

“理解性差异”与清代刑案律例施用矛盾

——以刑部与督抚争议为中心的研究

姚旻

摘要：“犯罪构成”是用以确定某项犯罪成立的基本特征。清代刑案审理中，由于施用律例精神不同，以及律例本身存在缺陷，刑部与地方督抚之间时常对“犯罪构成”作出不同理解而致生分歧。双方在通过“犯罪构成”甄别罪名与罪刑时产生的矛盾，正可折射出清代中央与地方官员在对待律例施用，处置“情”、“法”关系方面的纠葛异同。

关键词：犯罪构成；刑案；理解性差异

清代，中央政府与地方各级政府就重大刑事案件的审理有着严格的权责界限。在中央，作为天下“刑名总汇”的刑部拥有对各省重大刑事案件的查核权、复核权及审议权。在大多数案件中，刑部的审理意见发挥着主导作用。^①在地方，有关人命徒流军罪以上案件在经过各级衙门数番覆审之后，最终总汇于督抚，由督抚向刑部咨请复核并等待最终裁决，督抚因而成为地方性意见的代表。^②

根据现代学者的研究，清代刑部对各省咨部刑事案件处理状况大体可分为三类：一为依议之判决；二为径行改正之判决；三为驳令再审之判决。^③其中，后两类案件凸显了刑部与地方督抚在案件审理中的矛盾，由于双方本身具有的代表性，其分歧在一定程度上又反映了中央与地方官员在刑案审理中存在的差异。在清代，“欲理刑名，先明律例”^④，刑案审理以律例为依据，其中尤以条例为重。因而，关于律例的理解和施用往往成为双方争议的焦点。根据笔者的研究，除去人为对律例的扭曲误用外，对律例本身的“理解性差异”成为引发刑部与督抚争议的最主要原因。笔者将尝试对这种差异的表现及成因分别进行分析，希望藉此折射出清代中央与地方司法机关对律例的不同认识及施用精神。

一

笔者所指称的“理解性差异”，即指因审判官员对律例中所包涵的“犯罪构成”要素产生不同理解而形成的差异。关于“犯罪构成”，简而言之就是决定某一行为成立某种犯罪所

^① 对于各省徒流军罪以上案件，刑部虽有权复核，但案件最终审判权属于皇帝。然而，对于大多数需要“取自上裁”的案件而言，刑部或独立或会同其他衙门所作出的审判意见，一般都会得到采纳，皇帝与刑部意见相差极大的情况十分少见。因此，在多数案件中，刑部的审理意见仍是案件最终决断的主导。参见那思陆：《清代中央司法审判制度》，北京大学出版社，2004年版，第116-135页。

^② 需要指出的是，地方督抚的这种代表性并不完全充分。对重要刑事案件的审理在地方往往经历三到四次的审转过程。同时，地方上级政府对下级政府审理意见进行批驳也是普遍现象，下级衙门的主审官员往往出于多种目的而最终屈从于上级衙门作出的意见。因此，同一案件经由州县、府、道、按察司直至督抚各级审理之后，已经很难辨清各级政府在其中所发挥的影响。正如《中华帝国的法律》一书的作者所观察到的那样，经由督抚上报的审案记录只是重审记录而不是州县的初审记录，刑部在相应批示中也基本不会提及按察使以下各级官员，甚至连案件发生地也只写道省一级。（「美」D·布迪，C·莫里斯：《中华帝国的法律》，江苏人民出版社，2004年版，第90页）另外，由于下级主审官员对上级的服从往往并非出于真实的本意，这也使得督抚提交审理意见的代表性不得不大打折扣。

^③ 那思陆：《清代中央司法审判制度》，北京大学出版社，2004年版，第118页。

^④ 佚名：《州县须知》，卷3，《刑名总论》。

必需的基本特征。清代司法实践中,虽尚未有如现代法学意义上的“犯罪构成”理念,但众多清代刑案审理官员已能在繁复的案情与律例关系中注意到某些关键要素,并将其作为自己断案的根本依据。例如嘉庆十四年四川总督上咨刑部的一起案件:赵开贤向陈奉湛索要欠款,陈奉湛以借期未为为由,命赵开贤届期再讨。赵开贤时已酒醉,欲剥陈奉湛衣服作为抵押,后经人劝散。陈奉湛乘船回家,又被赵开贤撞遇,赵声言索欠赶至船上,向陈奉湛抓扯。陈奉湛在船边闪避,不料船小失重,陈赵二人一同落水。陈奉湛凫水上岸,赵开贤溺毙身亡。川督将陈奉湛拟以过失杀人律,但遭到刑部官员反驳。刑部认为“**查办理过失杀人案,必须如律注所云,耳目所不及,思虑所不到,方准依律收赎……**”^①详核案情,该犯先被赵开贤索欠揪扭,并欲剥衣作抵,已有杀斗情形,迨劝开后,该犯已上渡船。赵开贤复赶至船上,扑向抓扯,岂得谓耳目所不及?该犯恐被抓住,往外躲避,因船小被侧同跌落河,致赵开贤溺毙,亦非思虑所不到。自应仍依斗杀律科断,应驳令该督另行妥拟。”^②对于本案,刑部官员的审理意见正确与否姑且不论,但有一点足以引起重视,即刑部官员在审理中已经注意到了“耳目所不及”和“思虑所不到”应是过失杀人罪成立的关键要素。明确罪名的过程,也就成为了将犯罪行为与律例规定的构成犯罪关键要素加以比对的过程。

事实上,对于每一犯罪行为,承审官员都会依照以往对相关律例内容的理解,从案情中选择出一些他所认为的,对判断罪行性质最具意义的环节要素,再根据这些撷取出来的要素决定相应的律文。可以说,清代刑案审理官员在面对律例与案情时,怀有着与现代司法者极其相似的心理:“一方面,法官要以法律规定在其头脑中形成的观念形象为指导,查明被审理的案件事实,并进行分析和判断,以便把那些对定罪具有意义的事实或情节揭示出来;另一方面,法官则根据已经查明的案件事实,结合刑事法律的规定,分析和判断案件事实是否符合刑事法律规定的犯罪成立的基本要求以及犯罪构成的具体要件,以最终作出被告人是否犯罪,以及构成何种犯罪的判决。”^③每一次审断,清代审判者几乎都会经历由条例审视案情,再由案情选择条例的过程,地方督抚与刑部官员之间因“理解性差异”而产生的矛盾,恰恰主要发生于这一过程之中。笔者经研究发现,此种“理解性差异”基本表现为两个层面:

(一) 对于界定“犯罪构成”要素的理解差异。

(二) 对于理解“犯罪构成”要素的理解差异。

其一,对于界定“犯罪构成”要素的理解差异。在这一层面,审判者需要完成的任务是,根据具体案情界定出足以确定罪行的“构成要素”。不同的审判官员根据以往对律例的理解或对案情的分析,往往在界定这些要素的过程中产生分歧。根据现代法学,“犯罪构成”是区分此罪与彼罪,轻罪与重罪的唯一标准。^④同样,清代刑部官员与地方督抚对“犯罪构成”要素的理解差异,也直接体现在“定罪”与“量刑”这两个方面。为说明这一情况,我们须首先回顾两件清代案例:

【案例一】

道光二年,陕西总督上咨刑部案内,杨佐雇工阎小娃赶驴饮水,驴群跑入杨才地内践食禾苗,杨才等将驴赶撵入水溺毙。杨佐邀同其弟杨仁等向杨才理论,并向杨才之父杨栖伦斥

^① 祝庆祺等编:《刑案汇览三编》,卷30,《斗殴及故杀人·被抓船侧同跌落河致人淹死》,北京古籍出版社,2004版,第1118页。

^② 苗生明:《定罪机制导论》,中国方正出版社,2000年版,第98-99页。

^③ 参见苗生明:《定罪机制导论》,中国方正出版社,2000年版,第125页。

骂，举棍扑殴。杨栖伦当即命杨才殴打还击，杨才遂用锹打伤杨佐卤门身死。案中，杨佐系杨才小功服兄。陕西总督认为，杨才虽非对杨佐施行叠殴，但其卤门一伤已足以致命，虽叠殴亦不过如此。因此陕督将杨才按照“听从下手殴本宗小功服兄至死，尊长仅令殴打而辄行叠殴多伤至死”例拟斩监候。但刑部官员认为陕督所引条例的关键要素并不在于伤势如何，“殊不知例内止分是否多伤，而不言伤之轻重”，因其所殴一伤足致毙命，应相应处以邂逅致死之罪。^①

【案例二】

道光十一年，湖广总督上咨刑部案内，陈魁沅子媳黄氏系黄幅位族侄女，黄氏病故后，黄幅位捏称黄氏死因不明，起意讹诈，商同兵丁李幅全等前往陈魁沅家吵闹。恰陈魁沅外出，黄幅位等遂将陈魁沅之子陈泳求带至把总衙门，私行关禁。陈魁沅获悉赶往求释，黄幅位趁机向陈魁沅索钱三十千，陈魁沅应允，黄幅位即当场将其子释放。嗣后黄幅位等到陈魁沅家催索吓逼，陈魁沅因惧怕拖累，忿恨自尽。湖广总督认为虽应根据“奸徒串结衙门人役诈骗财物，被诈之人因而自尽者拟绞监候”之例对黄幅位科以相应之罪。但黄幅位毕竟钱未入手，因此应对其罪刑予以量减。对此，刑部官员认为：“**诈赃致毙人命，向不论其所诈之赃曾否入手**，即口许虚赃或未议有定数，但因诈赃致毙人命，俱应依例拟绞，岂得因空言讹诈，尚未得受钱文遂置人命于不议？”^②

“任何一种犯罪都可以由许多事实特征来说明，但并非每一个事实特征都是犯罪构成的要件”。^③当承审官面对一件刑案时，他首先需要解决的问题是，案情中哪些要素真正对确定“犯罪构成”具有意义，即哪些要素符合“犯罪构成”成立的需要，能够作为最终判别罪刑的关键要素。“案例一”与“案例二”中，督抚与刑部就由于对“犯罪构成”要素的界定不同，导致双方在“定罪”和“量刑”方面产生分歧。案例一中，陕督注重“伤重”，而刑部则注重“叠殴”，前者为犯罪行为引发之结果，后者为犯罪行为实施之过程状态。如以前者为据，则应依“尊长仅令下手，而殴本宗小功服兄致死”之例；若以后者为凭，则应依“邂逅致死”之例。对不同要素的关注，导致双方相应择取了包涵不同“犯罪构成”的律例，最终使他们对罪名的认定大相径庭。而案例二中，督抚与刑部则纠结于“诈赃曾否入手”，即犯罪人获赃情况是否应作为量刑加减的必要条件，与案例一不同，双方分歧的焦点并不在于确定罪犯行为的性质，而在于犯罪人是否需要承担全部责任。

在清代刑案审理中，诸如前例的情况十分普遍，而解决各类分歧，划一审断意见的主导在于刑部。但具体到“定罪”与“量刑”这两方面，刑部所表现的态度也不尽相同。对待有关“罪名”的理解分歧，刑部往往表现出极大的权威性。对用以判别一些罪名的“犯罪构成”要素，刑部通常以法令的形式规定下来，不容许地方官员随意引入自己的看法；而对于有关“量刑”的争议，刑部有时会通过与地方督抚进行参商乃至辩论加以解决，其结果也并不总是遵循刑部的意见。这类争议使得一些衡量刑罚轻重的构成要素发生变化，由此甚至推动了

^① 祝庆祺等编：《刑案汇览三编》，卷 41，《殴大功以下尊长·听从父命殴死功兄骨损一伤》，北京古籍出版社，2004 版，第 1487 页。

^② 祝庆祺等编：《刑案汇览三编》，卷 50，《官吏受财·串同兵丁诈赃毙命赃未入手》，北京古籍出版社 2004 版，第 1855 页。

^③ 高铭喧、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社，2005 年版，第 52 页。

条例的更新。例如，嘉庆五年广西巡抚与刑部间就抢窃拒捕伤人案件中界定首、从犯的标准问题产生争论：广西巡抚认为判别首从应视乎下手伤人的先后，而刑部则认为，由于犯人在拒捕过程中伤人，其伤可能由于金刃也可能由其他器物造成，而伤情也有致命、不致命之分，故此，应以下手之轻重判别犯罪之首从。同时，刑部还由此推导出各类状况下施用此标准的规范：“如两贼共拒一人，若俱系金刃，或俱系他物，则无论先后下手，即应以致命伤重者为首。如一系金刃，一系他物，亦应无论先后，以金刃为首。盖他物非折伤罪不致死，金刃则伤及即坐死罪，故即使金刃伤轻，他物伤重，而未至折伤者，亦仍以金刃伤者为首”。但如此规定仍存在很大疏漏，即假使两名案犯同样造成了致命伤害，无轻重可以分别，则如何判定首从？对此，刑部只得部分采用广西巡抚意见，规定似此等情况，方可依据下手先后加以处置。但广西巡抚又提出一个疑问：如果一人被罪犯用金刃以外的他物拒捕致折伤，又被另一罪犯以金刃拒捕造成一般伤害，那么，根据以上所订立的标准，对这两名罪犯都应以为首论处，这一矛盾应如何解决？面对层出的难题，刑部最终议定，此类犯罪的首从标准为“嗣后抢窃拒伤事主伤轻平复之案，如两贼在场同拒一人，一系他物，一系金刃，无论先后下手，以金刃刃伤者为首；如金刃伤轻，他物伤重，而未至折伤者，仍以金刃伤者为首；如一系刃伤，一系他物折伤者，刃伤重以刃伤者为首，折伤重以折伤者为首，刃伤与折伤俱重，无可区别者，以先下手之人为主。若俱系金刃或俱系他物，以致命重伤者为首；如俱系致命重伤，或俱系他物折伤，亦以先下手之人为主；若两人共拒一人，系各自拒捕并不同场者，即各科各罪，各以为首论”。在这最终的实施准则中，几乎囊括了所有的可能性组合，连篇累牍地规定下了在一切所能预见的情状下决定量刑所应取准的关键性要素。并且，这一条则最终作为新条例被编入例册。^①

就总体来说，不论是“定罪”还是“量刑”，其所依据的各类特定犯罪的“构成要素”主要还是经由刑部加以规定。笔者将部分由刑部确定的，界定不同犯罪罪刑的“构成要素”摘列成表格，以期能够更直接表现出其间关系。

案件类型	罪刑判别要件	罪名成立要件
犯罪自首	所首之事是否已被发觉	
强夺良家妻女	妇女是否被奸污及有否聚众多人	是否抢获出门
强夺路行妇女	是否聚众伙谋	
强盗已行未得财		有无显迹证见
抢窃赃物		实赃是否到手
抢窃拒捕事主伤轻平复	是否为金刃所伤或为它物折伤	
聚众抢夺财物		抢夺之时是否执持器械，倚强肆掠
窃盗	是否首从造意为准	是否得财
共殴毙人命	以伤痕轻重为断	

^① 祝庆祺等编：《刑案汇览三编》，卷 15，《白昼抢夺·抢窃同场共拒致伤事主一人》，北京古籍出版社，2004 版，第 544 页。

怂恿他人诬告		有无唆令控告情节
有服尊长杀死卑幼	卑幼是否有罪	擅杀卑幼是否致死
听从下手殴死小功尊长		是否叠殴多伤
威逼致死二命	死者是否一家	
殴人致自行失跌身死	有无争斗情形	
子不孝致父母自尽	是否有忤逆情节	

其二，对于理解“犯罪构成”要素的差异。在明确以哪些“构成要素”为标准衡量罪刑之后，审判者面临的第二个问题就是，如何找到与这些要素最为契合的律例作为审断依据。一种犯罪构成，往往成为判别两条相近律例的分水岭，究竟在两者间如何取舍，则全有赖于审判者对构成要素的理解。

【案例三】

道光十二年，四川总督上咨刑部案内，冯吉沅与韩玉富之妻韩李氏通奸，韩玉富并不知情。后韩玉富归家撞遇冯吉沅与韩李氏在房中说笑，踢门进内喊拿。冯吉沅挣脱逃出，韩玉富追赶不及，转回向韩李氏问出奸情，气忿难遏，将韩李氏殴伤身死。川督认为本夫捉奸杀死奸妇之案，奸夫是否拟抵，总以奸妇之被杀**是否登时**为断。但据案情，韩李氏并非在韩玉富捉奸时当场被杀，因此川督依照“本夫奸所获奸，非登时将奸妇杀死，奸夫到官供认不讳者，将奸夫拟杖一百，流三千里，本夫杖一百”例，将冯吉沅、韩玉富处以相应之罪。刑部则认为“捉奸杀死奸妇之案，奸夫应否拟抵，总以奸妇之被杀**是否登时**为断，**而被杀之是否登时，总以本夫之杀奸有无间断为断**”，从而认定韩玉富杀妻在盘出奸情之时，而盘出奸情之时，即在追赶奸夫无获之时，其间并未间断，实属奸所获奸，登时而杀。据此，刑部最终将韩玉富拟杖八十，奸夫冯吉沅问拟绞候。^①

在明确了哪些要素可以成为“犯罪构成要件”之后，承审官接下来的任务是要据此选择最准确的律例条文对罪刑加以评断。这一过程并不仅仅是将“犯罪构成”与律例条文简单“贴合”，更为关键的是，承审官要结合案件实情对“构成要素”加以理解分析。在案例三中，虽然刑部与总督都将“奸妇之杀是否登时”作为判别奸夫罪刑的关键要素，但对于“登时”涵义的不同理解仍使他们做出了不同判断。相对于总督严守字面含义的做法，刑部对“登时”的理解更多的来自于对实际案情的分析，其对“登时”的界定显然也较前者更为宽泛。如果说，界定“犯罪构成”是由错综复杂的案情中提炼出某类犯罪行为共同特征要素，作为确定犯罪的依据，那么，理解“犯罪构成”则是要以此为晷臬，反向辨证犯罪行为是否符合相关要素。相比之下，理解“犯罪构成”更具有主观性，更依赖审判者的审断经验及对案情的认知体察。另一方面，清代刑案审判在极大程度上用例而不用律，条例本身大多脱胎于案件，所谓“律例为有定之案”^②。因此，条例虽具有一定的适时性和灵活性，但却难做到严格周

^① 祝庆祺等编：《刑案汇览三编》，卷 25，《杀死奸夫·追赶奸夫无及回家杀死奸妇》，北京古籍出版社，2004 版，第 882 页。

^② 许槌，能裁：《刑部比照加减成案·序》。

详。这就更需要主审官员依照自己的理解,结合具体案情对有关条例所包含的“犯罪构成”加以诠释。清人能称这一过程为“比诸彼则合,比诸此则否,彙彼此而析其义”^①,而“析其义”为整个过程的焦点。既然是“析其义”,不同审断者之间的理解矛盾自然在所难免,而当分歧出现于刑部与督抚之间时,双方往往各据各理,很难直接判明谁对谁错。但由于刑部对律例的施用往往拥有最终解释权,因此正如“案例三”所反映的那样,地方官员对“犯罪构成”要素的理解在多数情况下仍须最终取准于刑部。

二

“理解性差异”主要存在于审断者的主观认知领域,然而,我们却很难将此种差异的产生原因仅仅归结为主观经验的不同。笔者认为,在这差异的背后还有着两方面深层因素左右着审断者做出抉择:

(一)督抚与刑部对待律例的不同施用精神导致分歧。一般来说,督抚与刑部对待律例条文的侧重点各不相同。作为地方官员,在刑案审理中,最担心上司批驳,一遇批驳则案件往复经旬,费时耗力,更有可能引来上司指斥。因而,他们在使用律例时往往字斟句酌,思量再三,“为吏为官者,据义斟酌惟律是遵”^②。就督抚而言,名义上“酌其所犯情罪,分别法之轻重,情罪允当即为正条,此则抚臣定案之专责也”^③,但实则也抱有与下级同样心理。为减少“部驳”造成的麻烦,督抚在使用律例时往往严守条文规定,对律例的理解主要停留在字面,乃至穷究字义,“一字宽严,皆须悉心斟酌”^④。这种态度虽称得上严谨,但律例在地方官员手中也就成了铁板一块,往往与具体案情脱节,其施用灵活性丧失殆尽,以致刑部官员在修改和创立条例时都不得不格外当心,以防因一字之差,而导致地方官对例文的理解出现偏差。^⑤

相对于地方官员的谨慎死板,刑部官员在使用律例时更注重推理引申,更注重在具体案情中寻求情理的平衡。同一件刑案,对于地方官员来说仅仅是一件个案,但对于刑部官员而言,该案的审理结果很有可能成为日后同类案件处理的依据,其影响也将超越案件本身,成为关乎世道人心的大事。因此,督抚与刑部看待刑案的出发点自然不完全相同,“大司寇所识在准清酌理维系治化,非如外省小吏奉行例案已也”^⑥。值得注意的是,刑部官员对“情法”平衡的追求,使他们较之地方官员更尊重民间惯例,更多地将民间情理注入他们对“犯罪构成”要素的理解中。

【案例四】

道光六年,湖北巡抚上咨刑部案件内,汪一受为次子汪洸伦聘定魏李氏之女魏幺女为妻,汪洸伦不久亡故。汪一受认为魏幺女尚未过门,与汪洸伦并无夫妻名分,于是转托刘辉彩为

^① 许槌,能裁:《刑部比照加减成案·序》。

^② 汪辉祖:《病榻梦痕录》卷上。

^③ 《世宗宪皇帝上谕内阁》,卷79,《雍正七年三月初四日上谕》。

^④ 祝庆祺等编:《刑案汇览三编》,卷7,《讲读律令·御史条奏现行例应行修改》,北京古籍出版社,2004版,第220页。

^⑤ 地方督抚拘泥于条例文字有时几至偏执。道光十二年,由于刑部在对一条例文进行修改时,漏删一“俱”字,导致奉天府尹在审断案件时无法确定相关案犯罪名,并为此专咨向刑部质询。最终刑部官员只得在指斥该府尹“拘泥例文”的同时承诺于下届修例时删去“俱”字,并将此决议通行各省。(祝庆祺等编:《刑案汇览三编》,卷48,《诬告·诬窃拷毙不准保辜仍分首从》,北京古籍出版社,2004版,第1761页)

^⑥ 包世臣:《小倦游阁集》,卷8,《正集八·文四·议刑对》。

媒，将魏么女再聘与长子魏洸美为妻，魏李氏允从，并填写庚书交予汪一受。随后汪洸美与魏么女成婚。该抚将汪洸美、魏么女二人比照“弟亡收弟妇，如由父母主婚，男女仍拟绞监候”例酌减一等，俱拟满流。起意主婚之汪一受、魏李氏仍坐主婚之罪，照汪洸美等满流之罪均拟满流。而刑部则认为，此案审断关键在于魏么女与已故之汪洸伦是否存在确定的夫妻关系，如是，则北抚所定罪名成立；如否，则应另科他罪。按照清律，“已聘者即有名分”，魏么女与汪洸伦的夫妻关系成立，北抚所断恰当。但是，刑部官员认为“律设大法，例顺人情”，民间嫁娶多有类似者，其因在于“乡愚无知不谙例禁”，因而不应以律文绳之。魏么女虽定聘在先，但尚未过门完姻，仍属“在室之女”，汪洸美听从婚配，虽不是娶应嫁之平人，但也不得视为收已婚之弟妇。因此，刑部认为，应对一千人犯比例从轻问拟。^①

本案中，魏么女与汪洸伦之间的身份关系成为判别罪刑的“关键要素”。地方官员严守律文，刑部官员则遵从情理惯例，其立意迥异，对“犯罪构成”的理解自然不同。众所周知，“情”、“理”、“法”构成了中国古代司法审判中的三维。“律者，缘情准理以服人心”^②，评价一名审判者的优劣并不在其是否对律文恪遵恪敬，而在于他能否在审判中完美地平衡上述三者的关系。今人经过总结，认为“法”为有形律文；“理”是思维所遵循的一定常规或规律；而“情”则包括了人采取某种行为时的心态、动机及客观背景。^③其中，“情理”很难用明确的律文进行衡量，判断一种行为是否“合乎情理”，应看它是否合乎人们内心一直以来认可的价值规范和行为准则。这就必然在很大程度上牵涉到“习惯”。正如案例四中所显示的，来自民间的习惯恰恰成为“情理”的载体。当民间习惯与律例发生抵触时，就需要审判者通过对律例法规的变通解释进行调和，最终达到“情罪允协”的目的。有学者认为，清代自中叶以后，其立法、司法出现了向民间习惯妥协的趋势。^④笔者认为，无论这种趋势是否存在，审判者在理解、使用律例时，确实会受到来自民间惯例的影响。归根结底，由于督抚与刑部在处理“法”“理”“情”三者关系时各有偏重，协调三者关系的程度亦不相同，就有可能造成双方对“犯罪构成”理解的差异。

但我们也应看到，在很多情况下，刑部官员对一起案件如何确定罪刑已有成见在胸，他们对“犯罪构成”理解的阐释，往往是出于立论的需要，“酌剂罪名之轻重以补律例所未备”^⑤，因此，这种理解时常带有极大倾向性。同时，由于刑部拥有绝对司法权威，在双方的理解分歧中往往出现一边倒的局面。督抚无论情愿与否都必须接受来自刑部的意见，于是，这种倾向性理解便得到孳生蔓延，甚至会影响到对“犯罪构成”理解的客观与真实。例如道光四年，江苏巡抚上咨刑部的一起案件中，席元身染瘫症，生活贫难，故欲将其妻许氏嫁卖，并嘱李继周寻找买主。后经李继周说合，将许氏卖与李贵为妻，李贵许给李继周媒钱二千文。李继周屡次向李贵讨要未获，遂纠同李兴等七人将许氏抢出，尚未嫁卖。该抚认为，应以“抢夺兴贩妇女”之例为断。刑部则认为，“抢夺兴贩妇女”专指两家妇女，许氏既已被前夫嫁

^① 祝庆祺等编《刑案汇览三编》，卷8，《娶亲属妻妾·娶未婚弟妻主婚媒人俱收赎》，北京古籍出版社，2004版，第256页。

^② 陈秉直：《引律明刑疏》，载琴川居士辑《皇清奏议》卷20。

^③ 参见滋贺秀三：《清代诉讼制度之民事法源的概括性考察——情、理、法》，《明清时期的民事审判与民间契约》，法律出版社，1998年版，第36-38页。

^④ 参见苏亦工：《明清律典与条例》，中国政法大学出版社，2000年版，第297页。

^⑤ 祝庆祺等编《刑案汇览三编》，卷4，《犯罪自首·拒杀自首闻拿投首俱止免因》，北京古籍出版社，2004版，第138页。

卖，就属失身，应据“抢夺犯奸妇女例”问拟。揆之清律，“犯奸妇女”基本特指与人有通奸情形之妇女，而许氏因家贫遭夫嫁卖，事出无奈，并无主观犯奸意图。更重要者，虽然清律禁止丈夫嫁卖妻子，但由于贫困无奈卖妻者大有人在，许多地方官在审理时也对此采取默认态度，客观上承认嫁卖婚的合理性。因此，遭嫁卖的妇女绝难与犯奸妇女相同，刑部官员之所以对此构成要素的涵义硬作曲解，不过是为“妇女首重名节”这一观念所左右。^①

（二）律例条文本身的不严整造成了理解分歧。“犯罪构成”本身是界定此罪与彼罪的标准，有一类犯罪即必然对应一类特定“犯罪构成”，因此，“犯罪构成”同样也应成为区分不同律例法条的界限。清代的刑案条例，多脱胎于具体案件，立法者为应对“机伪万变”的犯罪行为，不断增修条例，其目的不外乎使“有一罪即有一法，未有出于律例之外者”^②。但这种做法除了使条例数量急剧膨胀外，还造成部分条例之间界限模糊，乃至出现同一种“犯罪构成”对应两类犯罪的状况，从而导致了地方督抚与刑部官员间的理解差异。

【案例五】

乾隆五十年，山东巡抚上咨刑部案内，堂邑县民张季同妻梁氏赴地披取高粱。梁氏见刘烺捆缚不坚，命其换绳再捆，刘烺遂向梁氏出言亵侮。梁氏疑刘烺有心调戏，含愤难平，旋即自尽身亡。该巡抚认为，刘烺本无图奸之心，不过出语亵狎，应据“出言亵狎”例问拟流罪。而刑部认为历来调奸案件只要因经调戏致本妇自尽，罪犯即应问拟绞候，且在秋审时入于情实。乾隆帝最终裁核此案时，向刑部提出了疑问：“夫语言调戏与出言亵狎总不过此等秽褻之谈，有何区别？乃一则问拟绞候，一则问拟杖流，情同罪异，则语言调戏问拟绞候者岂不反觉屈抑耶？”。面对皇帝的质问，刑部官员在对条例进行研究后提出，二者的区别在于“用言调戏，事出有意”“出于亵狎，事本无心”。即便如此，刑部最终也不得不承认“无心与有意隐而难窥，调戏与亵狎语无二致”，据此审断难免造成“情同罪异”。^③

罪名存在的意义在于，它是“对具体犯罪本质的高度概括，所以不同的罪名所反映的犯罪行为的性质和特征不同”^④。因此，现代立法者在订立各项罪名时必然是以犯罪行为的特质为依据的，而这些特质被规定于律文中后便成为了“犯罪构成”。反观清代立法活动，尤其是条例的编纂，其标准并不一致。清代立法者以为“夫事之情形不一，如人之面目不同，虽极相似之案件，若细心推求必有不同之处”。^⑤在这种理念影响下，清代的立法者过分强调案情之间的差别，将案情包含的各种要素分裂出来单独进行考察，并使之成为立法的依据，甚至一些无关痛痒的细节区别也几乎可以成为条例创立的基础。^⑥这种情况势必会导致一些条例间出现混淆乃至抵牾。案例五中，“语言调戏致人自尽”与“出言亵狎致人自尽”是相

^① 祝庆祺等编《刑案汇览三编》，卷8，《强占良家妻女·强抢买休之妇与犯奸妇女同》，北京古籍出版社，2004版，第262页。

^② 祝庆祺等编《刑案汇览三编》，卷16，《窃盗·生员撬开城下水洞入城行窃》，北京古籍出版社，2004版，第592页。

^③ 祝庆祺等编《刑案汇览三编》，卷35，《威逼人致死·靛面秽褻是否因事角口为断》，北京古籍出版社，2004版，第1301页。

^④ 高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社，2005年版，第355页。

^⑤ 《世宗宪皇帝上谕内阁》，卷147，《雍正十二年九月二十一日上谕》。

^⑥ 例如，在编纂“男子拒奸杀人”这一条例时，刑部官员明确提出判别此罪的三方面标准“总以死者年长十岁，当场供证确凿，及死者生供，或尸亲供认可凭三项为断”。其中，只有第一点可以作为对受害者及犯罪者主体特征的规定，其余二点均是有关证据的规定，并不以犯罪行为为着眼点，因此，即使将其编入例文，实际上也并不能成为界定犯罪的构成要素。可见，清代编修条例时所采用的标准并不一致，凡立法者感觉在审判过程中足以产生特定影响的因素皆可使之入例。（祝庆祺等编《刑案汇览三编》，卷27，《杀死奸夫·请改男子拒奸条例部议不准》，北京古籍出版社，2004版，第992页）

对独立的两项条例，但刑部提供的区分标准极其牵强，究其“犯罪构成”实际并无不同。对于类似情况，承审官很难判别什么才是界定犯罪的“构成要素”，也更难于在不同罪名间做出取舍了。

结语

什么是衡量罪刑的关键要素？如何使法条与罪行达到最严整的统一？在现代司法领域中，这些仍是时常令人感到困惑的问题。在崇尚“罚当其罪”的清代，立法者也曾希望借助立法使定罪量刑的标准整齐划一，但正如律例难以穷尽犯罪情状，所谓的标准更难以杜绝审断者在比较法条与罪行过程中的分歧。经验往往会使审断者囿于固有习惯，对不同情理要素的追求，更会使他们在对待同一犯罪时产生理解偏差。在刑案审理中，以督抚为代表的地方官员更专注于案件个体，这种就事论事的断案风格往往使其纠缠于对律例条文的字面含义。对刑部官员来说，其职责不仅在于为每一犯罪行为确定相当的罪刑，更要归纳出某类犯罪行为的基本构成要素，为日后同样罪行的审断提供标准。这种出发点的不同，使刑部官员与督抚间的理解分歧在所难免。

最后，还需要指出的是，清代刑案条例的膨胀确乎使“理解性差异”不断增多。清代立法者力图通过编订数目浩繁的条例将所有犯罪纳入法律规范体系。从表面上看，这种努力淡化了人在法律实施中的作用，法条似乎成为定罪量刑的绝对依据。然而，律例之间的缝隙并未因此消失，被弱化的仅是条例之间的界限，在纵横交错似是而非的律例之间进行抉择，需要的仍主要是人的理解与判断。无形中，审断者的主观作用不仅未被削弱，反而有所增强。如何在法条之外划定人的空间，关于这一点，值得我们不断省思。

作者简介：姚旻（1980—），男，南京大学历史系博士，天津博物馆馆员。

“Difference in Understanding” and Conflict in Applying Laws to Criminal Cases in Qing Dynasty: Focusing on Disputes Between Board of Punishment and Local Governments

YAO Yang

(Department of Historical Studies, Tianjin Museum, Tianjin 300201)

Abstract: “Constitution of crime” is the basic characteristics used to determine the establishment of a crime. In the trials of criminal cases in Qing Dynasty, due to the different spirits to treat law application and the flaws of the laws itself, the officials of the Board of Punishment and the local governors often had different understanding on “constitution of crime”. The conflict between the two sides, which occurred in discriminating accusation and punishment by the use of “constitution of crime”, reflects the differences and similarities between the officials of the Central Government and local governments in the aspects of treating law application and dealing with the relationship between “human sympathy” and “law”.

Keywords: constitution of crime; criminal cases; difference in understanding