

法制史研究三十六期
二〇一九年 十二月

也談清代犯罪存留養親的現代價值 ——一個學術史的回顧與思考

張 群^{*}

犯罪存留養親從北魏到清代前後施行達一千四百多年，其法外施恩、孝親仁慈的一面一向受到較多宣揚和肯定，但可能縱容罪惡、給被殺者家庭造成二次傷害的一面也備受爭議，清末法制改革後未再保留。此後近百年間的學術研究大多持批評態度，但近年有較多學者建議汲取其合理因素，改革現行刑罰制度。但這些立論在資料上多有站不住腳的地方。考察清代犯罪存留養親的司法實踐，其中表現出來的司法理性和司法技巧似乎更值得今人關注和借鑒。

關鍵詞：犯罪存留養親、沈家本、司法理性、現代價值

^{*} 張群，中央民族大學法學院講師（助理教授）

壹、問題的提起

在中國古代法律史上，犯罪存留養親（又稱留養）是一個旨在顧全孝道、解決養老問題的重要制度。其主要內容是，若罪犯的父母或祖父母年老或廢疾，又無其他成年男子可以承擔贍養義務，且其所犯罪行不在常赦不原、罪大惡極之列的，經皇帝批准後，可以暫緩或者改變刑罰，以在家侍奉父母。¹最早的歷史記載見於東晉咸和二年（西元327年），句容令孔恢犯罪，依法當死，但皇帝以其父年老，僅有一子，免予死罪。²但正式確立為一項制度則在北魏太和十二年（西元488年），詔：「犯死〔罪〕；若父母、祖父母年老更無成人子孫又無期親者，仰案後列奏以待報，著之令格。」³北魏時期且有按此處理的案例（李憐毒死人案）。⁴此後，從北魏到清代，除金代外，前後施行達一千四百多年。其中唐律規定：

諸犯死罪非十惡，而祖父母、父母老疾應侍，家無期親成丁者，上請。犯流罪者，權留養親（謂非會赦猶流者），不在赦例，課調依舊。若家有進丁及親終期年者，則從流。計程會赦者，依常例。即至配所應侍合居作者，亦聽親終周年，然後居作。⁵

宋、⁶元、⁷明，⁸均繼承唐律這一規定。清律增訂兄弟共犯死罪、

1 瞿同祖，《中國法律與中國社會》（北京，中華書局，1981），頁62；孫家紅，〈視野放寬：對清代秋審和朝審結果的新考察〉，《清史研究》（北京，2007.3），頁33-38。

2 （宋）李日方等撰，《太平御覽》，卷646，引《晉書》，轉引自（清）嚴可均，《全上古三代秦漢三國六朝文》（北京，中華書局，1958），〈全晉文卷十·成帝·原孔恢詔〉，頁1516。

3 （北齊）魏收，《魏書》（北京，中華書局，1974）卷111，〈刑罰志〉，頁2878。

4 （北齊）魏收，《魏書》，卷111，〈刑罰志〉，頁2885。

5 岳純之點校，《唐律疏議》（上海，上海古籍出版社，2013）卷3，〈名例·犯死罪應侍家無期親成丁〉，頁53-54。

6 岳純之校證，《宋刑統校證》（北京，北京大學出版社，2015）卷3，〈名例律·犯死罪及流徒罪祖父母父母老疾家無兼丁留侍〉，頁47-48。

孀婦獨子、旗人留養等十餘則條例，但律文本身沒有重大修改。

凡犯死罪，非常赦不原者，而祖父母、父母老疾應侍，家無以次成丁者，開具所犯罪名奏聞，取自上裁。若犯徒流者，止杖一百，餘罪收贖，存留養親。⁹

存留養親也是清代秋審制度的重要內容：「秋審之類凡五，一情實，二緩決，三可矜，四留養，五承祀。」¹⁰清人評價頗高：

犯罪存留養親乃國家法外之仁，其在年逾七十老人，桑榆暮景，朝不慮夕，而篤疾、廢疾者，舉動為難，臥床待斃，倘侍養無人，就衰垂死，舉目淒涼，瑯獨情形，誠堪憫惜，緣設留養一門，所以矜恤罪人之親，以廣孝治也。¹¹

概言之，存留養親制度法外施恩、孝親仁慈的一面一向受到較多宣揚和肯定，但可能縱容罪惡、給被害者家庭造成二次傷害的一面也有一些爭議，清末法制改革後未再保留。

2000年以來，存留養親制度再次引起較多關注。先後有8位學者發表文章，明確主張汲取清代存留養親制度的合理因素，改革現行刑罰制度。¹²一些成熟的法制史學者吳建璠、蘇欽、孫家紅等也撰文探

7 (明)宋濂等撰，《元史》(北京，中華書局，1976)卷104，〈刑法三·盜賊〉，頁2660；(明)宋濂等撰，《元史》，卷105，〈刑法四·恤刑〉，頁2690。

8 (明)應槩，《大明律釋義》(上海古籍出版社，續修四庫全書第863冊，2002，影明嘉靖三十一年廣東布政使司刻本)卷1，〈名例·犯罪存留養親〉，頁19。

9 田濤、鄭秦點校，《大清律例》(北京，法律出版社，1999)卷4，〈名例·犯罪存留養親〉，頁99。並參見陳頤點校，《欽定大清現行刑律(點校本)》(北京，北京大學出版社，2017)卷1，〈名例上·犯罪存留養親〉，頁42。

10 (清)剛毅，《秋讞輯要》，卷1，〈秋讞志略·總類〉，載楊一凡主編，《清代秋審文獻》第九冊(北京，中國民主法制出版社，2015，影光緒十年刻本)，頁233。

11 律例館，《說帖摘要抄存·名例律各門參核例案條議》(道光十一年刊本)，轉引自孫家紅，〈視野放寬：對清代秋審和朝審結果的新考察〉，《清史研究》，頁35。

12 提出類似主張的有，①王小豐，〈存留養親及其價值分析〉，《廣西政法管理幹部學院學報》(南寧，2004.3)，頁91-94；②劉希烈，〈論存留養親制度在中國封建社會存在的合理性〉，《當代法學》(長春，2005.3)，頁133-138；③李豔君，〈論清代的「存留養親」制度〉，《中北大學學報》(太原，2006.4)，頁1-6；④張亮，〈清代犯罪存留養親制度之結構與理念新探〉，《河南師範大學學報》(新鄉，2013.2)，頁72-75；⑤吳大

討清代存留養親制度的實施和影響，包括存留養親在蒙古地區的適用、存留養親與養老的關係等。¹³還有10多位法學專業研究生以存留養親為題撰寫學位論文。¹⁴這與此前長時期的被遺忘、被歧視狀態形成鮮明對比。其中原因值得深思，而立論的偏頗之處也值得警惕。本文首先對清代存留養親制度做一簡單梳理，總結其基本特點，為後面討論打下基礎；其次，從學術史角度，總結以往學術研究成就、近年重大轉向的正面意義和學術缺失；最後，根據此前尚未充分利用的一些原始資料，再次探究清代存留養親制度的司法實踐，期望可以為是否重新採用存留養親制度提供一些參考。

貳、清代存留養親的基本情形

首先，從制度設計、貫徹實施和社會評價三個方面，梳理清代存留養親制度的基本情形和主要特點。

在制度設計上，相比前代，清代不僅集其大成，還頗多創新。元代曾有兄弟二人共犯死罪，准留一人養親的案例。一是延祐元年三月侯喜兒兄弟五人案，¹⁵二是至順二年四月張道兄弟二人殺人案。¹⁶但

華、喻琴瑤，〈是封建復辟還是價值傳承——基於「夏俊峰」案的「存留養親」制度分析〉，《昆明理工大學學報》（昆明，2014.2），頁35-40；⑥楊森鑫，〈「存留養親」制度的反思與借鑒〉，《大連海事大學學報》（大連，2016.4），頁78-82；⑦黃陳辰，〈暫予監外執行適用情形擴張——中國古代存留養親制度現代適用模式的構想〉，《濮陽職業技術學院學報》（濮陽，2016.5），頁67-71；⑧薛德樞、宋偉，〈簡析存留養親制度及其當代借鑒意義〉，《中國石油大學勝利學院學報》（東營，2017.3），頁43-46。

13 例如，①謝全發，〈留養承祀制度初探〉，《重慶教育學院學報》（重慶，1999.4），頁52-56；②吳建璠，〈清代的犯罪存留養親〉，《法學研究》（北京，2001.5），頁126-136；③張紀寒，〈存留養親制探源〉，《中南大學學報》（長沙，2003），頁476-478；④孫家紅，〈視野放寬：對清代秋審和朝審結果的新考察〉，《清史研究》（北京，2007.3），頁33-38；⑤周祖文，〈清代存留養親與農村家庭養老〉，《近代史研究》，頁129-136；⑥包思勤、蘇欽，〈清朝蒙古律「存留養親」制度形成試探〉，《民族研究》（北京，2016.1），頁98-106。

14 據中國學術期刊網檢索，以存留養親為題的期刊學術論文共有30多篇，以存留養親為題的碩士學位論文16篇，其中南京師範大學3篇、吉林大學2篇、西南政法大學2篇。

15 （明）宋濂等撰，《元史》，卷25，〈仁宗二〉，頁564。沈家本，《歷代刑法考·明律目箋一·犯罪存留養親》記為「宋延祐元年」，誤。

16 （明）宋濂等撰，《元史》，卷35，〈文宗四〉，頁783。

在清代之前，這些都只是個案而已，至清代，這一問題獲得最高統治者的關注，並於康熙五十年正式確立為條例，寫進《大清律例》，成為通行規則：「凡犯罪有兄弟俱擬正法者，存留一人養親，仍照律奏聞，請旨定奪。」¹⁷另外一個例子是「犯罪存留養親，推及孀婦獨子」。《清史稿》在談到清代「立法之善者」時，首先提到的就是「孀婦獨子」的例子，予以高度評價。¹⁸這點下文還要專門談到，不贅。

在貫徹實施方面，清代以前雖然代有明文，但似落實較少，特別是明代。嘉靖年間出版的《大明律釋義》說此制「不行久矣」，¹⁹萬歷年間出版的《明律集解附例》也說「此律不行久矣」。²⁰甚至官方詔書都承認這一點（如萬曆二十九年十月大赦詔書）：「犯罪存留養親，備載名例律，近來通不遵行，殊失朝廷優老至意。」²¹筆者所見個案僅有明代弘治年間劉概案。刑部尚書何喬新等為其上言求情：「（劉）概五歲而孤，無兄弟，母孫氏守節三十年，曾被旌，老病且貧。概死，母必不全，祈聖恩矜恤。」乃減死戍海州。²²這裡的理由其實就是存留養親，但沒有提及《大明律》有關規定，可能當時此制確實形同虛設。

到清代，發生較大變化，存留養親制度實施範圍明顯擴大。表現之一是，清代皇帝關於存留養親的諭旨，幾乎無代無之，光緒《欽定大清會典事例》（卷七三二至七三三）收錄有關諭旨達兩卷之多。²³表現之二是案例明顯增多。在清代幾部著名案例集中，《刑案匯覽》

17 《欽定大清會典事例》，卷732，〈刑部·名例律·犯罪存留養親一〉，頁91。

18 趙爾巽等撰，《清史稿》（北京，中華書局，1977）卷142，〈刑法志一〉，頁4185。

19 （明）應槩，《大明律釋義》，卷1，〈名例·犯罪存留養親〉，頁19。

20 《明律集解附例》（宣統元年重刻桐鄉沈氏藏明萬曆三十八年本）卷1，〈犯罪存留養親條〉，頁45。此條轉引自吳建璠，〈清代的犯罪存留養親〉，《法學研究》（北京，2001.5），頁126。

21 南炳文、吳彥玲輯校，《輯校萬曆起居注》（天津古籍出版社，2010），頁1882。

22 （清）張廷玉等撰，《明史》（北京，中華書局，1974）卷80，〈湯鼎·李吉人·劉概傳〉，頁4786。

23 《欽定大清會典事例》，卷732至733，〈刑部·名例律·犯罪存留養親一／二〉，頁91-111。

收錄「犯罪存留養親」案例達100餘條，佔據一卷多篇幅。²⁴《續增刑案匯覽》、《例案全集》中也有大量相關案例。至清末華洋訴訟中也有相關案例，如同治十年天津縣民四人誤斃俄人案。²⁵表現之三是流風所及，清人對存留養親制度多比較熟悉。如，清代康熙年間著名學者何焯在閱讀宋人曾鞏文集時，發現其中記載戚舜臣（字世佐）通判泗州期間，「民之養其父者，得以其義貰死」，²⁶就提出「今家無次丁者，得減死留養，法似始此」。²⁷這一說法有誤，但可見清代一般讀書人對存留養親均有印象。這和清代存留養親制度實施廣泛是分不開的。

在社會評價方面，此前因為實際案例少，評論也少。南宋葉適（1150-1223）曾評論北魏李憐案說：「…以後世之薄俗概之，奸民不畏死，而許以無期親上請，則是立寬法以誘人之輕犯重罪也。」²⁸這與後來沈家本等人一再表達的對存留養親負面作用的顧慮，可謂遙相呼應，但僅此一條，空谷足音，頗為罕見。至清代，不僅皇帝經常發布諭旨，臣僚們也紛紛發表意見。歷仕乾隆、嘉慶、道光三朝的著名能吏初彭齡（1749-1825）曾於嘉慶五年提出六條刑律修改意見，其中一條即為「命案留養人犯，應請仍候秋審辦理」。²⁹道光年間進士、曾任刑部主事、御史、大理寺少卿等官的金應麟應詔提出刑例修改建議41條，其中第一條即為存留養親。³⁰

這裡要特別提出的是清代雍正帝在存留養親制度改革上的貢獻。

24 （清）祝慶琪等編撰，《刑案匯覽全編（點校本）·刑案匯覽》（北京，法律出版社，2007）卷2，〈名例·犯罪存留養親〉，頁196-262。

25 李書源整理，《籌備夷務始末·同治朝》（北京，中華書局，2008）卷83，〈李鴻章奏覆審津案誤斃俄人四犯分別定擬摺〉，頁3367。

26 （宋）曾鞏撰，陳杏珍、晁繼周點校，《曾鞏集》（北京，中華書局，1984）卷42，〈志銘·虞部郎中戚公墓志銘〉，頁566。

27 （清）何焯著，崔高維點校，《義門讀書記》（北京，中華書局，1987）卷44，〈元豐類稿·文·虞部郎中戚公墓志銘〉，頁825。

28 （宋）葉適，《習學記言序目》（北京，中華書局，1977）卷34，〈魏書·志〉，頁493。

29 （清）賀長齡編，《清朝經世文編》（揚州，廣陵書社，2011）卷92，〈刑政三·陳刑名例案六條疏（初彭齡）〉，頁355。

30 （清）金應麟，《彞華堂文鈔甲部》，卷2，〈修改刑部律例摺（道光十二年）〉，載《清代詩文集彙編》（上海古籍出版社，2011，影光緒紀元季秋刊本）第580冊，頁105、116。

從前後幾位皇帝（包括康熙帝、乾隆帝）發布的相關諭旨看，雍正帝似乎更加瞭解民情政情、講求實際。表現之一是看重被害人利益。雍正二年，要求官員辦理留養案件中，不僅要查明兇手是否親老丁單，還要查明被殺之人有無父母及以次成丁，並最終落實到物質補償上，將兇犯是否賠償銀兩作為留養的先決條件，「若不給與，仍應照原擬治罪」。³¹此條亦見於《東華錄》。³²雍正三年，刑部奉旨擬定存留養親追給埋葬銀兩的具體賠償標準。³³雍正帝又就埋葬銀兩落實問題再次發布諭旨，要求地方官負起主要責任，違者從重議處，並強調「若止存給付之名，而無收受之實，是不但於情理未協，而於法律亦未為允當」。³⁴可以說，雍正皇帝在一定程度上，改變了此前留養制度單純考慮犯親利益的消極被動，給被害人家庭帶來了福音，體現了司法的公平。

其二是妥善解決兄弟互相殘殺的留養問題。清代規定，兄弟共同犯罪可以酌留一人養親，但若係兄弟互相殘殺，惡性太大，一般不予批准，個別同意留養的都有一些特殊可憫情形，如康熙三十三年江淹殺死胞兄江光同意留養案中，江淹「口啞耳聾已成廢疾」，其父年逾八十。³⁵同年王子重毆死胞兄王九案中，兄弟二人俱無子嗣，有斷祀的危險，其嫂王氏主動懇求免死。³⁶至雍正二年，在處理劉果誤紮胞兄劉伯林案中，雍正帝確立了一個既承舊規，又有新意的原則，即在准其留養的同時，為死者另行立嗣，杜絕染指死者遺產的隱患。具體作法是由地方官「查明死者親支，許其立嗣承祀，日後兇手生子，不得與之爭繼」；若本宗沒有應嗣之人，則待其父母身後，將死者所遺

31 《欽定大清會典事例》，卷733，〈刑部·名例律·犯罪存留養親二〉，頁106。

32 （清）蔣良騏，《東華錄》（北京，中華書局，1980）卷26，頁423。

33 乾隆五年又有增改。詳見《欽定大清會典事例》，卷732，〈刑部·名例律·犯罪存留養親一〉，頁91-92。

34 《欽定大清會典事例》，卷733，〈刑部·名例律·犯罪存留養親二〉，頁106。

35 （清）張光月輯，《例案全集》（東洋文庫藏，康熙六十一年刊）卷1，〈名例·犯罪存留養親·毆死胞兄父乞留養成案〉，頁36左。

36 （清）張光月輯，《例案全集》，卷1，〈名例·犯罪存留養親·毆死胞兄嫂乞留養成案〉，頁37右。

之產變賣入官，作為賑濟之用；若死者遺有妻女，則將財產給予養贍，妻死女嫁後再行入官；若死者與兇手尚未分居，將產業酌量以十分之二分給兇手。總之，「總不使絲毫得歸行兇之手」。³⁷當然，若兇手本意就在爭奪財產，或者有其他嚴重情節，則根本不准留養，更不會有遺產繼承問題。該案未載於《會典事例》，但在《會典事例》正式記載的雍正四年呂高戳死胞兄案中，幾乎是全文重述上述關於防範、杜絕兇手染指死者遺產的核心內容。³⁸日本法制史學者滋賀秀三先生對此例頗感興趣，認為這是西洋法諺「血染的手不能取得遺產」在清代中國語境下的表達。³⁹可能限於主題，滋賀秀三未正式提及雍正的貢獻，但從其對這一案例處理的分析應可以看出其肯定的態度。

參、清代存留養親的學術史回顧

雖然清代存留養親制度實施廣泛、地位重要、作用顯著，但清末以來的學術評價則一直比較淡漠。在最初的半個多世紀裡，存留養親幾乎只是作為一項古物被描述和看待。瞿同祖撰寫於抗戰期間的《中國法律與中國社會》，談及幾乎存留養親的所有主要問題，如孝與留養（「原在體貼老疾無侍之犯親，本是以孝為出發點的，並非姑息犯人本身」）、兄弟俱犯死罪、寡婦獨子殺人（「寡婦守節，撫子不易，特加體恤」）、被害人是否獨子（「人各有親，親皆侍養，如死者之父母因其獨子被殺，以致侍養無人，則犯親自不得獨享晨昏之奉」）…等，可謂題無剩義，而且文風明白曉暢、親切有趣，後出法史之書幾無過於此。但該書的整體風格以社會史的客觀描述為主，存留養親又

37 （清）張光月輯，《例案全集》（乾隆二年刊）卷35，〈兄弟相殺存留養親母將死者遺產歸兇手〉，轉引自（日）滋賀秀三著，張建國、李力譯，《中國家族法原理》（北京，商務印書館，2013），頁337。

38 該案還規定，父母已故，別無兄弟的，可准兇手承祀（「如非爭奪財產，並無別情，或系一時爭角互毆，將胞兄致死，而父母已故，別無兄弟，又家無承祀之人，應准聲請承祀，隨案減等枷責」）。均參見《欽定大清會典事例》，卷733，〈刑部·名例律·犯罪存留養親二〉，頁106-107。

39 （日）滋賀秀三著，張建國、李力譯，《中國家族法原理》，頁337。

只是其中一項具體內容，未遑多論，更未探討其現代價值問題，無從判斷作者的立場和態度。⁴⁰日本著名法制史學家滋賀秀三先生於20世紀60年代完成的《中國家族法原理》也論及存留養親，但主要從家族角度切入，僅涉及殺死胞兄的留養承祀、隨母改嫁的留養資格等少數問題，儘管在法理分析上頗具洞見。⁴¹臺灣著名法制史學家戴炎輝先生於20世紀60年代完成的《唐律通論》主要從法學角度切入，以規範分析為主，亦幾不涉價值判斷。⁴²

從學術發展角度來說，這樣的所謂純粹客觀性的研究當然有其偏頗之處，按照學術本身發展的邏輯，不應該一直持續下去。事實也是如此。2001年，中國社會科學院法學研究所資深研究員吳建璠先生在《法學研究》發表長文，在沈家本研究的基礎上，主要根據《刑案匯覽》、《皇朝政典類纂》等資料，⁴³比較系統深入地考察清代存留養親的適用條件（主要表現為放寬）、運作程式以及存在的弊病和爭議，並以此為例簡要討論清代律、例關係。吳建璠認為，清王朝在繼承明制的基礎上，根據現實需要，逐步發展和完善犯罪存留養親制度，「使之成為化解社會矛盾、保持社會穩定的一個支柱」，運用犯罪存留養親最富成效。⁴⁴「在實行此制的封建王朝中，清代是最後一個，也是運用犯罪存留養親最富成效的一個」。⁴⁵這一評價的肯定態度顯而易見。

吳建璠文章的一個核心觀點或者說重要貢獻是，比較詳盡的證明，清政府雖然在整體上放寬存留養親的條件（與以前相比），但又不是一刀切，而是有著比較細緻的政策考量，因而效果不錯。概言之，要考慮三個因素，一是確保政權穩固、社會穩定，二是確保生活

40 瞿同祖，《中國法律與中國社會》，頁62。

41 （日）滋賀秀三著，張建國、李力譯，《中國家族法原理》，頁337、617。

42 戴炎輝編著，《唐律通論》（臺北，元照出版公司，2010），頁280。

43 席裕福、沈師徐輯，《皇朝政典類纂》（臺北，文海出版社，1980），第8089頁；《刑案匯覽》，道光二十年鮑季涵刻本。

44 吳建璠，〈清代的犯罪存留養親〉，《法學研究》（北京，2001.5），頁126。

45 吳建璠，〈清代的犯罪存留養親〉，頁130。

無著的犯人親屬不致轉死溝壑，三是確保受害一方乃至整個社會能夠接受。其中，第一個因素是決定性、排他性的，有著一票否決的地位，例如，十惡大罪（謀反、謀大逆、謀叛、惡逆、不道、大不敬、不孝、不睦、不義、內亂），除了極個別情形，絕大部分情況均不准留養，即是考慮到這類犯罪對政權安全和現實社會秩序的危害特別嚴重，不可輕饒。但大部分情形下，這三個因素多綜合起作用，比如，殺人罪中，誤殺、戲殺、過失殺、鬥殺、擅殺等罪情較輕，可以留養，謀殺、故殺惡性明顯，則不許留養；強盜、竊盜罪中，贓額較少、情節較輕、傷輕平復者，可以留養，但強盜、結幫行搶、積匪猾賊（即慣匪慣竊）則不許留養。

吳建璠進一步指出，在具體個案中，清代特別注意平衡被害人和行兇者之間的利益衝突，大致遵循對等原則。比如誣告他人謀殺、故殺或者強盜的，按律不許留養，但若被誣告者未受刑訊、長期關押，也未蕩家破產，誣告人仍可留養。最典型的是殺人罪，即使殺人者完全符合親老丁單或者孀婦獨子等法定留養條件，仍然還要看被害之人有無父母、是否獨子及其平日是否贍養父母才能決定。當然，如果殺人者本人平時就四處遊蕩，不務正業，不贍養父母，忘親不孝，則概不准留養。

吳建璠還指出，除彰顯孝道之外，存留養親也還附帶其他價值，比如守節。乾隆十一年確立的孀婦獨子留養之例就是如此。在一般情況下，犯人的父母至少要有一人或老或疾，而在孀婦獨子的情況下，其母是否老疾，可以不論，比一般條件為寬。這一規定的根本目的是鼓勵孀婦守貞撫孤之志，如果中途改嫁，則為失節，即不得援為留養依據。

縱觀全文，吳建璠並沒有專門探討存留養親在歷史上起到了哪些積極作用或者有什麼重要意義，其細緻梳理、深入探討的主要限於技術層面，如果說有褒揚之意，那麼主要是對清政府貫徹實施存留養親政策過程中的表現而言的，即一方面堅持制度和原則，一方面又根據實際情況靈活變通，比較好的發揮了這一制度的社會調控功能，實現

了預期的立法目的。

此後學者們大多延續吳建璠的立場，對存留養親制度的評價整體趨於正面，不再簡單粗暴視為封建糟粕。⁴⁶近年更出現革命性的變化，不但肯定其司法技巧，還大力表彰存留養親的諸多正面價值，聲言再度採用如何有利於社會穩定與和諧。其中原因比較複雜，難以贅述，這裡只想從學術角度指出，任何態度和立場的重大變化，均必須有足夠的證據支撐和嚴謹的學理論證。但是，近年討論留養的個別文章在基本文獻和研究動態方面卻頻頻失誤。比如，在主張發掘存留養親現代價值的文章中，一個重要理由是，清末法制改革中的廢除決定是一時衝動，並未經過深思熟慮。有文章甚至斷言，「這項制度在晚清立法中的消亡是偶然，而非必然」。該文還將矛頭指向主持法律改革的修訂法律大臣沈家本。針對沈家本曾提出「古無罪人留養之法」，該文批評說，「這項制度到晚清時期已經持續存在了1400多年之久，怎麼能說古無這項制度呢？」⁴⁷這一指責明顯不合事實，而且吳建璠先生在文章中早有揭示。⁴⁸沈家本在其代表作《歷代刑法考》中有「犯罪存留養親」專條，詳細考察了該制的歷史變遷和利弊得失。⁴⁹在〈書勞提學新刑律草案說帖後〉一文中，又對自己的觀點和證據做了簡要但系統的表達。⁵⁰更應當注意的是，沈家本長期在刑部為官，對存留養親的利弊得失有著極其豐富的感性認知，今人怎麼可以如此輕率否定其意見？另外，沈家本也並不孤立，此前乾隆時期的袁濱（袁枚之父）明確認為沒有必要保留此制，並列舉理由。⁵¹差不

46 持這一立場的主要有孫家紅，〈視野放寬：對清代秋審和朝審結果的新考察〉，《清史研究》，頁33-38。

47 劉景琪、劉國強，〈存留養親及其當代重構〉，《南都學壇》（信陽，2017.3），頁74。

48 吳建璠，〈清代的犯罪存留養親〉，《法學研究》（北京，2001.5），頁126。

49 沈家本，《歷代刑法考·明律目箋一·犯罪存留養親》，頁1797-1799。

50 沈家本，《歷代刑法考》（北京，中華書局，1985），〈寄籀文存卷八·書勞提學新刑律草案說帖後〉，頁2283。反而是勞乃宣等肯定說只是簡單價值宣示，缺乏有力論證。如吉同鈞，《大清新刑律講義》，卷1，〈名例上·犯罪存留養親〉（北京，清華大學出版社，2017年版，第53頁）：「我中國現行新政，修訂新律，此外各項皆可舍短取長，惟此本原之地，倫紀攸關，萬不可以遷就從人所願，講新學者，勿以此言為河漢則幸矣。」

51 （清）袁枚，〈答金震方先生問律例書〉，載王英志編選校點，《袁枚全集新編》（杭州，浙江古籍出版社，2015）第六冊《小倉山房文集》，卷15，第282頁。

多同時期的薛允升也引用並贊同袁濱的觀點。⁵²在談到《大明律》「收養孤老」條時，薛允升還明確提出，「犯罪者之父母老疾，似可照此辦理，庶情法兩不相背」。⁵³所以，清末法制改革不再保留存留養親，可謂共識，並非一時興起，更不能說是偶然。

但類似失誤在一些文章中屢見不鮮。比如《魏書》記載的李憐案，是證明此前太和十二年詔落實為律文的重要實例。但可能由於沈家本在關於存留養親的兩篇文章（主要是《歷代刑法考·明律目箋·犯罪存留養親》）中未提到，而是在《歷代刑法考》其他部分（《歷代刑法考·刑制考三·北魏》、《歷代刑法考·刑法分考十四·鞭》）提及。因而大部分文章均失檢於此，有的雖然提到，但以北宋《冊府元龜》作為出處，還有的則將李憐案中的《法例律》條文錯誤地冠以《北魏律·名例》的名目。⁵⁴其實，只要翻一下中華書局版《魏書·刑罰志》就可以找到這一史料的原始記載，著名史學家唐長孺先生審定的校勘記且一一指出《魏書》與《通典》、《冊府元龜》版本的不同。⁵⁵更嚴重的問題是，個別文章對歷史記載憑好惡取捨，只取那些支持自己的材料，對反面材料則視而不見。比如，諸多史料都顯示，存留養親的弊病之一是犯人家庭情況造假。道光八年，廣東秋審捏報留養案五起，其中案犯林一潰有弟兄五人，竟賄賂鄰保族長，捏報單丁。道光帝大為震怒：「試思該犯現有弟兄四、五人，尚

52 （清）薛允升，《唐明律合編》（北京，中國書店，2010，影1922年徐世昌退耕堂刻本）卷3，〈名例三·犯罪存留養親〉，頁29。

53 （清）薛允升，《唐明律合編》，卷12，〈戶婚上·收養孤老〉，頁122。

54 吳大華、喻琴瑤，〈是封建復辟還是價值傳承——基於「夏俊峰」案的「存留養親」制度分析〉，《昆明理工大學學報》2014年第2期，第36頁。

55 比如《魏書》記載的李憐案，是證明此前太和十二年詔落實為律文的重要實例。但可能由於沈家本在關於存留養親的兩篇文章（主要是《歷代刑法考·明律目箋·犯罪存留養親》）中未提到，而是在《歷代刑法考》其他部分（《歷代刑法考·刑制考三·北魏》、《歷代刑法考·刑法分考十四·鞭》）提及。因而大部分文章均失檢於此，有的雖然提到，但以北宋《冊府元龜》作為出處，還有的則將李憐案中的《法例律》條文錯誤地冠以《北魏律·名例》的名目（吳大華、喻琴瑤，〈是封建復辟還是價值傳承——基於「夏俊峰」案的「存留養親」制度分析〉，《昆明理工大學學報》2014年第2期，第36頁）。其實，只要翻一下中華書局版《魏書·刑罰志》就可以找到這一史料的原始記載，著名史學家唐長孺先生審定的校勘記且一一指出《魏書》與《通典》、《冊府元龜》本的不同。

能捏報單丁，足見外省書吏無弊不作，深堪痛恨。」⁵⁶可見存留養親實施中弊病頗多，沈家本、薛允升等的否定和顧慮是有道理的，近年個別肯定存留養親的文章，又只講好的一面，幾乎完全忽略這些歷史上一再暴露出來的弊病和問題，似嫌一廂情願。

肆、清代存留養親的再檢視

綜上，與吳建璠等相比，近年個別文章對存留養親的讚美走得有點遠。閱讀清代存留養親資料，感受更多的還是其中表現出來的技術理性，顯示出清代官員較高的司法技巧和法理水準。吳建璠文章已經提到一些，這裡根據吳建璠等未利用的一些案例資料，再做一些梳理和探討。

現存存留養親案例大致可以分為兩類，第一類是律例有原則性規定，但不夠明確，需要請示確認的，比如被害人有無父母、是否獨子的認定等。這種情形雖多，但並無太大處理難度。第二類是律例沒有明確規定，需要根據律意和成案，進一步分析論證的。此類情形不多，但問題比較複雜疑難，刑部要拿出站得住腳的意見，其解釋和推理必須符合法意又合乎情理。根據具體內容，也可以分為如下幾種。

其一是留養主體問題。主要爭議是，一般留養均限於男性子孫，兒媳不在其列，但康熙年間曾有允許兒媳留養的記載：「有殺一家非死罪三人者，妻應流。巡撫以其舅姑老，請留侍養。尙書以婦無留養例，不許。公（刑部貴州司員外郎朱弘祚，字徽蔭，別字厚菴——引者注）爭之曰：父母舅姑，等親也。朝廷深仁，下逮窮老，子婦何擇焉！卒許之。」⁵⁷在有據可查的真實案例中，康熙年間還有兒媳毆死其夫亦准留養的，如康熙三十年孫氏扔石擊死其夫張二案，根據其翁

56 （清）祝慶琪等編撰，《刑案匯覽全編·刑案匯覽》，卷2，〈名例·犯罪存留養親·捏結留養官吏親族分別嚴懲〉，頁216-217。

57 （清）王士禛，《蠶尾續文集》（濟南，齊魯書社，2007）卷12，〈墓誌銘·誥授光祿大夫總督福建浙江等處地方軍務兼理糧餉兵部右侍郎兼都察院右副都御史厚菴朱公墓志銘〉，頁2169。

（張二之父）請求，亦准孫氏免死養孫。⁵⁸

其二是家無次丁的認定。主要爭議是，前夫有子，是否影響後夫之子的留養？如乾隆二十年顏茂債務糾紛傷人致死案。該省巡撫提出，該犯之母林氏有前夫之子尹武可以依倚，毋庸聲請留養。刑部的意見是否，首先，「婦人再醮，業與前夫義絕，不應責令前夫之子侍養。況尹武現在另居異爨，更非隨母改嫁平日相倚者可比。」其次，「查存留養親例內，並無因前夫有子將後夫獨子不准留養之條。事關定例，未便率覆」。要求該省「詳細查明林氏果否現年七十二歲，家無以次丁，並被殺之家有無父母、是否獨子，照例另行妥議具題」。⁵⁹

與此相關的一種情形是，前夫兩子隨母改嫁，後來長子歸宗，次子留後夫之家，與母過活，是否可以認定為獨子？例如道光二十四年獨沅亮案。刑部的意見，因為「設使張氏夫故守志，該犯尚不得以獨子留養。今因張氏改嫁之故，反將該犯留養，殊與例意不符。」⁶⁰這一推理舉重明輕，乾脆俐落，但較之前案，似欠寬厚。該婦現僅一子「平日相倚」，應允留養為宜。刑部的態度可能主要還是基於國家對孀婦改嫁的否定立場。

還有一種爭議是，殺死胞兄或者胞弟，可否留養？對此前文已經介紹雍正二年的決定，即可以留養，但不可分得遺產，不得承嗣，不贅。與此相關的另一種情形是，殺死族兄，可否留養？刑部基本意見也是同意，如康熙二十八年，衛一勳打死族弟，擬絞。因其母八十餘歲，康熙帝令從寬免死，減等存留養親。⁶¹康熙三十一年、康熙三十三年又有類似案例。⁶²但比較為難的一種情形是，若殺死的族兄原系

58 （清）張光月輯，《例案全集》，卷1，〈名例·犯罪存留養親·留媳婦免死養孫成案〉，頁38右。

59 該案最後責令秋後處決，則顏茂應不符合留養條件。參見《新增成案所見集》（續編二、三集）卷4，〈犯罪存留養親·因前夫有子將後夫獨子不准留養駁案〉，頁25-26。滋賀秀三談到前夫之子「隨母改嫁」時也論及顏茂案。參閱滋賀秀三，《中國家族法原理》，〈第六章·不正規的家族成員〉，頁617-618。

60 （清）祝慶琪等編撰，《刑案匯覽全編（點校本）·刑案匯覽續編》，卷2，〈名例·犯罪存留養親·雖有嫁母尚有胞兄不准留養〉，頁64。

61 中國第一歷史檔案館，《康熙起居注》（北京，中華書局，1984），康熙二十八年五月，頁1876-1877。

62 （清）張光月輯，《例案全集》，卷1，〈名例·犯罪存留養親·毆死大功兄留養伯父成案

胞兄，可否仍准留養？例如康熙四十五年劉招鳳案。劉招鳳和劉子善是同胞兄弟，劉招鳳自幼過繼給叔叔劉官生，後劉子善與叔叔發生口角，劉招鳳棍擊劉子善致死，其親母張氏年七十有餘，止生此二子，若將劉招鳳抵命，實無人奉養，且將絕嗣，應否存留養親，奏請上裁。康熙帝令九卿、詹事、科道會議具奏。⁶³按此前先例，劉招鳳似可照此辦理，但未見後續記載，不知最終情形如何。

其三是罪犯父母身份的認定。主要是，父母有罪可否留養？刑部的答案是否，因留養只能是「無罪可憫之人」，若父母與子孫共同犯罪，雖親老丁單亦不准留養，如康熙四十一年陳潮毆死陳大生案（其父陳蒂生與陳大生因舊帳爭執、互毆，陳潮聞聲前來幫忙）、⁶⁴雍正六年浙江諸暨章王相母子毆死無服族叔章簡恒案（其母章王氏，寡婦，五十七歲，與章簡恒爭執撕打在先）、⁶⁵乾隆五十二年孫漢玉母子合謀嫁賣迷失女子案。⁶⁶但若係自衛，情有可憫，亦可留養，如康熙三十四年寡婦王氏（其夫因無力代償張了圖債務，被債主打死）、兒子葛梅砍死張了圖（曾娶王氏女兒，後行兇發遣，途中逃回）案。⁶⁷

另一個爭議是，失節之母可否留養？如道光十四年蒙古綽克圖毆傷沙拉扣身死案。被告綽克圖是其母姦生子。刑部准其留養的理由頗富法理且不乏仁慈：

婦女因姦生子，固屬罪有應得，然子無絕母之理，自未便因系姦生遽置母子之情於不論。況業經收留撫養，其恩義即與尋常

／毆死無服兄養親成案》，頁37左。

63 中國第一歷史檔案館，《康熙起居注》，康熙四十五年四月，頁1969。

64 （清）張光月輯，《例案全集》，卷1，〈名例·犯罪存留養親·親系有罪之人其子不准留養〉，頁35右。康熙帝諭旨亦見《欽定大清會典事例》，卷733，〈刑部·名例律·犯罪存留養親二〉，第105頁。

65 《欽定大清會典事例》，卷733，〈刑部·名例律·犯罪存留養親二〉，頁107。

66 （清）沈沾霖編《江蘇成案》，載楊一凡、徐立志主編，《歷代判例判牘》第八冊（北京，中國社會科學院，2005）卷1，〈名例·犯罪存留養親·收留迷失女子嫁賣系伊母起意不准留養（孫漢玉）〉，頁8-9。

67 （清）張光月輯，《例案全集》，卷1，〈名例·犯罪存留養親·親有罪其子亦准留養〉，頁36右。

母子無異。若因其子身罹法網，獨令不得侍養，似非錫類推仁之意。且查不准留養之吹邦一案系在道光六年，其准留養之布彥德勒格爾一案系在道光八年。有近案不用遠案，所有綽克圖一案自應仿照布彥德勒格爾准留之案辦理。⁶⁸

類似的還有道光二十六年蒙古額林占案（被告係其母姦生子）。⁶⁹但這方面似無內地漢人案例，是否僅適用於蒙古？

還有一個爭議是，父母年齡限制是否可以放寬？康熙年間曾有未滿七旬准許留養的案例，⁷⁰但未作為定例。實踐中，若地方官員認為確實情有可憫，可以「違例」專門請旨。雍正年間鶴六斤案，其父母年未七十，李紱違例兩請，雍正帝鑒於被毆之人係抽風而死，情罪尚輕，從寬發落，准許留養。後在柳文保毆死柳滿福案中，所在督撫援引此案，兩次請旨，即遭到雍正的斥責。⁷¹

其四是被害人無父母、是否獨子的認定。主要爭議是，被害者有嫁母無人侍奉，是否影響留養？例如道光二十四年容起奉案。刑部的意見，因為「婦女一經改嫁，即與前夫義絕，在前夫之子雖不得自絕其母，而究不得謂嫁母為應侍之親」。⁷²這和此前對行兇者有嫁母應侍即准留養的態度明顯不同，但實質上則異曲同工，即在生者死者之間更傾向生者。

上述這些案件的處理原則有些是現在所不能認同的（比如對改嫁的負面評價），但其中表現出來的法律解釋技巧，特別是對主流意識形態的貫徹，對情、理、法三者之間的權衡，對不同群體和不同關係的利益區分，卻是可取的，充分顯示出清代刑部官員良好的專業素養

68 （清）祝慶琪等編撰，《刑案匯覽全編（點校本）·刑案匯覽續編》，卷2，〈名例·犯罪存留養親·姦生之子犯罪母老准求留養〉，頁105-106。

69 （清）祝慶琪等編撰，《刑案匯覽全編（點校本）·刑案匯覽續編》，卷2，〈名例·犯罪存留養親·姦生之祖母老留養〉，頁81-82。

70 （清）張光月輯，《例案全集》，卷1，〈名例·犯罪存留養親·年老未及七旬者亦准留養〉，頁34左。

71 《欽定大清會典事例》，卷733，〈刑部·名例律·犯罪存留養親二〉，頁108。

72 （清）祝慶琪等編撰，《刑案匯覽全編（點校本）·刑案匯覽續編》，卷2，〈名例·犯罪存留養親·死者雖有嫁母仍准查辦留養／死者母已改嫁即非應侍之親〉，頁76-77。

和較高的司法技藝。

伍、結語

綜上所述，存留養親制度在清代的發達，如果說還有價值，更多的表現為案件中的司法推理和法律適用，對情、理、法三者之間的巧妙權衡，能給今天許多啟發和借鑒。正如沈家本曾指出，「（法）理固有日新之機，然新理者，學術之論說也」，「若人之情偽，五洲攸殊，有非學士之所能盡發其覆者」，「故就前人之成說而推闡之，就舊日之案情而比附之，大可與新學說互相發明」。⁷³事實上，滋賀秀三、吳建璠等學者的主要研究也頗著力於此。近年發表的個別文章不去考察和總結這些方面，而是泛泛而談其所謂現代價值，似乎用錯了方向。而且在資料上出現諸多錯訛，嚴重影響立論的嚴謹。

有讀者也許要說，存留養親在當代的價值問題與歷史的討論雖然有關係，但並非一回事，史料使用上有些不足，不應影響結論的成立。這話有其道理，但作為一篇以史為鑒的文章，自當以歷史考證和分析為基礎，若主要部分都是一些沒有多少根據的理論分析和觀點闡述，那實際上就是一篇理論文章，而不是史學文章。如果作者確實有意討論當今社會刑事罪犯家庭的養老問題，還不如踏踏實實去做一些調查研究和統計分析，看看有多少這樣的個案，再深入、細緻地考察一下犯罪嫌疑人家庭的現狀與困境，刑罰執行之後此類家庭的養老問題是否可以通過社會保障制度解決——當然，也絕不要忘了還要去看看被害人家庭。這樣的實證研究似乎應比僅憑輾轉看來的幾條歷史資料發些慷慨激昂的議論更有價值。

73 沈家本，《歷代刑法考》，附錄，〈寄簒文存〉，卷6，〈刑案匯覽三編序〉，頁2225。

參考文獻

- （北齊）魏收，《魏書》，北京，中華書局，1974。
- （元）脫脫等撰，《宋史》，北京，中華書局，1985。
- （清）張廷玉，《明史》北京，中華書局，1974。
- （清）蔣良騏，《東華錄》，北京，中華書局，1980。
- 趙爾巽等撰，《清史稿》，北京，中華書局，1977。
- 嶽純之點校，《唐律疏議》，上海，上海古籍出版社，2013。
- 嶽純之校證，《宋刑統校證》，北京，北京大學出版社，2015。
- （明）應槩，《大明律釋義》，上海，上海古籍出版社，續修四庫全書第863冊，2002，影明嘉靖三十一年廣東布政使司刻本。
- 田濤、鄭秦點校，《大清律例》，北京，法律出版社，1999。
- （清）崑岡等修，《欽定大清會典事例》，上海，上海古籍出版社，續修四庫全書第809冊，2002，影光緒本。
- （清）張光月輯，《例案全集》，康熙六十一年刊。
- （清）馬世璜編，《新增成案所見集》，再思堂，乾隆五十八年鐫。
- （清）祝慶琪等編撰，《刑案匯覽全編（點校本）》，北京，法律出版社，2007。
- （清）金應麟，《彛華堂文鈔甲部》，載《清代詩文集彙編》第580冊，上海古籍出版社，2011，影光緒紀元季秋刊本。
- 薛允升，《唐明律合編》，北京，中國書店，2010。
- 沈家本，《歷代刑法考》，北京，中華書局，1985。
- 楊一凡、徐立志主編，《歷代判例判牘》，北京，中國社會科學出版社，2005。
- 杜家驥主編，《清嘉慶朝刑科題本社會史料輯刊》，天津古籍出版社，2008。
- 瞿同祖，《中國法律與中國社會》，北京，中華書局，1981。

- 滋賀秀三著、張建國、李力譯，《中國家族法原理》，北京，商務印書館，2013。
- 戴炎輝編著，《唐律通論》，臺北，元照出版公司，2010。
- 謝全發，〈留養承祀制度初探〉，《重慶教育學院學報》（重慶，1999.4），頁52-56。
- 吳建璠，〈清代的犯罪存留養親〉，《法學研究》（北京，2001.5），頁126-136。
- 王小豐，〈存留養親及其價值分析〉，《廣西政法管理幹部學院學報》（南寧，2004.3），頁91-94。
- 劉希烈，〈論存留養親制度在中國封建社會存在的合理性〉，《當代法學》（長春，2005.3），頁133-138。
- 李豔君，〈論清代的「存留養親」制度〉，《中北大學學報》（太原，2006.4），頁1-6。
- 張紀寒，〈存留養親制探源〉，《中南大學學報》（長沙，2003.4），頁476-478。
- 孫家紅，〈視野放寬：對清代秋審和朝審結果的新考察〉，《清史研究》（北京，2007.3），頁33-38。
- 周祖文，〈清代存留養親與農村家庭養老〉，《近代史研究》（北京，2012.1），頁129-136。
- 張亮，〈清代犯罪存留養親制度之結構與理念新探〉，《河南師範大學學報》（新鄉，2013.2），頁72-75。
- 吳大華、喻琴瑤，〈是封建復辟還是價值傳承——基於「夏俊峰」案的「存留養親」制度分析〉，《昆明理工大學學報》（昆明，2014.2），頁35-40。
- 包思勤、蘇欽，〈清朝蒙古律「存留養親」制度形成試探〉，《民族研究》（北京，2016.1），頁98-106。
- 楊淼鑫，〈「存留養親」制度的反思與借鑒〉，《大連海事大學學報》（大連，2016.4），頁78-82。

黃陳辰，〈暫予監外執行適用情形擴張——中國古代存留養親制度現代適用模式的構想〉，《濮陽職業技術學院學報》（濮陽，2016.5），頁67-71。

薛德樞、宋偉，〈簡析存留養親制度及其當代借鑒意義〉，《中國石油大學勝利學院學報》（東營，2017.3），頁43-46。

Postponement and Pardon of Punishment in Order to Support Parents or Grandparents: An Exploration of Its Modern Value Based on a Historical Review

ZHANG Qun^{*}

Postponement and pardon of punishment in order for the convicted to support parents or grandparents was an important legal practice in ancient China, one which lasted for over 1,400 years from the Northern Wei Dynasty to the Qing Dynasty. Pardon beyond the law, filial piety and mercy were much advocated and affirmed, but the possibility of mercy encouraging crime and causing further injury to the victim's family also made it the subject of controversy; thus it was not retained after the legal reforms in the late Qing Dynasty. Over the past century, most research has adopted a critical attitude towards this practice. In recent years, however, a number of scholars have published academic papers suggesting that reasonable aspects of this practice should be adopted to reform the current penal system. These arguments are for the most part not well-grounded in the historical materials. A thorough investigation of the Qing practice of postponement or pardon of punishment in order to support family elders and of the legal rationales and techniques expressed therein would provide a better basis for us to reflect on this issue today.

Keywords: Postponement and pardon of punishment in order to support parents or grandparents, Shen Jiaben, legal history

^{*} Assistant Professor, School of Law, Minzu University of China