

南宋司法裁判中的价值取向

——南宋书判初探

王志强

南宋书判是以当时司法裁判为主要内容的重要法律史文献，反映了法律制度在社会中的操作状况和执法者的法律观念。本文结合社会历史背景，运用综合统计和个案分析法，研究书判中各种裁判理由的性质、地位和相互关系，分析书判以情理为中心的价值取向，再从哲学基础、思维模式、历史渊源和现实条件诸方面论述其成因，并全面评价其作用和影响，展望了继续深入研究的方向。

作者王志强，1971年生，法学博士，现在复旦大学历史地理所从事博士后研究。

书判，是南宋一种特定的文体，除少量行政公文和告谕文榜外，主要是司法裁判文书。这些裁判文书包括佐官书拟的裁判意见、长官的判复及其直接做出的裁判，是重要的法律史文献。

南宋居官者常以书判自显，其中将个人书判收集的不少，惜多已不传。现存书判，有收于《宋文鉴》的王回书判2篇、《名公书判清明集》（后简称《清明集》）中475篇、《后村先生大全集》中《清明集》未收录的李克庄书判24篇、《勉斋集》内黄所作36篇、《文山全集》中文天祥所作5篇。此外还有散见于宋代史籍中者，如《建炎以来系年要录》附注、《建炎以来朝野杂记·乙集》所录“绍兴十一年十二月二十九日刑部大理寺状”等，也具有司法裁判的性质。

中国古代的司法裁判，在南宋以前已广泛出现，不过，先秦判文寥寥无几，秦汉时代的《奏谳书》现在可见者数量也很少，唐及北宋判词主要侧重于文采辞藻，而且基本上都不是产生于司法实践中，只是习拟或娱笔之作。而南宋书判作为政务实践的产物，数量丰富，内容广泛，在中国法律史史料中是前代所未有的。

“社会现实和法律条文之间，往往存在着一定的差距。如果只注重条文而不注重实

施状况,只能说是条文的、形式的、表面的研究,而不是活动的、功能的研究”。同时,法律思想也具有多层次的内涵和表现。司法实践是士大夫官员将正统法律思想贯彻于社会生活实践的过程,并从中表现出一些更为生动的观念意识,这些观念意识是中国传统法律思想的重要组成部分。南宋书判是研究当时司法实践活动的主要材料,它们反映着法律制度在亲政官员思想指导下的具体运用,是操作的法条,是生动的思想。在这个意义上说,南宋书判在开拓法律史研究的新角度、新方法上,具有不可多得的历史价值。

以往对南宋书判的研究,主要围绕《清明集》进行。本文借鉴已有成果,将南宋书判作为一个整体,以裁判依据为线索,重点探讨当时司法裁判的价值取向及其内涵,并结合历史和社会背景论述其成因。

一

判决依据的多元化,是现存南宋书判中呈现的南宋司法裁判具有普遍意义的特色。除个别拟判外,现存书判中引述法律依据的共159件,涉及法律197条(内容重复者不计),其中律(即《宋刑统》)文46条,敕27条,令20条,格1条,随敕申明10条,使州约束2条,乡例6条,形式不明的85条。在这类书判中,裁判结果与法律一致的89例,占56%;与法意不一致的54例,占34%。书判中未引述法律依据但可以考详的共61篇,其中裁判结果合乎法意的22例,占36%;不合法意的38例,占62%。以上这两大类书判共220件,裁判结果与所引或所考法律依据一致的111件,占总数的一半;与法意不一致的92件,占42%。可见法律的作用不可忽视。此外,法律依据未被引述且已不可考而以其它理由裁判的书判共有156篇。

但是,在表面上合法的裁判中,如果也取“诛心”之法而还原其本情,便不难发现,有不少情况是在貌似合法、依法的表面文章之下,却蕴含着对法律的任意解释和适用。南宋初年的岳飞案是众所周知的千古奇冤,但判决书中却堂而皇之地对岳飞等人开列犯罪事实、引述法条规定、依法定程序裁决并执行,这一系列的陈述竟似无疵可指。战功显赫、精忠为国的一代名将,因为口头言辞上对皇帝有所不敬,便要按律文“指斥乘舆”罪处斩。在其它许多书判中,表现出系法律以外的价值判断在起着主

瞿同祖:《中国法律与中国社会》(导论),中华书局1981年版。

中国学者中,陈鹏、陈智超、贺卫方、梁治平、姚荣涛、郭建、陈景良等先后都有论著涉及,日本学者仁井田峯、梅原郁等也作了深入细致的研究。

以上之例可参拙文《名公书判清明集 法律思想初探》,载《法学研究》1997年第5期。《绍兴十一年十二月二十九日刑部大理寺状》,参见邓广铭《岳飞传》,人民出版社1983年版,第370—374页。

导作用，决定案情性质的认定和裁判结果的意向，法律只是以此为前提来作出处理的工具。如书中亲族相讼频见，并不由此获罪，而却独有一判称“在法：告缙麻以上卑幼得实，犹勘杖八十”（《清明集》页495；下引此书径注页码），认为应按此对原告科罪。推原其意，只不过是因法官认为原告素无善行，此讼明显是挟仇报复，为绝其讼，以法胁之。有的情况下，可能因为一时没有找到合适的法条，只能先牵强附会比照某法，打发了事。如摆渡人勒索遭打，其还手将船客击落水中溺死。所引法是按渡人恐吓取财的得赃数量为量刑依据的，并未提及因而致人于死的情况，所以其实本该用“元无杀心”的斗殴杀人法（《刑统》卷二一“斗殴故殴故杀”）或取而代之的相关敕条。但最后法官比附所引法得钱五贯的量刑，判脊杖十二，刺配本城，理由是船客因此身死，虽非有意，亦应断罪。这种比附，未免有些不伦不类。再如《清明集》卷八《命继与立继不同》一案：

江东老有三子，分别名刘员、齐孟、齐戴。江齐戴身死无子，族兄弟，连襟江渊欲以子江瑞为之立嗣，但族人认为江渊曾以子继齐孟之嗣，而不能孝养，反对立江渊之子；而且如立之，则江东老旧产将有三分之二为江渊家所占，人所不平。这样，作判者的剖判尺度是显然向族人倾斜的：立继当许之，但不可使之得财过多；族人要予安抚，但最后总得举出令人信服的依据。“再三抽绎，欲合情，欲息讼，必当酌其法之中者而行之，斯可矣”。按法，“立继者与子承父分法同，当尽举其产以与之，命继者于诸无在室、归宗诸女，止得家财三分之一”。江瑞之立属命继，但余二分不给被立者即当没官，似悖于法官初衷和常理。于是又找出一条：“诸已绝之家立继绝子孙（谓近亲尊长命继者），于绝户家财产者，若止有在室诸女，即以全户四分之一给之；若犹有归宗诸女，给五分之一。其在室并归宗女即以所得四分，依户绝法给之。止有归宗诸女，依户绝法给外，即以其余减半给之，余没官。止有出嫁诸女者，即以全户三分为率，以二分与出嫁女均给，余一分没官”。但江齐戴分明没有女儿，法官也在所不顾了：被立继者三分之一应给，所以比照可给三分之一的情况即“止有出嫁诸女”，先给其一份，特别强调要官司检校，族长主管，候江瑞成年给之，江渊不得干预。另外两份，一份没官，另份无女可给，则用作安抚族人之用：“将一分附（比附，明本作“付”；非）与诸女法，拨为义庄，以贍宗族之孤寡贫困者，仍择族长主其收支，官为考校”；这样，“人情、法理两得其平”（页265—268）。法官从法律以外的价值取向作出的判断先于法律而存在，法律经过选择后只是起着注脚的作用。

另外，进一步探究事实认定这一过程，情形也许就更为复杂。《宋会要辑稿·职官》五之五九载宁宗嘉泰元年（1201年）臣僚上言：“今日治狱之弊，推鞠之初虽得其情，至穿款之际，则必先自揣摩斟酌之，以为案如某罪，当合某法，或笞或杖，或徒流或死刑之类，皆文致其辞，轻重其字，必欲以款之情与法意合。彼议法者亦惟视其成而定其罪，细毫锱铢如出一手。”《宋史·刑法志》说理宗时“监司、郡守擅作威福，

意所欲黥，则令入其当黥之由；意所欲杀，则令证其当死之罪，呼喝吏卒，严限日时，监勒招承，催促结款”。这种在审讯过程中罗致罪名以合法意，已非书判中所能详见。法律至此便纯粹成为文饰之具，而实质上被肆意践踏和蔑弃。虽然不可以此妄测作判诸公，但其事当时确有，应无可置疑。

由此不难看出，在南宋司法裁判中，法律受到相当的重视，但这种重视往往从属于更高的价值取向所预设的前提，甚至只是掩人耳目的工具；当二者出现矛盾时，法律的规定常常遭到曲解，受到冷落。如果从各种裁判依据及其相互关系入手来进行分析，这一司法裁判中的根本价值取向就更为清晰可见。

南宋书判中，裁判的依据除了法律以外，还有其它的一些理由和原则，主要包括伦常、息讼、恤刑、人情等方面。伦常，孟子谓之君臣、父子、夫妇、兄弟和朋友五伦，这里主要指反映社会和家族等级的尊卑长幼关系；息讼，在实践中表现为力求使争讼双方尽可能心悦诚服或认罪服法，消除再讼隐患，并通过打击健讼等手段最大限度减少诉讼；恤刑，包括先教后刑、处刑轻慎和对官员、士人及其家族的优礼、开脱，内涵较明确。人情，指除上述原则以外的社会一般处事和评价标准，在书判中以相关事实和道德评判的形式出现，具有内涵广泛而直观的特点。如剖判差役之争，“万一所差仅刘知府一人，姑与之免；今经陈使台者，乃合城中而为之谋，彼以数十年无役之家，悉入差帐，咸欲起而争之”（页90）。判中并非没有引述法意，相反，不仅全篇具引长达246字的“乾道八年二月二十六日敕”，而且还反复说明依法处理其它相似争讼的情况，但着眼点却不在强调法律规范如何应予恪守，而在阐明“其内十余部，自二三十年无可差之役”的状况和如前所述法外开恩的后果。法律的权威因为人情而得到巩固。又如毛永成于十余年后以白约为据诉兄弟盗卖共有田宅案：

据法，“理诉交易，自有条限”；判中所云“条限”，即另一判中所引法律明文：“典卖（众分田宅）满十年者免追，止偿其价；……若墓田，虽在限外，听有分人理认，钱、业各还主”（页118）。法律规定的时限极为明确，但判者认为，“大率小人瞞昧同分、私受自交易，多是交易历年不使知之，所以陈诉者或在条限之外，此姑不论也”；原告所持是未经官见证盖印的文书，但被告也无有效书契，“何以证永成白约之伪乎？此又不论也”；所重视者，乃所卖之屋与永成共柱，若被拆毁，“则所居之屋不能自立，无以庇风雨，此人情也”；又所卖田内有祖坟，“其不肖者卖之，稍有人心者赎而归之，此意亦美，其可使之不贖乎？此人情也”（页166）；此外还有一相关事实，是永成当年未批退而放弃先买权。因此，既不依法明确所有权，由盗卖者赔还，也不依法追回墓田、钱业各还主，而是准永成赎回共柱之屋和有坟之田，其余则维持现状，似依亲邻赎法；但令文分明规定：“诸典卖田宅满三年而诉以应问邻而不问者，不得受理”（页

其例可参拙文《名公书判清明集 法律思想初探》

309), 时限早已超过。判中绕过法律的屏障, 依据的主要理由也并非冠冕堂皇的原则, 而只是相关的简单事实, 如屋共柱、如田有坟、如未批退, 已使人自然信服其持之有故、言之成理。

再如《勉斋集》卷三三《武楷认金》一案: 刘某、武安抚先后居住的宅基地内掘土得金, 武家后人武楷争领, “以事理考之, 必是刘家之物, 盖藏金于地, 为避贼而藏也”; 武安抚为一方军政大员, 不当为此, 但其颇有政绩, 如今家业凋零, 使人叹惋; 笔锋一转, “武楷自少不学, 家业破荡, 若得钱又复妄费”。如此一波三折, 最后判: 将金存于公库, 每月许其领五贯。判中纯以事实言之而不及法律, 但事理人情毕见于斯, 可谓曲折周到。

可见, 法律与伦常等其它裁判依据在书判中的交互作用, 构成裁判的根本价值取向, 这便是“情理”。

情理, 按书判中字面本义而言, 情, 包括书判中的“情”和“人情”; 前者作为裁判依据主要指事实真相和由此体现的主观动机, 后者则主要指通行的观念。理兼指“理”和“天理”, “理”主要相当于逻辑和惯例, “天理”本指天道或人之本性, 在书判中主要指家族关系, 尤其是亲子关系。总的来说, 这些内容基本可以涵盖前文所提及的法律以外的伦常等各项裁判理由。司法裁判的根本价值取向, 与这些概念有密切联系而又有所不同。它并不是这些裁判理由的某个单一方面或其简单叠加的总和, 而是这些要素的最佳组合方式, 是一种中庸至善的最高境界。本文称之为“情理”。

需要特别指出, 法律并不是与“情理”无关或对立的。宋代韵文律书《刑统赋》开宗明义即称: “律意虽远, 人情可推”。在作判者们看来, 法律应该与其它各种原则统一、协调。书判中说: “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”(页 311)。“公事到官, 有理与法”(页 347)。法律如不合乎情、理要求, 即非善法。“祖宗立法, 参之情、理, 无不曲尽。倘拂乎情, 违乎理, 不可以为法于后世矣”(页 448)。书判作者之一真德秀又说: “夫法令之必本人情, 犹政事之必因风俗也。为政而不因风俗, 不足言善政; 为法而不本人情, 不可谓良法”, “上之所为, 一与理合, 即不待教令而自孚; 上之所为, 一与理悖, 则虽加刑戮而不服”。法律正应该是实现价值目的的基本常规手段。从“德礼为政教之本, 刑罚为政教之用”的根本原则, 到立足于亲亲、尊尊的各项规定, 直至授权法官依据常情自由处断的“不应为”条, 莫不蕴含了构成情理的各项原则要素。因此可以说, 法律的明文规定, 常常已经预先协调了各项原则的关系, 体现了情理的要求。而严格依法的书判, 一般也就自然实现了

真德秀:《西山先生真文忠公文集》卷三《直前奏札》。

同上书卷四《召除礼侍上奏札二》。

情理的价值目标。公然至县厅赶打公吏，依法处杖；交易多年，实情难详之争，依法不予受理；品官之家违禁，依法准赎；杀人偿命，欠债还钱，谁能说不是天经地义，不是实现了情理的要求呢？

但是，由于种种原因，法律并没有被当做情理的唯一表现方式而成为书判的最终价值目标。因此，在基本依法裁断的书判中，法律以外的原则往往仍被援引，以充满感情色彩的笔调加强或补充法律规定。如果法律有悖于其它原则而与情理相矛盾，执法官员可以通过法律解释、法律选择来加以协调，甚至可以置法律于不顾。其例已多，不赘。

情理所涉及的各项原则，是相互平衡而又密不可分的统一整体。在面对具体案件时，官员们依据实际状况，不仅力求弄清争端本身的事实真相，而且对情理所关注的相关事实亦给予充分的考虑，然后权衡各要素并参考法律的规定做出裁判。在表面相似的案件中，这些原则的作用程度却并不相同。同为教唆兴讼，一般人以息讼的原则予以打击，处脊杖、编管（页484）；斃人之子更不可恕，脊杖、刺配（页483）；有士友为之说情者，减等发落（页482）；而犯者身为士人，则予优礼，从轻处竹篦、枷项。同样诉不当立异姓子，而所立同样合法有效，所争者同样出于私利，有的息讼优先，准予并立（页223），有的则以和气有亏、恐难保家道为由不许更立（页270）。这些理由独立而言，并不是必然的规则，而是可以相互比较权衡的原则。“规则在适用时，要么有效，要么无效；如果两个规则发生冲突，其中必有一个是无效或应废止的。而原则却有较大的灵活性，它们是人们活动时应当考虑的理由。在几个原则交错时，两个原则之间的冲突必须根据每一个原则在既定场合（案件）中的分量来解决。……作为活动理由的原则不会因为某一情况下其它的理由占了上风，就不再是一个理由”。情理正是由一系列原则性的要素相互作用的产物。

同时，这些理由的内容又不是各自孤立的。不少案件的具体裁判理由，往往涉及数方面的内容而难以截然区分。《勉斋集》卷三二《陈如椿论房弟妇不应立异姓子为嗣》一案中，陈知县协同其伯父诬告叔母违法立异姓子，法官在查明诬告事实后，又指出，陈知县之父亦是收养的遗弃之子，今妄诉叔母不应收养异姓，“是责其祖，辱其父也。为人子者，责其祖，辱其父，诬其零丁孤寡之叔母，罪莫大焉！”通过一件相关事实的联系，竟上升到了根本伦常的高度。另一原告陈如椿本应断罪，“念其于刘氏（指其弟妇）之子有族伯之亲，申解使府，乞将陈如椿责戒释放”；由于家族内等级名分所在，量刑上也予体恤从轻。事实上，在当时人的观念中，也并无诸要素的区别。如

黄：《勉斋集》卷三三《徐铠教唆徐莘哥妄论刘少六》。

迈克尔·D·贝勒斯：《法律的原则》，中国大百科全书出版社1996年版，第470页（译后记）；又参见同书第12—13页。

吕本中《官箴》中说：“当官处事，务合人情。忠恕违道不远，观于己而得之，未有舍此二字而能有济者也。尝有人作郡守，延一术士同处书室。后术士以公事干之，大怒叱下，竟致之理，杖背编置。招延此人已是犯义，既与之稔熟而干以公事，亦人常情也，不从之足矣，而治之如此之峻，殆似绝灭人理”。人情、忠恕、人理，并存于统一的观念之中。情理这一价值取向，代表的是一种全面考虑、兼顾无偏的思维方式；而在直觉思维中，其本身是一个浑然一体的综合概念，是一种和谐的状态。

这一状态不是单纯的道德取向，因为它往往包含了对法律的兼顾。宋代士大夫具有较高的法律素养，客观上也使书判追求的情理并没有脱离法律而走向纯粹的道德世界。同时，书判中的价值取向与其说是简单的道德认定，不如说更体现着一种选择，体现着有经有权的能动意识。朱熹高弟陈淳说：“有经所不及，须用权以通之。然用权须是地位高方可，非理明义精便差，却到合用权处亦看不出。权虽经之所不及，实与经不相悖，经穷则须用权以通之。柳宗元谓‘权者，所以达经也’，说得亦好。盖经到那里行不去，非用权不可济。如君臣定位，经也；梁纣暴横，天下视之为独夫，此时君臣之义已穷，故汤武征伐以通之，所以行权也。男女授受不亲，此经也；嫂溺而不援，便是豺狼，故援之者，所以通乎经也。如危邦不入，乱邦不居，此经也；佛筭召，子欲往，则权也。”“父为子纲”是常经，但两次卖子、为父不父者，“可谓败人伦，灭天理之已甚者”，小杖二十，由族长收养其子（页 277）；“夫为妻纲”是常道，但妻因夫宠妾而擅离，犯嫉妒之忌、擅去之法，判者却认为其夫事后兴讼只为争利，而当时未理，夫妇之义已绝。这种权衡，已非简单的“道德”二字能了。情理的价值取向，是“止于至善”的追求；其本身与理学中的“理”相仿，是一种先验的本体存在，无可确指而又无所不在。

另外值得注意的是，各种理由的内容在书判中常以前人旧例和经史典故的形式表达出来。判者们宁可反复引用《礼记·王制》“执左道以乱政者，杀；假于鬼神疑众，杀”；而不愿检用有关禁淫祀妖教的朝廷法律。有的书判模仿先贤故事裁断，如柳某遗嘱每年与侄钱财，而履行数年后柳妻爽约，尽管遗嘱真实，但遗嘱者本意乃恐孤寡受欺，判者引述前贤张昞所断之案：“昔人有子幼而婿壮，临终之日，属其家业，婿居其子之二，既而渝盟，有词到官”；而张昞“以其善保身后之子，而遂识乃翁之智，从而

吕本中：《官箴》，《丛书集成》本，第 4 页。

参见陈景良《文学法理，咸精其能——试论两宋士大夫的法律素养》，载《南京大学法律评论》1996 年秋季号、1997 年春季号。

陈淳：《北溪字义》卷下，“经权”。

《宋刑统》卷一四“和娶人妻”：诸妻擅去徒二年；此律当时仍有效，参见《清明集》，第 352 页。

黄：《勉斋集》卷三三《京宣义诉曾 叟取妻归葬》。

反之”；本案与之如出一辙，所以“合仿乖崖（张昞）之意行之”；将遗嘱销毁，以各自受分为准，不得侵占（页291—292）。其实该案在张昞之前已有西汉何武的先例。这种先例只是一种形式，而其实质在时人看来，就是“法理”、“人情”。何武所断案中，遗嘱其婿，候幼子长成给其一剑，而婿竟不与；故判产业均归子；张昞案中婿请如约，不似前者贪得无厌，故判七分与子。“悉夺与儿，此之谓法理；三分与婿，此之谓人情。武以严断者，婿不如约与儿剑也；昞之明断者，婿请如约与儿财也”（郑克按语）。这种在形式上模仿旧例的特点恐怕与传统的历史意识、官员的受教育经历和文坛风尚不无关系，兹不赘述。

二

在南宋的司法裁判中，其价值取向为什么不是案件本应该适用的法律的实现，而是缺乏确定性的情理？

这首先应当归因于传统特有的哲学基础和思维模式。“天人合一”是中国传统哲学中一贯的主题，它所强调的是和谐统一的世界观。在思维方式上，则是始终立足于整体判断。在具体途径上，传统式思维最基本的方式，是立足于个人经验的直觉判断。

《朱子语类》卷一八《论治道》中记载了朱熹与人的一段对话：“问：‘为政更张之初，莫亦须稍严以整齐之否？’曰：‘此事难断定说，在人如何处置。然亦何消要过严？今所难者，是难得晓事底人。若晓事底人，历练多，事才至面前，他都晓得依那事分寸而施以应之，人自然畏服。今人往往过严者，多半是自家不晓，又虑人慢己，遂将大拍头去拍他，要他畏服。若自见得，何消过严？便是这事难。’又曰：‘难！难！’”朱子的意思，所谓“晓事底人”，难得之处不在于其能依据某种尺度，而在于凭藉丰富的经验，具有良好的悟性。这对于官员是至关重要又至为难得的。朱熹主张格物以穷理，强调理性主义的认识方式，但并没有脱离具体认知手段上的传统模式。他在《大学章句》中取程子之意补“格物”章之缺文：“是以大学始教，必使学者即凡天下之物，莫不因其已知之理而益穷之，以求至乎其极。至于用力之久，而一旦豁然贯通焉，则众物之表里精粗无不到，而吾心之全体大用无不明矣。此谓物格，此谓知之至也”；《朱子语类》卷一八：“今以十事言之，若理会得七八件，则那两三件触类可通；若四旁都理会得，则中间所未通者其道理亦是如此”。但究竟如何“豁然贯通”，如何“触类可通”，却置而不论，只是待诸经验积累后的直觉把握，而并不在于严密的逻辑推论。理学别派陆九渊更进一步提高了这种个人直觉意识的地位。杨简曾问学于陆九渊“如何是本心”，“先生曰：‘恻隐，仁之端也；羞恶，义之端也；辞让，礼之端也；是非，

参见郑克《折狱龟鉴》卷八《何武》。

智之端也。此即是本心。’对曰：‘简儿时已晓得，毕竟如何是本心？’凡数问，先生终不易其说，敬仲（杨简字）亦未省。偶有鬻扇者讼至于庭，敬仲断其曲直讫，又问如初。先生曰：‘闻适来断扇讼，是者知其为是，非者知其为非，此即敬仲本心。’敬仲忽大觉，始北面纳弟子礼。故敬仲每云：‘简发本心之间，先生举是日扇讼是非答，简忽省此心之无始末，忽省此心之无所不通。’”这已完全仰赖于个人的经验判断。

在理学的范畴中，“理”是先验的绝对本体，存在于万事万物之中，有种种不同的具体形式，即所谓“理一分殊”。面对具体争讼，官员们所需要的是通过直觉判断，发现其中的理，从而提出相应的处理意见。这一判断的过程，就是自觉或不自觉地对情理诸要素进行全面的择、权量。在理论上，这种直觉判断并不是随心所欲地妄测臆断。它是整体性和谐观的伴生物。它具有理性的哲学前提，重经验，不偏执，以保持整体系统的和谐稳定为目标，兼顾所涉及的各方面利益和关系，强调有经有权。正是这种兼容并顾、力求无党无偏而立足直觉经验的思维模式，使官员们在司法裁判中并不机械、生硬地奉法律为唯一规则，而是以情理为根本价值取向。

之所以是情理而不是法律成为南宋司法裁判的价值取向，还有中国传统法律思想的历史背景。儒家重礼。在先秦，礼是多层次概念的总称。它首先是一种根本精神，即《礼记·丧服小记》所说的“亲亲、尊尊、长长、男女之有别，人道之大者也”。其次，作为规范的意义，它可以是国家的根本性制度，如册封诸侯、分邦建国等等；可以是社会生活中人们应当遵循的实质性规范，如同姓不婚、为人子不蓄私财、男女授受不亲等等；可以是仪节性规范，如《仪礼》所载的各种典礼程序。当时儒家所重的“礼”，实际上是作为礼之根本精神的原则而不是所有的规范，对于违反某些规范的态度和对其它部分的适时变通，都以那些抽象的根本性原则为判断标准，它们因为其抽象性、原则性而凌驾于具体规范之上，使后者成为其实现的手段。在这个意义上的“礼”，而不是一般的规范性的“礼”，才被荀子当做“法之大分、类之纲纪”。而对于各项原则在适用时的权衡取舍、恰到好处，才是最受关注的。

西汉中期的春秋决狱，是调和“法”与“礼”的产物。现可考见的董仲舒处理的6案中，有4案都兼顾经义和法律，而以法律为手段实现经义的要求。至唐代，在法典上完成了儒法合流，《唐律》号称“一准乎礼”。礼与法之间的“道”与“器”、形上与形下的关系得以巩固和强化。北宋名臣司马光说：“至于律令敕式，皆当官者所须，何必置明法一科，使为士者豫习之？夫礼之所去，刑之所取，为士者果能知道义，自与法律冥合。若其不知，但日诵徒流绞斩之书，习锻炼文致之书，为士已成刻薄，从政岂有循良？非所以长育人材、敦厚风俗也。”南宋真德秀也说：“廷尉天下之平，命官

《陆九渊集》卷三六，中华书局1980年版，第487—488页。

《文献通考》卷三一《选举四》。

设属宜常参用儒者，俾三尺之外，得傅以经谊，本之人情，庶几汉廷断狱之意。”

不难看出，传统法律思想中，法律的实现始终没有成为根本价值目标。在法哲学的层面，法律仅仅是一种工具，它的价值不在于条文表面的内容，而在于其深层的原则。法律的作用仅在于实现这些原则。这种工具主义的法律价值观使法律本身的内容和逻辑被轻视或忽视。礼仪教化、春秋微旨、道义人情，是在各个特定时代执行法律时分别需要考虑、兼顾的要素。春秋决狱以儒经大义的合理选择和实现为根本价值取向，并兼顾法律的规则，成为后世尊奉的楷模。南宋王回拟作的书判中有一案：

出妻已告前夫昔日在家时曾指斥乘舆，书判征引法律依据：指斥乘舆，斩（参《刑统》卷一“指斥乘舆”）；旁知不告者，徒一年半（《刑统》卷二三“告反逆”：不告者各减本罪五等）；夫虐妻许自陈（《刑统》卷二二“夫妻妾媵相殴并杀”律注：夫殴妻，妻告乃坐）；已告（原作“若”，据文意改）夫减所告罪一等（参《刑统》卷二四“告周亲以下”）、甲同自首（《刑统》卷五“犯罪已发未发自首”：依法当容隐者告之，同罪人自首；卷六“有罪相容隐”：同居有罪相隐），又引经义：《书》王不罪小人之怨，《礼》妻为夫服斩衰之重，并以常理评之：既已离异，不当以昔日亲密时私宅之闻而陷人于死地，所以，法司以所告之事在未离异时，故按未离的法律断已罪，免甲罪，这一判决是“以律附经，窃谓非薄君臣之礼，而隆夫妇之恩也”。法律的规则在这里是次要的内容，判者权衡的是君臣之义的伦常等级和夫妇之恩的世俗人情，而最终选择的是后者，并且从经典中找到了相关的依据。

文化传统等意识形态不可能抽象地发生作用，它必须依赖于社会现实条件提供的可能性。宋代是君主专制主义中央集权政治体制进一步巩固的时代，法律正是君主权威的重要体现。程式化的政事运作方式，保守因循的士风，使时人有“任法而不任人”之评。但同时，两宋时代立法繁密，乃至用法之际，非周查各篇不能备见，致有终一日不能尽一事者。盈于架阁，不能遍览的法律使一向厌弃俗务的士大夫们不暇问津。立法者或牵于好恶之私，或溺于迎合之说，或唯恐有罪者之失，故多张纲增目，使条目滋繁，却难免有前后抵牾处。无怪乎朱子曾大发牢骚，“今上自朝廷，下至百司、庶府，外而州县，其法无一不弊，学校科举尤甚”；在给陆九渊的私札中，希望“于律令中极有不合道理、不近人情处，随事改正，得一二亦佳”；又说“律极好，后来敕令格式，罪皆太重，不如律。乾道、淳熙新书，更是杂乱，一时法官不识法制本意，

真德秀：《西山先生真文忠公文集》卷三《直前奏札》。

《宋文鉴》卷一二九《书判》。

《朱子语类》卷一八《论治道》。

《陆九渊集》卷三六《年谱》，第495页；此信在《晦庵先生朱文公文集》中未见，但《陆九渊集》中有答书（卷七，第94页），当可信。

不合理者甚多。又或有是计囑妄立条例者”。以书判中所见法律为例。如被引最多的法条“诸理诉田宅（一作“田地”）而契要不明过二十年钱主或业主死者不得受理”，凡九见。该条本意以“理诉田宅而契要不明”为假定，以“过二十年”、“钱主（买方）死”、“业主（卖方）死”三者之一为条件，以不得受理为结果。如无标点、诠释，确实易致误用。此法中既以二十年为官不受理的期限，却又有一申明指挥称：“典产契头亡歿经三十年者，不许受理”，相互矛盾如此。

而另一方面，法律又在许多领域留下了盲点，官员无法可依，只得各行其是。比如争相立继者全部符合条件时如何排定次序，法无明文，因此出现拈阄的裁判（页204、206）。又如幼子身死，是否应该为之立继？书判中说“下殇不当立继，初无此条”（页258）；既然没有禁止，但也不意味着强制要求。于是有的判者认为“夫以三岁幼亡子，违法越次，与之立嗣，安能弥争者之词”，不许立（页264）；有的则以义利之辨为由，主张应当立（页258），总之是莫衷一是。

由于当时客观条件的限制，有的案件查清事实真相已不可能，或成本过高，以致很难准确严格地依法办事，恐怕也是一个不可忽略的现实问题。如判中称“其间因夺花利，互相毆击，彼此各有词说，当（此处疑有脱误）虽经县，在乡不曾究实，当官不曾验伤，今经隔多日，无从考究”，于是顾左右而言它：“当自今始各自管业；如更生事，定行惩断”（页120）。又如差役纠纷案中，下级官员未能依法准确判定应役之户，反而简单地勒令其他人承诺服役；经上级复审后，真相得以澄清，但由于当时应役之人未曾到官，乡吏又进行欺瞒，事实难明，所以认为下级的做法亦情有可原（页73—74）。《文献通考》载：“宁宗嘉泰二年，臣僚言：‘近日大辟行凶之人，邻保逼令自尽，或使之说诱被死家，赂之财物，不令到官。尝求其故，始则保甲惮检验之费，避证佐之劳，次则巡尉惮于检覆，又次则县道惮于鞫勘，结解，上下蒙蔽，只欲省事，不知置立官府本何所为！’”这是官府贪图省事、减少成本发展到极致的后果。一般情况下由于力图避免种种的麻烦，不严格守法，潦草结案以求息讼也属自然。

同时，社会的普遍风习是官员们必须正视的现实。在当时的社会中，平民百姓对法律知之甚少，政府也并不希望他们了解有关法律和诉讼的知识。如南宋《绍兴敕》规定：“诸聚集生徒教辞讼文书，杖一百，许人告；再犯者不以赦前后，邻州编管；从学者杖八十”；绍兴七年九月和十三年八月曾两度重申这一精神，严禁教授辞讼。在官员的观念中，法律主要是示之于百姓的约束手段，示民以法可以解决不少争讼，南宋

《朱子语类》卷一二八《本朝二·法制》。

《文献通考》卷一六七《刑考·刑制》。

参见《宋会要辑稿·刑法》二之一五、三之二六。

的官箴《州县提纲》卷二“示无理者以法”就说：“前后用此策以弭讼者颇多”。但是，仅使民“免而无耻”、退避畏法是远远不够的。依照当时主流意识形态的看法，就官员的社会角色而言，他们不仅是争讼是非的裁判者，更是民之父母，是道德导师。南宋胡太初《昼帘绪论·听讼篇第六》说：“大凡蔽讼，一是必有一非，胜者悦而负者必不乐矣。愚民懵无知识，一时为人鼓诱，自谓有理，故来求诉。若令自据法理断遣而不加晓谕，岂能服负者之心哉？故莫若呼理曲者来前，明加开说，使之自知亏理，宛转求和；或求和不从，彼受曲亦无辞矣。”简单地一判了事，并不能体现这种社会角色的功能。因此裁判时也就应体民之情，以其能接受信服的道理“明加开说”；这种道理，便是“情理”的表达，是社会普遍认同的价值观念，是方方面面利益的兼顾，而不仅是法令刻板的内容。特别是在欲加之刑何患无辞的森严法禁下，严格依法有时反而容易激化矛盾。官员们在司法裁判中必须权衡多方面要素，在正统观念和民间风习之间进行调和、抉择，力求做出最佳的选择，以更好地履行自己的社会职责。

另外，虽然当时以各种方式对基层官员的法律素养有所要求，但实际上，也并未能真正使每位官员都熟谙法意、进退循之。前引“理诉田宅”的交易法，“诸理诉田宅而契要不明，过二十年，钱主或业主死者，不得受理”，但有的引作“钱、业主俱亡，不得受理”，又或引作“诸典卖田宅经二十年而诉典卖不明者，不得受理”（页163），已是面目全非。范应铃在判中曾连驳三位下属用法不当，称“失在官府，适以起争”（页160），便是一个典型。

法律繁苛，官不能遍睹，民无从知晓，大大影响了其有效的操作。一方面是客观经济发展和社会风习变迁导致的频繁争讼，另一方面则是种种客观条件的限制和对官员旧有的法律训练方式，使他们面对纷繁复杂的事事人情和疏密不当的法网刑禁而无暇深详法意，只能抱着善良的愿望，运用灵活的手段，凭借各自的处事经验和感觉来应事之变了。两宋官僚政治发达，君主权威巩固，慑于法律背后的权威，法条是必须借为张目、保身的手段，但士大夫们真正追求的目标，则是“极高明而道中庸”、兼顾无偏的情理之道。

三

以情理为目标的裁判价值取向对司法实践产生了深刻的影响，它在形式上对法律给予了相当的重视，但事实上以更高的价值理由指导司法活动，使官员在处理纠纷时有更强的独立人格和自主意识，能够灵活变通，强调使争讼从根本上得到解决，重视

该书托名北宋陈襄，非。按其中有“绍兴二十八年”等语，又其书有元初刻本，可推断其成书于南宋时；参见《四库全书总目》卷七九《史部·职官类》。

缓和、协调当事人之间的关系，减少社会矛盾，稳定社会秩序，发挥着类似西方普通法系中衡平法的作用。如依法律规定，立继当取同宗昭穆相当者，有死者之叔父欲以己子即死者堂弟为死者立继，显然与法意不合，但判者认为有以弟为子之俗，如宗族无争则可，这充分考虑到中央立法与地方习俗相抵触时的处理方式问题。又如许佳以弟死，弟媳堕胎之事诬告并殴伤其叔三杰，损坏其家财物，判者认为诬告反坐，罪名不轻，即使仅殴伤叔父，亦该处徒刑，虽经赦，但仍妄讼不止，应予处罚；不过考虑到“若将许佳断配，则许三杰与兄日新同居，共门出入，兄弟自此何以相见”，判许佳赔偿财物，否则再予断罪（页496）。在处理方法的选择上，也显得较为灵活。再如夫亡后，妻因故遣逐立继子董某而另立，判者认为董某始终未敢讼继母而只讼其仆，又曾为父服丧，故一方面以“父在日所立不得遣逐”之法劝戒其母收回成命，另一方面则告谕董某“亦宜自去转恳亲戚调停母氏，不可专靠官司”。通过司法实践，法律条文与社会实践之间可能存在的矛盾得到了相当程度的调和。

官员们常常绕开法律，直接以情理大义剖判是非，使司法实际上起着补充甚至挽救立法的作用。但是，这种裁判模式并非现代意义上的司法自由裁量权。后者指司法机关在司法活动中合法合理地进行自由选择的权力，立足于法治原则，以法律实现的最佳化为目的；而前者则在根本上轻视法律的地位，与法治原则颇为隔膜。它的论证并不通过法定的途径、缜密的逻辑，而是出于官员个人的直觉判断。诉诸法律的结果，不复有确定性可言。《勉斋集》卷三三中有一个典型的案例。案中，刘某有三子：拱辰，妻郭氏所生；拱礼、拱武，妾母所生。刘某夫妇死后，兄弟分产，拱辰将郭氏随嫁田占为己有，不分为二弟。事经十六年，拱辰亦死，拱礼、拱武诉拱辰之子，要求分郭氏田。案件先后经过县、州、监司三级共七位官员审理、判决，形成三种结果：郑知县、提刑司签厅认为拱礼、拱武不当分田；吉州司法、知录判由三子均分；韩知县、赵安抚及本判作者黄 则以为应分为两份，拱辰家得一，拱礼、拱武共分一份。黄某认为，以法论之，兄弟分产之法未有亲母随嫁田给亲子之规定；妇人随嫁田当随夫，即为夫之产，故夫之子皆得分之；以理论之，三子虽有嫡庶之别，但同出于父，且均以郭氏为母，亲子不可独占母之随嫁田。所以按均分之判“则子为孝于其父，在兄为友于其弟”，不分之判则反之，又上升到孝弟的伦常高度。而韩、赵之判不为均分，则是“曲尽世俗之私情，不尽合于天下之公理”，但仍判照此执行。推原其意，判中说：“赵安抚之所定在后”，而且安抚司为南宋监司之首，黄某以小小县官之微，自然不敢轻易改弦更张。判中所实现的，既不是法律的规范，甚至也不是“天下公理”（即道德要

刘克庄：《后村先生大全集》卷一九三《德兴县董党诉立继事》。

参见沈岿《论行政诉讼中的司法自由裁量权》，载《行政法论丛》第1卷，法律出版社1998年版。

求),而是“世俗私情”,是具体个案的特殊要素,是一种正统价值观与非正统观念的折衷。本案此后是否又经他官之手以及结局如何,已不可知,但仅就本判来看,打官司的结果,确如胡颖所说,“或赢或输,又全在官员笔下,何可必也”!有学者指出,“在某种意义上说,他们在每一个特殊案件里面都适用了一个特殊的规则”。司法真正成为艺术,而不是技术。

这种现象使法律的权威无从树立。如在《清明集》卷三《走弄产钱之弊》一案中,石某以田产已出卖为由,认为资产不及规定数额,不肯服役,而法官判其应役,理由有二:法律禁止临役卖产;即使交易属实,“户下税钱不及都例者亦仅十数文耳,官司定差,不应若是纤悉也”。如果说前项理由尚属法意,后一说则根本地否定了法律的权威和前者的基础。法律的条文并不是严格的规则,而只是统驭的工具而已。以情理为价值取向,使更多的规则只能无形地存在于官员的意识中。现存的南宋书判都是经过选编的名公之作,难见当时司法全貌。而《宋史·刑法志》说:“律令者,有司之所守也。太祖以来,其所自断,则轻重取舍,有法外之意焉。然其末流之弊,专用己私以乱祖宗之成宪者多矣。”有治人,无治法,末流之弊,不可胜道。

南宋书判的内容极为丰富。本文仅以其中司法裁判的依据为线索,对书判中所反映的士大夫官员的司法价值取向作一初步研究。至于判者以何种逻辑和依据认定事实,判中援引经义、先例和援引成案作为依据之间有何关系及其对判例制度有何影响,书判中体现的诉讼程序对法律的实现有何积极和消极作用,古代判文的研究对当代司法裁判的思维、表达方式有何启示,等等,都有待于继续深入地研究。

(本文责任编辑:王好立)