

權力與規範的互動：簡介 明清法制史研究若干趨勢

邱澎生

(台灣大學歷史系，2008/11/19)

法律在中國史上真是無關緊要嗎？

- 「論者謂有治人無治法，吾以謂有治法而後有治人。自非法之法桎梏天下人之手足，即有能治之人，終不勝其牽挽嫌疑之顧盼，有所設施，亦就其分之所得，安於苟簡，而不能有度外之功名」（黃宗羲《明夷待訪錄》〈原法〉）。
- 「天下有吏之法，無朝廷之法」（《明夷待訪錄》〈胥吏〉）；「今奪百官之權，而一切歸之吏胥。是所謂百官者虛名，而柄國者吏胥而已」（顧炎武，《日知錄》，卷11，頁238）；馮桂芬：「談者謂：今天下有大弊三，吏也、例也、利也，任吏挾例以牟利，而天下大亂。吁乎！盡之矣」（《校邠廬亢議》卷上，頁14下）。

認真對待中國史上的法律

- 「專制」與兩種「法治」（rule of law/ rule by law）
- 錢穆《政學私言》（台北：商務印書館，1972）〈人治與法治〉、〈法治新詮〉，頁76-87、190-195。甘懷真，〈皇帝制度是否為專制？〉，收入氏著《皇權、禮儀與經典詮釋》(2004)，頁539-552。閻鴻中〈職分與制度——錢賓四與中國政治史研究〉，《台大歷史學報》38(2006):105-158。

如何分析明清中國的法律？

- 法律類型學的建構：滋賀秀三（「教諭式調停」vs.判決確定性）；寺田浩明（「非規則型」vs.規則型）
- 法律社會學的「表達」與「實踐」：黃宗智；蘇成捷（Matthew Sommers）...
- 「經濟心態」與司法審判的互動：岸本美緒；步德茂（Thomas Buoye）；曾小萍（M. Zelin）
- 獨特的法律推理：王志強；歐中坦（Janathan Ocko）；鞏濤（Jerome Bourgon）

權力與規範互動下的司法場域

- 「司法場域」做爲一種自生自發的力量，主要是由外部與內部兩種不同力量形構而成。外部力量是指眾多不同競爭者彼此折衝妥協而構成的「特定權力關係」，而內部力量則主要是指那些影響當時人們進行法律推理或是在可能範圍內限制當時人們「提出各種法律解決方案」的「內在邏輯」
- Pierre Bourdieu, “The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field,” Translated by Richard Terdiman, *The Hastings Law Journal* 38, 5(1987): 816.

明清司法場域的六個分析層次

- 一、明主「治吏不治民」的統治術
- 二、「絕對刑」的法典條文結構
- 三、法律家的不同讀書興趣
- 四、三大類法學書籍的傳播
- 五、審轉・審限制度的制約
- 六、由「伸雪冤枉」到幾種新理念：祥刑的功過格轉化；無縫天衣；百戰百勝・知法者懼法

(一) 「治吏不治民」的統治術

- 作威作福的官員 vs. 「治吏」之法下的官員
- 萬曆24年(1596)袁宏道(1568-1610)在給友人沈鳳翔信上，如此形容知縣的日常生活：
「人生作吏甚苦，而作令爲尤苦；若作吳令則其苦萬萬倍，直牛馬不若矣。何也？上官如雲，過客如雨，簿書如山，錢穀如海，朝夕趨承檢點尙恐不及。苦哉！苦哉！」（《袁宏道集箋校》，卷5，《錦帆集》，頁242）

辭官之外：賤/強/狠 plus 儼若神明

- 「上官（如雲），直消一副賤皮骨；過客（如雨），直消一副笑嘴臉；簿書（如山），直消一副強精神；錢穀（如海），直消一副狠心腸」（《袁宏道集箋校》，卷5，《錦帆集》，頁242）
- 「嗟乎！吏道之蕪也久矣，平居華衣豐食，選玩具、徵歌色；出則騶從煊赫、奢汰相高；其聽訟也，據案南面，儼若神明，敲精撲髓，惟力是視，小民之是非曲直，不與焉」（瞿繼昌〈序〉，收入徐壽茲《學治識端》，《官箴書集成》冊9，頁422）。

俱往矣！《吏部則例》的治吏之道

- 「語有之：州縣官如琉璃屏，觸手便碎。誠哉是言也，一部《吏部處份則例》，自罰俸以至革職，各有專條」（汪輝祖，《學治臆說》頁291）
- 18世紀清代中央政府推動的審轉加嚴與審限加密制度改革（那思陸，2002，《明代中央司法審判制度》，頁186-250；那思陸，1992，《清代中央司法審判制度》，頁193-294）

(二) 「絕對刑」的法條結構

- (「相對刑」) eg. 中華民國刑法第277條「普通傷害罪」：「傷害人之身體或健康者」之刑度，「處三年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金」→ 刑法57條賦予法官「刑之酌科及加減」的十項審酌「情狀」
- 清律「鬥毆」罪，則依「手足毆人、不成傷者；(手足毆人)成傷，及以他物毆人不成傷者；(以他物毆人不成傷者)成傷者；拔髮方寸以上；毆人血從耳目中出及內損吐血者；折人一齒及手足指、眇人一目；折二齒、二指以上及髡髮者……」等不同罪行，各自繫以「笞二十；笞三十；笞四十；笞五十；杖八十；杖一百；杖六十、徒一年……」等不同刑度（沈之奇《大清律輯註》，新校本，頁714-715）

（續）高下有別？當代法學家評價

- 中國的法律實踐，「從我們的感覺來講，是屬於量刑範疇的東西，卻總被作為沒有裁量餘地的法律的解釋適用問題而展開繁冗瑣細的議論」（滋賀秀三〈中國法文化的考察：以訴訟的形態為素材〉，王亞新、梁治平編《明清時期的民事審判與民間契約》頁12）。

法足蔽辜：法律的地方知識？

- 清嘉慶四年（1799）正月26日，清仁宗痛責刑部官員：「向來刑部引律斷獄，於本律之外，多有不足蔽辜、無以示懲，及從重定擬等字樣，所辦實未允協。罪名大小，律有名條，自應勘核案情、援引確當。務使法足蔽辜，不致畸輕畸重，方為用法之平。今引本律，又稱不足蔽辜、從重定擬，並有加至數等者。是因不按律辦理，又安用律例為耶！即案情內有情節較重者，朕自可隨案酌定。總之，不足蔽辜之語，非執法之官所宜者」（姚雨籟原纂、胡仰山增輯，《大清律例會通新纂》，頁15-16）

（續）乾隆的「萬變不齊之例」

- 「高宗臨御六十年，性矜明察，每閱讞牘，必求其情、罪曲當，以萬變不齊之情，欲御以萬變不齊之例。故乾隆一朝纂修八九次，刪原例、增例諸名目，而改變舊例及因案增設者為獨多。嘉慶以降，按期開館，沿道光、咸豐以迄同治，而條例乃增至一千八百九十有二」（《清史稿》，卷142，〈刑法志〉一，頁4186-4187）

古今同慨？審酌刑罰的未竟之業

- 當代刑法典主要採取相對刑，並賦予法官在刑罰上的裁量權(刑§57)。惟法官雖需本其職務意識與職責良知而定罪科刑，但在實踐上，則法官的教育背景、家庭成長經驗乃至其人生觀、政治觀與社會價值觀等情感或信仰因素，乃至於不同法院對同一罪刑的不同裁量傳統，以及受判決人的外型、舉止、談吐等因素，都足以影響法官的刑罰裁量（林山田《刑法通論》下冊，頁742-743）

（三）法律家的不同讀書興趣

- 「東坡蘇子以讀律爲致君之術，君子之仕也，於法律固如是之急也？曰：非然也，其殆有所激乎？傳曰：刑，俚也，俚成也，一成而不可變，斯君子盡心焉，莫敢後也……刑之用，尙矣！…豈末務哉！顧慕高玄者視爲瑣屑，溺詞翰者嗤爲俗鄙，一或臨民，倉皇督亂，虛器無庸矣。嗟夫，事有精粗，道無內外，褻鄙紛雜之中，而有欽恤精明之政，尙有不得其情者乎！…其毋曰律粗事也，刑俗吏也，於道也，殆庶幾乎！」（蘇祐，嘉靖27年，〈《法家裒集》題詞〉，頁475）

（續）

- 王樵（1521-1599）：「予在刑部，治律令，如士人治本經。後兩任巡撫，皆得其力。治獄之難，在得情。嘗譬之醫，治律如按方，鞫事如診病。有人方書雖明，而不中病，如人明法而不能得情。則所謂明，竟亦何用！又有人精於法，而易入於刻，法非使人刻也，倚法以削，則入於刻而不自知。故用心又以仁恕爲本。」（王樵《方麓集》，影印文淵閣四庫全書本，冊1285，卷6〈西曹記〉，頁225-229

（再續）

- 「律文至細，律義至深，有一句一意者，有一句數意者；有一字一意者，有一字數意者，總是一片哀矜惻怛之心，不欲輕致民於死之意也。嗚呼！古人何其詳而且慎也」、「若修律，則事關千秋，日日遵行，開一條，即活千萬人；刻一條，即殺千萬人。修之當，其功甚大；修之不當，其罪不小。嗚呼！可不懼哉！」、「惟望讀律之君子，亦皆有如修律者之盡心，則民命庶有賴乎！」（徐宏先〈修律自愧文〉，收入《清朝經世文編》，卷91〈刑政〉二，頁2下）

(四) 三大類法學書籍的傳播

- 律例註釋學：(1)官刻、官頒；(2)家刻、坊售；(3)坊刻坊售
- 法庭實務學：(1)政書；吏學；幕學；(2)訟學（訟師秘本）；(3)居官功過格（公門不費錢功德）
- 案例匯編專書：法內 / 法外；專集 / 合集；實判 / 虛判

（五）審轉・審限制度的制約

- 意圖之內的結果：十八世紀全國各地司法官員面對中央司法機關施加的稽查審核壓力愈來愈強大，刑部為代表的中央司法機關成為全國最專業法學官員的聚集中心。
- 由王樵的〈西曹記〉到清代刑部成立的「律例館」，主要由該館官員撰寫的「說帖」，成為當時最專業的法學見解。《說帖類編》乃至於《刑案匯覽》紛紛收錄說帖。

(續)

- 意圖之外的結果：
- (1) 因為擔心審轉遭到中央「三法司」駁覆，並希望加快公文書製作流程而安然通過審限，更多地方官員願意花費較多個人俸金，聘請包含「刑名師爺」在內的各種幕友。
- (2) 地方上級長官將審轉與審限壓力轉嫁州縣官，讓精於算計的訟師可利用地方上級官員不願案件遭中央駁回的心理，連帶逼使州縣官面臨民眾上控時不敢像以前那般漫不經心；這種地方各級政府間形成的微妙壓力，致使訟師具備更多司法操持空間，更便利擴大代理民眾訴訟業務。

（再續）「董三百」與八百金幕友

- 「余初幕時，歲修之數，治刑名，不過二百六十金；錢穀，不過二百二十金。已爲極豐。松江董君，非三百金不就，號稱「董三百」。壬午（乾隆二十七年，**1762**）以後，漸次加增，至甲辰、乙巳（乾隆四十九年、五十年），有至八百金者。其實幕學、幕品，均非昔比矣！」（汪輝祖，《病榻夢痕錄》，頁**369-370**）

(三續) 「狀元訟師」的形成

- 「甚矣！吳人之健訟也。俗既健訟，故訟師最多。然亦有等第高下，最高者名曰狀元，最低者曰大麥。然不但「狀元」以此道獲豐利、成家業；即「大麥」者，亦以三寸不律，足衣食、瞻俯仰，從無有落莫饑餓死者」（（明）徐復祚，《花當閣叢談》卷三〈朱應舉〉，頁561）
- 「沈天池、楊玉川，有狀元、會元之號。近金荆石、潘心逸、周道卿、陳心卿，較之沈、楊雖不逮，然自是能品……至湮沒者，不可勝數」（（明）殷聘尹纂，《外岡志》，頁893）

(六) 由申冤到幾種另類新理念

- 寺田浩明，1998(1997)〈權利與冤抑——清代聽訟和民眾的民事法秩序〉，收入《明清時期的民事審判與民間契約》，頁191-265
- 官員對「祥刑」概念的功過格轉化
- 幕友協助製作公文的「無縫天衣」目標
- 訟師的「百戰百勝」理想
- 訟師的使「知法者懼法」豪情

(1)功過格思潮下的「祥刑」新詮

- 「余久欲鏤行（《讀律私箋》）於世。聞袁了凡先生言：流傳法律之書，多招陰譴，懼而中止。」
- 「夫律意必講而後明者，非獨詞旨簡嚴奧博，不易討究；而刑期無刑、用主不用，上帝好生之心、虞庭欽恤之意，（大明律）三十卷中，時隱時見，非俗吏桎梏章句者所知，是不可以不細講也。則又安敢徇樂簡惡繁之人情、而省約其文乎！世之司民命者，倘因余言而有感焉，體聖祖之心，遵聖祖之訓，則刑為「祥刑」，而臯陶邁種德之一脈為不斷矣！福祚且流及子孫，而又何陰譴之有！故余與虞倩來初捐俸流通之，固了凡先生之意也」（王肯堂《律例箋釋》自序）

(2)幕友的「無縫天衣」目標

- 王又槐，《辦案要略》〈敘供〉：
- 「人人口供，均須畫一，乃前後照應之法也。但各人地位有不相同者，須設身處地、恰似其人」
- 「供不可文，句句要像諺語，字字人能解，方合口脛；曾見有用之字、及字、而字，並經書內文字者，非村夫俗人口氣也」；
- 案件若涉及瘋病人犯，則「敘供」要寫得：「必然含糊錯落，似是而非，所對非所問，或有問而無供。若頭緒清楚，便非真瘋。亦有瘋病時發時止者，臨審辨明，不可假捏」
- 「合而觀之，理無參差，一氣呵成，儼若無縫天衣也」

(3) 訟師的「百戰百勝」理想

- 「大凡治世有情、理、法三者。在我興訟告人，須防彼人裝情敵我；如小事可已則已，不宜起釁，必不得已，迫切身家，然後舉筆。先原情何如，次據理按法何如，熟思審料，如與人對奕然。酌量彼我之勢、攻守闔闢之方，一著深於一著，末掉如何結局；智炳機先，謀出萬全，則制人而不受制於人，此百戰而百勝也」（樂天子編《按律便民折獄奇編》，卷首〈法家體要〉）

(4) 「知法者懼法」：訟師豪情

- 「所謂含沙得白，而乃下無冤民，實民自以不冤也！則知法者懼法，豈其本來哉，其勢然也。倘曰使民無訟，則在聽訟者青天白日之化云爾」（野叟，《法家須知》，明崇禎6年(1633)序刊本，中研院史語所傅斯年圖書館藏微卷，〈敘〉）