

# 清代君臣的法外施仁博弈

蒋铁初\*

**内容提要：**清代的法外施仁有法外宽待及依法宽待两种表现。死罪案件的法外宽待具有不确定性，既是君臣心目中的可益之事，还是君臣都能参与审判的案件，因而成为君臣博弈的对象。清代君臣在大臣发起法外施仁与君主主动法外施仁两个回合展开博弈。其中大臣发起法外施仁，又有大臣事先奏请君主法外施仁及大臣先法外施仁再奏请君主追认两种表现，后一种做法主要出现在晚清时期。君主主动法外施仁的同时，往往会要求大臣宣扬君主的法外施仁，还会通过特殊案件宣扬法外施仁以及在立法中宣扬法外施仁。结果是清代大臣接受了君主是法外施仁唯一主体的观念。君臣博弈形成了清代慎重法外施仁及法内之仁法外化的特征，也加剧了应当施仁案件不施仁及法外施仁偏向亲贵等问题。清代社会的特殊性对法外施仁实践产生了一定的影响。

**关键词：**法外施仁 法内之仁 君臣博弈

## 引言

考察清代司法，法外施仁是一个值得注意的现象。清人杨景仁曾自豪地说：“我朝法外施仁更详且密。大抵顺天时、校年岁、植伦常、正名分，执法而仍准情，以无失乎明慎之义。”〔1〕关于清代法外施仁的含义，学术界已有关关注。汪辉祖在《病榻梦痕录·卷上》评述一则案件时说：“第废疾收赎，法外之仁”。当代学者徐忠明对此追问道：“查检《大清律例·名例·老小废疾收赎》的规定，发现被告可以享受收赎的权利。汪辉祖所谓‘第废疾收赎，法外之仁’显然属于错误之论，被告依法享有的权利不能视为法外之仁，而应是法内之仁。”〔2〕汪辉祖的观点是否属于错误之论，我们还是要看清人自己怎么说。道光七年（1827）刑部说帖称：“惟思老小废疾收赎系法外之仁。”〔3〕同治年间御史宋邦德认为，法外之仁有“老幼废疾妇女流罪以下并准收赎，亲属除谋反叛逆得兼容隐，犯罪自首量予宽贷，死罪非常赦不原者并犯徒

\* 杭州师范大学沈钧儒法学院教授。

本文是国家社科基金项目“中国仁政司法的传统及其权益转化研究”（18BFX025）和浙江省哲学与社会科学规划课题“中国古代的仁政司法研究”（16NDJC143YB）的阶段性成果。

〔1〕（清）杨景仁辑：《式敬编》卷三，道光二十五年刻本。

〔2〕徐忠明：《清代中国司法裁判的形式化与实质化——以〈病榻梦痕录〉所载案件为中心的考察》，《政法论坛》2007年第2期，第61页。

〔3〕（清）祝庆祺：《刑案汇览》卷四，道光棠樾慎思堂刻本。

流者俱准留养”等多种表现。<sup>〔4〕</sup>不仅官员认为依法宽待属法外之仁，清代君主也是如此认为。顺治八年（1651）谕令对狱囚“济以医药，给以口粮，非刑有禁，凌虐有禁，用昭朝廷法外之仁”。<sup>〔5〕</sup>上谕内容在律条“故禁故勘平人”“凌虐罪囚”“狱囚衣粮”等都有明文规定。雍正元年（1723）谕刑部称：“热审特予减等，以昭法外之仁。”<sup>〔6〕</sup>乾隆十九年（1754）谕称“纠众聚匪、劫犯辱官及侵蚀亏空各犯予以监候”为法外之仁。<sup>〔7〕</sup>

上述资料表明，清人将依法宽待视为法外之仁是普遍现象，但徐忠明的质疑亦非毫无理由。按照文义解释，法外施仁确实应指法外宽待。万历年间刊刻的《封神演义》第二十回载：“西伯侯被囚羑里，散宜生致书纣王宠臣费仲。称‘姬伯忤君罪在不赦，感大夫垂救之恩，得获生全，囚羑里。恳祈恩台大开慈隐，法外施仁，一语回天得救归国。’”<sup>〔8〕</sup>文中所言法外施仁是指费仲在纣王面前进言释放姬昌归国。由于信中已称姬昌“罪在不赦”，那么，费仲请求纣王释放姬昌归国及纣王批准所请在性质上都属于法外之举。可见，法外施仁至少在明代时的含义就是指法外宽待。而对依法宽待，明人并未将其视为法外施仁。雷梦麟就认为：“老小废疾有犯当与犯罪存留养亲并看。盖优老怜幼，矜不成人者，此条之意也；若夫念鳏恤寡，以教天下孝者，则存留养亲之意也。此皆法中之恩，义中之仁。”<sup>〔9〕</sup>到了清代，法外施仁同样也有法外宽待之意。以雍正帝处理郭允进案为例，内阁衙门等奏请将郭允进照律凌迟处死。雍正帝谕称：“郭允进之罪，本应凌迟处死，诸大臣所奏甚是。今朕宽其极刑，改为立斩梟示，乃系法外施仁。将来垂训子孙，为因怒而滥用刑者戒。”<sup>〔10〕</sup>雍正帝既然认为大臣所奏甚是，说明大臣所奏内容是合法的。改为立斩梟示，虽然也是死刑，但确属法外宽待。而咸丰帝更是明示其法外施仁非循法之举。咸丰八年（1858）发生科考案，副考官程庭桂罪证确凿，依例当斩。咸丰帝亦认为：“罪有应得，但顾念其为两朝旧臣，且其子程炳采已身罹大辟，心实有不忍。程庭桂着加恩发往军台效力赎罪。此系朕法外施仁，并非从死罪递减；亦非因其关节未经中卷，姑从未减。”<sup>〔11〕</sup>从死罪递减及姑从未减都是对被告依法宽待，属法内施仁。咸丰帝明言程庭桂免死不属此类情形，可见其给予程庭桂的法外施仁属法外宽待。<sup>〔12〕</sup>

综上所述，法外施仁最初仅指法外宽待，清代的法外施仁仍有这一层含义。同时，清代的法外施仁又有依法宽待之意，这是清代不同于明代之处。清人将依法宽待视为法外施仁的原因何在？<sup>〔13〕</sup>笔者认为，清代君臣关于法外施仁的博弈是这一现象产生的主要原因。接下来，笔

〔4〕 参见（清）葛士浚：《清经世文续编》卷八四，《刑政一》，光绪石印本。

〔5〕 《清通志》卷七五，《刑法略一·刑制》，文渊阁四库全书本。

〔6〕 《雍正上谕内阁》卷八，文渊阁四库全书本。

〔7〕 参见沈家本撰：《沈家本未刻书集纂补编》上，中国社会科学出版社2006年版，第20页。

〔8〕 （明）许仲琳、李云翔编：《封神演义》，江苏古籍出版社1991年版，第163页。

〔9〕 （明）雷梦麟撰：《读律琐言》，怀效锋、李俊点校，法律出版社2000年版，第36页。

〔10〕 《雍正上谕内阁》卷四七，文渊阁四库全书本。

〔11〕 （清）王先谦编：《东华续录·咸丰朝》卷八七，光绪刻本。

〔12〕 清代法外施仁还有一种表现，即施行于法无据的善举。此种行为不涉及司法问题，不是本文研究的对象。

〔13〕 将法内之仁称为法外之仁，从立法精神上看是可以解释的。中国古代立法，就其精神而言乃是为了惩罚犯罪，故而先秦时期法律称为刑。人们法律观念中“刑以去刑、辟以止辟”，乃至“王法无情，官法如炉”等法谚都表明法律的根本职能在于打击犯罪。既如此，法典中厚待犯人的条款可以认为是不符合立法惩恶精神的内容，司法者依此类条文行事，可以称为法外施仁。问题在于并非只有清代的立法精神才是为了惩恶，其他时代亦是如此。不过据笔者目力所及，其他时代尚未见将依法宽待视为法外施仁的现象。法外施仁在明代中期之前的对应概念主要为屈法伸情。史料中论及屈法伸情时都是指法外宽待，没有依法从宽的做法。而在明代之前史料中出现法外用语的场合，则多指法外用刑，法外的意思同样指非法。因此清代普遍将依法宽待称为法外之仁，一定还有其特殊原因。

者将就清代君臣法外施仁博弈的成因、过程及影响进行考察,以期展示清代司法的独特面貌。

## 一、清代君臣法外施仁博弈的历史逻辑

探究清代君臣法外施仁博弈的历史逻辑,需要将博弈的历史背景与博弈的要素结合起来分析。所谓博弈,是指多决策主体之间的行为具有相互作用时,各主体根据所掌握信息及对自身能力的认知,做出有利于自己的决策。每个人在决定采取什么行动时,必须考虑其他人对这种行动会作出的反应。<sup>[14]</sup>从概念来看,博弈应当包括四个要素。第一,博弈对象,即各方参加的竞争性行为;第二,博弈主体,即博弈过程中作出决策并承担后果的个人和组织;第三,博弈收益,即博弈方在博弈过程中想要达到的目标和利益;第四,博弈策略,即博弈方可选择的全部行为或方式的集合。下面笔者将从博弈的四要素出发,结合清代司法实际情形,探究清代君臣法外施仁博弈的历史逻辑。

### (一) 法外施仁何以成为博弈对象

欲探讨法外施仁(明代中期以前多称屈法伸情)成为清代君臣博弈对象的原因,首先要考察法外施仁的一般价值。在我看来,法外施仁的价值主要有三个方面。

一是在于消减古代刑事立法的严酷性。受法家重刑轻罪思想的影响,中国古代刑事立法有重刑传统。<sup>[15]</sup>立法既已严厉,如再“依事纠责,则物以为苦”。<sup>[16]</sup>但若减轻立法严厉程度,统治者又担心刑法威慑力不足而致民易犯法。<sup>[17]</sup>古人解决这一难题的办法是允许司法者根据具体案情并在斟酌法意的基础上做出适宜判决。这样既防止了“法轻使人易犯”,又解决了法重加剧民苦的问题。诚如王夫之所言:“法严而任宽仁之吏,则民重犯法,而多所矜全。”<sup>[18]</sup>实践中改重为轻的做法并不罕见。《新五代史·安重晦传》载:“安重晦为侍中……马牧军使田令方所牧马,瘠而多毙,坐劾当死。”重晦谏言:“使天下闻以马故,杀一军使,是为贵畜而贱人。”令方因得减死。本案中田令方“牧马瘠而多毙”,罪行并不严重,但却坐劾当死。安重晦进谏时亦未称田令方“依律不应死”,可见当时法律规定如此。罪行不严重却须处死,明显情轻法重。经安重晦奏请,田令方得以减死。虽与法律规定冲突,却符合罪刑相当原则,更能体现实体公正。

二是维护礼的价值。中国古代社会独具特色的礼法文化在很大程度上影响了司法者对法外施仁的选择。如当事人的行为虽然违法但却符合礼的要求,司法者就可能法外施仁。比如为报父兄之仇而杀人,为尽孝道而犯罪及代亲受刑等,司法者为了倡导孝道伦理,经常会对行为人从宽处罚。其中对代亲受刑的处置往往导致主动受刑者与被替代者都得到宽大处理。<sup>[19]</sup>

三是顺应人情。传统中国以社会和谐为治理目标,顺应世俗人情的司法无疑比单纯依法办

[14] 参见顾雅君:《新编西方经济学》,同济大学出版社2018年版,第254页。

[15] 判断刑罚轻重应当采用现代刑法理论标准,即罪责自负与罪刑相当。依此标准,刑过于罪及株连无辜都是重刑的表现。如此看来,中国古代立法中,即使号称“得古今之平”的唐律都属重刑。因为唐律仍有重罪连坐的规定,且妖言与和奸等无犯罪对象的行为都处以较重刑罚。

[16] 参见《南史·王弘传》。

[17] 朱元璋在阐述明律意旨时指出:“愚民无知,若于本条下即注宽恤之令,必易而犯法,故以广大好生之意,总列《名例律》中。善用法者,会其意可也。”《明史·刑法志》。

[18] (清)王夫之:《读通鉴论》,团结出版社2018年版,第116页。

[19] 《梁书·吉玘传》载,吉玘父“罪当大辟。玘乃挝登闻鼓,乞代父命。高祖乃宥其父”。吉玘亦未罹刑。

案更有利于促进社会和谐。实践中司法者顺应人情对当事人从宽处理的做法屡有发生。《晋书·良吏传》载：“曹摅补临淄令。狱有死囚。岁夕，摅行狱。悯之，曰：‘卿等不幸致此非所，如何？新岁人情所重，岂不欲暂见家邪？’众囚皆涕泣曰：‘若得暂归，死无恨也。’摅悉开狱出之，克日令还。掾吏固争，咸谓不可。摅曰：‘此虽小人，义不见负，自为诸君任之。’至日，相率而还，并无违者，一县叹服。”综而言之，古人主张司法判决应当顺应天理、国法、人情。法外施仁正是依天理人情裁判的表现，可以弥补单纯依律断案的不足。

其次，要考察清代君臣对法外施仁的态度。清代法外施仁有两种类型。依法宽待意义上的法外施仁必须实施，司法者无选择权，不是可以竞争的行为，因而不能成为法外施仁博弈的对象。法外宽待意义上的法外施仁因其实施具有不确定性，是可以竞争的行为，因而能够成为博弈的对象。当然这只是其成为博弈对象的必要条件，而非充分条件。法外施仁欲成为博弈对象，还必须是博弈者心目中的可益之事，这样博弈者才有博弈的动力。研读史料可以看出，法外施仁受到了君臣双方的共同认可。

崇祯十六年（1643），周延儒被赐死。蒋德璟等揭救，称其“驰驱通义一带，亦不无微劳可悯，乞皇上法外施仁”。崇祯帝虽未批准大臣奏请，但亦未对法外施仁予以否定，而是称周延儒之罪依祖宗大法本应处以更严厉刑罚，仅予赐死已是法外施仁。<sup>[20]</sup>到了清代，法外施仁在君臣心目中地位更加尊崇。康熙年间户部尚书梁清标称：“法外施仁原属至美之事。”<sup>[21]</sup>雍正帝认为：“朕之法外加恩，与小民之望外受恩，均为移风易俗之美事。”<sup>[22]</sup>乾隆帝也认为：“缓决之案果系情有可原者，俱入于可矜条内，以昭示罪疑惟轻、法外施仁之至意。”<sup>[23]</sup>法外施仁受到清代君臣如此重视，使它具有成为君臣博弈对象的必然性。应当指出的是，并非所有可以法外施仁的案件都会成为君臣博弈的对象，那些能够成为君臣博弈对象的法外施仁必须与君主可以接触到的案件有关。依清代制度，只有死罪案件才需要君主最后决定。其他案件如果不是诏狱，当事人又未提起京控，君主一般无从染指。故而通常情况下只有死罪案件中的法外施仁才会成为君臣博弈的对象。

## （二）法外施仁博弈的主体、收益与策略

清代君主和大臣是法外施仁博弈的主体。我们知道，法外施仁作为概念虽迟至明代才出现，但作为一种现象在中国历史上早已产生。法外施仁应当由谁提起，由谁决定，如何实施，古人早有过思考。西晋刘颂曾言：“法欲必奉，故令主者守文；理有穷塞，故使大臣释滞；事有时宜，故人主权断。”<sup>[24]</sup>简单说，普通司法者只能依律断案，宰执之类的官员可以提出特殊处理建议，最终由人主来决断。这是君主心目中法外施仁的理想模式。贞观五年（631），唐太宗敕令：“比来有司断狱，多据律文，虽情在可矜而不敢违法。守文定罪，或恐有冤。自今门下省复有据法合死，而情在可矜者，宜录状奏闻。”<sup>[25]</sup>诏书中提及的有司即应当守文的主者，门下省承担的则是大臣释滞的职能，最后由皇帝决断。但明代以后，情况发生变化。明太祖废宰相，传统意义上的大臣退出历史舞台，此后的大臣也只是主者。面对可矜案件，主者

[20] 参见（明）李清撰：《三垣笔记·附识卷中》，民国嘉业堂丛书。

[21] （清）王先谦撰：《东华录·康熙三十》，光绪十年长沙王氏刻本。

[22] 《雍正上谕内阁》卷四六，文渊阁四库全书本。

[23] 《清通典》卷八七，《刑八·宽恕》，文渊阁四库全书本。

[24] 《晋书·刑法志》。

[25] （唐）吴兢撰：《贞观政要》卷八，《刑法第三十一》，四部丛刊续编景明成化刻本。

只能守文，人主才可权断。诚如雍正帝所言：“大臣惟有按律定拟，以待朕之酌量。”<sup>〔26〕</sup>面对需要法外施仁的被告，君臣果能各安其位，双方也不会产生博弈。但现实并非如君主期望的那样，实践中仍然有大臣会提出法外施仁的奏请。如君主能容忍大臣的奏请行为，即只考虑是否同意奏请内容，而不考虑否定奏请本身（前引崇祯帝否决大臣奏请即是如此），此种情形下大臣只需按自己的意愿提起奏请，不用考虑君主对奏请本身的态度，而君主也只需按自己的意愿决定准或不准，不用考虑对大臣的影响。此时，君臣之间通常不会形成博弈。但清代情形不一样，君主通常情况下不愿意大臣奏请法外施仁，而大臣又有奏请法外施仁的愿望，君主与欲提出请求的大臣就成为了博弈的参加者。

前文已指出，法外施仁是博弈者心目中的可益之事。具体说来，法外施仁对于博弈参加者而言有四个方面收益。一是实现司法者的自由意志。如法律规定的处理结果与司法者心目中期望作出的处理结果一致，则司法者的自由意志与法律规定两者可以共存。如面对法无可赦、情理难容的被告，依律当判死刑；司法者亦认为被告无可宽贷，此时司法者依律断案也是其自由意志的实现。但对于情轻法重的案件，司法者认为应当从宽，依律却只能重判。司法者如依律断案，则是违背了其自由意志。司法者如能法外施仁，则其自由意志可以实现。在司法过程中实现自由意志，君主尤其在意。因为在古代中国，法律并非最高权威，君权才是。但君主如果随意破坏法律，不仅与其形象有损，亦不利于其统治。而对情轻法重的案件，予以法外施仁，既可彰显君主的最高权威，又不会落下随意曲法之讥。二是实现司法者追求实体公正的愿望。古代司法中，凡是需要法外施仁的案件，都是依当时法律判决得不到公正结果的案件，因此法外施仁能够实现司法者心中追求公正的愿望。从这个角度看，君主如果对每一个可矜者都能够公正施以法外之仁，大臣便缺乏提起请求的理由。但事实上君主面对众多案件，很难做到对每一个可矜者都施仁，大臣也认为君主未必能做到这一点。前面已分析过，需要君主法外施仁的案件都是死罪案件。如出现应当施仁案件未施仁，则显然与儒家士大夫“求所以生之”的司法理念冲突。<sup>〔27〕</sup>在此理念支配下，部分大臣还是会奏请君主法外施仁。三是司法者的情感需要。中国传统社会极重人情，情感对案件审理者的影响如影随形，君臣皆不能外。单纯依律断案，情感难有发挥作用的空间，而法外施仁则为此提供了机会。崇祯元年（1628），刘鸿训等奏请给获罪的张士范、张星留自新一线，就称“臣等久拟禾陈，谊难终默。”<sup>〔28〕</sup>表明同僚情谊是他们奏请法外施仁的动因。康熙帝在解释给予吴应熊谋反案法外施仁的理由时也曾言：“但以应熊久在近侍，朕心不忍，故将应熊及其子世霖处绞，其余所有干连人等，情罪稍可矜原者，敕所司概行省释，以昭法外之仁。”<sup>〔29〕</sup>四是享有法外施仁的美誉。前文已言及，清代无论是君主还是大臣，都认为法外施仁是至美之事，因此参与法外施仁的决策与实施会在很大程度上给参与者带来仁者的美誉。而成为一个仁者是中国古代绝大多数君主和士大夫的理想，他们对法外施仁美誉的追求会当仁不让。

分析清代君臣的法外施仁收益，我们发现他们的收益是难以共享的。如超越法律实现自由意志，君主可以获得，但君主显然不愿意大臣获得。雍正帝之所以要求大臣只能按律定拟，就是不允许大臣超越法律实现自己的意志。同理，君主也不允许大臣通过法外施仁实现案件的实

〔26〕 《清实录·世宗实录卷五四·雍正五年三月甲辰》，乾隆间内府刻本。

〔27〕 孔子曾言：“古之听讼者，恶其意不恶其人。求所以生之，不得其所以生乃刑之。”见《孔丛子·刑论》。

〔28〕 参见（明）刘鸿训撰：《四素山房集》卷五，《救张侍讲等公揭》，明崇祯刻清雍正印本。

〔29〕 （清）勒德洪：《平定三逆方略》卷五，四库全书本。

体正义及司法过程中掺杂自己的情感。再则，法外施仁美誉的获得是以弃法不用为前提的，而大臣弃法不用同样是君主不能容忍的。因此，君臣关于法外施仁的博弈不可避免。

君臣博弈既已不可避免，接下来要关注的就是如何选择博弈策略。博弈策略的选择与法外施仁案件的审理机制有关。我们知道，君臣可能产生博弈的案件主要是死罪案件。而死罪案件在清代例由地方先行审理，再层层审转至刑部并奏请皇帝决定。但在皇帝决定之前，各级司法者必须提出自己的拟判意见。清代的死罪案件分为立决与监候两种暂定处理结果。督抚在向朝廷题请死罪案件时必须明确是立决还是监候，对最终列入监候的案件在秋审中又必须明确给出情实、缓决、可矜还是留养承嗣的处理结果。由此看来，清代君臣关于法外施仁的博弈有两个事实无法回避，一是应当法外施仁的案件概由大臣先行审理，二是君主有最终决定权。从大臣的角度看，这两个事实决定了法外施仁博弈通常要由大臣先发起，君主后续应对。由于君主有决定权，因此大臣的奏请在很大程度上要考虑到君主的态度。从君主角度看，由于大臣有先审案件的优势，如听任大臣提起法外施仁的奏请，则君主容易陷入被动。君主若否定大臣奏请，意味着君主亦无法获得法外施仁的收益；若支持大臣的主张，则意味着与大臣分享法外施仁的收益。因此君主的策略会更多集中在消减大臣的先审优势及主动施仁方面。

## 二、清代君臣法外施仁博弈的实践

清代君臣法外施仁博弈的模式有两种，第一种是由大臣提出法外施仁以及君主的批驳。第二种是君主主动发起的法外施仁及大臣的应对。

### （一）由大臣发起的法外施仁博弈

由大臣发起的法外施仁博弈是君臣博弈的常态。具体而言，这一模式又有两种表现，一是传统的大臣事前提出与君主批驳；二是大臣先法外施仁，后再报君主追认。前一种表现是主流，从清初一直延续到清末；后一种表现主要见于晚清时期。

由大臣事先提出的法外施仁，在清初即已出现。康熙五十三年（1714），浙江巡抚王度昭奏报黄严县民抢谷情形时称：“流棍煽惑愚民，公然抢夺，但未掠一手；手无器械，未伤一人。此等愚蠢无知之氓，不过一时煽惑。可否免其题报……恃在皇上法外之仁。”康熙帝批道：“此系地方紧要事，着速具题。”<sup>〔30〕</sup>驳回了王度昭的法外施仁之请。本案的君臣博弈中，君主被动应对，博弈比较温和。

到雍乾时期，博弈态势发生了变化。君主对大臣采取了釜底抽薪的策略，意图使大臣不再提出法外施仁。为此经常用市恩、沽名、徇私等不当动机及枉法、不公平等缺陷来指斥大臣的法外施仁题请并处分题请的大臣。雍正元年谕称：“从前湖广巡抚张连登所题，杨商玉与杨眉望之父杨末公角口，杨眉望见伊父被殴，将大功服兄杨商玉毆死。因此援引救父杀死大功服兄之谭华常改为免死减等充发之例，将杨眉望题请减等。朕以皇考在日，将此事交与九卿会议减等结案者，亦因谅其情由可矜，施法外之仁，然并不曾着为定例。张连登何得即引此为例，将杨眉望减等具题，故将张连登交与吏部议处。”<sup>〔31〕</sup> 本案中，雍正帝以大臣题请枉法而处分大臣。其实大臣也知道不依法拟判会触犯君主之忌，因而比照康熙帝所办之案题请，以图获得雍

〔30〕 参见中国第一历史档案馆编：《康熙朝朱批汉文奏折汇编》第五册，第1543份，档案出版社1984年版，第478页。

〔31〕 《雍正上谕内阁》卷十四，文渊阁四库全书本。

正帝对其法外施仁题请的认可。但雍正帝不买账，称康熙帝的法外施仁并非定例，不可援引，意在强调君主对法外施仁的独断权。雍正五年（1727）上谕称：“昨李绂审拟杨四毆死马顺一案。竟以杨四护父，强引郑雄护母之例，欲宽其罪。夫杀人者死，律有明条。大臣惟有按律定拟，以待朕之酌量。若似李绂之枉法市恩，徇私要誉，则是朕之法外施仁，偶然原情宽宥之处，臣工皆强为比照题请，以济其私，而用法多不得其平。”〔32〕

李绂吸取了张连登的教训，改为直接援引雍正帝本人所办之案提出。但雍正帝非但不领情，反而更加不满，将可以指斥大臣的市恩、徇私、要誉、枉法、不得其平五顶帽子一个不漏地全部给他戴上。雍正帝更加愤怒的理由在于张连登是无意之犯，而李绂是知而故犯。可见雍正帝对大臣提出法外施仁非常介意。雷霆之下，大臣自然识趣，整个雍正朝再难见到大臣奏请法外施仁。乾隆帝即位，方有大臣奏请法外施仁。乾隆元年（1736），云南按察使徐嘉宾奏称：“钦惟我皇上御极以来，首颁恩诏，不特非常赦所不原之斩绞等犯，获蒙赦免；即常赦所不原之斩绞等犯，间有宽宥于法外。此诚圣主浩荡之恩，同符覆载。凡罪囚所不敢泣吁而仰冀者，深荷宸衷哀矜垂恤生全，虽解网之仁未有如今日者也。军流等犯似应恳请酌释，以沛我皇上一视同仁之旷典。”〔33〕徐嘉宾援引乾隆帝诏令提出奏请，同样是为了获得君主认可。乾隆帝的做法与其父如出一辙，称：“国家自有定制，岂得屡为更张？且汝为臬司，何得为此市恩之奏乎！”驳回了大臣奏请。

比照康雍乾三代君主对法外施仁奏请的态度，我们可以看出，康熙朝大臣奏请法外施仁是以案件本身的特殊性为依据的，而雍乾两代则以援引君主先例为依据。前者仅遭君主否决，后者则受到君主斥责。鉴于君权具有独断性，大臣题请法外施仁，很容易让君主感受到大臣在侵夺其权力，因此产生强烈的戒备心理。由于清代前期君主集权愿望尚不急切，因而对大臣的奏请亦不够敏感，只是给出了准与不准的结果。而到雍乾时期，君主防范臣下之心愈烈，对大臣奏请法外施仁就不再是考虑准与不准，而是根本不能容忍大臣提出奏请。

除了防范大臣擅权外，君主指斥大臣奏请法外施仁的另一个动机是不愿意大臣享有法外施仁之名。法外施仁由大臣发起，君主若同意，其名份表面上由君主与大臣共享。但因大臣提起在先，故而实际上主要归大臣享有；而君主若驳回，则名份完全归大臣享有。君主既然不愿大臣享有法外施仁之名，自然不愿大臣奏请法外施仁。乾隆年间发生的一桩君臣冲突就是因此而起。乾隆帝谕称：“前舒赫德等摺奏，将伤毙总麻尊长等犯均请改为缓决办理……册内所存，皆实系谋故难贷之人，并无一二情节稍轻，可以待朕别择者，岂能转于各犯中曲法予以不勾？是伊等所进情实犯中竟不令朕宽免一人矣。昔人称皋陶曰杀之三，尧曰宥之三。如舒赫德等早以三宥自居，朕将何所用其权度乎？然舒赫德之所以汲汲为此者……冀以从宽而博众誉。”〔34〕乾隆帝指责舒赫德没有给其用权机会，其实质在于指责他侵夺了自己的法外施仁之名。

君主指责大臣的目的在于警告大臣不得提出法外施仁，只可按律定拟。如此一来，君主成功地转移了大臣发起的博弈问题。大臣提出法外施仁时，博弈的问题为应否法外施仁之争。君主转而要求大臣只可按律定拟，其回应的是法外施仁应当由谁发起的问题，属于转移争点。而在这个领域，君主拥有天然优势。因为大臣应当依律断案是中国的传统观念。从客观效果上来

〔32〕《清实录·世宗实录卷五四·雍正五年三月甲辰》，乾隆间内府刻本。

〔33〕中国第一历史档案馆整理：《乾隆朝管理军流遣犯史料（上）·云南按察使徐嘉宾为请酌释军流人犯事奏折》，《历史档案》2003年第3期，第15页。

〔34〕沈家本：《沈家本未刻书集纂补编》上，中国社会科学出版社2006年版，第27页。

看，至少在和平时期，君主指责大臣提出法外施仁的博弈策略取得了较为满意的效果。从清代的司法档案来看，大臣提出法外施仁的做法在雍乾时期很少发生。

需要指出的是，雍乾时期君主在法外施仁博弈中获胜的主要原因并非其策略的高明，而是其地位的强势。其实君主也想通过说理让大臣放弃提出法外施仁。雍正帝的策略是宣称所有能够从轻的案件都会获得法外施仁的结果。他先是称康熙帝“每遇臬决，必加详审。爰书累牍，披阅靡遗。少有可生之路，立施法外之仁”，<sup>[35]</sup> 又称自己办案时“尤加详慎。诚恐法司未能平允，情罪未能悉当。故凡京城及各省题奏臬狱，少有可矜者，无不法外施仁”。<sup>[36]</sup> 如此宣称除了表明其父子天性仁厚外，还可提醒大臣：可矜者朕自会法外施仁，无须尔等提出。问题是既然君主对每一个可矜者都会法外施仁，那么大臣提出法外施仁就与君主的做法不冲突，君主不应苛责大臣。雍正帝发现这一问题后，于是又声称其法外施仁属偶然原情宽宥，因而大臣不得比照提出。比较雍正帝前后不一的说法，我们已经无法判断可矜者从君主那里获得法外之仁究竟是偶然还是必然。君主自相矛盾的两种说法意图都在于要求大臣不得提出法外施仁，用心虽然良苦，策略上却进退失据。不过慑于君主之威，罕有大臣敢于指出并借机反击。

道光以后，因时局动荡，皇权渐衰，地方官司法权扩大。大臣提出法外施仁的现象复又增多。光绪年间，李鸿章办理滇案时就向朝廷奏称：“臣钦奉谕旨，驰赴烟台与英国大臣会商。中西律例既殊，办法亦异，似应据情权宜拟结。除署腾越镇总兵蒋宗汉、腾越厅同知吴启亮业经革职毋庸议外，其已革都司李珍国及匪犯而通凹、腊都等十一名，可否仰恳天恩，特施法外之仁，俯如英国大臣所请，酌予宽免罪名，伏候圣裁。”<sup>[37]</sup> 与雍乾时期大臣提出法外施仁会援引君主先例不同，本处的法外之仁奏请理由是英人所请。事情的发展亦如奏请者期望的那样，朝廷同意对李珍国及而通凹、腊都等十一人加恩宽免。

二是由大臣先行后奏请的法外施仁博弈。具体做法由大臣对特定犯罪者先行法外施仁，然后再奏请君主追认。此种博弈在晚清时期较为常见。咸丰年间，大臣胜保奏称：“前经遵示投出之萧良芳、林来、沈惠、沈五祥、沈延、方窗等六名，奴才胜保随时体查，见其痛改前非，诚心向顺。二月初一日进攻束城，奴才等令其随队打仗。萧良芳等力杀七贼，沈惠、林来、沈延等三名奋勇向前，身受重伤。似此悔罪自新，尚属可嘉。可否免罪，仍请法外施仁，量予恩施之处，出自圣裁。”<sup>[38]</sup> 对于投诚者，大臣首先应当依法处置。如欲法外施恩，亦应向君主奏请。在君主诏令到达前只可关押待罪。但本案处理并非如此。在君主诏令到达前，大臣已让投诚者随队征战，属典型的先行后奏的法外施仁。

“咸丰四年二月初四日，诏前由贼营投出之萧良芳、林来、沈惠、沈五祥、沈延、方窗等六名，随同官兵打仗杀贼，尚能悔过自新。着免其治罪，并赏给六品顶戴，以示法外之仁。”<sup>[39]</sup> 咸丰帝除了同意胜保对投诚者免于治罪请求外，还超越这一请求，赏给投诚者六品顶戴。大臣实现了其博弈目的。

有资料表明，咸丰帝对大臣先施后奏之所以会同意甚至给予更大优待，并非出于其内心对奏请的完全认可，很大程度上是出于功利考虑。《东华续录》载其谕称：“其失守各员有能于

[35] 参见《雍正上谕内阁》卷一，文渊阁四库全书本。

[36] 参见《雍正上谕内阁》卷十八，文渊阁四库全书本。

[37] （清）朱寿朋撰：《东华续录·光绪十》，宣统元年上海集成图书公司本。

[38] 张守常编：《太平军北伐资料选编》，齐鲁书社1984年版，第50页以下。

[39] 同上。



事后奋勇杀贼，力赎前愆者，或准其免罪留营效力，原属法外之仁，岂容视为常例。近来各路统兵大臣及各省督抚往往于失守员弁，动以功过相抵为词，不但宽其罪名，甚至仍留原任；且有失守之时，并不奏参，直至克复后径请免议者，似此曲为开脱，何以持刑法之平。”〔40〕

同雍正帝一样，咸丰帝也强调了君主的法外施仁并非常例，大臣不得效仿，但有些大臣根本就不事先提出而直接施行。特定局下，君主亦只能顺水推舟。这也可佐证前文所言，雍乾时期君主博弈获胜不是因为策略而是因为地位。

## （二）君主主动提起并宣扬法外施仁

前文已言，因为大臣有对应予法外施仁案件的先审优势，因此，博弈通常由大臣发起，而君主博弈措施中最有力的手段就是指斥大臣提出法外施仁。但这一做法并不能使大臣心服，因而君主还须有后续手段，即对应予宽大处理的被告主动法外施仁。君主只有做到如其宣称的那样对每一件应当施仁的案件都施仁，其对提出法外施仁大臣的指斥才会获得大臣的内心认可。实践中君主经常主动法外施仁并加以宣扬。康熙十五年（1676）九月谕耿精忠：“尔惑于吴逆狡谋，煽乱地方。朕以尔祖父前功，不忍终弃，已将尔在京诸弟及所属大臣人等，概行宽宥，复其官秩。今奉命大将军康亲王统领大兵入闽，兵威时势，尔自悉知。但念闽省兵民皆朕赤子，概罹锋镝，朕心深为不忍。又念尔祖父旧勋，尔以无知被惑，故再颁敕谕，特行招抚，以昭法外之仁。”〔41〕

本案中康熙帝在宽大做法实施前就已经直接宣称其为法外之仁。〔42〕这种事前宣示不仅可以确保君主法外施仁的主动权，还有引导造反者归顺的用意在内，又可以防止其他大臣奏请从而分夺法外施仁之名，可谓一箭三雕。

君主通过主动法外施仁并加以宣扬，在与大臣的博弈中取得优势。但有的君主并不满足于此，他们还会要求大臣宣扬君主的仁德。《清实录》记载了乾隆帝的奇特做法：“本日勾到山东省情实人犯。有峰县盐泉拒捕案内之余犯范二麻子，虽随同在场，并未助势。核其情节稍轻，是以未勾。着传谕国泰，于接奉勾到部文后。将未勾之范二麻子一犯与勾决各犯。俱行绑赴市曹，俟他犯行刑毕，即集众宣谕朕旨。以该犯固属罪由自取，因念其未敢随同动手，不即予勾，系朕法外之仁。将该犯绑押，游示四门。委明妥之员，到处明白晓谕。今年既不勾，明年亦不勾。总令牢固监候。每年皆当如此办理，仍着每年奏闻，庶刁民久而知畏。未始非辟以止辟之意也。”〔43〕未着手之犯与着手之犯情节原本不同，君主不予勾决本属法中之义，但却也将其宣扬为法外之仁。不仅如此，君主还要求大臣通过使犯人年年陪斩的方式到处宣扬，既可收惩一儆百之效，又能宣扬君主仁厚之名，还能够提醒大臣只可宣扬君主的法外之仁而不得染指君主法外施仁的特权。

除了通过正常的法外施仁案件来宣扬君主仁德外，清代君主还会利用特殊案件宣扬法外施仁。具体做法有两种：一是将被迫实施的宽大处理作为法外施仁宣扬。乾隆年间，征讨西北，将军温福殒命。朝廷称：“主帅失众捐躯，营兵按律应悉骈诛，罪在不赦。今特汰其甚者，从

〔40〕（清）王先谦编：《东华续录·咸丰朝》卷六五，光绪刻本。

〔41〕李松龄编选：《康熙十年至十八年上谕选载》，《历史档案》1982年第1期，第24页以下。

〔42〕康熙帝招抚耿精忠，给予的待遇就是赦其罪且不减爵禄，这一待遇是以耿精忠归顺为前提的。在诏令下达时，法外之仁的待遇尚未给予，因此可以视为是事先宣示。

〔43〕《清实录·高宗实录卷一〇六九·乾隆四十三年十月壬申》，嘉庆间内府抄本。

冤免死，量予遣戍，实属法外之仁。”〔44〕从史料记载可知，温福殒命时，其营兵数不下二万。很显然，朝廷不可能将两万将士全部处死，故而从轻乃是不得已而为之，但君主一样宣称其为法外之仁。这一做法除了可以增加宣扬君主法外施仁的机会外，还可以为将来的严厉处罚做好铺垫。本案即是要求接受遣戍营兵的督抚在他们犯法时要严厉处罚。如有官员奏请对被发遣者从宽处理，君主就可以驳称上述人员已享过法外施仁的待遇，不应再获宽减。

二是将特定案件结果作为法外施仁加以宣扬。通常情况下，法外施仁应当是司法者特别是君主主动施行的宽大处理。但清代君主对宣扬法外施仁极度偏好，故而对于某些案件的特殊结果，亦会将其视为法外之仁。嘉庆帝的观点很具代表性。嘉庆五年（1800）谕内阁：“惟念敕法明刑，务存矜恤。所有罪应斩绞人犯，除立决外，余令监禁俟秋后处决者，原系于执法之中寓哀矜之意。该犯等于未届勾到以前，或在监所病毙，得免肆市。亦属法外之仁。”〔45〕

监候人犯在监病毙，因此逃过死刑执行，君主认为是法外之仁并宣谕内阁。单纯从结果来看，似乎亦有道理。但问题在于监候人犯并非一定会被执行死刑，在秋审中至少有缓决、可矜、留养承嗣等情形可以不死。即使按情实上奏依然可能因不勾而逃过一死。而秋审前病毙，很可能是监狱环境恶劣所致。犯人病毙监狱，无论在哪个时期，都会被视为狱政不善的表现，断不会被当作仁政宣扬。而性本宽仁的嘉庆帝居然有此种认识，足见清代君主对法外之仁宣扬的执念之深。

除了在司法过程中宣扬法外施仁外，清代君主还在立法中明确宣示法外施仁的正当性。雍正三年（1725）修《大清律集解》时，将前引雍正二年含有“凡京城及各直省题奏讞狱，少有可矜者，无不法外施仁”的上谕作为钦定例纂入法典，这是法外施仁一词首次在法典中出现。〔46〕乾隆帝对此事大加宣扬，在《御制大清律例序》中称：“世宗宪皇帝，亲定《大清律集解》，刊示中外，甄陶训迪，刑期无刑。法外之仁，垂为明训。有曰宽严之用，必因乎其时。洋洋圣谟，洵用法之权衡，制刑之准则也。”〔47〕

君主在立法中宣扬法外施仁，其用意有二：一是向大臣宣示法外施仁特权为君主独有，具有法律上的正当性；二是利用立法传播广泛持久的特点，更好地宣扬君主的仁德。君主主动法外施仁并加以宣扬的意图在于让大臣认同君主是法外施仁的唯一主体并向民众宣扬君主的仁德。对于君主的这一策略，大臣通常只能奉旨行事。从结果上看，君主基本上实现了其博弈的目的。清初还有下级官员认为上级官员可以施行法外之仁；〔48〕到了后期，这种说法越来越罕见，君主是法外施仁的唯一主体已成为官僚集团的共同话语。

### 三、君臣博弈对法外施仁的影响

#### （一）君臣博弈与法外之仁的慎重施行

实践中法外之仁的慎重施行主要表现在三个方面：首先是强调法外施仁不违法。前文已述

〔44〕（清）阿桂：《平定两金川方略》卷六七，文渊阁四库全书本。

〔45〕《清实录·仁宗实录卷六一·嘉庆五年三月甲寅》，道光间内府抄本。

〔46〕参见（清）朱轼：《大清律集解》卷二八，《刑律》，雍正三年武英殿刻本。

〔47〕《大清律例》，田涛、郑秦点校，法律出版社1999年版，第4页。

〔48〕康熙年间王贻上在向上级官员请示的文件中有“是在宪台法外之仁，非卑职所敢擅专也”，表明他认为上司是可以法外施仁的。参见（清）凌铭麟《律例指南》卷十四，康熙二十七年刻本。同是康熙年间的梁熙在案件处理请示材料中亦称“乃上台法外之仁，非卑职所敢擅专”。参见（清）梁熙：《哲次斋稿》卷十二，《文稿十》，康熙刻本。

及,君主在与大臣的博弈中经常指斥大臣的法外施仁请求违法且容易导致不公平。为了不给大臣比照题请不合法或不合理的法外之仁的机会,君主会尽力使其实施的法外之仁合法、公平、合理。而大臣为使自己的法外施仁请求能够得到君主的认同,同样会强调其奏请的法外施仁符合法律规定。如此一来,君臣在法外施仁的博弈方面形成一种默契。其结果就是无论是君主主动法外施仁还是大臣奏请法外施仁都体现出合法或者至少合理的特征。顺治十二年(1655),兵科都给事中魏裔介奏称:“闻宁古塔地远严寒,至其地者,九死一生。请敕该部,凡流徙罪犯,将辽东各地,量其远近,酌罪轻重,以为徙所,不必专发宁古塔地方。庶法行而法外之仁亦得矣。”〔49〕这是清代官员首次强调法外施仁不废法。事实上,这样的法外之仁也确实更符合罪刑相适应原则,符合实体正义,与立法上简单的轻罪重刑相比更加合理。不仅官员主张法外施仁不得违法,君主在这一问题上亦经常表现出同样的态度。

康熙帝在处理吴三桂案件中就曾表态说:“诸王大臣咸以三桂怙恶不悛,其子孙即宜弃市,义难宽缓。朕思乱臣贼子孽由自作,刑章具在,众论佥同,朕亦不得而曲贷之也。”〔50〕康熙帝认为不能曲贷吴三桂子孙的理由有两个:一是刑章具在,二是众论佥同。众论佥同能够影响君主决策,可以看出清初天命、天聪年间旗主义政传统对君权限制的影响犹在。到雍正时期,君主已经强势到可以乾纲独断,众议对君主决断的影响渐趋式微,此时对法外施仁的限制因素主要是法律的规定。

乾隆年间的一起案件处理中君主的态度就昭示了法律规定对法外施仁的影响。“御史范廷楷奏,四川民陈昌妻赵氏,因夫死绝嗣,遂谋杀夫弟之子元书元格。吓逼元书未成婚养媳刘氏执灯同往,手刃元书。将杀元格,刘氏熄灯扯止。部议刘氏照谋杀夫律,凌迟处死。刘氏童年无知,凌迟处死,殊未平允。得旨,着刑部堂官明白回奏。寻奏,刘氏年已十六,非无知识。虽不造意,实属同行。况欲杀夫弟,则知熄灯扯止;致死伊夫,则竟持灯立视,情难曲宥。刑部执法定案,不敢移律就情。虽该督声明情节,仍不夹签。得旨,刘氏童年愚稚,尚未成婚。遽处以极刑,情属可悯。然部中指其知救夫弟而不救夫,则朕亦不能法外贷其死矣,着改为立斩。”〔51〕乾隆帝虽认为刘氏情有可悯,但仍表示不能法外贷其死。可见,清代君主强调法外施仁应当依法具有一以贯之的特征。君主对法外施仁不得违法的强调影响了司法理论的走向。《清通典》认为法外施仁的关键在于“不贵屈法以徇情,贵在原情以定法”。〔52〕

需要指出的是,君主强调法外之仁应当依法并不意味着他不会越法施仁。在君权高于法律的时代,君主如觉得有必要,可以突破这一原则。此类做法史不绝书。前期有康熙帝对耿精忠的法外施仁,后期则有咸丰帝对程庭桂的免死发遣。上述法外施仁明显违法,君主在实施时亦未称是依法进行。当然即使囿于法外施仁不得违法这一原则,君主越法施仁时亦从未承认其做法为曲法之举。

其次是法外施仁尽可能合理。清代法外施仁的合理性表现为两个方面:一是绝大多数法外施仁是因为案情有特殊性。康熙年间对一起案件的法外施仁即是如此。“有于蒙古界盗御厂牛者,法当死。上问:‘所盗非民牛,其可宽乎?’公言:‘蒙古无城郭房舍,故法严。此盗官牛

〔49〕《清实录·世祖实录卷八八·顺治十二年正月癸丑》,稿本。

〔50〕前引〔29〕,勒德洪书。

〔51〕《清实录·高宗实录卷三八四·乾隆十六年三月癸卯》,嘉庆间内府抄本。

〔52〕参见《清通典》卷八七,《刑八》,文渊阁四库全书本。

者，若以特旨贷之，乃法外之仁，不为例其可。’上曰：‘然。免死勿为例。’<sup>〔53〕</sup>民人盗牛，依法当死。康熙帝认为其所盗非民牛，因而主张法外施仁。很显然，当时的法律规定于蒙古界盗牛处死刑，针对的主要是盗民牛。盗民牛之所以处罚重，是因为“蒙古无城郭房舍，故法严”。御厂虽在蒙古境内，却有围栏并有人值守，因此重刑止盗的理由并不成立。但立法未规定盗民牛与盗官牛应当区别对待，故欲对盗官牛者施仁当属法外宽待。本案的处理虽与立法规定不符，但却符合法理。尽管如此，康熙帝亦未直接法外施仁，而是征求大臣意见，可见慎重之意。

二是君主将法外之仁交给更了解相关情形的大臣来落实。《雍正上谕内阁》载：“奉上谕，桑植土司向国栋，保靖土司彭御彬，暴虐不仁，动辄杀戮，且骨肉相残，土民如在水火，朕闻之深加悯恻……今俯顺輿情，俱准改土为流。其向国栋彭御彬应安插何省不令失所之处，着该督抚酌量定义，以广朕法外之仁。仍将此晓谕附近土司，咸使悉知朕意。”<sup>〔54〕</sup>桑植、保靖等地改土为流。对土司向国栋、彭御彬，君主欲易地安置，但并未直接规定安置于何处，而是交给地方督抚来决定。督抚更了解地方情形，因此所提建议亦较君主直接指定更为合理。

此外，君主在法外施仁之前的反复思量也表明了法外施仁的慎重。雍正帝曾称康熙帝“每遇谳决，必加详审。爰书累牍，披阅靡遗。少有可生之路，立施法外之仁。”<sup>〔55〕</sup>虽说在法外施仁时毫不犹豫，但之前的“必加详审”保证法外施仁尽可能有理有据。雍正帝本人在法外施仁时亦同样慎重，在一份上谕中称：“督抚九卿所拟缓决之犯，论法则均有应得之罪，而其中情事不一，尚有彼轻于此，稍可从宽者……均非有谋害之念于平日，并无必杀之意于临时。只以愚民无知，好勇斗狠，遂致陷于重辟。虽悔难追，深可悯恻。兹朕再四酌量，特施法外之仁，将此等人犯照可矜人犯免死减等之例发落。”<sup>〔56〕</sup>

无谋故之意的命案人犯，与谋杀故杀犯本就有别，君主对于他们的法外施仁也是经历了“再四酌量”，足见慎重之意。乾隆帝在考虑是否给予被告人法外之仁时同样非常慎重。《清实录》载：“详核此案情节，赵友谅因伊父欺奸伊妻，即行携眷迁避。及伊父犯案后，复代为认罪。若按例寘之重辟，情又可悯。然赵成杀死一家六命，绝其后嗣，残忍已极。若今因赵友谅情节可矜，即行宽释。是赵成淫恶凶犯，转得有后，于情理未为允协。朕酌之情理，着将赵友谅从宽免其死，但改为宫刑。俟百日平复后，再发遣乌鲁木齐。以示法外施仁之至意。”<sup>〔57〕</sup>本案赵成杀死一家六命，致人绝后，依例其子赵友谅应当连坐处死。这在当时的观念中不仅合法，亦且合理。但赵友谅又有从轻情节，君主在宽释与处死之间反复思量，最终选择了宫刑加发遣这一他认为是最合理的处理方式，可见其对法外施仁的慎重态度。

需要说明的是，清代司法实践中法外施仁的慎重只表现在给予何种法外施仁待遇时的慎重，而在决定不给予法外施仁时则会显得较为随意。有相当一部分应当从宽的被告人，未能获得从宽待遇。这一问题将在下文专门论述。

清代法外施仁的慎重与君臣博弈是分不开的。君臣博弈导致君臣无论哪一方在启动或实施法外之仁时都要考虑到对方的态度。对于大臣而言，固然被剥夺了独享法外施仁的权力，不可能施行不合法的法外之仁，但在可以奏请法外施仁时，为使自己的奏请能够获得君主认可，也

〔53〕（清）王鸿绪撰：《明珠墓志铭》，载皮福生编：《吉林碑刻考录》，吉林文史出版社2006年版，第351页。

〔54〕《雍正上谕内阁》卷七二，文渊阁四库全书本。

〔55〕同前引〔35〕。

〔56〕《雍正上谕内阁》卷七六，文渊阁四库全书本。

〔57〕《清实录·高宗实录卷一一七六·乾隆四十八年三月庚子》，嘉庆间内府抄本。

会尽力使奏请合法或者合理。而君主尽管大权在握，但由于担心大臣效仿自己不合法或不合理的法外施仁，同时为使大臣积极宣扬君主的法外施仁，君主也会尽力使自己的法外施仁更加合理，以获得大臣的内心认可，这样大臣才会心甘情愿宣扬君主的仁德。如果君主真想实施他自己也认为不够平允的法外之仁，一般不会直接实施，而是打破清代君主反对大臣奏请法外施仁的惯常做法，暗示大臣提出申请。但正直的大臣通常会拒绝提出此种请求。

《清史稿·薛允升传》载：“太监李莛材、张受山构众击杀捕者，严旨付部议。允升拟援光棍例治之。而总管太监李莲英为乞恩太后，以例有伤人致死按律问拟一语，敕再议。允升言‘李莛材等一案既非谋故斗杀，不得援此语为符合。且我朝家法，严宦寺倍治罪。此次从严惩治不能仰体哀矜之意，已愧于心。倘复迁就定讞，并置初奉谕旨于不顾，则负疚益深。夫立法本以惩恶，而法外亦可施仁。皇上果欲肃清辇毂，裁抑阉宦，则仍依原奏办理。若以为过严，或诛首而宥从，自在皇上权衡至当，非臣等所敢定拟也。’疏上，仍敕部议罪。其时，莲英遍嘱要人求末减，允升不为动。复奏请处斩张受山，至李莛材伤人未死，量减为斩监候，从之。”本案可谓清代君臣关于法外施仁的反向博弈。君主希望实施不合理的法外施仁，但大臣不愿提出，结果是双方各让一步。<sup>[58]</sup>本案的处理结果较为充分地体现了君臣博弈对慎重法外施仁的影响。

## （二）法内之仁法外化

所谓法内之仁法外化，即本文引言所指清人将依法宽待视为法外之仁的现象。清代法内之仁法外化是由君主发起的。君主此举的动机有三：一是可以加大宣扬施仁的力度。因为法外宽待意义上的法外之仁不可能经常实施，若只宣扬该种法外之仁，不但宣传机会较少，而且还存在着被大臣效仿进而破坏法律秩序的风险。而将依法给予的宽待视为法外之仁，就可以大大增加宣扬君主法外施仁的机会，又不用担心大臣仿效。二是可以将上述法内之仁的最终决定权牢牢控制在君主手中。如犯罪存留养亲，原是立法中存在于了千余年的制度，到了清代的司法实践中出现了司法机关擅权的现象。《律例条辨》中说：“犯罪存留养亲，律称奏请上裁，是犹未定其必赦也。今刑部或不上请，但依例允行。”<sup>[59]</sup>大臣擅权是君主不能容忍的，将其视为法外之仁，则有警告大臣不得擅权的意味。因为法外之仁只能由君主实施，大臣只可按律定拟。三是可以借法外施仁名义施行更严厉的处罚。这一意图在同治年间处理何桂清案件中表现得极为明显。在太平军进攻常州的战役中，两江总督何桂清临阵弃城先逸。刑部称其依律应当是斩候而止。后何桂清在朝审中以情实上奏，依例该年应当停勾。但朝廷欲处决何桂清，遂称：“何桂清统兵失津，仅予斩候，已属法外之仁。兹已届期，若因停勾再缓，久稽显戮，何以谢死事者暨亿万生灵，着即处决。”<sup>[60]</sup>何桂清一案刑部所定斩监候乃依律所拟，本是法内之仁。但朝廷如果不将斩监候视为法外之仁，那么在停勾之年处决情实囚犯，就会有损朝廷的宽仁形象。而若将斩监候视为法外之仁，可表明犯人本应处立决，纵使后来以情实违例不停勾处决，对于犯人而言亦已多活一段时间，自不会影响朝廷的宽厚形象。

## （三）君臣博弈对法外施仁的负面影响

君臣博弈对法外施仁的负面影响主要表现在两个方面。首先是导致部分应当施仁案件未施

[58] 本案若按伤人致死律处理，张受山伤人致死，当拟绞监候；李莛材伤人未死，当处发遣。如按光棍例，则为首者李莛材、张受山皆应拟斩决。实际结果是双方妥协的产物。

[59]（清）袁枚：《小仓山房诗集》卷十五，乾隆五十八年刻本。

[60]《清史稿·穆宗本纪一》。

仁。在君臣法外施仁博弈过程中，君主处于强势地位并拥有最后决定权。受这一基本态势的影响，大臣可能的选择主要有两种：第一种是不考虑君主想法，只按照个人的理解来提出判决建议，哪怕被君主申斥亦在所不惜。但此种做法不常见。在皇权独尊的时代，期望大臣能够坚持己见毕竟不易。第二种做法则是揣测圣意，在此基础上提出自己的判决建议。在君主地位强势且性格刚强时，大臣更是经常如此选择。

揣测圣意又有两种表现，一是知道君主有法外施仁之意，遂提出施仁请求。这是一种似诈实愚的做法，因为君主并不愿意大臣揣测其想法。更高明的做法是大臣明知君主会从轻发落时，仍然要求依律严惩，将提起和实施法外之仁的机会都留给君主。从实践来看，后一种做法往往更合圣心。大臣的重刑请求哪怕被否定，其请求行为也会获得君主的赞赏。

前引雍正帝处理郭允进一案中，刑部认定郭允进“擅造狂悖不经之语，肆行讪谤，大逆不道”，应凌迟处死。雍正帝认为郭允进“捏造悖逆之词，诅骂朕躬，尚无叛逆实迹，郭允进着改为立决梟示”。<sup>[61]</sup>但并未批评刑部所奏不当，反而特别声称“诸大臣所奏甚是”。<sup>[62]</sup>就案件事实而论，郭允进无叛逆实迹，其处理结果与有叛逆实迹者本应有别。有实迹者依律当处凌迟，无实迹者理应从轻。如此看来，刑部奏请凌迟显然过重，但并未受到君主申斥，反而受到肯定。而如奏请君主依律意从轻处罚，却可能受到申斥。前述乾隆帝申斥舒赫德即是如此。当大臣前一种揣测圣意做法屡屡碰壁后，便会选择第二种做法，在提出案件处理建议时宁重勿轻。这种做法的后果有二，一是君主否定大臣奏请，实施法外之仁，从而保证案件处理结果尚能合乎法律精神，郭允进案即是如此。

二是君主顺应大臣的请求，就会使案件的实际结果变得惨酷。乾隆年间的丁文彬案即属如此。浙江人丁文彬至山东孔府投书，书中有荒诞不经之言。审讯时供称其与孔府结亲为上帝之命，并称自己当为天子。山东巡抚杨应琚认为“显是疯人言词，为妄想富贵女色而痴心日炽”。杨应琚将丁文彬按谋逆律拟以凌迟，还奏称丁文彬气体瘦弱，宜早正典刑，以免在狱中病死而逃过凌迟。乾隆帝亦下旨要求将人犯在部文到前先行凌迟处死。<sup>[63]</sup>本案杨应琚奏请凌迟处死丁文彬，与先前郭允进案刑部的思路相同。但为显示自己对谋逆者极度痛恨之意，又提出早正典刑的请求。丁文彬有疯病本为杨应琚认可，但他没有提出任何从轻建议，原因正是出于迎合君主意愿，从而导致本应施仁的案件变为一起惨酷之狱。

丁文彬案虽是个案，但它折射的现象具有普遍意义。慑于君主严厉申斥之威，大臣不敢请求君主对可矜者施仁。案件是否可以法外施仁只能由君主独断，遗漏在所难免。前引乾隆年间刑部奏请将杀夫之犯刘氏凌迟处死。刘氏为从犯、年幼且与其夫尚未成婚，这三点都是应予从轻的情节，但刑部并未奏请从轻。不仅如此，在地方督抚已经申明刘氏有从轻情节的情况下，刑部仍不夹签提醒君主。<sup>[64]</sup>而君主在常规复核中亦未发现刑部奏请有过严之弊。后因御史范廷楷陈奏，君主才发现被告有可矜之处，下旨改为立斩。该案若非御史奏请，又将是一起酷

[61] 参见（清）王先谦撰：《东华录·雍正九》，光绪十年长沙王氏刻本。

[62] 参见前引〔10〕。

[63] 参见上海书店出版社编：《清代文字狱档》，上海书店出版社2007年版，第9页以下。

[64] 面对情轻法重之案，清初大臣会比照君主曾经办理之案题请从轻，但受到雍乾两代君主的严厉申斥。于是夹签请旨的方式应运而生。刑部一方面按律拟以重刑，同时通过夹签方式提醒君主案件有从轻情节。实际上是给君主提供了轻重两种选择。君主认为若选择从轻，则宽仁之名与刑部共享；如选择从重，则重刑之名归于君主。君主不愿担此恶名（乾隆帝就曾经表示不愿代人受过），故而经常指责刑部的夹签申请。本案刑部不愿夹签应当说与君主对夹签的态度有关。

狱。由此可见清代君主宣称的“凡有可矜之处，无不法外施仁”有言过其实之嫌。

清代实践中法外施仁信息表〔65〕

年代	犯者姓名	身份	原判（应判） 刑罚	实际（允诺） 刑罚	罪名	从轻理由
康熙	吴应熊父子	官员	凌迟	绞刑	谋反	久在近侍，朕心不忍
	耿精忠			不予处罚		归顺
	阿毕大等	百姓	死刑	免死为奴	盗马	立法过严
	盗牛者			免死	盗牛	所盗非民牛
雍正	郭允进		凌迟	立决枭示	谋大逆	无叛逆实迹
	向国栋等	土司	不明	异地安置	暴虐不仁	归诚向化
乾隆	梅神父等	洋人	死罪	监禁	私传教	念系洋人
	冯大甫等	百姓	情实	终身监禁	不道罪连坐	年幼
	李二等		斩决	发配为奴	匪犯	从犯且未拒伤兵役
	刘氏		凌迟	斩决	杀夫	从犯年幼且未成婚
	范二麻子		情实	年年陪斩	盐泉拒捕	从犯未动手
	贺世盛子孙		大辟	省释	逆犯缘坐	有劝阻行为
	苏旺		斩决	斩监候	强奸幼女	中止
	赵友谅			宫刑加发遣	不道罪连坐	子代父罪
	姚立德		斩	革职留任	结交近侍	其有可用之处
道光	斌静、色谱征额	官员	发遣	释放	妄杀	事属既往
咸丰	讷尔经额		斩监候	发遣	贻误战机	有军功
	赛尚阿		大辟			当差愧奋
	程庭桂		斩决	充军	交通关节	其子已被处决
	林裕信 萧良芳等		投诚者	死罪	安置	谋反
	免罪赏官	投诚又立功				
同治	钟濂		无罪	获赐四品卿		其父柏俊科考案被处决
光绪	崇厚	官员	斩监候	监禁	违训越权	俄人请求
	李衺材		斩决	斩监候	拒捕伤人	伤人未死
	吉尔洪额		死罪	发遣交管	不服调遣	以前有功
	李珍国	革职开释		纵民杀洋人	英使所请	
		金满	投诚者		留营效力	谋反

其次是法外施仁更加偏袒亲贵。从历史记载法外施仁的案例来看，受益者更多的是与司法者关系亲近之人。产生这一现象的原因在于法外施仁是人治行为，而人治行为更容易受人的情

〔65〕 本表主要依据《清实录》《清史稿》等史料制作而成，选案标准是史料中明确出现法外施仁说法的案件。

感影响。通常情况下，人们总是更容易对自己的同类或者熟悉者产生同情心，这一现象对绝大多数人都适用，司法者亦不能外。如此一来，法外之仁更易施于与司法者关系亲近之人就是合乎逻辑的结果。<sup>[66]</sup>这一现象在清代以前就已如此。大臣奏请君主施仁时通常都会更关注自己的同僚，有的大臣直言即因此原因。前述明代大臣刘鸿训称为同僚奏请法外施仁的理由就是“谊难终默”。到了清代君臣对法外施仁形成博弈的情况下，君主期望的结果是大臣不再题请法外施仁，而是留给君主决定；而大臣期望的结果则是君主接受大臣法外施仁的请求。在皇权强势时，大臣大多按律定拟，法外施仁亦多由君主实施。但即使如此，大臣亦未完全妥协，依然会在个别案件的处理中实践自己的主张。特别是秋审案件中，大臣可以将情有可原的案件归入缓决。对于大臣而言，由于请求君主法外施仁存在一定的风险，因此很少会为普通被告人请求君主宽大处理，而更多会为同僚向君主请求。就君主而言，法外之仁不能轻易实施，一旦实施则应当有利可图。对官员法外施仁，可以换取官员的感恩与效忠。站在君主的角度，官员的感恩远比百姓的感恩更有价值。从清代的司法实践来看，法外施仁的受惠者更多是官员。上页表是清代司法实践中具体案件法外施仁的情形，从中可以看出犯罪者身份对法外施仁结果的影响。

单从数量上看，给予普通犯法者的法外施仁占了40%左右，从比例上看尚不算低。但我们应考虑到三个事实：一是普通人犯罪的数量应比官员多，从这层意义上说给予普通人的法外之仁比例要比官员低。二是给予普通人法外之仁的力度非常小。除了康熙朝两起案件中本应处以死刑的犯人得以免死外，后世给予普通犯人的法外之仁很少是由法定刑减等处罚。郭允进、刘氏由凌迟改为立决，施仁后仍难逃一死。苏旺由斩决改为斩监候，生死未卜。冯大甫兄弟由连坐致死改为终身监禁，范二麻子由死刑改为年年陪斩，赵友谅由连坐致死改为宫刑加发遣。上述案件法外施仁后的处罚都比死刑之下的法定刑要重。司法者创设新的处罚手段，显示他们对于施仁对象免予一死颇不情愿。与此同时，对于官员的施仁则是直接减等，通常是死刑减为发遣；如不是死刑，则可能直接释放，施仁力度颇大。三是普通百姓获得法外施仁结果往往因为案件本身的原因，比如身为从犯且未动手，或者是被连坐的无辜者，很少因案外原因而施仁。而官员获得法外之仁大都是案情以外的原因。如服刑中表现好，他人说情，或者直接因为与司法者关系密切。对官员法外施仁的对象甚至扩充到其亲属。总而言之，从施仁比例、施仁力度、施仁原因三个角度我们都可以看出清廷对官员的法外施仁远远优于普通百姓。

#### （四）影响君臣法外施仁博弈结果的其他因素

君臣博弈是清代法外施仁最终形态形成的直接原因，而君臣博弈对法外施仁最终结果的影响还与清代统治的特殊性、社会历史的独特性及君主个人性格的差异性等因素有着密切关系。

首先是清代统治特殊性对法外施仁结果的影响。清代当权者是以满洲贵族为主的统治集团，这一集团的主要成员对自己的传统高度自信。入关以后为了能够对占人口多数的汉族实施有效统治，减少汉人的敌意，宣称接受汉人的传统礼法文化。这一心态影响到对法外施仁的态度上表现为对法外施仁宣传力度很大，经常用明训、至意等褒奖性词语赞美法外施仁，但实践中很少对当事人法外施仁。特别是之前历代王朝经常因当事人有美德以及顺应人情而法外施仁的做法，在清代难得一见。出于功利考虑的法外施仁虽经常出现，但此类案件的受惠者很少有平民百姓，更多的是统治集团成员。

[66] 康熙帝在解释给予吴应熊谋反案的法外施仁就曾言到：“但以应熊久在近侍，朕心不忍，故将应熊及其子世霖处绞，其余所有干连人等，情罪稍可矜原者，敕所司概行省释，以昭法外之仁。”前引〔29〕，勒德洪书。



清代的特殊性除了统治集团的特殊性,还表现为前期统治方式的特殊性。清代入关前的最高统治者未取得绝对专制地位,满洲贵族统治在很大程度上保留了原始民主制的遗风,重要事项要经过旗主共议。入关以后,旗主议政作为制度虽逐渐式微,但君臣共议传统还是在一定时期内存在。在入关之初的顺康两朝,大臣会经常对君主的法外施仁进行反驳,君主亦会尊重大臣的合理建议。但随着雍正以后君主集权的加强,君臣议政传统对君主司法权的影响力越来越小。

其次是时代的特殊性对法外施仁的影响。中国古代绝大多数朝代的统治都经历过由治世到盛世再到乱世的轨迹,差距只在于每一个阶段的长短不同。清代自然也存在着这样的过程。不同的是,清代还存在着与前代迥异的时代特征。晚清时期西方列强对中国的影响,是前代所无。考察清代法外施仁最终形态的形成背景,清代自身由盛转衰的演进及西方社会对中国的影响是不容忽视的因素。

就清代治乱兴替而言,入关之初大局未稳,对于地方实力派的反逆之举多能采怀柔政策,故而有康熙年间对于吴应熊、耿精忠反逆案的法外施仁之举。到了雍乾时期,政局基本稳定,法外施仁的力度也小了许多,寻常盗案常处死多人,正犯固然难逃一死,主犯缘坐者也严格依律判处死刑。能够获得法外施仁的主要限于未着手的从犯及缘坐且有可矜之处的犯人。咸同时,清廷为了能够镇压太平天国及全国各地蜂起的民众运动,在两方面实施力度较大的法外之仁:一是对从事镇压活动的大臣法外施仁,以鼓励他们戴罪立功;二是为了瓦解民众运动,对一些投诚者法外施仁。除了免罪外,还往往赏给官职。这在政局平稳时期很难出现。

就西方世界对中国的影响而言,清代自康熙年间就有很多西洋人来华传教。对于洋人,中国古代统治者向来认为他们未受教化,对其犯罪经常从轻处罚。乾隆年间即有对西洋传教士法外施仁的案例。到了晚清时期西方列强对中国影响加大,有些完全属于中国内政的司法也会因为外国公使或政府的交涉而法外施仁。如马嘉理案件中的中方涉事官员与百姓,因中英谈判时英方公使要求从宽,而受到清廷的宽大处理;与沙俄谈判的中国官员崇厚因严重渎职丧失国家利益而被清廷论以斩监候,但在俄国公使求情下也改为监禁。

第三是君主的个人性格对法外施仁结果的影响。由于清代的法外施仁绝大多数是由君主决定的,君主的个人性格对最终结果会产生重要影响。君主的性格因素除了表现为其与大臣关系中的强势程度,还表现为对犯人悲悯之念的强烈程度。就君主的性格而言,清代前期顺康两代君主性格较为温和,与大臣进行法外施仁博弈时强硬不足,容易采纳大臣的建议。如康熙帝就多次接受大臣对其法外之仁法内化想法的劝阻。同时对犯罪者有较强的悲悯之心,给予他们的宽仁力度亦较大。雍乾两代君主性格强势,集权渴望更加强烈。通常情况下大臣连法外施仁的建议都不能提,遑论单独法外施仁。但同样是强调集权的君主,其本人的宽厚程度不同亦会对法外施仁博弈的结果产生不同的影响。雍正朝郭允进谋逆一案,刑部奏请凌迟,雍正帝以犯人无叛逆实迹为由从宽予以斩决。而乾隆朝丁文彬因狂病而出悖逆之言,审理者同样奏请凌迟。乾隆帝非但没有对其疯病产生怜悯之心,反而在得知嫌犯身体状况恶化后,担心其在凌迟执行之前痍毙,同意地方官“早正典刑”的奏请,酿成惨酷之狱。如果说雍乾两朝君主的性格强势导致法外施仁的结果主要以体现君主个人意志为主,那么咸丰朝的柏葭案则因君主过于温和而致使案件处理结果更多体现了权臣的意志。该案刑部依律对柏葭拟斩,咸丰帝有不忍之意,但廷议时因肃顺的强力坚持,咸丰帝最后亦同意将柏葭处斩,其内心的法外施仁之念未能实现。

## 结 语

从清代司法实践来看，尚未见到较为随意和较大幅度的法外施仁。通常情况下，君主掌握着死罪案件的最终处理权。若按一般理解，权力的高度集中必然会带来权力行使的恣意。在皇权不受限制的情况下，君主的法外施仁应当经常出现率性而为的特征。但实际情况并非如此，清代君主并未滥用其法外施仁的权力，对法外施仁的适用显得理性而克制。其原因在于清代君主虽然在死罪案件的处理方面高度集权，但由于君臣博弈的存在，君主行使这一权力时要顾及大臣的想法，希望其法外施仁能够得到大臣内心的认同。故而法外施仁相当慎重，以免给大臣留下滥施法外之仁的印象。其潜台词是法外施仁是超越法律规定的举措，兹事体大，只有圣明如朕者才可以实施。如果君主每一次的法外施仁都确实达到了合情合理的程度，那么君主自然有信心让大臣认同自己，从而对君主独享法外施仁特权心服口服。由此可见，司法权的集中并不必然带来司法的恣意，只要统治集团的成员还没有盲目顺从集权者并丧失基本的判断能力，只要最高统治者还在意官僚集团对自己的看法，他就会自我约束，不使权力的行使过于偏离正常轨道。如此既可保证君主的特权不会旁落，也能保证司法尺度的基本统一。

---

---

**Abstract:** Leniency in the Qing Dynasty took two forms, i. e., leniency outside the law and leniency according to law. Leniency outside the law in capital cases was a matter of uncertainty as well as a beneficial thing in the eyes of the monarch and his ministers, and both the monarch and ministers could take part in the trial of capital cases, thus leniency outside the law became the object of game playing between the monarch and his ministers. In the Qing Dynasty, the monarch and ministers played two rounds of games initiated respectively by ministers and by the monarch around leniency outside the law. The ministers either requested the monarch to grant the leniency in advance, or gave the leniency before asking the monarch to recognize it. The latter mainly appeared in the late Qing Dynasty. When the monarch took the initiative to show mercy outside the law, he often asked the ministers to publicize it. In addition, the monarch also promoted leniency outside the law with special cases and in legislation, so that the ministers had accepted the idea that the monarch was the only subject of giving leniency outside the law. The game played between the monarch and ministers had led to cautious leniency outside the law and the externalization of leniency according to the law, and aggravated the problems of not giving leniency in the cases that leniency should be given and giving leniency outside the law in favor of relatives, friends and officials and so on. The particularity of the Qing society had a certain impact on the practice of leniency outside the law.

**Key Words:** leniency outside the law, leniency within the law, game playing between the monarch and ministers

---

---