

存留养亲制探源

张纪寒

(中南大学法学院, 湖南长沙, 410083)

摘要: 存留养亲是根植于我国儒家孝道文化的一项刑罚执行制度, 它产生的直接原因是农耕社会对劳动力的需求, 而它能够存在于我国历史上近一千五百年的根本原因是它对礼法伦常的维护。存留养亲的核心是国家部分放弃对犯罪的惩罚权利, 帮助犯罪人完成其孝养长辈的责任, 以巩固亲伦关系, 强化人们的忠孝价值观念。

关键词: 存留养亲; 刑罚制度; 孝道; 礼法伦常

中图分类号: DF08 **文献标识码:** A **文章编号:** 1672-3104(2003)04-0476-05

存留养亲是我国古代判处死刑、流、徒刑的人, 因父母或祖父母年老, 更无成人子孙, 又无期亲可以照料生活, 将犯人有条件地暂不执行原判刑罚, 准其奉养尊亲属, 待其尊亲属终老后再执行或改判的一项刑罚执行制度。从存留养亲的历史记载来看, 最早见于《魏书·刑罚志》的记载: “诸犯死罪, 若祖父母、父母年七十以上, 无成人子孙, 傍无期亲, 具状上请。流者鞭笞, 留养其亲, 终则从流, 不在原赦之例。”以后各朝除金代一度以“官与养济”取而代之以外, 一直到清朝迫于外界压力进行法律改革才将该制度予以废除。

一

根据历史典章的记载, 存留养亲制度适用范围是比较广泛的。随着朝代的更迭, 存留养亲的范围与条件时有变化。隋唐时“犯死罪”“犯死罪非十恶”属于存留养亲的范围, 如《唐律·名例》规定: “诸犯死罪非十恶, 而祖父母、父母老疾应侍, 家无期亲成丁者, 上请。犯流罪者, 权留养亲, 不在赦例, 课调依旧。若家有进丁及亲终期年者, 则从流。”显然唐律与北魏律相比, 用“老疾应侍”替代了“年七十”, 对死罪的留养以“非十恶”为限, 流刑与徒刑的条件与附加刑亦有不同。明律较之唐律又有了较大的变化, 明律对存留养亲是这样规定的: “凡犯死罪非常赦不原者, 父母疾老应侍, 家无以次成丁者, 开具所犯罪名闻奏, 取旨上裁。若犯徒、流者, 止杖一百, 余罪收

赎, 存留养亲。”在明朝死刑只有“非常赦不原”才符合留养的条件。但是明律中“常赦不原”的死罪覆盖范围十分广泛: “凡犯十恶, 杀人, 盗系官财物, 及强盗, 盗窃, 放火, 发冢, 受枉法、不枉法赃, 诈伪, 犯奸, 略人, 略卖, 和诱人口, 若奸党及谗言左使杀人, 故出入人罪, 若知情放纵, 听行藏匿, 引送, 说事过钱之类一应实犯, 虽会赦并不原宥。”由于这样几乎无所不包的规定, 在明朝适用存留养亲的死刑案件非常少, 但是对于徒刑与流刑相比以前大为放宽, 不仅用“家无以次成丁”替代了“家无期亲成丁”, 留养的手续也变得极为简便: “若犯徒、流者, 止杖一百, 余罪收赎。”清承明制, 清律对于存留养亲的规定与明律一字不差, 与此不同的是《清例》对存留养亲的条件大为放宽, 甚至对于十恶重罪除谋反、谋逆、谋叛严格执行不许留养之外其余的死罪也是可以留养的, 而且留养的法定理由除了祖父母、父母“老疾应侍”外, “孀妇独子”、“存留承祀”也成为留养的法定理由。清代律例并行而且在适用上例优于律, 例通常是为了解决案件中出现的特殊问题而制定的。满清入关以后从顺治开始就大规模地接受汉文化, 适用刑罚的宽严与价值取向同前期相比发生了较大的变化, 因此在清朝以例改律是较为常见的情形。所以清朝存留养亲的实际条件比明朝大为放宽, 不仅在实体处理上有一系列的成案与例文, 程序上也有一套从声请留养到枷责发落的规范, 该制度可以说在清代达到其发展的历史顶峰。

存留养亲在中国历史上存在了一千四百多年,

这样一项显然与打击犯罪需要不相容的法外施恩的制度能够得到上至皇权,下至贩夫走卒的认同,其强大的生命力不得不使人深思。在清末修订刑法时,存留养亲的废存也是一个争论的焦点。而对基于礼教伦常而主张保留的巨大压力,修律大臣沈家本只能采取折中立场,在新法的附则中声明将存留养亲等有关纲常礼教的内容别辑单行法加以规定,以在中国人之间实行。

二

关于该制度存在与实施的原因,有的学者归结为“怕犯人亲属生活无着引起社会矛盾,影响封建统治的稳定,又不肯让官府解囊,把犯人亲属养起来,故而采取把犯人留下来养亲的办法”。^[1]笔者认为这样的理由是失之于单薄的。国家实施某一制度有维护社会稳定的目的本是题中应有之义,且因生活无着又恰需存留养亲的老年人总是社会的极少数,只须严格适用的法律条件,这项法外施恩的制度就会适之者寡。金代可以“官与养济”^{[2](159)},比之更为富庶的唐、宋、明、清未必就没有这个经济实力,而只能将犯罪人释出奉养亲属才能解决问题。因此该制度除了可以缓和社会矛盾、稳定政权的作用之外,必定有其更为深厚的社会基础与历史背景。

从历史的记载上看,可考的存留养亲制度起始于北魏太和年间,但是笔者认为该制度的根源是汉代的政治法律制度与思想。汉代确立了儒家思想在我国的正统地位,是国家意识形态的一个重要转型时期,这一转型时期价值取向的变化为存留养亲的产生埋下了伏线。在各国的法律发展史上,对于判决有罪的人决定了适用的刑罚之后,交付执行是顺理成章的,只有遇到大赦或特赦时,才可能得到宽宥。赦免是余罪与余刑的免除,而存留养亲并不一定能免除原判刑罚的最终执行。在北魏时期对存留养亲的犯人一般是亲终后再执行死刑与流刑^{[3](2878, 2879)}。唐律虽有对死罪在亲终后处决的,但大多数改为流刑,对于“犯流罪者,权留养亲,若家有进丁及亲终期年者,则从流”。“犯徒应役而家无兼丁”则杖决后放归家中^{[4](823)}。明清死刑的存留养亲与唐律基本相同,徒刑与流刑的存留养亲一律为“杖一百,余罪收赎,存留养亲”。另外存留养亲与同时产生于汉代的“论心定罪”也是不同的。在汉代,由于儒家思想对法律的影响,通过经义决狱而将法律

的教化功能直接引入了审判之中从而产生论心定罪的做法,但是论心定罪考虑的是行为人的动机与目的是否符合社会秩序的要求,而不单以行为作为定罪的唯一依据;存留养亲并非是行为人的动机和目的与社会秩序的客观要求相符合,而是以犯罪之外的其他情形来考虑刑罚执行的时间与方式。所以笔者认为这种以犯罪之外的情形来考虑刑罚执行的制度,其发端应有两个源头,它们的结合才为存留养亲的产生奠定了基础。

一个源头是农业生产对劳动力的需求。农业生产有很强的季节性,受自然变化的影响,加上并不优越的地理环境,这就决定了在不同的季节实行不同的政治法律制度。我国西周时就有“仲秋之月,乃劝种麦,毋或失时,其有失时者,行罪无赦”。^{[5](201)}汉代就已经形成了“春夏缓刑,秋冬治狱”的政治惯例,这不仅是人类认识初期对天敬畏的简单神化,也是在人口稀少,生产技术落后,特别是由于战争与自然灾害给社会生产带来巨大破坏时,恢复与发展政权赖以存在的经济基础而采取的保护劳动生产力的有效措施。我国古代往往以扣押当事人的方法来解决一切诉讼争端,春夏治狱必然使人们沉于诉累而耽误农业生产,各级官员也没有足够的时间与精力来组织与督促农业生产。汉章帝清楚地指出:“方春生养,万物孳甲,宜助萌阳,以育时物。其令有司,罪非殊死且勿案验,及吏人条书相告不得听受,冀以息事宁人,敬奉天气,立秋如故。”^{[6](102)}春夏万物生长的季节应用来“以育时物”,不是特别严重的犯罪,暂时不予受理以“息事宁人”这是政权以约束官员行为的方式来保证农业生产的顺利进行。对于平民一方,则早在汉文帝时期,就允许在“方春当作时”,“民谪作县官”(有期徒刑)出狱参加农业生产^{[7](117)}。在汉初,由于连年战争,人口锐减,社会生产遭到极大破坏,因此允许判处徒刑的犯人在农忙时出狱,以帮助家庭从事生产劳动,解决经济恢复缓慢的难题,这是农耕社会的选择结果。这不仅是统治阶级允许的,也是当时的社会民众可以接受的。

与此相应的是汉代开始确立的“日变修德,月变省刑”的惯例与汉文帝的刑罚改革。当天象显示不寻常变化时,往往是某些自然灾害发生的先兆,增加德政就是增强人们抵抗自然灾害的能力,减少刑杀自然增加了人们抗拒自然灾害的力量,对于先民抗拒自然灾害无疑是最有利的安排。同时也说明封建社会的刑罚执行方法不管有多残忍,面对必须维护的更大利益时,将犯人释放或暂时释放都是可行的。

随着经济的恢复与发展,人口增长,农业生产与劳动力短缺的矛盾得以缓和,以释放犯人解决劳力缺乏的做法似乎没有存在的必要,但汉武帝时期儒家思想开始逐步成为中国社会的正统思想,使这一本该消亡的制度萌芽获得了新的生机。

农耕社会的理想是严谨有序内紧外松的太平治世,要组织这样的社会形态,推行孝道、进行孝文化的灌输无疑是最有效的,也是最能为社会接受与认可的。这也是存留养亲产生的更为根本的原因。虽然在汉代之前,亲亲、尊尊,尊卑有序的礼法早已形成,但是真正以孝入法却是在汉武帝之后。秦代国家就已经开始通过立法对不孝行为进行惩罚。《睡虎地秦墓竹简》中就有记载,如“免老告人以为不孝,谒杀,当三环之不?不当环,亟执勿失。”但是从价值论上来看,秦律对不孝行为的惩罚是为了维护国家利益与君权,与汉武帝以后独尊儒家为了维护亲亲、尊尊的礼法的价值取向截然不同。当然两者树立家长的绝对权威都是培养服从精神的宗旨是一致的。“其为人也,孝悌而好犯上者鲜矣,不好犯上而好作乱者,未之有也。”^{[8] (321)} 忠与孝之间有着直接的联系,孝则忠,则服从,则有序,“导民以孝,则天下顺”“不孝罪”是汉代创设的新罪名,汉律规定:不孝,弃市。汉代作为以孝入法的关键朝代,创立了一系列围绕孝的法律制度,如亲亲相首匿、以孝论罪等,但为什么允许部分犯人在农忙时回家,却没有允许犯人在亲人生活无着时出狱孝养亲属的先例?这是因为在西汉立国之初,虽然在政治制度上沿袭了秦朝,即“汉承秦制”,但在意识形态领域,汉初的统治者与秦朝的法家做法完全不同,确立的是“以孝治天下”的策略。然而此孝却非完全的儒家的孝,属于孝的初级阶段。因为汉初的统治者是被道家的黄老哲学所左右的,这一源于中国的思想与后来传入我国的佛教在较量中处于下风,一方面就是因为儒家与佛教在孝的彻底性上是极为投契的,而只有出世与入世的差别。道家所重的是阴阳五行之说,根据道家的思想,秦德为水,所以秦尚黑,冷酷而残暴,后继之汉,必须德能胜秦,所以汉朝德土,尚黄色,性宽平而仁慈,所以汉初的孝,与其说是维护封建礼法伦常,宁勿说是标榜政治柔和与秦的刚猛之间的截然不同,说明对秦的取而代之的顺理成章。在汉武帝之后,随着儒学正统地位的确立,不仅确立了《孝经》的经学地位,还采取一系列具体措施推行孝道,但是当时儒学还只占领了文化与思想领域,就政治制度与法律制度而言,占统治地位的还是法家思想。汉宣

帝就指出:“汉家自有制度,本以霸王道杂之,奈何纯任德教,用周政乎?”^{[7] (126)} 在思想文化占主导地位的儒家思想,经过长期的浸润真正全面占领国家的意识形态领域是在东汉章帝之后,同时也开始了孝与法律的全面结合。孝作为家庭内部处理亲属关系的道德准则,被上升为法律规范,进而上升为国家政治制度的核心“三纲五常”。在社会生活中人们认为人之德最大莫过于孝,人之恶最大亦莫过于不孝,即使是魏晋之际的狂士,可以蔑视一般的礼法与等级观念,却没有人敢于蔑视所谓人伦孝道。在野文化也用孝来判断人的品质好坏,甚至在民间文学中剪径的强盗都对孝子网开一面,国家法律为了维护人伦而网开一面也是朝野均可接受的。

存留养亲制度出现于北魏不是偶然的,北魏是鲜卑族建立的政权,北魏孝文帝元(拓拔)宏的一系列汉化措施最终使鲜卑族完全融入了中华文明。北魏与西汉的社会形势十分相似,都是由于连年战乱,人口锐减,老而无养,农作荒废,社会生产遭到极大破坏,劳动力十分短缺,而且北魏“议狱定律”最终是在“汉族人士的帮助下,远承汉律,参酌魏、晋和南朝诸律”先后八次编纂法律,才制定了《北魏律》^{[9] (181)},陈寅恪先生在《隋唐制度渊源略论稿》中也写到:“北魏之初入中原,其议律之臣乃山东士族,颇传汉家之律学,与江左之专守晋律者有所不同。”如果说汉代初期粗放的监狱管理方式被议律的士人所忽略还勉强信之,但汉代以孝入律也没有影响他们的法律价值取向与法律制度的创新是不可思议的。汉初孝道还没有与国家的政治、法律相结合,统治阶级仅仅从发展生产的角度,允许有期徒刑的犯人回家的目的也是参与生产劳动;儒家思想在东汉已经全面控制了法律的价值取向,同样的问题摆在北魏统治集团面前时,就从更高的层次与更新的角度提出了解决的办法。随着经济的恢复与人口的增长,存留养亲在维护伦常的领域继续发挥其独特的功能。

“以儒家经义作为刑事立法的指导思想,适应孝道的要求,必然会形成存留养亲这一刑法制度。”《北魏律》是《北齐律》的蓝本,隋文帝建立隋朝以后,并未因其承继北周而沿袭《北周律》,隋代的《开皇律》是以《北齐律》为蓝本的,唐承隋制以至代代相传。存留养亲制度产生的直接原因虽然是农业生产对劳动力的需求,但它之所以源远流长的根本却在于它对礼法伦常的维护。统治阶级为了维护封建的礼法伦常,使人得以老吾老以及人之老,教化民众,注重亲情,以亲情维系家国同构的社会,导致这一制

度的重心发生了位移,该制度的核心不是经济问题,也不是真正解决国家财政困难的办法。为了维护以忠与孝为核心的礼法伦常,统治阶级不惜放弃或暂时放弃对犯罪的惩罚,以帮助人们完成在家庭中应尽的孝养长辈的责任。因之存留养亲在实施时是很注重人孝的素质,金世宗之所以对死刑者不准存留养亲而“官与养济”就在于他认为“在丑不争谓之孝,孝然后能养。斯人以一朝之忿忘其身,而有事亲之心乎?可论如法,其亲官与养济。”^{[2](159)}金世宗的主张也受到不少法学家的赞同,但是无论是沈家本、薛允升还是袁滨都是从犯罪人好勇斗狠,不能孝养的角度论述存留养亲应限制在徒刑、流刑或特殊情况临时采用,没有从犯罪自身的角度谈论该制度的废存问题,也没有主张彻底废除该制度的,如沈家本就认为:“老有子而不能侍,与无子无异,官与养济,未为过也。”^{[11](1798)}清代在适用存留养亲时对“若在他省获罪,审系游荡他乡远离父母者,即属忘亲不孝之人,虽与例相符,不准留养”,“凡曾经忤逆犯案及素习匪类,为父母所摈逐者,虽遇亲老丁单,概不许留养。”^{[12](4211)}

因此留养的核心是以放弃报复刑的目的,帮助犯人完成其在家庭中孝养长辈的责任,以教化民众,巩固亲伦关系,强化人与家庭之间的依赖与从属,以便统治政权对人们的思想与行为进行控制,刑罚的让步从统治集团整体获益来说,回报是很大的。存留养亲作为宗法社会的维护手段并非孤立存在,它与荫庇制度相辅相成,与之相对的便是连坐与株连,它们如警钟时时告诫人们:符合统治者的意志,可以光宗耀祖、封妻荫子,一人得道,鸡犬升天;违抗统治者则夷三族,祸及乡邻,如果人有亲伦之心必不敢以身试法。将法律作用于人心,其威力是巨大的。

三

存留养亲制度早已废除,当今社会也不再有其存在的社会基础与思想观念。当然这并不表明孝已失去社会价值,孝有淳化社会风气、增强社会凝聚力的作用。厚亲情,重信义也是社会主义社会所提倡的。但是存留养亲的孝道是建立在封建礼法伦常之上的绝对的顺从,这种不问青红皂白的忠孝价值取向与家庭伦理观念,虽有稳定社会统治的作用,但对社会的破坏也是巨大的。由于古代对孝道的过分褒

扬,复仇之风盛行,甚至造成了对法律的巨大冲击,如著名的东汉赵娥复仇案,赵娥历尽千辛万苦终于手刃仇人,割头祭父,然后赴官府自首,官吏竟不忍对她论罪,县、州、郡官员联名上奏朝廷请求赦免,赵娥被赦后,不仅有太常张奂束帛二十端与她为礼,又有黄门侍郎亲自为之作传,社会各界也是交口称赞,居然没有人震惊于这一案件的血腥,也没有人深究这场杀戮的缘由^{[13](232)}。更让人瞠目结舌的例子是东汉齐国相桥玄,因孝子为复仇杀人被县令路芝依法处死,深感有负孝子竟杖杀路芝以慰孝子在天之灵。以后各朝虽有禁止擅自复仇的规定,但都是禁而不止,处理上也给予了实质上的宽大,甚至允许有限的复仇。如《大清律》规定:“若祖父母、父母为人所杀,而子孙擅杀行凶人者,杖六十。其即时杀死者,勿论。”面对孝行支持下的复仇行为,法律只能退让。然而过分强调晚辈的孝顺容易助长社会的因循守旧,导致厚葬的陋习,也不利于个人健全人格与心理的形成发展。古代有些丧母丧父的成年人,将素不相识者接回家中供如父母,与其称说其孝行不如说他们心理有疾。当今社会已由农业社会转型为工商业社会,孝也由社会的精神支柱退回到其应有的地位,但是该项制度及其产生的原因,仍然给我们启示。任何一项制度的产生发展,有其当时的社会基础,不能以以后变化了的社会形势简单否定其存在的意义。存留养亲制度在我国历史上存在一千四百多年,它必然击中了人们某些共同心理。存留养亲看重的是亲伦关系对人的教化与改造作用,心理学的研究表明:当人被他人所需要时就会感到自己是有价值有成就的,他人的适度期望可以改变人的行为方式与思维方式使被期望者朝着他人期望的方向发展,而亲人的期望与需要较之普通人有更大的塑造力与改造力。现代社会的人在这一点上与古人并没有太大的区别,当犯人被关押时,往往感到被社会所遗弃,如果加上没有亲伦关系的约束,许多犯人会感到人生没有价值与方向,这也是再犯率居高原因之一。因此考虑利用亲属教化犯人,使之人格与心理恢复常态是一个可取的措施。例如在选择关押地时,对短期徒刑的犯人尽量就近关押,便于家属探视;还可以给表现优良的犯人发放少量报酬,直接交给他们的亲属,帮助完成他们在家庭中的职责,以提高他们的人生价值感,无疑可以挽救一些破罐破摔

的犯罪人。

参考文献:

- [1] 吴建. (9) 清代的犯罪存留养亲[J]. 法学研究, 2001, (5): 126-134.
- [2] 脱脱. 金史(第一册)[M]. 北京: 中华书局, 1975.
- [3] 魏收. 魏书(第8册)[M]. 北京: 中华书局, 1974.
- [4] 长孙无忌. 唐律疏议[M]. 北京: 中华书局, 1985.
- [5] 张文修. 礼记[M]. 北京: 北京燕山出版社, 1995.
- [6] 范曄. 后汉书(第一册)[M]. 北京: 中华书局, 1964.
- [7] 班固. 汉书(第一册)[M]. 北京: 中华书局, 1962.
- [8] 蔡希勒译. 论语[M]. 北京: 华语教学出版社, 1994.
- [9] 张晋藩. 中国刑法史稿[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1991.
- [10] 宁汉林, 魏克家. 中国刑法简史[M]. 北京: 中国检察出版社, 1997.
- [11] 沈家本. 历代刑法考(第4册)[M]. 北京: 中华书局, 1985.
- [12] 赵尔巽. 清史稿(第15册)[M]. 北京: 中华书局, 1976.
- [13] 陈寿. 三国志(第二册). 北京: 中华书局, 1963.

The sources of the system that convicted criminals take care of their old or sick parents

ZHANG jī-han

(School of Law, Central South University, Changsha 410083, China)

{ WT5FZAbstract: The rule that the convicted criminals take care of their old or sick parents was a penalty system which rooted into literature of Confucianists. The direct cause of this system was the demanding of labours in the farming society, but the rooted reason of its existence about 1500 years was to maintain the feudal code of ethics. The point of the system is that the government gave up some power of justice so that people can take care of their parents. This tactic help people to form the value of loyalty.

Key words: the convicted criminals take care of their old or sick parents; penalty system; system of mourning; feudal code of ethics