



## 清代命案检验的制度反思

以郟西余琼芳案为例

## 洗冤录

□ 姜翰

## 一、郟西余琼芳案的发生、审理与检验

光緒八年(1882年)十一月,郟西余琼芳作为首事赴局收捐,因与局内干瑞堂等人发生口角被拳脚踢致致命。然而干瑞堂等却贿买药方,捏称余琼芳病故。余琼芳之子余锡五具禀到县,被知县谢翼清劝称,听闻余琼芳因病身死,飭令余锡五埋葬,擗票不收。余锡五情急赴郟阳府控告,知府承祿委派知县彭世翰会同谢翼清确切查明,随后,二人分别带伴作伍友、任福同往验尸。伴作二人验明余琼芳左后脚处脚踢伤一处,通过银针探试咽喉,最终的结论是余琼芳生前有伤有毒身死。彭世翰未详细辨明,填格详府,谢翼清则坚持余琼芳实系病死。十二月初,知府承祿提审后,因尸格填写有毒,必须查明毒情。相关人证畏罪混供灌毒致死,熬审之下,干瑞堂等先后承认。

次年四月,巡抚彭祖贤等因伤毒含混,供情多疑委提人证来省审理。干瑞堂等因诬认谋毒,到省后希图脱罪,坚称余琼芳因病身死。随后,余锡五不忍蒸检其父尸身,被迫出具因病身死具禀。众人证亦皆称无打架口角情事,愿当堂具结。九月,湖南巡抚卞宝第等将此案审理情形上奏,至此余琼芳因病致死几成定论。之后,御史屠仁守根据传闻上奏,对案件事实及审理提出了质疑,朝廷随即下令卞宝第复审,要求其详加检验,以成信实。

光緒十年(1884年)正月,总督卞宝第调来伴作李炯洋,开棺验尸。伴作李炯洋虽然验得无受毒形迹,系下部虚软应伤,但部分细节与《洗冤录》记载不符,未能予以合理解释,因此并未坐实死因。卞宝第亦提出质疑,并请求旨飭刑部派伴作复加检验。御史屠仁守得知后,则要求请旨另派大员查办或者提京验讯。二月,上谕派工部侍郎孙毓汶等查办此案。孙毓汶派京城随伴作荀义,再次检验,最终的结论是因下部虚软处受伤身死,并无中毒情迹。以此为突破口,至闰五月,孙毓汶等拟定余琼芳案按律分别拟折上奏。六月,内阁侍读学士邓承修因对死因质疑,提请解京复讯。清廷随即要求刑部将案全供招,详细复核具奏。七月,刑部复核后上奏,认同了孙毓汶关于伤痕检验的结论,至此,案件基本告一段落。

## 二、命案检验参与主体的专业性风险

郟西余琼芳案审理之曲折,固然存在刑讯逼供的因素,但源头在于司法检验。余琼芳之死因成为各方据理力争的焦点,也给予少数人以可乘之机。虽然有清一代,司法检验得到了长足的发展,至晚清已经形成了相对完善的司法检验制度,但从余琼芳案来看,司法检验的专业性问题是该案发生的根本性原因。

从伴作角度出发,参与初检的两位伴作,在银针测试有无中毒过程中,存在严重误判,将余琼芳最终认定为有伤有毒。此次初检并未明确余琼芳的死因,到底是因伤致死还是因毒致死,亦或先伤后毒,并无定论。就初检而言,尸身尚未出现腐烂,加之两位伴作共同进行,仍不能得出基本结论,州县所派伴作的专业水准令人怀疑。初检的游移直接造成了案件审理方向的偏差,并导致伴作李炯洋对尸身的蒸检。一方面,伴作李炯洋作为卞宝第专门从外省调来的谱练伴作,既说明蒸检本身的高度专业性,也表明在司法检验实践中,掌握此类检验技术的伴作并不多见。另一方面,虽然伴作李炯洋确定了受伤位置,但此次检验的结果却与《洗冤录》存在差异,而伴作李炯洋无法对其作出合理的解释,反而因与初检不同导致卞宝第奏请刑部派伴作前来检验。至此,初检与复检均未能达到还原真相,令人信服的目标,这与地方伴作的专业水平是有直接关系的。与之相比,京城伴作荀义则展示了高水准的专业素养,不仅通过检验确立了余琼芳的死因,而且对相关质询给出了令人信服的解释,并最终使得冤案得以平反。从官员角度出发,彭世翰的错误源自其对伴作所验并未详细辨明,根本上仍旧是专业水平不足的问题,与之形成鲜明对比的则是谢翼清,出于消弭命案的目的,对检验结果屡屡提出质疑,企图蒙混过关。而负责复检的卞宝第,固执于对《洗冤录》细节的斤斤计较,对伴作成案等视而不见,亦未能深入研究其内在机理,同样未能得出合理的结论。作为软弱的孙毓汶,通过与伴作的深入交流,借助伴作荀义,最终得出了正确的结论。虽然其后受到质疑,但刑部完全认同了孙毓汶的解释。由此观之,现存司法检验制度在保障检验主体专业化程度方面并不能完全满足地方实践的需要。

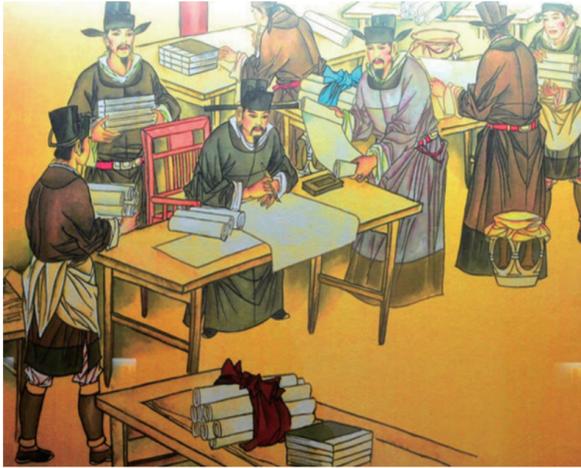
## 三、命案检验具体标准的专业性风险

从检验具体标准来看,宋慈所著《洗冤录》是唯一被官方认可的标准,清代司法实践所用《洗冤录》,乃是乾隆六年(1741年)开始校正,次年刊刻完毕,颁行天下的《律例馆校正洗冤录》。作为官方版本的《洗冤录》,它不仅是伴作学习的统一教材,更是地方官员命案检验的必备之书。《洗冤录》乃州县官必不可少之书,应时翻常翻,余履庆履前人之立法,实千古不易”(《州县初任小补》)。然而,此种权威性亦是一把双刃剑,一方面,它被作为检验结论正确性的判断标准,正如清代名幕汪辉祖所言“当场奉《洗冤录》最可折服刁徒”,另一方面,当检验结果与《洗冤录》存在出入时,检验结果往往会受到质疑。但单纯依赖官本《洗冤录》并不能完全满足实际检验的需要,更不必说官本自身存在的错误带来的风险。本案中,伴作李炯洋最终无法给出确切的结论,某种程度上与此有关,因为《洗冤录》对于脚上受伤并无应检何骨明文。此外,最后刑部的论证也显示,检验依据不仅涉及《洗冤录》,还包括检验案例等标准。此种实践中的变通之举,既是对官本《洗冤录》缺陷的弥补,也增加了检验知识的学习成本与潜在的不确定性。因此,也正是由于官本《洗冤录》的自身缺陷与案例等的交叉使用,引起了对检验结果的专业性质疑,在一定程度上反而降低了检验结论的确定性。

## 四、命案检验制度设计的专业性风险

清代命案检验制度试图通过对检验主体的培训以及严格的连带责任,保证检验主体具备基本的专业素养,但命案检验的专业化训练并不能仅仅依靠《洗冤录》的讲解来完成,它更依赖实践经验的积累。从本案来讲,地方伴作的命案检验不仅存在检验技术(如蒸检)上的缺陷,而且存在基础检验的误判,反映出地方伴作专业水准难以满足检验之需求的现实状况,而这种检验结果得以出现,亦与地方官员的检验专业化程度有关。而来自京城的伴作,其命案检验知识与实践均明显优于地方伴作,此种专业上优势的形成,在很大程度上是由清代审转制度及命案检验的实践性决定的。倘若将命案检验制度置于司法制度的整体运作之下,就会发现制度设计中的结构性缺陷。在一定程度上,命案检验的结果对案件的处理具有决定性影响,而清代“缺费初情”的司法理念,又进一步将检验结果权威化,官员往往认为初检结果更接近事实真相,这意味着官员对于初检结果潜意识中存在盲信的风险。本案中,以知府承祿为代表的地方官员,正是对初检有伤有毒结果的盲目坚信,一味纠结于毒从何来的问题,甚至动用刑讯,无非是想审出“实情”,而“实情”的标准则是与所验结果是否吻合,而忽视了检验过程及结果的可能失误。因病身死试验中毒,刑讯逼供酿成冤案,这一情形几乎是晚清杨乃武与小白菜案的复现。

故而,在清代司法运作体系中,地方初检结论的重要性与地方检验专业性之间存在相当的落差,此种结构性缺陷,或许能够通过审转制度的上报与监督进行弥补,但在重重连带责任的压力下,反而造成了官员回护的风气。这意味着,一旦命案检验在初检阶段出现错误,那么出现冤案的概率会显著增加。正因如此,清代命案检验制度自身的专业化风险,或许是检讨清代冤案产生的另一个值得深思的制度痼疾。



## 北宋时期的司法考试



## 法律文化

□ 殷啸虎 (上海社科院法学研究所)

在中国古代,行政官员和司法官员没有严格的区分,因此很长时间里并不存在现在意义上的为选拔司法官员而专门进行的司法考试。科举考试中的“明法科”虽然以法律为主要考试内容,但它同进士科、明经科等一样,只是科举考试的科目而已。不过在北宋时期,曾出现过为选拔中央司法机构的官员而专门举行的司法考试——试刑法,并一直延续到南宋末年。作为司法集权、实现司法专业化努力的一项措施,曾产生过重要影响。

北宋初期为加强中央集权,首先收回了地方死刑案件的复核权。“自今诸州决大辟,录案闻奏,付刑部覆视之。”其后又规定:“诸道公案,宜并下大理寺检断,刑部详复。”宋太宗时,“虑大理、刑部吏舞文巧诳”,又专门设置了“刑部院”,“凡狱具上奏者,先由刑部院印讞,以付大理寺、刑部覆复以闻,乃下刑部院议、中复

裁决讞,以付中书,当者即下之,其未允者,宰相复以闻,始命论决,盖重慎之至也。”因此,如何保证案件在大理寺详断、刑部详复和刑部院议的公允,法官(大理寺详断官、刑部详复官、刑部院议官)的素养就成为了一个重要因素。北宋时期的司法考试正是在这种背景下产生的。

北宋的司法考试作为选拔法官的一种方式,最初是由应试人自行主动提出的,由于中央司法机构法律专业人才的缺乏,所以允许熟谙法律的官员主动要求参加司法考试,合格者即授予法官之职。宋太宗端拱二年(989年),诏“京朝官有明于律令格式者,许上书自陈,当加试问,以补刑部、大理寺官属,三岁迁其秩”。即京官和朝官中精通法律的,可以自行提出申请参加试问,合格者即派到大理寺和刑部任职,满三年后或补缺,或升职,将参加司法考试出任法官作为基层官员晋升的一条捷径。

真正意义上的司法考试,从现有史料来看,应该是宋真宗时正式实行的,咸平二年(999年),诏“刑部院举议官,自今宜令大理寺试断案三十道,取引法详明,操履无玷者充任”。咸平六年(1003年),又对考试的内容和录取标准作了具

体规定:“自今有乞试法律者,依元(原)鞫问律义十道外,更试断徒以上公案十道,并于大理寺选断过旧条,律籍繁,重轻难等者,拆去元(原)断刑名法状罪由,令本人自新断。若与元(原)断并同,即得为通。若十道全通者,具状奏闻,乞于刑狱要重处任使;六通以上者,亦奏加奖擢;五通以下,更不以闻。”从这一规定来看,一是考试内容“律义”和“断案”,类似于今天的论述题与案例分析;二是以60分为合格线。

自此之后,参加司法考试成为法官(特别是中央司法机构的法官)选拔的一个主要途径。但由于法律专业人才缺乏,在实际考试过程中,会出现降低标准,甚至是作弊等情形。大中祥符元年(1008年)举行司法考试时,就因此发生了争议。时任权判刑部的慎从吉与大理寺官员在对主考官温仲舒选取的议官彭愈等人进行复试时,发现与标准答案多有不符;而温仲舒辩称是参照之前主考官魏庠对大理寺详断官裴常、慎潜(慎从吉之子)等人的录取标准。于是诏令尚书省集百官议定,发现他们都不合格,结果都被取消了法官资格。

由于担任法官的人在任满之后可以优先提拔升职或任职,因此有不少人以此为捷径,在考试中通过作弊的手段得以录取。当朝宰相王旦就指出了其中的弊端,要求严格考试纪律:“此辈虽云练格法,或考试不精,则侥幸者多矣。或擢于刑部院,则例改章服,岁满又加等差使,以此尤须得人尽公程试。”为此,大中祥符六年(1013年)专门规定:“自今应京朝、幕、州县官乞试断案者,委考试官等就库密检公案,亲自封记,候试时于中更选合要道数,依元(原)鞫鞫加考,不得仍用库密检,致有漏泄。其所试断案,须是引用格敕分明,方始定断合得罪,勿使卤莽。如违,其所试官并置重之法。其大理寺应新旧章敕等库,自后并差官封锁,无使人吏擅有开闭。”其后又规定:法官“不精习法律”的,允许众官举奏,一旦查实,依法追究责任。

为了防止考试过程中泄题事件的发生,宋仁宗天圣元年(1023年)规定:御史台主持考试,“试法官日,仍令知刑部院或判寺官与断狱官同诣御史台”。

同时,对司法考试也进行了一些改革,特别是对参加试问官员的基层经历和录取条件作了规定:“须有出身,入令录,幕职官人,曾历幕事参军任任二年以上,有监司一人若常参官二人同保举者;其尝乞试法律者,须及五考已上,乃听举之。凡试律义三道,疏二道,以三同为合格,二同亦留,别试中小案三道,每道约刑名三条,其断重罪一同若二粗,与除京官;其一粗或书札稍粗引用可取者,送试断案三十道,保明以闻。法官试律义外,以旧案三道,计刑名十分为率,以六分为合格,用法不及六分,约律不及二两者罢之,仍令刑部院议官二员,判大理寺或少卿同试于御史台。”

宋神宗时,王安石出于变法的需要,“疑学者多不通律意,遂立刑法科,许有官无罪者试律令、刑统大义、断案,取其通晓者,补刑法官。”在继承前朝司法考试的基础上,将其进一步制度化,这就是《文献通考》中所说的“试刑法者,亦自熙(宁)元年开始”的由来。首先,参加考试的官员,须有一定年限的任职经历和推荐人;其次,考试内容为:“每日试一场,每场试案一道,每道刑名约十件以上,十五件以下,并取旧断案内挑拣罪犯,摺合为案,至五场上,仍更问《刑统》大义五道”;其三,录取的标准:“其所断案,具补陈合用条策,如刑名疑处,即于所断案内声说;所试人断案内刑名有失,令试官逐场具录,晓示错误;亦许试人再经试官批状理说,改正其断罪,通数及八分以上,须重罪,刑名不失,方为合格。”此外,对于考试纪律,也作了相应的规定。

虽然之后在不同时期有所变化,但通过司法考试选拔法官的做法一直延续到南宋末年,此后便未再实行过。

## 法治咖啡屋



□ 胡建淼

中国是世界上控制新冠肺炎疫情最好的国家。就是“最好的国家”,连“之一”两字也无需加上。从宏观上讲,是我们的制度优势;从微观上讲,还和各级领导干部的“高度重视”有关。在过去的一年中,我们时常听到不少地方宣布进入“紧急状态”和“战时管制”等。为了强调“高度重视”,这样的提法似乎也是可以理解。近期,个别地方发现有疫情反弹的苗头,“紧急

## 慎提“紧急状态”和“战时管制”

状态”和“战时管制”等又不绝于耳。这种“紧急状态”和“战时管制”的提法是不符合法律规范的,长此以往,滥用这些概念是不行的。自从2020年初的武汉“抗疫战”以来,我国没有一个地方被依法宣布进入“紧急状态”,更没有被宣布进入“战时状态”。没有“战时状态”,何来“战时管制”?最近,某市宣布进入“应急阶段”和“应急状态”,是符合法律规范,完全正确的。

在我国坚持全面依法治国的背景下,官方文件和媒体报道用词必须符合法律规范。从我国应急法律体系和应急法理论上讲,“应急状态”属于一种“非常态”,它是由自然灾害、事故灾难、公共卫生事件和社会安全事件等突发事件,引发全国或一定范围内的混乱和危害,使得国家和政府部门必须紧急应对处置的状态。它可以从广义和狭义上理解和掌握。广义上的应急状态包括三种:一是应急状态(狭义);二是紧急状态;三是战争状态。这三种状态,在确认和宣布机关、法律适用和程序等方面都有所区别的。

应急状态,是指由突发事件所引发,国家和政府部门适用突发事件应对法及有关法律、法规、规章进行应急处置的状态。这种状态县级以上人民政府就有权确定和宣布。政府部门要启

动的是采取应急处置措施。

紧急状态,是比应急状态(狭义)更严重的一种状态,是指发生特别重大突发事件,有关部门采取突发事件应对法和其他有关法律、法规、规章规定的应急处置措施不能消除或者有效控制突发事件,必须采取包括戒严等非常措施进行应对的状态。对于紧急状态的确定和宣布程序非常严格:全国或者个别省、自治区、直辖市进入紧急状态的,得由全国人大常委会决定;国家主席宣布;省、自治区、直辖市的范围内部分地区进入紧急状态的,由国务院依照法律规定决定和宣布。

战争状态,是指当国家安全受到严重威胁时,国家通过法定程序宣布进入的一种法律状态。进入这种状态,对外(针对战争敌对方)会断绝外交关系或领事关系和商务关系;对内将军队处于最高级的备战状态,并向全国发布战争动员令,实行国内战时管制(包括对公民权利和社会物资)。决定和宣布战争状态是一项宪法权力,得由全国人大决定,国家主席宣布。

我国自新中国成立以来,未宣布过任何紧急状态和战争状态,所以应当慎用“紧急状态”“战时管制”“战时动员令”等夸张而不规范的提法。