DOI:10.16339/j.cnki.hdxbskb.2025.06.013

乾嘉时期“杀奸之情”的朝堂立场摭议*

张一民
(北京大学 法学院,北京 100871)

[摘 要]清代乾嘉两朝“杀奸之情”的朝堂立场一度专注于对适用主体与情节等法定要件的廓清和既定律例概念的简化等。“登时杀奸除罪化”的适用主体由本夫、拒奸本妇及于本妇之子的同时,无直接情事关联的杀奸主体范畴则被逐步限缩。在大量附会“登时杀奸”的案件中,官方认为“以杀奸为名行逼杀之实”“虽目睹行奸但事后杀奸”两项情由最具代表性。在本夫无力杀奸时,官府不仅可“代为杀奸”,而且通过对“起意”等律例概念进行简化,从重调整亲母、嫡母、继母因奸杀子行为的法定刑度。此番规范司法的朝堂取向,有“无征不信”的乾嘉学风在司法裁断上的投射,也有对汉儒之学的呼应,同时也契合清代“登峰造极”的君权“重夫纲以明尊君之义”的用意。

[关键词]杀奸;原情断狱;乾嘉学风;刑政
[中图分类号]D929 [文献标识码]A [文章编号]1008-1763(2025)06-0106-08

A Preliminary Discussion on the Court's Stance on Cases of "Killing Adulterers" during the Qianlong-Jiaqing Period

ZHANG Yimin
(Law School,Peking University,Beijing 100871,China)

Abstract: During the Qianlong-Jiaqing Period of the Qing Dynasty, the court's stance on cases of "killing adulterers" once focused on clarifying the statutory elements such as applicable subjects and circumstances, as well as simplifying the concepts of the existing laws and regulations. While the scope of subjects eligible for "exemption from punishment for killing adulterers on the spot" was expanded from the husband (of the adulterous wife) and the woman who resisted adultery to the woman's son, the category of adulterer-killers with no direct connection to the case was gradually narrowed down. Among the numerous cases that falsely invoked the "killing adulterers on the spot" rule, the authorities identified two most representative scenarios: using "killing adulterers as a pretext to actually force someone to death" and "killing the adulterer after witnessing the adultery (rather than on the spot)". When the husband was unable to kill the adulterer himself, the government could not only kill the adulterer on his behalf but also adjusted the statutory penalties upward for mothers including biological mothers, legal mothers (the primary spouses, distinct from concubines), and stepmothers by remarriage who killed their sons due to the adultery. This adjustment was achieved by simplifying legal concepts such as forming the intent to kill. This judicial normalization-oriented stance of the court reflected the Qianlong-Jiaqing academic tradition of "no credibility without evidence" in judicial adjudication. It also echoed the Confucian scholarship of the Han

* [收稿日期]2025-06-05
[作者简介]张一民(1990—),女,山东烟台人,北京大学法学院助理教授,北京大学近代法研究所研究员,法学博士,研究方向:中国法律史。

Dynasty and the alignment with the intention of the Qing Dynasty's "supreme" imperial power to "emphasize the husband's authority in the family to clarify the meaning of respecting the monarch".

Key words: killing adulterers; judging cases based on circumstances and intent; Qianlong-Jiaqing academic tradition; criminal administration

在传统中国法律文化的语境中，男女双方于婚姻关系之外发生的实质交往行为，概可称“奸”。根据双方意愿与情节程度，可分为“和”“刁”“强”等类，刑罚依次加重；考虑到行为结果，再细分为“已遂”“未成”；结合双方甚至关系密切的第三方身份关系，科刑遂有轻重分别①。

由于“奸”之一字直指男女大防，攸关夫妇之纲，在家国同构的社会治理框架中，于宗法与承嗣等需要辨明身份关系的等差制度上，扮演着格外吃重的基础角色，因此，涉嫌破坏稳定婚姻关系、扰乱宗族治理、威胁身份与社会制度有序运转的“奸行”及“奸罪”，是立法需要着重惩戒的一类特别情事，这是周代以降“原情定法”之说的一贯立场[2]207；在原情断狱的司法脉络上，经由汉代大儒董仲舒将春秋经义中“原心论罪”一说细绎端绪、着力发明，后世对“杀奸之情”的措置首重“本夫”之情，在实际审断过程中，渐渐将更多有密切关联的涉案主体之“情”也纳入考量。

乾嘉两朝，吴、皖两派儒生将经学“无征不信”的考据之风推向专精的同时，扬州之学在乾隆之季试图救吴、皖两派窒碍之弊，这一部分儒生对春秋经义更为重视，对经学的理解视野也更为宏阔[3]264。世事之流转，其里在学，其表为政。清代乾嘉时期的儒生与掌管刑政的职官群体之间颇有交谊，如开扬州学派一代风气的阮元不仅本人历任多地学政、巡抚、总督，还曾为乾隆朝刑部右侍郎阮葵生作传；乾隆朝另一位刑部右侍郎王昶有丰富的地方按察使经验，又曾为皖派宗师戴东原作墓志，其本人也是可与钱大昕、王鸣盛并称的吴中名儒。学风与刑政之间早已存在着相当程度的互动，即便不能定位到某一人对具体的某一条某一款律文、例文的发议，但律例与成案中的变动与调整仍存在细细品读的空间。

清代与“杀奸”相关联的规制性文本集中于《大清律例》刑律中“人命”与“犯奸”门下的“杀死奸夫”“因奸威逼人致死”“殴祖父母父母”与“犯奸”等律例诸条，旁涉刑律“捕亡”“贼盗”与“斗殴”门中的部分内容，是围绕本夫、奸夫与奸妇、本妇之子等多重主体之间的身份关系及情由展开的规范与诠释。若只看律文可谓简括，而乾隆朝删原例、增例诸名目，纂修八九次，改变旧例及因案增设之例独多[4]2975。自然，例文对于“奸行”的具体细分因社会情事的演变而越加烦琐，连道咸同光四朝律学大家薛允升也忍不住感慨“此等例文，殊觉烦琐”[5]1087。据吉同钧统计，当时可见到的增订之例文已达 36 条，“愈增愈多，愈多愈杂，意在求其详备，反致彼此抵牾”[6]305。这种细密烦琐的例文即便在清季修律时多半被删去，但不能否认传统刑官曾经为其所累，一定程度上也有助于后人理清清代司法对“原情断狱”的反思与整合，故参究者不可不知。

学界关于奸罪及其相关议题的研究已相当丰富，瞿同祖《中国法律与中国社会》等著作对本文均有不同程度的启发②。其中，与本文所关注的“杀奸”直接相关者：江照信完成了对《大清律例》中“杀奸”的规制文本梳理，并将“因奸杀伤”案做了细致的类型化研究[8]；王绍佳和刘妍则专注于《大清律例》相关条款对于“奸所”与“登时”的立法认定标准[9]。在裁断案件的史料选择上，包括上述论著在内的大部分研究成果，均以祝庆祺等清人所汇编的《刑案汇览》为基础史料，据此虽可观察司法实践与立法规制之间的参差，但在司法评价上仍不免大而化之，未能充分关注不同层级司法主体的具体考量与动机。《刑案汇览》所收录的题本等档案材料，虽能呈现部分刑部官员与地方官的“裁断意见”，并揭示司法运作的某些侧面，但仍难以完整展现朝堂君臣的立法、修法甚至是司法考量。尤其是，我们无法据此准确把握朝堂司法在“原情断狱”上的最高层级尺度。至于刑部堂司官与地方官对朝堂司法的理解是否有所偏移或者做出何种程度的调整，亦难以确证。故在史料允许的情况下，有必要关注朝堂君臣的司法裁断。

尽管目前学界围绕清代“杀奸”议题的研究已有

① “凡和奸，杖八十；有夫者，杖九十；刁奸者，（无夫有夫）杖一百；强奸者，绞（监候）。未成者，杖一百，流三千里。”[1]1

② 其中第二章“婚姻”虽提及“元以后的法律都容许本夫有捉奸的权利，夫于奸所获奸登时将奸夫奸妇一并杀死是不论的。当时不杀奸夫但杀奸妇，或于事后杀妻始有罪”[7]123，但并未进一步展开。

一定的积累,但从朝堂视角聚焦“杀奸”行为的更细致研究成果还有待进一步丰富。本文选取“杀奸”作为观察清代“原情断狱”的一个具体而微的切入点,并借助《实录》《会典》等更具有朝堂视角的官修史籍对杀奸案件的选录,为理解清代司法的实体运作提供一些或许并不罕见但尚需细读的材料。之所以选择乾隆、嘉庆两朝实录,一方面考虑到清代学风与朝堂司法可能存在的内在互动关系,另一方面则因乾嘉两朝对“杀奸”案件的选录和记述较为集中,朝堂裁断的析理较为详尽。这些记录不仅能够展现官方对法定要素的关键性调整,还凸显了乾隆、嘉庆两朝进行司法决策的动机与论证逻辑。这些材料可以帮助我们看到清代乾嘉时期的朝堂君臣如何从“杀奸”的原情立场出发,通过对刑案的裁断和辨读,渐次实现对“原情杀奸”的宽严尺度调整。或许某一笔刑案中的人名与刑名在《刑案汇览》中也有详略不同的收录,这并不妨碍本文为展现成文法典《大清律例》背后的清人之所思、所为作提供又一个打破成见抑或推进认知的释读视角。

一 本妇之子“登时杀奸”亦可除罪

清代律法明确赋予本夫一项合法杀死“和奸男女”的权利,可简称为“杀奸之权”,即于奸所登时杀奸无罪:“凡妻妾与人奸通,而(本夫)于奸所亲获奸夫、奸妇,登时杀死者,勿论。”[10]21 要想有登时杀奸的可能,首先要具备实实在在的现场证据。故应强调本夫行使杀奸权的场所,须是在他亲自捉获奸夫与奸妇当场行奸的所谓“奸所”,方可谓“奸有凭据”。在这种情形下,如果本夫仓促之间、出于一种义愤的情感动机,将奸夫当场杀死,不仅不会被追究擅杀人罪,反而能够获得律法的宽恕。

本夫行使杀奸之权的前置要件须兼具“奸所”与“登时”两种要素。如果没有行奸男女双方实际成奸的过程与结果,而仅仅存在一丝可能的行奸嫌疑,抑或本夫是于“奸所”之外的地点获奸,又或者在行奸男女已处于被获奸后拘执限制行为的状态,而本夫依然坚持将奸夫杀死,此三种情形均不得认定为“登时杀奸”的免罪要件,本夫须入罪科刑。乾嘉朝姚润等刑幕在对本条律文的注解中,已经对这一点做出强调:“此条要看‘奸通’‘奸所’‘登时’等字。或止调戏而未成奸,或虽成奸而获非奸所,或已就拘执而杀非登时,皆不在弗论之例。”[10]22 光绪朝刑部尚书薛允升认为,判断登时与非登时的难度很大,可谓“殊难臆断。此等案情但当论捉获之是否确在奸所,不当于奸所杀死后,复问其是否即时”[11]797。一直到清季修律时期,总纂官吉同钧也仍秉持严格限定的登时杀奸除罪的两要素:“奸所获奸者,获奸必在奸所,而杀死又必在登时,方得勿论,稍有不合,即当别论。”[6]305

尽管姚润等人的辑注内容突出杀奸之律对“奸所”与“登时”所代表的地点与时间的限定,但基于夫为妻纲的传统伦理价值依归,司法裁断仍放宽对杀奸主体的限定,能以登时杀死行奸之人而免罪的主体不仅有本夫、本妇①,也可以是处于被暴力行奸情形中的本妇之子。

嘉庆六年,刑部曾纂有专例,对本夫及其有服亲属均赋予“登时杀奸无罪”之权,“本夫及有服亲属杀奸之案,如奸所获奸,忿激即时殴毙者,以登时论。若非奸所而捕殴致毙,及虽在奸所而非即时殴毙,或捆殴致毙者,俱以非登时论”[11]797。但从嘉庆朝《实录》选录的田雪子案来看,至少嘉庆帝本人与刑部职官都认为:如果所有的本夫有服亲属都可以登时杀奸除罪化,实在是失之过宽。

早在乾隆五年,律法便将雍正三年纂定之“本夫之兄弟,及有服亲属,或同居人,或应捕人,皆许捉奸”例文中的“同居人”“应捕人”删去[11]799。至乾隆二十五年间,又有担心有服亲属在捉奸过程中难免挟私误杀的观点:“其有服亲属,但准捉奸,而不准杀奸。其有误杀,恐有挟私情弊。”[12]18-19 除本夫亲属及关系人的杀奸之权有所争议,“已经出嫁别家的女性,娘家的尊长是否也包含在所谓的有服尊长之中”[13]118,也存在争议。而嘉庆朝,争议点则更聚焦于儿子。在本夫有服亲属群体范围内,只有儿子这一类最亲近特殊的有服亲属,才最有比照本夫杀奸、作无罪处理的必要。由此,下文借田雪子一案进行更有针对性的解释。

嘉庆七年,直隶泉州男子田雪子,在其母李氏处于被石勇用强行奸的紧迫情形下,当场将石勇“登时殴伤”后致其身亡[14]16。按《大清律例·刑律·人命》“杀死奸夫”律下之例,包括儿子在内的有服亲属,都是有权捉奸的主体,但又无权“登时杀奸”,若将行奸之男当场杀死,则须照擅杀罪处置,即“本夫

① 嘉庆二十四年定例:“妇女拒奸杀人之案,审有确据,登时杀死者,无论所杀系强奸、调奸罪人,本妇均勿论。”薛允升甚至认为不必对本妇以“登时”二字苛责。[11]798

之兄弟，及有服亲属，皆许捉奸。如有登时杀伤者，并依已就拘执而擅杀伤律”[15]424。直隶总督也是据此律将田雪子断罪，判拟徒刑，并将拟判意见咨呈刑部。

刑部认为：田雪子为人子的这一重身份，首先应当有别于一般意义上的有服亲属，更何况母子一脉，与本夫相较，儿子甚至更具有“登时杀奸”的行为正当性与情感合理性：“至子之于父母，不但非有服亲属可比，且较本夫义忿所激，天性更为迫切。”[14]16既然本夫于奸所获奸且登时杀奸受大清律明文保护，尚且可以原其情由不予追究，而与母亲血脉相连的亲生儿子，较夫妻情分更为紧密，儿子当场杀死欲对母亲不轨的暴徒，反要照一般有服亲属杀奸判处徒刑，不能比照本夫杀奸之情从宽免议其罪。同是被侵害妇人最直接最亲近的家人，本夫杀奸免罪是原其夫妻恩义之情，而本妇之子杀奸，反不得原母子血脉之情，是何道理？

刑部直言，这种“人子登时杀死强奸伊母未成罪人，竟不得原情予以勿论”的断狱之法，算不得原情断狱，大失公允，应当予以纠正。遂提请嘉庆皇帝考虑，对于石勇这一类用强迫手段行奸未遂的“强奸未成罪人”，即便被本妇之子“登时杀死”，作为杀奸行为人的儿子，也应当有资格与登时杀奸之本夫作相同处理，不必论其罪刑。如果本妇之子不是在行凶当场杀死恶徒——即所谓“杀非登时”——则再拟杖一百、徒三年之刑不迟。经过刑部这一番修正，方可算是平允[14]16。

事实上，为救母亲而当场杀死行奸之人的情节，与子孙“登时复仇”[15]468、主家登时杀死“夜无故”闯入家门的贼盗匪徒等行为相类[15]413，其背后行为动机的特殊性均基于“登时”二字，都是构成合法除罪的当原之情①。

凡是于父母有犯杀伤之行，俱可称父母之仇，于礼，本就不共戴天。于法，恕其擅杀人罪，当然是一种宽待。然而，“法宽而弊可生于宽之中”[16]297。乾隆三十六年，军机大臣曾就“登时杀人”之情免议其罪可能带来的轻刑泛滥之风集议，认为包括子孙登时复仇在内的、凡是涉及登时杀人除罪的相关例文或可删废。军机处行走主事阮葵生力陈“登时”杀人的特别情由绝不可轻视，对孝子之情的律法保障断不可废弛。纵使对行为人施以薄惩，只不过为提醒其应当有告官、尊重官方律法权威的意识，而非惩罚“登时”动机本身。阮葵生认为，“登时杀人”之所以非同一般地迫切，除了当时当场看到父母尊亲被伤害而迸发出的护亲情切的天性，可能还有一层对执法有司的不完全信任。正因如此，朝堂君臣更要理解子孙当场手刃害亲之人的愤忿，他们宁肯承担杀人偿命的律法风险，也断不许尊亲枉受杀伤，若真造成实际意义上的杀伤结果，也有务必令仇人为父母抵命的决然：“细绎律意，登时杀死勿论者，盖子孙当场目击怨愤，不惟不暇告官，并不及虑已擅杀，故得勿论。至少迟，则仍是登场目击怨愤，故予以杖六十。皆原其仓卒不告擅杀之罪也。若既逾时到官，有司不为昭雪，或势豪稽诛，凶手诡脱，子孙含愤操戈，乘隙刺杀，则所仇者实为应抵之人，其所复者亦有应得之罪。但国家明罚敕法，冤无不伸。律文虽载，引此者稀。纵有一二借口报仇者，然国法已彰，私仇即泯。假如其父之冤既伸，其子即无仇可复，所杀非应抵之人，则于法无可宽之律，拟以谋杀定入情实，原为罪所应得。至于律文相沿已久，自当仍旧以俟法外之仁，庶几情与律两得其平矣。”最终，乾隆采纳了阮葵生的建议，将对登时杀人之情由的免罪处理视作理刑允正的范本[17]457－458。

二　不可附会“登时杀奸”

乾嘉之后，生于道光初年的薛允升于光绪十九年累任至刑部尚书，其读律断案的所见所闻所得于《读例存疑》中可见。在此书中，薛允升曾提及前朝“本夫及有服亲属杀奸之案”中关于“登时”与“非登时”的界限划分。薛允升认为，以“非奸所而捕殴致毙”“虽在奸所而非即时殴毙”和“捆殴致毙”作为“非登时杀奸”的三种法定情形，看似明确，实则还有修正的空间，即所谓“虽系明立界限，究竟不甚妥协”。而前朝如何看待这些不妥协之处，又是否做出了一些补偏救弊的措施，薛允升没有详细展开[11]797。毕竟，不必量化刑案，仅凭一般常识即可推断，有太多附会“登时杀奸”以求脱罪的当事人。事实上，仅就《实录》所见，对此一例文之弊，嘉庆朝已经有所察觉，并将“以杀奸为名行逼杀之实”的丁西明案和“目睹行奸而事后杀奸”的樊克敬案作为不可附会“登时杀奸除罪”的解释、补充和强调。

嘉庆九年三月间，安徽省报送一笔丁西明杀奸案[18]21。丁西明妻子武氏在闺中时曾与蔡顺通奸，

① 薛允升：“不知本夫等杀死奸夫之案，正系夜无故入人家之条。”[11]797

并身怀有孕。丁西明是在迎娶武氏过门后才得知此事的,出于气忿,先伺机将蔡顺杀死,再逼迫武氏自尽①。

此案武氏虽确与蔡顺有通奸之事,但发生在成婚之前。丁西明是婚后才查知的,可以告官究办,或干脆将武氏休回娘家。但这两种方案丁西明都没有选,而竟直接将当事男女双方逼杀致死[18]21。

本案中,丁西明并非登时杀死奸夫。安徽巡抚呈报此案时,已先行参照"闻奸数日,杀死奸妇,奸夫到官供认不讳,确有实据者,将本夫照已就拘执而擅杀律,拟徒"之例[15]424,将丁西明的事后杀奸行为作为加重科刑的一层因素,改徒刑为绞刑;而刑部则拟将绞刑还原为例文原定之徒刑,再减为流刑,可能是考虑到与例文中"奸夫到官供认不讳"这一法定情形不相符。至于嘉庆帝所看重的,与安徽巡抚相同,还是丁西明的杀人动机。此人不仅极具恶意,而且杀人之后还有钻"本夫登时杀奸除罪"之律法空档、摆脱逼杀其妻之罪的行为意图。这种凶恶、狡诈之徒,"有因他故致毙人命,复行逼杀其妻。思以杀奸为名、图卸重罪者,亦不可不防",如果将丁西明只是改绞为流,表面看是于法有据,严格法定刑的裁断,实则情浮于法,殊属过轻,不能体现律义对其"既凶且狡"杀人情由的重惩。最终,嘉庆帝做出终裁,将丁西明改重一层,令其近边充军[18]22。

如果说丁西明案尚且是有确切通奸实证的"事后非登时杀奸",樊克敬案则是确无实据的意图附会为"奸所获奸,登时追捕,杀死奸夫"的登时杀奸之举,甚至不能算作"奸所目睹行奸,非登时杀死"[19]2。本案的争议在于对男女日常调笑行为的定性。

嘉庆五年,河南巡抚吴熊光呈送封丘县民樊克敬杀人一案。樊克敬某年月日回到家中,郭倌、郭行二男正与其妻杜氏谈笑。三人见到樊克敬便急忙避开。樊克敬心生疑窦,对杜氏连打带骂一番追问,杜氏承认与二郭有奸。当晚三更,樊克敬趁二郭熟睡将其杀死。

吴熊光认为,樊克敬杀人当属"非登时"杀死奸夫的行为,拟据"本夫奸所获奸,非登时而杀"之例,科处满徒之刑[19]1。刑部覆核案情后,认为河南巡抚的拟判意见基于"非登时杀奸"而作,"殊欠斟酌"②。其一,案发地是封丘县的乡村。据当地生活习惯,"小户男女聚谈亦所时宜",邻里街坊互相串门的情况很常见。更何况郭、樊两家住得很近,彼此非常熟悉,以至于樊克敬"素知郭行等在门口睡卧"等生活习惯。这种日常生活上的交往便利,当然不必然是一种"奸"行。其二,所谓杜氏在遭受樊克敬拳脚后承认"有奸",不能排除是家暴后的"屈打成招",更不能排除是樊克敬本人为求脱罪,将其杀人行为粉饰为"事后杀死奸夫"的托词。刑部明确指出,樊克敬的杀人动机,除了没有实证支持的"杀奸",还可能存在"别项情节"。只不过个中隐情,樊克敬没有交代或者主审官未曾细查罢了。至少在《实录》中没有看到刑部对此类细节的比照。

既然攸关此案定性的疑点不少,刑部的立场是:司法官——特别是河南巡抚——不能枉加揣度,也无必要被樊克敬的矫饰之词带偏方向,将一笔简单的杀人案附会为一笔名实不符的杀奸案。基于对杜氏自认"调笑为奸"供词的采信,河南巡抚吴熊光虽将樊克敬的罪名定性为"非登时杀奸",但在科刑时又做了一番区分,实则按《大清律例·刑律·人命》"夫殴死有罪妻妾"律之规定,"或妻有他罪不至死,而夫擅杀"[15]435,将樊克敬判处绞监候,相较于"非奸所获奸,将本夫照已就拘执而擅杀律"例文中规定的徒刑,刑度上其实是更重的。这意味着,吴熊光与刑部一样,都不认为言行调戏与实际成奸二者之间可以画等号。只不过,吴熊光作为直接适用律例的地方巡抚,更习惯于从裁断结果的实体意义出发,也更易于得到裁断结果的实效反馈。在司法裁断的过程中,基于对当事人具体情事的体察,便可对罪与刑有所区分。刑部则直接切中对行为本身的法律定性,更倾向于首先从规制文本的形式意义出发,去看待主审官对案件的裁断对律文本义的理解是否太过偏离正轨、对律例所代表的朝堂权威是否有所轻忽。

对于调笑或调戏能否认定为"成奸"的界限问题,司法裁断一线的地方要员与刑部官员做出的回应各有侧重。就妇人成奸的主动程度而言,和奸关系中的"奸妇"自然较强奸关系中的"良妇"为重。有妇人牵涉其中的调戏情节,的确可能被有心杀奸之人附会为"登时"或"非登时"以求脱罪或作为从轻量刑的一则重要情由。此类杀奸案中的调戏情节通常只构成单一情节,或成为被动处境中的妇人争取优容的一则关键情节。除此之外,若奸妇本身主观恶意极大,则调戏只是作为众多复杂情由中的一则既

① 见中国第一历史档案馆藏"题报蒙城县丁西明伊妻武氏与蔡顺通奸怀孕殴死奸夫奸妇拟绞监候事",档号02-01-07-2112-015。
② 见中国第一历史档案馆藏"题报封丘县樊克敬砍死奸夫郭倌郭行拟绞监候等事",档号02-01-07-2098-003。

成事实而存在,是引发和奸甚至因奸杀夫、杀子的前置性情节。

而立法层面的朝堂之议更是由来已久。若调戏而不成奸,清律无治罪之条[20]42。乾隆时期,孙嘉淦曾于直隶总督任内裁处过为数不少的涉奸刑案,曾就调戏的法律解释专门奏进《酌改律例疏》,提出具体的说理与修改意见。他认为,调戏是“求和奸而未成者”,故在“和”“刁”“强”三种奸行中,调戏比和奸的情节程度还要更轻一层,故在量刑时应酌轻。而实际情况是,司法裁断对“调戏”的量刑有“情轻而法重”之弊。调戏妇人致使其自尽者,常被拟以绞刑;与“强奸妇人未成而使其羞忿自尽”者拟绞的措置相同,没有作出分别。这意味着,因调戏与强奸而造成妇人自尽这两种情形,轻重之情虽然明显相异,但量刑结果并无参差。孙嘉淦提出的修改意见,正是要斟酌“奸”行背后的情节轻重程度,对于杀奸律例条文中涉及“羞忿之与威逼”“调戏之与强奸”者,至少应体现出区别量刑的用意,使维持风化之意与慎重民命之心平衡而不致畸重[20]42-44。

杀人之权,操自国家。如果一味放任“登时杀人勿论”之风在杀奸类案中蔓延,允许本夫将“非登时杀奸”附会于“登时杀奸”以脱罪,则意味着对包括本夫在内的所有人皆可享有杀人之权的一种默许。长此以往,冤冤相报之风必不绝,杀人情态更是无所顾忌,甚或有愚昧之人以虐杀人命为谈资为骄傲,更不提还会催生为使“私相强贼”的强迫行为合理化、正当化而捏造虚构虚假事实之人之事[21]61。乾嘉朝堂君臣对于附会“登时杀奸”罪刑认定与裁断的模糊争议之处,有所体认,集议酌改,并着意选录比较有典型性的案件,在官方档案文书中展现了对如何合理限缩“登时杀人除罪”之适用的思索与回应。

三　官府“代为杀奸”的特定情形

前述对“登时杀奸”类案的观察,只侧重看待本夫有能力、有资格实施杀奸的一面。在本夫无力杀奸时,官府可代为“杀奸”“惩奸”。

本夫无力杀奸的第一种情形较为人所熟知,可概括为“和奸男女杀夫,应区分造意之主从,分别量刑”,“杀死奸夫”律文及其律下诸例,将奸夫与奸妇的“起意”或者说“造意”的先后顺序明确进行区分,再分别施刑。如本夫已死,若只奸妇一人有杀死本夫的动机并完成杀死本夫的过程、造成本夫死亡的结果,而奸夫不知情,则奸妇凌迟而奸夫处斩决之刑。又如本夫伤而不死,则不论奸妇是不是造意之人,皆斩;如果造意之人是奸夫,则绞,如果造意之人不是奸夫,则满流[15]423-425。

第二种情形是《实录》中特别关照到的“因奸杀子”类案,嘉庆朝的刑部官员考虑到杀其子给本夫家族带来的绝嗣风险与司法成本,对此类案件中的和奸男女不再进行“奸妇起意”与“奸夫造意”的主从界分。在此类案件中,本夫往往先于奸妇去世,留下子嗣与奸妇(和奸夫)共同生活,奸夫与奸妇通常伺机杀害故夫的子嗣。顺着此一类案情线索,不免引出一些律法尚无治罪之条或者概念模糊的犯罪情事,提醒刑官给予必要的关注及对司法解释进行厘清,甚至借助对某些律法概念的修订,实现对新例的增补。

嘉庆十六年四月二十七日,江苏巡抚章煦题奏一笔嫡母因奸杀子案。宝山县民妇人老陈张氏,故夫陈祥淋。陈祥淋生前先娶老陈张氏为妻,但无生育;后娶周氏为妾,生子陈阿宝。嘉庆四年,陈祥淋病故后,妾周氏改嫁,年仅八岁的陈阿宝跟随嫡母老陈张氏生活。邻居王受昌经常帮忙照应。嘉庆五年四月间,王受昌与老陈张氏调戏成奸。年岁渐长的陈阿宝多次劝说老陈张氏与王受昌断绝和奸关系,老陈张氏不但不理会,反而听信王受昌挑唆,母子关系恶化。嘉庆十五年五月初十日,王受昌起意与老陈张氏商谋,将陈阿宝杀死,再将尸身伪装成自缢,老陈张氏答应并协助王受昌杀死了陈阿宝。

章煦的拟判意见颇为细致。第一,将奸夫王受昌依“谋杀人造意者斩”律,拟处斩监候之刑。奸妇老陈张氏依“嫡母因奸将子致死,绞”例,拟处绞监候之刑。第二,按例,因奸起意将子女致死灭口的妇人,以其身份不同,量刑有差。亲母、嫡母拟绞监候;如果是亲母,不论其有无子嗣,入于缓决,永远监禁。继母、嗣母拟斩监候。章煦将嫡母参照亲母又作进一步的细分:本案老陈张氏无子,而其亡夫只有陈阿宝一个儿子。老陈张氏是陈阿宝的嫡母而非亲母,杀死的是丈夫家的独苗,致使夫家绝嗣,应再重一层,由秋审缓决改入情实。假设陈阿宝没有死亡,或者还有其他兄弟,老陈张氏还可因“未致夫家绝嗣”入于缓决,永远监禁。第三,奸妇与奸夫应参照“因奸杀夫”诸律例的定罪要件,同样区分“造意”之主从先后,再行治罪。

针对章煦所提“奸妇起意”“奸夫造意”的概念,刑部认为:现行例内的“起意”二字,可能使部分司法官员拘泥字面,误会例文。因为在很多人看来,既然

定“起意”之人,是为在奸夫与奸妇之间界分出主犯与从犯。而本案对奸夫王受昌与老陈张氏合谋杀子的主观恶意认定并无疑议,若还要就此展开辩驳,只不过徒烦案牍。之所以要在本案中强调老陈张氏的“起意”情节,主要是就其嫡母身份及相应刑度进行强调与细分。此处,刑部沿用的是乾隆五十六年议覆浙江省张云滁与邱方玉之母汤氏通奸商同勒死本夫之子邱方玉一案的思路,简化例文,重惩因奸杀子的母亲。

相较而言,乾隆朝对汤氏因奸杀死本夫独子一案的关注度更高,说理更详[22]21-22。奸妇汤氏作为亲生母亲,较老陈张氏这位无血缘关系的嫡母的恶性更重,可谓集三种恶性于一身。汤氏与奸夫“调戏通奸”、有实质奸行,还拉儿媳曹氏一并参与和奸,使曹氏畏罪自缢身死,更有甚者,还与奸夫合谋杀死丈夫唯一的儿子,使其绝嗣。此前,因奸谋死亲生子女的母亲便不看“造意”与否,只就其杀害子女的实际结果论刑,都要“发往伊犁给兵丁为奴”[22]21。

但乾隆帝认为,这种量刑放在汤氏身上委实过轻。与人通奸,既无夫妇之伦,安有母子之义?从汤氏“起意”杀子开始,便与其夫独子“恩义已绝”,更不要说造成其夫独子死亡,是“令翁姑及伊夫绝嗣,所关甚为重大”[22]21。在母子关系中,已有亲母“不论是否造意,俱发往伊犁给兵丁为奴”之例,恐怕汤氏早就知道她可以侥幸活命,即便因奸杀子确实是罕见的“蔑伦逞凶”,道德上被万人唾骂,但在法律上,无非是“民免而无耻”的结果罢了。对于乾隆来说,这无疑是不能齐之以礼、风俗日下的社会一大乱象[22]21-22。他认为不仅有必要使民知耻,而且“我君臣皆当引以为愧”,细思化莠为良之法的同时,还要推出重惩凶恶之徒的新法[22]22。

乾隆的修例建议是,凡有因奸杀子情状的母亲,一律改为斩监候,“因奸起意,致令绝嗣者,即将其母问拟斩候,入于秋审情实”;即便丈夫有多于一个子嗣的情况,即所谓“未致绝嗣”的母亲,仍应定以斩监候之刑,且“永远监禁,遇赦不赦”[22]23。以此新原则为基础,无血缘关系的继母当然应当与亲生母亲在刑度上有所区分,但不再徘徊于是否或者如何发配边疆给兵丁为奴的基准线,而是提高至“于情实中略予以勾与不勾之分”,“无论是否起意,俱改为拟斩监候”,如果致使夫家绝嗣则入情实,如未绝嗣则永远监禁且遇赦不赦;而亲生母亲,若致使夫家绝嗣同样入于情实,如未绝嗣也将面临永远监禁、遇赦不赦的措置,但不论是否起意,都判拟为绞监候。显然,乾隆希望因奸杀子的母亲们为其道德上的重大瑕疵付出生命的代价。

综上,造意与否、起意与否及有无犯罪动机,对和奸关系中的母亲杀害儿子的既成刑罪在量刑上没有实质性的决定作用。只不过因母亲身份的不同,需要在刑度上作出符合服制亲属等级的区别。

受乾隆朝此番就“起意”展开的“简化概念、加重其刑”的例文改订影响,乾隆五十六年,刑部议覆浙江省张云滁与汤氏通奸之案时,也没有拘泥于其是否“起意”这一要素。汤氏案早已确定了刑部的这样一种司法解释:无论是否起意,继母、嗣母拟斩监候,亲母、嫡母拟绞监候。且奏准后,要求“通行各省遵照”[22]21-22。

此后不久,嘉庆四年,刑部纂修条例时,虽然曾将旧例中的内容进行修改和简化,但仍未将前条例内“起意”二字删去,故在司法实践过程中还是造成了一些混淆适用的情况。刑部发现这种情况后,立即重申:在修例时,将“起意”二字删改为“无论是否起意”字样,务必将例文意思表述得更加明确[23]407-409。

四 结 语

杀奸之罪的设立,始自明代,其制度初衷是树立风化的标尺。“明始立此一门,专言杀奸之罪,虽非古律之意,惟后世淫风流行,人命案件因奸者十居其五,是以定此专门,原为维持风化而设。”[6]305

之所以赋予本夫本妇、本妇之子可以登时杀死行奸为恶之人的合法权利,原是有训诫教导行奸男女遵礼从善的本意。所谓“教化不立而万民不正也。夫万民之从利也,如水之走下,不以教化堤防之,不能止也。是故教化立而奸邪皆止者,其堤防完也;教化废而奸邪并出,刑罚不能胜者,其堤防坏也”[24]1905。行此教化是为美其习俗。礼义教化正是汉儒心目中“正王道”的重要路径,更注意到教化的渐进效用与长远之功,即所谓:“(此)亦教化之渐而仁谊之流,非独伤肌肤之效也。至秦则不然……诛名而不察实,为善者不必免……是以刑者甚众,死者相望,而奸不息,俗化使然也。故孔子曰‘导之以政,齐之以刑,民免而无耻’,此之谓也。”[24]1910

乾嘉时期,讲求“通经学古”“无征不信”的经史考据之风大盛,朝堂君臣对儒家经义中所寄托的伦理风化、体现儒家经义的律例法典文本即便少有义理方面的深度阐发,但借助于律例中对“杀奸之情”所涉相关法律概念及论罪情由的细致辨析,或有所

限缩，或有所简化，或加重对特定身份亲属的量刑，均对汉儒之学有所呼应，同时与君权号为“登峰造极”的清代亦不乏相契之处。

对“登时杀奸”这种越过官府而擅杀的个人行为采取一种相对宽缓的评判立场，不失为一种行王道的宣教工具，更向国人传递这样一种信号：支持本夫杀奸，即便触发“杀人者死”的成文律法，但本质上与王道之志并不相悖，甚至有殊途同归之义。君主与国家是一个共同体，夫妇又与国君一体同属于三纲的叙事框架中，是“三纲”治世思想的重要一面。夫妇关系与父子关系相类，实则均为君臣关系在家族内部的延伸，而在这样一种语境中，君权需要允许丈夫“杀奸”，借夫妇之义以明君臣之义，从而为其背后所彰显的尊君之义留出阐释的余地，完成专制君权建构的正当化、合理化。

徐复观所谈及的流注于春秋时代礼仪中的亲亲精神，“一天一天的稀薄，并演变向权谋术数……毕春秋之世，已一步一步地改变得面貌全非”，在经过天下分裂、侵凌吞并与残酷战争的破坏之后，亲亲精神失坠，礼义精神可以说“到了语言道断的程度”，于理于势，“非要求一个大一统的出现不可”[25]42。虽然这是徐复观就两汉时期君权思想的发展演变做出的阐述，但礼义与君权之间的相关性，并不仅仅局限于两汉之际，对于解读清代对杀奸律义精神与尊君之义的关联，同样有其通贯之处。“家国一体”“忠孝一体”的君父观念，其本质与清人戴震在《孟子字义疏证》中所论“尊者以理责卑，长者以理责幼”的意涵，展现出相当程度的契合[26]10。

但夫纲与父纲在“杀奸”一罪的措置上，始终没有在帝制法制框架中实现完全意义的整合。薛允升于乾嘉两朝之后，曾作出点到为止的发问：“卑幼不得杀尊长，何得谓予卑幼以捉奸之权乎？”薛允升仅举一例：刃伤胞叔，本应拟判绞刑，但若叔叔有奸侄妻的行为，则所谓“刃伤胞叔”只是一种因“捉奸”而得以不论其杀伤尊亲之罪的合法行为结果。正是“重于捉奸而轻于干犯，此例行而大义泯然矣”[11]800。这样一种汲汲于司法裁断中的“原情断狱”，要如何化解来自其制度内部的律义龃龉，有待进一步研读。

[参　考　文　献]

[1] 姚润，等. 大清律例增修统纂集成：卷三十三[M]. 北京大学法学院图书馆藏.

[2] 刘沅. 十三经恒解[M]. 笺解本. 谭继和，祁和晖，笺解. 成都：巴蜀书社，2016.

[3] 张舜徽. 清代扬州学记[M]. 上海：上海人民出版社，1962.

[4] 赵尔巽，等. 清史稿：卷一百四十二[M]. 北京：中华书局，2021.

[5] 薛允升. 读例存疑重刊本：第五册[M]. 黄静嘉，编校. 台北：台北成文出版社，1970.

[6] 吉同钧. 大清现行刑律讲义[M]. 栗铭徽，点校. 北京：清华大学出版社，2017.

[7] 瞿同祖. 中国法律与中国社会[M]. 北京：中华书局，2003.

[8] 江照信. 以史立论：案件与法学的认识问题：以大清律“杀死奸夫”之案件为例[J]. 法律方法，2009(8)：236－254.

[9] 王绍佳，刘妍. 试论清代“杀死奸夫”条中“奸所”“登时”的认定[J]. 法律史研究，2025(9)：76－93.

[10] 姚润，等. 大清律例新增统纂集成：卷二十六[M]. 日本国会图书馆藏本.

[11] 薛允升. 读例存疑重刊本：第四册[M]. 黄静嘉，编校. 台北：台北成文出版社，1970.

[12] 大清高宗纯皇帝实录：乾隆二十五年庚辰七月[M]//清实录：卷六一七. 北京：中华书局，1985.

[13] 滋贺秀三. 清代中国的法与审判[M]. 熊远报，译. 南京：江苏人民出版社，2023

[14] 清会典[M]//嘉庆朝：卷六百四十三. 台北：新文丰出版股份有限公司，1976.

[15] 大清律例[M]. 田涛，郑秦，点校. 北京：法律出版社，1999.

[16] 陆陇其. 三鱼堂外集卷二[M]//陆陇其集. 王群栗，点校. 杭州：浙江古籍出版社，2018.

[17] 阮元. 刑部侍郎唐山阮公传[M]//阮元. 揅经室集. 张鑫龙，点校. 扬州：广陵书社，2023.

[18] 大清仁宗睿皇帝实录：嘉庆九年甲子三月[M]//清实录：卷一二七. 北京：中华书局，1985.

[19] 大清仁宗睿皇帝实录：嘉庆五年庚申夏四月[M]//清实录：卷六三. 北京：中华书局，1985.

[20] 孙嘉淦. 酌改律例疏[M]//孙文定公全集. 石家庄：河北教育出版社，2020.

[21] 沈家本. 寄簃文存[M]. 北京：商务印书馆，2015.

[22] 大清高宗纯皇帝实录：乾隆五十六年辛亥七月[M]//清实录：卷一三八三. 北京：中华书局，1985.

[23] 毋庸. 刑部各司判例[M]//杨一凡，徐立志. 历代判例判牍：第6册. 北京：中国社会科学出版社，2005.

[24] 班固. 汉书[M]. 颜师古，注. 北京：中华书局，2005.

[25] 徐复观. 两汉思想史：第一卷[M]. 上海：华东师范大学出版社，2001.

[26] 戴震. 孟子字义疏证[M]. 何文光，整理. 北京：中华书局，2008.