

清代刑事司法事实判定中的 程序规则

比较法视角下的功能分析

王志强*

摘要 本文以西欧制度为参照系,采用功能主义分析方法,综合律例和刑案,对清代命盗重案中调查和判定事实的相关程序规则及其实践进行功能分析,阐释其制度安排与功能实现的对应关系,说明相关制度的功能缺陷或特点,并力图揭示其制度设计深层的结构性机理。本文认为,清代相关程序制度在确定管辖、证明标准及纠错等方面功能显著,而在限制公权力方面明显薄弱。同时,当时制度旨在通过疏防查参、扣限审结和错案追究等机制,由政府系统内部的实体性管控,实现督促勤政功能,并以此作为限制权力滥用的替代性手段。这种功能安排和制度设计与政治结构密切相关,是当时高度集权的政府机制的产物。

关键词 清代 刑事司法 事实判定 程序规则

司法过程通常包括事实确认和法律适用两个环节。虽然在司法实践中,二者之间存在一定的模糊地带,有时不能截然分开,但在逻辑上仍有所区别,其重要性也不可等量齐观。就刑事司法而言,事实确认有时往往更为重要,绝大部分案件的争议焦点,往往都在事实问题的认定。所谓“冤狱”之冤,绝大部分都并非出现法律适用阶段,而是产生于事实判定的环节。历史

* 复旦大学法学院教授。本研究获得国家社会科学基金(09BFX011)、法国国家科学研究项目(ANR)“Legalizing Space in China”资助。本文曾提交明清史国际研讨会(台北,2013)、美国亚洲研究学会年会(AAS Annual Conference, Philadelphia, 2014)。对巩涛(Jerome Bourgon)、徐爱国、陈新宇及上述会议讨论参与者的指教,一并致谢。

上也同样如此。对于法律适用中的推理过程及其特色,法律史学者们已给予普遍关注,但对于对案件至关重要的事实判定,除勘验技术外,往往为治中国法史者所忽略,即便史学的目标之一是澄清事实真相。其之所以被轻视,原因恐怕有两方面:一是普遍认为,除了体表检验的传统法医学技术外,中国古代法在事实调查的程序规则和证明标准方面乏善可陈,主要是基于官员个人智慧的经验判断,^{〔1〕}但缺乏有价值的规范和标准,因此也未从事实判定的视角剖析当时程序设计的意义;二是由于案件时代悬隔,不能起古人于地下,案件文档背后的客观真实状况,通常已无法获知,因此无法充分验证和评价当时制度运作的效用。^{〔2〕}

然而,在刑事司法、特别是事实确认过程中,中国古代法真的缺乏程序规则吗?或者,缺乏的是西欧意义上的程序规则?由于对“程序”概念的不同理解,一方面,自1927年徐朝阳《中国古代诉讼法》以来,这一主题的论著不断涌现,旨在梳理中国固有的程序规则;^{〔3〕}另一方面,否定中国古代程序规则价值的论断也层出不穷。即便将其归为“重实体、轻程序”,也未能根本弥合二者之间的分歧;其体制和机制上的原因,亦未得到充分阐释。意识形态式的批判和否定,并不能加深对历史上制度状况的理解,其宣传上的效用和借古讽今的用意,往往也无助于解决其指向的当下某些特定问题。^{〔4〕}

本文拟以西欧式制度为参照系,采用功能主义分析方法,从清代命盗重案中事实判定的视角,对相关程序规则及其实践进行功能分析,阐释其制度安排与功能实现的对应关系,说明相关制度的功能缺陷或特点,并力图揭示其制度设计深层的结构性机理。

一、西欧视角:事实判定、程序及其功能

在刑事司法中,程序上的各项制度设计,大部分安排在本质上都服务于事实判定这一基本司法任务。以西方当代刑事司法为基础,刑事法学者曾将刑事个案从程序启动到判决宣布的过程划分为七个基本阶段:调查、逮捕、羁押、指控、庭前程序、庭审和判决。^{〔5〕}这种划分,也

〔1〕 如《疑狱集》、《折狱龟鉴》中有大量此类展示官员断案智慧的案例。

〔2〕 例如,著名的杨乃武与葛毕氏(小白菜)案,史称奇冤,但真相到底如何?在当时的技术条件下,凭借案发经年之后重新进行尸检的结果,认定被害人系正常死亡,从而撇清被告人的责任,以常识而论,本身就颇可争议。关于该案的经典讨论,参见 William P. Alford, “Of Arsenic and Old Laws: Looking Anew at Criminal Justice in Late Imperial China”, 72 *California Law Review* 1180 (1997)。

〔3〕 仅就律例条文数量而言,《大清律例》中以程序规制性条款为主的“诉讼”、“捕亡”和“断狱”三部分,律文49条、条例386条(依据薛允升:《读例存疑》(黄静嘉编),台湾成文出版社1970年版),分别占律、例条文总量的11%、20%;加上其他部分涉及程序规制的条文,数量相当可观。当然,这些条文中不少表现为刑事实体法,与近现代意义上的程序规则并不完全对应。

〔4〕 如刑讯逼供,意识形态上的否定已基本完成,但实践中依然屡见不鲜,甚至铸就重大错案。因此,如不能深入揭示其背后的机理和原因,仅从政治正确的论断出发,恐怕并不能根除其弊。

〔5〕 James Q. Whitman, “Equality in Criminal Law: The Two Divergent Western Roads”, 1 *Journal of Legal Analysis* 119, 122 (2009)。

基本反映了前近代西欧制度的基本状况。^{〔6〕}在逻辑上而言,除判决阶段外,其他所有阶段的基本目标指向,都主要是事实判定,即犯罪事实是否存在、具体过程如何;实体刑事法律适用上关注的此罪或彼罪划分、量刑的轻重,在这些阶段均非程序制度设计的考量要点。因此,刑事司法程序的设计,除判决阶段外,基本上都以更好地查明案情为根本目标。^{〔7〕}对照清代命盗重案的处理,与西欧式制度相比,除庭前程序阙如外,其他判决前各阶段的位序和以查明事实为目标的基本功能,也与此类似,并无显著差别。在这一意义上,刑事司法程序问题,有必要从事实判定这一根本任务的视角下加以考察。

在事实判定的过程中,提高判断准确性的根本因素,其实不是程序设计,而是侦查和检验的技术水平。各种程序的安排都各有其利弊。^{〔8〕}不过,程序的合理设置,能够在当时特定的技术条件下实现尽可能优化的资源配置,在一定程度上减少错失,并加强判断的公信力和说服力。所以,程序设计本身的意义虽并不直接指向发现真相,但其通过发挥各种相关功能,间接地使案件事实真相尽可能充分地得以呈现。

在前近代西欧式制度中,虽然各国基本理念和具体制度设置的差别很大,但为实现查明事实真相这一刑事司法的重要任务,程序规则通常都需要处理管辖、证明、限权和纠错等四方面的普遍性问题。为免冗繁,以十七和十八世纪英法为例略述其要。^{〔9〕}这些功能中,其一曰“管辖”,即明确案件应由何特定机关和人员负责进行事实调查和确认。^{〔10〕}这是由国家权力展开刑事司法活动的制度前提。其目的当然不限于事实调查,也涵盖法律适用,特别是在调查

〔6〕 例如,英格兰的状况,参见 John H. Baker, “Criminal Courts and Procedure at Common Law 1550-1800”, *Crime in England 1550-1800*, J.S. Cockburn ed., Taylor & Francis, 1977, pp. 1546; 法国的状况,参见 Richard Mowery Andrews, *Law, Magistracy, and Crime in Old Regime Paris, 1735-1789: The System of Criminal Justice*, Cambridge University Press, 1994, pp. 422-493.

〔7〕 当然,这并不否认某些综合性制度的设计兼顾了事实判定和法律适用两方面,如审判人员等的回避制度、起诉书的形式和内容等。

〔8〕 如当代比较刑事诉讼法所常论及:有罪者更愿意在普通法国家受审,而欧陆的程序法设计对无辜者更有利。

〔9〕 法国 1670 年刑事法典 (*Ordonnance Criminelle*) 和十八世纪初英格兰霍金斯 (William Hawkins) 《刑事法专论》 (*A Treatise of the Pleas of the Crown*) 这一刑事法经典著述堪为代表性文献。英格兰没有与法国类似的刑事程序法典。黑尔 (Hale)、霍金斯、伊斯特 (East)、齐蒂 (Chitty) 和布莱克斯通 (Blackstone) 等十七至十九世纪刑事法著作中关于刑事诉讼程序的论述,反映了当时英格兰该领域的基本规则状况。其中霍金斯的 two 卷本著作时代较早 (关于诉讼程序的第二卷初版于 1721 年)、内容全面,多次再版,被后来论者及法律实践者奉为经典,颇具代表性。本文依据其第二卷第三版: William Hawkins, *A Treatise of the Pleas of the Crown*, vol.2, 3rd ed., London, 1739.

〔10〕 *Ordonnance Criminelle* 1670, tits. I, II; in 18 Isambert, et al., *Recueil Général des Anciennes Lois Françaises: depuis l'An 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, Paris, Belin-Leprieur, 1829, pp. 372-379 (后引该法典仅注章、条、页码); Hawkins, id., chaps. 111, 4044, pp. 173, 1403426.

者和裁判者有交叉(如旧制度下法国)、^[11]甚至合一的体制中,但厘清特定机构的管辖范围及其权限,是配置社会资源、以查明事实真相的必要基础。其二为“证明”,即为证明犯罪事实,设定举证责任和证明标准,明确由何方提供、以何种方式提供、达到何种证明程度的证据。在英格兰法中,这表现为起诉、被告回应方式和陪审团裁决的相关规则;^[12]在法国法典中,则包括起诉、调查、讯问、质证等相关程序的规定,^[13]以及法定证据规则。^[14]其三为“限权”,即限制权力、特别是公权力,表现为规制逮捕、羁押和刑讯等强制措施,并排除不合乎程序规范而取得的各项证据。对逮捕的程序,英格兰法不厌其详;^[15]法国则对羁押和刑讯规制尤详。^[16]在证据形式上,当时法国刑事法典中还有诸多条款排除具有程序瑕疵的证据。^[17]由于英美制度中完全由非职业法律人士组成陪审团来判定事实问题,因此英美法的证据制度中还有较严格的品格证据规则、补强证据规则和传闻证据规则,其功能是为防止这些审判者被职业律师所误导。^[18]最后,第四项功能为“纠错”,即通过特定程序、纠正事实认定过程中出现的错失。在刑事重案中,法国采取强制复审的程序,由巴黎及各地方高级法院(*parlements*)依据初审法院的文案,对被告进行复审后,做出终审裁决。^[19]在英格兰,事实认定中的纠错制度相对较为薄弱,主要依靠当事人通过形式瑕疵启动纠错程序,^[20]或由法官通过各种控制陪审团的方式实现。^[21]

[11] 在当时体制下,由刑事调查官负责侦查、并提出事实调查报告和判决的初步意见,并作为报告法官(*rappporteur*)参与裁判时的合议。直到1801年的《刑事调查法》颁行,在法国制度中,刑事调查官才完全退出裁判者的角色。See Stéphanie Blot-Maccagnan, *Procédure Criminelle et Défense de l'accusé à la Fin de l'Ancien Régime: Étude de la Pratique Angevine*, Presses Universitaires de Rennes, 2010, pp.17273.

[12] Hawkins, *supra* note 9, chaps. 23,32, 46, 47, at. 155,336, 428,442. 关于十八世纪后期刑事审判中排除合理怀疑标准的确立及其背景,参见 James Q. Whitman, *The Origins of Reasonable Doubt*, Yale University Press, 2008.

[13] See *Ordonnance Criminelle* 1670, tits. III-VIII, XIV, XV, XVIII, pp. 379-386, 398-403, 410-411.

[14] See A. Ésmeïn, *A History of Continental Criminal Procedure*, John Simpson trans., Little, Brown, and Company, 1913, pp. 256-271.

[15] See Hawkins, *supra* note 9, chaps. 12-22, at. 74-154.

[16] See *Ordonnance Criminelle* 1670, tits. XIII, XIX, pp. 39398, 41213. 前近代的英格兰,只有在个别情况下才采用刑讯逼供;John H. Langbein, *Torture and the Law of Proof*, The University of Chicago Press, 1977, pp.73139.

[17] See, e.g., *Ordonnance Criminelle* 1670, tit. XV, arts. 3-24, pp. 401-03.

[18] 不过,这些制度是普通法特定的陪审团和律师主导庭审制度背景下的特殊功能需求,因而不具有普适性,而且也是十八世纪三十年代以后允许职业律师为刑事重案被告人进行辩护后才出现的晚近现象。John H. Langbein, *The Origins of Adversarial Criminal Trial*, Oxford University Press, 2003, pp.190233.

[19] See *Ordonnance Criminelle* 1670, tit. XIX, art. 7, XXVI, arts.1 & 6, pp. 412, 419, 420.

[20] See Hawkins, *supra* note 9, chap. 50, at. 458-462.

[21] 这些措施包括评论证据、对陪审团处以罚金、宽赦、中止审判、要求陪审团重新合议、及要求特别裁决等;Langbein, *supra* note 18, pp. 321-31; John H. Langbein, "The Criminal Trial before the Lawyers", 45 *University of Chicago Law Review* 263, 285-300 (1978).

二、普适功能：管辖、证明与纠错

针对前述的功能要求,清代的制度和实践都作出了相应的安排。其中,在“管辖”和“纠错”方面,清代的成文制度设计清晰、完备,相关实践而言、至少在程序运作上较为规范,也是既有研究论述的重点。^[22]为明确对案件的调查和管辖权限,清代继承前代旧制,设计全面。概括而言,其基本原则是由事发地的州县级官府主持事实调查、判定案情。如案犯散于各地,应依据以轻就重、以少就多、以后就先、远则各断的原则确定管辖地。^[23]如同一案犯在多处作案,则区别情况,或由省级官员并案审拟,或移文通报、要求协助调查。^[24]特殊情况或人员涉案,应由特定部门参与共同审理。^[25]

在纠错体制上,清代刑事案件、或称命盗重案的审理,采用强制报送上级机关审查的逐级审转复核制。与审转复核以及各种上控机制紧密联系,当时还施行错案追究制。如果在复核和再审中发现事实判定有误、甚至完全冤枉无辜或纵放有罪,即使没有任何腐败行为,承审官员也将承担错案责任,依据“官司出入人罪”等规定受到处罚。关于审转制度,论者已多,不必赘述。

这些制度的设置,实现了明确特定管辖责任和权限、以及上级监督管控的作用,是刑事案件处理的重要基石。从现有史料看来,这些规定得到较严格的遵行,也难以轻易变通。重案审理中,如果越权处断,官员将受到各种处罚。例如,康熙三十三年,山西布政使郭洪不与提刑司会商、擅自批结命案,被罚俸六月。^[26]重案中,除个别例外情况下可变通审转要求,^[27]通常案件都必须按照其严重程度报送不同上级机构,由其重新亲审。需要强调,在清代逐级审转的过程中,不同于现代制度中有些高级审级只进行法律审、不做事实审,事实确认的问题不仅是其必要内容,而且往往成为审核的焦点。因此,事实问题不仅出现于审转制度中某些环节,而是贯穿于整个刑事司法程序、为各级审判官员所重视。

与此密切相关的是“证明”功能,即举证责任和证明标准的确定。但这方面的程序制度,在

[22] 例如,滋贺秀三:《清朝時代の刑事裁判:その行政的性格。若干の沿革の考察を含めて》,载氏著:《清代中国の法と裁判》,创文社1984年版;那思陆:《清代州县衙门审判制度》,台湾文史哲出版社1982年版;张伟仁:《清代法制研究》(第一册),台湾“中央研究院”史语所1983年版;郑秦:《清代司法审判制度研究》,湖南人民出版社1988年版。

[23] 参见《大清律例》卷三十六“鞫狱停囚待对”,法律出版社2000年版,页573-574。

[24] 参见“强盗”条例10、15,“窃盗”条例6;薛允升,见前注[3],1970年版,第三册,页595、599、654。

[25] 前者如“窃盗”条例9:“各省营镇,责成将备,督率兵弁,侦缉贼匪。其缉获之贼,送县审究。如贼犯到县狡供翻异,许会同原获营员质审。”薛允升,见前注[3],第三册,页655。后者如旗人和军人涉案;参见“军民约会词讼”律例各条。

[26] 参见《例案全集》卷二十五“藩司径将刑名批结”(页17),康熙六十一年(1722)刻本。

[27] 如祖父母、父母控告子孙、呈请发遣的案件,因为考虑到“祖父母、父母之于子孙谊笃天伦,爱切毛里,必其子孙桀骜难驯,方忍具呈首送”,因此除非控告者为嫡母、继母及嗣父母,其余均不必解勘由上司亲审。“有司决囚等第”条例37,薛允升,见前注[3],第五册,页1257-1258;《刑案汇览》卷五十九“呈送发遣之案分别免其解勘”,道光十四年(1834)刻本,页58-60。

清代立法中并无明文规定,只是通过司法实践未发展。清代刑事司法中,虽然被害人及其家属控告是地方官府获得犯罪信息的重要来源,但报案人并不因此承担提出证据的责任。所有的证据收集,都由官府、特别是在基层的州县官主持下进行。

同时,在清代刑事司法实践中,执行极高的证明标准,即“诸证一致”。各种证据必须齐备、一致,共同指向特定的犯罪事实。例如,在命案中,被告供词、尸检报告和凶器等缺一不可,加上通常能够获得的证人证言,这些证据必须完全相互印证和吻合,不能存在任何矛盾。同样,在盗案中,被告口供、事主失单和赃物必须完全一致。如果存在任何差异,必须有合理的解释,如部分赃物失落、花费或变卖给陌生人士。^[28]

这一标准没有直接在律例中形诸文字,但相关环节中的各种程序性规则并不或缺。例如,关于命案中的尸体检验,律例“检验尸伤不以实”条下有一系列详细规程。完成检验、并提出报告,是确定命案事实的必要环节。乾隆十一年发生的命案,由于当时未经控告,多年后事发。地方官以供证定案上报后,被刑部驳回:“……被殴身死,虽事隔五载有余,其尸骨现埋,伤痕轻重无难检验”,仍坚持要求进行尸检。^[29]与此类似,乾隆二十一年叶世茂案中,知县因故未验尸,根据其他证据定案审转后,被刑部驳回:“查命案成招定案,全凭尸伤,尸伤全凭相验。即或尸久发变,例应详检明确,方成信讞。”^[30]在技术上,尸检报告的要求也不断细致化,以确定事实细节。例如,道光十四年,通行要求尸检时“将扎伤、划伤分晰注明,不得统填‘刃伤’,以重刑名而杜牵混。”^[31]其目的,是为了通过扎伤和划伤的区分,确定犯罪过程中的具体伤害细节,判定被告人的恶意,并对其行为作出准确的法律定性。

诸证一致的证明标准虽然并未在律例规则中成文化,却是实践中基层官府上报案件能够顺利通过上级逐级复核程序的必要条件,是刑事司法事实认定过程中最重要和最基本的实践性程序规范之一。因已另撰专文,此不赘述。^[32]

三、功能薄弱:限权不足

在前述程序制度的诸项功能中,清代刑事司法事实调查的程序规则中,对权力滥用的限制显得最为单薄。首先,对证人的权益保障相当薄弱。证人只是完全无辜的案件知情人,但在重案的调查过程中,为保证他们到庭接受讯问和对质,他们往往会被羁押、或变相羁押,至少须取

[28] See Zhiqiang Wang, “The Standard of Fact-finding and State Authority in Early Eighteenth Century Criminal Justice of China” (working paper, Workshop “Chinese Legal Culture, History and Modernity”, Columbia University, Apr., 2012).

[29] 《新增成案所见集》卷三十七“殴死人命虽事隔五载不准免检案”,乾隆五十八年(1793)刻本,页3436。

[30] 同上注书、卷“尸伤未验即行定案部驳检明填图另拟”,页37;《成案续编》“乾隆二十一年成案”,不分卷,“尸伤未验即行定案驳案”,乾隆刻本,页112-113。

[31] 《续增刑案汇览》卷十六“检验金刃扎伤不得统填刃伤”,道光二十年(1840)刻本,页40。

[32] See Wang, *supra* note 28.

保、限制行动自由。^[33] 根据“故禁故勘平人”条的律文规定,只有“官吏怀挟私仇、故禁平人”,才会受到处罚,而律注更明确强调,这里不能羁押的“平人”,“系平空无事、与公事毫不相干,亦无名字在官者,与下文公事干连之平人不同。”证人名列文案,显然不在此条保护之列。根据同一律条,“若因公事干连平人在官,事须鞫问,及(正犯)罪人贓仗证佐明白,(而干连之人独為之相助匪非)不服招承,明立文案,依法拷讯,邂逅致死者,勿论。”^[34] 因此,对证人可进行刑讯。而且,这里规定的较严格的文案程序,只适用于重刑拷讯。只有“将干连人犯,不应拷讯,误执己见刑讯致斃者,”才承担杖一百的责任。^[35] 因此,官员在针对证人调查取证时裁量权力极大,而受到的限制殊少。

其次,即使存在“故禁故勘平人”条律例等相关的底线程序规范,^[36] 以约束官员在调查事实时不得任意拷罚涉案人员,但在实践中的约束效果恐怕并不理想。各种刑案汇编中,在“故禁故勘平人”、“陵虐罪囚”和“决罚不如法”等三类条目下,^[37] 有大量因违法进行刑事调查和审问中而导致严重后果的案例,而且不少还并非因命盗重案。^[38] 从目前存世文献反映的情况来看,通常只有当出现较严重的后果、特别是被害人死亡时,程序的合法性问题才会引起关注,肇事者才会被追究。有的起因于非法抓捕、拘禁或押解。例如,康熙二十七年,宝坻知县王某因不候提解而擅自解送犯人,致其脱逃,比照“提问之犯不监候、具题完日听其散居脱逃”例,被革职。^[39] 康熙四十年,沧州知州佟国瑞监禁被命案牵连的无辜者李应时,致其在监病死,被革职。^[40] 嘉庆十

[33] 例如,雍正三年定例中提到:“其果係轻生自尽、毆非重伤者,即於尸场审明定案,将原、被、邻证人等释放。”乾隆四十一年定例:“刑部发城取保犯证,如係五城送部之案,其案犯住址,即在原城所管地方,仍发交原城司坊官取保;其餘各衙门移送案内,应行取保人证,俱按其居址坐落何城,发交该城司坊官就近取保。其由外省州县提到人证,即令本人自举亲识寓居所在,交城就近发保,仍将保人姓名报部查核;其并无亲识者,酌量交城看守。”嘉庆二十年改定例:“赴各衙门告言人罪,一经批准,即令原告到案投审。若不即赴审,輒行脱逃,及并无疾病事故,两月不到案听审者,即将被诬及证佐,俱行释放。”(在原告不到庭的情况下,被告和证人可被羁押达两月之久)咸丰五年定例:“直省审办案件,轻罪及干连人证交保看管。”“检验尸伤不以实”条例4、“鞫狱停囚对待”条例9、“诬告”条例5、“故禁故勘平人”条例7;薛允升,见前注[3],第四册,页998-999,第五册,页1206、1224、1269。针对原告不到庭的情况,薛允升意识到“人证已受累不浅矣”,建议将控制被告和证人的期限改为一月或半月,不过并未否认证人可予看管、限制其行动的做法;同上书,第四册,页999。他还指出,“紧要案证”如果没有担保人,“既未便任其散处在外,而又不能一律收禁,是以交差暂行看押。”同上书,第五册,页1275。

[34] 见前注[23],《大清律例》卷三十六“故禁故勘平人”,页560-561。

[35] “故禁故勘平人”条例5;薛允升,见前注[3],第五册,页1204。

[36] 关于清代刑讯制度的相关立法及其实践,参见 Nancy Park, “Imperial Chinese Justice and the Law of Torture,” 29 *Late Imperial China*, 2008, No.2, pp. 3767. 关于清代制度与此前的区别,参看徐忠明、杜金:《唐明律例刑讯规定之异同》,《北京大学学报(哲学社会科学版)》,2009年第4期。

[37] 有的归于其他门类中,如《粤东成案初编》列为卷三十三“职官”“专擅枉纵”(道光八年(1828)刻本);《成案续编》列于卷十二“审断”(乾隆二十年(1755)刻本);《说帖辨例新编》卷四十三中“应捕人追捕罪人”中也有不少此类案例(道光十六年(1836)刻本)。

[38] 例如,见前注[27],《刑案汇览》卷五十九“县丞妄拿平人滥责致釀人命”、“县丞任听衙役故押平人自尽”,页12;《刑案汇览续编》卷三十二“上弁违例用刑致斃窃贼”、“把总擅受棍责犯人致斃”,《刑案汇览全编》,法律出版社2007年版,页1457-1458。

[39] 见前注[26],《例案全集》卷三十“犯人不候提擅解比案”,页17。

[40] 参见同上,卷三十一“贼犯犯病放保身死成案”,页4。

八年,直隶快役王明谦未经禀官传讯而擅自抓捕,致其自尽,被处枷号、充军。^[41]有的因为滥施刑求。如雍正九年,襄城知县杨嘉因听信捕役,刑讯无辜平民致死,被革职。^[42]雍正十一年,盐城知县朱崇豫因无名浮尸而刑讯乡约,致其死亡,被革职和严厉刑责。^[43]同年,贵溪知县王琰听信诬告、刑讯无辜妇女,致其堕胎、自尽,被革职、赎杖。^[44]乾隆五年,凤翔知县熊文佐因酒后坐堂、刑讯无辜者致死,被革职、杖罪收赎。^[45]嘉庆十九年,广西临桂县知县田畹审理窃案,“辄将毫无指证之郭升等刑逼多伤,复押毙一命”,被发新疆。^[46]道光三年,贵州独山州知州谈逢尧在审理一起诬告的窃案中,“并不传集人证究明虚实,辄以一面之词,用捶衣木棒迭责贺文魁脚踝致毙”,被革职、满徒。^[47]还有的是由于越权听审和刑讯产生严重后果被处罚。如康熙二十八年王弘祖案,因其身为武职、并无拷讯之权,但擅自刑讯,被革职。^[48]康熙三十一年张信案,“查成三等虽系应行夹讯之人,但守备张信非系应审之员,恣意叠夹,以致毙命”,因此将张信依例革职。^[49]嘉庆二十二年,福建巡检蓝运擅受民词、枷号被告,致其跌毙,被处杖、流。^[50]嘉庆二十四年,安徽县役张福禄越权拷讯、致人自尽,被判处满流。^[51]嘉庆二十五年,广西同知赵椿因擅自刑讯、致被讯问人自尽,被处满徒。^[52]

还有的案件被追究责任,可能不仅是因为程序规范本身的原因,例如乾隆元年王志曾案。作为镇南州知州,他将被捕的嫌疑人叠夹刑讯、致其骨折,被参革;云南总督还拟按当年新颁条例,以“任意拷讯致死干连人犯”的罪名判其满徒。经刑部改拟按“官员故勘平人折人肢体成废律”,减为杖一百、徒二年。^[53]但本案中,被拷讯者并未死亡,而且其确因嫌疑被人纠举,并非

[41] 参见《成案新编·加减成案新编》卷六“陵虐罪囚”,道光十三年(1833)刻本,页93;《刑部比照加减成案》卷三十二“陵虐罪囚”,道光十四年(1834)刻本,页4;《成案备考》卷十“陵虐罪囚”,抄本,不注页码;《各省刑部案》,杨一凡等(编):《历代判例判牍》,第六册,中国社会科学出版社2005年版,页805;《比照案件》,同上,第八册,页654。

[42] 参见《成案汇编》卷二十五“诬拿民人责毙案”,乾隆十一年(1746)刻本,页9。

[43] 同上注,“叠行满杖逼招致死拟故人人死罪未决减流驳案”,页8。

[44] 同上注,“刑书捏禀问官偏听以致犯妇自缢问官依威逼拟杖刑书拟军”,页4142。

[45] 同上注,“干连人犯刑讯毙命案”,页4。

[46] 见前注[41],《刑部比照加减成案》卷三十二“决罚不如法”,页17;《比照案件》,页660661。

[47] 见前注[41],《成案新编·加减成案新编》卷六“决罚不如法”,页104;见前注[27],《刑案汇览》卷六十“知州非刑拷讯被诬之人身死”,页2324。

[48] 见前注[26],《例案全集》卷三十一“武职刑审比案”,页11。

[49] 见前注[26],“武弁刑审毙命成案”,页11。

[50] 见前注[41],《成案新编·加减成案新编》卷六“故禁故勘平人”,页9192;《刑部比照加减成案》卷三十二“故禁故勘平人”,页2;《说帖类编》卷三十六“蓝运”,道光十五年(1835)刻本,页2324;见前注[41],《成案备考》卷十“故禁故勘平人”,抄本,不注页码;《各省刑部案》,页805;《比照案件》,页653-654。

[51] 见前注[41],《成案新编·加减成案新编》卷六“陵虐罪囚”,页93;见前注[41],《刑部比照加减成案》卷三十二“陵虐罪囚”,页5;《比照案件》,页655。

[52] 见前注[41],《成案新编·加减成案新编》卷六“故禁故勘平人”,页92;见前注[27],《刑案汇览》卷六十“同知滥刑拷讯致妇女自尽”,页2627;见前注[41],《成案备考》卷十“故禁故勘平人”,不注页码;《各省刑部案》,页804;《比照案件》,页653。

[53] 见前注[42],《成案汇编》卷二十五“叠夹骨折照非法殴打杖徒案”,页6。

“平人”，^[54]如果按照这一标准，被追究者可能将难以胜计。本案可能有其他背景，如云南总督所引的当年新例、文案中提到的该官员其他过错。又如道光十二年，步军校联禧在押解宗室人员时，不查明其身份而擅自将其锁颈，被处杖六十。^[55]其被处罚的根本原因，恐怕主要不是押解中程序的违法性，而是对方具有宗室人员的身份。

在解释和适用这些程序性条规时，官府的态度通常是宽松地倾向于支持政府方面的人员。嘉庆二十五年江苏魏三等殴死捕役案中，死者系市镇捕役，刑部认为案犯当时“虽未犯窃案，现经讯明，该犯实欲结伙爬窃，是该犯等窃迹已明”，而死者虽然“未经奉有官票，第系集上汛快，其于市镇匪徒缉捕，本其专责”，因此将案件定性为拒捕杀人、而非一般杀人。^[56]其中将该捕役解释为有权对案犯采取强制措施的人员，而对后者“窃迹已明”的所谓依据，是经事后讯问才发现的事实、而非案发时的事实，其定性显然颠倒先后、牵强附会。

同时，如果相关证据是通过违反程序规则的途径获得，正式制度上通常并无排除其作为证据的规定，实践中更无此类做法。因此，在事实调查过程中的官府滥权行为，并没有证据规则加以制约。在当时律例中，有个别规范排除部分证据的效力，在程序上表现为“概不准理”或“立案不行”。涉及刑事重案的至少有 12 条。^[57]不过，其有的是由于认定提出证据的告状主体存在主观恶意，^[58]有的是因主体存在缺陷。^[59]只有三条确是基于程序不当，^[60]但都是由于告状人投状方式不合理、破坏正常的上控和管理秩序，甚至可能对皇帝的人身安全构成威胁，实际上限制的是当事

[54] 见前注[23]，《大清律例》卷三十六“故禁故勘平人”，页 560-561。

[55] 参见《刑部比照加减成案续编》卷三十二“囚应禁不禁”，道光二十三年(1834)刻本，页 13。

[56] 见前注[27]，《刑案汇览》卷五十五“窃迹已明捕役无票亦属应捕”，页 2932。

[57] 其他关于民事案件的规定，参见“典买田宅”条例 1、“违禁取利”条例 2、“越诉”条例 13；薛允升，见前注[3]，第二册，页 281，第三册，页 399，第四册，页 982。

[58] 共 6 条；“应议者犯罪”条例 9：“凡宗室觉罗人等告讦之案，察其事不干己，显係诈骗不遂者，所控事件立案不行……。”“盗贼窝主”条例 12：“……其邻佑地保及兵役、平民能侦知瓜贼行踪，赴地方官密禀，该地方官即行严拿，不许指出首人姓名，俟拿获瓜贼审实，将首人给赏。如瓜贼将首人扳害，立案不行。”“越诉”条例 7：“军民人等干己词讼，若无故不行亲齎，并隐下壮丁，故令老、幼、残疾、妇女、家人抱齎奏诉者，俱各立案不行……。”“越诉”条例 18：“曾经考察考核被劾人员，若怀挟私忿，摭拾察核官员别项赃私，不干己事奏告以图报复者，不分现任、去任文武官，俱革职为民。已革者，问罪。奏告情词，不问虚实，立案不行。”“诬告”条例 25：“凡官民人等告讦之案，察其事不干己，显係诈骗不遂，或因怀挟私仇以图报复者，内外问刑衙门，不问虚实，俱立案不行。若呈内牒列多款，或涉讼后复告举他事，但择其切己者，准为审理；其不系干己事情，亦俱立案不行。”“教唆词讼”条例 3：“凡民人投充旗下，及卖身后或代伊亲属具控，或将民籍旧事具控者，概不准理。”同上书，第二册，页 23，第四册，页 758、980、984、1007、1020。

[59] 共 3 条；“应议者犯罪”条例 8：“凡宗室觉罗妇女，出名具控案件，除係呈送忤逆照例讯办外，其余概不准理。”“见禁囚不得告举他事”律：“……其年八十以上、十岁以下，及笃疾者，若妇人，除谋反、叛逆、子孙不孝，或己身及同居之内，为人盗诈侵夺财产，及杀伤之类，听告。余并不得告（以其罪得收赎，恐故意诬告害人）。官司受而為理者，笞五十（原词立案不行）。”“老幼不拷讯”律：“其於律得相容隐之人（以其情亲有所讳）、及年八十以上、十岁以下、若笃疾（以其免罪有所恃），皆不得令其为证。”同上书，第二册，页 23；见前注[23]，《大清律例》卷三十、三十六，页 489、573。

[60] “冲突仪仗”条例 1：“圣驾出郊，冲突仪仗，妄行奏诉者，追究主使，教唆捏写本状之人，俱问罪，各杖一百，发近边充军。所奏情词不分虚实，立案不行。”“越诉”条例 2：“擅入午门、长安等门内，叫诉冤枉，……其临时奉旨、止拿犯人治罪者，所诉情词，不分虚实，立案不行……。”“越诉”条例 4：“凡奸徒身藏金刃欲行叩闾擅入午门、长安等门者，不问所告虚实，立案不行，……。”薛允升，见前注[3]，第三册，页 455，第四册，页 978。

人的控告权,在功能上与限制公权力滥用并无任何关系。

与此相应,在刑事案件的事实调查实践中,程序性的舛错通常并不影响对案件的实质性事实认定。例如,康熙四十六年,真定县差役白虎山等越境前往无极县抓捕被纠举的窃盗案犯刘黑子,遭到拒捕,同行的纠举者死亡。两名差役因“不候该县添差、擅自拘拿”,依不应重律、被杖八十。但这并未影响这一抓捕行动的性质,拒捕者仍“照窃盗拒捕杀人律”处断。^[61]又如雍正十二年,都察院经历任琳将其跟役李俛刑讯、并解送回籍,被巡城御史查知,“提阅李俛供词,虽据称与陈氏通奸之处,已经承认,但地方事务,自应地方官审理。今任琳系都察院杂职,并无刑名职任,乃赴地方官衙门坐堂审事,遽用刑讯,又复滥行牌票,以作威福”,受到降三级处分。^[62]但对原案中李俛的处理结果并未受到质疑,甚至并未重新审理以确认事实。

对公权力滥用进行限制,是程序制度的重要功能,也是间接保障事实判定可靠性的重要手段。在这一方面,清代程序规则的文本上就相对薄弱,在实践中更不重视。这正是传统制度最受诟病之处,也成为争议固有法有无程序制度和观念的焦点所在。

四、特有功能:督促勤政

清代的刑事案件处理中,有扣限审结和疏防查参制度,以督促基层官员勤于职责,不得废弛懈怠。与西欧式制度相比,这是清代程序规则的特有功能。基层官员在处理刑事案件过程中固然受到错案追究的压力,但在实践中,文案和证据方面的错失,如经上级驳回而补充、改正,就不会被作为错案追究,^[63]所以通常情况下因错案被处罚的官员并不多。更具有日常督促功效的,是重案的扣限审结和疏防查参制度。后者指发生强盗案件后,地方官因疏于防范而应受相应处分,除非能在特定时限内侦破案件、缉拿罪犯归案。^[64]与此相比,扣限审结制度的涉及各种刑事重案,适用更为普遍和广泛,是刑事司法中最有效用的督促机制。

[61] 《定例成案合镌续增》,不分卷,“捕亡”“不候添差拘拿成案”,乾隆刻本,页23;见前注[26],《例案全集》卷三十一“不候添差拘拿成案”,页23。

[62] 见前注[42],《成案汇编》卷二十五“佐贰将家下事件刑讯降调案”,页5。

[63] 见前注[23],《大清律例》卷三十七,页586;又参见《(雍正)大清会典》卷一八九,“刑部”四十一,页2;《(乾隆)钦定大清会典则例》卷二十五,“吏部,考功清吏司,断狱”,页3435;《(光绪)大清会典》卷一二三,“吏部”一百七,“处分例,官员断狱不当”,无页码;《(光绪)大清会典》卷八四三,“刑部”一百二十一,“刑律断狱,官司出入人罪,无页码”(乾隆四十二年改定,道光十四年删)。例如,乾隆六年萧光远案中,“奉院台查核:供情未协,批(按察)司再加确审。”“查定例:官员审理案件,有情罪不协、律例不符、失出、失入,经上司察明,驳令再审,承审官按律例改正,免其纠参。承审错误之员已经缘事离任、无从改正,后官遵驳申明者,将从前之承审官一体免议。等语。今桐城县知县孔毓铨将萧玉先被砍身死之案审理错误之处,既据接任桐城县知县储元升遵驳申明改正,与审理案件情罪不协、律例不符、失出、失入,经上司驳令再审、改正免议之例相符。应将从前审理错误之前署桐城县知县孔毓铨、已经离任、不及改正之署按察司事、江安督粮道、调任太通道王之铨、驳后申明更正之安庆府知府伦达,均照例免其查议。”刑科题本,档号2-1-7-136-6,藏中国第一历史档案馆,页2794、2836、2837(页码据缩微胶卷编号,后同)。

[64] 参见相关研究和实例,见张伟仁,见前注[22]。乾隆后期及嘉庆初年扣限参革之案,参见杨一凡等:《刑事命案开参》,见前注[41],第六册,页654-675。

由于司法中检索和适用法律所需时间相当有限,所以限期制度主要是针对事实的调查和判断而言。扣限制度的律例规定,主要集中于《大清律例》中“官文书稽程”和“盗贼捕限”,也散见于“鞫狱停囚待对”、“应捕人追捕罪人”等相关条例;〔65〕《吏部处分则例》中则规定了对违反扣限制度的相关处分办法。其中,关于盗贼的缉捕和审结限期规范最为严密,因此产生瞒报命盗案件的相关单行法规和案件数量众多。〔66〕

扣限制度在清代的刑事司法中被严格执行。刑科题本中,重案审拟意见的最后部分,都会详细地说明案件承审中扣限和展限的情况,以及基层官员是否因处理逾限应被处分。〔67〕不少规则允许适当延展期限,但延期并非理所当然,必须申报批准,而这种要求被驳回的情况也相当常见。〔68〕清代早期因逾限而被处罚之例,如康熙二十九年,山东昌邑发生命案,地方官多日才检验、上报,被参劾,知县被革职,知府因“未据该县通报,又无尸亲赴控,实非知情隐匿”,仍照例被降一级处分。〔69〕康熙三十年顾畏案、〔70〕许维楫案,〔71〕官员分别因迭催不复、迟延通详重案而被革职。康熙三十一年罗京案,因逾限日久而被参革职。〔72〕康熙四十三年陈保定案,知州因招解迟延,被参革职。〔73〕康熙四十三年,永兴署县事何某因检验上报迟延,

〔65〕 例如,“鞫狱停囚待对”条例 5、6、“应捕人追捕罪人”条例 5;薛允升,见前注〔3〕,第五册,页 1121、12221223。

〔66〕 参见《定例成案合镌》卷二十八“命案限期”等,康熙五十八年(1719)刻本,页 2627;见前注〔26〕,《例案全集》卷三十“捕亡”,页 2570;见前注〔61〕,《定例成案合镌续增》,不分卷,“公式”“窃案扣限”等,页 5769、8893;“捕亡”“怀柔失事武职处分”等,页 58;见前注〔42〕,《成案汇编》卷二十四“捕亡”,页 6397;《成案续编》卷二“审限仍扣入闹公出日期案”等,乾隆二十年(1755)刻本,页 17;《例案续增新编》卷六“展限外不许扣除转文文行日期”等,乾隆二十四年(1759)刻本,页 1315;《成案续编二刻》卷一“承审病限二年以上革职现办工程差务暂缓离任”等,乾隆二十八年(1763)刻本,页 4654;《成案所见二集》卷十六“承缉逃兵不力各官革职留任不准捐复”,乾隆五十八年(1793)刻本,页 5863;《说帖辨例新编》卷四十三中“被参留缉盗犯十年未获奉旨免罪释回”等,道光十六年(1836)刻本,页 2934;见前注〔31〕,《续增刑案汇览》卷十六“应行关查案件仍照旧例扣限”,页 1416;《新增刑案汇览》卷十四“命盗案照例定审限速结”,光绪十六年(1890)刻本,页 2326;见前注〔38〕,《刑案汇览续编》卷三十二“承审军流窃盗等案展限通行”、“致毙三命重案无得率请展限”,页 1424。

〔67〕 例如,乾隆二年韦扶驾案,“本案于雍正十一年九月初五日呈告到官之日承审起,除去封印日期、及柳州府事件例得展限两个月,又卑职系接审之员,例得展限一个月,应扣至雍正十二年七月初三日,通限始满。合并声明。”刑科题本,档号 2-1-7-4290-4,页 1096、1145。又如乾隆六年的吴清伯案,“限满未据审解,业将承审迟延各职名详奉咨参在案。”“查此案应以乾隆四年正月二十九日告官之日起,除许齐卓接审,例得展限三个月,并武平县由府至省程限,计至本年十一月二十四日限满,未据审解,所有承审迟延之武平县丁忧知县刘景福、接署知县许齐卓各职名,相应开参。”二人还因此罚俸三月。刑科题本,档号 2-1-7-4504-2,页 1601、1605、1609。

〔68〕 见前注〔27〕,《刑案汇览》卷五十八“犯供游移行提人证咨请展限”、“难结之案或奏或咨先请展限”,页 6971;见前注〔31〕,《续增刑案汇览》卷十六“难结之案亲提复讯方准展限”,页 1013。

〔69〕 见前注〔66〕,《定例成案合镌》卷二十八“命案不检报成案”,页 22。

〔70〕 见前注〔26〕,《例案全集》卷五“委审托病”,页 30。

〔71〕 见前注〔26〕,“玩事命案”,页 36、37。

〔72〕 见前注〔26〕,“承审重案迟延成案”,页 29。

〔73〕 见前注〔26〕,卷三十一,“检尸迟延成案”,页 39、40。

被降级处分。^[74] 康熙五十一年,湖北公安县知县陆守琛因未按要求将命案通详、仅上报本府,被革职。^[75] 雍正十一年,兴国州试用知县张淑迟延检验填报,致承审逾限,受到降一级处分。^[76] 乾隆五年,因尸体溃烂,寿州知州范从徹未经尸检即将案件上报,被驳后复检,以致迟延逾限,“照易结不结例,革职。”^[77]

最夸张的严厉处罚,恐怕莫过于乾隆末年的汤廷芳案。乾隆四十三年,湖北江陵县发生一起盗案,当地官员失于查究,因事主上控、八年后被揭露,历任督抚、司、道均交部议处,当事知县枷号一年、发遣,知府枷号半年、满徒,历任知县枷号三月、革职,其他知府枷号一月,惩罚力度和方式令人咂舌。^[78] 乾隆以后的刑案汇编中,仍可以看到大量各时期因为违限而被处分的案例。^[79]

五、功能替代与政治机理

通过对清代刑事司法中事实判定方面相关程序规则的功能分析,可以看到清代的程序设计呈现出特有的功能目标和体系。既有研究曾指出,为限制审判中的司法官恣意,中国传统制度采用了被告认罪书、量刑的机械化、法律的细则化、当事人的翻案权和上级机关的复审权等制度和方式。^[80] 实际上,仅就事实判定而言,除具有纠错功能的审转制度之外,清代高标准的证明责任、严格的疏防查参、扣限审结和错案追究制度,都着力于对权力的控制和监督,旨在填补限制官员滥权方面力度不足的制度漏洞。

在清代制度中,实际上执行的是形式审查与实体审查并用的监督机制。前者以诸证一致的证明标准和疏防查参、扣限制度为中心,后者则是以审转复核和错案追究制,进行逐级实质性审查及惩处。清代力图以这套复杂的制度运作,以实现在西欧同时代刑事审判模式中当事人主导(如英国)、或侧重形式审查(如法国)的程序性约束所具有的功效。

清代的制度设计者们对案件的实体性复核格外重视,绝不轻易放松。道光二十四年,闽浙总督提出变通地方重案解审办法的建议,遭到刑部明确反对。刑部意见中明确指出:

定讞固患稽延,而立法必期无弊。向来遣军流罪各犯尚须解省覆审,原恐案情或有未符,致滋枉纵。矧人命至重,岂得以生杀之权委诸属吏。在该督因疏脱堪虞、招解需费,辄欲将解省亲讯之例改为委员前往督审,于定案虽觉便捷,第此例一开,不独地方官恃无上司覆讯,于重大案件必致草草了结,且恐不肖之员或希图甄叙而妄拿无辜,或意存姑息而

[74] 见前注[26],卷三十一,“检验迟延成案”,页23。

[75] 见前注[61],《定例成案合编续增》,不分卷,“断狱”“人命止用验文报府又不通详成案”,页56。

[76] 见前注[42],《成案汇编》卷二十六“承检迟延处分案”,页23。

[77] 见前注[42],卷二十六,“身尸溃烂不即请检以致迟延部议革职”,页19;《成案所见集》卷三十七“尸烂未检奉驳检验迟延部驳应以报官日起限照易结不结革职”,乾隆五十八年(1793)刻本,页3234。

[78] 参见《续增驳案新编》卷四“盗案迟至十年将各官枷号”,嘉庆刻本,页6870。

[79] 例如,嘉庆和道光时期广东地方的扣限和疏防参革诸案,参见《粤东成案初编》卷三十六“议处”“命盗参处”、卷三十八“各项限期”,道光八年(1828)刻本。

[80] 参见季卫东,《程序比较论》,《比较法研究》1993年第1期。

擅自消弭。上司既不能周知,小民亦无由申诉。种种流弊,有防之不胜防者,殊失国家立法精详之意。^[81]

通过程序条规的形式性来管控权力,显然比实体性的全面复核要方便和经济。那么,清代以及此前的中国固有法中,何以要特别倚重如此严格的实体性审查来控制下级官员,而不更多采用形式性监督?

其根本原因,恐怕在于政治机制的权力和结构设置,即权能合一、等级管控的集权政府模式。通过形式性的程序制衡,要件之一是有制衡力量的积极参与,有权利和能力提出各种程序主张,并质疑实践中某项特定程序安排和进程的合法性。这种制衡力量,可以是利益攸关的当事人、特别是其能获得职业律师帮助时,也可以是其他直接参与司法过程的权力机构,如现代的检控方。否则,如果所有权力都掌控于单个机构或个人之手,而希望上级机构仅通过对文案进行程序性方面的形式审查,来保障其程序的制约功能有效实现,无异于缘木求鱼,因为掌握信息不对称、又无切身利害关系的上级将只能看到精心剪裁后的虚假文案、听到文过饰非的一面之词。

然而,清代的政治权力结构正是如此。在刑事司法中,基层州县官掌控了从侦查至拟判的几乎全部权力,在过程和权能上基本没有分割。全能政府的理念下,官府甚至被要求作为整体应对刑事犯罪,连地方管辖的制度安排都可置之—旁。^[82]在这种集权的强势政府面前,除了成本较高的上控,当事人没有其他机会在事实调查和认定的过程中提出挑战州县官做法的任何质疑;而且,他们也很难获得专业的帮助、以提出合法性问题。此外,也没有其他的平级机构分权,以制衡州县官。上级机构获得信息的途径因此就相当有限。而另一方面,由于基层权力直接来源于中央、来自最高统治者,权能又如此集中和强大,很容易形成地方坐大、鱼肉一方的局面。而且,由于没有权力和职能分割,一旦基层官消极懈怠、粉饰太平,也没有其他同级机构可以催促和推动。这两种极端状况的隐患,都将威胁中央权力的合法性和政权稳定。所以科层式的管控需求异常突出。为弥补信息不对称的缺陷,当时的制度设计者们才强调以实质审查防范权力滥用、即要求地方各级州县以上的府、道、司、督抚等各级地方官亲自重新审理刑事重案,且承担连带责任,以防止地方滥权。同时,在方便获得信息的领域,如审案时限和证据比对方面,设定了形式性的标准,即疏防、扣限和诸证一致等制度,以降低上级管控成本。正是在这种全能全责政府的政治模式下,清代刑事司法中程序性制度及其功能,才呈现出具有时代性的特色。

这套程序制度的核心仍是实质性审查,是通过上级官员、特别是督抚等封疆大吏亲自重新审查案件,来达到有效督责地方基层官的效果。但其存在明显漏洞,即在规定的时限内认真进行实质性复核的成本太高。它的有效执行,只能特别仰赖于皇帝勤政和大员得力。但实践日久,就难免因成本的压力而流于形式。不少案件都是草草过堂,未必能达到复核的预期效果。乾隆年间定例,要求地方官对上控案件区别情况,亲自审办或委员审查,并规定“倘有应亲提而委审、或应亲提委审而发交原问衙门者,即令该督抚指名严参,交部照例议处。”^[83]但这一条

[81] 见前注[38],《刑案汇览续编》卷三十二“命盗案犯应照定例解勘”,页1437。

[82] “鞫狱停囚待对”条律文:“若违法(反)将重囚移就轻囚、多囚移就少囚者,当处官司随即收问(不得互相推避)。”见前注[23],《大清律例》卷三十六,页574。

[83] “辨明冤枉”条例7;薛允升,见前注[3],第五册,页1237、1238。

例后来的执行状况显然并不理想,以致京控不断。道光十年的上谕中,针对民众上控,要求州县以上的各级官员、特别是府、道级官员亲自提审。^[84]但上谕中对何种案件应该亲自审理,并未作出周详的规定,显然也难奏效。两年后,涉及奸占、杀人的安徽马大禄案中,告状人三次控府都未获提审,因此赴京控告,所以再次申明前法,并进行了条例修并,以明确责任。^[85]不过实际效果仍不理想。如薛允升所评:“从前此等案件,颇为认真,条奏者亦复不少,近则绝无人议及,而定例亦视为具文矣。”^[86]在实践中,恐怕只有极端情况,才会真正引起高层重视、认真复核。

同时,由于这种政治权力模式之下,政府全权全责,必然千方百计维护官方行为的正确性,既为维护其权威地位,也为避免个人责任。因此,对事实判定中的错误进行纠正,会阻力重重。光绪九年,刑部针对光禄寺少卿延茂的奏请,结合河南王树汾冤案,^[87]尖锐指出当时审转复核制度中的积弊:

无如近日不肖州县玩视民命,多系草率从事,该管上司不肯认真详细推勘,非巧为弥缝,即多方掩饰,岂能平反更正者,百无一二,而固执原拟者则比比皆是。推原其故,总由各该督抚徇庇属员,回护原审,其尤甚者,明知案情实有冤抑、即据实更正处分亦轻,以为与全案局面有碍,终不肯自认错误。积习相沿,牢不可破。^[88]

这里所谓“全案局面有碍”,很大程度上就是基于维护官方权威,拒绝承认官方的错讹。纠错功能的有效发挥,因此而难称人意。但这一问题的解决,牵一发而动全身,并非孤立的程序制度和规则的问题,而是由其背后庞大的政治权力结构和理念所决定。而其根本性改变,也就绝非朝夕之功。

综上,清代刑事司法事实判定中的程序规则及其运作,具有其功能特色。从功能视角的分析,便于我们理解其与西欧式制度和理念的差异,也便于揭示其背后的普适性功能关切。偏执某方面的功能、作出过于理想化或妖魔化的描述,都无助于对历史制度的深入理解。同时,这一分析揭示,清代相关程序安排和功能设计,与政治权力模式密切相关。从这一视角揭明传统制度设计和运作在体制上的内在机理,不仅有益于理解当时的状况,或许也具有更普遍性的理论意义。政治权力模式与具体程序制度的相关性,值得我们在设计现代程序制度时有所思考。当代中国的相关制度改革中,如果期待更多地通过程序规则制约公权力滥用,而非仰赖实体性的上级管控机制,恐怕需要更深入地思考政治权力分配结构和政府角色的现代定位,需要在更宏大的视野下观照细节性的程序安排问题。

(责任编辑:徐爱国)

[84] 见前注[27],《刑案汇览》卷四十五“上控案件曾否亲提取结查办”,页54。

[85] 见前注[27],卷四十五,“控府三次不行提审飭查参办”、“上司并未亲提应即随案附参”、“上控案件何项亲提何项发审”,页5663。

[86] 薛允升,见前注[3],第五册,页1238。

[87] 见前注[66],《新增刑案汇览》卷十五“盗犯临刑呼冤据实平反分别拟结”,页1925。

[88] 同上书、卷,“审理命盗案件如能据实平反酌免处分”,页17。