

六、杖毙考——清代中期死刑 案件处理的一项考察

[日]铃木秀光*

(一)序

在清代,官府用棍杖将犯罪者敲打致死被称作“杖毙”。清律中,虽然未对杖毙加以明确规定,但我们却可以找到衙门借用棍杖恣意致毙人命以及虽因公务却采用非法棍杖的方法致毙人命等一些被否定的行为,^[1]也可以找到因公且合法地使用杖刑,却意外致人于死命等这样既无法被肯定也无

* 铃木秀光,日本专修大学法学部副教授。译者:东京大学法学政治学研究科博士研究生娜鹤雅。

[1] 前者是适用刑律断狱“故禁故勘平人”律的律文“若(官吏怀挟私仇)故勘平人者……因而致死者,斩(监候)”;后者是适用刑律断狱“决罚不如法”律的律文“凡官司决人不如法(如应答而用杖)者……因而致死者杖一百,(当该官吏)均征埋葬银一十两(给付死者之家)”。

法被否定的行为。^[1]但如果抛开清律,我们同样也可以找到与雍正帝“杖毙与斩决^[2]同正法也”相类似的论述,^[3]即将杖毙作为死刑执行方式的一种并加以肯定的情况。

众所周知,刑罚在徒刑以上的案件以及刑罚为笞杖的命盗案件,在判处律例规定刑罚时,要经过下面三个阶段的手续:(1)处于皇帝官僚制末端的州县官对犯罪事实进行认定,注明应参照律例之后,提交给上级机关;(2)上级机关对案件进行再度审理;(3)徒刑以下案件由督抚、流刑案件由刑部、^[4]死刑案件由皇帝作出最后裁决。^[5]在此,本文将借用滋贺秀三“必要的覆审制”一语来指代上述皇帝官僚制内部施行的

[1] 适用的是刑律断狱“决罚不如法”律的律文“若(官司决罚人,监临责打人)于人臀腿受刑去处,依法决打,邂逅致死,及(决打之后)自尽者,各勿论”。即使是符合该律文,但“杖毙”民人而遭受处分的情况也是存在的。(《浙江巡抚觉罗琅环奏明查审县令唐文昭决责致死粮户办理缘由折》[请参照《官中档乾隆朝奏折》(国立故宫博物院,一九八二~一九八八年,以下简略为《乾奏》)七十一辑一八六页,乾隆五十四年二月六日]以及《乾隆朝上谕档》[档案出版社,1991年,以下简略为《上谕》]十四册一八三三[乾隆五十四年二月二十四日])。

[2] 死刑被分为判决后立即执行的“斩立决”和举行一年一回的再审查以确定是否于本年度执行死刑的“监候”。

[3] 《广东总督鄂弥达等奏明瑶人性情迥殊应因俗立法并请设专司化导折》(《雍正朝汉文朱批奏折汇编》[江苏古籍出版社,1986年,以下简略为《雍奏》]二十四册六二七,雍正十一年七月一日)。

[4] 乾隆四十二年之后,人命徒刑也被归入其中(光绪《大清会典事例》卷八四五,乾隆四十二年条例)。

[5] 各个阶段使用的手续用语会有所不同,举一个乾隆三十四年徒刑案件的例子:一由县进行“审拟”;二经府“覆审”及按察使“覆查”;三请求督抚“核夺”。(《湖南省例成案》刑律贼盗卷六,恐吓取财“少壮恶丐横索滋扰严行究逐”)。笔者认为,二中“覆审”和“覆查”的不同在于是直接审问犯罪者还是进行书面审理。

刑罚判定手续。^[1]

由必要覆审制判定为死刑的,根据律例规定,有三种死刑执行方法,即绞、斩和凌迟处死,杖毙并不在其中。但实际上,如前所述,在清代将杖毙作为一种死刑执行方式的情况是存在的。^[2]因此,本文将对处于必要覆审制关系之下的杖毙,在什么样的理论基础上操作和运行进行考察。

下面在第一章中,笔者将会介绍作为死刑执行方式之一的杖毙的诸案例,并对其展开分析。其中,第一节是通过几个案例的介绍,来考察杖毙在适用时被赋予了什么样的理由;第二节则是分别从皇帝和督抚、督抚和下僚之间关系的角度,对杖毙的选择主体进行考察,同时考察了杖毙被选择时上位者的了解度。第二章主要检讨了必要覆审制和杖毙两者间的关系。其中,第一节对两者皇帝所持见解进行了分析;第二节则是对臣下可选择的方法以及方法的理论构造进行了考察。

[1] 关于“必要覆审制”,请参照滋贺秀三的《清代中国の法と裁判》(创文社,一九八四年)二十三页以后的内容。另外,在笔者拙稿「详见——清代中期における程度命盗案件处理」(《法学》六十三卷四号,1999年)中,为了强调与通说的不同,使用了“上申制”这一用语,但滋贺先生指出“覆审”一词被限定使用在递详方式上是不正确的(详细内容请参见滋贺氏对本文的书评[《法制史研究》五十号,2000年])。因此为了修正前文中的错误,本文没有使用“上申制”,而使用了“必要覆审制”的说法。

[2] 关于唐宋时期的“杖杀”(以杖打的方式处以死刑),川村康写了一系列文章(川村康:“建中三年重杖处死法考”[《中国礼法と日本律令制》东方书店,1992年]、“唐五代杖杀考”[《东洋文化研究所纪要》一一七册,1992年]、“宋代杖杀考”[《东洋文化研究所纪要》一二〇册,1993年])。根据川村康的研究,杖杀在唐代前半只是一种不正规的、结果上的死刑方式。唐建中三年前后,为了能用重杖处死的执行刑替代斩、绞的法定刑,出台了重杖处死法。自此开始,杖杀作为法定刑在诏敕类中被加以规定,并于五代末期,无论是作为法定刑,还是执行刑,最终固定了下来。进入北宋中期,杖杀的法定刑位置原则上被绞取代,但其依照重杖处死法替代执行刑的身份却一直延续到南宋末期。

(二)杖毙的内容分布

1. 杖毙被选择的理由

本节将从杖毙被选择理由的角度来考察几个案例。

第一,让我们先来看一下雍正七年(1729年)浙江省发生的逆伦案件。^[1]

“该犯素患疯癫,不时举发。正在发狂持刀之际,伊母谢氏向前夺刀,致被划伤头颅额面。验明尚可医治,不至损命。”

对此案件,浙江总督认为除了要适用刑律斗殴“殴祖父母父母”律的“凡子孙殴祖父母父母皆斩”条外,还因为“今赵圣千持刀伤母,虽素患疯癫。但此等狂疾悖乱之人,不可一刻姑容圣世。若由县府成招具题,反使得苟延时日”,而决定使用杖毙,并将“臣等已飭该县,将该犯立毙杖下”的事情用奏折报告给了皇帝。皇帝对此朱批道:“甚是。应如是料理。”

奏折中“由县府成招具题”,是必要覆审制死刑案件必须履行的手续之一。按照律的规定,本案犯人应拟罪斩立决,所以处理手续也是按照可能被处以死刑的案件处理手续进行的。但总督认为对于“不可一刻姑容圣世”的罪犯,如此处理“反使得苟延时日”,从而令县使用杖毙。

[1] 《署浙江总督性桂等奏报将持刀伤母之海宁县民赵圣立毙杖下折》(《雍奏》十五册一八五,雍正七年五月二日)。

可见,本案之所以选择杖毙,是从案件处理手续所需要时间的角度考虑的。^[1]

第二,同是雍正七年发生的浙江省匿名榜贴案件。^[2]

“陈渭滨系乍浦脚夫头,历来作恶,占业诈人,屡次犯案。雍正五年,经臣李卫及升任海防同知曹秉仁访拿枷号,辄敢私脱在逃,勒缉未结。近复潜回,挟恨从前控告之陈天佑等,思欲报复。适金文端,因于巡检衙门,用强保出诱奸未成之李汉亭,恐为乍浦理事同知鄂善申详追究,遂与渭滨商谋,捏造匿名谤帖。”

因为榜贴中出现了悖逆词句,所以浙江总督就如何处罚的问题论述如下:

“此等穷凶极恶胆玩棍徒,自应具题按律正法。但思乍浦为各洋要口,往来商贾颇多。若将悖逆之言,明载供招,恐传闹外彝,似觉未妥。如不叙入,则该犯罪状不明,难定爰书。臣等愚昧之见,如此恶乱习气,必须杀一儆百,庶可杜绝。”

因此,总督想将榜贴誊抄之人、陈渭滨以及金文端三人施以杖毙,并上折请求道:“应否将此三犯,分于乍浦、平湖、杭州等处,立即杖毙示众”。对此,皇帝朱批道“甚是。应外结者”。

此案虽然没有明示具体律文,但“自应具题按律正法”一句却明确表示出了,即使按照必要覆审制本案也是可能被处以死刑的意思。但如果照此处理,悖逆词句就必须明记于题本之中,于是因为担心记载内

[1] 关于子孙因疯伤害祖父母、父母,根据中村茂夫《清代刑法研究》(东京大学出版会,1973年)第三章“精神病者的刑事责任”研究成果来看,判例集中所见到的案例,根据罪情会科以斩监候、斩立决(包括恭请王命)不同的刑罚。另外,中村作为史料所揭示的《续增刑案汇览》卷一,殴祖父母、父母条“河南司查,律载子殴父者斩云云,道光十五十六等年说贴”中有“如子因疯殴父,伤经平复,应按律拟以斩决。臣部仍将原情节于疏内声明具题,奉旨飭下九卿核拟改为斩候”的字句。事实上,即使有减等的可能性,督抚这一级也会被要求按照刑律斗殴“殴祖父母父母”律的律文“凡子孙殴祖父母父母……者,皆斩”拟罪斩立决。

[2] 《浙江总督李卫等奏报申明陈渭滨等造作匿名榜贴情由应否杖毙示众请旨遵行折》(《雍奏》十八册二五一,雍正八年三月二十九日)。

容为外国人所知,而采取了杖毙方式。可见,当时对题本泄露机密的弊害^[1]已有所意识,于是为了避免弊害,选择了杖毙。

第三,雍正三年(1725年)福建省发生了一起强盗未遂案。关于此案,笔者找到案件发生相关奏折两件,^[2]首犯被杖毙奏折一件。^[3]其中福建巡抚在报告杖毙的奏折中,对案情叙述如下:

“因雍正三年八月间有厦门匪类郭兴等一案,林昂贫无聊赖,意欲效尤,即与陈镇商谋招人。陈镇遂招叶龙,复令叶龙回家招人。林昂自亦先招有徐恺宁、涂廷、黄尾等三犯,并嘱涂廷、黄尾二犯,令于伊门首插榕树青枝为记,免得临期混抢。林昂因所招者惟陈镇、徐恺宁、涂廷、黄尾等犯,尚未招就别人,而叶龙至家即经染病,亦未招就一人。寥寥数贼,不能行事,所以并无入城抢劫的期。缘黄尾、涂廷回家,不知林昂尚未招就别人,并不知叶龙染病,即先于门首插青,遂被营兵获解”。

此案是因黄尾被带走而暴露的,但在发现之初被带走之人“妄扳”,即信口胡说,企图通过牵涉无关之人而逃避责任。最后被认定为首犯的林昂也信口胡说“欲进漳浦县城抢劫富户,实系林棍为首。林棍是个监生,旗布器械都在他家”。于是雍正三年的案件发生报告奏折,根据他的胡说供词,将林棍认定为首犯。

福建巡抚在案件报告奏折中强调了严罚的必要性,“林棍等聚众制械,欲进漳浦县城,抢劫富户,实因本年八月二十五日,有厦门匪类郭兴等一案,所以乘风而起。若不从重严行究处,何以慑怖奸人之胆”,同时也承认这是一起强盗未遂案“此案奸徒虽聚伙商谋抢劫,然实未上盗,

[1] 例如雍正帝就曾说过:“向来督抚提镇陈奏本章,例有副本,投递通政使司,又有揭贴,知会关涉之各部院。往往紧要之事,未达朕前,而先已传播于众口”(光绪《大清会典事例》卷一〇一七,雍正五年上谕)。

[2] 《署闽浙总督宜兆熊奏报审讯厦门不法之徒郭兴等人情形折》(《雍奏》六册二五一,雍正三年十月二十四日),《福建巡抚毛文铨奏报緝获漳浦县不法之徒情形折》(《雍奏》六册二六二,雍正三年十月二十五日)。

[3] 《福建巡抚毛文铨奏报审办漳浦县林昂等欲图进城抢劫一案情形折》(《雍奏》八册四〇四,雍正四年十一月二十八日)。

似与厦门郭兴等公然杀害官兵者不同”,从而请求皇帝批准“将内为首及藏械藏人者,即在该地立行杖毙,抄没其家外,其余伙犯严行枷责,仍按轻重分别永行禁锢看守”。对此,皇帝朱批道:“甚好。但一点宽纵不得。令匪类漏网,遗害良善,大损阴德事也。将此等放虎入山之假仁,万万行不得,只以严为好”。受此朱批后,大概过了一年,福建巡抚杖毙了最终被认定为首犯的林昂,“即将林昂,押发漳浦县,杖毙通衢示众”。

看过案件概要后即很明了,此案件是强盗未遂案。按照必要覆审制,强盗未遂案首犯应被处以杖一百流三千里至流刑的刑罚,^[1]并不至死刑。但在此处,为了能将必要覆审制无法判处死刑的案件处以死刑,选择了杖毙方式。

第四,下面让我们再来看一下雍正九年(1731年)发生在广东省的杖毙恶棍案。^[2]

“今访有潮阳县恶棍苏阿武、东安县恶棍严选、乳源县恶棍叶联芳并其子叶清诚、惠来县恶棍黄高飞,家藏军器,窝匿盗贼,欺压良懦,动辄杀人奸淫诈伪,无恶不作。”

对这样的恶棍应如何处罚?广东巡抚提出了自己的看法:“但弋获到案,若待提齐受害质证,则由县府司到臣,辗转审解,未免耽延岁月。况伊等积恶数十年,党羽数百人,受累者不啻千百家,若辗转质解,受害之民,拖累甚众,且恐疎脱。臣愚以为,此等豪棍,人人切齿,一经审明,即应提至市曹杖毙示众”。

[1] 如果是强盗未遂,应该适用刑律贼盗“强盗”律小注中的规定“其造意不行,又不分赃者,杖一百流三千里”,但按照《大清律例通考》“强盗”律附载的按语,即“此条係仍原律,其小注悉係顺治初年律内集入。惟注内‘虽不分赃亦坐’句下增注,係乾隆五年馆修。以强盗共谋不行又不分赃,及造意不行又不分赃者,律俱无明文,是以向来办理,俱照窝主律内‘造意不行又不分赃者,杖一百流三千里’,伙盗‘不行又不分赃者,杖一百’科断。但有成案而无例款,殊属遗漏,因增入以便引用”。乾隆五年以前,“造意不行又不分赃”没有律的规定,所以只有比附“盗贼窝主”律拟罪杖一百流三千里的成案。

[2] 《朱批谕旨》五十六册,鄂弥达奏(雍正九年二月十日)。此奏折未被《雍奏》收录。

对于巡抚的提案,皇帝朱批道:“好。但‘一经审明,即提至市曹,杖毙示众’之论,当详慎为之。恐有司未必皆公明之人员。倘有冤抑错误,所关非细”。于是,广东巡抚在接到朱批后,令按察使对被带到省都的恶棍进行审拟,“以上各犯,司拟照‘光棍为首’例^[1]决斩。随即传齐在省司道各官,公同会审……将各犯先后带至马头,宣布恶款,杖毙示众讫”^[2]。

就如按察使按照“光棍为首”例拟罪斩立决一样,此案根据必要覆审制处以死刑是完全可能的,但解审程序一旦从最下层州县开始,大量的被害者和证人不得不被召集起来,这样不仅会花费大量时间,还会累及被害者。于是,为了避免这一情况的发生,广东巡抚根据皇帝的意向,直接将犯人带至省都,经过上述慎重审理之后,施以了杖毙。此案例之所以选择杖毙,表面上是对必要覆审制所需时间的考虑,实际上是为了避免因必要覆审制手续的繁杂而累及民众。

第五,让我们来看看雍正十三年(1735年)广西省发生的强盗杀人案件^[3]。

“查太平府宁明州地方,有安马七甲恶棍麻日斗,凶横不法,挟仇纠党周锡公等,于本年参月拾贰日,统率多人,将保正麻珀昆,绑杀烧尸,抄抢家财,赶逐妻女。具控到州,麻日斗等负隅不出,殴差抗拒”。

面对这样的犯罪行为,两广总督在立足于(广西)地理状况的基础上,作出了如下的陈述:“查安马七甲,原系邓横凶寨,剿平之后,新改归

[1] 刑律贼盗“恐吓取财”律,条例“凡恶棍设法索诈官民,或张贴揭贴,或捏告各衙门,或勒写借约吓诈取财,或因斗殴纠众系颈,谎言欠债,逼写文券,或因诈财不遂,竟行殴毙,此等实在光棍事发者,不分曾否得财,为首者斩立决”。

[2] 上面的朱批及其应对依据的是《广东巡抚鄂弥达奏报杖毙地方恶棍苏阿武等人情由折》(《雍奏》二十一册八十,雍正九年八月二十四日)。注16《朱批谕旨》中所载朱批为:“访拿豪恶最尤者,惩一儆百,固属善举。但一经审明即提至市曹杖毙示众之论,当极加详慎。恐该有司未必尽属公明。其中倘有错误致冤抑,所关岂浅鲜哉”。语句虽多少有所增加,但朱批整体的主旨内容未发生变化。

[3] 《两广总督鄂弥达奏报审办平乐僮民廖老大及宁明州恶棍麻日斗等纠众抢夺案情折》(《雍奏》二十九册二〇七,雍正十三年九月十八日)。

流之地方。此种凶顽不法之徒,审究得实,罪无可原。若俟题报部覆到日完结,将该犯等监禁日久,恐其伙党知情罪重大,更煽惑众人,则滋事非轻。如立即杖毙发落,则余党知案已结,自幸免脱,不敢妄为矣”。

于是,“飭将为首造意之麻日斗、加功之周锡公,即行当众杖毙”,并以奏折的方式将经过报告给了皇帝。对此,皇帝墨批^[1]道:“杖毙首恶以儆余党,怜伏人心,办理亦是。向后切须留意稽查,毋得疏忽”。

邓横寨是雍正时期改土归流政策实施过程中,使用武力顽强抵抗的地方之一。雍正九年(1731年)清朝动用军队对此地进行了镇压。^[2]就在镇压刚刚结束不久,并非清朝官僚的保正,即作为清朝支配体系设置的保甲制中相当于“长”的人物被杀害。虽然此案仅仅是因个人恩怨而引发的强盗杀人案件(根据刑律“强盗”律之条例,应被处以斩立决^[3]),但如果按照必要覆审制将案犯处以死刑的话,很有可能会造成案件从犯等与之相关联人群的骚动,从而会有引发不可预料事态发生的危险。于是,当时只对首犯及主要人物进行了严惩,从犯及其他相关人员出于怜悯的考虑未以处罚。而杖毙就是在这种情况下被使用的。

上面介绍了五件使用杖毙的案例,就这些案例来看,选择杖毙的原因有以下几种:(1)考虑到必要覆审制所需要的时间,为了能尽快地处以死刑;(2)考虑到必要覆审制所用题本带来的弊害;(3)为了能对必要覆审制无法判处死刑的案件使用更加严厉的死刑刑罚;(4)为了避免因必要覆审制的适用而累及民众;(5)为了避免必要覆审制适用所引发的不测事态的发生而只对主要犯罪者进行惩罚。综上,杖毙被选择的理由有一个共通之处,即都是将必要覆审制作为前提,将杖毙看作是应对必要覆审制所带来的各种不利情况的对策。

[1] 因雍正帝驾崩不久,所以使用的不是朱批,而是墨批。

[2] 请参照《世宗实录》卷一〇六,雍正九年五月戊子等。

[3] “强盗杀人……不分曾否得财,俱照得财律斩。随即奏请审决^[1]。”

2. 选择杖毙的主体

本节是关于选择杖毙时由谁判断,即判断主体的问题。对此我们将分别考察皇帝和督抚之间的关系以及督抚和下僚^[1]之间的关系,同时对各关系中,杖毙被选择时上位者的了解度进行检讨。

首先,让我们来看看皇帝和督抚之间的关系。前节,在案例①中,介绍了督抚在皇帝还未作出判断的情况下,就根据自己的判断下令施行了杖毙,对皇帝也只是作了个事后报告。如果杖毙存在事后报告皇帝这种形态的话,那么督抚自行判断杖毙且不向皇帝报告的形态也应该是存在的。

例如,康熙四十二年(1703年)福建省的粮食抢夺案件,即是督抚和提督协商后,杖毙首犯的例子。“其为首戴庆、陈十二、刘俞、陈科、陈发等,会商督抚二臣,俱经有司杖毙示儆。”对于此事,提督在事后报告的奏折中这样写道:“虽事属细故,臣身在地方,未敢隐瞒而不上闻”^[2]可见,连不直接承担案件处理的提督都称此案为“细故”,那么当时在官界中,杖毙案件很有可能被看作是无须报告的“细故”。

因为时代的特殊性,下面的事例很难被看成是一般的事例,但在入关后不久的顺治二年(1645年),巡抚就在揭贴中称,自诈称官职的谢朝传被“问死于狱”之后,“一年之内,贼盗奸宄,毙于杖下者,实尚有人,不止朝传。若如此奴隶罪流,辄思报复,则巡抚官、典史不如矣。自反无愆,故不具疏特述其事,以质公论昭法纪可耳”。这段文字恐怕是在指地方杖毙谢朝传以及其他几名案犯而未向上报告的事情^[3]因此,我们是否可以这样认为,即至少在清初阶段,督抚根据自己的判断在施行

[1] 本文是从督抚的角度出发,将不构成省中央(史料中为“督抚司道”)的道台以下的官僚总称为“下僚”(在省都驻扎,并承担全省特定业务的官僚除外)。

[2] 《康熙朝汉文朱批奏折汇编》一册,五十七《福建提督梁鼎奏报漳州有人煽聚夺食已杖毙为首者折》(康熙四十二年五月二十一日)。

[3] 《顺天巡抚宋权揭报杖毙假官缘由以质公论》(《明清档案》A2-170,顺治二年四月十二日)。

了杖毙之后,无须向皇帝作事后报告的形态是存在的。

其次,除了事后报告的形态之外,不是事后,而是事前,即在杖毙执行之前,皇帝既已示意杖毙的形态也是存在的。

第一,如前节案例②,督抚先上折请求杖毙,接到皇帝“甚是。应外结者”的朱批后,才实施杖毙。

此处应该注意的是,正如奏折相关研究^[1]中所揭示的,奏折只是官僚个人给皇帝的私人信件,它不能取代皇帝官僚制内部专门用于上奏的题本,此外官僚不得将奏折以及朱批内容泄露给他人。督抚在实施奏折中提案时,要先遵奉朱批的内容,以题本的形式重新上奏,或是咨部,请求部作出判断。皇帝对于督抚职务上提案的奏折都会给以朱批。虽然朱批的内容是皇帝对提案内容的看法,但基本上在皇帝官僚制内部,处于上位的皇帝不是通过朱批直接下命于处于下位的督抚,让其执行提案内容的。从杖毙的奏折来看,事后报告奏折中的朱批很显然是无法成为杖毙执行命令的,事实上,即使是事前的朱批,且在肯定杖毙的情况下,如我们在朱批中看到的,案例②中的“甚是”,前节案例③中的“甚好”,甚至“此等料理,朕实嘉之”^[2]都不过是皇帝对于杖毙提案的肯定性评价,而不是让督抚执行杖毙的具体命令。总而言之,尽管朱批对于杖毙给予了肯定,但杖毙自身事实上始终是按照督抚的判断进行,笔者认为这样的考虑方法才是妥当的。

第二,更进一步,也存在皇帝颁布谕旨下令杖毙的形态。例如,雍

[1] 主要著作有宫崎市定《雍正帝——中国的独裁君主》[岩波新书,一九五〇年。(后被《宫崎市定全集》十四卷,岩波书店,1991年收录)。以下皆同,同一著者:“雍正殊批諭旨解題——その史料の価値”(《东洋史研究》十五卷四号,1957年),同一著者:“清朝における国語問題の一面”(《东方史论丛》第一号,1947年),庄吉发《清代奏折制度》(国立故宫博物院,一九七九年),鞠德源:“清代题奏文书制度”(《清史论丛》第三辑,一九八二年),Silas H. L. Wu, Communication and Imperial Control in China, Harvard University Press, 1970。

[2] 《福建总督高其倬等奏报严惩抢劫奸匪折》(《雍奏》九册三十八,雍正五年二月十日)。

正十二年(1734年),江南布政使在处理上江地方会匪的奏折中提议使用杖毙。^[1]

“臣愚以为,若不严行处治,除其本根,终恐姑息养奸,滋蔓难图。恳请圣恩,密谕督抚臣,查实为首之人即于各该处立行杖毙,其余各犯分别谳落。”对此,皇帝在给予“此奏可嘉”朱批的同时,下廷寄谕旨给江南总督,命其使用杖毙,“着总督赵弘恩,会同新任巡抚赵国麟,密行访查,将实在首恶杖毙数人”。^[2]总督接到谕旨后,又以奏折的方式向皇帝报告了实施杖毙的情况,“遵旨立行杖毙”。^[3]如此可见,在案件处理中,皇帝在下达了杖毙首要中心人物这样一般性内容的谕旨之后,由督抚执行杖毙的形态是存在的。

除了通过一般性谕旨的形式命令执行杖毙外,对待特定犯罪者,皇帝还会通过颁发个别具体的谕旨下令杖毙。例如,乾隆三十二年(1767年)江苏省发生了僧侣犯奸案,在奏折中两江总督对于此案拟罪如下:“今该僧恒昭营构密室,窝留妇女,且将韦、徐氏儿媳同奸,核其情罪,若照‘僧道犯奸’本例,加等拟徒,不足蔽辜。即比照‘僧道于寺观内刁奸妇女’例,充发内地,亦不足以示儆。应请将恒昭改发伊犁,给种地兵丁为奴”。^[4]

[1] 《江南江宁布政使李兰奏陈宿州等处菜花大刀诸会忘行不法请密谕督抚严行处治折》(《雍奏》二十七册四〇五,雍正十二年十二月)。

[2] 在《江南总督赵弘恩奏报委江宁布政使李兰研讯南陵县三乘会一案首要各犯等二事折》(《雍奏》二十七册五七二,雍正十三年二月十五日)中也载有此谕旨。

[3] 《江南总督赵弘恩等奏报寿州五岳会及颍州罗汉会审明治罪缘由折》(《雍奏》二十八册一八九,雍正十三年闰四月十日),《江南总督赵弘恩等奏报已将抬天三乘二会要犯审明治罪及各会完结缘由折》(《雍奏》二十八册三二七,雍正十三年五月十二日)。

[4] 《两江总督高晋奏为拿获淫僧审拟具奏折》,《乾奏》二十九辑三七四页,乾隆三十三年一月十八日。

本案如适用刑律犯奸“居丧及僧道犯奸”律的条例,^[1]应拟罪杖六十徒一年,如比照礼律祭祀“亵渎神明”律的条例,^[2]应拟罪内地发遣三千里充军。两江总督认为上述两项罪罚都不够严厉,而请求加重刑罚,由内地发遣改成发遣伊犁。虽然很难判断这样的拟罪,是比附^[3]的一种形态,还是属于明知相关律例规定,却依据特定律例加重处罚,但无论哪种都未脱离必要覆审制的范围。^[4]

皇帝在接到拟罪奏折后,颁布了下面的谕旨:“高晋奏审拟江宁不法僧人恒昭奸诱民妇一折,仅请改发伊犁,所办殊属轻纵。此等淫恶劣僧,久为地方风俗之害,一经败露,即当立予杖毙,以示惩儆,何得更为宽贷……此案该督,即遵旨执法办理完结,并不值交部核覆,更增臆戾也”。^[5]

在这个案件中,督抚按照必要覆审制向皇帝提起了上奏,但皇帝认为所拟刑罚并不充分,否定了其处理方式,并最终命令督抚使用杖毙。

从作为下位者的督抚与作为上位者的皇帝之间的关系来看,杖毙存在各式各样的形态。从只根据督抚的判断即可实施杖毙,无须向皇帝报告的形态开始,到督抚按照必要覆审制上奏,皇帝否定了其处理意见,并以颁布个别具体谕旨的方式命令杖毙的形态为止等。

下面我们来考察督抚和下僚关系中杖毙的选择主体。

首先列举的是,同上面最后提到过的,督抚按照必要覆审制上奏,

[1] 有条例“其僧道奸有夫之妇及刁奸者,照律加二等,分别杖徒治罪”一项,因此刑律犯奸“犯奸”律的“凡和奸……有夫者,杖九十”加二等后是杖六十徒一年。但犯罪行为是“刁奸”的情况,同律“刁奸者……杖一百”加二等后是杖七十徒一年半。

[2] “凡僧道军民人等,于各寺观神庙刁奸妇女,因而引诱逃走或诈骗财物者,问各杖一百,奸夫发三千里充军,财物照追给主。”

[3] 适合犯罪行为的律例不存在,或者按照律例规定的刑罚量刑与犯罪行为失去均衡时,作为量刑的客观标准,拟罪时可适用相类似的律,或者在此律的基础上加减等。请参照前面所列中村《清代刑法研究》第二章「比附の機能」。

[4] 例如,奏折最后写有的“敕部核覆施行”是按照必要覆审制上奏的奏折的定型句。

[5] 《上谕》乾隆三十三年一月二十九日(五册八〇九)。

而皇帝以谕旨的方式下达杖毙命令的形态相似,即省内案件,按照必要覆审制在到达督抚一级之后,由督抚实施杖毙的形态。例如,雍正十年(1732年)广东省发生了一起瑶族强盗杀人案件。关于此案奏折有如下叙述:“独瑶人则畏鞭朴,不畏斩杀”,于是广东督抚将强盗杀人犯杖毙,“查赵云秀、赵云武、盘瑞贱三犯,强盗杀人,原无可宽……将三犯,带至大布村中,传集瑶甲、瑶目、瑶众、立毙杖下,以儆众瑶”〔1〕

由奏折中“据该县、府、司道,起获正赃,历审明确,律拟招解前来”一句可以断定,案件从县开始,直到督抚,都在按照必要覆审制程序进行。由“赵云秀为首起意,赵云武刀斫事主致命三伤,盘端贱铕杀事主,律应斩决,均为法所难宥”一句也可断定,案件在原拟罪阶段,是要适用“强盗”律拟罪斩立决的〔2〕

其次要列举的是,接到督抚总括性命命令后,下僚提案杖毙的形态。乾隆二十七年(1752年)福建省福鼎、霞浦两县多次发生粮食暴动,福建巡抚委派道台作为负责人前去现场处理,并给道台下达了一项总括性命命令:“其斟酌情形,相度机宜,务获著名为首奸徒,妥协办理,其余以次分别定拟”。道台在接到命令到达现场之后,用禀的形式向督抚提出了处置意见:“将倡谋号召连次用强抢借之陈士乐一名,禀请当众杖毙。其次奸徒,先行枷号一百日,满日然后照律充配,俾远近知所畏惧。余案分别依律治罪,立时枷责发落”,并于接到督抚“照议妥办”的批令后,实施了杖毙,“有寄居之宁德县人陈士乐……已经提至街市,当众立时杖毙”。事后,该道台将包括杖毙执行在内的,按照自己提案进行处置

〔1〕《广东总督鄂弥达等奏明瑶人性情迥殊应因俗立法并请设专司化导折》(《雍奏》二十四册六二七,雍正十一年七月一日)。

〔2〕根据雍正五年定例(光绪《大清会典事例》卷七八五,雍正五年历年事例)。雍正五年定例的制定是为了缓和刑律贼盗“强盗”律中“凡强盗已行……但得财者,不分首从皆斩”的规定,其内容是将强盗犯分为“法所难宥”和“情有可原”,其中只对前者施以死刑,后者为发遣。

的过程向督抚进行了汇报〔1〕

道台对此案的处理,基本上是按照派遣时接受的督抚命令进行的。从命令内容上看,虽然可以看出督抚要求道台做到区别对待首犯和从犯,却不能说督抚在案件处理之初,就已经明确地下令杖毙。因此,本案中的杖毙虽然遵循了督抚的总括性命命令,但实际上从始至终都是按照作为下僚的道台的判断在进行,并在督抚的肯定下施行了杖毙。

除了下僚接受督抚的总括性命命令提案杖毙之外,还有同督抚和皇帝间关系一样的形态,即下僚根据自己的判断先行实施杖毙的形态。例如,姚莹在任知县期间曾使用过杖毙[根据其年谱,是在嘉庆二十二年(1817年)冬〔2〕],对此史料记载如下:“董公督闽,患漳泉二府多械斗劫掠。余为龙溪令,亲捕得渠魁五人。讯其案,皆数十起,既承伏。召其族长,于庭诘之,各具状请罪。一日杖毙之,尸诸城门,凶徒股栗,皆逃出境。巡抚史公,以不如制疑之”〔3〕

从福建巡抚对姚莹处置方式持有疑问的态度上来看,我们至少可以肯定,知县姚莹未曾向督抚提案杖毙,更没有获得杖毙的许可。也就是说,作为下僚的姚莹在自己判断的基础上实施了杖毙。

如果巡抚因存疑问而对杖毙给予否定的话,那么杖毙的实施只能被看作下僚专断的结果。但听了姚莹申辩之词的总督却是下面的态度,“独公闻而韪之,每守令至漳,必语曰‘治法可问姚令’。又以逃凶积案,疏劾同安、漳浦、长泰三令,而于龙溪则曰‘龙溪积案亦多,惟该令姚莹洁己奉公,宽猛兼施,境内遂无械斗抢掠之案。臣等仰体皇上爱惜人才至意,未经并参云’”。

〔1〕《闽浙总督喀尔吉善奏报查办强买米粮案及民情安帖情形折》(《乾奏》二辑六三〇页,乾隆十七年四月九日)。

〔2〕《中复堂全集》附录年谱,对嘉庆二十二年之事记载如下:“冬调龙溪知县……更选民年二十以上四十以下壮勇者养之,击捕盗贼,手擒巨恶数人,讯实罪状,庐榜郭门,使万人环观而毙之,远近股栗”。

〔3〕《识小录》卷七,《董文恪公》。

杖毙举措非但没让姚莹成为被处分的对象,反而获得了很高的评价,并作为有能之人而从因积案被弹劾的名单中除去。可见,本案中的杖毙虽然是下僚根据自己的判断施行的,但在督抚看来,此种行为是截然不同于被处分对象行为的。

由上可知,在督抚和下僚关系中,从案件按照必要覆审制到达督抚一级后,由督抚实施杖毙的形态开始,到下僚根据自己的判断实施杖毙的形态为止,存在着好几种不同的形态。如果加上先前考察的存在于督抚与皇帝间的杖毙形态,我们可以得出下面的结论,即在皇帝官僚制中,无论是哪个阶层都有根据自己的判断实施杖毙的情况。此外,如果从上位者对于杖毙实施了解度的角度来看,虽然各阶层都是在根据自己的判断进行,但其中又存在着与上位者无关,下位者自行完结的形态,以及上位者通过总括性命令,将自己的意志附加其上的形态等。因此,即使只是说到“选择杖毙”,但将判断主体与上位者的了解度结合起来的话,其实际情况也是极具多样化的。

(三)杖毙与必要覆审制

1. 皇帝的见解

如前章所述,杖毙是作为弥补必要覆审制欠缺的一项对策而被使用的。从具体手续上看,杖毙既有在特定阶段依附于必要覆审制的情况,也有始终与之背离的情况。但多数情况都是未取得皇帝个别具体的命令就实施了死刑。与之相反,必要覆审制的死刑案件,从处于皇帝官僚制末端的州县开始,顺次在各阶层接受审理,最终依据皇帝下达的个别具体命令行刑。那么,处于皇帝官僚制顶点的皇帝是如何看待必要覆审制的死刑与杖毙之间关系的呢?本节将对奏折中雍正帝的朱批进行考察。

首先,让我们来看雍正六年(1728年)浙江省发生的抢火案件的奏折。^[1]浙江省曾发布过一个关于以抢劫盗窃为目放火即“抢火”的告示:“如敢仍前放火,人犯获住,即行处死,断不宽假”。告示发布不久,即发生了本案。对此,浙江总督首先表明了自己的态度:“臣思立斩之罪,莫严于强盗。然盗劫止于一家,尚不致搜刮无遗。若放火凶徒,所害人户不可限量,而房屋家资顷刻化为灰烬,寸草不留。且常有烧死人命之惨。穷凶极恶,较诸强盗响马,罪实倍蓰,但律止拟斩监候。^[2]若照例具题,为时迟缓,不足儆戒凶顽”。并上折雍正帝请求道:“如果情实无虚,则前经晓谕‘放火人犯,即行处死’,更难失信于众。臣请将此四人,分发向有放火恶风之处,于通衢地方,大书罪犯事由,晓谕通知,即行正法”。

对于浙江总督的奏请,雍正帝朱批道:“如果情实,外结杖毙则可。若行正法斩决,使不得不方将浙省放火恶习引律处分不足以成恶习,题请斩决,亦可也”。^[3]

在雍正帝的朱批中提到了3种惩处方法,即杖毙、斩立决以及在表明律规不充分后题本奏请死刑。其中第三种方法是按照必要覆审制(恐怕是以比附的形式)施行死刑的方法,而与之相比,杖毙和斩立决都是不依据必要覆审制的方法。但就朱批中雍正帝对斩立决的否定来看,不遵照必要覆审制处以律例明文规定的斩立决的做法是不被承认的。因此,实际上在雍正帝看来,处理死刑案件的方法只有两种,即拟

[1] 《浙江总督李卫奏请严惩桐乡县纵火抢劫凶徒朱三宝等暨松江盐泉沈氏折》(《雍奏》十二册二四〇,雍正六年闰四月二十一日)。

[2] 在此处,雍正帝朱批道:“有意放火,未必律止于斩候也。记得另有重律”。实际查一下律例,发现按照刑律杂犯“放火故烧人房屋”律是被处以斩监候,但刑律贼盗“强盗”律条文中也有涉及放火和烧毁房屋的内容,按照此律案犯应被处以斩立决。因此,浙江总督的见解,就如雍正帝所说的,不能说是正确的。

[3] 《雍奏》中的朱批是:“如果情实,外结杖毙则可,若行正法斩决,便不得不方。将浙省放火恶习,引律处分,不足以惩恶习,题请斩决亦可也”。因为对朱批中“便不得不方”的意思不甚理解,所以引用了《朱批谕旨》十二册二四一,李卫奏(雍正六年四月二十一日)中的朱批。

罪之后题本上奏的必要覆审制和杖毙。

接下来让我们再来检讨一下别的史料。该史料与杖毙犯罪者无关,是雍正六年(1728年)浙江总督上奏的,关于与杭州将军不和原因解释的奏折。^[1] 根据奏折,事件原委是这样的,总督在对侮辱军队事务担当者之人处以重枷之后,有人认为此人“该立时处死”,对此杭州将军不仅赞同,还反过来指责“总督庇护”。对于责难,总督认为:“但犯法应死者,自当明正典刑,即罪大恶极,不可姑容,亦必请旨方定。若暗用非法监毙,或翻枷致死,此与谋故杀人何异。虽外省自督抚以至州县,皆有行之者。臣生平从不肯为,除依法重处本犯邂逅身死外,未尝用意轻戕一命”。文中最后所说的“除依法重处……”之后的内容,指的应该是本文序中提到过的因公且合法地施行杖刑却意外致人于死命的情况。在此奏折中,浙江总督声明道,虽然上至督抚下到州县都在做非法致人于死命的事情,但他自己除了这次例外以外,从未做过一次。作为必要覆审制的参与者,官僚们抱有上述想法是理所当然的,没有必要特别说明。

但就此部分雍正帝却作了如下的朱批:“暗用非法,故不可奏明,杖毙外结以示众者,亦不可固执。至于法事原不当处死者,若遇应立刻处死之人,又难于题请。便题请,有情不可恕而罪不至死者。若不外结则又不是矣。汝此论即公中私,朕之论即私中公也。总之,一公无事不可为。若预存此见,尚遇应料理者,则误事矣。若为公,便谋杀故杀,亦可以对鬼神试问为何也。识见要广活,不可狭滞”。

雍正帝认为,使用非法是绝对被禁止的,但也不必固执地坚持杖毙;但对必要覆审制无法判处死刑,且犯罪性质极其恶劣的案件,必须要用外结的方式处理。雍正帝批判了固执地坚持必要覆审制这种“公中私”的做法,即不论什么样的案件,只按照在手续上不能被否定的公的方法处理案件的私的做法。在雍正帝看来,只要是从公的立场出发,

[1] 《浙江总督李卫奏报与杭州将军鄂密达不和情由折》(《雍奏》十二册三四七,雍正六年五月九日)。

谋杀、故杀包括在内的任何做法都是可行的。最后,雍正帝指出,在对这样的公进行判断时,一定要具有宽广且灵活的见识。

在此朱批中有一点十分重要,即雍正帝并没有要求在任何情况下都使用律例来处理案件。他认为按照律例规定无法判处死刑的,只要其性质达到死刑案件的恶劣程度,就应该处以死刑,而不用固执地坚持必要覆审制,且要求督抚在这个时候使用杖毙。至于用什么样的标准进行判断,雍正帝认为应该依赖于督抚的见识,且这种见识一定要宽广和灵活。对雍正帝而言,绝对禁止使用非法的方法,固执地坚持必要覆审制的“私”的处理方法也是被否定的对象。由上可知,雍正帝首先要求的是要判处与罪行相当的刑罚,至于死刑案件,虽然地方官凭借专断处以斩等律例规定的刑罚的方法被排除,但题本上奏的必要覆审制与杖毙被认为是两种等值的方法,至于选择哪种方法则由督抚的见识决定。

2. 臣下的选择

在前节第二点所引的雍正帝朱批中,有“杖毙外结……”一句,前章1节②中的朱批中也有“应外结者”,可见杖毙是同“外结”联系在一起使用的。下面就让我们先来考察一下外结。

一般说来,外结是指案件于外省完结。相反,皇帝和部参与¹⁾案件处理的叫做内结。例如,在司法关系中,人命以外的徒刑案件属于外结,督抚对徒刑案件批结发落,对刑部只要按季做事后报告即可。^[2] 在省内,我们可以见到以外结作为省内制度变通理由的,也可以见到下面一种情况,即在谈到同皇帝及部参与的钦部命盗案件相比,省内自尽人命、赌窃杂案案件被拖延处理理由时,认为前者是存在处罚规定的内结,而后者是与之相对的外结。^[3]

[1] “関与”一词只限于案件处理过程中必不可缺手续实行的情况,实行非必要手续的情况除外。(作者在日文版中使用的是“関与”一词,本文直接译为“参与”。——译者注)

[2] 关于上述内结和外结,请参见滋贺《清代中国の法と裁判》二十四页。

[3] 请参见前文所列笔者拙稿。

具体来看,自强盗等案件发生开始,该管官僚就犯有了疏防罪,如果该官僚能在一定期限内捕获犯罪者,即可免罪。如果未能捕获,督抚就会上奏皇帝请求处分此官僚,并再次规定期限,命其抓获犯罪者。^{〔1〕}因为内结案件有这样的处罚手续,所以地方官都不得不认真对待。反之,因为外结案件没有,所以即使不认真对待,也不会直接影响到地方官的职位升降,从而引发了内结案件采用外结方式处理的弊病。强盗案件按照窃盗处理的“讳强为盗”既是其中之一。尽管顺治六年(1644年)就对“讳强为盗”有“州县官,若将盗案隐讳不报,或讳强为窃者,皆革职”的明确规定,^{〔2〕}但事实上“讳强为盗”早已成为一种陋习、恶习。例如雍正四年(1726年)湖南巡抚在奏折中就曾谈道:“查湖南旧习,外结者多,以致奸民玩法,猾吏卖法,有司习于怠玩,遂至讳命讳盗”^{〔3〕}但不是全部案件采用内结方式处理就是好的,在湖南巡抚看来,“盖应外结而不外结,便有琐渎圣聪之罪”。

这样看来,无论是肯定还是否定,与外结相关的史料都表明,外结是作为省的上位者的皇帝和部不参与案件处理的方式。外结中的“外”可能是相对于“内”而言,即是为了与皇帝和部参与案件处理的内结方式相比照而使用的。

如果是这样,那么从手续上看,雍正帝所提示的两种死刑案件处理方法的区别在于,作为上位者的皇帝和部是否参与了案件的处理,参与其中的是必要覆审制,采用外结方式处理的是杖毙。在此分析的基础上,让我们再回过头来看一下命令杖毙的谕旨。确实在谕旨中,我们可以发现类似于“并不值交部核覆,更增猷牒也”^{〔4〕}“将该犯立予杖毙。

〔1〕 详细内容,请参见张伟仁:《清代司法程序概述之一——盗窃案件的初步处理及疏防文武的参劾》(中央研究院历史语言研究所专刊之七十六《清代法制研究》辑一册一,一九八三年)。

〔2〕 光绪《大清会典事例》卷一二六,“讳盗”顺治初年定。

〔3〕 《湖南巡抚布兰泰奏秉公办理亏空钱粮命盗案件等事折》(《雍奏》七册一四〇,雍正四年四月二十六日)。

〔4〕 《上谕》,乾隆三十三年一月二十九日(五册八〇九)。

不必题达”^{〔1〕}等表明刑部和皇帝无须参与案件处理的字样。

督抚与下僚在言及杖毙时,如同皇帝与督抚,虽然文中找不到外结一样的象征性指示词句,但却可以看出上位者不参与案件处理的构造。

在前章第二节后半揭示的督抚与下僚间的三种杖毙形态中,首先从下僚根据自己的判断施行杖毙的形态可看出此构造。其次,仅从下僚提案及督抚的批文来看,下僚向督抚提案杖毙的形态中的杖毙决定也始终都是在下僚的判断下作出的,督抚并未参与其中。从下僚提案时用禀而不用详这点上也可想象出来。另外,值得注意的是,在案件处理时督抚并没有亲勘犯人。之前笔者介绍过伴随着案件内容及时期的变化省内解审的变迁,^{〔2〕}但在有清一代,死刑案件的解审基本上都要到达督抚一级,即督抚必须对死刑案犯进行亲勘。^{〔3〕}因此,督抚只对下僚的杖毙提案给以批示,案件处理由下僚操作,作为上位者的督抚不参与的构造在此也是可察的。

此外,从下僚按照自己的判断施行杖毙的想法中也可以看出此构造。下面的史料与下僚施行杖毙无关,即康熙三十三年(1694年)写给州县官的官箴书《福惠全书》。书中写道:“犯人人狱,性命悬于狱卒之手。所谓‘生死须臾呼天莫应者’也。其致命之由……有神奸巨蠹,恐其悻脱,而立取病呈者……若其神奸巨蠹,不得已而之死,固为地方除害。但寄其权于凶恶之辈,以恣其杀人之心胆,何若公庭杖毙与百姓共弃之乎。或事经报上,未便显诛,仍于捕获之时,立加重创,继于起解之际,更予严捶。沿途多其护送,则抢夺无所施,具禀悉其穷奇,则上台亦相谅。虎豹死于猎人之手,谁复有见怜者哉。官长遇此难处之事,宜详为区划,毋令此辈作刽子手可也。”

〔1〕 此文是载于《闽浙总督喀尔吉善奏报漳郡拿获诬首不轨奸民并提省审办缘由折》(《乾奏》九辑三八二页,乾隆十九年八月十八日)中的关于广西案件的皇帝谕旨。

〔2〕 请参见前文所列笔者拙稿。

〔3〕 前文所列笔者拙稿中提示的几条史料也印证了死刑案件是要被解审到督抚一级的,对此笔者将会在其他文章中作详细检讨。

文中认为,在不得已要置大恶之人于死地之时,不能假借狱卒之手,而应在公庭之上,在众人围观之下,施行杖毙,并认为这是因已向上司报告而顾忌使用杖毙时的应对之策。^[1] 如果将使用杖毙是为了除害地方,但因已向上位者报告而顾忌使用这句话反过来理解的话,是不是也可以理解为,只要不向上位者报告,在需要时下僚是可以使用杖毙的。杖毙适用时上位者不参与案件处理的构造在此再次得到了体现。

因此,在下到州县官上至皇帝的庞大的皇帝官僚等级制中,从上位者和下位者之间关系的角度对杖毙和必要覆审制进行考察的话,前者是上位者不参与案件处理,下位者自行处理时使用的方法;后者是下位者无法自行处理,要将案件送交上位者处理时使用的方法。正如滋贺所说的“法不支配皇帝。反倒是皇帝支配着法”一样,^[2] 我们已经认识到处于皇帝官僚制顶点的皇帝的判断是不受律例等限制的自由判断。但如果这样的杖毙形态被纳入到视野中,那么即使是处于皇帝官僚制最末端的州县官,只要决定了自行处理,就会同皇帝采用自由判断一样,不受必要覆审制的限制,根据自己的判断施行死刑。如果是这样的话,官僚在处理任何案件之时,最初要做的是对案件能否自行处理作出判断,当判断为自行处理时,杖毙是可被选择的方法之一;判断与之相反时,可以使用精密的必要覆审制。

同必要覆审制所要求的繁杂手续相比,自行处理方式是较为容易操作的,但因为来自皇帝的具有权威(对于官僚而言这种权威存在于自身之外)的行事准则³⁾并不存在,所以自行处理所产生的一切问题都要由官僚一人去面对。

例如,为了能让官僚受到处置,民众可能会使用提起上控或京控的

[1] 《福惠全书》卷十三,刑名部“监禁”。

[2] 前文所列滋贺《清代中国の法と裁判》七十七页。

[3] 皇帝让官僚在行事时遵循的行为准则,必要覆审制也包含其中。此用语也是借自滋贺(同前,七十九页)。

方法,也有可能采用更加直接的暴动手段。依照兵律军政“激变良民”律,^[1] 官僚因非法行事而引发民众暴动,以致城市陷落的,该当官僚要被处以斩监候。像杖毙一样不遵照行事准则行事的方式,就此律规定中非法行事这一点来看,就很成为问题。^[2] 即使该行为没有引发民众上控等举动,但如果为上位者所知,那么作出自行处置判断的官僚恐怕就需要想出一套另上位者信服的申辩之词。^[3] 此外,官僚们的滥刑也让皇帝十分的神神经质。^[4] 因此,在不同情况下,采用自行处置的方式

[1] “凡(有司)牧民之官,(平日)失于抚字,(又)非法刑事(使之不堪),激变良民,因而聚众反叛,失陷城池者,斩(监候)”。在清代,着眼于聚众这一点而附加了此律的处罚民众的条例多被使用。[安野省三:“社甲の身边——清代、地方官の一断面”(《中嶋敏先生古稀纪念论集》(下卷),汲古书院,1981年。)]

[2] 安野在前面论文中也提到了《大清律例按语》卷一四,“激变良民”律附载的按语,“律内,言非法,言良民。则有司依法行事,虽有差而过奸民倡乱、生变者,不用此律”。在适用此律文时,官僚的行为是否“依法”,即是否按照行事准则行事是最为重要的要素。

[3] 前文提到过的姚莹的申辩之词就为总督所接纳。其内容如下:“漳人苦斗久矣。凶狠之徒,岁尝杀人数百如儿戏,官军莫可如何,吏捕率不得正凶。今幸擒之,若逐案传质按问,则系累必数百人,非除暴安良本意。且漳州距省六百里,审转招解经时,即依律治之,凶民无由知微。今朝捕而夕诛之,万民环堵。所谓‘刑乱国,用重典’耳”(《识小录》卷七,《董文恪公》)。”

[4] 例如,乾隆四十六年发生的,广西修仁县覃老贵因衙门阻拦其向两广总督申诉知县杖毙其父覃必俊之事,而于衙前自杀案件。在该案的处置上,两广总督觉罗巴延三遭到了乾隆帝的批判:“此事巴延三,视为寻常案件,仅委广西按察使,转饬平乐府知府查办,仍不免回护瞻徇之弊。殊属非是”。此外,广西巡抚姚成烈在亲勘案件后得出“是覃必俊之监毙,已无可诉之冤,覃老贵之自戕,更为自作之孽”的结论,并向皇帝请求道:“既已检审明确,均请毋庸置议”。但乾隆帝对覃老贵自杀的事实十分重视,认为案件审理内容不可置信,而罢了知县,并命令将关系者全员送到北京来。

与此案件相关的奏折有《两广总督觉罗巴延三奏报查办獯民覃老贵呈控案事》(《乾奏》四十八辑八五六页,乾隆四十六年九月十九日)、《广西巡抚姚成烈奏报审办修仁县覃老贵捏控其父在狱自戕案事》(《乾奏》四十九辑二三一页,乾隆四十六年十月十四日)、《广西巡抚姚成烈奏报查办广西獯民覃老贵赴辕程控自刎案事》(《乾奏》四十九辑四三一页,乾隆四十六年十一月三日)、《广西巡抚姚成烈奏为遵旨委员提解覃必俊一案应质犯证赴部候审折》(《乾奏》五十辑七十页,乾隆四十六年十二月二日)。相关谕旨有《上谕》乾隆四十六年十月二十日(十册二二二九)、乾隆四十六年十一月十五日(十册二三四四)、乾隆四十六年十一月十七日(十册二三八一)。

很有可能会致已于死命。除了上面提到的“激变良民”律以外,刑律断狱“故禁故勘平人”律也规定,官僚因私怨借故审讯民人致死的,要处以斩监候。而事实上依照此律(被免职)知县被拟罪斩监候的例子也是存在的。〔1〕不仅是杖毙,上位者对审理中致人于死命的担当官僚也会作出判断,不管官僚本人如何主张自己的清白,只要皇帝最终认定为“官僚因私怨借故审讯民人致死的”,那么此官僚就会被处以斩监候。由此可见,虽然说是根据自己的判断处理案件,但在实际操作中,相应的觉悟是不可或缺的。

反之,如果不遵照必要覆审制,敢于采用自行处理方式的行为被上位者判断为符合时宜的,那么该官僚就会作为有能之人受到嘉奖。例如,前面提到的姚莹,获得了当时总督“治法可问姚令”的评价,《清史稿》则赞誉他为“治行为闽中第一”。〔2〕除此之外,也有知县在处理死刑相当邪教案件时,因未循必要覆审之制,自行处以较轻的笞杖枷号而被时任巡抚称赞的事例。〔3〕

一方面,处于皇帝官僚制顶点的皇帝在谕旨中指出:“总之,一公无事不可为……若为公,便谋杀故杀亦可以对鬼神,试问为何也”。另一方面,处于皇帝官僚制末端的州县官也抱着“刑乱国用重典。为政之道,不可拘于成法也”的想法。〔4〕于是,有权威性的行事准则虽然依然存在,但清代的秩序实际上是由持有上述世界观的人们在维持着。在他们看来,必要覆审制只是给地域带来安宁的方法之一,但并非是唯一的方法。当必要覆审制无法实现地域安宁时,皇帝会要求官僚打破他自己制定的行事准则;而官僚也会依据自己的见识作出判断,当判断为

〔1〕例如《陕甘总督杨应琚奏为遵旨审办凤翔县知县李庄杖毙铺户情形折》(《乾奏》十八辑八〇五页,乾隆二十八年八月二十九日)。

〔2〕《清史稿》卷三八四,姚莹传。

〔3〕《鹿洲公案》上,“邪教惑民”。

〔4〕《问俗录》卷四,诏安县“朝珠”[《蠡测会钞·问俗录》(书目文献出版社,一九八三年)九十页]。

必要时也会打破皇帝赋予的行事准则。皇帝要求官僚能在自己见识的基础上灵活且妥当地作出必要的应对;而官僚自己也应该像“公庭杖毙与百姓共弃之”一样,作出的应对是能够实现民众愿望的,而非任性的个人应对。就是在这样的理论构造中,在官僚作出了应该自行处理的判断时,杖毙成为了可供选择的处理方法之一。

(四) 结语

仅从雍正朝及乾隆朝的奏折来看,以乾隆继位第三个十年(1755~1764年)的前半为界,杖毙案件开始减少,〔1〕但笔者未能找到明确且直接证明杖毙减少原因的史料。

但下面的两道谕旨很值得我们关注。乾隆二十一年(1756年),对督抚随意奏请杖毙问题一直有所考虑的乾隆帝发布了一道谕旨,谕旨以时间为否定了杖毙,同时命令在相关律例存在的情况下,要遵照律例办理案件。〔2〕乾隆二十六年(1761年),乾隆帝为了逆伦案件处理的事情再次颁谕,在否定按照必要覆审制和杖毙处理逆伦案件的同时,制定了王命旗牌及令箭的方法,以求律例规定的凌迟处死之法能够快速被执行。〔3〕

通过两道谕旨,我们可以窥得乾隆帝在案件处理上更重视律例的遵循,而忌讳与之相悖的杖毙。但通过考察,我们也可以看到,清代皇帝并没有忽略掉杖毙在弥补必要覆审制欠缺时,所担负的维持实质秩

〔1〕因为很难判断哪起案件是杖毙案件,所以只能将杖毙案件的统计作为一个参考。就笔者统计来看,《雍奏》中有二十九件杖毙案件,而乾隆二十一年以前的《乾奏》虽然只是五年间的奏折,但有杖毙案件十件,乾隆二十二年之后的《乾奏》中仅存二件。

〔2〕《上谕》乾隆二十一年四月二十五日(二册三六四〇)。

〔3〕《上谕》乾隆二十六年四月五日(三册一七二八)。同时也被收录于《会典事例》(光绪《大清会典事例》卷八〇〇,乾隆二十六年历年事例)。

序机能的事实。于是,正如第二道谕旨所表现的,虽然重视律例的规定,但为了应对现实需要,新的办法应运而生。如乾隆中期之后,使用王命旗牌及令箭处理逆伦案件的方法被纳入“恭请王命”这一特定方法之中。^{〔1〕}乾隆中期,监候案件按照立决处理的“请旨即行正法”开始出现。而“就地正法”也在道光末年登场。^{〔2〕}

虽然上述方法在清代后半期就被条例等所规定,^{〔3〕}但督抚不依照规定自行判断施行且未被皇帝否定的案例却并不少见。这恐怕就如同雍正帝对于杖毙的认识一样,即通过将判断委任于督抚见识的方式寻求实质秩序的维持。如果笔者的这一设想能够成立的话,那么之前被作为死刑案件处理的例外之法也就具有了积极的价值,通过再检讨重新构筑清代刑事审判制度的新秩序也就成为了可能。因此,笔者今后的课题将会定位于对恭请王命、请旨即行正法、就地正法等进行个别而具体的考察。

〔1〕 恭请王命是指督抚在审拟之后立即处以死刑,同时火速上奏,作事后报告。(请参见前文所列滋贺《清代中国の法と裁判》二十五页等)嘉庆十八年条例规定逆伦案件使用恭请王命(光绪《大清会典事例》卷八四五,嘉庆十八年条例)。除此之外,乾隆末年以降,有关恭请王命适用规定的条例被制定了好几个[请参见滋贺,同前四十三页注(71)]。

〔2〕 就地正法是指地方官通过文书向督抚呈报,经督抚批准后于当地执行死刑,并由督抚事后上奏报告案件的方法(请参见滋贺,同前二十六页等)。

〔3〕 恭请王命请参照本页注〔1〕。请旨即行正法,如刑律人命“谋杀祖父母父母”律、条例(光绪《大清会典事例》卷八〇〇,嘉庆六年条例)。就地正法,如刑律斗殴“斗殴”律、条例(光绪《大清会典事例》卷八〇七,咸丰九年条例)。

七、清末“就地正法”操作程序

娜鹤雅*

“就地正法”本义是指“于所在地执行死刑”,但到了清末,这一用语成为特定的死刑程序的代名词。道光三十年(1851年),太平天国运动爆发,风起云涌的农民军席卷全国,各地的马贼、盗匪等匪盗也随之猖獗起来,使本已失序的社会秩序更为混乱。为了应对政治危机、恢复统治秩序和社会治安,“就地正法”作为死刑程序的一种被正式引入到了政府危机的处理之中。

近年来,从事清代法律史研究的学者对于清末“就地正法”多有关注,但专门论及的著作却并不多,其中中日两国学者对“就地正法”不同视角的研究最具代表性。

中国方面主要有四篇学术论文:李贵连的《晚清“就地正法”考》(《中南政法学院学报》1994年第1期)、邱远猷的《太平天国与晚清“就地正法之

* 娜鹤雅,东京大学法学政治学研究科博士研究生。

IV-2a

主编简介



张世明，1966年出生，1996年至2000年在中国人民大学法学院攻读法学博士学位，为中国人民大学首位历史学博士后，2002年晋级为中国人民大学教授、博士生导师。曾在德国马克斯·普朗克知识产权、竞争法和税法研究所和弗莱堡大学法律系经济法研究所从事学术研究，在Frontiers of History in China、《中国社会科学文摘》等刊物发表过学术论文若干，有英语、德语、法语关于法律研究方面的译著，主要著作包括《清代西藏开发研究》（1996）、《十八世纪中国与世界·军事卷》（与中国史学界泰斗戴逸教授合著，2000）、《经济法学理论演变研究》（2002，于2009年出版第二次全面修订版）、《中国经济法历史渊源原论》（2002）、《中国西部开发与近代化》（与戴逸教授共同主编，2006）、《过失杀人、市场与道德经济》（译著，2008）等，师从世界著名法学大师、原联合国法律顾问和欧盟法律顾问Wolfgang Fikentscher（费肯杰）教授并翻译了其两卷本《经济法》（2009），目前积十二年的努力已经完成个人专著《法律、社会经济资源与时空建构》四卷本即将问世。

图书在版编目(CIP)数据

世界学者论中国传统法律文化(1644~1911) / 张世明
步德茂 娜鹤雅主编. —北京:法律出版社,2010.1
ISBN 978-7-5036-9786-9

I. 世… II. 张… III. 法制史—研究—中国 IV. D929

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第133198号

© 法律出版社·中国

责任编辑/易明群	装帧设计/乔智炜
出版/法律出版社	编辑统筹/学术·对外出版分社
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/北京外文印刷厂	责任印制/吕亚莉
开本/A5	印张/16 字数/408千
版本/2009年12月第1版	印次/2009年12月第1次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	销售热线/010-63939792/9779
网址/www.lawpress.com.cn	咨询电话/010-63939796
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)	
全国各地中法图分、子公司电话:	
第一法律书店/010-63939781/9782	西安分公司/029-85388843
重庆公司/023-65382816/2908	
上海公司/021-62071010/1636	北京分公司/010-62534456
深圳公司/0755-83072995	
书号:ISBN 978-7-5036-9786-9	定价:39.00元
(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)	