



第十届全国法律方法论坛

(2015年7月29日至31日·遵义)

“法治中国与法律方法” 论文集单行本



主办单位：遵义师范学院
中山大学

承办单位：遵义师范学院科研处
中山大学逻辑与认知研究所
中山大学法学院

目 录

(按第一作者姓氏排名)

黄泽敏 张继成 案件事实归属标准的建构 (摘要)	2
蒋传光 司法改革与法官免责制度的构建	7
徐忠明 明清时期的法律修辞与法律推理 (提要)	12
王冬梅 高校非法学专业法律素质教育在法治中国建设中的担当.....	17

目 录

(按第一作者姓氏排名)

黄泽敏 张继成 案件事实归属标准的建构 (摘要)	2
蒋传光 司法改革与法官免责制度的构建	7
徐忠明 明清时期的法律修辞与法律推理 (提要)	12
王冬梅 高校非法学专业法律素质教育在法治中国建设中的担当.....	17

0807080

第十届全国法律方法论坛

主办单位：遵义师范学院
中山大学



承办单位：遵义师范学院科研处
中山大学逻辑与认知研究所
中山大学法学院



协办单位：遵义市律师协会
贵州省仁怀市方园酒业销售有限公司
贵州茅台酒股份有限公司



第十届全国法律方法论坛程序委员会

➤ 主席：

- ✓ 谢 晖，北京理工大学、中南大学
- ✓ 熊明辉，中山大学

➤ 委员（以笔画为序）：

- ✓ 丁 利，中山大学
- ✓ 马长山，华东政法大学
- ✓ 令狐兴中，遵义市律师协会
- ✓ 任 强，中山大学
- ✓ 关保英，上海政法学院
- ✓ 孙笑侠，复旦大学
- ✓ 张斌锋，中南财经政法大学
- ✓ 陈金钊，华东政法大学
- ✓ 胡玉鸿，苏州大学
- ✓ 贾焕银，重庆大学
- ✓ 徐忠明，中山大学
- ✓ 黄建武，中山大学
- ✓ 蒋传光，上海师范大学
- ✓ 焦宝乾，山东大学（威海）
- ✓ 舒国滢，中国政法大学

■ 组织委员会

➤ 主席：

- ✓ 王大忠，遵义师范学院党委书记
- ✓ 吴次南，遵义师范学院校长

➤ 副主席：

- ✓ 吴有富，遵义师范学院副校长
- ✓ 娄胜霞，遵义师范学院副校长

➤ 秘书长：

- ✓ 周安政，遵义师范学院党政办公室主任
- ✓ 张 鹏，遵义师范学院科研处处长

➤ 委员：

- ✓ 王春华，遵义师范学院宣传部部长
- ✓ 田维钊，遵义师范学院总务处处长
- ✓ 胡易庚，遵义师范学院党政办副主任
- ✓ 张 新，遵义师范学院公共管理学院院长
- ✓ 李懋君，遵义师范学院马克思主义学院院长
- ✓ 巩章义，遵义师范学院政治、经济与管理学院院长

- ✓ 李 强，遵义师范学院校团委副书记
- ✓ 陈 明，遵义师范学院科研处常务副处长
- ✓ 龙茂兴，遵义师范学院科研处副处长

版权声明

本论文集为第十届全国法律方法论坛内部交流资料，不作为公开发表的学术刊物。已投稿的论文全文或者部分内容仍旧可以向其他杂志投稿。

第十届全国法律方法论坛

案件事实归属标准的建构（摘要）

黄泽敏 张继成

摘 要：把案件事实归属于法律规则构成要件之下的标准问题，在中国学界鲜有人关注。归属标准包括判断形式和证明标准两个部分，其中判断形式刻画了事实判断与价值判断之间的逻辑位阶，它是建构证明标准的必要基础；证明标准则侧重于规范司法审判的说理论证活动，两者主要解决事实与规则之间的沟通问题。递进式符合标准，在纠正过往理论错误的基础上正确地刻画了判断标准，并同时根据当代认知科学等理论提出了切合司法实践的证明标准与规则，从而更新了即有的法学方法理论。

关键词： 归属标准； 递进式符合标准； 认知机制； 普遍的感知与经验

司法改革与法官免责制度的构建

蒋传光

(上海师范大学法政学院)

我今天和大家交流的主要内容,准确地说是严格法官责任制视域下的法官免责制度,或者说法官和面制度的构建。

一、问题的提出

我思考这个问题或者说选择这个问题,是基于两个因素:第一个因素是十八届三中全会、四中全会关于司法改革的理念,第二个因素是基于近年来在全国产生重大影响的错案出现后,对如何进行追责的思考。

(一) 十八届三中全会、四中全会关于司法改革的理念

十八大以来,主要是十八届三中全会、四中全会确立的司法改革思路,实际上是十六大确立的司法改革设想的继续。

十八届三中全会的亮点是司法体制改革的内容。十八届四中全会关于司法体制改革的内容,是十八届三中全会关于司法体制改革的内容的照搬。

十八届三中全会、四中全会关于司法体制改革的内容,简言之就是以完善司法责任制为目标,实行办案质量终身负责制和错案责任倒查问责制,保证司法公正,提高司法公信力。

(二) 对司法实践中产生的错案,如何进行追责。

近年来发生的一系列错案,诸如倍受人们关注的云南杜培武案、湖北余祥林杀妻案、河北聂树彬案、河南赵作海杀人案、浙江叔侄强奸杀人案、内蒙古的呼格吉勒图案等,引起了人们对司法公信力的质疑,成为全国舆论关注的焦点。在案件审判工作中,如何严格依法办事,严把案件质量关,坚决守住防止冤假错案的底线,避免类似案件的发生,确实值得引起我们的反思。

比如呼格案已启动了责任追求程序,网上甚至公布了当年经办此案的公安、检察和一、二审法院等承办该案的人员名单(本人认为这是不恰当的)。

在该案中如果存在刑讯逼供等违法办案的情形,当然应该追责。这起案件不仅涉及公检法三机关,还涉及当地的政法委,如果追责,各个机关的相关人员在该案中各自应承担什么责任,也应当分清,这也是体现司法公正的需要。

呼格吉勒图案,包括类似的聂树彬案的发生,值得我们反思的问题很多,如当时的司法体制机制问题、相关法律制度如证据制度的完善问题、社会历史背景问题、司法理念问题、司法人员素质问题,等等。

司法不公对社会公正的破坏和负面影响确实很大。十八届四中全会对司法公正的重要性给予了高度重视,认为“公正是法治的生命线。司法公正对社会公正具有重要引领作用,司法不公对社会公正具有致命破坏作用。”为确保司法公正,提高司法公信力,提出“必须完善司法管理体制和司法权力运行机制,规范司法行为,加强对司法活动的监督,努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义。”“实行办案质量终身负责制和错案责任倒查问责制,确保案件处理经得起法律和历史检验。”

学习贯彻十八届四中全会精神，在严格法官办案责任，完善责任追究程序的同时，我对十八届四中全会的相关内容全面的理解，要进行符合法律逻辑、法律思维的理解。

二、关于“努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义。”

我们所追求的司法公正，与一般意义上的公正是不同的。我认为在司法实践中不能把公平正义进行绝对化的理解，在司法实践中也不存在绝对的公平正义。司法实践中所讲的公正，是法律逻辑上的公正。“努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”。如何理解这句话的含义？因为司法公正有形式公正和结果公正、程序公正和实体公正，在司法实践中有时很难做到两者的统一，有时会出现矛盾。在形式公正和结果公正、程序正义和实体正义不能兼顾，法律制度本身规定不合理、有瑕疵的情况下，不可能做到让人民群众在每一个案件感受到公平正义。因而，这句话追求的目标虽然出发点、动机很美好，但过于理想化，在司法实践中很难做到，在法律逻辑上也是有问题的，不符合法律思维的逻辑，因为法律思维的特征就是普遍性优于特殊性，合法性优于客观性，形式合理性优于实质合理性，程序正义优于实体正义，理由优于结论。法律思维的这些特点，就决定了在司法实践中很难完全做到兼顾方方面面的利益。以合法性优于客观性为例，在司法实践中依据法律规定，就允许三种情况存在，对未查明的客观事实，也必须做出一个确定的法律结论（如疑罪从无）。已查明的客观事实可以被法律的证据规则所排斥（如非法证据排除）。在特定条件下，法律允许以虚构的事实作为裁判的根据。这种法律思维对一般民众来说，很难感到法律公正。

因而，“努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”，作为政治话语可以，如果作为司法工作的理念，它是不完全符合法律思维规律的，在司法实践中既做不到，无形中也会给法官审理案件增加心理压力。

三、实行错案责任倒查问责制的前提下，完善法官免责制度构建

十八届四中全会指出，明确各类司法人员工作职责、工作流程、工作标准，实行办案质量终身负责制和错案责任倒查问责制，确保案件处理经得起法律和历史检验。

司法实务中，对审判责任的追究多为结果导向，即在认定裁判错误（或错案）的基础上厘定责任。对于“错案责任追究”或“错案终身追究”，从社会层面而言，似乎颇为肯定。但学界却从未间断质疑。不可否认，法官是一项特殊的职业。德国哲学家海德格尔指出：世界的存在是不可表达的，语言永远也不能表达世界的本来面目。法律概念永远无法涵盖无限可能的客观现实，司法审判也不可能得出人人相同的裁判结果。博登海默亦指出，“法官必须经常对相互冲突的利益加以权衡，并在两个或两个以上可供选择的、在逻辑上可以接受的判决中作出选择。在作出这种抉择时，法官必定会受到其自身的本能、传统的信仰、后天的信念和社会需要之观念的影响。”由于法律和事实本身都具有不确定性，法律适用也不可能千篇一致，正如著名法谚所言“正义犹如普洛透斯之脸，变幻不定”，不同法官对同一案件作出不同判决实为正常，因此，不能把法官审判等同于数学运算期待可以得出唯一确定的结果，也不能简单地通过“错案追究”否定这种法律运行不确定性引起的正常现象。

在党的文件中，错案追究的提法首次出现在十五大报告中，其后的十六大、十七大、十八大报都没有类似的表述。对这一提法，我一直认为不加区分地、简单地“错案追究”是不科学的，也是违背法律思维规律的。政治话语里的错案一般是指因“司法人员作风不正、办案不廉，办金钱案、关系案、人情案，“吃了原告吃被告”导致的假错案。简单地讲，就

是因司法腐败导致的错案。对这种错案进行追究没有问题。如果不加分析地进行错案追究，就有问题了。

在一次学术研讨会上，一位法官在发言时说，在追求司法公正的过程中，有一种说法，即对司法腐败要令容忍，对冤假错案要令容忍。他认为前一个零容忍是应当的，但后一个令容忍的提法不科学。我对这位法官的观点是赞同的。

对错案是否给予零容忍，对司法实践中产生的错案是否一律予以问责追究，要回答这个问题，就必须回答何为错案，弄清错案产生的原因。我曾在《重视法官免责制度的构建》一文中，对法官在司法实践中出现错案免责的情形，进行过简要的分析。为深化法官免责制度的研究，更好地完善办案质量终身负责制和错案责任倒查问责制的制度构建，笔者就如何对待错案进一步谈一点自己的观点。

（一）确立错案审判责任追究原则

“应当承认，公正的审判是不容易的，最审慎的法官也有可能把案子搞错。”“许多外界因素一不确切的资料、可疑的证据、假证人以及得出了错误结论的鉴定报告等，都会欺骗那些最认真、最审慎的法官。事实上，任何国家和地方的司法机关都不可能完全避免出现错案。因此，审判责任的追究其实是把双刃剑，如果责任分配合理、追究程序规范，则能有效督促法官提高司法业务素质；反之，则可能严重削弱法官的创造力和积极性，甚至损害司法公正与效率。正如美国大法卡多佐所说：“当与束缚法官的规则的数量和压力进行比较时，法官的创造力便微不足道了。”因而，对审判责任的追究必须本着“审慎”的态度，严格遵循以下基本原则：

1、实事求是原则。从我国的司法实践来看，各地对审判责任的认定主要都是从案件结果意义上来判断，体现人们对实体正义的追求，对判决结果的关怀。但作出错误裁判结果的法官及相关审判辅助人员是否需要承担审判责任，则必须本着“实事求是”的原则。在司法实践中，法官在案件审理过程中如果遵循了事实认知上的真理性和法律要求上的正当性而不是违反法定程序和违反审判规则而作出的错误判决，不应当追究审判责任，而应当给予法官在司法权限内的豁免权，以保证法官独立办案；同时，对于办案过程中确实存在贪赃受贿、疏忽大意、枉法裁判等情形的则应依法追究审判责任。

2、依法依规原则。法律本身即具有实体正义与程序正义的内涵，对审判责任的追究更应强调程序的正当性与规范性，需做到追究依据有法可循、追究程序有法可依、责任承担有章可查。美国法学家劳伦斯·弗里得曼说过，“我们很难说判决是对还是错，只要判决是依法作出就是对的，即使我们对结果感到很遗憾，也不能说它是错误的。”对于判决来说，只要它在法律允许的区域内作出，就是公正的。因此，追究审判责任时，我们必须依法依规查明事实、认定责任，而不能简单地根据结果倒推责任。

3、权责统一原则。法官手中掌握着神圣而庄严的审判权，同时也承担着与之等量的审判责任。在追究审判责任过程中，应本着权责统一的原则认定承办法官、合议庭组成法官的审判责任范围，依法追究，罚当其过。法官是审判的核心。对属于案件事实认定及法律适用等行使审判权过程中出现的差错应当由法官承担相应的审判责任，相关审判辅助人员不能替代法官承担上述因行使审判权导致的审判责任。

（二）明确错案的标准

何为错案？从一般意义上来理解，错案是指在各类诉讼活动中，一些判决已经生效，但通过当事人的申诉或审判监督程序及其他监督程序发现，对事实认定产生错误，或者选择适用的法律条文不正确的案件。因错案的出现，结果是致使无罪被定为有罪，有罪不被追究、轻罪重判或重罪轻判，应当承担民事或行政法律责任而没有承担等。目前对错案的探讨，大多集中在刑事错案。在司法实践中，错案的范围不仅包括刑事错案，还应包括民事错案和行政错案。

通过对各类错案的分析来看，产生错案的原因是多方面的、复杂的，概括地说主要由以下原因：一是案件事实的认定和法律的适用产生错误，是由于办案人员的主观故意而导致的，即通常所说的因司法腐败而产生的错案。二是案件事实的认定和法律的适用产生错误，是由于办案人员的过失而导致的，即通常所说的因司法人员责任心不强或工作失误而产生的错案。三是因法律制度不健全、相互之间存在冲突导致的错案。如云南的杜培武案、湖北的余祥林案、河南的赵作海案等，都是因当时的刑事证据立法不完善，缺乏公正的证据规则导致的。四是因刑事政策导致的错案，如一些错案就是在实行“严打”期间产生的。五是因司法理念导致的错案，如在刑事案件的审理中的有罪推定等。六是因司法运作机制存在弊端而产生的错案，如公检法联合办案、审委会定案等。七是对事实的认定有分歧导致的错案，所谓的疑难案件的处理就属这种情况。八是因对法律的理解、或因法律语词的不确定性而对法律解释不同导致的错案。九是因法律不完善、法律漏洞的存在而产生的错案。十是由于人的认识水平、技术条件的局限而产生的错案。

通过对错案产生的原因分析可以看出，有些错案是由于司法腐败造成的，有些错案是由于司法理念造成的，有些错案是由于司法体制机制造成的，有些错案则是不可避免的。

因而错案有狭义和广义之分。狭义的错案包括两类，一类就是指前面讲的因司法腐败导致的错案。第二类是指差错案件，包括一般差错案件和重大差错案件。一般差错案件是指案件处理结论正确，但在审理程序、文书制作等方面存在较明显的不规范、不合理情形的案件，“案件处理结论被改变，但在认定事实、适用法律、审理程序方面尚未达到重大差错的程度，又不符合免责情形的，可视情确定为一般差错案件；“重大差错案件是指认定事实严重偏差或适用法律严重错误，导致案件处理结论错误的案件，或者审理程序严重违法的案件。广义的错案范围则广泛得多。因而，从广义上说，在司法实践中，出现错案是正常的。特别是一些疑难案件存在，出现所谓的错案毫不奇怪。

对狭义的错案，应当严格进行追责。在审理案件过程中如果法官出于某种目的或者贪赃枉法而故意违反事实、违背法律作出错误判决，或者因重大过失违背法职业理性而造成严重后果，这是性质最为严重的违法审判行为，对此应依法依规查明事实，严肃处理，使其承担相应的审判责任，涉及犯罪的应依法移送其他司法机关处理，以维护司法公正与权威。

由于广义上的错案不可避免，在防止因司法腐败导致的错案的同时，也要遵守法律的思维和逻辑，建立完善对法官的免责保护制度，规定法官在案件审理中的免责情形。

对法官来说，在案件审理中，只要不存在司法腐败的行为，不存在违背法律程序的行为，只要遵循法律运行的规律，按照法律的逻辑办案，对案件做出的结论，符合当时特定的社会政治背景，或符合当时的证据规则，在当时办案的情景下，有正当的理由，就不能算错案。当然，法官所依据的必须是公开的理由，理由必须有法律上的依据，理由必须具有法律上的说服力。

基于此，即便有些判决已经生效的案件，通过当事人的申诉或审判监督程序发现，虽然在事实认定方面存在问题，或基于事实的法律适用或对法律有不同的理解，导致的错案，只要法官是严格依法审理，无违反法定程序的行为，这些错误都是允许的，法官是应当免责的。

如呼格吉勒图案，现在追查责任，是个人的责任，还是体制的责任，还是严打政策的责任。如果说当时的办案人员有责任，而1996年我国实行第二次严打时期，公检法联合办案的体制、当时的严打政策更应承担更重要的责任。呼格案是历史的悲剧，更应反思的是当时的司法体制。

在该案中如果存在刑讯逼供等违法办案的情形，当然应该追责。这起案件不仅涉及公检法三机关，还涉及当地的政法委，如果追责，各个机关的相关人员在该案中各自应承担什么责任，也应当分清，这也是体现司法公正的需要。

因此，在完善司法管理体制和司法权力运行机制，规范司法行为，加强对司法活动的监督的同时，也要重视保障法官免责制度的构建，这也是维护法官职业共同体的社会尊严，维护司法权威和公信力所必需的。不分具体情况的事后追责，只能损害司法群体的职业形象，并不利于公正司法权威的确立。

基于上述分析，为避免因司法腐败和司法体制所导致的错案发生，严守司法公平和正义的最后一道防线，提高司法公信力，对司法腐败应当零容忍，建立严格的追责机制；完善相应法律制度，尤其是程序规则和证据规则的完善；应重视业务精良、道德品质高尚的司法队伍建设；在实现法治国家建设目标的过程中，要重视司法理念的转变，反思司法体制存在的弊端，深化司法体制改革，完善司法管理体制和司法权力运行机制，规范司法行为，加强对司法活动的监督等。

同时，鉴于有些错案的产生是不可避免的，对这类错案，法官应当免责。根据具体情况，一般说来，在以下情况下，不应当进行所谓的错案追究：依法裁判案件可以免责；在有争议的案件中，按少数意见判决的可以免责；因法律变化、政策调整、上下级法院对法律理解不一致而导致结论改变的案件可以免责；案件审理不能受舆论的影响，舆论不能成为追责的因素。

明清时期的法律修辞与法律推理（提要）

——基于文化和制度视域的考察

徐忠明

（中山大学法学院教授）

一、引言：问题意识和基本立场

唐德刚先生在《胡适自传译注》的一个注释中曾经表达过这样的看法：西方人之所以逻辑发达，是因为法律特别发达，而法律是最讲逻辑的。相反，中国那些爬蓝格子的狗头师爷和青天大老爷们，只要在天理、人情上说得过去，就不管逻辑了。

实际上，唐德刚先生的这个断案并不准确，多少有点厚诬古人的味道。也许，明清中国的师爷和官员在裁决案件时不如西方或我们现在的法官那么讲究逻辑，但也非不讲逻辑，不要推理，而完全根据自己的正义直觉来裁决案件。

李泽厚先生认为，传统中国属于“情感本体”的文化类型。这个概括很有道理，它揭示了中国文化与西方文化之间的一个重要差异。换言之，中国文化重“情”，所以数学和逻辑均不发达；西方文化重“理”，故尔数学和逻辑皆很发达。为了避免被扣上西方中心主义的帽子，我们或许应该这么说，中国数学及逻辑与西方数学及逻辑，乃是不同的体系。研究中国数学史的学者指出：西方是公理演绎的数学，而中国则是演算体系；研究中国逻辑史的学者以为，西方逻辑讲演绎、讲归纳；中国逻辑则不同，很看重“推类”。

以上这些讲法，都是宏观的、学理的探讨。然而，作为一种司法技艺的法律推理，恐怕很难在这么高深的层面上谈论。这是因为，很少有法律人是在逻辑理论指导下进行司法文书写作的；或曰，他们通常是在日常经验层面上思考法律问题、进行法律论证和推理。司法文书追求的是，证据能够彼此呼应，构成链条，事实也就被建构出来了。进而，又在事实与法律之间寻找内在或逻辑关联，就可以推导出结论了。之所以这么操作，显然是因为司法文书或由两造律师写作，或由检察官和法官写作——即法律人的作品。司法文书的基本功能，无疑是为了说服彼此，尤其是说服两造。他们都是普通人，而非逻辑专家；甚至，他们更多关心案件的胜负输赢，而非法律推理是否没有瑕疵，论证是否漂亮。在这个意义上，法律修辞可能要比法律推理来得重要，也更具有现实意义，因为它能打动两造。

至少，在教育尚不十分普及、科举训练出来的官员掌控司法权力的明清时期，司法文书的写作是常人的思维方式，没有太多理论内涵和独特意味。当然，我们也不排除现代学者对其进行高深的理论分析，建构一些类型甚至数学模型。不过，那是另一个问题。

二、明清时期的法律修辞

在明清时期的司法文书中，比较强调修辞的情形可以分成两种：一是告状和诉状；二是判语。判语又可以分为两种：（1）一般不怎么注意修辞；（2）有些比较讲究修辞。

由于传统中国是一种“情感本体”的文化，又是一种“泛道德主义”的政治；同时，它还倡导“无讼”和“息争”的理念。故尔，对于民众诉讼，官员通常都持否定的态度，并把婚姻、田土、钱债（类似于民事）案件视为民间的细故琐事。在这种情况下，为了让州县官员接受诉讼，原告必须采取一定的诉讼策略。关于这种策略，总体上可以称之为“申冤”的策略。所谓“冤”，是指受到了压抑；而“申冤”，则是乞求释放这种冤抑。因此，怎么来表达“冤抑”，对原告来说，乃是一件首要的事情。

为了达到“申冤”之目的，也为了博取官员的同情，两造就会在告状和诉状中使用道德话语或夸张措辞，以便“耸动”官员。如此“耸动”，实际上即是诉诸情感；同时，在道理上也能说得过去。比如，原告一定会说自己是弱者、无辜、品行无亏者，等等；被告则是匪类、恶霸、不讲道理者。通过这种措辞，冀以建构弱者被强梁所欺凌，恶霸让无辜之人蒙冤的情势。又如，原本只是一笔金钱借贷纠纷，如果平铺直叙，原告就很难打动那些饱读圣贤之书并且信奉“君子喻以义，小人喻以利”的官员。这时，原告必须使用修辞的手段，虚构被告非但欠债不还，还要欺凌或殴打原告的恶言恶行。当然，被告也会采取针锋相对的诉讼策略予以驳斥。正是在这种场合，“告”与“诉”就构成了攻防的对决和争胜。躲在原被告两造背后的，可能是双方聘请的讼师；所以，这种对决也就成了讼师之间的争胜。

无论如何，读到这样的告状，地方官员就不能无动于衷了。结果，案件就被受理了。他们必须有所反应，因为维护地方社会的良俗美序，是他们的职责所在。

也正因为如此，如果我们翻阅一下明清时期的告状和诉状，扑面而来的，几乎所有的状子，皆有严重的违法犯罪的暴力情节。因此，诬告在当时很盛行。所谓“无谎不成状”或“歪打官司斜告状”或“十告九慌”之类的谚语，描述的即是这种诉讼风气。

当然，读者可能要问：诬告不是要反坐的吗？甚至，州县衙门还会竖起一对石碑，上面写着“诬告加三等，越诉笞五十”吗？易言之，既然诬告会被反坐，而且还要加等制裁，为什么还有人诬告呢？在司法实践中，地方官员往往以“乡愚无知”或“女流无知”或“姑念无知”等理由，网开一面。他们会想：如果没有冤抑之情事，原告不可能无端端贸然就来衙门告状；既然告状，总有些不得已的情事。显然，这是“以情度情”的想法，也是经验层面的想法。不过，原告之所以告状，有时不免是出于“先下手为强”的策略考量。或许，这是农民“狡黠”的一种表现，也是官员被欺骗、被愚弄的一种情形。

还有一个问题：既然两造各以虚构夸张之辞撰写状子，官员也能识破他们的伎俩，为什么还是甘愿接受这样的欺骗和愚弄呢？原因不外乎是，其一，信息不对称，即官员并不清楚状子中的陈述之真伪。万一真是，将会如何？恐怕只能采取“与其信其无，不如信其有”的态度。其二，如果官员拒绝受理案件，那么两造即可越诉，来自上司的压力，会使他们不敢冒险。其三，如果官员推却，那么两造继续争执下去，事态就会扩大，一起借贷纠纷可能就演变成杀伤案件。对于这种后果，地方官员不能不考虑。此乃因为，明清时期的州县牧令是“全能”官员，而非我们现代的法院，只管审判，不管其他。

关于这类司法文书的修辞技巧，民间日用类书和讼师秘本都会提供相应的知识，包括词汇、格式以及写作技巧；甚至，还会胪列哪种纠纷，选择哪些词汇的细节和范本，等等。至于写作的技巧，我们在明清公案小说中同样能够读到，而且受到了“八股文”写作技巧和风格的深刻影响。对此，我们就不抄录范例了。

问题在于，为什么受到了“八股文”的影响呢？我猜测，一是官员来自科举优胜者，由于他们长期浸淫在“八股文”的写作训练中，思维方式无疑也会“八股文”化，这应该是非常自然的事情。二是“八股文”的基本特点，乃是“代圣人立言”，亦即揣摩儒家经典《四书》中圣人的所思所想，然后以代笔者的身份敷衍成文。而且“八股文”还特别强调写作的起承转合，说事举例、发挥论证，乃是题中应有之意。而讼师等人写状子，则是“代两造立言”，亦即在两造陈述事实和诉求的基础上敷衍成文，说事言理，并无二致。

至于官员在判语中讲究修辞的情形，主要包括以下两种：

第一种，是用以刻画某些情节的词汇，比如，倘若要给一名谋杀亲夫的妇女定罪，就会使用“悍妇”或“泼妇”或“不守妇道”之类的措辞，以使皇帝确信该妇女死有无辜。与此相反，若要轻判这名妇女，可能就会选择丈夫（死者）平常对待该妇女如何恶毒，而该妇女又怎么“失手”致死丈夫之类的措辞。可以说，这是程式化的修辞。

第二种，是官员大多出身科举，一些还是文章高手，所以在写作判书时难免技痒，趁着

撰写判书的机会，一展文学才华。如明代李新《折狱新语》、清代于成龙《于公臧词》和樊增祥《樊山批判》等，即是例证。这类判书往往是骈散结构，并且大量用典，以致我等古典文学素养不足的读者，阅读起来更觉困难。顺便一提，现代学者所编的《绝妙好词》就收录了不少这样的判书。读者可以自行观摩把玩，笔者就不再抄录了。

实际上，这种既写给两造，也写给上司阅读的判语，并不符合公文体式。如果检阅《刑科题本》、《刑案汇览》以及《驳案汇编》这样的司法文书，即可发现，它们完全是公文化或格式化的体式，但求陈述准确、字句通顺，并无词章方面的讲究。

甚至，对于讲究文书词章的官员，雍正还批评过。道理很简单，在识字率不高的明清时期，普通老百姓拿到这种判语，根本就看不懂里面到底写了什么东西；即使粗通文墨的读书人，也未必能够弄明白。并且，司法文书事关两造身家性命，如果表达不准确，势必影响判断。何况，无论官员还是皇帝，皆非闲散人员，费心琢磨词章藻饰，实在是大可不必。

由于大量用典，使得案件事实、情节与典故本身描绘的故事产生了折叠交叉的问题，或曰产生了“互文性”的问题。在这种情况下，案件的事实究竟如何？反而变得扑朔迷离。如果“以文害意”是一种写作病的话，那么判书的这种写作风格，诚可谓是典型例证。

幸好，讲究词章的判书不是主流。

三、明清时期的法律推理

对明清时期的诉讼两造来讲，词状作者不外乎三种人：（1）两造亲自撰写；（2）由代书负责撰写；（3）请讼师代笔操刀。两造或其亲邻撰写状词，由于没有诉讼经验，往往难以胜任愉快。代书这种人，至少宋代已经出现，当时的书铺不惟刊刻、销售书籍，而且还替人代写信件、契约和状词。到了明清时期，代书已经制度化了，充任代书必须经过官方考试，得到认可，方能挂牌营业。检阅清代史料可知，新官上任，就会进行代书的选拔考试，所以他们不是终身的职业；实际上，他们的流动性还是挺大的。官方之所以设置代书，是因为，一者提供法律服务，二者借以控制讼师。由于代书的智识能力有限，又在官府的控制之中，他们在写作诉讼文书时每每存在“嘎嘎不吐”的弱点，或者平铺直叙，很难起到“耸动”官员的作用。在这情况下，讼师仍有用武之地。检视讼师秘本，即可读到有些故事的重点，既不在直陈案件事实，亦不在讨论法律问题，而是在花样百出的点子——诉讼策略。不过，这些样本在事实、情理上仍然让人觉得入情入理。

讨论明清时期的法律推理，必须注意以下几个问题。

第一，作为行为规范或规则的现代法律条文，皆有一个适用的“幅度”，本文以盗窃罪为例来稍作说明。根据我国刑法第264条规定：如果盗窃数额巨大或有其他严重情节，处三年以上十年以下有期徒刑。从3年到10年，即是一个量刑的“幅度”。在此幅度以内，法官可以自由裁量。在这种情况下，不但是否构成犯罪必须论证；而在论证罪名成立之后，为什么只判3年，而不是6年或9年，同样必须论证。在这个过程中，法律论证和法律推理就显得非常关键了。但是在明清律例中，情形完全不同。比如，盗窃一两以下，杖六十；一两以上，杖七十；二十两，杖八十；三十两，杖九十；四十两，杖一百；五十两，杖一百，徒一年；六十两，杖七十，徒一年半；七十两，杖八十，徒两年；八十两，杖九十，徒两年半；九十两，杖一百，徒三年。……在这条律文中，我们完全看不到量刑“幅度”的存在。如果罪犯刚好盗窃80两，那么司法官员的法律论证和法律推理也就变得十分简单，只要照样援引即可。但是，世界上哪有这么巧的事情！倘若司法官员遇到盗窃85两的案件，那么他们到底该判杖90，2.5年徒刑？抑或是该判杖100，3年徒刑呢？这是一个问题。

第二，与现代刑法不同，明清时期虽然要求司法官员“断罪引律令”，否则将会受到法律制裁；但是在“法无明文”的情况下，他们仍然可以比附定罪。所谓“比附”，可能包括三种情况：一是举轻明重和举重明轻，实际上可以归入法律的当然解释；二是比照最相类似

的律例条文；三是根据《比附条例》定罪量刑，这是一种条例化或成文化的比附，与我们通常理解的类推并不一样。至于第二种比附，在实际操作上，与我们现代理解的类推适用仍有区别。在现代法律理论上，在类推适用法律时，法官更关注刑法条文的犯罪构成要件与待审案件是否相似；而在明清时期，虽然同样会考虑这一方面的相似性，但是司法官员似乎特别关注量刑的轻重，即被参考律例的刑罚与待决罪犯的犯罪情节是否匹配。如果匹配，才会加以援引；否则，就会放弃而另找合适的律例。在有些时候，虽然律例规定的犯罪构成要件与待审案件不合，如果司法官员觉得量刑轻重合适，那么他们也会参考或援引。总之，寻求待审罪罚之间的匹配，才是司法官员和皇帝特别关注的问题。

第三，针对这种“律例没有正条”的情形，司法官员必须奏请皇帝裁决。那么，皇帝又是怎么裁决的呢？简单地说，只能通过斟酌“情理”来判断。据此，在法律推理上，真正的疑难问题在于怎么酌情。案件之内的情节，属于“情”的第一种情况；案件之外的情节，则是“情”的另一种情况；皇帝的同情之心，可能是“情”的第三种情况。据此，明清时期法律论证和法律推理的难点和特点，便是在案件的事实、情节、情感与律例之间建构起逻辑上的关联，并且形成一种所谓的法律推理。这样一来，它就溢出了律例范围，而延伸到了律例之外。足见，与现代法律的系统封闭结构不同，明清时期律例乃是一个系统开放的结构。故尔，在法律推理上也形成了一种非常特殊的风格。中国古人常说，一个优秀的司法官员，既要通晓律意，即把握律例之内刑轻刑重，以免出入人罪；又要体贴律心，即领会律例蕴含的哀矜同情之心。惟有如此，才能作出“情法两尽”的裁决。这种裁决，既使被害人无憾，又使犯罪人无冤。这样来裁决案件，才称得上是“无枉无纵”，也才是铁案。

鉴于“天理、人情·国法”这种系统结构的特点，在寻找法律推理的大前提时，明清时期的司法官员的操作方法可能与现代法官有所不同。由此，就带出了建构法律推理小前提的差异。因为律例具有“从罪名到刑罚”之间“点对点”的线性结构，它会导致司法官员“剪裁”案件事实的操作，使其符合特定的律例。在官员工作指南中，也会介绍这一方面的知识和技巧。一旦没有相应的律例可资适用，那么“情理”这种极其抽象的规范就会进入官员和皇帝的视野。那么，什么是适当的“情理”呢？不甚清楚。故尔，在寻找法律推理的大前提时，就出现了与现代法官不同的操作技术。在现代司法实践中，法官可以在一个刑罚区间里寻找适当的刑罚，用于待审案件。比如，对于前引盗窃数额巨大的犯罪，法官可以在3年到10年的量刑区间里进行选择，都算依法判决。然而，明清时期的司法官员和皇帝恐怕只能在情理与律例之间寻找相对平衡的刑罚。换言之，他们可以在律例的侧面寻找一个合符情理的刑罚。而这，就是所谓“情法两尽”或“情法之平”的意思。

接下来的问题是，为什么中国古人就这么“傻”呢？居然会不知道量刑幅度的价值，而死板地采用这种“罪与罚一一对应”的规范结构。其实，中国古人一点儿都不傻。律例这么设计，如此表达，实际上是皇帝出于严格控制司法官员的意图。也就是说，司法官员必须不折不扣适用律例，没有权力超越律例的“雷池”。这个权力，惟有皇帝才能享有或由皇帝授权。基于上述考虑，如果案情“溢出”律例之外，对于笞杖以下的案件，由于罪情不重，州县官员可以自行裁决，皇帝也管不过来。但是，如果是徒刑以上的案件，因为案情重大，那就必须奏请皇帝裁决。这样一来，皇帝就掌控了重大案件的生杀大权。这类重大案件的奏报制度，既能够将官员置于皇帝的掌控之下，又能够使百姓感受皇权的在场，从而改变“天高皇帝远”的局面。而这，就是我所谓“抓大放小”的制度设计原理。

四、结语：比较视域与制度语境

若欲解释明清时期的法律修辞与法律推理的结构及特点，那么，建构一个比较考察的框架实属必要。惟有在比较视域中，我们才能揭示明清中国法律修辞和法律推理是什么，又有什么特点。否则，如果一头扎进史料之中，难以会犯“进得去，出不来”的毛病。