

試論「情」概念的法律涵義—— 以明清秋審制度為材料

陶安*

清代秋審制度將死罪罪名分為「情真(實)」、「緩決」與「(情有)可矜」三類，並相應地將刑罰也分為處刑、監禁幾年後發配邊疆充當勞動力以及立即發配邊疆(發遣)三類。這些在制定法上都有相關的明文規定，但在法制史研究上，這一罪名及刑罰的分化現象迄今未得到合理的解釋。本文將著眼於明代死罪罪名的嬗變過程，查明該分化的來龍去脈，並且對在分化過程中扮演中心角色的「情」概念進行分析。

在分化過程中，「情」擔當著微觀與宏觀兩種角色。從微觀的角度來看，「情」概念的角色是從犯罪行為中分析出未被現存制定法承認的有意情節。這些情節一旦得到承認，就成為新的構成要件，並形成新的罪名。宏觀的角色則是微觀角色的積累成果。「情真」等概念將無數的新罪名分為刑罰大致相同的幾大類，加以概括。這兩種角色之所以使用「情」概念來表示，大概是因為這些操作最初還沒有很明確的制定法上的依據，需要經歷一番解釋工作。嚴格的「罪刑法定主義」忌諱法律內在的解釋契機，而將其隱藏在「法外之恩」的面紗下。

關鍵詞：情 秋審 經義折獄 罪刑法定主義 絕對確定刑

* 日本國立東京外國語大學亞非語言文化研究所

序

從狹義看，「經義折獄」當係依據經書的義理去審判刑獄，漢代常見的「春秋之義」就是其最著名的代表。如果使用其廣義，「經義折獄」這一概念也可以廣泛地指傳統法文化特有的審判模型或者法律推理。中國傳統的法律推理似乎很普遍地具有這樣一個特點：即常摻有某種「法外」的成分，正如漢代以「春秋之義」為法外的審判依據一樣。在歷代的法律思想中，好像難以擺脫法外的規範性依據，用法外成分來彌補法律的多種缺陷，或者以「法外之恩」修正法律的過度強硬性。

但是，筆者有一個疑問：會不會「春秋之義」等思想只不過是一種思想？甚至懷疑這些詞語僅僅是一種套語，文人利用經書的權威顯示出自己判斷的正當性。例如，董仲舒曾以「春秋之義」作了如下的一個刑案分析：

董仲舒決獄曰，甲父乙與丙爭言相鬥，丙以佩刀刺乙，甲即以杖擊丙，誤傷乙，甲當何論。或曰，毆父也，當梟首。議曰，臣愚以父子至親也。聞其鬥，莫不有悵悵之心。扶杖而救之，¹非所以欲誅父也。春秋之義，許止父病，進藥於其父而卒。君子原心，赦而不誅。甲非律所謂毆父也，不當坐。²

法律上本來已有「誤」與「故」之分，董仲舒分析甲的行為為「誤傷」、為「扶杖而救之，非所以欲誅父也」就是很合理的法律解釋，不引用「春秋之義」，本案也不難以斷案。「君子原心」也僅僅是重新表明要分清「誤」與「故」這兩種構成要件，將其稱為「原心」是因為這兩種構成要件的分歧點在於當事人的主觀認識，正如近代刑法上殺人罪與傷害致死等罪的區別在於當事人的犯罪意識一樣，法官總要「原其心」才能判清當事人具有殺人還是傷害的故意。總之，在「春秋之義」、「原心」等概念上看不出其在法律之外還能提供何種的判斷依據。

¹ 李昉等，《太平御覽》（北京：中華書局影印，1960），作「扶伏而救之」，今以玉函山房本改正。

² 同前書，卷六四〇，〈刑法部六·決獄〉。

以往的研究，因為側重於思想史，似乎沒有重視這種疑問，所以傳統刑法特有的推理方式，尤其是其在法律制度上的客觀表現仍待進一步研究。本文將從法律制度的角度重新試探「法外」審判依據的真正涵義，嘗試彌補這片空白。從時代的分佈情況來看，「情」大概是最具有普遍性的「法外」審判依據。而在帶有「情」概念的法律制度中，又要算明清時代的秋審最有名。因此，本文將著眼於明清秋審制度中的「情」概念進行分析。

秋審將死罪犯分為「情真（實）」、「緩決」與「（情有）可矜」。³「情真」等概念有制定法上的依據，比如《大清律例》曰：

凡每年秋審，直省督撫將監禁重犯審擬情實、緩決、可矜具題，限七月十五日以前到部……八月內，在天安門外金水橋西，會同詳覈情實、緩決、可矜，分擬具題，請旨定奪……。⁴

將重犯分為「情真（實）」、「緩決」與「（情有）可矜」無疑是一個法律上的制度，與哲學或思想上的概念自然有別。因此，從制度的結構特徵考察才是理解「情」概念的關鍵所在。

在上引條文中，三種「情」概念可以理解為「重犯」的下位概念，而「重犯」是相對「輕犯」而言。所有監禁的罪犯可以略分為「重犯」與「輕犯」兩大類，「重犯」一類歸秋審審判，「輕犯」一類歸「熟審」等程序。換言之，「重犯」與「輕犯」是對罪犯（或者其所犯之罪）的高度概括。秋審中，又把「重犯」細分為三小類，即「情真（實）」、「緩決」與「（情有）可矜」。這三種概念很明顯也是對犯罪的一種概括或分類。例如同治十一年四川提刑按察司所刊《秋審成案》列出如下罪名：

- 一，職官犯一應死罪……俱入情實。……
- 一，殘毀有服尊長死屍者，應入情實。

³ 清朝將「情有可矜」略稱為「可矜」，避雍正諱改「情真」為「情實」。另外又有「留養承祀」一類，其性質與本文「情」概念有別，此暫不論。

⁴ 《刑律·斷獄》「有司決囚等第條·雍正三年條例」，轉引自崑岡等纂修，《（光緒）大清會典事例》（外交部石印本，東京：東京大學東洋文化研究所藏），卷八四四，〈刑部·刑律斷獄·有司決囚等第（一）〉。有關在京重犯的條例亦基本上相同，可以參考同書同處。

一，誤殺期功尊長，犯時不知，照凡鬥者，應擬緩決。……

一，毆本宗總麻尊長至篤疾之案，……其情節略有可原者，俱入緩決。……⁵

「情實」概括「職官犯一應死罪」、「殘毀有服尊長死屍者」等犯罪為一類，「緩決」又將「誤殺期功尊長，犯時不知」、「毆本宗總麻尊長至篤疾，情有可原者」等概括為一類，「可矜」亦可以類推。

這種概括的目的是在於區分犯罪之輕重，其法律效果將表現在刑罰上的不同。「情實」一類將被處刑，「緩決」則在監禁幾年後改判「（情有）可矜」，「（情有）可矜」將被發配邊疆充當勞動力。⁶ 在這個意義上，「情」是針對犯罪的概括，將輕重不同的犯罪分別歸類，這與律典的「五刑」很相似，因而「情真」等概念又可以理解為與五刑並存的一套刑名，只是其制定法上的地位略有區別。

本文共分為四節，主要對秋審中的情概念的歷史演變進行考證，並與同代刑罰體系的演變作比較。明代初期將罪名分為「真犯」與「雜犯」兩大類，刑罰因而也分為死刑與贖罪兩項。此兩類大致與「情重」和「情輕」對應。第一節分析朱元璋如何使用「誤犯」的邏輯建立了此二元式體系，從法律制度的層次解讀其思想內容。宣德年間之後，在審錄程序中新出現「情有可矜」概念，因而又將罪名重新分為三大類。第二節將分析新概念與刑罰體系轉變的關係，即是與新實施的充軍刑之間的關係。第三節將介紹「情真」概念的出處。「情真」與明初的「真犯」的涵義大致相同，這一概念是在修辭學上的整理過程中形成的，而實質上並未產生新的變化。第四節將討論「緩決」的來源問題。成化末年以後，從「情真」罪名中又細分出「情尤重者」，因而在死刑與充軍之間又增添了一項刑罰，即有期監禁。此乃為「緩決」制度開闢了先河，經過一番修辭學上的整理又蛻變為清朝秋審中所見的緩決制度。最後，在

⁵ 據英祥、林恩綏編，《秋審實緩比較成案二十四卷》（同治十二年刊，東京：東京大學東洋文化研究所藏）所收《秋審實緩比較條款》。

⁶ 其實，「情實」又分為「勾除」與「未勾」，「緩決」和「（情有）可矜」分為「不准減」與「准減」等，各類具有獨特的法律效果。這些分類與「情真」、「緩決」、「可矜」性質相同，故此處暫不論。

結尾中將論及到情概念在傳統法律制度上的存在意義，並且從新的角度重新分析古人思想中的情概念。此分析主要以鄭克《折獄龜鑑》的按語為材料。

一、「誤犯」、「雜犯」與「情」

朱元璋以刑用重典而出名，這一惡名大致源於《大誥》一書。⁷ 這本書由朱元璋親自執筆，對他整治各層官員的大獄作了紀錄。所收案例在形式上屬刑事案件，實質上只不過是政治鬥爭的結果。所使用的罪名均係制定法所無，與現代史中毛澤東給「右派」等政敵所戴上的多種帽子一樣，是根據政治上的需要而人為創造的。《大誥》的刑罰，相當嚴酷，一日殺戮百數十人也不以為多，真不愧被稱為重典。但是，一般的刑事政策則軟硬兼施，頻繁「宥獄囚」，顯示「新國用輕典」之意。至正十八、九年，朱元璋尚未稱王之前，實錄中已有「宥獄囚」的記載，比如十九年稱：

宥獄囚。下令曰……春氣發育，草木昆虫，猶得自遂其生，而吾民有久繫於獄者。抑鬱悲愁之氣，恐傷天地之和。是用布告所隸州郡，自三月初二日以前，除大逆無道及敵之偵伺拘繫外，其餘罪無大小，咸與宥原。敢有不遵，仍前告言者，以其罪罪之。⁸

因為在這之前連著兩年錄囚中都有「釋」、「減」、「原」、「宥」之舉，遇到左右諫諍，因此，在至正十八年朱元璋明言「新國用輕典」：

⁷ 共有《大誥初編》（又稱《御製大誥》或《大誥前編》）、《大誥續編》、《大誥三編》與《武臣大誥》四部。參看張鹵輯，《皇明制書》（東京：古典研究會影印，1967），卷五；楊一凡，《大明大誥研究》（南京：江蘇人民出版社，1988）；黃彰健，《大明律誥考》，《中央研究院歷史語言研究所集刊》24（1953）：77-101；佐藤邦憲，《明律·明令と大誥および問刑條例》，收入滋賀秀三編，《中國法制史——基本資料の研究》（東京：東京大學出版會，1993），頁435-472。

⁸ 胡廣等，《明太祖高皇帝實錄》卷七，己亥三月甲午。本文引用《明實錄》均依據臺灣中央研究院歷史語言研究所影印本（1984）。因為原文混用不同字體，如「佞」與「倭」、「於」與「于」、「遞」與「遞」等，所以筆者大致都改為《康熙字典》正體，不一一指明。常見錯字如「卿」寫「鄉」也如此處理。

左右或言，去年釋罪囚，今年又從未減。用法太寬，則人不懼法，法縱弛，無以為治。上曰，用法如用藥。藥本以濟人，不以斃人。服之或誤，必致戕生。法本以衛人，不以殺人。用之太過，則必致傷物百姓。自兵亂以來，初雖創殘，⁹今歸於我，正當撫綏之。況其間有一時誤犯者，寧可盡法乎。大抵治獄以寬厚為本，少失寬厚則流入苛刻矣。所謂治新國用輕典，刑得其當，則民自無冤抑。若執而不通，非合時宜也。¹⁰

當然，刑事政策也不能偏軟，以免對犯罪分子示弱。朱元璋會《尚書》「眚災肆赦、怙終賊刑」之意，區分「真犯」與「誤犯」，保持軟硬平衡：

詔曰，釋罪宥愆，昔君未嘗輕發。發則精詳，豈有獲罪而苟免，致冤而無訴者。故眚災肆赦，怙終賊刑。具載於書，至今明焉。漢唐至元，其間懦君承業，權由姦佞。因有大赦。雖間釋君子之過愆，而姦頑之徒得為漏網之魚，使善良者含鬱而不伸。古人謂，小人之幸，君子之不幸，豈不信。然朕為天下生民主，恒恐悖理乖仁，脫兕頑於僥倖，長姦佞於姑息，有乖聖人明刑慎罰¹¹之意。中書其條陳獄囚。若果真犯，但笞罪以上，俱各不原。其餘誣誤過失，因人致罪者，悉皆宥之。¹²

在這需要留意以下兩點：

第一，云宥云釋，未必意味著全面免罪。如：

宥松江盜錢鶴臯餘黨。初鶴臯作亂伏誅。其黨株連¹³不已。至是復逮至百五十四人，法皆當死。上曰，賊首既誅，此脅從者，俱貸其死，謫戍蘭州。¹⁴

或：

⁹ 原文作「初離創殘」，校勘記雖未涉及，但「離」字似係「雖」字之誤。黃彰健校勘，《明實錄附校勘記》（臺北：中央研究院歷史語言研究所，1984），以下簡稱校勘記。

¹⁰ 《明太祖高皇帝實錄》卷六，戊戌三月己酉。

¹¹ 校勘記云「嘉本罰作辟」。

¹² 《明太祖高皇帝實錄》卷九四，洪武七年十一月丙寅。

¹³ 原文作「誅連」，校勘記云「各本誅作株，是也」。

¹⁴ 《明太祖高皇帝實錄》卷五九，洪武三年十二月戊午。

釋刑徒七十七人，發河南歸德永城諸驛，人入馬一匹，傳遞以贖其罪。¹⁵

有時用「情」概念表示同一個意思：

起鳳陽屯田官吏梅珪等五百十八人赴京。先是官吏獲罪者，上恐法司推讞未精，或其人因公註誤，法雖難宥，情有可矜者，悉謫鳳陽、渠象屯田，俾歷艱難省躬悔過。至是，特取珪等至京，命中書省量才用之。¹⁶

在這雖說法律所「難宥」，但「情有可矜」仍寓宥罪之意。以上三例中，被「釋」或「宥」的罪犯最終都需服從某種刑罰，可能是財產刑或勞動刑。¹⁷頒佈《律令直解》之際，朱元璋亦稱：

有誤犯者，赦之則廢法，盡法則無民。¹⁸

不「盡其法」而稱之為「宥」或「釋」，「宥罪」等只不過是一個抽象的口號。它主要相對死罪而言，即是指免死。國家之於罪犯，不處之死地，已經算得上宥罪大恩，何妨在「宥罪」之後再搾取誤犯的勞動力或剝奪其財力。國家有效利用刑徒的經濟價值，這在明朝之前已有悠久的傳統，在洪武年間又逐漸形成一套「寬宥之典」，即明朝有名的贖罪制度。在洪武八年已經出現相關的明文規定：

勅刑官，自今凡雜犯死罪者，免死輸作終身。徒流罪限年輸作。官吏受贓及雜犯私罪當罷職役者，謫鳳陽屯種。民犯流罪者，鳳陽輸作一年，然後屯種。上復諭刑官曰，天道好生，人情惡死。¹⁹朕御天下，夙夜靡寧，常懼刑罰失中，以乖天道。所以特降寬宥之典。凡雜犯死罪，皆令輸作屯種，以全其生，且冀其悔罪改過復為善人。爾等宜體朕此意，務求公平，使刑罰得中，下無冤抑，則不負朕委任矣。²⁰

¹⁵ 《明太祖高皇帝實錄》卷一五六，洪武十六年九月乙丑。

¹⁶ 同前書，卷一〇三，洪武九年正月丁卯。

¹⁷ 第一例所云「戍」當解為屯田，與第三例相同。第二例「發充諸驛，入馬傳遞」是財產勞動刑混合型的贖罪。

¹⁸ 《明太祖高皇帝實錄》卷二八上，吳元年十二月戊午。

¹⁹ 原文作「天道好生，人情好生惡死」，校勘記云「抱本人上有惡殺二字。寶訓此二句作天道好生、人情惡死」。

²⁰ 《明太祖高皇帝實錄》卷九七，洪武八年二月甲午。據實錄的記載，最早的制定法當是洪

洪武三十年公佈《大明律》時，又重新確認這部寬宥之典：

命六部、都察院等官，議定贖罪事例。凡內外官吏犯笞杖者，紀過；徒流遷徙者，以俸贖之；三犯罪之如律。雜犯死罪者，自備車牛運米輸邊，本身就彼為軍。民有犯徒流遷徙者，發充遞運水夫。凡運米贖罪者，甘肅車一兩牛四頭米十石，山丹加一石，永昌加二石，西涼加三石，雲南曲靖普安如西涼之數。

○大明律誥成，上御午門，諭群臣曰，朕有天下，倣古為治，明禮以導民，定律以繩頑，刊著為令。……除謀逆并律誥該載外，其雜犯大小之罪悉依贖罪之例論斷。今編次成書，刊布中外，令天下知所遵守。²¹

第二，「誤犯」等概念與現代的過失概念截然不同，它是指不知法、誤罹於法，與犯罪行為的有無意識無關。朱元璋對「誤犯」的理解大致如下：

(上) 恐民一時不能盡知法意、或有誤罹于法者，乃謂大理卿周禎等曰，律令之設，所以使人不犯法。田野之民豈能悉曉其意。有誤犯者，赦之則廢法，盡法則無民。²²

因此，寬宥之典也涉及到很多屬故意行為的犯罪，如：

中書省臣言，民有販賣私鹽者，於法當誅，請如律。上曰，彼皆細民，恐衣食不足，而輕犯法。姑杖之發戍蘭州。既又有潭州民艾五立等，以私鑄錢，亦論當死。上亦命免其死，杖發寶源局充工。²³

販賣私鹽無疑是故意行為，在我們看並不能稱之為過失。但在朱元璋的邏輯中，這些行為僅是老百姓謀生的手段，與知法犯法、明知故犯等惡劣情節有別，故從寬宥。在下引案件中朱元璋更詳細地闡述這種邏輯：

武五年十月戊子的贖例：「上以時營中都，恐力役妨農，詔自今雜犯死罪可矜者，免死發臨濠輸作」（《明太祖高皇帝實錄》卷七六）。「自今」表示這一規範不僅供這一次審錄程序指導論斷，而以後繼續有效，恒久為斷獄的法律依據。只是這裡還沒涉及到徒流以下罪名的處理方法，與正文所引贖罪例不同。

²¹ 《明太祖高皇帝實錄》卷二五三，洪武三十年五月甲寅。

²² 同前書，卷二八上，吳元年十二月戊午。

²³ 同前書，卷五九，洪武三年十二月甲子。

江西行省商民坐沮壞鹽法，刑官擬以亂法，罪當死。上曰，愚民無知，犯法猶赤子無知入井，見者莫不怵惕。豈宜遽以死罪論之。法司執奏不已。上曰，有罪而殺，國之常典。然有可以殺、可以無殺。彼愚民沮壞鹽法，原其情，不過為貪利耳。初無他心。乃悉免死輸作臨濠。²⁴

「誤犯」實際上與「雜犯」、「雜犯小罪」或「輕罪」大致相同。比如，在有關申明亭的諭旨中，朱元璋將「誤犯」當作「雜犯」的同義詞：

上諭禮部臣曰，天下郡邑申明亭，本以書記犯罪者姓名昭示鄉里，以勸善懲惡，使有所警戒。今有司概以百姓雜犯小罪書之，使良善一時過誤者，為終身之累。雖欲改過自新，其路無由。爾禮部詳議來言。於是，禮部議上，自今犯十惡奸盜詐偽，干名犯義，有傷風俗，及犯賊至徒者，書於亭，以示懲戒；其餘雜犯公私過誤，非干風化者，一切除之，以開良民自新之路。……制可。²⁵

「愚民誤犯猶如赤子入井」這種觀念屬於思想的層次，但「誤犯」概念又總伴隨具體罪名的記載，相關的諭旨中具體規定哪一些罪名應該寬宥、哪一些不然。最普遍的是指定「十惡奸盜詐偽」等不宥的罪名而寬宥其餘。後來也逐漸形成了相關的實體法規定，《諸司職掌》中的罪名例（即所謂「洪武二十六年例」）則是我們現在能看到的最早的例子，其內容大約如下：

真犯死罪

律令

十惡

變亂成法

朦朧奏啓

棄毀制書印信

……

大誥

僧道不務祖風

說事過錢

……

²⁴ 《明太祖高皇帝實錄》卷七八，洪武六年春正月辛酉。

²⁵ 同前書，卷一四七，洪武十五年八月乙酉。這一諭旨中，將「犯賊至徒者」從「雜犯」劃出，歸之於真犯一類，上引史料中又有「真犯但答罪以上」一語，似乎朱元璋設想中真犯本來不限於死罪罪名，這與真犯概念後來在制度上的表現不同，很值得我們注意。

雜犯死罪

律令

盜倉庫錢糧 官吏受贓過滿

.....

大誥

官民犯罪重作輕或盡行買免

.....²⁶

此例僅僅列出一批死罪罪名，將其分為真犯、雜犯兩類。²⁷ 贖罪制度就依據這種法律規範區分「准贖」與否。²⁸

情概念可以說是誤犯思想與罪名例制度之間的橋樑。「情」的意思本來不外乎「情節」，而根據語境又可以分出兩種意思：有時候，「原其情」、「情得其真、刑當其罪」等僅僅意味著查清該案的具體經過，如：

監察御史謝恕巡按松江，以欺隱官租，逮繫一百九十餘人至京師，多有稱冤者。治書侍御史文原吉等以其事聞。上命召數人，親問

²⁶ 據《皇明制書》卷五。

²⁷ 所列出的《大明律》與《大誥》死罪罪名共七十八條，其中真犯罪名六十五條、雜犯罪名十三條。因為《諸司職掌》將「失悞（誤）軍機」與「殺傷來降人及逼勒逃竄」兩個真犯罪名以及「攬納戶」與「安保」兩個雜犯罪名分別合併為一條，所以罪名總數似乎少兩條，但應該以《（萬曆）大明會典》（李東陽等撰，申時行等重修〔揚州：江蘇廣陵古籍刻印社影印，1989〕），卷一七三，〈刑部·罪名〉（《（正德）大明會典》亦同）的四條分寫為是。正德與萬曆的《大明會典》在〈刑部·罪名〉中又載「洪武三十年例」，在二十六年例的基礎上，再將罪名分為「決不待時」、「秋後處決」與「工役終身」三類，共列一百個罪名。

²⁸ 贖罪既然屬「寬宥之典」，可以將《大明律·名例》的「常赦所不赦」條視為其最終的法律依據。該條云：「凡犯十惡、殺人、盜係官財物及強盜、竊盜、放火、發塚、受枉法不枉法贓、詐偽、犯姦、略人、略賣、和誘人口，若姦黨及讒言、左使殺人、故出入人罪，若知情故縱、聽行、藏匿、引送、說事過錢之類一應真犯，雖會赦並不原宥。其過悞犯罪，及因人連累致罪，若官吏有犯公罪，並從赦宥」。具體列舉真犯罪名，與「二十六年例」相同，而其餘雜犯仍用如「誤犯」、「連累」、「公罪」一類抽象的統稱。「二十六年例」所列舉真犯罪名更詳細，並且雜犯也具體列舉，可以將其理解為該條的細則。只有流罪以下的罪名，「二十六年例」未涉及到，似乎不如律條詳細，但贖例已稱「雜犯死罪以下」，實際比律條概括性強。本文所引用的《大明律》、《問刑條例》均轉引自黃彰健，《明代律例彙編》（臺北：中央研究院歷史語言研究所，1979年初版，1994年影印）。

之，悉得其情。乃責怒曰，……於是盡釋其人，命以恕下吏。²⁹ 這種「情」恰好符合情字常訓「實」。有時「情」則另有一種規範意義。上面已經引過其例，比如「因公誑誤，法雖難宥，情有可矜者」一句中，「情有可矜者」是指在該案的經過中有了「因公」或「誑誤」等特殊情況。在此「因公」與「誑誤」，雖然同樣是該案的一個情節，但並不是某案某人的特殊行為，而是某種類型的犯罪行為中普遍存在的，它是某類罪名的共同屬性。並且這個屬性的意義不在於事實層次，而在於規範的層次，它影響到對這類犯罪行為的評價，決定該行為罪性的輕重。

這類普遍的情節常常在制定法中已有相應的表現。比如，《大明律·名例》的「常赦所不赦」條注釋「公罪」為「因公事得罪」；《大明律·刑律·人命》的「車馬殺傷人」條亦寬宥「因公務急速而馳驟殺傷人者」，「以過失論」。「誤犯」亦有寬宥之例，如《大明律·吏律·公式》「棄毀制書印信」條規定「誤毀者，各減三等」，「過失殺人」也僅「收贖」³⁰等。但是制定法不能對所有的罪名全面地規定相應的構成要件。因此，在審判的過程中會遇到這種普遍的情節之際，制定法未必對該案有關的罪名規定相應的構成要件。此時就用「情」概念分析出這一情節，並超越該罪名的明文規定先做出相應的判決。

「情有可矜」是就實際案情分析出的普遍情節。在審判制度中不斷地分析並積累這種情節，最後可以將其歸納為某類罪名的共同屬性。洪武二十六年的罪名例將兩種最基本的共同屬性編入制定法內，將其規定為「雜犯」與「真犯」，並賦予法律效果。換言之，此時「誤犯」屬思想，「情」屬法律上的解釋，「雜犯」乃其在制定法上的表現。

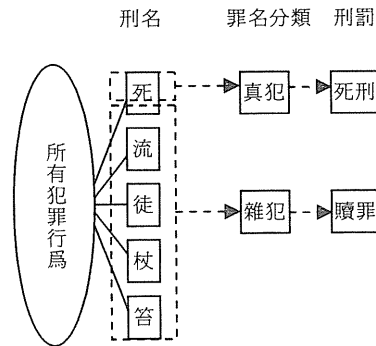
刑法體系由死刑與贖罪構成，與上述罪名的分類相應。如云「真犯處決，雜犯死罪以下運糧贖罪」，真犯一類罪名歸死刑，而雜犯死罪以下，即一切其他的罪名都用贖罪的方法處理。³¹ 贖罪（運糧、運磚、輸

²⁹ 《明太祖高皇帝實錄》卷四三，洪武二年七月癸丑。

³⁰ 傳統刑法的「誤殺」概念指謀殺、故殺或鬥毆等故犯的附屬後果，並非「誤犯」之比，故不從寬宥，以故殺或鬥毆論。參《大明律·刑律·人命》「戲殺誤殺過失殺傷人」條。

³¹ 這一法律效果最初由「贖罪事例」（如上引洪武八年或三十年兩例）規定，罪名例則將其與具體罪名連起來，也可以說罪名例是贖罪例的施行細則。

作、罰役等等) 本身是一種勞動刑與財產刑混合的制度，勞動刑與財產刑的區別主要在於罪犯的財力，有充分財力的就用財產刑，無財力的就科以勞動，³² 二者著眼於其共有的經濟價值而歸併為一類。勞動刑與財產刑的區分，甚至是死刑與贖罪的區分已經與律典的五刑條無關，五刑僅用於衡量雜犯的輕重並決定需剝奪勞動力或財富的量(圖一)。



圖一：洪武年間的罪名分類與刑法體系

永樂年代，與罪名以及刑罰的二元分化相應，審判程序也一分為二，會審重囚之外還出現專門處理雜犯罪犯的程序。其目的是「疏清」監獄而解消「淹禁」。主要是夏天天熱之時，一氣呵成地聽斷所有的雜犯案件，執刑後釋放一切罪犯，以免很多獄囚得病而死於獄中。比如：

³² 詳參《問刑條例》五刑條。又看拙文〈中國刑罰史における明代贖法——唐律的「贖刑」概念との比較〉，《東洋史研究》57.4 (1999)：104-147；〈律と例の間——明代贖法を通じてみた旧中国法の一斑〉，《東洋文化研究所紀要》138 (1999)：1-65；後者漢語譯文見李力譯，〈律與例之間——通過明代贖法看古代中國法之一斑〉(上)(下)，收入中國法律史學會主辦，韓延龍主編，《法律史論集》(北京：法律出版社)，第4卷(2002)，頁351-371；第5卷(2003)，頁246-278。

上諭三法司官曰，天氣向熱，獄囚淹久必病，病無所仰給必死。輕罪而死，與枉殺何異。今令五軍都督府、各部、六科給事中協助，爾等盡數目³³ 疏決之。凡死罪獄成者，俟秋處決。輕罪皆即決遣。有連引待辨未能決者，皆令出獄聽俟。……³⁴

後來《大明會典》和初期《大清會典》將其稱為「熱審」，但並不限於夏季舉行，如永樂六年九月：

刑科都給事中³⁵ 張信劾奏刑部、都察院淹禁罪囚，致有瘐死獄中者。上惻然曰，朕數命法司，無滯獄即汝為稱職，乃視人命如草芥……期三日，除大辟罪，餘雜犯死罪以下，悉疏決。³⁶ 違者不宥。³⁷

或如永樂九年十一月：

日者上以天寒，念獄囚淹滯，勅近臣就獄審錄，輕即釋之。³⁸

熱審程序稱輕罪決遣，常與「死罪俟秋處決」對比，或用「雜犯死罪以下」來代替，可知「輕罪」概念的涵義與雜犯略同。嚴密些說，罪名例不涉及到流罪以下的罪名，實體法上的「雜犯」概念僅指「雜犯死罪」，「雜犯死罪以下」的罪名在實體法中缺乏概括性的概念，可以將「輕罪」理解為「雜犯死罪以下」的統稱。³⁹「輕」當係「情輕」即「情節較輕」之意，這又可以從側面證明「雜犯」與「情」概念的密切關係。⁴⁰

³³ 校勘記云「廣本抱本目作日，是也」。

³⁴ 校勘記云「廣本俟作候」。見楊士奇等，《明太宗文皇帝實錄》卷三〇，永樂二年四月丁丑。

³⁵ 原文作「刑科給事中」，校勘記云「廣本抱本刑科下有都字，是也」。

³⁶ 校勘記云「廣本抱本悉下有疏字，是也」。

³⁷ 《明太宗文皇帝實錄》卷八三，永樂六年九月己酉。

³⁸ 同前書，卷一二一，永樂九年十一月丙子。

³⁹ 洪武年間已有「輕重獄囚」等概念，如《明太祖高皇帝實錄》卷八五，洪武六年九月丁未。「輕重」當然指「輕罪」與「重罪」，但是因為朱元璋最初對雜犯與真犯未確定其準確的範圍，仍然含糊地使二者均包含徒流以下罪名，並且未曾有雜犯的專門程序，所以輕罪概念較罕見。至於重罪、重刑等概念，因為中央有「覆奏」或者「三覆五奏」制度、地方有派御史「審決」之制，所以不乏其例，如：「詔自今諸司應死重囚、俱令大理寺覆奏聽決。著為令」（《明太祖高皇帝實錄》卷一七九，洪武十九年十二月乙酉）。或如：「遣監察御史余公大往秦州審決重刑。勅曰……」（《明太祖高皇帝實錄》卷一四七，洪武十五年八月庚辰）。

⁴⁰ 儘管不能查出將雜犯稱為「情輕」之例，但可以真犯稱「情重」的例子為旁證，比如：

二、充軍與「情有可矜」

永樂年間，又逐漸開始重構真犯概念。永樂元年閏十一月甲子，皇帝「與侍臣論慎刑」，其中：

上曰，孔子云，何以守位，曰仁。法司每奏死囚當決，朕未嘗不反覆究思，稍有一毫可生之情，即從寬減。如此猶慮獄訟有不得其平。故嘗勅諸司以慎恤為務。⁴¹

洪武年間依「故犯」、「誤犯」等情節分「真犯」與「雜犯」，「真犯」當已毫無可生之情。但是，永樂皇帝還是從當決死囚中，即從真犯罪犯中能找出可「從寬減」者。這無疑是對洪武年間真犯概念的挑戰。

永樂五年八月庚子又能看到關於在審錄中變更真犯範圍的記載：

刑部、都察院、大理寺請錄囚。上命，惡逆、強盜、謀故殺人、故勘平人致死者不宥，餘死罪皆貸之，北人⁴²發戍極北，南人戍極南。流罪以下姑釋之，使改過自⁴³新。⁴⁴

我們雖然沒有明證可以證明「其餘死罪」的具體內容，但是真犯罪名中只有「惡逆」、「謀殺」、「故殺」與「故勘平人致死」四種罪名處刑，其他均歸「其餘死罪」一類，這一類免死充軍，顯而易見其中應當包含真犯罪名。⁴⁵ 真犯本屬「怙終」當「賊刑」，改死為戍是針對真雜二元的刑法體系的重要修改。不過，變更真犯概念的用意在宣德年間之後才真正得以體現。

「遣副都御史李慶齋壘書，命皇太子錄南京獄囚。死罪情重者，繫獄聽決，雜犯死罪以下，皆從贖罪例發遣。時天氣向寒，上慮獄囚淹滯，故有是命」（《明太宗文皇帝實錄》卷一四四，永樂十一年十月丙寅）。

⁴¹ 《明太宗文皇帝實錄》卷二五，永樂元年閏十一月甲子。

⁴² 原文無「北人」二字，校勘記云「廣本抱本發上有北人二字，是也」。

⁴³ 原文自字作目，校勘記云「舊校改目作自」。

⁴⁴ 《明太宗文皇帝實錄》卷七〇，永樂五年八月庚子。

⁴⁵ 有間接證據能推測「其餘死罪」是指除所不宥之四項真犯以外的其餘真犯死罪，而不包含雜犯死罪。永樂四年五月庚寅朔進行熱審，諭旨稱：「今天氣已熱，除犯斬絞罪繫之，其徒流以下，皆令所在發遣。庶幾瘳死無及於輕罪。」（《明太宗文皇帝實錄》卷五四）永樂九年十一月也有「重罪繫之，徒流以下決放」之令，其他所有的審錄均准雜犯死罪以下贖罪發落，可見「徒流」一詞已包含「雜犯死罪」。因此，本文所引「流罪以下」當包含雜犯死罪，可類推而知。

宣德年間刑罰體系經歷了一次轉換。有時審錄襲用洪武年間的二元體系，將罪名分為將要處刑與准贖發落兩類。但有時也有所不同，在二者之間又曾加戍邊或充軍一項。表一列出宣德十年間審錄諭旨所規定的處罰。

表一：宣德年間審錄所反映的刑罰體系轉換

程序		處罰		
元年 ⁴⁶	春審 ⁴⁷	不宥		運糧
	夏審 ⁴⁸	(死刑)		(贖罪)
	秋審 ⁴⁹	依律	戍邊	運磚
二年	春審	—		
	夏審 ⁵⁰	如律		罰工／輸作
	秋審 ⁵¹	依律		公幹／輸作
三年	春審 ⁵²	如律	戍邊	輸作
	夏審 ⁵³	依律	戍邊	輸作
	秋審 ⁵⁴	如律	戍邊	輸作
四年	春審	—		
	夏審 ⁵⁵	依律		運磚
	秋審 ⁵⁶	不宥		運磚

⁴⁶ 宣宗洪熙元年六月即位，但是洪熙元年間的審錄記載甚略，不可知其詳，故該表從宣德元年做起。

⁴⁷ 楊士奇等，《明宣宗章皇帝實錄》卷一三，宣德元年正月癸丑。

⁴⁸ 同前書，卷一七，宣德元年五月甲午。此處云「古者孟夏斷薄刑，出輕繫，仲夏拔重囚〔《禮記·月令》作「挺重囚」〕，益其食……卿等當體此心，即量情罪輕重而區別之……」，分「輕繫」與「重囚」，當係雜犯與真犯，即贖罪與死刑。

⁴⁹ 《明宣宗章皇帝實錄》卷二三，宣德元年十二月丁卯與辛未。卷二〇，同年八月乙丑與丙寅又審錄武官，仍僅分「不宥」、「宥」兩項。

⁵⁰ 《明宣宗章皇帝實錄》卷二八，宣德二年五月乙巳、丙午、六月甲戌、戊寅；卷二九，同年七月丙申、庚子。

⁵¹ 同前書，卷三一，宣德二年九月丁亥與壬辰；卷三二，同年十月己未與丙寅。

⁵² 同前書，卷三九，宣德三年三月壬辰。

⁵³ 同前書，卷四二，宣德三年閏四月癸巳與壬寅；卷四三，同年五月庚申與辛酉。

⁵⁴ 同前書，卷四五，宣德三年七月甲寅與戊辰；卷四九，同年十二月乙未。

⁵⁵ 同前書，卷五四，宣德四年五月壬子。

程序		處罰		
五年	春審	—		
	夏審 ⁵⁷	不詳	戍邊	不詳
	秋審	—		
六年	春審	—		
	夏審	—		
	秋審 ⁵⁸	不宥／及時而決	從輕典	罰役贖罪
七年	春審 ⁵⁹	不宥	戍邊	納米／輸作
	夏審 ⁶⁰	如律	戍邊	如例
	秋審	—		
八年	春審 ⁶¹	如律	戍邊	運磚／納米／ 輸作
	夏審 ⁶²	如律	問理發遣	
	秋審	—		
九年	春審 ⁶³	如律	戍邊	罰役
	夏審 ⁶⁴	依律	充軍	運磚／輸作
	秋審	—		

宣德年間，每年基本上進行三次審錄程序，即春季、夏季、秋至冬季各一次。春夏兩季審錄頗像《大明會典》和《明史·刑法志》中的所謂「熱審」，僅執行非死刑的刑罰，但是三個程序不問罪名輕重，又對所有獄囚都進行審判。只是因為大多死刑係「秋後處決」，在春夏兩季稱

⁵⁶ 《明宣宗章皇帝實錄》卷五九，宣德四年十月癸未與十一月壬子。

⁵⁷ 同前書，卷六五，宣德五年四月乙亥。

⁵⁸ 同前書，卷八一，宣德六年七月己巳；卷八四，同年十一月己丑。

⁵⁹ 同前書，卷八七，宣德七年二月辛卯與甲午。

⁶⁰ 同前書，卷九一，宣德七年六月甲午與癸卯。

⁶¹ 同前書，卷九九，宣德八年二月壬子。諭旨稱「除謀逆等重罪外……」，當係「如律」、「俟秋處決」之義。

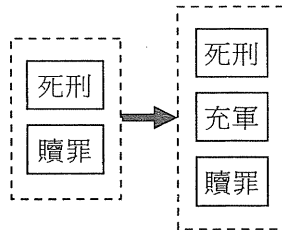
⁶² 同前書，卷一〇三，宣德八年六月戊子與辛丑。

⁶³ 同前書，卷一〇八，宣德九年二月甲戌。

⁶⁴ 同前書，卷一一〇，宣德九年四月己未與戊辰。

「依律」、「如律」或「不宥」，意味著繼續監候，而在秋季以後才涉及到真正處刑，其意義也不外乎這類罪名歸死刑。下文將三次審錄稱為「春審」、「夏審」與「秋審」以便區別。

從表一可以看出，前五年當值體系轉換的過渡期。二元體系與三元體系相互替換，川流不息。元年在死刑與贖罪之間曾加一項戍邊，二年一度廢除，三年再設，四年與五年相互交換一次。六年以後才定型為年年都設戍邊一刑，並為正統年間以後代代所承。可以看出，宣德年間刑法體系轉換，將死刑、贖罪的二元體系轉為由死刑、充軍、贖罪三項構成的體系（圖二）。⁶⁵



圖二：宣德年間刑罰體系的轉換

既然增加了新刑罰，罪名分類就不能照舊。經過一番整理，新的罪名分類才能形成，並取代以往的二項分類。每一個罪名需要衡量輕重重新歸入三類之一。這也不能一次就草草了事，需要常年深思熟慮才能做出最後答覆。在這個過程中又避免不了經歷多次周折。因此，宣德年間的審錄紀錄又體現出另一種很凸出的特色，即是皇帝諭旨中極少使用抽象的概括名稱，而經常以具體列舉的方法指定對各罪名相應的處罰。⁶⁶ 如

⁶⁵ 洪武與永樂年間的罪名例中設有「工役終身」與「邊發種田」兩項，也許可以視其為充軍刑之前身，但在有關審錄的記載中，這種罪名未能形成獨立的罪名類別或刑罰範疇。再者，《大明律》中已有「充軍」之名，但適用範圍局限於特殊的身分要件，與宣德年間之後普遍適用的充軍刑有別。

⁶⁶ 這種方法又見於上述永樂五年審錄以及後述成化末年以後的幾次審錄，似乎是探索新罪名分類的表現。

宣德二年的朝審中，對武職官員的罪犯規定如下：

上閱法司所上武職旗軍所犯罪狀。命之曰，凡謀叛、強盜、謀殺人得財、謀殺人造意及加功、支解人為從、懷挾私讐故勘平人致死、臨陣在逃、偽造印信、鬥毆殺人、威力制縛人致死、夫毆妻致死、強奪良家妻女、誣告人致死、白晝搶奪傷人者，皆依律。監守自盜、常人盜倉庫錢糧等物、邀截實封、受財枉法、榜例重罪、放火故燒倉庫及官物、竊盜拒捕、謀殺人傷而不死造意、科斂軍糧、因公擅科斂，及凡流徒杖罪，官戴罪，旗軍俱宥罪，發隨內官迤西公幹。還日官復原職，旗軍復原伍。答罪官旗軍俱罰輸作復職役。是日決遣四百餘人。⁶⁷

一般罪犯又規定如下：

上閱三法司所上繫囚罪狀，諭之曰，凡監守自盜、受財枉法、盜官畜產、常人盜倉庫錢糧、邀截實封，及犯榜例重罪者，俱宥死，并徒流笞杖罪，悉如例輸作……是日決遣八百餘人。⁶⁸

上述引文所提的罪名中，「監守自盜」、「常人盜倉庫錢糧等物」與「受財枉法」三項罪名周折最多。宣德二年諭旨中，此三項罪名均准贖罪發落（公幹／輸作）。翌三年春審中「監守自盜」與「常人盜倉庫錢糧等物」又「發戍口外」即充軍，⁶⁹ 當年七月「受財枉法」亦並歸充軍處理；⁷⁰ 四年熱審中「受財枉法」不宥其死；⁷¹ 六年七月「常人盜倉庫錢糧等物」亦改爲「不宥」，「受財枉法」反而准贖罪；⁷² 七年二月「常人盜倉庫錢糧等物」與「受財枉法」均納米贖罪，而「監守自盜」發戍遼東；⁷³ 八年與九年「監守自盜」與「常人盜倉庫錢糧等物」又將贖罪、充軍對調兩次。⁷⁴ 年年更改刑罰輕重，不免有朝令夕改之感。

⁶⁷ 《明宣宗章皇帝實錄》卷三一，宣德二年九月壬辰。

⁶⁸ 同前書，卷三二，宣德二年十月丙寅。

⁶⁹ 「受財枉法」仍准贖罪發落。《明宣宗章皇帝實錄》卷三九，宣德三年三月壬辰。

⁷⁰ 同前書，卷四五，宣德三年七月戊辰。

⁷¹ 同前書，卷五四，宣德四年五月壬子。

⁷² 同前書，卷八一，宣德六年七月己巳。

⁷³ 同前書，卷八七，宣德七年二月甲午。

⁷⁴ 宣德八年二月壬子、宣德九年二月甲戌、宣德九年四月戊辰。分別見《明宣宗章皇帝實錄》卷九九、一〇八、一一〇。

表二：《問刑條例》中的「監守自盜」與「常人盜錢糧」

		永遠充軍	斬首示眾 ／如律	照常發落
監守自盜	沿邊沿海等	二十石以上 ⁷⁵	四百石以上	未盈二十石
	兩京等去處	四十石以上	六百石以上	未盈四十石
	其餘腹裏	八十石以上	—	未盈八十石
常人盜錢糧	沿邊沿海等	四十石以上	四百石以上	未盈四十石
	兩京等去處	八十石以上	六百石以上	未盈八十石
	其餘腹裏	百六十石以上	—	未盈百六十石

不過，只要查看《問刑條例》就可以理解這幾次更改的意義。「監守自盜」、「常人盜倉庫錢糧等物」兩個罪名，在《大明律·刑律·賊盜》中分設兩條條文，根據贓額分別規定由杖八十至斬與由杖七十至絞的刑名，在「洪武二十六年例」中又將二者歸併為「盜倉庫錢糧」一項，並規定其至斬絞者為雜犯死罪。《（弘治）問刑條例》在律的「監守自盜倉庫錢糧」條上附加新的條文，根據監守與常人之別以及犯罪地域兩種要件，分別規定盜案刑罰如上表二。刑罰分充軍與斬首示眾兩項。⁷⁶ 本條所規定的贓數最少為二十石、四十石或八十石，遠超律文所規定，贓數小於此者應當仍舊按律擬罪，照例贖罪。「受財（枉法）」則在《大明律·刑律·受贓》中設有「官吏受財」一條，區別「枉法」與「不枉法」二項，根據贓額與罪犯身分分別規定由杖六十或杖七十至杖一百流三千里或絞刑不同刑名，「洪武二十六年例」中將其歸併為「官員受贓過滿」而入「雜犯死罪」。《（弘治）問刑條例》則重新界定罪犯的身分，並將滿貫絞罪者歸入充軍刑，如下：

文職官吏監生知印承差，受財枉法至滿貫絞罪者，發附近衛所充軍。《問刑條例》規定的重點在於設定新的充軍罪名，新的規定或者對律文與二十六年例上作不少更改，或者就從根本上超越其範圍。審錄所經歷的

⁷⁵ 此又相當於草四百束、銀一十兩，草銀等贓額本表均從略。

⁷⁶ 《（萬曆）問刑條例》改「斬首示眾」為「俱照本律，仍作真犯死罪」，並增設「盜糧六百石以上」一項。

多次周折首先可以理解為反覆試驗而探索新規定的一個過程。

審錄之際，每道諭旨需要列舉各類罪名，實在不勝其煩。既然刑罰很明確地分為三類，那麼罪名概括與分類上也應該相應地下點功夫。這一探索的過程一時造成了修辭法上的混亂，形成宣德年間審錄的另外一個特點。下面則將宣德審錄中所見到的罪名分類與前後的時代作一比較。

表三：洪武年間審錄程序中的罪名分類

出典	程序 ⁷⁷	罪名類別		處理	
至正十八年 三月己酉 ⁷⁸	錄囚	—	一時誤犯	—	未減 ⁷⁹
至正十九年 三月甲午 ⁸⁰	宥獄囚	大逆無道	其餘罪	拘繫	宥原
洪武三年 十二月壬午 ⁸¹	覆奏	法當死者	—	三覆五奏 →置之刑	—
洪武七年 十一月丙寅 ⁸²	釋罪宥愆	真犯	其餘誣誤 過失、 因人致罪	不原	宥之
洪武十四年 十月癸亥 ⁸³	在外審決 獄囚	罪重者	—	送京師 詳讞	—
洪武十五年 八月庚辰 ⁸⁴	在外審決 重刑	重刑	—	審決	—

⁷⁷ 在洪武年間，各程序之間的界限還不太清楚，無法分出「春審」、「夏審」與「秋審」，或「熱審」與「秋審」等項，甚至審錄與「覆奏」的界限很模糊。因此本表從實錄記載中挑出概括性較強的名稱，以便理解各程序的大概內容。

⁷⁸ 《明太祖高皇帝實錄》卷六。

⁷⁹ 同前書，卷六，「笞罪者釋，杖者減半，重囚杖七十。其有贓者，免徵……左右或言，年釋罪囚，今年又從未減」。

⁸⁰ 《明太祖高皇帝實錄》卷七。

⁸¹ 同前書，卷五九。

⁸² 同前書，卷九四。

⁸³ 同前書，卷一三九。

⁸⁴ 同前書，卷一四七。

出典	程序 ⁷⁷	罪名類別		處理	
洪武十六年 一月丁卯 ⁸⁵	諭刑部	十惡真犯 死罪	餘徒流 笞杖者	處決如律	代農民力役 以贖其罪 ⁸⁶
洪武十七年 四月壬午 ⁸⁷	在外審決 死罪	真犯者	雜犯者	奏聞， 遣官審決	准工贖罪
洪武十七年 七月庚申 ⁸⁸	慮囚	重者	輕者	以時決遣 ⁸⁹	
洪武十九年 十二月乙酉 ⁹⁰	覆奏	應死重囚	—	大理寺 覆奏聽決	—
洪武二十三年 七月辛亥 ⁹¹	在外審決	死罪 真犯者	徒流雜犯 免死者	申刑部 詳議， 遣官審決	送京師輸作
洪武二十六年 四月戊子 ⁹²	疏決罪囚	十惡及 殺人真犯	其餘雜犯 死罪 徒流以下	依律	輸粟往北平 以贖 遞減有差
洪武三十年 六月壬午 ⁹³	會官審錄	實犯死罪	雜犯死罪 以下 ⁹⁴	如律	准贖

⁸⁵ 《明太祖高皇帝實錄》卷一五一。

⁸⁶ 「餘徒流」罪囚「代農民力役」者中，其「（在京）雜犯死罪者罰戍邊」，就是說，將其下放，在邊方屯田力役。這種政策當是考慮城市管理的需要而進行的。其「（在外犯）徒流死罪送京師詳讞」，「詳讞」之後，雜犯死罪者當然又要按照在京事例發邊屯田。

⁸⁷ 《明太祖高皇帝實錄》卷一六一。

⁸⁸ 同前書，卷一六三。

⁸⁹ 《明太祖高皇帝實錄》卷一六三，「獄囚不以時決，……輕者誤戕其生，重者幸以逃法……其以時決遣」。

⁹⁰ 《明太祖高皇帝實錄》卷一六三。

⁹¹ 同前書，卷一七九。

⁹² 同前書，卷二二七。

⁹³ 同前書，卷二五三。

⁹⁴ 「實犯死罪以下悉如律，其雜犯死者准贖」，「以下」繫「實犯死罪」，當係「實犯死罪者悉如律，其雜犯死罪以下准贖」之誤，否則只有死罪准贖而笞杖徒流不准，甚失其平。

洪武與永樂年間，⁹⁵ 雖然修辭法上也有一定的隨意性，個別的概念或用或廢，但是總體上是輕重對稱，罪名的分類與刑罰體系的二元結構相應，這可參看上表三。間或改真犯為「實犯」、「重者」、「情重」、「大辟」等，或改雜犯死罪以下為「徒流雜犯」、「輕者」、「輕罪」、「誤犯」等，只有用詞上的不同，所指的就是死刑與贖罪兩項。⁹⁶ 對當時的官員來說，儘管有些用詞相當抽象，但其用意仍一目了然，不難與有關的前例或制定法對照。

表四：宣德年間審錄程序中的罪名分類

程序		罪名分類		
		死刑	充軍	贖罪
元年	春審	真犯情重者	—	餘／雜犯死罪、徒流、杖
	夏審	重囚	—	輕繫
	秋審	真犯死罪	{罪名} ⁹⁷	徒流以下

⁹⁵ 建文年間未詳。

⁹⁶ 僅稱「徒流」也不會造成誤解，大多數的贖罪圖就將雜犯死罪稱為「徒五年」，《大明律·名例》「軍官軍人犯罪免徒流」條中亦已使用這個概念。

⁹⁷ {罪名} 意味著該處沒有罪名的概括性名稱。列舉具體罪名是宣德年間審錄的一個顯著的特點，無論是否使用罪名的概括性名稱，常會列舉多數具體罪名。列舉與概括混合的情況下，本表一概省略列舉一方，在此補充列表如下。

程序	元 年	二 年				三 年			四 年		五 年	六 年		七 年		八 年		九 年					
		春 審	夏 審	秋 審	夏 審	秋 審	春 審	夏 審	秋 審	夏 審	秋 審	夏 審	秋 審	春 審	夏 審	春 審	夏 審	春 審	夏 審				
列 舉	死 刑	14	-	-	5	-	10	15	-	1	6	2	3	10	-	-	-	3	-	1	-	2	-
罪 名	充 軍	/		3	/		6	/		5	-	-	6	/		1	-	-	-	-	-	2	-
數 量	贖 罪	-	-	3	-	2	3	11	6	2	-	-	-	-	-	/	1	3	-	2	-	-	3



表示該程序不涉及到此類罪名。

表示該程序雖涉及到此類罪名，但僅使用抽象的概括性名稱，不列舉具體罪名。

程序		罪名分類		
		死刑	充軍	贖罪
二年	夏審	(罪名)	—	雜犯死罪、徒流笞杖
		(罪名)	—	非真犯死罪及徒流以下
		(罪名)	—	徒流笞杖
	秋審	(罪名)	—	徒流笞杖
三年	春審	情罪重者	(罪名)	徒流以下
	夏審	(罪名)	餘死罪	徒流、杖
		應死者	非真犯死罪者	流以下
秋審	(罪名)	(罪名)	徒流、杖	
四年	夏審	(罪名)	—	餘雜犯死罪及徒流以下
	秋審	真犯死罪	—	餘雜犯死罪以下
五年	夏審	重罪	(罪名)	—
六年	秋審	重罪		雜犯死罪並遷徙徒流、笞杖
		真犯死罪不可生者	情有可憫者	
七年	春審	(罪名)	(罪名)	徒
	夏審	情重者		輕罪
		真犯死罪	雜犯死罪	
八年	春審	重罪	其餘雜犯死罪	徒罪、笞杖
	夏審	真犯死罪	其餘	
九年	春審	死罪	餘	應徒者
	夏審	真犯死罪	情有可矜者	雜犯死罪、流罪、笞杖

宣德年間的審錄中，罪名的分類與上述刑法體系的變化相一致，前五年二項與三項的劃分相互替換，宣德五年之後，三項分類全面地代替洪武以來的二項式分類。表四就是對這一轉換的歸納。但是，新三項式分類所對應的概稱尚未定型，仍處於摸索過程之中。審錄中有時用列舉具體罪名的方法劃分死刑罪名與充軍罪名兩類，表中即標為「(罪名)」；有時試用抽象概念，前後不一致，如充軍罪名或稱「餘死罪」、「非真犯死罪者」，或稱「雜犯死罪」、「情有可矜」。其中，

「雜犯死罪」概念與傳統的贖罪罪名有衝突之處，需要仔細分析。

洪武年間，死贖二項的界限在於死罪罪名中間，將其死罪的一部分歸於「雜犯」。因此，一般稱「雜犯死罪以下」。間或簡稱為「雜犯」，或以雜犯死罪「准徒五年」，將其包含在「徒流」之內，意思仍然與「雜犯死罪以下」無異。只有少數例子稱「其餘（雜犯）死罪」，將死罪罪名從徒流以下分開。其原因僅是因為這一概念用在重囚的審決程序中，程序本身就限於死罪罪名，與「雜犯死罪以下」無涉。

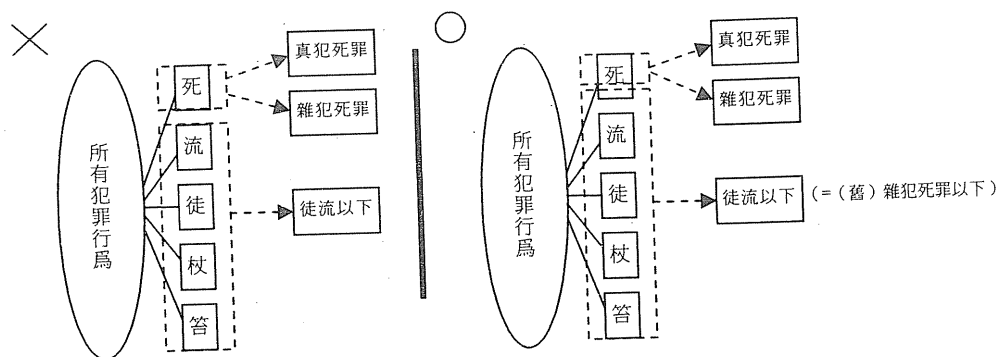
與此相反，上引永樂五年的審錄以及宣德年間的多數審錄中，「雜犯」已經不是籠統地概括「雜犯死罪以下」所有的罪名，而僅僅指死罪罪名，「雜犯死罪」一詞從真犯罪名中劃分出新的分類，與徒流以下無關。這種「雜犯」的死罪與「真犯死罪」合起來，似乎恢復了「五刑」條中的「死刑」刑名（請參看圖三左側）。但是，如果仔細觀察的話，就不難發現宣德以後「雜犯死罪」充軍並不意味傳統的雜犯死罪罪名不再准贖罪，比如宣德八年的春審中，處置繫囚如下：

上親閱三法司所上繫囚罪狀，命悉從寬典。除謀逆等重罪外，其餘雜犯死罪免死，南人謫戍廣西邊衛，北人謫戍遼東邊衛。其監守自盜及受枉法贓⁹⁸者，追其贓。有力者令運甌或米贖罪，無力者罰輸作。罪以十分為率，悉減三分……徒罪減十之四，或運甌或納米或輸作……凡決遣五千餘人。⁹⁹

「監守自盜」與「受財枉法」這兩個原來屬雜犯死罪的罪名於此劃在「雜犯死罪」之外，並且其處分比雜犯死罪的充軍為輕，反而與所謂「徒罪」略相同。九年夏審中，這兩個罪名雖同樣歸贖罪處罰，與充軍的「情有可矜者」有別，但是重新被概括為「雜犯死罪」。從這一點可看出，雜犯死罪乍入充軍乍歸贖罪，這只不過是新舊雜犯概念的隨意交換，並不影響各類罪名的輕重，當充軍者充軍，當贖罪者贖罪。

⁹⁸ 校勘記云「廣本作受贓枉法」。

⁹⁹ 《明宣宗章皇帝實錄》卷九九，宣德八年二月壬子。



圖三：新的雜犯死罪概念與罪名的劃分

再看宣德七年夏審的紀錄，就能更清楚地看出新的「雜犯死罪」概念已不包含傳統雜犯死罪罪名：

甲午，上諭三法司官曰，今天氣炎熱，見繫罪囚宜速決遣。輕罪有例者，皆如例。情重者，具實來聞……癸卯，行在三法司奏重囚罪狀。上親閱之曰，凡真犯死罪如律，雜犯死罪皆宥死發戍邊。凡決遣一百七十餘人。¹⁰⁰

此處，先區分「情重者」與「輕罪」，這完全襲用傳統的二項式分類，傳統的雜犯死罪因有例，歸併輕罪如例發落。因為舊的雜犯死罪「准徒五年」，所以這些輕罪（即原來的「雜犯死罪以下」）也可以稱為「徒流以下」。在「情重者」的審錄程序中則將傳統的真犯死罪罪名重新劃分為兩類，即「雜犯」與「真犯」。新的「雜犯死罪」表示減為戍邊的真犯罪名，與准贖發落的雜犯罪名有別。這樣一來，死罪罪名實際上細分為三項，這就與「五刑」刑名相距得更遠了（請參看圖三右側）。

¹⁰⁰ 《明宣宗章皇帝實錄》卷九一，宣德七年六月甲午。

三、「情真」概念的來源

正統年間以後，概念的混亂才結束，新的雜犯死罪，也就是新設的充軍罪名不再稱為「雜犯」，而用「情有可矜」代替，以往的「雜犯死罪以下」也常用「徒流以下」來概括。¹⁰¹

表五：正統至天順年間審錄程序中的罪名分類

程序		罪名分類		
宣德十年	春審 ¹⁰²	—	情有可矜	—
	夏審 ¹⁰³	—	情可矜者	—
正統三年	秋審 ¹⁰⁴	—	應死而情輕者	—
正統五年	夏審 ¹⁰⁵	重者→具奏： 殺人及應死者 非真犯死罪者		情輕者
正統六年	夏審 ¹⁰⁶	—	情可矜者	—
正統九年	秋審 ¹⁰⁷	真犯死罪及官吏犯贓		雜犯死罪以下
正統十二年	秋審 ¹⁰⁸	死囚→上狀： — 情輕可疑者		—
正統十四年	夏審 ¹⁰⁹	情罪重者→類奏請裁		—

¹⁰¹ 有關贖罪的例中仍然使用「雜犯死罪」，這也可以證明，洪武年間以來的雜犯死罪罪名繼續用贖罪發落，與新興充軍罪名無涉。

¹⁰² 陳文等，《明英宗睿皇帝實錄》卷二，宣德十年二月乙丑；卷三，同年三月甲申。

¹⁰³ 同前書，卷四，宣德十年四月丁卯；卷五，同年五月庚辰。

¹⁰⁴ 同前書，卷四六，正統三年九月己酉。

¹⁰⁵ 同前書，卷六八，正統五年六月戊寅。

¹⁰⁶ 同前書，卷七八，正統六年四月甲午。

¹⁰⁷ 同前書，卷一二四，正統九年十二月甲子。

¹⁰⁸ 同前書，卷一六一，正統十二年十二月己未。

¹⁰⁹ 《明英宗睿皇帝實錄》卷一七八，正統十四年五月壬辰：「上命太監金英同法司堂上官審之。凡情罪重者，類奏請裁。其在京內外各衙門久繫囚犯，亦令具聞。因事鎖錄、辦事、輪作等項官吏軍民匠役人等，悉宥還職役。誣騙及竊盜三犯者，充軍口外。枷項者，悉具情犯以聞」。上諭特意將「誣騙」及「竊盜三犯」歸充軍罪名，但這二者並不能概括充軍罪名，「類奏請裁」的重犯中將會含有很多充軍罪名，這張上諭當理解為省略了充軍等罪名的概括名稱，與正統年間大多數審錄紀錄相同。

程序		罪名分類		
景泰元年	夏審 ¹¹⁰	—	情有可矜， 法有可疑者	罪不致死者 ¹¹¹
	秋審 ¹¹²	—	情有可矜疑者	—
景泰二年	春審 ¹¹³	—	情可矜疑者	—
景泰三年	春審 ¹¹⁴	—	強盜以下疑獄	—
	秋審 ¹¹⁵	—	情罪可矜疑者	—
景泰五年	夏審 ¹¹⁶	—	死可矜者	流以下
景泰六年	春審 ¹¹⁷	—	情罪可矜疑者	—
天順元年	夏審 ¹¹⁸	—	可矜疑者	—
		—	坐死 ¹¹⁹ 可矜疑者	雜犯死及徒流
天順五年	夏審 ¹²⁰	真犯死罪囚徒→以聞 未詳	以聞 未詳	餘雜犯死罪 及流徒

隨著新概念的整理，有關審錄的記載中還發生兩種變化：

第一，記載多有省略。真犯死罪奏決處刑、雜犯死罪以下贖罪發落，這兩項有定例，只要「如律」、「照例」辦理就可以。因此，實錄記載

¹¹⁰ 《明英宗睿皇帝實錄》卷一九一，景泰元年四月丙子。

¹¹¹ 校勘記云「抱本致作至」。

¹¹² 《明英宗睿皇帝實錄》卷一九四，景泰元年八月辛巳。

¹¹³ 同前書，卷二〇一，景泰二年二月甲申、戊子。

¹¹⁴ 《明英宗睿皇帝實錄》卷二一三，景泰三年二月壬申：「詔曰，獄情法司其即審究。……法司奏讞，強盜以下疑獄宥死寬減者，頗眾」。

¹¹⁵ 《明英宗睿皇帝實錄》卷二一八，景泰三年七月戊午。

¹¹⁶ 同前書，卷二四二，景泰五年六月戊子。

¹¹⁷ 同前書，卷二五〇，景泰六年二月壬午。

¹¹⁸ 同前書，卷二七七，天順元年四月丁未；卷二七九，同年六月癸卯。

¹¹⁹ 校勘記云「廣本作死罪」。

¹²⁰ 《明英宗睿皇帝實錄》卷三二九，天順五年六月壬午：「命法司具真犯死罪囚徒以聞。餘雜犯死罪及流徒者，減等論決。笞杖者宥之」。雖然稱「真犯死罪」，但這裡應該包含充軍罪名，否則夏審中沒必要上奏這些罪囚，將其「監候」就可以。這種廣義的「真犯死罪」概念與宣德年間的用詞方法相似，而與正統以後的用法習慣頗異。應當將其看為例外。

基本上不再詳述。有關充軍的記載也趨於簡略，實錄已不必逐一載明「情有可矜者充軍」，也可以含糊其詞地僅說「宥死」、「減死」或「奏裁」。整個記載有時會變得非常簡單，例如景泰五年夏審時僅曰：

命三法司堂上官并刑科給事中一人審錄罪獄。死可矜者奏裁。流以下，即決遣之。¹²¹

「奏裁」者充軍、「流以下」者贖罪，這已成為慣例，不言而喻。

第二，有關「情有可矜」的記載中攙混了一項與罪名無關的成分。正統十二年十二月，巡按監察御史劉懷等官審錄天下死囚時發生如下事故，便以瞭解其大概：

先是，大理寺卿俞士悅等上天下死囚狀。上命巡按、審刑分巡官勘其情罪未明者，奏處，情輕可疑者，杖充邊衛軍。時四川巡按監察御史劉懷、按察司副使歐陽洙、僉事唐慎，以情罪未明者一人，為情輕可疑，杖充騰衝衛軍。杖發時洙適公出。上命懷、慎罰俸一年，洙罰俸半年。¹²²

根據英宗的諭旨，劉懷等應該察勘各地方的死囚，遇到「情罪未明」者上奏，而遇到「情輕可疑者」則直接發放充軍，不用再上奏請裁。在此，「情罪未明」與「情輕可疑者」的涵義截然不同，前者是指犯罪事實不清楚或有可疑之處，後者與「情有可矜」相同，是指死罪罪名中置之死地未妥的罪名。「可疑」則指死刑的妥當性有所「可疑」或「可矜」。總之，「情罪未明」屬事實問題，「情輕可疑者」屬規範問題，劉懷等將這兩個不同的層次相混淆，違犯諭旨，將事實不清的罪犯發放充軍。

這種混淆現象並不僅是劉懷等個人的錯誤，它具有一定的歷史背景。英宗即位後不久，他敕諭刑部等機關如下：

今所監重囚中，前日詔書所不該赦者，朕慮其中尚有冤抑。或成於法司之鍛鍊，或出於勢力所脅從，罪非由己，情有可矜。爾等……務要詳察情實，分別重輕，具本來聞。不可枉其分毫以虧天理，以昧人心。庶幾人服其辜，雖死無怨。¹²³

¹²¹ 《明英宗睿皇帝實錄》卷二四二，景泰五年六月戊子。

¹²² 同前書，卷一六一，正統十二年十二月己未。

¹²³ 同前書，卷二，宣德十年二月乙丑。

法司所鍛鍊的罪狀非真實，這屬事實問題，犯罪行為出於脅迫則會觸動我們的同情心，對被脅迫者我們會採取與正犯不同的態度，這屬價值指向或者規範的問題。雖然一個公平的判決，也可以說一個讓「人服其辜」的判決應當兼顧這兩方面，但是二者的處理方法截然不同。事實問題本來由問刑官負責查清，有所失察則以「失出入人罪」責之，有所鍛鍊則以「故出入人罪」處之。比如，正統元年二月英宗重新禁止法司鍛鍊刑獄時基本上按照這種原則處理這個問題：

禁內外法司鍛鍊刑獄。時河南布政司右參議邢旭言，今後人命務要正官檢驗，強盜要追真賊凶仗，申詳會審。若有異詞，即與辯明。¹²⁴違者，在內從監察御史，在外從按察司官究問。從之。¹²⁵

先以「追真賊凶仗」責問刑官，而後以出入人罪「究問」之，這本來用不著煩勞聖聞。而規範問題則只能以主權的名義修正現存的法律規範，正如宣德年間分出「情有可矜」一類罪名而增設充軍一項刑罰。

英宗正統元年的諭旨意味著將事實的問題也放到會審程序中。最初僅是爲了對應鍛鍊刑獄的官場作風，而後來事實與規範問題逐漸混淆不分。比如，正統六年四月在外審錄（表中列爲夏審）云：

右都御史陳智等推選監察御史張驥、李匡、方冊、姜永……奏令分往各處，會同先遣審囚官及巡按御史、按察司官，凡於¹²⁶囚犯事可疑，情有可矜者，悉心審讞，務在平恕。上從之。驥等陛辭。賜之勅曰，……如有情罪可疑，難於剖判，具實奏來。……¹²⁷

同年五月在京會審，諭旨又含糊其詞地云：

大抵刑罰務在當情。有情輕而議重者，有情過而論故者，有情法不相當者，有情罪可疑者。審覆¹²⁸得實，並具奏聞。朕為處置。合行之事，條示於後。……¹²⁹

¹²⁴ 校勘記云「廣本中本辦作辯，是也」。

¹²⁵ 《明英宗睿皇帝實錄》卷一四，正統元年二月癸卯。

¹²⁶ 原文作「於凡」，似為「凡於」之誤。

¹²⁷ 《明英宗睿皇帝實錄》卷七八，正統六年四月甲午。

¹²⁸ 校勘記云「廣本抱本實作審，是也。抱本覆作覈」。

¹²⁹ 《明英宗睿皇帝實錄》卷七九，正統六年五月甲寅。

「情輕而議重者」是對犯罪行為的某一個情節做出過重的評價，這係規範問題；「情過而論故」是將過失犯認定為故意犯，這係事實問題；「情法不相當者」亦似是罪名與犯罪不吻合，當係事實認定上的錯誤；最後「情罪可疑者」則不詳其準確涵義。在這種情況下，劉懷等將「情輕可疑者」與「事有可疑」混同起來，並不足以為怪。景泰以後籠統地稱「情可矜疑」也是在這種土壤上所形成的習慣。劉懷等所不幸運的只是當時暫時改「情有可疑者上請裁決」為直接發放充軍，劉懷等沒能反應過來，因而將「情罪未明」與「情輕可疑者」一同發放充軍。

「矜」與「疑」的混淆一直未能作出一番梳理，終明襲用。這並不意味著時人未能理解清楚兩個概念的涵義。弘治元年七月，大理寺右寺丞楊澄上奏言：

邇來緝訪送問強盜，有追無贓仗，及鬥毆等項人命無屍可檢。¹³⁰或鄉貫不明，姓音相近，雖有贓而非原物者。請通行內外問刑衙門，推情審鞠，有如此類，比照情可矜疑事例，免死充軍。¹³¹

楊澄的意見是，將一些事實不清的案件按照「情可矜（疑）事例」發放充軍，不再煩勞聖聞。這不免是本末顛倒。「追真贓凶仗」、認真驗屍等項，本來應當由問刑官負責辦理，要求將這些案件一一上奏已經出於迫不得已，只不過是為了避免法司鍛鍊、囚犯受冤。楊澄將這些案件竟以充軍發落，這給法司鍛鍊放開大門。理所當然，楊澄的建議最終被否認：

刑部覆奏，以為此非常例，不敢擅議。上是其言，命疑獄仍開詳奏請定奪。¹³²

「疑獄」可以奏請定奪，不可以與「情有可矜者」一同充軍。隆慶六年正月，刑科都給事中胡價言：

律文矜疑，二字雖並言，至於求情定罪，則二字難於並用。蓋所謂矜者，如或發於情之所不容已，或出於勢之不得不然，或迫於相激，或陷於無知，一旦至抵罪，此其情有可矜也。所謂疑者，或曖昧¹³³不明，或始終互異，貼律則不協，比例則未合，¹³⁴擬以罪

¹³⁰ 校勘記云「廣本闕本檢作驗」。

¹³¹ 見李東陽等，《明孝宗敬皇帝實錄》卷一六，弘治元年七月己丑。

¹³² 《明孝宗敬皇帝實錄》卷一六，弘治元年七月己丑。

¹³³ 原文作「曖昧」，校勘記云「廣本暖作曖，是也」。

名，終難歸結，此其罪有可疑也。二字文雖聯絡，而其意義甚不相蒙。今各省恤刑章奏，類云情可矜疑，概用無別，殊失律義。請令刑部申飭諸臣，參酌律令，剖析¹³⁵情罪，如有可矜者，則曰情實可矜。如有可疑者，則曰罪實可疑。如將矜疑並用，必曰情罪實可矜疑。庶於律義為不失，而獄情亦允當。刑部覆奏，從之。¹³⁶

這裡對「矜」與「疑」字義的解釋很確切，但是最後胡價也只能在「情」字後邊加一個「罪」字，梳理一下文義，疑獄仍歸會審判斷。之所以不能改這一謬誤，大概是因為在嚴禁鍛鍊的氛圍中上奏是給問刑官推卸過重責任的惟一途徑。¹³⁷此後，「矜疑」襲用至明末，直至清初才廢除「疑」字，回復「（情有）可矜」原來的面目。

「情真」這一概念也是在「疑」與「矜」即事實與規範混淆的情況下所形成的。「情真」代替「真犯死罪」，而「真犯死罪」本來是對「雜犯死罪」而言。由於下面兩個原因，審錄中已經不需要這對概念。第一，「雜犯死罪」名雖屬死罪，其實與死刑並無關係，早就被稱為「徒五年」。尤其是與充軍罪名對比的時候，充軍雖比贖罪重得多，「情有可矜」一名反而比「（雜犯）死罪」顯得輕，名不副實。第二，審錄已經基本上將輕罪與重罪分為兩個獨立的程序，即「熱審」與「朝審／秋審」，雜犯歸前者，真犯歸後者，程序結構上已經不再出現真雜這一對比。只有充軍罪名在兩種程序都出現，在「熱審」中與雜犯罪名對比，在「秋審」中與真犯罪名對比，因而需要將真犯和雜犯兩類罪名與充軍罪名區別。雜犯可以襲用「徒（五年）」的稱謂，而真犯需要準備代替它的新概念。新的概念恰好是在「矜」與「疑」的混淆過程中形成的，受其影響稱之為「情真」。

上引正統六年在外夏審的敕諭中稱「情罪可疑、難於剖判」者「具實奏來」，反過來說，無可疑者當然應該及時處刑，敕諭云：

¹³⁴ 原文作「比律則未合」，校勘記云「抱本嘉本律作例，是也」。

¹³⁵ 原文作「部折情罪」，校勘記云「廣本作剖析」。

¹³⁶ 見張居正等，《明穆宗莊皇帝實錄》卷六五，隆慶六年正月庚午。

¹³⁷ 所謂「過重責任」是指官員如果急於結案，只要稍有忽略，判決不符事實，就會給戴上「鍛鍊刑獄」的高帽子；相反如果過於慎重，因為案情較複雜，審判時間拖遲，就會罰之以「淹禁」之名（見《大明律·刑律·斷獄》），進退兩難，總不如將疑案上奏，草草了事。

今專為疑獄未明、照勘不實、有冤枉者，命爾往求真情。其有證佐已明、招承已定、擬議已當、無冤無疑實犯之人，必有畏死捏詞、妄訴以求生者，汝不可一概寬恕，以縱有罪。¹³⁸

在京夏審的敕諭中又換言道：

好生惡死，人人同情。其有真情實犯之人，證佐已明、招承已定、議擬已當者，不許聽其捏詞妄訴。¹³⁹

成化三年春審中初次將無可疑者與可疑者連稱，並將二者當為罪名分類：

直隸新城縣縣丞邢政上言……切見，各都布按三司及各府俱有斷事、理問、推官等官，專理刑獄，所以少有冤抑。惟各州縣因無刑官……多憑吏典……中間或追無贓仗，或證佐逃亡，或同犯未獲，止憑文具鍛鍊成獄……乞勅法司計議……將見監罪囚人卷，逐一詳審。情輕者，即與發遣。情重無冤者，候呈詳。情可矜疑者奏取上裁。……奏入，下所司議行。¹⁴⁰

今將成化年間的審錄紀錄列表如下（表六），從中可以看出「真犯死罪」被淘汰，由「情真當決」、「情真無詞」、「情重無冤」等概念代替。從詞面上看，「無詞」、「無冤」顯然僅涉及事實問題，「情真」亦頗相似。這當然也符合實際，只有弄清真情，才能置之於死。但是，從與「情可矜疑者」的對比關係中又可以看出另外一個層次。「訴冤」、「事無證佐」等事實方面有「可疑」者，雖不能處死，也不能一概充軍，只能重新調查、弄清真情，然後再判刑。在規範層次上，「情真」與「（情有）可矜」對比，二者將罪名分為當處刑與當充軍兩類，這與「真犯死罪」和「情有可矜」的對比關係無異。「情真」一詞的出現只不過是概念上的整理過程，並沒有新的實質性涵義。

¹³⁸ 《明英宗睿皇帝實錄》卷七八，正統六年四月甲午。

¹³⁹ 同前書，卷七九，正統六年五月甲寅。

¹⁴⁰ 劉吉等，《明憲宗純皇帝實錄》卷三九，成化三年二月甲辰。

表六：成化年間審錄程序中的罪名分類

程序		罪名分類		
		處刑或監候	充軍或上奏	贖罪
成化二年	夏審 ¹⁴¹	真犯死罪	餘	
成化三年	春審 ¹⁴²	情重無冤者	情可矜疑者	情輕者
成化四年	夏審 ¹⁴³	重囚	情罪可矜疑者	徒流以下
	秋審 ¹⁴⁴	情真無詞／情真罪當者	情可矜疑者	—
成化八年	夏審 ¹⁴⁵	—	死罪情可矜疑者	徒流以下
		死罪情真罪當者	有情可矜罪可疑事無證佐可結正者	徒流以下
成化十二年	夏審 ¹⁴⁶	—	情可矜疑（者）	—
	秋審 ¹⁴⁷	死罪果情真罪當者	有情可矜罪可疑事無證佐可結正者	徒流以下
成化十三年	秋審 ¹⁴⁸	情真無詞者	訴冤并情可矜疑（者）	—
成化十七年	夏審 ¹⁴⁹	—	可矜疑者／有冤枉者	—
成化二十一年	夏審 ¹⁵⁰	—	重囚情罪可矜疑者	徒流以下
	秋審 ¹⁵¹	情真當決者	可矜疑者／有詞者	—
成化二十二年	秋審 ¹⁵²	情真	情可矜疑者／有詞者	—

¹⁴¹ 《明憲宗純皇帝實錄》卷三一，成化二年六月丁巳。「除真犯死罪外，餘備其獄詞來上，……上命如例發遣」。校勘記云「廣本遺作落」。

¹⁴² 《明憲宗純皇帝實錄》卷三九，成化三年二月甲辰。

¹⁴³ 同前書，卷五三，成化四年四月丁巳。「徒流以下」又換言為「徒杖以下」。

¹⁴⁴ 同前書，卷五九，成化四年十月壬寅。

¹⁴⁵ 同前書，卷一〇三，成化八年四月乙酉、丁亥。

¹⁴⁶ 同前書，卷一五四，成化十二年六月己丑。此係上奏文，實錄僅云「詔法司議之」，未知其實行與否。

¹⁴⁷ 《明憲宗純皇帝實錄》卷一五五，成化十二年七月戊辰。原文誤作「壬辰」，校勘記未改。

¹⁴⁸ 《明憲宗純皇帝實錄》卷一七〇，成化十三年九月丙子。

¹⁴⁹ 同前書，卷二一四，成化十七年四月戊辰。

¹⁵⁰ 同前書，卷二六四，成化二十一年四月戊辰。

¹⁵¹ 同前書，卷二七〇，成化二十一年九月丙寅。

¹⁵² 同前書，卷二八三，成化二十二年十月乙亥。

程序		罪名分類		
		處刑或監候	充軍或上奏	贖罪
成化二十三年	夏審 ¹⁵³	—	重囚情可矜疑者	徒流以下 ¹⁵⁴
	秋審 ¹⁵⁵	凌遲斬絞罪重刑者→上奏 情真罪當者 番異稱冤者／可矜疑者		—

因為「情真」與「情可矜疑」兩項罪名分類有著前例和制定法的法律依據，法司基本上能單獨判斷哪一種犯罪行為歸「情真」一類和哪一種歸「情可矜疑」。法司在會審中梳理好之後，上奏回報，以皇帝的名義作出最後判斷，比如弘治十七年秋審時：

刑部、都察院會官審錄重囚。情真者，百二十五人，情可矜疑奏請裁處者，七十三人，有詞者，五人。情真者，依律處決。有詞者，再問。其奏請裁處內，免死充軍者，五十一人。內係人命者，二人，杖而遣之。餘仍令繫獄。既而刑科都給事于瑁¹⁵⁶等言，情真之內，亦有可矜疑者，二人。得旨，亦令免死充軍。¹⁵⁷

如何分「情真」與「情可矜疑」並不是皇帝心裡決定的。「奏請裁處」之後，只有一小部分留獄重審，其他均按照前例或制定法充軍。中間留獄重審的一批罪犯的性質，在該記載中還不清楚，只能推測出：它當係後來形成的「緩決」一類罪名的雛形。

四、「緩決」的來源

在清朝的秋審制度中，「緩決」一類罪名位於「情真」和「情有可矜」中間，它的法律效果分為兩項，先緩期執行，延期了幾年之後與「可矜」罪犯一同發遣邊境，實質上是由有期監禁與發遣邊境而構成的

¹⁵³ 《明憲宗純皇帝實錄》卷二八九，成化二十三年四月庚辰；卷二九〇，同年五月丙辰。

¹⁵⁴ 實錄云「徒流以上」，「上」當為「下」之誤。

¹⁵⁵ 《明憲宗純皇帝實錄》卷二九二，成化二十三年七月戊午。

¹⁵⁶ 原文脫「中」字，以校勘記補。

¹⁵⁷ 《明孝宗敬皇帝實錄》卷二一六，弘治十七年九月辛卯。

複合型刑罰。這一類最早已萌芽於成化末年。成化二十一年秋審的紀錄如下：

刑部、都察院以會審死罪囚數奏上得旨。情真當決者六十七人中，不孝二人，造偽印者、姊壻罵其父而毆殺之者，各一人，及有詞十一人，皆留獄重鞫。可矜疑三十四人中，三十二人悉杖之發充邊軍。不孝七人中，四人枷項於門，滿一月杖之，俾歸養。餘悉決之。合都察院十二人為七十五人。¹⁵⁸

法司歸「情真」類的六十七個罪犯中，又挑出「不孝」、「造偽印」、「姊壻罵其父而毆殺之」三個罪名，共四個罪犯，緩期執行，重新審議。翌年秋審亦相似：

……上覽刑部獄辭，於情真四十七人中，有不孝者三人、妖言者一人，特緩其死；釋投匿名書者二人，充邊軍。情可矜疑者二十八人中，減死充邊軍者二十二人，留獄者四人；毆死有罪雇工人者一人，降徒三年；奪財殺人者一人處斬。有詞二十六人，聽重鞫。減死充軍而逃者十三人，并都察院所奏四人，中斬五人，二人留獄，餘十人，俱重杖一百，仍發原衛。¹⁵⁹

審錄的結果，罪犯先分（一）「情真」四十七人；（二）「情可矜疑」二十八人；（三）「有詞」二十六人；（四）「減死充軍而逃者」十七人（刑部十三人、都察院四人）。憲宗閱批後，又從（一）「情真」分出「妖言」、「投匿名書」二罪名，共三人，「妖言」緩期執行、留獄重審，「投匿名書」減死充軍；從（二）「情可矜疑」分出將要處決者一人、留獄重審者四人、免除充軍刑而贖罪（徒三年）者一人。¹⁶⁰ 可以看出，此時開始重新整理以及分類罪名，在情真罪名與可矜罪名中間增設一類，這一類既不處刑又不免死，換言之，這一類比「情真」輕而比「可矜」重。

如果對這一類罪名積累前例、作出概括的話，理論上就會形成清朝秋審般的「緩決」制度。實際這是一個緩慢的歷史過程，現在實錄上能看

¹⁵⁸ 《明憲宗純皇帝實錄》卷二七〇，成化二十一年九月丙寅。

¹⁵⁹ 同前書，卷二八三，成化二十二年十月乙亥。

¹⁶⁰ （三）「有詞」係事實問題，只要重審，與罪名無關；（四）「減死充軍而逃者」是一種再犯現象，雖與罪名輕重頗有關係，但較為特殊，此暫不論。

到水面下繼續悄悄地摸索新罪名分類的痕跡，比如上引弘治十七年秋審之際，「情可矜疑」者七十三人中，有二十二人不決不免，「仍令繫獄」；「情真」者一百二十五人中挑出「可矜疑」者二人，免死充軍。¹⁶¹或如正德元年夏審云：

（李）榮及尚書閔珪、都御史張敷華、掌大理寺事尚書楊守隨等會審。奏死罪情真者，例不原。其可矜疑者，九十七人。不孝而其父母有息詞者，七人。當枷號者，三十四人。請上裁。得旨，減死戍邊者，九十人，杖而釋之者，五人，覆訊者，四人，不孝五人，仍繫獄，枷號者，並釋之。¹⁶²

「可矜疑者」九十七人加上「不孝」七人，共一百零四人，最後分爲留獄九人、減死九十人與釋放五人。正德五年春審提供一些材料足以推測重新挑選的具體情況：

詔今春不雨，風霾累日，朕念愚民犯法者多情可憫惻。自正德五年三月十六日以前，逃軍、強盜、私鹽，除正犯外，親屬、窩主、鄰佑連坐發遣充軍、擺站者，法司即稽其數，兵部急移文各處軍衛有司釋之。……強盜正犯通行審實監候。如有攀指冤抑，情可矜疑者，具奏定奪。其餘充軍者，兵部還會法司，開具以聞。內外逃軍，自文書到日為始，限三箇月以裏自首免罪。

於是，大學士李東陽等奏，……幸覩聖心開悟，輒有一二，仰於天聰。王府逃校與逃軍同，窩主、鄰佑連累發遣充軍、擺站，并見問未結、已問結未發遣者，乞照例釋放。傾使假銀、偽造印信、舉放私債，較之強盜有間，除正犯外，窩主、鄰佑亦乞放免。仍將傾使低銀正犯，止照本律問罪。……再照，正德年間問罪條例，近該給事中屈銓奏准頒行。乞令三法司議擬歸一，請自上裁，¹⁶³永為遵守。……¹⁶⁴

¹⁶¹ 見《明孝宗敬皇帝實錄》卷二一六，弘治十七年九月辛卯的記載之外，並參同書卷二一七，同年十月庚辰。

¹⁶² 費宏等，《明武宗毅皇帝實錄》卷一三，正德元年五月庚寅。

¹⁶³ 校勘記云「廣本上作聖」。

¹⁶⁴ 《明武宗毅皇帝實錄》卷六一，正德五年三月辛未。

概括與分類的主要目標在於權衡輕重。同等的罪行歸為一類，科以同等的刑罰，如逃軍和逃校；輕重不同的罪行分為異類，刑罰亦當差別，如正犯與親屬或窩主等。反覆權衡、日積月累，先形成前例，後修改制定法，新的《問刑條例》就自然形成。值得注意的是，權衡輕重又常用「情」來表達，如正德六年夏審時：

命司禮監太監張永同三法司堂上官審錄罪囚。……前後得可矜疑者，六十一人，俱減死充軍。其情重者，仍杖之百而遣之……。¹⁶⁵

「情重」本來指「真犯死罪」，此處又用它表示「可矜疑者」中較為重者。從「可矜疑者」看，「緩刑」較為重，從「真犯死罪」看則較為輕，只稱「情重」未能確實地表達這一類罪名的屬性，此時沒有形成一個能夠確切地表達新類的概念。儘管成化年間出現過「緩死」一詞，與「緩決」頗相似，但這兩個名稱之所以近似只不過是一種巧合，「緩死」尚未能成為專用術語，這個詞雖然很有來源，早就見於《周易·中孚》，如：

君子以議獄緩死¹⁶⁶

但在成化年間它僅僅是「留獄」等的另外一種說法而已，偶然用了一次之後再也沒有襲用下去。

「緩決」、「緩刑」、「緩死」等「緩」字的複合詞在嘉靖年間經常使用，逐漸形成一個新的法律用語。不過，當時這些詞彙帶有負面的意思。這與嘉靖年間獄政反常有關。世宗從旁系繼承皇位，從即位時起在禮制方面一直與官員發生矛盾，獄政受其影響，常為皇帝的偏袒與仇恨所左右。同時，世宗迷信方術，怕殺戮影響齋事，頻繁地停止執行死刑。這種脈絡造成「緩」的負面詞義，或云「屈法緩刑」，或云「賄左右以求緩刑」，「緩決」變成遲緩或不及時執行的意思。比如嘉靖二年秋審時刑科都給事中劉濟言：

臣等近三覆應決罪囚何明、王欽等，俱奉旨，且牢固監候。臣惟自古人君未有弛刑而能治者。今所奏囚犯，俱經會審，情罪允

¹⁶⁵ 《明武宗毅皇帝實錄》卷七四，正德六年四月己酉。

¹⁶⁶ 《周易》（《十三經注疏》本，北京：中華書局影印，1980）。「緩刑」亦見於《周禮·地官·大司徒》（《十三經注疏》本，北京：中華書局影印，1980）。

當，無可疑者。仍俱蒙寬縱，愚民妄騰異議，謂廖鵬輩行賂左右以求緩刑。¹⁶⁷

到了萬曆年間，頻仍停刑持續半世紀，迴避殺戮不執行死刑成爲社會習慣，不待皇帝命令而刑停。年輕的神宗也看出弊端，如萬曆五年他諭法司云：

近來各處歲報重囚，一省有至千餘人者，所處決止三四人，餘仍淹禁，死於箠楚。此皆各巡按御史故違明旨，堅蹈宿弊。其查參以聞。¹⁶⁸

但，當時神宗尙幼，皇太后「視帝起居」，「教帝頗嚴」，¹⁶⁹ 因爲皇太后深信佛教，所以停刑之令依舊頻出。此時，輔臣張居正驅使「情」概念作一些調整工作，比如萬曆七年秋審停刑之際他上言道：

聖德固云好生，但慶賞刑威乃朝廷大政。去歲因大婚慶典，故暫免行刑，今歲何名又欲停止。若以刑殺於聖心有所不忍，則各犯殺父母、殺兄弟及劫奪毆殺者，彼死者含冤不尤為可憐乎。若不忍盡誅，乞命再加詳審，揀其情罪尤重者，疏名上請，量決數十人。則好生之仁、懲惡之義，並行而不悖矣。上納其言。¹⁷⁰

「情真」罪犯中又分別情節之輕重，處決情節最重者數十人，其餘免刑。這一做法或簡稱爲「情真罪犯，分別行刑」。¹⁷¹ 分別行刑既可以滿足最基本的行刑需求，又能體念皇太后的憐恤心，可謂兩全其美。哪些情節屬「尤重」、哪些不然，成化末年以來逐漸積累了前例，可供爲依據。

張居正以情概念將罪名細分輕重兩類，這很符合歷來「情」概念的用法，只有一點可以說是白璧微瑕。輕重兩項如同硬幣的兩面，一面朝上，另一面就顯示不出來。比如，從「真犯死罪」分出較輕者爲「情有可矜」，這與分出較重者爲「情罪尤重」實質上無異，但前者可以顯示皇帝的憐恤心，而後者則帶一些血腥味，一般爲儒臣所迴避。在當時的

¹⁶⁷ 張居正等，《明世宗肅皇帝實錄》卷三二，嘉靖二年十月壬戌。

¹⁶⁸ 顧秉謙等，《明神宗顯皇帝實錄》卷五八，萬曆五年正月壬子。

¹⁶⁹ 張廷玉等，《明史》（北京：中華書局，1974），卷一一四，〈后妃列傳〉。

¹⁷⁰ 《明神宗顯皇帝實錄》卷九二，萬曆七年十月辛巳。

¹⁷¹ 同前書，卷五四，萬曆四年九月丙申。

歷史背景下，張居正不得不採取後者，即強調處決重者。雖然實質上沒有什麼差別，但不免有失儒臣體面。

後來又用「緩決」概念將張居正拋出的硬幣翻過來，顯示出寬待輕者的一面。最早用例似乎是大學士沈一貫求救言官曹學程的上奏文：

大學士沈一貫疏請緩刑。時御史曹學程繫獄待決。舉朝救之，不能得。一貫言，……上不答。一貫復上疏，臣看詳三覆奏內，各犯情真，但有甚與不甚之分耳。其甚者，臣已擬決。¹⁷²不甚者，悉祈賜留，體皇上好生之德¹⁷³也。內惟曹學程之獄，眾心憐之。蓋以聖明之朝，而戮及言官，上損國體，下喪士氣，所係非小。願皇上為國體霽威嚴，為群心敷恩澤，姑寬學程一日之死。疏上，報聞。然尚未顯言赦之也。¹⁷⁴

將情真罪名細分兩類，輕者留獄，重者處決，這一邏輯與張居正如出一轍，但張居正請處決罪犯，沒有太大的德行可稱，而沈一貫則請求寬待輕犯，保住「皇上好生之德」。

總之，緩決的生成可以分兩步，先細分罪名輕重而在「情真」與「情有可矜」中間插入新一類罪名，然後摸索一個合適的名稱來概括這一類罪名。前者是實質上的變化，很符合罪名以及刑罰逐漸細分的歷史趨向，後者則是形式上的整理工作。

結尾

從詞義學的角度來看「情」概念具有具體性、特殊性，與我們現代的「法」概念的抽象性、普遍性恰好相反。比如嘉慶十八年，御史嵩安「條陳火器誤殺等案秋審應分別實緩」，換言之，嵩安要求修訂新的制定法，並規定火器誤殺等案如何判別「情實」與「緩決」，嘉慶皇帝則予之以否定：

¹⁷² 原文作「以」，校勘記云「廣本以作出，抱本作己，抱本是也」。

¹⁷³ 校勘記云「廣本抱本德下有如此二字」。

¹⁷⁴ 《明神宗顯皇帝實錄》卷三三九，萬曆二十七年九月戊辰。

如鳥槍竹銃殺人之案，律以其為害慘烈，概擬情實。至勾到之時，其中疑賊誤斃，情節可原，免予勾決者，亦歲所時有。其共毆致斃四五命以上之案，……不得姑息養姦，歷年均欽遵辦理，而其中隨行助毆、情介疑似之犯，亦間有免勾者。誠以人情萬態，事變千端，獄訟之成，原有律例所不能賅者。法司隨案聲請，朕權衡輕重，區示寬嚴，或執不宥之律，或施法外之仁……豈更改科條所能執一而論者乎……。¹⁷⁵

人情萬態，難以用法律概括，因此需要皇帝隨案權衡。歷來不缺乏此類話語，給現代人的思想史研究留下了豐富的研究材料。

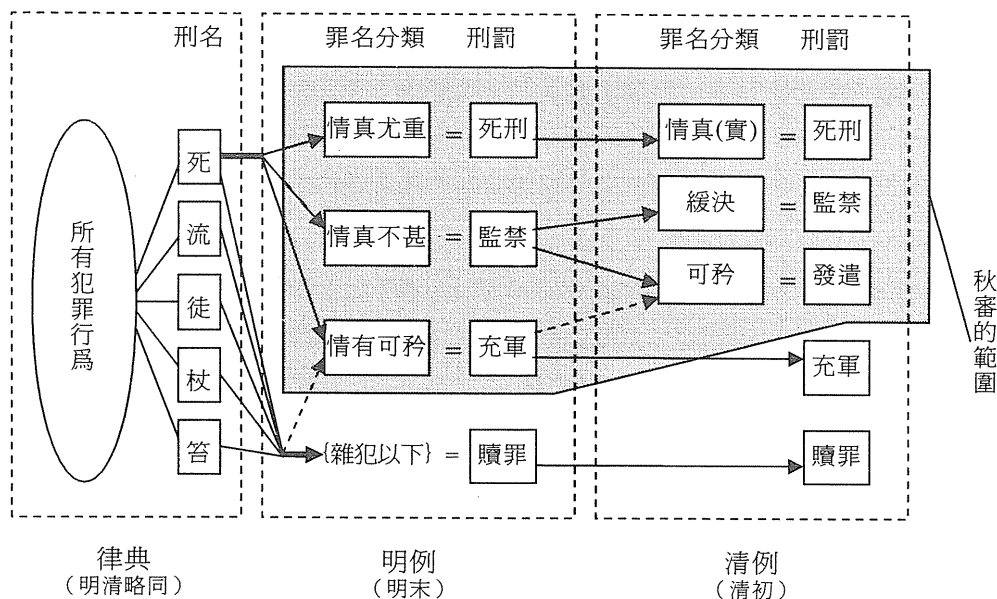
但是從法律制度的層次來看，情未必如嘉慶皇帝所說得那麼特殊。只要仔細看，就能發現：諭旨提出很客觀的判斷基準，特定的罪犯是否屬於「情節可原、免予勾決者」不是在君主心裡決定的，而是看「疑賊誤斃」這一構成要件來判斷的；共毆致斃之案亦然，「隨行助毆」是免勾的關鍵要件。構成要件是法律上有意義的行為要素的高度概括，一組構成要件形成一個罪名，罪名是對整個犯罪行為的概括，法律效果略相同的罪名又形成一個類型，用情概念概括。情就是對同等罪名的高度概括，這中間毫無餘地「施法外之仁」，「法外之仁」只不過是一句套語，¹⁷⁶ 以滿足皇帝及其臣子的虛榮心。

在長期的運作過程中，這種概括與分類，形成一個與律典五刑截然不同的刑罰體系。明代末期，在法律制度上罪名最後分四大類，即「情真

¹⁷⁵ 《（光緒）大清會典事例》卷八四九，〈刑部·刑律斷獄·有司法囚等第（六）〉所收嘉慶十八年事例。

¹⁷⁶ 就連律典的明文規定可以稱之為「法外之仁（或恩等）」，比如《（光緒）大清會典事例·刑部·名例》（卷七三三，葉15）「犯罪存留養親」條所收雍正十一年事例云：「獨子留養之條乃國家法外之仁，而兇惡之徒往往恃有恩例，肆意妄行……若不論情罪輕重，而但以獨子概令從寬，已非情理之當……」。其實，「獨子留養」律中有明文規定，即「犯罪存留養親」條：「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（律注：即與獨子無異。……），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（律注：軍犯准此）」。又如《（光緒）大清會典事例·刑部·斷獄律》（卷八五二，葉14）「婦人犯罪」條所收嘉慶二十三年的事例云：「婦女及年老廢疾之人，罪至軍流者，准予收贖，原屬法外施仁……」，「名例律工樂戶」及「婦人犯罪」條有明文規定：「其婦人……若犯徒流者，決杖一百，餘罪收贖」。

尤重者」、「情真不甚者」、「情有可矜者」與「徒流以下者」（即「雜犯死罪」或「情輕者」）。每一類概括基本上同等的罪名，科之以同等的刑罰：「情真尤重者」處決，「情真不甚者」緩決（即監禁和充軍），「情有可矜者」充軍，「徒流以下者」贖罪。從起源來看，四者均係「情」概念的分化體。其中，「情真尤重者」、「情真不甚者」、「情有可矜者」三者屬秋審管轄。直至清朝，秋審仍分這三類，只有充軍罪名被排在外，不再稱為「情有可矜者」，而另增設「發遣」一項新刑罰，重新使用「（情有）可矜者」來概括。



圖四：明末清初的罪名分類與刑法體系

傳統的法律制度為何需要這種多層次的概括與分類呢？歸根結底，這與傳統刑法趨向嚴格的「罪刑法定主義」，而採用「絕對確定刑」¹⁷⁷有關。眾所周知，「絕對確定刑」是針對每一個罪名在條文上相應地只規定單一的固定的刑名，中間毫無斟酌的餘地，如「謀殺人者斬」。¹⁷⁸為

¹⁷⁷ 傳統刑法的這種傾向或成為「（絕對）定刑主義」。

¹⁷⁸ 《大明律·刑律·人命》云：「凡謀殺人，造意者，斬」。

了彌補這種確定刑的僵硬性，傳統刑法從審判實踐中不斷地吸取經驗而設立新的罪名。創新的方向主要是細分較為簡明的律典罪名，比如謀殺、強盜等罪名在清例中都分化為約一百條左右。這些相連的罪名形成一種多層結構，給予刑法靈活性。¹⁷⁹ 在罪名分化的過程中，「情」擔當微觀與宏觀兩種角色。由微觀的角度，「情」概念的角色是從犯罪行為中分析出現存制定法未承認的有意情節。這些情節一旦得到承認，就成為新的構成要件，形成新的罪名。宏觀的角色則是創造新罪名這一微觀角色的積累效果。「情真」等概念將無數的新罪名分為幾大類，加以概括。這種概括與分類能防止由於罪名的不斷細分而造成刑法上的混亂，並保證刑罰體系維持一定的秩序。這兩種角色之所以使用「情」概念來表示，大概是因為這些操作經歷了一番解釋工作，並沒有很明確的制定法依據。嚴格的「罪刑法定主義」忌諱法律內在的解釋契機，而將其隱藏在「法外之恩」的面紗下。這樣，「情」就成為了形成中的新法律的隱身草。

最後，我們再回到思想史的層次，利用《折獄龜鑑》所提供的一些材料，考慮「情」概念與「經義折獄」的關係。《折獄龜鑑》一書係（宋）鄭克所撰，從歷代正史和多種文集搜集著名的折獄事例，體裁與《疑獄集》、《棠陰比事》頗相似，內容上也互有重複。《折獄龜鑑》的優點在於增載了很精辟的按語，有助於理解古人的法律推理。其中，〈議罪〉一篇常以「情」概念分析折獄的邏輯推理，比如：

晉殷仲堪¹⁸⁰ 為荊州刺史，有桂陽人黃欽生，二親久沒，詐服衰麻，言迎父喪。府曹依律棄市。仲堪曰，原此法意，當以二親生存而橫言死沒，情理悖逆，所不忍言，故同於毆詈之科，正以大辟之刑。欽生徒有誕妄之過耳。遂活之。

¹⁷⁹ 詳細敘述請參照拙文〈「比附」與「類推」：超越沈家本的時代約束〉，收入馬志冰等編，《沈家本與中國法律文化國際學術研討會論文集》（北京：中國法制出版社，2005），下冊，頁461-475。

¹⁸⁰ 鄭克，《折獄龜鑑》（北京國家圖書館藏道光十五年山陽李氏刻本），「殷」作「湯」。

按昔人稱郭躬，推己以議物，舍狀¹⁸¹以探情。夫推己以議物者恕也，舍狀以探情者忠也。仲堪亦庶幾焉。苟非用法忠恕，欽生棄市決矣。此皆俗吏所不能者也。¹⁸²

黃欽生「詐服衰麻，言迎父喪」，其罪狀與唐律「父母死言餘喪」條所規定「詐稱祖父母父母及夫死」略同。¹⁸³《折獄龜鑑》稱「府曹依律棄市」，可知晉代已有相關律文，科以死刑。但，黃欽生的犯罪行為中還有一個特殊的情節，「二親久沒」，黃欽生所為係「誕妄之過」，並沒有「情理悖逆」地侵犯父母。當時，這種荒誕情節在法律上未有相應的規定，「二親生存而橫言死沒」與「二親久沒，詐服衰麻」雖然情節相差懸殊、輕重頗有出入，也只能一律科之以棄市。殷仲堪斟酌晉律的立法本意，分別這兩種情節而調整律文本來的量刑。他對律文的擴大解釋當是為了唐律「父母死言餘喪」條細分「（父母生前）求假及有所避者」與「先死詐稱始死及患者」兩種構成要件開了先河。鄭克將殷仲堪的解釋行為評為「舍狀以探情」，即是捨棄「詐稱父母死」之狀，而探究「二親久沒」之情。「情」無疑地是指制定法上未能細分的有意情節。

有時，法律推理中的「情」也會指制定法上已經得到細分的情節，如下一例：

陳希亮大卿為開封府司錄時，有青州男子趙宇上言元昊必反，坐責為文學參軍，福州安置。明年元昊果反。宇自訟，所部不受，亡至京師。執政令劾以在官無故亡法。希亮奏以宇所上封事付有司，¹⁸⁴即其言驗，不當加責。宇由是得釋。

按，此論其狀，則¹⁸⁵宇為文學參軍，福州安置，而亡至京師，劾

¹⁸¹ 鄭克，《折獄龜鑑》（北京國家圖書館藏萬曆二十三年張泰徵刻遞修本），「舍」作「捨」。

¹⁸² 《折獄龜鑑·議罪》卷四。見鄭克撰，楊奉琨校釋，《折獄龜鑑校釋》（上海：復旦大學出版社，1988）。

¹⁸³ 《唐律疏議·詐偽·父母死言餘喪》條稱：「若詐稱祖父母父母及夫死，以求假及有所避者，徒三年。伯叔父母、姑、兄姊，徒一年。餘親減一等。若先死詐稱始死及患者，各減三等」。見長孫無忌等，《（官版）唐律疏議》（東京：律令研究會影印，1975）。

¹⁸⁴ 張氏李氏兩刻本均在「奏」字下有「乞」字。

¹⁸⁵ 張氏刻本無「則」字。

以在官無故亡法可也。論其情，則¹⁸⁶ 宇豈無故亡哉。本坐言元昊反而責之，今果反矣，尚何劾焉。希亮可謂能舍狀以探情也。¹⁸⁷

陳希亮是北宋人，當時的制定法就可以參看《宋刑統》。《宋刑統》承襲唐律設「在官無故亡」條，¹⁸⁸ 明確地分出「在官」、「逃亡」與「無故」這三個構成要件。但鄭克仍能從中分出可捨之狀與當探之情。「狀」是指趙宇「爲文學參軍」、「而亡至京師」。這兩個事實充足「在官」與「逃亡」的構成要件。這兩種要件顯而易見，不費問刑官多少心思，通過一番形式上的審核就可以認定要件充足與否。與此相反，逃亡行爲有無正當理由，這卻無法從形式的層次上做出判斷，需要問刑官從實質上來解釋。鄭克在按語中斟酌趙宇逃亡是否「無故」，自稱其解釋法律的行爲爲「論其情」。他又評陳希亮的解釋爲「能舍狀以探情」，即能捨棄形式上的要件充足性而探究實質上的要件充足性。在此，「情」就是從實質上滿足構成要件的情節。

古人的法律推理中最重要的一环當數有意情節的細分。對犯罪情節的仔細觀察有助於比較罪名的輕重，反覆地比較罪名的輕重才能進而構建罪名的多層次結構，並維持相應的刑罰之間的平衡。鄭克是從微觀的角度對具體的法律適用行爲進行分析與評論，表示出著名法官如何「論其情」或「原其情理」等；秋審制度上的情概念則體現出這種微觀適用行爲的宏觀效果。本文主要從宏觀的角度進行分析，證明在明清的秋審程序中微觀的情節比較是如何形成了罪名的分類體系，「情真」等概念中的「情」從個別情節的詞義是如何蛻變爲某類罪名總體的概括性名稱。其基本涵義仍不外乎法律上的有意情節，即判斷犯罪輕重的情節，這一涵義在微觀的法律推理與宏觀的罪名結構上是完全一致的。

「情」概念緩和了制定法主義的過度僵硬性，二者簡直有著一種對立關係。因此，以往的思想史研究常常將「情」置於法律之外。如果我們能看清「情」概念的法律涵義，尤其是認清「情」的分析這一微觀的法

¹⁸⁶ 張氏刻本無「則」字。

¹⁸⁷ 《折獄龜鑑·議罪》卷四。

¹⁸⁸ 寶儀等，《重詳定刑統》（臺北：文海出版社影印，1974），卷二八，〈捕亡〉。

律解釋對刑法體系的宏觀效果，就不難發現傳統中國法在悠久的制定法主義之外還有龐大的判例法領域，大陸法系與英美法系的特徵並駕齊驅，中國法特有的歷史經驗將或許會對西方法理學提供不少新見解！

(本文於民國九十四年十月二十日通過刊登)

後記

陳熙遠先生對拙稿提出很多有意義的修改意見，並且對所有引文作了全面的校正，在此表示衷心的感謝。

引用書目

一、傳統文獻

- 《周易》，《十三經注疏》本，北京：中華書局影印，1980。
- 《周禮》，《十三經注疏》本，北京：中華書局影印，1980。
- 李東陽等，《（正德）大明會典》，東京：汲古書院影印，1989。
- 李東陽等，《明孝宗敬皇帝實錄》，臺北：中央研究院歷史語言研究所影印，1984。
- 李東陽等，《（萬曆）大明會典》，申時行等重修，揚州：江蘇廣陵古籍刻印社影印，1989。
- 李昉等，《太平御覽》，北京：中華書局影印，1960。
- 長孫無忌等，《（官版）唐律疏議》，東京：律令研究會影印，1975。
- 胡廣等，《明太祖高皇帝實錄》，臺北：中央研究院歷史語言研究所影印，1984。
- 英祥、林恩綬編，《秋審實緩比較成案二十四卷》，同治十二年刊，東京：東京大學東洋文化研究所藏。
- 崑岡等纂修，《（光緒）大清會典事例》，外交部石印本，東京：東京大學東洋文化研究所藏。
- 張廷玉等，《明史》，北京：中華書局，1974。
- 張居正等，《明世宗肅皇帝實錄》，臺北：中央研究院歷史語言研究所影印，1984。
- 張居正等，《明穆宗莊皇帝實錄》，臺北：中央研究院歷史語言研究所影印，1984。
- 張鹵輯，《皇明制書》，東京：古典研究會影印，1967。
- 陳文等，《明英宗睿皇帝實錄》，臺北：中央研究院歷史語言研究所影印，1984。
- 費宏等，《明武宗毅皇帝實錄》，臺北：中央研究院歷史語言研究所影印，1984。
- 黃彰健校勘，《明實錄附校勘記》，臺北：中央研究院歷史語言研究所，1984。簡稱校勘記。

- 楊士奇等，《明太宗文皇帝實錄》，臺北：中央研究院歷史語言研究所影印，1984。
- 楊士奇等，《明宣宗章皇帝實錄》，臺北：中央研究院歷史語言研究所影印，1984。
- 劉吉等，《明憲宗純皇帝實錄》，臺北：中央研究院歷史語言研究所影印，1984。
- 劉惟謙等，《大明律》，轉引自黃彰健《明代律例彙編》，臺北：中央研究院歷史語言研究所，1979年初版，1994年影印。
- 劉惟謙等，《問刑條例》，轉引自黃彰健《明代律例彙編》，臺北：中央研究院歷史語言研究所，1979年初版，1994年影印。
- 鄭克，《折獄龜鑑》，北京國家圖書館藏道光十五年山陽李氏刻本。
- 鄭克，《折獄龜鑑》，北京國家圖書館藏萬曆二十三年張泰徵刻遞修本。
- 鄭克，《折獄龜鑑校釋》，楊奉琨校釋，上海：復旦大學出版社，1988。
- 竇儀等，《重詳定刑統》，臺北：文海出版社影印，1974。
- 顧秉謙等，《明神宗顯皇帝實錄》，臺北：中央研究院歷史語言研究所影印，1984。

二、近人論著

陶安 (Arnd Helmut Hafner)

- 1999a 〈中國刑罰史における明代贖法——唐律的「贖刑」概念との比較〉，《東洋史研究》57.4：104-147。
- 1999b 〈律と例の間——明代贖法を通じてみた旧中国法の一斑〉，《東洋文化研究所紀要》138：1-65。漢語譯文見李力譯，〈律與例之間——通過明代贖法看古代中國法之一斑〉（上）（下），收入中國法律史學會主辦，韓延龍主編，《法律史論集》，北京：法律出版社，第4卷（2002），頁351-371；第5卷（2003），頁246-278。
- 2005 〈「比附」與「類推」：超越沈家本的時代約束〉，收入馬志冰等編，《沈家本與中國法律文化國際學術研討會論文集》，北京：中國法制出版社，下冊，頁461-475。

黃彰健

- 1953 〈大明律誥考〉，《中央研究院歷史語言研究所集刊》24：77-101。

楊一凡

1988 《明大誥研究》，南京：江蘇人民出版社。

佐藤邦憲

1993 〈明律・明令と大誥および問刑条例〉，收入滋賀秀三編，
《中国法制史——基本資料の研究》，東京：東京大學出版
會，頁435-472。

“Circumstances” in the Chinese Legal Tradition: A New Perspective on the Autumn Assizes

Arnd Helmut Hafner

Research Institute for Languages and Cultures of Asia and Africa,
Tokyo University for Foreign Studies

Because of the abundant use of the concept of *qing* (情, circumstances) in the autumn assizes, the subdivision of capital offences into three categories, of which only one is actually made subject to capital punishment, is often misunderstood as particular acts of mercy. In fact, the threefold differentiation of offences and punishment in the autumn assizes was profoundly grounded on statutory law. Hence, it deserves a general legal explanation. This article strives for an accurate jurisprudential analysis of the concept of “circumstances” by examining the transition and differentiation of offences and punishments in the Assizes of the Ming.

This analysis shows that the legal concept of “circumstances” combines two functions. On the level of individual case decisions, “circumstances” served as a tool for the analysis of sentencing criteria. Every time the sentencing criteria provided by statutory law proved insufficient for an exhaustive evaluation of all meaningful elements of the criminal act in question, the newly found sentencing criteria were formulated as extraordinary “circumstances” before these were finally entered into statutory law. The cumulative effect of the unremitting establishment of new sentencing criteria by the concept of “circumstances” was the segmentation of offences followed by differentiation of punishment. On this general level different terms of “circumstances” were used for classifying offences into different categories, of which each was made subject to same sort of punishment, e.g. capital punishment for *qingshi* (情實, facts true), transportation to the frontiers after several years of imprisonment for *huanjue* (緩決, deferral, originating from

differentiation of *qingzhen* [情真, facts true] in the Ming) and immediate transportation to the frontiers *qing you kejin* ([情有]可矜, compassionate circumstances).

The reason for using the rather particularistic and therefore misleading concept of “circumstances” probably lies in the traditional abhorrence against legal interpretation. The unavoidable necessity to interpret law was hidden behind a veil of imperial mercy cast by the particularistic concept of “circumstances.”

Keywords: sentencing criteria, autumn assizes, Chinese jurisprudence, Chinese criminal law, nulla poena sine lege