

TRIAL STUDY

审判研究

2013年 第2辑 总第057辑



《审判研究》编辑委员会 编

江苏省法学会审判理论研究会会刊

本辑要目

崔永东

中国传统司法文化的教化功能

田 幸

刑事证据的排除和采信

崔永峰

没有约定、约定不明、理解争议的处理规则

董振班 郑小苗 朱培文

合同类犯罪所涉合同效力研究

江苏省高级人民法院课题组

关于刑事被害人救助制度及其功能完善问题的调研

江苏省高级人民法院课题组

依法纠错 终局解纷

——关于民事再审判裁理念之探寻、提炼及其运用的调研报告



2013年 第二辑 (总第五十七辑)

T R I A L

审判研究

S T U D Y

《审判研究》编辑委员会 编



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

审判研究. 2013 年. 第 2 辑: 总第 57 辑 / 《审判研究》编辑委员会编. —北京: 法律出版社, 2013. 8

ISBN 978-7-5118-5177-2

I. ①审… II. ①审… III. ①审判—研究—中国
IV. ①D925.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 168680 号

©法律出版社·中国

责任编辑/周 洋

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法规出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/吕亚莉

开本/787 毫米×960 毫米 1/16

印张/15 字数/250 千

版本/2013 年 8 月第 1 版

印次/2013 年 8 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)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-5177-2

定价:20.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《审判研究》编辑委员会

主 任：许前飞

副主任：周继业

委 员：（按姓名笔画为序）

刁海峰	马 荣	王世华	叶兆伟
刘亚平	刘亚军	刘媛珍	汤小夫
苏学增	李玉生	李后龙	时永才
吴立香	何 方	宋 健	张 屹
张婷婷	陆鸣苏	陈荣庆	茅仲华
周茸萌	屈建国	胡道才	俞灌南
贺强兴	夏正芳	钱 斌	徐 军
徐清宇	唐伯荣	蒋惠琴	谢国伟
褚红军	蔡绍刚	熊 毅	薛剑祥

主 编： 马 荣

副 主 编： 孙 轍 沈明磊 魏 明

编辑部主任： 魏 明（兼）

执 行 编 辑： 宋大振 董蕾蕾

目 录

Trial Study 2013 年第 2 辑(总第 57 辑)

专家论坛

- 1 崔永东 / 中国传统司法文化的教化功能

特 稿

- 12 田 幸 / 刑事证据的排除和采信
——兼论证据与证据信息

审判实务

- 19 杜 敏 等 / 非传统金融机构常见法律问题分析及对策研究
30 贾亚东 / 商标使用的法律意义及司法认定标准
41 崔永峰 / 没有约定、约定不明、理解争议的处理规则
53 林 森 张伊扬 / 夫妻共同股权分割问题研究
——从“创业夫妇纷飞”案谈起

专题研究

- 62 季一秀 李呈蕴 / 民事抗诉制度若干问题辨析及改革路径
72 宋长琴 朱艳萍 / 从无序到有序:非监禁刑罚执行对接程序
之规范化
83 董振班 郑小苗 朱培文 / 合同类犯罪所涉合同效力研究
——回归民事法律行为制度本身
97 李克才 岳慧娟 / 诉讼抑或非讼:实现担保物权的程序选择
——以《民事诉讼法》第 196、197 条为视角

调查报告

- 110 江苏省高级人民法院课题组 / 关于刑事被害人救助制度及其
功能完善问题的调研
——基于江苏省刑事被害人救
助工作现状的考察

依法纠错 终局解纷 ——关于民事再审裁判理念之探寻、提炼及其运用的调研报告 / 江苏省高级人民法院课题组	124
司法改革	
案件审理信息公开调研报告 / 徐州市中级人民法院课题组	142
设立跨区域环境保护专门法庭的展望和构想 / 侯海军	168
各抒己见	
论行政不作为的司法审查标准 / 符东杰	177
违约或侵权:论不当出生损害赔偿诉讼法律之维 / 皮軼之 赵 鸣	189
农民心目中的法律和司法公正 ——基于对 30 名农民群众的访谈 / 崔沈文	202
零售侵权复制品刑事案件之法律适用 / 季 嘉	213
审判参考	
江苏省未成年人轻罪犯罪记录封存工作实施意见	222
关于审理职务犯罪案件适用缓刑、免予刑事处罚 若干问题的纪要	226

专家论坛

中国传统司法文化的教化功能*

崔永东**

在中国传统司法文化(主要包括司法思想与司法制度两大部分)中,体现了一种明显的“教化”精神,换言之,“教化”是中国传统司法文化的一项重要功能。所谓“教化”是教育感化的意思,一些学者往往用“教育刑”这样的概念来表达中国古代那些体现“教化”精神的司法制度或刑罚制度,虽然未尝不可但却忽视了其间的细微差别。“教育刑”这一概念来源于近代西方的“教育刑主义”,《法学词典》对“教育刑主义”所作的解释是:“资产阶级学者主张的一种刑罚理论。否认刑罚是对犯罪人恶性的报应惩罚或赎罪的工具。认为对犯罪人定罪科刑的目的在于教育他改过从善和预防犯罪。这是始于倡导目的刑主义的德国人李斯特的主张,但他除主张刑罚的教育作用外,并不否认它的排害作用。主张刑罚是单纯的教育作用的是德国人李普曼(Moritz Liepmann, 1869 - 1928年)。这种理论与特别预防主义和不定期刑主义相结合而构成新派刑法理论。”〔1〕李斯特(Franz von Liszt, 1851 - 1919年)是德国刑法学家,刑事社会学派的创始人,代表作有《刑法的目的观念》等书,“主张刑法的使命在于社会防卫,并主张改革刑事制度,反对报应刑,强调预防犯罪等”〔2〕李斯特认为,“刑罚的任务不是针对行为,而是针对行为者,强调刑法研究的重心应放在具体犯罪者身上,而不是笼统抽象地研究犯罪的行为。因此,他明确指出刑罚不是目的,而是实现社会防卫

* 本文系笔者主持的中国政法大学人文社会科学研究项目“中国传统司法文化研究”的阶段性成果之一。

** 中国政法大学法学院教授、博士生导师,中国政法大学司法理念与司法制度研究中心主任。

〔1〕《法学词典》,上海辞书出版社1989年版,第901页。

〔2〕上引书,第416页。

的手段。他主张预防犯罪,特别是个别预防,反对不分轻重一律予以惩罚。根据罪犯反社会性的危险程度,他把罪犯分为惯犯和偶犯,根据不同情况处以不同的刑罚。”〔3〕根据李斯特的观点,“刑罚是属于国家的,它不能仅靠本能的、冲动的报应,而应当由其必要性和合目的性加以支配,据此李斯特提出了‘目的刑论’,也被称为‘教育刑论’。李斯特主张刑罚不是一种本能或原始的同态报复,而是以改造罪犯保全社会为出发点。不但要根据犯罪人的具体情况进行教育改造,使其尽快回归社会,而且要根据犯罪者的社会危险性所侵害社会利益的程度,适用相应的刑罚,以达到保卫社会的目的。”〔4〕

应该指出,尽管“教化”与“教育”有相似性,但也有一定的区别,这种区别主要表现为“教化”(教育感化)侧重于感化(特别强调通过道德精神的启迪使犯罪人受到感化),而“教育”则未必侧重于感化(西方的“教育刑”似乎更侧重于知识的教育)。因此,我们可以说中国传统司法文化推崇“教化刑”的理念与制度,它比“教育刑”的含义更加宽泛,它既强调发挥刑罚的教育功能,同时还要求使犯罪人受到感化。本文正是从这两层意义上来理解传统司法文化的“教化”功能的。

一、对司法之教化功能的认识

有的学者指出:“强调刑罚的教育功能是儒家的传统思想,但儒家的教育刑思想不是从刑罚本身的功能出发,而是从整个社会的控制体系而言的,即刑罚只能作为教化的辅助手段,所谓‘明于五刑,以弼五教,期予于治,刑期于无刑’,就是对刑罚的正确定位。儒家的宗师孔子,一贯认为治理国家,应以礼教德政为主,刑罚为辅,刑罚不论宽严疏密,均应服从于全社会的教化。”〔5〕

也有学者认为,儒家经典《周礼》中存在“教育刑”的理念与制度。他说:“《周礼·秋官·司圜》中记载的监狱制度,对于那些造成社会危害的应列入‘五刑’的恶人,不仅囚于圜土,而且要拘役劳役,以教化迁善。在这种场合下,教育是目的,因此规定‘不亏体’、‘不亏财’,即既不施肉刑也不处罚金,将劳役作为改造罪犯心志,使之弃恶从善的理想刑。”又说:“就一般说来,儒家都认为刑罚

〔3〕《北京大学法学百科全书》,北京大学出版社2000年版,第461页。

〔4〕陈兴良:《刑法的价值构造》,中国人民大学出版社1998年版,第106页。

〔5〕高绍先:《中国刑法史精要》,法律出版社2001年版,第442页。

具有很大的教化意义。”〔6〕

梁启超也曾指出《周礼》所谓“耻诸嘉石,役诸司空”乃“感化主义的刑罚”,并说:“刑罚以助成伦理的义务之实践为目的。其动机在教化,此实法律观念之一大进步也。”〔7〕

另有学者也认为中国古代“有教育刑的思想理论”,指出:“对于犯罪人的处罚,也是从教育的观点,作教育性的处罚,使人改过从善,重新做人。因此,对于犯罪人来说,刑罚亦属教育。”〔8〕

其实,儒家认可的所谓用来辅助教化的刑罚并不是一般的刑罚,而是体现了儒家道德精神或“仁道”精神的刑罚,而这种刑罚的运作过程本身就是一个教化的过程,在审判和执行的各个阶段都会对当事人或旁观者发挥教化的作用。这样的刑罚就是所谓“明刑”,只有明刑才能“弼教”。应该指出,根据儒家的观念,刑罚一方面通过其制裁力量阻却那些不接受道德教化的行为,另一方面又通过内含的道德精神对当事人和旁观者发挥教育感化的功能。正如宋代大儒程颐所说:“不知立法制刑,乃所以教也。盖后之论刑者,不复知教化在其中矣。”〔9〕这就清晰地揭示了儒家关于教化与刑罚的传统观念:教化精神不仅体现在刑罚制度中,还体现在刑罚运作(即司法)的整个过程中。

程颐又说:“自古圣王为治,设刑罚以齐众,明教化以善其俗,刑罚立而后教化行,虽圣人尚德而不尚刑,未尝偏废也。故为政之始,立法居先。治蒙之初,威之以刑者,所以说去其昏蒙之桎梏,桎梏谓拘束也。不去其昏蒙之桎梏,则善教无由而入。既以刑禁率之,虽使心未能喻,亦当畏威以从,不敢肆其昏蒙之狱,然后渐能知善道而革其非心,则可以移风易俗也。”〔10〕这里有两层含义:一是刑罚可以对教化起辅助作用,其发挥作用的方式是“威之以刑”,即靠刑威或暴力惩罚那些拒绝接受教化的人;二是刑罚应当符合“善道”,如此则“刑罚立而后教化行”,通过发挥刑罚本身的教化功能使人们“渐能知善道而革其非心”,从而达到“移风易俗”的效果。显然,程颐对教化与刑罚的认识是深刻的。

南怀瑾曾专门论述过《周易》的“教育刑”理念。他认为《蒙》卦就涉及“教育刑”问题:“这个蒙卦是教育的卦,因为根据《易经》的内容所说,教育上常用

〔6〕 [日]西田太一郎:《中国刑法史研究》,段秋关译,北京大学出版社1985年版,第56-57页。

〔7〕 梁启超:《先秦政治思想史》,东方出版社1996年版,第61页。

〔8〕 姜军、孙镇平:《中国伦理化法律的思考》,华文出版社1999年版,第63页。

〔9〕 程颐、程颢:《二程集》,中华书局1981年版,第721页。

〔10〕 上引书,第720页。

到,还有司法上用到蒙卦,中国过去司法、刑法,都是属于礼的范围,中国人司法、法律哲学的最高点,是在蒙卦里,亦就是教育,而并不是摆杀人的威风。”^{〔11〕}又称《蒙》卦提倡的就是所谓“刑教”,即“判刑也是一种教育”。^{〔12〕}

有学者指出:“中国古代法与古时道德目标乃是一致的。其结果,法律既是对教而不从之人的惩罚手段,同时也是教化的工具。换言之,法律亦担负了教化的使命,法律即是道德。”^{〔13〕}这一看法值得我们深思。确实,在古代中国人看来,所谓“法律”(包括今日我们所说的“立法”和“司法”等)既有惩罚性,也有教化性,它负有教化的使命,它与“礼义”所追求的目标是相同的。

从《尚书·周书》看,确能发现西周统治者对司法的教化作用的重视。如《吕刑》篇说:“士制百姓于刑之中,以教祗德。”意思是法官追求司法公正,并通过司法审判教化当事人和百姓,使其敬重德行。《吕刑》又说:“惟敬五刑,以成三德。”这也揭示了司法与教化的关系,良好的司法可以促进教化、提升道德(“三德”按《孔传》解释为刚、柔、正直)。而要发挥司法的教化功能,司法官员的道德素质至关重要。为此,《吕刑》又提出了“有德惟刑”的主张,强调有德之人从事司法审判的重要性。这种观念对后来的儒家产生了深远的影响。

吕思勉在《中国文化史》一书中说:“古代的用法,其观念有与后世大异的,那便是古代的‘明刑’,乃所以‘弼教’。”^{〔14〕}所谓“明刑弼教”,是指用“明刑”来辅助教化。对“明刑”到底怎么理解?有一种说法认为“明刑”即“详刑”、“恤刑”。如其所云:“详刑,即详刑、恤刑、明刑,用刑详审谨慎,哀矜折狱、明慎用刑;又明刑弼教,刑期无刑。”^{〔15〕}又解释“恤刑”说:“中国古代慎重用刑的原则。《尚书·舜典》:‘钦哉钦哉,惟刑之恤哉。’孔颖达疏云:‘忧念此刑,恐有滥施,欲使得中也。’在中国古代,恤刑的主要表现有:(1)据实定罪。(2)过失犯、偶犯、从犯、公罪犯,从轻处刑。(3)正当防卫不处刑。(4)老、幼、废笃疾犯减免刑。(5)诸疑狱各以所犯以赎论。(6)刑之加等不加至死,刑之减等二死三流同为一减。(7)以加役流代替死刑。(8)实行三司推事、九卿会审、大审、热审、朝审、秋审等会审制度。(9)死刑三奏而后决,妇人当刑而孕,则产后百日乃决。(10)设

〔11〕 南怀瑾:《易经杂说》,中国世界语出版社1996年版,第282-283页。

〔12〕 上引书,第287页。

〔13〕 梁治平:《寻求自然秩序中的和谐——中国传统法律文化研究》,中国政法大学出版社1997年版,第217页。

〔14〕 吕思勉:《吕思勉讲中国文化》,九州出版社2008年版,第124页。

〔15〕 前引〔3〕,第892页。

置恤刑官,专司恤刑。”^[16]

其实,“明刑”的本义是指一种耻辱刑,目的是使受刑者知耻后勇、悔过自新。另外也有“教化刑”的含义,通过行刑而让犯罪者受到教育感化,从而改过迁善,重新做人。《周礼·秋官·大司寇》:“以圜土聚教罢民。凡害人者,寘之圜土而施职事焉,以明刑耻之。其能改过,反于中国,不齿三年。其不能改而出圜土者,杀。”所谓“以圜土聚教罢民”是说将罪人(罢民)聚集关押于监狱并进行教育改造。“施职事”是指让罪人进行劳作,类似于今日之“劳动改造”。“明刑”,郑玄注曰:“书其罪恶于大方版,著其背。”“不齿三年”,郑玄注曰“不得以年次列于平民”,是指罪人出狱后三年内不得按年龄大小与乡民排列尊卑位次。以上所载乃周代之监狱制度,该制度的核心是“聚教罢民”,即对罪人进行教育改造,通过教化、劳改和耻辱刑等手段促使罪人改过自新,然后可允许其回归故里、重返社会,但三年内不得按年龄大小与乡民排列尊卑位次。而对那些屡教不改并逃离监狱的顽固分子则施加严厉的刑罚。这说明,周代的“明刑”既是耻辱刑,也是教化刑,其目的是教育改造罪犯,培养罪犯的羞耻心,使罪犯回归社会、重新做人。

《周礼》一书对监狱行刑制度的教化功能有着深刻的认识,其观念对后世的刑罚执行制度也颇有影响。《周礼·地官·司救》云:“司救掌万民之邪恶、过失,而诛让之,以礼防禁而救之。凡民之有邪恶者,三让而罚,三罚而士加明刑,耻诸嘉石,役诸司空。其有过失者,三罚而归于圜土。”意思是:司救之官负责管理邪恶、过失之民,对其加以责罚,并用礼来挽救他们,防止他们进一步作恶。对邪恶之民,三次责备而不改者则进行惩罚(挞击),三次惩罚而不改者则动用刑罚,令其坐在嘉石上以羞辱之,然后交给司空去服劳役。对过失之民,三次责备而不改者则进行惩罚,三次惩罚仍不改者则关进监狱(圜土)。显然,这一司法制度的着眼点是挽救、改造所谓“邪恶”、“过失”之民,而非一罚了之,如其所言“以礼防禁而救之”,就是强调用礼义教化来挽救罪人,防止其再去作恶。从以下的司法程序看,“三让”、“三罚”、“耻诸嘉石”、“役诸司空”等,无不体现了对罪人教育、挽救的精神,对其回归社会充满了期待。因此,笔者认为该制度也反映了一种“教化刑”的理念。

《周礼·秋官·大司寇》又载:“以嘉石平罢民。凡万民之有罪过而未丽于

[16] 前引[3],第919页。

法、而害于州里者，桎梏而坐诸嘉石，役诸司空。重罪，旬有三日坐，期役。其次九日坐，九月役。其次七日坐，七月役。其次五日坐，五月役。其下罪三日坐，三月役。使州里任之，则宥而舍之。”通过郑玄注可知，嘉石即文石，有纹理的石头；“平”是“成”的意思，“成之使善”，即让罪犯改过迁善。以坐嘉石的方式使罪犯改过向善，凡民众有罪但尚未严重触犯刑法的，就给他们带上手铐脚镣罚坐嘉石，然后交给司空服役。罪行较重者强制其坐嘉石十三天，服劳役一年。其次罚坐九天，服役九个月。又其次罚坐七天，服役七个月。又其次罚坐五天，服役五个月。罪行最轻者罚坐三天，服役三个月。然后，经同州的人作出担保，可宽宥释放其出狱。“以嘉石平罢民”反映了中国传统刑罚执行制度所追求的一个基本目标——让罪犯改过迁善、回归社会。所谓“成之使善”、“宥而舍之”等都表达了这一追求，其中体现了一种教化的功能。上述刑罚执行制度的设计，要求根据犯罪者罪行的轻重适用不同的刑罚，并通过让罪犯坐嘉石反省自己的罪过，又通过劳动来改造自己的心理素质和道德品质，目的只有一个：让罪犯悔过自新、回归社会。从原文看，只有悔过自新者才可“宥而舍之”，即解除劳役、返回家乡。可见，该制度体现了刑事司法的教化功能，其价值在于：刑罚的目的不是惩罚罪犯，而是教育并改造罪犯，让罪犯抑制并清除邪恶的品性，从而重新做人、重返社会。

据《周礼·秋官·司圜》记载：“司圜掌收教平民。凡害人者弗使冠饰，而加明刑焉，任之以事而收教之，能改者，上罪三年而舍，中罪二年而舍，下罪一年而舍。其不能改而出圜土者，杀。虽出，三年不齿。凡圜土之刑人也，不亏体；其罚人也，不亏财。”“司圜”类似于今日的监狱长，其职责是“收教”（监禁和教育）罪犯，而教育的方式一是施加“明刑”（耻辱刑），二是“任之以事”即劳动改造。通过上述方式使罪犯产生羞耻心和悔过心，痛改前非，改过自新，如此则可释放出狱，重罪者改过后三年释放，中罪者两年释放，轻罪者一年释放。对那些屡教不改且潜逃越狱者要处以极刑，对那些改过自新释放的人在出狱三年后不得按年龄与乡民排列尊卑位次。对待监狱中的罪犯，不得伤害其身体，罪犯参加劳动要“不亏其财”即付给相应的报酬。显然，这一制度也体现了一种教化精神，它有助于对罪犯的教育改造、悔过自新，使罪犯成为能够适应社会的新人。

二、司法审判中的“宣教”功能

在中国古代行政权与司法权合一的体制下，地方行政长官兼领司法权，道德

教化不仅是其行政责任,也是其司法目标。通过调解、审理、判决等方式来宣传儒家的道德观念,并使当事人受到教育感化。

学者指出:“讼之源,在于道德的堕落。所以,息讼的上策(最好的药方)是对争讼者进行道德教化,使其道德由卑劣变高尚,使其良心自觉,使其自省自责,这是正本清源的方法。古时的贤臣循吏大多是以善用此方法而闻名于世。一个好的地方官,同时应是一个极好的道德教师爷,因为他不仅能堵塞其‘流’,而且能杜绝其‘源’。”^{〔17〕}并称古代的清官“善于巧妙地寓德教于决讼过程之中”,^{〔18〕}笔者认为,将中国传统司法文化的特点概括为“寓教于决讼”是准确的。

孔子就是一个善于“寓教于决讼”的人物,他曾任鲁国的司寇(最高法院院长),掌握着鲁国的最高司法权,有父子争讼,孔子将其拘押,三个月不加审问,令其反省思过,顾念人伦亲情。而孔子本人也闭门思过:“不教民而听其狱,杀不辜也。”(《荀子·宥坐》)结果是父亲主动要求止讼,孔子下令释放。据说后来父子之间的感情进一步加深了,并发誓终生不讼。在这里,孔子实际上是用一种无声的教诲感化了争讼者,从而化解了双方的矛盾,并使当事人体会到父子之亲、人伦之义的价值,加深了父子之间的感情。这是孔子寓“不言之教”于狱讼的案例。

西汉时期的韩延寿做太守,有兄弟因田争讼,延寿伤心自责,称自己身为太守,当为一郡的表率,却“不能宣明教化,至令民有骨肉争讼,既伤风化”,责任在我,我应当辞职谢罪。消息传出,当地官绅全都不知所措,同时也为之感动,纷纷反省思过。“讼者宗族传相责让,(提起诉讼的——引者注)兄弟深自悔,髡肉袒谢,愿以田相移,终死不敢复争。”自此之后,该郡治下“二十四县莫复以辞讼自言者”(《汉书·韩延寿传》)。可见,韩延寿的行为充分发挥了司法的教化功能,虽然本案并未正式进入审理程序,但当事人已提起诉讼,故也可以说是进入了广义的司法过程之中。

唐代的韦景骏“为贵乡令,县人有母子相讼者。景骏谓之曰:‘吾少孤,每见人养亲,自恨终无天分。汝幸在温情之地,何得如此?锡类不行,令之罪也。’因垂泣呜咽,仍取《孝经》付令习读之,于是母子感悟,各请改悔,遂称慈孝”(《旧唐书·韦景骏传》)。可见,司法官员时时不忘教化的职责,无论是在审理前还是

〔17〕 范忠信、郑定、詹学农:《情理法与中国人——中国传统法律文化探微》,中国人民大学出版社1992年版,第185页。

〔18〕 上引书,第186页。

审理中,教化都要如影随形。

古代的司法官员所写的大量的判词(司法判决书)也体现了道德教化的精神,此可谓“寓教于判”。例如,唐代颜真卿做抚州刺史时,当地有一名叫杨志坚的儒生,好学而家贫,其妻嫌贫爱富,欲与杨志坚离婚,便提起诉讼。颜真卿判曰:“杨志坚早亲儒教,颇负诗名,心虽慕于高科,身未沾于寸禄。愚妻睹其未遇,曾不少留。靡追冀缺之妻,专学买臣之妇,厌弃良人,侮辱乡闾,伤败风教,若无惩戒,孰遏浮嚣?妻可笞二十,任自改嫁,杨志坚秀才饷粟帛,乃置随军。”(《旧唐书·颜真卿传》)这样的判词并未引用一条法律条文,但却渗透着道德教化的精神,如此的法庭简直就成了宣明教化的场所。

《明公书判清明集》记载了宋代官员胡石壁审理一起亲人之间因争财而诉讼的案件,他写的判词如下:

人生天地之间,所以异于禽兽者,谓其知有礼义也。所谓礼义者,无他,只是孝于父母,友于兄弟而已。若于父母则不孝,于兄弟则不友,是亦禽兽而已矣。李三为人之弟而悖其兄,为人之子而悖其母,揆之于法,其罪何可胜诛!但当职务以教化为先,刑罚为后,且原李三之心,亦特因财利之末,起纷争之端。小人见利而不见义,此亦其常态耳。恕其既往之愆,开其自新之路,他时心平气定,则天理未必不还,母子兄弟,未必不复如初也。特免断一次。本厢押李三归家,拜谢外婆与母及李三十二夫妇,仍仰邻里相与劝和。若将来仍旧不悛者,却当照条施行。^[19]

这样一篇将道德训诫与刑罚威胁互相结合的判词,可以说充分发挥了司法的教化功能,这种教化功能是以刑罚为后盾的,因此,司法的教化作用才更加显著。有学者曾指出,古代中国人的司法观念表明了一个基本的立场:“理想的社会必定是人民无争的社会;争讼乃是绝对无益之事;政府的职责以及法律的使命不是要协调纷争,而是要彻底地消灭纷争。为做到这一点,刑罚是必要的,但更重要的是教化。要利用所有的机会劝导人们,以各种方式开启他们的心智,使之重返人道之正。”^[20]如上的宏观认识还是比较到位的。

清代汪辉祖指出,在升堂断案的情况下,“大堂则堂以下伫立而观者不下数百人,止判一事而事之相类者为是为非皆可引申而旁达焉,未讼者可戒,已讼者可息,故挞一人而反复开导,令晓然于受挞之故,则未受挞者潜感默化,纵所断之

[19] 《明公书判清明集》卷十。

[20] 前引[13],梁治平书,第217页。

狱未必事事适惬人隐,亦既共见共闻,可无贝锦蝇玷之虞。且讼之为事大概不离乎伦常日用,即断讼以申孝友睦婣之义,其为言易入,其为教易周。”^{〔21〕}这是把法庭当成了宣教的场所,大堂之中,观审的群众颇多,法官“断讼以申孝友睦婣之义”即进行道德教化,群众就会被“潜感默化”,这种“寓教于审判”的方式确实能收到“其为言易入,其为教易周”的功效,比之单纯的道德教育课更能深入人心。

学者评说:“道德化的法律要行道德的职能,司法过程便成了宣教活动,法庭则是教化的场所……古代法律的粗疏与简陋必得由各级行政官吏道德上的自觉来补足,这是无可避免的事情,而它是一个附带的结果,便是适用法律过程中的含混和司法判决的富有弹性。”^{〔22〕}该学者还指出,虽然古代的法官并非全凭良知断案,实际上其判词也经常援引法条,但“援引法条往往只具有原则,引用细则的情形极少”,而且“引用法律通常不是判词的核心部分,事涉伦常、礼义时尤其如此;判词中明确为断案依据的,除法条之外,还有天理、人情、礼义等内涵极不确定的概念。有时,判词中还会出现大段的说教、感慨,道德上的愤怒和申斥,先贤圣哲语录以及具有道德教训意味的古代故事的引述,这些东西即使不是直接的判决根据,至少也是对判决发生重大影响的比较间接的因素。”^{〔23〕}上述说法对我们考察中国司法传统的教化功能是有启发意义的。

清代某县官总结其断案经验时说:“遇两造投到之案,不必责其人证齐全,无不为之一堂审结。且无不以礼让和睦、惩忿窒欲之义,反复开导,以冀尔等之母蹈讼累,毋貽后悔。”(《皇朝经世文编·刑政》)这是典型的寓教于判,司法的教化功能因之而得到淋漓尽致地发挥。如此判决,将法律与礼义结合,判决书乃是法条与人情的折中。“古人固然不曾把法律、令等特定的法律形式与礼义相混同,但也不认为这些不同的规范、原则之间是互相对立或排斥的。法律应当符合礼义,顺应人情,这不仅是立法的精神,也是指导司法活动的原则。在现代人看来,所有经法官解释和适用的原则、规范,不拘是叫做律、令,还是礼、义,本身都是‘法律’。”^{〔24〕}

值得注意的是,在我国当前的司法实践中,一些法官也注意到了司法判决及其裁判文书中的“情理法结合”对当事人以及对社会的教育作用,其理路也可以

〔21〕 汪辉祖:《学治臆说·亲民在听讼》。

〔22〕 前引〔3〕,梁治平书,第289-290页。

〔23〕 前引〔3〕,第290页。

〔24〕 前引〔3〕,第234页。

说是一种现代版的“寓教于判”。一篇题为“裁判文书改革与司法公正”的文章认为,法官应当在裁判文书中增加情理分析,对裁判结论的合法、合理与合情加以说明,可以达到事理明晰、情理感人、法理透彻的效果,起到法治教育宣传的作用。^[25]

另外一篇题为“裁判文书的司法公信力之维”的文章则认为,“情理”属于道德范畴,情理的核心是公序良俗,情理与法律的关系实质上是道德与法律的关系。古今中外任何社会对法律的执行都不可能十分严格,在遵循合法性原则的基础上,根据社会正义观念对法律规则适当变通,以达到契合人情。事理、情理、法理的结合才是裁判文书的最佳境界。^[26]这说明,“寓教于判”即发挥司法(包括裁判文书)的德教功能,是获得司法公信力的一个重要途径。现代司法中的“寓教于判”及其与古代司法中“寓教于判”的区别和联系,是一个值得学界进一步研究的课题,它将为中国传统司法文化及其现代转化提供又一个维度。

三、结语

经过以上的探索,笔者认为,在中国传统司法文化中,确实体现了一种明显的“教化”精神,换言之,“教化”是中国传统司法文化的一项重要功能。根据儒家“明刑弼教”的观念,其认可的用来辅助教化的刑罚并不是一般的刑罚,而是体现了儒家道德精神或“仁道”精神的刑罚,而这种刑罚的运作过程本身就是一个教化的过程,在审判和执行的各个阶段都会对当事人或旁观者发挥教化的作用。这样的刑罚就是所谓“明刑”,只有明刑才能“弼教”。儒家认为,刑罚一方面通过其制裁力量阻却那些不接受道德教化的行为,另一方面又通过内含的道德精神对当事人和旁观者发挥教育感化的功能。正如宋代大儒程颐所说:“不知立法制刑,乃所以教也。盖后之论刑者,不复知教化在其中矣。”这就清晰地揭示了儒家关于教化与刑罚的传统观念:教化精神不仅体现在刑罚制度中,还体现在刑罚运作(即司法)的整个过程中。重视刑罚的教化作用,这种思想在周代就已经出现(《周易》等经典的相关言论可以证明),并被转化为一种独具特色的司法制度,对后世的司法实践产生了重要影响。它给我们的启示是:刑罚不是目的,而是一种手段,它通过教育感化使犯人悔过自新。这就是说,刑罚不但具有

[25] 高洪宾等:“裁判文书改革与司法公正”,载《政治与法律》2002年第3期。

[26] 朱晓峰:“裁判文书的司法公信力之维”,载卓泽渊主编:《司法行为科学化》,中国法制出版社2011年版,第52页。