

法律溯源丛书 | 主编 张晋藩

清代 刑事裁判 司法论证研究

罗洪启◎著

——以刑部命案为中心的考察



中国政法大学出版社

法律溯源 丛书 | 主编 张晋藩

清代 刑事裁判

罗洪启◎著

司法论证研究

——以刑部命案为中心的考察



中国政法大学出版社

2017·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

清代刑事裁判司法论证研究：以刑部命案为中心的考察/罗洪启著. —北京：中国政法大学出版社，2017. 1

ISBN 978-7-5620-7241-6

I. ①清… II. ①罗… III. ①刑事诉讼—审判—司法—论证—研究—中国—清代 IV. ①D925. 202

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第294891号

- | | |
|-----|--|
| 书 名 | 清代刑事裁判司法论证研究
QINGDAI XINGSHI CAIPAN SIFA LUNZHENG YANJIU |
| 出版者 | 中国政法大学出版社 |
| 地 址 | 北京市海淀区西土城路 25 号 |
| 邮 箱 | fadapress@163. com |
| 网 址 | http://www. cuplpress. com (网络实名：中国政法大学出版社) |
| 电 话 | 010-58908633(第七编辑部) 58908334(邮购部) |
| 承 印 | 固安华明印业有限公司 |
| 开 本 | 880mm×1230mm 1/32 |
| 印 张 | 11. 5 |
| 字 数 | 268 千字 |
| 版 次 | 2017 年 1 月第 1 版 |
| 印 次 | 2017 年 1 月第 1 次印刷 |
| 定 价 | 37. 00 元 |

本书受到云南省哲学社会科学学术
著作出版专项经费资助



General Preface 总序

中国是世界著名的文明古国之一，法制的历史不仅悠久而且辗转相承历 4000 余年而迄未中断，其连续性、系统性、典型性为世界法制历史之最。因而被公认为中华法系，自立于世界法系之林，其影响及于东方世界。

中国古代的法律体系发展至唐代已经成熟和基本定型，内含刑法立法、行政立法、民事立法、经济立法、诉讼立法等内容，成为诸法并存的相当完备的法律体系。不仅如此，在古代重伦常关系的国情影响下，调整尊卑伦常秩序的礼的规范不断入律，形成了“德礼为本，刑罚为用”的互相结合的法制特殊的发展规律，成为中华法系的主要表征。

在 4000 多年的中国法制历史中，蕴涵了古圣先贤杰出的理性的法律思维，并且综合了儒法墨道诸子百家的学说为一炉，构建了中国法制发展深厚的文化基础。

在 4000 多年的法制历史中，也凝聚了治国理政的丰富经验，成为一座宏大的智库，为我们建设法治中国储备了最丰富的资源。

中国古代是以农立国的政治经济文化发展不平衡的统一多民族的大国，在这样的国情背景下，中国法制历史的发展与国

情息息相关，带有深刻的国情烙印，形成了独立的发展传统。但历史的发展是不能斩断的，尽管世易时移，固有的国情的因子仍与当代中国有着千丝万缕的联系。所以，要尊重法制历史的传统。

总之，中国法制历史有着极其深厚的法文化的积淀，也有着在治国理政上可为当代借鉴的史鉴价值，而且还为我们建立当代的中华法系提供参考。

基于此，我们编辑了“法制溯源丛书”，选取法制史学杰出的青年才俊的著作，编辑成书，期望在法学这个春生的花圃中，植下一株新葩，借以弘扬中华传统法文化，开启一个新的智库之门，以有裨于依法治国的宏大事业。本书以青年的法制史学者为主要对象，但也不限于此，切盼法史界的学者共同维护滋养这株新葩，使她茁壮成长。

张晋藩

2016年12月3日

清末曾总办秋审、参预修订法律的董康，后来在《前清司法制度》一文中说：“终清之世，刑部可称案无留牍也。”〔1〕由于清代大理寺半属闲曹，故刑部实际负有驳正狱案之重要职责。换言之，作为大部的刑部，不但是天下刑名之总汇，还兼有覆核案件、平反冤狱的职能，涵盖都察院、大理寺的部分权力。

中国很早就有“人命关天”的观念。作为一般命案的最后关口，刑部很好地履行了这一职能。清代司法，根据罪刑轻重层累而上。命案由州县申详，府、司勘转，督抚据律例拟定罪名，或题或奏而达于部。经刑部覆核，报皇帝钦准，方成定讞。而督抚兼宪衔，“微含受中之义”，故负有监督府县司法之权。林则徐任职江苏抚按，称其“于命、盗各案，必先核其初报，如情罪未协，即于初报先驳，俾易复讯改正，免致招解之后重行发回；若案情不错，断不任犯狡供，致貽州县之累”。〔2〕若

〔1〕 何勤华、魏琼编：《董康法学文集》，中国政法大学出版社2005年版，第347页。

〔2〕 林则徐全集编辑委员会编：《林则徐全集》（第7册），海峡文艺出版社2002年版，第29页。

督抚未能纠正冤案，要承担相应责任。检索“国家清史工程”档案库，参案既有33 000多件，其中督抚奏参府县长官刑案审理不公者，占有相当比例。

督抚虽为地方审判最高层级，但“非畀有审判之实权也”。尽管刑部与督抚属平行体，往来文移用“咨”，但刑部实际管摄督抚。张集馨在《道咸宦海见闻录》中讲其任职陕西按察使时，将一故杀妻案造秋审册时拟实，并奉总督批复如拟。时林则徐为陕抚，囑令改缓，张将此案抄寄刑部官员，后者复信曰：“此案的是实案，外间不如缓办，听部驳实之为妥也。部中非驳案数起，不足见其慎重，且无以见大部之有权也。”^{〔1〕}张集馨讲的即是刑部对地方秋审的覆核驳改。

刑部对督抚的覆核可以概括为两个方面，一方面是有关罪名出入，也可以说是“法律审”。刑部及有关法司，如在覆核时发现适用法律不当，即提出呈交堂官，由其交律例馆查核，查核后刑部将案件驳回。通常情况下，督抚都会遵照刑部所驳，改正后重新题奏。如果督抚有不同意见，可以向皇帝奏报。皇帝交三法司核拟后，具有最终解释或最后判决的意义，此时如果督抚不服，要受行政处分。宗旨是维护中央法司的权威。

晚清司法权下移，督抚不服刑部的事例偶有发生，但皇帝对这类疆臣与部臣之争的案件，一般均会坚定地站在部臣一边。王树文临刑呼冤案，移交刑部改判，河南巡抚李鹤年上奏指责刑部，刑部在强大压力面前，破例“双请”，并向李鹤年详细解释《大清律例》中“把风”“接赃”等法律行为的认定。但李鹤年仍然不服，皇帝交由三法司，并改由都察院主稿，维持刑

〔1〕（清）张集馨撰：《道咸宦海见闻录》，中华书局1999年版，第86页。

部的判决，李鹤年被革职。如果刑部认为无关罪名出入，即便发现若干情节不符，往往也不予驳回。此种情况下，如果是有关服制命案，皇帝会予以纠正。乾隆二十七年（公元1762年）十二月，乾隆帝在审阅刑部所报案件内，发现福建、江西二案，地方所叙有情节支离之处，但刑部并没有驳回，“推求其故，部臣第谓罪无出入，无庸逐节研究，即令指出驳诘而承审官又谓抑令改易初供，是以日久相沿竟成故套。”谕令“嗣后各省办理命案，务在直叙确情。如仍蹈袭此种恶道，转相仿效以为长技，朕惟于督抚等是问”。〔1〕

刑部驳回之案，多因适用法律而起。这方面的争议是，督抚是否具有一定的自由裁量权？江苏按察使陈弘谋于乾隆五年（公元1740年）八月二十二日上奏称：“律例科条各有一定，而干犯情罪奚止万端，虽倍增新例，亦不能有一事即有一例以合之。拘泥则不得其平，牵合则更以滋弊，惟于谨守科条之中，时存斟酌情理之举，凡有名罪犯与律例适相称合者，依律科断，不敢意为轻重；偶有律例所未尽载，或情轻法重者，务必审情察理，稍为变通。”对陈弘谋的这个奏请，乾隆帝予以有限的支持，朱批“所奏俱悉，勉力为之”。〔2〕本来，就在两年前，御史王柯上奏经刑部议准：“嗣后定拟罪名除正律正例而外，凡属成案未经通行、著为定例者，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

〔1〕《清高宗实录》卷六百七十六，乾隆二十七年（公元1762年）十二月，乙未，中华书局1986年影印版。

〔2〕“陈弘谋奏请律例事”，载《朱批奏折》，乾隆五年（公元1740年）八月二十二日，中国第一历史档案馆藏。

内声明，臣部详加查核，附请著为定例。”〔1〕刑部之所以禁止督抚援引成案定拟罪名，就是试图杜绝地方督抚在法律适用上的不一致，这也是乾隆时期条例遽增的原因之一。但如此一来，督抚又以拘泥律例为由，奏请给予适当的自由裁量，陈弘谋所奏具有相当代表性。整体看，清代禁止督抚援引成案拟罪，是得到很好的遵守的，特别是道光（公元1821~1850年）以前。

刑部对督抚覆核的另一方面，就是对案件事实的推敲。本来，自按察使司起，对命案更多的是“法律审”，尽管审理程序也要求由司到院，都要进行“事实审”，但通常的做法却不是这样，因为前者认为，“事实审”都在府县两级解决了。命案进入刑部后，更是“纸上供招”，刑部对基本事实的真伪无从覆核，只能从督抚的拟判及揭帖中推究案情事实。正如陈弘谋所说，一件命案发生后，地方官自接触案件始，就要为其“定性”。以后的逐级审转，也无不围绕此进行。因此，“狱贵初情”成为法司办案的不易之常经。乾隆二十二年（公元1757年）十一月，御史诸徐孙上奏，以“落膝初供，实为铁案”，“向例初验止申报上司，迨审拟题达，始删摘初详，一并咨报部科，设有增删，法司无凭稽核，应令该督抚即据各州县验详，报部备案”，如此“承审官于验报时自加意慎重，临审无敢浮游，而核转大吏知部臣已有文案可稽，难任迁就”。刑部据此议准：“嗣后州县遇有人命案件，讯取切实供词，并将案内人犯是否齐全及有无要犯未获之处，同验尸图格造册，于十日内申报督抚。该督抚即据

〔1〕“御史王柯奏请刑名宜遵律酌定成案事”，载《朱批奏折》，乾隆三年（公元1738年）九月十八日，中国第一历史档案馆藏。此奏后被收入《大清律例·刑律·断狱》“断罪引律令”条例，参看（清）薛允升撰：《读例存疑》卷四十九《刑律·断狱》“断罪引律令”条例，胡星桥、邓又天点注，中国人民公安大学出版社1994年版，第870页。

州县验详转咨部科备案。若承审各官有心翻案，删改原招或回护初供，迁就组合，照故行出入例议处。督抚不行查察亦照前例议处。”〔1〕这项定例的执行，使得一件人命案立案之初，刑部及都察院就掌握其初始案情。对于地方随意更改、颠倒狱情，在源头意义上具有很强的约束力。

清代地方各级衙署，均聘有刑名幕友，就是要尽量减少因刑部指驳而受到处分，但刑部仍能就“纸上供招”予以指驳。其中重要的就是“情理”与“逻辑”。嘉庆二十一年（公元1816年），泰安东乡富户徐文诰家被盗，文诰与弟文显持火枪自后楼施放，盗去而家中的武士柏永柱却中弹身死。知县汪汝弼以家长杀雇工人罪拟详，经济南府审转，按察使程国仁咨部结案时，刑部以一枪何能伤两面，且火器伤人乃故杀，据尸格驳回。济南知府复审时，刑逼徐文诰供认放枪故杀，将其判拟论斩。徐家人京控，刑部再次指驳，审出柏永柱是被盗所杀之事实。案件平反后，升任知州汪汝弼，被革职发往乌鲁木齐，其他官员降革有差。〔2〕

清代前期，对涉及官吏的侵贪、苛征、滥刑等类案件，多派钦差驰驿审理，也有效遏制了地方滥刑乱狱的发生。整体上，这一时期的司法运行正常，效率颇高，维系了国家机器的正常运转。

这一状况至嘉道时期开始发生逆转，问题也主要出在地方。不但积案累累，而且滥刑逼供，锻炼成狱，愈演愈烈。在近京的山东等省，“有当堂鞠讯之时，辄敢挺身起立，声言此处不能

〔1〕《清高宗实录》卷五百五十，乾隆二十二年（公元1757年）十一月，壬寅，中华书局1986年影印版。

〔2〕（清）包世臣撰：《包世臣全集·齐民四术》卷七下，李星点校，黄山书社1997年版，第388~393页。

审理，另赴他处控告者。地方官畏其凶横，不敢拿究，因而相率效尤，京控上控案益增多”^{〔1〕}。这形成了恶性循环。道光六年（公元1826年），掌京畿道御史李逢辰上奏说，地方官发明了“燕子衔泥”“蝎子倒爬墙”等种种酷刑，“以此勒供，何供不认？以此定案，何案不冤？无惑乎小民负屈求伸、赴京控诉之多也”。“而外省积习，部民赴上司衙门控告者，州县必嫉之；赴京控告者，该省地方官必共嫉之，一经交审，凡承问各员，彼此关照，不论是非曲直，必将原告百般楚毒，逼勒认诬，以为做此榜样，庶民间闻风害怕，钳口结舌，可以案凭臆断也。”^{〔2〕}曾在嘉道之交出任山东、江苏臬司、藩司幕友的包世臣称：他办案有“七分不公道”的底线。友人不解其故，因为“七分不公道”已难言“公道”。包世臣解释说，“案至两司，承审官已为被告，故本案之曲直与有司之平枉，以十分为率，官民各居其半，其在官之五分，难以言公道矣”^{〔3〕}。这都说明，地方司法的颓败已成积习难返之势。尽管有刑部这一最后关口，但皇帝之政“起于州县，终于州县”，其结果已不言自明。也可以说，逐级审转复核制度，是建立在中央的权威和吏治清明的基础上，是“程序法”中兼具“实体法”内涵的一项重要制度，而一旦它的基础发生倾斜乃至动摇，它就变成地方各级官员固结在一条荣辱共之的链条上，结成“共同体”妨碍乃至无法纠正哪怕是明显的冤假错案。

〔1〕 戴逸、李文海主编：《清通鉴》卷十二，清仁宗嘉庆二十五年（公元1820年），山西人民出版社1999年版，第5399页。

〔2〕 “御史李逢辰奏请严禁酷刑事”，载《军机处录副奏折》，道光六年（公元1826年）六月二十二日，中国第一历史档案馆藏。

〔3〕 （清）包世臣撰：《包世臣全集·齐民四术》卷七下，李星点校，黄山书社1997年版，第399页。

在中国法制史研究中，就断代史而言，以清代所出成果为最。举凡律例本身，乃至民事、刑事、司法、民族等方面，均有多项成果问世，未开垦的“处女地”少之又少。但如何从新的视角，利用新的方法与材料，重新审视并解读由传统走向近代的这一特殊历史时期法律的实际运行，从而为现实提供重要而客观可靠的借鉴，仍是法律史学人应该交付而未交付的答卷。罗洪启博士的《清代刑事裁判司法论证研究——以刑部命案为中心的考察》一书堪称是这方面有益的尝试。本书没有就律例本身讨论律例，也没有就案件本身讨论案件，而是把二者恰当结合起来，主要围绕清代司法官员在审判活动中如何认定事实，如何选择、解释法律这两个主题，通过命案进行深入剖析。这一探索打破了固有的法律史研究范式，值得肯定。特别是对我们国家正在试行的以审判为中心的司法改革，具有重要的现实借鉴意义。作者详细讨论了命案的“客观事实”与司法官员构建的“法律事实”之间的关系。尽管有的观点还有讨论的空间，作者的结论也不无商榷的余地，但他得出的“剪裁案件事实”以“移案就法”成为清代司法审判中司空见惯的做法，这一结论无疑是恰当而正确的。

由于受个人学术经历及旨趣的影响，我一直倡导对法律史进行“实态化”研究，不愿也无力做大题目。期望有更多的学人关注法律的实际运行及其实施效果，以便能够为当代的部门法提供客观而可信的资证，让法律史研究自然融入奔腾不息的法律社会，这或许也是它的生命力所在。

罗洪启博士在本科和硕士期间分别读的是中国哲学和文学，后来到中国政法大学攻读法律史博士。他很有才气，长于分析，精于理论思考，对研究方法尤有独到之处。我忝列他的指导老

师，与他交往，获益实多。每每回想在一起讨论问题的情景，慨叹岁月流逝之余，更为他不断取得的成就而由衷高兴。他的论文在答辩时，受到答辩组老师的激赏，后几经修改，即将交付出版。我在阅读时，感之而发，写下前面的话。

是为序。

林 乾

于2016年12月岁末

Contents 目 录

◆ 总 序	1
◆ 序	3
◆ 绪 论	1
一、问题与意义	1
二、基本概念	8
三、文献综述	10
四、材料与方法	23
五、创新与不足	29
六、结构安排	35
◆ 第一章 清代人命犯罪的罪名体系	37
一、引 言	37
二、律文之间的罪名关系	43
三、律文与条例之间的罪名关系	50
四、不同条例与不同门律例之间的罪名关系	60
五、结语：实质正义观影响下的律典结构	67

◆ 第二章 清代刑事裁判中的事实认定	70
一、引 言	70
二、发现主义——清代刑案事实描述的特征	76
三、清代刑案事实认定中的证据意识	83
四、清代刑案事实认定中的情理判断	95
五、结 语	107
◆ 第三章 清代刑事裁判的法律解释	110
一、引 言	110
二、清代刑事裁判法律解释方法的多元性	114
三、清代刑事裁判法律解释的功能	132
四、清代刑事裁判法律解释的价值取向	147
五、结 语	157
◆ 第四章 清代刑事裁判的形式合理性论证	159
一、引 言	159
二、断罪引律令：严格型形式合理性论证	166
三、比附援引：弱化型形式合理性论证	175
四、援引成案：形式合理性论证之延伸	189
五、结 语	204
◆ 第五章 清代刑事裁判的实质合理性论证	207
一、引 言	207
二、维护纲常礼教与教化百姓：实质合理性论证之 伦理取向	214

三、刑罚轻重比较与当事人利益考量：实质合理性 论证之现实取向	226
四、犯罪预防与社会控制：实质合理性论证之功能 取向	236
五、结语：实质合理性论证——由法外到法定的 演变	243
◆ 结 论	245
一、律、例、成案与情理	247
二、寻求“情法之平”的正义观	251
三、非规则型法与非终局性裁判	257
◆ 附 录	261
一、《驳案新编》“人命”案例表	261
二、“杀死奸夫”条例交叉援引本门及他门 律例表	280
三、《刑案汇览》“人命案”法律解释（部分）	286
四、《刑案汇览三编》援引成案案例表	300
◆ 参考文献	335