

被推崇为“良法”的康熙、雍正诸条例 ——劝与惩的导向及其精神

霍存福 程令政

(吉林大学 法学院, 吉林 长春 130012)

摘要:《清史稿·刑法志》的作者许受衡,在评价清代法律形式之一的“例”时,一口气说了清代的6类7种“良法”。它们出现于多个领域,既有正面的“教”“劝”,又有反面的“惩”“杜”,是许受衡所认为的体现清代盛世气象的“良法”。这里的总体精神是在劝与惩之间,作者是既嘉其宽,又赏其严。许受衡以“隐合古义”和“矫正前失”为判定制度优秀与否的两个标准。前者被理解为是“复古”,后者被理解为是“矫弊”,两者同被认为是有所进步、有所创新的两大领域。最终体现的,是或严、或宽。严、宽之间,宽有宽的道理,严有严的考虑。在许受衡关于清代法律的总体评价里,我们能体味到的是作者对这些制度、这些措置,以及在这背后的观念、意识、精神的自信,而丝毫看不出这是在大清帝国已经覆灭之后关于末世之法的一种回顾。这是一种制度的自信,是中国人对其良法美意的肯定。

关键词: 许受衡; 制度自信 《清史稿·刑法志》; 良法; 文化自信

中图分类号: DF09 **文献标识码:** A **文章编号:** 1002-3933(2019)11-0026-11

The Regulations of Kangxi and Yongzheng which are Praised as “Good Law”

——Guidance and spirit of persuasion and punishment

HUO Cun-fu, CHENG Ling-zheng

(School of Law, Jilin University, Changchun 130012 China)

Abstract: Xu Shouheng, the author of the Qing Shi Gao (The History of Qing Dynasty • Criminal Law), commented on the “legal code” of one of the legal forms of the Qing

收稿日期: 2019-09-03 该文已由“中国知网”(www.cnki.net) 2019年10月9日数字出版, 全球发行

作者简介: 霍存福(1958-), 男, 河北康保人, 吉林大学法学院博士生导师, 沈阳师范大学特聘教授, 法学博士, 研究方向: 法律文化、法律史;

程令政(1978-), 男, 山东安丘人, 吉林大学法学院法律史专业博士研究生, 研究方向: 法律史。

Dynasty , and said six categories and seven “good laws” of the Qing Dynasty in one time. They appeared in many fields , including positive “teaching” , “persuasion” , and negative “punishment” , “eradicate” , which XuShouheng thought was a “good law” reflecting the prosperous climate of the Qing Dynasty. This paper holds that the general spirit here is between persuasion and punishment , and the author praises both leniency and severity. XuShouheng takes “concealing the ancient meaning” and “correcting the former loss” as two criteria to judge whether the system is good or not. The former is understood as “retro” , while the latter is understood as “cheating” , both of which are regarded as two areas of progress and innovation. Ultimately , it is either strict or lenient. Between strictness and leniency , there is a reason for leniency and strict consideration. In XuShouheng’s overall evaluation of the laws of the Qing Dynasty , we can appreciate the author’s selfconfidence in these systems , these measures , and the concepts , consciousness and spirit behind them , but we can not see that this is a review of the laws of the last ages after the collapse of the Qing Empire. This is the confidence of the system and the affirmation of the good law and the good will of the Chinese people.

Key words: XuShouheng; Institutional Confidence; QingShiGao (The history of Qing Dynasty Criminal Law) ; good law; Cultural Confidence

一、传统价值观念下的制度自信

一个时代有一个时代的精神自信 精神自信是价值优越的创制美感; 一个时代也有一个时代的制度自信 制度自信是良法美意的创制美感; 两种自信都属于文化自信。过去的中国有过这些自信; 中国人认为 , 他们很有理由拥有并坚持这些自信。

因而 精神的自信 是一个民族对其信念、良知、价值的肯认; 制度的自信 是他们对良法美意的肯定。

《清史稿·刑法志》的作者许受衡^① , 在评价清代法律形式之一的“例”时 说:

例文…… , 总计八百十有五条。其立法之善者 , 如犯罪存留养亲 , 推及孀妇独子; 若殴兄致死 , 并得准其承祀 , 恤孤嫠且教孝也。犯死罪非常赦所不原 , 察有祖父子孙阵亡 , 准其优免一次 , 劝忠也。枉法赃有禄人八十两 , 无禄人及不枉法赃有禄人一百二十两 , 俱实绞 , 严贪墨

^① 1914年 , 中华民国国务院决定成立“清史馆”修史。但《清史稿·刑法志》并非在职馆员所撰。因缺稿之故 , 清史馆决定购买馆外人士许受衡撰写的《刑法志》三卷 , 以弥补其阙。许受衡 , 江西龙南人 , 光绪二十一年(1895)乙未科进士 , 曾为修律大臣沈家本下属 , 参与过《大清现行刑律》修订 , 宣统时为“京师法律学堂”提调之一。清室覆亡之后 , 许受衡仍仕祚不绝 , 担任过多地的高等检察厅厅长或审判厅厅长职务 , 据目前可查得的资料 , 许受衡最后的职务是江苏高等检察厅检察长 , 此后便再无正式的公文任职记录。要之 , 其虽出身科举 , 但无论在清还是民国 , 其任职经历多关司法 , 在当时而言 , 应算是典型的法律界专家。以上可参朱师辙《清史述闻》(台北)乐天出版社1971年版 , 第61页; 韩涛《晚清大理院审判官员调配及履历考论》, 载《历史档案》2011年第3期 , 第79-88页; 李典蓉《试论〈清史稿·刑法志〉作者许受衡》, 载《中华民族优秀法律传统与当代中国法制建设研讨会论文集》2014年版 , 第177-187页; 李典蓉《〈清史稿·刑法志〉史源问题探析》, 载《清史研究》2012年第4期 , 第91-102页。

之诛也。衙蠹索诈,验赃加等治罪,惩胥役所以保良懦也。强盗分别法无可贷、情有可原,歼渠魁、赦胁从之义也。复仇以国法得伸与否为断,杜凶残之路也。凡此诸端,或隐合古义,或矫正前失,皆良法也。而要皆定制于康、雍时。

这里,许受衡一口气说了清代的6类7种“良法”。它们出现于存留养亲、死罪赦免、官吏贪赃、胥役勒索、强盗处理、复仇惩放等6个领域,措置上则分别反映着国家政策的恤鰥寡、教孝义、劝忠君、严贪墨、歼渠魁、赦胁从、禁擅杀等观念和意识,既有正面的“教”“劝”,又有反面的“惩”“杜”。总体精神是:在劝、惩之间,作者是既嘉其宽,又赏其严。

这里当然有个评价标准问题。这是那个时代的标准。“教孝”“劝忠”,体现那个时代对政治伦理核心价值的维护——忠孝节义,悯恤无告^①;严惩官“贪”吏“索”,反映那个时代的吏治倾向——既惩贪、又佑善;惩治或宽纵复仇,反映那个时代在私力救济和法律治理从而也是“教孝”与法律权威之间的现实冲突,戒残——国法压倒了复私仇的“孝义”。

《清史稿·刑法志》的作者以“隐合古义”和“矫正前失”为判定制度优秀(善)的两个标准。“隐合古义”,有“歼厥渠魁、胁从罔治”;“矫正前失”,有复仇之惩罚与纵放,最终以是否对原加害人经过法律惩罚为依据,而不是一味迁就复私仇。前者被理解为是“复古”,后者被理解为是“矫弊”,两者被认为是有所进步、有所创新的两大领域。最终体现的,是或严、或宽。严、宽之间,宽有宽的道理,严有严的考虑。

《清史稿·刑法志》列数的这些清代盛世气象,似乎也是整个清朝值得称道的所有“良法”,而在此之外,还有更大且更宏观的问题。我们还以《清史稿·刑法志》为例,它在讲到清代法律总体的时候,又说:

有清起自辽左,不三四十年混一区宇。圣祖冲年践阼,与天下休养,六十余稔,宽恤之诏,岁不绝书;高宗运际昌明,一代法制,多所裁定;仁宗以降,事多因循,未遑改作。综其始终,列朝刑政,虽不尽清明,然如明代之厂卫、廷杖,专意戮辱士大夫,无有也;治狱者虽不尽仁恕,然如汉、唐之张汤、赵禹、周兴、来俊臣辈,深文惨刻,无有也。德宗末叶,庚子、拳匪之变,创巨痛深,朝野上下,争言变法,于是新律萌芽。迨宣统逊位,而中国数千年相传之刑典俱废。是故论有清一代之刑法,亦古今绝续之交也。

这里,除了康熙的“宽恤之诏,岁不绝书”、乾隆的“一代法制,多所裁定”以及光绪后期“变法”之外,更提到了清法与汉、唐、明三朝的对比。相比之下,清代“刑政虽不尽清明”,但没发生明朝的“厂卫、廷杖”;“治狱者虽不尽仁恕”,但没出现“深文惨刻”的“酷吏”集团,这也是“法”之“良”“意”之“善”了。无疑地,立法、法律“清明”,司法“仁恕”,是一代法律最值得夸耀之所在。

① “法”“情”两分,反映那个时代的主要司法策略。参霍存福《沈家本眼中的“情·法”结构与“情·法”关系——以〈妇女离异律例偶笺〉为对象的分析》,载《吉林大学社会科学学报》2012年第1期,第92-101页。这种情理的结构或底蕴,对现在的司法实践也有深刻的影响,进一步的研究可参王方玉《中国式法理思维探析——法、理、情的融合》,载《河北法学》2014年第5期,第59-64页;赵晓耕,神尾将司《现代中国的调解制度改革“大调解”体现的传统法意识——以情、理、法为材料分析》,载《河北法学》2013年第10期,第14-22页。

当然,此处所说只是一个朝代的法律和司法,并且也只是《清史稿》作者们的看法;中国法律绵延几千年的历史,并没有得到完整的反映,也没有进行全面的评价。我们的意图,是引出话题,引出对于中国法律、中国法律文化、中国法律精神的基础性话题。尽管这里涉猎的只是一个断面,但诸如“宽恤”“清明”“仁恕”等中国法律史的核心范畴,“情”与“法”、“歼”与“赦”等两相矛盾且常起冲突的关联概念,“教孝”“劝忠”“严贪墨”“惩胥役”“保良懦”“杜凶残”等比较明显的立法意旨,都得到了比较充分的显示。这些不同层次的概念,自然不是我们要讨论的全部内容,但已经是主要内容。

我们更能体味到的是:作者对这些制度、这些措置,以及在这背后的观念、意识、精神的自信。这是刚走出清朝、进入民国之人,对先前法律及文化的回顾。虽然我们无意分析他们当时的思想及其来由,但我们能肯定的是:他们对那时的制度和观念,像以往的中国人一样,是自信且自豪的。

可能在许多方面,他们不如沈家本。因为比较全面而深入地思考中国法律的,尤其是在大量接触西方法律和法学之后而进行思考的,还得首推沈家本。沈家本对中国法律的许多方面,也是自信且自豪的;他又对许多落后的东西,主张抛弃——因为那些方面无法让他自豪起来。处于“古今绝续之交”的沈家本,力图“会通”中西,而不只是自信和自豪。这是一种更深的体会。

二、清代“良例”所展示的具体的制度自信

以下将对上文许受衡提及的六类“良例”的具体内容作出分析,重点说明其变化趋势及改动时的价值取向。总体说来,就规则而言,(一)至(四)是向刑宽禁简的方向发展,而(五)至(六)的趋势是网密文深。从宽是从民众角度思考法律改进,出于教化、保民的考虑,是民间、社会的立场,尽管最终也是为了国家统治的长治久安。从严是出于国家立场,其直接目的就在于整顿吏治、纯洁队伍、净化官场风气等。可见,这些良法美意中的宽严变化和立法意图都是为了国泰民顺、长治久安,必然使当时的人产生强烈的认同,最终转化为更高层次的制度自信和文化自信。

(一) 存留养亲推及孀妇独子以恤孤嫠

《大清律例·刑律·断狱》411“有司决囚等第”第22条例文:

秋审查办留养承祀之案,如距省在八百里以内府州所属者,由该督抚督同臬司亲提犯属、尸亲、族邻人等,逐加研讯,实系亲老丁单及孀妇独子,方准查办。……

例中所指两种对象:亲老丁单、孀妇独子,后者比律文为增加,即许受衡所说的“推及孀妇独子”,是一种范围的扩大。比较《大清律例·名例律上》“犯罪存留养亲”条:

凡犯死罪,非常赦不原者,而祖父母[高曾同]父母老[七十以上]、疾[笃废]应侍[或老或疾],家无以次成丁[十六以上]者[即与独子无异,有司推问明白],开具所犯罪名[并应侍缘由]奏闻,取自上裁。若犯徒流[而祖父母父母老疾无人侍养]者,止杖一百,余罪收赎,存留养亲[军犯准此]。

意为:犯死罪且属“非常赦不原者”,其祖父母、父母老疾应侍,奏闻上裁;犯徒流,杖、赎

后,存留养亲^①。即:亲老丁单,准其留养。其原来的范围或对象为父(祖)与独子(独孙);现在的范围及对象则增加了“孀妇独子”。

而孀妇独子,在清代律例中是一种特指。《大清律·名例》“犯罪存留养亲”条第2、4、5条例文皆有涉及。即“其母系属孀妇、守节二十年,家无以次成丁者”^[1]这条例的修改目的如许受衡所说,在于恤孤嫠,也就是优待嫠妇(即孀妇)和年幼丧父的孩子。其思想最早可追溯到先秦,如《孟子·梁惠王下》:“老而无妻曰鰥,老而无夫曰寡,老而无子曰独,幼而无父曰孤;此四者,天下之穷民而无告者。”《礼记·礼运》:“大道之行也,天下为公。选贤与能,讲信修睦,故人不独亲其亲,不独子其子,使老有所终,壮有所用,幼有所长,矜(同‘鰥’)寡孤独废疾者,皆有所养。男有分,女有归。货恶其弃于地也,不必藏于己;力恶其不出于身也,不必为己。是故谋闭而不兴,盗窃乱贼而不作,故外户而不闭,是谓大同。”表达的都是同一种思想。

当然,这不仅是范围的扩大(理论上亲老丁单可以包含后者),更是对寡妇辛苦和鼓励。或许也是民间节妇思想在法律上的体现。

(二) 弟殴兄致死准其承祀以教孝

此例起于雍正四年,乾隆间有增加,至乾隆十六年删除。清吴坛《大清律例通考》有“犯罪存留养亲已删例文”,保留了雍正、乾隆时的这三条例文,使得这一过程显示明白。

第一 雍正五年附律的条例:

雍正四年五月……九卿议复题准:除有父母之人,弟杀胞兄,家无次丁,照律存留养亲外;其无父母,或因争夺财产,或另有情由致死,并家有承祀之人者,仍照律例定拟。如非争夺财产,并无别情,或系一时争角互殴,将胞兄致死,而父母已故,别无兄弟,又家无承祀之人,应令该地方官据实查明,取具邻佑、阖族、保长并地方官印、甘各结,将该犯情罪,疏内声明奏请。如蒙圣恩准其承祀,将该犯免死减等,枷号三个月,责四十板,存留承祀。若死者与凶手已经分家,……

第二 乾隆八年馆修附律的条例:

殴胞兄及大功、小功尊长致死,应拟斩决人犯,有奏请留养承祀者,改为拟斩监候。……

第三 乾隆十一年馆修入律的条例:

弟殴胞兄致死,援例承祀,改拟斩监候,于秋、朝审时,另册进呈,蒙恩减等者,杖一百、流三千里,不准折枷责完结^[2]。

以上三条,至乾隆十六年馆修律例时,鉴于乾隆十三年部复西安巡抚陈宏谋条奏,“弟杀胞兄及殴杀大功以下尊长者,概不准声请留养”,所以删去了。

有关该条立法之意,雍正四年就吕高戳死胞兄吕美一案,曾下旨言说,其旨意云:“倘父母已故,而弟杀其兄,已无请留养亲之人,一死一抵,必致绝其祖宗祀,此处甚宜留意。”^[2]

^① 明清律之是非,此处不论。按沈家本意见,本处明律较唐律之“情法两尽”为不善,明改唐律不妥。自然,清沿明律也不妥。参见沈家本《历代刑法考·明律目笺一》(第四册),中华书局1985年版,第1797-1798页。

不使得“死的死”“抵的抵”绝了其家香火,是立法意图。

因此,许受衡说这样的良法“定制于康、雍时”,是对的。此条起于雍正时,乾隆时删去了,但许受衡仍然觉得它是“良法”,所以没理会清代中后期已经没有这一制度,而仍然津津乐道。这里的存留养亲的“教孝”,即教人以孝道,使其有机会反省自己错误行为及其严重后果,也仍适用。

(三) 准许有祖父子孙阵亡者免死以劝忠

《大清律例·名例律》5.00“应议者之父祖有犯”条,其5.01条文:

凡满洲、蒙古、汉军绿营官员军民人等,有犯死罪,除十恶、侵盗钱粮、枉法不枉法赃、强盗、放火、发冢、诈伪、故出入人罪、谋故杀各项重罪外,其寻常斗殴及非常赦所不原各项死罪,察有父祖及其子孙阵亡者,在内由刑部,在外由该督抚,于取供定罪后,即移咨八旗兵部,查取确实简明事迹,声叙入本,于秋审时恭候钦定。倘蒙圣恩优免一人一次后,俱不准再行声请。

关于此条,薛允升曾引顾炎武对该事的汇录,《日知录》:“‘死国事者之父’,如《史记·平原君传》:李同战死,封其父为李侯;《后汉书·独行传》:小吏所辅捍贼,代县令死,除父奉为郎中;《蜀志·庞统传》:统为流矢所中,卒,拜其父议郎,迁建议大夫。是也。”^[1]由于死于国事,故国家遇到其至亲犯罪时,予以优恤。清朝的这一条例,也是这一传统的一个延续。

实际上,下条也可理解为死于国事的优恤。

《大清律例·名例律》18“犯罪存留养亲”条之18.13:

凡军务未竣以前自首逃兵内,如实系因病落后,并非无故脱逃,而其父兄曾经没于王事,又亲老家无次丁者,准其留养;其无故脱逃,续经拏获者,虽有父母没于王事,仍不准其留养。

“其父兄曾经没于王事,又亲老家无次丁者,准其留养”,也可以理解为“劝忠”之范畴。

(四) 区分强盗、并不皆斩,以申矜渠魁、赦胁从之义

强盗犯罪历来是国家严厉打击的重罪,古来已是如此。李悝《法经》六篇之首篇即是“盗律”,“以为王者之政莫急于盗贼,故其律始于盗贼”。而强盗犯罪又是盗律中之重者,故历代法典无不对其严刑重罚。《大清律例·刑律》266.00“强盗”条“凡强盗,已行而不得财者皆杖一百,流三千里,但得[事主]财者不分首从皆斩”,例文266.03:“强盗内有老瓜贼,或在客店内用闷香药面等物迷人取财,或五更早起,在路将同行客人杀害。此种凶徒,拿获之日,务必究缉同伙,并研审有无别处行劫犯案,不得将该犯解往他处,于被获处监禁。俟关会行劫各案确实口供到日,审明具题。即于监禁处,照强盗得财律,不分首从皆斩,仍知照原行劫之处,张挂告示,谕众知之”,即是这一精神的充分体现。不过,在例文里,我们可以看到随着各种社会情势的变化,在康熙到乾隆年间,这一立法意旨发生了明显的改变,从而体现出了许受衡所称道的“强盗分别法无可贷、情有可原,矜渠魁、赦胁从之义”的立法精神。

《大清律例·刑律》“强盗”49有删除例两条:

一 强盗重案,除定例所载杀人、放火、奸人妻女、行劫牢狱仓库、干系城池衙门,并积至百人以上,及响马强盗、江洋大盗、老瓜贼,仍照定例送行外,其余盗劫之案,各该督抚严行究

审 将法所难宥及情有可原者 ,一一分晰 ,于疏内声明。大学士会同三法司详议 将法所难宥者 正法;情有可原者 发遣新疆给官兵为奴。

此条系乾隆五年 遵照康熙五十四年钦奉谕旨纂辑为例。嘉庆十七年改定。同治九年删除。

一 寻常盗劫 未经伤人之伙犯 如曾经转纠党羽 持火执械 涂脸入室 助势搜赃 架押事主 送路到案 诬扳良民 并行劫已至二次 及滨海沿江行劫过船搜赃者 一经得财 俱拟斩立决 不得以情有可原声请。其止在外隙望接递财物 并未入室 过船搜赃 并被人诱胁随行上盗 或行劫止此一次 并无凶恶情状者 仍以情有可原免死 发遣新疆给官兵为奴。倘地方有司 有心姑息 曲为开脱 该督抚据实题参 交部严加议处。

此条系乾隆二十六年 大学士会同刑部议覆两江总督尹继善条奏定例。四十二年、嘉庆六年、九年、十七年改定。同治九年删除。

强盗犯罪本不分首从皆斩。从例文中可见 康熙、雍正年间 开始分别法所难宥及情有可原两种情况。乾隆五年 纂为定例 此后几十年一直如此。此外 例文 10、20、21、23、26、31、32、38、42、45 等涉及到关于强盗犯罪的种种情形 多可看出其对此类案件分为情有可原与法无可贷两种情况分别处理 体现出了相当的合理性。许受衡敏锐的觉察到了这一点并做出了积极地评价。我们知道 不分首从皆斩的重刑主义固然有一定的震慑力 但强盗犯罪情形复杂 平情而论 律文未免太严 改为分别首从 尚属得平 此即许受衡所谓“歼渠魁、赦胁从”之义。

(五) 枉法赃由徒流改为实绞以严贪墨之诛; 索诈加等治罪 惩衙蠹以保良懦

《大清律例·刑律·受赃》344.00 之“官吏受财”:

凡官吏(因枉法、不枉法事)受财者 计赃科断。无禄人各减一等 ;……有禄人(凡月俸一石以上者)枉法赃各主者通算全科。

一两以下 杖七十。……二十两 杖六十 徒一年。……五十五两 杖一百 流三千里。八十两 (实) 绞(监候)。不枉法赃 各主者通算折半科罪。一两以下 杖六十。五十两 杖六十 徒一年。一百二十两 杖一百 流三千里。一百二十两以上 (实) 绞(监候)。无禄人(凡月俸不及一石者)枉法(扶同听行及故纵之类) 一百二十两 绞(监候)。不枉法一百二十两以上 罪止杖一百 流三千里。

薛允升《读例存疑》云“此段明律 枉法赃八十两系杂犯 准徒五年;不枉法赃一百二十两 有‘罪止’二字 无‘一百二十两以上实绞监候’一层。无禄人枉法赃一百二十两 系准徒五年。顺治三年 以治国安民首在惩贪 均改为实绞。”^[1]这是整个法条来历及修改原因的细致说明。

在此之前 吴坛《大清律例通考》谓此条来历“明律……枉法赃‘八十两 绞’下 原系‘杂犯 准徒五年’ 顺治初年 以治国安民首在惩贪 将律内改为‘实 绞监候’;不枉法赃一百二十两 原律亦系‘罪止杖一百、流三千里’ 顺治初年亦改为‘一百二十两以上 实 绞监候’;无禄人枉法赃一百二十两绞 原律亦系‘准徒五年’ 国初亦并改为‘绞监候’。余俱悉

仍旧律。”^[2]可见,薛允升前述说法,来自吴坛。

关于官吏受财,清律相较于明律,同等情况下将刑罚由由徒流改为实绞,目的在于“严贪墨之诛”,许受衡认为这是清律的进步之处,因而将其特意点出。我们知道,明朝立国本已以从严治官著称,明太祖朱元璋起于草莽,生于微末,基于其自身的经历,立国后即严惩贪官,并制定了一系列法律来实现惩治贪官的目的。清律不但继承了这一精神,而且在刑罚方面还有所加重,虽然与清朝立国初期之特殊局势有关,但仍符合当时之人心所向,因而受到了许受衡的赞赏。

官吏受财中,例文 03 是关于蠹役索诈贫民的规定:

官吏受财-03 一,内外大小衙门蠹役,恐吓索诈贫民者,计赃,一两以下,杖一百;一两至五两,杖一百,加枷号一个月;六两至十两,杖一百,徒三年;计赃在十两以上者,发近边充军;至一百二十两者,照枉法拟绞。为从分赃并减一等。其或索诈贫民,致令卖男鬻女者,十两以下,亦照例充发。为从分赃者,不计赃并杖一百,徒三年。如有吓诈致毙人命,不论赃数多寡,拟绞监候。若系拷打身死者,照故杀律拟斩监候。为从并减一等。

下面兹比较“枉法赃”与“蠹役索诈贫民”两个罪名的相应赃数与刑罚等级,对照仿照表格形式:

《大清律例·刑律·受赃》344.00 之“官吏受财”:

官吏受财枉法,计赃科断	蠹役索诈贫民,计赃	增加刑级
一两以下,杖七十	一两以下,杖一百	加三等
一两至五两,杖八十	一两至五两,杖一百加枷号一个月	加二等并枷号
一十两,杖九十	六两至十两,杖一百,徒三年	加至满徒
一十五两,杖一百	计赃在十两以上者,发近边充军	加至迁徙
二十两,杖六十,徒一年	致令卖男鬻女者,十两以下亦照例充发	加至迁徙
二十五两,杖七十,徒一年半		
三十两,杖八十,徒二年		
三十五两,杖九十,徒二年半		
四十两,杖一百,徒三年		
四十五两,杖一百,流二千里		
五十两,杖一百,流二千五百里		
五十五两,杖一百,流三千里		
八十两,(实)绞(监候)	至一百二十两者,照枉法拟绞	绞刑
	吓诈致毙人命,不论赃数多寡,拟绞监候	绞刑
	若系拷打身死者,照故杀律拟斩监候	加至斩刑

薛允升谓:“(蠹役索诈贫民,计赃)照枉法科断,十两以上即拟迁徙,照枉法赃加至数等。”这是关于赃数与刑罚重轻的评价,从上述对比图看,这一点至为明显。薛允升又说:

“致令卖男鬻女”情节尤为凶恶,是以治罪独严。”指出因此造成恶果,因其情节凶恶,故治罪独严,其实还有包含致毙人命情节等。

但吴坛《大清律例通考》谓“衙役系无禄人,应照前议,于‘一百二十两’下增入‘以上’二字,合并声明。”^[2]如果按照无禄人考量,其刑罚显然要重。有禄人贪,惩罚理应重,因为国家已经给你俸禄;无禄人贪,惩罚理应轻,因为国家没有给予俸禄,保障不足——这是“理”。要之,比之一般的赃罪,蠹役索诈贫民的情形更为恶劣,因而清律规定了更重的刑罚,目的在于“惩胥役所以保良懦”,这种具有民本主义的立法意旨受到了许受衡的认可。

(六) 国法已伸后禁止复仇,为杜凶残之路

清律中已有允许复仇规定的条款。《大清律例·刑律·斗殴》006“父祖被殴”条:

凡祖父母、父母为人所殴,子孙实时(少迟,即以斗殴论)救护,而还殴(行凶之人)非折伤,勿论;至折伤以上,减凡斗三等。(虽笃疾,亦得减流三千里,为徒二年。)至死者,依常律。○若祖父母、父母为人所杀,而子孙(不告官)擅杀行凶人者,杖六十;其实时杀死者,勿论。(少迟,即以擅杀论。)○(若与祖父母、父母同谋共殴人,自依凡人首从法。又祖父母、父母被有服亲属殴打,止宜解救,不得还殴。若有还殴者,仍依服制科罪。)○(父祖外,其余亲属人等被人杀,而擅杀行凶人,审无别项情故,依罪人本犯应死而擅杀律,杖一百。)

此仍明律,顺治三年,添入小注。

“若祖父母、父母为人所杀,而子孙……实时杀死者,勿论”;“若祖父母、父母为人所杀,而子孙(不告官)擅杀行凶人者,杖六十”。“实时杀死”与非实时杀死的区别,“少迟,即以擅杀论”。即“登时”,一般应在现场。

这个规定,等于允许复仇。薛允升说“明律添入‘实时杀死者勿论’等语,似系仿照曹魏之法,不言复仇而复仇已在其内。”清律沿袭明律,自然也是“不言复仇而复仇已在其内”。所谓“曹魏之法”指《晋书·刑法志》所载“曹魏时贼斗杀人,以劾而亡,许依古义,听子弟得追杀之;会赦及过误相杀,不得报仇,所以止杀害也。”薛允升说其时的“报讎杀人,不得轻减,其罪明矣”。至“康熙二十七年,子孙复仇之事,始明定专例,遂以报仇杀人为事理之当然。”^[1]

康熙二十七年始定的复仇专例,见于父祖被殴第二条例文:

父祖被殴-02 一 祖父母、父母为人所杀,凶犯当时脱逃,未经到官,后被死者子孙撞遇杀死者,照擅杀应死罪人律,杖一百。其凶犯虽经到官拟抵,或于遇赦减等发配后,辄敢潜逃回籍,致被死者子孙擅杀者,杖一百、流三千里。若本犯拟抵后援例减等,问拟军流,遇赦释回者,国法已伸,不当为讎。如有子孙仍敢复讎杀害者,仍照谋故杀本律定拟,入于缓决,永远监禁。至释回之犯,复向死者子孙寻衅争闹,或用言讥消,有心欺凌,确有实据者,即属怙恶不悛,死者子孙忿激难堪,因而起意复讎致毙者,仍于谋故杀本律上减一等,拟以杖一百、流三千里^[1]。

允许复仇与否,从刑罚上可以看出。薛允升说,康熙二十七年定的复仇专例,“后又迭加修改,有拟杖者,有拟流者,有永远监禁者,大约因遇赦释回者居多”。下面兹仿照表格形式说明清律中康熙时期关于复仇问题的相关立法情况:

态度	原因	刑罚
允许	未经到官(未受国法惩罚)	杖一百
不允许	遇赦减等发配逃回	杖一百、流三千里
不允许	减等,问拟军流,遇赦释回	永远监禁
不允许	减等,问拟军流,遇赦释回	杖一百、流三千里

复仇之义见于诸经,而唐律无文,韩昌黎谓“非阙文也。盖以为不许复仇,则伤孝子之心,而乖先王之训;许复仇,则人将倚法专杀,无以禁止其端”云云。但是唐律虽不著报仇之法,而有“诸杀人应死,会赦免者,移乡千里外”之文,担心的正是仇杀相寻无已之后果。康熙二十七年的复仇专例,一改清初的含糊规定,其总体的精神是国法已伸后即禁止复仇。这一点,我们从上文所列不同情形下之刑罚轻重即可明确看出。复仇问题是关系中国法律史之一大问题,此处无法展开讨论,不过总体而言,除了特殊时期,法律的精神是禁止复仇的^①。康熙二十七年始定的复仇专例即是回到了这一立场。许受衡以为,复仇以国法得伸与否为断,以杜凶残之路,这是清律值得赞扬之处。

上文对许受衡所提及的六类“良例”做了简单的分析。许受衡以为,凡此诸端,或隐合古义,或矫正前失,皆良法也。从中我们不难看出,这六类“良例”,存在劝与惩两种导向,劝惩之间是宽严两种立法精神,但宽有宽的理由,严有严的道理,宽严之递嬗演变皆表现于例文之中。在许受衡关于清代法律的这些评价里,我们能体味到的是作者对这些制度、这些措置,以及在这背后的观念、意识、精神的自信,而丝毫看不出这是在大清帝国已经覆灭之后关于末世之法的一种回顾。这是一种制度的自信,是中国人对其良法美意的肯定。只是问题是,我们的这一制度自信去那里了呢?

三、制度自信的归路

我们知道,至少自西周时起,中国人便逐渐形成了“诸夏”“华夏”的意识,并以此将自己与其他族群区分开来。诸夏意识之形成,不仅仅意味着族群之分,同时还意味着文化上的高下之别,自此以后诸夏便是“中国”,而蛮夷便散居四边。这种情形,自西周以后愈加明晰,终于成为中国文化中一种根深蒂固的文化意识,由此也缔造了中国人很深的文化优越感,这种优越感就是文化自信^②。

《礼记·王制》:“中国戎夷五方之民,皆有性也,不可推移。东方曰夷,被发文身,有不火食者矣;南方曰蛮,雕题交趾,有不火食者矣;西方曰戎,被发衣皮,有不粒食者矣;北方曰狄,衣羽毛穴居,有不粒食者矣。中国夷蛮戎狄,皆有安居、和味、宜服、利用、备器。五方之民,语言不通,嗜欲不同。”其对“中国”与四夷的区分即很明显,而区分的关键在“衣食文化”。

① 复仇问题的专门研究,可参霍存福《复仇报复刑报应说:中国人法律观念的文化解说》,吉林人民出版社2005年版。

② 关于这种“中心”意识以及“华夏”或“中国”族群形成的过程,可参王明珂《华夏边缘:历史记忆与族群认同》,浙江人民出版社2013年版。

赵武灵王时,赵国公子成对当时的“中国”有这样一段描述“中国者,聪明睿智之所居也,万物财用之所聚也,贤圣之所教也,仁义之所施也,诗书礼乐之所用也,异敏技艺之试也,远方之所观赴也,蛮夷之所义行也。”^①将这两段话结合起来,即很好的体现出绵延几千年的中国人的文化自信与制度自信。“中国”是礼仪之邦,物阜民丰,人才荟萃,文化高度发达,乃天下之中。而凡是诗书礼乐所不及,声教所难闻的四边之地,即不在中国之列。特别是春秋之后,夷夏之别的意识成为中国文化的基本意识,自此之后,中国人即拥有这种文化与制度上的自信达几千年的时间,一直到近代的晚清。

近代以来,随着国门的打开,西方人用坚船利炮打破了中国人的文化自信与制度自信,我们面临灭国亡种之危机,为应对西方入侵而做出的变革,由器物到制度,最后到文化,恰好反映了我们逐渐丧失制度与文化自信的过程。此后直到现在,我们在现代化这一理念的支配下,在各个方面开始了变革的过程,而这一变革本质上是以西方为摹本的。这一过程表现在法律上,就是晚清时期我们虽然几经反复,但最终全面采用了西法。我们今天的法,久已远离了传统的中国固有法,而基本上是一套移植而来的西方法^②。只有在这一视角观照之下,我们才能明白,许受衡在《清史稿·刑法志》里关于清朝“良例”的分析是多么的弥足珍贵。在许受衡的分析里,我们看到了他对中国法律制度的褒扬与赞赏,他仍然有着对自己国家与民族固有文化与制度的自信。许受衡的这种态度值得我们深思^③。中国文化绵延久长,中国的制度自有其优越之处,法律制度也是如此,在这一方面,我们久已失去了许受衡这种文化与制度上的自信。

法始终有其民族性的一面,从这个意义上说,法只是一种“地方性知识”^④,这也就意味着良好的法律需要伴随着对传统法律资源的吸收与转化,使之随着时代的发展而历久弥新。因此,追随着许受衡关于清代良法的这种“自信的目光”,我们有必要重新估定我们关于中国传统法的看法,建基于中国文化本位,从中获取有价值的制度或思想,才是唯一的可取之道。

参考文献:

- [1] 胡星桥,邓又天.读例存疑点注[M].中国人民公安大学出版社,1994.41-43,19,709,667,667.
[2] 吴坛撰.大清律例通考校注[M].中国政法大学出版社,1992.248,248,906,908.

(全文共 12,977 字)

① 参见《战国策·赵策二》。

② 杨鸿烈称这一过程为“欧美法系入侵时代”,参杨鸿烈《中国法律思想史》,商务印书馆1937年版,第300页;马小红《礼与法:法的历史连接》(修订版),北京大学出版社2017年版,第1-28页。

③ 要说明的是,许受衡并非是守旧派,虽然晚清时期新旧两派本来就是相对的,但许虽出身科举,在法律改革上他却明显属于新派。这一点,从他撰写的《清史稿·刑法志》里用了很大的篇幅去描述晚清的法律改革与“礼法之争”可以看出。明确了这一点,就知道许受衡关于清律的认识是相对客观的,并非是立场先行的产物。

④ 参见梁治平《法律的文化解释》,三联书店1994年版,第73-171页;格尔兹《地方知识——阐释人类学论文集》,商务印书馆2014年版,第193-271页。