

清代成案的效力和 其运用中的论证方式

))) 以5刑案汇览6为中心

王志强^x

内容提要: 以5刑案汇览6中运用成案裁决案例的基本史料为基础, 并借鉴现代判例制度的理论, 从法律推理的角度探讨成案的具体论证方式及其中所体现的法律思维过程, 可以较为清楚的认识清代成案制度的性质、特色以及当时法律结构的模式。清代成案具有较明显的司法效力, 是一种重要的法律渊源; 清代对成案的运用已形成一套富有特色、较为复杂的论证方式, 但与现代判例制度相比, 在区别技术方面具有明显的缺陷。这是当时的权力分配体制和法律思维方式共同作用的产物。

关键词: 清代法律史 判例制度 刑案汇览

/ 成案0之名, 至少在明代已经出现。¹ 清代成案是由司法官僚集团基于审判活动自行创设的先例, 狭义上/ 俱系例无专条、援引比附加减定拟之案0,² 指对法无明文的类似疑难案件进行比附处理的旧案; 广义上则包括所有高层司法机关(主要是刑部) 批准或办理的旧案。本文所论成案, 概就广义而言。

中国学者对清代成案有所关注, 研究涉及成案运作的大致方式、资料的存世概况等基本问题。”在海外, 上世纪初, 日本学者就注意到成案在司法中的意义, 将其归类于/ 不文法0 (即不成文法);³ 而小口彦太的相关成果中, 以5刑案汇览6为中心, 对成案在清代司法中的具体运作方式、与制定法的关系及其效力进行了细致的实证性研究。⁴ 已有研究显示, 成案

^x 复旦大学法学院副教授。

¹ 参见苏亦工: 5明清律典与条例6, 中国政法大学出版社 2000 年版, 第 55 页。

² 5刑案汇览#凡例6, 棠樾慎思堂道光十四年刊本。

³ 参见郑秦: 5清代司法审判制度研究6, 湖南教育出版社 1988 年版, 第 156 页以下; 郑秦: 5清代法律制度研究6, 中国政法大学出版社 2000 年版, 第 66 页以下; 前引112 苏亦工书, 第 55 页以下; 郭建等: 5中国法制史6, 上海人民出版社 2000 年版, 第 121 页以下; 何勤华: 5清代的法律渊源6, 5中国社会科学6 2001 年第 2 期。

⁴ 5清国行政法6 (第一卷), 台北南天书局 1979 年版 (影印/ 临时台湾旧惯调查会0 大正四年排印本), 第 40 页以下。

⁵ 小口彦太: 5清朝时代N裁判K) 1 k 成案N役割K D# F))) 刑案汇览 r b H K 7 F 6, 5早稻田法学6 57 卷 3 号, 1982 年, 第 345 页以下; 小口彦太: 5清代中国N刑事裁判K) 1 k 成案N法源性6, 5东洋史研究6 45 卷 2 号, 1986 年, 第 81 页以下。

在清代司法中具有相当重要的地位。中央刑部的成案在司法实践中对地方和刑部自身处理类似案件都具有指导性的作用,在不少案件中具有法源的意义。

本文拟在既有研究的基础上,澄清清代成案在司法实践中具有的实际效力,并借鉴现代判例制度的理论,从法律推理的角度探讨成案的具体论证方式及其中所体现的法律思维过程;以此为基础,对清代成案制度的性质、特色以及当时法律结构的模式进行相应探索。

由于中国古代的国家法领域素以中央制定法为中心,因此清代司法实践中,与律例规定对应明确的普通案件中,不必援引和参考成案。通常在相关制定法规定模糊、甚至完全缺失时,成案才大有用武之地。在这一背景下,本文选取5刑案汇览6作为基本史料,因为其中所收基本上都是针对/例无专条、情节疑似0之案的说贴、成案、通行^⅜及中央刑部其它办理该类案件的文牍或摘要。这些/例无专条、情节疑似0的疑难案件,恰恰正是成案作用最为显著的领域。限于篇幅,本文所引5刑案汇览6仅限其本编,而不包括5续增6、5新增6、5续编6和5三编6等后续之作。

一

在清代,成案始终未获得制定法的正式认可。5大清律例6中明确规定:/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。0[△]这一条例制定于乾隆三年,纂定后终清一代始终有效,成为高悬于成案之上的达莫克利斯之剑,随时可以落下,使官员们苦心检索而得的成案效力转瞬之间化为乌有。[△]

从成案与制定法的关系而言,毫无疑问,在效力上成案处于辅助律例的从属地位。首先,对于刑部官员,在援引次序上,制定法具有明确的优先效力:/总之本部办理刑名,均依律例而定罪,用新颁律例,则仍以最后之例为准。至律例所未备,则详查近年成案,仿照办理。若无成案,始比律定拟。0[△]

其次,成案与制定法及其推理的结论矛盾时,都可能被直接归于无效。既有研究中其例已多,不必赘举。即使钦定之案,亦同样可能失效。嘉庆二十四年,陕西李氏兄弟合谋勒死其母,案发后因案犯身患重病,该知县越权擅自将其杖死,获得皇帝认可,免于追究。/臣详绎谕旨,系恒情定谳,为一时权宜之法,并非定例。设各属希图省事,皆援案杖毙,使梟獍逃显戮,殊不足以昭平允。0相关案件的地方官/援案杖毙,殊属不合0,受到处分。[△]在另一

^⅜ 说贴,据5刑案汇览#凡例6:/刑部说贴始自乾隆四十九年,因各司核覆外省题奏咨文并审办词讼各案逐一拟稿,呈堂阅画,遇有例无专条、情节疑似者,当经批交律例馆覆核,于核定时缮具说贴,呈堂酌夺,再行交司照力0。沈家本对说贴有更详细的类似说明,参见沈家本:5沈寄 先生遗书#寄 文存6,中国书店1990年版,卷六53刑案汇览三编4序6,第961页。通行的含义,参见后文。

[△] 5大清律例6卷三十七/刑律#断狱#断罪引律令0条例,法律出版社2000年版,第596页。

[△] 小口彦太对5刑案汇览6中成案的效力被否定的34例情况进行了逐案研究,指出其可能因年代久远,或未著为定例,或与制定法抵触等情况,而被归于无效。其中,因未著为定例而被否定是影响其法源性的关键因素。参见前引152小口彦太文2,第86页以下。

[△] 5刑案汇览6卷二十三/因奸致死养媳议复棘寺签商6。具体的例示可参见前引152小口彦太文1,第364页。

[△] 参见5刑案汇览6卷四十四5逆伦凶犯病危不得率行杖毙6。

案件中,刑部也明确指出:/至粟癸伤之案,系奉旨随案惩创,既未著为定例,未便援引。^{0^v}

复次,成案的分歧等问题,相当程度上通过制定法来加以解决。在成案互歧的情况下,可以通过申明制定法以明确规则:/检查历年办过无服尊长抢窃卑幼财物互相杀伤之案,有照凡人问拟者,有照亲属相盗杀伤之例,仍依杀伤无服尊卑长幼本律问拟者,只缘原例内未将/无服字样.载明,以致办理歧异。自应申明例义,酌加修改。^{0^w}在成案的选择上,也主要以制定法为依据。如道光七年一案的处理中,刑部讨论了嘉庆六年和道光五年两件成案,反复阐明律例,强调前者与制定法不符,且系远年成案,而相反,后者的效力则与律例相符,得到肯定。^k而如果成案与制定法规定相一致,则虽远年成案也可能仍获认可。如嘉庆七年援引乾隆九年成案,但与法意相符,仍得到首肯;^y再如,道光五年引乾隆五十六、五十七年案,/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。^{0^z}

制定法在否定成案的效力后,不仅使目前案件的裁判不同于成案,在个别情况下,甚至还将改变成案的既判力。如广东省嘉庆十二年李进元案、十五年杨云登案和十六年李阳孙等一案,均因与嘉庆十六年该省何其典案中刑部咨复所阐述的制定法原则不符,虽原判决经过部复并已在执行中,仍然将其全部改判,重新执行。^k

二

在明确成案相对于制定法的从属地位后,成案在司法实践中的效力更应受到关注。因为可以看到,中央刑部作为当时最高级别的专门司法机构,/天下刑名总汇⁰之地,其审判疑难案件的司法实践中,成案在有相应制定法条款时的解释作用、无相应条款时实质上的规范作用,实际上切实有效地发挥着,并不断得到部门长官乃至最高统治者的认可。^l5刑案汇览⁶中,在具体案件的裁判中实质性援引成案的数目,据粗略统计,共 367 件。^l其中,明显

^v 5刑案汇览6卷三十五故杀十岁以下幼孩仍拟斩候6。

^w 5刑案汇览6卷十八亲属抢窃杀伤分别尊卑科断6。

^k 参见5刑案汇览6卷十三拒伤事主分居亲属与事主同6。

^y 参见5刑案汇览6卷四十一祖坟被刨殴死功尊准其夹毙6。

^z 5刑案汇览6卷二十六母被逼嫁其子捕殴奸夫致毙6。

^l 参见5刑案汇览6卷五十四夺犯杀伤并非官差请示6。

^l 参见前引152小口彦太文 1,第 347 页以下。

^l 这一数字与小口彦太的统计结果 465 件有较大差距,参见前引152小口彦太文 2,第 84 页。这恐怕主要是由于统计的对象界定有所不同。本项统计中,非针对具体案件、而是对抽象事实的刑部咨复中提及成案者不计,如 5刑案汇览6卷十四投首洋盗滋事监禁亲老留养6、卷二十六殴奸盗及放火凶徒成笃毋论6、卷三十二疯病之人毋论旗民均应锁锢6、卷三十七殴人内损照破骨伤保辜6、卷五十八驻防解送人犯知会地方协解6,等等;同时,纯粹为追溯某条例历史、提及旧案名称者不计,因为其已充分制定法化,如 5刑案汇览6卷十五尊长率领夺犯杀差二命投首6、卷四十三听从伊父擦瞎胞叔眼睛6(第二案)、卷四十四致死前妻之子并非抚如己出6,等等。同时,在案牍中并未明确引据成案年代和人名、而仅泛称/成案0,或于文末称/录呈成案0,或由 5刑案汇览6编者以/成案录后0形式所附成案,凡此种情况,均非针对具体案件的实质性引用,均未计入。另外,案中之案不重复计算,如 5刑案汇览6卷二十七听从亲属邀杀奸以擅杀论6中援引四川省成案,但该成案眉批和全书目录中又专列5获奸投族送官族长主令溺死6标题,如此之类,则仅以一案计。但同一标题下所收两件或更多的案例援引成案,则按实际案件数计算。如 5刑案汇览6卷四/八十老人犯该斩绞俱准收赎0中收两案,卷四十二疑贼误杀兄不得照犯时不知6中四案援引成案。当然,统计中必然存在的误差也在一定程度上影响结果的一致性。而另一方面,正如小口教授所指出,由于案牍表达本身的问题,因此很难对援引成案的数量得出完全精确的数字。所以,数字本身仅是在现有材料表达的层面上得出的有限性结论。

依照所援引的成案为依据而非立足于对制定法及其文义解释作出裁决的案例,共173件,占其中近二分之一。而且,体现成案独立规范性的案件比例,可能因为/抽象原则前置⁰而被更加缩小。这是指由于成案未获得制定法的认可,因此刑部官员获得制定法的立足点,将成案中归纳出的原则以解释制定法的形式表达出来,作为裁决的依据。另外,根据小口彦太的统计,援引成案又明确否认其效力的,仅46件;其中并非通过区别技术而直接否定其效力的,则仅34件。[†]因此,如果从形式上成案的独立规范性角度而言,成案在司法实践中显然又具有相当独立的效力。

成案未经通行、著为定例,可能引起效力瑕疵。但事实上,许多实际援引的成案都并非通行,依然畅行无阻。个别情况下,明文规定不能援引的成案公然招摇过市。如龚奴才因殴犯奸之妻误伤其父,道光元年十月奉圣旨:/惟念该犯父母俱年逾七十,家无次丁,以该犯素非忤逆,伤由过误,呈请留养,其情可悯。龚奴才著施恩准其留养。此系法外施仁,嗣后不得援以为例。⁰小注:/浙江司传知各司一体遵行不得援以为例。⁰分明规定不得援引。但结果两个月后,浙江樊魁误伤其母一案中,刑部就因/第例无明文,援引浙江省龚奴才成案奏请,奉旨准其留养⁰。^m紧随其后,案情相似的山东翟小良案中,刑部变本加厉地援引龚奴才、樊魁两案,呈请将案犯存留养亲。^m

成案所具有的这种效力,在某些情况下可能挑战制定法。如道光七年广西土著杀差夺犯一案中,刑部指出:/查土人犯罪、例应迁徙者,惟例载仇杀、劫掠及聚众捉人、鞫禁数项,其听从尊长夺犯杀差、帮殴有伤、罪应拟流之犯,原不在例载迁徙之列。惟检查上年本部核复该省咨:贼犯李亚勤在押脱逃被获,逸犯李文纠众中途打夺拒伤差役黄满身死,将李亚勤等依例拟军,声明系土人,应否迁徙,听候部议。经本部查:该省声明边隅重地,该犯等胆敢夺犯毙差,情殊凶恶,系属随时惩创,当行令该省将李亚勤等一并迁徙在案。此案盘蒸锡虽与军犯李亚勤罪名稍有不同,而为从夺犯伤差则一,且均系一省之事,自应查照办理。⁰^m显然,条例并未将这种情况归入迁徙之列,而刑部通过以成案引申出的规则,改变定例明文应予以的处罚。又如,直隶乾隆六十年案中,/奉批:按例前后两条,似应俱行斩梟。但既有成案,只可照复。⁰^m刑部堂官在这里显然更倚重于成案。

在另一些情况下,旧例虽已删除,但依据旧例办理之案仍被援引。如因奸夫、奸妇谋杀本夫伤而未死之案,旧例中奸夫拟满流。但因规定不全面,于乾隆五十三年被删除。嘉庆元年出现这类案件时,刑部援引乾隆三十年、五十三年和五十七年成案,决定仍依原办法处理。^m又如道光六年贵州小何田氏一案,因其训责其子,致姑气忿自尽;/查小何田氏因子泥污衣服,将其责打,系属以理训责;且尔时老何田氏并未在家。殆老何田氏回家查知嚷骂,该氏并未回言,进房躲避,实无违犯教令之处;而老何田氏负气自缢,更出该氏意料之外⁰。因此,刑部查出情节相似的嘉庆十一年同省田宗保案。在田某案中,刑部将其比照子孙过失杀

† 参见前引152小口彦太文2,第85页。

^m 5刑案汇览6卷二5误伤父母拟斩改缓后请留养6。

^m 参见5刑案汇览6卷二5误伤父母拟斩随案声请承祧6。

^m 5刑案汇览6卷六5瑶民夺犯杀差酌量迁徙家中6。

^m 5刑案汇览6卷十四5行劫衙署伙盗接赃免死发遣6。

^m 参见5刑案汇览6卷二十四5因奸商同谋杀本夫伤而未死6。

父母、祖父母之例, 声明情节, 拟绞减流。这一成案成为判决的基本依据之一, 刑部据此将小何田氏的罪名减为流刑。^m 但细致考察后可以发现, 成案中所依据的子孙过失杀父母可请减为流刑的条例在嘉庆十一年已经更改,ⁿ 只能由绞决减为绞候。因此, 此案的处理中, 刑部官员们为实现其司法目的, 不惜直取成案, 某种程度上规避了已经更改的条例明文。这种情况下, 相关制定法的效力实际上被暂时搁置。

另外, 如果援引恰当的成案而导致判决错误的地方官, 还可能免于参处。嘉庆二十一年, 山东省咨称:/ 回民沙义等案内拟罪错误职名系援引成案, 请免开参0;/ 此案错拟之处系该按察使查明十三、十四两年成案办理, 并非该县错拟。所有应议职名请免开参。0刑部回复中先将现案与十三年杨明成案进行区别, 又指出:/ 其所引十四年张大刀伤洪大亮平复一案, 该省既未声明何季外结咨部, 抑系题报案内拟结, 本部无凭查核该司所议, 行令该省查明咨报, 到日再议。0^m 显然, 如确系援照恰当成案, 地方责任人即可能免于参处。

通常情况下, 成案还可能通过形成司法惯例或正式通行这两种主要途径, 获得更稳定、持久的效力。

某件成案由于被反复援引, 产生不断复制和再生的效果, 最终可能成为司法惯例。如乾隆五十七年, 为办理湖北吴某殴伤窃贼致死一案, 所援引的乾隆五十五年该省刘光有成案本身, 即仿照五十三、四年本省黄湖珍、朱大年等成案的做法不予追究, 历来因循办理。刑部认为这种做法/ 自系仿照该省向来成案办理, 似未便遽行议驳0。ⁿ

在案牍中, 刑部有时以更抽象的表达揭明相关的司法惯例:/ 检查历年办过成案, 凡诬良拷打逼认、致令自尽, 并无图干之情者, 俱照诬良为窃、吓诈逼认因而致死例问拟0;/ 查假差吓诈之案, 例禁褊严。若有关人命, 向不论其赃数多寡、已未入手, 俱按例拟以绞抵, 历有成案可循, 从无因其赃未入手, 稍为宽减0;/ 查历年核复直隶省题报屯居包衣旗人有犯死罪之案, 向俱解部监禁。0^m

有的成案形成惯例后, 具有相当明确细致的规范性, 具有立法的面目, 自然可以再造就成案。如此循环往复, 形成固定性的规则。例如, / 查粤东历年办理抢夺、勒赎、凶诈各案, 如行窃已至八次者, 即略其抢夺、勒赎、凶诈之罪, 依积匪猾贼例拟军。如抢夺数少, 曾经拒伤事主者, 依抢夺拒捕伤人、伤非金刃、伤轻平复例拟军。如抢夺、凶诈仅止四五次、又未拒捕, 而有行窃勒赎之案, 依匪徒逼令事主出钱赎赃例拟流。如抢夺、勒赎、凶诈并计已至六七次, 即照棍徒扰害例拟军。该省向来办理案件、定拟罪名之界限, 历经本部照复有案。0ⁿ 依靠成案制度形成如此详细周密的司法惯例, 不断造就新的成案, 并实质上改变了制定法的有

^m 参见5刑案汇览6卷三十四5训责其子致姑痛孙气忿自尽6; 又参见5刑部比照加減成案续编6卷十七5贵州司#道光七年6。

ⁿ / 嘉庆十一年, 又以随本减流, 未免太宽, 改为照服制情轻之例, 夹签请改绞候, 将前例分别-是否耳目所可及-之处, 一并节删0; 参见薛允升: 5读例存疑6卷三十四5刑律之十#人命之三#戏杀误杀过失杀伤人6; 胡星桥、邓又天(主编): 53读例存疑4点注6, 中国人民公安大学出版社1994年版, 第596页。

^m 5刑案汇览6卷三十七5回民群众持械殴伤回民6。

ⁿ 5刑案汇览6卷五十四5拒捕不论白日黑夜格杀勿论6。

^m 5刑案汇览6卷四十八/ 捕役误听人言诬良拷逼自尽0、卷五十一-/ 假差酿命虽未得赃仍应拟绞0、卷五十九5直隶屯居包衣旗人死罪解部6。

ⁿ 5刑案汇览6卷十六5广东抢夺凶诈勒赎分别并拟6。

效适用。

相对于形成司法惯例而言,成案经过不同形式通行后,可以具有更稳定的效力。在清代,/通行⁰这一概念具有多重含义。一种较通俗的含义,如熟谙刑曹事务的沈家本所指出:/律者,一成不易者也;例者,因时制宜者也。于律例之外而有通行,又以补律例之所未尽也。或 绎例意,或申明定章,或因比附不能画一而折其衷,或因援引尚涉狐疑而申其意,或系酌量办理而有成式可循,或系暂时变通而非永著为例;更有经言官奏请、大吏条陈,因而酌改旧文、创立新例、尚未纂入条例者。⁰[■] 辨析其意,通行大概类似于时下的各种权威法律解释、实施细则和办法。它较律例等正式制定法仅有一步之遥,故效力上应该也略低,但明显高于成案,在当时的法律体系中居于准制定法的地位。但/通行⁰还具有另一层含义,即如前引5大清律例#刑律#断狱6中/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⁰一句中的/通行⁰,则是指定例。道光十二年直隶司的一件案牍中,也将一条已纂入5理藩院则例6的定例称为/通行⁰。[■] 本文此处所谓成案/通行⁰,主要系指前一意义而言。因为基于层出不穷的个案适时制定正式条例,已为众所周知,不必赘述。

成案的通行可以由皇帝通过颁旨形式以抽象规定的形式确定,如奉上谕:/ , 嗣后有如此投回之兵民,如查有别情,应行奏明办理。倘无别故,即照此次成案办理⁰。[■] 同时,也可由刑部笼统地通令各省一并遵行;[■] 或者明确地抽象为新的规则:/嗣后遇有抢夺买休之妇,即比照抢夺犯奸妇女之例办理⁰。[■] 另外,还有一类被称为/遵行⁰,/系部中通传各司遵办,并不通行外省⁰,[■] 是施行于部门内部的办案规则。这种遵行在成案中通常以/即传知各司抄存备考⁰/传知各司抄存备查⁰等形式表现出来。[■] 成案无论以何种形式通行,都将取得更稳定的地位和效力。

三

成案与问题案件的连接,需要通过特定的法律推理手段。清代司法官员们主要运用情节类比、归纳原则和轻重相权等基本逻辑论证,并主要通过制定法解释和个别情节类比等区别技术,明确成案的适用界限。

将问题案件与成案进行情节类比,揭示其中的相同或相似性,以便使成案的处理方式适用于问题案件,这是/同样问题同样处理⁰这一具有普遍性的人类思维取向所引导的一般论证方式。例如,道光十一年,山西周进才案的处理中,刑部查出道光七年山东省成案,认为目前案件中的罪犯因行窃被捉时自割衣襟而误伤事主,罪应拟军;因家有老母而家无次丁,请求留养。而被援引成案中罪犯也因行窃被捉时误伤事主,同样采用自割方式,同样应处充

■ 前引162沈家本书,卷六53通行章程4序6,第959页。

■ 参见5刑案汇览6卷十八5偷窃蒙古伙同牧放马匹6。

■ 5刑案汇览6卷十一5官军受伤被贼掳去乘间逃回6。

■ 参见5刑案汇览6卷十二5供出贩卖鸦片之人在逃未获6、卷三十5欲殴其人闪开自跌内损身死6。

■ 5刑案汇览6卷八5强抢买休之妇与犯奸妇女同6。

■ 5刑案汇览#凡例6/通行⁰条小注。

■ 参见5刑案汇览6卷七5娶未婚弟妇为妻系尊长主婚6、卷四十三5被弟拳殴一伤用刀回扎致毙6。

军;因亲老、家无次丁,已获准留养。其间的表达方式都极其相似,其间的两处差别,其一是在于图脱的方式分别自割衣襟和自割衣襟、发辫;其二在于年老被侍的亲属一系七十八岁的母亲、一为年逾八旬之祖母;这并不构成实质性差别,处理结果自然应该相同。[‡]

又知道光二年刑部与大理寺就贾氏与人通奸、杀死知情之童养媳,刑部援引四川成案,指出:/况四川省李陈氏之案,,以死者年岁论,则与现案同一十四也;以情节论,则与现案同一凶残也;以姑媳名分论,则与现案同一童养也。陈氏既照例入于缓决、永远监禁,则贾氏自当画一办理,未便两歧,致生死出入。^{0‡}其间/同样问题同样处理⁰的类比要求极为明确。

在将问题案件与成案类比的过程中,除了基本情节完全相同时可以运用上述直接比照的论证方式,在有的情况下,基本情节并不完全相同,需要辅以相关制定法的规则,揭明其间的同类性以实现过渡,完成类比。如道光四年浙江潘乌皮在洋听从参与抢劫后自首一案,刑部指出:/查洋盗投首例内,止有-被胁接赃、望二次应拟斩梟之犯,如投回自首,改为发新疆为奴之条。而在洋行劫、例应问拟斩梟之伙盗闻拿投首,例无作何定拟明文。检查嘉庆二十年福建省奏庄发光听从在洋行劫过船,搜赃一次,闻拿投首,比照洋盗案内接赃、望已至二次、投回自首例发遣在案。此案潘乌皮听从在洋行劫过船,搜赃二次,接赃二次。嗣该犯闻拿畏罪,自行赴县投首。查该犯潘乌皮听从在洋行劫四次,虽较行劫过船搜赃仅止一次及被胁接赃、望二次者为重,惟听从行劫过船搜赃一次,与被胁接赃、望二次,及听从行劫二次以上,同一罪应斩梟,并无行劫数多、加等治罪之条。是罪名既无等差,其闻拿投首,即无二致。^{0⁰}其间的论证过程是:成案中搜赃一次(犯罪一)自首,比照接赃望二次(犯罪二)自首例,改处发遣(刑罚一);根据制定法,本案搜赃二次、接赃二次(犯罪三)之犯,如未自首,与搜赃一次之犯同处斩梟(刑罚二),性质相同;因此,成案既可比照免死改遣,本案则亦可照办。抽象为三段论,即大前提为犯罪一自首可比照犯罪二自首处刑罚一;小前提是犯罪一、二与犯罪三如未自首都应同处刑罚二,故性质相当;结论即犯罪三自首,也可比照处处刑罚一。在这一过程中,基本的逻辑方向是由成案确定的,但其间小前提中犯罪性质的严重程度被替换为处罚的严重程度,经过了一个依据制定法规则加以转换的环节。⁰

有的成案类比则采用比较混合和模糊的方式。如嘉庆二十年,袁某纵妻卖奸,妻母黄氏知情纵容。后袁某欲将妻嫁卖,被黄氏毒死。/检查十三年山西省赵藏佐因贪财纵容孙女与外甥孙七小子通奸,嗣因孙七小子令伊孙女卖奸,气忿将其故杀毙命。查舅之于甥,与妻母之于婿同一尊卑名分;彼案死者之奸表侄女,与此案死者之纵妻卖奸同;彼案系母舅纵容、故杀犯奸之甥,与此案妻母纵奸、谋杀起意卖奸之婿,情罪亦同。⁰赵藏佐仍按故杀外姻卑幼拟罪,而未照凡人论,故本案亦应仿照办理。⁰舅甥、岳婿关系的类似性,是基于其服制相同;而此后的两项情节类比,则具有一定的含糊性,是基于直觉的判断。

如果说类比的方式还停留在案件情节直接比较的表面层次,那么援引成案中的特定原则,或从成案中归纳、抽象出新的原则,再适用于问题案件,则反映了清代成案制度中更具有

‡ 参见5刑案汇览6卷五十六5割辨误伤事主之贼亲老丁单6。

‡ 5刑案汇览6卷二十三5因奸致死养媳议复棘寺签商6。

0 5刑案汇览6卷十四5洋盗听从行劫四次闻拿投首6。

0 类似之例还可参见5刑案汇览6卷四十二5劝阻夺刀致兄拉脱刀柄跌毙6。

0 参见5刑案汇览6卷四十五妻母与婿均属无耻未便凡论6。

思维抽象性的方面。在有的成案中,关键性的法律适用原则已被充分地抽象,只须直接援引即可。刑部案牍直接引述成案声明的原则,其例甚多。例如,/以东省另有张王氏纠缠阎兆书家使女转妮案内声明:妇女既经卖入良家,即属良家妇女,如有抢夺他人婢女,系由伊父母径自价卖,即应照聚众伙抢妇女及强抢各本例问拟;行文在案0;/是以本部于嘉庆二十一年题复云南省路文经案内议称:徒手抢夺,人数虽多,并无倚强肆掠及凶暴众著情事,自应照寻常抢夺本律科罪,并无聚众抢夺在十人以下均以抢夺论、十人以上即不问曾否执持器械概拟重辟等因,通行在案0。⁸ 这种形式的成案,不少都具有通行的性质,故直接陈述抽象性规范便于援引。

除此以外,还有些情况下,成案中所蕴含的抽象性规则需要司法官员细致地提炼。例如,嘉庆二十三年,四川黄生因妻病痛难当,意欲早死,故将妻勒死。刑部援引嘉庆二十年四川汪郑氏、周景盟、湖北毛大成和嘉庆二十二年湖北陈邵氏等成案,总结其中处理原则,指出:/命案首重造谋,而犯供尤防狡卸。如死者自行起意寻死,或先行动手,凶犯只系听从加功,确有证据,自未便坐凶犯以造意为首之条。若死者自欲寻死并先行动手之言并无证据,系出自凶犯之口,即难据一面之虚词,遽宽其首祸之重罪;应以旁人有无供证分别首从科断0,并将这一原则适用于黄生一案。⁹ 值得注意的是,被援引的四件成案中,周景盟、毛大成两案系以夫杀妻,其余两案则发生于普通人之间。可见被害人与下手之人的关系并非判断的关键,而是将情节抽象为/被害人起意欲死、他人听从致死0这一更具有普遍性的状态,并以此作为寻找成案的线索,而上述结论性原则也具有普遍适用性。再如,道光九年四川抢夺银票之案,律例馆援引了道光七年安徽窃盗银票成案。在成案中,银票注明/见票、见手书付银0字样,故有票而无手书不能兑现,因此不应计赃科罪。律例馆进一步指出:/是抢窃银钱各票,若贼犯持票即可取用,与现赃无异,即无论其取用与否,曰(皆?)应计赃科罪。若所窃之票或系定期付钱,或见本人始行发钱,则贼犯所窃之票既不能照现钱使用,即不能以实赃科罪0,并指示该案应/按照本部办过成案画一办理0。¹⁰ 显然,其所依据的窃盗成案,已被明确地抽象为抢、窃(不仅局限于成案的窃盗)银票的相关计赃适用法原则,再被适用于问题案件。¹¹

有的情况下,对成案的抽象过程较为复杂,抽象程度也更高。如道光五年直隶张洛管盗挖甥媳坟墓一案,刑部认为:/检查臣部历年并无办过发掘甥妻坟墓之案。惟查有嘉庆二十年四川省绵竹县民唐安泰故杀甥媳萧氏一案,将唐安泰依缙麻以上尊长故杀卑幼之妇律,拟绞监候、题结在案。核与该督所引乾隆三十年湖北省余上志故杀甥媳一案前后办理均属相符。是故杀甥媳既系照杀外姻缙麻卑幼拟绞,不与凡人故杀拟斩,则发掘甥媳坟墓虽与致死不同,而分为缙麻卑幼则一。似未便与故杀之案办理两歧。0¹² 其推理过程是,将成案先抽象为故杀甥媳照杀缙麻卑幼办理这一规则,然后将这一规则再抽象为侵犯甥媳(包括坟墓)

⁸ 5刑案汇览6卷八5婢女系由父母嫁卖以良妇论6、卷十五5三人抢夺一人持械拒死事主6。另可参见5刑案汇览6卷十八5偷窃柴草故杀事主拟斩监候6、卷二十六5忿激杀死母之奸夫量减拟徒6、5子捉母奸杀死奸夫6、卷五十四5伙贼纠众夺犯杀死事主二命6、卷五十七5蒙古兔死盗犯与寻常遣犯同6。

⁹ 参见5刑案汇览6卷二十三5妻因病不欲生令夫将伊勒死6。

¹⁰ 5刑案汇览6卷十五5抢夺银票应以能否使钱为断6。

¹¹ 该案的探讨,还可参见前引12小口彦太文1,第353页以下。

¹² 5刑案汇览6卷二十一5母舅偷刨外甥之妻坟墓见尸6。

均应按侵犯缙麻卑幼办理,最后将这一原则适用于问题案件。

举重明轻和举轻明重的轻重相权方式,是中国古代法律推理中常用的手段。5唐律#名例6中/断罪无正条0曾明确规定以这一原则处理制定法的解释问题。清代律例中没有类似的明文规定,但在成案的运作中轻重相权的论证方式却得到有效运用。道光元年山西任得让听从父命叠殴胞兄致死一案,刑部援引嘉庆六年山西马幅听从胞叔之命勒死胞兄马叶案和嘉庆十五年四川任作才听从胞叔殴死胞兄任作栋案,最后均改为斩监候。刑部细致地论证了两案的性质,并与目前的问题案件作了比较:/查马幅一案,死者奸拐人妻,本非实在玷辱祖宗,亦无听从致死玷辱祖宗之尊长可从末减之例。马幅有心勒毙,其情罪更重于叠殴至死。至任作才一案,系殴打三伤致毙,即属叠殴多伤。该二犯一系谋杀加功,一系叠殴至死,既得因系听从胞叔下手,改为斩候。比类参观,则此案任得让听从父命下手,自未便因系叠殴多伤竟行斩决。0[◇]在刑部官员看来,谋杀加功、叠殴致死,重于或等于本案情节;听从叔父之命下手,则重于听从父命殴打。重案得以减为监候,轻案自然可以照办。[◎]

嘉庆九年直隶韩兆林案诈骗、诬告王学仁致其子自尽一案则是举轻明重的典型。本省认为,根据律文,因为诬告致死被告之/随行有服亲属一人0,才应援引该条拟绞。[♣]王学仁尚未到官,其子更未随行,只是畏父受累而先行自尽,因此量减一等拟流。刑部援引乾隆五十七年广西周子贵案和嘉庆五年广东黄文陇案,指出:/是周子贵等二案,一则疑窃仅止拉牛索赔,致被诬之父自尽;一则疑窃声言送官,致被诬之母自尽,尚依律拟绞。今韩兆林意图诈骗王学仁银两,凭空诬告到官,致王学仁之子王良付恐父受累,情急自缢,核与秦月运等二案情节更重,是以驳令另拟0;举轻明重,势必拟绞。刑部更进一步基于这一论断,批驳直隶的做法:/该督岂得泥于父未到官、子未随行之轻义,而反置诬告因而致死有服亲属之重情于不论?且又坚执/随行/二字,竟致死于诬者无人抵偿,臣部碍难迁就率复。0[♣]在这里,刑部不仅基于成案的轻重相权处理目前案件,而且实质性地改变了对制定法通常的文义理解。

以上之例中,轻重相权后仍照成案处理。自然也会有一些案件,在进行轻重程度的比较后可以基于成案的处理尺度相应地浮动。乾隆五十四年湖广戴才五案,/查乾隆四十八年吉林将军咨:王恭因胞弟王幅向母出言顶撞,该犯责殴被骂,用刀扎伤王幅身死,将王恭照例拟流,经本部核复在案。又本年湖南巡抚咨:刘元勋殴死推跌伊父之胞弟,该省量减拟徒,经本部改依擅杀应死罪人、杖一百咨复,亦在案。此案,戴才五因胞弟戴才六强欲索分黄豆,并将饭擅行取食,戴才五向其斥骂,被戴才六刀砍偏右。该犯夺刀戳伤戴才六小腹殒命。0刑部进一步将戴才五案与两件成案进行比较:/是已死戴才六刃伤胞兄,按律罪应拟绞,与王幅之仅止出言顶撞者不同,若竟照律拟流,未免情轻法重。惟戴才五因被弟砍伤,将其戳毙,究与刘元勋之杀死罪干斩决胞弟者情节有间,自未便改拟满杖。0最后的处理结果根据殴死胞弟罪量减拟徒。[♣]换言之,该案情节的严重程度介于二成案之间,与二者均有较大差别,处刑也就在流罪和杖罪之间择定,而非执于一端。

◇ 5刑案汇览6卷四十三5勉从叠殴期尊至死应准夹签6。

◎ 其例还可参见5刑案汇览6卷二5误伤父母拟斩随案声请承桃6。

♣ 参见5大清律例6卷三十五刑律#诉讼#诬告6,第481页。

♣ 5刑案汇览6卷四十七5诈骗不遂诬告被诬之子自尽6。

♣ 参见5刑案汇览6卷四十三5因被胞弟刃伤夺刀还戳致毙6。

作为完整的成案制度,不仅包括援引成案解决问题案件的积极方面,而且还应包含其消极方面,即如何将目前案件区别于成案、以使其更合法地得到解决。在清代成案的运用中,除直接以小口彦太研究中所揭示的各种理由直接否定成案效力外,区别成案的主要方式之一,是提出司法官所认定的个别重要事实方面的差别。

例如,道光二年广东张绿长殴死胞兄,因亲老,欲援此前翟小良成案声请留养,刑部指出:/此案张绿长系属亲老丁单,非翟小良之承祀可比,且系殴毙期亲尊长。因伊母年老声请留养,更与翟小良之即系受伤之人呈请者不同,似未便援照声请。^{0^ㅁ}其所引之成案系准予留养,而该案情节较重即不准留养,这一论证过程并非轻重相明,而是将成案区别于问题案件、将后者另行处理的结果。又如道光四年,吉林刘氏因与李某在李家通奸,被其夫寻获。李某殴伤其夫,刘氏跑回本家喊救,其翁、伯赶往救护,与李某争斗中,其翁被李某殴死。刘氏依例应拟绞,而奉天司援引成案减等拟流。律例馆对其中两件类似成案的情节与目前案件加以区别:安徽一成案中翁系因病而死,并非因伤,故只科奸罪;陕西一案则系本妇在翁被杀前已改悔、拒绝与奸夫往来,故予以减等,也与本案大相径庭。^ㅁ类似案例甚多,不必赘述。^ㅁ

这种将案件事实逐项类比如以示区别的成案运作方式,与前述情节类比一致后援照办理的思维模式似乎如出一辙。但仔细分析后会发现值得注意的现象:任何两案都不可能完全相同,如果必须区别,总是能够实现的。而清代司法官所揭示的某一方面情节的区别何以成为关键性的环节,以致足以影响案件的实质性裁量,在事实类比后区别成案的过程中在以上案例并不加以深究,而完全依靠直觉判断的方式实现。

当然,在有些情况下,区别成案是有一定原则和规则可循的。如前所述,总体上成案相对于制定法处于从属地位,因此成案的区别常常以制定法为主导。嘉庆七年湖广刘曾氏谋毒其子、误杀旁人一案,刑部将其与乾隆二年贵州成案相区别:/复详加参核,贵州省潘氏因伊子用言顶触,拾石掷击,原无致死之心,以致误掷万文秀殒命,故酌情照过失杀定拟。今刘曾氏因子为匪,羁押在官,用砒掺粉,做成糍粑寄食,实有必死之心,以致同押贼犯罗聋子索食毒发殒命。砒糍系杀人之物,固非该氏耳目所能及,究难谓该氏思虑所不到。若照潘氏成案一律以过失杀论,似与律注所云-初无害人之心、偶致杀人-之义未协。^{0^ㅁ}此案重新将立足点放在制定法及其立法解释,以此作为区别成案的实质性原则。同样的情况还可见于嘉庆二十二年河南乔某杀奸案、二十三内直隶陈某杀死罪人案。^ㅁ

在个别的案例中,区别成案的标准来自于从此前成案中抽象出的新规则。例如,道光六年江苏一案中,倪福与刘某共饮,刘某醉倒,倪福手拉其裤,劝其再饮,不料腿软扑跌,将刘某

ㅁ 5刑案汇览6卷二5殴死胞兄未便随本声请留养6。类似情况还可参见5刑案汇览6卷三5发遣官犯亲老奏明准其留养6。

ㅁ 参见5刑案汇览6卷四十九5子妇与人通奸翁被奸夫杀死6、5奸夫拒伤氏翁后因病身死6及5奸妇业已悔过奸夫拒杀氏翁6。

ㅁ 参见5刑案汇览6卷九5强抢犯奸妇女刃伤事主雇工6、5抢夺奸妇误抢良妇刃伤氏翁6、卷六十5武弁棍责窝娼人犯致毙6。

ㅁ 5刑案汇览6卷三十二5谋毒犯窃被押之子误毒旁人6。

ㅁ 参见5刑案汇览6卷二十五5奸所杀奸分别登时6、卷二十七5疑贼殴死图奸伊妹未成罪人6。

压伤身死。此案是否属戏杀,引起争议。最终说帖先总结成案原则,指出:/援引戏杀各案,多系彼此角力,其事本可伤人,并非无知过犯,是以一经杀人,即以斗杀拟绞⁰;然后区别成案:/今该司所引杨洪喜成案,, , 查阅原供,有-小的用手拉住他右臂膊用力一挣. 等语,是死者既赌令拉起,杨洪喜即用力一挣,已有彼此角力情形,与比较拳棒者相仿,自应以戏杀论,似与倪幅案情未可同日而语。^{0[▷]} 这样的案例相当少,此案中总结的成案对象也属泛论而非确指。

在清代,对成案的运用具有一套富有特色的论证方式,通过多种途径,或从积极方面肯定某一成案的可援引性,或从消极方面否定某一成案的实质类似性,使成案得以有效地运作于司法实践。但同时,在将成案与问题案件进行比较的过程中,其区别重要程度、特别是从消极方面加以区别这一重要环节上存在明显缺陷,当时就已引起行内人士注意。汪辉祖指出:/盖同一贼盗而纠伙上盗,事态多殊,同一斗殴而起衅下手,情形迥别。推此以例其他,无不皆然。人情万变,总无合辙之事。小有参差,即大费推敲。求生之道在此,失人之故亦在此,不此之精辨而以成案是援,小则翻供,大则误拟,不可不慎也。^{0[▷]} 这里强调的就是区别成案的困难,而其背景正是这一技术方面的欠缺。

四

对于成案的态度,上至最高统治者,下至普通的司法官员、士大夫,其态度显得比较矛盾和暧昧。

作为最高统治者,皇帝对成案的态度本身就始终模糊不清。一方面,乾隆时制定的前述条例根本性地否定成案的效力,而此后任何一位皇帝都没有行使对这一条例的否决权。不仅如此,皇帝还常常由于下属的进谏,颁行谕旨重申类似原则。⁹ 但显然,另一方面,皇帝们又经常谕令刑部检查成案,如/仰蒙圣明指示,令臣部详查成案,另行酌中妥议⁰; /钦奉谕旨,飭查原案及从前办过成案⁰; /著交刑部将从前有无似此成案、向系如何办理之处查明,一并具奏⁰,⁹ 等等。通过这种方式,皇帝又显然在暗示性地肯定成案的参考价值。

司法官员们对成案的态度也并没有形成共识。刑曹部堂相当倚重成案,奉批查案频见。在对疑难案件的处理中,官员对成案的检索也是极为普遍的。/律例既无明文,检查并无办过此等成案⁰等字样屡见不鲜。成案的作用受到不少官员、律学专家的肯定。/律之所不能尽而有例,例之所不能尽而有成案⁰; /盖律例为有定之案,而成案为无定之律例⁰;⁹ /昔日之成案,为律例之羽翼;今之新案,为律例之指南。^{0⁹} 但同样也有反对的声音。名幕汪辉祖即指出:/成案如成墨,然存其体裁而已。必授以为准,刻舟求剑一鲜有当者。,, ,可知情状

[▷] 5 刑案汇览6卷三十一5 强劝饮酒醉软滑跌将人揪毙6。

[▷] 汪辉祖:5 佐治药言# 勿轻引成案6。

⁹ 参见5 刑案汇览6 卷三十一5 戏杀并过失杀毋得舍例言案6。

⁹ 5 刑案汇览6卷十5 习教改悔复用教内音乐吹打6、卷五十二5 官员价买有夫之妇6、卷五十三5 翁媳通奸因夫被杀将翁谋毙6。

⁹ 5 刑部比照加减成案续编6 许、叙⁰; 5 刑部比照加减成案6 熊茂/叙⁰。

⁹ 5 成案所见集总编6,嘉庆十七年刊本,5 胡序6。

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。^{0 9}

但是,显而易见的是,无论各方面的态度如何,客观上成案在实践中依然具有相当大的影响力。成案是理解和传播制定法的必要手段。正如许多成案汇编所指出:/成案与律例相为表里,虽未经通行之案,不准引用,然其衡情断狱,立议折衷,颇增学识⁰; ⁹ /成案未经通行,原不准援引。是书非备引用,然其衡情立议,悉归至当。汇录成帙,参观比较,不无小增学识⁰。⁴而且,参考成案后,可以直接援引其中的制定法依据。这一思维方式和过程是无法禁止的。这从判牍中已难以考详,但5驳案新编6、5刑案汇览6、5刑部比照加减成案6、5成案备较6、5成案所见集6、5粤东成案初编6及各种系列的5续编6等就是适应这一需要的产物。这些成案类书籍的目的,就是帮助司法官员学习和领会制定法的精神,指导司法审判实践。

那么,成案何以并未在司法实践中退出权威渊源的舞台,而是一边明知其不准引用,另一边却层见叠出地加以援引?这种现象,实际上是由实用主义的心态和法律思维方式所导致的。

在当时的权力分配体制下,在名义上立法权专属最高统治者个人。对刑事性规则的立法权,皇帝的权威和整个机制,都绝不允许其旁落。因此,在形式上完全承认成案的效力,不啻于将权柄假手于人,是当时根本不可能实现的。

但另一方面,成案不仅能够加深对制定法的阐释,而且还是弥补制定法缺陷、维护体系平衡的灵活和重要的手段。更进而言之,由于区别技术的不发达,成案仅是实现/情罪相符⁰这一实质正义目标相当有效的手段。嘉庆九年湖广一案,田文潮纵妻与文瑞通奸,又听从行窃,败露后文瑞与田妻谋杀田母图赖。对田文潮的拟罪,皇帝不甚满意:/惟田文潮一犯,始而纵令伊妻与文瑞通奸,已属无耻;继复听从文瑞行窃,伊母之死,实由该犯窃案败露、以致文瑞起意谋命搪抵。该督等拟以发往黑龙江给披甲人为奴,尚觉未协,著刑部详查例案,酌量加罪,另行妥议具奏。⁰刑部秉承其意旨,检出嘉庆八年贵州傅谷象等因霸占他人田地被控,其妻等三人将其母勒死图赖,将傅谷象比照因盗致父母自尽例拟绞立决。此案情罪相仿,提请将田文潮拟绞决,得到皇帝批准。⁴

不仅皇帝的意旨可以通过援引成案来实现,部门长官和承办人的直觉判断都可通过成案的论证加以合理化。如嘉庆二十二年盛京一案中,刑部指出:/惟该犯始而捏情诬告,继复串通吓诈,逼迫胞弟自尽,情殊可恶,诚如钧批,仅照凡人威逼致死律拟杖,未免太轻。职等伏思:诬告罪应死者,若尊长犯卑幼,亦得照律减等,则诬告致死卑幼,似亦可比律论减。检查十七年四川省题杨玉等吓诈钱文、致杨大全自缢身死一案,因死系缢麻卑幼,照凡人诬告致死律减一等拟流,核之诬告缢麻卑幼减一等之律正相吻合。李文系已死李烟期亲尊长,应即改照凡人诬告致死绞罪上减三等,拟杖九十、徒二年半。如此参酌办理,比引既有依附,而情罪亦不致畸轻。^{0 4}通过成案的比附,既迎合了上峰的偏好,所实现的/比引既有依附,而

⁹ 同前引1592。

⁴ 5大清律例集解#凡例6,转引自前引1425清国行政法6(第一卷),第40页。

⁴ 5成案备较6,道光九年刊本,5凡例6。

⁴ 参见5刑案汇览6卷四十九5父母纵子犯奸犯盗被人杀死6。

⁴ 5刑案汇览6卷四十八5诬告而又讹诈致弟自尽6。

情罪亦不致畸轻⁹,又不影响总体上的制定法稳定性,当然是所有人都乐见其成的。⁹

当然,一旦根据成案的推理论证所得出的结论并非上峰所喜,则其只要祭出/成案未经通行、著为定例,不得援引¹⁰这一宝器,则无往而不利,下属立即无言以对。小口彦太对5刑案汇览⁶中援引该原则否定成案效力的十六件个案进行逐一研究后,指出其之所以被否定,有十四例是因为督抚等官员在法律适用的实体性判断上与刑部相抵触,否定成案效力只是否定这些官员见解的一个环节;另外两例中,则是成案本身与刑部意见相左而被否定,而并非由于其不是通行的条例、未满足形式要件。¹¹利用其效力上的缺陷,当其不合己意时随时行使对成案的否定权,而在其能够为我所用时则常常有目的地择一而从,这是一种极为鲜明的实用主义式态度。而成案的生存点,也恰恰就在此处。

五

在综合考察了成案在司法实践中的效力和其运用中的论证方式后,首先我们可以对成案的性质进行必要的界定。在探讨成案的法源性时,我们必须在古代中国的特定法律思维语境中理解/当时中国的法源¹²,而不能完全以现代西方法律渊源的体系和理论为普适性标准。在当代法学理论中,法律渊源是以某种特定形式体现的、具有稳定和持久效力的规则,并各自处于一定的效力位阶。但这一理论对解释中国古代司法实践将遇到许多障碍。一方面,在专制权力下可能随时制定溯及既往的成文法条款、作出临时的法外裁量,使既有的制定法归于无效;而毫无疑问,律例等制定法并不因此而失去其法律渊源的地位。另一方面,在混合式实用主义法律推理方式的主导下,司法官员对成案、私家注释、情理、习惯,甚至制定法,都抱着较为灵活的主观性和工具性的态度。这种现象使各种法形式的位阶性相当不稳定。因此,对中国古代法律渊源的确定和理解,固然不能因其一旦被援引为据即加以确认,但也不能严格地执迷于固定的效力和明确的位阶作为判断孰为法律渊源的标准。进而言之,界定/法律渊源¹³的概念甚至并非都终结的意义所在;我们更关注的应该是司法实践思维和运作过程的实态。成案在实践中受到普遍的重视,并在司法过程中已发展出一套相当丰富且行之有效的论证方式,对案件审理具有广泛而直接的影响力;而对其的否定,更多的是一种实用主义式的主观选择的结果。在这个意义上,成案是清代的一种重要的法律渊源。

进一步,基于上述研究,使一度为法律史学界关注的中国古代/判例法¹⁴问题再次进入视野。由于中国古代成例的运作和思维方式与西方普通法系的判例制度有一定的相似性,因此其与现代判例的一致性和差别性以及这一概念引入的恰当性,引起不少学者的关注。¹⁵就清代成案及其运用而言,其与判例制度确实具有一定相似性。它具有情节逐项类比和归

⁹ 其例还可参见5刑案汇览6卷三十九5婢女与人通奸家长被人谋杀6。

¹⁰ 参见前引152,小口彦太文2,第99页。

¹¹ 对法律渊源中/判例¹⁶、成例运作方式的探讨,参见武树臣:5中国古代法律样式的理论论析6,5中国社会科学6 1997年第1期;杨师群:5中国古代法律样式的历史考察6,5中国社会科学6 2001年第1期;何勤华:5秦汉时期的判例法研究及其特点6,5法商研究6 1998年第5期;阎晓君:5两汉/故事0论考6,5中国史研究6 2000年第1期;吕丽、王侃:5汉魏晋比辨析6,5法学研究6 2000年第4期;王侃:5宋例辨析6,5法学研究6 1996年第2、6期;王侃、吕丽:5明清例辨析6,5法学研究6 1998年第2期。

纳原则等论证方式,而这也同样是普通法体系通过判例进行推理中的重要形式。^Ⅳ然而,成案始终附属于制定法,其效力相当不稳定,与判例在普通法系中的地位不可同日而语。同时,在技术性的论证方式上,与普通法系的判例制度相比,成案制度在区别技术上显得并不完善,特别表现在:其通过情节类比或抽象出规则以区别成案与目前案件的方法上,基本上倚赖于直觉或制定法原则,具有较狭隘的直观性和具体性。尽管在逻辑上,抽象出规则以区别成案,应该是前述归纳成案原则以适用于新案件这一思维方式的自然延展,但这一步跨越最终没有完成,反过来也影响到成案在积极方面的运作;因为如果无法精致地区别,也就无法准确认定何种程度的相似是实质性的。这使成案没有真正成为完全独立的创设规则的渊源,而不得不仰赖于制定法等其它规范中所确立的原则。

清代成案的这种特性是由当时的立法、司法体制和法律思维方式所决定的。在当时的立法和权力分配机制下,刑部获得了较大的司法权力,其通过裁判活动创设的规则具有相当大的指导性意义;在援引成案适用或区别于问题案件的过程中,刑部也具有强大的权威。相比而言,地方成案不获承认;^Ⅴ而地方官援引成案遭到刑部批驳更比比皆是。但刑部在立法权上却受制于专制皇权,不得僭越。这使成案的效力和其运用中的论证方式始终不能得到充分发展,始终处在从属于制定法的地位。同时,成案制度的运用是当时各种法律形式综合运用法律推理中的一个组成部分,总体上受到基于直觉判断的混合式实用主义法律思维方式的影响。在成案论证诸种方式上不同程度的倚赖直觉、成案效力的不稳定和实用主义式的适用方式,都是这一影响的反映。

因此,在更具根本性的层面上,清代的成案制度是君主专制体制和混合式实用主义法律思维方式的伴生物,是基于特定权力机制和思维方式的产物。在这一背景下,清代成案与西洋判例显示出根本性的差别。

结合对清代成案制度的探索,还可以重新思考古代中国、至少是清代法律结构的模式。通过对司法实态和法律文化精神的考察,已有研究对此前所建构的中国古代法体系的制定法一元格局进行了积极的反思,提出了制定法与判例法结合的/混合法0的样式说。这揭示了中国古代司法实践中具有相当作用的成例思维方式,也加深了对中国古代法结构模式的理解。但基于对清代成案的研究,即便承认中国成案与西洋判例所具有的思维形式上一定程度的类似性,暂时搁置其间上述的根本性差别,也不能否定清代的/判例0相对于律例等制定法的附属性地位、而将二者等量齐观,更难漠视在实际审判活动中同样发挥重要作用的司法惯例和通行等形式。这些法律形式处于成案向制定法的过渡阶段,具有相对独立的地位和属性。因此,在清代法的体系中,形式上存在着以制定法为主导、多重位阶法律渊源共同作用的混合法格局,实践中其各自的效力基于实用主义的需要而具有微妙的灵活性。

最后需要赘述的是对中国古代法研究方法论上的反思。引入西方法学话语建构中国的法律史,曾是中国法制史学科草创阶段的普遍现象。西方法学话语中心的结果,是中国历史

Ⅳ 参见艾德华#H1 列维:5法律推理引论6,庄重译,中国政法大学出版社2002年版,第2页,第17页以下;史蒂文#J1 伯顿:5法律与法律推理导论6,中国政法大学出版社2000年版,第30页、71页以下。

Ⅴ 参见5刑案汇览6卷九5零星贩私未便援引成案拟答6、卷十六5行窃当铺衣服以中等物估价6。其中,地方官所援引的/江南现行成案0和/晋省乾隆五十七年、嘉庆二十四年章程0的效力均未获得刑部承认。

上的法律现象都被以西洋的概念加以转述,甚至必须运用它们才能描述。上述对/法律渊源0、/判例0等概念和问题的探讨,在相当程度上都是对这一方法论的反思。我们自然不能再操着/子曰诗云0的文言演绎当代中国的学术,但更需要的是反思性地运用现代语言和概念,在中国的语境中尽可能地厘清更为真实的中国古代法实态,塑造真正中国的法的概念和理论,描绘更为真实的中国。

Abstract Based on the cases in Xing- an- hui- lan (Conspectus of Penal Cases) in which leading cases were taken as legal source, this article tries to clarify the effect of leading cases in Qing judicial practice, to illustrate from the perspective of modern methodology of precedent the method of justification and process of legal reasoning, and to explore the features and characteristics of leading case system as well as the structure of law in the Qing Dynasty. The author concludes that leading cases had distinct judicial validity as an important legal source in the Qing Dynasty, and that a distinctive and complicated methodology of justification was established in their application. However, due to the distribution of power and mode of legal thought at that time, leading case system in Qing Dynasty was short on distinguishing technique as compared with modern precedents.
