

· 前沿探索 ·

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

霍存福

(吉林大学 法学院, 吉林 长春 130012)

内容提要: 本文将情理法视为中国传统法文化的文化性状, 把对于法律的情理化或情理性理解作为古人对法律精神、法律基础的文化追寻, 重点探讨了情理作为司法要求发轫于断狱, 扩展于以情理去理解法律的依据、法律的精神, 延伸于立法中贯彻情理要求及其内容, 分化于对情理的理解发生分裂的传统中国整个情理法的发生、发展和演变过程。本文潜隐着把情理法作为整部法律史理解的意识, 对古代讲究情理的传统在立法、司法上的主要表现作了尽可能详细的叙述, 就其对现代法观念的影响也作了简单的概括。

关键词: 传统法文化 文化性状 文化追寻 情理法

9年前, 3个青年人做就了一个大题目——《情理法与中国人》, 依据他们当时的学力基础, 对中国古代的情、理与法的关系作了可贵的探索。^①与此同时或稍后, 包括法律史学界的资深学者和专家在内, 也对这一问题作了讨论。他们或论述情理对法的制约功能, 或探讨司法上执法原情持久不衰的原因, 或揭示情理的内容及其实践表现, 等等。^②这不啻是一个论题的开辟。它所代表的是对中国传统法律的文化性状问题的探讨, 代表着对古代人于法理学层面上对“法律本原”的文化追寻的回味, 因而具有研究的基础性或根本性品格。

法与情、理之间, 确实有一种令中国人剪不断、理还乱的特殊东西在。流传于今的成语或熟语, 诸如表示行为属性时所用的“合理合法”、“合法合理”、“合情合理合法”, 标示着情理与法的可能的一致性; 甚至标明情理与法律在实践中不一致的熟语, 如“合理的不合法”、“合法的不合理”, 也在昭示着情理与法的错位与背离情形的普遍性。情理与法有着特殊的联系, 而中国人似乎也有了一种理解法律必得牵扯上情理的特殊情愫。

事实上, 从古代直至近代的中国人, 在对本朝或前朝的法律、法典进行评价时, 确实用情、理作为标准的。

元人柳贯《故〈唐律疏议〉序》云:“然则律虽定于唐, 而所以通极乎人情、法理之变者, 其可画唐而遽止哉?”这是说, 唐律已经“通极乎人情、法理之变”, 但这一成就或状态并没有遽止, 元朝人努力于人情、法理之通变的法律制度是这一长过程的继续。

明人刘惟谦等《进明律表》:“陛下圣虑渊深, 上稽天理, 下揆人情, 成此百代之准绳。”这是讲, 经朱元璋钦定的明律, 是依据天理和人情酌定的。

清乾隆皇帝御制《大清律例序》云:“朕……简命大臣取律文及递年奏定成例, 详悉参定, 重加编辑。揆诸天理, 准诸人情, 一本于至公而归于至当。”这是讲, 乾隆命大臣

作者简介: 霍存福, 男, 1958年生, 河北康保人, 吉林大学法学院教授, 博士生导师, 法学博士。

制定的清律，也是依据天理和人情订定的。

洎乎近世，西学东渐以来，人们仍是如此看法。深谙中国法律的沈家本，在比较了中西法律、法学之后，云：无论旧学、新学，“大要总不外‘情理’二字”，“不能舍情理而别为法也。”^③则事情不仅关涉中国，而且可以通用于外国。这可以说是几千年来中国人熟悉的思维路径的一个总结。

这样，无论实际情况如何，我们都不得不注意这个现象：中国人喜欢说他们的法律有所依据，不是凭空而来的。而且，依据情理（无论这里的“理”是“法理”还是“天理”）制定的法律，甚至具有“至公、至当”的品质。

那么，实际情况如何？这一过程是从哪里开始的？结局又如何？

一、情理：发轫于断狱的司法要求

学者们注意到，宋明清以来，“情理”一词在司法上运用渐广。^④确实，最初对“情”的强调，也是从司法领域开始的。所谓情理，在其初，不过是发轫于断狱的司法要求。

断狱必得先弄清案情、得到真情，并要据此案情、狱情判断，^⑤这在古人是明确的。但春秋时期的孔门弟子，却将这一问题纳入一种特殊的考虑之中。《论语·子张》云：

孟氏使阳膚为士师，问於曾子。曾子曰：“上失其道，民散久矣。如得其情，则哀矜勿喜。”

在孔门弟子中，这是最早问及“典狱之法”的例子。对于“为轻易漂（黜）掠犯于刑法”已久的民人，应当“哀矜之，勿自喜能得其情”。此“情”当然是具体的狱情、案情。

这样一个立场，反映着儒家对犯罪根本原因的认识，对后世有着较大的影响，并由此形成了“原情”论罪的一个支脉。元张养浩《牧民忠告》卷下云：

人之良，孰愿为盗也，由长民者失于教养，动馁之极，遂至于此，要非其得已也。尝潜体其然，使父饥母寒，妻子愠见，征负旁午，疹疫交攻，万死一生，朝不逮暮，于斯时也，见利而不回者能几何？人其或因而攘窃，不原其情，辄置诸理，要笞关木，彼固无辞。然百需丛身，孰明其不获已哉！古人谓‘上失其道，民散久矣。如得其情，则哀矜勿喜。’呜呼！人能以是论囚，虽欲惨酷，亦必有所不忍矣。

就是说，对犯罪固然要惩罚，但心中常存一个体谅之念——中国式“恕道”的换位思考，就能哀矜折狱而不流于残酷。明邱濬《大学衍义补》卷一百〇六也谓：

后世民之所以易于散者，以上无聚之之道故也。饥寒迫身，则散；徭役烦扰，则散；赋敛重多，则散。散则无情，无情则无义，无情无义则键讼之风起，而争夺之祸作矣。此治狱者得狱之情，必加之哀矜而不可喜也。哀者，悲民之不幸；矜者，怜民之无知；勿喜者，勿喜己之有能也。

不矜又能成为基本的立场。

进一步地，对这样的“狱情”、“案情”之“情”的体谅，导致司法中“情有可原”之类词汇的出现。《新唐书·列女传》载：

山阳女赵者，父盗盐，当论死，女诣官诉曰：“迫饥而盗，救死尔，情有可原；能原之邪？否则请俱死。”有司义之，许减父死。

这是比喻按照事理或情节，有可以原谅的地方。“原情”（实际是在追溯犯罪的根本原因）之讲究情理的做法，就被延续了下来。至清朝扩而充之，甚至形成了《情有可原

例》。

而类似的做法，在皇帝那里也出现过。《宋史·刑法志》载：

凡岁饥，强民相率持杖劫人仓廩，法应弃市，每具狱上闻，辄贷其死。真宗时，蔡州民三百一十八人有罪，皆当死，知州张荣、推官江嗣宗议取为首者杖脊，余悉论杖罪。帝下诏褒之。遣使巡抚诸道，因谕之曰：“平民艰食，强取糗粮以图活命尔，可从盗法科之。”天圣初，有司尝奏盗劫米伤主，仁宗曰：“饥劫米可哀，盗伤主可疾。虽然，无知迫于食不足耳。”命贷之。

与此同时，将“情”与断狱作一种确定的联系，要求断狱者“尽情”察狱（即尽己“情”以断狱），也被作为一种司法要求提了出来。

《左传·庄公十年》载，鲁庄公与大夫曹刿议论鲁国对齐国作战的凭恃，庄公的分左右以衣食的“小惠”，祭祀不敢妄自夸耀的“小信”，分别被曹刿断定为“民弗从”和“神弗福”，都不是可以进行反击战的优势。而当庄公说他对“小大之狱，虽不能察，必以情”时，曹刿才说：“忠之属也，可以一战。”这里的“必以情”，注云：“必尽己情察审也。”又云：“上思利民，忠也。”疏云：“言以情审察，不用使之有枉，则是思欲利民，故为忠之属也。”

“尽己情察审”，是要求司法者有一种负责的态度。这种态度被当作最早的司法道德，被划入“忠”这一范畴，是“利民”、得民之举。这形成了原情断狱的另一个支脉。后世皇帝、官员断案时常说“情所未安”，其中主要是“尽己情”的问题。唐太宗在谈到唐初法律对谋反罪不区分情节轻重而予相同连坐时说：“然则反逆有二：一为兴师动众，一为恶言犯法。轻重有差，而连坐皆死，岂朕情之所安哉？”^⑥

鲁庄公之“小大之狱，虽不能察，必以情”，绝不是孤鸣。按《周礼·小司寇》：“以五刑听万民之狱讼，附于刑，用情讯之；至于旬乃弊之，读书则用法。”郑玄曰：“‘附’犹著也。以情理讯之，冀其有可以出之者，十日乃断之。”贾公彦曰：“以囚所犯罪附于五刑，恐有枉滥，故用情实问之，使得真实。”无论这里的“用情讯之”，究属“以情理讯之”还是“用情实问之”，其将“情”引入审判则是没有问题的。

这里有个问题值得注意，“尽己情”就不能不顾案件之“情”，就如同唐太宗那样要考虑客观案件的轻重不同之“情”。因之，“察必以情”或“用情讯之”，在形式上似乎是单调的，因为它只是“尽己情”，但“己情”在遇到具体、复杂、丰富的现实案件时，就衍出许多变化来，因而使“情”的讲究依准于客观案件的具体情状，从而显出丰富性。因此，以情断狱实际包含着复杂、丰富、多样。

断狱以情的这两个支脉，原本是有相当的联系的。实际上，它们约略相当于宋朝郑克的所谓“用法忠恕”之道。郑克云：“按昔人称郭躬‘推己以议物，舍状以探情’。夫‘推己以议物’者，恕也；‘舍状以探情’者，忠也。”^⑦“推己以议物”，即是换位思考的“恕道”，自不待言；鲁庄公的“察必以情”的利民之“忠”，在这里被表述为“舍状以探情”之“忠”，二者之间有区别又有联系。“尽己情察审”，方能舍弃表面上浮现出来的外在状态，而探寻其内里情形，所谓“舍状以探情”者是也。两个“忠”的范畴，都是要解决案情的真伪问题，故又都与“恕”相联系。“得情”之“情”既是案情，而欲得案情之真伪，必得“尽己情察审”，必要时也得“舍状以探情”。按照儒家立场，只是在此时必须保持一种“哀矜勿喜”的态度。

仔细地将二者作一下分析，就会发现：前者是一种司法态度，而后者虽包含了态度问题，在本质上却是一种司法技术。从前者，产生了“以情恕”的司法倾向，并被熟读

经书的儒家化的官吏们所坚持；从后者，出现了“以情察”的司法技术上所遵循的原则。后世十分重视作为司法技术的“以情察”的一面。^⑧在司法实践中，“狱贵情断”、“察狱以情”、“狱当论情”等被相继提出来了。^⑨它们被用以解决各种各样的具体问题。

先是解决罪之大小的问题。东晋“安帝义熙中，刘毅镇姑熟。尝出行，而鄱陵县吏陈满射鸟，箭误中直帅，虽不伤人，处法弃市。何承天议曰：‘狱贵情断，疑则从轻。昔有惊汉文帝乘舆马者，张释之断以犯辒，罪止罚金。何者？明其无心于惊马也。故不以乘舆之重，而加异制。今满意在射鸟，非有心于中人。按律‘过误伤人三岁刑’，况不伤乎？微罚可也。’”^⑩这里的“情”等于无心、有心、意，即有无动机。司法必须考虑动机等“情”。

其次是解决罪之有无的问题。依据对案情的把握和理解，从而判断所谓“犯罪事实”是否存在，情理就成了基本手段。唐朝徐有功断决宕州刺史皇甫怀节与芳州刺史李思征谋反案，就从二人仅仅单独说话，同谋“无由”，共语又无“语状”，而且放散所领兵马，指出“察狱以情，未闻此理”，断定皇甫怀节不存在谋反事实，定是诬告。^⑪宋朝孙立节在处理战败吏士之罪时，主张“狱当论情，吏当从法”，只处理了“逗挠不进”的“诸将”，而对上官欲杀的“大小使臣十二人”，坚决不予治罪。^⑫东汉明帝时处理颜忠、王平等狱，面对颜忠、王平的诬指他人为共犯，侍御史寒朗即坚持“以情恕”，竭力辨明被诬牵连的其余人无罪。^⑬

实际上，在“情理”讲究之下，故意过失、动机善恶等问题，都已经被纳入“原情”之中。^⑭

邱濬云“原其情则非故也”，“不问情之故误”^⑮，是直以“故误”为“情”。而原情首重诛意，故有人说：“夫律法之设，诛意与诛事兼行者也。以诛意者原情，故‘谋’、‘故’者斩，所以诛犯者之凶心也；以诛事者揆法，故非杀讫不问‘谋’，非当时身死不问‘故’，所以防尸亲之图赖也。”^⑯又有人云：“论法不容以醉宽，而原情则实以误中。夫戏、误、过失，三杀同条，过失最轻，以其心非杀人之心，其事非杀人之事也。惟误杀中又有辨焉，因‘谋’、‘故’杀而误杀旁人者，以故杀论；盖其心乃杀人之心，为其事亦杀人之事也。诛意、诛事，律兼行之。本意殴杀者罪重，则误杀旁人其罪亦重；本意殴杀者罪轻，则误杀旁人其罪亦轻。星灿所殴者妾也，即或殴死，按律不过满杖满徒，而况乎误杀！而况乎醉后之误杀哉！”^⑰

正当防卫也被当作一种“情”置于可原之例。唐柳宗元为柳州刺史，州民莫诚救兄，以竹刺其人右臂，经十二日身死。准律：“以他物殴伤，在辜内死者，依杀人论。”宗元上状观察府，谓：“莫诚赴急而动，事出一时，解难为心，岂思他物？救兄有急难之戚，中臂非必死之疮，不幸致殁，揣非本义。按文固当恭守，抚事似可哀怜。律宜无赦，使司明至当之心；情或未安，守吏切唯轻之愿。”邱濬说这是“部民犯法，情有可矜”。

又，唐穆宗时，14岁的康买得，因其父康宪被善于角抵的张莅所拉，气将绝，遂用木锤击张莅头部，见血死。有司当以死刑。孙革奏：“买得救父难，非暴击。《王制》称五刑之理，必原父子之情；《春秋》之义，原心定罪。今买得幼孝，宜在哀矜，伏冀中书门下商量。”敕旨：“买得尚在童年，能知子道，虽杀人应死，而为父可哀。若从沈命之科，恐失原情之义。宜付法司，减死罪一等处分。”邱濬评论曰：“论罪者必原情。‘原情’二字，实古今灑狱之要道也。”^⑱

这二例，在今天看来，属于正当防卫。^⑲按照当今的原理，尤以后者为典型。康宪“气将绝”，其生命受到侵害；其子用致死对方的方法进行救助，属于侵害方法、强度与

防卫方法、强度相应的情形。这属于他人人身权受侵害，而采取的正当防卫行为。前者只云“救兄”，似未谈程度，但从“解难”“赴急”看，似情形也较危急。而从“中臂非必死之疮”而言，防卫程度也未过当。

与今不同的是，此二例都掺入了一个伦理问题。前者为救兄，后者为救父。在讲究伦常的社会里，这个问题又特别容易被注意到。未见无亲属关系者救助之例。^⑧

需要说明的是，原始的古老传统（这一传统尤其被儒家所发扬）的以情断狱所表现出的对法律或规则的偏离倾向，在秦以后的历史中，变得逐渐突显出来。汉初已开始了扭转专依法律为准的司法倾向，而考虑了“人心”之服与不服。汉景帝中五年，诏：“诸疑狱，若虽文致于法而于人心不厌者，辄谳之。”邱濬曰：“‘文致于法’，谓原情定罪，本不至于死，而以律文傅致之也。傅致于法，而于人心有不服者，则必谳之，使必服于人心而后加之以刑，否则从轻典焉。”^⑨而后，汉代兴起的春秋决狱又使得断狱以“情”的过程加快。^⑩这自然导源于法家法律规范（及其原则精神）与儒家意识形态的二元冲突。

同样需要说明的是，原情断狱，在理论上有时被强调为是君主的权力。面对司法实践中探寻情理的潮流，有的人开始提出不允许法官径直谈论情理而断的做法。晋时熊远谓：“凡为驳议者，皆当引律令经传，不得直以情言，无所依准，以亏旧典。若开塞随宜，权道制物，此是人君之所得行，非臣子所宜专用也。”^⑪司马光也说：“执条据例者，有司之职也；原情制狱者，君相之事也。”^⑫但这只是一种理想中的权力分配，它的出发点是保证法律实施的划一，以免被众多的法司、众多的法官所提出的数不清的“情”的讲究冲淡了法律的统一实施。但为保证法律的合理实施，君主常对臣下提出“原情定罪”的司法要求。唐贞观二年三月，太宗看了大理少卿所进的每月囚帐，问曰：“其间罪亦有情可矜，何容皆以律断？”对曰：“原情有罪，非臣下所敢。”后下令：“曹司断狱，多据律令，虽情有可矜，而不敢违法，守文定罪，或恐有冤。自今门下覆理，有据法合死而情在可宥者，宜录状奏。”^⑬

二、情理：对法律依据、法律精神的理解

情理是法律的精神。铺陈情理就是挖掘法律的精神。以情理来理解法律，一般被认为是对法律精神的一种深刻理解。^⑭这是就一般而言。实际上，情理包含的内容很广泛，它们之作为法律依据和法律精神，也是从多方面展开的。

断狱以情，“断”既是原出处，故后来对法与情理的关系的发掘，也是从司法领域开始的。情理之于法，古人是将它看作法律依据的。

（一）法律可以“人情”求之——“三尺律令，人事出其中”

由“人情”而求得法律之精神，最早的恐怕是朱博。他是法家倾向比较明显的人。在这方面，我们可以明显看到法家理论是如何融入儒家派的思想领域中的。

汉成帝的廷尉朱博是地方官吏出身，对法律条文不精熟，自己担心被下属作弄了。于是就令廷尉正、廷尉监以及专掌法条的掾史们翻箱倒柜，把历来难以断决的疑难案件都找出来，以备他当众重新断决一次，检验能否与过去的判决相符合。僚属们本来就对这位新来的长官持轻蔑态度，他们满以为就要看到这个外行司法长官的大笑话了。于是，就在旧案中挑了几十个最难断的案件原状，送到了朱博面前。朱博把所有的僚吏都召集来，逐个地听取案情说明，然后作出判决。结果，“十中八九”。但朱博说得很轻松：“三尺律令，人事出其中”，我不过是用二十多年做郡守断案的经验来断决的。^⑮

朱博说自己是“武夫”，他确实不是“文吏”。他是个从基层提拔起来的地方官，曾做过亭长、县功曹、丞、郡督邮书掾、郡功曹、县令、州刺史、郡太守、左冯翊、大司农，一直做到廷尉。他的意见是：他不如廷尉府的其他官员是“文吏”、“法吏”，专业素养如何地高，他“不通法律”，因而可能在适用法律方面出现判断错误问题。

同时，朱博所断也不是一般的案件，而是“前世决事吏议难知者”，是疑难案件。汉廷尉作为最高司法长官，其职责主要是“职典决疑，当漱平天下狱”。这可能使他不能径直引用法律条文进行断决（这方面，恰是他所短），而只能根据他过去做地方官的经验进行判断，所谓“治郡断狱以来且二十年”的积累。靠这个积累，他要“为诸君覆意之”。如淳曰：“但欲用意覆之，不近法律事故也。”就是说，法律名词等法言法语，他可能讲不出多少来；判断的法律依据，他也不可能直接指出来；但他有的是“意”——对法律中所包含的“人事”的谙熟。关于“人事出其中”，颜师古注就说：“言可以人情知之。”

朱博的“人事”或“人情”，不完全是后世儒者所谓“人情”。从他行事的情况看，应当是指法家所谓的“人情”——即基于利害关系的一套学说，包括人性本恶、人皆有“自为心”、权术、上下级斗争等。

朱博的观点，可以说是法律与人事（或人情）的统一说。即认为二者的主旨、精神是一致的。本质上无截然对立或矛盾冲突的情形。这样一个思路，在后世也有表现。

这样一种对法律的理解，往往是司法上灵活处理的滥觞。这种灵活处理，往往并不斤斤于法律规定的形式要件，而是孜孜于是否合乎人情事理。

汉代著名的“何武断剑”案、宋代张泳的“三七倒置”案，都是情理之断，它们探求遗嘱的真意，都是一种人情化的处理。

何武断剑，“悉夺其（女婿）财与儿”，不以老翁的遗嘱只“予儿一剑”、家财“尽与女婿”的约定；张泳“乃命以其财三分与婿，七分与子”，也不考虑原遗嘱“三分与子，七分与婿”的约定。此皆在内容上违背了遗嘱的字面含义。对此，《折狱龟鉴》的作者郑克，采取了法理与人情的分裂式理解和解释方式，他说：

夫所谓严明者，谨持法理，深察人情也。悉夺与儿，此之谓法理；三分与婿，此之谓人情。（何）武以严断者，婿不如约与儿剑也；（张）泳以明断者，婿请如约与儿财也。虽小异而大同，是皆严明之政也。^⑥

在这里，主观动机的善恶，是决定判断的标准：

何武所谓“法理”——不予剑——主观恶性大（贪利而不践约）——夺

张泳所谓“人情”——予 1/3——主观恶性小（虽图利而践约）——予

实际上，何武也不是单讲法理，而更主要是讲究人情的；张泳讲究人情是显然的。人们对它们的容易接受，就是因为这些判断中充满着所谓人情。对遗嘱的真实意图的探求，其基础是人情的（或说是文化的），这个人情就是：人皆有倾向于子，而自外于婿的内外有别的意识。故人情是向内不向外，反之，则是背离人情的。因而，老翁留财与子，才是真实意图；富民七分子子、三分予婿，才是真实意图。

另一个可能存在的人情是：人可能会因利财而杀幼弱。它虽然不是断案的直接依据，但却是探求遗嘱真意的重要的支柱原理。

《折狱龟鉴》的作者点破了一层意思：何武、张泳之断，实际上还有一个道德评价在内：贪与不贪的道德评价。前案女、婿贪，遗嘱之一剑都不愿履行；后案之婿，尚能遵嘱予子三分。对贪的否定评价，结果是连抚育、照管之酬劳都没有了；对不贪的肯定评价，结果可以得到三分的抚育、照管费用。

人情化的处理，必然冲击法律化的处理。因而这里缺少法律的形式正义的追求。但在古代的中国，形式正义这样一个意识还提不到日程上来。

(二) 法律本于情理而立——“礼律之兴，盖本自然”，可“求之情理”；“设法止奸，本于情理”

梁治平注意到了清人刘献廷的“圣人六经之教，原本人情”的说法，以为“中国文化的精神特质，正包括了缘情设教这一项。法律自然不应与人情相悖。”^②实际上，在古人的理解中，法律也是本诸人情而设立的，原不必经过“六经”之教这个中介。

南朝刘宋是一个挖掘法律本意的时代，而挖掘的角度就是作为法律之依据的情理。

宋文帝元嘉七年，郟县人黄初的妻子赵氏，打了儿子黄载的媳妇王氏，致王氏死亡。后遇赦。王氏有父母，且有儿子黄称，因有近亲在，故“依法徙赵二千里外”。司徒左长史傅隆议论说：

礼律之兴，盖本自然。求之情理，非从天堕，非从地出。父子至亲，分形同气，(黄)称之于(黄)载，即(黄)载之于赵(氏)，虽云三代，合之一体，未有能分之者也。(黄)称虽创巨痛深，固无仇祖之义，故古人不以父命辞王父命也。若云(黄)称可杀赵(氏)，赵(氏)当何以处(黄)载？若父子孙祖，互相残戮，惧非先王明罚、皋陶立法之本旨也。向使石厚之子、日磾之孙，砥锋挺锔，不与二祖同戴天日，则石碯、嵇侯可得纯臣于国，孝义于家矣。旧令云：“杀人父母，徙二千里外。”不施父子孙祖明矣。赵(氏)当避王(氏)周功千里外耳。令云：“凡流徙者，同籍亲近欲相随，听之。”此又大通情体，因亲以教爱者也。赵(氏)既流移，(黄)载为人子，何得不从？(黄)载从而(黄)称不行，岂名教所许？赵(氏)虽内愧终身，(黄)称当沉痛没齿，孙祖之义，自不得绝，事理固然也。^③

从“礼律之兴，盖本自然”看，所谓的“自然”既须“求之情理”，那么对“自然”的理解也就非从“情理”上求得；而所谓的“情理”，“非从天堕，非从地出”，那就只能从人本身来寻找；而所谓的“人”，也只是血缘的人伦。因此，这句话实际是说：礼律的产生，是依据人伦而发端的。这个关系式就应当是：

礼律 ←—— “自然” = 情理 = 人伦。

情理就是人伦，就是人的无可选择的血缘关系。首先是(黄)称不可杀赵(氏)。因为孙“无仇祖之义”，它来源于“父子至亲，分形同气”这一链条。“古人不以父命辞王父命”，就是这个道理。而“父子孙祖，互相残戮”，不是“先王明罚、皋陶立法之本旨”，避免亲属之间的相杀，才是法律的意图。另外，法律上如果作严格解释，旧令有“杀人父母，徙二千里外”之规定，不涉及祖父母与孙子女，即“不施父子孙祖”。赵氏可以不必避仇其孙黄称。但“赵(氏)当避王(氏)周、功千里外”，这是赵氏杀人移乡的唯一理由。因王氏尚有亲属在。其周亲(即期亲)、大功，依礼，属于应当复仇的亲属范围，习惯上应得避仇。

法律上，赵氏既不必避黄称；从“情体”上看，法律恰恰反映的是这样的情理：“同籍亲近欲相随，听之”，正包含“因亲以教爱”的精神。“名教”要求作为儿子的黄载随母赵氏避仇千里外，又要求黄称随父亲黄载同行。“孙祖之义，自不得绝，事理固然也”。

宋郑克曾结合汉初武帝判断防年杀死害死其父亲的继母一案评论曰：“夫防年得绝其继母，以父故也；(黄)称不得绝其祖母，亦以父故也。冤痛之情，或伸或屈，天理存焉，法乃因而制之也。”^④在这里，我们可以看到的是，宋代以后，“情理”一词逐渐地被“天

理”所代替。在涉及伦常时，尤其是这样。

南朝刘宋时，又发生了这样一个案件。吴兴武康县人王延祖犯劫，父王睦到官府告发。按当时新法：“凡劫，身斩刑，家人弃市。”但王睦既已自告，“于法有疑”。尚书何叔度议曰：

设法止奸，本于情理，非谓一人之劫，阖门应刑。所以罪及同产，欲开其相告，以出造恶之身。睦父子之至，容可悉共逃亡，而割其无属，还相缚送，螫毒在手，解碗求全，于情可愍，理亦宜宥。使凶人不容于家，逃刑无所，乃大绝根源也。睦既纠送，则余人无应复告，并合赦之。^⑧

“于情可愍，理亦宜宥”，就是可愍之情，宜宥之理，法律的“本于情理”，应当就是此情此理。说得明白一些，伦理亲情（在这里是父子至情）就是“情”，有此情而不能顾，为了全家更大的利益（更大的情）而割舍之，其悲悯之情值得怜悯；有此悲悯之情，也就有了可宥之理。所谓有是情必有是理也。

关于立法之“本于情理”，还有一层立法意图在。何叔度推测缘坐法的用意在于“开其相告”之路——当然是为了全家的更大利益（所谓“解碗求全”是也）。如此，可造成“使凶人不容于家，逃刑无所”、“大绝”其“根源”的效果。紧接着的一个推论是：“（王）睦既纠送，则余人无应复告”，则只要有一人告官，这样一个立法意图就达到了，其余人就不必再告发了，因而王睦与其余家人都应得到赦免。

这样一个立法意图的揭示，当然可以有它的充分道理，正如何叔度所言那样。但古代缘坐立法，其初意主要是为了其他。比如，更早些的西汉，当汉文皇帝想废除“收孥相坐法”时，佐臣就说：“相坐及收，所以累其心，使重犯法也，其所从来远矣。”^⑨“累其心，使重犯法”——也就是使得潜在犯人想到犯法定会连及家人，不敢以身试法，因而是指连坐及收孥处罚的一般预防作用，并不涉及“开其相告”之路之义。而这个立法意图的说明是更符合建立这一制度的法家的思想的。商鞅说：“重刑连其罪，则民不敢试”，就是这一制度的初衷。

可见，对同类制度的立法意图的说明，历来就不能一致。下述唐代人关于“谋反大逆，兄弟处流。此则轻而不怨”则是又回到了“累其心，使重犯法”的立场上。

（三）法律实施须有“情”的照顾方为圆满——“情法两得”、“情法两平”、“情法兼到”

法律的实施须尽法判断，这是不争的前提。但除了先秦法家主张单纯依法判断外，在中国，断案尽法之外，还得照顾“情”，又是绝大部分司法官的观念。于是，法得、情得，法平、情平，法到、情到，就成了司法者追求的最高的圆满境界。

“情法两得”。一群市井恶少，带铡刀、酒壶翻墙进民居，不久又弃刀、壶。论其奸罪，初审时未曾对质，二妇人又皆改嫁；又无盗赃。重审时犯了难——“论盗无赃，论奸无人”。若按律定拟，“因盗而奸者斩，情轻法重；依窃盗不得财者笞，又情重法轻”。审案官最后寻找到一个办法：“律以‘无故夜入人家，依重杖决’，情与法两得之矣。”^⑩

“情法两平”。一个涉及命继或立继的继承案件，“揆之以法”，因昭穆不当，排除争继一人的可能——法律必须是讲究原则的；“察之众情”，三房产业有可能尽入江渊家，而他房必然争诉，这是考虑宗族内的意见。故司法官考虑的是“欲合情、欲息讼，必当酌其法之中而行之”。最后的处理是：江渊之子当以“命继论”，而不当以“立继论”。二者的不同在于：前者可得1/3，后者可得全部。故江渊之子只得1/3，另1/3作义庄，余1/3没官。法官希望这样“觊觎之望塞，争竞之心息，人情、法理两得其平，而词诉亦可绝

矣。”^⑧

又，三人共毆一人死，原謀被逮，余二人已逃。但因“质对无凭”，无法确拟何人为重罪。司法官以为，此时“与其悬不结之疑案，何如依确拟之原谋”，何况“告者已愿息”。故对原谋“拟配已足当辜”。“庶存歿无憾，而情法两平矣”。^⑨

“情法兼到”。注意人情风尚的目的，是作到“情、法”二者都能兼顾到。汪辉祖云：“人情俗尚，各处不同，人国问俗，为吏亦然。……体问风俗，然后折中剖断，自然情、法兼到。”^⑩

这里，都有一个情节与法律的轻重对比。是对法律与人情或法意与人情的二元对立结构的一种理解。对于这种对立性的圆通的解决，是不拘泥于任何一方的调和办法。《名公书判清明集》户婚门载胡石壁判语：“殊不知法意、人情，实同一体，徇人情而违法意，不可也；守法意而拂人情，亦不可也。权衡于二者之间，使上不违于法意，下不拂于人情，则通行而无弊矣！”

讲情义的原因，在于情、理（或讲究情理）本身就是对案件的处理方式——情恕、理喻。这首先是带来了方便。汪辉祖云：“相对相当之讼，可以情恕，可以理喻”（作者注：谓“两造族姻，互讦细故”之类，可以不予笞挞），同时“将应挞不挞之故，明白宣喻，使之翻然自悟，知惧且感，则一纸遵依，胜公庭百挞”。^⑪只是对于凶横之犯，要“尽法痛惩”，“使知亲不可恃，法不可干”。这样，情理讲究之前途之一，是以情恕其罪，以理喻解和合之。当然这是调处或调解。

这不只带来方便，也带来了方法。故讲究情理，也是从民间调解中学来的。汪辉祖云：

户婚细故，两造非亲则故，非族则邻，情深累世，衅起一时，本无不解之仇，第摘其词中要害，酌理准情，剴切谕导，使弱者心平，强者气沮，自有亲邻调处。^⑫

而“情”用于亲友之调处，情断（讲究情义或情谊之类）即是不以法断——因其“是非可以假借”：

勤于听断，善已，然有不必过分皂白可归和睦者，则莫如亲友之调处。盖听断以法，而调处以情，法则泾渭不可不分，情则是非不妨稍借。理直者既通亲友之情，义曲者可免公庭之法，调人之所以设于《周官》也。或自矜明察，不准息销，似非安人之道。^⑬

要做到“情法两平”、“情法兼到”，就要在执法中讲究依准“情”，所谓“法贵准情”、“准情用法”，其原则是“通情而不曲法”。汪辉祖《学治臆说·学治续说》讲他佐幕时，凡“遇犯人有婚丧事，案非重大，必属主人曲为矜恤，一全其吉，一愍其凶。”后来读了《辍耕录》匠官仁慈一条，^⑭觉得自己做的更符合先贤宗旨，并讲述了一则见闻：

乾隆三十一二年间，江苏有干吏张某，治尚严厉。县试，一童子怀挟旧文，依法枷示。童之姻友环跪乞恩，称某童婚甫一日，请满月后补枷。张不允。新妇闻信自经。急脱枷，童子亦投水死。

夫怀挟宜枷，法也；执法非过。独不闻‘律设大法，礼顺人情’乎？满月补枷，通情而不曲法，何不可者？而必于此立威，忍矣。后张调令南汇，坐俘收漕粮，拟绞勾决。盖即其治怀挟一事，而其他惨刻可知。天道好还，捷如桴鼓。故法有一定，而情别万端。准情用法，庶不干造物之和。

在道理上，这可以说是“通情而不曲法”或“情法兼到”，因既有情，也用了法。

之所以必须“准情用法”，原因在于：法是固定的，但却不能范围所有具体情形（此处指适用法律的情状），即“法有一定，而情别万端。准情用法，庶不干造物之和。”在这个意义上，“准情用法”是弥补法律之漏略（包括适用法律情状的漏略）的唯一办法，不得不尔。

但对情之重视，总不免有对法不能“兼到”之处，故汪辉祖又有“原情而略法”的说法：“故遇愚民犯法，但能反身自问，自然归于平恕。法所不容姑脱者，原不宜曲法以长奸；情尚可以从宽者，总不妨原情而略法。”^②

对于司法上要引入情理，人们理解的基点并不相同。清万枫江《幕学举要》云：“断狱凭理。理之所穷，情以通之。”这是讲“情”是解决“理”之穷途的办法。但他对法律与人情关系的说明，却是矛盾的。他先引述“贾明叙曰：人情所在，法亦在焉”，这是对人情、法意的精神一致的理解；又引《后汉书·卓茂传》卓茂之语：“‘律设大法，礼顺人情’，非徇情也。徇情即废矣”，则是对礼与法或者说对法律与人情的二元对立结构理解。“人情所在，法亦在焉”，与朱博所言相同；“律设大法，礼顺人情”，主要是讲法律与礼的不同，及可能引来的司法不必拘泥于法律内容的倾向。

对礼与法或者说对法律与人情的二元对立结构理解，可以引致司法上不拘泥法律内容而予处理的情形，^③对人情、法意的精神一致的理解，则可以兼顾法律与人情进行处断。南宋官员处理一件因“隐寄、假借”田产而引起的争讼案件，判词略云：“上件田酌以人情，参以法意，吕、詹两家俱不当有。”因吕千五之父为避差役而“隐寄、假借”田产为詹德兴所有，触犯了“诸诈匿减免等第或科配者，以违制论（注：谓以财产隐寄，或假借户名，及立诡名挟户之类）”之法。此时“官司既知其诈，若索以还之，是赏奸也”。詹德兴卖人寄物，触犯了“知情复寄，诈匿财产者，杖一百”之法。如此“官司既知其伪，而遂以与之，是海盜也。”双方之作为，“推原其故，皆是乡下奸民逃避赋役”的作伪欺诈行为。故吕千五“必不可复业”，詹德兴也“必不可得业”。最后的处理是：詹德兴所卖钱，官为拘收，用作县署等的修建费用。詹德兴已死，吕千五经过大赦，俱免科罪。^④作伪欺诈的道德评价，是其所谓“人情”。詹德兴“视他人之物为己有”，吕千五“欺公罔私”，皆是其道德罪过。

三、情理：由对法律精神的理解到立法的贯彻

“论情”、“量情”、“原情”而立法，将法律与人事、人情勾连了起来。这样一种由对法律依据、法律精神的理解，而到立法之贯彻，如前所述，确实是中国古代立法中的一个引人注目的现象。

唐代立法时已考虑到“事理”、“情状”等的不同，因而予以差别对待。

唐太宗时，谋反罪连坐的法律在涉及祖孙、兄弟连坐时，出现了矛盾。一方面，“兄弟分后，荫不相及”，而“连坐俱死”，明显过重；另一方面，孙荫庇祖，祖荫庇孙，法律上却“祖孙配没”，明显过轻。当时有个“同州人房强，弟任统军于岷州，以谋反伏诛，强当从坐”。太宗在录囚徒时，“悯其将死，为之动容”，对待臣说：“刑典仍用，盖风化未洽之咎。愚人何罪，而肆重刑乎？更彰朕之不德也。用刑之道，当审事理之轻重，然后加之以刑罚。何有不察其本而一概加诛，非所以恤刑重人命也。然则叛逆有二：一为兴师动众，一为恶言犯法。轻重有差，而连坐皆死，岂朕情之所安哉？”于是命令百僚详议。房玄龄等人议定说：

案礼，孙为王父尸；案令，祖有荫孙之义。然则祖孙亲重，而兄弟属轻，应重反流（作者注：“流”当为“没”），合轻翻死，据礼论情，深为未愜。今定律：“祖孙与兄弟缘坐，俱配没。其以恶言犯法不能为害者，情状稍轻，兄弟免死，配流为允。”从之。^⑤

这次改法，实际上是回到了利害一致原则上。原来的法律显然是利害不一致，或利大害小，或利小害大。唐太宗所谓“事理”，要求区分谋反罪的不同情节；朝臣的“据礼论情”，“礼”也即“理”，“情”为亲情，情理也就是亲属关系“轻”或“重”之“理”，亲情大小之“情”。所谓情理的发掘，到头来不过是在寻找一个“利害一致原则”。

实际上，唐律中情理之说与情理之考虑非常较多，甚至在行文上也直接使用“情”、“理”二字。这里重点以较典型的“不应得为”罪的有关规定，作集中说明。《唐律疏议》卷27断狱：

诸不应得为而为之者，笞四十（谓律令无条，理不可为者）；事理重者，杖八十。疏议曰：……临时处断，量情为罪，庶补遗缺，故立此条。情轻者，笞四十；事理重者，杖八十。

其“理不可为”、“事理重者”、“量情为罪”、“情轻者”等说明，表明“情”、“理”二字可以互训。“事理重者”也即“情重者”，“情轻者”也即“事理轻者”，二者均属“理不可为”者，法律上都要“量情为罪”。在唐律的各分篇中，这样的精神也是贯彻一致的。^⑥类似的规定，直至大清律都是从情理上作解释的。^⑦

唐律中的“原情”，为推原其“本情”，与前相同，也是指推原其“本心”。卷23诬告谋反大逆条：“若事不容审，原情非诬者，上请。疏议曰：或奉别救阅兵，或欲修葺宗庙，见阅兵疑是欲反，见修宗庙疑为大逆之类，本情非是诬告者。”同样，“情理”也是“原情及理”，即推原其“本情”及“事理”。《唐律疏议》卷10职制：

诸指斥乘舆，情理切害者，斩（言议政事乖失而涉乘舆者，上请）；非切害者，徒二年。疏议曰：指斥，谓言议乘舆，原情及理，俱有切害者，斩。注云“言议政事乖失而涉乘舆者，上请”，谓论国家法式，言议是非，而因涉乘舆者，与“指斥乘舆”情理稍异，故律不定刑名，临时上请。“非切害者，徒二年”，谓语虽指斥乘舆，而情理非切害者，处徒二年。

卷6名例注疏曰：“此谓情有缺望，发言谤毁，指斥乘舆，情理切害者。若使无心怨天，唯欲诬构人罪，自依反坐之法，不入十恶之条。”戴炎辉说：“据上，须有直接谤毁皇帝之故意，始得此罪。”^⑧又，名例注疏云：“旧律云‘言理切害’，今改为情理切害者，盖欲原其本情，广恩慎罚故也。”那么，“言”与“情”的一字之改，差别在哪里？疏议说是为了“原其本情”。此“情”又为何物？戴炎辉云：“此罪只以谤毁尚不足，须更论其动机、目的（原本情），即动机恶劣始坐。”^⑨故所谓“情”者，只是恶劣的动机目的而已。

当然，观此处之“原情及理，俱有切害者”之“俱”，表明“情”、“理”是二事，与前述用法不同。至少在立法上是这样。

立法上讲究情理，会促使法律尽可能的统一，因为情理有时是其他法律条文的原则、规定或精神。

《通典》卷167刑法5杂议下载：唐贞观二十一年，刑部奏言：“准律：谋反大逆，父子皆死，兄弟处流。此则轻而不愆，望请改重法。”制遣百僚详议。司议郎敬播议曰：“昆弟孔怀，人伦虽重，比于父子，情理有殊。生有异室之文，死有别宗之义。今有高官重爵，本荫唯逮子孙；胙土析圭，余光不及昆季。岂有不沾其荫，辄受其辜？背理违情，

恐为太甚。”诏从之。

这里，情理为其他法律制度的精神、原则。按照礼制与令文规定，兄弟之间“生有异室之文，死有别宗之义”，父子（包括祖孙）之间则官爵荫庇子孙，二者利益不同；相应地，在连坐时就要有所区别，使其符合利害一致原则。所以“不沾其荫，辄受其辜”，被认为是“背理违情”。讲究情理，是寻求两类法律规范的协调与一致。

“论情”、“量情”、“原情”而立法，在细微处就是“缘情制罚”，即给予刑罚处罚的不同，是据情而定的——“情”用来解决罪之大小的问题。据《魏书·刑罚志》载，魏廷尉少卿杨钧曾议论过刑律中卖人为奴婢的处刑问题：

谨详盗律：“掠人、掠卖人为奴婢者，皆死”；别条“卖子孙者，一岁刑。”

卖良是一，而刑、死悬殊者，由缘情制罚，则致罪有差。

这里的“情”等于有无亲属关系存在，也就是有无亲伦关系，它决定着处罚的轻重。同理，司法中“原情以定罪”的必要，据说就是来源于先此的“酌情而立法”：

张奎密学初为常州推官，转运使举监衡州酒税。州有滞囚，法当死，狱成，三问辄不服。命奎覆案，一视牍而辨之，得不死，人皆服。

郑克云：“按奎‘一视牍而辨之’者，谓辨其情理也。人有迹状重而本情轻者，昔既酌情而立法，今当原情以定罪，安得不辨情理而抵之死焉？此其精明，因能服人。”^⑧

虽然，这里有个“酌情而立法”与“原情以定罪”的孰为先后，即先有鸡还是先有蛋的问题。但不论如何，一旦在制定法律时考虑不周——没能准据情理而立定，司法上情理分析的重要性就显露出来了。它的功能之一，就是检验法律的正当性（适当性）。因而，情理分析是一种检验法律正当性（适当性）的分析方法（而不是检验其合法性）。情理之说能对既定的法的规则进行实践领域的矫正或纠正。汉代春秋决狱盛行的原因之一，即是如此。后世虽未必以春秋决狱，但大量司法实践，也均仿此。

正因为情理的讲究，常常会使貌似合理的法律规定显出其不合理性，因此，情理分析是检验法律是否具有适当性的一面镜子，尽管有时我们会看到所谓情理分析脱不出法律原定的范围，但古人仍喜欢在此时使用情理分析方法。

刘宋时，法律上“盗发冢者，罪所近村人，与符伍遭劫不赴救同坐。”对此，沈亮从两个方面比较了法律规范的不合理。

首先是从“情”和“理”上比较了不赴救“盗发冢”与“符伍遭劫”两个行为的相异之处：“寻发冢之情，事止窃盗，徒以侵亡犯死，故同之严科。”就“情”而言，本是不重的。因为它的目的是窃取随葬财物。但因其“侵亡犯死”，死者自无反抗能力，故与强行劫夺相比类。但“盗发冢”与劫夺二者，在犯罪的外在情形方面，毕竟不同：“穿掘之侣，必衔枚以晦其迹；劫掠之党，必欢呼以威其事。”这就使得在救助方面，二者的事理也不会相同：“故赴凶赫者易，应潜密者难。”从居处远近关系而谈救助，二者之“理”也不同：“且山原为无人之乡，丘垅非常途所践，至于防救，不得比之村乡。”因此，他的意见是：“督实劾名，理与劫异，则符伍之坐，居宜降矣。”

其次，“近村人”与“同符伍”也不同。他分析了一律加罪于“近村人”而不分地理远近的法律规定的偏颇，说：“又结罚之科，虽有同符之限，而无远近之断。夫冢无村界，当以比近坐之，若不域之以界，则数步之内，与十里之外，便应同罹其责。防人之禁，不可不慎。夫止非之宪，宜当其律。”建议“相去百步内赴告不时者，一岁刑。自此以外，差不及咎。”^⑨

这实际上也是从情理上所做的分析。“冢无村界”是情，不像“比伍”可以说得一清二楚；既无是情，也就无是理。所以，只能按“比近”坐罪，才是适当的。

四、情理法：理解的分裂及其命运

对法的情理化或情理性的理解，在古代的中国形成了一种特别的现象。首先，作为一种形而上的探求，将情理作为“法之原本”、“法之本原”是一种意义的追寻。人们发现了法律之上或法律之外的价值。这在中国历史上的作用，主要地是积极的。它提升了人们的法律思考的高度，使人们努力冲出法律条文的表面的、僵死的刻板与教条的束缚；它也促成了法律的生活化、大众化、常识化，法律的可理解性自此增强了。尤其在矫正法家法治观引向的偏颇方面，有一定作用。将其司法态度化，是这一追求的基本落点。其次，将情理探求司法技术化，使得类似近现代的一系列法律原则和原理，大多都被吸纳其中。诸如故意过失、动机善恶、正当防卫等问题，都被包容在“情理”之中。法律原则和原理的适用，自此采取了一种中国式的特殊解决方式。法律中并不是绝对地没有或不包含这些原则或原理，只是它们更顺应了儒家化的官吏的知识结构、价值观念和情趣追求。最后，情理的人伦或伦常内容，将其导向当时法律的本质方面，使情理讲究带有不可避免的伦常压迫性，法律的名教色彩被突出了。

这三个方面，原本是统一于一体的。矛盾、冲突时而有，但不致于引起体系性的崩溃。但在社会面临根本性转型期的清末，它们开始发生严重分裂。熟谙中国法律并接受西方法律、法学的沈家本等人，将情理视为“法之原本”、“法之本原”，强调情理的前两个方面，着力发挥其“情节、人道”等内容，被学界称为“法理派”；以张之洞为首的礼教派，固守情理的最后一面，将法与经术看成“互为表里”，突出情理的人伦方面，视其为“国粹”，走向了偏执。

确实，情理的讲求应是应了不同需要而产生的。一是客观事理，存在于案件之中，所谓情节、情状是也，断案求真，须得探求，司法官得有讲求的态度和意识，也得有探求的技术；二是特殊时代的伦理意识和概念，所谓人伦、伦常是也，政治、社会、生活须得讲求。比较而言，前者是居常不变的，后者则是可能变化的。问题恰恰就出在这变与不变之间。

礼教派中，张之洞以为，“法律之设，所以纳民于轨物之中，而法律本原实与经术相表里”，^⑤也就是要贯彻“凡听五刑之讼，必原父子之亲，立君臣之义以权之”的传统原则去“因伦制礼，准礼制刑”。^⑥新刑律的修订把“中国旧律精义弃置不顾，全袭外国格式文法”，将来凡“有伤伦理之处，应全行改正”。^⑦劳乃宣也以为，“天下刑律无不本于礼教”。^⑧新刑律“专慕外国，不以伦常为重”，应将“旧律有关伦纪礼教各条”，“逐一修入新刑律正文”。^⑨清廷最后站在礼教派一边，谕旨说：“刑法之源，本乎礼教，中外各国礼教不同，故刑法亦因之而异。中国素重纲常，故于干名犯义之条，立法特为严重。良以三纲五常，阐自唐虞，圣帝明王，兢兢保守，实为数千年相传之国粹，立国之大本。今寰海大通，国际每多交涉，固不宜墨守故常，致失通变宜民之意；但只可采彼所长，益我所短，凡我旧律义关伦常诸条，不可率行变革。庶以维天理、民彝于不敝。”^⑩

伦常讲求，使本来可变者难以改变，在发展中变为落后，成了阻碍新生的东西。同时，故意过失、罪过心理的情理说明在流于道德评价时，情理遂也成了承载道德善恶评价的上位概念，成立法律道德化的实现形式之一。自然地，随着清朝的覆灭，礼教派之

所谓国粹也被埋葬。新时代的“情理”，理所当然地剔除了伦常的内容，只包含了客观事理与人之常情。

法理派在变革面前充当了挖掘传统、促进中西融合的角色。沈家本是其杰出代表。

沈家本仍以传统的情理说分析问题。比如，关于西方法律中的自杀问题，“西人自杀为重罪”，在西方已有人反对，“而墨守宗教者，犹坚持此说”。沈家本以为，惩治自杀，“揆诸情理，实有未安”，道理在于：

人必所受之苦难万不能堪而出於死，此最可哀可矜之事。今不哀之矜之，而反加之以罪，仁人之心，必不出此。於礼不过不吊而已。不吊者而大辟之，此不合於人情者也。人之有罪，必其有害於世，不乐生而甘於死，於世乎何害而必罪之，夺其财产、光荣而屏斥之，此不合於天理者也。……以无罪之人而自死，反有罪之难免，岂情也哉，岂理也哉？此西法之可议者也。^⑤

以中国法律之情理去量度西方宗教文化背景下的法律措置，我们很难说沈家本就一定是正确的。但他欲解决横在中国人面前的法律问题的拳拳之心，是容易理解的。

沈家本也习惯于用情理之说解释或解决中国的法学与法律问题。在《〈唐律疏议〉序》中，他说：法律“根极于天理民彝，称量于人情事故，非穷理无以察情伪之端，非清心无以祛意见之妄”，“是今之君子，所当深求其源，而精思其理矣。”另外，元、明以来，一直有“杀死奸夫”无罪的规定。沈家本以为，和奸在唐元明分别只得徒、杖罪，“不当杀而杀，实为法之所不许。法既不许，乌得无罪？有罪而予以罪，义也。明明有罪而许为无罪，则悖乎义矣。悖乎义者，不合法理。”同时，“和奸，律止拟杖，……在官司差人擅杀应死罪犯，尚应拟杖，而谓常人可以任意杀人，所杀者又罪止拟杖之人，轻重相衡，失其序矣。失其序者，不合法理。”再者，“妇人淫佚，於礼当出，……无死法也。……当出者出，礼也，其不可杀，亦礼也。不可杀而杀，违乎礼矣。违乎礼者，不合法理。”同样，“好生恶杀，人之常情。……乃以骨肉之情，床第之爱，惨相屠戮，其忍而为此，於情岂终能安乎？情不能安，即乖乎情矣。乖乎情者，不合法理。”^⑥这里的“义、序、理、情”，基本与情理相当。李贵连曾指出，“义”即“有罪而予以罪”，相当于现在的有罪必罚，体现法律的公平性；“序”指罪行的大小与刑罚的轻重相宜，也就是现代的罪刑相当；“礼”指人伦之理，“君子绝交尚不出恶声，况于妻乎”；“情”主要指人性，“惨相屠戮”非人性所应有。并以为沈家本所言情理“其大要皆不能越此四端”，列举了沈氏讲情理的另外几处，大要不出罪刑相当、不拂人情、合于礼意数项。^⑦

从沈家本对情理法三者关系的论述看，情、理与法之间的关系，法是根据情理而定立的，法律不能在情理之外另外作出设置。按他的说法，法律与情理本是一回事。他对中西法律及思想共同性、规律性的发掘，最终归结到了法律的情理基础上。

就在礼教派疾呼“法律本原”于“经术”、“刑律本于礼教”之时，沈家本也在以他的方式“深究夫中律之本原”、^⑧寻求西方“法之原本”、中西“法理之原”、^⑨“古今中外法律本原”。

对中西“法律本原”的探寻，沈家本是从中西法律现象的共同性开始的：“各国法律之精意，固不能出中律之范围”，具体表现有：

其一，刑罚止及其身。《尚书·虞书》推美“罚弗及嗣”，《周誓》讥评“罪人以族”，在“今世各国，咸主持刑罚止及一身之义，与‘罪人不孥’之古训实相符合”。

其二，罪行法定。晋刘颂有“正文、名例所不及皆勿论”之请，唐赵冬曦有“勿用加减比附”之议，“今东西各国刑法，凡律无正条者，不得处罚”，意图皆同。

其三，狱诉审判诸制。西法中，“刑之宣告，即周之‘读书用法’，汉之‘读鞠乃论’，唐之‘宣告犯状’也”；西周“‘乞鞠’限以期日，今东西各国皆用此法”；西法中“狱之调查，即周之岁终计狱，弊讼登中于天府，宋之类次大辟，奏上朝廷也”。

其四，政刑分权之制。西周教官之属，“各掌其所属之政教禁令”；刑官之属，“各掌其所属之讼狱”——“此为行政官与司法官各有攸司，不若今日州县官行政、司法混合为一，尤西法与古法相同之大者”。

其五，监狱管理。西方监狱“以感化为宗旨”，中国则是“苦辱之场”。但我国古人“设狱之宗旨，非以苦人、辱人，将以感化人也”，夏台、羑里、圜圉均含“不害人”之意。

那么，所有这些共同性反映了什么？是偶然的巧合么？沈家本是把它当作规律性来理解的：“大凡事理必有当然之极，苟用其极，则古今中西初无二致”，^⑤“说到真确处，古今中外归一致”。这“当然之极”、“真确处”就是规律，就是事物在不同环境、不同条件下所表现出的客观必然性或内在的联系性质。

中与西的这种共同性、规律性借以产生的基础或内在原因又何在呢？沈家本说：“吾国旧学，自成法系，精微之处，仁至义尽，新学要旨，已在包涵之内”，“新学往往从旧学。沈家本谓：无论旧学、新学，“大要总不外‘情理’二字”，“不能舍情理而别为法也。”^⑥他要“融会贯通”的，也就是这个情理。

沈家本未全面说明情理的内涵，从他的一贯思想来考察，情理就是中国三代以来古圣贤王以仁恕为核心的所有良法美意与西学主旨的复合体。它们是反映在立法者思想中以及体现在法律制度中的一系列正确良善的道理、立场、态度的综合。沈家本甚至就刑律而断言说：“各国法律精意，固不能出中律之范围。”^⑦大而别之，我们可以将其分为两个方面。

第一，情理中的技术性道理与考虑。

中国古代法制的早熟与发达，使许多在法制发展过程中迟早都会出现的基本问题显现出来并得到解决。在结构形式上，总则性的《名例律》的产生，就是适应具体、个别、一事一例式的法条必须以抽象概括的规定来集中统领的要求而分离出来的。在张仁黼奏上“中国法律，外人以为列记主义”，“无总则一提挈之”时，沈家本提出“名例……与各国刑法总则无异”，正确指出了基于同一要求而出现的现象的共同性。又如，罪法定与比附断罪，同产生于定法有常而犯状无常的矛盾中。但因比附易启执法者爱憎之心、反使有法成无法，故历代总有人提出“断罪以法为定”的要求，与西法“罪刑法定主义”出于相同的考虑。如此等等。

第二，情理中的人道立场与态度。

西法贯穿了反封建时期的资产阶级人权天赋、平等、自由、博爱等观念，它们与传统中法的许多方面相抵触。但中国法律及其思想系统，历来又都是仁与暴的统一体。仁政、善制作为对立面的抑制因子，总是在这个统一体内部抑制着“武健严酷”的暴政及虐法的恶性发展。这些仁恩之举，包含了许多重视人类、体恤下民、以民为本的政治法律思想观念。沈家本屡屡称道的，就是这些“良法美意”。

比如，中法“与其杀不辜，宁失不经”，此圣贤平恕之旨。“近来，泰西之法颇与此旨暗合”。这里所谓“泰西之法”当即指“无罪推定”、“有利被告论”之类。

又如，西法固有释奴之令，然汉光武帝“屡令卖为奴婢者悉免为庶人，以‘天地之性人为贵’诏。知此义者，光武一人而已”。就立场而言，“此即尊重人格之权舆”，再往

- ⑧宋郑克《折狱龟鉴》卷3辨诬曰：“按辨诬者，或以情理察之，程戡是也；或以辞理察之，苏涣是也，皆可谓之明矣。”此当是上述所谓孔子语之解。卷8严明又言后汉钟离意事云：“按听讼者，或从其情，或从其辞。夫（孙）常取（孙）并妻、子田，固有辞矣，奈其怀挟奸诈、贪利忘义之情何？（钟离）意独以情责（孙）常，是不从其辞而从其情也，可不谓之严明乎？”卷1辛祥又谓：“盖察狱之术有三：曰色、曰辞、曰情。”“右十二事，皆以其辞与情察之者也。”卷1李崇谓：“按此亦察其面之色、款之辞、事之情，而疑其诬服者也。”卷1柳庆：“察其色、其辞、其情，而知主人诬服矣。”卷2高防：“苟于情理有可疑者，虽赃证符合，亦未宜遽决。”“此乃但凭赃证，不察情理，而遽决之者也。盖赃或未真，证或非实，唯以情理察之，然后不致枉滥。可不鉴哉！可不谨哉！”卷2王利：“按凡察狱者，或以气貌，或以情理，或以事迹。此三者皆足以知其冤否也，故以二事附于后云：……此以情理察之者也。……此以事迹察之者也。夫事迹有时偶合，不可专用，当兼察其情理、气貌，故著此三事。”卷2钱冶：“按此盖仇家放火也，察其家号冤之情，据仇家放火之证，情理证验，灼然可见，彼安得不服乎？”
- ⑨元张养浩《牧民忠告》卷下：“狱问初情，人之常言也。盖狱之初发，犯者不暇薰饰，问者不暇锻炼，其情必真而易见。”清人汪辉祖《佐治药言》论“情”，也包含情节、案情、供情、情形等意。如其云“狱贵初情”，与张养浩同，“情”为情节、案情。又如“情节之无与罪名者”，“多一情节，则多一疑窦”，“必反覆案情”。而所谓情节、案情，又都是犯人和有关人之供词所提供者，古又称“供情”。确信为真实者，又称为“真情”（见《学治臆说》卷上、下）。“情”有时又称为“情形”。“情”与“形”又可作更细之划分。如“命案察情形”云：“命案出入，全在情形。情者起衅之由，形者争殴之状。衅有曲直，秋审时之为情实，为缓决，为可矜，区以别焉；争殴时所持之具与所伤之处，可以定有心与无心之分，有心者为故杀，必干情实；无心者为斗杀，可归缓决。且殴状不明，则狱情易混。”（《佐治药言》）是所谓“情形”者，也不过“狱情”或案情而已。“情”字用于“启衅之由”的情形，如“初意欲请情实，后念衅由理直，情急还殴，与逞凶不同，故拟缓决”（《续佐治药言》），可为证明。他处又言“同一斗殴，而起衅下手，情形迥别。……人情万变，总无合辙之事”（《佐治药言》）。是“情形”又可以总归入“人情”二字。注重情节，目的是在情与罪（实际是罚）之间互相比较，使情与罪相符。故强调：勿“使情罪不符”（《续佐治药言》）。这样，情理就是断案的技术手段之一。通过它来求事实或求真实，办法即酌理、准情或揆理、衡情。就具体案件而言，比如命盗案：“命有下手情形，盗有搜赃光景，揆之以理，衡之以情，未有不得其实者。”（《学治臆说》卷上）同样，法律公文的写作，比如，批呈就必须“要能揣度人情物理，觉察奸刁诈伪，明大义，谕律例”；叙供，“一事必有一事之情节，一人必有一人之情形。两造起衅根由，事之情也；渐次作何区处，事之节也；当日竟欲何为，人之情也；彼此交会景象，人之形也。以一事之情节，参合各人之情形”。“供不可偏，顺乎情理则信，不顺乎情理则不信。”驳案，则“事无情理无证据者驳”（清王又槐：《办案要略》）。
- ⑩《宋书·何承天传》，《通典》卷166刑法4杂议上。
- ⑪《通典》卷169。
- ⑫《棠阴比事》续编。
- ⑬《折狱龟鉴》卷3。
- ⑭鲁庄公的“小大之狱，虽不能察，必以情”，就被后世理解为与“原心定罪”具有同质性。应劭曰：“若乃小大以情，原心定罪，此为求生，非谓代死可以生也。”此本为先后有两个杀人犯的弟弟、母亲，到官府请求代死而让杀人犯活下来，遂都自缢而死。尚书陈群以“罪疑从轻”，欲使两个杀人犯活下来。应劭始以“杀人者死”，二人不应活；继以二自缢者代死无方，不值得损刑。在他的潜意识中，“情”应是案内之“情”，而不是案外。见《后汉书·应奉传附劭传》。
- ⑮《大学衍义补》卷109慎管灾之赦。
- ⑯⑰未了、文茜编著：《明清法官断案实录》上册，光明日报出版社1999年版，第34页，第47—48页。
- ⑱⑲⑳㉑㉒《大学衍义补》卷108谨详谏之议。
- ⑲我国刑法第二章第二十条：“为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害，而采取制止不法侵害的行为，对不法侵害人造成损害的，属于正当防卫，不负刑事责任。正当防卫明显超过必要限度造成重大损害的，应当负刑事责任，但是应当减轻或者免除处罚。”
- ⑳“情”有时是法外者，按现今法律是不应考虑的情况，但在古代以为是。如“且一门绝祀，情或可矜。愿宽暴市之刑，俾就投荒之役”。见《大学衍义补》卷108谨详谏之议。
- ㉑东汉王望为青州刺史，遇旱，便宜出所在布粟，事毕才报告皇帝。皆以为王望“专命，法有常条”。钟离意却以为：“昔华元、子反楚，宋之良臣，不禀君命，擅平二国，《春秋》之义，以为美谈。今望怀义忘罪，当仁不让，若绳之以法，忽其本情，将乖圣朝爱育之旨。”明帝赦免之。见《后汉书·王望传》。

- ②⑨⑩⑪《通典》卷167。
- ⑫梁治平《法意与人情》谓：“古代的地方官”，“他们的裁判常常是变通的，但是都建立在人情之上，这正是对于法律精神的最深刻的理解。”海天出版社1992年版，第151页。
- ⑬《汉书·朱博传》。参见拙著《权力场——中国人的政治智慧》，辽宁人民出版社1992年初版，第277页，1995年第3版，第355页。
- ⑭⑮《折狱龟鉴》卷8。
- ⑯梁治平：《法意与人情》，海天出版社1992年版，第153—154页。
- ⑰《折狱龟鉴》卷4议罪。
- ⑱《汉书·刑法志》。
- ⑲未了、文茜编：《明清法官断案实录》上册，光明日报出版社1999年版，第106—107页。
- ⑳《名公书判清明集》卷8。
- ㉑未了、文茜编：《明清法官断案实录》上册，光明日报出版社1999年版，第58页。
- ㉒⑳④《学治臆说》卷上。
- ㉓《续佐治药言》。
- ㉔原文为：“匠官者，杭州行金玉府总管罗国器世荣也。有匠人程限糟违，案具，吏请引决。罗曰：‘吾闻其新娶，取责之，舅姑必以新妇不利，口舌之余不测击焉，姑望勿问。后或再犯，重加惩治可也。’此真仁人之言。”评曰：此则不可谓“通情而不曲法”，实际已曲法；更不可说“情法兼到”，因法未到，而只是情到。
- ㉕《学治臆说·学治续说》。
- ㉖参见拙著《权力场——中国人的政治智慧》，辽宁人民出版社1992年初版，第263—264页，1995年第3版，第342—343页。
- ㉗《名公书判清明集》卷5。
- ㉘《唐律疏议》卷25父母死诬言余丧条：“问曰：有人嫌恶前人，妄告父母身死，其妄告之人，合科何罪？答曰：……若论告者之情，为过不浅，律令虽无正法，宜从‘不应为重’科。”卷25证不言情条：“若刑名未定而知证、译不实者，止当‘不应为’法；证、译徒罪以上从重，杖罪以下从轻。”
- ㉙清沈之奇《大清律辑注（下）》：“凡不应得为而为之者，笞四十；事理重者，杖八十（律无罪名，所犯事有轻重，各量情而坐之）。〔律后注〕：凡人所犯之事，在律例皆无可坐之条，而揆之情理，又不可为，谓之不应得为。不应得为而为之者，笞四十，盖事理之轻者也。若事理重者，则杖八十。世之事变百出，人之情态无穷，律例不能该载，故著此不应得为之一条，以补其未备。〔律上注〕：……律於重大罪犯，莫不详备，而细小事理，不能穷尽人情，各立一法。恐因律无正条而附会臆断，轻则纵奸，重则伤和，致有太过、不及，故补此不应得为一律。或笞，或杖，随事酌定，不得妄为轻重，此律意也。”见怀效锋、李俊点校本，法律出版社，第951页。
- ㉚④⑨戴炎辉：《唐律各论》上册，台湾成文出版社有限公司印行，第127页。
- ㉛《张文襄公全集》卷69奏议。
- ㉜⑤④《清朝续文献通考》刑考六。
- ㉝《声明管见说帖》。
- ㉞《初叟自订年谱》。
- ㉟《大清法规大全》法律部卷首，第2页。
- ㊱《中国法律思想通史》第10卷《近代》第4册，陕西人民出版社1996年版，第103—104页。
- ㊲见拙文《沈家本会通中西论》，《烟台大学学报》1991年第3期，第52—54页。

〔责任编辑：吕 丽〕