

明清例辨析

王 侃 吕 丽*

关于明清例的渊源、性质、表现形式、例律关系及在法制中的作用等问题,笔者与国内(包括台湾)的一些中国法制史、中国刑法史著述及法学词书的撰写者持有不同看法,现写出来同有关学者商榷,以求批评指教。^[1]

一、明清例的渊源与性质

关于明清例的渊源。很多书认为,明清两代沿用宋代以例断案的传统;^[2]宋例是审判案件的成例,是明清例与律并行之先例。^[3]这是不准确的。明清例与宋例虽皆有“例”之名,然其性质、表现形式以及作用却大相径庭。就与皇帝的关系而言,宋例是皇帝的特旨,而明清例不是圣旨,仅是经皇帝批准即“取自上裁”而“著为事例”的。^[4]宋例更确切说是皇帝的“特旨断狱”或“特旨裁断”;主要是皇帝对贵族官僚犯罪所做的恤刑处理,是不合常制、不许援引的“不可行之例”;只有极少数符合律义或量刑尚为适中的“可行之例”在法所不载的情况下可做“例子”援引。宋朝也并未形成“以例断案的传统”;实际上在宋朝形成传统的是以敕断案,而以例断案成为传统的则是明清,不是宋。也有书认为,明清例渊源于唐时的敕和五代至宋的指挥。^[5]虽然敕和指挥与明清之例都属于法律的一种表现形式,但敕与指挥是皇帝的命令,而明清例则不然,下文将详述这一点。还有书认为,明清例渊源于汉魏晋唐之比,^[6]台湾学者林咏荣也说“汉初所谓比,则为后世之例”。^[7]其实,汉比与宋朝的例和明清的例,三者内涵各异,但汉比与晋、

* 王侃为吉林大学法学院副教授,吕丽为吉林大学法学院讲师。

[1] 请参看王侃:《例律辨析》,《法学研究》1996年第2、第6期,本文为该文的姊妹篇。为简省起见,本文中所述的一些书中的观点,不一一摘引原文,请谅解。

[2] 持此观点的如:薛梅卿主编:《中国法制史稿》,高等教育出版社1990年版,第277页;张晋藩等编著:《中国法制史》,中国人民大学出版社1981年版,第309页。

[3] 《法学辞典》,上海辞书出版社1984年版,第566页。

[4] 《朝典汇》卷181。

[5] 参见张晋藩主编:《中国法制史》,群众出版社1983年版,第302页;陈顾远:《中国法制史》,商务印书馆1934年版,第33页,第133页,第94页。

[6] 参见前引[5],陈顾远书,第132页。

[7] 林咏荣:《中国法制史》,台湾1976年版,第42页。

后魏的“故事”与宋朝例子之“例”内涵相同，都是既存事例、成例之意。

关于明清例的性质。很多书都认为，例即作为判案根据的判例。^{〔8〕}而以笔者之见，明清例是单行法规，属于制定法，并非司法判例，而且也不只是问刑方面的，它包括各种性质的法律规范（即使问刑方面的例也不是判例）。这些例一部分附于明清律相关律条之后，大部分被收入明清会典和会典事例中。《古今图书集成·祥刑典》第27—38卷的《明律令》多摘抄明会典等书，其中除万历律和少数令外，都是例，这些例中没有一条是判例；第39—62卷的《清律令》，除顺治律和少数令、谕旨等外，都是顺治、康熙时的《刑部现行则例》，而明万历律和清雍正直至同治、道光律所附之例中也没有判例。另外，明清也不允许用判例断案。清朝把案例称为“成案”，《大清律例·刑律·断狱》的条例中明确规定：“凡属成案……一概严禁，勿得混行牵引，致罪有出入”。当然，有的成案是可以被改定为例的，但必须经过特定的法律程序，即由“刑部详加查核”；然后上奏，皇帝批准，方可“著为定例”，且为数极少。也有的书上说，明清例是皇帝对某一具体案件如何判决的诏令。^{〔9〕}实际上皇帝拥有最后的裁决大权，即特旨断狱或特旨裁断，根本没有必要对如何判决下诏令，假设皇帝需要给判决下指示的话，也不会用诏令，而用圣旨（明）、上谕（清）等。

有的书把“比附范例”也说成是例，认为清朝创制了一系列比附范例作为审判时所遵循的先例，由于广泛应用比附断案，使得条例不断增加。^{〔10〕}实际上比附范例并非“清朝的创制”，明朝就有，如《古今图书集成·祥刑典》38卷明万历律附例的最后有“条例申明”，说“颁布之后，一切旧刻事例未经今次载入，如比附律条等项悉行停寝”。比附范例在明万历律、清顺治律称“比附律条”，雍正律称“比附引律”，道光律则叫“比引律条”。它与例完全是两回事。例和律文一样明确规定犯罪及其处罚，而比附范例规定某行为为犯罪后，不直接规定其刑罚，而是“比依”、“比照”某罪处断。例如“骂亲王（或诽谤朝廷、骂三品以上官长、骂义父母）”要“比依骂祖父母律绞”、“发卖猪羊肉灌水及米麦等插和沙土货卖者比依客商将官盐插和沙土货卖者杖八十”。又如“女婿奸妻母，系败坏人伦，有伤风化，比依本条事例处斩”。另外，例是统治者根据形势需要因时、因地、因事制定的单行法规，而比附律条则是一次性制定的。

还有的书把《明大诰》也当成例了。^{〔11〕}从内容上看，《明大诰》包括“案例汇编、峻令、训导”三部分，主要是用来进行法制宣传的，其中的案例汇编也不是审理案件可以援引的判例，峻令虽可以援引，但它是令也不是例。

二、明清例的几种形式

明清例是因时、因地、因事制定的单行法规的统称，是臣僚就国家各方面问题及其如何解决所提出的“奏本”、“题本”（清多为题本），即所谓“臣工条奏”，经皇帝批准而奉为法律。奏本经

〔8〕 胡星桥等主编：《续例存疑点注》出版说明，中国公安大学出版社1994年版；《中国大百科全书·法学》，中国大百科全书出版社1984年版，第87页。

〔9〕 参见前引〔6〕，张晋藩书，第277页；曾宪义主编：《中国法律史简明词典》，中国人民大学函授学院1986年版，第131页。

〔10〕 参见前引〔6〕，张晋藩书，第325页；曾宪义主编：《新编中国法制史》，山东人民出版社1987年版，第359页。

〔11〕 张晋藩主编：《中国法制史纲》，1986年版，第42页称“以例补律的明大诰”，显然是把明大诰当作例了；叶孝信主编：《中国法制史》（新编本），北京大学出版社1996年版，第303页称“大诰及榜文也往往统称例”。

批准称为“奏准”，题本经批准称为“题准”，奏本、题本由有关部门讨论通过后上奏而被批准的则称为“议准”，例在公布时在其内容之前分别冠以“奏准”、“题准”、“议准”等字样。例如，成化三年“奏准：凡越境夹带、兴贩官、私盐至二千斤以上者充军”。^[12]再如，据《何乔新文集》记载，何在弘治时为刑部尚书，曾就官员“断罪往往有乖律意，承讹踵谬，不知其非”而提出“今之拟罪有当改正”的五条意见。弘治二年九月十八日刑部尚书何等具题，本月廿一日奉圣旨：这本内骂父母一条系干伦理，还著吏部会同户、礼、兵、工四部及通政司、六科，再将律意讲明来说，其余准拟。刑部把皇帝“准拟”的“有当改正”四条冠以“题准”公布，而骂祖父母则由刑部等“七司”、“六科”讨论通过后上奏，又被皇帝“准拟”，就以“议准”公布。例虽由皇帝批准，但要由有关负责机关颁布，而有的书上说皇帝“大颁条例”^[13]则不确切。

明清例涉及国家的行政、军事、刑事、经济、民事及诉讼等各个方面，包括各种性质的法律规范及行政规章，把例解释为刑事法规^[14]是不全面的。例经过定期分类编定，问刑方面的多附于相关律条之后，称“条例”，行政法规性质的多附于会典之后，称“事例”，各部、院、寺、监、府等衙门汇编本部门的法规称“则例”，如《户部则例》、《军器则例》、《料场则例》等，还有的称“条规”、“章程”、“细则”、“程式”等，如《祭祀条规》、《兵部职方司简明章程》、《法官考试任用施行细则》、《戡英殿聚珍版程式》等等。可见例的调整范围相当广，在明清的各种法律中，例占有相当大的比重，而且例是“因时酌定之常规”，最便于及时反映统治阶级在各个不同时期的意志和利益，所以国家、社会生活大量以例来规范，“清以例治天下”之说是颇有其道理的。

有的书上说，清律所附条例由三部分组成，即原例、增例和钦定例。^[15]这种说法主要来自于对《清史稿·刑法志》有关内容的片面理解。《清史稿·刑法志》中“于每条例之上分别原例、增例、钦定例各名目”^[16]等语，实际上只是就雍正律所附之例而言的，至乾隆时则“删原例、增例诸名目”。^[17]原例、增例、钦定例是“以时代为先后”^[18]划分的，原例即清康熙以前的例及被沿用的明例，有的书将原例解释为“康熙以前选自唐宋以来的例”^[19]是不确切的；增例即康熙年间增设的例；钦定例是指雍正时所定之例，而当时称之为“钦定例”并不科学，易给人造成误解，实际上原例、增例也是钦定的，只不过不是雍正钦定的罢了。关于钦定例，许多书都认为它包括皇帝的上谕，因为《清史稿·刑法志》给钦定例所加的注释就是“上谕及臣工条奏”。有的书又把“谕旨”、“特旨”与“上谕”相混，说“钦定例即皇帝谕旨及臣僚条奏核准的例”，^[20]“钦定例系特旨及内外臣条奏核准者”。^[21]事实上，上谕、谕旨以及特旨三者都不是例，而且三者也各有不同。

上谕是皇帝命令的一种，多是下达给大学士、学士及部、院、寺等机关和地方督抚大吏的指示。上谕具有临时性。上谕不是例，但有些例确是遵上谕而定的，即有的臣工条奏是根据上谕提出的，如“上谕：……作何处分，尔部详议，定例具奏”。^[22]由于这个臣工条奏是依上谕提出

[12] 《古今图书集成·祥刑典》卷29。

[13] 参见前引[8]，《中国大百科全书·法学》，第428页。

[14] 参见前引[9]，《中国法律史简明词典》，第206页。

[15] 参见前引[2]，薛梅卿书，第317页。

[16][17][18] 《清史稿·刑法志》

[19][20] 同[8]。

[21] 参见前引[6]，陈顾远书，第138页；张晋藩书，第302页。

[22] 《古今图书集成·祥刑典》，卷55。

的,故公布时不冠以“题准”等字样,而用“奉上谕”。如康熙十一年闰七月十四日“奉上谕:谕刑部……近见内外问刑衙门常有滥用夹棍致毙人命者……若有不应夹讯之人,擅用夹棍,及罪不至死,径行夹死者,应作何处分,尔部会同吏兵二部定义具奏,特谕。”而刑部等“钦遵,嗣后……问刑官员若将案内应夹(但)罪不至死、干连之人夹讯。即时身死及将案内不应夹讯之人夹讯,被夹之人即时身死,……将审问官交与该部,若有别项情由,照情由议罪。”^[23]当然更多的例并非“奉上谕”;而是“遇事而定”的“议准臣工条奏”。

谕旨。不少书把它与上谕相混淆,包括《清史稿·刑法志》的作者。他先将“钦定例”解释为“上谕及臣工条奏”,后又说“每届修例,第将历奉谕旨及议准臣工条奏,节次编入”,这可能是对《大清律例》奏疏中的话的误解所致。据嘉庆十九年的刑部奏疏:“凡钦奉谕旨及议准内外臣工条奏……除止系申明例禁、无关议拟罪名者勿庸编辑外,其有关罪名轻重,应纂辑为例者逐条编入”。这是说或奉谕旨或是臣僚提出修改的题本(即例)这次应该(继续)修定为例的逐条分门别类地编入,并非把谕旨编为例,因为例的内容改动“未协之处,悉经谕旨改正”,就是说,有些例的改动是“钦奉谕旨酌改”^[24]的。谕旨与上谕虽都出自皇帝,但也有区别。从形式上看,臣僚对上谕有用“奉”或“钦奉”的,也有不用的,对谕旨则全都用。上谕多是对某部院或某臣僚晓喻道理,然后做出指示,而谕旨则以法律规范语言直书其事,包括假定、处理和制裁三要素;上谕个别的被收入则例中,谕旨则全收会典。上谕与谕旨的区别还表现在有的上谕又在同年同月同日的会典中以“谕旨”形式将其主要内容重新发表,如康熙十四年《刑部现行则例》“十月初九日奉上谕……投贴匿名揭帖者,愈加猖炽。如果系有裨国家之事,不妨明白启奏。况且设有通政司衙门,令其上达。此等凶恶之徒并不知国家事务,捏造悖谬言词,妄行投贴,大干法纪,理应从重治罪,以惩凶恶之辈。嗣后如有投贴匿名揭帖事犯者,将投贴之人及知而不首者,俱著即行处死,若傍人出首者授以官职,奴婢出首者,令其开户,俾得其所。著即通行晓谕在京官员并八旗、包衣、佐领、卒者、库军、军人等知悉”。而谕旨则用法律规范语言表述即:“凡有投贴匿名揭帖者,将投贴之人及知而不首者,俱著即行处死,若傍人出首者,授以官职,奴仆出首者,准其开户,钦此。”^[25]上谕的内容改由谕旨重新发表,足以证明两者有别:谕旨是法律规范,而上谕只是皇帝的命令。

特旨即皇帝的特殊决定,多是“因人而请”或“因事而设”的,^[26]即对某人某事的特殊决定,多“出于法令之外,不复经由朝廷”^[27]。特旨与谕旨、上谕的区别主要是,特旨“不合常制”,而谕旨、上谕则是合常制的;另外特旨也没有被收入则例、会典之中的。

三、明清例的援引

有的书认为,明清例便于司法官随心所欲地援引,以行其私。^[28]实际上,明清对于例的引用有着明确而严格的规定,严防和惩戒官吏以例谋私:

[23] 同上,卷56。

[24] 《大清律例》乾隆、嘉庆时奏疏。

[25] 《古今图书集成·祥刑典》,卷57。

[26][27] 《宋会要辑稿·刑法·格令二》

[28] 张金鉴:《中国法制史概要》,台湾正中书局版,第38页。

首先,规定“例有新者,则置其故者”;^[9]“新例行,旧例既废”。^[10]所谓“旧例”有两种含义:一是指废例,即修例时,有的例未被编入,这些删除的(旧)例,不得引用。明万历律附例、清顺治律附例的最后都有“条例申明”:“颁布之后,一切旧刻事例,未经今次载入,……悉行停寝”。^[11]《续通考》也说“对敢有恣任喜怒……将以前未经采入事例,辄敢比照,……照旧例分别重处”。《大清律例·凡例》说得更明确“……其有从前例款,此次编辑所不登入者,皆经奏准删除,勿得以曾经通行仍复援引,违者论如律。”

清朝有些例规定的是特定地点特定的事,在特定期间内有效,事过之后,就恢复“旧例”,这个所谓旧例是原有之例。如谋叛律附例有“闽粤等省不法匪徒潜谋纠结复兴天地会,抢劫拒捕者首犯与……俱拟斩。……俟数年后,此风渐息,仍照旧(原)例办理。”可见废例一律不许引,原有之例在特定时期内不许援引。

其次,规定“移情就例”、“妄行引拟”、“妄引榜文条例为深文者”罪之。例如明朝的“条例申明”规定:“问刑衙门敢有恣任喜怒,妄行引拟或移情就例,故入人罪,苛刻显著者,各依故失出入人律坐罪。”《大清律·名例》的“断罪引新颁律”条的附例规定:“凡问刑衙门敢有恣任喜怒,引拟失当(即妄行引拟)或移情就例,故入人罪,苛刻显著者,各依故出入律坐罪”。

再次,比附引律时,“本有正条”而任意删减,或不引用“正条”而用“别条”者,罚之。据《大清律例·名例》中“断罪无正条”的附例规定:“若律例本自有正条,承审官任意删减以致情罪不符及故意出入人罪”或“不行引用正条而用别条以致可轻可重者”,“将承审之司员指名题参,书吏严拿究审”;并各按本律治罪。任意删减,不引正条尚且有罚,随意援引岂能无罪?

在明清,不仅不能“随心所欲地”引例,就是法所允许的“举重明轻”、“比附”,而在例内未曾提及,都“不敢悬揣为举重明轻”,又“不敢以新例而比附”,只能死抠例文,明知“轻重悬殊”,仍“不得不遵照例文”定罪。《古今图书集成·祥刑典》卷65转载的刑部禀报事的一案就是典型例证。康熙廿九年据“直隶巡道看得献县居民李进宝家被盗一案”中,一伙“九人分执刀枪等械……纵火焚烧,致事主父母先后殒命,衣物首饰牛羊驴等物罄劫一空。……(同伙)刘朴于事发之前赴县投首,张均、孙和宇闻拿自首”,即“刘朴自首于未发之前,张均、孙和宇投首于事发之后,各犯于上盗之时,了望把风,并未下手纵火,其先后投首,情实可悯。”但断案者认为查律文开载:“凡自首,除杀死人、奸人妻女、烧人房屋不准自首”等语,又现行例开载:“强盗未经下手杀人自首者,果无动手,并无分隙,主谋依强盗伤人不死,免死充军”等语,是专指杀伤人而言,亦并未及烧人房屋也。虽纵火之罪差轻于杀人,而新例无比附之条,故判“赵本立、杨四(均主犯、纵火者)、刘朴、张均、孙和宇合依强盗烧人房屋、不分曾否得财,俱照得财律拟斩梟示。……伏候院裁。”“院驳:为照定例内除强盗再犯、杀死人命、奸人妻女、烧人房屋者仍照律不准自首外,凡事发查拿时自首之强盗内有伤人不死者,拟绞;如不伤人者,照知人欲告而自首例减二等律拟徒等语。查刘朴系自行投首,张均、孙和宇系闻拿自首之犯。当日行劫李进宝家时,放火烧死二命,刘朴等三犯并未下手。今该道拟以梟斩是否允协,合行查议。”退回再议,而道又“议得强盗杀死人命、奸人妻女、烧人房屋三者俱恶极罪大,故不准其自首,此从前定例也。”恭逢天子……于廿九年正月内奉有新例:“凡事发,查自首之强盗,如有伤人不死者,遣戍;如不曾伤人

[9] 《请会典》卷54。

[10] 《中华两千年史》卷5。

[11] 《古今图书集成·祥刑典》卷38、卷49。

者,照知人欲告自首减二等律拟徒。……若烧人房屋之盗较杀死人者,似为差轻,彼未下手杀人者,既得从轻,则烧人房屋而未下手者,亦得准其自首。今李进宝失事案内贼犯刘朴系事未发而自首,张均、孙和宇事发闻拿自首,俱可分别免罪、减等。但奉行新例,止有杀死人命之句,而未并及烧人房屋与奸人妻女之处,既不敢悬揣为举重明轻,又不敢以新例而比附援引。是以本道无例可援,不得不遵照例文,仍拟斩臬示众。明知“其间轻重悬殊,又不得不奏请定夺”,并“拟请确议定例”即“凡有强盗奸人妻女、烧人房屋内如有自首强盗未经行奸、放火者,应否与杀死人命不曾下手之强盗一例减等免罪?”该案后经刑部:“查强盗再(又)犯杀人行凶,身自投首不免,同伙虽杀人行凶,自行投首之强盗未经下手,事未发投首或事发投首俱减等免罪。据此,事未发投首未经放火之刘朴合改照犯罪未发而自首者应免罪,未经放火事发投首之孙和宇、张均合改照知人欲告而自首者减二等,杖一百徒三年。……康熙州年闰七月初十日题。十二日奉旨:赵立本、杨四俱著处斩臬示,余依议。”从所引案例可知,断狱者明知“烧人房屋之盗较杀死人命者为差轻,彼未下手杀人者既得从轻,则烧人房屋而未下手者,亦得准其自首”;明知“律有举重明轻和比附”之条,如认“差轻”就应用“举重明轻”,如认相似,则可比附“新例”;明知对刘朴等三人所定之罪所处之刑与赵本立等人之罪和处刑“轻重悬殊”,但他们怕坐“引拟失当”或“移情就例”之罪,宁肯死守“例文”而错断,也不敢据实而推理用例。如许“随心所欲地引例”,岂能明知而错判。

四、《清史稿·刑法志》的错误

清例如同明例一样,在法制建设中起着积极而且又极为重要的作用,但《清史稿·刑法志》却认为:“盖清代定例,一如宋时之编敕,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。”很多书也引这段话来说明清例是破律的。这段话中有许多自相矛盾和不确切之处:

其一,一方面说清例“如宋时之编敕”,另一方面又说清例是“破律”的,自相矛盾。把清例比作宋时之编敕,无疑是非常正确的,宋敕虽然是君主权力的表现,但毕竟是皇帝在“律不足以周事情”即律不能适应不断变化的社会生活情况下,为了维护和发展有利其统治的社会关系和社会秩序,而在各个时期颁布的法。清朝制定例的原因、目的以及例的性质、作用等都和宋朝颁敕完全相同。宋敕和清例皆是补法之不足的,随时代发展,又都成为宋清主要法律形式之一。但在宋朝敕并未代律,在清朝例也未代律。在宋朝是“律所不载,一断于敕”,^[62]律有所载,自然用律;在清朝是“有例不用律”,^[63]没有例,定然用律(详后)。宋敕与清例“皆因时立制,不尽垂诸久远”,^[64]过一定时间,对敕、例进行编选修订,宋叫编敕、清称修例。可作者又说“清例破律”,这等于说清例不是法,从而把是法的清例和与其仅字同、音同,但不是法的宋例(不可行之例)混同了。

其二,“因例破律”的说法也是错误的。清例与律是具有同等效力的法律,律例并称,内容上相互协调,彼此吻合。清律(从顺治到同治)的“断狱”、“断罪引律令”条中明确规定:“凡断罪皆须具引律、例,违者笞三十。”《大清律例》的附例中多有“照律、例分别议罪”、“依本律、本例问

[62] 《宋史·刑法志》

[63][64] 《清史稿·刑法志》

拟”。清律的“有司决办等第”条的附例则规定：“凡审办逆伦重案，除子孙殴伤、误伤、误杀及过失杀父祖仍各照定例办理外，其子孙殴杀父祖之案，无论是否因疯，悉照本律问拟。”判案既引律又引例就说明律例各自规定的刑罚是互相协调，彼此吻合，并不是互相抵牾的，正如乾隆时刑部尚书傅鼐所说“例为因时制宜之良规，故凡律所不备，必藉有例，以权其大小、轻重之衡，使之纤细比附归于至当”。^[65]实际上以例破律的只有宋代，因此宋代的皇帝才屡次下诏强调“不得用例破法”，官员也频频请求“废例守法”。而清代的情况则不同。考清代史籍，未见有一个皇帝和官员讲过清“以例破律”的话（明朝也是如此），而只有《清史稿·刑法志》的作者（民国初年的官员）如是说，未免武断。

其三，说例与例之间“前后抵触”，并进而说例与律之间相互矛盾，这种说法也不确切。首先，例与律之间存在的不是矛盾，而是差异。所谓“矛盾”、“抵触”，是指例与律原则上相违背，例所规定的刑罚与律也大相径庭，而实际上定例要与律义相合，基本精神是一致的。正是鉴于律例之间存在差异，清朝的大臣曾提出“律例须归一贯”，也即“律例之分别者，合之；新旧之不符者，通之；轻重可议者，酌之，各期尽善”。^[66]其次，例与例之间也并不抵触，只是新旧例之间可能由于立法技术上的问题而存在“未协”、“参差”等问题，这确切讲也是差异，而并非矛盾。修例恰恰是解决这方面问题。

其四，说“律既多成虚文”不够全面和确切。所谓“多成虚文”即绝大多数律条被例所取代，而事实并非如此。从理论上讲，律为一定不易之成法，是“历朝之大法”，被称之为“正律”，是法之“纲”，而例是辅律的，“凡律所不备，必藉有例”，是法之“目”，“例为因时制宜之良规”，从而使清律“纤细比附，归于至当”，所以“刊入之例，必将某条附载某律之处，确切不移，使宏纲细目，大小咸该。”如果出现律条与例文重复，当然删除作为“目”的例文，所谓“罪有本律，而例重复者，即行删除”。^[67]但有的例根据时代的需要对律条中规定的某些刑罚作适当的改正，如律对谋反罪的缘坐者处刑是“年十六以上不论笃疾、废疾皆斩，其男十五以下及（正犯）之母女妻妾姊妹若子之妻妾给付功臣之家为奴”，条例改为“男犯十六岁以上者发新疆给官兵为奴”，其他缘坐者更具体化为“缘坐妇女及男年十岁以下者……酌给有力的满洲、蒙古、汉军大臣文职三品、武职二品以上官员为奴，如十一岁以上，十五岁以下者牢固监禁，俟成丁时发往乌鲁木齐等处安插”。又如对谋叛者家属的处刑，律规定：“父母、祖孙……皆流二千里安置”，而例改为“缘坐流犯改发新疆酌拨种地，当差”。^[68]这仅仅是律中某罪中的某一种处刑“成为虚文”而已。必须指出，尽管有的律附例十几条至几十条，但例只是在律条的基础上把律文的规定补充得更具体、详尽、全面，而不是代替，更不是取消律所规定的内容。至于例在刑罚上对某些律的更改，无论如何也不能说成是“律既多成虚文”吧？仅以道光律所附条例来看，就没有一条律文完全被例取代而成为“虚文”。

五、对“有例不用律”的误解

有的书把清朝所谓“有例不用律”，理解为以例代律，^[69]这是一种误解。首先，“有例不用

[65][66][67] 《钦定大清律例》奏疏。

[68] 《古今图书集成·祥刑典》

[69] 参见钱大群主编：《中国法制史教程》，南京大学出版社1987年版，第323页；前引[6]，张晋藩书，第303页。

律”、“有例则置其律”是指某种情况下例有新规定的,则不用律,而无例的,只能用律。以道光时《大清律例》来说,律文为436条,附例为1766条,而每条律所附之例多少不等,多者几十条,少者一二条,还有143条律并不附例。不附例的律多是吏、礼、兵律,有的不附例的律占本“门类”的一半或一半以上,如《吏律·公式》是14条,有7条律不附例;《户律·婚姻》是17条,有9条律不附例;其《课程》是8条律,有4条不附例;《礼律·仪制》16条中的8条律不附例;而《兵律·宫卫》16条,竟有11条律不附例;《刑律·骂詈》才8条律,而6条不附例。这些不附例的律条断案时可以用来定罪量刑。

其次,有的律条尽管附很多例,但犯者只犯律条中所规定的范围,断案时就不依例,而必须按律文定罪。如《刑律·贼盗》的白昼抢夺条,只在白昼不持凶器而抢夺人财物者,按律论处,如在夜间抢夺,在律无文,则条例规定:“在夜间(抢夺)为窃盗”;如有犯就依例按窃盗处刑。又窃盗律虽然附例29条之多,但并未规定盗一两至百两的处罚(因律已有规定),有犯,自然照律问罪,但盗百廿两者,律虽规定处流三千里,而例又规定:窃赃数多,罪应满流者,改发充军,如有犯自然不依律而按例的规定充军,这就叫“有例不用律”。

再次,例虽然规定许许多多犯罪情节以补律,并规定了相应的刑罚,但许多例规定的刑罚并不是徒、流等具体的刑罚,而是援律处罚,如“依律治罪”、“照律坐罪”、“依律问发”、“依律定罪”、“照律收赎”、“依本律定拟”等等。有的更具体,如“照谋、故殴杀及殴伤大功尊长律分别治罪”、“照发冢、开棺现尸律拟绞”;而《刑律·捕亡》的罪人拒捕条有一则关于捻军的例,其中除杀伤“捻匪”勿论外,有五种情节都是依律定罪的。当然,更多的例是既依律又按例,如白昼抢夺条附例规定:“……抢掠田野谷麦蔬菜与饥民爬抢及十人以下,又无凶器者,仍依抢夺本律科断;……聚至十人以上及虽不满十人但经执持器械倚强肆掠,果有凶暴众著情事者均照粮船水手之例,分别首从定拟。”^[40]而粮船水手例的治罪又是依律的,“粮船水手伙众十人以上执持器械抢夺,为首照强盗律治罪……如十人以下又无器械者,照抢夺律治罪”。^[41]

可见,清律并未被例所代替,尽管例的数量后来四倍于律,但律在司法审判上的作用仍是不可替代的,依然发挥重要的作用。

六、例以辅律,非以代律、破律

许多书都认为:明清例“固有破律之弊害”,^[42]是“以例破律”,^[43]这种说法未免有失片面。

首先,例的制定是以律为基础和依据的,“贵以律而定例”,^[44]例之精神、原则应与“律义相合”;即或有些例的刑罚轻重于律,也是适应统治阶级的需要因时而定,不是违背律,而是补律之不足。弘治时刑部尚书何乔新就说“例以补律之不及”,“刑部官言:例以辅律,非以破律也”;^[45]万历时刑部尚书舒化讲“立例以辅律”。^[46]可见明例不似宋例。宋例是皇帝的特旨断狱

[40][41] 《大清律例》

[42] 参见前引[8],《中国大百科全书·法学》第53页;前引[6],张晋藩书,第323页。

[43] 参见前引[6],张晋藩书,第277页;前引[11],叶孝信书,第336页。

[44][46] 《续通考》

[45] 《明史·刑法志》

或特旨裁断,多是不合常制的“不可行之例”,是“不法”的,“揆之于法,大相抵触”。^[47]官吏为循情营私,援不可行之例为罪犯减刑、免罪、免死上奏,这才是“以例破律”。明清虽然也有“特旨断狱”、“特旨断罪”,其刑罚也多为减刑、免罪、免死,也是“不法”的,与律“大相抵牾”,但不叫例,也不许援引,从而杜绝了破律之路。

其次,例是应形势发展需要“因时酌定”以补律所未备。社会情伪无穷,而律“成而不易”,这一矛盾主要由例来解决。《大明律》颁布后,朱元璋在《祖训》中告诫:“凡我子孙,钦承朕命,勿作聪明,乱我已成之法,一字不可改易”。^[48]而以明律区区四百余条,无法把社会上形形色色的犯罪囊括无遗,也无法适应不断变化发展的社会形势。为了适应社会需要,必须制定新法以补充之,新法“或由诏令,或发廷臣奏议(即例)”。而例既能发挥机关的效能和官员效忠的积极性,又不失乾纲独断,例的颁布,也比诏简便得多。于是大量地制定例,诸多问题都通过例解决了,比如刑罚“律有重而难行,故例常从轻,不无过轻而失之;律有轻而易犯,故例常从重,不无过重而近于苛”。^[49]又如伪造印信,例规定不问何物造成,皆斩。洪武三十年制定的赎罪事例“例得纳赎”比“律得收赎”的对象扩大了,赎金也提高了。永乐十一年规定:斩罪情轻者赎钞八千贯,绞及榜文、例规定的死罪赎钞六千贯,杖罪千贯,笞罪五百贯。随着社会经济的发展和社会生活的不断变化,明朝为维护其社会秩序,巩固其统治,制定了数千、万条例,除附于律文之后者外,都收入会典等书中。

再次,律为法之大纲,概括简要,“律文深奥”;“或百司官吏讲解未明”,“或一字之文而害一条之义”等,例则针对由此而造成的司法实践中断罪不当的情况,加以具体规定,防止官员断案可能违背律之本意,从而使情法相当,以例之“零节细目”补律、辅律。例如,明律规定:“凡因事威逼人致死者杖一百,追埋葬银十两。”“律意谓诸色人等或逼取田园或强索财物;或见其愚弱而恐之以罪;或因卑贱而胁之以威,其人畏威、慑势,以至自杀者,坐以前罪,仍追埋葬之资给与死者之家”,而有些官司对“愚夫愚妇或一时言语忿争,或偶因酒醉戏骂,本无用威挟势陵逼情由,愚民轻生、辄便自尽者,往往问拟威逼罪名,追给银两。……(使)贫窘者潦禁连月,甚至于鬻子女、典房屋而后完纳。”因此,例规定:“问刑衙门,今后遇有此等囚犯,研审明白,果系因事威逼人致死者,依本律科断,若因一时忿争或因醉、戏谑、互斗等项,致人轻生自尽,别无逼迫之情者,止依不应为殴骂人等项律条科断,不必追银。”^[50]

七、“例愈纷”与“弊无穷”并无直接因果关系

诸书普遍认为:明清时期,广泛用例,例的数量日益增多,以至奸吏枉法出入人罪,极大地破坏了法制,^[51]如《明史·刑法志》所言“例愈纷,而弊愈无穷”。这种说法不准确也不全面。

首先,“例愈纷”是明清法制发展的必然。明清各统治二百六七十年,在这漫长的岁月里,社会不断发展,阶级矛盾、民族矛盾日益尖锐复杂和激烈,需要用法来调整这些社会关系和巩固

[47] 《古今图书集成·祥刑典》卷23。

[48] 《明太祖实录》卷82。

[49] 同[50]。

[50] 《古今图书集成·祥刑典》卷30。

[51] 参见前引[8],《中国大百科全书·法学》,第429页;前引[9],薛梅卿书,第278页。

统治秩序,而明律“不可改易”;清律“未之或改”,统治者只能颁布例了。所以,明清例的数量虽多,但“例愈纷”是维护、巩固其统治的需要。

其次,例确有其弊端,但例之弊并非“无穷”。例自身确实存在不少问题,如在立法技术上多不采用抽象、概括之法,而是采用客观、具体之法,所以例是“因一事而生一例”,⁶²⁾甚至同一内容的例,如清朝逃人例,制定近百条例延续几十年,经顺、康两代。又如明例在内容上存在“事本一类,乃分载各条”⁶³⁾的重复,“宜于前而不宜于后”的过时,直至“甲是乙非,未经画一”的差异等等。⁶⁴⁾这是例之“弊”,而例之弊并非“无穷”,明朝对例进行编纂修订,清朝对例五年一小修,十年一大修,一些问题基本能够解决。

再次,“奸吏玩法、任意轻重”并不源自例的行用,非用例时代所独有。没有例的汉魏、两晋、南北朝、隋唐等朝官吏不也舞文弄法、徇私屈情、出入人罪吗?但这是封建社会普遍现象,是由封建制度本质所决定的,并不是由例所使焉。《明史·刑法志》作者把奸吏枉法、任意轻重全归到例上是有欠公允的。

最后,例并非破坏法制,而是完善法制。例以“因时酌定”为特点,最能及时地体现统治阶级在各个不同时期的利益和要求。如为了维护王朝的政治统治、经济利益和镇压各族人民的反抗,清例及时地扩大律所规定的反逆罪、叛罪的内容、范围,把“纠众戕官、反狱,倡立邪教”纳入叛逆,把“歃血订盟、焚表结拜弟兄”,或“止序齿结拜弟兄,聚众十数人”,或闽粤等省复兴天地会等归入谋叛罪以及扩大强盗、白昼抢夺、窃盗、受赃等罪的范围,这就大大严密了法网。随着时代的发展,例的数量必然是愈来愈“愈纷”,尤其是清朝“以例治天下”,各部门的例多达数十种,数量不止千、万条,问刑方面的例也不下数千条,这正是完善和加强法制的需要。

62) 《清史稿·刑法志》

63) 《明史·刑法志》

64) 同 60)。