

中西法律比较视野下的“情理”^{*}

凌 鹏 唐睿清

摘 要：从法律史的视角出发，对“情理”与“法律形式主义”、“司法衡平理性”和“法律现实主义”的比较显示，“情理”逻辑下的司法过程不仅不同于法律形式主义所主张的对于法律文本的三段论适用，也在根本上区别于普通法传统的衡平推理。法律现实主义发现了司法过程中的情感、性格、习惯等非理性因素，进而将这些因素或视为外在于理想司法过程的干扰因素，或认为其必须转换为更高层面的法律理性。与此不同，中国传统司法中的“情理”逻辑则在根本上承认了这些因素存在于审判过程中的合理性和重要性。作为整体认识世界方式和最高目标的“情理”是传统中国司法与西方司法的关键区别，中西司法审判的差异恰恰也同时揭示了社会整体层面的中西差异。

关键词：中国传统司法 情理 法律形式主义 衡平司法 法律现实主义

作者凌鹏，北京大学社会学系副教授；唐睿清，北京大学政府管理学院博士生。
(北京 100871)

一、问题的提出：“情理”概念的重要与含混

作为中国法律史领域的关键概念，“情理”被视为中国传统司法审判过程的重要特征。明清的文献档案显示，“准情度理”“衡情酌理”等表述常常出现在官员的判语之中，他们经常将“情理”作为裁断的依据，与法律相提并论。例如清代名吏陈宏谋在《申飭不阅文稿陋习檄》（乾隆十七年九月）中称：“上司之禀详，同官之关移，士民之呈诉，总以虚心平气、准情度理，每立一稿，体验情事，参酌内幕，有一番讲究，复费一番推敲。”^①而在清代《刑案汇览》所收的刑部说帖中，也常出现此类表述，例如《奸夫因被理责毆死本夫之弟》（嘉庆十八年）中就有“衡情酌理，自应以凡斗论，既据该省讯明冯春贵并非有心致死，将该犯依律拟绞监候”^②之语。

作为法制史研究对象的“情理”逻辑，在日本学者滋贺秀三的研究中较早得到重视。滋贺

^{*} 本研究得到国家社会科学基金青年项目“中国传统社会中的土地与社会治理研究”（19CSH011）支持。

^① 《清代诗文集汇编》编纂委员会编：《清代诗文集汇编》第281册，上海：上海古籍出版社，2010年影印本，第57页。

^② 祝庆祺辑：《刑案汇览》卷二十六，光绪十二年上海图书集成局仿袖珍版，台北：成文出版社，1968年影印本，第1759页。

秀三用“情理”来解释中国传统民事法律的渊源问题，试图对中国传统司法与西方司法进行比较。^① 在此之外，“情理”还超越了法律史的具体领域，在更广泛的意义上构成对于中国传统社会的重要理解方式。诸如“不合情理”或“情理之中”等表述是中国人日常语言的重要组成部分。滋贺秀三也指出司法过程中的“情理”，是来源于中国传统社会的独特性。在社会学研究中，费孝通、金耀基、黄光国、翟学伟等学者对于“人情”“面子”等相近概念分析，也从各方面讨论“情理”如何影响中国人的社会行动与社会交往。^②

然而，“情理”意义的含混性却持续存在。这种“含混性”并不是指研究者没有将自己的概念含义加以阐释，而是指研究者虽然潜在地在比较视野下进行研究，却没能自觉地将本土概念与其他理论概念进行分析意义上的比较。社会科学研究中，越来越多的学者开始强调比较方法特别是理论预设间比较的重要性。^③ “人情”与“情理”等概念同样需要通过这一比较方法才能得到澄清。而要实现这一目标，可以回到“情理”问题最突出和研究最多的领域中，即中国法律史的领域中，并对其与西方理论之间的差异进行辨析。

在进入具体的比较前，我们需要先对这种比较研究做一个方法上的澄清。在研究中国传统司法制度的时候，自然不能生硬地将西方法学研究中的概念套用到中国司法尤其是传统司法研究中，但是，如果完全舍弃与西方法学研究的对话，便无法在现有的学术体系中找到合适且深入的分析切入点。梁治平最近指出，研究者应该把源自西方的现代概念视为具有认识意义的参照，而非用来解释历史的标准。^④ 因此，本文采取这两种方式的中间途径，即通过理论比较的方式，将西方不同层面的理论与“情理”逻辑进行对比，找出其类似与不同之处，并以此为基础加深对于中国传统司法中“情理”逻辑的理解。

虽然对于西方现代司法过程的刻板印象，往往认为法官是通过法律的三段论推论得出结论，但真实情况却远非如此。在机械的律条适用之外，法律解释和自由裁量同样是西方法官的重要工作，也是西方法学研究的重要方面。因此，与单从某一个固定视角来做中国与西方的对比不同，本文希望一层层将中国传统司法中的“情理”与西方法律中的相应特征进行比较。具体而言，我们将比较的对象分为法律的形式理性、司法的衡平理性，以及法律的现实主义特征这三个层次。因为这三个层次既构成了西方法学对自身司法深入探究的过程，同时也为我们看待中国传统司法相关的律文、裁断以及对裁断的外在影响提供了重要启发。通过对比，我们希望能够逐层深入地理解“情理”在传统中国司法过程中的实质特征。

二、关于法律形式主义的争论与超越

既往“情理审判”问题的研究者虽然没有明确提出概念的比较，但他们在使用“情理”时

① 参见滋贺秀三等著，王亚新、梁治平编：《明清时期的民事审判与民间契约》，王亚新等译，北京：法律出版社，1998年，第19—53页。在哲学中，对“情理”的研究更早一些，如冯友兰等，但在此暂不讨论。

② 参见费孝通：《乡土中国 生育制度》，北京：北京大学出版社，1998年，第72—73页；金耀基：《人际关系中人情之分析》，杨国枢主编：《中国人的心理》，南京：江苏教育出版社，2006年，第60—81页；黄光国等：《人情与面子：中国人的权力游戏》，北京：中国人民大学出版社，2010年，第1—44页；翟学伟：《中国人的日常呈现：面子与人情的社会学研究》，南京：南京大学出版社，2016年，第162—178页。

③ 参见徐晓宏：《比较研究的意义世界：一项宏观现象学的考察》，《清华社会学评论》2017年第2期。

④ 参见梁治平：《“事律”与“民法”之间：中国“民法史”研究再思考》，《政法论坛》2017年第6期。

实际上存在一个参照对象,即法律形式主义。与此相关的,则是中国法律研究中的重要问题:传统中国是否存在真正意义上的民法。尽管传统中国具有发达的成文法典系统,但地方官员在实际的审判过程中,尤其是在处理以户婚田土为代表的州县自理案件时,并不会援引正式法律进行裁断。这种现象使得许多研究者认为中国社会的实际运作与法律无关。比如布迪和莫里斯在《中华帝国的法律》中指出,“中国古代虽然制定了很多、而且具有较高水平的法典,但传统的中国社会却不是一个由法律来调整的社会”。^① 马克斯·韦伯也曾将中国法视为实质非理性的,“在中国,裁判的非理性,是家产制的结果……并且,相应于政治团体的家产制性格,亦即对形式法律的发展毫无兴趣”,^② 这种特点与西方法律的形式理性恰恰相反。^③

对此,中国传统法的部分研究者提出不同意见,认为中国传统法的司法过程和西方法律的形式主义理性之间有类似之处。比如梁治平认为,中国传统的审判者所援引的并不是国家创立的成文法律文本,而是生长于民间的习惯法。地方官也会自觉地了解地方的风俗人情,按照习惯法对于民间的纠纷进行调处和判决。^④ 黄宗智则更为激进地认为,进入正式的审判程序后,地方官员的裁断基本上都是依正式的律法完成的,儒家意识形态话语只不过是一种表达。^⑤ 在他们看来,中国传统法和西方法的差异只是表现为具体法律规则层面的不同内容。

但这种看法同样面临不小的挑战。例如寺田浩明对于中国传统上存在所谓“习惯法”的表述明确提出质疑。他指出西方语境下的习惯法是一种法律,然而,中国的地方官员并没有将民众之间形成的风俗习惯视为必须在审判中遵守和保护的法律,相反,许多在民间交往中形成的通常做法会被地方官员视为“陋习”而加以否定。^⑥ 而对于黄宗智的判断,已有众多学者提出异议,^⑦ 例如王志强指出官员最重视的是情理作为裁判根本价值取向的意义,而对制定法则是工具性运用。^⑧ 不仅如此,在明清史料中也有明确反证,^⑨ 例如明末讼师秘本《珥笔肯綮》中就写道:“凡告家财,不在干名犯义之例,但情词畅顺即是,不必原求律法。”^⑩ 这些材料都对于黄宗

① D.布迪、C.莫里斯:《中华帝国的法律》,朱勇译,南京:江苏人民出版社,1995年,第2页。

② 韦伯:《法律社会学》,康乐、简惠美译,桂林:广西师范大学出版社,2005年,第232页。

③ 西方法律形式主义理性的历史可以追溯到罗马法时期,近代欧洲各国的法典化运动更是将法律形式主义的原则推向了高峰。法律形式主义理性相信司法过程是一个严格的三段论推理过程,只要将法律文本作为大前提,案件事实作为小前提,就能够得出确定的结论。这一过程是在法律规则的封闭体系内部完成的理性推理过程,不需要依赖其他社会因素。参见柯岚:《法律方法中的形式主义与反形式主义》,《法律科学(西北政法学院学报)》2007年第2期;陈锐:《法理学中的法律形式主义》,《西南政法大学学报》2004年第6期;胡铭、王震:《法官裁判思维中的法律形式主义与法律现实主义》,《浙江学刊》2015年第4期。

④ 参见梁治平:《清代习惯法》,桂林:广西师范大学出版社,2020年,第17页。

⑤ 参见黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,上海:上海书店出版社,2001年,第10页。

⑥ 参见寺田浩明:《权利与冤抑:寺田浩明中国法史论集》,王亚新等译,北京:清华大学出版社,2012年,第104页。

⑦ 参见王志强:《制定法在中国古代司法判决中的适用》,《法学研究》2006年第5期;张伟仁:《中国传统的司法和法学》,《现代法学》2006年第5期;高鸿钧:《无话可说与有话可说之间——评张伟仁先生的〈中国传统的司法和法学〉》,《政法论坛》2006年第5期。

⑧ 参见王志强:《制定法在中国古代司法判决中的适用》,《法学研究》2006年第5期。

⑨ 参见邓建鹏:《词讼与案件:清代的诉讼分类及其实践》,《法学家》2012年第5期;邓建鹏:《清代州县讼案的裁判方式研究——以“黄岩诉讼档案”为考查对象》,《江苏社会科学》2007年第3期。

⑩ 转引自邓建鹏:《词讼与案件:清代的诉讼分类及其实践》,《法学家》2012年第5期。

智论述的合理性提出了挑战。换言之，大量的经验材料显示出中国传统的司法实践中似乎并不存在法律形式主义所要求的封闭自足的法律体系和三段论推理的法律适用过程。

在此基础上，“情理”概念的提出和使用，正是为了区别于这种法律形式主义的理解。研究者既不认为中国传统民事审判中的法律是一套不发挥实际作用的说辞和表达，也不认为中国传统的司法过程遵循与西方相同的形式主义理性，而认为其具有另外一种意义与作用。例如滋贺秀三指出，官员在细事案件审判的过程中虽然时常引照法律，但他们并没有严格地受到法律条文的约束，而是更重视情理的因素，情理之于法律的关系就如同大海之于冰山，尽管冰山构成了海面上可见的部分，但冰山之下流动的大海更是构成影响审判的根本基础。^① 这种情理与法律的关系构成了中国传统司法过程的最重要特点。滋贺秀三的尝试揭示了中国传统司法过程与西方法律中的形式主义理性之间的差异。这直接导致滋贺秀三尝试使用普通法司法过程中的衡平逻辑来理解“情理”。

相较于高度强调形式主义理性的大陆法，以英美为代表的普通法似乎总是以一种重经验而轻理性的面目示人。在滋贺秀三的分析中，他明确地借用普通法系传统下的“衡平司法”概念来解释情理的含义：“这里不得不暂且借用‘正义衡平’这一在西洋已经成熟的概念。但什么被感觉为正义的，什么被感觉为衡平的呢？当然其内容在中国和西洋必然是不同的东西……所谓‘情理’，正确说应该就是中国型的正义衡平感觉。”在另一处，滋贺秀三还将情理定义为：“既有强行性公序良俗的意义，又被作为妥协分担的折衷手法而使用；既作为保持数量计算上均衡的大致标准，又作为不是单单论证权利之所在，而是试图调整社会关系整体的原理而存在。”^② 在他看来，“情理”的含义是一种尽管在具体的衡平方式上与西方有所差异，但实质特点方面是类似的司法理性。^③ 因此，滋贺秀三也尝试着效仿西方法学的方式，将“情理”概念拆分开来分别加以解说。他将“情理”中的“理”解释为“思考事物时所遵循的，也是对同类事物普遍适用的道理”，^④ 而将“情”解释为“情节、情况等事实关系”“平凡人之心”“人与人之间友好关系”等含义的综合。滋贺秀三的分析也影响到后续的研究，此后关于“情理”概念的讨论多从衡平司法的层次出发，讨论传统中国司法中的“情理”中包含哪些独特的价值和伦理追求。^⑤

可以说，滋贺秀三在认识到形式主义法律无法解释中国传统司法后，发掘了“情理”概念，并且借用了衡平司法来理解“情理”。同时，他也意识到了这种借用的问题，指出普通法中法官所使用的常识性“条理”与情理的差别。“条理与情理之间存在着微妙的差异……虽然条理与情理在作为无实定性的判断基准这一点上相同，但前者毕竟是建立在以规范的严格规则形式为参照、并有力图发展到这种形式的指向这一思维结构之上的……”^⑥ 尽管滋贺秀三意识到这种类比的不妥，但对于“情理”，滋贺秀三尚未指出能够与此对应的某种“思维结构”的定义。

① 参见滋贺秀三等著，王亚新、梁治平编：《明清时期的民事审判与民间契约》，第40页。

② 滋贺秀三等著，王亚新、梁治平编：《明清时期的民事审判与民间契约》，第34页。

③ 参见滋贺秀三等著，王亚新、梁治平编：《明清时期的民事审判与民间契约》，第13页。

④ 滋贺秀三等著，王亚新、梁治平编：《明清时期的民事审判与民间契约》，第36页。

⑤ 参见汪雄涛：《明清判牍中的“情理”》，《法学评论》2010年第1期；崔明石：《事实与规范之间：情理法的再认识——以〈名公书判清明集〉为考察依据》，《当代法学》2010年第6期；郭忠：《发现生活本身的秩序——情理司法的法理阐释》，《法学》2021年第12期；凌斌：《法律与情理：法治进程的情法矛盾与伦理选择》，《中外法学》2012年第1期。

⑥ 滋贺秀三等著，王亚新、梁治平编：《明清时期的民事审判与民间契约》，第35页。

三、情理与司法衡平理性之间的对比

以上可见,用普通法的概念和思路来对中国传统司法中的“情理”逻辑进行解说,有一定的启发,但仍面临众多问题。首先的问题在于,如何理解衡平法本身。马克斯·韦伯曾注意到英国法的“非理性”特征,他指出英国的普通法虽然在程序和法律技术层面有着很高的理性程度,但是缺乏逻辑形式意义上的理性化,没有“将所有可以设想到的事实情境都在逻辑上纳入无缺陷的规则系统中”。^①而针对这一问题,李猛在前人基础上指出,英国法代表着另一种实践的司法理性,只是这种理性并不来源于立法者所建立起的那套完美无缺的法律制度,而是来源于每一个法官和普通人的常识所提供的推理能力。他指出韦伯的法律社会学试图建立起一种新的国家形式,国家“通过客观法的形式,并且在这种形式中,尽可能地实现全民的德行与人性,并因而使他们获得幸福”。^②但问题在于,高度形式理性化的法律与整个科层体制一样,都存在吞噬个人自由的危险。而在实践上能够解决这一问题的,恰恰是被韦伯视为“非理性”的英国法。以英国法为代表的普通法中的司法理性不是通过封闭的逻辑形式体系而建立,而是通过开放的法律技术来完成。只有这种由法官、律师和当事人在实践中共同享有的理性,才有可能解决韦伯理论中的张力。李猛将普通法所重视的“司法理性”与大陆法系的“立法理性”进行对比,特别强调其由常识而来的实践中的“推理能力”,这对于我们在普通法与“情理”之间的对比,有着重要意义。

为了解普通法实际司法过程中推理能力的重要性,即“司法理性”的重要意义,我们以发生于 1882 年的利格斯诉帕尔默案为例进行说明。^③该案被告帕尔默得知自己的祖父在遗嘱中给自己留了一大笔遗产,但他担心新近再婚的祖父未来会更改遗嘱,因此杀害了自己的祖父。案件的争议焦点在于,帕尔默是否能够根据祖父生前的遗嘱获得遗产。在当时的法律中,没有任何一条法规直接规定了谋杀祖父的行为会导致祖父的遗嘱效力产生瑕疵。因此帕尔默的律师认为,帕尔默杀害祖父的行为和祖父遗嘱的法律效力是完全独立的两个问题,帕尔默可以根据合法有效的合同取得祖父的遗产。如果我们将法律的适用过程理解为法律形式主义所描绘的三段论式推理过程,那么法官无疑应当按律师所主张的那样进行判决。

但案件的进展并非如此。除去一审法院的格雷法官认同律师提出的观点外,^④该案的大多数法官直接选择超越成文法本身的规定,拒绝让帕尔默继承遗产,但他们并非依据感情裁断,也不是在常识和理智之间简单调和。他们认为,在具体的法律规则之下,有着更深层次的法律原则作为支撑。对于该案而言,存在一个更高位阶的原则,那就是任何人不能够在自身的过错中受益。如果按照法律规则使得帕尔默获得遗产,就违反了这一重要的法律原则。因此,法官最终判决帕尔默丧失对于祖父遗产的继承权。

① 转引自李猛:《除魔的世界与禁欲者的守护神:韦伯社会理论中的“英国法”问题》,李猛编:《韦伯:法律与价值》,上海:上海人民出版社,2001年,第144页。

② 转引自李猛:《除魔的世界与禁欲者的守护神:韦伯社会理论中的“英国法”问题》,李猛编:《韦伯:法律与价值》,第157—158页。

③ 参见罗纳德·德沃金:《法律帝国》,许杨勇译,上海:上海三联书店,2016年,第12—13页;罗纳德·德沃金:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,北京:中国大百科全书出版社,1998年,第41页;本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,北京:商务印书馆,2000年,第23页。

④ 格雷法官虽然认同律师的意见,但他的推理过程更加复杂严密。

可以看到，尽管普通法系的法官不会将法律文本的规定作为唯一至上的准则，但是他们得出结论的过程仍然是沿着推理的方式展开的，而不是简单理解的平衡与调和。这种司法理性指的是，法官通过对于案件的推理和分析，尝试从案件中归纳或应用抽象的逻辑原则，并遵照这些逻辑原则寻找最终答案。在该案中，支持和反对帕尔默的法官实际上都遵循这种理性的推理过程，结论的差异仅仅在抽象出的逻辑原则之差异。最终，法院的审判在“当事人不应受到法律没有规定的处罚”与“任何人不能够在自身的过错中受益”这两个原则中进行理性衡平，选定了后者作为裁断依据。

与此对比，我们可以用巴县档案中的一个案子来看中国传统司法中的“衡平”是什么含义。在同治朝的一个诉讼案例中，^① 田主卢登山提出告状指控佃户刘瑞堂，而佃户也反诉田主。经过审讯，知县了解了纠纷的实情：该年八月，佃户刘瑞堂在退佃时会向田主请求减免租谷三石，但被田主拒绝。刘瑞堂因此怀恨在心，采取滞纳租谷、盘踞不搬的行为。其后，田主支使妻子率领亲戚等到佃户家中，要将佃户赶出。结果双方发生冲突，佃户还将田主嫂子打伤。知县最终的判决是，由于佃户将人打伤，因此对佃户给予掌责，但知县同时命令田主减免佃户的租谷三石。

回顾档案中所记载的审讯经过，我们可以尝试理解知县在审判过程中真实的司法过程。原告田主在诉状中指出三点：第一，佃户没有按时按量缴纳租谷；第二，在契约到期后，佃户不愿退还土地，还阻碍新佃；第三，佃户殴打田主嫂子。由此，田主试图塑造一个不仅不尊重契约按时缴租和退佃，而且背恩忘义殴打主家亲人的蛮横无理的刁民形象。其后，被告佃户刘瑞堂亦提出告状指控田主：第一，在正式照契约退佃前，田主蛮横无理地强迫自己退佃；第二，田主不仅要求提前退佃，还不顾“主客之情”，令妻子率人来家将佃户家具等强行扔出。此外，佃户又提出禀状，指控田主的另一件“恶事”——由于当年歉收，佃户曾向田主请求减免租谷三石，田主当时应允，后来却反悔不肯减免，还支使妻子凶闹。通过对于这样三件事情的回顾，佃户希望促使知县意识到原告田主是一个背弃承诺、只重视经济利益，而丝毫不顾念多年主佃之情的奸邪小人。

从最终的审判结果来看，一方面，知县没有根据案件情况与正式法律条文之间的关系，进行三段论式的推理以明确原被告双方各自的权利义务（也没有相应的法律）；另一方面，县令的司法过程与普通法传统下的司法理性截然不同。知县并没有从案件中抽象出某些原则（比如说“租地就应当交租”的道理），并根据原则推理出最终结果。相反，双方在呈状和堂讯中给知县呈现出的感性形象，是知县判决的真正基础。知县接受了原告对于被告形象的塑造，认为佃户殴伤了地主亲戚的行为确实蛮横无理，给予掌责；但同时知县也并不认为原告是完全无辜之人，尽管减租或宽限佃户退租等均不属于田主的义务，但佃户所描述的桩桩件件却也令知县在某种程度上相信田主确实有些薄情寡恩，因此知县虽然责打佃户，却也让田主减免三石的租谷。^②

如果将此案与普通法系中衡平司法的案件进行对比，我们就能够清晰地看到两者之间的类

① 参见《巴县档案（同治朝）》No. 13685，“智里五甲卢登山以将田业另行招佃被阻，告刘义合等殴其嫂叩验唤一案”；参见凌鹏：《情理的“单一维度”与“综合维度”——从诬告案件看中国传统社会中的多层情理结构》，《社会学研究》2022年第5期。

② 知县在判词中写道：“今蒙审讯，刘宗科不应殴伤嫂子陈氏，沐掌责。谕令小的让租谷三石。其余租谷九石着令照市每石合银三两共合银二十七两，并小的应补宗科门押佃银。凭中算给清楚，各结完案。”知县之所以判令田主减免租谷，并非因为有充足证据证明田主曾经允诺减租，而是因为知县在整个审讯过程里所形成的对于田主个人形象的理解。

似与差异。首先知县的审断并非对法律条文的简单适用，而是基于案件具体情况来进行衡平，这一点与普通法的“衡平”逻辑确有类似之处，但中国传统司法中的“衡平”并非基于常识与理智的“理性推理”与“理性评判”，其目的不是由理性的推理与评判获得对案件对错的评判，而是对于其中人情与事理的衡量和平衡，并且以之来疏通人情事理之阻碍。

可见，中国传统审判所遵循的司法过程，既不是大陆法传统中的法律的形式主义理性，也不能简单等同于普通法语境下司法的衡平理性。甚至可以说，中国传统法的审判过程与普通法中根据不同的原理进行“理性衡平”的特点是相矛盾的。这一过程虽然也如滋贺秀三所说具有“衡平”的意味，但这种衡平并非普通法语境下对于不同理性原则之间的衡平（如帕尔默案的最终判决），而是基于知县对于原告与被告二者的“情理”关系的理解和通感。滋贺秀三没能对“情理”这一具体的审断方法进行更细致的讨论，而是笼统地将其定义为“正义感觉”。对此，我们需要更进一步，借用法律现实主义的研究来对比和探讨中国传统的“情理”逻辑。

四、情理与法律现实主义之间的对比

英美法学反思自身司法过程所形成的法律现实主义研究，提供了另一种接近中国传统司法过程实质特点的可能性。法律现实主义兴起于 20 世纪二三十年代的美国，彼时美国法学正处于法律形式主义的支配下。以兰德尔为代表的法学家试图通过建立严密的法律逻辑体系以应对普通法变革所带来的无序与混乱。但这种主流的法律形式主义方法也受到批评。越来越多的研究者意识到形式主义仅仅是法学家所宣称的一套神话，在这套神话背后，法官实际上受到各种现实因素的影响。在德国自由法运动和美国实用主义哲学的影响下，法律现实主义逐渐成为一场重要的学术运动，直至今日仍保有重要影响。^①

具体到对于司法过程的认识方面，和上文对于中国传统法司法过程的分析类似，法律现实主义者同样认为，真实的司法过程不仅不是法律形式主义所理解的三段论式逻辑演绎，也不是普通法传统所承诺的每位法官利用人类天然具有的推理能力做出符合正义的判决。法律现实主义者认为，真正的审判结论在许多情况下并不是法官运用理性进行逻辑推理和分析所得出的，而是法官受到自己的个性、情感和其他难以言说的因素影响而做的一种直观判断。

美国法学家杰罗姆·弗兰克的著作集中体现了这种观点。弗兰克通过对美国初审法院法官审判过程的经验研究，指出现实中的法庭并没有绝大多数法学家在书本中所描绘的那么理性与神圣，而是充满了各种其他非理性因素的干扰。比如一位初审法官这样描述自己审判时的心理过程：“在第一天的审理过程中，我认为被告，……，是一位工作努力的优秀女性，她不应失去其全部财产……而我认为该规则在法律上是正确的，但是很不公正，所以我不想适用它。因此我打定主意在事实问题上来收拾原告……”^②这段话极为生动地体现出，对于该案的法官而言，真正的审判结论在审判开始之前就已经形成了，而法官在法律层面所进行的所有看似理性的论证，只不过是内心已经得出结论以后，再去寻找能够支持自己观点的法律，并通过法律

① 参见陆宇峰：《美国法律现实主义：内容、兴衰及其影响》，《清华法学》2010 年第 6 期；许庆坤：《重读美国法律现实主义》，《比较法研究》2007 年第 4 期；Grant Gilmore, "Legal Realism: Its Cause and Cure," *The Yale Law Journal*, vol. 70, no. 7, 1961, pp. 1037-1048; Brian Z. Tamanaha, "Understanding Legal Realism," *Texas Law Review*, vol. 87, no. 4, 2009, pp. 731-785.

② 杰罗姆·弗兰克：《初审法院：美国司法中的神话与现实》，赵承寿译，北京：中国政法大学出版社，2007 年，第 181 页。

形式赋予这种结论以合法性。

遗憾的是，弗兰克在揭开司法审判过程神话面纱的同时，却没能对于这种司法过程的特点进行正面分析。他认为司法结论的真正生成过程是一个难以言说和分析的过程。尽管他用“法官个性+激励”取代了传统司法过程的“规则+事实”的公式，但他不无悲观地表示：“这一公式对预测和批评来说几乎没有价值……将个性P加以分解，你就会发现一团主观性的不确定因素。将激励因素S予以分解，你就会发现一堆相互冲突的激励因素，它们之中有些属于所谓的‘社会压力’，有些属于法律规则（即R），还有一些是属于无可奉告的因素”。^① 将逻辑推理以外的因素简单笼统地归入“非理性”范畴，导致其具体的内涵未被充分打开。

同样认同现实主义法学立场的大法官卡多佐则对于这类消极的表述表达警惕。尽管卡多佐与弗兰克一样相信现实的司法过程是由法官自己或许都没有意识到的诸多倾向——遗传本能、传统信仰、后天确信等——所共同决定，但他认为，这些内容既非纯粹消极，也并非不能分析，相反只有将其用科学分析加以阐明，才有可能从其中寻找到积极方面以拯救虚假的理性承诺所带来的危险。正如他所引述的詹姆士的话所表达的：“事实上我们每个人，即使是我们当中那些没有听说过甚至是痛恨哲学名词和概念的人，都有一种支撑生活的哲学。不管你是否愿意称其为哲学，却正是它才使我们的思想和活动融贯一致并有了方向。”^② 卡多佐希望能够对这种支撑着个人生活的“哲学”加以阐明，并将其同样作为指引司法过程的重要方面。卡多佐指出，法官得出判决结论的过程不仅需要运用传统的三段论与理性推理，也需要将历史传统、习惯以及审判的社会功能与社会福利纳入考量，这些不属于“理性”却又包含在支撑法官生活的哲学之中的因素，同样对于实际的司法过程发挥着重要影响。

不管是弗兰克还是卡多佐，他们对于法律现实主义的理解，与中国传统司法中的“情理”有着重要的相似处。例如司法过程并不依赖于形式主义的法律推理，也不依赖于普通法的理性衡平，而与法官本人所受到的诸种因素的影响密切相关。但在纳入考量的过程上，中国传统司法过程显然又与弗兰克和卡多佐所列举的特点有很多不同。正是通过这种比较，我们才能够逐步理清“情理”逻辑的实质特点。

在此，本文借用清代褚瑛所著官箴书《州县初仕小补》卷上的“忤逆不孝”条，来具体说明中国知县在审断“不孝”案件时，其具体的处理方法与内在考量。这一条材料以类似于公案小说般的问答形式，对在亲诉子的场合下知县如何施行法庭询问，并通过情理审判来使亲子双方得以悔悟的方法，进行了非常具体的说明。这里的“忤逆不孝”条虽然不是实际的案件记录，但却是褚瑛设身处地构想出来的具体情境，并细致描述了知县在该情境下应如何思考如何应对。这一点给予我们进行深入分析的材料，其细致度远超正式的档案史料。

该条的开始，作者便设想了一个父母控告子孙忤逆的场景。

凡送子孙忤逆者，当喊控时，正在气怒之际，自必极言其子之凶恶，万难姑容，决意恳请当堂处死，以绝后患。凡遇此等之案，男则问：“其妇是原配，是继娶，共有子几人，此子是谁所生”，女亦照前讯问。若是继娶，则问：“其有无亲生之子，现年若干，曾否娶妻，同居与否”，逐一讯明，情弊自然显露。^③

① 杰罗姆·弗兰克：《初审法院：美国司法中的神话与现实》，第197页。

② 转引自本杰明·卡多佐：《司法过程的性质》，第3页。

③ 参见褚瑛：《州县初仕小补》，官箴书集成编纂委员会编：《官箴书集成》第8册，合肥：黄山书社，1997年，第750页；凌鹏：《礼法“调协”的多重含义——基于瞿同祖研究的再探讨》，《社会学评论》2022年第1期。

首先,父母控告子孙忤逆,背后有着《大清律例》中对于不孝罪的规定。“不孝”属于“十恶”,如果父母告子孙不孝,可以要求官府将其处死。而地方官询问“其妇是原配,是继娶,共有子几人,此子是谁所生”,背后也有着关于继母、嫡母等可能诬告子孙忤逆的相关例文。也就是说,无论是知县还是告状人,在此都有着对于律例的认识。其次,无论是十恶罪,还是继母、嫡母的条例,背后都有着天理人情的基础。更应该说,律例和条例的规定,也是“情理”在法律上的体现。

有趣的是,有对于律例的认识,并不意味着一定会引用律例来进行审断。随后,知县区分亲生之子和非亲生之子的情况,分别进行处理。^①对于非亲生子,知县需要询问继母是否有恶意诬陷的可能。而对于亲生子,知县会告诫父母“骨肉之情不可造次,须知既死不能复生,追悔莫及”。同时,知县说“吾与尔严加教训,使之改过孝顺,可乎”一句,明确指出审断的根本目的是在于改善孝心,而不在于审断本身。于是知县一边讯问儿子,一边窥探父母的态度变化。

若父母仍不愿意放弃控告,知县便开始责打儿子。当被打得皮开肉绽、血流遍体之时,儿子因痛哀求恩赦。在这一阶段,知县再次强调律文中有对于父母之权的法律规定,并强调律文的严厉处罚,“惟有将尔打死,以绝后患”。但是同时,知县又“暗窥其父母有无怜惜之意”,实际上是在等待父母之心的转圜。知县对儿子说“我亦不能自作主张,试恳尔父母如何”一句,则是在期待着不孝子向父母认错求饶。

疼痛难忍的儿子于是哀求父母。此时,父母如果没有异议的话,便是怒气已经消去。如果父母仍然不原谅,地方官则架上刑具,将不孝子拘禁起来,令父母归家再想。一般而言,父母看到儿子满身是血后,往往会起怜悯之情,希望儿子不死。而儿子备受责打,也认识到律法的严格而心惊胆战,此外还知道了“王法无亲,父母为重,不敢放肆冒犯也”。^②在这一过程中,知县通过责打不孝子,一方面唤起父母对于儿子的怜爱之情,一方面教育儿子要对父母有孝顺之情。但有趣的是,这里恰恰并不是通过对法律的严格应用来断案,而是借用律法的威吓,来达到审断的目的。最后,知县实际并没有按照不孝罪的律文来处理,而是通过这一系列对不孝罪的强调和严厉处罚,同时却又不严格依循律例的处断,来激发父母和儿子之间的慈孝之情,以达到德治与教化的结果。

而且,知县的审断并不是对于案情本身的审断,其中完全不涉及对是否不孝的事实认定和理性推断,因为“不孝”本身就是父母对儿子的情感认知(继母等的诬告除外)。因此,知县是随着与原告和被告的不断交往和接触,不断地揣摩当事人(在此处是父母与不孝子)的情感与心态,不断地调整对于案件的特别是当事人的态度与处理方式。可以说,这一司法过程不是在某一个审判点上的衡平,而是贯穿着整个司法过程,甚至可以说并非情理衡平,而是情理教化。

如果将中国传统司法过程中“情理”部分的作用与法律现实主义所勾勒出的西方司法过程进行对照,我们可以发现如下几点相通点和不同处。在相通点上,与法律现实主义中所分析的西方法官类似,以“情理”审判的中国地方官,其实也受到理性之外各种因素的具体影响。“情理”确实是处在与法律现实主义所探究的现实审判过程相同的分析层级,但这个层级其实是以上各层逻辑在具体的审案过程中的一个综合过程。正如卡多佐所说,其中的法律逻辑、司法逻辑、现实因素,这三层是同时存在的,这一点不仅在中国传统司法审判,而且在西方的当代法律审判中也存在。然而恰恰也是在这个三层面的综合过程中,中国传统的司法审判与西方当代

① 参见褚瑛:《州县初仕小补》,官箴书集成编纂委员会编:《官箴书集成》第8册,第750页。

② 褚瑛:《州县初仕小补》,官箴书集成编纂委员会编:《官箴书集成》第8册,第750页。

的法律审判之间产生了重要差别。通过上文的对比可以看到，传统中国的情理审判相较于法律现实主义至少存在以下三个方面的重要差别。

第一，两种审判模式中所谓“非理性因素”的位阶不同。尽管法律现实主义承认法官受到诸多非理性因素的影响，但他们所设想的理想法律审判仍然需要以理性作为基础。在以弗兰克为代表的法律现实主义者看来，法官虽然无可避免地受到诸多非理性因素的影响，但他们仍应尝试克服这些干扰，使得最终的判决能够或者符合法律形式主义的三段论推理，或者符合衡平司法实践中对于法律原则的坚持，即都要归结于理性的裁断上，并最终在理性意义上体现出普遍性——尽管法律现实主义承认这是困难甚至无法最终实现的。与此不同，在中国传统的“情理”审判中，知县在审判中所激发出的非理性（感性）因素，特别是对于当事人情感（冤情或父子情等）的理解，却可以被直接作为审判的合法依据，而不需要转换为法律层面的理性论证。同时，知县通过“情理”的审判所要达到的根本目的，并非法理意义上的裁断，而是实现父母官对于子民人情事理关系的理顺和通畅。尽管法律在其中确实起到了作用，但这个作用不是作为法理的推论基础，而是实现情理畅通的利用因素。在上文的案例中，作为父母官的知县利用法律作为潜在的威慑力量，形成对于子民的父母和不孝子的威慑，以此激发父母的慈爱之情、不孝子的畏惧之情以及父母子女之间的亲情。与法律现实主义本质上的法律和理性本位不同，在整个案件审判中，知县的情感与个性并不是潜在地影响法律推论的某种外在因素，而是堂堂正正地对当事人进行惩罚和教化的基础。

第二，两种审判模式中对所谓“非理性因素”的实定化态度不同。两种审判模式中非理性因素位阶的不同直接影响到对待非理性因素的态度。由于法律现实主义者本质上仍然追求理性与普遍性，因此即便像卡多佐这样的学者认为非理性因素对于司法审判的作用并非完全负面，其中同样包含着能够促进实质正义的真理，他也必须将这些非理性因素转化为另一层面的理性，以此作为纳入理想司法审判过程的前提。这种转换的过程就是通过将那些审判者原本自身都未能自觉、难以言说的因素转化为具有普遍性和确定性的实定规则完成的。卡多佐对于历史、传统、习惯和社会学方法的探讨都反映了将这些因素转化为可以把握的具体实定规则的努力。与之形成鲜明对比的，则是传统中国司法过程对于将“情理”实定化的排斥。尽管地方官员对于具体案件中“情理”的判断实际左右了最终的判决，但地方官员却不会将作为整体的“情理”拆解为某些具体的“情”“理”，并据此完成审判。尽管作为研究者，我们无疑可以从地方官员的判决中归纳出判决所符合的某些具体的“情”和“理”。但是，根据诸多未被实定化的要素所形成的综合判断才是“情理”审判的基本特征。即是说，综合性才是“情理”审判的重要特征。

第三，两种审判模式中所谓“非理性因素”的产生方式不同。在法律现实主义看来，法官需要摆脱对于个人情感或感觉的依赖，而在社会普遍的层面上重新建立起非理性因素纳入审判过程的标准。但在传统中国的“情理”审判中，地方官员赖以进行裁断的标准，既不是地方官员个人的情绪与好恶，也不是抽象意义上对于社会一般价值观念的判断，而是地方官员在具体判案过程中，经由与当事人互动的过程所体会到的主体间感受，^① 比如知县经由他与父母以及儿子之间的交流，由他所感受到的父母和不孝子的情感状态，以及他所设想自己的判决将如何在父母与子女的关系之间发挥作用。在这个意义上，传统中国的审判者在面对案件时所处的状态，并不是主体认识客体的状态，而是一种主体间的状态。即是说，法官与当事人的情感互动是中国传统司法中“情理”产生的重要方式，这同样构成传统中国的“情理”与法律现实主义

^① Hans Joas, *The Creativity of Action*, Cambridge: Polity Press, 1996, p. 184.

的关键区别。

五、情理与中国传统法秩序

文章最后，我们回到开头提出的问题，尝试探讨上述三层比较如何推进对于“情理”概念本身及中国传统法秩序的认识。

通过对于“情理”概念的梳理可以看到：尽管既往研究者没有将概念比较作为“情理”问题讨论的主要工作，但“情理”概念本身是在与法律形式主义的潜在对照中被凸显出来的。通过探讨成文法规和习惯法在传统审判中的作用，学者们大都否定了户婚田土案件中引用法律条文的必要和习惯法在中国传统司法中的法源位置，进而认为传统中国的司法过程根本上不同于西方的法律形式主义理性。因此，普通法传统的司法衡平成为研究者理解和分析“情理”的基本方式。后续研究者对于“情理”问题的讨论集中在这一层面，不同研究者对于官员在做出裁断时候所要衡平的是哪些具体的“情理”，提出了诸多的解释。

相较此前诸多研究，本文试图指出：衡平司法逻辑并不足以作为理解和分析传统中国情理审判的基础。通过衡平司法与传统中国情理审判差异的比较，我们进一步发现，“情理”的考量不同于“衡平司法”中所体现出的理性推理，而是更多地受到审判者在司法过程中的“非理性因素”的影响。因此，单纯在“衡平司法”层面的研究无法真正触及“情理”的实质含义。

同时，伴随着西方法学界的法律现实主义运动和司法过程研究的兴起，西方法学开始关注司法过程中法官非理性因素的影响，这为我们提供了全新的比较分析的层次。通过对相关材料的分析，我们一方面可以看到，传统中国地方官的“情理”审判与西方现实主义法学所分析的法官的司法过程有着类似之处，即二者共同强调了非理性因素在司法过程中的作用。但二者同样有着重要差别，其中最关键的是，西方法官虽然也受到情感等因素的重要影响，但这种影响的最终呈现需要通过对于非理性因素的反思与实定化，将其转换成另一层的法律理性。与之形成鲜明对比的是，中国传统司法中的“情理”在根本上就承认难以言明的非理性因素存在于审判中的合理性和重要性。从不孝罪的处理过程就能够看到，在传统中国的审判过程中，法官的裁断并非对于外在于他的某些事物的认知和裁断，而是他与所面对的人与人之间的情感交流本身。审判的过程以及最终的结论随着父母与儿子之间的情感变动，以及与知县之间构成的情感变动不断地发生变化。

而在这个层面上，如果要对传统中国司法活动中的“情理”进行一个新的解释的话，我们可以将其描述为：情理并非服务于法律审判的某一层具体逻辑，而是一种处于最高层面的司法目标。如果说西方司法最高的目标是实现“法”的理想，那么中国司法的最高目标是实现“情理”理想。一切的法律、司法甚至行政等，都服务于这一目标，即要达成“天理人情”的通畅。而要实现这一目标，并非通过西方意义上的法官客观裁断，而是通过作为父母官的地方官员在人情与事理上与原告、被告等当事人之间的交流。在这一意义上来说，中国传统地方官员的裁断，本身并非脱离社会交往的独特的法庭裁断，而是基于以个人性格与情感为基础的父母官对于子民的惩罚与教化。当然，本文并非希望通过上述三层比较为“情理”概念提供唯一确定的回答。正如本文希望在既有研究基础上通过比较层次的变化作出的推进一样，如果能够找到新的恰当比较层次，对于“情理”的认识则有可能得到进一步更新，而这也恰恰是比较的意义所在。

此外，上述三层比较也为理解中国传统法秩序形态的形成提供了新的可能解释。中国传统

法律和社会中对于私人权利义务关系的规定缺乏明确性和稳定性，无论是法规、习惯还是契约都未能解决这种规定的模糊性，这一判断已经成为中国传统法研究的共识。^① 但需要进一步回答的问题是，传统中国法秩序权利义务关系的不确定性是如何形成的？既往研究者或是将其归结于某种抽象的文化价值观念，如重刑轻民的法律观念；^② 或是将其归结于传统中国社会的某些客观社会条件，如传统中国社会规范来源的丰富性和“差序格局”的社会结构。^③ 从滋贺秀三开始，引入“情理”概念的目的也是想从司法视角来描述和解释传统法秩序的模糊性。但既往研究仅仅在与法律形式主义的潜在对照中使用“情理”概念。这种相对狭窄的比较空间使得研究者以普通法的衡平司法作为理解“情理”的基本方式。因此，研究者往往将“情理”视为中国传统司法所重视的“情”和“理”，即一系列具体的价值和伦理原则，并将此作为中国传统法秩序中权利义务关系的模糊性解释。但通过上述三层的比较，尤其是与法律现实主义的辨析，我们发现“情理”审判模式与西方法的差异并不仅仅在于“情”与“理”等具体原则的差异性。在传统中国，“情理”被视为一个不可也无需分割的整体，人们排斥将“情理”分别化为诸多可以被言说和操作的“情”与“理”的不同原则，这种作为整体认识世界方式和最高目标的“情理”恰恰是传统中国司法与西方司法的关键区别。这也构成了传统法秩序中规则模糊性的重要解释。

〔责任编辑：李文珍〕

① 参见杜正贞：《近代山区社会的习惯、契约和权利——龙泉司法档案的社会史研究》，北京：中华书局，2018年，第448页；俞江：《近代中国民法学中的私权理论》，北京：北京大学出版社，2003年，第86页；寺田浩明：《权利与冤抑：寺田浩明中国法史论集》，第110页；滋贺秀三等著，王亚新、梁治平编：《明清时期的民事审判与民间契约》，第14页。

② 参见张晋藩：《中国法律的传统与近代转型》，北京：法律出版社，1997年，第136页。

③ 参见杜正贞：《近代山区社会的习惯、契约和权利——龙泉司法档案的社会史研究》，第448页。

relationships between Chinese and Western cultures. In the “face and favor” theory model, Kwang-Kuo Hwang raised the issue of the “mixed” of “emotion” and “interest,” which shares similarities with Zelizer’s subsequent research on “the purchase of intimacy.” However, the “need rule” in Hwang’s theory model has been overlooked by subsequent research to a considerable extent. The “deep emotional relationship” based on blood and quasi blood ties continues the research tradition of the “need rule.” The comparison among the three reflects the prominent differences in the intimate relationship patterns between Chinese and Western cultures. Individualist cultural cognition always presupposes a value separation of emotion and interest, which in practice promotes mixed exchange and reciprocity between the two elements of emotion and interest. The “ethics-based” cultural pattern of familism tends to form a high degree of integration of emotion and interest at the dual levels of value and practice, and its ethical responsibility always emphasizes the “need rule” of prioritizing emotions and obligations.

“Sentimentality” in the Comparative Perspective of Chinese and Western Laws

Ling Peng and Tang Ruiqing · 126 ·

From the perspective of legal history, a comparison of “sentimentality” with “legal formalism,” “judicial equitable rationality” and “legal realism” shows that the judicial process under the logic of “sentimentality” is not only different from the syllogistic application of legal texts advocated by legal formalism, but is also fundamentally different from the equitable reasoning of the common law tradition. Legal realism identifies irrational factors such as emotion, personality, and habit in the judicial process, and then views these factors either as interference external to the ideal judicial process or as having to be transformed into a higher level of legal rationality. In contrast, the logic of “sentimentality” in traditional Chinese justice fundamentally recognizes the rationality and importance of these factors in the trial process. As a way of understanding the world as a whole and as the highest goal, “sentimentality” is the key difference between traditional Chinese justice and Western justice, and the differences between Chinese and Western justice precisely reveal the differences between China and the West at the level of society as a whole at the same time.

A Review of the Stage Theory of Civilization in Early China Studies

Lai Quping · 138 ·

The overall framework of civilization theory covers aspects of the stage theory of civilization and the typology of civilization. With regard to the evolution of early Chinese civilization and the division of its stages, there are three stages centred on three dynasties and four stages of the Emperor’s kingship in ancient times, while today’s theory includes different divisions ranging from the three stages to the six stages. The differences, similarities and characteristics of the ancient and modern theories can be seen by examining the theories of philosophy, history of thought, archaeology, and anthropology. It is crucial to maintain the “three dynasties” as a complete concept of the stage theory of civilization. In contrast, the significance of the cultural continuity of *Wu* and the changes at the time of *Yin* and *Zhou* are more appropriately viewed in the context of a typology of civilization. The criteria for dividing the stage theory of civilization include at least two points: the spiritual level (the relationship between heaven and man) and the institutional level (the system of government and religion). A systematic examination of early Chinese civilization and its basic stages will help to understand China and its civilization.

From “Development” to “Global Development”: An Evolution of Ideas and Logic

Xu Tianxiang and Gao Ming · 148 ·

Development studies have sought to provide developing countries with policy options for transformation and development based on the Western experience of social change, but have not achieved the desired results. Structuralist development theory, dependency theory and other attempts to examine the real situation of developing countries in the capitalist world system. Although its policies have not helped Latin American countries to find a path of sustained economic growth, the structural concerns have led to a reflection on the overall character of the world system, which has led to the emergence of the concept of global development, which is reflected in the agenda of the work of international organizations such as the United Nations. At present, the process of globalization is facing serious challenges, and the United Nations 2030 Agenda for Sustainable Development has seriously deviated from the established goals, demonstrating the complexity and uncertainty of global development issues. In this context, it is necessary to explore the construction of a knowledge framework for “broad development studies,” incorporating Western social change and the process of knowledge production into research, so as to break through the logical opposition of the Western-non-Western dichotomy, and to promote the transformation and innovation of development knowledge.