

# 中国古代司法文化中的人文与理性

张晋藩

**摘要:**人文与理性是中国传统司法文化的两大理念,它体现于古代的司法心理、伦理道德、律学指导证据判词、民刑分理诸方面。虽然这种理念在世界许多法系中也曾存在过,然而就内容之宏富,特色之鲜明,思想之深邃,绵延之一贯则为中华法系所独有。其文化积淀之深厚,经验积累之丰富不仅足以彰显中华古国之法制文明,而且对当前的司法改革亦具有借鉴意义。

**关键词:**中国古代;司法文化;人文;理性;法制文明

中国古代司法文化内容的宏富、特色的鲜明、发展的连续性与制度建构的完整性堪为世界文明古国之最。而且在绵延不绝的历史过程中古人所积累的司法经验至今仍然不乏借鉴意义。所谓“述往事,思来者”<sup>[1]</sup>,“鉴于往事,有资于治道”<sup>[2]</sup>。

本文仅就反映中国古代司法文化特质的人文与理性试做如下评析:

## 一、心理观察与判断

中国古代司法很早就摆脱了蒙昧与宗教控制的状态,直接关注“人”本身。至春秋战国时期,经过儒家等学派的论证,已经比较全面地确立了人在自然宇宙中的主体地位和人的社会价值,深入地探讨了人的道德本性与伦理情感,并初步形成了维护人的尊严的一些法律原则和司法制度。《后汉书》中提到“天地之性人为贵。”《唐律疏议》开篇即指出“秉气含灵,人为称首。”<sup>[3]</sup>以人作为司法的主体是中国古代人文主义的体现。人既为万物之灵,自然有理性,有情感。所谓“爱恶欲,七情具”。中国古代的司法活动就是遵循着人的固有特性而展开的。

在物证技术等科学不发达的中国古代,司法官逐渐以人的心理状况为观察对象,借以发现案情的真相并做出判断,而不简单地诉诸于占卜或神判。这种远神近人的审判方法加给司法文化人文与理性的最初印记。突出的例证就是《周礼》所载“以五声听狱讼、求民情”。所谓五听“一曰辞听,二曰色听,三曰气听,四曰耳听,五曰目听。”<sup>[4]</sup>对此,郑玄注释如下:“观其出言,不直则烦;观其颜色,不直则赧然;观其气色,不直则喘;观其听聆,不直则惑;观其眸子视,不直则眊。”从中可知,以五声听狱讼,是在总结大量的司法实践经验与研究犯罪者心理变化的基础上所形成的司法心理学,或称司法的心理观察。

根据当代犯罪心理学说,犯罪者在犯罪前的心理活动,常常是形成犯罪行为的内在动因,没有犯罪者的心理活动而发生的犯罪行为是少有的。因此通过观察与研究犯罪者的心理活动,进而判断其行为是否属于犯罪具有科学的根据。现代司法中所应用的测谎仪器,也不外乎是用现代的科学仪器侦测犯罪者的心理反应。由此可见,以五声听狱讼是中国古代司法文明先进性的一个具体表现,其影响至为深

作者简介:张晋藩,中国政法大学终身教授,博士生导师。

远,后世论者颇多。

如晋张斐在《注律表》中从心理学的角度论证说:

夫刑者,司理之官;理者,心神之使,心感则情动于中而形于言,畅于四肢,发于事业(指行为)。是故奸人愧而面赤,内怖而色夺。论罪者务本其心,审其情,精其事,近取诸身,远取其物,然后乃可以正刑。仰手似乞,俯手似夺,捧手似谢,拟手拟诉,拱臂似自首,攘臂似格斗,矜庄似威,怡悦似福,喜怒忧欢,貌在声色。奸真猛弱,侯在视息<sup>[5]</sup>。

此论是对《周礼》“五听”的进一步诠释,说明了五听的心理学依据,不能简单的以唯心主义目之而否定其价值。

北魏时李惠每断案必“察狱以情,审之五听。”<sup>[6]</sup>另据北魏《狱官令》载“诸察狱,先备五听之理,尽求情之意。”<sup>[5]</sup>

唐时《唐六典》引《唐令》规定“凡察狱之官,先备五听,又稽诸证信,有可徵焉而不肯首实者,然后拷掠,二十日一讯之。”<sup>[7]</sup>

宋郑克在《折狱龟鉴》中结合审判实践对于“五听”再作阐明,“凶残之人,气貌当异”,“其色非常,其言有异,必奸诈也”。“奸人之匿情而作伪者,或听其声而知之,或视其色而知之,或诘其辞而知之,或讯其事而知之”。

综上所述,“五听”是中国古代司法过程的基本环节,以五听观察犯罪嫌疑人的心理活动是司法理性的体现。而以五听获得案情真相、减少刑讯又表现了人文主义的关怀。过去多以唯心主义目之而一概否定,忽视了它在司法实践中的重要价值。现代心理学创始人之一阿德勒曾经提出“按照个体心理学的理解,个体的行为是由个体的整体人格发动和指引的。因此,个体心理学关于人的行为的所有陈述都精确地体现了这些行为之间的相互关系,个体的行为反映了个体的心理活动。”<sup>[8] (P.2)</sup>以五声听狱讼虽有其可取之处,但仅凭此还不足以剖析案情,达到司法公平公正的要求,更重要的还在于证据是否充分和用法是否准确。简单的凭察颜观色有时也会造成司法官主观主义的臆断。

## 二、伦理道德的考量

在司法实践中,定罪量刑考量伦理道德不是偶然的。

首先,是与重伦常的宗法制度密切关联。中国古代沿着由家而国的路径进入文明社会。这种早熟的社会形态使得氏族社会血缘纽带关系在进入文明社会后仍然具有较强的维系力量。商朝末年已经出现了大宗的宗法系统。至周朝,体现尊卑等级秩序的宗法制度已经确立。由于它适合农本主义的经济形态,又满足了维系家族血缘纽带的要求。所以周朝以后宗法制度与政治制度的连接虽然削弱了,但宗法的精神与原则依然广泛渗透于社会的各个阶层。在宗法影响下,尊卑的伦常关系是最重要的社会关系。这种关系经过儒家的论证,成为重要的人伦。《孟子·滕文公上》说“使契为司徒,教以人伦,父子有亲,君臣有义,夫妇有别,长幼有序,朋友有信。”孟子所说的君臣、父子、夫妇、兄弟、朋友间的人伦通称为“五伦”。人伦是不变的常道,由此而形成了一系列道德规范。从汉朝起,伦理道德开始入律,形成了中国特有的伦理法传统。考量伦理道德的司法准则正是由宗法制度所决定的。

其次,是和君主专制政体分不开的。中国古代的政治体制始终是专制主义的。秦统一前王是国家的首脑,秦统一之后建立皇帝制度,由此一直延续至辛亥革命爆发才结束帝制。在专制政体下,法律维护君权,这是最重要的政治原则,也是最基本的道德原则。封建时代的皇权又是借助于宗法父权才得以不断膨胀的,儒家倡导的尊尊亲亲就是为家国一体、君父相通制造舆论。宋儒程颐说,“父子君臣,天下之定理,无所逃于天地之间”<sup>[9]</sup>。儒家的伦理道德学说就是以此为核心而展开的。它以孝为支点,以忠为终极的取向,强调在家为孝,在国为忠,由家而国,移孝作忠。故云,“其为人也孝悌,而好犯上作乱

者,鲜矣;不好犯上而好作乱者,未之有也。”<sup>[10]</sup>

最后,司法中考量伦理道德又是着眼于社会的稳定和法律的权威。由于伦理道德规范相沿日久深入人心,成为民众日常生活中自觉遵守的行为准则。而法律内涵的伦理道德又成为其权威性的构成元素。历代法律得以陈陈相因,其稳定性也来源于道德的支撑。清戴震说,“人死于法犹有怜之者,人死于礼其谁怜之。”<sup>[11]</sup>这正说明了道德的约束力量有时更胜于法律的约束力量。

以上可见,在司法中考量伦理道德是将司法与国情、社情、人情三者联系起来,体现了中国古代特有的司法文化。使得道德哲学与司法学相结合,这样的司法将会增强人们的道德自觉,起到明刑弼教、减少犯罪的作用。也有助于减少推行司法的阻力,保障法律的权威。

基于司法考量伦理道德而形成了一系列的司法原则。先秦时期从维护君权与父权出发,提出了“君亲无将,将而诛焉”的司法原则<sup>[12]</sup>。据颜师古注,“将,有其意义。”亦即君亲至上,卑幼不得对君亲有犯罪之心,否则诛之。孔子也说“父为子隐,子为父隐,直在其中矣。”<sup>[13]</sup>这表现了孔子的道德观与司法观。在他看来,道德义务与法律义务具有一致性。另据颜师古注“子苟有过,父为隐之,则慈也;父苟有过,子为隐之,则孝也。孝慈则忠,忠则直也……今律(指唐律)大功以上者得相容隐,告言父祖者入十恶”。

汉宣帝地节四年(公元前66年)五月下诏:

父子之亲,夫妇之道,天性也。虽有祸患,犹蒙死而存之。诚爱结于心,仁厚之至也,岂能违之哉!自今子首匿父母,妻匿夫,孙匿大父母,皆勿坐;其父母匿子,夫匿妻,大父母匿孙,罪殊死,皆上请廷尉以闻。(《汉书·宣帝纪》)

但是符合道德义务未必全然符合法律义务。为协调道德义务与法律义务之间的矛盾性,后世立法中重大犯罪不在容隐之限。说明伦理既约束了司法,又不能全然超越司法。司法与伦理的关系在实践中表现为既援法又援理,既重视伦常又不得违背国家根本利益,体现了国重于家的观念。

这样的司法既增强了人们守法的观念,也增强了人们的道德反省与自觉,从而显示了司法对于社会稳定的积极作用。正因为如此,宋以来大量的司法案例多打上了伦理的烙印。但在司法中体现伦理道德要求是和保守的宗法制度与农业经济的条件分不开的,一旦受到商品经济和利益观念的冲击便显得脆弱了。南宋时期商品经济与海外贸易是中国封建社会最兴盛时期,与此相联系,重义轻利的观念也渐变为义利并重的观念。在新的思潮冲击下,出现了反纲常的子孙告祖父母、卑幼告尊长侵占财产并胜诉的案例。按唐律,“子孙告祖父母、父母者,绞。诸告期亲尊长、外祖父母、夫、夫之祖父母,虽得实,徒二年……告大功尊长,各减一等;小功、缌麻,减二等”<sup>[14]</sup>。表现了于礼以为出入的伦理法本质。在建隆四年制定的《宋刑统》中虽基本沿用此规定,但至南宋时期亲族之间争产业的诉讼已屡见不鲜。如母子互诉立继家财案、子与继母争业、母子兄弟之诉、因争财而悖其母与兄姑之诉、甥舅争产之诉、叔侄争产之诉等。

综括上述可见,中国古代司法深受伦理道德约束,它体现了中华法系礼法结合的特点,而与西方的法律道德观有所区别。西方法律思想家虽也承认法律与道德不可分开(除了极端实证主义法学派认为法律与道德无涉),但更多则强调法律的内在道德性,诸如规则的清晰、法不溯及既往等等,而外在的道德性则强调“法律的道德中立”<sup>[15] (P. 113-175)</sup>。也就像上帝的归上帝,凯撒的归凯撒那样,要在法律和道德之间划一条界限。这一观念在启蒙主义兴起之后尤为明显。受此观念影响,西方司法官态度倾向于“纯从法律专业角度出发”,更加注重机械的程序,有时为适应程序而模糊了实体的公正。

至近代中国,由于社会结构发生了变化,个人本位逐渐成为社会主流,慢慢取代了家族本位,传统的司法与伦理的关系总体上已经退出历史舞台。法律渐变的与启蒙后的西方情形相近了,这是“自然关

系”变化的结果。但其中具有普适性的伦理道德因素仍为今天的立法所吸取。新修订的《中华人民共和国刑事诉讼法》中近亲属作证豁免权的规定就是一例。

### 三、律学的智力支持

中国古代司法中的理性主义主要表现为司法官对律意的领悟、概念术语的理解、以及法律适用的准确等。传统的注释律学就是适应司法实际的需要而产生的。传统注释律学是中国古代法学的主要形式,其内容类似于今之刑法学与司法学。<sup>①</sup>注释律学作为一门学问问世之后,对于司法官准确适用法律起到了很好的指导作用。

出土的公元前四世纪左右的《云梦秦简》,其中载有的“法律答问”是先秦官方注释秦律的主要成就。它对于概念术语的解释、疑点难点的辨析、定罪量刑的依据等都做出了规范化的注释,从而有助于司法官理解秦律、运用秦律,提高司法应用的水平。秦以后,经过汉魏晋至唐,制定的永徽《律疏》是官方的解律之作。它对于律文进行字词解释、概念解释以及历史源流解释,对于唐律的适用起着十分重要的作用,“自是断律者皆引疏分析之。”<sup>[16]</sup>至清代,为适应广大疆域内统一适用法律的需要,推动了律学的发展,达到了鼎盛阶段。

清代著名律学家沈之奇,康熙时人,曾任刑幕三十余年,其所著《大清律辑注》受到康熙帝的推重。该书于康熙五十四年(1715)刊印,共10册30卷。分为上、下栏。下栏辑录康熙五十四年以前行用的律文与条例,及律文中官注与自注。自注以略低于官注的格式排写,注文后辑有条例。上栏为注释与论评,对下栏的律文、注解与条例作进一步阐述,内含律目、历史源流、律文注解、术语及关键词解释、名家笺注、本人评注与案语等项。《大清律辑注》涉及律文四百五十八条、条例四百八十条,可谓全面细致,且多所创见。被执法者广泛应用,奉为圭臬。譬如《刑律·贼盗·盗内府财物》:“凡盗内府财物者,皆斩。(杂犯。但盗即坐,不论多寡,不分首从。若财物未进库,止依盗官盗内府财物者,皆斩。(杂犯)。但盗即坐,不论多寡,不分首从。若财物未进库,止依盗官勿论。)”注曰:

天子之库曰内府,在皇城禁地之中,但盗一切财物者,不论多少,不分首从,皆问杂犯斩罪。但有死罪之名,而无死罪之实,以其罪难免,而情可矜,故准徒五年以贷之。虽贷其死,而不易其名,所以示戒也。若财物尚未进库而盗之,则止依常人盗论。

另一位注律大家王明德,顺康时人,长期履职刑部,所著《读律配觚》为当时流传最广的律学著作。该著作共八卷,其中对于司法最具指导意义的是“律目释义和律眼释义,前者是对以、准、皆、各、其、及、即、著的释义,“所谓正律为体,八字为用,不懂八字不足以言知法。”<sup>[17]</sup>以“以”字为例,《大清律例》本注“以者,以真犯同。谓如监守贸易官物,无异真盗,故以枉法论,以盗论,并除名配字,罪至斩绞,并全科。”<sup>[17]</sup>后者是对“例、减、杂、但、并、依、从、罪同、同罪、并赃论罪、折半科罪、坐赃论、收赎、缘坐、革、不言刺免”<sup>[17]</sup>等词语的释义。以“并”字为例:

“并”,即日月并行不悖之并,与同字、俱字相似而实非。盖同对异言,义取同恰合,因其所犯各异也。特为合论而罪之,以同如同强盗论是也。俱对独言,义取乎恰合,因其所犯各异也,故特概言而统之以俱。如俱勿追坐,俱勿论之类是也。然律中凡用同字与俱字处,大约皆包有尊卑、上下、巨细、远近在内,若用并字处,则系平平合看,有横理而无竖义。盖缘事理本同一致,情罪无分大小,流品更不甚相悬绝,而准理执法,则罪应齐等,情应一视者,因一并字该之<sup>[17]</sup>。

清朝历代统治者对于司法都极为重视。早在关外时期,皇太极便躬亲断案,直到晚年病重,不顾大

<sup>①</sup> 如清末薛允升所著《读例存疑》一书,即是其数十年为官刑部的经验总结,在该书中薛提到了很多改革建议,后来在沈家本主持的《大清现行刑律》的修订中,得以实现。沈并将《读例存疑》刊刻供修订法律馆馆员在修律时作参考,几成为修订现行刑律的圭臬。

臣劝谏仍亲自断案。雍正帝在上谕中也自称“临御以来,钦恤刑狱,每遇司法奏讞,必再三复核,惟恐稍有未协。”<sup>[18]</sup>正是由于皇帝重视司法,编制律学之书才蔚然成风,形成了官员注律、幕友注律的律学家群体,分类注律,群书竞献异彩纷呈。或注释字义,或进行历史考证,或以歌诀形式,或取案例汇编,其应用性极为突出。清代律学前后衔接延续二百余年而未衰。

综上所述,律学也经过了漫长的发展过程而且代有新作问世。反映了法文化进步的时代特点。在众多的传统律学著作中,既保存了我国司法文化中的“记注”,也体现了律学家对司法经验的总结“撰述”,如同章学诚所说的“记注欲往事之不忘,撰述欲来者之兴起。”<sup>[19]</sup>中国古代司法正是由于得到了深厚的律学的智力支持,才弥补了司法官法律素养的缺失,且有助于在广阔疆域内准确地适用法律,这对于统一国家的巩固具有重要的意义。

#### 四、证据的价值与应用

在古代司法中理性主义的重要表现是对于证据价值的认定。证据是判明案情的重要根据。证据也是对五听的进一步验证。证据还是预防拷掠滥行的物质基础。因此历代司法官都重视对于证据的收集、采择、辨析、运用,最终形成了一套较为完整的证据制度。虽然不同时期对于贯彻证据的要求与力度有所不同,但对证据价值的重视一直是古代司法的一个重要取向。

夏商时期,对司法争讼中证据的作用还缺乏理性的判断,只能求助于卜辞和誓言。现存的有关卜辞就是通过贞卜获取定罪用刑的记录。

商亡后,继起的周统治者以“明德慎罚”为治国方略与立法司法的指导原则。随着社会的进步与经济的发展,出现了早期的书证,如“判书”、“契券”、“傅别”、“约剂”、“质剂”等。《周礼》一书对此多有论述“凡民讼,以地比正之;地讼,以图正之”<sup>[4]</sup>。“凡以财狱讼者,正之以傅别、约剂。”<sup>[20]</sup>这里所说的图、傅别、约剂,就是确认财产关系与土地四至的契约文书,这也是司法争讼中重要的物证。另据《周礼·秋官·司厉》所载“盗贼之任器货贿”,就是指作案的凶器与赃物,这些对判明案情具有重要的证明力。作为司法官还负有收集证据的职责,《礼记·月令》说“孟秋之月……命理瞻伤、察创、视折、审断、决狱讼。”

除物证外,人证也受到重视。《散氏盘》铭文“矢氏侵犯散氏土地所有权的赔偿案”中记载的双方共计25个证人都一一出庭作证对质。上述记载说明证据在司法定讞中的重要作用,而从《尚书·吕刑》所载“罪疑从罚,罚疑从赦”、“五刑之疑有赦,五罚之疑有赦,其审克之。”进一步反映了证据不足,以无罪推定论之,显示了周统治者对于证据的重视。

周时某些重大案件判决后要求当事人盟誓,但这种盟誓是向司法官表示执行判决之意,而非夏商时的神意裁判,形式虽旧,内容则新。

上述西周时期的证据制度,反映了迅速发展的社会经济与理性判断的进步。文献中虽已记载了刑讯取供,但证据的价值似乎高于口供,这一点在《云梦秦简》中得到了证实。《封诊式·治狱》规定“治狱,能以书从迹其言,毋笞掠而得人情为上;笞掠为下;有恐为败。”

唐朝是“德礼为本,刑罚为用”原则的定型时代,也是典章制度臻于成熟和中华法系确立的时代。司法证据之学在讲究法制的唐朝也取得了显著的发展,是西周以来证据文化发展至新时代的标志。首要的是强调了证据的证明力大于口供。《唐律疏议》规定“若赃状露验,理不可疑,虽不承引,即据状断之。”为防止孤证的偏颇,唐律还规定了“据众证定罪”的原则。《唐律·断狱》“八议请减老小”条规定:“诸应议、请、减、年七十以上,五十以下,及废疾者,并不合考讯,皆据众证定罪,违者以故失论。”《疏议》还规定“三人以上,明证其事,始合定罪。”但得相容隐者不得为证,以防止曲意偏袒。此外,“诸年八十以上、十岁以下,及笃疾,皆不得令其为证”<sup>[21]</sup>,因其缺乏作证的能力。证人如作伪证,则治罪。司法官

验证不实者,依律制裁。为防止拷讯逼供还规定了拷囚之法,限制滥刑。可见,唐朝的证据理论与制度在当时的世界已属先进之列,其影响及于后世至为深远。

宋朝统治时期封建商品经济最为发达,民事诉讼也在司法中占有较大比重。与此相联系的出现了体现所有权凭证与当事人权利义务关系的各种书证,如契照、婚书、遗嘱、宗谱等。发生争讼,以此为重要的物证。如:田界碑、宅基、房屋、土地、山林,如需勘验取证,由官府派人实地勘验。除民事证据获得显著发展外,司法勘验与相应的学理也取得了重大发展,出现了宋慈所著《洗冤集录》等传世之作。

清朝是末代封建王朝,证据制度不仅相对完备,而且将各种证据观点加以整合,使之进一步系统化。“凡人命重案,必须检验尸伤”<sup>[22] [P. 591]</sup>,填写部颁“尸格”;“鞫审强盗,必须赃证明确”<sup>[23]</sup>;“事主呈报盗案失单,须逐细开明”<sup>[24] [P. 377]</sup>等等。上述之“尸格”、“赃证”、“失单”都是证据,是审判的重要依据,也是立案的必要准备。

民事诉讼也以提供各种书证为立案的条件,如需查验,派官实地勘查。乾隆三十三年(1768年)增例明确规定“凡民人告诉坟山,近年者以印契为凭;如系远年,须将山地、字号、亩数及库贮鳞册并完粮印串,逐一丈勘查对,果相符合,即断令归己。如勘查不符,又无完粮印串,则所执远年旧契、碑谱不得为凭,照滥控侵占罪治之。”<sup>[25] [P. 195]</sup>

在律学著作中也出现了对证据进行总结性的论述。如王植在《牧令书》卷一八,《听断》中所说,“对于户田之讼”即所有权的争议,要“详查印册”。因为在清代“丈量有册,垦报有册,过户有册,实征有册。数册互参,核其年月。册皆有据,察其后先,自可剖明。”对于“土田混淆之论”,即疆界的争议,要“核其四至,四至相类,核其形图,形图不符,勘其现田”,这是查清事实的基本方法,所谓“此其法也”。

对于坟山之讼,查证之法更为详细。如“问其户税,有官有私;阅其形图,相近相远;质之山林,何时殡葬,经祭何人;就供问证,以图核词;勘其形式,以地核图;类聚族之葬,他姓莫参;众姓错葬,略分界址,穿心九步,以为成规。粤中人满,变通以济,此其法也”。

对于真伪间杂,券约账簿之类的书证,不仅要查看“字有旧新,纸有今昔,蛀痕可验,长短可比。如其伪契,数张同缴,年月远隔,纸张一色,必有贗契。如其伪帐,数年完欠,一笔写成,字迹浓淡,亦相相近,必有贗约”。而且还要“当堂授笔,纵有伪捏,可辨笔姿”。对于“非买言买,非借言借,非偿言偿”的争讼,在查验证据时要审究“立契何地,交银何色,成交何所,同见几人”,并且要“隔别研讯”,发现口供不符,“再令同质”,以便做到“虚实难欺”。

对于婚姻案件,不仅查验“庚帖”、“文定”,而且还要讯问“媒证”,“主婚何人”,“送礼何仆”,综合物证和证人的证言,然后“实情可得”、“罪有所归”。

随着司法勘验经验的积累,清代律学家也仿《洗冤集录》的体例,而有一系列后续之作问世,供司法勘验之用。

除物证、人证、书证外,口供也是重要的证据之一。所谓“罪从供定”为取得口供准许拷掠,但前述《云梦秦简》明确规定“拷掠为下”。《礼记·月令》中还记载了拷掠的季节限制,至唐代拷讯有法,而且司法官与长官须立案同判而后施行。但司法官急于结案,往往肆刑拷掠,造成冤狱。

综上所述,中国古代司法证据的价值在于判明罪与非罪的界限,是非曲直的原委,定罪量刑的考量。不同的历史时期各有其不同的时代特点,它是司法学的重要组成部分。尽管传统的证据理论粗疏且未形成体系,但它所总结的丰富办案经验与理性的思考,可以称之为中国古代的证据学。它对于司法的公正、真实、效率都起到了积极的作用。然而封建司法制度中的主观武断、胥吏擅权、刑讯取供,不仅影响了证据的证明力,也是司法中的一大诟病。

## 五、判词中的文化印迹

判词是司法官对其所审理案件作出结论的文字表达形式。判词的发展是和司法的程序化、制度化、

法官素质的提升分不开的。判词既然是文字表达形式,因而与其同时代的文化倾向、文风密不可分。而有其骈体与散体之分、实判与拟判之别。但无论是哪一种判词,即使是拟判,都要求规范性和合理性,至少在文字上要注重逻辑。不可否认,有的判词作者故意炫弄文字技巧流于形式主义。但在大多数情形下,制作判词对法官是一种逻辑条理的训练,目的是使法官认真对待司法,准确适用法律。这与历代司法强调的“慎刑究”观念是一致的。

东周时期出土的“猷匱”铭文可视为判词发轫期的实证。

隹(惟)三月既死霸甲申,王在□上宫。伯揚父成猷,曰:牧牛!嗟,乃可(何)湛!汝敢以乃師訟。汝上(尚)(恣)先誓。今汝亦既有孚誓;尊、嗇、睦、造,亦茲五夫亦既孚乃誓;汝亦既從辭從誓;式可。我宜鞭汝千,□汝,今我赦汝。宜鞭汝千,□汝,今大赦汝鞭汝五百,罰汝三百銖。伯揚父又使牧牛誓,曰:自今余敢擾乃小大事,乃師又以汝告,則致乃鞭千、□。牧牛則誓。厥以告吏兄、吏智于會。牧牛辭誓成,罰金。用作旅盃<sup>[26](P.5-6)</sup>。

东汉简牍“侯粟君所责寇恩事”<sup>[27](P.338)</sup>亦属于发轫期的判词,反映了居延县廷依法审理民事诉讼案件的原委,以及维护当事人合法权益的内容。

至唐朝,无论司法的程序、审理、宣判、执行均已法律化、制度化,由此而推动了判词制作的规范化。但现存唐代司法实践中的判词尚不多见,而文人骚士所制作的拟判却多有流传至今者。这是适应当时朝廷选官的需要并与当时的文化趋向分不开的。唐朝重法制,科举设明法科而又以“判”作为选官的标准之一,即所谓“身言书判”。欲登龙门者遂多在判词上下功夫,为满足学判的需要出现了拟判之作。所谓拟判,并非真实的案例而多为虚拟,且多受六朝骈体文风影响,注重文字上的雕琢形成了唐代骈体的判词文化。遗留至今具有代表性的有张鷟的《龙筋凤髓判》、白居易的《白乐天集·甲乙判》等著作,《全唐文》、《文苑英华》中也收录了很多拟判作品。

现举《龙筋凤髓判》中“司勋二条”判词为例:

洛阳人祁元泰贿司勋令徐整,作伪勋插入甲,奏大理,断泰为首,整为从,泰不伏。止戈为武,靖乱之嘉谋,致果为毅,安边之茂轨。畴庸命赏,将酬犬马之功,书劳策勋,用答鹰扬之效。祁元泰奸回是务,逞狙诈于千端,徐整干没为怀,纵狼心于百变。勋随笔注,官逐贿成,将此白丁,插名黄绶。虽复龙蛇共泽,善恶斯殊,终是鸡鹤同群,是非交错。整行诈业,泰受伪勋,两并日拙为非,一种雷同获罪。执行故造,造者自合流刑,囑请货求,求者元无首从。

前屯营将军游最犯赃解官,乃于怀远军考勋至上柱国,司勋郎中崔侂奏,最犯名教不合加勋。左丞批:士有百行,可以功过相掩。游最素闲武略,早习戎昭,经述爪牙之功,忝当心膺之任,不能恪勤在职,虑慎当怀,俄担张武之赃,遽罢绛侯之职,退从里闲,屏迹邱园,却扫长门,开闭无事。旧时廷尉,徒有箴于故人,昔日将军,终见诃于醉尉。因兹结愤,展效边荒,申劲节于龙城,荡妖氛于雁塞。蒙轮竞进,拔距争先,将宣百战之勋,以赎九章之罪。郎中以往愆名教,功未可收,左丞以今振其威,劳堪补过。曩虽贪财好色,未亏吴起之名,盗嫂受金,不掩陈平之智。海浮小芥,詎玷洪波,玉隐微瑕,何妨美宝。如愚浅见,叙录为宜<sup>[26](P.186)</sup>。

宋朝也是以明法相尚的朝代,尤其重视案件的审情酌理、查验是非,因而出现了《折狱龟鉴》、《洗冤集录》等传世之作。南宋汇编成书的《名公书判清明集》收录了朱熹、真德秀、吴潜、徐清叟、王伯大、蔡抗、赵汝腾等28位地方官处理诉讼的117篇判词,均为实判。在文体上褪去骈体之风,改为散文体。判词中多引通用的法律条文,这是与宋时入仕之官读书读律分不开的。有宋一代的判词文化以质朴著称。

明清两朝进入封建末世,由于制艺是入仕的敲门砖,书判已经退出选官之门,因此为官者多不知法,所作出的判词或出于刑幕之手,或主官己作,多为寥寥数语。但也不乏贤吏的名判之作,且多有传承唐

宋判牒的遗风。明时有李清《折狱新语》收判词230篇,骈散结合,均为实判。清时有《樊山判牒》、《吴中判牒》、《判语存录》、《陆稼书判牒》、《于成龙判牒菁华》、《张船山判牒》等,这些判牒有的文采上并不出色,但在规范性和合理性上体现了传统司法中的理性主义色彩和现实主义精神。

现举清代名吏于成龙的判词为例:

尔(指江姓)与对门沈寡妇宗氏,以小儿争之微衅,竟欲借此酿成大狱,以破其产,以耗其家,尔何不仁之甚耶!古人十千买树,十万卜邻。即尔理尽直,彼理尽曲,区区小事,亦不应涉讼。况彼为寡妇,尔则丈夫。……沈宗氏茹苦含辛,抚孤守节,尔一堂堂男子,为之邻者,允宜敬其志,钦其节,周恤其不足,原谅其不及,……如尔子果有伤者,着即日于三日内抬县检验,由本县出资代为调治,不得犯沈宗氏一草一木,更不得需索还沈宗氏一丝一粟。如无伤者,从此了事<sup>[28]</sup>。

该判词有理有据,义正辞严,相信被告人听到此判,必有惊雷震撼之感。

另举《吴中判牒》以情判案如下:“该家有七子,其母死后,长子将遗产独占,余子告之官府,按律应判七子均分,但知府蒯子范为了照顾二三房寡嫂守志,遂将遗产先分为七份,长房分得七分之一,其余并为二份,一份由四五六七房兄弟均分,一份归二三房寡嫂”。并判曰“阿兄不道,难应将伯之乎;群季皆贤,尚有援嫂之意,本县用是嘉尚,而于权(四子名)等有厚望。”<sup>[29]</sup>

综上所述,历代判词一脉相承,既是司法文化的组成部分,也是法制文明的重要成果。从判词中可以验证司法官的法律适用是否精当;体察古代司法中德主刑辅与明刑弼教的儒学影响,以及法、理、情三者结合重和谐、调处息争的特点。古代判词虽有其华而不实的骈俪文风与专制主义的司法导向,但就判词制作中要求符和法意,体现情理,明刑弼教等方面而言仍有一定的借鉴意义。

## 六、“狱讼”分理的走向

根据文献记载和出土的文物史料说明,早在周朝,刑事诉讼与民事诉讼已初步分理。《周礼·地官·大司徒》:“凡万民之不服教而有狱讼者,与有地治者听而断之,其附于刑者归于士。”<sup>[30]</sup>郑玄注曰“争罪曰狱,争财曰讼。”贾公彦疏曰“狱讼相对,故狱为争罪,讼为争财”。但当时的狱讼分理还是初步的,所以贾公彦疏中又曰“若狱讼不相对,则争财亦为狱。”

民事诉讼多以书证决断,“凡民讼,以地比正之;地讼,以图正之。”<sup>[4]</sup>“凡以财狱讼者,正之以傅别、约剂。”<sup>[20]</sup>

出土的留鼎铭文记载的因侵权而发生的民事诉讼案件颇具代表性:

昔饑岁。匡众及臣廿夫寇留禾十秭。以匡季告东宫。迺曰龙乃及。乃弗败。女匡罚大。匡迺稽首于留。用五田。用众一夫曰噉。用臣曰尊。曰肅。曰奠。曰用兹三夫。稽首曰。余无迺具寇足□不少□余留或以匡季告东宫。留曰。□惟朕□赏。东宫迺曰。赏留禾十秭。遗十秭。为廿秭。□来岁弗赏。则倍庶秭。迺或即留用田二。又臣□□用即留田千。曰人五夫。留受匡庶秭<sup>[31]</sup>。

意为某荒年,匡季使人取留稻禾十秭,留告于东宫。东宫判决:还给留稻禾十秭,再加十秭,共二十秭。如果来年还未偿还,就还回四十秭。最后以七田(七个方块田)、五夫(五名奴隶)赔偿了事。

周朝实行的民刑诉讼分理,虽是初步的,还缺乏科学的界定,但它已显示了司法文化的先进性,对后世有着深远的影响。

至汉唐时期,儒家思想已确立为统治思想。孔子所宣扬的重教化“必也使无讼乎”<sup>[32]</sup>的理论对于民事诉讼案件具有较大的影响。从重和谐、远争讼出发,汉唐以来调处息争成为民事诉讼中的常见现象。两宋时期,随着商品经济的发展与财产关系的复杂化,民事法律日渐充实,民事诉讼日益增多并趋



于制度化。如:民事诉讼起诉人必须是直接利害关系人,老人、病残、妇女允许他人代为“抱告”,亲属之间亦可相互“论告”,一般民诉案件沿行唐时“务限法”,自3月至11月间限于农事紧张故而不受理民事词讼。民事诉讼审理重视书证与证人证言。为提高司法效率,规定了民事审理期限“诸受理词讼,限当日结绝,若事须追证者,不得过五日,州郡十日,监司半月,有故者除之,无故而违限者,听越诉。”<sup>[33]</sup>根据《名公书判清明集》民事判决多援引法条,法条不具备者,援情循理定案。值得提出的是,宋代的“断由”制度。断由中说明案情的原由、诉讼请求、争议的事实和理由、认定的事实与判决适用的法律条文等内容,断由须发给当事人,显示宋代重视司法的特点。

元朝虽不是崇尚法制的朝代,但民事诉讼制度确有显著发展。《元典章》中特设“诉讼”门,包括:“书状、听讼、告事、问事、原告、被告、首告、诬告、称冤、越诉、代诉、折证、约会、停务、告栏、禁例。”十六目中虽不尽是民事诉讼之款,但民事诉讼的内容确占有较大比重。

清代的民事诉讼制度是封建民事诉讼制度的最后形态,较之历代更为完备,无论管辖、代理、调处等项规定均为宋明所不及。在诉讼与审判程序上,民事与刑事虽有共通之处,但二者的分野日益分明。有关管辖、证据、强制处分、堂断、结案、上控等各方面,都表现了民事诉讼特有的规定。具体表现为:其一,民事诉讼管辖以事发地为原则,如案发在两处州县听原告就被告官司告理归结。但刑事诉讼管辖则一律实行原告就被告原则。其二,刑事诉讼要求司法官“凡(官司)断罪,皆须具引律例,违者(如不具引),笞三十。”<sup>[34]</sup>民事则依律例,无律例者或依礼或依习惯断案。其三,民事诉讼自汉以来多采取调解息讼,至清朝调解盛行,除当堂调解外,或由宗族调解、邻右调解或由基层保甲长调解。而刑事诉讼的调解仅限于轻微刑事案件。其四,民事案件多系“细故”,属州县自理案件,一般一审结案,很少上诉。刑事案件可由州县按府、道、省逐级上控直至京控。其五,民事案件的判决简单,寥寥数字如准结、准予甘结。判决的执行也多在当堂解决。刑事案件不仅需要取囚服辩而且对于笞、杖、徒、流、死等不同刑罚的执行各有具体的规定,不得违反。其六,民事附带刑事的案件是否用刑,刑责多少由司法官自由裁夺。刑事案件则须按拷讯法行事。其七,由于民事案件的司法官具有较大的权宜之权,因此建立了必要的查考制度。清朝设立供查核、注销之用的循环簿,供巡历检查。

以上可见,中国古代多样化的司法形态与民刑分理的内在机理。至鸦片战争以后,华洋之间民事争讼日渐繁复,已非旧有的“争罪曰狱,争财曰讼”所能调整。因此晚清修律大臣沈家本、伍廷芳在奏陈《大清刑事民事争讼草案告竣折》中特别提出“凡关于钱债、房屋、地亩、契约及索取赔偿者,隶诸民事裁判;关于叛逆、伪造货币官印、谋杀、抢劫、窃盗、诈欺、恐吓取财及他项应遵刑律定拟者,隶属刑事裁判。”<sup>[35]</sup>此后,在《各级审判厅试办章程》中又重新作了界定“凡因诉讼而审理之曲直者为民事案件,凡因诉讼而定罪之有无者为刑事案件。”此界定虽与当代民诉、刑诉的概念仍有距离,但它确实标志着司法制度走向近代化的开端。

### 结 语

总括上述,中国古代司法文化涉及了司法中人们的观点、思想、行为以及制度运作的具体方面。以上所列,不过举其荦荦大者,但管中窥豹,亦可见一斑。<sup>①</sup>本文论及的考察司法心理、强调亲伦精神、运用律学指导、关注司法证据、完善判词制作、区分民刑诉讼等旨在揭示传统司法文化的两大理念:人文与理性。这种理念可能在世界许多种法系中都存在过,然就内容之宏富、特色之显明、思想之深邃、绵延之一贯而言,无疑为中华法系所独有。其文化积淀之深厚,经验积累之丰富不仅足以彰显中华古国之法制文明,而且有益于当前司法制度的改革与建设。

<sup>①</sup> 关于中国古代司法文化中的人本主义、天人合一,注重中平的理性思维因已撰文发表过,此处略去。

## 参考文献:

- [1] 司马迁《汉书·司马迁传》,“报任安书”。
- [2] 司马光 编著《资治通鉴》,中华书局 1997 年版。
- [3] 刘俊文 点校《唐律疏议》,“名例篇”,法律出版社 1999 年版。
- [4] 阮元校刻《周礼·秋官·小司寇》,载《十三经注疏》,中华书局 1980 年版。
- [5] 高潮、马建石 主编《中国历代刑法志注译》,载《晋书·刑法志》,吉林人民出版社 1994 年版。
- [6] 《二十五史》,载《北史·李惠传》,上海古籍出版社 1986 年版。
- [7] 李林甫等撰,陈仲夫 点校《唐六典》卷六,中华书局 1992 年版。
- [8] [奥]阿尔弗雷德·阿德勒 著《儿童的人格教育》,彭正梅、彭莉莉 译,上海人民出版社 2011 年版。
- [9] 程灏、程颐 撰《二程遗书》卷五,上海古籍出版社 1992 年版。
- [10] 阮元校刻《论语·学而》,载《十三经注疏》,中华书局 1980 年版。
- [11] 戴震《孟子字义疏证》,中华书局 1985 年版。
- [12] 阮元校刻《春秋公羊传·庄公三十二年》,载《十三经注疏》,中华书局 1980 年版。
- [13] 阮元校刻《论语·子路》,载《十三经注疏》,中华书局 1980 年版。
- [14] 刘俊文 点校《唐律疏议》,第 345、346 条,法律出版社 1999 年版。
- [15] [美]富勒 著《法律的道德性》,郑戈 译,商务印书馆 2007 年版。
- [16] 高潮、马建石 主编《中国历代刑法志注译》,载《旧唐书·刑法志》,吉林人民出版社 1994 年版。
- [17] 王明德 撰、何勤华 等点校《读律配觚》卷一,法律出版社 2000 年版。
- [18] 马建石、杨育堂 主编《大清律例通考校注》卷首,中国政法大学出版社 1992 年版。
- [19] 章学诚、刘公纯 点校《文史通义·书教》,中华书局 1956 年版。
- [20] 阮元校刻《周礼·秋官·士师》,载《十三经注疏》,中华书局 1980 年版。
- [21] 刘俊文 点校《唐律疏议》,“断狱律”,法律出版社 1999 年版。
- [22] 田涛、郑秦 点校《大清律例》“刑律·断狱下·检验尸伤不以实条”,法律出版社 1999 年版。
- [23] 薛允升 著,黄静嘉点校《读例存疑》卷二十六,中文资料研究中心研究丛书,1970 年版。
- [24] 田涛、郑秦 点校《大清律例》卷二十三,“刑律·贼盗律上·强盗条例”,法律出版社 1999 年版。
- [25] 田涛、郑秦 点校《大清律例》卷九,“户律·田宅·盗卖田宅”,法律出版社 1999 年版。
- [26] 杨一凡、徐立志 主编《历代判例判牍》(第 1 册),中国社会科学出版社 2005 年版。
- [27] 刘海年、杨一凡 主编《中国珍稀法律典籍集成》(第一辑第 2 册),社会科学文献出版社 1994 年版。
- [28] 襟霞阁 主编《清代名吏判牍汇编七种》,台北老古文化事业股份有限公司 2000 年版。
- [29] 汪辉祖、蒯德模 撰《病榻梦痕录——双节堂庸训吴中判牍》,江西人民出版社 2012 年版。
- [30] 阮元校刻《周礼·地官·大司徒》,载《十三经注疏》,中华书局 1980 年版。
- [31] 郭沫若《两周金文辞大系考释》,科学出版社 2002 年版。
- [32] 阮元校刻《论语·颜渊》,载《十三经注疏》,中华书局 1980 年版。
- [33] 徐松《宋会要辑稿·刑法》,中华书局 1957 年版。
- [34] 田涛、郑秦 点校《大清律例》卷三十七,“刑律·断狱下·断罪引律令”条,法律出版社 1999 年版。
- [35] 朱寿朋 编《光绪朝东华录》(第 5 册),中华书局 1958 年版。

(责任编辑 晨 晖)