

□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 (\$+T' 5"!%)

[收稿日期] !" \$3 7 "% 7 "%

[DOI] "\$">\$#4%48[> [G[KKB>!"\$3>"%>FIS

[作者简介] 霍存福,沈阳师范大学法学院教授,法学博士。(\$\$""%+)

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]。 “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, \$44# 年,第 \$#2 页。

合”^{[S]卷# A11}、“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”^{[!]%#}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

\$f “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）。”^{[%]+1% 7+1+}

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”^[+卷%《仪礼注疏》SS%]。《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。”^[+卷%《仪礼注疏》SS%]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”^[+卷%《仪礼注疏》SS%]。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）”^{[%]S1+}。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。”^{[#]214}“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，\$43%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（谓出继他人之子者）。”徐元瑞《吏学指南》，杭州：浙江古籍出版社，\$433%年，第3# 731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，!""年，第22"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。”^{[#]22}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。

!f “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

违律一也，故其罪同。若背逃改嫁，则恩绝、义绝、礼绝矣。”^{[1]31}

“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。

\$f 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]51-7515}

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”^{[1]44}。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\$44%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。”^[2]

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\$%，北京：中华书局，\$43年，第!#"2页。

② 《左传·隐公四年》：“春，\$ ÜÖÖ*]G]rP Üýð±T£-£-ç-”

③

④



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

\$f “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。）”^{[8]+1} 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

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。”^{[1]2#2}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。

“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。”^{[1]#1}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。^[3]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？”^{[1]#1}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4，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113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”^{[1]#1 7%#%}。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”^{[1]#%}。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”

\$f 抵与不抵、坐与不坐——定罪“仁至义尽”

(\$ “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\$! 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。”^{[%]+%}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。”^{[#]132[4]3%3}

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”^{[\$]24[\$]\$2%}。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，情堪矜悯”。^{[\$]241}

(!) 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。”^{[*]32 7 33}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。”^{[1]14}

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，未必与实际情况相符——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。

!f 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。）”^{[*]§1%}

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。”^{[1]§7#}

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。”^{[§§]4}这里所谓“泰西之法”当指“无罪推定”、“有利被告论”之类。^[§1]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

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。”^{[1]#1}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”^{[\$%]\$1+3}，也指其是在原则性之外另存灵活性之谓。

(!) 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，役限未满，任入七十，或入徒时无病，徒役年限内成废疾，一并听准老疾收赎。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。）”^{[%]\$27\$3}

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》^{[1]点校说明%}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”^{[1]#+}。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。”^{[1]1#}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#}。

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14岁，断罪时21岁，之所以不按事发时断，是因为21岁的人，“衰老是一，不可仍遣役身”。同理，24岁犯加役流，31岁始断罪，也





“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”^{〔54〕+47+#}。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。）”^{[1]14#}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。”^{[1]+\$2}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”^{[1]131}。

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”^{[1]卷4% \$#12}。

《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2个方面的内容，其中#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”^{[1]\$1+}。

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\$\$上，北京：中华书局，\$43”年，第3#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贍其寡母（具体条件为）

BE@H@UB H@V A<B : CEVBE HL : JMGJAO : BADBB@ HVLJ@JKAHAJNB WCD BE H@V KCUJHQ WCD BE MCNBE@H@UB , HK D BQQ HK A<B GE: H@ UJNJU(;HAJC@ H@V A<B EGQB CF QHD UC@AEHVJUAJC@K H@V CA<BE MCNBE@H@UB VJFFJUGUJKB , A<CKB WEC: QBLK LHO LH^J@M A<B UJAO FHUBK LHO WCAB@AJHQ KCUJHQ EJK^KF -C A<JK B@V , DB @BBV AC EBKWC@V AC A<B H: CNB VJQBL LHK FECL A<B HKWBUAK CF AHEMBA J@ABMEH(AJC@ , LGOJWQB J@ABMEHAJC@ , ABU<@CQCMO J@ABMEHAJC@ H@V EBKCGEUB J@ABMEHAJC@ , H@V AC WECL CAB A<B GE: H@ MCNBE@H@UB KOKABL H@V A<B LCVBE@J;HAJC@ CF MCNBE@H@UB UHWUJAO : O A<B J@CNHAJC@ CF J@ABMEHABV MCNBE@H@UBF

Keywords: LBMH(UAJBK; J@ABMEHABV MCNBE@H@UB; UC(VBNBQWLB@A , MCNBE@H@UB H@V K<HEJ@M

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

PO[7:2H: (\$%+)

Abstract: .@ H@UB@A 5<J@H , WBCWQB GKGHQO AHQ^BV A<B JKKGB CF QHD J@ ABELK CF LCEHJAOF -<BKB A<EBB UC@UBWAK , “MEHAJAGVB” , “FEJB@VK<JW” H@V “: B@BNCQB@UB” , HQ EBFQUBAV A<B : HKJU EBOHAJC@ : BADBB@ BLCAJC@ H@V QHD J@ A<B QBMHQ FJBQVF “PJ@V@BKK” H@V “EJM<ABCGK@BKK” DBEB A<B ADC FG@VHLB@AHQ WEJ@UJWQB D<JOB WBCWQB VBHQ@M DJA< A<B EBOHAJC@<JW CF <G(LHO :BJ@MK , A<B FCEL BE : HKJUHQO DHK UCLJ@M FECL A<B EBOHAJC@<JW CF FHLJ@JKB H@V EBOHAJNB : HKBV C@ : QCCV , A<B QHAABE DHK LCKAQO EBFEEBV AC A<B EBOHAJC@<JW @CA : HKBV C@ A<B : QCCV : GA : HKBV C@ WEJ@UJWQB CF ^J@V@BKK , KGU< HK FEJB@VK<JW , : B(@BNCQB@UB , BAU> , A<BJE LBH@J@M UCGOV : B BIAB@VBV AC : B LBH@A WEJ@UJWQB , A<BCEO CF EJM<ABCGK@BKK , H@V A<BCEO CF QHD f -<BKB ADC UC@UBWAK FEJB@VK<JW H@V EJM<ABCGK@BKK HEB : CA< CWWCKJAB H@V UCLW@BLB@AHEOF

Keywords: ABLWBEHLB@A CF * J@M H@V ' J@M VO@HKAO; BLCAJC@ H@V QHD; ABELK CF LCEHJAO; MEHAJAGVB; FEJB@VK<JW; : B@BNCQB@UB

Society , Politics and Law:

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

8O ' , /2MH@'2M (\$+4)

Abstract: -<B EBKBHEU<BK CF A<B <JKACEO CF 5<J@BKB]HD J@ A<B WHKA GKGHQO FCUGKBV C@ A<B <JKACEJHQ VBNBQWJ@M UC@ (ABI AK , AOWBK H@V FCELHAJC@ BOBLB@AK , D<JOB FBD CF A<BL ACC^ A<B <JKACEJHQ UC@ABI A CF KCUJBAO , WCQAJUK H@V QHD G@VBE VJK(UGKJCF .@ A<B UCLWHEHAJNB WBEKWBUAJNB CF 5<J@H H@V A<B YBKA , WGA A<B UC@AEHUAK J@AC A<B <JKACEJHQ UC@ABI AK CF KCUJBAO , WCQAJUK H@V QHD J@ * J@M H@V ' J@M VO@HKAO , DB FCG@V CGA A<HA A<B UC@AEHUAK KOKABL H@V JAK WEHUJUBK : BUHLB A<B : HKJU ACCQ AC FCEL H@V LHJ@HJ@ A<B KCUJHQ CEVBE J@ A<B * J@M H@V ' J@M VO@HKAO : HKBV C@ A<B @BMHAJNB HAAJAGVBK CF A<B QCUHQ CFFJUJHQ J@ VBHQ@M DJA< UC@AEHUAK VJKWGABKF -<BEB HEB : HKJU VJFFBEB@UBK : BADBB@ A<B UC@AEHUA KOKABL CF * J@M ' J@M VO@HKAO H@V A<B UC@AEHUA KOKABL J@ A<B LCVBE@ DBKABE@ KCUJBAO , KJ@UB A<B FCEL BE OHU^BV A<B WECABUAJC@ CF A<B KAHAB QHD D<JU< QBV AC A<B G@ (UBEAHJ@JKB CF A<B UC@AEHUAK' FCELHQJAO H@V : J@VJ@M FCEUBK , FJ@HQO QBV AC A<B G@UBEAHJ@AO CF KCUJHQ H@V BUC@CLJU CEVBEKF

Keywords: UC@AEHUAK J@ * J@M H@V ' J@M VO@HKAO; UC@AEHUAK KOKABL; UC@AEHUA WEHUJUBK; * J@M H@V ' J@M VO@HKAO

Good Sentences and Good at Punishments:

On the Pursuit of Traditional China to Make Punishment a Blessing

1a 1' (\$!)

Abstract: -C LH^B WG@JK<LB@A H : QBKKJ@M J@ AEHVJJC@HQ 5<J@H LBH@A WGEKGJ@M MCCV QHDK H@V MCCV KB@AB@UBK D<JU< UHEEJBV H@V BL : CVJBV EJU< UG@AGEHQ UC@@CAHAJC@K H@V UCHMGQHAJ@M H@UB@A WBCWQB ' K DJKVC L J@ WG@JK<LB@AK H@V A<B EHAJC@ (HQAJBK J@ H@UB@A [GVJUJHQ WEJ@UJWQB , H@V JA HQKC <HK A<B EBOBNH@A NHQGB CEJB@AHAJC@ AC ACVHO ' K [GVJUJHQ QHD J@ 5<J@Hf OQ(A<CGM< A<B JVBH H@V WEHUJUBK <HV KCLB VEHD : HU^K , A<B AEHVJJC@HQ [GVJUJHQ QHDK' NHQGB WGEKGJA <HK EBLHE^H: QB KJM@JFJ(UH@UBK FCE B@QJ<AB@LB@AK H@V EBFEB@UBK J@ LCVBE@ KCUJBAOF

Keywords: AC LH^B WG@JK<LB@A H : QBKKJ@M; MCCV J@ WG@JK<LB@A; MCCV QHDK H@V MCCV KB@AB@UBK; A<B JVBHK FCQ(

• ! " 2 •