

论清代命案检验之终结及借鉴

茆巍*

目次

一、清代检验中关于终结的要求

二、围绕输服的检验运作

- (一) 提前派役,召集众人
- (二) 高声喝报,众目共视
- (三) 解释比对,诘正说服

三、覆检中的输服

- (一) 具结请检,程序先控
- (二) 详请飭委,全省调配
- (三) 原验临场,共成信谳
- (四) 质证查因,众皆输服

四、不能输服的后果

- (一) 重视异议,容忍上控
- (二) 处分官件,无限连带

五、关于清代检验中输服的讨论

六、清代检验对今日的借鉴

- (一) 国内刑事案件司法鉴定的突出问题及表现
- (二) 借鉴并完善我国的刑事司法鉴定体制

摘要 在清代,凡检验必须取得当事人的输服甘结,对于检验有质疑的,可随时具控,必要时发动覆检。并且原验官员、仵作于覆检时一般需再度到场,新的检验结论也建立在其输服基础之上。一旦证实原验有误,原检验官员、仵作则会受到严厉处分。为了取得输服,清代检验中比较注重公开性和交涉,清代检验对输服的强调是有其深刻的文化与制度成因的,从总体上看,其积极意义是明显的。通过对清代的研究,对比今日我国鉴定制度中的一些问题,可为我们提供若干借鉴。

关键词 清代 检验 终结 输服

“狱事莫重于大辟,大辟莫重于初情,初情莫重于检验”,^{〔1〕}传统中国一直对司法检验给予了高度重视,在出土的睡虎地秦简中就留下了丰富的相关史料,南宋的《洗冤集录》则对当时的检验方法、相关法令作了汇总。自宋至清,又有了一定的变化与进展。对此,已有贾静涛、马伯良、闫晓

*华东政法大学科学研究院副研究员、法学博士。本文系2016年国家社会科学基金项目“清代司法检验再研究”(项目编号:16BZS060)的阶段性成果。

〔1〕(宋)宋慈:《洗冤集录·序》,张松、张群、段向坤:《洗冤录汇校》(上),载杨一凡主编:《历代珍稀司法文献》第九册,社会科学文献出版社2012年版,第3页。

君、张哲嘉等作了相关梳理,^{〔2〕}张松等还将以《洗冤集录》为代表的若干重要检验著作作了点校整理。^{〔3〕}在此,笔者以清代为例,对今日学人较易忽略的检验终结制度作一论述,并结合我国刑事司法鉴定中的若干问题,做出一番借鉴与引申。

一、清代检验中关于终结的要求

清代司法较往朝的最大区别,在于其高度的集中统一性。特别是在斩绞类命案的审理上,不仅要通过必要覆审,区分出立决与监候,还要通过秋审,进一步细分出情实与缓决。且因都集中到中央统一审,皇帝亲决,在反复权衡比较中,对相关案情证据的把握、案件类型的细分,提出了更高要求。检验的重要性也由此得到了各方更充分的认识,^{〔4〕}“起衅之曲直,动手之先后,凶犯之首从,伤痕之多寡,以及部位是否致命,殴扎曾否倒地,俱系实缓关键”。^{〔5〕}雍正六年(1728),第一次在历史上规定额设仵作,^{〔6〕}并陆续规定了相关的待遇、考核、激励制度;乾隆七年,对以《洗冤集录》为代表的历代检验用书进行汇校整理,于全国范围内统一刊颁《律例馆校正洗冤录》;^{〔7〕}其他的检验制度,也都进行了一系列相应的改革与完善。^{〔8〕}

关于检验的终结,依《大清律例》,其要求是“遇告论人命……督令仵作如法检报。定执要害致命去处,细验其圆长、斜正、青赤、分寸,果否系某物所伤,公同一干人众质对明白,各情输服,然后成招”。^{〔9〕}因此,其必要性条件即是“输服”,从字面解,输服即为认输信服之意。当然,输服是个主观化的认知问题,它需要有个外在的标准来统一衡量。清代的做法即通过当事人等的

〔2〕 参见贾静涛:《中国古代法医学史》,群众出版社1984年版;Tz'u Sung & Brian McKnight, *The Washing Away of Wrongs: Forensic Medicine in Thirteenth-Century China*, Center for Chinese Studies, The University of Michigan Press, 1981, p.1-37; 闫晓君:《出土文献与古代司法检验史研究》,文物出版社2005年版;张哲嘉:《“中国传统法医学”的知识性格与操作脉络》,载《中央研究院近代史研究所集刊》2004年第2期;江存孝:《清代人命案件中的检验及取证模式》,台湾政治大学法律学系2008年硕士学位论文。

〔3〕 见前注〔1〕。

〔4〕 参见茆巍:《清代司法检验制度中的洗冤与检骨》,载《中国社会科学》2013年第7期,第181—203页。

〔5〕 (清)熙维周辑:《秋曹稿式》卷1“案身”,抄本。又,服制、杀伤人数等也有影响,限于主题,不作展开,相关分析,参见吴杰:《“杀一家多人”例与清代服制立扩张》,载《政治法学研究》2016年第1期;杜军强:《服制与清代法律适用的基本模式——从“服制如何定罪”切入》,载《法学》2017年第4期;张亚飞:《晚清民国时期亲属相殴之罪刑变迁》,载《中国社会科学院研究生院学报》2015年第5期。

〔6〕 参见《钦定大清会典事例》卷851,新文丰出版公司1976年版,第20册,15664上栏。

〔7〕 《律例馆校正洗冤录》刊颁目前通说为康熙三十三年(1694),但此说不确,其确切时间始于《大清律例》纂订之后的乾隆六年(1741)十一月,完竣于乾隆七年(1742)四月,相关考证参见陈重方:《清〈律例馆校正洗冤录〉相关问题考证》,载《有凤初鸣年刊》2010年第6期;张伟仁:《良幕循吏汪辉祖:一个法制工作者的典范》,载《台大法学论丛》1989年第1期(笔者所见该文系刊于中南财经政法大学法律文化研究院编:《中西法律传统》第6卷,北京大学出版社2008年版,第290页,注29);确切档案史料,参见张伟仁主编:《中央研究院历史语言研究所现存清代内阁大库原藏明清档案》,乾隆七年四月二日:A111-012, B62347, A117-063, B65939, 联经出版公司1987年版。

〔8〕 如又规定了检验尺寸度量的统一,出台了与骨殖检验相关的专门文书,统一了尸格中致命伤的标注,分别参见(清)薛允升:《读例存疑点注》,中国人民公安大学出版社1994年版,第865页;见前注〔4〕,茆巍文,第181—203页;韩健平:《清代验尸制度改革——〈尸格〉对致命伤的标注》,载《中国科技史杂志》2017年第4期,第388—397页。

〔9〕 见前注〔8〕,薛允升书,第864页。

甘结来表征,具体是“仍严责吏件,眼同原被干证,取四不扶同甘结”。^{〔10〕}这里的“四”是个概称,指向范围有原、被、邻、证、乡保等,另还有作作。当然,在所有的输服对象中,最重要的当然是原、被二方,特别是尸亲,具体样式以宝坻县档案中记录的嘉庆五年张有禄被打致死一案中的尸亲甘结为例:^{〔11〕}

甘结

具甘结尸母张史氏、尸妻李氏、尸兄张有功、尸弟张有寿,今于

与甘结事,依奉结得身子张有禄,实系被赵辅臣用木棍一棍打伤卤门,越日因伤身死,并无二伤,今蒙验明,所有尸身情愿领埋,所具甘结是实。

对照官方填写的尸格等检验文书来看,^{〔12〕}甘结的作用相当于将其中检验出的重点与核心问题加以复述,并表示对官方结论的认可。

验毕需要取得尸亲等的输服甘结,在清代得到了广泛的强调,地方省例、官箴书中也都反复提及。如《湖南省例成案》中,该省即要求:“仰按察司即查照批示,通飭各属,凡遇一切命案,无论重轻真假,总于初报时责令州县印官悉心研究,务得寃情,相验尸伤必须按照洗冤录条款,亲身察核,指示尸亲凶犯当场辩驳,务令心服,然后录供,据寃详报。”^{〔13〕}“刑名老手”王又槐也在其官箴中建议“倘不输服,令指出再验”。^{〔14〕}

要指出的是,清代的甘结做法是在前代基础上发展起来的。在宋代,是通过检验官吏及尸亲等在统一的官颁文书“检验格目”上共同签字的方式来表示认可;^{〔15〕}明代,则在原有基础上,又同时要求参与检验的官吏、作作等出具没有串通弊的甘结;^{〔16〕}清代则是进一步发展,在改变检验文书样式的基础上,不再要求当事人在其上签字,但原被邻证及作作等要另外分别出具甘结。这种变通的方式,既增加了官方取结的难度,也较明代更显流畅简洁,同时也有利于上级更好地通过相互的文书比对,发挥监督作用。

二、围绕输服的检验运作

清代检验分初验和覆检,但依规定,二者须取得当事人的输服。以初验为例,其相关做法主要是:

(一) 提前派役,召集众人

接到命案报验,官员的第一任务并非立即前往案发地,而是在初讯了解案情(清人称之为“落膝初供”)后,先派衙役赶赴现场,召集一干人等,然后才由官员带领作作、刑书前来检验。衙役所召之人即主要是需出具甘结的原、被、邻、证、乡保等,清律规定“公同一干人众质对明白”,召集人

〔10〕 参见《律例馆校正洗冤录》卷1,“验伤及保辜总论”;见前注〔3〕,张松等书,下册,第419页。

〔11〕 《顺天府全宗》,28-4-197-001,中国第一历史档案馆藏。

〔12〕 参见茆巍:《论清代命案检验中的鉴定文书》,载《证据科学》2011年第1期,第20—30页。

〔13〕 《湖南省例成案》卷18,“真正命案开明起衅缘由被何人用何凶器殴伤何处杀伤何处颁发格式分别注载”,藏于中国社会科学院经济研究所(缩微胶卷版),东洋文化研究所原本。

〔14〕 (清)王又槐:《刑钱必览》卷1,“办理详案章程”,嘉庆十九年刻本,第15页b。

〔15〕 参见贾静涛:《中国古代法医学史》,群众出版社1984年版,第61—62页。

〔16〕 参见(明)佚名:《新刊招拟假如行移体式》,载杨一凡主编:《历代珍稀司法文献》,第二册,社会科学文献出版社2012年版,第749—750页。

众即相当于其前提性条件。

如宝坻县档案中即有嘉庆二十一年(1816),务本里圈子店民人许汝瑞被打后抽风身死,经乡保报案,官员对衙役签票如下:^[17]

为此仰原役即协□乡牌,将后开人等限 日内分别拘传尸场听候验讯,去役毋得刻延干咎,速

计传

乡保张士平 圈子庄牌头许汝爽 甲长许汝桐 两邻 六户庄牌头刘自信 尸兄许汝祥 尸侄许太龄 许富龄 拉劝人刘君安 许汝隆 张朝安 劝回人张俊卿 说合人艾显周 司守忠 许汝信 张盛武 郭焕章 张福周 常继先

并拘

凶手艾自江 艾士宓 艾维印 帮殴人艾士俊 艾继官 艾继庆 艾士太 艾福朝 艾七 艾八 持枪人艾士万

所召集人中最重要当然是尸亲,他们是输服的首要对象。例外的只有《大清律例》中的,“检验自尽人命,如尸亲远居别属,一时不能到案,该地方官应即验明,立案殓埋”。^[18]但从史料来看,清代实践中对于自尽命案中的尸亲都要求尽可能地到场。如在顺天府全宗中,对于每一名被检验的路毙无名乞丐,在上报文书中至少都形式上做到了声明已于验前派役前往其生前所称的村庄寻找,但未听说有此人,等等。^[19]

在正式检验前,还有个查对清点的过程,宝坻县档案中,即在前文派役前往计开的名单下注有“到”或“不到”字样(或只在未到者下标有“未到”二字)。下图为四川会理州衙的一个传讯单,虽非命案,但从记录方式来看,与宝坻县档案并无二致。

(二) 高声喝报,众目共视

具体检验时,须由仵作高声喝报、^[20]验官记录。喝报的内容,主要是伤损的部位、长度、色泽、形状、凶器等,喝报色泽是因为古人认为不同颜色代表着伤情的轻重。^[21]这一点,在所有的上报文书中都得到强调,报告上司已经如此履行,如“据仵作邢岱与稳婆郭氏当场高声喝报”,^[22]“如法相验,据仵作喝报”,^[23]等等。

对于喝报还不能充分展示的,则还有采用让旁观者“众目共看”的方式,如此,其常带有几分剧场化的色彩。晚清任职广东罗定州知州的杜凤治,即在其日记中记载了对于一起怀疑用毒杀夫案件的现场检验:^[24]

[17] 《顺天府全宗》,28-4-198-086。

[18] 见前注[8],薛允升书,第865页。

[19] 如一孟姓乞丐倒毙案,见《顺天府全宗》,28-4-198-026至28-4-198-036。

[20] 当然如系女尸,则有稳婆参与,此时则仵作、稳婆高声喝报,如系代验邻县,则两县仵作同时高声喝报。此处仵作喝报为简称。

[21] 见前注[1],张松等书,第140页。

[22] 佚名:《坐幕刑名底稿》抄本残卷之深州郭二狗杀母案,东洋文化研究所藏,页码无。

[23] 此系清代档案中常用套语,结合后文将论及的需解释质对来看,当是普遍做到的,在官箴书上也有相关论述,如(清)刚毅:《牧令须知》卷6,载刘俊文主编:《官箴书集成》第9册,黄山书社1997年版,第262页。

[24] 广东省立中山图书馆、中山大学图书馆编:《清代稿钞本》第16册,广东人民出版社2007年版,第533—534页。

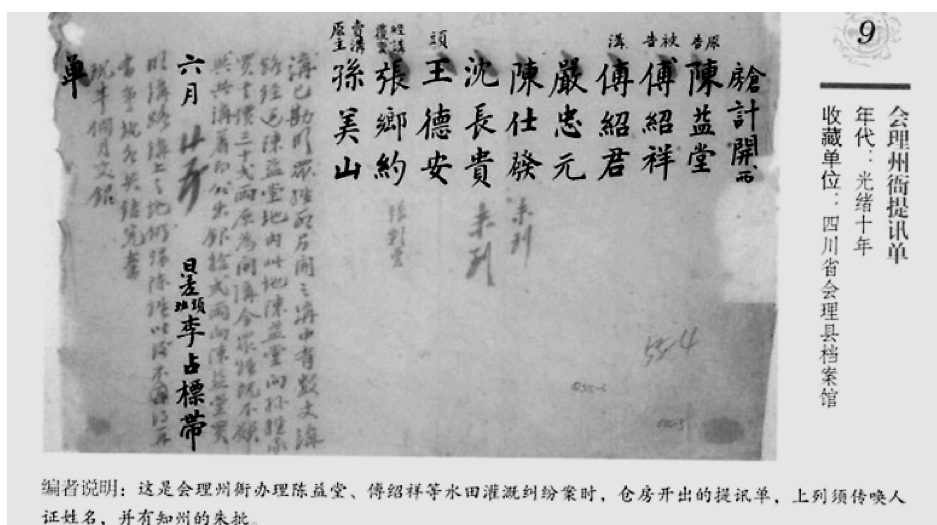


图1 四川会理州衙役提讯单〔25〕

坐候银条探验时到(必须一二时毒方上针)……时交三点(申初)一刻,件作禀为时已足,请大老爷即至尸场验针,予到尸场……口中取出一枚,又于下部取出一枚,携至予前,并携皂荚熬水一罐至予前,呈银针□黑如漆,即令入皂荚水净洗……愈洗愈明……遇毒而死,毫无疑义……令件作再洗与众目共看,其色丝毫不动,件作禀,尸停十余日,早经溃腐,银针色黑固然,惟秽物之黑银性不受,一洗即脱,如遇毒则愈洗愈现,此属明证,屡试屡验者也。

此处是验毒,可能因此它与检验普通外伤不同。相比之下,银针改变后的色泽更不易为周围人观察到(在清人的观念里,如果受毒则银针变色),〔26〕故要通过这种方式共所确知,以取得大家的认同。并且此案中,在展示共看后,件作当众还有个解释(即受毒与受秽色泽差异)。

(三) 解释比对,诘正说服

在件作验毕后,官员应再作检查,“相验时件作报伤之处,须将尸身反复亲看,遇有发变,更须一一手按以辨真伪”,〔27〕以便确信后填写格、图等检验文书,〔28〕官箴书有的强调同时应向当事人晓谕:〔29〕

如尸亲指发变为伤痕者,即细细晓谕,如系伤痕,其处气血必然凝结,则坚硬如石,如系发变,则按之即陷,放手则膨胀如故,并亲自用手掀按,令其仔细看清,自然无说。

因清人常将伤痕与尸斑(即发变,系正常死后反映)混淆,或对伤痕新旧有异议,故此处特地强调要将二者向尸亲等解说清楚。

汪辉祖还建议要重视《洗冤录》的凭借:〔30〕

〔25〕 四川省档案馆编:《巴蜀摄影:四川省档案馆藏清史图片集》,中国人民大学出版社2009年版,第104页。

〔26〕 值得注意的是,在今人看来,这个办法可能并不太确切,参见林几:《检验洗冤录银钗验毒方法不切实用意见书》,载《医药学》1933年第5期。

〔27〕 (清)汪辉祖:《学治臆说》卷下,“验尸宜亲相亲按”,《官箴书集成》第5册,第284页。

〔28〕 格、图是清代官颁的统一鉴定文书。见前注〔12〕,茆巍文。

〔29〕 (清)穆翰:《明刑管见录》,“相验”,光绪六年跋刊本,第6b—7a页。

〔30〕 (清)汪辉祖:《学治臆说》卷下,“当场奉洗冤录最可折服刁徒”,《官箴书集成》第5册,第285页。

刁悍尸亲或妇女泼横,竟有不可口舌争者,执发变为伤据,指旧痕为新殴,毫厘千里,非当场诘正,事后更难折服。宜将《洗冤录》逐条检点,与之明白讲解,令遵录细辨,终能省悟。此亦屡试有效,切不可惮半日之烦,贻无穷之累。

至于凶器,则也要当场比验,并让凶手指认。黄六鸿即云:^[31]

如凶器已获,即问凶犯是否所持伤之器。如未获,即问凶犯提取。立限原差取到,仍问明凶犯是否此器。若系金刃所伤,凶仗或有血痕,亦未可定也,须试看,然关系不在此。凶器验明,便摘取凶犯认凶器认状,亲笔花押,免其日后展辩。

这些讲解、辩诘、比对,从今日角度说,相当于是个质证的过程。

三、覆检中的输服

初检有疑,覆检发动后,同样需要取得原被输服甘结;只是因为覆检的前提是假定了原验可能有误,故输服的对象更加广泛。

(一) 具结请检,程序先控

覆检的发动可因官员有疑而提起,也可因当事人提起而发动。但是,针对当事人要求的,清代有个前置性的程序控制。这就是要求当事人先具结,即所谓“具结求检”“结求开检”。与验后表征输服的甘结不同,其内容为“尸亲坚供不服,宜令尸亲指明伤痕、器械,取具请验切供甘结”,^[32]即必须指出具体对原验不服何在,^[33]同时要表示如虚反坐。这是一种举证责任上的分配,也相当于程序上的告知。若不肯具结,或虽具结而不能指出确切不服所在的,都将对进入覆检构成障碍,并可由此推定其异议不成立。如道光年间,四川参将西林宝之妻伊尔根觉罗氏几度具控其夫身死不明,道光先后两次降旨,一次派海龄“验明覆奏,实系烟致毙,并非因伤身死”,一次是“派穆彰阿等覆加详验,据奏该尸身皮僵腐烂,据件作结称委无刀伤”,但是伊尔根觉罗氏仍然不服,却又不肯具结请检,道光即对此表示“乃该氏倚恃妇人,始终坚执,既不输服,又不肯具结蒸检,实属刁健异常,自未便任其狡展,致滋拖累。伊尔根觉罗氏罪应拟军,系官员正妻,照例纳赎,著交该旗严加管束”。^[34]

要求当事人出具如虚反坐之结的目的,在为覆检指明方向的同时,意在通过相关利害声明,减少不必要的讼累,它事实上起到了阻遏一部分案件进入覆检的作用。因此在有的案件中,当事人虽有不服,但“令其指报伤痕具结开检,该犯胡能尧惟有伏地认罪,……不敢具结请检”。^[35]它还有文化观念上的原因,因为覆检常隔时较久,在当时条件下只能通过骨殖检验来判别生前伤损,为此可能需要尸身进行剔肉蒸煮等特殊处理,而清人对于掘坟开棺是不主张的,认为“暴露骸骨,大非仁政”,^[36]

[31] (清)黄六鸿:《福惠全书》卷14,“人命上”,《官箴书集成》第3册,第366页下栏—367页上栏。

[32] (清)王又槐:《刑钱必览》卷1,清嘉庆十九年刻本,第26页a—b。

[33] 确切指出不服所在,这对于不在案发现场的尸亲并不合理,该规定直到道光年间针对狱囚监毙的才有所放宽,见前注[8],薛允升书,第867—868页。

[34] 《大清十朝圣训》(宣宗成皇帝),卷63,道光十年四月丁丑,文海出版社1965年版,第2册,第1069页。

[35] 《硃批奏折》,04-01-26-17-14。

[36] (清)黄六鸿:《福惠全书》卷20“杂犯·侵占田产坟山”,载刘俊文主编:《官箴书集成》(第三册),黄山书社1997年影印本,第238页下栏。

覆检中如此处理骨殖，则更是“检尸与凌迟不异，上干天和……不可不思，不可不慎”。^{〔37〕}

（二）详请飭委，全省调配

与对当事人请求覆检予以程序控制相对应的是，清代将最后覆检的决定权上提至省，而不是州县。之所以说不是在县，是因为在《硃批奏折》《军机处上谕档》等史料中，关于覆检发动，站在州县官员角度，用的都是“通详请检”“通禀请检”“详请会检”“经该县通详请检批府委员检审”等字样，处分则例中亦有“州县审办命案，有详请开棺检验者”。^{〔38〕} 用有“请”字，即说明地方州县只有请求权。而断言在省，则是因为在史料中，如果决定发动覆检，具体飭委是由督抚等来安排布置的，如“刑部咨广东司案呈，内阁抄出，两广总督阮等奏……又经录供通详请检，当由臣等委员前往检明”，^{〔39〕}“广东巡抚康疏称……该县恐系原验尸身不实，以致犯供狡展，即行检举，通详请检，批府检审”。^{〔40〕} 它至少要到臬司这个级别，“韩高氏不肯输服，该县复详请，臬司飭委宁河县知县缪绂，会同该县札调大兴县仵作张宽，并宁河县仵作范起瑞，取具两造甘结，开棺蒸检骨殖”，^{〔41〕}说明按察使才可。

这个下级详请再飭委的程序，在审慎的同时，导致的一个直接后果就是，清代的覆检都以委验，或者“会检”的方式举行。委，意味着由原验之外的其他官员来主持覆检；会，则意味着要由几名官员来共同主持。这个做法有利于在全省将熟悉检验的官员与仵作予以调配，并且必要时，还可决定向外省借调。^{〔42〕} 也因此，在清代的司法实践中，常随着覆检次数的增加，层级越高，官员、仵作的组成也越庞大。杨乃武案中，最后于京城覆检时，“届期刑部满汉六堂、都察院、大理寺并承审各司员皆至，顺天府二十四属仵作齐到，又有刑部老仵作某，年八十馀，亦以安车征至”。^{〔43〕} 这种安排，既保证了检验力量的配备，也宣示了官方对案件的重视。

（三）原验临场，共成信讫

与原验一样，覆检中尸亲同样要临场，且从处分则例来看，不到场似覆检难以进行，“州县详请开棺检验之案，以接奉上司批准之日起限，……一年以上者革职。如奉文后适值阴雨连朝，或尸亲患病不到，准其声明扣除”。^{〔44〕} 阴雨有碍察视，类似于今日之不可抗力；但尸亲若不到，也具有类似对检验进程的阻遏效果。置于清代对办案程限要求极严的背景下，充分反映了对其到来的重视。但就清代覆检的整体设计而言，更大的安排还是指向原验的官员、仵作。

原验中的官、仵们此时通常也是临场的。首先，原验之仵到场是清代的一个例行性做法。《洗冤录备考》中即言“覆检，必调前检人役同验官封，眼同开棺”。^{〔45〕} 清代检验歌诀中即有“开检作弊

〔37〕（清）觉罗乌尔通阿：《居官日省录》卷3“人命”，载刘俊文主编：《官箴书集成》（第八册），黄山书社1997年影印本，第100页上栏。

〔38〕 见前注〔8〕，薛允升书，第690页。

〔39〕 《粤东成案初编》卷12，广东省立中山图书馆藏，道光十二年刻本，第1a—3b页。

〔40〕 同上注，第7a—9a页。

〔41〕 《硃批奏折》，04-01-01-0538-020。

〔42〕 如道光年间，浙江德清民妇徐蔡氏被徐倪氏勒死大案，即关借福建仵作（《清宣宗成皇帝实录》卷81，中华书局1986年影印本，第2册，第309页上栏）；光绪年间，湖北郧西县廪生余琼芳身死案，覆检关借江西仵作，后又再从刑部请求调派仵作（《清德宗景皇帝实录》卷178，中华书局1987年影印本，第3册，第480页下栏—481页上栏）。

〔43〕 黄潜：《花随人圣庵摭忆》（中），中华书局2008年版，第563页。

〔44〕 （清）文孚纂修：《钦定六部处分则例》，文海出版社1969年版，第870页。

〔45〕 参见（清）张锡藩辑：《重刊洗冤录汇纂补辑》；见前注〔3〕，张松等书，下册，第500页。

本无良,必调前件并临场”。^{〔46〕} 他们的到场,可能是因为相对于官员,处于更专业的角色,如果否定前验的话,从他的角度来入手,相比官员也更为容易。^{〔47〕} 至于原验官员,从史料来看也是存在的,在一些京控大案和高层次官员主持的覆检中,更是如此。如道光年间顺天通州民妇康陈氏身死一案,刑部发现异常,覆检即是,“赛尚阿、祝庆蕃,会同刑部详细覆验……委系自缢身死,取具原验各官结称,眼同覆验,实系自缢等语”。^{〔48〕} 原验官员到场的目的,表面上是协助后验正常进行;但更深层次的用意,在于一旦证实原验不实,就能立即取得他们的认错甘结,构成覆检结论成立的完整证据链。为此,有的案例甚至反映出,覆检是专为未到场的前验官员进行的,如嘉庆年间一案的三检,“确系是殴非缢,尚恐不足以服委验各员之心,又添委因公来省之大名府方其昶、署正定府沈长春,会同保定府办验审鞠,并传令委验之易州徐用书、沧州周世紧等随同阅看”,后二人即是二检官员。^{〔49〕}

兹以同光年间的黑龙江王景殿案为例,该案先后五次检验,从档案来看,除二验中的原验官、件地位不确外,三检、四检、五检中对原验官、件都有交待。他们都需于再度检验时临场,并在五检明确后他们均被饬回:^{〔50〕}

表 1

检验次数	检验时间	地点	主持及参与官员	负责件作	原官、件
初验	同治十年(1871)	黑龙江呼兰厅	刑司行走佐领多斯洪阿	雅绷阿	\
二验	光绪二年(1876)	黑龙江呼兰厅	副都统衔协领廉忠、刑司行走云骑尉蒙古巴图、署呼兰同知文夔	常安、长江、戴连生	未提到
三验	光绪三年(1877)	黑龙江呼兰厅	盛京刑部主事锡章	尹春山、陈凤鸣(锡章拣带)	委员“赴尸所检验,本省前验各官、件作,及原被人证亦饬赴尸所伺候”
四验	光绪四年(1878)	吉林(改交吉林将军铭安审办)	铭安“飭吉林同知选带件作,奴才带同刑司司员、户、兵司协领,及调吉委员”	汪升	(1) 四检发现有凶门伤,铭安“亲加验视”,“随飭奉省所调件作细看”;(2) “原验官件均坚称,初验覆验凶门实无此伤”;(3) “据原验(二检)官廉忠等稟诉,两次相验实无此伤”;(4) “原被人证及原验各官、件又皆具结请验”

〔46〕 见前注〔3〕,张松等书,下册,第503页。

〔47〕 关于件作与验官于检验中的角色划分,见前注〔28〕,茆巍文。匿名审稿人于此指出,此也与提前控制相关责任有可能有关,笔者认为此解释有一定道理,但结合清代检验做法来看,其直接目的在于取得前验人的甘结,以使覆检结论成立,同时也有让前后检验人相互监督的目的。

〔48〕 《军机处上谕档》,道光二十四年二月二十四第5条,盒号1084册号2,中国第一历史档案馆藏。

〔49〕 参见《硃批奏折》,04-01-13-165-1。

〔50〕 《硃批奏折》,04-01-01-0933-027,04-01-26-0075-023,04-01-26-0075-014,04-01-01-0939-026,04-01-01-0939-027,04-01-01-0939-033,04-01-01-0941-026。不过该案稍特殊的是,五检中有三检的件作尹春山,他不仅临场,而且参与了正式检验,这是目前笔者所见资料中唯一的特例。这可能与该案三验并未真正完成有关。

续表

检验次数	检验时间	地点	主持及参与官员	负责仵作	原官、仵
五验	光绪四年 (1878)	吉林	铭安,奉天昌图府知府赵受璧(专调来为检验),“并刑司部员”	商荣、尹春山(三检时奉省调来仵作)	(1)“所有初验仵作雅绷阿、覆验官黑龙江协领廉忠、云骑尉蒙古巴图、前署呼兰厅同知文夔,及仵作常安等,所验均属相符,……应即飭回”(常安系二检仵作);(2)“该仵汪升(四检)供词闪烁”,讯出受贿之事

(四) 质证查因,众皆输服

原验官、仵临场的重要任务是见证具结,这个结果通常也要经过质证。同样如王景殿案中,在覆检现场,“原验官仵均坚称,初验覆验凶门实无此伤”,“据原验官廉忠等禀诉,两次相验实无此伤”。他们甚至有时主动提出对质的要求,“仅提到原帮验视之竹山县仵作胡太畛到案查讯,据称当日本官因伊不甚谙练,责令竹谿县仵作刘希哲验报,伊止跟随帮看,今已日久,不能指清,止尚记忆柯道灼脊背一伤实系木器所垫,可与柯隆桐质对”。^[51] 这样争执的场面有时还很激烈,咸丰时曾作《洗冤录详义》的许梈即回忆说“余在山左覆检郅城县史戊寅一案,前检官以缺少饭匙骨,聚讼纷纷,仵人欲以他骨充数,检官不依,致有争执”。^[52]

在原验人员具结的同时,还必须对覆检的原因做出解释,不管再检后确系是原验错误还是因尸亲等怀疑误控,都必须在上报文书中予以反映,相关原因必须找到。如果经过几次检验,则必须对几次覆检发动的原因都作个交待,“彼此参差者,必拘原作,对讯研究”。^[53] 如乾隆年间李若梅掐死尹王氏案,前后五检,第一、三次均错误认定自缢,在最后五检确定查明死因之时,一检知县承认“初任不谙检验,遂信为自缢属实,未加细看,不意竟被仵作受贿朦混”,仵作则是“该仵作李应举因见参员(指一检知县)未到捏供卸罪,诿之李应举亦俯首无辞”,三检仵作鲁开运则声称“前次检验洗刷未净,尸骨已历年久,多有微暗旧痕,不能辨认的确,因知李若梅等紧不承认殴掐,尸亲曾具有自缢甘结,又见腿骨胫骨等处仿佛似有斑痕,遂致喝报错误,委非有意增减”。^[54] 当然,如果是尸亲怀疑误控的,则解释的主体就是尸亲一方了。如道光年间山东博兴县民人刘殿元之子刘毓秀在私塾读书夜宿中突然死亡案中,覆检证实未受外伤,但尸亲系以肾囊有伤具控,而原验也确实发现该处有不正常的红色(清代认为此系致命伤部位),通过调查得知其平时患有风症,常搔抓肾囊,伤痕当系自抓所致,如此反复查明后,尸父也予以认可,声称“原不敢指定”,“急图为子伸冤,是以节次呈控”。^[55]

四、不能输服的后果

无论是初验还是覆检,当事人不一定能全然接受,清代的做法是允许当事人随时提出异议,包

[51] 《硃批奏折》,04-01-26-25-58。
[52] 参见(清)许梈:《洗冤录详义》卷1,古均阁许氏藏版,第48页b。饭匙骨大体相当于今日的锁骨。
[53] 参见(清)陈芳生:《洗冤集说》卷8,聚锦堂藏版,中国社科院法学所图书馆藏,第25页a。
[54] 《硃批奏折》,04-01-26-10-18。
[55] 参见《硃批奏折》,04-01-1-636-15。该案准确地说并非维持原验,而是原验系外伤,但被告坚决不承认,只得呈检覆检,会检中认定非受外伤身死,但在通详请检中发生尸亲以肾囊受伤不究而京控。

括以上控的形式等,并对尸亲采取倾斜性的态度;相应地,对于覆检后查实原验有误的,相关官、件等都将予以处分。

(一) 重视异议,容忍上控

虽然当事人只有出具甘结,才能表示输服,检验才能形式上完毕,但这只是对官方而言的。对于当事人,他随时可以异议,并且没有级别上、时间上的限制。即使刑部亲自检验,也可对之提出质疑。如乾隆年间,海升殴死伊妻吴雅氏一案,初验并经刑部审讯后,死者之弟贵宁“不肯画供”,“经刑部奏请,特派大臣覆检”,检验结果“实系缢死”,但是“贵宁仍以检验不实,复在步军统领衙门,以海升系大学士阿桂亲戚,刑部显有回护等情具控”,于是发动第三次检验,“吴雅氏尸身并无缢痕”。^[56]甚至秋审之后,仍能提出。如道光年间,东北民人于登贤其弟于登魁被殴后身亡,原验系拳脚伤,但于登贤不服,坚称其弟死前告之系铁器伤,为此发动了京控。案交吉林将军保昌后,先后组织了两次检验。虽然检验时间不详,但此案已于十四年(1834)秋审,而于登贤于十四年六月由都察院解回吉林,保昌于十五年(1835)三月具奏,推测至少有一次检验在秋审后。^[57]

对于尸亲的不能输服,清代司法实践中更是给予了倾斜性关注。虽无法条上的直接依据,但从史料来看,尸亲不输服请求覆检,只要肯具结请检,似立即进入考虑程序:

尸母白张氏坚称,伊子白二实系被诬拷打受伤殒命,情愿具结求检,当即委员提取白二尸棺到郡,飭委道府督率朝阳县知县德兴、滦平县知县福永开检。^[58]

该尸亲狡执颇求具结情愿剔骨检验,当即飭令该件作毛宗俊如法蒸检。^[59]

惟尸弟于希元同尸子于万湖,坚供原验于希敏尸伤实有隐漏,结求开检,随委员提取于希敏尸棺。^[60]

张泳泰坚不服输,即赴副都统衙门具控。飭令张泳泰呈请覆验,指定致死伤痕,具结开验,该同知移取左司件作张峻亲诣尸所开棺,验得……^[61]

采用的是“即”“随”“当即”等用语,显示了应对上的迅捷。相比之下,这种用语在被告、官员等发动覆检的用语中则相对较少,多是在调查了解、提讯质证后仍不能释惑的情况下,才启动覆检。

当事人的不能输服,既可检验之时表达,也可以上控的方式提出。虽然清律规定,当事人的上控当逐级提出,“军民人等有冤抑之事,应先赴州县衙门具控。如审断不公,再赴该管上司呈明”,^[62]“若越本官官司,辄赴上司称诉者,(即实,亦笞)五十”,^[63]但事实上的做法是对该类越级上控持相对宽容态度。在笔者所见史料中,特别是发动覆检如果得实的,即使是越诉、京控,未有受过处分的记录。沈之奇也曾专就通过迎驾、击鼓申诉的方式指出,“得实则免罪”。^[64]

原验官员当然也可提起,并且清代司法实践中采取了对官员主动提请覆检和被动提及的差异性对待,“该县徐大纬因思相验时尸已发变,虽值阴雨之后,原验缢痕本觉散漫,情有可疑,即据情

[56] 参见《大清十朝圣训》(高宗纯皇帝),卷206,文海出版社1965年版,第5册,第2717页。

[57] 参见《硃批奏折》,04-01-01-0767-047,第一历史档案馆藏。

[58] 《硃批奏折》,04-01-1-0573-034。

[59] 《硃批奏折》,04-01-1-0767-047。

[60] 《硃批奏折》,04-01-26-0062-111。

[61] 《硃批奏折》,04-01-1-0591-031。

[62] 见前注[8],薛允升书,第678页。

[63] 见前注[8],薛允升书,第675页。

[64] 参见(清)沈之奇:《大清律辑注》(第2卷),法律出版社2000年版,第798页。

详请委员会检，经臣批司委汾阳县知县乔维镛会同覆检”，^{〔65〕}他还在会检时处于正式参与者的地位，并在确系错误需予处分时得到可能的从宽机会。^{〔66〕}而如果是被上控或上级有疑后进行覆检的，则是“传集前验之巡检贺选并仵作、尸亲、案犯人等，将尸移放平明地面，如法相验”，^{〔67〕}此即类似于被置入和其他犯证同等的角色。更有的，在被具控后，直接是“请将原审之知县先行解任以凭质审……一面委同开检”。^{〔68〕}这种差异性，都是在一定程度上鼓励官员们认真对待当事人的异议，主动发现错误。

（二）处分官件，无限连带

覆检发动，证实原验有误的结果必然是处分。庄吉发曾将嘉庆六年至十一年所有被参革职、解任文武官员作一列表，其中有十五位府、州县官因检验错误，如“相验不实”“讳命”（讳命在处分则例中列入检验尸伤不以实门内）等而受处分。实际上清代检验错误还常可能以其他原因如“玩视人命”而被论处（在庄吉发的统计资料中即有八位因此受处分者），^{〔69〕}如果我们再考虑到这只是台北故宫档案馆的资料，且清朝档案并非全部保存下来，那处分人数就更多了。

清代的检验处分是双轨制的，即对于仵作等吏役直接适用传统五刑，而官员则首先用罚俸、降级、革职来抵销，不足蔽辜者，再适用刑事处分。站在今日角度，其可谓是相当严苟的——哪怕是不足轻重的体表损伤，若未作记录，也可能依“增减”尸伤而受处分（当然，这也与其主要是体表检验，及前文的检验时喝报共见检验方法有关）。^{〔70〕}并且依规定，处分是连带式的，今人所熟知的杨乃武案即是典型，其中，官员须为吏役的一切罪错担责，上级须为下级担责，后任须为前任担责，对官员的处分不会因为其转任、升任、致仕而有任何改变。在道光年间的一起照磨违例代验案中，经死者家属控告检验有误并覆检得实，结果：

查济郎阿系镶蓝旗满洲人，推升户部员外郎离任，张步骞系山西文水县人，业经告病回籍，相应据实参奏请旨，将前任昌图理事通判推升员外郎济郎阿解任，由该旗都统委员押赴奉天。并请勅下山西抚臣，将前任昌图照磨告病回籍之张步骞，委员解奉，以便提同全案人证，严审确情，务期水落石出，按律定拟具奏。^{〔71〕}

其中济郎阿系例应亲验官员，张步骞则是违例代验官员，虽然案发后，两位官员一位升职，一位告病回籍，但都被押解回来受审追责。

〔65〕《硃批奏折》，04-01-26-14-2。

〔66〕“此案已革知县徐大纬初往相验，因时已将晚，任听仵作混报，草率具详，固有应得之咎，但出详后自恐案情未确，详请会检，因而覆验得实，俾正凶不致漏网，其过尚可原，徐大纬著送部引见。”见第一历史档案馆编：《乾隆朝上谕档》第18册，广西师范大学出版社2008年版，第398页下栏—399页上栏。

〔67〕《硃批奏折》，04-01-1-767-47，清代强调州县亲验，此案中巡检之所以能初验，是因为案发地在东北，清王朝不能不根据现实需要，在边陲地区自乾隆年间陆续放开佐杂的相验权。参见茆巍：《万事胚胎始于州县乎？——从命案之代验再论清代佐杂审理权限》，载《法制与社会发展》2011年第4期。

〔68〕《硃批奏折》，04-01-1-667-33。

〔69〕参见庄吉发：《故宫档案与清代地方行政研究——以幕友胥役为例》，载《清史论集》（一），文史哲出版社1997年版，第480页以下。

〔70〕茆巍：《论清代命案检验错误之处分》，载《安徽大学学报（哲学社会科学版）》2013年第4期。关于传统社会司法责任更宏观的论述，参见郑显文：《中国古代司法官员的法律责任追究制度研究（提纲）》，载《中华民族优秀法律传统与当代中国法制建设研讨会论文集》，2014年；李凤鸣：《清代州县官吏的司法责任》，中国政法大学2006年法律史博士学位论文，第33—38页。

〔71〕《硃批奏折》，04-01-26-0062-111。

在这种处分制度之下,对于原验官员来说,体制范围内的规避、减轻处罚办法就是认真考虑当事人的态度,确保检验的真实性,甚至及时自我检举。后者至少可能被开恩减轻处罚。如乾隆年间西和县知县黄潼鲤在一起病亡误验为伤死的案件中,先验通详后,覆讯中发现有误,遂自行检举,结果因“该员虽误报于前,尚不敢廻护于后,且此案未经成招,即自行覆讯得实”,乾隆皇帝谕旨“黄潼鲤着罚俸一年,以示薄惩,所有奏请革职之处,着加恩留任”。^{〔72〕}

五、关于清代检验中输服的讨论

受制于当时的交通、通讯条件,清代的检验无疑是一次高成本的司法支出。特别是在覆检中,全省人力的调配,相关原被人证,原验官件的长距离召集,其经济资源消耗更是惊人。在正常审转案件中,清人自谓“即如办一徒罪之犯,自初详至结案,须费至百数十金”,^{〔73〕}其中解犯是最大项的支出,对比之下,“徒犯解府并不解司”,^{〔74〕}而覆检则常可能在省举行,距离大为延长,人数远远增加(除人犯外还有原被官件),尸棺还需起运,如此,粗略估计其费用近千金,当不为过,^{〔75〕}这相当于千石大米的支出。^{〔76〕}清代一个知县正常财政工资是年俸银45两,再加上养廉银400至800两。^{〔77〕}仅此一次覆检的举行,经济消耗就可能超过一个知县一年的正式收入。但是,如此巨额的投入在当时条件下仍是有其积极意义的。

首先,它适应了当时低水平检验条件下发现真相的需要,有利于最大限度地接近案情本原。虽然传统中国的检验起步较早,在睡虎地秦简中就有相关的记载,至宋代又有《洗冤集录》的诞生,明清在技术上也有发展,但我们可以想见的是,古人的检验条件与技术水准,无论如何与今日相比都是较为落后的。而认识论告诉我们,“认识‘真理’的基本途径有两条:一条是由别人告诉你;一条是你自己去发现。前者可以称为‘告知真理’,后者可以称为‘发现真理’”。^{〔78〕}在案件侦破中,案件的亲历者对于案情的描述,相当比率上比事后的推断更为准确。反映在检验中,清人这种在官府验毕后要求当事人出具认同甘结的做法,即相当于“发现真理”与“告知真理”二者的结合;覆检中前验的召集,则相当于将数次的“发现”与“告知”相弥补。如此,它允许翻异,及时覆检,体现了对自身认知能力不足的必要警醒,在一些案件中,我们也能看到,正是由此重新引导出了正确的结论。“尸子张会云心疑范振吉殴毙悬挂,屡向该县喊禀……该县徐大纬因思相验时……情有可疑,即据情详请委员会检”^{〔79〕},从而它能够在可能范围内减少冤狱的发生,避免“乱罚无罪,杀无

〔72〕 《清高宗纯皇帝实录》卷1380,中华书局1985年影印本,第16册,第519页。

〔73〕 《清史稿》卷374,中华书局1977年版,第11550页。

〔74〕 见前注〔8〕,薛允升书,第858页。

〔75〕 这是个粗略的估算,比如正常审转中是按1比6的比例押解。相关具体考证分析,参见李明:《论清代“逐级审转复核”制度下的人犯递解》,载《历史档案》2015年第1期;吴吉远:《清代递解人犯与“流人”》,载《紫禁城》1993年第6期;侯永国:《清代罪犯递解途中的意外事故及成因分析》,载《中共贵州省委党校学报》2009年第4期。但检验中是何比例,尚不确切,又徒罪之案中除解犯支出外,还有文书等支出,而检验中也有相应的文书通详关传等支出,其比重如何,我们无法一一对应,此处是计其概数。

〔76〕 康乾时期最低一石大米银四钱,最高二两。相关换算,参见黄冕堂:《中国历代物价问题考述》,齐鲁书社2008年版,第60—68页。

〔77〕 参见薛瑞录:《清代养廉银制度简论》,收于氏著:《清史文苑》,辽宁民族出版社2013年版,第128页。

〔78〕 何家弘:《司法证明方式和证据规则的历史沿革——对西方证据法的再认识》,载《外国法译评》1999年第4期。

〔79〕 《硃批奏折》,04-01-26-14-2。

辜。怨有同，是从于厥身”。^{〔80〕}

其次，它适应了当时证据制度的需要，赋予了当事人必要的制衡能力。从证据能力上说，输服是一种类口供的设计与要求，“凡听断，依状以鞠情，如法以决罚，据供以定案”。^{〔81〕}最后结案时，若不能取得口供，“其有实在刁健，坚不承招者，如犯该徒罪以上，仍具众证情状，奏请定夺”。^{〔82〕}与之相似的是，检验完毕后若不能取得甘结，相关检验结论则事实上无法提交，司法实践中，也确实有因当事人对检验结论不能输服，验官不得不上奏定夺的。^{〔83〕}但是，这种坚硬的证据资质设计是正好与其纵向上的集权式司法紧密匹配的。清代的各级正印官都具有本层级的绝对权力，案件随人犯或文书而逐层自动移转，他们集侦、审于一身，合审、验为一体，在缺乏前朝鞠谳分司、园署会押等同级监督制度的前提下，当事人的异议则更具有了必要性。检验中输服制度的设计，则相当于在有限的制度范围内，对各层级的验官构成了制衡，使当事人有疑的案件，无法正常进入下一个审级。进而和纵向审转下的监督、处分制度相配套，最大可能地保证了案件审理的可靠。同时，在当时条件下，对当事人而言，这也是一种低成本的申冤机制，“不遵断，则不具结，则不得上控，此原则也”。^{〔84〕}当事人固然可以通过上控、京控等方式来提起抗辩，但当场的异议与不具结，却无疑是最低成本的申冤表达。从这一点，我们也可进一步看出，清廷不再要求当事人在检验文书上签字而另外出具甘结的更深意义所在。

最后，它契合了儒家教化下的折狱文化，表达了王朝对冤狱的重视。服，是传统儒家对折狱的要求，早在《尚书》中，就提出“狱成而孚、输而孚”的告诫，对于折狱官员来说，能够取得当事人的“服”，就是对其能力的肯定，“性恺悌，不用刑威，而民自服”^{〔85〕}，“英明果决，发奸摘伏，每鞫案不轻用刑，辨驳片时，人自输服”。^{〔86〕}而检验，自宋就和洗冤相结合。检验之学，被视为洗冤之术，有冤，当然不可能服。有限的技术条件，无良玩愒的官员，冤狱自也不可能免，如此，在制度性保障当事人不服异议的同时，对冤狱处罚的决绝之势，也表明了王朝努力无冤，让人信服的姿态，杨乃武案中，以一名举人的身体残废，换来“自巡抚、学政至司道府县夺职者十有六人，镌级撤任被议者又十余人，为百年来巨案”，过程虽然曲折，但至少在终极意义上体现了对人命的慎重。^{〔87〕}借用寺田浩明的“首唱”与“唱和”论来比喻的话，每一次的不输服就是一次更大的“唱和”，直至最后的皇

〔80〕 曾运乾：《尚书正读》，中华书局1964年版，第225页。

〔81〕 （清）昆冈等：《钦定大清会典》卷55，新文丰出版公司1976年影印本，第579页。

〔82〕 见前注〔8〕，薛允升书，第84页。

〔83〕 如道光年间何文元案中，何坚称其姊死因不明挟嫌诬告，热河都统耆英覆检证实其所控虚诬，在取得死者女儿等对覆检的认可后，虽用尽各种办法仍不能使其承认上控错误，只得具奏“案情验讯得实，未便以何文元坚不承招，再事迁延，遂其罗织之愿，应据众供拟结。……查例载……审办案件坚不承招者，即据众供情况奏请定夺”，《硃批奏折》，04-01-01-0785-011。

〔84〕 《川省诉讼习惯调查报告书》第九项。转引自里赞：《远离中心的开放：晚清州县审断自主性研究》，四川大学出版社2009年版，第231页。

〔85〕 （清）曾国荃：《湖南通志》，卷192，第8册，华文书局1967年版，第3985页下栏。

〔86〕 （清）刘衡：《自治官书》，《官箴书集成》第6册，第70页。

〔87〕 引文出自黄濬：《花随人圣庵摭忆》（中），中华书局2008年版，第564页。对杨乃武案一直有争议的可能是，清廷是否存在借机打压地方势力的问题，笔者认为纵使有其因素，但没有清代对命案的慎重理念与严格处分制度作支持，也不可能产生如此大规模处分，何况事后取代原浙江巡抚履职的梅启超，曾是曾国藩门生和幕僚，该案产生如此大的波及，一个重要原因系在地方上反复三次发审有关，相关分析，参见茆巍：《晚清刑案的严格追责——“杨乃武与小白菜案”》，载《法制日报》2017年8月16日，第10版。

帝——这个最终的首唱者，尽管中途有所不谐，但最后达成了共鸣。^{〔88〕}

但是，这种追求输服的副作用也是不能忽略的。在断罪必取输服供词的要求指引下，刑讯可能变得更为不可避免；要求不同利益相关者甘结内容的彼此一致，本身就存在难度，这为文书制作中的剪裁，埋下了伏笔。更重要的是，无论输服也罢，还是它所赖以存身的审转制度、上控制度也罢，最后都是由当时整体的吏治环境决定的——当吏治清明时，会落实较好，冤滥较少；反之，则就未必了。但不管如何，站在当时的时代背景与有限的司法资源条件下，我们对其总体上仍应持肯定的态度。

六、清代检验对今日的借鉴

虽然清代的检验水平、证据制度与今日有较大不同，本文对其的分析，也有制度要求基础上惯习提炼的成分，但这并不妨碍我们对其中的合理因子有所借鉴。众所周知，在有关司法鉴定重要性得到公认的同时，^{〔89〕}我国目前鉴定中的若干问题也引起人们越来越多的关注，这特别反映在相关刑事案件中。

（一）国内刑事案件司法鉴定的突出问题及表现

比较而言，清代检验制度虽有其不足，但最值得我们肯定的有两点：一是对当事人的重视，如强调临场、当场质证等；二是在异议化解的方式，特别是覆检中齐集原验官、仵作，众供仵同等，它有利于尽可能彻底地解决纷争。相比之下，这两点恰是我们当前的不足，也是当前最突出的问题。

首先，我国立法中对于案件当事人参与度和认同的关注不够。基于国家对司法权的完全垄断与对西方特别是欧陆法学的承继，我国目前的司法鉴定中，司法鉴定成立与否，与清代重要的一个区别就是不以当事人的签字认可为必要条件。如果说放在专业分工条件视野下，有其一定合理性的话，但刑事司法鉴定环节中，受害人及其家属原初连基本的参与资格都没有就不尽合理了。众所周知的是，直到1996年刑事诉讼法修订，其才被赋予当事人地位，能和被告方一样提前至侦查阶段被告知并可提出重新鉴定请求，但依规定，也只有申请权，真正的启动权则由国家机关垄断。^{〔90〕}直至2012年刑事诉讼法再度修改，依然如是。在一些部门立法上也是如此，如公安部、最高检等发布的《公安机关办理刑事案件程序规定》《公安机关鉴定工作规则》《人民检察院鉴定规则（试行）》中，虽多规定有本部门范围内的工作流程、权限审批的规范，但对当事人的关注也甚少有之。在司法部先后发布三个主要用来规范社会鉴定机构的《司法鉴定程序通则》中，^{〔91〕}其于

〔88〕 参见〔日〕寺田浩明：《明清时期法秩序中“约”的性质》，载〔日〕寺田浩明：《权利与冤抑——寺田浩明中国法史论集》，王亚新等译，清华大学出版社2012年版，第172—173页。匿名审稿人曾于此指出，寺田论述的主要是民间之“约”，而本文的检验主要是官府的处理应对，能否于此征引值得商榷，但笔者认为，寺田该文在论“约”同时，还由此论及了中国传统“法”的性质，并认为二者有类通性，如寺田于此即论述曰：“如果不从理念而从日常性共同行为规范的形成方面来看，官的‘法’与民间乡村层次上的‘约’在‘首唱’和‘唱和’这一结构上并无决定性的区别。”

〔89〕 司法鉴定除法医鉴定外，还有笔迹鉴定，司法会计鉴定，乃至工业、交通、鉴定等方面的鉴定，但今日探讨司法鉴定有关法律问题的多是指法医类鉴定，具体包括法医临床（验伤）、法医病理（解剖、切片观察）、法医物证（毛发、精斑、血液、DNA等）、法医精神病等鉴定，本文也将视角主要限定在法医类鉴定问题上。

〔90〕 参见陈邦达：《论刑事鉴定启动程序的完善》，载《东南司法评论》2013年卷。

〔91〕 三个《司法鉴定程序通则》分别是司发通〔2001〕092号，2007年8月7日司法部令第107号，2016年3月2日中华人民共和国司法部令第132号。

2001 年最早发布的文件竟公然声称“现场勘验、尸体解剖时，应通知委托人到场，并在勘验、解剖记录上签名。如委托人不到场，不影响现场勘验和尸体解剖的进行”。^{〔92〕}直到 2016 年开始实施的最新通则中，才有所变更，但也只是说“对需要进行尸体解剖的，应当通知委托人或者死者的近亲属或者监护人到场见证”。^{〔93〕}对相关违反性做法则缺乏惩戒性规定，并且该通则本质上是属于司法部管理社会鉴定机构所用，对于公安、检察等机构的鉴定，在我国目前体制下也缺乏真正的适用力。

其次，我国鉴定中对异议缺乏有效的化解机制。目前刑事诉讼中对当事人有异议的鉴定，我国采取的做法多是在相关办案机关县级以上单位负责人决定后重新鉴定。但由于当事人只有申请权，决定权在办案单位，故常在不予准许后，因此引发争议。又即使准许，随着 2005 年鉴定机构的放开，大量社会鉴定机构涌现，在再鉴定单位的选择上，当事人和司法机关也常屡争不下，当事人常希望能够选择其倾向的社会机构，而办案单位却倾向于选择上级部门的内设鉴定机构。如果重新鉴定与原来不一致，如何定夺，又是问题。不管是出于不愿得罪同行原因，还是直接的法律规定缺失原因，我国鉴定机构在每一起鉴定中，都常只对本次检验发表意见，原有鉴定不予评论，甚至走到法庭质证环节，也公然声称与己无关。^{〔94〕}不同鉴定结论之间的关系性断裂，也间接造成了办案单位最后选择中的武断，如南通王逸司法精神病鉴定案中，面对第二次司法部鉴定所的鉴定，当地法院予以拒绝，但该市政法委随后在联席会议上又主张采信。^{〔95〕}并且已有案件表明这种武断选择，最后证明是错谬的。^{〔96〕}

我国司法鉴定的公信力由此也受到了损害，有的刑事鉴定已陷入了“不信任——重复鉴定——不信任——再重复鉴定”的怪圈。而当事人面对不允鉴定或异议不被采信，可能采取种种极端的方式予以抗争，典型如“开胸验肺”，^{〔97〕}更有采用上访予以抗争者。但与传统司法不同的是，后者中的上控，本是其纵向性监督中的必要一环，而今日则是一种对司法不信任的外逸。早在 2010 年 8 月 25 日，时任全国人大常委会委员长吴邦国，就针对当事人不服鉴定意见长期赴京上访做出了专门批示。^{〔98〕}面对当事人的质疑，办案机关有时并不积极释疑解惑，甚而采用抢尸的做法予以压制，^{〔99〕}一经媒体捕捉报道，又让舆论大哗，司法的权威也受到进一步损害。

〔92〕 《司法鉴定程序通则(试行)》(司发通〔2001〕092 号)第 26 条。

〔93〕 《司法鉴定程序通则》(中华人民共和国司法部令第 132 号)第 25 条。

〔94〕 如安徽淮南谢佩银案，死亡时间即三变，在法庭询问过程中，死者家属向法医提出谢佩银死亡时间的疑问，但是安徽省检察院的陈洪法医说：“我只对检察院委托的死者的死亡原因进行鉴定，死亡时间我不管。我拒绝对此答复。”参见《男子接受警察询问蹊跷坠亡，疑遭逼供致死抛尸》，载腾讯新闻网，<http://news.qq.com/a/20081024/000293.htm>；《淮南“证人坠楼案”悬疑重重——是“自己跳楼”还是暴力取证致死？》，载荆楚网，<http://news.cnhubei.com/ctjb/ctjbsgk/ctjb20/200810/t475989.shtml>。

〔95〕 参见《震惊全国的姐妹硫酸毁容案》，载泉州网，http://www.qzwb.com/gb/content/2001-05/21/content_212302.htm。

〔96〕 参见潘晓凌：《死刑犯刑前检举：“死于虐待”》，载《南方周末》2008 年 11 月 6 日。此案二次鉴定中法大鉴定中心得出了正确的鉴定意见，但是桂林市公安局却以“为了达到自圆其说的效果”为由完全否定了法大法庭的“窒息死亡说”，直到相关见证犯人出面举报，真相始大白于天下。

〔97〕 参见小非：《开胸验肺始末》，载《政府法治》2009 年第 25 期，第 7—9 页。

〔98〕 参见郭华：《对我国国家级鉴定机构功能及意义的追问与反省——评我国国家级司法鉴定机构的遴选》，载《法学》2011 年第 4 期，第 112 页，注 3。

〔99〕 参见陈磊：《如堕云雾的高莺莺死亡案》，载《南方人物周刊》2006 年第 21 期；王小飞：《“警方与家属夺尸”案告尾声 真相仍待澄清》，载腾讯新闻网，<http://news.qq.com/a/20040708/000279.htm>。

（二）借鉴并完善我国的刑事司法鉴定体制

虽然清代的做法只是让“人民仅仅止于接受其反射性的利益”^{〔100〕}，但这并不妨碍我们今日对其合理部分的借鉴。站在古今交融的背景下，笔者谨提出如下的建议：^{〔101〕}

一是充分保障当事人的权利。首先是知情权的保障。清代检验中最值得称赞的一点，就是其操作的公开性，以公开保障公正。当下，山东、陕西、福建等地的检察机关，为避免事后争议，也探索出司法鉴定中“阳光操作”的成功经验。^{〔102〕} 我们应该吸收这些有益的做法，确保检验前相关鉴定人资料的公开、检验中死者家属的到场以及针对当事人的答疑解惑等。新刑事诉讼法还明确肯定了专家辅助人的必要，我国刑事司法鉴定的公开，还应由此从对当事人的公开，扩大及对专家辅助人的公开。在有他们到场的情况下，相关答疑还应重点针对他们进行。其次，应强制性规定无主尸体以外家属排他性的最终处置权。尸体不能等于普通的物，在我国文化中更承载着丰富的伦理精神与家族情感，^{〔103〕}如前所述，即便是清代的知县，也不愿轻易开坟，故我国法律应对此做出明确的禁止。

二是构建各方参与的争议化解鉴定流程。程序的作用相当部分即在于“作茧自缚”，它引导当事人在自愿承担不测后果的前提下，将实体上的争议在封闭空间内以参与的方式得以化解。从此意义上说，清代的覆检前具结，检中取得前验官、仵作共识都潜在地体现了这种思路，虽然其中的诬告反坐不具有可再实行性。针对今日重新鉴定中的再提起与鉴定机构委托问题，我们完全可以沿今日诉讼法路径予以消化吸收。首先，对于当事人申请重新鉴定的，当以听证会的方式予以解决，并由鉴定人针对其争议予以说理并给予具体的书面答复；仍有争议的，则在司法机构提供名册的基础上，由当事人各方进行取舍；涉及保密要求的，可由被鉴定单位的上级机构与当事人选择的鉴定机构联合鉴定，且除重大疑难案件外，原则上只应进行一次重新鉴定。在重新鉴定进行中，应在当事人各方及其委托的专家辅助人、原鉴定人见证下举行。对原鉴定做出否定的，应说明理由。相关当事人与原鉴定人仍有异议的，则再次以听证会的方式举行。

需予以说明的是，对于鉴定有异议的，笔者主张在当前强调鉴定人出庭的基础上，^{〔104〕}更应尽可能将类似质证环节放在侦查机关举行。这是因为我国与国外审判中心的模式不同，我国刑事诉讼本就是流水式的构造，^{〔105〕}鉴定争议也多发生在侦查阶段，且我国没有国外相应的验尸官法庭和

〔100〕 [日] 滋贺秀三：《清代中国的法与裁判》，创文社1984年，第78—79页，转引自季卫东：《法律程序的意义——对中国法制建设的另一种思考》，载《中国社会科学》1993年第1期，第97页，注释1。

〔101〕 需要指出的是，下文笔者的若干观点与陈如超有若干契合，他的观点更多是从实践中一线成功做法提炼得出，而笔者更多是从法史角度推演出来，当然笔者写作也得到其文的启发。参见陈如超：《迈向“过程导向信任”的刑事死因鉴定争议解决机制》，载《证据科学》2014年第4期；陈如超：《中国刑事案件中的涉案上访及其治理》，载《北方法学》2014年第1期。

〔102〕 参见孔繁平、卢金增：《山东省检察机关推行司法鉴定公开制度》，载《检察日报》2009年10月15日；郑欣、刘龙清：《“阳光鉴定”化解纠纷》，载《检察日报》2008年11月20日；张继英、王莹：《西安：刑事技术鉴定16年无误》，载《检察日报》2006年11月20日。

〔103〕 参见杨立新、曹艳春：《论尸体的法律属性及其处置规则》，载《法学家》2005年第4期。

〔104〕 参见陈邦达：《鉴定人出庭作证制度实证研究》，载《法律科学》2016年第6期；陈邦达：《美国法庭聘请专家证人的实践与启示》，载《证据科学》2017年第6期；布鲁斯·托马斯·兰德尔：《澳大利亚联邦法院对专家证据的采纳》，汪诸豪译，载《证据科学》2014年第5期。

〔105〕 参见陈瑞华：《从“流水作业”走向“以裁判为中心”——对中国刑事司法改革的一种思考》，载《法学》2000年第3期。陈文谈的是这种模式如何终结与改革，但本文无意于此过多涉及，只就其这种现状描摹予以征引。

技术法官、技术审查官制度，^[106] 法庭中具备专业知识的法官与陪审员也极其缺乏，但侦查机关相应实力却明显强于法院。^[107] 在具体问题的解决上，我们完全应当去其名取其实。^[108]

三是建立必要的惩戒制度。清代的检验能让各级官员认真对待，一个重要的原因在于有严格的处分制度。虽然其严格的连坐并不可取，但适度的惩戒并不可少，这也为党的十八届四中全会要求完善相关责任追究制度所肯定。而实践中，个别案件中的这种纵容直接就是上访的成因，如安徽涡阳县农妇王凤枝上访 20 年，后期就是因为对相关错误制造者没有追责。^[109] 惩戒的重点应放在严重程序性错误（如未执行公开操作）、明显的技术失误（如血型鉴定错误、不应当出现的检材提取、保存问题^[110]）及徇私枉法等有违职业操守的不当行为上。惩处中既要考虑到刑事追责、民事追偿，更应将其与相关鉴定人的鉴定资质、行政晋级等相挂钩，并和党纪在国法前的要求相匹配，以更好地体现法的严密性与可操作性。此外，对于即便没有上述不当行为，但屡被当事人投诉的，也应建立必要的惩处机制。

Abstract In the Qing Dynasty, every inspection must obtain the party's willingness to *Gan Jie* (give in). If the inspection was questioned, it could be appealed to higher-ranking officials at any time and a review would be initiated if necessary. In addition, the original officials and the *Wu Zuo* (the man supporting officials to do medical examination served as a bailiff) usually needed to be present again when they were re-examined, and the conclusion of the new test was also based on the fact that they had given in. Once the original test proved to be wrong, the original inspection officials and the *Wu Zuo* would be severely punished. In order to get *Gan Jie*, the inspection in the Qing Dynasty paid more attention to openness and negotiation. The emphases of the inspection on *Gan Jie* have profound cultural and institutional causes. Generally speaking, its positive significance is obvious. By studying the Qing Dynasty and comparing it with some problems in today's criminal identification system in China, this will provide some reference for us.

Keywords Qing Dynasty, Forensic Examination, End Criteria, Convincement

（责任编辑：赖骏楠）

[106] 参见江澜：《专家证据的司法控制与技术法官制度的可行性》，载《法律适用》2009 年第 5 期。

[107] 这种专业知识缺乏导致的挫折感本身就是当前鉴定人出庭障碍的原因之一，参见俞世裕、潘广俊、林嘉栋、余晓辉：《鉴定人出庭作证制度实施现状及完善——以浙江省为视角》，载《中国司法鉴定》2014 年第 5 期。值得指出的是，该文和其他探讨该问题的著述一样，都是主张要继续落实并加强鉴定人出庭法律要求的。

[108] 有学人从对质权角度论证鉴定人出庭之必要。参见胡铭：《鉴定人出庭与专家辅助人角色定位之实证研究》，载《法学研究》2014 年第 4 期。但笔者认为不宜将相关对质权限定于法庭阶段狭义理解。刘风景先生更借用医学理论做出比喻，法律移植要考虑供体与受体的问题。参见刘风景：《法律移植的隐喻学阐释》，载《求是学刊》2012 年第 3 期。

[109] 参见百度百科词条“王凤枝”，<https://baike.baidu.com/item/%E7%8E%8B%E5%87%A4%E6%9E%9D/5625232#viewPageContent>。

[110] 公开报道案件中可见因保存不当的处分较少，例外如代义案中因胃丢失被做出党内严重警告处分，并调离公安队伍。参见葛江涛、于晓伟：《女法医王高调辞职》，载《瞭望东方周刊》2013 年第 33 期。