

# 宋代司法中的事实认知与法律推理

陈景良 王小康

**摘要** 宋代司法判决重视“明辨是非”，兼具事实求真与价值向善的两种诉求，宋代司法名公在事实问题与法律问题之划分上表现出了高度的自觉，显示了中国本土法学方法的划时代进步。在事实与法律的衔接上，司法名公综合运用了内部证成与外部证成。当裁判规范相对确定的时候，他们在事实与规范的循环互动中实现法律规范对生活事实的涵摄，得出案件事实认定结果，在叠加使用演绎推理方法的基础上做出案件判决。在裁判规范出现查找和证立困境的时候，他们在“法”与“理”的二元互动中谋求妥善的法律解释及法律续造，以平衡法律与社会道德伦理、国家秩序原理的关系，由此显示出了“法理”之自觉。从思维方法与价值体系的角度来看，宋代司法对于事实求真与价值向善的兼顾、在“法”与“理”的二元互动中论证说理，与朱熹理学思想在司法名公中的传播和运用存在着密切关系。

**关键词** 法理 明辨是非 宋代司法 涵摄 法律续造

作者陈景良，中南财经政法大学法学院教授（湖北武汉 430064）；王小康，中南财经政法大学法学院法律史专业博士生（湖北武汉 430064）。

中图分类号 P9

文献标识码 A

文章编号 0439-8041(2020)02-0095-24

作为传统中国司法文化定性研究的重要维度，近年来宋代司法传统吸引了学界的广泛关注。目前相关研究主要集中在宋代司法是否依法审判（法源结构或司法准据结构）、是否同案同判、是否具有稳定性和可预期性等问题上。<sup>①</sup>立足于现有研究，大致可以勾勒出宋代司法既重视依法判决、同时又兼顾天理人情，具备一定稳定性和可预期性的图景轮廓。但是，宋代司法判决内部究竟是如何展开说理的，其事实认知与法律推理具体是如何进行的，尚且欠缺细致而深入的揭示，存在进一步挖掘和阐释的空间。<sup>②</sup>

① 参见王志强：《〈名公书判清明集〉法律思想初探》，《法学研究》1997年第5期；王志强：《南宋司法裁判中的价值取向——南宋书判初探》，《中国社会科学》1998年第6期；佐立治人：《〈清明集〉的“法意”与“人情”——由诉讼当事人进行法律解释的痕迹》，杨一凡译，寺田浩明主编：《日本学者中国法制史论著选·宋辽金元卷》，北京：中华书局，2016年，第353—383页；刘馨璐：《论宋代狱讼中“情理法”的运用》，中国法制史学会主编：《法制史研究》2002年第3期；陈景良：《宋代司法传统的叙事及其意义——立足于南宋民事审判的考察》，《南京大学学报》2008年第4期；陈锐：《宋代的法律方法论——以〈名公书判清明集〉为中心的考察》，《现代法学》2011年第2期；柳立言：《南宋的民事裁判：同案同判还是异判》，《中国社会科学》2012年第8期；柳立言：《“天理”在南宋审判中的作用》，“中央研究院”历史语言研究所集刊第八十四本第二分（2013年），第277—328页；马若斐：《南宋时期的司法推理》，陈煜译，徐世虹主编：《中国古代法律文献研究》第7辑，北京：社会科学文献出版社，2013年，第299—358页；赵晶：《中国传统司法文化定性的宋代维度——反思日本的〈名公书判清明集〉研究》，《学术月刊》2018年第9期。

② 陈锐《宋代的法律方法论——以〈名公书判清明集〉为中心的考察》一文对于宋代司法名公的“法律方法”进行了有力的探讨。他认为，宋代名公们在断案中充分运用了演绎论证、类比论证以及价值衡量等法律方法，这种断案模式大致属于“法律论证模式”，并非“不合逻辑的”。但是，他并未就宋代司法判决中事实认知与法律推理的具体情况和内在理路展开进一步分析。

## 一、“明辨是非”：宋代司法判决兼具事实求真与价值向善的诉求

众所周知，在现代法学语境中，事实认知与法律推理是司法审判活动以及法学方法的两个基本要素。<sup>①</sup>在现代司法实践中，法官判决的基本逻辑就是演绎法：以法律规范为大前提，以事实认知为小前提，由此得出判决结果。那么，宋代司法判决中是否存在着类似的推理逻辑结构？到底是什么诉求在主导宋代法官的说理过程呢？要解释这一点，我们必须回归宋代司法的真实判决中一探究竟。作为宋代最重要的司法判例集，《名公书判清明集》（下简称《清明集》）记载了南宋时期一些著名的地方法官审判案件的真实事例。在《清明集》当中存在着一种“明辨是非”的叙事，其中贯穿着对于事实认知和法律推理两方面的关切，这正是剖析宋代司法判决说理方式的一个良好视角。

据笔者统计，“是非”一词在《清明集》中共出现达 33 次，涉及 27 份书判<sup>②</sup>，并且经常与“明辨”（或“辨明”）一词相伴出现。根据文理来分析，这种“明辨是非”的叙事有时侧重于指向证据认定、事实认知，如“官司理断交易，且当以赤契为主，所谓抵当，必须明辨其是非”<sup>③</sup>，此即要求查清案件事实，辨明当事人之间是否存在“抵当”关系；有时侧重于指向法律推理、价值判断或追求公平正义，如“事到本司，三尺具在，只得明其是非，合于人情而后已”<sup>④</sup>，此即要求依法辨明争讼双方孰对（是）孰错（非），“三尺”即法也；有时则兼两者而有之，如“昨曾约束民间争讼，官司所当明辨是非”<sup>⑤</sup>，即兼有查清案件事实与进行价值判断、追求公平正义之意。具体情况参见表 1。

表 1 《清明集》“是非”一词出场情况统计

序号	《清明集》中的“是非”一词及其意义阐释 (以下每案分三个子目：A、原文；B、“是非”一词在具体语境的含义；C、所涉证据)
1	(1) 存心以公，传曰：公生明。私意一萌，则是非易位，欲事之当理，不可得也。
	A (2) 夫州之与县，本同一家，长吏僚属，亦均一体，若长吏偃然自尊，不以情通于下，僚属退然自默，不以情达于上，则上下痞塞，是非莫闻，政疵民隐何从而理乎？ <sup>⑥</sup>
	B (1) 侧重于进行价值判断、追求公平正义之意：“是非”指正邪善恶标准，即“理”。
	(2) 侧重于追求查清案件事实之意：“是非”指州县民间情况，“政疵民隐”。
C	此书判为对僚属在行政、司法原则上的劝诫，不涉及具体证据建构问题。

① 舒国滢、王夏昊、雷磊所著《法学方法论》一书指出：“在逻辑上，法官针对特定案件作法律决定可以分为三个步骤：确定特定的事实；厘清法律规范的内容；将事实与规范联结到一起。”（参见舒国滢、王夏昊、雷磊：《法学方法论》，北京：中国政法大学出版社，2018 年，第 7 页）“法学方法是关于法律推理或论证的方法”，“在法律推理或论证中，法律人是在针对特定案件事实即在一定语境下解释法的渊源文本即实在法的意义。这意味着，在逻辑上，法律人不仅要确认案件事实，而且要解释实在法。这就是我们通常所谓的事实问题与法律问题的区分。”参见舒国滢、王夏昊、雷磊：《法学方法论》，第 20—23 页。

② 在《清明集》中，“是”与“非”两字相连实际出现了 35 次，涉及 29 份书判。在吴雨岩《宗室作过押送外司拘管爪牙并从编配》一判中，“则是非推”应理解为“则是不仅仅”；在《生祠立碑》一判中，“于是非但”应理解为“对此不仅仅”，因此，这两个书判不在统计之列。参见吴雨岩：《宗室作过押送外司拘管爪牙并从编配》，中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校，《名公书判清明集》卷之十一，人品门·宗室，北京：中华书局，1987 年，第 399 页，第 61 页。

③ 参见吴恕斋：《以卖为抵当而取贖》，中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校，《名公书判清明集》卷之六，户婚门·抵当，第 169 页。

④ 参见司法拟：《立继有据不为户绝》，中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校，《名公书判清明集》卷之七，户婚门·立继，第 215 页。

⑤ 参见真西山：《劝谕事件于后》，中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校，《名公书判清明集》卷之一，官吏门·申傲，第 15 页。

⑥ 参见真西山：《咨目呈两通判及职曹官》，中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校，《名公书判清明集》，卷之一，官吏门·申傲，第 2 页。

(续表 1)

		《清明集》中的“是非”一词及其意义阐释
序号		(以下每案分三个子目: A、原文; B、“是非”一词在具体语境的含义; C、所涉证据)
		(3) 公事在官, 是非有理, 轻重有法, 不可以己私而拂公理, 亦不可散公法以徇人情。
2	A	(4) 殊不思是非之不可逾者, 天理也, 轻重之不可踰者, 国法也。以是为非, 以非为是, 则逆乎天理矣! 以轻为重, 以重为轻, 则违乎国法矣! <sup>①</sup>
	B	(3)(4) 侧重于进行价值判断、追求公平正义之意: “是非”指正邪善恶标准, 即“理”“公理”“公法”“天理”“国法”。
	C	不涉及具体证据建构问题。
3	A	(5) 昨曾约束民间争讼, 官司所当明辨是非, 如果冒犯刑名, 自合依条收坐。 <sup>②</sup>
	B	(5) 兼有查清案件事实与进行价值判断、追求公平正义之意: “是非”兼指事之虚实、理之正邪。
	C	不涉及具体证据建构问题。
4	A	(6) 但李克义、李克刚有事在官, 是非曲直, 只当听候官司剖决。 <sup>③</sup>
	B	(6) 兼有查清案件事实与进行价值判断、追求公平正义之意: 李克义是否冒充李少卿嫡系子孙, 是否应受惩罚。
	C	李少卿真本诰命与真本墓志; 检验刘七被打“伤至流血, 痕迹俱存”。
5	A	(7) 具申尚书省, 乞与放行注授, 庶几是非明白, 士夫知所劝。 <sup>④</sup>
	B	(7) 兼有查清案件事实与进行价值判断、追求公平正义之意: 知县黄辂是否贪污、县吏郑勋等人是否为诬告知县, 县吏是否应受惩罚。
	C	郑勋之口供。
6	A	(8) 萧、张之讼田, 固未知其孰是非也, 然以人情度之, 一番为瞞昧, 则钱没官, 业还主, 张氏何为不能讼之官, 而遽献之学邪? 是必有故矣。(9) 学官不问其是非而私受之, 漕使所谓质之夫子辞受之义而安者, 其果安乎? <sup>⑤</sup>
	B	(8) 兼有查清案件事实与进行价值判断、追求公平正义之意: 所争田业究竟原属于是萧氏还是张氏, 萧氏与张氏谁对谁错。(9) 兼有查清案件事实与进行价值判断、追求公平正义之意: 所争田业究竟原属于是萧氏还是张氏, 学官是否应当接受张氏献田。
	C	学司状纸, 即学司衙门所签发的公文。
7	A	(10) 此事昨来金厅所拟, 间得其情, 至于剖决之际, 未免真伪混淆, 是非易位, 金厅盍申言之。 <sup>⑥</sup>
	B	(10) 兼有查清案件事实与进行价值判断、追求公平正义之意: 贾勉仲与贾文虎之间田产是否成立典卖关系, 所谓贾勉仲拨田与严氏是否属实, 贾宣的立嗣身份是否应该认定为成立; 贾勉仲与贾文虎二人, 何者主张为正当。
	C	贾文虎所持遗嘱、典契, 贾宣立嗣凭据(“除附给据”)。
8	A	(11) 俞行父、傅三七争山之讼, 昨已定夺, 而行父使弟定国妄以摽拨界至为词, 套合保司, 意欲妄乱是非。 <sup>⑦</sup>
	B	(11) 兼有查清案件事实与进行价值判断、追求公平正义之意: 俞行父山林与傅三七田业之界至有无干涉、傅三七有无“摽拨界至”之行为, 俞行父现占有之山林是否有正当来源; 俞行父与傅三七二人, 何者主张为正当。
	C	俞行父手中干照(保司朱记)、刘德成上手干照契约; 县尉亲自下乡勘验两家田业界至; 查明傅三七买刘八四田, 傅三七现在管业。

① 参见真西山:《谕州县官僚》, 中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校,《名公书判清明集》, 卷之一, 官吏门·申傲, 第 6 页。

② 参见真西山:《劝谕事件于后》, 中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校,《名公书判清明集》, 卷之一, 官吏门·申傲, 第 15 页。

③ 参见《冒解官户索真本诰以凭结断》, 中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校,《名公书判清明集》, 卷之二, 官吏门·顶冒, 第 45 页。

④ 参见吴雨岩:《县吏妄供知县取捐》, 中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校,《名公书判清明集》, 卷之二, 官吏门·昭雪, 第 60 页。

⑤ 参见方秋崖:《学官不当私受民献》, 中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校,《名公书判清明集》, 卷之三, 赋役门·学校, 第 93—94 页。

⑥ 参见建金:《侄假立叔契昏赖田业》, 中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校,《名公书判清明集》, 卷之五, 户婚门·争业下, 第 146—147 页。

⑦ 参见刘后村:《争山妄指界至》, 中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校,《名公书判清明集》, 卷之五, 户婚门·争业下, 第 157 页。

(续表 1)

		《清明集》中的“是非”一词及其意义阐释	
序号		(以下每案分三个子目: A、原文; B、“是非”一词在具体语境的含义; C、所涉证据)	
9	A	(12) 题目: 争山各执是非当参旁证 <sup>①</sup>	
	B	(12) 兼有查清案件事实与进行价值判断、追求公平正义之意: 是否存在过一份嘉定二年契约, 现有这份嘉定二年契约是否为真实, 嘉定二年契约中所载之典卖是否包括宋家源头山; 曾子晦与范僧二人, 何者主张为正当。	
	C	绍熙元年范崇买杨三六山契约, 开禧三年范诚之、范元之、范僧分家支书, 嘉定二年曾大机宜买阿黄、范八、范僧黄梔园并宋家源头山契约, 以及宝庆元年曾知府买宋五“宋家源”山契约。	
10	A	(13) 官司理断交易, 且当以赤契为主, 所谓抵当, 必须明辨其是非。 <sup>②</sup>	
	B	(13) 侧重于追求查清案件事实之意: 陈嗣佑与何太应之间的罗家坞山地交易究竟是“抵当”, 还是“断卖”。	
	C	宝庆二年陈嗣佑买罗家坞山地契约及上手赤契、绍定二年何太应买陈嗣佑罗家坞山地契约。	
11	A	(14) 此岁月先后重叠, 是非不辨而明矣。 <sup>③</sup>	
	B	(14) 兼有查清案件事实与进行价值判断、追求公平正义之意: 孙斗南两处园地的一地两卖, 这四次交易契约各自时间先后顺序如何, 其中应认定哪两次为有效。	
	C	绍定四年孙蛻买孙斗南园地一角三十步契约、绍定六年孙兰买孙斗南园地一角三十步契约、绍定五年孙兰买孙斗南园地二角草屋三间契约、绍定六年孙蛻买孙斗南园地二角草屋三间契约; 孙彦烈与王氏的供词。	
12	A	(15) 殊不知既有交争, 何害和对, 既相词讼, 宁免追呼, 此皆枝蔓之辞。若夫产业之是非, 初不在是。 <sup>④</sup>	
	B	(15) 兼有查清案件事实与进行价值判断、追求公平正义之意: 该田产究竟是否已经赎回, 若该田产未曾赎回, 是否已经断卖; 吴五三(吴富)和陈税院二人, 何者主张为正当。	
	C	吴五三(吴富)手中标明田产四至之底账砧基、证明赎回田产的批约, 陈税院手中有吴亚休所交付上手赤契, 吴亚休与其父陈解元所先立之典卖契约, 吴朝兴、吴都正、吴富、吴归兄弟四人与其父陈解元所后立之断卖契约, 吴朝兴、吴都正、吴富、吴归兄弟四人在此田上佃种之契约租札。	
13	A	(16) 唯其是非未明, 此大成望蜀之心, 独不止于得二亩, 可久全璧之意, 又未忍于割二亩, 其讼所以不已也。 <sup>⑤</sup>	
	B	(16) 兼有查清案件事实与进行价值判断、追求公平正义之意: 华纲、华纬及其子华惟德、华惟忠前后所卖六亩多田, 是华咏名下未曾分析的遗产田业, 还是华纲、华纬所分得的田产; 华大成与华惟德、华惟忠双方, 何者主张为正当。	
	C	绍定二年至嘉熙三年陈舜臣买华纲、华纬及其子华惟德、华惟忠田产之十张契约, 开禧二年华咏四个儿子分家以及嘉定年间华纲、华大成兄弟分家的“众存文约”、“各分分书”。	
14	A	(17) 张诚道不曾管业一日, 却有张洵正卖契一纸, 遂谓有契岂不胜无契。钟承信止有张模等上手契三纸, 更无正典卖契, 却管业二十八年, 遂谓管业岂可使失业。二说相持, 莫决是非。 <sup>⑥</sup>	
	B	(17) 兼有查清案件事实与进行价值判断、追求公平正义之意: 三间房屋实际上究竟归属于张诚道还是钟承信, 应支持何人主张。	
	C	张诚道所持署有自己名字的张洵正典断卖契约一张, 钟承信所持张模等上手契三张, 张氏管理租房的点印赁钱簿历、租札、供责; 其房屋租客都称其所租为钟家房屋。	
15	A	(18) 今官合先论其事理之是非, 次考其遗嘱之真伪。(19) 欲连契案帖县, 令牛大同凭遗嘱管业, 庶几是非别白, 予夺分明。 <sup>⑦</sup>	
	B	(18) 侧重于进行价值判断、追求公平正义之意: “是非”指正邪善恶标准, 即“事理”。(19) 兼有查清案件事实与追求公平正义之意: 祥禽乡之山是否为钱居茂之财产, 牛大同所持钱居茂遗嘱是真实还是伪造; 牛大同与钱孝良二人, 何者主张为正当。	
	C	嘉定二年钱居茂与钱居洪兄弟分家析产之分书、牛大同所持钱居茂遗嘱。	

① 参见《争山各执是非当参旁证》, 中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校,《名公书判清明集》, 卷之五, 户婚门·争业下, 第 160 页。

② 参见吴恕斋:《以卖为抵当而取赎》, 中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校,《名公书判清明集》, 卷之六, 户婚门·抵当, 第 169 页。

③ 参见《争业以奸事盖其妻》, 中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校,《名公书判清明集》, 卷之六, 户婚门·争田业, 第 181 页。

④ 参见叶岩峰:《伪批诬赖》, 中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校,《名公书判清明集》, 卷之六, 户婚门·争田业, 第 182 页。

⑤ 参见吴恕斋:《诉侄盗卖田》, 中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校,《名公书判清明集》, 卷之六, 户婚门·争田业, 第 183—184 页。

⑥ 参见叶岩峰:《舅甥争》, 中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校,《名公书判清明集》, 卷之六, 户婚门·争屋业, 第 191 页。

⑦ 参见吴恕斋:《争山》, 中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校,《名公书判清明集》, 卷之六, 户婚门·争山, 第 197—198 页。

(续表 1)

		《清明集》中的“是非”一词及其意义阐释	
序号		(以下每案分三个子目: A、原文; B、“是非”一词在具体语境的含义; C、所涉证据)	
16	A	(20) 事到本司, 三尺具在, 只得明其是非, 合于人情而后已。(21) 若有龙果乳一岁, 则法所当立, 在吴琳却不当以一为七, 以乳为男, 是是非非, 于斯可见矣。 <sup>①</sup>	
	B	(20)(21) 兼有查清案件事实与进行价值判断、追求公平正义之意: 两份关于吴有龙立嗣的县据何者为真, 是否应认定吴有龙为立嗣之子、是否支持吴有龙的财产继承权。	
	C	两份当年本县县衙所发给的吴琛收养异姓子(吴有龙)之凭据(“县据”)。	
17	A	(22) 官司徒以其前后陈述, 犹能委权利于官, 以为他日全身远害之计, 遂得以别公私, 定是非于梁、郑氏之争也。 <sup>②</sup>	
	B	(22) 侧重于进行价值判断、追求公平正义之意: 房长梁太与侧室郑氏二人, 何者主张为正当。	
	C	官府查证。	
18	A	(23) 题目: 辨明是非 <sup>③</sup>	
	B	(23) 兼有查清案件事实与进行价值判断、追求公平正义之意: 董三八有无证明其为韩知丞之子的证据, 是否应认定董三八为韩知丞之子、是否支持董三八继承韩知丞财产的诉求。	
	C	韩时觐、周兰姐、董三八和韩姁婆等人的供词; 通过官府查证得知韩知丞、周兰姐、董三八的生平交际关系。	
19	A	(24) 是二人者, 已供手状在案, 不待唤集, 足见是非。 <sup>④</sup>	
	B	(24) 兼有查清案件事实与进行价值判断、追求公平正义之意: 关于虞继立嗣身份的两份凭据何者为真, 是否应认定虞继为立嗣之子。	
	C	虞县丞手中所持立嗣凭据(“县据”)与当地县衙所保存的立嗣凭据(“官司文书”); 房长虞季恭与虞丞妾刘氏儿二人的供状。	
20	A	(25) 县丞所断, 不计其家业之厚薄, 分受之多寡, 乃徒较其遗嘱之是非, 义利之去就, 却不思身为养子, 承受田亩三千, 而所拨不过二百六十, (26) 遗嘱之是非何必辩也。 <sup>⑤</sup>	
	B	(25)(26) 兼有查清案件事实与进行价值判断、追求公平正义之意: 郑孝纯、郑孝德二人所持遗嘱是真实还是伪造, 遗嘱继承方案是否合乎公平正义。	
	C	郑应辰生前所立遗嘱。	
21	A	(27) 吴春论王生掘土, 斫木, 填塞祖墓, 续卓清夫论吴春、吴辉殴伤作人, 闾丧, 碎碑, 不与安葬。两词共写山图, 是非莫辨。 <sup>⑥</sup>	
	B	(27) 兼有查清案件事实与进行价值判断、追求公平正义之意: 双方契约干照文书谁真谁假, 大广山北山分水之南的土地究竟是卓氏祖业还是吴氏所买; 吴春与卓清夫二人, 何者主张为正当。	
	C	卓清夫所持庆元二年卓家先祖拨地给吴四五、吴念七葬祖之契约, 吴春、吴辉所持其父吴怪从江彦处买山之契约, 卓清夫所持分家文书(“分书”), 吴春所画山图, 赵知县属下县衙主簿所定验之山图; 保正、魏七七等邻人的供词; 县衙主簿、署名“莆阳”的名公亲自下乡勘验山田界至, 并使用罗盘针对山图予以查证核对。	
22	A	(28) 若但据其先后之词, 而遂以为有无之决, 是非鲜有不失实者。 <sup>⑦</sup>	
	B	(28) 侧重于查清案件事实之意: 儿媳阿黄与公爹李起宗之间是否存在着苟合(奸情)关系。	
	C	阿黄、李起宗的供词; 通过官府查证得知阿黄与李起宗的暧昧关系传闻等等。	

① 参见司法拟:《立继有据不为户绝》, 中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校,《名公书判清明集》, 卷之七, 户婚门·立继, 第 215—216 页。

② 参见韩似斋:《房长论侧室父包并物业》, 中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校,《名公书判清明集》, 卷之七, 户婚门·孤幼, 第 232 页。

③ 参见叶岩峰:《辨明是非》, 中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校,《名公书判清明集》, 卷之七, 户婚门·遗腹, 第 239 页。

④ 参见王留耕:《立昭穆相当人复欲私意遣还》, 中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校,《名公书判清明集》, 卷之八, 户婚门·立继类, 第 248—249 页。

⑤ 参见范西堂:《女合承分》, 中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校,《名公书判清明集》, 卷之八, 户婚门·遗嘱, 第 291 页。

⑥ 参见莆阳:《主佃争墓地》, 中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校,《名公书判清明集》, 卷之九, 户婚门·坟墓, 第 325 页。

⑦ 参见胡石壁:《既有暧昧之讼合勒听离》, 中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校,《名公书判清明集》, 卷之十, 人伦门·乱伦, 第 388 页。

(续表 1)

		《清明集》中的“是非”一词及其意义阐释	
序号		(以下每案分三个子目: A、原文; B、“是非”一词在具体语境的含义; C、所涉证据)	
23	A	(29) 推原其故, 皆由居巡、尉之职者, 以差头为买卖, 借此辈为爪牙, 幸有一人当追, 则恨不得率众以往, 席卷其家, 以为已有, 理之是非, 一切不顾, 此罗闰之家所以遭此横逆也。 <sup>①</sup>	
	B	(29) 侧重于进行价值判断、追求公平正义: 指正邪、善恶标准, 即“理”。	
	C	官府查证。	
24	A	(30) 是非曲直, 官司自当从公处断, 决无白休之理。 <sup>②</sup>	
	B	(30) 兼有查清案件事实与进行价值判断、追求公平正义之意: 罗邦臣、罗四六究竟是否劫夺了樊如彬家之财产, 罗邦臣、罗四六与樊如彬之间何人理亏。	
	C	阿钟、罗邦臣、罗四六等人的供词; 通过官府查证得知陆时义田产、樊如彬家产的相关情况。	
25	A	(31) 详阅所判, 是非曲直, 了然目中, 无复余蕴矣。 <sup>③</sup>	
	B	(31) 侧重于进行价值判断、追求公平正义之意: 对于欺凌寡妇阿贺的宗族亲戚、乡党邻里, 应如何处理方为正当。	
	C	官府查证。	
26	A	(32) 当职厌谄谀而喜抗直, 恶偏私而乐正大, 今连粘原榜在前, 并备述心事晓谕, 使是非曲直, 昭然如日, 与此邦贤士大夫公议之。故兹榜示, 各请知悉。 <sup>④</sup>	
	B	(32) 兼有查清案件事实与追求公平正义之意: 知县翁浩堂自己是非存在收受贿赂之事, 张贴匿名榜的行为是否正当。	
	C	匿名榜。	
27	A	(33) 今作闹之端未欲鞫勘, 是非当无两词, 扭拽经官, 中涂劝解, 此意亦善。 <sup>⑤</sup>	
	B	(33) 兼有查清案件事实与追求公平正义之意: 裴乙是否具有邓四所说情状, 邓四所持所谓裴乙文约是否为真, 邓四与裴乙何人理直、何人理亏。	
	C	官府查证。	

据上表可知,《清明集》书判中出现 33 次的“是非”一词,在各自具体语境中,侧重于指向查清案件事实的有 3 次,侧重于指向进行价值判断、追求公平正义的有 7 次,而兼有查清案件事实与进行价值判断、追求公平正义之意的有 23 次。基于以上统计数据,首先可知,《清明集》所载宋代司法判决中确实存在着这样一种“明辨是非”的叙事,其诉求指向查清案件事实或进行价值判断、追求公平正义之意。

其次,尽管在具体语境下,“是非”一词有时侧重于指向查清案件事实、有时侧重于指向进行价值判断、追求公平正义,但从这些判决的整体说理结构来看,查清案件事实与进行价值判断、追求公平正义两种诉求普遍是并存其中而不可分的。如《以卖为抵当而取赎》一案中,“必须明辨其是非”固然是指要查清陈嗣佑与何太应之间的罗家坞山地交易究竟是“抵当”还是“断卖”,然而查清案件事实的目的正是为了判断山地判给何人为正当;而且从此案的证成逻辑来讲,一旦山地交易是“抵当”或是“断卖”之事实被查明,则合乎公平正义的价值判断自然就可推导出来了。对此证成逻辑,留待下文详述。

第三,并不是说只有出现了“是非”一词的书判才追求“明辨是非”,而没有出现“是非”一词的书判就不要求查清案件事实或进行价值判断、追求公平正义。实际上,有研究显示,探求案件事实(实然)与进行价值判断、追求公平正义(应然)这两种意涵在同一个词汇中混沦为一,这在《清明集》判词中是

① 参见胡石壁:《弓手土军非军急切事不应辄差下乡骚扰》,中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校,《名公书判清明集》,卷之十一,人品门·公吏,第 438 页。

② 参见胡石壁:《峒民负险拒追》,中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校,《名公书判清明集》,卷之十三,惩恶门·拒追,第 506 页。

③ 参见胡石壁:《合谋欺凌孤寡》,中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校,《名公书判清明集》,卷之十四,惩恶门·奸恶,第 527 页。

④ 参见翁浩堂:《匿名榜连粘晓谕》,中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校,《名公书判清明集》,卷之十四,惩恶门·匿名书,第 551 页。

⑤ 参见《裴乙诉邓四勒渡钱行打》,中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校,《名公书判清明集》,卷之十四,惩恶门·霸渡,第 555 页。

广泛存在的。<sup>①</sup>综合以上，似可做如下推论：宋代司法判决兼具事实求真与价值向善的两种诉求，而这两种诉求正是主导宋代司法官说理工作的内在动因。

揆之宋代司法史迹，这种推论或许并非虚妄。首先，重证据实乃是宋代司法的基本原则，事实认知上的求真是司法名公进行判决的首要前提。南宋著名提刑官、法医学鼻祖宋慈指出：“狱事莫重于大辟，大辟莫重于初情，初情莫重于检验。盖死生出入之权舆，幽枉屈伸之机括，于是乎决。”<sup>②</sup>可见，宋慈认为，在刑狱案件尤其是死罪案件中，要特别重视对案件事实的掌握，而事实的认知则立足于对于证据的检验和甄别，并且他将证据的检验和甄别提到关乎人命死生、公道冤枉的高度来看待。

实际上，在民间民事争讼案件中宋代司法也同样重视对于案件事实认知的求真，具体表现在司法名公对于案件事实认知活动本身的反思和对于证据的重视上。宋代司法名公对案件事实认知活动有着深刻的批判性反思，他们清楚地知道人的认识能力是有局限性的，案件事实认知既有可能合乎“真相”，也有可能背离“真相”。他们把案件事实“真相”称之为“实情”，如“两词桡凿如此，况书契之人并无一存，可以以为证。本厅既难根究，何缘可得实情”<sup>③</sup>，把合乎“真相”的案件事实认知称之为“情实”，如“当职身为县令，于小民之患顽者，则当推究情实，断之以法”<sup>④</sup>。司法名公充分意识到，之所以“实情”难得、“情实”难致，很大程度上是因为案件当事人都倾向于做出有利于己方的事实陈述，因此当事人词状既有可能是“情实”，也有可能是出于做“伪”。案件事实“情（实）”“伪”难辨，故而宋代司法名公自觉地对案情之“事”、两造之“词”进行仔细的甄别，正如《侄假立叔契昏赖田业》判词所说“事有似是而实非，词有似弱而实强，察词于事，始见情伪，善听讼者不可有所偏也”<sup>⑤</sup>。

那么，宋代司法名公又是如何甄别情伪、查清事实呢？这就必须提到他们对于证据的重视。在司法实践过程中，司法名公特别强调事实认知应有“凭据”。如“江文辉供称系江通宝直下子孙，欲取赎江通宝之田，必当有合同典契，今既无合同之契，本司难以凭据还赎。”<sup>⑥</sup>可见，无合同典契难以认定典卖关系，无法为取赎提供事实“凭据”。又如，“照得华咏四子，先分析于开禧二年，华纲、华大成兄弟又分析于嘉定年间，何为已分析三十年，而尚有未分之田邪？又何为不争诉于三十年前华纲未死之日邪？又何为诸分不争，而一分独争邪？此田谓之未分，官司何所凭据？若曰故祖遗下未分之田，则必有众存文约，又必有各分分书，互载可照。所合索上究证，则无者不得尽其辞矣。”<sup>⑦</sup>在此司法官吴革（恕斋）指出，要想证明所争诉田业是否为未分析的祖产，必须有所“凭据”，因此要调取分家众存文约、各分分书等文书证据来进行辨别、查证。这种对于事实认知应有“凭据”的强调，体现了宋代司法名公对于事实求真的重视以及以证据认定事实的方法自觉。<sup>⑧</sup>

① 根据英国学者马若斐的研究，《清明集》中的“情”（或“人情”）、“理”（或“情理”）两个词便是兼有描述性功能与规范性功能。换言之，也同样包含有案件事实（实然）与价值判断（应然）这两种意涵。具体来说，“情”有时候指“案情事实”（fact），有时候指“情绪”“感情”（feeling）；“人情”可以表示“社会中普遍存在的现实情形”，更多的时候表示“行为举止合乎相应的伦常要求”；“理”有时候描述事物存在之“理由”，有时候表示“原则”“伦理准则”或“标准”。参见马若斐：《南宋时期的司法推理》，陈煜译，徐世虹主编：《中国古代法律文献研究》第7辑，北京：社会科学文献出版社，2013年，第305、313、326页。

② 宋慈：《洗冤集录序》，宋慈著，高随捷、祝林森译注：《洗冤集录译注》，上海：上海古籍出版社，2016年，第1页。

③ 《争山各执是非当参旁证》，中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校，《名公书判清明集》卷之五，户婚门·争业下，第161页。

④ 黄榦：《张运属兄弟互诉墓田》（新淦），中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校，《名公书判清明集》，附录二《勉斋先生黄文肃公文集》，第585页。

⑤ 参见建金：《侄假立叔契昏赖田业》，中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校，《名公书判清明集》卷之五，户婚门·争业下，第146—147页。

⑥ 金厅：《妾赎同姓亡歿田业》，中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校，《名公书判清明集》卷之九，户婚门·取赎，第320页。

⑦ 参见吴恕斋：《诉侄盗卖田》，中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校，《名公书判清明集》卷之六，户婚门·争田业，第184页。

⑧ “凭据”二字在《清明集》书判中所在多有，另如：“或是相传，或是买入，无所凭据”（漕司送许德裕等争田事，《清明集》，第117页），“所卖田三坵、山十二段，乃是凭大保长凭由作上手干照，不足凭据”（刘后村《争山妾指界至》，《清明集》，第158页），“所添字迹，又在税契朱墨之上，其所执卖契，委难凭据”（吴恕斋：《兄弟争业》，《清明集》，第173页），“今直之施王德死后，乃欲于屋基外，冒占朱氏桑地一角，不知何所凭据？”（吴恕斋：《王直之朱氏争地》，《清明集》，第185—186页），“不知友能全有此地，何所凭据？”（吴恕斋：《叔侄争》，《清明集》，第189页），“官司见得阿周无所凭据，若不从其初而折其萌，何以绝后纷纷之讼”（叶岩峰：《辨明是非》，《清明集》，第241页），“争分全凭支书，有印押者尚多假伪，不足凭据，而况不印押者乎？”（天水：《已有亲子不应命继》，《清明集》，第250页），“王方无可抵争，往往力于攻一妾使红梅，且曰红梅一出，则干照具白，此妾不出，虽千言亦难凭据。”（主簿拟：《假为弟命继为词欲诬赖其堂弟财物》，《清明集》，第513页）。

在上文表格所梳理《清明集》“明辨是非”叙事相关的 27 份书判（前 3 份为官箴训诫，实际只有 24 份司法判决）中，若将同一书判中的同类证据记作一次，则契照书证出现 17 次，人证口供出现 8 次，官方勘验查证出现 10 次；契照书证单独作为证据的情况有 10 次，官方勘验查证单独作为证据的情况有 3 次，而人证口供单独作为证据的情况只有 1 次；在大多数情况下，名公们是综合运用不同类型证据来进行事实认知的。我们当然不能认为具体司法活动只是用到了书判中所提到的证据，但仅就书判所见证据及其使用过程，亦可以想见宋代司法名公对于案件事实认知活动的慎重态度。

其次，追求判决结果的良善可欲、合乎正义乃是宋代司法的价值立场，司法名公们自觉地立足于案件事实认知进行价值判断、运用法律推理。南宋司法名公胡颖（石壁）曾指出：“大凡官厅财物勾加之讼，考察虚实，则凭文书；剖判曲直，则依条法。”<sup>①</sup>这就是要求，凭据文书等证据来“考察虚实”、查清案件事实<sup>②</sup>，依据法律条文来“剖判曲直”、追求公平正义。这一说法与今天司法所谓“以事实为依据，以法律为准绳”颇有暗合相通之处。胡颖所谓“考察虚实，则凭文书；剖判曲直，则依条法”，意义重大，这一说法表明宋代司法官对于事实认知问题（确认法律演绎推理小前提）与法律认定问题（确认法律演绎推理大前提）之区分有了充分的自觉，这标志着中国本土法学方法的划时代进步。

事实上，在宋代司法语境中胡颖式的区分事实问题与法律问题的意识或说法并非孤例。《吴肃吴镕吴桢互争田产》一案判词中提到，“夫岂知民讼各据道理，交易各凭干照。在彼则曲，在此则直，曲者当惩，直者当予，其可执一，以堕奸谋。”<sup>③</sup>“干照”者，为宋代司法中特有的关于文书证据之称呼，即干连之证照。<sup>④</sup>该判词指出，关于交易的案件事实应该以干照书证为依据，而争讼中谁曲谁直、谁对谁错则应该依据“道理”来进行裁判。这同样是对于司法活动中事实问题与法律问题（这里的“法律”取广义，泛指裁判依据）的自觉区分。可见，立足于案件事实认知进行价值判断、运用法律推理，以追求判决结果的良善可欲、合乎正义，正是宋代司法名公的共识。

当然，“民讼各据道理”一语又引出另外一个问题，即宋代司法裁判的规范依据，或判决结果是否良善可欲、合乎正义的标准，不仅有胡颖所谓的“条法”，还有“道理”。关于“条法”与“道理”在宋代法律推理中的关系，后文将有所探讨，这里暂且不论。基于以上论述，至少可以得出这样的结论：其一，宋代司法判决确乎兼具事实求真与价值向善的两种诉求，而这两种诉求正是主导宋代司法官说理工作的内在动因；其二，宋代司法名公对于事实认知问题（确认法律演绎推理小前提）与法律认定问题（确认法律演绎推理大前提）之区分已有了充分的自觉，正是在此基础上他们才得以充分地施展法律智慧、发展法学方法。

## 二、事实与法律的衔接：宋代司法名公综合运用内部证成与外部证成

对于宋代司法裁判而言，无论是所谓“考察虚实，则凭文书；剖判曲直，则依条法”，还是所谓“民讼各据道理，交易各凭干照”，其核心问题都集中在这里：如何确认案件基本事实，如何认定裁判规范（法律），如何在事实与法律之间进行合乎逻辑、合乎目的之衔接。从现代法学方法论的角度来说，这就涉及到“涵摄”。所谓“涵摄”（Subsumtion），就是确定生活事实与法律规范之间关系的思维过程。<sup>⑤</sup>

① 参见胡石壁：《质库利息与私债不同》，中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校，《名公书判清明集》卷之九，户婚门·库本钱，第 336 页。

② 宋代司法活动中证据本有多种，但这里胡颖（石壁）单举“文书”而言“考察虚实”，这里的“文书”就是指契约干照等文书证据，可见契约干照文书证据在宋代司法事实认知中的重要性。例如，吴革（恕斋）曾说“切惟官司理断典卖田地之讼，法当以契书为主，而所执契书又当明辨其真伪，则无遁情”（吴恕斋：《孤女赎父田》，《清明集》，第 315 页），又说“官司理断交易，且当以赤契为主，所谓抵当，必须明辨其是非”（吴恕斋：《以卖为抵当而取贖》，《清明集》，第 169 页）。

③ 《吴肃吴镕吴桢互争田产》，中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校，《名公书判清明集》卷之四，户婚门·争业上，第 112 页。

④ 对于宋代司法中干照书证的具体分析，可参见陈景良：《释“干照”——从“唐宋变革”视野下的宋代田宅诉讼说起》，《河南财经政法大学学报》2012 年第 6 期。

⑤ 参见魏德士：《法理学》，北京：法律出版社，2005 年，第 295 页。



广义的“涵摄”是指“将特定案件事实归属于法律规则的构成要件之下，以得出特定法律后果的推论过程”，而狭义的“涵摄”则是指“具体待决案件与为制定法构成要件所确凿涵盖之案件之间的等置”。<sup>①</sup>既然宋代司法判决兼具事实求真与价值向善的两种诉求，宋代司法名公对于事实问题与法律问题之区分已有了充分的自觉，那么他们又是如何具体确定生活事实与法律规范之间关系的呢？

最简单而理想的法律推理模式当然就是亚里士多德式的演绎法三段论。如法律规定“杀人者死”（大前提，法律），甲杀人（小前提，事实），甲应被处死（结论，判决结果）。然而，在现实司法实践中，法律推理不可能都是如此简单明了的。作为法律演绎推理之小前提的案件事实与作为法律演绎推理之大前提的裁判规范往往都不是先天给定的，而是有赖于司法者运用法律智慧和法学方法来加以认识和获得。<sup>②</sup>正由于此，为了衔接事实小前提、法律大前提的各自证立与终极的法律演绎推理，现代法律证成理论创制了一对概念：“内部证成”与“外部证成”。所谓“内部证成”，是确保所欲得到的裁判结论从所引述的前提中合乎逻辑地被推导出来；而所谓“外部证成”，则是指确保内部证成所使用之前提的正确性、可靠性。<sup>③</sup>换言之，“内部证成”指向终极的法律演绎推理，而“外部证成”则指向事实小前提、法律大前提的各自证立。就此而言，宋代司法名公对于生活事实与法律规范之间的衔接，确乎是综合运用内部证成与外部证成而实现的。<sup>④</sup>对此，我们必须从回归具体案例来进行解说。

从外部证成之内容来看，事实小前提的证立和法律大前提的证立都具有一定的难度。但是，相比于法律相对确定情况下的事实认定，寻找和证立裁判规范工作往往要复杂得多。这些难题宋代名公在司法实践中都可能遇到，本节就从裁判规范（广义的“法律”）相对确定情况下的事实认定说起，将名公对裁判规范证立困境的应对留到下一节来论述。宋代民事争讼案件种类繁多，若以诉讼参加者的身份关系为标准，可划分为以下三种：1、凡人之间的争讼（“凡人”者即指无伦常服纪关系之普通人）；2、亲属之间的争讼；3、涉及士人、官户、豪强的争讼。<sup>⑤</sup>在古代社会秩序背景下，第三类案件具有一定的特殊性，且不占主流，当另外讨论。这里主要讨论前两种案件的事实认知与法律推理过程。

首先这里选取一个凡人之间的田土争讼案件来分析，即上文梳理“明辨是非”叙事中提到的吴革（恕斋）所判《以卖为抵当而取赎》一案。<sup>⑥</sup>此案约发生在南宋理宗淳祐二年（1242年），主审法官吴革（恕斋）为时任临安知府。经查明，此案争讼标的罗家坞山地系陈嗣佑于宝庆二年（1226年）以十三千钱购得，有上手赤契。绍定二年（1229年），陈嗣佑将此罗家坞地上手赤契，作价钱七贯，立契卖与何太应。“当时嗣佑既离业矣，太应亦过税矣。越五年，太应将契投税为业。”物主离业、钱主投税均已完成。淳祐二年（1242年），陈嗣佑到县衙告状，认为当初与何太应之间只是“抵当”，并非“正行断卖”，意图用钱赎回罗家坞山地。初审之中，知县认为当地风俗之中“多有抵当之事”，而且此罗家坞山

① 狭义的“涵摄”仅仅涉及作为法律演绎推理之小前提的事实认知问题，而广义的“涵摄”则指向包括确定事实小前提、选择法律大前提以及得出结论在内的法律演绎推理整体过程。参见舒国滢、王夏昊、雷磊：《法学方法论》，第105—106页。

② 首先，司法实践中对于事实的认定并不总是那么价值中立、规范无涉的。相反地，很多时候案件事实的认定本身就需要通过援用法律规范对生活事实进行涵摄。其原因在于，案件事实不同于客观事件本身，它是一个命题、一个陈述。“在判决的事实部分出现之‘案件事实’，是作为陈述的案件事实。”参见卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，北京：商务印书馆，2003年，第160页。而陈述的内容不仅涉及自然事实，还涉及制度性的事实，制度性事实的认定本身就需要对法律规范进行解释。比如，宋代司法实践中的立嗣子之身份、田宅典卖关系是否成立之认定。换言之，这过程里面存在着规范与事实之间的循环互动关系。其次，在具体的法律推理中，法律规范并不总是那么确当无疑的。在现代法学方法论的语境下，寻找和证立裁判规范的过程可能存在以下困境：1.“法律针对特定社会生活或社会关系或特定案件事实没有提供答案”；2.“法律针对特定社会生活或社会关系或特定案件事实没有提供适当的或合适的答案”，参见舒国滢、王夏昊、雷磊：《法学方法论》，第389—390页。类似的裁判规范证立困境在宋代司法实践中也是存在的，对此将在后文予以分析。

③ 参见舒国滢、王夏昊、雷磊：《法学方法论》，第191—194页。

④ 关于“内部证成”与“外部证成”最经典论述当数英国学者图尔敏所著 *The Uses of Argument* 一书。对其主张中文学界一般称之为“图尔敏论证模式”，这种模式的核心特征就是在内部证成上层层嵌套外部证成。陈锐的《宋代的法律方法论——以名公书判清明集为中心的考察》一文用“图尔敏模式”对宋代司法判决进行了分析，重在揭示宋代司法的合逻辑性。本文这里侧重在揭示宋代司法判决中事实认知与法律推理的具体情况和内在理路。

⑤ 参见陈景良：《释“干照”——从“唐宋变革”视野下的宋代田宅诉讼说起》，《河南财经政法大学学报》2012年第6期。

⑥ 参见吴恕斋：《以卖为抵当而取赎》，中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校，《名公书判清明集》卷之六，户婚门·抵当，第168—170页。

地陈嗣佑于宝庆二年（1226年）以十三千钱购得，但绍定二年（1229年）与何太应交易仅得七贯，由此怀疑陈嗣佑与何太应之间只是“抵当”关系，“勒令太应退赎”。对此，“太应坚不伏退赎，乃有词于府”，即向知府衙门上告。因此，本案争议的焦点在于，陈嗣佑与何太应之间的罗家坞山地交易究竟是不是“抵当”，陈嗣佑能否取赎该土地。

究竟是不是“抵当”，这当然是属于事实认知问题，但这属于一个制度性事实，即此事实的认定有赖于对法律制度的解释。作为复审法官，吴革（恕斋）认为，知县初审判决在案件事实认定上存在问题。他指出：“官司理断交易，且当以赤契为主，所谓抵当，必须明辨其是非”，即要以加盖了官府印章的交易契约文书（赤契）为根据，来明辨是非，判断陈嗣佑与何太应之间究竟是抵当还是断卖。他分析指出：“乡民以田地立契，权行典当于有力之家，约日克期，还钱取契，所在间有之。为富不仁者因立契抵当，径作正行交易投税，便欲认为己物者亦有之。但果是抵当，则得钱人必未肯当时离业，用钱人亦未敢当时过税。”这是说，现实中确实存在为富不仁者主动投税，以“抵当”混为“正行断卖”，企图霸占他人产业的现象；但在抵当关系下，为避免交易风险，物主（得钱人）往往不会离业，钱主（用钱人）也不敢当时过税。何以故？据吴革（恕斋）另一处判词《抵当不交业》，“在法：诸典卖田宅并须离业。又诸典卖田宅投印收税者，即当官推割，开收税租。必依此法，而后为典卖之正”<sup>①</sup>。可见，根据法律规定，“正行交易”“典卖之正”要求同时具备物主离业、钱主投税两要件。正是以此法律规范为基础，吴革（恕斋）推论出了此类案件的要件事实现模型，“其有钱、业两相交付，而当时过税离业者，其为正行交易明，决非抵当也”。进而又得出了其所认定的案件事实：“嗣佑立契卖地之后，既即离业，太应用钱得地之后，又即过税，此其为正行交易较然”，二人之间的交易并不是“抵当”关系。

本案判词所说的田地“抵当”，乃是“民间衍生的一种非正规的抵押借贷”。<sup>②</sup>其制度性内涵是：业主将田地抵押给钱主以为借贷，依约定抵当田地到期可退赎，不能取赎则归钱主所有。确定双方不是“抵当”关系，仅仅只能推断陈嗣佑不可依抵当之规则取赎该土地。实际上，宋代土地交易中，所谓“正行交易”“典卖之正”，在断卖之外还包括出典（狭义的典卖）。断卖在制度上是不存在退赎之空间的，而出典则即仅仅转移土地使用权而保留所有权，可以进行取赎。<sup>③</sup>那么，陈嗣佑与何太应之间的罗家坞山地交易究竟出典还是“正行断卖”呢，陈嗣佑能否依出典之规则取赎该土地？对此吴革（恕斋）进一步展开了分析。

吴革（恕斋）指出：“若曰嗣佑买贵卖贱，则宝庆至绍定亦既数年，安知其直之贵贱不与时而高下乎？且在法，诸典卖田地满三年，而诉以准折债负，并不得受理。况正立卖契，经隔十余年而诉抵当者乎？”在这里，对于陈嗣佑所提出其在宝庆二年（1226年）以十三千钱买进而于绍定二年（1229年）以七贯卖出给何太应的差价问题，吴革（恕斋）分别作出了两种推测：其一，“其直之贵贱”“与时而高下”，也就是说，陈嗣佑与何太应之间确实是“正行断卖”，这种差价只不过是虽时间推移而出现的正常价格波动。在断卖前提下，陈嗣佑自然不可取赎该土地。其二，吴革（恕斋）提出了另一种假设，陈嗣佑与何太应之间的山地交易不是“正行断卖”，而是出典，则作为放贷人的何太应占有借贷人陈嗣佑之山地就是以田地不动产来折算偿还其借款，这就是所谓的“准折债负”。<sup>④</sup>在此种情况下，即使陈嗣佑与何太

① 参见吴恕斋：《抵当不交业》，中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校，《名公书判清明集》卷之六，户婚门·抵当，第167页。

② 戴建国先生指出：“抵当在宋代，作为国家认可的一种正式交易制度，仅限于百姓与官府之间的借贷抵押，在民间亦仅限于动产的交易。而像土地这样的不动产抵当，‘本非正条’，只是民间衍生的一种非正规的抵押借贷，其特点是手续简便，不割业，不过税，无需缴纳契税钱，因而在民间部分地区流行……宋代在长期的实践中，经过选择，淘汰了抵当和倚当，将不动产交易形式固定在典与断卖上，典与断卖才是‘正行交易’。”参见戴建国：《宋代的民田典卖与“一田两主制”》，《历史研究》2011年第6期。

③ 尽管田宅典卖也是允许到期取赎的，但它跟抵当在形式上有所不同。正规的田宅典卖交易要满足离业、投印收税之要求，而抵当则只是民间的非正规借贷抵押，其存在的出发点之一就是包括避税，抵当人往往也不会当时离业。因此，“所谓抵当者，非正典卖也”（叶岩峰：《倚当》，《清明集》，第170页）。

④ 所谓“准折债负”，又称“有利准折债负”，是宋代钱粮借贷领域的一个专有名词。有研究者指出：“宋代‘有利准折债负’确切含义是禁止有利借贷中放贷人强制借贷人以田宅等不动产折算偿还虚利”。参见王文书：《宋代“有利准折债负”考辨》，《中西法律传统》第10卷，北京：中国政法大学出版社，2014年，第112-121页。

应之间的是出典，依据法律“诸典卖田地满三年，而诉以准折债负，并不得受理”，此诉讼时为淳祐二年（1242年），距二人绍定二年（1229年）的交易已过去十余年，因此陈嗣佑的诉求同样不受支持。

总结此案判决，吴革（怨斋）确乎是综合运用内部证成与外部证成来实现对生活事实与法律规范之间的衔接。这种法律推理包括两个阶段：1、若为抵当则可取赎（此裁判规范系社会公认的交易习惯规则）<sup>①</sup>，以此为内部证成之法律演绎推理框架，进而探讨是否存在相应的案件事实小前提——是否为抵当关系，进行外部证成。在此过程中，司法官吴革（怨斋）通过解释法律规范对案件生活事实进行了重构，证明了不存在抵当关系，两当事人之间为“正行交易”——断卖或出典。由此推断，陈嗣佑不可依抵当之规则取赎该土地。2、在“正行交易”情况下，唯有出典才可取赎（断卖不可取赎而出典可取赎，系社会公认的交易习惯规则），且依法律规定须在三年以内提起诉讼，以此为内部证成之法律演绎推理框架，进而探讨是否存在相应的案件事实小前提——是否为三年内提起诉讼。在此过程中，吴革（怨斋）再一次通过解释法律规范对案件生活事实进行了重构，证明了不存在相应案件事实小前提，陈嗣佑不可依出典之规则取赎该土地。至此，本案最终判定“何太应照绍定二年买到赤契管业，取陈嗣佑知委申，违坐以虚妄之罪”，也就是驳回了陈嗣佑取赎田地的请求。

其次，这里再选取一个亲属之间的立嗣争产案件来分析，即上文梳理“明辨是非”叙事中提到的《立继有据不为户绝》一案。<sup>②</sup>此案亦发生在南宋时期，具体时间不详，书判署名为“司法拟”。在本案中，根据宗谱记载，吴琛有四女一子，老大为二十四娘，嫁给石高，老二为二十五娘，嫁给胡闾，老三为二十六、吴有龙，乃是异姓子，老四为二十七娘，一说已嫁许氏、一说卖为义女，老五为二十八娘，尚未出嫁。吴有龙为吴琛生前所立，现吴琛、吴有龙皆已身故，吴有龙妻阿涂与子吴登见在，并掌管吴家家业。

现二十四娘提起诉讼，主张吴有龙乃是抱养异姓之义子，并非立嗣之子，因此吴家现属户绝之家。二十五娘之夫胡闾认为，吴琛名下现已户绝，吴家家产当年多由二十四娘之夫石高与自己以吴家资财经营增置而成，因此吴家家产应该由二十四娘、二十五娘、二十七娘、二十八娘四个女儿均分。阿涂与吴登母子对此不予认可，认为吴有龙确属立嗣之子，吴家并非户绝之家。可见，本案争议焦点在于：吴有龙是否立嗣之子，吴琛名下是否户绝，吴有龙与二十四娘、二十五娘、二十七娘、二十八娘四个女儿各自是否有资格继承吴琛名下财产。

吴有龙是否立嗣之子，这属于事实认知问题，并且是一个制度性事实。申言之，究竟什么是“立嗣子”本就取决于法律的规定。对此，署名为“司法”的断案官员援引法律条文进行了分析，“准法：异姓三岁以下，并听收养，即从其姓，听养子之家申官附籍，依亲子孙法。虽不经除附，而官司勘验得实者，依法。”这里所适用的法条实际是《宋刑统·户婚律》“养子”条：“其遗弃小儿子三岁以下，虽异姓，听收养，即从其姓。”正是基于以上法律规范，司法官推论出了此类案件的要件事实模型：收养异姓子，只要满足收养时孩子年龄在三岁以下，则成立嗣子身份。

关于吴有龙是否立嗣子的案件事实证立，司法官进行了多方面的调查取证，包括吴有龙曾为吴琛服斩衰、姊妹们曾为吴有龙服大功、吴有龙为吴琛夫妇进行“生事死葬，克尽人子之责”、二十四娘不在吴琛死而吴有龙在世时告诉，以及两份关于吴琛收养吴有龙的“县据”，即当年本县县衙所发给的吴琛收养异姓子（吴有龙）之凭据。从案件事实建构的角度来看，只有记载吴有龙被收养时年龄信息的两份“县据”在法律论证上具有法律的相关性。现查明，阿涂手中的凭据，记载吴有龙收养时为一岁乳儿；而吴琳（判词中并未说明其身份，其名字与吴琛为同一偏旁，疑似为吴琛之兄弟一辈；可以确定的是，其立场明显是

<sup>①</sup> 社会公认的交易规则是否能毫无疑问地成为裁判规范——（广义的）“法律”？显然地，这仍然是有待于进一步证成的，这种证成自然也属于外部证成的范围。但既然当时人事实上确以此为不容置疑的裁判规范，而本节目的又在于揭示宋代司法的以法律规范涵摄生活事实的逻辑，则本节对此暂不讨论。对此问题，本文将在下一节中予以反思，以追究宋代司法中到底什么是“法”，“法”究竟是如何获得的。

<sup>②</sup> 参见司法拟：《立继有据不为户绝》，中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校，《名公书判清明集》卷之七，户婚门·立继，第215—217页。

站在二十四娘、胡闾这一边)手中的凭据,记载吴有龙收养时为七岁男童,其间有文字改动痕迹。

对于阿涂手中县据与吴琳手中县据的矛盾,司法官指出:“若有龙果七岁男,公法不当立,在县司无由给乳一岁之文。若有龙果乳一岁,则法所当立,在吴琳却不当以一为七,以乳为男,是是非非,于斯可见矣。”就是说,根据法律规定,收养异姓子必须要是三岁以下的孩子,才能得到国家认可。阿涂手中县据清楚明白,吴有龙被收养时为一岁乳儿,符合法律规定;而吴琳手中的县据有改动痕迹,吴有龙被收养时为七岁男童,不符合法律规定。由此可以推断吴琳手中的县据是出于篡改的,是为了造成不利于吴有龙家人一方的事实认知,而阿涂手中县据则是原原本本的,真实无疑。“有龙虽曰异姓之男,初立之时,已易其姓,父死之后,吴琛有词,又给据以正之,如此则不可谓之义男矣。”因此,吴有龙确属立嗣之子,吴家并非户绝之家。司法官的这一推理过程,正是立足于对法律规范的理解来预估案件的要件事实模型,进而重构和裁剪案件生活事实,最终实现对案件事实的证立。

基于吴有龙确为立嗣子的事实认定,司法官进一步作出了关于吴琛名下财产如何继承的判决。其一,判令认可吴有龙立嗣子身份,可以“照条承分”。这里说的“条”是指《宋刑统·户婚律》“分异财产”条:[准]户令:诸应分者,田宅及财物兄弟均分。妻家所得之财,不在分限。兄弟亡者,子承父分。兄弟俱亡,则诸子均分。其未娶妻者,别与聘财。姑、姊妹在室者,减男聘财之半。寡妻妾无男者,承夫分。若夫兄弟皆亡,同一子之分。”依此规定,吴有龙具有遗产继承资格,其财产份额由其子吴登代位继承。其二,认定吴家并非户绝之家,吴琛遗产自然也就不适用户绝遗产继承法,即所谓“又法:诸户绝财产尽给在室诸女,归宗者减半”。司法官指出:“胡闾又称吴氏之产,乃二婿以妻家财物,营运增置,欲析归四女,法则不然。在法:诸赘婿以妻家财物营运,增置财产,至户绝日,给赘婿三分。今吴琛既有植下子孙,却非绝之比,岂可遽称作绝户分邪?”故依法驳回二十四娘、胡闾等人的诉讼请求。其三,司法官还指出:“已嫁承分无明条,未嫁均给有定法,诸分财产,未娶者与聘财,姑姊妹在室及归宗者给嫁资,未及嫁者则别给财产,不得过嫁资之数。”依此,司法官判令,二十四娘、二十五娘及其夫婿无分继承,二十八娘依法给予嫁资,并责令吴登母子以礼相待;二十七娘之婚配情况尚未查明,下令通城县予以查证,待查明另行安排其财产份额。

总结此案判决,司法官同样是综合运用内部证成与外部证成来实现对生活事实与法律规范之间的衔接。对于本案来说,吴有龙是否立嗣子这一案件事实认定问题乃是全部法律推理的核心。<sup>①</sup>原因是,若吴有龙非立嗣子,则吴琛名下确已户绝,吴琛遗产将依《宋刑统·户婚律》“户绝资产”门与《天圣户绝条贯》之规定<sup>②</sup>处理,由诸在室女、出嫁女继承;而若吴有龙为立嗣子,则吴琛名下并非户绝,吴琛遗产将依《宋刑统·户婚律》“分异财产”之规定来处理,其结果如本案司法官所判。换言之,以上基于两种事实可能性的两种判决路径即构成本案内部证成之预设框架。随后探讨本案法律演绎推理所欠缺的案件事实小前提——吴有龙是否立嗣子,进行外部证成。正是在综合运用内部证成与外部证成的过程中,司法官实现了以法律规范对于生活事实的涵摄,并且完成了终极的法律演绎推理。

事实上,这种综合运用内部证成与外部证成的方法在宋代司法中是非常普遍的。这里再举一个田宅争

① 本案对于收养异姓子是否成立立嗣子的法律与事实之涵摄方式,在宋代司法中非常普遍。叶岩峰所判《已有养子不当求立》载:“在法:诸遗弃子孙三岁以下收养,虽异姓亦如亲子孙法。”(叶岩峰:《已有养子不当求立》,《清明集》,第214页)这就是说,若收养时异姓子在三岁以下,则国家承认此收养关系,并且保护收养异姓子的宗法身份利益,跟亲生子孙待遇一样。可见,宋代司法判决在此问题上具有稳定性和可预期性。

② 《宋刑统·户婚律》“户绝资产”门规定:“[准]丧葬令:诸身丧户绝者,所有部曲、客女、奴婢、店宅、资财,并令近亲转易货卖,将营葬事及量营功德之外,余财并与女,无女均入以次近亲,无亲戚者官为检校。若亡人在日,自有遗嘱处分,证验分明者,不用此令。”据《宋会要辑稿》记载:“(宋仁宗天圣)四年(公元1026年)七月,审刑院言:‘详定户绝条贯:今后户绝之家,如无在室女,有出嫁女者,将资财、庄宅物色除殡葬营斋外,三分与一分。如无出嫁女,即给与出嫁亲姑、姊妹、侄一分。余二分,若亡人在日,亲属及入舍婿、义男、随母男等自来同居、营业佃蒔,至户绝人身亡及三年以上者,二分店宅、财物、庄田并给为主,若无出嫁姑、姊妹、侄并全与同居之人。若同居未及三年,及户绝之人孑然无同居者者,并纳官,庄田依令文均与近亲,如无近亲,即均与从来佃蒔或分种之人承税为主。若亡人遗嘱证验分明,依遗嘱施行’。从之。”参见徐松:《宋会要辑稿》,食货六一·民产杂录,点校本第12册,上海:上海古籍出版社,2014年,第7465页。以上即宋仁宗所颁布之户绝财产继承单行法《天圣户绝条贯》的内容。

讼案件来予以印证。上文梳理“明辨是非”叙事中提到的《主佃争墓地》一案<sup>①</sup>，案情比较复杂，所涉证据繁多，此处不予细说，只举出其中局部的证据分析和事实认定过程。该案件发生在福建莆阳，时间约在南宋理宗年间。在本案中，吴春、吴辉为兄弟，吴怪为二人之父，吴四五、吴念七为二人之祖辈。大广山北山分水之南的土地与吴怪所买江彦之山地毗邻，其上有吴四五、吴念七庆元二年（1196年）所葬祖坟。卓清夫主张大广山北山分水之南的土地为卓氏祖业，吴四五、吴念七原为卓氏佃农，其葬坟乃卓氏先祖允许，并明确约定“不许丈尺侵占”，且经投官加印。而吴春、吴辉则主张大广山北山分水之南的土地包括在吴怪所买江彦山地之中，即吴氏祖坟乃葬自家买到之土地上。

吴氏葬祖之地——大广山北山分水之南的土地是否包括在吴怪所买江彦山地之中，这是一个事实认知问题。对此事实认定，其中一个相关证据为吴春、吴辉手中所持其父吴怪从江彦处买山之契约。该契约虽记载交易时间为淳熙十年（1183年）买到，但却是嘉定十六年（1223年）投官税契。司法官指出，“在法，典卖年月只凭印契，岂有未到官，未交业，而预卜葬于他人山之理？借使私下批凿，年月可据，则自淳熙十年至嘉定十六年，历经四十载，藏匿白契，果法邪？”根据法律规定，典卖年月只能以投官印契的时间为准，则其所谓吴怪从江彦处买山只能认定为嘉定十六年（1223年）而不能认定为淳熙十年（1183年）。由此，假设大广山北山分水之南包含在吴怪所买土地之内，其买地时间只能证明到嘉定十六年（1223年），但吴四五、吴念七实际葬祖的时间却为庆元二年（1196年），先葬坟而后买地，这于情于法都不合，难以令人信服。

这就是说，对吴氏与江彦的交易而言，吴氏祖坟要想出现在江彦土地之上，必先买地而后才得允葬祖，绝不可能不买地而先葬祖；反过来，如果吴氏葬祖在买地之前，则吴氏祖坟必不在江彦土地之上。此系社会公认的交易习惯规则，司法官以此为内部证成之演绎推理框架。进而探讨此演绎推理所欠缺的案件事实小前提——吴氏买地是否在葬祖之前。司法官以法律规范为大前提对生活事实予以涵摄，进行外部证成，认定葬祖时间在买地时间之前，即在未买江彦地之时，葬祖行为已完成。而后，综合内部证成与外部证成，认定吴氏葬祖之地不在所买江彦地之内。

最后，这里再举一个归宗争产案件来印证宋代司法中内部证成与外部证成的综合运用，即上文梳理“明辨是非”叙事中提到的《辨明是非》一案。<sup>②</sup>本案发生在南宋理宗嘉熙四年（1240年），主审法官为叶岩峰。在本案中，韩时觐为韩知丞之侄，韩时宜为韩知丞之子。周兰姐乃是韩知丞旧时婢女，嘉定二年（1213年）出韩家而嫁给董三二，其后生董三八，距今已过二十七年。现韩知丞身故。韩时觐供称，伯父韩知丞于永丰身故，棺柩才送到家，遭遇桑百二、董三八等持刀拥入，捣破门户，打拆篱障。而周兰姐主张，其子董三八乃是韩知丞之子，而韩时宜不允许董三八入屋守孝。周兰姐认为，董三八应“归宗认产业”，且以韩姝婆作为人证。可见，双方争议焦点在于：董三八究竟是否为韩知丞之子，董三八能否归宗继承韩知丞遗产。

在DNA检验技术尚未发明的古代中国，要想证明韩知丞与董三八之间是否存在父子血缘关系，这是非常困难的。因此在当时，司法名公只能绕开血缘关系这种生物性事实，来探究制度性事实——别宅子归宗的身份认定。《宋刑统·户婚律》“别宅异居男女”条规定：“[准]唐天宝六载五月二十四日敕节文：百官、百姓身歿后，称是别宅异居男女及妻妾等，府县多有前件诉讼。身在纵不同居，亦合收入本籍。既别居无籍，即明非子息。及加推案，皆有端由，或其母先因奸私，或素是出妻弃妾，苟祈侥幸，利彼资财，遂使真伪难分，官吏惑听。其百官、百姓身亡之后，称是在外别生男女及妻妾先不入户籍者，一

<sup>①</sup> 参见莆阳：《主佃争墓地》，中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校，《名公书判清明集》卷之九，户婚门·坟墓，第325—327页。

<sup>②</sup> 参见叶岩峰：《辨明是非》，载于中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校，《名公书判清明集》，卷之七，户婚门·遗腹，第239—241页。

切禁断，辄经府县陈诉，不须为理，仍量事科决，勒还本居。”可见，根据法律规定，在所论生父已死的情况下，别宅子要想归宗即确定其与所论生父之间的父子关系，必须满足一个要求：所论生父生前将别宅子收入本家户籍。<sup>①</sup>这正是本案的要件事实模型。基于此，叶岩峰指出，“韩知丞不收养董三八于生前，非其子明矣。董三八欲归宗于韩知丞之死后，其将谁欺乎？”这里所适用的法律正是以上《宋刑统》所载“身在纵不同居，亦合收入本籍。既别居无籍，即明非子息。”

对于本案来说，《宋刑统·户婚律》“分异财产”条之规定构成了本案内部证成之预设框架：若董三八为韩知丞之子，则其能够归宗继承韩知丞遗产，反之则不能。随后，对于此演绎推理所欠缺的案件事实小前提——董三八是否为韩知丞之子，司法官叶岩峰以“别宅异居男女”条之法律规范为大前提对生活事实予以涵摄，进行外部证成，认定董三八并非韩知丞之子。最终将外部证成与内部证成进行衔接，判定“韩时宜自保守韩知丞之业，阿周、董三八妄词”，即驳回阿周、董三八诉讼请求。

综上所述，在裁判规范相对确定而案件事实有待证立的情况下，宋代司法名公综合运用内部证成与外部证成以衔接事实与法律的过程，实际上就是叠加使用演绎推理方法。具体来说：1.根据裁判规范预设一个（或几个）内部证成框架，这本身就是使用演绎推理，即以案件事实为小前提，以裁判规范为大前提，得出（可能的）判决路径；2.案件事实小前提的证立，则是进一步运用演绎推理进行外部证成，即以生活事实为小前提，以裁判规范为大前提，在事实与规范的循环互动中实现法律规范对生活事实的涵摄，得出案件事实认定结果；3.最后，将外部证成的案件事实认定结果嵌套入内部证成框架，得出案件的判决结果。

以上梳理充分说明，宋代司法名公对于事实求真与价值向善的诉求及事实问题与法律问题之区分并非仅是停留在一种主观性追求上，对于确定生活事实与裁判规范之间关系，他们业已形成相当成熟的法学方法。更需要注意的是，宋代司法名公所使用的法学方法中存在着丰富的形式逻辑尤其是演绎推理的思维。尽管并非全部如此，但以上梳理足以证明，那种泛说传统中国司法不讲逻辑的论断是难以成立的。

### 三、法与理：宋代司法名公对裁判规范查找和证立困境的应对

上文已提到，在具体法律推理的外部证成中，除了要证立事实小前提，还涉及到法律大前提的查找和证立——司法者应该到哪里去寻找裁判规范，什么才是适当的裁判规范，这个过程俗称“找法”，其所涉及的是现代法理学所谓“法的渊源”理论。<sup>②</sup>值得注意的是，在现代法学方法论语境下，无论如何对“法”或“法的渊源”进行定义，有一个问题始终不可回避，即在具体司法实践中经常会出现无法找到（合适的）裁判规范的情况，要么是法律根本没有规定，要么是法律规定的适用有现实困难，即存在法律查找困难、规则冲突或法律漏洞。这就是所谓的查找和证立裁判规范的困境，这种案件可以称之为“疑难案件”。<sup>③</sup>事实上，尽管中国古代并没有建立起学科化的法学方法，也不存在所谓“规则冲突”或“法律漏洞”的术语，但是基于人类生活情境的相似性，宋代的司法名公同样会遇到类似的裁判规范证立困境。正是在应对裁判规范证立困境的过程中，宋代司法名公进一步运用了法学方法，施展了高超的法律智慧，同时也一定程度上显示了其思维的局限性。

① 本案对于别宅子归宗身份认定的法律与事实之涵摄方式，在宋代司法中非常普遍。范西堂所判《无证据》（李五冒认饶操为父）一案判词载：“饶操无子，养应申以为子，饶果有庶出之亲子，不自抚育，并母逐去，以嫁其仆李三，非人情也。今李三之子李五，谓其母怀孕而出，以嫁李三，自陈归宗，何所据而然也。准法：诸别宅之子，其父死而无证据者，官司不许受理。李五生于李三之家，年逾二十，父未尝以为子，其无证据也决矣。”（范西堂：《无证据》，《清明集》，第 292—294 页）可见，宋代司法判决在此问题上具有稳定性和可预期性。

② “法的渊源”有广义狭义之分。广义上是指“对客观法产生决定性影响的所有因素”，连法学文献、行政、法院实践和国民观念也包括在内。而狭义上只指向“那些对于法律适用者具有约束力的法规范”。参见魏德士：《法理学》，第 98—99 页。

③ “对于简单案件，要件事实重构为案件事实可能会比较顺畅地完成等置的过程，但对于疑难案件，等置重构的过程就比较复杂。疑难案件中，对要件事实重构的困难表现在作为重构依据的规范查找的困难和规范漏洞填补的困难，前者主要是指在法律规定相对完善的情况下适用的困难……后者主要是指在法律规定相对不完善的情况下如何‘找法’的困难，包括狭义的法律漏洞和法律冲突。”参见舒国滢、王夏昊、雷磊：《法学方法论》，第 275 页。

上文提到，关于事实认知与法律推理，宋代司法名公有两个说法，一是“考察虚实，则凭文书；剖判曲直，则依条法”，二是“民讼各据道理，交易各凭干照”。这就是说，宋代司法裁判的规范依据，或判决结果是否良善正义的标准，既有“条法”也有“道理”。那么，宋代司法在裁判规范证立过程中，对于“条法”和“道理”的运用是不是恣意妄为的呢？对此，我们必须回归宋代司法的实际案例，从司法名公对裁判规范证立困境的应对过程来寻求答案。

南宋末人周密所著《齐东野语》一书，乃是宋代史料笔记中的名著。其中有一篇名为“义绝合离”，记载了宋理宗时期发生在福建莆田的一个离婚案件。由于文字不长，为呈现原始信息，谨录原文于此：

莆田有杨氏，讼其子与妇不孝。官为逮问，则妇之翁为人殴死，杨亦预焉。坐狱未竟，而值覃霪，得不坐。然妇仍在杨氏家。有司以大辟既已该着，不复问其余，小民无知，亦安之不以为怪也。其后，父又讼其子及妇。军判官姚瑤以为“虽有仇隙，既仍为妇，则当尽妇礼”，欲并科罪。陈伯玉振孙时以倅摄郡，独谓：“父子天合，夫妇人合；人合者，恩义有亏则已矣。在法，休离皆许还合，而独于义绝不许者，盖谓此类。况两下相杀，又义绝之尤大者乎！初间，杨罪既脱，合勒其妇休离，有司既失之矣。若杨妇尽礼于舅姑，则为反亲事仇，稍有不至，则舅姑反得以不孝罪之矣。当离不离，则是违法。在律，违律为婚，既不成婚，即有相犯，并同凡人。今其妇合比附此条，不合收坐。”时皆服其得法之意焉。按《笔谈》所载，寿州有人杀妻之父母兄弟数口。州司以不道，缘坐其妻子。刑曹驳之曰：“殴妻之父母，即为义绝，况身谋杀，不应复坐。”此与前事正相类。凡泥法而不明于理，不可以言法也。<sup>①</sup>

在本案中，公爹（杨氏）参与殴打儿媳之父亲，导致儿媳之父死亡。由于当时遇上“覃霪”即大赦，所以公爹未受处罚。其后，公爹又起诉儿子、儿媳不孝。对此，本案初审法官兴化军判官姚瑤认为，尽管公爹对儿媳有杀父之仇，但二人之间仍然有翁妇名分，因此儿媳对公爹无礼，按律属于“不孝”，应该科罪处罚。而复审法官——当时的兴化军通判陈振孙<sup>②</sup>认为，公爹殴杀儿媳之父，依法儿媳与夫家已属“义绝”；既然已经“义绝”，则法官应该勒令双方离异。按照法律，公爹杀人之罪固然可依大赦而免，但义绝勒离并不因大赦而改。他指出：“当离不离，则是违法。在律，违律为婚，既不成婚，即有相犯，并同凡人。今其妇合比附此条，不合收坐。”也就是说，双方义绝之后，婚姻关系归于消灭，由此翁妇关系也归于消灭，两人之间成为“凡人”关系，所谓儿媳对公爹无礼、不孝之事实也就不存在了，该妇女不应受到处罚。

本案中司法官遇到的就是查找和解释裁判规范的困境。具体来说，对于同一个案件，存在着几个法律规定；由此，基于不同的法律规定，又存在着不同的事实认知建构可能。显然，判官姚瑤所依据的是《宋刑统·名例律》“十恶”中所规定的“不孝”罪条文<sup>③</sup>。而通判陈振孙所适用的则是《宋刑统·户婚律》“义绝和离”条和“违律为婚”条的规定<sup>④</sup>。事实上，本案之所以出现疑难，并非由于这些法律规定本身存在冲突，而是由于在以法律来涵摄生活事实的过程中，初审法官（姚瑤）遗漏了重大案件事实（即夫妻

① 周密：《齐东野语》卷八，北京：中华书局，1983年，第147页。

② 陈振孙系南宋时期著名的藏书家、目录学家，所撰《直斋书录解題》一书为目录学名著。据清人陆心源《宋史翼》记载：“陈振孙，字伯玉，安吉人。所居号直斋，博通古今。为鄞县学、绍兴教官，宝庆二年通判兴化军……端平三年，以朝散大夫知台州。”参见陆心源：《宋史翼》中册，卷二十九，列传第二十九·文苑四，杭州：浙江古籍出版社，2017年，第706—707页。兴化军为宋代与州同级别的地方行政区，辖境在今福建莆田。《齐东野语》记载案件发生在莆田，又称“陈伯玉振孙时以倅摄郡”，“倅”（音促）为副贰之意，“以倅摄郡”就是以通判（二把手）代管州军事务。因此可知，此案件正是发生在陈振孙任兴化军通判期间，即宋理宗宝庆二年（1227年）之后。当然，又在其任台州知府即宋理宗端平三年（1236）之前。

③ 《宋刑统·名例律》“十恶”条载：“七曰不孝。谓告言、诅詈祖父母父母，及祖父母父母在，别籍、异财，若供养有阙；居父母丧，身自嫁娶，若作乐，释服从吉；闻祖父母父母丧，匿不举哀；诈称祖父母父母死。”

④ 《宋刑统·户婚律》“义绝和离”条载：“【疏议】曰：……义绝，谓殴妻之祖父母、父母，及杀妻外祖父母、伯叔祖父母、兄弟、姑、姊妹，若夫妻祖父母、父母、外祖父母、伯叔祖父母、兄弟、姑、姊妹自相杀，及妻殴詈夫之祖父母、父母，及杀夫外祖父母、伯叔祖父母、兄弟、姑、姊妹，及与夫缌麻以上亲若妻母奸，及欲害夫者，虽会赦皆为义绝。”“义绝和离”条又载：“诸犯义绝者离之，违者，徒一年。【议】曰：皆谓官司判为义绝，方得此坐，若未经官司处断，不合此科。”《宋刑统·户婚律》“违律为婚”条载：“诸违律为婚，当条称离之、正之者，虽会赦犹离之、正之。”

义绝),而复审法官(陈振孙)则在法律与事实的循环互动间对案件事实进行了圆满的建构。当时人称赞陈振孙“得法之意”,就是他对裁判规范的选择和证立契合了立法之目的。此案的记录者周密认为,本案与《梦溪笔谈》所记载的一个案子有异曲同工之妙。在该案件中,寿州有一个人杀妻之父母兄弟数口,州司根据“不道”之条<sup>①</sup>,判处连坐其妻子和子女。刑曹对此进行反驳说,依法,丈夫殴打妻之父母,夫妻二人即为义绝;此人杀妻之父母兄弟数口,夫妻二人自然应依义绝法勒令离异,婚姻关系归于消灭,则该妇女不应连坐受罚。<sup>②</sup>此案与陈振孙所判莆田一案的相同点就在于,是否选择了适当的法律规范来裁剪和重构案件事实。

案件记录者周密最后指出:“凡泥法而不明于理,不可以言法也。”这句话值得细细玩味。此处说的“法”当然就是法律条文,那么,其所谓“理”又是何意呢?应该包括两层含义:第一,“理”是指超越于具体法律条文之上的道德伦理观念。陈振孙指出:“父子天合,夫妇人合;人合者,恩义有亏则已矣。在法,休离皆许还合,而独于义绝不许者,盖谓此类。况两下相杀,又义绝之尤大者乎!”这就是说,根据儒家伦常名教,父子之义源自先天,夫妻之义起于人为,父子之义当然高于夫妻之义。若公爹杀死媳妇之父,法律还要求媳妇孝敬公爹,则显然违背道德上的常情常理常识。第二,“理”是指运用法律解释、以法律涵摄事实的方法规则。《梦溪笔谈》所载寿州一案与《齐东野语》所载莆田一案,初审法官在选择和证立裁判规范过程中都出现了偏差,以致遗漏了重大案件事实——夫妻义绝,而复审法官则能够在法律规范与生活事实之间找到平衡点。两个复审法官(刑曹、陈振孙)对两个初审法官(州司、姚瑤)误判的纠正,既反映了复审法官对于法律内容的熟悉,更体现了他们在法学方法上的高超素养——陈振孙对翁妇关系因义绝而消灭的事实判定、刑曹对婚姻关系因义绝而消灭的事实判定及其最终判决,正是对内部证成与外部证成的综合运用。

这里周密所指出的“法”与“理”的二元分立及其互动,恰恰可以对前文所提出的问题做一回应:在宋代司法的裁判规范证立过程中,“条法”与“道理”的出场并非毫无章法、恣意妄为的,而是遵循着一定的逻辑。就以上莆田一案而言,尽管陈振孙依据儒家礼义道理对初审判决进行了质疑和谴责,但他并不是假托情理、恣意判断,而是综合运用了内部证成与外部证成,以法律涵摄事实而得出结论。可以与之印证的是,在《清明集》的众多判词中,尽管司法名公经常援引所谓“天理”“人情”“良心”“情义”“纲常”“礼义”“名分”等话语以及《论语》《礼记》《左传》《诗经》《公羊传》等儒家经典来谴责不道德的当事人,但是大多数情况下判决结果都是依法律推断得来,这些“道理”的出场往往是为了佐证“条法”的正当性,对判决结果本身并没有本质性的改变。举前文所分析四个案例来说,《以卖为抵当而取贖》一案所谓“官司亦惟其理而已”<sup>③</sup>,《立继有据不为户绝》一案所谓“明其是非,合于人情”<sup>④</sup>,《主佃争墓地》一案“世降俗薄,名分倒置,礼义凌迟”<sup>⑤</sup>之讥,《辨明是非》一案“若不从其初而折其萌,何以绝后纷纷之讼”<sup>⑥</sup>之叹,皆是如此。

① 此处所谓“州司以不道,缘坐其妻子”,所涉及的法条有两个,一是《宋刑统》“十恶”中的“不道”,二是《宋刑统·贼盗律》“杀一家三人及支解人”。据《宋刑统·名例律》“十恶”载:“五曰不道。谓杀一家非死罪三人,支解人,造畜蛊毒、厌魅。”又据《宋刑统·贼盗律》“杀一家三人及支解人”载:“诸杀一家非死罪三人,及支解人者,皆斩;妻、子流二千里。”

② 据《梦溪笔谈》记载:“近岁邢、寿两郡,各断一狱,用法皆误,为刑曹所驳。寿州有人杀妻之父母昆弟数口,州司以不道,缘坐妻子。刑曹驳曰:‘殴妻之父母,即是义绝,况其谋杀。不当复坐其妻。’邢州有盗杀一家,其夫妇即时死,唯一子明日乃死。其家财产户绝法给出嫁亲女。刑曹驳曰:‘其家父母死时,其子尚生,财产乃子物;出嫁亲女,乃出嫁姐妹,不含有分。’此二事略同,一失于生者,一失于死者。”参见沈括:《梦溪笔谈》卷十一,官政一,北京:中华书局,2015年,第111—112页。

③ 参见吴恕斋:《以卖为抵当而取贖》,中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校,《名公书判清明集》卷之六,户婚门·抵当,第169页。

④ 参见司法拟:《立继有据不为户绝》,中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校,《名公书判清明集》卷之七,户婚门·立继,第215页。

⑤ 参见莆田:《主佃争墓地》,中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校,《名公书判清明集》卷之九,户婚门·坟墓,第326页。

⑥ 参见叶岩峰:《辨明是非》,中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校,《名公书判清明集》卷之七,户婚门·遗腹,第241页。



必须注意的是，前面我们分析的案件有一个共同点，即裁判规范具有相对完善性。换言之，要么裁判规范是比较确定而单一的，其重点在于恰当使用涵摄规则，如文章第二节所分析的案件；要么是裁判规范虽不单一但并不涉及对裁判规范本身的深层质疑，其难点只是在于对裁判规范的广泛查找和适当解释，如本节刚刚所分析的案件。然而，在现实司法实践中，真正具有挑战性的恰恰是那种连裁判规范本身都陷入危机的“疑难案件”，即找不到相关法律规范或找不到合适的相关法律规范。这种“疑难案件”是超越时空限制的，它同样曾经挑战着宋代的司法名公。正是在这些情景里，周密所提出的“法”与“理”的二元分立及其互动得到了更进一步的应用和凸显。

首先，这里以上文梳理“明辨是非”叙事中提到的《女合承分》一案<sup>①</sup>为例，分析一下司法名公对裁判规范的证立过程。本案司法官为范应铃（西堂），据《宋史》本传，其举进士在开禧元年（1205年），故案件发生时间应在之后的宁宗、理宗时期。<sup>②</sup>在本案中，郑应辰无亲生嗣子，只有两个女儿郑孝纯、郑孝德。郑应辰生前过房而立有一子郑孝先。郑应辰遗产丰足，有田三千亩，库一十座。郑应辰生前立有遗嘱，给两个女儿每人田一百三十亩、库一座。郑孝纯、郑孝德要求依据遗嘱分得郑应辰遗产，郑孝先对此表示异议。这里遇到的争议为“遗嘱之是非”，这包括两个方面：一是遗嘱的真假，二是遗嘱内容是否恰当。由此，在本案中，司法官同时遭遇了事实认知证立的困境与裁判规范证立的困境。

对于遗嘱的真假，司法官范应铃（西堂）并未过多讨论，他首先是分析裁判规范证立的问题。对于两个女儿的继承资格，范应铃（西堂）指出：“假使父母无遗嘱，亦自当得”。这就是说两个女儿本来就有继承资格。结合当时“已嫁承分无明条，未嫁均给有定法”<sup>③</sup>的规定，可推知两个女儿皆为在室女。其依据在《宋刑统·户婚律》“分异财产”条：“[准]户令：诸应分者，田宅及财物兄弟均分。妻家所得之财，不在分限。兄弟亡者，子承父分。兄弟俱亡，则诸子均分。其未娶妻者，别与聘财。姑、姊妹在室者，减男聘财之半。”也就是说，两个在室女依法皆可得到郑应辰结婚聘财的半数。然而，问题在于，以上“分异财产”条文无法涵摄一些重要事实，即：郑孝先为立嗣子而郑孝纯、郑孝德为亲生在室女，郑应辰（可能）给两女立有继承之遗嘱。

此外，本案裁判还有一个操作性难题。郑孝先“乃欲掩有，观其所供，无非刻薄之论”。在判词信息量有限的情况下，我们有必要推测一下其原因。据常理推断，在“未嫁均给有定法”的前提下，郑孝先不会是完全否定郑孝纯、郑孝德的继承资格，而是认为依遗嘱分配二女所得份额太多。判词虽未显示郑孝先是否婚配，但以法推之，若其已然婚配、付过聘财，而二女所得份额超过聘财之半，则郑孝先定会有所主张。既然没有此主张，则说明郑孝先未婚，缺乏聘财比较之标准。<sup>④</sup>因此，即使不存在遗嘱，“分异财产”条在本案中也难以适用。

那么，应该如何应对此种裁判规范证立的困境呢？司法官范应铃（西堂）援引了两种规范：一是其他地方的习惯规则、司法判例；二是儒家经典《孟子》与“义利之辨”话语。范应铃（西堂）指出：“假使父母无遗嘱，亦自当得，若以他郡均分之例处之，二女与养子各合受其半。”这就是说，在其他州郡的习惯规则、司法判例中，即使父母无遗嘱，养子可得一半，二女可共得一半。据《清明集》中刘克庄（后村）所作《女婿不应中分妻家财产》一判载：“在法：父母已亡，儿女分产，女合得男之半”<sup>⑤</sup>。可见，当时别处司法中确有“女合得男之半”的规则。范应铃（西堂）援引这一规则的目的在于说明，若以“若

① 参见范西堂：《女合承分》，中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校，《名公书判清明集》卷之八，户婚门·遗嘱，第290—291页。

② 参见脱脱等：《宋史》卷四百一十，北京：中华书局，1977年，第35册，第12344页。

③ 参见司法拟：《立继有据不为户绝》，中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校，《名公书判清明集》卷之七，户婚门·立继，第215页。

④ 参见柳立言：《南宋的民事裁判：同案同判还是异判》，《中国社会科学》2012年第8期。

⑤ 刘后村：《女婿不应中分妻家财产》，中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校，《名公书判清明集》卷之八，户婚门·分析，第277页。

以他郡均分之例处之”，两女所得比按遗嘱执行还要更多，从而反驳那种认为依遗嘱分配二女所得过多的观点。然而，范应铃（西堂）并未将此作为裁判规范。原因很可能在于，此规则依然无法涵摄男为立继之子、女（可能）有父给遗嘱的事实，而范应铃（西堂）对此十分重视。

那么，既然不“以他郡均分之例处之”，又何以要按真实性存疑之遗嘱来执行呢？初审法官县丞认为按遗嘱分配二女所得太多，对此范应铃（西堂）指出：“县丞所断，不计其家业之厚薄，分受之多寡，乃徒较其遗嘱之是非，义利之去就，却不思身为养子，承受田亩三千，而所拨不过二百六十，遗嘱之是非何必辩也。”所谓“遗嘱之是非何必辩”，就是说无论遗嘱之真伪，遗嘱内容都是显然恰当的。他说，“二女乃其父之所自出，祖业悉不得以沾其润，而专以付之过房之人，义利之去就，何所择也。舍非而从是，此为可以予，可以无予者？设舍利而从义，此为可以取，可以无取者？设今孝先之予，未至伤惠，二女之取，未至伤廉，断然行之，一见可决。”范应铃（西堂）援引了《孟子》中的经义并展开了“义利之辩”，认为郑孝纯、郑孝德作为亲生在室女，在跟郑应辰血缘关系上比立嗣子郑孝先更亲，因此即使不存在这份遗嘱（假设遗嘱是伪），按照遗嘱所立方案给郑应辰亲生两女分配财产并不过分、不算太多，这正是符合儒家继绝之道、亲亲之义的。<sup>①</sup>

事实上，前引《天圣户绝条贯》中有“若亡人遗嘱证验分明，依遗嘱施行”的规定。此案中郑应辰有女无男，男为立继之子，虽免于户绝，但其情形与户绝仅一线之隔。在此情况下，女有父给遗嘱，若比附《天圣户绝条贯》，即可类推适用“依遗嘱施行”之例。此处司法官范应铃（西堂）虽未如此明言，但其思维推理与此若合符契。范应铃（西堂）所作《处分孤遗田产》一判载：“准法：诸已绝之家而立继绝子孙，谓近亲尊长命继者。于绝家财产，若只有在室诸女，即以全户四分之一给之，若又有归宗诸女，给五分之一。其在室并归宗女即以所得四分，依户绝法给之。”<sup>②</sup>此是其人死后命继且有亲生在室女，与《女合承分》一案情况有所不同。但此处的推理就是比附“户绝法”而行的。由此推论，《女合承分》一案中范应铃（西堂）判决给两女“照元遗嘱各拨田一百三十亩，日下管业”，就假设遗嘱为真的情况而言，很有可能是类推了《天圣户绝条贯》之规定。

总结《女合承分》一案，在《宋刑统》“分异财产”条、别处“女合得男之半”规则无法有效涵摄生活事实的前提下，本案出现法律漏洞，司法名公范应铃（西堂）援引儒家经典和礼义来创制或类推出规则，认为在生前立继且给亲生在室女立有财产继承遗嘱的情况下，即使当事人对于遗嘱真实性存在争议，只要遗嘱方案合乎道理、不违条法，就应照遗嘱方案执行分配。此处对于裁判规范的证立过程，正是属于外部证成的一部分。按照上文周密所提出的“法”与“理”的二元划分，《宋刑统》“分异财产”条、别处“女合得男之半”规则属于“法”，而《孟子》经义与“义利之辩”则自然是“理”。基于对“法”与“理”的理解，依据“道理”也就是本政治文化共同体中所固有的正义观念和道德信仰对现行“条法”进行适当的调适和发展，正是本案中司法名公对裁判规范证立困境的应对之法。在现代法学中，这种工作被称之为“法律续造”。<sup>③</sup>

类似于法律无法有效涵摄生活事实，另一种裁判规范证立困境也常见于宋代司法中，即：现有法律规则中对该类生活事实缺乏相关规定，由此根本找不到法律规范。此处举上文梳理“明辨是非”叙事中提到的《既有暧昧之讼合勒听离》一案<sup>④</sup>为例。本案司法官为胡颖（石壁），据《宋史》本传，其举进士在绍

①《孟子·离娄下》载：“孟子曰：‘可以取，可以无取，取伤廉；可以与，可以无与，与伤惠；可以死，可以无死，死伤勇。’”此处对比几种“可”与“不可”，意在说明：行为的可或不可，要看行为是否具备必要性，是否符合礼义。范应铃（西堂）正是在论证“女承分”于义有合。

② 参见范西堂：《处分孤遗田产》，中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校，《名公书判清明集》卷之八，户婚门·女承分，第288页。

③ 参见卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，北京：商务印书馆，2003年，第246—249页。

④ 参见胡石壁：《既有暧昧之讼合勒听离》，中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校，《名公书判清明集》卷之十，人伦门·乱伦，第388—389页。

定五年（1229年），其后乃任知平江府、浙西提点刑狱等官，此案应发生在这一时期。<sup>①</sup>在本案中，阿黄为李起宗之儿媳，现今阿黄与李起宗似有“新台之事”（《诗经》之讥翁妇苟合也），即苟合关系。然而，阿黄之夫不愿与阿黄分离。据《宋刑统·户婚律》“义绝和离”，“与夫缌麻以上亲若妻母奸，及欲害夫者，虽会赦皆为义绝。”又“诸犯义绝者离之，违者，徒一年。”若阿黄与李起宗确实妇翁苟合，则阿黄与夫当然应该离异，且阿黄与李起宗皆应定罪处罚。然而，本案中妇翁苟合缺乏实证。据《庆元条法事类》载：“诸色犯奸，从夫捕。”<sup>②</sup>可见，依法必须丈夫亲自捉奸成双，方能证明奸情事实。<sup>③</sup>本案中自然不可能有这一证据环节，而阿黄与李起宗又都没有确实的供述。为免造成冤狱，胡颖（石壁）不愿使用刑讯逼供手段，因此本案奸情不能坐实。

此案与《女合承分》一案的差别在于，后者只是法律无法完全涵摄生活事实，通过引述道理可以来创制或类推出规则，而前者则完全找不到相关裁判规范，法律对于翁妇暧昧绯闻之类是没有规定的。尽管如此，在古代中国重视伦常纲纪的文化氛围下，对于此种暧昧情状司法官是不可能熟视无睹的，更不能以法无规定为理由而不加裁判。面对此裁判规范证立困境，胡颖（石壁）指出：“尊卑之间反且如此，纵无此事，亦难复合。子甚宜其妻，父母不说，出，此礼经之所以垂训万世者也。阿黄之不见说于舅必矣，其夫妇虽欲偕老，其可得乎？合勒听离，黄九二将女别行改嫁，李起宗免根究。”在这里，司法官引述《礼记·内则》所谓“子甚宜其妻，父母不说，出”，将其证立为裁判规范，同时认定经此讼难李起宗必然厌恶阿黄，翁妇之义难以修复，由此判令阿黄与其夫离异，而刑事罪责因疑开释。可见，胡颖（石壁）跟范应铃（西堂）一样，也是以“理”济“法”，实现“法的续造”。

此外，在以上两种情形之外，宋代司法中还有一种裁判规范证立困境，即现有法律规则虽足以涵摄生活事实，但（司法官认为）依现有法律规则来裁决会导致不正义的后果。这里举上文梳理“明辨是非”叙事中提到的《立昭穆相当人复欲私意遣还》《匿名榜连粘晓谕》《争山各执是非当参旁证》三个案件为例。由于案件众多，这里只分析其中规范冲突之处。

在《立昭穆相当人复欲私意遣还》一案中，虞县丞为虞艾之父，虞艾夫妇俱死，虞县丞将族中虞升夫之子虞继，立为虞艾之后。现虞县丞经妾刘氏怂恿，主张废除虞继立嗣子身份，改立他人。据《宋刑统·户婚律》“养子（立嫡）”门：“诸养子，所养父母无子而舍去者，徒二年。[议]曰依户令，无子者，听养同宗于昭穆相当者。既蒙收养，而辄舍去，徒二年。”断案官员王留耕认为，虞继“系本宗昭穆相当之子”，立之为虞艾子属于合法有效，不能废除。虞县丞与刘氏无故废立的行为，依法本应受“徒二年”之刑罚，但司法官王留耕认为：“刘氏乃虞丞之妾，曾为虞丞生子，于虞继合有服纪，父母所爱，犬马亦然，而况于人，父母有过，子孙安可拟议。虞继但当以出继为心，植立虞艾门户，使虞艾箕裘不坠，不可以旧恶为念，与刘氏生隙。”<sup>④</sup>此处以儒家宗法服纪为依据，认为虞继作为卑幼不能追究祖父虞继、庶祖母刘氏之过失，于是“徒二年”之刑罚也就当然作罢了。

在《争山各执是非当参旁证》一案中，曾子晦与范僧诉讼争山地，对交易契约之真实性及内容存在争议，然而其所争之地交易立契在嘉定二年（1209年），投税在绍定二年（1229年），至诉讼时早已过了二十年。司法官指出：“在法：典卖过二十年（下有阙文），钱主俱存，而两词桀凿如此，况书契之人并无一存，可以为证”，“本厅既难根究，何缘可得实情，故未免令两家在外和对”。这里引用的法律条文在

① 参见脱脱等：《宋史》卷四百一十六，第36册，第12478—12479页。

② 杨一凡、田涛主编：《中国珍稀法律典籍续编第一册：庆元条法事类》卷八十，杂门·诸色犯奸·捕亡赦，哈尔滨：黑龙江人民出版社，2002年，第921页。

③ 《争业以奸事盖其妻》一判载：“争奸当论踪迹虚实”，“奸从夫捕，当究其实”，即是此意。参见《争业以奸事盖其妻》，中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校，《名公书判清明集》卷之六，户婚门·争田业，第180—181页。

④ 参见王留耕：《立昭穆相当人复欲私意遣还》，中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校，《名公书判清明集》卷之八，户婚门·立继类，第248—249页。

《清明集》判词中曾反复出现，如《吴肃吴镛吴桢互争田产》一判，“准法：诸理诉田宅，而契要不明，过二十年，钱主或业主死者，官司不得受理”<sup>①</sup>。可见，依法官府不应该受理本案。但是，司法官认为，如果不加干涉，则双方将缠斗不休，以致两败俱伤且扰乱官府。因此，他援引《左传》所记载的“郑、息之势”与《史记》所记载的“虞、芮之成”两个典故，来说明缠斗不休的弊端与尽早息讼的好处，从而论证官府介入的必要性：“今两家既坚执所长，当职只得从公区处”<sup>②</sup>。最终判定由官府进一步调查取证，加以裁决。

在《匿名榜连粘晓谕》一案中，县中有人张贴匿名榜，说知县翁甫（浩堂）为人通关节而收受贿赂。此匿名榜为衙役所获，呈给知县翁浩堂。在书判中，翁甫（浩堂）声明自己并无收受贿赂之事，并下令将匿名榜原件连同这份声明一起张贴出去，以示付诸公议。据《宋刑统·斗讼律》“投匿名书告人罪”条：“诸投匿名书告人罪者，流二千里。”又据《宋刑统·斗讼律》“诬告本属刺史县令”条：“诸诬告本属府主、刺史、县令者，加所诬罪二等。”收受贿赂属于“受所监临赃”罪，据《宋刑统·职制律》“受所监临赃”条载：“诸监临之官受所监临财物者，一尺笞四十，一匹加一等，八匹徒一年，八匹加一等，五匹流二千里。与者，减五等，罪止杖一百。乞取者，加一等。强乞取者，准枉法论。”可见，依法若查明有人诬告本属州县官长贪污，则最高可反坐流三千里。然而，对于投匿名书之人，翁浩堂并未追查，也没有适用以上法律对其加以惩罚，而是根据儒家经义对投匿名书之人表示感激以及批评。他指出：“孔圣有言：某也幸，苟有过，人必知之。俗谚亦云：道吾恶者是吾师。”“子曰：‘丘也幸，苟有过，人必知之。’”这是感谢投书之人的监督警醒。同时又指出：“所可恨者，不札以指陈，乃匿名而标贴，则恐非古人忠厚意耳。”<sup>③</sup>

在以上三个案件中，现有法律规则本来都足以涵摄生活事实，但司法官认为，依现有法律规则来裁决会导致不正义的后果。因此，他们依据儒家经义或礼义来证明，绕过现行法律规定是符合正义的。从这个意义上来说，几位司法名公的做法都是属于以“理”济“法”而谋求裁判规范的证立。而且他们在放弃适用现行法律的时候，都进行了说理论证，这体现了他们的慎重。他们之所以做出以上判决，其基本理由都可以归结为：因为“法”与“理”出现了冲突，所以舍“法”而从“理”。这或许类似于今天法学语境中法律规则与法律原则的冲突。然而，问题的关键在于，任何一项具体的“法”背后都存在某种“理”，“法”与“理”的冲突本质上还是此“理”与彼“理”的冲突。换言之，在此种裁判规范证立困境下，司法名公的任务实际上是在个案之中把不同“理”所代表的利益、价值进行衡量。尽管当时衡量工作的价值参考系具有一定的范围稳定性，但是个人偏好因素也是难以完全排除的。由此，其在裁判规范证立方法上也就存在着主观性危机。

具体来说，《争山各执是非当参旁证》一案的衡量工作有助于个案中交易秩序的稳定和恢复，但其负面影响在于，很有可能使好讼之徒无视“理诉田宅，而契要不明”之法条，从而诱发民间田土争讼的爆炸，增加官府的听讼负担。《立昭穆相当人复欲私意遣还》一案的衡量工作有助于个案中立嗣子顺利融入家庭和维系伦常秩序，但按照这个逻辑，“所养父母无子而舍去者”的法条就完全丧失了存在的必要性。《匿名榜连粘晓谕》一案的衡量工作也存在相同的问题，尽管司法名公通过宽容行为人表现了自身谦谦君子、广纳谏言的形象，但它也使《宋刑统》“投匿名书告人罪”和“诬告本属刺史县令”两条成为具文。

① 参见《吴肃吴镛吴桢互争田产》，中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校，《名公书判清明集》卷之四，户婚门·争业上，第 111 页。又如，方秋崖《契约不明钱主或业主亡者不应受理》一判，“在法：契要不明，过二十年，钱主或业主亡者，不得受理。此盖两条也。谓如过二十年不得受理，以其久而无词也，此一条也。而世人引法，并二者以为一，失法意矣！”参见方秋崖：《契约不明钱主或业主亡者不应受理》，中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校，《名公书判清明集》，卷之四，户婚门·争业上，第 132 页。

② 参见《争山各执是非当参旁证》，中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校，《名公书判清明集》卷之五，户婚门·争业下，第 160—162 页。

③ 参见翁浩堂：《匿名榜连粘晓谕》，中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校，《名公书判清明集》卷之十四，惩恶门·匿名书，第 550—551 页。

同一个行为，依法最高可被反坐流三千里，依理却批评了事，这显然是挑战常识的。总之，在这几个案子中，尽管司法名公确实对选择舍“法”从“理”进行了论证，但这种论证的充分性是存疑的。如果说立法本身有问题，那么就应该废除或修改立法。这当然并非司法名公能力所及的。然而，若为了个案的正义而轻易舍“法”从“理”，使得司法与立法产生对立，这对于法制权威性也必将造成损害。正是在此种“法”与“理”的冲突情形中，我们看到了宋代司法名公在裁判规范证立过程中所遇到的两难困境。事实上，这种困境的克服有赖于司法职业共同体的沟通交流和达成共识，有赖于在漫长岁月中进行经验的沉淀，接受理性的反思。更何况，这种两难困境是超越古今中西的，今人对此问题的应对办法也远远谈不上圆满，又怎能苛责古人。

总的来说，在法律大前提的查找和证立上，宋代司法名公直面各种困境，其应对办法就是在“法”与“理”之间进行划分和勾连。他们意识到，要想找到适当的裁判规范，不仅要关注“法”，还要重视“理”。所谓的“理”，一方面是指具体法律条文之外的社会道德伦理和国家秩序原理，重视“理”就是要求法律推理的结果不能违背本政治文化共同体中所固有的正义观念和道德信仰。在此语境下，从司法目标来看，“法”与“理”的冲突就是依法裁判与个案正义的冲突。从裁判规范证立困境之应对来说，“理”可以作为补充和续造“法”的资源。正是基于这个原理，社会公认的某些事理、规则（如交易习惯）才能成为裁判的规范性依据。另一方面，“理”是指以法律涵摄事实、运用法律解释、证立裁判规范的方法规则，重视“理”就是要求：依据“道理”对现行“条法”进行适当的调适和发展也应遵循一定的规则，即综合运用内部证成与外部证成、追求“法”（依法裁判）与“理”（个案正义）的协调。这种“法”与“理”的二元互动显示了宋代名公在司法活动上的“法理”自觉，凸显了宋代在中国法学方法发展史上的特殊地位。

#### 四、何种法理：理学视野下的宋代司法传统

归根结底，宋代司法名公在司法活动上的“法理”自觉，实际上反映了他们在生活事实与裁判规范之衔接以及裁判规范之证立上的高超法律素养。那么，应该如何看待宋代司法名公之“法理”自觉在中国历史上的地位呢？这种“法理”自觉出现于宋代的基础又何在呢？对此，今人有必要从知识史的角度作一番梳理和反思。

应该看到，中国历史上很早就出现了对于“法理”的重视。《汉书·宣帝纪》载：“孝宣之治，信赏必罚，综核名实，政事、文学、法理之士咸精其能。”<sup>①</sup>这里以“法理”与“政事”“文学”并列，是指汉宣帝时有很多懂法晓律官员。尽管今天仍然能够看到汉代的一些案例，但是当时的司法话语中并没有使用到“法理”一词（或“法”与“理”）。<sup>②</sup>魏晋是中国立法和法学发展的重要时期。据《通典·刑法》载：“东晋元帝为丞相，在江东承制。时百度草创，议断不循法，人立异议，高下无状。主簿熊远奏曰：‘自军兴以来，临事改制，朝作夕改，至于主者不敢任法，每辄关咨，委之大官，非为政之体……凡为驳议者，若违律令节度，当合经传及前比故事，不得任情以破成法。愚谓宜令录事更立条制，诸立议者皆当引律令经传，不得直以情言，无所依准，以亏旧典也。’”<sup>③</sup>这里提出议事判断“当引律令经传”，并且注意到“律令”与“经传及前比故事”的二元关系，可以说已经具备了“法”与“理”二元互动的雏形，但当时“帝以权宜从事，尚未能从”，也就是说仅仅停留于个人观念层面，并未付诸制度性的实践。<sup>④</sup>至于唐代，主要是在立法层面上总结汉魏晋时期的成果，在司法方法上并无更大的突破。

① 参见班固：《汉书》卷八，北京：中华书局，1962年，第1册，第275页。

② 参见陈景良：《宋代“法官”“司法”和“法理”考略——兼论宋代司法传统及其历史转型》，《法商研究》2006年第1期。

③ 参见杜佑：《通典》卷一百六十四，刑法二，北京：中华书局，2016年，第10册，第4207页。

④ “律令”与“经传及前比故事”的二元关系在汉代“春秋决狱”中实际上已有所体现。但这毕竟不是普遍性的制度实践，也没有进入到“法”与“理”的二元互动这种抽象思维层次上。

正是到了宋代，士大夫在事实认定、规范证成上才出现了高度的方法自觉，并且将这种方法广泛运用到司法实践之中，形成了伟大的时代洪流，这主要反映在前文所梳理的三点上：一是兼具事实求真与价值向善的诉求，自觉划分事实问题与法律问题；二是在事实与法律的衔接上综合运用内部证成与外部证成；三是通过“法”与“理”的二元互动来应对裁判规范查找和证立的困境。宋代士大夫之所以能在法律素养上实现这种质的突破，其根源在于当时社会的经济政治背景，即“私有制深入发展下社会物质利益的多元化”<sup>①</sup>，以及两宋历代君臣重视法律、以法治国的时代风气<sup>②</sup>。这种背景正是宋代士大夫广泛参与司法实践，运用法律智慧、发展法学方法的社会基础。

此外，如果从价值观念和思维方法来考察，宋代司法名公“法理”自觉的核心就在于“法”与“理”的二元互动，而谈到这个“理”字，我们就不能不提到宋代的理学。据柳立言先生的考察，《清明集》中的许多司法名公都有着理学背景，要么直接是理学宗派中人，如真德秀（西山）、刘克庄（后村）、吴革（恕斋）、蔡杭（久轩）等人，要么是与理学中人有着交谊关系（同僚或朋友），如范应铃（西堂）、胡颖（石壁）、翁甫（浩堂）、吴势卿（雨岩）等人。<sup>③</sup>这种考证的意义非常重大，有助于我们理解宋代司法名公的“法理”自觉。上文将“法理”之“理”归结为两点，即以法律涵摄事实的方法规则以及法律条文之外的社会道德伦理和国家秩序原理，事实上这两点正对应着本文开头所梳理“明辨是非”叙事的两种诉求——事实求真与价值向善。而前文所梳理的 27 份“明辨是非”叙事之书判中，真德秀（3 篇）、刘克庄（1 篇）、吴革（3 篇）、吴势卿（1 篇）、范应铃（1 篇）、胡颖（4 篇）、翁甫（1 篇）全部位列其中，这一现象自非偶然，而且恰恰暗示了宋代司法名公兼顾事实求真与价值向善诉求的“法理”自觉与理学在思维方法和价值体系上的某种关联。

在整部《清明集》中，位于卷首的真德秀的劝谕书判具有纲领性作用<sup>④</sup>，统摄全书意旨；据《宋元学案》说，真德秀之学出于“考亭”（朱熹之别号），真氏在南宋孝宗年间之后被视为继承朱熹学脉的“正学大宗”。<sup>⑤</sup>此外，以上其他有理学背景的司法名公也与朱熹存在着紧密联系，如：刘克庄为真德秀之弟子，恪守并弘扬朱熹的思想，真氏为吴革著述作序且称吴革之号“恕斋”得自于朱熹，蔡杭之父蔡沈为朱熹门人。<sup>⑥</sup>有鉴于此，立足于朱熹这个宋代理学“集大成者”<sup>⑦</sup>的思想，从中探究宋代司法名公“法理”自觉与理学的关联性，乃是一个必要且可行的考察视角。事实上，正是在朱熹这里，宋代司法的“明辨是非”叙事及其兼顾事实求真与价值向善的诉求都可以找到思维方法和价值体系上的依据。

以《朱子语类》一书为例，其中记载了许多朱熹关于明辨“是非”的主张。如“若事物之来，当辨别一个是非”<sup>⑧</sup>，即指出要辨别“事物”之“是非”。那么，什么是“辨别是非”呢？“问：致知莫只是致察否？曰：如读书而求其义，处事而求其当，接物存心察其是非、邪正，皆是也。”<sup>⑨</sup>可见，在朱熹看来，“是非”与“邪正”是相关联的，辨别“是非”乃是一种认知活动，其目标在于以认知追求正义与良善。那么，何为“是非”，正义与良善的标准何在呢？他说：“日用之间，礼者便是，非礼者便不是。”<sup>⑩</sup>

① 参见陈景良：《试论宋代士大夫的法律观念》，《法学研究》1998 年第 4 期；陈景良：《两宋皇帝法律思想论略》，《南京大学法律评论》1998 年第 2 期。

② 参见陈景良：《“文学法理，咸精其能”（上）——试论两宋士大夫的法律素养》，《南京大学法律评论》1996 年第 2 期；《“文学法理，咸精其能”（下）——试论两宋士大夫的法律素养》，《南京大学法律评论》1997 年第 1 期。

③ 参见柳立言：《“天理”在南宋审判中的作用》，“中央研究院”历史语言研究所集刊第八十四本第二分（2013 年），第 277—328 页。

④ 参见陈智超：《宋史研究的珍贵史料——明刻本〈名公书判清明集〉介绍》，中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校，《名公书判清明集》，附录七，第 664 页。

⑤ 参见黄宗羲、黄百家、全祖望：《宋元学案》，西山真氏学案，上海：商务印书馆，1935 年，第 436—437 页。

⑥ 参见柳立言：《“天理”在南宋审判中的作用》，“中央研究院”历史语言研究所集刊第八十四本第二分（2013 年），第 280 页。

⑦ 参见钱穆：《朱子学提纲》，北京：生活·读书·新知三联书店，2014 年，第 23—36 页。

⑧ 参见黎靖德编：《朱子语类》卷十二第一册，学六·持守，北京：中华书局，1986 年，第 216 页。

⑨ 参见黎靖德编：《朱子语类》卷十五第一册，大学二·经下，第 283 页。

⑩ 参见黎靖德编：《朱子语类》卷三十三第三册，论语十五·雍也篇四，第 833 页。

又说：“一言一语，一动一作，一坐一立，一饮一食，都有是非。是底便是天理，非底便是人欲。”<sup>①</sup>可见，“是非”的标准在于“礼”或“天理”，也就是儒家所主张的社会道德伦理和国家秩序原理。对于求取“是非”之“理”的办法，他指出：“格物二字最好。物，谓事物也。须穷极事物之理到尽处，便有一个是，一个非，是底便行，非底便不行。凡自家身心上，皆须体验得一个是非。”<sup>②</sup>这就是说，要想实现正义与良善，必须与具体真实的事物相接触，必须使自我对事物的认知（体验）合乎真实。综上所述，朱熹已经认识到，价值的向善必须以事实认知的求真为前提。所谓“穷极事物之理到尽处”以明辨“是非”，其中就包含着事实求真与价值向善的划分。在此视野下，胡颖（石壁）提出“考察虚实，则凭文书；剖判曲直，则依条法”，实现司法活动中事实问题与法律问题之自觉划分，其中显然就有朱熹理学“辨别是非”思想的痕迹。

就思维方法而言，朱熹曾经在读书治学与司法断狱的关系上进行了深入的阐述，对后世的考据学问产生了深远影响。<sup>③</sup>他说：“须是一棒一条痕！一捆一掌血！看人文字，要当如此，岂可忽略！看文字，须是如猛将用兵，直是鏖战一阵；如酷吏治狱，直是推勘到底，决是不恕他，方得。看文字，正如酷吏之用法深刻，都没人情，直要做到底。若只恁地等闲看过了，有甚滋味！大凡文字有未晓处，须下死工夫，直要见得道理是自家底，方住。看文字如捉贼，须知道盗发处，自一文以上赃罪情节，都要勘出。若只描摸个大纲，纵使知道此人是贼，却不知何处做贼。”<sup>④</sup>就其本意而言，朱熹是为了强调读书应如司法断狱一般严谨，不可轻忽。但若就此考察其对司法断狱的态度，则可看出，其所谓“酷吏治狱”并非主张枉法用刑，而是强调司法者不可枉顾案件事实，要重视证据的搜集与考察以证成事实。《清明集》中的司法名公立足于事实求真的诉求，普遍主张事实认定必须凭借证据，这与朱熹重证据实的思想也是一脉相承的。

在谈到“辨别是非”之价值标准时，朱熹曾说到：“凡读书，先须晓得他底言词了，然后看其说于理当否。当于理则是，背于理则非。”<sup>⑤</sup>先使对事物的认知合乎真实，而后再以“理”来判断事物是否正当。众所周知，这里说的“理”是朱熹理学的核心概念，其含义是非常广泛的，上到宇宙本源，下到人伦日用，乃是宇宙自然秩序与人道文明秩序的统一。在朱熹理学的价值体系下，“理”具有最高的秩序位阶，所谓“未有天地之先，毕竟也只是理；有此理，便有此天地；若无此理，便无此天地、无人无物，都无该载了”<sup>⑥</sup>。“理”是天地、人、物存在的基础，朱熹对于“理”的此种抽象为社会道德伦理、国家秩序原理参与人间法秩序的建构提供了“说理”的平台。司法活动就是这样一种“说理”。宋代司法名公在遇到裁判规范查找和证立困境的时候，往往在“法”与“理”的二元互动中谋求对法律的妥善解释和续造，追求条法与社会道德伦理、国家秩序原理（道理）的平衡。这种诉诸于“理”、以“理”“济”“法”的思维方式，一定程度上反映了理学发展所带来的重“理”、讲“理”的时代风气，也体现了宋代司法对于理学思维的应用。

宋代司法对于事实求真与价值向善的兼顾、在“法”与“理”的二元互动中论证说理，这很大程度上源自于理学在思维方法与价值体系的滋养。可以说，正是由于理学的发展及其在司法官员之中的传播、运用，才促使宋代法官，特别是南宋司法名公在广泛参与司法实践的基础上，运用法律智慧、发展法学方法，并在事实认定、规范证成上实现方法的自觉。应该注意到，理学对宋代司法的影响并非单纯是一种道德话语的渗透，更重要的是一种知识、一种方法，即将事实求真与价值向善关联起来的知识或方法——其关注的核心问题是，如何立足于事实求真来实现价值向善。

① 参见黎靖德编：《朱子语类》卷三十八第三册，论语二十·乡党篇，第1004页。

② 参见黎靖德编：《朱子语类》卷十五第一册，大学二·经下，第284页。

③ 参见张世明：《“治史如断狱”——历史考据学与律学渊源的知识史考察》，《光明日报》2015年3月25日。

④ 参见黎靖德编：《朱子语类》卷十第一册，学四·读书法上，第164页。

⑤ 参见黎靖德编：《朱子语类》卷十一第一册，学五·读书法下，第185页。

⑥ 参见黎靖德编：《朱子语类》卷一第一册，理气上，第1页。

“孟子曰：‘是非之心，智也。’才知得是而爱，非而恶，便交过仁义去了。”<sup>①</sup>可见，理学在讲“仁”（“德”）的同时也是讲“智”的；“仁义”之实现当然是目的，但为了达此目的必须首先辨别事理之是非，使自己对事物的认知合乎真实。换言之，道德的实现（价值向善）要以智慧、知识（事实求真）为前提，反过来，智慧、知识也应服务于道德的实现。这就显示，理学之中并非只有道德理性，其中实际上包蕴着深厚的知识理性因素。由此，在理学视野下来反思宋代司法传统，问题的实质就在于：宋代司法在事实认知与法律推理中呈现出何种知识样态，具有何种内在理路，此种样态、理路跟理学有何种关系。就此而言，本文只是一个初步的工作。理学视野下的宋代司法传统，仍然有待于学界同仁进一步关注和研究。

（本文为中南财经政法大学“双一流”学科建设项目“中华法治文明研究”（418131740041801）的阶段性成果）

（责任编辑：天竞 编辑：王鑫）

## Facts Recognition and Legal Inference in Song Dynasty Judicature

CHEN Jingliang, WANG Xiaokang

**Abstract:** The judicature judgment in Song Dynasty took seriously the “distinction between right and wrong”, which included two resorts of being true for facts and being virtuous for value. Such a distinction was highly conscientious, and was an epoch-making progress in China’s way of the law. In the conjunction of facts and law, the judicial administrators unified both inside and outside testimonies. When the norms of judgment was comparatively fixed, they executed the covering of legal norms to life facts in mutual testimony between facts and norms, so as to reach the result of fact-fixing for the case, and to reached the final judgment based on adding the method of deduction and inference. When there was difficulties in finding norms or evidences, they sought proper legal explanation and legal duration in a dual action of “the law” and “the principle”, for the purpose of a balance of the relationship between law and social ethics and the principle of the state order, as well as showing the consciousness of “legal principle”. In the dimension of the way of thinking and the value system, the judicature in Song Dynasty took account of both seeking facts and valuing virtuousness, sought proof and reason in a dual action of “the law” and “the principle”, which had a close relationship with Zhu Xi’s rationalistic Confucian ideas.

**Key words:** legal principle, distinction between right and wrong, judicature in Song Dynasty, cover, legal duration

<sup>①</sup> 参见黎靖德编：《朱子语类》卷十七第二册，大学四·或问上，第 374 页。