

## 情理法的融貫

### ——清代中國的裁判理念及其當代思辨\*

黃琴唐\*\*

當代臺灣社會裡，仍時而可以聽到「情理法」或「天理人情國法」的說法，認為法院審理案件時，眼裡不能只看到法律，應該要注意「法律不外乎人情」，兼顧情、理、法的要求。此種法意識，是漢人傳統法文化的遺緒。為了瞭解此種「情理法」觀的歷史脈絡及其背後的文化意義，本文首先立基於清代情理法的相關研究成果上，以較體系化的方式，呈現情理法的作用與彼此的關係，並且探討情理的操作方法，補充既有研究尚未清楚說明的問題點。然後，重新把目光拉回對於當代法文化的關懷，探討情理法在傳統裁判與當代裁判中的深層差異，思考「情理」在當代臺灣法律文化中的定位。在具體的論述上，本文先肯定清代中國的裁判中將情、理、法同時當作法源，並且以情理法的融貫作為裁判的理念。接著，說明情理二者之間的調整和情理法三者之間的融貫，都是運用「經權互濟」的方法，並指出情理操作的制度性制約。最後，思辯情理在清代中國與當代臺灣裁判中的不同定位，以及「情理法的融貫」與「依法審判」背後連結的兩種人類觀和不同的秩序正當化原理。

關鍵詞：情理、天理、人情、依法審判、經權

---

\* 本文係以筆者之研討會論文〈法律繼受中的情理法——以清末民初的立法與裁判為中心〉（發表於2022年6月7日由政治大學法學院基礎法學中心、法律科際整合研究所在政治大學主辦之「法律與社會三大議題」座談會）為基礎，改寫而成。在此，感謝座談會之與會先進、學友，以及本次審查拙稿之兩位匿名審查人，提供寶貴的意見。

\*\* 國立政治大學法學院助理教授

## 一、前言

臺灣（指臺澎金馬）現行的法制與法學，主要繼受自歐陸與日本，屬於近代歐陸法的系譜。在這個法律體制下，「依法審判」，是憲法上（第80條）的明確要求，對於法律人社群而言，也是無可置疑的絕對信條。不過，一旦走出法院，在社會的許多角落裡，我們時而會聽到「情理法」或「天理人情國法」的說法。大致上說來，其意涵有二：（一）面對社會紛爭時，宜優先尋求民間途徑根據情理解決，只有在不得已的情況下才訴諸法院；（二）即使紛爭進入法院，法官進行審理、裁判時，眼裡也不能只看到法律，應該要注意「法律不外乎人情」，兼顧情、理、法的要求，甚至使法律讓位給情理。

關於第一種意涵下的「情理法」，系統性地受過當代法學訓練的法律人社群，與未受過這些訓練的非法律人社群之間，觀念未必對峙分明，<sup>1</sup>例如近年來司法院大力推動和解、調解、仲裁等「訴訟外紛爭解決機制」（ADR），當中也不排斥用情理作為主要的紛爭解決準據。<sup>2</sup>但是針對第二種意涵下的「情理法」，兩個社群的想法不時會出現南轅北轍的情形。尤其在訴訟的過程中，法律人社群總是將大部分的目光鎖定在各個部門法的條文規定。檢察官調查案件進行蒐證時，或法官完成案件的事實認定後，都會立即在腦海中反射性地搜尋可能適用的法律依據；上級法院審查下級法院的裁判時，關注的焦點也往往是下級法院的認事用法究屬「於法不合」或「於法尚無不合」；而當事人的辯護律師也會投注大量的心力去分析案件涉及的法律規定，以及法院就這些規定的解釋、適用所

1 這裡所謂的「法律人社群」，指的是接受過較完整法學訓練的社會成員，「非法律人社群」則是相對於此的其他社會成員。將社會成員分成「法律人社群」和「非法律人社群」進行比較，只是一種概略的、不嚴謹的區分，也是一種不得已的論述策略，目的在於方便說明受過較完整當代法學訓練的人們和欠缺當代法學訓練背景的人們之間，隨著法學訓練的程度不同，看待法律和情理在紛爭解決中的作用和定位時，整體上容易呈現出不同的傾向。但實際上，我們很難在「法律人社群」和「非法律人社群」之間，劃出一條完全清楚的界線。

2 不過，通過和解、調解、仲裁等方式做成的紛爭解決方案內容，仍然不能違反法律的強行規定。

採取的見解。相對於此，非法律人的當事人有時會捨法律而提出所謂的「情理」，作為自身主張的正當性根據。例如，向法院聲明：「應依情理給予賠償」<sup>3</sup>，或「本件應依情理而非依消債條例來判斷得否免責」<sup>4</sup>。他們不認為法律必須是法院裁判的唯一或主要依據，正如同「情理法」或「天理人情國法」這些用語的排序般，法律被置列在情理的後方，未能獲得特別的尊崇。

從法律人社群與非法律人社群在一定程度上呈現觀念分化的現象來看，未曾或極少接受當代法學教育的非法律人社群，將情理當作紛爭解決依據或裁判正當性基礎的法意識，顯然不是繼受西方法制與法學時傳來的舶來品，而是漢人傳統法文化的遺緒。因為，目前臺灣社會的人口組成，以漢人居絕大多數，<sup>5</sup>在漢人當中，無論是 1945 年以前即移居臺灣的河洛與客家等族群、1945 年以後自中國大陸各省遷徙至臺灣的戰後移民族群，或是一直生活在金門、馬祖的族群，都曾經長期深受傳統中國法文化——尤其與今日臺灣社會具有較密切文化傳承關係的清代中國法文化——的洗禮。而根據現有的研究，在清代中國社會裡，情理在常民的法律活動與官方的審判過程中，始終發揮著廣泛的影響力。

為了瞭解上述非法律人社群「情理法」觀念的歷史脈絡及其背後隱含的法文化意涵，有必要先釐清情理法在清代中國社會的面貌。針對這個課題，雖然目前已有不少研究成果，然而關於情理在清代中國裁判中的定位為何，仍然存在著爭論。因此，本文擬立基於這些研究成果之上，以較體系化的方式呈現情理法的作用與彼此的關係，並且探討情理法的操作方法，及補充既有研究尚未清楚說明的問題點。最後，重新把目光拉回對於當代法文化的關懷，探討情理法在傳統裁判與當代裁判中的深層差異，思考「情理」在當代臺灣法律文化中的定位。

---

3 詳參司法院刑事補償 98 年度台覆字第 385 號刑事決定書。本文引用之當代裁判，內容皆出自「司法院裁判書系統」（<https://judgment.judicial.gov.tw/FJUD/Default.aspx>，最後讀取 2022.6.15）。

4 詳參臺灣高雄地方法院 103 年度消債抗字第 4 號民事裁定。

5 根據行政院 2022 年 3 月間發佈的「國情簡介」，臺灣的住民中，漢人約佔總人口的 96%。見行政院，〈國情簡介〉，土地與人民，人民，族群（<https://www.ey.gov.tw/state/99B2E89521FC31E1/2820610c-e97f-4d33-aa1e-e7b15222e45a>，讀取 2022.5.15）。

## 二、清代中國的裁判理念 ——情理法的融貫

「情理」一詞在傳統中國裁判中的運用，至遲在宋代以後就逐漸廣泛。<sup>6</sup>因此，傳統中國法的相關研究中，一直不乏對於「情理法」的探討。而關於清代中國的情理法，近三、四十年來學界討論的焦點之一，是從法源論的視角，<sup>7</sup>討論清代中國官府審斷案件時的準據，究竟是《大清律例》等官方制定法，抑或是情理等其它的要素。

### （一）審轉程序與州縣自理程序

不過，正式深入這個問題以前，必須先揭示清代訴訟制度的大致輪廓。清代的訴訟程序沒有當代民事訴訟、刑事訴訟般的本質性區分。當時，根據法定刑的輕重程度，將案件分成「戶婚田土鬥毆賭博等細事」（以下簡稱「細事」）和「命盜重案」（以下簡稱「重案」）兩類。前者指戶婚、田土、錢債、鬥毆、賭博等事項罪不至徒者（包括笞、杖、枷號等刑及不處刑），後者是涉及命案、盜案及其它案件應處徒以上刑者（包含徒、流、死、發遣、充軍等刑）。<sup>8</sup>在訴訟程序上，案件無論大小，原則上皆以州縣作為審理的起點。其中，「細事」適用所謂的「州縣自理」

6 霍存福，〈中國傳統法文化的文化性狀與文化追尋——情理法的發生、發展及其命運〉，《法制與社會發展》7：3（長春，2001），頁2-10。

7 這裡所謂的法源，指的是裁判依據的泉源，亦即進行裁判時的準據。在此另需說明，關於裁判法源論的研究與討論，不同的研究領域或研究視角因為關注的重點不同，故而對於「法源」一詞可能有著不同的理解。例如，法社會學或法律現實主義常會將焦點置於說明裁判官員為何做出某個裁判的「原因」，亦即追問裁判的作成實際上受到哪些因素的影響。相對於此，法理論關心的重點，並非找出裁判官員做出某個裁判的真正原因，而是要論證裁判得以正當化的「理由」。「原因」與「理由」，前者屬現象上的因果關係，後者為論理上的因果關係，兩者分屬不同的層次或面向。雖然影響裁判的「原因」也是值得探討的重要課題，但是本文關心的問題，乃是涉及裁判正當性的「理由」面向。

8 滋賀秀三，《清代中国の法と裁判》（東京，創文社，1984），頁5-10、40註53；寺田浩明，《中国法制史》（東京，東京大学出版会，2018），頁160-162。

程序，州縣（長官為知州、知縣）有權自行結案並執行刑罰，此種審理案件的過程在當時也被稱作「聽訟」。「重案」則適用「審轉」程序（學說上或稱為「必要覆審制」），州縣沒有結案權限，必須將自己認定事實、擬訂罪刑的審理意見書和相關案卷，連同人犯一起移送至上級官廳。<sup>9</sup>原則上，經過府（長官為知府）和省（省按察司的長官按察使及省的最高長官督撫）逐級覆核後，非關人命的徒罪案件由地方最高長官督撫批結，人命徒案與流刑（及充軍、發遣）案件必須咨送中央的刑部咨結（以咨文同意督撫的擬案），死刑案件則由皇帝做成最後的裁可。<sup>10</sup>

早期有一些西方研究者認為，傳統中國的裁判充滿了自由裁量與專制擅斷，不受法律拘束。<sup>11</sup>不過，此種觀點近來已被認為是西方中心的偏見。至少，關於適用審轉程序的裁判，許多裁判史的研究成果顯示，整體上而言，《大清律例》等官方制定法確實受到裁判官員們慎重且細緻地適用，即使出現任意斷案的案例，也被認為是極其個別的例外。<sup>12</sup>惟相對於此，州縣自理程序（聽訟）是否按照官方制定法進行審判，學界中的觀點出現了較為明顯的分歧。

針對這個問題，日本學者滋賀秀三（1921-2008）自 1980 年代起，陸續發表了具有高度理論性的研究。他大量分析了清代的立法、判語集（官員記錄自己所審理案件的文章彙編）、官箴書、審判檔案（主要是臺

9 人犯部分，原則上移送至省的層級為止。

10 那思陸，《清代中央司法審判制度》（北京，北京大學出版社，2004），頁 107-142；滋賀秀三，《清代中国の法と裁判》，頁 22-29；滋賀秀三，《続・清代中国の法と裁判》（東京，創文社，2009），頁 10-19；寺田浩明，《中国法制史》，頁 160-162、226-230。

11 關於此問題的介紹，可參閱林端，《韋伯論中國傳統法律——韋伯比較社會學的批判》（臺北，三民書局，2003），頁 25-37；陳韻如，〈「刁婦／民」的傳統中國「（非）法」秩序——預測論、潛規則與淡新檔案中的姦拐故事〉，《中研院法學期刊》2019 特刊 1（臺北），頁 375-376。

12 相關研究，例如：王志強，〈清代刑部的法律推理〉，收於氏著，《法律多元視角下的清代國家法》（北京，北京大學出版社，2003），頁 68-97；邱澎生，〈真相大白？明清刑案中的法律推理〉，收於熊秉真編，《讓證據說話——中國篇》（臺北，麥田，2001），頁 135-198；陳惠馨，《清代法制新探——以《大清律例》為核心》（臺北，元照，2022），頁 12-13、120-155；滋賀秀三，《清代中国の法と裁判》，頁 263-264；滋賀秀三，《続・清代中国の法と裁判》，頁 11-16；D·布迪（Derk Bodde）、C·莫里斯（Clarence Morris）著，朱勇譯，《中華帝國的律法》（南京，江蘇人民出版社，1998），頁 194-398、407-411、446-447。

灣的「淡新檔案」)及民國初年中國大陸的習慣調查報告後,提出了深具開創性的見解。<sup>13</sup>

關於聽訟的性質,滋賀指出,聽訟與當代狹義上所說的裁判不同。狹義裁判的本質在於,它是具有強制力的權威第三者所做成的「判定」,並且直接通過此種「判定」的宣告,不待當事人的承認,無條件地對於當事人與裁判者都發生拘束力;同時,經過一定的程序以後即發生確定力,不待當事人的同意,即可終結訴訟。然而,清代的聽訟欠缺此種「判定」,訴訟的終結與否,主要取決於當事人是否接受裁判官員的判斷意見而不再爭執,因此性質上比較接近調解。但是另一方面,國家的強制力又始終介入其間,裁判官員做出最終判斷時,除了考慮當事人的主張外,也必須參照情理,以事實清楚、是非分明作為前提,而非止於追求當事人間的承認或合意,是以又和民間的任意調解有所區別。如果將裁判做廣義的理解,指稱藉由國家公權力保護正當利益、實現公平程序的官方機制,那麼,清代的聽訟當然也是一種裁判,只是它兼具了調解與狹義裁判的特色。因此,滋賀認為它可以稱為「調停式裁判」,或者借用美國學者亨德森(Dan Fenno Henderson, 1921-2001)研究日本江戶時代(1603-1867/1868)民事紛爭時使用的概念,稱作「教諭式調停」。<sup>14</sup>

13 這些研究成果,主要匯集在前揭氏著《清代中国の法と裁判》與《続・清代中国の法と裁判》二書。

14 滋賀秀三,《清代中国の法と裁判》,頁 252-255;《続・清代中国の法と裁判》,頁 13-14、18-19、96-97、163-165、180-196。此外,滋賀秀三在《続・清代中国の法と裁判》(頁 163-170)中特別反覆地提醒,他之所以認為清代中國的聽訟不是狹義上的裁判,並非基於聽訟根據情理而非成文法進行審斷,而是因為聽訟欠缺上述的「判定」要素,因此即使是經過堂審而作成的堂斷,也無法產生最終的拘束力與確定力。換言之,在滋賀看來,把根據情理進行的紛爭解決機制視為調解、根據成文法進行的紛爭解決機制視為裁判,這種看法完全誤解了調停與裁判的本質區別,也絕非他本人的主張。對於滋賀而言,聽訟與情理論的關係,是先將聽訟亦視為是一種裁判(廣義的裁判),然後觀察、分析此種裁判中存在著什麼樣的判斷準則,亦即存在著何種法源。

## （二）州縣自理（聽訟）案件中的「準情酌理」

在釐清聽訟的訴訟結構是一種欠缺「判定」要素的「教諭式調停」後，滋賀秀三進一步分析歸納聽訟所依據的準則為何，隨後指出：（一）多數案件的結論都不是根據國法做成；（二）判語中引用的國法，大致上侷限於《大清律例》，會典、各部則例及地方法規雖見引用，但頻率極低；（三）裁判官員即使引用國法，也未必受到條文的嚴格拘束。而由於《大清律例》有關「細事」的規定為數甚少，因此，在國法以外，情理也成為聽訟的依據，並且是主要的依據。在清代的聽訟中，情理和國法都是審判的廣義法源，在不極端背離國法條文的情況下，將國法與情理融貫地斟酌考慮，努力尋求個案的具體妥適解決，乃是聽訟的核心所在，當時並不存在著判案必須受到《大清律例》等國法嚴格制約的想法。<sup>15</sup>

對於滋賀秀三的論點，美國華裔學者黃宗智以《巴縣檔案》、《寶坻縣檔案》和《淡新檔案》作為研究素材，提出反對的觀點。他把清代有關「細事」的紛爭處理系統分成三個部分：（一）非正式的民間調解：官府受理訴狀以前的階段；（二）正式的州縣審判：官府正式堂訊以後的階段；（三）介於民間調解與州縣審判之間的「第三領域」：官府受理訴狀後至堂訊以前的階段。同時，將清代的聽訟理解為當代的民事審判。黃宗智指出：在非正式的民間調解中，國法、常識意義上的是非對錯以及妥協等三個原則互相作用，其中又以妥協最為重要。在正式的州縣審判中，雖然官方在「表達」(representation) 的理念中追求以道德原則解決紛爭，但是在「實踐」(practice) 上，裁判官員則「總是毫不猶豫地按照《大清律例》來審斷」，「根據法律而頻繁地並且有規則地處理民事糾紛」。並且強調：雖然判詞中很少明文援引《大清律例》，但它們實際上引用了特定律例條文內隱含的各種「民法原則」，讓當事人的權利獲得了實現。而在第三領域中，官方的法律與民間的調解共同發揮作用，「兼顧

15 滋賀秀三，《清代中国の法と裁判》，頁 263-304；《続・清代中国の法と裁判》，頁 17、97-101。另外需補充說明的是，滋賀似乎將是否具備「實定性」，當作狹義法源與廣義法源的分界，並且認為情理不具實定性，因此只是廣義上的法源，而非狹義的法源。詳參《清代中国の法と裁判》，頁 291；《続・清代中国の法と裁判》，頁 101。

息事寧人的需要和法律條規的制約」。<sup>16</sup>

然而，將清代的聽訟過程硬生生地切割成第三領域和正式的州縣審判，並不恰當，因為實際上，民間調解即使在正式堂訊以後仍然可能繼續進行，而且更加重要的是，官員在堂訊以後下達的堂諭（判決），與當事人在官府受理訴狀後、堂訊前達成的和解一樣，都欠缺了前述的「判定」所具有的客觀拘束力和確定力。從這兩點來看，兩者其實難以做出本質性的區分。

此外，黃宗智所謂的根據「民法原則」，也不能等同於「根據法律」。因為，律例條文的屬性基本上是一種規則，包含了特定的構成要件與特定的法律效果，而規則的適用只能在要件構成或不構成之間擇一成立，一旦要件構成，立即就會連結到對應的法律效果，且規則的適用通常不需要重新去論證其背後隱藏的理由；相對於此，原則涉及的是特定價值的實現程度或不同價值的衡量取捨問題，因此未必當然連結到特定的法律效果，同時關於為何適用某個原則而不適用其它原則，必須提出充分的論據。一個法律規則的構成要件，通常是由數個相異、甚至衝突的法律原則進行調和、折衷的結果，並且對應著明確的特定法律效果。<sup>17</sup>當代法官裁判時必須直接引用規則，只有在規則欠缺或不明確的特殊情況下才能引用原則，且要為引用原則負起龐大的論證義務。<sup>18</sup>此種「根據法律」審判的紛爭解決模式，背後隱含著特定的秩序原理（詳參本文第四節）。可是，在清代的州縣自理案件中，完全不存在這樣的邏輯，且黃宗智從官員的堂諭中抽繹出自己認定的某個「民法原則」，連結到特定的律例規定時（例如以「保護田主收租權利」原則連結至《大清律例》「威力制縛人」條），只是從堂諭中潛藏的許多原則中，恣意地摘取出自己所需的部分，片面地認定該項原則等同於某個條文規定，這在方法論上顯

16 黃宗智，《清代的法律、社會與文化：民法的表達與實踐》（上海，上海書店出版社，2001），頁 10-21、51-130。

17 例如民法第 13、77、78、79、83 條等關於限制行為能力的規定，就是立法者調和、折衷「保護未成年人利益」原則及「保護交易安全」原則的結果。

18 以上關於規則與原則的討論，詳參王鵬翔，〈規則、原則與法律說理〉，《月旦法學教室》53（臺北，2007），頁 74-83。

然可議。<sup>19</sup>何況，參照本節與第三節中有關情理的說明就會發現，黃宗智所謂的「民法原則」，例如「保護合法的田宅所有權」、「維護田主收取地租的權利」、「維護合法私債的權利」、「維護社會等級」、「市場公平交易」等，本質上其實也未嘗不能理解為孕生律例的情理，根本無須刻意將它們劃入國法的範疇。<sup>20</sup>再者，清代官府判斷一方「勝訴」（當然這也是黃宗智自己的認定）後，在法律效果上卻經常未依律例規定將全部利益歸屬於勝訴人，或者制裁敗訴者（律例規定大多帶有刑罰效果），黃宗智對此卻辯說是「妥協」的運用。既說「依法」，又說「妥協」，其論點更不免前後矛盾。<sup>21</sup>

跳脫黃宗智上述的特殊觀點與詮釋方法，近來一些以地方州縣檔案為素材的研究成果已經明確揭示，大部分的案件其實並未按照律例的規定獲得審斷。<sup>22</sup>另外，也有許多研究再再指出，即使在清代官員參照律例進行審判時，情理也會發揮一定的作用，因此並不存在著純粹的依法

19 例如，《大清律例·戶律·錢債門》「違禁取利」條律文規定：「其負欠私債，違約不還者，五兩以上，違三月，笞一十，每一月加一等，罪止笞四十……并追本利給主。」在一宗債務案件中，徐子中託朱貴做中人，向郭玉成借款（金額相當於 13 兩左右），債務到期時卻躲債逃跑，遭朱貴扭送官府，由知縣斷令徐子中三日交還債銀。黃宗智認為，知縣迫使徐子中還債，就是按照「違禁取利」條律文隱含的民法原則——保護合法私債權利——做出判決，至於本案中知縣未依規定實施笞刑，是因為法庭關心的是使債務人還債而非對其施加刑罰。但是，「違禁取利」條上述規定之所以帶有刑罰效果，可能是因為今日純粹屬於私法關係的債務不履行行為，在強調出禮入刑、道德法律相通的清代中國社會中，被視為是一種動搖社會秩序的犯罪。若是如此，上述的國法規定裡，至少隱含了保護出借人及維護社會秩序或社會道德的兩項原則，而正是因為至少存在著這兩項「原則」的調和、折衷，才產生了「違禁取利」條的上述「規則」內容。然而，黃宗智在此任意地將前者等同於規則本身，而對於後者卻完全置之不論，方法論上有待斟酌。以上案例，參閱黃宗智，《清代的法律、社會與文化》，頁 87。又上述「違禁取利」條律文內容，引自田濤、鄭秦點校，《大清律例》（北京，法律出版社，1999），頁 263。

20 此外，黃宗智以「權利」的概念來表達《大清律例》所要保護的某些利益，也是不恰當的。但因篇幅所限，本文就此問題無法進一步申論。

21 以上有關黃宗智論點的歸納，參閱黃宗智，《清代的法律、社會與文化》，頁 79-104。

22 例如：王泰升，《台灣法律史概論》（臺北，元照，2020），頁 73；吳佩林，《清代縣域民事糾紛與法律秩序考察》（北京，中華書局，2013），頁 349-392；里贊，《晚清州縣訴訟中的審斷問題——側重四川南部縣的實踐》（北京，法律出版社，2010），頁 83-130、173-186。

裁判。<sup>23</sup>

直接進入清代的史料來看，光緒年間（1875-1908）曾任直隸按察使、山西布政使的方大湜（1821-1886）曾說到：

自理詞訟原不必事事照例，但本案情節應用何律何例，必須考究明白，再就本地風俗準情酌理而變通之，庶不與律例十分相背。否則上控之後，奉批錄案無詞可措矣。<sup>24</sup>

其言下之意是，理想的州縣官員既要通曉律例，更要能夠懂得靈活彈性地運用律例。自理案件不必完全按照國法規定辦理，重點是要參酌情理進行變通，但是變通之時也不能完全牴觸國法的意旨。

曾經擔任知縣，並有數十年刑幕經驗的名吏汪輝祖（1730-1807）也說：

聽訟不協情理，雖兩造曲遵，畢竟是孽。斷事茫無把握，以覆訊收場，安得不怠。原其故，只是不諳律例所致。<sup>25</sup>

意思是聽訟時既要能夠體察情理所在，也要熟悉國法規定，面對案件時才能夠瞭然於心，高明地解決問題。乾隆 31、32 年（1766、1767）間，江蘇有新婚甫一日的童子參加縣試時挾帶小抄，遭到查獲，依照律例應處枷號示眾，<sup>26</sup>親友請求審案官員待結婚滿月後再補行枷號，卻遭到拒絕。結果新婚的妻子聽聞消息後上吊自盡，童子也隨即投水身亡。汪輝

23 例如：黃源盛，《中國法史導論》（臺北，元照，2012），頁 112-114、327-329；王志強，〈清代刑部的法律推理〉，頁 68-97；徐忠明，〈清代中國司法裁判的形式化與實質化——以《病榻夢痕錄》所載案件為中心的考察〉，《政法論壇》25：2（北京，2007），頁 39-76；高鴻鈞，〈無話可說與有話可說之間——評張偉仁先生的《中國傳統的司法和法學》〉，《政法論壇》2006：5（北京），頁 98-109；俞江，〈清代的立繼規則與州縣審理——以寶坻縣刑房檔為線索〉，《政法論壇》25：5（北京，2007），頁 82-100；汪雄濤，〈明清訴訟中的“依法審判”〉，《開放時代》2009：8（廣州），頁 83-100。不過，以上各部研究關於情理在清代中國裁判中的定位，看法各有不同。

24 清·方大湜，《平平言》（收於官箴書集成編纂委員會編，《官箴書集成》冊 7，合肥，黃山書社，1997，影印清光緒 18 年〔1892〕資州官廨刊本）卷 2，〈本案用何律例須考究明白〉，頁 63（總頁 653）。

25 清·汪輝祖纂，《學治說贅》（收於王雲五主編，《叢書集成初編 學治臆說及其他二種》，上海，商務印書館，1939），〈律例不可不讀〉，頁 6。

26 《大清律例·吏律·職制》「貢舉非其人」條例文：「應試舉監生儒及官吏人等，但有懷挾文字、銀兩，并越舍與人換寫文字者，枷號一箇月，滿日杖一百發為民。」引自《大清律例》，頁 146。

祖評論此案認為，官員執法並無重大疏失，但是「法貴準情」，「不聞律設大法，禮順人情乎？滿月補枷，通情而不曲法，何不可者？……法有一定，而情別千端，準情用法，庶不干造物之和。」<sup>27</sup>也就是說，審理案件時不能不加思辨地拘泥於國法條文，應該要設身處地考量人情，在不明顯違背國法的情況下，用人情調整國法的適用，才不致破壞天地秩序的和諧。

清代中國的州縣自理案件中，常見「準情酌理」或類似的「準情用法」、「準情度理」、「衡情酌理」等用語，其實都是表達聽訟時要調和、融貫情理法的意思，而這正是清代聽訟時所信奉的裁判理念。<sup>28</sup>

### （三）審轉案件中的「情法之平」

事實上，不僅是州縣自理的聽訟，即使在必須審轉的「重案」裁判中，也常見裁判官員對情理法進行斟酌衡量。例如確定要追究人犯的惡行時，先強調該犯行是「理不可寬、情不可容、法不可貸」，或「揆諸天理、人情、國法，實屬罪無可逭」，或「已為天理人情所不容，又豈國法王章可少貸」，在確認人犯的惡行從情理法三方面來看都無法通融後，才進行制裁。<sup>29</sup>

另外，也可以看到有裁判官員認為人犯的行為樣態與國法規定之間，出現「情浮於法」或「情輕法重」的情況，而刻意規避原本與事實貼切的律例，改引其它罰則較重或較輕，但條文所述情狀與犯罪事實顯有落差的規定。<sup>30</sup>

在《刑案匯覽》等書籍所記載的刑部審案意見中，也頻繁出現「揆

27 清·汪輝祖纂，《學治續說》（收於王雲五主編，《叢書集成初編 學治臆說及其他二種》，上海，商務印書館，1939），〈法貴準情〉，頁 5-6。

28 此外，《大清律例》針對律例無處罰明文但不應得為之行為，設有「不應為」條，規定：「凡不應得為而為之者，笞四十；事理重者，杖八十。」而關於何謂「不應得為」，律學大家沈之奇解釋係「揆之情理又不可為」者，由此更可見情理與國法的緊密結合關係。詳參清·沈之奇撰，懷效鋒、李俊點校，《大清律輯註》（北京，法律出版社，2000），頁 951。

29 滋賀秀三，《清代中国の法と裁判》，頁 265-268。

30 汪雄濤，〈明清訴訟中的“依法審判”〉，頁 87-92。

之情理尚屬允協」、「情理未協」、「情法未協」、「揆諸情理之平似宜量為調劑」、「揆之情理均屬允當」、「準情酌理似應予以自新之路」、「情法之平」、「情法兩得」等各種援用情理的說法，或者指出：「刑名案件有一定之條例，無一定之案情，儻若拘執正條，必至情重法輕，或情輕法重。」<sup>31</sup>

就連皇帝親自審斷案件時，也會以準情酌理自許，或提醒官員審斷重案須兼顧情理，甚至對於官員遵照律例做成的擬案，以不符情理為由，加以斥責，進而更改例文的規定。乾隆（1735-1796 在位）曾經諭知刑部：

讞獄必依乎律，律必準乎情理之平。刑部為執法之官，辦案件固當執法，而其情節不一，又當參酌覈擬，以期歸於平允。<sup>32</sup>

在乾隆 42 年（1777）王錦毒死繼母之母苗趙氏一案中，刑部依照乾隆 21 年（1756）纂定的條例「於母黨有犯，除親母、嫡母、本生母黨屬仍照服制定擬外，其餘均同凡論」，聲明王錦與苗趙氏之間無服，應依凡人相犯擬斬監候。然乾隆卻責備說，本案王錦原覬覦繼母苗氏改嫁後，自己得以花費家財，因外祖母苗趙氏從中作梗，遂懷忿謀殺苗趙氏，王錦「情罪實為可惡」，刑部的擬罪「豈為情法之平」！於是重新檢視前述條例，認為該例「拘牽文義，而揆之天理人情，均未允當，又豈明刑弼教之義？」隨即命令刑部著手修改條例，照新例另行定擬具奏，以圖重新達到情法允協。<sup>33</sup>又嘉慶 18 年（1813）間，山東巡撫同興上奏姦夫丁光位勒死本夫文四箴一案，擬依《大清律例·刑律·人命》「殺死姦夫」條的規定，將丁光位處以斬監候。然嘉慶皇帝認為，此案丁光位聽從姦婦文李氏唆使，糾文李氏子將本夫文四箴勒死，造成文李氏母子均罹凌遲極刑，實屬淫兇已極。因此，指責同興僅照律問擬斬監候「殊屬拘泥」，

31 清·托津等奉敕纂修，《欽定大清會典事例（嘉慶朝）》（臺北，中央研究院傅斯年圖書館藏清嘉慶 6 年〔1801〕至 23 年〔1818〕修刊本）卷 655，〈刑部·刑律斷獄·斷罪引律令〉，乾隆 8 年議准，頁 3-4。

32 清·崑岡等奉敕著，《欽定大清會典事例（光緒朝）》（臺北，啟文出版社，1963，影印清光緒 25 年〔1899〕刻本）卷 14，〈內閣·職掌·票擬加籤〉，乾隆 7 年，頁 17（總頁 5239）。

33 《欽定大清會典事例（光緒朝）》卷 811，〈刑部·刑律鬪毆·毆大功以下尊長·歷年事例〉，乾隆 42 年，頁 17-20（總頁 15285-15287）。

並下令丁光位立即處斬，嗣後類似案件皆定擬斬決辦理。<sup>34</sup>

此種根據情理審斷徒以上案件的現象，即使在清末開辦的新式法庭中仍然可見。例如宣統年間南昌地方審判廳審理一案，案中朱開祥、朱春生兄弟二人因金錢糾紛互相齟齬，朱開祥取鍋鏟猛擊其弟朱春生，春生以手力擋鍋鏟，撞傷開祥頭顱及手指，遭到起訴。依律，朱春生毆傷期親兄長，即使出於過失，也應處徒兩年。但是，南昌地方審判廳認為，兄弟二人平日友恭甚篤，此次衝突起於誤會，且二人庭訊之時各知愧悔，考量「兩非有意交攻，律可原情宥恕」，因此判由朱開祥請將朱春生開釋，當庭領回，使兄弟各安生業。<sup>35</sup>亦即，審判廳考量本案中的手足親情，同時細緻地衡量、評價各個具體情節後，對於本應依照國法判處徒刑的行為人，經過一番教誨開導後，逕自做出了無罪釋放的判決。

然如此一來，律例的性質與作用究竟應該如何理解？日本學者寺田浩明的研究指出，在命盜重案的裁判中，雖然律例不是具文，並且通常會獲得援用，但卻無法直接構成裁判的正當性基礎，真正構成裁判正當性基礎的，乃是律例所揭諸的價值「情法之平」的實現。至於律例的性質，其實是皇帝在相關官員的輔佐下，為了實現情法之平，針對各種犯罪情節的「情法之平」所作成的「參照事例」；律例的作用，在於指示各級官員如何準情酌理，統一裁判官員的量刑判斷。而且在實務上，大多數的案件是否被認定為徒以上案件，以及是否因此進入審轉程序，基本上是由州縣官員掌握主導權。其決定是否主動向上級呈送案件的標準，往往是從教化的角度出發，以當事人究竟是「情有可原」的可教化者或「情有可惡」的狡狴之徒來做區分。<sup>36</sup>因此，州縣自理案件與審轉案件之間，並無本質上的區別，有的只是惡性或刑罰輕重在程度方面的差

34 《欽定大清會典事例（光緒朝）》卷 802，〈刑部·刑律人命·殺死姦夫·歷年事例〉，嘉慶 18 年，頁 13（總頁 15204）。

35 參閱汪慶祺編，李啟成點校，《各省審判廳判牘：王朝末日的審判》（北京，北京大學出版社，2007），頁 166-167。

36 不過，《欽定大清會典事例（嘉慶朝）》載：「戶婚田土之案，皆令正印官理焉。罪至徒者，則達于上可以聽覈。若命案若盜案，得報即通詳。」亦即，在命案及盜案的情形，由於得報即須以詳文向上級報告，因此州縣官員的主導權會受到限制。以上引文詳參《欽定大清會典事例（嘉慶朝）》卷 42，〈刑部·尚書侍郎職掌〉，頁 13。

異。<sup>37</sup>汪輝祖也曾說，對於「可以情恕，可以理論」者，即使笞撻般的輕刑也沒有實施的必要，或者小懲大戒即為以足；但是面對「實係兇橫」的人犯，則「尤須盡法痛懲」。<sup>38</sup>

換言之，雖然清代官員在審斷「重案」時被課予援用《大清律例》等國法的義務，但是，是否讓案件成為適用審轉程序的徒罪以上「重案」，最先面對案件的州縣官員們實際上會根據「情」進行過濾篩選。而當案件進入審轉程序，固然裁判官員會援用國法，但其援用國法的行動意義，係由於國法是皇帝對於如何準情酌理、如何達成情法之平所做成的參照案例或示範案例，援用國法的目的，是為了促進整體裁判的統一。雍正皇帝（1722-1735 在位）曾說：「律例之設，乃詳察情理，揆度至當而後定者也」，因此告誡官員：「審擬罪案之時，應引某條則引之，斷無輕重任意，或介兩可之理。」<sup>39</sup>細繹其意，亦即在案件所適合的情理和律例指示的典型情況並無多大出入時，當然應該照引律例。但是另一方面，如果發現案件中存在著和律例所預想的典型狀況不同的重要差異，那麼裁判官員就有責任另外進行「準情酌理」的工作，在州縣自理案件中自行周到權衡，在審轉案件中比附援引較適當的條文，將應加、應減情形，定擬罪名，上請皇帝裁可。乾隆曾發布上諭說：

律例一書，原係提綱挈領，立為章程，俾刑名衙門有所遵守。至於情偽無窮，而律條有限，原有不能纖悉必到、全然賅括之勢，惟在司刑者體察案情，隨時詳酌，期於無枉無縱則可。<sup>40</sup>

這些話，正可以從此種脈絡來加以理解。

綜上可知，相較於當代臺灣的法律體制下，法律人社群直接將「依

37 以上參閱寺田浩明著，黃琴唐譯，〈從明清法看比較法史——裁判與規則〉，收於邱澎生、何志輝主編，《明清法律與社會變遷》（北京，法律出版社，2019），頁 23-35；寺田浩明，《中國法制史》，頁 227-233、249-255、277-286。

38 清·汪輝祖纂，《學治臆說》（收於王雲五主編，《叢書集成初編 學治臆說及其他二種》，上海，商務印書館，1939）卷上，〈嫫族互訐毋輕笞撻〉、〈犯係兇橫仍宜究懲〉，頁 13。

39 清·蔣溥、孫嘉淦等撰，《欽定大清會典則例（乾隆朝）》（收於《景印文淵閣四庫全書》冊 620-625，臺北，臺灣商務印書館，1983-1986，影印國立故宮博物院藏本）卷 124，〈刑部·聽斷〉，雍正 6 年，頁 60（總頁 159）。

40 《欽定大清會典事例（嘉慶朝）》卷 593，〈刑部·名例律·斷罪依新頒律〉，乾隆 6 年，頁 25。

法審判」作為裁判的理念，在清代中國的審判文化下，無論審理的對象是「細事」或「重案」，其裁判理念，都在於追求「準情酌理」或「情法之平」，實現情理法的融貫。如果我們將「法源」定義為「裁判的準據」，而且是「構成裁判正當性基礎的準據」，那麼，或許比較恰當的說法是：經過融貫的情、理、法，才是清代中國裁判的法源。

### 三、情理法的融貫方法——經權互濟

情理法的融貫，是清代中國的裁判理念，那麼我們要進一步追問，情理法究竟是如何獲得融貫？亦即，其融貫的方法為何？又為了回答這個問題，也有必要先釐清情、理、法的各自內涵。

#### （一）情、理、法的內涵

根據學者的歸納，清代裁判中運用的法，包括《大清律例》及各部則例等制定法，但也不排除省例等地方性的官方法規。<sup>41</sup>至於情和理的內涵，滋賀秀三通過大量判牘史料的分析，已經為我們做了充分的整理。

大體而言，常見的「情理」一語，可理解為理和情這兩個詞彙的連用。如果分開來看，首先，所謂的理，指的是應該普遍適用於同類事物，且獲得廣泛承認的客觀原則。例如：金錢借貸關係中的「有借必還，一定之理」，是古今東西社會都承認的道理；而處理家內事務時的「父在子不得自專，理也」，以及處理債務時的「父債子還」，則是傳統中國社會的人們普遍認為當然如此的道理。不過，判語中的「理」，並不帶有朱子（1130-1200）理學中的哲學意味。<sup>42</sup>

其次，情指的是，考量案件中的具體情況，給予每個訴訟當事人同情性的對待。情至少又可以細分為三個方面的要求：（一）必須考量所有

41 陳惠馨，《清代法制新探》，頁 3-16；滋賀秀三，《清代中国の法と裁判》，頁 270-277。

42 滋賀秀三，《清代中国の法と裁判》，頁 282-287；《続・清代中国の法と裁判》，頁 99-100。

的情節、情況後，針對各個案件的特殊性給予細緻的關照，亦即，必須將案件置於相關的背景脈絡下予以同情地理解與評價。(二)不得忽視、打壓對於一般人而言是合乎道理的感覺、想法及風俗。(三)必須力求維持或回復良好的人際關係。<sup>43</sup>

關於情的第一種要求，例如「重案」的審理中常出現「情法之平」、「情罪平允」、「情罪未協」等說法，就是希望根據犯罪行為的各種情節（包括律例規定以外者）及犯人所處的具體情境乃至社會背景，全面地衡量其所受的刑罰輕重是否恰當。關於第二種要求，例如第二節內提到的童子考試舞弊案，衡酌民間觀念，童子新婚即遭刑懲，可能令其父母歸咎媳婦是不祥之人，日後藉端苛待，因此，審案官員拒絕延後施刑被認為是不通人情。至於第三種要求，如同汪輝祖所說：「戶婚細故，兩造非親則故，非族則鄰，情深累世，衅起一時，本無不解之仇，第摘其詞中要害，酌理準情，剴切諭導……誼全姻睦。」<sup>44</sup>又在其它判語中，也可以看到「兄弟之間，情重於法」、「兄弟之間，總當以情勝理」等說法，這些都在強調保全親鄰情誼的重要性。當然，在個別的案件中，這三種要求也有可能交織地出現。

## （二）情與理的結構關係及其經權互濟

總體上說來，理帶有的普遍性與情具有的特殊性，使得兩者似乎成為對立的概念。不過在傳統中國，人們在實踐道德與法律的過程中，面對普遍性與特殊性、恆常性與變化性的衝突時，往往會展現出一種「經權」觀，採取「經權互濟」（經權互用）的方法進行調和。

「經」指的是常行不變的道理、原則或法則，「權」指的是因時因地衡量變通。如何處理常道與變通兩者之間的關係，亦即如何使普遍恆常的天道或天理落實到不斷變化的具體歷史、社會情境裡，一直是傳統中

43 滋賀秀三，《清代中国の法と裁判》，頁 286-287；《統・清代中国の法と裁判》，頁 100。

44 清・汪輝祖纂，《續佐治藥言》（收於王雲五主編，《叢書集成初編 佐治藥言及其他一種》，上海，商務印書館，1937），〈批駁勿率易〉，頁 1。

國的思想家們關注的重要課題。孔子（551-479 B.C.）認為，凡事要依道而行，但同時也要能夠不拘泥於常規，隨時通權達變以合於道。<sup>45</sup>孟子（372-289 B.C.）則以嫂溺於水為例，將具有普遍性的「禮」與「權」對舉，指出「男女授受不親」是不可易的常禮，但是在嫂溺於水的特殊情況下，伸手拉嫂以救之，雖然有違於禮，卻是合理且合乎人性的作法。<sup>46</sup>漢代以後，儒者提出了「反經合道」的說法，指出「經」與「權」處於既對立又統一的關係，在不得已的情形下進行權變，雖然表面上違背了經的要求，但是如果權變能夠合於善或道的更高價值，那麼此種權變仍然值得肯定。在此說之下，或許可以將「善」和「道」理解為「大經」，而通常的經則為「小經」，權變雖然牴觸了「小經」，卻實現了「大經」的要求，因此仍有可取之處。到了宋代，程頤（1033-1107）為批判漢儒的論點，提出了「權即是經」的說法；朱熹對此不以為然，另主張「常則守經，變則行權」。其後，明代著名的政治家高拱（1513-1578）同時駁斥了漢儒與宋儒的說法，強調經與權不可分離，相互為用。他把「經」比喻為衡，亦即秤子上的刻度，將「權」比喻為秤子的秤錘，說明兩者之間是體與用的關係。衡無錘則無法發揮作用，而錘若無衡，亦無所用之。因此，權不能離經，經亦不可無權；經是有定之權，權是無定之經。<sup>47</sup>以上的經權說雖然呈現了各種不同的型態，但是基本上都指出：經與權

45 例如，關於出仕或退隱，孔子認為，雖然有一些原則要擁護，但是不宜過度執著，而應根據具體的條件和情況決定。因此相對於伯夷、叔齊、柳下惠、少連等人的過度執著，他說：「我則異於是，無可無不可。」又《論語·子罕》載：「子曰：『可與共學，未可與適道。可與適道，未可與立。可與立，未可與權。』」可見，孔子認為通權達變的修養層次勝過學而明道及執道固守。請見臺灣開明書店斷句，《斷句十三經經文》（臺北，臺灣開明書店，1991 臺十版），論語，〈微子〉頁 21；〈子罕〉，頁 10。

46 《孟子·離婁上》：「淳于髡曰：『男女授受不親，禮與？』孟子曰：『禮也。』曰：『嫂溺，則援之以手乎？』曰：『嫂溺不援，是豺狼也。男女授受不親，禮也；嫂溺援之以手者，權也。』」《斷句十三經經文》，孟子，〈離婁上〉，頁 24。

47 以上關於傳統中國「經權觀」或「經權說」的討論，詳參葛榮晉，〈中國古代經權說的歷史演變〉，《孔子研究》1987：2（濟南），頁 23-29；周鴻雁、江暢，〈中國傳統價值觀的“經權”觀念檢視〉，《道德與文明》2019：6（天津），頁 51-58；陳國強，〈“經、權”論與傳統法律文化〉，《河北法學》27：1（石家莊，2009），頁 77-81。

之間互為體用，或者互相補充、互相合作。

而實際上，理與情正是處於經和權的關係，兩者之間或者互為體用，或者互相補充。理是經，情是權，理蘊含了人之所以為人的根本要求，也為情的作用劃出了界線；而情讓理得以具體落實於人間，也為理增加了韌性與彈性，藉以維持理的恆常性和普遍性。詳言之，理具有跨越時空的普遍、恆常性質，強調的是同類事物的普遍適用道理，情則是對於各種特殊、具體狀況的感受與評價，尤其要注意對於不同狀況做出不同的考量。一方面，理的普遍性與恆常性，反而使它往往只能是一種模糊、籠統的理念，無法切實地投射、對應到現實世界裡的人事物。例如，「不可殺人」乍看之下是古今東西再清楚也不過的普遍道理，但是，何謂殺人？何謂殺？何謂人？殺人的原因為何？殺人者自身所處的身心狀況為何？殺人者面臨的外在情境為何？殺人者與被殺者的關係為何？如果完全沒有將這些因素納入考量，「不可殺人」這項普遍的道理，在現實世界中其實沒有太大的意義可言。而這些被納入考量的各種要素，正是前面所說的情。另一方面，真正能夠維持恆常普遍的事物，往往必須具備一定的韌性與彈性，針對個別的特殊情況及事物的時空變化給予特別的考量與處理，不宜過度剛強死板，才能經得起現實的長久考驗。前文所引孟子說的「嫂溺不援，是豺狼也」，就是一個鮮明的例子。亦即，嫂溺於水，若不權變援之以手，從人性的角度來看，已經喪失了做人的資格，此時若仍拘泥於「男女授受不親」之禮（理），會顯得無比荒唐。

情與理的思辨，正是權與經的思辨，而在經權思辨的各種學說裡，大多將重心置於如何行權、如何權變的探討。因為經所具有的普遍性使其較易掌握，而如何行權、進行變通，是一門高深又複雜的學問。同樣地，關於情理的運用，重點也常常放在情的拿捏，因此，若排除情、理二字連用的情形，在清代的各種判詞中，關於「人情」的論述遠遠多於「天理」。

不過，整體上而言，清代的裁判官員仍偏好將「天理」和「人情」結合，成套使用「情理」一詞。這或許顯示對於裁判官員而言，情和理往往相互交纏，難以明確分割，而且最重要的，是要力求同時滿足理與情兩種要素，有理無情或存情欠理，都是不受肯認的做法。裁判過程中

的「準情酌理」、「準情揆理」、「準情近理」等關於情理的探求，就是要在各個案件中不斷思考、衡量情與理在整個情理結構中各自應當分配的比重，達到「情理兼盡」、「情理兩平」、「協於情理之平」的結果。<sup>48</sup>

若想要進一步追問情理的具體內容，滋賀秀三總結說：「整體上而言，所謂的情理，大概只能理解為一種社會生活中的健全價值判斷，尤其是一種衡平的感覺……情理是一種修辭，並非清楚定義的術語。」<sup>49</sup>由於情的要求是周全地考量案件中的所有具體要素，因此，不可能預先設想絕對不得不然的處理方式。換言之，情理雖然是清代中國裁判中的廣義法源，但是無法在事前完整地規定其具體內容，裁判官員必須在每個案件中反覆斟酌，經過動態的衡量過程後，才能夠得出最適合每個個案的情理。

### （三）情理與法的結構關係及其經權互濟

如此理解情與理的關係後，那麼，接下來又當如何思考情理與法的關係？汪輝祖說：「法所不容姑脫者，原不宜曲法以長奸」，但「情尚可以從寬者，總不妨原情而略法」。<sup>50</sup>此處提到「原情而略法」，似乎顯示法與情有其不同之處，無法兩全。但他又說：「聽訟不協情理，雖兩造曲遵，畢竟是孽。斷事茫無把握，以覆訊收場，安得不怠？原其故，只是不諳律例所致」<sup>51</sup>，復道：「幕之為學，讀律尚已，其運用之妙，尤在善體人情」<sup>52</sup>。意思是說，不善於體察情理，就無法將國法運用得當；但是，不諳國法，也無法精妙地掌握情理。

若結合滋賀秀三的看法，可以更清楚地理解汪輝祖的上述表白。滋賀指出，情理和法絕非處在相互對立的位置，國法是情理的部分實定化，

48 寺田浩明，《中國法制史》，頁 194-195、292-293。

49 滋賀秀三，《清代中國の法と裁判》，頁 282-287；《続・清代中國の法と裁判》，頁 99-101。

50 《學治續說》，〈能反身則恕〉，頁 6。

51 《學治說贅》，〈律例不可不讀〉，頁 6。

52 清·汪輝祖纂，《佐治藥言》（收於王雲五主編，《叢書集成初編 佐治藥言及其他一種》，上海，商務印書館，1937），〈須體俗情〉，頁 15。

如同是在情理這片汪洋大海中，由部分的情理之水凝聚而成的冰山，可以為情理的操作提供若干的線索。<sup>53</sup>申言之，在當時人們的觀念裡，理論上，國法是皇帝（在臣子們的輔佐下）體察、依循情理而制定的指示規範，它讓一部分的情理得以明確化，同時賦予這些情理強制力。因此，一方面，我們可以將國法理解為象徵有德聖人的皇帝針對如何運用情理所做成的示範案例或典型案例，而這些示範案例或典型案例會在裁判官員們尋找個案中的最適當情理時，提供重要的線索。在這個意義下，國法當然必須受到尊崇與遵守。另一方面，既然國法是由情理轉化、凝聚而成，那麼國法的各項規定，自然也應該透過情理加以靈活解釋和變通，才不致產生僵化與偏差。也就是說，情理和國法系出同源，有時內容幾乎重疊一致，有時需要依據國法的線索推敲具體的情理，有時則要仰賴情理來詮釋或變通國法，情理法之間具有互相淬煉、互相融貫的關係。<sup>54</sup>

漢代史學家司馬遷（約 145/135-約 86 B.C.）作《史記》，其中設有〈循吏列傳〉，當時獲得他肯定的良吏，乃是「奉法循理之吏」；唐代著名的經學家和史學家顏師古（581-645）註釋《漢書》〈循吏傳〉時，對於循吏的解釋則是：「循，順也，上順公法，下順人情也。」<sup>55</sup>由此可見，這些備受推崇的經史學大家眼中評判的理想官員形象，是既要能夠遵守國法，也要能夠順應天理、人情。而實際上，經驗豐富的清代官員，

53 滋賀秀三，《清代中国の法と裁判》，頁 288-290。附帶一提，根據《清代中国の法と裁判》日文原文，情理與法的關係，是國法能在人們考慮何為情理時，提供線索，但關於此部分文字，坊間有中譯文本誤譯成了情理具有為國法提供線索作用的相反意思，可能導致讀者理解上的偏差。

54 此外，《唐律》以後，確立了「出乎禮則入於刑」的「禮教立法」原則，國法的主要目的在於確保禮教的實現，禮教的許多內涵，具體落實為國法的內容。在與情理的關係上，禮和法類似，一方面，在觀念上禮是由古代聖人效法天理、順應人情而制成，另一方面，禮也可以為情理的運作提供一些線索。不過，清代的裁判實務中，很少看到直接援引禮作為裁判依據的情形，這可能是因為，多數重要且能夠適應於時空環境的禮，已經由聖人（皇帝）採為國法的具體內容，或者和人們普遍認識的「理」重合。關於「禮教立法」，詳參黃源盛，〈唐律中的禮教法律思想〉，收於氏著，《中國傳統法制與思想》（臺北，五南圖書，1998），頁 179-208。

55 參閱漢·司馬遷，《史記》（點校本，臺北，鼎文書局，1981）卷 130，〈太史公自序〉，頁 3317；漢·班固，《漢書》（點校本，臺北，鼎文書局，1986）卷 89，〈循吏傳〉，頁 3623。

也是在避免嚴重違背《大清律例》等國法規定的前提下，根據具體狀況來變通國法。這當中呈現的，也是前面所說的「經權互濟」的方法。

例如，康熙年間（1662-1722），徐朝哲、徐朝明私自將公共祭田與陳從宛所有之田掉換，遭到祭田共主之一的侄子徐岳九控告，浙江天台縣知縣戴兆佳（1682-?）審理後認為，徐朝哲等人本應杖責<sup>56</sup>，但是為了避免傷害他與徐岳九的叔侄之情，因此斷令陳從宛於既換之田外再出田三石歸於徐姓，徐朝哲、徐朝明罰銀二兩供祭祀公用。最後他說，如此審斷是「理法咸宜，經權互用之道」。<sup>57</sup>又宣統年間（1909-1912.2），有婦人謝氏在自身亦情願的情況下，遭本夫何成金賣休給吳老二，經南昌初級審判廳援據會典，判決何成金因貧賣妻，應論不應得為罪，謝氏仍歸吳老二。謝氏的堂兄對此判決不服，上訴南昌地方審判廳，請求改照賣休買休律，判令謝氏離異歸宗。<sup>58</sup>南昌地方審判廳認為，謝氏之父作客廣東數年，音訊不通，生死不明，且廣東、江西相去千里，若判令謝氏赴廣東投靠其父，非但跋涉滋勞，亦恐另生枝節，「揆諸立法之初心，殊未允協。」復進一步指明：「不知律之所主張者，經也；會典之所主張者，權也。反經合道為權，自足補律之所未備。該上訴人所懇照律離異歸宗之處，應毋庸議。」<sup>59</sup>在這兩案中，裁判官員都將律例隱含的價值與意旨（即皇帝在典型案例中「準情酌理」的深意所在）視為「經」，考量了眼前的特殊狀況（主要是和典型狀況不同的「情」）後，進行了經

56 可能根據《大清律例》的「不應為」條律文：「凡不應得為而為之者，笞四十；事理重者，杖八十。」引自《大清律例》，頁 540。

57 清·戴兆佳，《天台治略》（收於官箴書集成編纂委員會編，《官箴書集成》冊 4，合肥，黃山書社，1997，影印清活字本），〈一件恩全血食等事〉，頁 31（總頁 102）。

58 江西地方審判廳於宣統 2 年（1910）年底才開辦，當時適用的律例為同年 4 月頒行，由《大清律例》改訂而來的《欽定大清現行刑律》。所謂「賣休買休律」，指《欽定大清現行刑律》〈犯姦〉「縱容妻妾犯姦」條律文：「若用財買休賣休（因而）和（同）娶人妻者，本夫、本婦及買休人各處十等罰。婦人離異歸宗，財禮入官。」又初級審判廳所論不應得為罪，指同律〈雜犯門〉「不應為」條：「凡不應得為而為之者，處四等罰。事理重者，處八等罰。」條文內容參閱清·修訂法律館編，《欽定大清現行刑律（宣統朝）》（宣統 2 年 7 月聚珍版印行，收於《清代各部則例》，香港，幅池書院，2004），頁 349、361。又，括號內的文字為律文原有之小注，以下引用清律內容有括號者，亦同。

59 《各省審判廳判牘》，頁 67-68。

權互濟的操作。

此外，在清代中期歷任知縣、知府、刑部郎中等職的王鳳生（1776-1834）曾說：

聽訟又非徒守其經而拘於法已也。所收民詞千態萬狀，其事故亦百變紛呈，尤須相時因地，體俗原情，以恤民隱而通權變。<sup>60</sup>

同治（1862-1875）、光緒年間曾在廣東擔任知縣的褚瑛亦言：

審理兩造詞訟，要在推情度理，講論曲直，判斷是非……全在臨時權變，非一概而論。

又說：

凡相對相當之訟，可以情恕，可以理論者，權變辦理為是。<sup>61</sup>

這些說法也是要以情理進行權變，調整居於「經常」地位的國法，以求國法蘊含的深層價值能夠獲得較好的實現（例如對於理不可為而為者的制裁、親親之道的保全等）。

除了經權辯證的思維外，清代中國的裁判官員們追求情理法的融貫，從傳統中國哲學思想的另一個脈絡來看，也可以找到相承不絕的理論基礎。清代裁判中提到的「理」，雖然不具有朱子理學的色彩，但是，仍可以置於傳統中國主流的天人觀念下來加以觀察。亦即，無論是東漢至唐宋間流行的「天人感應說」，或宋代以後形成的「天人合一說」，都強調天人互通，自然秩序與人類社會政治秩序互相對應，並且認為法（與禮）是聖人體悟、效法天道、天理後，落實在人類社會的規範。在此觀念下，對於清代的裁判官員們甚至一般民眾而言，自然秩序的運行，政治秩序、社會秩序的運作，乃至於人們內在道德本性的認識，都是依循同樣一個天理。此種天人互通的哲學觀，同時也構成了皇權正當性的重要基礎，因此，皇帝除了在審斷案件時，強調「準情酌理」「情法之平」，

60 清·徐棟輯，《牧令書》（收於官箴書集成編纂委員會編，《官箴書集成》冊7，合肥，黃山書社，1997，影印清道光28年〔1848〕刊本），王鳳生，〈治尚明通〉，頁15-16（總頁403-404）。

61 以上兩段引文，參閱清·褚瑛，《州縣初仕小補》（收於官箴書集成編纂委員會編，《官箴書集成》冊8，合肥，黃山書社，1997，影印清光緒10年〔1874〕森寶開排印本）卷上，〈詞訟度理〉，頁26（總頁751）；卷下，〈嚴懲兇橫〉，頁8（總頁765）。

在創建法制時，更是將立法的正當性歸結到了天理。他們認為，作為施政重要環節的立法與審判，若是未能依循天理，甚至背棄天理，那麼上天將會降災人間，甚至讓政權倒臺。<sup>62</sup>雍正皇帝就明白指出，天道與人事感通，互相影響，因此必須敬天，而刑名之官操有生殺定罪大權，尤其不可不知天道之精微。他提醒負責審案的官員，「凡議重議輕，皆宜準之國法，推之人情，無枉無濫，協於咸中」，如此才能達到至公至當，是「天理之所昭垂」，也才是敬天畏天的表現。<sup>63</sup>

雍正所作的《聖諭廣訓》裡曾說：

法有深意，律本人情，明其意，達其情，則囹圄可空，訟獄可息……  
法律千條萬緒，不過準情度理。天理人情，心所同具。心存於情理之中，身必不陷於法律之內。<sup>64</sup>

其後的乾隆皇帝在《大清律例》的序言裡也提到，此部律例乃是「揆諸天理，準諸人情，一本於至公，而歸於至當」。這兩位象徵最高立法者與最高審判者的皇帝公開揭示：《大清律例》等國法乃是根據天理、人情所制定的規範。國法既然是根據天理、人情而成立，內在價值取向上當然也就必須和天理、人情互相協調。

#### （四）情理操作的制度性制約

乍看之下，情理法的此種經權辯證關係似乎複雜，且情理的具體內涵也難以捉摸。如此一來，難道不會導致裁判官員的恣意妄為？但是實際上，裁判官員們對於情理的操作，仍然受到了一些制度性機制的制約。

62 關於「天人感應」、「天人合一」等天人關係的討論，詳參溝口雄三著，趙士林譯，《中國的思想》（北京，中國財富出版社，2012），頁 7-25；黃源盛，《中國法史導論》，頁 78-81。

63 原文為：「是知天道昭明，鑒觀有赫，與人事感孚，捷於影響……又若刑名之官，職司邦憲，為天下生命所關，操生殺出入之大柄，尤不可不知天道之精微。凡議重議輕，皆宜準之國法，推之人情，無枉無濫，協於咸中，乃可以為敬天畏天之實也……爾諸臣果能以循理為矜恤，以執法為常經，寬猛咸宜，至公至當，則天理之所昭垂，即必為朕心之所孚合。」參閱清·鄂爾泰等奉敕修，《清實錄·世宗憲皇帝實錄》（北京，中華書局，1986），頁 1112。

64 《欽定大清會典事例（光緒朝）》卷 397，〈禮部·風教·講約〉，雍正 2 年，頁 17-18（總頁 10340）。

首先，在訴訟監督方面，州縣自理案件中，《大清律例·刑律·訴訟》「告狀不受理」條例文規定：

州縣自行審理一切戶婚、田土等項，照在京衙門按月註銷之例，設立循環簿，將一月內事件填註簿內，開明已未結緣由。其有應行展限及覆審者，亦即於冊內註明，於每月底送該管知府、直隸州、知州查核，循環輪流註銷。其有遲延不結、朦混遺漏者，詳報督撫咨參，各照例分別議處。<sup>65</sup>

此類案件雖然授權州縣官員自理結案，但是上級官員若認真查核，仍可對於州縣官的「準情酌理」和「經權互濟」形成監督與牽制。而在審轉案件裡，原則上，尋常徒罪案件的結案權在地方督撫，但仍須將案件咨報中央的刑部備查；人命徒罪案件及軍、流、死罪案件，除須經過刑部覆核，尚須以題本或奏折向皇帝報告。因此，這類案件由於層層的審轉與報告義務，也會對裁判產生一定程度的監督與糾正作用。

其次，在教育方面，傳統中國在漢代以後，儒學成為官學，通經足以致仕。隋唐以後的科舉制度，更讓儒家經典所宣揚的親親尊尊之道與是非義利之辨，通過與指定考科相關的儒學經典讀物，不斷擴散、深入到社會的各個角落，使得人們的知識與價值觀，大都同受儒家學說與儒家倫理的影響，有著比較一致的輸入來源。此外，到了清代，順治（1643-1661 在位）、康熙皇帝為了教化、引導百姓而先後頒布的「六諭」、「上諭十六條」，以及雍正皇帝解釋「上諭十六條」所作的《聖諭廣訓》，通過官方計畫性和持續性的大規模定期宣講，又進一步匯整了帝國各地官員與民眾的價值系統。<sup>66</sup>這些教育方面的制度性機制，在在都讓

65 《大清律例》，頁 480。

66 「六諭」原是明太祖朱元璋所頒，順治 9 年（1652）時，由順治皇帝重頒，內容是：孝順父母、尊敬長上、和睦鄉里、教訓子孫、各安生理、毋作非為。康熙 9 年（1670），康熙皇帝又發佈「上諭十六條」，作為人們的行動準則，其內容是：敦孝弟以重人倫、篤宗族以昭雍睦、和鄉黨以息爭訟、重農桑以足衣食、尚節儉以惜財用、隆學校以端士習、黜異端以崇正學、講法律以儆愚頑、明禮讓以厚風俗、務本業以定民志、訓子弟以禁非為、息誣告以全良善、誠窩逃以免株連、完錢糧以省催科、聯保甲以弭盜賊、解讐忿以重身命。雍正 2 年（1724）時，雍正皇帝為了闡釋「上諭十六條」，復頒行了篇幅高達一萬字的《聖諭廣訓》。順治及康熙初期，清政府利用既存的鄉約制度，於每月初一、十五講解「六諭」。康熙 18 年（1679）起，正式改為講解「上諭十六條」。而自《聖諭廣訓》頒行後，

當時的人們對於情理的認識與感悟，比較容易產生互通與共鳴，成為了裁判官員事實上得以追求情理法融貫的社會基礎之一，同時也避免情理的操作淪為無法預測的純粹修辭遊戲。

此外，最重要者，是裁判特質本身所形成的制約。本文第二節業已提到，清代的州縣自理裁判，欠缺「判定」的要素，裁判官員的判斷結果，無法對於當事人及裁判官員自身當然產生拘束力和確定力，訴訟的終結與否，主要取決於當事人不再爭執。而事實上，即使在審轉程序的裁判中，也同樣欠缺此種「判定」，除了已經執行死刑的情況無可救濟以外，只要皇帝認為原本的裁判內容有疑慮，尤其是未能滿足「情法允協」、「情法之平」等要求，都可以重新進行審查與改判。正是此種欠缺「判定」要素、欠缺判決確定力的特質，才讓清代中國的裁判（尤其是州縣自理案件）有可能追求情理法的融貫。也正是這樣的制度性設計，才能確保情理法的最佳調和方案，不是由裁判官員片面地宣告，而是要由裁判官員帶領所有的案件關係人共同摸索探尋。

當然，這裡呈現出來的，是一幅按照理念運行的理想圖像。在實際的裁判活動中，理念的表達與具體的實踐之間，可能會產生若干的落差與背離。但是，「表達」與「實踐」的落差與背離，即使在今日各國的訴訟活動中也可能出現，並非清代中國訴訟文化特有的現象。只是，任何裁判制度若要能夠長久穩定地運行，勢必需要具有某種的裁判正當性基礎，並且有賴於參與制度的人們在一定程度上堅持、實踐與此種正當性基礎連結的理念。同時，與裁判正當性連結的理念，也可以為裁判官員的裁判和訴訟當事人的訴訟主張產生「定錨」的效應，使具體的裁判行為與訴訟主張即使對裁判理念發生偏離，也仍然能夠將其偏離控管在一

---

宣講對象又改為《聖諭廣訓》，且在雍正 7 年（1729）以後，每半個月一次宣講《聖諭廣訓》，正式成為官方具有強制性的制度性措施，一直持續到了清末。此外，《聖諭廣訓》也成為科舉考試初級階段——童生考試——的默寫科目，以及各級官學的固定講授篇目。關於「六諭」、「上諭十六條」和《聖諭廣訓》的宣講，以及《聖諭廣訓》與科舉考試、官學教育的關係，參閱木津祐子，〈『聖諭』宣講——教化のためのことば——〉，《中國文學報》66（京都，2003），頁 85-108；周振鶴，〈聖諭、《聖諭廣訓》及其相關的文化現象〉，收於周振鶴撰集，顧美華點校，《聖諭廣訓：集解與研究》（上海，上海書店出版社，2006），頁 581-632；夏曉虹，〈晚清白話文與啟蒙讀物〉（香港，三聯書店，2015），頁 38-46。

定的範圍以內。<sup>67</sup>因此，我們仍不宜過度誇大清代中國裁判的「表達」與「實踐」之間的距離，甚至過度誇大此種落差與背離的普遍性。

#### 四、「情理法的融貫」與「依法審判」 ——情理法的古今觀照

前面兩節討論了情理法在清代中國裁判中呈現的作用、內涵與結構關係，而前言處曾經提到，此種傳統情理法的觀念在當代非法律人社群的法意識中仍然時而顯現。不過，並不是說當代的法律人社群就不談情理，實際上，如以「情理」作為關鍵字在司法院的裁判書查詢系統搜尋，會發現二十年來有將近七萬筆資料，而從內容來看，法官使用「情理」一詞的案件也佔了相當的比例。但是，法官即使運用情理，裁判終究仍是依法作成，故而裁判書內顯現的情理法觀，與清代裁判中的傳統情理法觀（以下簡稱「傳統型的情理法觀」），意義完全不同。而且較精確地說，其實大多數訴訟當事人在書面聲明或言辭辯論中運用情理時，顯露的也是比較接近法官的情理法觀，而非「傳統型的情理法觀」。不過，我們必須意識到，當人們想要利用現代法院系統獲得救濟時，一定會儘量按照這個系統設定的遊戲規則去行動與表達，並且尋求律師等專業法律人的各種協助，因此在訴訟過程中，極可能會掩藏其與遊戲規則不符的真實感受與想法。雖然「傳統型的情理法觀」在裁判記載中出現的頻率較少，但是它在訴訟當事人法意識中盤據的範圍，很可能較裁判記載呈現的區域更為寬廣。而且，法院審理的紛爭，僅是所有社會紛爭的一部分，因此，「傳統型的情理法觀」在當代臺灣社會中的生命力，必定也遠

67 這也是本文將法源論的重點置於裁判正當化「理由」的緣故。例如在當代臺灣，刑法第 57 條明文列出了科刑時應注意的標準，但是個別案件中，實際上決定法官具體量刑的關鍵因素，有可能是法官個人的生活經驗（例如自身是否曾經遭竊，可能影響對於竊盜犯處刑輕重的看法）、宗教信仰（例如是否科處死刑），甚至可能是法官個人的偏見（例如性侵害事件中被害人與加害人的性別、族群等）。但是，只要「依法審判」被認為是裁判的正當性基礎，並且多數國民或多數法律職業者都秉持依法審判的理念，那麼法官做成判決、論述判決理由時，仍然會將自己基於生活經驗、宗教信仰、性別種族偏見而產生的特定量刑意圖，限縮在刑法第 57 條設定的框架裡。

遠大於法院訴訟活動中呈現出來的力道。

那麼，「傳統型的情理法觀」，與當代臺灣的法官及多數訴訟當事人在裁判文書中所呈現出的情理法觀（以下簡稱「當代型的情理法觀」），究竟有何不同？以下，將從情理在古今裁判中的定位，以及兩種情理法觀背後連結的秩序運作原理進行探討。

### （一）情理在古今裁判中的定位

比較「當代型的情理法觀」與「傳統型的情理法觀」之間的差異時，觀察情理內涵的變化，當然也是其中一種視角。但是，情理的具體內涵，即使在清代裁判中也可能呈現各種不同的樣貌，尤其「情」原本就講究特殊性、個別性，還必須顧慮各地的風俗與習慣，<sup>68</sup>本身即具有隨著時空不斷變化的特質。另一方面，在當代臺灣的民主體制下，強調尊重多元價值，也會讓人們口中的「情理」內涵言人人殊。因此，即使發現情理的具體內涵大相逕庭，也很難說這是「當代型的情理法觀」與「傳統型的情理法觀」的根本差異所在。

是以，觀察人們如何思考情理在裁判中的定位與作用，應該是比較兩種情理法觀時更好的切入點。「傳統型的情理法觀」的一大特質，是要將情理作為裁判的依據，在參照法律規定的同時，也能周到地考慮普遍的道理和各種具體的情節與人情，對法律規定進行調和。例如，在一則嘉慶 23 年（1818）的案例中，王黑狗將妻子扈氏賣與李存敬為妻，按照《大清律例》所指示的標準處理模式，買休賣休和娶人妻者，本夫、本婦及買休人各杖一百，婦人離異歸宗，財禮入官。<sup>69</sup>但河南巡撫認為，王黑狗因貧病無奈賣嫁其妻，與無故買休賣休有別，且扈氏娘家並無親屬，若照律離異，勢必又將失節，因此「衡情酌斷」，使扈氏仍交後夫李

68 對於清代的裁判官員而言，瞭解地方的風俗、習慣，有助於情理的掌握，但是風俗、習慣並不因此等同於情理。參閱滋賀秀三，《清代中国の法と裁判》，頁 328-371；《続・清代中国の法と裁判》，頁 102-106。

69 《大清律例·刑律·犯姦》「縱容妻妾犯姦」條律文規定：「若用財買休賣休（因而）和（同）娶人妻者，本夫、本婦及買休人，各杖一百；婦人離異歸宗，財禮入官。」條文引自《大清律例》，頁 524。

存敬領回完聚，王黑狗所得財禮免追。又另一則道光 7 年（1827）的案件裡，傅泳因貧難以度日，將妻子趙氏價賣張得林為妻，張得林知情故買，趙氏亦屬情願。熱河都統認為，本案傅泳因貧賣妻，與律例規定的買休賣休的典型情況不同，應「衡情酌量問擬」，將傅泳與張得林改依「不應得為」律處以杖八十。同時考量趙氏難以獲得前夫傅泳養贍，又無娘家可歸，若斷令與後夫張得林離異，將會流離失所，故仍交後夫張得林領回完聚。<sup>70</sup>

此種主張根據情理審斷案件的觀念，在當代裁判中出現的頻率雖然較低，但是仍然不乏其例。以近年而言，例如，在 2009 年的一宗聲請覆審冤獄賠償案件中，聲請人未在法定期間內向國防部高等軍事法院檢察署檢附相關資料，冤獄賠償的請求遭到駁回。聲請人向司法院冤獄賠償法庭聲請覆審時，在聲請書狀中主張：「聲請人年老，身無分文，四處流浪，於情理法，應准予賠償。」<sup>71</sup>同年的另一件聲請覆審案中，聲請人的冤獄事實發生在《冤獄賠償法》施行前，依規定無法溯及適用《冤獄賠償法》，國防部北部地方軍事法院因此駁回其賠償請求。隨後聲請人向司法院冤獄賠償法庭聲請覆審，書狀內辯稱：「原決定所依據之法源雖無錯誤，但除法源依據外，應依情理給予賠償。」<sup>72</sup>此外，2022 年間，有民眾因監獄行刑法事件，向新北地方法院提起行政訴訟，但未能依法繳交裁判費用新臺幣 1,000 元及補正相關資料，遭到法院裁定駁回。其嗣後向高等行政法院提起抗告，在抗告狀內聲稱：「抗告人雖逾期未補繳第一審裁判費，惟司法應審酌情理法，如僅因無力繳納訴訟費用，即剝奪人民申訴權益，實難令人信服司法之公正。」<sup>73</sup>在這三個案件中，訴訟當事人聲請覆審或提出抗告時，都清楚自己的請求內容不合法律規定，但是仍然提出「情理」作為論據，主張法院不能只按照法律裁判，還必

70 以上兩則案例，詳參清·祝慶祺、鮑書芸、潘文舫、何維楷編，《刑案匯覽三編》（北京，北京古籍出版社，2004）冊 3，頁 1960、1962-1963。

71 詳參司法院刑事補償 98 年度台覆字第 509 號刑事決定書。這裡的「情理法」，從文脈來看，其實指的是「情理」，亦即情理優先於法律的意思。此種表述方式，在其他裁判文書的當事人陳述意旨中也不時可見。

72 詳參司法院刑事補償 98 年度台覆字第 385 號刑事決定書。

73 詳參臺北高等行政法院 110 年度監簡抗字第 17 號裁定。

須審酌情理，甚至要求法律朝向情理做出調整。

不過，面對這類主張，法院大多置之不理，按照法律認定當事人的聲明「委無理由」。有時候，法院也會針對訴訟當事人顯露的「傳統型的情理法觀」，直接提出指正。例如說到：

異議人又稱希以情理法處理本件違規事件云云……立法機關在制定法律之時，其考慮順序是情、理、法……然一旦法律制定後，執法人員之考量，則應改為法、理、情……作為適法性審查之司法機關，自不得基於所謂情理法之考量，而濫行撤銷原處分機關依法所為之處分。<sup>74</sup>

或謂：

聲明人主張應審酌人情，以期符合情理法，然法律事件當以法為先，於合法的範圍內再衡情酌理，本件聲明人所為既已為法所不容，即無在合法範疇內衡情酌理之可能。<sup>75</sup>

雖然同樣提到「情理」或「情理法」，但是關於情理在審判中所處定位的認知，前述訴訟當事人的「傳統型的情理法觀」和法院的「當代型的情理法觀」之間，顯然呈現了巨大的落差。

進一步地說，在「傳統型的情理法觀」下，情理法三者乃是處在同一個平面或次元，無分地位的高下。清代中國的裁判官員們認為情理法是一本同源，由情理生成法的容貌，又可從法追溯情理的所在。或許較精確地說，他們認為情理法「應是」一本同源，將情理法都視為裁判的法源，同時以情理法的調和與融貫當作裁判的理念。審斷中若見情理法似相牴觸，則運用「經權互濟」的方法，務使「從權合經」，追求每個案件的情法允協。一旦發現法和情理實在不能協調，則由皇帝下令改訂新例，以求情理法的再次和諧。歷任浙江按察使及福建巡撫等職的王凱泰

74 詳參臺灣彰化地方法院 97 年度交聲字第 539 號刑事裁定。又同法院 98 年度交聲字第 1545 號刑事裁定、臺灣臺北地方法院 96 年度交聲字第 962 號刑事裁定、臺灣新北地方法院 97 年度交聲字第 2821 號刑事裁定、臺灣新北地方法院 100 年度交聲字第 311 號刑事裁定、臺灣新北地方法院 101 年度交聲字第 864 號刑事裁定、臺灣桃園地方法院 99 年度交聲字第 1828 號刑事裁定、臺灣新竹地方法院 99 年度交聲字第 157 號刑事裁定、臺灣台中地方法院 99 年度交聲字第 2611 號刑事裁定等，也有類似的論述。

75 詳參臺灣台南地方法院 104 年度聲字第 625 號刑事裁定。

(1823-1875)曾說：「斷法有律而準情有例，律守一定而例則因時為變通。」江蘇按察使應寶時(1821-1890)亦說：「斷法有律而準情有例，律守一定而例則隨時為變通。」<sup>76</sup>亦即，《大清律例》的立法形式，也是通過經權互濟、從權合經的方法，以「例」補「律」或以「例」修「律」，謀求情理法的融貫。

與此相對，在「當代型的情理法觀」下，法律的地位當然高於情理，情理法處於不同的平面。裁判的過程裡雖然也會考量情理，但其考量充滿了侷限性。一來，情理的援用大多出現在事實認定的場合，主要作用在於判斷訴訟當事人的主張是「合乎情理」或「有違情理」；或者用以檢視法院的自由心證是否符合經驗法則，若法院的自由心證判斷「與情理無違，除有反證外，不得指為與經驗法則有違。」<sup>77</sup>

再者，涉及到法律適用時，情理的援用，必須要有法律的授權。例如民法第1條規定：「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。」其中關於「法理」的意涵，曾有學者認為與情理同屬一事，<sup>78</sup>如此一來，民事案件欠缺法律及習慣法依循時，可以探求情理加以解決。又法律規定中有許多不確定法律概念及概括條款，例如民法第148條「行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法」之「誠實及信用方法」、第230條「因不可歸責於債務人之事由，致未為給付者，債務人不負遲延責任」中的「不可歸責」、第1118之1條「對負扶養義務者無正當理由未盡扶養義務」中的「正當理由」、公立高級中等以下學校教師成績考核辦法第6條「體罰、霸凌、不當管教或其他違法處罰學生」中的「不當」，這些法律概念的解釋和概括條款的操作，往往也需要考量到情理。

但是，無論是通過法理或不確定法律概念、概括條款來導入情理的判斷，由於此種導入是通過法律規定的授權，因此實際上，援用情理進

76 分別參閱清·陶東皋等增修，《大清律例增修統纂集成》（臺北，中央研究院傅斯年圖書館藏清光緒28年〔1902〕上海文淵山房發兌刊本），〈重脩律例統纂集成序〉及〈增脩律例統纂集成序〉，頁3、7。

77 臺灣高等法院96年度再字第77號民事判決、臺灣高等法院100年度重再字第2號民事判決等。

78 對於相關學說的分析，詳參蘇永欽，〈民法第一條的規範意義——從比較法、立法史與方法論角度解析〉，收於楊與齡編，《民法總則爭議問題研究》（臺北，五南圖書，1999），頁5-16。

行裁判仍然是嚴格的「依法審判」。正如前述的法院裁定所稱，只有立法者有權將情理置放於法的前方或與法相同的平面上，審判者只能在合法的範圍內衡情酌理。在「當代型的情理法觀」下，裁判中不必致力於情理法的協調，但須致力於法體系本身的融貫。一旦法體系內部出現矛盾，不是採取「經權互濟」，而主要是根據法律適用原則<sup>79</sup>及操作法學方法進行梳理；倘若矛盾仍然無法解決，則會謀求立法機關的法律修訂，藉以回復法體系的一致性。在「當代型的情理法觀」之下，裁判的依據無須外求情理，「依法審判」本身就是必須堅守的裁判理念。

## （二）兩種情理法觀背後的秩序運作原理

「傳統型的情理法觀」與「當代型的情理法觀」在裁判中給予情理不同的定位，背後連結著不同秩序運作原理的深層思考。

將嚴格「依法審判」奉作裁判理念的「當代型的情理法觀」，是在民主體制中產生，並且隨著民主憲政的進展而逐漸紮根在臺灣社會。在民主體制下，基於民主原理及國家權力分立的理念，由身為國民意志代理人的國會議員擔負立法的職責，反應國民的意志，通過法律建構各種國民所意欲的法律關係與生活秩序。並且，由接受國民託付行使部分國家權力的司法機關依法審判，解決國民之間產生的各種法律糾紛。依法審判與議會民主制度結合，彰顯出一項重要的意義，即民主國家的國民通過自我決定、自我統治的方式，經營自己的法律生活，謀求自己的幸福，也透過此種方式解決法律生活裡發生的各種衝突。<sup>80</sup>從而，在司法審判的過程裡，裁判者依法審判，意味著他們基本上是遵循著權力委託人（國民）所訂定的準則從事委託事務；違法審判，則是對於立法機關與國民主權原理的侵犯。也因此，是否依法審判，與裁判正當性基礎的存立，具有直接的關係。

79 例如上位法優先於下位法、後法優先於前法、特別法優先於普通法、子法不得牴觸母法等原則。

80 類似的討論，參閱西原春夫，《刑法の根底にあるもの》（東京，成文堂，2003），頁 15-18；五十嵐清，《法學入門》（東京，日本評論社，2017），頁 56-57。

抱持著「當代型的情理法觀」，強調依法審判的人們，雖然未必全部都能夠清楚表達出上述的秩序運作原理，但是由於民主憲政生活的參與，以及民主法治教育的薰陶，腦海中會隱隱約約地持有相關的認識，或者在他人提示相關的觀點後能夠欣然贊同，並且強度不等地將此種民主原理當成一種信念。而當代民主原理的形成，在近代西方政治、法律的發展歷程上，是以各種形式的社會契約論作為主要的理論，試圖說明政治權力的正當性基礎。<sup>81</sup>在社會契約論下的一項重要預設，是在人類觀方面，肯定人類的理性能力，認為所有具備成熟理性的人們都應該是獨立、自由、平等的，可以不受到傳統慣例的束縛，重新檢視自己所處的世界，並且有能力基於自由意志，透過社會契約形成國家，要求國家確保人們原本就享有的各種天賦權利或公共利益。<sup>82</sup>

立基於這項預設的基礎上，人們得以建立民主政治體制，及通過正當的合意，制定各式各樣的準則引導社會成員與政府的社會活動，並且委託司法機關根據準則裡設定的重要注意事項及預設效果，處理社會紛爭。這些重要的注意事項及預設效果，即是各種法律規則的構成要件要素和法律效果。當法律規則不明確或有漏洞時，必須探求立法者的主、客觀意思進行法律解釋，<sup>83</sup>或在非明顯違反立法者意旨的前提下，進行

81 此種社會契約式理念的制度性實踐，例如：中華民國憲法前言載：「中華民國國民大會受全體國民之付託，依據孫中山先生創立中華民國之遺教，為鞏固國權，保障民權，奠定社會安寧，增進人民福利，制定本憲法，頒行全國，永矢咸遵。」1947年施行的日本國憲法前言就此表達地更加明確，其謂：「國政乃基於國民之嚴肅信託，其權威來自國民，其權力由國民之代表行使，其福利由國民享受。此為人類普遍之原理，而本憲法即以此項原理作為根基。」（內容為筆者所譯）此外，中華民國憲法第2條規定：「中華民國之主權屬於國民全體」以及第二章關於平等權與其他各種自由、權利之憲法保障，也都可以認為是上述社會契約式理念的制度化成果。不過必須指出，這裡所說的社會契約式理念，並非專指特定思想家的整套社會契約理論，僅是泛指盧梭（Jean-Jacques Rousseau, 1712-1778）與洛克（John Locke, 1632-1704）的理論中較為一致的部分，它們對於近代以來的民主憲政制度發生了較大的影響。

82 參閱寺田浩明著，黃琴唐譯，〈傳統中國法與近代法〉，收於徐世虹主編，《中國古代法律文獻研究》第12輯（北京，中國政法大學出版社，2018），頁604-607；村上淳一，《〈法〉の歴史》（東京，東京大學出版會，2001），頁123-129；沈清松，〈導讀〉，收於盧梭（Jean-Jacques Rousseau）著，徐百齊譯，《社約論》（臺北，臺灣商務印書館，2000），頁1-29。

83 即法律解釋學上，關於法律解釋的目的，有主觀說與客觀說。前者認為法律解釋

漏洞補充（指刑事法以外的場合）。因此，受到國民委任的法官，即使自認擁有勝於常人的睿智，可以提出外於法律的更佳方案，但是做成裁判時，仍然必須、也只須受到這些構成要件要素與法律效果的拘束。

相對於此，澆灌「傳統型的情理法觀」的清代中國法律文化中，主流思想對於社會秩序運行的想像，呈現一幅截然不同的圖像。在這幅圖像中，秩序的源頭來自於「天」，聖人是聯繫「天理」和人間禮法規範的橋樑。在人類觀方面，雖然不否定人們有可能通過自我的努力，啟發天生的道德本性來實現道德，但仍認為大多數群眾原本都是蚩蚩待教、欠缺理智的愚民，仰賴聖人的管理、引導、教化，才能趨向良善。<sup>84</sup>因此，政治體制、禮法規範，多是由古之聖賢，或象徵今之聖人的皇帝（在官僚群體的輔佐下）體知天理，宣達於民。

不過，另一方面，皇帝承受天命，也必須以仁心體察人情，實施仁政，呼應天理，否則一旦為政失德，他的權威也會因此動搖，甚至導致王朝的傾覆。為了讓自己委託在各地施政的官員們處理糾紛時，也能夠順應天理，合乎人情，皇帝將自己察知或肯認的情理，做成典型的參照案例，體現為國家制定法，要求官員們以此作為審理案件的指針。倘若官員們察知眼前的案件與典型案件存有不同之處，順應案件中的情理提出更適宜的處理方案，他們的意見也可能會被皇帝所採納。不過，隨著案件涉及的惡性和刑罰的輕重不同，皇帝對於掌控案件的謹慎程度也會有所差異，對於官員們是否遵照國法指引的要求強度亦因此高下有別。

無論如何，既然仁政必須呼應天理人情才能實現，而裁判也是實施仁政的重要環節，那麼，只有以國法為指針，同時融貫了天理人情的裁判，才能具有真正的正當性，獲得普遍的認同與稱讚。機械式的「依法審判」，純粹只是對於皇權的順從，無法滿足裁判正當性的要求。

兩種情理法觀，背後理應連結著不同的秩序運作模式，就此而言，生活在當代臺灣民主體制下，卻仍抱持著「傳統型的情理法觀」的人們，大體上究竟如何想像自身所處秩序的運作原理，或者是否曾經思考過相

---

係在探求立法者在立法當時的意思，後者認為法律解釋要闡釋法律本身蘊含的客觀意旨。

84 范忠信，《中西法文化的暗合與差異》（北京，中國政法大學出版社，2001），頁 202-204。

關的問題，乃是一個值得探索的課題。

## 五、結語——情理法的當代省思

清代中國與當代臺灣的法律體制中隱含的人類觀與秩序運作原理皆有不同，情理法在各自的秩序架構中被賦予的定位也大異其趣。然「當代型的情理法觀」與「傳統型的情理法觀」，都不過是順應著社會、歷史條件發展而產生的文化結晶，沒有孰優孰劣的問題，只是，兩者顯然不適合並存在同一個時空裡。

在當代法體制之下，處在同一平面的情理法，只能出現在立法的場合，由立法者考量社會大眾的情理後，制定法律。但是，立法者在制定法律時，也可能僅考量一部分的情理，或者不考量情理，甚至可能考量與情理對立的其它要素。<sup>85</sup>而且，由於個人理性已經取代了天理，成為秩序設定的來源，而民主體制又支持著多元價值的發展，因此，如何找出社會生活中的健全價值判斷及大眾關於正義的衡平感覺（亦即情理），在立法時加以參酌（但不追求情理法的融貫），其實具有一定的難度。而在裁判的場合中，為了避免法官的恣意濫權，除了事實認定的領域以外，情理的考量，原則上必須獲得法律的授權。

雖然如此，「傳統型的情理法觀」仍然可以為當代的司法審判提供借鏡。亦即，在追求情理法融貫的裁判理念下，國法源自天理人情，國法的條文只是皇帝給予裁判官員的重點提示，官員因此無法免除探尋其它各種要素的責任。由於所有要素都應該儘量地納入考量，而且無論「細事」或「重案」的審理都未有當代「一事不再理」般的限制，當事人遂能反覆提出新的主張，或者不斷重新控告。在此情況下，紛爭案件在法律層面加以解決的難度提升，但是也因為如此，一旦案件在法律層面獲得終結，通常意味著問題在現實層面也得到了解決。在此種「傳統型的情理法觀」下，國法與官府的裁判，不會跳脫具體的社會脈絡，也不可

85 例如民法第 144 條規定，債權人的請求權時效完成後，債務人得拒絕給付。這與社會大眾普遍認知的「欠債還錢」當然之理，顯然存在著衝突。

能創設一個獨立於現實世界的法律世界，遂使現實世界與法律世界能夠始終重合。

相較於此，當代法體系的立法，高度信賴人類理性的作用，因此，通過意志創設出來的法律關係與法律秩序，原本就不被要求須與社會的實際狀態吻合，甚至有時此種不相吻合的狀態是立法者刻意製造，企圖藉此進行社會改造（例如同性婚姻的保障、子女姓氏原則上由父母協議決定等）。而在審判方面，由於法安定性等要求，裁判經過一定程序後即發生法律上的確定效力，原則上不可更動。但是當法律的重要性、獨立性與體系性不斷強化，一旦法律人對於構成要件要素的概念操作過於僵化，未能適度地向社會攝取養分，也可能因此和社會的需求產生脫節。長此以往，法律世界與現實世界將會逐漸發生分離，社會紛爭在法律世界中的解決（判決確定），未必能夠在現實世界中同樣付諸實現（判決的執行成效不彰等），甚至可能在現實世界中引發新的爭端（非法的自力救濟等）。

「依法審判」的裁判理念是我們選擇民主體制的附隨效果，為此我們不得不堅決地告別「傳統型的情理法觀」。又，作為一個繼受西方法制與法學而形成的法體系，在當前全球化浪潮的強烈席捲下，法律繼受的工程也必然繼續進行。但是，在此過程中，如何在「依法而治」的民主精神下，讓立法及裁判與社會保持一定的距離，發揮以法律引導社會的「法教」功能，同時又不至於和社會過度脫節，以形塑一個兼具全球化與在地化的法律文化，這是日後必須持續思辯的重大課題。其中，在裁判的層面上，2023年開始施行的《國民法官法》，或許是一個極佳的試驗場域。雖然這部法律適用的裁判相當有限，又同時引發了種種正面與負面的評價，並且未來的實施成效仍屬未知，但是無論如何，它至少提供了一個強迫法律人社群與非法律人社群互相溝通、理解的平臺，以及自我省視的契機。一方面，可以讓法律人社群有更多機會較精準地認識非法律人社群心中的情理（國民的正當法律感情、社會通念）<sup>86</sup>；另一

86 在當代臺灣的審判實務上，法官在判決理由中經常提出「社會通念」或「國民感情」的說法，以進行事實認定或特定法律概念（例如是否構成刑法上的「侮辱」）的詮釋，但是所謂的「社會通念」，有可能只是法官個人的觀念，所謂的「國民感情」，也可能是法官個人的法律感情。

方面，也讓一般國民在參與現代裁判的過程中，能夠進一步瞭解當代法理背後連結的價值理念。其中，當然也會出現傳統中國法意識與當代西方法精神之間的互動與撞擊。傳統或當代？在地化或全球化？無論我們決定走向何方，以及在哪裡停下腳步，只有對於它們各自連結的價值精神與文化意義同時有所理解後，我們最終做出的決定，才能稱得上是理性的決定。

## 徵引文獻

### 一、文獻史料

- 漢·司馬遷，《史記》，點校本，臺北，鼎文書局，1981。
- 漢·班固，《漢書》，點校本，臺北，鼎文書局，1986。
- 清·方大湜，《平平言》，收於官箴書集成編纂委員會編，《官箴書集成》冊7，合肥，黃山書社，1997，影印清光緒18年（1892）資州官廨刊本。
- 清·托津等奉敕纂修，《欽定大清會典事例（嘉慶朝）》，臺北，中央研究院傅斯年圖書館藏清嘉慶6年（1801）至23年（1818）修刊本。
- 清·汪輝祖纂，《佐治藥言》、《續佐治藥言》，收於王雲五主編，《叢書集成初編 佐治藥言及其他一種》，上海，商務印書館，1937。
- 清·汪輝祖纂，《學治臆說》、《學治續說》、《學治說贅》，收於王雲五主編，《叢書集成初編 學治臆說及其他二種》，上海，商務印書館，1939。
- 清·沈之奇撰，懷效鋒、李俊點校，《大清律輯註》，北京，法律出版社，2000。
- 清·修訂法律館編，《欽定大清現行刑律（宣統朝）》，清宣統2年（1910）7月聚珍版印行，收於《清代各部院則例》，香港，幅池書院，2004。
- 清·徐棟輯，《牧令書》，收於官箴書集成編纂委員會編，《官箴書集成》冊7，合肥，黃山書社，1997，影印清道光28年（1848）刊本。
- 清·祝慶祺、鮑書芸、潘文舫、何維楷編，《刑案匯覽三編》4冊，北京，北京古籍出版社，2004。
- 清·崑岡等奉敕著，《欽定大清會典事例（光緒朝）》，臺北，啟文出版社，1963，影印光緒25年（1899）刻本。
- 清·陶東皋等增修，《大清律例增修統纂集成》，臺北，中央研究院傅斯年圖書館藏清光緒28年（1902）上海文淵山房發兌刊本。
- 清·鄂爾泰等奉敕修，《清實錄·世宗憲皇帝實錄》，北京，中華書局，1986。
- 清·褚瑛，《州縣初仕小補》，收於官箴書集成編纂委員會編，《官箴書集成》冊8，合肥，黃山書社，1997，影印清光緒10年（1874）森寶開排

印本。

清·蔣溥、孫嘉淦等撰，《欽定大清會典則例（乾隆朝）》，收於《景印文淵閣四庫全書》冊 620-625，臺北，臺灣商務印書館，1983-1986，影印國立故宮博物院藏本。

清·戴兆佳，《天台治略》，收於官箴書集成編纂委員會編，《官箴書集成》冊 4，合肥，黃山書社，1997，影印清活字本。

司法院，「裁判書系統」，<https://judgment.judicial.gov.tw/FJUD/Default.aspx>，最後讀取 2022.6.15。

田濤、鄭秦點校，《大清律例》，北京，法律出版社，1999。

行政院，〈國情簡介〉，土地與人民，人民，族群，<https://www.ey.gov.tw/state/99B2E89521FC31E1/2820610c-e97f-4d33-aa1e-e7b15222e45a>，讀取 2022.5.15。

汪慶祺編，李啟成點校，《各省審判廳判牘：王朝末日的新式審判》，北京，北京大學出版社，2007。

臺灣開明書店斷句，《斷句十三經經文》，臺北，臺灣開明書店，1991 臺十版。

## 二、近人研究

### （一）中文

D·布迪（Derk Bodde）、C·莫里斯（Clarence Morris）著，朱勇譯，《中華帝國的法律》，南京，江蘇人民出版社，1998。

王志強，〈清代刑部的法律推理〉，收於氏著，《法律多元視角下的清代國家法》，北京，北京大學出版社，2003，頁 68-97。

王泰升，《台灣法律史概論》，臺北，元照，2020。

王鵬翔，〈規則、原則與法律說理〉，《月旦法學教室》53，臺北，2007，頁 74-83。

寺田浩明著，黃琴唐譯，〈傳統中國法與近代法〉，收於徐世虹主編，《中國古代法律文獻研究》第 12 輯，北京，中國政法大學出版社，2018，頁 590-625。

寺田浩明著，黃琴唐譯，〈從明清法看比較法史——裁判與規則〉，收於邱

- 澎生、何志輝主編，《明清法律與社會變遷》，北京，法律出版社，2019，頁 9-54。
- 汪雄濤，〈明清訴訟中的“依法審判”〉，《開放時代》2009：8，廣州，頁 83-100。
- 邱澎生，〈真相大白？明清刑案中的法律推理〉，收於熊秉真編，《讓證據說話——中國篇》，臺北，麥田，2001，頁 135-198。
- 那思陸，《清代中央司法審判制度》，北京，北京大學出版社，2004。
- 吳佩林，《清代縣域民事糾紛與法律秩序考察》，北京，中華書局，2013。
- 里贊，《晚清州縣訴訟中的審斷問題——側重四川南部縣的實踐》，北京，法律出版社，2010。
- 沈清松，〈導讀〉，收於盧梭（Jean-Jacques Rousseau）著，徐百齊譯，《社約論》，臺北，臺灣商務印書館，2000，頁 1-29。
- 林端，《韋伯論中國傳統法律——韋伯比較社會學的批判》，臺北，三民書局，2003。
- 周鴻雁、江暢，〈中國傳統價值觀的“經權”觀念檢視〉，《道德與文明》2019：6，天津，頁 51-58。
- 周振鶴，〈聖諭、《聖諭廣訓》及其相關的文化現象〉，收於周振鶴撰集，顧美華點校，《聖諭廣訓集解與研究》，上海，上海書店出版社，2006，頁 581-632。
- 俞江，〈清代的立繼規則與州縣審理——以寶坻縣刑房檔為線索〉，《政法論壇》25：5，北京，2007，頁 82-100。
- 范忠信，《中西法文化的暗合與差異》，北京，中國政法大學出版社，2001。
- 高鴻鈞，〈無話可說與有話可說之間——評張偉仁先生的《中國傳統的司法和法學》〉，《政法論壇》2006：5，北京，頁 98-109。
- 徐忠明，〈清代中國司法裁判的形式化與實質化——以《病榻夢痕錄》所載案件為中心的考察〉，《政法論壇》25：2，北京，2007，頁 39-76。
- 夏曉虹，《晚清白話文與啟蒙讀物》，香港，三聯書店，2015。
- 陳惠馨，《清代法制新探——以《大清律例》為核心》，臺北，元照，2022。
- 陳韻如，〈「刁婦／民」的傳統中國「（非）法」秩序——預測論、潛規則與淡新檔案中的姦拐故事〉，《中研院法學期刊》2019 特刊 1，臺北，頁 371-454。
- 陳國強，〈“經、權”論與傳統法律文化〉，《河北法學》27：1，石家莊，

2009，頁 77-81。

黃源盛，〈唐律中的禮教法律思想〉，收於氏著，《中國傳統法制與思想》，臺北，五南圖書，1998，頁 179-208。

黃源盛，《中國法史導論》，臺北，元照，2012。

黃宗智，《清代的法律、社會與文化：民法的表達與實踐》，上海，上海書店出版社，2001。

葛榮晉，〈中國古代經權說的歷史演變〉，《孔子研究》1987：2，濟南，頁 23-29。

溝口雄三著，趙士林譯，《中國的思想》，北京，中國財富出版社，2012。

霍存福，〈中國傳統法文化的文化性狀與文化追尋——情理法的發生、發展及其命運〉，《法制與社會發展》7：3，長春，2001，頁 1-18。

蘇永欽，〈民法第一條的規範意義——從比較法、立法史與方法論角度解析〉，收於楊與齡編，《民法總則爭議問題研究》，臺北，五南圖書，1999，頁 1-40。

## （二）日文

五十嵐清，《法學入門》，東京，日本評論社，2017。

木津祐子，〈『聖諭』宣講——教化のためのことば——〉，《中國文學報》66，京都，2003，頁 85-108。

寺田浩明，《中國法制史》，東京，東京大學出版會，2018。

西原春夫，《刑法の根底にあるもの》，東京，成文堂，2003。

村上淳一，《〈法〉の歴史》，東京，東京大學出版會，2001。

滋賀秀三，《清代中国の法と裁判》，東京，創文社，1984。

滋賀秀三，《続・清代中国の法と裁判》，東京，創文社，2009。

## The Coherence of “Sentiment, Rationality, and Law”: The Underlying Thinking of Judiciary Judgments in Qing-Dynasty China and Its Reflection in the Contemporary Era

HUANG Chin-tang\*

In the society of present-day Taiwan, we hear from time to time the phrases “Sentiment, Rationality, and Law” (*qing li fa* 情理法) or the “Natural Principle, Human Sentiment, and State Law” (*tianli renqing guofa* 天理人情國法). These phrases mean that in deciding a case, one cannot take account only of the law but should also remember that “law does not exist beyond human feeling”; and one must take into consideration sentiment and reason as well as law. The thinking that underlies such judiciary practice is inherited from the traditional judiciary culture of the Han Chinese. In order to understand the historical context and the significance of the legal culture that informs the principles of “Sentiment, Rationality, and Law,” this article first builds upon existing research on “Sentiment, Rationality, and Law” in the Qing Dynasty to present more systematically their function and their interrelations; as well as investigating their application. It thus clarifies some points in the literature that have thus far remained unclear. Secondly, returning its attention to contemporary legal culture, this article interrogates the deep-seated differences between traditional and contemporary legal judgements and reflects upon the position of “sentiment” and “rationality” in present-day Taiwan judicial culture. Concretely speaking, this article confirms the application of “Sentiment, Rationality, and Law” as bases for legal judgements in the Qing Dynasty, as well as the the coherence of

---

\* Assistant Professor, College of Law, National Chengchi University.

“Sentiment, Rationality, and Law” as a judicial concept undergirding judgements. It then explains that the adjustment of the weighting of “Sentiment and Rationality” and the coherence of “Sentiment, Rationality and, Law” in judgements were the means of implementing the principle of “Rebalancing Constancy and Expediency” (*jing quan huji* 經權互濟); and highlights the systemic limits of the application of sentiment and rationality. Lastly, this article distinguishes the different standing of “Sentiment and Rationality” in legal judgements in the Qing Dynasty and in modern-day Taiwan, as well as the two different ideas of humanity and the different legal orders that lay behind and are linked to the principles of “Coherence of Sentiment, Rationality and Law” and “Adjudication According to Law” respectively.

Keywords: Sentiment and Rationality (*qing-li*), Natural Principle (*tianli*), Sentiment (*renqing*), Adjudicate According to Law, Constancy-Expediency (*jing quan*)