应的理论,而真正适合时代需求的理论又的确将会引导时代的社会实践。可以说,自1978年党的十一届三中全会以来,拥有较为悠久历史的吉林大学法学理论学科,始终在跟随着中国改革开放和社会主义现代化建设的伟大实践而不断发展成熟的;可以说,在改革开放的三十年间,吉林大学的法学理论学科积极地发起、推动和参与了一系列对我国整个法学的基础理论发展和社会主义法治建设实践都具有非常重大指导意义和实践价值的法学的观念变革、方法更新和理论进步的重大活动;可以说,吉林大学法学理论学科发展的本身就是我国改革开放和社会主义现代化建设理论需求和发展的一个缩影,也是理论关注实践、参与实践、推动实践、指导实践的一个例证。

在历史进入21世纪初的2000年,以吉林大

法学理论学科为核心所组建的吉林大学理论法学研究中心经过严格的评审被教育部批准为教育部人文社会科学重点研究基地。随后，吉林大学法学理论学科于2001年经教育部批准成为国家重点学科，被纳入“211”工程重点学科建设计划。在2004年，以法学理论学科为依托，吉林大学理论法学研究中心在整合了政治学、国际政治学、国际经济学等学科的基础上组成的吉林大学法律与经济全球化研究所被批准为国家“985”哲学社会科学创新基地。2007年，在这样的三大平台基础上，以吉林大学法学理论学科的教师为主体的教学团队被教育部确定为首批国家级教学团队。所有这一切都是我们的党和国家以及我国法学理论界和法学教育界对于吉林大学法学理论学科在我国新时期的理论创新和对于我国社会主义法治建设所做出的重大贡献的高度认可的体现。

经过进入新世纪以来的近十年建设，吉林大学法学理论学科在科学研究、学科队伍建设、人才培养、国际和国内学术交流、信息与咨询服务、学科发展等方面，均取得了长足进展。在这期间和在这之前，吉林大学法学理论学科专著型学术研究成果展示的基本渠道都是各个老师和研究人员自行联系出版。此种方式当然也可以反映吉林大学法学理论学科科学研究的状况，但无疑只是片段性或片面性的，无法全面而整体性地展示吉林大学法学理论学科科学研究的全貌。随着吉林大学法学理论学科作为国家重点学科、教育部重点研究基地、国家创新基地、国家级教学团队的研究成果的积累，吉林大学法学理论学科的学科建设及其学术研究，都需要一个具有持续能力的成果展示平台，以不断总结和展示本学科在博士研究生培养方面的成就，激励理论法学研究中心年轻教师积极从事科学研究，并使其成果得到有学术影响力的集中展示。为此，吉林大学理论法学研究中心决定把多年来一直在设想之中的出版中心学术文库的工作付诸实施。

吉林大学理论法学研究中心学术文库为连续性的系列出版物。

首先以吉林大学法学理论专业通过答辩的优秀博士学位论文为主要选题来源,其次是吉林大学理论法学研究中心各位教师和研究人员的专著及学术文集,最后就是在条件成熟的时候逐步吸收全国法学理论领域年轻学者的学术专著或者各个高校法学理论专业的博士研究生的优秀博士学位论文。

法律出版社给予了我们吉林大学理论法学研究中心法学文库的出版极大的支持。吉林大学理论法学研究中心将与法律出版社建立长期的合作关系,共同推进中心学术文库的出版工作。这套学术文库的出版会以每年5~10本学术著作的规模推进。

借此,我们衷心地感谢我国各个高校和科研机构的法学理论学科对于吉林大学法学理论学科工作的大力支持!我们也希望吉林大学理论法学研究中心学术文库的出版,为推进我国法学理论学科的学科建设、科学研究、人才培养、学术交流等做出重大贡献!

目 录

第一章 绪论：问题、方法与范畴·····	1
第一节 问题·····	3
一、问题意识·····	3
二、本书框架·····	11
第二节 方法·····	15
一、结构主义与话语分析·····	20
二、个案研究与“延展个案”·····	23
第三节 范畴·····	25
一、话语·····	25
二、叙事·····	30
三、情理·····	36
第二章 情理的“文—化”阐释·····	43
第一节 情——一个“文—化”的 阐释·····	45
一、情的语义分析·····	45
二、事实与规范之间：情的四维·····	51

三、人情:作为社会化的常识	61
第二节 理——一个“文—化”的阐释	67
一、理的语义分析	67
二、事理与天理之间:理之两端	75
三、天理:作为正当化的理据	89
第三节 本章小结	101
第三章 情理的复调叙事(一):	
以官方话语为核心的考察	104
第一节 出礼入刑 德主刑辅:士人的治世举措	105
一、礼与法:“家国天下”境域内的行为规范	106
二、德与刑:“内圣外王”理路中的社会控制	114
第二节 上稽天理 下揆人情:情理在立法中的体现	124
一、法律的道德之维:以“别籍异财”为中心的考察	126
二、道德的法律之维:以“亲属相奸”为中心的考察	135
第三节 折中定断 情法并重:情理在司法中的体现	147
一、经与权:情理司法的技术手段	148
二、忠与恕:情理司法的人文情怀	159
第四章 情理的复调叙事(二):	
以民间话语为核心的考察	169
第一节 申情理冤:“无文”视域下的情理观念	171
一、知识结构与冤抑诉讼:未学小民的诉讼观念	172
二、人心似铁与官法如炉:申情理冤的多元诉求	178
第二节 以和为贵:情理观念在调解语境下的体现	190

一、帝制国家与宗法社会:文化网络中的多元权威	191
二、庭内调解与庭外调解:调解语境下的情理观念	199
第三节 以直报怨:情理观念在复仇文化中的体现	211
一、礼与法:进退维谷间的复仇之举	213
二、报与施:复仇情节中的情理精神	223
第五章 传统语境下的衡平观念	233
第一节 官方理念与民间现实的背离: 衡平司法的客观诉求	236
一、“法在有司,民不周知”:规范一元化的现实困境	237
二、“推鞠得情,处断平允”:切中时弊的衡平司法	243
第二节 传统司法的实践场域: 衡平观念及生成空间	250
一、升堂断案:从司法的仪式说起	252
二、准情酌理:清官司法下的情理衡平	259
第三节 情理衡平:传统纠纷解决的正当性隐喻	274
一、“事情”“人情”:从“情”的谱系说起	275
二、“因事求情”“原情定罪”:断案定罪的合理性 依据	279
三、“酌情据法”“情法两尽”:法律适用的 合理性诉求	285
四、结语	290

第六章 尾 论	292
第一节 传统与现代：传统法文化研究的寻根意识	297
第二节 对话与反思：谁之正义？何种合理性？	301
参考文献	305
后 记	322

第一章 绪论：问题、方法与范畴

林乃树林的古名。林中有路。这些路多半突然断绝在杳无人迹处。

这些路叫作林中路。

每人各奔前程，但却在同一林中。常常看来仿佛彼此相类。然而只是看来仿佛如此而已。

林业工和护林人识得这些路。他们懂得什么叫作林中之路上。

——马丁·海德格尔：《林中路》

情理法与古代中国人法律生活有着密切的关系。“人情”“天理”“国法”对立法者而言，法要“上稽天理，下揆人情”；对执法者而言，断案时要“上不违于法意，下不拂于人情，则通行而无弊矣”；对于百姓而言，审理的结果要“合情合理合法”。是故，清末沈家本曾云：无论新学、旧学，“大要总不外‘情理’二字”，“不能舍情理而别为

法也”。^①一语道尽中国两千多年传统法律文化的精髓。霍存福先生进一步将情理法视为中国传统法文化的文化性状，把法律的情理化或情理性理解作为对古人法律精神、法律基础的文化追寻。^②邓勇博士则将情理法提升为我中华法系的“核心文化精神”，^③针对传统法律文化的品格“缺位”进行了“空白”填补。可以说情理法的研究是洞悉中国传统法文化“肌理”的试金石，是近年来法史学界用力较深的问题。

当下国人考虑法律问题仍然受传统思维的影响，总是以法律是否合情合理来评价法律制度及其实施情况。在司法实践的过程中，经常会出现审判“难”的声音。究其根源，难就难在许多判决的结果在当事人看来合法而不合情理，或者合乎情理却与法律规定存在距离。中国社会是一个“情理社会”，“合情合理”对于中国人来说，不仅是一种行为模式，而且是一种价值评判标准和社会正义观。情理法以其自身发展的“效果意识”影响着人们对司法审判的评价、审判合法性(legitimacy)的理解和结果的可接受性。深入地理解和阐释传统的情理法问题可以为当下司法审判难、司法权威性低等问题的解决提供一个切入点和落脚点。

历史实践表明，“情理法”（“人情、天理、国法”“合情合理”等话语）自其出现伊始便不是单一地留存于由语言所构成的“文本”世界之内，同时亦非交换的“符号”单一地留存于往昔之“生活世界”；恰恰相反，其留存于“文本”与既往“生活世界”共同组成的文化传统之中，并作为活着的历史文化积淀，隐藏在我们当下的生活中，以一种“日用而不自知”的方式潜隐于我们的行为模式和价值判断之中。

①（清）沈家本：《历代刑法考》，中华书局1985年版，第2240页。

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3期。

③ 邓勇：《试论中华法系的核心文化精神及其历史运行》，法律出版社2010年版，第17页。

当我们将情理法视为一种法文化传统(法文化精神)的时候,不禁要追问:情理法何以会成为“我们”的文化传统?在情理法的历史建构中,促成其与儒家文化和传统生活世界之间“亲和性”的原因又是什么?如此的追问,使笔者有了相应的使命意识去解决如下问题:“情理”在中国传统的语境下和法律的关系是什么样的?作为传统法律文化的精髓,“情理”是如何通过内在的认知而转化为外在的行为的?情理法在传统文化中是如何解决纠纷的?古人是如何认可一个正当的审判结果以消解司法权威性与审判结果社会接受性二者之间的紧张关系的?

笔者相信,对于情理法问题的研究不仅是一种“向后看”——对古代历史、法律文化的回溯,同时也意味着面向自我的“内省”——对民族的文化基因、文化品格的探究,更意味着“向前看”——为法律移植寻找“亲近性”、为法治建设寻找可转化的资源。文化追寻的使命,即如霍存福先生所指出的:“历史是过去,也包含着现在,更预示着将来!过去的人们在创造着历史,也在隔断历史,使我们难以一下子看清过去、现在和未来的内在联结。现在,应该把它们连接上了!”^①

第一节 问题

一、问题意识

“问题意识”就其哲学意蕴而言,是研究者对所关注和研究的领域采取怀疑的、反思的、求真的学术态度,表征了人们对所存之问题的探究性、能动性和前瞻性的反应。因而,问题意识是研究者研究不断发展的动力。本着发现问题、提出问题以及解决问题的理论进

^① 霍存福:《权力场》,法律出版社2008年版,第1页。

路,对自身和既有成果(“疑古”“非今”)的反思,将是学术研究前进的动力之源。

“情理法”的研究成果可谓蔚为大观,其间参与者遍布国内外和多个领域。前辈学者与学界同仁取得的既有成果在增加了学术积淀的同时,也使笔者对此论题的研究不必“筚路蓝缕,以启山林”,得以持续前进与深入探讨。

(一)日美学者的研究现状及述评

国外对于情理法的研究主要体现在以日本滋贺秀三为代表的一些学者中。滋贺秀三在《中国法文化的考察》一文中把“情理法”作为与欧洲对极的中国法文化而进行阐释。首先,滋贺氏认为“情理”就是“常识性的正义衡平感觉”。^①一方面,“情理”在日常审判中体现为诉讼参与人对审判事实的理解。另一方面,亦作为符合习惯及风俗的实体规范而作为法庭审判的依据。其次,滋贺氏认为所谓的“法”即是国家的制定法。如判语所云之“律载”“例载”等即是适用法律的前导语,以引出具体或部分的法律条文。而“情理”是情与理的连用。“理”即是道理,是思考事物所必须遵循的原则,也是事物之间必然的关系。“情”相较于“理”而言其含义与作用是多面的——一是指情节和情况,是对案件事实的阐释;二是指“人情”,通常是指常人的平常心;三是指情谊、情面,即为人与人之间友好互惠的关系。^②寺田浩明在其师滋贺氏的基础上,进一步阐述了情理与法的关系。寺田氏认为在清代的审判中虽然都要求依律审判,但是在一些州县自理的“田土细故”案件中法官的判决不是完全地依照法律作出,而刑事案件如果到了皇帝那里后也会得出和基层州县自理案件一样结论。“王道本于人情”,国家法“归根结底也就是‘情

^① [日]滋贺秀三等:《明清时期的民事审判和民事契约》,王亚新等译,法律出版社1998年版,第13~14页。

^② 同上书,第24~38页。

理’二字”^①。此恰如滋贺氏所做的比喻：“国家的法律或许可以比喻为情理的大海上时而可见的漂浮的冰山。”^②

美国学者黄宗智对情理法也进行了深入的探讨。他认为，滋贺氏研究法制史的方法和智识资源主要是德国传统法理学的理论进路——要求抓住一个法律的传统，甚至整个社会和文化的核心原理。因而，滋贺氏特别强调情理法的结合，并以此为出发点解释所有的司法现象。但黄宗智认为，滋贺氏把情理法看作法官处理民事纠纷的基本方式，是受到当时官方表达的影响。从社会史的角度而言，应该注意官方表达与法律实践乃至整个法律制度之间的关系。换言之，“我们不要把官方的表达等同于实践”，两者背离之处才是理解传统法律文化的关键问题所在。^③

根据对地方的档案材料的实证分析，黄宗智先生在主张清代县官依法断案，把情理法归为官方表达的同时，又把情理法推入民间调解层次。在《清代的法律、社会与文化：民法的表达与实践》一书中，黄宗智区分了官方话语和民间话语二者之间的差异，并认为“情理”作为一种话语的表达，首先应是一个复合词，不仅可以转达“天理”“人情”所具有的道德含义，而且也可以转达从常理角度思考案情时所具有的更世俗、更实际的含义。“理”在这里作通俗的“道理解”。而“情”字不仅带有感情的意思，也有事实之意，如“实情”“情实”，与虚假相对。^④ 总而言之，在介于国家和民间的第三领域中，“首先‘理’的意义在社区调解中更接近通俗意义上的一般人的是非

① [日]滋贺秀三等：《明清时期的民事审判和民事契约》，王亚新等译，法律出版社1998年版，第128页。

② 同上书，第36页。

③ [美]黄宗智：《清代的法律、社会与文化：民法的表达与实践》（重版代序），上海书店出版社2007年版，第10页。

④ [美]黄宗智：《清代的法律、社会与文化：民法的表达与实践》，上海书店出版社2007年版，第168~169页。

对错意识，即道理，而非儒家理论中的抽象的天理。同样，‘情’指的是人情或人际关系，它强调的是在社区中维持过得去的人际关系，而非儒家理论中与仁这一概念接近的道德化的同情心”。^①

从以上日美两国学者的研究结果来看，滋贺氏对于中国传统法律文化的“整体像”的阐释，其为人诟病的原因即在于“西方中心主义”。台湾学者林端认为带着这样的有色眼镜来看待中国的传统法律文化，把事实判断和价值判断混为一谈势必会带来某种误解。^②同样，日本学者岸本美绪也相应指出，对于中国传统法律文化的认识，“首先有必要暂时把西洋的法与秩序的框架（伦理经济论结果也不外是其中的一种而已）加以相对化，而虚心地去解读在地方社会生活里的人们眼中当时的秩序是一种什么样形象的问题”。^③

滋贺氏以中国文化总体性认识为出发点所得出的结论，还有一个需要注意的问题是，其把情理法这样一个“历时”的问题“共时”化了。传统的法律文化是历史变迁和社会实践紧密结合的结果，在情理法的大背景下，滋贺氏的研究忽视了情理具体含义的演变。有论者通过实证的研究已指出传统的司法审判从“经义决狱”到“义理决狱”的主题变奏。^④

黄宗智为避免西方中心主义的理论“陷阱”，转而将研究视角投向本土化的历史实践领域，力图从中国法律的历史发展中探究中国法律发展的内在动力和独特逻辑。通过这一视角转换，中国法律不

① [美]黄宗智：《清代的法律、社会与文化：民法的表达与实践》，上海书店出版社2007年版，第11页。

② 参见林端：《中西法律文化的对比——韦伯与滋贺秀三》，载《研究生法学》2003年第4期。

③ [日]岸本美绪：《伦理经济论与中国社会研究》，载[日]滋贺秀三等：《明清时期的民事审判与民间契约》，王亚新等译，法律出版社1998年版，第346页。

④ 参见张利：《“义理决狱”探析——以〈名公书判清明集〉为主要依据》，载《河北学刊》2006年第2期。

再仅是反衬西方独特文明、以西方现代为标准而被评价的“他者”，^①更开启了从内部(或自身)的角度思考中国传统法律文化的路向。但是黄宗智教授通过查阅地方的诉讼档案所得出的“遂依结状”结案方式以及介于国家—社会之间第三领域的调解对中国传统法文化的实际显得解释力不足。其一，从其结论所依据的资料来看，地域性的限制使其无法摆脱“个案”的窠臼。同时，其也没有以“个案延伸”的方式去阐释传统法律文化的普遍意义及其合理性。其二，基于西方式惯常二元对立的思维模式，黄氏开创性地阐释了官方话语表达与社会实践之间的紧张关系。但“理论”的偏好促使其过于强调二者之间的对立，却人为地忽视了二者之间的互融性。尽管据法审判是一种社会实践，但现实中若要起到有效解决纠纷的作用，双方当事人还必须提出内容为“心甘情愿”接受该判断的书面文件(遵依甘结)。所以说，虽然是官府正式的审判，制度上仍要求以当事人自愿承诺“接受”的意思表示作为其中一个不可缺少的要素。^②另外，黄宗智教授的文字所表述的情理法的含义也是僵化的和单一的。至少，“情”在中国语境下的多义性是一个不争的事实。(笔者将在后文中给予详细的阐释。)

(二) 国内学者的研究现状及述评

在国内，对于情理法的研究始源于 20 世纪末，由《情理法与中国人——中国传统法律文化探微》一书开启了对中国古代的情、理、法的探讨。就其时而言，该书以中国人的法观念立论，从“‘法上之法’(‘礼’‘天理’)、‘法中之法’(律条)、‘法外之法’(伦常之情、人之常情)’”^③三个方面阐释了传统国人对于法的认识，从而使许多学

^① 刘岩：《历史实践视角下的中国法律现代性问题——黄宗智法律思想研究》，吉林大学 2007 年硕士学位论文。

^② 参见[日]寺田浩明：《清代民事审判：性质与意义——日美两国学者之间的争论》，王亚新译，载《北大法律评论》1998 年第 1 卷第 2 辑。

^③ 范忠信等：《情理法与中国人——传统法律文化探微》，中国人民大学出版社 1992 年版，第 8 页。