

清代重案中的成案适用

——以《刑案汇览》为中心

李凤鸣

(南京工业大学 法学院, 南京 211816)

摘要:清代成案的法源效力,在法律文本中是以刚性否定为前提的,尽管其中也作出了弹性而模糊的例外规定。正是这个前提,左右了人们对成案的一般态度。但是,由于律例条文的刚性和“法条有限、情伪无穷”的必然性,在司法实践中,成案又不得不作为律例之外的下位法源而适用。在司法裁判中,成案能否适用以及如何适用,取决于约定俗成的习惯性规则,它们是时人法律思维与司法经验的反映,值得我们去反溯性还原。因为,这不仅有助于更好地认知传统司法的经验,也是对当下问题的一种历史性回应。

关键词:成案;适用;不适用;效力

中图分类号:D 909.2 **文献标识码:**A **文章编号:**1000-5919(2020)02-0147-11

清代司法裁判的法律渊源多种多样,有律例、成案、习惯法与法律解释、情理、专业著作、特别法规(省例与民族法规)等,^①其中的成案,是经有权机关或者皇帝核覆的典型案,这些未经“通行”的案例,究竟是属于判例法性质的判例,还是如清代名幕汪辉祖所言的成案如成墨、^②只是一种留存备考的例案?搜集清代对成案的叙事,似乎答案也在两可之间,难以一言以概之。^③笔者以为,成案究竟属于什么性质,需要从正统表达和司法实践两个方面去考量。成案性质的正统表达是法律效力的应然定性,实践中的成案适用则是事实存在的实然定性。文本表达易于明确,司法适用则很难把握。这一方面,是因为我们很难对清代卷帙浩繁的成案进行完整地统计分析;另一方面,是因为清代针对不同的案件类型,适用法律渊源的取向存在着差异。如对于户婚田土等细故案件,即便是律例也可以搁置而代之以情理裁量,此类案件难以成案为其裁判依据。鉴此,笔者选择以清代有代表性的成案汇编《刑案汇览》三编中涉及成案援引的273例案件为基本材料进行统计和分析,希望对成案定性有一个实证性理解。

一、清代对成案适用的统一口径

关于成案,就语义解释而言,系指已成之案,但因适用的事类不同,其含义也各有侧重。如光绪十三

收稿日期:2019-10-28

作者简介:李凤鸣,男,安徽池州人,南京工业大学副教授。

① 何勤华:《清代法律渊源考》,《中国社会科学》2001年第2期,第115—132、207页。

② 汪辉祖:《佐治药言》,沈阳:辽宁教育出版社1998年版,第11页。

③ 相关的研究如:王志强:《清代成案的效力及其运用中的论证方式:以〈刑案汇览〉为中心》,《法学研究》2003年第3期,第146—160页;罗洪启:《清代成案的功能、效力及其运用方式》,《政法论丛》2018年第4期,第150—160页;陈丽如:《清代成案研究:以〈刑案汇览〉为中心的思考》,西南政法大学2006年硕士论文;胡兴东:《中国古代判例法运作机制研究:以元朝和清朝为比较的考察》,北京:北京大学出版社2010年版。

年御史周天御奏称:“道光年间曾因河工广开捐例,今查吏户二部成案,道光无河工新例,或是嘉庆之讹。”^①此处成案显非司法案件。又如,关于缅甸的入贡惯例,薛福成奏称:“臣查成案,缅甸向系十年一贡。自道光二十三年入贡后,道路不通,至光绪元年始复入贡一次。”^②再如,“职等素守清约,无事华侈:茶钟、酒盏用银饰者,相应备办;银酒素、银撒盏、银节孟、金厢带,皆不必用。虽旧有成案,似宜遵奉;但裁而行之,存乎其人。”^③此类成案,虽有旧案的含义,但解释为惯例似乎更确切,或者可视之为行政成案。笔者所探讨的是司法成案。

(一) 法律文本规定的成案效力

就司法而言,成案的意思是特定的,即具有司法约束力或参照价值的经典案例。如秋审过程中有《秋谳志略》,“中外言秋勘者依之,并比附历年成案”^④。此处成案应确指为司法定案。再如,“若寻常万寿及喜庆等事,则传旨行赦。恩赦死罪以下俱免,恩旨则死罪已下递减。诏书既颁,刑部检查成案,分别准免不准免,开单奏定,名为恩赦条款”^⑤。此类成案,从语义上看,应具有司法上的约束力,并非单纯的历史掌故。成案虽然重要,但对其性质的定位,在立法上向来是欲言又止,使之处于妾身未明的尴尬地位。

《大清律例》规定:“除正律、正例而外,凡属成案,未经通行著为定例,一概严禁,毋得混行牵引,致罪有出入。如督抚办理案件,果有与旧案相合,可援为例者,许于本内声明,刑部详加查核,附请著为定例。”^⑥从文义上看,“一概严禁”,是确定的、绝对的,没有商量的余地。但是,在绝对排除的语义下,其后又画蛇添足地增加“毋得混行牵引”一语,反而给禁止的绝对性打了折扣。因为这难免会给司法者以如下的联想:即非混行牵引且不致罪有出入的成案,是可以考量的。本条后文中督抚可以声明将成案固化为定例的规定,更冲淡了前句的绝对效果。因为,既然今后可立为定例,那么在本案中显然不能舍弃援引的可能性和效力。上条是例文,本条律文规定:“凡(官司)断罪,皆须具引律例。违者,(如不具引)答三十。”又规定:“其特旨断罪,临时处治,不为定律者,不得引比为律。”根据本条,裁判必须具引律例,这在间接上排除了成案援引的可能性,而临时处治不得引比的规定,至少对部分成案阻断了其法源地位。综而言之,成案并非法源是法律文本上的统一口径。

(二) 成案推重者对成案的心态

在律令制时代,法自君出的政制原理决定了法律文本的特别地位,律例的地位仅次于皇命。因此,法律文本对成案的定位左右了人们对成案的一般心态,以致于即便是对成案十分推重的成案编纂者,也对成案的定位保持着与法律文本一致的基调。在编纂成案的动机上,他们往往按律、例、成案这三个层次的位阶对其进行排序:律垂不易之法,律不足以尽情而增以例。^⑦“凡罪有可矜可疑者,首按律,次以例,终援成案。”^⑧如此则成案也是法源,但正如时人李治运言:律例虽为不易之典章,然不能兼该,因此有成案以适轻适重,以通律例之变。^⑨依此定位,则成案又相当于法律解释,不过,“成案乃后事之师”^⑩,又意味着不能局限于通律之变的地位。

① 胡思敬:《国闻备乘》卷二《捐例》,北京:中华书局2007年版,第50页。

② 赵尔巽:《清史稿》卷五二八《属国三》,北京:中华书局1977年版,第14186页。

③ 陈侃:《使琉球录·使事记略》,嘉靖刊本,第6页。

④ 《清史稿》卷一四四《刑法三》,第4208页。

⑤ 《清史稿》卷一四四《刑法三》,第4218页。

⑥ 《大清律例·断罪引律令》,田涛、郑秦点校本,北京:法律出版社1998年版,第596页。

⑦ 同德:《成案续编》序,乾隆乙亥同心堂藏板。

⑧ 洪皋山:《成案质疑》序,乾隆二十年镌本,本衙藏板。

⑨ 参见李治运:《成案续编二刻》序,乾隆二十八年刻本。

⑩ 沈廷瑛:《成案备考》序,嘉庆十三年镌本。

对成案的这种定位是当时的普遍心态,作为成案的编纂者或作序者,他们通常对成案有特殊的情结,否则也不会作此宏伟的事业。但是,对成案的推重并不能使他们突破法律文本的定位,因此在叙述时用语曲折婉转,如同不言之言。有言称:“至成案则权衡于律例之中,准情酌理而求其至当而无失。”^①成案作为律例间的权衡,但其地位如何,并不作确指。康熙年间的刑部尚书王掞,虽然将成案推到特殊的地位,但仍语焉不详,“盖法与事相为表里者也,以定例广律法,以成案实定例,夫定例法也,成案事也。由定例而观,则知律中之法有尽而法外之意无穷。由成案而观,则知以法断事而事有不符,以事拟事而法无不尽”^②。检省当时成案汇编中的序言,此类含糊用语俯拾皆是:“例无专条则当按比附以持其平,情涉两歧则当酌重轻以求其是。”^③如何持平和求是呢?根据上下文义,实际上就是指成案。

成案的编纂者多为有司法经验的官吏,亲身实践使他们对成案有正确的认知,他们对其编纂的成案也寄予了很高的期待,因为成案“洵衡情之钧石,而量法之绳尺也。夫法本乎情,情无定而法不变,以不变之法平无定之情,非参观往迹,罔无迷谬。为吏者,既熟复律例,更得是编而详之,不淫意于法,不窒情于民”。^④此番评价,也正如福建臬司觉罗雅尔哈善在为成案编纂作序时称:“例以通律之变,而是书更以通例所未及乎?”^⑤对于成案,这些司法实践者在表达时不断用接近法源意义的语辞来修饰,好像是在做一种无限接近同义词的语言游戏。又如:“是皆符契于律与神明于律而不谬于律者,成案具在,可法可传。”^⑥“集成案以徵信”^⑦“洵足为讞狱者引证之助。”^⑧诸如此类,反映的心态都大致相当。此外,也有将成案比作兼采并观的裁判样本的,如:“盖一人之拟议,恒不敌众耳目之精详;而一日之心思,不尽如老成者之谙练。”^⑨也有些在定位时首鼠两端,先肯定又否定的:例如认为成案,“其间情法两平,务衷一是,不特议定之后,允足为讞狱之准的。即诸初议中,亦多斟酌例,非浅学所能道者”。但随后又补充以正之曰:“所录皆未通行,无裨引用,聊以备临事之考证。”^⑩还有将成案定位于助益理解律例的材料:“苟非采择而审按之,安知听断之苦心,律例之精义耶?”但随之又认为成案不过“以储后日参稽已耳,乌能于律例之外有所加损哉?”^⑪

上述成案编纂者知道成案的价值,不存在皇帝因希望垄断权力而对成案存在心里掩饰的动机,但现实是,他们必须要遵守王法的统一口径。当然,在司法实践中,也有一些对成案不以为然者。如名幕汪辉祖认为:“情状既明,自有一律一例适当其罪。何必取成案,而依样葫芦耶?苟必成案是循,不免将就。增减毫厘,千里误事匪轻。”^⑫此言表达了对成案的不满意感,笔者以为,作为名幕和名吏,汪氏对成案在司法中的地位不可谓不知,不过,作为深谙律例的名幕,他可以更在意律义的运用而强调自由裁量的价值,因此对读律之友“遇一加重成案,辄手录以供摹仿”的现象也颇不以为然。^⑬不过,汪氏对成案的心态更符合个案特征,毕竟法官还是需要可以参考的更一般更具体的标准。而

① 同德:《成案续编》序。

② 孙纶:《定例成案合镜》序,康熙五十八年乐荆堂藏板。

③ 李逢辰:《加减成案新编》序,道光癸巳秋日镌。

④ 周学健:《成案汇编》序,乾隆十一年刊本。

⑤ 周学健:《成案汇编》序。

⑥ 孙纶:《定例成案合镜》序。

⑦ 周学健:《成案汇编》凡例。

⑧ 同德:《成案续编》序。

⑨ 孙纶:《定例成案合镜》自序。

⑩ 沈廷瑛:《成案备考》序。

⑪ 吴兴冈:《成案新编二集》序,乾隆壬午刊本。

⑫ 汪辉祖:《佐治药言》,第11页。

⑬ 汪辉祖:《学治说赘》,上注合刊本,第108页。

究其实,汪氏的态度恐怕还是出于对律例理想国的推崇。实际上,对成案的这种定位并非清代特有的现象,如元代名臣徐世隆,“事有至难,狱有大疑,使公决之,不假阅成案,立谈之间,引援区别,冰释理顺”^①。这种对律例理想国的追求和个人法律智慧的苛求,也是出于同一心理。此外,汪氏此言,也许出于成案淆乱而期望以律例来统一司法裁判的心理。虽然“折狱者有成案之可稽而按引律例,虚衷商榷不敢神矜智巧而为聪明,恃姑息以惠奸慝”^②。但是,成案也确实有可能导致法官“高下其手,开出入之门”。^③

官方对成案的态度如此游移,显得较为轻视,但从实践中的成案适用来看,这种统一口径并非一定是其真实意思的反映,内崇外贬也许更符合执政者的心态。对成案援引,就官僚集团而言,就如同戴着镣铐进行舞蹈,解除镣铐的决定权在于皇帝。不过,皇权也非没有限度,由于传统中国的律例过于具体化,缺少弹性,随着社会的发展,就难免存在与社会脱节的滞后性,如果拒绝成案,难免判决依据的非正当性。因此,即便是皇帝有时也不得不迁就现实。上文中不得援引成案的条例为乾隆三年定例,但到乾隆八年,此条定例就进一步被虚化了。这源于御史王柯的条奏:“刑司名者,倘引用律例,意为低昂,其弊亦不可不防。‘嗣后如有轻重失平、律例未协之案,仍听该督抚援引成案,刑部详加察核,将应准应驳之处,于疏内声明请旨’。”^④ 此条对于成案而言仍是效力待定的定位,但得听援引,已经将成案的法律地位向前推进了关键的一步。

二、成案适用的一般方式

就理想状态而言,在司法裁判中援引法律依据,律例肯定是最优位的选择。但由于法律空缺的不可避免性,^⑤案件与法律并不始终存在一一对应的关系。更何况,为了强调实质正义和限制法官的自由裁量权,清代律例对同一犯罪行为,会根据犯罪主体或者被害人主体的差异,固执而机械地追求犯罪手段、方法、时间、后果等情节或事实与法条的完全对应关系。这种立法模式,更容易形成法律上的规则缺位。也就是说,我国古代律例中的罪名,内涵很大但外延很小,一个条款适用对象的范围非常狭窄。由于清代规定裁判文书必须要引用法律依据,如果没有对应的律例,就会形成法律与事实之间的供需矛盾。而这种矛盾又不能以放弃追责来调和,因为我国古代没有罪刑法定的传统。因此,根据常识理性被认为是犯罪,就一定要寻找对应的法律依据,^⑥而且一定要在裁判文书中得以体现。在此两难的矛盾中,成案也就可以成为替补的法源。然成案何以在裁判文书中得以正当化体现?梳理《刑案汇览》,可分为如下两种情形。

(一)直接援引成案裁判

援引成案通常需要符合“例无治罪专条”等前置性条件,如道光七年的投充庄头发遣时是否准予留养案中,刑部即因此以“呈送发遣人犯,本部办理成案向准留养”为由进行处断。^⑦ 此用语一则强调成案的一惯性,二则直接肯定了成案的法源根据。在一起未婚之夫发遣可否将女另聘的户部咨文中,刑部

① 苏天爵:《国朝名臣事略》第三册,上海:商务印书馆1936年版,第210页。

② 同德:《成案续编》序。

③ 李治运:《成案续编二刻》序。

④ 光绪《钦定大清会典事例》卷八五二《断罪引律令》,光绪二十五年石印本。

⑤ 法律总有时滞现象。参博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,北京:中国政法大学出版社2004年版,第420页。

⑥ 常识理性,是指中国文化以常识和人之常情作为合理性的最终根据,并不需要追问常识背后的更深层原因。参金观涛、刘青峰:《中国思想史十讲》,北京:法律出版社2015年版,第137页。

⑦ 《续增刑案汇览》卷二,祝庆祺等编:《刑案汇览三编》第四册,北京:北京古籍出版社2004年版,第33页。以下径称《三编本》。

认为:乌力公额并非身犯奸盗,其罪拟军与逃亡及无故不娶者不同,故未便照刑律办理。原咨文所引文本称“订婚在先尚未成亲,而其夫犯军流等罪听其另适”等语,系坊间私刻,并非本部现行颁发之例,不准引用。因原咨文内援引了道光三年牛德昌因事发遣、该父请将其已婚之女改嫁另聘一案,刑部遂认为“此案与牛德昌之案情事相等,户部既经办有成案,仍听户部自行核覆”^①。

上述两案皆属简单案件,但也许涉及的人犯是特殊主体,故而呈请刑部裁断。在此两案中,刑部的意见是确定的,没有习见的模棱两可用语。梳理援引成案的案件,刑部使用的确定性用语还有:“检查历年办过成案”皆XX办理^②、“自系仿照成案办理”^③、“与成案相符”^④比照“问拟成案”^⑤、“当以此案为则,可以仿照办理”^⑥、“核与成案罪名相同,应请照覆”等^⑦,这些用语对于成案的引用,直接而且确定,且在长时段内反复出现,应该说已经成为司法中的惯常做法。还有一些用语如“成案相符,似可照覆”^⑧,采用的似乎是不确定的用语,但实际上,刑部的商榷性用语,也许只是公文习惯,它本身即有很难挑战的权威性,因此,这些拟断往往是不能选择的定论。古代无终决权的机关包括刑部所下的判语中,多用拟判之称,在此语境下,拟判意见当然不只是建议性质的,其中官场谦词和官僚潜规则的意味更多。此类用词,多系成案与其他律例等法源相互印证时之断语。如一起与贿赂相关的自尽案中,县役巡赌将刘如亨拴锁,刘许钱求放,因凑钱无措,用锁链自缢身亡。因律例只规定了蠹役诈赃毙命之条,此案是听许财物,在情节上两者存在差距,故山西巡抚按诈赃拟绞例量减为流具题,并未援引成案。不过,刑部认为:山西省的拟判“尚属允协”,“亦与嘉庆元年福建省吴琳成案相符,似应照覆。”^⑨

如果成案有皇帝明确的旨意,则可直接照办。如道光十四年,张华振因其父被小功服兄张华盛殴伤、救父情切,将张华盛挡跌磕伤身死。因例无专条,川督将张氏依卑幼殴死小功兄斩决之律具题。然因情轻可悯,故又在卷内声明:查嘉庆十六年巴州谭元川见父被小功兄谭元贵刀戳倒地,即用棒将谭元贵殴伤,将谭元川于斩罪上酌减二等,拟以杖一百徒三年,声明请旨定夺,奉部覆奉旨依议在案。两案情事相同。刑部认为:“此等案件从前既有办理成案,尽可遵照定断。”^⑩

如果成案与现审案高度合辙,但直接援引存在法理上的疑问,则需要进行相应的解释或适当的推理后再援引为据。如道光十六年,郭三子因与王帼馨口角,用拳殴伤王右眼后即逃,王在追赶中被邻船桩缆绊跌倒地,垫伤身死。因仅科伤罪与殴伤致毙皆有未合,苏抚只得在殴杀人律罪上量减拟流具题。此案苏抚并未援引成案,但刑部认为:查斗殴之案,与人争殴之后释手逃走,死者因自向追赶失跌毙命,则事出意料之外,与斗杀情形不符。故此前办理似此案件,均系酌照不应问拟杖责。本案死者向追自跌,非郭“意料所及,自应援照历办成案酌科不应”^⑪。

在援引成案的273例案件中,直接援引成案的案件有87例,此类一般会援引具体的成案。以“历办成案”等语词表达的,共有17例,此类一般不具体列明所引成案。以“核与办过成案相符”等表达的,共有10例。以与某某“成案无所区别”者1例。四者相加共115例,约占全部案例的42%。《刑案汇览三

① 《续增刑案汇览》卷三,《三编本》第四册,第47页。

② 《刑案汇览》卷一八,《三编本》第一册,第641页。

③ 《刑案汇览》卷三二,《三编本》第二册,第1169页。

④ 《刑案汇览》卷四八,《三编本》第三册,第1798页。

⑤ 《刑案汇览》卷四六,《三编本》第三册,第1694页。

⑥ 《刑案汇览》卷五三,《三编本》第三册,第1999页。

⑦ 《刑案汇览》卷二四,《三编本》第二册,第849页。

⑧ 《刑案汇览》卷四三,《三编本》第三册,第1563页。

⑨ 《刑案汇览》卷五十,《三编本》第三册,第1854页。

⑩ 《续增刑案汇览》卷一一,《三编本》第四册,第348—349页。

⑪ 《续增刑案汇览》卷九,《三编本》第四册,第257页。

编》共汇集案件7600多例,与此相比,直接援引成案的比例并不高。但是,成案援引的前提是律例无治罪专条,绝大多数案件是有专条或可进行比附裁判的,因此不能以占汇编例案的比例来判断直接援引成案的比例大小。也即是,将其比例限定于援引成案的案件,也许更为恰当。笔者认为,成案在当时作为法源在实践中是通行的惯例,并不是潜规则式的权宜之计,它不是文本上的法源,却是行动中的法源。

(二)援引成案论证可得适用的律例或作为量刑的标准

清代机械地强调犯罪情节、事实和律例条文的一一对应关系,这在有过必究的传统时代,加剧了法律和案件之间的供需矛盾,进而形成削足适履式的困境。虽然按照清代律例的规定,在没有相应条文时 can 比附定罪,但正如前文所言:引用律例,也可能任意低昂,滋生流弊,比附就更易上下其手。相较律例,成案更为具体化,与事实的对应关系也更容易确定,所以未尝不是统一裁判的一种标准。如果不援引成案而寻找最相近的律例,成案也有重要的解释和证成作用,使律例与现审案相对应,进而增强律例适用的合理性,这也是成案适用的常见方式。在道光十五年的一起抢婚案中,^①成案即体现了这种功能。

本案中随勤修、张景治等伙抢居丧改嫁之王氏、孙氏已成,与此案情节最为接近的条例有两条:一、聚众伙谋抢夺曾经犯奸妇女已成,首犯发云贵两广烟瘴地方充军。二、聚众伙谋抢夺与贩卖妇女已成者,为首拟绞监候。如果比附,只需选择就近的例文就行了,问题是,本案与条例规定的被害人主体资格不相一致。条例一中被害人为犯奸妇女,条例二中被害人是一般妇女,且两者皆与夫丧未再醮之妇不同。在讲究贞节伦理的时代,妇女是性别意义上的生理名词,而带上标记的妇女就是具有法律人格意义上的名词,他们在法律上的地位是不相等的,因此,同一犯罪行为适用的罪罚也不相同。对于此案,刑部是这样展开论证的:本案虽然例无明文,惟甫居夫丧即行改节,其情虽与犯奸不同,其失身实与犯奸无异。根据以前成案,对于抢夺居丧再醮之妇,除尚未过门成婚者酌照抢夺兴贩妇女科断外,其业已过门成婚者,俱比照抢夺犯奸妇女之例问拟。刑部认为:即该省李奉潮一案,前据该抚声明李奉潮纠抢之刘氏系夫丧未再醮失节之女妇,应照犯奸妇女论。本案与李奉潮案“情节相同,自可画一办理。”准确地说,本案援引成案,是用案释例、证例,其主要依据还是条例,但援引成案,也作为辅助性依据强化了条例的正当性。在这种意义上,可以认为:古代中国援引成案是为了证明法律适用与定罪量刑的准确与恰当,成案只是成文法规则的解释。^②

上文是以成案来论证合适的法条,属于定罪环节。此外,成案还可以为量刑提供参照标准。如道光十三年案:本案缘因死者陈言莲纠众毁抢,被李恩赐锐伤身死。人犯徐愿远在李恩赐供认毙实情后,代作呈词,教令犯父李长青翻供。因词状仅止删减情罪,并未诬告,故与教唆诬告律不符,此外无治罪明文。刑部认为:教令犯属翻异,即与教令本犯无异。应将徐愿远比照教令罪囚反异成案,照故出人罪未决放减一等律减等,系属外人,照律再减一等,拟杖八十,徒二年。^③除结合律例而适用成案量刑外,有时成案也与集解等法律解释相结合,强化论证的效果。如清律规定:卑幼殴缙麻尊亲属折伤以上,加凡斗伤一等。集解云:卑幼殴本宗缙麻尊亲属折伤以上,加凡罪二等。对于两起与此类似的案件,一则为江西省黄东沾砍伤缙麻服叔黄式邦胳膊,一则为山东省刘学信砍落缙麻叔祖母刘孙氏右手食指二节,各该省皆拟以满徒。刑部认为“核与集解及成案相符。”^④此外亦有与律例互证的,如一起救母杀兄案,断语中即有“核与律例及成案均属相符”之句,^⑤以此强化判决的正当性。

① 《续增刑案汇览》卷二,《三编本》第四册,第59页。

② 罗洪启:《清代成案的功能、效力及其运用方式》,《政法论丛》2018年第4期,第150—160页。

③ 《续增刑案汇览》卷一六,《三编本》第四册,第501—502页。

④ 《刑案汇览》卷四一,《三编本》第三册,第1494—1495页。

⑤ 《刑案汇览》卷四三,《三编本》第三册,第1565页。

与此相对,成案还可从反面来否定某件裁判的法律或事实的正当性,与正面证成相为表里,共同发挥成案担当的论证工具角色。如在英文保甲请领补贴案中,刑部根据补贴成案,认为当事人英文保理解补贴规则错误,冒昧叩阍,应予惩治。^①又如嘉庆二十三年窃盗遗火致烧毁事主房屋及尸棺一案,原拟比照残伤他人死尸例问拟满流,但刑部认为,窃盗遗火致伤毙事主,向照因盗威逼人致死律斩候,历有办过成案,则此案应较前罪轻减一等。也就是说,刑部认为该省所定罪名不确。当然,因为没有更合适的律例,且罪名并无出入,也只得照覆原拟了结。^②

乾隆时山西道监察御史、刑部律例馆提调阮葵生曾在《驳案汇编》序中言:“司牧者得是编而读之,即一案而通乎情法之准,究心律令之源,庶与以礼制刑、以教祇德之微意肫然有合,而非第为引证比附之资也。”^③也就是说,成案常见的两大功能是引证和比附,这也是成案适用的一般规律。在273起案例样本中,成案仅作论证情节、事实的材料,并以此选择合适的律例作为法源的案件共6起。将成案与律例、通行并举,称“核与律例及成案均属相符”,并以此强化律例选择正当性的案件,共有9起。引用成案比较情节,认为原判错误而议驳的案件,共有2起。指明裁判与成案互异或不符者10件,四者相加共27件。与直接援引成案进行裁判的数量即115例相比,如果把成案视为辅助律例论证的案例资料或作为法律解释,就《刑案汇览三编》中成案适用统计来看,显然并不符合实际情况。

此外,在一些案件中,求其成案而不得的情形是成案功能展示的另一视角。在273起案件中,在没有确定律例的情况下,司法机关强调没有办过相关成案的案件有60件,反映了成案在司法裁判中的特别期待性。虽援引成案,但实际上成案本身即系按律例办理者有4件,援照成案、恭候钦定者有6件,检阅成案未能画一,请求上裁、要求不得援引或适时转化为定例者共13件,查出情罪相仿成案录呈者一件,奉谕伤查成案者共4件。在这些案件中,成案并未出现或仅将其效力待定,但却从消极方面印证了成案在司法实践中的积极功能,不可以轻忽视之。

三、成案不适用的理由

成案一般是在律例空缺时作为替代法源来补缺的,相对于律例经由立法程序的正当性,成案的地位总有合法性的危机。对于一些上呈的案件,如果刑部觉得其中援引的成案不恰当,就会裁断不予适用,不适用的原因往往是不相对应或不适合。

(一) 远年成案不适用

“远年”的时限有多长,是一个无法确证的问题,这一不适用的理由如何派上用场,也是运用之妙、存乎一心,无法进行具体的量化。嘉庆十六年,四川省题有谭元川情切救父、毆死小功兄谭元贵一案。本案起因是,谭元贵是本案人犯谭元川之小功兄,前者将后者之父谭宽按地刀戳,以致其父不能动弹,后者因救父情急,用木棒铁锄毆伤前者即小功兄谭元贵倒地,致其移时身死。根据本案情节,在清代律例中难以找到精准对应的条文,惟有相关的律例。其一为:卑幼毆小功死者斩决;其二为:父母为人所杀,而子擅杀行凶人者杖六十,其即时杀死者勿论。由于没有精准、直接对应的律例,于是就用成案来替补。该案发生于乾隆十三年,有江西省余干县民陈功俚,因缙麻服叔陈善士毆伤其父陈开士身死,救父情切将陈善士毆毙。该省以卑幼毆死缙麻尊属拟斩监候例,声明情有可原,听候部议。

刑部认为,陈善士毆死小功服兄,已罪干斩决,陈功俚为救父而将陈善士毆死,应照父母为人所杀、而子即时毆死行凶人律勿论。从案件情节上看,两案相当吻合,本可援引裁判。但刑部认为:父母为人所杀而子擅杀行凶人分别拟杖勿论之律,系指平人而言。根据律注:父母被有服亲属毆打,只可解救,不

① 《刑案汇览》卷一一,《三编本》第一册,第397—398页。

② 《刑案汇览》卷五四,《三编本》第三册,第2028页。

③ 全士潮等:《驳案汇编》序二,何勤华等点校本,北京:法律出版社2009年版。

可还殴,否则应按服制科罪。虽然朝廷在陈功俚案中宽其擅杀之罪,“惟系远年成案,亦难援以为例”^①。成案不能援引,只好依例比附,刑部认为:川督于拟死罪上减二等满徒定罪,尚属允协。本案与成案的时间相差63年。这是此案认定为远年的标准。实际上,从律义上看,本成案并非仅因“远年”而不被援引,其真实原因是所引成案违反了律例的规定,故而应成为无效力的成案,只不过刑部并未否决业经核覆的成案罢了。

远年是个模糊的时间词,所以有很大的自由裁量空间。如下一案:山西省崔文娃因见其期亲服婶陈氏与曹添恩奸宿,告之胞伯崔之才,文娃听从其伯加功将陈氏勒毙。崔文娃作为卑幼故杀尊长,依律应凌迟。但因死者究系“犯奸”尊长,例得许其捉奸,而且例得夹签声明。本案援引的成案系乾隆二十五年因犯奸、父兄主使子弟帮同致死奸夫奸妇案,其助殴之子弟概照余人律治罪。但刑部认为:“此等远年成案,既无司分,又无凶手名字,无从查核,不过外省割裂援引其中,即难保无舛错添改之弊。若置现行律例于不问,而援此无稽之案,亦非部中办事之道。”^②也就是说,本案应按正律以故杀尊长定拟,但依例可得夹签。既有律例,就不应当援引成案。但根据清代律例中追求情节一一对应的规则,死者本身有奸情,这与故杀尊长并不相吻合,相较而言,成案更加匹配。刑部不适用此成案的理由,一是远年成案,二是无司分、无凶手名字,无法确认其真实完整性。否则,应存在适用的可能。根据两案的时间,其间相差39年,比上案的63年要少24年。

在273件案件中,涉及远年成案而不适用者共有7件,其中时间跨度可考的除上述两案外,还有四件,分别为:(1)嘉庆六年到道光七年^③,间隔26年;(2)乾隆二年到嘉庆七年^④,间隔65年;(3)乾隆九年至嘉庆二十一年^⑤,间隔72年;(4)乾隆五十六年至道光五年,间隔34年^⑥。在此6件案件中,“远年”的跨度从26年到72年,很难体现法律理性必须的精确要求。如在273件样本中,很多直接援引的成案超过了26年。因此,之所以是远年,一则为时间的相对不靠近,二则依照上述所列,其中成案皆为前朝案件。相对不靠近界线模糊,并非确定标准,而前朝案件则易于改弦更张,两相结合,笔者认为,远年成案不适用的根本原因应是成案本身的问题,或者是不适应时代,或者是裁判错误。因此,在实践中,“虽系远年成案,非定例可比,惟立论与例义相符,引断自应照办。”^⑦也就是说,远年并非适用的禁区。

(二) 未经通行不适用

成案未经通行不得适用,从上文统计数字来看,已成虚文。但因为个案衡平,也时有因其未经通行而作出不得适用之论。如乾隆五年,蒋凡殴死卢帼太并卢秀扎死蒋恒一案,其中虽然肯定成案相符应予援引的意见,但仍不忘申明“凡属成案未经通行着为定例者,毋得牵引”。^⑧再一起道光六年妇女被拐致夫自尽案,此案钟黎氏因其夫钟亚四相待刻薄,听从刘亚五诱拐同逃,钟亚四撞遇后忿羞服毒身死。广东巡抚认为:钟黎氏并未与刘通奸,故与因奸致夫自尽不同,遂以拟绞例上量减为流收赎具题。该抚在此援引了两个成案。一为嘉庆十年郑刘氏被陈谭氏诱拐嫁卖,其夫郑茂往寻,被后夫追殴落河淹毙,郑刘氏被拟流收赎。另一起为道光元年小王张氏被林翰清等拐逃,致其夫兄捆差畏罪,将其姑老王张氏搭死,小王张氏因此被酌发驻防为奴,不准收赎。对此两起成案,刑部的意见是:成案未经通行不得援

① 《刑案汇览》卷四二,《三编本》第三册,第1527页。

② 《刑案汇览》卷二四,《三编本》第二册,第866页。

③ 《刑案汇览》卷一三,《三编本》第一册,第465—467页。

④ 《刑案汇览》卷一四,《三编本》第一册,第502页。

⑤ 《刑案汇览》卷三三,《三编本》第二册,第1199页。

⑥ 《刑案汇览》卷二六,《三编本》第二册,第958页。

⑦ 《刑案汇览》卷二六,《三编本》第二册,第959页。

⑧ 《刑案汇览》卷三〇,《三编本》第二册,第1091页。

引,“所有该抚援此二案比引声叙之处,应毋庸议。”^①

上述两案中,虽称成案未经通行不得适用,但前案只是申明一下原则,实际上还是适用了,并且将其通行为定例;后案虽未适用,但并非“未经通行”这一单一原因,情节参差乃至别无抵命之人应是更根本的原因。在下一件嘉庆二十一年的案中,情况也是如此:黑龙江将军咨遣犯马文在于“在配”中不安分,故请解部转发。刑部认为:民人问拟军流徒罪,如有在配滋事,均援照徒流人又犯罪律例,或分别枷号,或加等调发,至拟发黑龙江等处,从无转发内地之文。该将军虽援引回民马三把儿解部转发成案为据,但旗人发遣黑龙江等处者,如不知悔改,复行犯罪,改发云贵两广,即消除旗档为民,原属从严办理。如将其改回内地,即是轻重倒置。故刑部覆称:“虽有照覆成案,并非通行定例,不得混行牵引。”^②

从三起案件中可见,成案未经通行并非是不适用的刚性理由,但是,如果援引错误或者与刑部认知不符,“未经通行”即成为刑部驳覆或改拟的借口。只不过梳理《刑案汇览》,这种现象非常罕见,在273件案例中,因未经通行而被否决援引的共11件,不到4%,相比直接援引的案件占总比例的42%,可谓微不足道。这种现象,正如卡多佐所言:“查士丁尼曾命令禁止对查士丁尼法典编纂者的作品作任何评论,而人们之所以还记得该禁令仅仅是由于这一禁令毫无效果。”^③形势大于权势,立法必须回应实践,在清代立法崇尚刚性而且琐碎化的法制环境下,法官自由裁量权严重受限,成案的适用就再所难免。正如《刑案汇览》编辑者之一鲍书芸言:抉狱断刑,必衷律例,垂邦法为不易之常经。常经如不应时变,则“援彼证此,称物而类比之”,^④此言即指成案。

(三) 情节歧异不适用

由于在司法判决中要求法律条文与案件事实胶柱鼓瑟式地对应,难免会形成一种认知与事实的紧张关系。^⑤当然,撇开立法缺陷的因素不谈,成案中的犯罪事实不一致,当然应该被排除在考量之外。虽然对于是否一致的判定,正如世界上没有完全相同的树叶一样,也难以期待完全对应的标准,但是,由于人的认知在一定的经验范围一般还是存在共性的,因此,其标准还是有可以得到一般认同的可能性。如上述所言的“并无奸情致夫自尽”案,实际上钟黎氏被拐逃,其夫刻薄相待是主因,在婚姻上也存在过错。但在伦理中国,这些都不是问题。虽然广东巡抚认为钟黎氏并未通奸,援引成案希望减轻罪刑,刑部还是不予认同。该部认为:夫妻仅止口角,并无逼迫情状而致夫自尽,即应问绞,这是因为妻纲名分所系。问题是,如果仅止口角致夫自尽即须问绞,那么因被拐逃而致夫自尽,岂不是应该罪行更重?而且,正如刑部所言:妇女听从诱拐已属无耻,岂得以并无奸情而为宽解?刑部根据律义产生这样的思维定势,巡抚援引此类成案作为依据也就很难被刑部认同。因此,将成案排除在外就成了刑部在本案中的主要任务。

正如上文所言,刑部认为本案援引的成案是未经通行的,但这个理由比较牵强,因为刑部在实践中一直认同成案援引的正当性,故将此条理由放在最后。刑部认为广东巡抚援引的两案,前案即郑刘氏案是因其被诱拐嫁卖,且其夫系被后夫追殴落水淹毙。后案即小张王氏案中其也系被拐逃,致其夫兄将老张王氏搭死。刑部认为,本案“核与郑氏王氏二案不符”。从文书中记录的案件简情来看,后案与本案情节不符,自是当然,因为被拐逃而致死的对象并非该氏之夫。但是,前案的情节与本案应有极高的吻合性。且从情节来看,本案其夫系自尽,而郑刘氏案,其夫系被后夫追殴淹毙,按说其情更为恶劣,当时

① 《刑案汇览》卷三三,《三编本》第二册,第1217页。

② 《刑案汇览》卷三,《三编本》第一册,第110页。

③ 卡多佐:《司法过程的性质》,北京:商务印书馆1998年版,第7页。

④ 《刑案汇览》序,《三编本》第一册。

⑤ 这种现象正如儒家伦理结构中的问题:在社会学上形成的一与多的紧张,普遍主义拓展不开,故深深陷在特殊主义的泥淖里。参林端:《儒家伦理与法律文化:社会学观点的探索》,北京:中国政法大学出版社2002年版,第98页。

却将郑刘氏量减为流,依照举重明轻的原则,本案中的钟黎氏更应被轻判。因此,刑部否定前一成案的理由并不充分。不过,传统中国法官衡情裁判,实际上是从整体上来斟酌两造间罪与罚的相称性,整体考量要优于个体考量。刑部认为,两成案中,前案中已有梁周佐拟抵,后案中有张亚然拟抵,也就是死者已有对应的加害者为其抵命,因此两案中被拐妇的轻判是经过生命折抵、换算后的平衡。刑部认为,如果将本案中的钟黎氏量减,则伊夫别无抵命之人。然本案与前一成案,就被拐妇之责而言,两者情节是吻合的,刑部在此应该是强言不合。

由于要求情节的高度吻合性,情节不一致而不适用的现象很容易被证成。如道光四年李得成因与田凤财之妻刘氏通奸,拒伤刘氏翁田忠身死,在奉天司查出的成案中,安徽省吴文红与艾余氏通奸,拒伤艾氏翁艾某平复,后因病身死。但刑部认为,艾翁系死于病,与本案被殴伤越十二日后殒命情节不同。^①实际上,清代律例中因“某因”致死条中的“某因”并没有确定的因果关系规则,律义更在意的是致死的结果,因此在妇被拐逃而夫自尽的案子中,被拐妇也须承担重责。本案中的致死情节未必不可被认为相同,更何况吴文红案中的“因病”很难说与先前拒伤无关,因为依据一般经验,两者间的因果关系必定在存在可能性的情况下,控告方才有将其作为控告理由的可能。在研究样本的273件案例中,以情节歧异而不适用者共16例,占其比例的5%,体现了成案援引的慎重,这与对成案援引会上下其手的批评似乎并不相称,反而是光绪时江西按察使刘瑞芬之言更耐人寻味:“律法虽周,无成案每虞出入。”^②

从成案不适用的理由来看,远年成案不适用和情节歧异不适用两种情形并非对成案法源效力的否定,实际上它却正是从消极方面肯定成案法源的效力。因此,真正对成案法源效力构成否定的只有“未经通行”,因为通行是准立法化。但在整个样本中,以此理由否定成案效力的非常少见,表明了这一禁止理由的实质性虚化,也体现了实践上的实用主义态度。

四、结 论

在清代法自君出的政治环境下,成案未经皇封,地位当然不能与律例相提并论。在统一口径下,对成案的定性层层掩饰也就成为必然。但在实践中,“律之外有例,则已备上下之比,而仍不能尽入于例,则又因案以生例而法详焉,故断犹犹视成案。”^③虽然此言仍嫌含糊,正如沈家本的成案定位即“参考旧日之案情以为依据者也”^④,但从前文统计成案援引比例来看,成案在实践中已经成为清代默认的法源,因此才有“成案相沿,遂为定例”的现象^⑤。乾隆时曾任律例馆提调的阮葵生,在言及成案时将其比作“用刑之圭臬也”,^⑥实际上对成案效力已经进行了充分的肯定。只不过,在皇权至上且对官僚不信任的政治环境下,由于立法技术的刚性,使成案成为适用与不适用之间的夹缝产物,很难获得正名的效果。之所以对成案的定性云遮雾罩,还与彼时法律理论建设的滞后有关。其时对于法律位阶、法律冲突等问题,没有系统的理论建构。李泽厚先生曾言:“中国哲学和文化一般缺乏严格的推理形式和抽象的理论探索,毋宁更欣赏和满足于模糊笼统的全局性的整体思维和直观把握中,去追求和获得某种非逻辑、非纯思辨、非形式分析所能得到的真理和领悟。”^⑦此言也可适用于对成案定性的原因分析。

不过,在传统中国,实质正义、具体正义、个案正义是皇权政治的理想目标,如果能够有更好的法律

① 《刑案汇览》卷三三,《三编本》第三册,第1823—1826页。

② 全士潮等:《驳案汇编》序一。

③ 《刑部比照加减成案》叙,许棣等编,何勤华等点校本,北京:法律出版社2009年版。

④ 沈家本:《历代刑法考》第四册,北京:中华书局1985年版,第2225页。

⑤ 《清史稿·刑法二》,第十五册,卷一四三,北京:中华书局1976年版,第4195页。

⑥ 全士潮等:《驳案汇编》序二。

⑦ 这种现象也造成传统中国法学的难生,进而又刺激在司法中片面地寻求实用主义的动机,形成双输的效果。参李泽厚:《中国古代思想史论》,天津:天津社会科学院出版社2004年版,第290页。

依据,朝廷不会将之拒之门外,成案亦然。在司法上以例破律、以敕破律被视为当然,以案破例也并不奇怪。正如乾隆六年谕:“律例一书,原系提纲挈领,立为章程,俾刑名衙门有所遵守。至于情伪无穷而律条有限,原有不能纤悉必到,全然赅括之势,惟在司刑者体察案情,随时详酌。”^①这种实用主义心态决定了他们不会轻易舍弃合用的工具,对成案亦是如此。因此,在官方心里,成案并非成墨。针对既往对成案的态度,我们今天考察成案乃至当代指导性案例,应克服碎片化和片面实用主义的局限,对其进行系统化考察,以探索其间思维方式和法理的共性与特殊性,这对于立法的促进和司法的统一是不无裨益的。

The Applicability of Judicial Precedents in the Serious Cases of the Qing Dynasty: Centered on A Collection of Criminal Cases

Li Fengming

(Law School, Nanjing Tech University, Nanjing 211816, China)

Abstract: The effect of the legal source of judicial precedents in the Qing Dynasty took rigid negation as the prerequisite in legal texts, although there were flexible and vague exceptional stipulations. It was this prerequisite that determined people's general attitude towards judicial precedents. However, judicial precedents were inevitably applicable as the low legal source apart from the statutes in judicial practice, due to the rigidity of the statutes and the necessity of “the limitation of legal provisions and the infinite facts of legal cases (法条有限、情伪无穷)”. Whether judicial precedents were applicable and how they could be applied in judicial practice, depended on the established customary rules, which were the reflection of the legal thinking and judicial experience of the people at that time. And this is worthy of our retrospective restoration. This kind of reflective thinking can not only be helpful for people to have a better understanding of their traditional judicial experience, but also be their historical response to the current problems.

Key words: judicial precedent, applicability, non-applicability, effect

(责任编辑 李 铄)

^① 光绪《钦定大清会典事例》卷八五二《断罪引律令》,光绪二十五年石印本。