

清代的犯罪存留养亲

吴建璠*

内容提要:清代在中国古代封建社会中运用犯罪存留养亲制度最有成效。清统治者继承了明律的规定,在处理具体案件的过程中形成了一系列的例文和成案,逐渐放宽了对留养条件的限制,形成了从声请留养到枷责发落的一整套严格的程序,使此制得以有效而广泛地推行开来。

关键词:中国法律史 清代司法制度 犯罪存留养亲

犯罪存留养亲是我国古代为解决被判死刑或流、徒刑犯人父母老疾无人侍养的问题而设置的一种法律制度。此制始见于北魏。《魏书 刑罚志》：“太和十二年诏：犯死罪，若父母、祖母年老，更无成人子孙，又无期亲者，仰案后列奏以待报，著之令格。”唐律有“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”的规定，《宋刑统》因之。《元史 刑法志》载元代有“犯死罪，有亲年七十以上，无兼丁侍养者，许陈情奏裁”的条令。明律设有犯罪存留养亲专条，清律因之，直到清末改革刑法，始将此条删去。自北魏太和十二年（公元488年）算起，除金代一度以“官与养济”的办法代替犯罪存留养亲外，此制在我国古代存在了一千四百余年。

犯罪存留养亲的制度能够存在如此之久，原因是它能够适应封建王朝的需要，有利于维护封建统治。历代封建统治者均标榜自己的“仁慈”、“宽厚”，把犯罪存留养亲说成是怜悯犯亲衰老无依而采取的“法外施仁”的“宽政”。这当然不过是一套冠冕堂皇的门面话，其实他们是害怕犯人亲属生活无着引起社会矛盾，影响封建统治的稳定，但又不肯让官府解囊，把犯人亲属养起来，故而采取把犯人留下养亲的办法。但适用这个办法的面如果过宽，使过多的犯人免于服刑，又会削弱刑罚的威慑作用，甚至使人自恃有存留养亲的出路而敢于犯罪，而受害一方乃至整个社会也会产生不平感，鼓励受害者自己寻求报复，这些后果对封建统治也极为不利。因此历代封建统治者实行此制，总是力图在犯人、受害者和社会之间保持平衡，既要使生活无着的犯人亲属不致转死沟壑，又要使受害一方乃至整个社会能够接受。在实行此制的封建王朝中，清代是最后一个，照我看来，也是运用犯罪存留养亲最富成效的一个。通过对清代犯罪存留养亲制度的研究，我们可以看出，清王朝如何在继承明制的基础上，根据自己的需要，逐步发展和完善犯罪存留养亲制度，使之成为化解社会矛盾、保持社会稳定的一个支柱。

* 中国社会科学院法学研究所研究员。

一、清律对明律犯罪存留养亲条的承袭

明律设有犯罪存留养亲专条,其规定如下:“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。”

明律把犯罪存留养亲分成两种情况,犯死罪和犯徒、流罪。犯死罪,律文明言非常赦不原始得存留养亲;犯徒、流罪,律文未作限制,表面上看似乎犯任何徒、流罪都可留养,其实不然。明律犯罪存留养亲条《纂注》称:“若犯徒、流非常赦所不原者,皆决杖收赎,存留侍亲。”^{〔1〕}《纂注》是官定解释,具有法律效力,可见犯徒、流罪也只有非常赦所不原者才能留养,与犯死罪是一样的。

什么是“常赦所不原”呢?明律有专条规定如下:“凡犯十恶,杀人,盗系官财物,及强盗,窃盗,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,若知情故纵,听行藏匿,引送,说事过钱之类一应实犯,虽会赦并不原宥。其过误犯罪,及因人连累致罪,若官吏有犯公罪,并从赦宥。其赦书临时定罪名特免及减降从轻者,不在此限。”

这个条文的内容颇为复杂,有必要在这里作一点解释。条文所称从凡犯十恶到若奸党及谗言左使杀人、故出入人罪,是指常赦不原的各种犯罪行为。往下所说的“若知情故纵,听行藏匿,引送,说事过钱之类”,是指对前面所说的各种犯罪行为的知情故纵,听行藏匿,引送,说事过钱之类行为,而不是一般地说此类行为均为常赦不原。条文在指出常赦不原的犯罪行为之后,加了一句“一应实犯”。所谓“实犯”,条文夹注解释为:“皆有心故犯”。这就是说,前面提到的犯罪行为,只有故意犯罪才为常赦不原。条文往下又明确指出几种不在常赦不原范围之内的情況,即过误犯罪,因人连累致罪,官吏有犯公罪。所谓“公罪”,是指官吏人等因办公事而犯罪,如判案有失出或失入人罪,送达文书有迟错。条文最后对常赦不原作了一个“但书”,即允许赦书对任何犯罪行为加以赦免或降等减刑,不受本条的限制。

从条文看出,明律的“常赦所不原”范围很宽,几乎涵盖了所有刑法规定的重罪,因之犯罪存留养亲条说的“犯死罪非常赦所不原”究竟是指什么犯罪,颇为令人费解。明代注家绞尽脑汁才勉强举出两个例子:诬告人因而致死随行亲属一人,绞罪;聚众至十人打夺,为首斩罪。

试将明律同唐律比较,便可看出,明律存留养亲的条件远比唐律为严。唐律规定的留养条件是犯死罪“非十恶”,犯流、徒“非会赦犹流”。所谓“会赦犹流”,是指犯谋反大逆,杀小功尊属从父兄姊,造畜蛊毒等罪,虽遇赦免,犯人仍要流放到外地。“十恶”也好,“会赦犹流”也好,都比“非常赦不原”窄得多。

由于明律限制过严,符合条件的犯人甚少,其结果是,犯罪存留养亲条搁置不用,形同虚设。明律犯罪存留养亲条《纂注》称:“此律不行久矣。两宫徽号推恩,始诏有司行之。”^{〔2〕}朝廷遇到加徽号之类喜庆事,为推恩于百姓,要特地下诏命官府实行,可见犯罪存留养亲平时甚少实行。

清承明制。清初定律,不过把明律照搬过来,小作修改,加上一个“大清律”的名称。清律

〔1〕〔2〕《明律集解附例》卷一,宣统元年重刻桐乡沈氏藏明万历三十八年本,第45页。

的“犯罪存留养亲”和“常赦所不原”两条照抄明律,一字不易。清代早期,也同明代一样,犯罪存留养亲很少见诸实行。到了康熙时期,随着封建统治的日益巩固,清王朝在处理个案的基础上形成一系列例文与成案,逐渐放宽了对留养的限制,使此制得到前所未有的广泛推行。

二、清例对留养条件的放宽

(一)对杀人的放宽

按照清律的规定,杀人为常赦所不原,不在留养之列。清例则将杀人中之罪情较轻者如误杀、戏杀、过失杀、斗杀、擅杀,作为例外,允许留养。所谓误杀,是指一时差错,失手杀人,如两人相殴,误杀在旁劝解的人。戏杀是两相情愿,以有可能杀人之事为戏,如较量拳棒,因而致人于死。过失杀是“耳目所不及,思虑所不到,如弹射禽兽,因事投掷砖瓦,不期而杀人”(以上均见清律戏杀、误杀、过失杀伤人条注)。斗杀是两人相殴,一方致对方于死。擅杀是被杀者本为罪人,如拿获强盗不送官,擅自将其处死。以上几种杀人罪,只要犯人情有可原,如斗殴杀人杀者理直,斗殴由死者挑起等等,一般均可获准留养。不许留养的杀人罪,只有谋杀和故杀两种。认可留养的杀人案,通常要指出无“谋故重情”,以此表示此案不属于谋、故杀的范围。其实也不尽然。清乾隆五年(1740年)还纂定有一项条例:“凡犯罪有兄弟俱拟正法者,存留一人养亲,仍照律奏闻,请旨定夺。”^[3]自此以后,只要符合例文规定,即令兄弟所犯之罪是谋、故杀,也有一人可被获准留养。

(二)对强、窃盗的放宽

清律对强盗的处刑极重。强盗不得财,要杖一百,流三千里。强盗得财者,不分首从,皆斩。窃盗计赃论罪,得银一百二十两以上者,处绞。三犯窃盗,不计赃数,处绞。窃盗官府财物或监守自盗,比普通窃盗处理更重。按照清律,强、窃盗均为常赦所不原,不在留养之列,然而清例允许犯盗罪者留养的范围却很宽,明文规定下述盗罪均许留养:抢窃满贯拟绞,秋审缓决一次者;窃盗三犯,赃至五十两以上拟绞,秋审缓决一次者;三次犯窃,计赃五十两以下至三十两者;三十两以下至十两者;窃赃数多,罪应满流者;抢夺伤人,伤非金刃,伤轻平复者;窃盗临时拒捕,伤非金刃,伤轻平复者。但清例对强盗、结帮行抢、积匪猾贼(即惯匪惯窃),始终坚持清律的严格立场,不许其留养。

(三)对“十恶”的放宽

“十恶”是指谋反、谋大逆、谋叛、恶逆、不道、大不敬、不孝、不睦、不义、内乱十种对封建统治危害最大的犯罪。十恶不赦是封建法律的一项原则。依照清律,犯十恶之罪者不准留养,但清例对此也有所放宽。例如杀伯叔父母、姑、兄、姊,叫做恶逆,是十恶之一,而清例规定:“凡卑幼殴死本宗期功尊长,定案时皆按律问拟,概不准声请留养。其有所犯情节实可矜悯,奉旨改为斩监候者,统俟秋审情实二次,蒙恩免勾,改入缓决之后,由该督抚查明该犯应侍缘由,于秋审时取结报部核办。”^[4]侄杀伯叔,弟杀胞兄,都是例中所说的卑幼殴死本宗期功尊长。对这种犯人,定案时要照律办事,不许声请留养,要等两次秋审以后,该案由情实改为缓决,才许办理留养事宜。清代的秋审一年举行一次,也就是两年以后才可留养。《刑案汇览》记载有一件

[3] 《皇朝政典类纂》,第36册,席裕福、沈师徐辑,文海出版社,第8089页。

[4] 同上书,第8093页。

郭景夏毆死小功兄郭景魁声请留养案,犯人因郭景魁企图强奸弟媳,听从伊父喝令,将其毆死。刑部说帖称:“……死者固系强奸小功弟妇未成罪人,该犯听从父命与无故逞凶干犯者不同。惟死系本宗小功尊长,虽听从父命叠毆致死本例应拟斩监候,与由立决改监候者,罪名原有区分,而其为服制攸关则无二致。其亲老丁单之处,仍应照律不准声请,俟将来情实二次改缓后,再行查办。”〔5〕

清代对十恶中的头三项谋反、谋大逆、谋叛,执行不准留养的规定最为严格。《刑案汇览》记载有一件阿小贵声请留养案。阿系谋逆案犯之孙,按例应缘坐流放。阿当时年仅三岁,不能离母。其母作为阿家之媳,又不在缘坐流放之列。官府决定将阿交伊母抚养,俟成丁后再行起解。等到阿小贵长大成丁,伊母患瘫痪已成笃疾,地方官向刑部请示,问阿小贵可否留养。刑部复文称:“阿小贵叛逆后裔例应缘坐发遣之犯,有关十恶,非常赦所原,未便率准留养,应即照例发配。”从这个案件可以看出,封建统治者对谋反叛逆的处置何等严酷。

(四) 对诬告的放宽

清代实行“诬告反坐”,诬告他人犯某罪,即以该罪惩罚诬告人。诬告人的留养问题如何处理,原则上是被诬罪名许留养者,诬告人亦许留养;反之,被诬罪名不许留养者,诬告人亦不许留养。但清例有一条关于诬告留养的规定:“诬告拟流加徒之犯,除被诬罪名应准留养者仍照定例遵行外,如诬告人谋、故杀及为强盗等罪,以致被诬良民久淹狱底,身受刑讯,荡产破家,迨审明反坐者,依律问发,不准留养。”〔6〕由此例可知,以谋、故杀及强盗诬告他人,如被诬告者未受刑讯、长期关押,也未荡家破产,虽被诬罪名按律不许留养,诬告人仍可留养。刑部安徽司说帖解释道:“细绎例意,似所重在淹狱、受刑、荡产破家数语,诚以控罪既属以死,而被累又极难堪,故特严其例。若诬告人死罪,而被诬人受累尚浅,即诬告人情罪稍轻。推广法外之仁,犹当念其亲老丁单,议从宽典。”〔7〕

(五) 对孀妇独子的放宽

清律规定的留养条件是:“祖父母、父母老疾应侍,家无以次成丁”。律文夹有小注,说明老是指七十岁以上,疾兼指笃、废两种情况,成丁是指十六岁以上,老与疾不需兼备,或老或疾,有一条就够了。乾隆十一年定了一条孀妇独子留养之例,如果犯人之父已故,其母守节长达二十年,犯人又别无弟兄,则犯人可存留养亲。在一般情况下,犯人的父母至少要有一人或老或疾,而在孀妇独子的情况下,其母是否老疾,可以不论,比一般条件为宽。孀妇独子的要点是其母守节,如果中途改嫁,即不得援为留养依据。刑部陕西司说帖说:“查孀妇独子留养,向不论犯母之老疾与否,但守节逾二十年,即准留养。盖嘉其守贞抚孤之志,故较犯亲之限于年岁者为宽。然必妇人从一而终者,方可以守节论。其再醮之妇,已经失节,即不得以孀妇独子声请。”〔8〕

(六) 对监候待质犯的放宽

结伙犯罪,如有犯在逃,被拿获者称逃犯为首,自己为从,而又旁无佐证。清代的处理办法是,先据犯人所供,按从犯判刑,但要监候待质,俟缉获逃犯,再作最后处理。待质期限,视犯罪轻重而长短不同。杖罪三年,徒罪五年,流罪十年,免死流罪二十年。限期届满,逃犯仍未缉

〔5〕《刑案汇览》卷二,道光二十年鲍季涵刻本,第5页。

〔6〕前引〔3〕,第8090页。

〔7〕前引〔5〕,卷三,第7页。

〔8〕同上书,卷二,第18页。

获,即照原判发落。依照规定,存留养亲仅适用于案已审结、罪名已定的犯人。监候待质犯的罪名尚未确定,按规定不办理留养,但例文也允许有例外,如在逃首犯依照律例准许留养,则监候待质犯亦准留养。

《刑案汇览》记载有一件道光七年(1827年)山东省刘法楷贩卖私盐案。该案同伙刘重辉在逃,刘法楷称逃犯为首,自己为从,旁无佐证。山东官府按贩卖私盐在三百斤以上,为从减一等,判刘法楷杖一百、徒三年,监候待质。犯人母老丁单,山东官府认为可许其留养,理由是此案首犯依法只判流刑,在准许留养之列。如果将来缉获逃犯,讯明系待质犯为首,仍应许其留养,仅枷号日期应增加十天,于罪名并无出入。刑部认可了山东官府的提议,复文说:“尚得情法之平,应如所咨办理。”

(七)对存留承祀的放宽

犯罪存留养亲本为养亲而设,如父母已故,应无留养问题。但到雍正四年(1726年),在处理吕高戩死胞兄吕美案时,开了一个父母已故,如别无承祀之人,犯人可存留承祀的先例。雍正皇帝曾亲自过问此案,下旨称:“一家兄弟二人,弟殴兄致死,而父母尚存,则有家无次丁存留养亲之请。倘父母已故,而弟杀其兄,已无请留养亲之人,一死一抵,必致绝其祖宗祀,此处甚宜留意。”^[9]此案经九卿会议,最后的结论是:“如非争夺财产,并无别情,或系一时争角互殴,将胞兄致死,而父母已故,别无兄弟,又家无承祀之人,应准声请承祀,随案减等枷责。”雍正十一年,又将弟杀胞兄存留承祀例推广至夫杀妻,定例:“夫殴妻至死,并无故杀别情者,果系父母已故,取结存留承祀。”在封建社会中,弟杀胞兄是十恶不赦的大罪,竟然准许犯罪者存留承祀,一般人特别是士大夫接受不了。乾隆十三年(公元1748年),朝廷根据陕西巡抚陈宏谋的奏请,将弟杀胞兄准其承祀例删除,但夫杀妻存留承祀之例仍旧保持,从此存留承祀成了夫殴死妻的专例。弟杀胞兄不准存留承祀,而夫殴死妻却许存留承祀,从这里也可看出封建社会对妇女的歧视。清代学者对存留承祀颇有微词,如薛允升说:“平情而论,留养已属宽典,若推及于承祀,则未免太宽矣。”^[10]

三、犯罪存留养亲的程序

在清代,犯罪留养经过长期运作,形成了从声请留养到最后枷责发落一整套程序。下面我们逐一考察一下这套程序。

(一)声请留养

清例规定,凡是经刑部结案被判充军、发遣、流放、徒刑及免死改流的犯人,在未经发配以前,都可声请留养。承审州县官也有责任将犯人是否符合留养条件的情况查清。如果犯人确实符合留养条件,而原审州县官未将情况查出,应照军流等犯未经审出实情例议处。据薛允升考证,刑例并无“未经审出实情”专条,仅《处分则例》“捏报留养”条规定有:“人犯到案,承问官务将该犯有无祖父母、父母、兄弟子侄及年岁若干,是否孀妇之子,详细取供。若漏未取供,系斩、绞人犯,承问官罚俸一年;系军、流、徒犯,承问官罚俸六个月”^[11]。由此可见,查明犯人有无留养情况,也是承审官的责任。

[9][10] 薛允升:《读例存疑》卷三,光绪三十一年刻本,第11页。

[11] 同上书,第6页。

犯人提出留养申请的时限,后来有所放宽。犯人甫经到配,尚未安置前,亦可声请留养,但犯人到配所并已安置后,不得再办理留养。刑部嘉庆二十二年(1817年)说帖讲了不许再办留养的理由:“……迨一经到配,非有赦例,不得减释。赦典恩出自上,非犯罪者所可希冀,而父母所必至之年,则犯罪之子孙均可屈指知之。若一概纷纷查办,此等人犯有到配数年、十数年而亲始老疾者,亦有到配数月、数日而亲即老疾者,不惟徒滋繁扰,竟使罪犯可预计归期,视遣戍如传舍,既易启逗留之弊,亦无以戢其顽梗之心。且犯罪至屏之远方,多系不率教之徒,一俾获赦,再滥于留养,渐至国法不知畏,凶恶无所惩,大非辟以止辟之道。是以历来军、流等犯到配后,概不得查办留养。”^[12]

(二) 查办留养

犯人提出留养声请后,下一步就是由官府核查犯人告称留养的情况是否属实。清例规定:犯人如属顺天府民人,由大兴、宛平县查明,府尹确察报刑部;如属京师五城民人,由兵马司掌印指挥查明,巡城御使确察报刑部;如属外省民人,由州县官查明,督抚确察报刑部。如犯人到配所始告称留养,由配所一面收管,一面行查,如情况属实,即由配所报刑部。官府查核事项,除犯人告称之祖父母、父母老疾,家无以次成丁,或孀妇独子外,杀人案还要查明被杀之人有无父母,是否独子及其平日是否赡养父母。清例规定:“如被杀之人亦系独子,但其亲尚在,无人奉侍,不论老疾与否,杀人之犯皆不准留养。若被杀之人平日游荡离乡,弃亲不顾,或因不供养赡,不听教训,为父母所摈逐,……仍准其声请留养。”例中提到的情况,与犯人可否留养大有关系,因此也必须查明。^[13]

官府除向犯人及其家属取供外,还要传讯族长邻保,取得他们的甘结,即所言不实甘愿受罚的保证。在实践当中还有一种要由尸亲具结的做法。由于尸亲与犯人利益冲突,常有因尸亲不肯具结使案件拖延的事情发生。嘉庆二十四年(1819年),浙江巡抚为此咨请刑部解释。刑部复文称:“留养之案,其应侍缘由,虽由本犯供明,而是否属实,全在地方官查讯明确,取具邻保族长甘结,核实办理。倘有假捏情弊,原许尸亲人等控告地方官及邻保族长,例有分别议处治罪专条。若因预防假捏,必待尸亲出结,方许留养,势必致多方刁难,办理延缓,故留养例内并无责令尸亲出结之文。”^[14]刑部复文讲得很明白,无需尸亲出结,但地方官为了保险,仍旧沿用尸亲出结的办法。道光十六年(1836年),江苏发生一件杀人案,犯亲年老应侍,家无次丁,死者父母已故,并无应侍之亲。尸妻不肯具结,地方官不知如何处理,请示刑部。刑部复文称:“兹据该抚咨称,飭属查明该犯亲老丁单属实,死者并无应侍之亲,自应准其留养,未便因尸妻坚不具结,不予查办,致与定例不符。”^[15]

(三) 皇帝钦定

清代对处理声请留养案件,采取由刑部统一把关的办法。全国的此类案件都要上报到刑部,由刑部统一复核。刑部如认为不合律例规定,便将案件发回地方,令其改正。刑部将其认可的案件上奏皇帝,请旨定夺。遇到喜欢管事的皇帝,有时会挑出几个案件,发表一些不同意见,让大臣们来回执奏,以显示自己“亲理庶政”。但通常都是对刑部的建议照例核准,所谓皇帝钦定不过是走一下形式。

[12] 前引[5],卷三,第29页。

[13] 前引[3],第8090页。

[14] 前引[5],卷二,第34页。

[15] 续增《刑案汇览》卷二,第26页。

刑部处理可准许留养案件,有两种方式。对于罪情较轻,秋审时列入“可矜”或列入“缓决”而可一次减等的犯人,允许各省督抚在向朝廷报告案件如何定拟罪名时,提出犯人的留养问题。督抚给朝廷打的报告叫做“本”,所以这种方式叫做“随本留养”。都抚的报告一经朝廷核准,犯人即可留养,所以这是最快的方式。另一种方式是将案件提到秋审中讨论,经秋审改为“缓决”后,再让地方官办理犯人留养手续。有些重大案件要经多次改缓,才许办理犯人留养。缓决期间,犯人要被关押在牢狱里,改缓次数越多,犯人坐牢的时间就越长。刑部对“随本留养”控制甚严,非入“可矜”或例应一次减等的犯人,一概不许随本声请留养。《刑案汇览》收入刑部不许随本留养的案例甚多,大多数留养案件均采用第二种方式处理。清代制定有“矜缓比较条款”,对何者入矜,何者改缓,何者可一次减等,何者不许,作了详细规定。然而实际情况千变万化,有时仍会出现难以区分的情况。在清代,刑部为“天下刑名之总汇”,遇到此类问题,最后都由刑部作决定。

清代统治者对留养案件控制甚严,始终坚持这类案件必须经刑部审核并题请皇帝批准后,才交由地方官遵照执行,绝对不许地方官自行依例发落。有一次,刑部批复顺天府尹,许其对拟准留养人犯在查明亲老丁单是否属实后即分别发落,无庸守候部文。浙江巡抚把刑部的批复看成是立了一条新例,马上向刑部声明,今后军遣流徒留养人犯一经审定详咨,即照新例发落。他并提出,缓决斩、绞人犯情罪已定,遇有声请留养者,是否也照此办理。刑部答复说,浙抚误解了刑部批复的意思,查办留养之犯无庸守候部文,“系专指本部现审案内拟准留养人犯,完结发交顺天府,查明亲老丁单之处是否属实,再行分别枷责发配者而言,并不在通行遵照之列。”最末一句话是说,此批示只对顺天府有效,并不通行全国各地。刑部指出:“查各省办理留养案件,不特斩、绞监候重犯未入秋审者,应由本部核定后进呈黄册;已入秋审者,应由本部核定后具疏专题,恭候钦定。即遣、军、流、徒并有关人命徒犯,亦无不专咨报部核覆。盖留养虽有专条,案情断难一致。有各省拟以不准留养,经本部核其情节较轻,改为准留者。有各省拟以准其留养,经本部核其情节较重,改为不准者。亦有各省拟准留养之犯,经本部核其情节支离,驳令另行审拟者。断无未准部覆,遽将留养人犯先行发落之理。……乃该抚未详绎本部原奏,辄将遣、军、流、徒留养人犯先行发落,实属错误”^[16]。其实,地方官的意见,是要求对那些照例准留的人犯,在其亲老丁单的情况核实后即行发落,以节省一道公文来往,那知朝廷连例行公事也不愿放松控制,结果碰了钉子。

(四) 枷责发落

经朝廷核准留养的犯人,免服原判之刑,但仍要受杖责和枷号的惩罚。依照清例的规定,军、流、徒犯均杖一百。清代实行折杖制,四折除零,杖一百实际只打四十板。除此而外,还要枷号示众,徒犯枷号一个月,军、流犯枷号四十日,免死流犯枷号两个月。人命案件的留养犯人,还要向死者家属支付烧埋银,通常为白银二十两。

犯罪存留养亲以一次为限。清例明文规定,发遣人犯“果于未经发配及甫经到配以前,告称有祖父母、父母老疾应侍,与例相符,准其留养一次,照例枷责,分别刺字,详记档案。若留养之后,复犯军、遣、流、徒等罪,概不准再行留养。”^[17]

[16] 前引[5],第26页。

[17] 前引[3],第8093页。

四、犯罪存留养亲的防弊措施

获准留养的犯人,只消象征性地受些刑罚,便被释放回家。如此便宜之事,犯罪之人谁不乐为?因此实践当中徇私舞弊的事情很多。犯人本不合留养条件,族长邻保给他开假证明,地方官也不认真查核,朦胧上报。行贿受贿,请托奔走之事,不一而足,造成很坏的社会风气。嘉庆十七年,广西揭发出假捏留养案。皇帝为此特发上谕:“国家明罚敕法,按律定罪,期于无枉无纵。其亲老丁单,准令留养,系属法外施仁,必应核实办理,方得情法之平。若罪犯族邻徇情捏结,不加查核,率准详报,减轻罪名,使正凶漏网,则死者岂不含冤于地下乎!著通飭各直省问刑衙门,遇有声请留养人犯,务当认真确查,毋任蒙混结报,以肃宪典,而昭核实。”^[18] 朝廷规定:“斗杀等案准其留养者,倘有假捏等弊,查报之地方官及捏结之邻保族长等,俱照捏报军流留养例,分别议处治罪。军流徒犯并非独子,地方官知情捏报,以故出论;如有受贿情弊,以枉法论;失察者,交部议处。其邻保族长等人,有假捏出结者,照证佐不言实情,减本犯二等治罪;受财者,以枉法从重论。”^[19]

法律的规定虽严,而徇私舞弊之事仍屡见不鲜。道光八年,揭发出广东秋审捏报留养案五起。其中一起,案犯林一溃有弟兄五人,竟贿赂邻保族长,捏报单丁。皇帝发布的上谕说:“试思该犯现有弟兄四、五人,尚能捏报单丁,足见外省书吏无弊不作,深堪痛恨。”上谕为加重地方官的责任规定:“倘承审之员不能查讯明确,受其蒙混,甚至该犯贿求捏结,毫无闻见,一经发觉,不但将承审州县及审转道、府、臬司各员严加惩处,并将失察之该督抚一体处分,决不宽贷。”次年,皇帝又追加一道上谕,要求“各督抚督同臬司,于秋审时遇有呈请留养者,亲提严讯,不准稍涉朦混。”办法很严格,执行却困难。省的辖区很大,全省留养案件的有关人证都提到省城来,由督抚、臬司亲自审讯,单是将老疾犯亲提来就难以办到。有些地方的都抚,以请示如何执行上谕为名,向刑部提出一大堆困难。如犯亲八、九十岁,“茕茕老妇,风烛堪虞”,是否要行提来省?又如犯人原籍为外省,犯亲及邻族人等皆在原籍,是否也要隔省行提?又如尸亲对身在原籍的犯亲情况“无从知悉,行提来省,并无质讯之处”,如此等等。刑部当然知道,由各省督抚亲自提讯有关人证根本办不到,恰好这时直隶总督提出一个折衷方案,得到皇帝的认可,刑部赶紧跟着也上一封奏摺。奏摺说:“臣等查秋审留养人犯有无捏饰,必须提讯尸亲邻族人等详讯,方为核实。惟距省辽远之州县所属尸亲人等,概令纷纷提讯,未免牵连跋涉之苦。今直省既将距省八、九百里以外州县所属留养人犯,奏准解归该管巡道,就近提讯,取结详办,则各省秋审留养人犯,自亦应仿照办理,以示体恤,而昭划一。臣等公同商酌,拟请嗣后秋审留养人犯案内尸亲邻族人等,除距省在八百里以内者,仍遵旨由该督抚督同臬司亲提研讯,倘有老病不能就道者,即委员前往查办外,如距省在八百里以外者,均归该管巡道就近提齐尸亲人等,讯取供结详办。”其实,各省督抚最不愿意接受的,是要他们亲自提讯人犯。由于这是上谕的规定,刑部不愿出面要求更改上谕,于是在答复湖北巡抚的咨文中说:“查留养之案责成督抚、臬司亲提犯属尸亲邻证至省研讯,系遵照道光九年钦奉谕旨办理。如欲酌量变通,应由该抚专摺奏请遵行,本部未便据咨议复。”刑部把责任推给地方官,至于后来地方官是否上奏,由于文献

[18] 前引[3],第8098页。

[19] 前引[3],第8089页。

不足徵,我们不得而知。但从《刑案汇览》看出,后来刑部在审查各省送来的留养案件时,没有再强调督抚必须亲自提讯有关人证,大概此项规定已经束之高阁了。

五、关于犯罪存留养亲的争议

《金史·世宗纪》：“大定十三年（1173年），尚书省奏邓州民范三殴杀人当死，而亲老无侍。上曰：‘在醜不争谓之孝，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。’”“在醜不争”一语出自《孝经》，注：“醜，众也。争，竞也。当和顺以从众也。”在醜而争，常贻亲忧，故在醜不争谓之孝。金世宗认为好勇斗狠、犯法作恶的人没有孝心，养不了亲，因此不赞成犯罪存留养亲，而采取官与养济的办法以解决亲老应侍的问题。

金世宗的主张颇受清代法学者的称道。沈家本在其所著《明律目笺》卷一引了金世宗这段话，并在后面加上自己的按语：“世宗之论极正。留养之法，原悯恤老疾之人，非谓犯罪之人其亲有老疾即罪可恕也。老而无子曰独，在穷民无告之列，发政施仁之所先。老有子而不能侍，与无子无异，官为养济，未为过也。海陵著令而世宗复伸言之，金政之善者也。”^[20]海陵是指被废为海陵炆王的金主完颜亮，他在天德三年（1151年）就提出“官与养济”的办法，比金世宗还早。

薛允升也认为金世宗深知治体，并讲了自己对留养的意见。他说：“窃谓留养并非古法，不过出于世主一时之意见，后遂奉为成规。盖欲博宽厚之名，一或变更，恐人议其苛刻耳。然有准有不准，亦属不得其平。准以一朝之忿忘其身以及其亲，并好勇斗狠以危父母之语，不立此律，未必即有妨于善政。若谓千余年来，行之已久，未可更改，照律徒流准行，杀人之犯一概不准，亦可斩却无数藤葛矣”^[21]。薛允升不赞成清例把留养扩大到杀人罪的办法，主张回到清律的立场，只把留养适用于徒流罪。

清人袁滨在其所著《律例条辨》中说：“犯罪存留养亲始于北魏太和五年，金世宗引醜夷不争之礼以除之，极为允当。然律称奏请上裁，是犹未定其必赦也。今刑部或不上请，但依例允行。愚以为杀人者死，虽尧舜复生，不能通融。孔子曰：‘一朝之忿，忘其身以及其亲，非惑欤！’可见三代无留养之文，若此者，非圣人之所以矜也。夫杀人者之父母何与于被杀者之冤魂？忘其亲杀人，其不孝宜诛。恃其亲杀人，其心术宜诛。按律知有恩赦而故犯者加本罪三等，恶其有所恃也。彼恃有留养之例而故犯者，何以反得宽其本罪乎！父母不能教子，致陷于恶，虽老而冻馁，亦所自取。或圣王仁政，务出万全，则按其情罪，临期请旨亦可。”袁氏不赞成留养，尤其不赞成准许杀人犯留养，仅认为留养可作为一种特殊措施临时加以采用。

“官与养济”与“犯罪存留养亲”两个办法，哪一个在封建社会的条件下更为切实可行，更为适应封建统治的需要，历史已经作出回答。前一种办法只在金代一度被采用，而后一种办法自北魏太和到清末，实行了一千四百余年。

清代末年修订刑法，犯罪存留养亲条的存废是一个争论焦点。当时修改刑法是为了收回领事裁判权，因此修改的标准是尽量同国际接轨，以避免外国人挑毛病。改革派说世界各国都没有留养制度，应将此条删掉。保守派则认为此条有关礼教伦常，主张保留。修律大臣沈家本

[20] 沈家本：《历代刑法考》，第4册，中华书局1985年版，第1798页。

[21] 薛允升：《唐明律合编》，卷三，万有文库本，第36页。

采取折衷立场,新刑法中不列留养条文,但在附则中声称,有关纲常礼教的条文,其中包括犯罪存留养亲,将别辑单行法加以规定,在中国人之间实行。保守派的代表人物劳乃宣上书宪政编查馆,对这种双轨制表示强烈反对,认为礼教立国是中国的特色,有关纲常礼教的条文通通要予以保留。新刑法只通过总则部分,分则尚未议定,清王朝的统治就宣告垮台了,留养条文的存废问题也就不了了之。

六、结 语

清代律例并行,律例是官吏办案的法律准绳。律与例的关系,有似于现代国家的普通法与特别法。在适用上,例优先于律,有例即不用律;但例无规定时,仍须用律。清律的“犯罪存留养亲”条始终未动,而有关留养的例文却层出不穷,结果使律条不改自改。

例是怎样形成的?薛允升在其所著《读例存疑》中讲了斗殴杀人准与留养例的形成经过,让我们引来一观。他说:“律载犯死罪非常赦不原而祖父母、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。杀人之犯即为常赦所不原,自不在奏请留养之列,是以前明及国初以来,均无斗殴杀人准与声请留养例文。”康熙二十九年(1690年),江南发生一件斗殴杀人案,被告孙培国寡母年老,家无次丁,需人侍养。死者之父不愿凶手抵偿,只求给予埋葬银。地方官请示刑部,是否可以准许被告留养。刑部复文说:“查定例只将军、流人犯准其存留养亲等语,真犯死罪从无养亲之处,且系已经题结之案,仍应咨回该督,照原拟监候造入秋审可也。”所谓真犯死罪,是死罪当中最严重的一类,通常定罪后立即执行,以别于杂犯死罪可留待秋、朝审再作审查。刑部以斗殴杀人为真犯死罪,从来不准留养为由,驳回了地方官的请求,但允许将此案列入秋审,到那时再考虑。此案送呈皇帝御览,皇帝下旨要刑部再议。刑部再议时改变了原来的意见,准许被告存留养亲,并得到皇帝的批准,由此首开斗殴杀人准许存留养亲之例。薛允升说,“嗣后斗殴杀人准予留养之案,不一而足,然尚未纂为定例也。”这就是说,到此为止,斗殴杀人准予留养只有成案,尚未成为定例。依照清代的规定,纂为定例才有法律效力,成案可供参考,但非必须照此办理。一直到雍正二年(1724年),朝廷才制定出有关斗殴杀人准与留养的例文,这已是在首次案例的34年之后了。从这个例子可以看出,清王朝定例是以审判实践为基础,而且只在取得丰富经验后才把例文最后确定下来,其态度颇为慎重。

由于例的制定,通常是为了解决案件中出现的律无规定的特殊问题,而不同时期朝廷掌握的宽严度不同,因此常有律外加重,以例改律,甚至因例破律的情况。此外,由于例通常是就一案一事作出的规定,定例时未必做到兼顾已有各例,对它们及时作出相应的调整,因此例与例之间不免有口径不一,畸轻畸重,乃至抵触、重复的问题。这种情况,又为办案官吏舞文弄墨,上下其手,大开方便之门,使贪污腐化之风得以滋长,历来为世人所诟病。

犯罪存留养亲在清律中只有一条,而有关之例则甚多。前面我们说了,清律对犯罪存留养亲的限制甚严,清王朝通过修例放宽了留养条件,使此项制度得以广泛实行。在犯罪存留养亲的问题上,清代的做法的确是以例改律,不过它是改而从宽,不违背留养制度的基本原则和精神,因此不能说是以例破律。从现有文献中,我们也看不到清人对此事有什么责难。但口径不一、畸轻畸重、抵触、重复之弊,在犯罪存留养亲诸例中,却是存在的。薛允升在《读例存疑》中,指出多处轻重不一的问题。例如,他在引述“凡犯罪有兄弟俱拟正法者,存留一人养亲”例后指出:“即如强盗及谋杀,俱系情罪较重者,非兄弟二人有犯,首从俱不准留养;兄弟二人共犯,则

酌留一人养亲,未免稍有参差。”

清代对例与例之间的矛盾问题,本定有解决办法,就是每隔几年,对例文进行一次修订。乾隆元年(1736年)定为三年一修,后改五年一修,后又改“五年一小修,十年一大修”。实际执行情况往往是向后拖,不能按时修例。更为严重的是,“每届修例,第将历奉谕旨及议准臣工条奏,节次编入,从未统合全书,逐条厘正”。^[22]象这样敷衍塞责的修订,当然无助于消除例文的缺陷。同治九年(1870年)曾进行过一次修例,自此而后,迄于清亡,修例之事就再也无人提起了。

Abstract : Among various feudal dynasties in Chinese history , the Qing Dynasty was the most successful one in the implementation of the system whereby commutation or suspension of penalties was granted to some convicted criminals so as to enable them to take care their old or sick parents. The Qing Government inherited from the Ming Code provisions relating to the system and , in the process of handling relevant cases , developed a series of established rules and judicial precedents. By gradually relaxing the restrictions on the granting of commutation of penalties , the Qing Government developed a whole set of strict procedures ranging from the initial application to final granting of commutation of penalties , which enabled this system to be implemented effectively and widely throughout the country.

[22] 见《清史稿·刑法志》。