

【法史学】

情罪之衡：清律“二罪俱发以重论”司法观察

姚 宇

【摘要】由于略轻治重的宽刑取向，有清一代，“二罪俱发以重论”的数罪并罚方式随律例体系的发展不断受到挑战，然而，律文的原则地位和立法模式的局限，使其在现实中仍有广阔的适用空间。通过分析刑部处理的15个案例可知，当数罪俱发而法无正条时，司法者并不固守“二罪从重”原则，而是根据案情，采取以重者论、比附他律、衡情量加等不同的处理方式。这些处理方式反映了在清代法制的框架下，“主者守文”与“情罪相符”两种传统司法价值在相关案件中的拉锯纠缠。从现实效果来看，数罪俱发案件的灵活处理，在平衡情罪关系、避免轻刑弊端的同时，也导致了刑罚畸重和判决缺失确定性等后果。

【关键词】二罪俱发以重论；清律；司法；比附；情罪相符

【作者简介】姚宇(1991-)，男，清华大学法学院比较法与法文化专业2015级博士研究生(北京 100084)。

【原文出处】《北京化工大学学报》：社会科学版，2018.4.28~36

【基金项目】国家社会科学基金项目“《大清律例》疑难条文及相关制度背景考论”(12BFX016)。

“二罪俱发以重论”(下文简称“二罪从重”)是《大清律例·名例律》中的条文，其定位大致可对应于现代刑法上狭义的数罪并罚制度^①。作为传统律典中处理数罪俱发问题的技术原则，律文的突出特质在于其鲜明的宽刑倾向。律文首句曰：“凡二罪以上俱发，以重者论。罪各等者，从一科断。”^②依据本条，当一人在判决前犯有数罪时，只以其中最重的一罪作为判决和处刑的依据。1907年《大清新刑律草案》的“立法说明”，以“吸收主义”这一近代刑法学术语概括其特质，并直指其弊：“吸收主义犯罪之人屡犯同等或较轻之罪，曾于其刑毫无损益，颇有奖励犯罪之趋向。”^③以此为肇始，一个世纪以来，“二罪从重”可能导致的刑不当罪、情浮于法等问题引起了不少学者的关注和反思^④。然而，迄今为止，相关研究多仅着眼于静态文本的批判和解释，而未明晰地勾勒出制度在传统法制中的运作实态及其影响。

笔者认为，作为历史悠久的名例原则，“二罪从重”所涉及的诸多问题，只有在传统法制运作中方能得到凸显和理解。与此同时，律文的宽刑特质为观

察传统司法提供了独特视角：这一取向特异的条文与一向追求情罪允协、情理法协调统一的传统司法相遇，会碰撞出怎样的火花？其是否如论者所担心的一样，会造成“奖励犯罪”的后果？透过这一条文，我们能够观察到清代司法、特别是其中情罪关系的哪些特征？本文尝试以清代中后期的15个刑事判例为样本，对这些问题予以初步分析和探讨，以期为更好地理解律文及其所处的清代法制提供参考。

一、清代律例体系中的“二罪从重”及其适用条件

《名例律》乃隋唐以后传统律典之首篇，其中的规定往往具有通例性质，故多被学者比拟为现代刑法之总则。“二罪从重”原则为《名例律》中并合论罪之原则，而数罪俱发本为极常见的犯罪形态，故以刑法理论言之，律文当有极广阔的适用空间。然而，若回到传统法制的语境，对清代律例体系作通盘观照，即可发现，“二罪从重”原则的实际作用与其在律典中的原则地位或有着不小的差距。

清末律学家吉同钧在评论“二罪从重”原则时，一方面赞同《大清律例根原》所谓“盖罪不再科，既不

失于严,仍尽本法,又不流于纵,此正用法之权衡”的观点^[2],另一方面又指出:“然其中亦有涉于轻从致滋流弊者,如人命之案,一命与数命同一拟罪,并不加重,岂不启凶徒多杀之机?是以此外又有杀一家三人加重之律。……此皆变通律法而补律所未备,须彼此合参,方无挂漏之弊。”^[3]此处,吉氏凭借对律例体系的洞见,指出了律文原则与专门规范之间的互动关系,这正是理解“二罪从重”原则实定法地位的关键。

研究表明,清代立法上,存在大量看似与“二罪从重”原则无涉、实际上却对其起到规避或取代效果的律例。这些律例大致包括三种类型:其一,“数罪合一”型的律例。此类律例是传统法制“客观具体主义”的一种体现,即通过类似于现代刑法上“结合犯”的立法方式,将原本应依“二罪从重”原则处理的数罪规定于一个条文,并科以单独的法定刑,从而消解“二罪以上俱发”这一律文适用的前提。如“白昼抢夺”依律满徒,“故杀人”依律斩候,若白昼抢夺时杀人,则依例直接处以斩决。又如“杀一家三人”律及先后制定的17道条例,对杀死一家数人的情节及刑罚均作了细密的规定。其二,概括性律例。“棍徒扰害例”等概括性律例,由于内涵模糊,具有很强兜底性,往往被适用于数个轻罪俱发的场合,以达致加重其刑的目的。其三,适用特殊并罚规则的律例。在以窃盗为代表的财产类犯罪中,存在不少特别的并罚规则,如窃盗“以一主为重”、盗牛以只数论罪等。这些规则在“二罪从重”原则之外另立门户,部分取代了律文的作用。

概言之,从相关律例的取向和效果来看,清代立法者绝非没有意识到“二罪从重”原则的轻刑趋向及其后果。看似岿然不动的律文,实际上已受到了诸多特别立法的挑战,轻简划一的并罚原则,已渐渐被更具现实针对性的立法策略所挤压或取代^④。

那么,这是否意味着“二罪从重”这一历史悠久的名例原则,在清代法制上已经没有容身之地,沦为聊以宣示宽刑的具文了呢?答案是否定的。早在雍正三年(1725),立法者在《大清律集解附例》“断罪引律令”条下的“总注”中解释司法中援引律令的要求时,即提及了“二罪从重”原则的适用条件和方式:

若律有数事共在一条,所犯之罪止合一事,则听其摘引,不在具引之限,如一人犯两事,则全引之;若事不共条,自依二罪俱发以重论,如云除某事轻罪不议外,合依某律是也^[4]。

引用之前提为适用,细绎上文,可知在一人犯有数事的场合,若存在足以概括此数事的专门律例,亦即“数事共条”时,应直接适用该律例;相反,若“事不共条”,则属于数罪俱发,当适用“二罪从重”的原则性规定。显然,清代立法者已经清晰地认识到律例体系中的专门规范与“二罪从重”原则之间的效力层级。二者的关系正如《晋书·刑法志》所谓“律法断罪,皆当以法律令正文,若无正文,依附名例断之”^[5],在“法律令正文”,亦即规定具体犯罪的律例不能完全涵摄案件情节时,作为名例原则的“二罪从重”仍是处理并合论罪的首要法律依据。

以条例为主要形式的特别立法固然深刻影响了“二罪从重”原则的适用范围,但更应看到,有清一代,尽管立法者试图“以万变不穷之情,御以万变不穷之例”^[6],但条例适用范围的狭窄和来源的经验性使得其不论怎样增加,都不能完全涵盖“世情万变”的社会现实,“法欲密而转疏,义求明而反晦”^[7]反成为以“确定化”为特征的立法模式的弊端^⑤。薛允升评述“致死一家二命系一故一斗例”时,即谓:“谋杀一家二命,律无明文,例改斩决,已较律加重矣。此例改为斩梟,未免太重……况案情百出不穷,即一事一例,亦有不能概括之处,何必因后案而改前例耶?”^[8]总之,尽管条例不断增纂,但现实情势的复杂与立法模式的局限决定了“二罪从重”原则在清代司法中必然保有相当的适用空间。

综上所述,一方面,立法趋势与律文原则逐渐背离;另一方,专门规范与社会现实间存在永恒的空隙。这两种现象及它们之间的紧张关系,构成了清代司法上处理数罪俱发案件的制度背景。同时,现实案件的情变百出固非立法所能逆料,但既有律例蕴含的倾向和态度却未必不会对司法者产生影响。因此,在律例无明文的情况下,对于一人数罪俱发,是依“二罪从重”原则从一科断,还是另有考虑和处理,就成为其时司法官员时常面对的问题,这也是本文要重点观察和分析的问题。

二、清代“二罪从重”司法案例评析

(一)本律之地位

前引雍正律“断罪引律令”之“总注”中,有“若事不共条,自依二罪俱发以重论,如云‘除某事轻罪不议外,合依某律’是也”一句。此处除了指明“二罪从重”原则的适用时机,还举出了司法上的一种用语范式,即所谓“除某事轻罪不议外,合依某律”。案例表明,至少到光绪年间(1875-1908),这一范式仍被采用^⑧。例如:

川督奏:已革世职钻越承袭一案。查律载:文武官员弟侄不依次序钻越袭荫者,杖一百徒三年等语。此案已革世职张天元因伊胞伯张学成剿贼阵亡,议与云骑尉世职,张学成之子张天富未经袭职,出外贸易,久无音信,起意捏诈张学成之子承袭。治后因案被听传质,辄敢咆哮公堂,不服审讯,并与彭志成等争殴,实属胆玩。查该犯虽曾冒袭,实系张学成期亲胞侄,并非同姓不宗,如张学成并无亲子,该犯亦在例准承袭之列,惟不应钻越袭荫,自应按律问拟。张天元除咆哮公堂及殴伤彭志成等各轻罪不议外,合依文武官员弟侄不依次序钻越袭荫者杖一百徒三年律,拟杖一百徒三年,到配折责充徒。(光绪六年案)^⑨

“轻罪不议”的用语范式,一方面点出了所犯之数罪,另一方面彰显了“以重者论”的处理原则,符合律义且简洁明晰,因而具有长久的生命力。更重要的是,用语在刑曹内代相传续,已从侧面说明律例无明文时,“二罪从重”的处理方式被司法官员广泛认可和接受。当然,用语没有固定,而“轻罪”也只是相对于同犯之重罪而言。在道光元年的一件人命案中,被告刘海倌杀死一人,吓砍溺毙一人,伤而未死一人,三犯死罪,刑部在列举各罪后,仅“从重照谋杀人造意律拟斩监候”^⑩。虽然可能考虑到秋审多半入实,但从中仍可见司法过程对律文原则的尊重与恪守,以及司法者对情罪关系富于弹性的理解。

除了积极适用律文,在“二罪从重”原则被不恰当地违背时,刑部亦不会坐视不管,例如:

广东抚题:傅巨中等疑盗追逐巡检杜懋等落河淹毙一案。此案傅巨中因黑夜疑盗喊捕追

逐,致该巡检杜懋失跌落河淹毙,系属犯时不知,按照斗杀定拟,罪止绞候。至同时失跌落河淹毙之何昌,系在官工役,并非该巡检之雇工家丁,既非同居奴仆,又非有服至亲,自不能以一家论,按疑贼致毙以斗杀论亦罪止绞候,二罪相等,从一科断。该省将傅巨中照致死一家二命拟以绞决,系属错误。第案情既无疑窦,即可改拟具题,毋庸驳审。……(道光二年说帖)^⑪

本案傅巨中亦致死二人,地方拟判时合二事为一罪,依照“致死一家二命例”判处斩决。刑部经由对条例中“一家”概念的剖析,指出事实与定罪的抵牾,将较为激进的法律适用转回到“事不共条”时的“二罪从重”原则。可见律文原则并未因条例的发达而被弃置和遗忘,只是在某种程度上,随着特别法的增加,司法者在面对类似问题时,更需要深厚的职业素养和“法治精神”。

然而,由于“二罪从重”原则的轻刑特质,在部分案件中,依律处理的结果与司法者的价值判断之间不可避免地存在差异,有时,司法官员的态度难免流露于笔墨之间。例如:

江苏司:查卞自东贩私被获,主令伊弟卞自西纠众夺回,复自拒捕伤差一案。查例载:兵民聚众十人以下,带有军器兴贩私盐,拒捕伤一人者,为首绞监候。又官司差人捕获罪人聚众中途打夺伤差者,首犯拟绞监候等语。此案卞自东历次贩私,本属罪人,又挟恨李芳索讨钱文,用刀砍伤李芳左胳膊等处。李芳禀县拘讯,该犯逃避,后复行贩私盐。经李芳告知捕役将其拿获,该犯复秘嘱倪全仁告知卞自西纠人夺犯,又拒捕刃伤差役。核其情节固属凶恶,惟查定例,盐泉私贩拒伤一人与聚众夺犯伤差均罪止绞候,二罪相等从一科断。该抚将卞自东依夺犯伤差例拟绞,系照例办理,只可照覆。(嘉庆七年说帖)^⑫

本案卞自东前后犯下数罪,由于没有包含所有情节的律例专条,刑部虽认为“情节固属凶恶”,对从一科断的拟判却“只可照覆”。在对判决结果不甚满意的情况下,司法者仍能依法裁断,固属可贵,但我们绝不应忽视此种价值倾向的影响。事实上,清代

的立法演进和司法实践已发展出一套灵活的刑罚调整机制,当司法官员对“二罪从重”的常规处理感到不满时,可能转向其他途径,以追求情罪的相符,以下即分别讨论之。

(二)比附之竞争

“比附者,将某事项之规定,推及于类似事项而予适用之谓”^[13]。在律无明文时寻找法律依据的“比附”方式,早在《唐律疏议》中即已存在,其时主要以列举形式分布于各律文或疏议中;至明清时,乃正式规定于名例“断罪无正条”律文中,并在方法上用外延较广的“援引比附”代替原有的“举轻以明重,举重以明轻”^[14]。在清代,随着律下附例成为重要的立法方式,比附的范围也由律文扩大到条例,司法实践中更有对成案、通行等判例的援引。比附在清代法制上确实被频繁采用,在司法实践中占有重要地位。

依“断罪引律令”,当案件中出现一人数罪俱发,且无与之相应的专门律例时,将全案情节分解为律例已规定之数项,再依“二罪从重”原则科断,司法实践确实在许多时候如此处理。然而,由于律文本质的轻刑倾向,有时难免引起司法官员对情法关系的不满,此时,除了依律处理外,司法官员还可能根据案件实际情况,选择用比附律例或成案的方式达成“实质正义”。例如:

河抚题:商城县倪莲友因挟夏自兴许伊偷窃万帽良园竹之嫌,起意谋毒夏自兴致毙,并误毒其子夏贵喜身死,实属凶残不法。例内并无谋杀一命复谋杀其人之子一命作何治罪明文,固未便竟照杀一家非死罪二人之例科以斩梟,亦未便仅依谋杀人本律问拟斩候,置一家二命于不问,自应酌核问拟。倪莲友应照谋杀入而误杀旁人如系一家二命例拟斩立决,免其梟示,毋庸断给财产。(河南司,道光四年)^[15]

比附在很大程度上是类推思想的体现,类推则有远近之分,案件情节与律例规定越相似,比附的正正当性就越强。本案倪莲友杀一家二命系一谋一误,律内虽无专门规定,但清代已经通过制定条例奠定了致死一家二命加以重罚的基调。“谋杀入而误杀旁人如系一家二命”,即拟斩决,轻重相举,此处的比附可说是顺理成章。“仅依谋杀入本律拟斩候”虽也是

一个选项,但早早就被排除在外了。

相应地,案情与律例的相似度越低,比附证成的难度越大,司法官员在比附问题上就越容易产生分歧。乾隆二十五年(1760)刑部议覆的一起案件中,被告蒋汝才受托为小功母姨于氏养老送终,却因贪图财物,起意窃盗于氏衣服,后被于氏发现,竟恼羞成怒,以斧将其砍死。地方审理后,将蒋汝才“依故杀外姻小功尊属致死律拟斩监候”,对此判决,刑部并不认可:

……经臣部查,严于氏系蒋汝才小功母姨,年逾八十,无所倚靠,经族人给以田银,托交蒋汝才领养。该犯欺伊年迈,既窃其衣,复戕其命,凶恶已极。原情定罪,实与窃贼临时杀死事主者相同,自当罪坐所因。该抚将蒋汝才仅依故杀外姻小功尊属律拟以斩候,是但论其杀人之罪,而不究其忿杀之由,情法殊未允协。应令该抚再行妥拟具题,到日再议。等因。题驳去后,今据该抚将蒋汝才改照窃盗临时拒捕杀人律拟斩立决具题,臣部于乾隆二十五年十月内议覆。奉旨:“蒋汝才着即处斩。余依议。”^[16]

原判以故杀律拟斩监候,对案犯蒋汝才先前的窃盗行为显然“轻罪不议”。地方官员自然不会不知窃盗拒捕律例,如此定拟,或出于对例文中“登时拒捕杀人”的理解。从情节看,本案杀人在窃盗既遂之后,且并无拒捕情事,故将两事分论,从重处断,可谓于法有据。刑部一再强调案犯“欺伊年迈”“凶恶已极”,认为本案“实与窃贼临时杀死事主者相同”,其恰好反映出案情与律例并不完全契合,只是由于案犯因窃而杀尊属,情节尤为严重,才需借助条例,既论杀死之罪,亦究引动杀机的窃盗。省抚改拟中的“照”字,正与原拟的“依”字形成对比,可见本案以比附的胜利而告终。

应当注意,刑部对原判的评价是“情法殊未允协”,这与前节所引修正错误裁判之案中的“系属错误”有本质区别。盖“错误”意味着对法律与案情理解的偏差,相应的评价和修正亦只针对法律解释和适用,与案件的处理结果无直接关系;而“未协”则是针对案件判处的结果,源于司法者对情法关系作出的判断,其不是要否定判决的合法性,而是不满判决

结果的合理性。有学者指出,相对于一般的类推,比附“是一种发现、论证罚则的手段”^[17]。确切地说,在数罪俱发问题上,司法官员面临的问题是,比附他律与“二罪从重”所得的罚则,何者更符合“情罪一致”的要求。

因此,比附的证成与否,除了受事实与律例间远近关系的影响,更与司法官员对各“选项”的理解有关。事实上,在与“二罪从重”原则的竞争中,比附并非总是取得胜利,例如:

山东司:查律载:强夺良家妻女奸占者,绞监候。又例载:强夺良家妻女尚未奸污者,照已被奸占律减一等定拟。……又,因窃强奸人妇女未成者,绞监候。又名例载:二罪俱发以重论,各等语。此案宋三因伙行窃,见事主之孙媳李陈氏独处,起意商允张四强夺,因陈氏喊叫,宋三等未经抢获而逸,旋被拿获。宋三先后叠窃八次,罪应拟军,该抚以奸、抢情罪相等,凡人强奸未成罪应满流,因窃强奸未成罪应绞候,是同一强奸未成,有生死之别,严窃匪而恣淫凶,立法具有深意。又凡人强夺良家妻女,中途夺回,尚未奸污,论罪亦因满流,核与强奸未成罪名相等,因窃强夺未成亦未奸污,似与因窃强奸未成情等相类。……例无治罪明文,援引恐致出入,应否另立专条,抑将宋三一犯比例同拟绞候,张四减等拟流,或将宋三从重照积匪拟军,张四照本例减等拟徒之处,未敢悬定,咨情部示。等因。查因窃而强奸未成拟绞监候之例,系专指奸盗相仍者而言,若因窃而抢,因抢夺财物而抢及其妻女,自有二罪俱发,各从重论之条,断不能以因窃而抢及妇女之案与因窃而强奸未成之例强为比附,致有出入。至二罪俱发从重科断,律内已有明文,亦无须另立专条,致滋轆轳,应令该抚将宋三一案速飭审拟报部,到日再议。(道光十年说帖)^[18]

本案中,省抚做了复杂的类比论证,只为证明因窃抢夺妇女未成的情节,与律例已有之因窃强奸未成“情等相类”,虽然其在咨送刑部时列举了包括“二罪从重”在内的数种方案,但显然更倾向于比附加重乃至另立专条。然而,如此煞费苦心之论却未获得

刑部的认可。刑部明确指出,律例“专指奸盗相仍”,因窃而抢既无专条,自应“各从重论”,不可“强为比附,致有出入”。刑部如此回应,当然是因为抢夺和强奸在事实上存在差异,但地方官员的意见想必也不是心血来潮,简单给出二者孰是孰非的判断,恐怕未必公允。不过至少可以看出,在所比附之律例与事实相距较远时,“二罪从重”原则及其代表的审慎精神在司法中仍具有相当的竞争力。

概括性律例同样是比附的对象,且因其内涵的模糊而具有更大的包容性,例如:

河南司:查律载:强奸未成者杖一百,流三千里,又堕人胎者杖八十,徒二年,又例载:强奸执持金刃凶器戳伤本妇,未成奸者,绞监候,各等语。此案李法抱住朱氏按倒图奸,被氏指名叫骂,并有邻人龙玉姐接应,该犯畏惧,推跌宋氏倒地,致氏内伤堕胎。查强奸致伤本妇,例内止言执持金刃凶器戳伤者应拟绞候,其强奸致本妇堕胎,并无作何加重明文,若仅依强奸未成本律拟流,又未免情浮于法。今该抚照凶恶棍徒例拟军,系属酌量从严办理,似可照覆。奉批:“胎至八月因强奸致堕而死,岂非一命,较之强奸仅止刃伤本妇者轻乎?重乎?请细按之。再,若宋氏因堕胎而死,律应作何治罪,并查。”等因。复查例内并无强奸致本妇堕胎身死治罪专条,惟强奸未遂将本妇殴伤,越数日后因本妇身死之案,向照因奸威逼致死律拟斩监候。此案李法因强奸将宋氏推跌堕胎,如果该氏因堕胎身死,李法自应照因奸威逼致死律拟斩候,今宋氏并未身死,其堕胎本罪止拟杖徒,律不以人命论,固不便以堕胎之故将该犯拟入重辟,若仅如该抚援照棍徒拟军,诚如钧论,尚觉情浮于法,应否将李法加重发黑龙江为奴,伏候堂定。奉批:“公言可照覆即照覆。”(乾隆五十四年说帖)

眉批:强奸妇女伤非金刃拟军之例,系嘉庆九年纂定。比时尚无明文,故照棍徒比拟^[19]。

据眉批可知,案件发生时,“强奸妇女伤非金刃”尚未纂入条例,对于本案强奸未成致本妇堕胎的情节,律例“尚无明文”。在以“情浮于法”为理由将从重论以强奸未成排除后,地方和刑部都主张比照“恐

吓取财门”下的“棍徒扰害例”拟军。实际上,除棍徒例外,光棍例、不应为律等内容模糊或具有概括性质的律例,往往都是数罪俱发例无明文,又无具体相近的律例可供比附时,司法官员比依的对象。正如美国学者布迪和莫斯利在《中华帝国的法律》中所说:“在某些案件中,刑部仅仅是将被告的犯罪行为比照地归于某一概括性禁律所规定的行为。在这种情况下,刑部常常是为了对被告处以较之法定刑更重或者更轻的刑罚。”^[20]在数罪俱发的场合,显然倾向于前者的居多。

从案件中可以发现,审办司官最初的意见似乎不能让刑部堂官满意,后者认为伤胎致堕,亦是一命,显有比附他例再予重处的意向。审办人虽然在定罪上坚持了自己的意见,但或考虑到上级的意见,在答复中提出将犯人在棍徒拟军的基础上加重为发黑龙江为奴。最后堂官选择尊重专业意见,固然值得肯定,但此处我们更应注意的是审办人提出的在法定刑之外另行加重刑罚的方案本身,这也是本文接下来要讨论的又一种司法上对数罪俱发的处理方式。

(三)衡情之量加

“断罪无正条”虽然规定,在律无正条时,可以“援引他律,比附应加应减,定拟罪名”,但这不仅必须遵循严格的程序,且例文随后即强调:“若律例本有正条,承审官任意删减,以致情罪不符及故意出入人罪,不行引用正条,比照别条以致可轻可重者,该堂官查出,即将承审之司员指名题参,书吏严拿究审,各按本律治罪。”^[21]这可说与“断罪引律令”中关于具引律令的规定遥相呼应,相反相成,共同反映出清代对司法官自由裁量权的严格限制。然而,条文及其构建的图景并不等同于现实,实际司法中不乏规则的例外,以至于“仍有很多案例,在涉及刑之加减问题时,都是直接引用律例而不是比照律例”^[22]。例如:

云抚咨:丁二娃疗病误毒张成见等身死一案。查此案丁二娃为张成见治病,致误毒张成见等三人先后殒命。既据该抚查明并无故伤情事,应依律以过失杀人科断。惟该犯误毙三命,情节较重,除追赎银三分外再加枷号三个月,杖一百,以示惩儆。(嘉庆十年说帖)^[23]

过失杀人,律文规定可以收赎,“二罪从重”律下之例文亦特别指出,过失杀人,即便杀至数人,也“毋庸加等治罪”^[24]。可见判决中“再加”的枷号与杖刑,实无法律上的根据,只是由于刑部官员认为“该犯误毙三命,情节较重”,故于法外更科,以达惩戒之目的。

除此之外,有必要说明一种较为特殊的对数罪的“酌加”方法,即利用“断罪无正条”例文进行比附时,可以“比照某律某例加一等、减一等科断”^[25]的规定调整刑罚。以下两个案例都涉及本夫因杀死奸妇后又自尽时,对奸夫的处罚问题,但在处理方式上却有微妙的差别:

安抚咨:……嘉庆八年,有直隶民人孙豆包与郭亮子之妻孙氏通奸,后李四亦与孙氏奸好,孙豆包妒奸往捉,被李四殴伤,孙豆包隐匿奸情赴县具控,致郭亮子闻奸将孙氏殴死,郭亮子旋亦畏罪自缢身死。该省以因奸酿成二命奸夫作何治罪例无明文,仍从一科断,将孙豆包照本夫闻奸数日杀死奸妇例拟徒,经本部议,将孙豆包于满徒上量加一等,杖一百,流二千里,等因,在案。……(嘉庆二十三年说帖)^[26]

以及:

安抚咨:汪仲玉因与李胡氏通奸,致本夫李添赐闻奸将李胡氏勒死,复自缢身死。按本夫闻奸数日杀死奸妇,及本夫杀奸不遂忿激自尽各例均罪止满徒,惟该犯因奸致酿二命,未便从一科断,将汪仲玉比照闻奸数日杀死奸妇,奸夫杖一百徒三年例上量加一等,杖一百,流二千里。(安徽司,道光五年)^[27]

在孙豆包案中,刑部首先肯定省抚“从一科断,将孙豆包照本夫闻奸数日杀死奸妇例拟徒”的判决。有学者指出:“在实践中,比附定拟的‘照’与直接使用的‘依’并不严格区分”^[28]。就案情来看,这里的“照”就是“依”的意思,是引用而不是比附条例。随后,刑部于法定刑满徒的基础上“量加一等”拟流,应当说是典型的法外加重。而在汪仲玉案中,刑部却强调“因奸致酿二命,未便从一科断”,随后“比照”所举二罪之一的“闻奸数日杀死奸妇,奸夫杖一百徒三年例”,并利用比附可以加等的规定量加一等,所得的结果仍与前案相同。

与上节所举涉及比附的案例相比,后一案的“比附”实属勉强,因为其所比附的正是依“二罪从重”原则所应处的“正条”。之所以会出现这种现象,或许是因为在司法者看来,“比照某律某例加一等”毕竟以“断罪无正条”为条件,既然是比附他律,刑罚上略为调整,也就情有可原,在司法裁量权受到严格限制的背景下,相较于直接在本律例上加刑,更有法律上的依据^⑧。事实表明,这在司法中并非个案,如在嘉庆二十二年(1817)一件关于强娶孀妇后又殴打威逼其致死的案件说帖中,刑部即肯定了地方官员的类似做法^[29]。

应当注意,不论是直接法外加刑还是“比附”后量加,“二罪从重”原则实际上都发挥着约束量刑的作用——只能在重罪的基础上量加一等。在道光三年(1823)的一起案件中,被告吕贤殴死功服卑幼一家二命,例无专条,其一人律止满流。省抚拟比附“杀功服一家二命”拟绞监候,刑部则指出,对于这种按律“自应从一科断”的情形,即便确因死者系兄弟二命,需衡情量加,“亦只应于满流本罪上加等问拟,不得加入于死”,于是最终驳议认为,应在从一重罪拟流的基础上加一等发附近充军^[30]。

不仅军流徒罪不得因加入死,死罪中监候到立决的鸿沟更不能轻易跨越。嘉庆年间,刑部的说帖提到:“即两犯应死罪名,亦须从一科断,俟秋审时,再统核前后所犯情节,分别定拟情实,未便于定案时,预行加重,通算全科。”^[31]尽管其中或有对司法权力分配的深层考量,我们还是能从中感受到司法对“二罪从重”原则所蕴含的“法定主义”精神的重视。然而,任何律例与法理上的限制都有一例外,那就是皇帝本人。在某些场合,刑部借助皇帝的权柄来实现情罪的允协,例如:

苏抚题:杨添受行窃先后谋死钱考等二命一案。此案杨添受前因犯窃拟军,遇赦减释,嗣又纠伙行窃,先后谋死钱考、萧马子二命,并将各尸埋弃潜匿,旋被拿获。该抚将该犯拟斩监候,固系依律从一科断,惟查该犯系巧匪叠窃,先行谋毙二命,事越年余,始行就获,情罪较重,未便仍拟斩候,致令稽诛。杨添受依谋杀人造意律拟斩,请旨即行正法,以昭炯戒。(嘉庆九

年说帖)^[32]

“请旨即行正法”乃清代法制之特色,主要用于罪情严重但依律例不拟立决的情况。如嘉庆十年(1805)定例:“谋杀期亲尊长,正犯罪应凌迟处死者,为从加功之犯,拟以绞候,请旨即行正法。”^[33]道光九年(1829)定例:“凡谋、故、斗殴杀人,罪止斩绞监候之犯,若于杀人后挟忿逞凶,将尸头四肢全行割落,及剖腹取脏掷弃者,俱各照本律例拟罪,请旨即行正法。”^[34]本案中被告杨添受行窃后谋杀两人,刑部虽依律从一科断拟以监候,却认为刑不当罪,于是请旨即行正法。可见,这已成为其时司法寻求法外加刑的一种方式,而不以已纂入条例的内容为限。

有时,即使刑部没有提出请求,皇帝也会根据对案情的理解直接调整处罚,例如:

……嘉庆十年四月初九奉旨:“此案田二与父田坤、弟田三系掖刀匪徒,田二先将犯奸之王谢氏奸宿,逼令其夫王振海卖休留占为妻,经伊父田坤放还,田二复声言欲将王振海杀死,以致王振海畏惧弃家充当道士,田二又因邻村朱汉清之妻张氏少艾,图强为妻,见张氏独处即拔刀吓禁强抢奸污,转向朱汉清吓诈牛只钱文,刑部等衙门照依豪势之人强夺良家妻女奸占为妻律,将田二拟绞监候,尚觉情浮于法。田二一家父子兄弟均系掖刀匪徒,平如行凶生事,扰害良民,本有应得之罪,田二复叠逞淫凶,种种不法,情罪尤重,将来办理秋审时亦必予勾。田二着改为绞立决,嗣后除寻常强夺良家妻女奸占为妻妾者,仍依本律定拟外,如有似此掖刀匪徒,行凶强横、奸占良家妇女者,均着照此案办理,余依议。”钦此。(通行)^[35]

本案刑部将田二依“豪势之人强夺良家妻女奸占为妻”律拟绞监候,无疑是从一科断,但观其前后情节,仅科此罪,确不足以评价其所犯罪行。对此,嘉庆帝虽指出其“叠逞淫凶,种种不法,情罪尤重,将来办理秋审时亦必予勾”,但他连秋审都不愿等待,而是直接下旨改为绞决并纂为定制。这么做固然避免了观念上的“情浮于法”,但与刑部在法律规范内寻求情罪的一致相比,皇权的专断显然会对法律的权威造成更大的伤害。

三、衡情与守文：“二罪从重”在清代司法中的地位及影响

由上章可知,情罪关系确是清代司法适用“二罪从重”处理数罪俱发案件时所面临的主要问题。与此同时,司法者眼中的“情罪相符”或“情罪一致”,并不以现代刑法思维下“有罪必罚”或狭义的“罪刑相适应”为标准 and 依归,而是将俱发之数罪作为对整个案件“衡情”的要素,纳入最终的情法关系中进行平衡和考量。从这个角度看,相对于“本律、本例”而言,那些包含了起因、情节、主体等要素的专门律例,在司法中具有优先适用的地位,这本身就是传统法制追求“情罪相符”这一实质正义目标的结果。而在“数事不共条”的场合,司法者同样没有放弃这一使命,只是相对于“律有正条”,要做到缘情而不违法,需要对律例体系及其精神有更加全面和准确的理解。

清代发达的律例体系,为司法处理数罪俱发问题提供了丰富的资源,其中对待数罪俱发问题的倾向和态度,更对司法官员们产生了深刻的影响。于是,在许多时候,法官积极利用名例“断罪无正条”所授予的比附援引的权能,在一定范围内超越案件事实,规避“二罪从重”原则,从更广阔的文本中寻求情罪的允协。即便确实无律例可比,刑部官员也可能利用手中的裁量权,直接调整刑罚。事实表明,皇帝本人往往参与到这些调整和修正中,并对之予以支持。另一方面,清代条例立法虽然发达,且许多条例来自个案,但本质上“仍然属于文本的体系”^[36],司法者的裁量权在规范和观念上都受到许多限制。嘉庆年间,一份刑部说帖中,有“一人身犯数罪,事所常有,均应略其轻罪,而治其重罪”及“情有万殊,例归一致,惟确守律例以区定罪名,庶不至畸轻畸重”^[37]之语,反映出“主者守文”^[38]的司法传统对相应场合的影响。从诸多案例中可知,许多司法官员并不因律例文本的丰富,便将“二罪从重”的名例原则予以轻视或弃置,相反,他们对律文原则的充分重视,恰建立在对立法局限的深刻认识上。在“例无专条”的场合,“二罪俱发以重者论”“从一科断”等用语被屡屡提及,作为中央法司的刑部,不仅在多数时候对律文表现出相当的尊重,并且反对为加重处罚而“强为比附”的做法。在对某些案件的论证中,我们甚至能

感受到某种类似于现代刑法上“罪刑法定”的精神。

不可否认,我们难以经由这些案例,在何时适用“二罪从重”原则、何时用灵活手段对其加以突破之间划出一条明确的界限。原因有两点:第一,传统司法中所谓的“情罪相符”的答案并不唯一,而更像一个有弹性的区间,此区间本身还受到既有立法的影响。若非如此,我们就无法理解,为何同样是数罪俱发而例无专条,有些案件从一科断就“尚属允协”“似可照覆”,而另外一些却得到“情浮于法”“致滋轻纵”的评价。第二,数罪俱发仅是影响情罪关系的要素之一,其与最终评价结果间的关系,难以用截然的规则予以概括,只有置于具体案件的情境中方能解释。从上述案件中,我们只能在大致上得出结论:攸关伦常、积恶成习、屡犯重罪以及与现有律例规定相近的案件,更容易被司法加重处罚。

正因此,我们或许可以认为,“二罪从重”原则的轻刑特质,并非是造成清代司法上纵容甚至引导犯罪的后果的原因。一方面,从判决中频繁出现的“尚属相符”“自应从一科断”可知,在传统法制与文化背景下,依“二罪从重”原则得出的结果,常常处于司法者正义观念能够接受的范围内,律文的适用绝非必然造成情罪关系的紧张局面;另一方面,法律体系内部本就有十分灵活的调整机制,这些机制使司法者在衡情定罪时拥有更为广阔的空间,能够在必要时规避或修正“二罪从重”的处理结果。若仅从律文字面意义上推断,不从体系高度与司法实践的角度加以考察,则难免会只见树木,不见森林。

当然,“二罪从重”原则与清代司法的现实需要注定存在差距。除了因其本身特性,不可避免地有部分案件中造成“情浮于法”的反响外,从“从一科断”与“比附援引”之间既矛盾又兼容的关系看,一个重要的问题即是案件处理结果的不可预期——不仅比附十分依赖于现有立法,而且在面对多个选项的时候,司法裁判如何选择,就算不是无迹可寻,至少也是十分微妙而缺少确定性的,此从地方与刑部的诸多分歧中即可看出。除此之外,由于比附本身十分灵活,可能转而走向刑罚的畸重。本文使用的“罪刑法定”,很大程度上仅指司法者在自身权力范围之内寻找解决方案,其动机往往并不出于对个体权利

的保护。而某些情况下,皇权的介入更使律文原则的轻刑精神在现实的专制权力和道德情感面前,终难免显得不协和脆弱。

四、结论

整体上看,“二罪从重”原则在清代司法中的作用,与其在律典中的原则地位并不相称。尽管基于司法官员的“守文”传统和对情法关系的弹性理解,律文于一定范围内仍受相当的尊重与恪守,但种种迹象表明,即便在传统社会,其“时代的合理性”^[39]也已逐渐褪色。在数罪俱发且律例无专条的案件中,司法者运用相关机制调整定罪处刑,以平衡情法关系的现象屡见不鲜。就制度对司法的实际影响而言,律文虽然不太可能造成所谓“奖励犯罪”的后果,但由于其本身的轻刑特质和司法技术的局限性,要在相关案件中达致“情法之衡”的结果仍非易事。“守文”与“衡情”的拉锯纠缠,更为这些案件蒙上了一层缺少确定性的阴影^①。

刑律革新是清末法律改革的先声和焦点,伴随历时数年的修律进程,“二罪从重”原则经历了由传统到现代的转型。在章宗祥和董康纂拟的仅完成总则部分的1905年《刑律草案》中,由于“中国沿用重典,即使轻减,难骤跻欧美地位,如行新制,反伤深刻”,旧律在违警罪之外的领域得到了保留^[40]。1907年告成的《大清新刑律草案》,终以现代刑法理论中以限制加重为主的数罪并罚制度取代了历史悠久的“二罪从重”原则,并声明新律为“多数学说及立法例皆所认许”^[41]。然而,在各部、省对新律近乎一致的积极反馈中,亦存在一些“不合时宜”的声音,如湖南省签注谓:

凡旧律之应并科者,有受赃之并计赃数,抢窃之并计次数,然皆有一定不易之罪名,并无临时决定之規制。其他二罪俱发,多系从重科断办理,极为划一^[42]。

结合本文分析可知,前后两处对“二罪从重”的辩护的基础,都不是律文本身,而是在背后支撑其运作的固有法律传统,包括确定化的立法倾向、单一罪名的重刑特质、限制裁量的司法理念等,还包括本文论及的比附制度。它们形塑了旧律在传统法制中的作用,更可能以潜在方式继续影响新律的实施。这也提醒我们:条文的效仿更新是简单的,但体系和观

念的转变适应却非易事,对旧有制度的理解越全面深刻,改革的举措方越稳健而有成效。

注释:

①将中国传统律典中的“二罪从重”对应于现代刑法上的“数罪并罚”,是自《大清新刑律草案》以来已形成的学术研究惯例。根据新近的刑法理论,一直以来学者在研究中使用的“数罪并罚”,实际上仅指其狭义而言,而不包含“科刑上一罪”或“裁判上一罪”的情形,故此处加以限定。

②此一说法后来被杨鸿烈转引以反思唐律中的“俱发罪”,后者更直接地将这一制度评价为“不是良好的规定”。参见:杨鸿烈.中国法律发达史[M].北京:中国政法大学出版社,2009:253.

③如姜伟.我国古代的数罪并罚制度[J].政治与法律,1985(3):38-39.邹涛.数罪并罚的历史探讨[J].法学杂志,1986(6):35-37.时延安.数罪并罚制度之比较研究[A].赵秉志主编.刑法评论(第六卷)[C].北京:法律出版社,2005:132-160.房丽.我国数罪并罚制度考证[J].甘肃社会科学,2011(6):136-139.

④上述“二罪从重”原则与清代律例体系的关系,参见:姚宇.草线暗伏:清代“二罪俱发以重论”律例发微[A].苏亦工,谢晶等编.旧律新论:《大清律例》国际研讨会论文集(第二卷)[C].北京:清华大学出版社,2016:147-182.

⑤关于清代法制的“确定化”趋向,参见:陈煜.略论《大清律例》的“确定化”[J].中国政法大学学报,2012(4):94-107.

⑥实际上,此用语在清末司法制度改革后仍为各级审判厅所使用,相关案例可见:汪庆祺编.各省审判厅案牍[M].李启成,点校.北京:北京大学出版社,2007:115-116,200-202.

⑦实际上,由于对“比照”和“直接引用”在理解上的偏差,导致统计不够准确,这里的“很多”未免夸张。

⑧陈新宇在解释清代司法中“法有明文情况下而试图比附”的现象时,亦认为司法官“之所以不直接在引用正条的基础上修改刑罚,乃因为从法律上讲,在立法中一行为对应一刑罚的绝对确定法定刑的语境下,刑罚变更需由皇权掌握,作为臣属只能议罪,具有‘守法’之职的臣属最佳之方案就是通过比附列举法条进行论证”。参见:陈新宇.帝制中国的法源与适用:以比附问题为中心的展开[M].上海:上海人民出版社,2015:60.

⑨清代于流、死两刑之间,更有充军之刑,其“较流为重,凡五等,曰附近,曰边卫,曰边远,曰烟瘴,曰极边烟瘴”,见清朝官修《光绪大清会典事例》卷七百二十三。

⑩薛允升《读例存疑》记为道光八年,参见:[清]薛允升.读例存疑(重刊本)[M].黄静嘉,编校.台北:成文出版社,1970:826.

①此处所谓“缺少确定性”，仅就相关案件的判决结果而言，与认为中国传统司法属于“卡迪司法”的观点并不相同。由上文可知，许多时候，这种不确定性并非源自于“超越形式和程序而诉诸法外考量”，而恰是因为不同司法者都试图在法律范围内寻找最佳方案所致。对“卡迪司法”特征的描述，参见：高鸿钧. 无话可说与有话可说之间——评张伟仁先生的《中国传统的司法和法学》[J]. 政法论坛, 2006(5): 98-109.

参考文献：

- [1][25]清朝官修. 大清律例[M]. 田涛, 郑秦, 点校. 北京: 法律出版社, 1999: 115, 595.
- [2][清]吴坤修等编纂. 大清律例根原[M]. 上海: 上海辞书出版社, 2012: 176.
- [3][清]吉同钧. 大清律例讲义(卷三)[Z]. 北京大学图书馆藏, 法部律学馆光绪三十四年刻本.
- [4]清朝官修. 大清律集解附例(卷二十八)[Z]. 北京大学图书馆藏, 雍正三年刻本.
- [5][6][38]历代刑法志[M]. 北京: 群众出版社, 1988: 57, 567, 59.
- [7][8][21][24][清]薛允升. 读例存疑(重刊本)[M]. 黄静嘉, 编校. 台北: 成文出版社, 1970: 55, 821, 138-139, 113-114.
- [9][清]潘文飏等编. 新增刑案汇览[M]. 北京: 法律出版社, 2007: 50-51.
- [10][11][12][18][19][23][26][29][30][31][32][35][37][清]祝庆

祺等编. 刑案汇览[M]. 北京: 法律出版社, 2007: 1239-1240, 395-396, 620, 539, 2686-2687, 1758, 1404, 575, 1515, 826-827, 799, 522-523, 827.

[13]戴炎辉. 唐律通论[M]. 戴东雄, 黄源盛, 校订. 台北: 元照出版公司, 2010: 17.

[14][17][28]陈新宇. 从比附援引到罪刑法定——以规则的分析与案例的论证为中心[M]. 北京: 北京大学出版社, 2007: 11-13, 50, 34.

[15][27][清]许榘纂辑. 刑部比照加减成案续编[M]. 何勤华, 沈天水等, 点校. 北京: 法律出版社, 2009: 545, 523.

[16][清]丁人可编. 刑部驳案彙抄[A]. 杨一凡, 徐立志主编. 历代判例判牍[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2005: 48-49.

[20][22][美]德克·布迪, 克拉伦斯·莫里斯. 中华帝国的法律[M]. 朱勇, 译. 南京: 江苏人民出版社, 2008: 422, 165.

[33][34]清朝官修. 清会典事例(第九册)[Z]. 北京: 中华书局影印本, 1991: 757, 799.

[36]苏亦工. 明清律典与条例[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000: 214.

[39]陈新宇. 帝制中国的法源与适用论纲——以比(附)为中心的展开[J]. 中外法学, 2014(3): 565-586.

[40]黄源盛纂辑. 晚清民国刑法史料辑注(上)[M]. 台北: 元照出版有限公司, 2010: 30-31.

[41][42]高汉成主编. 《大清新刑律》立法资料汇编[M]. 北京: 社会科学文献出版社, 2013: 42, 399.

The Balance between Facts and Punishments:

Research on the Judicial Practice of “Er Zui Ju Fa Yi Zhong Lun” in the Qing Code

Yao Yu

Abstract: Because of the characteristic of absolving lesser crimes, the provision of “Er Zui Ju Fa Yi Zhong Lun”, which means punishment according to the heaviest crime under the circumstance of multiple crimes, was constantly challenged and restricted with the development of legal system of the Qing Dynasty. However, its status as a general rule in the Qing Code and the limitation of legislation made the provision still applicable in many cases. By analyzing 15 cases handled by Ministry of Punishments, it could be found that when someone committed several crimes before being sentenced and there was no specific provision, the judge might have three different ways to handle the case: sentenced the criminal in accordance with the heaviest crime, took advantage of the system of comparison, and increased the punishment for the reason of equity. These different handlings reflected the interaction of formal justice and substantial justice, the two legal traditions in Chinese history. From the perspective of judicial effect, the flexibility in these cases prevented the consequence of conniving at crimes by balancing plot and penalty, while also led to the risk of excessive punishment and the lack of legal certainty.

Key words: “Er Zui Ju Fa Yi Zhong Lun”; the Qing Code; judicial system; system of comparison; correspondence between facts and punishments