

民国社会转型时期情—法困境的司法化解

——以施剑翘案为中心

杨镕藩

摘要 | 施剑翘复仇案引发的论争反映了民国社会转型过程中传统伦理观与现代法治观之间的冲突。围绕被告施剑翘“孝义复仇”的犯罪动机能否纳入当时刑法第59条之“情状”，双方律师展开针锋相对的辩论。经过三次审判，法官最终认定被害人的滔天罪行并不是公民个人寻私仇的理由，儒家经典所论证的孝义复仇免责规则在现代法律已无存活的空间，而施剑翘“情有可原”的理由仅限于其行为本身体现的孝义。虽然法院层层释法说理在法律的框架内化解了该案的情—法困境，既尊重了传统的孝义伦理价值，也体现了其引领民众塑造现代法律观的努力，但民众根深蒂固的孝义复仇伦理观念一时无法为现代法律观所撼动。最终国民政府通过特赦，实现了司法与民意之间的缓冲。

关键词 | 施剑翘案；复仇；情—法困境；释法说理

作者简介 | 杨镕藩，北京师范大学法学院2020级法律硕士研究生，研究方向：中国法律史。

Copyright © 2022 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

1935年11月13日下午，一个名叫施剑翘的女子枪杀了军阀孙传芳，而杀人的原因则是替父报仇——孙传芳在1925年的苏鲁战争中杀害了施剑翘之父施从滨。案发一个多月后，天津地方法院认定施剑翘的自首成立，判处施剑翘有期徒刑十年。原被告双方随即提起上诉。二审法院——河北高等法院认为施剑翘难以构成自首，但情有可原，改判有期徒刑七年。原被告双方仍然不服，

继续上诉至南京最高法院。最终最高院驳回上诉，维持二审判决。终审判决下达两个月后，南京国民政府特赦施剑翘，此案终结。该案证据确凿、犯罪事实明了，依故意杀人罪施以刑罚并无问题，然而却因附着了复仇、民意、军阀、情法冲突等元素，并有蓬勃发展的大众传媒工具的助推，迅速演变成全民关注的大案。针对施剑翘的罪与罚，当时的民众、当事人、律师、社会团体、检察官、法官等不同的利益群体各有看法：宽宥孝义复仇、依法严惩、酌情处罚等。这些相互冲突的观点不

仅是当时复杂社会生态的折射,也是当时社会伦理观、复仇观、法律观流变之印证。

学界对该案的研究,多聚焦于“情与法的冲突”,从传统法、民族兴亡的时代背景、传媒舆论、中西法文化冲突等宏观角度展开。^[1]然而,从微观层面看,新旧社会交替时期,当普通的故意杀人案演化为全民瞩目的热点案件、控辩双方在传统情理与现代法理之间唇枪舌剑时,司法应当如何调适案中的矛盾从而在现代法律程序中融入对传统情理的承认呢?是故,本文从控辩焦点、司法调适的角度对施案中反映的传统情理与法理之间的冲突和融合进行新的诠释,从而有助于对在社会转型时期应该如何通过司法融合情法这一命题进行更深层次的分析。

二、控辩焦点:传统情理与现代法理之争

根据1935年的刑法规定,故意杀人的处十年有期徒刑、无期徒刑或死刑。施案显然符合故意杀人罪的构成要件。但该案仍有可辩护的空间,一方面,当时刑法第59条规定“犯罪之情状可悯恕者,得酌量减轻其刑”,施剑翘的孝义复仇行为是否属于刑法中“情状可悯恕”的量刑情形值得讨论,另一方面,此案中沸腾的民意也使得控辩双方必须考虑复仇背后的民意基础和社会背景。复仇案中的伦理孝义能否纳入刑罚裁量要素,考验着论辩双方的谋略和法官的权衡术。围绕被告复仇的孝义能否纳入刑法第59条之“情状”,双方律师采用迥然不同的辩论策略,即天津《益世报》所概括的“两造

呈辩,被告律师引经据典,原告律师条析法理”^[2]。分析双方律师的辩护状以及庭审辩论词,可以发现论辩从三个方面展开。

(一) 论辩焦点之一:施从滨是否死于国法

之所以双方聚焦于施从滨被处死是否合法,是因为这一基本事实关系到施剑翘复仇行为是否成立。这一争议其实也是传统复仇伦理在现代司法辩论中的体现和映射,如果父亲的死是死于国法,则子孙不得为之复仇的观念是受到了儒家伦理的影响。《公羊传》中有所谓“父不受诛,子复仇可也”的说法。^[3]同时,施从滨死于非法是施剑翘复仇的信念。在一审庭上,施剑翘明确回答推事文人豪:“若余父死在前线,自无所谓‘复仇’。吾父被俘,实不该遭此惨祸。”^[4]她试图证明孙传芳残忍杀害施从滨与其刺孙存在因果关系,孝义复仇的犯罪动机可以构成情可悯恕的理由。所以,双方争议的焦点首先集中于施剑翘之父是否死于国法这一前提事实之上。

原告方则从一开始就主张施从滨与孙传芳二人并无私仇,施从滨的死乃是战争伤亡之一例。1935年11月17日,孙传芳的部下卢香亭召开记者招待会,谓自己曾亲历苏鲁战争,熟知前方情形,施从滨确系死于乱军中。不过在二审时,原告孙家震(孙传芳之子)改口供称其父杀施从滨时系经军事审判;继而原告律师张绍曾在陈述意见时谓依当时的报纸记载,施从滨曾率领白俄军队蹂躏国土、残害百姓,孙传芳乃依据《陆海空军刑法》和《陆军审判条例》审判处死孙传芳。

[1] 例如,美国学者林郁沁以“公众同情”为视角,“展示了施剑翘设法为父报仇、吸引媒体注意并争取公众同情的策略”,勾勒了新型大众传媒煽情炒作引导民众的情感走向,描绘了民国司法改革与实施现状以及各方利益心态。参见[美]林郁沁:《施剑翘复仇案——民国时期公众同情的兴起与影响》,陈湘静译,江苏人民出版社2011年版。此外,郭辉、刘姝的论文的《民族复兴下施剑翘复仇案的多重分析》(载《民国档案》2013年第2期,第109-114页)从民族复兴的角度解释施案从私人复仇案上升为公众案的原因。王萌萌的论文《性别·媒体·国族——以施剑翘复仇为中心的考察》(载《北京社会科学》2017年第2期,第112-119页)认为,施剑翘复仇案表明,性别、媒体、国族之间存在着一定的互动;新型媒体塑造着如施剑翘一类的新女性形象,带动女性的觉醒,推进女性解放运动的发展。

[2] 《益世报(天津)》1935年12月6日,第5版。

[3] “父不受诛,子复仇可也;父受诛,子复仇,此推刃之道。”何休解释“推刃之道”时说“一往一来谓推刃。”父亲因罪伏诛,子孙复仇并不合乎道德,这时的复仇与仇杀无异,会引起对方的冤冤相报,故一往一来无异于推刃。

[4] 《大公报(天津)》1935年11月26日,第6版。

（二）论辩焦点之二：公力救济之手段是否已经穷尽

原告方认为施父之死自可诉诸法律裁判，而不该私自复仇，何况施父的死亦有时代的错误；并引用唐武则天时期徐元庆为父报仇时臣建议“诛而旌之”的前例，提醒法官依法惩处施剑翘后表彰其孝义不失为两全其美的方案。被告方则认为十年前的法律不能为施家伸张正义才有今日复仇之举。被告律师余荣昌征引王安石《复仇解》之言论“上不可告，辜罪不常获之时，有父兄之仇而辄杀之者，君子权其势恕其情，而与之可也”^[1]，说明民国十四年国家政局动荡，孙传芳又是得势之时，施剑翘没有诉诸法律的可能性；尽管施从滨的死有时代动乱的原因，但百善孝为先，孝道更是社会颠扑不破之伦常；至于“诛而旌之”，余荣昌引用柳宗元《驳复仇议》的“旌与诛莫得而并焉”反驳之。

（三）论辩焦点之三：孝义复仇是否属于“情状可悯恕”

私人间的复仇行为自古以来都是国法难容的情形，尤其是在引进了现代刑法观念的民初司法审判中，私人复仇更是缺少法理上的正当。故双方论辩的其实是施剑翘复仇行为背后的孝义情形是否属于当时《刑法》第59条所规定的“情状可悯恕”的量刑情节。

原告方承认施剑翘为父报仇合乎孝义，但无论如何，杀人为现行法律所不能容纳。二审时，检察官涂璋明确否定施剑翘的复仇行径可以悯恕，“被告经过十年用种种方法，为报父仇，以人情言，其志可嘉，有可悯恕……惟现代法律不采循环报复，被告行为于社会之安宁秩序有碍”^[2]。虽然施剑翘的行为确实符合春秋、周官关于复仇之规定，也的确孝义可嘉，但此种情亦不可突破现代法律之规定；并且刑法第59条规定的是“但情可悯恕者得酌减刑”，而非“必”酌减刑；进一步说，被告杀人固然可以博得社会一时之同情，但若司法因此开了减刑之例，社会复仇风气必将日盛，法律也将失去其应有之作用，社会秩序不堪设想。

对于原告的主张，被告律师余荣昌、胡学骞也很清楚，因此他们选择从孝义的角度来论证施

剑翘的行为具有“情可悯恕”的理由。余荣昌从古代复仇之孝义伦理情境考虑展开，将传统的伦理道德、历史上关于复仇行为的正当性标准和当下“蔑视孝敬”的社会风气以及目前国家所推行的新生活运动联系起来，从历史与现实两个维度向法官陈述施剑翘的行为之所以可矜、可恕。他们认为，法官应慎重考虑，如何将“孝”纳入司法裁量中，而不能仅仅基于现行法来对施剑翘的故意杀人行为定罪量刑。被告律师频繁征引《春秋传》《周官》《复仇解》关于复仇的论述。在一审辩论庭上，为了论证《春秋传》的复仇原则古已有之，余荣昌引用了大禹的例子：“禹之父鲧被放于涂山，禹为大圣，不以其父被放而杀舜，盖以国法诛之，不容以私害公也，倘以此报仇，则其情不可悯矣，至不受诛者，子可以复仇，在古且得免其罪而旌表也。”^[3]禹舜乃远古传说中圣贤人物，几千年来早已幻化成为国人心中的道德楷模，传说故事固然虚妄，但附着于其中的价值观却是国人认可的。历史的不断演绎，促成民众将“复仇”与孝义、正义挂钩。对禹舜传说的追溯，其实是在寻找一种评价“复仇”正当性的标准，希冀远古圣贤处理情法冲突的规则在现今仍有借鉴的可能性。这一套辩护策略的设计正是辩护律师熟知时代心理的写照。以被告的主力辩护律师余荣昌为例，作为清末留学的一员，他接受过完整的西方现代法学教育，熟知现代刑法之要义以及现代西方的主流价值观。但余荣昌自幼受中国传统的熏陶，深谙儒家同情复仇背后所体现的孝亲观念是传统中国根深蒂固的伦理情感，故而从传统情理中寻找辩护的立场，成为余荣昌的首要选择。

三、司法调适：容情于法，限情于孝

围绕情法冲突之论争，被告要求从轻处罚甚至判处缓刑，原告则极力主张从严从重惩治。作为社会公平正义的代言人，法院必须给出一个明确的、

[1] 《时报（上海）》1935年12月3日，第7版。

[2] 《大公报（天津）》1936年2月7日，第5版。

[3] 《时报（上海）》1935年12月12日，第7版。

合理合法的回应,从而调和双方的矛盾并回应社会的期待。经过一审二审终审三份判决书的层层说理,司法机关逐渐给出了明确的答案。一审注重对被告犯罪事实的认定,从法律解释技术层面论证被告符合自首之规定,得以减刑,对被告是否“情可悯恕”则语焉不详;二审认可一审对被告犯罪事实的认定但对其关于自首的解释作了否定,然后从施从滨非死于法这一点认可施剑翘复仇之孝义属“情可悯恕”;最高法院维持二审判决,补正了二审情可悯恕之理由,对刑法第59条的“情”做了限制解释——将被告情可悯恕的理由限于“身为妇女,痛父惨死,舍身报仇”,而与施从滨是否死于非法无关。终审判决下来不久,国民政府发布公告特赦施剑翘,以行政手段进一步缓和了司法与民意之间的紧张关系。

(一) 一审:查明事实

1935年12月16日,一审法院判处施剑翘有期徒刑十年。一审判决书着重解决被告是否构成自首的问题,从文义、目的、历史判例三个层面解释刑法第六十二条关于自首所需的条件,认定施剑翘成立自首。在对施剑翘的行为是否情可悯恕的意见上,判决书这样写道:“复查该被告为父报仇,不求法律上正当解决,而竟自行持枪杀人,于法固属不合,然就其主观方面观察,纯为孝恩冲激所致,与穷凶极恶者,究有不同。合于自首减轻刑期范围内,即在有期徒刑五年以上,无期徒刑以下,酌以论处。”^[1]判决书没有引用刑法第59条,这一表述实际上回避了施剑翘孝义复仇所涉及的情法冲突,对其情是否可悯恕这一问题做了模糊化处理。

(二) 二审:程序正义与容情于法

一审判决下来后,双方随即向河北高等法院提起上诉。此时,社会各界知名人士、社会团体纷纷请求对施剑翘法外容情,舆论的压力越来越大。二审法院必须充分权衡当事人的利益并明确恰当地回应舆论的喧嚣——声称孝义复仇在现代依然具有正当性。伦理因素难以从司法审判中排除出去,但是如何融入司法裁判,而不与现行法的内涵发生冲突呢?民众对孝义复仇的认同在当前时代是否是一种形式主义的正义呢?另一

方面,30年代的中国正处于转型期,蜕变中的社会需要司法以一种更温和有力的方式处理这类矛盾,弥补现行法律与传统社会观念的差距。二审判决书充分考虑了双方的辩护意见,对双方的主张皆作了回应。二审否定了施剑翘的“自首”行为,也回应了情是否可悯恕的问题。

与一审对孝义复仇的模糊化处理相比,二审重新考虑了“孝”这一情节。二审判决书首先指出儒家经典所论证的孝义复仇免责的规则在现代法律已无存活的空间,“至被告上诉意旨谓伊长读《春秋》《周礼》,孝悌之义,拳拳服膺于胸,比伊父惨死,自念父仇不共戴天。凡‘复仇者,书于士,杀者无罪’。……《周礼》所载凡‘复仇者,书于士,杀者无罪’云云,已为现代法律所屏弃,亦当然为被告所明知,自无适用《刑法》第16条减轻或免除其刑之余地。”^[2]并以郑继成之前例提醒施剑翘复仇已为现行法所不容,“今年目睹郑继成为叔复仇杀死张宗昌,已邀政府之特赦。故认为复仇而后自首之义烈行为,当为法律所许可,请依《刑法》第16条减轻或免除其刑云云。查郑继成杀死张宗昌,于未发觉前自首,曾经济南地方法院判处有期徒刑七年。被告既目睹其事,则复仇杀人虽自首仍应处罚”^[2]。继而认定施从滨非死于法,这一结论主要从当事人的言论互证得出,并没有强有力的证据出示。二审庭长宣告判决后对施剑翘言:“你父施从滨非死于法,你杀孙传芳乃为父报仇,是情可悯恕的,故减至最低之刑。”^[3]判决书最后写道:“被告痛父惨死,含冤莫伸,预立遗嘱,舍身杀仇,以纯孝之心理发而为壮烈之行为,核其情状,实堪悯恕。原判决未依《刑法》第59条酌减其刑二分之一,已欠斟酌;且就被告犯罪之动机目的及犯罪时所受之刺激、犯罪后之态度详加审酌,情节尚轻,应科以较轻之刑。”^[4]由此,二审法院将施从滨死于非法且未得伸张正义作为刺激施剑翘杀人的诱因,

[1]天津市地方志编修委员会:《天津通志·审判志》,天津社会科学院出版社1999年版,第137-138页。

[2]闻湜:《民国四大奇案》,中国文史出版社1995年版,第188页。

[3]同上注,第185页。

[4]同上注,第189页。

从而将其孝义纳入刑法第 59 条的刑罚裁量因素，使之得以减刑。

（三）终审：纠正二审瑕疵

对于二审判决，双方仍有异议，继续提起上诉。检方认为二审未予查明施从滨率领白俄在安徽境内烧杀劫掠无恶不作且其被俘后经过简易军事裁判才处以死刑的事实，这一事实关系到施剑翘是否情可悯恕；并再次重申私人复仇为现行法所不容。原告孙家震的上诉状亦认为，“查第二审判决，认定施从滨之死，非死于法，被告为父复仇，为情可悯恕之唯一理由”^[1]是错误的；二审法院仅凭侦查时孙家震及其律师孙观圻的仓促推测之言佐证施从滨非死于法，有违公正，且依十年前的新闻报道施从滨死前确实经过军事审判。被告律师答辩称，孙传芳杀害施从滨乃系过往之怨，施从滨纵容部下践踏国土属原告杜撰之言；施父之死因及是否经过军事审判与被告是否情可悯恕无关；现代法律之进步就在于考虑犯罪心理环境动机而科以轻重刑罚；悯恕杀人者并不等于奖励杀人。

1936 年 8 月 1 日，南京最高法院驳回上诉，维持二审判决。终审判决书所叙施剑翘犯罪事实及认定施剑翘不能成立自首之根据与二审判决书大体相同。在情是否可悯恕这一点上，最高院纠正了二审判决书的瑕疵，回应了检方的质疑。终审判决书引用十年前的报纸记载，肯定施从滨当年或许有蹂躏国土之行，“似施从滨实有可死之罪”，进而引用原告律师之语说明“孙传芳之杀施从滨并未依法定程序当亦非虚”，并且当年孙传芳、施从滨、张宗昌等军阀因争夺地盘发起内战实在无是非可言。对于十年前的往事，最高院没有选择轻易相信任何一方，而是作了折中的认定。并且，最高院对二审法院认为

的施从滨非死于法与施剑翘是否情可悯恕有关联作了否定，“故无论被俘者有无可死之罪，杀人者是否经过审判程序。身为妇女，痛父惨死，舍身报仇，论法虽无可恕，衡情究有可原。原审量处徒刑七年，情罪尚属相当，上诉意旨，疏非有理”^[2]。最终，最高院的判决对刑法第 59 条的“情”做了限制解释，将施剑翘是否情可悯恕的认定限于其舍身报仇之孝义。最高院所坚守的原则深深扎根于中国传统社会普遍认可的伦理观——孝道永恒。在处理这样一件利益错综复杂、社会争议极大的故意杀人案中，最高院将传统的孝义伦理作为最根本最重要的利益考量。而对“情”的限制解释又体现了其要努力清除民众朴素认知中的恣意，制约民众或将走向偏激的情感，运用法律人的理性引导民众情感的释放。

（四）特赦：司法与民情的缓冲地带

司法机关将施剑翘的“孝”纳入了刑法第 59 条的“情”，判处施剑翘有期徒刑七年，已经在司法层面尽了最大努力回应舆论，实现了实体正义与程序正义的统一。但当时的舆论形势表明，民众对施剑翘复仇行为的支持植根于民族根深蒂固的孝义伦理观中，这一根基非现代法律观所能轻易撼动。然而，司法的特性决定了它绝不可逾越法律的边界，对施剑翘定罪量刑是其职责所在。如此，民众和司法机关同时将目光投向国民政府，即由国民政府出面缓和司法与民意之间的紧张关系。

施案尚未审判之前，社会的先进团体已经有意求助国民政府。^[3]随着案件审理过程的推进，越来越多的包括妇女界、教育界在内的社会团体、公众人物呈函至国民政府为施剑翘求情。^[4]1936 年

[1] 《大公报（天津）》1936 年 2 月 22 日，第 5 版。

[2] 中国第二历史档案馆：《有关施剑翘刺杀孙传芳案史料一组》，载《民国档案》2008 年 2 期，第 8-24 页。

[3] 例如，1935 年 11 月 18 日，即案发五天后，河南省开封县总工会等团体就致电国民政府：“近阅报载施剑翘刺死孙传芳一案，国民莫不称快。查孙传芳确系军阀元凶，其祸国殃民之罪行曾经钧府通缉在案。现施剑翘竟能仗义冒险，将该孙传芳刺杀，从容自首，为国除奸，为父复仇，忠义凛然，似不得与普通杀人相提并论。理合电恳钧府准予特赦，以彰正义而警奸凶。”参见中国第二历史档案馆：《有关施剑翘刺杀孙传芳案史料一组》，载《民国档案》2008 年 2 期，第 8-24 页。

[4] 这些函件无一例外地控诉孙传芳乃北洋军阀之余孽，祸国殃民之败类；赞许施剑翘的刺杀行为不仅是为父报仇，也是为民除害，乃忠孝之举；且引春秋经义、周官等典籍、古之复仇者为君主所宽赦的故事论证孝义复仇乃天经地义之事，法外容情是自古之通例；又以同时代郑继成杀张宗昌被特赦之先例，请求国民政府特赦施剑翘，以维护孝道，彰显公理。

1月4日发出的《芜湖律师公会致司法院代电》^[1]尤显突出。区别于传统的知识分子,律师群体对传统法律的落后之处应当有清醒的认识,他们应当是现代法律的忠贞信仰者、贯彻者与建设者。然而,透过这封函件,看到的却是这一群体在礼法思辨中的挣扎以及试图寻求一个礼法的缓冲器——政府特赦权。该函首先表达了对天津地方法院判决的理解,“本会员阅悉之余,以为法院科刑固难谓为失当,但按施剑翘之犯罪行为,有非呈请特赦不足以昭激劝而维正义者,敬为大会缕晰陈之”^[1]。这一表述是他们对自身法律人的清楚定位,但是为了维护传统的正义仍然希望政府特赦施剑翘。接下来呈请特赦的理由依然不脱主流:施剑翘杀孙是“报其不共戴天之父仇”;孙传芳罪迹昭彰,是“国人皆曰可杀之国贼”,施剑翘杀之乃是壮举;施剑翘为一弱女子,隐忍复仇,比之古代复仇者更显孝烈可嘉,智勇兼备;当前国家传统道德沦丧,政府推行新生活运动,施剑翘所为正是榜样,“用昭激劝而挽颓风”。最后,重申“法院虽不能曲法以免除其刑,政府自应予原情而特赦其罪”。显然,面对当下的孝义复仇案,本应在这类案件中表达文明社会新的法律规则以遏制复仇之风的法律人的思维模式仍是传统的。他们在理性上尊重法律的判决,但在情感上仍然希冀政府原情特赦施剑翘。

另一方面,以冯玉祥代表的政府高官亦在密切关注施案的进展。冯玉祥是施剑翘之叔施从云的老战友,施案发生后,他当即叫来施则凡(施剑翘的堂弟)问个详细。1935年11月30日,冯玉祥“同施则凡、施中达二世兄去见焦易唐、居觉生先生,专为大赦施剑翘女士之事”^[2],焦易唐是当时南京最高法院院长,居觉生则是司法院院长。也就是说,施案从一开始就进入了国家权力最高层的视野。1936年9月21日,冯玉祥再次与居、焦等司法院、立法院高层领导商谈特赦施剑翘之事。他们在这次商讨中达成了一致的意见:施剑翘被判处七年有期徒刑已是定局,但可请求国民政府行使特赦权特赦之。几天后,冯玉祥联名李烈钧、于右任、张继等国民党元老致信国民政府主席林森请求特赦施剑翘。

1936年9月30日,司法院呈稿国民政府:“……所有该施剑翘原判徒刑拟请钧府依法准予免其执行,以顺舆情而示矜恤。”^[1]10月14日,国民政府发布公告:“据司法院呈称,施剑翘因其父施从滨曩年为孙传芳所惨害,痛切父仇,乘机行刺,并即时坦然自陈,听候惩处。论其杀人行为,固属触犯刑法,而以一女子发于孝思,奋身不顾,其志可哀,其情尤可原。现据各学校各民众团体纷请特赦,所有该施剑翘原判徒刑,拟请依法免其执行等语。兹依《中华民国训政时期约法》第六十八条之规定,宣告将原判处有期徒刑七年之施剑翘特予赦免,以示矜恤。此令。”^[1]在这场人情与法律的冲突中,国民政府最终动用《中华民国训政时期约法》第六十八条所赋予的权力——“国民政府行大赦、特赦及减刑,复权”^[3]特赦了施剑翘。

那么,国民政府是基于怎样的考量做出了“顺舆情而示矜恤”的特赦决定呢?司法有其独立性,但绝非独立于政治之外。司法机关与政府机关是国家机器运转的两个核心架构,而民众对国家机关的信服与支持则是维持国家机器平稳运转的根本支柱。1930年代的中国社会正处于转型时期,建设中的南京国民政府急需增强其政治威信与新政权的凝聚力,其不得不惧于民众因对司法机关的不满而对整个国家机器发起攻击。具体说来,现代法律对复仇制度的全面摒弃的确代表文明社会的前进方向,但是复仇背后所蕴含的孝义伦常是中华文明几千年的积淀,深深嵌入了社会的根基,固化于民众心中,这是政府所不敢轻易挑战的。政府最智慧的做法或许就是在尊重民意的同时悄然引导民众重建更为理性的伦理信仰——将施剑翘孝义复仇行为作为国民政府推行“新生活运动”的极佳素材。^[4]

[1] 中国第二历史档案馆:《有关施剑翘刺杀孙传芳案史料一组》,载《民国档案》2008年2期,第8-24页。

[2] 冯玉祥:《冯玉祥日记》,江苏古籍出版社1992年版,第417页。

[3] 中国法规刊行社编审委员会:《民国丛书·六法全书》,上海书店出版社1948年版,第12页。

[4] 俞荣根:《礼法传统与现代法治 俞荣根说儒》,孔学堂书局2014年版,第46-47页。

四、启示：转型社会中的情法平衡

处于社会转型期的30年代，旧的社会伦理体系尚未完全崩溃，新的社会伦理体系尚未建立。现代法律追求的社会秩序之安宁与传统伦理人情之间的冲突比以往的时代更加突出。追上世界潮流的法律移植初心与传统的礼治秩序观不可避免地发生碰撞。施案所引发的争议恰是这一时期社会观念转型碰撞的直接体现。对于司法机关而言，将施剑翘的孝义纳入刑法裁量中考虑，在法律允许的框架内对施剑翘判处七年有期徒刑，是坚持了法理。然而，司法审判活动是各个相关利益主体错综复杂的利益、意志和诉求协调平衡的产物。法院作为适用法律时具体法律条文的解释者，必须考虑一些为大众所忽视的因素，使得审判结果与现代正义和谐统一。司法审判固然需考虑民意，但绝非盲目迎合公众意见，迁就民意。司法机关应当运用审判艺术引导民众理性认识传统伦理，培育国民成熟的法治心态，在关乎伦理的案件中做出理性的回应。

首先，辩证看待传统司法以情理为导向的审判思维。一方面，情理为导向的审判思维固然容易使法官陷入民意的进退维谷之中，是重实质正义、轻视程序正义的思维。但是，另一方面，古代中国在追求天理国法人情和谐统一的文化背景下，包括法官在内的国人对关乎伦理的刑事案件早已形成了稳定的情感评价倾向，天理、人情已经成为国法背后的价值基础和社会共识。有学者指出：“当伦理与法律相冲突的时候，传统中国的司法官并非机械地适用法条，而是依据法条所蕴含的基本法理，即经义中所蕴含的逻辑道德来处理具体案件。通过追求个案的实质公平，以弥法律不足的缺憾。当然，这样的断案方式要求司法官必须精通经义又熟知法理，这对司法官本身的素养要求很高。”^[1]所以，在这种审判思维的主导下，在孝义复仇等关乎伦理人情的刑案中，法官重视普通民众朴素的正义感，并且，法官通常也具备这样的正义感，如此，在审判时常常运用情理平衡的审判方式迎合民众的感情，在民众的认知意义上实现良判。例如，唐代康买得杀人救父，依律当处死刑，然而，法官从康买得的主观心理非恶性、虽年幼却知救父孝心可嘉等角度考虑，判处康买得减死罪一等，

化解了情—法冲突。^[2]

其次，社会道德的内涵以及正义的度量标准需要司法给予答案。道德和正义不是法律，但却是法律得到公众确信的基础。法院的职能并不是接受几千年来认为是正义的应该的东西，也不是盲从大众的心意，而是依据现行法确定当前时代何种才是进步的正义，怎样的判决代表进步的方向。道德的评价、正义的标准从一个旧时代划向新时代或许是悄无声息的，但作为一个进步的方向，法院有义务将这种新的道德评价、新的正义标准呈现给民众。同时，在处理人情与法理冲突的案件中，更深层次的考虑是，何为“罪”？显然，普通人理解的“罪”与法律工作者理解的“罪”是有区别的。百姓心中，孝义第一。必须尊重民众对孝的表达，同时也要警惕因主流民意对孝义复仇的广泛认同而赋予复仇主义以道德和法理上的正当性。司法机关应在法律与道德之间保持一个中立的态度，并在其职权范围内尽可能地通过法律原则或规则满足社会进步的正义需求。

最后，在处理情—法冲突类案件时，法院的判决不仅要调适当事人的利益，还需考虑对社会风气的影响以及未来类似案件的判决，这要求法院必须从各种可能的判决结果中选择一个最合适的结果。

“表现在司法决定和判决中的国家意志就是以法官固有的主观正义感为手段来获得一个公正的决定，作为指南的是对各方当事人利益的有效掂量，并参照社区中普遍流行的对于这类有争议的交易的想法。……而在掂量相互冲突的利益时，应当帮助那种更有理性基础并且更值得保护的利益。直至其获得胜利。”^[3]社会价值观念的转变并非一朝一夕之事，相反，观念一直处于慢慢转化之中。价值观念渊源于传统，又植根于社会生活的实践。在施案中，司法审判既要尊重社会长期以来所认可的孝道观，

[1] 蒋楠楠：《法律与伦理之间：传统中国复仇行为的正当性及限度》，载《法学评论》2018年第4期，第63-72页。

[2] 邱汉平：《历代刑法志》，商务印书馆2017年版，第341-342页。

[3] 美卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆1998年版，第45页。

也要有意与民意保持距离并引领民众塑造更理性的现代法律观。“传统和现代并不是在每一方面都必然是势不两立的。现代化有时反而需要借助于传统中的健康力量。在传统与现代长期的互相激荡之下,这两地的富有中国情味的价值系统都已具有多元和开放的性格,群体和个体之间的永恒紧张可以时时通过多元的、开放的价值观念而得到一种暂时的缓和,这种新价值系统不能保证社会不发生问题甚至危机,但它可以在发生问题或危机时提供比较合理的解决方式。”^[1]法律的精神得到民众的确信,需要时间的积淀,需要植根于漫长的中华文明史,需要从历史中寻找一片得以生根发芽的沃土。民众对新式法律的理解,必然要借助于他们所熟悉的历史判例和当下的生活实践。

施案的审判结果尊重了社会大众朴素的孝义伦理感情,也有意地拉开了司法与民众的距离。社会转型期中,激进分子要求打碎传统之一切、全面模仿西方,保守群体全力维护民族传统之完整。面对纷扰的时势、剧烈的中西碰撞,司法机关保持了一份清醒。“虽然‘五四’对传统全盘否定式的攻击是与传统政治、社会、文化具有高度整合性有关,但传统架构解体以后并不蕴涵每一传统思想与价值便同时都失去了理智上的价值。一些传统的思想与价值虽然因原有文化架构之解体而成了游离分子,这些游离分子有的失去了内在的活力,但有的却有

与西方传入的思想与价值产生新的整合的可能。”^[2]面对弊病诸多的传统法,司法机关没有将其视为历史包袱摒而弃之,而是选择取其精华去其糟粕,挑起保卫民族法律精华的重任。司法机关立足于本国的法治实践传统吸纳西法的优点,这不仅是对民众伦理情感的尊重,更是对民族法律文化精神传承的长远自觉。正如居正后来所言:“我们生于斯,长于斯,国族于斯,数典而忘其祖,怀宝而述其邦,是殆不仁不智之甚,其能免于今之世吗?所以我不自揣,在中华法学会年会当中,要揭橥重建中华法系。既非复古,亦非违时,是为我中华民国立国于此一世界……”^[3]应该说,从施案的审理结果看,各级法院面对舆论压力始终没有打破法律的框架,而是在法律允许的范围内有节制地将“孝”纳入刑法的“情”中,在司法层面最大化地实现了情、理、法的平衡。从施案的三份判决书可以看到民国时期法官已经具备良好的现代法律思维——重视证据、重视在法律之内说理。一审关注案件事实本身,二审终审更多地关注裁判说理。终审进一步纠正二审说理上的瑕疵。并且,已经从传统上重视实质正义转向现代程序正义与实质正义并重。总而言之,施案之于今的启示是:司法审判,尤其是关乎伦理人情的刑案,必须重视释法说理,寓教于案,以实现情法两尽的判决。

[1] 余英时:《中国思想传统及其现代变迁》,广西师范大学出版社2004年版,第70页。

[2] 林毓生:《中国传统的创造性转化》,生活·读书·新知三联书店2011年版,第179页。

[3] 居正:《为什么要重建中华法系》,大东书局民国35年版,第2页。