

# 中国古代的代亲受刑现象探析

方 潇<sup>\*</sup>

---

**内容提要：**中国古代司法活动中存在一种普遍性的代亲受刑现象。有代父、代母、代兄、代弟、代夫等种类，呈现以纵向长辈、横向男性为主要被代者的特点。其原因主要是孝悌义等伦情的推动，也不排除名利追逐、礼法所累等次因。代亲受刑并未在基本律典里规定，现实生活中多以诏令等形式灵活处理。这种状态为统治者是否允许适用代刑留下空间，导致了君臣之间、臣子之间的诸多争辩。代刑请求中的言行技巧也往往是成功与否的关键。为解决许可代刑出现的复仇问题，国家以移乡避仇、经济赔偿及禁止复仇等措施应对。孔子对直躬案的评价是代亲受刑受到儒学推崇的思想源头。虽然代亲受刑有破坏法制施行之嫌，但反对敌不过许可，法理敌不过情理，这种现象最终还是无法避免。

**关键词：**代亲受刑 孝悌伦情 情法之辩

---

中国古代司法活动中存在着一种具有普遍性的代亲受刑现象。即当自己的亲人犯罪面临刑罚之际，请求官府乃至君主由自己代为受刑，而宽免犯罪之亲人。有时还存在另一类情形，即当亲人犯罪而官府尚未确定罪行时，由自己自诬而受刑。<sup>〔1〕</sup>两者区别在于一为公开，一为隐蔽；一为官府知情，一为官府不知情。代为承受的刑罚轻则笞打，重则绞斩，均会对生命健康等带来一定的损伤乃至毁灭。然而，当某个亲人将刑灾之时，自己挺身而出，乞求国家移刑于自己，或自诬犯罪而力保亲人免刑，却是古代中国常有的事。面对这种与人之自保本能背道而驰的代刑现象，古人会做出何种选择呢？哪些亲人会受到被代的机遇？国家如何应对这种现象？允许或反对的理由是什么？民间对国家立场又有怎样的态度？笔者以为，在今天依然时常发生亲属企图顶罪的背景下，古代的代亲受刑包含的种种问题，依然值得我们关注和思考。

代亲受刑虽是普遍性的现象，但迄今学术界却并未有过全面而深入的探讨。前辈法史大家瞿同祖在其名著《中国法律与中国社会》中曾专辟“代刑”一目。<sup>〔2〕</sup>然遗憾的是，该目除列举若干代刑案例及某些朝代的对应法令外，并无更多深究；且所举之案例及相关法令均为国家对代刑

---

<sup>\*</sup> 苏州大学王健法学院副教授。

〔1〕 代亲受刑又可称为代亲受罚、代亲受过等。除了代亲人受刑外，还有代外人受刑的现象，因两者在各方面存在较大差别，故不宜一体论之。

〔2〕 瞿同祖：《中国法律与中国社会》，中华书局1981年版，第60页。

之许可者。事实上,代亲受刑几乎均由民间请求引发而非官方主动作为,且官方并非一概许可,同时还存在较多的暗地代刑者。此外,瞿先生以家族主义立论代刑,诚然抓住了相关要害,但家族主义内含广博不宜笼统而论,况且又非仅止于此的推动。瞿先生这个早在1947年即发表的成果,为后人进一步探讨代亲受刑留下了很多空间。不过,经检索相关成果,并未发现有出其右者,均为略有涉及且浅尝辄止。<sup>〔3〕</sup>显然,这种不尽人意的研究现状与该现象的普遍性很不相称。代亲受刑虽然有伦理因素的有力推动,但毕竟较为复杂,特别是民间和官方的思想和行为错综交融,很值得好好研究。本文即在前贤相关讨论的基础上,试图作一全面而深入的探析,以引发人们对代亲受刑之于历史与当代之意义的双重关注。鉴于官方与民间在同一案例中错综复杂的关系,本文将以公开进行的、官方知情的代刑现象作为主要讨论对象,同时略为兼及秘密运作的、官方不知情的情况。

## 一、代亲受刑的种类与特点

根据史料,代亲受刑现象主要有以下几种:

### (一) 代父受刑

这是代刑现象中最为突出最为普遍者,史籍记载案例甚多。如宋时陆泽人邢超因欠租将督促之里胥殴打至死,其十六岁的儿子邢神留“诣吏求代父死”,“州以闻,特诏减死”。<sup>〔4〕</sup>明洪武初新昌人胡刚之父被谪往泗上服役,“以逃亡当死”,胡刚遂“哀号泣代”,“奏闻,诏宥其父”。<sup>〔5〕</sup>又洪武时临海诸生危贞昉之父“官陵川县丞”时“坐法输作江浦”,贞昉便“诣阙上疏”,请求“代父劳作”,“诏从之”。<sup>〔6〕</sup>清康熙七年嘉善人郁之章有罪遣戍,其子褒、广“叩阁请代”,“上并宥之”。<sup>〔7〕</sup>较为出名的当为缙紫与吉盼。史载汉齐太仓令淳于意有罪当刑,小女缙紫上书文帝,批评刑酷无道,并“愿没入为官婢,以赎父刑罪,使得自新”。汉文帝“怜悲其意”,最后免除了淳于意之刑。<sup>〔8〕</sup>梁天监初,莲勺人吉盼之父被奸吏所诬,“罪当大辟”,十五岁的吉盼“挝登闻鼓,乞代父命”,最后“高祖乃宥其父”。<sup>〔9〕</sup>

### (二) 代母受刑

相较于代父,代母受刑的记载相对略逊。如辽时枢密使耶律伊逊擅政,指使他人诬陷辽后与伶人赵唯一私通,辽主“勒后自尽”,太子及公主“乞代母死”,辽主“不许”。<sup>〔10〕</sup>明洪武年间进士伍洪,其同父异母的弟弟犯罪逃亡,官府就“执其母”,伍洪“哭诉求代”,竟被执行死刑。<sup>〔11〕</sup>

〔3〕 如侯欣一在《孝与汉代法制》(《法学研究》1998年第4期)中谈到“允许犯人子孙兄弟代刑”制度,但也仅在论及孝观念对汉代诉讼法的若干影响时略有涉及,并无任何展论。张益刚等在《中国古代刑罚制度的人性分析》(《齐鲁学刊》2009年第5期)中论及古代刑罚制度中人性的负面影响时涉及代刑问题,认为“代刑制度对人性伦理的过分关爱,已经使得法律偏离了公平的属性轨道”,但也仅就人性一端而论,且代刑在中国古代很难说得上是一种制度。黄修明在《论儒家“孝治”司法实践中“孝”与“法”的矛盾冲突》(《江西社会科学》2010年第6期)中注意到了代刑的对象主要是血缘关系中的父祖和兄长,但也只停留在“尽孝尽悌”的层面进行简单立论。

〔4〕 《宋史·孝义·邢神留》

〔5〕 《明史·孝义一》,虞宗济条内。

〔6〕 《明史·孝义一·危贞昉》

〔7〕 《清史稿·圣祖本纪》

〔8〕 《史记·孝文帝本纪》

〔9〕 《梁书·孝行·吉盼》

〔10〕 《续资治通鉴·宋纪》,“神宗熙宁八年十一月辛酉”。

〔11〕 《明史·孝义一·伍洪》

又洪武十六年鹰扬卫有六十余岁的军妇失火，“所司坐当笞”，其子“请代受刑”，得到皇帝免刑。<sup>〔12〕</sup>永乐元年，安东中护卫有千户骂其妾，庶母错听以为骂己而“诉官逮问”，因而“坐诬当杖”，千户“乞代受杖”，也得到皇帝宽免。<sup>〔13〕</sup>居然还有小小年纪就有代母受刑者。如三国时涪陵人李余，父亲早亡，之兄杀人逃跑而牵连母亲当死，十三岁的小李余便“诣吏乞代母死”，结果“吏以余年小，不许”，李余竟自杀。<sup>〔14〕</sup>

### （三）代兄受刑

这种现象较为普遍，与代父受刑的记载几乎不分伯仲。如晋时鄆城人吴坦之“为袁真功曹，真败，将及祸”，其弟吴隐之“诣桓温乞代兄命”，“温矜而释之”。<sup>〔15〕</sup>南齐彭城人刘俊“坐罪将见诛”，弟刘绘“伏阙请代兄死”，最后“免死”。<sup>〔16〕</sup>唐时苏州人陆南金因窝藏罪犯而被“绳以重法”，弟赵璧遂“请代兄死”。<sup>〔17〕</sup>再如明弘治时漳州人王世昌之兄“坐事论死”，“世昌念兄为嫡子，请代其刑”。<sup>〔18〕</sup>甚至有多弟争相代者。如明初京师有兄坐法，两个弟弟“各自缚请代”，理由都是“臣少失父，非兄无以至今日，兄当死，弟安敢爱其生”。<sup>〔19〕</sup>

### （四）代弟受刑

这种代刑同样常见。如南朝宋世祖时彭城人孙棘之弟孙萨当征应壮丁，却“违期不至”而坐罪，孙棘遂请求“乞以身代萨”。<sup>〔20〕</sup>又宋文帝时利城人吴欣之的弟弟吴慰之，因随王诞起义被捕将死，“欣之诣钦乞代弟命”，“兄弟皆见原”。<sup>〔21〕</sup>唐高宗时鄆城人贾孝女之父被族人所杀，其弟长大后复仇，“有司论死”，贾孝女遂“诣阙请代弟死”，“诏并免之”。<sup>〔22〕</sup>有时竟有多兄争相代者，如南朝时建康人张悌，因家贫对富邻抢劫，结果“县抵悌死罪”，嫡兄张松“乞代悌死”，而另一兄张景“亦请代死”，“帝以为孝义，特降死”。<sup>〔23〕</sup>

### （五）代夫受刑

由于古代妻子大都将“夫为天”认之为理，故代夫受刑之事也不少，特别在对蒙元进行拨乱反正而力图回归儒家伦理的明代相对更多。如洪武二十二年，山东青州卫有兵士犯罪当死，其妻“击登闻鼓愿代夫受刑”，被“释之”。<sup>〔24〕</sup>次年，南海县主簿周德任犯罪被判徒刑，妻高氏“泣诉于朝，……愿没入为官婢以赎夫罪”，“上悯而宥之”。<sup>〔25〕</sup>永乐二年，江浦知县周益坐罪当死，其妻梅氏“愿代益死”，“上悯其情，特宥益”。<sup>〔26〕</sup>宪宗成化年间，知州徐孚犯妖言罪按律当斩，其妻李氏“愿代孚斩首抵罪”，结果“奉旨俱释之”。<sup>〔27〕</sup>

以上为中国古代代亲受刑之主要种类，案例所举也均为司法中的公开情形。事实上，隐秘的代亲受刑也不在少数。如明洪武时常熟人虞宗济的父兄犯罪，“吏将逮治”，宗济“挺身诣吏，白

〔12〕《明太祖实录》，“洪武十六年十一月戊寅”。

〔13〕《明太宗实录》，“永乐元年九月癸卯”。

〔14〕（晋）常璩：《华阳国志》卷十下，“梓潼人士李余残身”条，齐鲁书社2000年点校本，第172页。

〔15〕《晋书·良吏·吴隐之》

〔16〕《南史·刘勉子绘传》

〔17〕《旧唐书·孝友·陆南金》

〔18〕《明史·列女一·义妇杨氏》

〔19〕此例见《明史·孝义一》，附于刘文焕之后。

〔20〕《南史·孝义上·孙棘》

〔21〕《南史·孝义上·吴欣之》

〔22〕《旧唐书·列女·濮州孝女贾氏》

〔23〕《南史·孝义下·张悌》

〔24〕《明太祖实录》，“洪武二十二年夏四月丁卯”。

〔25〕《明太祖实录》，“洪武二十三年五月己巳”。

〔26〕《明太宗实录》，“永乐二年十一月甲辰”。

〔27〕（明）黄瑜：《双槐岁钞》卷九，“妻救夫刑”条，中华书局1999年版，第179页。

父兄无所预”而“悉自引伏”，被“斩于市”。〔28〕又如明代浦江人郑濂“坐事当逮”，其弟郑洵“诣吏自诬服”，被“斩于市”。〔29〕然无论公开或隐蔽，它们都呈现出这么几个典型特点：

第一，在纵向血亲范围内以长辈被代者为主。特别是代父受刑，史料中几乎无处不见。代母者相对为少，原因除母亲以居家为主，社会关系简单，犯罪率不高外，另一原因当为父母处不同的家庭地位，使得子女在代母的积极性上存在可能弱化的倾向。至于晚辈如子女被父母代刑者极为鲜见。〔30〕

第二，在横向血亲范围内以男性之兄弟被代者为主。揆诸史料，无论代兄还是代弟受刑，均十分普遍。除前述多兄与多弟争代外，还有兄弟争代死等感人场面。〔31〕至于姐妹被兄弟所代者，笔者阅读范围中尚未发现。

第三，在夫妻范围内以丈夫被代者为主。夫妻虽不具血缘关系，却是组建家庭最基本的两个当事人，然在“夫为妻纲”正统思想下，丈夫犯罪妻子代为受刑似天经地义。但反过来当妻子犯罪时却鲜有丈夫代为受刑者。

第四，顶代的刑罚种类不一，有死刑、劳役、笞杖、戍边等，但以代死者为多。此或因于死刑乃生命剥夺，代死行为往往被视为义壮之举，从而更能吸引史家眼球而载入史册。

## 二、代亲受刑请求提起的主要原因

代亲受刑请求的主要起因有如下几点：

### （一）孝之伦理的推动

这主要体现在为父母代刑尤其是代父受刑现象中。中国最早解释字义的字典《尔雅》“释训”部即明确说“善父母曰孝”。专论孝道的儒家重要经典《孝经》，不仅将孝聚焦于事奉父母，还上升为“事君立身”的高度。汉代开始即树立“以孝治天下”的统治思想，孝被全面推向社会。可以说，汉至清没有哪个朝代不大力宣传《孝经》与推广孝道，孝也因此成为深入人心的理念。当父母因犯罪而面临刑灾，作为子女如不能为父母解难，又如何谈得上事亲尽孝？虽然孝道的“五致”并无“刑则致其代”之类，但由于囊括了父母生老病死的全过程，自然也涵盖了父母坐罪情形下的事奉。这个事奉的最高境界便是代父母受刑。更何况子女的身体本来就是父母所给，所谓“身也者，父母之遗体”〔32〕。现在父母入罪有难，由子女挺身代刑，正是子女尽孝的应有之义。正因为父母是最应尽孝的对象，乃至于在代祖受罚中也都是以拟制父子关系来请求。如明洪武时绩溪人程通，先是父亲去世，其后祖父又坐罪谪戍延安，程通便以“臣壮而无父，祖犹父也；臣祖老而无子，孙犹子也”为由，上书请求代祖戍边。〔33〕

此外，代父母受刑还起因于子女应承担失谏不孝的责任。尽孝并不意味着子女对父母盲从，必要时还需对父母“谏诤”，否则就是不孝。孔子在回答曾子“子从父之令，可谓孝乎”的提问时说：“昔者天子有争臣七人，虽无道，不失其天下；……父有争子，则身不陷于不义。……故当

〔28〕《明史·孝义一·虞宗济》

〔29〕《明史·孝义一·郑濂》

〔30〕如宋时有南安翁者，大儿子做买卖漏税，当处杖刑，该翁便以“全藉此子贖给”为由请求“身代”。参见《宋史·隐逸中·南安翁》。

〔31〕如南齐人苟胡之的妻子与一和尚通奸，和尚被苟胡之的哥哥苟蒋之杀死。官府介入时，“兄弟争死”。参见《南史·袁彖传》。

〔32〕《礼记·祭义》

〔33〕（明）张芹编：《备遗录》卷一，“程通”条，明代传记丛刊名人卷29，台湾明文书局1991年版，第21页。

不义则争之。从父之令，又焉得为孝乎？”〔34〕因此，当父母犯罪，孝子需做的就是勇于承担起失谏不孝的责任，代父母受刑。洪武时黄岩人陈圭的父亲为仇人所讦当死，陈圭遂上书乞代父死，理由就是“臣为子不能谏父，致陷不义，罪当死，乞原父使自新”。〔35〕陈圭的话代表了孝子因失谏而代父母受刑的一个传统。

## （二）悌之情理的依托

这主要体现在兄弟姐妹尤其是兄弟之间的代刑现象中。“悌”在《说文解字》“心部”被释为“善兄弟也”。从本义看，悌当为兄弟之间要友爱善待，当然悌还扩及姐妹。“悌”在孔子那里开始上升到与“孝”同等的高度，《论语》多处出现孝、悌对应使用和“孝悌”一词。孝悌的并列合用，不仅表明孔子赋予悌以政治和社会意义，还表明悌与孝具有同样的重要价值，这在《孝经》等儒家经典中有突出体现。正因为此，随着官方对《孝经》的大力宣传及对世间悌行的不断旌表，悌与孝一样深入到每个人心。因此，当自己的兄弟姐妹坐罪之时，悌之情理往往被迅速燃烧起来，从而做出代刑之举。特别是那种兄弟争代死的壮举，西南人称之为“死悌”。〔36〕这种生死关系的兄弟相代，也正是“兄弟者，分形连气之人也”〔37〕在刑祸面前的一种极致表达。

值得注意的是，兄弟代刑还常常夹着孝的因素，这表现在已有子或子已长大作为代刑理由的情况。这种“有后”说反映的是一种孝的考量。所谓“不孝有三，无后为大”。〔38〕当兄弟坐罪时，因自己已完成传宗接代之大孝，故能放下包袱，代受刑罚。不过，孝的考量只是次因，“有后”只是坚定了代刑者的立场，起决定性的还是“悌”。倘若没有真正意义上的手足之情，即便生了一堆儿子，也不会挺身去代刑。史料对此多有记载。如洪武时常熟人虞宗济的父兄一并犯罪，“吏将逮治”。宗济对其兄告以“父老矣，兄冢嗣，且未有后。我幸产儿，可代死”而“挺身诣吏”，慷慨赴死。〔39〕海宁人叶文荣之弟“杀人论死”，文荣便对母亲说，“几年已长，有子，请代弟死”，遂“诣官服杀人罪”，被处死。〔40〕更有妻子以“有子”鼓励丈夫代刑。如前述南朝时孙萨坐罪，其兄孙棘要求代刑，孙萨不允。相持之下孙棘之妻许氏便以“君已有二儿，死复何恨”为辞，力挺丈夫坚定代刑立场。〔41〕

## （三）夫妻之义的导控

此体现在代夫受刑中。在中国古代，夫妻的结合与存续有着天经地义的因素。〔42〕然而，夫妻之义不断异化而发生倾斜。特别在汉儒推动下，本来阴阳相对平衡的“夫和妻柔”最终被“夫为妻纲”所取代。汉代开始已完全确立“三纲”原则，至宋明理学更是完成了“天理化”。在“夫为妻纲”特别是“夫者妻之天”的观念引导下，女人也心甘情愿充当男权的鼓吹手而不能自拔。〔43〕因此当丈夫犯罪时，妻子要做的就是顶替丈夫受刑。特别是当丈夫犯了死罪将要受刑之际，妻子此时不代，又更待何时？

在代夫受刑中，一个有趣的现象是，当妻子提出请求时，往往会以“家有老父老母需要丈夫

〔34〕《孝经·谏诤》

〔35〕《明史·孝义一·陈圭》

〔36〕唐太宗第十子李慎之子李琮被武后所杀，其子李行远、李行芳也受到牵连，史载“永昌时，行远、行芳斥嵩州，六道使至，行远先就戮，行芳幼当赦，抱持请代，遂与俱死，西南人称死悌云。”参见《新唐书·太宗诸子·纪王慎》。

〔37〕《颜氏家训·兄弟》

〔38〕《孟子·离娄上》

〔39〕《明史·孝义一·虞宗济》

〔40〕《明史·孝义二·叶文荣》

〔41〕《南史·孝义上·孙棘》

〔42〕如六礼中的种种占卜需求，充分表明婚姻实本源于天志、天义。

〔43〕如汉代班昭作《女诫》即为代表，也是开端。

孝养”之类进行诉求。此在明朝尤多。如永乐二年江浦知县周益坐罪，其妻梅氏即以“益母老无供养者”为辞诉求，“愿代益死”；<sup>[44]</sup>又嘉靖时给事中沈束因得罪严嵩被下诏狱十六年，待严嵩去位，沈妻张氏以“臣夫家有老亲，……臣愿代夫系狱，令夫得送父终年”之辞上书；<sup>[45]</sup>再如万历时刑部浙江司犯人茅崇诰之妻夏氏以“父母老将并死，……愿以身代夫受戮，使夫得终孝养”而上奏。<sup>[46]</sup>笔者以为，这种说辞固然与妻子的赡养能力有关，但另一方面又未尝不是一种策略，以孝说事，以增强代刑成功的法码。

#### （四）其他原因

除前述三种主因外，也不排除“名利之逐”与“礼法之累”。所谓名利之逐，是指代刑请求者出于投机心理，欲通过代刑的“壮举”行为以博取名声，进而获取利益。因为他们从以往代刑案例中找到规律，基本能断定朝廷要么不许可，要么被感动而赦免或减轻罪行，而无论何种情形，一般均会将求代者推到舆论浪尖，从而获得“孝义”名声。限于史料，笔者虽不能正面例证之，但从一些个案可合理反证之。

如前引之吉翀“乞代父命”而父子双双被赦免后，丹阳尹王志“欲于岁首举充纯孝”，吉翀以“若翀有面目当其此举，则是因父买名，一何甚辱”而断然拒绝。对“纯孝”这种极珍贵荣誉的拒受，侧面折射出时人有以代刑之举去搏名的现象，否则吉翀不会说出“因父买名，一何甚辱”之类的话。再者，官方对代刑者大多要考察是否真心，也能合理推导出已注意到其中的“猫腻”。如吉翀一案，梁武帝首先就怀疑吉翀“受教于人”而“敕廷尉蔡法度严加胁诱，取其款实”。又如元时有民误殴人死，其子“请代死”。廉访使布鲁海牙便叮嘱地方官吏，“使擒于市，惧则杀之”，结果因“既而不惧”而父子并释。<sup>[47]</sup>此类案例很多，说明社会上将代刑作为“买名”的现象不是没有可能。

所谓礼法之累，系指求代者基于礼法压力而被迫为之。这可从一些案例及史官之论捕捉到蛛丝马迹。如明洪武十九年，郑濂“坐事当逮”，从弟郑洧以“吾家称义门，先世有兄代弟死者，吾可不代兄死乎”之辞而“诣吏自诬服”，被“斩于市”。<sup>[48]</sup>此案中当可透出“义门”称号对郑洧的心理压逼，否则不会轻易将“义门”二字挂在嘴上。又如明代王世昌之妻杨氏，因丈夫要为“坐事论死”的哥哥“请代其刑”，杨氏便对父母宗族告以“彼代兄死为义士，我顾不能为义妇邪？愿诉于上代夫死”之辞，“遂入京陈情”。<sup>[49]</sup>此案杨氏虽够得上“义妇”，但其言辞中似乎又隐藏了几许无奈！

而更要命的是，一旦国家以法令形式肯定代刑，一些潜在代刑者的压力会更为增加。如针对汉代陈忠奏施的“母子兄弟相代死，听，赦所代者”法令，范晔便毫不客气地说，“然其……开父子兄弟得相代死，斯大谬矣。是则不善人多幸，而善人常代其祸，进退无所措也”，对此进行批评。<sup>[50]</sup>显然，“礼法之累”下的代刑，其实就是一种被礼法所“绑架”的“义举”行为。

### 三、中国古代对代亲受刑的法律规定及其背景

由于前述原因，在古代司法诉讼中，每每有犯罪者家属向官府提出代刑请求，而朝廷也往往

[44] 《明太宗实录》，“永乐二年十一月甲辰”。

[45] 《明史·沈束传》

[46] 《明神宗实录》，“万历二十四年闰八月丙子”。

[47] 《元史·布鲁海牙传》

[48] 《明史·孝义一·郑濂》

[49] 《明史·列女一·义妇杨氏》

[50] 《后汉书·陈宠子忠传》

有一些积极主动的应对。瞿同祖先生在言及代刑时说，“这在法律上本无根据，不列此条”，但又说“有时代刑甚至成为国家规定的制度，人民可依例申请”，似有含糊其辞之嫌。<sup>[51]</sup> 此处“法律”是何含义及与“国家制度”有何关联，并未申明；“依例申请”似乎代刑成为制度时又仅指条例而已。实际上，代亲受刑在中国古代虽未进入国家律典，但在朝廷的有关法令、诏令中却都有体现。揆诸史料，现将有明确记载的法律规定概析如下。

#### （一）“父母同产欲相代者，恣听之”

这出现在东汉永平八年汉明帝颁布的一个诏令中。这个诏令与代刑有关的内容是：“诏三公募郡国中都官死罪系囚，减罪一等，勿笞，诣度辽将军营，屯朔方、五原之边县；妻子自随，便占着边县；父母同产欲相代者，恣听之。”可见，“父母同产欲相代者，恣听之”针对的是死罪减一等后去徙边的情况。即死囚减罪一等而徙边时，其“父母同产”者才可代刑。这就是说，由亲人代受的不是死刑，而是“徙边”，当时为流放到朔方、五原等边陲之县进行戍边。除此条件外，不宜对代刑法令作任何扩张解释。另此诏令中“父母同产”当为偏正概念，实是“父母之同产”，即同父母的兄弟姐妹，否则“恣听”由父母去代子女戍边，显然与汉代之孝治天下不符。结合当时背景，此代刑法令实际体现了仁政理念。史载汉明帝吏治清明，范晔评论他“善刑理，法令分明”，赞扬他“登台观云，临雍拜老”。<sup>[52]</sup> 诏令对代刑请求的“恣听之”，实表达了统治者孝悌之治的情怀。

#### （二）“母子兄弟相代死，听，赦所代者”

这是东汉陈忠任尚书时向汉安帝奏请并被执行的一条法令。当时陈忠曾上奏若干除弊宽刑之建议，得到批准施行，其中即有此代刑之项。<sup>[53]</sup> 这里有两个问题值得分析。其一，父子之间能否代死？在“三纲”之下，相对于母与子、兄与弟的相对平衡关系，父与子是绝对不平衡的。因此，倡导以孝治天下的汉代，如说“子代父死”可，但说“父代子死”则有违孝道。其二，被代者被赦免，那代者是否也被赦免，还是被实际执行死刑了呢？据载，范晔虽以“庶乎明慎用刑而不留狱”肯定陈忠，但对他建议的代死措施则强烈批评，以为“斯大谬矣”。<sup>[54]</sup> 如果此法令在执行中真的是被代者与代者均能得到赦免，岂不皆大欢喜，哪里来“进退无所措”呢？不过，此法令虽然有弊，但毕竟传递着一种孝悌之义，值得辩证评价。

#### （三）“以奸吏逃刑，悬配远戍，若永避不出，兄弟代之”

此为北魏宣武帝颁发的一个诏令。《北史·源怀传》有较为详细的记载：“景明二年，……时诏以奸吏犯罪，每多逃遁，肆眚乃出，并皆释然。自今犯罪，不问轻重，藏窜者悉皆远流。若永避不出，兄弟代徙。”可见，这是一个针对奸吏钻赦免空子而厉行吏治的法令，其代刑的亲属范围也仅限于兄弟之间。然而，诏令却遭到了臣子们的非议。时任尚书左仆射的源怀曾二度上奏宜停，认为法贵“均一”，地方长官即使重罪也可遇恩免刑，而下吏却哪怕轻罪也不得赦，显然“育物有差，惠罚不等”。时兼吏部尚书的郭祚也提出批评，认为“法贵止奸，不在过酷”，“若以奸吏逃窜，徙其兄弟；罪人妻子，复应徙之。此则一人之罪，祸倾二室”。<sup>[55]</sup> 郭祚的意见是只流徙妻子，而不应由兄弟代刑。史载武帝最后接受了两人的书奏，法令被停废。

#### （四）“戍边者必年十六以上，嫡长男始许代”

这是明洪武时期的一个法令。史载：“刘谨，浙江山阴人。洪武中，父坐法戍云南。谨……

[51] 前引 [2]，瞿同祖书，第 60 页。

[52] 《后汉书·明帝纪》

[53] 《晋书·刑法志》

[54] 《后汉书·陈宠子忠传》

[55] 《魏书·郭祚传》

年十四……奋身而往。……俄父患疯痺，谨告官乞以身代。法令戍边者必年十六以上，嫡长男始许代。时谨未成丁，伯兄先死，乃归家携兄子往。兄子亦弱未能自立，复归悉鬻其产畀兄子，始获奉其父还，孝养终身。”<sup>〔56〕</sup>此特定法令有两点精神：第一是戍边者须年十六以上，第二是只能由“嫡长男”代刑，但须同时满足第一点。当刘谨“乞以身代”时，想必官府已告知这个法令，但刘谨似只知自己不符嫡长子，却未领会嫡长男的年龄条件，故返回老家又携自己已故长兄的儿子（嫡长孙）来代刑。因兄子“亦弱未能自立”，最后只得将家产全部出卖，将父亲赎回。此法令虽条件稍苛，但孝亲思想还是突出，反映了明太祖厉行法治之外的礼治态度。

#### （五）“若年八十以上及笃疾有犯应永戍者，以子孙发遣”

此出现在明孝宗时的一个法令中。可以说，明代对老幼残疾有诸多法律宽待，然而却被一些市井无赖利用。明宣宗时江西按察使黄翰以“民间无籍之徒，好兴词论，辄令老幼残疾男妇诬告平人，必更议涉虚加罚乃可”上奏，于是定制《老幼残疾男妇诬告人罚钞赎罪例》，始对这种诬告行为进行罚钞收赎之处罚。至明孝宗时由于诬告之风有所加重，遂“更著令”，其中即有“若年八十以上及笃疾有犯应永戍者，以子孙发遣”的规定。<sup>〔57〕</sup>按明制，流刑分徙边、戍边、永戍三种，永戍最重。因明代发遣实为流放的一种说法，因此“应永戍者，以子孙发遣”，实指由子孙代刑，代为永戍。

### 四、无明确法律规定下国家对代亲受刑请求的应对

前述一些诏令法令的规定相对于整个中国古代及种种复杂的代刑而言，显然是微不足道的。由于历代律典均未对代亲受刑进行明确规范，因此更多时候是一种“无法”的状态，这就给统治者如何应对留下了诸多弹性空间，也就有了君臣之间、臣子之间丰富多彩的法辩。

#### （一）对代亲受刑请求的若干处理模式

##### 1. 同意代刑，且代刑请求者与被代者一并免刑。

这是最常见的处理模式。如唐开元初丁母忧在家的奉礼郎陆南金，由于收留逃犯而被追究，其弟赵璧遂向官府声称是他窝藏，请求代死，而南金则称“弟实自诬，身请当罪”。此事上奏后，“上嘉其友义，并特宥之”。<sup>〔58〕</sup>鄆城人贾孝女十五岁时父亲被族人所杀，后弟长大后伺机复了仇。当有司论弟死罪时，贾孝女“请代弟死”，“高宗闵叹，诏并免之”。<sup>〔59〕</sup>明时合肥人陈瑄的父亲因坐事而罚戍辽阳，陈瑄“伏阙请代”，“诏并原其父子”。<sup>〔60〕</sup>再如康熙七年嘉善民人郁之章犯罪被判遣戍，两个儿子均请代，“上并宥之”。<sup>〔61〕</sup>代者和被代者的全部获免，往往得益于官方尤其君主特别的道德感慨，姑可称为一种“道德泛化型”代刑。

##### 2. 同意代刑，由代刑请求者受刑，被代者免刑。

由于罪刑全部让渡给了请求者，这可谓为一种“标准型”代刑。如明洪武时，安福人伍洪的异母弟犯罪逃跑，官府抓其母以为顶替，伍洪遂“哭诉求代”，史称“遂行，竟死于市”。<sup>〔62〕</sup>又如洪武时临海诸生危贞昉，其父官陵川县丞时“坐法输作江浦”，贞昉便“诣阙上疏”，请求“代

〔56〕《明史·孝义一·刘谨》

〔57〕《明史·刑法志》

〔58〕《旧唐书·孝友·陆南金》

〔59〕《新唐书·列女·贾孝女》

〔60〕《明史·陈瑄传》

〔61〕《清史稿·圣祖本纪》

〔62〕《明史·孝义一·伍洪》



父作劳”，结果“诏从之”。〔63〕又如明江西新余县民传环，其兄玉良因坐法而“谪充通州驿”，传环便以兄病等由“愿代兄役”，得到皇帝批准。〔64〕又如雍正年间上虞人陈福德，其父因误杀本庄孩童而被判死刑，福德便跪求代父，官府感其孝心，同意替刑。〔65〕

关于同意代刑，还有其他一些次要或散见的方案：其一，由求代者受刑，但被代者减刑非免。如明代黄岩人陈圭因父罪当死，便向朝廷乞代，最后“乃听圭代，而成其父云南”。〔66〕可见这是一种“打了折”的代刑。其二，被代者免罪，代者也减轻处罚。如明景泰时阳谷县主簿马彦斌犯罪当斩，其子马震“请代死”，结果“特宥彦斌，编震充边卫军”。〔67〕

### 3. 不同意代刑，罪犯按原罪刑处罚。

朝廷不同意代刑的情况也多有所见。如北魏梁州刺史提袭因贪纵徒配北镇，其子提颖请求“代父边戍”，“孝文不许”。〔68〕唐时张浦之父为临武令时，因杖杀他人坐绞，张浦上表“请代父死”，“不许”。〔69〕明孝宗时彭程因上疏批评“皇坛造器”事被下锦衣狱，其子彭尚三次上书“乞代父死”，“终不听”。〔70〕又嘉靖时礼科给事中沈束因得罪严嵩被下诏狱，其妻张氏上书“愿代夫系狱，令夫得送父终年”，然“帝终不许”。〔71〕再如清嘉庆时原陕甘总督宜绵坐罪被遣戍伊犁，其子瑚素通阿“以父老请代行”，“未允”。〔72〕在此模式下，亲情因素似被排除在法律之外。

### 4. 对代刑未有明确态度，但基于请求而对罪犯减刑。

这是因某些代刑史料不详而姑且归纳的模式。如南齐益州刺史刘俊罢任还时，因“馈奉不丰”而得罪齐帝，被罪拟大辟，其弟刘缙“乞以身代”，“得不死，禁锢终身”。〔73〕唐穆宗时盐使张宗本坐赃罪当“决痛杖一顿处死”，其子张贇“进状请代父命”，“帝因贷死，决杖八十，配流雷州”。〔74〕再如宋代陆泽人邢神留，其父打死督租里胥，邢神留“诣吏求代父死”，“州以闻，特诏减死”。〔75〕

## （二）统治阶层对代亲受刑的法辩

### 1. 君臣之辩：权与法的较量

当代亲受刑的请求向朝廷提起时，倘君臣观点一致，自不会发生争执。如北魏时长孙虑之母因饮酒被父打死而“处以重坐”，长孙虑乞求“以身代老父命”，得到君臣同情，其父减死处以远流。〔76〕不过在无法状态下，更多的是君臣各执一词的情况，体现了某种权与法的较量。此可分为三类：

其一，君让臣。如明初京师有兄坐法，两弟各自缚“请代”，太祖经过考察，感叹两人的代刑真心，“欲并其兄贯之”。然而，左都御史詹徽却坚持不可，强调应依法治罪。最后皇帝竟不得

〔63〕《明史·孝义一·危贞昉》

〔64〕《明宣宗实录》，“洪熙元年九月甲子”。

〔65〕据报道，目前在上虞发现“孝子碑”，上书“代父身死陈福德孝子墓”十字。参见《上虞导刊》2010年10月13日社会版。

〔66〕《明史·孝义一·陈圭》

〔67〕《明史·刑法二》

〔68〕《北史·太武五王·临淮王谭》

〔69〕《册府元龟·总录·孝第六》

〔70〕《明史·彭程传》

〔71〕《明史·沈束传》

〔72〕《清史稿·宜绵子瑚素通阿》

〔73〕《魏书·萧道成传》

〔74〕《册府元龟·邦计·贪污》

〔75〕《宋史·孝义·邢神留》

〔76〕《魏书·孝感·长孙虑》

不让步。史载“卒杀其兄”。〔77〕此展现了古代一幕权法较量的有趣表演。

其二，君臣互让。如明初黄岩人陈圭的父亲有罪当死，陈圭以“臣为子不能谏父，致陷不义，罪当死”而“乞原父使自新”，引得明太祖“大喜”，“不谓今日有此孝子，宜赦其父”。然而，刑部尚书开济却给皇帝泼了一桶冷水，以“罪有常刑，不宜屈法开侥幸路”强烈反对。最后以互让而解决，史载“乃听圭代，而戍其父云南”。〔78〕

其三，臣服君。君主体制下更多的是持异议的臣子不得不从。如清初郁褒之父郁之章“以大理寺丞坐罪徙尚阳堡”。时京师修治官廨，允许罪人出家财佐工赎罪，郁褒遂请任刑部官廨，然工程却未能如期完成，“例当复徙”。郁褒便叩阍“请弃官代行”，而其弟郁广亦请求“身当代父徙，留褒侍父疾”。对此，刑部经讨论以为“子代父徙非旧例”，并还以“冲突仪仗例”治罪。然而，康熙却感动于郁褒兄弟的代刑请求，“愍其孝友”而“并宥之”，竟连同他们的父亲一并宽免了。〔79〕

上述君臣之争中，值得分析的是双方的出发点。臣子一般会从法律出发，坚持罪当其罚，反对亲属顶罪，体现了某种法治主义。而帝王更多的是从伦情孝义出发，每每会在感动或怜悯之余予以许可，人治主义较为明显。这在富有民本思想尤其像朱元璋这种出身贫苦的帝王那里表现尤为突出。洪武八年，淮安府某民有父得罪当杖，“请以身代”。太祖便对刑部官员说：“朕为孝子屈法，以劝励天下，其释之。”又如洪武二十五年，天策卫卒吴英之父得罪系狱，吴英上书“愿没入为官奴，以赎父罪”，太祖同样“特曲法宥之”。〔80〕正因太祖常以情屈法，使得民间对代刑趋之若鹜。史称：“国初犯大辟者，其家属多请代刑，上并宥之。……至有弱媳代其阿翁。”〔81〕

君臣出发点的不同，乃由君臣角色不同而引发。中国传统社会的人治，从根本上说当是帝王的人治。臣子需做的只不过是小心地恪守礼法。〔82〕代刑现象中臣子们的反对，恰恰是一种职业操守。而君主的角色，则既要在臣子面前表现英明，更要在百姓面前表现仁慈。英明是作为统治术，而仁慈则涉及王权之天命问题。在帝王看来，获得民众“仁慈”称赞的社会效益要比无视伦情的“铁面”法治大得多。代刑现象中君臣之间的法辩，其实更多的是政治舞台上不同预定角色的扮演。

当然，并非所有帝王都会展现仁慈面貌，特别当某个罪犯必除之而后快时，再怎么样的代刑请求都无法拨动其一丝心弦。如明孝宗时，御史彭程因批评光禄寺制造皇坛器，结果被打入锦衣狱。由于“帝欲置之死”，不仅未理会尚书彭韶等人“赎杖还职”的说情，而且对彭程之子连续三次上书“乞代父死”也都“终不听”。〔83〕可见，一旦案犯忤逆君主，代刑请求体现的孝义作用往往归零。此外，代亲受刑有时甚至成为统治者铲除异己的工具。如辽太祖时皇弟迭烈哥谋叛当诛，“诸戚请免”。因太祖厌恶“其弟寅底石妻涅里衮”，遂承诺“涅里衮能代其死，则从”，结果“涅里衮自缢圜中”。〔84〕

## 2. 臣臣之辩：情与法的较量

相较于君臣之间的权法较量，臣子之间的法辩则更多地体现为情法较量。与君臣主仆式的关系不同，具有相对平等性的臣子之间，可以就代刑问题大胆发表见解，从而能触及一些深层次法理问题。下述案例可谓具有代表性。

汉安帝时有河间人尹次、颍川人史玉皆因坐杀人罪当死，尹次之兄尹初以及史玉之母浑氏均提

〔77〕 前引〔19〕，《明史·孝义一》。

〔78〕 《明史·孝义一·陈圭》

〔79〕 《清史稿·孝义二·郁褒》

〔80〕 《明太祖宝训》卷二，《厚风俗》。

〔81〕 (明)祝允明：《野记》上卷，载车吉心主编：《中华野史》明朝卷，泰山出版社2000年版。

〔82〕 《管子·任法》：“守法者，臣也。”

〔83〕 《明史·彭程传》

〔84〕 《辽史·太祖耶律阿保机上》

出代为偿命的请求，并自缢而死。尚书陈忠“以罪疑从轻，议活次、玉”。正是这位陈忠打造出了前述“母子兄弟可以相互代死”的法令，此次他见到两位死刑犯各自亲属，符合代刑条件，却以先行自杀的方式明志，自然倡导宽大处理。然而，陈忠此举后来却受到了灵帝朝臣应劭的猛烈反对。

应劭首先引用儒家经典《尚书》“天讨有罪，五刑五用哉”之说，从“天”的高度立论罪当受刑，后又引用荀子的“凡制刑之本，将以禁暴恶”思想，全面阐述了自己的观点。他指出：“若……刑不应罪，不祥莫大焉。杀人者死，伤人者刑，此百王之定制，有法之成科。”当年高祖入关，虽尚约法，但也是“杀人者死，亦无宽降”。尹次、史玉公然在国家清明之时杀人，而尹初与浑氏却为此“妄自投毙”，实在“愚狷”。所谓“春一草枯则为灾，秋一木华亦为异”，现在“杀无罪之初、军，而活当死之次、玉，其为枯华，不亦然乎？”为此，应劭对陈忠进行严正批评：“陈忠不详制刑之本，而信一时之仁。……若乃小大以情，原心定罪，此为求生，非谓代死可以生也。败法乱政，悔其可追。”〔85〕

应劭的意见不仅驳斥了陈忠的代刑立场，而且也充分展现了他的情法观。实际上，应劭并非简单反对以情屈法，而是要分清何种情况下的情法冲突。对“原心定罪”中体现的情，应劭是赞同的。然司法中以“求生”为出发点的“原心定罪”，并非说有人来“代死”了，你就可以“生”了。在应劭看来，“原心定罪”之“求生”与“代死”之“求生”根本就是两回事。显然，应劭反对后者。因为刑的制定之本是惩罚犯罪，更何况罪当其罚乃“天罚”之要求，否则“刑不应罪”，则“不祥莫大焉”。

可以说，应劭的情法之辨颇具法理性。儒家伦情的司法贯彻，当从当事本人的心智出发衡量，而非依据他人的心智。尹初与浑氏的代刑请求，只是源于作为兄长的悌以及母亲的慈，而非来自残暴的杀人凶手尹次与史玉。既然如此，又有何理由同情杀人犯而让其逃避惩处呢？原心论罪中情的考量，恰恰是因为罪犯本人有值得同情的地方，因而才有“求生”的资本，而代刑现象中则不存在这种同情因素。如果说要考虑罪犯的伦情因素，只应体现在对罪犯的定罪量刑上，而非体现在亲属的代刑请求中。因此，区别两种伦情，正是应劭反对“议活次、玉”的根本前提，而那位行事“务在宽详”〔86〕的尚书陈忠，显然混淆了这两种伦情，使得儒家的司法伦理在不宜伸张的地方也伸张了。这也是后世许多儒臣法官普遍误读误用的地方。

## 五、代亲受刑请求中的言行技巧

统治阶层的法辩对代亲受刑之请求的处理结果起着决定性作用。不过，请代者如何请求，有时也至关重要。虽然代刑现象弥漫着孝义等伦理因子，但并非均能打动统治者的心，这其中实藏有诸多的言行技巧。这种技巧大致可分几类。

### （一）理孝兼具类

这在“缙萦上书”事件中表现突出。汉齐太仓令淳于意有罪当逮系长安时，责备五个女儿无能，小女缙萦悲伤之下，请求随父来到京城，向皇帝上书，提出了代刑请求。这个上书即兼具强有力的说理性和浓厚的孝义性。首先是说理，所谓“死者不可复生，刑者不可复属，虽后欲改过自新，其道亡繇也”。这个大道理一个民间小女子都懂，何况当朝圣上呢？其次是孝义，缙萦为赎父罪，居然“愿没入为官婢”！按当时法律，没为官婢是很重的处罚，这里体现的孝心极为浓厚。这样的上书呈上来，怎能不让汉文帝为之心动呢？史载“书奏天子，天子怜悲其意”，不仅

〔85〕《后汉书·应劭传》。他曾撰《春秋断狱》一书献给皇上。

〔86〕《后汉书·陈忠传》

一并宽免了淳于氏父女，还引发了中国刑罚史上具有里程碑意义的肉刑改革运动。<sup>〔87〕</sup>

### （二）情法交融类

这在明嘉靖时之冯恩案中表现典型。冯恩曾任南京御史，由于激烈抨击朝臣而得罪皇帝，被判为死刑，长子行可“伏阙讼冤”无果。第二年，行可上书“请代父死”，也被拒绝。到了冬天，行可再次上书请求代死。这次请求不仅行为诚恳，所谓“乃刺臂血书疏，自缚阙下”，更重要的是言辞极具伦情与法理。他上书说“若……臣父死，臣祖母复死，臣茕然一孤，必不独生。冀陛下哀怜，置臣辟而赦臣父，苟延母子二人之命”，可谓情真凄惨，将世间伦情极尽表达。他又说“陛下僇臣，不伤臣心；臣被僇，不伤陛下法”，端的是法理性十足。上书入奏后，“帝览之恻然，令法司再议”。冯恩终于得以免死而“遣戍雷州”。而法司再议时也是以“情与法不相丽”为由，认为对冯恩的前判不妥。<sup>〔88〕</sup>

### （三）把握时空类

这在明代之钱若赓案中深有表现。钱若赓任临江知府时，因被人诬为酷吏而“诏置之死”。当时诸法司与阁臣均知钱冤，但又解救不了，只好想法子连年“议请缓决”。系狱三十七年后，其子钱敬忠考上进士，第一件事就是血书万言，赴京“具疏吁冤”。就在新君熹宗即位之日，钱敬忠“乃自囚服泣血跪午门前”，吁请代父受刑。钱敬忠这个请求代刑的时空把握得极为精妙：其一，中进士的第一时间，不是庆贺，而是喊冤，此颇有令人怜悯之感；其二，新君即位，一般会彰显仁慈，挑此时间喊冤，成功率大；其三，身穿囚服跪在午门这个显眼的地方，极易引来朝臣及天子的关注。正因为把握了绝佳时空，钱的请求获得成功。皇帝下旨，“钱敬忠为父呼冤，请以身代，其情可哀……准将钱若赓免死，放还乡里”。<sup>〔89〕</sup>

### （四）喜颜悦色类

这是对代刑以喜悦脸色进行表露，从而让统治者大为感动而成功。如洪武年间江宁人周婉之父“坐罪论死”，十六岁的周婉便“叩阁请代”。太祖疑其受人唆教，于是“命斩之”，然周婉“颜色不变”。太祖惊叹之下，遂命宽宥其父之死而“谪戍边”。然周婉并不领情：“戍与斩，均死尔。父死，子安用生为，顾就死以赎父戍。”皇帝不禁大怒，“命缚赴市曹”处斩，周婉却“色甚喜”。至时，太祖观察到周婉对代父行孝的确至真至纯，当即将其父一并释放，并亲题御屏“孝子周婉”。<sup>〔90〕</sup>

### （五）以退为进类

如春秋战国时，赵简子准备讨伐楚国，事先与主管渡河的津吏约好了时间。然而，等到简子率军赶到时，此津吏却由于醉酒而无法摆渡，于是简子怒而欲杀之。津吏的女儿女娟便提出“愿以鄙躯易父之死”的代刑请求，却遭到赵简之“非女之罪也”的拒绝。女娟于是采取了“以退为进”的言辞技巧：“主君欲因其醉而杀之，妾恐其身之不知痛，而心不知罪也。若不知罪杀之，是杀不辜也。愿醒而杀之，使知其罪。”这招果然见效，史载“简子曰善，遂释不诛”。<sup>〔91〕</sup>

## 六、代亲受刑许可下的罪仇关系处理

中国古代的犯罪大体可分两类，一类是侵害了朝廷或国家利益，另一类是侵害了家族或个人

〔87〕《汉书·刑法志》

〔88〕《明史·冯恩传》

〔89〕（清）温睿临等：《南疆绎史》，台湾文献史料丛刊第132种，台湾大通书局1987年版，第449页以下。

〔90〕《明史·孝义一·周婉》

〔91〕《列女传》卷六，《辩通传·赵津女娟》。

利益。对于前者，如果朝廷全面许可了代刑请求，犯罪人的罪行实际上就由国家来“买单”了。但对于后者，国家将不得不解决这么一种罪仇关系问题：罪犯得免了，加害人没有得到应有的惩罚，但对于被害人及其家属而言，其仇恨情绪将如何消解？如果说罪行被国家用伦情孝义消化了，但留下的对被害人的侵害又该怎么办？对于这一涉及社会秩序的问题，国家至少有三种法律方案：

### （一）移乡避仇

这是应对复仇的方案，即为避免仇家对被赦者复仇，而令被赦者须在千里之外落户。这样由于空间的障碍，特别是没有回归故居时抬头不见低头见的刺激，不仅增加了复仇难度，还降低了复仇情绪。这种法律措施同样被运用到了“道德泛化型”之代刑情况。前引唐代贾孝女的父亲被族人所杀后，其弟长大成人后杀死了仇人，“有司论死”。贾孝女便“诣阙请代弟死”。唐高宗“诏并免之”，并“内徙洛阳”。<sup>〔92〕</sup>此即为移乡避仇的一种运用，目的是避免新的仇杀，也是维护诏令的实质有效性。

### （二）经济赔偿

在代亲受刑得以许可的情况下，经济赔偿主要体现为丧葬费。一是国家赔偿。如宋时邢神留的父亲因殴死里胥被判死刑，神留“诣吏求代父死”，得到许可，其父被“特诏减死”。为消解被害人家属的仇恨，“赐里胥家万钱为棺敛具”。<sup>〔93〕</sup>此处“赐”字实质是国家承担了赔偿。二是加害人赔偿。如元时布鲁海牙任达鲁花赤时，有民误殴他人至死，“其子号泣请代死”。布“并释之”，同时指令加害人“出银以资葬埋”，并“呼死者家谕之”，史载“其人悦从”。<sup>〔94〕</sup>

### （三）禁止复仇

中国传统社会随着国家司法权的强化，对民间复仇经历了一个许可、限制到禁止的变迁，禁止复仇成为后来的常态。面对代刑请求，官方一旦许可就必然面临被害人或其亲属进行复仇的压力。如果移乡避仇、经济赔偿等均不足以消解复仇情绪，那么禁止复仇的硬性规定，则是解决罪仇关系之紧张的最后屏障。限于史料，笔者尚未能看到代刑许可后国家明令不得复仇的记载。但实际上，一旦国家作出代刑许可，就表明“国法已伸”，禁止复仇也就是其应有之义。自曹魏以来，法律即禁止私人复仇。从魏《新律·贼律》“贼斗杀人，……会赦……不得报仇”，到《大清律例·刑律》“凡祖父母、父母为人所杀，本犯拟抵后或遇恩、遇赦免死，而子孙报仇将本犯仍复擅杀者，杖一百，流三千里”的规定，无不体现着罪犯被赦免后“国法已伸，不当为仇”的国家立场。

上述几种方案对于解决代刑许可后的罪仇问题，无疑具有积极作用。然而，在复仇情结浓厚的传统社会，有时再怎么样的方案，恐怕也难以抚慰人们内心的仇恨。在代刑许可特别是道德泛化型许可下，国家在看好求代者之伦情的时候，却伤害了被害人及其家属的伦情，从而使他们对国家的法律丧失信心。

## 七、代亲受刑现象的儒家思想渊源

古代中国代亲受刑时有发生，特别是汉唐以来绵延不绝，其原因主要在于孝义等诸种伦理所推动。而孝义伦理之所以深厚，又主要源于儒家思想的导引。道家讲出世，道教则追求个人的长生修炼，均缺少强烈的孝义精神。佛教中国化后虽然也渐渐讲孝讲伦理，但骨子里仍与传统孝道相悖。<sup>〔95〕</sup>因此，代亲受刑主要是儒家的思想。

〔92〕《新唐书·列女·贾孝女》

〔93〕《宋史·孝义·邢神留》

〔94〕《元史·布鲁海牙传》

〔95〕如佛教认为“父作不善，子不代受；子作不善，父亦不受”。参见《弘明集》卷十三郗超《奉法要》引《泥洹经》。

儒家代亲受刑的思想最早可追溯到孔子。《吕氏春秋》载：“楚有直躬者，其父窃羊而谒之上。上执而将诛之，直躬者请代之。将诛矣，告吏曰：‘父窃羊而谒之，不亦信乎？父诛而代之，不亦孝乎？信且孝而诛之，国将有不诛者乎？’荆王闻之，乃不诛也。孔子闻之曰：‘异哉直躬之为信也。一父而载取名焉。故直躬之信不若无信。’”

直躬证父窃羊在儒家思想史上作为一个反伦理的典型案例而树立，这主要源于孔子的评价。通过与叶公的对话，孔子显然反对直躬“大义灭亲”，而主张“父子相隐”。〔96〕不过，孔子虽不耻直躬的证父行为，但对其代刑请求的行为本身则较为欣赏，否则当直躬又借信孝之辞为自己开脱处罚时，孔子不会大发感慨予以批评。我们可以设想，倘直躬真的大义凛然代父受死了，孔子定会大发赞赏之辞，而将其证父的这种“污点”缩至最小。可惜的是，直躬并没有去实践代父受刑这种体现孝道的伦理，这让孔子十分失望。而更重要的是，对孔子而言，直躬的可恶之处是在于玩弄信孝，将其作为沽名钓誉的工具，这未免不是对伦理的嘲讽。

通过《吕氏春秋》这个记载，可以发现“代父受刑”的孝道在当时还是有着普遍的尊重，否则直躬不会提出这种请求，官府也不会因此而释放他。当然，正如孔子评价，直躬利用孝道而脱身，已失去起码的诚信，实为“一父而载取名焉”，是利用代刑而“买名”。而儒家坚持伦理孝道并深刻影响汉以降的社会，而“代父受刑”则是“代亲受刑”中最具原旨意义的。

## 八、两难选择与情理主导

虽然国家允许代刑的概率大为高于不许代刑，但这并不能得出统治者就偏好许可。实际上，统治者对代亲受刑一直存在着近乎两难的选择。一方面，统治者需要以孝义治天下，因为坚信孝子向忠臣的过渡，坚信兄弟之梯向全民和睦的推及。如前述钱敬忠代父案中，明熹宗许可的理由，其实最重要的是“汝不负父，将来必不负朕”的理念。又如崇祯皇帝，有一次在经筵上看到展书官陈某在其父因罪即将处决的情况下，仍然“略无戚容”时，不禁发出“不孝如此，其能忠乎”的叹息。〔97〕而另一方面，统治者又担心代刑会产生毁法效果。因此有趣的现象是，有些君主做出了许可，却又常常告诫“下不为例”。如南朝时张悌因抢劫罪抵死，两个哥哥请求代死，皇帝“以为孝义，特降死”，但又令“后不得为例”。〔98〕再如顺治时张学“伤人应抵”，其子“泣请代死”，皇帝“特免死，遣戍辽阳”，不过“仍谕后不为例”。〔99〕

不过，这样的近乎两难却并未阻止统治者更想以代刑来风励天下的初衷，而一些地方官也常心领神会。〔100〕民间代刑需求及官方许可的普遍性竟影响到国家正常司法行为，这突出表现在抓捕罪犯无果时往往将亲属抓来顶罪。这种做法直到西方法律文化不断冲击的晚清，依然还在官方司法中运用。〔101〕正由于有着民间和官方的普遍互动，才使得反对代亲受刑的声音弥足珍贵。但这种反对建构在何种理论上？是法理还是情理？洪武时的这个案例颇可说明：太平府有民殴死一孕妇，罪当绞，其子请代死。大理寺卿邹俊提出了反对：“子代父死，情固可嘉。然死妇系二人

〔96〕《论语·子路》

〔97〕前引〔89〕，温睿临等书，第677页。

〔98〕《南史·孝义下·张悌》

〔99〕《清世祖实录》，“顺治十年九月乙丑”。

〔100〕如南宋理宗年间，铅山县有婆婆因私自酿醋被儿媳控告，主簿胡霆桂遂令儿媳代婆婆受笞。参见（明）冯梦龙编：《智囊全集》“上智部·见大条”，凤凰出版社2009年版，第11页。

〔101〕如1903年上海“苏报案”，清廷本拟捉拿苏报馆主陈范，不料陈范逃走，便抓获其子以代父刑。在租界当局的反对下，最后以取保方式处理。

之命，冤曷由申？犯人当二死之条，律何可贷？与其存犯法之父，孰若全无罪之儿。”<sup>〔102〕</sup>此明显为一种情理，而非法理。试想，如果打死的不是孕妇，邹俊就不会反对了。事实上，除了极少数像应劭那种分析来自于法理外，大多数的还主要是儒家泛化的情理主导着代亲受刑。

《论语·学而》曾说：“其为人也孝弟，而好犯上者鲜矣；不好犯上而好作乱者，未之有也。”虽然代亲受刑会对已有的律法产生冲击乃至某种毁坏的作用，但由于统治者过于梦想以孝悌等情理来劝励和稳定天下，过于从民间需求出发以民心向背来巩固王权的合法性，于是近乎两难的选择更多的只是心理上的一种纠结或犹豫，而大多数情况则依然会“曲法伸情”，在行动上对代亲受刑作出许可。虽然统治者常有“下不为例”的表态，但既然法律的执行已开了口子，那么“下例”的出现也就成为必然。在当今越来越重视民意民情的时代，如何面对来自民间的代亲受刑的汹涌暗流，其实就是对法治的一种考验，尤其值得我们去冷静思考。

---

**Abstract:** There was a common phenomenon of replacing the relatives to be punished in the judicial activity of ancient China. There were such kinds as replacing father, mother, elder brother, younger brother, husband, etc., showing the characteristics that the elders and men were mainly replaced. The main reason of the request to replace the relatives to be punished was the promotion of filial piety, righteousness, fraternal love, etc., also included the secondary cause of chasing fame and oppressed by morality.

Although it's common, the phenomenon of replacing the relatives to be punished was not framed by the basic laws in ancient China. In most cases, it was handled flexibly in the form of order issued by the ruler, which provided the ruler with great chances to decide whether to execute the replacement or not, and led to many arguments between the ruler and his courtiers, also among the courtiers. Although such arguments played a decisive role, the way to request was also very important. The key to success was often the skills of words and deeds in the request. Generally speaking, there were several skills that could make the request succeed such as having both reason and filial piety, blending the sentiments and legal principle, catching the time and space, smiling in the face, etc.

In order to avoid revenge that might occur owing to the permission of the replacement, rulers had to take measures such as the order of migration and financial compensation and the injunction to revenge. By those measures, not only the ruler realized his purpose of controlling the people, but also the victims' sentiments of revenge could be dissolved or held back to the largest extent.

The evaluation of the Confucian on the case of Zhigong was the ideological source of replacing the relatives to be punished respected by the Confucian. Although it was almost in a dilemma for the law enforcement, the replacement was unable to be avoided because the opposition cannot win the permission, and the legal principle cannot win the moral principle.

**Key Words:** replacing the relatives to be punished, filial piety and fraternal love, argument of sentiments and law

---

〔102〕 此例见于《明史·孝义一》，在周婉之后。