

China's Traditional
Legal Order



雅理

田雷 主编

清代
传统法
秩序

[日]

寺田浩明

- 著 -

王亚新

- 监译 -



GUANGXI NORMAL UNIVERSITY PRESS

广西师范大学出版社

· 桂林 ·

第三节 国家审判机构的概要

1. 国家审判机构的整体构成

国家行政机构 那么，受理这种诉讼的审判机关是怎样构成的呢？^{〔1〕} 传统中国中，受理诉讼、定分止争是国家统治的极其自然的一部分。因此，并没有审判和行政、审判官员和行政官员的区分。基本可以认为国家行政机关就是国家审判机关。

清代国家行政制度的整体情况如表3所示。最基层的行政区划是县或州（其行政长官分别称为知县·知州）。如前所述，清代约有一千六百个州县。

每十州县左右会上设一府。府的行政长官知府最重要的工作就是监督其治下知县知州的工作。知府负责将上级的命令传达给知县知州。同样，收到知县知州的上申时，能自己决定的事自己决定。如果认为是很好的提案，则会命令治下的其他州县实施。如果认为需要上级官员的决断，则会给上级官员写上申书。

〔1〕 请参照坂野正高《近代中国政治外交史》，東京大學出版會，1973年，第二章《清代中国的政治機構》，及滋賀秀三《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》，同氏《清代中国の法と裁判》，創文社，1984年，第一节《裁判機構》。

[illegible]

在清代，跨几省设立一名总督。总督也直接听命于皇帝。

总督最重要的职责是监督巡抚。但是巡抚的职务之一也是监督总督。皇帝用这种形式令地方大员之间互相监督。因此，省内的重要事务实际上是由巡抚和总督共同决断的。布政使、按察使在向巡抚上申时，也会向总督提出相同内容的上申书。而总督和巡抚在各自做出决断时，也都会说请参照另一方的意见，在全部获得两者的批准后布政使、按察使才能继续进行下一步。因此在手续层面，总督和巡抚常被一体化称为“督抚”。

然后是首都的机关。行政机关的顶点是君临天下的皇帝，总督、巡抚分别直接听命于他。内阁为辅佐皇帝的机关（乾隆时期以后为军机处）。中央设六部，分别为吏部（文官人事）、户部（财政）、礼部（教育和外交）、兵部（军事）、刑部（司法）、工部（土木）。除此之外也设置了许多具有特殊职能的政府机关。司法部门中，最重要的是都察院（行政监察）和大理寺（承担死刑案件复查职责的小衙门），他们与刑部合称“三法司”。通常情况下，督抚直接上奏给皇帝，皇帝简单批示后将奏折转给六部中的一个，六部经讨论后再对奏折进行最终的决策。

一个审判机关 审判基本是管区内的行政长官的职责。确实，各省设有按察司，中央也设有刑部等专门的司法机构，但最终作出裁决的在各省是督抚、在中央是皇帝。按察司和刑部履行的不过是起草草案、辅助督抚或皇帝裁决的职能。

全国国土根据地方行政区划被水平地划分，并形成了层级官僚体制对其进行垂直地统合。但在帝制中国，无论行政区划还是官制都是皇帝决定的，被分配到各地的所有官员都

是由皇帝任命并限定一定任期后转任。无论从哪个层面来讲都绝非地方自治。

而且，这里虽存在着官僚制的上下关系，但并没有审级制的观念，即并不是每个层次都具有独立、完结的审判机关，从下级审到上级审必须通过上诉这一阶梯推进。当然，根据官僚制的分工原则，轻微案件也被期待尽量在基层处理。如果当事人满意的话，确实案件在基层就会了结，但如果当事人对审判结果或审判程序感到不满，哪怕是在审案的中途，也可以随时将案件拿到上级机关（统称为“上控”）处理。而对于正式的刑罚案件，从一开始就只允许下级行政机关进行基本调查和起草草案，裁决是根据案件的重要程度，由督抚或皇帝进行的。

因此，说到审判机关，毋如说这里只有皇帝主宰的一个审判机关，其余的不过是这一机关内的事务性分工和内部监督而已。明确此点才是理解清代审判制度正确的出发点。

官僚制内的时间距离 在此基础上继续讨论审判事务的实态。再怎么说明只有一个审判机关，但中国很大，官府和官府之间是以往来文书互相联系的。而文书的制作和交换都需要花费时间和劳力，所以一体化的官僚制中，事实上也出现了几个大的区分点。第一大区分点是受理人民诉讼后州县官是自己一个人处理（这种情况下不需要制作上申文书），还是向上司上申。第二大区分点在督抚和刑部之间，即州县上申的案件是在省内处理，还是要向遥远的国家中央问询。在各省决定的称为“外结”，提交中央处理的则称为“内结”。

这种现实的区分点该怎样规定正是制定制度时最需要下功夫的部分。

2. 州县衙门的人员构成

行政机关的中心人物是行政长官。特别在清代的审判制度中，作为裁决主体出现在制度表面的只有行政长官。但是，他们一个人当然是无法完成业务的。衙门中有几种不同身份的人。因为衙门的基本构成是相同的，所以这里以与本书最密切相关的州县衙门为例，解说一下衙门的人员构成。^{〔1〕} 州县衙门有以下四种人。

官 州县衙门中分配有几名科举合格者，与后述的无功名的“吏”相对，他们被称为“官”。拥有举人以上功名的人可以求官。希望任官者要去吏部登记，吏部基本抽签选择任官者。地方官因“本籍回避”制度，不能赴任到自己的出生地，而且任期也不能超过三年。这是为了防止地方官与任地人民建立私人关系。

州县衙门设一名最高长官，因其掌州县公印也被称为“正印官”，而因其直接接触人民也被称为“亲民官”（与此相对的是，府以上的官被称为“治官之官”）。史料中也称其为“州县官”“地方官”。州县官居住在任地的州县衙门里（图10中标注为二堂、三堂的部分）。

〔1〕 以下，也请参照前注所揭的坂野著、滋贺著，此外还有滋贺秀三《汪辉祖——人とその時代》，《日本学士院纪要》64卷1号，2009年。

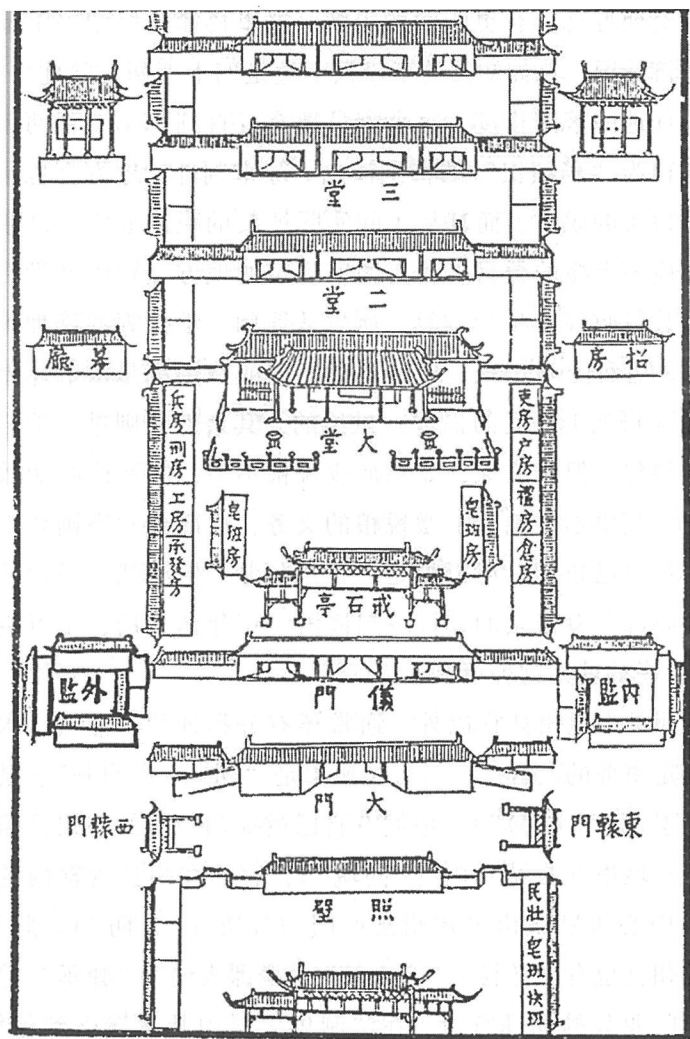


图 10 清代州县衙门建筑示意图

张伟仁：《清季地方司法——陈天锡先生访问记》（《食货（复刊）》第一卷第六、七期，1971年，第49页）

为了对地方官员有更全面的了解，这里再简要介绍一下他们的经济情况。比如知县的正俸只不过是四十五两，除此之外，根据任地的繁闲程度，每个官员还有五百到一千二百两不等的被称为“养廉银”的特别津贴。除审判外，地方官也承担征收税粮的职责。而其从民间实际征收的税额通常会高于按规定应该上缴的数目。因为国家规定的地方经费中并没有包含州县行政经费项目预算，所以从衙门、学校等的修理到州县内的各种土木工程，地方行政所需的费用都是由上述差额部分（再加上民间的捐款）供给的，其余部分则进了地方官员的腰包。但相应地，如果征收税粮不力，实际征收额数不敷时，其也不能免除上缴税粮的义务，这部分亏空则要由地方官员自己负担。可以说是一种承包制。但当然，通常情况下税收都是有盈余的。有一句谚语“三年清知府，十万雪花银”，说的就是这种情况。

州县中除州县官以外，通常还有分担征税、捕盗、水利等特定事务的次官一、二名（州中是“州同”“州判”、县中是“县丞”“主簿”）。他们有自己的衙门。有的与州县衙门在同一城市（县城）内（“同城”），有的在州县管辖内的其他副中心级别城市另建州县衙门的分所（“分防”）。此外，大的州县也有“巡检”“仓大使”“税课大使”“驿丞”等承担专门业务的助理官员。在法制史史料中几乎看不到他们，所以我们也不再详细介绍。

吏 在现代社会中，官和吏几乎是同义词，但在古代两者几乎是天壤之别的存在。吏与科举资格无关，指的是在当

地雇佣的为了讨生活在衙门内外工作的职员。由州县官任免、国家发给工食的定员是一州县百名以下。但现实中有数百名甚至千名以上的吏出入在衙门内外，以此谋生。

吏以职务来划分的话，分为胥吏和衙役两种。前者是执笔的事务员，在衙门大堂前的广场两旁设置的各房（参照图10）工作，主要从事起草文件、发行令状（“票”：逮捕令状、征税令状等）、制作征税记录（账簿和收据）等工作。后者也被称为“皂役”，从事逮捕犯人、传唤诉讼关系人与欠租者、看守囚犯、执行体罚等体力劳动。被派遣到各地的衙役被称为“差役”。

吏的收入由“工食”和“陋规”组成。前者是国家支付的工资，后者则是吏从人民处私自收取的。在执行职务接触人民时，吏通常都会收取一些钱。收取的金额有一定的行情，而且数目并不那么大。大多数吏靠陋规生活，衙门没有他们也无法正常运转。所以，从由受益者支付维持行政运营的必要经费这个意义来讲，称其为手续费比较合适。但是当然也可能有人会支付比行情更多的费用，多交费用的话，也就相应地得到了更多的服务。从这个意义上来讲，这些钱也很容易转化为贿赂。

这些可以获得陋规的地位作为一种“特权”（或者说“业”）可以在亲子间继承。或者如前所述，也可以收取一定费用转让给他人。定员内的吏虽有正式的任期，也可能被官员所任免，但实际上他们开始工作时，都需要缴纳一定的费用给前任者以承继这个职位，这和定员外的吏的交替并无实

质上的区别。

长随 为了压制这些当地雇佣的、与官员交替毫不相关的、已在当地衙门扎根的吏役们，新任长官通常会自己雇佣助手——长随和幕友赴任。

长随是也参与公务的家仆。根据地方事务的繁闲程度，官员一般会雇佣五名到三十名左右的长随，分配他们到衙门的各重要部门去监督胥吏、衙役的工作。其职名有门上（看门）、值堂（廷吏）、管监（看守）、签押（盖官印）、用印（保管官印）、钱粮（征税）、司仓（看管谷仓）、跟班（身边使唤）等。

已在别处做过官的官员有原来就跟随他们的家仆，而新科登用的官员在得知补官的消息后周围会忽然聚集一批自荐愿作长随之辈。有些官箴书（面向官僚或幕友的实务指南手册）中就写道为免今后受其掣肘，绝不能向长随借用赴任费用。这如实地反应了这些人未必是经济困窘被迫为奴，他们愿作长随是为了背靠官府的威风敛财的事实。长随的主要收入来源也是从人民和吏等处收取的陋规。而且，这陋规的一部分也会被敬献给官员。

幕友 长随虽是自己人，但归根结底只是被官员使唤的仆人，无法与之商议公务。而且州县官的主要业务征税和审判，无论哪个都需要专业知识。但这些知识既不会出现在科举考试中，做官前也未被专门训练过。因此，为了补充专业知识辅助处理公务，地方官通常要私费聘请两名到五名的私人助手，这就是幕友。幕友中“刑名”（审判）和“钱谷”

（财政）是最大的两个领域，也最有人气。其余还有“征比”（税金征收）、“挂号”（文书管理）、“书启”（书信代笔）等。幕友的薪水很高（年薪为一百到二百五十两），在衙门内被称为“师爷”，其地位相当于老师，他的薪俸也准同于家庭教师的谢礼（“束修”）。以州县官名义写就的文书很多是出于师爷之手。当然，（就像诉状中很难分辨哪些是当事人说的哪些是讼师说的那样）外人很难区分哪些是州县官写的哪些是幕友写的。

幕友多是正在准备科举考试、或者放弃应试的读书人，基本上和地方官处于同一教养世界。但自他们把幕友作为职业时起，就开始独立钻研积累各自的业务，以其专业见解游幕在各官员门下，可以说他们是独立自主的自由从业者。

汪辉祖是清代最知名的幕友之一。他出生于雍正八年（1731，汪辉祖的生日是雍正八年农历十二月十四日，其对应的公历日期为1731年1月21日），乾隆十一年（1746，17岁）考取生员。之后在正式的科举考试、乡试中屡试不中。最后，终于在乾隆三十三年（1768，39岁）考中举人，在乾隆四十年（1775，45岁）考中进士。因父亲早逝他不得不自谋生计。在乾隆十七年（1752，23岁）到乾隆五十年（1785，56岁）间，他在各地做幕友，特别是刑名幕友。之后，在乾隆五十一年受命知县，乾隆五十二年至五十六年（1787至1791，58至62岁）间就任知县，在嘉庆十二年

(1807, 78岁)去世。^{〔1〕} 结束幕友的职业生涯后,他以自己的职业经验为基础著成面向幕友的官箴《佐治药言》;在退任知县后,又著成面向知县的官箴书《学治臆说》。在《学治臆说》“得贤友不易”条目下,他以自己遍历幕友和知县的亲身体验为基础,写下了如下的幕友论:

嗟乎,幕道难言矣。往余年二十二三,初习幕学。其时司刑名钱谷者,俨然以宾师自处。自晓至暮,常据几案治文书。无博奕之娱,无应酬之费。遇公事援引律义、反复辩论,闲遇上官驳飭,亦能自申其说。为之主者,敬事惟命。礼貌衰论议忤,辄辞去。偶有一二不自重之人,群焉指目而讪笑之,未有唯阿从事者。

至余年三十七八时,犹然已而稍稍委蛇,又数年以守正为迂阔矣。江河日下砥柱为难。甚至苞苴关说,狼狈党援,端方之操什无二三。初入仕途,往往坐受其误而不自知。于此欲得贤友,宜向老成同官虚心延访,庶几遇之。

受理人民诉讼的就是这样的由官、吏与幕友组成的衙门。

3. 审判的种类

作为入口的州县 如上所述,直接与民接触的州县是清

〔1〕 滋贺秀三:《汪輝祖——人とその時代》,《日本学士院紀要》64卷1号,2009年。

代庞大审判机关的入口。《大清律例》诉讼“越诉”条。

凡军民词讼，皆须自下而上陈告。若越本管官司，辄赴上司称诉者，（即实亦）答五十（须本管官司不受理，或受理而亏枉者，方赴上司陈告）。

“本管官司”不是指原告，而是指被告居住地的州县官。那么，州县受理案件后怎么处理呢？

民刑事区分的欠缺 首先，必须指出清代的国家审判制度，并不是我们熟悉的民事诉讼（第三方对私权争议的判定）和刑事诉讼（围绕国家对犯罪者施加刑罚的司法判断）并存的模式。

其次，如前所述，这里的诉讼本身就是告发对方的违反互让义务行为，请求官员处置的框架下进行的。整体构图本来就更接近我们的刑事诉讼。而且，人民对官员的处置要求通常是恢复经济侵害的同时惩戒对方，这两种要求在观念上和事实中都混为一体。而在实际的审判中两者也是同时解决的。以解决财产争端为主要内容的审判中，如有需要也会加入轻微的体罚；在对杀人犯判处死刑的审判中，如果有成为其原因的财产争端的话，也会在判决中同时指示解决方法。

自理和上申——手续上的区分 但如果认为诉讼制度中大概没有任何手续上的分类，事实也并非如此。这里的手续上的区分是由州县官开始、经过知府、按察使、督抚、刑部，直到皇帝这一垂直路径的审判制度应该强制提交到哪个级别这一方法进行的。关于这点，嘉庆《钦定大清会典》卷四二

中这样说。

户婚田土之案，皆令正印官理焉。罪至徒者，则达于上司以听复。若命案若盗案，得报即通详，狱成则解上司以审转，总督若巡抚审勘乃具题焉。

即，人民的诉讼首先全部提交到州县官处。“户婚田土之案”，即户籍、婚姻、财产关系之类的案件，由“正印官”，即受理案件的州县官本人裁决。但即使是“户婚田土之案”，如果案件处理后需要处徒刑以上刑罚时，也必须报给上司复审。此外，关于“命案”（有人死亡的案件）、“盗案”（主要是强盗案件），在受理该案件的阶段，就先要“通详”（对省内的各级上司一齐报告），然后由州县官进行调查，“狱成”（确定罪状）后，押送犯人至省内上司处进行复审，如果总督或巡抚也认为妥当的话，则向皇帝具题。

但是，案件的种类并非只有这里列举的“户婚田土之案”和“命案”“盗案”三种。也有不属于上述任何一种的案件（典型的有暴力伤害事件、诬告事件、赌博案件等）。这些案件在实务中与“户婚田土案”一样，如是徒刑未了的案件则由州县官自行处理。处以徒刑以上刑罚的案件则有上申的义务。实务上的区分多是与是否需要上申相对应的。因此，围绕案件分类，通常使用“户婚田土斗殴赌博等细事”和“命盗重案”，这种更简便的二分法。

前者是命盗重案以外的、解决纠纷时无需使用徒刑以上刑罚的案件。这些案件完全交由州县官处理。但即使这种情

况下，如果对州县官的处理不满，当事人仍可前往知府及以上的上司衙门去控告（上控）。如果有必要，上司会参与纠纷解决。但如果没有发生这种情况，案件就在受理案件的州县官手中结束。史料中称这种处理方法为“州县自理”。

而对于后者命盗重案（命案和盗案，以及其他徒刑以上处罚的案件），州县官审理（认定事实和制作刑罚草案书）后进行上申，经上司复审后，请求决断权者（督抚以上。死刑是皇帝本人）的认可。这些手续在史料中没有适当的概括性词语来表示，讲学时称其为“必要的复审制”（滋贺秀三）等。

听讼和断罪——审判性格的差异 有趣的是，根据有无上申的义务，审判的性格也呈现出较大的差异。前者中，州县官的审判形式比较自由，可以自由地使用一并授予给他的体罚权限，并可以不受拘于实定法、随机应变地提出解决方案。而后者中，起草上申文书（刑罚草案书）之时，必须援引《大清律例》，其量刑是否适当也要严格受到上司的监督。可以说，从州县的调查阶段开始，案件的处理方式就很不同。

当然，不进行审判的话，有时根本无从判断案件属于上述哪种情况。而是否需要上申，实际上也并不是仅凭案件的客观性格决定的（这一点第六章第一节将再次论述）。仔细考虑的话，其中也存在着复杂的问题。但如果从最初就只选择可以明白看清的案例的话，就没有太大问题了。这时我们可以发现，根据案件的种类不同，这里也呈现出从入口到出口完全不同的（结果和民事、刑事的区分差不多）两种审判手

续并列的局面。抓住基本差异才是最初该做的工作。

因此，本书中暂将前者这样的裁决方式称为“听讼”，后者这样的裁决方式称为“断罪”，^{〔1〕}首先在第五章中，论述听讼从提交诉讼到最终判决之间的详细情况，重点考虑当时的审判的社会性基础问题，然后在第六章中介绍断罪的详细情况，重点论述当时的审判中实定法和判例的作用。

这样首先是听讼。如上文中所讲，户婚田土案件的诉状提交到州县官衙门后，会发生什么呢？我们将焦点聚集到州县衙门，尽可能详细地描述其中的情况。

〔1〕 本书中，关于“听讼”，主要采用了《论语·颜渊》“听讼，吾犹人也”说法，关于“断罪”则着眼于《大清律例》刑律断狱“断罪引律令”这一条文，将这两个词语用作裁决的两种方式的总称，但“听讼”“断罪”这两个史料用语在史料中未必都是此意。

第五章

听讼——审判与判决的社会基础

第一节 听讼流程 1——标准流程

1. 州县档案

史料现存状况 审判是作为行政的一个环节进行的。由于一些清代州县的行政文书（档案）保留至今，通过它们，我们可以相当详细地了解当时的审判情形。

目前利用起来比较方便的州县档案，除了《淡新档案》（台湾淡水厅，后改设新竹县）、《太湖厅档案》（江苏省）、《宝坻县档案》（直隶顺天府宝坻县）、《巴县档案》（四川省重庆府巴县）这四部早已为人所知的，还有《黄岩诉讼档案》（浙江省）、《冕宁县档案》（四川省）、《南部县档案》（四川省）、《龙泉司法档案》（浙江省）等地方档案也陆续得到发掘、整理。

不过，现存州县档案绝大部分是清代后期的卷宗。即使是在可追溯时间最早的《南部县档案》中，乾隆朝（18世纪中期）以前的卷宗数量也不足其全部数量的百分之一。关于清代前期以前的情形，不如说通常是通过包含在私人文书（比如，徽州文书这种可以追溯至明代的私人文书集）中的档案抄件来间接窥测。^{〔1〕}

文书内容的一例 诉讼档案开始于当事人提交的诉状，在它后面，当事人提交的和官府制作的与这一案件有关的文书被一份接一份地黏贴起来、归放在一处，官府决定将这个案件作为一个案件予以立案的时候，它们就被折叠起来，用写了全案名称的大幅包装纸包起来，然后保存起来。

一份档案究竟是由一份份怎样的文书组成的，我们可以看一下实际中的例子。^{〔2〕}表4以《淡新档案》中的一份文书的内容为例。此案也可以作为一个关于听讼型审判的流程的

〔1〕 高橋芳郎：《明代徽州府休寧県の一訴訟——『著存文卷集』の紹介》，同氏：《宋代中国の法制と社会》，汲古書院，2002年。中島樂章：《明代郷村の紛争と秩序——徽州文書を史料として》，汲古書院，2002年。熊遠報：《清代徽州地域社会史研究——境界・集団・ネットワークと社会秩序》，汲古書院，2003年。阿风：《明清徽州诉讼文书研究》，上海古籍出版社，2016年。

〔2〕 关于组成州县档案的各种文书的格式和内容，参见滋賀秀三《淡新檔案の初步的知識——訴訟案件に現われる文書の類型》，同氏《続・清代中国の法と裁判》，創文社，2009年。

最初的、概括性的示例。我们在这里先简单看一下它的构成文书。^{〔1〕}

表 4 州县档案之一例

- | | | |
|----------------------------------|------------------|--------------------|
| (1) | 光绪 19 年 7 月 4 日 | 【呈状】郑林氏 |
| (2) | 光绪 19 年 7 月 4 日 | 【验伤名单】郑邦试·郑林氏 |
| (3) | 光绪 19 年 7 月 4 日 | 【供状】郑邦试·郑林氏 |
| (4) | 光绪 19 年 7 月 8 日 | 【票稿】对三人传唤状的原件 |
| (5) | 光绪 19 年 7 月 18 日 | 【呈状】郑邦超 |
| (6) | 光绪 19 年 7 月 22 日 | 【禀】差役的复命书 |
| (7) | 光绪 19 年 7 月 22 日 | 【提讯名单】该提讯名单上写有“堂谕” |
| (8) | 光绪 19 年 7 月 22 日 | 【供状】郑邦超·郑林氏·郑邦试 |
| (9) | | 【郑氏家系图】 |
| (10) | 光绪 19 年 7 月 22 日 | 【遵依甘结状】郑林氏 |
| (11) | 光绪 19 年 7 月 22 日 | 【遵依甘结状】郑邦超 |
| (12) | 光绪 19 年 7 月 22 日 | 【遵依甘结状】郑邦试 |
| ----- 知县换人（叶知县卸任，刘某临时代理知县） ----- | | |
| (13) | 光绪 20 年 2 月 28 日 | 【催呈状】郑邦试 |
| (14) | 光绪 20 年 3 月 8 日 | 【呈状】郑邦试 |
| (15) | 光绪 20 年 3 月 18 日 | 【呈状】郑邦试 |

〔1〕 关于此案，在寺田浩明《中国清代民事訴訟と「法の構築」——『淡新檔案』の一事例を素材にして》（日本法社会学会編《法の構築》，《法社会学》第 58 号，有斐閣，2003 年）中做了详细分析。（中译本：李力译《清代的民事诉讼与“法的构筑”——以《淡新档案》的一个案例为素材》，载寺田浩明《权利与冤抑：寺田浩明中国法史论集》，王亚新等译，清华大学出版社，2012 年。——译者注）

----- 知县换人（刘某结束代理，范知县上任） -----

(16) 光绪 20 年 4 月 5 日 【谕】命族长调查：此后族长等着手以“婚娶日食之需”为由调整 50 石粮的分配；郑邦试一方借重该调解方案挟制郑邦超的佃户扣押了其所交租子

(17) 光绪 20 年 6 月 28 日 【呈状】郑邦超

(18) 光绪 20 年 7 月 7 日 【谕】再次命族长调查

(19) 光绪 20 年 7 月 23 日 【呈状】郑邦试

(20) 光绪 20 年 7 月 23 日 【稟】族长郑如兰等三人的报告

(21) 光绪 20 年 8 月 4 日 【谕】正式命令族长立契收执

(22) 光绪 20 年 8 月 4 日 【单】命令差役督促交租履行

(23) 光绪 20 年 8 月 28 日 【呈状】郑林氏

(24) 光绪 20 年 8 月 29 日 【稟】差役的复命书

(25) 光绪 20 年 9 月 7 日 【呈状】郑林氏

(26) 光绪 20 年 9 月 13 日 【谕】命族长进行仲裁

(27) 光绪 20 年 9 月 28 日 【稟】差役的复命书

(28) 光绪 20 年 10 月 3 日 【呈状】郑邦超

(29) 光绪 20 年 10 月 4 日 【单】命令差役将郑邦试予以拘押并强制其纳租

(30) 光绪 20 年 10 月 18 日 【呈状】郑林氏

(31) 光绪 20 年 10 月 24 日 【稟】差役的复命书

(32) 光绪 20 年 11 月 日 【稟】差役的复命书

(33) 光绪 20 年 11 月 8 日 【呈状】郑邦超

(34) 光绪 20 年 11 月 13 日 【呈状】郑林氏

(35) 光绪 20 年 11 月 18 日 【呈状】郑林氏

(36) 光绪 20 年 11 月 19 日 【单】再次命令差役强制纳租

----- 经过一段时间之后 -----

(37) 光绪 20 年 12 月 12 日【和息禀】郑如兰等三人报告“二比听劝，悦从公允……”

(38) 光绪 20 年 12 月 日【甘结状】郑林氏

(39) 光绪 20 年 12 月 日【甘结状】郑邦试

(40) 光绪 20 年 11? 月 日【甘结状】郑邦超

(41) 光绪 20 年 12 月 日【永不翻异合约字】郑邦超·郑邦试

《淡新档案》22615

这是前一章中作为诉状书写的例子被列举过内容的郑林氏案的全部档案文书的列表。我们重新来看这个案件的话，会看到，最开始是寡妇郑林氏控告说年幼时出继为养子的她的儿子郑邦试在其养父死后，一直受到他养父的亲生儿子郑邦超的迫害，直至此次负伤。她请求地方官传唤相关的人、验伤，并在开庭审理后为她的儿子郑邦试和郑邦超公平地分割家产。文书（1）在光绪十九年（1893）7月4日提交给地方官。从文书（2）和（3）可以看到，同一天，地方官将被殴打的郑邦试和原告郑林氏传至法庭验伤、取供，立刻制成了用于传唤相关人的传票的稿本〔文书（4）〕，差役据此前往当地传唤相关人。

然而，被指责为恶毒的死者的亲生儿子郑邦超一方提出了反诉状〔文书（5）〕来回应郑林氏的控告。他在那份文书里说，其实去年已经在郑林氏在场的情况下进行了分家，郑林氏这时提起诉讼缘于她企图推翻之前的分家结果。7月22

日进行了庭审。死者的亲生儿子（郑邦超）说的情形被认为属实，知县下达判决命令按照之前的分家契约对家产进行分割。出庭的三个人也都提交了《遵依甘结状》[承诺接受判决的誓约书，文书（10）至（12）]。

但这之后过了半年左右的时间，下达判决的地方官调走了。郑邦试趁机向临时代理的知县提交了《催呈状》（以催促诉讼进程为形式的诉状）。他希望的其实是获得重审，而这一企图成功了。地方官再一次进行了庭审。翌年四月到任的新任知县基于案件交接的记载，向族长们发出了调查此案情形的命令[文书（16）]。

这之后，族长们就以有利于不断抱怨的郑林氏一方的再次分家方案为基础，开始了独立的和解活动。郑林氏一方仗着族长的调解方案，胁迫死者亲生儿子郑邦超的土地上的佃户，扣押他们的田租。当然，郑邦超一方对此做了强烈反抗。结果是7月23日，族长们向地方官提交了报告书[文书（20）]，述说了上述自发调解活动的经过，称他们因为调解失败而决定放弃。然而，地方官对这一报告的批示是：“察阅所处，尚属妥洽。该职员等迅令邦超立拨租约字付邦试收执，以垂永久……如果抗不遵纳，候饬差押纳可也”，他公开认可了族长们的调解方案，并强力推动使其获得执行。族长们的方案由此变成了新的官方解决方案。但之前胜诉的郑邦超并不会轻易就服从这个结果。在这之后，双方当事人仍继续以提交诉状的形式交锋，地方官也因此形成了自己的立场并做出了种种的应对。

然而，当语气略为严厉的地方官的强制执行命令〔文书（36）〕于11月19日发出之后，双方当事人暂时停止了诉状的提交。12月12日，族长禀称已经以新的方案促成和解，“二比听劝，悦从公允，甘愿息讼，免费天心”，提出申请撤诉的《和息禀》〔文书（37）〕。在这一禀文后附有相关人的甘结状（承诺接受和解方案的誓约书）和双方当事人间签订的合约字〔文书（38）至（41）〕。知县接受了这一申请，命令结案并将合约字与甘结状作为一份文书归档。此案至此结束。从最初的起诉开始，至此一共用了1年5个月的时间。

当时的诉讼就是这样一种千头万绪的状态。正如全部13份呈状生动反映出的，双方的讼争行为不仅发生在法庭上，也以诉状提交战这一形式展开着。而且，即使已经下达判决、当事人提交甘结状以后，诉讼仍可再次开始。不过，民间也可以在审判开始以后继续进行调解。如果通过调解解决了纠纷，就可以撤诉。

下面以州县档案为素材，试着从几个方面对这类听讼型审判的流程做比较细致的观察。首先在第一节，将径直追溯自起诉开始、至判决为止的标准诉讼流程。接着，第二节将讨论附属流程（在标准流程的过程中出现的各种支线）的情形。

2. 开庭之前

批 地方官收到诉状后，第一项文书类工作是阅读诉状并在其末尾写下自己的意见。这被称为“批”。在状式纸中，

原本就为地方官写“批”留出了空间（参见前引图9）。

在前面展示过的郑林氏诉状的照片中，可以看到写有“伤经验明注单，并随时讯供堂谕，候即提质讯究断”这样的“批”。在此案中，地方官收下诉状后当即命令将郑林氏和负伤的郑邦试传至法庭，已经进行了验伤和询问，但即便如此，也要在事后将其经过写入诉状的“批”一栏中，并以此为基础传唤全体相关人并重新宣布开庭。

然后这样的“批”被写在诉状上并被抄录到州县衙门的照壁上，予以公告。^{〔1〕}当事人读了后，获知自己的诉讼得到了怎样的处理。而且由于是公开的告示，对方当事人和当地社会中的人们也可以在同一时间看到它。

准与不准 但就算提交了诉状，也不是一切时候都能这样径直获得开庭的。我们来看另一个关于“批”的例子，即《淡新档案》22213-1号的黄四吉等人的诉状。虽然后来查明真相是黄四吉等人提起的是虚假诉讼——杨文成兄弟及其婢娘从以前就因未分割的家产发生过诉讼，这次他们希望通过谎称买卖而将该家产据为己有，于是委托伪装成买方的黄四吉等人以杨文成兄弟拒绝交付土地为由提起控告，希望靠地方官的命令转移占有——但该诉状是这一案件最初的文书。

〔1〕 目前尚不清楚被告能在多大程度上获知批语以外的诉状信息。由于存在禁止被告一方为了推敲对策而贿赂胥吏、打听诉状内容的史料（在黄六鸿《福惠全书》“立状式”条中，作为副状的说明的一部分，讲过这样的事情），所以无法想象官府会积极地公开展示诉状本身。但如果什么都不开示的话，也不利于查明案情。而且传唤时交给被告的传票中，相当详细地概括了诉讼的内容。没有必要一概认为诉状的内容是完全保密的。

反过来说，这样一份含有上述隐情的可疑的诉讼突然被提交到对其背景一无所知的地方官面前。这份诉状中只有一句话提到了杨家内部的纠纷和佃户田阿恐主张先买权。对此，台北府知府林达泉批示道：

杨文成与其婢，究因何事争控。尔等所买是否控争未定之业。田阿恐系向何人议买。呈内均未明晰声叙。碍难核办。不准。

如果没有注意到这一点，地方官就将成为虚假诉讼的帮凶。如此看来，只能说其慧眼如炬到令人生畏的地步。如果地方官看过诉状后认为其中存在疑点，就会在“批”中严厉地指出来。批语结尾的“不准”是作为诉讼案件不予受理的意思。地方官也可以像这样，在读过诉状后将其拒之门外。

开庭前的沟通 那么，在知县“不准”诉状的情况下，事态会有怎样的发展呢？当然，也有当事人就此放弃的例子。而如后文中将提到的那样，也有根据“批”开始民间调解活动的例子。但与此同时，其中也混杂着很多诸如不肯放弃的当事人针对地方官在“批”中指出的不足、疑点进行补充后，再次撰写、提交诉状这样的事情。

作为一个这样的例子，在这里介绍一下胡学醇撰《问心一隅》（咸丰元年序）中收录的一件事。胡学醇是清末山东省博平县的知县。《问心一隅》是他的私人文集，收录了他以审判故事的文风撰写的，关于自己在任期中处理过的印象深刻（或者说，他对自己的解决方式相当自信和满意）的案件的回

忆文章。下面是以“当地找价”为题的一起案件的全文（在下文中，称为“寡妇请求找价的案件”）。

高家庄民妇高姜氏，有地三亩，当给伊夫胞弟高书行并胞侄高东岱、高东山，得价四十五千。族人高梓从中说合者也。嗣后高姜氏乏钱使用，向找田价，易典契为卖契。高书行不允。高姜氏来县具控。余以田价细故，自向原中理处。至当主不肯加增地价，尽可另卖。毋庸涉讼。挥之使去。

这是第二章中讲到过的“典的找绝”的实例。虽然仅看这篇文章的话，或许会觉得知县是在口头上拒绝了审判，但其实他是在“批”里写下这些内容并将其贴到州县衙门的照壁上，让高姜氏看到的。虽然知县没有明确写下“不准”一语，但这就是“不准”的处理方式。

翌日状词又来。历诉原中，向高书行加增地价，高书行等不但自己不买，不许业主典卖。种种把持，应请法断。余谓〔寺田注：下面也是“批”的内容〕，不买尔地是真，不许尔卖地是尔捏饰，以图准耳。且高书行亦非真心不买。想必因尔价太昂，而不肯买耶。姑为提讯量予区处。

从“翌日状词又来”的叙述中可以看出，地方官接到最初的诉状后当即写了批语并进行了公告，而当事人在第二天就再次回应。由此可知，虽然不同的地方官对于不同的诉讼

有着不同的处理效率，但也有这种快速处理的情形。当事人新的诉状中针对之前的“批”指出的问题做了补充说明。地方官虽然明确指出其中存在问题，但还是决定开庭。由此可知，诉讼应该是获“准”了。

阅读档案可以发现，地方官和原告之间像这样通过诉状和“批”进行数次交锋，其实是通常的做法。而且，由于“不准”的可能总是存在的，当事人为了尽可能获得“准”，就产生了无论如何都要在诉状中夸大其词的倾向，也会因此想向讼师求助。

审判内容的一例 那么，该案受理后的走向又如何呢？在增多关于当时的审判案例的知识的同时，继续介绍其案情进展。

及提到高书行一问，委系高姜氏故昂其值，每亩定须作价五十千。高书行无力加增。且言，山左荒歉之田，老爷明鉴，那里值得许多，以故决绝。回复听凭另卖外人，听见如许价值，竟无一顾而问者。高姜氏亦明知外人断无售理，硬在小人们身上找价是实。余想。高书行所供言语，却在情理。但查高姜氏年逾七十。或竟恃老迈，抵死向高书行硬找田价若干。高书行恃其理直，丝毫不拔。官司打到何时才了。

所谓“竟恃老迈”，大概是指高姜氏抱怨说：“如果这样处理，那和让我去死有什么区别。要是这么判的话，我就真

的去死。”但高书行一方也认为在土地法的层面上绝对是自己有理，所以不肯相让。像这样彼此都有可“恃”之处，就使得纠纷很难解决。

余便开导高书行曰，“骨肉为重，钱财为轻”。高姜氏即无三亩田典给于尔。向尔通缓急，尔们亦不能不应。倘伊无力自存，尔等将弃之不养乎。本县今有公断。高姜氏之地，既已当给于尔，自应向尔找价。所言一亩五十千之数，原不可凭。但〔寺田注：恐怕是在初次出典、决定典价的时候〕值十当五，俗有定例。高姜氏已用过当价四十五千，高书行再找给卖价四十五千，至平至允，两毋异议。高书行，力难独任，有高东岱高东山着作三分均摊，更轻易举也。遂如断各具结罢讼。

正如稍加思考就可以明白的，因为高姜氏提出的“一亩五十千”这一金额缺乏依据，所以知县根据典价为地价一半这一“定例”算出来的四十五千这一金额极可能也是没有根据的。如高书行所言，最正确的做法是去问问市面上的价格是怎样的。而能使高姜氏满意的四十五千这个金额恐怕是高于市价的。所谓道理，只不过是照顾到所有人的面子而已。

不如说应当注意的问题是，原告是就财产法上的问题提起诉讼，而被告也将之视为财产法上的问题进行对抗。与这样的诉讼主张相反，地方官认为问题的本质并不在这种表面现象上，而是将生活困苦老年寡妇向亡夫的兄弟们请求生

活援助视为纠纷的本质所在，提出“骨肉为重，钱财为轻”和对该老年寡妇的生活进行帮助的妥协方案，从而一举结束审判。正如特意将其收入文集这一行为所示的，胡学醇本人对这一判决感到满意，而这样的判决在当时其实通常会得到人们的赞赏。下面从具体的审判程序来看看这种随机应变地提出妥协方案及其接受的过程——传统中国的审判世界的内涵及其成立方式。

反诉状 对我们这些生活在近现代民事诉讼法环境中的人而言，民事审判是在法庭这个拳击场中，面对充当裁判的法官，通过展开辩论的方式和对方当事人相互攻击的事情。提起诉讼是向对方当事人宣战。判决是法官举起胜利者的手。双方当事人是主角。法院理所当然地将提交给自己的诉状视作当事人针对对方当事人提出的东西，并不假思索地依据职权将之送达对方。

然而，传统中国的诉讼是诉说自己因为对方的欺压行为而蒙受的冤抑之情，将这种行为被放任的情形称作“无法无天”，请求地方官立即采取适当措施惩罚对方、为自己申冤的行为。这里所谓“诉”，就是“告”，是指向官府告发对方的恶行（如果是秘密进行的，就是“密告”）。没有必要向对方当事人送达诉状，实际上也不存在这样的程序。

不过，“批”会在州县衙门的照壁上公告。如果列名其中的话，消息不久也会传到被告一方的耳朵里。如果诉状获“准”，负责传唤的人或早或晚，总会来到被告的面前。如果对方当事人认为原告的控告不当，也会主动向地方官提交诉

说己方理由的反诉状。

如前所述，在郑林氏的案件中，被指责为恶毒的郑邦超提交了反诉状。据他说，郑家的父辈中除了自己的亲生父亲郑贍南（维岩）和郑林氏的亡夫郑云梯，还有郑维叶和郑维岳兄弟二人，这两个人都已经夭折。而且郑林氏除郑邦试外，还有一个儿子叫郑邦涂。郑林氏所谓郑邦试是郑贍南养子的说法并非事实。相反，郑家已于去年分家，并有正式阄书。阄书写明郑邦试承继其父云梯，郑邦涂按照以前的约定承继夭折伯叔中的维岳，而自己（郑邦超）在承继父亲郑贍南同时的，兼祧夭折伯叔中的另一人（郑维叶）。由于全部财产为四百石（的收租权），他们按照需要承继的父辈的人数，决定以郑林氏为尊长的母子同居共财之家分得二百石，以自己为家长的一家也分得二百石。这份诉状描述的案情与郑林氏说的有着天差地别般的不同。

派遣差役 如果地方官批“准”诉状，接下来的事情就是派遣差役前往当地。尤其如果“批”的内容是传唤相关人开庭的话，地方官无须另行专门指示，胥吏自然就会草拟“票稿”（传票的底稿）并提交给地方官。地方官对这一底稿加以增删之后，胥吏据之拟成正式的“票”（传票），再次提交给地方官，由其进行检查和增删。然后，差役拿着这张传票前往当地执行命令。差役返回后，以“禀”（报告书）的形式向地方官报告执行命令的结果，同时将“票”交回。由于“票”通常将在差役交回后被注销，所以原则上其原件不会留存在档案中。《淡新档案》中，郑林氏案的票稿内容

如下：

特授新竹县正堂加二级记录十次叶，为飭提讯究事……据此，当经验讯注单，堂谕，并呈批示外，合行飭提。为此，票仰值对役（注：当值的差役），迅往该地协保（注：地保），立即分别提传后开有名被原（注：被告和原告）各正身，限三日内稟带赴县，以凭质讯究断。该役毋得违延干咎。速速。

命令的内容是传唤相关人。^{〔1〕}一旦差役报告说已经将相关的人传到，地方官接下来就会宣布开庭的日期。

在开庭前的这段时间里，被传唤的无论是原告、被告还是证人，他们都会被置于地方官的监管之下。这是因为不仅被告被看作被控案件的嫌疑人，原告也被看作诬告的嫌疑人，证人则被看作他们的共犯嫌疑人。在听讼的案件中，大多数人由县城中的“歇家”（与衙役有关系的人开设的，面向诉讼

〔1〕 此外，据滋贺秀三《清代州县衙門における訴訟をめぐる若干の所見——『淡新檔案』を史料として》，同氏《続・清代中国の法と裁判》，創文社，2009年（中文版：姚荣涛译《清代州县衙门诉讼的若干研究心得——以淡新档案为史料》，刘俊文主编《日本学者研究中国史论著选译》第8卷法律制度，中华书局，1992年——译者注）中所说，在这一阶段，差役奉命从事的工作中除了“传讯，稟带赴县”（传唤）和“查缉，锁带赴县”（逮捕），还有“查明，查复”（调查事实后提交报告），“吊契”（要求当事人提交契据），“理谕，押令”（劝说，督促当事人执行处断），“理息，妥为理处息事”（命令差役前往调停），“谕止”（命令差役阻止暴力行为），“封贮，查封”（扣押争议标的物）。如下一节中将要看到的那样，地方官如果认为已经了解案件的大致情形，甚至可以不等开庭就向当事人下达如同判决一般的结论。如果地方官认为那样处理对于纠纷的解决是有必要的话，那他会毫不顾虑地在这个阶段就下达指示。

当事人的旅店) 的主人提供“保状”后, 投宿在“歇家”中, 等候提传。^{〔1〕}

3. 审判的实际情形

法庭 终于开庭了。不过, 说是法庭, 并不是说有专门为此而建的建筑与房间。举行审判的地方通常是州县官的办公室(大堂。参见图 10)。不过, 从汪辉祖《学治臆说》中“亲民在听讼”一则中可以看出, 也有地方官觉得在大堂举行审判的话必须正襟危坐这件事很麻烦, 所以选择在内衙(州县官的私人住宅区域。二堂、三堂) 进行审判的。汪辉祖这样批评这些人:

……不知, 内衙听讼, 止能平两造〔两当事人之间〕之争, 无以耸旁观之听。大堂则堂以下伫立而观者不下数百人, 止判一事, 而事之相类者, 为是为非, 皆可引申而旁达焉。未讼者可戒, 已讼者可息。故捥〔答打〕一人, 须反复开导, 令晓然于受捥之故, 则未受捥者潜感默化, 纵所断之狱未必事事适愜, 人隐亦既共见共闻, 可无贝锦蝇玷之虞。且讼之为事, 大概不离乎伦常日用。即断讼以申孝友睦姻之义, 其为言易入, 其为教易周……

〔1〕 太田出:《訴訟と歇家》, 同氏:《中国近世の罪と罰——犯罪・警察・監獄の社会史》, 名古屋大学出版会, 2015 年。(中文版:《明清时代“歇家”考——从诉讼的脉络进行解析》, 中国政法大学法律史学研究院编《日本学者中国法论著选译》, 中国政法大学出版社, 2012 年。——译者注)

从这段史料反推可知，虽然当时并无公开审判义务的规定，但审判其实通常是以半公开的状态进行的。在衙门里，有事前来的人们大多待在大堂前面的广场上。他们与其说是在旁听审判，不如说是在看热闹。地方官也好——甚至诉讼当事人恐怕也是一样——他们在说话的时候，是意识到这些观众的存在。

提讯名单 那么，法庭审理具体是怎样进行的呢？只要开过庭，档案中就一定会留有官府制成的提讯名单和供状这两种文书。

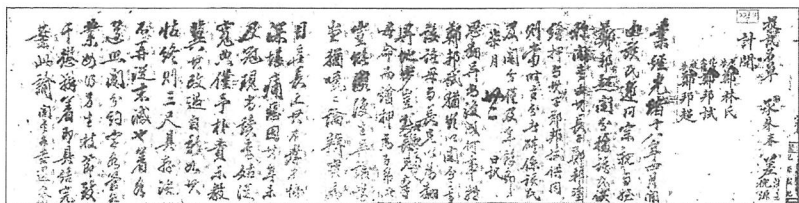


图 11 提讯名单

《淡新档案》22615-7

首先，提讯名单是提传至法庭者的名单。在图 11 中。

提讯名单 承〔经承=负责文书〕朱春 差
〔差役〕倪源

计开 原告 郑林氏 / 抱告受伤 郑邦试 / 被告 郑邦超

柒〔七〕月 日讯

田。小的曾祖用钟……今蒙提讯，断令各照原分阉书，各管各业。小的仰遵明断。沾恩就是〔“就是”的意思是“如上所述”〕。

据郑林氏供，年三十八岁……今蒙提讯，断令各照原分阉书，各管各业。小妇人仰遵明断，沾恩就是。

据郑邦试供，年十八岁。余供与郑林氏供同。

这段文字全文为墨书，但段落开始和结束的地方做的标记、日期和视必要而做的修改、润色的部分是用朱笔写的。此外，也可以看到潦草地写在提讯名单上的堂谕被用墨笔工整地誊写在供状末尾的例子。从文书形态来看，可知这是经承（负责记录的胥吏）基于在法庭上做的记录在休庭后写成，并经地方官检查、增删后的内容。

供状在原则上采取将出庭者的供述分为每人一段的方式，供述的内容并非一问一答式，而是汇总全部供述内容后加以概括的形式，但有时也有以“供……诘问……供……”这样的形式生动再现问答的过程的做法。虽然供状记载的内容以梳理各当事人见到的案件经过为主，但当纠纷在法庭上获得解决的时候，也会如前述事例那样，将当事人通过此次开庭从地方官那里获得如此这般的处断并高兴地接受其这样的内容作为供述记录下来。虽然其表面形式是各当事人自主表达对事实的认知（其中自然也包括其对各个事实赋予的意义和所做的评价），但文书本身是由胥吏写成的，可以说类似现代

日本由警察、检察官制作的笔录（日语中称为“調書”）。

在法庭上做的事 从这一文书逆推，可以认为在法庭上进行的活动是以地方官的讯问为中心的。在这一审问阶段，地方官可以自由地使用“朴责”（杖责、笞刑）和“掌责”（打耳光）等体罚措施。既有地方官以这些手段逼供的（在这种情形中，进行体罚可能等同于拷问），也有地方官以此逼迫当事人接受处断的（威吓），甚至有以在审判中体罚某一方的方式来安抚另一方的，或者以体罚的方式完成案件的部分内容的审判的（在这种情形中，体罚变成了关于这部分案情的刑罚）。此外，在多次开庭的情形中，地方官也可以随其心意将其欲对之施压的当事人“押”（强行羁押于监狱或替代性设施中）至下次开庭以前。

可以说，使用强制手段基本上是为了确定事实（查明真相）。关键在于，诉状中呈现的是当事人各自随意描绘的对自己有利的案情（自己因对方的欺压行为而蒙受冤抑的可怜形象）。在大部分情况中，双方当事人叙述的事实本身就存在着许多彼此矛盾的地方。对此进行梳理，以“实际上发生的事情是这样的”这一形式复原出一个双方认可、首尾一致的案情（统一关于事实的认识）是最重要的、第一位的工作。此外，整个审判过程是由“一旦确定了事实，应该如何进行评价和处理都是自明的”这样的想法支配着的。

堂谕 地方官形成这样的案情认识并予以宣布后，见诉讼的所有参加者对此没有大的异议，就发话说“本县公断”，

给出这天的审判结论并退庭。这一“公断”就是堂谕。^{〔1〕}郑林氏一案的堂谕如下（以朱笔写在上述 22615-7 号文书的提讯名单上）：

业经光绪十八年四月间，由该氏邀同宗亲，与姪郑邦超阉分。据该氏供称，阉书由其长子郑邦涂绘押〔以花押的形式签字〕，与其次子郑邦试供同。则当时立分者，确系该氏。

及阉分仅及年余，即思翻异，尚复成何事体。郑邦试犹欲以阉分之事诿诸母与长兄，以为翻异地步。岂知母亲立分，长兄奉母命绘押。为子弟者，岂能后生异议。当堂〔在法庭的讯问中〕犹晓晓论辩。实属目无长上。

〔然而〕其不孝不悌，深堪痛恶。因其年未及冠，现尚读书。姑从宽典，仅予朴责示教，冀其改过自新。如其怙终〔不加反省而再犯〕，则三尺〔刑具〕具存。决不再从末减也。著各遵照阉分约字，各管各业。勿得另生枝节，致干惩办。著即具结完案。此谕。阉书各发还。又谕。

其中确认了去年已经正式立下阉书这一事实，并认定这

〔1〕但也有在卷宗中任何地方都找不到写有堂谕内容的文书的档案。堂谕原则上是口头做出的，虽然一些官箴书建议将其落在文字上，但在制度上并没有这样做的义务。关于堂谕撰写的详细情形及其背景原因，参见滋贺秀三《判決の確定力觀念の不存在——とくに民事裁判の実態》，同氏《清代中国の法と裁判》，創文社，1984年。

次诉讼缘于郑林氏企图推翻自己曾经同意的分家方案。做了这样的正面认定后，得出的结论只能是维持和尊重之前订立的阄书的内容了。虽然郑林氏接受了这一决定，郑邦试仍在法庭上进行了反抗。但在一家之中，如果母亲和长兄同意了的话，孰胜孰负就已成定局了。

不过，并不是总能像这样通过一次法庭审理就获得最终的解决。如果双方坚持最初的主张的话，连案件事实本身都无法获得确认。于是如果地方官认为今天无法取得进展，就会下达“候复讯究断”的堂谕。这天的审判就结束了。而且，虽然地方官在这么做的时候当然有日后再次开庭，继续争取达成共识的意思，但多数情况下，官府并不会积极地推动开庭。也有就这么搁置着审判，诉讼自己就结束了的事情（通常的推测是，这缘于民间调解获得成功）。但在当事人仍希望在法庭上获得解决的情况中，其中一方当事人中会再次提交诉状。与之相对的反诉状也会被对方当事人提出。和之前相同的“批”与诉状的交锋再次开始。等到时机成熟，就会再次开庭。

遵依甘结状 如果在法庭上达成一致意见的话，休庭后，全体出庭者将分别提交《遵依甘结状》。我们还是看一下郑林氏提交《遵依甘结状》的实例。图 13 内容如下：

具遵依甘结状郑林氏。今当大老爷台前结得。林氏具告郑邦超霸占家业等情一案，兹蒙提讯察悉，此案业经光绪十八年四月间，由林氏邀同宗亲，与

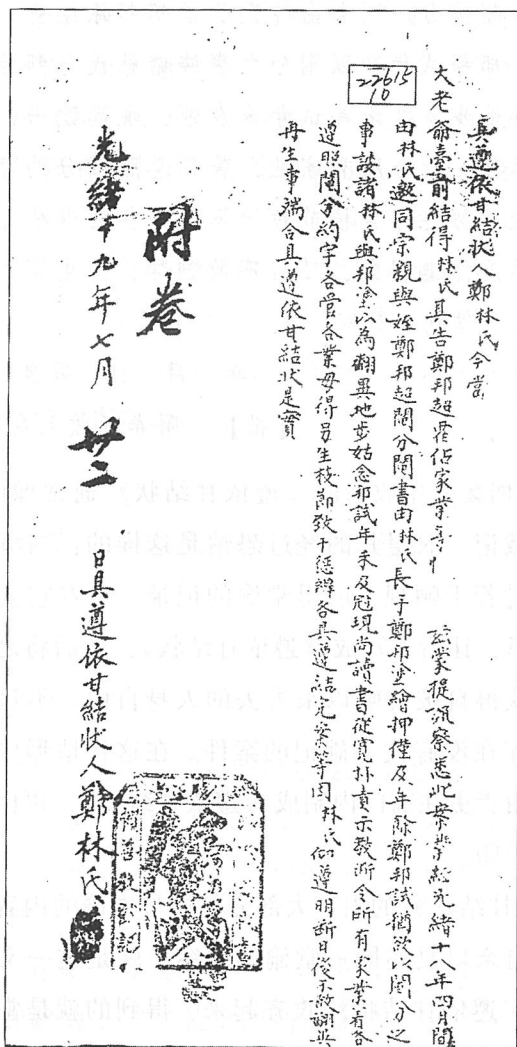


图 13 遵依甘结状

《淡新档案》22615-10

侄郑邦超阉分。阉书由林氏长子郑邦涂绘押。仅及
年余，郑邦试犹欲以阉分之事诿诸林氏与邦涂，以
为翻异地步。姑念邦试年未及冠，现尚读书，从宽
朴责示教。断令所有家业，著各遵照阉分约字，各
管各业。勿得另生枝节致干惩办。各县遵结完案等
因。林氏仰遵明断，日后不敢翻异，再生事端。合
具遵依甘结状。是实。

年 月 日 署名 拇印

【批】 附卷〔收入卷宗中〕

《淡新档案》中收录的《遵依甘结状》通常像图 13 这样
盖有代书戳记。取得其的经过恐怕是这样的：当事人退庭后
向胥吏支付若干陋规，取得堂谕的记录，拿着它去衙门旁边
的代书那里，让后者写成《遵依甘结状》，然后将之提交给衙
门，终于获得自被传唤以来失去的人身自由。不过，在其他
档案中也存在没有代书戳记的案件。在这种情形中，大概是
退庭后，由胥吏在衙门内制成《遵依甘结状》，再由当事人在
上面按上手印。

《遵依甘结状》的内容大部分是抄写堂谕的内容。让全体
出庭者各自亲口复述同一堂谕的内容，就是这一文书的意义
所在。将《遵依甘结状》收齐起来，得到的就是堂谕中宣示
的案件事实成为共同认识的证明。而且，如果全员到齐并表
示他们“甘愿”接受堂谕指示的处理方案，就意味着争议本
身消失了，纠纷也因而获得了解决。

履行 在这种“甘愿”的前提下，判决原则上是由当事人主动履行的。但在拖延履行（比如，债务清偿）的情形中，也会有对方当事人再次提交诉状、在获得履行之前将负债的一方“押”起来的事情。另外，地方官较为积极的话，也会将实现履行一事置于自己的控制之下，在法庭上完成履行。在交付金钱的履行活动中，由双方当事人向法庭提交“缴状”（已交钱）和“领状”（已领钱）等文书。而在契约纠纷等案件的履行中，地方官在法庭上将被认定无效的契据涂抹，并当庭订立新的契据取而代之。

第二节 听讼流程 2——附随的各种展开

1. 和解与撤诉

这种“诉状——批——派遣差役的文书——法庭记录——遵依甘结状”文书展开方式，是档案中的典型形态。也有虽然如此开始了诉讼程序，后来却进入了散布主线四周的其他支线的情形。

首先，存在当事人因为种种机缘而在法庭上形成最终结果前达成和解的事例（就单份档案而言，这表现为文书中断于上述诉讼展开途中的任意一个地方）。而就事例的数量而言，其实这样的诉讼展开远比下达堂谕的例子要多。

赞赏、鼓励以“批”的形式解决案件 首先，在诉讼刚

开始、当事人和地方官以诉状和“批”进行交锋的阶段中，就有一些案件被解决了。毋宁说，在当时，对诉状做出妥当的“批”来解决案件是一种极获赞赏与鼓励的诉讼处理方式。汪辉祖著《续佐治药言》“批驳勿率易”条云：

夫人命奸盗，及棍徒肆横，原非常有之事。一切口角争斗，类皆户婚细故。两造〔诉讼双方当事人〕非亲则故，非族则邻。情〔人际关系〕深累世，衅〔流血事件、纠纷〕起一时。本无不解之仇。第摘其词中要害，酌理准情，剴切谕导，使弱者心平，强者气沮，自有亲邻调处。与其息于准理之后，费入差房，何如晓于具状之初，谊全姻睦。

“批”被贴了出去。如果地方官在其中能明确指出是非曲直，并暗示出妥当的解决方法的话，那么，希望斥责对方的当事人多少也能得到满足，而仗着某种势力企图压倒对方的当事人也会稍稍注意到这样下去的话事情不会结束得那么顺利。而且，当地的第三方人士（亲戚、邻居）也会看到这一批示。他们会见缝插针地劝说当事人“即使继续诉讼，得到的也不过是这样的解决，不如就此和解，对大家都好”，从而促成调解。

临时判决式的“批” 在档案中也会看到地方官不是仅仅期待民间继续调解并且简单暗示解决方向，而是撰写篇幅很长的批语并在其中亲自做出详细的实质性判决的例子。比如，可以看一下《淡新档案》22703号文书这个例子。

蔡国卿、蔡曾氏、蔡国品等五房同族。虽然已经分过家，但有一间留作公产的店铺，其契据现在由三儿子的寡妇蔡曾氏保管。蔡氏兄弟之间好像曾经因为店铺财产的使用发生纠纷。蔡曾氏控告长兄蔡国卿强夺契据并企图卖掉店铺。五儿子蔡国品等人也提交诉状，支持此说。与此相对，长兄蔡国卿反诉称“蔡曾氏私自使用该契据，在暗地里借钱，自己前去抗议，却被兄弟们殴打”“其他人不支付自己垫付的祖坟修缮费用”。下面是蔡国卿的反诉状（档案中的第六份文书）内所附长篇批语。

蔡曾氏果将公契借银，则业系蔡国品等五房公共，何以蔡国品等不向较论，转报尔图卖公业，连名合呈。有是理乎。提验又无伤痕。明系尔无赖生事。各房既属信，详将公契交与蔡曾氏收存，历年既久，其无他虞可知。应著曾氏照旧收存，不许尔独违众议，以遂阴私。至……〔不支付祖坟修缮费用的控告内容〕……其为支饰，又属可知，亦毋庸议……〔兄弟间确曾发生互殴〕……依律二比均应责处，惟昆弟之间，情可掩法。姑宽亦免深究。

二比〔双方当事人〕将来倘无别滋谬葛，毋庸集讯。其各遵照完结此案。本府特念讼则终凶〔将诉讼坚持到底也得不到好结果。留待后述〕，为二比息事安生起见，而恐惮对簿〔双方在法庭上对抗〕。务各仰体婆心，息事修好，毋稍误会缠讼〔纠缠、

反复地进行诉讼〕。有干严究不贷。慎之，慎之。

地方官读了双方当事人反复提交的诉状后，在大致了解事态的同时也想出了解决的办法。因此，地方官若认为无须开庭，就会在“批”中表明自己的意见。即使在“批”中只做到这一步，也是不错的。或者说，即便是“不准”的“批”，也并非什么判断都没做就将诉讼驳回。

但当事人是否接受这一决定，是另外一个问题。在此案中，蔡国卿就在接到这样的“批”之后继续抗争，并最终获得开庭审理，而他也因此赢得了比之前更有利的解决结果。由此可知，当事人也有坚持主张的空间。

派遣差役所致和解 虽然上文所引汪辉祖的文章是地方官以“批”促成调解的例子，但也有很多例子是因为地方官派来了差役而达成和解的。在民间的调停合同契约文书中，有很多这样叙述原委的例子。比如，乾隆五十七年（1792）“姚思忠等人合约”的梗概如下：

姚思忠、姚思维兄弟曾将田地卖给唐正伦。当时，双方约定保留田中的坟地。但后来由于唐正伦没有对这一保留部分加以确认，就试图将地转卖给蒋姓某人。姚思忠具控唐正伦，知县已经派遣了差役前往传唤。因此形成了这样的契据：“约邻人等，不忍二家参商。从中剖明，二家悦服。和息之后，其祖坟园内，任思忠人等迁葬，思维弟兄同蒋姓人等，不得异言阻滞。此系三家心甘情愿，中间人等

并无押逼等之情。今恐人心不一，立此合约各执一纸，永远存据。”^{〔1〕}

农民的家人去世时，除非同族共用的墓地就在附近的山上，各家只能将死者葬在自己的田地里。然而从第一章和第二章可以知道，时间流逝，土地总会被卖掉。所以人们会在卖地时约定此次交易与已经存在的墓地无关。但所谓墓地，毕竟只是一个土堆罢了，因此只要一不留神，它随时都会被夷为耕地。这次的诉讼恐怕就是因为姚氏兄弟发现转卖者和买主正企图强行夷平坟墓，于是向世间控诉这一不当行为而发生的。虽然提交诉状的“战争”只是发生在当事人之间的争斗，但一旦获“准”而差役前来传唤，周围的人们未来也会作为证人卷入案件。差役突然现身于当地，邻人们对调解也就更加投入。有了这样的热情，便会有相当数量的纠纷获得解决。只要这次的毁坟危机为众人所知，自然而然就决定了应当采取怎样的解决方案。

和息呈 如果纠纷像这样在民间获得了解决，提交诉状的“战争”得到了“停战”的话，即使放着不管，官府通常也会进行“注销”、“销案”（从案件簿中删去）这些手续。不过，正式的做法是，当事人因为纠纷已经获得解决而正式提交“和息呈”，明确提出撤诉请求。也是为了介绍身份法上的纠纷，我们来看一个“和息呈”的例子。即已在第二章中

〔1〕 四川大学历史系、四川省档案馆主编：《清代乾嘉道巴县档案选编》（上册），四川大学出版社，1989年，第95页。

看过的女性被人身出典和成年后被赎回、出嫁过程中发生纠纷的那个事例——《道光十六年四月二十五日窰祥盛息状》。

情有张芳吉，以乘外霸娶具控张灏在案差唤。蚁等系属街邻不忍坐视，邀集理剖，各吐真情。实因梁陈氏，将女梁姑卖与张芳吉为婢，陈氏远嫁去讠〔恐怕是同族的人为了获得聘礼，而强行将其改嫁的〕。去年六月，有梁姑堂叔梁光沛，因见梁姑年已及笄，将梁姑赎回。芳吉出有约据，注明任凭光沛出嫁梁姑，伊不异言。冬月有幸福连为媒说合，光沛将梁姑嫁与张灏为妾。迨后芳吉云称“梁姑带有些微家具出嫁”等语，致生口角，故芳吉控准在案，扰烦宪心。经蚁等逐细查剖，梁姑并无带物出嫁情事。张灏本系凭酌说娶，亦无串霸各由。芳吉赎嫁之婢〔梁姑〕，不愿复转。任凭张灏配成，再不滋非。不敢扰烦宪心审讯，情甘请息，具结备案。为此恳恩赏准息销免讯，均沾。

县正堂批：既据理明。准息销案。各结附。〔1〕

如前所述，这一史料也反映了被出典的女性赎回后的命运。而这一调解的形成，其契机也在于差役的到来。虽然张芳吉的目的恐怕是借控告提高赎回价格，但如上所载，在街坊四邻对事态做了解释之后，他也就没有可能实现这一企图

〔1〕 四川大学历史系、四川省档案馆主编：《清代乾嘉道巴县档案选编》（下册），四川大学出版社，1996年，第377页。

了。他只能偃旗息鼓，并由邻居们基于调解的结果提出撤诉请求。地方官接受了他们的请求，批准“销案”。

宁人之道 但在这则材料的最后，出现了“准”的语句。反过来，这说明地方官理论上也可以拒绝这种请求。在汪辉祖著《佐治药言》的“息讼”条中，有这样的章句：

间有准理后，亲邻调处，吁请息销者。两造既归辑睦，官府当予矜全。可息便息，亦宁人之道。断不可执持成见，必使终讼〔将诉讼活动推进到最终为止。留待后述〕，伤间党之和，以饱差房之欲。

汪辉祖给地方官的建议当然是接受“和息呈”。但反过来说，地方官中应该也有人是即使当事人请求撤诉，却因为和解内容和自己考虑的解决方案不同，于是“执持成见”（固执于自己的判断）的。正如当事人中也有不听地方官的命令的人一样，地方官中也有不倾听当事人的愿望的人。事态就在这样的互相调整过程中向前发展着。

诉讼费用 在汪辉祖的这类文章中，反复以与“间党之和”对立的方式谈到“差房之欲”（差役们收取的费用）。事实上，虽然提交诉状这件事本身并花不了那么多钱，但似乎一旦诉状获“准”之后就会有各种的花销。汪辉祖在《佐治药言》“息讼”条中这样说：

谚云：衙门六扇〔正面的六扇门〕开，有理无钱莫进来。非谓官之必贪，吏之必墨也。一词准理，差役到家，则有饷赠之资，探信〔收集信息〕入城

〔县城〕，则有舟车之费。及示审有期〔开庭日期被公示之后〕，而讼师词证以及关切之亲朋，相率而前，无不取给〔支取必要的费用〕于具呈之人。或审期更换，则费将重出。其他差房陋规，名目不一，谚云：在山靠山，在水靠水。有官法之所不能禁者。索诈之赃〔索贿〕，又无论已。

余尝谓，作幕者，于斩绞流徙重罪，无不加意检点。其累人造孽，多在词讼。如乡民有田十亩，夫耕妇织，可给数口。一讼之累，费钱三千文，便须假〔借〕子钱〔附利息的借款〕以济。不二年，必至鬻田。鬻一亩则少一亩之入。辗转借售，不七八年而无以为生。其贫在七八年之后，而致贫之故，实在准词之初。

故事非急切，宜批示开导，不宣传讯差提〔派遣差役、传唤赴审〕。人非紧要，宜随时省释，不宜信手〔随手〕牵连。被告多人，何妨摘唤〔只选择一部分人，将其传唤至法庭〕。干证分列，自可摘芟〔免除对一部分人的传唤〕。少唤一人即少累一人。谚云：堂上一点朱，民间千点血。下笔时多费一刻之心，涉讼者已受无穷之惠。故幕中之存心以省事为上。

考虑到出庭导致的费用和经济负担的话，最好的办法是用“批”解决案件而不是开庭。即使开庭，也不按原告要求

的那样传唤许多人，而是无论被告还是证人，都尽可能少地选择一些人传唤。所谓“堂上一点朱”，是指地方官看了胥吏制成的传票中的名单后在应传唤的人的名字上用朱笔打一个点。对地方官而言，只是用朱笔打个点罢了。但对应到民间，产生的却是流血一般的艰辛。

诉讼中止的数量统计 因为上述这样、那样的原因，就有了对档案进行了统计、分析的研究者所说的那种结果：在被受理的案件中，以开庭并下达堂谕的方式结束的案件不过实际数量的三分之一。^{〔1〕}与此相反，档案中最多见的情况是卷宗在传唤的票稿那里结束。作“批”和派遣差役促成了民间的调解。它就像滤网一样，从全部案件中筛出了那些应当由地方官断结的案件。

2. 上控、翻案和转为重案

结案的诉讼甚至不待开庭就纷纷以自己的方式结束。与此相反，不结案的诉讼，总也结不了案。

上控 也有当事人在诉讼期间针对该案向州县官的上级提交诉状的事情。这被称为“上控”。在诉讼的任何阶段（提交诉状后被“不准”的阶段、受理后正在进行审判的阶段、

〔1〕 基于档案史料进行的量化研究，参见 Philip C. C. Huang, “Between Informal Mediation and Formal Adjudication — The Third Realm of Qing Civil Justice”, *Modern China*, 19-3, 1993. 此外，滋贺秀三：《清代州县衙門における訴訟をめぐる若干の所見——『淡新檔案』を史料として》（《法制史研究》37号，1988年）也根据《淡新档案》，得出了几乎相同的结论。

下达堂谕并出具遵依甘结状以后的阶段)，都可以上控。而且，接受上控的官员可以是知府，也可以是按察使或者督、抚。甚至经常有在省一级官僚机构无法获得满足的当事人上控至中央政府的事情。^{〔1〕}当事人只是在请求上级官员行使其针对下级各项工作的监督权罢了。当然，如果毫无限制地容许上控的话，必然会导致混乱。但上级官员为了全面地监督基层官员而积极奖励民众告发不好的官员，是中国官僚制度中的惯用手段。也可以说，发生在审判制度中的不过是同样的事情。上级官僚机构受理上控后，根据上控的内容将应对、处理方式区分为以下三种模式。

第一种形式是上司只使用文书询问原审州县官并指示其处理，审判本身仍由该州县官继续进行。当上司认为上控内容与催促审判有关的时候，案件得到的就是这种程度的处理。

第二种形式是派遣下属官员或相邻州县的官员，让其作为“委员”与该州县官一同审理，或者将案件移交相邻州县，命令那里的州县官处理（“委审”“批审”）。当告发内容是诉讼审理过程中有“滥刑”等不当行为的时候，就必须以这种形式处理。

第三种是上司亲自传唤全体相关人并进行审理（“提审”“亲提”）。当上级官员认为下级无法处理案件的时候，会这样做。

〔1〕 向中央政府（由都察院和步军统领衙门受理）上控的，被特指为“京控”。进而，也有跪在宫门前或拦在行幸的路上，直接向皇帝控告的事例，即“叩阍”。

无论在上述哪种情况下，上级官员都以某种方式参与到案件的审理中。即使是在第一、二种情形中，州县官也必须向有关上级报告处理的结果。不过，包括上级亲自审理的情形在内，以当事人提出遵依甘结状的方式停止诉讼这一审判性质本身，并不会因为处理方式的不同而发生变化。

翻案 甚至也有下达堂断、出具遵依甘结状之后，当事人一方再翻案的事例。^{〔1〕}既有向同一地方官再次提起诉讼的例子，也有向新任地方官提起诉讼的例子。当事人承诺接受堂谕后以对其感到不满为由向上司提起上控的案件，也可以认为是这类翻案行为的一种。当然，如果允许这样做的话，诉讼就没完没了了。此外，虽然以当事人已经提交了遵依甘结状这一事实为由，而在第一次的上控中加以拒绝是常见的处理方式，但如果当事人在被拒绝后仍然执着于陈述其不满的话，地方官就表态称既然当事人把话说到这个份儿上了，那么估计是有什么“未尽之情”吧，然后受理并再次审理诉讼的做法，才是世人眼中的好的地方官的本分。

在郑林氏案中，发生的正是这种翻案行为。这是一个难得的例子，让我们来看一下它的翻案手法吧（《淡新档案》22615号文书）。在之前的审判结束七个月之后，下达判决的

〔1〕 滋贺秀三：《清代の司法における判決の性格——判決の確定という觀念の不存在》（同氏：《清代中国の法と裁判》，創文社，1984年）一文尖锐地指出了这一问题。滋贺指出，不仅州县官的审判如此，包括由皇帝本人进行的审判在内，传统中国“确定”，“一事不再理”这样的观念在传统中国的理念层面上是阙如的；换句话说，由于存在这种观念，因此（从严密的意义上来说的）判决确定性这一概念本身就不存在；传统中国的审判具有的就是那样一种性质。

前任知县叶意深离任了。趁着代理知县刘威上任之际，郑林氏一方的郑邦试突然提交诉状。诉状的内容梗概和批语全文如下。

(13) 光绪二十年二月二十八日【催呈状】：

那份阉书是关于父辈家产分割的文书，我与郑邦超这一辈的家产分割的问题还没有解决。（依然以自己为继子作为前提提出）这个问题现在处理得怎么样了？

批：“案已断结。何得翻控。不准。并斥。”

(14) 光绪二十年三月八日“呈状”：

（接上述情形）现在，郑邦超突然尽毁、更换（能够证明我是郑贍南继子的）郑贍南的墓碑和牌位。请向族亲打听一下，就不难了解虚实。

批：“查阅卷附系图，尔系云梯之子，并无继与贍南之事。核与现呈情节大不相同。究竟当时何人继与何房，必立继书为据。著即检带来案，呈候查核。毋延。”

(15) 光绪二十年三月十八日“呈状”：

虽然接到了检带继书的命令，但我不清楚继书的情况。而且即使有继书，也应该是云梯立下之后交给贍南（如果是这种情形，那它在亲生儿子郑邦超手中），因此我无法检带。不管怎么说，我是郑贍南的儿子。请就此事问一问族亲们。

批：“复呈是否实在，候谕郑姓族房明白查复，
察核究断。”

当初以“上次的审判已经指明了解决办法，而且当事人提交了遵依甘结状”为由，在形式上驳回了诉状的代理知县，还是在通过诉状与“批”进行的若干次交锋中被带入了郑邦试的步调之中（或许他自己对此也有所怀疑），结果是走向了再次审理。四月五日，正式赴任的新任知县范克下达“谕”，命令族长调查事实，案件正式重开。

诉讼重开后的各种展开 但即便这样得到了翻案，也不要期待会有什么特别的事态展开发生。可以期待的内容，不是再次重复和之前相同的提交诉状之战、获“批”得“准”、派遣差役、传唤、堂谕、提交遵依甘结状这样的循环（与因审理不顺利无法形成结论导致的多次开庭这一展开，并没有实质的不同），就是在此期间当事人所处社会的调解努力取得成果、诉讼中止（正式提交和息呈或和息禀）这样的事情。

郑林氏案的结局 如前所见，郑林氏案的结局是，最终以民间调解的方式解决了纠纷，族长递交了和息禀。其内容如下述（37）道光二十年（1840）十二月十二日“和息禀”所示。

具和息禀职员郑如兰……等，为事经处息，恳准销案事。缘据郑林氏及其子邦试，与郑邦超互控家业一案，经蒙叶前宪断结，遵照前立阄书管业，并蒙仁宪飭差押纳，又谕飭兰等调处复夺等因。兰等

奉谕，立即邀同公亲，婉劝息事，各管各业。另再劝超抽出自己阉分内……合共五十石零八斗并契，交与邦试承管，以贴邦试婚娶日食之资〔前述的兄弟均分中的未婚者特例情形〕。立约各执，日后试与超俱照所立合约而行，不得翻异。二比听劝，悦从公允，甘愿息讼，免费天心。但事控公庭，未敢擅便，理合取具两造遵甘结状，并合约字稿粘连存案，仰乞公祖大老爷一笔阳春，爱民无讼，恩准将案注销，以免缠讼。甘棠载咏。切叩。

正堂范批：此案既经该职员等调处。准如所请，候飭承销案，并吊销差票。甘结三纸，合约稿一纸均附。

当初写在阉书中的郑邦超一方和郑林氏一方各得 200 石的分割方案，经过再移出 50 石作为郑邦试“婚娶日食之资”这一调整之后，实际上变成了 150 石对 250 石的分割方案。结果是郑林氏一方顽强取胜。鉴于最初的 200 石对 200 石的分家方案本身其实也是在族长们的见证下决定的，或者说族长们在郑林氏的吵闹下改变了主意。

事件展开的背后 从传统中国家庭的形态来看，也不是不能理解郑林氏这一坚持的背景原因。这是因为长期以来延续的家族生活方式是由四兄弟中唯一在世的父亲（郑贍南）掌握全权的同居共财状态。郑林氏、郑邦超、郑邦涂和郑邦试（此外可能还有郑贍南和他的孩子们的配偶）是同一个同

居共财家庭的成员。无论郑邦超有没有成为养子，这一点都是一样的。在家长郑贍南之下，所有人都是平等的，所有人也都是无能力的。但几年前郑贍南死了，因此变成了由孩子一代的男性郑邦超、郑邦涂和郑邦试三人组成的兄弟同居之家。这个家的运营形式实际上是以郑林氏为尊长的母子同居共财家庭。

然而这个时候分家被提上议程，谁来继承父辈兄弟四人的家业成为正式议题。某人写就了郑邦超的反诉状中所说的继承方案，郑林氏被迫接受了这一结论。然而无论这一方案看上去多有道理，之前的“三人平等（包括郑林氏自己在内的话，就是四个人）”的同居共财家族生活状态与“郑邦超一人200石对郑林氏一家三人200石，均分家产”这一分家时做出的决定间的落差都是郑林氏无论如何不能接受的。或者说，就算郑邦超继承其生父郑贍南、郑邦试继承其生父郑云梯，而郑邦涂如以前决定的那样，继承其叔父郑维岳——这些都没问题，凭什么郑邦超独占另一位夭折的叔父郑维叶的财产呢？把那100石中的一半变成我们的财产，不是更好吗？于是，她和郑邦试就编出了郑邦试做过继子这样的故事并提起了诉讼。但谎言瞬间就被戳穿。在法庭上，郑林氏也被迫接受了“因为已经在阉书上签了字，所以应按阉书分家”这样的正确意见，正式出具了遵依甘结状。

但即使如此，郑林氏到底还是不能服气。尤其这次的案件是关于夭折的二人的继承方式这样的多少能找出些其他理由的事情。见她如此牢骚不断，这回是族长们觉得当初的分

配方案果然有悖于情理。于是，他们在新加进“婚娶日食之资”之说后形成了150石对250石的再分配方案，并向当事人提出。这一方案提出后，连地方官都觉得它良好地平衡了双方的利益而表示赞同。于是大家一起促使郑邦超接受这一方案。最后，就连对此抗拒的郑邦超也被劝说的大潮吞没。这起案件就结束了。

转为重案 不过，无论是怎样的争执、怎样的翻案，以及提出了怎样不可思议的结论，如果最后能达成某一种妥协，那就是幸事。这是因为也有和以上所有内容相反，在这样的持续争执的过程中双方当事人之间爆发了人命案件，户婚田土案件因此陡变为命盗重案的事例。

比如前一章中作为图赖案件介绍过的“佃户之妻被杀案”，佃户之家的丈夫谢进仲在供述中这样说（再录）：

小的佃种唐孟香田二亩，上年欠他租谷一石五斗，原想到今年收冬还他。今年三月里，唐孟香就告小的欠租，蒙断田还唐孟香自种。小的虽然递有遵依，但小的心里想，今年我已插有禾苗在田，就让我收割，将本年的租谷，并上年拖欠的租谷，一总还清，然后退田，也使得的。

此案也是先围绕欠租发生了户婚田土诉讼而且佃户写了遵依结状后才发生的事情。佃户没有去翻案，而是直接将自己的想法付诸实行。在此过程中，偶然发生了杀人案。

再举一个土地争界的例子。^{〔1〕}事态的展开大致如下：

吴家和张家因为土地边界发生争议，地方官已经下达了处断。然而张家之后并不遵守判决，越界并非法占据了吴家的土地。当时经由保邻调解，划定了（对张家有利的）新边界。谢某从吴家购买了这块土地。虽然买卖契约上的边界是按照县里的处断那样写的，但谢某在现实中惧怕张某的强横，于是按照保邻仲裁时划定的地界管业，避免与张某发生争端。但这次张某得寸进尺，越界建造茅屋。谢某听说后，赶到现场。在互殴过程中，张某死亡。

在此案中，张某在最初的判决下达后直接付诸行动、表示反对，在周遭社会也获得了公认。然而因为他得意忘形，这一次，一直忍耐的对方终于爆发了。

小事变大 事态这样发展下去的话，就不是听讼可以解决的了。用当时的话说，就是“小事变大”。由于在理论上所有的纠纷都可能发展成这样，所以为了不变成“大事”，在任何案件的处理中都有必要在还是“小事”的时候就控制住事态。比如在“佃户之妻被杀案”中也是，如果最初判决的时候就命令地主如数偿还佃户一家自年初开始耕作至发生诉讼的三月为止投入的施肥、培育成本的话，就不会发生到秋天

〔1〕 中国第一历史档案馆、中国社会科学院历史研究所编：《清代土地占有关系与佃农抗租斗争（乾隆刑科题本租佃关系史料之二）》，中华书局，1989年，第028号案件。

时佃户一家将作物称为“自家之苗”并收割的事情。在第二个土地争界的案件中也是，张家的主张能在仲裁中被认可，估计是因为张家有相应的证据。那么，地方官要是在最初的审判阶段就对土地的权属予以正面认可、限定其权属范围并讲清楚的话，应该就不会有擅自反击、食髓知味和得寸进尺的事情了。估计当时也会有人指责是最初的“拙劣”判决和审判者的“不通世故”导致了这种事的发生。

地方官的判决要能洞察到那种程度。不过，“如此下去，恐或有不测”这种说辞也是当事人为了诉状获“准”而惯用的套话。地方官也不可以随便就屈从于这种威胁。

3. 听讼的多重性质

“终凶”的诉讼观 就这样，在这种审判程序中，当事人只要想坚持下去，多少总是有一些地方可供其坚持。但这种坚持导致的并不是另一种事态展开，而且当事人若是做得拙劣，事态还可能转为暴力事件。在无论怎样都找到一些坚持之处的另一面，重要的是只要坚持就可以由自己中途提议结束争执这一点。

当时的人们将这种诉讼观称为“终凶”（终为凶）。其出典于《易经》“讼”卦所附的说明：“讼：有信，闭塞，警惕，中为吉，终为凶。见大人有利。渡大河不利。”（“讼有孚

室，惕中吉，终凶。利见大人，不利涉大川。”)〔1〕所谓“中”，是指中途停止。所谓“终”，则像电影结尾时出现这个字的意思一样，又比如“终日”一词意味着“从早到晚”的意思那样，是指将一系列活动坚持到最后为止。“讼”卦本身并不一定是消极的。诉讼也是如果“中”就“吉”的事情。将诉讼贯彻到最后（“终讼”）才是“凶”的。

从这一立场来看，法庭外（由地方官以外的“大人”进行）的调解也是这里说的“中”的方式之一，是一种正确的结束“讼”的方式。此外，考虑到当事人不接受处断的话就不能结束审判这一点，即便是地方官下达的堂谕，其实也可以定位为当事人选择“中”的机会。这一起诉与判决的关系，与我们的常识略有不同。

听讼中的各种两面性 这样思考并环顾这一诉讼制度的话，会发现除此之外还存在另一些不可思议的两面性。

从本章开头的部分回顾来看会发现，首先在这种审判制度中，无论是传唤还是法庭上的审问，制度的大体框架都形成于官员主导下的职权主义式调查活动。但就像翻案的各事例反映出的，官员的裁断并不具有结束纠纷的绝对权力。仿佛与此相应，当事人在诉讼的进行过程中被赋予了很大的选择余地。如果当事人提出撤诉的话，官员在大多数时候并不会穷追不舍。在诉讼的进行过程中，官方所持提议权和当事

〔1〕 此句译文参考周振甫译注《周易译注》，中华书局，1991年，第31页翻译。——译者注

人所持提议权之间是怎样的关系呢？

我们之前在第四章中还看到，当时的中国人将诉讼理解为受到横暴者欺压的人向官诉说“冤抑”之情，而官应这一请求惩罚欺压他人的人、为被害人申冤的活动（此种理念的提出与正义实现的过程）。然而说到审判中实际下达的判决的内容的话，就如我们从已介绍过的仅有的几个例子中也可以明白的那样，在“诉讼的结果中确实存在基于查明的事实、明确指出曲直的判决”的反面，也有许多判决是审判者在争执双方的主张间取其中点，为了解决纠纷而做出的妥协。实际上，在“寡妇要求找价案”和郑林氏案中，我们甚至直到最后都不是很清楚到底谁是欺压者，而又是谁蒙了冤。到底应该怎样理解那样（高尚的）审判理念和这一（散漫的）审判实态之间的关系呢？

最后，从审判活动的整体构造来看，称其为要求强者做善意让步、谋求全体共存的活动是比较合适的。然而就审判的实际情形而言，不仅婢女回赎的纠纷当然如此，包括郑林氏案在内，诉讼基本是以梳理、确认事实关系的形式被处理的。从这个角度来看，似乎也可以将这种审判定性为基于查明的事实区分黑白、予以适当处置的活动。存在于这种审判中的达成妥协与查明真相这两个侧面，彼此究竟是怎样的关系呢？

如上所述，看似相互矛盾的要素从一开始就在审判中混杂一处。但当然，只拎出其中任意一个侧面来论述说这里与西方近代的审判（毋宁说，近代的调解制度）相似或者不相

似，并没有多大意义。我们要做的是，全方位地解明这一制造出这样各个侧面的审判活动的形态，并找出将看似互不相容的各个要素联结在一起的脉络。在下一节中，将通过解明这种审判追求的正确性的内涵和由此形成的制度构造，来探讨上述各要素所处位置及其彼此关系。

第三节 听讼的规范构造

不管有多少诉讼是不待宣判就可以中途结束的，也不管官箴书的作者们怎样劝说地方官“勿执成见”，在这种审判中确实也有让官员从公平的立场出发来彰显社会正义的机会。那正是促使当事人决意向官府控告的最重要的因素，而且从背后支撑着审判由官方主导这一制度侧面。前文指出的若干问题恰恰肇因于这一社会正义的构成及内涵本身。

1. 情理的教训

探求最妥当的共存底线 诉讼的目的是申冤。但这经常可能只是因为那主张自己蒙受冤抑、已经无法再忍的原告忍得不够。是谁在欺压别人，又是谁蒙受了冤抑——这只能根据最终的、最妥当的共存底线来判断。那么，这一最妥当的共存底线是怎样确定的呢？或者说，这条线有着怎样的特质呢？

法、情、理 关于正确的裁断应当具有的属性这一问题，

几乎所有的官箴书都基于天理、人情、国法三者，用诸如“揆之天理而安，推之人情而准，比之国家律法而无毫厘之出入”这样的话进行解释。滋贺秀三通过对审判事例（判语）的研究，从以下几点阐明了这三者在实际审判中具体指的是什么。^{〔1〕}

首先，虽然官箴书关于国法说了上面那些话，但仅就判语中看到的情形而言，绝大多数的案件是没有提及国法就得出结论的。即使是在难得的引用律文的事例中，援引的国法也仅限于一部《大清律例》，且其处断不一定与律文完全相符。

文章在最初的部分围绕判语中看到的许多使用“情理”表达两者联系的例子探讨了天理与人情，将其称为“社会生活中健全的价值判断，特别是一种衡平的感觉”。接着，文章

〔1〕 滋贺秀三：《民事的法源の概括的検討——情・理・法》，同氏：《清代中国の法と裁判》，创文社，1984年。（中译本：范愉译《清代诉讼制度之民事法源的概括性考察——情，理，法》，王亚新、梁治平编，滋贺秀三等著《明清时期的民事审判与民间契约》，法律出版社，1998年。——译者注）此论文原题为《清代訴訟制度における民事的法源の概括的検討》，初次发表于1981年。此外，在同氏《伝統中国における法源としての慣習——ジャン・ボダン協会への報告》（同氏：《続・清代中国の法と裁判》，创文社，2009年）中，也就同一问题做了简要梳理。另一方面，虽然到前一节为止主要是利用州县档案对审判程序这一面进行考察，但仅就审判内容而论的话，可以利用地方官将自己在任期间下达的审判的结论部分（堂谕和有裁定内容的批语）汇编成册的个人文集这一数量庞大的史料种类（文献学将其统称为“判语”或“判牍”）。关于判语的概况，参见森田成満《清代の判語》，滋贺秀三編《中国法制史——基本資料の研究》，東京大學出版會，1993年。此外，三木聡、山本英史、高橋芳郎編《伝統中国判牘資料目録》（汲古書院，2010年）对几乎全部的目前可以利用的明清时期判语（判牍）做了详细的文献讲解。

将两字拆开，分别予以讨论。首先，关于“理”，文章举出了“有借必还，一定之理”“父在子不得自专，理也”等例，认为其是普遍适用于同种事物的道理。与此相对，“情”则被认为大致囊括了三种宽泛的领域。第一种是情节、情况的“情”，即具体的事实关系，指“要求（判断者）在判断之际，不能将作为直接对象的事实和现象孤立起来，而必须将其置于与作为背景的各种事实和现象的具体关联中，加以同情的理解和评价”。第二种是在指责道学先生的说教“不近人情”时的人情，即活生生的、普通的人们的想法，指“对一般人而言是正常的、并非不合理的要求”。第三种的含义如同富人的善意让步被称作“情让”一样，是指人与人之间的友好关系，“要求（审判）尽可能向着维持、修复人与人之间友好关系的方向进行”。

基于这样的讨论，文章再次指出这种“理与情既是对立的概念，同时又相互联结、相互补充，形成‘情理’，即中国式的理智（良知）”，而且情理与法不是对立的，恰如当事人所说的“律例者，本乎天理人情而定”，认为律例部分地实定化了情理，情理通常作为审判的线索发挥作用，即“法律是由情理之水的一部分凝聚而成的冰山”。

如上所述，滋贺对法、情、理（尤其是后两者的含义）做了细致的分析性介绍，但就如官箴书在记载时偏好连用“天理人情”二者，而滋贺自己最终也采用了“情理”这一连用方式进行表达所示的，最重要的一点恐怕是天理和人情这两种要素同时得到满足——反过来说，只有理或者只有情，

都是不行的。^{〔1〕} 虽然确如在第四章中看到的那样，在传统中国也存在家族法和土地法的道理，但其会被贯彻到何种程度，要视案件与对手的情况决定。就如清律“威逼人致死”条规定的那样，关于“户婚田土钱债之类”的权利主张并不是在所有的情形下都会得到尊重。无论是怎样的道理，也要根据对方的具体情况加以调整。秩序正是在这样的考虑到对方的处境并互相谦让的过程中形成的。如此看来，构成民间日常交往关系的基础的，最终也只是与此相同的情理判断罢了。正如滋贺所说的，情理是“社会生活中健全的价值判断，特别是一种衡平的感觉”。它不仅是审判中的判断标准，也广泛适用于日常的社会生活。

说理与心服 但与此同时，民众也有“私欲”。有时会犯下“欲之失”的错误并因此迷失正途。其结果是导致被侵害的一方主张“对方欺人太甚”，引发诉讼。那么，怎样做是合适的呢？关于解决诉讼的方法，当时的人们认为，如果当事人的一方甚至双方都不明白什么是合乎情理的行为的话，就应该由明白的人教导他们。对此，高见泽磨以“说理与心服”

〔1〕 因为理和情通常一起出现，实际上无法将什么是理，什么是情区分得那么清楚。而且，即使区分得开，也没有什么好处。比如，在老寡妇请求找价的案件中，地方官所说的“骨肉为重，钱财为轻”和“恃其理直”的高书行所说的理的关系相对，应该属于情。但将与“父在子不得自专，理也”的理并提的话，则也可以在同一意义下看作“理”。在第七章第二节中，将再次讨论理的自明度问题。

一语做了如下界定。^{〔1〕}

所谓说理，是指明白世间的道理并对双方当事人所抱的问题有足够同情心的公平、有德的长者（大人），对彼此争执的当事人施以恳切的教导，晓谕他们什么是合乎情理的行为（及在此基础上形成的最合适的分配标准），从而实现人与人共存、共荣（公）的活动。在这对面，是对说理感到心服的民众。聆听教谕之后，即使是无德（因此一时迷失于私欲而参与争执）的民众也会懂得互让精神（舍私而立公的必要性），由此渐渐悔悟，达成和解。

相争的双方当事人全体从心里接受长者、大人所教谕的唯一、正确的结论（成为他们自己的思想，他们舍弃各自的私心，实现了公），纠纷由此平息。高见泽磨说，这是传统中国的纠纷解决、秩序形成过程的模型（或者说神话），反过来说，纠纷获得解决时，相关人是在各自扮演着其在这一图式中被分配扮演的角色。

劝说的困难 没有必要否认这一纠纷解决图式在当时的社会中具有一定程度的现实性。有时，也存在像前文所见的用秤杆殴打哥哥的弟弟那样的谁都看得出来个中曲直，所以一旦犯人一方受到斥责，其也没有除反省自己外的其他选择的事例。此外，如果裁断的人对当事人双方拥有压倒性的日

〔1〕 高见泽磨：《罪観念と制裁——中国におけるもめごとと裁きから》，柴田三千雄編：《規範と統合（シリーズ・世界史への問い5）》，岩波書店，1990年。

常声望的话，也可能产生“既然那个人都那么说了，那事情可能就应该那么办吧”“不管怎样，就按那个人说的去做吧”的效果。

但毋庸赘言，这一断言存在的问题是：事情总是这么顺利吗？清末曾任苏州府知府的何刚德对在新任地方官之际前来求教听讼秘诀的侄子，给了如下忠告：

殊不知，词讼一判曲直，便有一德一怨。汝断百案，便有百个怨家。怨家那肯说汝好话。吾此言，非教汝不断案。真正刑事之案，却宜迅速断结。如果处当其罪，而又出以哀矜，则民亦何怨。所最宜慎者，民事之案耳。户婚田土，头绪纷繁，情伪百出，人各绘一图，各持一据，目迷五色〔欲望〕，从何处说起。是非使之调处不可。……但少断案，总少怨家。吾生平听讼颇不让人，今为此言，岂尽滑稽。〔1〕

虽然因为是清末的史料而出现了“刑事”“民事”这样的近代法用语，但其指的分别是“户婚田土细事”和“命盗重案”。的确，在个别主义和不限制论据的情况下，几乎不可能有逻辑地从根本上揭示什么是合乎情理的利益分配。只要当事人固执己见，其就不可能坦率地接受教谕内容并感到心服。而且最后就会变成逼迫某人让步的状态。不管怎么说，结果

〔1〕 何刚德：《客座偶谈》（清代历史资料丛刊），上海古籍书店，1983年，卷三，第11页。

其实只是招致某方当事人（弄得不好的话，是双方当事人）的“怨恨”罢了。^{〔1〕}

何刚德在此得出的结论是将这样的案件交给民间调解比较好。但不必多说，毕竟不能以为那么做就会一帆风顺。正如前面说的，说服力不足的问题在民间调解中，也以与审判中相同的方式存在着。相反在很多情况中是曾经在民间试着进行说服但却失败了的纠纷，被寻求更高权威的当事人提交给官府。就算将它推回民间处理，也不会有什么途径解决。实际上，不服地方官裁断的当事人，会向拥有更高权威的人即地方官的上司诉说其不满。那便是前文看到过的“上控”。然而，虽然增大了一层权威，由于上司的裁断在本质上与地方官的裁断是相同的，其实不管告到哪里，这一无法论证的问题都是无法从逻辑上予以解决的。于是，现实中不时有一起诉讼持续了数十年仍不告终的事情发生。

事实的另一面 但同时也必须指出事实的另一面。即，尽管存在这种结构上的无尽性，绝大多数的案件还是在诉讼进行过程中的某一个阶段迎来了某种解决（为什么在传统中国，大半的“讼”都正确地获得了“中”？）。我们要做的是阐明这个秘密。而其答案——虽然是个悖论——是，这一结

〔1〕 关于这一史料更为详细的论述，参见寺田浩明《清代聽訟に見える「逆説」の現象の理解について——ホアン氏の「表象と実務」論に寄せて》，《中国——社会と文化》第13号，1998年。（中译版：海丹译《对清代审判中“自相矛盾”现象的理解——评黄宗智“表达与实践”理论》，邓建鹏主编《清帝国司法的时间、空间和参与者》，法律出版社，2018年——译者注）

构上的无尽性正源于对裁断感到不满的当事人纷纷将其问题提交到更广的层面中的行动上。

2. 说服与信服的平衡点

裁断方 首先就裁断方而言，如果自己的判断会被对裁断中的某方面内容感到不满的当事人暴露在大庭广众之下，连裁断者的人品都会由于这一曝光活动而遭到毫不留情的评头论足的话，其就必须一直致力于做出无论是谁都会认为公平的判断、无论拿到哪里去都不会丢人的判断、天下只要是正常人（天下所有持健全常识的人）都会认同的判断。但除了上述“自明之理”型的简单案件（easy case），“什么是合乎情理的”这点是完全无法自明的。虽然裁断方致力于给出天下所有的正常人都一致认同的判断，但既然现在发生了纠纷，那么首先双方当事人在判断上就存在分歧。而纠纷越严重，其背后的社会判断就越分裂。只要当事人认为有人支持自己的主张，纠纷就不会停止。

结果，裁断者被要求的不是从哪里找出一个谁都会认同的判断来，而是在当下通过自己的发言将当事人所处社会的大幅分裂、分散的判断在现实上整合起来，在目之所及范围内的人们之间形成共识。为了超越、克服现实中的对立，有必要超越某些理念。但如果理念过于高远，超出了人们可以理解的范围的话，等在后面的就是“不近人情”的指责。裁断者被要求完成的，是洞察人们的判断的趋势，通过率先发现解决点、整合点的方式促成大多数人的共识，并以此为依

据逼迫对抗的当事人表示赞同，这样一种复杂的活动。

向上告、向上告 然而，无论小范围内的人们的意见如何一致，天下是广阔的，仍然存在一些可以努力的空间，让不满的当事人反对这一结论和提出它的人们，让他们可以宣称“此地的人全都畏惧对方的威势，所以不敢说出正确的意见，或者因为与对方当事人的人际关系而行事不公，另有真正公平的意见，正常的人们听了之后应该就会立刻明白我的困境”。见诸实践，就是上面说的“向上告、向上告”这一控告的过程，打官司也是其中的一个环节。尽管行为的实质不过是围绕随处可见的小利进行的交锋，但随着争议渐渐公开化，其变得仿佛那背后是关于大义的争论似的。

但反过来说，这也意味着对当前答案表示不满的当事人同样毫不怀疑存在着能够说出天下所有人都不得不认同的唯一答案（关于这个问题的“天下共论”）的公平的人这一点。因为其本人也是天下的正常人的一员，所以一旦有人真的给出那样一个答案，当事人也不得不接受它。

争执方 这样一来，彼此争执的当事人也渐渐被迫做出艰难的决断。确实，存在无限的空间去质问“现在放在面前的答案真的是那个天下的正常人都会认同的答案吗”。这为将问题提到更广的层面和更高的权威下，提供了动机与正当性。而且，如郑林氏案所示，如果当事人持续表达强烈的不满，也可能导致裁断方对此作出回应、重新调整答案。但在只要坚持就多少有一些可争之处的反面，当事人也不见得真的有可能支持其彻底对抗的坚实基础。如果恰恰是“大家都这样想”

这一点变成正义的最大的根据，天下公论的趋势其实就越来越明朗了，当事人也越来越难以与之对抗了。就像陷入包围圈的郑邦超最后那样，一旦看到目之所及的范围内的人们谁也不敢为了自己说话，当事人就产生了孤身反抗的话会被看作固执于“一己私见”的“顽固”之辈而遭到孤立的恐惧。向弱者让步以提升自己的社会评价这种长期利益也是存在的。此外，还有诉讼费用的问题。当事人的诉讼意欲因为这样、那样的原因而消减、衰退。通常就在诉讼的某个“盈亏平衡点”上，当事人明白了前面说的“中讼”的意思。

天下公论的内涵 于是，一旦彼此争执的当事人最终全体接受同一解决方案，那一结论就姑且成为（解决这次的案件所必需的、充足的）天下公论、天下的人都认可的答案，提出这一结论的人也将因率先提出这一公论而被誉为至公无私、公平有德的大人。

这是唯一可能的解决方式。在这里，只有达成上述状态，或者不达成上述状态两种选项。虽然不能保证一定能成功解决，但如果无法达成上述状态，则只有“终凶”一途。

事态的主宰者 在这一意义上，这里主宰事态的既不是审判官本人，也不是当事人本人。也许应该说，是人们觉得确实存在“天下凡是正常人都认同的唯一的答案”这一想象在主宰事态。关于裁断内容和审判者权威的判断，也是根据这种想象进行的。而最终挫败当事人的抵抗的，也是对“所有人都这么想、只有自己一个人持不同意见（这样继续下去，自己最后就会被踢出‘正常人’的范围）”的恐惧。而且非

常有趣的是，那个“唯一的答案”并非以某种客观的形态预先存在于某处，而是因为每一起个案都是不同的，所以只能是个案处理中根据个案的情形得出的。或许，审判的过程就是人们通过上面那样的博弈共同得出那个（自缚的）答案的事。

3. 情理与真相

此外恐怕还要指出另一个独立的论点。即，上述冲突与整合的过程，是以关于事实的不同叙述彼此冲突并由裁断者进行梳理（所谓“查明真相”）的方式进行的。

案情叙述的冲突 这里最重要的问题其实是，双方当事人以对自己有利（但彼此完全不同的）形式诉说着自己主张的正当性。即使诉状中描述了可怜的原告受到阴险毒辣的被告的单方面欺压、被“轻易噬为鱼肉”的情形，接着读了对方提出的反诉状就会发现，其中会说原告的行动其实才是引发纠纷的最主要的原因。而且就像我们在前两节中看到的那样，当事人的叙述不仅缘于从自己的立场看事件而产生的偏见（bias），而是或幸（有才能的地方官可以轻易地发现并指出谎言，由此断定对错、善恶）或不幸（增加了审判的难度）的，其中还混杂着大量的谎言。从史料中可以看到，结果是在听讼的事例中，通过收集证据、调查事实来揭穿一方当事人的谎言好像就是完成了全部工作的案件占了多数。比如前一节所见围绕婢女回赎发生的张芳吉的讼案，地方官仅确认了婢女没有带走财产、回赎是根据当初的契据进行的这两点

事实就做出了全面判决，不如说其在审判中甚至都没有提到“情理”一词。

运作复杂事实的例子 即便是在可以看出情理判断在实际上主导了诉讼事态展开的案件中，在法庭上实际做的事情，大多也表现为梳理事实这一形式。

比如在郑林氏案中，地方官基本上直接将郑林氏最初的控告中说的“事实”与“郑邦试并非养子，去年郑林氏已经接受了分家方案并分了家，这次的控告是翻案”这一“事实”对立了起来。而在老寡妇请求找价的案件中，则是将寡妇描述的“事实”与“老寡妇固执地要求亲戚以比市价高的价格进行找价”这一事实加以对立。但是，单纯的查明事实活动并不能推导出解决纠纷的办法。不过有趣的是，虽然最终的解决方式指向其他地方，审判仍是以梳理事实、发现其他“真相”的形式进行的。

在郑林氏案中，首先，最开始已经在同族的见证下，写了按 200 石对 200 石的比例分家的阄书。而且在第一次的审判中地方官（就以此为事件的真相）下达堂谕，要求当事人执行阄书的决定。然而在郑林氏的持续努力下，对其的同情渐渐在同族中蔓延开。最终，以已经确定了继承人的财产按 100 石对 200 石分配这一基础方案为前提，形成了将尚未确定继承人的 100 石予以均分的分配方案（150 石对 250 石）。恐怕人们是先形成了这一直观的、平衡的判断，不过最后出现了聪明的人，其设法讲述了一个完满的包含了从最初的分家开始，到这次修改提案为止的全部情形在内的新故事。即，

“虽然最初分家时的想法和做法都是正确的，但不知道为什么所有人都没想到郑邦试的‘婚娶日食之需’。所以这次对此加以纠正”。即使在那之前谁都没有想到这件事（甚至郑林氏一方也对此未发一言），而这个问题没被考虑到也确属事实，那么，也许引发此次纠纷的间接原因正是同族的人们对于寡妇之家顾虑不周、缺乏同情。以这个故事为基础，官、民协力形成了新的包围网。最终，郑邦超也接受了这个故事。如果以为这个故事说的就是事件的真相，那直接的结论就是这次应该再转移 50 石的收租权以补充、纠正之前没有想到的那一点。

而在老寡妇请求找价的案件中，针对双方当事人均就土地法提出问题这一点，地方官单方面认定事件的本质是生活困难的老寡妇向侄子们寻求帮助，并质问他们：“骨肉为重，钱财为轻。高姜氏即无三亩田典给与尔。向尔通缓急，尔们亦不能不应。”这么说了之后，事情就朝着侄子们良心发现、乐于帮助老寡妇的方向发展了。也许高姜氏所控之事的“真相”就是这样的吧。

查明真相的内涵 当然，这些确实也可以看作某种“查明真相”。然而实际做的事情并不仅是单纯的发现与梳理事实。毋宁说是在认定了最终结论的基础上，以从结论反推的方式，斟酌处理、重新组织应当着眼的事实。在摸索出一个全体相关人可以（作为其后的行为和事态处理的前提）而共有的案情（附带价值判断的事实认知）的同时，也推导出了与之配套的解决方案。只要是正常人，一看到这样的事实就

会这么做。而幸运的是，全体相关人员都是正常人。于是，纠纷解决了。

情理与真相的关系 合乎情理的结论不是以抽象的说教的形式提出，而是面向结论并以重组事实、形成案情的方式进行的。或者反过来也可以说，事实的查明实际上也是以与情理判断不可分割的方式进行的。即使所谓查明事实确实只是单纯发现和指出未经加工的事实，其背后也隐藏着“那个事实是好的”这一情理判断（在上面说的婢女回赎案的背后，也存在着“张芳吉这次的主张完全不值得同情”这一情理判断。如果他有值得同情的地方，那地方官一定会立即从现实中找到必要的事实并对之加以重组）。

但因为是这样的情形，如果从事实入手仍然没有找到适当的妥协方案的话，最后就会陷入僵局。在现实中，第一节中说的那种没有形成结论的审判就在当事人的事实认知彼此对立的状况下结束了。

以事实梳理为中心的原因 纠纷及其解决的方式之所以像这样以指出、梳理事实的方式进行，其深层原因应在于我们自第四章以来就看到的、要求将所有的事实都加以论据化这一点。在近代西方法的审判中，制度预先区别了可以在审判中用作论据的“具有法律意义的事实”和此外的“单纯事实”。只有“法律事实（日语中称为“要件事实”）是否存在”这一点会在法庭上成为争议点。但在传统中国的审判中，并没有这样的限制。因此，毋宁说“事实”是无限的、大量存在的。“目迷五色”的人们选取自己看重的事实，以之作为

各自的“一据”，并各自据此描述实施欺压的对方和蒙受冤抑的自己这样的“一图”。在全无谎言与夸张的同时，当事人基于各自的事实描述出的案情的内容可以是完全不同的。

因此，法庭审理以梳理当事人主张的事实为中心进行，最后由地方官口中说出一个案情来。当事人们也各自在遵依甘结状中亲口复述这一事实认识，并表明自己希望执行地方官给出的事后处理方案。争议点不再存在。而且，因为全体相关人都愿意按照地方官给出的今后的处理方案来执行，所以也没有必要由地方官强制执行。地方官扮演的角色，是在当事人之间导出上述状态的媒介。

共识的形成 情理教谕和查明真相就是这样互为表里的。在前面引用的滋贺秀三的论文中，讲了情理的重要性。但在其他的地方，滋贺先生也说民事审判的目标是“围绕事情真相的各当事人的主张、认识之间的沟壑被填平，达致各方当事人共有基本相同的认识的状态”，及“不是形成自己的内心心证，而是在自己、当事人、相关人等众人间形成共识，这正是听讼程序的核心目标，审判官应该不计手段地实现这一目标”。〔1〕“共识”——这一跨越了主体与客体、主观与客观的词，确实适合用来宽泛地涵盖传统中国的审判中的一切展开形态。

〔1〕 滋贺秀三：《清代の民事裁判について》，同氏：《続・清代中国の法と裁判》，創文社，2009年，第161—202頁。

4. 正义的内涵

表里逆转 上述这种逻辑，将“官员进行教谕”和“当事人承诺接受裁断”这两个阶段，及“形成妥协”和“查明事实”这两种活动连接了起来。

虽然“裁断在何时成立”在很大程度上是由当事人决定的，但就裁断成立时的局面而言，给出答案的是审判官。正是因为当事人受到了那样的教谕，这次的纠纷才得到了解决。虽然这里面也掺杂了选择与评价的因素，但原则上，地方官是在指出事实。无论是“说理与心服”之说还是“查明真相”之说，说的都是事实。

不过，也不应该隐瞒这么获得的正义判断的内容的客观性非常薄弱。虽然纠纷解决模式表现为由懂得大家都应该认同的正义（情理）或真相的大人将它讲给不明白的民众听这一形式，但在这后面起控制作用的，是“所有人在现实层面上认同、接受的内容是正义（或者真相），因为大家在现实层面上接受了它，那么第一个讲出它的人就是大人”这样一种机制。在围绕听讼的官方提议权与当事人提议权的关系的背后，也存在这一解决规范具有的上述两面性。

所得“正确性”的特征 正因为此，即使在最顺利的情形下，听讼能得到的解决方案的内涵（或者说在审判中得出的“正确性”）也具有特殊性。

第一，当事人关心的主要是利益分配结果的总体平衡是良好的这一点。在审判中要实现的，也是关于“这次发生的

事情（就）是这样的（吧）”这一个案事实的个别认识的一致。在此过程中，个别的家族法、土地法的道理毋宁说处在为“情”的要素所相对化的那一方。虽然它们也经常被当作正当的解决方案，但正如谁也不敢指出寡妇要求找价案的“典价通常是售价的一半”这一说法存在的逻辑错误所揭示的，那是为了照顾当事人的面子，使其接受妥协方案而提出的一种权宜之策。又如谁也说不出计算“婚娶日食之需”的金额的依据所揭示的，人们也基本没有让这些道理成为可以重复适用其内容的通常法则的想法。无论从哪个角度看，“正确性”都是与个案配套的，其难以超越个案而具有一般性。

第二，关于“这是否确实是所有人都认可的‘正确性’”这一点，也准备好了“目之所及的范围内，所有人都这么想”这样一种“实证基础”。然而，其实连当事人都参与了这一认定游戏（不管在任何时候，他/她都可以说“我其实是不服的”。只要他/她想这么做，就可以把问题提到更广的层面去）。正如在郑林氏案中看到的，答案最终落到哪里，在很大程度上取决于当事人的努力程度。在这一过程中被确认为事实的那些东西，被人们看作这次的案件的“正确性”、情理内涵和事件真相。

这样一来，尽管“情理”是一个价值术语，其内涵也具有相当程度的事实性。或者说，由于“情”一词不仅包含案件本身的客观情况，还包含、混杂着所有与纠纷解决过程有关的事情，因此无法从一起起案件中完整地分割出理念性要

素。这看来就是为什么本应亲自开始讨论“情理”一词内涵的滋贺秀三，最后却就民事审判得出了“所谓情理，不待人为提出命题。源自天良的（中国式的）正义感、衡平感才是其根本的引领者。（民事审判是）审判官和双方当事人在个案中以问答的形式进行讨价还价，决定何为情理的机制”这一（令最初的设问变得毫无意义的）答案的原因。^{〔1〕}

民事审判的地位 的确，传统中国的审判在某种意义上也指向正义的实现。但这种正义的内容是不可靠的，而它又是通过这样不可靠的方式来实现的。审判既是查明真相，也是达成妥协。其解决方式既体现了互让精神，也是软磨硬泡和忍气吞声的混合物（amalgam）。这一解决结果既是合乎摸索双方当事人的苦衷度和从容度后得到的情理的，也是单纯息事、敷衍一时的。这两者与其说是理想和现实的关系，毋宁说几乎是同一事物的两个侧面。

即使从制度结构来看，既然裁定者的正当性取决于当事人是否接受裁定，那么显然存在结构上的不稳定。而且，由于审判是个别主义的，不论什么样的结论都是一次性的。传统中国的审判就是无止境地继续做着这样的事情。但反过来，

〔1〕 这段话引自前引滋贺秀三《清代的民事裁判について》，第231页。此外，在《民事的法源の概括的検討》一文的结论部分（第292页）也论述了同一主旨的内容。虽然滋贺本人好像完全没有注意到这一点，但这不过是他在其他地方频繁否定法在传统中国的存在（比如“统治者和被统治者形成同一个法律共同体关系的形态表现为：审判官讲述什么是共有的法，民众倾听并确认审判官所说的是不是与自己的法意识相符”。引自滋贺秀三《清代中国の法と裁判》，创文社，1984年，第80页）中的一个例子而已。东西方的差异并不是有没有这种官民之间的共同关系，而在于获得确认的“法”的内涵不同。

正是“不满的当事人无论什么时候都可以将问题提到更广的层面”这一制度中的不稳定性，在这里保证着审判的公正性。在这个人们议论说案件有无限的个别性，将与之相符的个别主义的解决标榜为理念的环境中，甚至无法想象究竟还能有什么在此之上、之外的处理方式。

于是，人们一边互相推搡着，一边找出当下的解决办法，将社会生活继续下去。而回过头来看，生活在社会中的当事人之间的日常交往本身，正是这样彼此推搡、试探底线、就眼前的利益实现“双赢”的事情。当社会生活的水流停滞不前的时候，第三者就介入其中，疏开缠绕在一起的地方，恢复水流的流动。这正是民事审判在传统中国承担的社会功能。

比较的视角 这是中国这一在历史上早熟的大规模官僚制国家向生活在高度市场经济化、契约化社会中的人民提供的民事审判。当然，接着就会出现“为什么在传统中国，国家进行的审判必须采取这样的形式”（或者说“可以采取这样的形式吗”）的问题。在提出这种问题时，被当作比较对象而意识到的，当然是西方式的审判。我们熟悉的西方式审判的形态和上面看到的中国式审判的形态，两者间的决定性区别是什么？那又是因何所致？或者反过来说，尽管两者如此不同，如果要探寻它们之间的共同点的话，那又是什么呢？我们不能仅停留在单纯从西方法视角出发的阙如论上。为了让两者在比较中保持良好的平衡，我们有必要探索什么东西，又探索到什么程度呢？

第四节 规则型法与公论型法

1. 法的形态的不同

法治与人治 时至今日，学界已经反复讨论过“应该怎样看待西方与传统中国的审判方式间的区别”这一问题。其中最常见的恐怕就是对比西方的“法治”与中国的“人治”了。^{〔1〕} 滋贺秀三也论述说，西方的审判是当事人围绕特定论点争讼和第三方对此做的胜负“判定”，与此相反，中国的审判是由父母官对争斗的当事人的无微不至的“呵护”。^{〔2〕} 但因为论点的特定和规则的存在互为表里，这一“判定”与“呵护”的对比，最终不过仍是重复“客观的规则”与“主观的人”这一构图罢了。

当然，这个结论本身并不偏颇（不但如此，本讲的结论

〔1〕 此外，由于“人治”和“法治”均以汉字书写，所以它们看起来像是汉语中原有的词。但甚至包括这一对比在内，都是中国进入近代以后才形成的。在传统时代，几乎没有“人治”这种说法，而“法治”一词中也不包含 rule of law 的意思。参见寺田浩明《“法治”と“人治”——伝統中国を素材にして》，《京都大学大学院法学研究科二十一世紀 COEプログラム：二十一世紀型法秩序形成プログラム オケーショナル・ペーパー》第3号，2005年。

〔2〕 滋贺秀三：《中国法文化の考察——訴訟のあり方を通じて》，日本法哲学会編《東西法文化——法哲学年報一九八六》，有斐閣，1987年。此文收录于同氏《続・清代中国の法と裁判》，創文社，2009年。（中译版：王亚新译《中国法文化的考察——以诉讼的形态为素材》，王亚新、梁治平编，滋贺秀三等著《明清时期的民事审判与民间契约》，法律出版社，1998年。——译者注）

和这也没有多大不同)。然而这里的头一个问题是,比较对象显然是不一致的。即使从中能看出两者的性质不同,也看不到两者间的关系。如果不做任何说明,讨论就会流于只是将人治的任意性对立法治的普遍性和一般性(事实上,大部分的法治、人治对比论的主要目的也是指出这一点,所以它们也止步于此)。然而如上文所见,传统中国的审判实态远不是“审判官个人随心所欲地下达判决”这样的事。“传统中国的审判是任性、恣意的”这一设想本身,就已经包含了一些问题。

此外,那种被设想为西方的、居于万物之上的“法”是怎样成立的(面对这个问题,比较研究就会请出特定的神祇来,然后草草结束)?而被设想为中国的、了不起的“人”又来自哪里(面对这个问题,比较研究就会请出“天命”来,然后草草结束)?如果停止请出神或者天,就会发现在前者的“法”的背后存在着认可法的权威的人,而在后者的“人”的背后也有着赋予人权威的法这一当然事实。

结果(虽然是再自然不过的事情),无论东方还是西方,都存在法;无论东方还是西方,也都存在人。为了恢复比较的平衡,简便的办法是在统一标准后再做对比。首先,我们按法的形态,来重新梳理一下两者的异同。

听讼中的法的特性 如果将通过审判得到的正确性和整个社会正义称作“法”的话,我们会注意到“法的形式”是

有趣的。^{〔1〕}

即，如果质疑上文所说的听讼中实现的“法”是什么，将会有“情理这种价值（或者其他内容不确定的说法）”和“无数个有着具体内容（也依托于具体情境）的，符合情理的，成功解决纠纷的事例”这样两种答案。也只会这样两极的回答方式。而且，那个具体的、在审判中发现的法，是由包括当事人在内的全体诉讼参加人在每起案件的审判中当场形成，并在同时付诸实现的。可以说，法庭是就争议问题，一揽子进行全部立法、审判、执行活动的地方。这种“法”依据的原则是个别主义的，其仅一次性地适用于个案。因此，传统中国的“法”无法成为在个案裁断外部进行支撑与控制的，客观的、一般性的制度结构。毋宁说，这种“法”在内容和程序上都彻底同化于个案裁断。

西方审判中的法——规则 与听讼中的法对比来看的话，会发现西方式的审判中称为“法”的东西有以下显著特征。即，虽然在这种审判中被称作“法”的东西从一开始就比个别的事例更加抽象，但与情理这样的原则相比，其却有着更为具体的内容。或者说，虽然西方式的审判中也有抽象的正义与个别的判决这样的两极，但在它们的中间，明显还存在

〔1〕 以下论述参见寺田浩明《「非ルールのな法」というコンセプト——清代中国法を素材にして》，《法学論叢》160卷3・4号，2007年。（中译版：魏敏译《“非规则型法”之概念——以清代中国法为素材》，寺田浩明著，王亚新等译《权利与冤抑：寺田浩明中国法史论集》，清华大学出版社，2012年。——译者注）

另外一种东西——那就是法。一边是涵盖一定范围的行为类型，另一边是处于其涵盖范围内的个别行为产生的影响。法，就是具有这种涵盖力的抽象命题（规则）。作为这样一种规则，法独立于个案而客观存在，审判是将它“适用”于个案、强制付诸实现的过程。而且，西方式审判中非常有趣的一点是，在具有明确内涵的规则尚未被制定为法律之前，人们就秉持着“法以规则之形存在”这样的看法。

法哲学的例子 比如，即使在现代也有要下达判决的时候却没有支撑判决的法律的事情发生。在这种情形中，西方法系是以“无实定法从习惯（法），无习惯（法）从道理”这一方式追溯法源的。就像瑞士民法第一条明文规定的那样，最后溯及的“道理”是“自己作为立法人所提出的规则”，审判者以此为依据进行审判。^{〔1〕}虽然一眼看上去是自然而然的事，但在字面上与此有点相似的中国式的“情理”中，事态的展开绝非如此。后者设想的是“理”与“情”发生混淆后，存在无数的个别答案。^{〔2〕}“甚至在法律毫无实定性的地方也存在具有一般性的法规、规则”这一设想，绝不是当然和自明的。

法制史学的例子 在历史学的讨论中，同样存在经常将法作为规则讨论，无论怎么向前追溯都不知为何已经预设了

〔1〕 野田良之：《明治八年太政官布告第百三号第三条の「条理」についての雑観》，《法学協会百周年記念論文集》第1卷，有斐閣，1983年。（此段译文参见殷生根译《瑞士民法典》，法律出版社，1987年，第1页。——译者注）

〔2〕 前引滋賀秀三《民事法源の概括的検討》一文早已指出这一差异。

法已经以规则形式存在这一问题。比如，我们可以看一下西方法制史研究中的法的历史类型论，即埃贝尔（W. Ebel）著《德国立法史》的例子。^{〔1〕}

《德国立法史》一书探讨了现代立法（尤其是以民主议会立法的形式制定、以多数表决制在议会获得表决的国家法）的历史渊源后，得出了下述三种德国立法史上的法的历史类型。第一种是基于个案，以神判、决斗的形式发现其中存在的法（神意）的“发现法”（德语为 Weistum）形式。第二种是中世纪城市法这种，一定范围的人们形成合意后，彼此自发制定的具体规约，即“制定法”（德语为 Satzung、Einung、Willküre）形式。第三种是近代国家法这种，维持全面秩序的主权权力制定一定规范、命令国民服从的“法令”（德语为 Ordnung）形式。毋庸赘言，现代立法的国家法性质直接来源于第三种“法令”。然而，现代立法由民主议会制定这一点来自法作为成员的共同意志及以其进行自我约束这一“制定法”源流。不过，民主议会是以多数表决制作出决定的。换句话说，不赞成那个立法的人也受到了约束。不仅如此，议会是以代表制的形式组建起来的。凭什么议会的立法可以约束全体国民呢？因此，埃贝尔将之归因于议会进行的其实是“发现法”的活动——通过多数表决投票，发现“约束全体国民的法是什么”这一问题的答案。现代立法从一开始就建立在

〔1〕 W·エーベル著，西川洋一訳：《ドイツ立法史》，東京大學出版會，1985年。（W. Ebel, *Geshichte der Gesetzgebung in Deutschland*, Göttingen, 1958.）

上述三种历史基础之上。这一观点非常有趣。

即使在西方，法的形式也绝非一成不变的。立法也只有这样一种历史变迁。在现实状况中，法的诸项起因甚至是彼此重叠的。但反过来，从这里回头来看也会注意到，历史性地存在于西方并被研究者探究的对象是规则的存在形态（虽然其最开始以不成文自然法的形式存在，但终究还是采取了个别的实定法这一形式，最后配置了体系化的法典形式）和规则的正当性依据（在“发现法”的阶段，存在于法里的只有神的意志。但到了中世纪城市法的阶段，存在于法里的是成员本身的自发意志，而到近代国家这一阶段，法里面存在的就是主权利力的命令了）这一历史变迁，“法是规则”这件事本身反而没有成为质疑的对象。

而且，在最开始的“发现法”阶段，本来就没有任何将规则作为具有客观内容的东西加以叙述的材料。如果质疑说“什么是令裁断有意义并通行的力量”的话，恐怕和传统中国一样，只能说是判断者在个别主义下做出的、符合实质理性的判断和社会对此的接受。但在西方，没有像中国那样用“至公无私的，有德的大人做的判断”这种形式将审判与审判者联系在一起。倒不如说“发现法”这一理论就是试图将法定位为存在于裁断背后的某种客观规则。

如上，在西方处于绝对优先位置的是“法采取规则的形式”（拥有足以决定个别事态的权威的普遍性规则并未同化于案件，而是预先客观存在于案件之外）这一思维方式。毋宁说，西方法的逻辑是，用根据上述设想所积累的审判实践来

填充规则内容。

人扮演的角色的差异 这样，在谈论法的内涵之前，东西方连“法的形式”都是完全不同的。或者说，法这种东西，看来显然是有各种形式的。

于是，人（审判官）被期待扮演的角色也因法的形式不同而不同。在西方式的审判中，“为社会所认同的正确性”被设定为“概括于普遍性规则之中的东西”，个案判决是基于事件与规则间的关系推导所得的东西。审判官扮演的角色是将那一普遍性规则“适用”于个案的人。这一法的形式当然的结果是要求审判官依据规则。与此相反，在传统中国，与案件的个别性、一次性相对应，答案也是个别与一次性的。审判官针对该案件，在审判当场，亲口下达符合情理的判决这一点，受到强烈的要求。判决是否合乎情理、审判官是否正确，不如说取决于那一判决是否为当事人们接受、纠纷是否得到了很好的解决这一结果。在那里，不管（某种东西以另一种东西）“为依据”这一固定结构是好是坏，都不应期待它存在于裁断中。实际上，在那里也不存在强制审判官“基于”什么东西进行审判的制度，也没有采取审判是“基于”什么东西做出的，所以其结论（在内容或程序上）是正当的，这一解释方法。

存在于东西方之间的，是这种法的形态与人的作用两者组合后产生的整体性不同。让我们首先从这一观点出发，尽可能在形式上将两种审判方式并列起来吧。

2. 法与审判的两种类型

最广义的法与审判 在西方的审判中，判决的正当化是以“事先客观存在某些通行于全体社会成员（有时是全人类）的规则”这一点为前提，以宣称“这次的个案是那种普遍性规则的一种个别体现，我在此给出的解决方案（不是我个人的价值判断）是这一普遍性规则的个案适用”的方式进行的。

与此相对，传统中国的审判是以“确实存在天下的正经人都认可的解决个案的答案”为前提，以由大人宣布“我在此给出的解决方案（不是我个人的价值判断）是那个天下万人共有的公论”的方式，将判决正当化的。

抽出两者的共同点，自然就得出跨越东西方的、最广义的关于审判与法的实证性定义。即，审判是在发生纠纷的时候依据该社会（不是谁一个人的心血来潮和偏爱）关于“什么是妥当的解决”的全体共识（社会正义），将个别的纠纷导向一定的解决方案，将个别的当事人的行动推向某一方向的机制。另外，法是具有强制力并最终获得实现的社会共识的总称。总的来看，可以说不论传统中国的审判还是西方方式的审判，都是一种社会强制要求个体保持一致的机制。无论在东方还是西方，哪个国家都有这种机制。

东西方的不同在于得出那个答案的方式。在传统中国（公论型法与审判）中，是通过审判官与当事人社会对话的方式，在审判中逐一直接推导而得。与此相反，西方（规则型法与审判）设想存在规则这种以普遍的形式汇总了社会成员

的共同判断的中间环节（媒介），判决是通过规则间接推导而得的。这一差异导致两种审判各有得失。

规则型法的制度优势 首先，谁都看得出在西方式审判中，法采取规则形式所具有的制度优势。在这种审判中，规则的基础构建与个案判决的基础构建并不是一回事。如果已经完成了规则的普遍正当化（就如上面埃贝尔所说的那样，是以各种各样的方式进行的），也就没有必要在审判时向每个当事人确认其是否承诺接受规则的逻辑推论结果（个别的判决）。审判官的立脚点是坚固的，这反过来导致人们每天都在监督审判官的行为是否符合规则。而且，如果在每次审判中都努力以规则作为判决的依据，以此将每个判决中的正义要素予以外在化与客观化的话，也就开辟出了缜密地检查正义的整体内涵的途径，审判结果的可预知性也跟着变高了。

规则型法的基础与局限 但规则本身是抽象的。也就是说，它不过是从构成案件的诸项要素中抽出几个普遍存在的要素后重组而成的产物。为了保证审判活动是围绕规则建立起来的，有必要确信存在拥有“只要按照规则，就可以决定案件的整个走向”这种程度的强有力权威的规则性。或者说，必须相信除规则外没有别的办法可以决定整个事态。既然西方按照规则进行审判，大概那里是存在着什么东西令之成为可能吧（比如，只要抱有“人类和社会是按照那个规则创造的”这种“造物主及其造物”式的想法，事情就变得非常简单了）。然而不必多说，不管在哪里，这种确信与相信都是无法自明的。

非规则型法的产生环境 比如，按照“不管提出的是什么样的事情，也要倾听那微小的声音”这一中国式思维方式，西方那种从一开始就全面肯定可以成为论据的事实，并全面否定除此之外的其他事实，然后下达裁断的审判，显然只是偏听强者一方的主张罢了。因此毋宁说中国的法是积极地选择了“在听取所有的情节的基础上，将纠纷的全面解决作为目标”这一方式。然而，如果将所有的事实都纳入视野的话，我们会发现没有任何一个案件是彼此相同的，不能从判决内容的一般性（其与其他判例之间的共通性）推导出判决的正当化（普遍化）。

所以才有了“个别主义的判断是所有正常人共有的”这种“天下公论”式的设想吧。在传统中国的法中，被视为目标的是判断主体的普遍化而不是判断对象的普遍化。以此为前提展开了逻辑：我在这里给出的答案是天下所有人都认同的关于此次案件的答案，如果你认为自己也是天下正常人中的一员，那就遵从这个答案。

公论型法的固有问题 这样一来，审判官的工作就变成了在审判中，面对当事人，一次次地“扮演”这种“天下公论”的代言人。但让人接受其为“天下公论”当然不是容易的事情。接下来的事态展开就变得像我们在前一节中看到的那样了。因为存在全体人民和代表他们的皇帝，以及皇帝任命的官僚这种“一君万民”的政治结构，在个案审判中，官与民这一大局通常不会发生动摇。但该审判官是否能够很好地体现“天下的公论”（他是大人还是假大人）这一点，是

以当事人有没有承诺接受判决和提起上控这样的形式，一次次地为人民所检验的。或者从制度整体来看的话，毋宁说是法以敢于给予人民行动的空间这一方式来牵制官僚的行为，并以此证明获得当事人承诺接受的判决的公论性。这样达成的一个个的纠纷解决活动（的成功事例）构成了传统中国的法的内容。

在“权力给出的答案在当下就变成法”这层意义下，传统中国的法是存在于权力中的。然而，从“如果审判者给出的答案没有为当事人一方所欣然接受，其权威很容易就被动摇”这一层来看，也可以说权力存在于法当中。

3. 怎样理解社会

功能论梳理与历史论梳理 如果从现代人的视角出发梳理法的功能的话，东西方的不同在于：一个是姑且以普遍性规则的形式将社会成员的共识汇总于一处，然后将审判构想为在个案中适用那个普遍性规则的规则型法；而另一个与此相反，是在审判现场汇总、调整社会成员关于每一个案的共识的公论型法。最容易理解的说明方式或许是：这两种法的区别在于间接与直接，以及是否存在中间阶段的汇总工作与媒介物。其实，在由人制定规则的“制定法”（德语，Satzung）之后的时代中，前面这种“社会共识的事前汇总”的解释也是完全可以适用的。而在当代中国刑事审判中存在的个案的详细信息经由媒体为人们所共知后引发“民愤”（后述）、影响审判的事情中，后面那种公论型法的解释也很有现

实意义。

然而从历史发展的逻辑来看，显然无论哪种解释都是事后找的借口。在规则型法最初的“发现法”阶段，并没有任何人对意见进行中间阶段的汇总（也就是立法）。不但如此，实际上是在规则的内容还没有被确定的时候，就开始了以之为基础的实践。与此相对，在公论型法中，至少确实由大人在每起案件的审判中做了汇总并阐述了公论。然而，姑且不论小集体的内部是怎样的情形，要是把话说到“天下”这一层，那在近代以前的社会中，也不可能进行那样的意见汇总。归根结底，那不过是浮现在现实中已经达成的一部分的意见一致状态前方的幻景罢了。无论是东方还是西方，在最初的阶段都不存在将全体社会成员和法具体地连接在一起的制度。毋宁说，在最初的时候，人们凭直觉选择了各自的法的形式。

差异最终产生于存在于审判的定义中的“全社会的共识”这一想象的形式。在其背后，当然是不同的“社会”形式构想。

公论型法背后的大前提 就如我们反复看到的，在中国，法的逻辑展开基础是“关于个案，存在所有人都认可的、唯一的答案，即‘天下公论’”这一设想。但就如西方的宗教战争及其后登场的宽容思想揭示的那样，世间多少总会关于一些问题存在意见分歧（如果强行要求一致，反而会激化纠纷）。当然，如果将这里存在的问题当作彼此“让步的程度”这种“量的问题”的话，那无疑是存在答案的（说到底，问题是连接两点的线中间在哪里断开）。正因为这样，也可以说

听讼是将所有的问题在最后变成“量的平衡”的问题。但如果让事情这样变成程度的问题的话，就没有办法有逻辑地推导出所有人一致认可的“本案的均衡点在哪里”这一答案。“查明真相”“真相只有一个”这些说法也被随心所欲地使用着。但如上所述，事实其实是无穷无尽的。

从我们的常识来看，这一设想中显然充满了难解之处。对于“目前的答案真的是大家一致认可的答案吗”，“面前的人是那个能给出那样的答案的、至公无私的大人吗”这一点，传统中国的人们也时时抱有巨大的疑问。但若说他们在产生这样的疑问后做了些什么，那就是继续寻找公平的人并向他投诉，去打官司，最后上控。只有“虽然这里没有这样的人，但在某个地方是有的”“在某个地方，有能给出那样的答案的人”这一点，他们是毫不怀疑的。

大前提被视为自明之理的背景 这样的想法是与他们关于纠纷的特有理解配套的。在传统中国，反复得到描述的纠纷与纠纷解决之间的关系是：人民竞逐于利己主义的“私”，他们不时犯下“欲之失”，其结果是共存秩序遭到破坏。所以，要由站在全体共存立场上的“无私”的大人指明什么是符合情理的。与此相应，双方当事人各自舍弃私心，一起接受大人指出的某一事实认识并将之作为自己的事实认识，从而消灭彼此间的对立、实现共存。或者说，是所有人的“心”变成一颗心之后，达成的“齐心”“同心”的状态。岂止是“特定问题的答案是一致的”这种东西，这里甚至还幻想着消灭互相争执的二“心”。或者说，此处的出发点原本就是假定

在个人受到“私”的驱使以前，所有的人具有一体性。这就难怪了。如果主体只有一个，那大概想法也只有一个吧。

关于“心”的特定理解与关于社会的想象 虽然从我们的视角来看，这种关于“心”的理解是非常勉强的假想。然而如第一章中所见的，传统中国的家正是基于这种假想建立起来，并付诸实践的。也就是说，虽然在传统中国，人们处分家庭财产的时候，是父亲在世的话，由父亲一人做出判断；父亲已故的话，由全体男性兄弟达成一致后做出判断，但那并不是父亲的意志（父亲死后，是男性兄弟的意志）对其他成员的意志的压迫，倒不如说是由“在家庭全体成员拥有同一个‘心’的前提下，由父亲或男性兄弟作为代表，说出判断”这一逻辑支撑着的。在这里，全家人的“齐心”状态才被放在全部逻辑展开的出发点上，从一开始就把不“齐”的想法当作“私”否定了（在实践中，问题恐怕就在于彻底否定了人的固有意志）。

当然，现实中的社会并不是一个家庭。那里是各家的利己主义波浪翻卷如渦的世界。然而即使在现实社会中，“两者的共存”也在解决纠纷的时候被推到台前，体现全体共存价值的至公无私的大人说出所有人的意志（其他人遵从他的教谕、舍弃私心）这样的流程也为人们构想着。

审判因此举行。在传统中国，人们提到法（“天下公论”）的时候，设想的就是这样的主体状态与社会状态。法成立的时候，设想的是全员“同心”的状态——或者毋宁说，各个主体放弃自己的“心”的融合状态。然而，由于人心

“不一”，这一状态很难维持下去。虽然可以期待的只是“一时的齐心”，但每次分裂之后，再次谋求统一的事情都会永无止境地重复发生。

帝制中国的困境 在帝制中国，在充满私欲、互相对抗的私人之上寻找和创造“率先舍弃利益，并站在全体共存的立场上发言的，至公无私的、有德的”大人的，正是上述设想。在家家户户都秉持利己主义的现状中，绝对需要有无私的人为了所有人的共存而活着。既然天下的秩序得以维持，那一定有这样的人存在于某个地方（很可能是在社会上层）。而且，在传统中国，一些人可以通过科举考试做官，甚至通过革命当上皇帝。如果眼下没有这种公平、无私的大人，也可以自己努力成为那样的伟人。伴随着这样的期待，伟人不时出现，革命也不时有发生。帝制中国的困境恐怕就在于此吧。结果是，人们不再追问包含在这一设想中的原理性问题。

规则型法背后的社会状态 那么，规则型法背后是怎样的主体状态与社会状态呢？在西方式的规则世界中，像听讼的地方官或治理全中国的皇帝这样的将其他人统辖于一身的世俗主体本身，就没有被设想存在。或许，正是因为没有这样的设想，才要求法这一社会制度发挥其功能。

比如来看这样一个例子：我们一想到中世纪西方的日耳曼世界，就会觉得法是在具有自我救济能力、彼此对抗的个体之间建立某种秩序而发展起来的制度。因此，如果要找到以形成秩序为目的的共同要素的话，只能在目前为彼此不同的各种个体所共有的要素中寻找。的确，仔细观察的话，可

以在人与人之间找到共同点，人们的行动也有一定的规律性。而且，在相互尊重既得权的秩序中，最忌讳的是存在拥有超群实力的人。所以，一切尝试集结暴力的行为都会被行为主体之外的所有人视作危险，并在其萌芽状态即予摧毁。在这种情况下，如果有谁想让所有人认可自己集结暴力的行为是正当的，几乎唯一可行的办法就是说自己是为了保护所有人的既得权才这么做的。

因此，人们要求将既得权与共有的规则性予以提炼和明确化，并在将公权力的作用、地位限定为这一规则性的捍卫者之后建立起公权力来。在日耳曼世界中，公权力从一开始就是以恭敬地居于规则之下这一特殊形式建立起来的。所谓法治（rule of law），是指在受到法的权力制约的同时（或者说，在那之上），附加了“公权力居于法的制约之下”这一条件后，建立公权力的活动。虽然这是一个悖论，但毋宁说在这里，公权力越是将自己扮演的角色限定为客观正义的形式上的实现者（以法治制约自己），越容易要求个体提供权力资源。这样发展下去，规则型法的公权力远远超越了公论型法的公权力。最终，它将规则抛于身后，独力承担起实现正义的使命，产生了近代的国家权力（后述）。

法的制度化的两个起点 上面说的差异，是在中国式的“公”概念（舍弃“私”、所有人一心同体化）和西方式的“公”（pubic）概念（以个体分立这种“私”[private]为前提，认为公共是在其间延伸的空间）两者间，完美对应着的差异。

国家为了建立审判程序（这个打着“社会”的名义强制成员达成一致的制度），有必要将“社会”作为操作概念。然而在古代，“社会”无法呈现为一个达到与“国家”同等规模程度的实体。社会在本质上是一种虚构，是人们关于包括自己在内的人群的想象。在当时动员和可动员的关于社会的想象中，存在于历史中的两种类型是：从全体融合状态出发的“公”，和从个体分立状态出发的“公”（public）。它们的社会与个体关系为各自的法提供了一切理论的出发点。

即使同样揭示了整个社会关于特定案件的判断并迫使当事人一致接受它，在将所有人舍弃私心、一心同体化的状态视为理想社会，并设想有一张可以代表全体人的“心的”“嘴”存在的地方，也设想着由那张“嘴”个别且直接地说出每一起案件的正确性这样一种法与审判的方式。而与此相对，在将社会看作拥有固有权利的各种个体的集合的地方，法与审判能给出的只是经过明示的个体间的共同点，它们本身也是围绕客观规则而生的。存在“天下公论”和存在规则在它们各自的法制理论中分别居于无须论证的、先验的大前提位置的最重要的原因，恐怕也是这一点。具体的“法的故事”是从这里开始的。

虽然大的主题是相通的，但东西方叙述“法的故事”的方式及法的制度化的出发点终究是不同的。我们不如还是坦率承认，在法的制度化问题的深处，存在一个只能用上面这种文明论的解释方式来说明的差异吧。

第六章

断罪——犯罪的处罚与判决的统一

第一节 命盗重案的处理 1——州县进行的工作

本书在上一章，以州县官对户婚田土案件的听讼为例，从介绍细琐的实际运作情形开始，最后触及法与裁判的关系、裁判的成立、乃至确立判决的规范基础等问题。

然而，一如在第四章最后介绍的，州县官并非完全以上述方法处理所有事案。事案一旦成为“命盗重案”，州县官并不被允许自理判决，而被要求须向上司报告，在此作业过程中，实定法与判例便逐渐浮出台面。^{〔1〕}再者，因事案性质不同，处理方法从受理阶段起便生差异。因此，本章拟再完全回到向官府提出诉讼的阶段，介绍尚未提及的命盗事案之

〔1〕 以下关于清代上申制度的说明，若无其他特别标注，皆根据滋贺贺三《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》，同氏《清代中国の法と裁判》，創文社，1984年。

“断罪”型处理实态，并尝试描绘首次出现于其中的，实定法与判例机能的思考，及裁判制度运作的全体像。

1. 命案开始的应对

命案开始 首先，如前揭《大清会典》所述，在事案为“命案或盗案”的情形，有几件地方官在法庭审理前即须进行的事情。

大部分的命案、盗案，开始于被害者或被害者亲属的提诉（或说明被害情形的文件、事件报告）。〔1〕与听讼时相比，此时所用的文书亦无不同。在命案的情形，大部分的文书标题为“报恩验究”，亦即报请检验究明之意，受理诉讼的地方官最初须进行的作业即为验尸（检验及查明死因、追究责任）及赴现场勘验。在接续初始对应的阶段，地方官被要求通过“通详”的事件报告（“通”具有多方一齐的意思，“详”则指称为详文的上申文书形式），向省内全体上司（总督、巡抚、按察使、知府等）汇整迄今为止的搜查过程。

通详一例 虽然有些冗长，但为了兼顾介绍地方官处理命案的最初应对情形，首先拟举一则涉及命案的通详为例。在《湖南省例成案》刑律卷六贼盗“恐吓取财”的项目下，有引用“少壮恶丐横索滋扰严行究遂”文书的常宁县知县

〔1〕当然，不待民众提出告诉，官员自己也可根据线报或风声开始进行逮捕讯问（“访拿”。这种事案称为“访案”，滋贺秀三上揭论文第65页以下）。然而，因为通常忌讳官员积极介入民间（扰民）之故，从数量来看，“访拿”的情形虽属例外，但若溯其源头，可发现访拿的发动多因某个民众的密告而生。

“通详”。以下称为“厨师杀人事件”。

乾隆二十三年十一月十九日戌刻，据阜县南乡民寥百南报称〔午后8时左右〕，本月十八日，蚁〔小生〕娶媳设筵。早饭后有潭邑乞丐谢廷远，携侄〔兄弟的小孩，侄子〕谢宗文、谢夜呱、同伴周三序，至蚁家乞食。适蚁出外请客，蚁侄寥汝南给与酒肉米粮。诘伊等食后嗔肉微少，谢宗文闯入厨房，打断窓（按：窗）串，掷泥抢肉，与司厨〔厨师〕周坤易相殴伤胁。蚁闻即至扶救，不料宗文于昨夜深殒命。随投保正〔在地方上负责维持治安之人〕寥方华验明，理合报恳验详称等情。又据保正寥方华报同前由。

据此，卑职查，该尸距城四十里〔20公里〕。随于次早黎明，单骑减从，带领吏仵，自裹粮粮，前往相验。于辰刻〔上午8时左右〕始抵尸所。著令仵作〔负责验尸的衙役〕，将尸抬放平明地面，脱去原穿青绵衣套一件、破白绵布裤一条，用水洗净，眼同尸亲原报保邻人等，如法相验。

据尸叔谢廷远供报，尸年十九岁。

据仵作张吉喝报，打量本尸，身長四尺七寸、辨长一尺一寸。验得，一仰面。面色赤。致命右额角一伤、斜正二寸八分、紫红色。浮肿系磕伤。两眼胞微开。口微开。上下牙齿全。舌在内。两手散。

肚腹平塌。致命右肋连合面右后肋一伤、斜长三寸三分宽三分、青紫色、系棍伤。不致命右肋一伤、斜正二寸五分、紫红色、略破粗皮、系跌伤。验得，一合面。不致命谷道有粪。其余仰合周身翻复细验，并无别故。

卑职亲视无异。追出凶棍，比对右肋伤痕相符，委系殴伤身死。当场填注尸格，著即备棺收殓，铜封浅厝，交给牌邻〔负责照顾地方之人〕看守、取结〔誓约书〕存卷。

随诣勘明寥百南住宅中，系正屋左右横屋各一栋，俱系三间。厨房在右边横屋。第一间檐下窰（按：窗）孔已断，门壁厨灶，俱有掷撒泥土。并验厨房外有深沟一条，内俱乱石淤泥。

勘毕就即逐一研讯。

问据保正寥方华供……

问据邻佑王启标、李恭一供……

问据寥百南供……

问据寥汝南供……

问据夏孝六供……

问据谢廷远供……要求与侄子申冤的。

问据谢夜呱供……

问据周坤易供，小的是衡山县人，今年三十二岁，搬往常宁南乡烟竹湖有十二年。父母死故，并没妻儿，止（按：只）有一个兄弟周老四，同小的

耕种度活。小的与寥百南是近邻，向来相好。他本月十八日，因他儿子娶亲，雇小的整筵请客。早饭后……〔详细供述到人死亡为止的始末〕……今蒙验明伤痕，也是小的前生冤孽〔前世的因缘〕，愿甘坐罪，就是等供、据此。

除将周坤易带押羁禁，木棍贮库，余俱分别保释，容俟再加确审起衅殴伤致死实情，按拟解勘外，所有据报相验缘由，填格录供、取具件作不致增减隐匿妄报伤痕甘结、卑职加具印结〔盖有官印的誓约书〕、遵例先行具文通报。俯赐查核。

文中虽言“有潭邑乞丐谢廷远”，但潭县（湘潭县）位于事件发生地湖南省常宁县北方 100 公里以上之遥，可见他们并非固定在当地乞讨。再者，从“携侄谢宗文、谢夜呱”来看，可知他们的父亲业已身故，母亲不知去向。谢廷远带领侄子们，同友人周三序转往寻找新天地，流浪南方乞食。但实际阅读供述，谢廷远当天似乎也露宿在某间庙宇的屋檐下，一早才离开，其后才在准备婚礼宴会的场合与其他人相遇，应该也有看到冬天清晨热气腾腾的样子。其次，扮演本件加害者角色的周坤易，出生地横山县也位在常宁县北方 50 公里以上之处，双亲也已亡故，与兄弟一起辗转流落常宁县。周坤易的境遇，与身无长物乞食为生的谢廷远一行，差相仿佛。幸运的是，周氏兄弟在当地能以佃户的身份安身立命，又因善于厨艺为人看中，被委以准备筵席的工作，最终却仍遭此

不幸。所谓“前生冤孽”一语背后，仅有这些情节而已。

验尸的实际情形 验尸的实际作业，是由称为仵作的专门衙役负责，验尸结果要填入称为“验尸格”的印刷文书中。如图 14 开头所示，验尸格是一本印刷而成的小册子，全册共约 9 页，将应确认的身体各部位分别写成各条项，并在各部位预先区分注明“致命、不致命”区分。若伤在某部位而有致死可能性，该部位即“致命”，若无致命可能性的部位，即“不致命”。〔1〕人死亡时，通常在某些“致命”部位会产生异变，再者，如有复数加害者时，便生致命伤由谁造成的问题。附带一题，残存于《淡新档案》的验尸格中，各栏位的记录系由朱笔所书，可能是在仵作“喝报”同时，先经胥吏记录，最后再由地方官依笔记调整而成。

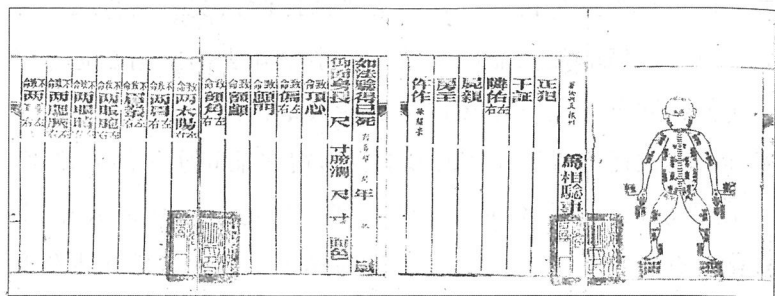


图 14 验尸格

〔1〕 中国自古以来，法医学的知识相当发达，宋代宋慈所撰的《洗冤集录》（宋慈著，德田隆识，西丸与一监修：《中国人的死体观察学——宋慈『洗冤集录』的世界》，雄山阁，1999 年，原著 1247 年），已经形成相当程度的体系。

在验尸现场，会预先召集关系人等，待验尸及现场勘验完毕后，当场对关系人等进行第一次讯问。另外，为便日后有再次进行验尸之必要，会暂时先将死者埋葬，并逮捕犯罪嫌疑人，将其移至县城收监。

上司对通详的指示 然后，地方官会将以上调查的情形向省内上司通详，巡抚对地方官的通详会批示：“仰按察司，速飭〔对该当知县命令〕确审起衅殴伤致死实情，按拟解勘。仍候督部堂〔总督阁下〕批示。缴〔以上、谕知〕。格〔验尸格〕结〔仵作与知县的甘结〕存”。总督亦会批示：“仰湖南按察司，速飭确审致死实情，按拟招报。仍候抚部院批示。缴。格结存。”从巡抚与总督批示末段可以清楚看到，巡抚与总督对省内事务有相互牵制的情形。按察司综合两人指示后开始行动，而督抚的命令会通过按察司、府传达至州县。命令的内容为，审理究明死亡事件的实情（确审），引用律例作成刑罚的原案（按拟），为了复审应将犯罪嫌疑人移送上司（解勘）。据此可以确定，本件裁判不会仅止于州县自理的阶段而已。

2. 州县衙门的审理

罪状自认说 验尸之日后，会择日召集关系人等至州县

衙门进行法庭讯问。^{〔1〕} 关于州县法庭上对命盗重案进行的审理及其目标的问题，过去因为无法看到州县层级的刑事裁判档案，滋贺秀三遂以上申文书中可以看到罪状自认部分为素材，通过反推的方式描绘出下述图像。^{〔2〕}

如果观察清代的实务，州县处理重罪案件的程序，是以取得罪状自白书为目标。有从最初即取得自白的情形，也有强势揭露各种证据进行诘问，并追索自白的情形，无论哪一种，都要全面比对本人的供述与证据进行全盘检讨，对感到供述不足或不正确的部分，再进一步反复诘问，可说是一种充满苦涩的调查过程……一旦经过在现代日本应由检察官进行的这种调查过程，得到被告的供述几乎近乎真实的心证，根据此供述，以犯人亲口述说犯罪来龙去脉的形式制作成文书（称为“招状”），再于宣读后取得本人签名（不限于签名，亦可盖章）。如果没有取得罪状自白书，便无法认定犯罪事实将人定罪，相反地，因为本人亦承认写在罪状自白书上的

〔1〕 也有开庭之前，由副官或胥吏衙役在大堂旁的“招房”（参照图 10）等处，对逮捕到案的犯人进行预先审问，并作成供述笔录（草供）呈交地方官的情形。

〔2〕 滋贺秀三：《中国法文化の考察——訴訟のあり方を通じて》，同氏：《続・清代中国の法と裁判》，創文社，2009 年，第 13 頁以下。此外，滋贺氏的理解，是将断罪程序中的取得自白（招状）与听讼程序中的遵依甘结状置于平行位置，并把两者结合为一组概念，作为使个案式的裁判不至于流于恣意的制度性保障，并进一步当成考虑判决正当性基础的方法。

事情，因此自白书的记载会被当作是正确的，事实的审理到此便结束，其后只剩对犯罪事实依法应如何量刑的作业而已。

滋贺的论述强调，裁判官系以犯罪者为对象，进行纠问主义式的调查并究明真相，最后取得犯人的自白，亦即“罪状自认”。滋贺并将“罪状自认”定位在刑事裁判的基础、科刑正当性的依据等处。那么，州县档案中实际的情形究竟是如何呢？〔1〕

档案传达的实际情形 即使是命盗重案审理，每次审问都会以与户婚田土、州县自理案件的相同形式制作“提讯名单、录供”。然而，不同于户婚田土事案，在命盗重案中，几乎必定会反复进行多次法庭讯问（包含验尸现场的讯问在内，至少进行三次）。在各次法庭讯问间，除犯罪嫌疑人当然被收监外，如有必要，证人等关系人也会被“押”（收监）。再者，根据档案，不仅是犯罪者，被害人或证人等非常多数数的关系人也会被传唤至法庭上。因此，首先必须舍弃在密室调查犯人是否就可了结一切的印象。至于法庭讯问如何反复进行，如果结合多数法庭供状相互比对，即可知其情。唐泽靖

〔1〕 以下讨论参考寺田浩明《自理と上申の間——清代州県レベルにおける命案処理の実態》，夫馬進編《中国訴訟社会史の研究》，京都大学学术出版会，2011年。〔中文版：张登凯译《自理与解审之间——清代州县层级中的命案处理实况》，（台湾）中国法制史学会、台北研究院历史语言研究所主编《法制史研究》第26期，2014年。——译者注〕

彦即根据此种作业提出以下论点。^{〔1〕}

在依时间序列重迭积累的讯问笔录间，有“意图统一事件关系人等所说的各种故事之力量”在运作，或者“在供述书中，官方语言操作的存在目的，系以当事人的声音再次说明官员已完成决定之案件性质，使原本存在多种面向的事件，统一成只能见到单一面貌的故事版本”。

首先要进行的是，解开犯罪者、被害者、证人供述的矛盾。在此过程中，附随在案件内的枝微末节处，有当事者间互相忍让即可解决的部分（例如有伤害或杀人事件背景的钱钱争执），亦有加以适当体罚或命令其赔偿金钱即可解决的情形。再者，若加害者一方有太多关系者同时存在时，亦要就刑罚对象进行限缩。如此一来，在裁判结束前，若有已经解决的部分，或已出现被排除于刑罚对象之人时，为使故事更为自然，也会依序修改供状内关于纷争来龙去脉的说明（那些内容的供述应该也会实际在法庭上呈述）。

最后，若产生出全部关系者能够接受的事件整体样貌（或可说“真相已经完全被阐明”），地方官即以堂谕的形式表示事件整体，（除犯人外）全部出庭者当场提出遵依甘结状。例如，在一桩杀人事件，由被害者的父、兄提出的遵依甘结状内容如下。《巴县档案》（同治）命案 1254-14。同治

〔1〕 唐澤靖彦：《話すことと書くことのはざまで——清代裁判文書における供述書のテキスト性》，《中国——社会と文化》第10号，1995年。

二年（1863）十月二八日。

具结状尸亲王德远、尸兄王兴顺。今于大老爷台前为结状事。情，蚁〔小生〕以报恩验究，具报蚁子王春身死在案。沐恩讯明，蚁子王春实被邓春戳伤身死，并没别故。将邓春掌责收明监禁听候详办〔为了科刑进行的上申程序〕。吩谕蚁等具结备案，日后不致借尸〔借尸体起衅〕。中间不虚，所结是实。

这种全部关系人对事实认识达成共识，并确定犯罪事实的阶段，称为“狱成”。〔1〕被害人一方或证人们在此阶段，将以提出甘结交换获得释放。此外，因涉及此案而被问罪的人，如果是处以笞杖刑即可完结者，于此阶段执行刑罚后也可获得释放，本案犯罪者则会被再度收监。

与户婚田土裁判的异同 结果，即使是命盗重案，在法庭进行的事亦与户婚田土事案相同，皆在地方官主导下，以

〔1〕 另外本文虽然讨论了在一般情形下，犯人本人的罪状自认与其余众人的认识，在事实认定过程中的定位，然而关于“狱成”的实际情形，仍存在一些问题。第一，如果到最后为止都无法得到犯人本人的罪状自认时应如何处置？关于此点，可参考铃木秀光《「狱成」の現場——清代後期刑事裁判における罪状自認と衆証》，铃木秀光、高谷知佳、林真贵子、屋敷二郎编《法の流通——法制史学会六〇周年記念若手論文集》，慈学社，2009年。〔中文版：《「狱成」之现场——清代后期刑事审判上的认罪口供和众证》，（台湾）中国法制史学会、台北研究院历史语言研究所编《法制史研究》第16期，2009年。——译者注〕第二，事实认定只须有自白或证言即已足够吗？（除此之外是否尚需其他客观的证据？）。森田成満：《清代の人命事案における事実認定の仕組み》（《星薬科大学一般教育論集》18号，2000年）对此问题有所讨论。

包含犯人与关系人全体在内的人为对象，进行作业以确立与分享一个说得通的事件整体像，并统一事实认识，作业结果将产生极为安定的裁判基础（此为阻断后述犯人翻异或犯人亲属上控的手段）。如同向来的见解强调，裁判官以犯人为对象强迫其自供，再依据犯人的罪状自认而对判处其有罪赋予正当性基础的图式，即使是从判决的角度追溯而从上述大构图中所撷取的一部分，也仍未必能恰如其分地说明裁判现场的作业。越是集中讨论犯人自供问题，就越容易漏看支撑裁判的最大行动者，即周遭一千人等的姿态。

命盗重案与户婚田土事案的不同之处，毋宁说存在于关系人全体作成的情节内容及完结事案的方法之中。亦即，在户婚田土事案，包括以被确定且分享的事实认识为基础，乃至其后众人各自应有何种举措为止，皆以堂谕明示，又因为发生纠纷的全体关系人，在遵依甘结状中随各自的喜好提出期望，接着以实现愿望当作案件的完结之故，原则上当事人间的共同认识一旦确立，便等于争点消灭、纷争解决。相对于此，命盗重案中制作出来的是一种断罪型故事，即本次纷争起因于谁的恶行，因此应以对某人施加刑罚，将其恶性披露于世间，并使其赎罪的方式结束本次事件。纷争的最终解决（被害者的申冤），直到国家对加害者实际施加刑罚后才首次达到完结。然而令人困扰的问题在于，州县官无法单独决定刑罚的具体内容并加以执行。

从刑罚所生的程序要求 第一，个案的量刑判断适当与否，对国家（皇帝）而言是重大的问题。“情法之平”即

“情”（犯罪情节、个别犯罪行为的恶性程度）与“法”（此处指科处的刑罚）的平衡必须正确，刑罚始能成为申冤的结果。如果刑罚过轻，被害者的冤抑无法伸张，相反地，如果刑罚过重，刑罚本身即会产生新的冤抑（冤罪）。在前者，对此感到不满的被害者一方首先可能会产生骚动，再者，如果施加的只是程度轻微的刑罚，则会出现模仿犯，并动摇皇帝统治的正当性。在后者，“天”会代替因冤罪而哭泣的犯罪者，在该地区掀起洪水或干旱等天灾，借此对皇帝示警。与听讼一样，在个案判断背后，经常也存在针对判断适当与否的结果责任论述。如果因为一个愚蠢官僚对犯罪者的量刑错误，使整个地区被洪水侵袭，任谁也无法忍受。因此，便采取重大刑罚的决定为皇帝专属事项的方针。

第二，虽然只是附随的问题，如果施加的刑罚是徒刑（必须护送至省内的其他县）或流刑（必须由各地的衙役接力，将受刑人护送至千里之外的其他省份），这虽然是单纯的实务问题，但州县官自始便无法单独进行此类业务。即使只为了执行刑罚，在省的层级执行的徒刑，最少也要得到巡抚的指示与命令，而在全国层级执行的流刑，最少则要得到刑部的指示与命令。

在这种断罪情形中，地方官以当事者的社会为对象进行实质的刑事裁判后，接着被要求进行请求刑罚执行许可的上申程序。

3. 作为选择场域的州县法庭

参与一般重案的路线 从相反的角度而言，即使是预设以州县自理、听讼开始的“户婚田土斗殴赌博等细事”裁判，在法庭审理过程中，当纷争起因于某人的恶行，为了解决纷争，对造成纷争之人施加徒刑以上的正式刑罚，亦属必要且适当，如果依这种处理方向整理众人的陈述并编成故事，程序也会进入断罪型路线。如此，将毫无疑问地进入前揭《大清会典》所述“罪至徒者，则达于上司以听复”的展开。

缓起诉处分型的展开 相反地，即使像暴力行为或诬告等乍看之下具有刑事案件性质，且按律亦应处徒刑以上重罚的事案（换言之，可想成是依断罪型路线处理的事案），在州县官通过法庭审理，妥善使加害者悔过自新，并以此为基础引导当事人双方进行和解的情形中，经常也可见到州县官进行听讼型故事的型塑，且只在州县官层级，对加害者施加程度轻微的体罚以处理事案（以现代的话来，可说是“缓起诉处分”），此外，一般也认为这种处置方式是妥善的。

例如，中村茂夫引用判语《徐雨峯中丞勘语》中，地方官对诬告事件处以杖刑的两个例子。^{〔1〕}

某某“……本应按律坐拟〔本来应处流三千里〕。姑念母替兄亡，情实可悯，尸身有伤，控非无

〔1〕 中村茂夫：《清代の判語に見られる法の適用——特に誣告、威逼人致死をめぐって》，《法政理論》9卷1号，1976年。

因，应请祝网从宽，满杖以儆”。

某某“……亦应律拟〔本来应处徒三年〕。但念被诬搪抵，与平空诬告有间，审时即吐实情，不复狡辩。可否从宽咨革，满杖发落……”

依律规定，若判明所诉为诬告，原则上若该诉正确时，应对诬告者科处被告应被科处的刑罚。若诬告涉及人命，对诬告者科处的刑罚有时甚至会达到死刑的程度。然而在官府受理的诉状中，仍然经常写着夸大的内容。于是，上述处理方式可说是处理诬告事案的常态。中村认为，州县长官采取此种做法的动机在于，“首先以实现当事人双方从今以后的人际关系恢复、调和为目的，并注意刑罚仅止于能够达到此结果的范围内”。

又如前述所言，尽管日常生活中经常发生亲属间的斗殴事案，但此类事案在律上规定的刑罚却属于异常严重的范畴。因此，当地方官即使确认兄弟吵架的事实，却仍将其视为户婚田土事案的附带要素时，如同“……依律二比均应责处，惟昆弟之间，情可掩法。姑宽亦免深究”（《淡新档案》22703-6，对蔡国卿诉状的批），采取的是从头到尾不处理兄弟之间暴力行为的对应方式。那么，这种处理方法在裁判制度中应如何定位？为了说明这个问题，必须把重点放在，跳到本节来谈的，在听讼与断罪间的主体选择契机问题。

听讼与断罪——选择的契机 如同前面曾数次提到，在这种裁判过程中并无我们所想的民事裁判与刑事裁判的区别。

裁判中进行的，只有国家代替天惩罚作恶之人，并实现当事人人间适当利益分配的作业。然而，即使同为申冤型裁判，重点定位与订立目标的方法，明显也有两种方向。第一，如果把争论看作（双方都是半斤八两的）当事人间的利害冲突，采取的方法是将裁判重点、目的置于通过反省与让步、和解以平息纷争，且实现彼此共存。第二，如果把犯罪者的行为当成是明显的恶行（为满足自身欲望而伤害他人或杀害他人，又或强盗、夺取他人之物），采取的方法则是将裁判重点与目的置于公然惩戒。换言之，应把裁判的对象视为具有教化可能性的“良善”情形（愿者，乡愚，情有可原者），或应视为除了施以鞭打别无其他手段的“强暴”情形（黠者，豪者，奸狡之徒，难以原谅之徒），结果即有所不同。以前者为对象的裁判为听讼，以后者为对象的裁判则是断狱。^{〔1〕}

于是在此情形下，通常会积极认为，即使犯罪行为本身

〔1〕 汪辉祖《学治臆说》中“姻族互讦毋轻笞撻”“犯系凶横仍宜究惩”这两个连续的条项，可窥见区分两种裁判方式背景的思考方法。尚且，因为汪辉祖甚至认为科以当事人笞杖程度的体罚（被科以刑罚之一方，代代子孙都会留下怨恨）都认为会有害于当事人间的调和，因此即使在谈听讼型处理及断罪型处理的对比，并非以州县自理或上申作为具体的区分标准，而是以不施以刑罚或施加体罚的趋向为基准，此为汪辉祖裁判逻辑的特征。于是，汪辉祖将不施以刑罚与民间解决加以融合的处理方式称为“息案”，相对于此，将包含体罚或刑罚在内的方式称为“断案”（汪辉祖《学治臆说》“断案不如息案”）。关于此史料的理解，参照寺田浩明《清代聴訟に見える「逆説」の現象の理解について——ホアン氏の「表象と実務」論に寄せて》，《中国——社会と文化》第13号，1998年。（中文版：郑芙蓉译《关于清代听讼制度所见“自相矛盾”现象的理解——对黄宗智教授的“表达与实践”理论的批判》，《私法》第3期，2004年。——译者注）

相同，依如何看待其背景（通过该裁判究竟想要达成什么），变更处理方法会比较好，甚至必须改变处理方法。当然，在当事人双方从一开始就在适当的场所互相折冲，而使诉讼不生为最佳解决方式的基础上，如果这种做法可能且适切，一般来说都会希望通过听讼型方式解决。这是因为州县法庭也是地方官以当事人的社会为对象，尝试以前述解决方式为目标の场域之故。

从第四章末段到本章为止所见的上申制度相关史料来看，以州县自理即可解决或必须上申的区别，虽然给人一种看似依事案客观性格即可机械性决定的印象，其实内部还有应依听讼型或断罪型方式处理的选择，毋宁说正是主体的判断在影响其后的处理顺序中占有决定性的地位。实际上，如果尝试通过听讼型方式并成功获得解决（当事者间取得共识，且不进行上控），就无需讨论后面的问题。于是，如果为了解决纷争而不采取正式的刑罚措置，则实施刑罚伴随而来的其他问题也会因此而消失。上述缓起诉处分型措置，完全可说直接呈现这种思考方式。然而，并非所有情形都可以顺利进行。《大清律例》“罪至徒者，则达于上司以听复”，便翔实描述了这种情况。

命案、盗案上申义务的背景 什么事案以听讼型处理，什么事案又是以断罪型处理，原则上，是以州县长官与一干当事人等对话后决定，以此认知为基础，始能正确了解在“命案”与“盗案”中，国家制度要求应尽速将发生事案一事向上司“通详”，且裁判亦应以上申型方式处理的意旨。

制度上，因为命案与盗案被要求即使是笞杖型事案也要以上申方式处理，因此关键问题并非刑罚的权限。国家在那些案件类型中想阻断的，正是在此看到的，地方官选择听讼型方式解决的做法本身。在那些事案中，因为“有关风化（人民的教化、改善风俗）”，必须以断罪型方式处理并展示在人民之前。在命案的情形，这种做法与禁止死者亲属与犯人和解的“私和”一致。^{〔1〕}在那些事案中，州县官以听讼型方式处理一事已非美谈，毋宁说可以看成一种私下结案。实际上，也有官僚应尸亲要求“命案不报，遽准和息”，而被惩戒处分的例子。^{〔2〕}

命案斡旋 为了慎重起见，在此要稍加说明，即便如此，地方官把命案当成听讼事案处理的例子，明显存在一定的数量。就此而言，如果查阅档案，有一种事件经过的例子为，虽然尸亲一方提出请求验尸的诉状，其后尸亲一方又再提出请求“免验”（免除验尸）的诉状，结果并没有进行验尸，最终以因事故死亡为由，在未上申的情况下结案。真的只是单纯有这种事件存在而已吗？其实，笔者曾调查《巴县档案》（同治）的命案，其中有上述案情经过的例子占压倒性多

〔1〕《大清律例》刑律人命“尊长为人杀私和”条。祖父母、父母及夫为人所杀，私和者徒三年。得财者流三千里。明律的规定几乎相同。

〔2〕《本朝则例类编》卷上“命案不报，遽准和息，查出续报处分”[康熙四十二年（1703）正月]。

数。^{〔1〕}从之后会提出免验申请的高度可能性来看，在同治朝的巴县，即使申请验尸的诉状提出后，官员不立刻前往验尸，或不通详的情形甚多。

免验申请背后 接着让我们来看一件，如前述事案经过，最后被害者家属提出遵依甘结状的例子。《巴县档案》（同治）命案 1702-9。

具结状幸贵祥、同结幸李氏。今于大老爷台前为结状事。情，以报明作主之事，具报蚁父幸合顺身死一案，沐恩讯明。蚁父幸合顺，实系因酒醉失足跌伤右脚，兼染风寒身死。并没别故，与人无尤。不忍尸身暴露，情甘免验具结，回乡将尸棺掩埋。到蚁与洪长生……所争之界址，谕令魏大廷等，与蚁等理明。是以具结备案，日后再不翻异。中间不虚。结状是实。

虽然最初尸亲误以为是杀人事件而提出验尸申请，但实际上只是死者自己酒醉跌倒染病身死，因此提出免验申请。史料中除了提到此事外，另一方面不知道什么缘故，文书旁也注明可能是争执原因的境界之争和解案。

尝试从周边史料来看可知，在撤回验尸申请背后，很多情形是，原告一方（被害者亲属）从被告一方（加害者）手

〔1〕关于以下论述的详细内容，参照拙稿《自理と上申の間——清代州県レベルにおける命案処理の実態》，夫馬進編《中国訴訟社会史の研究》，京都大学学術出版会，2011年。

中得到五两至一百两程度不等的金钱。在发展成撤回验尸申请的背景中，一方面当然可能单纯只是误认或诬告，另一方面亦可见到明显就人命事案进行私了（私和）的情况。虽然有些案件是在提起验尸申请后才慌忙开始私和，但毫无疑问的，在有些案件中，最初提出的验尸申请，是一种促进既以开始的私和交涉，或使其增值的施压手段。然而不管是哪种情形，如果当事人间取得共识的话，就不进行验尸，甚至验尸反而有害和解进行。既然和解的目的已经达成，便尽快要提出免验申请。

于是，地方官在当事人提出免验申请时，即使几乎正确地把握当事人间正在进行的情况，一方面仍不详查事件背景而径行受理该请愿，然而，仅当场开庭召集双方当事人，确认是否有毫无道理的强制和解，及双方是否可以完全取得共识，在此基础上，（因为当然不能写出杀人的事实）制作出事故死、病死的事情，及对此支付慰问金的听讼型故事，并如上述一般取得双方的遵依甘结状，再对其中内容加以官方认定。上述案件可说无意间证明，于法庭上进行的是一种促进当事人双方对事实达成共识，并形成及确定共同故事的作业，但发展至此的事态与其说是“阐明真相”，毋宁说更接近相关人士全体的“统一口径”。

在地方官通过这些做法追认民间私和的背景中，以命案为中心的烦琐上申程序，为全体地方官僚界带来莫大的事务与费用负担，其中应该也有对涉案全体官僚科予惩戒风险的回避。再者，搜查能力与公判维持能力的问题（在集合当事

人双方并统一口径的情形下，一般来说官僚一方并不具有突破统一口径并寻得真相的手段）也被充分考虑。但是，最大的理由恐怕还是地方官员希望借由这种做法响应民间的期待。对一般民众而言，明显涉及人命纠纷的事案中，除向国家提出告诉期望国家对加害者施以刑罚外，也有当事人间通过金钱和解解决事案的方式。实际上，对许多市井小民而言，所求并非杀人者的死亡，而是为了埋葬死者与考虑遗族之后的生活，希望由杀人者支付必要的费用。^{〔1〕}在加害者与被害者两家间有可能和解时，死亡事件发生的当下，就会有谁开始朝向和解的方向行动。当为了解决案件而进行的自发性交涉遇到困难，打官司也是解决手段的一环。而且，就本件厚颜无耻的举动来看，市井小民从一开始就没有考虑一旦私和被发现将会受到处罚的可能。验尸申请与免验申请，便是在这些前提下提出的。如果从听讼基础思考，假使当事人间能达成和解，这种帮助和解完成的行为本身正是“息事宁人之道”，也是地方官要扮演的角色。命案的听讼型处理事例，便呈现在这种夹缝之中。

州县法庭的两个面向 在州县法庭，会由州县官进行前述选择。选择之一的听讼型处理，其裁判目的在使当事人间达成和解，州县官作为仲裁和解的社会权威人士（大人、士大夫），于民间社会的权威序列中出现在相当前端的位置，更

〔1〕 如此思考的话，在国家方面，历代也有赎刑制度。刑罚及金钱的替代可能性并非只存在于民间的发明。

遥远的前端则可仰望皇帝的存在。如果当事人间可以达成和解，纷争就会当场平息，如果对解决方式有所不满，便会开始行动以寻求更高的权威。可想而知，这种做法是一种在民间调停的最初便存在的机制。或许可以说，以这种做法将社会论理的一部分置入国家体制中的状态即是听讼。听讼与民间调停的互换性也是由此而生。相对于此，在走上断罪型处理的瞬间，裁判目的便被置于由国家处罚犯罪者的位置上，此时州县官的角色，与其说是基于自己的知识解决纷争，且通过成功解决纷争而在当事人间取得权威的有德大人，毋宁说是为了皇帝及中央进行最终判断，进行事前准备的官僚制度末端职员，单纯只是皇帝的手或脚而已（在上奏皇帝的文书当中，官员有自称“吏”或“奴才”的情形）。州县法庭，是发源于社会的由下而上的向量，与发源于国家的由上而下的向量，两者最初竞逐的场所，也是借由地方官员之手，甚至借由当事人间的选择，以决定通过审理将走向何种程序的场所。皇帝对大部分事案，虽然优先采取听讼型的处理方式，且容许地方官员朝向听讼型解决方式的努力，尤其是在命案与盗案中，要求官僚们以末端职员的身份进行工作。然而，并非所有案件都会依照这种制度设计进行。

4. 拟罪与上申

招状 即使如此，仍有一定数量的事案，确实是以断罪型方式处理。州县官为了上申，首先要再度传唤在先前的法庭上已经“狱成”的犯罪者，并重新取得“招状”（罪状自

白书)。以上申文书中引用的部分来看，清代中期以前的招状，是以宛如从犯罪者口中详细陈述犯罪始末的特殊书写形式或文体所写成的文书，本节开头介绍的滋贺秀三罪状自认论点即出于此。然而，至少根据《巴县档案》（同治）来看，取自犯罪者的招状，与其他出庭者在法庭上提出的遵依甘结状，在内容上并无太大差别（毋宁说招状是与遵依甘结状并列，也是在前述关系人之间形成共同事实认识作业的一部分，或许更为贴切）。不管怎样，只要取得招状，以犯罪者本人为对象的作业便完全结束，之后便回到内衙制作上申文书。

译文 上申文书是以“译文”的书写形式写成。地方官让刑名幕友书写原稿后，校阅原稿并确定内容。译文中先叙述事件发生以来，历经验尸、通详，直到调查为止的始末（之前提出的通详在此会依必要引用），其次介绍依督抚命令在法庭上进行调查的实况（在此也大量引用主要供状），再整理于法庭上确认的罪状，最后进行“拟罪”。这里也一样，不如实际观察史料更能清楚理解。让我们来读前述厨师杀人事件中，县的译文的主要部分。

〔开头有“五品衔……常宁县知县某某，为详复事”的起头文字，其后关于某日发生的某某一案，对某日的通详有收到来自督抚的批文“确审起衅殴伤致死实情，按拟解勘”的文字。〕

奉此。除邻佑王启标等，前已取供有案，遵例免其复讯外，遵即拘提应质犯证〔应讯问的犯人与证

人] 复加研讯。

问据保正寥方华供……

问据谢夜呱供……

问据寥汝南供……

问据寥百南供……

问据夏孝六供……

问据周坤易供……各等供，在卷。据此。

该署湖南衡州府常宁县知县朱永烈，看得周坤易殴伤乞丐谢宗文身死一案。缘，坤易芸习包厨，与宗文素无嫌怨。乾隆二十三年（1758）十一月十八日，有县民寥百南娶媳宴会。雇周坤易在家置办喜筵……〔适当地汇整处理骚动的始末〕……坤易闪避顺拾火柴棍吓打。意欲赶逐，不虑殴伤宗文右肋连及右后胁蹲地，至夜殒命。

报经卑职验讯通详，奉批飭审。遵即逐加研讯，据供前情不讳。

〔以下为“拟罪”的部分〕查例载“白日入人家内偷窃财物，被事主殴打致死者，比照‘夜无故入人家，已就拘执而擅杀致死’律杖一百徒三年”等语〔关于此适用条文的各种问题详如后述〕。今谢宗文前往寥百南家乞食，已经给与酒肉。乃于醉后混嫌肉少喧嚷詈骂，始而掷泥毁窗（按：窗），继而踢进厨房，抢夺肉食。周坤易往阻，又敢捡石殴打。似此恶丐肆横入室抢夺，较之“白日进屋偷窃者”，

其情较重。而周坤易系司厨之人，有典守之责，与“事主工人”无异。将谢宗文还殴致毙，合之“白日行窃，事主殴打致死”之例意相符。

周坤易，应比照“夜无故入人家，已就拘执而擅杀致死”律杖一百徒三年，至配所〔徒刑的流放地〕折责四十板〔将杖刑一百次的分量换算为板刑四十次执行〕。夏孝六〔厨师的助手〕并未在场帮殴，周坤易与谢宗文殴打事起，仓卒救阻不及，应毋庸议。无干人等，概请省释。谢宗文尸棺著令尸亲领埋……

是否允协，理合连犯解候本府审转。

律例援引义务 如上所见，拟罪有义务援引《大清律例》的某一条文。《大清律例》刑律断狱“断罪引律令”条有以下规定。^{〔1〕}

凡断罪，皆须具引律例，违者答三十。

如同后述，律例各条文内容为细化化后的犯罪情节，及符合犯罪情节的特定轻重程度之刑罚。因此一旦引用特定律例，基本上也会确定刑罚的轻重。

于是，刑罚轻重程度在量刑上有误时（也就是未适当引用条文），官员要等待因其失态所生的相应处罚或处分。以下

〔1〕 条文名称虽言“律令”，但条文的本文规定的却是“律例”，虽然感到其中并不统一，但此应只是为了尊重自唐律以来在条文名称上的历史沿革。

为刑律断狱“官司出入人罪”条规定（律本文中区分各段的“○”亦为律文正规内容的一部分）。

凡官司故出入人罪，全出全入者，以全罪论……

○若增轻作重，减重作轻，以所增减论。致死者，坐以死罪……○若断罪失于入者，各减三等。失于出者，各减五等……〔以下省略小注〕

若有误判，原则上由裁判官代受因误判所生的刑度差额（就算有“失”，也会以惩戒处分代替刑罚）。

如此量定适切的刑罚轻重=选择适切的适用条文（罪名），对地方官来说是事关生死的重要问题。因此，选择适当与否，最为必要的是，以在详文中先已叙述的确定罪状为基础，进一步以对照此基础中当事人供述内容的方法，先委由上司作出判断，从审理阶段便开始思考应适用何种条文，并从预定适用的条文逆推，制作整理事件主角与配角的断罪型故事，并须无遗漏地搜集与此故事相符的供述。^{〔1〕}

如此整理详文后，将详文与犯人一并送交至上司（府的长官）管辖。

〔1〕 在第五章第三节，本书认为，在听讼过程中要将何种事实当作具有法的意义之事实加以整理，其实并不确定，然而在命盗重案中，当决定了律例的罪名时，着眼点也因此而确定。森田成满就命盗重案中犯罪事实的认定问题，在叙述了官员的裁量权后，指出“尤其，当一面凝视记载于律例上的犯罪框架并一面掂取事实时，律例作为明确的犯罪类型，事实上，有不少扮演画出事实认定（详核案情）框架前导角色的情形”。森田成满：《清代的命盗事案における法源と推論の仕組み》，《星薬科大学一般教育論集》22号，2004年。