

□法文化研究

以道德语汇论说的“情法”关系

——明清律学“恩义”“情义”“仁义”分析

霍存福

[摘要] 在中国古代,人们多用道德语汇谈论法律问题。“恩义”“情义”“仁义”皆反映法律领域中的一对基本矛盾或主要范畴——“情法”关系。“恩”“义”是古代中国人际关系的两个构成原理,前者指因血缘而产生的生育、养长与扶助关系及亲情;后者指非血缘关系人之间的相处之道、之理,基础义为情谊、道义、缘分,扩展为原则、义理、法理。“情”与“恩”同,可单用,可连用,多用于血缘亲情范围。“情”“义”对举,两者相反相成,“情”指值得怜悯的客观情状以及人们对此产生的怜悯情感。“义”与“法”同,侧重原则、法理。“仁”与“恩”相近,“仁至义尽”,含有“情法两尽”意味。

[关键词] 明清律学; 情法; 道德语汇; 恩义; 情义; 仁义

[基金项目] 国家社会科学基金重大项目(14ZDC023)

[收稿日期] 2018-03-03

[DOI] 10.15939/j.jujss.2018.03.fx1

[作者简介] 霍存福,沈阳师范大学法学院教授,法学博士。(110034)

在中国古代,深谙儒家学理的官员、学者们甚至律学家,多用道德语汇谈论“法律”问题。因而,有关“情”“法”关系,常常是包裹在“恩义”“情义”“仁义”等道德语汇之下的,这构成了他们“情理法”观的重要特征。不过,使用道德语言说话,不仅是这些人的特点,而且也是他们的擅长。究其实,是那个时代的儒学理论形态使然。本文仅就明清律学尤其是清代律学家的相关论述,作些梳理和评价。

“恩”“义”是古代中国人际关系的两个构成原理。在家庭家族中,因天然的血缘而产生的生育、养长与扶助关系及其亲情,称之为“恩”,比如,“父子天性,爱由自然”^{[1]卷50 926}。“恩”不可选择,它出于自然。在家庭家族中,尤其是在社会成员间,与血缘之“恩”相对的、由非血缘因素而形成的关系及相应情感,称之为“义”,比如“夫妇以义合”^①、“君臣之交,出自义

^① “夫妇以义合,义绝则离之。”司马光《温公家范》,夏家善主编、王宗志注释,天津:天津古籍出版社,1995年,第157页。

合”^[1]卷50 926、“朋友以义合”^①等“义”关系具有可选择性，它们都适用“义合则留，不合则去”^[2]352的相处原则。

一、亲属间“恩义”“情义”与其相应的情法关系

(一) 亲属间“恩”“义”关系的两个问题

1. “恩”“义”之轻重的可比较性与可计量性

父祖子孙“天性之亲”，一般不存在比较和计量“恩”之轻重、厚薄的场合；但在比拟血缘关系时，就会出现比较和计算“恩”之轻重、厚薄的问题。比如，嫡母、继母、慈母、养母“四母”与子女之间，就有个与亲母和子女之间“恩”之轻重、厚薄的比较问题。如《大清律例·刑律·斗殴下》“殴祖父母父母”条“其子孙违犯教令，而祖父母、父母（不依法决罚而横加殴打）非理殴杀者，杖一百；故杀者（无违犯教令之罪为故杀），杖六十、徒一年。嫡、继、慈、养母杀者（终与亲母有间，殴杀、故杀），各加一等；致令绝嗣者（殴杀、故杀），绞（监候）。”^[3]463-464

按，嫡母，即父之正妻，庶子对其称嫡母。继母，《仪礼·丧服》疏谓“己母早卒或被出之后，继续己母”^[4]卷30《仪礼注疏》1103。《仪礼·丧服》：“继母何以如母？继母之配父，与因母同，故孝子不敢殊也。”^[4]卷30《仪礼注疏》1103慈母，《仪礼·丧服》：“慈母如母。慈母者，何也？传曰：妾之无子者，妾子之无母者，父命妾曰‘女以为子。’命子曰‘女以为母。’若是则生养之，终其身如母，死则丧之三年，如母，贵父之命也”^[4]卷30《仪礼注疏》1103。养母，收养他人子女为自己子女的女人，即被抚养人的非生身之母。^②律注称：嫡母、继母、慈母、养母“终与亲母有间”，是说她们毕竟不如亲母之“天性之亲”，而只是比拟亲母的，多数是“因父之故”而称之为母的。

关于“嫡、继、慈、养母”四母与“亲母”的同与不同，《大清律例·名例律下》“称期亲祖父母”条，有一条概括性规定“其嫡母、继母、慈母、养母（皆服三年丧，有犯），与亲母（律）同（改嫁、义绝及殴杀子孙，不与亲母同）”^[3]124。子要为“四母”服三年丧，一般情况下的侵犯之处罚，这两项都同于亲母；但“四母”若改嫁（因而已不再是父亲的妻子）、义绝（“恩”已经不能抵挡“义”之决裂），以及“殴杀子孙”，皆“不与亲母同”，即“恩”“义”皆有减降甚至消灭，不能攀比亲母。其间道理，亲母即使被父出、及父死改嫁，“义绝于父”，但子不得断绝这种“所出之恩”。嫡、继、慈、养母被出及改嫁，皆“义绝于父”，不同于亲母；但其间又有不同，慈母、养母“有抚育之恩”，嫡母、继母则无。^③

沈子奇注律时，先释明对“四母”的量刑，后则指出其中的原因。他说“嫡、继、慈、养母，服制虽同，终与亲母有间，殴杀、故杀，各加一等：非理殴杀者，杖六十、徒一年；故杀者，杖七十、徒一年半；若致令绝嗣者，不问殴杀、故杀，并绞。非其所生，则恩为轻；绝人之嗣，则义为重也。”^[5]769“四母”较“亲母”加等治罪，第一是因“非其所生”，无“生育”之“恩”，没有天然的血缘联系；即或有“养长”之“恩”，比如慈母、养母，曾自幼抚育过，但

① 《论语·乡党》：“朋友，以义合者也。”朱熹注“朋友以义合。”朱熹《四书章句集注》，北京：中华书局，1983年。

② “四母”：“嫡（谓我以妾所生，故以父正室曰嫡）。继（亲母已亡，父再娶者）。慈（谓妾无子，及妾子之无母，而父命为母者）。养（谓出继他人子者）。”徐元瑞《吏学指南》，杭州：浙江古籍出版社，1988年，第85-86页。

③ 沈子奇谓“若亲母被父出，及父死改嫁者，虽义绝于父，而所出之恩，子不得而绝也，仍同母论。若嫡、继母被出、改嫁，则义绝于父，无复母道矣。而慈、养母被出、改嫁，则又不同，以其有抚育之恩也。”沈子奇撰，怀效锋、李俊点校：《大清律辑注》下，北京：法律出版社，2000年，第770页。

总比“生育”之“恩”为轻、为薄。如果其毆杀、故杀行为致使其家绝嗣，影响到男性家族的血祀，于“义为重”，到了情义决裂的“义绝”地步。任何“恩”“情”“爱”都没法与这种“义”相抗衡。

沈子奇又说“嫡、继、慈、养母，服制虽与亲母同，而毆、故杀子孙则各加一等，致令绝嗣则绞。非其所出，则恩义已轻；非理而毆，则亲爱已薄。逞一时之凶悍，而不顾其夫之嗣续，其心可诛，其情为重，故严其法。”^{[5]770}分言之“恩为轻”“义为重”，与合而言之“恩义已轻”，虽然字同，但意义不同。前一个“义为重”之“义”，指道义、义理；后一个“恩义已轻”之“义”，指非血缘人相处之道。在后一种意义上，可以认为，“四母”与子之间，除了“恩”有轻重厚薄外，也有个“义”的轻重厚薄的问题存在。讲“非理而毆”，反映其“亲爱已薄”，是从情感、感情角度考察“四母”与子的亲近、依恋、爱慕程度与相互关系的。从内容看，“爱”“亲”属于主观性的情感“恩”主要是客观性的事实，其主观成分不过是基于客观性事实而产生的“恩情”“恩爱”。至于毆杀子孙，致令“绝嗣”，“其心可诛，其情为重”，其“心”“情”同义，“情”者，“心”也，皆指主观上的恶意或恶性。

2. “恩”“义”决裂的情形——“恩绝”“义绝”

亲属间由血缘、非血缘因素分别形成的“恩”“义”，前者不会产生决裂，父子天性，兄弟手足，骨肉相连，人们直谓“打断骨头连着筋”；后者则会出现决裂，以夫妻之“义”而言，法律很早就规定了“义绝”^①，后世一直沿用。

《大清律例·刑律十三·斗毆下》“毆祖父母父母”条规定“若（祖父母、父母，嫡、继、慈、养母）非理毆子孙之妇（此妇字，乞养者同），及乞养异姓子孙（折伤以下，勿论），致令废残疾者，杖八十；笃疾者，加一等。（子孙之妇，及乞养子孙）并令归宗。”对于该法条所遵循的原理，沈子奇《大清律辑注》谓“子孙之妇，以义合者也；乞养子孙，以恩合者也，皆属异姓之人，均与子孙‘天性之亲’不同。若毆至残废、笃疾，则义绝、恩绝矣”^{[5]771}。

沈子奇说“子孙之妇，以义合者也”，这显然是从“夫妇以义合”中扩展而来的。夫妻既然“以义合”，公婆、祖公婆与儿媳、孙媳之间当然也是“以义合”的，也指其间不存在自然的血缘关系而言。沈子奇又说“乞养子孙，以恩合者”，将抱养比拟亲生，套用了血缘关系的“恩”字，因为抱养多是在其幼年时发生，虽无生育之“恩”，但“养长”之“恩”比较显著，也属合理。

沈子奇指出，这两类人“皆属异姓之人”，都与“子孙天性之亲”的自然血缘关系不同：若毆打至于残废疾、笃疾，以“义”合者，表示其间已经“义绝”；以“恩”合者，表明其间已经“恩绝”。这是法律勒令他们归宗而不应与毆打他们的长辈继续共同生活的原由。

不过，沈子奇也强调夫妻之间“恩”“义”俱存，不仅只有我们一直强调的“夫妇以义合”。他说“义绝者，谓于夫妇之恩情礼意，乖离违碍，其义已绝也。……若夫妇不相和谐，两愿离者，其情不洽，其恩已离，不可复合矣。虽无应出之条、义绝之状，亦听其离，不坐以罪也。……夫妇之伦，联之以恩，合之以义，持之以礼，三者备而后正始之道无愧焉。……义绝必离，姑息不可也；恩绝听离，强合不能也。不应离而离，则悖于礼；应离而不离，则害于义，其

① 义绝，指夫妻间，或夫妻双方亲属间，或夫妻一方对他方亲属有毆、骂、杀、伤、奸等行为，即视为夫妻恩断义绝，不论双方是否同意，均由官府审断，强制离异。其具体行为包括：1) 毆妻之祖父母、父母，杀妻之外祖父母、叔伯父母、兄弟、姑、姊妹。2) 夫妻祖父母、父母、外祖父母、叔伯父母、兄弟、姑、姊妹自相杀。3) 毆置夫之祖父母、父母，杀伤夫之外祖父母、叔伯父母、兄弟、姑、姊妹。4) 与夫之缌麻以上亲奸，夫与妻母奸。5) 欲害夫者。6) 夫将妻妾嫁予监临官或出卖妻妾，若不离者。

违律一也，故其罪同。若背逃改嫁，则恩绝、义绝、礼绝矣。”^{[6]286}

“恩”多与“情”相连，或连言“恩情”，或分言“情”“恩”，是可以决裂、断裂的，即“恩绝”。纯粹的“恩绝”，允许其离婚。“义绝”则实际已包含了“恩绝”的内容，所谓“恩情礼意，乖离违碍”。缘在人是感情的动物，情感与理智并存，不会仅有理智之“义”而无感情之“情”。在朝夕相处的夫妻之间，更是如此。

(二) 亲属相隐与告发的“恩”“义”关系

“父子相隐”^①和“大义灭亲”^②是儒家推崇的两个经典案例。它们分别代表着“恩（私情）”与“义（公义）”的各自价值。清代律学自然也从“恩”“义”冲突角度来阐释二者的辩证关系。

1. 相隐的“以恩掩义”与告发的“以义断恩”

《大清律例·名例律下》“亲属相为容隐”条规定“凡同居（同，谓同财共居亲属，不限籍之同异，虽无服者亦是），若大功以上亲（谓另居大功以上亲属，系服重），及外祖父母、外孙，妻之父母、女婿，若孙之妇、夫之兄弟及兄弟妻（系恩重），有罪（彼此得）相为容隐。奴婢、雇工人（义重）为家长隐者，皆勿论。（家长不得为奴婢、雇工人隐者，义当治其罪也。）……其小功以下兼容隐及漏泄其事者，减凡人三等。无服之亲减一等（谓另居小功以下亲属）。若犯谋叛以上者，不用此律。（谓虽有服亲属犯谋反、谋大逆、谋叛，但容隐不首者，依律科罪，故云‘不用此律’。）”^{[3]120-121}

对律文“犯谋叛以上者，不用此律”，律注“虽有服亲属犯谋反、谋大逆、谋叛，但容隐不首者，依律科罪”，沈子奇注说“若谋叛、谋反、谋大逆，恶极罪大，不首者法应缘坐，大义灭亲，岂得为‘容隐’哉？……所谓门内之治，以恩掩义；门外之治，以义断恩也”^{[6]99}。这里，沈子奇引用了《礼记·丧服四制》“门内之治恩掩义，门外之治义断恩”^③之语。这一说法，在1993年出土的、属于战国中期的郭店楚简《六德》篇，则作“门内之治恩掩义，门外之治义斩恩”^④，大抵可称之为“仁内义外”。学者谓“‘仁内’的‘仁’，指的就是‘爱’、‘恩’、‘亲亲’的血缘亲情‘义外’的‘义’，指的就是‘尊尊’、‘贵贵’的社会义务。”^[7]

这样，家族家庭内部，为“门内”；家族家庭之外的社会、国家，为“门外”。讲究“内外”之别，门内“以恩掩义”，指亲属间的亲情、情感、爱意等“恩”“爱”，可以超越一般法律规则；这里的“义”指道义，也即原则、规则、法律。比如“告发”犯罪的义务，在亲属之间就被亲情所超越、压制。“以恩掩义”也即后文的“恩可掩义”“情可掩法”。而与其相反的“以义断恩”，指道义、道理或法律规则可以超越、压制任何亲情、情感，叫“大义灭亲”最形

① 《论语·子路》：“叶公语孔子曰‘吾党有直躬者，其父攘羊，而子证之。’孔子曰‘吾党之直者异于是。父为子隐，子为父隐，直在其中矣。’”阮元校刻《十三经注疏》下，《论语注疏》卷13，北京：中华书局，1980年，第2507页。

② 《左传·隐公四年》：“春，卫州吁弑桓公而立。……州吁未能和其民。厚问定君于石子，石子曰‘王觐为可。’曰：‘何以得觐？’曰‘陈桓公方有宠于王，陈、卫方睦。若朝陈使请，必可得也。’厚从州吁如陈。石碏使告于陈曰‘卫国褊小，老夫耄矣，无能为也。此二人者，实弑寡君，敢即图之。’陈人执之，而请莅于卫。九月，卫人使右宰丑，莅杀州吁于濮。石碏使其宰孺羊肩，莅杀石厚于陈。君子曰：石碏，纯臣也，恶州吁而厚与焉。大义灭亲，其是之谓乎？”阮元校刻《十三经注疏》下，《春秋左传正义》卷3，北京：中华书局，1980年，第1725-1726页。

③ 《礼记·丧服四制》：“门内之治恩掩义，门外之治义断恩。资于事父以事君，而敬同。贵贵尊尊，义之大者也。故为君亦斩衰三年，以义制者也。……资于事父以事母，而爱同。天无二日，土无二王，国无二君，家无二尊，以一治之也。”阮元校刻《十三经注疏》下，《礼记正义》卷63，北京：中华书局，1980年，第1695页。

④ 全文为“仁，内也；义，外也；礼乐，共也。内立父、子、夫，外立君、臣、妇也。疏斩衰布经杖，为父也，为君亦然。疏衰齐牡麻经，为昆弟也，为妻亦然。袒免，为宗族也，为朋友亦然。为父绝君，不为君绝父。为昆弟绝妻，不为妻绝昆弟。为宗族疾朋友，不为朋友疾宗族。人有六德，三亲不断。门内之治恩掩义，门外之治义斩恩。”李景林《伦理原则与心性本体——儒家“仁内义外”与“仁义内在”说的一致性》，《中国哲学史》，2006年4期。

象,也可称之为以法断恩、以法断情。

当然,“门内之治,以恩掩义”,法律允许亲属间隐藏、蔽匿犯罪,是考虑到告发所损害的亲情,价值更大;之所以对犯“三谋罪”的亲属不许隐匿,是因其侵害了更大的法益——以皇帝、皇权、皇家为代表、为象征的国家利益。因此,所谓“门内”“门外”之分,终极是个法益大小的问题。

值得注意的是,这里的律注有“服重”“恩重”“义重”的说法。“服重”之“服”,指服制较重,标志着亲属关系的亲疏、远近。“恩重”指前述重要服制未包含、但仍属重要的亲属关系,其中既有存在血缘关系的,如“外祖父母、外孙”之间;也有不存在血缘关系的,如“妻之父母、女婿”之间,他们因妻而接近,有尊卑,故比拟为血缘关系之“恩”;“义重”之“义”,指奴婢、雇工人与主人之间的主仆名分,是与亲属血缘之“恩”相对的、无血缘关系人之间处理关系的“以义合”的“义”,仍遵循着亲属之“恩”、非亲属之“义”的逻辑。

2. “容隐”“为首”之例、“干名犯义”之法中的“恩义”“天理”“人情”

沈子奇《大清律辑注》解释“干名犯义”时说“亲属得相‘容隐’,又准‘为首’免罪,而告则‘干名犯义’,盖名分所关,恩义为重。若不许‘容隐’,则恐有以伤其恩;若不许‘为首’,则恐无以救其亲。首则欲其亲之免罪,本乎亲爱之意而出之也;告则欲其亲之正法,本乎贼害之意而出之也。故既著‘容隐’、‘为首’之例,又严‘干名犯义’之法,真天理、人情之至也。”^{[2]648[5]834}

在这里,沈子奇实际是综合了《大清律例·名例律》“亲属相为容隐”条、“犯罪自首”条、《刑律·诉讼》“干名犯义”条法律,揭示其规定的精神:其一,允许其“容隐”,以不伤害亲属间之“恩”情;其二,允许其“为首”(为其自首,效果相当于本人自首),以鼓励并肯定其救亲之“义”节;其三,告发亲属犯罪之“干名犯义”,既“伤恩”,又害“义”。因此,法律准其“容隐”“为首”而不准其告发,并严惩“干名犯义”,立法真正做到了“天理、人情之至”。

沈子奇还特别举例说“名者,名分之尊;义者,恩义之重。子于父母,孙于祖父母,妻妾于夫及夫之祖父母、父母,名分、恩义,最尊至重。纵有过恶,义当容隐。乃竟告发其罪,是灭绝伦理矣,故著为‘干名犯义’之首。”^{[5]830}这里,“义当容隐”之“义”,实际是“理”或“天理”;而“义者,恩义之重”,“恩”指“子于父母,孙于祖父母”的天然血缘之“恩”情,“义”指“妻妾于夫及夫之祖父母、父母”之非血缘的“以义合”的“义”,所谓“义者,恩义之重”是综合这两者而言的。名分最尊、恩义最重的人,没被“容隐”而被告发了犯罪,灭了“名分”之伦,绝了“相隐”之“理”,法律当然要将其作为“干名犯义”的首要对象。

沈子奇以为,法律允许“容隐”,是顾虑如果“不许‘容隐’,则恐有以伤其恩”,所以订立“亲属相为容隐”条;允许“为首”,是顾虑如果“不许‘为首’,则恐无以救其亲”,设立“为其自首”的渠道,可以救其亲,使其减轻处罚甚至免于处罚。从动机上看,(为)首则欲其亲之免罪,本乎亲爱之意而出之也”,是出于善意,维护的是亲情;相反,“告则欲其亲之正法,本乎贼害之意而出之也”,是出于恶意,是对亲情的破坏。沈子奇特别点了题:法律“故既著‘容隐’、‘为首’之例,又严‘干名犯义’之法,真天理、人情之至也”,“法(例)”“理”“情”在这里聚合了,而且“例、法”将“天理、人情”反映、表现到了极致——“至”。按他的意思,“恩”、“亲爱之意”即恩爱之“情”是“人情”;“贼害之意”虽也是情,但憎恶之情感、感情,是负面的。允许“容隐”、允许“为首”是为了人情,符合人情,同时也是“天理”;处罚“告发”为其反“人情”,同时处罚本身是“天理”,是法则。——“例”——“法”,虽

都是“国法”，但侧重点一为伸张人情，一为伸张天理。

(三) 夫妻间的“恩义”及其相应的“情法”关系

1. “情可掩法，恩可掩义”——夫妻妾相殴中的“情法”“恩义”关系

《大清律例·刑律·斗殴》妻妾殴夫条 “凡妻、妾殴夫者（但殴即坐），杖一百。夫愿离者，听。（须夫自告，乃坐。）……其夫殴妻，非折伤，勿论。至折伤以上，减凡人二等。（须妻自告，乃坐。）……妻殴伤妾，与夫殴妻罪同。（亦须妾自告，乃坐。）过失杀者，各勿论。（盖谓其一则分尊可原，一则情亲当矜也。须得失实情，不实，仍各坐本律。）”^{[3]460} 清律沿自明律的规定。律注指出“过失杀，各勿论”的两个加强理由，一是“分尊可原”，即名分上，夫尊于妻、妻尊于妾，所以夫过失杀妻、妻过失杀妾，皆可以原免其罪；二是“情亲当矜”，即夫妻间、妻妾间毕竟有亲密居处的情感、感情存在，因而应该怜悯、怜惜这种情感而宽纵其刑。“情亲”专指夫妻妾间的情感、感情，属于主观之“情”。

沈子奇《大清律辑注》同上条注云“夫、妻、妾相殴，皆注‘自告乃坐’，盖夫与妻、妾，同处闺房，情可掩法，恩可掩义。被殴者，或念平日恩、情，愿忍受而不发，亦当听之，非他人所得参其说也。”^{[5]758}

沈子奇将“情”“法”相对，“恩”“义”相对，“法”“义”指法律、义理、原则性，而“恩”“情”，无论是单字还是连用，都指“情感”或“感情”。之所以限定必须是妻、妾本人自己告发夫或妻，是考虑到妻或妾顾念平时夫妻间、妻妾间相处的情感、感情，对殴打一事“忍而不发”，法律应当听许这种隐忍。所谓“清官难断家务事”，正是指他人干预不了情感之事的缘故，所以沈子奇说此类事“非他人所得参其说也”。“情掩法”“恩掩义”，掩即遮蔽、遮盖，“情”压倒、超越、优先于“法”，“恩”压倒、超越、优先于“义”，“法”“义”所代表的法律、义理、原则性，在这里须迁就夫妻妾之间主观的情感和感情。

2. “恩义相推”“恩尽义绝”——和离、殴妻、故杀妻中的“情法”“恩义”关系

《大清律例·户律·婚姻》出妻条 “凡妻（于七出）无应出（之条），及（于夫无）义绝之状，而（擅）出之者，杖八十。……若犯义绝，应离而不离者，亦杖八十。若夫妻不相和谐，而两愿离者，不坐。（情即已离，难强其合。）”^{[3]212-213}

应当指出，古老的“义绝”，囊括了妻对夫、夫对妻之至亲有殴杀、妻对夫之至亲有殴置杀伤、夫妻之至亲有互相杀伐等较重的犯罪行为。^①“义绝”表示夫妻间以及夫妻两个家族间的情感、缘分已经断绝、决裂；夫妻“以义合”，两个家族也“以义合”，既不能相合，便是“义绝”。对两愿离婚的夫妻，律注说其“不相和谐”是“情即已离”，指其主观的情感已无、已尽，难以再强使其复合了。

对前者，沈子奇按语说“若所犯‘义绝’之事，既系法在必离，义无可合”^{[6]卷6 284}，所以，应离异而不离异者，处以杖刑。“法在必离”的“法”，指法律规定“义无可合”的“义”，也指“法理”“义理”“道义”。“法在必离”的前提和基础，是“情已离”。

对后者，沈子奇按语说“若夫妻不相和谐，两愿离者，其情不洽，其恩已离，不可复合矣”^{[6]卷6 284}。夫妻间“情不洽”之“情”，指情感“恩已离”之“恩”，也指情感、感情，民间

^① 《唐律疏议·户婚》“妻无七出”条疏议“依令：义绝，谓殴妻之祖父母、父母，及杀妻外祖父母、伯叔父母、兄弟姊妹，若夫妻祖父母、父母、外祖父母、伯叔父母、兄弟姊妹自相杀，及妻殴置夫之祖父母、父母，杀伤夫外祖父母、伯叔父母、兄弟姊妹，及与夫之缌麻以上亲若妻母奸，及欲害夫者，虽会赦皆为义绝。妻虽未入门，亦从此令。”长孙无忌撰：《唐律疏议》，刘俊文点校，北京：中华书局，1983年，第267页。

称夫妻之间“恩恩爱爱”，就是指此。“情不渝”、“恩已离”，自然不可复合，只能听凭其和离。自然，这里的“恩”“恩爱”，借用了形容血缘亲属关系的词汇。本来，夫妻以义合，可称为“恩义”及“情义”；“恩”“情”既然不再，“义”“法”“理”自然也不会再支持。

在他处，沈子奇注意到了以下的现象：

夫故杀妻、妾，律俱无文，惟注有“故杀妻者，亦绞”，不注“故杀妾者亦杖一百、徒三年”。按：殴雇工人至死者，杖一百、徒三年；故杀者绞。而殴死妾之罪，与雇工人同，而故杀之罪，不得同乎？

道理在什么地方？沈子奇推论说“‘殴’无必杀之心，犹得以恩义相推；若‘故杀’，则恩尽义绝矣，亦与‘故杀’同论乎？俟考。”^{[5]757}他的这个推理，是有道理的。“夫妇以义合”，不合则离，是一方面；既有“室家之恩”，故能维持关系，“殴”打尚未达到“恩义”绝断的程度；若是“故杀”，则是“义绝”之事了。

3. “义”去与“情”留——出妻时的客观情状之“情”与规则之“义”

薛允升曾论及“七出”、“三不去”中的“情义”——不得不去之“义”与不得不留之“情”，涉及“情法”关系的另一层面。

依《大明令》：“妻犯‘七出’之状，有‘三不去’之理，不得辄绝。犯奸者，不在此限。”薛允升《唐明律合编》按语云“‘七出’、‘三不去’，本于《家礼》。既犯‘七出’，有‘三不去’之理以推之。‘七出’者，义之不得不去；‘三不去’者，情之不得不留。总以全夫妇之伦也。”^{[2]352}薛允升说，“七出”是“不得不去”的，“三不去”又是“不得不留”的。前者是“义”，指抽象的、一般的道理、道义、原则，其实也就是“理”，同时还规定为“法”；后者是“情”，却不是主观的情感、感情，而是客观的三种情状。两者相反相成，总目标是“全夫妇之伦”，即保全夫妇这一人伦的正常维持，而不是破坏它。

薛氏此处将“义”与“情”对举，与沈家本分析妇女离异时的“法”与“情”的对举类似。前者“义”是原则性，后者“情”代表着灵活性，后者是对前者的限制和补充。^[8]薛氏这里的所谓“情”，不同于主观“情”指情感、感情，而是指三种客观“情”状，即“有所娶无所归不去，与更三年丧不去，前贫贱后富贵不去”^①，即被休弃时已无父母等宗亲可以依归，与丈夫一起为公婆服丧三年、尽了孝道，以及被休弃时家庭由原来的贫贱变得富贵，其中包含了自己的努力在内。这三种情况，都属于其情可悯。

薛允升是从正面、积极面去理解这一事情的。当然，有关“七出”之“义之不得不去”，他是借鉴了别人的说法，比如清乾嘉时的大学者钱大昕。

钱大昕《礼经问答》说“妇人之义，从一而终，而礼有‘七出’之文，毋乃启人以失节乎？”^{[2]352}钱氏自问自答，他以为道理在夫妻关系的构成原理不同于血缘亲属“父子、兄弟，以天合者也；夫妇，以人合者也”。而“以天合者，无所逃于天地之间；而以人合者，可制以去就之义”。前者是自然的，不可选择的；后者是后天的，可以选择的。因之，“先王设为可去之义，义合则留，不合则去”。

至于“情”，钱大昕认为：夫妇之间不是不能有感情、情感，但不能因小失大。夫妻本来是路人，“以室家之恩联之，其情易亲”，共处一室，产生亲“情”等情感，最自然不过；这种关

^① 《大戴礼记·本命》。王聘珍《大戴礼记解诂》卷13，北京：中华书局，1983年。唐令中“三不去”顺序不同，按《唐律疏议·户婚》“妻无七出”条疏议“三不去者，谓一经持舅姑之丧，二娶时贱后贵，三有所受无所归”。长孙无忌等撰：《唐律疏议》，刘俊文点校，北京：中华书局，1983年，第268页。

系，也可以套用专用于血缘亲属之间的“恩”字，来形容夫妻关系。但如果妻子与父母兄弟等人冲突，则丈夫“宁割伉俪之爱，勿伤骨肉之恩”^{[2]352-353}。即夫妻间的“情”“爱”，毕竟不同于血缘之“恩”，得服从血缘亲情。

钱大昕是坚持“七出”制度绝对性的论者。他认为有些出妻案件，官员断案时，“犹欲合之”，这是“知‘女之不可事二夫’，而不知失妇道者，虽事一夫，未可以言‘烈’也”。原因在于这些官员“未喻先王制礼之意也”^{[2]353}。因此，妇女“从一而终”虽然是“义”，是礼，也是“理”，更应服从夫妻关系的另一个道理——“义合则留，不合则去”。

二、悯恤之法与曲体人情之法的“仁至义尽”

怜悯、矜恤，“仁至义尽”，多数属于对国家法律（法仁）、皇帝（君仁、圣恩）的褒扬。“仁至义尽”，有时又含有“情法两尽”意味。

（一）悯恤之法的“仁至义尽”

1. 抵与不抵、坐与不坐——定罪之“仁至义尽”

（1）“一命一抵”而不多抵——“仁之至、义之尽”。《大清律例·刑律九·人命》“斗殴及故杀人”条第12条例“凡审共殴案内下手应拟绞抵人犯，果于未经到官之前，遇有原谋及共殴余人内，殴有致死重伤之人，实因本案畏罪自尽，及到官以后，未结之前，监毙在狱，与解审中途因而病故者，准其抵命。将下手应绞之人，减等拟流。若系配发事结之后身故，及事前在家病亡，或因他故自尽，与本案全无干涉者，不得滥引此例，仍将下手之人依律拟抵。”^{[3]431}该规定源于明例。沈子奇《大清律辑注》云“元谋、助殴之人，监毙、病故，即准抵命。盖律意止欲一命一抵：彼死于殴，此死于监内、途中，均非正命，足以相抵。况元谋、助殴，皆同是致死之人，既已因此而死，若仍绞下手，是以两命抵之矣。此例补律之未备，可谓仁之至、义之尽也。”^{[5]687[9]838}

这个道理成立。可见，明例已采取“一命一抵”原则：即无论是在监狱“瘐死”，还是在道途中病故，死亡结果都发生了——客观上相当于执行了死刑，就没有必要再去要求“下手之人”偿命，否则就是两命抵一命，这又不公平。我曾经注意到清代法律的这一倾向，至少乾隆四十四年谕旨就要求抵命应“多寡相当”：“嗣后，如有杀一家四命以上之案，悉按其所杀人数，将凶犯父子，照数定罪，俾多寡相当。其有浮于所杀之数，或一人，或两人者，均以其幼者照此办理，并令内外各问刑衙门知之。著为例”^{[10]791[11]173}。律学家注律，也采取“一命一抵”之说。如乾隆间的吴坛，在说到乾隆五年七月定例，至十六年馆修时，就注意到两家互殴，各毙一命，可按“一命抵一命”理解；若再各行拟抵，使得“彼被殴者既死于斗，而殴人者又死于法”，等于“两家同死四人，情堪矜恤”。^{[10]796}

（2）治罪亲属、奴仆而不及本主——“保全”主人之“仁至而义尽”。《大清律例·名例律上》“应议者之父祖有犯”条“凡应八议者……若皇亲国戚及功臣……其余亲属、奴仆、管庄、佃甲倚势虐害良民，陵犯官府者（事发，听所在官司径自提问），加常人罪一等（非倚势而犯，不得概行加等），止坐犯人（不必追究其本主），不在上请之律。”^{[3]87-88}沈子奇《大清律辑注》云“亲属、奴仆等，至于倚势为恶……治罪重于常人，追究不及本主。虽以禁过，实以保全，仁至而义尽矣。”^{[6]29}

这里对皇亲国戚及功臣人等的亲属、奴仆、管庄、佃甲这些主体，区分了其“倚势为恶”与“非倚势而犯”两种情形。“倚势而犯”一律“加常人罪一等”，“非倚势而犯”则不加等。

律文规定“止坐犯人”，小注云“不必追究其本主”。在道理上，无论哪种情形，都不追究主人，未必与实际相符——因为这些人的许多行为是其主人明许或默许的，但法律既然网开一面，只拿亲属、奴仆等开刀，也不得不承认法律是“仁”于主人而“忍”于亲属奴仆的。

2. 加刑缓而减刑骤——量刑的“法”之“仁”

《大清律例·名例律》“加减罪例”条“凡称加者，就本罪上加重（谓如人犯笞四十，加一等，即坐笞五十……）。称减者，就本罪上减轻（谓如人犯笞五十，减一等，即坐笞四十……）。惟二死、三流，各同为一减。（二死，谓绞、斩；三流谓二千里、二千五百里、三千里。各同为一减，如犯死罪，减一等，即坐流三千里；减二等，即坐徒三年。犯流三千里者，减一等，亦坐徒三年。）加者，数满乃坐。（谓如赃加至四十两，纵至三十九两九钱九分，虽少一分，亦不得科四十两罪之类。）又加罪止于杖一百、流三千里，不得加至于死。本条加入死者，依本条。（加入绞者，不加至斩。）”^{[3]123}

沈子奇评曰“加则‘三流’为三等而渐加，减则‘三流’为一等而一减。……减则‘二死’同为一减，可谓仁之至矣。”^{[6]105}

加刑缓而减刑骤，因为加刑等级多，二千里、二千五百里、三千里各为一等，累加起来，所以缓慢；减刑因为等级少，二千里、二千五百里、三千里三个级别，只作为一个等别，所以减刑时会显得急躁。死刑的情况与此类似，绞、斩两个死刑，作为一个等别减刑，直接降入“杖一百、流三千里”，所以显得急躁；而加刑却有限制——“不得加至于死”，一般情况下，加刑最高只可加至“杖一百、流三千里”；特殊情况下所允许的加刑，也有限制，“加入绞者，不加至斩”。所有这些，沈子奇认为是“法”之“仁”达到了极致，用今天的语言说，它们不过都是有利于被告人而已。这是明清律在实体规则上反映出的“有利被告”论。

沈家本曾指出“‘与其杀不辜，宁失不经’二语……会得此旨，庶归平恕。近来，泰西之法颇与此旨暗合，知圣人之言其包蕴宏矣。”^{[11]9}这里所谓“泰西之法”当指“无罪推定”、“有利被告论”之类。^[12]加刑缓而减刑骤，正是优遇犯人的表现。这一制度，创自唐代。据《唐律疏议·名例》“称加减”条，明清律该条的主要条款，如“惟二死、三流，各同为一减”，“不得加至于死”以及“本条加入死者，依本条（加入绞者，不加至斩）”，均是来自于唐律原律文和注文。只是唐律有允许“加入于死”的情况，指“部曲殴伤良人者，加凡人一等。加者，加入于死”。但“加入绞者，不加至斩”，指“部曲殴良人，折二支，已合绞坐；若故殴折，又合加一等。今既加入于绞，不合更加至斩”，也同样有节制。

3. 优老怜幼、念鳏恤寡的“恩”“仁”宽政

(1) 存留养亲、老小收赎寓宽政——“法中之恩，义中之仁”。《大清律例·名例律》“犯罪存留养亲”条“凡犯死罪，非常赦不原者，而祖父母、父母老疾应侍，家无以次成丁者，开具所犯罪名奏闻，取自上裁。若犯徒、流者，止杖一百，余罪收赎，存留养亲。”^{[3]99-100}

又，《大清律例·名例律》“老小废疾收赎”条“凡年七十以上、十五以下，及废疾（瞎一目、折一肢之类），犯流罪以下，收赎。八十以上、十岁流下，及笃疾（瞎两目、折两肢之类），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。”^{[3]106}

对于前条，沈子奇注曰“此条乃法中之恩也”^{[6]49}；对于后条，他注曰“此条义重敬老慈幼，矜不成人，乃法中之恩也”^{[6]62}。敬老、慈幼、矜怜残疾，皆是“法”中体现国家或皇帝的“恩”惠之所在。

不过，沈子奇的说法，源自明朝王肯堂《律例笺释》。^①王氏在“老小废疾收赎”条说：“此条老、小分三等，当与‘存留养亲’条并看。优老怜幼，矜不成人，此条之本意也；念鳏恤寡，教天下以孝者，则‘存留养亲’之意也。此皆法中之恩，义中之仁，律之精妙处。”^{[2]52}顾“念”鳏夫、矜“恤”寡妇，“恩”“仁”皆具，它们来自于国家，出自于君主，王肯堂认为值得肯定，还认为这是“律之精妙处”。

“恩”“仁”皆宽政，是寄寓在“法”的规范性、“义（理）”的原则性中的宽宏、豁免。它们体现的是原则性基础上的灵活性，是对特殊情况、特殊对象的优待。清末薛允升甚至说：“‘留养’系法外之仁”^{[13]1248}，也指其是在原则性之外另存灵活性之谓。

(2) 老、疾认定“从轻法”——“优老”“矜幼”之“仁”。《大明律》、《大清律例》的《名例律》“犯罪时未老疾”条均规定“凡犯罪时虽未老疾，而事发时老疾者，依老疾论（谓如六十九以下犯罪，年七十事发，或无疾时犯罪，有废疾后事发，得依老疾收赎。或七十九以下犯死罪，八十事发，或废疾时犯罪，笃疾时事发，得入上请。八十九犯死罪，九十事发，得入勿论之内）。若在徒年限内老疾，亦如之（谓如六十九以下徒役三年，役限未滿，年入七十，或入徒时无病，徒役年限内成废疾，并听准老疾收赎。以徒一年三百六十日为率，验该杖徒若干，应赎银若干，俱照例折役收赎）。犯罪时幼小，事发时长大，依幼小论。（谓如七岁犯死罪，八岁事发，勿论。十岁杀人，十一岁事发，仍得上请。十五岁时作贼，十六岁事发，仍以赎论。）”^{[3]107-108}

以上正文为明律，其小注为清初时添加。对此，明代杨简之的《明律集解》^{[2]点校说明3}评论说：“优老，据其已老之年；矜幼，原其已往之岁。可谓仁之至矣”^{[2]54}。沈子奇《大清律辑注》该条谓“盖老、疾则悯其现在，幼小则矜其已往，仁之至也。”^{[6]65}与杨简之《明律集解》视点相同。“老”及“疾”以今为准，“幼”则以过往为据，总之是一个宽恤，而且其“仁恤”已经达到了极点或顶点——所谓“仁之至”。

其实，明清律的这一规定及其精神，源自唐律。《唐律疏议·名例》“犯时未老疾”条的问答，将其“优老”“矜幼”之“仁”的考虑，阐释的十分清楚“问曰：律云‘犯罪时虽未老、疾，而事发时老、疾者，依老、疾论。’事发以后未断决，然始老、疾者，若为科断？答曰：律以老、疾不堪受刑，故节级优异。七十衰老，不能徒役，听以赎论。虽发在六十九时，至年七十始断，衰老是一，不可仍遣役身，此是‘役徒内老疾依老疾论’。假有七十九犯加役流事发，至八十始断，止得依老免罪，不可仍配徒流。又，依《狱官令》：‘犯罪逢格改者，若格轻，听从轻。’依律及令，务从轻法，至于老疾者，岂得配流？八十之人，事发与断相连者，例从轻典，断依发时之法。唯有疾人与老者理别，多有事发之后，始作疾状，临时科断，须究本情：若未发时已患，至断时成疾者，得同疾法；若事发时无疾，断日加疾，推有故作，须依犯时，实患者听依疾例”^{[3]185}。

唐律在这里讲清了道理：由于“老、疾不堪受刑”，所以法律制定了阶梯状的优待。比如，“七十衰老，不能徒役”，所以“以赎论”；事发69岁，断罪时70岁，之所以不按事发时断，是因为70岁的人，“衰老是一，不可仍遣役身”。同理，79岁犯加役流，80岁始断罪，也只能“依老免罪”即按80岁规矩免刑，“不可仍配徒流”。这些适用的是“断罪时年龄”，采取了

^① 《笺释》即《律例笺释》，全名为《大明律附例笺释》，王肯堂撰，30卷。王樵曾著《读律私笺》，24卷，甚精赅。王肯堂集各家之说，舍短取长，补足《私笺》之所未备，对现行条例也详加注释，而《明会典》等各种书籍有助于互相考证者也摘要附录。“夫律义讲而后明者，非独词旨简严奥博，不易探究，而刑期无刑，用主不用，上帝好生之心，虞廷钦恤之意，三十卷中时隐时见，非俗吏桎梏章句者所知，是不可以不细讲也，则又安敢徇乐简恶繁之人情而省约其文乎。”顾鼎重编《王仪部先生笺释》序言，康熙三十年顾鼎刻本。

“实质老年主义”，断罪时符合“老”的标准，就有效力。至于“幼小时犯罪，长大事发，依幼小论”，适用的是“事发时年龄”，采取的也是“实质幼年主义”，只要事发时符合“幼小”的标准，就有效力。

当然，《唐律疏议》在法律解释上，也采取了其他角度，比如“法律从轻主义”。按照唐令规定“犯罪逢格改者，若格轻，听从轻。”^{[14]85}这是《狱官令》的立场。同时，《律》基于“老、疾不堪受刑”而确定的原则也是“从轻”原则。所以，对于“八十之人，事发与断相连者”，疏议就是从法律上“从轻主义”要求“例从轻典”，从而确定“断依发时之法”的。

老小及疾都是“情”，是客观之“情”；“轻法”“轻典”是“法”，“仁”是立法者的主观“情”的表现。到这里，事情还没有完结。《唐律疏议》“问答”又提到了“疾”与“老”在认定上的区别“有疾人与老者理别，多有事发之后，始作疾状，临时科断，须究本情”。根据“本情”的不同，具体处理办法是：第一，“若未发时已患，至断时成疾者，得同疾法”；第二，“若事发时无疾，断日加疾，推有故作，须依犯时”；第三，第二种情况，若是“实患者，听依疾例”。无疑，这里的“疾”是先患还是后患，是更具体的“情”。

(3) 恤缘坐而“限制解释”——嫡孙承祖时缘坐仍依孙不依子。《大明律》《大清律例·名例律下》“称期亲祖父母”条“凡(律)称‘期亲’，及称‘祖父母’者，曾、高同；称‘孙’者，曾、元同。嫡孙承祖，与父母同(缘坐者，各从祖孙本法)。”明代律学家夏敬一《读律示掌》^{[2]点校说明3}云“此称‘祖’，并同高、曾；称‘孙’，并同曾、元，例也。惟缘坐，则祖孙及子女皆不同论，所以恤缘坐之人也。”^{[2]91}

这个规定来源于唐律。称“祖”，包括祖父母、曾祖父母、高祖父母；称“孙”，包括孙、曾孙、玄孙，这是惯例。在“嫡孙承祖”的时候，因为“无嫡子”而“立嫡孙”，嫡孙在家庭地位尤其民事权利方面，相当于嫡子的地位——“与父母同”，享有父母的权利和地位；但在犯罪缘坐时，嫡孙不能依照其“与父母同”的嫡子地位，而应依照其本来的“孙”之地位缘坐——这意味着减轻刑罚，甚至有着生死之别。比如，依照《唐律·贼盗律》规定“反逆者，父子年十六以上皆绞，祖孙没官”^{[14]321}；如“若嫡孙承祖”，这时候只能“没而不死”，即“没(官)而不死(绞)”。故云“各从祖孙本法”，各按照祖孙本来的缘坐规定来量刑。

而按《大清律例·刑律一·贼盗上》“谋反大逆”条“凡谋反(不利于国，谓谋危社稷)及大逆(不利于君，谓谋毁宗庙、山陵及宫阙，但共谋者……(正犯之)……子、孙……(男)年十六以上，不论笃疾、废疾，皆斩；其(男)十五以下……给付功臣之家为奴。”^{[3]365}可见，在清代，谋反大逆缘坐，子与孙不加区别，这来源于《明律》的加重修改。薛允升对《大清律例》“谋反大逆”条第1条例文的按语中，曾说道“《唐律》谋反及大逆者，皆斩；父、子年十六以上，皆绞；十五以下及祖、孙、兄、弟，皆没官；伯叔父、兄弟之子，皆流三千里，凡分三等。《明律》则祖、父、子、孙、兄弟及伯叔父、兄弟之子，皆拟斩，似属过严。此例分别阉割、发遣，用法颇为平恕。惟只言本犯子、孙而未及其祖、父，有犯是否以其余律应缘坐男犯论，记核”^{[15]556}。

清条例可能觉察到明律的“皆拟斩”太过严苛，遂发明不予处死的“阉割、发遣”，用以缓和“一律处死”的死刑之滥，被薛氏认为属于“平恕”之举。

因此，尽可能地使缘坐之人的刑罚减轻，这是唐明清《名例律》该条的立法意图，也是该条的本质所在。

(二) “曲体人情”之法的“仁至义尽”

1. “原其误”而“轻其法”——“君之仁”

《大清律例·礼律二·仪制》“乘舆服御物”条“凡乘舆服御物……若主守之人，将乘舆服御物私自借用，或转借与人，及借之者，各杖一百、徒三年。若弃毁者，罪亦如之。（平时怠玩，不行看守）遗失及误毁者，各减三等。若御幸舟船，误不坚固者，工匠杖一百。……并罪坐所由（经手造作之人并主守之人）。监临提调官，各减工匠罪二等，并临时奏闻区处。”^{[3]280}对于“误毁”“误不坚固”这样的行为，沈子奇辑注说：这里处罚“误”犯，是因为“臣子于君父，义当敬谨，不得言‘误’”^{[6]396}。“义当敬谨”之“义”，也即“理”，是原则性，体现的是严格、严厉。因而一旦发生了，“至于误，则臣之罪也”。

“误”犯如何处罚呢？清律规定“误毁”比“（故意）弃毁”乘舆服御物，在量刑上减三等；造作御幸舟船而“误不坚固”，工匠杖一百；监临提调官，又各减工匠罪二等。沈子奇说：这里“原其误而轻其法，则君之仁也”^{[6]396}。法律当中的“仁”，都要归美于君主。一则，在理论上，律例都是经皇帝钦定的；二则，这里损害的法益关联到君主，不因君主而加重其刑。

自然，犯罪行为在主观恶性上的“故”“误”区分，是古代律学研究和实践的重要成果之一。在归类上，“故”“误”都属于“情”，明朝邱濬说“原其情，则非故也”，“不问情之故、误”^{[16]卷109《慎言灾之故》}，“情”也即“心”，属于主观之“情”。它是古代法律的经典问题——“情法”关系中，是需要经常考量的因素。沈子奇文中所谓“义当敬谨，不得言‘误’”，即古老的“君亲无将，将而必诛”^{[17]卷9《春秋公羊传注疏》2242}，意思是：对于君主，不存在“将要谋害”（犯罪预备）的情形，“将要（预备）”也按实行犯处罚。在古代，“君亲无将”被严格坚持。^①只有在普通人犯罪的场合，“诛故赏误，故贼加增，过误减损”^②，才成为通例，即根据“情（故误）”而对“刑”加减增损，呈现正比例关系。

2. 律例“曲体人情”而“仁至义尽”——立嗣允许改立贤能和亲爱者

明《问刑条例》、《大清律例·户律·户役》“立嫡子违法”第3条例文规定“无子立嗣，除依律外，若继子不得于所后之亲，听其告官别立。其或择立贤能及所亲爱者，若于昭穆伦序不失，不许宗族指以次序告争，并官司受理。若义男、女婿为所后之亲喜悦者，听其相为依倚，不许继子并本生父母用计逼逐，仍酌分给财产。若无子之人家贫，听其卖产自贍。”^{[3]179}

明代杨简之《明律集解》对此云“此别立嗣子之例，或贤或爱皆可。然必嗣子果有忤逆，不得于亲则然。至‘不许用计逼逐’一段，尤得《律》之精意。盖虑无子之人尚在，而群从瓜分其产，使不得守志也。曲体人情，可谓仁至而义尽矣。”^{[18]247}

清朝沈之奇注云“应继次序，既有一定之法，而‘立继之子不得于所后之亲’，又‘听择贤能、亲爱者别立’，‘不许宗族以次序告争’。至于义男、女婿，‘为所后之亲喜悦，听其相依，不许继子逼逐’。曲体人情至此，可谓仁至而义尽矣。”^{[6]200}

对于该条，明人、清人都得出“仁至而义尽”结论，虽都用到了“曲体人情”的过渡，但二者的关注点是不同的。杨简之关注的是，寡妇选择新嗣子的前提，必须是“果有忤逆，不得于亲”才可。其次，他更关注寡妇守志能否顺利进行。因为，在不废除继子的情况下，继子与守寡之人所喜欢的义男、女婿并存，势必造成继子及其亲生父母、亲近人等，设置计谋“逼逐”义男、女婿情形的发生。法律考虑到这一点——直指人性之“恶”、人情之“薄”，故直接点明

① 还需注意的是，该罪之“误”的强调，实际有深意。因为该罪的故意就是大罪，比如“谋反”之类。唐律中造御膳，“误犯食禁”，合和御药，“误不如本方”以及御幸舟船而“误不坚固”，属于过失，归入“大不敬”；但若故意，就是谋反罪了。明清律也当如此。

② “刑故无小，宥过无大，圣君原心省意，故诛故赏误。故贼加增，过误减损。”王充《论衡·答佞篇》，《四部丛刊初编》卷11，影印本，上海：上海古籍出版社，1990年。

“不许继子并本生父母用计逼逐”，杨简之认为这一段“尤得《律》之精意”，并允许寡妇“仍酌分财产”给义男、女婿。

沈之奇似乎只是重复了例文规定以及杨简之的说法，但他重复的几点，一则肯定了废除继子而“择贤能”或“择亲爱”，是寡妇本人的选择权利；二则肯定了在不废除继子的情况下，寡妇有权选择其所“喜悦”的义男、女婿而互相依靠。这两方面，实际是承认感情（主观之“情”）在家庭生活中的作用，肯定了相互喜悦、相亲相爱等“人之常情”在这种特殊情境下的价值。在立继情形下，母子既不能以血缘之“恩”相合、又不是“以义相合”，寡妇只要以为“不相得”，就可以告官另立继子。法律设身处地为寡妇设想，应该是依据大量案例归纳而成，自然深体“民隐”（民间隐情）这一重要的“人情”。

三、道德评价的理论形态与架构

儒学是一种政治伦理学说。高度概括的君为臣纲、父为子纲、夫为妻纲的“三纲”所代表的秩序，是在父子、兄弟、夫妻等尊卑、长幼、亲疏仔细区分的亲属伦理的基础上，扩及政治上的君臣、贵贱、上下而形成的伦理、政治混合体制。这种混合体制，使得描述伦理与政治的语言，具有互相说明、彼此证实的作用和功能。这种理论形态与架构，造成了以下几个结果：

其一，儒家学说的主要概念——仁、义、礼、智、信，成为万灵的范畴，被在许多场合使用，律学中较多地使用“仁”“义”二字，也是如此。

一方面，“仁至义尽”被频繁使用，“仁”“义”对举，“仁”指情，“义”指法，两者指代法律领域中的一对基本矛盾或基本范畴——“情法”关系。

自然，用“仁义”指代“情法”，不是专属于律学家的事情，其他人比如学问大家纪昀，也有使用。纪昀曾提到一个弟殴死兄的案件，法官纠结于是否要弟为兄抵命的问题：五世单传的家庭，哥儿俩一个被殴杀、一个将抵命，意味着这个家族要绝嗣。因而，“以王法论，灭伦者必诛；以人情论，绝祀者亦可悯。生与杀皆碍，仁与义竟两妨矣”^{[19]449-450}。生不可，杀又不可，这个悖论中的“义”与“仁”的难以兼容，实际是“王法”与“人情”的冲突。“杀人者死”的“法”的原则，与怜悯其绝嗣之“情”的体恤，分别代表着“义”与“仁”，构成法律适用中理智与情感的矛盾。在该案中，“义”是原则性，是法律原则的“杀人者死”，尤其以幼犯长，不抵命则严重破坏这个原则。“仁”是同情心，是对个案情节的考量——当然这里的“情节”不是“案内情”而是“案外情”节，如果弟抵兄命，就会使这一门绝嗣，无人再承继一家香火——这在当时是个绝大的事情。

另一方面，当“法中之恩”“义中之仁”被强调时，“法”“义”是原则性，“恩”“仁”是灵活性；灵活性体现变通，更是恩惠。它们多被用于评价某些法律的良法美意以及出自于君主的皇恩浩荡。

其二，描述血缘亲属情谊的概念“恩”，与代表抽象原则、规则的“义”，也构成了“情法”关系。“义”之所以具有抽象原则和规则的含义，是由于它本来是指非血缘关系人之间的相处之道、之理，如“夫妇以义合”“朋友以义合”甚至“君臣以义合”。从而，在家讲“恩情”，在外讲“义”法，“恩义”关系也就成了“情法”关系。这时的“义”与“法”同义，都指代“理”，是法理，或天理，指向原则性、该当性。

同时，当“仁”被用于指称血缘亲属关系、“义”被用于指称非亲属关系时，“不仁”“不

义”分别代表着对其行为的否定性评价。而对行为进行道德评价，是律学的着眼点之一。这很可能是汉代董仲舒“春秋决狱”、儒生注律以及《唐律》制作“疏议”时的基本动作。

汉唐做法，明清律学沿用不辍。比如，《大清律例·礼律二·仪制》“弃亲之任”条“凡祖父母、父母，年八十以上及笃疾，别无以次侍丁，而弃亲之任，及妄称祖父母、父母老疾求归入侍者，并杖八十。（弃亲者，令归养，候亲终，服阙降用。求归者，照旧供职。）”^{[3]295}沈子奇评论曰：“贪恋荣禄，弃亲之任；及其亲本未老疾，而妄称老疾，求归入侍，一则遗亲不仁，一则后君不义，故并杖八十。”^{[6]417}这是说，前者“贪恋荣禄，弃亲之任”，属于“遗亲不仁”；后者则“其亲本未老疾，而妄称老疾，求归入侍”，属于“后君不义”，既“不仁”于亲、“不义”于君，所以都该打板子。“不仁”有违祖父母、父母对其的生育养长之“恩”；“不义”有违“君臣以义合”、一心事君的操守。

其三，儒家学说以法律的宽简、刑轻为崇尚。他们以此度量一切法度，无论是单独的一例一法，还是一朝法制，概莫能外。

沈子奇《大清律辑注》，多处就某些具体法度进行评价。比如，在谈到“出妻”必须严守“七出、三不去之礼与义绝之状”的界限，妻子确实违反礼义，才可以休弃，否则不得“轻出”。不能因蒸梨、叱狗之故而轻易出妻。先人制定这样的礼义，并希望人们遵守，“此古人忠厚之道也”^{[6]286}。

对一代法度予以宽宏、仁厚的评价，曾是法制史上风行的视角之一，也是长期以来的思维惯性。《明史·刑法志》的作者论及唐、宋、明三律的差别，云“大抵明律视唐简核，而宽厚不如宋。至其恻隐之意，散见于各条，可举一以推也”^{[20]卷93,1527}。

《明律》比《唐律》简要、翔实，是优点；但不如《宋刑统》宽厚，是缺点。这两点，恰恰是古代法律评价的两个维度——繁简与宽严。流行的、占统治地位的，是崇尚宽宏、简要，而苛严、繁细是被否定、受贬抑的。不过，《明史·刑法志》认为，明律虽然总体上不如宋律宽厚，但“恻隐之意”也即“仁”心^①，即“对别人的不幸表示同情”这样的立法意图，包含在许多条文中，又不可一味否定。为此，它列举了明律中“或间采唐律，或更立新制”的7个方面的内容，其中5项是沿袭自《唐律》的，如加减罪、日年计算、老小废疾犯罪、存留养亲、同居相容隐等。《明史·刑法志》作者指出，这些内容，都是遵循了“原父子之亲，立君臣之义以权之”的原则而定立的。其中，父子“亲”代表的是亲“情”，以血缘纽带而成，属于情感或感情，是传统的礼所倡导的“亲亲”；君臣“义”代表的是公“义”，以国家社会领域的非血缘关系为特征，是传统的礼所指称的“尊尊”。

对明律的缺乏宽厚，薛允升有着与《明史·刑法志》相同的看法。他在详细比较了唐、明律后，说“大抵《唐律》多就事论罪，不肯搜求别端，犹有忠厚待人之意。《明律》则穷其隐微，无事不防其作弊，遂有不免苛细之处，此两律之所以多不相符也”^{[2]164}。

苛刻、繁细，“无事不防”，明律不如唐律，正在其总体心态的把控和拿捏上。

嘉尚宽宏，也是清史编撰的笔调。《清史稿·刑法志》的作者许受衡，在评价清代法律形式之一的“例”时，说：“（清）例文……总计八百十有五条。其立法之善者，如犯罪存留养亲，推及孀妇独子；若殴兄致死，并得准其承祀，恤孤嫠且教孝也。犯死罪非常赦所不原，察有祖父

^① 《孟子·告子上》：“恻隐之心，仁也。”阮元校刻《十三经注疏》下，《孟子注疏》卷11上，北京：中华书局，1980年，第85页。

子孙阵亡，准其优免一次，劝忠也。……”^① 嘉其宽，是许受衡的着眼点。

悯恤“孤（独子）嫠（寡妇）”，允许犯罪之独子存留养赡其寡母（具体条件为：孀妇独子、伊母守节二十年者）；允许殴兄致死的罪人，不抵命而继承其家香火（限于“一时争角互殴，将胞兄致死”），主旨是“教孝”。关于后者，雍正帝以为“一死一抵，必致绝其祖宗禋祀”，这也正是前述纪晓岚所感唱的“生与杀皆碍，仁与义竟两妨”。

对于非常赦所不原的死罪，可以以功折罪，其父祖子孙有死于战阵，允许其免罪一次，主旨是“劝忠”。教人以孝道和劝人以忠节，体现那个时代对政治伦理核心价值的维护，是值得嘉尚的良法美意。

需要指出的是，前述适用于皇帝、国家法律的“仁义”“仁恩”“矜恤”等概念，实际与近年来从西方引进的概念——“谦抑”是相通的。这种相通，可能在总体上表现为立法“宽厚”。宽厚是从儒家思想中生发出来的、儒家色彩十分浓厚的概念。

[参考文献]

- [1] 房玄龄等撰 《晋书》第2册，北京：中华书局，1999年。
- [2] 薛允升 《唐明律合编》，怀效锋、李鸣点校，北京：法律出版社，1999年。
- [3] 《大清律例》，田涛、郑秦点校，北京：法律出版社，1999年。
- [4] 阮元校刻 《十三经注疏》上，北京：中华书局，1980年。
- [5] 沈子奇 《大清律辑注》下，怀效锋、李俊点校，北京：法律出版社，2000年。
- [6] 沈子奇 《大清律辑注》上，怀效锋、李俊点校，北京：法律出版社，2000年。
- [7] 李景林 《伦理原则与心性本体——儒家“仁内义外”与“仁义内在”说的一致性》，《中国哲学史》，2006年4期。
- [8] 霍存福 《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》，《吉林大学社会科学学报》，2012年1期。
- [9] 薛允升 《读例存疑》第4册，重刊本，黄静嘉编校，台北：成文出版社，1970年。
- [10] 吴坛：《〈大清律例通考〉校注》，马建石、杨育棠等校注，北京：中国政法大学出版社，1992年。
- [11] 霍存福 《复仇·报复刑·报应说：中国人法律观念的文化解说》，长春：吉林人民出版社，2005年。
- [12] 霍存福 《沈家本会通中西论》，《烟台大学学报》，1990年4期。
- [13] 薛允升 《读例存疑》第5册，重刊本，黄静嘉编校，台北：成文出版社，1970年。
- [14] 长孙无忌等撰 《唐律疏议》，刘俊文点校，北京：中华书局，1983年。
- [15] 薛允升 《读例存疑》第3册，重刊本，黄静嘉编校，台北：成文出版社，1970年。
- [16] 邱濬 《大学衍义补》，清四库全书本，中国国家图书馆藏。
- [17] 阮元校刻 《十三经注疏》下，北京：中华书局，1980年。
- [18] 薛允升 《读例存疑》第2册，重刊本，黄静嘉编校，台北：成文出版社，1970年。
- [19] 纪晓岚 《阅微草堂笔记会校会注会评》上，吴波等辑校，南京：凤凰出版社，2012年。
- [20] 张廷玉等撰 《明史》第3册，北京：中华书局，2000年。

[责任编辑：李佳欣]

^① 1914年，“中华民国”国务院决定成立“清史馆”修史。但《清史稿》内《刑法志》，并非在职馆员所撰。因缺稿之故，清史馆决定购买馆外人士许受衡撰写的《刑法志》三卷，以弥补其阙。许受衡，江西龙南人，光绪二十一年（1895）乙未科进士，曾为修律大臣沈家本下属，参与过《大清现行刑律》修订，宣统时“京师法律学堂”提调之一。清室覆亡，1923年，许受衡担任江苏高等检察厅检察长。

ernance and the border ambiguity between administrative power and social power governance , as well as the urban civilization and the rule of law contradictions and other governance difficulties , those problems may making the city faces many potential social risks. To this end , we need to respond to the above dilemmas from the aspects of target integration , multiple integration , technology integration and resource integration , and to promote the urban governance system and the modernization of governance capacity by the innovation of integrated governance.

Keywords: mega-cities; integrated governance; co-development , governance and sharing

A Discussion of “the Relation between Emotion and Law” in the Perspective of Morality

HUO Cun-fu (134)

Abstract: In ancient China , people usually talked the issue of law in terms of morality. These three concepts , “gratitude” , “friendship” and “benevolence” , all reflected the basic relation between emotion and law in the legal field. “Kindness” and “righteousness” were the two fundamental principles while people dealing with the relationship of human beings , the former basically was coming from the relationship of families and relatives based on blood , the latter was mostly referred to the relationship not based on the blood but based on principle of kindness , such as friendship , benevolence , etc. , their meaning could be extended to be meant principles , theory of righteousness , and theory of law. These two concepts friendship and righteousness are both opposite and complementary.

Keywords: temperament of Ming and Qing dynasty; emotion and law; terms of morality; gratitude; friendship; benevolence

Society , Politics and Law:

An Understanding of the Contracts in Ming and Qing Dynasty in the Perspective of Historical Context

XU Zhong-ming (149)

Abstract: The researches of the history of Chinese Law in the past usually focused on the historical developing contexts , types and formation elements , while few of them took the historical context of society , politics and law under discussion. In the comparative perspective of China and the West , put the contracts into the historical contexts of society , politics and law in Ming and Qing dynasty , we found out that the contracts system and its practices became the basic tool to form and maintain the social order in the Ming and Qing dynasty based on the negative attitudes of the local officials in dealing with contracts disputes. There are basic differences between the contract system of Ming Qing dynasty and the contract system in the modern western society , since the former lacked the protection of the state law which led to the uncertainties of the contracts’ formality and binding forces , finally led to the uncertainty of social and economic orders.

Keywords: contracts in Ming and Qing dynasty; contracts system; contract practices; Ming and Qing dynasty

Good Sentences and Good at Punishments:

On the Pursuit of Traditional China to Make Punishment a Blessing

LÜ Li (162)

Abstract: To make punishment a blessing in traditional China meant pursuing good laws and good sentences which carried and embodied rich cultural connotations and coagulating ancient people’s wisdom in punishments and the rationalities in ancient judicial principles , and it also has the relevant value orientation to today’s judicial law in China. Although the idea and practices had some drawbacks , the traditional judicial laws’ value pursuit has remarkable significances for enlightenments and references in modern society.

Keywords: to make punishment a blessing; good in punishment; good laws and good sentences; the ideas fol-