

□法律文化研究

沈家本眼中的“情·法”结构与“情·法”关系

——以《妇女离异律例偶笺》为对象的分析

霍存福

[摘要] 《妇女离异律例偶笺》最能反映沈家本有关“情法”关系的原理。法律规定(规范)被他区分为“法”与“情”两部分,“情”包含在广义的“法”(法律规范)中。狭义的“法”是原则性,“情”是灵活性。“情”分为主观之“情”与客观之“情”:主观之“情”的表述一般是“愿”与“不愿”(离异),客观之“情”为案件外在情节,一般指案内之“情”,有时也指案外之“情”;“理”有时被表述出来,有时可由分析而得,大多是妇女“从一而终”之类;沈家本更强调“情”的满足,对一味执法而不顾情的做法和倾向是反对的。

[关键词] 沈家本;情·法;原则性;灵活性;主观之情;客观之情;案内之情

[基金项目] 国家社会科学基金重点项目(10AFX004) [收稿日期] 2011-09-20

[作者简介] 霍存福,吉林大学法学院教授,法学博士。(长春 130012)

我们通常认为,“情理法”中的“法”,就是指法律规定(规范)。但沈家本在《寄簪文存》卷五《妇女离异律例偶笺》中,却将律例规定(规范)区分为“法”和“情”两部分;在此基础上,他展开了对当事男女“愿”与“不愿”离异的内在主观之“情”及外在的客观之“情”的分析。这样一种“情·法”结构和“情·法”关系的理解,多少出乎我们的意料。这势必推动我们进一步思考“情理法”的结构和相互关系问题。限于篇幅,本文侧重探讨“情·法”问题,主要是“法”与“情”的存在状态、表现方式、满足程度等。

一、形式的区分:法律规范被区分为“法”与“情”两部分

1. 《大清律例·户律·婚姻》“男女婚姻”条律文一:凡男女订婚,若再许他人,未成婚者(女家主婚人)杖七十,已成婚者杖八十,女归前夫。前夫不愿者,倍追财礼给还,其女仍从后夫。男家悔者,亦如之(仍令娶前女,后聘听其别嫁)。

笺曰:女归前夫,法也;不愿而从后夫,情也。然此指已成婚者言之。若未成婚者,似不得听其不愿而断从后夫也。男家悔者,仍令娶前女,后聘听其别嫁,法也;然后定者已成婚,而必令离异,亦非人情。故《总注》谓未成婚则断娶原聘,听后聘者另嫁;已成婚则断与后娶完聚,听原聘者另嫁,亦情也。律意情法两尽,未可执法而不原情也。^{[1]2171}

在此,沈家本分离出了两对“法·情”。前一对“法·情”,是律文原有,可见在立法时就考虑到了,“女归前夫”是“法”,是法律规则;“前夫不愿再娶,女仍从后夫”是“情”,是酌

情处断。这个“情”，包含了前夫意愿、情感的主观之“情”以及妇女已为后夫之妇的客观之“情”。这是女家许聘而出现两聘（并已出嫁后聘者）情形时的“法”与“情”。

后一对“法·情”，“法”是原有小注，而属于“人情”或“情”的部分，是康熙年间增辑《总注》时的法律解释。《总注》显然考虑了原初立法时未加明确的情况，故在处理上，一则是将律文原注的“男家悔者，仍令娶前女，后聘听其别嫁”解释为“未成婚”，因而使原规定的含义变为“未成婚则断娶原聘，听后聘者另嫁”；二则增加“（男家与后聘者）已成婚，则断与后娶完聚，听原聘者另嫁”一节，这显然为原律文所无。沈家本赞成这个解释，因为“后定者已成婚，而必令离异，亦非人情”，对女方（后聘者）来说不人道，故应“断与后娶完聚”，并且“听原聘者另嫁”。沈家本说对“后娶”与“原聘”的这两种处理，“亦情也”。这里的“情”主要是“后定者已成婚”及原聘尚是完人这两个客观之“情”。尤其前一个客观之“情”若不考虑，而是断令离异，必使该女再嫁，违反妇女从一而终之义，造成所谓“失节”。

很明显，沈家本所谓的与“情”对举的“法”，是原则性；而“情”则是灵活性。沈家本说“律意情法两尽，未可执法而不原情也”，是强调不能一味强调原则性而忽略了灵活性。

2. 《户律·婚姻》“男女婚姻”条律文二：若卑幼或仕宦、或买卖在外，其祖父母、父母及伯叔父母、姑、兄姊（自卑幼出外之）后为定婚，而卑幼（不知）自娶妻，已成婚者，仍旧为婚（尊长所定之女，听其别嫁）；未成婚者，从尊长所定（自定者，从其别嫁）。违者杖八十（仍改正）。

笺曰：若尊长在外，卑幼在家，两有聘定者，亦依此断。卑幼当听命于尊长，法也；已成婚者仍旧，情也。以上各律，皆所以正婚姻之始，或离或不离，必斟酌乎情法之平，未尝专论法而不论情也。^{[1] 2172}

此处“法”、“情”，两者都出于法律所定，表明立法时就都考虑到了。“卑幼当听命于尊长”，严格说来是“理”；不过，在此处落实为“未成婚者，从尊长所定”的“法”。“已成婚者仍旧”之“情”，是指卑幼所聘妇女已为人妇这一客观情节。

3. 《户律·婚姻》“娶逃走妇女”条律文：凡娶犯罪逃走妇女为妻妾，知情者与同罪，至死者减一等，离异。不知者不坐。若无夫，会赦免罪，不离（一有不合仍离）。

笺曰：有罪妇女，他人不得娶，故离。“一有不合”，谓或有夫，或未赦也。《旧说》云，若女一无至亲可归，虽不会赦，不离。离者法，不离者情也。^{[1] 2176}

按律规定，“不离”的“无夫”与“会赦免罪”是并列条件，二者缺一不可，故只要“有夫”或“未赦”仍须离异。《旧说》设定了一种情形：即使缺乏赦免条件，但只要妇女“一无至亲可归”——或无父母可归，或无本夫可归，就可以不离异。这显然比单纯的“有夫”、“无夫”，范围更大。沈家本倾向此说，云“离者法，不离者情也”，“法”是规则，但“情”之中的“无夫”、“会赦”、甚至“一无至亲可归”，都指的是外在的客观情状，属案外“情”。“无夫”妇女虽是罪人，法律不应禁止其嫁人；“会赦”是国家恩典，既免其罪，出嫁自不应禁；“一无至亲可归”借鉴了“三不去”的“有所娶无所归，不去”的精神，不离以避免其流离失所或再嫁失节。

4. 《刑律·斗殴》“妻妾殴夫”条律文一：凡妻殴夫者，杖一百，夫愿离者听。

笺曰：《旧说》云：“妻以夫为天，妻而殴夫，是自绝于天矣，法当离异。然离者法，不离者情。缘情立法，不容执法以违情。故离否，听之于夫，不绳以定法也。”此说甚得律意。妻于夫，有义绝之状尚不强之使离，不使法胜情也。^{[1] 2181}

“法”本来指杖妻一百，并由丈夫决定是否与妻离异；《旧说》所阐述的，是“理”，即妻殴夫行为本身所含有的与丈夫关系的决裂意义。此“理”对于丈夫之决定与妻离异这一点上，具有绝对性，“法当离异”正是受此“理”的支持。但《旧说》云“然离者法，不离者情”，发

掘出了“夫愿离者听”这一条款所蕴涵的“夫不愿离者，亦听”的意义。缘在这里有个原则性和灵活性的问题——离异是原则性，不离异是灵活性。沈家本指出，妻子对丈夫即使有义绝之状，尚且不强迫其离异，何况这里仅仅是殴打的轻情呢！立法的目的，就是不使原则性消灭了灵活性。

按照沈家本的前述分析方法，我们可以将以下两组律文及笺语也归入此类。

5. 《刑律·斗殴》“妻妾殴夫”条律文二：其夫殴妻非折伤，勿论；至折伤以上，减凡人二等。先行审问，夫妇如愿离异者，断罪离异；不愿离异者，验罪收赎（仍听完聚）。

笺曰：《旧说》云：“夫妻本以义合，殴至折伤以上，则义绝矣，故法听离异。若不愿离异者，验所伤，应得之罪全准收赎，听其完聚。虽有可绝之义，而无愿离之心，则其情犹乎合，不但听其完聚，并许赎其罪犯，不欲重伤其情也。”又云：“如夫愿而妻不愿，妻愿而夫不愿，皆不许离异。”此说发明律意，可谓亲切。律于离异一事，慎之至也。^{[1] 2181—2182}

“法听离异”是法律上的原则规定，仍须让位于双方的愿望，即主观之“情”。《旧说》以“义绝”的“可绝之义”之“理”对应“法听离异”，以“无愿离之心”对应“情”许“不离异”，“法”、“情”分别明确。“情犹乎合”、“不欲重伤其情”之“情”，更明显是指情感、感情。

《旧说》抓住律文“夫妇如愿离异”或“不愿离异”中“夫妇”二字同时出现，强调必须是双方都愿离异，才许离异。这样，离异与否，结果可能是如下四种：夫愿、妻愿——离异；夫不愿、妻不愿——不离异；夫愿而妻不愿——不许离异；妻愿而夫不愿——不许离异。在道理上，妻是受害人，离异与否，应系于“妻”之愿望；至于“夫”的愿望如何，应无关紧要。如此，第一种情况的妻愿离异、第二种和第三种情况的妻不愿离异，结果上都可以说顺遂了她的愿望；第四种情况的“不许离异”，则对她是不公平的。这一点，《旧说》和沈家本都没有言及。

6. 《刑律·犯奸》“犯奸”条律文：其和奸、刁奸者，奸妇从夫嫁卖，其夫愿留者听。若嫁卖与奸夫者，奸夫、本夫各杖八十，妇人离异归宗。

笺曰：此犯奸之妇而亦不强之使离，所以顺人情也。^{[1] 2182}

沈家本“此犯奸之妇而亦不强之使离”，与前条笺语“妻于夫，有义绝之状尚不强之使离”属于同一考察视角，即都注意到法律在原则性规定之外，预留了灵活性的处理空间。前者是“法”，犯奸之妇“从夫嫁卖”；后者是“情”，“其夫愿留者听”，可以不嫁卖。法律不作强制性的“一律从夫嫁卖”规定，是“顺人情”，包括当事者的愿望，也包含民俗之情。

为方便分析，特作表1，以显示“情”、“法”各自的内容及其出处。沈家本笺语使用黑体字标识。至于“理”，沈家本大多没有明示，但可以从逻辑中推演而得。

从1（1）至4的前5组是沈家本原已明确指出的“法也”、“情也”句式；后2组的5、6，为笔者循其逻辑推演者，黑体字为推论文字，特别加了括号。沈家本区分“情”、“法”，可以分为三种情况：第一种情形即1（1）、2、4，沈家本都是将律文分拆为二，一部分称为“法”，另一部分称为“情”，5、6，可以归入这种情形；第二种情形即1（2），沈家本将律文原规定称为“法”，而将律注增补的情形称为“情”；第三种情形即3，是前两种的混合，将律文规定的一部分称为“法”，另一部分称为“情”，复将律注增补的情形称为“情”。

第一种情形，为何沈家本将法律规定区分为二，有的定义为“法”，有的定义为“情”呢？从规范的角度看，它们都是“法”；从设定的具体情节、情形看，它们也都属于“情”，所谓案内之“情”。第二种情形，属于法律规定不明晰，致使有增加解释或增补细节的必要，所以只好将法律规定作为其中的一种情形定义为“法”，而将增补的另一种情形定义为“情”。法律解释的必要性也正在这里。第三种情形混合了前两种，道理自不必说。

表1 “情” “法” 对照表

顺序	出处	法	情	理	原律文梗概
1(1)	律文	(女家再许他人, 已成婚) 女归前夫, 法也	(女家再许他人, 已成婚), (前夫) 不愿而从后夫, 情也	归前夫昭婚约之信, 从后夫全妇女之节 ^{[2] 147}	男女订婚, 若再许他人, 女归前夫。前夫不愿者, 其女仍从后夫。
1(2)	律文 律注	男家悔者, 仍令娶前女, 后聘听其别嫁, 法也 男家悔者, 未成婚则断娶原聘, 听后聘者另嫁	已成婚则断与后娶完聚, 听原聘者另嫁, 亦情也	妇女从一而终	男女订婚, 男家悔者, 亦如之(仍令娶前女, 后聘听其别嫁)。
2	律文	(卑幼自娶妻) 未成婚者, 卑幼当听命于尊长, 法也	已成婚者仍旧, 情也	妇女从一而终	卑幼在外, 其祖父母、父母后为订婚, 而卑幼自娶妻, 已成婚者, 仍旧为婚(尊长所定之女, 听其别嫁); 未成婚者, 从尊长所定(自定者, 从其别嫁)。
3	律文 律注	(娶犯罪逃走妇女为妻妾, 离异) 离者法	(若无夫, 会赦免罪者, 不离) 不离者情也 (若女一无至亲可归, 虽不会赦, 不离) 不离者情也	妇女从一而终	凡娶犯罪逃走妇女为妻妾, 离异。若无夫, 会赦免罪者, 不离(一有不合仍离)。
4	律文 律注	(妻殴夫者, 杖一百, 夫愿离者听) 离者法	(夫不愿离者, 亦听) 不离者情		凡妻殴夫者, 杖一百, 夫愿离者听。
5	律文	夫殴妻至折伤以上, 法听离异(离异者法)	若不愿离异者, 听其完聚。其情犹孚合, 不欲重伤其情也(不离者情)		其夫殴妻至折伤以上, 夫妇如愿离异者, 断罪离异; 不愿离异者, 验罪收赎(仍听完聚)。
6	律文	奸妇从夫嫁卖(嫁卖者法)	其夫愿留者听, 所以顺人情也(留者情)		其和奸、刁奸者, 奸妇从夫嫁卖, 其夫愿留者听。

其中原因, “愿”与“不愿”的意愿考虑, 自然是一个很大的因素, 所以在一半以上的场合, 我们能够看到这种主观之“情”总是与“愿”与“不愿”相联系, 如1(1)、4、5、6四项。这是“情”的主观方面起作用的结果。当然, 这不是说它们与客观“情节”之“情”无瓜葛, 比如1(1)就附带考虑了“已成婚”的客观情节之“情”。但仍有一部分却与“愿”与“不愿”的意愿无关, 如1(2)、2、3。仔细分析这三个当中包含的“情”、“法”, 1(2)、2都以“未成婚”与“已成婚”为“法”、“情”区分点, 未成婚的情况为“法”, 已成婚的情况为“情”。这时候的天平偏向“已成婚”者, 实际是偏向了已婚的女子; 而相对的另一女子(无论原聘、后聘, 还是卑幼自定、尊长为定)尚未成婚, 再嫁他人也无碍。将这样的“已成婚”情况称之为“情”, 无疑是指其客观外在的这一“情节”。至于牵涉其中的一男二女(或一男家两女家)的谁“愿”、谁“不愿”的问题, 既照顾不过来, 也不必照顾。在3之中, 道理部分与此类似。“无夫”可以理解为此前未被聘娶, 也即“未成婚”, 其与娶者属于初婚, 故可不离, 否则等于逼其另嫁失节。这可以称为“未成婚”者不离; 有夫, 自然得离。此外, 若该妇女“一

无至亲可归”，既无丈夫可归，又无父母近亲可归，也不离异，则又考虑了该妇女比有无丈夫更多的出路或有所依归问题，否则不仅逼其失节，还可能逼其再逃亡。此时，事情的着眼点在于客观的外在的“情节”之“情”，也不以“愿”与“不愿”的主观之“情”为考虑点。

无论侧重于主观之“情”还是客观之“情”，此时的“情”、“法”关系，“法”大抵属于法律规则或法律原则，如“(婚姻之事)卑幼当听命于尊长”，可用“原则上”来定义，属于刚性条款(非选择性条款)；而“情”则可以表述为“虽原则上应该，但……”的内容，属于柔性条款(让步条款或选择性条款)。这一点，律例、律注中所使用的法律术语，有的用“若”字，有的用“如”字，有的虽未加任何承接字词，但均可以用现代汉语的“如果”、“但是”表达。这种“情”，正是儒者一直提倡的体恤民间之“隐情”之义。

二、内容的强调之一：关于主观之“情”的“愿”与“不愿”

在婚姻场合，主观之“情”的“愿”与“不愿”，甚至比客观之“情”更为突出。“愿”与“不愿”成了核心词汇或标志性词汇。除了前述提到的5处“愿”与“不愿”之外，沈家本述评的还有下述几处：

1. 《户律·婚姻》“男女婚姻”条律文三：若为婚而女家妄冒者杖八十，男家妄冒者加一等，未成婚者仍依原定(所妄冒相见之无疾兄弟姊妹及亲生之子为婚。如妄冒相见男女先已聘许他人，或已经配有室家者，不在仍依原定之限)，已成婚者离异。

笺曰：此因其妄冒而断离，使不得遂其奸伪之愿，然亦据法而言。《总注》谓若女子不愿别嫁，亦应免其离异。盖女子既已失身，必令离异，亦非所以全其节也。《辑注》谓若妄冒之人或非本家男女，其门第不同，贫富各异，有不情愿，亦当听之。盖婚姻适两家之好，亦从所愿，强合于始，必隙末于终，亦非人情也。^{[1] 2172}

在肯定女家或男家妄冒“已成婚者离异”的“法”的前提下，沈家本又肯定了《总注》和《辑注》分别设定的两种“情”，突出了“情”之中的“不愿”、“不情愿”的主观成分。

《总注》提出的若女子不愿另嫁可不离异，这是男家出现妄冒，当事之女子予以认可的情形。沈家本以为“据法”应离异，但又举《总注》意见，认为若女子不愿别嫁，也应免于离异。已成婚(已为人妇)是客观之“情”，女子不愿意别嫁是主观之“情”，这是该类案件的“情”或“人情”(尽管沈家本没有明确使用这类字眼)，与“法”可以不同。至于沈家本的进一步阐释，“女子既已失身，必令离异，亦非所以全其节”，则已经是“理”了。

《辑注》提出的妄冒者如果不是本家男女，而是由其他人代替，由于存在与被冒充之家的门第、贫富等不相同的问题，就不应遵循法定的“未成婚者，仍依原定”规则的约束；只要不情愿婚配的，就应听从其意愿。因为如果是本家人妄冒，法律是确认这一妄冒的结果的，其立法意图是“虽为妄冒，在彼实愿为婚，乃不正中之正也”^{[3] 254}。沈家本说“亦从所愿”，强调的是当事家庭的意愿，这是主观之“情”。在两个价值——“婚姻适两家之好”(当时通行的婚姻意义或价值)与遵从两家意愿之间，沈家本更重视后者，以为“强合”是“非人情”的。

2. 《户律·婚姻》“逐婿嫁女”条律文：凡逐婿嫁女，或再招婿者，女断付前夫，出居完聚。

笺曰：断付前夫，与后夫离异矣。若前夫以女失节，不愿完娶，而仍与后夫离异，必令再行改嫁，不又失节乎？此亦当据情酌断。《辑注》谓“仍与后夫离”者，但以法论耳。情与法须相济也。^{[1] 2173}

沈家本提出了新问题：律文规定“断付前夫”，就得与后夫离异；但如果前夫不愿完聚，而该妇女仍与后夫离异，岂不是让她再行改嫁吗？所以他主张在司法上应当“据情酌断”。他对《辑注》没能提出好的意见，似乎不满意，故提出“情与法”的“相济”问题。“相济”即以“情”济“法”，而不会是以“法”济“情”，因为现在的问题是“法”有所穷，故不能“以法

论”，而只能“据情断”。而“据情酌断”，很可能是仿照前述“男女婚姻”条“前夫不愿者，其女仍从后夫”的精神，处理上增加一个环节：询问前夫是否愿意“出居完聚”，如果不愿意，就不必将妇女“断付前夫”，迫令其“与后夫离异”，而应断为“女仍从后夫”。

3. 《户律·婚姻》“居丧嫁娶”条律文一：其夫丧服满，（妻妾）果愿守志，而女之祖父母、父母及夫之祖父母、父母强嫁之者，杖八十；未成婚者，追归前夫之家，听从守志；已成婚者，给与完聚。例文：其孀妇自愿守志，母家、夫家抢夺强嫁以致被污者，妇女均听回守志；若妇女自愿完聚者，照律听其完聚。

笺曰：听从守志，全其贞也；给与完聚，则以其业已失身也。若妇女不愿完聚，自应仍听其守志。例所以补律之未备。^{[1] 2174}

“听从守志”是“法”，但包含了对妇女主观愿望之“情”的满足；“自愿完聚”是主观的意愿之“情”，此外还存在与他人已成婚的客观之“情”。无论守志还是完聚，当事妇女的意愿，在这里是唯一被考虑的因素。至于“全贞”及“失身”而不必守志，则已经是“理”了。

4. 《户律·婚姻》“娶部民妇女为妻妾”条律文：凡府州县亲民官任内娶部民妇女为妻妾者，杖八十。若监临官娶为事人妻妾及女为妻妾者，杖一百，妻妾仍两离之，女给亲（两离者，不许给与后娶者，亦不给还前夫，令归宗。其女以父母为亲，当归宗。或已有夫，又以夫为亲，当给夫完聚）。强娶者，各加二等，女家不坐（妇还前夫，女给亲）。若为子孙、弟侄、家人娶者，罪亦如之（《总注》云：愿为夫妇者听，不愿者离之）。

笺曰：此有乖于临民之体制，故两离之，娶者违律，前夫义绝也。若子孙、弟侄、家人，究与己身不同，故“愿为夫妇者听，不愿者离”。此情法两尽之道也。^{[1] 2176}

亲民官或监临官为子孙、弟侄、家人娶部民妇女为妻妾，应予处罚，但应否离异，要看当事双方态度：愿者不离，不愿者离。法律本来就关注其“情愿”与否，沈家本重视的也是这种“情”的主观方面。这里的“愿”与“不愿”的主体，指部民意愿。因为若断离异，对女方有个“从一而终”的失节问题，听凭其意愿，是“尽情”；仍处罚亲民官或监临官，是“尽法”。

5. 《户律·婚姻》“出妻”条：凡妻无应出及义绝之状而出之者，杖八十，虽犯七出、有三不去而出之者，减二等，追还完聚。若犯义绝应离而不离者，杖八十。若夫妻不相和谐而两愿离者，不坐（情既已离，难强其合）。若（夫无愿离之情）妻背夫在逃者，杖一百，从夫嫁卖。因逃而改嫁者，绞。其因夫逃亡三年之内不告官司而逃去者，杖八十；擅改嫁者，杖一百。妾各减二等（有主婚媒人，有财礼，乃坐。无主婚人，不成婚礼者，以和奸、刁奸论。其妻妾仍从夫嫁卖）。

笺曰：此条则既为夫妇之后，名分已定，必实有义绝之状始离之。否则虽犯七出，而尚有追还完聚之律。律之于离异，慎重也如此。若不相和谐而两愿离，亦以其情难强合，而法亦准乎情。至背夫在逃改嫁，及因夫逃亡而逃去改嫁，则并有义绝之状，故离。^{[1] 2178}

沈家本在这里探讨的“情法”，是和离问题。原律文突出“两愿离”之“愿”，指双方的意愿，属主观之“情”；原小注强调“情既已离，难强其合”，此“情”也指双方的情感、感情，同属主观之“情”。沈家本提示说，法律之所以不处罚“不相和谐而两愿离”的夫妻中任何一方，是法律“准乎情”而定的结果。

6. 《刑律·斗殴》“殴祖父母父母”条律文：若非理殴子孙之妇，致令废疾者，杖八十；笃疾者，加一等，（子孙之妇）并令归宗。

笺曰：子孙之妇，本以义合，殴至笃疾，则义绝矣，故归宗。若子孙之妇不愿归宗，或无宗可归，又当衡情酌断，未可泥于法也。^{[1] 2182}

与夫妻一样，祖父母父母与子孙之妇之间，没有血缘关系，也是“以义相合”的，故同样有个“义绝”问题（子孙之妇被殴致笃疾者）。归宗是原则性规定，是“法”；同样会有个灵活

性问题，即“情”。法律没有涉及此“情”的条文，沈家本设想说：“若子孙之妇不愿归宗，或无宗可归，又当衡情酌断，未可泥于法也”，强调“不愿”，是其主观之“情”；强调“无宗可归”，是其客观之“情”。“衡情酌断”是既要考虑主观之“情”，也要考虑客观之“情”。

7. 《刑律·犯奸》“纵容妻妾犯奸”条律文一：若买休人与妇人用计逼勒本夫休弃，其夫别无卖休之情者，妇人给付本夫，从其嫁卖。

笺曰：此本夫无愿离之状，故从其嫁卖。^{[1]2183}

沈家本所谓“本夫无愿离之状”，即律文“其夫别无卖休之情”，其“情”指主观方面。本夫既无过失，故允许其嫁卖。这是比较少出现的对妇女不利的情形。总计沈家本所涉及的“愿”与“不愿”情况，可见表2：

表2 “愿”与“不愿”比较表

条序	律文（含例文）		笺语	
	不愿、不情愿、无愿	愿、自愿、所愿、两愿	不愿、不情愿、无愿	愿、所愿、两愿
1 (1)	女归前夫。前夫不愿者，其女仍从后夫		(前夫) 不愿而从后夫，情也；若未成婚者，似不得听其不愿而断从后夫也	
4		凡妻殴夫者，杖一百，夫愿离者听		
5	夫殴妻至折伤以上，先行审问，夫妇如不愿离异者，验罪收赎（仍听完聚）	夫殴妻至折伤以上，先行审问，夫妇如愿离异者，断罪离异	若不愿离异者，验所伤，应得之罪全准收赎，听其完聚；虽有可绝之义，而无愿离之心；如夫愿而妻不愿，妻愿而夫不愿，皆不许离异	如夫愿而妻不愿，妻愿而夫不愿，皆不许离异
6		其和奸、刁奸者，奸妇从夫嫁卖，其夫愿留者听		
7			(男家妄冒) 若女子不愿别嫁，亦应免其离异；若妄冒之人或非本家男女，其门第不同，贫富各异，有不情愿，亦当听之。	婚姻适两家之好，亦从所愿
8			若前夫以女失节，不愿完娶	
9		夫丧服满，(妻妾) 果愿守志；孀妇自愿守志……若妇女自愿完聚者……	若妇女不愿完聚，自应仍听其守志	
10	若为子孙、弟侄、家人娶者，不愿者离之	若为子孙、弟侄、家人娶者，愿为夫妇者听	若子孙、弟侄、家人，究与己身不同，故“不愿者离”	愿为夫妇者听
11	若(夫无愿离之情) 妻背夫在逃者，杖一百，从夫嫁卖	若夫妻不相和谐而两愿离者，不坐		若不相和谐而两愿离，亦以其情难强合
12			若子孙之妇不愿归宗	
13			此本夫无愿离之状，故从其嫁卖	

“不愿”、“不情愿”、“无愿”，总计共17处，律文4处，笺语13处；“愿”、“所愿”、“两

愿”，总计共 13 处，律文 8 处，笺语 5 处。律文中的“愿”与“不愿”，表明立法时就已经考虑到了这种意愿；沈家本笺语中者，则一为重复律文，二是历来律注或沈家本特别增加者。

那么，这些“愿”与“不愿”的在男女之间的比率又如何呢？统计前表可知：前夫或丈夫“不愿”7 处，女子“不愿”6 处，双方“不愿”5 处；丈夫“愿”者 3 处，妻子“愿”者 6 处，双方“愿”者 4 处。男子、女子的意愿被考虑的情形，基本上是平衡的，其间差别，可忽略不计。但问题在于：女子“愿”与“不愿”被考虑，可以认为是妇女命运由自己掌握，而男子“愿”与“不愿”又决定着妇女的命运，因而事情的焦点，是妇女的利益问题。

沈家本将该部分题为“妇女离异律例”，似乎显示其关注点在妇女利益方面。盖传统礼教，妇女有“从一而终”之义，否则为“失节”，对男子则绝无此事。这使得妇女离异问题成为一大法律问题和社会问题。沈家本未必采妇女解放主张，但他对妇女离异问题的关注，对妇女的同情及对其利益的关切，是显而易见的。这是他的一个非常突出的意识。比如，1（1）之中的“若未成婚者，似不得听其不愿而断从后夫也”，这个“不愿”所连带的含义是对前夫意愿的限制，而不是肯定；8 之“若前夫以女失节，不愿完娶”，引出的话题是这样会使妇女无所归依，主张“据情酌断”，照顾的仍是妇女去留。可见，单从“愿”与“不愿”的男女比率统计上，是不能反映出沈家本的态度，还得看这些意愿的内容如何。因之，可能表面上是顺遂本夫意愿，照顾的却是妇女利益。当然，也有相反的情况。如夫殴妻折伤以上的离异，“妻愿而夫不愿”不得离异，对妇女不公。尽管在理论上，“夫愿而妻不愿”也不得离异，但此时妇女是受害者，她的意愿更应得到尊重。

三、内容的强调之二：客观之“情”种种

客观之“情”在案件“情节”的场合，属于案内“情”；但也有部分案外“情”，对是否处罚及是否离异具有重要影响。沈家本笺语所涉及的客观之“情”，可从下述三个角度分析之：

（一）对某些案内“情”，“原其情”而“未可以法绳之”

1. 《户律·婚姻》“居丧嫁娶”条律文二：凡居父母及夫丧而身自嫁娶者，杖一百。若男子居丧而娶妾，妻女嫁人为妾者，各减二等。若命妇夫亡（虽服满）再嫁者，罪亦如之，追夺（敕诰），并离异。知而共为婚姻者，各减五等。不知者不坐（仍离异）。

笺曰：居三年之丧而忘哀戚之心，不孝、不义之大者也。命妇非凡妇之比，当守从一而终之义，故并应离异。看“身自”二字，则奉有父母之命者不在此限。或云有主婚者，男女即科为从，并不离异，亦无碍。盖因离异之事于民情不便，有难行故耳。《琐言》云：此不言妇居舅姑丧，恐有夫已先亡，舅姑并没，无所依归，势不能存立者，听其改嫁，故律无禁。《辑注》云：若男女系亲在之日定婚，于居丧之时嫁娶，则是有父母之命者，止坐罪，不离异。《示掌》云：鬻身殒夫，应援《据会》因贫卖妻之议，止问不应重，免离，毋庸泥律断离。此三者皆原其情，未可以法绳之也。^{[1] 2173-2174}

沈家本对居丧嫁娶之“法”应离异，原则上不反对，并阐述了其间的两个“理”（居丧而忘哀戚之心，不孝、不义；妇女从一而终）。不过，他立即展开对律文的限定语词（关于“身自”的含义及另有主婚人）的分析，并特别详述了律注中所设定的三种情形的处理意见。

第一种情形见《读律琐言》：若夫已先亡，妇居公婆丧，听其改嫁，故律无禁。律不禁止，就是听许。第二种情形见《大清律辑注》：若男女系亲在之日定婚，于居丧之时嫁娶，则是有父母之命者，止坐罪，不离异。这与沈家本对“非身自”和“有主婚”的分析相当。第三种情形见《读律示掌》：鬻身殒夫，应按照《刑书据会》因贫卖妻之议，止问不应（得为）重，免离。三种情形无论“律无禁”、“不离异”、“免离”，都是“原其情”而断，不是“以法”而断的，都没有“泥律断离”。故或者干脆没有禁止条款，或者虽然断罪却不离异。

2. 《户律·婚姻》“居丧嫁娶”条律文三：“若居祖父母、伯叔父母、姑、兄姊丧（除承重孙外）而嫁娶者，杖八十（不离异）。妾不坐。”

笺曰：期服非三年丧之比，故不离。此法之通乎情者，亦可以见法之不可以固执也。固执必难行。^{[1] 2174}

沈家本以为，居期亲（服丧一年）之丧嫁娶而不离异，是法律“通情”的表现。因期丧止一年，与三年丧（为父母、夫而服）相比为轻，亲有等差，礼有降杀。这是“理”。可见“通情”也即“达理”。沈家本又说“法之不可以固执”，即原则性也是有限度的。

3. 《刑律·贼盗》“略人略卖人”条律文：凡设方略而诱取良人，及略卖良人为奴婢者，皆杖一百、流三千里；为妻妾子孙者，杖一百、徒三年。被略之人不坐，给亲完聚。若假以乞养过房为名，买良家子女转卖者，罪亦如之。若和同相诱及相卖良人为奴婢者，杖一百、徒三年；为妻妾子孙者，杖九十、徒二年半。被诱之人减一等（仍改正给亲）。

笺曰：此情法必应完聚者。完聚与离异，主义迥乎不同。完聚，当合者也，本无离异之可言；离异，不可合者也，然亦时有完聚之事。一准之于情法而已。^{[1] 2180}

准“情”、准“法”都应当使之“完聚”，“法”自然是刚性的法律规定，如“给亲完聚”律文和“改正给亲”律注：“情”指犯罪过程中的情节，它们一指被控制下出卖，非是“情愿”，二指即使是“和同”被卖，有“情愿”成分，但因存在抑良为贱（卖为奴婢），或抑人为他人卑属（卖为妻妾子孙），故均为不正当。不过，沈家本特别将“离异”与“完聚”对举，这里的“离异”专指被卖为妻妾者。他的意见是完聚即不存在离异问题，而离异虽然在性质上属于“不可合者也”，但时常“有完聚之事”，灵活性颇大。如何处理离异与完聚的关系？沈家本说“一准之于情法”即可，似乎更重视对“法”须离异、而实践中常有断令完聚的情形。说白了，即是对“情”的妥协。其中，“和同相诱及相卖”为他人妻妾者，可能是经常被断令不离异的情形。

4. 《督捕则例》“逃人原娶之妻”条例文：凡逃人逃回原籍，在伊原娶之妻家居住被获者，申明，将逃人之妻断给逃人完聚。

笺曰：故妻准完聚，全夫妇之情也。^{[1] 2184}

既在原娶妻家居住，说明受到原妻及家人接纳，此“情”指夫妻双方的情感，也兼指与原妻同居之情节。即主观之“情”、客观之“情”都包含其中。

（二）案内“情”与案外“情”皆有考虑，但以案内“情”为主

案内“情”一般是法律认定的具有法律意义的情节，但有时是法律规定之外的案件（或事件）所显示的不得不关注的情节。

1. 《户律·婚姻》“典雇妻女”条律文：凡将妻妾受财典雇与人为妻妾者，（本夫）杖八十；典雇女者，（父）杖六十，妇女不坐。若将妻妾妄作姊妹嫁人者，杖一百，妻妾杖八十。知而典娶者，各与同罪。并离异（女给亲，妻妾归宗）。不知者不坐（仍离异）。

笺曰：典雇与人，则败伦伤化；妄作姊妹，则兼有欺骗之情。在本夫则已义绝，在典娶者则失人道之始，故并应离异。《据会》云，家贫卖妻，依不应重，妇人仍归后夫。此事之出于不得已者，故原之不离。^{[1] 2172-2173}

沈家本以为，法律的离异规定自无问题，但《刑书据会》提出的“家贫卖妻”可不离异，值得执法者关注。“妇人仍归后夫”而不离异，是有应该照顾的“情”。“原之不离”，即“原情不离”。这里的“情”，一是丈夫贫“不得已”而卖妻，属于案外“情”，但其“情”虽堪悯，仍应坐“不应得为重”的杖八十之罪；二是妇女已与后夫成婚之客观之“情”，属于案内“情”，这是不离异的决定因素。所以，尽管考虑到了案外“情”之堪悯，但案内“情”更应照顾，否则按法“离异，妻妾归宗”，一则妇女可能“无所归”，二则可能会迫使妇女再嫁而失节。

2. 《刑律·犯奸》“纵容妻妾犯奸”条律文二：若用财买休、卖休和娶人妻者，妇人离异归宗。

笺曰：此有乖伦理，买者贪色，卖者贪财，故离异归宗。若因贫难，无力养赡，以至卖妻者，其情可悯，难用此律，当临时酌断。^{[1] 2182-2183}

沈家本再次提出律文中没有涉及的问题：贫困不能养活而卖妻，属于“情可悯”而“难用此律”，主张“临时酌断”。与前述“典雇妻女”条笺语所引《刑书据会》意见一致。因为“离异归宗”之“法”，毕竟没有照顾妇人已为他人妇这一案内“情”，这是更可悯的“情”，比贫而不得已卖妻之案外“情”更堪悯恤。道理同前。

（三）民俗作为案外“情”，应该迁就

强调从民情、从俗，对法律勒令离异的刚性规定作一矫正，缓解规定与俗情的紧张，是沈家本对待民俗这一更大的案外“情”的倾向。

1. 《户律·婚姻》“同姓为婚”条律文：凡同姓为婚者，离异。律注：为婚兼妻妾言。礼不娶同姓，所以厚别也。

笺曰：此乖礼经“厚别”之义，故应离异。然乡愚无知，娶同姓者事所常有，若概绳之以法，转失妇人从一而终之义，似亦当援情酌断。^{[1] 2174-2175}

沈家本没有对律文提出异议，因为这是依据礼经“同姓不婚”而定的法律，是历来礼入于法、礼法合一的结果。但这一规定常隐含着两大价值冲突。同姓为婚固然违法，但断令离异，又会使妇女失去“从一而终”之义，所损更大。对此，沈家本提出“援情酌断”，即不必都离异，不必一切都“以法”绳之，采取灵活态度。因“乡愚娶同姓者事所常有”，民间并不以此事为戾。民情如此，沈家本倾向于迁就风俗。

2. 《户律·婚姻》“尊卑为婚”条例文：前夫子女与后夫子女苟合成婚者，以娶同母异父姊妹律条科断。

笺曰：此因其苟合而离之。然愚民不知礼法，鳏夫再娶，寡妇再嫁，往往有将子女苟合者，似亦应酌量科断。《旧说》云：非苟合应免离异。前人于离异一事，甚慎之也。《示掌》云：如前夫子女与后夫子女异父异母者，若从尊长主婚，毋概拟离，应援“名分不甚有碍例”科之。^{[1] 2175}

沈家本对该条例文的实际执行问题，存有疑问。他清楚民间对此事不以为然，故主张“酌量科断”。其实，如果确如《示掌》所云“异父异母”之前夫后夫子女，既无血缘关系，家长为其成婚往往为省事、省钱，于伦理似无大碍。《示掌》后退一步，只要是“尊长主婚”，就不必一概拟离，也算有见地。《旧说》主张“非苟合应免离异”，而“苟合”与“非苟合”的界限不清。但沈家本对此赞赏有加，称其“前人于离异一事，甚慎之也”。

总之，在沈家本眼里，“情法两尽”，尽法易，尽情难，故重点放在“尽情”上；“论法”易，“论情”难，故重心放在论情上；“法胜”易，“情胜”难，故心思放在“情胜”上。“法”之必循，因行为及危害可责也，出自“义”之必行；“情”之必讲，由于“情”可悯也，是出自“仁”的考虑。而他的天平，往往在于后者。在“情”、“法”之间，他希望以照顾“情”、满足“情”为原则，这自然是“缘情立法”的合乎逻辑的推演。

[参考文献]

[1] 沈家本《历代刑法考·寄簠文存卷五》第四册，北京：中华书局，1985年。

[2] 雷梦麟《读律琐言》，北京：法律出版社，2000年。

[3] 沈之奇《大清律辑注》上，北京：法律出版社，2000年。

[责任编辑：李佳欣 高 玥]