

# 名分攸關與夾簽聲請

## ——清代服制命案中的嚴格責任與衡平裁斷

顧元\*

### 摘要

在清代命案中，服制成為考量刑罰結果的關鍵因素。服制原則無論是在立法層面還是在司法實踐中，都得到嚴格貫徹。清中葉後，立法日重名分綱紀，服制命案的司法裁判呈現出責任嚴格化趨向，對主觀犯意和罪過的有意無視和忽略，在某種程度上加重了傳統刑法的結果主義和客觀主義的傾向。但是，針對「情有可原」案件而創建的夾簽聲請制度，賦予清代服制命案的處理以一定程度的內在張力和靈活衡情的空間。夾簽聲請對於緩和因立法過於重視服制名分而給刑罰制度帶來的嚴苛性、刻板性具有重要意義，也是帝制中國司法向來追求「天理、國法、人情允協」、「情法兩平」的手段之一。它在一定意義和程度上於立法和司法兩端留有自由衡情的罅隙，從而為構築傳統中國司法文化的衡平世界提供了可能性。

關鍵詞：命案、服制、夾簽聲請、嚴格責任、衡平司法

---

\* 法學博士，中國政法大學法律史學研究院教授。本文係北京市社會科學重點基金（15FXA005）階段性成果。對於匿名審查專家提出的富有建設性的寶貴意見，謹致謝忱。

## **Status Stake and Endorsement Request (Jiaqian): Strict Liability and Equitable Judgment in Homicide Cases Involving Mourning Apparel System in Qing Dynasty**

Gu Yuan\*

### **Abstract**

The mourning apparel system became a critical factor of criminal penalty in homicide cases which happened in Qing dynasty. The principle of mourning apparel system was carried out sternly both in legislation and judiciary. After the middle period of Qing dynasty, along with emphasizing status and guiding principle in legislation, the judicial adjudication was getting more strictly in penal liability, while the mens rea and sin were neglected intentionally, which strengthened the tendency of consequentialism and objectivism of Imperial China penal law. However, the endorsement requesting system which was applied to excusable cases, vested some inherent tension force and equitable judicial space of homicide cases in Qing dynasty and relieved severe and inflexible of the penal system which was caused by overvaluing mourning apparel system and status. Above all, endorsement requesting system provided some probability of equitable justice for Chinese traditional judicial culture.

Keywords: homicide case, mourning apparel system, endorsement request (Jiaqian), strict penal liability, equity justice

---

\* Jurisprudence Doctor, Professor of Legal History Institute in China University of Political Science and Law.

## 壹、導論

傳統中國親屬間各種服制早在《禮記》和《儀禮》之中就有詳載，後世幾千年奉行不悖。傳統父系家族血緣親屬的長幼範圍，通常包括上至高祖、下至玄孫的九代世系，統稱九族。此範圍內的直系血親、旁系血親和姻親均為有服親屬，死為服喪。親者服重，疏者服輕，依次遞減。所謂「五服」，即根據血緣親屬關係遠近規定的五種喪服制度。依服喪期限長短、喪服質地粗細及其製作方法，服制分為五種：①斬衰三年，用極粗生麻布為喪服，不縫衣旁及下邊。②齊衰，用次等粗生麻布為喪服，縫衣旁及下邊。齊衰按服喪期長短又分為齊衰三年、齊衰杖期一年、齊衰不杖期一年、齊衰五月和齊衰三月共五等。③大功九月，用粗熟布為喪服。④小功五月，用稍粗熟布為喪服。⑤緦麻三月，用稍細熟布為喪服。五服之外，同五世祖的親屬為袒免親，袒是露左臂，免是用布從項中向前交於額上，又後繞於髻。

自晉代肇始「峻禮教之防，准五服以制罪」後，親屬間親疏及尊卑長幼之序，成為定罪量刑的重要依據和原則，唐宋以降律（令）例相沿不改，體現了法律儒家化和家族倫理主義的精神。至《元典章》首創喪服圖，明清兩代更將其列入律典卷首，共八圖：喪服總圖、本宗九族五服正服圖、妻為夫族服圖、妾為家長族服圖、出嫁女為本宗降服圖、外親服圖、妻親服圖及三父八母服圖。圖後又有《服制》一卷，將五服關係分門別類，條分縷析。

由此可見服制在傳統中國之複雜，以至司法官也需借助各種服制圖表，才能確定具體的服制關係，以為準確適用。在服制所構建的親屬法律關係中，已不是單純意義上的自然人之間的親屬關係，而是建立在某一種理念框架中的社會關係。<sup>1</sup>它涵蓋了上下尊卑等各種身分

1 鄭秦，〈十八世紀中國親屬法的基本概念（代前言）〉，載鄭秦、趙雄主編，《清代「服制」命案——刑科題本檔案選編》（北京，中國政法大學出版社，1999），頁3-4。

關係，使其森然分明。

概括而言，「准五服以制罪」的基本原則是：

第一，尊長殺傷卑幼，服制愈近則定罪處罰愈輕；反之，卑幼殺傷尊長，服制愈近則處罰愈重。如《大清律例》卷二十八「刑律·鬥毆·毆祖父母父母」條規定：「凡子孫毆祖父母、父母，及妻妾毆夫之祖父母、父母者，皆斬；殺者，皆凌遲處死……其子孫違犯教令，而祖父母、父母非理毆殺者，杖一百；故殺者，杖六十，徒一年。」即使於五服之外，同姓親屬相犯亦有量刑之區別，同卷次「同姓親屬相毆」條：「凡同姓親屬相毆，雖五服已盡，而尊卑名分猶存者，尊長（犯卑幼）減凡鬥一等；卑幼（犯尊長）加一等，至死者（無論尊卑長幼）并以凡人論。」

第二，姦非罪不論尊卑長幼，服制愈近則處分愈重。《大清律例》卷三十三「刑律·犯姦·親屬相姦」條：「凡姦同宗無服之親，及無服親之妻者，各杖一百」。相較於凡人犯姦（和姦）只處杖八十（有夫者杖九十），雖無服但同宗，量刑比凡人已明顯加重。服內相姦則刑罰更重：「姦總麻以上親……各杖一百，徒三年；強（姦）者，斬。……若姦父祖妾、伯叔母、姑、姊妹、子孫之婦、兄弟之女者，各斬。」親屬相姦干犯人倫，罪在「十惡」之列，屬「內亂」。從量刑上看，姦無服仍處滿杖，總麻以上滿徒，姦女性尊屬或服制較近女屬則往往處死刑。

第三，親屬間的盜竊罪，比同凡人減等治罪，即服制愈近罪刑愈輕，服制愈遠則罪刑愈重。《大清律例》卷二十五「刑律·賊盜·親屬相盜」條：「凡各居（本宗、外姻）親屬，相盜財物者，期親減凡人五等，大功減四等，小功減三等，總麻減二等，無服之親減一等。並免刺」。

服制是帝制中國意識形態話語實踐中的重要部分，這種道德話語規定了傳統社會中人們行為思想的基本準則，起到基本的社會規範作用，因而亦為建構儒家綱常倫理秩序的主要制度工具。在這個意義上，服制是一種制度化的政治意識形態，是治理國家的重要方法和技

術。服制入律實際上是藉由法律實現社會治理的統治方式，是另一種制度樣態：一個在功能上實現道德與法律互補的制度模式。就服制入律的功能而言，德禮的世界與刑法的世界是高度同一的。

在清代眾多命案中，服制尤成爲一個考量刑罰結果的關鍵因素。通過考察清代相關條例和《刑案匯覽》等判牘材料所載服制命案，我們發現，服制原則無論是在立法層面還是在司法實踐中，都得到嚴格貫徹。尤其清中葉後，立法日重名分綱紀，司法審判對涉及服制命案的裁判呈現出責任嚴格化趨向，對主觀犯意和罪過的有意無視和忽略，在某種程度上加重了傳統刑法的結果主義和客觀主義的傾向。對司法官而言，重視並落實倫紀綱常是件「政治正確」之事，也是其法定的司法責任。在此背景下，在「名分攸關」的司法語境中，依律例裁判成爲既省事省心又安全無責的選擇，這種狀況加劇了律法的僵硬性和刻板性，並與人情物理和普通民眾的日常認知越來越疏離，使得律例慘苛冷峻的印象進一步深刻於民眾的心中。

本文擬通過實證性研究，探討服制在清代命案相關立法與司法中的重要影響，進而闡釋服制命案中的衡平機制及其文化語境和實踐意義。<sup>2</sup>

## 貳、嚴格責任化及其他：服制因素於清代命案相關立法與司法的影響

秦漢以降，家族倫理綱常與國家政治法制之間基本維繫了一種互補的態勢。通過民間與學者間的長期互動，儒家綱常倫理被具體化、禮儀化和符號化，並且完全滲透了平民百姓的日常生活。服制作爲一種微觀、繁複、系統且具體的制度，定義了具體個體在一個關係緊密的家庭、家族乃至社會中的位置，持續地規訓著自然的人和他們自然

---

2 關於傳統中國司法衡平的討論，參見顧元，《衡平司法與中國傳統法律秩序——兼與英國衡平法相比較》（北京，中國政法大學出版社，2006）。

的衝動，將之整合進入一個不斷傳承的天人合一的系統，在一定程度上減少了基層社會對以國家強力表現的正式政治制度的需求，節省了社會的治理成本。<sup>3</sup>

對滿清統治者而言，不斷強化儒家倫常，不遺餘力地將服制法律化，乃至將之固化、絕對化和永恆化，是一種統治策略和治術。然而，服制的法律化也在客觀上給清代法律制度和法律體系帶來了重要而深刻的影響。這裡試就此作簡要分析。

## 一、服制加劇了傳統刑律的嚴格責任主義傾向

嚴格責任是一種不問主觀過錯的絕對責任或無過錯刑事責任。<sup>4</sup>行為人主觀不一定無過錯，只是在訴訟中不去具體認定是否存在過錯以及何種過錯類型。它是只要行為人實施了法律明文禁止的危害社會行為，不論是否能夠證明行為人主觀上有罪過，都應追究刑事責任的一種制度。

嚴格責任被認為是一種功利主義的立法：若把犯罪意圖作為犯罪成立的必要條件，往往會使被告脫逃懲罰，使法律形同虛設。<sup>5</sup>從社會功能上看，嚴格責任制是一套與復仇實踐相輔相成的制度。它獎勵並指導人們的社會行為，其基本作用就是要消除或盡可能減少生物性復仇因素的不穩定性，防止復仇者的機會主義。<sup>6</sup>

責任主義原則通常被視為區別近現代刑法與古代刑法的重要特點之一。嚴格責任制度的起源，可追溯到古代刑法中的結果責任。近代以來行為責任取代了結果責任，故意、過失、責任年齡、責任能力等主觀因素與犯罪行為一起成為刑事責任不可或缺的要素，主客觀相統

3 參見蘇力，《法律與文學：以中國傳統戲劇為材料》（北京，生活·讀書·新知三聯書店，2006），頁359-360。

4 〔美〕道格拉斯·N·胡薩克著，謝望原等譯，《刑法哲學》（北京，中國人民公安大學出版社，1994），頁137。

5 〔英〕魯珀特·克羅斯、菲利浦·A·瓊斯著，趙秉志等譯，《英國刑法導論》（北京，中國人民大學出版社，1991），頁77。

6 前引蘇力，《法律與文學：以中國傳統戲劇為材料》，頁62-63。