

北京市法學會中國法律文化研

[首页](#)[关于我们](#)[学会活动](#)[会员关注](#)[学界动态](#)[民族法文化](#)[法史春秋](#)[名](#)[首页 >> 名作佳文 >> 佳作一览](#)

古典法律解释的合理性取向

2011-04-01 访问量: 访问量: 527

陈林林

引言

自马克思·韦伯用“卡迪审判”描述传统中国法的运作样式后，“形式义衡平”、“法治的对极”和“反逻辑”就逐渐成为了解说中国古典司法的种判断忽略了两个基本事实：第一，司法的本质，是遵循预先设定的一般性体系的标准来判断、审理案件，而不是根据个别案件的具体情况进行“就事论法”规性作业，在中国传统司法话语中被称为“经”或“守经”。因而，只要“守经”，那么所谓“形式非理性的司法”、“反逻辑的司法”，实质是一些“不和谐声音的乐曲”这样的病句。第二，中国古典司法历来有严格适用法律、追法溯因。公元三世纪，《晋律》就要求“律法断罪，皆当以法律令正文”。《唐律疏议》皆须具引律令格式正文，违者笞三十”。即便是董仲舒式“必本其事而原其情”，也要求断案首先以律法为根据，其次才考虑系争案件的情节和情状（“事”与“情”）。

事实上，中国古代的一些清明书判（例如《名公书判清明集》、《徐公书判》）都强调依法条、照例行事，又不拘泥于条文字句，做到体察法意、调和人情。即便在疑难案件中，司法官的伦理道德智慧、常识性正义和个体价值判断的运用也往往超越相关的律令条例、通过对律法的合理化解，才能将涉案的各种实质性因素综合起来。宋神宗年间的“阿云之狱”，就是一个典型个案。“阿云之狱”影响之广泛、历时之久和参议官僚之多，为整个中国古代法律史所罕见。此案几番反复，经刑部、大理寺、翰林、中书、枢密；名臣如司马光、王安石、吕公著、苏轼、范祖禹、官如刘述、吕海、刘琦、齐恢、王师元、蔡冠卿，议论纷纷，迄无定论。”参议官僚对律法所做的解释和论辩，皆言之成理、持之有据。它们展示了宋代司法官的修养，也彰显了古典司法在合理性层面上的多维结构。

一、形式合理性：“阿云之狱”的两种解释逻辑

《宋刑统》曾比照《唐律》对自首减刑作了概括性规定：“犯罪之徒，自首陈，……各得减罪二等坐之”；“因犯杀伤而自首者，得免所因之罪，‘刑定律有限，情博受无穷’，围绕阿云伤人自首一案的刑名之争，印证了‘刑定律有限，情博受无穷’^③的困境，也说明了法律解释之立场和技术的重要

据《宋史》记载：熙宁元年，京东路登州一妇女阿云在服母丧期间行邪行，嫌婿陋，伺其寝田舌，怀刀砍之，十余创，不能杀，短其一指。吏求其情，乃吐实。”④初审此案的登州知州许遵，以阿云作案之时“许嫁未行”又以“被问即承，应为按问”，按律得“免所因之罪”，只问伤害而不究谋杀等断遣”。案件上奏朝廷后，审刑院、大理寺依据《宋刑统》“诸谋杀人已伤，未杀者，绞；已杀者，斩”的规定，裁决阿云案应“以谋杀已伤论死”。不过神宗皇帝并下诏“赦贷阿云死”。但负责复审的刑部，却公然对抗神宗的诏令，以大理刑、大理的裁决。这促使神宗又下一道敕令，申明“谋杀已伤，按问欲举论”。⑤

然而御史台对皇帝的敕令置若罔闻，御史钱颉以许遵在阿云案中“所议不当”为由对他进行了弹劾。许遵被迫请求皇帝将阿云案“下两制共议”。神宗命司马光、石共议，但两人意见不一。司马光从刑部所断，王安石支持许遵之见。神宗命御史滕甫和钱颉不依不饶，执言“许遵所争戾法意”，请求再选官定义。吕公著、韩维和知制诰钱公辅重议。三人合议后认为“宜如安石所议”，但齐恢、王师元和蔡冠卿，却弹劾他们“所议为不当”。于是神宗再召王安石二年二月下诏：“今后谋杀人已伤，并奏取敕裁。”⑦然而刑部刘述、丁卞仍执执行。御史中丞吕诲和参知政事唐介也称“谋杀不当论首”、“天下皆以神宗只得再次下诏催办，但刘述等人继续以诏书不当为由，上疏请中书、枢密两府的合议中，文彦博、吕公弼等人认为“杀伤于律不可首”，而韩琦、司马光同。两府再议仍无定论，最后神宗在熙宁二年八月诏令：“谋杀自首及按问十七日敕施行。”⑧至此，历时一年之余的刑名之争才暂时平息。

宋代“士初试官，皆习律令”，并且“文学法理，咸精其能”。因而宋代的名公巨卿，差不多个个都具有充分的法律知识。⑨的确，在这场罕见的法律争论中，主张“得免所因之罪”从而从宽处置阿云的许遵、王安石、吕公著，还是坚持司马光及刑部、审刑院和大理寺官僚，皆因循律意、力行断狱“当先原立法”所做的体察和辨析，也都称得上是形式合理的法律解释。

（一）“得免所因之罪”的解释逻辑

许遵以阿云作案之时“许嫁未行”，并且“纳彩之日，母服未除”，其法律依据是《宋刑统》恶逆条的问答注解，“夫者，依礼有三月庙见，有未庙见者，依夫法。其有克吉日及定婚夫等，惟不得违约改嫁，自余相犯，并同凡人。”阿云人既未嫁娶，亦无庙见，所以不是宋律上的夫妻。因此，阿云案不属“十恶”只在于是否属“因犯杀伤而自首者，得免所因之罪”。

“因犯杀伤而自首者，得免所因之罪”的一个简单例子，就是盗杀伤。阿云“伤”之所因。这意味着持刀劫物后又自首的，犯罪人可以免于追究劫取财物的责任，但承担持刀伤人的责罚。许遵和王安石主张阿云的自首，可以使她免除“所因之罪”。阿云的行为可以分为“伤(害)”和“谋(杀)”，“谋”是“伤”之所因。如果阿云只犯谋杀罪，那么按律就只应当惩处她的伤害行为。根据神宗在熙宁元年下的诏令“谋杀自首者，从谋杀减二等论”，对阿云的处罚应是“从减等断遣”，即“从谋杀减二等论”。

为澄清阿云案的法律争点——“谋”是否是“伤”之所因，王安石紧承吕公著的解释、文义解释和正面推论的方法指出：(1)从杀伤罪的相关律条中，可以推知“谋杀”是“伤”之所因。《宋刑统》中的七类杀伤罪带有“所因之罪”，这七类原因性犯罪包括：谋杀；略卖人；被囚禁拒捍官司而走；犯奸；造畜蛊毒。犯罪人在实施上述七类伤害，事后又依律自首的，都可以“免所因之罪”。按《宋刑统》“因犯杀伤而自首者，仍从故杀法”的规定，只有故杀伤没有所因之罪。(2)从谋杀伤的律条中，可以推知“谋杀”是“伤”之所因。《宋刑统·贼盗》规定，“诸谋杀人已伤，未杀者，绞；已杀者，斩”。石公著解释这一条文实质涵盖了三种犯罪，即“纯粹的谋”、“谋杀伤”和“谋杀已伤”。因此可以是“所因之罪”。既然是所因之罪，罪犯就可以通过

“谋”不光存在于某些犯罪中，甚至可以作为单独的犯罪。例如《疏议》中对试图进入皇宫而未越过门槛的，处罚八十杖。《名例》谓“称谋者，两人说：“谋状明显，虽一人同二人之法。”《宋刑统·贼盗》亦规定：“谋杀已彰露，欲杀不虚，虽独一人，亦同二人谋法，徒三年。”^⑩(4)主张“律当举重以包轻”，既然作为重罪的盗杀伤(刑罚是斩)自首后可宽免所因之罪，对较轻的谋杀伤(刑罚是绞)也可宽免所因之罪。

所以王安石的解释结论是：阿云的犯罪行为可以分为“伤”和“谋”，因；阿云属“犯杀伤而自首者”，按律“得免所因之罪”，故只须惩处其他

(二)“谋杀已伤论死”的解释逻辑

在司马光及刑部、审刑院和大理寺官僚看来，阿云因“嫌婚陋”而谋杀公公公然践踏作为国本的礼教纲常。若免阿云一死，则无异于“弃百代之常典，无告，奸凶得志”。(11)但司马光并未径直“以礼教杀人”，他所持的“议”同样是藉由“寻圣人制法之意”的法律解释得来的。

司马光认为，《宋刑统》中的“因犯杀伤而自首者，得免所因之罪”适用于阿云杀伤韦阿大一案。因此阿云即便自首，也不能免于一死。对许遵和王安石的犯罪行为可以分为“伤”和“谋”，司马光批评其不仅有悖律意，也于理有预谋的“谋杀”分解为“谋”和“伤”，那么也可将临时起意的“故杀”分解为“伤”，这样，“故”和“谋”一样成了“伤”的所因之罪，这在逻辑上并无不妥。这还会导致不同的“谋杀”和“故杀”，经自首并“得免所因之罪”后，仍有区别。(2)若对“谋”进行单独处理，设想一个人平静地坐在家中，谋划杀什么人罪呢？当然只能是什么罪也没有，因为“谋”只有在实际的犯罪行为中才构成一种罪。(12)

司马光继续以“斗杀自首”为例，辩驳王安石之论的内在矛盾。(13)在斗杀中，斗杀的处绞刑，故杀的则处斩刑。若将“斗”视为“伤”之所因，那么斗杀自首者，得免所因之罪，仍从故杀法”的适用逻辑，“斗杀”转而从“故杀”论处。自首的，处罚反而加重了一等。要解决这个悖论，王安石只有两个选择：一是置，仍依斗杀本法；二是限制“犯杀伤而自首者，得免所因之罪，仍从故杀法”其不适用于斗杀自首。对司马光来说，这两个退守性选择的结果是一样的，斗杀自首罪，阿云的谋杀同样也不适用。

后人如丘浚、沈家本等，大多支持司马光的意见。不过，司马光并未给出充分的性论据：既然作为重罪的盗杀伤自首后可获宽免，为何相对较轻的谋杀伤却似乎没有妨碍司马光得出自己的解释结论，他在给神宗的上章中总结陈词说：“谋杀伤，不在自首之例。”(14)因为律称“得免所因之罪”，皆是别有“因犯”本无杀伤之意而致杀伤人者。此类犯罪所因虽然可以首原，但杀伤不在自首例中生文，不得别为所因之罪”。既然谋不得为伤之因，按《宋刑统·贼盗》“谋杀者，绞；已杀者，斩”，对阿云的处置只能是“谋杀已伤，伤不得首，绞”。

二、实质合理性：王安石和司马光的分歧所在

“围绕律法”的法解释进路一直贯穿于阿云之狱的刑名之争中，它体现了实质理性的法适用模型。(16)不过，形式合理的司法——“守经”——虽是司法的稳定性、安定性和权威性的渊源和保障，却并非古典司法的全部追求。在古语中，有“守节，次守节，下失节”。具引律条式的守经，只是司法官的“守节”。一个人要在形式上做到具引律文、照例行事，还须在实质性的价值判断和社会效果上达律文之义”。

王安石和司马光所议，皆因循律义、持之有据，但结果却判然有别。人们以为任何一个结论给出一个合乎逻辑的形式，“在合乎逻辑形式的背后，

法根据的相对价值和重要性的判断，……这是真实存在的，而且还正是整心。”(17)阿云之狱的刑名之争，表面起因于相关律条的模糊和缺陷，实质性的不同理解和取向。与形式合理性的合法性取向相反，实质合理性关注的额外的实质性因素和标准。这些因素涉及宗教准则、道德规范、地方习俗以及等，在古典司法话语系统中，一般被概括为情理和天理。

(一) 尽情理：法律解释的目的合理性之维

在许遵和王安石看来，若以“谋杀已伤，伤不得首，合从绞罪”处置罪有漏洞的，即作为重罪的盗杀伤自首后可获宽免，而相对较轻的谋杀伤却的确不但有违常理，还阻塞了犯罪人的自首之路，并破坏了鼓励罪犯及时自首对谋杀已伤的持久争论说明这是一个“律无正条”的疑案，圣人言“罪疑惟轻，宁失不经”，断言“伤不得首”、“谋杀已伤论死”显然与此相悖。因此，“一切按而杀之，塞其自首之路，殆非罪疑惟轻之义”。(18)

与许遵所见相同，王安石直接将“断狱务在生之”(19)视为一条疑案。王安石和司马光所争时也说：臣等窃寻圣人制法之意，“苟杀人未至于死，可以还者，皆得以首，是原首以开善者也。”(20)这般“原立法之意”的立法是神宗所乐见的。因为北宋中期的社会治理局势日趋严峻，朝廷“不闻盗贼耳”，而通过自首减刑以“荡涤瑕秽、分化奸凶”并使罪犯“纳入自新之域”刑事司法政策。

这种情法并用、以判决的社会效果为取向的解释方法，可归类为目的合理性意指，“行为如果依据的是目的、手段及后果，而且在手段与目的、出现的各种不同目的之间合理思量，那么，这种行为就是目的合理性行为。合理性解释在古典司法过程中最常见的形态，就是“尽情理”。即所谓“法出乎人生”，一个审慎的判决应明察“案件的具体情状和事实”，尊重维护及“事物之理”。(22)宋人胡石壁在《清明集》中对这类法律解释的立场是法意、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，使上不违法意，下不拂于人情，则通行而无弊矣(23)古典法律解释“情法兼重”的特点，是避免成为刻薄寡恩、见木不见林的法法主义者，以做到“缘情定罪，法意相称”(24)。(25)而许遵和王安石“得免所因之罪”的解释结论，实质是一种在目的合理性解释的“因犯杀伤而自首者，得免所因之罪，仍从故杀法”——所做的扩张解释。

(二) 存天理：法律解释的价值合理性之维

司马光一派所持的“谋字止因杀字生文，不得别为所因之罪”和“谋杀已伤”的字面意思所做的严格解释。这般解释确有刻薄寡恩之嫌，但并不意味其是唯法主义者。在探究阿云能否“得免所因之罪”时，司马光就向神宗阐述其立场：“阿云之事，陛下试以礼观之，岂难决之哉。”(24)依据三纲五常之礼教，礼之大者。阿云既嫁与韦阿大，则韦乃阿云之天也，天可背乎？使韦有恶逆，阿云以其貌之丑陋之故而谋杀之，其得罪于天而悖于礼甚矣，且妻之于夫存其杀之之迹乎！”(25)

依司马光之见，阿云案之所以疑难，不在于律法对“谋杀已伤是否论死”的规定，《宋刑统》未将“许嫁未行”的阿云视为韦阿大之妻。这导致阿云谋杀已伤，却无法直接以杀夫论处。但若超越律条“以礼观之”，如何处置阿云罪于阿云之罪在社会危害性上和杀夫并无二致，她必然难逃一死，而“谋杀已伤”已经是宽大处理。相反，许遵和王安石“得免所因之罪”的解释结论，造成了罪与罚之间的不对等关系，以致“弃百代之常典，悖三纲之大义，使

司马光依据三纲五常、德礼政教对律法所做的斟酌和说明，属一种价值合理性预见到的后果，而只坚持其关于义务、尊严、审美、宗教律令、虔诚等正当性是古典法律解释的基调，其表现是“引礼入法”和“德法并重”的“存天理，去人欲”和“经义决狱”和“原心定罪”的法律适用模式(27)所谓“分争介法，非礼

官在辨明系争案件的“事”与“志”等主客观因素的基础上，将儒家德礼置于实际的狱讼鞠谳过程之中。

宋代理学家朱熹对此间的操作规程有过清晰的指示：第一，“凡有狱讼，长幼亲疏之分，而后听其曲直之辞”；第二，“博采经史以及古今贤哲议以权之。(28)理由是“盖三纲五常，天理民彝之大节，而治道之本根也。……子之亲，立君臣之义以权之。盖必如此，然后轻重之序可得而论，浅深之度是要求法官在律无正条的案件中，以儒家义理、三纲五常作为权衡轻重与偏边是“向后看的”、坚持“人有礼则生，无礼则死”的礼教主义者司马光，主张“原首以开善”的实用主义者王安石。正是两边不同的实质合理性取向的刑名之争。

三、结语：一种复式的合理性解释结构

从法律解释理论观之，在“断罪无正条”的阿云之狱中，并不存在一个一如维特根斯坦所言，“如果一条规则不能决定何种行为与自己相一致，那决定不了这一问题。”(31)辨析王安石和司马光所议，主旨不在判断各自的从法律推理、论证和说理等技术性角度廓清古典法律解释的合理性取向，而是的“形式非理性”论断作一简要辨析。

形式合理性作为一种体现“制度化”的思维模式，强调“通过逻辑方法规范中得出每一具体事实情景的判决”，并将每一项具体案件的判决，都作为具体事实情景中的适用。从阿云之狱的刑名之争来看，参议官僚皆做到了“原立法之意”，刑狱的审理自始至终体现为一种制度化的、形式理性的合理性和法条主义历来是同一枚硬币的正反面。对刑名和法条的考究，曾使“俗吏之争”，也令现代人钱穆感慨：“现代的一般人，都说中国人不讲法，病，就在于太讲法，什么事都依法办。一条条文进出，一个字两个字，往往都停顿了。”(32)

当然，阿云之狱中的法律解释基点并未停留在纯粹的形式合理性层面上。司马光为说明各自所议的正确性，进而运用“情理”和“天理”等因素在作进一步的论证。这种“复式”的合理性解释结构，非常契合现代法律方法论上之“一二阶证成”模型：一阶证成是指法官如何依据某条法律来证明判决结论的合理性或形式推理的过程；二阶证成是指在判决依据的选择上，法官如何证明自己的判决实际是一个价值判断或辩证推理的过程。若依德沃金的“原则——政策”理论，王安石所议是一种追求目的合理性的政策裁判，而司马光所议则为一种奉行传统的

因而在阿云之狱的审理中，古典法律解释的合理性取向呈现一种“形式合理性”、“目的合理性——价值合理性”的复式结构。事实上，古典司法话语往往仔细地研究有关此一案件的各种因素，进而将它与近似的、法有明文的案件相比较，有法案的立法意旨以及目前的社会价值和法学原理，斟酌轻重，定出一个合理的法律解释的合理性维度不可能局限于“形式理性”或“非理性”的二元分立的复式构造。相应地，“形式非理性”之类的论断，表明韦伯可能是一个“例行”。

注释：

①相关论断分别见诸于：(德)马克思·韦伯：《论经济与社会中的法律》，商务印书馆1998年版，页233、263；(德)马克思·韦伯：《儒教与道教》，洪业译，商务印书馆1997年版，页120以下；(日)滋贺秀三：“中国法文化考察”，载王亚新、梁治平译，《法律、社会与人类行动》，法律出版社1998年版，页13以下；(美)韦伯，《法律社会学》，吴玉章、周汉华译，中国政法大学出版社1994年版，页99；贺卫方

三大传统及其对当代的影响”，《河南政法管理学院学报》2005年第3期。
②[明]丘浚：《大学衍义补》卷108；参见[清]沈家本：《寄谥文存》卷四
法学界对阿云之狱的研究，基本不出“古代自首制度”、“律敕之争”、
议题，而本文权当是一次微观分析的尝试。前述代表性著述请参见，赵晓波
适用——阿云之狱”，《中国审判》2007年第5期；郭成伟：“从阿云狱的
律之争”，《政法论坛》1985年第4期；郭东旭：“论阿云狱之争”，《
期。

③[宋]傅霖：《刑统赋疏》。

④见《宋史》卷330《许遵传》、卷201《刑法志》。

⑤《宋史》卷14《神宗本纪》。

⑥《历代各臣奏议》卷211。

⑦[明]丘浚，见前注②。

⑧《长编纪事本末》卷75。

⑨徐道邻：“宋律中的审判制度”，载氏著《中国法制史论集》，志文出版
90。

⑩关于王安石的解释性论辩，主要参考自[清]沈家本，见前注②，亦散见—

(11)[宋]司法光：《司马公文集》(卷40)。

(12)参见(美)蓝德彰：“宋元法学中的‘活法’”，载高道蕴等主编：《
统》，李明德、李涵译，中国政法大学出版社1996年版，页341以下；[清]

(13)[清]沈家本，见前注②。

(14)《历代名臣奏议》卷211。

(15)《南阳集》卷26；参见郭东旭：“论阿云狱之争”，《河北学刊》198

(16)形式合理性的认定标准，学界一般沿用据韦伯在《经济与社会》中概
一项具体案件的判决都是抽象的法律规则在具体事实情景中的“适用”；
以从实在法的抽象规则中得出每一具体事实情景的判决；第三，实在法构

规则体系，至少实在法隐含了这样一种体系，或者，至少在法律实践中法
漏洞的体系；第四，不能用法律术语进行理性“分析”的事物，是没有法律

社会行动，可以、并且必须被看作是对法律规则的“遵从”、“破坏”或

Rheinstein, Introduction to Max Weber on Law in Economy and Socie
and Schuster, 1967, at xliiii, 64.

(17)Oliver Wendell Holmes, The Path of the Law, in The Common Law