

# 《中西法律传统》

Legal Traditions of the West and China

2023年第3期(总第26期)

## “情理法”中的“法”字释义

——以《四西斋决事》为样本

闫 泉

**摘要 |** “情理法”是传统法文化的根本性状，故而具有研究的基础性或根本性品格。其中“法”字含义相对单一，指国家制定的成文法，即通常意义的国法。本文通过实证研究，试图进一步理解“法”。在对《四西斋决事》所见“法”字进行统计分析后，发现“法”指中国传统法秩序和通常意义的方法，狭义上的“国法”由“律、例、罪”字担纲。原因之一是晚清法典多以“律”命名。通过对“法是国法”命题的考察，提出“国法”是滋贺秀三通过理性创造的产物，进而认为秩序和方法可以更好解释传统司法的确定性。这一研究推进了对滋贺“国法”概念的理解，也可为认识当代中国基层法院的执法理念带来启发。

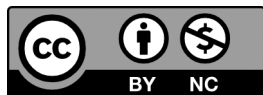
**关键词 |** “法”义；国法；《四西斋决事》

**作者简介 |** 闫泉，暨南大学法学理论硕士生。

Copyright © 2023 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



### 一、问题的提出

苏力在《法治及其本土资源》一书中，曾描述了一件代表性案例：山杠爷抓了虐待婆婆的媳妇、又强迫她游村，最后被公安逮捕。杠爷认为整治虐待长辈的人不犯法，检察院苏同志回应道：“看来

你对法律并没有真正理解。”在国家成文法没有辐射到的乡村，存在着大量的“地方性的法律”，杠爷执行的正是这种法律。<sup>[1]</sup>两种法律的背后是不同法律意识和法律知识的颌颞。它在正式的法庭审判中表现为情、理、法的纠缠。张军强调“办案须重法理情”<sup>[2]</sup>，侧面证明了情理与法协调相当不易。

[1] 参见苏力：《法治及其本土资源》，北京大学出版社2015年版，第34页。

[2] 邱春艳：《张军：办案须重法理情 公诉不止在法庭 强素质永远在路上》，高检网2020年9月27日，[https://www.spp.gov.cn/spp/tt/202009/t20200927\\_481064.shtml](https://www.spp.gov.cn/spp/tt/202009/t20200927_481064.shtml)，访问日期：2023年6月25日。

究其原因即在于以“情、理、法”传统法律观,同现代“法、理、情”法律观存在紧张关系,<sup>[1]</sup>更准确地说这是一种“法律的语言混乱”。<sup>[2]</sup>

若要拨正“法律的语言混乱”应当回到“情理法”议题中对“法”字作出解释。关于“法”字在“情理法”中的含义,法律史学界已经存在不少有价值的研究。有的从原理层面描述法的内涵,比如陈顾远指出法是国法,即法学家眼中的成文法和实定法。法理、情理与事理一道构成中国法的全貌。<sup>[3]</sup>张中秋发现法指国法、乡约、家法,是中国传统正义观中的“真”。<sup>[4]</sup>汪习根与王康敏也认为,法指国法,即仅对“具备历史伦理的士民”开放的政治秩序。<sup>[5]</sup>还有的则从中西文化比较出发,认为“法”指中国传统法律。比如马若斐在对《名公书判清明集》中的关键词“法”“理法”“法理”做了统计分析后认为,法表示包括敕、令、律在内不同种类的法律规则。理法是指理对法律规则的补充、加强或单独作为裁判理由。法理指向法律规则背后的理据。<sup>[6]</sup>显然这三个词的核心为法律规则。滋贺秀三认为,古代中国存在两种意义上的法。第一种是狭义的国法,即指以《大清律例》为核心的制定法。第二种是在最广义的社会秩序中发挥规范作用的法,即为情理。黄宗智则区分了官方的表达和实践,法,国法在正式审判和非正式调解中均占有较大比重,过去认为国法较少介入调解的看法是受到了官方表达

的影响。

此外,还有里赞、何勤华、霍存福、王斐弘等均利用了大量古代文献考察了“情理法”中的“法”字,基本认为法指国家颁布的各种强制力规范,即通常讲的国法。上述研究展示了一个几乎静态的“法”字:法指国法、成文法、制定法,并无限接近于马克斯·韦伯所谓的“通则化的法律”(Generalisieren Rechtliche)<sup>[7]</sup>。相比于情理的多义性,法呈现出的固定含义令人费解。因此,本文的问题是:情理法中的“法”字难道仅指“国法”吗?“法”难道没有更为立体、复杂的结构吗?以及用什么样的方法和样本才能重新认识“情理法”中的“法”字?

## 二、方法与样本:实证研究和《四西斋决事》

法史学界对“法”字训释早已有之,代表作品有《“灋”问》。但是这种做法较少勾连法律意识,尤其是普通民众的法律意识。应星曾提出中国民众是“为气而斗争”,而不是“为权利而斗争”。<sup>[8]</sup>潜藏的观点是支持普通群众遇到纠纷寻求政府帮助的行动理念,绝不是“编著之图籍”中的法,而是林语堂所谓的“讲情理”<sup>[9]</sup>。所以,法不能与情理割裂,但并不意味着法就是情理,讲好情理不能说讲清楚了法,比如《包公案》中的“世之赃官污

[1] 参见林端:《儒家伦理与法律文化:社会学观点的探索》,中国政法大学出版社2002年版,第318页。

[2] 宽泛意义上情理法属于多元主义法律(Legal Pluralism)。See C. Geertz Local Knowledge: Fact and Law in Comparative Perspective, In C. Geertz Local Knowledge New York: Basis Press, 1983, p. 220. 中文文献可参见朱晓阳:《“语言混乱”与法律人类学的整体论进路》,载《中国社会科学》2007年第2期。

[3] 参见范忠信等编:《中国文化与中国法系:陈顾远法律史论文集》,中国政法大学出版社2005年版,第275、277、281-282页。

[4] 参见张中秋:《传统中国法理观》,法律出版社2019年版,第35页、140页。

[5] 参见汪习根、王康敏:《论情理法关系的理性定位》,载《河南社会科学》2012年第2期。

[6] 参见[英]马若斐:《南宋时期的司法推理》,陈煜译,载《中国古代法律文献研究》2013年第7辑。

[7] 法史学界对韦伯“形式理性”的法律比较熟悉,但都是从法律发展阶段和卡迪司法角度展开,属于描述性理解,尚未从康德意义上的范畴角度理解。在《理性的法律诸多范畴》一节中,韦伯提到法命题是事实终极化约后的结果。法命题经验上来自事实,但价值上是先验的存在。所以“通则化的法律”在此语境中更为合适。See Rechtssoziologie Aus dem Manuskript hrsg. und eingeleitet v. j. Winckelmann, 1960. 中译本参见[德]马克斯·韦伯:《法律社会学 非正当性的支配》,上海三联书店2021年版,第28-32页。

[8] 参见应星:《“气”与中国乡村集体行动的再生产》,载《开放时代》2007年第6期。

[9] 参见林语堂:《吾国与吾民》,黄嘉德译,岳麓书社2021年版。

吏，尚王法所难容”，<sup>[1]</sup>此法还是有独特的含义。

想要理解普通民众的“法”，应当采用一般思想史的视角。葛兆光曾言：“真正在生活与社会支配人们对宇宙的解释的那些知识与思想，它并不全在精英和经典中。”<sup>[2]</sup>持久作用在民众行动理念中的法必然来源于生活经验，而不是诸子先贤的皇皇巨著。或者说韩非、李斯等法家精英人物对法的经典表达也只是民众“行动中的法”的某个特征。精英表达可以与生活经验形成对照，但思想的流向和力度绝不是从精英到民众，相反其源头活水在民众日常生活中。这在马克思的“群众史观”中有明显提示。

“法”字广泛存在于充满张力的司法案件中，因为普通民众遭遇纠纷的第一法则是“忍耐”，忍无可忍后状告公堂，寻求正义的救济。<sup>[3]</sup>《四西斋决事》是晚清知县孙鼎烈（1841—1910）治理会稽、太平、临海三县约十二年的文牍汇编，原本为木活字本藏于上海图书馆。2005年由俞鹿年、徐立志整理标点，略去第三卷全卷及第四卷第三篇后，收录至《历代判例判牍》第十册。这部作品主要由批词判语构成，另有若干详、禀、誓文。《决事》内容的丰富性有助于在生活世界而非司法世界发现法。晚清又是探寻法字真意的最佳历史时期。沈家本“不能舍情理而别为法也”是今人情理法并提的源头之一，只是沈氏的法律思想来源于生活，其内在肌里要在基层官员中找寻。故而《决事》可以作为本研究的样本。

《决事》散见于学者的脚注中，尚未得到整体利用。“法”字分布在不同的语句中，星星点点，非穷尽罗列不能凸显“法”意。滋贺秀三与何勤华曾对古代判词中“情理”进行了统计和释意，这种定性定量结合的实证研究方法给本研究带来了启发。本文自当踵武前贤，用实证研究将这部“犹抱琵琶半遮面”的法律文献之“法”意客观呈现出来。

### 三、《决事》所见“法”意：秩序与方法

滋贺秀三发现，清代诉状（呈或禀）的重点在于陈述冤屈。<sup>[4]</sup>寺田浩明用一段“典型表达”展示了这种诉状：“视某怯弱无力、若鱼肉之易啖。弃道义而不顾，夺人之分而若入无人之境。如许此横暴则无法无天矣。”<sup>[5]</sup>从中可以发现，这类表达中的“法”字并不特指《大清律例》的某条律文，而是指法纲、法纪、法网这类较为广义的法律。在《龙泉司法档案》中也有同样的表达，例如光绪二十九年十一月，廖永年就写下了“若任滥诬诬告，王法何存”<sup>[6]</sup>；光绪三十年八月十八日，金林养等向知县陈海梅投递了一份诉状，他宣称：“吴礼顺实属胆玩，向系不法。业迭巨恶，惯讼欺占，捏砌混饰，鱼肉乡民，受其害者不少。”<sup>[7]</sup>同时，也可以在知县的批词判语找到类似表达，比如《决事》中的“嗣后务当循分守法”“疏属不法”“横行不法”等。可以发现，当“法”被置于“不”“枉”“犯”等否定色彩的语境中，“法”有公共秩序、善良风

[1] 《包公案·百家公案》：第一回《判焚永州之野庙》。

[2] 参见葛兆光：《中国思想史》，复旦大学出版社2009年版，第11页。

[3] 笔者在律所实习期间，经常遇到当事人称：“他这么欺负我还不违法？”从中可以看出民众眼中的法仅代表了自身利益遭受侵犯后的救济，而不是恢复受损的权利。北京市朝阳区人民法院公布的一则案例中，原告方要求法院判处被告死刑，法律人惊诧之余应当思考这种杀之平愤的理念背后是什么样的法观念，并且它的存在空间是什么，以及能否用普法活动完成改造。参见北京市朝阳区人民法院民事判决书，（2022）京0105民初17454号。

[4] [日] 滋贺秀三：《清代中国的法与审判》，熊远报译，江苏人民出版社2023年版，第150页。

[5] [日] 寺田浩明：《权利与冤抑：寺田浩明中国法史论文集》，王亚新等译，清华大学出版社2012年版，第235页。以“无法无天”为关键词搜索句酷双语例句库[www.iuku.com](http://www.iuku.com)，发现“无法”被翻译为“lawlessness”（例如他是个无法无天的人。He is a lawless man.）。“无法”在英文中指违反了狭义的法律，而汉语中的“无法”有违反法纪的意思，较英文多了秩序的意味。

[6] 参见包伟民编：《龙泉司法档案选编·第I辑晚清时期》，中华书局2012年版，第40页。

[7] 同上注，第85页。

俗之意。这与罗马法中的“iura/ius”概念有暗合之处，相较于具体的“lex”，iura指包括制定法、习惯法、自然法在内的更宽泛的公平正义观念。<sup>[1]</sup>在诉讼活动中，诉讼理由与裁判理由在语意上应当毫无障碍，所以这里的“法”是民人与知县共同享有的话语资源。比如前述金林养称“向系不法”，知县陈海梅就知晓此“法”不是《大清律例》，而是指吴礼顺越界砍伐杉木的行为侵害了金家的土地利益，若不对此进行阻止，就会诱导其他人效仿吴礼顺，影响现存土地秩序的稳定。反之亦然，知县孙鼎烈写下类似“横行不法”的批词时，也表示一方当事人的行为构成了对某种既存秩序的挑战。对此，寺田浩明有所提示，清朝“显然也是围绕着某种当为（尽管不是西洋式审判中可见的那种围绕客观性规则而展开的逻辑推论）而展开了一定的意义交换的相互作用（communication）”<sup>[2]</sup>，这里的“意义交换”旨在说明，“法”作为司法语言，可以表达出比法律条文更广泛的含义。意义交换的前提是，各方对“法”持有共同理解。这与现代诉讼中的“事实与理由”和“本院认为”具有功能上的类似性。所以类似“不法”“无法”的表达，不能被简单视之为情感宣泄，亦不能局限于某一方道德上极端不佳的表意之中，它们可以表达“法”之秩序的含义。<sup>[3]</sup>

此种语境下的秩序如何类型化的表示呢？张中秋提出的“传统中国法秩序”概念颇具启发性。<sup>[4]</sup>此概念是在原理、底概念、形而上的层面上提出的，所以具有本质性、贯时性特征，可以用来概括具有本土特征的法律秩序。

除此之外，“法”还表示通常意义的方法。清人胡衍虞在《居官寡过录》中描述了审理案件的流程：

“审时须先背审，然后对审，大要总是推情度理，徇五听之法，不患不得罪状”。<sup>[5]</sup>“罪状”指供词，《说文解字》云：“鞠，穷治罪人也。段玉裁注：“文王世子注曰：读书论法曰鞠。正义云：读书读囚人之所犯罪状之书”，<sup>[6]</sup>《后汉书》云：“无验，谓无罪状可案验也”，<sup>[7]</sup>《刑案汇览续编》云：“罪状已明，方准查办”。<sup>[8]</sup>在“断罪必取输服供词”的证据规则中，供词内容可以被推定为案件事实。然而，当遇到年代久远双方各执一词，或受人教唆陈述不实的情况时，知县就难以获得一份合乎情理的供词。《决事》中记载了多件疑难案件，孙鼎烈均使用不同方法获得供词，令当事人心服口服，遵依结状。可见，方法之意在司法中占据着重要地位，不可不察。

综上，本文以“传统中国法秩序”和“通常意义的方法”作为两个类别，对《四西斋决事》中的“法”字进行了归纳和释义，如表1所示。

[1] 参见李均：《古罗马侵权法律制度与现代沿革》，中国政法大学出版社2015年版，第43页。

[2] [日]寺田浩明：《权利与冤抑：寺田浩明中国法史论文集》，王亚新等译，清华大学出版社2012年版，第234页。

[3] 从词源来看，“灋”可释为“则”，“则”从刀贝，“盖含均齐秩序之意”。参见梁启超：《法字之语源》，载张永和编：《“灋”问》，清华大学出版社2010年版，第3-4页。王沛从一段金文中发现，法有秩序的含义。参见王沛：《西周邦国的法秩序构建：以新出金文为中心》，载《法学研究》2016年第6期。

[4] 张中秋用“一体二元主从式多元化”表示传统中国法秩序的结构和内涵。在社会秩序中，一体是指国家法与民间法的统一，二元指国家法和民间法，主从式指国家法为主、民间法为从，多样化指法律形式的多样化。在基本原理中，一指道（井然有序）和德（生生不息）的统一，二元指道和德，主从式指德本道用，多样化指万物各有其道。在法律文化中，一指礼（德）和法（刑）的统一，二元指礼和法，主从式指德主刑辅。参见张中秋：《传统中国的法秩序及其构成原理与意义》，载《中国法学》2012年第3期；又见张中秋：《中国传统法律正义观研究》，载《清华法学》2018年第3期。中国传统法秩序描绘了一幅迥异于规则型法秩序的图景。规则型法指预先存在一种普遍性规则。裁判是指规则作用于特定事实的结果，其正当性来源于规则的客观性，裁判不是个人的价值判断。参见[日]寺田浩明：《清代传统法秩序》，王亚新监译，广西师范大学出版社2023年版，第292-298页。依法裁判理论的前提就是法是规则。参见泮伟江：《超越“依法裁判”理论》，载《中国法律评论》2020年第2期。

[5] [清]胡衍虞：《居官寡过录》，载《官箴书集成》第五册，黄山书社1997年版，第38页。

[6] [清]段玉裁：《说文解字注》皇清经解本卷十下。

[7] 《后汉书》卷四十六《邓寇列传》。

[8] [清]何锡俨、吴潮辑：《刑案汇览续编》卷五《山西司》。



表 1 《决事》所见“法”例句及数量统计

类别	含义	例句	出处统计
传统中国法秩序	宗祧秩序	自不能听氏老苦以终，绳以理法。 <sup>[1]</sup>	共计 39 处，其中会稽治牍（批、判）18 处，会稽治牍（约、示、辩证）4 处，太平治牍（批、判）6 处；太平治牍（禀、详、誓文、示、书、笺）3 处，临海治牍（批、判）2 处。临海治牍（禀、誓文、示、照会、移）6 处。
	生活秩序	平水阜附近各处素多不法奸僧。 <sup>[2]</sup>	
	诉讼秩序	易开诬良之弊端，在捕衙役亦不应如此办法。 <sup>[3]</sup>	
通常意义的方法	疑难案件中的查证方法	因用抽薪止沸之法。 <sup>[4]</sup>	共计 21 处，其中会稽治牍（批、判）8 处，太平治牍（批、判）5 处；太平治牍（禀、详、誓文、示、书、笺）3 处，临海治牍（批、判）1 处。临海治牍（禀、誓文、示、照会、移）4 处。
	行政事件中的解决办法	历年如此办法。 <sup>[5]</sup>	

（一）《决事》所见“法”意之一：传统中国法秩序

“传统中国法秩序”是《决事》所见“法”字比较多的含义。“嗣后务当循分守法，为诸童表率。”<sup>[6]</sup>“众供确凿，允为凶横不法。”<sup>[7]</sup>在不同的案件中，行为人扰乱了不同的秩序。可以细化为如下含义。其一表现为宗祧秩序。在“陈胡氏宗祧继承”一案中，因陈祥林膝下无子，所以过世后存有遗言：立堂兄陈祥森之第四子陈照实为嗣。然而陈祥法觊觎遗产，联合丁枚轩唆使陈祥林之妾陈韩氏再立一继子，意图与陈照实分割遗产。根据《大清律例·户律·户役·立嫡子违法》条规定：“妇人夫亡无子守志者，合承夫分，须凭族长择昭穆相当之人继嗣。”该条只规定了另立继子的情况，但却没有规定亡夫已经选定嗣子，妇人能否再立一子。倘若按照现代“法无禁止即自由”的观点，陈韩氏再立继子并无不妥。然而孙鼎烈却认为陈祥法、丁枚轩“尤为强横不法”，理由在于：“继立嗣子所以延似绩而承宗祧，为无子之人立后，非为其妻妾立继也。”“后”在传统继嗣中有着特殊意义，指父亲这一支的血脉在当世的延长和存续。正如孟子所言：“不孝有三，无后为大”。注云：“于礼有不孝者三者……不娶无子，

绝先祖祀，三不孝也。三者之中无后为大。”所以陈韩氏再立一个继子的行为并无充足理据，陈祥林的“后”应当以他的意志为主。此处的“法”并不特指某一条律文，而是指某一房香火接续为核心的宗祧秩序。陈韩氏等破坏了此秩序，所以被斥为“强横不法”，后被“提讯究断”。

其二，传统中国法秩序又可为生活秩序，即人得以安居乐业的外部环境。《决事》“覆李教士书”中记载了一件“朱梦彪开设赌场案”。海门天主教司事叶秉恕控告朱梦彪在温岭开设赌场，经过调查确有此事，遂将登记在册的涉赌教民除名，并要求天主教将其驱逐。天主教教士李司聪来函与司铎来信，希望不要驱逐教民。孙鼎烈驳斥道：“开场聚赌，国法、教法均所不容。”根据保罗·科恩记载，天主教在 1840 年以后对中国的政治和司法进行广泛的干涉，引发了当地官员对天主教的反感。<sup>[8]</sup>特别是新教致力于发展有教养的教徒，曾向赶考的学子发放宗教书籍，但传播效果并不显著，“没有挨受伤就是万幸”。<sup>[9]</sup>所以可以合理推测孙鼎烈并不清楚天主教教规是否允许教徒赌博——他甚至无法区分天主教与基督教——故而，他所称的“国法、教法”并不是指向某一条律文、教规，而是指在“皆

[1] [清]孙鼎烈：《四西斋决事》，第507页。  
[2] 同上注，第538页。  
[3] 同上注，第581页。  
[4] 同上注，第551页。  
[5] 同上注，第590页。  
[6] 同上注，第531页。  
[7] 同上注，第543页。  
[8] [美]费孝通编：《剑桥中国晚清史》，中国社会科学出版社1985年版，第598页。  
[9] 同上注，第601页。

系华民”背景下的生活秩序：“照得赌博一事，废时失业，实为盗贼根源，有害于风俗人心者极大，甚至开场聚赌，僱觅枪船，名托博徒，行同寇盗，更为地方之大患，国法所不容。”<sup>[1]</sup> 这里的生活秩序有两个特征：第一是适用的普遍性，天主教也应当拒斥赌博，第二是行为的危害性，开场聚赌，扰害地方，民教不得相安。

其三，传统中国法秩序亦有审判秩序的含义，主要指差役参与审判活动的限度，即差役不得借诉讼之名关押他人、不得教唆、诱导、指使他人提起诉讼。在一件父告子忤逆重罪案件中，书役柳元未经孙鼎烈许可，私自将该父子逮捕、关押。“擅将大庆父子私押差寓，疏属不法。”幸发现尚早，并未发生差役刑讯凌虐的惨况。第二天当堂审讯柳元时，柳元辩称：“这是山（阴）会（稽）乡风”，孙鼎烈回曰：“积习相沿，罔知法纪。差吏私押，大干例禁。”显然，本案中两个的“法”字均指差役擅自拘禁当事人，牵累无辜，损害了正常的审判秩序。细酌两个法字，可以发现“殊属不法”的对象较为具体，系指柳元个人的危害行为；“罔知法纪”则是对差役干预司法的风气、恶俗的否定性评价。但是两者都不表示具体的法律条文，条文内容由“例”来承担，本句“差役私押，大干例禁”指道光十三年的一条定例：“至差役有因索诈不遂，将奉官传唤人犯，私行羁押至拷打陵虐者，为首枷号两个月……其仅指私行羁押，并无拷打陵虐情事，为首杖一百，徒三年；为从各减一等。”<sup>[2]</sup>

## （二）《决事》所见“法”意之二：通常意义的方法

孙鼎烈在治理太平时有三难：“曰词讼，曰土匪，曰教堂。”词讼难者莫过于疑难案件中的事实问题。孔颖达云：“疑狱，谓事可疑难断者也。”即事实不清难以决断。“通常意义的方法”首先表现为疑难案件中查清事实的方法。《决事》载“民间契买田地”一案中，马氏和冯氏共同购买章氏土地，然因年代久远，两家土地界限不甚明朗。马氏生性凶悍，捣毁了冯氏坟墓的石台、拜石等物，并将冯氏管山人之子叶阿华掳去关禁。两家结怨，连年兴讼，叠卷盈尺。孙鼎烈翻阅卷宗后称：“枝节横生，头绪百出，纷如乱丝”。此案双方争执不下，

前任县令结讼两年后又起讼端，郡县久不能决，可谓疑狱难断。孙鼎烈使用“提纲挈领之法”解决此案：“欲清讼源，先明山界，欲明山界，须凭山粮，由分数以求弓尺，由弓尺以定界址，直可片言而决。”此法门的要点在于抓住问题主要矛盾：只有山界清楚，两家才能保持和平，彻底解决延年诉讼。其中“由分数求弓尺”是指利用税收面积和测算面积的比例确定两家山界。这种不以单一证据确定山界的办法——“远年凭契，近年凭粮”——是孙鼎烈断案的独特贡献。

另有一例因讼师教唆而导致案情不明，孙鼎烈使用了“抽薪止沸之法”。民人沈仁隆呈告沈中甫将房屋建至自己土地内，且兴建房屋时掘毁了沈家十一座祖坟。根据《大清律例·发冢律》规定，凡发掘他人坟冢见棺槨者杖一百、流三千里。故兹事体大，“不得不诣勘以明究竟”。经走访沈族里老，得知沈仁隆祖坟在木桥南面并不在案涉土地内。但由于木桥南面的坟墓没有墓碑，又不能开棺滴血相验，难以证明是沈仁隆祖坟，就无法获得沈仁隆口供，案件一时陷入僵局。然而孙鼎烈根据多年断案经验，知道一介草民没有能力创设此局，其后必有讼师教唆、献计。遂转变思路，使用“抽薪止沸之法”，突击审问是否存在讼师教唆，方才得知幕后主使为做状人马又卿。待将马又卿发押后，沈仁隆“去其依傍，自然贴服”，承认沈仁甫所掘坟墓为孤坟非本族祖坟，于是各方遵结完案，案件得以解决。

除了在疑难案件中使用的各种方法，还可以表现为处理政务时的良法。在“一州县所司不外刑名钱谷”的背景下，司法与行政呈现纠缠样态。滋贺秀三曾用“司法是行政的一环”描述此现象，熊远报进一步将其解释为“官僚解释与适用法律的行为亦即司法，也是王朝治理天下的行为——行政的一个环节。”因此，良法也是方法的应有之义。“谢成文等批”中记载了一件群体抗租事件，它缘起于天灾：“淫雨积涝，消泄不畅，三江闸雍塞，以致

[1] 江苏藩臬二宪禁赌告示。载《申报》1872年7月2日第54号第2页。

[2] [清]薛允升：《读例存疑点注》，中国人民公安大学出版社1994年版，第713页。

田禾淹没，不无损伤”。这种情况下似应当减免税额，方彰显父母官爱民之心。然而孙鼎烈却陷入两难境地，一方面清帝国税赋多由浙江提供，责任重大。《清史稿·食货二》载：“计天下财赋，惟江南、浙江、江西为重，三省中尤以苏、松、嘉、湖诸府为最。”并且清代考绩最重要的标准就是地方官的收税才能，只有被评为“卓异”才能被吏部推荐。<sup>[1]</sup>另一方面，天灾确属事实，乡民难以负担税赋也符合常情，即批词所谓“民情艰困，诚堪怜悯”。孙鼎烈面对此情形，提出了“相度情形，妥筹良法”。此处的良法包括两个方面：一是实地探查。“亲历塘间，勘明情形，博采众议，以饷众望”；二是宣讲利害。“意图挟制，一经访实，定予重刑”。刚柔并济，双管齐下，成功化解税收危机。

《决事》所见“法”字有传统中国法秩序和通常意义的方法两种含义，与滋贺秀三所说的“国法”概念之间有什么关系呢？本文能否对滋贺的“国法”概念有所修正和推进呢？下文将通过《决事》所见律文形式进一步探讨。

#### 四、“国法”概念再检讨

在滋贺秀三看来，“国法”概念有两层含义：第一，“国法”指国家的制定的成文法，大体上仅限于《大清律例》；第二，“国法”是情理的部分实定化。<sup>[2]</sup>第一层含义是滋贺对清代各种判语进行分析后汇总后的结论，属于“国法”的直接解释；第二层含义是在“法—权利”的理论框架下提出的：法是一种可视的、客观的、普遍的、规范的准则。古代中国的“法”是内在“情理”与外在“国法”相互配合的结果，属于“国法”的间接解释。

在滋贺的“国法”概念基础上，还可以提出两个问题：第一，成文法在《决事》中主要用什么字表示？第二，法是国法需要论证吗？

##### （一）《决事》所见成文法的文字形式

经梳理《四西斋决事》中成文法的表现形式，发现孙鼎烈援用具体律文时，从未使用“法”字，而是以“律”“例”“罪”字为显例，还有完全不使用标志性词语的情况，如下所示：

第一，《决事》共有45处引用制定法，其中9处存在明显的提示词：“查律载（4处）”“查例载（4

处）”“惟例载（1处）”。引用的结构可以表示为“提示词+律文”，即以含“律”“例”的词语为前置，后跟不完整律文。在钟小姑批中，“查例载，义男女婿为所后之亲喜悦者，听其相为依倚，不许继子并本生父母用计逼逐，仍酌分给财产等语”。该批词中引用了《大清律例·户律·户役·立嫡子违法》第三款第三句，引用部分与律例保持一致，其余部分删除。当然也有改写律文的情况。比如金春友判，“查律载，执持凶器强奸伤人，虽未成，罪拟绞候”。该判词引用了《大清律例·刑律·犯奸》第五款后半句，该律文为“其因强奸执持金刃凶器戮伤本妇女，及拒捕拒伤旁人，已成奸者，拟斩监候；未成奸者，拟绞监候。”两相比较，不难发现孙鼎烈对律文进行了压缩处理。虽然引用部分较之原律文共少23个字，但并未改变律意，因为构成要件“执凶器强奸杀人”和法律后果“拟绞候”未改变原意。而省略“及拒捕拒伤旁人”的原因是案件并未涉及拒捕情节。可见，律文引用以案情需要为据。其次，无标志性词语引用有两种形式。①条文直接出现（10处）。比如“继立嗣子所以延似绩而承宗祧，为无子之人立后，非为其妻妾立继也。”（《大清律例·户律·户役·立嫡子违法》、“名臣坟墓，远年古木，原应禁止毁伤，非犯煞损丁、虚无杳渺之说所可耸听也。”《大清律例·田宅·功臣田土》②“例”“律”“罪”作为后置词语出现（26处）。比如“私销制钱，罪干斩决。”（大清律例·刑律·诈伪）、“绝产不准回赎，定例昭然”（《大清律例·田宅·典卖田宅》）。

第二，引用的律文除了《大清律例》，还有少量其他规则。在“赵祖望批”中，吴廷元与劳阿祥因小儿相争起衅，在金万化家中殴打。金万化联合生员赵祖望等人去茶店争论。孙鼎烈认为，“生员干预外事，无论如何总犯卧碑。”《明史》载“洪

[1] 参见瞿同祖：《清代地方政府》，法律出版社2003年版，第60页。

[2] [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》，载王亚新等编：《明清时期的民事审判与民间契约》，法律出版社2022年版，第28、52页。



武二年,太祖初建国学……十五年,颁学规于国子监。又颁禁例十二条于天下,镌立卧碑,置明伦堂之左,其不遵者,以违制论。”<sup>[1]</sup>德市蕉城区博物馆藏有一块题为“礼部题奉钦依刊立卧碑晓示生员碑”,上刻有“生员当爱心忍性……不许干与他人词讼,他人亦不许牵连生员作证。”可见,卧碑所载内容对生员具有一定强制力,并且孙鼎烈也对该生员实施了“质讯”。另有一案,庄书王祖训被孙其昌控告,称王祖训遗漏孙顺兴户粮达三年之久。庄书是指在村庄收税的书差,职位比县级的户书、粮书更低,但庄书掌握的庄册是重要的收税底册。经调查,王祖训幼年时父亲已死,王祖训继承了庄册,然而孙鼎烈认为,“庄册系属官物,承充庄书一经事故,例应缴册”。此“例”可参照《福建省例·铨政例·条议属员办事酌定功过》:“大概父兄当差多年,常令其子弟至亲代为承值,日久事熟,而此役遂为供家之私业……其一门数人充役,则系一人当差,将父兄子侄交相援引,遇缺承充。……均应仿令查明示革,不许容留父子兄弟数人充当吏役。”

第三,引用律文需要斟酌律意。斟酌的方式是在律文内部考察,而不是诉诸情理等外部因素。比如在“金天德判”中,金天祥意图敲诈金天德,所以污蔑金天德贩卖私盐,但金天德实际贩卖盐泥。孙鼎烈判决道:“判得私梟拒捕,厥罪匪轻,但律有私盐之罪,而无私贩盐泥之罪。”《大清律例·户律·课程·盐法》:“凡犯(无引)私盐(凡有确货即是,不必赃之多少)者,杖一百、徒三年。”私盐与盐泥一字之差,就区隔了罪与非罪。还有一例,金国礼年老无子,遂抱养周姓之子,为周子娶妻并赠与田产。金茂通为金国礼同族之人,认为乞养异姓之子属于乱宗,要求划清名份,撤销赠与。《大清律例·户律·户役·立嫡子违法》:“其乞养异姓义子以乱宗族者,杖六十。”孙鼎烈认为,义子不是嗣子,只养义子不属于乱宗。在“无子者许同宗昭穆相当之侄承继”条中,从“许”字可以看出,立继与否,应由无子之人决定。故而,金国礼有权只抚养义子而不立嗣子。

综上,从《决事》反映的成文法形式来看,“律”“例”“罪”字与成文法之间存在紧密联系。从法典命名的历史也可以为理解上述多言律少言法

的现象提供一个反面注解。在晚清立法史上,特别是沈家本主持变法修律后,出现了数部西方式法典,但也多以“律”字命名,鲜见“法”字,比如行政法律类:《印刷物专律》《著作权律》(1910)、《大清报律》(1910);民事法律类:《大清民律草案》(1911);商事法律类:《钦定大清商律》(1904)、《破产律》(1906);刑事法律类:《大清新刑律》(1911)、《违警律》(1907)。只有诉讼法律类多以“法”命名,比如《刑事民事诉讼法》(未通过)、《法院编制法》(1909)。至民国时,以“法”命名的法典逐渐增多,比如《中华民国临时约法》《中华民国鄂州临时约法》《中华民国刑法》《中华民国参议院法》等等。

## (二)“国法”——理性创造的人造物

滋贺所言的“国法”指实定法。它被用来证明,古代中国纠纷解决不存在客观普遍的规范,只有“情理”式的行为准则。<sup>[2]</sup>情理与国法被纳入主观/客观、非实定/实定、价值/事实的分析框架中。但是“法是国法”这一命题并未充分论,他宣称“无须另外的说明”。当法被先验地视为国法时,“情理法”就转换为“情理国法”。后续滋贺着重探索情理与国法的有机联系,比如“国家的法律是情理的部分实定化”、国法是情理之海上漂浮的冰山。但是论证“法是国法”是有必要的、无法省略的。森田成满就持不同观点,他主张法指官法。官法是指审判活动中官员的意志,官法分为一般准则和调整准则。<sup>[3]</sup>官法概念展示了法具有非实定性的一面。从语词含义来说,“法”与“国法”,虽增一字,但含义大大限缩。梁治平指出:“秦汉以后,‘法’字常常被人在相距很远的层面上使用。在一种极富弹性的宽泛意义上,它可以用来指治国方略

[1]《明史·选举志一》。

[2][日]寺田浩明:《日本清代司法制度研究对“法”的理解》,载王亚新等编:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社2022年版,第135页。又见森田成满「清代に於ける民事法秩序の構造」星薬科大学一般教育論集12号(1994年)43頁以下。

[3]森田成满「清代に於ける民事法秩序の構造」星薬科大学一般教育論集12号(1994年)54頁以下。



或维系社会的纲纪。”<sup>[1]</sup>这与本文揭示的两种“法”意——秩序与方法——不谋而合。秩序与方法也能在“情理法”结构中找到合适位置。以一般概念推之，当“法”是秩序时，“情理法”指“冤情、天理、王法”，当“法”是方法时，“情理法”指“案情、道理、方法”。在此意义上，“国法”这个精致的概念并不是自然生成的产物，而是人为的、通过理性创造的产物，其源头也不是中国“民众日常交往中产生的不成系统的习惯和粗糙的知识”<sup>[2]</sup>。黄宗智检视滋贺的研究成果时谈到，“滋贺他们研究法制的方法，主要是德国传统的法理学。”<sup>[3]</sup>法是国法这一立场虽未言明，却贯穿了滋贺研究的全过程，意义重大。此处的反思也意在说明情理法中的法可能具有更丰富、立体的层次和结构（复合词情理法也应当存在更复杂的结构）。或许正是复杂结构和含义导致“法”字的朦胧感，一如中国的山水画和诗句，在懂与非懂之间反复品咂，形成一种说不清道不明的审美感受。

其次，国法的局限性在于不能很好回应传统司法是擅断的、以情屈法的类型。但若从秩序和方法角度理解“法”，就能很好理解传统司法的确定性。当在调查阶段时，情理法表现为运用方法，发现案情。当在起诉和审理阶段时，情理法表现为加害者的行为造成法律秩序被破坏，受害者有冤情。首先，

案情是运用方法发现的，不是主观推测的，保证了裁判的事实基础是客观的；其次，冤情证明某人实施了加害行为，侵害了一方的利益，客观上破坏了秩序；最后，州县官运用国法和情理，修复了被破坏的法律秩序。法律秩序是被一定行为破坏的，可以表现为受害人的利益损失，所以秩序的破坏量是客观的，相应的修复量也是客观的。国法与情理在审判中所占的比重，也是以客观的修复量为标准。综上，方法、秩序和国法三种含义联用，就可以证明传统司法不是擅断的。

## 五、结语

本文通过对《决事》所见的“法”字含义分析，推进了对滋贺秀三的“国法”概念的理解。研究发现，“法”字表现为中国传统法秩序和通常意义的方法，狭义上的“国法”即实定法，由“律、例、罪”字担纲。背后的原因可能是晚清法典多以“律”命名，以“法”命名的法典大规模出现于民国。法是国法，这个几乎未曾言明的立场贯穿了滋贺对“情理法”研究的始末，从而发现“国法”是滋贺通过理性创造的产物。它可能来源于德国法理学的学术词汇，而不是中国民众日常交往中产生的一般知识。用秩序和方法解释情理法中的法，可以证明传统司法是确定的。

[1] 梁治平：《法意与人情》，中国法制出版社2004年版，第50页。

[2] 梁治平：《评论》，载王亚新等编：《明清时期的民事审判与民间契约》，法律出版社2022年版，第630页。

[3] 参见黄宗智：《中国法律制度的经济史、社会史、文化史研究》，载《北大法律评论》第2卷第1辑。又见黄宗智编：《从诉讼档案出发：中国的法律、社会与文化》，法律出版社2009年版，第498页脚注30。