

【美】D·布 迪  
C·莫里斯 著  
朱 勇 译

# 中华帝国的法律



## 海外中国 研究丛书

本书以一种饶有兴趣的方式向世人展现清朝法律与社会的风貌。法律的框架、制作与实施、司法的过程与审判制度、执行机构、执法人员、以及当时一般的社会生活等一应俱全。读者可以藉由一种综合了中国古代法律与社会的再认识，对清廷的司法制度有更深入的了解。

D·布迪

C·莫里斯 著

朱 勇 译

梁治平 校

本书责任编辑 刘 东

# 中华帝国的法律

(苏)新登字第001号

书名 中华帝国的法律  
编著者 [美] D·布迪、C·莫里斯著  
责任编辑 蒋卫国  
出版发行 江苏人民出版社(邮政编码: 210009)  
地址: 南京中央路165号  
经销 江苏省新华书店  
印刷者 南通裕丰印刷厂  
开本 850×1168毫米 1/32  
印张 15.75 插页2  
印数 2001—7040册  
字数 384千字  
版次 1995年8月第1版第2次印刷  
标准书号 ISBN 7—214—01096—8/Z·73  
定价 15.00元

(江苏人民版图书凡印装错误可随时向承印厂调换)

## 出版说明

我国的社会主义现代化事业迫切需要理论上的借鉴与创造。为此，我社在优先出版以马列主义、毛泽东思想为指导的、关于坚持走有中国特色社会主义道路的理论著作的同时，也适当选择一些海外学者研究中国的较有影响的著作出版。海外学者占有的丰富资料，他们的研究视角和某些方法，对我们认识中国的国情，评估中国文化的传统、心态及其前景，从而推进我国的改革开放和两个文明的建设，都有着启迪和借鉴意义。当然，他们的著作也存在这样那样的局限，甚至同

我们存在着某些原则分歧，这是需要读者加以认真审察和辨识的。同时，任何借鉴都代替不了自己的创造，具有中国特色的社会主义理论要靠我们自己从中国当代的实践中去概括和总结。我们编辑出版的这套丛书只求为此提供某种有益的参照和比较。如果这套丛书能在这方面发挥应有的作用，我们将感到欣慰。

江苏人民出版社 1992年

## 序《海外中国研究》丛书

列强的船坚炮利迫使中国人逐步地改变关于世界秩序的古老观念，却远远没有改变他们反观自身的传统格调。50年代以来，在中国越来越闭锁的同时，世界的中国研究却有了丰富的成果，以致使我们今天不仅必须放眼海外去认识世界，还需要放眼海外来重新认识中国的过去、现在和未来。因此，不仅要向国内读者移译海外的西学，也要系统地输入海外的中学。

这套书可能会加深我们100年来怀有的危机感和失落感。它的学术水准也再次提醒：我们在现时代所面对的，决不再是过去那些粗蛮古朴、很快就将被中华文明所同化的、马背上的战胜者，而是高度发达的、必将对我们的根本价值取向大

大触动的文明。也正因为这样，“他山之石，可以攻玉”这古老的中国警句便仍然适用，我们可以借别人的眼光来加深自知之明。故步自封，不跳出自家的文化圈子、透过强烈的反差去思量自身，中华文明将难以找到进入其现代形态的入口。

收入本丛书的译著，大多从各自的不同角度、不同领域接触到中国现代化的问题。在从几代学人的成果中撷取较有代表性的作品或见解时，我们自然不能从各家学说中只挑选那些我们乐于接受的东西。如果那样做，这“筛子”本身就使读者失去了选择、挑剔和批判的广阔天地。但这次译介毕竟只是初步的尝试，成败利钝，欢迎论评。

丛书编委会 1988年

西方学者关于中国传统法律的著述为数较少。而有关中国传统法律的文献资料却浩如烟海。中国人在漫长的历史过程中创造了一个复杂、详备的法律体系。这一庞大的法律体系是土生土长的；只是在19—20世纪它才受到其他国家一些法律理论的影响。中华帝国的第一部法典颁布于公元前3世纪。该法典的起草者吸收了在此之前已经存在的更古老的法律，其中一些至少在3个世纪以前就已生效。此后帝国的每一朝政府都颁布了新的法典——有时只是在前朝法典的基础上修改增删；有时则完全创新，制定一部全新的法典。中华帝国的最后一部法典是于1740年（清乾隆五年）颁布的《大清律例》。与前此各朝的法典一样，《大清律例》在清帝国也是唯一的一部法典。当然，中华帝国的法律文献并不只限于这些法典。此外还有大量被系统整理的案例报告汇集，一代又一代的中国学者以不同的方式来处理他们的法律遗产。

本书首先审视了中国法律发展的基本轨迹；然后翻译、评析清帝国发生的190个典型案例；最后从法律角度具体分析《大清律例》在帝国司法活动中的运用。

1959年9月，宾夕法尼亚大学东方研究系举办为

期两年的东方法律制度研讨班。中国学教授德克·布迪 (Derk Bodde) 与我均为该研讨班的成员。在研讨班里, 布迪博士讲授了几个月的中国法课程。他的演讲开拓了以广阔的文化尺度来研究中国法律的新领域。我想, 这一新课题对于专门的法律研究者来说是大有裨益的。因此我提出, 邀请W·奥林·雷凯特博士(也是一名<sup>6</sup> 汉学家), 由我们三人合作, 在法学院开设中国法律思想课程。布迪博士与雷凯特博士接受了我的建议。我们遂于1961年1月开讲这一课程。在全美国的法学院中, 开设中国法律课程, 我们可能是第一家。开讲以后, 我们先后5次重复讲述, 并不断充实新内容。本书即是对专为该课程第一部分准备的材料深入研究的产物(该课程第二部分涉及共和时期及共产党中国的法律, 对这一部分材料的研究尚未完成, 因而暂不能够出版)。

我们开始这项课程, 先是由布迪博士主持。他通过系统讲授中国法律制度的起源、性质、观念和司法程序, 以及法律与社会的关系, 向我们描述了中国法律自古代至清朝(1644—1911)的历史与理论。本书的第一篇即是由此中来。接下来由我主持的几堂课, 随意地就本书第二篇中的某些案例加以分析。这方面的分析构成了本书的第三篇。

第一次开讲这门课程时, 我们要求学生们广泛阅读有关资料。起初, 我们的案例资料是我从几部英文著作中搜集到的简单的摘要, 比如阿拉巴斯特(A labaster)的《中国刑法释注》(Notes and Commentaries on Chinese Criminal Law)及《邸抄》(The Peking Gazette, 翻译作品), 冯·吉利克(Van Gulik)翻译的《棠阴比事》等。很快我们就发现, 仅仅依靠这些资料来源, 尚不足以说明问题。因为这些资料并不具有正式法律文献的性质, 而只是一种关于古代法律制度的说明性文献。尽管这些资料在原书中对于说明各自的主题被恰到好处地援引、使用, 但对于法学院专门法律课程来说, 它们就显得支离破碎、说服力不足了。

因此，我们决定由不完备的摘要与释意转向中文原始文献。为此，布迪博士选定了所有中文案例汇编中篇幅最大、内容也最为精良的《刑案汇览》。《刑案汇览》包括案例汇编三种，分别于1834、1840、1886年编纂完成，共收集发生于1736—1885年间的案件7600件。这7600案例中，绝大部分是由编纂者直接采自最高司法机关——刑部。经过一段艰苦的筛选工作，我们终于从数量如此巨大的案例汇编中，精选出190个案例，并译成英文。这批材料先是用于课堂讨论，后来被收入本书。在从7600案例中选择190案例<sup>7</sup>过程中，我们遵循典型性与趣味性双重标准。

我们邀请了一名年轻人在布迪博士的指导下将《刑案汇览》的目录译出，就这样，我们开始了《刑案汇览》的翻译工作。根据目录，由我选择那些估计有参考价值、并具有特别重要意义的节，再由那位年轻的翻译者每节至少翻译两个案例。布迪博士阅读了翻译的初稿，然后交我就每一个案例分别提出删除或保留并再润色的意见。我们希望通过由布迪博士提供指导意见、由我进行法律上的编辑、修改这种方式，形成一个令人满意的案例译本。无论是布迪博士还是我，都不能在案例方面耗费很大的精力。我们都认为，整理教学材料将不会要求我们付出更多、更艰苦的努力。对我来说，这一想法后来被证实。虽然我所承担的那部分工作并非完全像我所设想的那样简单，但我所花费的精力并没有过多地超出起初的估计。

然而，在时间和精力方面对布迪博士的要求却猛然增加。案例所使用的古代汉语晦涩难懂，使得翻译工作非常艰难，尤其是我们所邀请的那位翻译者既缺少对于《大清律例》的理解，又没有关于中国法律史的基础知识。虽然案例的初译稿对我们仍有些帮助，但布迪博士仍不得不花出相当多的时间整理每一件案例。对于很多案例的译稿，他都反复修改；最后定稿并付梓的案例译文中，有很多已与原初译稿大不相同。他还决定在最初选译案例的基础上，再补充一些必要的案件。补充案例中的相当一部分由

布迪博士本人亲自翻译。他还进一步补充了历史和程序方面的资料，这些也花费了布迪博士的很多精力。这样，对于布迪博士来说，本来是作为一项具有趣味性的业余工作，却耗费了他许多个月宝贵的时间和精力。但即便如此，他的工作也没结束。他撰写的部分以及案例需要一些附录、词汇对照表及参考书目，而这些工作又不是他人所能替代的。所有这些，使得布迪博士成为这本合著作品的主要作者。<sup>8</sup>当然，我准备承担起对于全书的编写责任，尤其是涉及到法律方面的内容。然而，布迪博士在第一篇及第二篇中付出了艰巨的劳动；后来我们修改了这两篇的计划，我承担起这两篇的编辑工作和顾问工作。在简短的第三篇中，我们各自所起的作用与前两篇正好相反；我撰写初稿，在布迪博士的帮助下，修改定稿。本书的“附录”、“词汇表”及“参考书目”全部由布迪博士提供，只是在“附录1”中关于法文及中国法典的内容主要参阅现在西北大学法学院的沃洛·林博士(Dr. Werner Ning)的著作。“索引”由艾丽斯·H·富雷(Mrs. Alice H Frey)夫人编写，她还帮助我们阅读了本书的校样。

我们不会忘记为我们提供翻译帮助的人。他们的努力促进了本书的完成。对于已故的F·S·金先生(Mr. F. S. Ch'ien)我们深表感谢，他关于中华帝国及共和时期中国官僚体制的渊博知识，给我们提供了重要的帮助。我们还要对宾夕法尼亚大学范·皮尔特东亚收藏图书馆的南希·陈申武夫人(Mrs. Nancy Sheng-wu Cheng)、萨克其万大学(the University of Saskatchewan)的邢培祺(P'ei-Chih Hsieh)先生、贝特斯学院(Bates College)的潘吾素先生表示感谢。潘先生参考《刑案汇览》，撰写了一篇关于清朝法律程序的论文，该文对于本书第一篇第五章的撰写，提供了一定的帮助。现在达特茅斯学院的乔纳森·米尔斯基博士(Dr. Jonathan Mirsky)用了一个夏天的部分时间参与一些案例翻译稿的初步修改工作，特别从英语文体方面提供了帮助。

当然，我们很高兴本书被列入哈佛大学出版社“哈佛东亚法律研究丛书”。哈佛东亚研究中心(the East Asian Research Center at Harvard)主任约翰·K·费正清教授(Pro. John K. Fairbank)及哈佛法学院杰罗姆·A·科恩教授(Pro. Jerome A. Cohen)帮助我们将本书介绍到该丛书，对此我们深表感谢。科恩教授及其助手姜永方先生(Mr. Yung-fang Chiang)对于本书第一篇、第二篇中的某些问题提出了可贵的意见。在参考书方面，我们获得过下列人员的帮助：莱登大学的M·H·范·德·沃尔克(M. H. van der Valk)教授，宾夕法尼亚大学的李惠林(Hui-lin Li)教授，莱登大学的A·F·P·胡尔斯威教授(A. F. P. Hulsewé)，哥伦比亚大学的汉斯·比伦斯泰(Hans Bielenstein)教授，还有哈佛大学及哥伦比亚大学图书馆东亚收藏部的工作人员，对于他们的帮助，我们表示感谢。

香港大学出版社的亨利·维奇先生(Henri Vetch)为本书提供了一幅关于法庭场景的中国木版画，这幅插画为本书增添了色彩，对此，我们表示感谢。最后，我们还要向安德利亚·金梅尔曼夫人(Mrs. Andrea Kimmelman)表示感谢，她以娴熟的技术与耐心整理了大部分手稿。

宾夕法尼亚法学院法律研究所慷慨大方，在我们需要的时候，为我们提供经费资助。对此，我们表示衷心感谢。

我们还要表示对于美国哲学学会(the American Philosophical Society)的谢意。该学会允许我们重印了布迪博士“中国法律的基本概念”一文，这篇文章最初发表于《美国哲学学会会刊》(Proceedings of the American Philosophical Society, 107·375—398)1963年号上。现在，这篇文章经少量修改，成为本书第一篇的第一章。

克拉伦斯·莫里斯(Clarence Morris)，法学教授

1967年4月于宾夕法尼亚大学

# 目 录

## 序

### 第一篇 中国法律初论

第一章 中国法的基本概念	1
第一节 中国法的范围和意义	1
第二节 法律、宗教和经济	5
第三节 古代中国的法律起源理论	7
第四节 中国最早的“法典”	10
第五节 儒家与法家	12
第六节 儒家的礼法规	13
第七节 法家与法律	16
第八节 法家的胜利与法律儒家化	19
第九节 作为“礼”之范例的帝国法典	21
第十节 法律中的孝、忠及人道主义	28
第十一节 法律与宇宙和谐	31
第十二节 概要与结论	35

### 第二章 清帝国的法典及其编纂史 50

第一节 文献介绍	50
----------	----

---

第二节	清代法典的历史和结构	52
第三节	律和例	59
第四节	注释与翻译	63

---

第三章	刑事制度	73
第一节	五刑	73
第二节	监禁与罚金	76
第三节	笞刑与杖刑	77
第四节	徒刑	78
第五节	流刑	80
第六节	军流刑	83
第七节	死刑	87
第八节	附设刑	90
第九节	刑制总评	93
第十节	犯罪的种类	96
第十一节	西方人对中国刑罚的粗略观察	98

---

第四章	司法制度	112
第一节	上诉制度	112
第二节	刑部	119
第三节	死刑案件	127
第四节	死刑复审	129

---

第五章	《刑案汇览》	141
第一节	成书背景及编辑目的	141
第二节	案例来源	147
第三节	案例选译中的几个问题	151

---

第六章	从《刑案汇览》看中国的社会与政府	157
第一节	清代中国的犯罪	157

---

第二节	犯罪者的人员构成	162
第三节	司法程序	168
第四节	社会控制	176
第五节	家庭	182

---

## **第二篇 清帝国案例评析 192**

---

一、名例律类	197
二、吏律类	214
三、户律类	216
四、礼律类	237
五、兵律类	243
六、刑律类	250
七、工律类	383

---

## **第三篇 清帝国法律的司法解释 395**

---

一、导论	395
二、律义清晰,适用准确	403
三、超出文字的拘囿	408
四、无适当的法律;类推的作用	419
五、概括性禁律	431
六、宽宥	435
七、结论	442

---

## **附录**

1.190案刑罚分类资料	449
2.190案的时间分布	454
3.190案的地区分布	456

- 
- 4.案例渊源 457
  - 5.皋陶与早期中国法 458
  - 6.清帝国时期的宇宙和谐 460
- 

**书目 462**

- 1.原始文献 462
  - 2.中文及日文论著 464
  - 3.西方学者关于中国古代法律的著述 465
- 

**词汇 475**

- 1.名称与术语 475
  - 2.《刑杂汇览》各节标题 486
- 

**译者后记 491**

---

# 第一篇 中国法律初论

1

## 第一章 中国法的基本概念

3

### 第一节 中国法的范围和意义

直到最近，绝大多数研究中国的西方学者都没有对中国法律产生大的兴趣。今天，这种状况正在改变，在美国尤其如此。然而，促成这种转变的并不是共和政体确立之前（1912年以前）的法律本身，而是人们对于毛泽东时代的中国的注意。本书所要研究的正是确立共和政体之前的中国法律，尤其注重于正式法典的编纂<sup>①</sup>。

为什么长期以来西方学者对于中国法律表现出一种漠不关心的态度。对于这一点，我们可以找到很多理由。例如，在西方汉学家中，除了早期的少数人以外，绝大多数缺少法律方面的训练，或者对法律不感兴趣；

阅读中文法律文献时，在语体和词汇上遇到巨大的困难；中国的学者们通常认为法律典籍仅具有实用价值，而不值得对其进行理论研究，这一观点也对西方学者产生重要影响。

然而在上述最后一条理由之后，还有另一些更加基本的考虑：中国古代的成文法完全以刑法为重点；法典的编纂主要限于对社会长期流行的道德规范的整理、编辑；只有在其他行为规范不能约束人们的行为时，方才诉诸法律，否则法律条文很少被引用。总而言之，中国古代虽然制定了很多、而且具有较高水平的法典，但传统的中国社会却不是一个由法律来调整的社会。

中国法律的注重于刑法，表现在比如对于民事行为的处理要么不作任何规定（例如契约行为），要么以刑法加以调整（例如对于财产权、继承、婚姻）。保护个人或团体的利益——尤其是经济方面的利益——免受其他个人或团体的损害，并不是法律的主要任务；而对于受到国家损害的个人或团体的利益，法律则根本不予保护。真正与法律有关系的，只是那些道德上或典礼仪式中的不当行为，或者，是那些在中国人看来对整个社会秩序具有破坏作用的犯罪行为。当然，我们说只有这些行为方才与法律发生关系，主要依据并不是法典中的明确记载，而是由这些记载所作的推断。制定行为规范的目的在于防止上述行为的发生。但如果发生了上述行为，为了恢复社会的和谐，就必须对行为者施以严厉的刑罚。归根到底，对社会秩序的破坏，在中国人的心目中实即损害了整个宇宙秩序，因为根据中国古代的世界观，人与自然紧密相联，构成一个密不可分的整体<sup>②</sup>。

因此，正式的法律总是以垂直方式发生作用——由国家指向个人，而不是以水平方式在个体之间发生作用。如果甲乙两人之间发生纠纷，甲不得直接向乙提起诉讼，而必须向政府提出控诉，由政府决定是否向乙提起诉讼。民间没有在诉讼中为当事人进行辩护的私人法律职业者，政府也不设这种辩护人。法律是专司矫

正人们行为的机构中的最后一项手段。只有在较高的行政机构中才设有专司法律的官员。在最低一级的行政区域县里，政府的法律与民众发生最直接的联系。县长的司法职能只是其若干行政职 5 能中的一种。虽然他们通常没有受过专门的法律训练，但却必须同时兼任侦探、检察官、法官、陪审员等数种职务。

值得庆幸的是，在这种制度下，县官们在其司法活动中常常得到通晓法律的幕僚、书吏的帮助。这些幕僚、书吏具有法律方面的专门知识，他们代表县官为审判案件作准备工作，对案件的处理提出建议，并帮助县官起草提交上级机构的法律报告。幕僚的身份可以表明中国人对待法律的态度：幕僚并不隶属于正式的行政系统，他们只是县官的私人雇员，其薪给由县官从本人的收入中支付。因此，幕僚自己不能够审判案件或是积极地参与审判。不过，为了防止县官们对案件的误判，当局建立了一个非常严格的上诉制度。除了轻微案件，所有其他案件都必须依程序由上级机关作出终审——死刑案件必须报经皇帝本人批准⑨。

中华帝国的法律如何变成儒家伦理规范的具体化，这一问题我们将在后面讨论。这里应当指出，在中国普通人对这类伦理规范的认识及接受主要不是通过正式制定的法律制度，而是通过习惯和礼仪的普遍作用来完成的，这种情形比在大多数其他文明国家里要更突出一些。宗族、行会以及由年长绅士掌握非正式管理权的乡村共同体等等——这些和其他法律之外的团体通过对其成员们反复灌输道德信条、调解纠纷，或在必要时施行强制性惩罚， 6 来化解中国社会中不可避免的各种矛盾⑩。

这类非官方团体的活动为政府所确立的程序所补充。但不管官方初衷如何，这些程序的实际作用方式却在相当程度上独立于正式的法律制度之外⑪。古代中国人为了寻求指导和认可，通常是求助于这种法律之外的团体和程序，而不是求诸正式的司法制度本身。人们普遍认为，纠缠于官司只会带来灾难，因此人们想方

设法避免诉讼入官。有一句这样的格言：“赢了官司，输了钱”；还有这样一句格言：“县官断案，擅审擅判。”<sup>⑥</sup>\*

人们可能由此得出结论说，西方学者之所以漠视中国的正式法律，真正的原因在于，这些法律本身不值得人们注意。然而，得出这一结论尚为时过早。首先，法律是衡量一个国家文明程度的重要标准，而中国法律与西方法律的作用截然不同，表明了两类文明之间基本的社会差别，这一点值得我们详细研究。其次，对于上述各种旨在进行社会控制的法外团体来说，尽管我们可以从许多书籍中了解到它们的重要性以及一般特征，但要对其进行深入研究却非常困难。因为这些团体的活动方式既不正规，也不划一，而这些团体的所作所为，要么根本没有任何文字记载；要么虽然有记载，但却是使用一种不易为社会普遍接受的文字方式，因而无法公开出版<sup>⑦</sup>。

相反，有关正式的中国法律的文献不仅数量多，容易理解，而且其适用的时间，比所有现代国家法律的历史都更长久。这些正式的法律文献包括：各种政书中有关法律的部分，各代历史中论述法律发展的篇章<sup>⑧</sup>，几部大型的判例概览<sup>⑨</sup>，而首先是历代那些卷帙浩繁的法典。特别是，这些法律具有连续性和权威性，因而在衡量官方厘定的中国社会和政治价值的演变方面，历来是最有说服力的资料。然而迄今为止，这项艰巨的工作几乎无人尝试过<sup>⑩</sup>。

距今天最近的一部古代法典是清朝（1644—1911年）的法典。该法典于1740年最后编纂定型，它由436项法律构成，包括大量的律以及大约1800条的例<sup>⑪</sup>。追溯前朝，自公元653年共有501条条文的《唐律》制定颁布后，各朝多有自己的法典<sup>⑫</sup>。而在唐代之前，除散见于其他文献的一些法律引文之外，并没有法典传世，

\* 原意直译为：县官审判案件，十条理由中，有九条不为民众所知。  
——译者注

然而，现在仍在深入的研究已经产生了丰硕的成果，使我们可以了解中国历史上第一个历时久长的王朝，即汉代（公元前206年—公元220年）的法典和司法程序的情形<sup>⑩</sup>。

在汉代和它前一个短命的朝代——秦代（公元前221—前207年）之前，中国尚未形成中央集权性的帝国。当时，只有一些各自独立并且处于交战状态的诸侯国。帝国建立前的这段时间常被称作中国的封建时期，因为这一阶段的制度与中世纪欧洲的制度相似。这个时期也是中国成文法开始形成的时期。除了不可信的神话和传说之外，可确定时间的最早成文法是公元前536年一个诸侯国颁布的《刑书》（见第四节）。

## 第二节 法律、宗教和经济

在几个主要的文明古国里，其早期成文法都具有一个显著特点，即法律的发展与宗教有紧密联系。当然，并不是所有这些文明古国都建立了成文法制度，但只要人们制定成文法，他们通常把神圣的渊源赋予法律（至少开始时是这样），以此来突出这项成就，这种神圣的渊源表明，这些法律是由一个神或是诸神给予或展示给人类的<sup>⑪</sup>。

这种信仰明白无误地构成犹太法和伊斯兰法的理论基础，以至它们不再要求进一步的阐发推演。在已知世界上最早产生成文法的美索不达米亚，这种情形也同样明显。举例来说，在载有汉谟拉比（约公元前1728—前1686年）的著名法律的石柱上，浮雕图案表明：汉谟拉比接受正义之神沙马什的神圣使命，制定这些法律。在该法典的“序言”中，汉谟拉比说：“安努（天神）与恩利尔（风暴之神）命令我为人类造福。我，汉谟拉比，虔诚敬神的君王，发扬正义于世，灭除不法邪恶之人，使强不凌弱。”<sup>⑫</sup>

另一方面，在埃及，至今尚未发现古代的成文法。很显然，这

是因为埃及法老们自认为就是生活在人间的神，他们的言语就是法，因而不再需要其他形式的法律。“作为神，他就是国家。……普遍通行的习惯法被认为就是法老的训令。……法律一经编纂，它的权威就会形成对法老个人权威的对抗”<sup>⑩</sup>。在早期印度，也没有形成真正与我们的法律观念相应的概念。和我们的法律观念最接近的是“达摩”(dharma)的概念，它也被译作“法律”，但更准确地说，它是表示“宗教法”，因此也有一种神圣的含义。只是在晚些时候出现的乔底利耶(Kautilya)的《政事论》(约公元前323年)中，才形成一些纯粹的世俗法思想。但是这部书流传时间不长，孔雀王朝阿育王死后的政治混乱，使这部书失传。有人总结说：从那时起，“在印度历史上一直占主导地位的法律，就是这种以宗教教义为基础的法律，直至近代”<sup>⑪</sup>。

当我们把视线从亚洲转向欧洲，我们发现，柏拉图在其《法律10篇》一开头的著名段落里，毫不犹豫地把法律的起源归到了上帝身上<sup>⑫</sup>。在罗马也同样。虽然罗马法律早已经世俗化，但我们发现，西塞罗(Cicero)通过引证“他那个时代的智者的意见”，强调：“法律不是人类思想的产物，也不是由人类制定、颁布的；法律支配宇宙万物，……它是上帝的旨意<sup>⑬</sup>。”甚至在18世纪的英国，在有着世俗基础的普通法流行了几百年之后，我们也还在它的法律理论里看到有与上述观念相似的概念存在。著名的《英国法释义》(1765年出版)的作者威廉·布莱克斯通(William Blackstone)认为“神法是整个(法律)大厦的基石”，“宣称神法已主要由天启书宣示于人类”，他还表示要“努力促使世俗的法律尽可能地接近于上帝和自然所昭示于人类者”<sup>⑭</sup>。

在中国，人们关于法律起源的观念与上述其他国家截然不同。有史以来，没有一个中国人认为任何一部成文法源于神的旨意，即使是最完备的成文法也不例外。

另外一点值得注意的是古代文明国家中法律与经济发展的关

系。例如，早期美索不达米亚地区的贸易非常发达，这种情况在《汉谟拉比法典》中有明显的反映。用一位学者的话说，美索不达米亚文明以“普遍承认私有财产”和重视“在与社会和宇宙的关系中的个人权利”为其特征<sup>②</sup>。我们不妨做这样一个大胆的猜测，即美索不达米亚法律的产生与发展，至少有部分是与这种对于私有财产和个人权利的坚决主张相关联的。

在这个问题上，比照中国的情形也是具有启发意义的。因为在中国，最初促使法律产生和发展的，既不是宗教因素，也不是经济因素。毫无疑问，经济的发展，在促使封建的中国社会产生对成文法的需要的过程中，起到一定作用。然而，当法律出现以后，它却既不维护传统的宗教价值，也不保护私有财产。它的基本任务是政治性的：对社会施以更加严格的政治控制。其时，中国社会正在失去其古老的文化价值，并为一种新的、无情的力量所驱使，逐渐走上建立大一统帝国的道路。

### 第三节 古代中国的法律起源理论

在进入本节主题之前，有必要简单讨论一下几个术语。中国法律中最重要的一个概念是“法”。法，作为一个抽象名词，通常是对实证法或成文法的统称，但它也可表示单独一项法律。“法”这一词在成为法律用语之前，已经普遍应用于其他场合。“法”的本意是式样、典范、准则；并由此引伸出应遵循的方式、程序的含义。从法的本意出发，形成中国法律理论中的一个基本概念：法是最高统治者强制制定的、人们必须服从的准则。

中国法律中另一个重要概念是“刑”。在早期法律文献中，使用“刑”的概念可能比使用“法”的概念更加普遍。“刑”是表示“罚”，尤其是表示“体罚”。“体罚”是“刑”的最初含义。关于这一点，可以从汉字构成上的象形特点寻觅：“刑”字在字形构成上，包括一个

“刀”。有充分的证据表明，在制定成文法之前，早已存在像劓、剕、宫及类似的体罚方法。成文法出现以后，刑的含义也有所扩大，它不仅表示惩罚本身，而且也表示成文的禁令，谁违反这些禁令，他就得受到惩罚。刑的后一种含义至关重要，因为到此它已具备“刑法”的特征。<sup>12</sup> “刑”这一概念在早期法律文献中的使用频率——包括独立使用和作为“法”的替换词——表现了古代中国人这样的一种法律意识：法就是刑，成文法的最初含义就是刑法。这种意识在中国一直保留到本世纪初，到1906年行政体制变革以前，政府的最高法律机构仍被称作“刑部”。

第三个需要介绍的概念是“律”。在帝国时代（自公元前221年开始）的法律典籍中，“律”这一概念非常重要。但在此前更早的法律文献中，具有法律意义的“律”却很少出现。在帝国时代的法律典籍中，“律”作为一种专门名称，用于对法典的条款分类上。在这种意义上，“律”也可被称作“制定法”。“律”还可以用来表示汇集了这类制定法的整部法律，这时，我们不妨为方便计而称之为“法典”，当然，这种称谓是不严格的。在法律的含义之外，“律”又是中国音乐中的一个专门术语，它所表示的音调构成中国音乐十二音阶的基础。“律”一词如何从音乐领域转而具有法律含义，这一问题至今仍没有定论<sup>②</sup>。

介绍完以上概念，让我们来分析古代中国人对法律的起源持何种看法。中国的历史理论和哲学理论皆具有一个显著特征，即注重现实的社会生活。这一特征在中国历史的早期即已显露出来。一般说来，中国的理论家们在阐释人世间的现象时，宁可采用理性主义（或在它看来是合乎理性的）原则，而不借助超自然的学说。早期中国文献中所反映出的中国神话的遭遇，即是一个很好的例证。在我们所接触到的文献中，有一些零碎的史料表明，人们根据“神话即是历史”的原则，将神话中的神、半神半人及妖怪们转虚为实，变成似乎在历史上确实存在过的贤明君主、英雄或者叛逆

者<sup>②</sup>。

所以,当我们再回到法律领域、而发现法律也完全具有世俗性 13 质的时候,应该不会感到意外。然而,真正引人注意的是这样一种现象,即中国人最初是以明显的敌意来看待法律的,似乎法律不仅是对人类道德的背叛,而且也是对宇宙秩序的破坏。如果我们想到法律在其他文明古国中的崇高地位时,上面这种情形就愈发地引起我们的注意了<sup>③</sup>。

这方面的一个绝好的例证是这样一个故事(显然那是一篇神话传说的残篇断简),这个故事提出了有关法(成文法)的起源的可能是最早的选择。这一则故事出现在《吕刑》中。《吕刑》是重要文献《书经》中的一篇,它是以公元前950年前后统治中国的一个国王之口发布的。《吕刑》的实际成书年代肯定是在此几个世纪以后,<sup>④</sup>其准确的时间很难断定。然而,公元前 4 世纪时成书的另一部著作曾提到《吕刑》,并引用其中内容。由此可见,《吕刑》的成书年代,最晚也在公元前 4 世纪之前<sup>⑤</sup>。

收入《吕刑》的这篇故事的显著特点是,它认为法的产生,不是由于贤明君主的作用,甚至根本不是汉人的功绩。它认为,野蛮部落苗人发明了法;苗人被认为在(传说中的)舜统治时期(传统的说法为公元前23世纪)颇为兴盛。《吕刑》中有一段很重要的话:“苗民弗用灵,制以刑,惟作五虐之刑,曰法。”接着又说,很多无辜的人们被苗人杀戮,苗人还第一次实施了阉割、割腿、割鼻子等刑罚。上帝(古代中国人心目中的至上神)看到人类秩序的混乱,并同情遭杀戮的无辜百姓,因此消灭了苗人,苗人的后代由此而被根绝<sup>⑥</sup>。

毫无疑问,这一则故事所表现出的对法的憎恶情绪,反映了中国人在法律发展的一定阶段(公元前 6 世纪或 5 世纪)对法律的看法。在这一阶段,成文法仍然是一个新奇的东西,因此人们对其抱怀疑态度。在随后的几个世纪里,随着法律的逐渐流行及社会对

法律的需要与日俱增，人们对于法律的起源问题提出了各种非神话的和严肃的“社会学”的解释。他们对法律不再持有鄙意，但仍然同意有关苗人创造法律的、依严格的世俗语言对法律起源所作出的解释。下面有三个具有代表性的例证。在时间上，第一个是前帝国时期的（公元前3世纪），另外两个是汉朝的（分别为公元前2世纪和公元1世纪）。

“古者，未有君臣上下之时，民乱而不治。是以圣人别贵贱、制爵位。立名号以别君臣上下之义。……民众而奸邪生，故立法制，为度量，以禁之。”<sup>②</sup>

15

“法生于义，义生于众适，众适合于人心，此治之要也。……法者，非天坠，非地生，发于人间，而反以自正。”<sup>③</sup>

“圣人既躬明哲之性，必通天地之心，制礼作教，立法设刑，动缘民情而则天象地。”<sup>④</sup>

#### 第四节 中国最早的“法典”

现在，我们应从神话和社会理论方面转向正史所记载的中国成文法的具体开端。人们常把周朝（约公元前1027—前221年）统治最初几个世纪所实行的政治制度与欧洲封建制度相比较。在周朝统治下，周天子位居政权顶端，名义上统治整个华夏文化区域。周朝的土地实行层层分封制。周天子将土地分封给众多的诸侯，诸侯再将土地分给陪臣，每一个陪臣仍将自己的土地划成很多部分，分别由贵族官员来管理。在这个金字塔的最底层，是世世代代依附于土地的农奴。后来，诸侯脱离周天子的控制，而各自建立完全独立的国家。到公元前6世纪，一个包含社会、政治、经济、技术等多种力量的新的联合体导致了旧秩序的迅速崩溃。

这些新的力量还包括：使人口增长成为可能的新的农耕技术；<sup>16</sup> 贸易及货币经济的发展；土地买卖及部分农民脱离原先的农奴地位；政府行政机构进一步复杂化；哲学和政治学领域百家争鸣格局的形成。在周代的最后两个世纪中，也就是人们常称之为战国时期（公元前403—前221年）的那一阶段，几个较大的诸侯国征战不息。最后，诸侯国之一——秦国逐一消灭了其他国家，于公元前221年，建立了中国历史上第一个中央集权的帝国<sup>⑨</sup>。

以上所述的中国社会的各种变化，就是公元前6世纪后半期形成中国历史上第一部成文法典的背景。最早而可信的成文法是子产所作的《刑书》。子产是郑国的宰相，他于公元前536年在一件青铜鼎上刻写了这部《刑书》。公元前513年、501年及后来一段时间，先后又有其他国家仿照郑国子产的做法，公布了成文法。虽然这些法典都已失传，但我们仍然可以根据可信的史料作出上述判断。子产公布《刑书》之后，其邻国一位名叫叔向的高级官员写信给子产，就其公布郑国法律提出反对意见。这封信这样写道：<sup>⑩</sup>

“始吾有虞于子，今则已矣。昔先王议事以制，不为刑辟，惧民之有争心也。犹不可禁御，是故闲之以义，纠之以政，行之以礼，守之以信，奉之以仁。……”

民知有辟，则不忌于上，并有争心，以征于书，而徼幸以成<sup>17</sup> 之。……今吾子相郑国，作封洫，主谤政，简参辟，铸刑书，将以靖民，不亦难乎？……民知争端矣，将弃礼而征于书，锥刀之末，将尽争之。乱狱滋丰，贿赂并行，终子之世，郑其败乎？朕闻之，国将亡，必多制，其此之谓乎！”

对于这一批评，子产给以礼貌而又坚决的简短回答：

“若吾子之言，侨不才，不能及子孙，吾以救世也。既不承

命，敢忘大惠？”

这封信足以表明古往今来保守主义的一贯精神。叔向的批评意见颇类似于今天一些保守议员对于公共花费的批评及对预算平衡的要求。信中真正具有中国特色、因而也是最有意义的内容，是叔向所提出的观点：公布法律将会对道德和政治造成威胁。在其他任何一个文明古国中，似乎从来都没有人提出过这种观点。

叔向的信表现出强烈的儒家色彩，特别是叔向在信中使用了孔子提出的义、礼、刑、仁等概念。对此，我们不应感到惊奇。虽然，叔向写这封信的时候，孔子只有15岁，但是，这些术语以及与其相联系的思想肯定已经在社会上流传，只不过孔子本人尚未对这些术语、思想进行一次彻底的清理。

## 第五节 儒家与法家

虽然叔向还不能正式被作为儒家人物看待，但他的信却集中体现了儒家关于法律的观点。正如我们很快就要看到的，儒家是<sup>18</sup>传统的“封建”价值准则的坚定的维护者。由此不难理解为什么儒家坚决反对新的法律，尤其是在这种新的法律刚刚出现的时候。后来，随着新的法律渐次巩固，儒家也逐渐改变他们的态度，勉强把法律作为一种不可避免的邪恶的东西接受下来。但即使到此时，他们仍然坚持认为，在理想的社会中，公布成文法是不必要的，甚至在当时未尽完善的政治状况下，与以道德训诫和示范来实现政府统治的方式相比较，以法律来实现统治的方式，应该只是次要的<sup>⑩</sup>。

与儒家相对立，另一些人竭力为法律辩护，他们因此逐渐被称为法家。法家中的绝大多数人皆不是具有很深学术造诣的思想家，而是一些实干家，包括行政官吏、外交使者和政治经济学家。他

们为愿意雇用他们的诸侯国服务。他们的目标直接而简单：在国内，建立一个在政治和军事两方面都具有强大力量的政府，以废除封建特权；在国际上，扩张领土，最终使互相对立的所有国家联结成一个单一的帝国。为了实现这一目标，他们准备利用他们所掌握的政治、军事、经济、外交等各种力量。法家法律观的形成，不是基于“人权”的考虑，而是基于这样一种认识：为了有效地控制在其管辖下日益增多的民众，法律是一种重要的手段。在思想方法和使用手段方面，法家是一群真正的极权主义者，对于民众，总是考虑如何从整体上加以控制。与其相反，儒家则认为个人、家庭或者地方共同体具有极其重要的意义。如果认为法家是一些不讲道德、只追求权力的政治家，那也是不公平的。因为他们真诚地相信，只有通过极权主义手段，才能在四分五裂的互相残杀的世界上最终地实现和平与统一。谁要是问他们为什么这样做，他们无疑会重复子产的名言：“吾以救世也。”

## 第六节 儒家的礼法观

19

与法家所强调的“法”相对应，儒家思想的一个中心概念是“礼”。“礼”一词在不同层次上具有不同含义。最狭义的“礼”（也可能是“礼”的原始含义）是表示各种宗教仪式的特定方式。关于祭祀祖宗的时间、地点、祭祀方式和献祭时的姿式等方面的规定，都被称作“礼”；另外，它也是一种占卜方式的规定。这种意义上的礼，通常被译作仪式。广义的礼是指所有的礼节性或者礼貌性行为，既涉及世俗社会，也涉及宗教领域。在社会习俗中，涉及各种社会关系的礼不计其数。待客、娶妻、交战以及其他各种讲究礼节的场合，都有应遵循的礼。在这种意义上，礼常被译作礼节、礼貌、礼仪或正当行为的规则。最后，儒家根据他们的学说，为人们描绘出一个完美无缺的社会，在这个社会中，所有的国家制度和社会关

系都遵循一定的准则。这个准则，就是我们要分析的第三种“礼”，这也是最广义的一种“礼”，它表示这个完美社会中的所有的制度和关系。总之，礼既表示文明社会中的具体制度，也是已为人们所接受的行为方式。

儒家学者们认为，古代圣贤创造了礼，而现实社会的混乱，是因为人们不了解礼，不能以礼规范自己的行为造成的。所以，儒者的主要任务在于研究并解释圣贤留传下来的礼，恢复其本来面目，用以指导现世的人们。这种信念促使儒家学者们编辑了几部成文的礼，不过，直到封建末期及帝国建立早期，这些成文的礼才基本定型。也就是说，在周代的大部分时间里，礼只是以不成文的形式传播的。与此同时，从礼的数量庞大及其复杂性和精巧性来看，它也只是为上流社会所专用。确实，儒家所区别君子与小人的标准，就是看其对礼所掌握的程度。

另一方面，儒家认为，礼作为具体的行为规范，是与某些重要的道德准则相联系的。<sup>20</sup> 礼由于这些道德准则而具有效力，因为它们植根于人类与生俱来的情感之中。换句话说，儒家主张：人类由其本性所从事的行为，总是正确的。正是基于以上解释，现代有些学者认为，可以对儒家的礼与西方的自然法概念，以及对法家的法与西方的实证法进行比较研究<sup>21</sup>。

最后还有很重要的一点要说明，早期的礼产生于强调等级区别的社会。也就是说，根据人们的年龄以及在家庭和社会中的等级地位，礼分别规定了不同的行为方式（尊长者适用一种礼，幼卑者适用另一种礼，当然，也有一些礼为大家共同适用）。这种导致人们在行为方式和权利保护两方面不平等地位的等级观念，在孕育、生成这种思想的前帝国时期的封建社会消失以后，它仍然存在于儒家学说中，并与整个帝国时代相始终<sup>22</sup>。

下面是从“纯粹”儒家立场出发所见儒家与法家所争论的几个主要问题的要点：

1. 人按其本性是善的(孟轲, 公元前371?—前289年?), 或者至少是具有习善能力的理性存在物(荀子, 约公元前298—前238年)。人受到礼的教导后, 就可以为社会所接受。“礼者, 禁于将然之前; 而法者禁于已然之后”。

2. 以德为政, 可以征服人们的心; 以力为政, 则只能得到人们表面的服从。礼的作用在于教化诱导, 因而为德治政府所用; 法的作用在于强制压服, 因而为暴君政府所用。

3. 古代圣贤依据人的本性和宇宙秩序创设了礼, 因此礼具有<sup>21</sup>道德上的合理性。现实的人们为了获取政治上的权力, 因而制定了法律, 因此法律不具备道德上的合理性。

4. 儒家学说所强调的五种主要关系——父与子、君与臣、夫与妻、长与幼及朋友之间——是由人的本性而形成的, 这五种关系对于社会秩序的安定, 具有重要意义, 礼根据各个人在这些关系中的不同身份设定了不同的行为方式, 因而使这五种关系和其他类似的关系得到强化, 法律则通过外力, 强行一体对待, 而使这些关系归于消灭。

5. 礼(指其原始含义: 仪式和典礼)给人们的生活带来诗意和美感。礼为人们以社会可以接受的方式表达其情感开辟了渠道。与其相反, 法律具有机械性, 缺少情感方面的内容。

6. 以礼为基础而建立的政府在履行自己的职能时能表现出和谐性, 因为礼是不成文的, 每当有特殊的情况发生, 都可以通过对礼的灵活解释而恰当地解决问题。以法律为基础而建立的政府则会引起各种纷争。因为人们事先已知道成文法的内容, 因而可以寻找法律的空隙, 规避法律, 而且人们还会依据法律的词句——而不是其精神——进行狡诈的诡辩。

7. 法律不会比创造和执行法律的人更好。对统治者及其官吏施以道德的训练, 是比发明精巧的法律机器更有效的事情。要知道儒者自己是怎样说的, 下面摘录的几段引文是具有代表性的。只

是，其中有两段话并非出自儒者之口，它们可以表明这样一个事实，即儒家对法律的怀疑态度，也可以在其他思想派别中看到，虽然他们的理由有时不尽相同⑩。

“听讼吾犹人也。必也使无讼乎！”⑪

22 “导之以政，齐之以刑，民免而无耻。导之以德，齐之以礼，有耻且格。”⑫

“法令滋彰，盗贼多有。”⑬

“徒善不足以为政，徒法不足以自行。”⑭

“故有良法而乱者，有之矣；有君子而乱者，自古及今，未尝闻也。”⑮

“故法不能独立，类不能自行。得其人则存，失其人则亡。法者，治之端也。君子者，法之原也。故有君子，则法虽省，足以遍也。无君子，则法虽具，失先后之施，不能应事之变，足以乱矣。”⑯

“法家不别亲疏，不殊贵贱，一断于法，则亲亲尊尊之恩绝矣。可以行一时之计，而不可长用也，故曰‘严而少恩’。”⑰

23 “治之所以为本者，仁义也；所以为末者，法度也。……先本后末，谓之君子；以末害本，为之小人。……今不知事修其本而务治其末，是释其根而灌其枝也。且法之生也，以辅仁义；今重法而弃义，是贵其冠履而忘其头足也。”⑱

“刑不上大夫，礼不下庶人。”⑲

## 第七节 法家与法律

法家的主要观点如下：

1. 生来是利他主义的人数量极少，而绝大多数人皆是利己主

义者，因此，严厉的刑罚是必要的。制定法律，主要是针对大多数利己主义者，而不是针对少数并不重要的利他主义者。

2.一个强有力的政府，必须铲除割据势力，取消特权利益。为此，有必要把法律向全体民众公开，并一体适用，不论个人的身份如何。

3.稳定的政府要以法律为其基础，因为具有确定性并且向全社会公开的法律，是用以度量个人行为的精确手段。依靠“礼”建立起来的政府就做不到这一点，因为“礼”是不成文的，在适用上各有区别，而且对其解释也具有很大的任意性。

4.实行连带责任制，对于削弱自主倾向和强化国家控制是至关重要的。以五家或十家为一个单位，采取责任连带。同一单位内部，一人有愆过行为，其他人都与行为者本人负有同等责任；一人犯罪，同单位内的其他人没有向官府报告，皆一体受罚。

5.因为历史变迁，人类的社会制度也必须做相应的改变。在古代，人口稀少，生活简朴。但现在，人口的增长带来了激烈的生存竞争。古代的礼已不再适应今天的社会，而应以法律制度取而代之。法律当然不应被任意改变。但它要想保持住自身的活力，自然也应该根据不断变化的时代需求作相应的调整。

6.国家的强盛，有待于道德标准及思想标准的一元化。任何与法律所确定的官方标准不一致的私人标准，都必须被废止。

7.人根本上是自私的，因此，仅仅通过道德说教不可能使人成为利他主义者。国家只能根据人的自私本性，在兼顾人的一己私利的基础上，驱使其从事有利于国家的行为。所以，贤明的君主建立起明确的赏罚制度。这种赏罚制度对于在政府机构中任职的官吏来说，尤其重要。凡是忠于职守者，领赏；职守有缺，或者滥用职权者，受罚。

8.只要有了健全的法律制度，个人才能的强弱就不会对政权统治产生重大影响。因此，即使是一个平庸的君王，只要恪守法

制，也能统治得很好。

9. 只要法律具有一定的严厉性，它就不一定要通过具体实施方才收效，因为它的存在本身，就已对各种邪恶行为形成一种威慑。因此，虽然从法律实施的短期结果看，它是非常残酷的，但从长远看，恰恰是能减少这种残酷的结果，并且能减少社会上的纷争和矛盾。

25 下面我们从古代典籍中摘引几段，以进一步说明上文所述有关法家的主要观点。

“故治民无常，唯治为法。法与时转则治，治与时宜则有功。……时移而法不易者乱；能治众而禁不变者削。故圣人之治民治，法与时移，而禁与能变。”<sup>⑩</sup>

“国更立法以典民则祥，……故曰法者不可恒也。君臣上下贵贱皆发焉。古之法也，无闲识博学辩说之士，皆囊于法。”<sup>⑪</sup>

“故不相容之事不两立也。斩敌者受赏，而高慈惠之行。拔城者受爵禄，而信廉爱之说。坚甲厉兵以备难，而美荐绅之饰，富国以农，距敌恃卒，而贵文学之士，……治强不可得也。国平养儒侠，难至用介士。所利非所用，所用非所利。……（今）所谓智者，微妙之言也。微妙之言，上智之所难知也。……夫治世之事，急者不得，则缓者非所务也。……故微妙之言，非民务也。”<sup>⑫</sup>

“夫圣人之治国，不恃人之为吾善也，而用其不得为非也。恃人之为吾善也，境内不计数。用人不得为非，一国可使齐。为治者用众而舍寡，故不务德而务法。”<sup>⑬</sup>

“刑重者，民不敢犯，故无刑也。”<sup>⑭</sup>

“人主将欲禁奸，则审合刑名者，言与事也。为人臣者陈而言，君以其言授之事，专以其事责其功。功当其事，事当其

言，则赏；功不当其事，事不当其言，则罚。故群臣其言大而功小者，则罚。非罚小功也，罚功不当名也。群臣其言小而功大者，亦罚。非不说于大功也，以为不当名也。”<sup>⑩</sup>

“故其治国也，正明法，陈严刑，将以救群生之乱，去天下之祸。使强不凌弱，众不暴寡，耆老得遂，幼孤得长，边境不侵，君臣相亲，父子相保，而无死亡系虏之患，此亦功之至厚者<sup>27</sup>也。”<sup>⑪</sup>

## 第八节 法家的胜利与法律儒家化

从儒家学说与法家学说的内容本身，我们就能看到这两个派别后来的遭遇。秦国采纳了法家所提倡的那种充满活力，并具有残酷性的理论，从而在与敌国的竞争中，连续取得胜利，并于公元前221年，建立了第一个统一的中华帝国。在新王朝的统治下，各旧国的贵族和官吏们分别被迁出原先所服务的国度境内，并被剥夺了权力。中央政府委派一些新的官吏到被征服的旧国土地上，代表中央政府，行使统治权。这些新的官吏不再世袭其职位，他们从中央政府领取俸禄。秦以后直到1912年建立共和制，历代皇朝在行政体制上，都仿效秦朝的模式。法家所倡导的法变成帝国全境通用的法律。公元前213年，中央政府强制推行“焚书”政策，凡不属于法家的著作以及秦国历史以外的所有历史书籍，一概焚毁。焚书运动标志着法家学说达到登峰造极的地步。

令人惊讶的是，法家的胜利颇为短命。公元前210年，秦帝国的缔造者——秦始皇死亡。秦始皇死后不到两年，他所建立的帝国就陷入一片混乱，到处燃起反叛的战火。在随后的内战中，建立了一个新的帝国，即汉帝国（公元前206年—公元220年）。汉帝国对于秦帝国所保留下来的官僚政府体制进行了改造和重建。与

此同时，另一件令人惊讶的事是：历史出现翻转，儒家学说取代法家学说，而成为占统治地位的意识形态。到公元前100年，儒家学说已开始获得作为正统官学的承认。从此以后，法家作为一个独立的学术派别，在中国社会消失了。

然而，在汉代取得独尊的儒家学说却是一个折衷主义的思想体系——它广泛吸取了与其相对立的其他学派的思想，其中也包括法家的思想。因此，法家学派的消失，并不表示法家的理论和作用也与之彻底消亡。相反，法家思想继续对汉代及以后各代的政治思想和经济理论产生影响。法家思想的这种作用，可能远远超出历来人们的估计。在经济政策方面，例如：常平仓、均田制及盐铁官营等项措施，皆主要根据法家理论而确立。最近，有些学者指出，通过文化考试选拔、而不是由世袭确定政府官员的文官考试制度，其理论根据也是主要来自法家学说，并非前人所称以儒家思想为理论根据<sup>②</sup>。

说法家思想对于后来的法律没有持续的影响，这是不公正的。例如，帝国时期各个朝代的法典都以刑法作为主要内容；即使是对行政行为，或者其他非犯罪行为，也遵循“有错必罚”<sup>③</sup>的刑罚原则。另外，帝国时期司法程序上的某些重要制度也可能与法家思想有关，例如：不设私人律师；有罪推定，即：嫌疑犯在其被证明无罪之前，推定其为有罪（此项原则在帝国的法典中并未明确规定，但对被告的有关规定却处处体现了这种精神）<sup>④</sup>；法律明文规定（一定限度内的）拷讯制度，以逼迫拒不认罪的嫌疑犯认罪。株连制度（尤其是在重大叛逆罪等案件中）也与法家思想密切相关。当然，与这种株连制相关的家庭连带和群体连带思想，也与儒家所倡导的理论有直接关系。实际上，群体连带理论的形成，可追溯至中国远古社会部落群体阶段，远远早于儒家学说与法家学说的形成。

虽然法家思想中可能有一些内容为中国法律所保留，但在整个帝国时代，真正体现法律特点的是法律的儒家化——换句话说，

是儒家所倡导的礼的精神和有时是礼的具体规范，被直接写入法典，与法律融合于一。法律儒家化的过程始于汉代，并在随后的几个世纪中，逐渐深化。公元653年，《唐律》被制定、颁布，它标志着礼法结合的最终完成。道德习俗(礼)以实在法(法)的形式，具有了正式的法律效力；或者用另一位学者的话来说，实在法(法)作为自然法(礼)的具体化，具有道德规范的作用。正如瞿同祖所指出的：“研究中国古代法律，必须礼书、法典并观，才能明其渊源，明其精义。”<sup>②</sup>

读者可参阅瞿同祖博士的《中国法律与中国社会》一书。该书对于法律儒家化问题作了详尽的阐释。本书只能简要说明儒家思想影响法律的主要方面，并以1740年制定的《清律》——具有二千多年历史的帝国法律的最后一部法律——为例，具体说明这种影响。

## 第九节 作为“礼”之范例的帝国法典

法家的法与儒家的礼之间，有着很多不同点。其最主要的区别，莫过于法的普遍性原则（它不允许任何个人或团体具有法律以外的特殊身份）与礼的等差性原则（它主张应根据人的身份、地位以及所处的特殊环境，而给以区别性对待）的对立。在帝国的法典中，这种等差性原则集中表现在以下四个方面。

### 一、“罚当其罪”

30

帝国的统治者在编纂法典时，总是企图将犯罪的各种表现形式皆纳入法律规定之中，并为犯罪的每一种表现形式设定特别的刑罚。例如，在杀人罪中，《清律》规定了20多种的不同处理；此外，在涉及诸如抢劫、斗殴等犯罪的其他条款中，《清律》另有关于杀人罪的规定<sup>③</sup>。

为什么对同一犯罪给以各种不同的规定？探究其原因，我们会发现，根据三种主要原则中的某一种原则，可以将大多数区别对待的规定加以分类。就杀人罪而论，第一个因素是杀人“动机”，这也是与我们在西方法律制度中习见的差别性因素最为相近的一种。根据动机的不同，杀人可分作谋杀、故（而非谋）杀，斗杀（因打斗中的事故或诱人自杀）。另外，也可能包括巫术杀人（为巫术的目的使用他人器官而杀人）、杀死奸妇或者杀死奸夫以及杀死奸夫妇（通常由通奸妇女的丈夫所为）。

区别对待的第二个原则是杀人者相对于被杀者的社会地位和血缘身份。这一原则在现代西方法律制度中没有市场，但却是儒家社会思想的基础，这个问题我们还要在下文中详细讨论。基于这一原则，《大清律例》规定了杀父母、杀官吏、家庭中卑幼杀尊长和尊长杀卑幼、父亲杀儿子、妻杀夫和夫杀妻、家长杀奴婢和奴婢杀家长、杀一家三口以上等犯罪。

③ 第三种标准是杀人手段或实施杀人行为的具体情境。例如：毒药杀人，服用药物不恰当而杀人，将有害物置入鼻、耳及其他器官内而杀人（哈姆雷特的阴魂！），屏去人衣食而致死、车马杀人、狩猎杀人等等。在我们看来，这项标准是区别对待中效用最差和最武断的一种形式了。

需要强调的是，中国古代的法典本身并没有提到上述三种标准。我们只是为了分析研究的方便才把它们抽象出来。从《大清律例》关于杀人罪的名称来看，很难从中发现明显的分类原则。这些杀人罪包括：谋杀、谋杀官长、谋杀尊亲属、奸杀、杀一家三口或三口以上、巫术杀人、毒杀、斗杀等。

应该进一步指出的是，《大清律例》所规定的杀人罪种类实际上超出以上所述。举例来说，有一种“场合性”（situational）杀人。请看《大清律例》的规定④：

“若知津河水深泥泞而诈称平浅，及桥梁渡船朽漏不堪渡人而诈称牢固，诳令人过渡，以致陷溺死伤者，亦以斗杀伤论。”

表现在处理杀人罪时的细致区分的原则也体现在清代法典的其他部分，乃是其法律的一般特征。有人可能会说，清代法律的概念实际上来自于法家而不是儒家，因为法家强调在规范人们的行为时，应规定精确的尺度。然而，着眼于法家法律一体适用的普遍性（相对于儒家的注重具体差异），儒家偏离其固有立场，而对自己的法律观加以修正，这似乎是很可能的。

在法律中确立区别对待的原则，其目的显然在于使法律能够尽可能好地适用于可以预见的情形，以增强法律的公正性。但实际上，正像我们在本书后半部分的案例中经常能看到的那样，这种区别对待的原则常常使审判官们束手无策，难以作出公正的判决。因为在很多情况下，审判官很难找到与其所审案情相应的法律条款，他们只能尽其最大的努力，从几个相近的法律条款中找出一个他们认为与案件最相适应的法律条款<sup>32</sup>。

解决这种情况通常采取比照判决的办法。即，针对案情事实，选择一个与其最相适应的法律条款；并在判决书中注明：“比照”某条款，而不是直接“根据”某条款。在特殊情况下，审判官在适用比照方法时，可以加重或减轻原条款所规定的刑罚。如果没有这种灵活的比照处理方式，在中国这一强调差等而忽视平等的法律体制下，对付形形色色的犯罪行为是极端困难的。在本书第六章第三节，我们将从技术方面对“比照”这一重要方法进行详细的探讨。

清代法律制度中另一种有助于缓解法律的僵化和具有灵活性的法律形式是例。在清代，律是皇朝法典的基本组成部分，历朝相沿，极少变化。与律不同，例则可以随时修订。帝国统治者可因某种特定情况，随时命令制定、颁布例。在中国的早期皇朝，就已出现例，但在明代（1368—1643年）以前，例的使用仍很不普遍。通常，

例是为了处理一些非常特殊的情况而制定的，它们附在有关的律文之后，比律更具有特殊性。所以，在明清两代，尤其是在清代，例的数量急剧增加，但它并未消除司法审判活动中比照方法的运用。

## 33 二、社会身份的区别

与礼所倡导的精神相适应，法律规定的刑罚，根据犯罪者与受害人相互之间社会身份的不同而截然有别。这方面的例子不胜枚举，让我们来看看《大清律例》是如何处理殴打行为的。《大清律例》规定，最轻微的殴击犯罪是手足殴人，且不成伤（既未伤皮，亦未折伤）。如果罪犯与受害人社会身份相同（平民殴平民、奴婢殴奴婢），则对罪犯处以笞二十的刑罚。这也就是常人相殴的处罚标准<sup>⑨</sup>。但如果是一名奴婢殴平民，则加重一级处罚，笞三十；反过来，如果是平民殴奴婢，则减轻一级处罚，笞十<sup>⑩</sup>。再如，奴婢殴家长，不论有伤无伤，皆处斩刑。但若是家长殴奴婢，除非殴打致死，否则不负任何刑事责任<sup>⑪</sup>。殴打本管行政长官，徒三年；若殴打其他地方的行政官吏，则依被殴官吏的品级，从徒二年的刑罚等级上递减<sup>⑫</sup>。

应该看到，《大清律例》所确认的社会等级的数量，已远远低于公元653年《唐律》所确认的数量。这是因为在唐至清的几百年中间，出现了部分的社会等级混合的情形。所以，《唐律》就各种身份近乎农奴的人有大量的规定，这些人被统称为“贱人”，其社会地位各各相异，但都介乎平民与奴婢之间。在清代，贱人或地位相近的受压迫阶层仍存在于社会之中（见第六章第二节的事例），但这时他们对于社会的影响已远不及唐代的贱人。其结果，清代法律对作为所有低于平民的阶层的主要代表——奴婢作了极详细的规定，“贱人”这种用语则绝少出现了。这样，奴婢、平民及官吏在法律上身份各异，构成了清朝社会的三大基本等级。

### 三、特权阶层

在量刑方面，除了根据罪犯与受害人的相对身份而区别对待之外，法律还允许某些人适用特别审判程序。通过这种特别程序，形成一个区别于普通平民（良人）的特权团体。这一特别程序名之为“八议”。“八议”一词源起于《周礼》，这是一部儒家关于“礼”的阐释汇集<sup>⑩</sup>。“八议”入律，首见于曹魏时期（公元220—265年）。曹魏以后各朝法律都保留了“八议”制度。八议的对象，包括皇帝的家庭成员、前朝帝王的后裔及“功勋卓著者”；但最突出的，应是那些高级官吏及其近亲属们。

八议制度的适用范围，在不同朝代略有不同，但其基本含义却没有变化。根据八议制度，没有皇帝的特别批准，官吏及其近亲属不受逮捕、审问及拷讯；官吏及其近亲属犯罪，可由皇帝特准，减轻处罚；官吏被处以笞、杖、徒、流、死等刑罚时，常常（但不是必然）可以以罚金、降级或革职等处分。这样，在广大未受过教育的平民和少数受过教育、从理论上说非世袭的文人官僚之间，法律以另一方式正式划定了一条区别其地位的鸿沟<sup>⑪</sup>。

然而，儒学理论要求官吏应在道德方面成为平民的模范。与其相应，法律规定，对于某些犯罪，官吏应承担较之平民更重的刑事责任。例如，清代法律规定，超量挥霍浪费，官吏杖一百，平民则仅笞五十。再如，清律规定，官吏诱奸其管辖范围内的妇女，要比普通人诱奸妇女加重二等处罚。官吏嫖娼，要受到处罚；但对于平民嫖娼，法律则没有规定应给以何种处罚<sup>⑫</sup>。

### 四、家族内的身份区别

从家庭或者家族中，尤其是从那些上下数代、直系旁系共同生活（这种现象通常主要见于上层社会）的大家族中，我们可以认识到儒家学说的内核。中国古代的各朝法律都确认家族内部这种基

于性别、辈份、亲疏程度的不同身份，而这种家族内部的身份差别甚至比一般的社会地位差别更为复杂。

确定上述家族内部身份差别的最重要的制度是所谓“五服”制度。<sup>36</sup>“五服”即五种丧服，当家族内某一成员去世，该家族内其他某些成员应穿上不同种类的丧服，以示哀悼，服丧的时间则根据其与死者之间的亲疏关系来确定。“五服”各有名称（其中第二种实际又分为四级，参见注中①、②等）。服丧期由第一级的三年（实际上仅二十七个月）至第五级的三个月不等<sup>③</sup>。

第一等亲属关系，即斩衰亲属关系主要包括：儿子或未出嫁的女儿对其父母，妻子为其丈夫或对其丈夫的父母，妾对其家长。亲属关系越远，其覆盖面越宽。第五等亲属关系，即缌麻亲属关系包含40种以上的亲属关系。其中有一些实际上是并不一定存在的、关系较远的亲属，例如：男子与其祖父的未出嫁侄（甥）女儿；女子与其丈夫的侄孙媳。

主要建立在男尊女卑、尊长优于卑幼原则上的五服制度具有一个重要特点：其亲等关系不一定相互对等。例如，父子关系：父辈优于子辈，父亲死了，儿子必须履行一等亲服制义务（即服丧二十七个月）；若是儿子死了，父亲仅须履行二等亲服制义务（即服丧一年）。再如，夫妻关系：丈夫死了，妻子必须履行一等亲服制义务；妻子死了，丈夫仅须履行二等亲服制义务<sup>④</sup>。<sup>37</sup>

五服制度源于儒家所编纂的几部“礼”，特别是所谓《仪礼》<sup>⑤</sup>。它在家庭法方面的影响，远远超过在其他方面。

让我们来看看《大清律例》关于家庭成员斗殴犯罪的处理规定。儿子殴打父母（第一亲等），不论有伤无伤，处斩刑。但如果是父母殴打儿子（二亲等），则不负任何法律责任；殴打儿子致死，若是因为儿子违反父母教令，则判父母杖一百的刑罚；若是父母无故殴打儿子致死，亦仅处以杖六十、徒一年的刑罚<sup>⑥</sup>。同样，妻子殴打丈夫（一亲等）应杖一百；丈夫殴打妻子（二亲等）却不受罚，除非

造成明显的伤残(例如折齿、断肢等)，而且妻子本人向官府投诉，又即使是在丈夫殴打妻子致残、妻子又投诉官府的情况下，对丈夫的处罚，仍得比照正常标准减二等(仅杖八十)<sup>⑩</sup>。

在这方面应该强调的是，在区别对待家庭成员这一问题上，法律的规定已超出五服制度的内容。在法律中，除了以五服制度为基础的辈份区别和性区别之外，当事人各自的年龄也成为区别对待的依据之一。比如，兄弟之间辈份相同，服制关系也相同(都是二亲等)。与其相反，在《大清律例》中，兄弟之间的年龄差异却有着重要意义。<sup>38</sup>例如，弟弟殴打哥哥，即使不造成任何伤害，也要受到杖九十、徒二年半的处罚；但若是哥哥殴打弟弟，则不负刑事责任<sup>⑪</sup>。另外，殴打从堂(表)兄(姐)者(四亲等)，应处杖六十、徒一年的刑罚；若是殴打嫡堂(表)兄(姐)者(三亲等)，则处刑杖七十、徒一年半。反过来，若是殴打从堂(表)弟(妹)或嫡堂(表)弟(妹)，只要不成伤，都不治罪<sup>⑫</sup>。

从上文可见，家族范围内的成员犯罪，其处罚的严厉程度与亲属之间亲近程度成正比，即：亲属关系越近，其处罚越重。但这里有一个很有趣的例外——家族范围内的窃盗犯罪，当事人之间的亲属关系越近，其处罚却越轻；五服之内的亲属之间互相窃盗，对犯者的处罚要比普通窃盗罪的处罚轻。法律规定，同样性质的窃盗罪，偷五亲等亲属的财产要比偷外人的财产减二等处罚；偷四亲等亲属减三等处罚；偷三亲等亲属减四等处罚，依次类推。甚至雇工人偷窃雇主的家庭财产，也适用这一原则，即比普通窃盗罪减一等处罚<sup>⑬</sup>。存在这一现象的原因在于古老的家庭财产原则。根据这一原则，家庭财产由家庭所有成员共同享有，任何人都不得享有具有排他性的独占权。《大清律例》官方注释本具体解释了这一原则。但是，如果家庭内的窃盗行为伴有暴力发生，对该窃盗行为的处理就不再适用“遇亲减等”原则，而应适用亲属相杀伤的法律条款，即：亲属关系越近，处罚越重<sup>⑭</sup>。

## 第十节 法律中的孝、忠及人道主义

前面我们已谈到，家庭价值观中的核心概念是儒家所倡导的“孝”。“孝”在唐代法律中已占有重要地位。《唐律》规定：官吏在其父母服丧的二十七个月当中，必须辞去他的官职（可能是考虑到实际功效，清代将二十七个月的辞职期减为一年）<sup>⑩</sup>。唐代法律中还有一个很离奇的规定，任何人都不得在为其父母服丧的二十七个月当中生育孩子，否则要处以一年徒刑。这一禁令适用于普通人。但《唐律》将其与其他专门针对官吏的禁令列在一起<sup>⑪</sup>，可见它尤其适用于官吏。如果这一推论能够成立，那么就可以说，与前文所述某些官吏的特别义务一样，孝顺父母也是法律对官吏的特别要求。明朝开国皇帝（朱元璋，1368—1398年在位）严厉批评了这一规定。他认为，服丧期间禁止生育子女，违反人的本性。明朝法律及清朝法律都废止了这一禁令<sup>⑫</sup>。

与“孝”的观念相对应，社会生活中普遍流行“忠”（忠于最高统治者）的观念。儒家学说非常重视这两个概念，强调人们必须具备这两种德行。儒家同时主张，如果在同一个人身上，“忠”与“孝”两种德行发生冲突，那么，首先顾全的应是“孝”；换句话说，父亲的地位应优于统治者，家的地位应优于国。《论语》中的一个著名故事已确立这一原则。这个故事是说：一个人偷了别人的一只羊，而这个人的儿子非常正直，因而向官府告发了他父亲偷别人的羊这件事。对此，孔子评论说：“吾党之直者，异于是。父为子隐，子为父隐，直在其中矣<sup>⑬</sup>。”

对于儒家的这种观点，法家持反对意见。法家著名人物韩非在他的著述中转引了同一个故事：父亲偷别人的羊，儿子向官府告发；而官府认为，对父亲的孝要比对国家的忠更加重要；因此，官府处罚了告发父亲偷羊的儿子。韩非评论说：这一判决显然是不适当

宣的⑩。

韩非子当作一种理论上的可能性所举的例子，变成了帝国法律确认的原则，这个事实可以表明儒家伦理道德的影响力。汉代法律允许近亲属之间互相隐瞒犯罪而不受惩罚；法律还不强迫近亲属之间在法庭上提供确认对方犯罪的证据。显然，这与上述法家的连带责任原则大相径庭。从世界范围来看，儒家所提出的亲属互隐罪行原则似乎并不是独一无二的。在美国，妻子在很多类型的案件（不是所有的案件）中，不得违背丈夫的意愿而提供不利于其丈夫的证据。中国古代关于这一原则的特殊之处在于，与此原则相适应，还有一些其他特别规定。例如，从汉代开始，法律都规定，儿子向官府告发父亲的罪行，官府将以“不孝”罪，对儿子处以重刑。《大清律例》规定，儿子告发父亲，若所告不能成立，即父亲实际上没有儿子所告的罪行，儿子要被处绞刑；若所告成立，即父亲确实犯有儿子所告发的罪行，儿子也必须受到杖一百、徒三年的处罚。妻子告发丈夫，或告发翁姑（丈夫的父母），与儿子告发父亲两种情况同样对待。告发者与被告发者的亲属关系越远，对告发者的处罚越轻。举告犯罪即便属实仍处罚举告人，实行这种刑事政策的，在世界范围内，中国恐怕是唯一的国家。

亲属之间享有互相隐瞒犯罪的权利，这只是对一般犯罪而言。<sup>11</sup>对于谋反或谋叛等犯罪，这种权利就被取消了。如果亲属之中有人犯谋反或谋叛罪，其他亲属则都负有连带责任。犯人所有的近亲属都要受到处罚，有一些要被处死，还有一些要被长期流放。从这里我们看到，当以儒家学说为立国方针的统治者们感到其统治确实受到威胁时，他们就会舍弃亲属容隐的原则⑫。

古代法律体现“孝”这一原则的，还有一个重要制度，即“犯罪存留养亲”制度。根据这一制度，罪犯被处以死刑或长年徒刑时，如果该罪犯的父母年老或有病，而罪犯又是其父母的唯一儿子，那么，法律允许对该罪犯处以其他刑罚（例如笞杖、纳赎、枷号等），以

便让该罪犯能留在家中侍奉父母。乾隆三十四年(1769年)，这一制度的适用范围被扩大。父母双亡，而罪犯是其唯一的男性继承人，那么，他也可以援引“存留养亲”制度，留在家中，供奉父母的灵位，延续祖宗的香火<sup>②</sup>。

与西方法律相比，中华帝国的法律在有些方面更加人道，更加合理。例如，在中国，盗窃罪一般不处死刑，除非所偷赃物的价值超过一百二十两白银，或者屡次盗窃、第三次所窃赃物价值在五十两白银以上<sup>③</sup>。而在工业革命前的英格兰，法律却规定，窃盗商店货物，价值超过 5 先令者，即处死刑。这项法律规定直到1818年为国会四次否决之后才被废止<sup>④</sup>。在中国，所有的死刑(除了少数例外)<sup>⑤</sup>以及其他一些重刑判决，在其执行之前，都必须得到设在京城的国家最高司法机关的同意，甚至要得到皇帝本人的批准。清朝的死刑有一种“监候”，其意思是表示：被判处死刑的罪犯须待一年一度在京城举行的“秋审”之后，才能被提交执行。而在大多数情况下，经过“秋审”，原判处死刑监候的罪犯都能被减轻刑罚，因而可免死。统治者还经常赦免罪犯，既有针对所有罪囚的大赦，也有针对某一类，甚至针对个别几个罪囚的特赦。

儒家人道主义在法律中的另一表现是对于犯罪的老人(70岁以上)、儿童(15岁以下)以及身体有病、精神不健全者，免除刑罚或者减轻处罚<sup>⑥</sup>。在许多犯罪中，妇女也可以交纳赎金，从而免除刑罚<sup>⑦</sup>。匿名告状被认为是一种不光彩的行为，并要受到法律的严厉惩罚；即便是所告的情况真实，匿名告状人也要受到绞监候的处罚；官吏接受匿名告状并进行审理者，杖一百<sup>⑧</sup>。另外，以儒家关于罪犯能够悔过自新这一理论为基础，法律规定了“自首减免罪”的制度。根据这一制度，罪犯在官府发现其犯罪行为之前，主动、如实地向官府承认自己的罪行，除了少数例外，大多数情况下，官府都要对该主动坦白的罪犯减免刑罚。这一制度的确立，可上溯至唐代，甚至更早一些<sup>⑨</sup>。

总之，主要是由于“礼”的影响，中国古代法律中较为严厉、苛刻的规定，受到许多例外和特殊情境的限制和缓解，而不像表面上<sup>43</sup>那样不近情理。另外，宗族、行会、地方绅士团体和其他法外团体的习惯法（多为不成文形式）也在一定程度上限制了官方法律在日常生活中的作用。

然而，除了上面提到的拷讯和司法程序中其他不合理的制度之外，大概最让近代西方人反感的，首先是中国古代法律中表现出来的严重的不平等（官僚品级、特权、尊卑等方面）。的确，当西方人看到，对于法律所确认的不平等制度哪怕只是轻微的触犯也要受到严厉的惩罚，他不能不对最初只是“劝导性”的“礼”在儒家中国施行时所具有的野蛮感到惊奇，除非他还记得，在基督教的西方，宗教和政治上的分歧一直并且经常是继续地受到同样野蛮的惩罚。

## 第十一节 法律与宇宙和谐

在本书卷首我们就已谈到，中国人历来（虽然可能是无意识地）将法律看作是对于由于个人行为违反道德规范或宗教仪式，以及由于暴力行为而引起社会秩序紊乱的补救手段。中国人还进一步认为，对社会秩序的破坏，也就是对宇宙秩序的破坏。因为在他们看来，人类生活的社会环境与自然环境是一个不可分割的统一体。

法律的这种观念很难在儒家那里形成，至少早期儒家不会持有这一观念。因为在儒家看来，法律本身就是对社会秩序的破坏。这种观念也不会是来源于法家，因为法家十分自觉地利用法律这一手段，来毁坏或者改造旧的社会秩序。实际上，有关法律的这一认识，只是中国古代一个著名命题——天人合一——的一个方面。这种“天人合一”的概念为中国古代诸多思想家所接受。在道家哲学中，这一命题即具有重要意义。作为一种精细的政治理论，

“道家学说在很大程度上是‘宇宙论者’或‘自然主义论者’的创造物。他们试图用‘阴’与‘阳’这一正一负两种宇宙原则相互间的永恒作用和‘五行’(土、木、金、火、水)的概念来解释所有的现象——自然现象和社会现象。

这一类思想家的基本看法是，人类社会与自然世界通过无数的相关物如此紧密地联系在一起，以致其中任何一方的秩序紊乱都会引发另一方相应的不安定。例如，如果统治者沉溺于女色，那就会使人类社会中“阴”的因素占据优势地位（因为“阴”代表女性），转而导致自然世界中“阴”的因素抬头。水是“阴”在自然界中的关联物之一，因此，“阴”因素的抬头就有可能表现洪水泛滥成灾。为了避免这类状况的发生，统治者的首要义务是提高自己道德上的修养，务使各种社会制度与自然的秩序协调一致，并且通过颇具迷信和巫术色彩的合宜的祭祀活动，维持宇宙秩序的和谐。

在帝国时期以前的最后两个世纪中，道家学说逐渐完善、发展，并在汉朝达到了极盛阶段。也是在汉代，道家学说的部分内容为取得官方正统地位的高度折衷化的儒家所吸收。这时，正如我们所看到的，以儒家学说为理论基础而建立的政权，接受法律作为其统治工具；法律儒家化过程也逐渐拉开序幕。法律儒家化是指法律逐渐与儒家所倡导的“礼”相融合。与法律儒家化的过程同时，我们也许可以说还有一个与之类似的法律“自然化”的过程，即法律与自然的变化相适应。

与法律儒家化相比，法律的“自然化”过程很少直接表露出来。要察知这种“自然化”的过程，在某些行政措施的特点里——比如特赦，它经常是根据对自然现象的考虑而发布的——要比在法律内容中容易一些。尽管如此，迟至清代，法律“自然化”的痕迹仍然能从法典中看到。《大清律例》中适用于某些类型的杀人案审判中的“复仇”的概念就是一个典型（本书第六章第三节将对此问题进行详细讨论）。

在司法程序方面,我们可以看到有关法律“自然化”的另一重<sup>45</sup>要例证。这一例证涉及人们的这样一种信仰,即执行重要的判决,尤其是执行死刑,只能在秋季和冬季,因为这是万物凋零和死亡的季节;相反,在春季和夏季,万物复苏,茁壮成长,因此,执行死刑应完全避开这两个季节。

早在中华帝国形成之前,“秋冬行刑”的思想就已产生。可能在公元前240年之前不久写成的《月令》一书,就已零星记载了这一思想。这部体现“自然主义”的历书对一年中的每个月逐次加以解释:该月的自然状况如何,与之相应,人们应从事何种活动;如果人们的行为发生错误,该月将会发生何种灾害。《月令》中与法律相关的内容有如下述:在春季的第二个月,应将囚犯的枷锁除去,并应停止对刑事案件的审理;在夏季的第一个月,只能对轻微案件进行宣判;在夏季的第二个月,官府不得执行刑罚。另一方面,《月令》又写道:在秋季的第一个月,应将法律、监狱、镣枷准备好,各种处罚应照章执行,因为此时,“天与地开始变得严厉了”;在秋季的第二个月,应更加严厉地执行各种刑罚;在秋季的第三个月,判决和执行刑罚都应加快速度<sup>46</sup>。

大量证据表明,到汉朝时,将死刑的执行以及重要的诉讼活动限制在秋季和冬季举行,已经不仅仅是一种观念,而且是人们所接受的实践了。当然,也有一些证据表明,当时也还存在一些违反上述限制的情况。例如,公元前7年,一名官员抱怨说:“在春季的三个月当中,官府审理了大量的诉讼案件”,这名官员认为,由于官府在春季审案,将会造成歉收的不良后果。另外,据《汉书》记载,在公元前125至公元前120年的几年间,<sup>47</sup>官府所采取的严厉的法律手段取得明显的效果,以至于“年终之时,鸡不鸣,狗不吠,没有一个盗贼”;而等到春季来临,官府停刑,犯罪活动日益增加,官员们疲于奔命,一位官员跺脚叹息:“如果冬季再延长一个月,我们决不会如此忙碌”<sup>48</sup>。

除了春季与夏季禁止行刑之外，可能在汉代——也像后来一样——就已开始禁止在夏至和冬至时执行刑罚，尤其是冬至禁止行刑。当然，汉朝政府并没有明确宣布禁止在夏至与冬至这两天行刑，但我们确实知道，在当时和后来，夏至与冬至这两天在中国人眼中具有极其重要的意义，因为在这两天中，“阴”（冷、黑暗）与“阳”（热、光明）互相转化。为了避免对宇宙秩序的转化形成某种干扰，在夏至与冬至的前后数天内，政府活动应暂时停止，而执行刑罚的活动显然应包括在这些暂时停止的活动之中。

公元653年的《唐律》（现存最早的法典）扩大了禁止行刑的日期限制范围。新规定的许多禁止行刑日是因为受到当时极为流行的反对杀生的佛教的影响。具体的禁止行刑日包括：(1)从立春（大约公历2月4日）到秋分（大约公历9月23日）这7个多月。这样，就将唐代以前规定春夏两季禁止行刑的停刑日延长到秋季开始后的头6个星期。(2)阴历一月、五月、九月，这几个月是佛教上的斋戒月。(3)24个节令日，这是根据太阳运行位置，而将全年划分为约每15日为一段的24段。这24个节令日中，除了上面已经提到的冬至、夏至之外，较重要的节令日还有春分、秋分、立春、立夏、立秋、立冬。(4)其他一些固定的献祭日和节日。据近代一位学者统计，这类献祭日和节日在唐代已达全年总天数的53%<sup>⑩</sup>；(5)阴历每月的1、8、14、15、18、23、24、28、29、30等日，这10天是佛教上的斋戒日。佛教斋戒日的10天中，有4天与阴历每月的新月、满月、上弦月、下弦月4天吻合。(6)阴雨天和夜间<sup>⑪</sup>。

由于停刑日有许多交叉重合，我们很难精确统计出一年之中究竟有多少天被禁止行刑。据粗略计算，每年允许执行刑罚的日子有两个月，甚至有可能不超过一个月。可见，如果某人被判处死刑，那么，对该犯人最有利的执行时间和执行地点，应该是唐朝中国。然而，与儒家思想相一致，法律又规定，对于叛逆罪及奴婢杀死主人的犯罪，不适用上述停刑日的限制。叛逆行为及奴婢杀死

主人的行为是对社会秩序和宇宙秩序的严重破坏，属于元凶极罪。因此，即使违背自然主义原则而在停刑日执行刑罚，也比耽延对其处理更加合乎天理。

《唐律》关于停刑目的规定，直到明代仍保留。乾隆五年（1740年）的《大清律例》对这种停刑目的规定进行了较彻底的变更。停刑日的天数被大大压缩，使其在很大程度上只具有一种象征性含义。在清代，法律所规定的停刑日包括：春季的第一个月；夏季的最后一个月；冬至前第10天至冬至后第7天；夏至前第5天至夏至后第3天。总计停刑日期不足三个月<sup>48</sup>。

有人认为，从各个皇朝的法典中，我们可以看到各朝社会价值观和政治价值观的历史演变。我们认为，从各个皇朝的法典中，也可以看到有关宇宙信仰观念的演变。明清两代法律中的突出变化表明：较之明代，清代社会的天人合一观已大为淡薄，这与我们在其他材料来源里看到的情形正相一致<sup>49</sup>。“天人合一”信仰的衰落可能在完全不同的领域里造成同样的变化：在把中国人对于宇宙和谐的信仰以图示方式发挥到极致的中国风景画里，变化趋于停止，最后，这些风景画中已没有情感，并且成为一成不变的了。

## 第十二节 概要与结论

在本章中，我们对中国古代法律思想的历史发展进行了概括性考察。在考察过程中，我们自然要略去一些问题，虽然这些问题有趣而且重要。这些没有涉及到的论题包括：成文法出现之前，封建中国如何处理纠纷与争端<sup>50</sup>；帝国时期成文法及习惯法如何处理财产及契约关系<sup>51</sup>。另外，还有一个重要而困难的法律理论问题<sup>49</sup>也没有涉及，即：在中国古代，是否存在过与西方“自然法”（natural law）和“自然法则”（laws of nature）概念相类似的法律概念<sup>52</sup>。

中国法律的发展，在很多方面与其他文明古国中法律的发展存在明显差异。通过对中国法律的系统研究，我们既可以了解中国人的宇宙观，也可以了解中国人的国家观、社会观及家庭观。迄今为止，除了个别例外，西方学者很少有兴趣展开这方面的研究。

如上所述，公元前6世纪，为了对付由于旧的社会秩序和政治秩序的崩溃而产生的严重混乱，作为一种政治工具的中国法律应运而生。法律的产生背景决定了它自身的性质。最早的法律以刑事制裁为其中心任务，在这一点上，历代皇朝在制定法律时，皆因循承袭，直至近代。在世界其他几个文明古国中，人们将成文法的制定归功于神，并以神的名义来制定、实施。而在我国，法律在其产生之初，即具有纯粹的世俗性。确实，法律最初一产生，即有人认为它是道德沦丧的产物，因而对其充满敌意。

自公元前536年第一部刑法（据目前所知）公布，在其随后的3个世纪中，儒家与法家之间产生激烈的争论。儒家主张保留灵活解释礼法的统治方式，并继续适用“礼”这样一种重等级划分的传统的和不成文的行为规则。而法家则主张以固定的成文法制度取代灵活多变的礼的规范，使全体民众的行为方式“一准于法”，统治者以法律手段抑制一切私人特权，以保证强有力的集权化中央政府。战国时期的秦国接受了法家思想，法家思想也帮助秦国于公元前221年创立了第一个大一统的中华帝国。

秦帝国仅存在了十五年就在历史上消失了。在继之而起的汉朝统治时期，大约从公元前100年开始，儒家思想取代法家思想而成为帝国的正统学说。在随后的几个世纪中，儒家思想的正统地位促成了帝国法律逐渐朝儒家化方向发展。法律儒家化，意味着由儒家的“礼”所确定的社会准则被吸收进法典之中。这样，中华帝国的法律便发展成为兼容儒家思想与法家学说的混合物。一方面，它采纳法家关于“法”的概念，使法律主要以刑法的形式出现，并在某些方面具有明显的残酷性和严苛性；另一方面，它又吸

收儒家关于等级结构的社会学说，保留社会成员之间的不平等原则，强调法律应区别对待处于不同层次的社会成员之间的关系，进而使整个社会秩序化。只是在最近一个世纪，儒家所倡导的尊卑长幼及男女之间的不平等原则，才受到严重挑战。

在法律儒家化的同时，还存在一个或许可以称之为法律“自然化”的过程。法律自然化的含义在于：法律的内容逐渐吸收广义的天人合一理论；根据这一理论，人类必须使自己的行为与自然界相适应。法律自然化的最显著表现是：死刑的执行日期，只能选在秋季或冬季；春季与夏季禁止执行死刑。

总之，在当代，儒家与法家在理论上的争论仍具有现实意义。法家强调对民众的政治控制，与今天的极权主义类似；同时，法家又主张无论是贵族还是平民，都应服从同一种法律，又是平等主义者。儒家注重个人的道德进步，因而可以称其为民主主义者；同时，儒家又认为，在等级社会中，不同的社会阶层应分别适用不同的法律，从这一意义上讲，儒家又是非民主主义者。由于民主发展的不足，历史上的中国社会始终存在双重标准——一方面，在具有完全平民资格的人中间，个体之间享有平等的权利；另一方面，那些不具备完全平民资格的人则受到歧视对待，或者处于受剥削的地位。如何在确认少数人的权利的同时，防止这些权利造成对多数人利益的侵害，这仍然是一个重要的现实问题。<sup>51</sup>

### 注释

①然而，在对中国古代法律的研究方面，同祖的《传统中国的法律与社会》堪称一本杰作，该书于1961年在巴黎及海牙出版，是1947年中文版本的英文修订本。研究中国法律最为著名的西方学者是琼·艾斯卡拉(Jean Escarra)，他著有Le Droit Chinois (北平，1936年出版)一书；该书由格特鲁德·R·布劳里(Gertrude R. Browne)译成英文，名为《中国法》(剑桥，马萨诸塞，1961年静电印制)。这一重要的开拓性著作涉及面较宽，写

作也比较粗疏，现在需要加以修订。本书的研究重点是在清朝(1644—1911年)。现有关于清朝法律最重要的著作是殴内斯特·阿拉巴斯特(Ernest Alabaster)的《中国刑法释注》(伦敦,1899年出版)一书。关于该书可参见本书第二章第一节。

②特别参见冯·德·沃尔克(M. H. Van der Valk),《北京最高法院的解释,1915年和1916年》(Interpretations of the Supreme Court at Peking, Years 1915 and 1916 (Batavia [Jakarta], University of Indonesia Sinological Institute, 1949),第20—21页)。还可参见麦耶(M. J. Meijer),《中国现代刑法导论》(The Introduction of Modern Criminal Law in China (Batavia, 1949),第3—4页)。关于中国人的宇宙和谐观念,参见本书第一章第十一节、附录7及第六章第三节末尾。

③参见本书第四章第一节。关于帝国时期司法程序的研究,可参见冯·吉利克(R. H. Van Gulik)所译《棠阴比事》(Leiden, 1956)导论第三章及冯·德·斯勃伦克(Van der Sprenkel)所著《清朝法律机构》(Legal Institutions in Manchu China(London, 1962))第六章。关于幕僚、书吏以及作为各类案件初审机关的州、县法律机构的情况,瞿同祖所著《清代中国地方政府》(Local Government in China Under the Ch'ing (Cambridge, Mass., 1962))具有特别的参考价值。参见该书第六章“私人幕僚”和第七章“司法机关”。

④关于清朝的法外调解机构及调解方法,参见杰罗姆·艾伦·科恩(Jerome Alan Cohen)的《现代化前夜的中国调解》(Chinese Mediation on the Eve of Modernization, California Law Review, 54: 1201—1226(1966)。)

⑤关于这些具有警察(保甲的户口登记及犯罪报告制度)、经济(里甲征集赋税及政府临时摊派的钱粮)、意识形态(关于道德责任的宣讲)等功能特征的非官方团体,在萧公权所著《中国乡村:19世纪的帝国控制》(Rural China, Imperial Control in the Nineteenth Century (Seattle, 1960))中有详细描述。还可参见萧公权所作“19世纪中国的乡村控制”(Rural Control in Nineteenth Century China, Far Eastern Quarterly, 12: 178—181(1953))。

⑥参见威廉·斯卡伯勒(William Scarborough)《中国格言集》(A

Collection of Chinese Proverbs, rev. C. Wilfred Allan, 第334—335页。)

⑦很多大的宗族谱牒都为他们的后世子孙所收藏,因此,通过研究宗谱可以了解宗族的规范。参见胡新勤(Hu Hsien Chin)《中国的家族团体及其作用》[The Common Descent Group in China and Its Function (New York: Viking Fund, 1938)];王刘惠城(Hui-Chen Wang Liu)《传统中国的家族规训》(The Traditional Chinese Clan Rules (Locust Valley, N. Y., J. J. Augustin for the Associate for Asian Studies, 1959));“中国家族规训分析:实践中的儒家理论”[An Analysis of Chinese Clan Rules: Confucian Theories in Action, in D. S. Nivison and Arthur F. Wright, eds., Confucianism in Action (Stanford, Stanford University Press, 1959)],第63—96页。]

⑧关于这两种文献材料的情况,参见本书第二章第一节。

⑨例如19世纪著名的判例汇编:《刑案汇览》。本书从《刑案汇览》7600多个案例中选译了190个。另外,还有一部成书于1211年的案例汇编,该汇编收集了144个案例。冯·吉利克已将该判例汇编完整地翻译过来。

⑩瞿同祖博士的《传统中国的法律与社会》一书是一个例外。然而,该书却有可能由于过分强调这些观点的不变性而受到批评。一种不同的研究方式可能揭示关于这些观点的有意义的变化。

⑪关于《大清律例》,有两种节本可利用:乔治·汤姆斯·斯道顿(George Thomas Staunton)的《大清律例》译本,[Ta Tsing Leu Lee, Being the Fundamental Laws ... of the Penal Code of China (London, 1810)];古·布莱斯(Gui Boulais)的译本[Manuel du code Chinois (上海,1924年)。]参见本书第二章末尾。布莱斯的《大清律例》译本较为完整,因此,本书以该译本为摘引底本。

⑫《唐律疏议》尚未被翻译。传统观点认为《唐律疏议》共500条,但根据堪萨斯大学的小华莱士·S·约翰逊(Wallace S. Johnson, Jr.)的意见,实际上应为501条。本书付印之前,小华莱士正准备将《唐律》的前三卷翻译过来。另外,卡尔·邦杰(Karl Bunger)则在其Quellen zur Rechtsgeschichte der T'ang-Zeit(北平,1946年)一书中称《唐律》共502条。欧

凯新(Ou Koei-hing)对《唐律》作过分析研究，著 *La Peine d'après le code des T'ang* (上海, 1935年)一书。对于唐以后、清以前某部法典的研究及将其节译，参见保罗·拉奇莱维斯基(Paul Ratchnevsky)的译本：*Un Code des Yuan* (Paris, 1937)。

⑬A·F·P·赫尔斯维(A. F. P. Hulsewé)的 *Remnants of Han Law* (Leiden, 1955)，该书目前已出第一卷，随后将出版第二卷。关于汉以后至唐以前各朝的法典，参见埃提尼·贝拉斯(Étienne Balazs)的译本：*Le Traité Juridique du "Souei-Chou"* (Leiden, 1954)。

⑭关于这一观点的典型论述，见威廉姆·A·罗伯逊(William A. Robson)杰出的研究之作：《文明与法律的成长》(Civilisation and the Growth of Law (New York, Macmillan, 1935))。

⑮参见西奥菲尔·J·米克(Theophile J·Meek)的译本，载于詹姆斯·B·普里查德(James B. Pritchard)的《古代近东资料》(Ancient Near Eastern Texts, Princeton, N. J.: Princeton University Press, 1950)第164页。同样的思想也见于迄今发现中最早的法典汇编：乌尔纳姆法典(约公元前2050年)。在该法典残缺不全的序中，称乌尔城的守护神——南拉(Nanna)为上帝，乌尔纳姆在上帝的启示下，“在人间建立正义”。参见塞缪尔·N·克拉默(Samuel N. Kramer)的《乌尔纳姆法典》(Ur-Nammu Law Code, Orientalia, new Series, 23:40—51, 1954)，引自第46页。

⑯约翰·A·威尔逊(John A. Wilson):《埃及要旨》(The Burden of Egypt, 芝加哥大学1951年出版)第49—50页。

⑰丹尼尔·H·H·英格尔斯(Daniel H. H. Ingalls):“古代印度的权威与法律”，载于《古代东方的权威与法律》，美国《东方社会杂志》增刊第十七卷，1954年7月—9月号，第34—45页，引文取自第43页(Authority and Law in the Ancient Orient, Supplement to Journal of the American Oriental Society, No. 17, July—Sept. 1954)。

⑱在该书中，一名雅典人问他的伙伴：“你们的法律制度是来自上帝还是来自人类？”那位克利特人回答说：“来自上帝。我们当然地要把法律的产生归功于宙斯，而在我们朋友居住的斯巴达那儿，法律则是由阿波罗带给人类的。”引自J·沃尔特·琼斯(J. Walter Jones)所著《希腊法律与法

律思想》(The Law and Legal Theory of the Greeks, Oxford, Clarendon Press, 1956) 第95页。还可参见罗伯逊(Robson)第32页。

⑯西塞罗(Cicero): De legibus 第二章第四节; 克林顿·沃尔克·凯斯(Clinton Walker Keyes)所译De legibus (Loeb Classical Library, Cambridge, Mass., and London, 1948 reprint) 第381页。另: 罗伯逊意译本, 第3页。

⑰罗伯逊: 《布莱克斯通〈英国法释义〉文摘》, 第47—48页。

⑱参见E·A·斯派瑟(E. A. Speiser): “早期法律与文明”(Early Law and Civilization, Canadian Bar Review, Oct. 1953, 第863—867页), 引文自第873页和第875页。

⑲对于这一问题, 赫尔斯威(Hulsewé)在《汉代法律辑存》(Remnants of Han Law, I, 30—31)及李约瑟(Joseph Needham)在《中国的科学与文明》(Science and Civilisation, London and New York, 1956, II, 229 and 550—552)中有所探讨; 李约瑟对于“法”的不同含义进行了较为详细的研究(见第229页, 第544页等处)。还可参见本书第二章第三节。

⑳见D·布迪博士的“古代中国的传说”(Myths of Ancient China), 载塞缪尔·N·克拉默(Samuel N. Kramer): 《古代世界的神话》(Mythologies of the Ancient World, New York, Doubleday Anchor Books, and Chicago, Quadrangle Books, 1961), 第369—408页, 着重参见第372—376页。

㉑关于中国法律与宇宙秩序的关系, 我们将在本书第一章第十一节、第六章第三节末尾及附录6中进一步讨论。在这里应该提及的是, 早期文献记载了关于皋陶这位传说中的司法官。乍看起来, 对于上文所述敌视法律的态度, 皋陶似乎并不赞同。然而, 进一步的考察表明, 关于皋陶的传说与实际的成文法是否存在联系, 这一点值得怀疑。参见附录6: “皋陶与中国早期法律”。

㉒关于这一材料的翻译件, 可参见伯恩哈德·卡尔格林(Bernhard Karlgren)所译《书经》("The Book of Documents," Bulletin of the Museum of Far Eastern Antiquities, Stockholm, 1950, 22:74)。另一译本, 可参见詹姆斯·莱格(James Legge)所译: 《中国古典》(The

*Chinese Classics, 5 Vols. Hong Kong, 1960, III, 591—593*)。引述《吕刑》的著作是《墨子》(墨子是一名哲学家,生活于公元前479年至381年的某一段时间,该书由其门徒所编辑), Y. P. Mei所译《墨子的伦理、政治著作》(*The Ethical and Political Works of Motse, London, Arthur Probsthain, 1929*, 第45—46, 51, 64页)。

②根据关于这一传说的其他资料,上帝开天辟地,将天地分开,从而使人类生活于其中;上帝并没有根绝苗民,而是罚其迁往世界的最西北角;同时,还保留苗民原有的翅膀,但他们却再也不能飞了。参见布迪:《古代中国的传说》第389—394页。

③《商君书·君臣第二十三》(该书为公元前三世纪的作品,属法家著作),译本见J. J. L. 杜万达克(J. J. L. Duyvendak):《商君书》(*The Book of Lord Shang, London, 1928*, 第314—315页),此处引述稍有变动。

④《淮南子》(*The Master of Huai-nan*),刘文典《淮南鸿烈集解》(*Huai-nan's Great and Illustrious Composition With Collected Commentaries*, 上海, 1933年)。该书具有折衷主义哲学特征,是由一批依附于淮南王刘安(死于公元前122年)的学者们编纂的。此处所摘引的章节代表法家思想。

⑤班固:《汉书》卷二十三《刑法志》;虽然此处称圣人“通天地之心”,但实际上他们却是以自己的智慧指导其行为,并没有获得神的启示。中国人通常将其文明的形成归功于古代圣人的智慧,而不认为是由于获得神的启示。

⑥考察这一发展过程,可参见D·布迪博士的“中国封建主义”(*Feudalism in China*)一文,该文载于拉什顿·库尔鲍(Rushton Coulborn)所编《历史上的封建主义》(*Feudalism in History, Princeton, N. J.: Princeton University Press, 1956*)一书,第49—92页。

⑦该信被保存在《左传》(很可能编纂于公元前三世纪)一书中。英译本见莱格的《中国古典》。公元前513年秦国公布刑法时,孔子也提出与此极为相似的批评意见。见《中国古典》第732页。

⑧关于儒家观点的这一转变,翟同祖在其《法律与社会》一书中作了详细讨论,参见该书第六章第三节:“法律的儒家化”。

⑨尤其可以参见李约瑟的著作, II, 第519、530—532、544页。

③瞿同祖在其《法律与社会》中特别强调了这一观点。参见该书第230页及注释第11中关于“礼”的杰出论述。还可参见该书第六章“儒家与法家”。

④贝拉斯(Balazs)的附录9中，也有几段这样的引语。

⑤孔子(公元前551—479年)语，见《论语·颜渊》。

⑥孔子语，《论语·为政》。

⑦《老子》第五十七章。传统观点认为，老子与孔子是同时代人，老子年长于孔子。但今天的大多数学者认为，《老子》(又称《道德经》)一书成书于公元前四世纪晚期或公元前三世纪早期。

⑧孟子(约公元前371—289年)语，载《孟子·离娄上》。此处孟子是引述当时的一句格言。这一段以及以下几段引语都产生于法律将得到广泛适用的时代。尽管他们勉强地接受法律，但他们仍强调：在统治方式上，法律的作用是辅助性的。

⑨荀子(约公元前298—238年)语，载《荀子》第九章；英译本见H. H. 杜伯斯(H. H. Dubs)的《荀子》(The Works of Hsantze, London: Arthur Probsthain, 1928)第123页。该书第十四章又重述了这一段(杜伯斯译本未译第十四章)。

⑩《荀子》第十二章开头部分(杜伯斯译本未译此章)。

⑪司马谈(死于公元前110年)和司马迁(约公元前145—86年)所著《史记》第130章；英译本见伯顿·沃特逊(Burton Watson)所著《司马迁：中国伟大的历史学家》(Ssu-ma Ch'ien, Grand Historian of China, New York, Columbia University Press, 1958)第46页。此处所引出自《史记》中司马谈论述六个哲学流派的章节中，该书由司马谈开始编纂，完成于其子司马迁之手。司马谈虽然具有一些折衷主义思想倾向，但同时，他也更接近于道家思想，而不是儒家思想。

⑫《淮南子》卷二十，这一卷属于儒家理论。

⑬《礼记》卷一；英译本见F. 马克斯·穆勒(F. Max Müller)的《东方经典》(Sacred Books of the East, Oxford: Clarendon Press, 1885)，詹姆斯·莱格(James Legge)译。这一著名的关于儒家“礼”的汇编，直至公元前一世纪才最后定型，其内容则来自早期的材料。此处所引述的原则，即官吏(儒家自身也属于这一范围)不适用普通人的刑罚，将在中华帝国的法律中起到极其重要的作用。关于这一点，将在下文讨论。

<sup>④</sup> 韩非子(死于公元前233年,法家的主要理论家)语,出自《韩非子》第五十四章;英译本见W·K·莱奥(W. K. Liao),《韩非子全书》(The Complete Works of Han Fei Tzu, London, 1939—1959, II, 328)。

<sup>⑤</sup> 《管子》第四十五章;布迪译自冯友兰《中国哲学史》(Princeton, N. J., Princeton University Press, 1952—1953)。传统观点认为,《管子》一书是管仲(死于公元前645年)的言论集,实际上,它是一本匿名作者的折衷主义著作。本章属于法家思想,可能形成于公元前三世纪。

<sup>⑥</sup> 《韩非子》第四十九章,见莱奥英译本第二卷,第287—288页。

<sup>⑦</sup> 《韩非子》第五十章,见莱奥英译本第二卷,第306—307页。

<sup>⑧</sup> 《商君书》第十八章;英译本见杜文达克(Duyvendak)译本第288页。有人认为该书是法家商鞅(死于公元前338年)所作,实际上是一些法家人物匿名著作的汇集,大部分完成于公元前三世纪。

<sup>⑨</sup> 《韩非子》第七章,见莱奥英译本第一卷第48—49页。此处将第一句中法家的重要术语“刑名”(刑罚和名称)译作“Performance and title”,可参见H·G·克雷尔(H. G. Creel)的“刑名的含义”(The Meaning of Hsing Ming),载索伦·埃格劳德(Soren Egerod)及埃尔斯·格拉恩(Else Glahn),*Studia Serica Bernhard Karlgren Dedicata* (Copenhagen, 1959),第199—211页,主要可参见第205页。

<sup>⑩</sup> 《韩非子》第十四章,见莱奥英译本第一卷,第124页。

<sup>⑪</sup> 见克雷尔,“刑名的含义”及“法家,法学家,抑或管理者?”(The Fa-Chia, Legalists or Administrator?),载“Bulletin of the Institute of History and Philology Academia Sinica”,增刊第4号(台北,1961年)第607—636页,主要参见第632—634页。克雷尔教授正继续从事这一重要课题的研究。

<sup>⑫</sup> 见范·德·斯普伦克尔第64页。

<sup>⑬</sup> 这一观点由冯·古利克提出,在其著作的第56页上他说,“确立这一原则的基础,与其说是严苛的政策,还不如说是这样一种观念,即:真正的优秀公民决不会与法律发生关系;即便是受到错误指控的一名完全无辜的人,他作为破坏了地方安宁秩序的一方当事人,本身就已构成犯罪。”经过分析各种因素,冯·古利克说(第63页):“考虑到所有这些条件,中国古代司法体制在运作方面取得一定的效果。”

◎瞿同祖：《法律与社会》第278页。瞿同祖博士是“法律儒家化”这一术语的作者。

◎参见布莱斯(Boulais)《大清律例》英译本关于杀人罪的部分，nos. 1211—1343；还可参见其他部分的有关条款：nos. 1063, 1065, 1380, 1401, 1410, 1424等等。(此处及下文所标关于布莱斯《大清律例》译本的序号，是布莱斯本人在该译本中对律与例所加的序号，而不是该译本的页码。)

◎布莱斯《大清律例》译本，no. 1284。

◎范·德·斯普伦克尔在其所著第64—65页中已指出这一事实，只是在用词上稍有区别。

◎布莱斯《大清律例》译本，no. 1344。本处及下文出现的笞、杖刑数量，只是清前期法典中律文所规定的“名义上的”数量，笞杖刑的“实际”执行数量，远比名义上的数量要低。具体的减数比如下：笞刑五等，名义上的10, 20, 30, 40, 50，实际执行数分别为4, 5, 10, 15, 20，杖刑五等，名义上的60, 70, 80, 90, 100，实际执行数分别为20, 25, 30, 35, 40。参见本书第三章第三节的说明。

◎布莱斯《大清律例》译本，no. 1381。另见瞿同祖：《法律与社会》第186—187页。

◎布莱斯《大清律例》译本，no. 1390。另见瞿同祖：《法律与社会》第191, 193页。

◎布莱斯《大清律例》译本，no. 1367—1368。见瞿同祖：《法律与社会》第183页。

◎参见埃都阿德·拜特(Edouard Biot)所译，*Le Tcheou-li ou Rites des Tcheou*，第二册，(Paris, Imprimerie Nationale, 1851) II, 321—322。

◎欲了解“八议”制度的详细内容，可参阅瞿同祖《法律与社会》第177—182页。在本书第五章第二节中，读者将会看到，根据本书所选译的案例，犯罪的官吏支付赎金以替代刑罚，这一现象并不十分普遍。

◎布莱斯《大清律例》译本，no. 836, 1617, 1619。

◎五服即下列五种丧服：

1. 斩衰(用粗生麻布制成丧服，不缝下边)，丧期为三年；

2. 齐衰(用粗生麻布制成丧服，缝下边)，丧期又分为四等：

- (1)一年杖期；
  - (2)一年不杖期；
  - (3)五个月；
  - (4)三个月。
3. 大功(用粗熟布制成丧服)，  
丧期九个月；
4. 小功(用稍粗熟布制成丧服)，  
丧期五个月；
5. 缩麻(用稍细熟布为丧服)，丧期三个月。

⑥参见布莱斯《大清律例》译本，no. 29—33；更详细的情况，可参见《礼记》，英译本见莱格的《东方经典》(Sacred Books of the East, XXV II, 202—208)。

⑦见《仪礼》第十一章，英译本见约翰·斯蒂勒(John Steele)的《仪礼》(Book of Etiquette and Ceremonial, London, Arthur Probsthain, 1917, II, 9—44)。

⑧布莱斯《大清律例》译本，no. 1419—1420；瞿同祖：《法律与社会》，第24、43—44页。

⑨布莱斯《大清律例》译本，no. 1401, 1403；瞿同祖：《法律与社会》，第106页。

⑩布莱斯《大清律例》译本，no. 1411；瞿同祖：《法律与社会》，第55、61页。

⑪布莱斯《大清律例》译本，no. 1410—1411；瞿同祖：《法律与社会》，第55、61页。

⑫布莱斯《大清律例》译本，no. 1154, 1156；瞿同祖：《法律与社会》，第68页。

⑬布莱斯《大清律例》译本，no. 1155及注释2；瞿同祖：《法律与社会》，第68—69页。还可参见本书所选译的案例，第15·1案。关于家庭的进一步讨论，参阅本书第六章第五节。

⑭参见欧凯新(Ou Koei-hing)所著第43页及《唐律疏议》卷二十五第32条；还可参见布莱斯《大清律例》译本，no. 862，《唐律疏议》该条并没有明确规定二十七个月的期限，但作为为父母服丧的时间，在《唐律疏议》的

其他地方(卷三,第2条)却加以规定。

⑩见欧凯新著作第43页。另可参见《唐律疏议》卷十二第7条及卷三第2条。

⑪参见约翰·C·H·吴(John C·H·Wu),“中国法律哲学:历史一瞥”(Chinese Legal Philosophy: A Brief Historical Survey),载《中国文化》(Chinese Culture)1958年4月号,该文引述了明王朝缔造者为《孝子录》(Record of filial Piety and Parental Kindness)所作的序(1374年)。1397年,另外公布了新的《大明律》。

⑫孔子语,载《论语·子路》。

⑬《韩非子》第四十九章,见莱奥译本Ⅱ,285—286。

⑭布莱斯《大清律例》译本, no. 1495。在这一方面有一种例外情形,即妻子被丈夫殴打致残伤(见本章注⑯相应的正文)。此种情形下,妻子可以到官府控诉其丈夫,妻子的指控行为不构成犯罪。见布莱斯《大清律例》译本, no. 181。

⑮见布莱斯《大清律例》译本, no. 1024—1030。关于亲属相为容隐这一题目,瞿同祖的《法律与社会》作了全面讨论。在该书第74页上作者说:“很明显,在国与家的利益不发生冲突,即忠于国和孝于家之间没有矛盾的时候,这两项原则都会被确认和遵行。但是,如果二者发生冲突,即忠孝不能两全时,总是优先考虑国的利益,国优于家。”这一论断似乎有些极端化。亲属之间对于谋杀罪互相容隐,这在一定程度上对国家的权威造成了明显的限制,因而它与忠于国的原则相冲突,尽管不像容隐谋反、谋叛罪那样直接威胁到国家的安全。

⑯布莱斯《大清律例》译本,no. 96—102。本书第六章第五节也讨论了这一问题。

⑰布莱斯《大清律例》译本, no. 1119, 1124—1125。实际上,所谓的死刑还包括“绞监候”刑。而绞监候刑经常会被减作较轻的刑(通常减为流刑),后面将有几个此类案例。关于这一问题的细节,可参阅本书第四章第四节。

⑱见 G·F·赫德逊(G. F. Hudson):《欧洲与中国》(Europe and China, London, Arnold, 1931), 第328页。赫德逊接着还辛辣地指出:“……很快,他们就可能议论非基督徒缺乏人类情感。”

⑲见卡尔·拜格(Karl Bünge),“中国传统法律对于精神病患者及

过失犯罪者的刑罚”(The Punishment of Lunatics and Negligents According to Classical Chinese Law, *Studia Serica*, 9:1—16, 1950)。本书第六章第二节也讨论了这一问题。

⑩布莱斯《大清律例》译本, no. 127—130。拜格的“对于精神病患者及过失犯罪的刑罚”一文也讨论了这一问题。

⑪布莱斯《大清律例》译本, no. 1463。对于今天的我们来说,这一条法律规定似乎特别令人难忘,因为在我们所生活的时代不久以前,还出现过“麦卡锡主义”这样的字眼。参阅本书第六章第四节。

⑫见乔治·亚历山大·肯尼迪(George Alexander Kennedy)所著: *Die Rolle des Geständnisses im Chinesischen Gesetz*, 柏林, 1939年。

⑬《月令》原是《吕氏春秋》(编辑于约公元前240年)的一部分,很快又被《礼记》所吸收,成为《礼记》的第四章;莱格将其译为英文,载《东方经典》(Sacred Books of the East)。

⑭见胡士威:《汉律辑存》(Remnants of Han Law, I, 103—109)。

⑮见杨令申(Yang Lien-sheng):“中华帝国的工作日、休息日一览表”(Schedules of Work and Rest in Imperial China),载杨令申:《中国制度史研究》(Studies in Chinese Institutional History, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1961), 第18—42页。

⑯见欧凯新第85—86页,在第(5)类中,这里缺少两天,另外,它也没有具体解释上述各类的名目。比较参照《唐律疏议》卷三十,第十四条。关于这一问题的进一步研究,可参见A. F. P. 胡士威: *Periodieke executie-en Slachverboden in de T'ang tijd en hun oorsprong* (Leiden, 1948)。我们非常感谢胡士威教授友好地送给我们一本他的这部作品。

⑰见布莱斯《大清律例》译本, no. 35, 1694。中国文献关于这一问题的记载,有一些出入。在本书附录7中我们进一步探讨了这一问题。

⑱见D·布迪的“中国人的观天术”(The Chinese Cosmic Magic Known as Watching for the Ethers)一文,载于索伦·埃及劳德(Soren Egerod)与艾尔斯·格兰恩(Else Glahn)的 *Studia Serica Bernhard Karlgren Dedicata* (Copenhagen, Ejnar Munksgaard, 1959), 第14—35页。这篇文章追溯了这一奇怪的宇宙学理论的历史,自公元前一世

纪它的出现，一直到公元八世纪被认为走入“死胡同”。

⑤见亨利·梅森帕鲁(Henri Maspero), “Le Serment dans la procédure judiciaire de la Chine antique”, 载于Mélanges Chinois et Bouddhiques, 3:257—317(1934—35)。这一时期解决争端过程中平等交换意见的精神显然与帝国时期自上而下的东方类型的司法体制大相径庭；似乎还可以这样认为，即，这一时期的社会较之政府官僚化以后的社会，更加类似于西方社会。然而，有一点应该注意，我们在这里所勾画的轮廓必然是片面的，因为我们所了解到的争端均发生于属于贵族阶层的成员之间，也就是说，发生于社会地位大体上相当的人员之间，并没有涉及任何平民。

⑥参见：皮埃尔·昂(Pierre Hoang): *Notions techniques sur la propriété en Chine*, 第2版, 上海, 1920年; 亨利·麦克利维(Henry McAleavy): “Certain Aspects of Chinese Customary Law in the Light of Japanésé Scholarship”, 载于Bulletin of the School of Oriental and African studies, 17:535—547(伦敦, 1955年); H·F·舒尔曼(H. F. Schurmann): “中国传统的财产概念”(Traditional Property Concepts in China), 载于《远东季刊》(Far Eastern Quarterly, 15:507—516, 1956年); 雅克·吉利特(Jacques Gernet): “La Vente en Chine d'après les contrats de Touen—houang”, 载于T'oung Pao, 45:295—391, 1957年; 爱德华·克劳克(Edward Kroker): “中国习惯法上的财产概念”(The Concept of Property in Chinese Customary Law), 载于Transactions of the Asiatic Society of Japan, 3d series, 7:123—146, 1959年。

⑦在比较中国与西方世界的社会发展及科学发展方面，这一问题显然具有极其重要的意义。李约瑟在其《中国的科学与文明》一书的第二册最后一章中，对于这一问题作了精彩的、但不是最后定论的研究。他的一个双重论断是：在人文领域，儒家的“礼”构成一个与西方“自然法”概念对应的、具有理性色彩的相对物；但在非人文领域(the non-human Sphere)，中国未能形成与“自然法则”(物理世界的规律，例如重力规律)对应的相对物。当然，对于这一论断的后半部分可能存在一些例外，但它并不能否定这一论断的一般有效性。参阅D·布迪：“中国思想中关于‘自然法则’的证据”(Evidence for “Laws of Nature” in Chinese Thought, Harvard Journal of Asiatic Studies, 20:709—727, 1957)。

## 第二章 清帝国的法典及其编纂史

### 第一节 文献介绍

以下三章，我们重点讨论中华帝国法律的构成，包括其法典的结构、刑罚的特点、司法制度的功能。我们将采用更具有技术性的研究方法。另外，我们将注意力集中于清代（1644—1911年），因为本书所收集和翻译过来的190个案例全部出自清代后半期。在第五章和第六章中，我们要分别研究收录这190个案例的汇辑及这些案例的社会、政治、法律意义。

在进入正题之前，有必要叙述一下有关清代法律的主要文献。显然，清代法律主要的原始渊源是清代的法典，尤其是乾隆五年（1740年）的《大清律例》。涉及法律程序的很多规定散见于有关捕亡、狱政、审断等节中，在名例篇中，也有这一类规定。

各朝史书中专门述及法律的《刑法志》也具有非常重要的价值，因为它直接提供了有关法律的重要史料。西方学者已将大部分朝代的《刑法志》转译成西方文字，介绍到西方国家<sup>①</sup>，但却没有将清代的《刑法志》翻

译过来。在我们研究中，清代《刑法志》也是原始材料来源之一。1914年至1928年，中国一批学者编纂成《清史稿》，《刑法志》即是该书的第143卷至第145卷。本书所引《清史稿·刑法志》的内容，皆取自1957年北京出版的一卷本《清史稿·刑法志》的详细注释本<sup>②</sup>。引用《明史·刑法志》以及其他尚未译成英文的《刑法志》时，都取自中国学者丘汉平所编的《历代刑法志》<sup>③</sup>。

法律史料第三种主要来源是涉及政府制度的政书汇纂中的有关章节。这类政书在清代曾编纂过数种，我们在本书研究中，主要引用《大清会典》，尤其是其中的第53—57卷<sup>④</sup>。

在研究中国法的现代中国学者里面，沈家本(1840—1913)具有极其重要的意义。在20世纪的第一个十年中，中国法律经历了一场现代化改革。在这场改革中，沈家本起到了领导作用；这也使长期任职刑部的沈家本，在其事业上达到鼎盛阶段<sup>⑤</sup>。沈家本知识渊博，通晓中国古今法律，并且具有非凡的现实感。他留下来的著述非常丰富，从单篇批注，到长篇专论，洋洋洒洒，占据了其文集中数百页的篇幅<sup>⑥</sup>。但很遗憾，与清朝历史编纂家一样，沈家本没有对其所处朝代的法律进行系统的研究。尽管如此，在沈家本的丰富著述中，仍处处可见有关清代法律的有价值的论述。在沈家本为其他学者的法律著作或重印清朝前期的书籍而作的序和跋中，尤其可以看到他关于清朝法律的精彩论述。<sup>54</sup>

后来一些法律学者也撰写过一批有关法律的著作，但他们似乎只是在不同程度上重述沈家本的观点。可以这样概括一下：沈家本之后的众多法律学者的研究工作，更多地注重于法律的适用性，其理论价值已微乎其微。这批学者包括20世纪20年代和30年代那些擅长于一般性概括及编辑整理法律素材的程树德、杨鸿烈、陈顾远<sup>⑦</sup>，也包括再晚一些时候的、在写作方法上以明快、清晰著称的徐道麟<sup>⑧</sup>。

有很多日本学者在研究中国法律这一方面，贡献颇多，但对于

清朝法律特别是清代法典却无人涉足<sup>⑨</sup>。即使是最优秀的学者仁井田升(1904—1966)也不例外。当然,仁井田升在其研究过程中,或多或少总是要涉及到清代法律的某些方面,这一点,在其传世之作《中国法制史研究》一书中,表现得尤其突出。该书至今已出版四卷,其中第一卷《刑法》是我们写作本书的重要参考著作<sup>⑩</sup>。

对于西方学者研究清代法律的著作,本书选择其中三部作为重要的参考书,它们是:迈吉尔的晚清法制改革研究(见第一章注②);张玉泉关于中国法院制度的论文<sup>⑪</sup>,这些论文很有价值,但却过于简略;殴内斯特·阿拉巴斯特的长篇巨著《中国刑法评注》。阿拉巴斯特的著作明晰易懂,论述了整个清代的法律。在这一难度极高的研究领域,阿拉巴斯特作为一名先驱者(1899年出版该书),其著作值得我们认真阅读。然而,他的著作对于清代法律体系制度方面(相对于意识形态)的研究却极为粗略,这使其学术价值遭到削弱。

56

## 第二节 清代法典的历史和结构

中国古代编纂法典的历史,可大体划分为以下几个阶段<sup>⑫</sup>:

### 1. 前帝国时期(公元前221年之前)

公元前536年,郑国《刑书》,铸于铜鼎;

公元前513年,秦国《刑书》,铸于铁器;

公元前501年,郑国《竹刑》,刻于竹简;

约公元前400年,魏国《法经》,据传由魏国宰相李悝公布;

约公元前350年,商鞅“变法”,修改秦国法律,使其对于贵族与平民一体适用。

## 2. 前期帝国(公元前221—公元220年)

秦朝(公元前221—公元前207年)

公元前221年，秦国兼并天下，统一中国，并制定了在新建立的秦帝国境内统一适用的秦律。

汉朝(公元前206—公元前220年)

大约在公元前200年，制定《汉律》(即《九章律》，约完成于公元前128年)。

## 3. 分裂时期(220—580年)

魏国(220—265年)

《魏律》，约230年制定。

晋朝(265—419年)

《晋律》，268年制定。

南朝

《齐律》(489—491年)；《梁律》(503年)；《陈律》(约567年)。

北朝

《北魏律》(分别制定、修改于481年、492年、495年、504年)；  
《北周律》(563年)，《北齐律》(564年)。

## 4. 后期帝国(581—1911年)

隋朝(581—617年)

《开皇律》(581—583年)，《大业律》(607年)。

唐朝(618—906年)

《唐律疏议》(653年；最终完成于737年；这部法典在很大程度上以隋《开皇律》为蓝本；这部法典也是中国现存最早的一部法典)。

宋朝(960—1279年)

57

《宋刑统》(963年;很多内容仿照《唐律》)。

元朝(1280—1367年)

《大元通制》(1316—1323年;原法典已失传;有关元代法律的记载,现仍有部分残存,但不能确定它们与《大元通制》的关系)。

明朝(1368—1644年)

第一部《大明律》(1373—1374年;大部分内容仿自唐及唐以后各代法律)。

定本《明律》(1397年;以第一部《大明律》为蓝本,从1389年开始修订,至1397年完成;这一部《明律》从形式上改变了以前各代法典沿袭的传统,后为《清律》所效仿)。

清朝(1644—1911年)

《大清律》(1646年;1670年作了一次修订;1723—1727年又作了一次全面修订)。

《大清律例》(1740年;由《大清律》发展演变而来;这是清代法律的最终定本,直到1905年实行全面法律改革以前,它一直有效)。

传统观点认为:产生于约公元前400年的李悝的《法经》,是后世历代法典的蓝本。人们还认为,《法经》包括以下6个主要篇章:

- (1)盗法;
- (2)贼法<sup>⑩</sup>;
- (3)囚法;
- (4)捕法;
- (5)杂法;
- (6)具法。

58 汉《九章律》被认为直接源自李悝的《法经》,但有两点重要变化。<sup>58</sup>第一,《法经》各篇以一般性术语“法”命名,而汉代法律中,无论是其总名称,还是各篇名称,都使用范围较窄、含义进一步具体化的术语“律”<sup>⑪</sup>;第二,《法经》共6篇,而《九章律》则增加3篇:

- (7)兴律;

(8) 廪律<sup>⑩</sup>；

(9) 户律。

但是很不幸，有关李悝《法经》的介绍，首见于《晋书·刑法志》中，而《晋书》修成于公元644年。自《法经》问世至有关记载文献的出现，中间经过了1000余年。这样漫长的时间间隔，难免会使人们对于《晋书·刑法志》有关《法经》记载的可靠性产生怀疑。当然，《法经》本身的存在是无可置疑的<sup>⑪</sup>。

另一方面，对于汉代以后法律的重要变化，我们都可以从历代编修的《刑法志》中加以考察<sup>⑫</sup>。581至583年编修的《隋律》（该律现已失传）在法典编纂史上具有转折性意义。现存最早的法典——653年的《唐律》在结构上完全效仿《隋律》。《唐律》共501（传统上认为是500）条<sup>⑬</sup>，分为12章：

(1) 名例

(2) 卫禁

(3) 职制

(4) 户婚

(5) 廪库

(6) 搾兴

(7) 盗贼

(8) 斗讼

(9) 诈伪

(10) 杂律

(11) 捕亡

(12) 断狱

59

《宋刑统》和《大元通制》在体例结构上完全仿照《唐律》；更有甚者，在每一具体条文上也很少有变化<sup>⑭</sup>。1373—1374年的明代第一部法典在体例结构上也仿照《唐律》，其主要变化在于将《唐律》的501条条文扩增至606条。1389—1397年，中国传统法典再

一次经历了变革。1397年(明洪武三十年)，一部新的明代法典——《大明律》编成公布。《大明律》在体例结构上，打破了历代法典的惯例，其内容也在一定程度上发生了重要变化。

《大明律》与1373—1374年的明律相比，其条文总数由606条锐减成460条，而归纳这些条文的“目”数则由12目增为30目。这30目又进一步并为7门，包括“名例”(其名称与《唐律》同)以及以中央政府6部的名称命名的6门，即：吏、户、礼、兵、刑、工。中央政府的6部在职能上涉及人们的各种活动，因此，以部的名称作为律的名称，能够包容法律的各种条文规定。与中国法律重视刑法的特征相适应，《大明律》中的大部分条文都归于“刑律”名下，相反，那些<sup>60</sup>属于民法范围、归于“户律”名下的条文为数极少。另外，涉及官吏(官吏的行为标准、官吏的升迁黜革等)的法律条文则被置于“吏律”名下。

1397年《大明律》的体例安排具有重要意义。清朝先后制订的几部法典完全沿用了《大明律》的体例，只是，在律文的数目上，《大清律例》将《大明律》的460条(它们由《唐律》的501条缩减而成)进一步减少为436条。当然，清律条文的减少是逐渐完成的。1646年(顺治三年)的清代第一部法典《大清律集解附例》，在很大程度上是《大明律》的翻版。1670年(康熙九年)和1723—1727年(雍正元年至雍正五年)分别对《大清律集解附例》进行过两次修订，但第一次修订主要是校正印刷错误，第二次修订则涉及一些内容方面，因而较为重要，清律条文缩减为436条，正是在这次修订中完成的。1740年(乾隆五年)，再次修订《大清律集解附例》，这次修订，变化不大(主要是删除一些注释，对此，本章第4节将详细讨论)，但却形成清律的定本，即《大清律例》。自1740年《大清律例》定型之后，除了对其中的“例”定期修纂外，其“律”的部分未作任何变动，直至20世纪初的清末法制改革。

下面是1397年《大明律》首创，而为清代历朝法律沿袭的七门

三十目的一览表。名称之后括号里的数字表示1740年《大清律例》该门或该目的条文序数(总条文数为436)。

1.名例(1—46)

2.吏律(47—74)

(其名称与吏部相对应)

(1)职制(47—60)

(2)公式(61—74)

3.户律(75—156)

(其名称与户部相对应)

(1)户役(75—89)

(2)田宅(90—100)

(3)婚姻(101—117)

(4)仓库(118—140)

(5)课程(141—148)

(6)钱债(149—151)

(7)市廛(152—156)

4.礼律(157—182)

(其名称与礼部相对应)

(1)祭祀(157—162)

(2)仪制(163—182)

5.兵律(183—253)

(其名称与兵部相对应)

(1)宫卫(183—198)

(2)军政(199—219)

(3)关津(220—226)

(4)厩牧(227—237)

(5)邮驿(238—253)

6.刑律(254—423)

(其名称与刑部相对应)

- (1) 贼盜(254—281)
- (2) 人命(282—301)
- (3) 斗殴(302—323)
- (4) 鄙晣(324—331)
- (5) 诉讼(332—343)
- (6) 受赃(344—354)
- (7) 诈伪(355—365)
- (8) 犯奸(366—375)
- (9) 杂犯(376—386)
- (10) 捕亡(387—394)
- (11) 断狱(395—423)

#### 7. 工律(424—436)

(其名称与工部相对应)

- (1) 营造(424—432)
- (2) 河防(433—436)

<sup>62</sup> 如果我们比较一下分作七门的明清律和分作12门的唐律，就会发现，前者对后者有着明显的继受关系。唐律中的7篇直接为明清律所采纳；唐律余下的5篇在语词上稍作改动，也为明清律中相应的门类所吸收。总之，唐律12篇的篇目完全被明清律所采纳，其中某些篇目毫无变化，某些篇目则合二而一<sup>63</sup>。

明朝因其缺乏创造力而常受到后人的责难。在法律方面，人们认为，明朝的法典编纂者企图使他们自己制定的法律条文与从前朝法典中承袭下来的法律条文相谐调，但他们的努力却落空了，明律中存在着新律文与旧律文的相互冲突<sup>64</sup>。这些责难是有根据的。但是，我们应该看到，《大明律》的制定，在术语及逻辑结构方面有着重大的进步，远远超出了前代法典所达到的水平。在这种意义上我们可以说，明人在法律领域表现出杰出的创造力。

### 第三节 律和例

在第一章第三节以及本章开头部分中，我们已说明：在帝国初期，“律”取代“法”，成为组合而成法典的各条制定法的名称。可能部分是由于在汉语中名词没有单数与复数的变化，对于帝国时期的“律”一词，似乎可从三个不同方面加以理解。第一，表示一项律文的名称。第二，包括数个律条的集合名称，构成稍高一等级的“条”或项。例如，《大清律例》包括436条。但实际上，《大清律例》中的“条”，有时会包括3项或4项律文，甚至会包括6项各具独立性的律文。在中国古代法律典籍中，这些条或项之间隔以直径约1/8英寸的空心圆圈。第三，法典的名称，在这一意义上，“律”包括所有的“项”或“条”。

对不同朝代的法律中具体条文的研究表明，后一朝代的法典中有很多条文完全取自前一朝代的法典。例如，据一位学者估计，《大清律例》中30—40%的条文完全取自公元653年的《唐律》，没有变化<sup>②</sup>。另外还有很多条文，也只是作了字句上的简单变动。在中国人看来，法律作为道德规范的汇集，它超出时空的限制，而具有永久性效力。上述法律条文的沿袭性，正是中国人这种法律观的反映。当然，这种法律观实际上不可能完全实现。例如，即使《大清律例》有30—40%的条文不加变动地仿照《唐律》，也仍然还有60—70%的条文是清朝的发明，或者是对《唐律》相关条文的修正。实际上，在漫长的历史沿革中，一些旧的法律条文被删除，一些新的法律条文被确立，还有一些法律条文则不同程度地被修改，以适应变化中的社会状况。而在那些没有变化、原封保留的法律条文中，其中一部分只是作为一种无意义的文字符号被保留在法典之中，很少或者根本没有真正实行。<sup>64</sup>

尽管如此，只要中国法仅仅由律组成，中华文明作为一个单一

实体、自古至今无变化地存续这一观念就会大大地得到强化。但实际上，常常有一些并不非常正式的其他法律规范补充法典中的律。在任何时候，皇帝的诏令——无论是皇帝主动颁布还是针对某一新的诉讼案件所作——都可以对具体的律加以修正，有时甚至可以废弃具体的律的适用效力。皇帝的诏令可能只是针对某些具体诉讼案件有效，但有些诏令则可能长期具有普遍效力，还有一些诏令甚至可能被编入法典（也许被编入后朝的法典），进而具有律的普通效力。

在帝国前期的不同王朝里这些不太正规的法律规范的名称既庞杂又混乱，我们在此不作进一步讨论。但在明朝时候，逐渐形成一套完备的体制，专门解决法律的变化问题。这时产生的一个重要概念便是“例”。在日常语言中，“例”可表示原则、方式、概念或例证等含义。在明代法律体制中，“例”具有“判例”的意义，具体说来，它是一种在过去某个诉讼案件中作出的、对于后来一些诉讼案件的审判具有参考价值的判决。作为一个专门法律术语，“例”的真实名称应该是“亚律”（sub-statute），但为了行文方便，我们仍取其“例”的名称（例与礼是两个互不相同的概念，后者表示礼仪、谦善行为、传统道德等，由早期儒家所竭力倡导）。

“例”作为法律规范的一种，是对基本法律规范“律”的补充。“例”的原始来源有二，其一是皇帝的诏令，其二是刑部就具体案件所作出的、并经过皇帝批准的判决。这两种来源中，可能后一种更为普遍。据《明史·刑法志》记载，1492年，刑部尚书上奏皇帝，要求将零星存在的例汇集成编<sup>65</sup>。1500年，该书编成，取名《问刑条例》，共有297条例。一份记录当时编纂过程的资料说明，自1397年《大明律》颁布施行之后的100年中，很多例都是由各朝皇帝为解决《大明律》的制定者预先不曾料及的特别情势所制定的，该资料说：“例的作用在于补充律，发律所不及，而不是要废弃律。”

《问刑条例》编成之后，即作为《大明律》的辅助部分，共同发生

效力。每当有新例产生，也很快被增补，编入《问刑条例》。到1549年，通过这种增补方式，《问刑条例》的例条款数已由原297条增至349条<sup>②</sup>。1585年，明代法典的编纂方式发生重要变化，《问刑条例》中的例——此时例条款数已增至382条——分别被编入《大明律》中相应的律后，进而合二而一，形成一部包含律与例两方面内容的独立法典。

1585年的《大明律》首次将律与例合编一体。1646年清代第一部法典就是以这一部《大明律》为蓝本。清帝国统治者不仅从他们的前任那儿继承了大量的律——其中有些实际上承自唐朝甚至更早的朝代，也将《大明律》的382条例至少搬用321条<sup>③</sup>。清代第一部法典律例合编的特点可以从其名称上一目了然：《大清律集解附例》<sup>④</sup>。

与明朝相似，在清朝，立法者也不急于将新产生的例直接编入 66 法典之中。1679年，所有的新例被汇集成编，名之为《现行则例》。后来，《现行则例》不断被充实、增补。1689年，又有人建议将《现行则例》并入法典之中，此一建议被耽延十几年，直到1707年才被付诸实施。奇怪的是，根据这一建议而编纂成的律例合体法典并没有付梓，只是人工手抄42份，其原因不得而知。在1723—1727年最后一部重要的清律修订本产生之前，除了从《大明律》沿袭下来的原有例之外，所有的例都独立于法典之外而发生效力。1723—1727年的法典修订工作使律例合编，并第一次印刷成册。这次被合编成法典的例包括以下三类：(1)1646年《大清律集解附例》从《大明例》中沿袭下来的321条例；(2)《现行则例》所收入的290条例；(3)后来颁行的例204条，合计例数815条<sup>⑤</sup>。

1736年，帝国政府决定设律例馆，每三年修律一次，以便将前次修律之后新产生的例编入法典(参见本书第四章第二节)。1746年，每三年一次的修律活动被放宽至每五年一次，但这一规定的实施并非十分严格<sup>⑥</sup>。1863年倒数第二次编例时，例的条数达最高

峰，为1892条。自此之后，编例活动陷于停顿，直到1905年最后一次大规模的编例活动，这次编例，将例的条数减至1327条<sup>67</sup>。

清末学者薛允升花费大量心血，完成《读例存疑》一书。如果67 没有这部著作，我们几乎无法精确了解清律编例的变化过程，也无法知道增修、删除及修改各条例的准确日期。在《读例存疑》一书中，薛允升标明清律中大多数条例的相关日期 包括原制定日期及修改日期<sup>68</sup>。

在一个存续较久的法律体系中，从其第一次编纂法典开始，它就需要一种能够补充正式法律条文的辅助性法律形式，以适应变化中的社会环境。以皇帝诏令或法院判决为其实际内容的例，最初可能只是针对某些非常具体的特定事项，它们必然要比它们所依附的律的适用面狭窄得多。在清代，普遍遵循这样一条原则：对于某一案件可以同时适用律和例时，通常以例为依据进行判决，而不是以律为依据；在例与律内容不相吻合，甚至互相发生冲突时，仍适用例，而不适用律。

显然，例的优势在于它能解决那些法典原制定者事先没有能预料到的特殊事件。但与此相联系，例的存在又常引起法律适用上的混乱和困难。一方面，例通常仅适用于某些特定的事项，越此一步，即失去适用意义；但另一方面，例一旦被收入法典，它也会像律一样具有某种稳定性，结果有时例在其针对性已经丧失之后还保留在法典之中。《清史稿·刑法志》称：

“有例不用律，律既多成虚文，而例遂愈滋繁碎。其间前后抵触，或律外加重，或因例破律，或一事设一例，或一省一地方专一例，甚至因此例而生彼例。”

68 尽管例的文字稀奇古怪，但它却能在法典中长期保存。本书所翻译的案例即可对此作极好的说明。本书第73.1案例中，刑部在对案件作出判决的时候，引了下面这样一条例：“刁徒直入衙门，挟制官吏。”如果再看看正式编入法典、印刷成册后的该条例，我

们会发现，它是以一段生动的开场白开始的：“在(京)外刁徒身背黄袱，头插黄旗，口称奏诉，直入衙门，挟制官吏者，……”

清帝国的统治者为什么要采纳这一条例，这一问题很值得研究，但难度也很大。正如薛允升所说，这一条例采自《大明律》，而其编定的原始日期又无从查考。更令人奇怪的是，1771年修订律例时，该条例中有关“黄旗”那段生动的开场白并未得到任何修改。薛允升注意到<sup>⑩</sup>，司法官吏判案引用这一条例时，一般都不直接援引上述具体而生动的文字。本书所引倒数第二个案例(发生于1881年)的文字记载，为薛允升的结论提供了旁证。

#### 第四节 注释与翻译

有关《大清律例》的注释问题较为棘手——因为人们对此知之甚少。所有的注释，只涉及律文，而不涉及例文。一般说来，《大清律例》的注释分为两种类型：官注与私注。官注是指由政府授权的特定机构所作的笺注；私注是指由私人学者独立地评注律例，不受官府的任何限制。《清史稿·刑法志》只提及清律官注本。但在多数情况下，公开印刷发行的清律法典则兼采官私两种注释。<sup>69</sup>

根据注文在法典中的位置，所有的注释——包括官注和私注——又可分为两大类：文间注和文后注。(1)文间注针对具体律文而发，它们恰好也都是官注，所有清律标准版本中都可以看到这种注释。文间注有时位于一条律文之后，有时则位于律条之中某些段落和句子中间。印刷时，文间注用较小的字体，故又称作“小注”(中国某些典籍则简略地称文间注或小注为“注”，本书所译案例依据的《刑案汇览》则如此称呼)。(2)文后注通常比文间注的字数多一些，其内容并不是针对每一条分立的律文，而是将法典中特定一项所包括的所有律文作为整体加以评注，故又称为“总注”。文后注形式既为官注本采纳，也为私注本所采纳。印刷时，文后注放

在它所评注的若干律条之后、律文所附的例之前。

清代法典在版面安排上，通常分为上下两个部分。下半部的内容安排顺序为：律、总注、例；律文之中分布一些小注。上半部的内容较为复杂，包括相关的皇帝诏令，涉及重要案例的司法报告，附加评述。不少种清代法典都在文内上半部大段引述沈之奇私注（关于沈之奇，我们将在下面讨论）。当然，法典内的上半部有时无文可引，则任其空白。上半部的注评，人们称之为“沈注”或“上注”。尽管“上注”中某些内容来自官方——例如皇帝诏令——但总体看来，其主要内容仍来自民间私注。上注作为辅助性材料，并没有获得官方的首肯，因此，其重要性远远不及下半部官纂的文内小注。

70 在律文中附间注，这是明初法典编纂者的创举。《大明律》的作者承袭了这一传统。1646年的《大清律集解附例》不仅搬用《大明律》中的一些律和例，对于所附文间注也一并采纳。后来几种清代法典亦仿此。文间注源自官方，因而它们与正式律文有同等效力。值得注意的是，尽管在一般情况下文间注只与律文相联系，但也有另外一种情况，即：文间注与例文相关联（参见本书第43·3、62·1、92·1案三个案例）。本书所辑另外一些案例也表明，司法官吏以文间注作为判案依据，偶尔会在判决理由中明确援引文间注（参见第8·1、9·1、51·2、56·1、71·1、77·1、92·1案等案例）。

清代的法典编纂者们并不是无变动地照搬《大明律》中的文间注，相反，无论是1646年制定《大清律集解附例》，还是1723—1727年大范围修订清律，都分别对原有的注文进行了增补、修改。增补、修改后的清律，其官注在内容和字数上，远远超出《大明律》。在多数情况下，增补的注文使律的规定更加明确，更加严密。不过，偶尔也有些增补的部分使律的含义发生重要变化，而且这种改动可以不去触及非常有权威性的律文本身。

要了解这种情形，我们可以看看清律中两条前后相继的律文，这两条律文是针对斗殴杀人和故杀（但不是谋杀）所做的规定（布

莱斯译本第1268和1269条)。司法部门在对这两种犯罪的判决书中引用律条，分别对犯者处以绞监候和斩监候刑罚。但遍查清律的律文本身，哪儿也没有“监候”字样，只是在以小字排印的文间注中，才对律文补充规定有“监候”一词。另外，与《大明律》相比可以看出，“监候”一词是清代法典编纂者加上去的。<sup>71</sup>在《大明律》中，无论是正式律文，还是附加官注，都没有“监候”一词，只有绞、斩两种。翻开《大清律例》正式律文与官注中附加文字之间的区别，在印刷上面是一目了然的。但是，如果在另外一个文件里引用律文，这种区别立刻就不存在了。从这一点看，附加的文间注实际上已成为法典本身不可缺少的一部分。

除了文间注之外，清代法典先前还有另外一种官纂注释。这种注附在包含若干律文的每一项之后，系针对这些律文一般含义的总体注说，故名之为“总注”。一般认为，“总注”作成于1695年前后，但是过了很长一段时间之后才正式刊印、颁发<sup>72</sup>。直到1727年，作为1723—1727年清律广泛修订的一部分，“总注”才被纳入到合编刊行的法典之中。但这种状况持续时间并不太长。人们认为，“总注”并不能解决具体问题，因而实际上是多余的。1740年，清律定本完成。与1727年清律本相比，1740年清律定本的一个重要变化是删除“总注”。自此之后，“总注”未能再回到法典之中。因此，以下我们称“官注”，仅限于“文间注”。

除了两种官注——即已被废弃了的总注和仍被保留的文间注——之外，大量的私家注释，据目前所见，早在明代之时即已存在。中国一名学者说，明代有关法律的私注本“至少也在数十本以上<sup>73</sup>”。这些私注本大都失传，但也有一些被保留下来。其中有一本名叫《程氏注》的私注本(其原序写于1612年)就为《刑案汇览》所援引。本书所译《刑案汇览》的案例，就包括两个这种案例(第66·2和第71·1案)。

1706年，北京刊印了一本清律注本，其名称较长，《大清律例疏

注广汇全书》，无辑注者姓名。在该书中，所有注文分别位于上半部的空白处和垂直行句之间，均用红色水写成。与上面我们所说的注本不同，《大清律例珠注广汇全书》不仅对“律”加注，而且也对大多数“例”加注。该书在编辑手法上较为灵活，也广泛引用各种注本的内容。被该书所引用的注本中，能被确定为明代所作的，至少有8种。然而其他一些被引用的注本只是简略地称作“李曰”，“姚曰”，“或曰”，“注曰”，完全不知为何人所做。我们只能推定：《大清律例珠注广汇全书》所收集的注文，既有明人所作，也包括清人所作<sup>②</sup>。

《大清律例珠注广汇全书》的流传范围较为有限，与其不同，《大清律辑注》则广为流传。《大清律辑注》也是一部私注本，其成书年代约在《大清律例珠注广汇全书》的十年之后。该书纂辑者为沈之奇，其为该书所作的序标明日期为1715年。与其他私注本一样，沈氏所作《大清律辑注》也保留了官注，但同时，他又在每条律后附上自己的评注。为区别官注与自注，沈氏在刊印该书时，将自注放在略低于官注的位置上印刷。另外，沈氏还将自己所作的“附注”放在正文律条上方的空白处。后来的很多种清律版本都将沈之奇注文收进（多以红字冠以“辑注”二字），并将其与其他有关材料分段编排，仍置于每页纸的上方，形成我们在上文所提及的“上注”。

73 在《大清律辑注》的序中，沈之奇说，他在地方政府供职三十余年，一直参与司法审判，虽屡次迁调，仍司断狱判案之职。集三十年之司法经验，再经六七年的编辑整理，作成此书。他还说，本书作成，参考了前此十五种律注版本，其中九种为明人所作。后来的清律注本多引用沈注，包括19世纪后半期编成的两部流传较为广泛的注本<sup>③</sup>。有人认为，沈之奇《大清律辑注》的广泛流传，也许构成1740年官方修律时删除“总注”的原因之一。当然，沈注本身还属于私注范围，它不具备官注的权威。在我们翻译了的《刑案汇览》

材料中，只有一个案例援引了沈注。不过，《刑案汇览》英译者在他加写的注释中偶尔也利用沈注，并指明为沈之奇注。

清代的法典在刊印时通常要附以某些材料，如标准的“验户程序”，卷首有某些重要的介绍性图表，其中有刑罚总类，纳赎与收赎图（在特定条件下，以罚金代替刑罚），服制图（根据丧服的不同，确定亲疏不等的五种亲属关系）等。这些图表也多仿自《大明律》。

最后，我们来看看西方学者关于清律的几种译本。1810年，乔治·汤姆斯·斯汤顿将《大清律例》译成英文；1876年，P·L·F·菲拉斯将《大清律例》译成法文；1924年，G·布莱斯再次将其译成法文<sup>①</sup>。

1810年的斯汤顿译本问世之后，颇具盛名，但后来菲拉斯及布莱斯的译本问世之后，斯汤顿译本即逐渐被取代。斯汤顿译本的主要缺陷是它仅将《大清律例》中的436条律文译成英文，所有的例均被忽视。<sup>74</sup>

菲拉斯的译本实际上是将《大清律例》的大部分内容都翻译过去了，因为该译本包括的1812年the Annamite Code绝大部分仿自1740年的《大清律例》。但是，1740年的《大清律例》共有436条律文，而该译本仅包括其中的398条。菲拉斯详细述及了the Annamite Code 中与《大清律例》的不相同之处。菲拉斯的译本不仅翻译准确，而且内容也非常完全。它既包括the Annamite Code 的全部398条律文及其大部分附例，也包括关于律文的注释。确实，菲拉斯，一名法国海军上尉，能在不到四年（1871年6月—1875年3月，根据该书第1册第4页）的时间里完成其1500多页（见该书导言）的翻译作品，简直不可思议。但很可惜，该译本传世极少，至少在美国是如此。我们在写作本书时，也不能经常地查阅该译本<sup>②</sup>。

G·布莱斯是一位耶稣会会士，他的《大清律例》法译本质量颇高，使用起来也非常方便，因为他把译成法文的每一条律和例的中文原文都录在页下，以资参照（无论是斯汤顿，还是菲拉斯，都没有

提供原文)。与斯汤顿不同,布莱斯既译了律,也译了例。然而,布莱斯远不如菲拉斯来得彻底。在他的译本中,各种注文均被省略,同时,他删去了大量的例;另外有许多例则是用一种很简略的方式译成法文。因此,人们在使用布莱斯译本时,又不得不同时参照中  
75 文原本。在律文方面,布莱斯译本至少删去64条<sup>①</sup>。更有甚者,我们非常偶然地也能发现他笔下严重的误译。但尽管如此,与斯汤顿译本及菲拉斯译本相比,布莱斯译本仍然是最优秀的。正因为如此,本书在引用《大清律例》时,使用布莱斯译本的律例序号<sup>②</sup>。

### 注 释

①参见:汉代(公元前206年至公元220年),胡士威:《汉律辑存》第321—350页;隋代(581—617),布拉斯;唐代(618—906),宾格:《Quellen zur Rechtsgeschichte der T'ang-Zeit》,第73—173页;元代(1280—1367),拉切涅维斯基曾将《大元通制》的部分内容介绍到西方,但这部书与其他朝代的《刑法志》不一样,它实际就是元代的法典,只是没有标明制定日期及其所依蓝本。另外,布拉斯教授翻译了晋代(265—419)的《晋书·刑法志》,但至今仍未正式出版。至于明代(1368—1643)的《刑法志》,已由邓旭玉及希鲁斯·皮克拿出初步译稿,但这部译稿还比较粗糙,尚须进一步修改润色,方能出版。

②参见《〈清史稿·刑法志〉注释》(北京,1957年版)。该书第143卷(第3—43页)讨论《大清律例》的历年修订等问题;第144卷(第44—83页)讨论刑罚体系;第145卷(第84—122页)讨论司法程序。

③参见《历代刑法志》(长沙1938年版)。在该书中,丘汉平先生将从历朝史书中选下来的刑法志加以标点、分段。但可惜的是,丘先生未对原书加以注释。

④《大清会典》初成于1690年,后来,于1732年、1764年、1818年及1899年先后四次修订、扩编。本书所引为1899年本,即《光绪会典》,采用1963年台北出版、有连续页码的本子。

⑤对此,梅耶有详细论述。

⑥见《沈寄簃先生遗书》第一编,1929年北京版,1964年台北印制,二卷本,页码连续编号。

⑦程树德：《九朝律考》，两卷本，上海1927年版；杨鸿烈：《中国法律发达史》，两卷本，上海1930年版；陈顾远：《中国法制史》，上海1934年版。

⑧徐道麟：《中国法制史览略》，台北1953年版。

⑨《综合性书目》(The Comprehensive bibliography, Hösei-shi Gakkai, Comp., Hösei-shi bunkan mokuroku, 1945-1959-shōwa 20-34, Tokyo, 1962) 东亚·中国部分（第143—193页）即没有收列关于《大清律例》及清朝司法程序的书目。

⑩仁井田升所著四卷《中国法制史研究》原来并无序号，只是在每卷之上各附有一个副标题（用英语和日语），另外，每卷都有一个英文和中文的概要。各卷出版日期及副标题是：《刑法》，1959年；《土地法和交易法》，1960年；《奴婢雇工人及家族、村落法》，1962年；《习惯法及法律与道德》，1964年。这一系列巨著取代Niida的《中国法制史》（1952年，东京）而占据了中国法制史研究的权威地位。《中国法制史研究·刑法》达700多页，其涉及领域较为广泛。该书用很大篇幅讨论了清朝以前的中国法律，对于蒙古族以及居于中国四周的少数民族法律，也花费不少笔墨。至于在《大清律例》、清代刑罚、清代司法程序以及《刑案汇览》等方面的研究，则基本是空白。

⑪张玉泉：“中国的法院制度”，载《中国社会和政治科学评论》1917年12月号。

⑫本节所确认的法典编纂日期，主要以巴拉斯的研究结果为准，同时，由德克·布迪作一些适当修正。另外，由于某些标准不统一，本节所确认的日期有可能与巴拉斯的研究结果或与其他地方所标明的日期不完全一致，但这种情况极其个别。例如，普遍认为，1723—1727年期间，清律经历了一次广泛的修订。严格地说，这次修订活动是在1723—1725年进行的，余下的两年只是对已修订好了的清律制版印刷，到1727年，书成。为简略起见，我们将修订与制版印刷看作是一个完整的过程，故对该次法律修订活动，我们将其日期确认为1723—1727年。

⑬“贼”一词最初的含义较为广泛，意指各种具有破坏性的暴力行为，包括：杀人、斗殴等。后来，这一词的使用逐渐限于与盗窃行为（例如抢劫、掠夺）相关的暴力行为之中。在后来的法典中，我们可以看到，“贼”与“盗”二词经常连用，有“贼盗”或“盗贼”等词。

⑭参见本书第一章第三节以后关于法律术语的讨论，同时可参见本章第

三节。

⑯厩律是关于御用马匹以及驯养牲畜的法律，也涉及由这些牲畜引起的伤害案件（例如牲伤人）。

⑰见泰蒙迪斯·波克拉(Timoteus Pokora)：“李惺《法经》，双重错误”(The Canon of Laws by Li K'uei, A Double Falsification)，载于Archiv Orientalni, 27:96—121, 1959年。

⑱参阅巴拉斯的著作第208页。另外，还可参阅《明史·刑法志》及《清史稿·刑法志》。

⑲参见本书第一章注⑫。

⑲蒙古人有着与汉人不同的文化背景，因此，按理说当他们建立元帝国时，应该对中国传统法律作一些重大变革。但实际上，元律与唐律的主要变化实际上仅限于某些数字的变化，即，在刑罚制度中，以“7”的数字取代“10”的数字。《唐律》所规定的刑的等级，有笞10、笞20、笞30，……，而元律则改为笞7、笞17、笞27、……见V·A·拉撒劳卫克：“元代法律与中国传统法律”，《中国社会与政治科学评论》20:266—289,(1936—1937)。

⑳唐律12篇与明清律7门互相之间的关系：

唐律门类	明清律门类	演化方式
1	1	没有变化
2	5—(1)	修改
3	2—(1)	没有变化
4	{ 3—(1) 3—(3)}	
5	{ 3—(4) 5—(4)}	
6	3—(1)	
7	6—(1)	没有变化
8	{ 6—(3) 6—(5)}	
9	6—(7)	没有变化
10	6—(9)	没有变化
11	6—(10)	没有变化

②参见徐道麟著作第95—98页。徐道麟的分析在很大程度上源自沈家本的评论：“明律目纂”(The Title sections of the Ming Code explained),载《沈寄簃先生遗书》第774—821页。

③这一观点的提出者是薛允升。参见他的著作《读例存疑》(Concentration on doubtful matters while pursuing the sub-statutes),北京,1905年。对于这一部著作,我们将在下面讨论。

④见《历代刑法志》第572—573页。

⑤《明史·刑法志》载为249条,有误。正如徐道麟所说,1500年《同刑条例》第一次编成之时,即已有297条;至1549年,例条款数不可能少于297条。

⑥关于这一数字,可参阅沈家本:“雍正律刻本跋”,载于《沈寄簃先生遗书》第996—997页。

⑦除专门说明以外,关于该法典以及本节所提到的清代其他法典的内容,可参阅《清史稿·刑法志》。

⑧这一数字采自《清史稿·刑法志》。沈家本在《雍正律刻本跋》中称第二类例为299条,故总数为824条。

⑨《清史稿·刑法志》载:乾隆时期(1736—1795年)共编例“八九次”。自1801—1863年的62年间,编例次数不少于15次,其具体年代为:1801,1806,1814,1820,1821,1825,1826,1830,1839,1840,1841,1845,1846,1852,1863年。见梁启超:《中国成文法的变迁及沿革》,第40页,台北1957年。

⑩见《清史稿·刑法志》第32页,注释①。

⑪感谢莱顿大学的冯·德·沃尔克(van der Valk)教授,是他首先提醒我应重视薛允升的这部著作。

⑫薛允升《读例存疑》,39:7b—8。

⑬《清史稿·刑法志》没有提及“总注”的正式颁行时间,但薛允升在《读例存疑》中述及。

⑭见杨鸿烈:《中国法律发达史》,杨氏在该书中列出明代私注本14种。沈家本《律令》中也列举类似的书目,见《沈寄簃先生遗书》第489—490页。

⑮进一步的情况,可参阅沈家本“《广汇全书》跋”,载《沈寄簃先生遗书》第998页。

⑯一部是姚雨梦所著《大清律例会通新纂》(1873年北京版,1964年台

北重印,5卷,连续编号),另一部是1878年的《大清律例增修统纂集成》。

⑩斯汤顿的译本:Ta Tsing Leu Lee(伦敦,1810年);菲拉斯的译本,Le Code annamite,nouvelle traduction complète,comprenant,Les commentaires officiels du Code,traduits pour la première fois,de nombreuses annotations extraites des Commentaires du Code chinois……(二卷本,巴黎,1876年);布莱斯的译本:Manuel du code chinois(上海,1924年)。

⑪我们应再次感谢莱顿大学的冯·德·沃尔克教授,是他提醒我们注意菲拉斯译本的重要性(1967年本书付印时,菲拉斯《大清律例》译本第二版也在台湾成文出版公司出版)。

⑫根据斯汤顿为《大清律例》所编的序号,布莱斯译本删去下列律条:28—29,34,40—41,43—44,46,51,68—70,85,156,161,216,226,228—232,235,237,241,244,246—247,253,279—281,286,307—308,326,342—343,362—363,377,391—393,397,400,402—403,405—408,410,414—415,417—419,421—423,427—428,430。这些被删去的律条中,有些不太重要,但也有一些重要的律条。例如,关于类推规定的第44条。特别是“捕亡”和“断狱”二篇中所删去的20条,尤其重要。研究清朝司法机关的具体功能,这20条属于必读条目。

⑬布莱斯译本将《大清律例》中的律和例编为1738条,其中包括一些布莱斯本人所作的评注。原书首卷的“诸图”在译本中仍居律例正文之前,但未被编入序号之列。因此,参阅“诸图”时,只能标明该图所在页码。《大清律例》中文原本没有序号,故清代官吏援引律例时,从不提律例序号,而只是说明所引律例的所属部分名称。本书“附1”是一个律例序号和法典页码对照表。“律例序号”根据布莱斯译本,法典页码则以中文原本《大清律例会通新纂》(1873年北京版,1964年台北重印本,5卷,连续编号)为准。本书案例所涉及的律例序号均已收入“对照表”。

### 第一节 五刑

自古代至近代，中国人皆使用“五刑”一词来表示他们所实行的主要刑罚种类。初见这一数字，使我们联想到，在中国，很多事物都与“五”相联系（五色、五声、五味、五方等），甚至整个政治—宇宙体系均由“五行”（“五种元素”）所决定。但是，关于“五刑”与“五行”的相互关系，在中国早期文献中一直没有述及。第一次提到这种关系，可能是在公元前1世纪。“五刑”一词有可能在“五行”一词产生之前即已问世，甚至有可能在公元前6世纪最早成文的“法典”出现之前，就已经存在。根据古代传说，早在公元前23世纪，苗人就创建了“五刑”制度，当时人们称其为“法”。

随着年代的更替，“五刑”一词所含内容发生了重要变化。在前帝国时期，“五刑”专指五种体刑：墨、劓、剕、宫、大辟。在汉代，刑罚普遍被减轻。公元前167年，皇帝发布诏令，废止墨、劓及斩趾刑。宫刑曾被废止，但不久又复用，直到公元2世纪，宫刑才最终被废止。

总之，在汉代，除了死刑及鞭打刑之外，所有的肉刑都被取消，代之以不同形式的苦役刑<sup>①</sup>。

77 分裂时期(220—580年)，五刑制又进一步发展。在此之前，每一刑种只代表一种处罚。几经变化，每一刑种又划分为几种不同量的处罚。581—583年的隋《开皇律》(现存的《唐律》即以其为原型)最终确定了五刑制的基本内容，并为后世沿用，较少变化。《开皇律》所确定的五刑制基本内容如下<sup>②</sup>：

- (1) 答刑，五等，笞十至笞五十；
- (2) 杖刑，五等，杖六十至杖一百；
- (3) 徒刑，五等，徒一年至徒三年；
- (4) 流刑，三等，流二千里至流三千里(每3里约为1英里)；
- (5) 死刑，二等，绞与斩。

五刑制在后世发展过程中，有几点重要补充，包括：增补第三等死刑：凌迟刑；流刑之中，增加一种极为严厉的“军流”。另外，绞刑与斩刑又各自区分为两种：绞监候与绞立决，斩监候与斩立决。1740年的《大清律例》卷首有《五刑图》，转引如下，以助对五刑制的了解。

### 一、笞刑，五等

等次	法定执行量	实际执行量
1	10	4
2	20	5
3	30	10
4	40	15
5	50	20

### 二、杖刑，五等

等次	法定执行量	实际执行量
1	60	20
2	70	25

3	80	30
4	90	35
5	100	40

三、徒刑，正刑五等，附加三等

(括号内数字为杖刑实际执行量)

等次 执行量

- |   |                                      |    |
|---|--------------------------------------|----|
| 1 | 徒一年，杖六十(二十)                          |    |
| 2 | 徒一年半，杖七十(二十五)                        |    |
| 3 | 徒二年，杖八十(三十)                          | 73 |
| 4 | 徒二年半，杖九十(三十五)                        |    |
| 5 | 徒三年，杖一百(四十)                          |    |
| 6 | 总徒四年，杖一百(四十)                         |    |
| 7 | 准徒五年，杖一百(四十)                         |    |
| 8 | 迁徙比流减半准徒二年，杖一百(四十)，(通常略写<br>为“迁徙准徒”) |    |

四 a、流刑 正刑三等，附加初级流刑一等【各加杖刑一百(四十)】

等次 执行量

- |      |                |
|------|----------------|
| 初级流刑 | 迁徙流一千里(约333英里) |
| 1    | 流二千里           |
| 2    | 流二千五百里         |
| 3    | 流三千里           |

四 b、军流，正刑五等，附加一等【各加杖刑一百(四十)】

等次 执行量

- |   |          |
|---|----------|
| 1 | 附近：二千里   |
| 2 | 近边：二千五百里 |
| 3 | 边远：三千里   |
| 4 | 极边：四千里   |

- 5 烟瘴·四千里  
6 发遣：发满洲、唐塔或新疆等地为奴。

五、死刑，正刑二等，附加一等

名次	执行方式
1 a	绞监候
2 a	斩监候
1 b	绞立决
2 b	斩立决
3	凌迟

## 第二节 监禁与罚金

在详细讨论五刑制之前，应当注意到，无论监禁还是罚金都不  
是正式被认可的独立的刑种（监禁与徒刑不同，后者是将犯人驱  
使到另一地方，强制服劳役；而监禁则是就地关押，限制自由，但并  
不强制服劳役。本章第四节将讨论徒刑）。在正式判决之前，罪犯  
有可能被监禁一段时间（有时监禁期长达数年），但对于他们的判  
决却从来不包括“监禁”这一内容（在西方国家，情况基本类似，除  
了对债务人的监禁之外，在18世纪末、19世纪初之前，监禁也不作  
为正式刑种）。当然，例外的情况也是有的，例如，妇女犯罪，被处  
以流刑或监候死刑时，可分别以就地短期监禁或终身监禁取代。但  
这种例外情况极其少见。本书所列190个案例中，以短期监禁和终  
身监禁代替流刑和监候死刑，仅各见一例（第6·1案和第49·3案）。

罚金作为一种处罚方式，在清代较为普遍地使用。但它本身并不  
是一种独立的刑种，通常情况下，它只是作为其他正式刑种的替  
代刑。因此，一般称其为“赎刑”，即以赎金代刑罚。在清代，只是  
某些具有特定身份的人方才被允许以赎代刑，例如：妇女，70岁以  
上的老人，15岁以下的幼童，官吏，官吏之妻等。而且也不是所有犯

罪都被允许以赎代刑，法律规定只是某些特定犯罪，才可要求以赎代刑。另外，即使符合上述二条件，即：具有特定身份的人犯有特定罪行，仍不能直接适用赎刑。适用赎刑，只能个案处理，每具具体案件都必须申报，待批准后方得以赎代刑。本书所引案例中，有些案例即发生司法主管机关不同意适用赎刑的情况（参见第6·1、22·1、49·1、60·3、60·4、79·3案等）。如果司法主管机关批准适用赎刑，被判刑者就得交纳一定数量的钱银。举例来说，妇女、老幼或其他人被处死刑，又被允许以赎代刑，他们则得交纳约0.525盎司的白银<sup>③</sup>。

在过失杀伤案中，对行为人以赎代刑较为常见。在这种情况下，行为人所支付的赎金实际上已成为对被害人或被害人家庭的赔偿金。正因为如此，过失杀伤案中赎金的数量远远超出上文所提一般赎刑赎金的数量。例如，过失将他人致死，赎金数量可达到12.42盎司白银。有时这种赎金还附于其他正刑，一并执行。在叛、逆案件中，主犯的某些亲属要没为官奴婢，其所有的财产都将充公。通过盗窃或其他非法手段取得的财产，当然也要没收，并发还原主。官吏犯罪，只要不是重大犯罪，通常也可以以赎代刑，也可能以其他处罚代替刑罚，包括：一段时间内停发俸禄，降职，最严重的要免去官职。但是，一般情况下，官吏犯罪，并不总是被允许以其他处罚代替刑罚。<sup>80</sup>

### 第三节 答刑与杖刑

罪犯受笞杖刑时，其受刑部位为臀部——男子脱去衣裤，女子则保留衬裤。隋朝以后，笞杖计数都以“十”为单位，只有元朝为唯一的例外（参见第二章）。但是，1644年满人入关之后，帝国政府将笞、杖刑的执行量在原定数字基础上，各折半计算（原是笞十折作笞五，原定笞二十则折作笞十）。1679年清政府公布的第一部“例”

的汇集本《现行则例》进一步减少笞、杖刑的执行量，笞十改为笞四，笞二十改为笞五，笞三十改为笞十。

《清史稿·刑法志》称此种笞、杖刑执行量的变化是“法外之仁”。但实际上，其真正原因似乎并不具备这种理想主义色彩。在汉代以及汉代以后的几个世纪中，类似于杖刑的行刑工具是由竹子制成。大约从梁朝(502—556)开始，行刑工具则改由一种名为“楚”的树木制成<sup>④</sup>。自唐代至明代，各朝法律都明确规定“楚”棍的<sup>81</sup> 直径。“楚”棍分为大小两种，每一种又有大、小头之别。小“楚”棍的大头直径为0.2寸，小头直径为0.15寸；大“楚”棍的大头直径为0.27寸，小头直径为0.17寸。但在清代，执行笞、杖刑时，不再使用“楚”棍，而重又代之以竹棍。为何改变行刑工具，其原因不得而知（也可能出于模仿古代的意图）。竹棍也分为大小两种。小竹棍大头直径为1.5寸，小头直径为1寸；大竹棍大头直径为2寸，小头直径为1.5寸。可见，清代的笞、杖刑行刑工具在尺寸上，比前代大出好几倍。从这里我们可以得出结论：清代之所以屡次减少笞、杖刑的实际执行量，其原因不在于统治者具有更多的人道主义，而在于行刑工具尺寸的增大。因为在这种情况下，如果继续执行原定的行刑量，被刑者就极有可能被打死<sup>⑤</sup>。

在清代，虽然笞、杖刑的执行量有所变化，但清代法典却一仍其旧，仍保持变化前所规定的数字。中国人历来注重名称上的延续性，而常常无视实际内容的变化，在这一方面，上述事实是一极好的例证。另外，本书所收案例多有涉及笞、杖刑的判决。对此我们应注意法律规定量与实际执行量之间的转换。

#### 第四节 徒刑

“徒”字的原意是步行，“徒步行走”。“徒”字最初具有刑种的含义，可能是自罪犯徒步去某地服苦役引伸而来。564年，“徒”字

正式成为一种法定刑种的名称，其含义为：离开原居地，在另外一个地方服苦役数年。在明代，被处以徒刑的人将被送至外省，在确定的期限之内，从事炼铁或制盐等苦役。徒刑犯人炼铁或煮盐，都必须完成一定的量，在当时，炼铁徒犯每日炼铁不少于3斤（约合4磅）；煮盐徒犯每日煮盐亦不得少于3斤。偶尔也有徒刑犯不被送<sup>82</sup>至外省，而在本省服劳役的情况。根据明代法律，每一省都有一个相对应的固定省份，以作为其徒刑犯服苦役的常设地点<sup>⑥</sup>。

清朝初期一段时间，有关徒刑犯服苦役的地点问题，沿用明朝制度。1725年，清政府对此制度进行了改革。为何要进行这次改革，其原因尚不清楚。根据改革后的制度，徒刑犯人不再被送至外省，改在本省服苦役。一般被安排在驿站之中，没有驿站的地方，则安排在衙门公署里。至于徒刑犯在驿站和衙门里做哪些具体工作，各种文献并没有明确说明<sup>⑦</sup>。

徒刑的等次分为正刑五等，附加刑三等。三等附加徒刑——总徒四年，准徒五年及“迁徙比流减半准徒二年”——在司法实践中极为少见，各种文献对其介绍也少，所以我们略加说明。明清两代法律都规定有这三等附加徒刑。《大清律例》中各有两种犯罪分别涉及总徒四年和准徒五年的刑罚，涉及“迁徙比流减半准徒二年”这一刑罚的，则有5种犯罪（参见本章第十节）。在本书所译的案例中，涉及“总徒四年”刑的有两案（第46·2案和第76·3案），涉及“迁徙比流减半准徒二年”刑的仅1案（第14·1案），而涉及“准徒五年”刑的，则一案也没有。

《大清律例》所列各种应受流刑或死刑的犯罪中，有一些犯罪被称作“杂犯”（清律中有杂犯流罪15种，杂犯死罪12种）。对于这些“杂犯”，常设的法定刑分别为流刑或死刑，但实际上，根据有关律条的规定，它们又被特准代之以较轻的刑种。这正是“总徒四年”刑和“准徒五年”刑的原始依据。

在附加徒刑中，“准徒五年”刑专为某些——而不是全部——

·83 “杂犯”死罪而设。“准”字是表示此种徒刑(与其他徒刑相比,除了服刑时间之外,再没有别的区别)是一种“特准”的普通死刑替代刑。与其相类似,“总徒四年”刑专为某些——也不是全部——“杂犯”流罪而设。但是,“总”字在此有何种特定含义,尚属不明。

“迁徙比流减半准徒二年”是一个刑种混合物,其原始来源应为明代的“迁徙”刑。“迁徙”刑在明代是“流刑”中的一个等次,受刑者被放逐离家1000里;但实际上,“迁徙”刑在明代很少使用。很显然,立法者觉得依据法律某些应处“迁徙”刑的罪犯罪不当刑,或者说刑罚过重,因而设定此种新的刑等:一方面,仍保留“迁徙”刑的名称;另一方面,“减半准徒”,仅服2年苦役。“迁徙比流减半准徒二年”刑在实际执行中,与普通“徒二年”刑没有任何区别。

有关上述三种特殊刑罚无论是《大清律例》,还是《清史稿·刑法志》或其他文献,都没有提供系统和明了的解说<sup>⑧</sup>。

## 第五节 流刑

·84 “流”字原表示水的运动,如河水流动。在此一意义上,“流”字又引伸为“流散、流失”等。法律借用“流”字作为刑种的名称,以表示服刑者与其亲属和邻居“流散”、分离。另外,“流刑”作为刑种之一,其内涵有严格的界定:它只表示服刑者由此一省被“流”至另一省,而没有“流”至国外的含义。在下一节讨论“发遣”一词时,我们将涉及把罪犯放逐国外的刑罚。

上古时期,中国就已出现“流刑”一词。在本书第一章中,我们就谈到,传说苗民创设了五种苛虐的刑罚。根据这一传说,苗民施行苛虐的五刑,因而导致自己的灭亡;还有一种说法,即苗民被流放到处于世界边缘的西北角<sup>⑨</sup>。在有关中国早期的传说性史书中,还有一些其他记载涉及流刑。其他民族也有类似的流刑记载。

毫无疑问,无论是在古代中国,还是在古代其他地区,采用“流

放”这一处罚手段的重要目的都在于消弭犯罪，保护人类社会。但另一方面，“流刑”作为仅次于“死刑”的最严厉的刑罚，在中国一直保留到20世纪，这一事实本身从某种程度上反映出中国社会的特点。在中国，人们安土重迁，不愿意远离自己的故乡，不愿意与自己所属的宗族共同体相分离。中国社会普遍存在着祖宗崇拜的宗教意识形态，人们通过宗族共同体，表示对先世祖宗的敬仰；同时，又在观念上将自己与宗族共同体内部的所有成员——包括现世的和已死去的——融为一体。正是这种宗教信仰构成上述安土重迁情感的精神源泉。

当然，随着中华文明的向外扩散以及与外民族人民接触的增加，古代的宗族共同体意识逐渐淡化。但是法律制度——尤其是中国的法律制度——从来都是传统坚定的维护者。甚至在近几个世纪，在大量迁居海外的华侨中间，始终存在着这样一种传统：人<sup>85</sup>死之后，其遗体应当运回故乡，与其先世祖宗共葬一墓。

了解了古代中国人的这种情感之后，对于流刑以距离家乡的远近来确定刑罚的轻重这一点，很自然就能理解了。在清代以及清之前的几个朝代里，流刑都分作三个等次：最轻流2000里（约666英里），较重流2500里，最重流3000里。

在此有一个问题会发生：普通中国人是否真正认为流刑的两个等次之间存在着某种实质性差别，换句话说，被处流刑者是否觉得流2000里与流2500里（即比前者远167英里）有着重大差别。实际上，流刑作为一个刑种，其内部等次的差别，仅具有象征意义。还有一个较为棘手的问题，流刑犯者被处流刑的里数（即距离）必须跨省计算，但又不能对于每一名流刑犯都以省会作为其流刑里数的计算起点。实际上大多数流刑里数的计算都以“府”为起点，即从流刑犯所在的府开始，至流放地为止，以其间距离作为所处流刑的实际数字。中国在18世纪时有18个省，共计大约有180个府。可以想见，以府为流刑距离的计算起点，该有多少种复杂的算法。

为了使地方司法机关明确本地流刑犯应流放至何地，帝国政府于1743年颁布了一部两卷本的《三流道里表》（1784年和1801年先后作过两次修订）。该书逐府规定了三个等次流刑犯分别应流放的地点。例如，在直隶（河北）省，若罪犯在保定府（位于北京南面不远的地方）犯罪，并被处以流刑，流2000里时流至同州府（今陕西东部），流2500里时流至邠州府（今陕西西部），流3000里时流至秦州府（今甘肃东部）。这些流放地点的安排并不具有相互性。例如：保定府的2000里流刑犯应流至同州府，但同州府的2000里流刑犯则必须流至山东的东昌府；再如：保定府的2500里流刑犯流至邠州府，但邠州府的2500里流刑犯则必须流至山东的沂州府<sup>⑩</sup>。

86 如果我们在地图上将各府流刑的流放起点与流放终点相连接，无疑会形成一幅极为复杂的网状图。从这幅网状图我们会看到一种不平衡的流刑犯流放走向：以富裕省份作为流放终点的流放线寥寥无几，而其他一般省份却成为众多流放线的终点目的地。根据这一流放走向，有些省份必须容纳的流刑犯数量，远远超出该省在地域规模和人口数量方面在全国所占的比例。另外，通过这幅网状图，我们还能看出《三流道里表》所规定的流放距离与实际流放距离之间的差别，从而进一步理解整个流刑制度的象征性意义。

徒刑犯必须在一定期限内服苦役，其服苦役地点限于本省。流刑犯同样也必须服苦役，但有关这一问题的史料记载却极为少见。在下文我们将看到，流刑犯除了每月两次向流放地官府报告自身情况之外，在日常生活中，享有较大的自由。显然，人们看到的更多是流放这一事实，而不是服刑者在相对宽大的待遇中得到的补偿。

流刑制度在实行过程中，必然面临这样一个矛盾：儒家历来强调应维持家族间的团结，而流刑制度设立的主要意图却在于使罪犯与其家族及邻里相分离。清朝前期，儒家的家族主义占优势，表现在流刑制度上，法律规定流刑犯的妻子必须陪同流刑犯本人流

放外地(相应的条款采自明律)，其费用由官府支给，并且进一步允许流刑犯的父母和子女陪同流放，当然，这要根据其父母和子女本人的意愿。清朝后期，中央政府改变政策，要求流刑犯妻子陪同丈夫流放外地的规定被废止，官府也不再为妻子提供陪同流放所需的费用。中央政府究竟于何时改变政策，此一问题尚有不同看法。显然，中央政府改变政策的原因中，有出于政府财力的考虑，但也有其他一些因素，例如：旅途艰辛，妇女能否忍受；流刑犯一旦死于流放途中，该妇女作为一名寡妇，如何度日，等等。但是，直到清朝末年，法律仍允许流刑犯的妻子陪同丈夫去流放地，但丈夫必须明 87 确表示要妻子同行，并且能够支付妻子在流放途中所需的费用①。

最后，简单谈一下三等次流刑之外的“迁徙”刑。“迁徙”刑的准确含义是流1000里，唐代即已形成“迁徙”刑的雏形，但直到元帝国时期的1329年，“迁徙”刑仍未最终定型②。在清代，“迁徙”刑极少使用，只有3种犯罪可判“迁徙”刑(参见本章第十节)。本书所引的案例中，没有一件案例涉及“迁徙”刑。作为“迁徙”刑的变种之一，“迁徙比流减半准徒二年”刑在本章第四节中已作详细讨论。

## 第六节 军流刑

军流，又称充军。作为一种刑罚手段，它源自古老的流刑。普遍认为，军流刑的采纳，始自明代。但沈家本经过详细考证提出：将罪犯送至边境线上服军役，这一原则古已有之；从秦代和汉代开始，就已陆续出现充军的先例③。宋代(960—1279年)开始，军流刑 88 已从普通流刑中分离出来；在元代(1280—1367年)，军流刑进一步独立；明代统治时期，军流刑作为主要刑种之一，正式列入刑罚体系。

明朝前期，军官或士兵犯罪，若应处普通流刑，则一般以军流刑代替。受军流刑者终身在边境附近的军屯服役。明朝初年曾规

定：对非法盐商、市场囤积居奇者、讼棍、无籍流民等其他一些无正当职业的非军事人员犯罪，全部施以军流刑。随着时间的推移，军流刑逐渐既适用于军人，也适用于普通民众。1585年的《大明律》所列举的军流刑不少于10种，其中有些名称为清代所沿用（例如“极边”、“烟瘴”）；但也有一些名称则为清代所舍弃（例如“沿海”、“边卫”）<sup>⑩</sup>。

清朝沿用军流刑制度，但只是保留了军流刑的名称，对其实质内容则作了修改。清朝的军流刑已不再具有军事特征。另外，明代的军流刑分为10种，而清代的军流刑只有5种，并且自1725年开始，每一种军流刑都规定有相对应的距离限制。1772年，官方正式编纂了《五军道里表》，其性质类似于上文所提到的《三流道里表》<sup>⑪</sup>。

比较《三流道里表》与《五军道里表》，我们会发现，后者比前者<sup>⑫</sup>要复杂得多。其主要原因有二。其一，《三流道里表》只涉及三个等次的刑罚，而《五军道里表》所涉及刑罚则有五个等次。其二，在《三流道里表》中，各府的流刑犯流放外地时，每一等次的流刑只确定一个流放地点。而《五军道里表》中，每一等次的军流刑则有好几个流放地点，这些流放地点通常分布于两个或更多的省份之间。在上一节中，我们曾以保定府为例，说明流刑三个等次的情况。在此，我们再以保定府为例，说明军流刑五个等次的情况，并由此了解军流刑制度的复杂性。为了方便起见，对于保定府军流刑犯的流放终点，我们只取其所属省份的名称，而省略其具体的府、县名称<sup>⑬</sup>。

### 1. 附近（2000里）

东向：山东省（登州府、蓬莱县、福山县等，以下各省皆略去府、县名称）；

南向：河南省、湖北省、安徽省、江苏省；

西向：陕西省；

北向：缺，因为自保定往北，直到边境线也不足2000里，而军流刑犯无论处以何等次军流刑，都不得“流”出国境。

## 2. 近边(2500里)

东向：缺，自保定往东，不足2500里即为中国东海岸；

南向：湖北省、安徽省、江苏省；

西向：甘肃省、陕西省；

北向：缺。

## 3. 边远(3000里)

东向：缺；

南向：湖南省、江西省、浙江省；

西向：甘肃省；

北向：缺。

## 4. 极边(4000里)

东向：缺；

南向：福建省、江西省、浙江省；

西向：甘肃省；

北向：缺。

## 5. 烟瘴(4000里)

广东省、广西省(未标明方向)。

上面我们以保定府为例，列出了军流刑五等次的流放地点。尽管省略了府、县名称，我们仍然能看出其复杂程度远远超出《三流道里表》的对应部分。透过这两份道里表，我们似乎看到在中国各 90 条大路上，一批批刑事罪犯正艰难跋涉，朝着流放地点行进。

军流刑制度的实行，也引起一些难题。例如，保定府被判烟瘴军流刑的犯人应被流至广东省，但如果广东人被判处烟瘴军流刑时，应流往何处呢？难道能就地流放吗？回答这一问题，必须再查看《五军道里表》。以南雄州为例。对于保定府来说，广东省南雄州是烟瘴军流刑服刑地之一(在广东省境内，共有4个地点作为保定府烟瘴军流刑犯的流放终点)，但对于南雄州来说，其烟瘴军流刑犯的流放终点则位于云南省，具体地点在何府何县，由云南总督

确定<sup>⑩</sup>。

有关军流刑的各种术语较为生僻，有时还显得不合时宜（比如，《五军道里表》中所列的某些“烟瘴”地，至19世纪可能就不再是“烟瘴”之地了），但这些术语本身并不具有特别重要的意义。沈家本提出：虽然清代沿用了明代军流刑的术语，但实际上，清代的军流刑已不再具有“军事”意义。他将明清两代军流刑制度的差异概括如下<sup>⑪</sup>：第一，明代执行军流刑，被刑者应发往军事设施——卫、所；但在清代，卫所制被取消，因而不存在卫所，这样，军流刑与普通流刑之间不再有实质意义的差别。第二，在明代，最初设军流刑的目的在于针对军人犯罪，但到清代时，普通民人也可以被判处军流刑。第三，明代军流刑的等次不甚明确，其道里远近也未确定；而在清代，军流刑等次确定为五等，1725年进一步具体规定了各等次的道里数。

<sup>⑩</sup> 沈家本接着指出了清代军流刑制度中互相矛盾的地方：表面上看，军流刑重于流刑；但实际上，在流放距离方面，军流刑前三个等次（2000、2500、3000里）与普通流刑的三个等次相同。也就是说，以流放距离为轻重标准，军流刑前2个等次（附近：2000里；近边：2500里）比普通流刑第三等次（流3000里）要轻。另外，名为军流刑，但对于所有军流刑案的审判，均由地方司法机关进行，而不是由军事机关进行，与普通流刑案的审判并无二致。

总之，无论是军流刑还是普通流刑，都不过是将犯人在中国国内由此一省迁移至彼一省。真正的流放应是将犯人流出国境，而在这一意义上，只有“发遣”才能算得上真正的流刑。满族人创设发遣刑，并以其作为仅次于死刑的一项重刑。被判处发遣刑者，送往边疆地区旗人官兵或非汉人的官兵为奴，这些地区主要包括满族人居住地北部（黑龙江流域）以及中国西部的新疆，尤其是伊犁地区。从本章后半部分以及本书所收的一个案例（第93·1案）中，我们可以看到，在管理被发送至黑龙江流域及新疆地区的发遣刑犯

方面，有关军事机关花费了相当多的精力。清朝前期，所有发遣刑犯皆被发送至黑龙江流域；18世纪新疆被征服之后，也接受一些发遣刑犯。18世纪中叶，中国西北部发生穆斯林大起义，去新疆的道路受阻，因此，黑龙江流域再次成为接受发遣刑犯的唯一地区。这种状况一直持续到大起义被镇压之后。

## 第七节 死刑

自581—583年隋朝《开皇律》颁布以后，死刑的法定等次一直为绞与斩，其中，斩刑重于绞刑。阿拉巴斯特这样描述绞刑的执行程序<sup>⑩</sup>：“行刑者将罪犯摔倒在地，脸部向上；然后跨坐在罪犯身上，并将一根绳索环绕在罪犯的脖子上，最后，尽可能快地——虽然实际上很慢——勒绞罪犯。如果行刑者行刑技术不熟练，那么，绞死罪犯的时间肯定会比垂梁上吊致死的时间还要长。”

理达·劳勃鲁在其所著《中国法律史研究》一书中说，上述绞刑行刑方法并不是唯一的方法。《中国法律史研究》收入一些图片，其中一幅中国版画复制品。在这幅画上，罪犯被绑在一根木柱上，行刑者站立在其身后。在另外一幅图片上，两名行刑者分立罪犯两边，将一根环绕在罪犯脖颈上的绳索分别向两个方向使劲拉拽<sup>⑪</sup>。

关于斩刑的行刑程序，阿拉巴斯特在《中国刑法评注》中这样写道<sup>⑫</sup>：“执行斩刑时，罪犯双手被捆在身后，并跪在行刑场地。一名行刑助手抓住捆绑罪犯双手的绳子，并将罪犯使劲按住；另一名行刑助手抓住罪犯的辫子，使其头低伸向前，刽子手挥动大刀，‘咔嚓’一声，罪犯就身首分离了。”

比较起来，绞刑的行刑时间较长，因而被刑者所受的痛苦也更多一些。而斩刑的行刑则较为利落，被刑者所受的痛苦也较少。但为什么在死刑等次上，绞刑反而轻于斩刑。这与中国社会流行的

社会宗教观有关系。中国人注重子女对父母的孝顺。而孝道的原则之一是强调“身体发肤，受之父母，不敢毁也”，自己的身体并不是自己的财产，而是父母所给我们的；因而自己的身体受到损伤，就构成对父母的不孝。而在死刑等次中，绞刑的执行，并不断裂肢体，能保留一个完整的尸体，因此它属于较轻的等次。另外，中国人还认为，尸体是否完整，决定了原来附于该身体的灵魂是否继续有居留场所。从这一意义上说，绞刑也轻于斩刑。

本章第一节的简表注明：绞刑与斩刑各自又分为两种——立决与监候。对于这一问题，我们将在后面详细讨论。简单地说：“绞立决”与“斩立决”是表示该项刑罚已确定，必须立即执行。相反，“绞监候”与“斩监候”则是表示：该项刑罚暂缓执行，在每年早秋于北京举行的秋审时，再进一步考虑对原判“绞监候”与“斩监候”刑是执行绞刑与斩刑，还是改判其他较轻的刑罚（通常改判流刑或军流刑）。

绞刑与斩刑是死刑的法定标准等次。除此之外，还有另一种最为残酷的死刑等次，即“凌迟”。适用“凌迟”刑的，仅限于叛逆罪及极少数重大犯罪，例如：杀祖父母、父母；采生折割人；杀一家三口以上或属于“十恶”范围的其他犯罪。阿拉巴斯特说<sup>②</sup>：

“被刑者两臂平伸，被绑成一个十字。刽子手用刀在被刑者身上割下一块一块的肉，每一刀割下，都使被刑者极其痛苦，但又不至于当下毙命；直到使被刑者身上千疮百孔，面目全非。……凌迟刑……给被刑者带来的痛苦和折磨并不比拷打更多，但它却毁弃了犯罪人当下的和未来的生命——不仅剥夺了被刑者的生命，而且也使被刑者的灵魂不再有居所。……因为灵魂的出现，必须附着于先前的肉体躯壳，而现在的被刑者，只是一个由小块肉、骨组成的集合体。凌迟刑并不是一种使犯人缓慢致死的死刑，自行刑开始，犯人在几秒钟之内即已毙命。致其于死地的一刀，通常是执行凌迟刑的第三刀。……

总 之，虽 然 凌 迟 刑 是 残 忍 的，也 是 令 人 作 呕 的，但 它 与 在 英 格 兰 不 太 久 以 前 还 实 施 的 半 吊 绞 死 (half-hanging)、剖 腹、 四 肢 裂 解 等 死 刑 相 比，并 没 有 给 受 刑 者 带 来 更 多 的 痛 苦。”

沈 家 本 提 出：由 于 法 典 没 有 具 体 规 定 凌 迟 刑 的 行 刑 顺 序，因 此，各 地 的 刽 子 手 都 将 执 行 凌 迟 刑 视 作 一 项 专 门 技 术，秘 而 不 宣，只 是 私 相 传 授。对 此，沈 家 本 举 例 说，即 使 在 像 北 京 和 保 定 如 此 邻 近 的 两 个 地 方，在 执 行 凌 迟 刑 方 面，也 方法 各 异。但 沈 家 本 又 说，一 般 情 况 下，执 行 凌 迟 刑 时，刽 子 手 总 要 对 被 刑 者 大 砍 “八 刀”。这 八 刀 所 砍 的 部 分 包 括：脸、双 臂、双 脚、胸、肚 及 最 后 一 刀：砍 下 头 颅<sup>⑩</sup>。

理 达 · 劳 勃 鲁 更 详 细 地 考 析 了 凌 迟 刑 的 执 行 方 法。他 认 为，沈 家 本 所 说 的 大 砍 “八 刀”，只 是 指 执 行 凌 迟 刑 全 过 程 中 比 较 重 要 的 几 刀，实 际 所 砍 的 刀 数 常 常 多 达 24 刀、36 刀、72 刀，甚 至 达 到 120 刀。<sup>94</sup> 理 达 所 收 集 的 几 幅 描 绘 执 行 凌 迟 刑 残 酷 场 景 的 版 画 中，有 一 幅 情 形 如 下：被 刑 者 被 捆 绑 在 柱 子 上，呈 十 字 形；地 上 有 三 块 被 刑 者 的 肢 体，鲜 血 淋 漓；刽 子 手 正 费 力 地 将 被 刑 者 的 第 4 节 肢 体 砍 下。明 代 有 一 起 极 为 残 酷 的 凌 迟 刑 执 行 例。宫 庭 太 监 刘 瑾 横 行 霸 道，要 政 治 阴 谋，遭 人 忌 恨。1510 年，刘 瑾 因 此 受 报 复，被 处 凌 迟 刑。执 行 此 凌 迟 刑 时，刘 瑾 的 身 体 被 割 成 无 数 小 块，据 理 达 的 统 计，被 割 次 数 不 少 于 4700 次，而 且 每 割 一 刀，同 时 鞭 打 一 次<sup>⑪</sup>。

凌 迟 作 为 一 种 死 刑 的 执 行 方 法，很 可 能 是 “蛮 族” 部 落 对 中 华 文 明 的 “贡 献”。史 料 记 载，在 907—1123 年 统 治 中 国 北 部 的 辽 代，生 活 着 一 些 通 古 斯 人 部 落 群 体，最 早 的 凌 迟 刑 即 从 通 古 斯 人 部 落 中 产 生。而 通 古 斯 人 正 是 建 立 清 帝 国 的 满 族 人 的 先 祖。据 关 于 辽 代 历 史 的 典 籍 记 载，辽 代 统 治 时 期，境 内 至 少 发 生 过 6 次 反 对 中 央 政 府 的 暴 乱，最 后，暴 乱 的 首 领 都 被 凌 处 死<sup>⑫</sup>。显 然，这 种 刑 罚 从 辽 传 到 了 当 时 在 南 方 的 宋 帝 国，在 宋 的 历 史 文 献 里，1028 年、1075 年 及 后 来 一 段 时 间，先 后 出 现 过 数 次 关 于 凌 迟 刑 的 记 录<sup>⑬</sup>。凌

95 迟刑作为死刑的法外等次，在宋代不过偶然被采用。只是在元代和明代，凌迟刑才被合法化。清承明制，也保留了凌迟刑的合法性。

“凌迟”是一个语言学上很特别的术语，而“凌迟”刑源于辽人这一事实有力地表明，这个词是从辽人的语言中借来的。沈家本试图将作为刑罚手段的“凌迟”与古代“陵迟”一词相联系（在中文里，“凌”与“陵”的写法稍有区别），但其解释难以令人信服<sup>②</sup>。

## 第八节 附设刑

以上我们讨论了法定正刑：“五刑”。除了法定正刑之外，还有几种附设刑或替代之刑。

### 一、枷号<sup>③</sup>

枷是一种用很重的木头制成的矩形刑具，中有圆孔。犯人被枷号时，将枷套在犯人的颈脖上；矩形的长边顺着犯人的前后走向，矩形的短边则顺着犯人的左右走向。犯人戴上枷以后，双手再也触摸不到自己的头脸。枷号常附于法定正刑“五刑”之上，枷号的时间定为若干天、几个月或者在极个别情况下几年。是否附加枷号，或者枷号多长时间，多由法律规定。例如，盗贼第二次又犯窃盗罪，依据所盗赃物数量，应处杖六十；但与此同时，作为累犯，还

96 必须附加枷号20日。另一方面，在特定情况下，司法机关可自行决定在通常处罚之外对于某些罪犯施行枷号，不论法律条文是否有此规定。本书所引案例中即有几个例证（第29·1案、第31·2案、第106·1案等）。

对于八旗军人（包括满人八旗、蒙古八旗及汉人八旗）来说，枷号已不仅仅是一种附加刑。八旗军人犯徒刑、流刑及军流刑罚时，可以用枷号刑替代其所判正刑。例如，八旗军人犯罪被判处徒一

年刑，依据法律，犯人可枷号20天，不再施以徒刑；再如，八旗军人被处军流烟瘴刑，但可不实际执行该刑罚，而以枷号90天替代<sup>⑨</sup>。

“枷”一词最初是表示一种农业工具。作为一种限制囚犯的器具名称（在使用方式上，类似于镣铐），最早见于一份有关公元4世纪前半期的典籍中。在563年的《北周法典》中，“枷”首次成为法定刑具的名称。此时“枷”的使用，既是为了限制罪犯的活动，同时也具有惩罚罪犯的目的。北周之后，枷一直作为限制罪犯活动的刑具。但在清代，情况有所变化，枷的主要功能转变为惩罚性。枷作为惩罚性刑具，其重量由法律确定，各地司法机关不得随意变动。但在清代的不同时期，法律关于枷的重量的规定却有过变化。1740年的《大清律例》规定枷的重量是25斤（1斤约等于1.3磅），而在1812年和1814年，枷的法定重量则增至35斤。

## 二、刺字<sup>⑩</sup>

在本章开始时，我们就已谈到，刺字是古代五种主要刑罚的一种（当时刺字被称作“墨”）。公元前167年，刺字刑以及其他肉刑一并被废除。在此之后，包括在长达4个世纪的大分裂时期中，刺字刑很少采用。隋唐两代，刺字刑停止使用。但大约从940年开始，刺字刑又死灰复燃，对某些被处流刑的罪犯施以刺字刑。

在清代，对于强盗、发冢、流囚逃脱被执等罪犯，通常均施以刺字刑。初犯者，于其右前臂刺字（有时用汉文，有时用满文，有时则同时用汉、满两种文字）。再犯则于其左前臂刺字。第三次犯罪和第四次犯罪，则分别在脸部的右边和左边刺字。在特定情形下，例如遇全国大赦，或罪犯本人立功等，法律特许已被刺字的人将所刺的字迹除去，从而恢复其普通人的身份。

## 三、鞭

鞭打，作为与棍刑同时并施的刑罚，或者，作为棍刑的替代刑，

初见于503年的梁朝法典，后来许多朝代的法典也列入鞭刑<sup>⑨</sup>。在清代，旗人犯罪被处笞、杖刑时，允许以鞭刑替代。其执行量以法定笞、杖刑量为准，即若被处笞二十，即代之以鞭二十；若被处杖八十，即代之以鞭八十。但尽管如此，鞭刑在清代仍不属于法定刑种。本书所译第97·1案涉及鞭刑的不当使用问题。

#### 四、枭示

在秦帝国建立之前的前帝国时期，就已出现“枭示”这一术语。在清代，枭示作为一种附加刑被保留，主要适用于某些重大犯罪，尤其是土匪、叛乱等犯罪。执行枭示刑时，将被处斩刑或凌迟刑的罪犯尸体上的头颅取下，装入一个木匣子，并将木匣子放在行刑地或者其他公共场所以示众，示众的日期一般为几天或几个星期。

#### 五、拷讯<sup>⑩</sup>

《大清律例》准许在一定限度内使用拷打方法，以对付拒绝认罪的嫌疑犯。如果司法机关认为确实需要，还可以对间接嫌疑犯以及证人实施拷讯。只要主持拷讯的官吏依据法律进行拷讯，即使将被拷讯者拷打致死，主管官吏也可不负任何法律责任。但如果主管官吏挟私嫌拷打无辜民人，并将其致死者，依据法律，主管官吏要处以斩监候刑；如果仅将其致伤，主管官吏应受的刑罚与斗殴好人致伤者应受的处罚同。另外，实施拷讯，必须符合法律所限定的条件。拧耳朵、击打脸部、迫跪、用木制械具挤压手指及脚踝等，都不得超出法律所规定的限度。当然，在司法实践中，有时还出现一些其他类型的法外拷打方式。

看起来，清代有关司法拷讯规定的严格性在某些方面不及唐代。《唐律疏议》规定：拷讯囚犯，在连续60天范围之内，拷讯次数不得超过3次，拷打总数不得超过200（《大清律例》中略去此条）。《唐律疏议》还规定，上述限数，仅适用于被控应处徒刑以上刑罚的

囚犯。如果囚犯被控的犯罪仅处笞、杖刑，那么，拷打囚犯的总数不得超过应处笞、杖刑的数<sup>⑩</sup>。与其不同，《清史稿·刑法志》称，在清代，拷打囚犯，每日不得超过30杖。

## 第九节 刑制总评

从1740年《大清律例》的内容，我们可以看到，清代刑制具有显著的仿古性、象征性、唯名性（存其名而失其实）特征。在流刑制度中，仿古性特征已有充分体现；另外，为保持不同种类流刑之间的象征性区别，流刑制度本身已陷入极为复杂、极为混乱的状况（尤其表现在普通流刑与军流刑在流放里数的重合方面）。

“军流”这一术语本身就已具有唯名性特点。军流刑曾经与军事活动有所联系，但此时它已不再含有军事意义，而在实质上与普通流刑无异。另外，在清代，笞、杖刑的实际执行量与前代同一等次笞、杖刑的实际执行量相比，已大为减少。但为保持名义上的连续性，清代法典所规定每一等次的笞、杖刑执行量，仍与传统的规定相一致。清承明制，在编纂清代法典时，也参照《大明律》。《大明律》所定“绞”与“斩”两种死刑，为清代沿用。在具体执行上，清代又将“绞”与“斩”二种死刑各分为“绞监候”、“绞立决”、“斩监候”、“斩立决”。为保持律文的连续性，《大清律例》并没将清代在执行方式上的创新明确写入正式律文，而只是以官注的方式，将“监候”等执行方式说明用小字夹排入律文之中。而这种“小字官注”对于案件的处理，又具有实质性意义。<sup>99</sup>

与前代法律相比，清代法律的残暴和严苛性稍逊一筹，但是，清代的立法者却宁愿原封不动地保留旧的严酷的法律条款，这不但表明了典型的中国人尊重传统的态度，而且也表明了他们的这样一种企望，即以刑罚条款中严厉可怕的字眼，令违法者望而却步。强调刑法的威慑功能，这是古代法家所竭力倡导的一条重要原则。

在清代，“绞刑”常转换为“流刑”，“军流刑”实际上只是一种较为温和的处罚方式，而“杖一百”的实际执行量已减少为四十。名实分离，名义上保留法律的严酷性，实际执行中则稍作变动，减轻处理，这正表明清代立法者对于古代威慑主义刑罚原则的沿袭。

立法者所主张的威慑主义刑罚原则在某些常用刑罚手段上，也有所体现。比如，流刑强行将受刑者与其家族相分离；这种刑罚并没有提供使被流者能够重新做人的改过办法。再如，枷号刑（与西方的足枷刑Stocks相类似）设立的本意在于一定程度上的宽恕罪犯，同时起到禁吓进一步犯罪的作用。<sup>100</sup>但立法者似乎忽略了这一事实，即：枷号刑本身并不具备改造罪犯的功能。对强盗处以刺字刑，以示警于世人；但刺字的结果，又使罪犯终生区别于普通人，从而堵绝了他们的自新之路<sup>101</sup>。所有这些刑罚方法的确立，从其指导思想看来，似乎都与法家理论有渊源关系。在法家看来，人类作为一种自私自利的动物，必然趋利避害；而阻止他们犯罪的只有恐吓与威慑，别无他途。法家这一观点与儒家思想针锋相对。儒家认为，人类的本性是善良的，因此，对他们应以道德教化为先。这是儒法两家在对于法律制度的功能评价方面的基本分歧。

中国人世界观的一个重要特征，是他们借助于一些彼此关联、等级分明和排列整齐的事物、概念和象征来解释宇宙及世间万物。上文我们已提到，金、木、水、火、土这五种自然物名称，被中国人串联相贯，形成著名的五行学说，并成为中国人解释自然与社会的基本理论框架。在法律制度方面，中国人创造了一个阶梯性刑罚体系：自最轻的刑罚笞十开始，逐步加重，直到最重刑：凌迟处死。这一阶梯性刑罚体系的存在，使得社会对于人们行为的道德水平能够进行精确的量的评价；同时，它也使国家能够对于各种犯罪行为——从最轻微的犯罪到最严重的犯罪——采取极为精确的报复手段<sup>102</sup>。

但是，如果我们细致观察就会发现，这一阶梯性刑罚体系内

部，还存在很多不协调的地方，尤其表现在五大法定刑种之间的衔接方面。例如，笞刑的最重等次（笞五十）与杖刑的最轻等次（杖六十）在数字上密切相联，自然形成刑罚等次上的阶梯性特点；但此二等次刑罚的执行对于受刑者的实际处罚程度，却相差甚远。根据清律对于刑罚实际执行量的调整，笞五十实际执行笞二十，杖六十实际执行杖二十，即便如此，其处罚程度仍有不同。

同样，从杖刑的最高等次（杖一百，实际执行为杖四十）到徒刑的最低等次（杖六十，徒一年；实际执行为杖二十，徒一年），其间也存在明显的跳跃性。<sup>101</sup>还有，在徒刑最高等次（徒三年）和流刑之间，量刑幅度也有严重的脱节。为弥补这一缺陷，立法者设立了总徒四年和准徒五年的附设刑等。但在司法实践中，此二刑等极少使用，因而徒刑与流刑之间的脱节现象仍未得到缓解。在普通流刑与军流刑之间，其缺陷不在于量刑幅度上的脱节，而是过渡的重复（关于这一点，在上文已有详细叙述）。当然，在协调刑种之间的级差，使具有合理的递增和衔接关系等方面，清代立法者已经尽了最大的努力。例如，在五等军流之上，设“放逐”一刑；将“绞刑”与“斩刑”这两等次死刑进一步划分，形成“绞监候”、“斩监候”、“绞立决”、“斩立决”四个刑等。别人也未必能做得更好。

在三类较重刑罚（徒刑、普通流刑及军流刑、死刑）内部，如何计算刑罚的增减有着不同的“公式”，在结束有关的讨论之前，弄清楚这些公式是很重要的。量刑等次增加一等指的是：从徒一年刑增至徒一年半刑；从最高等次的徒刑到最低等次的普通流刑；从最高等次的普通流刑到最低等次的军流刑；从绞监候到斩监候，等等（应注意，几种附设刑等，例如总徒刑、放逐刑等，不在量刑等次性增加的序列之中）。

与量刑等次的增加相比，量刑等次减少的计算方法截然不同。在计算减刑时，每一刑种（死刑、普通流刑与军流刑、徒刑）只被视作一个单独的级差（计算加刑时以刑种之内的等次为计算单位）。

这样，如果对于“绞立决”刑减刑一等，其应处刑就不再是“斩监候”，而是远远低于“绞立决”刑的流刑（有可能是普通流刑，也有可能是军流刑，因为它们一齐被看作是仅次于死刑的重刑）。从理论上说，“绞立决”刑减刑一等，可以是普通流刑的最低等次（即流102 2000里），但实际上，常常以五等军流刑中的某一等代之。与其相同，“绞立决”减刑二等，从理论上可认定减至“徒一年”刑，但实际上，却常常减至徒刑的最高等次“徒三年”刑。清代法典的“上注”（参见本书第二章第四节）称区别对待加刑与减刑的计算方法表现了国家的“为政之仁”。确实，儒家的人道主义思想对清律产生了重大影响，而在加刑与减刑计算方法上的区别，正是这一影响的直接反映⑩。

## 第十节 犯罪的种类

沈家本统计了自唐至清历代法律所规定的可以处死刑的犯罪项数。其具体数如下❶：

法 典	分 项 数 字	合 计
《唐律》 (653年)	绞刑罪 144 斩刑罪 89	233
《宋律》 (963年)	绞刑罪 144 斩刑罪 89 (后来增加死刑罪60项)	293
《元律》	死刑罪 135 (包括凌迟刑罪9项)	135
《明律》 (1397年)	凌迟刑罪 13 斩立决刑罪 38 绞立决刑罪 13 斩监候刑罪 98 绞监候刑罪 87 另有： 《问刑条例》死刑罪 20 “杂犯”死刑罪 13	282

从上表可以看到，除去元代的法定死刑罪数量锐减之外（为何 103 数量锐减，沈家本未作解释，但很明显，这与统治元帝国的蒙古族人的习惯有关），唐、宋、明三代的法定死刑罪数基本一致。在18世纪的英国，“从谋杀到窃贼，法律规定可处死刑的犯罪数在300项以上”<sup>⑩</sup>。与其相比，中国的唐、宋、元、明四代法定死刑数都在300项以下。因此，在一定意义上，可以说，中国刑罚的严酷性并未达到极端化程度。更进一步看，明代法定死刑罪总数为282项，但实际上，其中至少有198项（包括斩监候刑罪98项、绞监候刑罪87项、杂犯死刑罪13项）通常——但不是必然——都转判低于死刑的其他刑罚。这更表明中国刑罚较为宽松的特点。

关于清代法律，《大清会典》提供了较为详细的各类法定刑罪统计数字<sup>⑪</sup>。但这些数字却存在一些疑问。沈家本统计了宋、元、明等朝代的法定死刑罪数。将这些数字与《大清会典》所载有关清代法定死刑罪的数字相比较，可以发现，后者远远超出前者。当然，清代的“例”在数量上远远超出明代（至1863年，清代的“例”数为1892；而在1585年的《大明律》中，“例”数仅为382），这一点可以用来解释为什么清代的法定死刑罪数如此之多。但即便如此，还是有人坚持认为，《大清会典》关于法定死刑罪数的统计，可能与沈家本统计前代法定死刑罪数所采取的标准不完全一致。

根据《大清会典》的记载，《大清律例》总共列有3987项应处刑罚的犯罪。接近4000，但仍属“3000多”的范围，这一数字与中国传统的刑罪数字巧妙吻合。中国最早的一部涉及法律的典籍《吕刑》（在该典籍中，记载着苗民创设第一部成文法的传说）有这样一种著名说法：“五刑之属三千”<sup>⑫</sup>。

《大清会典》关于各类刑罪的统计数字过于详细，在此难于一一转述。我们仅作进一步归并，按主要刑种分列各刑罪数如下。

笞刑罪：363项（自笞十刑罪31项至笞五十刑罪123项）

杖刑罪：1071项（自杖六十刑罪124项至杖一百刑罪505项）

**徒刑罪**: 721项(自徒一年刑罪95项至徒三年刑罪352项; 还包括总徒四年刑罪2项, 准徒五年刑罪2项, 迁徙比流减半准徒二年刑罪5项)

**流刑罪**: 406项(自流二千里刑罪73项至流三千里刑罪301项; 还包括极为稀少的迁徙刑罪3项, 名义上的“杂犯”刑罪18项)

**军流刑罪**: 619项(自附近流刑罪56项至烟瘴流刑罪100项; 还包括发遣流刑罪143项)

**死刑罪**: 813项(包括“杂犯”死刑罪12项), 其中: 绞监候刑罪272项, 斩监候刑罪218项, 绞立决刑罪71项, 斩立决刑罪222项, 凌迟刑罪30项。

## 第十一节 西方人对中国刑罚的粗略观察

对于清代所实行的各种刑罚, 当时的人们作何评价? 今天来回答这一问题, 已非常困难。因为清代有关刑事案件的文献记录, 绝大多数是由官方机构官府通行的语言文字写成, 很少有受刑者本人对所受刑罚的真实评价。大多数受刑者都是文盲, 他们当中极少有人想到将自己对刑罚的看法用自己的语言记录下来。沙皇俄国时期, 陀思妥耶夫斯基<sup>①</sup>等人对于监禁和流放作了生动的文字记述。与其相比, 在中国文献中则很难找到具有同等风格的记载<sup>②</sup>。

105 退回到几十年去, 也许我们还能找到亲身参加过清代诉讼的人, 请他们对清代刑事制度作一感性说明。自然, 这样的人都已经过世, 不能复生。为弥补这一缺陷, 我们应该借助于清代或清代以前的各种文献, 包括小说、戏剧、短篇故事等, 虽然这些文献中不乏虚构的内容, 但也正是它们, 能够描述当时社会的各种真实情景<sup>③</sup>。

<sup>①</sup> 原文“Dostoevskys”, 疑为“Dostoyevsky”之误。——校者注

另外，我们也可以借助于像《刑案汇览》这种类型的案例汇集。案例汇集用比较集中的文字描述了清代司法体制的运作程序（本书所译案例均源自《刑案汇览》）。例如，本书所译的一个案例就用生动的文笔详细记载了某地一次死刑案的执行错误：行刑场地聚集着大批的围观者，致使刽子手行刑失误——一名被处以斩刑的罪犯被绞死，而另一名处以绞刑的罪犯则被斩首。

然而，要做好上述工作，势必要远远超出本书的研究范围。作为一种部分的补偿，我们要引用三个19世纪西方人的观察所得，这三名西方人都对中国有很好的了解，而且看来是守理性和客观立场的。第一名是英国外交官哈利·S·帕克斯(Harry S. Parks)，他是在1860年与英法联军一起由天津进入北京的。在北京，帕克斯打着一面停战谈判的旗帜来到清军营地，但却被清军逮捕（可能是清军不明白停战谈判旗的含义），并被关押在中国刑部的监狱之中，关押期自1860年9月18日至29日。后来，当局将帕克斯转移至京郊农村。英法联军占领北京后不久，帕克斯于同年10月8日被释放。对于在北京被监禁的这一段经历，帕克斯后来撰成文章。在该文中，帕克斯写道<sup>⑩</sup>：

106

沉重的监狱大门被打开，我被带了进去，大门在我身后又轰隆隆地关上。这时，我发现自己是在一群大约七八十个外表粗野的囚犯之中，像在中国的监狱里通常所能见到的那样，这些囚犯因为疾病和不卫生的环境，多数都极富有攻击性。他们自然都带了焦虑的神情瞪视着我这新来者……

狱卒们把我放在一块囚犯睡觉用的垫起来的铺板上，并用另外一根粗大的铁链把我牢牢拴在头顶的梁柱上。这根铁链既长又重，先从脖颈绕一圈，并固定在双脚上；双手被两条交叉的铁链和手铐紧紧捆住，双脚也是一样……

这里所关押的囚犯中，绝大部分都是犯有重罪的社会下

层人物，包括杀人犯和夜间窃盗犯。监狱内的生活条件极端恶劣，犯人们面容憔悴，体弱多病，经常有被囚身亡者。但是，如果犯人能够送点钱银或物品给狱卒，则有可能得到稍有改善的生活条件。

在监狱里我听说，在监狱所需的费用里面，政府只提供两项开支，即狱卒的工酬和每天给各位囚犯的两碗小米粥。其他开支，包括监狱用水、照明用的灯油、柴薪、茶叶、食盐、蔬菜，以及供狱卒们改善伙食的费用等，都由某些囚犯自愿提供。这些囚犯自愿承担这笔开支以赎免他们监禁期的一部分。

刑部官员指示监狱首领，给我提供一些我能吃的食品。据说刑部官员还确定了我的伙食标准为每天1先令，所需费用由看管我的狱卒支付。我估计由于我的伙食标准较高而要多花狱卒的钱银，可能招致他对我的粗暴行为。但是相反，他是最先对我表示善意和体恤的一个人。每天我能吃到两顿米饭或面条。同时，配有少量的肉或蔬菜。另外，还有一些糕饼、农家面包及少量的茶和烟。

从挂在墙上的名册中，我发现他们把我定为“叛乱者”。当局命令给七十三名叛乱者戴上最重的脚镣刑具，但我却属于这七十三名之外的五人之一。

对于读过狄更斯作品的人来说，这一段监狱生活的记述不会使他们感到震惊。至于帕克斯所说囚犯们支付饭食开支，以期缩短监禁期，这似乎是一个误解。因为正像我们所看到的，监禁并不是一个正式的刑种。然而，帕克斯所述囚犯们被迫支付部分生活费用，这一点具有重要意义，它与我们所了解的中国政府体制的特点相符合。该政府体制的一个主要缺陷在于它没有对于其官员以及所属吏役付给足够的薪俸。因此，勒索是不可避免的。问题在于：勒索的程度是否在社会所能容忍的范围之内<sup>④</sup>。

我们要提到的第二名西方人是美国传教士D·J·迈克哥温(D·J·MacGowan)，他来自马萨诸塞州的福尔里弗市。迈克哥温在中国生活了几十年。1859年，他发表了一篇论文，题目是“论中国对刑犯的流放”。该文所用材料，绝大部分是作者本人的所闻所见<sup>⑩</sup>。

在“论中国对刑犯的流放”一文中，迈克哥温主要讨论了普通流刑和军流刑。他认为，徒刑仍属“轻微刑罚”，故在文中仅一掠而过，未作详细讨论。迈克哥温认为普通流刑与军流刑之间并没有实质意义的区别，他是最早提出这种看法的人(文章中的“流放”一词即统指“流刑”)。在文中他写道：

实际上，普通流刑与军流刑之间的区别今天已近于无；那些被判处了军流刑的人，不过是被从他们所在的地方送往另一个遥远的省份而已。

根据法律规定，被处流刑的罪犯一部分送至伊犁充军，还有一部分即在本地衙门服役。直至今天，我们仍可在地方政府中看到充当衙吏的这种罪犯。

迈克哥温举了一个例子，他说，在中国杭州，科举考场中就有流刑犯提供服务。科举考试定期举行，每次持续几天，考试场所是一个对外完全封闭的地方。在考场中，被处军流刑的犯人负责为参加考试的书生们提供食物，当然，他们也为这些书生提供其他一些必需的生活服务。做这种工作能够得到考生们私下里给的银钱，有利可图，所以，这类服务工作现在已经由专职人员承担了。迈克<sup>108</sup>哥温在他的文章中继续写道：

流刑分作两个等级，一种称做军流，另一种则是比较严格意义上的流刑。在帝国境内的各大城市里都可以看到被判处

流刑的犯人，因此，要观察流刑制度具体施行的情况，机会是很多的。

按照宁波的流刑犯占该地总人口数的比例估算，全浙江省的流刑犯总数大约为800，而全国18个省的流刑犯总数不少于25000人。所有这些流刑犯都在严密的监视之下，他们必须向地方政府不断报告自己的服刑情况。这种报告定期进行，一般为每个月两次。报告人可以是流刑犯本人，也可以是他们的担保人。除此之外，当局对流刑犯没有其他过多的限制，当然，新来的流刑犯仍要受到一些限制。流刑犯的口粮由地方政府供给，基本能满足他们的需要。另外，流刑犯还有一种与乞丐相类似的“特权”——向商店老板乞讨一些零花钱。与乞丐一样，流刑犯也形成一个团体，由该团体的首领每季度一次，或每年一次向商店老板索取。与乞丐相比，这些流刑犯里最穷的那些也都过得不错。他们每人都有自己的营生方式。几乎所有的做旧货买卖的商人都来自这些流刑犯。他们放高利贷，把手头的小额钱银借给急需费用的穷人，并收取月利为20%的利息。这些流刑犯还收受赃物，他们与盗贼沆瀣一气，而与官府的捕快互相串通。他们随时准备为了钱去替人吵架，如果被雇为打手，他们又费尽心机装作有法律撑腰；虽然这些人刁钻难缠，有时还会身陷法网，或被人痛殴。几年以前，在宁波东部曾发生一场乡民反对食盐专营制度的骚乱，为平息这场骚乱，官府雇用了一批流刑犯。在与乡民的混战中，大约有20名流刑犯身亡。这些流刑犯总是受雇于官府……

在流刑犯中，有些人随身携带了一些财物，也有些流刑犯的家属随犯人一起流放外地。在这种情况下，即使遇到大赦，他们之中也有许多人宁愿留在当地按他们现在的方式生活，而不想回到原籍去过一种无定的生活。在流放的人中间，有一种相依与共的群体，它可以保护自己的成员免受外人的

欺侮……按规定，某一个省的流刑犯人应该是来自另一省的同一地区，比如，山东、直隶及陕西的流刑犯依法都以浙江为流放地。这种背景可以帮助我们理解上面谈到的流刑人犯的群体<sup>⑩</sup>。

在谈到放逐到中国境外的流刑（军流刑中最重的一种）时，迈<sup>109</sup>克哥温主要依据的是上面曾提到过的伊犁军事总督的备忘录（参见注<sup>⑪</sup>）他说：

在道光皇帝统治的三十年间，流放到伊犁去的流刑犯在1000名至2000名之间。每名流刑犯流放到伊犁，约花费100两银子。这些银子由帝国政府支付。除此之外，管理流刑犯的地方政府还得支付管理费用。此外，流刑犯在去流放地点的旅途中沿途抢劫，小客栈老板及乡民们都表示反抗，也许这部分是因为，负责押送的兵卒们也从中分得了一部分好处。

到达流放地点后，流刑犯很快结成秘密团伙，团伙之间，各以其籍贯相区分。

这些团伙经常对政府官员和当地居民施加压力，并且干扰社会秩序。根据《大清律例》的规定，流刑犯应在流放地点从事农业耕作，或者作为奴仆为衙门及军队中的官兵提供服务。但实际上，这些流刑犯恐怕是难惹的“仆役”。去年伊犁闹饥荒，流刑犯们聚集闹事，意欲发动骚乱。

迈克哥温作如此议论，是否持有过度的偏见？我的回答是否定的。请看他在文中最后的总结语：

如果认为中国法律在实践和理论两个方面都不重视人的

生命，那不仅是错误的，而且也是对中国人的不公正。当今中国政府的某些做法，不能代表中国政府的一贯政策。在大多数情况下，中国法律对于臣民的生命严加保护。死刑非得到皇帝的批准，不得执行。政府为实行流刑制度，花费了大量的钱财和人力，这足以说明政府力图减少死刑，减少流血。此外又可以补充一句，乾隆皇帝统治时期（1736—1795年），通过几次修订法律活动使法典日趋完善，其法律的宽大，在中国历史上是没有先例的。

110 我们要提到的最后一名西方人是英国领事T·T·梅多斯（T·T·Meadows）。在19世纪谈论中国问题的作家里面，梅多斯以其对于中国文明的同情态度和哲学方面的研究而负有盛名<sup>⑦</sup>。他对于中国文官体制的描述和赞许，对19世纪中叶英国文官制度的建立起了一定的促进作用<sup>⑧</sup>。

1851年7月30日，梅多斯在广州目睹了34名犯人被执行死刑的情况。后来，梅多斯在他的“广州行刑纪实”<sup>⑨</sup>一文中详细记述了当时的行刑情况。文章一开头，描述了行刑的场所（第55页）：这是一条南北向的小胡同，长约50码；其北端约8码宽，南端比北端窄一些，大约为5码。胡同的东侧是一堵墙，其西侧一遛排着几家店铺，店铺主要经营一些劣质的陶器。梅多斯接着写道：

这个胡同只有一只大船的甲板大小，周围几乎全是用阴森森的砖墙围绕着；在当年的头八个月中，在此胡同内被处死的死刑犯已超过400名。胡同内还残留着被执行死刑后的犯人的肢体，散发着难闻的臭气。在烈日的照晒下，浸透着人血的路面蒸腾起一阵阵热气。有时，被刑者的尸体被留在那里等着死者的朋友来收尸。第一次去那儿的时候我就看到4具这样留下来的尸体，4具尸体依倒下时的不同姿势躺着，砍掉

的头颅就在躯体近旁。两头猪在尸体之间来回走动，吮吸着路面小坑中聚集的人血。在尸体横卧地之外约7码的地方，一名妇人抱着一个约莫一两岁的孩子，坐在一家陶器店门口。这名妇人和孩子都瞪着一双惊异的眼睛，但他们所注视的不是那两只徘徊于尸体之间的猪，而是注视着穿着奇异的外国人。

梅多斯接着描写行刑的情形(第56页)：

犯人被押进场内，大部分徒步而行，也有一些犯人分别被装在大竹笼里，由两名狱卒抬入现场。装在竹笼里的犯人全疲软无力，我想，可能是由于过度的恐惧，也可能是在监禁和审讯过程中受到拷打所致。进入场内的犯人被分别安排在一个固定的位置上，大多数人立即瘫软。每一名犯人身后站立一名狱卒。狱卒们把瘫倒在地的犯人拉起，使其跪在地上。  
111

犯人们跪下之后，其身后的狱卒抓住犯人的辫子，将其头往前拉。这时，刽子手开始动手。刽子手只有一名，他一口气将33名犯人斩下头颅，前后时间不超过3分钟。在将33名犯人斩首之前，刽子手还对第一名犯人给以重重一击，但并没有将其斩首。这第一名犯人是首犯，他被处以凌迟刑。将33名犯人斩首之后，就应执行凌迟刑了。地上立起一根圆柱，犯人被绑在上面。梅多斯接着作了详细描述(第57—58页)：

我们站在犯人侧面约20码以外。首先，刽子手在犯人的额头上划了两刀，又在左胸上重砍了一刀。接着，用刀在犯人大腿前侧割下一块一块的皮肉。对于可怕的行刑过程，我们未能完整地看到。从刽子手向犯人砍第一刀到犯人整个躯体从立柱上倒下以及头颅被割下，前后经过了4—5分钟。在整个过

程里面，我们都可以走得更近些去观看行刑，不过很容易想像，甚至巨大的好奇心也不能够诱使我们跳过横陈地上的死尸，跨过血水，到近前去听那些可怜的人起伏的胸膛和颤动的四肢中发出的呻吟。从我们站立的地方，我没有听到一声哭泣；而且，我还可以补充一句，当刽子手逼近的时候，这33名死刑犯中，没有一个人表示反抗，或者发出一声呼叫。

当第一名刑犯被斩首之后，我即看到从围观的人群中跑出一名男人，他蹲在已倒下的刑犯躯体一旁，手里拿着一只陶罐和一把类似灯芯草的小棒。他将一根一根的小棒浸在死者的鲜血之中，待其浸透了鲜血，再将小棒放在陶罐里。据中国人说，这种浸透着人血的小草棒可以充作药用<sup>⑩</sup>。

19世纪中期，中国爆发了太平天国起义（1850—1864）。太平天国起义对于中国不同地区的影响时间上表现出阶段性。1851年，其影响主要限于中国南方；1857年，则影响到中部地区；1860年，进一步影响到北方。以上记述的关于死刑执行情况，在这三个阶段的三个地区中，具有一定的普遍性。中国内部这种具有极强破

坏性的内战对于中国最富庶的地区造成毁灭性打击。2000多万人在战争中丧生，满族人所建立的帝国政权几乎被摧毁。自太平天国起义之后，中国社会陷于全面危机。而在此之前三四年，中国社会仍处于和平盛世，前后相比，判若两个社会，而本书所引案例大多为清帝国盛世之时所发生。要把以上关于某一阶段刑事制度的描写用在时间上较早的政治稳定时期，恐怕是不太公平的。不过在另一方面，这些描写确实准确地记录了当时的情形。1901年开始，以沈家本为代表的一批中国法学家对于传统的刑事制度展开了激烈的抨击。通过阅读上述三名西方学者对于中国刑事制度的文章，我们也能进一步了解为什么沈家本等人反对传统的刑事制度。在沈家本等人的激烈攻击下，清帝国的刑事制度发生了一

次彻底的变革。1911年辛亥革命则从根本上废弃了这一制度<sup>⑨</sup>。

### 注释

①胡士威：《汉律辑存》，(I，124—128)

②关于分裂时期的刑罚，巴拉斯在其著作中将其制成便于阅读的表格，见该书第210—211页。

③见布莱斯《大清律例》译本诸图第11—16页及正文，no.36—41。

④对于这一问题，学界尚未形成确定的意见，但很可能“楚”就是the Vitex negundo (在英语中，对此还没有通译名称)。它是一种类似于灌木的小树，其中的一种在华北较为多见，当地农民常取其软枝条编制筐篮。

⑤关于不同时期笞杖刑行刑工具的制作原料及其尺寸，可参阅沈家本：《刑具考》，载于《沈寄簃先生遗书》第519页。关于因增加刑具的尺寸导致行刑数量的减少这一推论，可参阅菲拉斯I，114—116。

⑥参见《大明会典》(1587年版，1963年台北重印)，61:276—28。例如，福建省的徒刑犯要被送到江苏省从事煮盐苦工，江西省的徒刑犯则送往山东省从事冶铁苦工。

⑦参见《大清会典事例》(1899年版，1963年台北重印)，741:1—36。另可参见《清史稿·刑法志》，第45页。

⑧关于“总徒”及“准徒五年”刑，可参阅沈家本：《总考》，4:14b，载于《沈寄簃先生遗书》第28页。但很可惜，沈家本没有提及“迁徙比流减半准徒二年”刑，而这恰恰是上述三种刑中最令人费解的一种刑。《大清律例》有时涉及这一刑种(布莱斯《大清律例》译本，no. 225, 381, 1518；另外，《大清律例》本来还有一节也与此刑种有关，但在布莱斯译本中，该节却被省略；如果保留，该节当位于no. 1515和no. 1516之间；在斯汤顿译本中，该节的序号是no. 343)。《清史稿·刑法志》第49页及该书北京版第50页注④、⑤也谈及此刑。还可参阅《大清会典》(1899年版，1963年台北重印)53:6b。

⑨参阅本书第一章注⑩。

⑩参见《三流通里表》(湖北，1872年)，“直隶”条，P. 1b；“陕西”条，P. 2—3。

⑪关于这一问题，学界的意见较为混乱，需要进一步澄清。根据《清

史稿·刑法志》，要求流刑犯妻子陪同丈夫流放外地的条例于1759年被废止，政府同时停止为流刑犯妻子陪同丈夫流放提供费用。但《清史稿·刑法志》的校订者们认为这一日期有误。他们认为，该条例的废止日期应为1743年，政府停止支付费用的时间是1766年。本书所引案例中，有一件发生于1818年的案例（第4.1案）。从这一案例我们可以看到，要求流刑犯妻子陪同丈夫流放外地的法律条款在此时仍适用于被判处流刑的旗人家奴。另外，发生于1826年的一件案例涉及普通人。该案中，丈夫被流至东北，但妻子拒绝陪同其流放。美国学者在描述1859年中国的流刑制度时认为，官府允许流刑犯家属陪同流放，但并不强迫他们这样做（参见本章末）。

⑫参见沈家本《分考》，9:11—13b，载于《沈寄簃先生遗书》第133—134页。

⑬参见沈家本《充军考》，载于《沈寄簃先生遗书》第541—552页。

⑭同上书，第543页。例如在明朝，高级文职官吏犯罪，可判处革职、“发边卫充军”。参阅查理斯·O·胡克（Charles O. Hucker），《中国明朝的监察制度》（The Censorial System of Ming China, Stanford, Calif., 1966）第254、261、263页等。

⑮关于这一日期，参见《清史稿·刑法志》第52页。

⑯参见《五军道里表》“直隶”条，P. 2b。

⑰参见《五军道里表》“广东省”条，P. 2b。

⑱参见沈家本《充军考》第1—2页，载于《沈寄簃先生遗书》第552页。

⑲参阅阿拉巴斯特：《中国刑法评注》（Notes and Commentaries on Chinese Criminal Law）第62页。

⑳参阅理达·劳勃鲁（Niida Noboru），《刑法》（Criminal Law），第120页。

㉑同上书，第59页。

㉒同上书，第57—58页。

㉓沈家本《分考》，2:17—19b，载于《沈寄簃先生遗书》第47—48页。

㉔理达关于凌迟刑执行情况的长篇讨论，参见理达：《刑法》第153—171页。此处所援引的有关观点，可参见该书第158—159页。关于凌迟处死刘瑾的刀割次数，理达没有提供证明材料，这一数字可能来源于民间传说，而不是来自严肃的史书。《明史·刘瑾传》（卷三百零四）也没有证实这一数

字。

㉙参见《辽史》有关912年、948年、951年、952年、1063年等年度活动的记载。很奇怪，无论是沈家本还是理达·劳勃鲁，他们都没有注意到这些记载。沈家本只是提到《辽史·刑法志》将凌迟刑作为最严厉的极刑之一。理达参阅了953年提交给后周(951—959)统治者的一份奏折（这可能是最早涉及凌迟刑的旁证材料）。该份奏折称：用短刀割割人体是从外邦传进来的一种非法行刑方式。参见理达：《刑法》及《旧五代史·刑法志》。

㉚参阅沈家本：《分考》，2:17—19b，载于《沈寄簃先生遗书》第47—48页，理达·劳勃鲁：《刑法》第157页。

㉛在公元前3世纪著名儒家荀况的著作《荀子》中，出现过“陵迟”一词。《荀子·宥坐篇》：“百仞之山，任负车登焉，何则，陵迟故。”杨琼注：“迟，慢也。陵迟，言丘陵之势渐慢也。”沈家本对此加注按语：“陵迟之义，本言山之由渐而高，杀人者欲其死之徐而不速也，故亦取渐次之义”。（参见沈家本：《分考》）

㉜参阅《清史稿·刑法志》，第56—60页；《大清会典》，53:4b—5，沈家本：《刑具考》，P. 10b—13b，载于《沈寄簃先生遗书》，第513—514页；巴拉斯第67页。

㉝参见本书所选译案例第1.2案。

㉞参阅沈家本、伍廷方1905年4月16日关于改革刑制的奏折，梅耶英译本，第168页；《清史稿·刑法志》第59—60页；本书所选译案例第41.2案。

㉟参见巴拉斯第40页及其刑制一览表，第210—211页。

㉛参见布莱斯《大清律例》译本，no. 1671—1673（在这里，布莱斯省略了几段及几条完整的例），阿拉巴斯特：《中国刑法评注》第17—19页；刑部1905年4月29日奏折，梅耶英译本，第160—162页。

㉜欧凯新引自《唐律疏议》卷29第9条。

㉝参阅本书所选译案例第41.2案。在该案中，一名14岁少年犯窃盗罪，由于年少，仅处以刺右臂刑。但刺字后一年，该少年再次犯罪。显然，少年右臂上的“窃盗”二字很难阻止他再次犯罪。

㉞乾隆皇帝(1736—1795)曾试图废止这种机械的道德评价标准，参阅本书所选译案例第61.2案。

㉟见布莱斯《大清律例》译本no. 111。

⑦参阅沈家本：《死刑之数》，载于《沈寄簃先生遗书》第532—533页。

⑧参见“死刑的演变”，载于《纽约时报》1965年5月17日。

⑨《大清会典》54:1a—b。

⑩詹姆斯·莱格译本，载于《中国古典》第五册，III，606。

⑪有一个例外：清人方苞(1668—1749)曾作《狱中杂记》(Notes on prison Life)，详细记载了他在北京某监狱中的恐怖生活。参阅阿瑟·韦利(Author Waley): Yuan Mei, (London, Allen and Unwin, 1956)第115页。

⑫很多有价值的材料已被理达·劳勃鲁所收集。在他所著的《刑法》(Criminal Law)第615—675页中，列有他从戏剧、小说及其他文献中汇集的有关拷讯、监禁刑具、监狱、刺字等方面的材料。但很奇怪，理达的考察研究忽略了有关徒刑、流刑及充军刑的材料。

⑬该文载于《北中国先驱》(North-China Herald)，上海，1861年3月30日，557:51。

⑭参阅瞿同祖：《清朝地方政府》(Local Government in China under the Ch'ing)第22—32页。

⑮该文载于Journal of the North China Branch of the Royal Asiatic Society, 3:293—301, 1859年12月号。该文所用材料，部分来自驻新疆西部的伊犁将军上报皇帝的奏折，在这些奏折中，伊犁将军请求皇帝不要再把囚犯流放至这块遥远的地区。该文的大部分材料似乎来自作者本人在中国中部的浙江省，尤其是在重要的港口城市——宁波的亲身见闻。这使得作者能够根据在这一特定地区所获得的广泛材料，概括出自己的结论。

⑯正如我们在前文所说，军流刑犯人的实际情况并不是这么简单。因为某一府的军流刑犯人，他们有可能被送往好几个地方，而不是一个固定的地方，这些地方经常是分布于不同的省份。然而，迈克哥温关于同一流放地的犯人大都来自同一地区这一观点，基本上是正确的。

⑰主要可参阅梅多斯的长篇巨著(该书至今仍值得一读)：《中国人及其反叛者》(The Chinese and Their Rebellions, London, 1856, reprinted, Stanford, Calif., 1953)。

⑱参阅邓苏玉(Ssu-yü Teng), “西方考试制度所受中国的影响”

(Chinese Influence on the Western Examination System), 载于《哈佛亚洲研究杂志》(Harvard Journal of Asiatic Studies), 7:267—312, 1943年。

④9见《皇家亚洲社会杂志》(Journal of the Royal Asiatic Society, 16:54—58), 1856年。

⑤0这种迷信观念是现实主义短篇小说《药》的基础,该小说的作者是中国现代伟大的作家——鲁迅(1881—1936年)。小说描写一对夫妇竭尽全力挽救患结核病的小儿子,他们从专门在刑场收集人血的人那儿获得蘸血的馒头,并让他们患病的儿子吃下这种馒头。

⑤1在论述上述变革时梅耶所常常援引的《中国现代刑法导论》(Introduction of Modern Criminal Law in China)一书具有极其重要的价值。从该书中我们所选择介绍的上述三种意见更是该书中的精品,因为它们基本具备准确性、客观性及记载的详细性。19世纪关于中国的大量论著中,约翰·亨利·格雷(John Henry Gray)的《中国:法律史,人们的风俗与习惯》(China: A History of the Laws, Manners and Customs of the People)一书关于司法程序及刑罚的描述尤为出色。这一研究课题中很多精彩的论断都以作者的亲身感受为根据,但同时,它也有一些错误和不足。

欧洲最早描述中国的监狱及司法程序的人包括:葡萄牙商人盖洛特·佩雷拉(Galeote Pereira),他的描述源自他自己的亲身经历,1549年至1552年他在中国南部沿海逗留期间,大部分时间是在监狱里度过的;葡萄牙人弗里尔·加斯帕·达·克鲁兹(Friar Gaspar da Cruz),他对中国监狱及司法程序的描写材料,大部分来自佩雷拉的见闻,但他本人于1556年也在广东有过短期的亲身体验。上述二人的描写材料虽然简短,但却准确,真实。英译本见C. R. 博克舍(C. R. Boxer)的《16世纪中国南部纪行》(South China in the Sixteenth Century, London: Hakluyt Society, 1953)第17—25页及第175—185页。

## 113 第四章 司法制度

### 第一节 上诉制度<sup>①</sup>

本章将以设在北京的清帝国的刑部为中心展开论述。本书所收集的190个案件都来自刑部，因此，详细了解刑部的机构及工作程序，有助于我们对这些案件的深入分析。首先，我们来看看各类案件如何由地方司法机关转到刑部。本书第一章曾就中国法律的一些基本概念进行过讨论，其中某些观点有助于对案件上转刑部的程序进行分析。这些观点包括：中华帝国的司法体制如同其政治体制一样，具有高度集权化特点；没有私人法律职业者；所有的案件最初都由基层行政机构——州或县处理（在京城及边疆除外），而州县长官很少经过专门的法律训练，他们处理各类案件，只是将其作为一种行政事务来对待；州县官未受法律训练，因此，他们不得不私下雇用一些通晓法律的人帮助他们；按照法律规定，除了轻微案件，州县应将所处理的案件报上级机构，某些案件要一直上报给皇帝本人。

在19世纪前期（本书所辑案件多发生于这一时

期)，帝国的统治机构分作四级。这四级机构包括(为简明起见，某些不重要的行政机构于此省略)：第一级，大约1300个县和150个<sup>114</sup>州；第二级，180个左右的府；第三级，18个省；每一个省皆设有一个行政长官，巡抚，也设有级别较高的总督，或者同时设巡抚和总督(有些总督兼管两个省，而每一个省都有自己的巡抚)。另外，在东北的三个省，每一省设一名军事长官；在帝国版图北部和西北部的边疆地区，也各设一名军事长官，统领当地的一切事务。第四级，设在北京的帝国中央政府。

在行政统治机构内部，实行高度集权化的统辖原则。所有的官吏，包括品级最低的县级官吏，都同属于一个行政系统；对于这些官吏的任命权及控制权，均由北京的中央政府掌握。政府定期举行县级、省级及全国性的科举考试，大多数官吏都是通过各级考试而取得官吏身份的。科举考试向社会公开，所有受过教育的成年男子均可参加考试。考试的内容主要限于人文学和孔孟之道<sup>②</sup>。

官吏的品位分作九个等级，号称九品。每一个品位又分作两个等次，故总共有十八等次的官位。每一品位的官员享有固定的俸禄，同时，还附有固定的穿戴服式。官员在供职期间的所有行为，都由上级机关详细记载，并细心地区分其政绩和劣迹。这些记载官员政绩的文字档案直接决定了该官员职位的升降。劣迹多者，将受到相应的处罚，包括一定期间内停止俸禄，降低原有品位；劣迹昭著者，还可能被革除官爵，夺职为民。关于这一官僚体制，历来多有溢美之词。一般认为，这一官僚体制的历史发端可上溯至公元前221年秦帝国建立之时，甚至还要更早些。对于这一官僚体制的主要缺陷，我们在前一章第十一节已提及，那就是，它为各级官员所提供的俸禄严重不足，从而迫使大多数官员，包括那些正直的官员不得不通过其他渠道搜刮钱财，以补生活所需。

在司法体制方面，除了轻微案件，所有较大的案件都必须逐级<sup>115</sup>上报；另一方面，民众个人不服判决，还可以直接向上级机关申诉。

根据常规，对于案件的调查及初审，都由州县衙门主持。但是，由州县官作出终审判决并执行刑罚的，只限于处以笞、杖刑的案子。州县官还必须将这些由他们直接处理的笞、杖刑案件定期汇总上报。对于笞、杖刑以上的案件，州县官经过初审后，只能作出一个建议性的处理意见，再上报府。在司法体制上，府只起到将州县报来的案件转报到省的作用。

案件由州县经府上报至省，由省一级专门执掌司法权的按察使受理。省一级的最高机构一般有3—4个，按察使司属于其中之一。按察使的地位较总督和巡抚要低，但从职能上说，按察使分管司法，直接向设在北京的刑部负责。案件转移到按察使司，同时，案件中的被告及证人也从案件原发生地解到省城。如果案件经按察使审理后仍不能断案而需上报刑部的，当事人也应一同解送京城。但实际上，由于路途遥远，解送当事人进京的情况发生不多。

按察使对案件的处理意见，须经总督或巡抚的批准。总督或巡  
116 抚将这些案件及处理意见汇集，定期向刑部报告。所有更严重的案件，包括虽然只可能处以徒刑但涉及杀人的案件，总督或巡抚应在接到案件及处理意见之后，随即向刑部转报。对于各省转来的案件，刑部经再次审理，作出最后判决。但对于死刑案件，刑部在作出判决后，还需上报“三法司”，再由“三法司”上呈皇帝，由皇帝本人批准，此时，该死刑判决才正式生效。整个司法体制的运作状况，可以归纳为下表。

这一表格较为简略，实际情况远比它复杂。例如，在处理死刑  
117 案件过程中，刑部既作为一个独立的审级，行使复审权，同时，也是三法司机构的成员之一，共同行使最终判决权。同样，如我们在下一节里要谈到的，送达刑部的案件在终审判决之前，于刑部内部还要经过若干程序。官吏犯罪，即使仅处以笞、杖刑，也必须上报皇帝，待皇帝批准后方可执行<sup>⑨</sup>。比照类推案件（参见第6章第3节），无论所定刑罚轻重，都必须报请刑部核准。当然，经常有这样的事

审 级	案 件 种 类			
	死 刑 案	流刑案及涉 及杀人的徒刑 案	徒 刑 案	笞杖刑案
1 州、县	侦 查	侦 查	侦 查	审 判
2 府	转报上级机 关	转报上级机 关	转报上级机 关	汇集上报
3a 按察使司	审 判	审 判	审 判	最高上 诉 机 关
3b 总督或巡抚	批 示	批 示	批 示	
4 刑 部	复 审	最 终 判 决	汇 集 上 报	
5 三 法 司	最 终 判 决			
6 皇 帝	批 示			

情，即作为轻微案件送呈刑部的笞、杖刑判决案，同时也涉及更严厉的刑罚④。

各类案件由州、县逐级上报，有一定的时间限制。期限长短，视该案件的轻重程度而定。例如，在直隶（北京所在的省）发生普通死刑案，应在六个月内，将该案件由原发生地所在的县，报至刑部。这六个月的时间分配为：由州、县报至府，三个月；由府至按察使司，一个月；由按察使司至总督或巡抚，一个月；由督抚至刑部，一个月。但实际上，这些期限经常被打破。《清史稿·刑法志》谈及审判期限时，即称：“然例虽严，而巧于规避者，盖自若也。”⑤

案件一旦成立，即进入诉讼程序。除极个别情况之外，进入诉讼程序的案件不得撤销。如果处理案件的官员与案件当事人，包括受害者和被告，有某种特殊关系时，该官员可能失去对案件的处理

资格。这种特殊关系包括：当事人系其亲戚、过去的老师或上司等。据下面就要引用的例规定，官员因与案件当事人有特殊关系而失去对该案件的处理资格时，该案件应移转另一城市（一般为相邻城市），由该行政区域内与原审判机构具有相同审级的机构处理该案件。

还有一种情况，当事人向司法机关提起诉讼而该机关不受理，或者当事人对于司法机关所作的处理意见不满意，他们可以向上级司法机关提起控告，或者表示反对原处理意见。这种情况说不上普遍，但却时常发生。本书所辑案例中，有两件属于这一类型。某些案件逐层上控，甚至送到皇帝面前。不过，上控的事情不常发生，而且要冒一定的风险，因为，上控者如果在上控之前没有完成所有的司法程序，或者，其指控被发现有不实之词都要受到惩处。

笞杖刑案件，通常由州县作出终审判决并执行。但如果被判刑者提起上诉，对该判决的执行即应自动停止，直至上诉有了结果。对于这一点，法律并没有明文规定，但实际情形却似乎如此。当然，对于笞杖刑案件，历来很少有人提起上诉。官吏犯罪，即使被处以笞、杖刑，在行刑之前，也得经过皇帝御准，所以，他们恐怕是最愿意提出上诉的人了。

一般说来，在处理刑事案件和民事案件的程序方面，虽然法律上没有明确的规定，但至少在州、县审级上，二者几乎没有差别。实际上，法律没有在刑事诉讼与民事诉讼二者之间做出明确的区分，而是笼统地从刑事方面看待和处理这两个方面。尽管如此，<sup>119</sup> 州县官从实用性、便利性考虑，常常对不同案件给以区别对待。民众个人之间涉及婚姻、土地所有权、债务等方面的案件与涉及杀人、伤害、抢劫等方面案件，在处理程序方面就有明显区别。对于后一类案件，不论被害人是否提起诉讼，地方政府都要立案侦查、审断。这一点，显然与前一类案件不同。在本书附录中我们列出了清朝的法定停刑日期。除了重大紧急情况，每年的农历一月、

六月、十月以及每月的初一、初二两天，停止一切案件的审断程序；一些法定的假日和节日也同样停止审断案件。总计法定停刑日每年达五个月以上。另外，在农忙季节，即从农历四月至七月这一段时间，对于普通民事案件也停止审断。

案件上转至省级政府后，大部分案件送到按察使司，但其中纯粹属于民事性质的案件则送至布政使司。在省级机构中，布政使与按察使具有同等重要的地位。在行政归属上，布政使受中央政府户部直接领导（而按察使则属于中央政府刑部），但布政使处理民事案件，则无须征求户部的意见。显然，这一类案件的处理程序与其他案件的处理程序明显不同。刑案经按察使处理后，其中的一大部分尚须上报中央刑部。

后一类案件经按察使重审后，即报往刑部。这时上报的审案记录仅仅是重审记录，而不是州县官初审案件时的初审记录。正是这个重审记录被送往刑部，成为对案件终审判决的基本依据，这即是为什么，刑部的报告（我们所辑录、翻译的案例即以刑部所作的案件报告为主要内容）大量地引证按察使、巡抚或总督的意见以及他们在重审案件时发现的问题，而对案发地州县官所做的原始报告只字不提的缘故。实际上，刑部的报告甚至连案件原发生地的州县名称也不提，案件发生地只提到省一级名称。

如果刑部认为省这一审级对于案件的审断不妥，则可以将报来的案件发还督抚，同时，签署发还理由以及重审应考虑的事项。督抚则必须根据刑部的意见，重新审理原案。新的判决仍须再报刑部批准。如果刑部批准督抚的重审意见，该项判决即由刑部至督抚，经由督抚、按察使逐级回到原案所发生的州县。同样，与案件一同解往省的罪犯也逐级递解回案件原发生的州县；那些被解往中央刑部的罪犯——这种情形较为少见——也逐级递解回州县。在州县，罪犯将受到根据已生效的判决而确定的刑罚，包括死刑和其他刑罚。可见，刑罚的最终执行地既不是北京，也不是省城，而是第

一审级所位于的基层行政机构(当然,若案件原发生地为北京或省城,则不在此限)。

至此,我们讨论了重大案件由基层审级逐级上转至北京的正常渠道。然而,我们应该清楚,在某些特别情况下,案件上转还有一些特殊渠道。例如,宗室成员犯罪,例由宗人府审判,并直接报刑部批准,并不通过正常的司法上转渠道。另外,在刑部之外,吏、户、礼、兵、工五部也可以根据某些规章,在一定范围内享有司法管辖权,当然,这五部对案件的处理,也必须获得刑部的批准。在本书所辑案例第100.1案中,即产生由于司法管辖方面的重合而引起的问题。鲍乔新在其所著《中国政府》一书中,即认为清政府在机构设置上很不科学。他总结清朝司法状况时说:“司法管辖方面的混乱,导致由‘人人管至无人管’的局面;换句话说,司法机构存在方式本身,导致大批案件和争端的产生。”<sup>⑥</sup>

121 除了刑部,中央政府中具有司法权的最重要机构是“都察院”<sup>⑦</sup>。在政府机构中,都察院有着悠久的历史。都察院的职责在于监察、纠弹政府官员的失职行为和贪赃罪行。法律规定,都察院御史在调查、纠弹有失职、贪赃嫌疑的政府官员的过程中,其行为不受法律制裁。但实际上,这种豁免权并不总是有效。御史们常因其调查、纠弹行为被认为不当而受处罚。在本章第三节我们将看到,都察院会同刑部和另一个司法机构,对于死刑案件进行会审。另外,都察院还设有“五城都御史”,行使对于北京五城区的司法管辖权。所有发生在京城的各类案件,都先经五城都御史审断,尔后送往刑部。其他一些机构,例如步军统领衙门也会将一些案件移送都察院,由都察院进行审理<sup>⑧</sup>。同样,为了处理各省事务,都察院下设十五道,分别在本道所辖范围内行使司法权。各道的司法权完全独立于该地区普通行政机构所拥有的司法管辖权之外<sup>⑨</sup>。

最后,我们讨论清代中国一个特别区域的司法状况,这一特别区域即东三省。东三省是满族人的故土。1644年取得中央统治权

之前，满族人一直居住在东三省。在取得中央政权之后，他们在东三省保持着一种特殊的司法体制。<sup>122</sup> 东三省包括黑龙江、吉林和奉天（奉天后被称作辽宁），首府设在奉天市（即盛京）。每一省设一名军事首领，名为将军，作为该省的最高长官。首府则设最高长官府尹。设在首府盛京的行政机构行使对于黑龙江、吉林、奉天三省的统治权。盛京的行政机构中包括刑部。盛京刑部在很大程度上独立于设在北京的中央刑部。东三省各审级之间的初审、复审及重审关系不甚明确，但有一点可以肯定，东三省所处理的案件最终仍需报北京批准。在我们所辑录的案例中，有一些是由盛京刑部转报到北京刑部的，也有一些直接由将军或府尹报转北京刑部。显然，统治者原希望严格按照审级关系，由盛京刑部汇总东三省各类案件，再上转北京刑部。但后来的实际情况却与该体制设计者的初衷未完全吻合。

## 第二节 刑 部<sup>①</sup>

刑部是清朝政府中央六大部门之一，六部除了刑部之外，还有吏部、户部、礼部、兵部、工部。这六个部以及政府其他重要机构都位于北京城的南部，分布于南北中轴线的东西两侧。北京城区是一块方形区域，周围有城墙和护城河，城区每边长约四英里。城内所有的重要建筑都坐北朝南。在城区中央，又建有一座小城，形成一个城内城。这个城内城名之为“紫禁城”。紫禁城的四周，又围有城墙和护城河，城区呈方形，每边长约半英里。紫禁城内有大量的雄伟殿堂，这些殿堂也以坐北朝南的方向建成。紫禁城南边中部是该城的主要通道，设有“天安门”。天安门南边，是宽阔的天安门广场。每年五月一日以及十月一日（中华人民共和国成立纪念日），国家领导人要登上天安门城楼，检阅游行队伍通过天安门广场。自天安门往南，是一条宽阔的大道，名为“千步廊”。千步廊北接天安门，<sup>123</sup>

南连北京城主要的南门，将北京城分为东区与西区两个部分。帝国时代，千步廊东西两侧筑有高墙，从而使这条通道在通过喧闹的城区时，保持内部的安静（这些高墙今天已不复存在）。

最初，刑部位于千步廊南端西侧二百多码的地方。刑部北边是都察院，南边是大理寺（有关大理寺的司法职能，我们将在第三节讨论）。吏、户、礼、兵、工五部以及中央政府其他机关都设在千步廊东侧。将刑部与其他五部的办事机构按照这种格局安排，显然不是偶然的。中国传统的五行学说认为，西方属金，而金具有克其他事物的特性，因此，以刑事惩罚为其职能的司法体制应与西方相联系。另外，中国的传统理论认为，西方与秋天相联系，而秋天是万物肃杀的季节。在本书第一章我们已讨论过，春夏二季，万物生长，因此应停止执行普通死刑；待秋季来临，才重新恢复死刑的执行。可见，将刑部等司法机构设于千步廊西侧，自有其深刻的象征性含义。

吏、户、礼、兵、刑、工六部在内部机构设置上基本相同。总体看来，在帝国中央政府各机关任职的吏员大多数为汉人。但在较高层的官员中，<sup>124</sup>最高统治者总是力图维持汉人与满人的平衡（在这种平衡局面中，蒙古族人常被看作属于满人一方的力量，因为蒙古族人协助满人取得了北京的政权）。在重要的政府机构中，通常设两名长官，四名副长官。长官、副长官的任职比例按满汉民族分授。根据这一授官原则，刑部设有两名尚书，一名汉人尚书，一名满人尚书；另外，设有两名左侍郎和两名右侍郎，分别包括一名汉人、一名满人。这六名长官，包括三名汉人和三名满人，共同组成刑部的最高领导机构，名之为“堂”。

在堂之下，分设十七个“清吏司”。每一个清吏司都以一个或数个省的名称命名。详见下表：

1. 奉天（包括整个满洲里）
2. 直隶（今河北）

3. 江苏
4. 安徽
5. 江西
6. 福建
7. 浙江
8. 湖广(包括湖南和湖北)
9. 河南
10. 山东
11. 山西
12. 陕西(包括甘肃和新疆,新疆于1882年成为省)
13. 四川
14. 广东
15. 广西
16. 云南
17. 贵州

一般情况下,每一个清吏司设两名郎中(汉人与满人各一名),两名员外郎和两名主事(亦汉满分授)。可见,在官职分授方面,清吏司完全仿效部堂的原则。当然,由于某些特殊情况,个别清吏司在职官满汉分授方面也有一些出入。因此,十七个清吏司郎中、员外郎和主事的总数并不完全表现满汉分授的平分原则。刑部十七个清吏司郎中、员外郎和主事的总数见下表①:

官 职	满 族 人	汉 族 人	蒙古族人	总 数
郎 中	16	19	1	36
员 外 郎	22	19	1	42
主 事	17	17	0	34
合 计	55	55	2	112

125 这些人员数字只涉及清吏司的长官，并不包括各清吏司的内部属员。

各省案件报到刑部时，即由分管的清吏司接受。北京本身分为五个城区（东城、西城、南城、北城、中城），各城区所发生的案件需报刑部时，由刑部分管其他省份事务的几个清吏司分别接受。例如：中城的案件由江西清吏司受理，西城的案件由陕西清吏司受理。同样，中央政府其他机关发生的案件，例如吏、户、礼、兵、工五部以及宗人府、理藩院等机关发生的案件，也分别由分管其他省事务的清吏司受理。涉及满族人的各种案件，不论该案件发生于满洲里还是发生在其他省份，一律由奉天清吏司受理。

清朝的军队以“旗”为基本建制，共包括二十四旗，其中满人八旗、蒙古人八旗、汉人八旗。军队实行世袭制，汉人八旗军即那些曾帮助满人夺取北京政权的汉人的子孙（在本书所辑案例中，常出现“旗人”一词，这是广义的“旗人”，它泛指军队二十四旗中的所有成员，包括满人、蒙古人和汉人官兵。而“旗人”一词最初的含义，仅指满人）。八旗军以旗的颜色不同，又分为正白旗、镶白旗、正蓝旗等等。各旗分别常年驻守不同地区。各旗所发生的案件若需报刑部时，以其驻守地区所属省份，分别由分管的清吏司受理。在没有省级区划、仅由军事首领管辖的边疆地区发生的案件，也分别由指定的清吏司分管，这类地区如察哈尔、热河以及1882年设省以前的新疆等。

据统计，一个清吏司仅有六名属员。而从上文可以看到，很多清吏司分别有着很广的管辖范围，包括政府机构、八旗军、北京城区以及某些边疆地区。分管区域如此大，而属员又如此少，人们不仅要问，清吏司是否能有效地开展工作，履行自己的职责？<sup>⑩</sup> 我们认为，清吏司能够维持其正常工作的原因之一在于：很多政府机构——例如天象馆——并没有什么案件需要上报刑部处理。

另外，有些清吏司还必须承担一些与其分管地区没有关系的

其他事务。例如，江苏清吏司必须在中央政府宣布全国实行大赦之时检查全国各地实施大赦的具体情况；四川清吏司则承担着检查全国各地官府所使用的刑具是否符合法定的大小、重量、数量等规格标准的任务；陕西清吏司还担负着查看刑部设在北京的监狱口粮消耗问题（这里所说的仅指刑部直属的监狱。至于各省、县的监狱则由各省、县管理）。

以上我们关于清吏司职能分工的叙述，主要依据官方的正式文献，其中大部分内容来自《大清会典》。从我们所辑录的案例中可以看到，各类案件移送刑部，并由清吏司受理时，其实际分工与正式文献所规定的分工常有不同之处。例如，北京五城区之一——北城上报刑部的案件中，有一件由浙江清吏司受理（第45·1案），云南清吏司受理一件（第30·1案），江苏清吏司受理一件（第85·4案），四川清吏司受理一件（第85·3案），而根据《大清会典》，所有这些案件均应由陕西清吏司受理。宗人府将其两件案子分别移送江西清吏司（第34·1案）和陕西清吏司（第89·2案），而根据《大清会典》，宗人府案应移送山西清吏司。户部案件照例应移送福建清吏司，但本书第11·1案却被移送贵州清吏司。对这种交叉移送的现象，<sup>127</sup> 我们似可作如下解释：为使各机构能够均摊工作，只要所移送的案件不是省级行政区域所发生的，实际可以任意选择一个任务暂时不太重的清吏司，由其接受该案件。

除了十七个清吏司之外，刑部还有其他一些机构，下面我们分别介绍。值得一提的是，除了少数例外（例如清档房），其他机构在人员配置规模上，与各清吏司基本相仿。

**清档房和汉档房** 这两个机构共有属员四十名，包括一些抄写员（品级在七品至九品之间）和高级职员。其主要职责是将有关上报皇帝的书面材料进行满文或汉文的翻译工作；同时，对于各省报刑部的各种书面报告和材料进行满文或汉文翻译。

**司务厅** 按受各省报来的各种公文，并分送各清吏司。同时，

接收移送北京进行进一步审问的案犯。

当月处 正如司务厅接受并分发各省送来的公文一样，当月处的职责在于收集北京各机关的公文，并分送各清吏司。

督催所 其重要职责在于督促各行政机构加速处理涉及刑部事务的各项工作。各类案件被送往相关的清吏司之后，督催所即确立一定的期限，并要求各机构分阶段完成应作的工作。同时，发往各省的公文也由督催所督促下发。

督捕清吏司 与其他十七个以地区命名的清吏司相比，督捕清吏司的职能完全不同。但《大清会典》却将督捕清吏司列为第十八清吏司。<sup>128</sup> 督捕清吏司的职责在于缉捕并惩罚那些逃亡的旗人，对于协助或隐匿逃亡旗人的其他旗人，也由该司实施缉捕、惩罚权。

《大清会典》用了若干页的篇幅来规定督捕清吏司的职责等，表明当时旗人逃亡已成为极为严重的社会问题。清帝国建立之初的数十年间，统治者面临着巩固新生政权的巨大任务，旗人逃亡便是极为严重的问题。而在满人获得了政治上的稳定以后，情况就不同了。19世纪中叶，国内暴乱和国外侵略，震撼着帝国政权，而此时的八旗兵因游手好闲、懒散松弛，早已失去战斗力。有鉴于此，中央政府不得不组建新式军队，以充实国家武装力量。

秋审处 秋审是中央最高审级的一种重要的会审制度，本章第四节将详细讨论秋审制度。秋审处即主持有关秋审事务的安排，包括催促全国各地欲报送秋审的案件尽快送达北京。

减等处 这是一个临时性的特别机构。每当帝国政府宣布实施大赦时，就任命一些官员组成减等处，负责处理有关大赦的技术性事务。上文我们已经谈到，江苏清吏司也承担一些涉及大赦的事务性工作。

律例馆 这是刑部中一个极其重要的机构。其成员包括四名满人和四名汉人。这八名成员常常被更换。除此八名成员之外还有一些从其他机构中临时抽调、熟悉法律事务的官员。律例馆的长官

由皇帝本人亲自委派，一般由具有满族血统的王公担任，有时也由其他品位极高的官员担任。律例馆的职责在于汇集历年成案，收集皇帝诏旨，从中抽取一些具有普遍意义的内容，并将其纂为“例”，以增入法典之中，从而使其成为具有普遍约束性的法律规范（当然要经过皇帝的认可）。自1801年至1863年这六十余年间，律例馆基本上每隔五年就修律一次。<sup>129</sup>通过修律，将新纂的“例”编入律典之中。当然，在纂修新例的同时，也将一些过时、重复的旧例删去。另外，对于特别疑难的案件，律例馆也要提出自己的处理意见，供审判机关参考。律例馆的这一功能，下文将述及。

**提牢厅** 负责管理设在北京的北监和南监。这两座监狱都是刑部所属，主要关押在北京地区所发案件中的犯人，一些由各省报送刑部的案犯也被关押于此。这两所监狱分别位于刑部的西北角和西南角。

**赃罚库** 清代对案件的处理包括没收财产和罚金两项，赃罚库即负责记录由刑部主持这两项处理所得的财产金额。由刑部直接进行没收财产和罚金处理的，限于发生在北京地区的案件。同时，赃罚库还负责供给被关押在刑部监狱里的囚犯的食物和衣服。

**饭银处** 主管刑部所有的银钱管理，包括各项收入和支出（刑部的收入由各省按一定比例上交）。户部也有一个与刑部饭银处相类似的机构<sup>130</sup>。无论是在户部还是在刑部，这一机构都是唯一直接掌管大批银钱的机构。在这一机构中供职的官吏，一般都定期更换；而且每一任期都比较短：在户部这一机构供职的官员每两年更换一次，而刑部饭银处的官员则每年更换一次。

**其他职官** 除了以上列举的职官之外，各清吏司或其他机构在必要时，还可以配置一些高级官吏。另外，整个刑部还配有125名品位较低（七品至九品）的翻译。这些翻译大多是满族人，也有一些汉族人和蒙古族人。《大清会典》没有列出在刑部服务的无品位吏员，但无疑地，这些受刑部雇用的无品位吏员在数量上一定超过

那些有品位的职官。据统计，由刑部雇用的各类雇员总数将近1000人。这1000人承担了刑部各机构大量繁杂的工作，其中尤以文字抄写工作为主（大量的公文需要誊清抄写，其中相当一部分必须同时使用两种文字）。刑部专门设立“督催所”，以监督、督促各项工作的完成速度。由此可见，当时繁重的工作量很可能已影响到各机构的工作程序和办事效率。<sup>130</sup>就我们所接触的资料而言，至今尚未发现描述当时刑部各机构实际工作状况的记录。但有一点是明确的，即：在西方工业革命之前，首先确立完备、发达的行政官僚体制的国家是中国。在现代官僚体制日益发展的今天，中国的经验也愈显出其重要性。

在结束本节的内容之前，让我们来看一下案件到达刑部之后的处理情况<sup>⑩</sup>。如果报来的案件来自各省，该案则由司务厅转发相应的清吏司；如果案件来自北京，则由当月处转发清吏司。清吏司接到案件之后，即审理该案。若该案移送刑部时，有关被告及证人一同被解送至京，则由清吏司主持审讯被告，询问证人。当然，由于外地省份路途遥远，大多数案件转送到刑部时，并不同时解送被告及证人。

清吏司在对案件提出处理意见之后，就将写出书面材料上报。这一书面意见有一专门名称，即“说帖”。清吏司将说帖呈送刑部的最高机构——部堂。部堂对说帖进行讨论，分别情形，作出不同处理。若部堂认为该说帖的意见正确，即作出同意的批示，并将说帖发还原清吏司，再由清吏司根据经批准的说帖，给案件原发生省份的总督或巡抚答复。如果部堂认为说帖所记载的清吏司意见有不妥，即具文指出不妥之处，随同原说帖一起，送交律例馆。律例馆经过再次研讨，拿出自己的处理意见，并将处理意见写就一份新的“说帖”。律例馆的这一意见具有最后效力，当然，作出原说帖的清吏司如果认为自己的意见并非不妥，还可以到律例馆陈述自己的立场。律例馆所做出的最终判决再经由部堂转发原清吏司；清吏

司根据律例馆转来的说帖，具文案件原发生省份的督抚，再由督抚转到案件发生地的州、县。

按照这种方式刑部每年要处理多少个案件，对于这一问题，<sup>131</sup> 我们很难作出明确的回答。然而，沈家本于1899年撰写的一篇序言中，却偶然说到一个数字（见注⑩）。沈家本在刑部供职前后约三十年，其中，1883年秋天在奉天清吏司任职。在奉天清吏司工作期间，其主要任务是撰写答复东北三省所报来案件的处理意见。沈家本在那篇序言中带有嘲笑的口吻写到：“各省的官员大多数不懂得法律。他们所报上来的案件处理意见很多都有悖于法。为此，我们经常要撤销他们的判决。每年由我们撤销的判决都在100件以上。”但很可惜，沈家本并没有说他们同意省判决的案件每年有多少件。

以上我们所讨论的，是由刑部处理的、死刑以下案件的程序。在下面两节中，我们将进一步讨论死刑案件的处理程序。

### 第三节 死刑案件<sup>⑪</sup>

可能是因为受到儒家学说的影响，中国法律一直强调每一个死刑案件都必须报经最高审级进行慎重的审查，包括由皇帝亲自批准。公元592年，隋文帝下令：对于死刑案件，府一级机关无权作出终审判决；所有的死刑案件都必须上报最高司法机关——大理寺，并报请皇帝批准<sup>⑫</sup>。

631年的一个案件使唐太宗作出死刑复奏制度。这个案件的情况是这样的：大理寺一位高级官员为一名罪犯申辩，称该罪犯是一个精神错乱者，因此不应对其实行治罪。这事很快被另外一名官员所告发。告发者说，那位高级官员与罪犯是同乡，而罪犯的哥哥又是当地的一名刺史，正因为这个原因，他才为该罪犯辩护。唐太宗听到告发后，非常恼怒，立刻命令将大理寺这位高级官员处以死刑。后来，唐太宗对自己的行为感到后悔，并说道：“人命关天，死而不可复生。”

为防止这一类情况再发生，同时也为了更慎重地对待死刑，唐太宗下令：自今以后，凡执行死刑，必须在行刑日前两天和前一天，连续奏请皇帝批准，而在行刑日当天，还必须连续三次奏请皇帝批准<sup>⑯</sup>。

这种慎重对待死刑的传统被历朝统治者所承袭。明代与清代也保留了这一传统。在清代，原来权力较大的大理寺逐渐为刑部所取代，但大理寺本身仍然存在。此时，大理寺的重要职能是与刑部、都察院一起，共同审理死刑案件；这三个机构为会审死刑案件而形成的新机构，即著名的“三法司”<sup>⑰</sup>。在实际会审过程中，除了与所审案件相关的刑部清吏司长官充当召集人之外，一般情况下，大理寺派出一名寺丞或评事，都察院则派出一名御史参加。由于参加会审的并非各机构的最高长官，因此，这种会审机构又被称作“会小法”。

会小法机构对会审案件所作出的处理意见被送往刑部会堂之后，即由该部堂召集三法司的高级会审。参加高级会审的成员都是组成三法司各机构的长官，一般具有较高的品级（可能包括大理寺卿或少卿，以及都察院的左都御史或左副都御史），因此，与“会小法”相对应，这一会审机构又被称作“会大法”。如果会大法所作出的判决与会小法的判决不一致，会大法则将原案发还会小法，由其修改原判决。如果会大法与会小法所作判决是一致的，则将其判决以书面形式上奏皇帝。皇帝也同样以书面形式，签署对三法司所奏报的意见。

如果三法司的会审结果与原发生地省级司法机构的处理意见不一致，案件就暂不奏报皇帝，而是将案件发还原审省级机构，由其重新作出处理意见。将案件发还原审省级机构这一程序，只是在特定情况下才发生。三法司与省级司法机构处理意见不一致，通常有两种情况。一种是省级处理意见轻于三法司处理意见，另一种则是省级处理意见重于三法司处理意见。只有在前一种情况下，即三法司会审结果，主张给以罪犯比省级司法机构所确定要重一些的刑罚，三法司才要在奏报皇帝最后批准之前，先将原案发还原审

省级机构，由其作出新的判决。至于后一种情况，三法司则无须将原案发回。当然，这也有例外。本书所辑的案件引用了“例”的规定：<sup>134</sup>如果认为三法司所作的减轻刑罚的判决“事有可疑”，则仍应将原案发还原审省级机构。但由谁确认判决有疑点，以及如何发现这类疑点，原例并没有明确说明。据此，我们似乎可以认为，例的这一规定实际上无法执行。

在本书第三章第七节中，我们叙述了两种死刑，即绞刑与斩刑。绞刑与斩刑的确定，依据罪行的严重程度。与此同时，绞刑与斩刑又分别区分为“立决”与“监候”两种执行方式（另外，还有第三种死刑——“凌迟”，但凌迟刑很少使用，其执行方式一律为“立决”）。

死刑案件经三法司的会小法、会大法会审及皇帝批准（立决），即由正常的审级自上而下，发回到案件原发生地的州县执行。死刑案件的执行，并不是由刑部系统主持，而是由兵部系统主持。如果死刑执行适逢法定停刑日，则该死刑必须暂停执行，待停刑日结束方可执行。在这种情况下，立决死刑也不能立即执行。这时，“立决”的意思并非即刻执行死刑判决，而是意味着，死刑的判决已不能够更改，再无别的可能了。

另一方面，死刑案件经三法司及皇帝确定为“监候”时，无论是绞监候还是斩监候，该案件都必须暂停执行死刑，并进入一个新的、更复杂的法定程序。<sup>135</sup>

## 第四节 死刑复审

死刑复审有两种形式：秋审与朝审。发生在各省的死刑案件，<sup>135</sup>经过各级审判机构的审理，最终判决有“立决”和“监候”两种。对于立决死刑案，即发回原审机构立即执行；而对于监候死刑案，则必须列入秋审程序，进行复审。朝审是对发生在北京的监候死刑案的复审程序。也就是说，秋审与朝审都是对监候死刑案的复审，其区

别仅在于该案原发生地的不同。在明代之前尚没有这种以秋审和朝审为主要内容的死刑复审制度。但远在唐朝，就已确立死刑在执行前几日内数次复奏皇帝的制度。可以说，秋审与朝审正是古代重视生命、谨慎死刑这一制度的自然结果。另外，我们在前面已说到，中国人认为秋天与冬天象征着生命的萧条与肃杀，因此强调要“秋冬行刑”，并禁止在象征着生命发育、旺盛的春夏两季执行刑罚。这一传统的禁忌正可以解释为什么秋审与朝审都选择在秋季举行。

朝审制度确立于1459年（明天顺三年）。《明史·刑法志》记载，1459年，皇帝下令，此后每年霜降后，三法司（刑部、大理寺、都察院）同公、侯、伯等贵族会审死刑案件<sup>⑩</sup>。在后来一段时间，朝审制度不断完善，原定参加会审的贵族也逐渐被剥夺参加资格。奇怪的是，在明代的各类重要文献中，都没有关于秋审的任何记载。我们推论，死刑复审制度在其发展早期，只存在朝审一种方式，朝审程序既适用于发生在京都的监候死刑案件，也适用于发生在各省的监候死刑案件。但是，到明代末年，死刑复审制度可能已出现两种不同的类别，“秋审”一词已开始与“朝审”一词相提并论，我们从下面偶然谈及秋审的材料中可以判定这一点。

清朝统治初年，秋审与朝审作为死刑复审制度的两种方式，即已同时存在。在一份呈交皇帝的奏折中已提到：北京的死刑案件适用朝审程序，各省的死刑案件适用秋审程序。而这一份奏折的签署日期是1644年（顺治元年），也就是清帝国建立的第一年。终清之世，秋审制度与朝审制度一直在实行之中；当然，通过秋审所处理的死刑案件数，远远超过通过朝审所处理的死刑案件数。对监候死刑（包括斩监候与绞监候）案件进行复审的目的，在于进一步区别情况，对其重新分类，以区别处理。这一重新分类工作较为复杂，也比较容易出现差错。为使监候死刑重新分类的标准明朗化，同时也为了进一步完善死刑复审制度，1767年（乾隆三十二年），制定了《比对条款》四十则（1784年进行了增补）。此后还制订了更详细的

规则。

所有的死刑案件到达北京之后，都经过前文所述的程序，但那些暂时被拟断为“监候”的死刑案件若确定参加当年秋天的复审，则必须在夏历五月中旬（公历约七月）之前移送至刑部。经过会商，如果这些案件被维持原拟的（或者获得）“监候”判决意见，它们则进入秋审准备程序。一方面，根据下文将讨论的几种分类标准将这些案件进行初步分类；另一方面，为将要参加会审的人员准备案情说明材料。

秋审的日期定在夏历八月上旬（公历九月；根据夏历，此时已进入秋季一个多月）的某一天。秋审的地点在天安门南边、千步廊西侧<sup>⑩</sup>。

千步廊东西两边分别围有高墙，紧靠着高墙内侧，建有很多的小房屋。尽管如此，秋审与朝审却不安排在这些小房屋中进行（可能是因为这些房屋太小了），而是在这些房屋前的空地上露天举行。到法定的复审日子时，空地上摆着几十张桌子，每张桌子都铺盖上红布。参加复审的官员们的座椅即放在铺有红布的桌子旁边。参加复审的官员主要来自九个重要部门，号称“九卿”（包括吏、户、礼、兵、刑、工六部及都察院、大理寺、通政司）。另外，其他一些高级官员，例如太子太傅等，也可参加秋审与朝审。<sup>137</sup>

这些来自不同机构的高级官员共同组成一个“混合机构”，对于“监候死刑”案件进行审查，并进而对原审机关所作出的判决加以确认或者予以改判。据《大清会典》第五十三卷的记载，秋审之时，审理现场设有专人，专司大声报告审理程序中每一具体阶段进行情况之职。这样，在场的每一个人都能了解审理工作的进行情况。官方试图通过这种方式来表明：最高审级的司法审判活动与最低一级的州、县司法审判活动一样，都是向社会与民众公开的。整个审判活动颇具古代遗风，保留着浓厚的传统主义色彩。正如冯·古利克（Van Gulik）所描述的那样：“神圣的君主白发苍髯，在树荫之

下公开审理案件。”<sup>⑩</sup>但人们不仅要问，由一个临时组成的特别机构在一天之内，而且又是在公开场合，将如此众多的案件审理完毕，究竟有多大的可能性？如果确实能够审理完毕，那么很显然，所有这些案件在秋审正式举行之前，已经由司法官员专门审查，并已作出处理意见。秋审之时，只是从形式上对于早已作好的处理意见履行批准程序而已。

朝审的情况与秋审基本相同。只是在朝审中，被告——均来自北京本地——被允许出庭，并且可以为自己作出最后申辩。关于朝审的举行日期，有两种不同意见：一种认为，朝审的举行日期在秋审之前。另一种意见认为，朝审在霜降后十天举行（大约在公历十一月二日或三日），二者相差一个多月。<sup>⑪</sup>如何看待这两种意见？我们认为，每年霜降后十天举行朝审可能是清代初期的制度（明代即于此时举行朝审）；而在清朝统治过程中，为方便起见，将朝审日期提前，使与秋审日期相连贯。这样，上述两种意见也就不矛盾了。<sup>138</sup>

经过秋审或朝审，各类监候死刑案件被分别情形，作出以下四种处理：缓决、可矜、留养承祀、情实（“情实”一词在字面上看，是指情节属实。作为对于监候死刑案件的一种处理方式，是指案情没有疑点，应对案犯实际执行死刑）。以下分别论述之。

### 1. 缓决

某些普通的死刑案件，例如谋杀人、窃盗三次、每次赃满五十两以上等，经过秋审或朝审，一般都列入“缓决”类。此类死刑案列入“缓决”后，多减等处理，改判为军流刑或普通流刑。此外，其他一些比较特殊的死刑案也可以划入“缓决”类。由于对这类案件的审断困难较多，清《刑法志》说，它们要被暂放在一边，两年后再入秋审，作最终判决。而在这两年时间中，案犯仍拘留在监。《清史稿·刑法志》还说：从理论上说，入缓决的监候死刑案件在等待重新判决

的两年内，经过再次秋审，可以改判实际执行死刑。但这种情况较为少见。一般情况下，初次秋审所确定的“缓决”判决都能为后来几次秋审所肯定，并由此而减刑处理。因此，对于绝大多数列入“缓决”类的监候死刑案件来说，“缓决”即意味着减刑处理，不再执行死刑。只是有些案件当年即减刑，而另外一些案件则得在两年后再减刑。

## 2. 可矜

列入“可矜”类的案件主要是涉及年幼、老人及其他具有减轻情节的案件。后者例如：丈夫因妻子骂詈或殴打其父亲，盛怒之下将其杀死，丈夫因而被判处监候死刑后，通过秋审，即可列入“可矜”。<sup>139</sup> 监候死刑案件列入“可矜”，则减为流刑或徒刑。

## 3. 留养承祀

罪犯本人为独子，其父母年老或病弱，其监候死刑罪即可列入“留养承祀”类，不再执行死刑，而允其留在家中，侍奉其年老、病弱的父母。1769年（乾隆三十四年）以后，若父母双亡，而罪犯本人又是继承人中的唯一的男性，在这一情况下，也可列入“留养承祀”，不执行死刑，留在家中，承延祖宗香火。罪犯因“留养承祀”不执行死刑的，改处杖四十、枷号两个月刑。“留养承祀”制度是孝道在法律中的具体体现。对于中国法律这一鲜明特色，我们在本书第一章第十节已作详细讨论。另外，在本书所收集的很多案例中（尤其是第5·1和5·2案），都涉及留养承祀制度。当然，并不是所有的具有上述理由的案件都能获得“留养承祀”的处理。

## 4. 情实

“情实”是秋审对监候死刑案件四种处理方式中唯一实际执行死刑的一种，凡是非常严重的监候死刑案件都列入此类。但尽管如

此，被列入“情实”类的案件仍有可能在最后一道程序中被免除死刑。被列入“情实”类的案件根据案犯的身份，进一步被划分为三类：第一，案犯是官员的案件；第二，家庭犯罪（三亲等之内的卑幼斗杀伤尊长）案件；第三，其他人犯罪的案件。

秋审和朝审举行之后，对监候死刑案件的各种处理意见即被报送皇帝，由皇帝对这些处理意见进行审查。审查完毕，即由皇帝对所有案件给予最后定夺。这种最后定夺是在作为审判死刑案件最后程序的勾到仪式上进行的。<sup>140</sup> 秋审案件和朝审案件的勾到仪式分别进行。秋审案件勾到仪式在冬至前六十天（公历十月二十一日前后）进行，而朝审案件勾到仪式是在冬至前十天（公历十二月十一日前后）进行。到了举行勾到仪式那天，九卿及大学士等高级官员于黎明时分即齐集位于紫禁城北半部的懋勤殿。所有参加勾到仪式的人都穿着表示哀悼的素白服装，神态凝重，表情严肃。有些历史资料详细记述了勾到仪式的各项活动。简略说来，皇帝端坐于殿内专设的御案旁，三法司跪递记载秋审或朝审的案犯名单。名单之上，既包括前三类准备减刑处理的案件，也包括被列入“情实”类、因而欲实际执行死刑的案件。实际上，勾到仪式只是对于“情实”类案件才具有决定性意义。

皇帝接过名单，审视片刻，即开始作出决定。有时皇帝亲手持硃笔，在名单上签署意见；有时则由大学士根据皇帝的口授意见，在名单上签署。对于“情实”类案件来说，皇帝以硃笔画勾（即“予勾”），则意味着对该案的死刑判决已最终生效，再无改判的可能。

现有的文字资料详细记述了勾到仪式的具体步骤。但奇怪的是，皇帝如何“予勾”以及与“予勾”相关联的其他详情，各类资料均记载甚少。为此，我们专门查阅了另外两份英文资料。这两份材料对于“予勾”的记述稍有出入。阿拉巴斯特说<sup>②</sup>：予勾之前，记载罪犯名单的大纸（纸的数量很可能不止一张）被送到皇帝之手，“名单的排列顺序不按姓名笔画的多少，而是由刑部按照罪情轻重，由重

而轻，顺序排列。罪犯的姓名有时写在纸的中间，有时则写在边角。皇帝用蘸满红色水的笔在名单上画圆圈，有时则画直线。凡是名单被画者，则表明皇帝同意将该犯处死。其他未被画圈或画线者，则留待第二年再入秋审。”

张玉泉<sup>②</sup>的记述则稍有不同：“勾到之日，皇帝亲自出席，并主持勾到仪式。在勾到仪式上，皇帝命大学士用硃笔在案犯名单上 141 画括号。……凡是名字被圈入括号里面的案犯即属于执行死刑之列；而未被圈入括号者则收监，留待来年再进行会审。”

两相比较，张玉泉的记述似乎更接近事实。根据阿拉巴斯特的记述，凡是皇帝硃笔未画到的案犯名单，其死刑则暂不执行。如果是这样的话，那么，通过秋审或朝审而不执行死刑的案犯数量将会非常之多。更进一步说，它将使中华帝国具有高度理性主义色彩的死刑案件审判程序，在经过漫长而审慎的前期过程而进入最终判决阶段之时，完全依赖于皇帝本人对事物的认识能力和分析能力。

在勾到仪式上那些未被皇帝硃笔“予勾”的案犯应如何处置？根据规定，他们将继续在监狱中拘押，待来年再参加秋审或朝审。家庭犯罪案中，监候死刑案犯经过两次秋审或朝审，都未被列入“情实”类而执行死刑者，则转为“缓决”类，并将其改判其他轻于死刑的刑罚。而对于官员犯罪案及普通人犯罪案来说，必须在经过秋审或朝审十次、每次皆未被皇帝“予勾”后，方可改为“缓决”，减刑处理。很显然，连续十次幸免于皇帝硃笔的“予勾”，是相当困难的。当然，刑部在安排呈送皇帝予勾的案犯名单时，每次都将案犯姓名有意识地放在皇帝常不将其予勾的位置上，则另当别论。

由上面的叙述可以清楚地得出这样的结论：对于监候死刑案犯来说，即使在秋审或朝审幸免于“予勾”而未被处死，但他们却仍要在监狱里逗留漫长的时间。而这种收监却又并非作一种正式的刑罚。在正式定罪之前，有些案件常常沿着既定的司法审级由省到

部，由部到省，几上几下，来回折腾。罪刑确定之后，若被判为监候死刑“缓决”，案犯又可能在监狱中度过长达十年的铁窗生涯，最终才免予死刑，改判为流刑或徒刑。

通过秋审或朝审程序，究竟有多少种死刑案能被免除死刑？虽然我们没有准确的统计数字，但有一点可以肯定，被免除死刑的比例是比较高的。<sup>142</sup> 在本书第三章第十节中，我们已统计过：清代可处绞监候刑或斩监候刑的犯罪共490种，而可处绞立决或斩立决刑的犯罪共323种。从这个统计数字中，看不出可处以监候死刑与立决死刑两种犯罪之间的比例，也看不出被处以监候死刑者经过秋审或朝审后又被实际执行死刑的案件在所有监候死刑案件中究竟占多大的比例。本书“附录1”列出了本书所收集的190个案例判决确定的刑罚。但这个“附录”可以在一定程度上帮助我们了解监候死刑罪与立决死刑罪之间的比例。这190个案例中，被处以死刑的案件共38个，其中24个为监候死刑，14个为立决死刑。而在24个监候死刑案件中，只有极少数提到该案通过秋审或朝审而确定的最后判决，或实际执行死刑，或减刑处理。

中国著名法学家沈家本在1907年10月3日给皇帝的一份奏折中谈到对监候死刑案犯的处理。他说：“每年被勾决执行的死刑犯，不足死刑总数的十分之一。”<sup>143</sup>

从现代西方人的观点来看，中国古代司法制度中有很多内容是值得商榷的。例如，法律体制中权力一元化，不实行分权制；没有私人法律职业；保留两千年以前的一些古代制度；古代法家所创立的拷讯制度；受儒家思想的影响，在法律中明确规定人与人之间在个人身份和社会地位上的不平等。然而，上诉制度，尤其是有关死刑案件的上诉制度，可以说是人类智慧的杰出成果。当然，从前面的介绍来看，中国古代的上诉制度比较复杂，其某些规定过于繁琐，其形式化的因素较多；而且这一制度的实施肯定要耗费较多的人力。尽管如此，中国古代司法制度毕竟创建了一种“正当程序”

(这一正当程序与西方世界的正当程序不是一回事),而这种“正当程序”是值得中国人引以为骄傲和自豪的。

谈到这里,我们要提醒读者记住这一点:上文所述死刑案件处理程序并不是通行不变的。例如,对于谋反、叛逆案犯的处理,几乎都没有完全按照法律规定的程序,而常常是就地拷讯,就地处死,无需获得上级的批准。只是在将案犯处死之后,向上级机关呈递报告说明即可。在政治骚乱时期,例如,在19世纪中叶的太平天国运动时期,这一类就地处死的死刑案犯在数量上远远超过普通刑罚的案犯。在本书第三章的末尾,我们引述了梅多斯1851年在广州亲眼所见34名罪犯被处死刑的记述。根据梅多斯的记述,在他看到34名罪犯被处死刑的前八个月中,有400多名罪犯在同一个地点被处死。显然,所有这些死刑案件都没有通过正常的司法程序报经北京的刑部及皇帝批准。143

### 注释

①在本节撰写过程中,参考了以下文献材料:瞿同祖的《清朝地方政府》第六、七章;张玉泉所著第62—88页;鲍乔新的《中国政府(1644—1911)》(Baltimore, 1925),主要参考该书的第四、八、十一章;《大清律例》专门规定诉讼程序的《断狱》篇。布莱斯《大清律例》译本对于《断狱》篇有重要遗漏。该篇第411节“有司决囚等第”共有3条律及58条例,但布莱斯译本仅仅保留了3条(*no.* 1692—1694)。

②也有一些人被禁止参加科举考试。参阅本书第六章第二节。

③见布莱斯《大清律例》译本,*no.* 63。

④本书所选译的190个案例可以证实这一论断。如果将涉及杀人罪、官吏犯罪、比照定罪以及由北京城直接上报刑部的案件从190个案例中答杖刑案件内划出,我们会发现,还有一个案件(第63·2案)被保留下来,该案件的判决仅涉及杖刑,因此从理论上说,完全不必要上报刑部。正如我们在关于该案件的评论中所说:该案判决应是“比照”,而不是“照”。但原判决实际上没有使用“比照”,而且宣布刑罚的语言也含糊不清。也许刑部关

于该案的意见本身就不准确。

⑤见《清史稿·刑法志》第110页；关于上报案件的期限，参见该书第109页。

⑥鲍乔新：《中国政府》第223页。本书所选译的190个案例中，涉及刑部之外其他政府机构行使司法权或准司法权的案件包括：吏部，第16·1、20·1、100·1案；户部，第11·1案；礼部，第91·2案；宗人府，第34·1、89·2案。

⑦关于这一在明朝政府中起重要作用的机构，可参阅胡克杰出的研究成果。对于清朝的都察院，胡克的论述则非常简略。见胡克：*Les Censeurs sous la dynastie mandchoue (1616—1911) en Chine* (Paris: Imprimeries Les Presses modernes, 1936)。

⑧本书所选译、发生在北京地区的案例中，来自五城都御史的有6案，包括：第30·1、38·3、45·1、60·3、85·3、85·4案；来自步军统领衙门的共11案，包括：第1·2、4·1、19·1、19·2、22·1、24·1、26·1、60·4、83·1、83·3、85·2案。

⑨参阅本书所选译的案例：第16·1案（江西道），第53·1案（浙江道），第101·1案（山东道），还可参阅第27·3、83·2案。

⑩本节所参考的中文资料主要包括：《清史稿·刑法志》；《大清会典》53:1, 56:18b-21, 57。在英文资料中，E-tu Zen Sun的“十九世纪中国的户部”（*The Board of Revenue in Nineteenth-Century China*）一文对我们帮助极大，尤其是在专门术语的翻译方面。该文载于《哈佛亚洲研究杂志》（*Harvard Journal of Asiatic Studies*, 24:175—228, 1962—1963）。鲍乔新所著第八章对本章撰写也起到一定的作用，但该章关于某些问题的叙述，不够详细。另外，阿拉巴斯特的《中国刑法评注》对于刑部的结构问题，几乎没有涉及。

⑪根据《大清会典》57:1—7b。

⑫鲍乔新在其所著第222—224页上列出了17个清吏司的机构、分管区域及收到的上报案件数，但这些数字很不全面。

⑬参阅E-tu Zen Sun, 《户部》（*The Board of Revenue*）第191—192页。

⑭关于这一题目，除了本章注⑪所提到的参考资料之外，沈家本所作

的一些评注对我们也很有帮助，因为沈家本本人长期供职于刑部，而且他所作的评注意义明确，一目了然。参阅沈家本：“《刑案汇览》三编序”，载《沈寄簃先生遗书》第976—977页。

⑯死刑案件的处理程序是一个极为复杂的问题，在某些具体的细节方面，各种资料的记载互有出入，意义不明。因此，在本节以及下一节的叙述中，有可能存在一些小的错误。为了防止讨论过程中出现自相矛盾的意见，我们适当减少了涉及专门制度的评述，一些细节描写则被省略。撰写本节及下一节主要的第一手参考资料相同，包括：《大清会典》53·1—3，《清史稿·刑法志》第85—98页，《大清律例》，包括在布莱斯译本中被大量省略的第411节“有司决囚等第”近60条例。按照布莱斯译本的序号，上述被省略的部分应该在no. 1693至no. 1694以及no. 1694至no. 1695之间。关于会审制度，可参阅《大清律例》布莱斯译本no. 107。此处所译律例也不完全，而且有一些不准确的译句。在英文资料方面，参阅了张玉泉、阿拉巴斯特、瞿同祖等人的著作。

⑰参阅巴拉斯所著第83页。这一制度在隋以后各朝均被遵行。正因为如此，巴拉斯关于隋文帝那件圣旨的评论（第173页，注⑯）似乎就难以成立。巴拉斯说：“这种设有多重法律保障的（死刑审判）程序如果付诸实施，它一定会与专制政治发生直接冲突。因此，该程序是否实施，值得怀疑。然而，这一观念业已形成的事实在本身，仍然是值得称道的。”

⑱参阅宾格：*Quellen zur Rechtsgeschichte der T'ang-Zeit*, 第95—97, 147—148页。

⑲据某些文献记载，这三个机构有时也参与对死刑以外的其他疑难案件的会审。至于它们如何会审疑难案件以及在处理疑难案件方面如何与刑部会堂、律例馆分工，这些文献则没有说明。

⑳参阅《明史·刑法志》，载于《历代刑法志》第588页。《大明会典》117·11则称此时间为1458年。

㉑撰写本段及以下三段，除了参阅注⑯所列各项文献之外，还参阅了赵罗(Chao Lo)的《天安门》(北京，1957年)一书的第24—25页。

㉒参阅冯·吉利克所著绪论第50页。

㉓关于朝审的举行日期，《清史稿·刑法志》及《大清律例》都记载为秋审之前，但《大清会典》卷五十三则称在霜降后十日。

②③阿拉巴斯特：《中国刑法评注》第28—29页。

④张玉泉所著第84—85页。

⑤梅耶译本第194页。

## 第五章 《刑案汇览》

### 第一节 成书背景及编辑目的

中国人在编辑文字材料方面，可能是遥居世界之最。以时间的先后顺序为线索，中国历代王朝都编有自己的历史，绵延承袭，达两千年之久；其内容则涉及皇帝诏令、大臣奏折及政府各级机关的公文、函册<sup>①</sup>。中国人编纂的各种百科全书几乎收集了中国早期的全部文字资料，其中包括至今仍居世界之首的巨型百科全书<sup>②</sup>。

在这样一个注重编辑文字资料的泱泱大国，倘若法学家们不曾致力于司法案例的编纂工作，那会是一件奇怪的事情。然而事实上，历史上这类案例编纂相当缺乏，这真令人惊讶。最早的案例汇编可能是著名儒家学者董仲舒（公元前179？—107？）所编的《春秋决狱》<sup>③</sup>。该书编成之时，正值中华帝国的初建阶段。很可惜，《春秋决狱》一书已失传，只有其中六个案子的部分材料被保存下来。即便如此，这六个案子也具有重要的参考价值。一方面，这六个案子集中体现了儒家

所倡导的道德原则（父亲将犯有杀人罪的义子隐藏起来，对该父亲应作何处理）；另一方面，这六个案子都经过一定程度的抽象、概括：在案件表述中，所有的当事人都没有以其姓名指称，而代之以甲、乙、丙等概括性指称名词<sup>④</sup>。

直到较晚的宋代（960—1279）才出现了一些案例汇编。宋代的案例汇编被保存下来的共有三种，其中最著名的是《棠阴比事》（该书已由R·H·冯·吉利克<sup>⑤</sup>译成英文）。该书编于1211年，编辑者不详，所收案例共144件，都是经过精选的刑事案件和民事案件。这些案件的发生时间，上至公元前300年，下至1100年。《棠阴比事》的资料来源较为广泛，其中，各朝史书关于著名人物（通常是地方长官和其他官员）的传记是其重要来源之一。也就是说，该书的写作风格多采取逸事、杂记等方式，而不是正式的司法记录。从资料来源上看，这些案件可能都有一定的真实性，但在具体的表述中，又不乏传奇性内容。而且编者编辑这些案件的着眼点并不在于法律制度本身，而在于描绘地方长官侦破案件的高超手段，或其他缉捕罪犯的英雄人物。下面一段关于案件记述的简短文字，即可说明这一点<sup>⑥</sup>：

北魏年间（386—534），李惠任扬州刺史。一天，一名运盐者与一名运木材者为一只羊皮的归属问题发生争执，双方都说这只羊皮是自己的，并且都强调平时就将羊皮披在身上。二人争吵不休，来到李惠衙中。李惠听了二人争吵事由之后，即说：“拷讯羊皮，即可知道它的主人。”在场的所有官员都惊讶不已，不知李惠要干什么。李惠将羊皮展平，摊放在一个垫子上，随即用一根棍子不停地敲打羊皮。很快，在被敲打的部位，跳出一些细颗粒状的盐。李惠拣起几粒盐，让在场的所有人看。那位运木材的人也就承认自己是图赖运盐者的羊皮。

民间流传的很多故事以生动的语言记述了法律在基层政府的实施状况<sup>⑦</sup>。但是,如果我们希望通过官方正式档案、而不是通过非正式的民间文字资料来了解古代司法案件,这是非常困难的。因为古代的官方司法档案绝大部分都未保存下来。只是清代例外。

现存六种清代主要的案例汇编多半都是18世纪后半期及19世纪前半期的产物。在这里,我们不对每一部案例汇编进行评价<sup>⑧</sup>,而只是要说明:所有这些案例都是从刑部的档案材料中选编而成,而且,这些案例通常是导致矛盾裁决的那些,其中包括按“类推适用法律”作出的判决,或者是中央司法机构对省一级司法机关所作判决的撤销。这些案例汇编中,有几部是卷帙浩繁,篇幅庞大;也有几部因未对案例进行分类整理,在阅读、查找时困难颇多。当然,这种情况也不是绝对的。胡平的《驳案成编》因编纂体例得当,因而查阅较为方便。该书也可能是以“驳案”形式汇编案例成书的最早的一种。《驳案成编》共收集发生于1736(乾隆元年)—1770年(乾隆三十五年)之间的案件260件。因其完全按照案件发生的年代先后为编排顺序,而不考虑案件的性质,因此在查阅时,也有不便之处。

在所有这些案例汇编中,最引人注目的是《刑案汇览》。与其他案例汇编相比,《刑案汇览》篇幅最大,涉及的范围也最广,其分类也最为详细<sup>⑨</sup>。《刑案汇览》实际上应包括各自独立的三种汇编,即:《刑案汇览》、《续增刑案汇览》、《新增刑案汇览》。本书所称《刑案汇览》即同时包括上述三种。从这三种《汇览》的“序”和“凡例”中,我们了解到如下情况。

1.《刑案汇览》共六十卷,由祝庆祺与鲍书芸共同编辑,鲍书芸作“序”于1834年(道光十四年)。该书共收集案例5650件。案件发生时间上至1736年(乾隆元年),下至1834年(道光十四年),但其中绝大多数发生于1784(乾隆四十年)至1834年之间。<sup>147</sup>

2.《续增刑案汇览》共十六卷,祝庆祺编辑,鲍书芸补充并作

“序”。序文写作日期为1840年（道光二十年）。该书印刷出版之时，其原编者祝庆祺已逝世。该书所收案件共1680件，其案件发生时间在1824年（道光四年）至1838年（道光十八年）之间。

3.《新增刑案汇览》也是十六卷，潘文舫与徐谏荃共同编辑而成，何维楷作“序”，作“序”的日期是1886年（光绪十二年）。该书所收案例将近300件，案件发生时间上自1842年（道光二十二年），下至1885年（光绪十一年），但主要集中于1875年（光绪元年）至1885年间。

三种《汇览》总共收集案例七千六百多件，案件发生年代自1736年至1885年，主要集中于19世纪的前三十年，尤其是1811年至1830年这二十年间。

这三种《汇览》都不止一个版本<sup>⑩</sup>。本书撰写所参照的《刑案汇览》是题署“仿袖珍版”的版本<sup>⑪</sup>。

关于三种《汇览》的编辑者，几篇“序”所谈甚少。《刑案汇览》及《续增刑案汇览》两书的编辑者祝庆祺是浙江会稽人，长期供职于刑部云南清吏司。任职期间，利用业余时间收集各类案例。这些案例构成《刑案汇览》的主体部分。

鲍书芸为安徽歙县人，自1823年（道光三年）起，在刑部任职。  
据鲍书芸所述，此时刑部存放有大量的案例、公文，而且仍不断增加；他本人则期望将这些案例整理分类，编辑成书，以利查阅。但由于公务繁忙，一直未能如愿。后来，鲍书芸因母亲去世而回扬州家中奔丧。在为母亲守孝期间，与祝庆祺有所联系。鲍书芸惊异地发现，祝庆祺正在进行着自己想干而未能干的事业；而且祝庆祺对于该项工作的设计与自己的设想完全一致。于是，鲍书芸参加了该项工作。当然，该项案例编辑工作已进入后期。不久，祝庆祺被聘为福建巡抚的幕僚，案例编辑工作因而一度停止。1832年（道光十二年），祝庆祺弃职返回扬州，继续被中断的案例编辑工作。至1835年（道光十五年），《刑案汇览》书成。鲍书芸在《续增刑案汇览》

的“序”中说，《刑案汇览》全书的编辑工作，所耗时间在十年以上。

鲍书芸在《续增刑案汇览》“序”中还说，《刑案汇览》编成后，祝庆祺看到刑部仍有大量新的案例产生，因而决定继续其案例编辑工作。然而，案例续编工作未结束，祝庆祺即逝世。该书最后的编辑工作由鲍书芸完成。这一本新编成的案例汇编定名为《续增刑案汇览》。在编写体例上，该书与原《刑案汇览》完全一致。

对于《新增刑案汇览》编辑者的情况，我们也知之甚少。该书1886年（光绪十二年）“序”的作者何维楷说他本人为直隶曲阳人，任职于刑部。何维楷在“序”中还说，该书的编辑者潘文舫是甘肃兰州人。潘文舫实际上是《新增刑案汇览》的主要编辑者，但关于这一点，何维楷在其“序”中并未说明。另外，对于该书另一名编辑者、潘文舫的合作者徐谏荃，何维楷在“序”中也只字未提。自《刑案汇览》及《续增刑案汇览》问世的五十年后，中国社会出现了“太平天国”运动，中国固有的法律制度已发生一些变化，此外，西方法律也开始为中国人所知。所有这些因素，促使潘文舫与其同窗徐谏荃决心共同编辑新的案例汇编。《新增刑案汇览》的“凡例”告诉我们，《刑案汇览》的编辑，共费时十年；《续增刑案汇览》则耗时三年；<sup>149</sup>而《新增刑案汇览》则在三个月之内成书。此书疏漏、舛误甚多也就不足为奇。

在案例的编排方面，三本《汇览》都以《大清律例》的分类法为根据。《大清律例》共分为436节，每节有一个小标题；三本《汇览》与其相似，也分为436小节。但这种分类并不是说列于每一节之中的案件必定以该节相应的律或例为判决依据。例如，因不正当的男女性关系而杀死人的案件，在分类时，当然应列于“犯奸”节，但对案犯的判决，则是依照有关杀人的律或例。

此外，《刑案汇览》所收集的案件也没有与《大清律例》436节律文完全对应，而有省略。多数情况下，省略是因为该节律例所规定

的犯罪根本就没有发生。例如,《刑案汇览》在“合和御药”节下,就没有收入任何案例。《大清律例·礼律·合和御药》律所规定的犯罪是为皇帝配制药剂时,没有按照原药方。因为没有发生过这种犯罪,因此《刑案汇览》只得空缺此节。另外,《大清律例》某些条文只是对于一定的术语作法律上的界定、说明,并没有涉及任何禁止性内容。在这些律例名下,《刑案汇览》也没有收入任何案例。例如,《大清律例·名例·称日者以百刻》律具体规定了法律意义上的“一日”及“一年”的准确含义(一日包括一百刻,一年包括三百六十日),而不涉及任何禁止性行为。

《刑案汇览》所收集的案例,真正与《大清律例》各节律例相对应的只有270节(《大清律例》共分436节)。为了本书查阅的方便,我们将《刑案汇览》所收集的270节案例连续编号,并在将其译成英文版时,采用《刑案汇览》编号。这样,本书所标明的各节编号与《大清律例》原各节编号不相同。例如,“婚姻”在《大清律例》中是第101节,而在《刑案汇览》及在本书中,则为第52节\*。

在每一节中,案件的排列顺序并不按照该案件发生时间的先后,而是按照各案件所属的类型。案件发生的具体时间,都在案件介绍的末尾以小号字标出。

与节的情况一样,案例在原书中也没有编列序号;为了阅读方便,我们在每一节之下将案例标明序号。例如,在某一案例之前,我们标有“第52·2案”,其含义是:该案例是《刑案汇览》第52节(在《大清律例》中则是第101节)第2案(该节共有9案)。应该注意的是,在任何一节中,都是将《续增刑案汇览》与《新增刑案汇览》中的案

\* 本书在将《刑案汇览》译成英文时,并未收入《刑案汇览》所有270节案例,而只是选译其中的106节。在将该书译成中文时,为阅读方便,又将此106节连续编号。因此,本书中文版关于案例的编号既与英文版原著不同,也与《大清律例》不同。例如,上文所引“婚姻”一节,在《大清律例》中是第101节,在本书英文版中是第52节,而在本书中文版中则是第19节。——译者注

例放在《刑案汇览》同类案例之后，连续编号。例如，如果《刑案汇览》某一节共有10个案例，那么，《续增刑案汇览》相应节中的第1个案例即编为第11案。余此类推。

最后，我们来看一看《刑案汇览》的编辑者为什么要编辑这本书？应该说，他们编辑《刑案汇览》的理由与西方学者汇编案例的理由是基本相同的：为法官们提供一个易于查阅的判例集。鲍书芸在其“序”中已说明：祝庆祺编辑案例的最初动机是为了“救世”；而鲍书芸本人则强调整理、编辑案例，“以利于查阅”。关于《刑案汇览》的价值，著名法学家沈家本在其“《刑案汇览》三编序”中作了进一步的阐释。该“序”写于1899年（光绪二十五年）。当时已准备将《刑案汇览》三编印刷出版，但实际上，此计划一直未能实施。沈家本在该“序”中说<sup>⑫</sup>：

“夫刑名关系重要。其事之蕃变，每千头万绪；其理之细密，如茧丝牛毛。使身膺斯责而不寻绎前人之成说，参考旧日之案情，但凭一己之心思，一时之见解，心矜则慎，气躁则浮，必至差以毫厘，谬以千里<sup>⑬</sup>。往往一案之误，一例之差，而贻 151  
害无穷。《汇览》一书，固所以寻绎前人之成说以为要归，参考  
旧日之案情以为依据者也。”

## 第二节 案例来源

《刑案汇览》所收集的案例中，绝大多数来自三种档案材料：说帖、成案、通行。也有一些案例来自已刊印出版的文字资料。

### 1. 说帖

刑部内部各机构在讨论案件时，将该案件事实及本机构的分析、处理意见以公文形式发往刑部内部有关机构。这种公文即“说

帖”。例如，某清吏司收到该管地区报上来的案件后，就应拟具说帖，呈刑部会堂，以求批准执行。如果刑部会堂认为该案处理有疑似之处，即将该说帖批交律例馆详核。律例馆对该案核查后，再拟具说帖，呈交刑部会堂。其中某些案件还必须奏报皇帝批准。所有这些说帖的原件皆装订成册，列入刑部档案。《刑案汇览》所收集的案例中，属于说帖的，将近40%<sup>⑭</sup>。

## 2. 成案

《刑案汇览》引述成案时，有时只标明为“案”<sup>⑮</sup>。在字面上看，“成案”是指“已成为案例”。但《刑案汇览》的“凡例”具体解释了“成案”的特定含义<sup>⑯</sup>：“成案俱系例无专条、援引比附、加减定拟之案。”也就是说，凡是比照判决的案件（参见本书第一章第九节）以及因案情特殊而改变法定刑的案件，都属于“成案”。由此可见，“成案”作为判例的一种，具有特殊意义。“成案”在《刑案汇览》所收案例总数中，占有35%以上。

## 3. 通行<sup>⑰</sup>

如果刑部认为某些成案或者皇帝针对某些成案而发布的诏令具有特别的重要性，就可以将其定为“通行”。被定为“通行”的成案或诏令，在全国各级司法机构都具有法律上的指导意义。“通行”中的一小部分将被律例馆在修订《大清律例》时，作为新例编入法典（律例馆每五年左右修订《大清律例》一次）。《刑案汇览》收入的“通行”占案例总数将近10%。自1736年（乾隆元年）至1809年（嘉庆十四年）之间的通行曾由江苏印刷成册，因此，《刑案汇览》所收集的这一段时间的通行，都来自江苏版的通行本。而自1810年（嘉庆十五年）以后的通行则直接取自刑部档案<sup>⑱</sup>。在“通行”之下，还有一种名为“遵行”的案例。“遵行”只在刑部所属各清吏司发布，供各清吏司审断案件时参阅，不直接发往刑部以外的各司法机

钩。

在作为《刑案汇览》案例来源的刊行材料中，最重要的是以下两种。

### 1. 邸抄

邸抄是政府的活动记录，类似于西方的“国会议事录”。邸抄<sup>153</sup>的内容包括皇帝的诏令、大臣的奏折以及其他官方文件。在中国，这一类型的活动记录可能早在宋代就已出现。因此可以说，世界最早的报纸应出自中国<sup>154</sup>。《刑案汇览》中的案例有一小部分选自“邸抄”。因为“邸抄”的发行范围较广，因此，它不同于司法机关为促进司法审判活动而编纂的案例报告。前者对于涉及法律适用的案情细节描述较少。

### 2. 成案所见集

《成案所见集》分四集，共收1138个案件，均发生于1736年（乾隆元年）至1805年（嘉庆十年）之间。编辑者为马士林。《刑案汇览》只从《成案所见集》中收入很少几个案件，所收案件列于“所见集”名下。

除此之外，《刑案汇览》的编辑者们还从其他途径收集到一些案例（占总数的8-9%），其中包括祝庆祺本人从刑部档案中抄到的500多案例。至于这500个案子与其他属于“成案”的案子之间有何实质意义的区别，原书并未作说明。

本书所译的《刑案汇览》190个案例中，有几个案子标有“已纂例”字样。例如：第61·2案即附有“案已纂例”说明；第62·1案及第75·1案附有“通行已纂例”说明。律例馆可能已根据这三个案子纂修了新的“例”。另外，第104·1案出自何处，原案未作任何说明。这可能是编辑者的疏忽。恰巧，在我们收录的案子里面，这个案例是最有趣的案子之一。

本书190个案例中，成案占100个。从这100个成案中，产生两个问题。其一，至少有10个案例并不符合上文所说关于“成案”的标准<sup>②</sup>。也就是说，这10个案例不涉及比照适用律例、增刑、减刑  
154 或区别于普通案件的特殊因素。显然，这10个案例本不属于“成案”，而应属于上文所述“其他”的500多案例之中。但编辑者却将其纳入“成案”范围。

另一个问题是有关“现审案”的含义。本书收入的190个案例中，冠以“现审案”名称的共18个。这18个案件都发生于北京，因此，我们在本书将其译作“首都成案”。不过，实际上“现审”一词是指“提交司法审查”。根据一些不甚明显的迹象，这个词最早似乎主要与对满人事务的司法调查有关，其次则是与对政府其他机构的司法调查有关<sup>③</sup>。从这18个案件本身来看，涉及满人或政府其他机构的仅有5案（第1·2、34·1、38·3、89·1、91·1案）。另有13个案件情形与此相类（参见附录4）。这些案件也发生于北京，但未冠以“现审”名称。

另外，《刑案汇览》所收的案例中，有一些根本不涉及对犯罪行为的定罪、量刑问题。在本书所收入的190个案例中，就有9个案例  
155 纯粹是一种程序性说明，它只是规定了官员处理不同案件时应遵循的准则或程序<sup>④</sup>。还有一些“案例”也不是真正的案例，只是全部<sup>⑤</sup>或部分地<sup>⑥</sup>转述皇帝诏令。

一般说来，作为上报的案例应符合下述二条件之一。第一，通过正常渠道上报的案件，即由各省巡抚或总督报告或条陈的案件。“报告”是指上报刑部、由刑部决定的案件；“条陈”则是对于死刑案件或其他特殊案件而言，这一类案件必须由皇帝最后决断。无论是报告案件还是条陈案件，首先都由刑部相应的清吏司详细分析案情，并将原审巡抚或总督对该案提出的初步处理意见列出；最后，将该清吏司的意见——同意或者不同意原审意见——以及判决所依据的律例条文附上。

第二，某项案件被清吏司认为在适用法律方面有可能发生歧义，也就是说，根据案情，该案可同时适用数条法律。对于这一类案件，由清吏司直接具题上报。与前一类案件一样，清吏司首先详细分析案情，并将案情分析、原审意见、该司意见及所据律例条文一同上报。第二类案件多是案情较为复杂、涉及多条法律条款的疑难案件。相比较而言，第一类案件占上报案件的绝大多数，第二类案件只占其中一小部分。

清吏司拟具案件说帖，这说明该案件的审断程序尚未结束（该案件还必须经过刑部会堂的批准，有些案件还必须由刑部向更高的审判机关提交，请求对该案判决的最后批准）。因此，在说帖的末尾常常出现这样的一段文字：“我们认为本案的量刑与犯罪事实相适应，请求批准，以便回覆。”这段文字是表示：该清吏司认为原审巡抚或总督对该案的判决正确；要求刑部会堂或更上一级审判机关核实、批准，以回覆原审机关。当然，如果清吏司认为原审判<sup>150</sup>有错误，其说帖末尾自然是另外一种措辞。

### 第三节 案例选译中的几个问题

《刑案汇览》三编共有7600多个案例，涉及《大清律例》436节律例中的270节。从中选择涉及105节律例的190个案例，筛选工作如何才能做好？

显然，从如此小的选译比例中，我们不可能得出关于清代法律在统计数字方面的结论。因此，从一开始我们就确立了另外的选译标准：案件本身的综合性含义及其所涉领域（除了纯法律问题之外，也包括社会、政治等问题）。

《刑案汇览》按《大清律例》律例分节的270节中，所属案例数超过50的共有31节。这31节除了1节之外，其余30节都为本书所选译<sup>151</sup>。对于其他所属案例数较少的分节，本书也作了广泛的选译，

以便让读者尽可能多地了解每一节的内容。另外，在选译过程中，我们适当减少了刑事案例的数量，而多选了一些其他（包括婚姻、财产、财政、礼仪、工程等）方面的案件。当然，即便如此，刑事案例仍在全部案例中占有绝对多数。因为在《刑案汇览》原书中，刑事案例与其他方面的案例在数量对比上过于悬殊。即使我们适当减少刑事案例的入选数，而扩大其他案例入选数，也未能改变二者在数量上的基本对比<sup>②</sup>。

除了少数例外，对于篇幅很长的案例我们一般不选入。另外，选择案例时，我们多以该节开头几个案例为对象。同时，在《刑案汇览》三编中，绝大多数案例都选自原编。本书所选译的190个案例中，只有11个选自《续增刑案汇览》<sup>③</sup>，3个选自《新增刑案汇览》<sup>④</sup>。

翻译《刑案汇览》，必然会遇到重重困难。到目前为止，除了有少数人选译其中几个案例，并加以简略说明之外<sup>⑤</sup>，尚没有人就该书做更多的工作。这一点也足以说明翻译、介绍《刑案汇览》的困难性。

翻译《刑案汇览》所碰到的主要困难，当然是该书中大量的专门词汇的翻译问题。我们手头已拥有几部专业词典，同时也掌握了其他一些辅助手段<sup>⑥</sup>，但是，这仍然远远不够。词典对于很多词的解释常常并不十分准确，不充分；有些生僻词干脆就没有被词典收入。这就迫使我们不得不根据上下文来揣测这些词的含义。编制一个有关中国古代法律的术语词汇表，显然有助于对中国法律的深入研究。作为一种尝试，我们将本书各章所出现的涉及中国古代法律的名词术语搜集整理，附于本书正文之后。

翻译过程中遇到的第二个主要困难来自《大清律例》本身。正如我们在本书第二章中所说的那样，《大清律例》原文各节各款既没有编出序号，也没有任何类型的索引。有些律例条文非常复杂，篇幅过长，常常在一条律例中，包含很多有关犯罪、量刑的内容。而

为了查阅一条相关律例或相关条款，常常不得不花费好几个小时。

第三个主要困难是《刑案汇览》记录案例所使用的语体。《刑案汇览》关于案例的记载，在文字上非常简练，并且有较多的省略。对于经验丰富的法官来说，这种简练的文字已足以说明案情事实；但对于初学者来说，从这简短的文字中了解案件的真实情况，就非常困难了。最糟的是，《刑案汇览》中有大量主语与宾语皆不明确的句子。在这些句子中，很难确定该案件发生于何处及某句特定的话出自何人之口。根据上下文，对于某一段有关案情的评介、分析，我们既可以理解为由呈送该案件的原审巡抚或总督所作，也可以理解为由接受该案件的某清吏司所作，甚至也可以理解为由刑部会堂或律例馆所作。在原书引文缺乏摘引标记以及任何标点符号的情况下，欲弄清这段引文出自何处，其线索就非常少，只能依靠“该司”（意指此段言论发表者以外的某个部门）或“本司”（即此 159 段言论发表者自身）这一类固定短语来判定该引文的出处。在《刑案汇览》某些案件的记载中，甚至连该案件的最初发生地也没有明晰的说明。

我们在翻译《刑案汇览》部分案例时，尽可能地克服了上述困难。对于法律史学家及比较法学家来说，与对于中国的学者一样，没有必要在译文中为详细解释而增加过多的脚注。为简略起见，我们将案情记录中某些重复性语句作了删节。同时，为更明确地说明案件情况，我们也适当增加了必需的术语。例如，案件记录的中文原文中经常出现“据称”字样，至于“据”谁“称”，则不甚明了。对此，我们根据上下文，改为“据×××称”，如改作“据刑部河南司称”等。另外，中文原文中，常出现一些两行之间的夹注以及两段之间的夹注。对于这些夹注，我们也将其译成英文，直接加到译文之中。原文的中国纪年在译文中，也被相应地改为公元纪年。我们不能说在进行上述处理过程中不会发生错误，但有一点我们可以肯

定；即使在某些细节上会有不当之处，但它们还不足以影响该译文的总体价值<sup>⑩</sup>。

### 注释

①据估计，翻译并注释的英文版中国正史《二十四史》，其总字数可能高达4500万之巨。

②即《钦定古今图书集成》。该书编于1725年（雍正三年）。至1911年，该书先后经过11次修订。

③在后面的章节中，将多次涉及《春秋决狱》一书。《春秋》是孔子故乡——鲁国——的编年史，记载了公元前722年至481年鲁国的历史。到汉朝，人们普遍相信《春秋》一书是孔子本人所撰写。并认为孔子在该书中，用非常隐晦、玄奥的文字表述了他关于如何建立一个好的政府、好的社会的思想。董仲舒以《春秋》所体现的原则断狱判案，因而被后人称为以儒家道德解释国家法律的鼻祖。

④埃斯卡拉(Escarra)将其中部分案子译成英文，参阅该译本第279页。

⑤吉利克在其他论述中，也经常援引《棠阴比事》一书。

⑥《棠阴比事》吉利克译本，第113页，第26—B案。

⑦在冯·吉利克绪论第三章中，“古代中国的法院程序”(Court procedure in ancient China)对此有精彩的论述。

⑧瞿同祖在其《法律与社会》一书中（第292—293页）列出了主要的几种。

⑨“刑”是指“刑罚”，“案”是指“案例”，“汇”的原意是指“集水成河”，此处指“收集”，“汇聚”；“览”是指“观察”，“研究”，“阅读”。整个标题的字面含意似可解释为：“会集刑事案例，以便研究考察。”

⑩参见瞿同祖：《法律与社会》第292—293页，祝庆祺与潘文舫项下。

⑪该书没有说明出版日期，但哥伦比亚大学东亚图书馆的目录标明该书出版于1886年，不知其根据何在。该书印制精美，共有40册，其中：《刑案汇览》为1—28册，《续增刑案汇览》为29—36册，《新增刑案汇览》为37—40册。

⑫沈家本：“《刑案汇览》三编序”，载于《沈寄簃先生遗书》第976—

977页。

⑬这是中国一句著名的格言。与英语a miss is as good as a mile意义相近。

⑭美国哥伦比亚大学东亚图书馆藏有一批刑部说帖原件，主要是1784—1883年间拟具的说帖。

⑮参见《刑案汇览》紧接着“序”之后的“凡例”第12条。

⑯参见《刑案汇览·凡例》第4条。阿拉巴斯特在其《中国刑法评注》一书中也将此定义译出。

⑰对于这一术语，文献资料中并没有作出正式的定义。我很幸运，获得潘武素(Wu-Su P'an)先生专门为我准备的一篇论文。该文对“通行”一词作了解释。该文讨论清代司法程序，以《刑案汇览》为主要参考物。本章其他问题的探讨，也参考了这篇文章。

⑱《刑案汇览·凡例》(参见注⑮)第5条对此作了说明。

⑲自1850年至1880年，上海的英国报纸《北中国先驱》(North-China Herald)及其后继者出版了“邸抄”的摘要译本；后来，天津的《中国时报》(Chinese Times)继续了这一工作。

⑳这些案例在本书中的序号是38·1、39·1、41·1、47·1、47·2、59·1、59·2、82·2、86·1、87·2。

㉑户部设有“现审处”，有人将其译作“满族事务法院”，并解释说，“该法院专门处理满人之间的民事诉讼。”(参见宋图争所著《户部》)据《清史稿·刑法志》载，1723年(雍正元年)，北京设立“现审左、右二司”，“审理八旗命盗及各衙门钦发事件”。但这两个机构很快被撤销，其所管事务也移交至清吏司。

㉒参阅本书第4·1、16·1、55·1、75·1、79·4、96·1、101·1案；另外，还可参阅第98·1、100·1案，这两个案例也程度不同地属于这一类。

㉓参阅第75·1、75·2、79·4、101·3案。

㉔参阅第12·2、52·1、61·2、100·1案。

㉕本书未选译的1节为“徒、流、迁徙地方”节，该节在《刑案汇览》中共有54案。之所以未选译该节，是因为所有这54案都不是真正的刑事案件。它们多是技术性规定，指示各级官员如何将徒、流、迁徙人犯送往服刑地

点。当然，分析这些案例也有助于我们了解清代的司法程序。

⑩在不同节中，本书选译案例的比例也极不平衡。这是因为有些节所属的案例数很少，甚至只有一个；这样，选译这一个案例，即意味着该节的案例被百分之百地选译。而另外一些节的案例数就很多。例如，本书第61节“威逼人致死”共有294个案例，第51节“杀死奸夫”共有376个案例，虽然此二节每节都选译2案，但其选译比例仍很小。

⑪这11个案例的编号如下：11·1、14·1、15·1、17·1、22·1、  
24·1、25·1、26·1、30·1、60·5、60·6。

⑫这三个案例的编号是：73·1、74·1、91·2。

⑬这一类的作品包括：阿拉巴斯特的《注释》，乔治·詹姆逊的《中国的家庭与商事法》。真正从学术角度研究《刑案汇览》部分案例的作品，只有弗尔德曼·哈里逊的论文：“凌虐罪囚——从一个案件看清代司法实践”（《亚洲研究杂志》1964年2月号）。

⑭这些辅助手段包括：在法律术语方面，有布莱斯翻译的《大清律例》，郑竟毅编著的《法律大辞书》（上海1936年出版）；在政权体制术语方面，有宋图争（E-tu Zen Sun）的《清代行政术语》（剑桥1961年出版）；在职官名称方面，有H·S·布鲁诺（Brunnert）与V·V·黑格斯道默（Hagelstrom）的《当今中国的政治组织》（上海1912年出版）；在复杂的家庭关系方面，有冯汉义（Han-Yi Feng）的《中国的家族制度》（《哈佛亚洲研究》1937年）；在皇帝诏旨、奏折及其他政府公文的名称方面，有费正清和邓书玉的《论清代公文的类型及应用》（剑桥1960年出版）。

⑮在对文字理解的困难方面，有一个很好的例证，即对“不应重”的理解问题。本书所选译的案例中，多次出现“不应重”这一术语。在清代司法实践中，“不应重”具有特定含义，它是《大清律例·刑法·不应为》律中部分内容的简称。某些行为被官府认为是犯罪行为、并应负刑事责任，但《大清律例》又没有专门条款规定对该行为的惩罚。这时，就可适用“不应为”律。“不应为”律所惩罚的行为分轻、重两种，轻者处笞四十，重者处杖八十。“不应重”则表示应处杖八十，为“不应为”行为中较重的一种。

## 第六章 从《刑案汇览》看中国的 社会与政府

160

### 第一节 清代中国的犯罪

本章旨在撷取我们掌握的 190 个案例中的那些最重要的部分，尤其注意其关于中华帝国的家庭、社会和政府方面的情况（至于从更专门的法律角度的分析，参见本书第八章）。这些案例的重要价值在于，它们非常客观地描绘了一幅中国社会的实际图画。毫不奇怪，这些案例所展示的情况与中国哲学家对其祖国所作的描述实在有天壤之别。跟一切法庭记录一样，这些案例总是令人感到压抑和沉重；然而，它们又是相当真实的描述，并且非常有助于纠正现在仍在流行的对于旧中国的过于理想化的传说。

应当指出，这些案例是太过简略了。它们常常因为着眼于法律条文而隐没了具有重大社会学和心理学意义的事实。但即便如此，它们所告诉我们的——有时包括那些它们没有告诉我们的事实——仍然具有深刻的揭示作用。这些案例的意义，并不在于它们向世人表明古代中国存在着犯罪，甚至包括最可怕的犯罪

——这在所有国家都是一样——而在于它们展示了某些根深蒂固的社会制度和政治制度，包括那些一直沿续到最近的制度。简言之，我们希望通过释读这些案例，有助于弄清为什么中国的君主制不得不于1911年让位于共和制，为什么共和制反过来又为后来的革命所推翻，尽管这些案子距今天已有一个多世纪了。

161 这190个案例在时间上涵盖了1738—1883年这么一个历史时期，但其中绝大多数是19世纪前几十年中发生的。更具体地讲，有145件，即总数的76%强发生于1812—1831这20年间；换句话说，它们属于嘉庆朝的最后9年和道光朝的最初11年。其余的案例，有35件属于这以前的1738—1811年，只有10件属于这以后的1832—1885年。这就意味着，我们所考察的是具有2000年历史的中国法律传统的最后一个阶段，亦即这一传统被西方的影响所震动以至于摧毁之前的一个阶段。

这些案例的绝大多数都发生于文化和政治上相对稳定的时期，尽管风暴马上就要来临。1793年，马戛尔尼爵士作为英王乔治三世的代表到北京，要求中国与英国建立正常的外交和贸易关系，乾隆皇帝在致英王的信中不无骄傲地宣布：“如尔之使节所亲见，天朝物产丰盈，无所不有，原不假外夷货物以通有无。”1839年，中国政府销毁了西方船只运到广州的20000箱鸦片，从而导致与英国的战争，中国就开始了长达一个世纪的外侮与内乱交加的痛苦历程。1793年至1839年这半个世纪中，虽然中国已经开始衰落，小规模的武装起义也时有发生，但从外部来看，仍然是令人肃然起敬的，这段时期也构成了中华帝国的“常世”的最后一个阶段。在它的法律制度中，我们看到的是一个未受任何西方影响侵蚀的固有的法律传统<sup>①</sup>。

162 这一时期，中国最常见的犯罪是什么呢？下面是《刑案汇览》中所有章节名称的清单，每一节有50个或更多的案例。斜线以前的数字是依据各节案件多寡程度而编排的序号，斜线后面是该节在

《刑案汇览》中的序号。名称尾部的括号里，后一数字是《刑案汇览》该节案件的数字，前一数字是本节选译的案件数②。

1/160	杀死奸夫	(2/376)
2/172	威逼人致死	(2/294)
3/239	罪人拒捕	(3/237)
4/199	诬告	(3/206)
5/164	斗殴及故杀人	(2/164)
6/60	强占良家妻女	(1/152)
7/141	强盗	(1/145)
8/161	杀一家三人	(2/122)
9/189	殴大功以下尊长	(1/120)
10/151	发冢	(2/112)
11/144	窃盗	(2/111)
12/190	殴期亲尊长	(1/107)
13/11	犯罪存留养亲	(2/106)
14/166	戏杀误杀过失杀伤人	(3/104)
15/143	白昼抢夺	(2/100)
16/148	恐吓取财	(3/98 )
17/222	犯奸	(2/96 )
18/201	子孙违犯教令	(4/91 )
19/241	徒流人逃	(1/86 )
20/150	略人略卖人	(2/84 )
21/206	官吏受财	(2/75 )
22/224	亲属相奸	(2/75 )
23/194	父祖被殴	(2/72 )
24/187	妻妾殴夫	(1/62 )
25/186	奴婢殴家长	(2/60 ) 163

26/191	殴祖父母父母	(2/59)
27/175	斗殴	(4/58)
28/27	徒流迁徙地方	(0/54)
29/80	盐法	(2/53)
30/159	谋杀祖父母父母	(3/53)
31/21	犯罪事发在逃	(2/50)

把以上这些部分再归类后，我们就会发现，由于经济原因而形成的犯罪，虽然是引人注目的，但远不占主要地位。这类犯罪包括第6项(可能同时也是性犯罪)、第7项、第11项、第15—16项、第20—21项和第29项。官吏收受贿赂这种犯罪是相当普遍的，但却排在第21位，令人颇觉意外。对这个问题似乎可以作出这样的解释，贿赂案件通常由监察部门独立审理，而不经过正常的司法程序。

比起经济原因引起的犯罪来，性犯罪的数目更少些，包括第1、6(如上所述，也可归入经济犯罪一类)、17、22和24(同时也是家庭犯罪)项。值得注意的是，其中由于永恒的三角关系而导致的犯罪(如丈夫杀死奸夫)名列榜首。看来即使是儒家伦理这样严厉的禁规也不能制止感情犯罪的发生。

暴力犯罪(不明动机的杀人和伤害)很自然地在所有犯罪中占据最大的比重(包括第5、8—9、12、14、18、23—27、30项)。一般来说，中国跟别的国家一样，对于暴力犯罪的惩罚，比起对非暴力犯罪的惩罚要严峻得多，即使后者为犯罪者带来更多的物质收入也不例外。以第15项白昼抢夺中的两个案件为例，在第一个案例第40·1案中，一伙人有计划地抢劫了一艘触礁的船只，但没有使用暴力，最后被告只被判处三年徒刑。另外一个案例第40·2案中，一个人与其同伙尾随受害者之后，突然用布蒙住其双眼，掠走其包袱后逃逸。该被告被处到烟瘴地面充军。之所以对后者处以重刑，是因为法律认为，即使暂时性地以布蒙住受害人的双眼，而没有使受害人

受到任何实际的伤害，也是使用了暴力。

第四类犯罪可以称为抗拒官府的犯罪（犯人拒捕，逃避刑罚），包括第3、19和31项。第4项（控告不实）和第28项（主要为程序的而非刑事的）则性质稍异。诬告性质的犯罪，因为其在上表中排名居先，并且因为它极具中国特色，所以值得进一步研究。从中我们译出的三个案例（第76·1、76·2、76·3案）里面，前两个是有关父亲为使有罪儿子免受制裁而向官府作不实控告，第三个案例则是有关父亲因为怀疑儿子被谋杀而向官府作了不实控告。

至少从表面上看，上列犯罪中的绝大多数与我们西方人所熟悉的那些犯罪并无多大不同。然而，由于中国法律中的特殊规定，因而很多种犯罪（绝大多数暴力犯罪）都可以被称为家庭犯罪，因为这些犯罪多发生于一个家族或一个家庭的成员之间。这可能是中国的特色之一。这些犯罪包括第9、12、23、24（同时也可归在性犯罪一类）、25（正如中国人认为的那样，奴婢也被看成是家庭成员）、26和30项。应当指出，所有这些犯罪的名称（第23项除外）都是以家庭中卑幼对尊长的杀伤来确定的。换句话说，它们都是尊长优于卑幼这一原则的具体表现（这一点在第一章第九节中已作讨论）。

还应当指出，除去第18项（子孙违犯教令）外，所有的犯罪都是相互的。就是说，虽然这些犯罪的名称看来似乎是单项的，但从内容看，它们在规定卑幼侵害尊长的同时，也规定对尊长侵害卑幼行为的惩罚（当然通常是较轻的刑罚）。事实上，在我们所译的案例中，第24—26项和第30项中的所有犯罪都涉及到后一种情况，而在第9、12和18项中，反过来也是一样。对某些犯罪（如第25项：奴婢  
165杀伤家长）来说，事实上常发生的犯罪与其名称正好相反，正如在美国奴隶制盛行时期，奴隶主更可能杀死奴隶而不是相反。

除去家庭犯罪以外，其他两项犯罪（每项各有50多个案例）则显示了中国人强烈的对家庭和祖先的崇拜。其中第13项“犯罪存

留养亲”，前面已经讨论过了（第1章第10节，第4章第4节）。另外第10项“发冢”，在中国则被认为是特别可恶的犯罪。同时，中国农村遍地可见的坟墓以及坟墓中可能葬有宝物的事实，也使得贫苦农民极易犯这种罪。

最后，令人震惊的是，“威逼人致死”这种罪居然排名第二位（见第四节末的讨论）。

## 第二节 犯罪者的人员构成

我们的190个案例中，有一些是相当可怕的。比如，一个男子因为与某夫妇有仇，就谋害了他们4岁的儿子；然后又让自己的朋友帮助他把尸体移放到该朋友的仇人的院子里，意图陷害（第48·1案）。在另一个案件中，父亲与一有夫之妇通奸，受到儿子的指责，该父亲便在妇女之丈夫的帮助下，切断了儿子的喉咙（该妇女之丈夫一直接受该父亲的钱物因而保持沉默。见第49·2案）。两个男子夜里窜到与自己有仇的三个农民的屋子里，趁他们熟睡之机，将三人统统杀死（第51·1案）。一个在被拘押时已年逾七旬的男人，据称16年来一直“吸吮16个女婴的体髓”，致其中11人死亡（第52·1案）。一个店主，因为害怕一名患重病的旅客死亡会给自己带来恶运，就把这名旅客赤裸着背到野外，致该旅客冻饿而死（第54·3案）。一名父亲看到自己的长子持刀追赶次子向其索要钱物，就抓住长子，并强迫次子帮助自己将长子活埋（第71·1案）。类似案例举不胜举。

还有一些令人不可思议的案子。有一男子认为自己精神错乱的妻子身上附了某个死人，也许是一位死去的亲戚的鬼魂，于是掀开了后者未葬的棺材盖，意图把鬼魂赶跑（第46·1案）。有一个医生为某垂死的病人针灸治疗时，看到病人太过虚弱不堪下针，就转而在病人妻子身上下针因而致她死亡（第60·5案）。一个年轻的满族

官员，出于对已故老师的感激，意欲自杀以便能在阴间报效其师，并提前把自己的打算告诉了本旗首领（第91·1案）。一个专门誊抄科举试题的人，因为不慎在放镇纸的时候污损了试题两个字，以致无法誊抄，而受到了惩罚（第91·2案）。有一个比这些更为重要，确实也是极具社会学和心理学价值的案例，某秀才因为在为其父写的祭文以及家谱中不恰当地使用了两个词，因而被认为意图颠覆王权，被定为大逆罪（第104·1案）。

我们暂不列举更多的案例，先来看看犯罪者是些什么人。除非犯罪者属于某种特定的集团，比如官吏、僧尼或奴婢，一般情况下，被告的社会出身不公开言明。然而案件的背景材料却能给我们提供有用的线索。当然，总体背景是前工业化的农村社会；在这种社会中，贫穷以及争取生存的不懈斗争是生活的突出任务。

举例来说，只有在中国的农村，一个12岁的小男孩才会用耙子杀死伤害他哥哥的人（第72·2案），<sup>167</sup> 谷叉才会在第62·4案中被当作武器使用，铁犁头才会在第42·2案中被当作凶器使用。同样，只有在中国农村，下列三个涉及在田里捡麦穗的案子才会发生：在第7·1案中，一个15岁的男孩到邻居地里捡了一把黄豆；在第18·1案中，一个13岁的男孩路过邻居的果园时捡了3只梨；在第98·1案中，一个老妪带着小孙子在路边捡拾邻居收割时掉落的麦穗。所有这三起琐事都导致了暴力和杀人，这说明贫困的程度是多么严重。

虽然罪犯中必定有很多是佃农，但是，从所选案例中公开提到的情况看，只有两起案子（第43·3案与第64·2案）与佃农有关。在第43·3案中，佃农伙同其地主（其身份是寺僧）诈骗另一个人，后来在要求分赃时受到地主的恐吓，最后不得不自杀。在64·2案中，佃农受地主的驱迫而将另外一个人殴打致死。

在好几起案子中，贫困直截了当地被说成是犯罪的原因。一位父亲，“因为贫困，谋生不易，起意杀害其失明的儿子。孩子不能干

活，只会吃饭，父亲为减轻自己的负担不得不这样做。”（见第57·1案）一位丈夫将妻子卖与他人，“调查表明，他的行为实是因为贫病交加，别无其他选择。”（见第85·1案）妻子与人私通，而丈夫却不得不容忍，刑部调查发现“如果婚姻破裂，子女就得全归父亲抚养，而依照其窘迫境况看，这实在是难以办到的事，后果也将是灾难性的”（见第82·5案）。类似出卖妻子和为图钱财不得不容忍妻子与人通奸的情况不但在我们的案例中出现过几次<sup>③</sup>，而且在《大清律例》中有明确的条款来规定，这个事实表明在一个妻子是丈夫唯一或者说唯一可以出卖的财产的社会中，这类犯罪真是太普遍了。

相反地，富裕的证据则相对少见。有三个案例提及购买科举考试成绩名次的事（第12·1、31·2、77·2案）。大规模的烟花表演，是两个案子中的主题，而这种表演必定要花大笔的钱（第29·1和第55·3案）。第78·3案涉及一名业主出租土地以积累资金，目的是为了开办一个采煤厂。在15·1案中，一个寺僧偷了一个老和尚270两银子（这是一笔不小的财富）。在第44·1案中，一个商人从其同伴的包裹里偷出了700多两银子。富裕的最引人注目的证据出现在第82·2案中。该案是这样的：一个盐商不知什么原因被逮捕，审讯他的官员要他拿出3000两银子以便为他“弄清曲直”。

在不到10个案例中出现过商人——包括小店主和大工场主（见第27·3、32·1、44·1、60·2、64·1、78·3、82·2、106·1等案）。另有两个案例提及客栈老板。

相对来说，有较多案件涉及官吏。他们是可以从案例中辨明其身份的最大群体<sup>④</sup>。科举考试中榜的人——那些地位高于普通平民，但尚未成为官吏——在6个案子中出现<sup>⑤</sup>。约相同数目的案例中有在衙门中任职但没有官吏身份的书吏、衙役等人员出现，这些人一般被称为“贱役”<sup>⑥</sup>。

约有10个案件中涉及满人，包括皇室成员，另有6个案件（有些与前面所讲的重叠）与旗人（包括蒙古八旗、汉人八旗和满人八旗

的成员)有关。蒙古人出现过两次,穆斯林出现过一次。

在为数众多的平民犯罪者当中,有8个案件涉及和尚、道士<sup>169</sup>——这些男子虽然正式说来仍具有平民身份,但因为其独身生活及与世隔绝,所以与其他平民仍有区别。妾出现过两次,奴婢和仆人各出现过五次。其他法律上要求分别说明以便特殊处理的人包括妇女(20个案件)、年龄在70以上、15以下之人(各4个案例)。精神耗弱之人在3个案件中出现过(第47·1、47·2、74·1案),但除去第三个案件中那位犯罪官吏并没有因其患有精神病而免于刑事处罚之外,对这些案件的处理方式并未向我们昭示有关中国社会中精神病人地位的情况。

在本书第一章第九节中,我们看到在中国法中,官吏是拥有特权的阶层。然而,有关官吏犯罪的20个案件却表明了足使人大吃一惊的相反情况:官吏因其地位而获得部分减免的,只有5个案例。这5个案例是:一位官员因殴打自己犯死罪的儿子致死而被判处杖八十,后来被允许以钱赎罪(参见第1·1案)。有一位官员因为各种劣行而被判处军流刑,但因其官吏身份而被免于刺字(第3·1案)。一位官员买了一个已婚妇女作自己的妾,被处杖八十,后来因为其官吏身份而只处降三级叙用的惩罚,而实际只对其降一级任用(第20·1案)。某监狱长因犯故意勒索罪而被处以枷号二月、徒三年的刑罚,后来考虑到他的官员身份而被免除枷号刑,但仍维持对其所处的主刑即徒三年(第80·1案)。一个世职的满族官员,意欲报效其死去的老师而图谋自杀,为此被处杖八十,后来被准许收赎(第91·1案)。

除去以上5个案例外,犯罪官吏都与常人一样受到惩罚,没有因其官吏身份而给予任何形式的减免。事实上,他们的官员身份常常使他们在承受正常的刑罚外,还受到除名的处罚(这对任何一名官员来说都是相当严厉的)。在一个案子(第73·1案)中,刑部就公开宣称,由于被告具有官员身份,因而应对其严厉处罚。在另一

个案子(第74·1案)中,县令因向上司投写带有谬妄语句的匿名信,不仅被处除名,而且加处杖一百之刑,而他还是在精神病发作期间实施上述行为的。

在所有职官犯罪的案件中,没有一例提到减免其法定刑。同样,在为数众多的满人和旗人犯罪案件中,也只有两例分别由杖刑和充军刑减为笞刑和枷号(参见第1·2案及第59·2案)。另外一例(第91·1案)中作为被告的满族官员被允许以钱赎杖,但这与其说是因为其满族身份,不如说是因为其官员身份。相反地,担任高级职官的满人,常常因为他们的地位而受到严厉惩罚:一皇族成员,因为将一普通的乐女纳为妾,而被处以杖六十刑;他所提出的减免请求也被明确拒绝(第22·1案)。两名任奉恩将军的皇族成员因为在宗庙祭祖时不合礼仪,被褫夺官职(第31·1案)。在有关蒙古人犯罪的两个案例中,其中之一没有提及对刑罚的减免(第54·1案),而另一案例(第2·1案)中,犯者(一蒙古捕盗官)事实上被判处稍高于普通汉人所应得的军流刑。

在社会等级结构的另一端,穆斯林(以及其他少数民族和宗教信仰特殊的人群,如中国南部的部落民)是受到歧视的。比如在仅有的一件穆斯林犯罪案件(第41·1案)中,就援引了一条专门针对穆斯林团伙抢劫犯罪而制定的例。

《大清律例》对妇女及儿童犯罪有专门规定,但在我们掌握的案例中,却看不出妇女及儿童拥有什么特权。在总共20名妇女犯罪者中,只有3名被允许给予某种形式的减免。这3名妇女中,有一名先曾因为强迫他人卖淫被处以军流刑,但却允许收赎;后来因为重犯该罪,被破例地处在原籍监禁三年,以代充军(第6·1案)。另一名妇女在收受贿赂之后,虚假地认定她儿子死亡的责任,被处杖一百之刑,并允许以钱赎罪(第81·2案)。第三个妇女,因参与一起自杀案件被处徒刑,后经允许收赎(第96·1案)。此外,别的犯罪妇女看不出因为性别不同而享受到什么优待;其中有4人还被明确地

拒绝了依照法律提出的减免请求<sup>⑦</sup>。

在4个有关年龄70以上的老人犯罪案件中，有两例犯罪人被准许收赎（第76·2案及第87·1案），其余两例则被拒绝（第52·1案及第79·3案）。15岁以下的人犯罪，处置更少宽容：只有一例被准许收赎（第3·1案），其余两例则被拒绝（第7·1案及第72·2案），另有一例情况较为特殊，既不适用减免也不否定减免请求（第41·2案）。

在有关前面提到的其他人犯罪的案件中，我们发现8例僧道犯罪案件中有3例是有关僧道与已婚妇女通奸的犯罪。其中一例（第29·2案）由于犯罪发生在寺庙中因而基本犯罪事实复杂，难以认定（第29·1案）；其余两例（第87·1、87·2案）对犯罪之僧道的惩罚显然要重于对犯同类罪的俗人。另外5例（第15·1、37·1、43·3、63·1、63·2案）中，对僧道的处置看来与常人无甚区别。

在妾犯罪的两个案件中，有一例（第66·1案）犯罪之妾被免罚。在该案中，被告殴打一名使女，导致该使女自杀，而该使女被契卖已逾3年，在被打之时已获得一般奴婢的资格。本案可以证明，尽管妾的地位与妻相比很低，但仍高于奴婢。另外一例（第66·2案）<sup>172</sup>犯罪之妾被处徒三年，她犯有殴打一名使女致死之罪，而该使女在被打之时契卖尚不足3年，并未获得奴婢资格。其他受害人为奴婢的案例（第65·1、65·2案）则清楚地表明，与良人相比，这些人的地位非常低下<sup>⑧</sup>。

有4例案件与另一受压迫阶层“长随”有关。“长随”专指那些由地方长官或其他政府官员雇佣的随身仆人。他们的法律地位极低，正如这4个案例中的前两个所表明的那样。跟奴婢、优伶、妓女、官府“跑腿的”（信差、狱吏和衙门中的其他雇员）以及某些地区特有的人群，如江苏、安徽一带的“蛋户”、浙江的“惰户”等等一样，长随也属于社会地位低于常人的“贱人”一类。贱人不得参加科举考试，也不得出钱捐官，对于他的直系后代来说，这个禁令仍然适用<sup>⑨</sup>。

上述四案中的第一案即第12·1案表明，在这方面长随的儿子与奴婢的儿子没有多大差别。该案中受到惩罚的是一位隐瞒了自己社会出身而得以做官的长随的儿子；而据以作出判决的先们则是一起奴婢之子犯同样罪而受到惩罚的案子。同样，第12·2案也是有关北京的成卫总监在被发现其父（陕西的一个县令）以前曾做<sup>173</sup>过长随之后而被褫夺官职的。陕西总督也因为该官员说情而受到皇帝的严厉申斥。长随以及其他类似受压迫阶层在19世纪仍然存在这一事实，我们在讨论中华帝国的社会变迁这一问题时，应当牢记在心⑩。

从本节中我们可以得出以下一般性结论，即，清代中国社会的特权阶层——主要是官员，但同时也包括法律上所规定的享有某种豁免权的特殊人群如妇女、老人、幼童等——并没有像人们理论上推定的那样，从其特殊的法律地位中得到过多优惠。法律歧视某些低贱的阶层如仆人和奴婢，但对于特权阶层同样严惩。简言之，所有的社会成员都害怕涉讼，那些具有一定声望和权力的人也是一样⑪。

### 第三节 司法程序

从本书所收集的案例中，我们可以得出这样一种印象，即刑部在履行其职责过程中是很谨慎和严肃的。它在审核各省有关量刑的建议时，尤其慎重。在第四章第二节中，我们已经提到1883年沈家本任职刑部期间对于穆格塔一案所发表的意见，刑部每年大约要改判100件或者数量更多的由东北上诉至刑部的案件。这个数字应当说是很大的。另外，在我们收集的190个案例中，刑部对于原审判决作了改判的至少有25例⑫。另有4个案例，刑部堂官对于<sup>174</sup>部属清吏司的判决作了改判⑬。第64·1案是一个很明显的例子，在该案中刑部堂官否定了刑部有关部门的判决，而维持了东北地

方的原审判决。

有时刑部在改判的同时还对原审机关给以轻重不等的申斥。比较温和的责备见于第55·1案的结论：“湖北巡抚粗心大意，在其判决中未明确提到给付丧葬费之事。对此应明确补充说明。”比较严厉的申斥可见于第98·1案的判决，其中刑部在指出“河南巡抚的判决有事实错误”之后，作出评论：“对此案的处理是仓促的、不公正的。”因而对被告的有罪判决应当推翻。

只有当皇帝自己出面干预某一案子（这种情况有，但很少）时，中国法律的“正当程序”才有可能屈服于专断（参见第四章）。比如，法律对于任何一级司法机关都有一个绝对的要求，那就是宣判罪刑时必须援引相应的法律条文。在我们的案例中只有一例，刑部没有遵守这一规定<sup>⑭</sup>。然而，当皇帝干预某一特别重大案件的审理时，他往往以情绪化的词句做出判决，不仅不去找寻适当的法律条文来支持自己的判决，而且也不说明犯罪的任何细节，对主要犯罪人的家属如何处置也只字不提。

当然，在理论上讲，皇帝有权推翻任何不合法的判决。他是否实际感受到了这样做的自由，从以下两个案子可以看出来。在第 175 42·2案中，嘉庆皇帝起初想减轻对被告的处罚，但刑部却顽强地坚持认为，这样做没有任何先例可寻。结果皇帝下了第二道诏书，表示在缺乏先例的情况下，同意原判决。

第61·2案的结果正好相反。该案中性格强硬的乾隆皇帝（嘉庆之父）推翻了刑部对这起自杀案件的较为严厉的判决。皇帝的敕令明确地否决了禁止法律溯及既往的原则。这在法律上是很重要的，它构成后来一项新的条例的基础。此案中，乾隆皇帝对在中国法中屡见不鲜的以机械方法度量道德的做法表示反对，这在心理学上是很值得注意的事情。

许多法律制度都面临着如何“罚当其罪”的问题。在中国，正如我们所看到的（第一章第九节），这个问题由于许多法律条文的

高度专门化而变得更加重要。在一个用从具体事件中抽象出来的一般概念所制定的法律制度中，法官在审判案件时能够更容易地为某项犯罪找到相应的法律条文，但是对于法官的解释权也就提出了更多的要求。相反地，在中国这样的体制中，法律条款所涉及的内容较为狭窄，其规定也更加专门化（同时刑罚也形成了差别细微的等级系列）；这就限制了法官的解释自由，因为必须从法律规定中找出与具体案件的特殊情况正好相符合的专门条文来。然而，一旦法官受理了一个其情形在现行法律条文中并没有具体规定的案子，困难就出现了。正是这种困境可以部分地帮助我们理解何以清代有数量如此之多的例产生出来。这些例的制定看来是为了跟上人们发明新花样去伤害自己同伴的步伐。

176 除去制定新例以外，另外一个办法是法的类推适用（在第一章第九节中已简略论及）。法官并不是直接“依”或“照”法律做出判决，而是找出在他来看最接近的法律条文或例，然后“比照”该法律条文或例做出判决。清律有关这一非常重要的原则可以追溯到唐朝的法律（见《唐律疏议》卷五）。我们将清律中增补的例摘引如下，这些增补的例补充了司法程序的细则<sup>⑤</sup>：

“其律例无可引用，援引别条比附者，刑部会同三法司公同议定罪名，于疏内声明：律无正条，今比照某律、某例加一等、减一等科断。”\*

在本书收集的190个案例中，类推适用出现过至少60次；而且在这60个案例中，不同意见出现的可能性也最大。有时并不清楚为什么刑部会选择适用某一律或例而没有选择其他条，更不用说为什么它会感到有必要适用类推来判案了，因为有时候刑部并不解释它做出其选择的理由。

按上面所引的例来考察这60个案例，就会发现如下两个重要

---

\*原书引文有出入，现据《大清律例·名例》径改。——校者注

问题：第一，与例所要求的程序相反，60个案例中有3/4并未看出是经由三法司定议并由此上报皇帝的。只有15例出现过“奏”字，据 177 此我们可以推断这些案子是要提交皇帝的。所有这15个案子都是与官吏、死罪或其他重大事件有关，因而将他们提交皇帝裁决是正常的<sup>⑯</sup>。

第二，尽管上引例中规定，应当比照律例加减处刑，尽管许多案例也遵循了这一程序要求，但仍有很多案例，同样涉及到刑之加减问题，都是直接引用律例而不是比照律例<sup>⑰</sup>。其中大量的案例，并没有明确声明某律例是比照适用的，这看来偏离了正常程序。但很明显，刑部是主张，并事实上也确实实施了类推方式。在一些案子里，刑部还明显超出了有关律例规定的量刑幅度。

在清代，官方曾企图使类推制度化、完善化。1779年制定了类推适用的30条规定并增补入律。其中第一条规定：“僧道徒弟与师共犯罪，徒弟比依家人共犯律免科。”这是一个很好的例子。

根据“家人共犯律”（《大清律例·名例·共犯罪分首从》），一家人共同犯一罪，仅由家长承担刑事责任，处罚家长，家庭其他成员无罪<sup>⑱</sup>。当然，通过法律明文规定比照类推另一律例的方式所 178 处理的案件，仅占大量要求类推处理案件中的一小部分。我们确信，本书所选60个类推适用法律的案件中，没有一个案件涉及这30条规定的任何内容<sup>⑲</sup>。

除去类推以外，另一项经常用来处理现行法律没有明确规定 的犯罪的手段是法典中的概括性禁律。这类条文有几个，但只有下面提到的一条是专门针对较轻微的违法行为的。其中最常见的“不应为”律，已在前一章提及。“不应为”律对那些律典中虽没有明确禁止但被认为应当受惩罚的行为规定了上至杖八十下至笞四十的刑罚。在本书附录1中，我们看到，我们收录的案例中有10例援用了“不应为”的条款。

另外一条被同样频繁地援引并发挥同样作用的概括性禁律是

“违制律”。在清律的官方注释中，又加了一个限制词“故”，以限定这条律文的适用范围，可见它的作用如何之大。而在本书援引了“违制律”的9个案例中，这个关键的词却全被省略了。从该律律文来看，似乎“制”并不专指哪一个现有的敕令。在我们收集的案件中，这一规定被用来惩罚范围广泛的各种行为，其中包括不恰当地使用委任状、买卖或处置非官方书籍，在孔庙之前未及时下车、合和药物用巫术、在印刷品中使用某些被认为具有叛逆意味的字句等。除去这些稀奇古怪的违法行为外，“不应为”律还常被援引来

179 处理各种越出常规的涉及暴力的轻罪。

另外一条概括性禁律是“违令”律，它在我们收集的案例中只引用过一次。对违令行为可处笞五十之刑。它之所以不被经常引用，大约是因为它所规定的刑罚与“不应为”律所规定的最低刑过于接近。另有两条法律，虽然其适用范围要窄得多，但在各自的领域内又常常是包含了种类繁多的犯罪。它们是“子孙违反教令（杖一百）”律和“子贫不能营生养赡父母、致父母自缢死者、杖一百流三千里”律。本书附录1所收的案例可以告诉我们这两条禁令（尤其是后一条涉及“贫困”的）的实施情况。

在像中国这样一个历史记载十分详备的文明古国中，人们会期望判例在司法审判中发挥作用，实际上我们也发现司法机关在审判各种案件中都曾援引判例。有些判例常常被普遍援引，如第62·4案：“谷叉案件在别省一直被看作与使用普通刀子无异。”但更常见的是被具体援引的判例，如“遍检前案，未见有与本案相关者，独河南1800年发生之一案有相似之处……”（见第8·1案）。或者如：“遍检前案，见1820年发生于河南之一案可以比照。在该案中，刘玉林缢死了与人通奸的女儿……”（第71·2案）。通常被援引的判例都在此前10年内发生。但有一个著名的判例原发生于1732年，在1826年的第7·1案中被援引。该判例后来成为一条新例的基本内容。

让人略感奇怪的是，在我们的案例中只有16例明确提到了先例<sup>⑩</sup>。这表明，中国的法官们在遇到疑难案件时毫无疑问会小心寻找可资帮助的先例——编纂《刑案汇览》的首要目的也许就是要便于查找先例——但他们并不认为有义务像英美法官们经常做的那样明确标示先例的出处。<sup>180</sup>

刑部对于判决的正确性及适当性的关注，在许多方面都表现出来。比如在第58·1案中，我们就发现刑部对于“杀死儿子然后将罪责赖到另一个人身上”和“杀死儿子意图将罪责推卸到另一个人身上”这两种情况作了很有趣的区分。在第18·1案中，司法机关的处理更为细致，包括仔细分析了两个先例以确定该案被告的行为是斗殴杀人还是擅杀——虽然事实上这两种罪的处刑都是绞监候。在第63·1案和第92·3案中，刑部同样否决了各原审机关提出的判决意见而以另外的法律条文为根据做了改判，虽然处刑并没有改变。在另外三个案子(第48·1、53·1、81·2案)中，被告在该案提交到北京之前均已死亡，但刑部仍然煞费苦心地对各原审判决作了正常处理，或者改判，或者维持原判。

从这些案子获得的另一个印象是刑部无所不知。刑部总是知道所有的有关事实——而且自我感觉良好，虽然在我们看来并不总是如此——即使案件具有非常独特的性质也是一样，以至我们不明白刑部何以能够如此自信。毫无疑问，答案部分地在于司法机关对那些拒不招供的犯人或证人在认为必要的时候可以行使拷讯权。但还有一个因素可能更为基本：那就是在一个由绝大多数文盲构成的社会中，由少数精英组成的官僚集团应当拥有无上的知识这一心理需要。在一个不允许任何私人法律职业者对自己构成挑战的司法制度中，司法机关很显然是不会承认自己的无知和错误的。

刑部处理案件的另一特点是它极不情愿宣告被告无罪。在附录2中我们列出了完全宣告无罪的为数极少的案件名单。其中之<sup>181</sup>

一就是案例第35·1案，在该案中丈夫把妻子卖给了另一个男人。法律对这种犯罪的处罚是夫、妻及买妻者三方各杖一百，并解除该妇女与原来丈夫的婚姻关系，妇女归宗，卖妻所得财物交公。刑部之所以没有严格依法量刑，是考虑到丈夫卖妻是出于贫病而非出于恶意。它做出决定——这在所有案件的处理中是很不寻常的——即允许被卖妇女与第二个丈夫维持婚姻关系，第一个丈夫则可以保留卖妻所得之财物。刑部这样做自然不光是出于同情，也是考虑到该妇女已无家可归这一事实。因此，除非允许她与第二个丈夫生活在一起，否则她就会流落街头。

这个案子与相仿的第35·2案是刑部无视有关法律条文规定而进行判决的仅有的实例。多数情况下，一旦刑部找到了犯罪人所违反的法律条文，就会毫不犹豫地做出哪怕象征性的惩罚决定，在这一点上它对地位高尚的人和地位低的人是一视同仁的。很明显的例子是第31·2案，其中一县令乘轿子到孔庙参加祭祀，当时下着大雨，他一直坐过孔庙外面的围墙还不知道。按礼仪规定，在那里他应当下轿步行。刑部认为，该县令没能及时下轿，虽然是由大雨造成的，轿夫也有责任，但他毕竟违反了规定，因此对他处以杖一百、免官的刑罚。

对所有违法行为，不论其原因如何，一律处以刑罚这种做法，无疑应当追溯到古代法家。然而，更重要的是，这种作法反映了一种十分古老的观点，即犯罪行为不仅是对人类秩序的违犯，也是对整个宇宙秩序的破坏。因此，为恢复原来的宇宙和谐，就必须对犯罪行为严格地加以处罚。我们并不是说清代的法官们自觉地感受到或者表述出了这种观念，我们只是说这种观念一直到清代仍然是中国法律某些特征的思想根源。比如我们已经注意到，即使在犯罪人已经死亡的情况下，刑部仍然要对他作出判决。这种作法只有被看作是结案的一种手段，我们才能够完全理解它。一个案子如果迟迟没有结论，那就意味着恢复被犯罪行为破坏的宇宙和谐的任务

仍未完成。

这一观念在那些关于要求“抵”或“抵命”的杀人罪规定中表现得更为明白。抵命意味着某种杀人行为应当以命来抵偿。根据第53·1、53·2案，我们可以说在审判这类案件时，司法机关所注重的不是谁犯罪谁承担责任这一原则，而是简单的报复主义。这一结论是从上述两案的审判中推断出来的。在审判该案时，司法官强调，假若数人因为参与斗殴致人死亡而被捕，其中一人又在候审期间死亡，那么尽管他的死是意外事件，也足以与该案被害人的死亡相抵；这样，该案中本应判处死刑的被告就可以改判流刑。当然，后来这一观念变得仅具有象征性：以绞监候代替原先的绞立决；处死一名罪犯也可认为是抵偿了两名受害人的死亡。

第65·1案是报复刑的另一表现方式。从该案我们可以看到，常人伤害奴婢，对其处刑将比照常人相伤减一等处罚；如果伤害行为导致奴婢死亡，那么对伤害者的处刑将与对斗殴致死常人的处刑一样，都是绞监候。<sup>183</sup>用刑部的话说：“杀人必须抵命。”

通过第67·1案我们还可以从另一个角度来考察上述观念。该案被告伤害其妻子，被比照普通伤害罪减二等处罚（对奴婢造成同样伤害时仅减常人相伤一等处罚，由此看来，妻子相对于其丈夫而言，其地位要低于奴婢相对于主人的地位）。然而，假若丈夫杀死了妻子，那么正如在前面一案中的情况一样，处罚也就变成绞监候了，与常人斗殴杀人罪的处刑是相等的。另外，从第72·1案我们还得知，如果儿子为救父母而杀死袭击父母的人，那么应判处绞监候；如果他仅仅伤害了袭击父母的人，就应当比照常人相伤减三等处刑<sup>②</sup>。

但是，抵命观念在过失杀人案件中是不起作用的（因为既然是过失，那么杀人行为就不是出于恶意）；同样，正如我们将会看到的那样，对于发生在家庭内部的某些杀人案件来说，抵命观念也不起作用，因为在家庭中，正义常常处于不受重视的地位<sup>③</sup>。

## 第四节 社会控制

儒家学说的中心目标是要建设一个管理良好的社会：一个由等级森严的社会组织和政治组织所构成、由贤明睿智的皇帝所领导的受过良好教育的文官系统自上而下加以控制的社会。这种社会最大的优点在于社会和政治的稳定。政府是为人民而设立，但却不是由人民所选择；那些不属于少数精英统治者的士绅们被鼓励保有其父辈所处的那种优越的社会地位，并应当尽最大努力做好自己该做的事。农民被看成是社会的经济支柱；商人则不被信任，人们认为，商人作为一个不稳定并且常常是云游四方的群体，其自身利益与整个社会的利益相冲突；城市首先是官僚权力的中心，而不是商业发展的中心；政府对于各种经济活动行使无限制的控制。

至少从理论上说，这就是帝国时代儒家学说所推崇的理想社会，虽然在实际生活中，这种理想要打很多折扣。中国历代王朝都试图对臣民进行政治、经济、社会和意识形态方面的控制并获得了<sup>185</sup>不同程度的成功。当然，清朝政府在其鼎盛时期，亦即1840年以后急剧衰落之前的一段时间，也力图达到这一目的<sup>②</sup>。

在我们收集的案例中可以找到多处对社会实行管理的证据。停滞的、以产粮为主的中国农村社会与19世纪美国西部之间的差别，在有关枪支和火药以及火药原料的案例中可以看得很明白。在这些案件中，私造或私卖武器要被判处徒三年（第33·1案；参见第33·2、33·3案，后二者是有关铅和硝石的）。法律还对“凶器”（如剑、矛、杖之类）与平常家用器具（如镰刀、厨刀之类）做了详细的区分；用前者造成伤害的，要比用后者造成伤害的加重二等处刑（第62·1案，同时可参见第62·2、62·3、62·4案）。

在有关经济控制的几个例子中，最引人注目的是第26·1案。从

中我们了解到，去北京的农村人口如果购买并带回1石以上稻米的话，就会被判处杖一百之刑。要了解法律为什么这样规定，我们就必须要记住，中国的北部地区主要出产小麦和粟，并不产稻谷，因而首都消费的稻米不得不千里迢迢经大运河从华中地区运来。法律规定这项禁令的目的，用刑部的话来说，是为了“防止奸商不法贩运”。距北京大约50里的一个部门的副长官并不知道有此禁令，他派其下属去北京购买了12石稻米犒劳其军士；这些军士当时正在参与一项很重要的公共建设项目。刑部虽然承认“他的行为是出于公共利益的考虑”，但仍然认为，既然违反了禁令，“全然减免其刑罚是不恰当的”。刑部最后做出了一项很不寻常的判决——这项判决完全绕开了规定此项禁令的例而援引另外一项不同的法律条文，<sup>186</sup> 判处该犯很轻的刑罚，即依照“不应得为”律判处笞四十之刑。

当然，在这样一种社会中，最严重的犯罪莫过于犯上作乱了，尤其是伴随暴力的反抗行为。在共和时期，中国人就显示出运用罢工和抵制作为经济和政治武器的能力。研究现代中国的学者们，当从我们的案例中得知，一个世纪以前就有某些职业集团一次又一次地企图运用原始的罢工运动作为改善自己经济地位的工具时，一定会很感兴趣。

1778年，发生了一起从我们所掌握的案例来看是最早的罢工运动。当时一支经由大运河向北京运送稻米的船队中，有一名漕丁组织十几个同伴，在船只通过一处水闸时罢工，要求增加工钱，因此发生了争吵。这名漕丁打伤了一名专门被政府安排在水闸镇暴的军官（第27·1案）。该漕丁被判处斩立决，并在大运河岸边悬首示众。1825年，一名拉船纤夫在大运河靠近北京的一处码头上“见物价飞涨致入不敷出”，也组织了一群同伴举行示威，并与负责监运的军官发生了冲突（第27·2案）。这次惩罚却出奇的轻缓：仅徒三年。1812年，居住在永定河畔一个村子里的一群“险夫”，在其中一名的

组织下进行了集体怠工，要求增加工钱。这些险夫每人接受政府分给的一亩河地；作为回报，他们有义务在需要的时候出动，以维持河流的正常航运，每搬运10方土政府付给4分银子。怠工很快蔓延到别的沿河村庄；怠工的工人还募集了一笔钱以备诉讼之费用。最后，怠工的组织者被逮捕，并被处以流刑（第105·1案）。

187

在另外一起相对不同的案例（第32·1案）中，一名商店店主煽动其他店主关门停业，抗议官府以涉嫌犯罪为由逮捕他们的一名同人。这次商业性的罢工最后流产了，因为城里300家小店中只有8家响应而停业。倡导停业的人被判处流刑。

在中国这样的前工业化社会中，与经济发展的有限性同时存在的，是存在着政治和意识形态方面的强大压力，要求保持社会的高度一致。有几个案例就曾提出过这一古老但却仍然困扰着我们的难题，即：下属明知自己的行为是违法的，可在上司的压力之下又不得不这样做，在这种情况下他应当负什么责任？从这些案子看，通常的答案是，下属，仅仅因为他是下属，便没有任何选择而只有服从命令，即便他明知自己是在实施犯罪。这在刑部对第64·1、64·2案的判决中表露得最为明显。前一个案子中，一名店主命令两名雇员和自己的仆人殴打另外一人，结果致其死亡。刑部减轻了对这些人的处刑，理由是作为店主的雇员，“这三人均依附于店主，并因此受制于店主，对此他们只能服从。”在第二个案子中，一名佃农伙同其地主殴打另一人致死，但刑部改变了对佃农的处刑，从绞监候改为流刑，因为他“受主之命，理应服从，高压之下，别无选择”。

188

儒家学说在公元前二世纪时取得正统地位之后，它对于“异端”学说就表现出很深的不信任。宗教组织，尤其是秘密性质的组织，在中华帝国屡遭迫害，但并非因为宗教观念本身，而是因为恐惧——这种恐惧感经常被证明是有道理的——即害怕宗教变为反对王朝统治的政治活动的掩护伞。除去这种经常性的迫害之外，

对于佛教、道教这样有组织的宗教则一般以各种方式进行控制。正如我们从第63·1案中看到的(该案例援引了清律中多种条文)，整个清代，佛教和道教事务都是由宗教贵族加以控制，这些人也是政府文官系统中的高级官员，并且就本宗教人员的行为向政府负责。一个人如已成年(16岁以上)就不能剃度为僧；如果一家中成年男子不足三人也是一样；如果在上述情况下寻求出家，就必须首先获得官府签发的度簿才行。如果一个僧人年未满40，法律则不准许他私自剃度他人；没有官府许可，也不准私创寺院。

在整个帝国时代，经常发生一些政府为之感到恐惧的叛乱。而对于以外族身份入主中原的满人来说，问题就更为复杂。这种民族矛盾造成的紧张状况在18世纪后半叶达到顶峰。政府大规模地查禁和焚毁反满作品及其他“凶险”、“不道”作品。结果使许多文学作品失传<sup>②</sup>。这种恐惧和怀疑在我们的案例中也屡有反映。其中有两例(第37·2、37·3案)所谓“不经之作”的作者被处徒三年(作品的确切性质未被言明)。在另外一例(第30·1案)中，被告因为从陌生人那里购买了各种不同的小册子并在北京城内出售谋利，被处杖一百。最有趣的是1779年发生的一起案子。案中一名秀才，因为在给其祖父写行状以及续写家谱时，误用了一个词和一个成语，就被判处徒三年刑。在极端多疑的统治者看来，这个词和 189 成语可能包含一种反叛意识<sup>③</sup>。

在第一章第十节中我们已经指出，投匿名文书告人罪在清律中是受严惩的。我们收集的案例中共有三件(第75·1、75·2、75·3案)涉及此罪。其中第一个案例中有嘉庆皇帝1818年发布的敕令，敕令在假惺惺地重申禁止投匿名书告人罪之后，末了又宣布：“如事情重大，关乎国家之匿名之诉，应密函呈报，听候朕之裁决”，从而削弱了这一禁令。令人快慰的是，在随后的一个案子中，一名高级官员正好是依照了嘉庆皇帝的敕令行事时，受到继位的道光皇帝的申斥。道光皇帝还无条件地维持了原来的禁令。

对法律学者而言，最有意思的是有关“讼棍”的4例案件（第79·1、79·2、79·3、79·4案）。在处于农业社会阶段的中国，因为没有形成正式被承认的法律职业，所以就出现一些替亲戚、朋友或别的委托人代写诉状的角色。在一个文盲高达总人口80%的社会里，如果没有那些受过教育的人的帮助，很难想像普通老百姓能够得到法律正义。但在政府看来，“讼棍”却是一帮制造麻烦的人，他们会为了一点蝇头小利而挑起事端，愚弄纯朴的乡村百姓。

在第79·3案中我们就能看到一个“讼棍”，他因为别人书写了五份诉状而被处徒三年刑，尽管“所有五份诉状都是普通性质的，也没有证据表明他曾与官吏勾结、敲诈无知乡民或进行恫吓诈骗”，而且被告年龄已逾70，但即便如此，他所应享有的赎刑特权也被剥夺了。另一个案子（第79·4案）则更有意义，因为内中有嘉庆皇帝就此事发布的上谕。这道上谕（1820年）的精神可以与公元前536年一位政治家关于中国最早的《刑书》所提出的批评意见相对照（见第一章第四节）<sup>29</sup>。

最后，讲一下自杀的盛行——也许这一现象能够反映出人们在儒家社会中的紧张心态和受压抑心理。在《刑案汇览》中最为常见的犯罪中，“威逼人致死”罪在数量上位居第二。“威逼人致死”只是一种概括性表述，实际上，《大清律例》所规定的属于这一类犯罪的具体情形多种多样。比如在第8·1案中，我们就可找到有关以下自杀事件的法律规定：与妇女通奸，披露奸情致其自杀；某人遭抢劫之后窘迫自杀，因诬告他人偷盗致其自杀；被同伴欺骗之后自杀；被官府役吏勒索，不堪忍受而自杀；殴打某人，致其重伤足以引起死亡，该人在伤发之前自杀。《大清律例》所规定的“威逼人致死”的方式在种类上远远不止于此，至于其他自杀情况可参见第43·1、78·1、78·2、78·3、78·4、86·1、95·1、95·2、95·3案。

在本书收集的190个案例中，至少有23个以不同方式提到了自杀<sup>30</sup>。其中一些自杀案件在西方人看来也是相当熟悉的：媳妇因

受婆婆辱骂而自杀（第43·2案），两名使女被打骂之后自杀（第 191  
65·1、66·1案），三名男性囚犯因受狱吏重铐或虐待而在监房自缢  
或自杀（第95·1、95·2、95·3案），女子在与其一远房表亲谈恋爱被  
发现之后自杀（第86·1案）。

另外一些自杀案件却非常奇特，在西方人看来简直是不可思议。比如第25·1案就记录了这么一个故事：姓曹的男人要小客店的老板返还交其代为保管的钱，老板说先得跟他的生意合伙人商量才能还给他。“一句话使曹氏如此紧张不安，竟自缢而死”。在第42·2案中，宋龙元偷偷地锯掉并拿走了属于宋守志的树枝，遭到后者的打骂后自杀。在第61·1案中，丈夫默许妻子与另一男人睡觉以收取钱物，并一再催促该男子增加钱数，被后者殴打，该丈夫“遂陷入一狂乱的精神状况，自缢身亡”。在第98·1案中，一名妇女因在另一农民地里拣麦穗，而与后者发生争斗，该妇女气愤回家。之后她又跑到该农民家中意图报复，未遇，遂情急悬梁自缢。她的媳妇听到消息后，也企图跳井自杀，但被人阻拦。尤其令人奇怪的是另外四个案例（第78·1、78·2、78·3、78·4案），其中都是母亲担心自己儿子因其行为——不论是合法的还是非法的——而被投诉官府，结果轻生自杀。

有些自杀，尤其是弱者和地位低下的人的自杀，正如人们想像的那样，是对痛苦人世的一种逃避。但这些案件看来不占多数。比如，在我们掌握的23个自杀案件中，只有10例涉及妇女。其余案例中，自杀者都是抱着一个让仇人或欺负自己的人因自己自杀而承担法律责任的愿望而去自杀的，实际上是一种超前的报复行为（中国文学的一个主题就是这样的：自杀者的冤魂将返回人世，骚扰导致自己自杀的人）。另有一些自杀案件，包括那些看起来十分古怪的案件，则是由雀角琐事引起的，其中怕丢面子的心理看来是诱发自杀的一种重要因素。

中国人自杀的心理原因还不十分清楚，需要进一步研究。不

幸的是，在研究近代以前中国人自杀现象方面，缺乏有效的统计分析手段。因而，自杀现象在儒家时代中国社会中的地位，不论其如何重要，也无法将其与现代美国的自杀现象进行比较研究；根据最近一项研究，“自杀在美国是导致处于生育年龄（18—45岁）的美国人死亡的第4位因素。”⑩

## 第五节 家庭

任何严肃的对中国社会的研究都应当从家庭开始，或者以家庭终结。中国的家庭制度一直是社会稳定、历史连续和个人安全的根源。同时它也是导致紧张、挫折和痛苦的原因。相对于其他因素而言，家庭一直是保证社会一致及压抑个人能动性的主要工具。《刑案汇览》中有许多案例都与家庭关系有关。当我们考察选择出来的那些案例时，就会发现儒家社会所特有的那种人与人之间的紧张关系在家庭成员等级差别中有最明显的表现——这种等级差别是用五服制来精心地加以度量的⑪。

当然，家庭关系中最为重要的当推父子关系和相应的公婆、儿媳关系，在涉及父子关系以及类似的尊卑关系（如祖孙关系、叔侄关系等等）时，某些在正常情况下能有效发挥作用的法律原则看起来不再完全有效。一个最常见的例子，就是法律允许犯罪人在特定情况下存留养亲。这个规定，在前面的名单中排名第13，在《刑案汇览》中有相当多的案例涉及这项规定，而在我们所选的案例中则出现过7次。该项规定的实质内容是停止法律的正常实施，以利于“孝”原则的履行⑫。

中国的法官所说的“家”究竟是指什么？在第51·1、51·2案中可以找到最清楚的答案。第51·2案引用了《大清律例》官注的一段话，明白指出，“家”不应被局限于血缘亲属的范围之内。它说：“一家意指共同生活之人，包括奴婢在内。”然而，在该案例的其余部分以

及第51·1案中可以看出这么一个事实，即虽然共同生活在确定家庭成员身份时是一个必要条件，但它本身仍不是决定性的；构成“家”的条件还包括家庭成员之间为维持共同生活而形成的经济联系。就是说，必须既同居，又共财。

这在第51·1案中可以看得很明白。该案中，居住在一个屋子里的三个农民被另外两人在半夜里残酷地杀害了。杀死一家三人或者更多人口的犯罪是十恶之一，应受凌迟之刑。如果仅仅同居就构成家的概念的话，那么该案两名凶犯就应当处以凌迟之刑。但是刑部认为，“虽然死者同居一室，但各自耕种，并非共财，因而未可称为一家”。这样，凶犯被处斩立决刑而并没有被处以凌迟刑。

在其后的第51·2案中可以找到相同的论据。<sup>194</sup> 在该案中，两名五服以外的远房亲戚，为做生意结伴而行。他俩雇用的脚夫企图卷款逃匿而被抓获。在二人准备将脚夫送交官府的时候，脚夫用毒药将二人毒死在客店之中。该案原审机关以二人亲缘太远、不构成一家为由，判处凶手斩立决刑。刑部却做出了相反的判决。刑部认为，受害二人虽属远房亲戚，但仍应被看作属于一家，因为：(1)他们一起旅行，形影不离，“这与同居无甚区别”；(2)脚夫为他俩搬运的行李以及被脚夫偷去的款项属二人共有，“据此应当认定二人共财”。

在前面一节中我们讨论了一个问题，即当下属听从上司的命令而犯罪时应当承担的责任。刑部的意见是，下属所受到的压力使他没有选择的自由。同样的问题在两个家庭案例中出现，并由于家庭关系的神圣性而变得更为尖锐。这两个案件还涉及到这样一些情况，即：当一名卑幼听从尊长的命令而对另一名尊长实施暴力犯罪时，这名卑幼该当何罪？卑幼必须服从尊长的命令，而卑幼对尊长实施暴力犯罪又是法律严惩的对象，这两项原则互起冲突，使得案情更加复杂化了。

在第69·1案中，哥哥得知弟弟犯了抢劫罪之后，命令自己的两

个侄子帮助将弟弟勒昏，又威逼这两个侄子将弟弟拖到一个池塘中溺死。这两个侄子被处斩监候刑，因为是受到叔叔的胁迫，又被减为流刑。对哥哥的惩罚，案例中一字不提（可以推测，有关哥哥的定罪量刑，刑部可能另案处理了）。

195 在另一个案子（第70·1案）中，哥哥由于向弟弟借钱未成，心生恼怒，酒醉之后爬上弟弟家的墙头，跳下头部受伤。伤口被他们的叔叔包扎。后来兄弟二人发生了争吵，哥哥挥着一把刀子要行凶，弟弟在叔叔的指使下操起一根木棍击伤了哥哥的腿部，避免了更严重的伤害。叔叔再次给哥哥包扎好伤口，送他回家。然而哥哥撕掉了绷带，8天之后感染死亡。虽然法官认定，哥哥之死系因为自己从墙上跳下时头部跌伤所致，并非因为弟弟所打之腿伤，而且弟弟也是在叔叔的命令下才那样做的，刑部还是做出结论，弟弟犯有伤害哥哥之罪，而法律规定此罪之刑为徒三年。刑部未说明任何理由就加重判处弟弟为流刑。但对于叔叔作何处理，则如前面一个案子一样，只字未提。

在第三节中，我们已经看到，不论具体情况如何，对所有涉讼之人一律给予刑事惩罚，哪怕是象征性惩罚，这可以说是我们所选的案例的一个共同特点。这个原则在家庭案件中也同样适用——这些案件中的被告一般是处于卑幼地位的家庭成员，事实上，在这些案例中所适用的刑罚远不是象征性的。比如在第74·2案中，一个12岁的男孩看到自己哥哥被一个外来人袭击，就持耙击打这个外来人并致其重伤。刑部指出，法律对于为救护其父母或丈夫时殴伤他人给以减刑处罚，但并没有规定弟弟可以同样行为救护其哥哥。因而刑部认为，虽然这个男孩只有12岁，也应当处以绞监候刑以惩处其致人于死地的伤害行为。在作出判决之前，刑部也曾考虑援引幼小之人犯罪减免条款来宽恕这个男孩，但后来又否定了这一考虑。刑部以何种理由拘泥于法律条文，案例记录中并  
196 没有明确说明<sup>⑩</sup>。不过，莫里斯教授在本书第三部分“制定法之解

释”中提出了一种令人信服的解释(见他所作的注<sup>⑤</sup>)。

第三节中讨论的另一个概念是复仇，即以命抵命。我们曾指出，复仇原则源于恢复由于杀人行为而被破坏了的宇宙和谐这一观念。在有关家庭的案例中，我们发现，复仇原则一旦碰到父母杀死其儿子的情况，便不起作用了。这里维持父母权威的必要性压倒了其他一切考虑。对父母而言，就只有象征性的刑罚或者干脆不承担任何刑事责任了。

最突出的例子是第49·1案，其中父亲与一有夫之妇通奸，并给予该妇女的丈夫一定量的金钱，父亲的儿子严厉斥责了这种行为，后来父亲与那位甘心做乌龟的男人合谋骗儿子至偏僻处，将其杀死。刑部认为：“父亲为使奸情不致败露，淫欲所使，竟致杀死亲子，实属残忍之至。”但因为凶手是父亲，刑部虽然确认对儿子的致命一击是由父亲所为，仍仅仅判该父亲徒一年。另一方面，作为共犯的乌龟丈夫，则被判流刑，虽然事实上“他在杀人行为中并没有起主要作用”<sup>⑥</sup>。

最后，如果相反的情形发生，亦即儿子或儿媳杀死父母或公婆时，法律上会有什么后果呢？第99·1案给我们提供了生动的答案。韩氏不慎误伤其公公，并导致其死亡。虽然致死的具体情节在本案中并不是中心问题，案例记录也没有这方面记载，但我们从“误”这一术语得知，韩氏虽有伤害另外一个人的故意，结果却错误地伤害了公公。对公公的这种伤害，如果导致被害人死亡的话，处刑是极为严厉的，要凌迟处死。在韩氏案子发生(1831年)之前18年，有一个同样的案子，其中儿子误杀了父亲。案子的具体情节感动了嘉庆皇帝，他下令减轻了对儿子的处刑，只判处斩立决。根据这一先例，我们发现，对韩氏的处刑也同样被减轻了。

然而，韩氏在候审期间产下一子，这使得问题复杂化了。根据法律，被处死刑的妇女如果在服刑之前产子，应待100天之后再行刑以许其抚养婴儿——如果她被判凌迟刑，那只允许有30天的时

间抚养子女。我们发现，在韩氏一案中，刑部对应许韩氏100天还是30天这个问题上做了慎重的考虑，最后决定，因为以斩立决刑代替凌迟刑，所以抚养期的确定也适用斩立决刑的规定，允许韩氏满100天后再受刑。很显然，没有人对这两种刑罚的残酷性提出什么疑问，更没有人哪怕是感觉到这两种刑罚的暴虐了。

在本章中，我们考察了清代中国犯罪的主要类型以及罪犯的  
198 主要类型。我们发现，法律歧视某种轻贱之人，但即使是特权阶层，也害怕涉讼并尽可能避免涉讼。

在讨论司法程序时，我们已经指出，刑部在履行自己职责时，既谨慎又严格；在某些场合，还敢于坚持自己的意见而与皇帝抗争，而且它极不情愿完全放弃对任何一名被告的处罚。我们讨论了保证“罚当其罪”的几种主要机制，尤其是法律中的概括性禁律以及类推适用原则。我们还讨论了“复仇”的观念，认为它可能是这一古老信仰的具体体现，即假若宇宙和谐的状态被犯罪行为打乱，要恢复这种和谐就必须实施某种报复性的刑罚。

我们还进一步考察了一个奉儒家学说为正统思想的国家中用以维持社会和政治稳定的各种控制手段。它们包括禁止和藏禁兵器、对所有犯上行为的严厉惩治（尤其对那些使用暴力的行为）、对经济活动和宗教活动的限制，以及思想控制的各种手段包括禁止“讼棍”干涉诉讼的活动。我们发现，在儒家学说占统治地位的中国，罪轻罚亦轻的原则适用于下属听命于上司而不是主动实施犯罪的场合。我们还发现，自杀的发生率显然很高。

最后，我们发现，“家”这个词在中国有着比在西方广泛得多的含义。等级式的家庭关系对于个人的束缚力如此之强，以至于在某些场合下它们部分地超越了法律的作用。尊长与卑幼的地位极为悬殊，因而造成这样一种极为反常、违背法理的现象：与人通奸的父亲杀死批评自己的儿子，仅被处徒一年之刑；而误伤致死公公的媳妇则被判处凌迟刑，即便在得到宽大减刑后，仍受到极其残酷

的斩立决刑。

儒家学说的正统地位在中国已被推翻多年，但在本世纪的前几十年中，本书加以概括的那些社会和政治模式却继续影响着中国社会。事实上，它们的影响甚至在今天也还没有完全消失。

### 注释

①在本书所译案例中唯一能反映中国人与外国人接触的案例是第3·1案。该案提及“番银”，无疑，这种番银是经由菲律宾传到中国的墨西哥银元。该案发生于南部沿海省份——福建省，时间是1803年，此时番银已在社会上流行。而通过其他案例我们可以看到，当时通行的货币是以“两”这一重量单位计算的小块白银；一千枚中间有方孔的铜钱串在一起，也作为通行的货币，价值相当于白银一两。当然，如果读者有兴趣进一步了解西方人与中国法律的接触，可以阅读《新增刑案汇览》中的案例。

②我必须向潘武素先生(Wu-su p'an)表示感谢。他计算了《刑案汇览》每一节中案例，并把所得出的这些数字标在第五章注⑦和⑧所提到的页码上。前面已经说过(见第五章注⑧)，该书第27节(即现表中第28)从译本中删去了，因为其中的“案例”并非真正的案例，而只是程序方面的规定。

③卖妻的其他事例，见案例第20·1、35·3、35·4案。关于丈夫容忍妻子与人通奸的情况，见案例第49·2、50·1、61·1案。参见案例9·1(拐卖幼女)45·1(意图卖女为婢)和45·2(弟卖姊为人妻)。

④对此类及下文提到的其他类型的案例的情况，除注文中标明的之外，均见附录2末尾部分。

⑤案例第14·1、20·1、28·1、37·1、77·2、104·1案。

⑥案例第11·1、27·3、80·2、82·1、95·1、95·2案。

⑦见案例第49·1、49·3、60·3、60·4案。以钱赎罪在案例60·6中也是被允许的，但它仅是该类特定犯罪的典型程序，而与犯罪人是妇女的事实无关。

⑧“良人”一词是相对于其他社会阶层的“普通人”之谓。在法典中还指“良女”或“良家妇女”，以别于妓女之类妇女。

⑨有关这些形形色色的贱民的全面介绍，见瞿同祖《法律与社会》第129—133页。关于“长随”，瞿同祖在他的《中国清代地方政府》第74—92页，尤其是第86—87页中有更为详尽的论述。

⑩见霍平提(Ho Ping-ti)著《中华帝国的进身之阶》(ladder of Success in imperial China, 纽约，哥伦比亚大学出版社，1962年)。在案例12·1中，奴仆之子之所以受到刑罚处罚，并不是因为他价买了官职，而是因为他在这样做时“隐瞒出身，肆行欺诈”。显而易见，如果他能够像其他社会成员一样通过某种方式得到官职，那他就用不着使用欺骗手段了。

⑪还有一种假设似乎能更改这里得出的结论，那就是在一些或很多涉及到特殊社会阶层的案例中，刑部之所以没有提到赎免或以其他方式减免罪刑，是因为以钱赎罪或以其他方式减免罪刑的作法已是理所当然。虽然这种假设无法辩驳，但从刑部量刑的审慎及多次在判决中专门提到赎罪和其他一些减免方式的情况来看，又是不可能的。

⑫这些案例是第2·1、5·2、25·1、37·1、49·3、50·1、51·2、55·1、55·2、55·3、56·1、57·1、63·1、64·2、68·1、71·1、71·2、77·1、78·4、81·2、92·3、93·1、97·2、98·1、100·2案。

⑬这些案例是第4·1、9·1、63·2、64·1案。

⑭见案例第89·1。之所以出现这种情况，极有可能是因为案件的记录有误，而不是刑部本身的疏忽。同样，案例第31·1也没有援引律文或条例，但这是因为该案涉及到满族贵族犯罪，并且主要是由宗人府处理的，有其特殊性。另外一个没有援引律文或条例的案例是第88·1，可能因为该案是从邸抄节录而来的，而并非刑部的原始报告。还有第四个例子，就是下文马上就要提到的一项敕令。

⑮奇怪的是，布莱斯既没有译出该条律文，也没有译出该条例文。它们应当排在他的编号序列的第194和195之间。在斯特顿的译本中排在第44位。

⑯见案例第12·1、27·3、38·3、50·2、52·1、54·4、60·5、73·1、79·1、80·1、84·2、86·2、89·1、100·1、104·1案。

⑰见案例第19·2、21·1、32·1、37·1、40·1、54·1、54·3、60·4、63·2、70·1、76·3、79·2、79·3、80·2、89·2、92·2、95·1、105·1案。

⑩从案例第15·1、63·1和63·2中，我们可以看出，和尚与其信徒的关系，其亲密程度在法律上类似于同一家庭中尊长与卑幼的关系，但尚不至于类似父子关系的程度。

⑪理达 在《刑法》一书中用了很大的篇幅(第265页至292页)论述从唐代到清代各个时期类推的适用。但是，相对而言，他更着重于讨论各个时期类似于以上提到的30条规定的特殊规则如何发挥作用的技术性细节，而不是类推适用的一般理论。

⑫这些案例是第4·1、5·1、5·2、7·1、8·1、12·1、13·1、18·1、51·2、55·2、61·1、62·4、71·2、76·1、90·1、96·1案。

⑬案例第72·2、92·1和92·3可作为复仇概念的进一步参考。应当指出的是，这里关于复仇概念的论述目前仅是一种理论，对此应当依据历史线索作更进一步的研究。同时，这里提出的复仇概念应当与杨林生(Lien-sheng yang)在其《作为中国社会关系之基础的“报”的概念研究》(The Concept of Pao as a Basis for Social Relations in China)所讨论的加以区别。该文收入费正清所编《中国人的思想与制度》(Chinese Thought and Institutions)(芝加哥：芝加哥大学出版社，1957年)第291—309页。

⑭理达所著《刑法》第146—152页中讨论了中国人法律思想中报复或同态复仇(“以眼还眼，以牙还牙”)观念的种种表现。虽然这种观念在法典中有所反映(比如，布莱斯译本第1474“诬告反坐”条)，但同样明显的是，它与我们这里讨论的复仇原则有重大区别：(1)报复的观念要求如果A伤害了B的眼睛，那么A，也只能是A，就必须以失去自己的眼睛作为偿还。而复仇原则相反，它只要求在发生杀人犯罪的情况下，某人得杀死另一人，以进行复仇，而不一定限于杀人犯本人。(2)报复在多种伤害(不论轻重)情况下都可行使，而复仇只有在杀人且仅限于预谋杀人的情况下才可使用，至少在清代是这样。对意外杀人不能复仇。简言之，报复原则主要用来矫正某A对某B实施了不法侵害时所产生的个别的失衡，而复仇原则则旨在恢复由于重大的故意犯罪造成整体情势上或环境上的失衡。因此从复仇的角度看，重点是犯罪行为本身：它的性质和动机，而不在乎作为个体的犯罪人及其受害人。重要的是他们各自的社会身份，因为这种关系对于确定犯罪行为本身的严重程度以及行为本身在多大程度上扰乱了人的环境和自然的

环境，有着重大的影响。

㉓这些控制手段在基层的运作，萧公权有极好的描述。

㉔L. 卡林顿·古德里希(L. Carrington Goodrich)在所著《乾隆时期的文字狱》(Literary Inquisition of ch'ien-lung, 巴尔的摩：威夫利出版社, 1935年)一书中对此有详细的描述。

㉕本案(第104·2)在第二节开始部分已经提及。参见案例第95·2。其中一名男子因为“在其书中描写了一些奇怪的人物”而受到审讯。狱卒对他的怀疑导致他在监号中自杀。

㉖类似的案子是第14·1案。该案涉及到一名“预谋张贴告示，自设公堂，借以操纵税务，私决狱讼，意图渔利”的武生。他因此受到徒二年的处罚。

㉗见案例第8·1、25·1、42·1、42·2、43·1、43·2、43·3、54·2、61·1、61·2、65·2、66·1、78·1、78·2、78·3、78·4、86·1、91·1、95·1、95·2、95·3、97·2、98·1案。

㉘刊登在《纽约时报》1965年7月2日、由联合出版社同月1日发自华盛顿的专电报道了精神病学专家小威廉E. 布尼博士(Dr. William E. Bunney, Jr.)和其他人在美国国家精神病研究院对自杀进行研究的情况。试比较约翰·亨利·格雷(John Henry Gray, 时为香港副主教)在1878年发表的看法：“中国人似乎比其他国家的人民更倾向于自杀。”这是格雷关于自杀的令人感兴趣的论文的开头语；见格雷，I, 329—341页。

㉙关于这个非常重要的制度，见第一章注㉚。

㉚见案例第5·1、5·2、13·1、25·1、27·3、76·2、100·1案。

㉛又见案例78·3。一邻居与某人之儿子争吵，儿子之母亲欲与邻居说理，被邻居殴打。儿子听到母亲的哭喊后，刺伤了邻居(但并不严重)，邻居即告官。母亲由于害怕涉讼，自缢身亡。其子被处流三千里之刑。虽然马上颁布了赦令，但儿子显然并未因此受到任何减免。案中并没有提及对伤害邻居行为的任何处罚，该邻居后来痊愈了。

㉜又见案例1·1，父亲因为其子私自动用钱财，并将一名车夫殴打至死，遂杀死其子。父亲因此被处杖八十之刑，但主要是因为他试图对官府隐瞒自己的行为。作为一名官员，他又被允许以钱赎罪。另外见案例

71·1，父亲活埋了自己的儿子，因为该子持刀追打其弟。父亲被免予任何刑事处罚，被追打之子虽在帮助其父活埋了其兄之后，听从父亲的命令逃跑了，但一旦抓获，则有可能被判处流刑。还可见案例71·2，父亲在遇到自己曾与人通奸、后又私奔的女儿之后，“痛感此事玷污祖宗，遂在盛怒之下，令其子将女儿掐死。”父亲被判无罪，而其子作为该女之兄长，也仅被判处杖一百（试与前引一案比较：在前一案中，弟弟帮助父亲活埋其兄长，因此弟弟被认为可能会受到流放）。

## 第二篇 清帝国家案例评析

### 一、名例律类(13)\*

1. 职官有犯(2)
2. 犯罪免发遣(1)
3. 无官犯罪(1)
4. 流囚家属(1)
5. 犯罪存留养亲(2)
6. 工、乐户及妇人犯罪(1)
7. 老小废疾收赎(1)
8. 犯罪自首(1)
9. 犯罪共逃(1)
10. 犯罪事发在逃(2)

### 二、吏律类(1)

11. 漏使印信(1)

### 三、户律类(21)

12. 人户以籍为定(2)
13. 立嫡子违法(1)
14. 禁革主保里长(1)
15. 卑幼私擅用财(1)
16. 任所置买田宅(1)
17. 弃毁器物稼穡等(1)
18. 擅食田园瓜果(1)
19. 男女婚姻(2)
20. 婿部民妇女为妻妾(1)

\* 括号内数字表示该节案例数。下同。

21. 强占良家妻女(1)

22. 妨害人为妻妾(1)

23. 盐法(2)

24. 违禁取利(1)

25. 费用受寄财产(1)

26. 市司评物价(1)

27. 把持行市(3)

#### 四、礼律类(6)

28. 毁大祀丘坛(1)

29. 蔑渎神明(2)

30. 收藏禁书(1)

31. 失仪(2)

#### 五、兵律类(7)

32. 激变良民(1)

33. 私藏应禁军器(3)

34. 牧养畜产不如法(1)

35. 畜产踢咬人(2)

#### 六、刑律类(137)

36. 谋反大逆(2)

37. 造妖书妖言(3)

38. 盗大祀神御物(3)

39. 强盗(1)

40. 白昼抢夺(2)

41. 窃盗(2)

42. 亲属相盗(3)

43. 恐吓取财(3)

44. 诈欺官私取财(1)

45. 略人略卖人(2)

- 46. 发琢(2)
- 47. 夜无故入人家(2)
- 48. 谋杀人(1)
- 49. 谋杀祖父母父母(3)
- 50. 杀死奸夫(2)
- 51. 杀一家三人(2)
- 52. 采生折割人(1)
- 53. 斗殴及故杀人(2)
- 54. 屏去人服食(4)
- 55. 戏杀误杀过失杀伤人(3)
- 56. 夫殴死有罪妻妾(2)
- 57. 杀子孙及奴婢图赖人(1)
- 58. 弓箭伤人(1)
- 59. 车马杀伤人(2)
- 60. 庸医杀伤人(6)
- 61. 威逼人致死(2)
- 62. 斗殴(4)
- 63. 殴受业师(2)
- 64. 威力制缚人(2)
- 65. 良贱相殴(2)
- 66. 奴婢殴家长(2)
- 67. 妻妾殴夫(1)
- 68. 同姓亲属相殴(1)
- 69. 殴大功以下尊者(1)
- 70. 殴期亲尊长(1)
- 71. 殴祖父母父母(2)
- 72. 父祖被殴(2)
- 73. 骂制使及本管长官(1)

- 74. 佐职统属骂长官(1)
- 75. 投匿名文书告人罪(3)
- 76. 诬告(3)
- 77. 干名犯义(2)
- 78. 子孙违犯教令(4)
- 79. 教唆词讼(4)
- 80. 官吏受财(2)
- 81. 有事以财请求(2)
- 82. 家人求索(2)
- 83. 对制上书诈不以实(3)
- 84. 犯奸(2)
- 85. 纵容妻妾犯奸(4)
- 86. 亲属相奸(2)
- 87. 居丧及僧道犯奸(2)
- 88. 官吏宿娼(1)
- 89. 失火(2)
- 90. 放火故烧人房屋(1)
- 91. 不应为(2)
- 92. 罪人拒捕(3)
- 93. 徒流人逃(1)
- 94. 主守不觉失囚(1)
- 95. 陵虐罪囚(3)
- 96. 有司决囚等第(1)
- 97. 决罚不如法(2)
- 98. 断罪引律令(1)
- 99. 妇人犯罪(1)
- 100. 断罪不当(2)
- 101. 吏典代写招草(1)

## **七、工律类(5)**

- 102.擅造作(1)
- 103.造作不如法(1)
- 104.织造违禁龙凤文段匹(1)
- 105.失时不修堤防(1)
- 106.侵占街道(1)

## 1. 职官有犯

### 1·1 乾隆五十四年(1789年)说帖 《刑案汇览》卷一,《名例》

直隶司查,律载“文武官犯私罪、杖一百、革职”等语。

官吏与普通民众不同,他们若犯应处以笞、杖刑的罪时,可以通过罚俸或革职代替刑罚。官吏犯罪,有“公罪”与“私罪”之分。公罪是指因公事犯罪,其中没有个人目的;不论因公事还是因私事犯罪,只要含有个人目的,都是私罪。对私罪的处罚重于对公罪的处罚(见《大清律例·名例律》)。

此案,考取笔帖式[具有七品至九品品级的文官]兴海[满族]因子三定将备办祭礼银两花用,并将驴夫白万良殴死。兴海追问情由,用刀棍扎殴致死,私行掩埋。

三定系应死罪犯,与殴死违犯教令之子孙不同。

《大清律例·斗殴》律规定：子孙违犯教令、父母因而将其殴死者，杖一百。上文所引，其含义在于：父母殴死犯死罪的子女，并不直接引起刑事后果。清朝法律并没有明示这种含义。《大清律例·殴祖父母父母》律规定：祖父母、父母因子孙殴骂自己而将其致死者，无罪。沈之奇解释说，子孙殴骂父母、祖父母，即已构成死罪。根据这一解释我们可以推断：祖父母、父母殴死犯死罪的子孙，其行为并不违法（参见本书第71·1与71·2案）。

但既不鸣官究治，致死后又复私埋。经该督审照“不应重”律，杖八十。[“不应为”律涉及面非常广泛。根据该律，律无罪名，但行为被认为有过错者，应给予处罚：轻者笞四十，重者杖八十。]（该总督）声明伊所犯，杖不满百，应否革退、纳赎，听候部议等情。

（刑部）查：三定逞凶，致毙驴夫白万良，本属罪犯应死。伊父兴海向其追问，扎殴致死，系属一时忿激所致，与罪犯奸、盗、诈伪及一应赃私之案迥别。[本书第71·2案的判决也是建立在区别忿激致罪与预谋犯罪这一基础之上。]伊系考取笔帖式，所犯止杖八十，并不在除名、的决之列，似应照例准其纳赎。

根据《大清律例·文武官犯私罪》律，官吏犯应处杖八十、纳赎之罪，既不会解除犯者的官职（若犯应处杖一百、纳赎之罪则革职离任），也不会仅仅处以罚金刑。其实际处罚为：官品降三级、调任他职。“纳赎”一词，通常指交付罚金。但正如上文所引，它也可能包括降低官吏品级这一内容。

## 1·2 嘉庆二十五年(1820年)奉天司现审案 《刑案汇览》卷一,《名例》

提督咨送:护军富增额向领催富康[此二人都是保卫皇宫的禁卫军成员,该禁卫军由满族将士组成]索钱互殴一案。

查:富增额因恐革退钱粮,闻知依清额系司员丰伸泰之弟,即向央求嘱托,送京钱一百吊。[清朝货币之一为“钱”,是一种中间有方孔的圆形铜币,每1000个“钱”串在一起,即为一吊钱;10吊钱约值一两白银。]

依清额辄乘机撞骗,虽赃未入手,未便轻减。应将依清额照“指官诓骗财物、犯该徒罪以上”例,发近边充军;[根据《大清律例·贼盗》律,窃盗赃数四十至五十两银者,处徒一年刑。]系护军充当效力笔帖式,尚未食俸,应仍照护军办理,革退钱粮、折枷鞭责发落。

旗人(或蒙古及汉军八旗)犯罪,经判决后,<sup>217</sup>可折算成其他种类的刑罚。这一规定仅见于《大清律例》的原例之中。根据这一规定,一定数量的笞、杖刑可以用数量相同的鞭刑替代(本案中,依清额应杖一百、充军)。徒刑与流刑可折换成枷刑;发近边充军应折枷号七十日刑。

## 2. 犯罪免发遣<sup>①</sup>

### 2·1 嘉庆二十一年(1816年)山西司案 《刑案汇览》卷一,《名例》

察哈尔都统咨:已革蒙古捕盗官忠禄,身为职官,犯奸宿娼,妄拿良民,复挟嫌诬控,冀图讹诈。将忠禄照“棍

徒扰害例”，拟遣。[“棍徒扰害例”常用来作为惩处连续犯罪的个人的法律依据，在清律中具有重要意义。根据“棍徒扰害例”，对于无故累次侵扰无辜平民的“凶恶棍徒”，处以四千里极边充军的刑罚。参见本书3·1案及92·3案关于确定“棍徒”的标准的讨论。]

218

本部以职官而引平人之条，殊未允当，改依“旗员诬告论诈、行同无赖、不顾行止例”，发黑龙江三姓等处当差。[三姓位于黑龙江下游。]

在第3·1案中，汉人官员犯罪，当局引用“棍徒扰害例”，将其削去官爵，贬为平民。而在本案中，地方司法机关引用同一规定处理蒙古族官员，却被刑部认为“未允当”，其理由是该项法律只适用于平人，而不适用于官员。实际上，本案犯者在犯案之前，已被革去官职。由此可见，此处对法律适用的不同解释，与其说是由于官与民身份上的差别，倒不如说是由于种族的差别。然而，值得注意的是，本案中，蒙古族官员并没有因为法律上的区别对待而占到便宜。相反，他所受到的“发黑龙江三姓等处当差”这一处罚是军流中最严厉的一种。换句话说，如果根据“棍徒扰害例”，该蒙古族官员只能被处以四千里军流的刑罚，而现在的“发黑龙江三姓等处当差”比四千里军流还要重一个刑等。之所以出现这种状况，可能是因为已经存在专门适用于旗人官员犯罪的例。而第3·1案中，对于汉人官员犯罪，却只能适用更具一般性的“棍徒扰害例”。

### 3. 无官犯罪

#### 3·1 嘉庆八年(1803年)《所见集》案 《刑案汇览》卷一，《名例》

219

闽督奏：李维棠系甲寅科举人。嘉庆六年(1794年)

会试后，挑选一等以知县用，分发河南。即在京，闻赴丁母忧，回籍。

该员先于乾隆五十九年(1794年)契买陈魁之女素娥为婢。伊母杨恩娘时来看女。该员随与杨恩娘调戏成奸。上年十一月间，该员丁忧回家，又招令杨恩娘在伊屋旁空房居住卖奸，得钱抽分。

又，嘉庆二年(1797年)五月间，该员赴黄八观店内买烛，令其让价，不允。挟嫌图诈。因黄八观与伊素识之举人曾宝光居住相近，遂写一信，内封铅番四圆，托黄八观转寄曾宝光查收。旋即诈称尚欲添写，将信取出，与黄八观拆看。诬其掉换铅银，声言送究。黄八观畏累赔偿。

又，(嘉庆)四年(1799年)九月间，该员见素识之武生杨拔英赴省考试。因其年轻，起意诱赌行诈。哄骗至家，灌醉赌博。当赢杨拔英番银二十五圆。因无现银，将其关禁恐吓。自起票稿，令杨拔英照写番银一百圆欠票一纸。放出后，逼索得番银六十圆。

又，邻人曹复观鸡只走入该员书馆，央伊家婢女帮同找寻。该员撞见，诬其调戏婢女，诈得曹复观番银十圆。

经县访拏，审认不讳。应将李维棠革职，照“棍徒扰害例”，发极边足四千里安置。系职官，免其刺字。

刺字常作为一种附加刑，附于流刑中较重的刑等之上。但由 220 于它是一种耻辱刑，因此，官吏犯罪，常可免去这一刑罚。出于同样的理由，官吏犯罪应受笞杖刑时，他们也可以用罚金、降级或革职等来代替。但是，除非有特别的减免情节，对于徒刑、流刑及死刑这些较重的刑罚，任何人都不得用其他刑种替代。官员犯罪，被判处徒刑以上刑罚时，在执行该刑罚之前，应革除犯者的官职(正如此案的处理)。这样，受刑者已与普通平民无异。值得注意的

是，官吏在其获得官职之前所犯罪行而判处刑罚时，也同样享有免除刺字这一特权；同时，也必须在革除官职之后，方能行刑（本案的处理程序即如此）。

武生杨拔英被诱同赌，应照“赌博例”枷号一个月，杖一百。[根据《大清律例·刑律·杂犯》“赌博”条附例规定，应枷号两个月。此处“一个月”疑有误。]查：该武生被诱时，年止十五，尚未及岁。照律收赎。其事犯在未经取进入学以前，其罪既已准赎，衣顶并免褫革。嘉庆八年正月，奉上谕：玉德等奏：“审明窝娼局赌、扰害良民之在籍知县李维棠拟以发遣”一折，职官在籍守制，即妄为婚娶，尚于例禁；今李维棠现丁母忧，仍招纳奸妇在于空房居住，并令卖奸，分得钱文，无耻已极。且此外尚有讹诈等事，情节实属可恶。李维棠着先枷号两个月示众，俟满日，再照该督等所拟发遣安置。钦此。

221

## 4. 流囚家属

### 4·1 嘉庆二十三年(1818年)说帖

#### 《刑案汇览》卷一，《名例》

福建司审理提督咨“回公巴巴克霍卓（满人）呈送家奴苏勒比酗酒滋事”一案。查《名例》载：“旗下家奴吃酒行凶，经本主报明，该旗送部发遣之犯，所有妻室子女俱一体发遣，赏给兵丁为奴；其有年老残废及子女幼小、不能随带者，或令于亲属依栖，或听本妇另嫁，不准仍留原主家服役”等语。

此案：家奴苏勒比因屡次酗酒滋事，不服伊主管束，被伊主呈送发遣。被送之家奴苏勒比既照例发驻防为奴，其妻子自应照例一体发遣。该司议将苏勒比之妻子交主管束，与例未符，应请交司照例更正。[此案经刑部堂审。主持堂审者，是

刑部最高行政首脑。参阅本书第四章第二节。】

职等复检查本年浙江司审拟刘恩宝因酗酒滋事、经伊主 222 霍顺武(满人)呈送发遣一案，将该犯拟发驻防、给官员兵丁为奴。其妻子，据伊主霍顺武呈报，情愿跟随赴配；讯之该犯，亦愿自行携带，准其自行携带，不得官为资送等。

因是，刘恩宝一案因系正犯之妻子情愿跟随赴配，是以酌情准令随带，并声明不得官为资送，与例义稍有未协。恐各司审办此等案件，因本犯不愿随带妻子，竟有断令仍留原家服役者，办理未能划一，应请交各司存记。

嗣后有各旗呈送家奴发遣之案，其妻室子女悉行照例办理，以免歧误。

在什么情况下，流囚家属，特别是流囚的妻室与犯人同去发遣地；在什么情况下不与其同去发遣地，对于这一点，清律的规定较为复杂，也不甚明确。本书第三章第五节，特别是注⑪讨论了这一问题。清朝统治的第一个世纪中，当局要求流囚的妻室陪同其丈夫，一同去发遣地，旅途资费由官府开支。但是，到18世纪中叶，官府不再支付流囚妻室陪同流放的旅费，并且决定，流囚妻室是否陪同其丈夫去发遣地，这首先要看其丈夫是否希望她同行，其次，还要看该流囚是否能支付其妻室陪同前往发遣地的旅费。由上文可见，适用这些规定的人，至少必须具备平民身份。但本案又表明，清朝早期，旗人家奴被发遣，也同样适用此规定。透过这一案件， 223 我们还能看到，以不同的法律规定，区别对待具有不同身份的犯罪主体，有可能引起判决的前后不一致，并导致混乱。

## 5. 犯罪存留养亲<sup>②</sup>

### 5·1 道光六年(1826年)说帖

#### 《刑案汇览》卷一，《名例》

在本案及后面的案例中，涉及清朝法律两项重要的制度。其一是“五服制度”。在处理家庭内亲属之间的犯罪行为时，五服是定罪量刑的重要标准之一。本书第一章第九节，尤其是注<sup>③</sup>详细讨论了这一制度。其二是区别死刑执行期的“立决”、“监候”制度。“立决”即立即执行；“监候”则稍缓执行。“监候”本身，又区别情况，分作四种：缓决、可矜、留养承祀、情实。关于这一制度，本书第四章第四节已作详细介绍。

224 川督题：缓决斩犯[即上文所述监候的一种]廖馨受补请留养一案。查：犯罪存留养亲原系法外之仁，非为凶犯开幸免之门。实以慰犯亲衰暮之景。且服制内由立决改为监候之案，悉皆情可矜悯之犯。故亲老丁单定案时，虽不准留养，至情实二次改入缓决之后，仍准其随时题请留养。历经办理，有案。

此案：廖馨受因与朱馨争闹，顺用竹铳吓放，误伤小功服叔廖其述，身死。依“卑幼殴小功尊属、故杀亦斩”律拟斩立决。[官方的清律注释本对这一条解释说：只有在小功尊长杀死小功卑幼时，才允许将斩立决改为斩监候。]

225 照例，夹签声明，奉旨改为斩候；情实二次，照例改为缓决。今该督查明，犯父廖其贵现年七十一岁，家无次丁。取结送部，题请留养。

道光二年(1822年)，直隶省郭立横护母点放铁手炮，中伤大功兄郭立陇，身死。拟斩立决，改为斩候；情实二次，改缓。因母老丁单，题准留养。在案。

此案原题夹签内，本声明伤由误中，死出不虞，与无故逞凶、干犯者有间。既经改为监候，秋审入实二次改缓，自应准其留养。〔然而，在大多数情况下，存留养亲并不意味着完全免除对犯人的刑罚。根据《大清律例·名例·犯罪存留养亲》条附例的规定，死刑犯存留养亲，对犯人处以杖一百、枷号六十日的刑罚；充军或流刑犯存留养亲，则对犯人处以稍轻的杖刑和枷号刑。〕

## 5·2 嘉庆二十四年(1819年)说帖 《刑案汇览》卷一，《名例》

(山)东抚题：郭景夏听从伊父喝令，殴伤强奸有服亲属未成之小功兄郭景魁，身死；声明亲老丁单一案。<sup>226</sup>

查：殴死本宗缌麻尊长之案，其应行留养，尚须俟秋审时办理。而殴死本宗小功尊长〔较之缌麻尊长，关系更亲一等〕，自不得随案声请留养。

检查：(嘉庆)十四年(1809年)江苏省张阿悌殴死胞兄张文显一案；又，(嘉庆)二十二年(1817年)山东省姚恒杰伤大功兄姚恒清身死一案，均仍依照本律拟斩立决，奉旨改为监候，入于秋审；服制、情实各在案。

此案：郭景夏因小功服兄郭景魁强奸伊弟媳马氏未成，该犯听从伊父郭克贤喝令，将郭景魁累殴致死。死者固系强奸小功弟妇未成罪人，该犯听从父命，与无故逞凶干犯者不同。惟死系本宗小功尊长，虽听从父命，累殴致死，本例应拟斩监候。〔该例主要适用于卑幼对大功或小功尊长的侵凌。如果卑幼并未受到其尊长的指使，而自行殴死大功或小功尊长，该卑幼则多处以斩立决，而不是斩监候。〕<sup>227</sup>

(此案斩监候判决)与由立决改监候者罪名原有区分。而其为服制攸关，则无二致。亲老丁单之处，仍应照律不准声

请。[参见本书5·1案]俟将来情实二次改缓后，再行查办。该司拟将该犯随案声请留养，似未允协，应行更正。

## 6.工、乐户及妇人犯罪

### 6·1 道光十年(1830年)说帖

#### 《刑案汇览》卷一，《名例》

228

云南司查，此案：张陈氏前因逼勒杨小四等卖奸，拟军。[对于此种犯罪，《大清律例·刑律·犯奸》条附例规定，应处杖一百、枷号三个月、发中国南部或西部烟瘴地区充军。]收赎后乃不知悛改，复敢引诱王周氏等卖奸图利，实属怙恶不悛。未便仍准收赎，致滋轻纵。

应如该抚所咨，比照“妇女挟嫌图诈、翻控”之例，酌量监禁三年，再行释放。

在这一案件中，我们首次遇到类推适用律例的情形。在本书第六章第三节中，我们详细讨论了类推问题。《大清律例·名例·工乐户及妇人犯罪》条附例规定：妇女在法庭上恶意诬陷他人；或者妇女犯窃盗罪，其祖父、祖父母、夫之祖父母、父母因袒护而畏罪自杀，该妇女应发中国南部或西南部极边烟瘴地区充军。实际上在多数情况下，这一处罚空有其名。（由于犯者性别上的原因）常改处以三年监禁的刑罚（之所以作这种转换，可能是因让犯罪的妇女不远离她的家；因为依据规定，她要被送到远离家乡的地方去服刑）。经过三年的监禁，犯者若表示悔过，则可以被释放。这是一个很好的例证，它说明存在一些包容性很强的律或例：专门规定妇女诬控他人及妇女窃盗导致其父母自杀的犯罪行为的律例，可以类推适用于反复逼迫他人卖淫的犯罪。

## 7. 老小废疾收赎

229

### 7·1 道光六年(1826年)说帖

#### 《刑案汇览》卷一，《名例》

苏抚题：戴七砍伤彭柏子身死一案。

查例载：十五岁以下、被长欺侮、殴毙人命之案，确查死者年岁长于凶犯四岁以上、而又理曲逞凶，方准援照丁乞三仔之例，声请。检查丁乞三仔原案：丁乞三仔，年仅十四岁，与年长伊四岁之丁狗仔一处挑土；丁狗仔欺伊年幼，令其挑运重筐；又拾土块掷打，本属有心欺陵。丁乞三拾土块回掷，适伤丁狗仔，殒命。掷由被长欺陵，故得量从末减。

在本案以及在丁乞三原案中，“减刑”是指由绞监候刑减至流刑。对于斗殴杀人者，一般多处以绞监候刑。

此等十五岁以下殴毙人命之案，必死者有理曲逞凶情事，<sup>230</sup>与丁乞三仔之案情节相似者，方准声请减流。

此案：年仅十五岁之戴七携带镰刀赴地割草，适遇二十五岁之彭柏子等在地收割黄豆，旁有抛散豆粒。戴七顺手拾起一握，放入粪箕。彭柏子见而不依，辱骂，并欲夺取粪箕。戴七畏惧跑走。彭柏子追赶、扑殴。戴七情急，顺手用镰刀向后吓抵，砍伤彭柏子心坎，殒命。

该省将戴七拟绞，援丁乞三仔之案声明：麦豆狼藉在地，向系听穷民拾取。邻田俱有捡拾之人，即在彭柏子田内拾豆者，亦不止戴七一人。彭柏子独向戴七禁阻，并向辱骂，欲夺粪箕，已不得谓之理直。戴七不敢与较，即时跑走。彭柏子追赶、扑殴，更属恃长逞凶，有心欺侮。

查：本案情节原与丁乞三仔原案不甚相符，是以该司议驳，未免有可原之处。秋审原可入矜，[即“可矜”，是秋审对于死刑案件的一种处理方式，主要针对老、幼及具有其他特别情节的死刑犯。经秋审确定为可矜的案件，一般将罪犯减轻至流刑或徒刑。]若往返驳审，其监禁时日与秋审入矜减流者相同。似应就案照覆，免致久淹囹圄。

## 8. 犯罪自首

### 8·1 嘉庆二十三年(1818年)说帖

《刑案汇览》卷一，《名例》

本案中以下几点值得注意：第一，自首原则的实际运用（本书第一章第十节后半部分讨论了这一原则）；第二，通过本案，我们可以看到当时刑部致力于寻找以前的相关判例；第三，通过对本案的分析和处理，我们还看到它发展了因果关系理论。根据这一理论，某些犯罪表现为单项行为；而另一些犯罪则表现为复合行为，包括直接犯罪行为以及导致直接犯罪行为发生的原初犯罪行为——“因”。但在司法实践中，很难明确划分单项行为犯罪和复合行为犯罪。

广东抚题：梁亚如秽言辱骂梁才先，致令自缢身死，闻拿投首一案。

查律载：犯罪未发而自首者，免罪。损伤于人，不在自首之律。注云：因犯杀伤于人而自首，得免所因之罪，仍从本杀伤法。又，例载：闻拿投首之犯，除律不准首外，其余一切罪犯，俱于本罪上减一等。律称损伤于人，凡死若伤皆是也。其有死不由伤而致死，实由于该犯其人已死，不可赔偿，罪坐所由，自当以损伤于人论。

此案：梁亚如将泥水玷污梁才先衣物，被斥。该犯用秽言辱骂，致梁才先羞忿自缢身死。是梁亚如向梁才先秽言辱骂，致令自尽，即属损伤于人。惟梁才先因事而死，事属无因可免。〔也就是说，梁亚如秽言辱骂与梁才先因此而自缢身死被看成是互相联系的一组事件；在这里，秽言辱骂与由此引起的死有密切关联。因此，即使梁亚如去官府自首自己的罪行，其因辱骂所得的刑罚也不得减免，他仍对梁才先的死负有法律责任。（当然，这类减免总是可以讨论的，因为杀人应得的处罚较秽言辱骂的罪过要严重得多）。〕

犹之窃盗拒捕杀人，闻拿投首得免窃盗——拒捕之因，准<sup>233</sup>以斗杀科罪。〔盗贼拒捕杀人，处刑斩监候；而普通斗殴杀人，则轻一等处刑，即绞监候。〕

而斗殴杀人之案，虽闻拿投首，系无因可免，仍应以斗杀科断。〔区别在于，斗殴杀人，仅涉及杀人这一单项犯罪行为，而拒捕杀人则涉及拒捕和杀人两项犯罪行为。在拒捕杀人罪中，拒捕行为被称作杀人行为的“因”——在西方逻辑学中，“拒捕”是“杀人”的必要原因，但不是充分原因。中国的法官们正是基于拒捕杀人与斗殴杀人之间的区别，才对这两项犯罪给以分别不同的处理。〕

秽语酿命与斗殴杀人，罪名虽殊，其为损伤于人，则一也。

随检查历年，并无办过似此自首、投首曾否减免之案。惟（嘉庆）五年（1800年）河南省张成一犯，因奸拐林氏同逃，中途悔惧，央人送回林氏，被夫辱骂，羞愧自尽，免其所因诱拐之罪，将张成依因奸酿命例，拟徒咨结是。〔拐带并诱奸妇女，应受绞监候处罚。而与妇女通奸，奸情泄漏，妇女羞忿自尽，奸夫应处徒三年刑。在张成一案中，案犯送回所诱拐的妇女，刑部认为此举即属自首。因此，对张成免诱拐之罪，仅以“因奸酿命”罪处理。〕

因奸酿命与秽语酿命事同一例。惟张成之酿命系在自首之后，又与此案不符。

很可惜，对于这一问题，刑部并没有进一步展开论述。但很显然，刑部并不认为张成一案在此有何种参考意义。在刑部看来，张成自首（即送回奸妇）仅涉及其诱拐妇女行为，与其所犯因奸酿命罪无关，因为因奸酿命行为发生在其自首之后。另一方面，本案中被告的自首确实直接涉及自杀事件，但在刑部看来，这里的自首并无实效，因为由他人引致的自杀，被刑部视为无法补偿的身体伤害，在这里，自首减免律不能够适用。

职等复以斩、绞案内如因盗威逼人致死、诬窃致死、刁徒讹诈酿命、蠹役诈赃酿命、假差吓诈酿命、语言调戏致令自尽；又：军、徒案内如殴有致命重伤，或重伤而非致命，致令自尽〔此类犯罪，一般处以军流2500里刑和徒三年刑〕，此数项均无所因可免，与此案异罪而同情。〔值得注意的是，此处所引案例均属单项犯罪行为，而且每一项犯罪行为都引起他人自杀行为。因此，它们与拒捕杀人这种复合犯罪行为显然有区别。确实，当时中华帝国的法官们会感觉到明确划分单项犯罪行为和复合犯罪行为，是一件棘手的难题。〕

若因其闻拿投首可以准其减罪一等，则知人欲告而自首即可准减二等，事未发而自首，亦可照律免罪。以有关人命之斩、绞重犯，竟得免其全罪，似非所以儆凶顽。援彼证此，举一反三，则梁亚如之秽骂酿命，闻拿投首，似不应准其减等为是。

## 9. 犯罪共逃

### 9·1 乾隆五十六年(1791年)说帖

#### 《刑案汇览》卷一，《名例》

本案为江苏巡抚所报。本案中，媒人陈沈氏帮助徐再耕拐卖幼女。徐再耕得知官府欲缉捕他，就向官府投首。<sup>236</sup> 江苏巡抚按照闻拿投首例，将徐再耕从应得之绞刑减至流刑；同时，拟将陈沈氏从应得之流罪减至徒罪。

江苏司：查律载，因人连累致罪，若罪人自首得减，连累人亦准同罪人减等法。注云：谓因别人犯罪、连累以得罪者，如藏匿、引送、资给罪人及保勘供证不实，或失觉察关防、钤束、听使之类等语。细译律注，系专指因他人犯罪后，牵连得罪，并非与本犯共犯一事者而言。

若知人略卖子女，伙同劝卖得赃，则系共犯一罪，与因人连累不同，自应各科各罪，不得因正犯自首减等，亦照本犯一体宽减。

今苏抚咨徐再耕拐卖幼女阿彩案内之媒妇陈沈氏，业经盘出徐再耕拐卖情由，图分钱文，转囑徐再耕改姓，串卖分赃；系属自行犯法，仍应于徐再耕应得绞罪上减等拟流。〔《大清律例》规定，对于拐卖幼女罪，主犯处绞监候刑，从犯处杖一百、流三千里刑。〕

该抚因徐再耕已照闻拿投首例减流，即将该氏于流罪上减等拟徒。核与律意未符。该司于稿尾声明改正，似属照例<sup>237</sup>办理。

## 10. 犯罪事发在逃

### 10·1 嘉庆十五年(1810年)说帖

#### 《刑案汇览》卷一，《名例》

江西司：查李毛二强奸十一岁幼女傅冬英已成。例应斩候。该犯脱逃十年被获。

究系无关人命，该省仍照本例定拟。[也就是说，对李毛二的处理，并不考虑脱逃十年的情节，仍依原定刑罚。]与例相符，似可照覆。

《大清律例》规定：强奸十二岁以下幼女已成，处斩监候刑。对于犯罪事发在逃，后又抓获，法律区别情况，给以不同处理。法律规定，犯死刑罪、脱逃二至三年或更长时间后被抓获，处理情况如下：(1)犯严重的杀人罪、应得立决死刑者在被抓获后，仍应处以立决死刑；(2)犯较轻的杀人罪、应得监候死刑者在被抓获后，变原应得监候刑为立决死刑；(3)所犯非杀人罪、但应得监候死刑的罪犯在被抓获后，仍按原应得刑处理。本案处理即属此第三种情况。下面的案例，则按此第二种情况处理。  
238

### 10·2 嘉庆十七年(1812年)说帖

#### 《刑案汇览》卷一，《名例》

河抚题：张虎妮谋死纵奸本夫刘大用、弃尸灭迹一案。此案：张虎妮谋杀纵奸本夫刘大用，按例应拟斩候。[在这里，“纵奸”这一情节具有重要意义。丈夫纵奸，妻子将其杀死，只作为一般谋杀罪处理，处斩监候刑；若并无丈夫纵奸这一情节，妻子杀死丈夫，则应处斩立决刑。]

该犯于(嘉庆)十一年十二月犯事，至(嘉庆)十六年十一月始行破案。虽非事发脱逃，究属幸稽显戮。[如果及时破

案，该犯应得刑罚当早已执行。】

该省将该犯比照斩候重犯脱逃二三年后就获例，改为斩立决，尚属允协，应请照覆。

如上文所说，本案判决属上述第二种情况。但实际上，本案情节与上述第二种情况并非完全相同。上述三种情况均适用于犯罪事发后脱逃的案件，而本案张虎妮谋杀本夫刘大用之后，并未脱逃。<sup>239</sup>也就是说，本案只是近似地适用上述第二种情况。

## 二、吏律类

### 11. 漏使印信

#### 11·1 道光四年(1824年)案

《续增刑案汇览》卷三，《吏律》

在中国，尤其是在当代中国，印章被非常广泛地使用于信件及各种证明文件中。例如，本世纪30年代我住在北京时，去银行兑现支票，不仅需要在支票上签名，而且还必须盖上我的私印。《大清律例·吏律·漏使印信》规定：在官方的外发文书（例如官方信件、诉状、文告）上错用印信（例如，按照沈之奇的解释，在文书上盖用的印章上下颠倒）者，杖六十；完全不用印者，杖八十；若错用或漏用印的文书涉及军务者，杖一百；因而失误军机者，斩监候。

户部咨送：崔泰洪系承办登记簿专管之贴写，乃将道光二年（1822年）分登记簿未经钤印过疏。虽讯无弊实，究属遗漏。登记簿系存查稽核之件，与移行文书无异。应比依“漏使印信”律，杖六十，免其革役。

刑部处理本案“比依”原律，而不是直接适用该律，可能考虑到以下两个因素：第一，“漏使印信”律律文称其适用对象为“移行文书”（官方书信之类），但本案所涉是一些非外发的登记簿（包括记载人口、土地等数据的登记簿）；虽然刑部主张——至少是在本案中——登记簿与移行文书没有原则区别，但这一因素仍起到一定作用。第二，刑部显然只打算给予这名职员尽可能轻的处罚。根据“漏使印信”律，像被告完全未使用印钤的行为，应处杖八十刑；但刑部却只判处被告该律所规定的最轻刑：杖六十。

该司经承杨藜辉等不能先事查察，均照“不应轻”律，笞四十，亦免革役。[对于那些被认为是错误的、但又没有任何一条律或例对其加以具体规定的行为，可适用“不应得为”这一概括性法律。根据被处理行为的严重性程度，该律分别规定了笞四十和杖八十的两种处罚。]

### 三、户律类

#### 12. 人户以籍为定

##### 12·1 乾隆十六年(1751年)通行案

《刑案汇览》卷七，《户律》

在本案及下一个案例中，都出现“长随”一词，这对于社会学家来说，一定是很有意义的。长随是低级职业的名称。从字面上看，“长随”表示永久性的跟随者。清代州县官或其他官员常以私人身份雇用一些随员（与官方按规定配给的吏不同），此即“长随”。从这两个案例我们可以看到，与奴婢的儿子一样，长随的儿子也不得参加各级科举考试，不得通过捐纳方式获得官位品级。对于这一问题我们在第六章第二节曾有过较为详细的讨论。

吏部奏送已选四川叙州府同知杜时昌，交部审讯一案。

查：长随雇工冒捐职官，律无正条。本部从前办理家奴之子余铨捐纳同知一案，将余铨比照隐匿公私过名、以图选用例，问拟充军。在案。[《大清律例》规定：被释放的家奴及其三代以内的子

孙，均不得参加科举考试，也不得担任官职。】

杜时昌系革职布政使官尔劝长随杜七之子，托继杜冕为嗣；捐纳职官，虽与家奴有同，究属冒滥名器。比照余铨之案，量减一等。将杜时昌革去职衔，杖一百，徒三年。〔所以比照适用律例，既是因为要减免刑罚，也是因为该例在规定的革退官员和其他可能犯有这种诈骗罪过的人当中，包括有“衙门役吏”，却不包括有“长随”。〕

其代求出结之王倣源、王懋昭得银二两四钱，应照不枉法赃一两至十两杖七十〔“不枉法赃”指虽有贿赂，行贿之目的却不是要引致违法的举动，其所要求的是实施合法行为〕、系书吏加一等、杖八十〔这一条很奇怪，因为依我们所见的律文，官吏与书吏应得的惩罚并无不同〕、无禄人〔“无禄人”指，他们是官员的私人雇员（但并不像“长随”那样为奴仆），他们的薪给由雇用他们的官员而不是政府来支付。〕减一等、仍杖七十，冒滥出结之员，俱交吏部查办。

乾隆十六年十月初九日奉旨：依议。钦此。

## 12·2 道光十一年(1831年)邸抄

### 《刑案汇览》卷七，《户律》

陕督奏：原任东城正指挥罗汉保，前因伊父、陕西知州罗应庚被人风闻曾充长随参奏，将该员一并革职。〔《大清律例》规定：被释家奴及其三代以内子孙不得参加科举考试，而此案则将这种禁令适用于长随。〕今该革员曾在喀什噶尔军营办事出力。可否将罗汉保起复，准其出仕应试等因。

道光十一年(1831年)九月初五日奉上谕：杨遇春奏请将革员罗汉保准其出仕应试等语，革员罗汉保，伊父曾充长随，已经褫革。即使出师勤劳，只应杨遇春酌量给予奖赏。若令其出仕应试，则凡属仆隶人等，皆得与身家清白者同登仕籍，

何以区别流品？该督所请著不准行，并传旨申饬。欽此。

### 13. 立嫡子违法

#### 13·1 道光七年(1827年)现审案说帖

《刑案汇览》卷七，《户律》

中国人注重血统的延续。立嫡子的最初目的即在于延续家族血系，供奉祖宗香火。也就是说，立嫡子的主要意图具有宗教和社会的双重含义。嗣子应尽可能在与被继承人同宗的范围之内选择。同宗之内实在找不到合适的人充作嗣子，方可在同宗范围之外寻找，但仍必须在与被继承人同姓范围内。（这一要求反映了中国社会根深蒂固的一种传统信仰：同姓为亲，即同一姓氏的人之间，必然存在着亲密的关系；即使是互相之间并不存在某种血缘联系，也是这样。“同姓不婚”这一传统禁忌，也是这种信仰的表现形式）另外，为了避免家族内部代与代关系的混乱，选择嗣子，必须在辈份低于被继承人的人中间。例如，可以从被继承人兄弟的儿子中选择嗣子，也可以从被继承人同辈人的儿子中间选择嗣子，但被继承人的兄弟或其同辈人本人，却不得作为嗣子。与法律这种严格规定有所不同，民间选择嗣子的实际限制却松得多。某些地区允许选立异姓人为自己的继承人。但在这种情况下，被继承人选立继承人，仅仅是从自己的个人生活来考虑，而不是为了自己所在家族的血脉延续。异姓人被选立为继承人，即移住被继承人家，在生活上由被继承人家负担；但是，他在这个家庭中不享有任何法律权利，也不能加入这个家族中的血系。这种异姓继承人在中国通常称之为“义子”。

四川司审拟李四殴伤毛卜儿、越十六日因风身死一案，将李四依例拟流。[法律规定：因殴致伤，越五日因风致死，犯者应处流三千里刑；若在五日之内因风致死，犯者则应处绞监候]

刑。]讯明该犯父故母嫁，自幼抱养与同姓不宗李双怀之妻李刘氏为嗣，声请留养。[参见第5·1、5·2案及下面有关论述。]并以该司并无办过成案，缮具说帖，呈堂交馆。[参见第四章第二节。]

职等查例载：军流遣犯、独子留养之案，若该犯之兄弟与侄出继，所后之家无可另继之人，及本犯所后之家无可另继者，准其留养。又，律载：乞养异姓义子、以乱宗族者，杖六十，其子归宗。又，例载：无子者，许令同宗昭穆相当之侄承继，先尽同父周亲，次及大功、小功、缌麻；如俱无，方许择其远房及同姓为嗣等语。  
245

此案：流犯李四，现年四十一岁，自幼抱养予同姓不宗李双怀之妻刘氏为嗣。抚养已及四十年，实属恩养年久。现经该司讯明，李刘氏现年七十一岁，别无同宗支派可继。

职等详译例意，如无同父同亲及功、缌族属，许择立远房及同姓为嗣。所谓同姓者，则同姓不宗者亦是。诚以同姓虽非的系，尚无乱宗之嫌，故例准过继同姓为嗣。同姓之子既准过继为嗣，似即不在不准留养之例。

此等案情应否留养，定例虽未指明，衡情而论，似尚可准其留养。[第5·1、5·2案中，符合存留养亲条件的案犯被定为死刑罪，他们尚可存留养亲；本案符合条件的李四案犯，仅判流刑，当然亦可存留养亲。]

## 14. 禁革主保里长③

246

### 14·1 道光七年(1827年)案

《续增刑案汇览》卷三，《户律》

河抚咨：已革武生王廷举捏写传单，希图设局，包办钱漕、杂差、恩讼，从中渔利。将王廷举比照<sup>a</sup>各处人民妄称主保、小

里长、保长、主旨等项名色、生事扰民者，杖一百、迁徙比流减半准徒二年”律，杖一百，徒二年。〔关于上述少见而又奇怪的混合刑罚，可参见本书第三章第四节。〕

贺万超伐改传单，另眷转递，即属为从，应减一等，杖七十，徒一年半。

本案处理时，比照原律而不是直接适用原律是必要的。因为  
247 被告并没有像该律所禁止的那样，自称为保、里首领；他只是打算  
办理应由保、里首领办理的事项。应将本案与第79·1、79·2、79·3、  
79·4四个案子比较参照。从这四个案件中，我们将会看到，在另一个  
社会完全被视作正当、无罪的行为，但在中华帝国高度组织化的  
社会里却被视作是对政府怀有敌意的行为。

## 15. 卑幼私擅用财

### 15·1 道光六年(1826年)案

《续增刑案汇览》卷三，《户律》

南抚咨：僧倡莲自幼投拜僧文元为师，系属同居共财。嗣  
倡莲窃取伊师银二百七十两。

应比照“卑幼私擅用本家财物、十两笞二十、每十两加一  
等、罪止杖一百”律，拟杖一百。

本案比照“卑幼私擅用财”律而非直接适用该律，因为老和尚  
与其徒弟的关系只是类似于一家之内尊长与卑幼的关系，而不是  
完全等同。正如我们在本书(第一章第九节)所指出的，对于家庭  
内部窃盗犯罪的处罚远比普通人之间窃盗罪的处罚轻。法律作出  
这种规定，其理由在于古代中国人所持有的一种观念，即：家庭内  
的所有财产归全部家庭成员共同所有，因此，在家庭成员之间不存  
在真正的窃盗行为。法律规定：普通人犯窃盗罪，赃数在120两以

上者，处绞监候刑；而本案被告窃盗赃数为270两，仅对其处杖一百 248 刑，由此可见两种窃盗罪的区别。

## 16.任所置买田宅

### 16·1 道光十二年(1832年)通行

《刑案汇览》卷七，《户律》

江西道御史奏称：各关出差官员携带家眷，多随奴仆，任所置优买妾；任满回部，未经考核，擅买田庄市宅，生息放债，交该部治罪。衙役人等私自赴京，长接及缺额借口题请展限者，亦交该部治罪等语，查各例均无专条罪名，似应酌定等语。

查此条例文系因虑恐各关出差官员侵盜挪移税课钱粮而设。遇有此类案件，自应究明有关侵盜挪移情弊，临时分别轻重科断。若必预定罪名，转恐徒滋窒碍。 249

所有该御史奏请酌定之处，请毋庸议。

## 17.弃毁器物、稼穡等

### 17·1 道光十三年(1833年)案

《续增刑案汇览》卷三，《户律》

川督咨，周子森系考职人员，因挟邓发先不允借钱之嫌，辄将其过水灌田石俱堤埂打毁，实属恃符不法。

查：邓发先石俱堤埂系在堰塘之外。该犯将其打毁，并未损及堰塘，与“故决陂塘”不同。〔《大清律例·工律·盗决河防》律规定：故决河防者，杖一百，徒三年。注意：法律在这里重点保护的是公共安全，而不是私人财产。〕

应比照“毁损人房屋、墙垣之类，计修造工钱坐赃”论[这 250 条律文后面还规定，案犯还必须承担修复工程的费用]，按邓

发先修砌工费合银一百六十两折半科罪八十两，应杖一百。

本案比照适用原律而不是直接适用该律，因为该律是针对毁损他人的房屋、墙垣等行为，而本案被告则是毁损他人灌溉水渠。“赃”一词指一般意义上的非法收入。《大清律例·刑律·坐赃致罪》律详细规定了“赃”的含义，本案中的“修砌工费”可属于赃的范围。与普通贿赂（指给予官吏或官府中其他人一定的钱财以要求其做或不做某件事）不同，赃是指那些由官吏经手、并被其剋留的钱财。“坐赃致罪”律举了一个例子：官吏将盗窃案中的被盗财物扣留、而没有将其返还原主。该律还列出了一个对于不同数量的赃罪给予不同刑罚的表格。在对照使用该表格之前，先应将赃的实际数量折半；再用这折半后的数查表，确定相应的刑罚。例如，该表所列最轻的刑罚是笞二十，赃数在一两以下处以此刑。由于这“一两”的数字是实际赃数的“折半”，故笞二十的刑罚实际上是针对受赃二两的犯罪。同样，该表所列最重刑是杖一百、徒三年，赃数在四百两或四百两以上的犯罪处以此刑；根据折半计算的方法，其实际所指的犯罪是赃数为八百两或八百两以上。本案被告被处杖一百刑，即以此赃数与刑罚的对照表为根据。

刑部在考虑对本案的处理时，在引用“坐赃致罪”律之前，曾提出不适用“盗决河防”律。根据“盗决河防”律，故意挖断（官府所修的）河堤者，处杖一百、徒三年之刑。但是非常奇怪，刑部忽略了同一条律中的下一条规定：故意挖断私人所有的河堤塘埂者，减挖断官堤者二等处罚（杖八十，徒二年）。为什么刑部不采用与本案情节更相符合的这一规定，而是比照适用与案情相距较远的“坐赃致罪”律，从而使对被告的处罚被减至杖一百？是不是因为根据“坐赃致罪”律，被告还必须偿还一百六十两银子的“修砌工费”？但“盗决河防”律却根本未提及偿还损失一事，这一点也非常令人费解。或者，刑部这样处理本案，是因为存在其他一些未曾明言的原因。

## 18. 擒食田园瓜果

### 18·1 乾隆五十七年(1792年)说帖

《刑案汇览》卷七，《户律》

江西抚题邓玉书殴死温水子一案，奉谕：或照斗杀，或改擅杀，交馆查明，划一办理等因。

法律规定，斗杀人应得绞监候刑。《大清律例》中，无论律还是例，都没有专门规定“擅杀”罪及其应得刑罚，但在谈到“擅伤”行为时，多次提及“擅杀”。帝国时期的法律对于个人直接杀死罪犯，区别以下两种情况，分别对待。第一，激于义愤，或情况急迫，登时杀死罪犯。在这种案件中，对行为人的刑罚非常轻，有时则不罚。第二，罪犯犯罪行为实施以后，蓄意将罪犯杀死，即并非在罪犯犯罪行为实施当时，将其杀死，此即构成“擅杀”，通常要受处罚——当然，在某些情况下，也不处罚。在量刑方面，这种擅杀与斗杀相同，都是绞监候。<sup>252</sup> 关于个人擅自杀死罪犯，比如以下一些情况：罪犯于夜间无故潜入人家，被该家家主登时杀死，免罚；但如果夜入者已被抓住，家主这时将其打死，即为“擅杀”，法律规定，该家主应得杖一百、徒三年之刑。妻妾被他人强奸，本夫在强奸场所亲自发现，登时杀死该强奸犯，本夫无罪；但若已将该强奸犯抓获，再将他杀死，则为“擅杀”，本夫应处绞监候刑。追捕罪犯时，因罪犯拒捕而将其杀死，捕者无罪；若罪犯已被抓获，或罪犯并不拒捕，捕者将其杀死，即构成犯罪，捕者以斗杀罪论处。这一类条款还有一些，尤其是在涉及通奸、强奸、拒捕的规定里面。

遵查，本年五月内河南省题赵文科因程壬午摘取张大元

地内柿果，理斥，不服，赵文科近前解劝，被骂，气愤，踢伤程壬午、身死一案，声明程壬午于白日旷野，摘取柿果数枚，非窃盗可比，将赵文科依斗杀拟绞（监候）。

又，陕西省题武小孟因刘仰儿等摘伊地内豆角，踢伤刘仰儿身死一案，将武小孟依擅杀拟绞（监候），均经照复在案。

此二案虽均系摘取田野蔬果、被殴身死，但细核案情，程壬午系路过随手摘取柿果数枚，非窃盗可比，是以照斗杀定拟。〔如果程壬午摘取柿果的行为被判定为窃盗时，他在赵文科近前解劝时骂赵文科，即可被认定为“罪人拒捕”。根据法律规定，在这种情况下，赵文科打死程壬午，即可免罪。〕

至刘仰儿商同刘法儿〔可能是刘仰儿的兄弟〕等偷摘豆角，或用口袋，或用钱袋装盛，实属窃盗，是以照罪人定拟。情有不同，故引律亦异，尚非办理参差。〔刘仰儿偷摘豆角，被判定为窃盗行为，因此，刘仰儿本人在此案中即属“罪人”。但另一方面，刘仰儿又没有抗拒逮捕行为，即没有“拒捕”情节。因此，武小孟杀死刘仰儿，不能适用罪人拒捕而将其杀死，捕者无罪的法律规定，而应处以绞监候刑。〕

今温水子年甫十三，因路经邓玉书梨园，摘梨三个，经邓玉书喝骂即行抛弃。邓玉书拉送温蒂庭处治。温水子举耙相殴，邓玉书回殴，致毙。

该抚声称温水子摘取园梨，系属童稚无知，未便以罪人科断，将邓玉书依斗杀律定拟。核与赵文科之案情事相同，似可照复。

本案（即温水子——邓玉书案）与前面所引程壬午——赵文科一案情节类似。在这两案中，温水子与程壬午两名受害者对于行凶者均有反抗行为（温水子举耙相殴，程壬午骂詈），但他们均未被判定犯有窃盗行为，都不作为罪人看待，因此，他们两人均被看作

因斗杀身死。在刘仰儿——武小孟案中，受害者刘仰儿并未作任何反抗行为，但他因犯有窃盗罪，被确定为“罪人”。刘仰儿被杀，因此被判定为“罪人不拒捕、被擅杀”。在这里，我们看到，享有盛誉的律例馆在分析案情时，一丝不苟。尽管两案的最后量刑完全相同，都是绞监候，但律例馆并未因此而马虎从事，他们仍然坚持对案件的具体情节条分缕析，严格区别定性。

在第7·1、98·1案中，由于在他人田地中拾麦穗，导致被杀身亡。这种由于摘取三个梨子及被杀的案件，可能反映了中国农民财产匮乏的情形。在中国农民眼中，每一粒谷子都是珍贵的。

## 19.男女婚姻

### 19·1 道光二年(1822年)广西司现审案

《刑案汇览》卷七，《户律》

提督客送张雪儿聘定赵氏之女二姐为妻，乃于未过门之前私下通奸。待赵氏将二姐另配，又复相约私逃。

律无未婚之妻同逃治罪明文。即比照女家悔盟另许、男家不告官司而强抢例，亦罪止拟笞。〔法律规定，男家强娶已定婚之女，主婚人笞五十；女家悔盟另许、男家不告官司而强抢，主婚人笞三十。〕<sup>255</sup>

张雪儿、贾二姐应仍照男女定婚、未曾过门、私下通奸，比依子孙违犯教令律，杖一百。〔法律规定，在上述情况下，男女双方皆应比照子孙违反教令罪受到处罚。但在本案以及下面一个案子中，虽然法律规定男女双方均应受罚，实际只有男方受到处罚。《大清律例》的一条注文解释说，如果男女双方不是直接根据违反性禁忌的法律，而是比照违犯父母教令的规定受到处罚，则女方可以免除杖一百之刑，而改罚以赎金。但在《大清律例》中，例本身并没有作这样的规定。〕

## 19·2 道光二年(1822年)广东司现审案

### 《刑案汇览》卷七，《户律》

提督咨送胡六五儿聘定戴张氏之女妞儿为妻，过门童养。该犯辄与妞儿行奸。[女子幼年入男家，长大以后与该男子成婚，这就是童养媳制度。在中国古代，童养媳制度的实行范围较为广泛。实行这一制度的最初原因，可能是因为女家贫穷，难以养育该女子。童养媳在男家的地位，较奴婢略高。]

256 惟妞儿究系已经过门童养，与未经过门者有间。将胡六五儿依男女定婚、未曾过门、私下通奸比依子孙违犯教令杖一百律，酌减一等，拟杖九十。[参见第19·1案的评注。为了使本案判决自杖一百减至杖九十更具有说服力，判决强调“比依”子孙违犯教令律，而不是直接适用该律。]

## 20. 娶部民妇女为妻妾<sup>④</sup>

### 20·1 嘉庆三年(1798年)通行本内题准案

#### 《刑案汇览》卷八，《户律》

吏部查刑部审办大兴县民妇王石氏诱令籍隶广东之武举徐朝泰之妻徐谢氏，捏称孀妇，卖与孙怀汾为妾一案。

吏部对此案之所以表示关注，是因为本案犯孙怀汾是一名官员。又，本案发生地为北京。在清代，北京在行政上分为两个县区，大兴县即是此两个县区中东部的一县。

257           查律载：官员娶部民妇女为妾者，杖八十；定例：官员犯私罪杖八十者，降三级调用等语。

此案：孙怀汾凭媒买娶徐谢氏为妾。迨询系有夫之妇，

即赴坊呈送。惟该员系新补顺天府粮马通判，虽非府州县亲民官可比，究由本属置买，应酌减为降一级调用。

因为顺天府是首都所在地，故在顺天府任职的官员与其他地方的府州县官员多有不同。本案孙怀汾娶部民妇女为妾，但却从轻发落，仅降一级调用，由此可见对于顺天府官员的优待。奇怪的是，本案另外两名关系人——徐朝泰与王石氏均未受到任何惩罚。应该看到，没有徐朝泰本人的默许，将其妻徐谢氏卖给他人为妾，是不可能的；而王石氏则在这项人口买卖中，起着重要的中间人作用。《大清律例·户律·娶部民妇女为妻妾》条并未规定应对被娶妇女之丈夫及中间人给何种处罚。但在《大清律例·刑律·纵容妻妾犯奸》条中，则规定：丈夫纵容妻妾与他人通奸，杖九十；丈夫因财而将妻妾让与他人，杖一百；中间人杖七十。本案中，徐谢氏被卖<sup>258</sup>给孙怀汾，但据案情记载，我们并不知道买徐谢氏的这笔钱给了什么人。总之，案件本身的真实情况，似乎并未在官方的案情记录中完整反映出来。

## 21. 强占良家妻女

### 21·1 嘉庆二十四年(1819年)案

#### 《刑案汇览》卷八，《户律》

福扰妾：詹锦等由詹、叶两姓械斗，[这种两姓之间的械斗，在福建及中国南方其他省份时有发生。]有嫌。迨见叶陈氏在伊村经过，该犯主令詹叶氏将叶陈氏拦回家内。[虽然原案记载没有说明詹叶氏的身份，但是很明显，她就是詹锦的妻子，否则他不可能命令她将叶陈氏拦回家中，而詹叶氏本人也不可能迳自来到詹锦的家里。另外，从詹叶氏的名字也可看到，她出生于叶氏宗族，后从叶氏宗族中嫁到詹氏宗族。]致

被奸污。惟奸污并非该犯意料所及，而究由主使拦回所致。

将詹锦于“抢夺妇女、奸污”律上量减一等，满流。[即流三千里。]詹叶氏并无主使强奸情事，惟听从拦截，应于詹锦流罪上减一等，满徒。[即徒三年。]

259 根据法律规定，共犯一般减主犯一等处罚。如果詹叶氏确实是詹锦的妻子，那么，她所被处罚的行为，也是她迫不得已所为：一方面，服从丈夫的意愿，将叶陈氏拦截回家；另一方面，服从自己父母亲族的意愿，证明自己的丈夫对叶陈氏实施了强奸行为——虽然叶氏宗族是自己丈夫所在的詹氏宗族的敌人，但自己毕竟出自叶氏宗族。至于刑部为什么对詹锦“量减一等”，由绞监候减至流三千里，其原因不得而知。刑部在作出这项判决的时候，忘了像在其他很多场合作的那样比照法律作出判决，而是直接引用了原律。

## 22. 娶乐人为妻妾

### 22·1 道光八年(1828年)案

《续增刑案汇览》卷三，《户律》

提督咨送宗室德英额买娶沿街卖唱之来姐为妾，即与乐人、妓者无异。将德英额比照“官吏娶乐人、妓者为妾”律，杖六十，实行责打，不准折罚。

本案对宗室成员实际执行体罚，由此可见，法律加于统治集团内部成员的义务实行起来何等严格，尤其是在涉及性道德方面。本案处理为“比照”原律，而不是直接适用，其原因可能是被告虽然为宗室成员，但他本人并无官职，而该律显然是针对官吏而制定。

## 23. 盐法<sup>⑤</sup>

260

### 23·1 嘉庆二十四年(1819年)案

《刑案汇览》卷十，《户律》

湖督咨：刘恒传每次贩私，虽止五六十斤，[1斤约等于14磅。]惟已及二十载，实属积惯。

将刘恒传比照“兴贩引盐三千斤以上”例，发附近充军[即二千里]。

本案审判为比照“兴贩引盐三千斤以上”例，而不是直接根据该例。其原因在于：案犯刘恒传每次贩盐，其数量并未达到条例所规定的标准；但若将刘犯二十年来贩私盐的总数统计，显然远远超出规定标准的“三千斤”。

### 23·2 道光五年(1825年)案

《刑案汇览》卷十，《户律》

直督咨：外结徒犯王庭选，刨取盐土，私煎自食，讯无贷卖渔利，惟拒伤巡役。

261

应比照“买食私盐”，杖一百；加拒捕罪二等，杖七十，徒一年半。

王庭选可能居住在天津附近的海岸边，在那儿取盐土、私煎自食是极为方便的。根据本案的审判情况，我们可以推论，如果王庭选不“拒伤巡役”，他就不会受到惩处。给王庭选定罪量刑的主要原因是“买食私盐”，而不是其“制造”私盐；而“买食私盐”的专门律条，又只能是“比照”适用。布莱斯认为：政府禁止民人私自煮盐、售卖营利，但若煮盐自食，则不在禁止之列。显然，本案的情况与布

莱斯的观点有相左之处。另外，《户律·盐法》条例规定：居住沿海的贫难小民，背装手提少量私盐，换取谷物，以维持生计者，不在治罪之列。但本案的处理，显然与这一条例的规定又有一些扞格。这一条例本身即含混不清，致使不能对“贫难”一语作出明确的定义。从字面上看，似乎应指临时有难、导致生活无着落的小民。

## 24. 违禁取利

### 24·1 道光十一年(1831年)案

《续增刑案汇览》卷四，《户律》

提督奏送：已革宿州（今属安徽）卫千总王勋用赴任凭  
262 札[任职凭证]向高焯押银两。例无专条。将王勋照“违制律”  
杖一百；业经革职，应毋庸议。

将本案列于“违禁取利”类，似乎不太合适，因为被告所作所为并未获利。另外，从本案可以看到，“违制律”作为一种概括性禁律，它可以用于那些法律并没明确禁止的犯罪行为；在这一方面，“违制律”与另一条更加被普遍引用的概括性禁律“不应为律”并无二致。还有第三条概括性禁律：“违令律”，该律适用于违背效力低于正式的制诏和法律的令的行为。

## 25. 费用受寄财产

### 25·1 道光十四年(1834年)说帖

《续增刑案汇览》四卷，《户律》

河南司查：赵盘铭将赵德全寄存钱文挪用买面，欲俟卖  
出钱文归还。嗣赵德全向其索取，该犯措备不及；又因私用客  
钱被人闻知，将来恐无生意，即捏称须向伊店伙刘三同明归

给，以致赵德全情急投缳殒命。

查：赵盘铭费用赵德全受寄钱文，本欲归还，因措备不及，捏称向刘三问明归给，尚与“有意侵蚀[不欲归还]者不同。其致赵德全情急自尽，亦非该犯意料所及。即谓受寄人财、<sup>263</sup>诈言失者，律应准窃盗、减等科断。该犯以店户擅用过客钱文，致事主情急自尽，实为行旅之害，亦只可从重比照“窃盗财物、致事主失财自尽”例问拟，已足示惩。〔《大清律例·刑律·窃盗》规定：犯此罪者，杖一百、徒三年；但若所盗赃物数额巨大，或窃盗之人在此之前曾犯过窃盗罪，或者窃盗者为团伙犯罪者，则可给予更重的刑罚。〕

乃该抚复于徒罪上加一等拟流，是因费用受寄钱文致酿人命较之因窃盗财物致酿人命之案办理转严，不足以昭平允。

赵盘铭应改依比照“窃盗财物、致事主失财窘迫、因而自尽”例，杖一百、徒三年。据供亲老丁单，不在不准留养之列。应令该抚确查取结核办。〔从第5·1案和第5·2案中可以看出，被处死刑的案犯若要获取留养权是非常困难的。而本案以及第13·1案又表明，在死刑以下的案件中，被告要获得留养权则容易得多。〕

该抚声明量加一等、杖一百、流二千里、不准留养之<sup>264</sup>处，应毋庸议。

以上分析或法律皆主张，对因费用受寄钱文致酿人命行为的处罚，不能够重于因为窃盗财物致酿人命行为的处罚，这一点可以注意。

## 26. 市司平物价

### 26·1 道光十一年(1831年)案

《续增刑案汇览》卷四,《户律》

提督奏: 霸州[位于北京以南约50里]州同康诰傍役持票赴京买细米十二石。

查: 例内止有乡民进城买米定以限制。[法律规定: 乡民到北京购买稻米超过一石者, 处杖一百之刑]其近京河员进城买米如何定以限数之处, 因本部例未赅载, 片查户部, 据复亦例无明文。

惟细绎“乡民进城买米、不得过一石”之例, 原以防奸商贩运。兹该员买给兵丁食米, 查无贩运别情; 且因工程紧要, 赶办工兵食用, 系为急公起见。核与乡民逾额买米情节迥殊。

惟出城细米在一石以上, 未便竟予免议。霸州州同康诰应照“不应轻”律, 答四十。移咨吏部, 照例议处。

265

本案很好地说明了中国大多数王朝都试图建立一个高度秩序化的社会; 在经济方面, 中国很早就确定了一种“常平仓”制度。由于中国首都所消费的稻米几乎全部从遥远的南方经大运河运来, 因此, 政府当然不会允许自由市场的存在, 以防止首都以外的人在粮食方面破坏了首都的供需平衡。在像具有北京这样规模的大城市, 其经济控制手段之一是在几个城门入口处设卡, 检查进出该城的生活日用品。在有些大城市中——例如在北京——还由官方从当地著名商人中选择几位, 任命为“市司”。被任命为市司的人都是不同的商贸团体的成员, 他们代表其商贸伙伴与官府联系。官府通过市司向商人征收税钱, 而市司则通过向其商贸同行们发放营业执照实现对其经营活动及商业摊点数量的控制, 商人们无此执

照则不得开展商贸活动。发放执照所收的钱物是市司们的一项重要收入。市司们虽然不属于国家正式官员，但与乡村保与里的首领一样（参见第14.1案），作为商界首领，市司在各自商贸团体与政府机构之间起到重要的连结作用。这种利用非官方机构分别控制不同人群的政治技法在中国已相传甚久，直到今天也未被完全放弃。<sup>266</sup>例如，1949年中国共产党占领重要的港口城市天津时，就将课征份额税收的任务分派给各商业团体，包括西方国家在天津的商人；紧接着，又将这一任务分别派给各商业团体的代表，由他们从其同行手中收取税款。

## 27. 把持行市<sup>⑥</sup>

### 27·1 乾隆五十三年(1788年)奏准案

《刑案汇览》卷十，《户律》

江督奏：侯明章系绍兴帮粮船水手。[中原和南方各省进贡北京的“漕粮”通常由官船自大运河运至北京。直到19世纪海运事业发展，大运河“漕运”才逐渐被取代。]行至宿迁利运闸，正欲过闸，侯明章因该船搭运缓征漕米，比往年装米较多，起意借端索增工钱。纠约水手十余人，同趁头帮旗丁宋炳和船上，勒令加钱，方肯过闸。[中国的水闸并非普通的液压装置，而是设于航路之中的一个缓坡关卡。船只通过这个缓坡时，必须由岸上的人力或兽力牵引。]宋炳和无奈，每船允加钱三千六百文[折合银子约3.6盎司。]。侯明章必欲加钱六千，宋炳和未允。侯明章令众水手肆行瞎闹。押运千总蔡鸾闻之，赶往喝禁。侯明章仍闹不休。时有漕标、候补千总云天彪奉委在该处弹压、催趨，闻信赶往喝阻，不理，上前捉拿。侯明章首先下手，将云天彪棍殴，多伤。殊属目无法纪。

云天彪系漕臣委赴弹压之员，即与本管官无异。将侯明

章照“部民军士不服拘拿、逞凶伤官”为首、照“光棍例”，拟斩立决，枭示河干。

本案对于抗拒官府行为的处罚异常严厉，值得注意。我们可以结合下面一些类似的案例，进行比较分析。根据本案判决所引用的“光棍例”，对棍徒首领处以死刑，并不考虑该首领是杀死政府文武官员，还是仅仅对后者有致伤行为。但该条例并未提及要将已处死罪犯暴尸或枭示。从清代司法实践看，为了起到广泛的威慑作用，对于暴徒和江洋大盗，通常都采用暴尸或枭示这类另加的处罚。

为从下手之刘四，获日另结。〔根据“光棍例”，为从下手之人，处绞监候刑。〕

水手姚贵等，讯未下手殴官。但先帮同侯明章向旗丁吵闹，后经运弁喝禁，不知畏惧，仍闹不休。应于为从、下手绞罪上减一等，拟流；从重，改发黑龙江为奴，仍先枷示河岸。俟回空漕船过闸，再行发遣。

其同行未帮吵之犯，各枷号两个月，杖一百。

## 27·2 道光五年(1825年)案

《刑案汇览》卷十，《户律》

直督咨：外结徒犯邹三受雇与剥(驳)船拉纤。因食物昂贵，所给雇价不敷食用，辄起意纠邀众短纤向旗丁争索钱文。经千总任大恒喝阻，该犯目无官长，肆行喧嚷，以致附从之人将该千总殴打、撕破补服。

惟剥船业已抵通停泊，〔“漕运”之粮自南方起运，至通州为终点。在通州，漕粮改装驳船，运往北京。自通州至北京，约十里。〕不致有误漕运。该犯希图增给钱文，亦非勒价阻滞，情尚可原。

269 邹三应照“粮船短纤、如有棍徒勒价聚众滋殴等事、审实、

将首犯发近边充军例”，量减一等，杖一百，徒三年。〔死刑、流刑、徒刑的减等计算方式，实际上表现为刑种上的变化。“发近边充军”刑减一等，并不是比其低一等的“发附近充军”刑，而是减为徒刑最高等次：杖一百、徒三年刑。参见本书第三章第九节。〕

为从之至五等，俱〔根据同一条例〕杖一百，于河岸枷号两个月。

本案与前一个案中颇多相似之处。但同时，司法机构的处理意却明显不同。本案对于邹三等案犯的处理，其法律依据是专门适用于违法纤夫的例；而前一案处理侯明章等案犯，其法律依据则是见另外一条适用面较宽、量刑更为严厉的例。除这种差别之外，这两个案子之间的其他一些差别是否足以用来解释司法机构的不同处理方式，这是一个可以考虑的问题。

### 27·3 道光十一年(1831年)廊抄

#### 《刑案汇览》卷十，《户律》

户科给事中奏：万安仓已革花户许九，伙同张老开设米局。该仓先于道光九年搭放八旗俸米，旗员多将俸票售卖。该犯辄起意，商同张老前赴米市，收买俸票三百余张，冒领米一千余石。

遍查律例，并无作何治罪专条。惟该犯以已革花户开设<sup>270</sup>米局，先既收买居奇，继复冒领获利，实属奸商垄断，诡诈性成。与把持行市、专取其利无异。据供，每米一石得余利京钱二百余文，通算已在一百二十两以上。

许九除囤积小米四百四十石、罪止拟杖不议外，〔《大清律例·户律·市司评物价》条例规定：北京五城的民仓、铺户，每户可存放米、麦、杂粮一百六十石；超过一百六十石，囤积者照

“违制律”治罪(杖一百)。]应比照“把持行市、专取其利、若已得利、计赃准窃盗论，罪止满流律”，拟杖一百、流三千里。[这里所引的律条并非原律条全文，而是作了很大的删节。如果许九犯窃盗罪、赃满一百二十两，根据法律规定，他应处绞监候刑。但因“把持行市”罪仅“计赃准窃盗论，罪止满流”，故许九在此仅处以杖一百、流三千里刑。]

张老帮同收买俸票，赴仓领米，事后分用余利钱文，系属为从，应拟杖一百、徒三年。[为从者，通常减主犯一等处罚。]

亲老、丁单，俱不准留养。花户候五不能查出冒领情由，咎有应得，俟获日另结。失察之仓场侍郎及监督，俱请交部议处。[官吏犯罪，通常由刑部会同吏部处理。]

价卖俸票之各旗员，并无姓名，无从查究。再，旗员价卖俸票，相习成风。应行文各旗，每届领俸之时，务令各该员专人赴仓支领，毋许卖票，致干功令。

## 四、礼律类

### 28. 毁大祀邱坛

#### 28·1 嘉庆二十四年(1819年)案

《刑案汇览》卷十，《礼律》

浙抚咨：生员叶林，先因犯事，斥革衣领；复因私欠钱债，被父逐出，即擅入文庙哭诉，以致碰损<sup>272</sup>至圣先师[孔子]牌位。

将叶林比照“大祀邱坛毁损律”，杖一百，流二千里。

将叶林定罪判刑，是比照“大祀邱坛毁损律”，而不是以该律为直接根据，其原因尚不得而知。也许是因为该律的适用范围严格限制在对“邱坛”的毁损上，而本案叶林的行为，仅针对邱坛之上的“孔子塑像”。也可能“大祀”是专指对天、地、君以及土神、谷神的祭祀，而对孔子的祭祀不属于“大祀”的范围。

## 29. 裹渎神明

### 29·1 嘉庆二十二年(1817年)案

《刑案汇览》卷十，《礼律》

江西抚客，刘振摇因庆祝许真人寿诞，演戏，并在东山设台点放烟火。集人往观。〔许真人，许仙的道号，死于公元280年。许真人是道家的著名人物，以传授避邪驱灾之法闻名。其祖籍为江西南昌。刘振摇等可能就在其家乡为其庆祝生日。〕嗣烟火毕后，忽天降大雨。往看之人各皆乱奔。因山坡陡窄，一时拥挤，以致挤倒多人，踩毙十七命。

273

查：刘振摇庆祝真人寿诞，并非迎神赛会。即踏毙人命，亦在放毕烟火之后。〔《大清律例·礼律·禁止师巫邪术》条规定：“若军民装扮神像、鸣锣击鼓、迎神赛会者，杖一百。罪坐为首之人。”可见，政府不希望民间自发组织这种大规模的宗教活动，其原因在于人群聚集则易生动乱。另外，一些以宗教信仰为基础形成的秘密社会组织经常会向从政治上反对帝国政权的方向发展，这也是帝国以法律形式严令禁止宗教活动的原因之一。但实际上，清代民间宗教活动照常进行，这一法律规定常被忽视。〕

惟该犯夤夜设台，点放烟火，致集多人观看，应比照“违制律”，杖一百，枷号一个月。〔凡是法律没有明文规定，而官府认为应该处罚的，都可适用这一条可包罗万象的“违制律”。本案判决比照“违制律”，而不是直接根据该律，因而可在“杖一百”法定刑之外，加刑“枷号一个月”。〕

余忠谋等，听从买放，应照为从减一等，杖九十，枷号二十五日。

本案并没有明显的亵渎神明的情节，但该案件却列在“亵渎神明”一类，似乎有其特别意义。也许可以这样解释：对于类似于圣人的许真人的寿诞庆祝活动，一方面，表明了人们对于许真人的尊崇；但另一方面，又使这场活动导致一个灾难性的后果；从这种意义上说，又是对许真人的不敬，并进一步推断为“亵渎神明”。本书所辑第55·3案有类似情节，并且也死亡数人，但该案却列于“戏杀、误杀过失伤人”类，显然与本案分类有明显区别。应该说，第55·3案的分类安排，更为贴切。

## 29·2 嘉庆二十三年(1818年)案

《刑案汇览》卷十，《礼律》

东抚咨：外结徒犯、僧人达朝，因王家相之妾韩氏在外，领 274  
至庙内奸宿，与在他处刁奸者情节较重。

惟该犯并未诓骗财物，自应量减伺拟。

达朝应照“僧于寺、观、神庙刁奸妇女、而又诓骗财物、拟  
军例”，量减一等，杖一百，徒三年。

对本案的判决有失公允。《大清律例·礼律·亵渎神明》律分别情形，作出两项规定：第一，僧人引诱妇女，在寺庙与其成奸，应处刑杖七十，徒一年半；第二，僧人在引诱妇女、于寺庙成奸的同时，还诓骗该妇女的财物，应发边远充军。对照本案案情，显然符合第一项规定。但刑部却忽视了此点，反而根据第二项规定，量减一等处罚。这样，案犯达朝本应受杖七十、徒一年半处罚，却被刑部误用法律，因而受到杖一百、徒三年的处罚。

处理本案的关键在于犯罪的地点；与其相应，所确定的刑罚也较重。本书第87·1及87·2案中，犯罪形式与本案相同，但犯罪地点的神圣性却不及本案，因此，对该两案的罪犯仅处以徒一年、枷号

两个月的刑罚\*。

## 30. 收藏禁书

### 30·1 道光十二年(1832年)案

《续增刑案汇览》卷四，《礼律》

城察院移送：官松亭向不识姓名人零星买获小本文章，在<sup>275</sup>城内书坊售卖、图利。例无专条。将官松亭照“违制律”，杖一百。

关于“违制律”作为概括性禁律适用于其他法律未加以明确规定犯罪，可参见第24·1、第29·1案等。《大清律例·礼律·收藏禁书》律规定：私人收藏“禁书”者，杖一百。但何为“禁书”，该律则未加以解释。在中国历史上，政府一直致力于对整个社会的思想控制；而在18世纪时，这种控制尤为严厉，所有涉嫌反对王朝统治、反对满族、反对与满族有种族联系的其他少数民族、反对儒学以及春宫色情书籍都在禁止之列，而且被大量销毁。参见L·G·古基的《乾隆文字狱》(巴尔的摩，1935年出版)。在本案中，被告官松亭所购买并卖出的小本文章在内容上显然没有什么害处，但仍被作为禁书看待。可能是官府对于被告私自买卖书籍的行为产生某种怀疑(例如，他没有通过正常渠道从事其书籍买卖)，因此官府认为有必要给予其一定处罚；而在这种情况下，“违制律”自然提供了合适的法律依据。

---

\* 作者此处所据材料有误。在第87·2案中，案犯被判处充军刑，并枷号两个月。——译者注

## 31. 失仪

### 31·1 道光十年(1830年)邸抄

#### 《刑案汇览》卷十一，《礼律》

宗人府奏：道光十年十月初一日孟冬，时享太庙。有应献帛之奉恩将军永靠、奉恩将军华英遗误供帛。当经臣等奏请将该二员交臣衙门议罪等因参奏。

276

臣等恭查，祭典攸关，理宜敬谨。乃该员等将献帛差使，竟致遗误，诚如圣谕“非寻常疏忽可比”。臣等公同酌议，请将永靠、华英革去奉恩将军之职，以示惩儆等因。

这里值得注意的是，本案判决未引用任何律、例，处罚方式也非同一般。原因很明显，第一，案犯本人具有特殊的身份；第二，处理本案的并非普通司法机关。虽然该案后来经过刑部，但后者仅仅是对原处理意见表示同意而已。本案中，被告所受的处罚虽然严厉，但是比较违反礼仪，尤其是涉及皇族先祖时可能受到的处罚，却还是轻的。

### 31·2 道光十四年(1834年)邸抄

#### 《刑案汇览》卷十一，《礼律》

湖督奏：参革黄陂县知县章雷祭祀违制一案。

缘该县文庙大成门外围墙左右，各有黉墙一道。祭祀官员尚在黉门外下轿。

章雷因恭逢丁祭，时值大雨。于五鼓时分乘坐小轿，放下轿帘，冒雨前往致祭。轿夫刘遇时、潘友见黉门外雨水停积，  
277  
无处下轿。误将章雷抬进黉门。章雷从轿窗窥见，喊阻。因雨声太大，刘遇时抬轿疾趋，未经听闻。章雷急忙下轿，已

经抬至大成门外。

维时教谕胡鸿薰等在内照料祭品。经观礼与祭生员刘绍椿等瞥见，稟经教谕，并据胡器全、叶迈逵等先后呈控奏参，革审不讳。

查章雷承祭文庙，并不肃恭将事。乃至大成门外始行下轿。虽由大雨水积，轿夫误抬所致，究属有违定制。章雷应照“违制律”杖一百。业经革职，[因此，此时的章雷已与平民无异。]应毋庸议。

轿夫刘遇时等，照“不应重杖”，枷号一个月。[所谓“不应重杖”指“不应为”律所犯重者处杖刑。《大清律例·刑律·不应为》律规定：“凡不应得为而为之者，笞四十；事理重者，杖八十。”但本案判刑“枷号一个月”，却为该律所未规定。与“不应为”律相比，上文所引“违制律”在适用范围上要小得多。“不应为”律可适用于任何人，而“违制律”则仅适用于官吏违法。]

278

捐职未入流胡器全僭用素金项戴，业经另案咨革，应与具呈。[中国的官阶分为九品。九品之外尚有一些未入品的官吏。本案胡器全即是这一类未入品的小官。(19世纪时，中央政府为增加财政收入，捐官卖爵，允许民人缴纳一定钱银而获得一定的爵位和官阶。)依《大清律例》规定，僭用表示官品的标记，要被处杖一百，并受革退官职的处分。]

得实之监生叶迈逵等，均毋庸议。[《大清律例·诉讼·诬告》律规定：诬告他人，诬告人比所诬罪加三等处罚。此条规定，显然是为了防止人们提供错误证词，减少恶意诽谤，但与此同时，它也可能使相当一部分人不愿意提供任何证词。]

## 五、兵律类

### 32. 激变良民<sup>①</sup>

32·1 嘉庆二十四年(1819年)案

《刑案汇纂》卷十一，《兵律》

陕抚题：李学隆等因铺邻马元德被贼供板，经 279  
县传讯，呈恳保释，不准。该犯等倡率罢市。惟该  
处铺户共有三百余家，内仅该犯等八家将铺户关  
闭，系属罢市未成。

将李学隆等于“刁民借事罢市、斩决”例上，量  
减一等，满流。

“满流”即流三千里。条例对于其他形式的抗拒行  
为也规定了相应的处罚。这些行为包括抗税、罢考。  
该条例本身严格区分对于主犯与从犯的处罚，主犯处  
斩立决，从犯则绞监候。本案例记载并未说明对于从  
犯给以何种处罚。但很显然，从犯所受处罚肯定与主  
犯李学隆所受处罚不同。本案对李学隆减“刁民借事  
罢市、斩决”一等处罚，其理由在于：李学隆意图罢市，  
但实际行为并未真正构成罢市结果。因此，从理论上

说，本案适用“刁民借事罢市”例，应是“比照”，而不是“直接根据”。

### 33. 私藏应禁军器<sup>®</sup>

#### 33·1 嘉庆二十年(1815年)案

《刑案汇览》卷十一，《兵律》

广东抚咨：外结徒犯冯学周商同罗会全等私制火药，欲卖  
280 获利。尚未售卖，即被拿获。

将冯学周比照“合成火药、卖与盐徒、拟军例”，量减一等，杖一百，徒三年。

本案判决，比照“合成火药、卖与盐徒、拟军例”，而不是以其为直接根据，因此冯学周仅获减流一等的处罚。判决理由：冯学周等虽然欲出卖私制的火药，但出卖行为尚未实施。如果已经出卖，对冯学周定罪量刑，将不会再比照本条例。奇怪的是，本案判决并未提及从犯罗会全等。其原因可能有两种：其一，从犯罗会全等已逃脱，官府尚未将其缉获；其二，从犯罗会全等已被抓获，但对其处罚，可根据有关法律规定，自动减主犯一等处罚，不必另外宣示。应该说，本案后一种可能性较大。因为在第一种情况下，判决仍应明确写明：待抓获罗会全等，再另案处理。

注意：“卖与盐徒”罪的成立要件使刑部只能比照适用该法律规定。由于这是一种特殊的犯罪，而且《大清律例》的条款通常采取一罪一刑的方式，因此，此处条例的特殊针对性是理所当然的，也是可以理解的。令人奇怪的是：没有另外制定适用于其他类型私卖火药行为的一般性条例。

### 33·2 道光三年(1823年)案

《刑案汇览》卷十一，《兵律》

云抚咨：外结徒犯王鬻国积私铅，例无治罪专条。惟黑铅攸关军火，与硝黄无异。将王鬻比照“国积硝黄、未曾兴贩者”，减私贩一等，于“私贩焰硝一百斤以上、满徒例”，减一等，<sup>281</sup>杖九十，徒二年半。

在《清律》的不同版本中，对于这一条规定的文字稍有出入。如何解释同一法律规定在文字表述上的不同方式，有待于对清律各种版本的进一步研究。另外，与33·1案一样，本案判决也是“比照”所引条例。因此，也可以比原条例所定刑罚减一等处罚。<sup>282</sup>

### 33·3 嘉庆二十一年(1816年)案

《刑案汇览》卷十一，《兵律》

东抚咨：外结徒犯陈全贵，私贩土硝二百八十七斤。经章邱县提验，内多泥土，必须制后方成焰硝。当即提制，只得净硝九十五斤，尚在一百斤以下。将陈全贵比照“违制律”杖一百，量加一等，拟杖六十，徒一年。

与前一案例一样，关于本案判决所比照的条例，不同版本的《清律》规定稍有不同。本案判决与1751年(乾隆十六年)广东一个案件的判决相似，后者为《清律》一释本的“上注”所收。本案判决比照“违制律”；但后来的类似案件，均根据数量多少，给以更为严厉的处罚，其法律依据也不再是“违制律”。本案判决为何比照“违制律”量加一等，其理由不甚清楚。但有一点很清楚：刑部同意山东巡抚关于这一案件所拟的判决意见。<sup>282</sup>

## 34. 牧养畜产不如法

### 34·1 嘉庆二十五年(1820年)江西司现审案 《刑案汇纂》卷十二，《兵律》

内务府奏：虎城[皇家御养虎的地方]走失虎只。查园户德泰[满族人]系是日看守虎城正班之人。虽铁栅断朽，曾经稟报该管苑副等查勘，但未赶紧稟请修理。是夜又不加意防守，致有走失。现经啮毙人命，实由该园户等疏忽所致。县虎城近在禁园，所关匪细。

若仅照“拴系不如法、因而杀人”律，准过失杀、收赎，固属轻纵。〔根据《大清律例》，过失杀人收赎，应缴纳赎银12.42盎司。〕

即比照“牧养官马损失、罪止满徒”律，加等拟流，尚不足以示惩儆。应将德泰枷号两个月，发吉林当差。

根据内务府的奏折，已对德泰给予法定刑内最重的处罚。为了使这种处罚更具有合法性，本案判决舍弃了《大清律例·兵律·畜产踢咬人》律，而是以《大清律例·兵律·牧养畜产不如法》律为根据。从情节上看，本案适用前一律条更加准确；因为后一律条适用于“人杀畜”，前一律条适用于“畜杀人”。显然，本案正是看管有误，致使畜类杀伤人。更有甚者，宗人府比照“牧养畜产不如法”律犹嫌不足，于其最高刑——满徒，即杖一百、徒三年刑上量加一等。从“牧养畜产不如法”律的内容来看，处以最高刑——杖一百、徒三年者，必须具有因牧养不如法、致死至少72匹马的严重情

节\*。但本案显然无此情节。

奉旨：加恩，免其发遣。著枷号两个月等因。钦此。

为什么在宗人府确定给予德泰最重处罚之后，皇帝又颁发加恩诏旨（从姓名来看，德泰应是满族人）？为什么对于看守虎城的副职官吏未作任何处理？按常例，对于副职官吏也作处罚，而且其处罚结果也应在案例报告中说明。为什么没有提及被逃脱之虎所啮的人的身份、姓名？虽然原案件报告并未回答这一问题，但我们可以推断：如果被虎所啮者是一位要人，他的名字就会被提到，此案的最后判决也将不同。另外，既然皇帝颁布圣旨，刑部的判决也只能是一种形式了。<sup>284</sup>

## 35. 畜产踢咬人

### 35·1 道光元年(1821年)奉天司说帖

#### 《刑案汇览》卷十二，《兵律》

黑龙江将军咨：旗丁司帽安与磬保争夺丢失马匹，致磬保被马拉踢身死一案。

查律载：马牛触舐踢人，若故放、令杀伤人者，减斗杀伤一等；又，斗杀者，绞监候各等语。

此案：司帽安内误认磬保圈内拴系马驹为伊家丢失马驹，欲牵拉报官。磬保不依，彼此争夺。司帽安见马驹跳跃，起意

\*《大清律例·兵律·牧养畜产不如法》规定：“凡牧养官马、牛、驼、骡、驴、羊，并以一百头为率。若死者、损者、失者，各从实开报死者，即时将皮张、鬃尾入官，牛斤角、皮张亦入官。其牧长、牧副每一头各笞三十，每三头加一等；过杖一百，每十头加一等；罪止杖一百，徒三年。”

——译者注

纵放，冀图跑至伊家。随即松手，向马驹恐吓道。磬保将缰绳在腰间系扣，以致马驹惊跑，将磬保踢拉身死。

该将军声明：司帽安或照“故放马、牛杀人律”拟流，抑或照“斗杀律”，拟绞[监候]。听候部议等因。

查：司帽安与磬保仅止争夺马驹，并非与磬保斗殴。迨磬保被马驹踢拉致毙，已在该犯松手纵放之后。且原止冀图马驹跑至伊家，尤与互斗不同。自未便科以斗殴杀人之罪。

该犯既见马驹跳跃，故行纵放、恐吓，以致马驹跑走，拉踢磬保身死。虽据供，不知磬保将缰绳在腰间系扣，而磬保之死，究由该犯纵放马驹所致。

该司将司帽安依“马、牛触抵踢人、若故放令杀人者、减死杀一等律”，拟杖一百、流三千里，尚属允协，应请照办。

## 35·2 道光二年(1822年)案

### 《刑案汇览》卷十二，《兵律》

陕抚咨：吴保娃因赶骡驮炭，与文黄氏撞遇。路途狭窄，文黄氏雇工刘世潮喊令让避。该犯仍驱策前进，以致踢毙人命。[案件报告并未说明究竟谁被骡子踢死，但联系上下及并考虑实际情形，似应是刘世潮被踢死。一方面，通常情形下，雇工应走在主人的前面，应该是走在前面的人首先遭受骡子踢打；另一方面，如果是文黄氏被踢死，案件报告应作专门说明。]

并非“耳目所不及、思虑所不到”。将吴保娃比照“畜主故放令杀人、减斗杀一等律”，拟杖一百，流三千里。

本案吴保娃并未“故放”骡子，而仅仅是在遭刘世潮喊令让避后，没有停车，继续行进，因而致人死亡。正因如此，对吴保娃的判决，只是比照“畜主故放令杀人、减斗杀一等律”，而不是以该律为

直接根据。另外，吴保娃是一名烧炭工，而文黄氏是一名雇主，二者的社会地位显然颇有差距。如果上述推论正确，那么它就能很好地解释本案中这样一件事实：在吴保娃与文黄氏~~狭路相逢时~~，后者有权要求前者避让。

（三）

（四）

## 六、刑律类

### 36. 谋反大逆<sup>®</sup>

36·1 道光四年(1824年)山东司说帖  
《刑案汇览》卷十二，《刑律》

287

直督咨：马进忠等在山东临清等州县传教谋逆案内，李二小田忙种请免缘坐一案。

查律载：谋反及大逆，正犯之子孙男十五岁以下，给付功臣之家为奴；若子孙过房与人者，俱不追坐等语。是反逆案内应行缘坐之子孙，先经卖与他人为奴。律内虽无免其缘坐明文，惟既卖给他人，即与过房与人者同一，不为逆犯子孙，自应免其缘坐。

此案：李二小系已正法逆犯李庸义之子，田忙种系已正法逆犯田畛之子，均应缘坐。李二小已自幼出继与无服族伯李思安为嗣；田忙种先已契卖与山西铺民颉吉昌为奴。该省将李二小、田忙种均免缘坐，仍给李思安、颉吉昌为子、为奴。核：与不追坐之律相符，应请照复。

## 36·2 嘉庆元年(1796年) 说帖 《刑案汇览》卷十二，《刑律》

福建司查：郑流因伊弟郑贺在台湾郡城滋事，将该犯拟以斩决，并将郑贺之妻、女照律缘坐为奴。郑流之妻陈氏系正犯 288 郑贺之嫂，律无兄妻亦在缘坐之文，是以该抚未经议及，应请照复。

## 37. 造妖书妖言<sup>⑩</sup>

### 37·1 嘉庆二十一年(1816年)案 《刑案汇览》卷十二，《刑律》

河抚咨：革生杨英辰因醉后自思娶妾，指称洪沟出有娘姨等语。实属邪言妄布。将杨英辰依“妄布邪言、不及众”例，发遣为奴。[此处“众”一词，并没有精确的界定。另外，若将“邪言”传播于众人，传播者所受处罚就不再是“发遣为奴”，而是“斩监候”。]

经本部驳令复审，讯明杨英辰实系醉后戏言，并无心存不轨、传播惑人情事。将杨英辰改依“妄布邪言、不及众、拟遣例”，量减一等，拟杖一百，徒三年。

对于死刑及流刑如何“量减一等”，参见本书第三章第九节。对于律例所规定的刑罚减等处理，通常只能是“比照”该律例，而不能以该律例为“直接根据”。在下面两个案子中，情节基本相同，而且都是“比照”同一条例。

### 37·2 嘉庆二十年(1815年)案 《刑案汇览》卷十二，《刑律》

陕抚咨：僧倪道元因伊故徒在外游方，带有不经字帖。该犯不即时呈首，复借给抄写、传布。

将倪道元比照“谶纬妖书妖言惑人、不及众”造罪上，量减一等，拟杖一百，徒三年。[参见第37·1案评论。]

### 37·3 嘉庆二十年(1815年)案 《刑案汇览》卷十二，《刑律》

290

北抚咨：周文才希图免灾，向逃犯李正才抄写不经字帖，携往邻县传抄。讯非有心惑人，亦非自造。应比照“造妖书妖言、不及众”造罪上量减一等，杖一百，徒三年。

被惑之人照“违制律”，杖一百，加枷号两个月。

在第24·1案中，我们已说明，“违制律”具有无所限制的适用范围。但“违制律”只规定了杖一百的刑罚。因此，欲附加其他处罚，则只能“比照”适用“违制律”。本案判决于杖一百之外，加枷号两个月的刑罚，即运用“比照”手段。

## 38. 盗大祀神御物

### 38·1 嘉庆二十二年(1817年)奉天司案 《刑案汇览》卷十二，《刑律》

盛京刑部[设于奉天的司法机构，与设在北京的刑部相类似。]奏：郭亮起意，商允张文贵偷窃官庙显佑宫。[显佑宫是供奉关帝的寺庙。在中国，关帝名称家喻户晓，其本名为关羽，死于公元219年。在中国的“三国时代”(220—280年)，关羽起到了举足轻重的作用。关羽在中国社会的身份，类似于西方神话

中的“战争之神”。]将神像内所藏银什，用刀挖孔窃取。并偷窃关帝神像银什供器。

恭查：关帝虽未载在大祀，为我朝崇敬，较之神祇御用为重。应比照“盗大祀神御物”律，不分首从，斩立决。[本案适用 291]“盗大祀神御物”律，仅采取“比照”方式，而不是“直接根据”，其原因在于：该律只适用于“大祀神御物”范围（例如：祭天、祭地之物），而不直接适用于包括关帝庙在内的第二等级的祭祀物。]

奉旨：改为斩候，入于秋审“情实”办理。

### 38·2 嘉庆十八年（1813年）奉天司案

#### 《刑案汇览》卷十二，《刑律》

行在刑部〔可能是因为避暑、刑部机关随同皇帝一起迁往热河或其他地方办公〕咨：据盛京刑部奏，吉二偷窃堂子黄缎。〔堂子是萨满教祭祀场所。满族入主中原之前，即信奉萨满教。入关之后，在北京和奉天两地，都设立了萨满教的“堂子”。〕

应照“盗大祀祭器等物律”，拟斩立决。

奉旨：吉二著即处斩。钦此。[注意：本案案犯吉二与前案案犯郭亮所得处罚有明显不同。这种区别可能反映了统治者的异民族心态——萨满教与满族具有较深的历史渊源关系，而对关帝的祭祀乃是汉族的传统。]

### 38·3 道光三年（1823年）直隶司现审案

#### 《刑案汇览》卷十二，《刑律》

南城察院奏送：陈黑子、杜常贵因帮工时瞥见裕陵隆恩殿琉璃门铜帽钉，疑为金钉。乘夜爬入，挖窃铜钉十余根。潜逃[292]来京售卖，被获。[裕陵为乾隆皇帝（1736—1795年在位）的陵]

墓，位于距北京80里的东陵。】

例无专条。应比照“盗大祀神御物律”，不分首从，皆斩。

伙犯吴牛子，仅止在外看人，并未随同进内，情稍可原。恭候钦定。

奉旨：吴牛子[自斩立决]改为斩候。

## 39. 强盗

### 39·1 嘉庆二十年(1815年)案

《刑案汇览》卷十三，《刑律》

北抚咨：刘五儿、蔡大儿窃得钱物，递交伙贼接收。事主惊觉，喊拿。刘五儿声言：如敢走出，定即打死。蔡大儿亦帮同用言恐吓。事主不敢出捕。该犯等亦即出门分赃，各散。

293

将刘五儿等依“窃盗临时拒捕、未成伤例”分别首从，拟以军、徒。

准确地说，首犯刘五儿发“近边”(2500里)充军；从犯蔡大儿处徒三年刑。该例还分别规定了窃贼拒捕、因而杀死或致伤事主情况下对罪犯的不同处罚。

## 40. 白昼抢夺

### 40·1 道光三年(1823年)案

《刑案汇览》卷十五，《刑律》

湖督咨：周恒玉等因帅承法遭风溺舟，该犯等荡划捞取箱物。虽在覆舟之后，非实在乘危抢夺可比。惟既经帅承法等在岸喊阻，该犯等并不理睬，仍将所捞箱物携回隐匿。已有抢夺情形。该犯等各自荡划捞取，并无首从可分。

将周恒玉等均照“乘危抢夺、得财、未伤人、拟流例”，量减一等，满徒。

这一条例适用于包括船只失事在内的所有海难事件。根据该例规定，罪犯乘海难抢夺财物，流二千里。本案周恒玉等抢夺财物，<sup>294</sup>是在海难发生之后，而不是发生之时，故减一等处罚。正因为如此，对周恒玉的处理，也仅“比照”该条例。

#### 40·2 嘉庆十九年(1814年)案

##### 《刑案汇览》卷十五，《刑律》

北抚咨：张添贵因见黄土陇背负布包沉重，料有银物。纠伙乘其不备，用布帕从后赶上，捂住黄土陇两眼，抢物逃走。  
比照“抢夺伤人、伤非金刃、伤轻平复”例，拟军。

本条例原文较长，但这里只引用其中直接相关的字句。条例所规定的刑罚是军流刑中最严厉的一种：烟瘴，四千里。从条例的原文可以看到，该刑罚主要适用因抢夺而采取各种方式杀人或伤人的罪犯，但本案张添贵等仅用布帕捂住黄土陇双眼，似乎并未伤害。正因如此，本案判决为“比照”该条例。很明显，刑部之所以强调要比照适用“抢夺伤人、伤非金刃、伤轻平复”例，而没有适用不采取暴力、无伤害的普通“抢夺律”，是因为刑部考虑到，以布帕强行遮眼，毕竟是一种暴力行为；因此，仅作普通抢夺罪对待，处杖一百、徒三年刑，似乎过于宽容。《大清律例》的很多条款都体现了这一原则：是否采用暴力（尤其是是否持有武器），这是确定犯罪<sup>295</sup>严重程度及刑罚轻重的极其重要的标准。

## 41. 窃盗

### 41·1 嘉庆二十三年(1818年)案

《刑案汇览》卷十六，《刑律》

直督咨：回民王三等，纠邀回民伙窃。杨大宝初不允从。  
王三欲图分赃，怂恿行窃。

将王三依“教诱人犯法与犯法之人同罪”律，应与杨大宝俱依“回民结伙持械行窃”例，拟罪。

根据这一条例，回民三人或三人以上结伙，持械抢劫，发烟瘴地区充军。烟瘴地区包括：云南、贵州、广东、广西。另外，《大清律例》很多地方都有专门适用回民、苗民等其他少数民族的条款；而这些条款，都在一定程度上具有民族歧视的特点。

### 41·2 嘉庆元年(1796年)说帖

《刑案汇览》卷十六，《刑律》

浙江司查：朱升儿子上年十四岁时犯窃，例得免刺。〔根据大清律例·刑律·窃盗〕律的规定，对于窃盗犯罪，一方面，以赃物多少确立基本刑罚；另一方面，在基本刑罚之外，对犯还附加刺字刑：初犯，在右小臂上刺字，再犯，在左小臂上刺字。本案案犯朱升儿子年十四岁，因而免除刺字，而且对于以赃物数量确定的基本刑，也可以纳赎代之。〕

北城将该犯获案，误行杖责刺臂。〔北城司法官对此错误应负何种法律责任，我们不得而知，因为原说帖并未说明。另外，从北城司法官独立处理本案、而没有将其上报刑部这一事实，我们可以推论，朱升儿所窃赃物的价值，一定不超过四十两银。如果超过四十两，依据法律，所定刑罚就在徒刑以上。而

北城司法官无权独立处理徒刑案件。丁

今该犯于本年六月内复行窃圈桌等物。送部。已属犯至二次，例应刺臂。自应将上年误刺之字，毋庸起除，作为今年行窃应刺之字。

显然，刑部官员对顺利解决这一难题是满意的：既弥补了第一次误刺的错误，又使朱升儿在第二次行窃时得到应得的处罚。但是，他们却没想到这一点：如果不是对这位十四岁男孩错误地刺字，因而使人们都将其作为窃贼看待的话，他也许不会在一年后就第二次复行盗窃。另外，私自起除刺字是违法的；但在某些特定情况下，例如颁布大赦令，当局就会准许起除刺字。

## 42. 亲属相盗

297

### 42·1 道光六年(1826年)说帖

《刑案汇览》卷十八，《刑律》

安抚咨：陈志爽等抢夺堂叔母陈氏牛只，致氏窘迫自尽一案。

此案：陈志爽因路遇降服缌麻服婢陈氏手牵牛只，起意抢夺。随纠同无服族弟陈守帽，上前将牛抢夺而逃。陈氏追捕无及，回家声言欲与陈志爽等拼命，即用刀自行划伤额颅。经人夺刀劝慰，讵陈氏忧忿莫释，投缳殒命。

查：陈志爽因抢夺牛只，致缌麻服婢陈氏窘迫自尽，虽例无治罪明文，惟亲属无抢夺之文，按例应依“恐吓取财”论。而“恐吓取财”律内卑幼犯尊长，既与凡人同科，[本案案犯陈志爽即是被害者陈氏的卑亲属。]计赃，准窃盗加一等，则卑幼抢夺后致尊长窘迫自尽，自应比照“凡人窃盗、致事主窘迫自尽”  
例，如等同拟。  
298

该省将陈志爽比照“窃盗逃走、事主失财、窘迫自尽、满徒”例上，加一等，杖一百，流二千里。陈守恒依“为从”律，减等，拟徒。均照律免刺。〔《大清律例·刑律·窃盗》律规定：窃盗犯罪，初犯于计赃定罪之外，在罪犯右小臂上刺“窃盗”二字。这一规定同时适用于“亲属相盗”与“恐吓取财”两种犯罪，但通常犯此两种罪的罪犯都可免刺。〕

情罪充协，应请照覆。

## 42·2 嘉庆元年(1796年)说帖

### 《刑案汇览》卷十八，《刑律》

晋抚咨：孙伦元因窃锯孙守智树枝，被殴后自缢身死一案。〔本案情节系偷窃树枝，而当事人之间有远亲关系，故列入“亲属相盗类。”〕

查：孙守智系孙伦元无服族孙。因孙伦元窃锯树枝，该犯用枣木铁鎗钩背殴伤孙伦元右胰臍，并腰肋偏裹骨折。嗣孙伦元因行窃被殴，无颜做人，羞愧自缢身死。

职等查孙伦元身死之处，系行窃败露，轻生自尽，与人无关。惟孙伦元系孙守智无服族祖，尊卑名分犹存。该抚将该犯依“折伤成废、满徒”律上，加一等，拟杖一百，流二千里。〔《大清律例·刑律·斗殴》律规定：殴人致废疾，即将人手、脚、腿折断，或毁人一只眼睛，处杖一百、徒三年刑。〕与律相符，应请照覆。〔《大清律例·刑律·同姓亲属相殴》律规定：卑幼殴打尊长，即使其亲属关系为五服之外，仍照凡人相殴加一等处罚。〕

奉批：究因尊长犯窃所致，应令再行查核等因。〔很明显，皇帝认为此案对于孙守智的处罚过于严厉，他提出事由孙伦元行窃所引起，希望能从孙伦元之窃盗行为与孙守智之殴打尊长行为之间取得某种平衡，并进而减轻对孙守智的处罚。在中国的诉讼程序中，处处都能表现出这种平衡特征。但在本

案中，却没有能减轻处罚孙守智的法定理由。】

遵查：亲有养赡之义。故“相盗律”内，得以服制递减、免 300 刺；若有杀伤，仍以本律从其重者论。所以轻窃盗而重杀伤也。

职等检查，并无办过此案成案。公同酌核，应请仍照前议照覆。

奉批：既无成案，只可照覆。

本案很值得注意。在本案的处理过程中，虽然皇帝通过批示的形式，表达了皇帝本人对本案的处理意见；但刑部却顶住皇帝的压力，坚持以已公布的法律和已判决的成案作为判案的法律依据。最后，皇帝本人放弃了自己的意见，同意刑部的处理决定。此案之所以值得注意，是因为在中国，皇帝具有理论上的绝对权力，皇帝的旨意是不得违反的。

### 42·3 道光六年(1826年)说帖

#### 《刑案汇览》卷十八，《刑律》

广东 抚题：贼犯李迈厚纠窃事主谢何氏家银物、强奸谢何氏未成一案。

查律裁：本宗外姻亲属相盗，缌麻减二等，无服之亲减一等；又，例裁：亲属相盗，除本宗五服之外，俱照无服之亲定拟外，其外姻尊长亲属相盗，惟律图内载明者，方准照律减等，此 301 外不得滥引。

又：服图内载：母舅之子、缌麻姑之子缌麻；又旁注：妻为夫外亲服降一等。又，例载：因窃盗而强奸妇女未成者，绞监候。

此案：李迈厚纠窃谢何氏家银物。谢何氏系该犯姑舅表兄谢十长之妻[即：谢何氏是李迈厚母亲之兄弟之儿子的妻子]。该犯与谢十长服属缌麻。谢何氏降服一等，与该犯即无

服制。服内既未载明“无服”字样，核与“外姻服律减等”之例不符。是该犯行窃谢何氏家，本因照“凡盗”科罪；其因盗而奸，即与“凡盗强奸”无异。

该省将李迈厚依“因窃盗而强奸人妇女未成”例，拟绞[监候]，尚属允协，应请照覆。

本案最后的判决并不涉及罪犯与受害者之间的亲属关系，但在得出判决之前，承审人却详细地分析了当事人之间的亲属关系，这种做法很好地表明了家族在中国社会里至高无上的优越地位。

302

## 43. 恐吓取财

### 43·1 嘉庆六年(1801年)说帖

#### 《刑案汇览》卷十九，《刑律》

浙抚咨：陈朝宗等诱赌成逼，致陈朝秀自缢身死一案。

此案，陈朝宗因贫难度，诱陈朝秀跌赌输赢。因陈朝秀无钱偿还，勒令将田作抵，写立票据，至期未还。陈朝宗往向逼索，陈朝秀央缓。陈朝宗以如不还钱、欲归田亩之言恐吓。陈朝秀之父陈胜德闻知，即将陈朝秀斥督，欲殴。陈朝秀被逼情急，投缳殒命。该抚将陈朝宗比照“凶恶棍徒例”，拟军等因。

303  
查：陈朝宗因陈朝秀懦弱，局赌赢钱，勒田作抵，逼欠殴督。均如钩谕“与诬诈逼毙人命之案、情节可恶相等”。惟查诬诈逼毙人命之案，惟诬良为窃，并蠹役诈骗及诬告人因而致毙人命者，均拟缳首；如“常人索诈逼毙人命”例，无拟绞明文。[很奇怪，“恐吓取财”律并未规定若恐吓致人自杀给以何种处罚。中国古代的立法者们很注意将某种行为的各种可能的结果全部列举，而“恐吓取财”律恰恰有重大遗漏。]

且陈朝宗虽经诱引赌博，而检阅尸格，陈朝秀年已三十，并非幼稚无知。其听从赌博输钱，亦由自取。

今该抚因陈朝宗先曾犯窃、犯奸，复诱赌逼命。将陈朝宗比照“棍徒例”，拟军。似已无可再加，只好照覆。

### 43·2 嘉庆八年(1803年)说帖

#### 《刑案汇览》卷十九，《刑律》

江苏司：此案，晏证因黎薛氏之媳谢氏被姑詈骂，自缢；未经报官。晏证起意，向黎薛氏房主卜居氏勒诈，不遂；逼令黎薛氏报官相验，希图卜居氏拖累泄忿。黎薛氏央邻人陈三桂，许钱二千四文[约合2.4两银]。晏证勒要现钱，逼令向卜居氏借给，致黎薛氏投河，殒命。

查：晏证向卜居氏勒诈，如卜居氏被诈自尽，即应将晏证比照“蠹役吓诈毙命例”，拟绞[监候]。[在第43·1案中，我们已 304 说明，“恐吓取财”律中，并无普通人因恐吓致他人自杀的特殊规定。本案判决比照“蠹役吓诈毙命例”，其原因即在此。]

今已死之黎薛氏并非被晏证索诈之人。其轻生非所意料。该抚将晏证照“棍徒扰害例”拟军，情罪相符，应请照覆。

在关于本案处理的文字记录中，只字未提对谢氏自杀一案的处理。应该看到，谢氏自杀是引起晏证勒逼、致令黎薛氏自杀的最初原因。之所以没有追究谢氏自杀案，其原因可能是导致谢氏自杀的黎薛氏也已身亡。另外，在中国古代，婆婆殴骂媳妇、致令后者自尽的事件时有发生，但《大清律例》却没有规定在这种情况下，婆婆应负何种法律责任。而与此同时，《大清律例·刑律·威逼人致死》却规定：媳妇不尽孝道，致令婆婆自尽，处绞监候刑。

### 43·3 道光八年(1828年)说帖

#### 《刑案汇览》卷十九，《刑律》

苏抚咨：僧义和因伊佃户裴鸭子挖取唐云龙坟砖，向李昌

富捏称系自己墙砖。李昌富误信承买砌路。僧义和起意冒认系伊师祖坟砖，勾串裴鸣子，向李昌富讹诈、得钱。嗣经看管唐云龙坟墓之王应宗查知，欲控时，裴鸣子向伊索分钱文。该犯复向裴鸣子恐吓，以致裴鸣子服毒自尽。

该省因例内并无勾串讹诈、致同伙之一自尽治罪明文，将僧义和比照“棍徒扰害、拟军例”上，量减，拟徒。[比照该条例，而不是直接根据该条例，则允许减刑处理。]

查：僧义和知李昌富有钱，畏事，辄欺其愚懦，串同裴鸣子讹诈，勒令李昌富代盖房间，索得赃钱，已属凶横扰害。复因裴鸣子向伊索分钱文，用言恐吓，致裴鸣子愁急自尽。该犯系僧人，不守清规，讹诈谋命，情凶势恶，未便量为宽减。

应将僧义和改照“凶恶棍徒、一时一事、情凶势恶例”，拟军。[同一条例，江苏巡抚主张比照该例而量减一等；刑部则认为应照该例拟军，不应减等。刑部所引“凶恶棍徒、一时一事、情凶势恶”文字，原是《大清律例》官注本关于该条例的一段释文（在关于《清律》的注释本中，注释例的情形极为少见）。显然，刑部采纳此段释文，是因为此段释文更有力地表明了法律对于本案罪犯的道德谴责。]

## 44. 诈欺官私取财

### 44·1 道光元年(1821年)说帖

《刑案汇览》卷十九，《刑律》

苏抚咨：杨拐吉拐带王冠群银两逾贯一案。

查律载：拐带人财物者，计赃准窃盗论，免刺。《集解》云：携带人财物，乘便取去，曰“拐带”。是拐带与窃盗，迹相类而实不同，罪名亦有生死之别。诚以拐带财物虽亦系取非其有，惟究由事主付托，非人所致，不得与实犯窃盗同科。[“拐带”

较“窃盗”，罪行稍轻。]故赃数逾贯，拟罪止于满流[即流三千里]。

这一段对于律文的分析似乎不可思议。《大清律例·刑律·窃盗》律规定了窃盗计赃定罪的标准，最高处罚为赃满一百二十两银、绞监候；《刑律·诈欺官私取财》律规定：拐带财物罪，准窃盗论，但免除刺字刑。“窃盗律”规定，窃盗赃满一百二十两银，绞监候；<sup>307</sup>“诈欺官私取财律”没有规定诈欺官私取财赃满一百二十两银时以流刑取代绞监候刑。但本案对律文的上述分析，却提出“赃数逾贯、拟罪止于满流”。解开这个疑团的关键在于明确“准”一词的含义。“诈欺官私取财律”规定：拐带人财物者，计赃准窃盗论。在清代的法律术语中，“准”一词具有其特别含义。关于这一点，我们在本书第三章第一节和第四节讨论“准徒刑”时，已作详细说明，请参阅。

《大清律例》有“准窃盗论”和“准枉法赃”等规定。这里的“准”是表示对于此种犯罪的处罚与“窃盗罪”或“枉法赃罪”相似，但并不完全一致。前者的严重程度尚未达到后者，因此在量刑的最高等级上，二者不一致。例如，窃盗罪与枉法赃罪最高刑达到绞监候，而“准窃盗论”和“准枉法赃”论的犯罪最高刑为满流，即流三千里。另外，与本案相关的拐带罪准窃盗论，也免除窃盗罪必须受到的刺字刑处罚。

此案：杨炳吉与王冠群合雇船只，搭伴同回。嗣王冠群遂同船户上岸，索讨尾欠。将箱贮银两托杨炳吉代为照管，并将<sup>308</sup>锁匙交付收执。杨炳吉起意，乘间开箱，取得八六兑纹银七百余两，藏放自己箱内。恐银少箱轻败露，用钱五千文装入王冠群箱内。越五日，捏称伊父在青浦病重，急须往视。携带银箱逃至扬州，在陈万顺行内买得高粱，雇船装赴上江售卖。旋被

王冠群查知，将杨拐吉扭获送官。

核其情节，该犯本系商贩生理，本非积惯掉窃匪徒，且与王冠群素识相好。其乘便窃取王冠群箱贮银两，究由王冠群信任不当、妄托照管、并将锁匙交付收执所致，与实犯偷窃者有同。

该抚将杨拐吉依“拐带人财物律”，计赃拟流、免刺，与律相符，亦与道光元年浙江省检举改流之张增受一案吻合，似可照覆。

## 45. 略人略卖人

### 45·1 道光二年(1822年)浙江司现审案

《刑案汇览》卷二十，《刑律》

309 北城察院移送王二，因女五儿被夫休回，图得身价，卖给赵张氏为义女。

“义女”或“义子”是指被自己生身父母之外的家庭出于善意的目的而收养为子女。在收养的家庭中，义女或义子不享有法律上的权利。参见第13·1案。在本案中，“义女”似乎是指一种奴婢。

将王二比照“略卖子孙为奴婢、杖八十”律，减一等；和卖又减一等，拟杖六十。

本案判决，比照“略卖子孙为奴婢律”，且减等处罚，可能是因为王二售卖女儿，仅停留在筹划阶段，尚未具体实施。很明显，这种出卖亲生女儿为奴婢的事件，只能发生在极为贫穷的家庭里。从王二的姓名里，即可看出他的出身较为贫贱。在儒家思想占统治地位的中国社会，父权至上。父亲出卖儿女为奴婢，其处罚一般较

轻。“略人略卖人”律规定，略卖子孙为奴婢，杖八十；但略卖弟、妹或其他卑亲属，则杖八十，徒二年。

## 45·2 嘉庆二十三年(1818年)案

### 《刑案汇案》卷二十，《刑律》

苏抚咨：外结徒犯史发，将出嫁胞姊史氏和诱卖与黄松茂为妻，系降服大功。〔姐妹在出嫁之前，与兄弟的服制关系为期亲。出嫁之后，与其兄弟则降服一等，为大功亲属关系。参见第61·2案。〕

应将史发照“和卖良人为妻妾”本律，杖九十，徒二年半。 310

《大清律例·刑律·略人略卖人》律第六款规定：将大功以下亲属卖给他人为奴婢者，依普通“和略法”治罪，也就是说，依没有任何亲属关系的人之间卖良为婢律治罪。本案史发与所卖史氏为大功亲，故前者出卖后者为妻，依“和卖良人为妻妾”律治罪，根本不考虑史发与史氏之间的亲属关系。在第45·1案的评论中，我已摘引了《大清律例》的一段律文：略卖弟、妹等，杖八十，徒二年。遍查该律全文，对于略卖未出嫁的姐姐应作何种处罚，则没有专门规定。因此，如果本案史氏并未出嫁，而其胞弟史发将其卖给他人为妻，对史发该作何种处罚，我们就不清楚了。应注意，未出嫁之史氏与其胞弟史发为期亲亲属关系，显然不能适用上文所引“略人略卖人”律第六款。

## 46. 发塚

### 46·1 嘉庆十八年(1813年)案

### 《刑案汇览》卷二十，《刑律》

苏抚咨：外结徒犯张富观误听伊妻病中谵语，疑系僵尸，

将张维凝浮厝尸棺撬开棺盖，尚未见尸。

张富观撬棺行为肯定在中途被人阻止。从姓名上推测，棺内死者张维凝与撬棺者张富观可能有亲戚关系。而张富观撬棺的目的在于动尸收魂——因为张富观相信，一定是棺内死者张维凝的尸魂纠缠住自己的妻子；只有让张维凝的尸魂回到其尸体之中，才能使自己的妻子从病中解脱。在中国古代，死者的棺材常常停放在家<sup>311</sup>中，以等待阴阳风水先生确定吉利的时间和地点，再埋葬土中。

01.

张富观应比照“盗未殡、未埋尸柩、未开棺椁”例，杖一百，徒三年。

本案判决为比照“盗未殡、未埋尸柩、未开棺椁”例，因为案犯张富观只是部分地撬开棺盖，尚不足以将棺内尸体暴露在外。根据该条例，若打开棺盖，暴露尸体，案犯则要发边远(3000里)充军。

## 46·2 道光四年(1824年)案

### 《刑案汇览》卷二十，《刑律》

直督咨：巩有柱等发掘马郭氏已埋尸身。查：该尸仅用芦席包裹，且因地土冰冻，掘坑不深，用浮土掩盖，并非用棺装殓。〔很显然，死者之家庭极端贫穷。〕

巩有柱等因见坟土被风刮落，露出包尸芦席，曾被犬只刨挖，其尸身本已显露。

将巩有柱比照“盗发年久穿陷之塚、开棺见尸、为首一次”例，发边远充军。孙文成依“为从一次”例，总徒四年。俱面刺“发塚”二字。

本案首犯巩有柱比照“盗发年久穿陷之塚、开棺见尸”例，是因 312  
为被发掘的马郭氏之坟并非“年久”；而且在巩有柱等发掘之前，该  
坟已被风和狗掀露在外。该条例虽未特别规定刺字刑，但清代对  
于很多种抢劫犯（包括掘墓犯）和徒、流刑脱逃犯，都附加施以刺字  
刑。另外，“总徒四年刑”这一刑种，一般很少使用。本书所辑案例  
中，除本案之外，仅有一例，即第76·3案，也适用“总徒四年刑”。对  
于这一问题，可参见本书第三章第四节。

## 47. 夜无故入人家

### 47·1 嘉庆十八年(1813年)案

《刑案汇览》卷二十一，《刑律》

福 抚咨：黄凝泰因素不认识之刘幅邦疯病复发，夤夜无故至伊家，撞门攻击，势同强劫，黄凝泰将其殴伤身死。

应依“夜无故入人家、已就拘执而擅杀”律，拟杖一百，徒三年。〔《大清律例·刑律·夜无故入人家》律规定：夜间没有正当理由而闯入他人的房屋中，闯入者杖八十；如果房主在发现闯入者当时，即将其杀死，房主无罪；但若房主在已经将闯入者抓住后将其杀死，则房主应得本案黄凝泰所受的刑罚：杖一百，徒三年。〕

### 47·2 嘉庆二十年(1815年)案

《刑案汇览》卷二十一，《刑律》

浙 抚咨：何帽槎因疯，袒怀跣足，卧于傅王氏床上。适傅王氏携灯进内，见而喊嚷。何帽槎将傅王氏搂抱，挣扎不脱。 313 经该氏胞侄傅添香闻喊趋至，见有强奸形状，一时忿激，剥衣殴打。何帽槎逸出，因天寒冻死。

将傅添香照“强奸未成、被本妇有服亲属登时忿激致毙”

例，杖一百，徒三年。

何相模之父照“疯病不报、以致自杀”例，杖八十。

## 48. 谋杀人

48·1 嘉庆十七年(1812年)说帖

《刑案汇览》卷二十二，《刑律》

东抚题：常乐三谋杀幼孩张小存下，并从犯常广在监病故一案。

查例载：将十岁以下幼孩逞忿谋杀者，首犯拟斩立决；从而不加功者，仍照本律，杖一百，流三千里。又，律载：谋杀人，从者不行，减行而不加功者一等。

此案：常乐三因挟张士能夫妇咒骂之嫌，起意将张士能四岁幼子张小存下谋杀。曾向常广告知。常广亦与王奉祥挟有嫌隙，嘱以若将张小存下致死，移尸王奉祥场园，藉可出气。嗣常乐三乘间将张小存下谋毙。常广踵至。询问常乐三，令其先去探人，自抱尸身放入王奉祥场园，各散。旋被拿获。

查常乐三谋毙张士能四岁幼子张小存下，曾两次向常广告知。该犯始终并未阻劝，反嘱以移尸王奉祥场园陷害，实属同谋。核与知人谋害他人、不即阻挡者不同。

惟常乐三杀张小存下时，该犯并未在场，系属从而不行。  
〔《大清律例·刑律·谋杀人》律规定：谋杀犯罪，从犯在现场，但未动手，处流刑；从犯不在现场，减一等处罚，即杖一百，徒三年。本案从犯常广，即应处此刑。〕

该省将该犯依“谋杀人、从而不行”律，拟徒；声明业已病故，应毋庸议。查核情罪相符，应请照覆。

罪犯虽已因病死亡，但对其所犯罪行的判决及应处刑罚仍照

常公布，这一点值得注意。在本案判决中，未涉及主犯常乐三，其原因可能是常乐三已另案处理。根据“谋杀人”律，常乐三应处斩立决刑。

## 49. 谋杀祖父母、父母<sup>①</sup>

### 49·1 乾隆五十七年(1792年)说帖

《刑案汇览》卷二十三，《刑律》

安徽司查：例载：尊长故杀卑幼案内，如有与人通奸、因媳碍眼、抑令同陷邪淫不从、商谋致死灭口者，俱照“平人谋杀”之律，分别首从，拟以斩，绞监候。

又，上年八月内，本部议奏浙江省张云隆与邱方玉之母汤氏通奸、商同勒死伊子邱方玉案内声明，嗣后因奸将子女致死灭口者，无论是否起意，如系亲母，拟绞监候。奏准通行，在案。<sup>316</sup>是杀死子女及媳，例应抵命者，系专指因奸碍眼、谋故致死之案而言。若因子媳窥破奸情，两相争闹，邂逅致毙，审无谋故别情，自不便概拟重辟。

此案：老焦刘氏与焦菊弟通奸，被伊媳小焦刘氏窥见，道破，与之争吵。用拔火铁叉戳伤小焦刘氏胸膛、殒命。如该氏系有心致死灭口，自应按例，即以“平人谋故杀”律定拟。今该氏因夫焦更生在旁查问，恐小焦刘氏说明奸情，被夫嗔怪，用叉吓打，冀其禁声。小焦刘氏两手接住叉头，互相拉夺，致被老焦刘氏抵戳毙命。衅虽起于因奸，而吓禁声张，夺叉一伤致毙命，情非故杀。

该抚将老焦刘氏依“非理殴子孙之妇，致死，满徒”律上加一等，拟杖一百，流二千里；并请实发，不准收赎。已属从重办理，似可照覆。

本案处理意见中，下面几点值得注意。第一，案犯老焦刘氏杀死小焦刘氏，已被确认并非故意谋杀。但即便如此，老焦刘氏仍受到极严厉的处罚：一方面，依殴媳致死律加一等；另一方面，拒绝案犯依法收赎代刑（《大清律例·名例·工乐户及妇人犯罪》律规定：妇女犯徒、流罪，可交纳一定数量的钱银，以代替所判刑罚）。第二，<sup>317</sup>显然，上述“收赎代刑”的特权并非一项预设的不可剥夺的权利。第三，本案判决将老焦刘氏依“非理殴子孙之妇，致死”律，加一等处罚；这一加重刑罚的处理，似并无法律依据。《大清律例·刑律·殴祖父母父母》律规定：婆婆无正当理由殴打媳妇，并将其致死，徒三年；若故意殴打媳妇致死，事先有预谋者，加一等处罚，即流二千里。而本案老焦刘氏已被确认非有心致死，既无预谋，又非故意。另外，本案判决为“依律”，无“比照”字样，似不妥。因为对案犯的处理是较原律所定刑罚“加一等”，并非完全依据原律。

## 49·2 嘉庆十五年（1810年）说帖

### 《刑案汇览》卷二十三，《刑律》

北抚咨：吴大文商同查传贵杀伤伊子吴延华身死一案。

此案：吴大文因与查传贵之妻杨氏通奸，查传贵利资纵容。吴大文次子吴延华不服，在外传播，致地主戴赵斌闻知。令吴大文退佃、搬迁。吴大文带同子媳等，并查传贵夫妇，迁至竹山，租屋居住。吴延华仍时与查传贵争吵。查传贵欲同杨氏搬走。吴大文虑恐不能续奸，起意将吴延华致死，长留查传贵夫妇同住。随商同查传贵，将吴延华诱至僻处。吴大文潜取小刀，乘吴延华不备，从其身后揪住发辫，连截其项颈、左右耳根，并狠割其咽喉两下，登时殒命。

查：吴大文因恋奸，将子谋死，因属残忍。惟死系子命。该省将该犯依“父母故杀子”律，拟徒，与律相符。[《大清律例·刑律·殴祖父母父母》律规定：父母、祖父母故意（“故”）杀死子

<sup>318</sup>

孙，杖六十，徒一年。但该律并未规定父母谋杀（“谋”）儿子该当何罪。]查传贵既据讯报，仅止同谋，并未加功。该抚依“谋杀人，从而不加功”律，拟流。[《大清律例·刑律·谋杀人》律规定：谋杀人，主谋者，斩监候；为从而下手者，绞监候；为从而不下手者，杖一百，流三千里。该律还规定：谋杀人主谋者，虽不下手，仍以首犯论；为从，但不在犯罪现场者，减为从而不下手者一等。]亦属允协，似可照覆。<sup>318</sup>

从本案判决我们可以看到以下两个问题。第一，吴大文为受害者的父亲，是本案的主谋，而且也是直接下手致死受害者的罪犯。但依据法律，对他仅处刑杖六十，徒一年。查传贵只是致死吴延华案中的从犯，但依据法律，他却受到杖一百、流三千里的处罚。这种“重罪轻刑、轻罪重刑”的不正常现象，反映了儒家思想对法律的影响。根据儒家理论，家庭关系中，尊长的地位优于卑幼的地位。中国法律则规定：尊长对卑幼实施人身侵害的犯罪行为，较之普通人之间同样的犯罪行为，其处罚要轻得多；反之，卑幼对尊长实施人身侵害犯罪，其处罚则远远重于普通人之间同样的犯罪。例如，子孙谋杀父母、祖父母，属于“十恶”大罪，法律规定应给以凌迟处死的重刑。第二，本案中，吴大文与查传贵所犯罪行并非谋杀人一项。在谋杀行为实施之前，吴、查二犯已分别犯有通奸及纵容妻妾通奸罪。《大清律例·刑律·纵容妻妾犯奸》律规定，纵容妻妾犯奸案中，丈夫、妻妾及奸夫各处刑杖九十；若本夫图财而将妻妾卖与他人为妻妾，本夫、本妇及欲买者，各杖六十，徒一年半。而本案吴大文、查传贵仅据谋杀人罪被处罚，未考虑其所犯通奸及纵容妻妾犯奸罪，可见，在中国古代，一人犯有数罪时，仅受其中最重一罪的刑事处罚，其余轻罪则被重罪所吸收。<sup>319</sup>

### 49·3 嘉庆二十二年(1817年)说帖

《刑案汇览》卷二十三，《人命》

东托题：高潘氏凶奸谋死伊夫前妻之子高小陇灭口，复挟嫌勒死夫兄之女小春姐泄忿一案。

查例载：因奸将子女致死灭口者，无论是否起意，如系继母，拟斩监候。

在第49·1案中，我们已提到本案所引条例的内容。该例规定，母亲因奸而将子女杀死以灭口，处绞监候刑。但本案对案犯高潘氏的处刑，却较条例原定刑加重一等，为斩监候。本案与第49·1案的区别在于，后者案犯是被害者的亲生母亲，而前者案犯则是被害者的继母。同一行为，导致不同的法律后果，这一规定从另一方面反映了儒家思想对中国法律的影响。根据儒家理论，生身父母与子女有着极为紧密的亲属关系，因而对于子女有着较为广泛的控制权；法律允许生身父母在较为广泛的范围内行使这种控制权；但继母与生身母亲相比，则稍逊一筹。参见上例即49·2案中最后的讨论。

查明其夫只此一子，致令绝嗣者，入于秋审情实，并未绝嗣者，入于缓决，永远监禁。[本书第二章对于这一规定作了详细解释。对妇女作监禁处理，在中国清代较为少见。但本案及第6·1案中，对妇女案犯仍处以监禁刑。]

此案：高潘氏因与伊夫无服族弟高三通奸，被夫前妻之九岁幼子高小陇撞破。该氏独自起意，用绳将高小陇勒死。嗣因夫兄高温夫妇声言欲行送官，该氏忿恨，随将高溫七岁幼女小春姐勒毙。

查：该氏谋杀夫之期亲侄女，并无图占财产、官职情事，律止绞候。其因奸谋杀夫前妻之子灭口，例应斩候。该省从

重拟以斩候，与例相符。至伊夫是否绝嗣，未据声明，系属墨漏。

惟查该氏挟嫌谋杀夫之七岁幼侄女，秋审已应情实。该氏复因奸谋杀夫前妻之幼子灭口，凶惨已极。若照寻常“继母致死子女一命之案、查明，伊夫如尚未绝嗣，仍入于缓决、永远监禁”，未为平允。似应随本声明，无论伊夫是否绝嗣，入于秋审情实，以儆淫恶。

321

## 50. 杀死奸夫<sup>①</sup>

### 50·1 嘉庆二十一年(1816年)说帖

《刑案汇览》卷二十四，《人命》

东抚题：王芳松谋勒杨常身死一案。

查：谋杀纵奸本夫身死之案，必审明实有纵奸确据，方以起意谋杀之奸夫拟斩监候。不知情之奸妇仍以纵奸本律，止科奸罪。〔《大清律例·刑律·纵容妻妾犯奸》律规定：纵容妻妾与他人通奸，本夫、奸夫及奸妇，各杖九十。〕

若止出自奸夫、奸妇之口，并无实在证据，即应严究确情，将起意之奸夫拟斩立决，不知情之奸妇拟绞监候。〔值得注意的是，在本夫被杀之案中，本夫是否纵奸，对于奸夫及奸妇的量刑有着截然不同的影响。本夫纵奸案中，奸夫斩监候；本夫未纵奸，奸夫则加重一等，处斩立决。另一方面，本夫纵奸案中，奸妇杖九十；而本夫未纵奸，奸妇则自杖九十刑加重至凌迟刑，加重幅度远远超出对奸夫的处理。〕

此案，死者纵奸之处，仅凭奸夫奸妇二人供词。既无旁人证佐，即同居之氏母邵氏亦称不知情。不惟死者纵奸无凭，即该犯之起意谋杀、张氏之不知谋情，亦难凭信。乃该省并未讯得确情，遽将该犯拟以斩候、奸妇张氏拟杖，该司驳令审拟，洵

322

局允协。

本案中，刑部对山东巡抚判决意见的驳令很有参考价值。除此之外，作为丈夫纵容妻妾与人通奸的案例之一（除本案之外，此类案件还有第49·2、61·1、85·2案），本案还具有重要的社会学的参考价值。丈夫出卖妻子的犯罪和其他与此相关的犯罪（见第85·1、85·3、85·4案），在《大清律例》中都有专门的律文予以规定，这种现象表明，在清代中国的下层社会，因生计所迫，一些人不得不为了经济原因而将自己的妻妾卖给出他人。

## 50·2 嘉庆十八年（1813年）案

### 《刑案汇览》卷二十四，《刑律》

湖督奏：马桐贵与刘杨氏通奸，听从刘杨氏，谋杀氏翁身死。〔未提刘杨氏的丈夫，可能刘杨氏本人已是寡妇。〕将马桐贵照“因奸同谋杀死亲夫”律，拟斩监候。

323 该犯恋奸助逆，较之平人助逆加功，情罪尤重。请即斩决。

很显然，刑部认为案犯马桐贵将奸妇的公公杀死，较之将奸妇本夫杀死更为可恶，因此提出应比照“因奸同谋杀死亲夫律”，加重一等，而处斩立决刑。本案记录未说明皇帝对刑部的处理意见作出何种批示，但从本案题头为“案”可见，皇帝同意刑部的处理意见。至于对于刘杨氏处以何种刑罚，本案记录也未说明。但根据《大清律例·刑律·杀死奸夫》律，妻妾因奸同谋杀死亲夫，凌迟处死；故本案刘杨氏应处凌迟刑无疑。另外，与奸夫马桐贵相比较，刘杨氏所受的处罚更为严厉，这表明了伦常关系的重要性。刘杨氏因奸杀死公公，属于“十恶”大罪。

## 51. 杀一家三人<sup>◎</sup>

### 51·1 嘉庆十六年(1811年)说帖

《刑案汇览》卷二十八，《刑律》

陕抚题：方兴贵致死问尚廉等二命，并张智漋谋杀胡老大一案。

职等详核案情：已死问尚廉、沈老小、胡老大三人同住一窑，各种各地。[在陕西，大部分地区都为粘着力较强的黄土层所覆盖。很多农民即在小山坡的黄土层掏洞居住。本世纪30年代至40年代，中国共产党的中央领导机关在延安逗留，其成员也多住这种窑洞。]该犯方兴贵因挟问尚廉强取衣被、抵作赌欠，并诈骗，欲将其麦地抵扣之嫌，忿恨莫遏。适张智漋亦挟胡老大凶殴嫌隙，起意将其杀死、泄忿。方兴贵亦将预萌谋杀问尚廉之心吐露。张智漋声称即于是夜潜往下手。三更时间，同至问尚廉等窑内。问尚廉、沈老小同睡一炕。胡老大独宿小炕。张智漋将胡老大用斧砍毙，方兴贵用斧将问尚廉砍伤，沈老小惊醒喊叫。方兴贵因恐败露，起意一并致死灭口。亦用斧将其叠砍，均各毙命。

查：已死问尚廉等三人虽同住一窑，系各种各地，并非共财，与一家不同。[在下面的第51·2案中，我们详细讨论了具备何种条件才能算是一家，可以参阅。]且该犯等系各挟各嫌，各自起意谋命，自应各科各罪。方兴贵致死问尚廉、沈老小二命，系一谋一故，应从一科断。[根据清代法律，一人犯有二罪，只以其中较重罪判刑；若所犯二罪轻重相等，则只以其中一罪判刑。本案方兴贵同犯二罪，即谋杀问尚廉，故杀沈老小。此二罪之中，谋杀罪重于故杀罪。因此，对问尚廉的处罚，只以谋杀罪，其所犯故杀罪则不作考虑。]

324

该省将方兴贵、张智隆均依“谋杀”律拟斩监候，与律相符，似可照覆。

如果尚廉、沈老小、胡老大三名被杀者为一家人，且方兴贵、张智隆二人共同谋杀或故杀这三人，那么，根据“杀一家三人”律，方、张二犯将被处凌迟刑，而不是现在所处的斩监候刑。

## 51·2 道光十二年(1832年)说帖

### 《刑案汇览》卷二十八，《刑律》

云南司查例载：杀一家非死罪二人，拟斩立决，枭示。又，“杀一家三人”律注云：一家谓同居，虽奴婢、雇工人皆是。又，《名例律》注云：同者，谓同财共居、亲属，不限籍之同异，虽无服者亦是。

此案：张罄因有同族弟兄伍登举、伍登点往外贸易，雇伊帮挑行李，一路同行，至晚投宿店内。张罄见伍登举等行李内带有银钱，乘间窃得逃跑。嗣伍登举知觉，喊同伍登点追拿张罄回店，起获银钱，言俟次日送官治罪。即用铁链拴系张罄项颈，带至卧房，锁于桌档，靠住房门，搭铺睡宿。张罄一时忿恨，起意谋毒。乘伍登举等睡熟，悄将身带搽疮药末调入伍登举等所留菜汤。次早伍登举等热汤下饭，随即毒发殒命。

该抚以伍登举、伍登点系同族无服弟兄，并非一家，自应从一科断。将张罄比照“犯罪拒捕、杀所捕人”律，拟以斩候。

臣等查：致毙数命之案，死者如系同居共财之人，即无论有服、无服，均应照例以一家定拟，不得概援“从一科断”之律，致滋轻纵。

今伍登举约族弟伍登点出外贸易，同行同宿，即与同居无异。该犯张罄所挑系伍登举等二人行李，所窃又系伍登举等二人银钱，是伍登举等本属共财之人。

该犯因行窃败露，将其毒毙，较之平人因别事起衅、谋杀一家二命者，情节尤重。拟罪岂得转轻。该抚并未详核例案，<sup>327</sup>辄以死者并非一家之言，含混声叙。将该犯比律拟以斩候，殊不足以昭平允。

案关“斩、枭”、“斩候”，罪名出入，臣部未便率覆。应令该督另行按例妥拟具题。

本案比前一案更详细地说明了中国古代“家”的含义。

## 52. 采生折割人<sup>⑩</sup>

### 52·1 嘉庆十七年(1812年)通行本内案

#### 《刑案汇览》卷二十八，《刑律》

浙江道御史奏：接得在籍原任御史方大川书信，有邑人张良璧采生毙命一案，请饬安徽巡抚究办。[安徽省与浙江省毗邻。但似此案一省事务交由另一省处理，尚属少见。]旋据审明、定拟。<sup>328</sup>

嘉庆十六年十二月初六日奉上谕：钱楷奏审拟张良璧采生毙命一案，并请将不为究办之知县、知府革职、再行严审各一折。

此案：张良璧舐吸婴女精髓，前后共十六人，致毙女孩十一人，成废一人。实属穷凶极恶、人形兽性。该犯自嘉庆元年九月作俑，其始尚可托词不知，因此伤生。迨连毙一、二命后，该犯岂毫无知觉。乃稔恶至十六年之久，毙命至十余人之多，凶残已极。

钱楷比照“采生折割人”凌迟处死律，量减，拟以斩决，庇护人妖，是何意见。试思：杀死一家非死罪二人，即应斩决；三人以上即应凌迟处死。

该犯残毙婴孩十余命，岂斩决所能蔽事？！张良璧一犯著即凌迟处死。该犯年已七旬，设因病致毙或畏罪自杀，岂不幸逃显戮。著由四百里传谕钱楷，接奉此旨，即先将该犯凌迟正法，示众；传齐十六家亲丁环视，以快人心而抒众愤。所有张良璧家产并著抄没。集被害之十六家亲属，当官分给。仍将情形具奏。〔皇帝上谕忘记了对于罪犯亲属的处理。根据“采生折割人”律，罪犯妻、子及同居亲属，不论是否知情，皆流二千里。〕

钱楷错拟罪名，著交部察议。知府成履恒、知县曾佩连，均著革职。交该抚，将有无受贿、故纵等情，严行审讯。该府、县如果得受赃银，必有过付之人。现有家人、书吏及张良璧家属，均可指证，亦无须暂留张良璧质对。该抚务须秉公严鞠，毋稍徇。审明后，另折定拟，具奏。其方大川等应行察议之处，亦归于定案时一并核议。钦此。

从这一案件记录我们可以看到，当某一案件引起皇帝的特殊关注时，他是怎样地对于该案件的处理加以干涉。与普通的司法机构关于案件的书面报告不同，皇帝关于案件的上谕并未具体描述案件的情节。这种情形实际上表明了这样一种可能性，即此案中对于被告罪行提出的指控，恐怕并不比西方历史上许多巫术审判案中对巫师提出的指控更加确凿可靠。（另外，也可以推论，安徽巡抚钱楷最初处理张良璧一案，因为在这一点上心存疑虑，他才没有以“采生折割人”律为直接依据，而是“比照”该律，并且量减一等。如果这种推断可以成立，那也就可以解释，为什么张良璧案原发生地的府、县开始没有处理此案。）嘉庆皇帝在强调对案犯的定罪量刑时，未引用任何律例条文；也没有提及对于案犯亲属的株连处理（实际上，根据相关的律例，张良璧的亲属要受到流二千里的处罚）。安徽巡抚钱楷因其对张良璧给予量减一等的宽大性处理，被皇帝斥责，并被交部议处；已退休在家的原任御史方大川，以书

信形式向官府揭发此案，但皇帝上谕不议其功，反而也提出要对其处罚（《大清律例·刑律·官司出入人罪》律规定：官吏在审断案件中，判决有误，须受到刑事处罚）。在处理第42·2案时，嘉庆皇帝也曾发布上谕。但在那一上谕中，皇帝本人对案件的处理基本采取不干预态度。而对于本案的处理，皇帝明确表示反对地方司法官的原处理意见。两相比较，态度截然不同。

## 53. 斗殴及故杀人

### 53.1 道光六年（1826年）说帖

#### 《刑案汇览》卷二十九，《刑律》

南抚题：王四等共殴杨大和、李宏怀身死一案。[第55·1案从另一角度讨论此案。]

查例载：同谋共殴致毙二命、非一家者，原谋从一科断；如原谋在监病故，准其抵命，将下手应绞之犯一体减等，拟流[3000里]。

此一条例，应参照“同谋共殴人”律，方可准确理解。“同谋共殴人”律规定：数人同谋共殴人致死者，直接造成致命伤的凶手处绞监候刑；最初策划者，不论是否参与殴打行为，杖一百，流三千 331 里；当然，若策划者又实施导致致命伤的行为，仍应加重处罚。（清代著名释律家沈之奇在其“评注”中对此条律文解释说：最初策划者的本意仅在于使受害者致伤；但后来因共殴人的行为，使受害者致死，因而超出了策划者最初意图）结合“同谋共殴人”律，我们就可以更好地理解本案所引条例。根据该条例，如果最初策划者（原谋）在监狱等候判决时病故，准允以其死亡顶替余人的死刑，即免除那些直接造成受害者致命伤的凶犯的死刑。被免除死刑的这些凶犯转而受到原应给予原谋者的刑罚：杖一百、流三千里。

尽管这一条例形成于近代[该条例制订于嘉庆六年(1801年)],但其实质却根源于在中国具有悠久历史的宇宙论思想。该条例中有一个关键性词语:“抵命”。“抵命”的含义是:一个人的生命可作为另一个人的生命的替代或补偿。在该例条款当中,“抵命”一词似可自由解说,但在上引“准其抵命”一语中,其含义是确定无疑的。在古代中国人看来,在人类与自然界之间,存在着和谐的秩序。人类的任何犯罪行为——尤其是杀人行为——都是对宇宙间和谐秩序的破坏。而要恢复宇宙的和谐秩序,只能通过对等性偿还的方式,才能达到——以命偿命,以眼还眼。

332

与这个基本的要求相比较,具体的实行方式是次要的。因此,在有关的条例里面,最初策划者的死亡(哪怕是出于偶然)被认为抵消了受害者的死,其余直接致死受害者的下手之人,因此皆可免除他们原来应该受到的死刑。实际上,此一时期的对等性补偿原则已经变成一种高度象征性制度。例如,根据条例规定,直接致死受害者的凶手,仅处绞监候刑;而在以前的一段时间里,对此类凶手则处以绞刑。由于仅对凶手绞监候,而实际经过秋审之后,相当一部分凶手并不实际执行死刑,因此与被殴死的受害者相比较,并未形成严格意义上的“对等性补偿”。另外,在被致死的受害者是两名或两名以上时,如果直接策划者的死亡可导致免除直接凶手的死刑,那么,以一命对数命,这也不具备严格意义上的“对等性补偿”要求。对于这一问题,我们在第六章第三节已进行讨论。另外,在下一个案例中,我们也进一步涉及此类问题。

此案:王四与在逃之胡登科听从曾立方,纠邀殴打拦阻官荒割草之杨泳祚出气。该犯等各将杨大和、李宏怀戳伤身死。讯明李宏怀身受各伤,系在逃之胡登科下手伤重。杨大和身受各伤,系该犯王四下手伤重,应以王四拟抵。杨大和系杨泳祚之子,李宏怀系杨泳祚邻人,并非一家。该犯并无斂践约期

情事，亦非械斗。自应照寻常“共殴”律定拟。

今原谋曾立方在监患病，提禁病故，该省将王四依共殴案内“应拟绞抵人犯原谋监毙在狱、下手应绞之人减等拟流”例，同拟杖、流。〔如果另一“下手伤重”案犯胡登科未出逃，他也可因曾立方在监病故而减死刑为流刑。〕

原谋曾立方系“闻拿投首”，于流罪上减等，拟徒。业已病故，应毋庸议。

均属允协，应请照覆。

曾立方在监病故，因而导致对王四由死刑减为流刑的处理；但 333 曾立方向司法机关自首这一情节，并不对王四受何种刑罚产生任何影响。这正说明官府在处理王四案这一问题上，坚持“对等性补偿”原则。另外，从本案的文字记录方面看，刑部所重点考虑的是湖南巡抚的审判意见，而不是曾立方案犯的中途死亡。

### 53.2 嘉庆二十三年(1818年)说帖

#### 《刑案汇览》卷二十九，《刑律》

广东抚题：蔡牛仔等共殴致毙袁戊受等十一命案内，正凶蔡四经、麦树欣各毙一命，余人蔡发仔、蔡虔复均各殴有重伤，先后在监、在保病故。

查例载：共殴案内下手、应拟绞抵人犯遇有原谋及共殴余人内有致死、重伤之人监毙在狱，与解审中途因而病故者，准其抵命，将下手应绞之人减等拟流。

又：同洪共殴致毙非一家三、四命以上者，原谋照例按致死人数以次加等问拟；下手致死之犯均各照例拟抵。如原谋在监、在途病故及畏罪自尽者，下手之犯均各照例拟抵，不准减等。

致三、四命以上之案，如殴有致死、重伤之人在监、在途 334

病故，应否准其抵命，将下手应绞之人减等拟流，例无明文。惟查一、二命之案，余人病故、准其抵命，系与原谋病故、准其抵命同例。若殴毙致三、四命以上，例内既载明原谋在监、在途病故、下手之犯均各拟抵、不准减等，则殴有重伤之余人在监、在途病故，事同一例，亦不应准其减等，以昭划一。

此案：蔡牛仔等殴毙袁戊受等十一命，虽非谋殴，情同械斗，即有共殴、足以致死。伤重之余人蔡发仔、蔡庚复二犯在监、在保病故，但共殴致毙已在三命以上，未便将下手应绞之蔡四经、麦树欣二犯率准减等。应请仍照该省所拟绞候办理。

## 54.屏去人服食<sup>⑯</sup>

### 54.1 嘉庆二十一年（1816年）直隶司案

《刑案汇览》卷三十一，《刑律》

335

热河都统咨：何齐尔卜尼[蒙古族人]因那木萨赖[蒙古族人]在伊所管山内伐木，将其拿获、捆绑，脱去皮袄，复盖其身上；将其衣襟压住。称欲送究，并非欲其受冻。那木萨赖畏罪潜逃，在途[因未穿皮袄]冻毙。

受冻由于潜逃，死由自取。将何齐尔卜尼照“屏去人服食致死、拟绞”律，量减一等，杖一百、流三千里。[此案刑部判决：照“屏去人服食致死”律，量减一等。从理论上说，既然“照”律，就不应改变原律所定刑罚；反过来，既然“量减一等”，就应“比照”原律，而不是“照”。只有这样，才能使“量减一等”的刑罚更具有合法性。]

在处理本案及下面两个案件时，刑部虽然引用“屏去人服食”律给案犯定罪，但却又力图寻找理由，争取对案犯减等量刑。当然，即使是照原律所定刑罚量减一等，案犯所受刑罚也仍旧是非常重。在中国古代，一旦在人命案件中涉嫌卷入，他就很难脱逃干

系，即使与致死人命的犯罪行为仅有一些间接关系，他也很难免除某种法律责任。本书所辑第59·1案中因交通事故致死人命，对该案处理即体现了上述精神。

### 54·2 道光二年(1822年)案

#### 《刑案汇览》卷三十一，《刑律》

直督咨：彭洛万因向陈花子索讨赌欠，无偿；辄逼其脱衣抵欠，以致陈花子因冻投井身死。

惟陈花子系自行脱衣掷地，并非彭洛万用强剥取。且陈<sup>336</sup>花子之死，由于自尽。与实在冻毙者不同。将彭洛万比照“屏去人服食致死、拟绞”律，量减一等，杖一百、流三千里。

与第54·1案及第54·3案不同，本案判决是比照“屏去人服食”律。因为是“比照”原律，故“量减一等”定刑，具有足够的合法性。另外，本案还突出强调了“逼”与“强”两个概念的区别。“逼”仅指语言上或心理上的压力（在受“逼”的情况下，受害者通常采取自杀方式来逃避压力），而“强”则表示施用非法暴力。与其他文明古国一样，在中国古代，法律多强调严惩暴力犯罪，而对于因语言和精神上压力形成的犯罪，则处罚较轻。

### 54·3 嘉庆二十四年(1819年)案

#### 《刑案汇览》卷三十一，《刑律》

直督咨：李中林向开歇店营生，因住客杜治邦病剧，虑恐在店病毙受累，即将杜治邦赤身抬放野地。以致杜治邦因病受冻身死。

杜治邦身穿衣服系自行脱去，并非该犯故屏。且病已垂危，亦非专因受冻身死。将李中林依“屏去人服食致死、拟绞”<sup>337</sup>律，量减一等，杖一百、流三千里。[与第54·1案一样，本案判

决较“屏去人服食”律所定刑罚量减一等，但却不说“比照”原律，而是“依照”原律。】

#### 54.4 道光四年(1824年)案

##### 《刑案汇览》卷三十一，《刑律》

直督题：毛鸣和将苏庭秀抓伤后，因被毛花夏用粪撒污口面，以致苏庭秀触受秽气，呕吐身亡。

应将毛花夏比依“他物置入耳鼻及孔窍中致死”律，拟绞监候。〔毛鸣和将苏庭秀抓伤，但判决未提及对毛鸣和的处理，可能已另案判决。〕

本案判决“比依(照)”原律，其原因可能有两条。第一，原律规定：以异物置入人的耳、鼻等器官内，致人死亡，适用本律。但本案受害者却是因粪便被撒在脸部及口腔，而不是因粪便被置入口中而致身亡。第二，原律列出被置入异物的器官是“耳、鼻及孔窍中”，而本案所涉及为脸部及口腔。原律并未详细说明哪些器官属于“孔窍”，但有一点可以肯定，口腔不属“孔窍”之列。因为若口腔属于原律所列出的器官，那么，就口腔在人体中的重要性来说，它应与耳、鼻器官一样，在原律中单独说明。(至于用毒药毒死人命，当然要涉及人的口腔。但这种犯罪不属于“屏去人服食罪”，而是在《大清律例》中另有规定。参见《大清律例·刑律·造畜蛊毒杀人》)。

#### 55. 戏杀、误杀、过失杀伤人

##### 55.1 道光六年(1826年)说帖

##### 《刑案汇览》卷三十一，《刑律》

南抚题：王四等共殴杨大和身死、原谋监毙，将王四减等拟流，声明仍追埋银。〔参见第53·1案。在讨论第53·1案时，

我们已说明同一案件将王四减等量刑的原因，只是未涉及追埋银一事。]

又，北抚题：姚作伦等殴死罗廷均，殴有重伤之人在监病故，将姚作伦减等拟流，并未声叙应追埋银案。

查例载：应该偿命罪囚遇蒙赦宥，俱追银二十两，给付被杀家属。又，命案内减等发落人犯，应追埋葬银两，勒限三个月追完。

是律例内应该偿命人犯或蒙赦宥减等，或例内不应抵命，即应减为军、流、徒、杖等罪者，均应勒追埋银。例内既有明文，<sup>339</sup>办理未便歧异。此二案均系应绞减等拟流之犯。湖北省并未声明，系属疏漏，应即添叙明晰。

## 55.2 道光六年(1826年)说帖

### 《刑案汇览》卷三十一，《刑律》

山东司查应追埋葬银两之案，除例内载明外，其余各案总视其原犯是否应该偿命为断。

至斗殴因风身死、拟流之案，本属应抵人命，例文所以指出免其抵偿。<sup>340</sup> [参见《大清律例·刑律·保辜期限》律。根据该律规定，殴伤人案内，根据伤之轻重及致伤方式，确定一定的期限，责令致伤者为被伤者医治。限内被伤者死亡，说明原伤已成致命，致伤者处死刑；若限内被伤者未死，则说明原伤并非致命，对致伤者减等处刑。]

他如救亲情切、[大清律例·刑律·父祖被殴]规定：儿子见父母被人殴打，上前救护，并将行凶之人打死，此类案件对该儿子的处理，可专门上奏皇帝，请求准许将其在死刑上减等处理。] 原谋病故、下手伤重准其减等各案，原犯俱应偿命，自应著追银两。

其正限外、余限内因风身死者，止照“殴人成废”律，拟徒。

[“保辜期限”律规定，殴伤人案内，若将人肢骨折断，则在其保辜期限50日之外，另设20日“余限”。伤者在50日正限内死亡，则表示该人死亡由致伤者所引起；若在正限之外、余限20日之内死亡，致伤者所负法律责任则较轻，一般仅对其处以徒刑。]是与拟流、免抵者不同。此等人犯，向例并不著追埋葬银两。

是以嘉庆元、二等年，本部核覆该省“史三殴伤林士聘”、“王成业殴伤王复成”、正限外抽风身死二案，曾经行令毋庸著追银两。

兹据咨称：该省华三保、丁成二案，均照“殴人至废疾”律拟徒，声明仍追埋葬银两。现准部覆，似与旧案办理两歧。应请核示，相应申明例意，咨行。该抚如有前项案件，毋庸著追银两，划一办理。

从上述情况看，究竟是否支付埋葬银，得区别情形不同对待。第一，如果一项杀人罪行使得罪犯实际被处死刑，则不再为被害者追埋葬银。第二，如果一项杀人罪属于这样一种犯罪，即在特定情形下，罪犯应受之死刑得依法减为流刑，则该罪犯应向被害者家属支付埋葬银。第三，如果根据法律，一桩杀人罪行一开始就不会使得罪犯受死刑的处罚，也就无须支付埋葬银。上述三种情形，只是在第二种情形之下，罪犯才有义务向被害者家属支付埋葬银。由此可见，法律规定殴人致死的罪犯向受害者家属支付埋葬银的最初意图在于：对于应该以命抵命的罪犯来说，若其获得法律的宽宥而减等量刑，那么，他仍得以“偿命金”的名义，向受害者家属支付埋葬银。从经济角度考虑，对于受害者家属来说，与其要罪犯偿命，处之以死刑，还不如强迫罪犯支付埋葬银。因为在前一情况下，受害者家属并不能得到任何实惠。

还应注意，上述原则被那些根据有关律例的明确规定应支付埋葬银的杀人行为（见第一段所列举的例案）所破坏。这些杀人行

为似乎属于第三种类型，即：法律本来就规定了轻于死刑刑罚的杀人行为。之所以如此，可能正因为它们与《大清律例》有关条款明确规定支付埋葬银的原则相矛盾。另一方面，对于属于第二种类型的杀人行为则没有如此规定，因为对于第二类杀人行为来说，支付埋葬银实际上已是一项强制性义务，当然地应被履行，故在此没有提及。

### 55·3 嘉庆十八年(1813年)说帖

342

#### 《刑案汇览》卷三十一，《刑律》

福抵咨：吴七理点放火炮、失火烧毙陈朝玉等四人一案。  
此案：吴七理因赴山祭扫祖坟，点放花炮，烧残炮纸被风吹入草丛，以致烧毙陈朝玉等四人。[本案发生时间，可能是清明节。在中国，每年4月5日(清明节)，人们均带上祭品去祖先埋葬之处。一方面，为祖坟培土、清扫杂草；另一方面，将祭品放在坟前，供奉祖宗，以表示对祖先的怀念敬悼之意。]

核其情节，实系“耳目所不及”，“思虑所不到”，自应照“过失杀人”律，准其收赎[《大清律例·刑律·戏杀误杀过失杀伤人》律规定：过失杀伤人者，准斗杀伤人罪量刑，但依据法律规定，收赎代刑，即交纳一定的银钱，以代替应受之刑。罪犯所纳银钱给受害者家属，作为丧葬及医药所费。收赎的钱数，法律有明确规定。过失杀死人的收赎钱数，最高不超过银12.42两。]

“耳目所不及，思虑所不到”，这是清律官释本对于“过失杀伤人”罪中“过失”一词的权威解释。官方的律文注释还举出例证，具体说明何为“过失”。例如：因事投扔砖块、瓦片，意外砸中人身，致其伤、亡；登高处，因脚下失误，致同伴伤、亡；驾驶船只，因风力过大，船只失控，或所乘马匹受惊失控，或所驾车辆在下坡路上失控，

因而导致他人伤亡；几人同举重物，其中一人乏力而不能坚持，导致同举物者伤、亡，等等。清律官释本进一步说明，上述各种情况  
343 下，行为人原本没有害人之心，只是因为意外原因，导致他人伤、亡的结果。

惟过失杀人至数命之案，例应按死者名数著追银两。今该省仅在吴七理名下著追埋葬银十二两四钱二分，系属错误。应行令著追赎银四份，分别给领。

本案与第29·1案极为相似。在这两个案子中，都因火灾生事，而其结果都是数人死亡。但在案件分类上，二者却截然不同。后者名列“亵渎神明”罪下，而本案则划在“戏杀误杀过失杀伤人”罪下。另外，在这两桩案子里面，比较于死亡人数的众多，肇事者所受的处罚似乎太轻了。

## 56. 夫殴死有罪妻妾

### 56·1 嘉庆十四年(1809年)说帖

《刑案汇览》卷三十三，《刑律》

广东抚咨外结咨销一案。

查律载：妻妾因骂夫之父母，而夫擅杀者，杖一百。注云：父母亲告乃坐。如果没有父母亲自投诉，即不得适用“夫殴死有罪妻妾”律，而应改适用“妻妾殴夫”律。根据该律，夫应处绞监候刑。丁诚以闺门暧昧，或因别故殴死妻妾之后，借殴骂以图抵饰。该犯亲溺爱其子，从而附会捏供。律注必须亲告乃坐，原以防串捏卸罪之渐也。

今栗荣贵、许贤二案：一系因妻唐氏顶撞伊母廖氏，并将廖氏推跌倒地，该犯气愤，用刀砍伤唐氏身死；一系因妻黄氏

混骂伊母谢氏，并将谢氏碰跌倒地，该犯气愤，用刀砍伤黄氏身死。

该抚以廖氏业将被媳推跌情由投鸣保邻，谢氏被媳混骂、碰跌，有邻人卢景文等目睹可证，即与亲告无异，将粟荣贵、许贤均依“妻殴骂夫之父母、而夫擅杀”律拟杖，咨部。〔上文提到，廖氏被媳推跌、投鸣保邻。“保邻”是清朝农村实行的保甲制度中的办事人员。保甲人员不属于清朝基层政府的正式行政管理人员，他们不吃国家俸禄。但保甲人员的任命，必须经过基层政府批准。而且这些保甲人员也可以利用自己协助管理基层社会秩序之便，获得一些经济上的好处。〕

本部细核案情。唐氏推跌伊姑廖氏，虽经廖氏投鸣保邻，黄氏碰跌伊姑谢氏，虽有邻人卢景文等目睹可证，惟廖氏、谢氏究未赴案呈告，与“亲告乃坐”之律注不符。且恐该犯等因别故将妻殴毙之后，串捏供词，以图避就。该抚率据事后无稽之供，即拟以满杖，殊属未协。应令另行按例妥拟。〔部驳意 345 见虽并未说明应对粟荣贵、许贤二犯作何处理，但从其字里行间已可看出，刑部认为广东巡抚对二犯的处理适用法律有错误；应改依《大清律例·刑律·妻妾殴夫》律“夫殴妻至死”的规定，对粟、许二犯处绞监候刑。〕

## 56·2 嘉庆二十四年(1819年)案

### 《刑案汇览》卷三十三，《刑律》

川督咨：张开鹏因伊妾王氏撒泼，用棍将其殴伤，复用绳将其拴在房内，冀其改悔。旋闻王氏在房咒诅该犯父母。该犯生气，不给饮食，以致王氏气痛旧病复发，身死。

查：王氏死由于病，未便科以殴妾至死、问拟满徒。惟殴责后复行拴缚，又闻咒诅伊亲、屏绝饮食，以致病发身死，亦未便

以死由于病，“殴非折伤”律得勿论，置“屏食”于不议。

将张开鹏比照“妻妾因殴骂夫之父母、而夫擅杀”律，拟杖一百。

本案判决为比照“妻妾因殴骂夫之父母、而夫擅杀”律。<sup>346</sup>之所以为“比照”，而非“依”，是因为王氏之死，并非直接由于张开鹏之殴打行为，而是由于王氏“旧病复发”。值得注意的是，第56·1案判决也涉及“妻妾殴骂夫之父母、而夫擅杀”律，但是这一条律文能否适用，取决于婆婆是否“亲告”。而在本案中，完全无人理会“亲告”这一因素。从本案的实际情形看，对案犯张开鹏定罪量刑，最为贴切的法律依据应是《大清律例·刑律·屏去人服食》律。根据该律规定，故意不给人衣服、饮食，因而致死者，绞监候。然而中国人重视家庭伦常关系，这就意味着，某一犯罪若涉及家庭亲属关系，而规定该项犯罪的律或例又同时有两条或两条以上，在这种情况下，涉及家庭关系的律例优于不考虑家庭关系的律例。以本案判决为例，“屏去人服食”律与“妻妾殴骂夫之父母、而夫擅杀”律在适用情节上都与本案相符，即都可以作为本案判决的依据。但因为前一条律未考虑家庭关系，而后一条律则与家庭关系有关；又，本案案犯与受害人之间也存在一定的亲属关系，根据上述“涉及家庭关系的律例优于不涉及家庭关系的律例”的适用法律原则，本案判决以后一条律例为定罪量刑的根据。

本案张开鹏殴责王氏、并不给其饮食，导致王氏旧病复发而身亡。在第56·1案中，两名丈夫分别将其妻殴伤致死。两案情节虽不尽相同，但也颇多相似之处。而且根据案件记录，第56·1案中两名丈夫都是在盛怒之下失手将其妻致死；而本案张开鹏不给王氏饮食之时，案犯并无盛怒情由。从判决结果看，第56·1案对两名丈夫的最初量刑都是杖一百，但却被刑部认为适用法律不当，量刑偏轻。尽管刑部未明确说明应对案犯定何罪，但正如前文所述，从刑部意见的字里行间已可看到，刑部主张适用“妻妾殴夫”律，将案犯

处绞监候刑。而本案判决对案犯以“妻妾因殴骂夫之父母、而夫擅杀”律定罪量刑，仅对张开鹏杖一百。两案情节相似，而判决迥异。被害者身份的不同可能是导致判决相异的重要原因。在第56·1案中，两名被害人都是案犯的“妻”，而本案被害人王氏则是案犯张开鹏的“妾”。在中国古代，妻与妾的地位大不相同。《大清律例·刑律·妻妾殴夫》律规定，夫殴妻至死，绞监候；若殴妾至死，仅徒三年。

## 57. 杀子孙及奴婢图赖人

### 57·1 道光六年(1826年)说帖

#### 《刑案汇览》卷三十三，《刑律》

直督咨：王五拶死伊子王雨儿一案。

此案：王五因时向耿育才借贷钱米，均不记数。追后耿育才因其屡次缠扰，不允许借。王五因贫难度。伊子王雨儿瞽目坐食，起意致死、免累。将王雨儿摔倒倒地，拶其咽喉、殒命。

王五忆及耿育才不借钱米，起意移尸图赖、索诈。遂将王雨儿尸身移至耿育才门首，索诈未成。经耿育才报验、获案。

查：王五因贫嫌伊子王雨儿瞽目坐食，将其拶毙后，始忆及耿育才不允借贷之嫌，复起意移尸图诈。是该犯杀子时尚无图诈之心。追致毙伊子后始起意图诈。与因图诈而杀子者不同，未便以“故杀子、借尸图诈”之案科以“因图赖人而杀子”之罪。

盖“故杀”律止拟徒，“因图赖人而杀子”则例应拟军。罪名出入攸关，应驳令研审该犯起意图赖是否在杀子之先，抑在既杀子之后。讯明另拟。

不管本案最终如何为案犯王五定罪量刑，上述记录已明确说明：在中华帝国，法律对于杀死儿子的父亲常常是网开一面，表现 348 出特有的宽大处理原则。如果父亲无正当理由而杀死儿子，其应得刑罚为杖六十，徒一年；如果儿子违反教令（这是一个很模糊的概念，在司法实践中，常被任意解释），父亲因而将其杀死，法律规定，父亲应得刑仅为杖一百。

## 58. 弓箭伤人<sup>⑩</sup>

### 58.1 道光六年（1826年）说帖

《刑案汇览》卷三十三，《刑律》

东抚咨：方小六放铳误伤马承统，越十三日因风身死一案。

查此案：方小六因往看崔梦麟家出殡，见受雇施放铁铳之吕泳志将铳装好火药、安放门首。〔施放铁铳之目的，可能与燃放鞭炮类似，以强烈的爆炸声驱散妖魔，防止其对出殡仪式的干扰。〕该犯拿铳点放。适马承统从家走出，致误伤右太阳穴，越十三日因风身死。原验尸伤：致命右太阳穴斜陷六分，深一分，系属致命伤轻。

查，因争斗施放鸟枪、竹铳杀人例，系以“故杀”论〔“故杀”者应受斩监候刑〕。即是因风身死，亦难议减。

《大清律例·刑律·保辜期限》条例有这样一条规定：伤轻（本 349 案马承统所受伤即是）但却位于人体的致命之处（马承统所受伤亦如此），伤者因伤口感染而在受伤后十天以外（本案为十三天）死亡，则可以对加害者由绞刑减至流刑。但这一规定并不适用于故杀；根据词意，它只适用于由斗殴所致伤而导致的死亡案件。司法机关处理本案时注意到这一限制。

至鸟枪、竹铳向有人居住宅舍施放、误伤人，系照“汤火伤人”减等[《大清律例·刑律》规定：因斗殴而用烫水或火伤人（未至死），杖一百；此处照“汤火伤人”减等处罚，即杖九十。]致死亦罪止满流。[即照斗殴杀人律减一等处罚。《大清律例·刑律》规定：斗殴杀人，处绞监候刑。]

非惟不在“争斗施放、以故杀论”之列，[因为被告点放铁铳之时，并无争斗情节。]且罪名较凡斗更轻。“斗殴致命伤轻，越十日因风身死”即准于绞罪上减等拟流。[根据《大清律例·刑律·保辜期限》（即上文提及不适用于故杀的那条律\*），对于轻伤致命之处（本案即如此）或重伤非致命之处案件，只有在伤后满限十日因感染身死，才能适应此减死为流的规定。]

则施放铁铳、误伤、致命伤轻、越十日因风身死，自亦应于流罪上量从末减，以昭平允。该省将方小六于“竹铳误伤致死、满流[流三千]”例上减一等，拟以满徒，[徒三年。这一种自死刑或流刑上减等的计算方式，可参见本书第三章第九节。]尚属允协，应请照覆。

## 59. 车马杀伤人

### 59·1 嘉庆二十年（1815年）案

《刑案汇览》卷三十，《刑律》

苏抚咨：王六乘马走至西街跑走，适陆灝从巷走出，往前行走，王六喊声“走避”。不期陆灝年老耳聋，未经听闻。王六收勒不及，致马头碰倒陆灝，跌伤左太阳、身死。

将王六依“街市驰马、因而伤人致死”律，拟杖一百、流三

\*英文原文为“Statute(律)”，据《大清律例》，应为“例”。——译者注

千里。

本案对案犯王六处以杖一百、流三千里的重刑，其原因是王六于行人众多的闹市区驱马疾行（案件记录并未说明该案件发生在何地。但从其中实际情况看来，可能发生在江苏省省会南京城。因为案件记录仅提及案件发生地为“西街”。若是南京以外的城市，理应说明该城市的名称），并导致陆灝身亡。根据“车马杀伤人”律，  
351 若于行人稀少的乡村驱马驱车疾行、因而致人死亡者，仅杖一百，并追埋葬银十两。由此可见，中国古代即已实行一种强化驾驶者法律责任的原则。确实，即使在现代中国，这一原则也仍在很大程度上被保留。对于这一点，许多在中国驾驶过汽车的西方人士颇有同感。根据1949年上海的《解放日报》记载，一名解放军驾驶员因开车轧死一名骑自行车的人而被判处死刑。后因被告上诉，军事法院将其减刑，改判为有期徒刑三年（见《解放日报》1949年6月6日第一版及同年6月7日、6月16日）。

## 59·2 嘉庆二十年（1815年）奉天司案

### 《刑案汇览》卷三十三，《刑律》

黑龙江将军咨：旗人纪长春赶车拉七回归，坐车进城。适有年甫五龄之幼童根柱儿迎面跑来。该犯未及下车收缆，致轧伤根柱儿身死。实属疏忽，并非“耳目所不及、思虑所不到”。应照“街市驰车、因而伤人致死”律，杖一百，流三千里。系旗人，照例折枷鞭责。

本案中，尽管是由于幼童自己朝着马车跑来、因而导致被轧身亡，但驾车者仍得对该幼童的死承担法律责任。被告的“疏忽”，据我们推测，或者是因为当幼童朝着马车跑来时，驾车者未能及时“下车收缆”，即控制住马车，不让前行；或者是因为驾车者所驾马

车速度过快(虽然关于这一点记录中没有明白指出)。另外，旗人犯罪，可以折算成鞭责与枷号，在第1·2案中已作讨论。根据法律规定，旗人犯罪，应受笞杖刑时，可将笞杖数折成等量的鞭责；流三 352 千里刑可折成枷号六十天。

前一案中，受害者是一名听力不好的老人；本案受害者则是一名五岁幼童。也就是说，有关“车马杀伤人”的两案中，其受害者都是智力或体力不甚健全的人。人们不仅要问，如果“车马杀伤人”案中受害者是智力健全、体力健壮的成年人，那么，案犯应负何种法律责任？但很可惜在“车马杀伤人”这条之下，《刑案汇览》所收案例仅此两件，这也是很奇怪的事情。

## 60.庸医杀伤人

### 60.1 嘉庆十七年(1812年)说帖

#### 《刑案汇览》卷三十三，《刑律》

安抚咨：薛传年赴京呈控医生叶重光为伊子薛家湿医病、针刺身死一案。

查此案：叶重光因薛传年之子薛家湿染患裹积病证。叶重光以脉息双伏，认系青筋白虎痧。按医书，应行针刺。薛传年以日期当避，不宜针刺。叶重光声称，痧老恐即不治。随用针刺其手足，又给末药和服，并用姜汁点入眼角，以致薛家湿汗涌，殒命。

前经薛传年来京具控，发交该省审办。经该省审，将叶重光依“庸医杀人”律，拟绞，收赎。[《大清律例·刑律·庸医杀伤人》律规定：医生为人治病，用药或针刺不适当，因而致死病人时，经其他医生检查，原医生用药、针刺不适当系属过失、并非故意害死病人者，对原医生按“过失杀人”论处，处绞监候刑；但允许以银钱赎刑；该医生此后不允许再行医。]

薛传年依“申诉不实”，拟杖。咨部，结案。[大清律例·刑律·越诉]律规定：申诉不实者，杖一百。但此处所说“申诉”，专指向皇帝本人直接提出的申诉。不过，到清代，这一来自传统的限制条款已不合时宜。各级司法官吏在审断案件时，无视这一限制条款，却随时用这一条有关“申诉不实”的法律来对付那些屡屡要求申诉、纠缠不休的申诉者。同治九年(1870年)，有人对此提出严厉的批评(参见第98·1案)，结果皇帝颁发了一道上谕，规定这一律条必须严格适用，即只限于申诉是直接提交皇帝本人的情况。]

嗣薛传年复以叶重光并未为伊子拟抵、伊反受杖责，来京具控。发交审明，仍照原拟。咨部。

查：叶重光欲图见功，误行针刺，致毙人命。既无狭仇情事，止应依“庸医杀人”本律科断。[如果叶重光蓄意谋杀，就会根据《大清律例·刑律·谋杀人》律，将其处以斩监候刑。]至薛传年拟杖一百之处，检阅原咨，系诬控词装点，依“申诉不实”律定拟。

查核情罪，均属允协，应请照覆。

## 60.2 嘉庆二十一年(1816年)案

### 《刑案汇览》卷三十三，《刑律》

川督咨：刘武受误卖药材，致刘士庚等中毒身死。

查：例内并无铺户辨认药材不真、误卖致毙人命治罪明文。将刘武受比照“庸医为人用药、误不依本方、因而致死、以过失杀人”论罪。依律收赎。[交纳赎银12.42两，参见第60·1案。]

### 60·3 嘉庆二十三年(1818年)浙江司现审案

《刑案汇览》卷三十三，《刑律》

南城察院移送：杜张氏看香治病骗钱，针扎苏氏，致伤身死。

讯系失于太重，误行致伤，并非有心故害。惟以女流不思安分，辄起意看香医病，冀图骗钱，若仅依“庸医杀人”科断，律止收赎，不足示惩。

杜张氏应照“违制”律，杖一百。不准收赎，折责发落。

### 60·4 嘉庆二十二年(1817年)河南司现审案

《刑案汇览》卷三十三，《刑律》

提督咨送冯张氏供奉伊姑所遗纸像，复用茶叶抱龙丸等物给人治病。

讯止图骗钱文，并无各项教会名目。惟称有武当老祖，并涂画假符疗病，殊属妄诞。〔武当派，是以湖北北部的武当山命名的一个武术派别。西方不少人士认为武当派是中国拳击的一个门派，这种看法不完全正确。准确地说，武当派是中国武术的一个门派。相传武当派的奠基者或祖师是生活于12世纪的张三丰。〕

应照“红阳教供奉飘高老祖、拟军”例上量减一等，杖一百，徒三年。不准收赎。

有关红阳教的情况，J·M·格鲁特在其《中国的宗教派别及宗教迫害》一书中，已作详细介绍。红阳教的创始人飘高老祖生活于16世纪。在清代，红阳教教派由于从事反对清朝统治的秘密政治活动，因而被帝国政府所取缔。在第37·1案中，我们已提到，清朝政府对各种异端宗教活动都持怀疑态度；有时，干脆明确表示禁

止异端宗教。对于那些以宗教为名、建会结社的宗教团体，清政府更是严惩不贷。与第60·3案相比，本案案犯冯张氏所受处罚显然要重得多。其区别在于：第60·3案案犯杜张氏仅从事一些宗教性妖术活动；而本案案犯冯张氏的活动却与一定的宗教团体存在联系。

本案判决照“红阳教供奉飘高老祖”例定罪量刑。严格地说，这一判决并不准确。第一，案犯冯张氏的活动与红阳教无任何关系，而是与类似于红阳教的武当派有联系。第二，对冯张氏的量刑也并非原定所定“拟军”，而是“量减一等，杖一百，徒三年”。从这两个方面来看，对冯张氏定罪量刑，比照原例较照原例更为准确。

## 60·5 道光八年(1828年)案

### 《续增刑案汇览》卷九，《刑律》

河抚题：韩重为孙举妮医病，并不按方用药，妄照不经旧书画符、念咒、针刺。复因孙举妮病体羸弱，任令其妻孙李氏代受针刺，以致刺伤孙李氏，身死。

357

例无为人治病、令人代受针刺、致将代刺之人刺毙治罪明文。将韩重比照“端公、道士作为异端法术医人致死”，照“斗杀”律，拟绞监候。

## 60·6 道光四年(1824年)案

### 《续增刑案汇览》卷九，《刑律》

陕抚咨：施大奎之妻施岳氏委系分娩逆生，张章氏不知达生之理，辄用手伸入产门，强将婴儿取出，以致母子两亡。

将张章氏比照“庸医误不依本方、因而致死、如无故害之情者、以过失杀人论”，依律收赎。追银两十二两四钱二分，给尸亲具领。

## 61. 威逼人致死

### 61.1 道光七年(1827年)说帖

#### 《刑案汇览》卷三十三，《刑律》

陕抚咨：王幅殴逼林可金自尽一案。

查例载：因奸威逼人致死，务要审有挟制、窘辱情状。若和奸、纵容，而本夫愧迫自尽，毋得概坐“因奸威逼”之条。<sup>358</sup> [“因奸威逼”律规定，奸夫与他人妻妾通奸，因而将奸妇、本夫或本夫之父母威逼自尽者，处斩监候刑。]

检查嘉庆十八年[1813年]奉天省咨马涣龙纵容伊妻马王氏与祁大通奸。嗣祁大因见马涣龙偷取房主麻秆烤火，当向马涣龙斥责，并殴伤其左额角。复密订马王氏同逃。马涣龙找寻无踪，愧迫轻生。将祁大仍按“和诱”本例科断。[根据该条例，在取得妇女默许的情况下，将该妇女诱引成奸，并欲拐带该妇女出逃者，处军流刑。本案处理时，摘引1813年奉天都大案，其目的在于说明：在这类案件中，虽然本夫因其妻妾与人通奸而羞愧受迫自尽，但对奸夫的定罪量刑，仍应以奸夫本人的实际行为为依据。]

此案：王幅因与林可金之妻傅氏通奸，林可金贪利纵容，陆续得钱元数。嗣林可金屡向王幅索钱，王幅乏钱，未给。林可金不许奸宿，王幅令将前给钱文退还。林可金嚷骂。王幅用拳殴伤其左眼泡等处。林可金声言，王幅不给钱，反将伊殴伤，心内气愤，投缳殒命。

查：林可金纵容伊妻与王幅通奸，本属无耻；仍向王幅索钱、起衅，致被王幅殴伤，又属辱由自取。例不坐王幅以“因奸威逼”之罪，亦无另有加等明文。<sup>359</sup>

该省将王幅依“因事用强殴打、威逼人致死，既非致命、又

“非重伤”例，拟杖六十、徒一年。核与例案相符，应请照覆。

“因事用强殴打、威逼人致死”条例所指的殴打行为属于不同程度致伤、并最终导致受害者自杀身亡的五种殴打行为之一。第98·1案具体解释了这五种殴打行为。

## 61.2 乾隆五十六年(1791年)案已纂例

### 《刑案汇览》卷三十三，《刑律》

在本案的文字记录中，有三个重要概念：妇、女、子。“妇、女”通常指女人、妻子、姑娘或女儿。“妇”与“女”两个词连用——即“妇女”——表示两种身份的女人：“妇”表示已婚女人，“女”表示未婚女人。女人结婚以后，由“女”变为“妇”，即引起一系列法律后果，包括与自己父母的家庭的关系淡化，而与丈夫家庭的关系更加紧密。“子”一词最初仅指儿子。但广义的“子”也可包括女儿。但这里所指的“女儿”，必须是尚未结婚。已出嫁的女儿不可再包括在“子”的范围。也就是说，“子”一词可在下面四种意义上使用。第一，未婚娶的儿子；第二，已婚娶的儿子；第三，未出嫁的女儿；第四，上述三种人的集合指称。

360

河抚题：陈张氏与王杰通奸、被拐，致伊父张起羞愤自尽。将陈张氏依“妇女与人通奸、父母并未纵容、一经见闻、杀奸不遂、因而羞愤自尽”例，拟绞监候。〔原例规定，罪犯应绞监候，而不是绞立决。但本案最后判决为绞立决，其原因是皇帝本人对案件判决的干预。在下文中我们将看到这一点。〕

奉旨：陈张氏与王杰通奸，致伊父张起羞愤自尽。该抚因系已嫁之女〔故已不再是父母家庭的成员〕，问拟绞候；刑部亦照拟、核覆，固属照例办理。但张起之死，由于伊女陈张氏与人通奸所致，与“子孙因奸、因盗，致祖父母、父母忧愤自尽”者

情罪相同，自应一律同拟绞决。

参见《大清律例·刑律·子孙违犯教令》。该律所称“因奸”是指“通奸、强奸和其他种类的非法性关系”。第78·1案对此有进一步解释。如上文所述，“子”一词通常指“儿子”，在法典中则可指“儿子”，又可指“未婚之女儿”。确认“子”一词的准确含义，对于理解“子孙违犯教令”律及“威逼人致死”律的不同意义，具有重要作用。这两条法律都规定对于因奸而致父母自尽者给予刑事制裁。依据“威逼人致死”律，出嫁女或未出嫁女（不包括儿子）因奸致使父母羞愤自尽，处绞监候刑。“子孙违犯教令”律则规定：子（儿子或未出嫁的女儿，若女儿已出嫁则不在此列）因奸致父母自尽，处绞立决刑。本案的问题在于，已出嫁的女儿陈张氏与他人通奸，致其父自尽；对于陈张氏的处理，是否可以以处刑较重的“子孙违犯教令”律为根据。361

夫服制：已嫁、未嫁分轻重尚可。若一关父母之生死，则不可如寻常罪犯，照“出嫁降服”之例，稍从轻减也。

根据确定亲属关系的五服制度，父亲为未出嫁女儿的斩衰亲；但若女儿出嫁，则其父亲则为其齐衰亲。同样，女儿未嫁时，为其父亲的齐衰亲；女儿于出嫁后则为其父的大功亲。这种服制上的区别，在《大清律例·刑律·谋反大逆》律中有重要意义。根据该律，犯谋反大逆罪者，除了本人凌迟处死之外，其众多的亲属均受株连。对于其女儿来说，若女儿尚未出嫁，则将其由良人降为奴婢；若女儿已出嫁，则不再受其父谋反大逆罪的株连。之所以如此，是因为法律认为，出嫁女已不再属于其父母家庭的成员，而是其丈夫家庭的成员。

且“明刑所以弼教”[此句引自《书经·大禹谟》，与原文稍作改动]，父母天伦不得因已、未出嫁遂有区别。设使已嫁之女致死父母，岂可免其凌迟、概从宽典耶？[当然，并非所有的杀父母罪均应凌迟处死。根据“谋杀祖父母、父母律”，只是在谋杀父母情况下，案犯才应凌迟处死。]

362

嗣后妇女通奸、致父母羞愤自尽者，无论已嫁、在室之女，俱著问拟绞立决。交刑部纂入例册。所有陈张氏一犯，即照此办理。余依议。钦此。

从本案的处理经过，我们看到例如何由皇帝诏旨编纂而成。清代定制，每五年修订法律一次，将这种新制定的例纂修并编入法典。另外，从本案的处理我们还看到，中国古代没有确立“法律不溯既往”的原则。再者，从本案我们还看到，在中国古代，皇帝竟然能够违反既定的法律原则，重新确立一种新的原则。在本案中，皇帝在其上谕中强调“父母天伦、不得因已、未出嫁遂有区别”，从而在一定范围内否定了《大清律例》早已确立的区别处理已嫁、未嫁女的原则。这样，出嫁女在其法律地位已经非常低下的情况下，又增加一些负担。根据皇帝上谕所确立的新原则，出嫁女在完全服从其丈夫及丈夫的家庭的基础上，还要在更广的范围内——原先仅限于未出嫁之时，现在则终其一生——对可能严重影响其父母的任何行为，负直接的法律责任。

## 62. 斗殴

### 62.1 嘉庆二十二年(1817年)通行已纂例

《刑案汇览》卷三十七，《刑律》

督抚题：张学三等共殴李梦麟身死案内，余人张四娃系夺获凶器、帮殴。

查：“凶徒因事忿争”例内所称凶器，皆非民间常用之物。 363

该例列出了几种凶器，包括：匕首、剑、矛、戟等。普通民人持有上述凶器，皆属非法。清律官方注释本进一步解释说，一些民间常用器具，包括镰刀、菜刀、砍柴斧等，都不属于凶器之列。

执有凶器，即非安分之徒。其伤人与“金刃、他物伤”等，而其争殴之情，则较“金刃、他物伤人”为重。故一经伤人，即拟充军；虽未伤人，亦拟满杖。

显然，对持凶器斗殴罪的处理，远比持普通民间器具斗殴罪的处理重。《大清律例·刑律·斗殴》律规定，持民间器具与人斗殴，视其是否致伤及伤害程度，分别给予自笞三十（无伤）至杖一百、流三千里（致两眼瞎及与其相当的伤）的刑罚。根据该律，即使是最重的杖一百、流三千里刑，也比持凶器斗殴、致伤（不论何种伤）所受刑罚（充军）要轻。

若凶器夺自相争者之手、未伤人者，不便科以满杖；即伤人之犯，亦不得一概拟军，自应量为区别。

此案：张学三等共殴李梦麟身死，张四娃夺获李梦麟铁 364 简，将李梦麟帮殴有伤。固不得仅照“共殴案内之余人”拟以满杖。若竟照“凶器伤人”本例拟军，则凶器系夺自死者之手，与出有凶器、持以伤人者无别。

自应将张四娃于“凶器伤人”军罪上量减一等，拟杖一百、徒三年。

在本案判决中，刑部采取了一种灵活、变通的方法，对案犯的量刑表现出对于“持有凶器”罪及“普通斗殴”罪的兼采并蓄。至于

减刑等数的计算方式，参见第三章第九节。

## 62.2 嘉庆二十四年(1819年)案

### 《刑案汇览》卷三十七，《刑律》

苏抚咨：周四等听从刘八殴伤吴祥身死一案。

385

查：周四接过伙犯周三富带往铁尺，殴伤吴祥手腕。与夺自相争者不同。将周四仍按“凶器伤人”例，拟军。[铁尺]是铁制的管状兵器，属于凶器之一。斗殴案中，持有凶器与从对手之中夺下凶器，并以该凶器进行斗殴此两种情形，量刑各有不同。本案案犯周四既“持有凶器”，亦非从对手夺下凶器，而是由同伙手中接过凶器。本案判决依照“持有凶器、伤人”例处理。]

刘二接过刘八攘刀，殴伤吴祥。其攘刀系刘八夺自吴祥之手，与“自行夺获、还殴”无异。将刘二照“凶器伤人”例，减一等，杖一百、徒三年。[斗殴案中，从对手手中夺获凶器，并以所夺凶器将对手殴伤，照“凶器伤人”例减等处罚。参见第62·1案。]

## 62.3 嘉庆二十一年(1816年)案

### 《刑案汇览》卷三十七，《刑律》

河抚题：魏致中等共殴霍玉佩身死案内之刘殿臣拾获铁尺，殴伤霍玉佩左腿。

该省照“凶器伤人”，量减一等，拟徒[参见第62·1、第62·2案]。本部以该犯既用凶器伤人，岂得以铁尺系临时拾获、与自行执持者另为区别。将刘殿臣改依“凶器伤人”例，拟军。

## 62.4 嘉庆十五年(1810年)说帖

366

### 《刑案汇览》卷三十七，《刑律》

河抚咨：焦应山扎伤徐体重一案。此案：焦应山欲行聚赌，被徐体重撵逐。遂挟嫌纠同刘会元等往殴泄忿。

查：焦应山系用长柄铁枪扎伤徐体重左腿。该省将该犯依“凶器伤人”例，拟军。与例相符。

至刘会元所持禾枪，系属农具，与凶器不同。[参见第62·1案关于凶器及日常器具的区别。本案刘会元所持“禾枪”究竟是什么样的一种农具，尚不清楚。]且各省禾枪伤人之案向俱照“刃伤人”定拟。今该省将刘会元依“刃伤人”律，拟徒[杖八十，徒二年]，似应照覆。

## 63. 殴受业师<sup>⑦</sup>

### 63·1 嘉庆二十二年(1817年)说帖

#### 《刑案汇览》卷三十八，《刑律》

福抚题：僧毓经致伤僧正顺身死一案。奉批：年未四十，<sup>367</sup>例不收徒；是否应同凡论，交馆查核。

职等查例载“应付火居”等项，僧、道不准滥收生徒；如有年未四十即行招受者，照“违令”律，笞五十；所招生徒俱勒令还俗。

此案：僧毓经年未四十，乃违例招僧正顺为徒。正顺系例应还俗之人，即不得为毓经之弟子。有犯应同凡论。

今该省将该犯依“僧道因弟子违犯教令、以理殴责致死”、照“尊长殴死大功卑幼”律，拟以绞候。

援引究属错误。僧毓经应改照“斗殴杀人”律，拟绞监候。

尽管刑部所作量刑决定与福建巡抚所作的量刑决定在刑等方面完全一致(都是绞监候),但刑部仍很认真地澄清事实,指出福建巡抚在适用法律方面的错误,并依据案情事实,提出正确的适用法律和定罪意见。本案还说明在清代,世俗政权牢牢地控制着宗教社会。<sup>368</sup>从北京到全国各地,管理宗教事务的各级长老同时也具有国家行政官员的品级职衔;他们还必须忠实执行世俗政权所赋予他们的职责。另外,普通民众出家为僧,还必须符合中央政府所规定的各项条件,包括:欲出家者必须年龄未满十六周岁,其家庭必须有三名以上的男性成员。即使符合上述条件,欲出家者还必须经过地方政府的专门批准,尔后方可正式剃度为僧。至于佛家庙宇、殿堂的增建,也必须得到政府的批准,否则不得建立。

### 63·2 乾隆五十九年(1794年)说帖

#### 《刑案汇览》

贵州司查:定例:“僧尼殴受业师,照卑幼殴大功尊长律问拟。”是僧尼殴打业师,不与父母同科。则遇有违犯,自不得累子孙定拟。

此案:僧人朗月披剃,给僧彻榜为徒。彻榜令朗月打扫粪土。朗月因患眼疾,欲俟早晚凉爽再行打扫。彻榜斥其懒惰,因朗月顶嘴,用棍连殴臂腿。朗月负痛逃避屋内。彻榜赶进,又欲向殴。朗月情急,自用菜刀划伤脑门偏左。该司将朗月照“子孙违犯教令”律,拟杖。

<sup>369</sup>查[此处之“查”,系由刑部会堂所为。按清代制度,刑部清吏司的案件报告应由该部会堂审核、批准。]:朗月受业彻榜为徒,即使殴打,伊师例止照“大功尊长”问拟。今因被殴情急、自行划伤,若照“子孙违犯教令”援引,未免牵强。且查:卑幼因被尊长殴打情急、故自伤残,律例并无治罪如等明文。朗月一犯,自应仍照“故自伤残”律问拟。

《大清律例·刑律·诈病死伤避事》律规定：已被拘捕者为逃避官府的审讯、故意自伤，杖一百；普通民众为图赖他人、故意自伤，杖八十。奇怪的是，刑部会堂分析案情、援引律例时，并未对“诈病死伤避事”律所述两种自伤案加以区分，也没有说明本案应按何种自伤案处理。当然，上述两种自伤案都不完全与本案案情符合，但比较起来，其后一种，即普通民众为图赖他人而故意自伤案似乎与本案更加接近。由于实际案情与律文规定并不十分一致，故刑部会堂审断该案而适用“故伤自残”律时，应该是“比照”，而不应该是“照”。

## 64. 威力制缚人

### 64·1 乾隆五十年(1785年)说帖

#### 《刑案汇览》卷三十八，《刑律》

奉天司查律载：威力主使人殴打致死，以主使之人为首，下手之人为从论〔为首者，绞监候；为从者，杖一百，流三千里〕。又：同谋共殴人致死，下手致命伤重者，绞监候；原谋，杖一百，流三千里。〔注意：两条法律对于主使、原谋者及下手之人的处罚规定，其轻重对比，正好相反。〕

此案：刘万禄先与刘老屋同赌，被其赢得钱文。嗣刘老屋复与赌博，不允，乘醉辱骂。刘万禄不甘，因己身残废，恐力不能胜，主使在店住宿之李虎山、陈四海、并雇工王际桂殴打。刘万禄走出查问，因刘老屋并未输服，将其鞋、袜拉脱，复令李虎山等殴其腿腕等处。刘老屋被殴求饶，声言、磕头。刘万禄始令住殴。刘老屋越十日因伤身死。

职等〔即刑部会堂〕详查原谋与主使之分，总以当场有无喝令为断。如伊止起意谋殴，当场并未喝令，则谋殴之人应以

原谋论。若既经起意纠殴，又复当场喝令，则喝令之人应以主使论。〔如上文所述，《大清律例·刑律·斗殴及故杀人》律规定：同谋共殴人，由而致人于死者，原谋杖一百、流三千里。“威力制缚人”律则规定：以威力主使他人殴打人，因而致死者，主使者绞监候。〕

今刘万禄起意纠殴刘老屋泄忿。因其不服，将鞋袜拉脱，复令李虎山等殴打。是刘万禄实系“当场喝令”。及至刘老屋求饶，刘万禄始令歇手，均系听从刘万禄主使，情节尤为显然。

刘万禄虽属残废，而李虎山、陈四海系伊店内住宿之人；王际桂又系雇工，均属倚伊居住，是有不得不从之势。

该侍郎将刘万禄依“主使之人为首”律拟绞，洵属妥协，似可照覆。该司以刘万禄并未殴打，议将在逃、下手之李虎山拟抵，而将主使殴打之刘万禄照“原谋”拟流。〔如上所述，根据“斗殴及故杀人”律，下手致人于死的李虎山倘被捕获，要受绞监候的处罚。而根据“威力制缚人”律，李、刘二人应受的刑罚正好颠倒过来。〕揆之情法，未为平允，应请毋庸议驳。

## 64·2 嘉庆十四年(1809)说帖

### 《刑案汇览》卷三十八，《刑律》

奉天司核咨：牛忠主使崔广大殴死司廷芳一案。

查：此案前据该将军以牛忠起意、纠同崔广大共殴司廷芳泄忿，崔广大应允。牛忠先向司廷芳揪殴，被其摔倒倒地。崔广大即用棍殴伤司廷芳左右肋，致毙。将牛忠等依“威力主使”律，分别拟以绞、流。咨部。原咨内止称牛忠欲殴司廷芳泄忿，恐力不能敌，嘱令崔广大帮殴等情，并未将崔广大有不得不从之势、牛忠实有可畏之威详晰声明。案近同谋共殴，是以臣部驳令复审、另拟。

今既据该将军复审明确，牛忠系崔广大地主，崔广大系牛忠地户。平素听其指使。牛忠倚仗地主，令崔广大帮殴，似属有威。崔广大耕种牛忠地亩，合家俱在牛忠家居住，不得不听其所使。声请或照“威力主使”，或照“共殴人致死”办理。373

查：牛忠令崔广大帮殴，既系恃地主之威，而崔广大素听指使，有不得不从之势。前咨未经明晰声叙。今既审出确情，自应仍照“威力主使”律定拟。牛忠合依“威力主使人殴打致死、以主使之人为首”律，拟绞监候；崔广大应依“下手之人为从论，减一等”杖一百、流三千里。

本案与第63.1案的审断、批复经过，都说明刑部在处理案件时，非常重视对案情事实的澄清。另外，通过本案及前一案（第64.1案），我们还可以看到涉及帝国法律的这样一个问题：某人明知某项行为是错误的，或者是非法的，但由于受到他人的命令——对于该项命令，他不得不服从——而实际从事该项行为时，他应对该行为负有何种法律责任？在一个高度权威化的社会群体（例如军队）中，下属必须无条件地服从上级的意志。在经济不发达以及前工业化社会中，由于个人在营生之道方面选择的余地过于狭窄，因此，也普遍存在集权化社会群体中下层人士无条件服从上层人士的现象。本案及第64.1案的情况即是这一现象的具体表现。本案中地户崔广大平时就对地主牛忠俯首听命，其原因就在于因人多地少而形成的佃户对土地的依附：如果某个佃户被地主撤佃，即剥夺其继续租种土地的资格，那么，该佃户很难在短时间内再找到一个愿意出租土地给他的地主；而如果他不能找到新的地主，那么该佃户也就失去了自己的营生之道。在第64.1案中，雇主与雇工的关系也类似于本案地主与佃户的关系：如果雇工被雇主解雇，那么，他们也很难重新找到新的雇主，因而也会失去自己的营生之道。这种社会力量和经济力量的结合，迫使佃户、雇工等屈从于“他们不374

得不从”的压力。这种不可抗拒的压力是如此强大，以至于帝国的司法机关在处理相关案件时，也不得不对这种强制性因素加以考虑。

## 65. 良贱相殴

### 65·1 嘉庆十一年(1806年)说帖

#### 《刑案汇览》卷三十九，《刑律》

奉天司查律载：良人殴伤他人奴婢，减凡人一等；死及故杀者，绞监候；谋杀依故杀法。〔《大清律例·刑律·良贱相殴》律并没有“谋杀依故杀法”规定。实际上，良人谋杀他人奴婢应治何罪，法律并无明文规定。奉天司在此将所引律文增加“谋杀依故杀法”条款，显然是根据他们对法律的理解——《大清律例·刑律》的“谋杀人”律及“斗殴及故杀人”律分别规定：谋杀人者，斩监候；故杀人者，斩监候。换句话说，谋杀与故杀，罪名不同，但量刑则同一，都是斩监候——照此原则，良人谋杀他人奴婢，则依良人故杀他人奴婢论。〕

是良人殴伤他人奴婢，律得减凡斗一等；至死仍同凡斗，拟以绞候。诚以人命不可无抵。〔“抵”即“以命抵命”。这种以命抵命反映了古代中国人的一种传统观念。这一传统观念认为，若一个人的生命被他人剥夺，那么，人类社会及至整个宇宙的和谐秩序就会被破坏；而要恢复原先和谐的秩序，就必须将剥夺他生命的人——在法律上说就是罪犯——的生命也剥夺。参见第53·1案。〕

而谋杀、故杀亦止拟绞监候〔但凡人谋杀，则处斩监候刑〕，是以有抵之中，复示区别良贱之意。

至良人谋杀他人奴婢伤而不死，律无作何治罪明文。若竟照“平人谋杀、伤而不死”一律同拟，不特良贱无分，且谋而

未杀与谋而已杀者同拟绞候，非所以示区别而昭平允。

再查“尊长谋杀卑幼、拟绞”之律，其伤而不死、应减一等，拟流。今良人将他人奴婢谋杀，亦律止拟绞。比类参观，则伤而不死者，似当量减定拟。

此案：吴文谋杀为奴遣犯刘汉云，伤而不死。该将军以律无专条，请照“平人谋杀、伤而不死”律，量减，拟流。似可照 378 覆。

## 65.2 嘉庆二十一年(1816年)案

### 《刑案汇览》卷三十九，《刑律》

贵抚咨：吴应明殴伤傅茂贤婢女桂兰，致令气忿自尽。

将吴应明依“良人殴伤他人奴婢、减凡人一等”律，于“因事用强、殴打、威逼人致死、军罪”上减一等，拟徒。[《大清律例·刑律·威逼人致死》律附条例规定了五种分别引起他人自杀的殴打行为。本案“因事用强、殴打威逼人致死”为该五种行为之第一种。其余四种殴打行为的具体规定，参见第98.1案。]

## 66. 奴婢殴家长⑧

### 66.1 乾隆五十四年\*(1789年)现审案说帖

#### 《刑案汇览》卷三十九，《刑律》

奉天司查律载：妾殴夫之期亲以下、缌麻以上尊长，与夫 377 殴同罪；若殴死卑属，从凡斗法。又，服制图内，妾为家长之长子、众子俱服期年。

又，奴婢称家长之子为期亲。又，奴婢殴家长之期亲，即无伤亦绞；伤者，斩；故杀者，凌迟。

\*《刑案汇览》原文为乾隆五十一年。——译者注

又，妾殴妻之子，以凡人论。死者，绞；故杀者，斩。是家长之妾不得与奴婢等论，律内详载明晰。

今该司审办张得荣之妾关氏殴伤使女幅儿后，致幅儿自行投井身死一案。查：幅儿系张得荣堂弟张得瑞契买婢女，张得瑞因妻病故，将幅儿及身契一并给张得荣家收执、使唤，业经三载，即与奴婢无异。[在中国清代，很多奴婢都由这种契买婢女发展而来。契买婢女若能向其家长交纳契约所规定数量的赎金，即可获得自由。如果在三年之内仍未被回赎，那么，该婢女就成为永久性奴婢。参见瞿同祖所著《中国法律与中国社会》(英文版)第194页。]

幅儿素性倔强，不服关氏教训，并指鸡混骂。经关氏用竹杆殴伤其右臂膊等处。讵幅儿被殴、气忿投井身死。

详核案情：张得荣正妻现在原籍，并未在京，则关氏既为家长之妾，实有教训之责。因奴婢幅儿不服管教，殴责数伤，并非致死。且死由自溺，核与“威逼人致死罪、应拟杖”者不同。

既经审，无别情，似可免其置议。

本案对关氏及幅儿二人的身份分析说明，妾的地位虽然比妻要低，但却远在奴婢之上。在中国古代，受压迫者常常又具有压迫别人的资格。在本案中，妾一方面受妻的压迫，另一方面，又压迫着比其地位更低下的奴婢。关于妾的身份等问题，可参见瞿同祖《中国法律与中国社会》一书(英文版)第123页；该书在第186页还详细讨论了奴婢及其他处于社会底层的社会群体的身份问题。

## 66·2 嘉庆七年(1802年)奉天司说帖

《刑案汇览》卷三十九，《刑律》

379 盛京刑部咨：汉军旗人杨张氏殴伤雇工王黄氏身死一案。

[17世纪满族人战胜明军、推翻明王朝统治时，曾得到过一些汉族人的支持。清王朝建立之后，这些汉族人则被编入八旗军，号称“汉军八旗”，汉军旗人即属其中成员。像满人八旗军及蒙古人八旗军一样，汉人八旗军多在各关隘、要塞驻防，并享受一些特权。所有的八旗军人，包括汉人八旗军，都世袭从军。到19世纪，这些旗军实际上已毫无战斗力。]

缘杨张氏系原任汉军佐领杨玉珏之妾，生育子嗣。杨玉珏因正妻病故，告知族人，将张氏扶正为妻。张氏用白契典王帽栋夫妇服役，未及三年。[正如我们在第66·1案中所说明的，在清代，如果通过签订契约所购买的服役者在三年之内不能用契约所规定的钱银赎身，那么，该服役者就要沦为奴婢。本案王帽栋夫妇被买服役未满三年，故尚不是奴婢。]

王帽栋之妻黄氏不服管教，出言顶撞。张氏用棍殴伤黄氏两腿等处，殒命。该侍郎以张氏与黄氏已有尊卑名分，张氏以黄氏不服使令、殴责致死，自应照“殴死雇工人”定拟；管张氏系使妾扶正为妻，或照“家长之期亲”定拟；抑或仍照使妾治罪。例无明文，咨请部示。

职等查“扶妾为正”，例无正条。《笺释》注云：妻死以妾为<sup>380</sup>妻，问“不应”，仍改正。

此处所谈“不应”，系指《大清律例·刑律·不应为》律。关于“不应为”律的详细情况，下文将作进一步介绍。关于《笺释》，可参见本书第二章第四节。《笺释》可能是唯一完整保留至今的明代法律私家释著。上文所引，载于王肯堂《笺释》第六卷第六页“扶妾为正”条下。根据该规定，正妻在，不得收妾为妻；但若正妻死后，是否可以将妾扶为正妻，该律却未作说明。

是扶妾为妻，本于律拟。[这一看来武断的结论来自上文

所引《笺释》的解释，而直到本案发生的1802年（嘉庆七年），  
《大清律例》仍没有类似内容的正式条文。很明显，在清代，有一大批妾是通过上面所描述的途径而被扶正为妻的。】

惟《服图》内载：嫡子、众子为庶母杖期；庶母、父妾之有子女者，又妾为家长之长子、众子，亦服期年。又，奴婢称家长之子为期亲，[这一说前案已引过，但其出处不明，而且其中相关者的确切身份也不够清楚。]是家长之子为父妾既服期年，则家长之妾亦当在期亲之列。[这是否意味着家长应为其妾服期年？从下文看，似乎答案是肯定的，但根据《服制图》，家长为其妻仅服期年，而妻妾地位有相当差距，这又使上述肯定性答案难以成立。《服制图》规定，妾应为家长服丧三年，而家长则不为妾持任何丧服。]

张氏系杨玉珏生有子嗣之妾，比例参看，应以家长期服亲定拟。已死黄氏又系该氏契典服役，已有管教之责。因黄氏傲慢不服，以理殴打致毙，张氏应照“家长期亲殴雇工人、致死”律，杖一百，徒三年。

杨玉珏违例将张氏扶正为妻，应照“不应重”律，杖八十。  
[该律还规定，不应为而为轻者，笞四十。与杖八十的“不应重”律相对应，可称其为“不应轻”律。前面已经谈到，“不应为”律是清律中一项包容性很强的法律，凡是官府认为应该处罚、而律例又没有明文规定的，都可适用“不应为”律。]系原任佐领，照例纳赎。张氏应更正。[关于允许官吏或原任官吏纳赎，参见布莱斯《大清律例》译本《纳赎图》。根据这一位于《大清律例》开头的《纳赎图》，赎杖八十之刑，应纳银四两。]

奉批：所议平允，交司照办。

本案与第66·1案都是有关妾殴打使女致其死亡的案件。但除  
382 此之外，两案的情况却多有区别。第一，在第66·1案中，案犯关氏

虽因张得荣之正妻在原籍，而由关氏在张得荣身边执管家庭，但关氏仍保留其“妾”的身份；而在本案中，案犯张氏已被其夫扶正为妻，并已为其夫杨玉珏生有子嗣。第二，在第66.1案中，契买使女幅儿在主人家服役已过三年的回赎期限，故已正式沦为奴婢；而在本案中，受害者黄氏被契买仍不过三年，故并不作正式奴婢看待。第三，在第66.1案中，受害者幅儿因遭受关氏殴责而气忿投井自杀；在本案中，受害者则直接死于张氏的殴打之中。所有这些区别，也导致对两案判决的不同。第66.1案中案犯关氏虽然仍具有“妾”的身份（而且根据案件记录，关氏不曾为其主人生育子嗣），但却判决免于刑事处罚。而在本案中，案犯张氏虽已获得“扶正为妻”的身份，而且已为其主人生育子嗣，但仍被刑部判处杖一百、徒三年的刑罚，并将张氏之身份仍降为“妾”。

## 67. 妻妾殴夫<sup>⑩</sup>

### 67·1 道光六年(1826年)说帖

《刑案汇览》卷四十，《刑律》

河抚题：云大小扎伤林李氏身死一案。

查：夫逃亡三年不还，例准告官给照，别行改嫁。至夫因犯罪发配，久无音信，应否准其改嫁，例无明文。

383

此案：云大小于嘉庆十四年(1809年)因鸡奸陈石头未成、发遣黑龙江。[《大清律例·刑律·犯奸》律规定：鸡奸未成者，杖一百，流三千里。]杳无信息回家。十八年间(1813年)，伊父云士安因岁歉家贫，该犯存亡未卜，将媳李氏改嫁。云大小恭逢二十五年(1820年)大赦，释回。询知妻经嫁卖。该犯仍想寻回完聚。后该犯遇见李氏，诱令同回。李氏复以被翁嫁卖，碍难再归。该犯复乘夜往寻李氏，囑其跟随逃走。李氏不从，并责其发遣后杳无信息之非。云大小气忿辱骂，用刀将李氏扎伤、身死。

查：李氏虽系该犯之妻，该犯犯事发配，亦非逃亡可比。惟时越五年，杳无信息回家，即与逃亡不还情节相仿。伊父云士安因岁歉家贫，且该犯存亡未卜，将李氏改嫁，均属情非得已。云士安律得主婚。既经云士安主婚改嫁，李氏与云大小已无名分，恩义可言。

该抚将云大小依“凡人斗杀”律拟绞监候，尚属允协，应请照覆。

撇开因云士安主婚别嫁、导致云大小与李氏原婚姻关系消灭这一点不考虑，云大小殴死李氏所得处罚——绞监候——与丈夫殴死妻子应得处罚完全一样。这一判决很值得注意，因为同一条法律还规定，如果丈夫只是严重地伤害而不是杀死其妻，他要受到的处罚就不是死刑，而是减二等的刑罚，而上面两种情况罪犯都要被判死刑（哪怕加上“监候”二字），恐怕是“以命抵命”这一古老观念的具体体现。

## 68. 同姓亲属相殴<sup>②</sup>

### 68·1 道光八年（1828年）说帖

《刑案汇览》卷四十，《刑律》

东抚咨：外结徒犯内刘虎臣殴伤无服族婶刘郑氏成废一案。

查：刘郑氏系刘虎臣无服族婶。刘虎臣将其殴伤成废，系卑幼犯尊长，自应照“同姓亲属相殴、卑幼犯尊长加一等”之律问拟。

该省将刘虎臣依“凡殴、伤人成废”律，拟以满徒，系属错误。[其错误显然在于未考虑到案犯刘虎臣与受害人刘郑氏之间虽属五服之外，但仍存在一定的亲属关系]应改依“折跌人

肢体、成废、满徒”律上加一等，杖一百，流三千里。仍令专咨报部。

满徒(即徒三年)刑加一等，应为流刑中最轻一等，即杖一百、流二千里。但本案判决由满徒刑上加一等，却加至普通流刑最重一等：杖一百、流三千里。这一加刑计算方式显然与正常的加刑方式不相吻合。对于这一违反常规的计算方法，很难作出令人信服的解释。在加刑计算方式上与本案类似的，还有第103.1案。另外，关于加刑的正常计算方式，可参见本书第三章、第九节。

## 69. 殴大功以下尊长

### 69.1 道光六年(1826年)说帖

#### 《刑案汇览》卷四十一，《刑律》

广西抚咨：闭启彰因期亲胞弟闭启平行窃为匪，主使小功服侄闭见广、闭秀菁帮同捆缚，将闭启平沉塘溺毙。可否将该犯等照律拟罪，随案夹签声明之处，咨请部示。

闭见广、闭秀菁二人是闭启彰堂兄弟的儿子。按《服制图》，闭见广、闭秀菁与闭启彰、闭启平是小功亲。根据《大清律例·刑律·殴大功以下尊长》律，闭见广、闭秀菁杀死小功尊长，若没有其他可减轻刑罚的法定情节的话，应处斩监候刑。

查：造于尊长吓逼，勉从下手、殴死功服尊属，律得减等拟 386 流。殴死期亲尊长，准予夹签。谋溺固较听从下手殴打为重。  
〔《大清律例·刑律·谋杀人》律规定：谋杀人者，处斩监候刑；而《大清律例·刑律·威力制缚人》律则规定：受自他人逼迫而杀死人，减主使人一等处罚，也就是说，如果是谋杀人，主使人

处刑斩监候，而受逼迫下手者，则处流刑。]惟同一被逼勉从究与无故干犯者有间。

闭见广等被闭启彭吓逼，将闭启平抬至塘边，共推落入水。系由闭启彭下手，该犯等并未加功，与有心谋杀尊长者迥然不同，自应照本律问拟，骈首以重伦常。[此处所指“伦常”，在中国，常指五种主要的社会关系，即：父与子（也包括其他各种尊亲属与卑亲属），兄与弟，夫与妻，君与臣，朋友之间。俗称“五常”。]仍援例夹签声明，以示矜恤。应令该抚查照办理。

本案再次说明在中国，尊长对卑幼的特权以及优越地位。当然，如果在本案中两名卑幼拒绝其叔叔闭启彭的要求而不参与溺死闭启平的行动，那么，两名卑幼在本案中就不会承担任何法律责任，同样，尊长相对于卑幼的优越地位也就无法体现。在这份说帖中，没有提到对本案主犯闭启彭作何种处理。据“殴期亲尊长”律，  
387 闭启彭若是故意杀死闭启平（非预谋），应处刑绞监候。但根据案情分析，闭启彭杀死闭启平的行为，似乎有预谋情节；如果预谋情节确实存在，那么，对闭启彭则应以谋杀人定罪，处刑斩监候。

## 70. 殴期亲尊长

### 70.1 乾隆三年（1738年）案

《刑案汇览》卷四十二，《刑律》

直督题：李昌先自跌伤后，被胞弟李茂殴伤。旋因跌伤，抽风身死。将李茂加等拟流，咨部。[根据《服制图》，弟弟是哥哥的期亲；“殴期亲尊长”律规定：弟殴伤兄，杖一百、徒三年。]以是否实系跌伤、有无证据，驳令讯。

兹据该督疏称：复审，李昌因恨李茂不给豆石花费，乘醉

携刀寻闹，由粪堆爬墙入内。因失手倒栽墙下石上，磕伤聪明偏右。李茂奔告胞叔李淑斌，赶到目击劝解。追后，李淑斌又因其头带血痕，用布包裹。则实系跌伤，有据。且验尸时，于墙下查验石块，血迹相符，更为跌伤确据。  
388

至李昌已将弟家铁锅打破。李淑斌趋至喝阻，不听。复持刀逞凶，向扎。李淑斌喝令李茂殴打、夺刀。李茂用拳殴其左右肋，不能夺刀。复棍殴腰肋，倒地，始将刀夺下。

李淑斌代为包裹，送回。李昌将包布揭开，伤处进风，越八日抽风殒命。则李昌聪明实系自行跌伤，死由抽风，毫无疑义。

但李茂殴伤李昌左右肋，虽系伊叔教令，伤非致命，实属有干伦纪。[见第69.1案关于“伦常”的说明。此处所指“伦纪”，是指“五常”之一：兄弟关系。]应仍照原拟。

应如所题。李茂合依“弟殴胞兄、伤者，杖一百、徒三年”律，量加一等，杖一百、流二千里。

在这里，刑部判决李茂在法定刑上加一等处罚，但却与其他一些案件判决一样，未使用“比照”一词。显然，这仍是适用法律方面的一个疏忽。至于为何对案犯李茂加重处罚，其理由也许是因为受害者最终死亡，虽然其死亡的直接原因是由于其自伤。本案判决未对李淑斌作出任何处理，可能是由于李淑斌是被害者的尊长，而且在殴打李昌的案件中，李淑斌只是教令李茂下手，自己并未实际参与殴打。因此，李淑斌在本案中可不承担任何法律责任。在第69.1案中，两名卑亲属将一名远房叔叔致死，因而受到较法定刑减一等的处罚，其减刑理由是其行为受自另一名远房叔叔的指使。而在本案中（本案发生时间约早于第69·1案一个世纪），面对酒醉持刀行凶的兄长，其弟弟在胞叔指使之下，为夺刀而将其兄殴伤。虽然所伤并非致命，但最后判决却将作为案犯的弟弟较法定刑加一  
389

等处罚。

## 71. 殴祖父母父母<sup>②1</sup>

### 71.1 道光六年(1826年)奉天司说帖

#### 《刑案汇览》卷四十四，《刑律》

吉林将军咨：王起活埋伊子王潮栋，身死一案。

查律载：子孙违犯教令而父母非殴杀者，杖一百，故杀者（无违犯教令之罪为故杀），杖六十，徒一年。其子孙殴骂祖父母、父母，而（父母因其有罪）殴杀之，勿论。

390 《笺释》谓：殴骂祖父母、父母，子孙先有应死之罪，故勿论。

至父故杀子，虽律应拟徒，而注内专以“无违犯教令之罪为故杀”，则凡有违犯教令之罪者，虽故杀，亦止应照“非理殴杀”律，科以满杖。若殴死詈骂父母之子，自未便照违犯教令之子，转为加重。

此案：王起之长子王潮栋，因恨弟王潮相不肯借钱，持刀赶砍。王起闻知，将王潮栋拉回，缚其两手，向其斥骂。王潮栋回骂。王起气忿莫遏，将王潮栋活埋身死。

虽系故杀，惟王潮栋系詈骂伊父，罪犯应死之人。与“故杀并未违犯教令之子”不同，亦与“非理殴杀违犯教令之子”有间。该将军将王起照律拟杖，殊未平允。应改予勿论，以符律意。

391 至王潮相迫于父命，帮同活埋胞兄致死，应俟缉获到案，审明属实，再行按律定拟。夹签声请。

根据《大清律例·刑律·殴期亲尊长》律，弟弟杀死哥哥，应处斩刑；该律所附官注补充说明：在杀死哥哥的案件中，弟弟不论是首犯还是从犯，都处斩刑。同一条律所附条例则规定：哥哥殴骂父

亲，致父亲喝令年龄较小的儿子、即凶犯的弟弟殴死其哥哥，对该弟弟的处罚应据律判处斩刑；但同时将案件上报皇帝，请求减轻刑罚，一般皆可减死刑一等，改判杖一百、流三千里。这一条例是根据1800年（嘉庆五年）的一个案子制订的。

## 71.2 道光六年（1826年）说帖

### 《刑案汇览》卷四十四，《刑律》

东抚咨：孔传礼杀死被人奸拐之女儿孔氏一案。

查律载：子孙违犯教令、父非理殴杀者，杖一百。又，例载：尊长杀死罪不至死之卑幼，果因玷辱祖宗起见，忿激致毙者，无论谋、故，为首之尊长悉按服制，于殴杀卑幼本律上减一等；下手之尊长依“余人”律，杖一百。

见波莱斯《大清律例》译本《刑律·殴期亲尊长》条例。<sup>392</sup>该例所规定的刑罚重至绞监候（例如，故杀大功弟妹），而轻者则不予处罚（过失杀）。刑部在此援引了关于卑幼因玷辱祖宗而被杀的条例，但却忽略了该条例所限定的重要条件，即：该卑幼必须“果系积贯匪徒，怙恶不悛，人所共知，确有证据。”

是父母殴杀子女、拟以满杖之律，系指非理殴杀而言。因玷辱祖宗起见，杀死罪不至死之卑幼、减等之律，系指期、功以下尊长杀死卑幼而言。若死系淫乱子女，则其罪重于“违犯教令”；其被父母殴毙，自不得谓之非理。亦非期、功以下尊长杀死玷辱祖宗之卑幼可比。

检查嘉庆二十五年（1820年）河南省咨：刘玉林勒死犯奸之女，声明因女无耻，忿激致毙，应毋庸议。又：赵中元勒死犯奸之女，声明免议。各在案。

此案：孔传礼因女孔氏与周广通奸，乘间同逃。经伊子孔继昌找获。[孔继昌为孔氏之哥哥]因丑陋忍。嗣孔氏因夫家贫

苦逃出，央人找主改嫁。孔传礼闻知，因孔氏玷辱祖宗，气忿，逼令伊子孔继昌将孔氏砍毙。

该省将周广依“和诱”拟军，[相关的一条例规定，如果被诱的妇女并不情愿，则案犯要被处绞监候，而不像这里的“和诱”，只处流四千里充军。]孔继昌依“下手之尊长”拟杖，均属照例办理。

本案兄听从父亲指使而将其妹致死，仅处刑杖一百。在第71.1案中，弟听从父亲指使而将其兄致死（该犯在逃，若被抓获），根据规定，应自法定刑斩刑量减一等，杖一百、流三千里。这里的不同判决，与其说是由于其性别的不同，还不如说是由于其年龄的不同。根据“殴期亲尊长”律，弟妹杀死兄姐，处斩刑；兄姐杀死弟妹，仅处杖一百、徒三年刑（若兄姐仅是从犯，则对其处罚为杖一百）。由此可见，兄弟姐妹之间的殴杀行为，其应负的法律责任并不因为其性别的不同而有所区别。

惟孔传礼因女淫荡、玷辱祖宗，忿激起意，逼令伊子将女杀死。与“父母非理殴杀子女者”不同。该省将孔传礼依“尊长因玷辱祖宗、忿激致毙卑幼”例，减等拟杖，系属错误，应即更正。

594

很显然，刑部的意见是应免除对孔传礼的处罚（在第1.1案及第71.1案中，与被害者之死有直接关系的父亲也同样被免予处罚。）《大清律例》中，涉及父母杀死子女的条文，仅有两条律和一条例。第一，《刑律·殴祖父母父母》律内规定：子女违犯教令、父母非理殴杀者，杖一百；若子女并未违犯教令，而被父母故杀者，杖六十，徒一年。第二，子女殴骂父母、因而被杀；子女违犯教令，而父母依法决罚，致子女死亡；父母过失杀死子女者。以上三种情况，父母均免

予处罚。第三，母亲犯奸、因惧奸情泄漏而杀死子女者，处斩监候。

## 72. 父祖被殴②

### 72.1 嘉庆二十年(1815年)奉天司案

#### 《刑案汇览》卷四十四，《刑律》

盛京刑部题：陆春与伊子陆全海、民人王和，因贾二、贾四、贾五、贾士义父子四人寻殴，陆春将贾二、贾四殴伤身死，贾五将陆春殴死，陆全海与王和将贾五、贾士义弟兄殴死，系一家二命。395

按例，将陆全海拟绞立决。〔大清律例·刑律·杀一家三人〕律规定：一次杀死一家之内的二人，绞立决。同律还规定：若杀死一家内的二人的行为，系一人所谋、一人所为，则该人应斩立决。〕

声明：贾五系殴毙伊父之人，与“无故逞凶、连毙二命者”有间。恭候欽定。

奉旨：九卿定拟，具奏。经本部会议，量减为绞监候。

《大清律例·刑律·父祖被殴》律规定：祖父母、父母被别人殴打，子孙上前救护而殴打行凶之人，若因此而将行凶之人打伤，按普通“斗殴”律减三等处理；若因此而将行凶之人打死，按普通“斗殴、致死人”律处理，即绞监候。在这种明显具有减轻情节的情况下，对案犯仍按常律处理，定为死刑。这从另一方面反映了中国古代社会占有重要地位的“以命抵命”的观念。396

王和将贾四、贾五殴伤，不致命而伤轻，仍依“共殴、余人”律，拟杖一百。

## 72.2 嘉庆十七年(1812年)说帖

### 《刑案汇览》卷四十四，《刑律》

苏抚题：浦用生殴伤张九临身死一案。

查：祖父母、父母、夫被殴，其子孙与妻情切救护，例准减等，并无因兄被殴，其弟救护情切、殴人致死，准予减等之文。

此案：浦用生因胞兄浦四宝被张九临拖跌倒地、骑坐其身、举拳欲殴，该犯瞥见，情急，用木机殴伤其左耳根，殒命。

查：浦用生情切护兄、殴人致死，例内既无减等明文。该犯虽年仅十二岁，死者亦非恃长欺侮。自应仍照斗杀本律科断。

该省将该犯依“斗杀”律，拟绞监候，与律相符，应请照覆。

根据《大清律例·名例·老幼废疾收赎》律，年龄在十一至十五岁之间的少年犯流刑以下罪者，可纳赎金以代替应得的刑罚；但若犯死罪，则不得以赎金代替刑罚（显然，罪犯若不足十一岁，可免除刑罚）。该律还规定：年龄在十一至十五岁之间、因受年龄长其四岁以上者的辱骂、因而将其杀死者，按普通殴杀律定罪量

397 刑，但同时应奏报皇帝，请求宽大处理（注意：这只是请求对所奏报案件的减刑处理，而不是要求完全宽免。参见第7·1案）。本案判决中，刑部强调“死者亦非恃长欺侮”，即是说明本案不适用上述死者年长凶犯四岁、奏报皇帝应宽大处理的法律。但从刑部所称“死者亦非恃长欺侮”这句话本身，很难确定究竟是死者并不比凶犯年长四岁，或者是死者并未欺侮凶手。

就本案而言，如果刑部主张对年仅十二岁的案犯浦用生给以轻于绞监候刑的处罚，那么，完全可以比照“子孙与妻因祖父母、父母被殴、情切救护”律，于绞监候刑上减等处理。但实际上，在本案

说帖一开头，刑部就否决了这一做法。相反，刑部强调原律中并没有“弟因兄被殴、情切救护、殴人致死、减等处理”的规定。在这里，刑部的想法可以借一条西方有关法律解释的原则来表达：“明示此物，则排斥彼物。”(The expression of one thing is the exclusion of another.)也就是说，刑部相信，法律规定子孙及妻因救护父祖及夫而致人命者可奏请减等处理时，没有说弟救兄可作同等对待，乃是立法者有意为之。否则，法律会明确在其中列举出兄弟这一组关系的。详见本书第三部分“法律解释”，注⑤。

## 73. 骂制使及本管长官

### 73·1 光绪七年(1881年)案

《新增刑案汇览》卷十二，《刑律》

刑部奏：已革防御多福[满族?]先因刁难情节，本无冤抑，复以不干己事辄至该管大臣寓所，藉端求见、申诉，不复拦阻。<sup>398</sup> 咆哮、凶横，实属意存挟制。

惟寓所究与衙门有间，自应比例量减问拟。多福应比照“刁徒直入衙门、挟制官吏、拟军”例上量减一等，拟杖一百、徒三年。系职官，从重，发往军台效力赎罪。

从上述文字记载中，看不出本案的原发生地为何处，因此可以推论它可能即发生于北京。虽然本案列于“骂制使及本管长官”名下，但对本案处理却适用了另外一条与本节毫无关系的例（该例属于“越诉”节），可能是因为刑部认为按照“骂制使及本管长官”律对被告处以杖一百之刑为过于宽纵，而适用“刁徒直入衙门”例对被告处以杖一百、徒三年之刑则更为合适。从该例中未加修饰的生动语言来看，它最初一定出自某一具体案件的判决（参见本书第二章第三节的结尾部分）。该例以这样的文字开头：“在外[指在首都

之外]刁徒身背黄袱、头插黄旗、口称奏诉，直入衙门、挟制官吏者……”（黄色是申诉的标记，附于文件之上即表示提交给上级机关）。该例接着规定：对于上述刁徒所提诉讼请求，应进行调查。若确实是其本人有冤情，则按照正常的诉讼程序处理；但其本人仍得  
399 因其不符合规定的越诉行为而受到“不应重”律处罚（杖八十）。若其本人并无冤情，则将其本人及其背后的主使、教唆之人一同发近边充军。

## 74. 佐职统属骂长官

### 74·1 光绪七年（1881年）案

《新增刑案汇览》卷十二，《刑律》

东抚奏：已革同知谌渠模投递匿名书函，委因痰疾妄作。

查律载：奉制命出使而官吏骂之者，杖一百。此案：已革同知谌渠模因患痰迷，妄作书函，误遣马夫周顺赴臣署投递。虽由病狂所致，事出无心，亦非告言人罪，惟无端作书、谩骂上司，事后悔惧、欲行谒见辨诉，又在官厅与巡捕官高声喧闹，究属不合，自应按律问拟。

同知谌渠模合依“奉制命出使而官吏骂之者，杖一百”律，拟杖一百；业已奏参革职，应毋庸议。

《大清律例·刑律·佐职统属骂长官》律规定：下级官吏骂长官，  
给予笞三十至杖八十的不同处罚（具体处罚的确定，依据骂者与  
400 被骂者双方的官阶而定）。本案在分类上虽列于“佐职统属骂长官”  
名下，但在实际的审判中，又依据另一条“骂制使及本管长官”律，  
对被告处以杖一百之刑（普通民众骂本属知府、知州、知县等犯罪，  
亦适用该律）。对于同一案件来说，为什么名列于此条法律之下，  
但判决时又依据另一条法律，其原因不得而知。据我们推测，当时

刑部可能是基于以下两点考虑：第一，“骂制使及本管长官”律中使用了含义不甚明确的“上司”一词，因而扩大了该律的适用范围；与其相比，“佐职统属骂长官”律仅适用于直接上司，其范围要小得多；因此刑部认为适用前者更为贴切；第二，前者允许对罪犯处以杖一百之刑，而后者则限于杖八十。但在案情本身看，被骂者是否“奉制命出使”者，并未作专门说明，因此，适用该律似应比照适用更为妥当。

## 75. 投匿名文书告人罪

### 75·1 嘉庆二十三年(1818年)通行已纂例

《刑案汇览》卷四十六，《刑律》

嘉庆二十三年四月十二日奉上谕：匿名揭告，最为人心、风俗之害。其意本因挟有私嫌、借图侵害。一经查办，不特所告之人枉受污蔑，并波及案外之人，酷遭拖累。以无名之罪语令官司，荼毒平人，而阴谋者乃袖手旁观，以快其私忿。其险恶之情，甚于鬼蜮。

律载：投匿名文书、告言入罪者，绞（监候）；见者即使烧毁，若将送入官者，杖八十；官司受而为理者，杖一百；被告者虽实，不坐。[该律后来还补充规定：发现并拘获投匿名文书告人罪者，赏银十两。]

立法至为明切。嗣后凡拾获匿名揭帖者，著即将原帖销毁，不准具奏。惟关系国家重大事务者，密行奏闻，候旨密办。钦此。[最后这一句才是这道上谕中最重要的部分。]

### 75·2 道光九年(1829年)邸抄

《刑案汇览》卷四十六，《刑律》

道光九年四月十六日奉上谕：“松筠（蒙古族人，职总兵）

奏‘拾获匿名揭帖、因关系通省政治、官方据实密奏’一折。匿名揭帖，最为风俗、人心之害。曾奉皇考仁宗睿皇帝谕旨：‘有拾获者、即行销毁、不准具奏’。[见第75·1案]茲松筠因揭帖有指控该省大吏，不敢不密行陈奏。

折内已将定例声明，尚无不合。惟掲控各款如果属实，何不出名呈控？逞此鬼蜮伎俩，正为可恶。

道光皇帝所指“定例”即上文所提到的嘉庆皇帝上谕。该上谕全文可参见第75·1案。嘉庆皇帝该上谕发布于1818年5月16日（即嘉庆二十三年四月十二日），1821年（嘉庆二十六年），该上谕正式被编成条例，列于《大清律例》之中。

著将所拾揭帖发交松筠，即行烧毁。嗣后凡有拾获匿名揭帖者，仍照定例，将原帖销毁，不准率行入奏，致干例议。钦此。[发布本上谕的是道光皇帝，他是嘉庆皇帝的继承人。]

### 75·3 道光二年（1822年）案

#### 《刑案汇览》卷四十六，《刑律》

川督咨：李华林系刑房贴写，因出外闲荡，被经承张占魁稟明斥革。辄怀恨桀骜泄忿，即窃取卷宗，捏写匿名呈词，装封投递。嗣因闻拿，投首。应依“匿名揭告、绞罪”上减一等，拟以满流。

绞罪减一等、拟满流，即杖一百、流三千里。本案对案犯依法减一等处罚，所依据的情节为该犯“闻拿投首”。《大清律例》规定：罪犯得知将被官府捉拿、而主动向官府投案，照本律减一等处罚。参见第8·1案。

## 76. 诬告

### 76·1 嘉庆十六年(1811年)说帖

《刑案汇览》卷四十六，《刑律》

东抚题：滕全经图脱子罪、妄行控诉，致被杀之姜安周尸遭蒸检一案。[如果尸体高度腐烂，且该人被杀行为又尚未查清，为查证尸体伤口情况，可将醋倒在燃烧的炭火之中，再将尸体放在由炭火蒸腾起的醋气之中。尸体经醋气熏蒸，其伤口即显露出。参见《洗冤录》，该书是13世纪产生于中国的一部著名法医学著作。本案所称“蒸检”，即是指对尸体进行上述醋气熏蒸以检验尸伤。]

查：滕全经之子滕庆长图财，谋杀姜安周，身死；捏称姜安周自行失跌致死，狡供不承。该犯图脱子罪，捏供妄诉，致姜安周尸遭蒸检。403

律例内并无作何治罪明文。该省以检验尸身、洗剥之惨与残毁相同，将滕全经比照“残毁他人死尸”律，拟流[三千里]。

情罪尚属相符。且该省曾有办过“畏罪狡供、致尸遭蒸检、比照残毁死尸问拟”成案，只可照覆。[此处所说该省原办的成案，未收入《刑案汇览》。本案判决后来成为编纂相关条例的重要参考。并转而成为十二年后一项判决的依据。见下案。]

### 76·2 道光三年(1823年)案

《刑案汇览》卷四十六，《刑律》

云抚题：李宜皓砍伤何遇荣身死，应依斗杀绞候。犯父季换彩图脱子罪，诬执何遇荣系自缢身死。致尸遭蒸检。

该省将李焕彩照“诬告人命、审无挟仇、止以误执伤痕蒸检”者，发近边充军。〔在这一类指控里，没有人被控实施杀害行为，但尸体检验却是否定的。此处所引是原条例的后半部分，而布莱斯的《大清律例》译本仅载有该例的前半部。根据该例前半部分的规定，为报仇而诬告人命案件，致尸体被熏蒸检验者，绞监候。该例文几乎完全取自前一案例的处理意见。〕该犯年逾七十，照例收赎。〔大清律例·名刑·老幼废疾收赎》律规定：罪犯年满七十，被判处流刑以下刑罚者，可交纳赎金，替代刑罚；但因某些重罪——例如谋反——而受株连者，不得收赎。据《大清律例·收赎图》，军流刑收赎应交纳银两四钱五分。〕

其子李宜皑亲老丁单之处，毋庸取结查办。〔参见《大清律例·名例·犯罪存留养亲》及本书第5·1、第5·2案。〕本部以例内并无“父子同案犯罪、其父年老收赎、其子不准留养”之文，李焕彩应准其收赎；李宜皑仍于秋审时取结核办。〔刑部的处理意见并未说明应对李宜皑给以何种处理，但从其字里行间可以看到，尽管法律并未规定犯罪存留养亲为符合法定条件的罪犯当然享有的特权（是否准予存留养亲，最终需要上报皇帝，由皇帝确定是否准许），但刑部仍主张准予李宜皑存留养亲。〕

### 76·3 道光元年(1821年)案

#### 《刑案汇览》卷四十六，《刑律》

405

晋抚奏：王本忠于伊子与杜锁子赌博输钱，被逼自行投崖身死，辄心疑杜锁子殴毙，赴京控告，致尸遭蒸检。

惟讯系怀疑所致，与凭空诬告不同。应于“诬告人命、致蒸检卑幼尸身”，照“诬告人死罪、未决”律，量减一等，拟杖一百，总徒四年。

“总徒四年”刑在司法实践中极少运用。参见本书第三章第四节。在本案中，照“诬告人死罪、未决”律，王本忠应处刑杖一百、流三千里，加服苦役三年；“量减一等”，代之以较轻的“总徒四年”刑。另外，本案判决“量减一等”，严格地说，应是“比照”原律，但判决行文用“照”，仍似不妥。

## 77. 干名犯义

### 77·1 道光三年(1823年)说帖

《刑案汇览》卷四十八，《刑律》

东抚咨：张志谦诬告胞兄张慷慨蠹害民情一案。

查律载：告期亲尊长，虽得实，杖一百；被告期亲尊长同自首，免罪；若诬告罪重者，加所诬罪三等。注云：谓止依凡人诬告罪加三等，便不失于轻矣。<sup>408</sup>

根据法律规定，卑幼告期亲尊长，不论所告是否属实，卑幼皆得杖一百（至于其他服制的亲属关系中，若卑幼告尊长，要受到自杖七十至徒三年不等的刑罚）；但若所告不属实，且其罪重于杖一百，那么，就不能仅对诬告者处杖一百之刑，而应在所诬罪上加三等处罚。例如，卑幼诬告尊长犯有应处徒一年刑的罪，对诬告者在徒一年刑上加三等，应处刑徒二年半。根据律注的解释，对诬告者加刑三等，但有个最高界限，即不得加入于死刑，换句话说，也就是对诬告者加三等处理，最高刑不得超过流三千里。另外，若诬告他人军流刑罪，对诬告者的处理也仅限于军流刑，而不再加刑。

又，诬告充军，照所诬地里远近，抵充军。诚以告期亲尊长得实，被告之尊长得同自首免罪，故所诬重者，亦止依凡人

加所诬罪三等。所谓“依凡人加诬告罪三等”者，如凡人诬告徒一年，加所诬罪三等，亦只坐二年半。并非于凡人诬告加等之上再加三等也。律称“加者，罪止杖一百、流三千里”，故诬告人流、徒，加罪至满流为止。至诬告人充军，则其反坐之罪已逾满流，而于律无可再加，故止抵充军役，内亦兼包罪止之义。在凡人诬告充军，按律不应加等，既止抵充军役，则诬告期亲尊长，亦止抵充军役，不应再于军罪上复加三等。

此案，张志谦以伊兄张愫棍害民等情具控。如果得实，张愫应照“棍徒扰害、拟军”。今审系虚诬。依律反坐，应将张志谦抵充军役。

该抚以张愫系该犯胞兄，于充军役上加罪三等，将张志谦发遣新疆当差。系属错误，应即依律更正。

本案涉及较为复杂的加刑计算方法。中文原本中，对于加刑的计算，还有更为详细的记述。在译成英文时，为简明起见，将一些无关紧要叙述作了删节。

## 77·2 嘉庆二十一年(1816年)案 《刑案汇览》卷四十八，《刑律》

安抚咨：宋潜挟嫌诬告大功服兄宋实颖、宋如梁跨籍蒙捐。〔在清代，民众欲入仕为官，必须通过逐级考试；而首先必须在其出生地所在州县通过初级考试。另一方面，民众又可在出生地向政府交纳一定的钱银，捐买一定的官职（19世纪时，作为中国政府的弊政之一，就是政府出卖官职；在当时，主要是为了解决政府的财政危机）。显然，本案宋潜所诬告其大功服兄的罪，就是后者未根据规定在其出生地捐买官职，而是跑到其他地方捐买。〕

致宋实颖等俱被讼累，抱忿成病。均系抬回，在家病故。

惟诬告大功服兄，并纠众登门寻闹，复自装伤捏控。实与“棍徒扰害”无异。将宋潜照“棍徒扰害”例，拟罪。〔本案判决，没有依照“卑幼诬告尊长”律，而是依照“棍徒扰害”例。其原因可能是因为后者所规定的处罚更重些。〕

## 78. 子孙违犯教令

409

### 78·1 嘉庆二十一年(1816年)案

《刑案汇览》卷四十九，《刑律》

川督咨：陈育美因向彭宗明借钱不遂，将伊父尸棺抬至彭宗明宅后埋葬。彭宗明不依，控告。致伊母陈黄氏畏累自戕身死。

该犯虽非犯奸、盜。惟伊母之死，究由该犯与彭宗明涉讼所致。〔《大清律例·刑律·子孙违犯教令》规定：子孙由奸、盜行为而导致其父母、祖父母自杀身亡者，处绞立决刑。这里所说的“奸”是指强奸、通奸、鸡奸或其他各种不适当的性行为。〕

将陈育美比照“子贫、不能养赡、致父母自缢”例，满流。

原例所称“子贫”，暗示是由于其懒惰等原因所造成，而不是由于“情势所迫”。但在本案及以下三个案例中，该条例却被比照适用于全不相同的事例之中。纵然比照而非直接适用律例使法律的适用范围大为扩增，但要使上引条例能够适用于本案和以下三案极不相同的情况，仍然令人费解。答案在于1762年(乾隆二十七年)刑部编订、并经皇帝御准的一则“通行”。该则通行是本案判决及以下三个案件判决的依据。(该通行本身并不是正式的例，而仅仅是一项命令。在《大清律例·刑律·子孙违犯教令》律例正文中，未收入该通行，但在有“上注”的官方刊刻的《大清律例》版本中，该通行则被列入“子孙违犯教令”律的上注中。)

410

当时之所以要编定该通行，是因为有人批评“子孙违犯教令”律例在处理子孙不孝、导致父母自尽的行为方面，过于拘谨（例如，“子孙违犯教令”律规定，子孙因奸、盗行为而致其父母、祖父母自尽者，处绞立决刑。但对由于其他各种犯罪而致其父母、祖父母自尽的行为，则未规定）。为此，该通行规定：第一，儿子日常品行端正，因一时失误，犯有相关律例所列罪行之外的罪行，并导致其父母自杀身亡的，比照“子贫、不能养赡、致父母自缢”例，处流刑；本案及以下三案的处理，即以这一条例为依据。第二，儿子素行不轨，犯斗殴、赌博、诈伪等罪，因而导致父母自尽者，照“子孙不孝、致父母、祖父母自尽”例，处斩监候刑。1762年编定此条“通行”，似乎可以说明政府的这样一种意图——子女的任何行为，只要它们被认为对于父母具有伤害性，或者对于父母的权威形成威胁，都应受到法律的严厉处罚。

### 78·2 嘉庆二十五年(1820年)案

《刑案汇览》卷四十九，《刑律》

苏抚咨：鞠得里平日并无违犯情事。因殴伤伊嫂，致母顾氏虑其问罪，情急、轻生。

411 将鞠得里比照“子贫、不能养赡、致父母自缢”例，满流[三千里]。

### 78·3 嘉庆二十五年(1820年)案

《刑案汇览》卷四十九，《刑律》

晋抚咨：李文青因欲贩煤渔利，将地出租。伊母李古氏恐不能赚钱，致无食用，愁急自尽。应比照“子贫、不能养赡、致父母自缢”例，满流。

## 78·4 道光十一年(1831年)说帖 《刑案汇览》卷四十九，《刑律》

广东司：此案，黄馨周因夤夜至邻人韦琼超家，向其妻韦黄氏讨火。适韦琼超外归撞见，心疑黄馨周与其妻有奸，当向喝问。黄馨周分辩。韦琼超赶入伊家嚷骂。黄馨周之母黄梁氏理论。韦琼超斥其袒护，用手扭住黄梁氏胸衣、推搡。黄梁氏喊救，黄馨周情急用刀戳伤韦琼超肚腹。韦琼超欲控，黄馨周逃避。黄梁氏虑及到官受累，投缳殒命。韦琼超伤经平复。

该抚将黄馨周比照“父母教令子犯奸、盗后，因畏罪发觉、<sup>412</sup>自尽”例，拟杖一百、徒三年。咨部。

此处广东巡抚所引条例是前文所提及的条例的变体。原条例不是说“父母教令子犯奸、盗”，而是说“子孙违犯教令而犯奸、盗”。值得注意的是，即使在父母的主使之下，其子女从事某种违法行为，而该行为反过来又导致其父母自尽，在这种情况下，子女仍得对其父母的自尽承担刑事责任，受到刑事处罚。广东巡抚在处理本案时，主张给以与“子孙违犯教令、由奸盗行为致父母、祖父母自尽”者相同的处罚。但另一方面，既然给以相同处罚，又使用“比照”一词（刑部对此持反对意见，这在下文可以看到），显然，广东巡抚有他自己的考虑。首先，黄梁氏在受到韦琼超殴打时，呼喊救命，但并没有让黄馨周从事何种违法行为。其次，黄馨周救母情切、刺伤凶犯韦琼超之行为，也不在“子孙违犯教令”律例及相关的“通行”所列的几种犯罪行为之中。最后，黄梁氏之投缳自尽，其直接原因也并非由于黄馨周刺伤韦琼超的行为，而是担心诉讼入官受累。

查：该犯因刃伤人致母畏累自尽，与因奸、因盗致亲自尽

者不同；且该犯之伤人非由伊母教令[黄馨氏只是向黄馨周呼救，并未要他刺伤韦琼超]。自应照“以别事犯案、援照乾隆二十七年（1762年）比例拟流”之通行办理。该抚将黄馨周比照“犯奸之子”例拟徒，殊未允协。黄馨周应比照“子贫、不能养贍、致父母自缢”例，杖一百、流三千里。

事犯到官。在本年正月十二日恩旨以前，不准援减。[《大清律例》末尾专门列出了不适用大赦的1862条犯罪，其中“儿子因贫穷不能赡养父母”罪即列入为第二种。本案判决中，刑部坚持给黄馨周以杖一百、流三里的重罚，令人费解。]

## 79. 教唆词讼

### 79·1 嘉庆二十二年（1817年）案

《刑案汇览》卷四十九，《刑律》

本节所涉及的内容（在本书第六章第四节，我们也对这一问题有所讨论）具有重要的法律心理学意义。从这一节所涉及的法律规定及司法案例，我们可以看到，在法律制度经过两千多年高度发展的中国，人们将法律看作是政府用来自上而下地惩罚那些破坏社会和政治秩序的行为的手段，而不是将其作为维护自身权利、主张个人要求、并排除他人或政府对自身权利的侵犯的工具。在这种观念盛行的中国社会，没有形成国家正式承认的私家法律职业，是不足为奇的。但是，在中国的乡村，仍偶尔可见这类以私人身份从事法律职业的人。他们常常应亲戚、朋友或其他委托人之约，为其提供法律服务，包括书写诉状、提出诉讼请求。他们从事这种法律活动，有时收费，有时则不收费。从这一节我们可以看到，官府将这类私人法律家看作是愚昧、野蛮的乡村农夫中的刁猾者，是为官府制造麻烦的凶徒。在官方的正式文件中，这类私人法律家被鄙称作“讼棍”，而一旦被肯定是讼棍的人，根据《大清律例》

刑律·教唆词讼》律，一律处徒三年之刑。

从本案的处理可以看到，私人法律家若想避免被官府定为讼棍，他只能在关系较近的亲属范围之内，提供法律服务。也就是说，如果私人法律家较亲的亲属涉及诉讼，这时，私人法律家为其书写诉状、提出诉讼请求，将不会被官府看作是讼棍。而超出这种亲属范围之外，为他人提供法律服务，就有可能被定为讼棍而受到惩罚。从第79·2案我们将看到，某私人法律家为他人代写六或七份诉讼，即被定为“讼棍”，而受到刑事制裁。

第79·3案极具有典型性。该案案犯所代写的五份诉状都是关于普通案件的诉状；在代写及提交官府过程中，也没有串通胥吏等错误行为；而且案犯本人已年逾七十，根据法律规定，应享有以钱代罚的权利。但尽管如此，最后对于案犯的处理也仍然很重，与其他同类案犯一样处罚，且不准收赎。在一个教育尚未普及、相当多的人仍处于文盲状态的社会里，真正了解法律、知道如何通过法律程序保护自己合法权益的人是微乎其微的。他们如果涉及诉讼，必然需要借助其他受过教育、了解法律的人，帮助他们准备涉讼的必要法律文书。《大清律例·刑律·教唆词讼》律有这样一款：“其见人愚而不能伸冤，教令得实，及为人书写词状而罪无增减者，勿论。”尽管如此，从本案的处理可以看到，在很多情况下，对于代写诉状、代提诉讼请求等行为，官府所关注的不是所提请求是否符合事实，而是该诉状的书写及诉讼请求的提出，是否由他人代行。

第79·4案所记载的实际上并不是案例，而是嘉庆皇帝的一道上谕。该上谕极其明白地代表了官府对于私人法律家的态度。

河抚奏：夏芳觉因无服族祖夏耀魁受伤害身死，报县缉凶。  
该犯得受尸子夏绍秀银两，顶名尸侄、代控。

讯结后明知案无可疑，必须另缉正犯。该犯复因无渔利，  
添砌情节，唆令夏绍秀京控。

将夏芳觉比照“讼棍拟军”例上，量减一等，满徒。

《大清律例·刑律·教唆词讼》规定，与政府官员串通勾结、挑唆乡民提起诉讼，或以欺诈、威吓手段迫他人提起诉讼，以“讼棍”之罪，发云南、贵州等地充军。

## 79·2 嘉庆十八年(1813年)案

《刑案汇览》卷四十九，《刑律》

安抚咨：外结徒犯陈玉田代张鸣玉书写呈词，诬控孙用遂违例取息。〔《大清律例·户律·违禁取利》规定，借贷取息，年息率不得超过30%；所取利息总量不得超过原本。〕

讯系张鸣玉开略嘱写。惟陈玉田先后为人代作呈词六次。应照“积惯讼棍拟军例”，量减一等，满徒。〔“积惯讼棍拟军例”的具体内容，已在第79·1案作介绍。在第79·1案中，为了对案犯减轻处罚，即改军流刑为徒刑，判决时“比照”原例。显然，运用比照方法是贴切的。但在本案及第79·3案则没有这样做。〕

## 79·3 嘉庆二十五年(1820年)案

《刑案汇览》卷四十九，《刑律》

安抚咨：外结徒犯徐学传代人作词五纸，皆系寻常案件，并无串通胥吏、播弄乡愚、恐吓诈财情弊。

应于“积惯讼棍、军罪”上，量减一等，满徒。

年逾七十，系讼师为害闾阎，不准收赎。

《大清律例·名例·老小废疾收赎》律规定，年满七十、犯流刑或流刑以下罪，可以赎代刑，交纳一定数量的钱银，而免受刑罚。“官注”具体解释说，年满七十、犯军流刑罪，仍可以赎代刑；但若犯死

刑罪，或是谋反等重罪从犯，不得以赎代刑。

#### 79·4 嘉庆二十五年(1820年)通行 《刑案汇览》卷四十九，《刑律》

直隶司：嘉庆二十五年七月初九日奉上谕：御史朱鸿奏“杜构讼之弊以息刁风”一折，所奏甚是。民间讼牍繁多，最为闾阎之患。而无情之词纷纷起诉，则全由于讼棍为之包谋。

此等刁恶之徒陷人取利，造作虚词，捏彻重款。具控者，听其指使，冒昧呈递。审出虚妄，诬告反坐之罪，皆惟控诉之人是问。而彼得置身事外。至被诬之人一经牵涉，业已陷身失业，即幸而审明昭雪，而其家已破。因此伤亡殒命者，更不知凡几。在讼棍，则局外旁观，自鸣得意。种种鬼蜮情形，实堪痛恨。<sup>417</sup>

著通谕直省：审理词讼，各衙门凡遇架词控诉之案，必究其何人怂恿，何人招引，何人为之主谋，何人为之关说。一经讯出，立即严拏、重惩，勿使幸免。

再，地方官于接收呈词时，先讯其呈词是否自作自写。如供认写作出自己手，或核对笔迹，或摘词中文义令其当堂解说。其不能解说者，即向根究讼师姓名。断不准妄称路过卖卜、卖医之人代为书写。勒令供明，立拏讼师到案。将造谋诬控各情节严究得实，一切重罪悉以讼师当之。其被诱具控之人转可量从宽减。

如此探源究诘，使刁徒敛戢。庶讼狱日稀，而善良得以安堵矣。欽此。

## 80. 官吏受财

### 80·1 道光二年(1822年)案

《刑案汇览》卷五十，《刑律》

418

福抚养奏：知县秦友苏与游击许双冠互讦案内之府司狱刘文焕[府是高于县的行政区划；府司狱一般是九品官。]奉委密查，并携带告示到县。既查知秦友苏浮折属实，即应速札贴示。乃羁留数日，始则私向秦友苏将密事泄漏；继复自写私信札，致秦友苏回县相商。核其信内语句，调停说合，隐约其词。是其意图诈骗得财，借以周旋。情弊显然，未便以“诈骗未成、未有定数”仅拟杖责[确切地说是杖一百，枷号一个月]。

应将刘文焕比照“指称规避处分、诈骗未成、议有定数”枷号拟徒例，杖一百，徒三年。系职官，免其枷号。

本案刘文焕敲诈秦友苏，并未明确说明索取钱财多少，而只是用一种较为含混的语言表述了其用意。由此可见，对刘文焕定罪量刑，以“诈骗未成、未有定数”更为妥贴。但刑部却坚持以“诈骗未成、议有定数”罪处罚刘文焕。显然，在刑部看来，以前罪处罚刘犯，量刑太轻，故以后罪判处刘犯杖一百、徒三年。刑部出于实用主义考虑所作的判决在法律上是有问题的。

419

### 80·2 嘉庆二十五年(1820年)案

《刑案汇览》卷五十，《刑律》

浙抚养题：柳张明遗失袜带，陈光余路过拾获。经柳张明查知，令陈光余交还，并斥陈光余偷窃。陈光余不服，争闹。经任世宰以柳张明诬窃、罚令置酒服礼。

柳张明不甘受罚，复添捏失赃，仍以陈光余行窃赴控。经

衙役陈良押带陈光余投审，途户索诈差费。陈光余许给钱文。因无处设措，欲行逃避。陈良尾追。陈光余逃下渡船，情急跳河身死。

将陈良以“蠹役诈骗、毙命”例，拟绞监候。柳张明应照“诬良为窃、捉拿拷打、拟军”例，量减一等，杖一百，徒三年。

本案处理柳张明“量减一等”，但却没有“比照”适用原例。对柳张明虽然只是减一等处罚，但这种减刑处理仍值得深思。因为柳张明毕竟是本案悲剧的制造者。严格地说，对于陈光余的投河毙命，应负主要责任的不是索诈差费的衙役陈良（衙役向被押犯索诈差费，这在清代社会常有发生），而是一再诬陷陈光余的柳张明。<sup>420</sup>透过这个案子，我们看到，本来只是一件微不足道的纠纷，居然演变成一场命案。同时，我们还看到，在经济不发达的社会，常常是为了很少的一点钱物而发生争执，并进而导致暴力事件，甚至致人于死亡。

## 81. 有事以财请求

### 81·1 嘉庆十九年(1814年)案

《刑案汇览》卷五十，《刑律》

云抚题：张小许因伊弟将夏汝香殴死，听从母命，顶凶认罪，已经成招。

该犯系同案之人，例应减正犯罪一等，拟流。[斗殴杀人，处绞监候刑；量减一等，则流三千里。此处所引条例对于顶凶认罪之犯，区别是否亲属、是否受贿、已成招或未成招、因而能或不能使真正的凶犯免受处罚等情节，给予不同的处罚。]

第系迫于母命代弟顶认，与常人受贿顶凶者有间。应于流罪上量减一等，拟杖一百，徒三年。

对于指使张小许顶凶之母亲应给予何种处罚，判决中只字未提。可以推定，母亲在本案中免受处罚。殴死夏汝香之正犯，即张421 小许之弟是否在逃，抑或是否免予处罚，原案判决亦没有提及。另外，有关对于受父母指使而犯罪的儿子作减刑处理的法律规定，译者至今尚未查见。

## 81·2 道光九年(1829年)说帖

### 《刑案汇览》卷五十，《刑律》

四川司查：罗绍成殴伤罗锡华，因风身死，罪应拟流。〔《大清律例·刑律·保辜期限》规定，斗殴案中，被殴者因殴伤而在被殴伤后五日内死亡，但原伤并不严重，或原伤并不在身体的致命部位，殴者处流三千里之刑；若被殴者所受伤严重，但并不位于身体的致命部位，或虽位于致命部位，但所受伤并不严重，在这两种情况下，被殴者在被殴伤十日以后因伤而死亡，殴者亦处流三千里。〕

该犯贿嘱顶凶，应加等拟军。〔《大清律例·刑律·有事以财请求》规定，罪犯用钱赎买他人顶替自己，代自己受刑者，于所犯罪应得刑之上，加一等处罚。〕

业已在监病故，毋庸议。〔如同在第48·1案及第53·1案中一样，罪犯已经死亡，但刑部仍然很认真地将该死者应得的刑罚精确地计算出来。〕

422 查例载：子被杀，父母受贿私和，毋论赃数多寡，俱杖一百。〔《大清律例·刑律·尊长为人杀私和》律规定：“若妻妾子孙及子孙之妇、奴婢雇工人被杀，而祖父母父母夫家长私和者，杖八十；若受财者，计赃准窃盗论，从重科断。”显然，这一规定与本案判决所引例“毋论赃数多寡、俱杖一百”的规定有冲突。〕

又，奸徒得受正凶贿赂，挺身到官项认。审系案外之人，

正凶放而还获，顶凶之犯照本罪减一等。

此案：罗彭氏因伊子罗锡华屡次行窃为匪，并将伊推跌致伤。经族长罗绍成将其殴毙。罗绍成恐到官，出给银两，令罗彭氏顶认。〔族长罗绍成殴毙罗锡华，按照法律应处流刑。但若是罗彭氏殴毙罗锡华，则处罚要轻得多：儿子违犯教令，母亲将其殴毙，“非理殴杀”者，杖一百；邂逅致死者，则不处罚。〕

例为虽无子被杀、父母受贿顶凶治罪明文，惟死者推跌其母，本属罪犯应死。若果由该氏喝令殴伤致毙，律得勿论。

该氏受贿顶凶，核与“子被杀、父母受贿私和”者情事相类，自应比附定拟。

该督将该氏依“奸徒得受正凶贿赂、挺身到官供认”例拟 423 徒，是与常人无所区别，自应据咨更正。

罗彭氏应改照“子被杀、父母受贿私和、无论赃数多寡”例，杖一百，收赎。〔“收赎”是妇女犯罪受刑者的一项特权。杖一百收赎，应交纳白银七钱五分。〕

## 82. 家人求索

### 82·1 嘉庆二十三年(1818年)案

#### 《刑案汇览》卷五十，《刑律》

晋抚咨：外结徒犯内临汾县门丁张林因向行户牛洪仁发换潮银三百余两，未遂，私行锁押。与蠹役诈赃无异。未便因其赃未入手，稍为轻纵。应照“长随求索吓诈得财，照蠹役诈赃治罪、十两以上拟军”例，量减一等，拟杖一百、徒三年。 424

在本案判决中，刑部一方面强调，不能因案犯未获赃而对其宽减处理，另一方面，又照例量减一等。可能是刑部考虑到虽然案犯

勒索，但其企图并未得逞。另外，本案判决“量减一等”，故应该“比照”原例。

本案判决所引条例中，提及两种不同身份的人：长随与蠹役。“长随”是一种私人服役者。长随是以个人身份跟随主人，长期为主人服务，由主人支付一定的酬金。“蠹役”是指官府的服公役者。包括捕快、跟班及下层职员。严格地说，蠹役应是指这些服公役者中的品行恶劣、为非作歹的人。蠹役从事公务，并从国家财政中支取酬薪。

## 82·2 嘉庆十九年(1814年)直隶司案

### 《刑案汇览》卷五十，《刑律》

425

长芦盐政奏：郭凝系德州知府长随。因吕文成被押，浼书胡八转求周旋。该犯向索银三千两。嗣吕文成在押病故，赃未给付。

惟该犯通同书吏招摇，赃数累百盈千。虽犯系在押病故，未便科以蠹役诈赃毙命之罪。应将郭凝、胡八俱改依“蠹役诈赃十两以上”例，发近边充军。

差役孟成等将吕文成擅加锁铐，严行索诈。应照“押解人役擅加杻镣、逼致死伤”例，枷号两个月，发烟瘴充军。〔《大清律例·刑律·陵虐罪囚》律专门适用于虐待在监囚犯的犯罪，而本案判决所引条例则专门适用于虐待在押解途中罪犯的犯罪，而这些押解途中的罪犯只包括徒、流刑犯，不包括死刑犯。很可惜，本案记录对于吕文成的具体情况并未作介绍。〕

## 83. 对制上书诈不以实

### 83·1 嘉庆十八年(1813年)奉天司现审案 《刑案汇览》卷五十一，《刑律》

提督奏：袁闻桂呈递条陈：“恶棍刁民窃盜，一概永远监禁；将城垣筑高，城外附近房屋拆毁；出入城门，人给铁牌；买卖，俱官给执照”等款。[为什么在此时提出这些建议，当时有何种社会背景，原记录未说明。]

将袁闻桂照“上书诈妄、不以实”律，杖一百，徒三年。

本节所录三个案例中，只有本案判决是照“上书诈不以实”律。另外两个案子则是照《大清律例·礼律·希求进用》律进行判决的。后者所规定的处罚较前者要轻。至于为何以不同的法律条文作为判案根据，原记录并未说明。

### 83·2 嘉庆二十一年(1816年)湖广司现审案 《刑案汇览》卷五十一，《刑律》

都察院奏：王锡以缘事发遣释回之废员，辄思条陈事宜，希图录用。

未便仅照“希求进用”律，拟杖一百。应酌加一等，杖六十，徒一年。

### 83·3 嘉庆二十年(1815年)浙江司现审案 《刑案汇览》卷五十一，《刑律》

提督咨送：席万珍先因呈递“清理盐务”等款条陈，经提督衙门奏明递籍。嗣又拟“清理仓库钱粮”等款条陈，在长新店恭遇圣驾，在道旁呈递。经提督衙门讯明递籍。该犯又拟“京

城添设牌甲”等款条陈，来京欲行呈递。〔“牌甲”是清代的一种地方组织，其主要职能是维持基层社会秩序。十户为一牌，一百户为一甲，一千户为一保。〕经提督衙门奏送到部。

审将席万珍照“假以上书、希求进用”律，拟杖一百。递籍管束。

## 84.犯奸

### 84·1 嘉庆十七年(1812年)说帖

#### 《刑案汇览》卷五十二，《刑律》

直督咨：范有全强奸李二姐未成一案。查：范有全欲将年甫十四岁之李二姐强奸。因见其年小身矮，恐难行奸，先用手指抠试其阴户，抠破流血。

查问李二姐及其父李德义等供词，俱称未被奸污。并据稳婆验称，李二姐系处女，未曾破身。该省将范有全依“强奸未成”律拟流，尚属允协，应请照覆。〔女子失去童贞，必然影响其婚嫁。如果范有全强奸已成，依律应处绞监候刑。〕

### 84·2 嘉庆二十四年(1819年)案

#### 《刑案汇览》卷五十二，《刑律》

直督题：张汉通因见年甫十二之赵淘气儿面貌清白，商同石进财将其轮奸已成。

将张汉通比照“轮奸良人妇女已成、为首”，拟斩立决。石进财照“为从、同奸”，拟绞监候。

与普通强奸罪相比，对于两名或两名以上男人相继强奸（或鸡奸）同一个人的犯罪的处罚，要重得多。《大清律例·刑律·犯奸》有专门一条例规定集体鸡奸罪：“恶徒伙众将良人子弟抢去、强行

鸡奸者，无论曾否杀人，仍照‘光棍例’，为首者拟斩立决；为从，若同奸者，俱拟绞监候。”奇怪的是，刑部判决本案，并未直接援引此条例，而是舍近求远，“比照”“轮奸良人妇女”律。从本案情节看，其与“鸡奸”例不太吻合的，仅有的一项，即：原例规定“恶徒伙众”，而本案鸡奸赵淘气儿的，只是两名男人。至于两名案犯是否诱拐赵淘气儿，原记录并未说明。

## 85. 纵容妻妾犯奸

### 85·1 嘉庆二十三年(1818年)案

《刑案汇览》卷五十二，《刑律》

河抚咨：王黑狗将妻扈氏卖与李存敬为妻。讯因贫病无奈，与无故卖休者有间。扈氏母家，并无亲属。若照律离异，<sup>429</sup>势又失节。〔法律规定：丈夫将妻子卖与他人为妻，将丈夫、妻子及买妻者分别处以杖一百之刑；妻子与其原夫离异，并归自己娘家。〕

衡情酌断，扈氏仍交后夫李存敬领回完聚。王黑狗得过财礼钱文，并请免追。

刑部拒绝适用“纵容妻妾犯奸”律，理由是本案王黑狗卖妻与原律“无故卖休者”不同。（王黑狗本人的出身似乎较贫贱，这一点，从其姓名即可看出。“黑狗”意指黑颜色的狗。一般情况下，稍有地位的家庭是不会为孩子取用这样的名字。）显然，刑部对本案作出的判决，一定程度上是出自人道主义的考虑。因为王黑狗之妻扈氏母亲家已无近亲属，若根据法律规定，将扈氏与原夫离异，并不准其与李存敬完婚，那么，势必令扈氏无家可归。（《大清律例·户律·出妻》律规定：妻有七种情况，夫可以其作为法定理由，与妻离异；但该律又同时规定，即使存在这种法定理由，若妻又具备另

外三种条件，夫仍不得离异。“有所娶、无所归”，即妻若被离异则无家可归，此即上述三条件之一。）另外，在儒家看来，无家可归的单身女子是最容易给社会带来污点的；用刑部的话来说，就是“势又失节”。刑部对此案处理的宽免态度还表现在允许王黑狗收执卖妻所得钱财。这一处理意见，明显违背“纵容妻妾犯奸”律的规定。因为根据该律，原夫卖妻所得钱财，一律上交官府。

## 430 85·2 嘉庆二十二年(1817年)福建司现审案 《刑案汇览》卷五十二，《刑律》

提督咨送屈大奸占陈张氏一案。除屈大照“强占”拟流外，[问题在于，若根据“强占良家妻女”律，案犯应判绞监候刑；若根据“强占良家妻女”律内附例，强夺良家妻女中途收回及尚未奸污者，照已被奸占律减一等处罚，即应处流刑。但根据本案案情，似乎并不应适用该附例。]陈张氏系本夫陈五纵容与人通奸，例应离异。

惟陈五纵妻犯奸，系畏奸夫强暴，情固出于勉强。并据陈五供称，如仅将子女给伊领回，系只身穷苦，不能抚养。子女幼小，将来必至失所。情亦可悯。[在这种情形之下，子女一般由父亲领回抚养。但这一点，在原律例中皆没有讲明。因为在中国人看来，这是理所当然、不言自明的。在儒家思想占统治地位的社会中，生儿育女的目的在于传宗接代，承续香火。因此，子女在任何时候都必须生活在父系大家族中。]

原情酌断，应将张氏并子女俱给陈五领回完聚。[与第85·1案一样，本案判决中，刑部出于对案犯的生活境况的考虑，为避免其他社会问题的发生，而没有严格按照法律规定对案犯加以处理。]

### 85·3 嘉庆十九年(1814年)四川司现审案

431

#### 《刑案汇览》卷五十二，《刑律》

北城察院移送：秋桂原系王保之妻。因贫，商同妻父卖休。捏称夫亡，卖给潘寿林为妾。后潘寿林询知情由，旋经正妻责打，私逃。

将王保、潘寿林、秋桂均照“卖休、买休”律，各杖一百。

在第85.1案中我们已看到，《大清律例·刑律·纵容妻妾犯奸》律除了规定对案犯各杖一百之外，还规定：原妻与原夫离异，该妇送归自己娘家。在本案中有两点值得注意。第一，卖休之事，本与王保之岳丈商定，并取得后者的许可；但刑部判决中，只字未提应对其岳丈给以何种处罚（甚至在判决中都未提及岳丈的姓名）。第二，在第85.1案中，案犯卖妻，但因为缘自贫困，故得到宽免处理。本案王保卖妻，也是由于家境贫困。但刑部却严格按照法律条款，给案犯定罪量刑。为何对于同一类情节却给予两种截然不同的处理。我们认为，其原因可能在于在本案中，案犯曾有欺诈行为，即：王保及其岳丈卖妻之时，“捏称夫亡”，以欺骗买妻者潘寿林。

### 85·4 嘉庆二十年(1815年)江苏司现审案

#### 《刑案汇览》卷五十二，《刑律》

北城察院移送：杨景荣将妻宋氏央媒价卖予李廷治为妻。李廷治并不知系有夫之妇。

将杨景荣、宋氏均照“卖休”律，杖一百。宋氏仍给李廷治领回完聚。

432

从本案中，我们可以看到以下三个问题。第一，法律规定，买

卖妻妾案中，不仅卖者及被卖者要受处罚，买者也同样要受到杖一百的处罚。但本案判决中，刑部没有对买者判刑。之所以如此，可能是因为买者在购买宋氏为妻时，并不知道宋氏是有夫之妇。然而，“卖休买休”律中，并没有将不知情作为对买者处刑的法定宽免情节加以规定。在第85·3案中，买妻者潘寿林被处杖一百之刑。而在该案买妻卖妻行为发生之时，买者潘寿林不也是不知被卖者是有夫之妇吗？是不是因为潘寿林在发现被买者秋桂系有夫之妇后仍将其占为己妾呢？第二，本案判决中，刑部允许买妻者李廷治将所买女子宋氏“领回完聚”，即带回去作妻，这显然与有关律例的规定相违背。前文已引述过，“纵容妻妾犯奸”律规定，案内女子与原夫离异，并责令归宗，即返回自己的父母家。第三，法律规定，纵容妻妾犯奸案中，中间牵线人减正犯一等处罚，即应处杖九十之刑。但实际上，本案对于居间价卖宋氏的媒人，只字未提应处何种刑罚。

## 86. 亲属相奸

### 86·1 道光元年(1821年)案

《刑案汇览》卷五十二，《刑律》

东抚咨：张泳苞与缌麻服弟张泳超之女白姐通奸败露，致白姐羞忿自尽。

将张泳苞依“和奸败露、奸妇羞愧自尽、奸夫拟徒”例，杖一百，徒三年。仍尽“奸同宗无服亲”本法，加枷号四十日。

案犯张泳苞与张泳超为缌麻亲属关系，故张泳苞与张泳超之<sup>433</sup>女儿白姐的亲属关系应是五服之外（缌麻是五服中最末一等亲）。《大清律例·刑律·亲属相奸》律规定：与同宗、但属五服之外的亲属相奸，各杖一百（不考虑其他因素，例如奸妇因羞辱而自尽等）。

显然，刑部认为若仅对案犯张泳苞处杖一百之刑，过于轻纵。因此根据“奸妇拟徒”例及“奸同宗无服亲”律，处杖一百、徒三年、枷号四十日之刑。从这里，我们也可以看到，在清代，族外婚制是在严刑峻法的保护下强制推行的。

## 86·2 嘉庆二十二年(1817年)案 《刑案汇览》卷五十二，《刑律》

晋抚奏：李张氏于夫始孀居多年，适听邻近有娶亲之家，顿萌淫念。随勾引伊夫前妻之子李明则通奸。李明则幼为该氏抚养，因被勾诱，亦即罔顾继母名分。均属淫乱伦常。

惟例无子与继母通奸作何治罪明文。将李张氏、李明则均比照“奸伯叔母”律，各斩立决。恭请王命，即行正法。

## 87. 居丧及僧道犯奸

### 87·1 嘉庆二十五年(1820年)案 《刑案汇览》卷五十三，《刑律》

苏抚奏：张从位杀死三命案内，道士李九贤与张付氏通奸。434

依“奸有夫之妇、杖九十”律上加二等，杖六十，徒一年。先于本寺观门首枷号两个月。

年逾七十，照例收赎。勒令还俗为民。[根据《大清律例·收赎图》，徒一年刑收赎，应交纳白银一钱五分。但枷号两个半月之刑不在收赎之列。]

张付氏依“军民相奸”例，枷杖。[即杖一百，枷号一个月。]

## 87·2 嘉庆二十五年〔1820年〕案

《刑案汇览》卷五十三，《刑律》

奉尹咨：道士孙帽金吓逼屈张氏成奸，复殴吓本夫屈开林允许通奸，以便任意宣淫。

实属无故扰害。应照“棍徒扰害”例，拟军。系道士，仍尽本法，加枷号两个月。〔第87·1案已引述《大清律例·刑律·居丧及僧道犯奸》律的枷号规定，即：僧人或道士与有夫之妇通奸，其在服所受徒刑之前，首先应在其寺庙或道观门口枷号两个月。与本案的最终判决相比较，第29·2案的判决就要严厉得多\*。在第29·2案中，案犯僧人达朝在寺庙内与他人之妾相奸，结果被处杖一百、徒三年之刑。〕

## 88. 官吏宿娼

88·1 道光八年(1828年)邸抄

《刑案汇览》卷五十三，《刑律》

刑部奏：候选知县曹六典挟优饮酒，醉毙优伶，私抬出城，隐匿不报。

道光八年十二月初七日奉旨：此案候选知县曹六典以职官挟优饮酒，有乖行止。复于该优人醉毙之后，贿嘱官人隐匿不报，希图掩饰，尤为荒谬。著即革职，发往军台效力赎罪。

曹堃以候选道员，不知检束，狎比优伶，实属有玷官箴。著即革职，以示惩儆。余依议。钦此。

---

\*此处作者理解有误。本案判决，照“棍徒扰害”例，对案犯处以充军刑。同时，根据“居丧及僧道犯奸”律例，加枷号两个月刑。应该是本案判决较第29·2案判决更为严厉。——译者注

本案的文字记录中，有数处语焉不详，还有一些地方违背正常的程式。可能是因为这篇记录来自京城邸抄，而不是刑部的正式案件报告。第一，本案判决没有引用任何律例条款。实际上，本案判决也不可能引用律例。因为《大清律例·刑律·官吏宿娼》律规定<sup>436</sup>：官吏宿娼，处杖六十刑。但本案判决却与此完全不同。第二，在本案官吏宿娼事件中，曹堃究竟起到何种作用，是不是在帮助曹六典“挟优饮酒”中起到穿针引线的居间作用，不得而知。再者，曹六典与曹堃二人所犯罪行是否为同一案件，原案件记录也未提及。第三，“优”或“优伶”究竟是男性还是女性，从案件记录中也看不出来。从字面上看，“优”或“优伶”是戏曲演员的统称，似应包括男演员和女演员两类。但从当时的社会惯例看，女子不准登台演戏；而法律规定及本案案情又似乎说明“优伶”包括女演员。孰是孰非，难以确定。

## 89. 失火

### 89·1 嘉庆元年(1796年)说帖

#### 《刑案汇览》卷五十三，《刑律》

福扰题：海澄县监房失火，烧毙监犯。将典史并提牢、禁卒等人拟徒一案。

查：此案，海澄县监犯林吴氏因患胃痛，令伴妇邱陈氏在房煎药。将炉内炭火倾地，被吹燃、起火，延烧监房两号，烧毙命案人犯林吴氏等三名口、盗犯何三等三名，并伴妇邱陈氏及随带之幼女与林吴氏所生男孩，大小共九名口。

该省将该管典史并值宿提牢及禁卒等，俱拟徒，具题。

职等查：监狱重地，防范最宜详慎，岂容监犯将煎药余火<sup>437</sup>随便倾弃，以致被风吹燃，焚毁监屋，烧毙人口至九名之多。

奏报典史何延廉与提牢王彰、禁卒陈垣、许乌林，均属玩忽，咎无可辞。所拟徒罪均应不准援免。

本案判决没有引据任何律例条款。本案案犯因管理疏忽而导致失火，其火源并非由案犯直接燃起。根据《大清律例·刑律·失火》律，在官府公廨及仓库内失火者，杖八十，徒二年。从情节上看，本案判决应“比照”该律。

### 89·2 道光二年(1822年)陕西司现审案 《刑案汇览》卷五十三，《刑律》

内务府奏御书处失火一案。

查：曾禄充当裱作匠役，因制造油纸不谙制法，以致油性发作，自行生火，延烧房屋。虽与遗失火种有间，御书处亦非宫阙可比。惟在紫禁城内，与在外衙署不同。〔“宫阙”泛指皇帝起居及处理公务的宫殿等建筑，包括皇帝会见朝臣、发布政令的正殿。“衙署”与“衙门”一词同义，包括各级政府处理公务的地方。御书处是附属于中央政府的一个机构，而不是皇室的服务性机构。御书处位于紫禁城的西南角，与其他属于宗人府统辖、专门为皇室服务的机构相距较远，后者包括太医院等。也就是说，从性质上看，御书处是一个行政机构。但另一方面，御书处与皇室联系较为密切，且又位于紫禁城内，这与中央政府及各级地方政府的衙署又有明显不同。〕

将曾禄照“失火延烧宫阙、绞候”律，量减一等，拟杖一百、流三千里。

本案判决区别“宫阙”与“衙署”，并据律减刑一等处理。但既然减刑，就应“比照”适用原律，而不应简单地“照”律。《刑案汇览》编辑者在本案记录的末尾，附加一说明：“凡油纸重叠收藏，自能生

火。系因制造时拌用土子之故。宜考。”“土子”究系何物，尚不得而知。

## 90. 放火故烧人房屋

### 90·1 道光四年(1824年)说帖

#### 《刑案汇览》卷五十四，《刑律》

直督咨：霍贵厮挟嫌放火故烧陈恒瑞场园、延烧住房一案。

检查：道光元年(1821年)盛京刑部咨：乞丐郭老屋因向关 439 姓讹钱，挟刘文炳称欲绑送，并向屯众告囑不给米粮之嫌，起意将刘文炳场园所堆柴米放火烧毁，致延烧刘文炳及邻佑冯四等家住房三十三间一案。〔中国人建筑房屋，多用圆木竖立作柱子，再在柱子顶端铺设与地面平行的睡梁，以此支撑着整个房顶。“间”是房屋计数的单位，表示两组立柱及房顶形成的空间范围。一处房屋可能是由独立的一间构成，也可能由两间、三间甚至更多间连成一体。另外，第92·1案也是关于乞丐在乞讨受拒绝后放火烧他人房屋的案件。〕

因情节较重，将郭老屋照“棍徒扰害”例，拟军，仍枷号两个月。经本部改照“挟仇故烧场园堆积柴草”本例，枷号两个月，杖一百，流三千里。咨结在案。

此案：霍贵厮挟陈恒瑞不赊豆腐，反被村斥之嫌，起意放火故烧陈恒瑞家场内麦秆泄忿。致陈恒瑞并刘焕章等三十七家草房俱被延烧。

查：该犯挟嫌放火，故烧场内麦秆，致延烧陈恒瑞等住房三十多家。情固险恶。惟核与郭老屋之案事同一律。彼案该 440 省照“棍徒”拟军，本部改照本例，枷号、拟流。此案该省依本例枷号拟流，又复改照“棍徒”拟军，未便办理两歧。悉心酌核，该省系照例办理，似应照覆。

奉批：三十七家较彼案三十三间为重，然延烧之多寡，究非该犯意料所及。照覆亦可。

皇帝对本案的批示与中国法律所奉行的这样一种原则相违背：对任何犯罪行为的动机，在可能的情况下，都应用“善”或“恶”的道德准则对其进行精确的评价。另外，在第61.2案中，乾隆皇帝对该案的批示也与这一原则有一定的抵触。

## 91.不应为②

### 91·1 嘉庆二十四年(1819年)现审案

《刑案汇览》卷五十四，《刑律》

湖广司奏：世袭三等轻车尉奇成额[满族]因感伊师赵汝亮平日教导，并为垫发帐务之情，于赵汝亮病故之后，起意自尽随侍伊师。即写具呈帖，赴本旗投递，免得死后相验。

441  
惟例无欲行自尽殉师、作何治罪明文。将奇成额酌照“不应重”律，杖八十。系有职人员，例得纳赎。第该员秉性愚拙，形类痴呆，未便仍令回任当差。请旨，将奇成额交旗领回管束。

### 91·2 光绪九年(1883年)案

《刑案汇览新编》卷十四

江抚奏：礼部咨查江西省壬午科举人陈朝柱试卷殊墨不符一案。[在中国科举考试批阅试卷中，为防止阅卷者通过卷面笔迹了解考试者、因而作弊，当局规定：考生考试答卷时，用墨水书写；原考卷经专人用红水誊录，再将誊录本给阅卷者评批；在红水誊录本中，原考生的姓名被以一定的数字编号取代；试卷评批结束后，还得将墨水的原卷与红水的誊录卷比较]

对照，看其是否有不同。】

陈成选充当誊录，于所誊试卷并不细心誊写，辄将“庸庸”<sup>442</sup>（出自《书经·康诰》）二字错写、刮改，并墨卷内旁改“犹迟”二字，被压字戒尺压住，未经看出、照誊。

虽不关乎去取，究属粗心玩忽。陈成选应请照“不应重”律，拟杖八十，折责，革役。

举人陈朝柱于所作文字细对涂改，并无不合。其于誊录如何、誊改错误，讯不知情，应免置议。

## 92. 罪人拒捕<sup>②</sup>

### 92.1 道光七年(1827年)说帖

#### 《刑案汇览》卷五十四，《刑律》

贵抚咨：周立让砍伤棍徒牟楹、牟位林各身死一案。<sup>443</sup>

查例载：人命案件按律不应拟抵、罪止军、流、徒，人犯致死二命，照律从一科断等语。注云：如擅杀罪人，罪应拟徒之类。

在清律的官方注释本中，对例加以注释的极为少见。而本案所引例即为此类极为少见的例证之一。《大清律例·名例·二罪俱发以重论》确定了一条“数罪俱发、从一科断”的基本原则，其内容包括：一人同时犯有两项或两项以上的罪，只以其中最重的一种定罪量刑；若所犯数罪其轻重相同，则以其中一种定罪量刑。本案所引例是对这一原则在杀人罪方面的特殊应用。另外，若同时致死一家之内的二人，则不适用“二罪俱发以重论”律所确定的原则。从这一点我们可以推断，本案被案犯砍伤致死的牟楹、牟位林虽然同姓，但却不是一家人。关于“抵”（即“以命抵命”）这一概念，可参见第53·1案及第65·1案。

此案：周立让因屡被牟榤、牟位林讹诈，登时忿激，将牟榤、牟位林砍伤、身死。查：牟榤等屡次讹诈李老大、向排子、周立让等，实属“凶恶棍徒”。周立让系被害之人，登时将牟榤、牟位林砍毙，按例不应拟抵。应照律从一科断。

该省将周立让依“棍徒无故扰害、被害之人登时忿激、致死”例，拟以满徒，与例相符，应请照覆。[本案判决所据例为《大清律例·刑律·恐吓取财》律所附例。根据该例，棍徒屡次侵扰平民，放极边四千里充军。]

## 92·2 嘉庆二十一年(1816年)案

《刑案汇览》卷五十四，《刑律》

直督咨：庞振德因乞丐黄大路强行索食未遂、挟嫌放火，将其捉获、欲行送官，因被雨阻，捆绑树上，致雨淋灌冻饿身死。非该犯意料所及，且系放火乞丐。

应将庞振德照“凶徒挟仇放火、被害之人杀非登时”拟绞例，量减一等，杖一百，流三千里。

本案庞振德“杀非登时”，即未在激忿之时致死黄大路。与下面一案相比较，本案处理较为宽大。另外，因据例“量减一等”，因此，严格地说，应该是“比照”原例，而不是“照”原例。

## 92·3 嘉庆十四年(1809年)说帖

《刑案汇览》卷五十四，《刑律》

映抚题：廖五等扎伤熊大才身死一案。

查例载：凶恶棍徒无故生事行凶，被害之人登时忿激致死者，杖一百，徒三年。如杀非登时，仍照“擅杀罪人律”拟绞监候等语。是致死凶恶棍徒、分别治罪，系指本身屡被该犯扰害

者而言，不得以扰害他人之案件并计科罪，致滋牵混。

此案：廖五虽屡被熊大才讹赊酒钱及抢取被褂，尚无逞凶 445 情事。〔何为“逞凶情事”，无论是上文所引“罪人拒捕”律，还是与其相关的“恐吓取财”律例，都未作明确的界定。只是在“恐吓取财”律附例的后半部有这样的说明：勒索案件中，无论是偶犯，还是屡犯，如果所涉钱财数量很少，都不属于“逞凶情事”。对于这一类犯罪，即勒索少量钱财，一般不按“恐吓取财”律中的“棍徒”处理，而是分别情形，依据各相关律例分别定罪量刑。〕

至熊大才强拉邹英家牛只卖钱，并强奸彭王氏未成，均与廖五毫无干涉。该抚将该犯依“杀死凶恶棍徒”定拟，与例不符。惟熊大才抢取廖五褂被，本属抢夺罪人。〔根据《大清律例·刑律·白昼抢夺》律，抢夺他人少量财物，且没有聚众及持凶器等情节，罪犯应处徒三年刑。显然，它比依据“恐吓取财”律对凶恶棍徒处军流刑的刑罚要轻得多。〕

廖五系事主，纠同戴子耀等殴打泄忿，已将其按倒，尽可拘执送官，乃辄砍伤致毙，实属擅杀。

廖五应改依“罪人已就拘执而擅杀、以斗杀论”律，拟绞监候。

本案刑部的最终判决与陕西巡抚原判决在量刑方面完全一样，都是绞监候刑。但刑部的最终判决却是在否定陕西巡抚原判决之后，经过对案情的分析，找到与本案情节更相吻合的法律条款后才慎重作出的。类似的情况，我们在第63·1案中已遇过。 446

刑部认为，在杀死行凶侵扰之人的案件中，该行凶、侵扰之人是否“棍徒”，其确定标准是：该行凶、侵扰者的屡次行凶、侵扰行为必须都是针对该杀人者所为。如果该行凶、侵扰行为是针对数人，而此数人之中的一人将行凶、侵扰人杀死，那么，被杀人就不能被

定作“凶恶棍徒”。但刑部的这一观点又与第92·1案的判决意见相违背。在第92·1案中，贵州巡抚确定被案犯周立让杀死的牟楹、牟位林二人为“凶恶棍徒”时，就明确提出一条附加证据：“牟楹、牟位林屡次讹诈李老大、向排子、周立让等，实属‘凶恶棍徒’。”这里，杀死牟楹、牟位林的是周立让，而在确定牟楹、牟位林是“凶恶棍徒”时，列出其讹诈李、向、周三人的理由，显然与上文所述刑部的观点不一致。另外，刑部的上述观点也与《大清律例·刑律·恐吓取财》律关于“凶恶棍徒”的解释不一致。根据“恐吓取财”律，“凶恶棍徒”是指其行为对于整体意义上的社会，而不是单个的个人形成危害（可参见第2·1案及第3·1案）。当然，刑部可以这样来为自己的观点作辩护：“恐吓取财”律关于“凶恶棍徒”的解释，其着眼点在于棍徒在广义的社会之中的作用；而其他附例关于“凶恶棍徒”的解释，其着眼点则在于棍徒与将其杀死的具体个人的关系。本案判决中，刑部对于两名当事人的行为细致研习，力图根据各自的行为及其所引起的后果，通过定罪量刑，谋求一种平衡关系。正如在第53·1案中已详细讨论过的，本案判决（不包括第92·1案）也反映了古代中国人的一种传统观念：犯罪行为是对整个宇宙和谐的破坏；要恢复这种和谐，就必须通过惩罚罪犯来谋求一种新的平衡。

## 93. 徒流人逃

### 93.1 嘉庆二十年（1815年）湖广司说帖

《刑案汇览》卷五十七，《刑律》

吉林将军咨遣犯王珑沅自行投回一案。

447

查例载：由死罪减为发遣犯在配脱逃，如有畏罪投回，准其从宽免死，仍发原配等语。[该例附于《大清律例·名例·犯罪自首》律（参见第8·1案）。如果罪犯脱逃之后未自首而是被重新抓获，那么，经过奏报皇帝批准，对于原犯强盗罪、该

判死刑者，仍照原定死刑罪处理。】

此案：强盗免死遣犯王陇沅于乾隆五十三年（1788年）发遣吉林，赏给舒伦泰为奴，旋因脱逃，至嘉庆八年被获。恭遇恩诏，免其逃罪，仍交原主管束。因不安分，改发宁古塔，赏给马纳尔为奴。嗣于十八年调剂黑龙江遣犯案内，将该犯改回内地流三千里，酌发江苏省安置。〔调剂遣犯一事，先后在吉林、黑龙江两省进行（具体情况，可参见《刑案汇览》第六卷第四案以及第五十七卷第二十七案，这两个案子本书都未收译）。为什么要进行这次调剂遣犯活动，其理由（一方面，是由于黑龙江与吉林二省天气寒冷；另一方面，也是最重要的原因，是由于南方省份日益增多的盗匪活动，相当数量的盗匪犯人被遣送出关，致使黑龙江、吉林两省盗匪聚集，需要重新调整分布）在嘉庆十七年的一份皇帝诏令中已作说明（参见《大清会典事例》卷七百四十六）。根据调剂遣犯的有关规定，第一，今后发遣犯人，不再送往东北三省，而改发新疆；第二，已被发遣至东北三省的犯人中，一部分改发至其他地区。改发其他地区的犯人中，包括犯强盗罪、被发遣至东北已逾二十年者。本案王陇沅就属于这一类应改发者。这些改发者，一般都改作流三千里刑。〕

该犯即于是年十月未经调发之前复行脱逃。于二十年六月自行投回等情。

是该犯脱逃共计二次。初次脱逃被获，系恭遇恩诏，免其逃罪。此次脱逃投回，与“免死遣犯脱逃、畏罪投回”之例相符，自应仍发江苏原配安置。

该将军将该犯照“流三千里人犯脱逃、改发充军”之处，系属错误，似应更正。

刑部的分析基于这样一个事实：案犯王陇沅第二次脱逃时，其

身份已由原遭犯转变为被处流三千里刑的流犯。当然，王陇沅实际上还未被送往流放地点。吉林将军判处王犯充军刑，其依据是《大清律例·刑律·徒流人逃》律的附例。从量刑上看，吉林将军所判近边充军刑(二千里)较之刑部所定流三千里刑要重一等。

本案除了表明自首减刑原则的实际运用之外，其关于发遣刑的具体内容并不改变这一事实，也具有重要的参考价值。从本案的处理我们看到，不仅被判处死刑之后可减刑为发遣刑，而且一名<sup>449</sup> 遭犯居然能先后两次成功地脱逃、且逃脱期长达十五年以上(很可惜，我们不知道该遭犯在这十五年的脱逃生涯中如何生活)。甚至在这名遭犯第二次脱逃归案后，只是被官府送往中国最好的省份之一——江苏省(南京和上海都属于该省)服流刑。

## 94. 主守不觉失囚

### 94·1 道光二年(1822年)案

《刑案汇览》卷五十八，《刑律》

直督咨：监犯王端清越狱脱逃。

查：王端清系伊父王可昌呈请发遣。[根据《大清律例·刑律·子孙违犯教令》律附例，若父亲去官府告其儿子屡次违犯教令，官府可应该父亲的要求，将其儿子发烟瘴地区充军。]中途脱逃，被获之犯事在大赦以前。

查询：犯亲王可昌已愿领回，罪应援免。例无“无罪之人越狱脱逃刑禁，作何治罪”明文。[罪犯遇大赦，即成为无罪之人。本案王端清畏罪脱逃，本应在其原有刑罚之上，加等处理，但因遇赦，即允许返家，而不作进一步处罚。]

应将禁卒范若昆等均照“不应重”律，杖八十。

《大清律例·刑律·徒流人逃》律规定：流刑犯在流放途中脱

逃(根据脱逃的时间长短，给以处罚)，罪止杖一百。“狱囚脱监及 450 反狱在逃”律规定：囚犯自监狱脱逃，于其本罪上加二等处罚。本案犯王端清先后两次，分别自监狱脱逃和在发遣途中脱逃，但其两次脱逃均发生于使其原判刑罚得以宽免的大赦之前。(刑部未提及大赦对其脱逃行为的影响，似乎说明在刑部看来，该脱逃罪并不能因大赦而得宽免)但是，刑部为何称王犯脱逃之时已是“无罪之人”？为什么没有将王犯的脱逃行为本身看作是新的犯罪？

再者，根据《大清律例·刑律·主守不觉失囚》律，狱卒失守，致使囚犯脱逃者，减囚犯所犯罪二等处罚。从本案的分类来看，也是列于“主守不觉失囚”名下，理应适用“主守不觉失囚”律。但事实是，本案狱卒仅受到要轻得多的“不应重”律处罚：杖八十。这是为什么？

很明显，在处理本案过程中，刑部力图在使所有当事人受到最轻侵害的情况下，终结本案。之所以如此，可能是因为本案得以立案的控告本身是含糊的(即父亲控告儿子违犯教令)，而儿子被判决流刑就是建立在这一含糊的控告之上。后来，父亲表示愿意领回儿子。父亲的这一意愿具有极其重要的作用。根据《大清律例·名例·流犯在道会赦》律附例的规定，本案王端清因“违犯教令”而发遣，若没有其父亲愿意领回的表示，即使遇大赦，王犯本人仍应服其原判刑罚，不得援引赦令。

## 95. 陵虐罪囚

### 95.1 道光元年(1821年)直隶司案 《刑案汇览》卷五十九，《刑律》

顺尹奏：差役胡子成因里书孙铎浮收银两、事发到官、奉 451 派看押，辄将孙铎任意锁系窗棂。门丁叶文乘机索诈，致孙铎坠链身死。

惟孙铎之死，并非叶文私嘱锁押，与吓诈致毙者有间。叶文应于“蠹役诈骗毙命、拟绞”例，量减一等，杖一百，流三千里。

在这里，刑部明确区分了两个概念：索诈与吓诈。“索诈”是指以诈欺方式索要钱物，尚没有恐吓、威逼行为。“吓诈”则是通过恐吓、威逼方式，索要钱物。在本案中，刑部认为叶文的行为属于索诈，因为对孙铎的锁系及索要钱财两件行为并非叶文一人所作；再加上孙铎是自杀身死，故叶文得以免除死刑，减等处理。另外，本案判决叶文“量减一等”，故严格说来，应是“比照”原例。

胡子成止于“看押不如法”，尚无“非理陵虐”。应照“非理陵虐罪囚致死、拟绞”律，量减一等，杖一百，流三千里。

在这里，刑部再一次区别了两种情况，即本案胡子成对囚犯孙铎的处理及另一个法定罪名“非理陵虐”。从本案情节来看，胡子成用铁链锁系孙铎，从而为孙铎的自杀创造了条件。下引一案（第95.2案）中较为详细地引述了《大清律例·刑律·陵虐罪囚》律的条款。从该律的规定中，我们将进一步认清本案胡子成对孙铎的<sup>452</sup>处理与“非理陵虐罪囚”的区别。根据该律，拷打囚犯及致伤囚犯，并最终导致囚犯身亡，都构成“非理陵虐”罪。另外，如同本案对叶文的处理一样，对胡子成“量减一等”处刑，也应“比照”原律。

## 95·2 嘉庆二十四年（1819年）案 《刑案汇览》卷五十九，《刑律》

安徽司奏：县役张幅祿将奉官锁押、抄写异字之间文彬夜则私加手铐，自日始行开放。迨明知次早即可保释，因恐逃走受累，仍复锁铐，以致阎文彬虑有重罪，情急，自行坠链身死。

查，阎文彬之抄写异字，不过乡愚无知，准其讯明保释。而张幅禄身充贱役，未能深悉，疑为邪教重犯，私加严铸，致令愚民畏罪自尽。

应将张幅禄比照“狱卒非理陵虐罪囚、因殴伤致死者、绞”律，量减一等，拟杖一百，流三千里。

与第30·1案及第37·1、37·2、37·3等案一样，本案也反映出帝国政府对任何超出常规、因而被认为具有反对政府及颠覆政府意图的行为的恐惧性心态。

### 95.3 嘉庆十八年(1813年)案

453

#### 《刑案汇览》卷五十九，《刑律》

直督咨：快役王明谦奉票查拏赵文林、被殴身死。案犯因访知漆奎生系被常德纵放逃走。该役不即稟明、传讯，辄同翟殿邦等，擅将常德锁铐、押带进城，以致常德气忿投井身死。

将王明谦比照“押解人役擅加杻镣、逼致死伤”例，枷号两个月，发烟瘴充军。

参见《大清律例·刑律·陵虐罪囚》律。该律详细规定了几种陵虐罪囚，并导致罪囚自杀的罪与刑，包括殴打罪囚及剋减罪囚衣粮钱物、导致罪囚自杀者。从最终量刑看，本案的处理较之前面两案要重得多，其原因不得而知。另外，本案判决未提及对于从犯翟殿邦等作何处理。但我们可以推测，根据有关法律规定，对翟犯应比照主犯王明谦所受刑罚，减一等处罚。

## 96. 有司决囚等第<sup>②</sup>

### 96·1 乾隆五十八年(1793年)说帖

《刑案汇览》卷五十九，《刑律》

福建司查：本部核题外省斩绞罪名案件，如未经出本以前续报正犯病故，案内余犯罪应军流者，仍行题覆；如余犯仅止徒罪以下，向俱改咨完结。至正在核题间续报正犯脱逃、余犯罪止拟徒之案，查无办过成案。

职等公同商酌，正犯既经脱逃，将来就获，自应另拟罪名，专案题奏。现在不过虚拟之罪，与正犯病故者情事相同，似可仿照办理。

今福建省题“黄细毛致死马留明”一案。既据该抚奏报“该犯解审发回中途脱逃”，其案内私和之张马氏罪止拟徒、收赎，似可改咨完结。〔也就是说，对张马氏的定罪量刑，由福建巡抚自行判决，不必报刑部处理。等到抓获该案主犯，再重新具题报部。〕

455

## 97. 决罚不如法<sup>③</sup>

### 97·1 嘉庆七年(1802年)说帖

《刑案汇览》卷六十，《刑律》

东抚咨“革弁颜怀哲鞭责赌犯靳连山身死”一案。

此案，颜怀哲系已革观城汛经制外委。因时届隆冬，恐有匪徒窝窃、聚赌滋事。带同汛兵张敬等，赴乡查夜。适靳连山与刘见德等在场院内聚赌。该革弁即令兵丁将靳连山等拿获，押带进城，移县究办。靳连山不服押带，顶撞混骂。该革弁令兵丁赵迎林、李殿魁将其按倒，褫裤，令张敬鞭责。因黑夜，恐

鞭梢伤及肾囊，故令张敬将皮鞭双折。先责五下，斯连山益肆混骂。该革弁又喝令责打五下，先后致伤斯连山左右臀腿。讵斯连山素患痨病，被责过重，移时殒命。

查：该革弁拿获赌犯斯连山，欲押带进城，送县究办，即因其不服、混骂，亦止应移明该县，从严惩治。乃喝令兵丁将皮鞭双折，叠责其臀腿，致毙，实属非法殴打。

该省将该弁比照“监临官因公事非法殴打致死”律，杖一百，徒三年。听从下手之兵丁张敬减等，拟杖九十，徒二年半。情罪允协，应请照覆。<sup>456</sup>

布莱斯翻译的《大清律例》并未收入“决罚不如法”律的全部条款。根据《大清律例》原本，“决罚不如法”律对于不按照法律规定、处罚犯人致死的案件，区别情况，给以不同处理。第一，司法官吏不按照法律规定（不如法）处罚犯人，因而导致犯人死亡者，应处杖一百刑。根据沈之奇的解释，“决罚不如法”包括处罚犯人不按法定程序，不在法定地点，不使用法定刑具（例如，对笞刑犯人使用行杖刑的“杖”）。第二，监临官因公事非法殴打人、致其死亡者，处杖一百、徒三年之刑。“监临官”是指对于某项行政活动享有指挥权的官员（包括文职官员和武将，至于由其指挥的活动则形形色色，例如：负责河堤修建、指挥军队操练等）。监临官在指挥由其负责的工作的过程中，有权对其违反规定的下属给以处罚。“非法”是指违犯法律规定。例如，法律规定，监临官对于有愆过的下属，可以殴责其臀部；如果殴责有愆过者身体的其他部位，即是“非法殴打”。再如，对于殴责愆过者的器械，法律也有明确限制；如果超出此限制，使用超规格的棍或刀等，则为“非法”。此处的“非法”比前述的“不如法”是一种更严重的犯罪。另外，在这两种犯罪中，接受作为主犯的上司的命令、具体从事殴打行为的人，都减主犯一等处罚。<sup>457</sup>第三，司法官或监临官“依法”处罚犯人，即按照法律规定对犯

人殴责，邂逅致死者，不负任何法律责任。

在本案中，刑部称颜怀哲喝令以“皮鞭双折”殴责斯连山“实属非法殴打”，并以“非法殴打”罪处罚颜犯。显然，刑部将颜犯的行为确定为“非法”行为，即上文所述“决罚不如法”律规定的第二种情况。但是，该律所规定的“非法殴打”行为专指“监临之官因公事”殴打，也就是说，监临官是对其直接下属人员进行殴打。在本案中，颜怀哲作为监临官，只能对其下属——即所带兵丁——行使殴责权，因而存在“非法殴打”问题；但对于赌博犯斯连山，颜怀哲不享有监临权，因而也就不应出现“非法殴打”问题。相对于斯连山，颜怀哲只享有逮捕权，而不享有惩罚权。本案判决并未述说这一问题。但从判决中对颜怀哲的定罪量刑只是“比照”“监临官因公事非法殴打致死”律，而不是“照”该律这一点来看，刑部已充分考虑到颜怀哲对于斯连山不享有监临权这一问题。在《刑案汇览》第六十卷的第十三案（“武弁鞭责民人、拟杖、革职”案）与本案有类似情况（本书未收译该案）。

在本案判决中，刑部首先指责颜怀哲不应该自行殴责斯连山（“即因其不服、混骂，亦止应移明该县”）。由此看来，颜怀哲越权殴责斯连山，是其被定罪量刑的基本原因。在指责颜怀哲自行殴责斯连山之后，刑部随即又指出颜犯喝令“皮鞭双折”责打斯连山，并称其“实属非法殴打”。由此我们可以推论，如果颜怀哲殴打斯连山，并未使“皮鞭双折”，那么，对颜犯的定罪将不是“非法殴打”，而应是殴责“不如法”，其刑罚也将轻得多。哈里逊(Harrison)对

458 本案的分析既是混乱的，也是互相矛盾的。她在其著作的第237页说：“因为颜怀哲的职责只是押送斯连山到县，由县里对其进行惩罚，因此刑部认为（颜怀哲鞭责斯连山的行为）是‘非法殴打’；在其著作的第238页她又说：‘……鞭责行为本身是合法的，……惩罚颜怀哲的原因在于：颜犯作为一名武职官员，没有将该案移送至合法机关去审理。’”

## 97·2 道光五年(1825年)案

### 《刑案汇览》卷六十，《刑律》

直督咨：白塔讯经制外委李崇绅，因民人郭幅仁向郭九鸿索欠，争吵，赴该讯喊控。该弁李崇绅本欲送县审讯，因时已岁暮，欠项尤多，允为调处。即遣兵丁尹高升等将郭幅仁并子郭五传讯，劝其暂缓。

为什么李崇绅不传讯债务人郭九鸿？在中国，所有债务一般都应在新年到来之前偿还。本案郭幅仁于岁末之时向郭九鸿索讨所欠，即为此故。可能是李崇绅认为郭九鸿不能，或者不愿意在此时偿还债务，因此，只是传讯郭幅仁父子俩，劝他们不要索讨债务，至少是暂缓一段时间。后来郭幅仁顶撞李崇绅，即为此而发。

郭幅仁不允，顶撞。李崇绅即饬兵丁尹高升将郭幅仁杖责十板。郭五见而不依，复令兵丁陈旺将郭五杖责二十五板。郭幅仁被责气忿，自缢身死。

将李崇绅比照“威逼人致死”律，拟杖一百。

459

参见《大清律例·刑律·威逼人致死》律。直隶总督判决此案时，为什么不是“照”该律，而是“比照”该律，其理由不清楚。根据该律，任何人因事（例如因婚姻、田土买卖、债务偿还等）对他人施加压力，并导致他人自杀者，都要受到杖一百的处罚。该律还规定：官吏和其他下级办事人员因私事而威逼平民致死者，亦处杖一百之刑。直隶总督在判决此案时，可能认为李崇绅处理郭幅仁案件是属于公务范围，而不是私事，因此“比照”适用该律。

经本部查，李崇绅身为武弁，并无应讯之责。乃于郭幅仁

向郭九鸿索欠涉讼，辄擅自收审；将郭幅仁父子传案，滥用刑责。虽郭幅仁死由自缢，究因该弁滥责所致。

应将李崇绅比照“将无辜之人滥刑拷讯、致毙”例，照“非法殴打致死”律，杖一百，徒三年，追埋葬银十两。

本案判决援引“将无辜之人滥刑拷讯、致毙”<sup>460</sup>例，但只是“比照”，而非“照”，其原因有二。第一，该例是针对享有司法管辖权的官吏在审断案件中违犯正常的司法程序而制定的，但本案中，李崇绅“身为武弁”，并不是对郭幅仁案件享有司法管辖权的官吏。第二，该例所适用的案件为“滥刑拷讯、致毙”，即被害人死亡直接由于不适当的拷讯所引起。但本案中，郭幅仁“被责气忿，自缢身死”，李崇绅对郭幅仁施行杖责，只是导致后者死亡的间接原因。

兵丁尹高升，照“不应重”律，杖八十。

参见《大清律例·刑律·不应为》律，该律我们已多次引用。有关对尹高升的判决，存在两个问题。第一，本案中，尹高升对郭幅仁施杖责十板；如果尹高升因此而受刑，那么，对郭幅仁的儿子、郭五施杖责二十五板的另一名兵丁陈旺，却为何未被处刑？从本案情节来看，可能是因为郭幅仁因杖责而自杀，而郭五虽受杖责，却没有自杀。第二，本案尹高升照“不应重”律，被处杖八十之刑；但在第97·1案中，与本案案情相仿，兵丁张敬受其上司命令，对受害人施行鞭责，因而受到杖九十、徒二年半的处罚；而且在第97·1案中，处罚张敬的法律根据不是本案尹高升所适用的“不应重”律，而是与其上司（即主犯）适用同一条法律（本案处罚主犯李崇绅，亦适用该法律）。为什么案情相似，其判决结果却两异？这一问题在《刑案汇览》第六十卷第八案（本书未收译该案）中作了回答。该案的分析意见告诉我们，第97·1案中兵丁张敬所犯罪行远比第97·2

案中兵丁尹高升所犯罪行严重。因为张敬鞭责斲连山，下手之重，直接导致斲氏死亡；而尹高升杖责郭幅仁，并未引起致命伤，后者只是因杖责而气忿“自缢身死”。（根据上述事实，刑部对于本案主犯李崇绅的处理，应接受直隶总督的意见，即“照‘威逼人致死’律，拟杖一百”。但正如我们所看到的，刑部没有接受直隶总督的意见。）

## 98. 断罪引律令②

461

### 98.1 同治九年(1870年)通行

#### 《新增刑案汇览》卷十六，《刑律》

刑部咨：豫抚奏审明原告京控各情失实，按律定拟一折。  
查：审理与妇女争殴、致令忿迫自尽案，必应究明致死确情及  
有无秽语詈骂情事，按例定断。况案系京控、奏交，尤不容曲  
为宽减，致涉迁就。

此案：张二欢与无服族人张俊熙之母朱氏邻村，无嫌。嗣  
张二欢同父张树行并弟张举、张大同及眷属俱在地割麦，运赴  
场内摊晒。朱氏带同幼孙往拾遗麦。张树行向其喝阻、口角。  
朱氏扭住张树行，撞头拚命。张二欢赶拢，用木鞭杆殴伤朱氏  
额颅。经张二欢之叔张春经过，喝住，问明劝散。朱氏即携其  
孙负气回归，向其媳高氏诉述前情。经高氏劝慰，朱氏忿气未  
平，复独自一人趋至张二欢家理论。因张二欢等在地未回，家  
内无人。朱氏气忿莫释，即在其堂屋梁上自缢。经张举回归  
警见，喊同路过之程三臣帮同卸就，无及气绝殒命。高氏在家 462  
闻知，痛姑情切，亦即轻生，投入门前井内，援救得生。信知张  
树行回家，报经该县验报。张二欢先已逃逸。

嗣张俊熙外归，以其母朱氏年老，未必轻生，并闻当时张  
二欢兄弟家眷俱在场内，张春又系张二欢胞叔，疑被喝令其将

伊母殴死裴溢，贿仵匿伤，并疑程三臣受贿枉证，由府上控。

因张二欢日久未获，又疑书役贿纵。一时痛母情切，即以前情作就呈词，并因图准，添砌情节，赴都察院具控。奏解回豫。缉获张二欢，审供不讳。

该抚将张二欢比依“因事用强、殴打威逼人致死、致命而非重伤、杖一百徒三年”例上量减一等，拟杖九十，徒二年半。

此处类推适用该例，而不是直接适用，因而可以“量减一等”。

该例规定了导致被害人自杀的五种殴打行为：第一，殴打致重伤和致命伤；第二，殴打致终身残废或类似的伤；第三，殴打所致并非重伤，但最终导致死亡（例如由于伤口感染）；第四，殴打致重伤，但并非致命伤；第五，殴打所致，既非重伤，亦非致命伤。该例对于上述五种殴打行为，分别规定了刑罚：第一种和第二种殴打行为，处近边充军刑；第三种和第四种殴打行为，处杖一百、徒三年刑；第五种殴打行为处杖六十、徒一年刑。该案原审机关河南巡抚为何以上述第三种殴打罪条款给被告定罪量刑，其原因尚不明晰。因为从案情陈述中，并未提及被告张二欢用木鞭杆殴打朱氏所致的伤最终导致其死亡。  
163

#### 张俊熙照申诉不实、拟杖等因具奏。

臣等详核案情。已死张朱氏因与该犯张二欢之父张树行口角抓扭，其时该犯之弟张举等眷属多人均经在场，仅可上前拉劝。该犯有何急情，辄用木鞭杆将张朱氏顿颅殴伤，已不得谓非用强殴打。迨张朱氏心怀不甘，赴该犯家里理论，自必撒泼、骂闹，何以竟无人闻知。该犯家何至寂无一人，尤非情理所有。如谓均在场内，其门户亦必拴锁，张朱氏又何能至其堂屋，从容自缢。而其媳张高氏并非在场争殴之人，何以一经闻知，亦即忿不欲生，自行投入井内。核其情节，难保非另有别

情以致张朱氏忿迫难堪，各寻短见。即谓案情确凿无疑，当尸于张俊熙回归之时，伊父、伊妻未必不向伊告知伊母自缢实情，何以屡次上控不休？该犯张二欢系案内要犯，延搁三年之久，并未尚紧缉拿，直至张俊熙赴京呈控，始将该犯获案。<sup>464</sup> 张俊熙呈内所称“刑书高树瑶、皂总李天佑等舞弊、捺延卖放”之处，未必尽属虚捏。其路过帮同解救之程三臣最为此案要证，均称患病外出，未经讯取确供。原验缢绳是否张朱氏携带前往，抑系张二欢家中之物，亦未详晰叙明。

遽行迁就定案，将张二欢照“因事用强、殴打威逼人致死、致命而非重伤”例，量减拟徒，殊不足以成信谳。至张俊熙因伊母自缢身死情节本有可疑，张二欢又未弋获到案，虑恐母命无常，屡次上控均未亲提，是以赴京呈诉，系属痛母情切所致，与“因别事牵控多人、希图拖累”者迥不相同。现据审明，所控均已得实，自应免其治罪。该抚将张俊熙照“申诉不实”律拟以满杖，而于所控书差舞弊等情未能研切根究，臣部碍难率复。

令该抚再行提犯研讯，务得确情，按律妥拟、具题。到日再议。

臣等再有请者，律载：“申诉不实者、杖一百”系指迎车驾及击登闻鼓而言。

在皇帝外出巡视或在紫禁城城内之时，人们均可以通过不同方式向皇帝申诉自己的冤情。登闻鼓（也有其他名称）产生于传说中的远古时代，据说置于统治者宫殿的前部。任何有冤屈的人都可以敲响登闻鼓，喊出值班官吏，后者将会将冤屈者的冤情向主管长官报告。登闻鼓的设置及其偶尔被使用，经历了一段较长的历史时期。《大清律例》关于登闻鼓及“邀车驾”的条款规定源自《唐律疏议》（卷二十四第十三条）的相关条款，仅作了少量的文字变动。1426年（明宣德元年）曾发生一起利用登闻鼓的典型案例，详情可参见查理斯·O·胡克所著《明代监察制度》一书。在清代，宫殿

<sup>465</sup>

之内不再设置登闻鼓(普通民众亦不得再进入殿堂之上)，但位于天安门西南方向不远的通政司入口处，则置有登闻鼓，并设立登闻鼓厅，专司接受、转交上呈皇帝的诉状(参见本书第四章第二节)。但我们认为，在19世纪的清代社会，已很少有人再利用“邀车驾”和击登闻鼓的方式来提起诉讼了，关于这一点，可参见第83·3案。

466

因与寻常越诉不同。是以一有不实，即拟满杖；所诬重者，仍从重论[另一方面，如果所控属实，依法则不予处罚]，非仅止杖责完结也。各省京控案件牵涉书差舞弊者，十居八九。其捏词悉准者固多，而实在冤抑未伸者亦复不少。各省督抚如果认真办理，无稍迁就，讼狱自然止息。无如近年以来，外省审办京控奏咨各案，全行审实及审虚、将原告诬告办理者，十不得一，大半皆系调停了事。一案之中，重款则大率消弥，轻款则略与更张。既不审实，又不办诬。或以为“控出有因”，或以为“怀疑所致”，无可解说；则又以到案即行供明为词，曲为原减。

467

皆因衙门将实作虚，无以服原告之心而杜其口，惧其复控，故不愿援诬告加等治罪。〔《大清律例·刑律·诬告》律规定诬告他人，加所诬罪二等或三等处罚(视所诬罪严重性而定)。由于该律对于故意诬告者所定的刑罚均较为严重，因此，适用该律一般都经过较高审级司法机构的认真核查。与其不同，若按照“申诉不实”律(该律应仅限于向皇帝本人提起申诉)给被告定罪量刑，则要便利得多。因为该律所定刑罚相对而言较轻，而且该律也不要求司法官明确肯定所处理的错误申诉为申诉者故意所为。〕

每遇审虚之案，类皆牵附“申诉不实”律坐原告以满杖罪名，而又删去“邀车驾”及“击登闻鼓”字样，借以完案。

冤抑者无由昭雪，刁健者得肆誇張，不特有失律意，且使

“诬告加等”及“告重事不实”等条皆成虚设。殊于吏治、民风大有关系。

相应请旨饬下各省督抚、将军、都统、府伊，嗣后遇有京控交审案件，务当秉公核办。审实，则屈必为伸；审虚，则诬必加等。如情节或有可原，不妨酌减定拟，不得仍照向来积习：节制“迎车驾”及“击登闻鼓”字样，摘引“申诉不实”律，迁就完结。

奉旨：依议。钦此。

## 99. 妇人犯罪

468

### 99·1 道光十一年(1831年)说帖

#### 《刑案汇览》卷六十，《刑律》

山东司查律载“孕妇犯死罪、产后百日行刑”。又例载“犯妇怀孕、罪应凌迟处死者、产后一月期满即行正法”各等语。是律言“孕妇犯一切死罪俱应俟产后百日行刑”，例内专言“凌迟”者。因其罪犯极刑，未便稍稽显戮，故特速其限，所以别差等也。

此案，韩张氏系因误伤伊翁韩有顺身死，原拟凌迟，奉旨改为斩决之犯。该抚因该犯妇现已在监生产，应否于产后一月即行处决，抑因该氏业已奉改斩决、仍照本律俟产后百日行刑之处，咨请部示等因。

查，韩张氏既由凌迟改为斩决，与实犯凌迟不同，自应照“孕妇犯死罪”之律，俟产后百日行刑。应飞行该抚，查照办理。

为了更好地了解此案，有必要首先了解上文“韩张氏系因误伤伊翁韩有顺身死”中“误”的含义。很可惜，案件记录对于受害人由伤致死的经过没有详细记载，因为这个问题不是要求刑部答复的

469

重点。根据《大清律例·刑律·戏杀误杀过失杀伤人》律，“误杀”是指本欲杀死甲，但因错误而将乙杀死。应该注意，中国法律中的“误”(mischance)与西方法律中的“错”(mistake)这两个概念不同。例如，某人用石头砸某甲，但因准确度不够，或者在石头投出后某乙跑到能被石头击中的地方，因而导致该人投出的石头砸中某乙，这就是“误”伤。如果某人意欲砸某甲，但由于错把某乙当成某甲，因而投石砸中，这就是“错”伤。

由于误杀的行为经过深思熟虑(虽然其结果是误杀旁人)，因此《大清律例》对其规定了与斗杀相同的刑罚：绞监候。另外，误杀与过失杀不同。过失杀是指情势所迫、并非己意而杀人(详见第55·3案)。因此，对于过失杀人者，虽然同样给以绞监候处罚，但同时法律又规定：“依律收赎”，即缴纳钱物，以代替刑罚。

《大清律例·刑律·殴祖父母父母》律规定：儿子或儿子的妻子对父母施加暴力，要受到相同处罚。其中，媳妇杀死丈夫的父亲，处凌迟刑。但若媳妇过失杀死丈夫的父亲，则处杖一百、流三千里之刑。至于媳妇误杀丈夫的父亲应处何刑，该律并未明确规定；但从内容上看，误杀应被包括在斗杀之中。本案对误杀丈夫之父亲的韩张氏最初判处凌迟刑，即以此为根据。

1813年(嘉庆十八年)发生了一件儿子误杀母亲的案子。通过对该案的处理，虽然没有编纂新例，但却也形成处理儿子或其妻误杀父母之类案件的新规定(该案收在《刑案汇览》第四十四卷“殴祖父母父母”章，题为“误杀伤祖父母父母援案办理”)，该案的大致情节是这样的：白鹏鹤向其嫂子借取点灯用的油，但其嫂拒绝借给。<sup>470</sup>白鹏鹤即骂其嫂，并拾取一土块向其嫂投掷。但没想到就在此时，白鹏鹤母亲白王氏出来劝架，白鹏鹤所投土块误中白王氏。白王氏当即被土块砸倒在地，身亡。刑部根据《大清律例·刑律·殴祖父母父母》律，判处白鹏鹤凌迟刑。但案件报送到嘉庆皇帝处时，皇帝将对白鹏鹤的判决由凌迟刑改为斩立决刑，并发布上谕说：白

鹏鵠投掷土块而误杀其母，并非其“思虑所及”，因而与斗殴误杀者不同；嘉庆上谕还说：今后遇到类似案件，应照此案办理。在《刑案汇览》所收集的1813年以后发生的子或子媳误杀父母的案件中，有相当一部分皆将对主犯处以的凌迟刑改为斩立决刑，甚至有几个案子中改为斩监候刑。对本案的处理，显然也受到1813年嘉庆皇帝上谕的影响。

在本书第六章的最后一部分，我们对本案进行了原则性评论。在这里，我们所强调的只是，中国社会所奉行的子孝、妇从等价值观念，正如传统的道德准则在其他任何一个国家一样，有时会被置放到令人可畏的高度。

## 100. 断罪不当

### 100·1 道光六年(1826年)通行

《刑案汇览》卷六十，《刑律》

安抚奏“阜阳县知县李复庆等处决秋审罪囚斩绞错”一案。

道光六年六月初二日奉上谕：“……乃近来各省屡有斩绞错误之案，总因未能严肃弹压；押犯兵役又复因忙乱拥挤，不及点验清楚，以致每有错误，实属不成事体。嗣后著各该督抚严饬州县，于秋审勾决各犯，先期会营，多派兵役弹压，肃清地面，毋任人多嘈杂。并著各该营弁亲视行刑，毋得仍前玩忽。将此通谕知之。钦此。”[为了避免与下文重复，我们将此条上谕的前半部分略去未译。]

此案：县役潘立管押斩犯李添罡在前行走，裴先管押绞犯徐四本在后行走。因观看人多，将二犯拥前挤后，以致行刑兵丁余得志将绞犯徐四本误行处斩；捕役张平将斩犯李添罡误行处绞。

虽非有意颠倒，惟处决错误实由潘立、裴先押犯误行所致。该二犯厥罪惟均。潘立、裴先均应比照“违制律”杖一百罪上加一等，各杖六十、徒一年。[该“违制律”适用面非常广泛，在前文已多次提及。既然是“比照”该律，在量刑上加一等处罚，自然是允许的。]

472

潘立母老丁单，饬查取结核办。[参见《大清律例·名例·犯罪存留养亲》。根据该律，罪犯为独子，且父母年迈，其应得之徒刑或其他较重的刑可通过不同方式折换，以使得罪犯本人能在家侍奉父母。该律的具体适用情况，可参见第13·1案和第25·1案。本案潘立适用该律，按照规定，潘立所应得的杖六十、徒一年之刑可转换成杖六十、枷号一个月之刑。]

营兵余得志、县役张平仅知前到三名系属斩犯，后到四名系属绞犯，彼此各不相顾，致将徐四本误行处斩，李添墨误行处绞。亦属疏忽。均照“不应重”律，杖八十，加枷号两个月，革役，除粮。

县役宋杰、吴奉，俱系本案原差，并未派往行刑。于次日到场收尸，看出斩绞错误。即行具稟，并无不合。应毋庸议。

至该抚奏称“已革阜阳县知县李复庆、已革千总徐淮清，虽系亲身在场监视，惟于处决重囚不知慎重，以致斩绞人犯误决二名，非寻常疏忽可比，未便仅照定例降调，业已从严参革，应毋庸议”等语。[此处所称“定例”系指《吏部则例》，它是由吏部制定，专门适用于违犯纪律的文职官员。从内容上看，《吏部则例》的规定远比《大清律例》相关条款的规定要详细。]

473

臣等查：应绞而斩、应斩而绞，刑律内即故者，亦止杖六十；失者减三等[仅笞三十]；系公罪，咎止罚俸。

关于官吏犯“公罪”和“私罪”问题，可参见第1·1案。根据法律规定，官吏犯公罪，可用“罚俸”代替刑罚；官吏犯公罪应笞三十者，

可以罚俸三个月替代；犯公罪应杖六十者，以罚俸一年替代。应该看到，中国的官吏从政府所获得俸禄是非常少的；为了维持其开支，他们不得不通过其他途径——通常是秘密的——获得一些收入。

未免情重法轻。[此处所说“法轻”，应是与公元653年唐朝的《唐律疏议》相比较而言的。《唐律疏议》第三十卷第十七条规定：“断罪应绞而斩，应斩而绞，徒一年；……失者，减二等（即杖九十）。”]是以吏部例内“应斩人犯误行处绞，降一级调用；应绞人犯误行处斩，降二级调用”即较刑律从严。

惟查臣部从前办过斩绞错误之案，有照“监临官因公事主令下手、金刃致死”律问拟满徒[徒三年]者。[布莱斯《大清律例》译本选译了此处所引用“决罚不如法”律的部分内容，但不是本案所适用的部分。参见第97·1案。至于上文所引《大清律例·违制律》，读者会发生疑问：刑部处理此类犯罪时适用“违制律”，究竟是否合适。]较之吏部定例，又觉过严。兹详加酌核，吏部例内降级之文系仅止误决一人者而言。至误决二人，亦无作何议处专条。查决囚重务，理宜慎重。该员弁将斩绞人犯误决二名，固非寻常疏忽可比。惟照例降调，按公罪止应查级议抵。今该抚将该县李复庆、该千总徐淮清均奏请参革，已属从严。[指与吏部定例所规定的处罚相比较；但它与《大清律例·决罚不如法》律规定的处罚相比，又不算太严。]应如所奏办理。

至臣部从前有办过问拟满徒之案，与现在吏部定例两歧，俟命下之日通行各省。嗣后如有斩绞错误二名之案，即将监刑员弁立予斥革。错误一名者，交部照例议处。以昭划一。[也就是说，监刑官员错将斩刑当作绞刑执行的，降一级调任；错将绞刑当作斩刑执行的，降二级调任。从本案我们看到，一：

项新的关于错误执行判决的法律如何在刑部的努力下生成；与其相应，关于同一内容的原有法律条款如何在实际上失去了效力。】

无独有偶，与本案相类似的案子在河南也发生过。据《1888年  
邸抄译本（1月1日—6月30日）》（Translations of Peking  
Gazette from 1st January to 30th June, 1888）记载，  
**475** 河南某地驻军的一名士兵被委派对一名绞刑犯执行绞刑。但该士兵  
在行刑前，因饮酒过量，行刑时将绞刑犯斩首而死。该士兵后来被  
解除军职，并被处杖一百之刑。另外两名兵丁因未阻止该士兵的  
行刑错误，因而分别被处杖八十之刑。该管知县及千总也双双被  
革职。

## 100·2 嘉庆二年(1797年)说帖

### 《刑案汇览》卷六十，《刑律》

山东司查例载：斩绞案件，如督抚拟罪过轻、而部议从重者，应驳令再审；如拟罪过重而部议从轻，所见既确，即改拟题覆，不必辗转驳审等语。[参见《大清律例·刑律·断罪不当》律附例。该例进一步规定，对于督抚拟罪较重、部议从轻的案件，只要其中有“疑义”者，都必须发回原审督抚再审，如同上文所引条例关于“督抚拟罪过轻、部议从重”的案一样。但是，本条例却未提及刑部的判决何为“所见既确”，何为有“疑义”。]

今山东司核题郑义“行窃拒捕、刃伤事主李氏”一案。查：郑义行窃虽未得赃，而拒捕刃伤事主究在盗所，自应以“临时拒捕”科断。该省将郑义依“窃盗未经得财逃走、事主追逐、因而拒捕刃伤”例，拟绞。具题。

**476** 根据该例，犯者是绞监候，而不是绞。另外，从法律规定来看，

盗犯在盗窃现场的拒捕行为要比在逃跑过程中的拒捕行为更加严重——因为窃贼既然逃跑，就说明他想避免使用暴力。本案中，案犯郑义行窃并未获赃，而且事发之后即欲逃跑。此二条皆为法定的从宽处理情节。但刑部却无视这些，而是将主要注意力集中于案犯曾实施暴力这一情节上。当然，刑部强调以《大清律例·刑律·强盗》律处罚郑义，也是完全正确的。因为关于该律的“官注”明确解释说：不论盗犯是否获得赃物，该律都可适用。

本部议驳：“临时拒捕”例应斩候，系属由轻驳重，自应照例驳令再审。

## 101. 吏典代写招草<sup>28</sup>

### 101·1 道光十一年(1831年)山东司通行 《刑案汇览》卷六十，《刑律》

山东道御史奏“请禁外省书吏拟批积习”一折。

道光十年十二月初六日(1831年1月19日)奉上谕：御史卞士云奏“请饬禁外省书吏拟批积习”一折，各省督、抚、司、道及学政、盐关各衙门，遇有批稟、批呈，事无巨细，均应亲身核定，不得假手吏胥，致滋弊混。<sup>477</sup>

据该御史奏，各省申详案件与具呈上控之人，每先向掌稿经承打点，如应准之件另拟数议驳，应驳之件另拟数语议准，先以消息宣露。无识之徒受其愚弄，甚且勾通幕友，因缘为奸。其弊无所不至，所关于吏治匪浅。

清代地方政府中，除了享受国家俸禄的正式职官之外，尚有两类胥吏。一类是在地方政府各机构固定任职的胥吏，他们多由本地人组成，其酬金亦从国家财政中开支。另一类是属于地方政府

高层官员私人的雇员和幕僚。这些人多跟随该官员迁任各地，他们的酬金也由该官员从其个人收入中支付。高层官员通常利用这批忠于自己的雇员和幕僚，以实现对于代表地方势力的上述第一类人的控制。不难想像，在地方政府中，这两类人之间的利害冲突必然是经常发生。关于这一问题，瞿同祖先生在其所著《清代中国的地方政府》一书中有详细论述。

478 著通谕各督抚、转行各衙门：嗣后凡遇批稟、批呈，无论重大案件及寻常事件，均著悉心详核，自行裁酌。毋许专任吏胥、幕友预定准、驳，致令借端朦混，遇事招摇，以除积弊而肃吏治。钦此。

道光皇帝的这件上谕反映了官僚机构所面临的一个永远难以解决的难题：如何建立一个信得过、高效率的行政机构，而无须行政首脑的殚思竭虑。

## 七、工律类

### 102.擅造作

#### 102·1 嘉庆十二年(1807年)说帖

《刑案汇览》卷六十，《工律》

广东司查律载：“管造已损财物、已费人工，并计所损物价及所费工钱，重者坐赃论”；又：“坐赃致罪，通算折半科罪。一百两，杖六十，徒一年。”  
〔参见《大清律例·刑律·官吏受财》律。该律列出了坐赃1—400两不等的处罚，其最高刑为徒三年。〕

又，例载：“官吏坐赃致罪者，果能于限内全完，仍照‘那移亏空钱粮’之犯，准其减免。”〔“坐赃”是指官吏贪图私利而受贿。与“坐赃”不同，此处所称“那移亏空钱粮”犯罪中，罪犯并未将其钱粮归为己有。〕又，“那移库银，限一年，果能尽数全完，免罪；未至二万两者，仍照例准其开复。”

此案：参革都司陈攀桂，因各船修理帆索、杠具等项，需用银两，辄将兵丁口粮银两那移充用，又不能按例妥办。于定例应领之外计多用银三百九十八两零。虽讯无侵扣情事，究属违例妄费。

应如该督所奏：陈攀桂合依“营造损费、坐赃”本律。该银三百九十八两零，折半科罪，杖六十，徒一年。[这里显然有计算错误。三百九十八两折半，应是一百九十九两。根据《大清律例·刑律·坐赃致罪》律，坐赃一百两至二百两者，处刑杖七十、徒一年半；徒一年之刑是针对坐赃银两在八十两以上、一百两以下的犯罪。\*]

查：该参员系“坐赃致罪”，其多用银两业于参革之后尽数完缴，系在一年限内全完。自应照“那移、限内完赃”例，免罪，准其开复。

480

仍交兵部，照例议处。其所领劄付应缴销之处，移咨兵部办理。

## 103. 造作不如法

### 103·1 嘉庆十四年(1809年)案

《刑案汇览》卷六十，《工律》

江苏司：此案，荷花塘筑堤处所，因河底淤深，坝基不能坚实，遂致已合复开。不特糜币、费时，而下游田庐、民舍所损实多。

查：钱运以微末汛弁希冀见好，妄行倡议，以致办理错误。钱运应比照“造作不如法计所费工钱拟徒”律，加重，发往伊犁充当苦差。

《大清律例·工律·造作不如法》律对“造作不如法”罪仅规定

\*此处原文似未错，而本书作者可能有理解错误。《大清律例·刑律·坐赃致罪》律规定：坐赃致罪，“一两以下笞二十，一两之上至十两笞三十，二十两笞四十；……八十两杖一百，一百两杖六十、徒一年；二百两杖七十、徒一年半；……。”本案案犯计赃一百九十九两，不足二百两，仍应照一百两科罪，即处刑杖六十、徒一年。——译者注

最高为杖一百、徒三年的刑罚。但本案对钱法以“造作不如法”定罪，所处刑罚却是流刑中最严的一种：“发往伊犁充当苦差。”当然，刑部作出此判决，已强调仅是“比照”原律，而非“依照”。通常情况下，“比照”原律加重处罚，仅“量加一等”；但本案判决自原律的“杖一百、徒三年”加至“发伊犁当差”，根据标准的量刑计等方法，其所加等数已远远超过“一等”。类似的加重数等处罚，在68·1案中也曾出现。

可以推测，此处比照适用“造作不如法”律，说明本案筑堤蓄水之前，并未制定方案；与擅自违背适当的修筑方案相比较，完全的越权营造行为，其性质要严重得多。

## 104. 织造违禁龙凤文段匹<sup>◎</sup>

481

### 104·1 乾隆四十四年(1779年)

《刑案汇览》卷六十，《工律》

乾隆四十四年江苏赣榆县已革生员韦玉振叙父行述擅用  
“赦”字一案。

“生员”是指在科举考试中通过最初一级考试的人。“赦”一词有广义、狭义之分。广义的“赦”是指宽容、缓和；狭义的“赦”则是一个法律专门用语，指对罪犯的赦免。在中国，发布具有法律效力的“赦”令权，专属于皇帝。因此，如果以“赦”一词来描述其他人的行为，尤其是以其描述其他行政首脑的行为，都会被认为具有“大逆”嫌疑。因为这样一来，似乎该人就是做了只有皇帝才能做的事。

缘韦玉振之父韦锡于乾隆四十三年间病故。伊长兄韦玉麟旋亦患病，韦玉振经理丧事。因伊父曾管社仓，让过穷佃户米。叙父行述，称“赦不加息”，并“赦屡年积欠”，妄用“赦”字。

伊本生祖父韦仪来亦系生员。外人指其文理不通。韦玉振欲夸张伊祖韦仪来文字，于父《行述》内叙入“韦仪来有《松西堂稿》，并藏书东西二楼”。总经手披，冀避不通之诮，将《行述》刊成刷送。其堂叔韦昭以“赦”字欠妥，先向韦玉振说知。韦玉振因《行述》已经散出，当以“《四书》内有‘赦小过’之句，可以通用”回答。韦昭恐有贻累，即赴学呈稟详。经饬州亲遣韦玉振家搜查，并无《松西堂稿》，其经史各种书籍亦无悖逆字句。所有东、西二小楼俱贮食粮，并无另有违碍书籍。

饬据呈出《家谱》内，有“世表”二字。〔“世表”一词在中国文献中最早见于《史记》（公元前85年成书）。在《史记》中，“世表”作为第十三章的标题出现，原题为“三代世表”。其内容是以图表形式，记述中国最早的三个王朝的帝王名称。在普通民众的《家谱》中使用“世表”一词，可能反映了作者欲将其历代祖先比作古代帝王的心态——显然，这是一种具有反政府色彩的心态。〕

亦载有“韦仪来藏书东、西二楼；总经手披，著有《松西堂稿》，海曲贡生、丁椒圃有传”等语。讯据族邻咸称，未见其书，亦未见韦仪来有著书籍。经州查明，丁椒圃系山东日照县人。如果作序，其家或有《松西堂稿》亦未可定。即备文关查，一面饬委会审。兹据该府州关准、日照县查覆：丁椒圃久故，其家内并无《松西堂稿》，亦无别有著作。将搜起各书饬发书局，委员详细校阅，并无违碍字句。

严加诘讯，据韦玉振坚供：伊祖韦仪来并未著有《松西堂稿》。因伊祖被人以“不通文理”谈论，是以于《行述》内捏载著有《松西堂稿》，并云家有藏书二楼。俱经手披，以见伊祖并非“不通文理”之人。“海曲贡生、丁椒圃有传”之语，亦系捏说。至伊父《行述》妄用“赦”字，实系无知、失检，委非有心僭妄。质据原首之韦昭，亦供从未见其《松西堂稿》，实系韦玉振虚捏。

韦玉振应请照“违制律”，杖一百。衣顶业已褫革，折责发落。韦玉麟于《行述》、《家谱》，均未经理，请免置议。《行述》、《家谱》板片销毁，其余无碍书籍发还。

查：韦玉振于《行述》、《家谱》内妄用“赦”字、“世表”字样，虽此外尚无违悖之迹，然究属僭妄，非仅“违制”可比。但例无“僭妄”治罪专条，应即比附定拟。

今韦玉振身立官墙，自应稍知文义。乃于“赦”字、“世表”<sup>484</sup>字样僭用不忌，自当治其“僭妄”之罪。应比照“僭用违禁凤文”律，杖一百、徒三年，以示惩儆。

韦昭系韦玉振堂叔，畏累具首，并非挟嫌妄稟，毋庸议。  
奏准。在案。

透过本案，我们能看到很多有意义的东西。首先，从政治上看，仅仅是因为误用某些字词的行为，就被判处徒三年之刑；这一事实本身说明，在这一阶段，满族统治者对于社会反抗行为持有极度的恐惧心理（参见本书第六章第四节）。在处理本案时，江苏巡抚最初主张对案犯处杖一百之刑，同时，剥夺其生员身份；但是，与皇帝有紧密联系的刑部不同意江苏巡抚的意见，坚持要加重处罚。本案发生于1779年（乾隆四十四年），此时正是帝国政府所组织的反对文字犯罪运动的高潮阶段（该场运动的高潮发生于1774-1788年，即乾隆三十九年至乾隆五十三年）。在这场反对文字犯罪的运动中，被清理的文字作品达1500件之多（参见L·卡林顿·哥德雷切所著《乾隆朝的文字狱》The Literary Inquisition of Ch'ien-lung，巴尔的摩1935年出版）。由此可见，统治中华帝国的满族统治者对于各种形式的社会反抗行为是何等的惧怕。实际上，统治者的这种心态早在公元前2世纪中华帝国建立之初即已不同程度地存在着。

从法律角度看，既然中国人对于“文词煽动”情事所抱的偏见

485 由来已久,《大清律例》对于此类字词使用不合适的行为并未设专款加以规定,这是很奇怪的。由于没有直接可以适用的法律,刑部便比照“僭用违禁龙凤文”律判决此案,这种处理办法似乎不甚妥当,比如,《大清律例·吏律·上书奏事犯讳》律规定了另外一种使用文字错误的犯罪。根据该律,如果在公文中误用当朝皇帝及本朝前任各皇帝的姓名所用字时,分别情形,给以不同处罚,罪止杖一百。(在中国古代曾出现这样一种与巫术有关的观念:只要写下某人的名字,就可以控制该人,并可以对其形成伤害。这一观念在其他文明古国也曾出现。中国后来禁止以口头或书面形式提及皇帝和其他著名人士——例如孔子——的名字,这一禁忌也许就源于古代那种巫术观念)在本案中,刑部拒绝适用“上书奏事犯讳”律(如同其反对江苏巡抚最初适用的“违制律”一样),可能只是因为,刑部认为该律的处理过于轻纵。在刑部看来,与本案相关的这一类犯罪肯定会被乾隆皇帝确定为严重犯罪。正因为如此,刑部在判决韦玉振“杖一百、徒三年”的重刑之后,还追加说明:“以示惩儆”。

从社会学和心理学角度看,案犯韦玉振力图对其父亲加以赞美,并希望在文学造诣方面,恢复其祖父的名声。这种状况反映了在儒学盛行的中国,人们对考取功名极为重视,因为这是进身之阶,是获取声望与权力的手段。另一方面,本案也反映了那些刚刚从平民进入到士绅阶层的人害怕失去已获得的士绅身份、从而回到普通平民的位置上去的不安全心理。在本案中,案犯韦玉振及其祖父只是通过了科举考试中的初级考试,因而他们的身份也是“士”这一群体中最低一级。而在当时,如果不通过较高级的考试,他们就与仕宦之途无缘。从案情叙述来看,韦玉振的父亲甚至连这最低一级的“士”身份也未获得,否则原案情记录肯定要说明。至于韦玉振的父亲曾负责管理“社仓”这一事实,并不能说明其父亲就已经具有“士”的身份。因为社仓与政府的仓库不同,前者是在

民间由私人支持、私人管理的仓库，其管理人员不属于国家正式官员。关于“社仓”，可参见萧公权的《19世纪中华帝国控制下的乡村》第149页(Rural China, Imperial Control in the Nineteenth Century)。

最后，还有一个问题。韦玉振的堂叔韦昭（韦昭是韦玉振父亲的堂兄弟）向官府揭出韦玉振误用文字的行为，从而使韦玉振涉讼被刑。人们不禁要问，韦昭此举究竟动机何在？是不是如原判决所称：“畏累具首”，即担心受牵连而向官府告发？或者是因为对于“行述”过度赞美韦玉振之父而产生忌妒心理？而刑部在判决中强调韦昭具首“并非挟嫌妄稟”。刑部的这段表述似乎更加深了人们对于韦昭行为动机的怀疑。当然，尽管韦昭的行为会招致人们的非议，但也能获得人们的理解。因为本案发生的年代，在中国历史上是一个非常时期：国家机器每天都忙于从私人住宅里搜寻具有反抗嫌疑的文字。

## 105. 失时不修堤防

### 105·1 嘉庆十七年(1812年)说帖

#### 《刑案汇览》卷六十，《工律》

直督咨“李嘉申主令孙璞等纠众抗差”一案。

查例载：“遇河工紧要工程，如有浮议动众，以致众力懈弛者，将倡造之人拟斩监候”等语。

此案：李嘉申等因永定河附堤村庄设有险夫，每石承种官地六亩五分。凡有应行裁弯取直工程，派险夫挑挖土方，每方 437 给银四分。

嘉庆十四年春间挑挖老坎兜湾工程，需用土方过多，各夫延挨观望。地方孙璞等见各夫不肯上工，向李嘉申商议，起意纠众抗差，主令孙璞等赴工求减。不准。遂将承领土方价银

呈缴，各村均效尤。李嘉申虑及兴讼，告知孙璞等，向各夫凑钱应用。经该讯员访问查证，孙璞拒捕，致伤河兵。

该省以此次挑挖老坎工程，不过疏消兜湾，并非紧急工程。且李嘉申之主谋求减、缴价，究由村民先已懈弛，孙璞向其商议所致，与“倡造浮言、致误要工”者有间。

将李嘉申于“河工紧要工程、倡造浮言动众、致众力懈弛、斩罪”上量减，拟流。孙璞依“为从”拟徒。

根据《大清律例·名例·共犯罪分首从》律规定，从犯减主犯  
488 一等处罚。主犯李嘉申被处流三千里之刑，从犯孙璞减一等处罚，则应徒三年。此处判决“量减”处理，本应“比照”原律，但如同前面许多案例一样，仍仅用“于”。

仍加拒捕罪二等，拟流。[自徒三年之刑加二等，为流二千五百里。《大清律例·刑律·罪人拒捕》律还规定：罪人拒捕，并将追捕之人折断一个手指或一个脚趾者，处绞监候刑。本案判决并未适用该项规定，由此可以推论，案犯孙璞等拒捕并致伤河兵，其所致伤势并不严重。]

查：此项挑挖工程，虽村民因需用土方过多，延挨观望，先已懈弛；而求减缴价实由李嘉申首先主谋，不得不坐以“倡议”之罪。惟河工缓急，各有不同。“倡议动众、致众力懈弛，问拟斩候”例内原指明紧要工程而言。若寻常疏浚岁修工程，自不得与防堵、抢险要工并论。既据该省查明此项工程并非紧急，将首、从各犯于“河工紧要工程、倡议动聚”例上分别量减问拟。核其情节，尚属相符。似可照覆。

阅读此案，可与第27·1、27·2两案比较。在这三个案子中，工头所受处罚都极为严厉。另外，本案中，每挑挖泥土一方，给酬金

四分白银；与其相应，《大清律例·工律·擅造作》律规定：官府雇人从事工役，每人每日得工钱八钱五分五厘。<sup>189</sup>照这样比例计算，本案河工每日挑挖泥土超过二十方，其收入方才能与官府雇工人每日工钱相仿。由此我们可以推论：在永定河沿岸挑挖土方的劳动强度，远远超出自耕农在由政府分给他们的土地上从事农耕的劳动强度。

## 106. 侵占街道

### 106·1 嘉庆二十五年(1820年)案

《刑案汇览》卷六十，《工律》

晋抚咨：閻旺年因修理铺房，垒砌护墙，侵及学官东围墙。比照“侵占街道盖房屋”律，杖六十，酌加枷号一个月。

本案可能发生于山西省省会太原。本案判决，“比照”适用“侵占街道盖房屋”律，因为本案“砌墙侵及学官”与原律所称“侵占街道”不同。很显然，前者比后者更为严重。因此，山西巡抚“比照”原律，在原律所定“杖六十”刑之外，加刑(枷号一个月)处罚。

#### 注释

①本节涉及对于满人、蒙古人及汉军八旗（清政府的武装力量被称作“旗”。参阅本书第四章第二节）在法律上的特殊处理（通常是优待处理，但并不绝对如此）。关于旗人的特殊地位问题，可参阅本书第六章第二节及瞿同祖的《传统中国的法律与社会》一书第204—206页。

\*此处有误。《大清律例·工律·擅造作》律原文是“每日八分五厘五毫”。英文译著误译作“0·855盎司”，即八钱五分五厘。此处错误导致下文的计算错误。——译者注

② 本节内容是中国人注重孝道的很好例证。根据这一规定(附有一些条件限制),被判处死刑或其他重刑的犯人,如果其父母年逾七十,本人为家中唯一的成年儿子,则可以将其死刑或其他重刑易之以笞杖刑及枷号刑,以便让其留待家中,侍奉父母。然而,以下案例说明,这一权利决不是由当事人自动享有。

③ 为了维持地方秩序和帮助征收税粮,清政府在农村设立“保”(每保包括1000户)和“里”(每里包括100户)等组织,将乡民百姓纳入这些组织之中。保和里的首领由政府从地方人士中任命;首领们各自在自己的辖区内就维持治安和征收赋税两个方面,向政府负责。保和里的首领们不享受国家俸禄。保、里等乡间基层组织只是在由享受国家俸禄的文职官员组成的政府系统之外和之下发挥作用。因此,担任保、里首领的职务可能是非常艰难的,除非任该职者利用自己的地位搜刮钱财;实际上,后一种情况是可能发生的。无疑地,“禁革主保里长”律的制定,就是针对后一种可能性。参见萧公权所著:《乡土中国,19世纪帝国政府的控制》(西雅图,1960年),第2章—第4章。

④ 本律禁止府县行政长官娶所属的府县妇女为妻或纳为妾,目的在于减少地方政府中的裙带关系及其他腐败现象。

⑤ 在中国的两千多年里,盐一直是政府的垄断物。政府通过发放许可证(盐引)的方式,控制着民间对于盐的制作和售卖。本节所收案例与其他一些案例(尤其是第26·1案)一样,能够说明古代中国在政府控制之下经济自身的发展范围。

⑥ 正像我们将从下面的案例中看到的那样,本节标题内涵较宽,它超出了在英文字面上的含义,像工钱的争端及筹划罢工等事项,均属于此“把持行市”节下。另外一点也超出人们的想像,本节所收的三个案例均是针对政府机构,而不是与私营体的纠纷——前两个案例是与大运河上政府的漕运机构发生纠纷,第三个案例则是以欺诈手段获取政府仓粮。

⑦ 本节法律(《大清律例·兵律·激变良民》,布莱斯译本no. 924)规定:行政官吏因其“失于抚字”或“非法行事”,导致良民反叛者,处斩监候刑。而该律之下另一例又规定:普通民人(非官吏)煽动、唆使良民造反,亦处以重刑。《刑案汇览》收入激变良民类案例共17个,其中多数属于后一类。

⑧ 与其他一些法律条款一样,帝国政府制定此条法律,反映出统治者对民众暴乱的担心,因而希望通过这类条款的规定紧紧控制着社会。

⑨ “谋反大逆”包括“十恶”之中第一、第二条重罪：“谋反”、“谋大逆”。“十恶”是所有犯罪中最重的10种犯罪，清代对“十恶”罪的处罚非常严厉，在某些情况下，罪犯的亲属还要受到株连处罚。例如，《大清律例·刑律·谋反大逆》律规定：犯谋反及大逆罪者，主犯（不论已行、未行）凌迟处死；罪犯的父亲、祖父、儿、孙、兄弟、兄弟之子、伯叔及同居之人，年龄在十六以上者，一律处斩刑；上述亲属十五岁以下及罪犯的母亲、未出嫁的姐妹、女儿、妻、妾、子之妻妾等，皆没官，并给付功臣之家为奴婢。

⑩ 在对“私藏应禁军器”律的脚注中，我们已说明，帝国政府制定该条款，反映出统治者对于民众暴乱的担心。“造妖书妖言”律的制定，也表明统治者同样的心态。妖书妖言有可能被暴乱的民众所利用。在中国，还有一种类似于法国占星术的占卜术。占卜家们以一种非常晦涩的语言，预示王朝的兴替。一般说来，政府禁止宗教，并不是因为宗教教义本身不正确，而是因为宗教常被人们利用，作为反政府的一种武器。

⑪ 虽然标题为“谋杀祖父母父母”，但本节也包括祖父母父母谋杀子孙的案件。

⑫ 本节也包括奸夫奸妇杀死本夫的案件。

⑬ 此条罪名属于《大清律例》布莱斯译本no.45所列“十恶”重罪之五。

⑭ 此条犯罪属于“十恶”之一，在十恶罪中名列第五。“采生折割人”不是一般的剥夺人的生命，而是出于某种妖术、巫术的目的，摘取活人的耳、目、脏、腑或分割人的肢体。例如，取活人的器官、肢体，作为祭品供奉神灵；取活人器官作药饵以治病等。

⑮ 此条犯罪除了不让人穿衣、吃饭之外，还包括将异物塞入人体各器官，例如，将异物塞入人的鼻、耳等器官内。参见第54·3案。

⑯ 本节也包括火器伤人案件。

⑰ 本节也包括老师殴打门生案件。

⑱ 本节也包括家长殴打奴婢的案件。相比较而言，家长殴奴婢比奴婢殴家长更为常见。本节所选两个案例均属前者。

⑲ 本节也包括夫殴妻妾的案件。

⑳ 本节涉及五服之外、同宗同姓亲属之间互相殴打的案件。

㉑ 本节也包括祖父母父母殴子孙的案件。

㉒ 祖父母父母受到外人殴打，子孙上前救护而将该外人致伤或致死，

本节即规定在这种情形下对于该子孙的刑罚。

㉙ 我们已多次遇到这一概括性禁律（《大清律例》布莱斯译本no. 1656）。对于那些虽未被《大清律例》明文禁止、但统治者认为应受惩罚的行为，即可援用此条概括性禁律。该律规定，对于此类行为较严重者，处杖八十刑，较轻者处笞四十刑。

㉚ 本律既适用于犯罪之人抗拒逮捕行为，也适用于追捕人在罪犯已被拘执，或罪犯虽逃走但不拒捕的情况下，将罪犯殴伤或致死的行为。

㉛ 本节主要涉及各级司法机关对于不同案件的管辖问题。例如，笞杖刑案件由县行使管辖权；死刑案件则必须报至刑部，并且由皇帝本人行使最后批准权。

㉜ 《刑案汇览》在本节名下有三十几个案例。关于对这些案例的分析研究，可参阅朱迪·费尔德曼·哈里逊（Judy Feldman Harrison）的“非法对待罪囚：对清朝司法实践中的案例研究”（*Wrongful Treatment of Prisoners: A Case Study of Ch'ing Legal Practice*），载于《亚洲研究杂志》（*Journal of Asian Studies*），23:227--244, 1964年。

㉝ 本律规定：官吏在审断案件时不引用相关律例者，笞三十。对于皇帝在处理具体案件时颁布的诏旨，若其尚未被编入律例，司法官也不得引以为断罪依据。

㉞ 本律禁止衙门吏典代犯人书写招供证词（参阅本书所选译案例第79·1案，该案所引律例也禁止私人“讼棍”代写此类招供证词）。本节实际上只选收一件皇帝诏旨，而且该诏旨也只是部分内容与“吏典代写招草”这一标题有关。

㉟ 在中华帝国，“龙”与所谓的“凤”（实际上，“凤”只是神话传说中一种类似于“雉”的鸟）分别是皇帝与皇后的象征。普通平民被严格禁止穿用有“龙凤”图案的衣物。《大清律例·工律·织造违禁龙凤文段四》律规定：民间织造违禁龙凤文丝罗货卖者，杖一百；买而僭用者，杖一百、徒三年；买而未用者，笞三十。另外，《大清律例·礼律·服舍违式》对于这一问题，也有类似规定。

# 第三篇 清帝国法律的司法解释

493

## 一、导论

法官在运用法律条款审判案件时，通常能够准确无误地理解该项法律条款的含义。例如，在处理“林德伯格绑架案”过程中，新泽西州法院的判决就与该州议会关于“绑架”一词的解释没有产生明显的冲突。然而，这并不是说在制定法体系中不会产生在适用法律条款方面存有疑义的判例。恰恰相反，这种判例仍时有发生。

如果两个国家具有相似的文化背景，那么，此一国的学者对于另一国的法律就能像该国国内的法律人士一样加以理解。在美国，一州法律的含义很容易越过州界，为别州的人所理解。法律及其语言扎根于文化之中。在文化背景不同的民族，其法律程序在表面上有时也存在一定的相似之处。这种外在的相似常常能使人们产生错觉。外国读者常常会带着偏见来阅读上面所引述的清帝国的案例，因而在理解上也发生偏差。因此，在开始这篇专门解释清代刑事法律的章节之前，

有必要告诫我们的西方读者：我们所处的社会背景将会妨碍我们对于中国清代刑事法律的理解。

西方国家的法官依据制定法审判案件，已经持续了很长时间。但是，直到19世纪现代意义上的立法活动产生之前，制定法在司法审判中作用并不太大。法国于1803年和1804年颁布了“五法全书”（*Les Cinq Codes*）<sup>①</sup>，很快，欧洲大陆的大多数国家都纷纷效法，制定法典。普通法国家历来对制定法典的方式不屑一顾，但在19世纪欧洲大陆普遍编纂法典这一浪潮的冲击下，其立法活动也受到一定的影响。欧洲于19世纪产生法典编纂浪潮的原因之一，是18世纪哲学家们所强调的“先行立法”原则。主张在案件发生之前“先行立法”这一观点的，在西方学者中有三位较有影响。

大卫·休谟主张将法律规则固定化，以便稳定财产权利，繁荣工业与商业<sup>②</sup>。他提出，要使法律在社会中发挥作用，不仅需要一系列固定化的法律原则，也需要给这些原则以文字上的解释。休谟认为，执法的法官参与立法活动（由于他们总是与具体的案件接触，因而会产生某种偏见），就会扰乱社会秩序，并影响社会的繁荣。为此，休谟提出一种补救方法：转述法律原则应严格按照原意。清帝国的《刑案汇览》一书也体现了这种严格转述原则。当然，《刑案汇览》的编辑者们之所以也采取严格转述方式，是基于另外一些考虑，其出发点与休谟的主张并不相同。在传统中国，人们并不十分看重商业的稳定性。对于商人，人们总是持有怀疑的态度；商业贸易又总是被限制在狭小的领域。商业争端很少通过官府解决，多数情况下是在同业行会中私下调解。西方世界的那种由重商主义

\* 原文如此。1803—1810年间，拿破仑共主持制定了五部法典，计为《法国民法典》（1804年颁布）、《民事诉讼法》（1807年颁布）、《商法典》（1807年颁布）、《刑事诉讼法》（1808年颁布）和《刑法典》（1810年颁行）；后人有以“五法全书”名之。原文谓1803和1804年编纂“五法全书”，疑为年代之误。——校者注

理论及资本主义工业推动法律朝着铁面无私、包罗万象方向发展的情况，在中国还没有出现。

孟德斯鸠也主张颁布制定法。但孟德斯鸠的主要思想与休谟又有很大的不同。在孟德斯鸠所设计的制度框架中，立法权应从政策制定权（行政权）及司法权中分离出来。权力过分集中，则容易导致滥用权力。如果政府进行分工，一个机构专门制定法律，另一个机构则运用这法律去处理案件，那么，手中握有实权的诉讼当事人就不能通过法律而获取不当的利益，因而也就不会损害他人的自由<sup>②</sup>。当然，在孟德斯鸠所设计的体制中，法官不能以一己的偏好去代替立法机构确立的方针，但是如果某项法律文意多歧，需要执行立法方针的法官又要努力探求立法者的本意，只有这样，他们才能够不辱使命。法官只有去努力地理解并尊重立法的宗旨，才能很好地尽忠职守。中国清朝官员在运用《大清律例》审断案件时，也注重于准确理解立法者的真实意图。但是，清帝国政治制度的设计，既没有考虑到权力的分立，也没有考虑到对公民自由的保护。中国法律的发展进程丝毫不受这种分权理论的影响。

495

卢梭扩大了立法机构的职能。卢梭认为，法律原则应由全体公民通过表达其“共同意志”的方式来确定。如果法官只是根据其“个人意志”来审断案件，那么，轻则不公正，重则出现专横、武断。只有事先颁布系统而明确的法律（即在各类案件发生之前，公布全体公民的共同意志），人民公正而深邃的智慧才可以保证正义的实现<sup>③</sup>。对于中国人来说，普遍参与法律的制定工作，这是不可思议的事。中国有些政治理论也提到：智慧来自于民众。但是，在中国，真正的立法者是皇帝本人。人们并不认为《大清律例》是公众正义的一种形式；这部法典是由兼学者与官僚于一身的少数精英人物制定，而由皇帝颁布天下，这一点也从未遭到人们的责难。

那末，有关制定法地位和作用的一般观念是怎样的呢？这些观念的影响及于清人对法律的解释，值得我们探究清楚。然而，回

答这一问题有一定难度。在这里，我们只是将通过观察而获得的一些认识加以介绍，它将有助于我们对于上述问题的理解。

在中国人为他们的刑事法所做的循环式定义里面，重要性排在首位的词是关于刑罚的（“刑”），而不是指称制定法的（“法”或“律”）。无论是中国早期社会，还是近世，都以“刑”一词代表法律。《尚书》（产生于公元前四世纪或更早一点）中的《吕刑》已出现“法”一词；但《吕刑》却没有谈及犯罪行为的种类及定义，它所论述的重点放在如何对已被确定为犯罪的行为给以相适应的刑罚。当然，任何一个政府在其首次公布制定法时，必然要从当时流行的理论和实践中吸收一些有价值的东西；尽管这些理论和实践经验并未经过系统的整理。在任何一种刑事立法制度形成之初，制定法通常只是把以前存在的法律公式化。但是在中国，当刑事法律首次颁布的时候，有关礼仪方面的规范和规定早已制度化，并且达到相当高的水平。布迪教授认为：“在中国，人们道德意识的形成以及对于道德规范的接受，主要是受社会普遍存在的习惯与礼仪的影响，而不是正式制定的法律的影响；在这一方面，中国与其他文明古国相比，更具有典型性。”据《吕刑》载，古代帝王说：“在今尔安百姓，……何敬非刑？”<sup>④</sup>这位帝王详细探讨了什么是过于严厉的刑罚，什么是过于宽泛的恕免，并强调在确定与各项犯罪相适宜的刑罚时，要“惟诚惟慎”。

两千年后我们发现，中国人仍然很重视“罚当其罪”问题。在中华帝国的历史上，相当长的一段时间内，国家最高司法机构的名称是“刑部”。对于绝大多数案件来说，刑部所关注的是对于被告是否给以与其罪行相适应的刑罚；至于确认被告是犯有罪行，还是清白无辜，这个问题刑部很少考虑。

这种注重确定适当刑罚的特点也影响到法律的起草、制定及其具体应用两个过程。布迪教授在论述中国人“罚当其罪”特点时说：“[帝国的]法典总是力图将每一类犯罪各种可能的表现形式都

纳入其法律条款之中，进而分别确定各种相对应的刑罚。”在规定各种犯罪的法律条款中，与该犯罪相对应的精确的量刑规定是其不可缺少的重要组成部分。从理论上说，州县长官在确认被告的犯罪行为之后，对于在判决中给予该罪犯何种刑罚，他们无需考虑；因为对每一种犯罪，法律只规定了一种相对应的刑罚，没有必要进行选择刑罚的考虑。如果所有的罪犯都应受到同一种刑罚，而该刑罚又都与这些罪犯所犯罪行相适应，那么，这些罪犯所犯罪行在严重性的程度上，必然是完全一样的。如果不管犯罪的严重性程度而给以同一等级的刑罚，势必使一些罪犯受到过于严厉的处罚，而另一些罪犯所受处罚则过于轻缓。帝国法典的设计者们试图避免量刑上的倚轻倚重，为此，在由他们所设计、制定的法典中，对于犯罪种类的划分非常细致，对于每一种可能出现的犯罪形式，又都规定了相对应的刑罚。

当这种规定极为琐细严格的制定法需要解释的时候，其原则一定是严格的（而不是宽泛的）。如果某法律条款规定了较为严厉 407 的刑罚，而从字面上看该条款既适用于一些严重犯罪也适用于一些较轻的犯罪时，司法机构就会要求对该项法律条款作出解释，以排除该条款对于较轻犯罪的适用。当然，这种解释不会导致对该较轻犯罪的放纵。在下面我们将谈到这个问题，就是说，对这些较轻犯罪的处理，将会适用其他规定了较轻刑罚的条款。

同样，如果某法律条款规定了较为轻微的刑罚，而从字面上看该条款既适用于一些较轻的犯罪，又适用于一些严重犯罪时，司法机构也会要求对该项法律条款作出解释，以排除该条款对于严重犯罪的适用。这种解释也不会导致该严重犯罪脱逃法律制裁，因为总是可以通过其他条款对于该犯罪给予制裁。

在中国人看来，帝王的责任在于真正做到“罚当其罪”。在遥远的古代，人们就形成这样一种观念：统治者之所以能保持其王位，仅仅是因为他是“上天”在人世间的代理人。一旦统治者不能

恢复遭到破坏的自然和谐，那么，“上天”也就会撤销其代理人的资格，收回所授予的权力。自然和谐主要体现在两个方面：道德秩序和物质秩序。犯罪构成对秩序的破坏；因此，当犯罪行为发生后，若要恢复自然的和谐状态，只能对该犯罪施以适当的惩罚。但是，若对犯罪施以不适当的处罚，那么，其结果比不处罚还要糟。因为这样一来，它不仅不能恢复原有的自然和谐，而且将会对自然和谐造成更严重的破坏。

公元前3世纪，秦始皇在整个帝国的疆域内推行法家学派的主张。法家强调“刑无等级”，反对根据罪犯或受害者的社会地位和家庭身份的不同而给以不同的刑罚。秦始皇致力于颁布明确规定各项犯罪行为的法律，但他却放弃了那种在对犯罪进行琐细分类基础上而分别确定相应处罚的复杂做法。法家主张重刑威慑主义，以严厉的刑罚惩罚罪犯，以此威慑人民，使其不敢犯罪。在法家看来，法律的功能不在于重建被人们破坏了的秩序，而在于预先  
798 防止人们从事破坏秩序的行为<sup>⑤</sup>。秦朝严苛的刑罚是导致其迅速灭亡的原因之一。

秦灭亡以后，汉朝放弃了法家学说，而回到温和的儒家学说上来。但从某种意义上说，儒家学说从来没有复兴。布迪教授认为，儒家不主张预先制定法律规则，而是提倡当案件发生时，就该案件的发生背景对其进行审判。而汉朝以及后续各朝所以都采纳了法家关于制定、颁布刑法的主张，其原因有二（实践方面的原因与理论方面的原因）：第一，在秦王朝建立之前的“封建”时代，诸侯们各自拥有地方自治权，他们相互征战不息，希图征服整个帝国。秦王朝通过建立一个控制全国的中央集权政府，使帝国的统治得以巩固。而在一个中央集权的政治体制中，一个全国通行的刑法体系以及由地方官员行使司法审判权、并向皇帝负责的司法体制是其重要组成部分。秦以后的历代王朝都沿用了这一套由法家所提倡、而自秦朝初次实践的法律体制。第二，根据儒家学说，社会应

建立在人们之间的五种主要关系之上。这五种关系是：父与子、君与臣、夫与妻、兄与弟、朋友之间。在封建时代，包括君臣关系在内的这五种关系都是一种人与人之间的关系；即使是卑微的臣民，他们与其君主也并非相距遥远。但是在大一统的中华帝国，绝大多数的帝国臣民甚至想瞥一眼环绕皇帝宫殿的围墙也都不可能。君主与臣民不发生直接关系。后者只能通过君主的代理人，与君主发生间接联系。在广袤的帝国版图内，君主与臣民的实质性关系只是通过由君主本人颁发的法律的实施来体现。

然而，帝国的法律在两个方面摒弃了法家理论：第一，法家主张以严刑峻法惩治犯罪——在儒家看来，这正是法家学说中的严重不足。过于严厉的刑罚会冒犯天廷，并且危及皇帝秉承天意的<sup>399</sup>“合法”地位。第二，在儒家学说中，法律的作用不在于“预防”对于自然和谐的破坏，而在于发生这种破坏后对自然和谐的“修复”。奉行儒家学说的帝王们将维持良好社会秩序的愿望，寄托在道德说教及道德楷模的作用上。布迪教授认为，儒家所倡导的“礼”（道德和礼仪方面的原则）具有预防性效能，其作用在于使人们远离犯罪；“法”则具有“修复”效能，它只是在犯罪发生之后才起作用。如果法律只是对于以往的行为发生作用，那么，它的价值也就仅限于“修复”；如果刑罚的目的是再次谐调自然秩序，那么，确定刑罚幅度时，就必须遵循“罚当其罪”这一原则。

儒家的刑罚理论促使法律起草者及司法官吏不再坚持以法律来预防犯罪的主张。对罪犯处以刑罚，并不是表明对犯罪的报复，而是要给上天以慰藉。当然，对于刑罚的这一种理解也并不是绝对地排斥其他理论。具体说来，刑罚对于犯罪的威慑作用也并不总是完全地被置之不顾。从《刑案汇览》中我们常常可以看到，审判官强调要通过惩罚罪犯而达到儆戒其他人的目的<sup>⑩</sup>。在清朝，由惩罚来威慑罪犯、以防止犯罪这一宗旨并未明示，但实际上它可能是司法审判过程中的一个重要方面。尽管如此，清代的法律制

度与它以前历代法制均有密切的传承关系，其渊源一直可以溯及汉代。《大清律例》是在《大明律》的基础上损益而成，而《大明律》又不同程度地采纳了《唐律》以及以《唐律》为基础的其他法典的一些原则，虽然在体例安排和具体内容上二者有所不同。“罚当其罪”这一原则贯穿近两千年的中华帝国法律史。各朝的法典都对犯罪（而不是罪犯）给以精细的描述，并将五种刑罚划分等级，按照一定的比率，对于各种侵害社会秩序的行为分别确定一定量的报复性刑罚。

500 中国古代有一些学者认为，恐吓性刑罚并不能起到防止犯罪的作用。老子在《道德经》中说：“法令滋彰，盗贼多有。”<sup>⑦</sup>他这样说像是在陈述一个事实，也是主张政府“无为而治”。这种主张受到道家、在一定程度上还有儒家的拥护<sup>⑧</sup>。总之，在清代对法律的解释中，法家的严刑恐吓主义的影响微乎其微。从《刑案汇览》所收集的案件我们可以看到，刑部对审判结果的关注，主要侧重在所定刑罚是否适当。正如前文所述，大卫·休谟强调将法律固定化，以此促进商业的发展；孟德斯鸠主张通过统治权分立，让一部分人行使立法权，另一部分人行使司法权，从而保护人民的自由；卢梭则提出要使法律与人民的共同意志相一致。显然，清代刑部所关注的问题与以上三位思想家的主张大相径庭。刑部的目的看来只是要实现皇帝的统治意图。为达到这一目的，刑部所采取的具体措施包括维护社会秩序及履行统治者对被统治者的管理职能这两个方面。

## 二、律义清晰，适用准确

在适用法律时，人们对该项法律制度的设立宗旨通常不具有精细的理解。在“李毛二案件”（第10·1案）中，被告李毛二强奸一名姑娘后，脱逃十年方被抓获归案。法律规定：强奸犯处斩监候刑。同时，《大清律例》对于犯罪脱逃后被获的处理，区别情况规定如下：第一，罪犯所犯为严重的杀人罪、应得立决死刑者，在被抓获后仍执行立决死刑；第二，所犯为较轻的杀人罪、应得监候死刑者，在被抓获后，在原应得监候死刑上加重，处以立决死刑；第三，所犯为杀人罪以外的其他犯罪，但应得监候死刑者，在被抓获后，对其处刑不作变化，仍按原定监候死刑处理。李毛二强奸后脱逃被获<sup>501</sup>案，显然符合上述第三种情况。犯非杀人罪的死刑犯脱逃被获后，不因其脱逃而加刑处理，应该说，立法者在这一问题上的考虑是恰当的；因为原定的监候死刑已经是够严厉的了。一个熟悉对于监候死刑犯后期复审程序的观察家肯定会认为，对于这一类罪犯不因其脱逃而加重刑罚的规定是非常明智的，它体现了法律的公正性。

法律针对各项犯罪所确定的刑罚可能都比较适

当,以致于皇帝本人也很难产生异议。在“孙守智案件”(第42·2案)中,被告将偷窃其树枝的受害者殴伤,折断肋骨。法律规定,对于这种伤害罪应处徒三年的刑罚。另外一条法律又规定:伤害罪中,若是卑亲属殴伤尊亲属,则在本罪之上加一等处罚。该案被告是受害者的无服族孙。审理此案的山西巡抚依据法律,判处被告在原罪上加刑一等,流二千里;同时,将该案上报北京,并附引意义非常明确的卑亲属犯尊亲属、加刑处罚的法律条款。但皇帝却认为:被告殴伤受害者,其起因是后者的窃盗行为;因此是否对被告加刑处理,值得研究。皇帝因此发布上谕,要求对该案的处理意见重新加以考虑。对于皇帝的这一批示,刑部居然表示反对!刑部认为:根据“亲属相盗律”,山西巡抚原判决并无不妥;可以从两个方面来看,第一,法律规定:亲属相盗,应按其服制关系减等处理——由此可以推断,本案的窃盗行为,不能够像在普通不涉及亲属关系的盗窃、伤害案里那样,成为减轻对被告伤害罪所予处罚的原因。<sup>502</sup>第二,法律又规定:若亲属相盗而导致杀伤行为的发生,那么,“仍以本律从其重者论”——刑部进而解释说,很明显,卑亲属因尊亲属的窃盗行为而致其人身伤害时,对于该卑亲属的处罚则要较对当事人无亲属关系的同类案件中伤害者的处罚加重,自然,“亲属相盗律”的内容反映了中国人注重家庭关系的传统。对于那些崇拜这一传统的人来说,“斗殴律”加重处罚殴打尊亲属者的规定,正是他们所期待的。皇帝在第二次批示该案的处理意见时,不情愿地同意说:“既无成案,只可照覆。”这里可以注意,刑部大胆地劝告皇帝,应该谨守律意;皇帝一时的意见应该让位于他的那些奠定法律原则基础的更加成熟的看法。当然,刑部不是说皇帝没有灵活机动地实施统治的权力,而是要说明:法律是根据皇帝本人一贯的统治意图所制定的,只有忠实地实施法律,才能确保帝国的

\*在普通伤害案件中,伤害行为若是因受害者的窃盗行为所引起,那么,对于被告可减轻处罚。——译者注

统治权。

对于中国国内有一定文化素养的人来说，法律条款本身的文字含义是不难理解的；但对于外国人来说，就常常出现一些晦涩难懂的文字。在“王四案件”（第53·1案）中，被告参与了一场致使两人丧命的斗殴事件。被告中的谋划者拘监候审中，因病死亡。法律规定：同谋共殴案中，原谋划者若在监病故，其余应得绞刑的被告可因此减等处理，仅处以流刑。布迪教授对该案“抵命”一词的分析表明：在中国，实行以命偿命以恢复宇宙和谐的制度，已有漫长的历史。要认识这种规定报复性刑罚的法律的文化背景，就必须从字面上准确理解该法律的含义。同样，只有了解中国人对“孝道”的崇尚，才能弄明白为什么法律规定杀死儿子的父亲仅受到很轻的刑罚，甚至免于处罚⑨。

在与社会文化各个方面均不发生冲突的情况下，法律条款的文字本身在审判活动中也能起到重要作用。以“苏勒比案件”（第4·1案）为例。该案主犯是一名家奴。其主人（满族）因该家奴屡次酗酒而将其呈送司法机关。根据法律规定，被呈送的家奴应发边防为军奴。而被发遣家奴的亲属是否随同一起发遣，则决定于该家奴的意见以及他们是否具有随行所必需的费用。另外又有一条专门规定旗人家奴因酗酒而被发遣的法律。该法律规定：“所有妻室子女一体发遣，赏给兵丁为奴……，不准仍留原主家服役。”但审理该案的福建清吏司忽视了上述法律的最后一款，而判决将发遣家奴的妻子交还原主人。该清吏司之所以作出这一判决，可能是以在这之前发生的一件成案为依据。在该成案中，一名家奴被判发遣，该家奴的妻子要求与其丈夫同赴发遣地，但官府却不同意为该妻子赴发遣地支付旅程必需的费用。对于福建清吏司的这一判决，刑部给予了否决，并作出决定：被发遣家奴的妻子儿女一同前往发遣地。很显然，区别对待被发遣的家奴和被发遣的普通人，允许后者的妻子一同前往发遣地，而对前者的妻子前往发遣地则加

503

以限制，这一规定本身有一定的合理性。但是，这种合理性并未起到强迫福建清吏司或该司所引成案的原审判机关作出某种判决的作用。我们还可以这样来设想，如果法律禁止被发遣的奴隶将其无辜的孩子放在比军队稍微好一点的生活环境中，那么，该项法律就很难被认为是合乎理性的。另外一方面，该项法律（虽然给处于社会底层的人造成麻烦，但却为边防军队带来便利）在立法者看来似乎也不尽合理，以致于有些言不由衷。问题在于：如果一项法律没有明显的疑点，那么，即使它的正当性并不十分确凿，它也仍然具有一定的文字效力。在上述家奴发遣案中，由于各清吏司莫衷一是，众说纷纭，都将原先制定的法律条款置之不顾，因而也使刑部会堂在确定判决时形成一定的混乱。故此，刑部会堂在本案判决中强调：“恐各司审办此等案件……未能划一，应请交各司存记。嗣后有各旗呈送家奴发遣之案，其妻室子女悉行照例办理，以免歧误。”

恪守字义的力量有时会造成反常的决定。例如，在“霍贵斯案件”（第90·1案）中，被告因赊买豆腐被拒绝、因而挟嫌放火故烧卖主家场地上的麦秆。火势蔓延，烧毁了卖主家房屋以及另外三十六家房屋。法律规定：“挟仇故烧场圃堆积柴草”，处流刑。显然，  
504 本案情节与此条法律规定相吻合。然而，适用这一条法律所给予本案被告的刑罚，并不比同一条法律对只是烧掉一把稻草的纵火犯所处的刑罚更严重。只是，毁掉三十七间房屋这件事不能够像被告不会因之受到责备的偶发事件一样地轻描淡写，尤其是在中华帝国。在那里，我们西方人的责任观念，即认为“合理预期的风险即是应当遵循的义务”（the risk reasonably to be perceived defines the duty to be obeyed）<sup>⑩</sup> 的看法，被认为是太过于宽纵了。本案的判决与另外一件放火案（第89·2案）很难调和。在那件案子中，曾禄，一名裱匠，因不熟悉制作油纸的方法，致使御书处的油纸自行起火，烧毁了房屋。对曾禄的处理是定罪“失

火”，处刑流三千里。这名裱匠因其过失而受的处罚与前一案件里故意纵火烧毁三十七间房屋的被告所受刑罚一样严重。看来，在曾禄案件中，恪守文义的倾向压倒了另一项原则，即刑罚须根据犯罪情节的严重程度而定。

对霍贵斯案的处理之所以体现了墨守原文字义的特点，有其特定的背景。该案最初由直隶总督审理。而直隶总督审理此案时，又参照以前发生的一件成案。在该成案中，被告挟仇放火，烧毁三十三间房屋；盛京刑部根据“棍徒扰害”例，判处被告充军刑。案件报到北京时，刑部依“挟仇故烧场园堆积柴草”本例，改判被告流刑。这项先例对刑部发生了影响，显然，刑部希望避免因为背离这一先例而产生的适用法律的不一致。刑部将对曾禄案件的处理意见报皇帝批准时，皇帝也觉得很难办。他在批示中说，原成案所毁房屋为三十三间，而本案所毁房屋则为三十七间，后者的情节要重一些。言下之意，对本案被告的处罚应该重一些。但接着他又很不乐意地批示说：“然延烧之多寡，究非该犯意料所及。照覆亦可”。——批准依照从字面上看与本案案情相符合的“挟仇故烧场 505 园堆积柴草”律，给予被告以较该律为轻的处罚。

---

\*该案被告曾禄被定为“失火延烧宫阙”罪，量减一等，处杖一百、流三千里。——译者注

### 三、超出文字的拘囿

实际上在所有适用制定法的司法体制中，不顾一切，死抠字眼的作法是令人无法接受的，人们在解释法律时，通常也摒弃这种方法。下面这个美国联邦最高法院的案件即是一个很好的例证。美国国会曾经通过一项法律：“任何人故意阻碍或耽延邮件的传递”，均为犯罪行为。肯塔基州的司法行政长官逮捕了一名邮件投递员，联邦政府因而指控该州长触犯了上述法律。而这位州司法行政长官逮捕该邮递员是因为他涉嫌一项谋杀案，而且州司法行政长官是根据一项拘捕令方才实施逮捕行为的。经过对此案的审理，联邦最高法院认为上述法律不合适。大法官费尔德（Field）在陈述其观点时说：“对任何法律都应作出合理的解释。……法律的理性应该优于其文字。波隆那的法律规定：‘任何人都不得在街头倒弃血水，否则应受处罚’；……但若某人在街头因疾病发作而晕倒，医生就地对其进行治疗时割开其血管，对该医生就不得适用上述法律。普芬道夫提到的这个判决为人们的常识所认可。同样的常识也接受这样的规则：爱德华二世的法令——‘监狱囚犯逃出监狱将要加重处罚’，并不适用于监狱失

火、囚犯因而逃离监狱的情况……国会关于故意阻碍邮件传递的法律不能适用于邮递员因谋杀罪遭逮捕、因而暂时影响邮件传递的情况。”<sup>⑩</sup>

波隆那医生在街头抢救病人的行为并没有触犯禁止在街头倒弃血水的法律，仅仅是规避了该法律条款中愚蠢的双关词语——这个双关词混淆了善良行为与卑劣行为。在处理囚犯逃离失火的监狱一案中，人们也没有拘泥于相关法律中语意不清的文字——如果坚持认为囚犯逃离失火的监狱的行为触犯了爱德华二世所发布的加重处罚逃离囚犯的法令的话，那将是可笑的玩弄词句。<sup>101</sup>与这两个例子一样，对美国国会关于禁止阻延邮件传递的法律应作出合理的解释。即便如此，联邦政府对于肯塔基州司法行政长官的指控带来了一个新的问题。联邦最高法院对这一案件做出了合乎情理的判决，只是因为没有拘泥于法律条款中的文字。国会制定该项法律，确实意在赋予正在从事投递工作的邮递员一种特别的法定豁免权力。联邦最高法院在提到植根于我们文化中的那些价值之后判定，国会决不会为追求快速的邮件传递而不去及时地逮捕一个涉嫌谋杀的邮递员。<sup>506</sup>

人们可以很轻松说：“说出来的话的含义取决于说这话的动机，因为事物并不依赖于言词，倒是言词依赖于事物。”<sup>⑪</sup>然而，要弄清与法律词句并不一致的立法者的意图，并不总是一件很容易的事情，尤其是当这些法律出现在一个我们完全陌生的环境里的时候。虽然，当我们的法院偶尔撇开法律条款的字面意义去解释法律时，我们可以理解这种做法的正当性，但我们还是假定，立法者的意图就表现在他们使用的词句的一般意义里面。倘若司法解释背离了有关法律词句的日常含义，常常会有“僭越”之嫌——人们怀疑法官鲁莽从事，而不是忠实于法律。

有时，法律条款本身含有表明其特殊意义的线索。在“蔡四经案件”(第53·2案)中，两名被告参与了一场共殴致死十一人的事

件，并且分别致死一人。在这两名被告收监待审时，另外两名也曾下手致重伤的同案犯在监病亡。关于共殴的一条例规定：共殴案件内，如果原策划者或曾下手致人重伤的共犯在监病亡，那么，其余应处绞刑的共犯可以减轻处罚，改判流刑。就此看来，法律似乎允许该案两名被告减刑。但是，《大清律例》中的律又规定：同谋共殴致死三人以上者，原谋在监病亡，其余共犯均不得减刑处理。本案在监病亡者并不是原谋，因此，从法律文词本身来看，上述律的规定与本案情节并不相符。而规定可以减刑的例则将原谋之死与其余共犯之死一体对待。<sup>507</sup> 刑部也认为对于原谋在监病故及其余共犯在监病故应一体对待；但刑部又认为，综合上述关于同谋共殴的律与例二者内容来看，例所规定的处罚较轻，而律正是对这种较轻处罚规定的否定。从律文措词本身来看，无论是律还是例，都不能证明刑部的意见是正确的。就字面意义而言，例的规定与该案情节相符，但没有被援引；律的规定与该案情节并不相符，但却成为该案判决的法律依据。若从律例的内容上互相参照理解，则应该肯定，刑部对该案的处理是符合立法者的本意的<sup>⑩</sup>。

对两项法律进行参照考虑，并不单纯是一个简单的形式逻辑过程。如果肯塔基州立法机关通过一项法律，允许在杀人犯在监病故后对其余共犯减轻处罚，那么，州法院必然会认为，这条法律完全是一个印刷错误。上述关于同谋共殴的律与例之间特别的逻辑关系，只能在强调“复仇抵命”原则的中国法律、中国文化中产生。

“焦氏案件”（第49·1案）中对于法律含义的理解更明显地受到文化因素的影响。在该案件中，焦氏与人通奸，被其媳妇发现。后来二人发生争执，焦氏用一个铁叉打媳妇，媳妇则抓住铁叉的另一端，互相拉扯。最后，焦氏用铁叉戳伤媳妇，后者当即死亡。法律规定：“非理殴子孙之妇致死”，处徒三年刑。但关于婆婆杀死媳妇行为的处理，还有另外两条法律规定。其中一条规定：婆婆与人通

奸被媳妇发现，为灭口而谋杀媳妇者，处斩监候刑；另一条规定：婆婆无正当理由故意殴打媳妇致死、事先有预谋者，处流刑。本案焦氏殴死媳妇，事先并无预谋，因此从文字上看不能适用上述两条法律。那么，“非理殴子孙之妇致死”律是否适用本案呢？有人认为该律也不能直接适用于本案。在中华帝国，婆媳之间总是容易发生纠纷和争吵。实际上，在世界各国，婆媳之间的摩擦都是一个棘手的难题。中国人确定了一条媳妇必须服从婆婆的严格的准则，从而使婆媳之间的关系更加紧张。婆婆无故殴打媳妇的事，在中国是非常普遍的；但婆婆与人通奸的情况则较为少见。因此，“非理殴子孙之妇”的法律条款主要针对无犯奸情节的婆婆滥用权力、殴打媳妇的行为。将本案焦氏殴打媳妇的行为看作是一种“非理殴打”或“不当殴打”，显然是采取了较为保守的说法。如果焦氏为防止奸情泄漏而杀媳灭口，那么，她就应受到斩监候刑。若无杀媳灭口情节，只是普通的婆婆谋杀媳妇案件，该婆婆仅受流刑——这一刑罚比凡人之间相谋杀应受的刑罚要轻得多。法律明确规定：婆婆犯奸并谋杀媳妇，不得适用上述轻罚原则（布迪教授认为：中国人强调这一轻罚原则，是因为他们注重家庭内部的法律责任）。初审该案的安徽巡抚提出判决意见：因焦氏有犯奸情节，故不得适用“非理殴打”律的轻罚原则，而判处焦氏流二千里刑；与此同时，不得适用妇女犯流罪以赎代刑的规定。刑部安徽司批示：“已属从重办理，似可照覆。”从批示的措辞来看，安徽司似乎认为在案犯无预谋情况下对其处以流二千里刑已属较重处罚。我们可以认为：无论是安徽巡抚还是刑部安徽司，都不曾想以自己的偏见去取代有关非理殴打的法律。他们都相信（正如大法官费尔德相信阻延邮件法不能适用于前引案件一样地真诚）：“非理殴打”律不能直接适用于“焦氏案件”。

在适用“凶器伤人”律的几个案例中也存在一个较为棘手的问题。根据清代法律，在斗殴案件中，若一人持剑一类的武器，另一

509 人持锄一类的普通器械，那么，即使互致对方的伤势相同，对于持剑者的处罚仍远比持锄者的处罚重。

在“刘殿臣案件”（第62·3案）中，数人共殴一名受害者。被告刘殿臣最初手中并无任何器械；但在殴打受害者时，被告拾到一把铁尺，并随即用铁尺殴打受害者。法律规定：以凶器伤人，处军流刑。审理此案的河南巡抚认为“凶器伤人”律不适用于此案，并给予被告一种较轻的刑罚。刑部不同意河南巡抚的处理意见，并改判被告军流刑。刑部还说：“该犯既用凶器伤人，岂得以铁尺系临时拾获、与自行执持者另为区别。”

一年以后，刑部对“凶器伤人”律的解释又有所不同\*。在“张四娃案件”（第62·1案）中，被告从被害人手中夺过铁筒，并用该铁筒殴伤被害人。刑部认为本案不适用“凶器伤人”律，而判处被告杖一百、徒三年刑。这一量刑较“凶器伤人”律所规定的刑罚要轻，但仍比持普通器械致人同等伤的处罚重。在陈述判决理由时，刑部的意见与一年前判决“刘殿臣案件”时的意见已不完全一致。刑部称：“执有凶器，即非安分之徒，其伤人与‘金刃、他物伤’等，而其争殴之情，则较‘金刃、他物伤人’为重。故一经伤人，即拟充军；虽未伤人，亦拟满杖。……若竟照‘凶器伤人’本例拟军，则凶器系夺自死者之手，与出有凶器、持以伤人者无别。”

这两起凶器伤人案件稍有区别。在“刘殿臣案件”中，被害人参与斗殴时并未携带凶器，而在“张四娃案件”中，被害人则带有凶器。在“刘殿臣案件”中，被害人的伤是由触犯“凶器伤人”律的被告所造成。而在“张四娃案件”中，刑部认为，如果被告并未致伤受害人，那么，他将不会因其“执有凶器”而被判处杖一百刑。由此可见，刑部之所以确认“张四娃案件”不直接适用“凶器伤人”律，其根据在于被告只是偶然地获得凶器，而不在于被害人本身的违法行为。

\* 上文所引“刘殿臣案件”的审判时间为嘉庆二十一年，下面将引的“张四娃案件”审判时间则为嘉庆二十二年。——译者注

为。这样，刑部关于“张四娃案件”的处理也就否定了在处理“刘殿臣案件”时的意见。

刑部在处理“张四娃案件”时提出的意见会引起西方读者的兴趣。当然，这并不说明西方读者已确认在该案件处理过程中，刑部准确把握了法律的真实含义。刑部在处理“刘殿臣案件”时表现出一种拘泥于法律文词的态度。这种拘泥于文字本身的法律理解原则，显然倾向于对故意使用凶器伤人行为加以严厉处罚，即使由于偶然原因而使用凶器，亦不得宽免。刑部在处理“张四娃案件”时，没有拘泥于法律条款中的字句；但刑部对该案的处理意见却可能更接近于该法律的本来含义。中华帝国的历任皇帝都极其关注各种造反、叛乱。而一旦造反者持有武器则更具有破坏力。美国法律允许公民保有和持有武器，这在中国人看来是不可思议的。斯道瑞法官说：“公民拥有和携带武器的权利从来都被看作是共和政体自由的保障；因为它对于篡夺统治权及实行专制统治等企图形成一种巨大的阻遏力量，而且一般说来，它能帮助人民抵抗并且最终战胜将上述企图付诸实施的人。”<sup>⑨</sup> 显然，对于斯道瑞这一论断，中国人是绝不会赞同的。在对于拥有武器以自卫这一问题上，西方人与中国人的态度迥然不同。在论述中国刑法的几部权威著作中，包括布莱斯、斯道顿、阿拉巴斯特、瞿同祖等人的著作中，“自卫”都未作为一个专门问题加以讨论。在中华帝国这一特定的文化背景中，立法者制定“凶器伤人”律的意图在于惩处那些持有武器、图谋不轨的人，而不是针对在斗殴过程中偶尔使用武器殴打对方的人。

在处理“张四娃案件”时，虽然刑部认为不能根据“凶器伤人”律对被告量刑，但刑部仍然没有忽略该被告使用凶器这一事实。刑 511 部对被告所判处的刑罚虽然轻于使用凶器伤人应得的刑罚，但却比使用普通器械伤人应得的刑罚要严厉。

在中国古代，对于法律并未规定为犯罪的危害性行为，司法官吏有较大的权力直接确定与其相适应的罚金刑或其他刑罚。关于

这一点，我们将在下文具体讨论。在这里，需要特别指出的是，在没有合适的法律条款可援引的情况下，确定适当刑罚的司法特权可以防止为避免罪犯脱逃法律制裁而扩大法律条款适用范围的做法<sup>⑩</sup>。当然，在中国的司法实践中，司法官吏行使这一权力，也引起其他一些副作用。

在一个强调罪与刑相适应的法律体制中，例如在中国，大幅度地减轻或加重对某被告的处罚，其理由常常并未被包含在相应法律条款的文字中。在“张小许案件”（第81·1案）中，被告告诉司法机关，他杀死了一个人。但实际上，行凶者是被告的弟弟。法律规定，对于这种伪证、顶凶行为，应给予比原罪所得刑罚轻一等的处罚。而张小许之所以冒名顶凶，是因为迫于母亲的命令。因此刑部所判定的刑罚又轻于法定刑罚。刑部在判决中写到：“该犯冒名顶凶，是迫于母亲的命令，与普通人冒名顶凶者不同。”“刘文焕案件”（第80·1案）则与上述“张小许案件”截然不同。在“刘文焕案件”中，<sup>512</sup>被告被委派去某县调查一项互讦事件。经过调查，发现该县知县有劣行后，该被告偷偷地向该知县泄漏奉派调查的情况，暗示后者纳财送礼。《大清律例》“谎骗财物”律视情节不同，规定了两种不同的刑罚。第一，谎骗钱财未成，且未明确表示索取钱财的数量者，处杖一百刑；第二，已明确说明索要钱财的数量并且意图规避法律者，处徒三年刑。本案被告刘文焕向知县漏泄消息，并未提及索要财物的数量，因此，其行为不适用“谎骗财物”律的第二款。问题在于：该律的第一款是否适用本案；从文字上看，凡是不能列入第二款所规定的谎骗财物的行为，均属于第一款的适用范围。在中国古代，官员们的薪俸非常微薄；因此，他们在执行公务过程中，若不能获取一点贿赂性礼物，常常采取懒散、拖延方式，消极怠工。这种小额索贿行为并不构成违法，它可以激励官吏，克服惰性。本案被告刘文焕的行为远比普通的小额索贿行为严重；他的行为符合“谎骗财物”律第二款所规定的两种加重情节之一，即向知县提出行贿。

以规避法律。刑部认为，刘文焕的行为不适用“谎骗财物”律的第一款，“显然未便以‘谎骗未成、未有定数’仅以杖责”。该被告最后被判处徒三年刑。

通过阅读上述两案的文字记录，人们也许会认为：刑部自己提出该案不适用某项法律条款，其原因不是该条款关于犯罪的范围不包括被指控的行为，而是因为该条款所规定的刑罚不适当。“张陈氏案件”（第6·1案）的处理能进一步说明上述问题。在该案中，张陈氏最初因逼迫妇女卖奸而被判处流刑<sup>\*</sup>；同时，根据法律规定，张陈氏被允许交纳赎金而不实际服刑。后来，张陈氏再次逼迫妇女卖奸，并再次被审判定罪。就法律的字面意义来说，前一次将张陈氏判罪的法律也适用于刑部现在要处置的行为。如果说该条款所规定的刑罚适合于该犯的初次犯罪，那么，它也应适合于该犯的第二次犯罪。但是，针对张陈氏的第二次犯罪，迫在眉睫的社会需要不是要通过惩罚犯罪来恢复自然秩序的和谐，而是要制止累犯的再次犯罪。该法律条款提供了两种选择：第一，对于该犯再次判处流刑，并允许以赎代刑。而这一处理已被证明没有效果。第二，对于该犯判处流刑，并附带规定，不得收赎。这一处罚是非常严厉的，因为它将使该妇女永远地与其家庭相分离。刑部对于上述两种法定处理方式均未采纳，而是判处张陈氏监禁三年的刑罚。至于是否可以判处张陈氏流刑并且不准收赎，刑部在判决中只字未提。刑部只是说：“（张陈氏）实属怙恶不悛，未便仍准收赎，致滋轻纵。”刑部没有适用原本应当适用的律条，而是在法定的刑罚之外给予罪犯一种更符合情理的处罚。显然，刑部的处理意见值得肯定。它不仅给予罪犯一个公正的判决，而且我们还可以说，原法律条款所规定的两种处理意见都没有考虑到“累犯”这一因素。因此，从某种意义上说，该法律条款本身是不适当的。这一评价有些过分，其着眼点在于：刑罚应该与罪犯相适应；而中国传统的观念却是强调刑

\*原案判决是军流刑，此处作者引用有误。——译者注

罚应该与犯罪相适应。多数情况下，与犯罪相适应的刑罚（在中国官员看来）同时也与罪犯相适应。但如果以刑罚与罪犯相适应这一原则作为标准（现代中国似乎实行这一原则），那么，《大清律例》的所有规定都似乎是不适当的<sup>⑩</sup>。

在一些卖妻案件中，我们可以看到更明显的不依据法律条款审断案件的现象：在“王保案件”（第85·3案）中，王保“因贫”与其岳丈共同商议，声称丈夫死亡，而将其妻卖给另一个男人。处理该案时，依据法律规定，对于丈夫、妻、买者各杖一百。四年后，发生另一起卖妻案：“王黑狗案件”（第85·1案）。在该案中，也是丈夫将妻子卖给出他人。据记载，该案丈夫之所以卖妻，“因贫、病无奈”，对此，刑部颇具同情心地说，“与无故卖休者有间”。这种体恤之情，产生于司法程序中，而不是出自立法者；它来自处理该案件的刑部官员，而不是《大清律例》本身所具有。司法官吏不依据法律条款确定刑罚，必然是他们认为这一类型案件中被告不应获得该条款所规定的刑罚<sup>⑪</sup>。在这个问题上，表现于《大清律例》中的不现实的僵硬性，可能是出于对一个无法实现于清代的理想假道学的执著。类似的对不现实的离婚法的调和在西方诸国也常常可以看到。

有时，从案件记录的表面来看，并不存在审判案件违反法律规定的现象。在“杜张氏案件”（第60·3案）中，被告以燃香为病人诊治，致病人死亡。刑部根据一项概括性禁律，判处被告杖一百刑。另外一条法律规定：巫师以妖术为病人治病因而致病人身亡者，处绞监候刑<sup>⑫</sup>。刑部某清吏司提出了处理意见。该清吏司说：“原拟判决所处刑罚过于苛重，虽然被告因其错误行为致伤他人，但被告并非故意伤害他人。”“原拟判决”可能是根据巫师以妖术为病人治病律所作，但该清吏司却未说明原拟判决给予被告确定何种刑罚，也没有提及巫师治病律。从整个案件的处理来看，该清吏司似乎是从自己的偏好出发，援引“违制律”，以替代与该案案情相关、但

内容互有冲突的法律<sup>①</sup>。

在有些案件中，刑部一方面援引某项法律，但后来又将其弃之不用；从这些案件中，我们可以看到司法机关审判案件时大胆地超越法律条款的现象。在“李茂案件”（第70·1案）中，弟弟遵从叔父的命令，试图夺下酒醉持刀行凶的哥哥手中的凶器，并殴打其哥哥。刑部处理该案时，援引了一条法律。根据该律，弟弟殴打哥哥，处徒刑三年。原先审理该案的总督在将该案提交刑部时，提出将被告加等处罚，处流刑。刑部认为：被告的行为损害了至关重要的五伦之一，因此可以采纳总督的原审意见，对被告加刑处罚。刑 515刑部可能认为所援引的法律条款并不完全适用于本案，原因是该案弟弟用木棍殴打哥哥，而原律并未专门提及棍殴这一情节。刑部的这种解释并没有足够的说服力。在前面我们说过，在某些案件中，刑部自己提出一种它认为是更适当的刑罚，用以替代法律所规定的刑罚。本案即属此类案件<sup>②</sup>。

在“陈张氏通奸案件”（第61·2案）中，皇帝本人对于相应法律规定所规定的刑罚表示不满。根据法律规定，已出嫁的女儿因淫乱行为致父亲自杀者，处绞监候刑；但若是儿子或未出嫁的女儿因同样行为致父亲自杀者，则应处绞立决刑。乾隆皇帝认为，女儿因淫乱行为而致父亲自杀，对于该女儿的处理无须区别已嫁与未嫁，应一体对待——即已嫁的女儿也应像未嫁的女儿一样，处绞立决刑。因此，乾隆皇帝命令司法机关，对于本案被告处绞立决刑；同时命令刑部据此修改该法律条款。本案与上文提及的“孙守智案件”（第42·2案）在处理原则上大相径庭。在孙守智案件中，皇帝只是凭着一时冲动，因而仅就具体案件的处理，提出变通适用相关法律。而在“陈张氏案件”中，皇帝所提出的意见就比较具有原则性，主要是针对他认为法定刑罚不适当的这一类案件而言，而不是仅仅针对某一具体案件<sup>③</sup>。

在较后的一段时间里，无论是刑部还是皇帝本人，都为法律适

用方面的偏差费尽了脑筋。在斯道顿关于《大清律例》的译本中，其第415节这样写到：“在案件审判活动中，对被告的判决必须援引现行的律或例，否则要对司法官至少处刑笞三十。”又如果在本案的情节之外，发现有包含了其他情况和与这些情况有关的法律条款，那么，所有这些法律都应被当做实际可以适用的法律来引用。在第98·1案中，刑部在叙述案情之前即强调：“必须准确地查明事实，……严格按照相关的律例定罪量刑。”在该案中，控告者最初被原审巡抚以“申诉不实”罪判处杖一百之刑。对此，刑部说：“上文所援引的‘申诉不实、杖一百’律仅仅是在阻挡皇帝车驾或击登闻鼓情况下适用。……而各级司法官每当遇到虚假申诉案件时，都援引‘申诉不实’律，将原告处以满杖。同时，删去‘迎车驾’<sup>517</sup>或‘击登闻鼓’的限制性条件。……如此断案，不仅违反法律原意，而且使有些法律条款成为虚设。……今后具引律例，不得沿袭‘节删’律例内容的习惯。”皇帝对刑部的意见批示：“依议。钦此。”

## 四、无适当的法律；类推的作用

在美国，对于严重犯罪的定罪几乎总是以制定法为根据。除非经已颁布的法律确定了犯罪的范围，并且规定了刑罚，否则法院很少会认为某项犯罪指控可以成立。联邦法院无权接受对于“普通法犯罪”<sup>\*</sup>的指控。有18个州取消了普通法犯罪，并制定了刑事法典。在其他的州，从理论上说，法院仍有权宣布某项行为为犯罪，但实际上，法官们既不愿意再创造新的罪名，也不愿意认可那些古老的而在法典中阙如的罪名；在这些州，根据普通法作出的有罪判决仅仅是针对一些轻度犯罪，而对其处理通常仅仅是小额罚金<sup>②</sup>。从“合众国诉埃文斯”<sup>③</sup>一案中，我们可以极其明显地看到美国人对于不依据制定法确定刑罚这一行为的厌恶情绪。联邦法律禁止外国移民通过非法途径在美国境内着陆和停泊。但是，在规定对于违反禁令者的处罚时，该项法律这样写到：“对于任何一个像这样非法登陆的外国

\* “普通法犯罪”(Common law crimes)系指依照普通法确定的犯罪，与经国会制定的法律确定的犯罪有别，普通法又称习惯法，为英国最古老的法律渊源之一。

——校者注

人，给予数额不超过2000美元的罚金和期限不超过5年的监禁。”至于如何处罚非法在美国境内停泊者，法律则没有规定。这样，虽然国会在制定该项法律时明确表示了非法停泊行为属于犯罪这一意图，但联邦最高法院仍然以国会所制定的法律仅规定对于非法登陆者给予刑罚、未规定对于非法停泊者给予刑罚为根据，拒绝对一个非法进入美国境内停泊的人作出有罪判决。这种作法清楚地表明了重视个人自由的态度；但是，我们也怀疑法官即席确定犯罪范围及刑罚的能力，因为他们可能对于正在受审的人持有偏见，因而不守客观，有失公正。

中国人并不受这种关于自由的观念的影响。然而，案件记录表明，在清代，也出现过一些《大清律例》未作专门规定的指控由于另一些全然不同的原因而没有成功。在“王端清案件”（第94·1案）中，原审官直隶总督向刑部报告说，案犯在皇帝颁布大赦令之前自监狱中逃脱。案犯原先所犯的罪应得赦免，但其越狱罪则不能援引大赦令而赦免。根据法律规定，罪犯越狱逃跑，应将其原罪基础上加二等处罚。刑部认为：因为大赦令赦免了案犯的原罪，因此他也不应受越狱罪处罚。刑部说：“例无‘无罪之人越狱脱逃刑禁、作何治罪’明文。”当然，刑部的这一意见并不是基于罪刑法定原则提出。如果刑部认为对该越狱的行为的刑罚是适当的，那么，即使法律没有如此规定，刑部也会对案犯作出处以该刑罚的判决②。

有时，从确定某项犯罪法定范围的法律条款中，既能看到肯定性的表述，又能看到其隐含的否定性含义。“郑流之妻案件”（第36·2案）涉及叛逆罪犯的亲属。法律规定，叛逆犯的亲属中，相当一部分人要受到刑罚。在本案中，叛逆犯的哥哥被判处斩立决，叛逆犯的妻子、女儿则缘坐为奴。我们感兴趣的本案被告是叛逆犯的嫂子。刑部某清吏司在题写处理该案意见时说：“郑流之妻陈氏系正犯之嫂，律无兄妻亦在缘坐之文，是以该抚未经议及。”

该清吏司同意这位巡抚的处理意见，而该巡抚的意见又是以法律规定为根据的。一个亚里士多德逻辑学家<sup>\*</sup>可能会说明确表示要对某些亲属给以处罚的法律并不排斥（以这种或那种方式）对它不曾提及的亲属予以惩处。然而，开列受正犯牵连的亲属名单的法律看起来不是一种不完全的规定。刑部处理本案时合法地运用了一种危险的超度概括原则。而这一原则正与西方国家在法律解释方面的“明示此物则排斥彼物”（*Expressio unius exclusio alterius*）原则<sup>②</sup>相一致。

对于“孔传礼案件”（第71·2案）的处理意见，我们尚有些不太理解，但它却可能是忠实于法律原意的。在该案中，被告孔传礼的女儿与人通奸、私奔，后被找获返家。不久其女儿再次离开其丈夫而逃出，并“央人”为她另外找一个丈夫。孔传礼闻知而将其杀死。法律规定：子女违犯教令、父非理殴杀者，杖一百。刑部认为：父亲杀死淫荡的女儿，不能简单地视作“非理殴杀”。因此，刑部不同意原审巡抚将被告判处杖刑的判决，而是宣布被告无罪。在这里，刑部认为，立法者主张对于非理杀人者给以刑罚，也就意味着：若父亲不是非理杀死其女儿，则其行为不构成犯罪。这就是在中华帝国对于法律条款的理解；但这种否定性推论对于西方人来说是难以接受的。

在上举案例中，刑部将《大清律例》未作专门规定的行为视为无罪，这表明刑部在处理这些案件时遵循着一种限制范围的原则。<sup>520</sup>一般说来，在中国，人们对于在没有法律规定情况下通过司法程序确定犯罪或确定刑罚的做法，并不十分反感。司法机构的这种作用反映了中国历史上法律制度的重心不在于制定行为规范而在于当为人们所公认的错误行为发生后对于该行为者确定合适的刑罚这一传统。中国的大多数法律条款都规定了范围狭窄的罪名，并就这些犯罪确定了单一、不变的刑罚。由于法定刑罚仅适用于相

\* 亚里士多德逻辑学即形式逻辑。——校者注。

应犯罪中较严重的部分，因此，各项法律条款的适用范围通常都比较小。《大清律例》包括数千条条款，但由于狭窄的适用范围，它仍不能预先涵盖各种严重的犯罪行为。这种法律盲点的存在是意料之中的。针对这种法律盲点，立法者采取了两条补救措施：第一，对于法律未作专门规定的犯罪行为比照已作规定的犯罪处理；第二，制定一些适用范围广泛的概括性法律条款。

斯道顿(Stauton)将作为类推适用法律根据的有关律文翻译如下：“第44条‘律无明文而处断案件’。法律不能将犯罪可能采取的每一种形式都作出规定，因此，对于某些案件来说，可能没有相对应的法律条款可作审判依据。处理这类案件，可以通过精确的比较，从已有的法律条款中选取最接近现审案件案情的条款作为根据，以便确定轻重适当的刑罚。”<sup>②</sup>法律规定，通过类推适用法律条款而确定的处刑判决必须经过“上级官员”及皇帝的批准。司法官吏在相关案件中不使用类推方法本身就构成犯罪，与故意违法行为一样受到处罚。

有时，中国的司法官吏在审判案件时，会在(在西方律师看来)案情事实与法律规定相吻合的情况下使用类推适用的方式。例如，在“吴保娃案件”(第35·2案)中，被告吴保娃赶着一只驮着货物的骡子行走一条窄道上，迎面碰到行人。在对面行人喊令避让的情况下，被告仍粗野地驱骡前进，致使该骡踢死对面行人。  
521 法律规定：牲畜的主人“故意放任牲畜，因而致使他人死亡”者，处流刑。但刑部在处理该案的判决书中则称：“比照该律”，判处被告流刑。与其相似，在“毛花夏案件”(第54·4案)中，被告毛花夏将粪便撒在受害者的脸上和口中，致其呕吐身死。法律规定：“将他物置放于人的耳、鼻及身体其他孔窍中、因而致人死亡者”，处绞刑。刑部认为：该律不能直接适用于本案，所以只是比照该律对于被告定罪量刑<sup>③</sup>。

让我们将上述案件与发生在美国的“新泽西州诉普鲁文芝诺

案”<sup>522</sup>作一比较。在此案中，被告被指控触犯了一条刑律，这条刑律规定，凡劳工组织中“合法任命的代表”接受贿赂的行为均属轻罪。被告（徒劳地）争辩说：该条法律不适用于他，因为他不是“被任命的”，而是“被选举的”。法院则认为：“如果接受被告的辩白，那么就是确认立法机关想要使这条法律的适用性建立在每一个组织可能采取的用人方式的基础之上……而这一观点对于立法机关来说却是毫无意义的……立法机关之所以使用‘合法任命’这样的字眼，其用意仅仅在于这一类代表实际上是由劳工组织通过这种程序产生的。”如果新泽西州法院认为在某一法律条款不适用于某一案件、但却与该案件较为接近时就可以使用比照类推方法的话，该法院处理普鲁文芝诺案时就不会提出“被选举”与“被任命”是一回事。再者，如果法院认为没有必要区分选举与任命两种方式，那么，基于认定被告犯有与法律规定相类似的罪，并应处以法定刑罚<sup>522</sup>这一考虑，法院可以就这项法律不能直接适用于该案作出狭义的文字解释。这一推论既考虑到法律条款本身的文字规定，又符合体现在该法律条款中的立法原则。

然而，法律条款中文字的特定含义并不总是与体现在该条款中的一般原则相背离。在任何时候及在任何一种语言中，人们解释法律条款的方式都有可能与新泽西州法院在处理普鲁文芝诺案时所作的推理相类似。在这方面，本书所收的“罗彭氏案件”（第81.2案）可以为比较。在该案中，被告罗彭氏的儿子行窃为匪，并殴打罗彭氏。被告所在宗族的族长将其儿子打死。根据法律规定，父母打死儿子应得的刑罚远比族长打死他人应得刑罚要轻；因此，该族长给罗彭氏一些钱财，要罗彭氏到司法机关说是她自己将其儿子打死了。刑部认为：被告罗彭氏违犯了“子被杀、父母受贿私和”律。显然，本案将被告“供认”（假自首）行为当作“私和”行为看待，是非常贴切的。

那种认为在出现处于法律盲点上的边缘性案件<sup>\*</sup>时司法机关能够胜任愉快地行使其类推权力的观点是错误的。在“张罄案件”(第51·2案)中，被告张罄将与其共同外出的两名同族无服兄弟杀死。两名被害人的行李、财物当时混放在一起，共同使用。法律规定：“如果被杀的二人……是一家，罪犯则应处斩立决刑，并且将其头颅示众。”法律对于“一家”的定义是：“居住一起”和“财产共同”。若被杀的二人不是属于一家，对于罪犯的处罚则稍轻于此。刑部判决该案时，没有采用比照的方法援用这条法律。如果这个案件只能够比照而不是直接适用这条有关杀一家人当重惩的法律，那就要适用另一条法律。新泽西州法院审理普鲁文芝诺案时，把经选举产生的职务同被任命的代表归于一类。与这种推论方式相比，刑部审理“张罄案件”时为援引一条较严厉的法律条款定罪量刑而陈述的理由，就显得更加牵强附会。刑部说：“伍登举\*\*与其族弟相约外出做买卖。当时，他俩同行同宿，这与法律所称‘居住一起’没有原则性区别；(1)[被告张罄所]挑运的行李属于伍登举族兄弟二人共同所有，所窃取的钱财也是伍登举族兄弟二人的共同财产，因此，可以认为他俩‘财产共同’。”在上面的分析中，刑部对两名旅行者之间密切关系的短暂性质视而不见。在刑部看来，给予被告更为严厉的处罚是适当的。的确，刑罚是否适当，取决于(或者说应该取决于)所援引的法律是否适当。

当然，对于很多案件来说，都没有可适用的法律；为处理这些案件，就得类推适用其他法律。类推适用(比照)的含义是：某项法律的适用范围虽然不包括某案件，但在诉讼过程中，法官认为可以依据该法律中所体现的原则审理该案，因而使该原则得以实施。在“文元案件”(第15·1案)中，一名和尚的钱财被其徒弟所盗。刑部处理该案时，比照家庭中卑幼偷窃尊长钱物律处罚被告。与其相似，

\*即法典中没有可适用的法律条款的案件。——译者注

\*\*该案被害人之一。——译者注

在“郭亮案件”(第38·1案)中，被告郭亮偷窃官庙器物，刑部比照“盜大祀神御物律”，处理该案。“刘武受案件”(第60·2案)中，一名店主误将一些不是顾客所要的药材卖给了他。刑部比照“庸医为人用药、误不依本方”律，对被告店主定罪量刑。“张开鹏案件”(第53·2案)中，被告不给其妾饮食，致使其妾病发身亡。刑部比照擅杀律处罚被告。在这些案件中，类推似乎都恰如其分，足以表明一个允许对于其行为与法定罪名非常相似的行为人处以刑罚的体制有理由存在。

刑部处理上面4个案件时，虽说是“比照”适用相应法律，但对被告的刑罚均与被告直接违犯各条法律应得的刑罚相同。刑部不仅认为上述4案中4项罪行的情节与4项法律中的4条法定罪名相类似，而且还认为在严重性的程度方面，4项罪行也分别与4条法定罪名相吻合。当然，在有些案件中，被比照处理的罪行在情节上可能重于，也可能轻于所援引法律条款中的法定罪名。在“钱沄案件”<sup>524</sup>(第103·1案)中，被告钱沄被指控在建筑河堤时提出错误建议，致使河堤崩塌，浪费财力，且损害民众田财。与该案案情最相近的法律是“造作不如法”律。被告钱沄并不是受委托执行建造计划的官吏：他只是一名下级军官，为了求得上司的提拔，因而筑挖一个计划外的荷花池塘。刑部认为：对被告可比照“造作不如法”律处理，但其行为却比该法律所确定的犯罪严重。最后，被告被判处军流刑中较重的一种，而该法律所规定的刑罚仅为徒三年<sup>②</sup>。

“胡子成案件”(第95·1案\*)则是比照适用法律、由重改轻的例证。该案被告胡子成是一名监狱看守。被告将一名在其看管之下的囚犯看作是重罪犯，因而非法使用铁链将其锁系。后来，被锁系的囚犯上吊身死。法律规定：监狱看守非理虐待囚犯，因而将囚犯致死者，处绞监候刑。处理该案的刑部直隶司因被告罪行较轻，

\*此处原文编号有误。原文为“248·3”，应为“248·2”，译本编号为“第95·1案”。——译者注

减等处罚，处流刑。

司法机关在对案件进行判决时，并没有多少灵活性可言。若对罪犯给予减刑处理，通常都是“减刑一等”。“减刑一等”是指刑罚降至与原定刑罚相邻、且低于原定刑罚的另一“刑种”；对死刑减刑一等则为流刑；对流刑减刑一等则为徒三年刑<sup>◎</sup>。应该说，这种减刑幅度是比较大的——以致于在某些情况下，虽然需要体现宽免精神，但按这种方式减刑后，又显得过于宽纵。在“滕全经案件”（第76·1案）中，被告滕全经为开脱其儿子的罪行，“妄行控诉”。为调查案件，只能采取蒸检被害人尸体的办法。经过对尸体的蒸检，证明被告的指控不能成立。对于被告的行为应作如何处理，清代法律并无明文规定。但有一条法律这样规定：以火烧或投入水中等方式残毁他人尸体者，处流三千里刑。刑部比照该律，对被告滕全经处以流三千里刑。如果对被告“减刑一等”，其所得刑罚则为徒三年。刑部可能认为被告犯罪的动机并不重要，而其行为致使他人尸体遭蒸检，其后果是严重的。实际上，刑部带着完全赞同的口吻说了“该省以检验尸身、洗刷之惨与残毁相同”一段话。<sup>\*</sup>父亲为儿子开脱罪责，这是符合儒家学说的精神的。而刑部对此案未作减等处理，可能是考虑到若“减刑一等”则过于宽纵，因而不如直接采纳法定刑罚。这种无选择余地的处理方式有时难免会导致一种不正常的处理结果，即对于两项区别甚微的犯罪行为分别给予完全不同的两种刑罚。

在“倪道元案件”（第3782案）中，被告倪道元犯有抄写、传播“不经谣帖”罪。法律规定有“制作”妖书妖言罪，其刑罚为流刑。但被告本人并非谣帖的制作者，因此，虽然他肯定了解他所抄写、传播的东西是知识禁品，他仍被比照原律减刑一等，处徒三年的刑罚<sup>◎</sup>。

在西方人看来，某些案件中使用的类推方法是牵强附会的，但

\* “滕全经案件”原审机关为山东。——译者注

它们却符合中国人的观点。在“徐学传案件”(第79.3案)中，被告徐学传为他人写了五份诉状。法律规定：“积惯讼棍串通胥吏、播弄乡愚、恐吓诈财”者，处军流刑。在我们看来，该律并不是指从事法律职业的人，而似乎只适用于“讼棍”。因此，该律并不直接适用于本案；刑部也提出：本案被告并无串通政府职员、鼓动乡民、恐吓诈财等行为。更重要的是：从该法律条款本身来看，它不具备扩大适用范围使之适用本案的基础。但是，在中国，对簿公堂的事情向来不为人们所赞许。制定出来的法律只对在中国人看来属于极重的过错予以严惩，但实际上，体现于上述法律中的大原则对于本案被告的所做所为是持否定立场的。被告的行为并没有触犯该律，但在中国这样一种文化背景中，其行为又显然是一种可以比照确定的错误行为。刑部正是基于这种考虑，将被告比照该律、“减刑一等”，处徒三年刑。

在“王廷举案件”(第14·1案)中，被告王廷举公开宣称他将负责处理征收赋税、调处诉讼等事务，但实际上并未具体实施涉及法律事务的活动。刑部对被告比照“禁革主保里长”律处理。该律确定的法定刑罚是徒二年，刑部对被告也处以徒二年刑——显然，刑部一方面认为被告的罪行本身是严重的，但另一方面又认为，其严重性程度尚没有超过该律的法定罪名。在上述“徐学传案件”中，徐学传被比照“讼棍”律，处徒三年刑；与其相比，本案王廷举仅得徒二年刑，徒刑时间减少一年。如果刑部也比照“讼棍”律处理本案被告王廷举，那么，对其量刑就不能定为“徒二年”，因为对流刑减等处理时，一律是减一等至徒三年，而“讼棍”律的法定刑罚正是流刑。因此，刑部提出，对于这一情节不算特别严重的犯罪行为可以给予较为宽大、在其看来也是更加合适的刑罚，故未援引“讼棍”律，而是比照适用另外一项法律，即“禁革主保里长”律。

以上所讨论的所有类推案件都可以看作是通过司法程序处理了本来应通过立法程序来处理的问题；也就是说，司法官做了立

法者在预见到这些问题可能发生时要做的事情。在处理类推案件时，被类推引用的法律作为一项原则的渊源，暗示立法者要求如何解决这一案件；从这一意义上说，类推适用是正确的。但是，在另外一些案件中，刑部所使用的类推方式就显得非常牵强附会。这不是说刑部不应该使用类推方式——法典中存在的法律盲点毕竟需要通过类推方式选择意义最接近的法律来解决<sup>⑨</sup>。在“彭洛万案件”（第54·2案）中，被告彭洛万向被害人索要赌博欠账，并逼其脱下所穿衣服抵债；后者因冻自杀身死。法律规定：剥人衣服致其死亡者，处绞刑。同一条法律还规定：不得强行将异物置入他人的眼睛、鼻子及其他开放性器官中。由此可见，该条法律所规定的犯罪都涉及暴力行为，因而似乎与本案联系甚少。不幸的被告仅仅是稍微有点类似于剥去他人衣服的暴徒。另外，该条法律所规定的刑罚也与本案被告所犯罪行不相适应，对此，司法机关减刑一等，从528 绞刑减为流刑。如果刑部不使用类推方法，也极有可能直接将被告处以绞刑。但另一方面，如果刑部不顾法定犯罪情节与本案被告所犯罪行只是在表面上相似这一事实，坚持对被告处以法定刑罚，那么，它势必进一步引发如何评定法定犯罪与被告实际犯罪在情节上孰轻孰重或者基本相似这一问题。刑部的这一权力正是中国司法机关极其重要的一种职能。当然，刑部在进行类推适用时如果认为类推的罪名在严重性的程度上与实际犯罪差距很大，它也可能放弃类推方法，而寻找另一种更贴切的处理方法。

在“张富观案件”（第46·1案）中，被告张富观撬开棺材盖，意图寻找缠附其精神错乱的妻子的鬼魂。被告的犯罪行为只是在表面上与法定的盗墓罪相似，但刑部却认为盗墓罪的法定刑罚与本案犯罪相适应<sup>⑩</sup>。

对于牵强附会的类推适用来说，其有效性受到一定的限制，因为这种类推适用有时不仅无用，而且有害。在“韦玉振案件”（第104·1案）中，被告韦玉振，一名生员，在为其已去世的父亲所写的传

记中，使用了专属于皇帝所用的字句。该案的原审巡抚根据一条概括性禁律判处被告杖一百刑，并剥夺其生员资格（没有其他可直接适用的法律）。但刑部则对被告比照“织造违禁龙凤文段匹”律处理。龙凤文段匹是专门用来为皇帝和皇后织造衣服的绸料。该法定罪名与被告的行为仅仅是在表面上相似。布迪教授告诉我们，该案发生于乾隆朝，在这一时期，统治者对于具有煽动性反政府文字的镇压达到鼎盛。在这种情况下，刑部向皇帝提出对被告处以徒三年刑，无疑会获准。虽然被告故意将专属于皇帝的字句用于对其父亲的描写这一行为与故意穿用御用衣服的行为有些相似，但应该说，被告的行为本身并没有多少放肆地反对政府的色彩。如果刑部在本案采用比照适用的方式只是为了对被告处以适当而又严厉的刑罚，那么，其所提理由则不能成立。529

当然，也有人认为，刑部采用比照适用法律的方式，只是为了解脱继续寻找与案情更接近的法律条款的责任。在“德泰案件”（第34·1案）中，被告德泰作为御虎园园户，在看守虎城的时候，因疏忽而使一只老虎从禁园附近的笼子中逃出。这只逃出的老虎咬死一人。《大清律例·兵律·畜产踢咬人》律规定：将畜产拴系不适当，致其杀人者，处绞刑，准许收赎。该案原审机关宗人府说：若直接适用上述条款，允许被告收赎代刑，显然过于轻纵。这一解释无疑是合理的；该律主要适用于家养动物拴系不适当的行为，而不是指因疏忽而使残暴的野兽脱逃伤人的行为。当然，该律所规定犯罪与本案被告的行为有些相似，但若刑部比照适用该律，在原定刑罚（对于该刑罚，刑部已指出为不适当）基础上加等处理，按照常规，则应否定收赎代刑的权利；也就是说，从普通的罚金刑一下加重至死刑。这一结果令人难以接受。于是，刑部比照采用了另外一条法律，该律规定：根据牧养官损失马匹的数量，确定量刑幅度，最高刑可达徒三年。刑部比照该律，对被告加等处罚，处流刑。这种比照适用，仅仅停留在外在形式上，对于被告行为的错误所在以及对其530

刑罚应确定的程度，刑部在比照适用原律时均未作令人信服的说明⑩。

清代法律规定：对于《大清律例》未作明确规定，而司法机关比照适用相关条款确定刑罚时，该项判决必须经过皇帝批准方得生效。在这种情况下，刑部就不能像在直接适用法律情况下那样，要求皇帝本人接受关于犯罪的法定解释。因此，当我们看到皇帝在处理这一类案件时随意改变刑部比照确定的刑罚时，就不会感到奇怪⑪。

## 五、概括性禁律

在量刑方面，美国刑法通常允许一定的灵活性。例如，法律规定，对于非法出售枪支者，可处罚金不少于50或5000以上美元的数额，或者监禁不少于30天或2年以上，或者同时处以罚金与监禁。美国刑法对于很多种犯罪的界定都比较宽，因此，它们能够适用于轻重程度不同的各种犯罪行为。刑法中关于杀人、盗窃、侵害等犯罪行为的条款都将该行为的各种表现形式加以规定，因此，形成一部虽然篇幅较小、但却具有广泛包容性的刑法典。偶尔也有一些条款对犯罪的定义不甚明确，因而其合宪性产生问题。例如，弗吉尼亚州法律关于流浪罪是这样规定的：“凡是没有明确的合法收入，并与懒汉、赌徒……及其他为非法企业所雇用的人结伴为伍”者，都将作为流浪者而受到轻罪处罚。对于该律文字含义的模糊性，已有人提出质疑；但也有人认为，警察在执行职务中享有对该律的解释权<sup>⑩</sup>。在普通法中，流浪罪是一种轻罪。现在这种罪所受的处罚通常为数日的监禁。民众自由的捍卫者们对于流浪罪的法律规定不屑一顾，如果这些法律允许对犯流浪罪者处以严厉的刑罚，它们还有可能被废止。<sup>531</sup>“兰泽塔诉新泽

西州”(Lanzetta v. New Jersey)一案<sup>②</sup>即涉及新泽西州的法律规定，即：“任何没有合法职业、且作为一个由二人或更多的人组成的团伙的成员，若其因违反治安而被处罚三次以上、或在本州或其他任何一州曾受有罪判决者，均为歹徒”，可处以罚金1万美元以下，或监禁20年以下，或同时处以罚金和监禁。有些受到该律处罚的被告抨击这条法律，认为该法律违背宪法。联邦最高法院认为，根据美国《宪法》修正案第14条“正当法律程序”条款，上述新泽西州关于“歹徒”的州法律违背联邦《宪法》，因而无效。清朝的刑部当然决不会赞同联邦大法官巴特勒(Butler)在兰泽塔案件判决中所提出的观点。巴特勒说：“任何人都有权知道州法律究竟对哪些行为加以禁止。”

在“奇成额案件”(第91·1案)中，一个知恩图报的学生打算自杀以跟随他所尊敬的、已死去的老师。为了防止司法机关在他死后对其死因进行立案调查，他预先向司法机关告诉了他的计划。后来他又改变了主意，但却被指控愚蠢地困扰官府。查遍法典，并无此项罪名，因此刑部提出，可根据一条概括性禁律对被告定罪量刑。这条概括性禁律规定了一种“不应得为”罪，即“做了不应该做的事”；该律还规定，犯不应得为罪，轻者笞四十，重者杖八十。与美国规定流浪罪的法律相比，“不应得为”律更加缺少可预见性的规定。而且该律所规定的两种刑罚无论是在质的方面还是在量的方面，都截然不同：不应得为轻者所得刑罚为笞刑四十；不应得为重者则处杖刑八十。幸运的是，上述案件中误入歧途的奇成额因其具有功名的身份，被允许纳钱赎刑，免受八十大杖。

中国的司法官员在寻找定罪根据及确定量刑幅度方面的随意性并不仅限于对“不应得为”律的运用。其他概括性禁律还规定了更为严苛的刑罚。在“王勋案件”(第24·1案)中，被告王勋是一名军官，<sup>532</sup>他用官府发给的任职凭证向他人押借银钱。司法机关根据“违制律”，判处王勋杖刑一百。从“违制律”的内容来看，人们即使没

有违反皇帝颁发的任何诏旨，也可以受到“违制律”的处罚。因此，对于“违制律”可以作这样的解释：某人若实施某项行为——虽然皇帝并未颁诏令禁止该行为，但这只是因为皇帝没有考虑到这种行为；如果皇帝考虑到这种行为，一定会颁发诏旨加以禁止——即构成违制罪❾。

往往有些无破坏性的行为也被认为违反了“违制律”。在“官松亭案件”（第30·1案）中，被告官松亭卖书图利，被定为“违制罪”而判杖一百刑。可能是原案件报告偶然遗漏了对被告犯罪事实的记载，也可能是案件报告中关于被告犯罪事实的陈述逃过了我们西方人的眼睛。

“棍徒扰害”例规定了更为严苛的刑罚：军流刑。在“李维棠案件”（第3·1案）中，被告李维棠是一名官员，他与其婢女的母亲通奸。后来，被告的母亲去世，被告本人返家服丧。服丧期间，被告将与其通奸的婢女母亲带回家中，让其实奸获利。另外，被告还先后三次通过卑劣的手段诈取他人小笔钱财。最后，被告被依照“棍徒扰害”例，判处军流刑❿。

在某些案件中，刑部仅仅是将被告的犯罪行为比照地归于某一概括性禁律所规定的行为。在这种情况下，刑部常常是为了对被告处以较之法定刑罚更重或者更轻的刑罚。概括性禁律本身在文字规定上的不确定性使得它能在较大的范围内适用，因而使刑部在处理《大清律例》狭窄的法律条款未作专门规定的案件时，在给被告定罪量刑方面拥有很大的灵活性。在“潘立和裴欣案件”中，刑部比照适用“违制律”，因而在法定刑罚杖一百的基础上，对被告加等处罚，处以徒一年刑❻。

然而，概括性禁律的运用未必导致刑事审判方面的专断；即使 533 是采用比照适用概括性禁律的灵活方式，也是如此。在“陈朝宗案件”（第43·1案）中，被告陈朝宗逼迫受骗赌输者将田产作偿还赌债的抵押；后者的父亲闻知亦对其儿子斥骂，导致其自杀身亡。对这

种逼欠致死的行为，法律无明文规定。刑部提出“诬诈逼毙人命”例与“常人索诈、逼毙人命”例，并耐心地将其与被告行为比较对照。刑部强调，受害者年已三十，并非幼稚无知；且自愿参加赌博，因而对被告处罚可以比照适用“棍徒扰害”例，无需再加重处罚。这样，概括性禁律“棍徒扰害”例所规定的刑罚——军流刑——被判定与本案被告的犯罪相适应，因而对被告处以该刑。

所有的概括性禁律中，没有一条规定死刑。刑部可能认为，司法机关不能因为被告的行为与语意含糊的概括性禁律所规定的犯罪相类似，就将其处以死刑。

## 六、宽宥

在本书第四章中，布迪教授已就死刑案件复审程序谈及宽宥处理问题。设立复审程序的目的在于更进一步做到罚当其罪。在对死刑案件进行复审时，通常都根据既定的原则，对案件给以宽宥减等。对于疑点较多的案件，一般很少会作出最终判决；司法官员们全面地考察这些案件，并依照原则来做出判决。在决定某一具体的死刑案件是否纳入宽宥范围，以及对其给予哪一种宽宥处理时，人们的怜悯之情无疑地会起到作用；但是我们更应看到在处理这两个问题时制度本身的作用。在对宽宥的影响力方面，人道主义因素显然比不上为避免罚不当罪而作出的努力。对于那些划归“缓决”类的死刑案件来说，死刑仅仅是一种形式上的处罚，其实际处罚多为更加合理的流刑。在这里，法家的形式遮蔽着儒家的内容。例如，孝，作为一种行为准则（而不是怜悯之情），能使犯罪的儿子以“留养承祀”的名义受到减刑处理。而在其他场合，同样是孝的准则又促使法律对不孝的儿子处以绞立决或斩立决死刑。虽然“可矜”是为死刑复审案件唯一作出减刑考虑的处理方式，但在复审后被列入“可矜”类的死刑案件中，相当一部分

案件符合关于老、幼、妇女、病弱者犯罪作减刑处理的法定恤刑原则。皇帝对死刑案件的硃笔勾决程序并不合理，但即便如此，它也是建立在皇帝本人所具有的合法的领导能力上，而不是根基于其偶发的怪癖意念。总的说来，对复审后的死刑案件给以宽宥处理，这是根据一定的原则所确立的制度<sup>②</sup>。

下面两个宽宥案例揭示了一条法律没有明文规定的原则，即：如果罪犯是因为履行家庭义务而触犯刑法，那么，他应得到减刑处理。在“卢全海案件”（第72·1案）中，两个家庭之间发生争斗。被告卢全海的父亲被杀身亡；被告因而将对方家庭中的兄弟二人杀死。法律规定：杀死一家中的二人，处绞立决刑。无论是该案的原审机关还是刑部都认为：被告父亲被杀这一事实，不能作为确认被告杀死对方家庭兄弟二人的行为不适用“杀一家二人”律的理由；要求被告为被其杀死的兄弟二人抵命，这显然符合该律的立法意图。然而，该案原审机关以及刑部又都建议皇帝对被告减刑处理，其理由是被告为报父仇而杀人；皇帝接受建议，判处被告绞监候刑——从而确认：同样是杀死一家兄弟二人罪，若犯者是为报父仇，则对其处罚比凡人犯此罪者要轻。

“闭奇彰案件”（第69·1案）与上一个案件相似。在该案中，主犯闭奇彰发现其弟弟是一个强盗，因而邀约他的两个侄儿一起，将其弟弟溺水淹死。这样，这两名侄儿就成为“谋杀小功尊长”的罪犯——根据法律规定，犯此罪者要处斩监候刑。而另一条法律规定：卑幼在另一名尊长逼迫之下，杀死其小功尊长，应减等处流刑。该案原审机关广东巡抚没有查到上述允许减刑处理的法律条款，因而判处这两名侄儿斩刑；同时向刑部提出，应准许对其宽宥处理。最后，刑部同意广东巡抚的意见，给两名侄儿减等处罚<sup>③</sup>。

上述两起案件的处理与“孙守智案件”（第42·2案）的处理形成鲜明对比。关于“孙守智案件”，我们在前文已论及。在该案中，一名卑幼殴打其尊长，法律规定，卑幼殴打尊长应加等处罚。但皇帝

提出不适用该条法律，建议对被告给予较轻的刑罚，理由是事端引起为该尊长偷窃被告家的财产。但刑部提出：根据法律规定，对于亲属之间盗窃行为的处罚比普通人之间盗窃行为的处罚轻，而对于卑幼伤害尊长的处罚则比普通人之间伤害行为的处罚重。因此，刑部认为，本案减轻因素微乎其微，而罪行本身却非常严重，不宜对被告宽宥处理。皇帝同意刑部的意见，而放弃他本人的意图。从本案的处理结果可以看到，家族主义理论正是通过对宽宥处理的否定获得了更好的支持；同时我们也看到，既定的法律原则战胜了皇帝的一时冲动。

然而，如果被告的犯罪行为是对于皇帝利益的直接侵害，那么，皇帝若要对被告施以恩惠减刑，所受限制则要小得多。在“德泰案件”（第34·1案）中，被告德泰因疏忽让一只老虎脱笼出走，并咬死一人。宗人府建议刑部对被告处以枷号两个月、发吉林当差之<sup>536</sup>刑。但皇帝却以“加（皇）恩”的名义，免除被告“发吉林当差”刑。至于为什么要对被告施恩减刑，皇帝未作任何说明。在“郭亮案件”（第38·1案）中，皇帝也对被告作出减刑处理。该案两名被告偷窃官庙器物，被比照“盗大祀神御物”律处斩立决刑。皇帝则将判决改为斩监候。在上文我们曾提及，宽宥是一项制度性规定，而不是临时性特别措施。但这里所引述的两个案例似乎与这种说法不尽一致。这两个案例中的被告都直接侵害了皇帝的利益，但他们似乎属于少数得到皇帝宽减的例外；宽减的理由与通常皇帝发布大赦的理由并不相同，但至少可以部分由后者找到依据。当然，皇帝不可能对于所有侵害他的利益的犯罪给以减刑处理。在“吉二案件”（第38·2案）中，被告吉二偷窃堂子的黄缎，刑部主张对其按律处斩立决刑，皇帝即表示赞同。

布迪教授认为：规定老、幼、妇女犯罪收赎代刑的法律并没有赋予这三种人必受宽宥处理的权利。他引述了几个案例，在这几个案例中，被告似乎符合上述允许收赎的法定条件，但刑部却否定了

原审机关准允被告收赎的处理意见。然而有迹象表明，其他一些关于收赎代刑的法律条款是毫无例外地被适用的。在“吴七理案件”（第55·3案）中，被告吴七理显然犯有过失杀人罪。他点放花炮，残纸引燃草丛，因而烧死四人。法律规定：过失杀人者，处绞刑，准允收赎。该案原审机关福建巡抚及刑部都作出判决：被告可向被害人家庭支付一定量的埋葬银，为己赎刑④。

637 另外两条法律将减刑作为一种权利加以确定。其中一条规定：同谋共殴致死人命案内，若原谋在收监待审过程中因病死亡，则允许其同殴共犯减刑一等处理。河南巡抚在审理“王四案件”（第53·1案）时，即认为可适用这一规定；对此，刑部亦未表示异议。另外一条法律规定：在被殴案件中，受害者被殴伤后，十天以后因伤死亡的，对被告减刑一等处理。“方小牛案件”（第58·1案）的原审机关根据该律，对被告减等处罚；刑部也同意原审判决。司法机关在处理这两个案件时，均没有、也没有考虑向上级机关提出给予宽宥处理的请求。  
638

在有些案件中，宽宥实际上并不是在可以适用的法定刑基础上宽减；通常采用一种无须明言的立场，即认为有关法律不能够直接适用，但可以类推方式来处罚一种较轻微的犯罪，这种犯罪应受的处罚比该法规定的刑罚要轻得多。“何齐尔布尼案件”（第54·1案）是一很好的例证。该案被告何齐尔布尼是一名看守山林者，他抓获一名偷伐山上树木的窃贼，准备将其送往上级机关处理。被告将窃犯捆绑，脱下其皮袄盖在身上，并将其衣角压在身下。后来，窃犯挣脱捆绑，弃袄逃走，冻死在途中。刑部直隶司提出，将被告“照屏去人服食、致死”律定罪，但却在该律所定刑罚——绞刑基础上，量减一等，判处被告流刑。刑部直隶司并不认为被告犯了“屏去人服食”罪；该司在判决意见中说：窃贼“受冻由于潜逃，死由自取”。很明显，直隶司据“屏去人服食”律对被告定罪，是比照适用该律；而案件记录中未说明是“比照”适用。这种实际上是比照适用律例，

但却不作专门说明的现象，在《刑案汇览》中屡屡可见；对此我们似乎可以作出这种推论：对于所有与案件有关的人来说，比照适用这种方式明白无误，判决意见中省略几个字已无碍大局。在“吴文案件”（第65·1案）中，原审机关千总提出：将谋杀一名奴婢的被告吴文“照”谋杀凡人的法律治罪，但将该律的法定刑较刑量减一等，判处被告流刑；在这里，千总似乎也是比照适用原律。我们认为，刑部清吏司明了千总的这一做法，因为该清吏司在建议批准千总对该案处理意见的文书中，并未对被告所犯的罪与定罪量刑所依据的律之间的关系作进一步的说明，而只是讨论了对被告所确定的刑罚在轻重程度上是否适当这一问题<sup>②</sup>。

刑部在处理某些案件时，虽然有明确可适用的法律条款，但由于存在某种减轻情节，也会判处被告较法定刑要轻的刑罚。刑部在一则通行（第98·1案）中说：“请（皇帝颁）旨饬下各省督抚……，嗣后遇有京控交审案件，务当秉公核办。审实，则屈必为伸；审虚，则诬必加等。如情节或有可原，不妨酌减定拟”。皇帝批示：“依议。钦此”。由这一“通行”产生了一项授权司法官吏在见有可原情节时对被告减刑处理的原则。该通行在一定程度上减轻了制定法对于司法官吏的束缚；实际上，较之严格遵行成法的做法，该通行更有助于司法官吏真正做到“罚当其罪”。该通行颁布于1870年——处于本书所收集案例发生期（1738—1883年）的晚期。也就是说，对于本书收集的190个案例来说，适用该通行的仅占极少数。在有相对应法律条款可适用的案件中，在法定刑罚基础上对被告减轻处罚的现象极为少见。在这一方面，以下三个案例值得专门讨论。

在“邹三案件”（第27·2案）中，被告邹三是一名为漕运粮船拉纤的纤夫，他邀集其他纤夫，向主管旗丁要求提高报酬。一名千总出面喝阻，但被告却与其争吵闹事，致使千总被人殴打，衣服被撕破。法律规定：“粮船纤夫中的无赖棍徒为索取更高的报酬而聚众滋事，致使有人被打，……将首犯发往近边充军。”刑部有针对性

地叙述了该案案情，以便为被告争取一个较有利的处理结果。刑部说：“因粮食价格上涨，被告所得工钱不足以糊口，因此邹三筹划  
540 纠集众纤夫，要求提高工钱……”刑部还提出：被告纠人闹事，是在运粮船已抵达目的地之时，因此，并未耽误漕运；而被告要求增加工钱，“亦非勒价阻滞，情尚可原”。刑部并不认为上述法律条款不能直接适用于本案而必须比照适用，否则会有诸多不便。最后判决时，被告被“照”该律定罪，但却在该律法定刑流刑基础上，量减一等，处以杖一百、徒三年之刑。很显然，本案处理，有明确可适用的法律条款，但司法机关仍是基于一种微不足道的减轻情节，对被告减轻处罚。

在“詹锦案件”（第21·1案）中，被告詹锦的詹氏宗族与叶氏宗族有矛盾。被告见叶氏宗族的一名妇女路过其村庄，因而命令本村一名妇女将该路过的叶氏妇女拉回自己家中，并对其实施强奸。法律规定：抢夺妇女并与其发生性关系者，处绞刑。被告是在叶氏妇女被拉回家中之后才产生强奸的意念。很明显，在刑部看来，被告在受害人被拉回家之后才产生强奸意图这一事实，已构成对其犯罪处理的减轻情节，因而对被告减刑一等，处流三千里之刑。从犯罪情节来看，与抢夺妇女并实施强奸行为相比较，抢夺妇女后才决定对其实施强奸这一行为并没有轻到可以对其减刑处理的程度。另外，刑部在处理本案时，也不是比照适用原律。就本案来说，如果原律是直接适用，那么，宽宥又似乎是一种不可捉摸的处理原则。

在“周恒玉案件”（第40·1案）中，被告周恒玉在水面上捞取器物，这些器物是从一只翻沉的船上漂落散失的。被告捞取器物之时，该器物的主人在岸上叫喊阻止，但被告不加理睬，仍将器物捞回藏匿。法律规定：乘他人之危抢夺财物，处流二千里刑。刑部对被告照该律定罪，但却减刑一等，处徒三年之刑。刑部指出：被告捞取器物之时，原载物之船已翻沉（言下之意，他人的危机已过），因此，被告的行为与“乘人之危抢夺财物”的行为不完全相同，只是

具有“抢夺情形”。为什么对于“危机”之后的抢夺行为减轻处罚，尚没有足以解释的理由。同样，本案判决似乎也表现出一种不可捉摸的司法宽宥。

## 七、结论

在我们所收集的众多案例中出现几个反映司法机关任意断案的案例，这不足为奇。清朝的刑事审判程序具有制度化、合理化特点，它已形成一些必须遵循的重要原则；至于忽视这些原则而任意断案，这只是极其个别的例外，应该说，对于清代司法程序这一总体评价具有更为重要的意义。

对中华帝国刑事制度发生长期、稳定影响的原则，首推刑罚应与犯罪相适应原则。在2000多年的中华帝国历史中，每一部法典的制定都注意罚当其罪。大部分法典都详尽、细致划分犯罪种类，并分别规定相应的刑罚。各种犯罪都由其严重程度而在五刑体制中确定一定的刑罚等级。在漫长的历史过程中，五种主要刑罚缓慢地发生着变化；但这种变化非常微小，以至于在大多数历史年代中，五种主要刑种及几项亚刑种都保留着固定的形式。明确规定了犯罪与刑罚，依照复杂的社会意蕴去划分和确定刑罚的轻重。立法者反复研核，慎重地为每一种犯罪确定相应的刑罚；司法官们则经常地比较和分析相关的法律，偶尔也对它们予以限制或改动。这种法律体制要求司法官吏严格地依法办事，实

际上，任何一名司法官，在任何一段时间，都在致力于理解并运用法律条款的真实含义（当然并不总是限于法律条款的文字本身）。与其他任何国家的法官一样，中国的司法官吏也非常注重于依法判案，甚至有过之而无不及。

中国的法典编纂者们并不强求制定一部包罗万象的法典。他们打算通过比照适用以及援引概括性禁律的方式，消除法律上的盲点。在司法官员们着手堵塞法律上的漏洞的时候，这个规定明确而详尽的法律体系本身，便是有益和有效的指南。甚至宽容也基本是制度化的。除了涉及皇帝的个人事务，通常情况下，皇帝本人也尊重这一制度性规定。<sup>542</sup> 不过，在中国这样一个富于司法创造性的法律体制中，司法官吏偶尔地以即席判决方式代替严格按照法律条款本身明示的意思进行判决，这也不足为奇。我们感觉到不理解的恰恰在于：这种情况发生得太少。而在司法官吏真的进行即席判决时，也很少表现出刚愎自用、反复无常的态度；几乎在每一个案件中，他们都竭力想达到“罚当其罪”的目标。只在很少几种情况下，他们会为另外某种重要的价值而背离这一目标。刑罚的确立，有时是针对少数不思改悔的奸恶之徒，防止他们继续犯罪，或者使其没有能力继续犯罪。而当社会普遍出现不良行为的倾向时，确立刑罚的目的就在于纠正过失、防止犯罪。

然而，法家的理论以一种隐蔽的方式终又战胜了儒家。无论什么人，一旦涉足于中华帝国的刑法制度，即是陷于灾难之中。为等待上诉而将人犯长期监禁、监狱狱卒和官吏的贪婪性和残暴性、对于正常的家庭生活的干扰、被告亲属所受的牵连，凡此种种形成了可怕的经验，即使最后的处理是宽大的也无济于事。从这一意义我们可以说，中华帝国的刑事制度在执行过程中，体现了法家所倡导的原则。法律的目的在于通过威慑方式，强迫人民保持良好的行为习惯，而不在于重新恢复被破坏的宇宙和谐。

## 注释

- ①大卫·休谟:《人性论》,可主要参阅第二部分第三节至第六节。
- ②孟德斯鸠《论法的精神》1748年。可主要参阅第十一卷第六章。
- ③卢梭:《社会契约论》,1762年。可主要参阅第二卷。
- ④《尚书》伯恩哈特·卡尔格林(Bernhard Karlgren)译本,22:76。
- ⑤参阅《商君书》J·J·L·杜文达克(J·J·L·Duyvendak)译本第179—180,278—280页,伦敦,1928年。
- ⑥例如,在第31·1案中,宗人府提出将罪犯剥夺贵族身份,“以示惩儆”。在第34·1案中,江西清吏司称对罪犯德泰比照原律处罚较轻,“尚不足以示惩儆,应将德泰枷号两个月,发吉林当差。”在第49·3案中,刑部在建议对案犯处以较重刑罚时还补充说明:“以儆淫恶”。类似案件还有第8·1、60·3、61·2、104·1案。
- ⑦《道德经》第五十七章。
- ⑧《论语》XV·4。
- ⑨参阅本书所选译案例,第71·1、49·2、56·1、99·1案。
- ⑩卡多佐,J.(Cardozo,J.),载“帕尔斯格拉夫诉长岛公司案”(Palsgraff v. Long Island R.R. Co.),248 N.Y.339,162 N.E.99, 1928年。
- ⑪美国诉柯比案(United States v. Kirby),74 U.S.(7 Wall.)482,486—487,1868年。
- ⑫语出De Trin第四部分。转引自圣托马斯·阿奎那(Saint Thomas Aquinas),《神学大全》(Summa Theologica)第一、二部分,Q.96,Art.6。
- ⑬参阅本书所选译案例第36·1案。
- ⑭约瑟夫·斯托里(Joseph Story),《美国宪法释论》(Commentaries on the Constitution of the United States),III,746,1833年。
- ⑮在“合众国诉胡德”(United States v. Hood,343 U.S. 148,72,Sup.Ct.568,1952)一案中,联邦最高法院就陷于一种很尴尬的境地。该案被告被指控“允诺支持或利用权势为他人在联邦政府内谋获一定任职”而违反禁止贿赂选举的法律。被告许诺受蒙骗者,将授予一项官职,但实际上该项官职根本不存在;创设该项官职的权力已授予总统,而总统并未行使该项权力。如果最高法院认为该项法律不适用于本案,那么,被告将不会因其上

述行为而受到法律制裁。最后，最高法院以5票赞成、4票反对的多数，确认该项法律适用本案。

⑯参阅第43·1案。

⑰参阅第85·2,85·4案。

⑱参阅第60·5案。

⑲参阅第29·2案。

⑳比较第100·1案中对知县及千总的处罚。

㉑参阅第79·3案。

㉒参见“美国的普通法犯罪”(Common Law of Crimes in the United States)，载于《哥伦比亚法律评论》，47:1332, 1947年。还可参见“宾夕法尼亚州诉莫詹”(Commonwealth v. Mochan)一案(177 Pa. Super 454, 1955)。

㉓美国,483,68,联邦最高法院634,1948年。

㉔以三年后处理的“王庭选案”(第23·2案)为例。被告王庭选为自己食用而私煮了少量的盐。法律并未规定该行为属于犯罪。但是,当一名查盐巡役要逮捕王庭选时,后者拒捕并将巡役打伤。正如“王端清案件”中的越狱罪一样,拒捕行为也是一项法定罪名,并且要在原罪基础上加二等处罚。王庭选在拒捕之前并未犯罪,但他仍被判处徒一年半刑。显然,王庭选的拒捕行为远比王端清的越狱行为严重。在处理王庭选拒捕案件时,虽然案犯最初的行为并不构成犯罪,而拒捕罪的法定刑罚又不适用于本案,但刑部仍然给案犯定罪,并处以较重的刑罚。

㉕参阅“浦用生案”(第72·2案)。在该案中,被告因救护其兄而致死一人。法律规定:祖父母、父母、夫被殴,其子孙与妻情切救护致他人伤亡者,可减等处理。但该律未提及弟弟救护哥哥致他人伤亡是否减等问题。而刑部则解释说:既然没有提及,本案被告则不得援引该律而减等处理。

㉖注意,此处仍然强调刑罚应与犯罪相适应。

㉗还可参见“张虎妮案”(第10·2案)。被告张虎妮杀死一男人,并弃尸灭迹,逃避侦查达六年之久。法律规定:犯罪事发逃脱,加重处罚。刑部认为:该律不适用于本案。因为本案被告并未逃脱,她只是将被杀者的尸体藏匿起来。而其逃避侦查和指控的行为,显然可以与犯罪事发脱逃行为相比较。另可参见第52·1案。

②34 N.J.318-169 A.2d 135(1961年)。

③参见“阎旺年案”(第106·1案)。该案被告阎旺年建造房屋，侵损了学宫的围墙。司法机关将阎旺年比照“侵占街道盖房屋”律处理，但又认为该律的法定刑杖六十太轻，因而又在此基础上，加刑“枷号一个月”。

④参见本书第三章第九节。另外，可与第19·2案相比较。在该案中，杖一百刑被减等后成为杖九十一——而这两项都属于同一刑种：杖刑。

⑤参见“冯学周案件”(第33·1案)。法律禁止制作火药卖给走私盐犯，违者处军流刑。本案被告制作火药，但只是卖给一般人，而不是卖给走私盐犯(据《刑案汇览》，本案被告私制火药，“尚未售卖，即被拿获”，并非“卖给一般人”。——译者)，这一区别似乎并不能大大降低事件本身的严重性，但刑部仍对被告“减刑一等”，处徒三年刑。在“多福案件”(第73·1案)中，被告多福至其上司寓所，强行要求其上司改变对另外一名军士的处理意见。刑部援引“刁徒挟制官吏”律，将被告减刑一等，由原军流刑减至徒三年刑——之所以减等处理，其理由是被告至其上司的寓所闹事，而不是像法律所规定的那样至其上司的办公衙门闹事。与该案不同，在“赵盘铭案件”(第25·1案)中，案情事实与法律规定中明显不相符合的情形却未被注意到。在此案中，被告赵盘铭侵用他人钱银，但其行为与法定“费用受寄财物罪”却并不相同。被告告诉寄放财物者，他去询问一下其合伙人，然后即返还其寄放的钱银。这一答复使得寄放财物者自杀身死。而实际上，被告在此之前已将被害人所寄放的钱银挪作投机生意。根据“费用受寄财产”律，费用他人寄放财物者，计所费用财物的数量，准窃盗罪减一等处罚；而因窃盗他人财物致财产主人自杀者，处徒三年刑。刑部比照后一条规定，判处被告徒三年刑；但却忽视了法律关于费用受寄财物罪轻于窃盗罪这一原则。刑部在援引“费用受寄财物”律时为什么置这一明显的相似条款而不顾，其原因颇令人费解。

⑥参见乔治·汤姆斯·斯道顿所译：“《大清律例》：中国刑法中的……基本法律”，(伦敦，1810年,)XLIV。

⑦参阅“许九案件”(第27·3案)。该案中，一名粮食商人通过向军人购买俸票的方式，获取大量的军人配给粮，因而被作为“奸商”处罚。在确定被告行为为犯罪行为时，刑部没有使用比照类推的方法。从中国的文化传统来看，刑部对本案有明显犯罪行为的被告处以流三千里的刑罚，这一做法是无可非议的。

⑨还可参阅第6·1案。

⑩参阅第34·1案。在该案中，刑部判处被告流刑，枷枷号两个月。但皇帝则将其减刑，仅处枷号两个月刑。还可参阅第38·1案。该案中，皇帝将原拟斩立决刑减至斩监候刑。在第一个案件中，皇帝将原本合适的刑罚减轻，是一种行政宽免，而不是司法宽免。而在第二个案件中，皇帝是通过正常的司法程序，否定刑部的判决意见，并作出更加合理的判决，其判决结果不具备宽赦色彩。

⑪见“摩根诉弗吉尼亚州”案(Morgan V. Commonwealth), 168 Va. 731, 191 S.E. 791, 1937年。

⑫306 U.S., 451, 59, 联邦最高法院618, 1938年。

⑬参阅第91·2、100·1案。

⑭还可参阅第60·3案。

⑮适用于旗人犯罪，另外还有一条处罚更为严厉的概括性禁律。参阅第2·1案。

⑯参阅第43·3案。在该案判决中，江苏巡抚比照适用“棍徒扰害”例对被告减等处罚。然而，对于某些案件来说，即使是语意模糊的概括性禁律也与案情明显不符。在这种情况下，如果司法机关认为该律所规定的刑罚与该案被告的犯罪相适应，则可“比照适用”该律，以该律规定的刑罚处罚被告。参阅第29·1案。

⑰但第49·3案提供了另外一种意见。可参阅该案。

⑱在第7·1案中，原审机关江苏巡抚提出对案犯给予法定宽宥处理，根据法律规定，省级机构只能就宽免处理问题提出请求。

⑲“刘振瑶案件”(第29·1案)也是由于一起意外事件导致多人死亡。该案被告点放烟火引得他人围观。后天降大雨，围观者拥挤奔跑，致十七人死亡。刑部并未将本案看作是过失杀人案，而是在未与其他相关律例进行比较选择的情况下，径行比照适用“违制律”，判处被告杖一百、枷号一个月的刑罚。刑部可能认为此致死十七命案与正文所述致死四命案完全不同；在四命案中，被告所引起的火势失去控制，因而酿成人命；而在十七命案中，在被告点放烟火与十七人死亡两件事实之间，有一件自然事件——暴雨。但我认为：如果被告对于围观者因恐慌而拥挤奔跑这一事实没有责任的话，对于被告则不应给予任何处罚；若对此有责任，那么，他也应该对十七人丧生承担过

失责任。另外，还有一个问题：“过失杀人”律所规定的刑罚是否合适；我们无法断定该刑罚是过重还是过轻。该案致死十七条人命，按规定收赎应交纳银子二十多两，对此被告是否难以负担（本案被告似较为富裕，因而也许能够承担）；如果被告无能力支付这笔钱银，他就必须受到绞监候刑处罚，这显然又过于严苛。但如果被告拥有相当数量的财产，不会因这二十两银子而为难。那么，对于酿成十七条人命惨案的肇事者来说，这种处罚方式又属过于宽纵了。然而，如果刑罚的不适当性使得刑部对该刑罚加以否定；这种做法就会被原则化和取得合法性，而不只是一种特别处置——法律条款本身毕竟不能考虑到所有的意外性灾难，它一般只对单一性死亡之类的事件加以规定。

在“德泰案件”（第34·1案）——在该案中，一条老虎逃出笼子而咬死一人——中，如果刑部认为疏于职守的守园人违犯了“拴系（动物）不如法致人死亡”律，被告则应判绞刑，并允许收赎，交纳银子十二两四钱二分，以代替绞刑。但刑部却认为，这一处理结果，无论是从法律上看还是从政策上看，都是错误的。在“杜张氏案件”（第60·3案）中，病人误信被告医术，被扎针身死。被告被依照“违制律”判杖一百之刑。刑部还说：“如果仅仅对被告按‘庸医杀人’律科断（处绞监候刑），允许收赎，则不足以示惩。”这说明，如果要依据“庸医杀人”律对被告定罪量刑，那么就应该允许被告收赎——只有在认定该案不适用“庸医杀人”律时，才能不给被告收赎的权利。刑部在处理该案时，就选择了后一种方式。

④还可参阅第32·1、37·1、62·1、76·3、80·1、81·1、89·2、92·2、95·1、105·1等案。默示比照适用原律，但加刑处理的案件，可参见第49·1案。

## 附 录

### 1. 190案刑罚分类资料

550

本书选译《刑案汇览》190案例。当然，并不是所有的案例都涉及刑事处罚。此处所收集的资料包括：(1)各案最终判决所确定的刑罚(不包括各案原审机关初步判决所提出的处罚意见)；(2)免予刑罚及作减轻处罚后的替代刑(赎刑、革去官职等，但不包括在法定刑罚基础上量减一等或量减二等的减刑)；(3)一般能获得——但不是必然获得——法律特殊处理的特别身份者(妇女、官员、满族人等)；(4)与作出刑事处理有关的其他资料。

#### 一、笞刑(共2案)

笞四十刑——第11·1、26·1案。

#### 二、杖刑(共35案)

杖六十刑——第11·1、22·1、45·1案。

另外，加枷号一个月刑：第106·1案。

杖七十刑——第12·1案。

杖八十刑——第47·2、63·2(?)、94·1、259·2案。<sup>1</sup>

另外，加枷号一个月刑：第31·2案；

加革职刑：第100·1案；

易以罚金刑：第1·1案；

易以罚金刑(罚银四两)：第66·2案；

易以罚金刑(因罪犯原为官吏)：第91·1案；

易以革职刑：第91·1案。

杖九十刑——第19·2案。

另外，加枷号25日刑：第29·1案。

杖一百刑——第15·1、19·1、30·1、56·2、60·1、60·3、71·2、72·1、83·3、  
85·3、85·4案。

654

另外,加枷号一个月刑;第29·1、87·1案;  
加枷号二个月刑;第27·1、27·2、37·3案;  
加付赔偿费白银一百六十两;第17·1案;  
加革职刑;第24·1、31·2、74·1案;  
易以罚金刑;第17·1案;  
易以罚金刑(因罪犯是妇女);第81·2案;  
易以罚金刑(因罪犯年幼);第3·1案;  
杖刑数量未说明;第41·1案。

### 三、徒刑(共46案)

徒一年刑——第33·3、49·2、61·1、83·2、100·1案。

另外,易以罚金刑(因罪犯年逾七十);第87·1案;

官员挪占款项但返还,免罚;第102·1案。

徒一年半刑——第14·1、23·1案。

徒二年刑——第62·5、89·1(?)案。

徒二年半刑——第33·2、45·2、57·1(?)、97·1案。

徒三年刑——第21·1、27·3、29·2、33·1、37·1、37·3、39·1、40·2、46·1、  
47·1、47·2、48·1、53·1、58·1、60·4、62·1、62·2、65·2、66·2、73·1、79·1、  
79·2、79·3、80·1(该案被告因是官吏而免附加的枷号刑)、80·2、81·1、82·1、  
83·1、92·1、97·1、97·2、104·1案。

另外,加枷号40日刑;第86·1案;

易以罚金刑(罪犯为妇女);第96·1案;

易以存留养亲刑;第25·1案。

总徒刑(杖一百、徒四年);第46·2、76·3案。

迁徙比流减半准徒二年刑——第14·1案。

### 四、流刑(共38案)

流二千里刑——第28·1、42·1(免附加刺字刑)、42·2、49·1、70·1案。

流二千五百里刑——第105·1案(?)。

流三千里刑——第9·1、21·1、27·3、32·1、35·1、35·2、44·1(免附加刺字刑)、49·2、53·1、54·1、54·2、54·3、59·1、64·2、65·1、68·1、71·1、75·3、76·1、78·1、78·2、78·3、78·4、84·1、89·2、90·1、92·2、95·1、95·2、105·1(?)案。

另外，易以鞭一百、枷号二个月刑(罪犯为满族人)：9·2案；  
易以存留养亲刑：第13·1案。

未标明里数的流刑——第7·1、85·2案。

### 五、军流刑(共23案)

附近(二千里)——第23·1、81·2案。

近边(二千五百里)——第39·1、62·2、62·3、62·4、82·2案。

另外，易以罚金刑(因罪犯年逾七十)：第76·2案；

易以罚金、鞭及枷号刑(因罪犯为满族人)：第1·2案。

边远(三千里)——第46·2案。

极边(四千里)——第43·1、43·2、43·3、71·2、77·1、77·2案。

另外，加枷号二个月刑(但免刺字刑)：第3·1案。

烟瘴(四千里)——第40·2、41·1案。

另外，加枷号二个月刑：第82·2、95·3案；

易以罚金刑(因罪犯为妇女)：第6·1案。

发遣——发黑龙江为奴：第2·1、27·1案；

发伊犁为奴：第103·1案；

革职为奴：第88·1案。

另外，根据皇帝诏旨而改发遣为枷号刑：第34·1案。

552

### 六、死刑(共38案)

绞监候刑——第18·1、42·3、50·1(?)、54·4、56·1(?)、60·5、63·1、64·1、64·2、67·1、69·1(并要求宽宥)、72·1、72·2、80·2、84·2、92·3案。

另外，改为向4名被害人家庭支付埋葬银：第55·3案；

改为向被害人家庭支付埋葬银，并取消行医资格：第60·1、60·2、60·6案。

斩监候刑——第5·2、10·1、38·1、38·3、49·3、51·1、53·2、99·1案。

绞立决刑——第61·2案。

另外，易以存留养亲刑；第5·1案。

斩立决刑——第10·2、27·1、36·2、38·2、38·3、50·1(?)、50·2、51·2、  
84·1、86·2、99·1案。

凌迟刑——第50·2(?)、52·1案。

### 七、特别刑罚(共48案)

枷号刑——第1·2、3·1、5·1、27·1、27·2、29·1、31·2、34·1、37·3、59·2、  
82·2、86·1、87·1、90·1、95·3、106·1案。

另外，因罪犯为官吏而免刑；第80·1案。

刺字刑——第41·2、46·2案。

另外，免刺；第3·1、42·1、44·1案。

鞭刑——第1·2、59·2案。

枭示(斩刑之后)——第27·1、51·2案。

监禁(期限三年，妇女)——第6·1案。

反逆犯妻女没为奴——第36·2案。

剥夺贵族身份——第31·1案。

革职——第1·1、2·1、3·1、12·1、12·2、24·1、31·2、52·1、73·1、74·1、  
83·2、88·1、100·1、102·1案。

降级——第20·1案

革除功名——第14·1、28·1、37·1、104·1案。

革役——第91·2、100·1案。

### 八、免刑与减刑

#### 免刑(共9案)

父亲活埋儿子；第71·1案；

父亲杀死私奔的女儿；第71·2案；

妾殴死使女；第66·1案；

因贫卖妻；第85·1、85·2案；

反逆犯之子前已过继别家或卖给他人为奴；第36·1案；

逃犯会赦；第94·1案；

原审机构判决不当:第91·1案;  
官吏挪占公款返还:第102·1案。

#### 减刑与易刑(共22案)

易以罚金刑:第1·1、3·1、6·1、55·3、60·1、60·2、60·6、66·2、76·2、  
81·2、87·1、91·1、96·2案。

存留养亲:第5·1案(原判斩立决刑)、第13·1案(原判流三千里刑),  
第25·1案(原判徒三年刑)、第100·1案(原判徒一年刑)。

皇帝加恩:改发遣刑为枷号刑:第34·1案。

皇帝加恩免脱逃罪:第93·1案。

因满族人身份而易流刑为鞭刑和枷号刑:第1·2、59·2案。

官员犯罪易杖八十刑为降官职一级任用:第20·1案。

题请宽宥(共6案):第5·1、7·1、13·1、69·1、71·1、72·1案。

大赦与特旨减刑(共6案):第34·1、55·1、67·1、78·4、93·1、94·1案。

不准减刑折罚(共8案):第6·1、22·1、49·1、49·3、60·3、60·4、78·4、  
79·3案。

#### 九、特殊法律身份

妇女(共20案):第6·1、9·1、21·1、49·1、49·3、50·1、50·2、60·3、60·4、  
60·6、61·2、66·1、66·2、81·2、86·1、86·2、87·1、87·2、96·1、99·1案。

老人(共4案):第52·1、76·2、79·3、87·1案。

幼年(共4案):第3·1、7·1、41·2、72·2案。

官员(共20案):第1·1、2·1、3·1、12·1、12·2、16·1、20·1、24·1、26·1、  
27·3、31·2、52·1、73·1、74·1、80·1、83·2、88·1、91·1、100·1、102·1案。

有功名者(共6案):第14·1、20·1、28·1、37·1、77·2、104·1案。

僧道(共8案):第15·1、29·2、37·2、43·3、63·1、63·2、87·1、87·2案。

妾(共2案):第66·1、66·2案。

长随(共5案):第12·1、12·2、66·2、82·1、82·2案。

奴婢(共5案):第4·1、12·1、65·1、65·2、66·1案。

旗人(包括满人八旗、蒙古八旗、汉人八旗,共6案):第2·1、4·1、27·3、  
35·1、66·2、91·1案。

满族(共10案):第1·1、1·2、4·1、22·1、31·1、34·1、35·1、59·2、73·1(?)、  
91·1案。

蒙古族:第2·1、54·1案。

穆斯林:第41·1案。

554

## 2. 190案的时间分布

### (1)朝代分布

顺治朝(1644——1661年):	无
康熙朝(1662——1722年):	无
雍正朝(1723——1735年):	无
乾隆朝(1736——1795年):	13案
嘉庆朝(1796——1820年):	104案
道光朝(1821——1850年):	69案
咸丰朝(1851——1861年):	无
同治朝(1862—1874年):	1案
光緒朝(1875—1907年):	3案
宣统朝(1908—1911年):	无

### (2)年代分布

1738年(乾隆三年,1案):第70·1案。
1751年(乾隆十六年,1案):第12·1案
1779年(乾隆四十四年,1案):第104·1案。
1786年(乾隆五十一年,1案):第66·1案。
1788年(乾隆五十三年,1案):第27·1案。
1789年(乾隆五十四年,1案):第1·1案。
1791年(乾隆五十六年,2案):第9·1、61·2案。
1792年(乾隆五十七年,2案):第18·1、49·1案。
1793年(乾隆五十八年,1案):第96·1案。
1794年(乾隆五十九年,1案):第63·2案。
1795年(乾隆六十年,1案):第64·1案。

- 1796年(嘉庆元年,4案),第36·2、41·7、42·2、89·1案。
- 1797年(嘉庆二年,1案),第100·2案。
- 1798年(嘉庆三年,1案),第20·1案。
- 1801年(嘉庆六年,1案),第43·1案。
- 1802年(嘉庆七年,2案),第66·2、97·1案。
- 1803年(嘉庆八年,2案),第3·1、43·2案。
- 1806年(嘉庆十一年,1案),第65·1案
- 1807年(嘉庆十二年,1案),第102·1案
- 1809年(嘉庆十四年,4案),第56·1、64·2、92·3、103·1案。
- 1810年(嘉庆十五年,3案),第10·1、49·2、62·5案。
- 1811年(嘉庆十六年,2案),第51·1、76·1案
- 1812年(嘉庆十七年,7案),第10·2、48·1、52·1、60·1、72·2、84·1、105·1案。
- 1813年(嘉庆十八年,8案),第38·2、46·1、47·1、50·2、55·3、79·2、83·1、95·3案。
- 1814年(嘉庆十九年,4案),第40·2、81·1、82·2、85·3案。
- 1815年(嘉庆二十年,11案),第33·1、37·2、37·3、39·1、47·2、59·1、59·2、72·1、83·3、85·4、93·1案。
- 1816年(嘉庆二十一年,12案),第2·1、33·3、37·1、50·1、54·1、60·2、62·4、65·2、77·2、78·1、83·2、92·2案。
- 1817年(嘉庆二十二年,9案),第29·1、38·1、49·3、60·4、62·1、63·1、79·1、85·2、86·2案。
- 1818年(嘉庆二十三年,10案),第4·1、8·1、29·2、41·1、45·2、53·2、60·3、75·1、82·1、85·2案。
- 1819年(嘉庆二十四年,11案),第5·4、21·1、23·1、28·1、32·1、54·3、56·2、62·2、84·2、91·1、95·2案。
- 1820年(嘉庆二十五年,10案),第1·2、34·1、78·2、78·3、79·3、79·4、80·2、87·1、87·2、106·1案。
- 1821年(道光元年,5案),第35·1、44·1、76·3、86·1、95·1案。 555
- 1822年(道光二年,9案),第19·1、19·2、35·2、45·1、54·2、75·3、80·1、89·2、94·1案。

1823年(道光三年,5案):第33·2、38·3、40·1、76·2、77·1案。  
1824年(道光四年,6案):第11·1、36·1、46·2、54·4、60·6、90·1案。  
1825年(道光五年,3案):第23·2、27·2、97·2案。  
1826年(道光六年,15案):第5·1、7·1、15·1、42·1、42·3、53·1、55·1、  
55·2、57·1、58·1、67·1、69·1、71·1、71·2、100·1案。  
1827年(道光七年,4案):第13·1、14·1、61·1、92·1案。  
1828年(道光八年,4案):第22·1、43·1、60·5、68·1案。  
1829年(道光九年,3案):第75·2、81·2、88·1案。  
1830年(道光十年,2案):第6·1、31·1案。  
1831年(道光十一年,7案):第12·2、24·1、26·1、27·3、78·4、99·1、101·1  
案。  
1832年(道光十二年,3案):第16·1、30·1、51·2案。  
1833年(道光十三年,1案):第17·1案。  
1834年(道光十四年,2案):第25·1、31·2案。  
1870年(同治九年,1案):第98·1案。  
1881年(光绪七年,2案):第73·1、74·1案。  
1883年(光绪九年,1案):第91·2案。

556

### 3. 190案的地区分布

案例总数为190。地区名称后括号里的数字表示发生在该地区的案例总数。地区名称包括两个省的,是因为案件由统辖该两省的总督上报中央机关。

北京(31):第1·2、4·1、11·1、13·1、19·1、19·2、20·1、22·1、24·1、26·1、  
27·3、30·1、31·1、34·1、38·3、45·1、60·3、60·4、66·1、73·1(?)、75·2(?)、  
83·1、83·2、83·3、85·2、85·3、85·4、88·1、89·2、91·1、95·1案。

直隶(河北,20):第1·1、23·2、27·2、41·1、46·2、54·2、54·3、54·4、57·1、  
70·1、79·4、82·2、84·1、84·2、90·1、92·2、94·1、95·3、97·2、105·1案。

山东(19):第5·2、29·2、33·3、36·1、48·1、49·3、50·1、55·2、58·1、68·1、  
71·2、74·1、76·1、77·1、86·1、97·1、99·1、101·1案。

江苏(15):第7·1、9·1、27·1、43·2、43·3、44·1、45·2、46·1、59·1、62·2、  
72·2、78·2、87·1、103·1(?)、104·1案。

河南(12):第10·2、14·1、25·1、37·1、60·5、61·2、62·4、62·5、67·1、  
79·1、85·1、98·1案。

福建(9):第3·1、21·1、36·2、47·1、55·3、63·1、80·1、89·1、96·1案。

安徽(8):第42·1、49·1、60·1、77·2、79·2、79·3、95·2(?),100·1案。

广东(8):第8·1、33·1、42·3、53·2、56·1、69·1、78·4、102·1案。

山西(8):第42·2、62·1、75·1(?),76·3、78·3、82·1、86·2、106·1案。

陕西(8):第12·2、32·1、35·2、37·2、51·1、60·6、61·1、92·3案。

四川(8):第5·1、12·1、17·1、56·2、60·2、75·3、78·1、81·2案。

浙江(6):第28·1、41·2、43·1、47·2、52·1、80·2案。

江西(5):第10·1、16·1、18·1、29·1、91·2案。

湖南—湖北(4):第23·1、31·2、40·1、50·2案。

湖北(4):第37·3、39·1、40·2、49·2案。

云南(4):第6·1、33·2、76·2、81·1案。

湖南(3):第15·1、53·1、55·1案。

贵州(3):第63·2(?),65·2、92·1案。

云南—贵州(1):第51·2案。

甘肃(0)

广西(0)

盛京刑部(5):第38·1、38·2、64·1、66·2、72·1案。1

557

奉天将军(2):第64·2、65·1案。

奉天府(1):第87·2案。

黑龙江将军(2):第35·1、59·2案。

吉林将军(2):第71·1、93·1案。

察哈尔都统(1):第2·1案。

热河都统(1):第54·1案。

558

#### 4. 案例渊源

案例总数为190。名称后括号内数字为属于该种渊源的案例数。关于各种渊源的解释，详见第五章第二节。

(1)成案(共83案)

第2·1、11·1、14·1、15·1、17·1、21·1、22·1、23·2、24·1、26·1、  
27·2、28·1、29·1、29·2、30·1、32·1、33·1、33·2、32·3、35·2、37·1、37·2、  
37·3、38·1、38·2、39·1、40·1、40·2、41·1、45·2、46·1、46·2、47·1、47·2、  
50·2、54·1、54·2、54·3、54·4、56·2、59·1、59·2、60·2、60·5、60·6、61·2、  
62·2、62·3、65·2、72·1、73·1、74·1、75·3、76·2、76·3、77·2、78·1、78·2、  
78·3、79·1、79·2、79·3、80·1、80·2、81·1、82·1、82·2、84·2、85·1、86·1、  
86·2、87·1、87·2、91·2、92·2、94·1、95·1、95·2、95·3、97·2、103·1、106·1案。

(2) 现审案(共18案)

第1·2、13·1、19·1、19·2、34·1、38·3、45·1、60·3、60·4、66·1、83·1、  
83·2、83·3、85·2、85·3、85·4、89·2、91·1案。

(3) 说帖(共69案)

第1·1、4·1、5·1、5·2、6·1、7·1、8·1、9·1、10·1、10·2、18·1、25·1、35·1、  
36·1、36·2、41·2、42·1、42·2、42·3、43·1、43·2、43·3、44·1、48·1、49·1、  
49·2、49·3、50·1、51·1、51·2、53·1、53·2、55·1、55·2、55·3、56·1、57·1、  
58·1、60·1、61·1、62·5、63·1、63·2、64·1、64·2、65·1、66·2、67·1、68·1、  
69·1、71·1、71·2、72·2、76·1、77·1、78·4、81·2、84·1、89·1、90·1、92·1、  
92·3、93·1、96·1、97·1、99·1、100·2、102·1、105·1案。

(4) 通行(共10案)

第12·1、16·1、20·1、52·1、62·1、75·1、79·4、98·1、100·1、101·1案。

(5) 邻抄(共6案)

第12·2、27·3、31·1、31·2、75·2、88·1案。

(6) 所见集案(共3案)

第3·1、27·1、70·1案。

(7) 未说明渊源的案例: 第104·1案。

## 5. 皋陶与早期中国法

在本书第一章第三节作者提到, 中国人称在传说中的“舜”统治时期(传统说法为公元前23世纪), 一支野蛮的部落——苗民——创造了“五虐之刑”, 并称其为“法”。作者还进一步指出, 这一传说(见于《尚书·吕刑》)可能是中国人关于法律起源最早的解释。

另外还有一个著名的传说：舜任命皋陶负责处理法律事务。至于法律如何产生，则说法不一。一种说法是：皋陶所执行的法律（刑）是舜所创造。另一种说法则是：皋陶所执行的法律为其自己所创造①。公元一世纪又出现第三种意见。该意见持有者未提及“刑”这一问题，但却将皋陶审案与一种名叫“獬豸”的神活动物联系起来②。

关于獬豸的形象如何及它如何与皋陶共同审案，可参见列于书首的两幅图片。第一幅是20世纪初创作的木刻画，画面上皋陶放出獬豸，让其在公堂上用角触抵诉讼当事人中可疑的一方。第二幅是与原物大小一样的獬豸青铜雕像，显然，在当今世界上它是独一无二的；该像为美国费城雕塑家亨利·米提切尔于1962年创作，现陈列于宾夕法尼亚大学法学院。从该铜像所附的两种文字说明我们能知道，獬豸具有区别有罪与无辜的魔力；从中我们还获知，每当遇到疑案，皋陶总是让獬豸出面，用角去触抵有罪的诉讼一方。

比较《吕刑》关于苗民的传说以及皋陶的传说，我们可以得出以下三点认识：

第一，正如我们在第一章第三节所说，《吕刑》中的传说可能产生于公元前950年前后，其实际成书年代则肯定在此几个世纪之后，但不晚于公元前4世纪。与《尚书》、《竹书纪年》中涉及皋陶的材料相比，《吕刑》文中传说的产生看起来要晚一些，因为那些材料似乎是在或差不多是在皋陶的时代写成的。然而无论如何，记载皋陶传说的文献绝不可能与传说本身一样古老，它甚至可能在《吕刑》之后成书③。

第二，《吕刑》中已提及成文法概念，而在关于皋陶传说的文献中却没

①第一种说法出自《尚书·大禹谟》及《尚书·益稷》，第二种说法可参见《竹书纪年》。

②参见王充（27—约100年）的《论衡》。

③在这里我们不可能解决这几种文献具体成书年代这一极其复杂的问题。长期以来，人们一直认为《尚书·大禹谟》是公元3世纪或4世纪出现的赝品；而对于《竹书纪年》，人们很难确定现存的版本在多大程度上与原本相符合，该书原本于公元3世纪末首次发现于古墓中。《尚书》的其他篇章成书也较晚，但很难确定具体年代。

有出现这一概念。在后一类文献中只是使用了“刑”一词，有时则使用更专门化的“五刑”一词。这一事实降低了中国成文法为皋陶所始创的传说的可能性。正如本书第一章第三节所述，“刑”一词主要表示刑罚本身，只是比较次要的具体规定各种刑罚的成文刑法。

第三，关于皋陶与獬豸共同审断案件的传说也削弱了皋陶初创成文法这一判断的真实性。因为在皋陶—獬豸传说中也从未提及成文法的概念。从内容上看，这一传说具有神话色彩，因此，它可能处于人类思想的前法律阶段。另外，记述这一传说的文献虽然形成于公元前1世纪后半期，但在此之前，该传说极有可能以口头形式存在了漫长的一段时间。

据此我们可以得出结论：传说中的皋陶绝不是一名立法者（成文法的制定者和执行者），而是一名为人类主持正义的神。它是人类思想神话阶段的产物，与实际的法律阶段无关。而另一方面，关于苗民初创成文法的传说则描述了成文法早期阶段的情形。因此我们认为：与皋陶传说相比，苗民制法这一传说更真实地代表着古代中国人关于法律起源的观念。

## 6. 清帝国时期的宇宙和谐

在本书第一章第十一节中，我们追溯了秋冬行刑观念的演变过程。秋冬行刑观念持有者认为，死刑的执行，只能在秋天和冬天（这两个季节象征着凋零和死亡），而不能在春天和夏天（春夏象征着成长和生命）。在该节中我们还提出：从唐代到明代，法律所规定的禁刑日在数量上相当之多；但根据清代法律，禁刑日的数量则大为减少。清代法定禁刑日包括：春夏季的第一个月和最后一个月（即农历正月与六月），冬至前10天到冬至后7天，夏至前5天到夏至后3天。上述法定禁刑日的计算是以《大清律例》为根据，而《清史稿·刑法志》及《大清会典》则与其稍有出入。

“停刑”与“停审”这两个重要概念常常被人们所混淆。“停刑”指禁止执行死刑（在这里，“刑”专指死刑）。“停审”则表示在一定的时间里，司法机构停止工作。在清代，停审日的数量超过停刑日的数量。某些文献在说到“停审”时，错误地将停止执行死刑也包括在一起。我们仔细地分析、区别了“停刑”与“停审”这两个概念，得出以下几点结论。当然，在以下的分析结果中，仍然有2—3处难以解释的矛盾现象。

第一，停审日包括每年的正月、六月、十月。还包括：(1)每月的初一、初二；(2)国祭日及皇帝诞辰(共7日)，皇帝葬礼日；(3)春节(正月初一至初七)、上元节(正月十五)、如来佛诞辰(四月初八)、龙船节(五月初五)、中秋节(八月十五)、重阳节(九月初九)、封印日(可能是每年十二月最后10天)①。 562

第二，另外，农忙季节——即每年四月至七月——停止审理民事诉讼案件(指涉及婚姻、田土类案件)，但刑事案件不在此限②。

第三，停刑日包括每年的正月、六月、冬至前10天到冬至后7天、夏至前5天到夏至后3天。停刑日禁止执行的刑罚包括立决死刑以及监候死刑经复审后改判执行的死刑③。

第四，在北京，如果雨季(通常是七月和八月)推迟，并出现干旱，死刑的执行也暂时停止，直至旱情解除(各省不适用这一规定)。④

类似于第四项停刑的禁令古已有之。例如，公元134年4月5日，汉代皇帝发布一项诏令，宣布鉴于旱期延长，首都监狱内的囚犯不论罪行轻重，一律停止审讯，直到雨季来临。同年6月13日，皇帝颁布第二道诏令，声称鉴于旱情延续，免除全国死罪囚的死刑，“包括那些常赦所不原的谋反等重大犯罪”。⑤

① 参见《清史稿·刑法志》(《清史稿》卷144)及《大清会典》卷56(该书误将上述内容列于“停刑”条下)、《大清律例·刑律·断罪不当》附例。民间纂修的清律注释本中，“断罪不当”附例的“上注”也误将这些停审日看作是停刑日。

② 参见《清史稿·刑法志》及《大清会典》。

③ 参见《清史稿·刑法志》、《大清会典》卷56及《大清律例》。《大清会典》错误地在“正月、‘六月’之后加上了‘十月’，显然，这是把三个月的停审日与停刑日混为一谈。

④ 参见《大清会典》卷56及《大清律例·刑律·有司决囚等第》附例。

⑤ 参见《后汉书》卷6。

# 书 目

## 1. 原始文献

《成案所见集》，马世碑编，另附续编四种，所收成案发生于1736—1805年。

《笺释》，参见《王肯堂笺释》。

《清史稿·刑法志》，参见《清史稿刑法志注解》。

《清史稿刑法志注解》，国务院法制局法制史研究室编，北京，法律出版社，1957年。

各朝历史，除专门说明外，所有资料均参考《四部备要》。

《洗冤录》，宋慈著，成书时间约1250年。该书英译本参见贾尔斯(Giles)译本。

《孝慈录》，明洪武皇帝于1374年为该书作序。

《现行则例》，1679年。

《刑案汇览》，上海，图书集成局仿袖珍版印，1886年，共四十册，包括以下几部：

《刑案汇览》，祝庆祺和鲍书芸编，共60卷，1—28册，鲍书芸于1834年作序。

《续增刑案汇览》，祝庆祺和鲍书芸编，共16卷，29—36册，鲍书芸于1840年作序。

《新增刑案汇览》，潘文舫和徐悚荃编，共16卷，37—40册，何维楷于1886年作序。

《刑统》，公元963年。

《淮南子》，刘文典编，《淮南鸿烈集解》，上海，商务印书馆，1933年。

《刑法志》，历朝史书均有《刑法志》专篇。本书援引《刑法志》时，均标明引自“某朝《刑法志》”。清朝《刑法志》均引自《清史稿·刑法志》，其他各朝的

《刑法志》，则引自《历代刑法志》。

《吏部则例》，1820年。

《历代刑法志》，丘汉平编，长沙，商务印书馆，1938年。

《吕刑》，原文载于《书经》，英译本取自莱格(League)译本，III，588—611。

《比对条款》，1767年；1784年。

《驳案成编》，洪彬编，1767年。

《三流道里表》，1743年；1872年湖北版。本书所引该书页码，以湖北版为准。

《大清会典》，1899年版，有连续页码；台北启文出版社1963年重印。

《事例》(《大清会典事例》)，1899年版，有连续页码；台北启文出版社1963年重印。

《大清律集解附例》，1646年。

《大清律辑注》，沈之奇，1715年序。

《大清律例》，1740年。

《大清律例珠注广汇全书》，1706年。

《大清律例会通新纂》，姚雨萝编，沈之奇原注，胡仰山注，北京1873年。

台北文海出版社1964年重印，全五册，连续页码。

《大清律例增修统纂集成》，姚润、任彭年、陶骏、陶念霖编，附沈之奇原注，1878年。

《大明会典》，1587年版，台北东南书报社1963年重印，连续页码。

《大明律》，1373—1374年；1397年修订。

《唐律疏议》，653年。

《宋刑比事》，桂万荣编，1211年。英译本参见冯·吉利克(van Gulik)译本。

《王肯堂笺释》，有1612年“序”；顾鼎修订，并于1689年作“序”。

《文刑条例》\*，编纂于1500年，附1500年后增修条例。

《五军道里表》，1772年；1872年湖北印，本书所用页码，参照湖北印本。

《狱中杂记》，方苞(1668—1749年)著。

\* 应为《问刑条例》。——译者注

## 2. 中文及日文论著

赵洛：《天安门》，北京出版社，1957年。

陈顾远：《中国法制史》，上海，商务印书馆，1934年。

郑兢毅编：《法律大辞书》，3册，上海，商务印书馆，1936年。

程树德：《九朝律考》，2册，上海，商务印书馆，1927年。

法制史学会编：《法制史文献目录（昭和20--34）》，第143—193页。东京创文社，1962年。

徐道邻：《中国法制史论略》，台北，正中书局，1953年。

薛允升：《读例存疑》，北京，翰茂斋，1905年。

梁启超：《中国成文法编制之沿革》，台北，中华书局，1957年。

仁井田升：《中国法制史》，东京，岩波书店，1952年。

仁井田升：《中国法制史研究》，东京大学出版会，1959—1964年。该书共4册，每册均有英文简译本：

《刑法》，1959年；

《土地法》，1960年；

《奴婢法，家庭村落法》，1962年；

《法律与习惯，法律与道德》，1964年。

沈家本：《沈寄簃先生遗书甲编》，北京，1929年；台北，文海出版社1964年重印，共2册，连续页码。本书援引以下篇：

《充草考》，第541—552页；

《分考》，十七卷，第30—229页；

《刑案汇览三编序》，第976—977页；

《刑具考》，第508—520页；

《广汇全书跋》，第998页；

《律令》，卷9，第358—490页；

《明律目箋》，第774—821页；

《死刑之数》，第532—533页；

《总考》，卷4，第3—29页；

《雍正律刻本跋》，第996—997页。

杨鸿烈：《中国法律发达史》，2册，上海，商务印书馆，1930年。  
于景让：“释荆棘”，载于《大陆杂志》，14.12:365—372，1957年7月30日。

### 3. 西方学者关于中国古代法律的著述

#### (1) 概論

布朗，格特鲁德·R. (Browne, Gertrude R.), 译文: translation of Escarra (sec. C, 1), 载布朗所译:《中国法》(Chinese Law, Works Progress Administration, W. P. 2799, Seattle: University of Washington, 1936)。复制(静电), Cambridge, Mass.: Harvard University Law School and East Asian Research Center, 1961。

宾格，卡尔(Bünger, Karl), “传统中国法律对于精神病患者及过失行为的惩罚”(The Punishment of Lunatics and Negligents According to Classical Chinese Law, Studia Serica, 9:1-16, 1950)。

瞿同祖:《传统中国的法律与社会》(Law and Society in Traditional China, Paris and The Hague: Mouton & Co., 1961)。

关于这本极为重要的书，可参见本书第一章注释①和⑩。

埃斯卡拉，让(Escarra, Jean), Le Droit Chinois (Peiping: Henri Vetch, 1936)。英译本参见布朗文(Sec. C, 1)。

这是一部重要的早期著作，但其大部分内容现在已过时。有关共和政体中国的章节仍值得重视。

古利克，R.H.范(Gulik, R.H.van), 译文:《棠阴比事》，一本13世纪的判例与侦查手册("Parallel Cases from under the Pear-tree," - 13th-Century manual of jurisprudence and detection, Sinica Leidensia series, Vol. X; Leiden: E.J. Brill, 1956)。

此处所译是选自编于1211年的案例汇编中的144件案例。绪论第三章精彩地描述了帝国政府县级机构的司法程序。

李约瑟(Needham, Joseph), “中国和西方国家的人法与自然法”(Human Law and the Laws of Nature in China and the West), 载李约瑟所著:《中国的科学与文明》(Science and Civilization in

China, II, 518—583, London and New York, Cambridge University Press, 1956).

这是一份杰出的研究成果。文中关于哲学、法律及科学的极端重要性这一议题，引起激烈的讨论。

佩利奥，保罗(Pelliot, Paul), "Notes de bibliographie chinoise, II. Le Droit Chinois," Bulletin de l'Ecole Francaise d'Extreme Orient, 9, 123—152(1909)。

舒尔曼, H.F.(Schurmann, H.F.), "中国传统的所有权观念"(Traditional Property Concepts in China)。载《远东季刊》(Far Eastern Quarterly, 15:507—516, 1956)。

施瓦茨，本杰明(Schwartz, Benjamin), "中国人的法律观念"(On Attitudes toward Law in China)，载米尔顿·卡茨所编:《法治政府与个人》(Government under Law and the Individual, Washington, D.C., American Council of Learned Societies, 1957, 第28—39页。

此文论述简练，但概括准确。

伍，约翰.C.H.(Wu, John C.H.), "中国的法律哲学：简史概观"(Chinese Legal philosophy, A Brief Historical Survey)。载《中国文化》(Chinese Culture 1.4, 7—48, April 1958)。

(2)前帝国时期的中国(公元前221年以前)。

克里尔, H.G.(Creel, H.G.), "法家:是'法律学家'还是'行政官员'?"(The Fa-chia, "Legalists" or "Administrators"? )载历史学与语言学研究所公报(Bulletin of the Institute of History and Philology, Academia Sinica, Extra Vol. IV, 607—630 Taipei, 1961)。

——“‘刑名’的含义”(The Meaning of Hsing Ming), 载苏林·埃厄罗兹(Soren Egerod)与埃尔泽·格拉恩(Else Glahn)所编: Studia Serica Bernhard Karlgren Dedicata (哥本哈根: Ejnar Munksgaard, 1959, PP.199—211)。

戴文达克, J.J.L.(Duyvendak, J.J.L.), 译本:《商君书》(The Book of Lord Shang, 伦敦: Arthur Probsthain, 1928)。

该书翻译质量较高，至今仍是一部介绍法家学派的最好著作。

莱格，詹姆斯(Legge, James), 译文：《吕刑译本》(translation of Lü hsing, sec.A, above), 载莱格所译：《中国古典》五卷(The Chinese Classics, 5 vols., 香港: Hong Kong University Press, 1960, III, 588—612)。

廖，W.K.(Liao,W.K.), 译本：《韩非子全集》2卷(The Complete Works of Han Fei Tzu, 2 vols., 伦敦: Arthur Probsthain, vol. I, 1939; Vol. II, 1959)。

这是法家学派杰出的理论家的著作。翻译质量较高。

马斯佩罗，亨利(Maspero, Henri), "Le Serment dans la procédure judiciaire de la Chine antique," *Mélanges Chinois et Bouddhiques*, 3:257—317(1934—35)。

这是一篇研究封建中国司法程序的上乘之作。

波科罗，蒂莫泰斯(Pokora,Timoteus), "李悝编纂《法经》，双重错误"(The Canon of Laws by Li K'uei, A Double Falsification, *Archiv Orientalni*, 27:96—121, 1959)。

沃格尔，维尔纳(Vogel, Werner), "Die historischen Grundlagen des Chinesischen Strafrechts," *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, 40:37—134(1923)。

该文三分之二论述前帝国时期的法律，其余则是《汉书·刑法志》的译文。(unfavorably commented on by Hulsewé, *Remnants of Han Law*, PP.316—317, sec.c, 2, below)。

### (3) 汉朝(公元前206年—公元220年)

胡士威，A.F.P.(Hulsewé,A.F.P.), 《汉律辑存》，卷一(*Remnants of Han Law*, Vol.I, Leiden, E.J.Brill, 1955)。

该书对中国第一个存续期较长的皇朝作了可贵的研究。有第二卷。

### (4) 分裂时期与隋朝(220—617年)

巴莱茨，艾蒂安((Balazs, Etienne), 译文, *Le Traité juridique du "Souei-chou"*(Leiden, E.J.Brill 1954)。

这是一篇关于《隋书·刑法志》的优秀译文。译者所作的绪论及注释更使译文锦上添花。

(5) 唐朝(618—906年)

宾格，卡尔(Bünger, Karl), *Quellen zur Rechtsgeschichte der T'ang-Zeit* (*Monumenta Serica Monograph 9*, Peiping, 1946)。

本书是研究唐代法律发展的基本著作。该书包括《唐书》中的两部《刑法志》的译本，但没有收入《唐律》。

迪洛斯托，雷蒙德(Deloustal, Raymond), 译文：“*La Justice dans l'ancien Annam*,” *Bulletin de l'École Française d'Extrême-Orient* (Vols.8—13, 1908—1913; Vol.19, 1919; Vol.22, 1922)。

此处所译安南李朝(1428—1786年)的法典基本上以653年的《唐律》为蓝本。

热尔内，雅克(Gernet, Jacques), “*La Vente en Chine d'après les contrats de Touenhouang* (IXe-Xe siècles),” *T'oung Pao*, 45:295—391 (1957)。

该研究成果以当时的文献资料为依据。其内容也涉及宋朝早期。

赫尔塞威, A.F.P.(Hulsewé, A.F.P.), *Periodieke executie-en slachtverboden in de T'ang tijd en hun oorsprong* (Leiden: E.J.Brill, 1948)。

肯尼迪，乔治·亚历山大(Kennedy, George Alexander), *Die Rolle des Geständnisses im Chinesischen Gesetz*(柏林, 1939)。

这是《唐律》关于中国人所特有的自首概念一节的译文。

欧凯新(Ou Koei-hing), *La Peine d'après le code des T'ang* (上海:Université l'Aurore, 1935)。

这是对于至今尚未翻译过来的公元653年《唐律》的唯一的系统分析的作品。

托马斯, F. W. (Thomas, F. W.), “中国甘肃出土的《贼盗律》，敦煌的9—10世纪文献残片”(*Law of Theft in Chinese Kansu: A IXth*

—Xth Century Fragment from Tun-huang, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, 50:275—287, 1936)。

特威切特, 丹尼斯·C. (Twitchett, Denis C.) “敦煌出土的唐令残片”

(The Fragment of the T'ang Ordinances of the Department of Waterways Discovered at Tun-huang, Asia Major, new series, 6:23—79, 1957—58)。

#### (6)宋朝(960—1279年)

艾希霍恩, 维尔纳 (Eichhorn, Werner), “Bemerkungen über einige nicht amnestiebare Verbrechen im Sung-Rechtswesen,” Oriens Extremus, 8:166—176(1961)。

贾尔斯, 赫伯特·艾伦 (Giles, Herbert Allen), 译文: “洗冤录” (Instructions to Coroners), 载《中国周刊》(China Review, 3:30—38, 92—99, 159—172, 1874—75)。再版: “医学的历史”(Section of the History of Medicine)载《皇家医学会会刊》(Proceedings of the Royal Society of Medicine, 17:59—107, 伦敦, 1924)。

该书是关于法医学的基本著作, 原书编于1241—1253年。此译本采取意译方式。

威廉, 赫尔穆特 (Wilhelm, Helmut), “Der Prozess der A Yün,” Monumenta Serica, 1:338—351(1935)。

该文详尽记述了1068年的一件著名案例。

#### (7)元(蒙古族)朝(1280—1368年)

奥班, 弗朗索瓦 (Aubin, Françoise), “Index de ‘Un Code des Yuan’ de P. Ratchnevsky,” Mélanges publiés par l’Institut des Hautes études Chinoises, 2:423—515(1960)。

拉奇涅夫斯基, 保罗 (Ratchnevsky, paul), “Die mongolische Rechtsinstitution der Busze in der Chinesischen Gesetzbegung der Yuan-zeit,” 载赫伯特·弗兰克 (Herbert Franke) 所编: Studia Sino-Altaica, Festschrift für Erich Haenisch zuin 80. Geburt-

stag (威斯巴登, Franz Steiner Verlag, 1961) PP. 169—179。

——译作: *Un Code des Yuan* (巴黎, E. Leroux, 1937)。

此处所译为约产生于1331年的一部法典的一部分, 翻译准确, 且附有大量介绍性文字。

梁赞诺夫斯基, V. A. (Riasanovsky, V. A.), “元朝的蒙古法与中国法”(Mongol Law and Chinese Law in the Yuan Dynasty), 载《中国社会与政治科学周刊》(Chinese Social and Political Science Review, 20:266—289, 1936—1937)。

#### (8) 明朝(1368—1643年)

· 弗兰克, 沃尔夫冈 (Franke, Wolfgang), “Ein Document zum Prozess gegen Yü Ch'ien im Jahr 1467,” *Studia Serica*, 6:193—208 (1917)。

- 赫克, 查尔斯·O. (Hucker, Charles O.), 《中国明朝的御史制度》(The Censorial System of Ming China, 斯坦福, University of Stanford Press, 1966)。

#### (9) 清(满族)朝(1644—1911年)

阿拉巴斯特, 歇内斯特 (Alabaster, Ernest), “帝国法律官员概貌初探”(Dips into an Imperial Law Officer's Compendium, *Monumenta Serica*, 2:426—436, 1936)。

——《中国刑法评注》(Notes and Commentaries on Chinese Criminal Law (伦敦, Luzac, 1899)。

这是一部论述清代法律的重要著作。其中也有一些疏漏。

· 布莱斯, 居伊 (Boulais, Gui), 译作: *Manuel du code chinois* (Variétés sinologiques series, No. 55, Shanghai, 1924)。

此《大清律例》译本为本书所采用。

布伦纳德, H. S. (Brunnert, H. S.) V. V. 哈格尔斯特姆 (V. V. Hagelstrom), 《当代中国的政治组织》(Present Day Political Organization of China, 上海, Kelly & Walsh, 1912)。

张玉泉(Chang Yu-chuan),“中国的司法制度”(The Chinese Judiciary),载《中国社会与政治科学周刊》(Chinese Social and Political Science Review, 2:4:68—88, December 1917)。

本文内容较好,但过于简略。关于清朝上诉制度,可具体参阅第78—85页。该文的续写部分(载于3:1—30,1918年)涉及共和中国的司法制度。

瞿同祖(Ch'uung-tsu),《清朝中国的地方政府》(Local Government in China under the Ch'ing, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1962)。

在论述清朝基层政权司法程序方面,本书具有重要价值。尤其可以参阅第四章“幕僚”及第七章“司法处理”。

科恩,杰罗姆·艾伦(Cohen, Jerome Alan),“近代前夜中国的调解”(Chinese Mediation on the Eve of Modernization),载加利福尼亚《法律周刊》(California Law Review, 54:1201—1226, 1966)。

本文精辟地概述了清朝有关调解的法外机构及方式。

小道森, F.L.(Dawson, F.L., Jr.)法律与传统中国的商人:“《大清律例》及其对商业阶层的影响”(Law and the Merchant in Traditional China, The Ch'ing Code, Ta Ch'ing Lu Li, and Its Implications for the Merchant Class, Papers on China, 2:55—92, 哈佛大学,东亚研究中心,1948)。

费正清(Fairbank, John K.),邓书玉(Ssu-yü Teng),“清代文书的格式与使用”(On the Types and Uses of Ch'ing Documents),载费正清与邓书玉合著:《清朝的行政管理》(Ch'ing Administration, Three Studies, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1960)。

在第74—106页有一个关于文书名称的汇录。

冯汉怡(Feng Han-Yi),“中国的亲属制度”(The Chinese Kinship System),载哈佛《亚洲研究》杂志(Harvard Journal of Asiatic Studies, 2:141—275, 1937)。

本文有助于理解涉及家庭关系的案件。

格雷,约翰·亨利(Gray, John Henry),《中国:法律、风俗与习惯的历史》二卷(China, A History of the Laws, Manners and Customs

of the People, 2 vols., London, Macmillan & Co., 1878)。

这部19世纪的著作用较长篇幅记述了中国的司法程序及刑罚问题。本书第三章注⑤对该书有具体说明。

哈里森,朱迪·费尔德曼(Harrison, Judy Feldman),“囚犯的非法待遇:清代法律实践中的案例研究”(Wrongful Treatment of Prisoners: A Case Study of Ch'ing Legal Practice),载《亚洲研究》杂志(Journal of Asian Studies, 23:227—244, 1964)。

该文所涉及的《刑案汇览》中的30个案件,均适用《大清律例》第413节。参阅本书所选译案例第97·1案评论。

霍恩格,皮埃尔(Hoang Pierre),*Le Mariage Chinois au Point de vue légal* (Variétés Sinologiques series, NO. 14, Shanghai, 1898). Rev. ed., 1915.

—*Notions techniques Sur la propriété en Chine* (Variétés sinologiques Series, NO. 11, Shanghai, 1897). 2d ed., 1920.

萧公权(Hsiao, Kung-chuan)《乡土中国:19世纪的帝国控制》(Rural China, Imperial Control in the Nineteenth Century, Seattle, University of Washington Press, 1960)。

该书虽然并非直接讨论正式法律的著作,但其中包含很多值得参阅的内容。

薛包朝(Hsieh, Pao Chao),《1644—1911年的中国政府》(The Government of China(1644—1911), Baltimore, Johns Hopkins Press, 1925)。

该书有“司法制度”专章,但其内容较粗泛。

贾米森,乔治(Jamieson, George),《中国的家庭与商法》(Chinese Family and Commercial Law, 上海: Kelly & Walsh, 1921)。

克罗克,爱德华(Kroker, Edward),“中国习惯法中的财产概念”(The Concept of Property in Chinese Customary Law),载日本亚洲交往议事录第三辑(Transactions of the Asiatic Society of Japan, 3d Series, 7:123—146, 1959)。

本文及以下两篇文章均以司法部于20世纪初对于地方习惯法的调查材料为根据。

——“Dienst- und Werkverträge im chinesischen Gewohnheitsrecht,” Zeitschrift der Deutschen Morgenländischen Gesellschaft, 107:130—160(1957)。

——“Rechtsgewohnheiten in der Provinz Shantung,” Monumenta Serica, 14:215—302(1955)。

麦高恩·D·J·(MacGowan,D·J·),“论中国的流刑”(On the Banishment of Criminals in China),载皇家亚洲学会华北分会杂志,(Journal of the North China Branch of the Royal Asiatic Society, 3:293—301, December 1859)。

参阅本书第三章第十一节。

麦卡利威,亨利(McAleavy, Henry),“日本学者对中国习惯法的研究”(Certain Aspects of Chinese Customary Law in the Light of Japanese Scholarship)载远东与非洲研究院公报(Bulletin of the School of Oriental and African Studies, 17:535—547, London, 1955)。

本文以日本学者在20世纪初对台湾的考察为依据。

梅多斯,T.T.(Meadows,T.T.),“广州死刑现场写实”(Description of an Execution at Canton),载皇家亚洲学会杂志(Journal of The Royal Asiatic Society, 16:54—58, 1856)。

参阅本书第三章第十一节。

梅耶,M.J.(Meijer M.J.),《中国近代刑法导论》(The Introduction of Modern Criminal Law in China, 雅加达: Koninklijke Drukkerij de Unie, 1949)。

该书是研究中国20世纪头十年法制改革的优秀成果。本书常引用该书的内容。

默伦多夫,P.G.von(Mollendorff,P.G. von).“中国的家族法”(The Family Law of the Chinese). 载皇家亚洲学会华北分会杂志(Journal of the North China Branch of the Royal Asiatic Society, 新丛书, 27:131—190, 1892—93)。

帕克斯,西尔·哈里·S·(Parkes,Sir Harry S.)《华北先驱报》专论(article in North-China Herald, 557:51, Shanghai, March 30,

1861)。

参阅本书第三章第十一节。

菲拉斯特,P.L.F.(Philastre,P.L.F.),译文,Le Code annamite, nouvelle traduction complète, comprenant, Les commentaires officiels du code, traduits pour la première fois; de nombreuses annotations extraites des Commentaires du Code chinois .....2 vols.(巴黎:E.勒鲁,1876).2d ed.,1909(增补20页索引).[1967年,在本书付印期间,菲拉斯特的重印本(2d ed),由台湾成文(Ch'eng-wen)出版公司出版发行]。

施普伦克尔,西比勒·范·德(Sprenkel,Sybille van der),《清朝中国的法律制度》(Legal Institutions in Manchu China,伦敦:Athlone Press for the University of London,1962)。

该书精辟的社会学分析多以第二手资料为根据。

斯汤顿,乔治·托马斯(Staunton,George Thomas),译作:《大清律例》——中国刑法典之基本法律(Ta Tsing Leu Lee, Being the Fundamental Laws.....of the Penal Code of China,伦敦:Cadell & Davies,1810)。

宋图争(Sun, E-tu Zen),“19世纪中国的户部”(The Board of Revenue in Nineteenth-Century China),载哈佛亚洲研究杂志(Harvard Journal of Asiatic Studies,24:175—228,1962—63)。

威廉,爱德华·T(Williams,Edward T.),“中国刑法典关于巫术的规定”(Witchcraft in the Chinese Penal Code),载《皇家亚洲学会华北分会杂志》(Journal of the North China Branch of the Royal Asiatic Society),38:61—95,1907年。

# 词 汇

## 1.名称与术语

此处收集本书第一编及选译案例中出现的专门名称和术语。选收范围，我们尽可能以具有法律意义的名称、术语为限。因此，诸如“老子”、“荀子”等非法律人物一概不收。同样，案例中出现的数百个人名也被省略，因为如果收入这些人名，势必降低本词汇表的价值。现在已失传的一些法典及著作等，本词汇表仍将收入（于其名称之下划有横线）。但若了解本书所提及的中文文献名称及作者姓名，请读者参阅“书目”。

- an 案 (case; leading case)  
an-ch'a shih 按察使 (judicial commissioner)  
an yi-tsuan li 案已纂例 (leading case selected for  
redaction as a sub-statute)  
cha wei 诈骗 (deceptions and frauds)  
chan 斩 (decapitation)  
chan-ts'ui 斩衰 (garb of unhemmed sackcloth)  
chang 杖 (heavy bamboo)  
Chang San-feng 张三丰 (name of sect leader)  
ch'ang sui 长随 (private servant of an official)  
chao 照 (in the light of)  
ch'ao shen 朝审 (Court Assizes)  
ch'e chia 车驾 (imperial chariot)  
ch'eng an 成案 (leading case)  
ch'eng-hsiung ch'ing-shih 逞凶情事 (viciousness)  
chi pien 极边 (farthest frontier)  
chi-tzu 继子 (successor)

chia 家 (family, household)  
chia 甲 (100 households)  
chia, chia hao 楷号 (cangue)  
ch'iang 强 (force, forcibly, to exert force)  
ch'iang to 抢夺 (plunder; to plunder)  
chiao 绞 (strangulation)  
ch'ieh tao 窃盜 (thief, theft)  
chien 简 (mace)  
chien 奸 (moral turpitude, sexual offense)  
chien 間 (room-section)  
chien hou 監候 (after the assizes)  
chien jen 賤人 (mean persons)  
chien-lin kuan 監臨官 (supervising official)  
Chien-teng ch'u 減等處 (Office for the Reduction of  
Sentences)  
chien wang 僭妄 (contumacious insubordination)  
ch'ien hsi 迁徙 (transportation)  
ch'ien hsi chun t'u 迁徙准徒 (transportation-authorized  
penal servitude)  
ch'ien hsi pi liu chien pan chun t'u erh nien 迁徙比流減  
半准徒二年 (transportation reduced to two-year  
authorized penal servitude)  
Ch'ien pu lang 千步廊 (Esplanade of a Thousand Paces)  
chih chih 职制 (administrative regulations)  
chih shu 制书 (imperial decree)  
ch'ih 簠 (light bamboo)  
Chin lu《晋律》(Chin Code)  
chin pien 近邊 (nearby frontier)  
Ch'in-chou fu 秦州府 (place name)  
ching sui 精髓 (vital marrow)  
Ch'ing li ssu 清吏司 (Supervisory Department)

Ch'ing-ming 清明 (Clear and Bright Festival)

ch'ing shih 情实 (circumstances deserving of capital punishment)

Ch'ing tang-fang 清档房 (Manchu Record and Registry Office)

Chiu-chang lu《九章律》(Code in Nine Sections)

chiu ch'ing 九卿 (Nine Chief Ministries)

chiu k'u 扈库 (stables and treasuries)

chiu lu 执律 (statutes on stables)

ch'iu fa 囚法 (laws on criminals under detention)

ch'iu shen 秋审 (Autumn Assizes)

Ch'iu-shen ch'u 秋审处 (Office for the Autumn Assizes)

chou 州 (department)

Chu 注 (Commentary)

chu hsing 竹刑 (punishments inscribed on tablets of bamboo)

chu shih 主使 (instigator)

ch'u 楚 (kind of wood)

chun 准 (authorized; comparable)

chun t'u 准徒 (authorized penal servitude)

Ch'un-ch'iu chueh-yu《春秋决狱》(Case Decisions Based on the Spring and Autumn Annals)

chung 忠 (loyalty)

chung 众 (masses, large numbers of people)

chu fa 具法 (general laws)

Ch'u-yang 曲阳 (place name)

chün-tzu 君子 (Superior Man)

ch'ung chan 充军 (military exile)

erh-mu so pu chi, ssu-lu so pu tao 耳目所不及,

思虑所不到 (what the ears and eyes do not reach,

what thinking and planning do not arrive at)

fa 法 (law; model, pattern)

fa chia 法家 (School of Law, Legalists)

fa ch'ien 发迁 (deportation)

Fa ching《法经》(Canon of Laws)

fa chung 发冢 (violating tombs)

fan li 凡例 (General Principles)

Fan-yin ch'u 饭银处 (Food Costs Office)

fei fa 非法 (illegal)

fei li 非理 (unreasonably)

fei li ling-nueh 非理陵虐 (unreasonable harshness)

fen 分 (1/100 of 1 oz. of silver)

feng 凤(phoenix)

feng 风 (wind; air; infection)

fu 府 (prefecture)

fu 妇 (woman; married daughter)

fu chin 附近 (very near)

Fu-shan hsien 福山县 (place name)

Han Fei Tzu 韩非子 (name of Legalist theoretician)

Han lu《汉律》(Han Code)

Han tang-fang 汉档案 (Chinese Record and Registry Office)

ho cha 吓诈 (extortionate demand)

ho ch'iang 禾枪 (grain spike)

hsiao 孝 (filial piety)

Hsiao chu《小注》(Small Commentary)

hsiao-kung 小功 (garb worked with less coarseness)

hsiao jen 小人 (petty man)

hsiao shih 袒示 (exposure of the head)

Hsieh-chai 狮豸 (name of mythical animal)

hsien 县 (district)

hsien fu 險夫 (emergency worker)  
hsien shen an 現審案 (metropolitan leading case)  
Hsien-shen ch'u 現審處 (Court of Manchu Affairs)  
Hsien-yu kung 显佑宮 (Hall of the Glorious Protector)  
hsin 信 (good faith)  
hsing 刑 (punishment, capital punishment)  
hsing lü 兴律 (statutes on corvée levies)  
hsing-ming 刑名 (punishment and name; performance  
and title)  
Hsing pu 刑部 (Board of Punishments)  
hsing shu 刑書 (books of Punishment)  
hsiung ch'i 凶器 (dangerous weapons)  
hsiung-o kun-t'u 凶惡棍徒 (vicious scoundrel)  
hsü 序 (preface)  
Hsü chen-jen 许真人 (Hsü the True Man)  
Hsu Hsun 许逊 (name of person)  
hu hun 戶婚 (the family and marriage)  
hu lu 戶律 (statutes on the family)  
huan chueh 缓决 (deferred execution)  
hui hsiao fa 会小法 (Assemblage of the Lesser Judiciary)  
hui ta fa 会大法 (Assemblage of the Greater Judiciary)  
Hung kou 洪沟 (Great Gulch)  
Hung-yang 红阳 (Red Male)  
  
jen 仁 (benevolence)  
  
kai ssu 该司 (the said department)  
K'ai-huang lü 开皇律 (Code of the K'ai-huang period)  
k'ang 炕 (platform-bed)  
kao-liang 高粱 (sorghum)  
Kao Yao 皋陶 (name of mythical judge)

k'o chin 可矜 (worthy of compassion)  
ku 故 (with intent, deliberately)  
ku sha 故杀 (intentional killing)  
kuai-tai 拐带 (embezzlement)  
Kuan Ti (Yu) 关帝(羽) (God of war)  
K'uei-chi 会稽 (place name)  
kun-t'u 槁徒 (scoundrel)  
kung 公 (official capacity)  
kung-ch'ueh 宫阙 (palace building)  
kuo-shih 过失 (accident, accidental, accidentally)

li 里 (1/3 of English mile, 110 households)  
li 礼 (rites, polite behavior)  
li 例 (precedent, sub-statute)  
li-chia 里甲 (system for tax payment)  
li chueh 立决 (immediate)  
Li K'uei 李悝 (name of ancient jurist)  
liang jen 良人 (good or respectable person; commoner)  
lien-lei 连累 (implicated)  
ling 令 (ordinance)  
ling ch'ih 凌迟 (death by slicing)  
ling ch'ih 凌迟 (gradual slope)  
liu 流 (life exile)  
liu-yang ch'eng-ssu 留养承祀 (remaining at home to care  
for the parents or to perpetuate the ancestral sacrifices)  
lu 律 (statute, code)  
Lu-li kuan 律例馆 (Statutes Commission)  
lung 龙 (dragon)  
Lung-en tien 隆恩殿 (Hall of Surpassing Kindness)  
  
Miao 苗 (name of barbarian tribe)

ming 名 (terms)  
ming li 名例 (terms and general principles)  
mo 墨 (tatooing)  
mou 苗 (about 1/6 of English acre)  
mou 谋 (premeditation)  
Mou-ch'in tien 懇勤殿 (Hall of Earnest Diligence)  
na shu 纳赎 (to pay a fine)  
Nan-hsiung chou 南雄州 (place name)  
niang-niang 娘娘 (fairy princess)  
nǚ 女 (girl, unmarried daughter)

pa tao 八刀 (eight cuts)  
pa yi 八议 (eight considerations)  
p'ai 牌 (10 households)  
pao 保 (1,000 households)  
pao-chia 保甲 (registration system)  
pao-lung wan 抱龙丸 (dragon-embracing pills)  
Pao-ting fu 保定府 (place name)  
pen ssu 本司 (this department)  
P'eng-lai hsien 蓬萊县 (place name)  
pi 比 (in comparison with)  
pi 遍 (pressure, pressingly, to exert pressure)  
pi chao 比照 (in the light of comparison with)  
P'iao-kao Lao-tsu 飄高老祖 (Patriarch Who Soars  
Aloft on the Whirlwind)  
pien 鞭 (whip)  
pien yuan 边远 (distant frontier)  
Pin-chou fu 邯州府 (place name)  
pu 部 (board, ministry)  
pu-cheng shih 布政使 (financial commissioner)  
pu fa 捕法 (laws on arrests)

pu ju fa 不如法 (not according to law)

pu wang 捕亡 (arrests and escapes)

pu ying chung 不应重 (not ought heavy)

San fa ssu 三法司 (Three High Courts)

San-tai shih-piao《三代世表》(Table by Generations of the Three Dynasties)

shan hsing 擅兴 (unauthorized corvée levies)

shan sha 擅杀 (unauthorized killing)

shan shang 擅伤 (unauthorized injuring)

Shang chu《上注》(Upper Commentary)

shang ssu 上司 (upper hierarchy)

Shang Ti 上帝 (Lord on High)

Shang Yang 商鞅 (name of ancient Legalist)

shê 赦 (to forgive, to amnesty)

Shê hsien 穏县 (place name)

shô ts'ang 社仓 (community granary)

shen 审 (judicial investigation, trial)

sheng 省 (province)

sheng yuan 生员 (licentiate)

shih 石 (about 2.75 English bushels)

shih chieh 失节 (detrimental to feminine morality)

shih o 十恶 (Ten Abominations)

shih-piao 世表 (table by generations)

shih ssu 市司 (market supervisor)

Shu-hsiang 叔向 (name of ancient official)

shuo t'ieh 说帖 (memorandum)

so-cha 索诈 (a non-extortionate demand)

ssu 死 (death)

ssu 銅 (perpetrator)

ssu 私 (private)

ssu-ma 缩麻 (garb of plain hempen cloth)  
Ssu-wu t'ing 司务厅 (Chancery)  
Sung-hsi-t'ang kao《松西堂稿》(Draft Writings from the Hall West of the Pine Tree)  
sung k'un 讼棍 (litigation stick, trickster)  
ta-kung 大功 (garb worked with great coarseness)  
Ta li ssu 大理寺 (Court of Revision)  
Ta-yeh la《大业律》(Code of the Ta-yeh Period)  
Ta Yuan t'ung-chih《大元通制》(General Regulations of the Great Yuan Dynasty)  
Tang-yueh ch'u 当月处 (Record Office)  
T'ang 堂 (Directorate)  
tao 道 (circuit)  
tao 盗 (theft)  
tao fa 盗法 (laws on theft)  
tao tsei 盗贼 (theft and violence)  
Teng-chou fu 登州府 (place name)  
teng-wen ku 登闻鼓 (complaint drum)  
ti 抵 (requital)  
Ti-ch'ao《邸抄》(Peking Gazette)  
ti ming 抵命 (requital-life, requiting a life)  
t'i 题 (to memorialize)  
T'i-lao t'ing 提牢厅 (Office of Prisons)  
tiao t'u 刑徒 (knavish fellow)  
t'ieh ch'ih 铁尺 (iron footrule)  
T'ien-an men 天安门 (Gate of Heavenly Peace)  
t'ing hsing 停刑 (halting of executions)  
t'ing shen 停审 (halting of hearing of cases)  
tou shih hua 豆石花 (bean-stone flowers)  
tou sung 斗讼 (conflicts and suits)  
tsa fa 杂法 (miscellaneous laws)

tsa fan 杂犯 (miscellaneous offenses)  
tsang 賊 (squeeze, loot)  
Tsang-fa k'u 賊罚库 (Treasury)  
tsei fa 賊法 (laws on violence)  
tsei tao 賊盜 (violence and theft)  
tso tsang 坐賊 (pecuniary malfeasance)  
tsou 奏 (to memorialize)  
tsui jen 罪人 (wrongdoer)  
tsun hsing 遵行 (circulars for compliance)  
tsung 总 (total)  
Tsung chu 总注 (General Commentary)  
Tsung lun 总论 (General Remarks)  
tsung t'u 总徒 (total penal servitude)  
tu 度 (regulations)  
Tu-ch'a yuan 都察院 (Censorate)  
Tu-pu ch'ing-li ssu 督捕清吏司 (Supervisory  
Department on Arrests)  
Tu-ts'ui so 督催所 (Expediting Office)  
tu yi 盡役 (rapacious underling)  
t'u 徒 (penal servitude)  
t'u fang 土方 (10 cubic Chinese feet)  
t'u tzu 土子 (manganese oxide?)  
tuan yü 断狱 (trial and imprisonment)  
Tung-ch'ang fu 东昌府 (place name)  
Tung Chung-shu 童仲舒 (name of Han Confucian)  
Tung ling 东陵 (Eastern Mausolea)  
t'ung 同 (jointly)  
T'ung-chou fu 同州府 (place name)  
t'ung hsing 通行 (general circular)  
t'ung hsing yi-tsuan li 通行已纂例 (general circular  
selected for redaction as a sub-statute)

t'ung mou 同谋 (joint conspiracy)  
t'ung-yang hsi 童养媳 (girl brought up in future  
husband's family)  
tzu 子 (son; child)  
Tzu-ch'an 子产 (name of ancient minister)  
tzu-ts'ui 齐衰 (garb of hemmed sackcloth)  
tz'u tz'u 刺字 (tatooing)

wei chin 卫禁 (Imperial Guard and prohibitions  
(relative to the imperial palace))  
wei li 威力 (intimidating power)  
Wei lu《魏律》(Wei Code)  
wu 误 (by mischance)  
wu fu 五服 (five degrees of mourning)  
wu hsing 五刑 (five punishments)  
wu ku 无故 (without cause)  
Wu-tang 武当 (sect name)  
Wu T'ing-fang 伍廷芳 (name of statesman)

ya-shu 衡署 (government office)  
Yang Liang 杨倞 (name of commentator)  
yen chang 烟瘴 (in a malarial region)  
yi 依 (in reliance on)  
yi 又 (social rightness)  
yi chia 一家 (one family)  
Yi-chou fu 沂州府 (place name)  
yi fa 依法 (according to law)  
yi-tzu 义子 (charity child or son)  
yin 因 (cause, antecedent causal act)  
yu, yu ling 优伶 (entertainer)  
yu ch'ih 犹迟 (still slow)

yung yung 庸庸 (employ the employable)  
ytu kou 予勾 (to give a hook to, to check off)  
Yu Ling 裕陵 (Yu Mausoleum)  
yuan mou 原谋 (original planner)

## 2.《刑案汇览》各节标题

以下为本书第二编所选译案例的分类及原中文分节标题。

### I. Ming-li 名例

4. Chih-kuan yu fan 职官有犯
6. Fan-tsui mien fa-ch'ien 犯罪免发遣
8. Wu kuan fan-tsui 无官犯罪
9. Liu-ch'iu chia-shu 流囚家属
11. Fan-tsui ts'un-liu yang ch'in 犯罪存留养亲
12. Kung yueh hu chi fu-jen fan tsui 工乐户及妇人犯罪
14. Lao hsiao fei-chi shou-shu 老小废疾收赎
17. Fan-tsui tzu-shou 犯罪自首
19. Fan-tsui kung-t'ao 犯罪共逃
21. Fan-tsui shih-fa tsai-t'ao 犯罪事发在逃

### II. Li lu 史律

- A. Chih chih 职制
- B. Kung shih 公式
40. Lou-shih yin-hsin 漏使印信

### III. Hu lu 户律

- A. Hu yi 户役
41. Jen-hu yi chi wei ting 人户以籍为定
42. Li ti-tzu wei-fa 立嫡子违法
44. Chin ko chu pao-li chang 禁革主保里长
45. Pei-yu ssu shan yung-ts'ai 卑幼私擅用财
- B. T'ien-chai 田宅
49. Jen so-chih mai t'ien-chai 住所置买田宅
50. Ch'i-hui ch'i-wu chia-se teng 弃毁器物稼穑等

51. Shan-shih t'ien-yuan kua-kuo 擅食田园瓜果

C. Hun-yin 婚姻

52. Nan-nü hun-yin 男女婚姻

59. Ch'u pu-min fu-nü wei ch'i-ch'ieh 妻部民妇女为妻妾

60. Ch'iang-chan liang-chia ch'i-nü 强占良家妻女

61. Ch'u yüeh-jen wei ch'i-ch'ieh 娶乐人为妻妾

D. Ts'ang-k'u 仓库

E. K'o-ch'eng 课程

80. Yen fa 盐法

F. Ch'ien-chai 钱债

82. Wei-chin ch'u-li 违禁取利

83. Fei-yung shou-chits'ai-ch'an 费用受寄财产

G. Shih-ch'an 市廛

86. Shih-ssu p'ing wu-chia 市司平物价

87. Pa-ch'ih hang-shih 把持行市

#### IV. Li lu 礼律

A. Chi-ssu 祭祀

88. Hui ta ssu ch'iu-t'an 毁大祀邱坛

89. Hsieh-tu shen-ming 袞渎神明

B. Yi-chih 仪制

92. Shou-tsang chin-shu 收藏禁书

93. Shih yi 失仪

#### V. Ping lu 兵律

A. Kung wei 宫卫

B. Chün-cheng 军政

112. Chi-pien liang-min 激变良民

115. Ssu-tsang ying-chin chün-ch'i 私藏应禁军器

C. Kuan-ching 关津

D. Chiu-mu 牧牧

124. Mu-yang ch'u-ch'an pu ju fa 牧养畜产不如法

126. Ch'u-ch'an yao-t'i jen 畜产咬踢人

E.Yu-yi 邮驿

VII. Hsing lü 刑律

A.Tsei-tao 盗盜

131. Mou-fan ta ni 谋反大逆  
133. Tsao yao-shu yao-yen 造妖书妖言  
134. Tao ta ssu shen yu-wu 盗大祀神御物  
141. Ch'iang-tao 强盜  
143. Pai-chou ch'iang-to 白昼抢夺  
144. Ch'ieh-tao 窃盜  
147. Ch'in-shu hsiang tao 亲属相盜  
148. K'ung-ho ch'u-ts'ai 恐吓取财  
149. Cha-ch'i kuan ssu-ch'u-ts'ai 诈欺官私取财  
150. Lueh jen lueh-mai jen 略人略卖人  
151. Fa chung 发冢  
152. Yeh wu-ku ju jen-chia 夜无故入人家

B.Jen-ming 人命

157. Mou-sha jen 谋杀人  
159. Mou-sha tsu-fu-mu fu-mu 谋杀祖父母父母  
160. Sha-ssu chien-fu 杀死奸夫  
161. Sha yi-chia san-jen 杀一家三人  
162. Ts'ai sheng che-ko jen 采生折割人  
164. Tou-ou chi ku-sha jen 斗殴及故杀人  
165. Ping-ch'u jen fu-shih 屏去人服食  
166. Hsi-sha wu-sha kuo-shih sha-shang jen  
 戏杀误杀过失杀伤人  
167. Fu ou-ssu yu-tsui ch'i-ch'ieh 夫殴死有罪妻妾  
168. Sha tzu-sun chi nu-pei t'u lai jen 杀子孙及奴婢图赖人  
169. Kung-chien shang jen 弓箭伤人  
170. Ch'e-ma sha-shang jen 车马杀伤人  
171. Yung-yi sha-shang jen 嗟医杀伤人  
172. Wei-pi jen chih ssu 感通人致死

C.Tou-ou 斗殴

- 175.Tou-ou 斗殴  
183.Ou shou-yeh shih 殴受业师  
184.Wei-li chih-fu jen 威力制缚人  
185.Liang-chien hsiang-ou 良贱相殴  
186.Nu-pei ou chia-chang 奴婢殴家长  
187.Ch'i-ch'ieh ou fu 妻妾殴夫  
188.T'ung-hsing ch'in-shu hsiang-ou 同姓亲属相殴  
189.Ou ta-kung yi-hsia tsun-chang 殴大功以下尊长  
190.Ou ch'i-ch'in tsun-chang 殴期亲尊长  
191.Ou tsu-fu-mu fu-mu 殴祖父母父母  
194.Fu-tsu pei ou 父祖被殴

D.Ma-li 骂詈

- 195.Ma chih-shih chi pen-kuan chang-kuan  
骂制使及本管长官  
196.Tso-chih t'ung-shu ma chang-kuan 佐职统属骂长官

E.Su-sung 诉讼

- 198.T'ou ni-ming wen-shu kao jen tsui 投匿名文书告人罪  
199.wu-kao 诬告  
200.kan-ming fan-yi 千名犯义  
201.Tzu-sun wei-fan chiao-ling 子孙违犯教令  
203.Chiao-so tz'u-sung 教唆词讼

F.Shou-tsang 受赃

- 206.Kuan-li shou-ts'ai 官吏受财  
208.Yu-shih yi-ts'ai ch'ing-ch'in 有事以财请求  
210.Chia-jen ch'iu-so 家人求索

G.Cha-wei 诈伪

- 214.Tui-chih shang-shu cha pu yi shih 对制上书诈不以实

H.Fan-chien 犯奸

- 222.Fan-chien 犯奸  
223.Tsung-jung ch'i-ch'ieh fan-chien 纵容妻妾犯奸

224. Ch'in-shu hsiang-chien 亲属相奸  
 228. Chü-sang chi seng-tao fan-chien 居丧及僧道犯奸  
 230. Kuan-li su-ch'ang 官吏宿娼
- I. Tsa fan 索犯
235. Shih-huo 失火  
 236. Fang-huo ku-shao jen fang-wu 放火故烧人房屋  
 237. Pu ying wei 不应为  
 J. Pu-wang 捕亡  
 239. Tsui-jen chü-pu 罪人拒捕  
 241. T'u-liu jen t'ao 徒流人逃  
 243. Chu-shou pu-chüeh shih-ch'iu 主守不觉失囚
- K. Tuan-yü 断狱
248. Ling-nueh tsui-ch'iu 陵虐罪囚  
 257. Yu-ssu chüeh-ch'iü teng-ti 有司决囚等第  
 259. Chüeh-fa pu ju fa 决罚不如法  
 260. Tuan-tsui yin lu-ling 断罪引律令  
 262. Fu-jen fan-tsui 妇人犯罪  
 263. Tuan-tsui pu-tang 断罪不当  
 264. Li-tien tai-hsieh chao-ts'ao 更典代写招草

#### VII. Kung lü 工律

- A. Ying-tsao 营造
265. Shan tsao-tso 置造作  
 266. Tsao-tso pu ju fa 造作不如法  
 267. Chih-tsao wei-chin lung-feng wen tuan-p'i  
     织造违禁龙凤文段匹
- B. Ho-fang 河防
269. Shih-shih pu-hsiu ti-fang 失时不修堤防  
 270. Ch'in-chan chieh-tao 侵占街道

## 译 者 后 记

中国古代法律以其独到的风格及久远的影响引起中外学者的关注。美国汉学家德克·布迪(Derk Bodde)博士与克拉伦斯·莫里斯(Clarence Morris)教授合著的《中华帝国的法律》堪称外国学者研究中国古代法律的杰作之一。近年来，该书为我国学术界所注意，尤其引起致力于传统文化、传统法律研究者的兴趣。译者自拜师入学、涉猎法律史学以来，先后受陈盛清、张晋藩二位恩师的专门指导。恩师教授之时，经常提及该书，并希望我能将其介绍给中文读者。艰辛三年，终于草成。此次译成中文，多亏刘东、梁治平二君促成。尤其是梁君治平，认真校读全部译稿，并提出诸多修改意见。在此一并表示感谢。

本书第二编“《刑案汇览》190案例分析”在英文原书中的序号以《刑案汇览》中文原本的顺序为基础，间断编排。为方便阅读，中文译本保留原顺序，但改作不间断编排序号。另外，英文原本在每一节案例之首，均录有《大清律例》参考条文的序号。该序号据英译本《大清律例》所作，非《大清律例》中文原本所有，故删。原书书末所附“索引”也删去。

朱 禹

1991.6.