

明清法律的人治主义精神

——以《资治新书·判语部》为视角

张全民 许宇超*

摘要:以李渔《资治新书·判语部》为研究中心,通过分析此书收录的明清判词能够揭示明清法律的人治主义精神。明清法律维护道德纲常伦理,其在价值评判体系中的地位低于道德,由法官不依法裁判、判词所见否定性道德评价和“反坐”规定执行不严格均可看出这一点。明清法律是统治阶级用于政治统治的工具,地方法官审判权受到限制和当时存在严密的司法监督体系即为其证。报应主义的刑罚观和矜疑恤刑的司法理念也反映着明清法律的人治精神。

关键词:《资治新书·判语部》 明清法律 法律精神 人治

Abstract: According to Li Yu's *New Book of Reference for Governance · the Part about Court Verdict*, analysis the court sentences from this book to research the spirit of the rule by man in the law of Ming and Qing Dynasties. The law in Ming and Qing Dynasties maintains the moral and its status in the value evaluation system is inferior than the moral's. This can be proved by the phenomenon such as: the judges do not decide cases according to the law; the negative moral evaluation in the verdicts; the provision of *fanzuo* (sentence the accuser to the punishment facing the person he falsely accused) was poor implementation. The law in

* 作者简介:张全民(1968—),男,安徽桐城人,湘潭大学法学院教授,博士生导师,主要从事中国法律史与法律古籍整理研究;许宇超(1990—),男,山西临汾人,湘潭大学法学院法律史专业硕士研究生。

Ming and Qing Dynasties is a ruling tool of domination virtually, this can be demonstrated from the following: the jurisdiction of local officials was strictly limited; the judicial supervision was too tight. The function of criminal penalty focus on the retributivism, and the theory named *jinyixuxing*, these two also reflected the spirit of the rule by man in the law.

Key words: *New Book of Reference for Governance · the Part about Court Verdict* the Law of Ming and Qing Dynasties Spirit of the Law Rule by Man

研究中国古代法律，借鉴和吸收传统法制文明的独特价值，对当代法治社会的发展具有重要意义。不同朝代的法律反映着古代法律在各个时期发展的特征，明清两代是传统中国法发展的经验总结时期。一般认为明清律典在体制上以《唐律疏议》为模型^①，上承唐律而沿袭发展。因此，对明清法律的探究，从某种意义上说，可以窥见中华法系的法律精神。而对于法律精神的探寻可从文本和实践两个层面进行，前者是指对法律的研究，后者则是指对实践中判语、案例的考察。

明末清初文人李渔^②汇编《资治新书》初集和二集^③，搜集明清官吏的案牘文章一千四百余篇，并按照文移、文告、条议、判语四部对其进行分类。其中，“判语部”主要以官吏的审判谏词为主，间杂一些上下级官府之间的关于刑名案件的请示和批复。其所辑选的判词，从案件本身性质和制作主体来说，均涵盖面广且具有代表性。在案件性质上，李渔将判语部所收录判词细分为人命、盗情、判案、奸情等三十余门类（初集与二集略有不同），每一门类之下的判词有详有略，可以认为其囊括了法典所规范的大多数种类的犯罪和刑罚问题。在制作主体上，这些判词的作者在明清担任着区域、性质、级别不同的官职；在区域上，两广、江浙、陕甘、川渝等地的判词均有涉及；在官员的官职性质和级别上，包含巡抚、司李（理）、巡按、守宪、太守、县令等职务。因此，重视和探析《资治新书·判语部》，

① 杨鸿烈：《中国法律发达史》，中国政法大学出版社2009年版，第225页。

② 李渔，生于明万历三十九年（1611），卒于清康熙十九年（1680），初名仙侣，字笠翁、谪凡，号天徒、湖上笠翁、随庵主人、笠道人、觉道人、觉世稗官。明末清初文学家、戏曲家。

③ 初集刻于康熙二年（1663），二集成书不迟于康熙六年（1667）。

对于直观了解明清法律的运行状况、抽绎明清法律的精神乃至了解传统中国法的精神都是很有裨益的。鉴于目前对于李渔及其《资治新书》所反映的法律思想研究较为缺乏，笔者拟对其进行初步浅显的探讨，着重分析明清法律的人治精神。

何为法的精神？孟德斯鸠在《论法的精神》中探讨了与法律存在着关系的各种因素，他认为：法律应该同已建立或将要建立的整体的性质和原则有关……法律应当与国家的自然形态、气候、国土、人民生活方式等有关系……这些关系综合起来就构成所谓的“法的精神”。^①张中秋教授认为这一观点过于宽泛，他将“法的精神”定义为：“法的各种关系的抽象，也即法的质的规定性。”^②法的精神，从法所体现的政治意志出发，可分为“人治”与“法治”两个根本类型。明清法律的根本精神即是人治，这可以从以下几点来认识：

一、法律是维护伦理纲常的工具

封建伦理纲常自提出之后，伴随着法律儒家化的进程不断发展，一直影响着中国的政治统治理念。至唐代，“法律与道德完全地融铸于一”^③，作为道德原则和规范的伦理纲常被全面贯彻到法律中，并延绵近千年。道德的法律化（即“引礼入法”）赋予法律执行道德的职能，也可以说，法律本身就是一种充分体现伦理纲常要求的、以行为作为作用对象（不同于道德的以内心作为作用对象）的规范。因此法律在实际运行过程中要接受道德训诫，法律作为价值评判标准之一，其地位低于道德，并成为维护伦理纲常的工具。

（一）司法官“不依法裁判”

关于我国古代司法官究竟是依靠道德还是法律处断案件，一些研究中国古代法的西方学者认为“中国的法官……按照具体的礼仪的衡量适度来作

① [法]孟德斯鸠，《论法的精神》，张雁深译，商务印书馆2005年版，第7-8页。

② 张中秋：《中西法律文化比较研究》，南京大学出版社1991年版，第275页。下引本书同此版本。

③ 梁治平：《寻求自然秩序中的和谐——中国传统法律文化研究》，上海人民出版社1991年版，第260页。

断案”^①，这种说法虽然遭到了质疑，不过其提出并非完全没有根据。从《资治新书·判语部》来看，在初集和二集所收录的判词中，司法官员最终没有依据法律而作出判决的情形并不鲜见，说明了法律并非最高的价值评判标准。

邵阳邑宰颜孝叙与兖州司李赵五弦处理两个争婚类案件所作的判词就是例证。颜所作《掳占事》：时人贺全璧与妻某氏在荒郊分散，某氏在觅夫不得的情况下嫁给刘钦臣并生有二子，此时贺全璧方才出现，具呈官府评断，颜邑宰以“贺全璧备聘以赎妻，刘钦臣还妻而留子”之语作出判决，考虑到此种争婚纠纷双方均无过错而致家庭破裂的情况，“怜其珠离璧合，俱免汉法三章”。^②此案中定纷止争的判决确为依法律作出，但其另外的处断则无法在律典中找到确切依据。赵司李《恩完骨肉事》所叙述的案情是：妇人陈氏在与其原夫凌有带失散十三年内“辗转飘零，三易其主”，最终嫁给萧加善，凌有带具词以控。案件在兖西道已经过审理，初审结果是维持陈氏与萧加善的婚姻关系。凌有带不服判决而上控至府，赵五弦认为“妇重初醮，宜归前夫……有离异之条耳”，表明法律对于另结婚姻的否定态度，紧接着进行大段说理分析：“有带之失散既成覆水难收，加善之成婚又觉恩重如山……妇人之被掳者，例应备资取赎……有带取赎无资……况加善费半生血汗仅得一妻”，在对事实进行权衡斟酌之下倾向于同情后一段婚姻成立的艰难，最终作出“合无仍归加善”的判决结果，维持后一段婚姻。^③两则判词所记叙的案情十分类似，但处理结果大相径庭，赵司李不依据律例处理案件的做法正是基于马克斯·韦伯所说的“衡量适度”。

浙江臬宪毛圣临在《惨杀兄命事》中批驳县审官员并未正确打击罪犯，“重于田而轻君甫，僵桃祸李”，出现错误的原因是“县审比于威逼，断给埋葬是矣”，查清原委后明确指出：“关系于明刑弼教之义者，则甚重也。”^④这里需要注意的是，县审的判决因未能正确依据法律打击罪犯而被批驳，出

^① [德] 马克斯·韦伯：《中国的宗教：儒教与道教》，王容芬译，商务印书馆1999年版，第199页。

^② [清] 李渔：《资治新书（初集）》，张道勤点校，浙江古籍出版社1991年版，第500页。下引《资治新书（初集）》同此版本。

^③ 《资治新书（初集）》，第502页。

^④ [清] 李渔：《资治新书（二集）》，张道勤校，浙江古籍出版社1991年版，第536-537页。下引《资治新书（二集）》同此版本。

现这种司法不公的原因之一就在于县审的法官重道德而轻律法，处断案件主要着眼于“断给埋银”的补偿功能，因而未能查清事实真相而正确适用法律。

此外，《判语部》当中的诸多基于伦常考虑而不判处刑罚的判词亦能说明这个问题。如“人命”门类“假命诬陷”卷的判词：“本当重惩，姑念族众劝息，两系同宗，不欲深其怨毒，薄杖拟戒”^①“应坐诬，以在丧免拟”^②，都是为维护伦理纲常而减轻或免除对罪犯的刑罚。至于“本应究拟，念失盗情真，姑免议”^③“宪台法外施仁，或可宽其一线耳”^④“与其苛而人之，毋宁矜而出之，用振颓风，未为不可”^⑤“应杖而不杖，惜其贫耳，非直之也”^⑥之类的判语，更是直接体现了明清司法官在依法断狱的同时坚持以道德为最终判断标准，在严格使用法律处断有违伦理纲常的情况下，他们就不会严格地依照法律处断，而是作出上述之类的判词以维护伦理纲常秩序。

（二）判词所见否定性道德评价

所有触犯律法的罪犯首先是违反道德、破坏伦常的凶恶之徒，因而在《资治新书》所收录的判词中，对犯罪者的描述很多都带有消极的道德性评价，且这些描述一般出现在判词的前部而非最后的定罪量刑之语中。诸如“本犯天生贼骨”^⑦“状极狰狞，无论心为杀人之心，即貌亦杀人之貌也”^⑧

① 《资治新书（初集）·酷诈事》，李心水校，浙江古籍出版社1991年版，第351页。

② 《资治新书（初集）·弑兄立命事》，赵松涛校，浙江古籍出版社1991年版，第355页。

③ 《资治新书（初集）·空门被劫事》，李少文校，浙江古籍出版社1991年版，第391页。

④ 《资治新书（初集）·四号烝弑事》，王贻上校，浙江古籍出版社1991年版，第432页。

⑤ 《资治新书（初集）·地方人命事》，陈斯徵校，浙江古籍出版社1991年版，第439页。

⑥ 《资治新书（初集）·通奸事》，竹淇园校，浙江古籍出版社1991年版，第445页。

⑦ 《资治新书（初集）·窃盗事》，刘兰嶠校，浙江古籍出版社1991年版，第402页。

⑧ 《资治新书（二集）·申报事》，王旦复校，浙江古籍出版社1991年版，第534页。

“看得柯懋者，不端之徒也”^① “审得孙御霖，无赖之徒”^② “看得孟如松，狼心狗行之人也”^③ “看得柴春心怀鬼蜮，性秉豺狼”^④ 等之类的丑化侮辱之语不胜枚举。官员们首先将犯罪嫌疑人描绘成天生邪恶、怙恶不悛的暴徒，甚至将其比作虎狼禽兽，而后才进入案件事实审查和说理判决部分。也就是说，法官首先要对犯罪嫌疑人在人格上进行认定，这是先于法律对犯罪嫌疑人的行为进行评判的，这直接关系到之后对犯罪者的定罪量刑。对于判词的受众来说，这种消极的评价不啻司法官对罪犯人格的毁灭，这即是道德对法律的统领的表现。

（三）“反坐”的法律规定执行不严格

日本学者浅井虎夫归纳的中国法典特征有一条为：“法典所规定者，非必现行法也。”^⑤ 另有人具体释义为：“法典中有许多条款，常常由前朝法律继承而来，这些条款不仅不能被执行，而且从继承之日起，就没打算执行过。”^⑥ 明清法律中存在有一些没有被严格执行的条款，以至于许多研究中国法的学者认为“法典整体上更像是一部指导人们正确行为的指南，而不像是一套可用于执行的规则”。^⑦ 此种观点固然有失偏颇，但这种不被严格执行的条款在法律中存在的体现了法律的一种象征意义，象征、体现着统治者乃至整个社会期望实现的目标和价值。法律出现这种“非规则性”特征的原因，很大程度就在于，法律在价值评判体系中的地位低于道德，或者说，法律是维护伦理纲常的工具。

从《资治新书·判语部》来看，它的三十余门类之下都有关于“诬陷”

① 《资治新书（二集）·毒鸩活燬等事》，佟怀侯校，浙江古籍出版社1991年版，第558页。

② 《资治新书（二集）·指官屠民事》，谢傅公校，浙江古籍出版社1991年版，第564页。

③ 《资治新书（二集）·苦死人命事》，毛锦来校，浙江古籍出版社1991年版，第565页。

④ 《资治新书（二集）·活杀男命事》，马遇伯校，浙江古籍出版社1991年版，第569页。

⑤ [日]浅井虎夫，《中国法典编纂沿革史》，陈重民译，中国政法大学出版社2007年版，第269页。

⑥ [英]马若斐，《传统中国法的精神》，陈煜译，中国政法大学出版社2013年版，第36页。

⑦ 上引《传统中国法的精神》，第38页。

的细类，如“人命”案件中的“假命诬诈”、“盗情”案件中的“诬良为盗”、“叛案”中的“诬叛”、“奸情”案件中的“诬奸”和“诬告”，等等。^① 假借发生犯罪行为而对无罪之人进行诬陷并向官府告发，但是从判词中我们会发现这种诬告行为往往不会导致对犯罪嫌疑人进行严格的“反坐”处罚。虽然当时关于反坐的法律规定明确而详尽。^②

松江别驾傅石漪《盗露投缳等事》即是对假命诬陷之事的判词：老翁朱君尚在其子自缢轻生后诬告路人李天生谋财害命，傅氏作出“应坐反诬，但念老迈之夫，一子暴亡，舐犊之爱，人情不免，仰体宪台矜恤至意，姑宽其律”^③的判词，为朱君尚免除反坐的刑罚，所考虑的是当事人年老且失子。平阳司李毛锦来在《咬死子命事》中以“蠢姬无知，逐出不究”^④为诬告人开脱罪责。此外，“姑念乡愚，宽以反坐”^⑤“姑念其女已亡，量开一面”^⑥“闻风远遁，姑不深求”^⑦“念在异乡，姑免惩究”^⑧“诬良为盗，律应反坐，念系愚蚩，姑请杖徽”^⑨“应杖而不杖，惜其贫耳，非直之也”^⑩

① 参见《资治新书（初集）》，目录第23-54页；《资治新书（二集）》，目录第40-68页。

② 《大明律集解附例（卷22）·刑律·诉讼·诬告》与《大清律例（卷30）·刑律·诉讼·诬告》均规定：“凡诬告人笞罪者，加所诬罪二等；流、徒、杖罪，加所诬罪三等，各罪止杖一百，流三千里……捏造虚无事实，告言人罪者，曰诬告。诬告人何罪，即以其罪科诬告之人，曰反坐。”

③ 《资治新书（二集）》，浙江古籍出版社1991年版，第563页。

④ 《资治新书（二集）》，浙江古籍出版社1991年版，第567页。

⑤ 《资治新书（二集）·杀命焚尸事》，陈大亨校，浙江古籍出版社1991年版，第568页。

⑥ 《资治新书（二集）·乞究女命事》，陈大亨校，浙江古籍出版社1991年版，第568页。

⑦ 《资治新书（二集）·破海捞冤事》，王望如校，浙江古籍出版社1991年版，第571页。

⑧ 《资治新书（二集）·杀命分财事》，唐寓庵校，浙江古籍出版社1991年版，第575页。

⑨ 《资治新书（二集）·伙兵抄杀事》，李石庵校，浙江古籍出版社1991年版，第611页。

⑩ 《资治新书（初集）·通奸事》，竹淇园校，浙江古籍出版社1991年版，第445页。

“好爵愚农，姑开一面”^①之类的判词屡见不鲜。

以上都属于考量实际情况，从道德教化的目的出发不以“反坐”定罪的实例。此外还有一种情形：司法官在定罪上并没有宽宥，而是在定罪之后的量刑上不依照反坐之律。这是与律法“凡诬告人笞罪者，加所诬罪二等；流、徒、杖罪，加所诬罪三等”^②的规定明显不合的。兹举数则这类判词：“合杖顾大，以傲其妄”^③，司法官对诬陷医生谋杀其侄的顾大以反坐论，以杖刑处断；“法应反坐，姑念愚蚩，痛惩之外，一杖示儆”^④，对诬陷谋叛的罪犯以反坐论，只处杖刑；“合行严逐，以净吾土”^⑤，反坐自己出卖色相、诬告他人有奸的妇女，却未见确定的刑罚，只言逐出本境；“明系诈骗，法何容宽？均应杖惩，以杜刁讼”^⑥，反坐以人命相诬陷的罪犯仅处以杖刑，亦属处刑畸轻。

从上述“反坐”法律规定执行不严格的判词来看，法律的动态适用过程相对于静态法律条文存在着许多乖悖之处，但是如果从法律维护伦理纲常出发去分析，则不难理解这一现象。“反坐”法律规定的理论基础是“以牙还牙，以眼还眼”的报复主义^⑦，“反坐”在封建法典中的规定不断加重，这表明了统治阶级维护封建伦理纲常秩序的价值取向，其象征意义大于实际意义，因而在实践中动态适用法律时，会如上所述地根据案件的实际情形而不被严格遵循。

二、法律是统治阶级直接用来进行政治统治的工具

张中秋教授认为：“普遍的人治是通过法律实现专制，人治通过法律建

① 《资治新书（初集）·敕斩淫豪事》，翁维鱼校，浙江古籍出版社1991年版，第446页。

② 《大明律集解附例（卷22）·刑律·诉讼·诬告》与《大清律例（卷30）》。

③ 《资治新书（初集）·冤抄事》，李心水校，浙江古籍出版社1991年版，第350页。

④ 《资治新书（二集）·假官播恶事》，蔡莲西校，浙江古籍出版社1991年版，第631页。

⑤ 《资治新书（二集）·斩奸肃化事》，贾苍乔校，浙江古籍出版社1991年版，第664页。

⑥ 《资治新书（二集）·飞冤酷诈事》，刘黄中校，浙江古籍出版社1991年版，第570页。

⑦ 林向荣：《试论“诬告反坐”》，载《现代法学》1980年第2期。

立和稳定社会统治与社会秩序，但法律根本上并不是社会（统治和秩序）的权力基础，而是国家最高权力的工具，因而权终究大于法。”^①单凭静止的制度和法律并不能很明显地认清法律的价值，更多需要的是从动态的法律运行状态中来分析。具体地说，《资治新书·判语部》体现出的审判权限划分和上级对下级的监督方式可以解释明清法律的“人治”主义色彩。

（一）司法官的审判权受到严格限制

在中国古代，地方行政官员兼理司法，或者可以认为当时司法权本身就是行政权的一部分，“维持地方治安和负责司法审判是地方行政长官的首要之务”^②，因此官员的司法审判权是与行政权一起被严格限制的。

平阳太守程质夫在判词中写道：“卑府未敢擅便，伏候上裁”^③，表明其判决要经上级裁断方能生效；江宁太守陈大亨亦以“职府未敢擅便，伏候宪裁”^④的判语提请上级审议；杭州司李纪子湘以“事关大案平反，应候宪裁定夺”^⑤之语将审结案件呈上处理；严州司李侯介夫直言“若夫量从减等，是在宪裁定夺，非职所敢擅专者也”^⑥，表明自己无权进行减等量刑。这些判词所显示的明清审判权限说明司法官的处断权被严格限制，他们在审理案件时，只在案件事实与律例规定十分吻合时方能作出判决，且判决并不能立即发生法律效力，仍须提请上级审议定夺。地方官员的权力受中央严格制约，其司法权力实质上是一种朝廷授权的通过制裁犯罪行为来维持地方治安的行政权力，他们对案件的处理受到严格监控，几无现代法治“司法独立”的意味可言。而君主在整个国家的行政系统中处于最高地位，掌控着“一体处罚权”。^⑦

（二）上级对下级的司法监督

《资治新书·判语部》汇编的除了官员审案断狱的判词之外，还有一些上级对下级所呈送审核的案件出现不合法、不合理现象进行批驳说理而作的

① 张中秋：《中西法律文化比较研究》，南京大学出版社1991年版，第279页。

② 张中秋：《中西法律文化比较研究》，南京大学出版社1991年版，第284页。

③ 《资治新书（二集）》，浙江古籍出版社1991年版，第519页。

④ 《资治新书（二集）》，浙江古籍出版社1991年版，第539页。

⑤ 《资治新书（二集）》，浙江古籍出版社1991年版，第553页。

⑥ 《资治新书（初集）》，浙江古籍出版社1991年版，第332页。

⑦ [英] 马若斐：《传统中国法的精神》，陈煜译，中国政法大学出版社2013年版，第126页。

文书，称为“驳语”。“驳语”并不一定对所涉及案件的事实进行调查并作出处断，更多的是对下级送审的案件中可能存在的问题进行质询和指示，是上级官员对下级司法官断狱进行批驳监督的有力手段。

甘肃巡抚刘耀薇拟《接报事·驳语》道：“是明怀一必杀之心矣，非斗殴可比……鞭乎棍乎，并无讯及，岂一棍击臀而伤分两处乎？……伤痕并未究明，成何谳法？……仰司严加确讯妥招，如律解报，毋得宽纵。”^①认为原审法官未能查明受害人伤痕由来，关系到认定犯罪嫌疑人主观恶性而影响判决，因而驳回原判，发回重审。刘巡抚又有《行查事·驳语》^②，以原审存在“附会显然”以致人命案件疑点迭出，要求“仰司确究真情，仍取……妻子实供，限十日内，连人解院审夺”，对下级官府的审判重点乃至期限都进行了指示。福建右藩周栻园在《焚杀事·驳语》^③中指出下级官府初审存在“六不合”，包含：罪名确定有误、讯问不充分、遗漏证人、入罪有误等多方面问题，条分缕析，层次分明。他作出要求下级“即提招内有名犯证，逐一再加研审明确，务期详慎”的指示，与前两例相似。由此可见，上级官员利用驳语对下级的审狱断案进行监督具有很强的针对性，对于案件的实体和程序方面出现的问题均可提出质询，且有权拟定期限和方式对原审官府的再审工作进行部署和监察。

驳语之外，监察官员亦可直接就具体案件对下级进行相关指示。南直巡按祁虎子《杀弟抛尸事》记载：“龙高四之毆杀高九，有伤无证，终属疑团。既曰行路之人皆见之，何不执一行路之人而证之也？刑官虚衷确审，无复依样葫芦。”^④便是巡按就具体案件疑难之处直接给予指导和建议的例子。

针对上级所作的驳语或是批示，下级官员一般都十分重视并据以重新审理判决。重审之后所作判词有两种情形：第一种是根据驳语而修改拟判的，岳州司马邵懋庵《伙截劫杀事》“诚有如宪驳所云‘事久而恨消’者……本犯姑以不加功改拟城旦，情法其两平”^⑤、杭州司李纪子湘《王昭等案》“宪台终以本犯无承认亲供，一驳再驳，诚矜恤至意，职备阅全招……改徒

① 《资治新书（二集）》，浙江古籍出版社1991年版，第528-529页。

② 《资治新书（二集）》，浙江古籍出版社1991年版，第529页。

③ 《资治新书（二集）》，浙江古籍出版社1991年版，第531页。

④ 《资治新书（初集）》，浙江古籍出版社1991年版，第349页。

⑤ 《资治新书（初集）》，浙江古籍出版社1991年版，第334页。

为杖，实足蔽辜”^①等即是例证。另一种则是官员在对案件重新进行侦查审理，对驳语所指出的实体或程序问题进行相应处理后，仍然作出与原审相同的判决，延安司李刘竹堂《打死人命事》“兹蒙宪驳，职遵仍移城堡厅覆检……然法无可贷，仍照原拟，允当其辜”^②、兖州司理赵五弦《打死夫命事》“虽蒙恩赦减等，此系故杀之条，无例可援，相应仍照原拟”^③、江宁太守陈大亨《情关叛逆事》“今奉驳查卖身文券……勉照前招，解候宪夺”^④等判词可为其证。

还要注意的一点是，前述监察官员行使监督权在很多情况下并不需要确切的依据和理由，他们在审阅爰书之后，针对某些细节方面的疑问，可进行批驳。这一点从重审官员的判词中可得到印证。平阳司李毛锦来在《谋死亲夫事》中用“详部二次，勘驳多番，或因部驳稍重，遂从徒而加斩；或因部驳稍轻，又递斩而减徒”^⑤之语来交待案件两次被批驳的原因。江宁二守冯慎贻复审左道案件《邪教横行事》介绍案件再次审理的原因是“谨遵尽数究追直穷到底之宪驳”。^⑥此外毛司李在《贪官嚼民等事》^⑦中直言案件本已审理准确清楚，“鼓状单款，汾、太二刑厅会审全虚，明如指掌”，只因“宪台疑有隐徇，严驳再勘”，故而“逐件细鞫”，道出了些许无奈。很明显，批驳的这种任意性使得审理案件的官员苦不堪言，严密细致的监督体系大大地限制了官员的裁量权。

综上所述，官员实际上不具有独立的司法权，君主在通过法律赋予官员权力的同时附加了严格的限制，以使其能够在严密的监控之下按照统治理念实现君主对社会的控制。官员行使司法权时还掣肘于严密的监督体系，已被限制的有限权力更显单薄。由此可知，明清的法律确实是统治阶级进行人治统治的工具，而无法治精神可言。

① 《资治新书（二集）》，浙江古籍出版社1991年版，第683页。
 ② 《资治新书（二集）》，浙江古籍出版社1991年版，第533页。
 ③ 《资治新书（初集）》，浙江古籍出版社1991年版，第310页。
 ④ 《资治新书（二集）》，浙江古籍出版社1991年版，第742页。
 ⑤ 《资治新书（二集）》，浙江古籍出版社1991年版，第547页。
 ⑥ 《资治新书（二集）》，浙江古籍出版社1991年版，第702页。
 ⑦ 《资治新书（二集）》，浙江古籍出版社1991年版，第732页。

三、体现人治精神的其他特征

《资治新书·判语部》中的判词所展示的另外一些特征亦能从侧面显现出明清法律的人治精神。

(一) 报应主义的刑罚观

刑法研究者认为,封建统治者利用刑罚这一暴力工具维护社会秩序,实现报应和威慑的目的。^① 明清的刑罚观念印证了这种观点。

从《资治新书·判语部》收录的判词来看,在判词的结语上,首先司法官普遍使用“足蔽厥辜”^②“允蔽厥辜”^③“允当其辜”^④“尽足蔽辜”^⑤“庶足蔽辜”^⑥“兼正厥辜”^⑦之类的话语来表示案件的判决符合罚当其罪的要求,官府对罪犯判处的刑罚与其罪行是匹配恰当的。其次,他们还常使用“似无枉纵”^⑧“诚为不枉”^⑨“非纵非枉”^⑩“庶无枉纵”^⑪之类语句以显示判决起到了对罪犯进行打击报复的目的。最后,一些司法官还会使用“即

① 周振想:《刑罚适用论》,法律出版社1990年版,第102-103页。

② 《资治新书(二集)·打死人命事》,王书年校,浙江古籍出版社1991年版,第520页。

③ 《资治新书(二集)·打死人命事》,毛锦来校,浙江古籍出版社1991年版,第526页。

④ 《资治新书(二集)·打死人命事》,刘竹堂校,浙江古籍出版社1991年版,第533页。

⑤ 《资治新书(二集)·朱君伦案》,纪子湘校,浙江古籍出版社1991年版,第553页。

⑥ 《资治新书(二集)·衡蠹朋诈事》,张壶阳校,浙江古籍出版社1991年版,第634页。

⑦ 《资治新书(二集)·岁考事》,毛锦来校,浙江古籍出版社1991年版,第644页。

⑧ 《资治新书(二集)·前事》,吴幼洪校,浙江古籍出版社1991年版,第514页。

⑨ 《资治新书(二集)·劫财杀命等事》,张壶阳校,浙江古籍出版社1991年版,第522页。

⑩ 《资治新书(二集)·扛尸杀命事》,毛锦来校,浙江古籍出版社1991年版,第539页。

⑪ 《资治新书(二集)·曹仲案》,纪子湘校,浙江古籍出版社1991年版,第554页。

寸斩”本犯“不足谢诸人，恨法无可加耳”^①“逃磔就绞，尚有馀憾”^②“三尺之法不得加于夜台，有馀恨也”^③“即寸磔……当不为过，而法止一斩，恨无可加耳”^④来抒发对严重恶性犯罪的痛恨。由此可见，明清判词显示：刑罚的主要目的在于报复与威慑，国家暴力机关用严酷的刑罚对罪犯进行合法报复，手段残酷的刑罚执行对于社会而言有着很大的震慑作用。这种法律报应主义是典型的人治法律所奉行的刑罚观。

（二）矜疑恤刑的法律观念

明清两代继承发展了古代矜疑、恤刑的法制原则，这一原则就其实质来说是法律人治精神的体现，是为君主统治服务的，并不存在“法治”“人权”的内涵。

霸易巡宪张壶阳《杀死人命事》^⑤记载了这样一个案件：凶恶之徒杨得花为害一方，百姓深受其害，平民李登云等人不堪忍受，设计击杀了杨得花，而后主动到县府投案自首。基于人命相抵的刑法原则和明确的惩处谋杀的法律规定，张巡宪处理这样一个事实清楚、规定明确的案件本不应感到棘手，但是因为这些被告“为民除害”的义举、主动投案的认罪伏法态度以及在案件审理过程中争先承担罪责的仁义，让司法官不得不考虑对被告进行“出罪”处理。在恤刑的原则下，巡宪拟判“揆之于法，未免过峻，虽登云等招案已成，不得不为平反，况又恭逢恩赦……邀恩援赦，用广皇仁”，将案件审结呈上处理。江南恤部王平子《投见正法事》^⑥涉及私力复仇案件的矜疑处理，为报祖父旧仇的朱永贵毆死朱希儒之后投官自首。案件经州参初审、漕抚批驳之后转由王恤部审理，他兼采初审意见和驳语理由，重新调查分析案件事实后进行裁判说理：律法确无复仇赦宥之条，永贵所说的仇衅起于坟地之争，未达到毆死仇人的程度，然而被害人朱希儒的亲属请求官府息

① 《资治新书（初集）·盘获妇女事》，倪伯屏校，浙江古籍出版社1991年版，第412页。

② 《资治新书（初集）·打死叔命事》，傅野倩校，浙江古籍出版社1991年版，第424页。

③ 《资治新书（初集）·杀夫卖女事》，秦瑞襄校，浙江古籍出版社1991年版，第426页。

④ 《资治新书（初集）·活杀祖母事》，张樵民校，浙江古籍出版社1991年版，第427页。

⑤ 《资治新书（二集）》，浙江古籍出版社1991年版，第555页。

⑥ 《资治新书（初集）》，浙江古籍出版社1991年版，第328-329页。

讼，如此涵盖复仇、被害人请求息讼和无明显律法可依的案件，本职不敢妄议，只有向上奏闻。王恤部的考虑仍然是受矜疑和恤刑原则的影响。

《资治新书·判语部》中，类似上述两例的判词并不少见，由此可知矜疑恤刑的观念深刻影响着地方和中央司法官员，对于情有可原的罪犯，他们不敢轻易作出判决，而要详细叙述相关事实并交由上级或刑部处理。法律运行中出现这种状况正是君主实施其“仁政”的要求，正如前述案例中“恩赦”“援赦”“奏闻”之语，重大的矜疑案件要统归中央处理，由君主亲自或派人在会审时进行最终判决，人治色彩彰显无疑。

结语

《资治新书》收录了明清时期范围广泛且具有代表性的地方审判判词，是法律运行状态的最直接资料。本文从中归纳出明清法律的人治精神这一特点并从法律维护道德、法律服务于政治统治及其他特征进行论证，使人们对明清法律有更准确、深入的认识。文中粗浅谩陋之处，尚请方家指正。

如何培植社会法治的习惯？

程 波*

在2015年全国宪法日到来之际，笔者重读了1946年由上海·重庆生活书店徐伯昕先生出版发行、吴之椿（1894—1971，湖北江陵人）著述的《法治与民治》一书。该书亦是潘光旦、费青、吴晗、费孝通、王康等编者主持的时代评论小丛书之一种，篇首有时代评论小丛书叙言，主要发表“我们对于当前中国各种基本问题的意见”。在某种意义上，这本《法治与民治》也是作者吴之椿先生发表的对于当时中国法治前景的基本意见。在这本书中，吴之椿则期待未来的30年之内，“注意民生，提高民智，发扬民权，光大民治”，中国可能“成为一个像样的法治国家”。对此，吴之椿分“法治问题的说明”“中国法治的困难”和

“近代民治与法治”三个标题展开，论述的主旨在于“说明民治是法治的基础，无民治即无以言法治。”

正文第一部分系“法治问题的说明”。吴之椿认为，政府、律师、学者和人民，对法治问题，皆有话说。他们与法律的关系，一方面，“显然皆有守法的需要。”另一方面，“任何司法制度的本身，单独的并不能保证法治或其他之治。”加之社会是在不停地变动，时代是在不断地进步。因此，我们对于法治，不可以抱残守缺的态度来观察，空谈法治是无济于事的。法治虽然在表面上，只是守法之治；但法治的含义与内容，也是随着时代的不同而有很大差别的。法治就是要防止（下转第47页）

* 作者简介：程波（1963—），男，湖南华容人，湘潭大学法学院教授，博士生导师。