

河海大学法学青年文库

『平』

——中国传统司法理念及其实践研究

PING 潘萍——著

ZHONGGUO CHUANTONG SIFA LINIAN  
JIQI SHIJIAN YANJIU



中国政法大学出版社

## 作者简介

潘萍，1990年生，法学博士，河海大学法学院讲师，曾在《法制与社会发展》《古代文明》《江苏社会科学》《学海》等核心刊物上发表论文多篇，主持国家社科基金等课题。

河海大学法学青年文库

『平』

——中国传统司法理念及其实践研究

PING 潘萍——著

ZHONGGUO CHUANTONG SIFA LINIAN  
JI QI SHIJIAN YANJIU



中国政法大学出版社

2021·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
  2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

### 图书在版编目（C I P）数据

“平”：中国传统司法理念及其实践研究/潘萍著.—北京：中国政法大学出版社，2021.8

ISBN 978-7-5764-0133-2

I. ①平… II. ①潘… III. ①司法制度—法制史—研究—中国—古代  
IV. ①D929.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2021)第 204673 号

---

- 出 版 者 中国政法大学出版社  
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号  
邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088  
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)  
电 话 010-58908586(编辑部) 58908334(邮购部)  
编辑邮箱 zhengfadch@126.com  
承 印 固安华明印业有限公司  
开 本 880mm×1230mm 1/32  
印 张 13.25  
字 数 350 千字  
版 次 2021 年 8 月第 1 版  
印 次 2021 年 8 月第 1 次印刷  
定 价 69.00 元

## 总序 GENERAL ORDER

河海大学的法学教育始于 1988 年。经过三十余载的努力，法学院拥有了较为完整并颇具特色的学科体系。设有法学本科专业、法学硕士学位一级学科授权点、法律社会学二级学科博士点。在健全的学科体系和浓厚的学术氛围中，法学院青年骨干教师谨怀“崇法明理、尚德致公”之院训，着眼社会发展、法治建设和民族复兴，上下求索，扎实研究，以研促教，寓教于研。在法学理论、宪法学与行政法学、民商法学、经济法学、环境与资源保护法学和国际法学等领域广泛开展教学和研究，取得了有一定显示度和影响力的系列学术成果，引领带动学科发展和学术创新。

“河海大学法学青年文库”是法学院青年教师在科研项目中形成的研究成果与理论创新之丛书集成。我们希望“河海大学法学青年文库”能够成为理论研究持续创新、青年教师快速成长的园地，成为河海大学法学青年教师研究成果的展示窗口。要使如此构想成为现实，除得力于中国政法大学出版社的帮助外，更有赖学界同仁提携和鼎力相助。



千金之裘，非一狐之腋；清泉潺潺，端赖源头活水。区区微衷，尚请贤明鉴之。

是为序！

陈广华

河海大学法学院 教授 博士生导师

二〇二一年九月

潘萍博士的博士学位论文《“平”——中国传统司法理念及其实践研究》经其精心修订，终于要正式出版了，作为师兄，我由衷地为她感到高兴！她嘱我作序，我起先本能地推托，因为无论从资历还是学识，我其实是没有资格为她这本精心撰著的论文作序的。但是她说了三个理由，让我虽然心感惴惴，还是应承下来。理由之一，就是当年她在完成博士学位论文时，就选题和论证，和我多有讨论，我对她的研究不至于陌生；其二，我近几年也做司法文明的研究我和她都参加了张中秋老师主持的《司法文化大辞典》的编纂工作，且我本人不久前刚刚出版了《先秦司法文明史》（中国政法大学出版社2020年版）一书，对于“平”这一中国传统司法理念和实践也有体会；其三，对于她在论证观点时所引用的基本材料，我也有过研究。经她如此一说，我自然责无旁贷。于是我花了两周时间，认真阅读了整部书稿，现在将我的阅读体会或者一点浅见做一个汇报。

我们如果研究中国法律传统，总会遇到一大堆棘手的问题，如哪些传统可以说是中国所特有的？它们有着怎样的表现形式？各个具体传统之间又有什么样的逻辑关系？见诸于法典中的传统和它们在实际生活中的运行状况之间又有哪些差别？诸如此类，不一而足。同样，中国传统司法理念，究竟是什么或者有



哪些？此理念是如何表现出来的？其与传统立法和政治法律实践的关系又是如何？这些都是我们不可回避，但又见仁见智、常研常新的问题。而用某一个或者列举若干个概念范畴的方式来概括中国传统司法理念，无疑需要冒很大的风险。譬如，我们在讨论古代司法时，常常会用“情理法”，来概括司法的准据或者说司法推理的模式。但“情”“理”“法”之间究竟是一个什么样的关系，在司法过程中各自运用的比重如何，依然难以说清。如果我们承认古人“依法裁判”，则这个“法”已经和我们日常生活中所述的“法”不是同一回事了，它背后蕴含了“天理”和“人情”的因素；但如果我们说古人是“权宜裁判”，又绝不意味着古代司法官员罔顾法度而司法擅断。所以这里面隐含着词语古今含义的转变以及对不同“法治”模式的理解，我们一不小心就会堕入“偷换概念”的境地。如何才能相对清晰地凸现传统司法理念，而又不于陷入以上概念的陷阱？这实是对研究者理论概括能力和材料组织能力的考验。从这个意义上来说，潘萍博士此书整体上是经得住这个考验的。

在我看来，本书的特色或者成功之处在于以下三个方面。

首先，抓住核心概念，以简驭繁。我们在探讨司法理念时，自然不能无视理念作用的时间和空间，当时空发生变化时，其具体的理念以及相应的制度，总是会或多或少地发生变化。比如我在研究先秦司法理念演变时，在西周时期，我将之概括为“敬明乃罚，哀矜折狱”“义刑义杀，刑兹无赦”“非佞折狱，惟良折狱”三者，而在春秋时期，我则将之概括为“远神近人，重视人命”“准情循理，刑罚公平”“法祖尊礼，渐变周制”等。我认为，从现存的金文材料和传世文献中得出这样的司法理念，基本上是站得住脚的。但我所讨论的是一个司法文明发展的历史，故而更加注意其中的“流变”。而如果将整个司法传

统作为一个整体，假定它没有前后的变化，而作一种“理想类型”来看待的话，那么用这样的概括方法，显然无论概括为多少点，都不足以说全或者说清楚中国传统司法理念。所以必须“跳出三界外，不在五行中”，以一种更加高远或者宏阔的视角，来鸟瞰司法传统。本书作者用一个“平”字，实在是一个比较高妙的选择。何以言之？第一，“平”字本身内涵异常丰富，基本释义为表面没有高低凹凸，亦即“平坦”之义，引申义则为“平等”“公平”“正义”之义，如果表行为方式，还有“平定”“抚平”之义，而司法活动恰恰兼具以上各义，即为实现公平正义而运用相应的程序，平定当事人之间的纠纷，从而使得社会重新回到平坦之境。所以，用“平”来概括司法理念，无论从目的、手段还是过程上来看，都是比较合适的。第二，“平”是中国司法的“活的传统”，能够链接古今，凸显其现代意义。诚如著名法律史家张伟仁先生在《学习法史三十年》一文中所述的那样：“中国法制传统里有一些什么东西可为现代借鉴的？历代的实体法，由于社会情势和价值观念的改变，对今天的影响已很有限；相对而言，程序法的研究似乎还有点用处，因为其目的比较单纯（只在寻求真相），所用的技巧虽然因时因地或有变异，而应该遵循的原则（公平和合理）却是古今中外相同的。”（原载《清华法学》2004年第1期）是以，“平”作为一种普世性的司法理念，是能够成立的。第三，也是最为关键的是，用“平”这一术语来概括中国传统司法理念，并不是作者本人的创造或者任意按在司法传统上的名号，而是有其坚实的文献依据和实践依据的。在政治法律意义上使用“平”字最早且相对较为可靠的文献当属《尚书》“洪范”一篇，内有“无偏无党，王道荡荡；无党无偏，王道平平”。据南宋蔡沈《书集传》所云，该篇为“箕子告武王之辞，意《洪范》发之于禹，



箕子推衍增益以成篇欤。今古文皆有”。如果蔡论能够成立，那么“平”这一政治法律思想，从禹开始就已经成立。即便不能成立，诚如专家所云，《洪范》一篇，阐发了一种天授大法、天授君权的神权行政思想，这对形成中国古代占统治地位的政治哲学理论，以及以王权和神权为核心的中央集权的理论，具有决定性的影响。“平”作为一种司法理念，也由此源远流长，成了中华法系的一个核心理念，在实践中被不断重复和遵行。仅举一例即可明了，作为中华法系重要组成国之一的朝鲜，在朝鲜王朝英祖（1724-1776年在位）、正祖（1776-1800年在位）统治时期，在政治法律上即奉行“荡平策”，而“荡平”二字，就取自于上述《洪范》此语。故而用“平”来概括中国传统司法，从词义、价值以及历史依据上，都能够成立。在前文中，我对西周和春秋时期司法理念的归纳，也都能被涵盖在“平”这个范畴之中。针对“王道平”理念的源流和在现实政治法律中的实践，潘萍博士开宗明义，做了很好的梳理，从传统秩序观，到法律正义观，最后过渡到司法上的“王道平”，展示了一种思想发展的“内在理路”（详细论证见本书第一章）。作者搁置了纷繁复杂的各个时期的表现模式，正所谓“香象渡河，截断众流”，以一种以简驭繁的方式，直截了当地揭橥中国司法传统理念。在我看来，这是本书的一个很大的成功之处。

其次，选择主要材料，抽绎法理。关于中国传统司法理念及其实践的文献资料可谓汗牛充栋，无论是经史典籍、法典、政书、公牍、官箴，还是各类案例集、司法档案，乃至稗官野史、私家笔记、文学作品，我们都能从中找到大量可资利用的材料。如果一味追求材料的完整性，或者在这方面过分想要出奇出新，那么最后的结果必定是陷于材料的汪洋大海中而无法自拔，这肯定是治思想史或者观念史者的大忌。但如果抛开材

料，专门讨论某一概念，纯粹对之作语义分析而搁置历史情境，则又不可避免地会流于空洞说教，至少不是法律史的通常做法。于是我们的研究就出现了两难，既要防止被各种琐碎材料包围而一叶障目不见泰山，又要避免无视材料主观臆断，游谈无根。这就需要研究者合理地选择和处理材料，在扎实的材料基础上得到观点，继而进行理论上的升华。本书在这一方面，可谓材料和观点兼具，这和潘萍博士的求学经历和本人的学术兴趣有着密切的关系。潘萍出身于中州大地，本科就读于河南大学，身处古都开封，对于宋朝自然有一种天然的亲切感，其本科和硕士的导师，又恰恰是对宋朝法制史有着精深研究的陈景良老师。景良老师治学强调要在丰富的材料之中，结合具体历史情境，追寻“老百姓过日子的真实的法律逻辑”，是以对学生的材料基本功训练要求严格。潘萍很好地遵循了师命，我知道她在硕博期间乃至走上工作岗位之后，阅读了大量的基本法制史料，其中主要的就是关于宋代的，并且她写的论文，不少都是对宋代法律制度的考证。其在硕士阶段就因一篇《因“仁”之名——宋代囚犯人道主义对待初探》[见陈煜主编：《新路集》（第五集），中国政法大学出版社2015年版]，荣获第五届张晋藩法律史学基金会征文大赛一等奖。该文对于宋代法制的资料运用已经非常娴熟，展示了很好的学术潜力。而读博士后，潘萍又师从法律文化研究大家张中秋老师。张老师每每教导我们说：“思想是学术之王”，材料为观点服务，为材料而材料，只能算是第一步，从法史中抽绎法理，才算真正得法史三味。潘萍同样谨遵老师教诲，在读博期间尤其注意理论上的提炼，并且取得了不少成果，比如发表于《法制与社会发展》杂志上的《〈天圣·狱官令〉与唐宋司法理念之变——以官员、奴婢的待遇为视点》（见该刊2017年第6期）就是一个显例。这样的方法被



她一以贯之到今，本书就是其不断“从法史中抽绎法理”研究工作的一个水到渠成的成果。本书在材料的选择上，充分体现了“存其主干，芟夷枝蔓”的特色，比如在论述“平”在司法的法律渊源中的体现时，没有繁复地交代历代立法情形以及各部法典中是如何强调“平”的，而直接以唐律为例，来交代“平”的特点，因唐律为中华法系法典中最杰出且最具代表性者，故而以此即可统率所有传统法典，自无疑问，且唐律向被视为“得古今之平”，作为论述“平”这一司法理念的实例，不啻为最理想的典型。作者在论述这一理念时，并未过多纠缠于具体的法条，而是立足于法条背后的原理及其意义的抽绎，于是“等者同等”“不等者不等”“等与不等辩证统一”三个层次上的“平”就从这核心的法史材料中被揭示出来了（详细论证参见本书第二章）。再比如，讨论“平”在古代民事司法中的实践时，用的材料是《名公书判清明集》，此书成书于南宋末年，其权威性毋庸置疑，所记载的大都是今天所谓“民事案件”的范畴。诚如英国著名汉学家马若斐先生所云：“《清明集》中所记载的都是真人真案，当然为了刊刻出版之故，其文字会进行一定的加工。编纂者试图将之编成未来司法官员的培训手册，并作为司法文书写作的典范，但不排除其中可能带有文学藻饰的色彩。”（参见〔英〕马若斐：“南宋时期的司法推理”，载陈煜编译：《传统中国的法律逻辑和司法推理——海外学者中国法论著选译》，中国政法大学2006年版）历代记载此类案件的材料不一而足，但是像这样身份多系南宋政府要员参与审判的案例集汇编，可谓绝无仅有，其中还有很多“理学名臣”，他们的判决要旨更能凸显传统正统的司法理念，较之适用于地方一隅的州县司法档案，更能给我们以“整体感”。至少在思想史的研究中，用这样的材料更能集中表达出思想内涵。同样，本书在

论述“平”在古代刑事司法中的实践时，用的材料为清代全士潮所编的《驳案汇编》，该书为乾嘉时期的成案编集，是法律史上最为著名的驳案集，且因其为中央刑部针对地方上报的重大案件的处理报告，无疑更是传统司法理念的“规范性”言说，此点与各类官箴、稗官野史、讼师秘本中的判例的证明力，自不可同日而语。所以，我们看得出，本书作者在材料的选择和剪裁上，是下过一番功夫的，且并非纯粹以案说法，最后的归结点仍在于抽绎出法史现象当中的理，即“王道平”（关于从民事、刑事司法实践中讨论平这一理念的论述，见本书第五章和第六章）。

再次，紧扣司法过程，再现传统。我们常常说“文章不写半字空”，所谓“空”，就是“空疏”“空洞”之义，之所以会出现这一问题，主要有两个原因：最常见的是观点没有材料做支撑，即所谓的空发议论，游谈无根，此点上文已经述及，不赘；另一个原因是跑题偏题，也就是说材料虽然很丰富，但是与所要论证的观点或者所论证的领域匹配度较低，这样一来，看似材料洋洋洒洒，但和主题没多大关系，最终依旧很空。即如“平”这一理念，它除了是一种司法理念，又何尝不是正道政治和基层治理的理念呢？所以，在处理这个思想之时，很多时候我们会不知不觉地偏题，而跑到整个社会秩序观或者王朝治理精神上去。这样一来，反而冲淡了司法的主题。而本书则始终紧扣司法过程，每一章都围绕着司法的各个方面，为我们呈现当中“平”的意涵，这从本书谋篇布局中可以充分体现出来。本书共分六章，第一章开宗名义交代“平”这一理念的内涵，可以说是本书的一个理论基础，然后第二章、第三章、第四章分别从司法推理的依据（法律渊源）、司法制度（诉讼审判规则）、司法人员（选任方式、法官责任等）三个角度来讨论整



体的司法规则是如何体现“平”的，最后两章则是结合具体案例来讨司法实践是如何贯彻“平”这一理念的。所以，整部书架构严整，始终就司法谈传统理念，线索清晰，体现出了很好的逻辑关系。此外，我们常常说不写空头文章，除开其学术意义之外，还有一层现实关照的意思，就是说这个文章写出来，对于当今有何现实上的价值。当然，法律史最主要的价值还在于史鉴作用，所谓面对的是过去，而关心的是未来。即便是纯粹考证性的法律史学研究，也有传承文明，“为往圣继绝学”的意义。没有文化，何以立国，而除却历史，又何以谈文化？所以，本书的又一个价值，在于除了抽绎出相关的法理之外，在一定程度上，它再现了中国悠久的司法传统。比如书中将传统诉讼模式归纳为“父母官型诉讼”，交代了在什么情况下开放受理词讼，在什么情况下推抑不受，受理的失控要求等具体情形；又论述了申诉、直诉、复审、会审、死刑、死刑复奏等制度，自然当中都能看到“平”的理念，但在揭示理念的目的之余，也让我们对传统司法制度有一个通盘的理解，作者言简意赅，再现了传统（见本书第三章）。与此相类，本书第五章、第六章讲司法理念在民刑案件中的体现，我们可以直观地了解到现实中官员是如何断案，老百姓又是如何反应的。在如实再现传统的基础上，我们离探索陈景良老师所谓的“追寻老百姓过日子的真实法律逻辑”又更近了一步。

以上三个方面，就是我阅读本书的深切体会，也是我认为该书成功的地方。至于该书的不足或者说可容商榷的地方，也所在多有。主要有两个方面。

第一个是没有交代是在哪个层面上讨论“平”这一传统中国司法理念的。我们知道，当我们用一个概念或者术语来描述某一历史现象或者思想理念之时，实际上其概括力始终是有限

的。比如，我们在说传统上的“执法原情”时，同样能找到“一断以法”的例子；我们在说传统“无讼息讼”之时，同样能找到“健讼嚣讼”的例子；我们在说传统“矜恤人命”之时，同样“草菅人命”“枉法裁判”的事例比比皆是？到底哪个才是历史的真实？都有材料可做支撑。这就跟讨论“人性本善”和“人性本恶”这个问题一样，孟荀二子是在不同的层面上讨论的。孟子更多是从价值论的角度讨论，作为一个“人”应该是怎么样的，隐含了一个预设，即没有“四端”，即恻隐、羞恶、辞让、是非之“四心”，都不可以算作是“人”，所以一个个体只要还能称为“人”，必定是善的。而荀子则是从经验的角度来论证的，就是从社会和人的实际经验角度而言，人生而有欲，欲为恶之源，所以人只有不断接受教育，才能弃恶从善，故而人性本恶。那用经验来证明价值，显然是不合适的。同样，我们讨论“平”，是可以从法典、诉讼制度、法官选任、民刑案件的实施中看到大量实例。但是纸面上的法就能成为生活中的法吗？历史上司法腐败、牢狱黑暗的事实比比皆是，很多案件的处理让人触目惊心，许多百姓受冤受苦的故事让人不忍卒读，那我们是否可以以此为理由，说传统司法理念不一定“平”呢？所以，如果本书作者能够对“平”做一个使用意义上的说明，并区分价值和经验，我想可能更有说服力。而且，在举实例的时候，也无需皆用体现“平”的“正能量”事例，也可以适当引反例，来论证司法黑暗虽然总会存在，但无法掩饰主流传统对“平”的价值追求，理论和实践总会存在参差，不足为怪。同样的，作者在用典型文献论证时，若能再提一笔该文献的证明范围和证明效力，意在表达一种主流、正统的意见时，我想整个论证会更为周详。

第二个是结构上还可以做一些微调。作者论证方法上，基



本上是以典型材料为基础，再从中抽绎法理。是以在法律渊源，民刑司法实践中，都用某一部文献作为例子。但是在第二章交代司法制度，第三章交代司法人员时，却没有一个核心的材料，这样不免与其他各章参差。我想司法的理据，是否可以涵盖进法典或者立法的部分中呢？比如，诉讼审判程序和司法人员选任、法官责任等，实际上说的都是“纸面上的法”，是静态的制度，而民刑案件的处理，则涉及“生活中的法”，是动态的司法运作。如果调整一下结构，按照从“规范法”到“现实法”来架构论文，我感觉似乎能更清晰地整理线索。另外，在“结论”部分，作者可以把整个文章的线索再理一遍，从而揭示中国司法走过了一个漫长且艰辛的路程，但对于“平”的价值追求从未动摇。且这一司法理念，无论古今，都在司法活动中发挥了积极的作用，诉诸历史，司法公正始终是主流。而且这一理念，还将继续在未来发光发热。我读此书，深感作者在材料上的用心，和在观点提炼上所作出的努力。此书考证细密，每每有发人深省之议。读到结尾部分，我感到意犹未尽。或许在这方面作者还应更进一步吧。

当然，我们读文章，发议论容易，但是要变换一下身份，假如让我来写，我能否写到这个水平呢？我想至少在目前，我肯定是做不到的，这个只有专门研究者才可能突破。所以我对于本书的不满之处，只能算是吹毛求疵。我在想，如孟子所说：“学问之道无他，求其放心而已矣”，他又说：“反身而诚，乐莫大焉”。如果能真正真诚地对待学术，即便存在诸多不完美，这样的研究依然具有意义，作者在写作过程中锤炼思想，凝练心神，这种情感一定又会通过文字传达给读者，让读者在阅读过程中体验思想的乐趣。本书作者，无论为人还是为学，都特别真诚，本书亦是特别真诚的文字述说。只是我这羸劣之笔，难

以将这其中的精蕴充分表达出来。何况中国的思想，许多都得通过“自家体会”，要达到“万物皆备于我”，需要深厚的生活阅历。不经过这样一个过程，我们无论是表达思想还是理解思想，都只能算是“浅尝”。但如果诚心诚意地一直钻研下去，未来又何尝不具备一番雄浑开阔的思想气象呢！本书是作者的第一本著作，已经展示了作者思想上的光芒，我想随着阅历的不断加深，未来作者必定会给我们奉献更精彩的思想力作，我期待这一天早日到来。

陈 煜

2021年9月10日

序于中国政法大学法律史学研究院研究室