

孝道：中国传统法律的核心价值

龙大轩*

内容提要：孝道乃数千年中国文化之精华，对传统法律制度影响至深。孝道与法律之融合，始自上古三代，经秦汉以来的努力，到唐朝终于定型为一套完整的孝道法律体系。法律制定以孝道为指导，厘定“利亲”、“善事”、“慎终”三个层次，并设计出惩治不孝犯罪的周密刑罚体系。法律运行以维护孝道为宗旨，出现“存留养亲”、“宽容复仇”等各种屈法以伸伦理的制度和惯例。孝道遂成为传统立法与司法的核心价值，形成独特而又一以贯之的孝道法文化，对古代社会的秩序构建和人性磨砺发挥了至关重要的作用，直至清末法制改革方始解体。今日建构和谐社会，若能对其进行创造性转化，于弘扬中华民族优秀传统文化、推进法制建设必大有裨助。

关键词：孝道 传统法律 孝道法文化

中国古代社会乃宗法伦理社会。在依此构建的秩序体制中，伦理与法律往往难以际分。“宗法家族伦理与法律规范之间不存在严格的界限。宗法伦理是法的价值标准、法的渊源，也是罪与非罪、罚与不罚，以及罪与罚的轻重缓急的衡器。”〔1〕由此滋生出伦理法文化。

在所有社会伦理关系中，君臣、父子这两伦，被视为人际伦常之大端，其与法律的关系更是剪不断、理还乱。君臣秩序系于忠义，为政治统治所必需；父子伦理存于孝义，亦为法律规制所依赖。故历代统治者莫不将“忠”、“孝”这两种伦理观念视为长治久安之根基，在公开标榜忠道的同时，〔2〕更是大力宣扬孝道。因为父母与子女之间，有着天然的血缘亲情，这种宣传容易得到民众的自发认同，同时还能达到“移孝作忠”的目的。故自汉

* 西南政法大学教授。

本文系国家社科基金重点项目“重新认识中华法系”（批准号：13AFX003）阶段性成果，且得到中央财政支持地方高校发展专项资金“法文化研究传播协同创新团队”建设项目支持。

〔1〕 俞荣根：《儒家法思想通论》，广西人民出版社1998年版，第152页。

〔2〕 东汉经学家马融（79-166）撰《忠经》十八章，标志着春秋时期所产生的忠德观念得以系统化，这对后世忠德观念的进一步发展产生了深远影响。

迄清，统治者无不宣称“以孝治天下”。〔3〕由是之故，孝道不仅为历代所尊崇，而且与法律制度紧密结合，成为中国传统法律的核心价值。

一、孝道与法律结合的演进轨迹

“传统法制中受孝道的影响非常之大，表现为孝与法的有机融合。”〔4〕从某种意义上讲，中国法律史即孝道精神与法律制度彼此融合的历史。自上古三代而始，孝道便具有崇高的法律地位。汉魏以降，随着法律儒家化进程的推进，孝道伦理纷纷转化进入法律制度之中，形成一套完整的孝道法律规范体系，至唐代基本定型，呈现出一种独特而又一脉相承的孝道法文化现象。后历宋、元、明、清，虽略有损益，然大体上相沿不改。清末法制改革以来，西法东渐，孝道伦理逐渐退出法制领域。综而论之，孝道实为中国传统法律之核心价值，传统法律亦成长于孝道精神的熏染之下。

（一）先秦时代：孝道融入法律的开端

夏商周三代以礼为法，孝道为其统率。经历因袭损益，逐渐而形成一套几乎涵盖所有社会领域的制度规范体系，即周礼。以礼制为行为准则，以刑制为保障措施，违礼则入刑，用强制性刑罚辅弼礼制之权威。在三代“礼—刑”体制中，孝道得到了极大的尊崇与维护。据记载，夏后氏之时，“五刑之属三千，而罪莫大于不孝”。〔5〕及至殷商，“刑三百，罪莫重于不孝”。〔6〕

秉承夏商孝道法文化，周政权自始便极为重视用法律手段彰显孝道。周初纲领性法律文件《康诰》明确提出：“元恶大憝，矧惟不孝不友。”〔7〕对此行径，须援用文王之法加以惩治，不能赦免。周公制礼，以“亲亲、尊尊”为礼之大本，作为立法和司法的根本原则。其中的亲亲原则，便是以孝道为核心，教人爱其亲属，尤其是父系尊亲，所谓“亲亲父为大”是也。推而广之，礼敬父兄、追思先祖，普遍为时人所推崇，孝道逐渐上升为礼法的最高原则。

及至东周以降，礼坏乐崩，列国攻伐，臣弑君、子弑父现象大量出现。“春秋之中，弑君三十六，亡国五十二，诸侯奔走不得保其社稷者，不可胜数。”〔8〕战乱纷争，功利横行，西周礼法遭到严重破坏，孝道伦理失掉法律保障。孔子痛心于宗法社会之破坏与孝道伦常之沦丧，大力倡导并逐步充实孝道学说。他提出“君君、臣臣、父父、子子”，强调孝道的政治与社会功用，引起统治者重视。弟子有若进一步铺陈论述：“其为人也孝悌而好犯上

〔3〕自汉及清，以孝巩固统治的思维模式，一以贯之。汉宣帝言：“导民以孝，则天下顺”（《汉书·宣帝纪》），乃此一贯逻辑之直白表述。鲁迅先生说：“魏晋，是以孝治天下的，不孝，故不能不杀。为什么要以孝治天下呢？因为天位从禅让，即巧取豪夺而来，若主张以忠治天下，他们的立脚点便不稳，办事便棘手，立论也难了，所以一定要以孝治天下”（鲁迅：《魏晋风度及文章与药及酒之关系》，载《鲁迅全集》第3卷，人民文学出版社1973年版，第534页）。这是魏晋时期倡导孝道高于忠道之又一缘由。然而无论如何，以孝为治，乃历代不易之基本国策。

〔4〕林明：《传统法制中的孝道文化因素释义》，《法学论坛》2001年第6期，第45页。

〔5〕《孝经·五刑章第十一》

〔6〕《吕氏春秋·孝行览第二》

〔7〕《尚书·康诰第十一》

〔8〕《史记·太史公自序》

者，鲜矣。不好犯上而好作乱者，未之有也。君子务本，本立而道生。孝悌也者，其为仁之本与？”〔9〕其后，《孟子》、《礼记》、《孝经》等经典对孝道理论进一步演绎和发扬，对孝道法律制度也进行了相应的论证和设计。例如，《礼记·王制》说：“凡听五刑之讼，必原父子之亲，立君臣之义以权之。”《孝经》称：“要君者无上，非圣人者无法，非孝者无亲。此大乱之道也。”〔10〕这些论证与设计虽略显朴素，但整个理论却根植于中国宗法伦理社会的土壤之中，有着固有文化的基因和顽强的生命力，对后世法制建设产生了深远影响，成为历朝立法、司法的指导性理论。

（二）秦代：融合孝道与法律的尝试

战国时代，秦国将法家思想奉为国策，法律政策皆采极端功利主义，不甚重视亲情伦理。《商君书·开塞》认为：“亲亲则别，爱私则险，民众而以别险为务则民乱。”为增强国家军事战斗力与社会动员力，以确保秦国在纷争中最终胜出，商鞅主持变法时，便十分注意排除孝道观念对国家综合竞争力的消极影响。汉初贾谊就认为，商君在秦国变法，遗礼仪，弃仁恩，导致秦俗日败，“故秦人家富子壮则出分，家贫子壮则出赘。借父耰耜，虑有德色。母取箕箒，立而谇语……妇姑不相说，则反唇而相稽”，〔11〕孝道之风殆尽。针对孔子所倡“父为子隐，子为父隐”，法家巨子韩非更针锋相对：“君之直臣，父之暴子也……父之孝子，君之背臣也”，〔12〕将忠、孝完全对立，引导秦王用忠道抑制孝道。司马谈《论六家要旨》对此概括极为精到：“法家不别亲疏，不殊贵贱，一断于法，则亲亲尊尊之恩绝矣。”〔13〕

然而，以上这些传世文献并不足以将秦代法律抛弃孝道证为定论。实则，秦代治国并非纯任法家旧说，贾谊等文学家之言也多夸张之处，不可尽信。至少出土资料显示，秦律中不仅有不孝罪，且处罚很重。《睡虎地秦墓竹简》记载，对于亲子不孝的行为，父亲甚至有权要求官府处死儿子，且此类案件官府皆当依律受理处断。〔14〕《法律答问》亦反映，当时殴打父母、祖父母等尊亲长辈亦当入罪，施以刑罚。〔15〕此外，秦律中还有“非公室告”制度，〔16〕公开修改法家“刑无等级”的一贯主张，对控告父母伤害子女的诉讼不予受理。由此可见，为了适应宗法社会的文化土壤，无论是地处西部的秦国还是统一后的秦朝，皆曾努力进行融合孝道与法律的尝试。只不过秦朝所维护的孝道乃是功利之孝道，而非伦理之孝道。〔17〕换言之，法家对孝的取舍，完全取决于其对孝“有用”或“无用”的功利判断。正因如此，尽管秦法严禁殴、杀、骂父母等行为，然而在孝道观念淡薄之地，子不孝父、妇骂公婆之风，仍举目可见，并未因法律禁绝而自然消失。但无论如何，秦代融孝道

〔9〕《论语·学而》

〔10〕《孝经·五刑章第十一》

〔11〕《汉书·贾谊传》

〔12〕《韩非子·五蠹第四十九》

〔13〕《史记·太史公自序》

〔14〕《法律答问》记载，某里士五（伍）甲告曰：“甲亲子同里士五（伍）丙不孝，谒杀，敢告。”即令令史已往执。令史已爰书：与牢隶臣某执丙，得某室。丞某讯丙，辞曰：“甲亲子，诚不孝甲所，毋（无）它坐罪。”见睡虎地秦墓竹简整理小组：《睡虎地秦墓竹简》，文物出版社1990年版，第156页。

〔15〕《法律答问》记载：“殴大父母，黥为城旦舂。今殴高大父母，可（何）论？比大父母。”同上书，第111页。

〔16〕《法律答问》记载：“贼杀、伤它人为公室告；子盗父母，父母擅杀、刑、髡及奴妾，不为公室告。”同上书，第118页。

〔17〕参见康学伟：《先秦孝道研究》第七章之四《法家论孝道》，吉林人民出版社2000年版。

入法律的制度成果与历史教训，后为汉所继受和吸收，此则为秦代法制之历史贡献，不可一概抹杀。

（三）汉—唐—清：孝道法律制度的定型与继承

汉代标榜以孝治天下，皇帝谥号皆加“孝”字。^[18]统治者一方面褒奖以孝行称誉者，一方面运用法律手段对不孝行为进行严厉惩罚，孝道俨然成为汉法之指导精神与核心价值。汉代在乡里设置“孝悌”官职，力倡子孙与父祖尊亲同居共财，在基层民间弘扬孝道观念。汉武帝举创“孝廉”一科，更成为两汉求仕者的必由之途。汉代法律亦严格禁止不孝行为，犯不孝罪者要处死刑。汉武帝时，衡山王太子刘爽密报其父刘赐谋反，未得奖赏，反以“不孝”之罪而被腰斩。此外，礼敬尊长、君亲无将等孝义伦理亦成为司法中“春秋决狱”的核心原则。为了彰显以父权为核心的孝道，东汉还曾出台《轻侮法》，子因父受辱而杀人竟可免于刑罚。孝道作为立法和司法的原则，自汉代开始逐渐向法律的各个方面进行渗透，其后历代均遵循孝治天下的基本准则，孝道法文化受到推崇，终于沉淀为中国传统法律之价值底色。

魏晋南北朝时期，政权频繁更换带来了几度立法高潮，加之律学研究水准日益提高，孝道的价值理念纷纷渗透到法律制度之中，成为真正引导法律体系制定和运行的灵魂。曹魏《新律》既以明文废除“异子之科”，禁止子孙与父祖分家析产，又重惩子杀继母之罪，且有条件地允许私自复仇，孝道得以更多地体现在法律之中。以至于当时出现了君父先后之争的舆论焦点，邴原公开宣扬救父不救君的观点，也未受任何法律追究。^[19]晋《泰始律》号称“尤为儒家化”，^[20]引用丧服之制以决刑罚轻重缓急，“峻礼教之防，准五服以制罪”，^[21]将孝道法律化推进至更深一层。晋人李忽杀死投敌之父亲，竟被官方定为“无从子之道”而处以死刑。^[22]时人董养感叹道：“每览国家赦书，谋反大逆皆赦，至于杀祖父母、父母不赦者，以为王法所不容也。”^[23]可见，当时不孝之罪甚于谋反。同时，以孝行作为核心标准的乡党清议，亦成为九品官人法的主要考量因素和仕途进退之重要依据。南北朝虽是乱世，但是孝道观念对法律仍起支配作用，子女孝行即便违法亦得宽待，不孝行为即便于法有据亦当严惩。《北魏律》创设存留养亲之制，将司法中屈法而伸伦理的权宜做法明确化、制度化。《北齐律》则进一步吸纳孝道精神，将不孝行为总结归入“恶逆”、“不孝”两大类罪，列入“重罪十条”，给予严厉打击，为隋唐以后惩治不孝行为铺就了基石。

法律儒家化至唐代初告完成，孝道精神也已完全融入法律之中，成为法律的核心价值。唐律号为“一准乎礼”，^[24]明确宣称“德礼为政教之本，刑罚为政教之用”。^[25]作为德礼

[18] 《汉书·惠帝纪》中的“孝惠皇帝”，颜师古注曰：“孝子善述父之志。故汉家之谥，自惠帝已下皆称孝也。”

[19] 《三国志·魏书·邴原传》裴松之注引《原别传》记载，太子曹丕曾经聚客讨论忠孝之事。“太子建议曰：‘君父各有笃疾，有药一丸，可救一人，当救君耶？父耶？’众人纷纭，或父或君。时（邴）原在坐，不与此论。太子谕之于原。原勃然对曰：‘父也！’太子亦不复难之。”

[20] 陈寅恪：《隋唐制度渊源略论稿》，生活·读书·新知三联书店2001年版，第111页。

[21] 《晋书·刑法志》

[22] 《太平御览·刑法部·煞》

[23] 《晋书·隐逸传》

[24] 《钦定四库全书提要·政书类二·唐律疏义解》

[25] 《唐律疏议·名例》

之本的孝道成为立法和司法必须尊奉之圭臬，在法律中得到淋漓尽致的体现。在“十恶”罪中，关乎孝道的有恶逆、不孝、不睦；在刑罚制度中，大力贯彻矜恤老幼原则；在民事家庭制度中，极力强化父权，并以无子、不顺公婆作为丈夫休妻的法定理由；在国家政策上，大肆褒奖、宣扬孝子贤孙事迹。如此种种做法，充分彰显出孝道在唐代法律制度中的核心价值地位。孝道与法律高度结合，孝道法制化在此时宣告完成。

宋、元、明、清法典继承唐律的基本精神和制度规定，孝道观念更因理学的论证和发扬而益加根深蒂固。相关的法律条文虽因时代变迁而有所损益，但孝道作为法律原则之地位牢不可破，始终在法律的制定和实施中发挥着核心作用。直到清末修律，始有剧变。

（四）清末以来：孝道在法律中的衰微

清季以降，中国文明遭遇西方文明之强劲挑战。作为中国传统法律之核心价值，孝道首当其冲受到强烈冲击。清末沈家本主持修律过程中引发“礼法之争”的几大焦点中，干名犯义、存留养亲、子孙违反教令、子孙卑幼的正当防卫权，无一不关乎孝道问题。法理派骁将杨度更是将这场争论定位为代表现代文明方向的国家主义与代表旧有势力的家族主义之间的对抗。似乎在法理派眼中，欲改造旧律则必须先排除孝道观念在法律中的影响。此次论争虽然双方互有妥协，但是自此以后，孝道便日渐与法律拉开距离。及至中华民国的刑法典、民法典，虽然还有一些遗留下来的制度规范体现孝道文化，但其核心价值则是西方传入的法学理论和价值观念，不复有古代法律以孝道为精神旨趣的风采了。虽如此，孝道作为数千年的文化积淀，亦难因制度变革而消失殆尽，依然遗传在民族心理之中。

二、孝道与传统立法

中国传统法律以孝道为核心价值展开其制度设计。一方面逐步明确孝道的内涵，并以法律手段对其加以倡导与鼓励，另一方面渐次完善对不孝行为的严厉惩罚。中国古代孝道文化可以从三个层面加以理解，即利亲、善事、慎终。经过漫长的历史演进，孝道与法律彼此渗透，逐步融合为一体。孝道的这三层含义也逐渐沉淀为凝练的法律语言，明确规定在古代法律之中。

（一）利亲

利亲乃孝道在物质层面的要求，也是最低层次的要求。《墨子·经上》说：“孝，利亲也。”《贾子·道术》曰：“子爱利亲谓之孝。”《礼记·祭统》中也说：“孝者，畜也。”可见，传统学说都把赡养父母作为孝道之基本内容。欲尽赡养之责，则须尽力保证父母衣食无忧，日用物资皆不匮乏。依照礼义，“孝有三：大孝不匮，中孝用劳，小孝用力。思慈爱忘劳，可谓用力矣。尊仁安义，可谓用劳矣。博施备物，可谓不匮矣”。^[26]当然，所谓利亲亦非定要追求锦衣玉食，应依据子女经济状况加以判断。如《盐铁论·孝养》所说：“善养者不必刍豢也，善供服者不必锦绣也。以己之所有尽事其亲，孝之至也。”唐律对此两方面含义全面接纳：“礼云：‘孝子之养亲也，乐其心，不违其志，以其饮食而忠养之。’其有堪供

[26] 《大戴礼记·曾子大孝第五十二》

而阙者，祖父母、父母告乃坐。”^[27]然而，仅能利亲还远非尽到孝道，孝道还有更高要求。

利亲为孝道最基本的要求，有违此者则为不孝，为法律所禁止。法律循此精神，设计出两种禁止性行为模式：供养有阙，别籍异财。

汉代廷尉议定，“有生父而弗食三日”，处其子以弃市之刑，^[28]如其行为主体为官员则免官。西汉丞相薛宣因不供养后母，两次被免官。^[29]西晋庾纯亦因“父老不归供养”，遭人揭发而被迫辞官。^[30]凡此种种，皆为司法实践之一般惯例，唐以前历朝并无统一而又明确的法律规定。至唐朝，“供养有阙”及其法律后果则被明文规定在律典之中。“供养有阙”、“勤供而阙”者须处两年徒刑。^[31]有条件而故意不尽孝道之人，依《唐律疏议》之说法：“《礼》云‘七十，二膳；八十，常珍’之类，家道堪供，而故有阙者，各徒二年。”^[32]如果确实家境贫寒无法做到供养充足，则不能一概视为犯罪，故“堪供而阙”实为区分罪与非罪的关键。此后，供养有阙皆为刑法所制裁，各朝代大体沿袭不变。

儒家历来重视家族主义，提倡“父母存，不有私财”，^[33]这既是对父母供养周备的思想基础，亦为孝道的应有之义。然而秦法则不用此意，严厉推行分户析居政策。^[34]至汉初，有些地区“生分”习俗仍然盛行，^[35]故汉惠帝特意下诏鼓励同居共财。^[36]东汉时，聚族而居现象已广为存在，且为时尚所趋。如应劭所言，“凡同居，上也”。^[37]然而法律之于别籍异财行为，尚未明文禁止。直到曹魏《新律》，始有明确立场，“除异子之科，使父子无异财”。^[38]唐朝禁止别籍异财的法律规定更加完善。依唐律，“别籍”指另立户籍，“异财”指分割财产。祖父母、父母在世时，子孙有别籍或异财者，皆处徒三年之刑，^[39]但如长辈强令分家，则子孙不受法律制裁。如此，对别籍异财制裁与否，全视尊长意志为转移，其弘扬孝道之义昭然可见。至于父母死后，丧期未尽，兄弟分家则处徒刑一年。^[40]唐朝以后，禁止别籍异财之法律宗旨一以贯之，唯量刑轻重不同。比如，宋时曾重为死刑，^[41]明时则减为杖刑。^[42]直到清末法制改革后，别籍异财才不被视为犯罪。

（二）善事

善事乃孝道在精神层面的要求，属于较高层次的孝道。《尔雅》曰：“善父母为孝。”^[43]

[27] 《唐律疏议·名例·十恶》，“不孝”条。

[28] 张家山二四七号汉墓竹简整理小组：《张家山汉墓竹简（第二四七号墓）》，文物出版社2006年版，第227页。

[29] 《汉书·薛宣传》

[30] 《晋书·庾纯传》

[31] 《唐律疏议·斗讼四》，“子孙违犯教令”条。

[32] 同上。

[33] 《礼记·曲礼上第一》

[34] 《史记·商君列传》记载有商君之法：“民有二男以上不分异者，倍其赋。”

[35] 《汉书·地理志下》载：“（河内）薄恩礼，好生分。”

[36] 《汉书·惠帝纪》载：“今吏六百石以上父母妻子与同居，及故吏尝佩将军都尉印将兵及佩二千石官印者，家唯给军赋，他无有所与。”

[37] 《风俗通义·过誉第四》

[38] 《晋书·刑法志》

[39] 《唐律疏议·户婚一》，“子孙别籍异财”条。

[40] 同上书，“居父母丧生子”条。

[41] 《宋史·太祖纪二》载，宋太祖曾诏川陕诸州，“察民有父母在而别籍异财者，论死”。

[42] 《大明律·户律一》，“别籍异财”条。

[43] 《尔雅·释训第三》

《说文》曰：“孝，善事父母者也。从老省，从子，子承老也。”〔44〕孝道此层含义亦得到法律确认。《唐律疏议》曰：“善事父母曰孝。”〔45〕善事父母亦成为孝道义务的法定内容，其具体含义可从两方面加以考察。

首先，态度须恭敬，故曰孝敬。孟子曰：“孝之至，莫大于尊亲。”〔46〕孝乃由内而外自发生成的真情流露，故须有内心之恭敬始成孝道。孔子曰：“今之孝者，是谓能养。至于犬马，皆能有养；不敬，何以别乎！”〔47〕由其义，尽孝应超越赡养层面，饱含情感关怀与虔敬态度，力求父母内心能感受到子孙恭敬之意，以获得精神慰藉。恭敬是孝道最宝贵之处，也是最难始终贯彻之处。子夏问孔子尽孝如何最难，孔子答曰“色难”，〔48〕意即对父母时刻保持恭敬，言语表情温和礼敬，最难做到。故恭敬之态度在孝道中最为要义。

其次，行为须顺从，故曰孝顺。一方面要顺从父母意志，对父母之意不能有所违背，更不可口出骂詈之语，手为伤殴之举；另一方面又不能无原则地顺从。曾参任凭父亲打骂，孔子即斥其陷亲于不义，东汉赵岐更将“阿意曲从，陷亲不义”定为大不孝之首。但是，即便父母确实有过，对其进行劝谏亦应注意表达方式。训蒙读物《弟子规》，将之通俗地表达为“亲有过，谏使更。怡吾色，柔吾声”，举止如此方为孝顺。除此之外，还要顺从并继承父母的价值观念，甚至父母过世之后也要将其发扬光大。孔子说：“父在观其志，父没观其行，三年无改于父之道，可谓孝矣。”〔49〕《礼记·中庸》亦曰：“夫孝者，善继人之志，善述人之事者也。”孝道含义如此，律典亦承该说。如《唐律疏议》曰：“礼云：‘孝子之养亲也，乐其心，不违其志。’”〔50〕此条法律规定，兼及态度恭敬、行为顺从两种要求。

善事较之利亲，为更高层次的孝道，其主旨在于给予父母精神礼敬。落实到具体行为模式上，则又有孝敬与孝顺之别。而现实中，违背善事要求的行为，不仅有不敬、不顺行为，更有甚者，则有出手杀害、伤殴父母之行为。凡此种种，皆为法律明文所禁止。传统法律对此类不孝行为，一一加以列举。子孙杀、殴、骂父母、祖父母，告父母、祖父母以及违反教令等等，皆属其类。

汉重孝道，杀、殴、詈祖父母、父母为一科。子杀、殴、詈直系尊亲属，妇贼伤、殴詈夫之直系尊亲属，皆处弃市刑。其后，各类行为在主观恶性和客观效果上之差异逐步在律典中有所体现。刘宋律文中规定：“子贼杀伤殴父母，梟首；骂詈，弃市；谋杀夫之父母，亦弃市。”〔51〕在特定案件中，司法官则会依孝道精神对此类不孝行为的罪刑采用加重主义，如张江陵骂母致其自尽，在遇大赦的情形下，仍处以梟首之刑。〔52〕北魏时“律不逊父母，罪止髡刑”。〔53〕随着孝道观念深入人心，对父母的人身伤害已然超出通常意义上的不孝范畴，南北朝时期将之升格为“恶逆罪”，与“不孝”、“内乱”等罪名加以区分。《北

〔44〕《说文解字·老部》

〔45〕《唐律疏议·名例·十恶》，“不孝”条。

〔46〕《孟子·万章上》

〔47〕《论语·为政》

〔48〕同上。

〔49〕《论语·学而》

〔50〕《唐律疏议·名例·十恶》，“不孝”条。

〔51〕《宋书·孔季恭传附渊之传》

〔52〕同上。

〔53〕《魏书·刑罚志》

齐律》更将“恶逆”纳入“重罪十条”严加惩处，不在八议、论赎之限。唐律则通过系统整理，对恶逆罪作出完整规定：“殴及谋杀祖父母、父母，杀伯叔父母、姑、兄姊、外祖父母、夫、夫之祖父母、父母，皆处斩刑。”此处需注意者有三：其一，对于父母、祖父母之人身伤害，只要有谋杀的意图即构成犯罪，不要求一定有实际行为。其二，媳妇亦可成为该罪的主体，杀夫之父母、祖父母亦属“恶逆”。其三，“恶逆”之罪行“穷恶尽逆，绝弃人理”，^[54]故而处以斩刑，且为常赦所不免，不在议、赎之列，行刑亦决不待时。唐以后法律对“恶逆”的规定大体沿袭不变，只是在刑罚上日渐加重。宋以后，五刑之外又设“凌迟”酷刑，专门针对谋反、恶逆等重罪。清末修订《现行刑律》，将杀父母改为斩刑，殴父母改为绞刑。此外，唐律将诅咒、骂詈祖父母、父母行为一并归入“不孝罪”，处绞刑，位列“十恶”之中。^[55]其后各朝，骂詈父母、祖父母皆为绞罪。清末《现行刑律》将之改为绞监候。

控告父母亦为传统法律所不容。周代禁止卑幼控告尊长，告者有罪。儒家向来以“父为子隐、子为父隐”为人性之“直”。^[56]秦代强制告奸，然而亦有“非公室告”之制，卑亲属对尊亲属在家族内部的犯罪行为不能向官府控告。汉初明文禁止子告父母。^[57]汉宣帝时更颁布“亲亲得相首匿”的诏令，明确倡导子为父母、祖父母隐匿罪行，为从法律角度否定子告父母的行为另造声势。^[58]魏晋南北朝时期法律对此规定进一步细化。首先，除特殊情况外，子告父母有罪。北魏《麟趾格》规定“父谋反大逆子得告”，还规定“母杀其父，子不得告，告者死”。^[59]但是，该条因受到廷尉卿窦瑗的质疑而被废止。其次，父母犯罪，子女不能出庭作证。东晋元帝采纳晋王大理卫展的建议，废除了以刑讯强迫子女证其父母有罪的做法。^[60]刘宋时蔡廓也建议“鞠狱不宜令子孙下辞明言父祖之罪，亏教伤情，莫此为大”，^[61]廷议以为有理，遂下令废禁此制。唐人总结前代经验，对此作出全面法律规定。唐律一方面确立“同居相为隐”制度，允许亲属之间相互包庇隐瞒犯罪，一方面明确规定“诸告祖父母、父母者绞”。^[62]但若父母所犯为“十恶”中之谋反、谋大逆、谋叛罪，则不得适用“亲属相隐”。以后各朝基本沿袭这一法律规定，将告发父母犯罪、证明父母有罪之行为视为“干名犯义”，给予严厉打击。

孝顺乃孝道之基本要求，不听从父母教令向来为儒家伦理所反对。《礼记·内则》曰：“父母怒、不说，而挞之流血，不敢疾怨，起敬起孝。”汉代以后，子孙违犯教令行为为法律所禁止，其刑罚或重至死刑，或免官夺爵。刘宋法律规定：“违犯教令，敬恭有亏，父母

[54] 《唐律疏议·名例·十恶》，“恶逆”条。

[55] 同上书，“不孝”条。

[56] 《论语·子路》

[57] 《二年律令》规定：“子告父母，妇告威公，勿听而弃告者市。”前引〔28〕，张家山二四七号汉墓竹简整理小组书，第151页。

[58] 《汉书·宣帝纪》载：“自今子首匿父母，妻匿夫，孙匿大父母，皆勿坐。其父母匿子，夫匿妻，大父母匿孙，罪殊死，皆上请廷尉以闻。”

[59] 《魏书·良吏传·窦瑗传》

[60] 《晋书·刑法志》

[61] 《宋书·蔡廓传》

[62] 《唐律疏议·斗讼三》，“告祖父母父母”条。

欲杀，皆许之。”〔63〕时人向植，继承其父侯爵，因“不受母训”，被罚以夺爵。〔64〕及至唐朝，子孙违反教令之法律规定得以统一。《唐律·斗讼》规定：“诸子孙违反教令”，徒二年。但违反教令须是“可从而违”，方可构成犯罪。如孔子所说：“故当不义，则子不可以不争于父。”〔65〕如果父母之命着实无法遵从，违反教令亦不构成犯罪。此即赵岐“阿意曲从，陷亲不义”理论之法律化。唐以后，惩治子孙违反教令之制得以继承，只是量刑时有变化。清末法制改革，“子孙违反教令”等罪名，曾引起激烈争论，后终被移出法典。

（三）慎终

慎终乃孝道的最高层次要求。父母过世，当以礼送葬，以时祭祀。无论葬礼、祭礼，皆应遵循一定规制，不能违礼，此即慎终之意。因而孔子解“无违”为“生，事之以礼；死，葬之以礼，祭之以礼”。〔66〕无论父母生前抑或死后，尽孝皆应遵礼而有所节制，使丧亲之痛和一片孝心以恰当方式表达出来。惟其如此，方可使民风归于厚朴。故曾参曰：“慎终追远，民德归厚矣。”〔67〕此点意见，《唐律疏议》亦照章采纳：“依《礼》：‘闻亲丧，以哭答使者，尽哀而问故。’父母之丧，创巨尤切，闻即崩殒，擗踊号天。”〔68〕法律竟将闻丧之哭规定得详细如斯，尤显法律对慎终观念的遵奉。此外，娶妻生子、传宗接代，传承祖先血脉香火亦为敬孝父祖、慎终追远的重要内容。此亦为家族宗法之基本诉求，体现出孝道在宗教层面的理想渴望。《礼记·昏义》曰：“婚姻者，合二姓之好，上以事宗庙，下以继后世。”在汉唐明清的法律制度中，“无子”遂成为丈夫出妻的七大法定理由之一，并排在“七出”之首。〔69〕传统法律对夫妇传宗以尽孝道之重视，由此可见一斑。当然，唐律对无子出妻还有人性化设计，其中明确规定，“四十九以下无子，未合出之”，〔70〕无子出妻的规定必须在女子达到特定年龄后方可适用。

慎终追远乃孝道之要求，背违亦属不孝。中国古代丧礼发达，正欲藉此弘扬孝亲之道。丧期最初为三年，其后渐改为二十七个月。丧期之内，礼制要求繁芜严格，这些要求被法律吸纳后，便形成惩治有违丧礼之不孝犯罪的相关规定。数其要者，有匿不举哀、丧期违礼、冒哀求仕等。

匿不举哀，是指闻父母死而不办丧。依儒家孝道精神，父母过世之后应依礼治丧，不能隐匿拖延。《礼记》规定：“奔丧之礼。始闻亲丧，以哭答使者，尽哀；问故，又哭；尽哀，遂行。”〔71〕唐代礼法合一，此条礼义自然被法律采纳。唐律甚至对如何哭丧都规定得十分详细，其对闻丧不哭、匿不举哀的行为，更是要加以重罚。“诸闻父母若夫之丧，匿不举哀者，流二千里。”〔72〕依当时刑制，流放二千里仅次于斩刑和绞刑，已属重刑之列。将匿不举哀者流放二千里，是唐宋法律的通行规定，其后亦大体沿袭不改。明代“闻父母及夫之

〔63〕《宋书·何承天传》

〔64〕《宋书·向靖传》

〔65〕《孝经·谏诤章第十五》

〔66〕《论语·为政》

〔67〕《论语·学而》

〔68〕《唐律疏议·名例·十恶》，“不孝”条。

〔69〕《唐律疏议·户婚》，“妻无七出而出之”条。

〔70〕同上。

〔71〕《礼记·奔丧第三十四》

〔72〕《唐律疏议·职制二》，“匿父母夫丧”条。

丧匿不举哀”亦属“十恶”，只是刑罚有所减轻，处杖六十，徒一年。^[73]

丧期违礼，包括居丧作乐、婚嫁、生子等行为。依儒家孝道理论，为父母服丧当至悲至哀，不得作乐，不得婚嫁，更不得生子，否则即为不孝。“父母之丧，终身忧戚，三年从吉，自为达礼。”^[74]法律本此孝道精神，遂将此类丧期违礼行为定为不孝之罪。汉魏六朝，此类行为已被法律所否定，只是各朝的做法尚不统一。汉律规定：“夫父母死，未葬，奸丧旁者，当不孝，不孝弃市；不孝之次，当黥为城旦舂。”^[75]东汉赵宣，为父母守孝期间生有五个儿女，“遂致其罪”。^[76]丧期违礼不仅为国法所禁止，社会舆论也对之给予强烈谴责。十六国后秦时，京兆韦高“居母丧，弹琴饮酒”，给事黄门侍郎古成洗闻之曰：“吾当私刃斩之，以崇风教。”^[77]至唐代时，法律对丧期违礼行为的惩罚得以统一。唐律规定，在父母丧期之内，“丧制未终，释服从吉，若忘哀作乐，徒三年；杂戏，徒一年；即遇乐而听及参预吉席者，各杖一百”。^[78]此外，居丧饮酒食肉亦为非法，比照“释服从吉”，徒三年。司法实践中，刑罚甚至会有所加重。唐宪宗时，陆慎馥与陆博文在居丧期间身穿华服在闹市饮酒食肉，诏“各决四十，慎馥流循州，博文递归本贯”。^[79]唐律还规定，诸居父母丧而嫁娶者徒三年，且婚姻无效，须“各离之”。^[80]而且，居父母丧为人主婚也属犯罪，要受到杖一百的刑罚。不仅如此，即便是父母犯罪待刑、身被囚禁之时，子女作乐、嫁娶也要受到刑罚惩处。^[81]当然，此时嫁娶如是奉祖父母、父母之命为之，则不为罪，但嫁娶时也不得铺张宴会、大肆庆祝，以示心忧父祖。除此以外，“诸居父母丧，生子及兄弟别籍、异财者，徒一年”。^[82]不过，所谓居丧生子，须是在丧期内怀孕生子才算犯罪。

冒哀求仕，是指在为父母守丧期间，置孝道于不顾，贪图爵禄，出仕为官。“自古忠孝难两全”，为国尽忠与在家尽孝本具有天然的内在冲突，而传统法律选择了优先成全孝道。在服丧期间不能出仕做官是一项普遍的法律规定，最早见于汉代法律。首先，不为父母守丧者，不能被选拔或推荐出仕为官。“汉律以不为亲行三年服不得选举。”^[83]其次，作为汉代官僚集团后备力量的博士弟子亦须依礼服丧，否则即剥夺其官员备选资格。^[84]再次，在任官员必须依礼为父母守丧，否则革除官职。^[85]有人因贪恋禄位、冒哀求仕，而遭到法律严厉惩戒，如北魏时偏将军乙龙虎“居三年之丧而冒哀求仕”，“依律处刑五年”。^[86]唐朝时，分三种情况：一曰诈言余丧。《唐律疏议·诈伪》：“诸父母死应解官，诈言余丧不解者，徒

[73] 《大明律例·礼律二·仪制》

[74] 《唐律疏议·户婚二》，“居父母夫丧嫁娶”条。

[75] 前引〔28〕，张家山二四七号汉墓竹简整理小组书，第227页。

[76] 《后汉书·陈蕃传》

[77] 《日知录·居丧饮酒》

[78] 《唐律疏议·职制二》，“匿父母夫丧”条。

[79] 《日知录·居丧饮酒》

[80] 《唐律疏议·户婚二》，“居父母夫丧嫁娶”条。

[81] “若祖父母、父母及夫犯死罪，被囚禁，而作乐者，徒一年半。”《唐律疏议·户婚二》：“祖父母、父母既被囚禁，固身囹圄，子孙嫁娶，名教不容。”《唐律疏议·职制二》，“府号官称犯父祖名”条。

[82] 《唐律疏议·户婚一》，“居父母丧生子”条。

[83] 《汉书·扬雄传下》，颜师古注引应劭曰。

[84] 《汉书·哀帝纪》记载，汉哀帝绥和二年诏曰：“博士弟子父母死，予宁三年。”颜师古注曰：“宁谓处家持丧服。”

[85] 《后汉书·陈宠传附陈忠传》记载，东汉安帝时下诏，要求“大臣得行三年丧，服阕还职”。

[86] 《魏书·礼志四》

二年半。”二曰释服求仕。守丧不满二十五个月，释服从吉，出来任官的，为释服求仕，徒刑三年。三是冒哀求仕。《唐律疏议·职制》规定：“冒哀求仕者：徒一年。”〔87〕已满二十五个月，未满二十七个月，禫制未除，出来任官的，为冒哀求仕，徒刑一年。由此还演化出官员如何为父母守丧服孝的“丁忧”之制，以后各朝沿用不改。

从上述三种情形可知，传统法律对孝道中利亲、善事、慎终这三个层次的具体内涵做了详尽界定，同时也对违背其要求的种种不孝行为规定了相应的惩罚措施。由汉到清的两千年中，国家立法始终围绕着孝道进行论证设计，足以证明孝道实为传统立法的核心价值。

三、孝道与传统司法

孝道作为核心价值贯穿于中国传统法律的制定过程，指导着整个立法活动，从而设计出各项繁杂而又周密的制度。在多数情况下，遇有侵犯孝道之案件发生，但须依法律规定处置即可。然而法律终究不能与伦理等同，当有体现孝道的极端行为出现而又恰与法律发生直接冲突之时，孝道便会突破法律的一般规定，催生出屈法律以全孝道的做法，进而固定为相应的司法制度或司法惯例，斯又为中国传统法律之一大特色。此类司法制度和惯例，展现了孝道之为传统司法的核心价值，一切司法活动皆须围绕着这一价值运转而不敢有所违背。兹以实例证之。

（一）存留养亲

“存留养亲”又称“留养”，即罪犯被判死刑或流刑，且家中又无其他成年子孙，其父母年老无人赡养，在这种情况下，可暂不执行刑罚，令其在家赡养老人，待父母去世后，再执行刑罚。存留养亲作为明确的司法制度，最早见于北魏。孝文帝时下诏：“犯死罪，若祖父母、父母年老，更无成人子孙，又无期亲者，仰案后列奏以待报，著之令格。”〔88〕此诏被视为存留养亲制度的初始。该制度出现后，历朝相沿不改，到唐朝得到了进一步完善。宋、元、明、清各代，皆有此项司法制度。

存留养亲实为屈法以全孝道的特殊司法制度，不能随意滥用，须满足严格条件方可实施。首先，祖父母、父母年龄须是七十以上。其次，罪犯家中没有其他成年子孙赡养老人。第三，祖父母、父母没有“期亲”，如同辈兄弟可以依靠。同时具备此三条，方可适用存留养亲。欲启动存留养亲制度，还需根据不同情形依照特定程序行事。如若罪犯所犯为死罪，应“具状上请”，即逐层上报，请示皇帝裁决是否给罪犯减刑。对此，皇帝处理有两种：一是不减刑，仍判死刑。此时即可令罪犯回家赡养，待老人百年归世后，再来执行死刑。二是减刑，免去死刑，减为流刑。如若罪犯所犯为流罪，或由死罪减为流罪者，则先行鞭打，而后令其回家为父母养老送终，之后再执行流刑。

需要特别注意的是，存留养亲是一种刑罚延期执行制度，罪犯为老人养老送终后，还得继续执行刑罚。及至清朝，则变为一种永久性减刑制度——“留养承祀”。决定适用留养承祀的罪犯，老人死后，原判死刑，也不再执行死刑；原判流刑，亦不再流放。前者要改

〔87〕《唐律疏议·职制二》，“府号官称犯父祖名”条。

〔88〕《魏书·刑罚志》

处枷号两月、责板四十、罚银十两至五十两不等，后者改为“止杖一百，余罪收赎”。清代创设该制度，其目的在于保留罪犯生命以便承担传宗接代之任务，故称“留养承祀”。^[89]此制体现了古人“不孝有三，无后为大”的孝道观念对法律的冲击，致生矫枉过正之弊。

（二）代父母受刑

在传统社会，司法实践中普遍存在“代父母受刑”的现象，亦称“代刑”，先秦时已有其例。《列女传》中记载：春秋末年，晋国卿大夫赵简子执政，欲渡河攻打楚国。结果河津吏因醉酒耽误渡河。赵简子欲将其正法，其女请求代父受死，河津吏因而得免死罪。^[90]汉朝以后，受儒家孝道观念影响，或代替父母受刑，或代替父母受死等现象屡见不鲜。司法机关在长期处理此类案件的过程中，渐而形成惯例。凡其种类有三：

第一种，允许代刑。现有史料显示，司法中允许代刑的规定最早出现在东汉。汉明帝下诏将一些死刑罪犯迁徙到朔方、五原等边境地区屯田开荒，同时规定，如有“父母同产欲相代者，恣听之”。^[91]这是代替一般的刑罚。汉安帝时，律学家陈忠建议“母子兄弟相代死，听，赦所代者”，^[92]得到朝廷的采纳。汉朝以后，当事人申请代替亲人接受刑罚，且国家也准许的情况，时有所见。例如，清雍正五年，浙江上虞新宅村农民陈某误杀本村孩童，其子陈福德大义报官。官府将陈某缉拿归案，判令斩首示众。陈福德自觉不孝，跪求县令以身代父受刑，县令感其孝心，同意替刑，并将代刑决定上报朝廷，得到批准后释放陈某，将陈福德斩首。

第二种，赦免。实践中，司法官对代父受刑的请求，处于社会舆论与法律规定的冲突之中，两难之际，往往上报朝廷，请求给罪犯免刑。例如，三国时吴赤乌元年（238年），廷尉史伟触怒孙权，身被死罪。其长子史从、次子史敦联名上书，请求代父受死。朝廷恩准任选一子替父代刑。而在刑场上，一个要代父死，一个要为兄死，兄弟两人争执不已。孙权闻讯，感叹两子年纪虽幼而能明晓孝义，于是赦免史伟罪刑，恢复官职。其二子被赐姓斯氏，意为孝敬父母者当如斯，旌表门闾，其地赐名为斯孝乡。^[93]

第三种，减刑。代刑案件，更多的处理结果乃是司法官通过特定程序操作，最后经皇帝认可，使得被代刑的当事人得以减轻刑罚。比较而言，因代刑而给身为罪犯的父母减刑的最多，这方面的例子不胜枚举。例如，北魏时期，山西代县人长孙真误杀妻子，被判死刑。其子长孙虑以家中弟、妹尚幼为由，请求代父受死。最终，朝廷虑其“于父为孝子，于弟为仁兄”，^[94]下诏免去长孙真死刑，改成流刑执行。

由上可以看出，处置代刑案件的司法惯例呈现出这样的规律：真正允许代刑者较少，因代刑而赦免罪犯刑罚的情况较多，因代刑而给罪犯减刑的处理则最为普遍。“代刑”的观念和举动，对传统司法影响非常深远。自汉至清，凡遇代刑案件，司法机关大都会给予相当重视，很少有法官对其置之不理、视而不见的。对此类案件的处置方式，可谓屈法以全

[89] 《大清律例·名例律上之三》，“犯罪存留养亲”条。

[90] 《列女传·辩通传》

[91] 《后汉书·明帝纪》

[92] 《后汉书·陈宠传附陈忠传》

[93] 《三国志·吴书·虞翻传》注引《会稽典录》。另见（清）斯献德等纂修《东阳白石斯氏宗谱》，清道光28年木活字本，并见《东阳斯氏宗谱》，2011重修本，第243页以下。

[94] 《魏书·孝感·长孙虑传》

孝道的典型代表。

（三）宽容复仇

古代复仇杀人，是一个法律问题，更是一个文化问题。中国古代社会素有“崇尚复仇”的文化心理，复仇亦为儒家所推崇和鼓励，而且儒家学者还对其进行理论论证与制度设计。首先，为父母复仇具有当然的正当性。如《春秋公羊传》的说法：“子不复仇，非子也。”^[95]《礼记·曲礼上》云：“父之仇，弗与共戴天。”其次，为父母复仇应具备坚决、果敢之态度。《周礼》有“父母之仇，避之海外，虽遇市朝，斗不反兵”的说法。^[96]准备复仇期间，要“寝苫、枕干、不仕”，^[97]须时刻做好准备复仇。其三，复仇亦须遵循特定道义原则与国法限制。例如，“恶恶止其身”，^[98]不能滥及无辜，复仇时不能趁人之危，须讲究正大光明，父母之死非因国法，^[99]如此等等。

崇尚复仇之文化心理一旦形成，就很难消除，给古代法律带来深刻影响。秦朝奉行法家思想，禁止私相复仇。汉朝以后，国家推行“孝治”政策，为父母报仇虽有碍于社会秩序，却是尽孝的极端表现，以致此类行为在生活中层出不穷。国家对此亦不得不拿出相应的对策，于是崇尚复仇、敬重复仇的文化心理，便顺理成章地渗透到法制实践中。

就成文法典而言，对复仇的态度时有变化。有时明文允许复仇，如东汉章帝时颁布的《轻侮法》；有时则明文禁止复仇，如曹魏文帝曹丕曾下诏严禁之；^[100]有时则又采折中办法，对血亲复仇进行有条件的默许，如曹魏明帝时颁布的《新律》。国家法律这种闪烁其辞的态度，既给理论界带来了长久的争论，^[101]又给实务界带来了极大的操作空间。

就司法实践而言，对复仇案件多采宽容之策。自汉代以来，国家奉儒家学说为指导思想，出现“春秋决狱”的审判方式，实务界常常以此方式来宽容复仇者。所谓“春秋决狱”，即当遇有疑难案件，严格依法判案会背离人情常理，则改用《春秋》等儒家经典的经义来进行变通，以便得出法律与情理相融通的判决。众所周知，儒家《春秋》经传是崇尚“复仇大义”的，以此来审理复仇案件，当事人自然能得到有利的判决。例如，汉灵帝时赵娥为父报仇杀人，深受孝道观念熏染的司法官便千方百计为其寻求免罪理由。最终，与皇帝赦免诏书一道而至的还有十四匹束帛与一座孝烈牌坊。^[102]唐代以后，“春秋决狱”虽退出历史舞台，然实践中对复仇案件的宽容之策不改，即便在受儒家伦理思想影响较小的蒙元时代，“因孝枉法”的案例也并不少见。^[103]

[95] 《春秋公羊传·隐公十一年》

[96] 《宋书·宗室·临川武烈王道规传附刘义庆传》

[97] 《礼记·檀弓》

[98] 《春秋公羊传·昭公二十年》

[99] 《春秋公羊传·定公四年》曰：“父不受诛，子复仇可也。”《周礼·地官·调人》云：“凡杀人而义者，不同国，勿令仇，仇之则死。”《周礼·秋官·朝士》则说：“凡报仇者，书于士，杀之无罪。”

[100] 《三国志·魏书·文帝纪》记载，曹魏文帝时下诏：“今海内初定，敢有私复仇者皆族之。”

[101] 如东汉张敏、桓谭等人明确主张国法禁断复仇，刘宋傅隆、南齐孔稚珪主张对复仇法外开恩。而后又有数篇重要的文章围绕复仇的法律问题展开深入的讨论，如唐代陈子昂的《复仇议状》、柳宗元的《驳复仇议》、韩愈的《复仇状》和宋代王安石的《复仇解》，围绕礼治与法治关系、法律与人情的关系各自提出了不同的见解。

[102] 详见《三国志·魏书·庞涓传》正文及裴注引皇甫谧《烈女传》。《三国志》称“赵娥”，《烈女传》称“庞娥亲”，实乃一人。

[103] 参见赵文坦：《儒家孝道与蒙元政治》，《孔子研究》2008年第3期。

细加条分，司法中对复仇案件的处理结果大致有四：一为判决无罪。引用春秋大义，认定复仇杀人行为不是犯罪，直接判无罪，当庭释放。此为汉唐间春秋决狱宽容复仇的基本方式。二为减轻刑罚。上报朝廷，由文武大臣讨论后进行减刑，这是唐朝春秋决狱消失后出现的宽贷复仇之新方式。因为唐朝已形成严格的律令格式体系，法官审案必须严格引用法律条文，否则构成犯罪。遇到复仇案件，法官自己不敢定夺，遂逐级上报，并附之以《春秋》、《礼记》复仇大义，以求为复仇者减刑。唐宪宗时，梁悦复仇案即为其例。^[104] 三为免除刑罚。上报朝廷，皇帝直接下诏进行赦免。例如，清初李复新为父报仇，杀死已被判处徒刑的仇人。县官为其孝行感动，上报朝廷，终免其刑罚，地方政府还专门为其修造孝烈牌坊，以为榜样。^[105] 四为依律处刑，而后再表彰其孝义，以唐代武则天时期徐元庆复仇案为其代表。但这种自相矛盾的做法遭到了后世非议，故效法者甚少。

历史上，为亲报仇者前赴后继，司法界的宽容一以贯之，遂形成了“宽容复仇”的司法惯例，“体现了中华法系所带有的浓厚的伦理特征”。^[106]

综观由汉到清两千年的司法史，从存留养亲、代父母受刑、宽容复仇这些典型的司法制度和惯例可见，传统法律的实际施行是始终围绕着孝道这一精神灵魂运转的，如有冲突，则法律必须为伦理让路，以进一步弘扬孝道，这足以明证孝道亦为传统司法的核心价值。

四、孝道法文化之价值评判

孝道既为传统立法之核心价值，亦为传统司法之核心价值，因而固有的中国法律无可回避地浸染在孝道文化之中，形成一套完整的孝道法律体系，呈现出独具特色又一脉相承的孝道法文化。这样的文化有如空气一般无时不有，无处不在，弥漫在传统中国人的日用常行之中。有美国学者称：“若不牢牢记住孝道是中国人的家族、社会、宗教乃至政治生活的根据的这一事实，即终究不能理解中国及中国人的真相。”^[107] 抛开孝道亦无法真正理解中国传统法律。在漫漫历史长河之中，孝道法文化对国民性格之养成，社会秩序之构建，均有着举足轻重的作用，于今日建设和谐社会与法治社会，亦当有推陈出新之功用。

（一）对人性之矫正与扭曲

既有的社会生命经验显示，人类情感呈向下趋势，即父母对子女多为无条件、无保留的情感输出。如《诗经》所说：“父兮生我，母兮鞠我。拊我畜我，长我育我。顾我复我，出入腹我。欲报之德，昊天罔极。”^[108] 同时，幼年子女大多无法体谅父母苦心。其成家育子之后，又会将更多情感输出给其子女。如此下去，为父母者始终是付出多于回报。有鉴于此人性弱点，中国先哲自古就提倡孝道，强调子女对父母的情感反哺，欲藉此对人性加

[104] 见《新唐书·孝友·张琬传》。

[105] 《清史稿·孝义二·李复新传》

[106] 唐红林、邹剑锋：《儒家“孝治”对“血亲复仇”的扬抑》，《宁波大学学报（人文科学版）》2005年第6期，第26页。

[107] 见徐复观：《中国孝道思想的形成、演变及其在历史中的诸问题》，载徐复观：《中国思想史论集》，上海书店出版社2004年版，第131页。

[108] 《诗经·小雅·蓼莪》

以矫正。其后国家亦大力提倡孝道，并将其精神注入法律之中，以法律维护、成全孝道，无疑极大增强了孝道文化的贯彻效果。于是，就形成了“甲代抚育乙代，乙代赡养甲代，乙代抚育丙代，丙代又赡养乙代”这种“下一代对上一代都要反馈的模式”。^{〔109〕}

而且，这种反馈应是物质、精神、宗教三方面的，要发之于心，形之于色，并付之于言行。一念一色、一言一行皆须毕恭毕敬，不离于孝道。如此等等，都在法律制度上一一加以确认，并辅之以宣传教化、行政强制乃至严刑重罚，遂使孝道文化在中国绵远流长，代代不息，将中国人融化在一派血浓于水的温情之中。

其温情有三。一曰，强调情感反哺。孝道乃报恩之举，年幼受之父母，成年后反哺双亲。然而此时父母皆已年老，身体、精神日益衰弱，欲行孝道便不可有嫌弃之心。因此，孝道要求既尽量保证衣食无缺，又善事父母，言行温和礼敬，不可使父母年老体衰之身更受情感伤害，以致晚景凄凉，心灰意冷。国法遂依此意将杀、殴、骂、告父母、别籍异财、供养有阙等行为列为制裁对象。二曰，顾及人伦纽带。孝慈亲情乃天性秉赋，与生俱来。《孝经》曰：“父子之道，天性也。”^{〔110〕}此非法律可以强制逆转之事。况且，“法者，非从天下，非从地出，发乎人间，合乎人心而已”。^{〔111〕}《韩非子·八经》更明确地说：“法通乎人情关乎治理。”为了顾及这种情感纽带，实践中出现了宽容复仇、存留养亲等屈法以伸孝道之司法惯例与制度。三曰，注重精神传递。父母过世之后，对其追念亦属孝道情感应有之义。一方面要尽心服丧，依循礼制恰当地表达丧亲之痛；另一方面要传递香火，使前代尊亲不至绝祀。国家法律对丧期违礼的种种行为加以禁止，对官员服丧进行系统规定，对无子休妻制度加以确认，观其要旨，乃在于代际之间精神传递，灵魂沟通。

孝为人类朴素情感，应出自血缘亲情之自然流露。如纯以伦理观念加以宣扬倡导，或不至于出离孝道本旨。然而其后孝道法文化日渐强化，以法律强制手段要求人人皆按照特定礼制履行孝道，实践过程中则难免有矫枉过正或流于形式之嫌。其流弊亦有三：一曰，诱发人性虚伪矫饰。孝与不孝皆源自内心情感，法律无法拘束人心，只能对外在形式加以统一规定，乃至强求一律就难免出现徒有其表而内心虚伪的现象。前述东汉赵宣一案即为其例，汉末更有“察孝行，父别居”之讽谣。^{〔112〕}二曰，漠视个体价值。孝道乃自下向上之情感要求，偏重强调子女对父母无微不至的尊崇与顺从，本为矫正人性向下之弊。然而以法律相强制，久之则必然导致父权过度膨胀，相对而言，子女自身正当之权利则极度萎缩。例如，其婚姻自主权要交由父母，遵循“父母之命、媒妁之言”，其生命健康权亦不得对抗父母之教令权，乃至以身代刑这种愚孝行为都得到了法律认可与社会褒奖。个体价值在父权、孝道面前全无地位，亦遭到法律之漠视。三曰，造成屈服之国民性格。孝道法文化过度强调子女恭顺、父祖权威，自幼生于此种家庭教育和文化渲染之中的国民，其性格中遂生出一种屈服、顺从、依赖权威之属性。以至少年老成、谨慎持重、禁锢保守、全无创造思维等，竟成为社会舆论推崇褒扬之优良德行。此实为对健全国民性格之压抑与扭曲。

〔109〕 费孝通：《乡土中国·生育制度》，北京大学出版社1998年版，第228页。

〔110〕 《孝经·圣治章第九》

〔111〕 《慎子》佚文。

〔112〕 《抱朴子·外篇·审举第十五》

（二）对秩序之匡扶与异化

孝道法文化之发扬光大，不惟对人性构成其亦正亦反之影响，而且对古代中国之家国社会秩序，也有着深刻而又复杂的意义。

孝道法文化以父权为核心，强调卑幼对尊长的顺从与维护，由此促成家族组织之完备与族权之膨胀。凡此数义皆得到国家法律的确认与强力支持，无疑大大增强了家族内部凝聚力，如同汉哀帝诏书所称：“汉家之制，推亲亲以显尊尊。”^{〔113〕}古代国家之所以大力提倡孝道，乃至不惜以法律手段彰显孝道，亦有其功利目的。他们试图通过鼓吹孝道以增强个体与家族之连带关系，进而为国家通过家族控制社会做好铺垫，此即忠孝一体、移孝于忠的统治逻辑。统治者和社会舆论一致认为，弘扬孝道会使民心归于厚朴，世风日臻淳净，秩序自然达致和谐。孔子曰：“《书》云：‘孝乎为孝，友于兄弟，施于有政’，是亦为政。”^{〔114〕}汉代以后，县级以下的社会组织基本上处于乡间自治状态，国家机构对其活动不多干预。其中，由孝道法文化所着力维护而构建起来的家族主义观念，在推进社会稳定和谐方面，贡献尤多。其表现有三：其一，以孝道为家族秩序之支撑。法律以明文维护父亲之权威，不仅杀伤、殴打、骂詈、控告父母为法律所严惩，即便是违反教令、不顺舅姑、别籍异财等行为皆被列入不孝之条目，为法律明令禁止和严厉打击。法律还将父权无限扩大，一家之内的教令权、财产权、主婚权全部囊括在内。父权亦因此而成为家庭组织的权力支柱和核心力量，并以此构建出一整套维护家庭秩序稳定的伦理规范。家庭为社会之基础因子，家庭伦理秩序之稳定实为社会和谐之基础。其二，以家族伦理为基层规约之主要内容。传统社会的乡间秩序，既有国法加以调控，更主要的则是由自发而成的村规民约所维系。乡间规约的形成过程中，往往以地方上势大族众的宗族为主导。因而，村规民约通常为家族伦理规范的扩展，孝道法文化仍为其核心价值。其三，以家族关系为基层社会之控制途径。中国古代基层社会的行政控制较为疏松，大体上以乡间血缘关系网为主要依托。即便是地方乡绅和普通民众之间，往往皆被夹裹在特定的亲缘关系中，因而尊卑长幼的孝道伦理关系在其间发挥着重要作用。

孝道法文化在过分强化父权、族权之际，又抹杀了个体价值。以孝道为核心价值的宗法家长制形成特定的尊卑等级秩序，要求晚辈对长辈绝对服从，其婚姻、财产、人身乃至精神人格均由长辈绝对掌控，乃至宣扬“天下无不是之父母”、“父要子亡，子不得不亡”等愚孝观念。在家国一体的逻辑观念下，历代统治者奉行“以孝治天下”的治国原则，将国家组织拟作放大的家族，皇帝则俨然以“全国大家长”自居。孝道与忠道由之合二为一，父权与皇权紧密结合，润物无声地将对父权的愚孝转化成对皇帝的愚忠。父权至上的家庭，培养出来的是缺乏个性和个体价值的臣民。

总而言之，孝道法文化导致传统社会、政治、文化秩序之异化。究其根本，孝道本为质朴的血亲情感，其价值在于维护家庭尊卑长幼之间的伦理关系。以法律方式维护孝道，其效能亦应仅限于家族内部。然而，古代统治者基于巩固国家秩序之需要，极力宣扬孝道，强调“以孝治天下”，使得孝道承载过多政治责任，被赋予过高政治期许。孝道法文化的过

〔113〕 《汉书·哀帝纪》

〔114〕 《论语·为政》

度伸张,既扭曲了孝道文化,又异化了政治秩序。

(三) 孝道法文化之推陈出新

自清末法制变革以来,传统法律制度已然崩溃,中华法系亦渐告解体,作为其核心价值和精神灵魂的孝道法文化遂戛然而止。经历清末修律、五四运动以及新中国成立以来历次运动之不断冲刷,不惟孝道法文化几乎消失殆尽,社会上一般孝道观念乃至道德价值亦如雨后彩虹雨后残,不堪摧凌。孝道法文化之迷失亦造成了严重的后果。

首先,孝道法文化衰落,造成老人现实境遇的普遍恶化。孝道既源自人类自觉的情感反馈,又是对人情向下习惯之矫正。近代以来,中国的法制变革沿着区分法律与道德的思维一路走来,法律不再与道德混同,道德亦无复法律之保障。作为传统道德价值观念之核心的孝道,便从法律中剥离出来。失去法律强力支撑的孝道观念迅疾滑落,以致日渐淡薄。观今日之社会,虐老的行为时有所见,而现有法律调控能力却十分有限。尽管现行民法中规定子女对父母负有赡养义务,但又仅限于物质赡养范围之内,而这只是孝道最低层次的要求。尽管刑法中也设置有虐待罪、遗弃罪等罪名,对严重的不孝行为进行刑事追责,但定性标准太严,不孝行为须达到“情节恶劣”的程度,即长期虐待老人,或因遗弃造成老人重伤或死亡,才构成犯罪。这样的法律规定,很难真正发挥惩治不孝的作用。在人口老龄化日益严重的当下,现有法律制度远不能给老人群体颐养天年提供充分的制度保障。长此以往,势必造成严重的社会问题,对社会秩序的稳定和谐亦将构成极大的挑战。

其次,孝道法文化衰落,造成社会个体之间情感淡漠与社会责任感的减弱。孝道文化属于报答文化,其中既有人情上的知恩图报,也有功利上的付出回报,一方面为代际之间提供温情脉脉之精神慰藉,另一方面也可消弭长辈心中老无所依之现实顾虑。因而,孝道之弘扬有增进人际情感、消减人际隔阂之大功用。孟子说:“老吾老以及人之老,幼吾幼以及人之幼。”^{〔115〕}推己及人,由近及远,孝道由此成为社会责任感与社会公德之渊藪。和谐社会必定是道德秩序井然之社会,道德衰败之社会亦绝非和谐社会。

时代变迁,需要孝道法文化与传统法律制度进行创造性转化,以推陈出新。建基于传统宗法社会基础之上的孝道法文化,以生硬强制之法律手段推行孝道方式。这在社会平等观念、个体意识大为普及之今天,当然不能如法炮制。无论逻辑内容抑或规范模式,传统孝道皆需一番自我扬弃。对于传统法律中有些依据礼制而形成的不孝罪名,如别籍异财、子孙违反教令、丧期作乐、冒哀求仕等条款,自不可能重拾旧章;对于古代屈法律而全孝道之司法制度与惯例,如存留养亲、代父受刑、宽容复仇等,亦不可能再加恢复。但是孝道精神则可用充满人性关怀之方式,重见新意于今日之法律条文与司法实践之中。例如,子女对父母之人身伤害与精神侮辱,可否较之常人加重处罚?子女出于孝道亲情对父母违法犯罪行为包庇隐瞒,可否较之常人减轻处罚?在子女对父母尽赡养义务之外,可否再增加更高要求?对尽孝之人物、事迹,可否在精神褒奖之外再加物质奖励并将其制度化?对因孝道而产生之犯罪行为,可否给予必要的法律上之宽容与执行上之变通?如此等等问题,要圆满解决,既需要创造性的制度设计,亦需要对传统孝道精神进行深刻体悟,还需要对现代法治精神有精准的把握。目前,我国的立法和司法工作已经对此类问题展开有益尝试。

〔115〕《孟子·梁惠王上》

2012年刑事诉讼法修正案关于近亲属享有拒证权之新规定，2013年开始实施的老年人权益保障法中要求子女常回家看看的规定，可说已经迈出重要一步。这是对传统孝道法文化的呼应，也是对传统法律价值的回归。

孝亲情感出于人性而自然生发，“具有超越时代的普适性和共通性”。^{〔116〕}基于中国传统孝道文化之绵绵不息，基于其在中国社会文化中之勃勃生机，基于中华民族在孝道与法律之间积累数千年之经验与教训，我们有理由相信，孝道法文化必能推陈出新，必将为今日构建和谐社会和法治社会作出殊凡贡献。

Abstract: The idea of “filial morality” is the gem of the traditional Chinese culture that has a profound influence on China’s traditional legal system. The integration of “filial morality” and law started in the “three dynasties in remote antiquity”, namely Xia, Shang and Zhou Dynasties, continuously developed in the Qin and Han Dynasties, until a complete legal system centered on filial piety was ultimately formed in the Tang Dynasty. Accordingly, the traditional legislative system was instituted under the guidance of “filial piety”, which had the triple meanings of “always benefiting kindred”, “serving ancestors with filial devotion” and “prudently attending the elders’ funeral ceremony”, and an elaborately designed feudal legal system against “unfilial crimes” was established. Thus, the operation of the law took the protection of “filial morality” as its ultimate goal, resulting in various moral principles or conventional rules that gave priority to ethical doctrines over law, such as the “system of permitting culprit to support lineal elders” and “tolerance for revenge”. The idea of “filial morality”, therefore, had become the core value of the legislative and judicial systems and constituted a unique and consistent “filial legal culture”, which played a crucial role in the construction of social order and development of humanity throughout the ancient Chinese history until its disintegration at the end of the Qing dynasty. Today, in the process of building a harmonious society, a creative transformation of the traditional “filial legal culture” will contribute greatly to carrying forward the reasonable elements of the traditional Chinese legal culture and promoting the construction of the legal system in China.

Key Words: filial piety, traditional law, filial legal culture

〔116〕 前引〔4〕，林明文，第52页。