

清代法律体系的多重叙述与重构

——评王志强《清代国家法：多元差异与集权统一》

杜 金*

目次

- | | |
|----------------|----------------|
| 一、国家法文本上的统一与差异 | (一) 关于清代法律的多元性 |
| 二、国家法实践中的统一与差异 | (二) 关于成案的功能 |
| 三、也许是冗余的讨论 | |

摘要 王志强《清代国家法：多元差异与集权统一》一书，在集权统一的政治架构下，分析了清代国家法体系的内部多元形态。该书首先选取清代条例中的地区性特别法和以省例为代表的地方法规这两个切入点，讨论国家法文本上的统一与差异；无论是中央制定的地区性特别法，还是地方制定的省例，都呈现出国家与社会、中央与地方之间微妙的互动与相对性。继而通过国家对于民间习俗的态度、运用律例的方法以及成案的效力与作用，考察国家法实践中的统一与差异。清代国家法的多元结构，也体现于部院则例、民族条例和地方政府发布的规范性告示。成案的法律效力具有随机性和不确定性，刑部官员援引成案的动机可能是策略性而非制度性的。

关键词 国家法 多元 统一 观察视角

苏轼《题西林壁》有“横看成岭侧成峰，远近高低各不同”两句，意思是观察事物的视角，决定了观察者只能看到事物的特定面向。日本作家芥川龙之介的短篇小说《竹林中》讲述的武士被杀的故事，更进一步表现了事实真相的不可知与不可确定性。樵夫、云游僧、捕役、老嫗、多襄丸、死者的妻子、死者的鬼魂，他们或因视角所限，或因利害牵制，各自供述的仅仅是被扭曲了的碎片，而非完整真实的事件。谁是真凶，依然是悬而未决的问题。^{〔1〕} 不过，虽然不同视角只能观测到事物的某些侧面，但整合起来却可以形成完整的图像。如《水经注》引渔者歌曰：“帆随湘转，望衡九

* 中山大学法学院副教授、法学博士。

〔1〕 参见〔日〕芥川龙之介：《竹林中》，载《芥川龙之介小说选》，文洁若等译，人民文学出版社1981年版，第282~291页。这篇经典小说也被改编为电影《罗生门》，〔日〕黑泽明执导，1950年上映。

面。”〔2〕美国电影《刺杀据点》(Vantage Point)也同样展现了这一点。影片以不同观察者和经历者的视角,多线程叙述了他们所见证的总统遇刺案的片段;通过这些片段的拼图,使观众得以还原或者说重构事件的完整情节。〔3〕可以说,观察问题的特定视角与观察者的本位姿态,对于认知问题并做出相应解释具有重要意义。

在历史研究中,研究者的视角与姿态也会产生不同的效果。关注中国法律文化大传统的学者,看到了“天人合一”“礼法秩序”“身份等级”“家族主义”等特征;关注小传统的学者,则看到了另外一些元素。研究清代国家法的学者,着眼于律例典章;研究民间法的学者,则沉浸于民俗习惯。他们各自描述出来的法律文化图像,可能存在相当大的差异。基于近代以来的欧陆法学理论,或许会认为传统中国只有刑法而没有真正意义上的民法;立足于本土文化,会说我们也有自己的民法。在不同的“前见”支配下,他们讲述的法律概念及其内涵,并不完全是同一回事。甚至有些看似确定无疑的考证结论,也不过是受制于既有证据而获得的暂时性结论。

即便抛弃单一的视角,在法律多元主义框架中观察清代中国法,仍然有可能产生盲点和困惑。在清代国家法与民间法的丛林中,我们有时会感觉迷失方向:国家法并非只是朝廷制定的律例,民间法同样纷繁驳杂,很难绘制出清晰的地图。因此,如何在更为开放多元的视域中理解清代法律,找到更为有效的分析框架和研究方法,是很多法律史学者追寻的目标。

在这方面,已经有一些比较成功的努力。日本学者寺田浩明的研究堪称典范,为了描绘清代中国法秩序的复杂图像,他构建了三维的分析框架:其一,厘定了从“契约”“惯习”到“律例”“情理”“公论”的规范体系;其二,在词讼与命盗案件的裁判依据中分析这些规范的实践意义;其三,通过常规司法与权宜司法的差异来进一步解释清代司法的特点,以及运用规范的特点。在此基础上,得出了清代中国是与近代西洋迥异的“非规则型”法秩序的结论。〔4〕王志强《清代国家法:多元差异与集权统一》一书,可以说是同类研究旨趣的尝试。不过,他与寺田也有明显不同的学术追求。寺田更关注原理性问题,王志强则更重视功能性解释。

在本书的《修订版序》中,王志强提出:“清代国家法在何种程度上存在地区性、结构性差别,以及法律文本与实践的疏离?从政治权力结构的角度看,其根本原因是什么?”〔5〕这是贯穿全书的问题意识,同时也隐含了本书的分析框架与研究方法。这里所谓的地区性和结构性差别,亦即清代国家法律规范的多样性;法律文本与实践的疏离,大致包括了国家法的自我背离,〔6〕以及国家法与民间法之间若即若离的微妙关系。〔7〕在研究方法上,作者偏重于比较视角与经验实证;同时,放弃了法律概念论或本质主义,采用法律功能论和实用主义的研究路径。除了对法律的“内在

〔2〕(北魏)酈道元著,陈桥驿校正:《水经注校正》卷三十八,中华书局2007年版,第894页。

〔3〕[美]彼得·特拉维斯(Pete Travis)执导,巴里·莱维(Barry Levy)编剧,2008年上映。

〔4〕参见[日]寺田浩明:《权利与冤抑:寺田浩明中国法史论集》,王亚新等译,清华大学出版社2012年版。该书的相关评论,参见杜金:《清代中国法秩序的原理与结构——〈权利与冤抑:寺田浩明中国法史论集〉述评》,载《法制史研究》2016年第29期。

〔5〕王志强:《清代国家法:多元差异与集权统一》,社会科学文献出版社2017年版,修订版序第Ⅷ页。

〔6〕基于法社会学的研究方法,瞿同祖曾经指出:“条文的规定是一回事,法律的实施又是一回事。某一法律不一定能执行,成为具文。社会现实与法律条文之间,往往存在着一定的差距。如果只注重条文,而不注意实施情况,只能说是条文的、形式的、表面的研究,而不是活动的、功能的研究。”瞿同祖:《中国法律与中国社会》,中华书局2003年版,导论第2页。关于国家律例在表达与实践之间背离的讨论,参见黄宗智:《民事审判与民间调解:清代的表达与实践》,中国社会科学出版社1998年版。

〔7〕对此问题的理论思考与经验研究,可以参见梁治平:《清代习惯法:社会与国家》,中国政法大学出版社1996年版。

理路”进行法学解释以外,也特别强调法律实践的政治分析——与本书的“前身”相比,^[8]书名中的“集权统一”以及第四章新增的“政治结构的解释”一节,都体现了作者的这一追求。^[9] 政治解释的引入相当重要,因为清代的国家制定法并不是一个自我指涉的封闭系统,而是开放的规则体系,情理与法律总是处在循环往复的动态过程中。情理如何进入法律、成为法律、改变法律,很大程度上取决于政治权力的判断。^[10] 而在政治判断的背后,隐含着复杂的多个参与方和多回合的微观权力博弈。^[11]

在评论本书的脉络与核心观点之前,首先对全书结构作一简单的介绍。本书的基础是5篇论文,先后在学术期刊发表,之后以《法律多元视角下的清代国家法》为题结集出版。旧版除了《中国法律史研究的反思与法律多元的视角》(代序)和《后记》以外,各章依次为《清代的地方法规》《清代条例中的地区性特别法》《清代刑部的法律推理》《清代成案的效力和其运用中的论证方式》《清代的丧娶、收继及其法律实践》,另有10个附表。与之相比,修订版修改了各章内容,调整了章标题,依次为《同中之异:条例中的地区性特别法》《地方之宜:以省例为代表的地方法规》《上下之别:丧娶、收继及其法律实践》《行动之法:刑部的法律推理》《律例之外:作为法源的成案》,增加了节标题和全书结论。这次修订和调整,不仅使章节主旨和问题意识更加清晰醒目,也突出了结构上的逻辑性。在“集权统一”的政治架构下,揭示“法律多元”的特殊形态,这与以往学者讨论的国家法与民间法意义上的“法律多元”并不相同,它所指向的是国家法体系内部的多元。通过这一分析框架,作者呈现了国家法体系构成的多样性与复杂性,也深化和丰富了我们对于清代国家法的理解。

一、国家法文本上的统一与差异

我们可以选择不同的研究路径来考察清代国家法的多样性,或者国家法内部的结构性差异。首先,在法律概念上梳理和分析“律”“例”“通行”“成案”“省例”等法律渊源,不仅可以彰显国家法的多元性,也可以依据它们的效力位阶勾勒出整个国家法体系。不过,由于成案的法律效力具有不确定性,很难仅仅通过法律文本进行分析;^[12] 因此在功能论和实用主义的倾向下,本书作者试图通过考察司法实践来解决这一问题(下详)。其二,法律体系内部的空间意义,即全国性通行法与地区性特别法之间的异同及其关系,是以往的法律文本分析常常忽略的内容,也是本书所努力呈现给读者的。其三,朝廷制定的一般法与民族法的关系,同样体现了国家法的多样性。如果将

[8] 参见王志强:《法律多元视角下的清代国家法》,北京大学出版社2003年版。

[9] 见前注[5],王志强书,第131~135页。《修订版序》也特别指出:“尽管广义上,政治权力结构也可纳入法的范畴,但这里的努力方向,是试图从解释的角度,选取一个法律之外的维度,来归纳中国固有法各种现象背后更深层的、共同的驱动力。”第Ⅺ页。

[10] 正如季卫东所说,“在这样流转不已的动态中,发挥稳定化作用、中断无止境的语言游戏的只有世俗权力,或者主权者的决断主义行为,即皇帝的绝对意志”。季卫东:《中国司法的思维方式及其文化特征》,载季卫东:《宪政新论——全球化时代的法与社会变迁》(第2版),北京大学出版社2005年版,第112页。

[11] 关于清代法律与政治结构的关系,笔者受到了徐忠明《明清司法的构造、理念与机制:一个论纲》一文的启发,载何勤华主编:《外国法制史研究》(第18卷·2015年),法律出版社2016年版,第437~453页。

[12] 实际上,律和例同样存在理论与实践上的错位。在法律效力位阶上,作为万世常经的律,要高于一时权宜的例;可是在法律实践中,例往往优先适用。正如史书所言,“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,或一事设一例,或一省一地方专一例,甚且因此例而生彼例,不惟与他部则例参差,即一例分载各门者,亦不无歧异。辗转纠纷,易滋高下”。见赵尔巽:《清史稿》,卷一百四十二·刑法一,中华书局1976年版,第4186页。

中央政府制定的地区性特别法与民族法结合起来考量,那么清代国家法的多样性与结构性差异会更加复杂。^[13] 鉴于国内学者已有专题研究,^[14]本书绕开了对民族法的讨论。

为了展现国家法内部的多样性与地区性差异,本书选取了两个切入点。第一章《同中之异: 条例中的地区性特别法》,着重讨论中央政府制定的“地区性特别法”。第二章《地方之宜: 以省例为代表的地方法规》,分析了省级行政单位根据地方特殊情形制定的法律规范。通过中央政府的视角,可以了解皇帝和朝臣关注的核心内容是什么;考察督抚拍板的地方法规,得以知晓他们在地方社会治理中关心的具体问题有哪些。虽然都是围绕区域治理制定的规范,但是二者之间仍有明显的差异。

在《同中之异: 条例中的地区性特别法》中,作者首先界定了“地区性特别法”的概念。这类法律“是指对一般主体的非特定地域行为,由中央制定的、仅适用于某一特定区域的特别法”。^[15] 也就是说,为了实现政治统治和强化社会治理的需要,对于发生在特定地区的一般犯罪,朝廷制定了特别法予以惩治,通常是加重刑罚。

那么,中央政府究竟在哪些地区制定了这类特别法? 对此,王志强进行了翔实的统计和分类。第一,在436条律文中,仅有7条属于地区性特别法,不到律文总数的2%。其中,除了2条是关于军流地点的律文,其他5条则是专门针对京师地区的特别规定。而条例中的地区性特别法数量颇多,清代后期共计217条,占当时例文总数(1904条)的11%强。^[16] 第二,尽管制定条例的时间分布比较均匀,但地区差异却较为明显。京师56条,清王朝“龙兴之地”陪都盛京26条,共82条,约占地区性特别条例总数的38%弱。^[17] 其他涉及10条例文以上的地区,依次为直隶、福建与云南、广东、贵州与新疆、蒙古与四川。^[18] 条例的分布态势也体现了这些区域性特别法的政治意图——维护京师和陪都的秩序安宁,强化对边陲地区的政治控制。第三,地区性特别法针对的是发生在上述地区的恶性犯罪,尤其是强盗。^[19] 这类犯罪不但普遍加重处罚,而且在司法程序和刑罚执行上也可能不同。^[20] 事实上,对发生在边陲和少数民族聚居地区的恶性犯罪采取非常措施,并不只是立法(包括实体性立法和程序性立法)问题;司法实践中也会采取一些特殊举措,例如雍乾时期使用较多的“杖毙”和“恭请王命”,^[21]即体现了这一点。

清代中国是一个疆域特别辽阔的中央王朝,为了实现“事为之防,曲为之制”的国家治理,远在紫禁城的皇帝和朝臣必须全面掌握地方社会的情况。信息从何而来,决策如何做出,也就成为特别值得关注的问题。王志强参考了薛允升《读例存疑》的考证后指出,“地区性特别条例中,至少有121条是由地方督抚、布按二使、办事大臣、顺天府尹、盛京各部等地方长官建议而制定,占有这

[13] 除了国家制定的民族法,尚有民族地区自发形成的民族习惯法。即便是国家制定的民族法,其内容也非常复杂,包括《大清律例》中的民族法特别法,专门的民族法,以及地方法规中的民族法。

[14] 例如刘广安:《清代民族立法研究》(修订版),中国政法大学出版社2015年版。

[15] 见前注[5],王志强书,第2页。

[16] 原文为10%强,参见前注[5],王志强书,第5页。

[17] 原文为40%强,参见前注[5],王志强书,第5页。

[18] 上引数据,参见前注[5],王志强书,第4~5页、第10页图1-4。

[19] 由于民间词讼属于州县自理的权限,地区性特别法不作规定是理所当然的事情。参见前注[5],王志强书,第19~21页。

[20] 参见前注[5],王志强书,第6~15页。

[21] 参见[日]铃木秀光:《杖毙考——清代中期死刑案件处理的一项考察》,娜鹤雅译,载张世明等编:《世界学者论中国传统法律文化》,法律出版社2009年版,第209~234页;[日]铃木秀光:《恭请王命考——清代死刑判决的“权宜”与“定例”》,吕文利、袁野译,载《内蒙古师范大学学报》2009年第7期。

类条例总数的 56%，而明确由刑部、理藩院、都察院等中央机构官员提出的仅 35 条，其中还包括一些并非针对个别地区，而是涉及区域较广的条例。因此可以说，地区性特别条例的制定提案，主要反映了地方官员、特别是省级高官们的利益要求”。^{〔22〕} 不过稍有些遗憾的是，我们不清楚具体哪些提案由地方长官建议，哪些由中央官员提出，二者之间是否存在类型上的区分。笔者猜测，事关边疆和少数民族地区的特别法，或许更多由地方官员建议；即使由中央官员提出，可能也来自地方官员提供的信息，否则他们很难了解不同地区尤其是边远地区的社会实态。各地官员通过密折、审转案件以及特定事件，都有可能将地方情势传递到皇帝和朝臣那里，成为他们进行立法决策的资讯和契机，这与地方官员直接呈请皇帝制定地区性特别法的建议有所区别。

“首善之区”京师与“龙兴之地”盛京，基于常规的政治考量，会通过特别法来维持社会秩序，控制区域内的犯罪发生率。而在经济文化相对落后的边陲和少数民族地区，一方面需要适当顺从当地的民情习俗，不至于激起矛盾；另一方面又要加强控制，将其纳入帝国的礼法秩序。少数民族则存在双重意图，既试图进入国家正式体制，又想要保持自己的习俗；一旦国家挤压过甚，他们又有可能反抗乃至退出中央王朝的管控。从政治维度来看，这其中不仅有中央与地方官员的权力博弈，也存在少数民族与帝国的利益纠葛。在错综复杂的政治格局中，地方社会（少数民族）的声音如何进入权力中心，成为官方和国家法的表达，是一个有趣的话题。

如果说中央制定的地区性特别法“自上而下”笼罩地方社会，那么地方官员又如何回应他们面对的治理问题？《地方之宜：以省例为代表的地方法规》一章介绍了清代以前的地方法规与清代省例的状况，^{〔23〕}并概括了省例的内容和特点。作者提出，以省例与中央通行法的关系为标准，可分为三大类：第一类是对中央制定法的简单重申，第二类是以中央制定法为前提制定的具有解释意义的实施细则，第三类是当中央制定法没有相应规定时地方官员自定的处理办法。^{〔24〕}也就是说，省例是在中央制定法框架下所作的重申、细化和拓展。这也符合清人自己的理解：“照得律文一定不变，而定例则随时斟酌轻重，以补律文所未及。至于省例，则又推广定例之所未备。原系融会贯通，并无彼此矛盾、致有窒碍难行之处也。”^{〔25〕}在我看来，省例与中央律例、部章保持一致的问题，在《湖南省例成案》《福建省例》《治浙成规》等抄录了原始公文的史料中可以清晰体现。^{〔26〕}这些记录省例制定过程的行政文书充分显示，地方官员尤其是督抚和藩臬二司在审议相关提案时，念念不忘朝廷既有的制定法这一基本前提。通常情况下，如果下级官员提议的规则与国家律例相违背，省级官员及其职能部门往往不太愿意通过该议案。与中央制定法保持一致，可以说是省例的基本特点。

不过，如果仅仅为了与律例一致，制定省例的意义也就相当有限了。拓展和填补中央制定法的空白是省例的功能所在，主要体现在民事细故与相应的司法程序方面。笔者以为，由于清代中

〔22〕 见前注〔5〕，王志强书，第 17 页。

〔23〕 参见前注〔5〕，王志强书，第 27~34 页；寺田浩明「清代之省例」，滋贺秀三编《中国法制史——基本资料の研究》，东大出版会，1993 年 3 月，657~714 页；〔日〕谷井阳子：《清代则例省例考》，载〔日〕寺田浩明主编：《中国法制史考证》丙编第四卷《日本学者考证中国法制史重要成果选译·明清卷》，郑民钦等译，中国社会科学出版社 2003 年版，第 120~214 页；杨一凡、刘笃才：《清代例考》，载杨一凡、刘笃才：《历代例考》，社会科学文献出版社 2012 年版，第 274~405 页。

〔24〕 参见前注〔5〕，王志强书，第 34 页。

〔25〕 《西江政要》卷十《窃盗三犯案犯查明恩赦前后分别办理》，转引自前注〔5〕，王志强书，第 37~38 页。

〔26〕 以我所阅读到的资料来看，清代的省例汇编主要以两种形态出现：一种是行政公文形式，例如《湖南省例成案》，在一定程度上保留了官场的议事过程；一种是条文形式，例如《粤东省例》等，呈现的是议事结果。

中央政府采取“抓大放小”^[27]的思路治理社会,将徒刑以上的重罪案件纳入国家严格管控(包括实体法的惩罚与程序法的监管)的范围,而将笞杖刑轻罪案件和民间纠纷授权州县牧令自行处理。因此,针对民间细故和州县自理词讼的中央制定法相对疏阔,甚至留有空白,但这些却是地方官员不得不面对的日常事务。各地根据地方治理中出现的具体问题,制定地方性规范予以调整,也就顺理成章。王志强以大量的实例证明,这类省例在某些方面填充甚至突破了国家律例的内容,但并不足以撼动中央制定法的架构与权威。^[28]

在讨论传统中国“惯例”的形成机制时,寺田浩明曾经用过“彼唱此和,相效成风”的生动比喻。^[29]与此相似,各地政府在制定省例时,同样出现了“邻近各省从风效仿”^[30]的实践,这也是各地省例趋同的原因之一。而官员的转任,可能会成为省例趋同的另一原因。^[31]事实上,在中央制定法的框架下制定省例,本身就增加了各地省例趋同的可能性;其差异只能是枝节性的,而非根本性的。一些具有明显特殊性的省例,针对的问题往往只是特定州县的事务,例如某个码头秋冬是否通航之类的琐事,^[32]没有普遍意义可言。

趋同并不是否认差异。由于“因地制宜”是制定省例的根本原因所在,各地省例在内容上自然有所不同,只不过这些差异是在不违背律例的前提下得以共存。值得注意的是,虽然“体问风俗”、就其“地方之宜”,是制定省例的动因和目的,但实际上,真正将民风民俗纳入省例的做法恐怕并不多见。在地方官眼中,民间社会的土俗习惯多为“恶俗”,需要通过移风易俗来革除和改良,而省例则可以成为维风导俗的工具。再者,即便是一省之内,各处民情土俗亦有差别,难以以统一的规范使其划一。因此,省例更多反映的是地方官员对所在地区相关问题的态度,或者说省内官员就该议题达成的共识和结论,而不等同于地方社会真实的民情与习俗。只有当民间习俗与官方态度及利益相对一致的情况下,才有可能被考虑,才有可能成为省例。甚至可以说,省例的制定,一定程度上是为了满足地方官员自身的利益偏好与治理便利。^[33]所谓斟酌“地方之宜”,更多是指官员治理之宜,而非民众生活之宜。这种官方本位的态度,也是所有清代地方立法的一个基本特点。

通过以上两章的分析,作者为我们展现了清代国家法律体系的复杂结构,特别是律例与省例之间的关系;同时也在理论上解释了导致这种复杂性的原因——中央政府与地方官员各自的权力和利益偏好,以及民间社会与帝国官方的不同诉求与落差,最终在多层级的交互博弈中达到平衡。作者在认同“国家-社会二元对立”分析框架的同时,也挑战了既有的理论范式,敏锐地揭示出“权力的多层性”导致了“国家”面目的模糊不清,以及“不同层次的国家权力主体之间存在的差异和某种程度上的紧张”。^[34]在笔者看来,当我们过于强调二元对立时,可能会不自觉地将“国家”和“社会”这两个概念扁平化、固态化,而本书的作者努力尝试打破这种静态格局,重构它们之间的动态关系。无论是中央制定的地区性特别法,还是地方制定的省例,都呈现出国家与社会、中央与地方

[27] 参见徐忠明:《内结与外结:清代司法场域的权力游戏》,载《政法论坛》2014年第1期。

[28] 具体例证,参见前注[5],王志强书,第39~52页。

[29] 参见[日]寺田浩明:《清代土地法秩序“惯例”的结构》,载[日]寺田浩明:《冤抑与权利》,王亚新译,清华大学出版社2012年版,第106~107页。

[30] 参见前注[5],王志强书,第53、62页。

[31] 参见前注[5],王志强书,第61页。

[32] 参见《湖南省例成案》工律河防卷二,“沅江属之毛角口小沂一道秋冬水退难行,照旧许该地民人筑坝灌水,商船出资倩夫拉引”,清刊本,东京大学东洋文化研究所藏。

[33] 参见前注[5],王志强书,第52~63页。

[34] 参见前注[5],王志强书,第64~65页。

之间微妙的互动与相对性。对民间社会而言,各级行政长官都代表了帝国官方和正式的国家权力,“国家”是一种通过官僚体系层层传递后的政治力量,是民众日常所能感受到的治理与控制;但相对于皇帝和中央政府,地方官员又成为了社会民情的传声筒和叙述者,他们在代表皇权和中央治理地方社会的同时,也在言说和“建构”地方与社会。就此而言,清代中国错综复杂的规范体系背后,不仅仅隐含着国家与社会的分离,也不仅仅是央地之间的冲突和张力。从政治权力的微观实践来看,无论身处中央的皇帝和朝臣,还是不同层级的地方长官(州县、知府、道员、两司、督抚),他们之间的利益偏好都不完全一致。各种交错与纠葛,导致了清代国家法律体系的“动态平衡关系”。抛弃抽象的“国家”概念,从操控国家权力的主体(皇帝与官僚)切入,有助于刻画国家法的多重面孔。

二、国家法实践中的统一与差异

文本上的结构性差异,只是清代集权统一政治体制下“法律多元”的一个维度,反映了国家回应地方治理的某些方式与决策结果。法律一经制定,便会面临实践和操作问题。司法官员在实践中如何适用国家法律,如何考量风俗习惯等因素,是我们理解“法律多元”的另一维度。整合文本与实践,可以更全面地展现清代国家法秩序的“动态平衡”格局。在清代国家法的实践部分,本书考察了三个问题:国家对于民间习俗的态度,运用律例的方法,以及成案的效力与作用。

在《上下之别:丧娶、收继及其法律实践》一章中,作者以“丧娶”和“收继”为例,分别讨论了地方官员、刑部官员和皇帝的态度。笔者以为,选择丧娶与收继作为研究对象,可能会比田土钱债更有价值。田土钱债纠纷更多指向“利”的分配,而丧娶收继涉及“义”的持守,背后有严格的礼法支撑。因此,后者更能彰显习俗与礼法之间的紧张,以及官民之间在价值理念上的落差,例如“君子喻于义,小人喻于利”^[35]之说便揭示了某种层面的差异。面对民间实际出现的种种争讼和纠纷,承审官员未必会教条地处理,而是需要平衡决策,兼顾礼法与习俗,问题也就变得复杂了。

本章首先利用地方志和民国初年《中国民商事习惯调查报告录》等资料的记载,整理了清代丧娶和收继婚俗的空间分布状况及其成因。作者发现:其一,虽然律例严禁丧娶和收继行为,^[36]但这类习俗却遍布内地十八省,律例与婚俗之间存在明显的落差。其二,在地方志中,有关丧娶婚俗的记载远远多于收继;《报告录》却恰恰相反,收继婚俗的记载居多。其三,地方志记载的丧娶和收继婚俗最为盛行的地区,也是政治、经济和文化发达的中心地带;《报告录》则相反,丧娶特别是收继婚俗密集区域的经济文化水平相对落后。其四,导致上述差异的原因,既与地方志编写者和《报告录》调查者的价值偏好有关;也可能与不同资料的成书时代相关,例如丧娶在民国初年已非违法行为,因此调查者并未予以太多关注;更取决于各地的经济、思想观念、人口流动和性别比例等实际情况。^[37]上述文献调查与梳理,展现了清代丧娶和收继婚俗的实态,具有重要的学术价值。

“万事胚胎,皆由州县。”^[38]州县官直接面对辖区百姓,最先处理属民讼案,也因此被称为

[35] 《论语·里仁》,转引自杨伯峻:《论语译注》,中华书局1980年版,第39页。

[36] 参见田涛、郑秦点校:《大清律例》卷十·户律·婚姻,“居丧嫁娶”“娶亲属妻妾”“嫁娶违律主婚媒人罪”,法律出版社1999年版,第206~207、209~210、214~215页。

[37] 参见前注[5],王志强书,第67~78页。

[38] (清)王又槐:《办案要略》,华东政法学院语文教研室注译,“论详案”,群众出版社1987年版,第83页。

“亲民官”。^[39] 他们对于民间丧娶和收继行为的态度,是律例条文转化为实践的关键所在。作为士大夫阶层的一员,地方官大多抱持着反对丧娶和收继的基本立场,尤其是对收继。通过考察官员的态度,作者发现,“如果说对丧娶的态度尚有权变的余地,对于收继或类似行为,官员士大夫们则表示出强烈的憎恶”。^[40] 这种态度上的差异,恰与清代的律例规定相契合。在立法上,丧娶属于州县自理词讼,收继则属于审转案件,两类案件的刑罚轻重悬殊,审理程序有别,司法管理的严格程度亦有区分。不过,裁判实践未必完全体现这种道德情感与价值立场,正如作者所指出的,“这种与律法一致的态度,和他们在处理讼案过程中的做法形成鲜明反差。他们似乎不仅背弃了律例,甚至一定程度上背弃了自己的‘信仰’。这双重的矛盾,既反映出基层官员在处理讼案过程中自由裁量的权力和意识,也是他们在特定时势下不得不然的选择。自由裁量和不得不然,是当时政府职能、机制以及相关种种客观条件制约的结果”。^[41] 原因在于,以维持秩序、执行税收和打击重大犯罪为主的职能定位,造成了基层政府相对轻视理讼;同时,受人力、财力所限,基层官员也不可能对丧娶和收继一一纠举;因此,“貌似严厉的律例因执行成本过高而成为具文”。^[42]

笔者以为,除了上述原因之外,州县官在实践中背弃律例和信仰,在一定程度上“俯顺”民间的丧娶和收继婚俗,也是出于其身份和职能的双重性。他们不仅仅是负责裁判案件的法官,同时也是地方行政长官,对辖区内的社会秩序负有全面责任,有学者因此将司法视为清代地方政府的主要行政职能之一。^[43] 即便他们依法做出裁判,也未必能够了结民间纠纷,恢复秩序安宁。如果社会矛盾未能及时有效地得到化解,其治理职责也就没有真正完成。基于实用主义和后果主义的立场,州县官面对这类民间纠纷时,通常会选择解决问题为先的策略;是否于法有据,往往退居其后。只要两造不闹、上司不管,就可以息事宁人了。尤其是收继纠纷引发的诉讼,如果严格依照律例处理,属于审转案件,必须详报上司衙门。然而上司如何对待州县的初审意见,却是无法控制和预知的。俗话说“官断十条路,九条人不知”,这种不确定性也给州县增加了几分职业风险。更重要的是,一旦案件进入审转程序,费用就会急剧增加。^[44] 对于经费短缺的州县衙门而言,^[45] 这恐怕是不能忽略的财政负担。在这种情况下,适当俯顺民间的非法婚俗,既是州县的自觉选择,也是无奈之举。

在清代中国科层制的组织结构中,州县官承担着牧民治事的双重职能,而他们的各级上司被

[39] 参见《大清律例》卷三十·刑律·诉讼,“越诉”,第473页。

[40] 见前注[5],王志强书,第85页。

[41] 见前注[5],王志强书,第85页。

[42] 见前注[5],王志强书,第86~89页。

[43] 参见吴吉远:《清代地方政府司法职能研究》,故宫出版社2014年版,第3页。

[44] 清代官员朱方增说,“州县所得养廉,不过一二千金。除延幕友及衙署火食外,不能稍有盈余。而或地值冲途,供应络绎,虽寻常命盗之案,犹觉办理周张,大案更多竭蹶。大约解犯一名赴省,近者需费二三十金;其相距较远者,即需五六十金。凡长途水陆舟车及解役家人盘费饭食,并有陆路不能用车,犯人木笼皆雇人夫扛抬。到府到司,监役等在在索费,方肯验收。迨案情既结,家人解役始能回县。往返守候,速亦一二月;或尚有待提应质之人,则半年八月亦不能预定。是办一小案,亦须二三百金;若案犯多至数十人或百人以上,是必数千金始能办此一案。倘续有重案,又须筹费。州县即收有陋规,在大缺犹可支持;其中小之缺,断不敷用。况州县只思肥橐者甚多,其实心为公能有几人,遂皆延搁不办,此吝惜解费因而纵匪者也。”(清)朱方增:《求闻过斋文集》卷二,“陈除莠安良折”,载《续修四库全书》第1501册·集部·别集类,上海古籍出版社2002年版,第326页。

[45] 关于清代州县经费短缺的讨论,参见岁有生:《清代州县经费研究》,大象出版社2013年版。

视为“治官”的官员。刑部则是帝国的刑名总汇之地和专职司法机构，“外省刑案，统由刑部核覆”。^[46]也就是说，刑部面对的是外省官员，而非百姓。如何监控各省官僚群体，是皇权赋予刑部的职责之一。刑部官员则通过司法途径实现行政监控，即覆审各省官员判决的案件是否事实清楚、法律适用准确。这种制度设计上的职能差异，决定了刑部工作的性质和特点。本书在考察了刑部审核的丧娶和收继讼案基础上指出，与地方官员相比，刑部官员处理这类案件的风格截然不同。他们的工作难点，是在案情与律例不完全吻合时，“精心地在制度框架内进行其认为最合理的法律适用”。^[47]不过，这并不意味着刑部官员的司法观念与地方官员存在明显的区别，事实上，二者在教育背景和官场经验上相差无几。之所以呈现出不同的处理风格，一方面是因为刑部的职能与地方衙门不同，主要负责审核法律问题；另一方面，刑部人手充裕，工作量又不大，有足够的时间和精力推敲督抚题咨的案件。

位于帝国政治权力顶端的皇帝，其意志可以超越法律，也可以成为法律。不过，日理万机的最高统治者显然无法全面参与常规司法程序，也不可能深度干预刑部做出的法律审议。对于刑部的审核结果，皇帝通常都会照准，极少数特殊情况下才会驳回或改判。因此，本书主要通过那些惊动了皇帝并亲自提出处理意见的动议和案件，来考察最高统治者对丧娶和收继的态度。比较而言，皇帝对丧娶的态度相对宽厚，为了彰显仁政，对无知乡愚违反律例的行为会采取相对宽容和有限松动的姿态。收继则不同，皇帝的态度通常比较严厉，但在个案中也会适度权衡。^[48]在笔者看来，这种操作，不仅是在律例与情理之间寻求平衡，也是在宣扬其所认可的“天下公论”。^[49]标榜圣明睿智的最高统治者既是帝国权力的源泉，也是“天下公论”的象征。

经由上述分析，作者的基本结论认为：基层官员、刑部、皇帝对于民间丧娶和收继存在着不同层次的态度；“各种态度又都以历史和现实条件为依托，统一于客观实际所提供的可能性，在一定可能的范围内追求自身利益的最大化，相互制约，相互塑造”。清代国家法“正是由这些相互作用又相互统一的多层次内容共同构成”。^[50]这一观点信而有征，且持论中肯。

如果说“上下之别”旨在揭示丧娶收继婚俗与律例之间的落差和紧张，以及官僚体系中的不同层级对这类纠纷所持的态度；这些案件的裁判结果，可以说是在国家与社会的交集面上形成的新秩序，也是律例、习俗与情理之间的博弈与动态平衡。接下来的两章，重点考察了国家法在司法实践中呈现出的复杂情形。

在《行动之法：刑部的法律推理》一章中，作者意在讨论“在清代司法实践中，如何发现、解释和运用以制定法为中心的特定规则，使裁判正当化”。^[51]其切入点法律推理，即“在法律说理中运用法律理由的这一过程”。^[52]本章的基本史料是《刑案汇览》正续三编、《刑部比照加减成案》及其续编、《驳案新编》及其续编，具体以“致他人自尽”案件为研究对象。^[53]法律推理涉及两个方面：

[46] 《清史稿》卷一百四十四·刑法三，第4206页。

[47] 见前注[5]，王志强书，第92页。

[48] 参见前注[5]，王志强书，第96~100页。

[49] 皇帝裁决的特点以及律例与“公论”关系的讨论，参见[日]寺田浩明：《清代刑事审判中律例作用的再考察——关于实定法的“非规则”形态》《“非规则型法”之概念——以清代中国法为素材》，载前注[4]，寺田浩明书，第332~333、391页。

[50] 见前注[5]，王志强书，第101页。

[51] 见前注[5]，王志强书，第103页。

[52] 见前注[5]，王志强书，第103~104页。

[53] 参见前注[5]，王志强书，第104~105页。

一是案件事实以及事实与罪名之间的因果关系；二是各种说理和论证的方法，作者概括出“情法比较”“阐述法义”“灵活裁量”三种法律推理方法。

关于“情法比较”，作者指出，“在确定案件要考量的事实范围及其具体情节后，为实现情罪相符的终极目标，刑部的裁判者必须注重案情与相关律例恰当的对应关系。出于维护律例适用结果的整体和谐，刑部官员们需要在案件事实与相关律例设定的事实情形之间、在可能出现的不同法律结果之间不断比较，以消除各种可能存在的法律冲突或不合理结果，确认最合理的适用规则”。^{〔54〕} 追求罪罚的严格对应，可以说是帝制中国的法律规则与司法实践的一个基本特点。^{〔55〕} 正是基于这一追求，才不断孳生出条例、通行与成案，并发展出“比附”技术。

以有限的律例条文，裁判纷繁无穷的案件，并实现罪罚的严格对应，这几乎是不可能实现的目标，如何解决？对此，作者讨论了“阐释法义”的功能：对律例概念进行解释，特别是扩张解释，有时甚至刻意曲解，是刑部官员面对疑难案件的常用手法。这种推理方式，形式上是解释，实质上具有一定的“造法”功能。在审断某些案件时，还会出现即使并非律例而仅为司法惯例，却可以作为推导新规则起点的现象。^{〔56〕} 在这种情况下，看似严格的“依法裁判”成为了一种修辞和策略，律例只不过是刑部官员用来“包装”判决的一种权力技术和正当性策略而已。

如果通过上述具有“造法”功能的扩展解释，依然寻找不到适用于待决案件的法律规则，刑部官员还可以运用“灵活裁量”的推理方法，包括比引论罪，加减一等量刑，援引概括性禁律，甚至直接的情理裁量。^{〔57〕} 笔者以为，刑部官员表面上似乎纠结于裁判规则，但这些推理方法的运用，某种程度上又导致了规则的模糊性和不确定性问题。另一方面，这些司法实践中的操作技术，可能进一步造成规则导向与量刑结果导向之间的混淆。刑部官员看似遵循既有的律例做出裁判，并详细论证了案情应当适用某一条文的理由；但实际上，他们是在为罪情寻找最相匹配的刑罚（制裁），至于律例设定的情节与犯罪行为本身（即现代刑法规范上的假定和处理）是否吻合，并不是他们特别关注的问题。^{〔58〕} 这恐怕与现代法律理念上的“依法裁判”存在很大出入。

对于上述现象产生的原因，作者给出了“政治结构的解释”，可以概括为以下三点：第一，这些法律推理方法的运用，是传统中国思维模式中实用理性精神的反映，也具有取象比类的思维特征；第二，为了实现中央集权与控制官僚的意图，需要制定罪罚严格对应的律例，约束官员的自由裁量空间；第三，最高统治者的司法介入权与各级官员的代理职能，对司法实践中的情理取向产生了直接影响。^{〔59〕} 笔者认为，第三点解释可以理解为第二点的自然延伸。当最高统治者通过司法来实现官僚控制的同时，必须考虑和防范官僚系统利用知识专业化来抗衡和侵蚀皇权；另一方面，也必须在没有直接法律依据的疑难案件中，另外寻找最终裁判结果的正当性依据。可以说，律例的不

〔54〕 见前注〔5〕，王志强书，第118页。

〔55〕 （清）姚文然：《律意律心说》，载（清）贺长龄、魏源辑：《清经世文编》卷九十一·刑政二，转引自《清朝经世文正续编》第2册，广陵书社2011年版，第346～347页。事实上，传统中国律例的细则化本身，就是为了精确衡量罪刑轻重。

〔56〕 参见前注〔5〕，王志强书，第121～127页。

〔57〕 参见前注〔5〕，王志强书，第127～131页。

〔58〕 王志强解释说：形式上依靠规则，但实质上是在追求更本质的价值目标；当二者出现矛盾时，前者的规则形式可能被曲解、替换，甚至完全被弃置。（参见前注〔5〕，王志强书，第131页。）在我看来，这个更本质的价值目标，即为“情法两尽”与“罪罚相当”，而“罪罚相当”则可能比“情法两尽”更重要。在这种场合，律例规则反而成为一种裁判的外在“修饰”，仅仅起着为裁判提供正当性的功能。而这，也许就是作者所谓“实用主义模式”的司法类型，以及寺田浩明所谓“非规则型”的司法类型。在一定程度上，也是笔者将其视为“后果主义”司法模式的部分理由。

〔59〕 参见前注〔5〕，王志强书，第132～135页。

断细则化和缺乏弹性,需要情理加以平衡;^[60]而官民上下对于情理的普遍认同,导致了实质主义的司法取向。

《律例之外:作为法源的成案》一章主要考察了清代成案的性质和效力问题,在国内学界具有开创性的意义。^[61]清代的成案可以分为广义和狭义两种。狭义的成案,是指“例无专条,援引比附加减定拟之案”;^[62]本章讨论的成案,则是中央批准或裁断的旧案,即广义的成案。^[63]在介绍了相关史料之后,作者征引乾隆三年制定的禁止援引成案的条例,^[64]说明清代成案的效力始终未能获得中央制定法的正式认可。^[65]朝廷之所以禁止援引成案,是因为历年积累的成案不仅数量繁多,且不乏彼此抵牾的情况。如果允许官员据以断狱,可能会降低司法效率,导致司法腐败。嘉庆朝即有御史指出:“岂有舍定例、近例不遵,而远摭十数年成案转足依据之理?况例外求案,部中或援成案议驳,而外间亦可援成案邀准,往返究诘,究致部驳无辞,违例议准,殊属不成事体。此则无论准驳,皆中猾吏舞文之弊,不可不大大为之坊。”^[66]更为严重的是,如果成案是正式的法源,官员即可通过援引成案规避律例,从而瓦解律例的权威性和稳定性。为了维护皇权和律例秩序,禁止官员以成案作为裁判依据,也就成为必然的要求。然而在司法实践中,成案的效力又得到某种程度上的承认。例如道光二年的刑部说帖中,有所谓“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”^[67]的表述。法条上的明文禁止与实践中的“仿照办理”之间,存在着纠缠不清的暧昧。

成案的法律效力并不清晰稳定,那么它在司法实践中究竟发挥了什么样的作用?本章的基本看法是,“当案件存在相应律例条款时,成案具有解释作用;无相应条款时,实质上有规范作用,并不断得到部门长官乃至最高统治者的认可”。^[68]作者进而以《刑案汇览》收录的文书为样本,采取总量统计与个案分析相结合的研究方法,翔实细腻地讨论了成案的作用以及运用成案的推理技术。^[69]其结论如下:从司法过程的实态来看,成案在实践中受到普遍重视,并形成了一套丰富和有效的论证方式,对案件审理产生了广泛而直接的影响,因此可以被视为一种重要的法律渊源。与普通法意义上的“判例”相比,成案有相似的一面,亦有明显而实质的区别。比较法研究的真正意义不在于概念之争,而在于如何解释两种制度在实践中各自的运作方式及其功能。^[70]

[60] 滋贺秀三将律例比喻为“情理海洋之上漂浮的冰山一角”,似可说明情理与律例之间互动循环的特征。参见[日]滋贺秀三:《清代诉讼制度之民事法源的概括性考察——情、理、法》,范愉译,载[日]滋贺秀三等:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版,第36页。

[61] 本章最初发表于《法学研究》2003年第3期,当时国内学界尚未出现讨论清代成案的专题研究。

[62] (清)祝庆祺、鲍书芸编:《刑案汇览》,“凡例”,法律出版社2007年版,第2页。

[63] 参见前注[5],王志强书,第137页。

[64] 参见《大清律例》卷三十七·刑律·断狱,“断罪引律令”,第596页。

[65] 参见前注[5],王志强书,第141页。

[66] (清)乔远燠:《请杜书吏舞文疏》,载《清经世文编》卷二十四·吏政十,转引自《清朝经世文正续编》第1册,第255页。

[67] 《刑案汇览》卷二十三,“因奸致死养媳议覆棘寺签商”,第1264页。

[68] 见前注[5],王志强书,第143页。

[69] 参见前注[5],王志强书,第143~165页。

[70] 参见前注[5],王志强书,第170~172页;关于成案与判例的比较,参见王志强:《中英判例制度的历史比较》,载《法学研究》2008年第3期。

三、也许是冗余的讨论

在本文的最后,笔者想谈两个延伸性的问题。

(一) 关于清代法律的多元性

以往学术研究中讨论的法律多元,通常是针对国家法与民间法或习惯法(非国家法)而言,殊少涉及国家法本身的多元问题。日本学者千叶正士指出:“这样一种国家法与非国家法或习惯法的并存构成了‘法律多元’这一概念的基础。”^[71]与这一研究取径不同,王志强在本书中关注的“法律多元”,是指清代国家制定法在区域性、结构性、实践性等方面的多元差异,体现了国家法的复杂面向,但也改变了“法律多元”的固有内涵。沿着王志强的思路,我们或许可以发现清代法律更为复杂的多元结构。

其一,除了《大清律例》中的“地区性特别法”和省例以外,各级地方政府颁行的告示,也呈现出明显的地区性特征,是否可以纳入“地方性立法”来讨论?以数量庞大的州县告示为例,它们中有相当一部分是适用于州县辖区的规范性文件,似乎也具有地方法规的性质。换句话说,我们能否将其视为“州例”“县例”?如果省例是以督抚名义颁布的国家法,那么州县告示是否可以认为是牧令制定的国家法?这类告示,既起到了落实和细化律例与省例的作用,也发挥着地方治理的功能。例如“官代书”的设置,虽然中央政府已有相应条例,但各地州县衙门规定的官代书数量、职能和收费标准颇有差异。^[72]只不过,相对于条例和省例,州县告示更具有地方性,效力也更加不确定。^[73]从国家法的空间特征来看,律例中的“地区性特别法”→省例→地方政府发布的带有规范意味的告示,构成了“多元差异”与“集权统一”并存的体系结构。

其二,清代国家法存在空间差异的同时,也存在法律关系主体的区分,即调整一般主体与少数民族主体之间的多元差异。本书讨论了《大清律例》中的“地区性特别法”,而中央政府制定的专门适用于民族地区的法律,如《蒙古律例》和《理藩院则例》等,则是另一类独立的法律渊源。这两类法律渊源可能会在同一空间范围产生交叠,通常情况下,作为少数民族特别法的《蒙古律例》和《理藩院则例》等,具有优先适用的法律地位;只有在其出现空缺时,才会援引刑例的相关条文。^[74]因此,律例与民族条例(非民族习惯法)也是国家法多元结构的一种体现。

其三,除了律例、通行、^[75]成案等多种法源以外,卷帙浩繁的各部院则例,^[76]同样是法律多元的体现。相对于部院则例而言,滋贺秀三认为条例具有“刑部则例的性质”。^[77]也就是说,如果部院则例是相关部院的规章,并由各部院负责实施,那么条例作为刑部负责实施的法律,可以视为

[71] [日]千叶正士:《法律多元——从日本法律文化迈向一般理论》,强世功等译,中国政法大学出版社1997年版,第2页。

[72] 参见吴佩林:《法律社会学视野下的清代官代书研究》,载《法学研究》2008年第2期;邓建鹏:《清代官代书制度研究》,载《政法论坛》2008年第6期;郑小春:《清朝代书制度与基层司法》,载《史学月刊》2010年第6期。

[73] 关于告示的作用与效力的讨论,参见[日]寺田浩明:《清代土地法秩序“惯例”的结构》,载前注[4],寺田浩明书,第99~101页。

[74] 参见前注[14],刘广安书,第33页。

[75] 对“通行”的简要讨论,参见前注[5],王志强书,第140~141页。

[76] 关于部院则例的介绍,参见杨一凡、刘笃才:《清代例考》,载杨一凡、刘笃才:《历代例考》,社会科学文献出版社2012年版,第295~345页。

[77] 参见[日]谷井阳子:《清代则例省例考》,载杨一凡等编:《中国法制史考证》丙编第四卷《日本学者考证中国法制史重要成果选译·明清卷》,中国社会科学出版社2003年版,第208页。

“刑部则例”。滋贺的意见能否成立,尚有讨论余地,但其启发意义在于,这种思考路径为我们拓展了理解条例与部院则例关系的可能空间。部院则例因其相对独立性和类似于“部门规章”的性质,可以作为一种独立的法律形式。如果部院则例调整的行为涉及犯罪,必须治罪论罚,则要引照《大清律例》的相关条文。^[78]可见,部院则例与律例之间存在复杂的关系。因此,从法律实施的主体(国家机构)来切入,条例与部院则例的关系也反映了“多元差异”与“集权统一”的特点。不过,律例和则例的关系比较微妙。律作为国家基本法,在理论上效力高于部院则例;但是律所附的条例,其效力是否高于部院则例,则尚待研究。

综上所述,同样是从内部视角来观察清代国家法的多元构造,我们还可以描绘更为复杂和丰富的图像,其结构基本如下:一是中央政府制定的国家法,包括律例、部院则例、民族条例、通行,以及司法实践中形成的成案;二是地方政府制定的国家法,包括省例和规范性的告示。这也引发我们进一步思考国家法体系及其效力位阶问题,尽管有学者认为帝制时代不存在法律体系及其效力位阶的理论与制度,^[79]实践中也会出现打破既有效力关系的现象,^[80]但大致轮廓还是存在的。

(二) 关于成案的功能

首先,《刑案汇览》收录的援引成案的文书中,有相当一部分是刑部清吏司和律例馆的说帖,^[81]因此在考察成案的运用与功能时,似有必要先界定说帖本身的性质。刘笃才指出,“律例馆说帖的内容基本上是修订律例的事宜,其涉及的成案是供立法参阅,不存在法司以这类成案判决的问题。……说帖既不是对具体案件的有效判决,也不是对各省定拟案件的正式批复,它只是对于各省案件定拟正确与否做出判断,并在法理上进行分析论证,供刑部堂官参阅”。^[82]这一论断相当敏锐,虽然关于律例馆说帖的内容和功能定位值得商榷,而且对清吏司说帖的性质问题语焉不详,^[83]但“说帖≠判决”的结论是可以成立的。也就是说,针对这类“例无专条”案件的说帖,仅在刑部定拟待决疑案时具有参考价值,而非实质意义上的裁判文书。

其次,如果说帖不是刑部的裁判文书,是否应当将其从援引成案的总数中剔除?一旦排除说帖,那么在剩余的裁判文书中,援引成案的数量就会明显减少,直接以成案为裁判依据的更是凤毛麟角。根据刘笃才的统计,《刑案汇览》中定拟、复议都以成案作为判决依据的案件仅有2例,可谓特殊的例外。^[84]这种情况下,成案的效力和功能也就产生了疑问。笔者认为,这一反驳虽然有道理,但似乎可以有不同的解释。如前所述,成案的效力从来没有得到国家法的承认,如果严格依照法律来操作,理论上应该不存在援引成案作为判决依据的案例。2个反例虽然是极其例外的情形,

[78] 参见沈成宝:《清代则例的协调适用方式》,载刘广安、沈成宝:《清代法律体系辨析》,中国政法大学出版社2017年版,第46~57、65~74页。

[79] 参见刘广安:《〈大清会典〉的效力、适用方式与编纂意义》,载前注[78],刘广安、沈成宝书,第6~7页。

[80] 前引《清史稿·刑法志》关于律与例关系的表述,即可作为例证。

[81] 沈家本曾经提到,《刑案汇览前编》所收说帖最多,约占50%;成案则占25%;《续编》所收成案居多,约占75%,说帖仅占10%。参见(清)沈家本:《寄簪文存》卷六,“刑案汇览三编序”,载(清)沈家本:《历代刑法考》,中华书局1985年版,第2224页。

[82] 参见前注[76],杨一凡、刘笃才书,第390页。

[83] 沈家本说过,“从前刑部遇有疑似难决之案,各该司意主议驳,先详具说帖呈堂。如堂上官以司议为是,由司再拟稿尾(覆外省之语曰稿尾),分别奏咨施行。若堂上官于司议犹有所疑,批交律例馆详核,馆员亦详具说帖呈堂。堂定后仍交本司办稿,亦有本司照覆之稿”。沈家本:《寄簪文存》卷六,“刑案汇览三编序”,第2224页。据此来看,律例馆说帖和清吏司说帖在内容及功能上似乎不存在根本性的区别,都是参与审议疑难案件,提出意见供堂官参考;至于之后能否成为修订律例的立法参考,在律例馆出具说帖之时应该是不确定的。

[84] 参见前注[76],杨一凡、刘笃才书,第391~392页。

但它们却证明了这种裁判依据在实践中的存在,而且是经过了督抚和刑部两层审级确认、并至少在形式上得到皇帝认可的判决。比例的多少,固然可以有效检验成案作为判决依据的普遍程度和重要程度,但是“有”和“无”同样值得我们关注。况且在整个司法场域中,“例无专条”的疑难案件相对于常规司法而言,也是“特殊的例外”。刑部作为“刑名总汇”的最高司法机构,突破制定法来援引成案进行裁判,这种特例本身的意义就不可小觑;而这样的判决又被编入《刑案汇览》广为传播,更加值得玩味。我们可以设想,如果今天的最高法院做出了开创性的判决,哪怕只是1例个案,会在法学界和实务界产生何种震动。另一方面,说帖虽然不是裁判文书,但它确实反映了裁判结果的酝酿过程,甚至直接被改写成裁判文书,有重要的统计分析价值。因此,更为理想的研究策略或许不是剔除说帖,而是将说帖和裁判文书进一步区分讨论,阐释成案在不同司法环节中的角色与功能。

最后,刑部在裁判文书和说帖中援引成案,究竟是将其视为法源,还是仅仅作为论证策略?无论对地方官员还是刑部官员而言,那些“例无专条”的疑案一旦提交到他们手里,就必须做出判决。法官不能因此而拒绝或回避裁判,可以说是古今通理。在完全找不到制定法依据的情况下,司法官员总要拿出解决问题的具体方案。在这种棘手的境况下,成案自然也就成为他们的救命稻草,据以“仿照”。如果皇帝觉得裁断妥当,则予认可和批准;如有不妥之处,仍可要求官员另行审议,甚至由皇帝亲自决断。从决策心理学的角度来看,皇帝偶尔认可在某些司法裁判中援引成案,也会“诱使”官员采取这样的策略。此外,司法官员援引成案作为待决案件的参照,甚至以此做出裁判,可能也是一种自我保护策略。虽然例文禁止以成案来判决,但援引成案可以证明以前有类似的案情和处理方式,即便错判,尚有申辩的理由。也许正是由于这些原因,才使成案的法律性质暧昧不清,实际效力亦不稳定,时人对成案的运用举棋不定。司法实践中的仿照或者援引,更多体现了成案的“参考”价值,而非裁判的直接依据。在这个意义上,成案的法律效力是随机的、不确定的,官员援引成案的动机是策略性的,而非制度性的。

某种程度上,观察问题的视角本身就是研究进路和方法。清代中国集权统一框架下的法律多元,既可以从国家与社会的框架来考察,亦可以从中央集权与地区差异的结构来研究。视角一变,问题也会随之变化。在本书中,作者王志强不仅讨论了国家制定法文本的多样性,也分析了司法实践的复杂性。导致这种国家法统一框架下的结构性多元化与差异性的原因,可以概括如下:其一,以皇帝为中心的中央集权体制,除了要求保持帝国法律的统一性,还要回应区域间的差异性。其二,民间习俗与正式律例之间的落差、交集以及博弈,使得国家制定法文本上的统一性必须做出某些让步,进而在律例与习俗之间产生了张力与平衡。其三,作为代理皇帝承担治理职能的帝国官僚,在身份、知识背景、官场经历、利益、治理对象与治理方法等诸多方面,既存在共同性,也存在差异性;在立法和司法上产生了不同的诉求,导致了不同的决策与裁判。

传统西洋画与中国画的一个明显区别,在于透视法的运用。前者多采用焦点透视,观察者固定于一点,如实描绘他所看到的物体与景观,而视域之外的内容自然不会进入画面。后者却偏爱“散点透视”的技法,通过立足点的转移来突破视域限制,步移景异,将不同视角看到的内容融入同一画面。本书可以说是不同透视法的结合,作者不拘泥于固定的观察位置,以流动的视点表现开阔的空间;当他在每一个视点驻足时,亦追求细节的如实呈现,严谨审慎。最终,为读者描绘了一幅全局和细节兼具的“集权统一”与“多元差异”的法律图景。

(责任编辑:赖骏楠)