

## 「刁婦/民」的傳統中國「(非)法」秩序\*

### —— 預測論、潛規則與淡新檔案中的姦拐故事

陳韻如\*\*

#### 摘要

本文以得以貫穿地方與中央層級的通姦拐逃案件切入，挪用美國法律現實主義的預測論觀點，以淡新檔案姦拐案件出發，試圖突破暨有研究對於「自理案件中不一定依照律令審斷之現象」的兩種理解。本文認為授權論的比喻忽略地方官在「法外施恩」時通常並未得到制度性的明文授權，而處在在合法與非法之間的曖昧空間；混亂失序論既未充分考慮「不依法」的行為實際上被上級默許，也阻礙我們捕捉有一定程度可預測性的官民行為模式。事實上，「不依法」現象並非立基於正式授權亦非單純混亂失序，而是在刻意模糊卻又有一定可預測性的潛規則中運作。在這樣的合法與非法彈性曖昧地帶中，「刁婦/民」、「玩吏」，甚至皇帝，便基於此種上下交

\* 投稿日：2018年9月7日；接受刊登日：2019年3月6日。〔責任校對：莊佩芬〕。

本文部分內容乃為作者（未出版的）碩士論文史料分析之延伸，並曾發表於「明清制度與地方社會工作坊」（2017年10月21日）與「法律與歷史的交匯：台灣法律史二十年」國際學術研討會（2017年11月30日至12月1日）。在此感謝評論人李仁淵教授、主持人陳惠馨教授，以及諸多與會先進的指正與建議。此外，本文亦感謝國立臺灣大學法律學院碩士林映伊，碩士生郭岱純、大學部研究助理吳宜芷與郭晴同學校訂之辛勞，以及四位審查人與中央研究院法律學研究所出版委員會所給予的諸多寶貴建議與耐心指正。本文部分研究受到科技部（MOST 107-2410-H-002-254-MY2）計畫之補助，在此致謝。

\*\* 國立臺灣大學法律學院助理教授。Email: yunruchen02138@ntu.edu.tw; ychen@sjd.law.harvard.edu。

穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/42619091.pdf>。



相賊式的相互理解與預測而行動，共同參與構築清帝國訴訟中的「『(非)法』秩序」。

關鍵詞：清治臺灣法/傳統中國法、淡新檔案、法律現實主義、壞人理論、預測論、訴訟、行動、秩序、非正式、潛規則。

## 目次

壹、序論	一、陳彭氏案：控訴姦拐作為一種策略
貳、既有討論與本文問題方法	二、黃阿清案：縣正堂的往上訴說
一、「傳統中國是否有（真正意義的）法律？」：國際學界的討論與發展概述	肆、由「預測理論」重新理解清代中國法與秩序
二、「民事」審判/州縣自理案件與法律的關係：本文的聚焦點	一、權衡與恩威：「刁婦/民」的「(非)法」策略與秩序
參、帝國官僚底層衙門的姦拐案兩則	二、縣正堂的行動策略：非正式之帝國「(非)法」秩序
	伍、結論

## 壹、序論

本文以淡新檔案中的通姦與拐逃案件（以下簡稱「姦拐案件」）為出發點，與日本、美國與臺灣學界傳統中國法既有研究進行對話，並挪用（appropriate）法律現實主義（legal realism）視角，重新探討清治臺灣地方衙門中體現的傳統中國法之運作及其秩序。

淡新檔案（1776-1895年）為清治末年臺灣北部（臺北府、淡水廳與新竹縣）地方衙門的相關檔案，是研究清治臺灣法與傳統中

國法的珍貴史料<sup>1</sup>。近來隨著諸如巴縣檔案、寶坻檔案、南部檔案等等檔案的出土與整理，與其他中國州縣層級檔案共同成為解明此時期的清帝國，乃至整個傳統中國法與秩序的突破點<sup>2</sup>。此外，研究者也開始探求帝國內部的不同地域社會中法律的運作與重構。本文以淡新檔案為核心史料，在留意清治臺灣晚期的特殊性的同時，試圖觀察傳統中國法在特定時空的展開與實踐<sup>3</sup>。傳統中國法自17世紀以來，歷經200餘年清帝國的統治與18世紀以來的漢人大量移民，已成為構成臺灣法的重要成分。時至今日，臺灣法律的現代化歷程已經百餘年。然而，清治時期的法律與生活，不僅在臺灣法律史有其獨立的價值，也是探索當代法律運作的文化傳統因素以及變與不變的關鍵線索。

就方法論與本文主要論點而言（後詳），法律現實主義發展於19世紀末的美國，影響了後續的法律思潮與方法。本文認為此所提供的理論視角，不限於美國，也對於運行於清治臺灣的法律，提供了新的切入點。受到壞人理論（又稱預測論或法預測論）的啟發，

- 
- 1 關於淡新檔案以及在臺灣法學界的相關研究發展，參見王泰升、堯嘉寧、陳韻如，「淡新檔案」在法律史研究上的運用——以台大法律學院師生為例，台灣史料研究，22期，頁30-71（2004年）。
  - 2 關於近年來傳統中國法的研究發展，特別是地方層級的官方檔案的發現與研究，參見吳佩林，清代縣域民事糾紛與法律秩序考察，頁1-47（2013年）。
  - 3 在探求清代中國法共通性同時，關心地方社會的經濟社會條件的研究，參見例如：小川快之，伝統中国の法と秩序——地域社会の視点から（2009年）；林文凱，清代刑事審判文化：以臺灣命盜案件審判為個案之分析，法制史研究，25期，頁95-130（2014年）。使用個別地方衙門檔案觀察清代中國法的共通性議題的研究，例如：滋賀秀三著，姚榮濤譯，清代州縣衙門訴訟的若干研究心得——以淡新檔案為史料，收於：劉俊文編，日本學者研究中國史論著選譯（八）——法律制度，頁522-546（1992年）；王泰升、曾文亮、吳俊瑩，論清朝地方衙門審案機制的運作——以《淡新檔案》為中心，中央研究院歷史語言研究所集刊，86卷2期，頁421-469（2015年）。值得一提的是，就算是主要關心清代中國法的研究者，在使用地方衙門檔案時，也可能會留意到個別檔案與地域的不同。例如，寺田浩明以巴縣檔案為主要史料的研究中，提及淡新檔案中並未發現完整的命案處理之報告文書。參見寺田浩明，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，頁431（2011年）。

本文從行動者的角度，分析淡新檔案中的姦拐案件中預測衡量風險、理性計算利害的所謂「刁婦」與「刁民」，甚至是深諳為官之道與趨吉避凶的地方官之行動策略，來觀察律令等實證法（或稱實定法，即positive law）在訴訟中所扮演的角色。此外，本文從法律現實主義中預測理論出發，關心訴訟活動是否具有可作為行為指引的可預測性，乃至訴訟活動中的邏輯與秩序。本文主張地方衙門自行處理的自理案件與審轉報告案件中，依不依照律令的顯著區別，乃為實踐上的現實結果，實為地方官員在個案上的選擇與實踐，而非基於正式授權（有時地方官選擇性的不遵守律例的行為，甚至是皇帝明白嚴斥地不得再犯的對象）；然而，與此同時，本文亦不滿意將此種現象的理解，僅只停留於混亂失序的層面。從淡新檔案姦拐案件中行動者的角度出發，本文一方面認為州縣層級案件中不依照律令進行的現象，乃為一種「法外施恩」，嚴格說來是一種非制度性、私下進行的「非法」。另一方面，此種「恩威」架構的實踐模式，仍被上級某程度的容許，且具有一定程度的可預測性，得以作為行動指引。也就是說，「不嚴格依照律例處理案件」以及「不嚴格依照律例進行向上級的報告與審轉」的行為模式，可說是處於「合法」（權衡）與「非法」之間、潛規則式的容許空間。然而在「刁婦/民」與地方官，乃至整體帝國制度上下交相賊的共同實踐中，此種「不依法」的運作模式仍具有可預測性，使得作為行為指引的秩序成為可能。是以本文將此種介於合法與非法之間之秩序，名為「『(非)法』秩序」<sup>4</sup>。

就架構而言，本文首先以設定對話對象與研究問題為目的，介紹近年來清代中國法學界，乃至整個傳統中國法學界對於法律與訴

---

4 必須說明的是，傳統中國法的規範性因素（法源）不限於律例典章，尚包括情理與禮教等等。參見滋賀秀三，清代中国の法と裁判，頁263-373（1984年）。本文所探討的重心，乃在於律例典章等實證法在審判過程或者官僚監督報告機制中不被遵守之時，廣義的傳統中國法的運作及其秩序。

訟活動的研究進展，並就本文的方法視角以及淡新檔案姦拐案件的特性，如何能提供不同於既有研究（即「授權論」與「混亂失序論」）的視角，加以說明。之後，本文結合了採取個案深描以及綜合分析。為了觀察訴訟的參與者隨著案情變化的行動策略，本文以時序性的方式，說明兩則淡新檔案的姦拐案例：（1）淡新檔案32410案（以下簡稱「陳彭氏案」）與（2）淡新檔案33407案（以下簡稱「黃阿清案」）。陳彭氏案中，陳彭氏與其兒媳許送涼，雖然一開始以姦拐相互攻訐，然而案件進行中雙方爭點卻遠離姦拐，是以姦拐控訴便不了了之。這種在地方衙門本身「不了了之」的特性，為淡新檔案姦拐案件主要特徵，從而陳彭氏案可以說是淡新檔案姦拐案的典型案例。相較之下，黃阿清案因為涉及人命，使得地方官在處理過程中，便開始往上報告，為淡新檔案的罕見類型。藉由這兩個案例的對照，可以進而更廣泛地說明打官司的人們與地方官在輕重案件中的策略、法律扮演的角色、乃至帝國官僚制度下資訊的流通以及監督機制的運作<sup>5</sup>。在解說此二案件時，本文亦會穿插其他不限於姦拐案的淡新檔案案件，以說明其相同與不同之處。此外，本文將引入淡新檔案其他案件以及更為廣泛的一手史料與文獻，針對各個論點進行綜合性的分析與討論，並進一步回應清代中國法與秩序的問題。最後為結論。

## 貳、既有討論與本文問題方法

### 一、「傳統中國是否有（真正意義的）法律？」：國際學界的討論與發展概述

如果要探討傳統中國的法律，邏輯上的一個先決問題是：傳統

---

<sup>5</sup> 更多關於以此兩案件代表性以及在本文中作用的說明，以及為何選擇姦拐案作為本文案例類型，參見後述（本文「貳、二、(二)、2」）。

中國存在有法律嗎？這個看似理所當然、不言自明的問題，答案卻並非總是這麼清楚。例如，在19世紀後半、20世紀初帝國主義的高峯期，「傳統中國並不存在（真正意義的）法律」的主張（lack of (real) law in China），是歐美諸國在中國治外法權的論理基礎。近代西方學界早期進行的傳統中國法相關研究或論述，事實上乃與西方自身「法的建構」有關。在此類研究中，傳統中國法與社會扮演著類型化中「他者」或者對照組的角色，來闡釋近代理性法在西方的建立<sup>6</sup>。此種以西方為中心、「法律東方主義」式的認識論，在傳統中國法學界已受到相當程度的檢討與反省<sup>7</sup>。方法論上，跨越國別的研究者，也提出以傳統中國內在邏輯與概念為理解框架的研究方向<sup>8</sup>。在史料的出土與運用上，刑案匯覽與刑科題本等中央司法檔

6 具代表性與影響力的著作，早期例如Max Weber，認為傳統中國法為缺乏形式理性，統治菁英的權威的正當化並非通過法律。參見MAX WEBER, *THE RELIGION OF CHINA: CONFUCIANISM AND TAOISM* 102, 148-50 (Hans H. Gerth trans., Free Press 1951) (1915); 近期作品，例如Roberto Mangabeira Unger 在「現代社會的法律」一書中，為了回答「為何只有在現代歐洲發展出法律秩序」這樣的問題，以西元前3-5世紀，春秋末期到戰國時代中國的文明作為比較對象，並認為（古代）中國法與現代西歐法，各自佔據法治（rule of law）高低程度的光譜兩極。ROBERTO MANGABEIRA UNGER, *LAW IN MODERN SOCIETY: TOWARD A CRITICISM OF SOCIAL THEORY* 86-110 (1977).

7 對Roberto Mangabeira Unger的批評，參見William P. Alford, *The Inscrutable Occidental? Implications of Roberto Unger's Uses and Abuses of the Chinese Past*, 64 *TEX. L. REV.* 915, 915-72 (1986). Teemu Ruskola, *Legal Orientalism*, 101 *MICH. L. REV.* 179, 181-82 (2002); 有關韋伯對於傳統中國法律見解的檢討，參見林端、蔡博方，韋伯論傳統中國法律之再探：法律社會學中的多元脈絡性，*臺灣東亞文明研究學刊*，10卷2期，頁33-69（2013年）；高道蘊（Karen L. Turner）分析從韋伯以降西方對於中國法「毀譽參半」的評價，認為戰後西方或美國學者不管是稱讚中國社會不過度依賴法律解決紛爭，抑或是批判中國未有堅實的法治基礎，某程度其實都是反映了對西方自身法律的看法與批判。參見高道蘊，導言，收於：高道蘊、高鴻鈞、賀衛方編，*美國學者論中國法律傳統*，增訂版，頁8-13（2004年）。

8 參見例如，William C. Jones著，蘇亦工譯，*大清律例研究*，收於：高道蘊、高鴻鈞、賀衛方編，*美國學者論中國法律傳統*，增訂版，頁385-424（2004年）；王泰升、曾文亮、吳俊瑩（註3），頁421-469；徐忠明，*案例、故事與明清時期的司法文化*，頁1-24（2006年）；此外，本文之後所引用的滋賀秀三與寺田浩明的作品，亦為良好例證。又，Teemu Ruskola認為身為現代西方法律傳統的研究者，在進行傳統中國法的研究時，不可避免地會從自身熟悉的近代西方法的認

案也顯示，包括律例等成文法，並非是具文或者象徵性的道德宣示，而是確確實實地被加以精細地解釋與運用的規範<sup>9</sup>。換句話說，經由對於中央或者至少省級以上的司法案件的研究，我們亦可發現包括律例、成案，以及省例等官方規範，在具體案件處理上，不僅具有有效性（validity），並且具有一定程度的實效性（efficacy）。

相較於前述高層司法檔案中的人命或其他重大犯罪追訴案件，在地方州縣層級的訴訟案件，又是如何的狀況？就既有研究發展，可分為兩條主軸加以討論。第一個主軸將在本段簡述。第二主軸為本文核心對話對象，則另闢專節加以討論。關於州縣地方層級的訴訟案件的討論，與對所謂「中國國家·社會二元論」的批判有關。蓋，中國史研究中，主張「中國國家·社會二元論」者，認為中國國家與社會之間的關係為二元且疏離，國家對社會控制力薄弱。在訴訟與司法案件相關的研究中採取此論點者則主張，地方社會的糾紛解決的場域，主要在宗族鄉里，或者專門商業行會內部等「自治團體」，而非地方政府或者其他官方組織<sup>10</sup>。然而，近來研究發

---

識出發，以比較性的觀點理解傳統中國法。然而，西方研究者可以藉由「詮釋學循環」（hermeneutic circle）的方式，在對傳統中國法產生一定理解後，基於此理解往回探索自身法律體系，接著再次出發，重新認識傳統中國法。比較研究者得以藉由上述這種循環模式，逼近掌握自身與他者不同法律體系與概念。See Ruskola, *supra* note 7, at 179-234.

9 早期研究，例如瞿同祖研究刑案匯覽，考察大清律例在疑難案件中的運用。參見瞿同祖，*中國法律與中國社會*（1984年）。近年來有不少討論清代中央司法檔案或者編輯文書中，所顯現出細密的法律推理的作品。參見例如，邱澎生，*真相大白？明清刑案中的法律推理*，收於：熊秉真編，*讓證據說話——中國篇*，頁135-198（2001年）；陳新宇，*帝制中國的法源與適用：以比附問題為中心的展開*（2015年）；陳惠馨，*重建清朝的法律帝國：從清代內閣題本刑科婚姻姦情檔案談起——以依強姦未成或但經調戲本婦羞忿自盡案為例*，*法制史研究*，5期，頁123-187（2004年）；王志強，*清代司法中的法律推理*，收於：柳立言編，*中國史新論——法律史分冊*，頁283-311（2008年）。

10 這樣的見解，在日本學界以京都學派的內藤湖南於1914年的「支那論」為代表，參見內藤湖南，*支那論*，內藤湖南全集（五），頁297、367-369（1972年）；在美國方面的作品，可參見ARTHUR SMITH, *VILLAGE LIFE IN CHINA: A*

現，人民之間發生糾紛之時，前往地方衙門告官以及民間行會的調處，兩者之間往往呈現並行不悖、交錯進行，甚至是交織結合的狀況<sup>11</sup>。人民前往地方衙門呈控，也並不少見<sup>12</sup>。我們或許可以說，至少在19世紀的清代中國（包括臺灣），相較於同時代的日本或者歐美，衙門（地方政府）並非如同之前所想像的那麼遙不可及，而

---

STUDY IN SOCIOLOGY (1899). Marx Weber 在前述討論傳統中國的宗教的論述中所採取的「中國國家·社會二元論」亦主要基於上述Arthur Smith的作品而來。See WEBER, *supra* note 6。對於「中國國家·社會二元論」更廣泛深入的介紹，請參見夫馬進，內藤湖南の中国社会論で清代巴県社会理解できろか？、「清代巴県社会とは何か？—中国国家·社会二元論の再検討—」學術研討會，京都大學法學研究科主辦（2016年2月20日）。

- 11 例如，滋賀秀三觀察到，參與訴訟的人們可以在一邊對於官府提訴之後，一面並行不悖地在私底下進行調解，一旦調解成功，當事人也不一定向官府呈報，此時案件便會因此而終結。滋賀秀三著，姚榮濤譯（註3），頁537-538；岸本美緒則是從當事人的角度更全面的觀察糾紛解決的機制。從糾紛發生開始，所謂「國家的審判」與「民間的調解」就是互相補完、彼此糾纏的關係。在決定要打官司之前，族親鄰友、有力人士試圖排解是很常見的事，然而由於調解不成，而或就算調解有成其結果也無法拘束人們的行動，心有不甘的人們，仍然可以到官衙告狀。而訴狀被批准以後，民間調解的工作並未結束，未至聽審而僅提出和息的情形很多，有時知縣也會命干證進行和息。參見岸本美緒，清初上海的審判與調解——以『歷年紀』為例，收於：中央研究院近代史研究所編，近世家族與政治比較歷史論文集（上冊），頁254-255（1992年）；黃宗智所提出的所謂「半官半民」的「第三領域」，大致上也是在描述這樣現象，不過他另外還論述了官府的批示與官府所派出調解的人員（鄉保）對人們調解發生的影響，參見黃宗智，清代的法律、社會與文化：民法的表達與實踐，頁107-130（2007年）。關於商業糾紛如何在衙門內外進行的論著，例如邱澎生，國法與幫規：清代前期重慶城的船運糾紛解決機制，收於：邱澎生、陳熙遠編，明清法律運作中的權力與文化，頁275-334（2009年）；Maura Dominique Dykstra, *Complicated Matters: Commercial Dispute Resolution in Qing Chongqing from 1750 to 1911* (2014) (unpublished Ph.D. dissertation, University of California, Los Angeles) (on file with author).
- 12 例如Mark A. Allee以淡新檔案為史料的研究顯示，即便進行訴訟雖然有成本，與官府打交道也確實要謹慎小心，但是淡新檔案中的民眾並不因此而畏訟。事實上，衙門處理從販夫走卒到紳衿等不同社會階層的人民的各種日常事務相關的糾紛，參見MARK A. ALLEE, *LAW AND LOCAL SOCIETY IN LATE IMPERIAL CHINA: NORTHERN TAIWAN IN THE NINETEENTH CENTURY* 252-53 (1994)；夫馬進則主張由巴縣檔案可以得知，同治朝（1856-1875年）的巴縣，已是一個「訴訟近在身邊的社會」。參見夫馬進，中國訴訟社會史概論，夫馬進編，中國訴訟社會史的研究，頁77（2011年）。



是與民間社會中的調解一樣，都是作為紛爭解決的重要場域。

## 二、「民事」審判/州縣自理案件與法律的關係：本文的聚焦點

延續上述第一主軸的討論，接下來的第二主軸，也是本文使用淡新檔案姦拐案件為出發點所要介入的討論：當人們將糾紛帶到地方州縣層級的衙門，法律（例如律例等實證法）在此類案件的審理時扮演如何的角色？發揮如何的作用？這樣的角色和作用與中央高層檔案中所審理的案件中的法律，有無不同？不論是相同或者不同，該如何理解其中的秩序？這個問題，在經過近年來清代中國法/清治臺灣法研究者辯論後，學界已有相當豐富與精緻的成果。然而，本文認為這個問題或許尚有討論的空間，並試圖從不同的理論視角，特別是美國法律現實主義的壞人理論/預測論中行動者的角度，提出一些新的觀察與理解。

### （一）既有研究

#### 1. 「民事」審判/州縣自理案件是否依法審判？

就算是傳統中國法的初學者，只要稍微瀏覽諸如淡新檔案的地方衙門檔案，也可以感覺到訟案文件中，大清律例的存在感稀薄。相對之下，不論是探討疑難問題的刑案彙覽，或者是較為例行性的刑科題本，律例則是文本敘事鋪排與最終擬判的重心。在包括日本的清代中國法學界向來的一般認識是，「刑事」審判較為接近現代法中「依法審判」的狀態<sup>13</sup>；相對於此，「民事」案件中，判決並非嚴格地依照律例而行。例如，滋賀秀三在經典著作「清代中国の法と裁判」中，提出與法律共存且互通的所謂情理。滋賀秀三主

---

<sup>13</sup> 滋賀秀三（註4），頁3。寺田浩明亦認為，日本的中國法制史學界，普遍接受在傳統中國「刑事」審判的領域，有著類似於「依法審判」的結構。寺田浩明著，曹陽譯，清代刑事審判中律例作用的再考察——關於實定法的“非規則”形態，收於：權利與冤抑——寺田浩明中國法史論集，頁325（2012年）。

張，情理與法共同作為「民事」審判中「某種普遍性判斷基準」，也就是法源<sup>14</sup>。必須注意的是，滋賀秀三的主張與之前的傳統中國法通說不同之處，在於他認為事實上就算是「刑事」審判，也須斟酌情理。而「民事」審判中，國法也並未因此就受到輕視，而被認為是與情理共通，共同構成清代地方官處理糾紛的依據<sup>15</sup>。對於滋賀秀三而言，上述「不依法/依法」審判並非截然二分，而是程度的差別。

在此，本文先釐清兩組用詞的使用，以便利後續討論。

第一，滋賀秀三以及日本的傳統中國法研究者事實上意識到「民事——刑事」二分法並非傳統中國法的概念，而毋寧是現代法律體系中的區分概念。然而，「民事」與「刑事」等概念，仍然被持續使用以逼近（*approximate*）或直接指涉所謂傳統中國法分類中兩組相對應的概念：（1）「戶婚田土錢債細事」vs. 「命盜重案」；（2）僅只於處以笞杖的「州縣自理案件」vs. 徒以上的「審轉案件」<sup>16</sup>。簡言之，「民事——刑事」這樣的用語雖然被加以檢討，但仍然被廣泛地使用，且成為後述日美學者論辯的框架之一。

第二，上述滋賀秀三所說的法與法源事實上包含了兩種法的概念。狹義的法是以大清律例為代表，並包括成案等的官方實證法。這也是本文原則上在使用「法」與「法律」此二詞彙時之定義。廣義的法，則是包含了狹義的法、情理、習慣與禮教等等，共同所形成的規範系統。而在本文以下的討論中，不同研究者們可能皆有自身對法的廣狹定義並可能有交錯使用的狀況。

針對滋賀秀三的觀點，美國學者黃宗智提出批評，並在1990年

---

14 滋賀秀三（註4），頁263-304。

15 同前註。

16 滋賀秀三（註4），頁5-6。

代開始引發了一連串精彩的往返論辯。由於篇幅有限，在此僅就相關部分，根據本文論點的設定，加以提示介紹<sup>17</sup>。

承上述，上述日本傳統中國法學界通說，大致上可以下圖加以表示。

民事 / 刑事 = 戶婚田土細事 / 命盜重案 = 州縣自理 / 審轉 = 不（嚴格）依法 / 依法審判  
(a) (b) (c) (d)

### 圖1 日本傳統中國法學界通說

資料來源：作者自製。

黃宗智反對滋賀秀三認為「『民事』審判不嚴格依照律例」的看法。黃宗智主張其根據四川巴縣檔案、湖北寶坻檔案與臺灣淡新檔案中600多宗案卷發現，清代中國就算在州縣層級也是依照大清律例加以審判。一旦訴訟無法庭外和解而進入正式法庭審理，縣官總是毫不猶豫地依照大清律例加以審斷<sup>18</sup>。換句話說，如果用圖1加以說明，黃宗智否定了最後(d)的區分，認為在民事/戶婚田土錢債細事/州縣自理案件中，縣官還是嚴格地依照大清律例加以斷案。

黃宗智認為縣官在「民事」案件中依法審斷的原因，與清代官僚體系的控管以及官員在此制度下的行動選擇有關。黃宗智主張，由於縣正堂一方面雖然是皇帝在地方上的代理人，一方面也在官僚制度的底層，其所作所為受到官僚規則的嚴格限制。即便在辦理

17 針對這一串論辯的更完整的整理、釐清與剖析，參見寺田浩明著，王亞新譯，*清代民事審判：性質及意義——日美兩國學者之間的爭論*，收於：《權利與冤抑——寺田浩明中國法史論集》，頁298-310（2012年）。吳佩林（註2），頁349-352；林文凱，*清代法律史研究的方法論檢討：「地方法律社會史」研究提出的對話*，收於：柳立言編，*史料與法史學*，頁311-348（2016年）。

18 黃宗智（註11），頁12-13。

「民事」案件/州縣自理案件時，雖然縣官在制度上不被要求要審轉、向上級作詳細報告，但仍面臨當事人上控的可能。也就是說，黃宗智認為在「民事」案件中，縣官的處理仍然可能由於種種原因，受到上級審查制度的制衡。是以最穩當的方式，便是循規蹈矩、依法辦事，以免危及仕途。這樣的審理模式從而也在實際上保障了人們的權利<sup>19</sup>。

寺田浩明加入這場論辯。他延續滋賀秀三的見解，認為不論「民事」或「刑事」審判中，最終來說都是做出具體個案中符合情理的判斷。寺田浩明看法有別於滋賀秀三之處，在於他並非從法源論的角度，思考什麼是審判中的普遍性判斷基準；相對的，他強調當事人行動時理解框架，而提出與「權利」模式相對，著重個案衡平感的「申冤」模型<sup>20</sup>。必須特別注意的是，寺田浩明雖然仍然使用「民事」、「刑事」、「民事訴訟」與「刑事訴訟」等用語，但強調傳統中國法中，「民事訴訟」與「刑事訴訟」並非兩立區分的關係。傳統中國法中所存在的區分方式，乃是以訴訟制度的程序為標準，區分為（1）委由州縣官處理，著重在「聽訟」的「戶婚田土細事·州縣自理」的案件，以及（2）需要審轉（「上申」），著重在「斷罪」命盜重案（即滋賀秀三所稱之「必要的覆審制」）<sup>21</sup>。然而，或許為了現代讀者理解上的方便，寺田浩明在使用傳統中國法既有分類與用語的同時，也同樣會穿插使用「民事」、「刑事」等用語，而將前種審判，概略稱為「民事審判」，而後者則往往以「刑事審判」概稱<sup>22</sup>。

19 黃宗智（註11），頁17-18、105。

20 寺田浩明著，王亞新等譯，權利與冤抑——清代聽訟和民眾的民事法秩序，收於：權利與冤抑——寺田浩明中國法史論集，頁207-273（2012年）（以下簡稱：寺田浩明著，王亞新等譯，權利與冤抑）；寺田浩明，中國法制史，頁147-149（2018年）（以下簡稱：寺田浩明，中國法制史）。

21 參見寺田浩明，中國法制史（註20）。

22 關於寺田浩明對於「刑事」用語的使用，例如其著作〈清代刑事審判中律例作用的再考察——關於實定法的“非規則”形態〉一文。參見寺田浩明著，曹陽譯

寺田浩明更進一步強調，不論是「民事」或者「刑事」審判中，法律都是所謂「非規則型」。在此，寺田浩明在此所構築的「法秩序」，乃為廣義的，不限於大清律例，而是整體的法律體系與運作。寺田浩明以「比附援引」以及「權宜處置」作為例證，主張就算在之前日本中國法制史學界通說中存在著近似「依法審判」的「刑事」審判中，也並非是將普遍性的規則作為價值與實踐的法律系統；不管是「民事」或者「刑事」審判，都是強調「情法之平」的情理判斷的「非規則型法」<sup>23</sup>。在清代中國，審判者在具體個案做出符合「情理」的判斷，並藉由說出作為審判正當性基礎的「公論」，事後地（*ex post facto*）完成「法的構築」<sup>24</sup>。

如果繼續用圖示1加以說明，可以說寺田浩明與黃宗智同樣反對最後(d)的區分，但是反對的理由不同。寺田浩明認為就清代中國法本質與理念而言，不論「民事」或「刑事」審判，都不要將律例加以機械性地嚴格適用，所著重的乃是權衡。另外，必須留意的是，寺田浩明主張所謂的「民事」（自理案件）與「刑事」（「上申」報告案件），乃是動態、流動的關係，並且很大程度取決於州縣官的選擇（詳後述）<sup>25</sup>。然而，他主張兩種審判就其本質，都體現了「非規則型法」的理念，並不把依律審判作為獨特的價值。相對於此，如前所述，黃宗智之所以反對(d)的區分，則是因為他主張「民事」審判也如同「刑事」審判一樣，都是依法（律例）審判。

---

（註13）。關於寺田浩明對於「民事」用語的使用，例如其著作〈權利與冤抑——清代聽訟和民眾的民事法秩序〉一文，參見寺田浩明著，王亞新等譯，權利與冤抑（註20）。

23 寺田浩明著，曹陽譯（註13），頁325。

24 參見寺田浩明著，李力譯，清代的民事訴訟與“法之構築”——以《淡新檔案》中的一個事例為素材，收於：權利與冤抑——寺田浩明中國法史論集，頁275-297（2012年）。

25 寺田浩明，中國法制史（註20），頁226-233。

## 2. 授權或失序？如何理解清代審判中不依照律例的現象

承前所述，除了黃宗智以外，大部分的清代中國法研究者，認為「民事」審判/州縣自理案件中，並沒有依照律例嚴格審判的現象。本文認為，如果我們用傳統中國自身「依律審判」的標準，去檢測州縣審判是否「依法」事實上並不太困難。如同本文之後以淡新檔案中姦拐案例中所顯示的，絕大部分的案例皆未有依律處置的情形。真正困難，或者更加有趣的，其實是如何理解「不依法」的現象。本文將相關的既有研究，以「授權論」與「混亂失序論」為名加以分類、討論。

### (1) 授權論

以下述的日本學者為例，戰後日本的傳統中國法研究中的重要發展之一，乃為拒絕以現代西方法的「法治」(rule of law) 為單一的理解或者評價標準，並反對在這單一標準下將傳統中國「民事」裁判僅僅理解為不依法審判的混亂失序。滋賀秀三與寺田浩明更進一步試圖尋求傳統中國法與審判的內在理性與秩序，以文化論的立場構築清代法秩序的圖像。

中村茂夫使用日本現代檢察官「起訴裁量」制度與機制來做比喻，藉以說明州縣官不依成文法處置犯罪，其實是一種斟酌律例上的法律根據之後，再依照具體狀況而做出的決定，而並非一種背離或無視於法律的作法。相較於重視「法安定性」理念的命盜重案審判論而言，州縣自理審判更著重於「實現衡平」這樣的價值理念<sup>26</sup>。

如同前述，滋賀秀三認為在傳統中國的審判制度中，不管「刑事」或者「民事」案件皆沒有給予「依法審判」特殊的價值。理想

---

<sup>26</sup> 參見中村茂夫，清代之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，頁1-52 (1976年)。

的審判，應該是在個別具體案件中，尋求合乎情理的最佳方案。寺田浩明進一步推展滋賀秀三的想法，並提出上述「非規則型」的傳統中國法概念加以理論化。寺田浩明認為地方官在州縣審判的角色，就如同皇帝在整個司法審判中一樣，絕非機械性地適用既存成文法與先例，而是超越這些規範之上，根據具體狀況而為最妥適的解決。同時，相較於皇帝從「天」來得到這樣教化萬民的權力與責任而得以對於全國範圍內行使任何可能的刑罰，地方官則是在自己所管轄的範圍與刑罰權限內，從皇帝那裡得到了「授權」來行使笞杖以下的刑罰，從而在州縣自理的案件中，地方官也得以無須機械性地依成文法與先例行事<sup>27</sup>。寺田浩明並將此見解，推展到「刑事」審判。他以比附援引制度為例，說明就算在審轉中案件，地方官員也並非依照律例就得以免責，而是有義務根據此次案情，考慮「情法之平」以決定是否要依照律令（「正條」）<sup>28</sup>。寺田浩明使用了跟中村茂夫同樣的比喻，認為州縣官選擇將理論上應審轉報告的案件以「聽訟」的方式和解、從輕處理，或許可以理解成類似現代日本檢察官的「起訴猶豫處分」。州縣官一方面是地方上的有德大人，一方面也是皇帝的手足。此種「兩面性」使得對於大部分案件以「聽訟」方式處理的皇帝，容認地方官以聽訟方式處理甚至是命盜的案件<sup>29</sup>。

在「權宜處置」的案件中，寺田浩明舉出地方官將原本依照定例應呈報、覆審的人命案件加以權宜處理，自行杖斃後呈報，而得到皇帝讚許的例子。相對於此，也存在官員依照律令定例處理呈報後，被皇帝斥責「拘泥」，被訓斥應自行緊急懲究，以儆效尤的死刑案件之例。最終，皇帝或者上級是否接受或者駁回下級官員的判

---

27 寺田浩明著，王亞新譯，日本的清代司法制度研究與對“法”的理解，收於：王亞新、梁治平編，明清時期的民事審判與民間契約，頁129-130（1998年）。

28 寺田浩明，曹陽譯（註13），頁337。

29 寺田浩明，中國法制史（註20），頁228、233。

斷，並非取決是否依照律例或定例處理，而是在於此判斷與權衡被上級或皇帝認定為是否得當<sup>30</sup>。寺田浩明認為不論是「刑事」或「民事」審判，雖然存在援不援引律例（狹義的法）的差別，然而這只是一種「單純的附加現象」，並非本體問題<sup>31</sup>。

臺灣學者王泰升、曾文亮與吳俊瑩（以下簡稱王泰升等三人）亦贊同寺田浩明的「非規則法」理論，並認為《淡新檔案》中地方衙門運作實況以及律例條文之嚴重落差，足以讓我們重新思考或許當時人們可能是以所謂「非規則型法」的觀點看待律例。換言之，「規範」與「實踐」的落差原本就是人們所「預期」的。王泰升等三人更一步表示，若是傳統中國法在性質上即不是普遍適用之規則（即「規則型法」），那麼就規範與實踐之落差去追問是否有實效性問題，恐有「雞同鴨講」之虞<sup>32</sup>。

## （2）「混亂失序」論

相對於上述日本與臺灣研究者對於權衡式的審判給予相對正面的評價，並認為這種現象本身是舊中國文明的秩序原型，下述包括日本、美國與臺灣的個別學者，則傾向將此現象理解為制度運作下的單純混亂失序。佐立治人認為地方州縣官不依法行事，並非基於人民利益，而是自身規避上級檢查、因循習慣的表現。這種與傳統中國法中依法審判相矛盾的事態，正是官僚制末端混亂失序的單純事實狀態<sup>33</sup>。Matthew H. Sommer分析包含巴縣、南部與寶坻縣的地方衙門檔案與刑科題本高層檔案中丈夫賣妻或因為貧窮縱容妻子通姦相關案件，認為與其將一般案件中的彈性適用法律理解為權衡或

30 寺田浩明著，曹陽譯（註13），頁335-340。

31 寺田浩明著，曹陽譯（註13），頁353。

32 王泰升、曾文亮、吳俊瑩（註3），頁431-432與該文之註51。

33 佐立治人，舊中國の地方裁判と法律——法律に従わない判決が持つ意味——，東洋史研究，56卷2号，頁276-306（1997年）。



者衡平，不如說此種案件顯現國家對地方控制力量的薄弱<sup>34</sup>。林文凱分析淡新檔案與刑科題本中與臺灣相關的命盜案件的研究顯示，清代臺灣由於行政與財政上的限制，地方官員無力依照定例期限，追捕人犯、審結案件，並將人犯往上級解審。為了避免財務支出以及上級懲罰，地方官員往往竭力隱匿命盜案件，只有極少數上級可能訪聞而得知的案件，地方官員才會依照律例加以審轉報告<sup>35</sup>。

## (二) 本文視角與方法

### 1. 「刁婦/民」觀點：預測論之行動者視角

以上的見解其實都是立基於檔案實證考察，從研究者自身思考脈絡出發，有意識地設定研究框架的研究成果。同時，上述既有研究也對於州縣衙門場景中審判者的行動樣式、心態與理念圖像等提供新的理解。本文並非否定或者反對這些見解。相反地，讀者在本文之後的討論可以發現，本文的論點實際上受到上述研究影響甚深。本文毋寧是以這些想法為基礎，經過對淡新檔案案件的觀察與思考，嘗試提出從另一個角度出發的理解架構，以討論前述研究並未著重之處。

美國最高法院大法官Oliver Wendell Holmes (1841-1935年) 在其著名的“The Path of the Law” (以下簡稱“The Path”) 一文，強調法律作為一種專業學科，並非在學習神秘的英國普通法原理原則 (axiom)，也不是在學習法律條文或相關的教科書與論著 (treaties)，而是學習在法庭上實際的後果。這才是人們願意付錢雇用法律人所希望得到的專業建議。Holmes認為，法律所學的是預

---

34 參見MATTHEW H. SOMMER, POLYANDRY AND WIFE-SELLING IN QING DYNASTY CHINA: SURVIVAL STRATEGIES AND JUDICIAL INTERVENTIONS 368, 375-76 (2015); 以及Matthew H. Sommer著，林文凱譯，清代縣衙的賣妻案件審判：以272件巴縣、南部與寶坻縣案子為例證，收於：邱澎生、陳熙遠編，明清法律運作中的權力與文化，頁375-382 (2009年)。

35 參見林文凱 (註3)，頁95-130。

測：預測人們通過法院的機制，在何時、何種狀況下，遭遇什麼樣程度公權力（包括金錢賠償、罰款，甚至入獄）的風險高低。Holmes強調對於道德與法律，必須要有所區別。如果想要真正的理解法律，甚至必須要從不關心倫理道德，只考慮實際後果的「壞人」的角度，去觀察他預測成本、利益與惡害，而據此行動時所考慮的規範（“If you want to know the law and nothing else, you must look at it as a bad man, who cares only for the material consequences which such knowledge enable him to predict...”）。「壞人」毫不在意所謂的法律原理原則（axiom）或者演繹（deduction），而是關心具體個別的法院實際上可能會怎麼做。Holmes 強調，他對於什麼是法律的想法，與「壞人」類似。Holmes甚至進一步宣稱，他所謂的法律，就恰恰是對於法院實際上會怎麼做的預言，且一分不多，一分不少（“The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by law”）<sup>36</sup>。

---

36 Oliver Wendell Holmes, *The Path of the Law*, 10 HARV. L. REV. 457, 457-59, 461 (1897)。Holmes此篇文章原為對Boston University法學院學生的演講稿，而「預測論」/「壞人理論」是此演講中為人所知，也影響最深遠的主張之一。例如，Frederick Schauer指出，Holmes在“*The Path*”所稱「對法院決定的預測即是法」的主張，引起了廣泛的討論。Frederick Schauer, *Prediction and Particularity*, 78 B.U. L. REV. 773, 773-74 (1998); Robert W. Gordon也認為，Holmes此講稿中最被普遍理解的即是此種近乎純粹實證主義式的、去道德的，甚至是「除魅的」（disenchanted）對法律系統的理解；然而，有趣的是，Gordon指出此種刻意中性、外於道德的預言式的法律，只是Holmes在“*The Path*”一文的一部分。此文的内容與敘述，事實上是複雜的。Holmes在“*The Path*”並非試圖提出一種法律理論，而是多種看待法律的方式（“putting forward...ways of looking at law”）。例如，在“*The Path*”的第459頁，Holmes強調道德在法律中的重要性（“The Law is the witness and external deposit of our moral life.”）。更加有趣的是，Gordon認為，Holmes在本文中的許多主張不只是一致，甚至可能是虛情假意的。例如，Holmes雖然主張仔細檢視各種法律傳統以求突破與改革，但他自己作為法官卻保守而不願創新；此外，Gordon認為Holmes雖然提出去道德的「壞人理論」或者「預測論」（prediction theory），但是Holmes（如本註前所述），亦強調道德在法律的重要性，不可能真心認為法律中沒有道德的成分。而Gordon認為Holmes之所以提出「壞人理論」，其實是特意藉由提出煽動性的說法，刺激讀者脫離原本的自得自滿而探索新的可能性（“a deliberate provocation, a device to shock the audience out of complacency and into an enquiring state of mind”）的演

上述Holmes所主張的「法律即為對法院實際作為的預測」、道德與法律的區分，以及法律規範的實際影響等種種實用主義式的觀點，不僅在1930s年代美國法律現實主義興起後，被奉為此學派的重要思想淵源<sup>37</sup>，也在後法律現實主義（post-realism）的時代影響了後續包括「法律與社會」（law and society）學派與「法律經濟分析」等重要美國法學思潮<sup>38</sup>。

本文試圖挪用上述美國「法律現實主義」中的「法預測論」（predictive theory of law），或相關的「壞人理論」（bad man theory），來探討清代中國/清治臺灣的法律。然而必須說明的是，

---

講技巧。更多關於上述論點的闡述，可參見Robert W. Gordon, *The Path of the Lawyer*, 110 HARV. L. REV. 1013, 1014-17 (1997); Thomas C. Grey亦指出，雖然學者們咸認Holmes是美國法學史的重要人物，但對於其作為法哲學者的評價不一。其中一些學者認為Holmes若作為法思想家，他的法理論乃是不一致（inconsistent），甚至是混亂而令人困惑（confused）的。參見Thomas C. Grey, *Plotting the Path of the Law*, 63 BROOK. L. REV. 19, 19 (1997).

37 必須說明的是，美國的法律現實主義，實際上是在1930年代的一場Karl Llewellyn與Roscoe Pound學者論辯中，才被命名、出現的學派與運動。而「先於」法律現實主義的Holmes，事實上是在此運動中被Llewellyn回溯式地歸類為法律現實主義的先行者之一。而作為法律現實主義運動的倡議者的Llewellyn自身在嘗試給予法律現實主義者（legal realists）定義時，也承認法律現實主義者內部的主張有分歧點。不過，Llewellyn強調，法律現實主義者間仍有不少共通之處。例如，Llewellyn認為，法律現實主義者的共通點（雖非此運動所獨創）之一，為法律現實主義者雖大多並非規則懷疑論者，並認為法律中的理性因素並非虛幻，但大都對傳統的法律規則概念有不同程度的不信任（“distrust of traditional legal rules and concepts”），並進而在「描述」什麼是法律時，會重視法院或者人們實際的作為。此外，延伸上述對於傳統法律規則的不信任，法律現實主義者的特色之一，為在描述性的層次，反對過度評價傳統法律規則所發展出的理論在法院決定所扮演的角色（“...(on the descriptive side) goes a distrust of the theory that traditional prescriptive rule-formulations are the heavily operative factor in producing court decision.”）。參見Karl Llewellyn, *Some Realism about Realism-Responding to Dean Pound*, 44 HARV. L. REV. 1222, 1230, 1245, 1237-38 (1931); 更多關於法律現實主義以及上述Karl Llewellyn一文的分析，可參見Brian Tamanaha, *Understanding Legal Realism*, 87 TEX. L. REV. 731, 731-85 (2009) 與 William W. Fisher III, *Karl Llewellyn*, in *THE CANON OF AMERICAN LEGAL THOUGHT* 133, 133-40 (David Kennedy & William W. Fisher III eds., 2006).

38 William W. Fisher III, *Oliver Wendell Holmes*, in *THE CANON OF AMERICAN LEGAL THOUGHT* 19, 21, 25 (David Kennedy & William W. Fisher III eds., 2006).

本文的目標並非（如同寺田浩明所做的）提出提出一個整全的、針對傳統中國法與秩序的正當性理論。此外，本文無法也無意提供一個全面性預測地方官員審案結果的理論模型。換句話說，本文並未試圖提出一個當某些因素或條件符合時，則會出現特定判決/案情結果的全面性預測理論。本文所集中觀察之因素，乃聚焦在「若案件實際審轉，很大程度上官府便會依照律例處理」、「若案件沒有實際審轉，則官府幾乎不會依照律例處置」的這樣特定而可預測的現象（詳後述）<sup>39</sup>。事實上，Holmes在“The Path”所提出的「法即預測」論點，著重在提出一種新的看待法律的方式（ways of looking at law）<sup>40</sup>。本文所試圖做的，即為挪用「法律現實主義」中的「法預測論」的理論資源<sup>41</sup>，從行動者的角度出發，超越法律的「書面規則」，觀察所謂「實際規則」<sup>42</sup>。更具體地來說，本文藉由訴訟檔案文書中所呈現的打官司的實態，觀察地方衙門訴訟的參與者的目的與手段，如何衡量風險得失，以理解當時的法與秩序（選擇是否「（不）依法處理案件」等潛規則）。

---

39 事實上美國學界對於「預測論」的討論或者論辯，往往集中在「法律即預測」（prediction is law）這樣的主張上，而少有對預測機制本身的討論。參見Schauer, *supra* note 36, at 774.

40 參見Gordon, *supra* note 36, at 1015.

41 另外，關於「預測論（prediction theory）」或者「法預測論（the prediction theory of law）」之用語，嚴格說來並非出“The Path”原文，而是後世學者分析此文時的用語。參見Fisher, *supra* note 38, at 38 與Schauer, *supra* note 36, at 773.

42 「書面規則（paper rules）」與「實際規則（real rules）」，乃源自Karl Llewellyn在前述與Pound的來回論辯中，另一篇文章所提出之用語。根據Llewellyn的說法，「實際規則」的想法實際上已由Holmes提出，所指為法院的實際作為。此即為所謂的「預測」。而「書面規則」則是被接受的法律與原則。此為書本上的法。Llewellyn在此文中並提及，所謂的「書面法律」都是有權者對官員們（公務機關）的應然指示（“rules of authoritative ought, addressed to officials, telling officials what the officials ought to do”）。然而有些是告訴官員可以完全不用理睬的「純粹的書面規則」（即純屬虛文的制定法或者作廢的判決），有些是官員們僅需口頭上遵守（“lip-service only is paid”）（實際上是否需執法可能不同），有些則是需要完全遵從。參見Karl Llewellyn, *A Realistic Jurisprudence – The Next Step*, 30 COLUM. L. REV. 431, 448-49 (1930).

再次強調的是，本文所要討論的法律，有廣狹兩種定義。狹義的法律概念，指的是律例、定例等官方頒布發行的實證法。此定義與傳統中國法脈絡下的「法」或者「律」的指涉範圍，較為接近。廣義的法律，則包括（但不限於）美國法律現實主義所關心的法院實際決定，涉及上述所謂理性計算的行動者理解與運用，並據以行動的官司進行或者運作模式。廣義的法律，即法的運作模式，亦為本文最終關心的對象。但是本文中若不特別說明，在使用「法」或者「法律」（例如判斷是否「依法審判」，或者描述當事人行為「合法」或「非法」）等用語時，乃是使用傳統中國法中「斷罪須引律條」中的狹義定義。但換句話說，本文的視角，乃是從預測與行動策略角度，去觀察法與訴訟制度的運作模式（廣義的法律），以及其中律令典章（狹義的法律）的角色。如後所述，本文的一個主張便是，雖然州縣層級的訴訟審理並未依照律例（狹義的法）而行，然而就法與訴訟制度的運作模式（廣義的法律）而言，仍有一定程度的可預測性。

Holmes的理論，假想一位面對現代國家與法庭為代表的公權力，自私自利、預測利害的壞人（bad man），並設想作為律師要提供這樣的客戶怎麼樣的建議，以此作為理解與學習法律的切入點。如果借用Holmes誇飾的講法，本文所設定的行動者，並非參與訴訟人通常在訴狀中所自我塑造的形象：老實守份、受到惡霸欺壓的順民或弱女子。本文所採取的視角，是為了自身利益或者避免惡害，測試法律效力與公權力邊界的所謂「刁民」或「刁婦」。同時，除了打官司的一般人民，本文另一組重要的行動者，則是審理人民官司的青天大老爺們。青天大老爺們同時也是官僚制度底層的地方衙門官員。同樣的，本文所設定的地方官員，並不僅止於判牘或官箴書此種呈現自我形象的理想官員形象，也包含「因循疲玩」的「玩吏」。如果說律例跟各種典章定例，其實是帝國官僚內部控制地方官的一種手段，那麼對於地方官事實上決定是否依照律例與定例行

事，除了判牘官箴此種縣官手冊中，自述情理通達、不拘泥於法律的好官形象外，本文分析的對象，也同時側重於地方官在極為有限資源與各種施政責任的狀況下，種種（包括對下姑息縱容與對上陽奉陰違或大事化小）為官之道。

如果延伸Holmes的比喻，本文所想要理解的清代中國法/清治臺灣法，乃是從實用主義式的、策略的角度切入，從往往被地方官員斥責為「訟棍」或「刁婦/民」的觀點出發，觀察在檔案中所呈現訴訟行動所進一步反映的法秩序。此即為本文題目「『刁婦/民』的傳統中國（非）法秩序」中的「刁婦/民」所指。不過，Holmes所指稱到「預測論」或者「壞人理論」，通常被視為律師或者當事人觀點，但在本文中，第一線面對人民訟案的地方官員的觀點，也會納入本文分析之中<sup>43</sup>。在諸如新竹縣、淡水廳等地方衙門面對人民的父母官，同時也是帝國官僚系統底層的下級官員，也是趨吉避凶、考量成本利害的行動者。在本文後述（特別是本文「肆、二」）對於地方官行動邏輯的討論中，也會看到平日在訴狀批詞中斥責「刁婦/民」的地方官，可能也是因為習慣「大事化小」，而被上級甚至是皇帝斥責「匿不上報」、「因循疲玩」的「玩吏」<sup>44</sup>。

必須強調的是，本文認為此種實用主義式對法的理解，並非與法的理念性理解在本質上不相容（incompatible），而毋寧是側重的面向不同。法的理念性理解可以以上述寺田浩明「非規則型法」理論為代表。寺田浩明認為，清代中國法並不把機械性地依照律例審

---

43 補充說明的是，之後美國法學者運用預測觀點的研究，則不限於參與訴訟的一般人或律師，也包括法官對於其他法官（特別是上級法院）決定的預測。參見Evan H. Caminker, *Why Must Inferior Courts Obey Superior Court Precedents?*, 46 STAN. L. REV. 817, 850-55 (1994).

44 是以本文文章名稱，或許也可以名為「『刁婦/民』與『玩吏』的傳統中國（非）法秩序」。但為簡潔計，再加上考量本文實際上亦復加考慮上級官員（甚至皇帝）的觀點，是以採用目前名稱。

判當作其核心的價值<sup>45</sup>。相反的，權衡、考慮個案的情法之平，才是清代中國法的核心。也就是說，個案審判的正當性基礎並非在於機械性地適用法律，而是在於在個案中達到情法之平。更進一步，由於個案事件情形理論上千差萬別，是以無法以事前存在的標準達到情法之平，而必須以通過對於具體事件的裁決，並以「有德之人」提出「公論」的方式加以展現。如果從權威的正統性的角度而言，就會有接受天命的皇帝、上下層級的官僚、乃至人民這樣的「有德」的高低順序。在此情況下，律例乃為歷代皇帝官僚全體經由實現情法之平的過程中，「公論」所固定下來的典型事例以及基本方向。同時，就皇帝的觀點，律例只是作為「賢愚不一」的官員的參考案例，得以指引刑罰判斷<sup>46</sup>。從而對於寺田浩明來說，「刑事」/審轉案件與「民事」/自理案件中，是否援引律例只是現象上的差別，而非清代中國法的「本體」問題<sup>47</sup>。此外，寺田浩明也舉出實際的案例，說明依照律令定例處置或呈報，仍然可能被認為沒有考慮特殊狀況加以比附，或者未做緊急處置，而被上級批駁，或者皇帝斥責。理論上，無論依不依照律例定例處理，地方官員都有可能受到上級的批駁甚至皇帝的斥責<sup>48</sup>。

本文並非否定上述寺田浩明由「內在觀點」出發對於傳統中國法的規範性理解，而是著重於觀察律例等實證法的實效性與實踐樣貌<sup>49</sup>。如前所述，王泰升等三人合著論文中主張在權衡式的「非規

45 在此值得注意的是，寺田浩明並非認為律例在裁判中沒有任何價值。相反地，寺田浩明指出律例在裁判中的種種重要功能。例如，律例使官僚內部多數人得以「判斷劃一化」。此外，在所謂艱難案件（hard case）中，律例在量刑上發揮了重要的參考作用，以求達到情法之平的判決。寺田浩明，*中國法制史*（註20），頁250-251、254-255。

46 參見寺田浩明著，魏敏譯，“非規則型法”之概念——以清代中國法為素材，收於：《權利與冤抑——寺田浩明中國法史論集》，頁357-393（2012年）。

47 寺田浩明著，曹陽譯（註13），頁353。

48 寺田浩明著，曹陽譯（註13），頁335-340。

49 本文在此所謂「內在觀點」，乃借用英國法理學家H.L.A. Hart關於人們面對社會規則時所抱持的觀點的理論。參見H.L.A. HART, *THE CONCEPT OF LAW* (1961)。由

則型法」下，「規範—實踐」落差原本即為人民所預期，並認為研究者若以「實效」的觀念來討論「規範—實踐」落差乃為「雞同鴨講」。如後所述，本文同意「規範—實踐」落差是當時參與訴訟的人們（包括當事人與地方官）所得以預期的。但是，本文認為就算在「非規則型法」、「權衡」的理論下，在清代中國法/清治臺灣法或許仍有討論「規範—實踐」落差的空間。就本文所採取的預測觀點而言，下列問題的探究重要：對於趨吉避凶的當事人而言，進行打官司行動時，是否可能被依律令處理或處罰？地方官以所謂「權衡」模式審案時，律例實際上如何選擇性地被運用在個案？在大多時候都並沒有進行「依法審判/斷案」的地方衙門場域，「法」在其中是以如何的口吻、姿態被加以訴說、宣示與使用？而以上現象是否存在一定程度可預測的模式？此外，「非規則型法」之理論並無法全面性地解釋「規範—實踐」落差的種種現象。例如，對於本文後述（本文「肆、二、(二)、1」）中皇帝（與上級長官）斥責地方官員不落實諸如「誣告」或審案上報程序律例的狀況中，便難以僅僅用「非規則法」、「權衡」或「授權」理念加以解釋或正當化「規範—實踐」落差，而需有更多分析之視角。

就上述寺田浩明所提出的規範性觀點而言，「刑事」/審轉案件與「民事」/自理中是否援引、依照律例，只是現象上的差別，就傳統中國法的本體問題，並非重點。然而就本文所採取的預測論觀點而言，此種實際運作上所產生的現象上是否依照律例的實踐上差別，對於討論法律的實效性，以及作為當事人實際上應該採取何種趨吉避凶的策略而言，則為重要區分。再者，既有學說所指出的

---

於能力與篇幅所限，本文無意涉入法理學根本問題的討論。但是為了避免讀者誤解，在此說明本文所採「預測理論」（或「壞人理論」）觀點，雖然著重在以趨吉避凶與避免刑罰惡害的角度，以評估律例的實效性，但這些行動者在本文脈絡下乃為「參與者」，而不僅只是「觀察者」。類似的觀點，參見劉臺強，誰的觀點？誰的法律？——對Hart的法律理論的批判，東吳法律學報，26卷1期，頁137-188（2014年）。



「刑事」/審轉案件與「民事」/自理案件中，對於此種差別的詮釋，也將是本文主要對話的對象。

## 2. 流轉的姦拐案：檢驗二分法與「(不)依法審判」的意義

前述圖1日本傳統中國法學界通說對於審判的二分法，事實上也已被美國學界研究者的黃宗智加以採納，並據此進行辯論。然而本文淡新檔案姦拐案件類型<sup>50</sup>，跨越了上述「刑事」/審轉重案 vs. 「民事」/自理細事二分法，幫助我們挑戰既有研究所採取的分類或概念是否得當、有何侷限與利弊。

若就清代中國法自身概念而言，以笞杖徒流死五刑輕重做為標準的「自理細事 vs. 審轉」分類概念而言，一般單純的通姦所對應的刑罰為笞杖以下<sup>51</sup>，乃所謂的州縣自理案件，地方官審理後無須擬定案情與罪刑、往上級報告，僅只需要填註循環簿之類的簿冊，造冊呈上級查覈備考<sup>52</sup>。若是女性隨同男性離家在逃，即俗稱拐逃或拐姦中，則涉及徒甚至軍流以上的罪刑，此時為應該審轉的重案，地方官須在審理後定擬，層層往上報告<sup>53</sup>。就現代法學分類而

50 本文所考察的姦拐案件，不限於淡新檔案「刑事門」中「通姦款」與「拐姦款」的案件。被分類到其他諸如結婚、離婚、田房、雜事，但涉及姦拐情節的案件（例如：21207案〈據南勢庄民婦吳林氏具告郭爐拐逃伊女與楊瑞姦好藏匿叩請拘究由〉被分類到民事編人事類的結婚款、11707案〈准基隆分府徐移解新埔街民翁東友夫婦二名請取妥保釋回由〉則被分類到行正門總務類的雜事款）以及用以交叉比對是否有涉及姦拐而往上級報告的「冊報款」，也在本文爬梳檢視、細部分析的範圍之內。

51 大清律例·刑律·犯姦「凡和姦，杖八十。有夫者，杖九十。刁姦者（無夫有夫）杖一百……其和姦刁姦者，男女同罪……姦婦從夫嫁賣。其夫願留者，聽。若嫁賣與姦夫者，姦夫、本夫各杖八十，婦人離異歸宗，財物入官。」薛允升著，黃靜嘉校定，讀例存疑重刊本，頁1079（1970年）。

52 參見張偉仁，清代法制研究（第一輯第一冊），頁164（1983年）。

53 「……（二）若和同相誘（取在己）及（兩）相（情願）賣良人為奴婢者，杖一百、徒三年。為妻妻子孫者，杖九十、徒二年半。被誘之人減一等。（仍改正給親）。未賣者，各減（已賣）一等。十歲以下，雖和亦同略誘法（被誘略者不坐）。薛允升著，黃靜嘉校定（註51），頁726；「……其和誘知情之人，為首者，亦照前擬軍。為從及被誘之人俱減等滿徒。若雖知拐帶情由，並無和

言，淡新檔案中的通姦與誘拐事件如果發生在現代，可以發生民事上離婚、賠償以及刑事懲罰的效果。然而，若依照前述介紹的通說分類，則可能會發生以下兩種不自然的分類或比喻。第一，若以案情可能對應刑罰的輕重，而分類為「民事」或「刑事」審判，則會發生將通姦的審理分類為「民事」審判，而誘拐為「刑事」審判。第二，若以案件最終是否往上級報告作為基準，則可能發生審理無結果或者被寬縱輕判的拐逃案件，被分類為「民事」，而按照律例處置的拐逃案件，則被分類為「刑事」。

除了使用了當時不存在的「民事」與「刑事」概念之外，上述的分類法的另一個值得加以檢討的問題，在於其阻礙我們將案件放入清帝國的司法系統運作的脈絡中加以理解。既有研究將淡新檔案與刑科題本兩種類型的案件檔案以「民事」、「刑事」的範疇劃分，而各自進行研究。如果我們把向來分別處理的司法文書，將其放置到帝國司法審轉、官僚報告制度之中，看到的則會一個動態的資訊重構、變化與流通的過程。相對於包含地方官之定擬、層層上報的刑科題本<sup>54</sup>，淡新檔案包含當事人訴狀，是最為原始紛雜的地方衙門處理紀錄，得以顯現官司進行中案情流動變化的可能性。如果不以上述「民刑」分類，而以姦拐案件為主體，時序性地觀察案件的

---

同誘拐，分受贓物，暫容留數日者，不分旗民，俱枷號兩箇月發落。」薛允升著，黃靜嘉校定（註51），頁727-728。此外，此律附加之條例經過歷年增修，和誘之人之最可能重至充軍流放。參見「……（二）若和同相誘（取在己）及（兩）相（情願）賣良人為奴婢者，杖一百、徒三年。為妻妾子孫者，杖九十、徒二年半。被誘之人減一等。（仍改正給親）。未賣者，各減（已賣）一等。十歲以下，雖和亦同略誘法（被誘略者不坐）」薛允升著，黃靜嘉校定（註51），頁726；「……其和誘知情之人，為首者，亦照前擬軍。為從及被誘之人俱減等滿徒。若雖知拐帶情由，並無和同誘拐，分受贓物，暫容留數日者，不分旗民，俱枷號兩箇月發落。」薛允升著，黃靜嘉校定（註51），頁727-728。

54 關於刑科題本在官僚系統中的製作與「標準化」的過程，參見梅凌寒，刑科題本的擬成：以寶坻縣檔案與刑科題本的比較為依據，收於：中國政法大學法律古籍整理研究所編，中國古代法律文獻研究（11），頁426-445（2017年）。

發展，可以看到案情在包括當事人與縣官等參與官司的行動者互動之間的動態變化。

姦拐案件的另一個特徵，使得此類案件相較於其他戶婚田土細事案件，更適合用來探討在地方衙門是否依法處置。在一般戶婚田土錢債案件中，大清律例對於相關情形的規定往往付之闕如。是以，在此類案件中難以檢驗案件是否依法處理，以及地方官的裁量並沒有直接違法。相比之下，大清律例對於攸關禮教風化的姦拐案件則有許多明確與精細的規定<sup>55</sup>。在此高度規範密度的案件類型中，更容易去指明（identify）地方官是否有明顯與律例違背之處。同時，大清律例明令不得「私和姦事」<sup>56</sup>。向來研究所使用州縣層級的、自我理想形象的判語官箴中，地方官樂於展示自己對於家庭鄰里間田土細故的調解處理的明智，但卻寧願隱藏自己私和姦情的彈性。然而，記錄訴訟實況的淡新檔案中卻顯示姦拐案件往往在縣官默許或者一番斥責之後下，和息了事。姦拐案件中，地方衙門檔案卷宗記錄訴訟實況的優點得以凸顯。

從而，本文挑選了兩個適合討論本文問題意識的淡新檔案姦拐案例，並依照卷證時序案情，考察訴訟兩造與縣官彼此的互動，以及案情的變化。此二案件分別是：（1）〈據竹北二保紅毛港庄民婦陳彭氏告林番姦拐由〉（以下簡稱陳彭氏案，日期光緒20年（1894年），7月23日～12月24日）與（2）〈據竹南二保中興庄民黃阿清具告賴達成等恨控毒斃伊妻詹氏呈請詣驗拘究由〉（以下簡稱黃阿清

55 趙鳳喈，中國婦女在法律上之地位，頁127-140（1993年）；針對瞿同祖（註9），頁52-54、291-292；卓惠芬，清乾隆時期間粵地區犯姦案件之探討（1736-1790），東海大學歷史學研究所碩士論文，頁27-46（2004年）。

56 「……（七）若媒合容止（人在家）通姦者，各減犯人（和、刁）罪一等。（如人犯姦以露而代）私和姦事者，各減（和、刁、強）二等……」薛允升著，黃靜嘉校定（註51），頁1079。清代著名律例注釋書的作者沈之奇並認為，此係由於所和者「關係風化」、「非一人一罪之事」所致。參見沈之奇著，懷效鋒、李俊點校，大清律例輯註（下），頁915（1998年）。

案，光緒12年（1886年），5月3日～11月13日）。在深入分析此兩案件之前，僅就案件的代表性及與本文主要論證之關係先加以說明。就其案件性質而言，陳彭氏案具有淡新檔案中姦拐案中的常見特徵，可以說是典型案件。即，當事人表面上呈控姦拐，然後背後往往隱藏著當事人實際所真正關心的，諸如家產或者買妻賣妻等紛爭。當事人往往藉由控告姦拐作為手段，當其他真正爭議浮出，姦拐相關控訴便不了了之，是以之後也幾乎未見地方官府在訴訟過程中，有任何往上級報告之行為<sup>57</sup>。相較之下，黃阿清案則是較為罕見的，涉及人命、較為嚴重的姦拐案件。如本文後述，因為種種原因，淡新檔案中不管是姦拐或這其他案件，極少見到明確的結案後擬案報告文件。在黃阿清案中，地方官最後判定為死者詹氏死因本人誤食毒物自殺，而並未定擬案情，進行正式的審轉報告（事實上，淡新檔案中並未發現任何涉及姦拐而正式審轉的案件）。然而在黃阿清案中，地方官在處理過程中曾對上級機關進行報告（詳文）<sup>58</sup>。將案件情節輕微的陳彭氏案與涉及人命的黃阿清案作為對照，可以檢視在輕重不同的案件中，訟爭當事人隨著時間推移，所使用的策略以及在訴狀中所敘述的（自我矛盾）的故事、乃至地方官對於訴狀的回應，觀察其中狹義的法律如何被理解與運用，以及各行動者在形塑案件事實時的角色與考量。

在進行淡新檔案中姦拐案件的個案分析之後，本文會引入其他淡新檔案案件、刑科題本與硃批奏摺等等更為廣泛的史料、以及相關的既有研究成果綜合討論，進一步回應有關傳統中國法與秩序的

---

57 關於淡新檔案中姦拐案件類型以及為何大部分姦拐案件不了了之的分析，以及通姦拐逃相關犯罪在清治臺灣的實效性，參見陳韻如，《淡新檔案》中姦拐案件：法律傳統的重新檢視，*臺灣史研究*，25卷4期，頁21-73（2018年）。參見陳韻如，*帝國的盡頭：淡新檔案中的姦拐故事與申冤者*，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文（2004年）（以下簡稱：陳韻如，*帝國的盡頭*）。

58 更多關於案例的選擇，請參見本文在探討個別類型案例時的說明。

問題<sup>59</sup>。

## 參、帝國官僚底層衙門的姦拐案兩則

### 一、陳彭氏案<sup>60</sup>：控訴姦拐作為一種策略

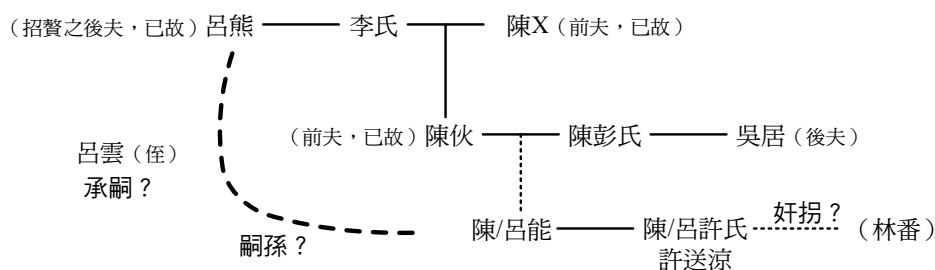


圖2 陳彭氏案相關人物關係圖

資料來源：作者自製。

住在竹北二堡紅毛港庄、離新竹縣城20里的陳彭氏（54歲）來到新竹縣衙門告官，開啟了本件官司。由於人物關係複雜，本文提

<sup>59</sup> 淡新檔案姦拐案件所呈現的現象（例如州縣官法外施恩），是否有其侷限性？換言之，對於姦拐類型案件經過個案分析後的結果，在多大的範圍內可以反應到傳統中國法其他案件類型（例如命盜鬥毆案件）？如果要充分地回答這個問題，需留待他日就個別論點對於其他所有案件類型進行全面性的分析。本文在時間與篇幅有限的範圍內，僅就淡新檔案若干其它案件，以及其他相關既有研究，進行比對。就州縣官「法外施恩」這個現象而言，本文所考察的諸如岸本美緒與Mathew Sommer對於買妻/賣妻的考察、中村茂夫對於誣告的研究，以及寺田浩明對於鬥毆或者「刑事性」色彩強烈的案件之研究，可以顯示此種「法外施恩」的現象，是超越淡新檔案的姦拐案件類型的現象（詳見後述）。

<sup>60</sup> 淡新檔案32410案〈據竹北二堡紅毛港庄民婦陳彭氏告林番姦拐由〉（以下簡稱：陳彭氏案，日期光緒20年（1894年），7月23日至12月24日）。本文之後對於淡新檔案中案件與案件中特定文件的引用，直接以案件與文件編號表示，例如陳彭氏案整體之引用：淡新檔案32410案；陳彭氏於該案之第一張訴狀之引用：淡新檔案32410.1。

供人物關係圖（圖2），供讀者參照以理解本案案情與發展。本案卷宗開始於陳彭氏以（聲稱為）其子的陳能為抱告，在光緒20年（1894年）7月23日<sup>61</sup>所提出的一張訴狀。以下就是陳彭氏在官方限定的320個字數內，對新竹縣正堂范克承所訴說的故事：

為奸拐離散、橫行無忌懇 恩迅嚴拘究懲辦事。切氏夫不幸早故、先年氏有抱過三歲苗媳許氏送涼撫育長成、配氏子陳能為妻、生下女兒、現已十歲。冤因本庄奸棍林番、不知作何與許氏私通姦情、致使許氏與氏子夫妻反目、復敢唆縱、肆潑吵鬧、同室操戈、無所不至。氏子陳能竟被林番舞弄符法迷惑、反畏許氏、不敢管束、任從非為、甚至許氏與林番私相受授、脫逃家中米谷物件、擅便出入往來。氏乃女流之輩、兼係貧苦鄉愚、莫奈他何、忍恥受辱、而奸棍林番顯然欺氏孱弱易噬、肆橫無忌、此十九日同許氏將氏所寄李智些少之谷、恃強挑運。氏聞知阻較、慘被林番、許氏逞兇扛毆、幸庄眾目擊不平、向前解救、免遭毒手。此種奸棍、離散夫妻、混亂家庭、甚敢兇橫拐逃、寔屬無法無天、仰懇 仁憲作主、迅嚴拘辦、以昭炯戒、而端風化、冤抑有申、合亟瀝情、匍叩伏乞。大老爺首重風化、恩准嚴拘訊究懲辦、儆惡安良。沾叩。

訴狀的開頭，陳彭氏首先以「姦拐」作為呈請的事由，呈控同庄的林番與媳婦許送涼私通姦情，並加以拐逃。陳彭氏強調自身的孱弱與對方的無理橫霸，請求青天大老爺嚴懲究辦，為民伸冤。相較於許多未獲受理的案件，陳彭氏的呈控幸運地獲得了受理。然而，新竹縣知縣范克承並未全盤接受陳彭氏的說詞。他在訴狀尾端的批詞中，對所述案情質疑，並對差役加以指示：「姦情曖昧、不得混指。氏子夫妻反目、吵鬧難安、該氏自應嚴加訓斥。許氏果以

---

61 農曆。以下同。

脫逃家中米谷物件、何以復令擅便出入往來。該氏之谷何以寄李智之家、情節種種可疑、其中顯有隱匿別故、候飭差查明集訊究辦。」



圖3 陳彭氏於本案的第一張訴狀<sup>62</sup>

資料來源：淡新檔案32410.1。

某程度而言，范克承的確是言出必行。不久後，范克承便發出差票，命差役盧安到紅毛堡當地協同地保，查明姦拐案情，並且傳集被告林番、許送涼，以及原告陳彭氏與其抱告陳能到衙門。

值得一提的是，縣正堂雖然命差役「毋得遵延、干咎、火速速」，須3日內將相關人等帶至縣衙<sup>63</sup>，然而如果我們先快速瀏覽本案所有的文件，便會發現之後在當事人分別呈狀催促後<sup>64</sup>，范克承也相應地兩度催促差役執行<sup>65</sup>。然而，自始自終，本案未見差役有

62 同前註。

63 淡新檔案32410.2。

64 淡新檔案32410.5、32410.8。

65 淡新檔案32410.6、32410.9。

任何稟報文書，各被傳喚之人，也沒有到堂。

先回頭看第3份文件。在陳彭氏的呈狀出現後約莫半個月，被陳彭氏宣稱遭林番奸拐的兒媳，即27歲的許送涼，也遞出了她的訴狀，但說出了截然不同的故事。許送涼8月8日遞出的訴狀中，陳稱被拐走的其實是她的丈夫陳能。陳能早在同治年間被其生母，也就是陳彭氏（與其當時的丈夫陳伙），過繼給呂熊作為「嗣孫」，與陳家脫離關係，並從此改姓成為「呂能」<sup>66</sup>。但今年呂熊過世之後，將自己形塑為寡婦的陳彭氏本人，不只早已再婚，而且還受後夫吳居唆弄，將許送涼的丈夫誘拐回家，甚至為了奪呂家產業而至公堂「捏詞瞞陷」。許送涼陳稱她丈夫被拐、母子無依，呂家又陷入「煙祀斷絕」之慘境，希望青天大老爺，傳陳彭氏與吳居查明究辦，「押夫回家」<sup>67</sup>。

這個被歸類為「拐逃」的案卷從許送涼的反訴，真正的主題，即爭繼，自此漸漸地浮上檯面。本文以下以梗概的方式，敘述本案的發展。

針對許送涼的反訴，陳彭氏在不到10天後的8月16日再度遞出呈狀。陳彭氏聲明，呂熊乃為陳彭氏已故前夫陳伙之母陳李氏的招夫，他的家業自有他姪子呂雲來承繼。許送涼所提出的抄繼字乃為偽造。陳彭氏強調自己並非為了圖謀他人家產而爭執，反而林番才是為了爭奪呂熊財產與呂雲有所爭執，先而「奸拐離散」夫妻，繼

---

66 為了取信於正堂，許送涼附了一張「抄繼字」（過繼收養文件之抄本）作為說明與憑證。見淡新檔案32410.4。

67 淡新檔案32410.3。至於許送涼丈夫之名，雖然有時寫「能」，有時寫「寧」，以福佬話讀音其實相同，應該是當時一般人並無將「名」以固定文字表示的表現，此點在淡新檔案中也時而可見。此外，在本案爭執陳能是否被呂熊所收養，所以「姓」也有「陳」、「呂」兩個寫法。本案中許送涼的丈夫分別被稱為「陳能」（例如32410.1）、「呂寧」（例如32410.3）、「陳寧」（例如32410.4）以及「呂能」（例如32410.10）。



而主謀使許送涼「不認翁姑」，進行誣告。陳彭氏請求官府「恩迅嚴拘」、「批誣律辨」，以懲奸除惡，以正倫常。范克承對於許送涼的反訴中，或者陳彭氏再度補充的訴狀，似乎都疑信參半。除了對許送涼的說詞質疑其為何不早呈控，范克承對雙方做了一樣的批示：靜靜等著差役查辦<sup>68</sup>。縣正堂范克承在8月26日並再度發出差票，催促差役查明案情、傳集一千人等<sup>69</sup>。

8月28日，這場官司的另一個重要人物——41歲的呂雲突然出現，聲稱自己才是有資格承嗣叔叔呂熊（「以侄繼叔」），使得案情更加微妙撲朔。除了說明案情外，呂雲也花了相當篇幅，解釋為何自己遲至今日才前來呈控：呂熊在本年1月16日急病過世，適巧呂雲回本籍澎湖不在，直到6月回到臺灣才發現呂熊已故，且財產遭到侵吞。呂雲本來想要立即呈控，然而因為有公親加以調處，再加上對造欺騙拖延（「騙限挨言」），甚至捏造繼字，才拖到現在才呈控<sup>70</sup>。呂雲在9月9日復加提出呈狀，針對前次呈狀范克承批示詢問公親為何人，加以回應聲明為甲首陳佑<sup>71</sup>。相應於此，范克承又再次命令差役盧安調查，並在傳集人等中追加陳佑<sup>72</sup>。

呂雲的出面呈控，使得原本互控的婆媳兩造進行結盟。陳彭氏在前述8月18日呈狀中，強調呂熊的家業有呂雲來承繼。然而，在10月28號，代表陳彭氏與許送涼的公親吳漢與彭龍卻呈上和息狀，並附上陳彭氏、陳/呂能一方以及表示陳/呂許氏另一方的保證不再爭訟的「遵依結狀」兩紙。陳彭氏控稱林番奸拐、以及呂雲控稱林番串同許送涼侵吞呂熊遺產等等的情事，都是因為呂熊究竟由誰傳嗣的爭鬧所致。如今經由調處之後，已經決定由雙方統一口徑一致

---

68 淡新檔案32410.5。

69 淡新檔案32410.6。

70 淡新檔案32410.7。

71 淡新檔案32410.8。

72 淡新檔案32410.9。

稱為「『呂』能」的陳彭氏之子（即許送涼之夫）來承繼，雙方也和好如初。雖然呂雲並無加入和息，在其他兩方表示願意息訟的情況下，縣正堂也從善如流地批准銷案<sup>73</sup>。

然而，這樣表面上的平靜十分短暫。幾天之後，呂雲於11月5日再度呈控，要求續查此案，使范克承懷疑前述的和解其實是吳漢「瞞遞和息」，要將其究辦<sup>74</sup>，並要求差役盧安將公親吳漢、彭龍帶到堂前，並傳訊呂雲<sup>75</sup>。針對於此，陳彭氏與許送涼婆媳二人在11月18日再次共同遞出一張呈狀，指責呂雲只是個遊蕩的無賴，為了勒索錢財而借題發揮。這樣的故事，遭到范克承的駁斥，並懷疑之前陳稱過繼與和息皆為捏造之詞<sup>76</sup>。

最後，這個歷時半年的訟爭，在12月24日藉由生員吳錫疇出面提出的和息狀與三方的遵依結狀，在縣正堂表示網開一面地准許息訟的批示中結束。此次的和息狀中聲明，之前吳漢與彭龍因為不願見「婦女無知」互相呈控，才加以勸息，但適逢呂雲（再度）外出而未能邀其參與，使得呂雲滋生藉口呈控。如今許送涼已經從呂熊遺產中抽出銀25元給予呂雲，呂雲亦甘願息事，不再爭執。對此，縣正堂表示，「瞞遞和息」本應「提案究查」，但因「事出有因」，而呂雲也願意息事，便准許銷案<sup>77</sup>。

至於陳彭氏在一開始的呈控，到底林番是否奸拐了許送涼，在眾人絮絮不休之時，有關媳婦仔許送涼與林番的「姦情」種種，早已被拋到九霄雲外。

---

73 淡新檔案32410.10、32410.11、32410.12。

74 淡新檔案32410.13。

75 淡新檔案32410.14。

76 淡新檔案32410.15。

77 淡新檔案32410.16、32410.17、32410.18。

## 二、黃阿清案<sup>78</sup>：縣正堂的往上訴說

光緒12年（1886年）5月3日，住在竹南二保、離新竹塹城55里處的黃阿清提訴，陳稱其妻詹氏4月12日從岳父家往取銀錢後回家路上，遭賴達成搶擄窩匿，請求新竹知縣方祖蔭予以押放。對於這位被認為是淡新檔案中相當勤奮通達的地方官而言<sup>79</sup>，面對呈控者的捏詞聳聽、反反覆覆大概已是家常便飯。呈稱擄搶人妻的故事情節中之種種可疑之處，也沒有逃過方祖蔭的法眼。就像許多案子中，縣正堂往往對於事隔多日才來呈控的當事人深感懷疑<sup>80</sup>。方祖蔭認為身為一位丈夫如果妻子被搶或誘拐通姦，必然忿恨難堪而立時呈控。雖然黃阿清事先聲明其妻詹氏上個月12日遭賴達成率黨搶擄後，因為賴達成之父答應給定期限送還，所以才延至半個多月才來呈控，但是方祖蔭還是認為此說詞不合常情。他判斷若非另有糾葛，便是「捏詞飾聳」。原本難以准與審理此案，但因係截途搶擄婦人這樣的重情，不論是虛是實均應澈究，是以決定姑且還是派差處理<sup>81</sup>。

不過，在差役尚未有任何回報之前，不到10天之後的5月12日，這個案子的和息稟呈就遞進了衙門。這張和息稟由監生劉育英、賴志森出面提出，並附上黃阿清與賴達成兩造出示甘願息訟的甘結狀。據和息稟所稱，詹氏並沒有被擄走，只不過在途中與肩挑穀擔的賴達成相遇時碰撞而口角，之後因為回娘家未歸，以致不知實情的黃阿清誤聽旁言，一時心急誤控。如今詹氏已從娘家回家，並無銀錢失落，兩造也已調處息訟。這個由兩造共同背書支持的第二個故事，以「誤會妻子被抓而呈控」為主軸。有趣的是，懷疑妻

78 淡新檔案33407案〈據竹南二保中興庄民黃阿清具告賴達成等恨控毒斃伊妻詹氏呈請詣驗拘究由〉（以下簡稱：黃阿清案，光緒12年（1886年），5月3日~11月13日）。

79 ALLEE, *supra* note 12, at 161.

80 例如：淡新檔案32406、35404、35403案。

81 淡新檔案33407.1、33407.2。

子被抓為何不立時呈控的疑點，其實也依然存在。然而，既然兩造已經甘願息訟，這個疑點也不再重要。方祖蔭不多廢筆墨，簡單批示准予銷案<sup>82</sup>。

如果案卷就到此為止，那麼這個涉及誣控的案子，雖然隱隱透露著訛詐或私和姦事的可能性，但也不過就是衙門中的日常景象。當人們具結表示希望和息，地方官府幾乎是沒有例外地俯順民意。

然而，就在5天之後的5月17日，黃阿清又遞狀提出了另一個版本的故事。這次所牽扯出的情節，恐怕不是簡單和息銷案了事即可解決。對於官府而言，較為棘手的原因在於出了人命——詹氏死了。這個黃阿清本身在本案中所提出的第三個版本的故事，嚴格說起來是他提出的第一個版本故事的回歸與延伸：詹氏的確被賴達成擄搶藏匿，而賴達成的父親答應要限期放人，也的確騙延不還。就因為如此，黃阿清之前才無奈前來呈控，以迫使懼怕官府追究的賴達成等人出面重新談判和息並答應將黃詹氏送回。但後來，黃詹氏因為賴達成的「恨控暗毒」、「臨死送還」而送命。黃阿清生動地描述，在和息稟遞出的隔天，即5月13日，詹氏被用轎抬回時，隨同前來的賴達成房親（即前述監生劉育英），是如何地一等詹氏踏入家門，便莫名其妙地奔走離開，而詹氏走進房內之後又是如何地登時昏迷倒地、全身發黑，在眾人呼救下不治，當場斃命。黃阿清表示如果官府若不行動的話，那麼「天理安在」、「國法何存」？請求大老爺派件作詣驗、為民申冤。針對黃阿清的第三個故事，方祖蔭的疑問與不信遍布在這一個版本故事的各個情節<sup>83</sup>。方祖蔭認為其

82 淡新檔案33407.3。

83 淡新檔案33407.6。方祖蔭對於黃阿清所述案情的質疑，大概歸納整理起來有四點。第一，如果12日當時尚未放回的話，黃阿清怎麼肯先來稟請銷案？第二，黃詹氏如果尚能行走，為何立刻斃命？如果詹氏並未言語，則黃阿清如何得知被毒斃？如果詹氏尚可言語，為何不發一言，坐以待斃？第三個疑問，還是跟上次方祖蔭所提出疑問相同：如果妻子毒發必急求申冤，為何遷延5日才來呈控？第四是關於人證：為何訴狀裡提到的總理與地保不隨同前來稟報？

中必有隱匿，並且也提出了另一個可能的故事：黃詹氏與賴達成途中相撞口角後即「潛回娘家」，但在調處息訟送回後，卻遭丈夫黃阿清任意辱罵，以致「忿激自盡」。是以黃阿清遂而藉屍混告，以此訛詐他人<sup>84</sup>。方知縣根據這個「已可想見」的情節，批斥黃阿清為刁惡之徒，並宣示要將其訊明嚴辦儆戒，以避免將來的效尤成風<sup>85</sup>。

方祖蔭之後的行動，大致上依照其自身所提出的故事方向（死者詹氏「忿激自盡」，詹氏之夫黃阿清則借屍訛詐），頗有效率地進行。首先，方祖蔭將黃阿清提到堂上訊問。黃阿清在堂審時針對縣正堂方祖蔭的問題一一回答，而答案則被記錄成自述形式的口供。口供中，黃阿清陳稱其與賴達成素日並無來往與前嫌，也不知道詹氏與賴達成是否有通姦；同時，黃阿清也繼續辯解之所以延遲到17日才呈控請求驗屍，乃是因為「大水阻隔」<sup>86</sup>。黃阿清的講法似乎沒有說服方祖蔭。方祖蔭在堂諭中，對於黃阿清嚴厲斥責，認為其供詞大有可疑，顯然是藉妻死亡而借屍訛詐，「刁狡異常」。方祖蔭並威脅，如果開棺相驗，發現黃阿清在之後切結書中，繼續所言為虛，將「加等治罪」<sup>87</sup>。

方祖蔭的威脅確實發生了一定效果。黃阿清在5月26日錄前述口供時，原本堅持5月17日再次遞狀時，他本身所提出的第三個版本的故事。即，賴達成擄搶自娘家返家路上的詹氏，並在被黃阿清呈請官府押放詹氏後，在送還前詹氏將她毒害<sup>88</sup>。然而在口供之後所出示的切結狀中，黃阿清減弱了他對於其妻詹氏之死與賴達成毒害之間因果關係的推論強度，而採取保留退路的說法：他其實並未

84 關於「借屍圖賴」的風俗與策略，可參見三木聰，死骸の恐喝——中国近世の図賴，收於：泥棒研究会編，盗みの文化誌，頁63-92（1995年）。

85 淡新檔案33407.8。

86 淡新檔案33407.10。

87 淡新檔案33407.9。

88 淡新檔案33407.10。

親見其妻被毒死。當時黃阿清並不在家中，且沒有回家便就近來衙呈控（畢竟根據訴狀呈控者資料所載，他家離縣城足足有55里）。簡言之，在切結書中黃阿清改口陳稱，詹氏是如何被毒死，其實黃阿清並無親眼目睹，也不敢隨便指稱<sup>89</sup>。

方祖蔭接著準備著下鄉驗屍的事宜，他命令差役在黃阿清竹南二保貓裡街的家中之「屍所」搭蓋棚架，並傳集各人證在彼處等候<sup>90</sup>；此外，方祖蔭發出告示公告周知大老爺下鄉詣驗之事，安慰老百姓可安心照常過活生理，毋須驚惶走避，並警告隨行人等不得騷擾人民<sup>91</sup>。在下鄉之前，他還接獲總理、地保的稟呈，呈稱並無搶擄情事：黃詹氏早由娘家歸家，是以並無13日送還之事。至於關於黃詹氏為何服毒的部分，他們採取了與黃阿清相類的謹慎說法：因未親見，不敢妄言<sup>92</sup>。我們可以觀察到，案件漸漸地往「非他殺」的故事版本靠攏收束。

6月2日在「屍所」的驗屍與訊問，決定了這個故事的最終權威版本。仵作林生依照刑部所定之驗屍格一一填注。屍格的內容，除了記載牙齒、指甲呈現青黑色外，最關鍵點在於當仵作將「銀鉗」探入咽喉密封良久，取出之後呈現青黑色且用「皂角水擦洗不去」。仵作林生在經其具結的報告上，便認為詹氏乃「生前服毒身死」<sup>93</sup>。黃阿清此時再次改口，供認其實並無擄搶，也無毒害之事。他說，當4月12日黃詹氏與賴達成碰撞口角之後回娘家而未歸，其因懷疑妻子被擄前往理論時，賴達成其實並沒有承認（也沒有約定期限將妻交還），而他因為性急便前往呈控。後來由於公親告知詹氏實際上在娘家未被擄，而也在5月8日從娘家送回。但是在

---

89 淡新檔案33407.11。

90 淡新檔案33407.12。

91 淡新檔案33407.13。

92 淡新檔案33407.15。

93 淡新檔案33407.20。

13日那天，詹氏卻中毒身亡——原因是她誤食了黃阿清向生番買來毒魚的魚藤草。當時鄰居林阿義等人幫忙用藥解救無效，之後詹氏旋即身亡。黃阿清則是因為在外聞知其妻詹氏身亡，懷疑是賴達成恨控毒害，在還沒有回家查看之前便前來呈控<sup>94</sup>。

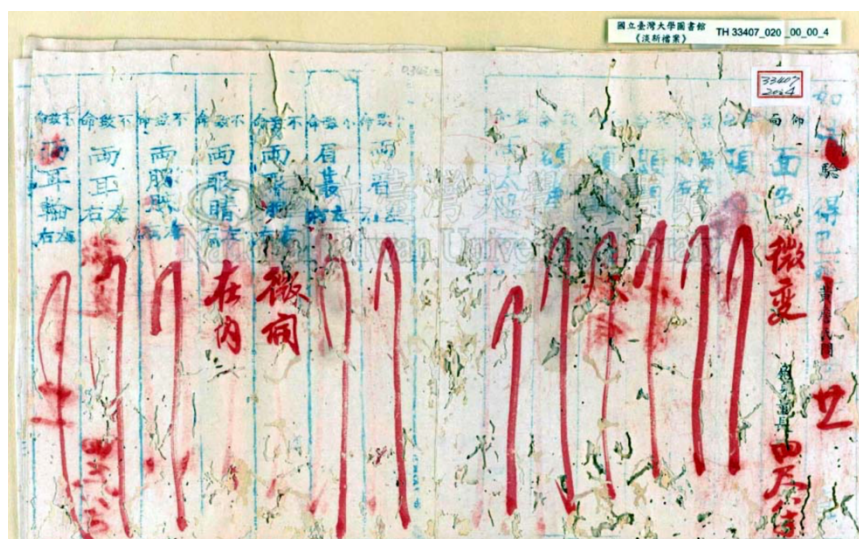


圖4 驗屍格（黃詹氏的驗屍報告）<sup>95</sup>

資料來源：淡新檔案33407.20。

再一次地，雖然似乎永遠在搞不清楚狀況之時便急於告官的黃阿清，現在所提出的故事也並不見得那麼合情合理、毫無破綻。但是，一向明察秋毫的方祖蔭，查奪情詞的標準卻似乎適時地放寬。包括在之後黃阿清等人提訊取結之時的堂諭，方祖蔭完全採納了黃阿清的說法，並強調黃詹氏是自行服毒而死這件事「毫無疑竇」。方祖蔭雖然斥責黃阿清不查明底細便屢屢來呈控「殊屬不合」，本

94 淡新檔案33407.17。

95 淡新檔案33407.20。

來應該照例究誣，但畢竟是懷疑情急誤控、「情有可原」，而且姑念其「一經察確」便據實吐露，「與始終堅執者不同」，所以從寬完案<sup>96</sup>。

有了驗屍圖格<sup>97</sup>、仵作報告<sup>98</sup>、眾人口供結狀之後<sup>99</sup>，方祖蔭便開始著手報告。行事審慎周到的方祖蔭，此時不忘將人命自盡案件往上以詳文報告。在這份附有驗屍格、屍所繪圖<sup>100</sup>、眾人結狀等文件，分別詳文給督撫、按察使司、臺北府等上級的數份文件的共同底稿中，依序先寫著地保詹理平來衙陳報黃阿清的控案、縣正堂方祖蔭主持的驗屍以及其他處理經過、一千人等的口供，並以黃阿清最後版本的故事作為案件事實的定調框架。方祖蔭並提出自己對本案的見解——黃阿清並非有心誣控，是以從寬免議，並連同從此案中可得知的民間弊害之杜絕方案一同請求上級批示，是否有當<sup>101</sup>。

10月14日，經過上上下下的公文往來旅行，新竹縣的頂頭上司臺北府來札，告知上級已批示依照新竹縣之詳文報告處理該案，同時也採納了方祖蔭基於此案所提出的建議方案——為了杜絕後患，從此之後，新竹縣將嚴令禁止魚藤草的買賣<sup>102</sup>。儘管聽起來有點諷刺，不過詹氏的死與新竹縣的政令之間，儼然構成某種「法律與社會互動」的絕佳事例：詹氏的死亡，透過了衙門的控訴、地方官員的主控定調、帝國官僚系統核奪指示的一連串過程中，促成了新竹縣的嚴令「禁止魚藤草買賣」的新政策。事實上就在福建省例中，

---

96 淡新檔案33407.16。

97 淡新檔案33407.20。

98 淡新檔案33407.21。

99 淡新檔案33407.26。

100 淡新檔案33407.22。

101 淡新檔案33407.28、33407.22。

102 淡新檔案33407.34、33407.35。



存在著「禁服毒草」的命令<sup>103</sup>。在臺灣，也還可發現以「禁止自盡」為內容的碑文。黃詹氏的故事或許可以為這些對現代讀者而言有點匪夷所思的記載，提供一個想像與理解的線索。

## 肆、由預測理論重新理解清代中國法與秩序

### 一、權衡與恩威：「刁婦/民」的「(非)法」策略與秩序

陳彭氏案具有淡新檔案姦拐案中的許多案件的典型特徵。即，當事人往往藉由控訴或者誣控通姦或者姦拐，以達到其他諸如爭奪家產或者在賣妻「交易」完成後，要求加價試圖需索訛詐等目的。這些「刁婦/民」之所以選擇這樣的行動策略，與地方官府實際上並未嚴格依照法律處理誣告案件，並且在權衡裁量後，偏向順應當事人意願而大事化小有關<sup>104</sup>。當地方官援引律令時，往往是為了斥責當事人不當的行為，並提示如果真要依照律令處置，相應而來的懲罰與惡害。然而，縣官最後幾乎都表示，在本案特殊的情況下，姑且不依照律例處置。這樣「法外施恩」的處理模式，一方面並非正式制度，甚至屢屢被提醒、強調是種「例外」；但在另一方面，此種所謂的「例外」模式往往多為常態，從而具有相當程度的可預測性，而得以成為估計風險利弊的基準。

如前所述，在翻閱淡新檔案案卷之時，往往會讓人忘卻律例的存在。相較於上層檔案細緻衡量罪情、尋找適合條文、並科予相應刑罰的定罪科刑之行動相較，淡新檔案中絕大部分的案件的處理可以說遠遠地偏離了清代中國法標準下的「依律定罪」之標準。必須

103 臺灣銀行經濟研究室編，福建省例，頁943（1964年）。

104 更多關於淡新檔案中地方官偏好「大事化小」，以及當事人在控訴姦拐後和息的例證，參見陳韻如，帝國的盡頭（註57），頁98-128。

先說明的是，以大清律例為例，清代與審判決斷相關的律法，幾乎皆以命令官員在何種罪行下處以何種刑罰的型態出現。即便在所謂「戶婚田土事項」亦然。雖然相關的律條的確可能在某些個案中對於「非刑名」的處置具有某種指示作用<sup>105</sup>，作為縣正堂決定以及說理的參考。但是，即使不是與中央司法檔案相比，而單就翻閱地方檔案的感覺來說，此種「將律例作為判決參考」的情形，實際還是十分少見<sup>106</sup>。

如前所述，針對「『民事/細事』案件中，地方官是否依法審判」這樣的問題中，黃宗智採肯定說。對於黃宗智的主張，本文的批評主要立基於寺田浩明的看法<sup>107</sup>。黃宗智主張如果觀察地方官對於所謂細事案件的審理，其實可以看到從律例條文背後所呈現，以保護權利為核心內容的各種民事法原則（例如「欠債要還錢」）。從而，黃宗智認為這樣的案件事實上是「依法審判」的<sup>108</sup>。然而，就像寺田浩明所言，此種主張最大的問題，在於傳統中國法其實存在著自成一套、嚴格依律審判的標準<sup>109</sup>。黃宗智曾經強調讀者對於其研究成果的質疑，在讀者能夠廣泛接觸利用巴縣、寶坻、淡新地方衙門檔案後，將會解消<sup>110</sup>。然而，黃宗智作品所舉出的案例中，其

105 例如淡新檔案21402（「查例，義子酌分田產」）、22703案。

106 或許是因為律例規定本身並沒有將所有民間紛爭加以規範的意圖。而研究者亦指出在淡新檔案中，許多案件的典型爭議，律例並無表示任何意見。參見堯嘉寧，由淡新檔案觀察清末北臺灣縣正堂的審判依據——以民事門錢宅類買賣款與典當款為核心，王泰升「法律史專題研究」報告（2002年12月19日）。

107 先必須聲明的是，本文主要關心點並非韋伯對於傳統中國法的類型化理解，從而並非針對黃宗智在作品內部設定的主軸立論，而大多僅止於就他所提出的「民事案件也嚴格依律審判」主張，加以回應。

108 寺田浩明著，王亞新譯，權利與冤抑——清代聽訟和民眾的民事法秩序，收於：王亞新、梁治平編，明清時期的民事審判與民間契約，頁195（1998年）。

109 寺田浩明著，王亞新譯（註108），頁195-196。另外，對於傳統中國法中，縝密解釋適用法律、進行法律推理的作品，例如本文註9所提瞿同祖、邱澎生，陳惠馨、王志強等著作。

110 黃宗智，法典、習俗與司法實踐：清代與民國的比較，頁2（2003年）。

實存在一些不論是依照傳統中國法依律斷案的標準，或者依照黃宗智自身較為彈性的標準而言，都很難說是依法審判的案例<sup>111</sup>。

依律處置不僅對於一般人而言是超乎常理與預期的嚴苛，對於諸事繁忙、財務困窘、人力缺乏的縣官而言，相較於依照律例與定例的內容與程序辦案，地方官員依照案情、權宜裁量，恐怕才是明智的辦案方式。淡新檔案中的姦拐案件也不例外。淡新檔案中雖然有涉及「通姦」、「拐逃」情節之案件，不過一一檢視其共通的特徵之後，最令人印象深刻的發現，莫非莫過於它們絕大部分都並沒有依照前述與「通姦」、「拐逃」相關的法條被處斷。如果我們觀察案件的進行與發展，在通姦、姦拐案件中的「姦情」往往無法抵達斷案階段、或者被正面認定，是以我們也很少有機會看到縣正堂是否依律處置。例如在陳彭氏案中，陳彭氏雖然一開始控訴「姦情」，稱其兒媳被姦拐，然而當案情轉向家產後，相關控訴便被置於一旁，無人追究。在黃阿清案中，雖然縣官方祖蔭曾在公堂上訊問黃阿清，其妻黃詹氏生前是否與賴達成有「姦好情事」，然而在最後的結案報告，認定僅為口角細故，隻字未提姦拐情事。

那麼，在大多時候都並沒有進行「依法審判/斷案」的地方衙門場域中，「法」在其中是以如何的口吻、姿態被加以訴說、宣示與運用呢？事實上，在這樣不將國家律法作為審判依據的地方衙門中，具體而或抽象的「律法」概念仍舊存在，並於訴訟活動中運行。首先，在當事人所提出的訴狀中，不時會出現抽象籠統的法律概念。例如，在開頭破題處與收尾提出訴求處，寫著諸如「按律徹究，以儆淫惡」、「誘姦捲逃，藐法欺人」、「不蒙明察律究，將何以

---

111 例如1731年四川巴縣的一個涉及買他人為妻的個案中，縣太爺雖然引證律例說明「買休違律」理應受罰，但同時也表示衙門會從寬處理，而在1839年河北寶坻縣一個涉及本夫與妻之岳父母共同縱姦妻子與富人犯姦以求取資財的案子中，姦夫被處杖30，本夫、岳父母、姦婦則掌責40，也並不合於大清律例分別杖90的規定。參見黃宗智（註11），頁12-13、94。

安孱良哉？」等等用詞，以請求「執法如山」的青天大老爺「依律懲治」。在兩個代表性案例中，陳彭氏請求衙門「批誣律辨」<sup>112</sup>。黃阿清稱若不懲治姦拐人妻的賴達成，則「天理安在」、「國法何存」<sup>113</sup>？除了上述較為籠統的法律概念外，雖然極為少見，不過在狀紙中也存在著諸如「妻告夫乃『干名犯義』」<sup>114</sup>、「聖朝有『留養』之典」<sup>115</sup>等等較明確地提及律例或相關用語之例。然而，人們運用較為具體律例之時，與其說是依照案件事實引用（cite）具體律例控訴或主張，毋寧應該理解為使用相關的律例文字，在修辭上增強自己說理力度。也就是說，此時與使用抽象的「按律徹究」、「依律懲治」文字，並沒有本質上的差別。

就人們論及律例中的大部分情形，也就是上述使用抽象「律」、「法」概念的場合，此處的法律往往與象徵著帝國、官府、刑罰與威嚇的意象所連結，而或用以形容對方行為乖張蠻橫（「無法無天」），而或請求縣官發動力量將惡霸奸棍加以懲治。寺田浩明對於清代審判所提出的「冤抑模型」中，打官司場景的思考框架，乃是兩造各自強調自身之孱弱與慘狀，以及對方的強橫與惡行<sup>116</sup>。更進一步，當事人往往請求青天大老爺「執法」來懲治惡霸，為民伸冤。在此提醒讀者的是，如前所述，在淡新檔案的姦拐案件，依照律令懲治的訴求，甚少被訴乞申冤的人們所堅持。

此外，就官府方面而言，批語與堂諭中偶爾可以看到具體涉及律條的情形。然而，當地方官府援引律例之時，也往往只是以此斥責當事人，而並未真的依律究辦。例如，姦拐案件事件中常牽涉賣妻後糾纏不清，從而告官府的事件。岸本美緒與Matthew H.

---

112 淡新檔案3240.5。

113 淡新檔案33407.6。

114 淡新檔案21203.3。

115 淡新檔案33402.28。

116 寺田浩明著，王亞新譯（註108），頁191-265。

Sommer針對賣妻的研究，顯現出地方官府對於此種律例懲罰的行為，並未嚴格執行相關律條對當事人們加以懲罰<sup>117</sup>。本文進一步將相關律條放入淡新檔案的姦拐訴訟中的脈絡加以分析，發現官府事實上對於相關律例有一定的掌握。但是，當官府將律例加以援引之時，往往是用來提示當事人自身干犯的犯行與相關處罰，迫使雙方各退一步，大事化小、和解銷案。在淡新檔案中，亦有其他類似案例。例如，吳林氏具告郭爐拐逃其童養媳郭氏。郭氏的生父郭爐則陳稱吳林氏逼女郭氏為娼。郭爐無奈贖回郭氏另嫁後，反遭吳林氏誣告索詐。縣正堂雖然認為吳林氏「恃潑逞刁」，但也回頭批斥郭爐：「買休賣休，均干例究，該民將女贖回另嫁亦屬不法」<sup>118</sup>。在另一個例子中，黃坦陳稱其與寡婦詹氏通姦後生下的子女，被詹氏亡夫之小叔呂煥然帶走。官府雖然一方面斥責呂煥然在其兄亡後對於詹氏母子不加聞問，但是另一方面卻也回頭訓斥黃坦：「能了則已」，否則如果真的「依例處置」，「姦生子女雖應斷歸姦夫，而犯姦有憑，爾亦不能免枷責之究也」<sup>119</sup>。還有一個例子是官府對於他人涉訟時，前來呈狀聲援的壟戶的批斥：「該壟戶等事非干己，何必置喙？若云不平則鳴，須知律例森嚴，著有扛幫插訟之罪。切勿誤蹈也。原稟擲回」<sup>120</sup>。在陳彭氏案中，縣正堂在最後准許當事人和息時，雖然沒有引用律例，但在同樣的邏輯下，訓斥了原本陳彭氏跟許送涼「瞞遞和息」的行為，表示本應「提案究查」，但因「事出有因」，既然一干人皆願和息，便准許銷案<sup>121</sup>。

再者，由於淡新檔案中的呈控者往往以眾多劣跡敗行交相指

117 參見岸本美緒著，李季樺譯，妻可賣否？——明清時代的賣妻、典妻習俗，收於：陳秋坤，洪麗完編，契約文書與社會生活，頁225-264（2001年）；SOMMER, *supra* note 34, at 277-307.

118 淡新檔案21207.3。

119 淡新檔案32507.6。此案起始於呂煥然呈控黃坦將其已故兄長之女加以「盜賣」。

120 淡新檔案33311.10。

121 淡新檔案32410.16、32410.17、32410.18。

責，誣告的情形幾乎可以說是與官司相伴而生。然而，官府對此違反律令的情形，往往寬容或甚至無視。中村茂夫指出在涉及誣告的案件中，縣官往往以「姑念事出有因」、「姑念並非始終堅執」等空洞的理由而寬免誣告者<sup>122</sup>。立基於中村茂夫對於誣告的研究，寺田浩明也指出此種案件中，地方官往往稱「本應按律擬罪」，但是因為「其情可憫」，或者因為被告在審理時吐出實情等理由，施以較輕的處罰，寬大處理。除了判語中的誣告案件，寺田浩明也舉出淡新檔案中親屬鬥毆案件，縣官在寬大處理時，也有類似批語。批語中，縣官宣示本應將兩方人等依律責處，但是兄弟之間，「情可掩法」，所以姑且從寬、免予深究<sup>123</sup>。

同樣的情形，也出在黃阿清案中。如前所述，在此案中，地方官方祖蔭在堂訊時威脅黃阿清若是藉屍誣告，將「罪加一等」，以迫使黃阿清改口陳稱詹氏之死乃為意外。方祖蔭在最後雖然認定黃阿清屢屢懷疑出控究有不合，但批示「姑念據實供明、與始終堅執者不同」，而予以從寬處理<sup>124</sup>。在對上級的報告中，方祖蔭也以黃阿清並非有心誣控為理由，建議從寬免議<sup>125</sup>，並得到上級批准。夫馬進關於明清時期的訴訟研究也指出，官府雖然每每下令不准使用訟師誇大其詞，將田土鬥毆事件誣告為命盜重案之狀，然而官府受理鮮少受理就事論事、樸質無華的狀紙。是以，人們只好仰賴訟師以誣告作為訴訟策略。而此種策略，即建立在「就算被發現誣告也

122 參見中村茂夫（註26），頁1-52。

123 寺田浩明，*中國法制史*（註20），頁228-229。一個值得深入觀察之點，在於地方官在「法外施恩」時，究竟會完全不加以處罰，還是從輕發落？本文目前對於淡新檔案姦拐相關案件的初步觀察為，當當事人和解時，縣官對於其中所涉及的犯罪行為，幾乎完全不加以處罰。然而，在一些當事人已經來到公堂之後仍然無法和解，最後以堂斷方式解決時，縣官則可能以從輕發落、略施薄懲的方式加以處理。例如淡新檔案35101案中，被指稱潑辣忤逆，在外與人同居的媳婦陳杜氏被當庭掌責、帶回夫家管教。

124 淡新檔案33407.16。

125 淡新檔案33407.28、33407.22。

不一定會照『誣告反坐』之律條治罪」的此種預測之上<sup>126</sup>。

不管是「犯姦」、「買休賣休」、「扛幫插訟」或「誣告」的相關律條，的確存在縣正堂的意識之中，也在適合時被加引用以申斥前來官府的人民。然而，地方官府很少有將律令加以執行的意圖與決心。更多的時候，地方官其實只是藉由挑明當事人已觸犯國法的情形以及隨之而來的刑罰，一方面提示青天大老爺背後的國家權威，另一方面做為對當事人的威脅，迫使這些「刁婦/民」們不再執拗於既有的主張。

這種兼具施恩與警告的姿態，在表現出父母官的寬大為懷、仁厚教化之餘，不忘揮舞著律法之鞭。在官府的表達中，伴隨著律法概念出現的往往是本文一再提及的「本應依法……姑念」批語——強調依法追究為原則，法外施恩是本案特殊情況下的例外。然而，不依法懲治卻是不限於姦拐案件的地方衙門訟案的大多數狀況，實際上依律嚴懲之事極為罕見。這樣的狀況一再重複，也為所有參與者所明知——不論是高高在上的青天大老爺或伏乞請求的人們<sup>127</sup>。

---

126 夫馬進著，王亞新、範愉譯，明清時代的訟師與訴訟制度，收於：王亞新、梁治平編，明清時期的民事審判與民間契約，頁405（1998年）。又，本文所借用的預測論觀點，就Holmes大法官給予演講的場景中，原以「律師要給予當事人的意見（advice）」做為學習法律的重心。在此狀況下，與西方律師相對應的「訟師」，理當為本文的觀察對象。然而本文作者目力所及，不論是對於「訟師秘本」的相關研究，或者「訟師秘本」相關史料書籍本身，並未見直接就預測官員如何行動（例如，官員對於誇大陳詞或者誣告聳聽的態度為何）加以論及。是本文對於訟師訴訟時的策略及其預測，乃仰賴既有研究中對於官箴書或者幕友手冊的研究。另外，關於使用訟師密本所進行對法律知識的研究，可參見邱澎生，以法為名：訟師與幕友對明清法律秩序的衝擊，新史學，15卷4期，頁93-148（2004年）。

127 一個相關聯的問題是：相對於「法外施恩」，是否也存在著有「法外施刑」的案件？如果「法外施刑」所指的乃是「雖然律例沒有明確規定處罰的行為，地方官但仍然加以判刑處罰」，就筆者目力所及的淡新檔案相關案件，似乎未見有此種事例。但若「法外施刑」所指為「地方官施以律例中未規範的處罰」，則有相關事例（例如淡新檔案35101、35401案對於婦女施以掌責）。對於此問題更全面的回答，還需留待他日的考察。

在此認識下，回頭重新審視這些「本應依法……姑念……」的語句，「明鏡高懸」、「法外施恩」的場境，倏乎成為官腔官調的虛張聲勢。如果再把這場戲中不可或缺的主角——那些個把官箴書中所描述的，以「無謊不成狀」作為常識來打官司的「刁婦/民」們——拉進鏡頭內，原本的「恩威教化」大戲，突然成了官民兩方互相猜測鬥智又彼此心領神會，共同演出的高級喜劇。這場顯示縣官寬容仁慈（「恩」）與官方律法（「威」）的場景中，人們就在這樣上下交相賊、不可言明，卻有一定可測性「不依法」的秩序裡，進行訴訟活動。

## 二、縣正堂的行動策略：非正式之帝國「(非)法」秩序

### (一) 大事化小？：報告與匿報之間

黃阿清案中，黃詹氏的死因最後被定調為死者誤食毒草身亡，因此本案並未進行擬罪審轉的程序。然而，在處理過程中，縣官持續地往上級詳文報告。因此，黃阿清案不論是在姦拐案類型，甚至淡新檔案全體訟案中，都屬於較為少見的案件，適合以此為出發點，探討地方官在官僚系統中，選擇「是否往上報告」的行動空間。如後所述，這樣的行動空間的存否與大小，也同時影響了地方官在處理案件時得以在多大的程度內選擇是否依法辦案。

如前所述，就像預測利害打官司的人們一樣，青天大老爺作為帝國系統末端的底層官僚，也必須估量利害而行動。針對此部分，本文在之前介紹黃宗智的主張。黃宗智認為不論是在「刑事」或者「民事」案件，地方官員都有因為審轉或者民眾上控等原因，從而有受到上級審查制衡的可能性。是以對於地方官而言，循規蹈矩、依法辦事乃為明智的選擇<sup>128</sup>。本文同意黃宗智所說，清代的官僚制度中有著對州縣官的種種制約制度，也認為在那樣的制度的確並不

---

128 黃宗智（註11），頁17-18、105。



鼓勵官員創新突破——照章辦事或許才符合為官之道。然而，黃宗智忽略了此監控機制設計目標與實際運作之間的落差。地方官雖然在官僚制度中受到上級的層層審查，但是他們得以相當程度地控制這個責任監控制度運作所需的資訊流動，從而保留了是否與如何上報的行動空間。

Philip A. Kuhn藉由對乾隆時期著名的全國性妖術恐慌事件的考察，從中探討清帝國政府內部通訊制度等問題。訊息在此研究中是一個重要的概念。在這個牽動滿族統制者神經的「剪辮」妖術的政治案件中，封疆大臣與帝王間以朱批奏摺進行所謂非常規性的通訊。相對於此，官僚系統則試圖以操縱此非常規性的通訊系統，以抵抗皇權的恣意。就帝國對於官員的日常性控制而言，帝國的官僚責任制度的運作上，其實也是圍繞著訊息的控制而展開<sup>129</sup>。帝國上下監督系統設計上的空隙，使得地方官藉由資訊的控制，擁有得以選擇是否報告以及如何報告的實際權力。以黃阿清案為例，地方官對於資訊的控制，從審理案件之時便開始。如果說陳彭氏案中的縣官范克承容認涉案當事人放棄通姦的指控，那麼黃阿清案中的縣官方祖蔭，則是在一開始先是消極容許當事人雙方稱擄搶控訴為誤會一場、加以和解。但是，方祖蔭在黃阿清控告賴達成謀殺其妻詹氏之後，便轉為積極地將案情聚焦於自殺或者意外身亡。如前所述，在堂訊中，黃阿清堅持其妻乃是被擄搶後遭到謀殺。然而，方祖蔭對此直斥黃阿清「刁狡」，威脅如查出黃阿清借屍訛詐，將罪加一等。黃阿清之後便倏然改變說詞，稱誤會一場，並未親見所稱擄搶謀殺之事。在定調案情為死者誤食毒物之後，方祖蔭才著手將此案上詳報告。

此外，就算有上控的情形，如果案情並非重大，上級往往以發回原審官員，命其重新調查之後往上回覆報告的方式處理，而非硬

---

129 See PHILIP A. KUHN, SOULSTEALERS: THE CHINESE SORCERY SCARE OF 1768 (1990).

性要求其依律辦案<sup>130</sup>。對於上控者而言，此舉可以用來壓迫地方官府翻案或者至少重新審理此案。對於官府而言，人們上控之舉的確會給自己帶來麻煩。然而，防範之道並非一開始即對所有案件依法處置。地方官在處理案件時，而或考慮案情輕重、雙方實力、利害、習氣等因素，致力於尋找涉訟雙方的共通點提示和解方案，而或受理原已銷案案件的當事人的翻控，以免其往上上控，以此避免撰寫報告、準備文牘的惱人工作<sup>131</sup>。州縣官對於上控發回案件的處理，依然是以和解銷案為最高目標<sup>132</sup>。

若考察淡新檔案以及其他更廣泛的清代司法報告制度相關史料，便會發現實際狀況恐怕與黃宗智的主張頗有距離。在此必須先說明的是清代官僚系統下對於重案的掌控制度，包括審理時的報告以及審理後的擬定報告。事實上，在州縣層級官員一發現有犯罪行為，接著開始追查之始，制度上便會要求地方官以「通稟」的方式，報告事件發生的始末、目前處理的進度、追查檢證的結果等等。當相關的事證確定、蒐集相關人證的口供後，地方官須以更為正式的「通詳」的方式，往上報告。也就是說，在辦案、審理的同時，州縣衙門須將案件的資訊與處理方式一次往多個上級通報，並等待層層指示的上級給予命令或肯認。等到這些公文往來告一段落，下級的處理方式實際上已經得到上級肯認並命其報告之後，正式的定擬報告以及人犯才會往上級遞解<sup>133</sup>。

寺田浩明研究清代中國司法報告制度時，發現在淡新檔案中，就算是人命強盜重案，或許在案件中保存了上述案件處理過程中所涉及的上下級或平行機關之間的人犯逮捕移送等報告與文書，但幾

---

130 例如，淡新檔案35301案。

131 滋賀秀三即認為州縣官避免人們上控的考慮，是造成原已銷案的案件能再次獲得審理的原因。參見滋賀秀三（註4），頁209-210。

132 例如，淡新檔案22609、35101案。

133 參見滋賀秀三（註4），頁29-30。

乎未見包含事件報告、驗屍、詳文、擬罪的正式完整往上級呈送的報告文書。包含往上級詳文的案件，也僅發現4件<sup>134</sup>。本文考察淡新檔案中不限姦拐的案件發現，實際的狀況可能比寺田浩明所理解或描述的更加複雜或甚至混亂。淡新檔案中經過堂諭審理，甚至處以諸如鎖礮或就地正法之刑的案件，都不一定有往上報告<sup>135</sup>。如果觀察那些附有往上報告詳文的案件，卻發現大部分是針對尚未結案的公文往來報告與請示<sup>136</sup>。黃阿清案中，縣官之所以往上級報告，原因似乎很簡單：因為出了人命。但是如果實際上去觀察在淡新檔案中牽涉到人命卻不了了之的案子，會發現在案件審理過程中，也有並未往上級通報、請求上級指示的公文的狀況<sup>137</sup>。有一個牽涉到人命的案子，或許可以拿來跟黃詹氏的故事比較並作為說明。光緒9年（1883年），懇戶陳德益（經由巡檢）向縣正堂稟稱，匪徒陳于擊斃其庄丁張水勝，然而兇手陳于本人也在當場被庄眾圍殺斃命、割斷首級。縣正堂認為陳于既然是因「疊犯重案」而被追緝之犯，「今既格殺、照例勿論」，並命差役將陳于的首級懸竿示眾。然而兩個月後，20歲的陳杜氏卻遞狀呈稱其丈夫陳雨被庄丁張戇誤斃後被「捏稟卸罪」，誣指其為案犯陳于。經過提訊調查過程後，縣正堂最後判斷陳杜氏乃係「恃婦逞刁」，實際上被訟師唆弄而誣控，但是念其「婦女無知」，而且「一經到案即俯首認非」，所以姑寬免究，任其具保領出<sup>138</sup>。在此案中，不管是對於庄丁張水勝被擊斃、匪徒

134 寺田浩明（註3），頁431。

135 例如淡新檔案33307、333106、33113、33326案等。在淡新檔案33307案中，劉阿輝因為疊犯重案殺傷他人，而被處以「永久鎖礮示眾」與「斬斷腳筋」的懲罰，卻未見往上級的報告。在被鎖礮的過程中，12年之後才被具保領回。

136 而其主題包括有對於目前追捕人犯的進展、調查工作進行方向、對於主犯未獲而無從對質的從犯以及或人犯始終未供認行兇的案件中人犯的處置等等。

137 牽涉人命但未往上報告的案子之例有淡新檔案32101、32103、32104、32106案等；牽涉人命有往上報告的案子之例有淡新檔案32107、33405、34103、34108、33408案等。

138 淡新檔案32103案。

陳于/雨被格殺，或是陳杜氏的誣控，縣正堂似乎都沒有認為有通報上級的必要。

淡新檔案中之所以極少見到明確的結案後擬案文件，除了可能由於淡新檔案本身的不完整<sup>139</sup>與報告制度在清代中後期的簡化<sup>140</sup>，也反映了清帝國中央對地方控制力量的消弱以及各層級的審轉報告制度實際運作上的衰廢。太平天國之亂（1851-1864年）以及與之配合而運行的、原本定位為特殊權宜之舉的「就地正法」制度，衝擊到原本常態正規的報告制度。報告制度的混亂以及省到中央的具題案件的減少，使得不少既有的審轉運作規定有被架空之虞<sup>141</sup>。然而，反過來說，若說案件報告系統已經蕩然無存，恐怕也是言過其實。即便是淡新檔案所處的清代末期，整個帝國的報告系統即便已經衰弱甚至混亂，然而正規的、常軌的報告管道也依然在這團混亂中運作。雖然並非定擬報告本身，但在淡新檔案依然存在案件處理中往上級報告，並且在「冊報款」中，也可看到經由通稟、通詳等的公文往來後，最終定擬招解，並由省級的督撫製作題

---

139 淡新檔案的案卷實際上可能只佔了當時所有處理案卷的一小部分，那些大部分沒有被保留下來的案件記錄與公文彙整檔案究竟可能會包含了哪些內容？這部分或許更全面的與其他諸如巴縣檔案此類同樣是地方州縣衙門檔案進行比較研究之後才能有更多的認識。如前所述，寺田浩明對於清代州縣命案處理的研究，便發現淡新檔案中缺乏完整的定擬報告。相對之下，巴縣檔案則具備此種類型的檔案。參見寺田浩明（註3），頁431。

140 而在清代中期以後，為了簡化審轉制度，便開始漸漸容許僅在以「通詳」或「詳文」往上報告後經由上級批示許可，所謂的「詳結」的方式來處理。在淡新檔案往上報告的公文中，絕大部分都是這些「通稟」、「通詳」的文件，而對於案件事實的報告與對人犯的處理也往往零碎化在各個上上下下指示的文件中，而較難以看到清楚的結案報告。關於此部分，參見滋賀秀三（註4），頁29-30；鈴木秀光，詳結——清代中期における輕度命盜案件處理——，法學，63卷4號，頁98-134（1999年）。

141 例如刑部官員陳奏時提及，「……乃軍興以來，因剿辦土匪、定有就地正法章程、從此各省相沿、即尋常盜案亦不待審轉覆核、概行就地懲辦、題奏之件、十無一二、而例遂成虛設。……」參見淡新檔案31804.20，此為光緒8年中央所發的全國性通飭，層層下達到新竹縣而被保存在公文冊報檔案中。更多關於清治臺灣審轉制度的實際運作變化，參見林文凱（註3），頁95-130。

本往中央報告的案件記載<sup>142</sup>。在由臺北府轉達而來的公文中，可以看到按察使裴蔭森通飭所屬下級，諄諄告誡地方官務必在最後定擬招解時，查照原本在詳報時的案情、犯人的確切供詞，並查明定例成案，以避免有時因為犯人翻供或「情罪未符」，從而遭督撫或刑部駁案（「院駁」或「部駁」）的情形<sup>143</sup>。

實際上，「大事化小」並非淡新檔案中地方官的特有現象。地方官員匿不報告、「大事化小」的行徑實際上十分普遍。淡新檔案中報告運作的實況與19世紀之前制度運作之間的差距，就像盛衰之世之別所造成的差別現象。即，淡新檔案中報告制度的混亂，或許可以理解為既有制度設計中原本即內含的裂縫與空隙，於衰弱混亂、制度廢弛之世更為誇張的表現型態。如前所述，中村茂夫對於判語中涉及誣告的研究發現，在州縣的場景，許多誣告的情形往往以「姑念控出有因」、「懷疑誤控」或「到案即行供明」等空泛的理由而予以寬免，而無須依律反坐、按擬招解<sup>144</sup>。當時官員的政論條陳中，也描寫了地方官在命盜案中，必然等待犯人已供認之後，才開始往上詳文報告，並且有「諱有為無」、「諱劫為竊」、「諱多為少」等現象<sup>145</sup>。在淡新檔案中，也可以從中央或省級等上級通飭州縣，命其將近來處理之命盜之案件往上報告的公文中，發現地方官隱匿案情的狀況。例如在光緒7年（1881年）間由臺北府轉飭到新竹縣的一連串以「嚴催趕報」為事由的公文中，受到中央刑部壓力命其為命盜案件造冊報告、卻遲遲得不到下級回報的福建按察使司，一再申斥「因循疲玩」下級州縣地方官員的「匿不造報」，並

142 例如差役李秀淦因懷疑江安兆私宰牛隻，爭執互毆至將身死的案子，雖然無原始卷證，卻被記載在淡新檔案的冊報款。這份因應中央所發佈的「准減條款」的政策所為的冊報文書顯示，此案之前已通詳具題。參見淡新檔案31101.14-1~3。

143 淡新檔案31204I.39-1。

144 中村茂夫（註26），頁18-19。

145 楊鳳藻編，江督劉、鄂督張會奏條陳變法第一摺，收於：皇朝經世文新編續集（一）（上），頁59（1972年）。

屢屢警告其「如再玩延」，必定「將本官先行記過」<sup>146</sup>。

## (二) 非正式的「(非)法」秩序

### 1. 超越「授權 vs. 失序」：地方官行動的視角

州縣官員為何，以及何時選擇不往上報告？其中的關鍵點，在於是否要依照律例與定例處理案件。中村茂夫考察關於誣告或威逼人致死案件的判語，得出以下幾點不往上報告的理由：送至上級審其實更不容易得到實情且造成相干人等一同解送的拖累、解送耗費地方經費、依法處理反而造成當事人間關係的破壞並也往往無益於當事人的處境等等。是以判語建議州縣官不如「略法言情」、從寬處理，才是顧及治理需要之舉<sup>147</sup>。也就是說，在選擇進入正式的公文報告系統之時，便必須依照定例成章辦事。相較之下，在未往上報告，自行處理的場合，則可以較有彈性。也就是這種為官之道的常識，解釋了司法制度下「自理/審轉」案件中，對於法律的不同態度。

回應本文一開始所介紹日本傳統中國法學界通說（參見圖1），本文認為實踐上依照律例或者不照律例的界線，並非「民事」與「刑事」的區別，也非所涉案情所對應的刑罰輕重，而是最終地方官是否將案件正式擬案，往上報告。

民事 / 刑事 ≠ 戶婚田土細事 / 命盜重案 ≠ 實際上州縣自理 / 審轉 ≠ 不依法 / 依法審判

## 圖5 本文見解

資料來源：作者自製。

---

<sup>146</sup> 參見淡新檔案31204.6、31204.7、31204.20、31204.21、31204.32等。

<sup>147</sup> 參見中村茂夫（註26），頁41-44。

在地方官往上報告的文書中，就算是細事或者輕微犯罪也須依律擬罪。例如官箴書中諄諄告誡，雖然是依律例規定僅處以笞杖之刑的輕微犯罪，但由於某種原因（從犯隨著主犯一起審轉或由上級命令移交下級辦理的情形）而出現在往上級報告時，也必須正確擬律<sup>148</sup>。也就是說「依法/不依法」的更貼切的界限應該是劃在「案件實際上是否脫離州縣層級、進入報告系統」。Matthew H. Sommer分析含巴縣、南部與寶坻縣的地方衙門檔案，丈夫賣妻或因為貧窮縱容妻子通姦相關案件，提出清代兩種有強烈對比的審判模式。前者乃為地方官的一般、並未往上報告的案件，展現了權衡的裁量模式。後者的情形則因為賣妻引發了命案，使得地方官處理後決定往上級報告。在此種情況下，需要精確地認定與檢討輕重不等各個犯行，一一對應律例，據以定罪擬判成為最初的報告後，層層呈往上級，最終成為刑科題本的一部份<sup>149</sup>。寺田浩明的研究也指出，州縣自理案件與需要報告擬罪的命盜重案兩種程序之間，並非靜態的關係。州縣官在案件處理中，往往也得以對於案件導向何種程序，加以「選擇」。州縣官基於訴訟雙方共存的理念或者加害人的悔悟態度等考量，對於「刑事性強」、涉及徒刑以上刑罰的暴力或誣告案件，以類似現今日本法中「起訴猶豫處分」的方式，容認或促使當事人和解。甚至是在涉及人命的巴縣案件中，也存在不少州縣官容認或促使和解，加以掩蓋的案件<sup>150</sup>。

在此再次強調的是，從前述對於淡新檔案中的分析，可看出就存在著就算是攸關人命但最終並無往上報告的案件。且在此種案件

148 滋賀秀三著，範愉譯，清代訴訟制度之民事法源的概括性考察——情、理、法，收於：王亞新、梁治平編，明清時期的民事審判與民間契約，頁27、45（1998年）。

149 參見SOMMER, *supra* note 34, at 368-89；另見，Matthew H. Sommer著，林文凱譯（註34），頁375-382。

150 寺田浩明，中國法制史（註20），頁226-233。有關州縣衙門的兩面性，參見寺田浩明，中國法制史（註20），頁233。有關州縣衙門私和命案的理由，參見寺田浩明，中國法制史（註20），頁232。

中，地方官可私下彈性地不依照律例處置。在淡新檔案或判語等史料中，也可發現在地方衙門自行處理的案件中，也存在著很難說是細事但而或依律應宣判犯罪而不宣告、而或宣告有罪卻不引用法律，而或量刑明顯與律例不同等等之相關事例<sup>151</sup>。

另外，必須澄清的是，本文所關心的重點並非清代中國法的本質，而是法律制度作為一種實踐上有相當程度預測性，可作為行為人指引或參考的面向。此處的「依法」與「不依法」的分析，與寺田浩明所欲解明的清代中國法的「非規則」本質時的問題意識不同。本文所關心的，為地方衙門審案制度的實踐之中，實際上「不依法」的多數現象。而這樣的多數現象，形成了一個具有相當可預測的模式，可以做為當事人行動策略的重要參考與指引。事實上，寺田浩明雖然以比附為例，說明即便是往上級報告的案件，如果應比附卻機械性地依照律例裁決，仍有可能遭上司的駁回。然而，寺田浩明也承認，這樣的案例數量不多<sup>152</sup>。

也就是說，在清帝國底下，同時存在（1）「依律審判、斷罪」，往上報告到中央司法機制案件與（2）「不依律審判」，僅只在地方衙門層級處理的案件。該如何理解地方衙門中州縣官不依律令定例加以處理的狀況呢？經過了對於打官司的人民與地方官行動與策略的分析，本文在此針對前述日本與美國學界對於此種狀況的各個不同詮釋，提出回應。

本文認為，前述「授權論」的研究者中，中村茂夫以及寺田浩明以檢察官「起訴裁量」作為比喻，僅止於現象上的相仿<sup>153</sup>。這樣

---

151 淡新檔案的事例可參見本章前述關於淡新檔案與成文律法之間關係部分，而判語部分則可參見中村茂夫（註26），頁1-52；寺田浩明著，陳宛妤譯，清代州縣檔案中的命案處理實態——從「巴縣檔案（同治）」命案部份談起，臺灣東亞文明研界學刊，6卷2期，頁247-269（2009年）。

152 寺田浩明著，曹陽譯（註13），頁335。

153 參見中村茂夫（註26），頁1-52。



的比喻某程度說明州縣官准情酌理、「略法言情」的理念。然而，州縣官斟酌情理、具體情況的裁量並沒有如同檢察官般地在近代司法制度下，以國家的制度設計與正式授權作為基礎。如果真的要從近代西方制度立場來做比喻的話，毋寧近似於交通警察在違規者求情之下的私下放水之舉。就中村茂夫研究本身所舉出的判語的言說脈絡觀之，也的確讓人感受到如同佐立治人所批評的，省事、規避、縱容、虛張聲勢的心態<sup>154</sup>。本文對於滋賀秀三見解<sup>155</sup>的疑問則是在於，即便在舊中國的價值中，最終都沒有將「依法（律例）審判」作為一種特殊的價值，那麼為何「不依法」的程度，卻是以是否往上審轉為界，陡然二分呢？寺田浩明主張，地方官在轄下則從皇帝那裡得到了「授權」以行使笞杖以下的刑罰，是以在州縣自理的案件中，地方官得以無須機械性的依成文法與先例行事<sup>156</sup>。針對寺田浩明的「授權論」，本文的疑問與對中村茂夫的疑問很類似——州縣官從皇帝那邊所得到的，就行使笞杖以下刑罰得以自由裁量的「授權」，究竟是什麼樣意義下的授權呢？

本文認為「授權論」的比喻，捕捉了地方官處於訟案時，在審斷個案時被期待進行權衡的角色。然而這樣的比喻，卻可能使我們忽略了一個重要面向：地方官不將案件上報或者在個案中「法外施恩」時，實際上並未得到正式授權，而是處於介於合法與非法之間的彈性曖昧空間。清帝國的司法制度的確依據刑罰程度不等而劃定了不同的結案層級，然而這只是一種行政上依事務輕重上的程度不等的考核監督設計。在制度設計上，即便是所謂州縣自理詞訟仍要接受上級監督。州縣自理詞訟與須審轉的案件的差別，在此監督機制下，乃在於「列冊報告」以及「擬案報告」等，疏密不等的差別。同時，國家成文法對於徒流以上或以下的案件的區別對待，也

---

154 參見佐立治人（註33），頁274-306。

155 滋賀秀三（註4），頁263-304。

156 參見寺田浩明著，王亞新譯（註27），頁112-138。

僅止於是否得以在這個層級中結案（即是否須要審轉），並未規定將徒流以下犯罪排除在必須依律審判的範圍之外。

此外，就算依律辦事只不過是一種皇帝對於官僚的控制，而非傳統中國法的核心價值，然而在「不依律判案」、「不往上報告」有時可以被認為是符合理念的權衡處置，但有時卻有寬縱非法之徒、逃避上級控制的違法亂紀之嫌。例如，光緒皇帝曾經在奏准中训斥地方官員遇有誣告之案，一律要以題奏皇帝或咨部的方式，秉公覈辦。且經審理後一發現有誣告情事，便要「按律加等治罪」，不准以「事出有因」、「懷疑所致」或者「原告到案即行據實供明、尚非始終狡執」等詞來開脫。如果地方官仍然積習難改，「含混完結」，則其上級長官該督撫要嚴格將其題參，交部議處<sup>157</sup>。另外，清末曾任地方官，後為省內上級官員的樊增祥也曾表示，下級地方官之所以不往上報告則是因為懶惰、因不諳寫公文而「匿而不出」、擔心上級批駁等原因。樊增祥勸勉地方官「醜婦須見姑嫜」、「文從胡說起」，不要畏於往上冊報<sup>158</sup>。最後的例子，則是為本文前述《淡新檔案》的所存之「通飭」中，刑部官員痛陳就地正法章程被濫用，乃至律例形同「虛設」之亂象<sup>159</sup>。上述種種「規範—實踐」落差，以及皇帝（與上級長官）斥責地方官員不落實律例的情況，便難以單純僅以「權衡」理念或者「非規則型法」正當化或者理解、詮釋此現象。

如果嘗試將被研究者對於所處世界的想法、框架，作為理解、建構審判的憑藉，除了比較理想性的官箴判牘之外，我們是否也可以將諸如《官場現形記》、《二十年目睹之怪現象》之類，對於官僚

---

157 參見崑岡等著，欽定大清會典事例（十九）（清光緒25年刻本），頁15354（1963年）。

158 參見樊增祥，批石泉縣詞訟冊，收於：樊山政書（清宣統二年金陵刊本，收入官箴書集成（十）），頁259-260（1997年）。

159 參見淡新檔案31804.20。詳見註141。

運作的實際利害場景、種種為官之道的觀察，納入我們的詮釋之中呢？

相對於「授權論」，「混亂失序論」的主張反應了上述官員「匿報」、違法的面相。就佐立治人、Matthew H. Sommer 與林文凱為代表的「混亂失序論」而言，「不依法」的情形實際上是一種單純的違法與混亂。以上述光緒皇帝批斥地方官寬縱誣告以及樊增祥奉勸地方官勿匿報之例，從上級官員、甚至皇帝對於地方官府隱匿不上報的批評中，所得到的印象的確會使人傾向認為地方官「略法言情」的狀況，事實上是因為地方官積習不振、懶惰寬縱、怕事無能，是以不依律例處斷報告。也就是說，地方官以消極地「匿報」、將案情化大為小、尋找空泛的理由種種方式為當事人開脫，寬縱其依律本應治罪的行為。

然而，「混亂失序論」把不遵守律例等同於單純的違法混亂，一樣忽略了地方官員進行選擇性執法時事實上合法與非法之間的彈性曖昧空間。即，權衡為審判制度在設計理念中心（之一）。地方不照律例審斷處理案件的行為，雖然有時是上級批斥的對象，但也常常被上級默許。也就是說，不遵守律例很多時候並非單純的混亂失序，而是一種被有意允許或容忍的現象。此外，如果僅只於將「官府不遵守律例」此種現象視為單純的混亂失序的狀況，可能阻礙我們捕捉訴訟活動實際進行中，得以作為行為人指引、有一定可預測性的潛規則。

如本文前述相關案例的分析所示，訴訟活動中實際上存在某程度非正式但可預測的秩序，可作為人們的行動策略選擇時的框架。徐忠明對於明清民間訴訟的態度與策略分析中，指出民眾有以誣告等方法將「小事鬧大」鬧大的訴訟策略；相對之下，地方官府處理

案件的態度，則傾向「大事化小」<sup>160</sup>。本文在前述對淡新檔案姦拐案的分析中，可以看到當事人往往以誣告姦拐作為行動策略。在地方衙門的場域，青天大老爺雖然可能引用律令斥責誣告姦拐的行為以威脅懲治聳聽者，然而在當事人和解後幾乎沒有例外地不加追究。就帝國官僚上下級監控而言，基層官僚既然不追究誣告姦拐的事由，自然不會定擬事實往上級報告，而上級通常無法，也無意願針對此種事件積極追查。是以從理性計算風險利害的訴訟當事人角度，誣告姦拐在此種帝國官僚系統實際運作中所形成的模式或秩序中，成為高度可行的策略。

## 2. 陋規作為隱喻——維持帝國運轉的「非法」基礎

事實上，不管是青天大老爺對人民的情理通達、寬大仁慈，或地方官對上級的陽奉陰違，都與帝國整體的秩序與利益保持著偶有衝突，然而大致和諧甚至彼此理解合作的關係。如果說清代中國的司法乃為行政的一環<sup>161</sup>，本文在此希望能藉由檢視對當時帝國整體行政運作而言，重要性至少不亞於審判制度的財政制度中，普遍存在的「陋規」，從中得到一些啟示，並進而提出本文對於「不依法」現象的詮釋。

事實上，地方官的審判與地方財政預算，有許多不同的特性，是以本文並無將兩者等同，或者進行全面性地比較之意。本文毋寧是希望藉由「陋規」，得到一些有助於理解「彈性依法」審判背後邏輯的啟示。換言之，本文以「陋規」作為「地方官私下自行彈性（不）依法處理案件」的制度性隱喻。在進行分析時，所著重之相似之點則包括以下幾點：（1）兩者皆為違背律例等成文規定之運作方式；（2）某個意義而言，兩者皆為不遵守正式制度的規避行為，

---

160 徐忠明（註8），頁22-70；徐忠明，眾聲喧嘩：明清法律文化的複調敘事，頁213-227（2007年）。

161 滋賀秀三（註4），頁8。

在運作時也不乏混亂失控之處。然而，兩者皆在行政治理上有實際需要，被廣泛實踐，也有一定的合理性、正當性基礎與可預測性；(3) 此種律例規定與實踐上的疏離或者落差，存在著混亂失序或者改革不力的一面，但同時也存在著非正式的彈性與秩序的制度設計面向<sup>162</sup>；(4) 國家對兩者一方面容許，但一方面並未正式以制度性的明文承認此種彈性，是以兩者皆處於合法與非法之間的曖昧地帶。

所謂的「陋規」廣義而言，是指州縣衙門（就像其他各級衙門一樣）在各種可以想像的場合中，收取正式制度上並未給予其權限收取的費用。其中包含了尚屬合理範圍內的習慣規費，以及貨真價實的勒索詐取。陋規的名目琳瑯滿目，例如打官司時人們向差役與胥吏繳納的紙筆費、催呈費等。其中最被朝廷所關心，也可能是其中最大宗的部分，則莫過在人民繳納稅糧時以「火耗」、「耗羨」、「餘平」等名目對於人民所徵收的附加稅。陋規之所以存在的基礎，在於清帝國的地方財政制度。在此制度下，理論上州縣從人民處所徵收到的各種稅款要全數上繳，然而於此同時，中央卻幾乎無庸負擔州縣的行政辦公費用。官員、差役的俸祿薪資微乎其微，而胥吏甚至因為其在建制上淵源於人民輪流承擔的勞役，因此即便在早已成為職業化的專門人員之後，政府仍然以此為由不發給俸給。在這樣的情況下，「陋規」的應運而生可以說是必然之理。地方衙

---

162 必須說明的是，不管是「陋規」或者「地方官私下自行彈性（不）依法處理案件」，在不同歷史場景與案件類型中，就上述之點皆可能有差別。例如，如後所述，清代官吏汪輝祖認為「陋規」在各地依風俗不同，不宜一概而論。同樣的，當代學者王志強對於「喪娶」與「收繼」（在此指「父親或者兄弟亡故後，娶父妾、兄嫂或弟婦」）在律例規定與執行上的落差時，發現皇帝對於兩者雖然都可能採取「法外開恩」的態度，然後對於「喪娶」相對寬容，而對「收繼」的「法外開恩」程度有限。參見王志強，法律多元視角下的清代國家法，頁144-146（2003年）。本文限於篇幅與能力，在此原則上針對「陋規」與「地方官自行彈性（不）依法處理案件」兩者運作邏輯之共通特性加以討論。針對不同時地與案件類型的狀況，僅舉出個別案例於加以補充。

門藉由這種方式由人民所得，不只提供自身所需，更支應了上級的需索——基本上，上級衙門不管是官吏或行政人員也同樣需要仰賴由包括下級衙門所承交遞送的「陋規」費用，才得以支應其實際生活所需或辦公費用<sup>163</sup>。此外，由於清帝國採取所謂「原額主義」的財政政策，不願輕易增加賦稅，避免增加民怨動亂的可能性，是以正式的地方財政收入無法隨著經濟與人口成長而相應增加。在這樣狀況下，所謂的「陋規」的此種非正式收入，對於地方行政的運作益發重要<sup>164</sup>。雖然乍聽之下有點不可思議，然而整個帝國上下衙門的確就是依賴著這樣廣泛的「非法」的費用與收入才得以營運。

可以想像的是，所有的人都對於這種「非法收費」可能產生的弊害有所認識，也有一定的改革動力。然而，不管將其革除或者將其加以明文化以就地合法，卻往往遭來抵抗。例如，在道光皇帝即位之初，曾經試圖承認「非法收費」，將必要的部份加以制度化，以控制日益嚴重的詐取收賄。道光皇帝希望各省督撫能夠對陋規加以審查，保留必要部分，其餘一律禁絕。結果，反對議論排山倒海而來。迫於壓力的道光皇帝重新頒佈上諭停止整頓，原本獻策的軍機大臣英和甚至因此被免職。反對者認為，「陋規」正如其名，是朝廷不承認但是又是實際上必須收取的東西。但是恰恰因為「陋規」不被加以承認，是以弊害不會達到極端，而如果一旦承認，則將無法控制。歸根究柢，這樣的事情以朝廷不加干涉、暗中遮掩醜

---

163 關於陋規，參見周健，陋規與清嘉道之際的地方財政——以嘉慶二十五年清查陋規事件為線索，中央研究院近代史研究所集刊，75期，頁115-158（2012年）。關於18世紀中國對於財政與「火耗」等陋規之改革活動，參見MADELEINE ZELIN, THE MAGISTRATE'S TAEI: RATIONALIZING FISCAL REFORM IN EIGHTEENTH-CENTURY CH'ING CHINA 264-303(1984).

164 關於清代「原額主義」的財政政策的運作，參見岩井茂樹，中国近世財政史の研究（2004年）；此外，根據林文凱的研究，雖然清代地方官府藉由「陋規」，所收取的非正式收入有所增加，然而與其支出相比仍然不足，是地方官府不得不簡化包括審轉等的訴訟程序。參見林文凱（註3），頁112。

事最為高明<sup>165</sup>。此外，在道光皇帝之前，康熙皇帝就曾經在其與巡撫陳瓚間的密奏奏摺中表示，若州縣用度不敷，若加一成「耗羨」，似乎還可以寬容。然而，身為州縣官上級長官的巡撫陳瓚的回答則是，此雖是「聖恩寬大」，但是「不可說出」，只要容許其為之即可<sup>166</sup>。也就是說，陋規雖被容許，但是卻不可以制度化、明文化，而必須以「地方官暗自進行、上級裝聾作啞」的方式行之。如後所述，本文之後進行「不依法」的事例討論中，雍正也以默許地方官以「暗用非法」、「不加奏明」的方式不經正式程序審轉而自行刑斃死罪人犯。

就「陋規」在地方官府運作而言，清代乾嘉年間著名官吏與學者汪輝祖認為「陋規」裁減固然是「美舉」，但是因為正規收入有不敷公事支出之處，對於此種正規的津貼應該要因俗、因事制宜，斟酌調整太甚之處，不宜輕言革除。否則只是獲得清廉之名，之後待入不敷出，又勢將變本加厲地向民需索，危害更甚：

裁陋規，美舉也。然官中公事廉俸所入，容有不敷支給之處。是以因俗制宜，取贏應用忽予汰革，月前自獲廉名，連用無所出，勢復取給於民，且有變本而加厲者。長貪風開，訟釁害將，滋甚極之。陋規不能再復，而公事棘手……陋規之目，各處不同，惟吏役所供，萬無受理。他若平余津貼之類，可就各地方情形斟酌調劑，去其太甚而已，不宜輕言革除。至署篆之員，詳革陋規，是謂慷他人之慨心不可問，君子恥之<sup>167</sup>。

165 關於道光皇帝即位之初進行的清查、革除陋規之改革，及其最終失敗的過程，參見周健（註163）與宮崎市定著，南炳文譯，清代的胥吏與幕友，收於：劉俊文編，日本學者研究中國史論著選譯（六），頁508-539（1993年）。

166 王慶雲，紀耗羨歸公，收於：石渠餘紀，頁300-303（1967年）。

167 參見汪輝祖，學治續說（清同治十年慎間堂刻汪龍莊先生遺書本），收於：官箴書集成纂委員會編，官箴書集成（五），頁296（1997年）。

事實上，汪輝祖也認為「陋規」與「彈性（不）依法懲罰人民」有共通之處。汪輝祖在奉勸執法者面對人民有犯法行為時，不應該機械性地適用律例加以懲罰時，提醒官員們應反思自己亦在俸祿之外，往往也不得不收受與國法有違的「陋規」費用。官員自己都不可能完全避免違法，何必一定要「繩民於法」？從而對可寬恕之犯法民眾應該「原情而略法」：

且身為法吏，果能時時畏法，事事奉法乎？貪酷者無論，即謹慎自持，終不能於廉俸之外一介不取。如前所云陋規，何者不干國法？特宿弊因仍，民與官習，法所不及，相率倖免耳。官不能自閑於法，而必繩民以法，能無愧歟？故遇愚民犯法，但能反身自問，自然歸於平恕。法所不容姑脫者，原不宜曲法以長奸情；尚可以從寬者，總不妨原情而略法<sup>168</sup>。

本文認為對於「陋規」的認識，有助於我們對於州縣的「不依法審判」理解與詮釋。它們同屬於「合法」與「非法」的灰色地帶，然而卻有相當的正當性基礎，遊走在合理與失控的曖昧地帶。它們並非正式制度但卻又行之久遠、不可明言。雖然由於州縣層級的「不依法審判」似乎不像「陋規」那樣，牽涉到帝國運作的根本層面，若是完全不加控制可能造成涉及整體吏治與帝國財政的崩壞。地方衙門審判上的「略法言情」、兼顧情理才是治理州縣政通人和的必須，是以朝廷便以不加干涉的方式為之，一方面避免制度化後情況加劇，另一方面可以保持彈性，以在必要時加以監控管制<sup>169</sup>。甚至，如同上述汪輝祖所言，在官箴書還會以官吏的「略法原情」、斟酌情理作為某種好官的形象表徵。然而，如同前述，當

---

168 參見汪輝祖（註167），頁298。

169 事實上，之前所述對於陋規的討論，並非由於這種收費的違法，而毋寧是由於其所造成的對於帝國財政制度以及官吏與行政人員監控的弊端。



刁健人民一再翻控、上控，造成皇帝與中央的困擾之時，要求地方官依律辦事的批斥便會接連不斷地屢屢發佈。但在皇帝上諭要求官吏依律懲治誣告之民之際，就像陋規被加以討論之際，我們反而可以發現上位者在大多數時間，是以默許的方式，允許官吏的「不依法處置」。

在帝國的司法制度與官僚制度底下，州縣自理案件在審判上的「不依法」，就像「陋規」一樣，建立在實際運作，而非帝國官方律例的規範基礎之上。一方面而言，這樣的事實基礎並非單純的違法亂紀、逃避監控。甚至，就整體的角度而言，這種廣泛的現象為所有人所明知，甚至在官箴書中被讚頌為理想的審判圖像。然而，另一方面而言，「不依法」的權宜乃以為官方所籠統默許方式為之，只有在少數情形以正式與具體的方式被肯認。以大清律例中涉及細事之處罰規定為例，這些規定不乏不切實際，對於人民過於嚴苛之嫌，適用的結果有時也與治理上的需求相悖。對於實踐上過於苛刻或者不切實際的律例，存在著一定程度試圖加以廢除、修改的改革動力。例如，根據岸本美緒的研究，明清地方官雖然在告示中嚴禁賣妻，但在第一線處理因為貧窮求生存而「賣妻」的個案時，通常感覺「買休賣休」的律例過於嚴苛，而在個案審理時創設例外，對於涉案人等從寬處置。此種「因貧賣妻」在地方個別審案中所創造出的例外，甚至某程度的通案化，在乾隆年間的浙江、江蘇的省層級中通飭（然並未達到中央或者全國的層級）。也就是說，在此案例中，審案執法的地方官員在某程度內而言，推動了超越個案的改革<sup>170</sup>。然而，相較於進行通案改革，使官吏能在適切治理百姓之時也能依律而行，比較常見的做法或許是保留規定，但在判案時從寬解釋或彈性地執法。例如，同樣是對於賣妻案件的研究，蘇成捷分析地方檔案，也認為地方官在審理賣妻案件時，大多自行針對個案

---

170 岸本美緒著，李季樺譯（註117），頁240-248。

狀況、彈性執法<sup>171</sup>。王志強關於「喪娶」與「收繼」(在此指「父親或者兄弟亡故後，娶父妾、兄嫂或弟婦」)研究顯示，此兩種行為雖然觸犯律例，但基層官員在有限人力物力情況下既不能也不願查知，是以貌似嚴厲的律例形同具文。然而，此規定的存在仍有其作用。一方面地方官員的消極態度可以避免嚴格執法造成民怨，另一方面，律例刑罰威嚴的存在，也仍使此類行為不至於明目張膽或者過於極端<sup>172</sup>。

在此種情況下，「不依律處置」就像「陋規」一樣，一方面在治理上具有正當性與合理性。另一方面，雖然並非全無改革倡議，但對於「貿然就地合法、加以制度化」也存有疑慮。在清代傳統中國法中，對於此種「制度—實踐」上的落差的應對的各種態樣(例如，進行全面通案改革、以個案私下彈性方式運作、或者通案承認個別彈性等)，究竟如何選擇與進行，需要更全面的類型化分析。然而，藉由消極不加干涉的方式容許第一線的地方官在個案中得以彈性執法，而在造成上位者困擾的之時再重點打擊式地加以重申、控管，或許可以說是有一定普遍性的做法<sup>173</sup>。

如果我們想到傳統中國的律例或成文法的理念與構造，事實上是一種皇帝對於官吏的要求與指示，那麼上述對於官吏違法行為控管的實際運作，似乎很符合滋賀秀三對於舊中國的「法」的描述。即，我們一方面在表面上可以觀察到，似乎存在有依據客觀規範進行整齊畫一式審判的價值要求，也有嚴格依照成文法的指示與事

---

171 參見Matthew H. Sommer著，林文凱譯(註34)。

172 王志強(註162)，頁137-138。

173 對於制度與實踐落差，原為普遍的現象。在傳統中國法中，各種制度與實踐落差的大小、原因與因應，在議題與時間上有種種不同樣貌，不能一概而論。由於篇幅與能力有限，本文著重於「地方官自行彈性執法處理案件」的運作模式，與既有研究中「合法授權」或「非法混亂」兩相關理論見解進行對話。為全盤性回答「制度與實踐落差現象」的成因，尚需他日能更加深入，針對不同歷史場景與個案進行檢討與深入分析。

實。然而，就算規範不被普遍適用，也未必違反其核心價值。但是，反過來說，傳統中國中的「法」雖然並沒有像近代西方法那樣被賦予獨立於政治的位置，而其本質與理念上也的確是眾多治理工具的一個（即便是很重要的一個），然而就其作為工具的使用面向而言，「嚴格依法」的指示或姿態，仍然有其作用。也就是說，在此制度中，雖然乃以「情法之平」與個案彈性權衡，作為核心價值，但是同樣也存在著指示官僚依律行事、審判的一致性要求。是在帝國的治理技術之中，這個律例「不被普遍適用」的彈性與價值，雖然有時被皇帝所明示甚至讚許<sup>174</sup>，但在大部分情況下，或許最好在「不可說」之中暗自進行，而非大張旗鼓的宣示。即便是理論上超越這一切的皇帝亦然。

### 3. 「不可奏明」的非法——雍正與李衛的悄悄話<sup>175</sup>

除了上述屬於日常行政運作的「陋規」外，在司法審案方面，也存在「不可說」的非法。除了前述關於「買休賣休」與「喪娶收繼」個案中地方官員在默許下不執行律例處罰之「非法」外，本文以雍正皇帝與他作為封疆大臣的親信——浙江總督李衛——之間，藉由私密的朱批奏摺所進行的涉及「依法處置」的露骨對話作為例證。李衛在報告其和杭州將軍鄂密達之間不合的原由時，打小報告式地揭發鄂密達往往將死罪人犯非法監禁或枷號而死。他堂而皇之地論道，就算是罪大惡極的死罪人犯，也應該依循帝國制度，最終請求皇帝之旨意，方可處刑，否則「與謀故殺人者何異？」李衛並附帶說明，此種將人犯不經正式程序即杖斃或其他非法行為致死的情形，實際上是從各省督撫到州縣普遍的現象。但即便如此，李衛

174 例如，清高宗曾以上諭表示官員可權衡免予治罪被脅迫為匪的台灣民人；刑部則准予督撫「權宜辦理」就地正法案件。詳後述。

175 中國第一歷史檔案館編，雍正六年五月九日「浙江總督李衛奏報與杭州將軍鄂密達不和情由」，收於：雍正朝漢文硃批奏摺彙編（十二），頁347（1984-1991年）。

強調其自身平生從不肯為，也未曾「輕戕一命」。

相對於李衛的義正辭嚴，雍正寫在其奏呈文字行間的朱批，頗值玩味。雍正寫道，像這樣「暗用非法」本來就是「不可奏明」。在個別案件上，可能有雖然依照律例罪不應判死之人，然而卻有立即處死或「情不可恕」的情形。此時如果要求其報告反而窒礙難行。雍正最後提出了一個超越法律的判準——「公」。也就是說，一切的重點便在於是否行事為「公」，如果存心為公，就算是「謀殺故殺，亦可對鬼神」。雍正最後反而告誡李衛「見識要廣、不可狹滯」。

相較於常規性的「題本」，所謂的朱批奏摺是皇帝與其親信的秘密通信，為君臣二人之間關起門來，交換秘密情報與體己意見的場合。雖然李衛強調其本身作為循規蹈矩的官吏，始終服膺帝王的指示，遵守國家的律法制度，將死罪的權柄繫諸君王之上。然而，雍正的批示，卻告訴他所謂的「公」是超乎合法非法之上，而在個別的狀況下，不依照法律與帝國正式常規辦事也可能才是達到「公」的方式。這似乎符合大家對於君王的期待，他可以超越律令典章並斟酌具體事態而為個別不同的決定，同時，也符合了某種，對於一個真正能成大事的官吏的理念：只要一心奉公，並不須要拘泥於成法，而是在見識與心胸寬廣底下，為皇帝朝廷辦事、為天下百姓造福。然而，本文介紹這段對話所在意的關鍵，卻是在「說」與「不說」之間。雍正對於因應個別事態而不依法處置的手段，雖然理論上是皇帝大權範圍，也符合「權衡」的傳統中國法理念，然而雍正並未明言容許，而是刻意選擇以裝聾作啞的方式，容許甚至私下鼓勵官吏以不加以報告、「暗用非法」的曖昧方式為之。

不管是對於「陋規」的討論，或是雍正與李衛這一段關於「暗用非法」的對話，都具體而微地顯示，上位者所施予下級的空間以及對於不依國法王章的容許，往往以不可明說的心神領會為基

礎<sup>176</sup>。帝王並不會因為理論上超越法律制度，而選擇事事以公然違背既有成規與原則的方式行事。真正聰明的作法，毋寧是以「不可說」的容許非法，在維持著法在必行的「威」的方式之下，給予人們不能要求而只能是伏乞上位者垂憐之「恩」。然而這樣的不為官方所正式肯認，立基於實踐層面的空間，在絕大部分的時刻，以官吏不往上報告而君主也不往下干涉的方式，藉由上下之間「不可說」的默契而創造。「不可說」的非法空間一方面使得君王保持了可彈性運用的恩威，另一方面也提供了行動者雖然欠缺正式制度保障，但是一定程度可以估量預測的秩序。

我們可以發現，州縣衙門內青天大老爺與人民之間的恩威戲碼，又再度上演。就是在這樣帝國的「不可說」的秩序中，地方官府的彈性空間得到了確保。青天大老爺得以在衙門展現對於情理法的融通，或者帝國律法的恩威。打官司的人們得以更自由的方式述說著甚至是不同版本甚至是前後矛盾的故事。聳動的姦情在許多的時刻，變成了可以利用的訴訟過場，而非昭昭律例所處罰的對象。帝國的秩序與衙門內的秩序彼此體現，又彼此牽連。律法在其中，以多樣與曖昧的形貌演出。人們便在這樣的非正式但有一定可預測

---

176 除了默許、「不明言」的方式以外，的確也存在皇帝或者中央層級的刑部個案式的「明言」可權衡的例子。例如，清高宗曾在乾隆59年（1794年）以「上諭」表示，官員可從寬對待先前被脅迫為匪的台灣民人。官員若審明後發現該民人現在轉為良善，則「免予治罪」，不必「置以重典」來追究之前「從賊之罪」，以示「朕……法外施仁至意。」參見不著撰人，清高宗實錄選輯，頁711-712（1964年）；此外，在《欽定大清會典事例》中，刑部表示涉及「先行正法」的案子中，雖然官員應該要遵從「先行正法」的例文處理，但是在「定例無先行正法明文」，但是該案又情節重大、「不容稍稍顯戮者」，亦准許督撫「權宜辦理」。值得附帶一提的是，在訂立「就地正法章程」後，朝廷復又發現地方官有違背、濫用章程的情形，亦曾嚴詞要求下級官員需要遵從律例的審案程序。崑岡等著，欽定大清會典事例（八五〇）（據清光緒二十五年刻本影印），頁15650、15655、15659（1963年）。本文認為，上述「明示」權衡、開恩的例子，某個意義上其實凸顯在大部份情形中，皇帝所允許或勵的「權衡」並非以「明示」方式，而乃是以「默示」、籠統方式更多關於上述兩例的討論，參見王泰升、曾文亮、吳俊瑩（註3），頁431-432註51。

性的秩序中行動。

## 伍、結論

如何在避免「西方中心」觀點的同時，保持對於理論的開放性，是傳統中國法研究中極富挑戰之處。本文或許可視為一個嘗試。針對清代中國法學界中對於地方衙門訴訟審理中並不嚴格依照法律（或者更精確地說，鮮少提及具體律令條文的狀況）的現象，本文挪用美國法律現實主義中壞人理論（又稱預測論、預測理論或法預測論），從理性預測風險、估量利害的行動者觀點，分析淡新檔案中的姦拐案件中的「刁婦/民」的行動策略與邏輯，來觀察法律在訴訟中所扮演的各種角色。

淡新檔案中的姦拐訴訟中，當事人對於姦情的指控往往在官司進行中途無疾而終，更遑論有依照律例條文處置的狀況。然而，律例的概念仍然運行在打官司的場景之中。前來伸冤的人們在訴狀中披瀝自身之孱弱慘狀以及對方的無法無天的強暴惡行，並請求青天大老爺執法以懲治惡霸。然而，這樣的控訴時常誇大不實，乃是控訴者為了使官府介入背後真實糾紛的訴訟技巧。依照律令懲治姦拐的訴求，在官司進行中，甚少被當事人堅持。地方官援引律條時，則多用在申斥人民的場合，並無將律令執行的決心或意圖。地方官此時提示律例乃用以威脅當事人，提醒當事人本身行為（例如誣告聳聽或賣妻）亦有不法，本應依法治罪，從而迫使兩方不再執拗於既有的主張，而得以和解銷案。有趣的是，地方官在權衡後寬宥後不依法懲治時，幾乎都強調是例外情形（「本應依法究辦……姑念……」）。然而，此種例外在實踐上卻是壓倒性的常態。上述「刁婦/民」種種誣告的行動策略，便建立在對地方官「法外施恩」的處理模式的預測之上。

地方官的「法外施恩」，亦是一種在具體情況中、預測風險利害後的行動策略。一般來說，對於政務繁忙、財務與人力都極為有限的地方官而言，相較於依照律例與定例的內容與程序處置層層上報，權衡案情後大事化小可能才是明智的辦案方式。地方官雖然在清代官僚制度中受到上級的層層制約與審查，但是同時得以相當程度地形塑案情，並控制資訊在官僚系統中的流動，保留了是否與如何上報的行動空間，從而保障自行處理案件中的彈性空間。

正式制度與實踐之間的疏離，並非傳統中國法律體系運作時之特有現象。例如，本文所借用的法律現實主義，即從美國司法與審判的經驗出發，強調須從行動與實踐的角度探討什麼是運作中的法律<sup>177</sup>。然而，傳統中國法在此方面的特色究竟為何？該如何理解這樣制度與實踐的落差？這些落差究竟是制度設計內建之存在，還是制度運作本身的混亂？這些廣泛而深刻的提問，尚需更多研究針對個別時空制度與進行更全面的研究。本文從「地方官的自行彈性處理案件的空間」，對於上述提問進行初步的回應。本文將既有研究見解，大致分為兩類。「授權論」以寺田浩明為代表，認為這樣的「落差」其實符合制度本身的理念。寺田浩明主張傳統中國法為「非規則型法」，認為機械性地適用法律原本即非其核心價值。是以州縣層級案件中不嚴格依照律令處理的現象，可以理解地方官作為皇帝在此特定管轄內的代表，所得到的「授權」。主張「混亂失序論」者，則認為此種現象乃為單純的帝國制度運作在官僚末端的違法亂紀、混亂失序。本文認為以上兩理論皆有一定解釋力，但也有一些不足之處。或許所有的比喻都有失真或誤導之處。「授權論」並未正面面對地方官從未被正式授予法外施恩之權，而恐有誤導之

---

<sup>177</sup> 除了本文所借鏡的Holmes之預測論以外，美國學者Roscoe Pound針對美國司法運作所提出的「書本中的法——行動中的法」(“law in books” vs. “law in action”)之區別，也是在法學界研究制度與實踐落差的重要概念。參見Roscoe Pound, *Law in Books and Law in Action*, 44 AM. L. REV. 12, 12-36 (1910).

虞。事實上，在許多情形，地方官員們違背律例的行為乃是基於上級非正式的默許。「混亂失序論」一方面未考慮賞上級機關實際上往往容許或者默許地方官員不照律例審判，一方面也可能阻礙我們從預測的角度發現有一定規律性的訴訟與審案模式。本文從法律現實主義的觀點，提出另一種觀點。即，地方官在自行處理、未上報案件中是否依法的裁量，是處於合法與非法、潛規則式的灰色地帶。這樣的情況並非單純的混亂失序，而是有一定的可預測性，只是此種「可預測性」並不必然立基於律例。此外，在以權衡作為核心價值的傳統中國法制度中，同時也存在要求官僚依律令行事的一致性要求。從而權衡與彈性的處理空間，往往是以容任、不被加以言明的非正式方式存在。換句話說，此種潛規則式、「上下交相賊」而不加以正式化的行事空間，或許某程度而言，調和了「權衡」以及「依律辦事」兩種要求之間直接衝突。而打官司人民、地方官、上級官員，甚至到皇帝，共同參與與創建了這個曖昧不明，但又有一定程度之可預測性的模式與秩序。

法律現實主義的代表人物之一Karl Llewellyn認為，此思潮的主要貢獻之一，乃為指出美國既有法學研究，高估了藉由分析判決所導出的法律規則對於法官實際決定的影響。也就是說，美國普通法運作中，藉由分析各種相類判決推導出的法律（規則或原則），對於判決結果的預測力，並不如既有法學研究所宣稱的高。法律現實主義這樣的主張與研究傾向，往往被認為是在主張或甚至擁護判決的不確定與不可預測性。然而，Karl Llewellyn認為現實主義者真正在進行的（或者應該要努力達到的目標），乃是批判既有學說所導出的法律規則過於抽象而不切實際，並尋找能更適切與細緻地分析案件決定真正因素的分類，以更正確地描述可預測的規則<sup>178</sup>。本文或許也可以理解為類似嘗試的起步。本文一方面藉由淡新檔案中姦

---

178 Llewellyn, *supra* note 37, at 1241-42.



拐案件的分析與延伸，指出州縣自理案件的處理與律例之間有相當大的落差。也就是說，我們難以藉由律例本身，來預測地方官處理案件的結果；另一方面，本文並不認為傳統中國法在州縣層級所進行的打官司的活動，就因此缺乏可預測的模式與規範。然而，律例之外，什麼是影響地方官決定的因素？什麼是可以更具體與細緻地說明傳統中國法秩序的類型？例如，如果「法外施恩」是州縣自理案件大部份案件的處置方式，那麼什麼樣的案件類型中，地方官選擇完全不加以處罰，什麼樣的案件類型，縣官會選擇略施薄懲？不同案件中，可預測性又是否有強弱的區別？對於實證規則（狹義的法）的選擇性適用（即俗稱的選擇性執法），雖然並非傳統中國法所獨有，但的確是一個實踐與理念上的重要特色，也是在更進一步探討傳統中國法秩序時的課題。

接續著清帝國而來的日本統治者，引進了近代西方式的法律制度，開啟了百餘年臺灣法律現代化的歷程。上述潛規則式的、事實上的彈性處理空間，是否仍然存在現今臺灣的法律與制度運作？就行動策略的觀點，非正式的彈性使用法律的實踐，是否使法律的可預測性降低？超越臺灣或東亞社會，法律制度中的不同核心價值理念法律制度（例如，寺田浩明所提出的「非規則法」與現代西方法中的「規則法」），與上述不同社會中「制度—實踐」之落差之間，彼此的關係如何？非正式、非明文的彈性，或者甚至是「選擇性執法」制度運作模式對於國家與人民之間權力的分配，乃至人們的行動，產生了什麼樣的影響？對於上述問題的分析與探討，牽涉不同社會的比較視角，並須要使用跨學科的方法與工具。不論是解明現今臺灣法律文化，或者是進行上述比較性與理論性的研究，本文所探究的清治臺灣法/傳統中國法中姦拐訴訟具有獨特性與普遍性的面相，或許可以作為一個嘗試的起點。

## 參考文獻

### 1. 中文部分

- Matthew H. Sommer著，林文凱譯（2009），清代縣衙的賣妻案件審判：以272件巴縣、南部與寶坻縣案子為例證，收於：邱澎生、陳熙遠編，明清法律運作中的權力與文化，頁345-396，臺北：中央研究院、聯經。[Sommer, Matthew H. 2015. *Polyandry and Wife-Selling in Qing Dynasty China: Survival Strategies and Judicial Interventions*. Oakland, CA: University of California Press.]
- William C. Jones著，蘇亦工譯（2004），大清律例研究，收於：高道蘊、高鴻鈞、賀衛方編，美國學者論中國法律傳統，增訂版，頁385-424，北京：清華大學出版社。[Jones, William C. 1974. Studying the Ch'ing Code—The Ta Ch'ing Lü Li. *The American Journal of Comparative Law* 22:330-364.]
- 不著撰人（1964），清高宗實錄選輯，臺北：臺灣銀行經濟研究室。
- 中國第一歷史檔案館編（1984-1991），雍正六年五月九日「浙江總督李衛奏報與杭州將軍鄂密達不和情由」，收於：雍正朝漢文硃批奏摺彙編（十二），江蘇：江蘇古籍出版社。
- 夫馬進著，王亞新、範愉譯（1998），明清時代的訟師與訴訟制度，收於：王亞新、梁治平編，明清時期的民事審判與民間契約，頁389-430，北京：法律出版社。[梅原郁編（1993），中國近世の法制と社會，京都：京都大學人文科學研究所。]
- 王志強（2003），法律多元視角下的清代國家法，北京：北京大學出版社。
- （2008），清代司法中的法律推理，收於：柳立言編，中國

史新論——法律史分冊，頁283-311，臺北：中央研究院、聯經。

王泰升、堯嘉寧、陳韻如（2004），「淡新檔案」在法律史研究上的運用——以台大法律學院師生為例，台灣史料研究，22期，頁30-71。

王泰升、曾文亮、吳俊瑩（2015），論清朝地方衙門審案機制的運作——以《淡新檔案》為中心，中央研究院歷史語言研究所集刊，86卷2期，頁421-469。

王慶雲（1967），紀耗羨歸公，收於：石渠餘紀，臺北：文海。

寺田浩明著，王亞新等譯（2012），權利與冤抑——清代聽訟和民眾的民事法秩序，收於：權利與冤抑——寺田浩明中國法史論集，頁207-274，北京：清華大學出版社。[寺田浩明（1997），權利と冤抑——清代聽訟世界の全体像，法学，61卷5号，頁1-84。]

寺田浩明著，王亞新譯（1998），日本的清代司法制度研究與對“法”的理解，收於：王亞新、梁治平編，明清時期的民事審判與民間契約，頁112-138，北京：法律出版社。[按：本篇敘明原載於：寺田浩明（1990），清代司法制度研究における「法」の位置付けについて，思想，792号，頁179-196。原稿不詳。]

——（1998），權利與冤抑——清代聽訟和民眾的民事法秩序，收於：王亞新、梁治平編，明清時期的民事審判與民間契約，頁191-265，北京：法律出版社。[寺田浩明（1997），權利と冤抑——清代聽訟世界の全体像，法学，61卷5号，頁1-84。]

——（2012），清代民事審判：性質及意義——日美兩國學者之間的爭論，收於：權利與冤抑——寺田浩明中國法史論集，頁298-310，北京：清華大學出版社。[按：本篇敘明原載於：寺田浩明著，王亞新譯（1998），清代民事審判：性質及意義——日美兩國學者之間的爭論，北大法學評論，第1卷第2輯，

頁603-617。]

寺田浩明著，李力譯（2012），清代的民事訴訟與“法之構築”——以《淡新檔案》中的一個事例為素材，收於：權利與冤抑——寺田浩明中國法史論集，頁275-297，北京：清華大學出版社。[寺田浩明（2003），中国清代民事訴訟と「法の構築」——『淡新档案』の一事例を素材にして，法社会学，58号，頁56-78。]

寺田浩明著，曹陽譯（2012），清代刑事審判中律例作用的再考察——關於實定法的“非規則”形態，收於：權利與冤抑——寺田浩明中國法史論集，頁311-356，北京：清華大學出版社。[寺田浩明（2006），清代刑事裁判における律例の役割・再考——実定法の「非規則的」なあり方について，大島立子編，宋—清代の法と地域社會，東京：東洋文庫。]

寺田浩明著，陳宛好譯（2009），清代州縣檔案中的命案處理實態——從「巴縣檔案（同治）」命案部份談起，臺灣東亞文明研界學刊，6卷2期，頁247-269。

寺田浩明著，魏敏譯（2012），“非規則型法”之概念——以清代中國法為素材，收於：權利與冤抑——寺田浩明中國法史論集，頁357-393，北京：清華大學出版社。[寺田浩明（2007），「非規則的な法」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，頁51-91。]

吳佩林（2013），清代縣域民事糾紛與法律秩序考察，北京：中華書局。

沈之奇著，懷效鋒、李俊點校（1998），大清律例輯註（下），北京：法律出版社。

汪輝祖（1997），學治續說（清同治十年慎間堂刻汪龍莊先生遺書本），收於：官箴書集成纂委員會編，官箴書集成（五），合肥：黃山出版社。

卓惠芬（2004），清乾隆時期閩粵地區犯姦案件之探討（1736-

- 1790)，東海大學歷史學研究所碩士論文。
- 周健（2012），陋規與清嘉道之際的地方財政——以嘉慶二十五年清查陋規事件為線索，中央研究院近代史研究所集刊，75期，頁115-158。
- 岸本美緒（1992），清初上海的審判與調解——以『歷年紀』為例，收於：中央研究院近代史研究所編，近世家族與政治比較歷史論文集（上冊），頁241-257，臺北：中央研究院近代史研究所。
- 岸本美緒著，李季樺譯（2001），妻可賣否？——明清時代的賣妻、典妻習俗，收於：陳秋坤，洪麗完編，契約文書與社會生活，頁225-264，臺北：中央研究院臺灣史研究所籌備處。
- 林文凱（2014），清代刑事審判文化：以臺灣命盜案件審判為個案之分析，法制史研究，25期，頁95-130。
- （2016），清代法律史研究的方法論檢討：「地方法律社會史」研究提出的對話，收於：柳立言編，史料與法史學，頁311-348，臺北：中央研究院歷史語言研究所。
- 林端、蔡博方（2013），韋伯論傳統中國法律之再探：法律社會學中的多元脈絡性，臺灣東亞文明研究學刊，10卷2期，頁33-69。
- 邱澎生（2001），真相大白？明清刑案中的法律推理，收於：熊秉真編，讓證據說話——中國篇，頁135-198，臺北：麥田。
- （2004），以法為名：訟師與幕友對明清法律秩序的衝擊，新史學，15卷4期，頁93-148。
- （2009），國法與幫規：清代前期重慶城的船運糾紛解決機制，收於：邱澎生、陳熙遠編，明清法律運作中的權力與文化，頁275-334，臺北：中央研究院、聯經。
- 宮崎市定著，南炳文譯（1993），清代的胥吏與幕友，收於：劉俊文編，日本學者研究中國史論著選譯（六），頁508-539，北京：中華書局。[宮崎市定，清朝の胥吏と幕友：特に雍正朝

を中心として，東洋史研究，16卷4号，頁347-374。]

徐忠明（2006），案例、故事與明清時期的司法文化，北京：法律出版社。

——（2007），眾聲喧嘩：明清法律文化的複調敘事，北京：清華大學出版社。

高道蘊（2004），導言，收於：高道蘊、高鴻鈞、賀衛方編，美國學者論中國法律傳統，增訂版，頁8-22，北京：清華大學出版社。

崑岡等著（1963），欽定大清會典事例（十九）（清光緒25年刻本），臺灣中文書局總發行，國立中央圖書館藏書景印。

——（1963），欽定大清會典事例（八五〇）（據清光緒二十五年刻本影印），臺北：啟文。

張偉仁（1983），清代法制研究（第一輯第一冊），臺北：中央研究院歷史語言研究所。

梅凌寒（2017），刑科題本的擬成：以寶坻縣檔案與刑科題本的比較為依據，收於：中國政法大學法律古籍整理研究所編，中國古代法律文獻研究（11），頁426-445，上海：社會科學文獻出版社。

陳惠馨（2004），重建清朝的法律帝國：從清代內閣題本刑科婚姻姦情檔案談起——以依強姦未成或但經調戲本婦羞忿自盡案為例，法制史研究，5期，頁123-187。

陳新宇（2015），帝制中國的法源與適用：以比附問題為中心的展開，上海：上海人民出版社。

陳韻如（2004），帝國的盡頭：淡新檔案中的姦拐故事與申冤者，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

——（2018），《淡新檔案》中姦拐案件：法律傳統的重新檢視，臺灣史研究，25卷4期，頁21-73。

堯嘉寧（2002），由淡新檔案觀察清末北臺灣縣正堂的審判依據——以民事門錢宅類買賣款與典當款為核心，王泰升「法律史

專題研究」報告，2002年12月19日。

滋賀秀三著，姚榮濤譯（1992），清代州縣衙門訴訟的若干研究心得——以淡新檔案為史料，收於：劉俊文編，日本學者研究中國史論著選譯（八）——法律制度，頁522-546，北京：中華書局。[滋賀秀三，清代州縣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，頁37-61。]

滋賀秀三著，範愉譯（1998），清代訴訟制度之民事法源的概括性考察——情、理、法，收於：王亞新、梁治平編，明清時期的民事審判與民間契約，頁19-53，北京：法律出版社。[滋賀秀三（1981），清代訴訟制度における民事的法源の概括的検討，東洋史研究，40卷1号，頁74-102。]

黃宗智（2003），法典、習俗與司法實踐：清代與民國的比較，上海：上海書店出版社。

——（2007），清代的法律、社會與文化：民法的表達與實踐，上海：上海書店出版社。

楊鳳藻編（1972），江督劉、鄂督張會奏條陳變法第一摺，收於：皇朝經世文新編續集（一）（上），臺北：文海。

臺灣銀行經濟研究室編（1964），福建省例，臺北：臺灣銀行。

趙鳳階（1993），中國婦女在法律上之地位，臺北：稻鄉。

劉臺強（2014），誰的觀點？誰的法律？——對Hart的法律理論的批判，東吳法律學報，26卷1期，頁137-188。

樊增祥（1997），批石泉縣詞訟冊，收於：樊山政書（清宣統二年金陵刊本，收入官箴書集成（十）），合肥：黃山出版社。

薛允升著，黃靜嘉校定（1970），讀例存疑重刊本，臺北：成文。

瞿同祖（1984），中國法律與中國社會，臺北：里仁。

## 2. 外文部分

### (1) 日文

- 三木聰 (1995), 死骸の恐喝——中国近世の凶頼, 收於: 泥棒研究会編, 盗みの文化誌, 頁63-92, 東京: 青弓社。
- 小川快之 (2009), 伝統中国の法と秩序——地域社会の視点から, 東京: 汲古書院。
- 中村茂夫 (1976), 清代の判語に見られる法の適用——特に誣告、威逼人致死をめぐる——, 法政理論, 9巻1号, 頁1-52。
- 内藤湖南 (1972), 支那論, 内藤湖南全集 (五), 頁291-408, 東京: 筑摩書房。
- 夫馬進 (2011), 中国訴訟社会史概論, 中国訴訟社会史の研究, 頁3-123, 京都: 京都大学学術出版会。
- (2016), 内藤湖南の中国社会論で清代巴県社会理解できるか?, 「清代巴県社会とは何か?——中国国家・社会二元論の再検討——」學術研討會, 京都大學法學研究科主辦, 2016年2月20日。
- 寺田浩明 (2011), 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, 頁427-477, 京都: 京都大学学術出版会。
- (2018), 中国法制史, 東京: 東京大学出版会。
- 佐立治人 (1997), 舊中國の地方裁判と法律——法律に従わない判決が持つ意味——, 東洋史研究, 56巻2号, 頁274-306。
- 岩井茂樹 (2004), 中国近世財政史の研究, 京都: 京都大学学術出版会。
- 滋賀秀三 (1984), 清代中国の法と裁判, 東京: 創文社。
- 鈴木秀光 (1999), 詳結——清代中期における軽度命盗案件処理——, 法学, 63巻4号, 頁98-134。



(2)西文

- Alford, William P. 1986. The Inscrutable Occidental? Implications of Roberto Unger's Uses and Abuses of the Chinese Past. *Texas Law Review* 64:915-972.
- Allee, Mark A. 1994. *Law and Local Society in Late Imperial China: Northern Taiwan in the Nineteenth Century*. Redwood City, CA: Stanford University Press.
- Caminker, Evan H. 1994. Why Must Inferior Courts Obey Superior Court Precedents?. *Stanford Law Review* 46:817-873.
- Dykstra, Maura Dominique. 2014. *Complicated Matters: Commercial Dispute Resolution in Qing Chongqing from 1750 to 1911*. Unpublished Ph.D. dissertation, University of California, Los Angeles (on file with author).
- Fisher, William W., III. 2006. Oliver Wendell Holmes. Pp. 19-44 in *The Canon of American Legal Thought*, edited by David Kennedy and William W. Fisher III. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- . 2006. Karl Llewellyn. Pp. 133-162 in *The Canon of American Legal Thought*, edited by David Kennedy and William W. Fisher III. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Gordon, Robert W. 1997. The Path of the Lawyer. *Harvard Law Review*. 110:1013-1018.
- Grey, Thomas C. 1997. Plotting the Path of the Law. *Brooklyn Law Review* 63:19-58.
- Hart, H.L.A. 1961. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Holmes, Oliver Wendell. 1897. The Path of the Law. *Harvard Law Review* 10:457-478.
- Kuhn, Philip A. 1990. *Soulstealers: The Chinese Sorcery Scare of 1768*.

- Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Llewellyn, Karl. 1930. A Realistic Jurisprudence—The Next Step. *Columbia Law Review* 30:431-465.
- . 1931. Some Realism about Realism—Responding to Dean Pound. *Harvard Law Review* 44:1222-1264.
- Pound, Roscoe. 1910. Law in Books and Law in Action. *American Law Review* 44:12-36.
- Ruskola, Teemu. 2002. Legal Orientalism. *Michigan Law Review* 101:179-234.
- Schauer, Frederick. 1998. Prediction and Particularity. *Boston University Law Review* 78:773-789.
- Smith, Arthur. 1899. *Village Life in China: A Study in Sociology*. New York, NY: Fleming H. Revell Co.
- Sommer, Matthew H. 2015. *Polyandry and Wife-Selling in Qing Dynasty China: Survival Strategies and Judicial Interventions*. Oakland, CA: University of California Press.
- Tamanaha, Brian. 2009. Understanding Legal Realism. *Texas Law Review* 87:731-785.
- Unger, Roberto Mangabeira. 1977. *Law in Modern Society: Toward a Criticism of Social Theory*. New York, NY: The Free Press.
- Weber, Max. 1951. *The Religion of China: Confucianism and Taoism*, translated by Hans H. Gerth. Glencoe, IL: The Free Press.
- Zelin, Madeleine. 1984. *The Magistrate's Tael: Rationalizing Fiscal Reform in Eighteenth-century Ch'ing China*. Berkeley, CA: University of California Press.

## Bad (Wo-)man Theory of Traditional Chinese Law:

From the Vantage Points of Adultery and  
Abduction Cases in Tan-Hsin Archives

*Yun-Ru Chen\**

### Abstract

Did imperial China lack (real) law? How do we understand the phenomenon that magistrates in the local governments rarely followed the Qing Code when adjudicating cases? Did law and order exist in Qing Taiwan, and if so, in what way? Taking cases of adultery and abduction in the Tan-Hsin Archive as vantage points, this article tries to respond to these questions from the perspective of “bad (wo-)men”, a concept proposed by American legal realist Oliver Wendell Holmes to refer to actors who care about only their self-interest and nothing else when facing the legal system.

This article finds that two existing understandings, while opposing each other, fail to capture the predictable ways in which law operates. On the one hand, the article finds the analogy of “delegation” misleading. Drawing an analogy between the emperor and magistrates, it overlooks the fact that magistrates, as part of the bureaucracy, were rarely officially and openly authorized to temper justice with mercy. On the other hand, this article also finds unsatisfactory the understanding that regards nonconformity with the Qing Code as disorder. Overall, this article argues that magistrates exercised discretion on whether to follow the laws or not, in the grey zone between legality and illegality.

---

\* Associate Professor, College of Law, National Taiwan University.

Nevertheless, there existed hidden rules commonly understood by ordinary people and magistrates who jointly constituted and participated in this ambiguous yet, to some extent predictable, legal order.

KEYWORDS: law in Qing Taiwan, traditional Chinese law, bad (wo-)man theory, Tan-Hsin Archives, action, predictive theory, litigations, legal realism, hidden rules, legal order.