

# 制定法在中国古代 司法判决中的适用

王志强\*

**内容提要:**以司法判决为切入点,探讨中国古代司法中国家制定法的适用方式,描述其发展和转型的历史脉络,分析其特色和成因,具有一定现实意义。秦代和汉初严格守文的司法风格在西汉中期经历了重大转变;随着法律意识形态和制度的稳固,唐代形成了对制定法形式性尊重而工具性运用的风格,贯穿于刑事和民事的司法审判中,直至清末。这种尊重而实用的方式是唐代以后适用制定法的基本特色,直至当代依然有其影响力,足以引起诸多思考。

**关键词:**中国法制史 古代司法 制定法 法律推理

随着对中国古代法特质及其现代意义的不断追问,中国法律史的研究日益从描述律令制度和精英思想,逐步转向对司法实践和群体法律意识的关注,以探讨其可能的现代价值。在中国古代社会,国家的制定法如何被运用引起中外学者的普遍关注,出现了各种对中国古代司法精神特质的理论概括。<sup>〔1〕</sup>

本文将以此研究为基础,以司法判决为切入点,探讨制定法在司法中的适用方式。这一探索围绕以下问题展开:在秦代以后至明清时期的中国古代司法中,官员们在判决里是否援用国家制定法;如是,则其如何发现制定法并进行解释和推理。<sup>〔2〕</sup>

已有成果对某些特定历史时期制定法的适用已有较充分的研究。<sup>〔3〕</sup>本文对这些历史时段略述其要,力求对司法判决中制定法适用的历史发展做一整体梳理,并对其适用方式的特色做出较全面的概括,可能有助于进一步理解中国古代司法的特点及其现实意义。

\* 复旦大学法学院教授。

本文系国家社会科学基金项目(05CFX003)和司法部“法治建设与法学理论研究”项目(04SFB2008)的阶段性成果。特别感谢寺田浩明教授等对本文初稿的中肯批评和侯健学兄等的意见,本文仍存在的错误都由作者承担。

〔1〕 [日]滋贺秀三:《清朝時代の刑事裁判——その行政的性格。若干の沿革の考察を含めて》和《判決の確定力概念の不在——とくに民事裁判の实态》,载滋贺氏:《清代中国の法と裁判》,创文社1984年版;[美]黄宗智:《民事审判与民间调解:清代的表达与实践》,中国社会科学出版社1998年版,第213页以下;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》,《法制与社会发展》2001年第3期;顾元:《衡平司法与中国传统法律秩序——以清代诉讼案例为主要素材兼与英国法相比较》,中国政法大学博士学位论文,2002年。

〔2〕 之所以只关注秦代以后,主要是因为秦以前的相关史料阙如,颇难论定。

〔3〕 参见[日]中村茂夫:《清代刑法研究》,东京大学出版会,1973年;[日]寺田浩明:《日本の清代司法制度研究与对“法”的理解》,王亚新译,载[日]滋贺秀三等:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版;王志强:《南宋司法裁判中的价值取向》,《中国社会科学》1998年第6期。

## 一、秦汉至南北朝制定法的适用

## (一) 严格守文: 秦与汉初的风格

秦汉时代的制定法已经渐趋完备,司法机制逐渐成熟,相关文献和考古发现展现了当时司法裁判的风貌,其中严格恪守制定法文义的适用特色清晰凸现。

秦代号称“法治”,但去今已远,司法裁判留存甚少。张家山汉简奏谳书中有一件狱簿文书,是秦始皇二十七年(公元前220年)南郡官吏复审隼纵囚案的文簿,也是迄今所见唯一的秦统一后的裁判文书样本。其大意是某县出现叛乱,政府征兵讨伐,第三次才获胜。按律,前两次战败逃亡者都应处死。隼巡查至此,地方官报告此事,他即上书朝廷,要求仅追究官吏责任,而不依法捕杀普通逃兵。<sup>[4]</sup>这被认为是“释法而上书”,意在宽纵罪人,南郡官员随即按查。文书以“鞠之”为目概述案情,以“令”为题分析案情性质、援引法条:“令:……吏所兴与群盗遇,去北,以儻乏不斗论;律:儻乏不斗,斩;篡遂纵囚,死罪囚,黥为城旦;上造以上耐为鬼薪”,<sup>[5]</sup>最后以“当之”裁判,追究其放纵死囚之罪。<sup>[6]</sup>

张家山汉简中还有西汉高祖时期“奏谳书”十余件,是各地基层官员审理具体案件的案情记录、处理意见和中央最高司法官廷尉的批复。由于汉承秦制,汉初制度和观念都与秦代一脉相承。结构较完整的如汉高祖十年(公元前197年)“娶逃亡人为妻”案中,逃亡女子符诈称名数,成为大夫明的“隶”;明把她嫁给解为妻。事发后,“律:取(娶)亡人为妻,黥为城旦”;又因犯者解曾被处黥、劓之刑,当加重处“斩左趾为城旦”。但基层官吏认为解被骗不知符的真实身份,情或可原,以疑案上报中央。廷尉根本无视其不知情的情节,断然批复:“取(娶)亡人为妻论之;律白,不当谳。”<sup>[7]</sup>

秦与汉初的判文都简要叙述案情、明确引用法条,并严格按照语义适用律文。上述案件中皆有后世所谓“可矜”之处,但司法官员在裁决时并不体谅。即使律文简单客观归罪的规定和这样解释的后果将导致并不合理的苛酷裁决,他们依然严格按照文义解释的方式适用制定法。由于完全排除司法官员引入其它裁判依据的可能性和自由裁量权,制定法得到严格的形式性格守,即使是特殊情势下宽赦罪人,或毫无犯意时造成过错,只要不具备律文载明的免责条件,就一律不予宽贷。

司法判决的这种风格,是当时法制指导思想下的必然结果。秦朝及其前身秦国在相当长的一段时期奉行法家主张,以法为教、以吏为师,事皆有法而严刑峻罚。这种情况在汉代余绪不绝。中央政府也支持严守律令的吏道传统,官员们纷纷主张:“吏道以法令为师”;“如太守汉吏,奉三尺律令以从事耳”。<sup>[8]</sup>一份深得皇帝首肯的上奏中还说:“宜令贵臣明飭长吏守丞,归告二千石,……郡事皆以义法令检式,毋得擅为条教。敢挟诈伪以好名誉者,必先受戮,以正明好恶。”<sup>[9]</sup>在这种风习之下,也就不难理解廷尉张释之何以敢于在犯群、盗高庙玉环等案件处理中面折文帝,声称“法者,天子所与天下公共也。”<sup>[10]</sup>秦代与汉初的司法裁判,显现着冷峻的风格,对制定法明确援引并严格守文而判,制定法在司法中可谓唯我独尊,“缘法而治”一时称盛。

[4] 学者对该句有不同理解,参见张建国:《帝制时代的中国法》,法律出版社1999年版,第283页。一说其上书是要求惩治逃兵,而对官吏却予包庇;参见李学勤:《〈奏谳书〉解说》(下),《文物》1995年第3期。但这并不影响本案在文义上严格适用制定法的特点。

[5] 最后此条系概括律意,即《具律》:“上造、上造妻以上,……其当刑及当为城旦舂者,耐以为鬼薪白粢。”《张家山汉墓竹简:二四七号墓》,文物出版社2001年版,第145页。

[6] 同上书,第223页。

[7] 同上书,第215页。这一严酷的律文至迟在日后当政之初已改,《二年律令·亡律》明确规定知情者才追究责任;参见同书,第156页。

[8] 《汉书》卷八三《薛宣朱博传》

[9] 《汉书》卷八十九《循吏传》

[10] 《汉书》卷五十《张释之传》

## (二)春秋决狱:西汉中期的转型

然而,正是在传统吏道居于正统的西汉初年,先秦以来不绝如缕、以教化为先的循吏取向开始复兴,法吏观念盛极则衰。<sup>[11]</sup>与此相应,制定法权威也开始受到挑战。汉景帝中五年(公元前145年)诏:“诸疑狱,若虽文致于法而于人心不厌者,辄谳之。”<sup>[12]</sup>这意味着,违背法条但合乎常理的事件,将可能诉诸最高统治者的政治权威加以权衡处理。如果说这是自上而下地、在最高皇权的荫蔽下对司法中严格形式主义的制度性突破,那么春秋决狱及其流波所及,就是自下而上、悄无声息地颠覆了司法中的严格守文的解释规则。

春秋决狱是转型时代的产物,其性质和意义也应在司法转型的视角下重新审视。经过西汉初年社会的稳定发展,以董仲舒等为代表的新一代儒学者们逐步开始鼓吹和引导社会思想转型,司法领域的新导向也肇始于此。严格恪守制定法的特色逐步蜕变。法家代表著作《韩非子》中《六反》、《诡使》等篇中所倡导的以君上利益和制定法为唯一标准、全然不顾民俗风尚和事理人情的理论,为秦汉吏道所奉守,但在实践中会产生种种弊端。春秋决狱实际上主要是对这一理论的反动。如董仲舒所断案中,甲父乙与人争斗,甲情急救父,反而误伤之。按律,殴父当枭首。董氏引《春秋》“许止进药”之典,认为甲并非律所谓“殴父”,不应处罚。<sup>[13]</sup>如果将此案的处理与前述汉初娶逃亡人为妻案相比较,可以看出,春秋决狱引入了对行为人主观动机的关注,将其作为解释“殴父”这一概念的前提,并非在形式上完全违背或抛弃制定法,其实质在于力图调和客观归罪的刻板规则和追求公平的社会观念之间的矛盾,使结果显得更加合理。

有关春秋决狱的性质,通说以为,董仲舒提倡的春秋决狱是法律儒家化的一个环节。<sup>[14]</sup>但从董仲舒以降汉晋六朝引经决狱的实践来看,其中所运用的所谓经义,未必都是先秦儒家特有之说。如君上权威、等级尊卑等,并非儒家独执之器,在法家学说中甚至有过之而无不及。<sup>[15]</sup>同时,有些内容其实是经过引用者主观阐发的结果,如董仲舒所引《诗》“螟蛉有子,蜾蠃负之”、《论语》“大车无輗、小车无軛”断案之例,<sup>[16]</sup>其所需论证的亲子关系、武库兵器等概念,其实也并非儒学专门之旨。之所以牵扯出儒学经典中的话语表述,恐怕完全是出于一种诉诸权威的心态,为独尊儒术造势,也为普通的人情事理找到更有力的依据。同时,由于董仲舒本人为春秋公羊学大师,学属今文经学,而阐发经典中的“微言大义”正是其学所擅长之道,所以很容易通过其特有的阐释经典义理的方式——有时明显是牵强附会地——找到为其所用的依据。因此,春秋决狱的性质,完全可以视作在儒家经典的大旗下倡导一种不执迷于制定法文义的司法精神,而非纯粹以儒家独有的有关具体主张作为断狱依据。当然,这种不严格在文义形式上恪守规则的观念,确实来源于原始儒家。

因此,春秋决狱很大程度上诉诸制定法之外的理由。在这种司法推理的过程中,裁决的依据已经不再是单一的国家制定法,而是在某些特殊取向引导下经过选择的制定法规则。用现代法律解释学的术语来说,文义解释本应优先适用,而这种“论理解释”的频繁使用,则使司法的严格性和稳定性受到明显侵蚀。

春秋决狱倡导的司法风格改变了此前适用制定法的方式,在当时引发了一系列混乱。《汉书·刑法志》称:“奸吏因缘为市,所欲活则傅生议,所欲陷则予死比,议者咸冤伤之。”《汉书》作者班固认为这主要是因为律令过于苛酷繁琐。其实,与秦代相比,武帝时倍受指责的“见知故纵、监临部主”之类的条文规则未必更酷烈,而律令数量的增多使各方面都有法可循,也未必是造成混乱局面的主因。“生

[11] 参见余英时:《汉代循吏与文化传播》,载《士与中国文化》,上海人民出版社1987年版,第168页以下。

[12] 《汉书》卷二十三《刑法志》

[13] 参见程树德:《九朝律考》,中华书局1963年版,第164页。

[14] 如瞿同祖:《中国法律与中国社会》,中华书局1981年版,第334页。

[15] 参见郝铁川:《中华法系研究》,复旦大学出版社1997年版,第42页以下。

[16] 参见前引[13],程树德书,第164页。

议”、“死比”的表达生动地显示出：关键问题出在对条文解释的相对随意性上，而这正是春秋决狱的弊端所在。

由于经典本身的丰富涵括性，所谓经典大义并无一定之规，往往导致各执一端，大打语录仗。西汉武帝元鼎年间，博士徐偃擅命胶东鲁国鼓铸盐铁，著名法吏、御史大夫张汤依法判其“矫制、大害”，罪应处死。徐偃祭出《春秋》之义，声称“大夫出疆，有可以安社稷、存万民，颛之可也”。张汤竟只能喻之以法，而不能以义服人。终军接手该案，责以《春秋》“王者无外”之义，并历数其罪状，才使之服罪。<sup>[17]</sup>律文规则的文义其实相当明确，只是需要更有说服力的实体性原则加以补证。

更有甚者，如西汉薛况案中，申咸多次以旧事诋毁薛宣，为薛宣之子薛况所闻，故收买刺客杨明欲行报复；又适逢司隶一职空缺，薛况担心申咸可能出任该要职，指使杨明在宫门外毁伤申咸面目和身体。在议处该案时，出现两种意见。御使中丞认为，伤害大臣的这种行有悖礼制敬主之义，“《春秋》之义，意恶功遂，不免于诛”，因此在性质上不是普通争斗，应拟以大不敬之罪，杨明、薛况皆应弃市。廷尉则认为，申咸的行为本身也有不当之处，“《传》曰：‘遇人不以义而见痕（被打伤——引者注）者，与痛（伤人留疤痕——引者注）人之罪钧，恶不直也。’”而且薛况的早已谋划，并非只是针对其出任司隶之事，所以应按普通“斗以刃伤人”罪处刑，否则有悖孔子“必也正名”、《春秋》原心定罪之义。公卿大臣们竟莫衷一是。<sup>[18]</sup>可见，由于经典本身的丰富涵括性，使阐释经典意旨具有相当大的弹性。

这种司法混乱在相当程度上正是董仲舒所倡导的这种法律解释和推理方式埋下的恶果。尽管《汉书》的作者班固也已经注意到，“奸猾巧法，转相比况，禁罔寢密”是一个重要原因，但作为儒家思想继承者和坚定维护者，他是绝不会对先贤大儒董子妄加非议的，自然把账都算在了大事更张的武帝和执法严苛的酷吏们头上。

既然春秋决狱使此前严格适用制定法的方式逐渐受到侵损，那么是否意味着司法可以完全抛开制定法呢？当然并非如此。很显然，无论怎样解说经典大义，案件的裁决最后通常仍是落实到制定法的条文上，除非皇帝行使最高权力做出特别处理，<sup>[19]</sup>一般在表达上很少有完全公然背弃制定法的现象。这显然是因为秦代以来的恪守律令的吏道观具有顽强的生命力和社会土壤。在此后相当长一段时期的基层司法案牍中，可以看到，裁判的形式依然与此前并无二致。东汉建武三年（公元27年）的居延诉讼案卷《侯粟君所责（债）寇恩事》简册所体现的司法风格，就是一个明证。<sup>[20]</sup>

上述春秋决狱之案均事关重大，其辩论过程有史可征，但其定案判牍却均已无从查考。可以推想，在正式案牍中显示出来的，恐怕很可能是与居延案卷类似的法吏笔法。因为春秋决狱的推理过程通常是：先通过阐发义理，对当事人行为做出是非定性或程度判断，再由此指引相关制定法，然后再适用该规则；裁判仍基于对制定法的依赖，所以完全可以将其纳入原有的格式化的标准“法治”框架。尽管制定法的发现、解释和运用这一过程实际上被更高的权威所主导，但在表达形式上依然保留了原有的面貌，即依靠制定法完成向判决结果的最后一跃。

### （三）魏晋六朝的过渡

承续汉世余绪，在魏晋南北朝时期，制定法在司法中的地位显得飘摇不定。

在司法实践中，一方面，有些官员甚至连经义的幌子都弃置不顾，而径自以善夺法；另一方面，也有不少法吏力争据法而断，反对随事权宜。例如，西晋刘颂曾在疏奏中指出，当时司法弊患的核心问题就出在法官都以临时权衡为名破乱既定之法，因而力倡主者守文。尽管刘颂的主张由于权臣附和

[17] 《汉书》卷六十四下《终军传》。本文关于“春秋决狱”诸案的内容，均参考了程树德《九朝律考》的辑佚成果。

[18] 《汉书》卷八十三《薛宣传》

[19] 如东汉王望未经表请赈济灾民案，赵腾上言灾变讥刺朝政案，都分别经明帝、顺帝钦定，才得以赦免或减刑；参见《后汉书》卷三十九《王望传》、卷五十六下《张皓传》。

[20] 该简册释文参见甘肃省文物考古研究所：《居延新简：甲渠侯官与第四隧》，文物出版社1990年版，第475页以下。关于该文书的研究，参见张建国：《居延新简“粟君债寇恩”民事诉讼个案研究》，载前引[4]，张建国书，以及该文所引用文献。

而受重一时,但其实践状况并不可知,兼以国祚不永,至东晋南渡后,又陷入“议断不依法律”的境况。于是再度有大臣提出“主者唯当征文据法”的奏疏。但即便如此,也因皇帝喜好“以权宜从事”,当时未予理睬。<sup>[21]</sup>

其它各代的情形也各有特色。例如,在北魏时期,史籍所载一些重大、疑难案件的处理中,发表意见的官员们既频繁引用律文,也兼论经义、事理。如正始三年(506年)费羊皮卖女及张回转卖案、熙平年间(517-518年)刘景晖妖言惑众案和李怜生毒药案。更仍有个别无视皇家背景、坚执律令规则的案例,如神龟年间(518-520年)驸马刘辉等因奸殴伤公主案等。<sup>[22]</sup>制定法和其它理由通常同时受到重视。

## 二、唐代以后制定法的适用

### (一)唐判中制定法的适用

严格恪守制定法文义、导致判决结果的实质不公平,与春秋决狱式的权衡裁量、泛滥的以善夺法而损害司法确定性,二者之间存在着任何时代都不能回避的内在紧张。随着魏晋南北朝时代制定法的不断修改和逐步完善,辅之以司法理念的逐步统一,到唐代,二者之间的矛盾基本得到调和,制定法的适用方式和特色至此基本定型。

唐代司法判决中运用制定法的状况可结合实判和拟判综合分析。目前可以准确论定为唐代真实司法判牒的,主要有敦煌文书中唐高宗麟德二年(665年)左右的6件判文和吐鲁番文书中初唐“西州处分支女赃罪牒”等3件牒文。<sup>[23]</sup>麟德年间的6判中,明确称律并引其法条本文的1处;其余以法裁判或虽不明示而其法意可征的4处。“西州处分支女赃罪牒”和“开元盗物计赃科罪牒”中也分别征引《斗讼律》和《贼盗律》条款,提出计赃科罪的意见。唐代拟判存世甚多,也可藉以推知其司法理念。<sup>[24]</sup>如著名的白居易《甲乙判》100道判文中,除32件判针对经籍之义、不具有司法的意义外,其余68判中引据法意的至少有29件。已列述法意而折衷变通的有5例。又如可能出于法吏之手的敦煌文书《文明判集》19件裁判中,明确称“律”并引律条本文的2处,泛称以法为据、或虽不明示但法意可考的,共达20处。

唐代大量而普遍的引律裁决的现象,显示出制定法在当时司法中得到充分尊重。根据《唐律·断狱》,判案定罪须援引制定法正文。从上述判牒来看,当时这一规定在形式上大概是得到遵循的。吐鲁番文书“开元盗物计赃科罪牒”显示,当时先由法吏将案情、律条及处理意见以散体公文写定,由长官判复。据此推测,长官所作之骈判可能只是其卖弄文笔之资。在公文形式上,判词系于牒文之后,应引具的制定法条款详列于牒文,并不悖于律文要求“具引律令格式”的规定。法吏引用制定法,在个别情况下甚至趋于极致。太宗诏文曾谓:“比来有司断狱多据律文,虽情在可矜,而不敢违法。守文定罪,或恐有冤。自今门下省视有据法当死而情在可矜者,录状奏闻。”<sup>[25]</sup>尽管是个别现象,但唐代的煌煌典章在司法中受到足够重视、发挥着重要作用,这应该是确切无疑的。

不过,这些判文对制定法的重视,并不意味着严格恪守制定法文义的原则占据主导地位。一方

[21] 《晋书》卷三十《刑法志》

[22] 参见《魏书》卷一百一十一《刑罚志》。

[23] 刘俊文:《敦煌吐鲁番唐代法制文书考释》,中华书局1989年版,第464页以下。

[24] 唐代拟判中虽然有些判文所针对的案件可能实有其事,如敦煌文书《文明判集》、张鹭:《龙筋凤髓判》,但所做裁决均系拟词,对该案并无司法约束力。参见同上书,第450页;霍存福:《〈龙筋凤髓判〉判目破译——张鹭判词问目源自真实案例、奏章、史事考》,《吉林大学社会科学学报》1998年第2期。其余如敦煌文书《开元判集》、白居易《甲乙判》及《文苑英华》中所收唐判,亦非断案原判。

[25] 《全唐文》卷九《谨死刑诏》,上海古籍出版社1990年版。

面,依法而断固然不少,但大多都以其它理由加强裁判的说服力。另一方面,有些裁判中不经意间流露出的制定法被确认的真实推理过程,更值得细心体会。如《文明判集》第16判的案件中,兄弟三人于隋末离散、各在边州,老母患病而独守原乡。按照当时规定,有军州籍贯者不许移居。但判者认为,此事很令人同情,而“法意本欲防奸,非为绝其孝道”。为了实现顾全其孝道的目的,判者引述“存留养亲法”的规定:母亲年八十以上而犯流罪许权留养亲,候亲歿再配;<sup>[26]</sup>而以此为前提举重明轻,<sup>[27]</sup>罪犯尚可留养,无罪之人更应允许其回乡养亲。之所以做出这样的裁断,是因为军籍之法与养亲之义存在矛盾,但“律通异义,义有多途,不可执军贯之偏文,乖养亲之正理”,<sup>[28]</sup>应该使后者优先适用。

从表面上看,这一法律推理的过程似乎相当顺理成章,堪称高妙。但仔细品味就不难发现,其中的逻辑和类比都存在一定问题。首先是留养和移居两种行为本身具有完全不同的前提和后果;其次,律文明确规定,举重明轻是为了“出罪”,是判断罪责所运用的特有规则,而不具有普适性;最后也许更为重要的是,在比较中,一般情况下,无罪之人的身份优越性固然胜于犯法刑徒,但军州籍贯者又具有与刑徒不同的特定义务,二者之间其实不具有一般通约性和可比性。在这种巧妙的法律解释的背后,不难发现,在处理一些案件时,官员们往往无视、实际上也并无能力运用严密的形式逻辑,而是通过感性类比等似是而非的牵强释法手段,以实现其所希望达到的特定裁判目的。再一次,我们看到,与春秋决狱中并无二致地,在遵循制定法的表达背后,特别是在一些“疑难案件”处理中,其实存在着指引法律推理的许多更具有根本价值意义的目标,制定法只不过是实现它们的、可能被重新解释和不断替换的手段。

这一精神的有效实践需要相关的制度配合,而这些关联制度建设到李唐皇朝基本完成。唐代显然并未出现汉代因此产生的司法混乱的局面。这首先是因为经过六朝时代制定法的不断完善,法律规则与主流意识形态主导的社会价值标准之间的冲突已经得到最大程度的调和。与汉承秦制的严刑苛法和社会观念急剧转型的背景相比,唐代官员需要以特殊方式调整的制定法局限性,已相对比较有限。其次,唐代不断巩固的通过科举考试出官的制度,以及吏部试选官时对候选人必须撰作拟判的要求(即所试身、言、书、判中之“判”),这些强制性的相同教育背景的熏染,使唐代司法官员之间可能形成相对比较稳定的共识,汉代酷吏与循吏之间的观念差别和对立基本消解。这使法律解释和推理过程中的任意性现象得到一定程度的控制,因背离文义解释而导致司法过程中的无序局面得以基本消除。另外,唐代实行的连署文案和错案追究制,<sup>[29]</sup>在制度上使各级司法官员的判断标准能够不断磨合并渐趋统一,有效地克服了单纯价值评判可能导致莫衷一是的混乱危险。这些关联制度都为后代所继承,并不断得到巩固。

## (二)唐代以降的承续:以清代为例

唐代以降的司法判决渐多。作为核心取向,尊重但灵活适用制定法的司法理念逐步凝固,迄至清末。由于相关研究较为丰富和充分,<sup>[30]</sup>故仅以清代为例,对命盗重案与州县自理词讼(在形式上分别类似于现代意义上刑事与民事审判)中制定法的适用,分别略述其要。

在以命盗重案为中心的刑事司法中,从现存的清代中央司法档案“刑科题本”和中央司法文书选编《刑案汇览》等文献来看,几乎每一案件的裁断都明确援引律例规定,可见制定法在这一领域受到高

[26] 参见《唐律疏议》卷三《名例》,“犯死罪应待家无期亲成丁”条。

[27] 参见上书卷六《名例》,“断罪无正条”。

[28] 参见前引[23],刘俊文书,第444页以下。

[29] 参见童光政:《唐宋“四等官”审判制度初探》,《法学研究》2001年第1期。

[30] 参见前引[3],中村茂夫书,及其相关论文《从清代的判语に見られる法の适用——特に诬告、威逼人致死をめぐる》,《法政理论》第9卷第1号,1976年;《不应为考——罪刑法定主义の存否をも巡って》,《金沢法学》26卷1号,1983年;贺卫方:《中国古典司法判决的风格和精神——以宋代判决为基本依据兼与英国比较》,《中国社会科学》1990年第6期;前引[3],王志强文。

度重视。这种司法制度一度被研究者称为“罪刑法定主义”，尽管存在比附导致的个别罪刑擅断。<sup>[31]</sup>而更晚近的研究则认为，由于存在法无明文以及机械适用成文法的弊端，因此刑事司法是以皇帝意志为中心的活动。<sup>[32]</sup>后者的判断显然更胜于前者移用西洋现代概念进行的简单界分，但事实上，在纯粹的、更普遍发生着的日常司法思维过程中，皇帝并不像制度设计的那样频繁介入。他依赖于大批专业水平相当高的中央司法官员们。皇帝直接改判的比例很低，不顾律例、不考虑刑部意见进行裁判的情况基本不存在。<sup>[33]</sup>比附的情况比比皆是，通常情况下皇帝也比较尊重法司的裁断，一些明显违背条例、牵强比附重律的情况往往也能得到皇帝的允准。<sup>[34]</sup>

透过皇帝这一形式化的制度建构的表象，不难发现，在绝大多数案件中，真正决定裁判结果的是司法职业官员们以职业直觉为基础的法律推理方式。这一过程融合了意识形态式的情感直觉、司法经验判断和形式上的合法性论证，既尊重律例规则，但为缓冲一罪一刑的刻板条文可能造成的不合理结果，又在实践中通过各种技术手段，如创建情节与法条之间的联结、对因果关系的特殊处理，以及体制内必要的灵活裁量和“造法”等一系列富有特色的推理技术，在制定法的框架内尽可能实现“罪刑相应”的终极目标。<sup>[35]</sup>

在民事性质的州县自理词讼中，关于司法官员们适用的法源问题，日美学者之间产生了一定分歧，前者如滋贺秀三主张州县自理词讼的特征是以情理为依据的教谕式调解，后者如黄宗智则强调官员是依法听断。<sup>[36]</sup>但在上述对古代中国司法中制定法适用方式的理解下，学者仍可能做出更统一的解释。

一方面，在州县自理词讼中，州县官可能而且确实尊重制定法。身处官僚等级制度的底层，其所作所为受到上级的例行检查、官僚规则的严格限制，因此州县官最稳妥的办法就是尽量按律例办事。即使不明确引用律例，也是因为没有必要，而事实上与律例仍然保持了一致性。<sup>[37]</sup>《大清律例》确实也含有不少与此相关的规则和原则。而且，官员们不仅有幕友的帮助，同时也有不少人力求亲自熟悉律例。

当时官员相当重视对律例的学习，官箴书中反复强调：“多看律例，成案尤宜多看”<sup>[38]</sup>；“《律例》一书，乃本朝之定典，万世之成宪也。……百司官吏士庶，均应熟读讲明，而在州县中之初任，尤其须臾不可释手者。盖州县亲民之官，百姓诉讼，既听其剖断以辨是非，上司批发，更藉其审定以成减狱。……故初任牧令，其于办事之暇，即应将《大清律例》逐篇熟读，逐段细讲，务必晓畅精意，而于轻重疏密之间，以会其仁至义重之理，然后胸有定见，遇事可决，而民无冤狱”；<sup>[39]</sup>“或问：何以除其弊（按：指讼棍恶吏——引者注）？曰：熟读《大清律例》而已”<sup>[40]</sup>等等。

名吏方大湜将《大清律例》开列在候补官员的应读书中，并强调“办案靠幕友，审案则全靠自己，非

[31] 参见[日]仁井田陞：《东亚法典的形成》，霍存福等译，《法制与社会发展》2003年第1期。

[32] 参见前引[3]，寺田浩明文，第117页以下。

[33] 参见何勤华：《清代法律渊源考》，《中国社会科学》2001年第2期。[日]滋贺秀三：《判决の确定力观念の不存在——とくに民事裁判の实态》引用了皇帝亲自处断、做出改判的个案，参见前引[1]，滋贺秀三书，第234页以下。但这并不能说明皇帝对死刑重案等个案都亲自逐一地细心裁夺。

[34] 参见[日]中村茂夫：《比附の机能》，载前引[3]，中村茂夫书，第173页。

[35] 具体案例，参见王志强：《清代刑部的法律推理》，载王志强：《法律多元视角下的清代国家法》，北京大学出版社2003年版。

[36] 参见[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》，范愉译，载前引[3]，滋贺秀三等书；前引[1]，黄宗智书。关于二者分歧的评论，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》，《北大法律评论》第1卷第2辑，法律出版社1998年版。

[37] 参见前引[1]，黄宗智书，第87、106页。

[38] 翁传照：《书生初见》，光绪刊本。

[39] 田文镜：《钦颁州县事宜》，道光八年本。

[40] 刘衡：《蜀僚问答·禁制棍蠹在熟读律例》，同治七年江苏书局《牧令书五种》本。

幕友所能代劳。《汉书·薛宣传》云“吏以法令为师”。平日多记几条律例,审案时乃有把握”。〔41〕虽然不能指望当时每位官员都能谙熟律例,但辅之以幕宾,其在审断时完全有能力对律例有所顾及。

但另一方面,这种表面的尊重背后有着更深刻的实用的目的。从资料本身而言,美国学者所使用的档案出自官员之手,能够保留下来的档案或许就是官方特意用来应付上级、装点门面的。〔42〕从这个意义上来说,日本学者立足于私编判牍的结论未必偏颇。从观念的角度来说,私编判牍所反映的状况毋宁是更真切的,因为这才是官员们真正共同价值追求的表现。在表达与实践之间确实存在一定的疏离,但这种差别完全可能通过特定的制定法解释和推理方式来调和,以兼顾情理指向和律例规定,而不需要在这个问题上截然两分地说一套、做一套。需要做的,其实主要是如何合理地利用律例规则达到目标,至少也要包装得不至于太明显地偏离律例。由于自理词讼的判决不必例行审转复核,而在纯粹民事性问题(如有关金额、数量等律例不载的问题)的处断上,官员具有的自由裁量权更大。因此,清代听讼中,官员同样重视情理作为裁判根本价值取向的意义,并以此指引发现和运用制定法的法律推理过程。制定法在民事司法中发挥的这一工具性的作用,与命盗重案中其实并无二致。

进一步需要指出,这一根本精神其实在唐宋以来就没有实质变化。有学者认为,宋代民事性案件处理中,审判官的理念是,由于制定法基于情理而定,所以应该、而且确实是依法判决,“人情”存在于制定法之后,以制定法为中介才能显身;这与清代的状况有所不同。〔43〕其实,如果进一步探究宋代法官解释制定法的过程,就不难理解他们力图在司法中对制定法和情理进行沟通 and 协调的苦心孤诣。宋代法官都依法裁判民事性案件的论断,相对忽略了另一方面的问题,亦即本文所反复强调的:尽管情理这一目的性价值取向确实很少直接地否定制定法效力、直接确认裁判结果,但它往往指引着发现和解释制定法的路径和目的,一如《清明集》“命继与立继不同”等案中所清晰显示的。〔44〕正如相关研究所指出的,人情是解释制定法的基准,〔45〕这与清代并无不同。〔46〕因此,清代官员或许因为法律素养相对逊色,或许由于制度上并无要求,因而比宋代法官更少引用制定法,〔47〕但在运用制定法的司法精神上,其实是与之一脉相承的。

### 三、唐代以后的主流意识:形式性尊重与工具性运用并存

在中国古代司法中,官员们对制定法的态度经历了以西汉中期为界分的两个阶段。在此以前、上溯至秦代,司法理念在法家精神的浸润下,经历了短暂的“严格法”洗礼;在此以后,尽管法家吏道并未猝然泯灭,特别在隋唐以前仍不绝如缕,但其精神已逐渐蜕变。自唐代以后,形式性尊重与工具性运用相结合,是司法官员在判决中适用制定法的基本特色。

#### (一)形式性尊重

唐代以后的司法过程具有对制定法必要的形式尊重。首先,官员们并没有权力、事实上也并未宣

〔41〕 方大湜:《平平言》卷一《候补宜读书》,光绪十八年资州官廨本。

〔42〕 参见郭建:《于“细事”处见宏大:评黄宗智〈清代的法律、社会与文化〉》,《中外法学》2002年第6期。

〔43〕 参见〔日〕佐立治人:《〈清明集〉的“法意”与“人情”》,《中国法制史考证》丙编第三卷,姚荣涛译,中国社会科学出版社2003年版,第461、475页。

〔44〕 相关分析,参见前引〔3〕,王志强文。

〔45〕 参见前引〔43〕,佐立治人文。

〔46〕 参见前引〔36〕,滋贺秀三文。

〔47〕 同上文,第25页;Allee Mark, *Code, Culture, and Custom: Foundations of Civil Case Verdicts in a Nineteenth-Century County Court*, in *Civil Law in Qing and Republican China* (K. Bernhardt & P. C. C. Huang ed.) 125-129 (1994); 林端:《韦伯论中国传统法律——韦伯比较社会学的批判》,台湾三民书局2003年版,第125页以下。另外,承寺田浩明教授示教,明代有关户婚田土等档案和判语中,许多都是引用“不应为”律处断案件。这恐怕一方面正显示了官员需要用个别的法条装点门面、确立裁判的正当性和权威性,另一方面,则在制定法不周全甚至阙如的情况下官员具有更大的自由裁量余地。

称:基于他们所认同的经典大义、天理人情,或其它某项抽象原则,中央制定法的某项规定由于与其相背离、因而无效。即使位极刑部、又对当时律例满腹怨言的清季陕派律学大家薛允升,也只能遮遮掩掩地在《唐明律合编》中通过批评明律而指点清律,在《读例存疑》中诟病诸多条例的非理之后提出修改建议。即便如此,也已经是异常大胆之举了。

其次,正如前述所显示的,在古代中国,尽管实体原则的决定性意义日益彰显,但对制定法的形式依赖,在唐代以后,始终不同程度地以各种方式顽强存在。单纯的道德价值、情理判断通常并不能独立门户,不能绕过制定法直接指向裁判结果。在清代刑事性裁判、特别是高层司法机关所做的判决中,几乎所有的案件中明确地引述了制定法或成案,而后的适用中,无论是类比、区别,还是最后判定刑罚,其实也往往以律例为基础。<sup>[48]</sup>即使民事性裁判,如宋代《清明集》250件民事性案件中,言及“人情”这一判断基准、又说它“固非法意”的共30件,只占一成多,而实际上明显违曲法意的仅7件。<sup>[49]</sup>如果法官认为恪守某一制定法的文义将产生明显不合理的结果,他所做的,是规避而不是否定,是千方百计试图论证该规则的不适用性和其它规则的可适用性,是仍然回到浩繁的制定法及司法惯例中努力、细致地寻找其它立足点,而不是抛开条规、自行其是。

同时,在技术方式上,裁判遵循一定的规则框架和最基本的形式逻辑。在判决中,官员通常都叙明基本事实,列述所依据的制定法,在命盗案件中有时还略释法意、以说明大小前提二者之间的对应关系,最后明确判决结果。如果案件复杂,即事实存在争议、或涉及的法律依据并不清晰,裁判通常还会辨明何以认定该项事实,以及何以在数项相关规则中选择适用的准据法。只要回顾一下秦汉文书程式所达到的水平,就不难判断,在基本形式上,古代司法中对三段论的认知和应用,并不逊色于时下。

因此,司法过程中这种对制定法的援引不仅仅具有象征性作用,它体现了一种对规则的尊重精神以及对这种精神的制度保障。这对司法的思维过程具有重要影响。

## (二)工具性运用

尽管制定法得到形式上的尊重,在司法过程中,定型于唐代、富有特色的法律适用方式,仍然使制定法仅仅发挥着实用性的工具作用。

在运用制定法的过程中,官员们的司法能动性很强。这突出表现在解释技术上缺乏对文义解释方法的充分尊重。在疑难案件中,运用较为复杂的法律解释和推理方式在现代社会中并不少见,但在解释规则上,现代司法一般都充分尊重文义解释的优先适用性,<sup>[50]</sup>但唐代以后的正统司法理念中,文义解释并不具有这种优越地位;在许多情况下,甚至更多地处于劣势地位。坚执法意只是刻薄小吏所为,循良长官则须深明道理。官员普遍追求在个案中最大程度地实现判决的个案公平和社会效果合理化。

在刑事类案件中,法官关注的是情罪相符,绝对适度地惩罚犯罪,<sup>[51]</sup>并以此为基本手段安靖地方;民事纠纷中,尽可能彻底地平息争端、以可行性强的方式解决纠纷,而不仅简单剖判是非,常常为官员所孜孜以求。因此,法律事实和法律关系所涵盖的范围可以不断扩展,法律解释和推理中常常充满对制定法体系及其本意的探究,借助经典大义、诉诸实体价值评判和社会目的等理由,以论证某一制定法的内涵及其适用与否的合理性。即使在遵循文义解释的前提下,制定法以外的其它理由仍经

[48] 参见王志强:《清代成案的效力和其论证中的运用方式》,《法学研究》2003年第3期。

[49] 参见前引[43],佐立治人文。

[50] 参见张志铭:《法律解释操作分析》,中国政法大学出版社1999年版,第174、184页。

[51] 对情罪相符的重视,参见D·布迪、C·莫里斯:《中华帝国的法律》,朱勇译,江苏人民出版社1995年版,第415、429、446页(注31);Fu-meí Chang Chen, *On Analogy in Ch'ing Law*, 30 Harv. J. of Asiatic Studies 212, 216 (1970);前引[35],王志强文。

常被引述。在平民百姓看来,官府裁判的结果和依据是所谓“官断十条路,九条人不知”,<sup>[52]</sup>这一方面当然是由于官府对法律知识的垄断,另一方面也反映了法律推理存在多种可能性。这体现出制定法文义解释的效力有限,也反映了裁判者所具有的巨大能动性。

在这种司法过程中,直觉和经验扮演了重要角色。裁判所要确立的目标,常常并非来自制定法的文义本身,甚至不仅体现在简单的意识形态、道德判断的原则中,而是由案件具体情形的方方面面综合决定。有学者指出,在清代的民事诉讼中,从法社会学角度看,并不存在先于纠纷和裁判、预先将纠纷和审判的应有状态都纳入框架的“法”,真正的“法”是在纠纷和解决纠纷过程中被实时处理地产生的,并且与所形成的内容和现实状态处于不即不离的关系。<sup>[53]</sup>在刑事司法中,终极目标是“情罪相符”,或者称为“情法之平”(情法の平),因此律例在其中并不具有现代“规则”的意义。<sup>[54]</sup>“实事求是”、立足于个案特点确立裁判方向的风格,实际上贯穿于各类案件的裁判。这种先于规则分析的方向性确认,在具体而综合的考量过程中,必须依靠吏道经历和价值判断组成的混合经验直觉来实现。

与此相应,司法相对轻视严密的完整性、逻辑性和思辨性。立法者并不强调规则本身的穷尽性,如乾隆皇帝《御制大清律例序》中所说“有定者律令,无穷者情伪也”,<sup>[55]</sup>因而寄希望于司法的用心明慎,也认可在律例无正条时运用比附、加减等方式,或在听讼案件中更灵活地裁量。同时,由于司法的目标发现主要借助于直觉的经验体认,这也使对实定法的研究缺乏进一步的抽象思辨,而更多地表现为实用性注释或成案汇编。

在唐代以后的司法中,一方面,制定法得到官员们充分尊重,他们从不试图在形式上完全否定或背离制定法的基本要求,但另一方面,制定法仅发挥着实用的工具性作用。司法中从不执迷于规则文义,而毋宁是尽最大努力地利用规则。制定法的开示在不少情况下都只是实现其它价值目标的形式。如果这些目标与制定法规则之间出现差距,官员们将巧妙运用各种发现和解释制定法的方式,千方百计实现表达上的有法可依。在司法实践中,精致地利用规则并自圆其说的能力是对裁判者的基本要求。从汉唐决狱到清代断讼,无论刑、民,虽有程度差别,但根本精神上莫不如此。

### (三)成因试析

古代司法中对制定法尊重而实用的精神,是一系列矛盾和悖论的产物。在思想渊源上,这种执法方式是法家与儒家思想对立并存、不断融合的结果,分别体现了两派学说的部分主张,因此肇始于新儒学渐兴而法吏之势仍盛的西汉中期。形式上对制定法的尊重,是秦汉法家吏道传统的延续和变型;而不执迷于规则的精神,主要可追溯到先秦儒家对规则的灵活态度,当然在一定程度上与法家缺乏对权力合法性探讨、将“法”作为驭民之具的工具主义立场也不无关系。如果说在政治体制上,秦汉以后奉行的是所谓“儒表法里”的精神,那么在司法实践中,倒似乎可以说其特色实际上是“法表儒里”。

制定法在司法中的这种状态,也是专制集权的官僚体制与客观社会需要相互调和的结果。在立法模式上,一罪一刑的律典立法体例自秦至清没有任何变化。在刑事审判中,官员自由裁量权在形式上被完全剥夺,只能在制度框架内亦步亦趋,这反映了君主专制中央集权体制下官僚政治的要求。连署文案和错案追究制,更使刑事审判中的唯一正确性显得煞有其事。从官员自身的利益考虑,在现实政治生活中,于法有据是强化自身权力和自我保护的重要手段。<sup>[56]</sup>如重案的例行审转复核,应对当

[52] 类似俗谚在方志中记载甚多,参见民国《奉天通志》、《张北县志》、《大名县志》、《新河县志》、《获嘉县志》、《西昌县志》和《徐水县新志》等方志中“礼俗”的“方言”部分。

[53] 参见[日]寺田浩明:《中国清代的民事诉讼与“法的构筑”——以淡新档案的一个案例为素材》,李力译,载《私法》第3辑第2卷,北京大学出版社2004年版,第323页。

[54] 参见[日]寺田浩明:《清代刑事裁判における律例の役割・再考》,载大岛立子(编):《宋-清代の法と地域社会》,东洋文库2006年版,第265、275页以下。

[55] 《大清律例》“御制序文”,法律出版社1999年版,第5页。

[56] 参见徐志明:《明清刑事诉讼“依法判决”之辨正》,《法商研究》2005年第4期。

事人缠讼不休、<sup>[57]</sup>自理词讼常规月报<sup>[58]</sup>、以及不可预见的上控,都可能对裁判的正当性构成挑战。但制定法本身必然存在的疏漏、客观现实的多样性和社会对实质公平的要求,使司法官员必然在体制允许的范围内大做文章,细致地构筑事实与相关制定法之间的联接点;这种现象,在较复杂的案件处理中表现得更为突出。

另外,官员们的教育背景与政务实践的要求存在背离现象,也是造成这种制定法运作状态的重要原因。唐代之后科举之制渐盛,士子为取得政治地位,苦读儒经、子史,修习赋诗作文,而考试要求的是帖经墨义、策论宏篇乃至八股文章。这决定了其基本价值走向。汉代曾一时称盛的律学世家在后代难复其旧。虽然关于制定法的考核在唐宋曾成为定制,<sup>[59]</sup>但作为各级裁判官员的整个士大夫阶层并非以研习和实践法律为职业,他们之间的认同也完全不是基于法律活动,而是基于儒学经典的价值传统。清代的幕宾阶层主要以法律实务为业,基于地缘和职业等原因形成相当的群体内部联系,<sup>[60]</sup>具有法律共同体的特征。但幕友大多数是科场失意之士,社会地位相对并不高,影响力也有限。而且,他们也深受正统观念浸润,倚重儒学,博通经史。<sup>[61]</sup>因此,并不存在强大而相对独立、专门以法律为职业的共同体,也就缺乏相对独立于社会一般价值判断的法律解释规则和推理技术。但政治机制和官僚体制却要求司法过程必须有法可依、有章可循,因此制定法便在双重的要求和背景下扮演着这种复杂的角色。

#### 四、余论:现实意义

“法令者,治之具,而非制治清浊之源也。”<sup>[62]</sup>揭明中国古代司法中制定法的这种地位、这种工具主义的适用方式,其意义恐怕不仅是纯学术的。它或许能够唤起思考当代中国司法的一些问题意识。

首先,如何认识中国当代基层司法的理念及其成因?对中国当代基层司法的研究显示,法官更关注“纠纷解决”而非“规则之治”,具有很强的实用理性的倾向;这被认为主要是社会客观条件制约的结果。<sup>[63]</sup>近年影响较大的典型案例,如黄永彬财产遗赠情人案、齐玉苓受教育权案等,均可看到这种理念的余波。<sup>[64]</sup>将这种状况与上述古代中国司法中制定法的适用方式相比较,也许二者之间并无实质的差别。这种相通仅仅是不约而同的巧合吗?似乎未必尽然。当然,我们可以把帝制中国的理念同样作为当时社会条件的产物,予以同情的理解,然后将观念上现实与历史的这一类似现象,解释为客观社会状况并未发生实质性的变化,或者说,社会资源配置与制定法的规则存在相当的疏离这一状况并未改变,所以“天不变道亦不变”。然而,任何社会的法律制度都会受到来自社会客观条件的制约,西洋社会也不是自古就有现代的物质基础以保障其制定法落实的,制定法规则、对公平的追求与社会资源三者之间的疏离,其实是任何社会所恒有的现象,并非为中国所独专。这里并无意宣扬一种唯灵论的旧说、声称都是“传统”惹的祸,但历史惊人的相似提醒我们,即使并不一直具有排它的、决定性的

[57] 参见《州县提纲》卷二《示无理者以法》,文渊阁四库全书本。

[58] 参见《大清律例》卷三十《刑律·诉讼·告状不受理》,第479页。

[59] 霍存福:《张鹭〈龙筋凤髓判〉与白居易〈甲乙判〉异同论》,《法制与社会发展》1998年第2期;季怀银:《宋代文职官吏的注官法律试》,《河南大学学报》1992年第4期。

[60] 参见王振忠:《十九世纪华北绍兴师爷网络之个案研究——从〈秋水轩尺牍〉、〈雪鸿轩尺牍〉看“无绍不成行”》,《复旦学报》1994年第4期。

[61] 参见张伟仁:《清代的法学教育》,载贺卫方(编):《中国法律教育之路》,中国政法大学出版社1997年版,第222页。

[62] 《史记》卷一百二十二《酷吏列传》

[63] 参见苏力:《送法下乡——中国基层司法制度研究》,中国政法大学出版社2000年版,第176页以下。

[64] 为实现特定的裁判目的,前案中法官不顾特别法的明确规则,直接援引《民法通则》基本原则;后案的判决更不惜突破常规,直接援引宪法条文。但事实上是否合乎法理、是否必要、已明显受到有力质疑。参见胡吕银:《法律行为内容的限制与违反善良风俗的适用——对一起遗嘱继承案的法理剖析》,《法学论坛》2001年第3期;童之伟:《宪法司法适用中的几个问题》,《法学》2001年第11期。

作用,也未必能够完全撇开群体观念无意识地传承,否认它在一定客观条件下长时间存续、逐步蜕变的顽强性,如法家恪守形式的吏道传统。问题的关键,也许在于通过因果关系的类型化研究,更实证性地说明:究竟是哪些社会的、历史的客观条件,通过怎样的形式,根本性地决定了现实的状态?

更进一步,如何评价制度西方化的影响和本土固有制度的价值?如果将古代中国司法中对制定法尊重而实用地运用这一特色视为社会客观条件与制定法一定程度疏离的结果,即承认当时的制度也并未在形式上完全对应社会的需要,一部分案件同样需由法官经过灵活的斟酌、综合的权衡才能解决问题,那么,当代中国在司法过程中一定程度上出现的制定法与社会脱节的问题,真的完全都是制度西方化所致吗?当我们感叹秋菊的困惑之际,如果发现我们的先人们在没有“与国际接轨”的压力之下,也并没有能够——或者可能根本就无意于——创造出的一套满足“形式理性”要求的、完全对应社会需要的、完善的制定法规则,那么,祭出发扬国粹的法宝、在古代典章制度的文本中徘徊寻觅,是否就能寻出解决这种脱节问题的良方呢?

最后,如果这种对待制定法的态度在当代中国仍然有其影响,那么其前途何在?这种精神是否可以一定程度上解释时下中国法律学术和实务界对实用主义法学的相当亲和?如果这种影响不可能在短时间消弭,那么,乐观地看,其背后的理念,即对制定法规则的形式性尊重和工具性运用,是否可能经过职业化、独立化之后的法官的改造,通过现代法律解释规则的锤炼,融入中国将来的司法,并与此项可能的成功同步,在学术上创造出更有意义和贡献的中国法的理论?

---

**Abstract:** Based on empirical analysis of judgments in imperial China, this article discusses the feature of application of written law during adjudicative process from the Qin Dynasty to the Ming and Qing, outlines its development and transition, and explores its characteristic and reasons. It is purported that a strict reliance on written law in the Qin and early Han was transformed since the mid-term Western Han. The written law played significant roles in judgments through formalistic references, but was applied with pragmatic consideration. Firmly established since the Tang together with the new legal ideology and institutions, this characteristic defines the functions of written law in China since then. Even today, it still has enormous influence which invites more questions and deliberation.

**Key words:** the deferment of prosecution, de-crimination, general defense, special defense

---