

“矜弱”的逻辑: 清代儿童致毙人命案的法律谱系

景风华

摘要 清代对于儿童致毙人命案的处理,是将“请”“减”“赎”等特权与传统刑律的“六杀”体系及死刑复核制度融合在一起而形成的法律运作系统,其原理是“恤幼矜弱”的道德理念。随着法律实践的发展,乾隆年间形成定例,从加害人的客观年龄、加害人与被害人的年龄差距以及具体案件中的理曲欺凌情由等三个方面对“弱”进行界定,确保通过上请减流收赎的儿童确实是值得怜悯的弱者,从而实现了道德化的律文与实用性的条例之间的结合,平衡了加害人与被害人之间的权益。这种“实质理性”的法律思维及对实质正义的追求,在秋审规则和虚岁计龄法中同样有所体现。对比而言,西方的少年法律体系是基于“儿童是非理性人”的假设而展开的形式逻辑演绎。随着社会的发展和不同文化观念的冲击,这种假设也面临着挑战,不得不以“保护未成年人”的实质性理念来补强,却又因忽视被害人的利益而陷入争议。

关键词 儿童致毙人命案 恤幼矜弱 秋审 实质理性 少年法

DOI:10.16094/j.cnki.1005-0221.2017.06.006

作者景风华,法学博士,四川大学法学院助理研究员。

导 论

历史上的儿童是一个甚少留下印迹,也甚少为史学家所关注的群体。直到法国学者阿利埃斯(Philippe Ariès)回顾起西方童年的历史,这群曾经稚嫩鲜活的生命方才慢慢进入历史研究的视野。不过,当前儿童史研究所关注的,基本都是家庭中的儿童,而国家与社会视野下的儿童究竟是何种情状,仍是一个很少被触及的问题。

中国法律史学界对于儿童的研究,基本上都围绕着传统时代的“刑事责任年龄”来展开,通过对历代法典中有关责任年龄的规定进行梳理,得出与西方或同或异的结论。例如,史言认为,中国旧律与资产阶级各国的刑事立法,都遵循着人的独立意志从无到有的一般规律;^①郑定则提出中国古代的“责任年龄”实为“恤刑”的年龄界限这一关键论点,从而将其与现代刑法中的责任能力

*: 本文初稿曾提交“历史社会法学与民法典编纂学术研讨会”讨论,感谢黄宗智教授等师友以及匿名外审专家的修改完善建议。

^① 参见史言“刑事责任年龄”,《法学》1957年第1期,第36-44页。

理论区别开来。^②

“恤刑”一直被视为中国传统法的特色之一，它要求断狱者“哀矜折狱”，对于鳏寡孤独、老幼病残等特殊群体及情有可原的犯罪人，应当体恤他们的困窘处境及无可奈何，对其罪过予以一定程度的宽宥。一般认为，对年幼的犯罪人予以刑罚宽免的理论渊源，最早可以追溯到《礼记》与《周礼》。根据《礼记·曲礼》：“人生十年曰‘幼’，学。……七十曰‘老’，而传。八十、九十曰‘耄’。七年曰‘悼’。悼与耄，虽有罪，不加刑焉。”^③《周礼·司刺》也记载“壹赦曰幼弱，再赦曰老旄，三赦曰憇愚。”^④对“悼”与“耄（旄）”的矜悯是一种发乎人情的慈悲感，这种同情心又在“王者之政”的理想治理模式中被道德化，并且对法律的制定与实施起着指导作用。

如果《七国考》所辑佚的战国时期的史料可靠，那么魏国的《法经》应当是目前所知最早贯彻“恤幼”理念的律法。其减律的大致内容为“罪人年十五以下，罪高三减，罪卑一减。年六十以上，小罪情减，大罪理减。”^⑤出土材料睡虎地秦简则表明，秦代以身高作为儿童减免刑罚的依据。^⑥汉代以后仍以年龄为标准，西汉惠帝曾下诏“民年七十以上，若不满十岁，有罪当刑者，皆完之。”^⑦东汉时期的大儒郑玄在给《周礼》做的注释中提到了自己所处的时代的律法“幼弱、老旄，若今律令年未及八岁，八十以上，非手杀人，他皆不坐。”^⑧北魏时期亦有“年十四已下，降刑之半，八十及九岁，非杀人，非手杀人，非杀人，非杀人”^⑨的规定。唐律对犯罪儿童予以宽免的总括性规定，则为后世法典所沿袭，例如《大清律例》的“老小废疾收赎”条便与之差异甚小“凡年七十以上、十五以下及废疾，犯流罪以下，收赎。八十以上、十岁以下，及笃疾，犯杀人应死者，议拟奏闻，取自上裁。盗及伤人者，亦收赎，余皆勿论。九十以上、七岁以下，虽有死罪，不加刑。其有人教令，坐其教令者。若有赃应偿，受赃者偿之。”^⑩儿童所享有的刑罚减免以15岁为界，分为7岁以下、8-10岁、11-15岁这三个等级，主要对应着免罪、上请、收赎等三种法律特权。

中国传统法律对于年龄阶段的划分，主要依托于两套关于年龄的意义体系。其一为礼学教育系统，其二为户籍赋役系统。在礼学教育系统中，7岁是乳牙脱落、长出恒牙这一重要生理表征的呈现时间，男女之防亦需自此时起开始践行。10岁的男孩已经可以独立出外就学，不过这一阶段的学习仍是以“小学”为主。15岁为成童之年，^⑪男孩在成童时束发为髻，进入“大学”阶段的学习。而所有尚未举行成人礼的孩子都可称之为“童”。户籍系统则将年龄与所需承担的责任直接挂钩。唐代对于户籍年龄段的划分有“黄、小、中、丁、老”之说，据《通典》记载“大唐武德七年定令，男女始生为黄，四岁为小，十六为中，二十一为丁，六十为老。”^⑫只有进入中、丁年龄段的人口，才是合法的国家赋税徭役的承担者。明清时期将丁年提前到16岁，丁年因此成为个人承担包

② 参见郑定“中国古代法律中的刑事责任年龄制度及其特点”，《法律学习与研究》1987年第5期，第52-56页。

③ [汉]郑玄注，[唐]孔颖达疏《礼记正义》，卷1《曲礼》，北京大学出版社1999年版，第19-20页。

④ [汉]郑玄注，[唐]贾公彦疏《周礼注疏》，卷36《司刺》，北京大学出版社1999年版，第947页。

⑤ [明]董说《七国考》，文渊阁四库全书版，卷12。

⑥ 据睡虎地秦简中的《法律答问》记载“甲盗牛，盗牛时高六尺，系一岁，复丈，高六尺七寸，问甲可（何）论？当完城旦；‘甲小未盈六尺，有马一匹自牧之，今马为人败，食人稼一石，问当论不当？不当论及赏（偿）稼。’”参见睡虎地秦墓竹简整理小组《睡虎地秦墓竹简》，文物出版社1990年版，第95、130页。

⑦ [汉]班固《汉书》，卷2《惠帝纪》，中华书局1964年版，第85页。

⑧ 同注④。

⑨ [北齐]魏收《魏书》，卷111《刑罚志》，中华书局1974年版，第2874页。

⑩ 《大清律例》，文渊阁四库全书本，卷5。

⑪ 据《礼记·内则》记载“成童，舞《象》，学射御。”郑注云“成童，十五以上。”参见注③，卷28《内则》，第869页。

⑫ [唐]杜佑《通典》，清武英殿刻本，卷7。关于历朝历代的成丁年龄，参见[清]沈家本“丁年考”，载《历代刑法考》，中华书局1985年版，第1331-1341页。

括赋税徭役在内的全部法律责任的年龄分界点,亦即法律意义上的成年年龄。15岁以下的未成丁者被统称为“年未及岁”,与今天所说的未成年人相似。

从《礼记》到《大清律例》,“儿童”这一特殊群体很少被单独提及,基本都是与老人、废疾者一起出现。《大清律辑注》这样解释“老小废疾收赎”条的宗旨“此条义重敬老慈幼,矜不成人,乃法中之恩也。”^⑬《大清律例根原》也认为“此是恤老慈幼,矜不成人之义也。”^⑭无论是体恤、怜惜,还是矜悯,其实都是道德化的同情心,那么同情心所指向的对象也应具备某方面的同质性,即他们都是弱者。由于法律总是建立在对一个普通的“人”的认识基础上,而中国传统法律所设定的“正常人”是健康的成年男子。因此,女子、儿童、老人、废疾者都因在某些方面或多或少存在一定的“缺陷”而被视为弱势群体,故有女弱、幼弱、老弱、病弱之称。由于弱者在社会生活中居于劣势地位,所以法律要对他们加以优待,以贯彻“损有余而补不足”的天道,实现“中”与“平”的理想境界。

因此,“恤幼”的本质乃是“矜弱”,是在“抑强扶弱”的理念下为实现实质正义而给予身为弱者的儿童的特殊照顾。但这样的结论仍显得过于抽象,内涵和外延都不清晰,因此有研究少年法的学者认为,中国传统法律对于儿童的优待,“无论是在程度上还是适用面上都是极其有限的,其实际运作情况也很令人怀疑。”^⑮为了应对这种质疑,就需要对“矜弱”之法的实际运行状况进行考察,而非仅仅关注法律理念与法律条文本身。

清代存留的大量判例判牍和档案资料,无疑为研究“矜弱”之法的运行实况提供了便利条件。本文以身犯命案的儿童的法律处遇为研究对象,一方面是因为清代的命案均需呈报中央,从而形成了详细的案情记录和完整的司法流程记载;另一方面是因为命案与死刑直接相关,研究清代法律在死刑这一重大问题上对儿童的态度和处理情况,更有利于把握“矜弱”之法的实践逻辑。

在通过判例考察清代有关儿童的司法实践方面,值得关注的研究是早期西方汉学家德克·卜德(Derk Bodde)的论文《清律中的老幼废疾》。该文敏锐地指出司法判决对“弱”“理屈”“欺”“逞凶”等关键因素的衡量及对“平衡”的追求。^⑯不过他的这些讨论仍有深入的余地。本文希望通过有关儿童的司法判例,揭示清代官员乃至皇帝在处理儿童犯罪问题时是如何在被害人与加害人的强弱对比中寻求“中道”的平衡点,尤其是在乾隆年间,伴随着先例的讨论与条例的修订,宣示“恤幼矜弱”的具有道德性的律文是如何与注重实用性的例文相衔接并在法律实践中予以具体化运用,从而展现这种“实体理性”^⑰的法律思维与基于自由意志学说、注重形式理性的西方少年法之间的差异。

^⑬ [清]沈之奇《大清律辑注》,怀效锋、李俊点校,法律出版社2000年版,第62页。

^⑭ [清]吴坤修等编撰,郭成伟主编点校《大清律例根原》,上海辞书出版社2012年版,第139页。

^⑮ 姚建龙《少年刑法与刑法变革》,中国人民公安大学出版社2005年版,第23页。

^⑯ 参见[美]德克·卜德“清律中的老幼废疾”,载中国政法大学法律史学研究院组译《中国法律传统论文集》,中国政法大学出版社2015年版,第110-142页。

^⑰ “实体理性”与“形式理性”是描述法律特征时经常使用的一对学术概念。马克斯·韦伯将法律的性格归纳为“形式”“实质”“理性”“非理性”四种理想型特征。其中,“形式理性”的法律要求任何法律规范和法律事实都可以通过形式逻辑的方法从高度精纯化的公理性前提中推演出来;而具有“实质”性格的法律则通常与伦理规范混合在一起,更多地运用“类推”的方法,在个案审判中充分考虑到具体的权宜得失与平衡。韦伯倾向于认为“实质”性格的法律容易受权力及个人感情的左右,从而形成“实质-非理性”的特征,中国传统法即属此类。黄宗智则指出,中国传统法以儒家道德理念为指导,又根据社会实际作出一定的调整,注重通过具体事例来阐明抽象原则的实质性意义,但这并不意味着中国的司法就是任意专断的,因此用“实体理性”来描述中国传统法更为合适。参见[德]马克斯·韦伯《法律社会学》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社2005年版,第25-29、188、218、216-226页;[美]黄宗智《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,法律出版社2014年版,总序第2-3页、第179-184页。

一、儿童死罪上请程序中的强弱之辨

（一）上请程序与法中之恩

乾隆十五年（1750年），13岁的张麻子因父亡母醮，跟随堂舅陆彝生活。陆彝家中有一位名叫江开和的雇工，因江开和做工迟误，陆彝与江开和夫妇发生争执，进而扭打成一团。张麻子上前拉劝，却被江开和一脚踢开。张麻子蹲地揉痛之际，随手拾起半截方砖扔过去，不料正中江开和心坎，致使江开和呕血殒命。江苏的地方官员将张麻子依照斗杀律拟绞监候，但案件在具题后遭到了刑部的题驳。刑部认为江苏巡抚未写明该案的情节与丁乞三仔案是否具有相似性，即此案能否援引先例声请免死。江苏督抚接纳了刑部的意见，并很快草拟出新的判决：张麻子按律本应拟绞，但其符合援引丁乞三仔案上请的条件，希望能判处张麻子流罪收赎。这一次，案件顺利通过了刑部的核覆，并奏闻于乾隆帝，得到了“张麻子从宽免死，照例减等收赎”的圣旨。^⑮

通过这个案例，我们可以大致窥得一个身犯命案的儿童所要遭遇的司法程序及可能面临的结果。首先，在案件审理阶段，儿童致人死亡的行为仍要被纳入“六杀”的法律体系中进行评判。根据清律，无论是戏杀，还是斗杀，只要造成被害人死亡的后果，都会被判处绞监候。^⑯在此阶段，儿童除了享有不被拷讯和不戴械具等优待外，定罪量刑的标准与成人无异。直到督抚在向中央呈送死罪案卷时声明此类儿童符合死罪上请的条件，他们的特权程序才正式拉开序幕。

所谓“上请”，是指地方官员在审理案件时，遇到法律规定的特殊群体或特殊情形，除了在案卷中条陈被告所犯之罪及依律应当判处的刑罚，还应注明此人可以上请的理由以及建议从轻处理后的判决，请求皇帝予以决断。上请是身犯命案的儿童得以免死的最关键程序。即使是7岁以下的幼童致毙人命，律文写明其“虽有死罪，不加刑”，清人沈之奇也认为“虽犯应死之罪，不加刑焉，谓不在上请及收赎之限”，^⑰但在清代的法律实践中，此类儿童的案卷仍需由督抚具题，奏闻于皇帝钦定。这有助于我们更加深入地理解“恤幼矜弱”的法律意义：作为对犯罪人的怜悯，它是减轻或免除刑罚的依据，而不影响对犯罪行为本身的定性和评价。《大清律辑注》称此乃“法中之恩”，即先依法定罪、再以恩减刑，而对于免死这种至关重要的恩典，只能由帝国的最高统治者——皇帝来颁布。这一方面是为了保证人命案件的审慎性与统一性，另一方面也有彰显“皇恩浩荡”之义。

（二）上请规则的变革与“矜弱”原则的细化

各省专本具题的死罪案件，一般都会由皇帝交给刑部主导的三法司进行核覆后再行具奏。^⑱刑部如果认为案件存在事实不清、案情评价不当、律例适用不当、程序不当等情形，会将案卷和刑部意见发回给地方督抚再行斟酌，此被称为“题驳”。其中，程序不当主要指上请的问题，包括应当声请而没有声请、不应当声请而声请等两种情况。在本节开头所举的那一案例中，江苏巡抚正是因为未在案卷中叙明声请而遭到刑部驳回。如果仅参考《大清律例》的律文，死罪上请是8-10岁儿童所享有的法律特权，那么13岁的张麻子并不在此限。但是刑部认为，江苏巡抚忽视了一个虽不见于法典记载，但对司法实践起着重要指导作用的事例：丁乞三仔案。

^⑮ 参见《刑部驳案丛钞》，载杨一凡主编《历代判例判牍》（第6册），中国社会科学出版社2005年版，第189-190页。

^⑯ 参见《大清律例》，文渊阁四库全书本，卷26。

^⑰ 同注^⑬，沈之奇书，第62页。

^⑱ 关于各省死罪案件的覆核程序，参见那思陆《清代中央司法审判制度》，北京大学出版社2004年版，第122-142页。

雍正十年（1733年）五月，江西巡抚谢旻具题了这样一则案件：14岁的丁乞三仔与他的无服族兄丁狗仔一起挑土。丁狗仔欺负丁乞三仔年幼，令其挑运重筐，又拿土块掷打他。丁乞三仔拾起土块回掷，不料击中丁狗仔的小腹致其殒命。丁乞三仔被依律判处绞监候。但雍正帝下旨称“丁乞三仔情有可原，着从宽免死，照例减等发落，仍追埋葬银两给付死者之家。”^②由于雍正帝的旨意，丁乞三仔案就成为了一则后来可以援引比附的先例。但这则先例的法律原理何在？是不是将上请的范围扩大到所有11-15岁的儿童？至少乾隆朝的御史万年茂就是这么认为的。

乾隆十年（1745年）九月，湖北巡抚晏斯盛具题了15岁的熊宗正殴伤无服族祖熊健候致死一案，熊宗正被依律拟绞。但在刑部尚未完成核覆之前，御史万年茂注意到这则案件，认为年未及岁的案犯都应援例上请，于是擅自奏请将熊宗正免死收赎。乾隆帝下令将此案交付廷议。刑部尚书盛安认为，熊宗正案与丁乞三仔案有两处“情罪不符”之处：第一，丁乞三仔案是丁狗仔先行欺凌挑衅所致，而熊宗正案则是熊宗正有错在先；第二，丁乞三仔是拾土块掷打误伤致命，而熊宗正则动用了凶器。所以，熊宗正“情罪较重，未便从宽”。此案经九卿议覆后，形成了“嗣后凡遇十五岁以下杀人之犯，该督抚查明，实与丁乞三仔情罪相符者，援照声请，听候上裁”的定例。^③

这则新例并非仅仅否定了御史万年茂欲将上请特权扩大到所有年未及岁的儿童身上的想法，更是对只以客观年龄作为恤幼标准的法律思维发起了挑战。当丁乞三仔案被作为先例确立后，地方官员在决定是否要将某个身犯命案的幼童声请上裁时，便不能只是简单套用律文所划分的三个年龄阶段，而是要转向个案的实质性裁量，即考虑该案与丁乞三仔案是否“情罪相符”。“情”是中国传统法中一个复杂而关键的概念，在此处，它是融合了犯罪人的主观动机以及客观的案件情节、损害结果等一系列具体情状的案件事实。这种从“年龄”到“情由”的思维方式的微妙变化，为此后新条例的颁布奠定了基础。

乾隆四十四年（1779年），当四川总督文绶按照律文的规定，将盐亭县的9岁幼童刘糜子因殴伤李子相致死而拟绞监候的案件声请皇帝裁决时，得到了一个有些出乎意料的答复。原来，刘糜子与死者李子相皆为9岁，事件的起因是刘糜子向李子相讨要葫豆，李子相不肯给，于是刘糜子生气地殴打李子相，致使李子相摔倒毙命。大概是愤慨于刘糜子的蛮横，并希望对顽劣的幼童起到小惩大诫的作用，乾隆帝不但没有宽减刘糜子的刑罚，反而下令刑部对十岁以下儿童死罪上请的特权附加限制条件。刑部很快遵旨执行，并定出新例：十岁以下斗殴毙命之案，如死者长于凶犯四岁以上，准其依律声请。若所长止三岁以下，一例拟绞监候，不得概行声请。至十五岁以下，被长欺侮殴毙人命之案，确查死者年岁，亦系长于凶犯四岁以上而又理曲逞凶，或无心戏杀者，方准援照丁乞三仔之例声请，恭候钦定。^④

经过长期的法律实践及从实践中提炼出的条例的发展，一部分10-15岁的致人死亡的儿童得以援引丁乞三仔案声请免死，以及一部分8-10岁的儿童因刘糜子案不得上请成为定例，8-15岁的儿童所具有的上请资格及限制条件越来越接近，10岁作为犯罪儿童享受宽免特权的年龄分界点的作用变得模糊，从而在一定程度上减弱了绝对年龄作为减免刑罚的依据的重要性，转而回到对“弱”本身的实质性讨论上来。

作为一个表示力量对比关系的形容词，“弱”是相对而言的，是只有在“强”面前才能显现出来的特质。因此，“矜弱”之法不能单方面讨论加害人的情况，而是要将被害人的情况也囊括在考

^② [清] 吴坛编纂，马建石、杨育棠主编校注《大清律例通考校注》，中国政法大学出版社1992年版，第267页。

^③ 参见《大清高宗纯（乾隆）皇帝实录》，卷244，台湾华文书局股份有限公司1970年版，第3540页；同注^②，第267页。

^④ 参见注^②，第267页；注^①，第142-143页。

虑范围之内。加害人与被害人的年龄差距，是二者进行强弱对比的重要因素之一。儿童致毙人命案的受害人通常也是儿童，当时的官员和皇帝显然都注意到了这一点。在刘縻子一案中，乾隆帝就指出“所指十岁以下犯杀人应死者，或系被杀之人较伊年长，强弱不同，如丁乞三仔之案，自可量从未减。今刘縻子所殴之李子相，同系九岁；且刘縻子因索讨葫豆不给，致将李子相殴跌，其理亦曲。若第因其年幼辄行免死，岂为情法之平？”^⑤ 在对此案的讨论中，乾隆帝牢牢把握住“强弱之辨”这一问题的核心，在受害者也是同龄儿童的情况下，加害人的弱势地位就受到了质疑，“矜弱”之法也不再适用。

此外，为了实实现实质正义，加害人除了要满足年龄小于被害人四岁以上这一“客观”的“弱”的要求，还要在具体案件中体现出他的弱势地位，即在加害人和被害人发生冲突时，加害人原本属于理直的一方，因遭到被害人的恃强凌弱、非理欺辱，在反抗强暴的过程中造成了被害人死亡的后果。如果致毙人命的幼童在案件中并没有因为自己的弱势地位而遭到实际“压迫”，那么对于这名犯罪儿童就不能动用“矜弱”之法所给予的上请特权。比如嘉庆八年（1803年），14岁的阎十三仔在其76岁高龄的无服族祖阎正建的塘水沟里放水捕鱼。阎正建恐其将水放干，斥骂阎十三仔并想打他。阎十三仔在逃走的过程中拾起石头投掷，希望吓退阎正建。不料石块伤到了阎正建的左耳根，致其倒地殒命。有司认为阎十三仔被追殴是因为其本身的过错，并非是因为年幼体弱而遭到欺凌。由于阎十三仔不符合“弱”的要求，所以被拟绞监候，不得上请。^⑥

通过上述条例辗转修订的历程，我们可以清楚看到清代的律、事例和条例之间的关系。律文提供了“矜弱”这一总体性的道德原则。丁乞三仔案、熊宗正案、刘縻子案等具有先例意义的案件，则阐明了“矜弱”原则的实质意义，并从中抽象出三条具备可操作性的衡量“弱”的实用规则：第一，幼弱的界限，即年龄小于15岁；第二，加害人与被害人相较而言实力居弱，对于15岁以下的儿童来说，四岁以上的年龄差距足以造成强弱立判的效果；第三，犯罪儿童因为前两种“客观”上的弱势而遭到了被害人“实质”上的恃强欺凌。这三重“弱”的要求被上升为条例，成为此后的司法官员在决定上请与否时的具体裁判规则。

比较例外的是7岁以下儿童的情况。嘉庆十一年（1806年），山东德州年仅7岁的杜七与同龄小伙伴阎狗在一块儿捕虫玩耍。阎狗向杜七讨要蛄虫，杜七不肯给，阎狗于是打了杜七的胳膊，杜七回手一推，不料将正准备下山的阎狗推落山崖，导致其严重摔伤并于数日后死亡。山东巡抚将杜七依斗殴杀人律拟绞监候，并声明该犯在犯案时年仅7岁，照律当免其罪。刑部在核覆此案时，一方面认为律文按照年岁大小规定了矜宥的等差，7岁的情况应当与10岁不同，另一方面又碍于前述乾隆四十四年那道谕旨中的统括性言辞，只得提请皇帝作出裁断。嘉庆帝认为，此案中的杜七系无心戏杀，与乾隆年间的刘縻子案情节不同，理当依律免罪。^⑦ 嘉庆十四年（1809年），由此案例所引申出来的例文——“七岁以下致毙人命之案，准其依律声请免罪”——被正式写入《大清律例》。^⑧ 就笔者目前所见到的案例来看，致毙人命的七岁以下的幼童，不论是否理屈性暴，也不论被害方的年龄大小，都会被免除处罚。比如在嘉庆十七年（1812年），年甫6岁的哈尔呢都与9岁的玛勒塔玛勒在玩耍中发生争执，哈尔呢都用刀戳伤玛勒塔玛勒致其身死，在该案中，哈尔呢都被依律免罪。^⑨ 这

^⑤ 同注②。

^⑥ 参见[清]祝庆祺编《刑案汇览全编·刑案汇览》，法律出版社2007年版，第295-296页。

^⑦ 参见《刑事判例》，载杨一凡主编《历代判例判牒》（第6册），中国社会科学出版社2005年版，572-573页。

^⑧ 参见注④，第144页。

^⑨ 参见注⑥，第298-299页。

说明7岁以下的儿童是更为特殊的群体，对于他们的责任豁免是绝对的。

（三）弱者之间的位阶

如果说“恤幼”的本质乃是“矜弱”，在儿童与儿童因争闹而酿成人命的情况下，可以通过年龄差距、案件情由来考察二者之间的强弱关系，那么在儿童与女弱、老弱、病弱等其他类型的弱者发生冲突并导致对方死亡时，又该如何办理？

首先，我们来考察儿童致妇女死亡的案件。嘉庆十七年（1812年），陕西省15岁的刘顺儿因被31岁的妇人姜石氏欺侮，踢伤姜石氏致其死亡，刘顺儿被拟绞监候，声请减流收赎获得刑部核准；山东省11岁的刘小二因与李三富的童养媳小巧姐争角，被小巧姐用土块掷打，刘小二顺手拿起有铁箍的伞柄还殴，结果击中小巧姐的头部致其殒命，亦获准减流收赎。

同年还发生了一起儿童致老人身死的案例。14岁的高随山路遇大雨，于是来到一所寺庙内躲避。此前已在庙中避雨的年逾七旬的老人高更见到高随山衣服淋湿，不让他同坐，并将他推搡殴打。高随山与之理论，高更却将高随山从身后抱住，欲将其摔倒殴打。高随山挣脱不开，情急之下咬伤了高更的手腕，十二天后，高更因伤口溃烂而死。刑部认为高更虽为老人，但理曲逞凶在先，犯案儿童符合被长者欺侮的情由，故而准许援例上请。

因此，在嘉庆十七年，刑部以说帖的形式统一了儿童致毙妇女、老人能否上请的标准，即仍以具体案件中双方的强弱地位为准，视何人理曲、何人有欺凌情状而定。“查办理幼孩毙命之案，总视其是否被长欺侮为断。如死者并非理曲逞凶，又无欺凌情状，凶犯虽年在十五岁以下，仍应按律拟抵，不准声请。若死者实系恃长欺侮，而又理曲逞凶，虽妇女老人，凶犯既年未及岁，自应照例声请。”^⑩

但在对方为笃疾之人时，情况便有些特殊。嘉庆十八年（1813年），陕西巡抚向刑部呈报了年未及岁的张豹儿戳伤双目失明的刘长碧致其身死一案。该宗命案的确是因张豹儿被年长的刘长碧欺侮所引发，所以陕西巡抚援照丁乞三仔之例，为张豹儿声请免死收赎。但刑部认为，所谓的15岁以下的幼童被长者欺侮，乃是专指该幼童情可矜悯，而此案的死者为双目失明的笃疾之人，未便援引此例。^⑪其言下之意是那名死者比该犯案儿童更值得矜悯，纵使其恃长欺凌在先，但儿童作为一个健全之人在该案中并不居于弱势地位，因此不能获得上请的优待。由此，我们可以总结出，在清代的认知体系中，对四种弱势群体进行由弱及强的排序结果为：笃疾者、儿童、老人、妇女。

比较耐人寻味的是嘉庆十九年（1814年）发生的一件杀妻案。四川省的李达程虽然年未及岁，但是已经娶妻，其妻杭氏比李达程大四岁以上。某一日，杭氏不肯按李达程的吩咐去背煤，夫妻俩因此发生了肢体冲突，杭氏对丈夫有“扭辮揪按”的行为。愤怒的李达程连捅了妻子好几刀，致使杭氏当即毙命。按律，殴妻致死者绞监候，但四川总督认为该案的情状与丁乞三仔案相符，于是将李达程援例上请。然而，刑部并不认可四川总督的做法。刑部指出，15岁以下儿童得援照丁乞三仔案声请免死之例，应当仅适用于凡人，否则就会出现有违伦常的情况。比如在此案中，夫妻有敌体之义，论名分则夫为妻纲，妻属卑幼，夫属尊长。身为卑幼的妻子对丈夫有所冒犯，如何能称之为“恃长欺幼”“以强凌弱”？更何况此案情节较丁乞三仔案为重。因此，刑部驳回了四川总督的拟判并令其更正，从而形成了“杀妻之案不得援照丁乞三仔”的说帖。^⑫通过这一案件可以看出，由伦

^⑩ 同注⑥，第297-298页。

^⑪ 参见注⑥，第296页。

^⑫ 参见注⑥，第2062-2063页。

理所决定的“卑幼”身份，要优先于由年龄等其他情由所得出的“长幼强弱”的判断。

（四）减流准赎的优待

在叙明上请情由的案卷通过刑部核覆后，刑部会将其题奏给皇帝作最终裁定。如果不出意外，这些案件绝大多数都会在皇帝那里获得“从宽免死，减流收赎”的批示。所谓“减流”，是指皇帝同意了免死声请，从而将死刑减轻一等，降为杖一百、流三千里；所谓“收赎”，则是指犯罪的儿童可以用钱或者粮食来赎减免死之后的流刑。

不过需要注意的是，死罪上请的儿童能够再继续享受减流收赎的特权，是乾隆年间才开始实行的优待。在康熙年间，《大清律例》的“老小废疾收赎”条仅有三条例文，其中第二条规定“年七十以上、十五以下及废疾……其真犯死罪，免死，及例该永远充军者，不准收赎。”《大清律辑注》对该条例所做的注解为“真犯死罪免死，谓遇恩例减一等应流者也。已免死罪，故不得再宽。”^③可见在这一历史时期，死罪上请与收赎不能同时使用。如果一名7-15岁的幼童因致人死亡而被判处绞监候，纵使其利用上请的机会顺利地获得了皇帝“从宽免死”的恩旨，也不得不接受杖一百、流三千里的惩罚。

而在乾隆五年（1740年）再次整理编纂条例之时，大臣在该条例文下注明了这样一则按语：“律文‘流罪收赎’下，止注明‘谋反、叛逆，缘坐应流’及‘会赦犹流等项不用此律’，则免死减等流罪，亦准收赎……此条应删。”^④大臣的提议显然得到了乾隆帝的支持，嗣后发行的《大清律例》的各种版本中再也不见该条例文的踪影。这意味着一名犯死罪的儿童一旦通过上请而迈过了死刑的关卡，他的家长又能拿得出一笔赎金，那么他就可以不用接受任何身体上的处罚而顺利返家。

那么接下来的问题是，一个通过上请而被免除死罪的儿童需要缴纳多少赎金？减死一等最为常见的情形，是将死刑降为杖一百、流三千里。对照《大清律例》中的“纳赎诸例图”，在老小废疾收赎时，杖一百的赎银为七分五厘，流三千里的赎银为四钱五分，总共折银五钱二分五厘。^⑤那么一个普通家庭是否能负担得起这笔赎金呢？若以清代中下阶层家庭的年收入为十余两银子计，五钱二分五厘银子相当于半个多月的收入；再以物价水平来计算，《大清律例》规定赎银五两可以纳米十石或纳谷二十石替代，那么五钱二分五厘银子大致相当于米一石或谷二石。而乾隆年间南方地区稻作农业的平均亩产量为三石左右，^⑥除非是赤贫家庭，这样的赎金数目应该不是一笔太重的负担。事实上，在被允准纳赎的诸色人等中，老小废疾收赎所需的银钱最为低廉。命妇、官员正妻等有一定身份的妇女在犯应死之罪而被允许纳赎时，除赎正罪需银一两外，余罪还折银四钱五分，基本上是老小废疾收赎所需银钱的两倍；文武官吏、有职役之人及兵民有力人等纳赎的价格更是高昂，仅杖一百就需赎银五两。通过这样的赎金对比可以看到，清代法律对于弱者的怜悯，并不仅仅只是一种抽象空泛的道德性宣示，而是可以通过多项制度付诸实施，是弱者可以切实享受到的优待。

当然，这样的优待也不能滥用。在乾隆五十三年（1788年）的律例修订中，原属于“老幼不拷讯”条的一则例文被移至“老小废疾收赎”条下，对幼年者的收赎特权进行了一定的限制“凡年七十以上、十五以下，及废疾，犯流罪以下者，准其收赎一次，详记档案。若收赎之后，复行犯

^③ 同注⑬，第64页。

^④ 同注⑭，第141页。

^⑤ 参见注⑱，卷2。

^⑥ 参见史志宏“十九世纪上半期的中国粮食亩产量及总产量再估计”，《中国经济史研究》2012年第3期，第56页。

罪，除因人连累、过误入罪者，仍准其照例收赎外，如系有心再犯，即各照应得罪名按律充配，不准再行收赎。”^⑦ 所以，每名儿童基本只有一次收赎机会，以避免其有恃无恐。

二、秋审程序中的“矜弱”之道

符合上请条件的犯罪儿童可以经由“免死—减流—收赎”的程序顺利返家，那么被定死罪但又不具备上请资格的儿童的命运又将如何？他们将与其他被判处斩监候或绞监候的成年人犯一道，经历一项重要的死刑复核程序——秋审。每年春季，各省督抚司道对各自辖区内押的监候死囚再行审议，根据案情轻重将其分成“情实”“缓决”“可矜”“留养承祀”等四种处理结果，并将秋审题本具题。秋八月，以刑部为主导的三法司对地方奏报的监候案件复加详核，最后将议定的结果恭呈皇帝御览。^⑧ 所谓“情实”，是指案情确实、罪刑相当，应予执行死刑。“缓决”是指罪行稍轻，因此继续监候，留待下年秋审时再行复核。“可矜”是指犯罪人情有可原，可以减等免死发落，这是秋审所能获得的最好结果。“留养承祀”则是指犯罪人身为独子，家中父母又老疾无人奉养，所以特恩免死的特殊情况。^⑨ 因此，除了“情实”以外，其他种类的人犯都可获得一线生机。对于那些因致人死亡而被判处绞监候但又不满足上请条件的儿童来说，秋审是他们能够回家的最大希望。

（一）矜缓比较

参加秋审的儿童被分成“情实”“缓决”与“可矜”，所依据的法律规则为何？首先我们来看“可矜”与“缓决”的区分。根据乾隆三十二年（1767年）的秋审条款，“幼孩斗杀案件，如被杀者之年较伊更小，并系金刃重伤者应入缓决。其被年岁较长之人欺殴，力不能敌，情急回殴致毙者，应入可矜。”^⑩ 到了晚清时期，这则条例被重新表述如下：“十五岁以下幼孩杀人案，如死者年长四岁以上，而又恃长欺凌，理曲逞凶。力不能敌，回抵适伤者，酌议拟可矜。倘死亦同岁幼孩，应遵照乾隆四十四年四川省刘糜子殴死李子相案内所奉谕旨，监禁数年，再议减等，以消其桀骜之气。”^⑪

首先，年龄差距的大小依然是区分矜缓的重要依据。在《秋审实缓比较成案》与《续增秋审实缓比较成案》所记载的40起儿童致毙人命的案例中，幼童因争斗致毙幼童的案件总共有10起，再加上1例死者虽已成年，但与致毙人命的儿童的年龄差距仍不足四岁的案件，这11起案例的秋审最终结果皆为“缓决”。

除了年龄差距的硬性条件外，“可矜”还对涉案双方在具体情境下的实力对比作了规定，即死者“恃长欺凌，理曲逞凶”，而致毙人命的儿童则“力不能敌，回抵适伤”，否则只能按“缓决”处理。下面的这起案件，有助于我们更好地把握这一原则的运用：同治四年（1865年），15岁的郭马与前来讨还其兄长所欠钱款的56岁的债主发生冲突，郭马对债主石毆脚踢，两伤均致命，而死

^⑦ 同注①，第143页。

^⑧ 关于秋审程序，参见孙家红《清代的死刑监候》，社会科学文献出版社2007年版，第92-107页；那思陆《清代中央司法审判制度》，北京大学出版社2004年版，第144-149页。

^⑨ 此乃秋审结果的通说。关于秋审结果的种类，参见注⑧，孙家红书，第112-113页。本文主要讨论“情实”“缓决”与“可矜”这三种情况。

^⑩ 《秋审指掌·比对矜缓条款》，载杨一凡主编《历代珍稀司法文献》（第13册），社会科学文献出版社2012年版，第43页。

^⑪ 《秋谏志》，载杨一凡编《清代秋审文献》（第8册），中国民主法制出版社2015年版，第287页。

者一直赤手空拳。这使得死者虽然年长但在此案中居于不利地位，何况讨债本为理直。郭马虽为儿童，却不得谓之“弱”，只能入于“缓决”。^{④②}而光绪元年（1875年）六月二十六日，15岁的儿童胡知方见到21岁的无服族人胡应幅在公共坟山上砍柴，于是上前斥阻，但遭到胡应幅的谩骂，两人由此争闹起来。胡应幅想用柴刀去砍胡知方，却被胡知方将刀夺下。胡应幅又扑过去撞胡知方，胡知方在情急之下挥动夺过来的刀想要吓阻胡应幅，不料却伤到了胡应幅，致其倒地殒命。胡知方被依斗杀律拟处绞监候。在光绪三年（1877年）的秋审中，地方督抚大概是考虑到此案中使用了凶器的缘故，^{④③}于是将胡知方归入“缓决”。但刑部认为，儿童杀人案，如果死者年长犯罪人四岁以上，又理曲逞凶、恃长欺辱，那么可以准照丁乞三仔案上请减流；如果案情与丁乞三仔案稍有不符，在定案时依然判处绞监候，就应该在秋审时酌情入矜。所以，此案最后获得了“改矜”的结果。^{④④}

由此可以看出，“可矜”与“缓决”的区分，同是否具备上请资格判断标准几乎完全一致。三者共享着一套原则，根据犯罪人的可矜悯程度及案情轻重，分别给予犯死罪儿童从大到小的优待：完全符合“弱者”定位的儿童，可以在获得皇帝从宽免死的恩旨后即刻纳赎回家，余者则必须收押在监牢里等待秋天的到来；一部分符合“弱者”的定位，但情节稍重的“可矜”儿童，在一次秋审过后也可减流；而在所犯案件中并非“弱者”的“缓决”儿童，仍需继续收押，经历一次又一次的秋审，直到最终获得宽大处理。所以，前述乾隆四十四年时由刘糜子案所引申的那条例文，虽然限缩了一部分10岁以下儿童死罪上请的权利，但乾隆帝并非真心想要这些儿童偿命，他非常清楚“上请”、秋审的“可矜”及“缓决”提供了一个完整的免死减流收赎的机会链条“且拟以应绞监候，原不入于情实，数年后仍可减等，何必亟于宽贷乎？”^{④⑤}所以他的计划是将一部分原本可以通过上请免死的儿童延迟到秋审时再予以缓决处理，用数年监禁的时光来消磨顽劣儿童的暴戾之气。

（二）实缓比较

接下来的问题是，“缓决”与“情实”的界限又在哪里？这一问题由于关乎生死而显得尤为重要。根据《秋审实缓比较条款》，“十五岁以下幼孩杀人案，除谋、故等项应入情实外，如系斗杀，必实有凶暴情节、伤多近故无一可原，及死更幼稚、死系双瞽笃疾，理曲欺凌、叠殴多伤者，方入情实，余俱缓决。”^{④⑥}而反过来，在成年人导致老人、儿童死亡的案件中，“致毙老人、幼孩之案，有欺凌情状者，俱应入情实。”^{④⑦}所以，“殴毙幼孩、老人，凶手每多从重论，则凶手为幼孩、老人，亦应量为从宽”。^{④⑧}除了谋杀、故杀不可被宽免之外，犯罪儿童在入于缓决的可能性方面，亦即通往“生”的道路上，享有比成人优惠得多的条件，15岁以下的儿童基本上是不会被实际执行死刑。《秋审实缓比较成案》与《续增秋审实缓比较成案》所载的那些幼童斗杀幼童的案件皆以缓决告终，纵使其中不乏手段残忍、情节严重的例子，清代的官员们也总会尽力寻求犯罪儿童的“尚可原缓”之处。

如果一定要探究清代是否处死过身负命案的儿童，那么有这样一则材料可供参考。道光六年

^{④②} 参见《秋审实缓比较成案》，载杨一凡编《清代秋审文献》（第17册），中国民主法制出版社2015年版，第222页。

^{④③} 是否使用金刃凶器，是清代官员在衡量“情罪”时非常重视的一项考虑因素。凡持凶器者，自然在斗殴中居于强势地位，根据现有案例来看，7岁以上的儿童以金刃致毙人命，皆不得援引丁乞三仔案上请，在秋审亦会影响“缓决”与“可矜”的裁定。

^{④④} 参见《秋谏辑要》卷6《矜缓比较成案》，载杨一凡主编《历代珍稀司法文献》（第14册），社会科学文献出版社2012年版，第840-841页。

^{④⑤} 同注^{④②}，第267页。

^{④⑥} 《秋审实缓》（黄本），载杨一凡主编《历代珍稀司法文献》（第13册），社会科学文献出版社2012年版，第128页。

^{④⑦} 同注^{④⑥}。

^{④⑧} 《秋审实缓比较条款》（谢本），载杨一凡主编《历代珍稀司法文献》（第13册），社会科学文献出版社2012年版，第221页。

(1826年),刑部在秋审时遇到一起令其犯难的案件。四川省12岁的幼童刘富儿(犯案时年仅11岁),在与同龄小伙伴打斗的过程中致对方死亡。该案的情节非常严重,刘富儿使用了凶器,“刀砍头面九伤八致七损,立毙其命”,找不到可以宽原的地方。而且,“查两幼相斗,凶犯十四五以下,情伤俱重者,向有实案。”所以,将刘富儿归入“情实”一类似乎并无不妥。但刑部官员最终还是认为,“童子无知,若绑赴市曹正法,情殊悯恻”,依然将其入于“缓决”。^{④⑨}沈家本在整理清代秋审案例时,也注意到这则材料,认为道光朝以前应当是有将儿童归入“情实”而处死的实际案例,但是沈家本自己并未找到任何实案,所以只能认定“今不可考矣”。^{⑤⑩}

不过需要注意的是,沈家本此处所指的是幼童斗殴杀人未见实案,而对于谋杀、故杀之罪,《秋审实缓比较条款》明确指出“应入情实”。^{⑤⑩}沈家本也认为“老幼犯谋、故,法无可宽。”^{⑤⑩}由于谋杀、故杀这类事先有准备的情形使案件双方的力量强弱对比失去了意义,因而不能享受法律所规定的那些特权。清代留存下来的儿童谋杀、故杀案例极少,据笔者目力所及,只有《秋审实缓比较成案》中记载了三例。同治七年(1868年),四川省14岁的陈五娃谋杀了一名12岁的幼童,秋审时被定为“情实”;同治九年(1870年),15岁的唐甲娃故杀了一名年仅12岁的幼孩,亦在秋审时被归入“情实”。只有同治七年时12岁的孙帼举故杀了他年仅6岁的大功服弟,由于其弟有错在先,被认为“稍有一线可原”,秋审时方入于“缓决”。^{⑤⑩}

总体而言,绝大多数被拟定死刑的儿童,都会在秋审中获得免死减流的结果。乾隆五年(1740年)十二月,刑部在核覆湖南按察使彭家屏所奏案件的过程中,形成了秋审时被认定为“可矜”而减流的儿童亦可收赎的定例。乾隆八年(1743年)再次馆修《大清律例》时,“每年秋审人犯,其犯罪时年十五以下及现在年逾七十,经九卿拟以可矜,蒙恩宥免减流者,俱准其收赎”,^{⑤⑩}正式成为“老小废疾收赎”条的第四条例文。而秋审时被归入“缓决”的儿童,虽然要在监狱里被多羁押几年,最后亦可被减等为流罪。即使经过数年的拖延,有些儿童已经成年,也依然不妨碍其后续的收赎权利。所以,那些不具备上请资格的儿童,亦可遵循“免死—减流—收赎”的途径返家,秋审所发挥的“恤幼矜弱”作用越来越重要。

三、年龄计算方式中的实质正义

由于处理儿童犯罪总是离不开年龄的考量,那么就有一个重要的操作性问题——清代是如何计算年龄的?为了说明这个问题,就需要与现代法律中的年龄计算方式进行比较研究。

众所周知,中华人民共和国现行刑法所称的年龄皆指“周岁”。周岁是指人出生后已经度过了多少个整年,它以生日为起算点,出生当天为零岁,此后从一个生日到另一个生日便增加一岁。

而《大清律例·名例律》注云“谓称人年纪,以附籍年甲为准。”^{⑤⑩}由于清代户籍仅以甲子纪

^{④⑨} 同注④⑨,第221-222页。

^{⑤⑩} 参见[清]沈家本《秋审条款附案》,载杨一凡主编《历代珍稀司法文献》(第15册),社会科学文献出版社2012年版,第1079页。

^{⑤⑩} 同注④⑨,第128页。

^{⑤⑩} 同注⑤⑩,第1079页。

^{⑤⑩} 同注④⑨,第213页。

^{⑤⑩} 同注②②,第266页。

^{⑤⑩} 同注①⑨,卷5。

年法（干支纪年法）标注个人的生年而非生日，周岁计龄法显然无用武之地。事实上，中国传统时代广泛采用的计龄方式是虚岁，它记录的是人出生后已经经历的年份数量，出生当年为一岁，以后每到正月初一便增龄一岁。举例来说，在上文提到的杜七误杀玩伴一案例中，杜七为已未生人，即生于1799年2月5日至1800年1月24日之间。其于嘉庆十年八月初十日（1805年10月2日）将同伴误伤致死。^{⑤⑥}按照现在的年龄算法，杜七最大不过6岁零8个月，最小则只有5岁零8个月，而该案例中却称杜七犯案时年纪7岁，这是因为杜七经历了己未、庚申、辛酉、壬戌、癸亥、甲子、乙丑（嘉庆十年为乙丑年）七个年头，7岁是就虚岁而言。杜七最后被依律免罪，所以律文中所称的“以下”皆应包含本数。

在嘉庆十六年（1811年）谢张来谋害幼童冯九儿一案中，周岁计龄法与虚岁计龄法发生了冲突。冯九儿系嘉庆五年九月二十二日（1800年11月8日）所生（其生日信息应是来源于冯九儿之亲属的供述），于嘉庆十五年二月初二日（1810年3月6日）被谢张来谋勒身死。按照乾隆五十一年（1786年）的定例，谋杀10岁以下的幼孩应拟斩决，如果被害人已满11岁，则加害人只按谋杀凡人律拟斩监候。时任直隶总督的温承惠以冯九儿尚不满10整岁为由，将谢张来拟斩立决。温承惠所谓的十整岁，显然与现在十周岁的算法相一致。

但该案被上呈中央后，遭到了刑部与嘉庆帝的一致批驳。刑部认为，按照年甲来算，冯九儿已经11岁了。嘉庆帝不仅认为“部驳甚是”，还下令追究审案有误的总督温承惠的责任。温承惠连忙引用“称一年者以三百六十日”的律文为自己辩解。但刑部指出，数足三百六十日方为一年的计算方式，仅适用于秋粮违限、追赃缉盗等各项限期，若称人年纪，则只以年甲为准。嘉庆帝亦颁布圣旨：嗣后遇到老幼收赎等计年论罪的案件，一律“以年甲为准，用昭画一”。^{⑤⑦}

然则为何计算期限采用周年算法，而计算年龄却用虚岁？刑部与嘉庆帝的答案是户籍仅采用干支纪年法记录了个人的出生年，倘若法律审判具体到出生年月日，必定会出现案犯谎报生日的现象，官吏也可借此挪移舞弊、出入人罪。

如果进一步追问，为何清代的户籍不像现在一样载明生日呢？尤陈俊在分析秦汉之际的刑事责任由身高转向年龄时曾指出，“编户齐民”所带来的国家认证能力的飞跃和国家权力对社会的渗透，是刑事责任分类标准发生转变的最主要原因。^{⑤⑧}延续这一思路，记载着更加详细的个人信息的现代户籍制，也是国家认证力和渗透力提高的表现。杨念群曾在近代医疗史的研究中指出，近代国家机器与西医制度相结合，专业的产科医生取代了传统时期的接生婆，使得平民百姓的生死档案被更加清楚地呈现给政府，实现了国家对于民众的生死控制。^{⑤⑨}而清代的户籍更新需仰赖户主、牌长、甲长的层层上报，对新增人口的登记难免滞后，无法对新生儿的出生日期进行精确记载。

然而，清代的皇帝与刑部官员并不认为户籍没有标明详细生日以及裁断案件时不使用精确的周岁计龄法是一种遗憾，或者和国家能力低下有什么联系。恰恰相反，他们认为逐日扣算的周岁计龄法有难以弥补的缺陷，万一出现某个儿童在犯罪时恰好15岁零1天^{⑥⑩}或者他和被害人的年龄差距

^{⑤⑥} 参见注②⑦，第572-573页。

^{⑤⑦} 参见注②⑧，第304-307页。

^{⑤⑧} 参见尤陈俊“作为法制实施之基础的国家认证能力——来自秦汉时期的一个例证”，《中国图书评论》2013年第11期，第28-31页。

^{⑤⑨} 参见杨念群“民国初年北京的生死控制与空间转化”，载杨念群主编《空间·记忆·社会转型——“新社会史”研究论文集》，上海人民出版社2001年版，第131-207页。

^{⑥⑩} 中国当代即有这样一则案例。2007年，一位名叫孟超的少年，在他18岁生日刚过18个小时的时候杀死了他的“情敌”，被法院判处死刑立即执行。该案引起了法学界的激烈讨论。参见“对孟超枪下留人的民间呼声”，载《检察日报》2008年11月24日。

为3年零359天,那么究竟应不应该给予这名儿童请、减、赎的特权?如果答案是否定的,那就是仅以一日之差而造成了生死有别的情形,显然不符合传统中国的实质正义观。以“年”为计量单位则可以避开上述窘况,使得年龄的差距更多的带有“强”与“弱”的实质意义。从这一方面来说,不甚精确的虚岁计龄法,可以最大限度实现实质正义的目标。

四、中西儿童法律理念再探析

(一) 中西对儿童自由意志的认知

在《儿童的世纪:旧制度下的儿童和家庭生活》这本儿童史的开山之作中,阿利埃斯指出,中世纪的儿童被认为只在身形及生理上与成人有差异,他们是“缩小版的大人”。^①直到西方近代,儿童才被视为是在本质上与成人不同的群体。在法律领域,儿童与成人的区分,是通过基于自由意志的刑事责任年龄制度来实现的。

“意志自由”是古典哲学的集大成者康德为了在自己的哲学体系中证成人类“至善”的理想而提出的三大悬设之一,其主张人应当有运用自己的理性而辨别是非善恶、理解法律的命令并以此决定自己如何行为的能力。因为人的意志是自由的,所以实施违背道义的违法行为就是其自主选择的结果,当然也要承担这种选择的代价——接受法律的制裁。但在这种一般的“理性人”假设中,儿童却和精神病人一起被排除在外。既然儿童没有辨认和控制能力,即使实施了违法行为,也不能对其进行道义上的非难。所以,他们的行为本身不构成犯罪,而非仅仅不受刑罚处罚。

“意志自由”理论是近代“形式理性”的刑法得以展开的公理性前提,有关犯罪与刑罚的诸项理论,都可以在“意志自由”的前提下经过严格的逻辑演绎而推导出来。而且,“儿童没有辨认和控制能力”的学说,又与现代心理学及认知科学的理论交织在一起,从而使原本带有强烈的形而上学色彩的“非理性人”假说因获得了现代科学的背书而为世界各国所普遍接受。

所以,很多当代学者在论及中国传统法律中的“老小废疾收赎”时,都将其视为中国古代的刑事责任年龄制度,甚至认为清代也是根据辨认和控制能力的强弱对不同年龄段的儿童施以不同的刑罚。^②但是通过以上论述可以得知,基于“恤幼矜弱”的原理而减免儿童刑罚的“老小废疾收赎”制度,与基于“自由意志”原理而划定不构成犯罪的刑事责任年龄制度只是在外观和效果上具有一定的相似性,其基本理念和运行程序则完全不同。其中最直接的证据是,清代对于儿童的宽宥仅针对实力悬殊的斗杀,对于谋杀、故杀的处理则与凡人相同。因此,清代法律的前提预设,完全肯定儿童对于自己行为的认知以及积极追求这种结果发生的能力,且这种恶念被认为同成人一样不可原谅。而这就与刑事责任年龄制度的先声——“儿童不能预谋犯罪”的古罗马法谚完全背道而驰。

至于说儿童没有明辨是非的能力,则是饱受儒学浸润的中国传统司法官员绝对不能接受的。由于在中国人的观念史中,并没有根深蒂固地存在过一个外在的、绝对的主宰,因此,人凭借自己的思想行事,也为自己的行为担责,这被视作再正常不过的事情。而人之所以可以不诉诸外在而自我证成人生的圆满,是因为传统儒家认为,人生而具备四种善端,其中就包括是非之心。即使到了清

^① See Philippe Ariès, *Centuries of Childhood: A Social History of Family Life*, New York: Alfred A. Knopf, 1962, pp. 15-136.

^② 参见郭瑞卿“清代未成年人犯罪初论——以判例判牍为中心”,载霍存福、吕丽主编《中国法律传统与法律精神:中国法律史学会成立30周年纪念大会暨2009年会论文集》,山东人民出版社2010年版,第96-103页。

未变法时期，沈家本在面对西方这套“年龄未及之人不能辨别是非，故无责任；其辨别心未充满者，应当减轻”的理论时，依然充满了惊讶与不以为然。“盖犯罪如杀伤、贼盗之类，虽四五岁童稚，无不知其为恶事者，以是非善恶之知与不知而定责任年龄，不可谓非各国法制之失当也。”^③

（二）儿童法律理念的当代发展与困境

到了民国时期，西方刑事责任年龄的理念与制度已逐渐为中国学者所接受。法学家赵琛在其1939年出版的《少年犯罪之刑事政策》一书中，如此描述少年犯罪与成年犯罪的区别：“少年心理，本极单纯，故其犯罪之动机，大抵出于冲动，而不暇深思熟虑，己有所欲，必思夺取，己所愤恨，必思报复，此与成年人之富有理性者，颇异其趣。”^④这种少年感性与成人理性的二元对立，显然是在儿童心理学关于认知发展阶段的理论下进行的。

然而，“儿童是非理性人”这种假说，一旦采取科学化的表述方式，必然要面临来自实证经验的挑战。首先，某位年幼的儿童很可能非常清楚自己违法行为的意义，但却积极追求这种后果的发生。这或许还可以解释成为了追求法律的统一性和普遍适用性，只能依据大多数儿童的辨认控制能力来划定一个一般性的年龄界限。但接下来的问题是，如果承认儿童的心理成熟期同生理成熟期一样会受到物质生活条件、社会环境、教育水平、地理气候等多种因素的影响，那么随着社会的发展，儿童的心理成熟期普遍发生了变化，刑事责任年龄是否也要随之更改？

近代儿童心理学认为，儿童的心理发育比生理发育要晚，所以童年的时间被大大延长，这也是为何现在包括中国在内的世界上大多数国家普遍以14岁作为完全不负刑事责任的界限、以18岁作为未成年的界限，相比而言远远晚于中西传统时期儿童各阶段年龄定位的原因。然而到了20世纪80年代，著名文化批评家波兹曼（Neil Postman）却提出了“童年的消逝”这一命题，认为随着电子媒介的发展，童年和成年的分界线正在迅速模糊。儿童与成人在形象、趣味和风格上越来越趋近，成人犯罪和儿童犯罪之间的差别也迅速缩小。美国的立法者因此被迫修改刑法，使重罪被起诉的少年犯也可以在成人法庭受审并接受针对成人的处罚。^⑤进入21世纪以后，互联网技术的发展更是加剧了这一趋势。中国的犯罪低龄化成为全社会有目共睹的事实，近年来频频曝光的一些未达刑事责任年龄的儿童所实施的恶性案件，其手段之残忍、思维之缜密令人震惊，因此一部分学者以现今儿童心理成熟期提前为由，呼吁降低刑事责任年龄。这一观点也得到了很多民众的广泛支持。

但许多少年法专家对降低刑事责任年龄的提议持反对意见。为了与“儿童心理成熟期普遍提前”的经验证据相抗衡，他们不得不用“未成年人保护”的理念来为自己辩护，强调少年儿童没有刑事责任能力或只有部分刑事责任能力，是基于保护未成年人的刑事政策而作出的有利于未成年人的法律推定。即使儿童的心理成熟期确实已经提前，为了保护未成年人的利益，还是要假定他们的心智并不成熟。^⑥

未成年人保护的刑事政策，事实上与“恤幼矜弱”的理念类似，都是一种基于实质逻辑的道德化表述。不过，矜悯和幼弱都是实质性概念，法律可以通过对“弱”的界定，综合考虑加害人年龄、被害人年龄、案件情由等诸多因素，在个案裁量中实现实质正义。而“保护”虽然是实质性概念，“未成年人”却是一个以加害人年龄为唯一标准的形式性概念。由于这种矛盾性，“保护未成年

^③ [清] 沈家本 “修订法律大臣沈家本等奏进呈刑律草案折（并清单）”，载怀效锋主编《清末法制变革史料》（下卷），中国政法大学出版社2010年版，第78页。

^④ 赵琛 “少年犯罪之刑事政策”，载何勤华、姚建龙编《赵琛法学论著选》，中国政法大学出版社2006年版，第276页。

^⑤ 参见[美] 尼尔·波兹曼《童年的消逝》，吴燕荭译，广西师范大学出版社2004年版，第116-139、169-192页。

^⑥ 参见注^⑤，姚建龙书，第127-128页。

人”的刑事政策所保护的，其实是作为犯罪人的未成年人，从而与实质正义发生了偏差。尤其是在校园暴力等儿童之间发生的侵害案中，一旦法律以未成年人保护为由对加害人宽大处理，就会招来很多民众的质问：比加害人更柔弱、更值得怜悯的被害人的利益又该由谁来保护？这也使得法学界与民众的意见产生了两极分化的态势，中国的少年法律制度也因此陷入了一个尴尬的境地。

结 论

诚然，中国传统时期的刑法并没有为犯罪的少年儿童建立起与成人相分离的独立法律、独立法庭、独立监狱、独立司法人员、独立司法程序^⑥也从认识论上不赞同儿童与成人截然两分的观念。但中国早在数千年前就形成了矜悯儿童等弱势群体的理念，并切实贯彻在法律文本与法律实践当中。

清代对于儿童致毙人命案的处理，是将“请”“减”“赎”等特权与传统刑律的“六杀”体系及死刑复核制度融合在一起，构成了复杂、精密、井井有条的法律运作系统。清朝的皇帝和官员们秉承着实质正义的观念，从实践中提取出客观年龄、年龄差距以及理曲欺凌情由这三条用以界定“弱”的可操作性规则，实现了道德化的律文与实用性的条例之间的结合，确保享受刑罚宽免的儿童确实是值得矜悯的弱者，从而平衡了儿童与成人、加害人与被害人之间的利益。而西方关于“儿童是非理性人”的假设，是其形式理性法得以展开的公理性基础。随着社会的发展和不同文化观念的冲击，这种假设也面临着挑战，不得不以“保护未成年人”的实质性理念来补强。但这种交融又因忽视了被害人的利益而陷入争议。

因此，研究道德化的“矜弱”逻辑是如何在清代法律中展开与贯彻，有利于我们从实质合理性的角度再次审视儿童犯罪与少年法，也为今天形式理性的法律体系所面临的困境提供一种可能的借鉴。

【主要参考文献】

1. [清] 吴坛编纂，马建石、杨育棠主编校注 《大清律例通考校注》，中国政法大学出版社 1992 年版。
2. [清] 沈之奇 《大清律辑注》，怀效锋、李俊点校，法律出版社 2000 年版。
3. 杨一凡主编 《历代判例判牍》，中国社会科学出版社 2005 年版。
4. 姚建龙 《少年刑法与刑法变革》，中国人民公安大学出版社 2005 年版。
5. [清] 祝庆祺编 《刑案汇览全编·刑案汇览》，法律出版社 2007 年版。
6. [清] 吴坤修等编撰，郭成伟主编点校 《大清律例根原》，上海辞书出版社 2012 年版。
7. 杨一凡主编 《历代珍稀司法文献》，社会科学文献出版社 2012 年版。
8. 杨一凡编 《清代秋审文献》，中国民主法制出版社 2015 年版。
9. [美] 德克·卜德 “清律中的老幼废疾”，载中国政法大学法律史学研究院组译 《中国法律传统论文集》，中国政法大学出版社 2015 年版。
10. Philippe Ariès, *Centuries of Childhood: A Social History of Family Life*, New York: Alfred A. Knopf, 1962.

(责任编辑：尤陈俊)

^⑥ 参见注⑤，姚建龙书，第 24 页。

The Sanction System of the Criminal Preparation in the Network Space and the the Ways to Improve It
 ——*The Reflection on the Regulation System of Cybercrime Preparation up to*
“Amendment VI to the Criminal Law” YU Zhigang • 58 •

The behaviour of the preparation for crimes are transforming to the dependent act of perpetrator transforming to the dependent crimes, which is the crucial idea and technology of the crime prevention. The behaviour of the preparation for the crimes in the network space always implements a variety of “one to many” status, which has threatened the legal interests and been the key of completing crimes, so that it has a high possibility of completing damage that needs to be punished. Current sanction system of criminal legislation and the criminal justice on the behaviour of the preparation for network crimes is transforming to the act of perpetrating of specific provision of criminal law which also means transforming to the dependent accusation. However, the implement of the sanction system of the behaviour of the preparation in the general provisions of criminal law encounters many difficulties in the entity and the procedure. Therefore, focusing on deficiencies of the criminal sanctions system of the behaviour of the preparation for the network crimes, the criminal law should solve three core problems, which includes the high standard of transforming to the act of perpetrating but low range of the penalty, the justice’s failing of dealing with the responsibility of the preparative crime and the aborted crime, and the imbalanced crime scope of the network crime of illegal use of information. It is the inevitable direction to realize the scientization of the criminal sanctions system.

Key Words Network Crimes; The Preparation for Crimes; Transforming to the Act of Perpetrating of the Behaviour of the Preparation; The Network Crime of Illegal Use of Information; Criminal Policies

Yu Zhigang, Ph.D. in Law, Professor at Center of Cooperative Innovation for Judicial Civilization of China University of Political Science and Law.

“Compassion for the Weak”: Juvenile Offenders in the Qing Dynasty
Legal System JING Fenghua • 72 •

When children committed homicides during the Qing dynasty, their cases were handled by the same justice system used for adult offenders. But from a very early time, Chinese law endorsed the notion that children and other vulnerable groups were worthy of the law’s compassion. This article explores legal avenues to that compassion, from the law’s efforts to clarify and define what marked a perpetrator as “weak” to the various legal provisions permitting such “weak” offenders to memorialize for mercy or request reduction and redemption of punishment. It finds that compassion for the weak was woven into both the letter of the law and the law in practice, resulting in a justice system that balanced the needs of victims and offenders alike.

Key Words Cases of Children that Committed Homicide; Compassion for the Children and the Weak; Autumn Assizes; Substantive Rationality; Juvenile Law

Jing Fenghua, Ph.D. in Law, Research Assistant of Law in Sichuan University.