

法律史评论

LEGAL HISTORY REVIEW Vol.12 2019 No.1

(2019 年第 1 卷 · 总第 12 卷)



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

法律史评论

LEGAL HISTORY REVIEW Vol.12 2019 No.1

(2019 年第 1 卷 · 总第 12 卷)



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目(CIP)数据

法律史评论. 2019 年. 第 1 卷 : 总第 12 卷 / 里赞主
编. -- 北京 : 社会科学文献出版社, 2019. 4
ISBN 978 - 7 - 5201 - 4457 - 5

I. ①法… II. ①里… III. ①法制史 - 中国 - 文集
IV. ①D929 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2019) 第 039758 号

法律史评论 2019 年第 1 卷 · 总第 12 卷

主 编 / 里 赞
执行主编 / 刘昕杰

出 版 人 / 谢寿光
责任编辑 / 郭瑞萍
文稿编辑 / 肖世伟

出 版 / 社会科学文献出版社 · 社会政法分社 (010) 59367156
地址: 北京市北三环中路甲 29 号院华龙大厦 邮编: 100029
网址: [www. ssap. com. cn](http://www.ssap.com.cn)

发 行 / 市场营销中心 (010) 59367081 59367083
印 装 / 三河市东方印刷有限公司

规 格 / 开 本: 787mm × 1092mm 1/16
印 张: 11.75 字 数: 219 千字

版 次 / 2019 年 4 月第 1 版 2019 年 4 月第 1 次印刷
书 号 / ISBN 978 - 7 - 5201 - 4457 - 5
定 价 / 59.00 元

本书如有印装质量问题, 请与读者服务中心 (010 - 59367028) 联系

 版权所有 翻印必究

《中国学术期刊（光盘版）》全文收录

《万方数据 - 数字化期刊群》全文收录

《中文科技期刊数据库》全文收录

《超星期刊域出版系统》全文收录

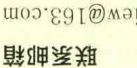
主 办
四川大学

编 里 赞

执行主编
刘昕杰

特邀编委
王帅一 王 沛
王 果 尤陈俊
刘晓林 李 栋
陈 玺

联系邮箱
legalhistoryreview@163.com



微信公众号

目 录

CONTENTS

1	专 栏
3	“请旨即行正法”考 ——清代乾隆、嘉庆时期死刑裁判之考察 〔日〕铃木秀光 著 赵 崧 译
25	专 论
27	从“情有可矜”到“实无罪责” ——清代“疯病杀人”的法律规制及其近代转型 翟家骏
41	“缠讼”与“清讼”（下） ——清代后期地方官的上控审判与承审考核 海 丹
55	古代中国的法外施仁及其法文化解读 蒋铁初
79	南京国民政府成立初期“人民团体”法制理念的形成 董志鹏
89	评 论
91	“酌情据法，以平其事” ——从两则立继类书判论宋代士大夫民事司法的价值追求与实践技艺 刘舟祺

- | | |
|-----|--|
| 102 | 清末女性犯罪的统计分析
——基于法部第二次司法统计的考察
张洪阳 艾 晶 |
| 115 | 安徽高等法学教育之源头
——以民国时期省立安徽大学为考察视角
李晓婧 |
| 133 | 人 物 |
| 135 | 沈家本在清末预备立宪中的作用与影响
——以官制改革为中心的考察
柴松霞 |
| 145 | 史 料 |
| 147 | 民国荣县临时参议会会议记录选校
杨 晖 |
| 182 | 《法律史评论》稿约 |

专 栏

【编者按】铃木秀光，日本京都大学法学院教授，师承法史学界宿耆寺田浩明教授。东北大学法学博士毕业后，历任东北大学大学院法学研究科讲师、专修大学法学部讲师、教授，并担任过日本法制史学会东京部干事、企划委员会委员等职务。其学术旨趣主要为清代的刑事裁判制度，已在《法制史研究》、《东洋文化研究所纪要》等期刊上发表各类论文十余篇。本刊特辟专栏，将分两期译介铃木教授的三篇论文，以期增进中日法史学之交流。

“请旨即行正法”考

——清代乾隆、嘉庆时期死刑裁判之考察*

〔日〕铃木秀光 著 赵 崧 译**

摘 要：请旨即行正法，虽然字面含义是奏请死刑即时执行，但从当时的史料来看，除立决案件之外，监候案件中也存在奏请死刑即时执行的情况。

乾隆朝的请旨即行正法，是官员为履行职务，向皇帝“请旨”奏请“立刻执行死刑”的行为。其中既有定拟立决的情况，也有定拟监候的情况。与之相对，嘉庆朝的请旨即行正法，是应处监候案件中，依据律例定拟监候后，奏请死刑即时执行。可以理解为是监候案件中实现死刑即时执行的刑事裁判上的一种手续。

关于请旨即行正法，乾隆帝首要考虑每个案件中犯罪和刑罚的均衡，在此前提下，对臣下有关请旨即行正法的选择表示赞赏或斥责。而嘉庆帝一方面强调以成文法为准据，另一方面又表示重视犯罪和刑罚的均衡，其结果是，作为刑事裁判上的一种手续，产生了嘉庆朝的请旨即行正法。

关键词：请旨即行正法 乾隆帝 嘉庆帝 犯罪和刑罚的均衡 成文法的准据

绪 言

清代中国的刑事裁判制度中，在判处犯罪者死刑的时候，从官僚制末端的州县开始，依次反复审理，由省级长官督抚（总督、巡抚）上奏皇帝，经过刑部或者三法司审理后，最终由皇帝许可。^①

在这一连串的手续中，官僚制的各阶层都被要求出具作为判决草案而提示应科处刑罚的“定拟”。史料中的定拟，如下例所示：^②

合依“子过失杀父母，拟绞立决”例，应拟绞立决。

* 本文的日文原稿题目为「『請旨即行正法』考——清代乾隆・嘉慶期における死刑裁判制度の一考察——」，原载于『専修法学論集』第98号（2006年12月）。

** 铃木秀光，法学博士，京都大学法学院教授；赵崧，京都大学博士研究生。

① 有关下述清代裁判制度的概略，参照滋贺秀三『清代中国の法と裁判』、创文社、1984。

② 《湖南巡抚颜希深奏为审拟邵阳县民过失致父死亡案折》（乾隆四十二年六月二十八日），《宫中档乾隆朝奏折》第39辑，台北“故宫博物院”，1982~1988，第235页。

这是根据刑律人命“戏杀误杀过失杀伤人”律之条例而定拟绞立决的例子。这样的定拟，一般会先提示应作为准据的律例是什么，接着再提示据此应科处的刑罚。史料中，明示作为准据的律例的用语，除上文的“依”外，也使用“照”和“按”，到可判别该律例为何种条文为止可节略，没有将全文准确具引的情况很多。^①另外，应科处的刑罚一般用“拟”来提示。^②

律例规定的死刑，除根据执行方法区分“凌迟处死”、“斩”、“绞”以外，以手续区分，有在皇帝许可后直接执行死刑的“立决”和皇帝许可后在秋审中再次对是否执行进行审查的“监候”^③。其中，因为凌迟处死都是即时执行，不存在立决和监候的区别。因此，将执行方法和手续的区别组合起来，律例中规定了“凌迟处死”、“斩立决”、“斩监候”、“绞立决”、“绞监候”这五种类型的死刑^④。而且刑事裁判中，官员根据律的规定，即“凡（官司）断罪皆须具引律例，违者（如不具引）笞三十”，^⑤被要求以律例为准据。但皇帝则不管是在手续上还是在实体上，都不受束缚，可以在官员上奏的以律例为准据的判决草案上自由判断。

另外，清代皇帝日常所下的命令一般总称为“谕旨”。但是，严格来说，“谕”和“旨”是有区别的，前者在以皇帝为主体下命令时所用，后者是对臣下在执行工作时的奏请，皇帝下某种命令时使用。^⑥而且死刑首先需要各省的督抚定拟并上奏，皇帝通常会发回刑部或三法司议论，收到议论结果的上奏后，对死刑是否执行下最终的判断。总之，督抚也好，刑部或三法司也好，此处的上奏是奏请将犯罪者处以死刑，皇帝则对此下旨，指示是否执行死刑。从臣下的角度看，奏请即请求旨意（=请旨），其内容就是死刑的执行命令。另外，定拟内容是立决的话，皇帝所下旨会是“某某着即处斩”等，带有“即”之类表示即时性的词语。因此，臣下定拟立决的上奏，是向皇帝请求下令立刻（=即行）处以死刑（=正法^⑦）的旨意，即可称为“请旨即行正法”。

如上所述，请旨即行正法的字面意思，指的是从臣下的角度来看，定拟立决后上奏的手续。史料上，可确认的这一用语或与之同义的“奏请即行正法”^⑧、“请旨即行

① 就此案例而言，条例的全文是“子孙过失杀祖父母、父母者，拟绞立决”，省略了“孙”和相对应的“祖父母”等。

② 引用律例的地方，明示该科处的刑罚时，为避免反复表达，也存在省略“拟”以下部分的情况。

③ 关于对监候案件是否实际执行死刑进行再审理的秋审，近年积累了很多成果，此处仅举与本文内容直接相关的，见赤城美惠子「清朝秋審における趕入について」『中国——社会と文化』20号、2005。

④ 此外，斩还有“枭示”的情况。

⑤ 刑律断狱“断罪引律令”律的律文。

⑥ 《乾隆朝上谕档》，档案出版社，1991，“前言”。

⑦ 执行死刑，在史料上称为“正法”（滋贺秀三『清代中国の法と裁判』、39页）。

⑧ 《嘉庆道光两朝上谕档》第4册，嘉庆四年二月十五日，广西师范大学出版社，2000，第161页。

处决”^①、“请即正法”^②等案例，管见所及都在乾隆朝以后（本文之后的表述，除史料原文外，统一使用“请旨即行正法”）。并且，这样的案例范围，并不局限于定拟立决的案件，尽管是定拟监候的案件，但被奏请死刑即时执行，之后被许可的案例也可见。例如，乾隆三十二年（1767）在甘肃省处罚盗窃集团头目的案件：

但查，甘省回民之窝贼出窃坐地分赃，群相效尤。若不严加惩创，无以示儆。苏尔宁，应照“盗窃窝主，不行，分赃，以首论”，“窃盗为首，赃至一百二十两以上者”拟绞，应请旨即行处决。

陕甘总督根据刑律贼盗“盗贼窝主”律的律文及刑律贼盗“窃盗”律的律文^③，定拟绞监候，上奏请旨即行正法。^④关于本案，接到从三法司上奏的讨论结果后，皇帝下旨“苏尔宁，着即处绞。……余依议”。^⑤本案中，陕甘总督根据律例将苏尔宁定拟绞监候，因为有严罚的必要性，上奏请旨即行正法。结果，皇帝下了即时执行绞刑的旨意。因此，此处的请旨即行正法是定拟绞监候的即时执行，即带有和绞立决同样效果的手续。

本文是对先行研究尚未言及的请旨即行正法，主要以乾隆朝中期至嘉庆朝历史变迁中的个别案例来追根溯源，以考察这一内容及其在司法制度上的地位等为目的。^⑥

以下，第一部分探讨请旨即行正法的历史变迁。首先，介绍乾隆朝有关请旨即行正法案件处理的案例与立法的案例，阐明这一时期的请旨即行正法仍然可以还原为一般的官员请求皇帝许可的“请旨”行为。其次，介绍嘉庆朝以后的请旨即行正法案件处理的案例及立法的案例，由此阐明这一时期已不仅仅是一种“请旨”行为，而是作为清代刑事裁判制度上的一种手续，有其实质内容。

第二部分探讨乾隆朝与嘉庆朝以后，两个时期中，可确认为案例的相当于监候案件中的请旨即行正法，乾隆帝与嘉庆帝对此的反应，探明请旨即行正法在两个时期中产生手续上的差异内容的背景。首先探讨乾隆帝的反应，其次探讨嘉庆帝的反应。

① 《陕甘总督吴达善奏为拿获窝贼匪党遵旨严审定拟折》（乾隆三十二年七月二十四日），《宫中档乾隆朝奏折》第27辑，第391页。

② 《乾隆朝上谕档》第8册，乾隆四十二年六月二十四日，第1786页。

③ 刑律贼盗“窃盗”律的律文为“窃盗已行……一百二十两以上，绞（监候）”，规定了120两以上的窃盗绞监候，史料原文中引用律文的地方省略了“绞监候”。

④ 《陕甘总督吴达善奏为拿获窝贼匪党遵旨严审定拟折》（乾隆三十二年七月二十四日），《宫中档乾隆朝奏折》第27辑，第391页。

⑤ 《乾隆朝上谕档》第5册，乾隆三十二年闰七月十日，第470页。

⑥ 请旨即行正法，在处发遣等的犯罪者从配所逃亡或于配所犯罪的时候，也有较多案例可见。但是这些是已有判决并在执行刑罚的案件中关于再犯的规定，这不符合以判决之前为对象的本文所关心的问题，故尽数排除在考察对象之外。

一 请旨即行正法的变迁

(一) 乾隆朝——“请旨”行为中的“即行正法”

如“绪言”所提到的，律例规定的立决是即时执行死刑的意味，这在手续上一般采用由督抚乃至三法司向皇帝奏请，再由皇帝许可的形式。而请旨即行正法，其字义是进行立决的手续，虽然立决本身自清初就已存在，但就管见所及，其在史料上被确认却在乾隆朝以后。

那么，当时的请旨即行正法，可以通过例子来确定其在死刑裁判中是何种手续类型吗？

首先，第一种类型可以通过官员奏请死刑时定拟立决的案例来确定。这在手续上可以进一步分为三种形态。

第一，和通常的刑事裁判一样，举以律例为准据定拟立决的形态为例，如乾隆四十二年（1777）湖南省的过失杀亲父案件。“谭细保，合依‘子过失杀父母，拟绞立决’例，应拟绞立决，请旨即行正法。”湖南巡抚依刑律人命“戏杀误杀过失杀伤人”律的条例，定拟绞立决，上奏请旨即行正法。^①之后，接到刑部上奏讨论结果的乾隆帝，下旨“谭细保，着即处绞。余依议”，命令即时执行绞刑。^②

第二，以“比附”的形态为例。比附是适合犯罪行为的律例不存在或适用律例所定刑罚会使犯罪行为 and 刑罚失衡时，适用类似的律，或者在此基础上加等、减等定拟，上奏皇帝请求许可的手续。^③因为律例中有规定比附的条文存在，所以作为官员的义务存在。与此相关，以乾隆二十九年（1764）发生在江西省固守山区不听召唤，武装抵抗，致伤差役的案件为例：

张嘉隆，应比照“逃避山泽不服追唤者，以‘谋叛未行’论”，“为首者绞”律，请旨即行正法。

江西巡抚比附刑律贼盗“谋叛”律的律文定拟绞立决，^④上奏请旨即行正法。^⑤收到三法司上奏讨论结果的乾隆帝，下旨“张嘉隆，着即处斩。……余依议”。^⑥

① 《湖南巡抚颜希深奏为审拟邵阳县民过失致父死亡案折》（乾隆四十二年六月二十八日），《宫中档乾隆朝奏折》第39辑，第235页。

② 《乾隆朝上谕档》第8册，乾隆四十二年七月二十一日，第1857页。

③ 关于比附，参照中村茂夫《清代刑法研究》，东京大学出版会，1973，第二章“比附の機能”。

④ 通常，律文会以夹注来明示适用监候和立决中的哪一个，如本条律文这样缺少夹注的情况，是适用立决的意思。参照滋贺秀三『清代中国の法と裁判』、创文社、1984、42页、注63。

⑤ 《江西巡抚辅德奏为审拟藐法之棚民参革讳饰之知县以昭炯戒折》（乾隆二十九年十月十八日），《宫中档乾隆朝奏折》第23辑，第5页。

⑥ 《乾隆朝上谕档》第4册，乾隆二十九年十一月九日，第1503页。

第三，以“从重”的形态为例。此处的“从重”是指由法定刑加重的处罚。^① 与之相关，比如乾隆二十八年（1763）台湾发生的郑桂谎称官职、诈取钱财的案件：

查例载“无官而诈称有官，并冒称现任官员姓名，并未造有凭札，止于图骗一人图行一事，犯该徒罪以下者，发边卫充军，犯该军流遣罪者，拟绞监候”等语。此案郑桂……已与“犯该军流遣罪者，拟绞监候”之例相符。

闽浙总督等首先提示了与本案犯罪行为该当的刑律诈伪“诈假官”律的条例，确认郑桂的行为与之符合：

郑桂……依例应拟绞监候，但该犯先因假冒差官，被获充徒，援赦释回。乃怙恶不悛，潜赴台疆，公然穿戴补服顶帽，假官诓骗，悬挂官衔灯笼，诱惑愚民。当坊保往查，辄敢作势殴詈。海外重地，岂容此等奸徒肆行无忌。

之后说道，虽然本应依据条例的规定定拟绞监候，但因属再犯且是在隔海的台湾发生的案件，所以表示出有必要严厉处罚的看法：

今审讯之下，郑桂凶横异常，实属不法，依例绞候，未足示惩。郑桂应从重拟绞立决，照例先行刺字，请旨即行正法。

鉴于有必要严惩，闽浙总督等上奏从重定拟绞立决，请旨即行正法。^②

以上，介绍了立决案件中作为请旨即行正法例子的三种形态。虽然这些案件对各种律例的参照方法有差异，特别是关于从重，找不出明确的制度依据。但至少都被定拟为立决，这是相通的。因为立决有死刑即时执行的意味，这些案例中的请旨即行正法，在手续上没有特别的意思，只是形容含有定拟立决意思的奏请死刑即时执行。

但是，用来确认请旨即行正法用法的案例，未必仅限于上述定拟立决的案例。作为确定请旨即行正法用法的两种类型，可以举出官员在奏请死刑时定拟“监候”的例子。这样，可以在手续上区分出两种形态。

定拟监候的案例，第一种是定拟监候之后从重处理，请旨即行正法的形态。例如，乾隆四十四年（1779）江西省发生的民众聚集涌入官衙，引发骚动的案件：

① 有关从重，可参照铃木秀光「清代刑事裁判における『従重』」『専修法学論集』104號、2008（该文的中译文可参照《清代刑事裁判中的“从重”》，赵崧译，里赞主编《法律史评论》第11卷，社会科学文献出版社，2018，第26～46页。——译者注）。

② 《浙闽总督杨廷璋奏为审拟奸徒郑桂顶名渡台假冒职官诓骗银钱折》（乾隆二十八年十一月二十一日），《宫中档乾隆朝奏折》第19辑，第657页。

按例载“刁民因事哄堂塞署，逞凶殴官，聚众至四五十人者，为首依例斩决梟示。其同谋聚众转相纠约下手殴官者，虽属为从，其同恶相济，与首犯无异，亦照‘光棍’例，拟斩立决。其余从犯，照例拟绞监候。……”等语。

江西巡抚上奏，提示本案应适用兵律军政“激辩良民”律的条例，除将首犯恭请王命外，^①从犯“曾乃仔、詹乞仔，打毁暖阁宅门，卢的仔，拾砖殴差，曾流民，打毁门旁转斗，又抢衣物，袁贵生亦抢取物件，应均照‘光棍为徒’例，拟绞监候，先行刺字。该五犯情殊凶横，应从重请旨即行正法”。^②收到三法司有关本案的覆奏后，皇帝下旨“曾乃仔、詹乞仔、卢的仔、曾流民、袁贵生，俱着即处绞。余依议”。^③

第二种是定拟监候，就此请旨即行正法的形态，有关于此的案例，已在“绪论”部分有过介绍。总督对犯罪者根据条例定拟绞监候后，上奏请旨即行正法，乾隆帝下旨命令即时处绞。

以上两例，无论有没有名为从重的手续上的表现，都是在督抚根据条例定拟监候后，上奏请旨即行正法，结果是旨意命令死刑即时执行，这一点是共通的。换言之，虽然这些案例是定拟监候，但结果都是立决。其中，对于前者，因为从重（其在制度上的位置暂且不论）也有刑罚加重的效果，请旨即行正法可以理解为不过是形容奏请死刑即时执行。但是，对于后者，因为不存在像从重那样的手续上的表现，只能看作请旨即行正法本身有将监候与立决同样处理的加重效果。总之，此处的请旨即行正法，不只是形容奏请死刑即时执行，应该看作将监候与立决同样处理的特定手续内容。

这些带有将监候与立决同样处理的特定手续内容的请旨即行正法之外的第三种类型，虽然在数量上几乎不存在，但可以确认，是官员未参照律例，向皇帝奏请直接死刑的形态。例如，乾隆二十一年（1756）正月初四日两江总督等人的奏折，关于在江苏省赈灾之际，对编集悖理书籍进行诽谤的朱思藻，有如下上奏。^④

此等狂悖不法之徒，若不亟正典刑，何以惩恶俗，而做人心。朱思藻，应请旨即行正法。

① 有关恭请王命，可参照铃木秀光「恭请王命考——清代死刑裁判における『権宜』と『定例』」『法制史研究』54号、2004。〔该文的中译文可参照《恭请王命考——清代死刑裁判的“权宜”与“定例”》，吕文利、袁野译，《内蒙古师范大学学报》（哲学社会科学版）2009年第4期，第23~37页。——译者注〕

② 《江西巡抚郝硕奏为审拟乐安县民聚众殴官案情折》（乾隆四十四年三月十三日），《宫中档乾隆朝奏折》第47辑，第138页。

③ 《乾隆朝上谕档》第9册，乾隆四十四年三月二十四日，第1508页。

④ 《署理两江总督尹继善奏报朱思藻编四书成语撰成时文大肆诽谤请正法折》（乾隆二十一年正月四日），《宫中档乾隆朝奏折》第13辑，第413页。

此处，两江总督等因为处朱思藻死刑而上奏请旨即行正法。迄今介绍的案例，不管是以律例为准据，还是因为律例的规定不充分而加重处理，全部都是参照本来应该适用的律例的。但是，这个案例完全没有参照律例，直截了当地以自我判断推导出死刑的结果。

有关于此，受乾隆帝之命审理的军机大臣和三法司，上奏定拟朱思藻斩立决。对此，乾隆帝给予“该犯拟以斩决，自属罪所应得”的肯定评价，同时却又说“该犯究因灾望赈，尚与胡中藻^①之身列仕版，无故悖逆谤讟者有间”，在与其他类似案件相比较后，考量犯罪行为和刑罚的均衡，“朱思藻，着从宽免死发往黑龙江”。^②

本案在军机大臣向乾隆帝奏请阶段，虽然过程不明但还是定拟了某种形式的斩立决，结果皇帝做出了减等决定，没有处以死刑。但是，有必要留意的是，在总督上奏阶段，仅仅依据自我判断推导出死刑并请旨即行正法，这一事实并未被皇帝或军机大臣及三法司在手续方面否定。在请旨即行正法中，官员未参照律例的某些规定而奏请死刑的案例也是存在的。

以上对有关乾隆朝请旨即行正法的史料，从手续的立场出发，基于实例的范围进行了介绍。当时的请旨即行正法，不仅在如字面含义所示，定拟立决的手续中有多种多样参照律例的形态，也有与字面含义相异的定拟监候的手续，甚至还有官员对律例不加参照，直接向皇帝奏请死刑的案例。并且，要是着眼于手续的效果的话，既有单纯是对奏请死刑即时执行的形容，不具有特别效果的情况，还有将监候与立决同样处理而具有独自手续内容的情况。乾隆朝的这些情况因为“请旨即行正法”一词所概括而浑然一体。

乾隆朝的请旨即行正法，与实例的大范围分布产生反差的是，只能找出向皇帝奏请死刑即时执行这一共同点。因此，如果从共同点出发进行判断，乾隆朝的请旨即行正法，其本身并不作为一堆手续用语，具备特定刑事裁判上的手续含义，毋宁说如字面义般，是官员为履行职务，向皇帝“请旨”，奏请“立刻执行死刑”的行为。而且，这其中既有如立决案件中所见，是对奏请即时执行的形容，也有如监候案件中所见，是将监候与立决同样处理，带有加重效果的情况。另外，将乾隆朝的请旨即行正法还原为官员的“请旨”行为来看时，尽管其中也有某些可以找出特定手续要素的情况，但并不能在制度脉络中确保其适当性，这不过是每一个个案中，官员奏请而皇帝判断其适当性后的结果之集合。

① 内阁学士胡中藻，以诗赋诽谤朝政获罪，乾隆二十年被处斩刑。参照《高宗实录》卷四八六，乾隆二十年四月甲寅等。

② 《乾隆朝上谕档》第2册，乾隆二十一年正月十九日，第3556页。

此外，乾隆四十二年（1777）制定的兵律关津“私越冒度”律的条例也是如此。这是除规定被处发遣等犯罪者，从配所逃亡或在配所犯罪时请旨即行正法的条例以外，管见所及乾隆朝规定请旨即行正法的唯一条例。^①

凡滇省永昌、顺宁二府以外，沿边关隘，禁止私贩碧霞玺、翡翠玉、葱玉、鱼、盐、棉花等物。如拿获私贩之人，审讯明确，共伙人数在一二十人以上，为首者，拟绞立决。为从及数在四人以上不及十人者，俱发遣黑龙江等处。若止三人以下者，金妻流徙三千里安置。如有因私贩透漏消息者，审实，无论人数多寡，请旨即行正法……

除规定伙同十人以上的私贩者绞立决外，规定对私贩时泄漏消息者请旨即行正法。但是后者只是规定“请旨即行正法”，而具体如何定拟等手续部分则并不明确。

钦差大学士阿桂奏请边境事宜的如下部分被条例化。^②

凡拿获私贩，审讯明确，自三人以下者，金妻流徙，自四人以上者外遣。若多至一二十人以上，为首者正法，从犯外遣。倘有因此透漏消息者，无论人数多少，审实即奏明正法。

但是，这一奏请只是单纯对私贩及泄漏消息者处以死刑的提议，具体应科处什么内容和手续的死刑则不明确。此处，制定条例的刑部表示，“查臣部核覆，云贵总督奏拿获沿边私贩之犯，俱系照‘私越缘边关塞交通外境’律，拟以绞候，事关边情，请旨即行正法，奏准遵行在案”，“此条例内，自应遵照”。但是条例的内容中，作为先例的“请旨即行正法”已不存，“声明‘绞决’字样，以免歧误”。^③

从制定经过来看，条例的前半部分“为首者，拟绞立决”处，虽然在云贵总督的先例中，参照兵律“私越冒度关津”律的律文定拟绞监候，请旨即行正法，为了不误解，条例化时变更为绞立决。总之，此处有阿桂奏请“正法”，又有云贵总督的先例——“定拟绞监候……请旨即行正法”，于是条例规定“定拟绞立决”。

在此前提下，比较阿桂的奏请和条例，条例规定的“请旨即行正法”处由阿桂的奏请“即奏明正法”变化而来，可知其内容虽有重复，但未必不是同一表达。而另一

① 规定对发遣犯的逃亡和犯罪请旨即行正法的条例，除初见于乾隆二十六年制定的名例“徒流迁徙地方”律的条例外，乾隆朝尚有若干存在（兵律军政“从征守御官军逃”律的条例、刑律贼盗“强盗”律的条例，刑律捕亡“徒流人逃”律的条例等）。另参照本书第5页注6。

② 《阿桂等奏报酌定緬匪边境事宜事》（乾隆四十二年四月二十六日），《宫中档乾隆朝奏折》第38辑，第452页。

③ 《大清律例按语》卷五十，兵律关津“私越冒度关津”律。