

# 中国古代重大疑难案件的解决机制研究

郑显文\*

**摘要:**在中国古代的诉讼审判活动中,司法机关经常会遇到一些事实不清、证据不足或国家法律条文没有涉及的疑难案件。对于这类疑难案件,许多政权都采取了审慎的态度,并经过长期的探索,形成了一套较为完善的解决机制。例如,在司法程序方面,对全国各地发生的疑难案件,地方司法官员通过逐级奏献的形式,由中央最高的司法机关进行讨论,作出权威性的法律解释;通过严格的考试制度选拔高素质的人才担任司法官员,利用法官的智慧来判明案件真相;如果确实因为证据不足、无法查明案情真相时,实行疑罪收赎的措施;对于那些重大疑难案件,尽可能征询社会各方面的意见,然后作出判决。中国古代上述这些解决疑难案件的司法经验,虽然距今年代久远,但仍有认真总结和学习借鉴的必要。

**关键词:**神明裁判 奏献 疑罪 收赎

在人类历史上,任何社会的成文法律都不能穷尽所有的事务,即使是再完备的法律体系,其在刑事、民事诉讼领域,都会有立法上的疏漏,会出现国家法律条文难以涉及的问题。在英美法系,则采取遵循先例的原则,依据相同的判例来审理类似的案件。而在大陆法系,审理特殊的疑难案件,对于法官来说,“就是一项需要有丰富经验才能从事的智力工作,这就要求他必须小心谨慎地按照已经确定的法律解释的框架来办案”<sup>①</sup>。

中国是世界四大文明古国之一,中国古代的法律起源很早,在距今三四千年以前就出现了法律的萌芽,有了法律,也就产生了诉讼审判制度。我国上古时期的审判模式,除了依靠人证、物证以及当事人的誓言判决外,还经常借助天罚、神判等形式裁决。神明裁判是古代诉讼审判制度不发达的产物,在司法鉴定技术落后的古代,审判官员在对原、被告双方的陈述真假曲直难以判明

时,往往借助于神的力量,依靠神意来审查证据和裁断案件。神明裁判是基于人们对于神灵的崇拜和对自然界客观现象的无知认识以及对死亡的恐惧而产生的,没有任何科学性和合理性可言。世界各民族在法律起源的初期都曾有过神明裁判。

中国古代借助于神意裁判疑难案件,先秦许多文献都有明确记载。传说在尧、舜、禹时期,法官皋陶实行神明裁判,东汉王充《论衡》中说:“解廌者,一角之羊也,性知有罪,皋陶治狱,其罪疑者,令羊触之。”从汉人的记述可以看到,神明裁判主要适用于疑罪的情况。所谓疑罪,是指证据不充分,不能判明案件的事实,在这种情况下,我国上古时期主要依靠神意来裁判。

瞿同祖先生曾经对中国古代的神判作了如下论述:“中国在这方面的进展较其他民族为早,有史以来即已不见有神判了。”<sup>②</sup>根据古代文献

\* 作者简介:郑显文,中国政法大学法学院教授、博士生导师。

① [美]约翰·亨利·梅利曼:《大陆法系》,顾培东等译,法律出版社2004年版,第36页。

② 瞿同祖:《中国法律与中国社会》,载《瞿同祖法学论著集》,中国政法大学出版社1998年版,第275页。

的记载,我国在先秦时期依靠神意裁判的情况还是很多的,战国时期墨家学派的著作《墨子》一书说:“昔者齐庄公之臣有所谓王里国、中里微者,此二子者,讼三年而狱不断。齐君由谦杀之恐不辜,犹谦释之恐失有罪,乃使之人共一羊,盟齐之神社,二子许诺。于是泔泔,扼羊而洒其血。读王里国之辞既已终矣,读中里微之辞未半也,羊起而触之,折其脚,祧神之而稟之,殪之盟所。当是时,齐人从者莫不见,远者莫不闻,著在齐之《春秋》。”<sup>③</sup>

从秦汉以后,古代的司法机关在审理民事、刑事案件时,主要依靠证据,神明裁判的方式基本上退出了历史舞台。魏晋南北朝时期,中国的诉讼审判制度已出现了罪刑法定主义的倾向。据《晋书·刑法志》记载:“律法断罪,皆当以法律令正文,若无正文,依附名例断之,其正文名例所不及,皆勿论。”唐代的法典《唐律疏议》明确要求司法机关依照法律条文定罪量刑,“诸断罪皆须具引律、令、格、式正文,违者笞三十。若数事共条,止引所犯罪者,听。”皇帝颁布的临时制敕,若“不为永格者,不得引为后比。若辄引,致罪有出入者,以故失论”<sup>④</sup>。此后各代的法典如《宋刑统》、《大明律》、《大清律例》等皆延续了上述规定。

但是,在古代的诉讼审判活动中,司法机关经常会遇到一些因事实不清、证据不足或者国家法律条文没有涉及的疑难案件,对于这种情况,古代司法机关是如何裁判的?其解决的途径是什么?长期以来,无论对法史学界还是诉讼法学界,都没有学者进行过认真总结和系统研究。笔者认为,中国古代许多政权的法律体系主要是以成文法体系为主体,以判例法为补充,两者互补,共同解决现实社会中所发生的法律问题。对于社会上出现的重大疑难案件,历代政权皆采取较为审慎的态度,制定了一系列切实可行的法律措施。譬如,在司法程序方面,对于全国各地发生的疑难案件,地方司法机关可以通过逐级奏谏的形式,由中央司法机关研究讨论,提出判决意见;在司法官员的选拔上,通过严格的法律途径选拔高素质的

人才担任司法官员,利用法官的智慧判明案件真相,解决疑难案件;在解决问题的方式上,如果确实因为证据不足,无法查明案情真相,则采取从无从轻的原则,实行疑罪收赎的措施;对于那些重大疑难案件,为了尽可能避免错判和误判,克服司法官员个人的主观擅断,在进行审理的过程中,认真倾听社会的意见,集中各方面的法律智慧,通过集体讨论的形式作出判决,以维护司法的公平和公正。中国古代上述这些解决疑难案件的法律经验,虽然距今年代久远,甚至有些措施已经废置不用,但笔者认为仍有认真总结和学习借鉴的必要。

### 一、解决机制之一:重大疑难案件的奏谏制度

美国法学家罗斯科·庞德(Roscoe Pound)指出:“法律必须稳定,但又不能静止不变。”<sup>⑤</sup>法律稳定是大陆法系的一个重要特征,法律变通则是判例法系的特点。中国古代的法律体系是制定法和判例法长期共存,虽然有时制定法一度占据主导地位,但判例法仍以其不可或缺的作用弥补成文法的不足。笔者认为,中国传统法律恰恰能够很好地融合稳定与变通这两方面的优势。对于普通的刑事民事案件,司法机关在审判时,通常会按照国家的法律条文判决。但如果该案件比较特殊,在法典中找不到相对应的法律条文,司法机关便将该案件逐级上报,最后由中央最高的司法机构研究讨论,奏请皇帝裁决,作出统一的法律解释,该判决也就成为法例,为此后的司法审判所援引,成为先例,该项制度就是中国古代的奏谏制度。奏谏制度是我国古代具有解释权的中央司法机关对某些重大疑难案件所作出的权威性解释。我国著名法学家王伯琦曾对法律解释作了如下论述:“法律为什么须要解释呢?当然因为有疑义,而所谓疑义者,就是逻辑上或内或外的不能贯通,应当是如何的意义方能贯通,这是解释机关的职责。”<sup>⑥</sup>纵观中国古代的法律形式,无论是

③ 吴毓江:《墨子校注》卷8《明鬼下》,中华书局1993年版,第333页。

④ 《唐律疏议》卷30。

⑤ [美]罗斯科·庞德:《法律史解释》,邓正来译,中国法制出版社2002年版,第2页。

⑥ 王伯琦:《吾国法学的衰微》,载《近代法律思潮与中国固有文化》,清华大学出版社2005年版,第106页。

秦汉时期的廷行事、决事比,还是唐宋时期的法例、断例,都类似于国家司法机关作出的司法解释。此后若遇到类似的疑难案件,可以比照此前的案例判决,省去了奏谳之烦。

中国传统的法律是既强调程序正义也重视实体正义的法律体系。中国古代的诉讼制度颇为发达,没有现代法律的审级限制,只要是诉讼当事人按照正常的诉讼程序逐级上诉,可以一直上诉到中央的司法机关乃至皇帝。为了维护法律的权威性和严肃性,由中央司法机关统一解释法律,赋予地方司法机关疑难案件的奏谳权。奏谳制度是古代司法实践活动中解决疑难案件的一项重要措施。所谓奏谳,是指地方司法机关在审理案件时,由于事实认定不清或适用法律发生歧义,为了维护法律的权威,使各级司法机关对法律的解释趋于一致,使法律的适用规范统一,逐级向上级司法机关奏请裁决,避免此后类似的案件在裁判时适用法律出现差异。

关于奏谳制度形成的时间,目前学术界通行的观点认为产生于汉高祖七年。<sup>⑦</sup>笔者认为,疑狱奏谳制度有可能在先秦时期就已经出现了。在江陵张家山第247号汉墓出土的《奏谳书》中,记载了“异时卫法曰:为君、夫人治食不谨,罪死”和“异时鲁法:盗一钱到廿,罚金一两;过廿到百,罚金二两;过百到二百,为白徒;过二百到千,完为倡”两个奏谳的案例,<sup>⑧</sup>“异时卫法”和“异时鲁法”都是指先秦时期的法律,奏谳的案件也是当时的实际案件。日本学者初山明认为,乞鞫与奏谳制度十分类似。<sup>⑨</sup>2007年12月,湖南大学岳麓书院从香港购买了2098枚秦简,其中即有《奏谳状》的内容,使我们对秦代的奏谳制度也有了清楚的认识。1989年,在湖北云梦县龙岗六号秦墓出土了一枚木简,笔者认为,该案件应属于一件奏谳的案件,内容如下:<sup>⑩</sup>

鞫之,辟死论不当为城旦,吏论失者已坐以论。九月丙申,沙羨丞甲、史丙免辟死为庶人,令

(正面)自尚也。(背面)

在1975年湖北云梦睡虎地发现的秦简《法律答问》中,大部分案例属于容易发生歧义的案件,对于这类案件的审理程序,应是逐级向上奏报,最后由上级司法机关作出统一的法律解释。例如:“甲取(娶)人亡妻以为妻,不智(知)亡,有子焉,今得,问安置其子?当界。或人公,人公异是。”<sup>⑪</sup>在本案中,甲娶了一位已婚的女子,生有一子,甲不知道该女子是已婚逃亡,后被发现,问如何处置甲与逃亡妇女所生之子?正确的判决是把儿子返还给甲;另有一种意见认为是把逃婚妇女所生之子没归官府,判决错误。笔者认为,《法律答问》中对所有疑难案件作出的法律解释是享有解释权的中央司法机关作出的,其所记录的案件也是地方基层司法机关上奏的疑难案件。

现存的古代文献明确记述奏谳制度实施的时间是西汉时期。据《汉书·刑法志》记载:“高皇帝七年,制诏御史:‘狱之疑者,吏或不敢决,有罪者久而不论,无罪者久系不决。自今以来,县道官狱疑者,各谳所属二千石官,二千石官以其罪名当报。所不能决者,皆移廷尉,廷尉亦当报之。廷尉所不能决,谨具为奏,傅所当比律、令以闻’。”汉代对于疑案的奏谳,须按照严格程序进行,先由基层的审判机构县、道把疑难案件上报给上级主管机构郡,郡守接受下属的奏谳后,如果能够作出判决,则将判决意见通告给县、道,由县、道执行;如果郡一级司法机关不能决断,“皆移廷尉”,呈报中央的司法机构廷尉。张家山汉简《奏谳书》案例六至十三即属于这种情况,“汉中守谳:公大夫昌荅(答)奴相如,以辜死,先自告。相如故民,当免作少府,昌与相如约,弗免,已治狱不当为昌错告不孝,疑罪。廷报:错告,当治。”<sup>⑫</sup>

廷尉是秦汉时期中央专门的司法机构,接受地方郡、县道的奏谳。地方郡县遇有疑案,逐级上报至廷尉,廷尉召集府内廷尉正、廷尉监、廷尉史(廷史)进行廷议,提出判决意见,由廷尉最终提

⑦ 蔡万进:《张家山汉简〈奏谳书〉研究》,广西师范大学出版社2006年版,第66页。

⑧ 《张家山汉墓竹简》(释文修订本),文物出版社2006年版,第106、107页。

⑨ [日]初山明:《中国古代诉讼制度研究》,李力译,上海古籍出版社2009年版,第98页。

⑩ 中国文物研究所、湖北省文物考古研究所编:《龙岗秦简》,中华书局2001年版,第144页。

⑪ 《睡虎地秦墓竹简》,文物出版社1978年版,第223页。

⑫ 张家山247号汉墓竹简整理小组:《张家山汉墓竹简》(释文修订本),文物出版社2006年版,第95页。

出判决意见,通告县道、郡遵照执行。据1959年甘肃武威磨咀子第18号汉墓出土的“王杖十简”记述,“河平元年,汝南西陵县昌里先,先年七十受王杖,颊部游徼吴赏使从者殴击先,用(因)诉,地太守上谳,廷尉报:罪名明白,赏当弃市。”<sup>⑬</sup>

如果中央的廷尉遇到地方奏谳的疑难案件仍不能决,则要具奏皇帝,“廷尉所不能决,谨具为奏,傅所当比律令以闻”<sup>⑭</sup>。《汉书·儿宽传》详细记述了廷尉府向皇帝奏谳疑难案件的情况:“张汤为廷尉,廷尉府尽用文史法律之吏,而宽以儒生在其间,见谓不习事,不署曹,除为从史,之北地视畜数年。还至府,上畜簿,会廷尉时有疑奏,已再见却矣,掾史莫知所为。宽为言其意,掾史因使宽为奏。奏成,读之皆服,以白廷尉汤。汤大惊,召宽与语,乃奇其材,以为掾。上宽所作奏,即时得可。”皇帝接到廷尉的奏谳,大多以“制曰”的形式向廷尉通告具体意见,据甘肃武威出土的“王杖诏令书”册记述:“汝南太守谳廷尉:吏有殴辱受王杖主者,罪名明白。制曰:谳何?应弃市。”<sup>⑮</sup>

汉代疑案奏谳制度在实施的过程中,经常会遇到一些具体的问题,如有些地方官吏对于疑案应奏谳而不谳。为此,汉景帝后元元年下诏指出:“狱,重事也。人有愚智,官有上下。狱疑者谳,有令谳者已报谳而后不当,谳者不为失。”<sup>⑯</sup>明确规定地方司法官员疑案奏谳可以免于罪责,不奏谳者将追究误判的法律责任。

魏晋南北朝时期,延续了秦汉时期的疑案奏谳制度,对于疑案大都采取了从轻的原则。如江统为“廷尉正,每州郡疑狱,断处从轻”<sup>⑰</sup>。曹操执政期间,有“兄弟争死,郡县疑不能决,乃上谳”<sup>⑱</sup>。南朝齐时,由“尚书掌谳奏”之事。<sup>⑲</sup>北朝后秦时,

姚兴“立律学于长安,召郡县散吏以授之。其通明者还之郡县,论决刑狱。若州郡县所不能决者,谳之廷尉。兴常临谘议堂听断疑狱,于时号无冤滞”<sup>⑳</sup>。

唐代是中华法系颇为成熟的时期,唐代的疑罪奏谳制度十分完善。关于唐代奏谳的法律程序,唐令《狱官令》规定:“诸州府有疑狱不决者,谳大理寺,若大理寺仍疑,申尚书省。”<sup>㉑</sup>唐代大理寺对奏谳的疑难案件的讨论是严肃认真的,并非是走过场敷衍了事。据《新唐书·李日知传》记载,李日知在武则天天授年间任司刑丞,时法令严,吏争为酷,日知犹平宽无文致。尝免一囚死,大理寺少卿胡元礼以为不可,说:“吾不去曹,囚无生理。”日知曰:“仆不去曹,囚无死法。”最后两人皆以状谳上,武后采纳了李日知的意见。

唐代尚书省六部之一的刑部主要负责受理大理寺及全国各地奏谳的疑难案件,据《新唐书》卷46《百官一》记载:“刑部郎中、员外郎,掌律法,按覆大理及天下奏谳,为尚书、侍郎之贰。”王播在担任刑部侍郎期间,“天下多故,大理议谳,科条丛繁,播悉置格律坐隅,商处重轻,剖决如流,吏不能窜其私”<sup>㉒</sup>。

两宋时期,继续实行奏谳制度。北宋的法典《天圣令》规定了疑难案件奏谳的法律程序:“诸州有疑狱不决者,奏谳刑法之司;仍疑者,亦奏下尚书省议。有众议异常,堪为典则者,录送史馆。”<sup>㉓</sup>宋代地方州县在审判的过程中,如遇到疑难案件,由法曹“专掌谳议”之事,负责上报给提点刑狱司。宋太宗淳化初,“始置诸路提点刑狱司,凡管内州府,十日一报囚帐。有疑狱未决,即驰传往视之”。若“州县稽留不决、按谳不实,长吏则劾奏,佐史、小吏许便宜按劾从事”<sup>㉔</sup>。为了鼓励地方州县官员

⑬ 甘肃省博物馆、中国社会科学院考古研究所编:《武威汉简·王杖十简》,文物出版社1964年版,第140页。

⑭ 《汉书》卷23《刑法志》。

⑮ 武威博物馆:《武威新出土王杖诏令册》,载《汉简研究文集》,甘肃人民出版社1984年版,第35-36页;李均明、何双全:《散见简牍合辑》,文物出版社1990年版,第16页。

⑯ 同注⑭。

⑰ 《晋书》卷56《江统传》。

⑱ 《三国志》卷12《崔琰传》引注。

⑲ 《南齐书》卷16《百官志》。

⑳ 《晋书》卷107《姚兴载记》。

㉑ [日]仁井田陞:《唐令拾遗》,粟劲、霍存福等译,长春出版社1989年版,第720页。

㉒ 《新唐书》卷167《王播传》。

㉓ 中国社会科学院历史所整理:《天一阁藏明抄本天圣令校正》,中华书局2006年版,第174-175页。

㉔ 《宋史》卷199《刑法一》。

及时奏报疑难案件,宋徽宗时还制定了专门的法律条文,规定:“诸路疑狱当奏而不奏者科罪,不当奏而辄奏者勿坐,著为令。”<sup>②5</sup>

地方各州县上奏疑难案件,无疑会加重中央审判机关的工作量。北宋元丰年间,由于地方各州请谳死刑类的案件增多,有些官员提出“将劾不应谳者”,追究不应奏谳案件司法官员的法律责任,但遭到了大理寺卿韩晋卿的反对。他说:“听断求所以生之,仁恩之至也。苟谳而获谴,后不来矣。”<sup>②6</sup>南宋时期,为了鼓励地方司法官员上奏疑难案件,对于不应奏而奏谳的案件,采取了较为宽松的政策。宋高宗绍兴三年(1133),宣州民叶全二盗檀偕窖钱,偕令佃人阮授、阮捷杀全二等五人,弃尸水中,有司以“尸不经验”奏。侍御史辛炳言偕系故杀,众证分明,以近降法,不应奏。诸狱不当奏而奏者虽不论罪,今宣州观望,欲并罪之。宋高宗指出:“若宣州加罪,则实有疑者亦不复奏陈矣。”命法寺、刑部停止处罚。<sup>②7</sup>

大理寺是宋代中央专门的审判机关,其职责是掌“天下奏劾命官、将校及大辟囚以下以疑请谳者,隶左断刑,则司直、评事详断,丞议之,正审之。”<sup>②8</sup>中央的刑部和御史台也参与疑难案件的审理,刑部的职责是“掌天下刑狱之政令。凡丽于法者,审其轻重,平其枉直,而侍郎为之贰。应定夺、审覆、除雪、叙复、移放,则尚书专领之;制勘、体量、奏谳、纠察、录问,则长贰治之;而郎中、员外郎分掌其事”<sup>②9</sup>。刑部对大理寺复核的疑难案件提出具体意见,“若情可矜悯而法不中情者谳之,皆阅其案状,传例拟进”。御史台是中央最高的监察机构,对于大理寺、刑部审理的疑难案件,御史台有权提出不同意见。北宋元丰年间,“兴元府奏

谳:梁怀吉往视出妻之病,因寄粟,其子辄取食之,怀吉殴其子死。法寺以盗粟论,而当怀吉杂犯死罪,引赦原。而纮议出妻受寄粟,而其子辄费用,不入捕法。议既上,御史台论纮议不当,诏罚金,仍展年磨勘。而侍郎崔台符以下三人无所可否,亦罚金”。<sup>③0</sup>

元朝是我国北方少数民族蒙古族建立的政权。元朝入主中原后,继续实行疑难案件的奏谳制度。元世祖中统五年八月四日颁布圣旨,规定:“诸州司县但有疑狱,不能决断者,无得淹滞,随即申解本路上司。若犹有疑惑不能决者,申部。”<sup>③1</sup>元代地方各路的推官有权受理所辖各府、县奏谳的疑难案件,如贡师泰在任绍兴路总管府推官期间,郡有疑狱,悉为详谳而剖决之。<sup>③2</sup>

元代把全国各地分为二十二道,分设提刑按察司,后改名为肃正廉访司,分别隶属中央御史台和江南、陕西行台。廉访司主要负责督查所巡地方的行政和吏治情况,有权受理巡查地区上奏的疑难案件。据《元史·刑法志》记载:“凡郡国有疑狱,必遣官覆谳而从轻。”如不花担任河东廉访司期间,尝出按部民,有杀子以诬怨者,狱成,不花谳之,曰:“以十岁儿,受十一创,且彼以斧杀怨,必尽其力,何创痕之浅,反不入肤耶!”遂得其情,平反出之。<sup>③3</sup>如廉访司仍不能决断,则向中央的御史台、中书省上奏。

元代中央受理地方奏谳疑难案件的司法机构有刑部、御史台和丞相府。元惠宗元统元年(1333),“遣省、台官分理天下囚,罪状明者处决,冤者辨之,疑者谳之,淹滞者罪其有司”。<sup>③4</sup>大德五年,元成宗下诏:“凡狱囚禁系累年,疑不能决者,令廉访司申省、台详谳。”<sup>③5</sup>元代中书省丞相的权

②5 《宋史》卷9《徽宗本纪》。

②6 《宋史》卷426《韩晋卿传》。

②7 《宋史》卷201《刑法三》。

②8 《宋史》卷165《职官五》。

②9 《宋史》卷163《职官三》。

③0 同注②7。

③1 《元典章》卷40《刑部卷之二》。

③2 《元史》卷187《贡师泰传》。

③3 《元史》卷179《贺胜传》。

③4 《元史》卷38《顺帝一》。

③5 《新元史》卷102《刑法志》。

力很大,可以对刑部奏讞的疑难案件提出不同意见,“刑部尝有狱事,上讞既论决,已而丞相知其失,以谴右司主者”。<sup>③⑥</sup>

朱元璋建立明朝政权后,延续了宋元时期疑难案件的奏讞制度。明朝初年,凡有大狱,明太祖当面讯问,以防有构陷锻炼之弊。洪武十四年(1381),“命刑部听两造之词,议定入奏。既奏,录所下旨,送四辅官、谏院官、给事中覆核无异,然后覆奏行之。有疑狱,则四辅官封驳之”。不久,又罢四辅官,“命议狱者一归于三法司”。<sup>③⑦</sup>

明代中央的三大法司是刑部、都察院和大理寺。刑部受天下刑名,都察院纠察,大理寺驳正。明代刑部的权力颇大,下设十三清吏司,分别受理各道上奏的疑难案件。大理寺变成了复核机构,大理寺卿“掌审讞平反刑狱之政令。少卿、寺丞赞之。左、右寺分理京畿、十三布政司刑名之事。凡刑部、都察院、五军断事官所推问狱讼,皆移案牘,引囚徒,诣寺详讞”。<sup>③⑧</sup>明代的监察机构都察院也经常参与重大疑难案件的审理,据《明史》卷73《职官二》记载:“大狱重囚会鞫于外朝,偕刑部、大理讞平之。”

有明一代,特务政治横行,锦衣卫、司礼监等特务组织也经常参与对疑难案件的审理。据《明会典》卷171“辩明冤枉”条记述:“法司遇有重囚称冤,原问官员,辄难辩理者,许该衙门移文会同三法司、锦衣卫堂上官,就于京畿道会同辩理。果有冤枉,及情罪可矜可疑者,奏请定夺。”弘治五年(1492),马中锡为大理右少卿,“南京守备太监蒋琮与兵部郎中娄性、指挥石文通相讦,连数百人,遣官按,不服。中锡偕司礼太监赵忠等往,一讯得实。性除名,琮下狱抵罪”。<sup>③⑨</sup>

清代对重大疑难案件的审理与前代相比已经有了很大变化。清代地方州县官员具有很大的审判权,对于普通的民事案件,州县堂官判决后即可结案;对于刑事案件,则根据罪行的轻重分别处理,笞杖刑的案件由州县判决,徒罪以上的案件先由地方基层司法机关定拟招解,解送上一

级审判机构复审。清代对重大疑难案件所施行的审转复核制度是汉唐以来奏讞制度的变革,把重大疑难案件交由上级司法机关复审,不仅减轻了下级审判官的压力,避免下级司法官员随意曲解法律原意,同时也能发挥上级司法机关的审判作用。

清代中央的审判机构是刑部,刑部的职责之一是掌平疑狱。刑部对于各省向中央咨询的疑难案件,如认为适用法律不当,可依据律例径行改正,经刑部改正的判决须题本奏闻皇帝,奉旨依议后,下达各省督抚执行。若刑部认为下级审判机关对于案件事实认定不合情理或适用法律不当,也可驳回责令再审。《驳案新编》卷4收录了一件上海县民刘四与刘六之妻徐姐奸逃伙抢一案,刑部即认为地方司法官员对刘四奸拐徐姐之事处罚过轻,应拟绞监候,便驳回再审。

我国古代的奏讞制度为地方司法机关处理疑难案件找到了一条重要的解决途径,不仅避免了类似案件各地出现不同判决结果的现象,维护了法律的严肃性,同时也有效地节省了司法成本。据《后汉书》卷46《陈宠传附子忠传》记载:“初,父宠在廷尉,上除汉法溢于《甫刑》者,未施行,及宠免后遂寝。而苛法稍繁,人不堪之。忠略依宠意,奏上二十三条,为《决事比》,以省请讞之敝。”

中国古代疑难案件奏讞制度的形成,直接促成了死刑复核制度的常态化。受古代奏讞制度的影响,历代法律对死刑的执行皆采取了审慎的态度,通过层层奏报的形式,把死刑的复核权收归中央。中国古代对死刑复奏并不是走过场,而是认真复核。如唐代对死刑的复核“令尚书、九卿讞之”。<sup>④①</sup>两宋时期,连皇帝也经常过问死刑等重大疑难案件,死罪囚已奏报,犯罪嫌疑人“犹诉冤枉,事有可疑,须推复者,以状奏闻,听旨别推”。<sup>④②</sup>清代对判处绞监候和斩监候的案件实行秋审制,《大清会典事例》卷844详细记述了清代秋审的法律程序:“刑部将原案及法司看语,并督抚看语,刊刷招册,送九卿、詹事、科道各一册,八月内在

③⑥ 《元史》卷137《奕赫抵雅尔丁传》。

③⑦ 《明史》卷94《刑法二》。

③⑧ 《明史》卷73《职官二》。

③⑨ 《明史》卷187《马中锡传》。

④① 同注②。

④② 同注②,第170页。

金水桥西,会同详核情实、缓决、可矜,分拟具题,请旨定夺。”

德国著名学者马克斯·韦伯(Max Weber)曾对近世以来中国的法律进行研究,他认为中国传统法律是实质的、不理性的法律;法律不重视形式逻辑,重视的是实质的公道,伦理教化的色彩很浓,法律处处有漏洞,法规范不够完备;缺乏完备的程序法规定;司法审判是自由裁量的、不可预计的“卡迪审判”;法律与司法缺乏独立性与自主性等特点。<sup>④</sup>通过上述对中国古代奏谳制度的分析,我们认为中国传统法律是既重视实质公道,也有完备诉讼法律程序的法律体系。假如没有完善的法律程序加以保障,实质的法律正义是根本无法实现的。

## 二、解决机制之二:选拔高素质司法官员,依靠法官的智慧来裁决

美国学者罗纳德·德沃金(Ronald Dworkin)认为:“可能在有些国家中,不管什么样的人做法官都无关紧要,法律是一套机械系统,就像计算机一样,任何一个受过适当专业训练的人都可以操作它并得出同样的结论。但在美国没有人会这么想。”<sup>⑤</sup>吴经熊先生在《正义的探讨》一文中也指出“法律是一门极高尚的学问”,学习法律“必须有科学的头脑,健全的道德观念,崇高的人格,以及审美的天才,这样去学法律才可以成功”<sup>⑥</sup>。由此可见,司法官员的法律素质,直接决定了法律执行的质量。

法律无不是普遍抽象的原则,原则越抽象,它的内涵越丰富,所能适应的事例就越多。中国传统法律的重要特征是缺少抽象的原则性规定,<sup>⑦</sup>法律条文的内容具体而琐碎,大都是当时习俗和经验的汇集,很少具有概括性的原则。因此,面对纷繁复杂的法律问题,即使制定的法条再完备,都会有立法上的漏洞。在具体的司法实践活动中,如果

法官遇到现实法典中所未规定的疑难案件时,就需要高素质的司法官员利用自身能力和许多法律技术来解决这些法律难题,而平庸的法官面对这些疑难案件时会显得束手无策。

中国传统法律缺少普遍抽象性原则的特征决定了对司法官员的素质提出了更高要求。中国古代许多政权都十分重视对司法官员的选任,秦朝时期,推行“以法为教,以吏为师”的政策,对司法官员的要求全面而具体。1975年,在湖北云梦睡虎地出土了秦简《为吏之道》,从中可以看到秦朝对司法官员的要求:“凡为吏之道,必精絜(洁)正直,慎谨坚固,审悉毋(无)私,微密鞫(纤)察,安静毋苛,审当赏罚。……临材(财)见利,不取句(苟)富;临难见死,不取句(苟)免。欲富大(太)甚,贫不可得;欲贵大(太)甚,贱不可得。毋喜富,毋恶贫,正行脩身,过(祸)去福存。”<sup>⑧</sup>

两汉时期,中国的学人和文吏在经历了分立之后,二者逐渐融合成为“一身二任”的士大夫阶级。<sup>⑨</sup>汉代选拔官吏的主要方式是察举和征辟制。察举的名目有贤良方正、直言极谏、孝廉等形式。对于被举荐者,须先试任一年,如果能够胜任职守,则转为正式官职,若不称职者将被撤换,举荐人也要受到处罚。光武帝时期,从德、学、法、能四个方面选拔司法官员,《后汉书·百官志一》应劭注引光武帝诏书说:“方今选举,贤佞朱紫错用。丞相故事,四科取士。一曰德行高妙,志节清白;二曰学通行修,经中博士;三曰明达法令,足以决疑,能案章覆问,文中御史;四曰刚毅多略,遭事不惑,明足以决,才任三辅令;皆有孝悌廉公之行。自今以后,审四科辟诏,及刺史、二千石察茂才尤异孝廉之吏,务尽实核,选择英俊、贤行、廉洁、平端于县邑,务授试以职。有非其人,临计过署,不便习官事,书疏不端正,不如诏书,有司奏罪名,并正举者。”征辟制是由皇帝或主管官府聘请有才能的人做官。两汉时期的察举和征辟制确实选拔了很多优秀的国家官吏,这些官吏既通晓国家

<sup>②</sup> 林端:《韦伯论中国法律传统·自序与导论》,台湾三民书局2003年版,第6~7页。

<sup>③</sup> [美]罗纳德·德沃金:《自由的法:对美国宪法的道德解读》,刘丽君译,上海人民出版社2001年版,第373页。

<sup>④</sup> 吴经熊:《法律哲学研究》,清华大学出版社2005年版,第21~22页。

<sup>⑤</sup> 王伯琦:《古代德治盛行的原因》,载《近代法律思潮与中国固有文化》,清华大学出版社2005年版,第89~96页。

<sup>⑥</sup> 同注①,第281~282页。

<sup>⑦</sup> 阎步克:《士大夫政治演生史稿》,北京大学出版社1996年版,第19页。

法律,又精通财会。据新发现的居延汉简记述:“肩水侯官并山燧长公乘司马成,中劳二岁八月十四日,能书会计、治官民、颇知律令。”<sup>④⑧</sup>

魏晋南北朝时期,许多政权也很重视对司法官员的选拔和培养。曹魏时期,要求“吏达文法”,<sup>④⑨</sup>并在中央的廷尉之下设立律博士一职,教授法律。后秦姚兴统治年间,在长安设立律学,“召郡县散吏以授之。其通明者还之郡县,论决刑狱”<sup>⑤①</sup>。但总体来看,魏晋南北朝时期由于门阀世族把持着选官大权,以九品中正制的方式选拔官员,选拔官吏时重出身门第轻真才实学,因此,许多出身低微的有才能之士被排除在官僚阶层之外。

隋唐至两宋之际,科举制度取代了九品中正制,重视对官员综合素质的考察。唐代的科举考试主要有明经、进士、明法、明算、童子等科目。明法科是专门选拔法律人才的考试,主要考察应试者对国家律令的熟悉情况。进士科的考试最难,录取的名额也有限。进士科的考试内容包括时务策、帖经、诗赋等内容。考试合格后,只是取得了做官资格,若想真正步入仕途,还要经过吏部的严格选试,合格后才能授予官职。<sup>⑤②</sup>吏部选官的条件颇为苛刻,包括身、言、书、判四个方面,“吏部所试四者之中,则判为尤切。盖临政治民,此为第一义。必通晓事情,谙练法律,明辨是非,发摘隐伏,皆可以此覘之”。<sup>⑤③</sup>唐代文人只要进入仕途,就要面对各种形式的法律考试“试判”,包括进士及第后,到吏部报到时所进行的“关试”;铨选制的平选常调;“科目考”中的“书判拔萃科”与“平判科”;此外,流外入流也要“试判”。<sup>⑤④</sup>

两宋时期,选拔国家官吏不仅重视对学识、品德、体貌等方面的考察,更重视对官员法律知识的考察。从北宋建国开始,即要求所有国家官员

都要熟悉法律。宋太宗雍熙三年(986),颁布诏书,命朝内朝外所有官员明习法律,据《宋会要辑稿·选举十三》记载:“夫刑法者,理国之准绳,御世之衙勒。重轻无失,则四时之风雨弗迷;出入有差,则兆人之手足何措。念食禄居官之士,皆亲民决狱之人。苟金科有味于详明,则丹笔若为于裁处。用表哀矜之意,宜行激劝之文。应朝臣、京官、及幕职、州县官等,今后并须习读法。……其知州、通判、及幕职、州县官等,秩满至京,当令于法书内试问。如全部知者,量加殿罚。”

中央吏部在选拔官吏时,通常要加试法律,称为“试判”,考察应试者对国家律令的熟悉情况。南宋高宗绍兴二年(1132),在铨试文臣时,“以经义、诗赋、时议、断案、律义为五场”。<sup>⑤⑤</sup>为了选拔专门的法律人才,宋代鼓励京师官员和地方佐吏参加各种类型的法律考试,如“书判拔萃科”、“试刑法科”或“试断案”,为高素质的法律人才施展才华提供机会。因此,有些学者认为:“宋朝之利用各种制度,提倡法律,可以说是前所未有的。”<sup>⑤⑥</sup>

元明清三代,虽然选拔官员的途径仍以科举考试为主,但官员的法律素质与唐宋时期相比已不可同日而语。近代著名法学大家沈家本在评价元明清时期的法学状况时指出,元代废除律博士之职,“法学自此衰矣!明设讲读律令之律,研究法学之书,世所知者约数十家,或传或不传,盖无人重视之故也。本朝讲究此学而为世所推重者不过数人。国无专科,群相鄙弃。……此法学之所以日衰也”。<sup>⑤⑦</sup>

元代的科举考试以程朱理学为主,考试内容从“《大学》、《论语》、《孟子》、《中庸》内出题,并用朱氏章句集注,复以己意结之,限三百字以上。经义一道,各治一经,《诗》以朱氏为主,《尚书》以蔡

④⑧ 谢桂华、李均明主编:《居延汉简释文合校》,文物出版社1987年版,第21页。

④⑨ 《通典》卷16《选举四》。

⑤① 《晋书》卷107《姚兴载记》。

⑤② 许树安:《古代选举及科举制度概述》,天津人民出版社1985年版,第74页。

⑤③ 《文献通考》卷37《选举制》。

⑤④ 陈登武:《唐代知识人对唐律的理解与诠释——以白居易“百道判”的法律推理为中心》,收入黄源盛主编:《唐律与传统文化》,元照出版有限公司2011年版,第322页。

⑤⑤ 《宋史》卷158《选举四》。

⑤⑥ 徐道邻:《宋朝的法律考试》,载《中国法制史论集》,台湾志文出版社1975年版,第216页。

⑤⑦ 沈家本:《寄谿文存》卷3《法学盛衰说》。



氏为主,《周易》以程氏、朱氏为主”,<sup>⑤7</sup>对官员法律知识考察并不重视。

明朝选拔国家官吏的途径主要是八股取士,学生平时学习的内容是“先读《四书集注》、《孝经》、《小学》,次读《五经》传注、《周礼》、《仪礼》、《三传》、《国语》、《国策》、《性理》、《文选》、《八家文集》、《文章正宗》及应读史传、文集等书,依朱子读书法,用书程册子”<sup>⑤8</sup>。这样的教育模式只能使士子“以功名为心,不务实学,故高贵之文,举世亦无几人”。<sup>⑤9</sup>明末清初的学者顾炎武在《日知录·科举》中说:“八股之害,甚于焚书,而败坏人才,有甚于咸阳之郊所坑者,但四百八十人耳。”

清朝选拔地方官吏的途径大致分为“常规途径”(正途)和“非常规途径”(异途)两种。正途包括进士、举人、贡生、荫生等形式,<sup>⑥0</sup>也有少数地方州县官吏是通过先捐得贡生或监生头衔,然后再凭此捐得官衔步入仕途的。科举考试是清代入仕的主要途径,虽然清朝统治者也很重视对地方官吏的选拔,认为“州牧、县令,乃亲民之官,吏治之始基也,贡赋、狱讼,尔实司之,品秩虽卑,职任綦重。州县官贤,则民先受其利;州县官不肖,则民先受其害”。<sup>⑥1</sup>但落后的选官方式和僵化的教育体制已严重束缚了人才的发展。如清代法律规定,“生员当爱身忍性,凡有司官衙门不可轻入,即有切己之事,止许家人代告。不许干与他人词讼,他人亦不许牵连生员作证”;“不许生员上书陈言,如有一言建白,以违制论,黜革治罪”;“生员不许纠党多人,立盟结社,把持官府,武断乡曲,所作文字不许妄行刊刻,违者听提调官治罪”等。<sup>⑥2</sup>当这些满腹儒家经义的士人进入到政府的管理层后,要面临各种纷繁复杂的法律问题,法律知识的缺失始终是他们难以克服的障碍。据《蜀僚问答》记载,刘衡是一位正途出身的官吏,在居家等候任命时,祖父向他传授了法律,他在广东作知

县七年,仍不熟悉国家的法典,只能在八个月的丁忧期间突击研习法律。

德国学者马克斯·韦伯(Max Weber)曾这样评价清朝的司法官吏:“中国的官吏是家产制国家的官吏,他们是非专业性的士大夫所出任的官吏,是受过古典人文教育的文人,他们接受俸禄,但没有任何行政与法律的知识,只能舞文弄墨,诠释经典。”<sup>⑥3</sup>陈惠馨教授对此提出了不同意见,认为清代中国负责审判的地方官员知县们在参加科举考试的过程中,是必须要学习《大清律例》,并非如Max Weber(韦伯)所说的不具备法律专业知识。<sup>⑥4</sup>笔者认为,虽然《大清会典事例》卷382《礼部学校十七》记录了雍正七年的法令:“应令各省学政转飭各学教官,每当月课季考之次日,将律内开载刑名、钱谷、关系紧要者,详为讲解,使之熟习淹贯。豫识政治之要,学政于按临讲书之时,令诸生各讲律例三条。”但总体来看,清代司法官员的法律素质与唐宋时期相比还是十分低下的。

众所熟知,国家司法人员的素质决定了法律执行的质量,在立法琐细、缺少普遍抽象法律原则的中国古代,许多疑难案件都要依靠法官的智慧来解决。中国古代的儒家学派很早就认识到官员法律素质的重要性,认为“徒法不能以自行”,“有治法尚须有治人”,为法官的自由裁量留有余地,当法官遇到一些疑难案件时,依靠自身的法律智慧作出正确裁决。

古今中外,作为一个有着“法律头脑”的司法官员,必须拥有丰富的社会知识和判断疑难问题的能力,具备高尚的品德和忠于法律的精神,具有严肃认真的工作态度和勇于探索的创新精神。只有这样,才能在面对疑难案件时展现出超乎寻常的判断能力。

在中国古代长期的司法实践活动中,高素质的司法官员解决疑难案件大致通过如下几种形

<sup>⑤7</sup> 《元史》卷81《选举一》。

<sup>⑤8</sup> 《遵义府志》卷44《社学条规》。

<sup>⑤9</sup> 朱之瑜:《朱顺水集》卷11《答小宅生顺问六十一条》。

<sup>⑥0</sup> 瞿同祖:《清代地方政府》第二章《州县官》,范忠信、晏锋译,法律出版社2003年版,第34~38页。

<sup>⑥1</sup> 《清世宗实录》卷3“雍正元年正月辛巳”条。

<sup>⑥2</sup> 清光绪朝《大清会典事例》卷389。

<sup>⑥3</sup> 林端:《韦伯论中国法律传统——韦伯比较社会学的批判》,台湾三民书局2003年版,第27~28页。

<sup>⑥4</sup> 陈惠馨:《清代法律人的培养》,载《清代法制新探》,台湾五南图书出版股份有限公司2012年版,第195页。

式:

其一,认真审查和研究各类证据,从中发现疑点,揭开案情真相。宋代学者郑克曾指出:“凡为巧诈,必有缺漏。推核已至,奸欺自漏。”<sup>65</sup>任何疑难案件,都会有踪迹可寻,只要司法官员能够认真研究案情,就一定能够找到解开疑难案件的关键。

双方当事人的陈述是法官作出判决的重要证据,历来受到人们的重视。司法官员通过分析原被告双方的陈述,从中找到解决问题的关键,古代许多疑难案件的解决都是通过仔细研究原被告双方的陈述发现疑点的。例如,许襄毅在山东任职期间,单县有一男子在田间耕作,吃完妻子送来的饭菜后死去,丈夫家人怀疑妻子下毒,向官府控告,妻子拒不承认。县衙官员刑讯逼供,妻子“遂诬服”。许襄毅到单县巡察,亲自审查案卷,认为“鸩毒杀人,计之至密也,岂有自饷于田而鸩之者哉!”便询问妇人所饷饮食及所经过的道路,妻子说:“鱼汤米饭,度自荆林,无他异也。”许襄毅命人仿照死者之妻买鱼做饭,投荆花其中,与狗食之,立死。妇冤遂白。<sup>66</sup>

古代许多疑难案件解决的关键通常表现为对民事、刑事诉讼书证的真伪鉴别上。《听讼汇案》卷2引《琅琊代醉》卷26“盗印请钱”案记述了王文恪明断伪造书证的案例:“王文恪留守西京日,长水县申请买木钱数百千。王视其状,亟呼吏,作教下县令追买木一行人,械送府。既至皆以属吏。吏问其故,王曰:‘凡公文皆先书押而后印,故印在书上。今此状,乃先印后书,必有奸也。’鞫之,果重叠冒请,盗印为之者。”清人汪辉祖在《学治臆说》“据笔记断讼者宜加意”条有这样一段精彩的叙述,他说:“寻常讼案,亦不易理也。凡民间粘呈、契约、议据等项,入手便须过目。一发经承,间或舞弊挖补,初之不慎,后且难辨。向馆嘉湖,吏多宿蠹。闻有绝产告赎者,业主呈契请验,蠹吏挖去‘绝’字,仍以‘绝’字补之。问官照见‘绝’字补痕,以为业主挖改,竟作活产断赎,致业主负冤莫白。”汪辉祖在处理这些疑难案件时,“凡遇呈粘、

契据、借约之辞,俱于要紧处纸背盖用图记,并于辞内批明,以杜讼源。至楚省,则人情虽诈,只知挖改‘绝卖’为‘暂典’而已。欲以笔记断讼者,不可不留意”。

其二,依靠法官丰富的知识经验及运用正确的逻辑推理来判决疑难案件。古代社会纷繁复杂,各种疑难案件层出不穷。越是复杂的疑难案件,对司法官员的素质要求就越高。有时看似复杂的疑难案件,只要司法官员找到正确的解决路径,问题就会迎刃而解。我国古代许多重大疑难案件的侦破都是依靠法官的智慧来判明的。唐武则天时期,湖州佐使江琛取刺史裴光判书,割去文字合成书信,诈称是裴光写给徐敬业的反书。武则天派人审理此案,前三任官员皆怀疑“书是光书,语非广语”,不能判明真相。后张楚金奉命审理此案。张楚金仔细研究反书,一日,“仰卧向窗,透日影照之,其字皆补茸作者”。若平看则不觉,向日就会看见补茸痕迹。于是集州县官吏,取一杯水,取书投于水中,字一一解散。<sup>67</sup>

一个称职的司法官员,必须能够运用正确的逻辑推理来分析案情,前秦时,冀州有一老妇,夜幕时分遇见盗贼,老妇大呼捉贼,有一行人听到求助,快速追赶擒获盗贼。盗贼被捉到官府后反而诬陷行人抢劫,一时真假难辨。此时,法官符融对二人说:“二人当并走,先出奉阳门者非盗。”一会儿,两人被带回到衙门,符融对后至者说“汝即盗也。”符融的推理理由是:“盗若善走,则初不被行人所获,以此而知善走者是捕逐人也。”<sup>68</sup>张举任句章县县令期间,有妻杀夫,放火焚烧庐舍,诈称丈夫被火烧死。夫家怀疑,诉讼于官府,妻子拒不承认。张举“取猪二口,一杀之,一活之,乃积薪烧之,察杀者口中无灰,活者口中有灰。因验夫口中,果无灰,以此鞫之,妻乃伏罪”。<sup>69</sup>

其三,充分运用调解手段,依据情理法进行判决。人们常说清官难断家务事,这主要是因为家庭内部的法律纠纷大多缺乏人证物证,对于这类疑难案件,司法官员经常通过调解的方式来解。有时一件争论很久的疑难案件,如果经过司

<sup>65</sup> 桂万荣:《棠阴比事》卷上。

<sup>66</sup> 《增广智囊补》卷9。

<sup>67</sup> 和凝:《疑狱集》卷1。

<sup>68</sup> 同注<sup>67</sup>。

<sup>69</sup> 同注<sup>67</sup>。

法官晓之以情、动之以理的耐心调解,即使没有证据,也能很好地解决。北齐时,苏瓊担任南清河太守,有百姓易普明兄弟争田,“各相援据,乃至百人”,仍不能决。瓊乃召普明兄弟说:“天下难得者兄弟,易求者田地,假令得田地,失兄弟心如何?”许多证人听后皆感动流泪,普明兄弟也幡然醒悟,叩头泣谢,“时已分异十年,复还同住”。<sup>⑩</sup>

唐宋以后的中国社会并不是一个完善的法性社会,法律与伦理混同,法律只是推动道德的工具。因此,对于民事和轻微的刑事案件,许多政权赋予司法官员一定程度的自由裁量权,允许司法官员根据天理、人情、国法进行判决。明清时期,司法官员依照情理判决的疑难案件很多,据日本学者滋贺秀三研究,在清代“决不是所有或大多数案件中都引照国法”;“在判语中所引照的国法,具体地说,大体上仅限于《大清律例》这惟一的一部法典。清朝虽拥有从《大清会典》、《会典事例》,到各部的《则例》等很多法制编纂物,但它们在判语中被引照之处却几近于无”。<sup>⑪</sup>

其四,学习和借鉴以往审断疑难案件的经验,利用前人的法律智慧解决疑难案件。中国古代的司法官员善于总结以往的司法经验,经常把以往审断疑难案件的经验汇总到一起,编纂成书,供后人借鉴。汉武帝时期,董仲舒把自己参与司法裁判的疑难案件二百三十二事编纂成了《公羊董仲舒治狱》十六篇,即著名的《春秋决狱》十卷;<sup>⑫</sup>五代时期,和凝父子“博采籍记古今名贤折狱之精悉者”,编纂了《疑狱集》十卷;两宋时期,郑克著有《折狱龟鉴》八卷,桂万荣有《棠阴比事》三卷;明代李清著有《折狱新语》十卷,毛一鹭著《云间谿略》十卷,祁彪佳《莆阳谿牍》两卷等,这些有关司法审判方面的著作,对此后司法官员的审判有很好的借鉴作用。

法律文明是一个相互流动的文化载体,历史上许多国外审判经验也流传至中国,并为中国司

法官所借鉴。根据笔者的研究,中国古代很早就与西方有着法律文化的交流,中华法系在历史上与古代罗马法也有过交流和碰撞。<sup>⑬</sup>古代印度佛教、西方基督教故事中的一些审判经验曾在我国广为流传。如基督教的经典《旧约全书·列王纪上》记述了所罗门审断两个妓女争一男孩的案件;古代印度的佛教典籍中,记述了端正王审断“两母争一儿”的案件,在我国敦煌的莫高窟第98窟北壁屏风画和第146窟北壁屏风画上,画有该故事的连环画。<sup>⑭</sup>古代基督教、佛教中的审判经验,也为我国古代的司法官员所借鉴吸收。在宋人郑克的《折狱龟鉴》卷6中,记述了“汉黄霸巧断娣姒竞子案”的案件:“前汉时,颍川有富室,兄弟同居,其妇俱怀妊。长妇胎伤,匿之。弟妇生男,夺为己子。论争三年不休。郡守黄霸使人抱儿于庭中,乃令娣姒竞取之。既而长妇持之甚猛,弟妇恐有所伤,情极凄怆。霸乃叱长妇曰:长妇乃服罪。”北魏扬州刺史李崇审断的“李崇还儿”案,与上述案件也大致相同。笔者认为,《折狱龟鉴》记述的黄霸巧断娣姒竞子案和《疑狱集》记述的“李崇还儿”案,都深受古代印度佛教故事端正王审断“两母争一儿”案和基督教经典《旧约全书·列王纪上》“所罗门审断疑案”的影响。

其五,司法官员利用已有的司法检验经验查明案情,判决疑难案件。宋代法医学家宋慈在《洗冤集录·序》中说:“狱事莫重于大辟,大辟莫重于初情,初情莫重于检验。”中国古代很早就学会利用检验技术调查案件真相,在云梦睡虎地秦简《封诊式》中,对当时司法机关的检验情况有详细记录,如其中记载:“里人士五(伍)丙经死其室,不智(知)故,来告。即令令史某往诊。令史某爱书:与牢吏臣某即甲、丙妻、女诊丙。……诊必先谨审视其迹,当独抵死(尸)所,即视索终,终所党有通迹,乃视舌出不出,头足去终所及地各几可(何)?遗矢弱(溺)不也?乃解索,视口鼻渭(喟)然不

⑩ 吴讷:《棠阴比事续编》“苏琼化争”条。

⑪ [日]滋贺秀三:《清代诉讼制度之民事法源的概括性考察》,载王亚新、梁治平编:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版,第25页。

⑫ 程树德:《九朝律考》卷1《汉律考七》,中华书局2003年版,第160页。

⑬ 郑显文:《中华法系与古代罗马法之“暗合”》,载《出土文献与唐代法律史研究》,中国社会科学出版社2012年版。

⑭ 谢生保:《敦煌故事画中的刑罚》,载《敦煌研究》2002年第6期。

也?”<sup>⑦</sup>在内蒙古额济纳旗发现的居延汉简中,也记录了汉代尸体检验方面的资料:“内郡荡阴邑焦里田亥告曰:所与同郡县□□□□死亭东内中,东首,正偃,目冥,口吟,两手捲,足展,衣□□,当时死,身完,毋兵刃木索迹,实疾死审,皆证□。”<sup>⑧</sup>

宋代的法医检验技术达到了兴盛,南宋时期湖南地区的司法官员宋慈总结了历代司法勘验的经验,撰写了《洗冤集录》一书,对在司法检验中出现的各种疑难问题一一作了详细剖析。如在“检覆总说下”记载:“凡检验,不可信凭行人,须令将酒醋洗净,子细检视。如烧死口内有灰;溺死腹胀,内有水;以衣物或湿纸搭口鼻上死,即腹干胀;若被人勒死,项下绳索交过,手指甲或抓损;若自缢,即脑后分八字,索子不交,绳在喉下,舌出,喉上,舌不出,切在详细。自余伤损致命,即无可疑。”<sup>⑨</sup>中国古代很早就掌握了先进的司法勘验技术,这为判明疑难案件的真相提供了技术上的保障。

### 三、解决机制之三:广泛征询各方面的意见,集中全社会的法律智慧来裁决

世界许多民族在从原始社会过渡到阶级社会后,都保存了一些原始民主制的遗存。传说在我国上古时期的尧舜禹时代,曾有过民主推选部落联盟首领的习惯。当进入到阶级社会后,原始民主制的遗风仍然存在。据《尚书·洪范》记载,周武王问政于箕子,箕子回答“汝则有大疑,谋及乃心,谋及卿士,谋及庶人,谋及卜筮”,告诫周武王在处理疑难事务时要广泛听取各方面的意见。

西周时期对于疑难案件采取了十分审慎的态度,据《礼记·王制》记载:“疑狱,泛与众共之,众疑赦之,必察大小之比以成之。”司法机关在审理疑难案件时,认真听取社会各方面的意见,然后作出判决。据《周礼·秋官·司刺》记载,西周有三

刺之法:“一曰讯群臣,二曰讯群吏,三曰讯万民。”《礼记·王制》亦云:“成狱辞,吏以狱成告于正,正听之;正以狱成告于大司寇,大司寇听之棘木之下;大司寇以狱之成告于王,王命三公参听之;三公以狱之成告于王,王三宥,然后制刑。”有些学者认为,通过集体讨论的这个“刑”,也是针对“疑狱”研究的“例”,说明判例在先秦时期已经形成。西周时期把判例称之为“比”。<sup>⑩</sup>比也就成为此后解决疑难案例的审判依据。

春秋时期,对于重大疑难案件的审理也征询士大夫和国人的意见。据《左传》“昭公十四年”记载,晋国司法官员叔鱼枉法“鬻狱”,判决理直的邢侯败诉,邢侯一怒之下杀死了法官叔鱼和被告雍子。晋国国君征询士大夫叔向的建议,叔向说:“三人同罪,施生戮死可也。雍子自知其罪而赂以买直,鲋也鬻狱,邢侯专杀,其罪一也。己恶而掠美为昏,贪以败官为墨,杀人不忌为贼。《夏书》曰:‘昏、墨、贼,杀。’皋陶之刑也,请从之。”韩宣子接受了叔向的建议。有学者认为,这与后世的合议制有某些相似之处。<sup>⑪</sup>春秋时期郑国子产在放逐公孙楚前,也征求了子大叔的意见,子大叔回答:“吉不能亢身,焉能亢宗?彼国政也,非私难也。”<sup>⑫</sup>

战国时期是中国古代法学的兴盛时期,儒、法、道、墨等各家学派都提出了不同的法律主张。对于死刑等重大案件,儒家学派的代表人物孟子主张要审慎,认真听取社会舆论的评价,他说:“左右皆曰贤,未可也;诸大夫皆曰贤,未可也;国人皆曰贤,然后察之;见贤焉,然后用之。……左右皆曰可杀,勿听;诸大夫皆曰可杀,勿听;国人皆曰可杀,然后察之;见可杀焉,然后杀之。”<sup>⑬</sup>

战国中期以后至秦统一全国,法家的思想占据主导地位。受法家思想的影响,刑罚严苛。司法官员在审判案件的过程中大多拘泥法律条文,缺少融通。西汉建国后,为了改变传统诉讼审判制度过于僵化的现象,司法官员在审理重大疑难案件时,经常会征求听询社会各方面的意见。汉景

<sup>⑦</sup> 同注①,第267~268页。

<sup>⑧</sup> 甘肃省文物考古研究所编:《居延新简》,文物出版社1990年版,第352页。

<sup>⑨</sup> 《洗冤集录校释》卷1,群众出版社1980年版,第15页。

<sup>⑩</sup> 程政举:《新资料 and 先秦及秦汉判例制度考论》,载《华东政法大学学报》2009年第6期。

<sup>⑪</sup> 徐鸿修:《春秋贵族法规研究》,载《先秦史研究》,山东大学出版社2002年版,第196页。

<sup>⑫</sup> 《左传·昭公元年》。

<sup>⑬</sup> 《孟子·梁惠王章句下》。

帝时期,发生了防年继母陈氏杀害防年生父,防年又杀死继母的案件,中央廷尉“依律杀母以大逆论”,汉景帝认为不妥,召集大臣们进行讨论。汉武帝时年十二岁,在景帝身边,说:“夫继母如母,明不及母,缘父之故,比之于母。今继母无状,手杀其父,则下手之日,母恩绝矣。宜以杀人同,不宜以大逆论。”<sup>⑧</sup>最后汉景帝采纳了太子武帝的建议。汉昭帝时,巨鹿县县令经常向狱吏路温舒询问解决疑难案件方法,“路温舒字长君,巨鹿东里人也。父为里监门。使温舒牧羊,温舒取泽中蒲,截以为牒,编用写书。稍习善,求为狱小吏,因学律令,转为狱史,县中疑事皆问焉。太守行县,见而异之,署决曹史。”<sup>⑨</sup>

汉武帝时,中央廷尉经常向已经致仕的董仲舒询问判决疑难案件的意见。据《后汉书·应劭传》记载,儒家公羊学派的大师董仲舒因老病致仕,“朝廷每有政议,数遣廷尉张汤亲至陋巷,问其得失,于是作《春秋决狱》二百三十二事,动以经对,言之详矣”。近人程树德在《九朝律考·汉律考七》中,对春秋决狱的案例进行了辑佚。仔细分析这些保存下来的案例,皆为有争议的疑难案件。董仲舒把儒家的精神引入到审判中来,解决了法律条文在立法上的漏洞,从而形成了引经决狱。关于引经决狱的源起,有学者认为:“一在补充法律条文的不足,一在解决律条与情理的龃龉;盖科条有限,情伪无穷;在法律无法完全,总有漏洞的情况下,折狱乃时而以案例比拟之,有依风俗习惯申认之;有时逢疑狱,则必须运用法理甚至经义以解释之、补充之。”<sup>⑩</sup>汉代引经决狱的案件大都是有争议的疑狱案件,董仲舒把儒家的精神引入到司法审判中,就是为了摆脱中国古代法律与情理相脱节的现象,使国家的法律更有人性化,具有生命力。

西晋时期,尚书裴頠提出对于疑难案件的临时议处制度,他说:“刑书之文有限,而舛违之故

无方,故有临时议处之制,诚不能皆得循常也。”<sup>⑪</sup>这里的“临时议处”,笔者认为就是临时召集官员讨论案件,提出判决意见。北魏进入中原后,继承了前代疑难案件集体讨论的传统。太武帝拓跋焘在位时,下诏“诸有疑狱皆付中书,以经义量决”<sup>⑫</sup>。孝文帝延兴四年(474),凡“狱有大疑,乃平议焉”,<sup>⑬</sup>由朝中官员讨论评议,提出判决意见。《魏书·刑罚七》还详细记述了延昌三年(514)中央集体讨论冀州百姓费羊皮卖女一案,尚书李平、廷尉少卿杨钧、高阳王元雍等人均提出了各自的判决意见。宣武帝最后综合了各种意见,作出了如下判决:“羊皮卖女葬母,孝敬可嘉,便可特原。张回虽买之于父,不应转卖,可刑五岁。”

唐代对于各地州县上报的疑难案件经由三司使讨论,提出判决意见。三司是一个临时性的机构,据《唐六典》卷八记载:“凡国之大狱,三司详决,若刑名不当,轻重或失,则援法例退而裁之。”唐代三司使的人员构成前后期有所变化,唐太宗贞观年间,三司指给事中、中书舍人、御史。唐德宗建中二年(781)以后,三司成为临时性的司法机构,如“有大狱,即命中丞、刑部侍郎、大理卿鞫之,谓之大三司。又以刑部员外郎、御史、大理寺官为之,以决疑狱,谓之三司使,皆事毕日罢。”<sup>⑭</sup>

唐代对于特别重大的疑难案件,经常召集朝中官员集体讨论。贞观年间,唐太宗审录囚徒,有同州人房强因其弟在岷州谋反从坐,将被处死,太宗深表怜悯,命百官详议此案。大臣房玄龄认为:“案礼,孙为王父尸。案令,祖有廕孙之义。然则祖孙亲重而兄弟属轻,应重反流,合轻翻死,据礼论情,深为未愜。今定律,祖孙与兄弟缘坐,俱配没。其以恶言犯法不能为害者,情状稍轻,兄弟免死,配流为允。”<sup>⑮</sup>为唐太宗所采纳。

两宋之际,“天下疑狱,讞有不能决,则下两制与大臣若台谏杂议,视其事之大小,无常法,而

<sup>⑧</sup> 《折狱龟鉴》卷4。

<sup>⑨</sup> 《汉书》卷51《路温舒传》。

<sup>⑩</sup> 黄源盛:《春秋决狱的当代诠释》,载《汉唐法制与儒家传统》,台湾元照出版有限公司2009年版,第29页。

<sup>⑪</sup> 《晋书》卷30《刑法志》。

<sup>⑫</sup> 《魏书》卷4《世祖纪下》。

<sup>⑬</sup> 《魏书》卷111《刑罚志》。

<sup>⑭</sup> 《唐会要》卷78。

<sup>⑮</sup> 《旧唐书》卷50《刑法志》。

有司建请论驳者,亦时有焉”。<sup>⑩</sup>宋神宗时期,山东登州发生了阿云之狱,《宋史·许遵传》对案件有详细记述:“会妇人阿云狱起。初,云许嫁未行,嫌婿陋,伺其寝田舍,怀刀斫之,十余创,不能杀,断其一指。吏求盗弗得,疑云所为,执而诘之,欲加讯掠,乃吐实。遵按云纳采之日,母服未除,应以凡人论,谪于朝。”当时的许多重臣如参知政事王安石,翰林学士司马光、吕公著、韩维,知制诰钱公辅,御史中丞滕甫,御史钱顛,以及法官齐恢、王师元、蔡冠卿等都参与了对该案件的讨论,最后形成了两种不同的意见:王安石、许遵等人认为阿云有自首的事实,予以减二等论罪;刑部、大理寺、御史台和司马光等人认为应对阿云处以绞刑。阿云一案两次两制复审,在宋代历史上绝无仅有。最后,宋神宗采纳了王安石、许遵等人的意见。从阿云一案中,我们看到宋代对于在适用法律时出现重大歧义的疑难案件,经常召集两制官员进行集体讨论。

元代沿袭了前代重大疑难案件集体讨论的传统。元仁宗延祐六年(1319),对扎鲁忽赤买闾说:“扎鲁忽赤,人命所系,其详阅狱辞。事无大小,必谋于同僚。疑不能决者,与省、台臣集议以闻。”<sup>⑪</sup>泰定帝二年(1325),河南息州百姓赵丑厮、郭菩萨妖言弥勒佛当有天下,有司以闻。命大宗正府、刑部、枢密院、御史台及河南行省官杂鞫之。<sup>⑫</sup>元代各地方审判机构对于重大疑难案件也有集体讨论的传统,讨论后有关的官员在文书上签字,以示承担法律责任。元代法律规定:“京、府、州、县官员每日早聚,圆坐参议词讼,理会公事。”各级司法官吏参与案件的审理,“推问刑狱,……必须圆签文书”<sup>⑬</sup>。

明代对于重大疑难案件则采取三司会审、九卿会审、朝审等形式进行判决。明朝初年,凡“有疑狱,则四辅官封驳之”。<sup>⑭</sup>对于重大疑难案件,“令五军都督府、六部、都察院、六科给事中、通政司、詹事府详加审录”。<sup>⑮</sup>明成祖时期,遇有重大案件,由朝中官员集体讨论,“凡两法司囚犯,永乐七年以后,令大理寺官,每月引赴承天门外。行人司持节传旨,会同五府、六部、通政司、六科等官审录。输情服罪者,如原拟发遣。其或称冤有词,则令有司照勘推鞫”。<sup>⑯</sup>弘治十三年《问刑条例》详细规定了由三法司会审疑难案件的法律程序:“法司遇有重囚称冤,原问官员辄难辩理者,许该衙门移文,会同三法司、锦衣卫堂上官,就于京畿道会同辩理。果有冤枉及情可矜疑者,奏请定夺。”<sup>⑰</sup>但从明代中叶以后,由于大理寺的职权逐渐被削弱,大理寺参驳、翻异调问、各衙门堂上官圆审等职能多已无法执行,几乎成为具文。<sup>⑱</sup>

清代对于死刑案件和重大疑难案件,也由中央官员通过会审的形式提出判决意见。清代中央集体讨论重大疑难案件的形式主要有九卿会议、秋审等。九卿会议所审录的案件主要是各省死罪案件题本,法司定拟判决经内阁票签后,皇帝认为案情重大,须由九卿会议者,可令九卿会议具奏。清朝初年的九卿会议主要包括九卿会议、九卿科道会议、九卿詹事科道会议、大学士九卿詹事科道会议。<sup>⑲</sup>雍正皇帝曾对九卿会议的重要性作了论述:“各省人命抵罪之案,其应轻应重,朕确有所见者,即降旨定夺。若其情罪在疑似之间,而拟罪在可轻可重之际,朕心不能即定者,方交九卿定拟,以期平允。”<sup>⑳</sup>由此可见,疑似的案件也在九卿会议讨论之列。

⑩ 同注②7。

⑪ 《新元史》《刑法志》。

⑫ 《元史》卷29《泰定帝一》。

⑬ 《元典章》卷13《吏部七·圆坐署事》。

⑭ 同注②7。

⑮ 《明太祖实录》卷253“洪武三十年六月辛巳朔”。

⑯ 《大明会典》卷214。

⑰ 《大明律·附录·问刑条例》,法律出版社1999年版,第440页。

⑱ 那思路:《明代中央司法审判制度》,北京大学出版社2004年版,第245页。

⑲ 同注⑲,第139页。

⑳ 《大清会典事例》卷853。

为了能够尽快破解疑难案件,古代的司法机关有时也会邀请邻近州县或下级官署中有丰富审判经验的司法官员参与对疑难案件的审理。宋朝时,陈仲微任海盐丞,“邻邑有疑狱十年,郡命仲微按之,一问立决”。<sup>⑩</sup>清朝年间,彭鹏任三河知县,“治狱,摘发如神。邻县有疑狱,檄鹏往鞫,辄白其冤”。<sup>⑪</sup>于成龙在福建任地方官员时,颇得康亲王赏识,凡“遇疑狱,辄令讯鞫。判决明允,狱无淹滞”。<sup>⑫</sup>

中国古代对于重大疑难案件所采取的广泛征询社会各方面意见,通过集体讨论的形式最终进行判决的做法,避免了司法官员个人因主观臆断而造成冤假错案的现象,同时也能够充分利用社会上丰富的法律资源及时查明案情真相,以便作出公正的判决。

#### 四、解决机制之四:疑罪从轻和疑罪收赎制度

现代刑法学界对于犯罪行为的界定,主要是根据犯罪的证据。意大利著名刑法学家贝卡里亚认为:“证实犯罪的证据,可以分为完全的和不完全的。那些排除了无罪可能性的证据,我称之为完全的。这种证据,只有一个,就足以定罪。不能排除无罪可能性的证据,则是不完全证据。这种证据要变成完全的,需要有足够的数量。”<sup>⑬</sup>如果没有充分的犯罪证据,则适用无罪推定的原则。所以,近代西方的刑法理论通常是采取二分法的形式,分为有罪和无罪。如果证据不充分,则采取疑罪从无的原则。

中国古代很早就出现了疑罪从无的思想。据《左传》“襄公二十六年”引《夏书》记载:“与其杀不辜,宁失不经。”这句话的意思是司法机关在处理模棱两可的疑难案件时,宁可不按照常法判决,

也不能错杀无辜。西周时期,对于疑罪案件采取了从无从轻的原则,据《尚书·吕刑》记载:“五刑之疑有赦,五罚之疑有赦,其审克之。”唐朝时,对于没有充分证据的疑案有时也采取从无的原则,法国国家图书馆所藏的敦煌文书伯 3813 号《文明判集》残卷就记载了一个疑罪从无的情况:寡妇阿刘夫婿早亡,守志未嫁。在孀居期间生产一子,声称是“与亡夫梦合”所生。依照唐律规定:“诸奸者,徒一年半;有夫者,徒二年。”<sup>⑭</sup>但阿刘“语状颇欲生疑,孀居遂诞一男,在俗谁不致惑!与亡夫梦合,梦合未可依凭。即执确有奸非,奸非又无的状态。但其罪难滥(罚),狱贵真情,必须妙尽根源,不可轻为与夺”。<sup>⑮</sup>南宋孝宗时,赵善誉任大理寺丞,主张疑罪从无,曾力排众议平反了浙西平江“唐赞狱案”,据《攻愧集》卷 102《朝奉郎主管云台观赵公墓志铭》记载:“平江民唐赞之狱,皆以为凶恶,无可矜之理。公条可疑状十六,谓:‘赃证无实,情款抵牾。’卒释之。”在有罪推定占据主导地位的中国古代,对疑罪作出无罪判决的情况毕竟是少数。

由于司法鉴定技术的不发达,古代出现疑罪的情况很多,对于绝大多数疑罪案件,所采取的办法是疑罪收赎。所谓疑罪,是指证据不充分、法官难以判明的案件。疑罪构成的前提是证据不充分,不能完全证明犯罪的事实。对于这类案件,我国古代从上古时期开始,就采取了疑罪收赎的办法。为了不使犯罪嫌疑人逍遥法外,又不致使无辜者蒙受冤情,对被伤害人也能给予心理上的抚慰,中国古代的法学家提出了疑罪的理论,即在有罪和无罪之间增加了疑罪。“疑罪”理论的形成,体现了中国传统法律对刑事审判的审慎态度,因为一旦错判误判,会给被害人带来深重的灾难。故有些学者认为,古代慎刑、恤刑思想是中国古代疑罪产生的理论基础。<sup>⑯</sup>

<sup>⑩</sup> 《宋史》卷 422《陈仲微传》。

<sup>⑪</sup> 《清史稿》卷 277《彭鹏传》。

<sup>⑫</sup> 《清史稿》卷 277《于成龙传》。

<sup>⑬</sup> [意]贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社 1993 年版,第 26 页。

<sup>⑭</sup> 《唐律疏议》卷 26。

<sup>⑮</sup> 唐耕耦、陆宏基编:《敦煌社会经济文献真迹释录》(二),全国图书馆文献缩微复制中心 1990 年版,第 603~604 页。

<sup>⑯</sup> [日]泷川政次郎:《日唐两律疑罪的观念》,载《律令格式的研究》,角川书店昭和 42 年版,第 172 页。

中国古代“疑罪”理论的出现,“疑罪收赎”制度的形成,使古老的神明裁判失去了生存的空间。疑罪收赎不仅能让受害人及其家属在心理上获得一定的慰藉,也可以促使司法机关及被告积极寻找有无犯罪的证据,及时侦破案件。疑罪收赎是中国古代刑法理论发展到一定阶段的产物,张建国教授指出,古代“法律中对应于实刑的代替的赎,解释成最初是为各种疑罪而规定最为合理”<sup>⑩</sup>。

古代赎刑制度出现很早,据《尚书·虞书》记载,“金作赎刑”。传曰:“金,黄金。误而入刑,出金以赎罪。”疏云:“掌受士之金罚者,谓断狱讼者有疑即使出赎。既言罚金又曰货罚者,出罚之家,时或无金,即出货以当金直,故两言之。”根据上述文字,可知《尚书》中所记载的适用赎刑范围是“误而入刑”,多指过失犯罪;如果是断狱有疑者也可纳金收赎。

西周时期,对于证据不足的疑难案件,则采取了疑罪收赎的制度,赎刑在西周时期已经规范化和制度化了。据《尚书·吕刑》记载:“五刑之疑有赦,五罚之疑有赦,其审克之。”《吕刑》还详细记录了西周时期疑罪收赎的办法:“墨辟疑赦,其罚百鍰,阅实其罪。劓辟疑赦,其罚惟倍,阅实其罪。剕辟疑赦,其罚倍差,阅实其罪。宫辟疑赦,其罚六百鍰,阅实其罪。大辟疑赦,其罚千鍰,阅实其罪。”对于上述史料,近代著名法学家沈家本认为:“《吕刑》所言疑赦乃罚者,即今律‘疑罪各从其实以赎论’是也。”<sup>⑪</sup>关于西周疑罪收赎的管理机构和罚金管理,《周礼·秋官·职金》记述:“掌受士之金罚者,入于司兵。”

两汉时期,实行“罪疑从轻”的原则。<sup>⑫</sup>汉文帝时期,张释之为廷尉,“罪疑者予民,是以刑罚大省,至于断狱四百,有刑错之风”。<sup>⑬</sup>西汉初年,对疑罪案件采取收赎,1983年在湖北江陵张家山汉墓出土的西汉初年《奏讞书》,收录了一个疑罪

收赎的案例:“北地守讞:奴宜亡,越塞,道戍卒官大夫有署出,弗得,疑罪。廷报:有当赎耐。”<sup>⑭</sup>这说明西汉时期疑罪收赎的情况仍然存在。汉武帝时,张汤为廷尉,“以宽为奏讞掾,以古法义决疑狱,甚重之”。<sup>⑮</sup>这里的“以古法义决疑狱”,很可能也是采取了疑罪从轻或收赎的办法。

汉代对于疑罪案件的处理主要有两种:其一,是疑罪收赎。汉代的赎刑与西周相比,已发生了很大变化,赎刑开始改用黄金,且经常当作独立的刑名使用。汉代的赎刑是根据犯罪轻重分别缴纳不同数量的黄金,据张家山汉简《二年律令·具律》记载:“赎死,金二斤八两。赎城旦舂、鬼薪白粲,金一斤八两。赎斩、府(腐),金一斤四两。赎劓、黥,金一斤。赎耐,金十二两。赎(迁),金八两。”其二,是把疑罪的犯罪迁往到沿边郡县,施行实边政策。据《魏书》卷111《刑罚志》记载:“汉武时,始启河右四郡,议诸疑罪而谪徙之。十数年后,边郡充实,并修农戍,孝宣因之,以服北方。”

魏晋南北朝时期,各朝代对于疑罪案件通常采取从轻处罚的原则。南朝刘宋之际,谢庄任都官尚书,指出:“罪疑从轻,既前王之格范;宁失弗经,亦列圣之恆训。用能化致升平,道臻恭己。”<sup>⑯</sup>前秦政权时,王坦之在审理“韩悵逃之归首”案件时,也依据“罪疑从轻之例”进行判决。<sup>⑰</sup>

唐代是中华法系十分成熟的阶段。唐代的法典《唐律疏议》卷30《断狱律》“疑罪”条对疑罪的含义作了明确阐述:“诸疑罪,各依所犯,以赎论(注云:疑,谓虚实之证等,是非之理均,或事涉疑似,旁无证见;或旁有闻证,事非疑似之类)。即疑狱,法官执见不同者,得为疑议,议不得过三。”长孙无忌等对该条文作了疏议:“疑罪,谓事有疑似,处断难明。”“疑,谓虚实之证等”,谓八品以下及庶人,一人证虚,一人证实,二人以上,虚实之证其数各等。“是非之理均”,谓有是处,亦有非处,其理各均。“或事涉疑似”,谓赃状涉于疑似,旁无

⑩ 张建国:《论西汉初期的赎》,载《政法论坛》2002年第5期。

⑪ 沈家本:《历代刑法考·刑法分考十六》,中华书局1985年版,第427页。

⑫ 《汉书》卷72《于定国传》。

⑬ 《汉书》卷23《刑法志》。

⑭ 同注⑧,第96页。

⑮ 《汉书》卷58《儿宽传》。

⑯ 《宋书》卷85《谢庄传》。

⑰ 《晋书》卷75《王湛传附王坦之传》。



证见之人；或旁有证见之人，其事全非疑似。称“之类”者，或行迹是，状验非；或闻证同，情理异。疑状既广，不可备论，故云“之类”。对于疑罪，所采取的原则是收赎。疑罪收赎制度具有一定的合理性，它避免了法官因证据不足始终无法裁断的尴尬境地，也弥补了神明裁判所带来的错判和误判情况的发生。

在《唐律疏议·名例律》中，对赎刑应缴纳铜的数额有详细规定。笞刑有五种：笞一十，赎铜一斤；笞二十，赎铜二斤；笞三十，赎铜三斤；笞四十，赎铜四斤；笞五十，赎铜五斤。杖刑五种：杖六十，赎铜六斤；杖七十，赎铜七斤；杖八十，赎铜八斤；杖九十，赎铜九斤；杖一百，赎铜十斤。徒刑五种：徒一年，赎铜二十斤；一年半，赎铜三十斤；二年，赎铜四十斤；二年半，赎铜五十斤；三年，赎铜六十斤。流刑三种：流二千里，赎铜八十斤；二千五百里，赎铜九十斤；三千里，赎铜一百斤。死刑两种：绞、斩，赎铜皆为一百二十斤。由于疑罪收赎有相应的法律标准，这为司法官员对疑罪的判决和执行提供了法律依据。

宋代沿袭了唐律的疑罪收赎制度。据《宋刑统》卷30“疑狱”条规定：“诸疑罪，各依所犯，以赎论（注云：疑，谓虚实之证等，是非之理均，或事涉疑似，旁无证见；或旁有闻证，事非疑似之类）。即疑狱，法官执见不同者，得为疑议，议不得过三。”

在元明清三代的法典《至正条格》、《大明律》和《大清律例》中，取消了唐宋律典中关于“疑罪”的条文，疑罪收赎的办法只是偶尔使用。如明嘉靖年间，聂豹在担任平阳知府期间，“令富民出钱，罪疑者赎，得万余金，修郭家沟、冷泉、灵石诸关隘，练乡勇六千守之”。<sup>①⑥</sup>

由于元、明、清三代的法典取消了疑罪收赎的条款，在当时的司法实践中经常采取“疑罪从轻”的原则。元朝时期，对于那些无法判决的可疑案件，采取系狱不决甚至释放的办法。<sup>①⑦</sup>元代法律

规定：“疑狱系三岁不决者咸释之。”<sup>①⑧</sup>“诸疑狱，在禁五年之上不能明者，遇赦释免。”<sup>①⑨</sup>清朝乾隆年间在审理李侍尧案件时，乾隆帝亲下诏书，要求按照“罪疑惟轻”的原则审理。<sup>②①</sup>

元、明、清三代废除了疑罪收赎制度，使许多疑难案件失去了一条重要的解决途径。对于这些疑难案件，有时司法机关不得不通过神明裁判的方式进行裁决。因此，元明清三代神明裁判又有死灰复燃的迹象。<sup>②②</sup>元代地方官员在司法实践中常常利用地方百姓笃信城隍神的习俗来审断疑难案件。明清时期，有关户婚、田土、财货交易等方面的民事案件也经常因证据不足而通过神誓的方式来裁决。据《泰泉乡礼》卷5记述：“若乡老听一乡之讼，户婚、田土、财货交易等情，不肯输服，与社仓出纳保甲疑难之类，皆要质于社而誓之。凡誓鸣鼓七声，社祝唱跪，誓者皆跪，社祝宣誓，词曰：某人为某事，某有某情，敬誓于神，甘受天殃遭瘟，招祸凶于其身，覆宗绝嗣，灭其家门。惟神其照察之。誓毕，誓者三顿首而退。”

神明裁判是古代的司法机关因无确凿证据查明案情真相，便借助于神意来裁判。这样的判决没有任何合理性可言，判决的结果往往也是荒唐的。清代袁枚《新齐谐》卷2记述了“关神错断马孝廉”的故事：溧阳人马孝廉在未及第时，宿于邑之西村李家。邻居王某，性凶恶，虐待其妻。妻饥饿无以自存，窃邻居李家鸡烹食。李知之，告其夫。王某方饮酒，大怒，持刀牵其妻至李某门前，审问得实，将杀之。妻惧，便诬是马孝廉所为。孝廉与争，无以自明，曰：“村有关神庙，请往掷环玦卜之，卦阴者女子窃，卦阳者男子窃。如其言，三掷皆阳。王投刀，放妻归。而孝廉以窃鸡故，为村人所薄，失馆数年。”元明清三代之所以出现很多神明裁判的案例，其中一个重要的原因是在当时的国家律典中废除了有关疑罪的法律条文。与野蛮落后的神明裁判制度相比，我国古代的疑罪收赎制度无疑具有一定的合理性。

①⑥ 《明史》卷202《聂豹传》。

①⑦ 陈高华：《元代的审判机构和审判程序》，载《陈高华文集》，上海辞书出版社2005年版，第122页。

①⑧ 《元史》卷30《泰定帝二》。

①⑨ 《元史》卷105《刑法四》。

②① 《清史稿》卷323《李侍尧传》。

②② [日]仁井田升：《民间信仰和神判》，载《中国法制史研究·刑法》，东京大学出版会1980年补订版；郑显文：《中国古代的神明裁判》，载《律令时代中国的法律与社会》，知识产权出版社2007年版，第27页。

综上所述,在中国古代长期的司法实践中,逐渐摸索出了一套比较完善的解决疑难案件的法律机制,这些法律制度是古代程序法和实体法的有机结合,它反映了中国传统法律追求实质正义和程序公正的法律精神。

通过上述对中国古代疑难案件解决机制的探讨,我们从中也可以得出如下几点认识:其一,我国古代对于地方司法机关不能判决的疑难案件,通过逐级奏谳的形式上报给上级审判机构或中央最高审判机关,由中央权威的司法部门作出统一的法律解释和判决意见。疑难案件的奏谳制度不仅有助于减轻地方司法官员的法律责任,使其能够集中精力处理日常发生的民事刑事法律案件,同时也可以避免同类案件在不同地区出现不同判决结果的现象,维护国家法律的权威性。其二,司法审判的公平和公正关乎全社会的价值评判标准和对固有道德体系的认同,为此,我国古代许多政权对于所发生的重大疑难案件颇为重视,不仅认真听取下级司法官吏和社会各界民众对疑难案件的审判意见,有时连最高统治者皇帝、中央朝中所有的重要官员都要参与对案情进行讨论,提出审判意见,这种融入了社会各方面的法律智慧和经过集体讨论作出的判决意见通常具有公信力,判决的结果也比较客观公正,为社

会所认同。其三,司法审判事务是一项专业性很强的工作,它对司法官员的综合素质要求很高,法官素质的高低决定了司法审判的质量。中国古代历来重视对司法官吏的选拔任用,通过各种途径选拔那些社会知识丰富、判断能力强、正直无私和通晓国家法律的优秀人才担任审判官员,历史上许多重大疑难案件的解决都是由司法官员利用自己卓越的法律智慧来判明的。因此,古代法治最为清明的时代通常也是司法官员素质最高的时代。其四,由于受到司法检验技术和各种社会条件的限制,也有许多疑难案件最终无法判明。对于这类疑难案件,我国古代的法学家创造性地提出了“疑罪收赎”的刑罚理论,即在有罪和无罪之间增加了疑罪。所谓疑罪,是指“事有疑似,处断难明”的案件,对于这类案件,许多朝代的法律规定了“疑罪收赎”的办法。中国古代的“疑罪收赎”理论具有一定合理性,它既可避免违法者逍遥法外,在一定程度上也能够对受害人给予心理上的慰藉,有效地解决了因证据缺乏所带来的司法困境。“疑罪收赎”理论的出现,虽然最终没有使中国走上罪刑法定主义的道路,但却使中国古代的诉讼审判迅速摆脱了野蛮落后的神明裁判形式,向着更加文明的方向发展。