

传统中国司法运行的逻辑与困境

——以“李何氏杀死图奸强奸未成罪人案”为例

翟俊义

摘要 | 执法据律是传统中国司法官员践行司法职责的基本要求，但囿于传统中国法律客观具体的立法模式，案件的裁判结果可能陷入畸轻畸重的困境，而“李何氏杀死图奸强奸未成罪人案”是探讨传统中国司法运行形态中困境与破局的重要素材。李何氏有杀死图奸强奸未成罪人周得佶的事实，由此被依罪人已就拘执而擅杀律拟绞监候具题，但擅杀图奸强奸未成罪人的背后有着为妇人名节而义愤杀人的隐情。案件中的隐情成为本案的关键，而被大理寺官员在三法司会议中比照《男子拒奸杀人》《妇女拒过拒奸杀死奸夫》之例而对李何氏拟绞监候提出质疑，最后李何氏被援用新例而拟流收赎。案件揭示了司法官员在处理案件时所遵循的逻辑，展现了机械守法在传统中国司法场域中的困境，反映了传统中国司法运作的诸多面向。

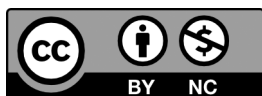
关键词 | 李何氏杀死图奸强奸未成罪人案；例；比附；拒奸；情法平允

作者简介 | 翟俊义，吉林大学法学院19级法律史博士研究生，研究方向：中国法律史。

Copyright © 2023 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



一、引言

长久以来，传统中国的司法运行及其法律适用问题一直是学界研究的重点，其中最为著名的当属

马克斯·韦伯（Max Weber）对传统中国司法的相关论述^[1]，更是影响着人们对传统中国司法的性质及价值追求的不断探讨。^[2]而发生于清代嘉庆年间的

[1] 德国学者马克斯·韦伯（Max Weber）将传统中国的司法称之为“卡迪司法”（Kadi justiz），具体论述可参见[德]马克斯·韦伯：《儒教与道教》，洪天富译，江苏人民出版社1995年版，第120-124，172-175页。

[2] 相关探讨包括但不限于李栋：《超越“依法裁判”的清代司法》，载《中国法学》2021年第4期；邓建鹏：《清代“依法裁决”问题的再研究》，载《四川大学学报（哲学社会科学版）》2021年第2期；徐忠明：《清代中国司法裁判的形式化与实质化——以〈病榻梦痕录〉所载案件为中心的考察》，载《政法论坛（中国政法大学学报）》2007年第2期；张伟仁：《中国传统的司法和法学》，载《现代法学》2006年第5期。

“李何氏杀死图奸强奸未成罪人案”（为论述方便，后文将其简称为“李何氏拒奸杀人案”），被认为是“第一次明确宣示了妇女拒奸‘登时’杀死调奸、强奸者可以无罪的原则。”^[1]该案是中央司法层面三法司会议有效运作的缩影，案件的处理结果亦获得嘉庆皇帝的高度认可并推动《妇女拒奸杀死强奸调奸罪人》条例的生成。案件论证和推理过程中详尽的法律适用与裁判考量展开，无疑成为揭示传统中国司法运作的直接载体。“李何氏拒奸杀人案”对传统中国的司法所涉问题是多方面的，但目前的研究囿于发表载体的影响，主要集中于围绕本案而展开的《妇女拒奸杀死强奸调奸罪人》法律规范的生成缘由^[2]，缺乏对传统中国司法运作的深层面涉及。

基于此，本文拟以原始文献为基础，对案件裁判过程中的法律适用和裁判考量试做分析，并以此为基础展开对案件背后所反映的深层次问题及其应对路径重新思考，深层次地揭示传统中国司法运作的逻辑及其困境，更好地回应传统中国司法的性质及其价值追求。

二、案情原委及审断概览

《刑案汇览》载：“李何氏被周得信图奸未成，将周得信捆绑戳伤身死”^[3]。

“李何氏拒奸杀人案”是一起发生于嘉庆年间（公元1819年）由于拒奸引起的受害者杀害施暴者的案件。文献史料《刑案汇览三编》《清实录》《清史列传》《杨介坪先生自叙年谱》等多处均有记载^[4]，

特别是《刑案汇览》对案件的始末更是有着直接、详尽的叙述。结合案件审断记载来看，这起案件并不复杂：

李何氏，系四川省民妇，曾白天遭受家中雇工周得信捻手调戏，但并未得逞。一天夜里，雇工周得信又乘空向李何氏调戏求奸，而将李何氏紧紧抱住。李何氏为求脱身，顺手拿起草刀戳伤其右胳膊右手背。周得信疼痛难忍，不得不松手，其正欲脱身之时，被闻声赶到的李成荣（系李何氏丈夫）抓住。问明缘由之后，李成荣拿起棍棒殴打周得信左乳等处，并用绳子将其双手捆住，等到天亮拟报官处理。邻居郑登富听到动静后赶来，亦对周得信所为进行责备。但周得信破口大骂，扬言到官府之后定让李何氏出丑。李何氏异常气愤，拿起刀戳周得信右臀和肾囊，致使周得信当场殒命。

李何氏在图奸未成罪人周得信束手就擒之后，擅自动手夺取周得信生命。显然，“李何氏拒奸杀人案”案件性质极其严重。“天下行省，自牧令至封疆大吏，皆有问刑之责，由下而上，以次推鞠，狱成上于朝，下法司议，再疏请宸断，是明慎用刑之道也。”^[5]周得信虽有过错，但“彼之罪不应死，则人命不可无抵也。”^[6]案件经基层审理后，最终被四川总督蒋锜攸“依罪人已就拘执而擅杀律拟绞监候具题”^[7]。“国家慎重刑名，因有三法司会议之制。所有刑部会题各案，督察院、大理寺堂官均当悉心酌核。其有未协者或改重为轻，惟期情法之平。”^[8]案件上报中央复核时，最初刑部

[1] 张田田：《命案中的隐情：清代“拒奸勿论”案件再探》，《人民法院报》2021年1月29日，第7版。

[2] 包括但不限于：张田田于2023年5月15日—5月17日在CCTV12频道《法律文化讲堂（文史版）》分三集讲《民妇受辱杀人案》。法制类报纸登载本案的约有三篇，参见张田田：《正当防卫的传统资源：清代妇女拒奸无罪案例》，载《人民法院报》2018年2月9日，第7版；刘文基：《杀死强奸犯的处罚与清朝律例编纂——以嘉庆二十四年李何氏捆绑戳伤致死强奸未遂的周得信案为视角》，载《人民法院报》2019年8月16日，第7版；张田田：《命案中的隐情：清代“拒奸勿论”案件再探》，载《人民法院报》2021年1月29日，第7版。

[3] [清]祝庆祺等编：《刑案汇览三编》，北京古籍出版社2004年版，第978页。

[4] [清]祝庆祺等编：《刑案汇览三编》，北京古籍出版社2004年版，第978—980页；《清实录》（第32册），中华书局2008年版，第34160—34161页；《清史列传》（第9册），王钟翰点校，中华书局1987年版，第2780页；[清]杨恽会：《杨介坪先生自叙年谱》，载北京图书馆编：《北京图书馆藏珍本年谱丛刊》（第127册），北京图书馆出版社1999年版，第335—338页。

[5] [清]周守赤辑：《刑案汇编》，程方等点校，天津人民出版社2018年版，第2页。

[6] [清]沈之奇撰：《大清律例辑注》，怀效锋、李俊点校，法律出版社2000年版，第963页。

[7] [清]祝庆祺等编：《刑案汇览三编》，北京古籍出版社2004年版，第979页。

[8] 《清实录》（第32册），中华书局2008年版，第34160页。

比照《本夫及有服亲属擅杀图奸未成罪人》之例和参照既有相似案件处理经验,同意将李何氏拟绞候并移送三法司会议。在三法司会议中,大理寺以《男子拒奸杀人》之例和《妇女悔过拒奸杀死奸夫》之例提出反驳,认为李何氏是遭周得佶忿吓戳,为保全自身名节之举,这种情景下李何氏就有可矜之处,其罪更当从减。刑部也认为如若这样处理,对李何氏似乎并不平允。刑部详查相似历届成案后,发现此类案件因为例无明文命定,以致在办理之中未能画一。所以,最后共同商定并促成了《妇女拒奸杀死强奸调奸罪人》之例的颁布。最终,李何氏被援用新例而拟流收赎。在处理本案中发挥重要作用的龄椿、杨恂曾各赏加纪录三次,获得嘉庆皇帝奖励。

三、案件的法律适用与裁判考量

(一) “李何氏一案照拟绞候”^[1]

“法律推理应该仅仅依据客观事实、明确的规则及逻辑去决定一切为法律所要求的具体行为。”^[2]显然,案件裁判结果的生成应着眼于李何氏拒奸杀人案件的情况,并依据《大清律例》中的有关规定而作。但纵观李何氏的这种杀人行为,《大清律例》中并无确切法律规范能够直接援引。“凡律令该载不尽事理,若断罪而无正条者,(援)引(他)律比附。”^[3]针对李何氏拒奸杀人的行为,司法官员有权在既有法律规范之中寻找出与案件中案情事实最为贴近的规范予以比附援引。“法制有限,情变无穷,所犯之罪,无正律可引者,参酌比附以定之,此以有限待无穷之道也”^[4],这亦是实践之中司法官员为寻求定罪量刑而对案件适用的通行做法。比附,是“将某事项之规定,推及于类似事项而予

适用之谓”^[5]。纵观李何氏拒奸杀人案中的案情事实,李何氏是在周得佶被捆绑而无法反抗之时将其杀害的,针对这一重要细节,与之贴近的当属《罪人已就拘执而擅杀律》:

“若(囚虽逃走)已就拘执,及(罪人虽逃走)不拒捕,而(追捕之人恶其逃走,擅)杀之,或折伤者,(此皆囚之之不应死者,)各以杀伤论。(若)罪人本犯应死(之罪)而擅杀者,杖一百。”^[6]

周得佶属于图奸强奸未成罪人,即使依照《大清律例》中的有关规定,也远未达到被处极刑的刑罚。^[7]但单就这条规定来看,对李何氏杀人行为的定性和量刑不无不当。这是四川总督蒋锞在遍查杀奸之案,围绕“捆殴致毙”的案情,但既有法律规范无法直接涵摄个案,为应对律典体系内的法律规范“漏洞”而比附援引的一种法律适用中的司法技术。这种特质就决定了比附的运用并非肆意而为,面对“法无正条”的情景而运用比附之时,需遵循有其固有的内在机理,《刑案汇览三编·儒师引诱学徒为非》载:

“审理案件遇有例无明文原可比附他律定拟,然必所引之条与本案事理切合,即或事理不一而彼此情罪实无二致方可援照定讞,庶不失为平允。若不论其事理,不酌其情罪,徒执一二句相似之文率定爰书,殊失立法本意。”^[8]

概言之,司法官员面对律无明文规定而需比附之时,所援引的规范应当与案件中的“事理”所切合,并且亦需满足“情罪一致”的要求。具体而言,“人同,事同,而情同,其罪固同。”^[9]司法官员待判案件中的“人”“事”“情”与律典所创制的行为模式中的三者完全相同之时,即可直接援引;李何氏杀死图奸未成的周得佶,案件本身与所援引

[1] [清]祝庆祺等编:《刑案汇览三编》,北京古籍出版社2004年版,第979页。

[2] [美]史蒂文·J·伯顿:《法律和法律推理导论》,张志铭、解兴权译,法律出版社1998年版,第3页。

[3] 《大清律例》,张荣铮等点校,天津古籍出版社1993年版,第138页。

[4] 《大清律例集要新编》,载沈云龙主编:《近代中国史料丛刊三编》(第二十二辑),文海出版社有限公司1987年版,第561页。

[5] 戴炎辉:《唐律通论》,戴东雄、黄源盛校订,元照出版有限公司2010年版,第17页。

[6] 《大清律例》,张荣铮等点校,天津古籍出版社1993年版,第574页。

[7] 《大清律例·犯奸》载:“凡调奸、图奸未成者,经本妇告知亲族,乡保即时禀明该地方官审讯。如果有据即酌其情罪之重轻,分别枷号、杖责,报明上司存案。”《大清律例》,张荣铮等点校,天津古籍出版社1993年版,第553页。

[8] 转引自陈新宇:《从比附援引到罪刑法定——以规则的分析与案例的论证为中心》,北京大学出版社2007年版,第35页。

[9] [清]王明德:《读律佩觿》,何勤华等点校,法律出版社2001年版,第6页。

例的罪状描述存在共性，均系罪人已就拘执而遭擅杀语境下的法律适用，案件情节与罪状描述极为相近。虽然在比附中可能会因援引的律例规范而有所不同，但“情罪一致”仍是其重要目标。这也正是为何刑部尽管比附援引《本夫及有服亲属擅杀图奸未成罪人》之例：

“凡本夫及有服亲属杀死图奸未成罪人，无论登时事后，俱照擅杀律，拟绞监候。”^[1]

虽然所拟比附援引中的法律规范主体系“本夫及有服亲属”，而该案主体系被图奸之人。但是，在这种比附援引以寻求恰当的法律规范过程中，“事异，人异，而情同，其罪亦无弗同也。”^[2]所以，即使按照这条律例比附，对李何氏的量刑处罚也依旧是绞监候。所以，四川总督蒋锜将李何氏杀死周得佶之行为“依罪人已就拘执而擅杀律拟绞监候”^[3]的拟断并无明显不妥，且实践之中，妇女在非登时杀死强奸未成罪人的案子，往往亦是照例拟绞，这正是为何刑部在复核商定时亦将其拟定为绞监候并最终画题移送法司会议的重要缘由。

（二）“其情有可原，其罪更当从减”^[3]

“引断允协”是传统中国司法官员实现案件公正、避免量刑畸轻畸重的前提，也是实现“情法之平”的关键。针对案中李何氏拒奸杀害周得佶的行为，《大清律例》中虽无直接规范予以涵摄，但依照实践之中惯用的比附之道，援引《罪人已就拘执而擅杀律》涵摄，表面上并无不妥。但是，大理寺官员在法司会议中，结合案情并比照既有律例规范：

“男子拒奸杀人之案照斗杀减一等，杖一百，流三千里。又妇女和奸后悔过拒绝，复被逼奸，将奸夫杀死照擅杀罪人减一等，拟以杖流。”^[3]

在既有律例规范之中，同样具有拒奸而杀人行为的男子，量刑时比照斗杀减一等，而处以杖

一百，流三千里；曾有失贞行为的妇女，即使之前具有和好行为，但事后又被逼奸而拒奸杀人，量刑时比照擅杀罪人减一等，拟以杖流。

“‘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。”^[4]通过对拒奸杀人既有律例规范的比照，单从量刑结果来看，无论是男子拒奸杀人，还是妇女和奸悔过拒奸杀人，显然针对李何氏所作的量刑较重，与情法之平相悖；“妇女被侵犯前失贞与否在司法实践中成了一项重要的量刑制度，使得案犯在被科刑时轻重有别。”^[5]即使是先前具有和好行为的失贞妇女拒奸而杀死奸夫，亦只是处以杖流的刑罚。“围绕‘情’与例的吻合程度展开的锱铢必较的仔细推敲绝对不是以抽象的情理替代明晰的法条，恰恰是为了使法条的适用更准确到位而反复进行的对焦。在清代的法律环境中，‘情’的斟酌乃是法正确适用的必要途径。”^[6]纵观本案，周得佶屡次逼奸欲行不轨，李何氏却始终拒绝，且李何氏拒奸杀人行为乃系“周得佶混骂，并称到官定扳李何氏出丑，该氏气忿”^[7]所致。所以，李何氏断然不能依照先前拟罪而处罚，其拒奸杀人行为具有可矜之处，与既有相似规范中处罚规定相比，她所受处罚应该更轻。

四、案件深层问题与路径选择

（一）“有定者律令，无穷者情伪也”^[8]

“凡律以正刑定罪”^[9]，定罪量刑为古今刑事法律规范的重要任务，但传统中国刑律的罪状描述和量刑评价在文本层面的呈现方式与现代刑法截然不同。概言之，罪状描述中的犯罪行为与其所应受的量刑评价存在着严格的、绝对的对应

[1] 《大清律例》，张荣铮等点校，天津古籍出版社1993年版，第442页。

[2] [清]王明德：《读律佩觿》，何勤华等点校，法律出版社2001年版，第6页。

[3] [清]祝庆祺等编：《刑案汇览三编》，北京古籍出版社2004年版，第979页。

[4] [日]寺田浩明：《清代传统法秩序》，王亚新监译，广西师范大学出版社2022年版，第319页。

[5] 宋兴家：《良奸有别——清代侵害妇女罪量刑中的“贞节”尺度》，载《古代文明》2019年第1期。

[6] 张守东：《传统中国法叙事》，东方出版社2023年版，第277页。

[7] [清]祝庆祺等编：《刑案汇览三编》，北京古籍出版社2004年版，第978页。

[8] 《大清律例》，田涛、郑秦点校，“御制序文”，法律出版社1999年版，第5页。

[9] [唐]李林甫等：《唐六典》，陈仲夫点校，中华书局1992年版，第185页。

关系^[1]，传统中国的刑律就像“膨大的罪行和刑罚的对应一览表”^[2]。可以说，司法官员适用法律的过程犹如“按图索骥”，只需将犯罪事实纳入传统刑律之中比照寻找对应法律规范，就能自动生成确定、具体、唯一的量刑结果，司法官员并无任何裁判余地。这是传统中国司法运作中法律适用的理想图景，但“刑定律有限，情博爱受无穷，世欲以有限之律，律天下无穷之情，亦不难哉！”^[3]在司法场域之中，司法官员面对具体案件往往捉襟见肘，因为传统中国的法律并非抽象的，而是由细分化的构成要件所构成，对犯罪所适用的刑罚种类、分量，采取法官无任何裁量余地的法定的、绝对性法定刑的法律构造。无论构成要件如何细化，亦无法覆盖所有事件^[4]，这就是司法场域中不得不经常使用比附的重要缘由。

具体到“李何氏拒奸杀人案”，正是涉及了传统中国司法运作中的法律适用困境。无论是四川总督所依据的《罪人已就拘执而擅杀律》，还是刑部所依据的《本夫及有服亲属擅杀图奸未成罪人》之例，对李何氏拒奸杀人案均无法有效涵摄。比附，是为解决传统刑律规定的行为类型之僵化而衍生出来的旨在应对“律无正条”时的化解技术。《大清律例》中的“例”就是此种司法技术下的衍化物，当比附所产生的结果之“例”具备“类”的特征时，就会成为此后同类事物适用

的依据。^[5]针对李何氏拒奸杀人的行为，刑部和大理寺官员所比附援引的法律规范均是律条所衍生出之“例”，且这种规范之“例”均具备相似语境下的杀死奸夫或拒奸杀人情节之“类”的特征，司法官员比附援引这种法律规范亦符合传统中国的法律适用逻辑。但比附亦具有自身固有的缺陷，正如清代律学家王明德所言：“比照者，实非是律，为之比度其情罪，一律照例以科之。如以两物相比，即其长短阔狭，比而量之，以求一如其式。然毕竟彼此各具各一，不相乳水也。”^[6]情罪相符是传统中国司法裁判的永恒追求，“律文该载者，轻重有定；法意变通者，随事难穷”^[7]，适用比附未必均能满足个案的具体情况，裁判结果的公允性亦可能遭受质疑，甚至导致律典内的法律规范相抵触。虽然《大清律例》中《男子拒奸杀人》之例所载量刑结果并非一概减流，大理寺签商时所举此规范之“例”有失严谨^[8]，而遭刑部反驳，不能成为妇女拒奸治罪的依据。“情伪无穷，而律条有限，原有不能纤悉必到全然赅括之势，惟在司刑者体察案情，随时详酌，期于无枉无纵则可。”^[9]《大清律例》中《妇女悔过拒奸杀死奸夫》之例所载：“凡妇女拒奸杀死奸夫一案，如和奸之后悔过拒奸，确有证据，后被逼奸，将奸夫杀死者，照擅杀罪人律减一等，杖一百，流三千里。”^[10]而李何氏自始本无失贞行为，其杀害周得信亦属义愤之举，李

[1] 针对这种立法模式和特点，瞿同祖谓：“例如伤害罪，折人一齿、一指，眇人一目，是何处分；折人二齿、二指，眇人两目，是何处分；断舌及毁坏人阴阳者是何处分，规定得极为具体。又如强盗罪，强盗人数，持仗不持仗，是否伤人，得财多少，问罪不同。”瞿同祖：《法律在中国社会中的作用》，载《瞿同祖法学论著集》，中国政法大学出版社1998年版，第406页。

[2] [日] 寺田浩明：《清代刑事审判中律例作用的再考察——关于实定法的“非规则”形态》，载《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年版，第329页。

[3] [元] 沈仲维：《刑统赋疏》，载徐世虹主编：《沈家本全集》（第八卷），中国政法大学出版社2010年版，第565页。

[4] [日] 中村茂夫：《比附的功能》，载杨一凡、[日] 寺田浩明主编：《日本学者中国法制史论著选·明清卷》，中华书局2016年版，第235页。

[5] 胡兴东：《比、类和比类——中国古代司法思维形式研究》，载《北方法学》2011年第6期。

[6] [清] 王明德：《读律佩觿》，何勤华等点校，法律出版社2001年版，第78页。

[7] [元] 沈仲维：《刑统赋疏》，载徐世虹主编：《沈家本全集》（第八卷），中国政法大学出版社2010年版，第571页。

[8] “男子拒奸杀人之例，应视死者是否年长凶手十岁以上，及有无生供确证，尸亲是否供词可凭等项分别定拟减流斩绞监候，并非一概减流。”[清] 祝庆祺等编：《刑案汇览三编》，北京古籍出版社2004年版，第979页。

[9] [清] 托津等奉敕纂修：《钦定大清会典事例（嘉庆朝）》，载沈云龙主编：《近代中国史料丛刊三编》（第六十九辑），文海出版社有限公司1992年版，第607页。

[10] 《大清律例》，张荣铮等点校，天津古籍出版社1993年版，第443页。

何氏拒奸杀人案亦有案情之特殊，而“明刑所以弼教，妇女首重名节”，李何氏系“因拒奸擅杀罪人之妇女，转科以绞候，于情法本未平允。”^[1]所以，大臣们一同商议并行成以下初步意见：

“应请嗣后妇女拒奸杀人之案，登时杀死者无论所杀系强奸调奸罪人，本妇均勿论。如捆缚复殴或按倒叠殴，杀非登时者，所杀系调奸罪人，即照擅杀罪人律减一等，杖一百，流三千里。所杀系强奸罪人再减一等，杖一百，徒三年，均照律收赎。”^[2]

（二）从“移情就律”到“情法相平”

“司法裁判的根本属性是法律属性，这要求案件的裁判应从既有的法律之中推导出来。”^[3]传统律典之中亦有“断罪引律令”的明确要求，执法据律是传统中国司法官员案件审断时的行为自觉和根本遵循，否则将要承担出入人罪的司法责任。针对李何氏拒奸杀人的不争事实，无论是四川提督，还是刑部和大理寺官员，无不是依据《大清律例》而极尽法律引证和法律推理，以实现李何氏准确地定罪量刑。“司法裁判是依据法律规则的裁判，法律规定不明确或因案例的特殊性易致规则选择困难。”^[4]本案就存有特殊性：李何氏杀死图奸强奸未成的周得佶，实乃义愤之举，只因周得佶即使被捆绑，依然对其逞凶辱骂，扬言定让其名节受损。而在传统中国，妇女名节最为至重，男女奸事很难确定，亦难以举证自证清白，只要不构成强奸，往往对施暴者处罚较轻，不足以惩戒使其忌惮再犯。“奸情暧昧，最不易知。”^[5]周得佶肆意辱骂毁坏李何氏名节，李何氏即使再无辜，亦将名节无端遭受玷污，可能将会面临难以生存立世的尴尬处境。

“天子立是法以付有司，有司守是法以正天

下”^[6]，司法官员在司法场域之中执法据律是践行司法职责的基本要求，但传统中国的律典采取客观具体的罪状描述，并将犯罪情节与量刑结果严格的对应，致使法律规范涵摄范围的受限，亦往往会因案件的特殊而深陷量刑畸轻畸重的窘境。针对李何氏拒奸杀人的行为，律中并无直接规定，只能通过比附来寻找具有相似情节的法律规范之“例”作为裁判依据。但“与律相比，例是在律的周边不断孳乳出来的繁琐细碎的规则，甚至到了一事一例的程度”^[7]，例的这种生成过程就决定了其涵摄范围与律相比更为受限的特质。在司法场域中，司法官员机械地比附“例”，忽略案情的迥异，导致量刑结果的不合理状况发生势所必然。“司法的本质，是遵循预先设定的一般性规范，并以内在于规范体系的标准来判断、审理案件，而不是根据个别案件的具体情况进行‘就事论事’。”^[8]若仅基于此点，司法官员援引既有法律规范对李何氏量刑处罚，并无不当。抛开大理寺签商时作为重要反驳依据的“男子拒奸杀人”“妇女悔过拒奸杀死奸夫”之例的法律规范层面，传统中国亦是一个伦理道德社会，“伦理道德对法律的影响是广泛而普遍的，传统律典就是伦理道德的外部表现。”^[9]罚当其罪是传统中国司法官员对罪刑关系的正义表达和永恒追求，但这一目标的实现亦需考虑其他因素，“有时，是否做到了罚当其罪，只需要看其是否符合社会流行的道德价值。……当犯罪威胁到妇女的贞节时，对案犯的刑罚就反映出了整个社会的节烈观，即注重贞节的保护。”^[10]周得佶本就先前已有图奸之恶行，即使被抓依然逞凶肆行辱骂。而李何氏自始至终坚守贞节，哪怕其一时义愤之举而将周得佶杀死，亦是在周得佶被抓后不知悔改而逞凶肆行辱骂李何氏

[1] 《清实录》（第32册），中华书局2008年版，第34160页。

[2] [清] 祝庆祺等编：《刑案汇览三编》，北京古籍出版社2004年版，第979-980页。

[3] 孙海波：《“同案同判”与司法的本质——为依法裁判立场再辩护》，载《中国法律评论》2020年第6期。

[4] 陈鹏飞：《指导性案例中我国传统法精神的规范性传承》，载《河南财经政法大学学报》2019年第4期。

[5] [清] 万维翰：《幕学举要》，载官箴书集成编纂委员会编：《官箴书集成》第4册，黄山书社1997年版，第739页。

[6] [宋] 袁说友：《东塘集》，载四川大学古籍整理研究所编：《宋集珍本丛刊》第64册，线装书局2004年版，第468页。

[7] 徐忠明：《清代中国司法类型的再思与重构——以韦伯“卡迪司法”为进路》，载《政法论坛》2019年第2期。

[8] 陈林林：《古典法律解释的合理性取向——以宋“阿云之狱”为分析样本》，载《中外法学》2009年第4期。

[9] 蒋楠楠：《法律与伦理之间：传统中国复仇行为的正当性及限度》，载《法学评论》2018年第4期。

[10] [英] 马若斐：《传统中国法的精神》，陈煜译，中国政法大学出版社2013年版，第163页。

的情景下,李何氏为保妇女贞节而羞忿吓戳所致。“刑名案件,有一定之条例,无一定之案情,倘若拘执正条,必至情重法轻,或情轻法重。”^[1]如果在司法场域中机械地援引既有法律规范,势必会造成裁判结果的畸轻畸重,甚至律典体系内部既有之“例”出现抵触的窘境发生。“若以激于义忿之贞妇为淫恶罪人抵偿,反不如先经和奸后复悔过,拒绝杀死奸夫者转得从宽减罪,亦非所以示持平而维风化。”^[2]显然,如若机械守法地适用是对李何氏的不公,亦与维持社会风化的目标相悖。在这种情况下,参照既有法律规范中具有相似情节之“例”,为李何氏的行为寻找恰当的裁判依据就显得极为重要。显然,即使比附既有律例规范,亦无法做到对本案特殊情节的恰当评价,所以大臣们一同商议并上报嘉庆皇帝并最终形成一条有关《妇女拒奸杀死强奸调奸罪人》的新例:

“妇女拒奸杀人之案,审有确据,登时杀死者,无论所杀系强奸、调奸罪人,本夫勿论。若捆绑复殴,或按倒叠殴,杀非登时,所杀系调奸罪人,即照擅杀罪人律,减一等,杖一百,流三千里。所杀系强奸罪人,再减一等,杖一百,徒三年。均照律收赎。”^[3]

五、结语

“李何氏拒奸杀人案”是因性侵所引发的受害者杀害施暴者的刑事案件,案件的审断过程揭示了传统中国司法运作中的逻辑维度,亦蕴含着传统司法的多重价值追求。在现代法学中,定罪量刑为刑事法律规范的重要任务,传统刑律亦是如此。然而,受制于以皇权为中心的固有司法控制模式,统

治者“一方面通过严格规则主义的制度设计,强调司法官吏必须严格遵守条文,以严格的‘审转’制度来监督法官的‘依法裁判’并不断强化法官的过错追究责任制度,抑制可能出现的枉法裁判和司法任意。另一方面,历代统治者也试图通过特定立法模式,即对法律规范中的行为模式以具体主义和列举主义,以及与之相配合的量刑上的绝对化描述的立法模式,尽可能地消除法律适用过程中的主观性”^[4],致使传统中国刑律的犯罪行为及其相应刑罚在法律规范层面的表达方式呈现与现代刑法截然不同的样态。“中国古代案件的审判过程及其结论一定要回归具体法律条文,只有明确援引具体条文的裁判结果才被认可,这是根本性问题。”^[5]但是,这种具体而微的法律规范亦决定了涵摄范围的有限性,自然决定了无法对所有犯罪事实及情节的有效囊括,势所必然,正如瞿同祖所言:“法典中的律文不足以包罗万象,恐法外遗奸,或罪情不当,因此针对不同的情况而有例。但例也同样不足以包罗万象,于是例愈来愈多,愈来愈繁琐,甚至前后抵触”^[6],所以清代律学家薛允升曾谓:“世情变幻,百出不穷,例文万难赅括。若一事既立一例,未免烦杂,且有轻重失当之处,故不如少立条例之为愈也。”^[7]执法据律是传统中国司法运作的理想图景,但囿于立法理念的影响和律典文本层面的表达,实践之中“律无正条”的现象频频发生,传统司法运作之中往往“融合了意识形态式的情感直觉、司法经验判断和形式上的合法性论证,既尊重律例规则,但为缓冲一罪一刑的刻板条文可能造成的不合理结果,又在实践中通过各种技术手段”^[8],很难与现代司法中的“依法裁判”相对应,亦非马克斯·韦伯的“卡迪司法”所能简单概括。

[1] [清]托津等奉敕纂修:《钦定大清会典事例(嘉庆朝)》,乾隆八年,沈云龙主编:《近代中国史料丛刊三编》(第六十九辑),文海出版社有限公司1992年版,第4106-4107页。

[2] [清]祝庆祺等编:《刑案汇览三编》,北京古籍出版社2004年版,第979页。

[3] 《大清律例》,张荣铮等点校,天津古籍出版社1993年版,第445页。

[4] 管伟:《中国传统法律适用的实质:基于方法论的考察》,载陈金钊、谢晖主编:《法律方法》第40卷,研究出版社2022年版,第333-334页。

[5] 刘晓林:《唐律中的“亦如之”:立法语言的形成、特征与价值之一例》,载《社会科学战线》2023年第4期。

[6] 瞿同祖:《瞿同祖法学论著集》,中国政法大学出版社1998年版,第422-423页。

[7] [清]薛允升著述:《读例存疑重刊本》,黄静嘉编校,“谨按”,成文出版社1970年版,第793页。

[8] 王志强:《制定法在中国古代司法判决中的适用》,载《法学研究》2006年第5期。