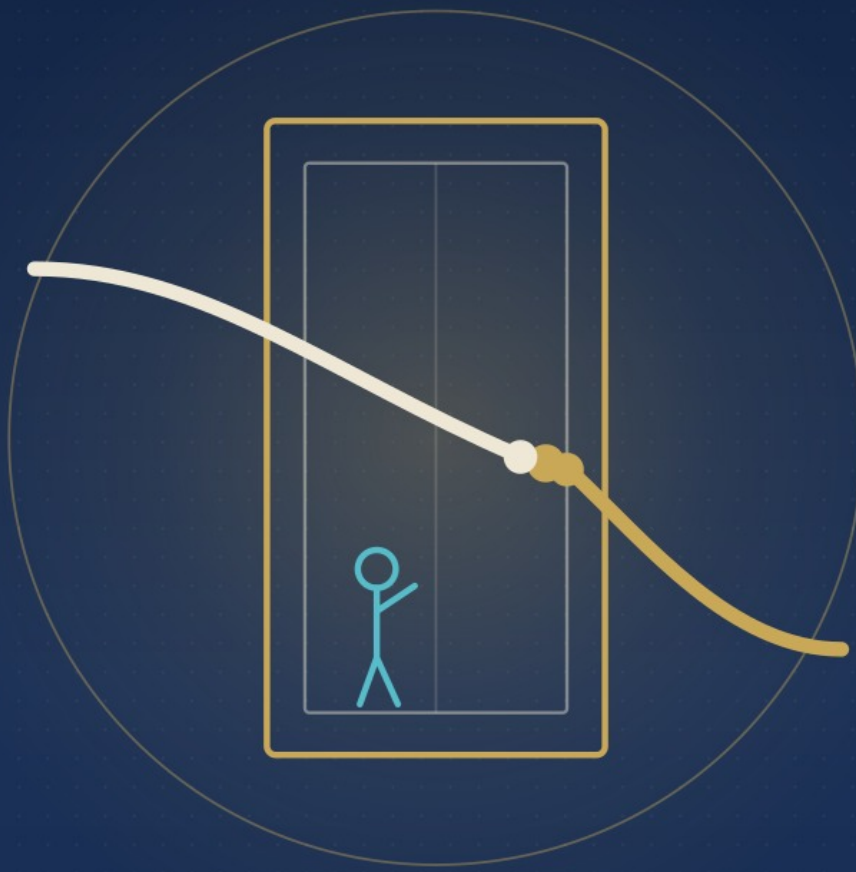
普通人都能懂的

家国不分

《春秋决狱》与道德的直接国家化



高鹏　　著

德麦国际出版社
Demai International Press

家国不分

《春秋决狱》与道德的直接国家化

高鹏　　著

德麦国际出版社

Demai International Press

出　版　信　息

书名	《家国不分——《春秋决狱》与道德的直接国家化》
著者	高鹏
执笔	王德生指导
出版	德麦国际出版社（Demai International Press）· 新加坡
编号	德麦国际专著第 440 号
ISBN	979-8-90690-608-3
定价	US$20.00
开本	170 mm × 240 mm（16 开）
字数	约 19 万字
版次	2026 年 10 月第 1 版（终审工作稿）
完稿	2026 年 10 月 19 日

指导：王德生。本稿由作者高鹏撰写，指导教师王德生裁定口径；修订与排版过程中有 AI（Claude）协作，判断与取舍以作者和指导教师确认为准。

引文说明：书中古籍引文，凡标〔待核〕处，尚未与指定校注本、整理本或档案原件逐页核对，汇总于附录 E。数字网页定位不等于印本页码。

本书的核心判断「国家的手，家长招得来，卑幼招不到」，是待检验的判断，不是已完成的经验结论；检验办法与认错条件见附录 B 与附录 F。真实的第二编码员尚未取得，AI 试编码不计。

书中陪读式的设想（如老屋里的女孩）均为虚构，不是史料，也不是判例。

全书结构：前言、导读、五编十九章、结语、附录六件。德麦国际专著第 440 号。

版权所有　侵权必究

作 者 介 绍

高鹏，本书作者，著有《心的发生学导论》（德麦国际第 354 号）。本书由王德生指导。

王德生，SDE（显露·差异序列·特征纠缠）本体论思想体系的创立者，德麦国际（Demai International Pte. Ltd.，新加坡）创始人、首席执行官。

（作者简介仅按已确认的信息填写，其余待高鹏本人确认。）

前　言

一根棍子，一扇门

◆ 一、先摆出判词

一个儿子举起棍子，是为了救父亲，棍子落下，却伤了父亲。裁判的人该怎么看这根棍子?

两千年前，董仲舒说：要看他为什么出手。这是《春秋决狱》最让人动心的地方。

可是这本书要说的，是同一个故事里的另一半。

> **国家的手，家长招得来，卑幼招不到。这就叫家国不分。**

◆ 二、这句话要证明什么

道德是社会的，法律是国家的。道德要变成国家的强制，要过两道关。

第一道关，条件化：把宽泛的「应该」，写成谁、什么时候、做什么、违反了怎样。第二道关，限制化：给国家的手划边界。

春秋决狱的毛病，主要在第一道。秦律到唐律的毛病，主要在第二道。两道关可以分开缺。

本书给了一把尺子：边界对不对称，不按国与家来量，按家里最弱的那个人，能不能自己叫开公权的门来量。

◆ 三、这本书怎么读

只有一个下午：读导读，读第 3 章，读结语。

为一个具体的争论来：翻到第 17 章，三把锁和两道工序的检查表，在附录 C 里。

想知道这个判断凭什么、会不会错：读附录 B 和附录 F。

书里的古籍引文，有一部分还在等人对着底本去核。凡带〔待核〕的地方，请当作线索，不要当作证据。

导　读

一个误伤父亲的儿子

◆ 一、一根棍子

儿子举起棍子，是为了救父亲。棍子落下去，却打伤了父亲。

只记住后一个结果，他可能被当成殴父的人。把前面的事放回来，这又是一次急迫中的救援。棍子没变，受伤的人没变，决定一个儿子命运的，是裁判者怎样把这些事实连起来。

《太平御览》卷六四〇引载「董仲舒决狱」，保存了这样一段话：「甲父乙与丙争言相斗，丙以佩刀刺乙，甲即以杖击丙，误伤乙。」人物没有名字，只有甲、乙、丙。乙是甲的父亲，和丙吵起来，动了手。丙拔刀刺乙，甲抄起木杖打丙，却打中了乙。

材料紧接着记下一种意见：「或曰：殴父也，当枭首。」

这几句话叫人不安。主张重罚的理由看上去太简单了：父亲挨了儿子一下，殴父就该严办。救的是谁，打向哪里，棍子为什么偏了，都被「儿子打伤父亲」这一句盖住。事实还没弄清，父子的身份已经把裁判推到了生死的关口。

案语随后的「议曰」，把被省掉的部分放了回来。父子关系亲近，父亲遭人攻击，甲拿杖去救，这不是想打父亲。

议论又援引许止进药而父亲死亡的经义例子，提出「君子原心，赦而不诛」，最后落在一句明确的话上：「甲非律所谓殴父也，不当坐。」

「原心」，在这里是推究行为的本意。它要裁判者别停在伤害的结果上，去问甲为什么出手，要打的是谁，想拦住什么。父亲受了伤，这是真的。可是伤害的结果，说明不了儿子是在侵害父亲。

一个人想阻止的后果，也可能因为手上失误，由他自己造成。把这两种情形一律看成同一种恶，法律就没法分辨责任了。

所以你很容易赞成：这个儿子不该当作殴父者处死。经义在这里纠正了僵硬的判断，让救父的处境重新进入裁判。它照见的是一个有目的、有处境、也会失手的人。读到这里，原心显出体恤人的力量，只凭身份和结果下的严厉判断，倒让人难以信服。

不过，最后那句「不当坐」还得读得更仔细。

案语没有先承认甲构成殴父罪，再说他孝心可嘉，格外开恩。它说的是：甲不属于律文所说的殴父。这是对罪名适用范围的解释。经义、父子伦理和既有律文，一起参加了这次判断。

把此案直接讲成「法律要杀人，道德把人救下来」，就丢掉了原文最值得研究的一层。

难处也在这一层。什么行为算律文里的殴父？谁有权作这个解释？「为了救父」要靠哪些事实来认定？遇到相近的案子，另一个裁判者是不是必须接受同样的理由？

这段短短的案语，给了行为经过和经义类比，没有把全部制度条件一起保存下来。你能分析它的论证，不能把没有记载的程序补写成已经发生的事。

还有一处要留意。材料一开头就用了「误伤」二字。「误」已经包含了对行为和意图关系的判断，它不是未经解释的原始事实。真打起官司来，这个判断本身可能就有争执。

有人说自己是为了救人，怎样辨明他的话和经过合不合？证据不够时，疑问由谁来担？把这些问题留着，你才不会把作者写进叙述里的判断，当成裁判者能直接看见的人心。

再往远推一步。假如被救的是个陌生人，误伤的也是这个陌生人，同样的经过，能不能得到同样的理解？这是本书为检验理由而设的假设，原案没有这样的后续。

它要问的是：救援者免受重罚，靠的是人人都能援引的理由，还是专门靠父子关系得来的伦理承认？两种答案，都可能救下眼前这个儿子，却会给下一个案子留下不同的规则。

同样，救人的目的值得肯定，不等于任何救法都免责。行为人有没有认识到风险，能不能避开危险，和他盼着父亲平安，不是同一件事。案语仅存的短句，不够我们替甲把这些条件补齐。

本书也不把今天的要件套回古案，另判一次。提出这些问题，是要指出：从「我信他是好心」到「他不该担某种法律责任」，中间还隔着一段要摊开的理由。

这段理由，要同时面对被告的处境、受伤者的伤害和裁判者的责任。

这并不要求你先对董仲舒作一场道德审判。恰恰相反，承认这段论证里有合理的关切，才看得清它的制度难题。现代刑法也要分故意、过失和意外，人

的认识和意志从来不能整个删掉。问题是怎样把这些因素放进可以查明、可以争辩的法律判断里。

一根棍子把本书带到了门口。原心能让一个具体的人免受不当归罪，这一点我们已经看见。接下来要问的是：这种有力量的解释，怎样成为有分寸的权力？救下一个人的理由，能不能同时成为保护别人的规则？如果能，它还得经过哪些转换？

◆ 二、另一半

《盐铁论·刑德》留下一句更完整、也更叫人警醒的话：「春秋之治狱，论心定罪：志善而违于法者免，志恶而合于法者诛。」

这句话出自「文学」一方的答辩。要读懂它，不能只留前半句，也不能把它从论辩的场合里抽走。

文学先说：「法者，缘人情而制，非设罪以陷人也。」法律该顾着人情，不能成为把人送进罪里去的机关。论者反对的，包括不体察事情本末、一味加重罪责的做法。

所以「志善而违于法者免」有它可以理解的方向：行为和规范冲突了，也要看行为人有没有值得体谅的目的，免得机械追究，罚错了人。

可是同一段话又把判断推向另一头：行为即使「合于法」，只要被认定「志恶」，仍然可以「诛」。一个想拦住苛刻归罪的主张，同时留下了越过形式合法去追究的口子。

你可以赞成它反对陷人的用意，却不能因此不去问，这另一半会把裁判权带到哪里。

这里的「法」，要放在古代规范与经义的关系里去理解。「诛」也不能在任何语境下都等同于已经执行的死刑。这句话是论辩中的一个裁判主张，不是记载某个守法者被处死的案卷。

它够揭示一种可能的入罪方向，不够证明所有援经断案都这样运作，更不能拿它编出一个和误伤父案相对称的「被杀者」。

制度上的危险却看得清楚。一个人没有触犯任何可以辨认的禁令，裁判者却能用一句「心恶」重新打开惩罚的门，那么守规矩就不一定保得住自己。

你还得去猜：自己的沉默、措辞、人际关系和用意，会被人怎么理解。国家要求的，可能从「不做某件事」，扩成「必须让有权的人认可你的内心」。

善意恶意当然会影响一个行为的意义。可是从「我认为他心里不好」到「国家有权惩罚他」，中间还有几步要交代：事实靠不靠得住，推论成不成立，规范许不许这个后果。这几步不能由一句品格判断一次顶替。

后果越严厉，越要把它们分开，让当事人知道自己到底在反驳什么。

由此也看得出，裁判者温厚，并不能让一项权力变得可靠。今天的解释者愿意看见善意，明天的解释者可能更会找恶意。决定性的根据要是只剩某个人对别人内心的最后断言，宽和严就走同一条通道。

随意的宽容未必伤到眼前的被告，却给不了别人也能请求的保障。

本书说「原心可以救人，也可以杀人」，就是要让这两个方向同时进入你的视野。它没有把两份结局不同的案卷摆在一起，它问的是：一种判断方式，准许权力做什么？惩罚能一直推到剥夺生命的时候，对「心」的解释就格外不能没有约束。

我们也不因此取消对主观状态的判断。依法证明故意或过失，本来就是许多犯罪认定的一部分。要拦住的，是脱离法定要求、单凭一个人的善恶评价就入罪。

我国刑法第三条规定，法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑。这里划的是惩罚权的界限，裁判者自信看见了恶意，替代不了它。

原心到底是理解一个人的办法，还是支配一个人的理由？这成了全书反复追问的问题。心要进入判断，解释心的权力也得进入判断。

◆ 三、道德与法律隔着两道关

本书用一句话组织后面的讨论：道德是社会的，法律是国家的；法律是道德经过条件化与限制化之后的国家意志。

对《春秋决狱》，本书要检验的核心判断是：当伦理评价直接取得国家裁判的决定性效力，而相应的条件与边界又没有说明充分，道德就可能直接国家化，把家庭伦理和公共权力混在一起。

这句话先分出两个层级。人们在一起生活，会形成关怀、责任和正当的要求，也会反省既有习惯公不公平。这些要求能向一个人提出「应该怎样」的问题。

国家作出有拘束力的裁判，还得说清：谁有权决定，什么事实有法律意义，某种后果凭什么能加在这个人身上。社会里有人赞成、有人反对，不能因为官府点了头，就省掉这一层说明。

所谓「社会的」，不等于道德只是多数人的习惯。所谓「国家的」，也不等于国家的任何命令都天然正当。本书讨论的是家庭伦理怎样进入公共裁判，没打算用这一句话包住所有法律的来源。

许多制度还管组织、程序和技术安排。把研究视角的边界说清，一个用来分析问题的判断才不会变成包办一切的定义。

第一道关叫条件化。它把「应当关怀」「不应伤人」这类要求，转成可以具体判断的规范：谁有义务，什么情形下义务才发生，要认定哪些事实，有什么例外，违反了担什么后果。

条件化不指望法律像算术一样消灭争论。它要的是：争论有共同的对象，裁判给得出理由，相近的事实不会因为解释者的喜好，就换一种算法。

第二道关叫限制化。一项要求写得再清楚，国家还得回答：这个要求该不该用强制来实现，实现到什么程度，哪些领域该留给人自己选。

你可以想象一条命令，把子女每天向父母行几次礼、迟到几刻怎样处罚，都规定得毫不含糊。它解决了一部分明确性问题，却没有因此证明国家有权这样安排家庭生活。

限制化也不能只朝一个方向发生。国家尊重家庭自主，却任家长借亲情、名分或家规遮住伤害，家里的弱者照样得不到保护。

法律既要限制公共权力对私人生活的不当闯入，也要拦住家庭权力削弱个人该得的公共保护。家庭成员首先是会受伤、能求助、该被认真对待的人，然后才站在父母、夫妻或子女的位置上。

两道关彼此联系，不能互相替代。规则明确，不会让不当的支配自动变得正当。边界的主张站得住，也不会让每一次具体裁判自动可靠。

本书关心的转换，就发生在这两个问题之间：一种值得赞成的伦理理由，怎样获得公共效力，又怎样同时接受公共限制。

这里说的「直接国家化」，不是说那个时代没有成文规范，也不是说每一段经义论证都毫无条件。误伤父案已经露出了行动经过、救援目的和依律辨类。

要检验的是，这些理由能不能形成稳定的适用条件，解释权能不能受到别的理由和程序的制约。史料若显示某项安排确实完成了这些转换，就该承认它的制度成就，不能为了维护书名，再把它说成全无边界。

所以，「家国不分」是一个要逐项证明的制度判断。它可以表现为国家用整齐的命令组织家庭，也可以表现为家庭的身份和服从关系进入公共裁判。两个方向不必同时同样强烈。

它们共同的问题是：具体的人，能不能在家庭和国家之间有一个位置，不被任何一方随意吞掉。

◆ 四、两条轴的四格表

为了让这些问题能反复检查，先给出一张四格表。

第一条轴看条件化是否充分：裁判的要求有没有可以辨认、可以查明、可以反驳的根据。第二条轴看国与家之间的双向边界有没有保障：国家不能借美德要求无限介入，家庭也不能借亲情和名分取消成员该得的保护。

	边界有保障	边界不足
条件化较充分	第一格：现代法治所追求的目标。	第二格：规定很细，边界仍然歪。秦律、唐律的涉家规定受这一格检验。

	边界有保障	边界不足
条件化不足	第三格：边界有人守，具体责任缺规则。逻辑上可能，本书只用设例。	第四格：关键环节落在权威的整体解释上，被解释的人没有争辩办法。春秋决狱受这一格检验。

表 0—1　条件化与边界的四种格局

说明：本表区分分析类型；具体制度的位置，由原文、适用条件和权力边界共同确定。

表里的「较充分」和「不足」是分析上的区分，不是给全部历史贴四个永久标签。同一部律典里，不同事项可能落在不同位置。同一种制度，规则文本和实际运作也可能呈现不同的格局。后面各章要把具体材料放进来，再说它为什么暂时落在某一格。

第一格，条件可判断，双向边界有保障。这是本书拿来衡量制度的法治目标。这里的法律既能明确要求人承担责任，也说得出哪些要求超出了国家或家庭成员的权限。称它为目标，是为了让现实制度接受检验。一种制度自称现代，不等于它已经站在这一格。

第二格，规则可以非常细密，却仍可能支持对私人生活的过度支配，或承认家长对其他成员的不当优势。它提醒你：预先知道自己会怎样受罚，和惩罚本身有正当的边界，是两回事。

秦、唐的涉家规定，后文要作为重点来比。具体条文偏向国家组织家庭，还是偏向家内身份秩序，要逐项读出来，不能拿朝代的名字顶替分析。

第三格，双向边界已有实际约束，具体责任的适用条件却还不足。比方说，一项制度能拒绝仅凭私德评价发动强制，也能让家内伤害进入救济程序，可是对某类给付义务怎样发生、有哪些例外仍交代不清。

那么边界有了保障，具体责任的判断仍可能不稳。这个假设只用来说明两条轴可以分开变化。历史上哪种材料够得上实例，还得看边界是不是实际受到保障，只凭原则宣言，不能把它放到左列。

尤其不能把「经义曾经约束君权」直接放进第三格。约束君主和划分国、家的边界，比较的对象不同。某种经义能拦住君主任意加刑，并不同时证明它保护了家里的个人，它还可能加强家内的服从关系。

前者的意义要承认，后者仍得单独检查。换了测量的对象，表面齐整的四格反而会把问题弄糊涂。

第四格，裁判条件不充分，双向边界也不可靠。对善恶的断言容易直接改变责任，家庭身份又可能顶替本来要普遍说明的公共理由。原心定罪里哪些论证有这种倾向，是本书要检验的重点。

这不等于把所有传世的决狱材料一起放进第四格。某一案若显出稳定的条件或有效的限制，它就该推着我们修改定位。

有了这张表，还要问一个更细的问题：两个方向的边界，各有多强？本书把这项比较叫做「边界强度比」，先把它当作待检验的比较框架。先看约束国家不当闯入家庭的边界，再看约束家庭权力侵蚀公共保护的边界。

前一个方向薄，国家容易借伦理之名支配生活。后一个方向薄，家长或别的强势成员容易借家庭之名截断救济。

这里说的强，是边界的约束力强，不是越界者的力量强。国家进入家庭越容易，约束这种进入的边界可能越弱，两个「强」不能混着算。没有可比的尺度之前，「比」只表示两个方向的相对强弱。

要进一步数值化，必须另行交代尺度、赋值的根据和算不了的情形，不能把印象换成小数，就称它是测量。

比较也不能只看相不相等。两边都几乎没有约束，可能同样薄弱。比例看着平衡，个人照样可能夹在两种权力之间。所以每次比较都要保留两边的实际强度，再谈是否失衡。

所谓对称，要求两种越界都被有效限制，并不要求性质不同的规则机械地用同样的措施，更不等于国家一律退出家庭。

家内的被害人，是这一判断最直接的检验点。国家不能因为事情发生在家里，就不问伤害，也不能借保护之名，任意规定每个人的生活。保护和干预之间，仍要交代证据、权限、方式和救济。

被害人能不能求助，家内的强者肯不肯受约束，公共权力能不能被质疑，比抽象地赞美家庭或国家，更能说明边界到底有没有立起来。

回到误伤父案，这张表让我们同时看见两件事。案语努力分清救父与殴父，里面已有条件化的材料。它又依靠父子名分和经义解释，所以我们还得继续查，这些理由怎样取得公共效力。表格没有替我们判案，它让判决必须回答的问题更清楚。

◆ 五、全书的判词

四格表是一把尺，全书的判词只有一句：

国家的手，家长招得来，卑幼招不到。这就叫家国不分。

这句话里有一幅画面。国家的强制像一只手，平时悬着，要有人招它，它才动。家里谁说了算，谁就招得动它。父亲、丈夫、尊长一招，官府来了。孩子、妻子、卑幼想招，这只手往往不理，有时还转过来拍他们。

展开说一遍。道德是社会的，法律是国家的。道德要变成国家强制，要过两道关：条件化，把宽泛的「应该」写成具体规则；限制化，给国家的手划边界。

春秋决狱的毛病出在第一道关。读心权让判官凭「心」入罪，条件不清。秦律到唐律的毛病出在第二道关。条件写得再细，那只手还是由谁来招、谁招不到的问题。

◆ 六、两条轴，分开缺

条件化和限制化是两条轴，缺法各不相同。

缺条件化，结果是任意：判断靠一个人的善恶断言，当事人不知道自己在反驳什么。缺对称的边界，结果是家国不分：国家的强制和家内的支配缠在一起，谁在家里有权，谁就握着国家的手。

这两条轴不是前因后果。不能说跳过了条件化和限制化两道工序，于是家国不分。一部律典可以条件细密，边界却偏向一方，秦律、唐律就是这样。一种制度也可以边界不错，某类义务的条件还说不清。每一格都要分开查。

春秋决狱站在两条轴的交点上，靠的是读心权。读心权缺条件，所以任意。读心权又不经过边界审查，家里的伦理就直接取得了国家的强制。第七章会专讲这个枢纽。

◆ 七、借手与招手权

手有两种借法。

国借家之手：国家把家当成自己的手脚。什伍连坐，同居连坐，告奸，都是国家借家长和邻里的手去监督人。秦律最典型。

家借国之手：家长把国家当成自己的手。不孝入十恶，子孙违犯教令，是家长借国家的手管教、惩罚卑幼。唐、明、清最典型。

两只手合起来，握在同一个人手里，就是家长。国家的强制在家内由谁说了算，谁就握着国家的手。

于是有了本书的第一把尺子：招手权，也叫启动权。谁能让国家的强制动起来？看一部律典的边界对不对称，先看这一条。

边界对不对称，不按国与家的大小来量，按家内最弱的那个人，能不能独立叫开公权的门来量。

◆ 八、随身三问

下面三问，是一把一把的锁。每读一部律、一个案、一条规则，都可以拿它们问一遍，看这扇门向着谁开。

第一问：谁能叫开这扇门？这问的是启动权。卑幼自己能不能去告？还是必须等家长点头？

第二问：叫开之后，谁的话被当真？这问的是采信权。同一句话，尊长说出来是证据，卑幼说出来是不是反倒成了罪？

第三问：救济要不要绕过尊长的同意？这问的是救济独立。受了伤的人，要保护、要出路，用不用先得到伤害他的那个人的许可？

三问都答得出「最弱的人也行」，门才是向每个人开的。有一问答成「要尊长同意」，那扇门就是家长的门。

这三问不用术语，你随时可以带着它们去读后面的每一章。

◆ 九、本书的定位与读法

本书把条件化、限制化与两个方向的边界强度放在同一条论证线上，想解释道德怎样进入国家裁判，又怎样在这个过程中改变家庭与公共权力的关系。

这里的贡献要靠具体解释来证明：同一套问题，能不能分辨不同的制度？能不能说明被通常说法盖住的差异？碰到不利的史料，还站不站得住？

本书的着力点，是把判断是否明确和权力是否受限分开来比，再让两者在具体案件里互相校验。

史料的传承层次，也是阅读的一部分。《后汉书》应劭传所录奏文追述董仲舒，说他著《春秋决狱》二百三十二事。这是应劭对前人著述的记载，不能当作董仲舒本人留下的自序，也不能理解为今天还有二百三十二份完整案卷，可以逐一核对。

误伤父案由《太平御览》这样的后出类书引载。原书散佚以后，今人主要靠他书的引文和后人的辑佚来读这些材料。

所以，案语怎样论证、当时制度怎样运行、真实争讼怎样经过，是三个相关、却不能完全等同的问题。一段材料能有力地支持第一种分析，未必也够回答后两种。

引文的版本和卷叶定位，正是让这些判断可以被重新检查的起点。

学术读者可以把每一章当作对一种解释的检验。先确认原文说了什么，再分清史料的话和本书的推论。先看规则具体规定了什么，再谈它偏向哪一种权力。尤其要追问：本书的判断在什么条件下会失效？

一项亲属规则若既有效限制了国家，又充分保护了家内被害人，就该承认这种双向保障。原心的论证若已经受到明确要件的约束，就不能再叫它纯粹任意。

普通读者可以从故事进去。每遇到一个看似情理和法律冲突的案子，先把人物关系、行为顺序和后果辨清，再问裁判者凭什么作决定。许多陌生术语，可以暂时还原成三句日常的话：事情究竟怎样发生？

别人为什么有权这样要求我？这个要求过了头，我能在哪里提出异议？

各章结尾的短句，帮你记住，代替不了前面的分析。一个判断越容易记，越要留意它省掉了什么。你不妨反过来检验：换掉当事人的身份，结论变不变？把被害人移进家里，保护还在不在？

换一位裁判者，原来的理由还站不站得住？这些追问不需要先背熟术语，却能让你一步一步看见，一种制度怎样分配权力，又让谁来承担代价。

这条阅读的路，最后关心的还是那个举起棍子的儿子。他该能说明自己为什么出手，也该能要求裁判者说明，凭什么信或不信这个解释。理解他，要靠近事情发生的处境。

裁判他，还要接受一个更大的要求：同样的解释方法，必须能面对别的人，甚至面对我们不喜欢的人。

一本讲法律和道德的书，只教人赞美宽厚，保不住下一个被怀疑的人。只教人服从字面，又会漏掉一个人在具体处境里真正做了什么。本书想保留理解人的能力，同时让行使这种能力的公共权力，担起说明和受限的责任。

心要读，但不能随便读。

◆ 十、各编地图

全书五编十九章，另有第三编小结、结语和附录。

第一编　两个层级：道德是社会的，法律是国家的（第 1 至 3 章）。先把道德和法律的层级分开。第 1 章从孝顺与赡养谈起，讲道德和法律为什么不是一回事。

第 2 章讲法律怎样是道德的条件化与限制化。第 3 章给出两条轴、四种格局。

第二编　《春秋决狱》：道德直接国家化（第 4 至 10 章）。先看秦律（第 4 章），再看董仲舒与张汤，经义怎样走进廷尉府（第 5 章）。

第 6 章讲原心是双向的，病在任意，不在严苛。第 7 章讲读心权，从法条走到经义解释者。第 8 章讲经义无边，也约束君权。第 9 章逐案读现存案例。

第 10 章讲从「父为子隐」到「亲亲得相首匿」，单向边界怎样诞生。

第三编　家国不分（第 11 至 13 章，加第三编小结）。第 11 章读唐律，要件成熟，家长的手借到了国家。第 12 章讲家借国之手，不孝入十恶。

第 13 章讲国披家衣，君父、父母官、子民。小结讲手的三次交换：秦，国借家之手；汉，经义让读心权进来；唐，家借国之手。

第四编　分化：从原心定罪到罪刑法定（第 14 至 16 章）。第 14 章讲清末礼法之争，对称边界的问题怎样被集中提出。第 15 章讲罪刑法定，限制化怎样完成。第 16 章讲正当防卫，道德怎样被条件化。

第五编　新的协作：家归家，国归国（第 17 至 19 章）。第 17 章给一张两道工序的检查表，教普通人看懂情理法的冲突。第 18 章讲原心的正当位置。

第 19 章讲《春秋决狱》的当代意义，落在让伦理经过工序再进入国家，让每个人都叫得开那扇门。

目 录

1

前言　一根棍子，一扇门　3

导读　一个误伤父亲的儿子　5

第一编　两个层级：道德是社会的，法律是国家的　24

第 1 章　孝顺与赡养——道德和法律为什么不是一回事　25

第 2 章　法律是道德的条件化与限制化　47

第 3 章　两条轴，和一只被借来借去的手　69

第二编　《春秋决狱》：道德直接走进了廷尉府　82

第 4 章　秦律：要件极细，国家的手伸进每一户　83

第 5 章　董仲舒与张汤——经义怎样走进廷尉府　103

第 6 章　原心是双向的——病在任意，不在严苛　121

第 7 章　心不是起点——读心权从法条到经义解释者　137

第 8 章　经义无边，也约束君权　153

第 9 章　现存案例逐案读　169

第 10 章　从父为子隐到亲亲得相首匿——单向边界的诞生　185

第三编　家国不分：两只手握在家长手里　199

第 11 章　唐律：要件成熟，家长的手借到了国家　200

第 12 章　家借国之手——不孝入十恶　215

第 13 章　国披家衣——君父、父母官、子民　233

手的三次交换：第三编小结　252

第四编　分化：从原心定罪到罪刑法定　265

第 14 章　清末礼法之争——对称边界问题被集中提出　266

第 15 章　罪刑法定——限制化的完成　283

第 16 章　正当防卫——道德怎样被条件化　302

第五编　新的协作：家归家，国归国　319

第 17 章　两道工序检查表——普通人怎样看懂情理法冲突　320

第 18 章　原心的正当位置　335

第 19 章　《春秋决狱》的当代意义　349

结语　家国两立，各得其所　366

附录　372

附录　A　案例辑录与出处　373

附录　B　涉家条文编码表　374

附录　C　三把锁与两道工序检查表　379

附录　D　原心两种读法的编码手册　381

附录　E　引证核验台账　383

附录　F　方法附论：增量与认错条件　387

第 一 编

两个层级：道德是社会的，法律是国家的

这一编三章，先把两个层级分清。第 1 章从一桩赡养纠纷写起：判得了赡养费，也判得了探望，可判不了真诚的孝。第 2 章讲道德怎样经过条件化与限制化，变成法律。第 3 章把两条轴摆出来，再把「手」的比喻摆出来：国借家之手，家借国之手。

道德宽而不定，法律窄而有条件。

第 1 章

孝顺与赡养——道德和法律为什么不是一回事

◆ 一、三个女儿被判回家

陈某某把三个女儿告上了法庭。他要的不只是赡养费和医疗费，还要女儿回家看他。

他的妻子和两个儿子已经去世，眼下跟小女儿一起过，年事已高，体弱多病。他希望长女、次女每月至少来看一次，生病时三个女儿轮流看护，费用一起出。

这一家的争执，把平时混在一起的两个问题同时摆到了法官面前：子女该担什么，父亲盼着得到什么。

黑龙江省佳木斯市前进区人民法院的判决，没有把探望只写成道德倡议。法院判令长女、次女每月探望陈某某不少于一次，并给付赡养费，三个女儿共同负担医疗费用。

最高人民法院2021 年公布的《人民法院老年人权益保护十大典型案例》，把这案列为第四案。公开材料没有披露赡养费的具体数额。能确认的是：经济供养和定期探望，都写进了裁判结果。

所以「判得了赡养费，也能判探望——但判不了真诚的孝」这句话，先得拿事实检验。我国《老年人权益保障法》第十八条规定，家庭成员应当关心老年人的精神需求，不得忽视、冷落老年人；与老年人分开居住的家庭成员，应当经常看望或者问候老年人。

「常回家看看」不只是歌里的愿望，也不只是法庭外的劝说。法律可以要求一定的联系和探望，法院也能结合案情把它写具体。

不过，一纸判决给不了老人盼着的全部亲情。探望的次数可以记，约定的时间可以对，有没有陪着看病也查得明白。

至于一个人为什么来，愿不愿意听父亲把一句话说完，把不把老人当成有自己想法的人，光看他站在门口，是断不定的。法律能把见面的机会安排好，保证不了见面时自然长出理解。

◆ 二、三个问题要分开

这里要分开三个问题：这个请求能不能提出，法院能不能作出具体裁判，裁判能不能把当事人盼着的生活效果全部做到。前两个问题有了肯定的答案，第三个仍可能留下缺口。

这个缺口，不能倒过来抹掉法定义务，也不能让法官随手加罚去填平。填了，判决要的就不再是看得见的行为，而是裁判者随时要查、永远证明不了合格的内心。

你可以设想两种履行。一个女儿照判决来探望，起初只是怕违反义务，后来在交谈里慢慢理解了父亲。另一个女儿每次准时到，每次敷衍。这是为了辨析问题设的假设，不是陈某某案已经查明的后续事实。

前一种说明，法律安排可能给感情修复留出条件。后一种说明，行为合格和伦理评价并不完全重合。起初动机不高尚，不等于没有真履行。次数到了，也不等于亲子关系已经圆满。

经济供养也有同样的分别。钱到没到账，通常比关爱真不真诚好证明，可是给多少，并不是孝心的刻度。收入低的人，可能已经在能力范围内尽了力。收入高的人，可能多付了钱，却不肯承担别的照料。

法院定给付义务，要把生活需要、负担能力这些因素说清楚，不能把某人在亲戚眼里的好坏，直接折成金额。道德评价可以接着追问他的态度，国家裁判则要说明，这笔钱凭什么由这个人出。

老人也不是等着别人安排的被动对象。探望是为了满足他的精神需要，不能变成子女完成任务的手续。老人正在休息，子女为了留下履行的证据，非要上门拍张照，到场是到场了，却背离了关怀的目的。

法律要看得见的行为，不等于只认表面动作。实际履行合不合义务的内容，仍要结合处境判断。不过这种判断得说得出理由，不能变成对整个品格没有期限的审查。

这正是本书从孝顺与赡养谈起的原因。同一件事里，道德和法律既碰在一起，又各提各的要求。道德问：一个人有没有善待自己的亲人。

法律还得问：哪些需要已经成了受保护的利益，哪些人负有义务，该怎样履行，不履行担什么后果。两者面对同一位老人，不能用完全一样的判断方式。

全部赡养问题都交还给良心，最需要帮助的人，可能恰好碰上最不肯自觉的人。义务实现不实现，要看对方的心情。

反过来，全部孝道都交给国家去执行，父母对理想子女的每一种期待，又可能变成对子女人生的命令。一边是需要得不到保障，一边是要求找不到停处。法律得同时避开这两种失败。

所以准确的分界，不是钱归法律、感情归道德。精神需求也可以得到法律保护，财产给付里也可能有伦理问题。

要分的是：一种关怀的要求，经过怎样的整理，才能成为可以公开判断、依法实现的义务；成为法律义务以后，又有哪些部分还得留给本人选择、家庭协商和社会生活。

陈某某案留给本章的，不是「法院无能为力」，而是一个更严的问题：国家既然已经能要求女儿回来，它能要求到哪里？从这一步起，孝顺和赡养的差别就不只是日常用词的差别，成了道德与法律之间的制度问题。

◆ 三、道德：宽而不定的要求

说一个人该孝敬父母，通常用不着先拿出合同，也不必证明父母早把将来的回报算清了。这个要求，来自人们怎样理解亲子关系，怎样看待照料、脆弱、感激与尊重。

它活在家庭生活和社会交往里，也能通过一个人的反省表达出来。本书把这种首先面向人与人相处方式的要求，叫做社会层级的道德要求。

「社会层级」不是说道德只有人情往来，更不是说大家习惯怎么做，就一定对。一个家庭可能把偏心当惯例，一个群体也可能共同赞许对弱者不公的安排。道德思考仍然可以批评这些习惯。

它的社会性，在于问题出在人们怎样一起生活、怎样互相对待的关系里。一种惯例正不正当，要有理由，不能拿赞成的人数来顶。

亲子关系能帮你看清这一点。兄弟姐妹都默认由一个女儿照料，她的辛苦不会因为大家习惯了，就自动变得公平。孝不只要子女关怀父母，也要我们看见照料者的处境。

老人要人照顾，照料的人也要休息、要过自己的日子。别的家庭成员不能把自己的退出，说成某一个人理所当然的美德。伦理判断只会赞美牺牲，不问牺牲怎样分配，就漏掉了关系里的另一方。

道德的第二个特点，是要求宽而不定。伦理上的关怀要求，还没被转成国家可以裁判的具体条件，已经能向人提出来了。道德规范也看情境，只是它不要求写明谁、何时、到哪为止。

它也让我们看见，道德上的应当不能全化成交换：不能把关怀理解成「你先给我足够的好处，我才承认你的需要」。不过，不以对价为前提，法定的赡养义务同样如此，光凭这一点，分不开道德和法律。

一个母亲年老了，不能再给子女带来经济上的帮助，她被尊重的理由并没有少。子女照顾她，也不必证明将来能得到等值的回报。道德靠这一点，抵住了把人完全当收益来源的算法。

这里说的「宽而不定」，指关怀的理由不以对价为前提，并不是要求每个人在任何处境下，都付出同样多的时间和钱财。

假如成年子女自己重病在身，护理不了繁重的活，就不能只凭「孝没有条件」，要他做实际上做不到的事。家庭关系里要是有暴力和持续的伤害，也不能把「让受害者继续忍着」说成伦理的必然。

能力有限、人格尊严、对伤害的拒绝，都不在道德之外，它们本来就是伦理判断要认真对待的理由。

由此也明白，「不讲交换」与「认真分担」可以同时成立。子女不该把亲人的需要当成讨价还价的筹码，却可以商量照料怎么安排：谁方便，谁有什么能力，怎样避免一个人长期担下全部。

协商责任怎么分，不等于给亲情标价。要警惕的，是借着亲情无价，盖住负担长期失衡。

道德的第三个特点，是没有终点。这里说的是，德性的完善没有统一的达标线，不是说谁都可以借道德之名无限支配别人。今天帮老人解决了看病的事，明天还可能要听他说说心里的忧虑。

接连冒出来的生活需要，既可能进入道德评价，也可能进入法律调整。伦理评价再进一步关心的是：一个人即使已经完成了确定的义务，相处中能不能表现出更多体谅。

这种开放，使孝顺不能被一笔固定的费用穷尽。《论语·为政》记载，子游问孝，孔子谈过供养之后追问：「不敬，何以别乎？」子夏问孝，又引出「色难」。

不同的古注对个别字句有不同的解释，可是这些问答合起来提示：物质供给，还没穷尽人对父母应有的态度。外在的事办完了，伦理的追问还会继续。

可是，道德上的开放要求，不能变成关系里的无限权力。父母盼子女过得安稳，是关心和劝告的理由，不能只凭这个愿望，替子女决定婚姻、职业和全部生活。

子女担心老人受骗，也不能因此把老人的话一概当作不必听。爱得恰不恰当，要看有没有认真对待被爱的人。把另一个人变成自己安排的对象，可能恰好违背了爱的目的。

回头看「道德没有终点」，要保留两层意思的分别。对自己，人可以不停地追问能不能做得更好。对别人，自己觉得更好的生活，未必是有权要求别人接受的生活。

德性的提升没有统一的终点，不等于要求他人的权限没有边界。前者让人不止于敷衍，后者要受尊重他人的约束。

道德评价也不是没有判断的条件。比如说一个人失信，通常要知道他承诺了什么，能不能履行，后来发生了什么。说孝不孝顺，同样不能抽掉疾病、距离、长期照料这些事实。

本书说「宽而不定」，是要指出：伦理上的关怀要求，天然不带着一套完备的国家裁判条件和强制权限。它不是断言所有道德理论都拒绝区分条件和界限。

这样的限定没有削弱道德，是防止一句赞美道德的话，被拿去支持对人的无限要求。社会里的相互关怀，既包括主动承担，也包括体谅别人担不起的处境。既包括感激，也包括拒绝不正当的要求。

一个人能在不被判成道德败坏的前提下说明自己的困难，亲情才有机会成为能持续的关系。

道德就这样给了法律问题，也留下了法律不能照单执行的要求。它让我们不能无视老人的孤独，却没有单凭「不能无视」四个字，定下每个子女的探望频率。

它让我们批评冷漠，却没有因此直接指定国家该动用什么手段。从共同生活里的「应当」，走到公共裁判，还要再过一层转换。

◆ 四、法律：谁、何时、负担什么

老人向法院请求赡养费，原来在家里的争执，就进入了一种有公共效力的处理程序。双方都可以说往事，可最后的决定，不能只看谁更会诉苦、谁在家族里更有威望。

法院要依据法律确认权利义务，作出的判断还要接受相应程序的检验。这就是本书说的法律处于国家层级：它用公共制度，承担确认、裁判和保障实现的责任。

国家层级，不等于国家机关说的每句话都是法律。法官个人的伦理偏好，不会因为他坐在审判席上，就自动有法律效力。哪种规则可以适用，哪个机关有权决定，允许采取什么措施，都要有制度上的根据。

邻居可以劝一个子女多陪陪父母。法官要作出有拘束力的裁判，就得交代义务的依据和具体内容。

法律先答「谁」。《民法典》第二十六条规定，成年子女对父母负有赡养、扶助和保护的义务。这里已经分清了义务主体、关系对象和义务类型。

它不能简单换成「晚辈应当孝顺长辈」，因为「晚辈」「长辈」涵盖的关系更宽，也不能自动生成完全相同的法定义务。称呼相近的人，在法律上未必站在同一个位置。

法律还会进一步分具体的关系。《民法典》第一千零七十四条规定，有负担能力的孙子女、外孙子女，对于子女已经死亡或者子女无力赡养的祖父母、外祖父母，有赡养义务。

这条规则没有否定隔代的亲情，它为国家可以要求谁担责，设了条件。不能因为一个人也是晚辈，就跳过能力和关系的条件，把某一家的全部养老责任交给他。

再答「在什么情形下」。《民法典》第一千零六十七条第二款规定，成年子女不履行赡养义务的，缺乏劳动能力或者生活困难的父母，有要求成年子女给付赡养费的权利。这里的「或者」不能改成「并且」。

这一款针对的是赡养费请求权，它和第二十六条的一般义务相联系，却不是同一句话的重复。一般义务、具体给付请求和精神关怀的要求，要分别去找规范的根据。

所以，不能一听说父母有养老金，就断定子女不必出一分钱。也不能只凭「做子女的就该孝顺」，认定父母提出的每个数额都该支持。

陈某某案的裁判理由，已经把老人的实际生活需要、子女的实际负担能力和当地一般生活水平放进了判断。要查这些情况，不是把老人送进冷漠的计算，是让给付义务有可以说明、可以争辩的根据。

在这里要分清两种完全不同的「条件」。法定条件，是公共规则为确定权利义务设的条件。交换条件，是义务人为自己履不履行，临时提出的要求。

《老年人权益保障法》第十九条明确，不得以放弃继承权或者其他理由拒绝履行赡养义务。《民法典》第一千零六十九条又规定，赡养义务不因父母婚姻关系的变化而终止。

父母再不再婚，财产留不留给自己，子女不能拿来改写法定的义务。

最后答「负担什么」。笼统地要求一个人「尽孝」，还不够让双方知道纠纷怎样了结。《老年人权益保障法》第十四条区分经济供养、生活照料和精神慰藉。

第十五条进一步规定了患病时的治疗护理、不能自理时的照料，还为不能亲自照料的情形，规定了尊重老人意愿的委托安排。义务因此可以用不同的方式实现，不必都压成同一种家庭生活的样子。

义务的内容具体了，也有助于看见已经做过的照料。一个子女提供住处、天天做饭、陪着看病，另一个子女承担一部分费用，两边付出的形态不同。讨论怎么分担，要把这些事实摆出来，不能只看谁拿出了现金。

具体的贡献怎样评价，仍要结合请求、证据和适用规则。至少不能让看不见的劳动，消失在一声「孝顺是本分」里。

◆ 五、法律的边界朝向两边

法律的第三个特点，是必须有边界。

父母得到法定的供养和照料，并不因此获得指挥成年子女全部生活的权力。子女承担照料，也不意味着可以支配父母的婚姻和财产。边界要保护关系里的每个人，不让家庭责任被解释成一方对另一方的无限管辖。

照料越有实际的力量，越要认真问一问：被照料的人，还能不能表达自己的意见？

这道边界也朝向国家本身。国家可以依法保护老人，却不能只凭「效果更好」的愿望，随意挑干预的手段。探望义务存不存在、具体怎样履行，和能用什么执行措施，不是同一个问题。

不能因为某项义务值得实现，就倒推出实现它的一切手段都合法。国家进入家庭，要说明自己保护的是哪项具体利益，也要说明这次介入为什么没有超过必要的范围。

同样，划边界不能成为放任家庭伤害的借口。《民法典》第一千零四十二条禁止家庭暴力，禁止家庭成员间的虐待和遗弃。事情发生在家里，不等于离开了法律评价。

家人之间有亲情，也不会自然减损受害者的人格和安全利益。边界的意义，在于限制不当的支配，不是把家关成一个别人无从求助的地方。

法律有条件、有边界，不等于每个案子的答案都像算式一样写好了。「经常看望」要结合现实去理解，「生活困难」也要有事实支持。文字可以留必要的弹性，判断却得公开理由。

这个理由能不能同样用在处境相近的人身上，不同的处理有没有差异可以解释，这是法律判断区别于随意处置的重要要求。

所以，本书说的条件化，不只是添几个数字，是让义务能通过公共的理由被确定。限制化也不只是宣布少管些事，是交代各种要求和权力该停在哪里。

谁负担、何时负担、怎样负担、能要求到什么程度，合起来，才把一个可敬的伦理愿望，转成可以负责的国家判断。

法律没有因此让亲情变得不重要。它承认，一个家暂时失去了相互体谅，需要仍然是真的，义务也不能只靠体谅维持。同时它给义务一个确定的范围，使履行的人不必不断证明自己毫无缺点。保障需要，和限制要求，要在同一套制度里完成。

◆ 六、法律是道德的国家意志化

从孝顺到赡养，不是先把亲情全拿掉，再放进几条和它毫无关系的命令。老人的生存、尊严和精神需要，正是我们愿意建立赡养制度的重要理由。

变的是这些理由的表达方式：它们不再只对一个人的良心发出呼唤，还被组织成由公共制度确认和保障的权利义务。本书把这个过程叫做道德的国家意志化。

这个概念首先针对本书研究的领域：家庭伦理怎样进入国家的立法与裁判。它不要求把所有法律都追到一条事先存在的道德训诫上。

法律还承担协调行为、安排组织和提供程序这些功能，许多具体办法是在制度运作里形成的。这里问的是：某种道德被拿来要求国家行动时，要经过哪些转换，才能成为国家要求他人的根据。

耶利内克说「法律是最低限度的道德」，可以帮我们看见联系，也要我们留神。他在1878　年出版的《法、不法与刑罚的社会伦理意义》第二章写道：「Das Recht ist nichts Anderes, als das ethische Minimum.」这句话可译为「法律无非是伦理的最低限度」。

它的上下文，讨论的是特定的历史社会维持自身存在所需的规范，并强调这些规范会随社会条件变化。

「最低限度」不是给所有现行法律发的道德合格证。一种秩序认为自己必须保存什么，和这种保存值不值得赞同，仍是两个问题。本书于是追问：国家能不能仅凭某项要求有道德价值，就交给法院强制实现?

哪些要求可以被选中，选中以后怎样执行，光凭「最低」二字，得不到答案。

把最低限度只理解成少取一点道德，就容易漏掉关键的困难。一个要求再低，也可能含混。一个目的再善，也可能执行得过度。

比方只要求子女「有一点孝心」，听上去并不苛刻，却没告诉任何人，怎样证明自己做到了。相比之下，一项明确、带能力条件的照料义务，实际的负担可能更重，可国家要求它的理由，反而更容易检验。

要变的不只是要求的多少，还有要求取得强制力的方式。

富勒区分「义务的道德」和「愿望的道德」，从另一边说明了这个问题。在《法律的道德性》里，前者着眼于基本要求，后者指向更高的成就和完善。富勒还明确指出，法律的内在道德本身同时有这两个方面。

所以不能把他的区分直接改写成「法律只管义务，道德只管愿望」。他的分析涉及要求的层次，没有把两个领域一刀切开。

把这一区分放回家庭，你就能看见：不让需要照料的亲人陷入无人过问的处境，和时时体贴、始终和颜悦色，不是同一个层次的要求。两者可以相联系，不能不经说明，就用同一种办法追责。

完成基本义务，未必值得特别赞美。值得赞美的行为，也未必都能要求每个人做到。以下对赡养制度的判断，是本书借这个区分展开的论证，不是富勒对中国家庭法下的直接结论。

国家意志化最容易发生的误会，是以为把道德写进法律文本，整个转换就完成了。《民法典》第一千零四十三条倡导优良家风、家庭美德，并规定家庭成员应当敬老爱幼、互相帮助。这说明法律没有回避家庭伦理。

可是同一个法律体系还要分清，这些价值要求能不能单独撑起一个具体的诉讼请求。

最高人民法院《民法典婚姻家庭编解释（一）》第四条规定，当事人仅以第一千零四十三条为依据提起诉讼的，人民法院不予受理；已经受理的，裁定驳回起诉。

与之相比，第一千零六十七条明确规定了符合条件的父母请求赡养费的权利。前者不是没有法律意义，后者也不是另起一套无关的价值，两者的规范功能不同。

这一对照里有两次要认真对待的转变。一次是伦理价值得到国家的正式表达。另一次是这些价值落实为特定主体能主张、特定机关可裁判的权利义务。两次之间，省不掉事实条件、救济方式和权限根据。

省掉了，任何人都能从「家庭应当和睦」推出自己想让法院支持的安排，法官也可能把自己认为和睦的生活方式，交给当事人去执行。

国家在这里不是简单地搬运一个社会早已一致的答案。不同家庭对孝的理解可能不同，同一家里的成员也各有说法。进入法律时，要筛选：哪些理由可以成为公共理由，哪些期待只能留作自愿协商。

确认了对父母的关怀，不等于同时确认父母对子女的一切要求。承认家庭重要，也不等于让家里的地位差别，直接决定法律保护的多少。

这种转换还改变了争议里的位置。老人提出赡养请求，不必只等着对方被感动。承担义务的子女提出能力和范围问题，也不该马上被当成不孝。双方都能要求给出理由，说明事实，依法对决定提出异议。

原来可能只能由辈分或情面决定的安排，有了机会转成可以公开讨论的权利义务。

所以，道德的国家意志化，不能以「国家已经赞同」为终点。它要向国家提要求：你借道德之名让一个人做事，要说清根据。你决定一个人该承受不利的后果，要证明条件已经满足。

一个人已经履行了义务，你不能仅因他还不是理想人格，就继续加负担。这些要求不是伦理的敌人，是伦理取得公共强制力时该担的责任。

从这个角度看，法律让道德有了更可靠的实现渠道，也接受了一项更严格的自我限制。它要保护老人免受冷漠之害，还要保护家庭成员免受无限要求之害。只做前一半，道德可能成为管束人的资源。

只强调后一半，真实的需要又失去保障。两道工序要同时在场，国家意志化才可能成为能辩护的制度转换。

在家庭伦理转为可强制义务的范围内，本书于是提出：道德的国家意志化，应当经过条件化与限制化。这是要在具体制度里逐项检验的主张。

孝顺变成赡养，既是道德得到制度承认，也是道德要求接受公开条件和权限边界的过程。它的意义，不在国家替人做完了全部伦理选择，在于一些不能任由冷漠处置的需要，终于有了可以主张的保障。

◆ 七、中国传统里的一个难题

把这个问题带回中国传统，先得认真读古人已经作出的区分。「礼」与「法」长期相互关联，不等于古人从没看见过教化、刑罚、亲情与公职之间的不同。

先把传统描成没有任何条件和界限，再用现代法律去纠正它，结论或许来得容易，却很可能没打中要害。

《论语·为政》把「道之以政，齐之以刑」和「道之以德，齐之以礼」放在一起对照。前者的效果，是使人求免于处罚；后者则希望人有羞耻感，趋于正。这段话至少说明，外在的约束和内在的认同，效果不同。

它和今天讨论履行赡养判决与真诚关怀之间的差别，有可以对话的地方。不过，古文里的政、刑、德、礼各有自己的历史语境，不能直接换成现代完整的法律与道德分类。

孔子谈孝，也不只要求不加分辨地听从。孟懿子问孝，得到「无违」的回答。樊迟追问其意，孔子进一步把生养、葬祭都落到礼上。《论语注疏》对此的解释，正是防止把「不违礼」混同于单纯服从父命。

亲子伦理在这里已经有衡量行为的依据，不能概括成父母的每个愿望都必须满足。

《礼记·曲礼上》说，礼用来「定亲疏、决嫌疑、别同异、明是非」，并提出「礼不逾节」。可见礼不只是一团还没成形的善意，它能区分身份，安排关系，也约束行为的方式。

承认这些，就得把伦理自身的区分，和现代国家裁判所要的条件分开讨论：有了身份和行为的分类，是不是就够决定国家可以怎样惩罚一个人？答案要另外论证。

《荀子·子道》更直接：「从道不从君，从义不从父。」紧接着，它列举了孝子不从父命的情形，讨论服从与不服从，分别会让父母陷入什么处境。这里的敬与义，要通过具体的事去辨别。

传统伦理内部，已经有对盲目服从的批评，也有为什么某些时候该拒绝的说明。

伦理规则有条件，法律规则也有条件。值得问的是：它们分别让谁来判断，允许根据什么事实判断，这个判断对他人能有多大的拘束力。

一个父亲觉得孩子的行为不合礼，可以在家里劝诫。同一句评价，一旦被拿去请官府处罚，性质就变了。从本书的规范评价看，官府不能只证明父亲确实不满，还得回答：哪些不满，够得上国家处理的理由。

不然，家庭里的解释优势，就可能直接变成公权力的优势。要害不只是有没有规则，是既有的规则，凭什么资格进入另一个层级的判断。

《孟子·尽心上》里桃应的一问，把层级之间的紧张摆得格外清楚。桃应设想：舜做天子，皋陶掌刑，舜的父亲瞽瞍杀了人，该怎么办？这是一段假设性的伦理问答，不是对一件真实案子的记录。

孟子先回答「执之而已矣」，就是由掌刑的皋陶把他拘起来。再追问舜能不能阻止，孟子回答，舜不能阻止皋陶拘执。随后谈到舜个人怎样面对父亲，孟子却提出：舍弃天下，背着父亲逃走。

只取背父而逃，容易把孟子说成主张一切国家秩序都该让给孝。只取拘执父亲，又容易直接把他说成现代司法制度的先声。完整的问答更值得细读：天子的身份，不能当然取消掌刑者的职分。

儿子的身份，又让同一个人面对另一种强烈的要求。文本把位置分辨了，冲突并没有消失。

对本书来说，这段话提供的是问题，不是一项可以直接搬到今天的制度答案。一个人可以放弃自己的职位，却不能只凭放弃职位，就解决他的行为对别人的影响。

父子的伦理处境要理解，被杀者一方受到的损害，也要进入讨论。只围绕有权者和他的父亲去安排道德圆满，公共判断里的另一方，就可能留下空白。这是本书从这段问答继续提出的追问。

家与国的关系，不能只用「情可不可贵」来回答。亲情当然可以成为理解人的理由，可它在国家裁判上起作用时，必须面对关系之外和关系之内的其他人。

一个理由够解释某人为什么不忍，未必够证明另一个人该承担这种不忍的后果。从理解到裁判，还要再走一步。

礼与法，究竟在哪一步纠缠？本书先把目光放在转换处：一项关于善恶、敬爱或身份秩序的判断，被赋予了决定权利、义务和不利后果的公共效力，有没有再经过独立的条件确认和权限限制。

直接把某一方的伦理地位，转成国家必须维护的安排，另一方就可能失去以同等主体身份说明自己的机会。

这并不预先决定对《春秋决狱》的全部评价。理解救人之心，可能纠正僵硬的处理。借善恶之名判断他人，也可能越过应有的限制。

后面各章要回到具体的文本和案子，分别检验：哪些条件已经存在，哪些根据是解释者补进去的，哪些人的利益被看见了，哪些人的位置被省略了。

现代法律也不能仅因为写成了条文，就算完成了所有分化。一个以孝为名的要求，写得再明确，仍可能干涉没有必要干涉的生活。一个强调尊重家庭的制度，也可能让家里受了伤害的人，难以获得保护。

条件充不充分，边界妥不妥当，要分别检验。下一章讨论的两道工序，就从这两个不同的问题展开。

回到陈某某和三个女儿的纠纷，我们可以更准确地理解法院做了什么。老人对关怀的期待，经由法定义务和个案判断，成了具体的供养与探望安排。他全部的人生愿望，却没有因此变成法院可以逐项下达的命令。

法律为亲情提供应当维持的条件，也为国家介入亲情设了停止的位置。家里的人，仍是有权利、有困难、有自己生活的人。

◆ 八、本章会在哪里错

本章的主张是：道德的要求宽而不定，法律的要求窄而有条件；国家保障某种关怀要求，必须另行说明法定条件、义务内容和权限边界。

这个判断，遇到下面几种材料就要收窄。一，如果有材料显示，法院已经靠裁判强制，稳定地造出了探望中的真诚，「判不了真诚」就得改成「有时判得了」。

二，如果哪种道德理论，本来就把条件和界限写进了关怀要求里，「宽而不定」只能说是对多数日常道德的概括。

三，法律能判令某些探望，是公开的裁判结果，不能把「法律不能制造亲情」误写成「法律不能判探望」。

指导性案例229号与陈某某案的法律关系不同，也不能据此推出祖父母在所有情形下，都享有无条件的隔代探望权。

◆ 九、放回日子里

周六下午，小梅给在外地的哥哥发了条消息：妈这个月的药费，你出多少？

哥哥回得很快：我每月转钱，你也知道我走不开，回去看她的事就靠你了。小梅盯着屏幕，没回。她心里明白，哥哥的钱按时到，比她天天陪着，更容易说得清。可是母亲昨天说的一句话，她没法拿给任何人看：「你哥来电话，就问钱够不够。」

这是一个虚构的家，借来看这一章的道理。

小梅可以做两件事。一件是把药费、护工费、哥哥的收入和自己的时间，摊在桌上，商量一个谁也说得出理由的分法。这是把「该」变成「谁、何时、出多少」。

另一件事，她没法交给法院，也不该硬塞给哥哥：让母亲觉得自己被当作一个人来对待。那个要靠一通愿意多聊十分钟的电话。

明天你也可以试一试：想一想家里有一件「大家都觉得该做」的事，把它拆成三句——谁来做，什么时候做，做到哪里算够。写得出来，它就开始像一个能公平分担的约定了。写不出来，这件事现在还只是个愿望。

◆ 十、本章出处与核验状态

1. 补充核验：最高人民法院指导性案例229号「沙某某诉袁某某探望权纠纷案」（2024 年 5 月 30 日发布）说明，法律并非一概不能处理探望。该案在未成年人父母一方死亡的特定情形下，支持祖母每月探望孙子女一次、每次不超过两小时，同时要求以最有利于未成年人为原则，不影响未成年人身心健康和共同生活者的正常生活。该案与陈某某赡养费纠纷案的法律关系不同。
2. 来源定位：最高人民法院《人民法院老年人权益保护十大典型案例》，2021 年 2 月 24 日，案例四「陈某某赡养费纠纷案」；最高人民法院指导性案例

229号「沙某某诉袁某某探望权纠纷案」，2024 年 5 月 30 日。官方链接分别为 https://www.court.gov.cn/zixun/xiangqing/287711.html 与 https://www.court.gov.cn/zixun/xiangqing/433821.html 。网页内容已定位；正式出版前应按全书统一引证体例记录访问日期。

3. 已核公开来源：《中华人民共和国老年人权益保障法》第十八条，规定家庭成员应关心老年人精神需求，分居家庭成员应当经常看望或者问候老年人。最终稿仍须标明现行文本版本与核验日期。https://www.nhc.gov.cn/wjw/flfg/201812/0e7ed38a0b99457785a8379a833c651c.shtml

4. 已核公开来源：《中华人民共和国民法典》第一千零六十七条，成年子女不履行赡养义务的，缺乏劳动能力或者生活困难的父母有要求给付赡养费的权利。https://www.samr.gov.cn/zw/zfxxgk/fdzdgknr/bgt/art/2023/art_60fb3863b7364b759123a42d1df568ca.html

5. 已核公开来源：最高人民法院《人民法院老年人权益保护十大典型案例》，2021 年 2 月 24 日发布，案例四「陈某某赡养费纠纷案」载明法院判令长女、次女每月探望不少于一次，并给付赡养费，三女儿共同负担医疗费用。法律可以要求可识别的探望行为，不能保证亲情动机与情感本身。https://www.court.gov.cn/zixun/xiangqing/287711.html

带走的话

道德的要求宽而不定，法律的要求窄而有条件。道德说「该」，法律说「谁、何时、到哪为止」。

小 账

条件化了吗：赡养费和探望已经写成了具体条件，能查、能争；探望时的真诚，没有写，也写不成条件。

门向着谁开：陈某某自己走进了法院，老人本人就是招手的人；可是法院判得出探望的次数，叫不开子女的心。

第 2 章

法律是道德的条件化与限制化

◆ 一、河边有人落水

河边有人落水。一个路人跳下去，另一个人四处找救生圈，还有一个人拨打求救电话。

我们会赞许跳水的勇气，也会问：谁有能力做得更多？可是要由国家追究某人的责任，问题马上变得具体：他和落水者是什么关系，有没有救助的职责，会不会水，现场有什么危险，又能采取什么措施？「应该救人」可以开启讨论，却不能独自完成裁判。

再换一个场景：路人看见有人持刀追砍别人，出手制止，把持刀的人弄伤了。旁观的人也许同样称赞他见义勇为。法律却还要查清：攻击是不是正在进行，制止的行为指向谁，造成的损害有没有超过必要限度。

同样是救人，有时是在承担风险，有时是在依法阻止不法侵害。道德上的赞许可能一样，法律判断走的路不能互相替代。

所以，见义勇为与正当防卫不是两个互相排斥的行为类别。前者主要表达社会对扶危济困、制止侵害的评价。后者是在特定条件下，对防卫行为作出的法律认定。

替陌生人挡下正在发生的攻击，可能同时得到两种评价。救助遭遇自然危险的人，就不能只因为勇敢，直接归入正当防卫。法律要先识别危险是怎样发生的，再确定相应的规则。

见义勇为值得奖励，国家却不能仅凭这种赞许，就普遍强求。对没有特定救助义务的普通旁观者，不能凭一般的道德要求，命令他不计能力、不计风险地亲身救险。

勇敢值得赞许，不等于国家可以把最高程度的牺牲，规定成每个人随时必须交出的义务。我们可以期待一个人做得更好，仍得说明，凭什么有权强迫他。

「不能强制」也不能变成另一句不问条件的话。法定职责、有效约定，以及本人先前制造的危险，都可能改变责任的判断。监护人不能把自己照护中的未成年人，完全当作偶遇的陌生人。

承担救助任务的人，也不能仅以不愿冒险为由，一概否认职责。即便如此，具体的义务仍要结合能力与风险来定，不能从有职责直接推出必须干任何危险的事。

义务从哪里来，义务到哪里为止，是接着要回答的两个问题。

有些义务直接面向普通公众。《消防法》第四十四条要求，任何人发现火灾都应当立即报警。这条明确的报警义务，和强求每个人冲进火场舍身救人，是不同程度的要求。

不能把见义勇为一概变成强制义务，也不能据此抹掉法律已经规定的具体协助义务。

法律对自愿救助的支持，远不止表彰和奖金。《民法典》第一百八十三条，安排了保护他人民事权益而使自己受损时的责任与补偿。

第一百八十四条规定，因自愿实施紧急救助行为造成受助人损害的，救助人不承担民事责任。前者关心救助者付出的损失由谁承受，后者着眼于救助中损害受助人的责任风险。

两条规范作用不同，不能合并成笼统的「做好事一律免责」。

比方说，救助人自己受伤，和受助人在抢救中受伤，面对的请求权并不相同。紧急救助中损害受助人，和损害无关的第三人，也不是第一百八十四条已经一并回答的问题。

这些区别看着技术化，实际决定了一个人能向谁请求什么。社会的赞许回答了这件事怎样评价，法律还要安排这件事产生的损失、风险和救济。

在符合无因管理规则的场合，管理人还可能请求偿还必要费用，并就自己受到的损失请求适当补偿。管理事务一旦开始，无正当理由又不得在对受益人不利的时候中断。

可见，自愿开始，和开始以后不负任何义务，不是一回事。法律既保护善意的行动，也考虑受助者已经形成的依赖。这里每多一个条件，都在改变具体的人的法律位置。

◆ 二、正当防卫的四个方面

正当防卫把这一点摆得更清楚。《刑法》第二十条，把保护合法权益、正在进行的不法侵害、制止侵害的行为及其后果连在一起。要理解这一制度，可以先查起因、时间、对象和限度四个方面。

同时，条文保护的目的不能丢，防卫的意图也要判断。四个方面是展开客观条件的阅读线索，不是排除了主观要素的全部成立条件。

起因条件要有不法侵害。单纯令人不快的举动，不能当作可以伤害对方的理由。时间条件要侵害正在进行。防卫保护的是还在受威胁的权益，不是事后报复的许可。

对象条件把防卫指向不法侵害人，不能因为愤怒，迁怒无关的人。限度条件要求结合侵害的性质、危险的程度和防卫的情境来判断。每一项都把「这个人做得有道理」，转成可以继续查问的理由。

条件明确，不等于要在安静的书桌前，给危急中的人设计一套完美动作。两高一部关于正当防卫的指导意见要求，立足防卫人当时的情境，不能苛求他作出与司法人员事后判断同样的选择。

判断防卫过当，要同时把握明显超过必要限度和造成重大损害。不能仅因侵害人伤得较重，就倒推出防卫违法。对法定严重危及人身安全的暴力犯罪，第二十条第三款还规定了特殊防卫的规则。

这些规定没有取消判断，是规定了判断该朝哪里看。侵害是不是暂时停了，危险是不是消失了，对方还有没有继续攻击的现实可能，都要根据现场事实说明。

事后看见伤害结果的人，不因此取得对当时每一秒钟的全知地位。法律可以要求理由，不能要求普通人在惊恐中完成一场精密的法律计算。

赵宇案是个具体的例子。两高一部发布的典型案例记载：赵宇为制止李某殴打邹某而介入，把李某拉倒。李某起身要攻击赵宇，还出言威胁，赵宇又把他推倒，朝他腹部踩了一脚，造成重伤二级。

案件曾以防卫过当作相对不起诉处理，后来经审查，改为认定正当防卫，作出绝对不起诉决定。两种处理，在当事人最终没被起诉这一结果上相似，在行为性质的评价上却有重要的区别。

这一区别，不能用一句「法律也讲人情」带过。相对不起诉，和依法认定正当防卫，不是在同一条处罚尺度上多给了一点宽容。后者确认的是，行为在法定条件之内是正当的。

当事人有理由要求这一认定，不必把不受处罚，完全寄托在办案者愿不愿意谅解上。条件化的意义，就这样落成了一项可以争取、可以审查的法律地位。

从河边救人走到正当防卫，我们看到伦理进入法律时发生的变化：勇气没有被否定，善意也没有被排除，可是它们必须同义务的来源、事实的情境和法律的后果联系起来。

同时，国家还要承认，有些值得赞许的行动不能普遍强求，有些造成损害的行动依法不得处罚。两道工序在这里已经碰面：一边把责任条件写清，一边把要求与惩罚的权限限住。

◆ 三、条件化：从「该」到「谁、何时、做什么」

「该」是个起点。父母该照顾孩子，人不该侵害别人，遇到危险该互相帮助。这些要求说明我们重视什么，却没有交代：一次具体的争议里，谁可以要求谁承担什么后果。

条件化就是把这层关系展开：规定适用的主体、相关的事实、行为的内容、发生的时间和例外，再把这些条件同相应的法律后果连起来。

这里的「条件」，不是人与人互相照顾之前要讨价还价的条件。上一章已经说明，赡养义务不能简单理解成有来有往的交换。

本章讨论的是规范的适用条件：某种责任为什么落在这个人身上，为什么在此时发生，又为什么是这样的内容。一个要求不以报偿为前提，和它在法律上有明确的适用范围，完全可以同时成立。

把「不能伤害人」变成刑法规范，也不是在后面加个刑期就完成了。法律要辨别行为、结果、因果关系、主观状态和其他相关的要素，还要考察有没有正当防卫这类排除责任的事由。

受了伤这件事，独自完成不了从不幸的后果到犯罪的全部推论。导读里的误伤父案已经显示，只抓住受伤者的身份，可能盖住救援行为的方向。本章进一步要求，这种辨别要成为可以重复适用的规则。

比方，某人误以为别人正在行凶而出手，客观上并没有不法侵害，就不能直接认定为正当防卫。可是这也不等于必然有罪，仍要考察他的认识错误，有没有故意或过失，以及相应的处罚依据。真心想救人，替代不了对这些问题的逐项回答。

构成要件理论给了一个重要的启发，就是把整体印象拆成要分别证明、分别评价的要素。不同的犯罪论体系，对要件怎样排列有分歧，本书不把其中一种排列宣布为唯一答案。

这里取用的，是它们有助于落实的判断要求：不能用「这个人很坏」，替代对具体行为的认定。也不能用「总之发生了严重结果」，跳过责任归属的说明。

条件化也不限于刑事定罪。救助者请求补偿，要说明自己保护了什么民事权益，损失怎样发生，相应的责任人是否存在。申请保护令，要说明自己遭受的家庭暴力或面临的现实危险。

条件选出的，是同某项法律后果有关的事实，并不要求当事人把整个生活史都摆上法庭。一个人请求保护，不该先通过一场「品行良好」的全面考试。

明确性原则接着追问：法律用的条件，能不能让人合理地理解自己将面临什么要求，能不能对适用者形成约束？

规范只说「有失体统者受罚」，却说不清什么行为算有失体统，行为人事先就难以安排生活，办案者事后又很容易把个人好恶装进这几个字。条文写出来了，不等于权力已经受到足够的约束。

把条件写清，也不是要求法律全由数字和肉眼看得见的动作组成。张明楷讨论规范的构成要件要素时指出，需要评价的要素，不能一概等同于不明确的要素。

必要的评价概念，应通过具体描述、解释和例示等方式受到限定。这提示我们，法律的确定性不靠取消一切评价获得，关键在于评价有没有可说明的根据，能不能接受别人的检验。

正当防卫里的必要限度就是这样。假如把它换成「对方打一下，只准还一下」，规则似乎非常清楚，却可能在力量悬殊、多人围攻或者有人使用凶器的情境里，失去合理性。需要判断的概念，不是天然任意的。

看着一目了然的数字，也不是天然公正的。条件化要让理由能够公开，不是让裁判退化成不理解事实的机械配对。

这里至少要分两种不确定。第一种来自事实还没查清，比如攻击是不是还在持续。第二种来自规范的意义需要解释，比如什么程度算明显超过必要限度。前者需要证据，后者需要法律理由。

把两者都混成「综合考虑」，一个缺少证据的猜测，就可能躲进解释的空间，一个缺少根据的解释，也可能装成对事实的直觉。

条件化不只是列出几个名词，还要说明名词之间怎样连接。哪些条件必须同时具备，哪些满足其一即可。某项事实是成立责任的依据，还是减轻后果的理由。一个例外，够不够改变原有的结论。

这些关系影响判断的方向。防卫过当的双重条件若被拆成任一满足即可，表面上引用的仍是同一条文，实际的适用范围已经扩大了。

证明的安排，也会改变条件的实际作用。一项权利，只要说明危险较有可能发生，便可以得到临时保护。另一项，必须先取得有罪判决才能得到保护。形式上都叫「有条件」，实际能不能用上，相差很远。

反过来，支持临时保护的材料，也不能不经进一步审查，就承担刑事定罪的全部证明任务。条件要同后果的性质相配，不能在不同程序之间随意挪用。

条件真正进入裁判，当事人的反驳就有了落点。他可以争论某个事实不存在，某条推论不能成立，某种法律后果不合规范。审查的人也能追踪，错误到底出在哪一步。

条件化不是许诺每个案子都只有一个无需争论的答案，它要求争论围绕共同可见的问题展开，使错误有机会被发现、被纠正。

条件齐全，仍不足以证明一项法律要求正当。设想一条规范，详细规定所有成年家庭成员，每天必须向主管机关报告彼此的私人争执，连时间、表格和处罚都毫不含糊。

它可能很容易执行，仍要回答：国家为什么能这样组织家庭生活。条件化让权力的行使更有规则，也可能让不当的要求执行得更准确。第二道工序，正为这个问题而来。

反过来，只宣称「尊重私人生活」，却不说明谁能请求保护，怎样申请，机关何时必须回应，边界也可能只是纸上的安慰。所以两道工序不能互相包办。

条件化集中处理判断怎样成立，限制化集中处理要求为什么有权成立，应当到哪里停止。实际的制度里，它们互相校正。把它们分开说，是为了防止一种成就替另一种缺失遮着。

所谓条件化决定判断是确定的还是任意的，应当在这个意义上理解：它使裁判不能只靠某个人最后的善恶断言。确定性允许事实复杂，允许解释有争议，不允许理由永远不被说出。

法律里的「谁、何时、做什么」，最终是在问：一个人怎样知道自己被要求了什么，又怎样对这个要求提出有意义的异议。

◆ 四、限制化：国家管到哪里为止

一项要求越容易执行，人们有时越容易忘记问，它该不该执行。每天报告私人争执的那个假设已经表明，规则可以十分明确，国家的手却仍伸得过远。

限制化要检查的，就是这种超出：不只问行为人有没有落进规则，还要问公共权力为什么能提出这项要求，所用的手段同要保护的利益是否相称。

国家和伦理之间，并没有一堵把一切价值判断隔在外面的墙。禁止伤害，保护儿童，尊重人格，都同伦理理由有关。

本书反对的，是把某种值得向往的生活形态，未经说明，就变成国家可以强制每个人去实现的生活任务。支持家庭成员互相关爱，和命令他们按同一种方式结婚、共同生活或表达感情，所需的理由并不相同。

限制化也不是要求国家对所有道德问题保持沉默。宣传、教育、公共服务、给付支持和施加强制，改变人的处境的方式并不一样。提供照护服务，可以增加选择。

命令某个家庭成员放弃工作，承担全部照护，则可能剥夺选择。不能因为二者都以家庭幸福为名，就认为它们得到了同样充分的正当理由。所追求的利益，和所采用的手段，都要分别说明。

密尔在《论自由》中提出，不能仅因某种安排被认为有益于一个人的身体或道德，就违背他的意愿施加强制。防止对他人的伤害，才是他为这类强制提出的核心理由。这一论述主要针对有成熟能力的人。

它还承认，某些不作为也可能损害他人，只是强制要求积极行动，需要更加谨慎。伤害原则因此不能被简单读成「只要自己不动手，就永远不必负责」。

本书从中取用的，是一个需要追问权力理由的方向，不是一把能替代全部法律论证的万能钥匙。什么算伤害，谁的利益应受保护，什么程度的危险可以启动什么措施，仍要通过具体制度说明。

把所有的失望、反感和意见冲突都叫做伤害，限制强制的原则就可能反过来，成了扩大强制的理由。

举个例子。一个成年人选择不接受亲属安排的职业，家人可能失望。另一个人用暴力阻止伴侣外出工作，侵害了对方的人身自由，和自主安排生活的地位。

两件事都可以被说成「伤了家人的心」，这句日常语言却抹不去行为性质的区别。对前者，要留出不同生活选择的空间。对后者，不能让亲情的修辞盖住具体的侵害。这正是法律分类需要接受价值检验的地方。

限制化还要区分提出禁止的理由，和施加某种后果的理由。一项行为即使确实侵害了别人，也不能因此直接推出任何程度的处罚。

停止侵害，弥补损失，提供临时保护，追究刑事责任，各自需要与自己的功能相应的根据。只证明「事情不好」，就从中取用一切公共权力，所谓限制仍没有真正发生。

罪刑法定，给惩罚权划了一道特别严格的界限。《刑法》第三条要求，依照法律明文规定认定犯罪和处罚，也禁止对没有明文规定为犯罪的行为定罪处刑。道德上的责难，不能单独填补犯罪规范的空缺。

国家要把某种行为纳入犯罪，须经立法作出相应的规定。具体案子里的办案者，不能因为确信此人应受谴责，就自己完成这项转换。

这又同条件化发生联系，却不是重复同一件事。要求把犯罪条件说清，约束的是规范的表达和适用。要求不得越过法律规定去惩罚，约束的是谁有权决定可罚的范围。

一个办案者能详尽描述自己准备处罚哪些人，仍不能因此取得创设犯罪的权限。反过来，有相应的立法权限，也不意味着可以用没人看得懂的条文，把一切判断留给适用者。

在家庭生活里，限制化首先要保护具体的人的私人领域。《民法典》第一千零三十二条保护自然人的隐私，第一千零五十五条规定夫妻地位平等，第一千零五十七条确认双方参加生产、工作、学习和社会活动的自由。

这些规定使家庭里的人，不只是某种身份义务的承担者。他们也能向同住者、亲属和别的主体，主张自己的权益。

可是「私人领域」，不能只按事情发生的地点来划。卧室里的侵害，不会因为房门关着，就变成不可过问的私德。公开场所里作出的个人选择，也不因为被人看见，就丧失自主性。

法律要识别的是相关的权益和权力关系，不能把住宅的墙壁，直接当成国家职责的终点。不然，对空间的尊重，可能变成对占着这个空间的强者的尊重。

边界还有时间上的含义。一项紧急措施，可能有充分的启动理由，却不当然获得无限延续的资格。危险变了，要重新说明是否仍需维持限制。较轻的手段已经能保护权益，要说明为什么还要使用更强的手段。

启动权力，和持续行使权力，要分别接受审查，不能用最初的正当理由，盖住以后的所有阶段。

判断国家管到哪里为止，既要检查权限与目的，也要检查强度、持续时间和救济的途径。一个人受到公共措施的影响，应当能够知道，这项措施针对什么风险，依据什么事实，还能通过相应的程序提出异议。

这些要求并不妨碍及时保护。恰恰在紧急的情形里，它们帮着区分必要的行动和借机的扩张。

本书说法律是道德的条件化与限制化，是在解释伦理要求怎样取得可以辩护的国家执行形式。这个命题不是声称全部法律都起源于某一条现成的道德，也不是说，现实里缺少充分边界的规范就不在法律体系之中。

它提供的是一组评价转化有没有完成的要求：价值不能省略适用条件，也不能独自授权国家采用任何手段。

两道工序的「先后」，是分析上的次序。现实的立法常要反复往返：发现某个条件过宽，就重新检查权力的边界。确定必须提供保护，又要补充可实际运作的程序。限制化也会促使国家履行职责，不只是要它后退。

尤其当国家以家庭自治为由拒绝保护的时候，我们要接着问：这一退让，究竟把谁留在了门内，又把谁的要求挡在了门外？

◆ 五、边界要对称

我们很容易想象国家过度介入家庭的危险：官府评定谁是好丈夫、好妻子，要求家人按统一的方式相爱相处。所以「国不入家之私德」，有重要的警戒意义。

可是这个警戒如果最后意味着，家庭里的侵害只能由家庭自己决定是否处理，公共权力退后让出的空地，就可能由家长或别的强势成员接管。边界只向一个方向设防，个人仍没有得到安稳的位置。

本书说的对称，从同一个具体的人出发。国家不得仅凭理想的私德，无限支配他。家庭也不得凭亲情、名分，取消他应有的公共保护。这里并不要求国家和家庭拥有相等的权力，更不要求两边用相同的措施。

它要求的是：无论支配来自哪一边，一个人的身体、人格和求助资格，都不能被当作另一种秩序的附属物。

所以「家不入国之公义」，也不意味着公共裁判必须对亲属关系视而不见。家庭关系可能产生照护义务，也可能影响危险的持续性、证据的取得和保护措施的选择。要阻止的，是从关系亲近，推出保护应当减少。

是从维护家庭完整，推出某个成员必须忍受侵害。关系可以是需要认真理解的事实，却不能自动成为关闭救济的理由。

这一点可以用一个直接的检验表达：同样的侵害，由陌生人实施，我们认为应当受理、调查或保护，为什么换成家人，公共机关就可以不问？当然，具体处理要考虑关系里的事实差别。

提出不同处理的人，应当说明这些差别同法律后果有什么联系。「毕竟是一家人」这句话，本身完成不了这项说明。

《反家庭暴力法》把家庭成员之间的帮助、关爱，和国家禁止任何形式的家庭暴力，放在同一条里。这不是要求情感退出家庭，是确认关爱和暴力不能相互抵销。

该法还规定，有关单位接到投诉、反映或求助后，应当给予帮助、处理，公安机关接到报案后应当及时出警。家庭关系没有使这些公共职责消失。

申请人身安全保护令，尤其能检验这条边界。依照法律，当事人遭受家庭暴力或者面临现实危险，就可以依法申请。最高人民法院的司法解释进一步明确，申请不以提起离婚等民事诉讼为条件。

一个人不必先决定终结婚姻，才能请求停止殴打、避开危险。保留关系，和获得保护，不能被硬排成只能选一的两件事。

这个安排，使「公义不让位于亲情」有了可观察的内容。申请人若还愿意维持婚姻，有关机关不能据此推定他并不需要保护。申请人若已经提出离婚，也不能把危险只看成离婚争执里的情绪表达。

是不是遭受家庭暴力，或者面临家庭暴力的现实危险，应当依证据判断。选择继续还是结束关系，本身代替不了这一判断。

证据的问题随即出现。家内的侵害，并不总能留下完整的录像、旁观的证人和及时的鉴定。保护要等一套理想的证据全部齐备，法律上的申请资格就可能难以使用。

保护令司法解释因此列明多种证据，并以相关事实存在较大可能性，作为依法作出保护令的标准。材料需要审查，但不能把不同类型的材料清单，变成必须逐项收集齐全的门槛。

最高人民法院发布的李某申请人身安全保护令案，具体展示了这种判断。李某与龚某是夫妻。李某提交了受伤的照片和拨打报警电话的记录。龚某否认殴打，称伤是李某自己摔倒所致。

法院结合这些材料、双方的陈述和生活经验，认为遭受家暴存在较大可能性，裁定禁止龚某对李某实施家庭暴力。有限的材料没有使保护当然停止，也没有被当作无须审查的事实。

这则案例的重要之处，在于让证明的方式，适合预防性保护的任务。保护令并不因此等于完成了刑事定罪。

司法解释甚至明确，离婚等案件仍要综合认定有关家暴的事实，不能仅凭先前发出过保护令，就自动得出结论。被申请人的程序权利，和申请人的及时保护，不能被处理成只能保存其一的两种价值。不同的后果，各有相应的审查要求。

同一制度还规定了裁定的时限、保护措施、有效期和复议。法院受理申请后，通常应在七十二小时内作出保护令或者驳回申请，紧急情形则为二十四小时。

保护令有效期不超过六个月，法律另设了撤销、变更、延长及复议的安排。国家被要求及时行动，也被要求说明行动的内容与持续的范围。两道工序，在保护家内被害人的同一个程序里共同起作用。

由此看得出，对称不是折中地各让一步。不能要求申请人少得一点保护，去补偿家庭权威受到的限制。也不能为了表明反对家暴，就取消对事实和权限的检查。

要维护的，是具体的人的权利位置，不是给国家和家庭各分一半控制权。合法的保护越过了家门，并不等于国家因此获得接管全部私人生活的资格。

被害人在家内这一判据，也不以出现明显伤痕为唯一前提。《反家庭暴力法》涵盖身体和精神的侵害，保护令制度还面向现实危险。

对长期恐吓、限制自由或者别的控制行为，不能因为还没发生重伤，就拒绝认真判断。同时，家人之间的一切不满，也不能不经区分，就被命名为家暴。保护的范围，既要能识别侵害，又要能接受事实的检验。

更深一层，能提出申请，只是开端。一个人能不能安全地表达意愿，能不能接触外部的帮助，保护措施作出后有没有得到执行，都会影响边界有没有实际的力量。

家内的强者要是仍能控制通信、阻止求助，纸面上的平等就可能落不了地。所以本书的判据，同时要求检查入口和结果：被害人能不能被听见，提出请求之后，能不能得到与事实和风险相适应的回应。

这正是双向边界共同的根据。反对国家借伦理之名支配个人，和反对家庭借自治之名遮蔽侵害，保护的是同一个人的地位。

两种限制，未必在所有时期、所有制度里同样充分，也不能用一个方向的进步，抵销另一个方向的失败。下一节还要追问：如果家庭本来就是被法律塑造的，这样的边界，究竟从哪里开始划？

◆ 六、对称不是「不干预」

「国家不干预家庭」，听上去像一个清楚的选择：把门关上，让一家人安排自己的生活。女性主义法学家弗朗西丝·奥尔森在《国家干预家庭的神话》里追问的，却是这幅图景的前提。

身份、财产和契约的规则，已经影响家庭里的权力分配。国家维护父母的权威，也可能被说成不干预。所以「干预」和「不干预」，不是可以直接决定政策正当与否的中立分类。

她还预先想到了一个回答：承认国家制定基本规则，再划出它应当止步的领域。可是哪些规则属于中立的背景，本身就有争议。即使原则能被叫做中立，具体的政策也不能仅由原则推出。

这个批评直接触到本书：只说保护家庭里的个人，说明不了什么样的保护正当，更不能凭「对称」二字，就算完成了论证。

所以，本书必须公开自己的价值依据。我们主张，家庭成员应当被当作具有平等人格、能提出自身要求的人来对待。照护、依赖和共同生活，可以产生特殊的责任，却不能把一个人降成另一个人安排生活的工具。

身体安全、真实表达和有效求助，是检查制度时不能略去的要求。这些是需要辩护的规范承诺，不是从某种天然的家庭形态里不证自明地长出来的。

这样的承诺，不以「国家已经规定了什么」为全部尺度。不然，现行规则若使某个成员，在财产、照护或求助方面缺少有效的保障，只要它被叫做合法，就不用再接受批评了。

本书既要检验具体决定是不是依法作出的，也要检验规则本身怎样分配权力。对既有法律的批评，和对具体执法权限的约束，可以同时成立。

设想一项安排，表面上允许每个成年的家庭成员自由外出，却把可用的收入、住宅的使用和对外的联系，都交给同一个人独自决定。另一个人，纸面上有拒绝的权利，也可能没有承担拒绝后果的条件。

对此，只问公安机关今天有没有进门，抓不住问题。要检查的是：既有的安排，给了谁持续的决定权，又让谁的选择依赖对方的许可。

这个设想提示，家内被害人的判据，不能缩成事后清点伤口。它还要求识别现实的危险、持续的控制，以及求助能力被削弱的情形。

这里并不是把生活里的一切依赖，都认定为侵害：照护本来就包含依赖，共同生活也不可能消除所有的妥协。要说明的是，这种依赖，是不是使一方能够任意取消另一方的基本要求，相关制度有没有提供纠正的可能。

国家在制度形成中已经参与，不意味着每一种具体强制都因此有理。设立财产、身份这类一般规则，和针对某个人采取调查、限制、处罚的措施，是可以分别分析的法律行动。前者要说明，所确立的安排为什么公平。

后者还要说明，这一次行动的事实根据和权限。承认没有全然中立的起点，不等于取消对每一步权力行使的检查。

本书保留边界这个概念，正是希望这种检查有所依据。边界不保证从原则里直接算出所有案子的唯一答案，可是能排除若干不足的理由。

仅因申请人没有表现出理想的顺从，就拒绝保护；仅因官员希望家庭和睦，就强迫受害人接受既定的生活安排，都没有回答具体的人的权利与危险。原则替代不了全部判断，不等于它对判断毫无约束。

同时，对国家的不作为，也不能只问它有没有避免直接的强制。对已经明确承担的保护职责，拒绝履行会让谁继续暴露在危险里，需要被纳入审查。

公共机关要是要求受害人先取得家人一致同意，才肯处理求助，家内的强者就可能实际控制公共程序的入口。真正要限制的，不只是国家进入家庭的动作，还有它把保护职责交给家庭权威来决定的做法。

保护本身也可能越界。有关人员即使出于善意，仍可能在没有充分理由的情况下，替一个有相应能力的成年人决定去留，或者在处理案件时公开他的私密生活。

《反家庭暴力法》第五条要求，尊重受害人的真实意愿，保护当事人的隐私。这提醒我们，受害人不是用来证明机关工作有效的材料，是措施必须认真面对的主体。

真实意愿，也不能只凭一个简单的「同意」来认定。表达是不是发生在威吓之下，能不能私下提出不同的要求，拒绝之后是不是仍能得到基本的帮助，都值得查明。

可是不能因为调查者怀疑他的处境，就一概取消他表达的资格。对未成年人，或者依法需要特别保护的人，措施还要考虑能力和具体的危险。认真理解脆弱的处境，和允许公共权力替人决定全部生活，之间仍有距离。

比较措施时，要看它改变了什么。临时安置，是不是使人获得了安全，同时也让他丧失了工作或照护的支持？禁止接触，是不是切断了危险，又有没有相应的执行条件？

维持共同生活，是出于当事人的真实选择，还是因为根本没有可以离开的去处？这些问题没有统一的抽象答案，可是能帮我们避开一个错误，就是把形式上的处理完成，当成保护已经实现。

在这个意义上，尊重私人生活，有时要求公共机关少做，有时要求它及时做，有时则要求改变原有的规则和支持安排。方向不同，不等于标准自相矛盾。

标准始终是：具体的措施和既有的制度，怎样影响人的权利、处境和求助能力。不能只数国家行动了多少次，也不能把家庭表面上没有破裂，当作唯一的成绩。

本书与奥尔森的批评，因此形成一种不能轻易消去的张力。我们继续尝试提出能约束决定的规范标准，却承认这些标准包含价值选择，要在具体的后果面前接受修正。

她对中立性和抽象原则的质疑，没有给本书一个现成的结论。它要求我们不断防止，「双向边界」变成另一种不说明实际权力配置的口号。

回到本章开头：路人为什么不必无限冒险，防卫人为什么能要求依法确认自己的正当性，家内被害人为什么不必先离婚才能请求保护，现在可以放在同一条论证线上理解。

国家要把伦理关切变成能执行的要求，必须说明适用条件。它执行、拒绝执行或改变规则的时候，又必须面对权力边界的审查。善意省不掉前一道工序，明确的文字也替代不了后一道工序。

下一章将用这两条轴比较制度的不同格局。比较要从具体规则和实际保障出发，查明条件与边界各自完成了什么，不能先把历史塞进格子。

◆ 七、本章会在哪里错

本章的主张是：道德要经过条件化与限制化两道工序，才能变成法律；而且边界要朝两个方向都设防。

这个主张，遇到下面几种材料要收窄。一，如果有一部法律，不经条件化，也能稳定地约束裁判者，那么「先写清条件」就不是工序，只是一种办法。

二，如果有一项国家的保护措施，既不要求说明事实，也没有被滥用，那么「限制化」要求的强度，要按那一类措施重新估计。

三，奥尔森一类的批评若能证明，「对称」所依靠的价值承诺站不住，本章第六节就要改写成更窄的说法。上面这些，是本章用来检验自己的位置，其余同类的限定不再重复。

◆ 八、放回日子里

晚上九点，老周在小区门口，碰到了邻居小袁。小袁低着头，袖口往下拉着。老周以前听见过隔壁的声音，他一直想：这是人家的家事，不好管。

这是一个虚构的晚上，借来看这一章。

老周其实可以只做一件小事：不去判断谁对谁错，也不去劝他们和好，只告诉小袁，遇到危险，可以打报警电话，也可以向法院申请人身安全保护令，申请不用先离婚。这不是替她做决定，是让门开着。

要不要走进去，由小袁自己定。老周最该提防的，是两句话：「毕竟是一家人」，和「我替你去办」。前一句把门关了，后一句替她把门推开了。

你也可以试一试：想想自己最近一次说「这是人家的家事」，是在什么时候。把这句话换成三句问话——有没有人受伤？她能不能自己去求助？我能帮她知道哪些门？

带走的话

先写清条件，再划好边界。条件让判断有凭据，边界让权力有止处。

> 小账
>
> 条件化了吗：正当防卫的起因、时间、对象、限度，保护令的申请条件与证明标准，都已写成可以争辩的条件；见义勇为的一般救助，没有，也不能强求。
>
> 门向着谁开：保护令不要求先离婚，家内被害人自己就能叫开这扇门；要是要先取得家人的同意，门就是家长的门。

第 3 章

两条轴，和一只被借来借去的手

◆ 一、一根绳索，一只羊

一只羊的脖子上，拴着一根值一钱的绳索。有人把羊牵走了。

断案的人要算的，是羊的价钱，还是羊和绳索合在一起的价钱？睡虎地秦简《法律答问》里就有这样一问。

身份是士伍的甲盗走一只羊，问答特意列出羊颈绳索的价格，然后解释：甲要盗的是羊，绳索系在羊身上，他牵着羊走了，所以断为「议不为过羊」。

这一问没有说，偷羊的人都该判同样的刑。它做的是更细的活：被一并带走的东西，要不要算进同一份责任？行为的方式、东西之间的联系、行为人的意图，各自怎样影响评价？

一根小小的绳索，逼着断案的人把一个看似完整的「偷」拆开，一件一件说清楚。

这就是条件化：不凭「这人可恶」给一个总判断，把事实的不同部分放进不同的判断环节。

依整理者的译释，问答连甲「想盗什么」也问到了。所以不能为了突出后来春秋决狱的「原心」，把秦律写成一部不问意图的机器。问题不在法律懂不懂人心，在于心要靠什么事实来说明，又能起多大作用。

这里的意图拴在盗羊、牵羊、绳索相连的具体情境上，没有膨胀成对甲整个人品的审判。

同一批简里，另一些规定把手伸向了另一个方向。

「盗及诸它罪，同居所当坐」。问答先问什么是同居，再答：「户为同居」。这个「同居」不是感情亲密，也不是今天说的共同生活，是官府登记里的一户。一个人被编在哪一户、哪一伍，遇袭呼救时伍人在不在，都会改变责任怎么分。

国家进入家庭，不一定要官吏跨过门槛。只要一条规则让家人为彼此的违法担风险，人们就会在日常里互相留意、互相劝阻，甚至互相告发。不必每户派一个官，同住的人自己就改变了相处的方式。

简文只够说明这种压力可以产生，不够说明每个秦人每天怎样过日子；可也不能因为简上没写官吏登门，就说私人生活没有被公共强制组织过。

秦律的这种组织也有条件。另一则问答设想：贼人入室伤害甲，甲呼喊求救，四邻和典、老都外出不在，没听见。回答分两种：确实不在的普通伍人不论处，典、老即使不在也要论处；下一简又说明「四邻」指伍人。同样是没听见，普通邻人看在场，典、老看职分。

认清这个例外，评价才准；把这个例外放大成整套制度的正当，就跳过了一层论证。

还有一种材料，把问题转了个向。《法律答问》分「公室告」与「非公室告」，把一定的亲属关系、主奴关系和侵害事项，带进「告了官府受不受理」的判断。子女控告父母、臣妾控告主人这类事，简文规定不予受理，提出控告的人还要受罚。

国家在这里站住了，没有往家里走。可它站住，是为了谁？

如果来告的人，正是挨打的人，这道线保护的就是出手的那一个，受害者连求助的入口都没有了。

「国法不进家门」，所以不是一项完整的优点。对不愿让官府过问自己生活的人，它是免受干涉；对在家里遭了侵害、需要公共保护的人，它是无人受理。门还是那一扇，站在门后的人不一样。

从绳索到告发，从意图到亲属身份，这些材料摆出两件可以并存的事：责任的划分已经相当细致，权力与私人生活的关系却仍然向某些人倾斜。

「要件极细」说的是可见条文在某些问题上的细密，不等于整部秦律都明确；「手伸进每户人家」说的是制度可以借户与邻伸展，也不是每一户的统计。

只用「有法」「无法」分，这个区别就看不见了。赞美秦律的人举出一钱绳索，证明它不粗疏；批评秦律的人举出连坐，证明它压迫私人。两边都没读错，只是各自用一个问题的答案，顶替了另一个问题。要把两种观察一起留下，需要两条轴。

◆ 二、第一条轴：条件化

第一条轴，量的是具体责任写得多清楚。

谁担责任，依据什么行为、结果、心态或关系；哪些事实必须查明；有哪些事由可以免责。这几件事有没有稳定的、说得出口、查得回去的回答，就是条件化的高低。条文长、字多、术语复杂，不等于条件化高。

要看的是：决定结果的理由，对当事人公开吗？它真能拴住下判断的人吗？

◆ 三、第二条轴：边界

第二条轴，量的是国与家之间的边界，有没有人保障。

一边，国家给私人生活加负担，要有说得过去的根据，手段要受限。另一边，家里的权威不能借着亲属伦理，拿走成员本该有的公共保护。两边最后都落在具体的人身上。

把国家管得少当成边界好，会漏掉家内的支配；把国家什么都管当成保护周全，又会漏掉公权力自己的危险。

两条轴合起来，是四种格局。

	边界有保障	边界不足
条件化较充分	第一格：现代法治所追求的目标。规则明确，国家不能随意罚人，家长也不能凭名分取消他人的求助资格。	第二格：规定很细，边界仍然歪。秦律的涉家规定、唐律的相隐与告发规定，是本书要检验的对象。
条件化不足	第三格：边界有人守，具体责任却缺规则。逻辑上完全可能，本书只用设例，不拿它去套历史制度。	第四格：关键环节落在权威对动机、情义和身份的整体解释上，被解释的人又没有争辩办法。春秋决狱要受这一格的检验。

表 3—1　条件化与边界的四种格局

说明：「较充分」与「不足」，是相对于正在考察的具体责任问题而言，不给整个朝代定格；「有保障」也不是书面上说过尊重家庭，而要看得出保护谁、保护什么、怎样实现。

第一格是目标，不是合格证。现代法治进入这一格，说的是一种规范方向，不是给哪个国家发证书。家暴保护机制、防卫条件这些入口，提供的是检验的办法；一项制度到没到，要一项一项查。

第二格最容易看走眼。很多人以为，规则写得细，就说明法治好。可是谁不得告发谁、哪些亲属要被牵连、哪个身份能改变责任，都可以写得极精确。裁判者忠实照办，同样可以得到「条件很稳」和「保护很不平等」两个结果。

第三格逻辑上成立，历史上不必有实例。设想一笔家庭共同费用的分担纠纷：各方都能独立申诉，家长不能凭名分取消别人的资格，官府也只能管费用，不能借机逼人服从私人安排；可费用怎么算、按多大比例分，没有稳定规则。

这只说明两项判断不必同步，不是在给某个历史制度补造一个座位。

第四格是春秋决狱要面对的检验。可检验不等于定罪。传世的问答有情节，有推理，有经文根据，现存材料也不足以看到每一件案子的完整诉讼。

要追问的是：哪些关键责任条件被伦理判断取代了，这种取代有没有受到有效的约束。如果具体案语证明条件清楚、边界有效，判断就得调整。

四种格局不是四个朝代的座位表。同一个时代的不同领域，同一部法典里的例外与通则，都可能落在不同的格里。「两条轴可以分开缺」，说的是一头的成就保证不了另一头；它并没有说两头在现实里毫无关系。

有效的边界需要一定的明确，稳定的条件也需要限制解释权。

◆ 四、两只手：谁借谁

一说到国与家，人们容易想到两股互相挤压的力量：国家多拿一点，家就少留一点；家族强起来，官府就退后几步。

这幅图能说明某些权力竞争，说明不了家国不分。原因很简单：家不是一个人。家里有家长，有妻子，有儿子，有孩子，有奴婢。国家要扩大自己的秩序，常常不是压倒家，而是把家里某一个人的权力变大。

要看清楚，得把藏在「家庭」这个总名后面的具体人找出来。

先看第一只手。

国家把家当成自己的手脚：什伍要互相看着，同居要连坐，亲邻要告奸。官府不必取消家，保留它、用它，国家的要求就进了私人关系最深的地方。家长和邻里，是国家借来的手。这叫**国借家之手**。

秦简里的户与邻里责任，是观察它最清楚的地方。可也要看到分层：普通邻人和有职分的人，处理就不同。这说明连坐不是一刀切，也说明越界发生在哪里，要一处一处指出来。

再看第二只手。

家长把国家当成自己的手：子孙不顺，要国家打；尊长不满，告到官府，卑幼反而治罪。家里的尊卑、亲疏、服从，被转写成公共裁判里的理由，家内的名分预先决定了谁值得保护。

这时国家并不弱，它可以非常积极地执法，只是这份力量替家长办事。这叫**家借国之手**。

《唐律疏议》对告祖父母、父母设有严厉的限制。这个限制，不只针对告发内容虚假；有意告发尊亲的一般罪行，即使属实，也可能受罚。同时，条文和疏议又为特定重罪、杀亲之类的情形留下例外。

这里不把复杂的规定压成「家内受害者无路可走」，但已经能看到一种制度的选择：某些告发能不能提出，不只取决于被告做了什么，也取决于告发的人和被告是什么名分。

两只手不是拔河的两端，它们互相借力。

国家给家长更多约束手段，家长帮国家维持户籍、负担与服从；国家在威胁统治的行为面前穿透亲属保护，在家内侵害面前又要求成员服从名分。

《唐律疏议》的相隐规定对谋反、谋大逆、谋叛设有例外，反逆条文还对一定范围的亲属规定牵连后果。所以不能仅凭相隐，就说唐代国家已经退出了家庭。

两只手之间，有一个共同的握柄。

握柄在家长手里。国家的强制，在家内谁说了算，谁就握着它。一个卑幼面前有两股有力的权威，却对任何一方都提不出自己的要求，在他的处境里，两种看起来相反的安排就接上了。

这就是本书的判断：

国家的手，家长招得来，卑幼招不到。这就叫家国不分。

◆ 五、门向着谁开：三把锁

「招得到」「招不到」，不能只是一种感觉。要把它拆成能检验的三问，每一问都是一把锁。

第一把锁：**谁能叫开这扇门**。也就是，谁能让国家的强制动起来。这叫招手权，也可以叫启动权。受害者本人能不能独立告？要不要先得到尊长同意？一告就受罚吗？

第二把锁：**叫开之后，谁的话被当真**。同一句话，出自尊长之口和出自卑幼之口，在证明上分量一样吗？

第三把锁：**救济要不要绕过尊长的同意**。门开了，保护措施能不能不经家长点头就落下？

三把锁都开，才叫门是为这个人开的。

由此，判断边界对不对称，不再按国与家来量，而是按这一条来量：

家内最弱的那个人，能不能独立叫开公权的门。

有两点要说清楚，免得走偏。

第一，这不是说所有招手权都要抹平。现代刑法里也有「告诉才处理」，案件由被害人告诉才处理；刑法第九十八条规定，被害人因受强制、威吓无法告诉的，检察院和被害人的近亲属也可以告诉〔条文以最终整合文本复核〕。

这说明国家的手由别人来招，不一定是坏事。分别在于：招手的人是被害人本人，还是占着名分的另一个人；被害人不能招时，有没有别的路径补上。

第二，这是一个待检验的判断，不是已经算完的结论。编码办法见附录 B，反证条件和近邻对照见附录 F。

在材料里，有几处可以先看。

秦简里，家内的侵害，被害人招不来（非公室告不予受理，还要罚告的人）。

唐律里，卑幼告尊长，即使属实也可能受罚；反过来，母亲告子不孝，国家受理（第 12 章讲这个例子，对应条文待核）。

明清律里，「子孙违犯教令」这一条，有线索说它须由祖父母、父母亲自告发才坐罪〔待核：《大清律例》该条注文，须对指定点校本〕。如果这一线索核实，它就是家长招手权最直白的一例：国家要不要打，由家长说了算。

这三处，拿三把锁一量，线索一致：门似乎朝着握柄那一边开。注意，这只是线索：第二处的条文、第三处的注文，都还待核。

◆ 六、比的是哪只手，不是谁强

到这里，「秦有没有边界、唐有没有边界」已经不是最有用的问法。秦简辨别什么告发不受理，唐律划定什么亲属可以相隐，都说明制度会划线。该比的是：线挡住什么，让谁通过，又在什么情形下被撤开。

比较的时候，有四件事要守。

一，成对记。同一条规定常常向两个方向产生不同的效果。限制子女控告父母，能减少国家通过子女告发来管家庭的机会，同时削弱了子女受害时的求助能力。只记「官府受理更少」，会漏掉后一半。所以两个方向要成对记，写清谁受益，谁承担。

二，别把「强」悄悄换了意思。国家行动能力强，不是边界强；家族抗拒官府的能力强，也不是家内成员的权利多。比较的是保护牢不牢，不是支配的力量大不大。

三，例外条款要认真读。亲属平时有相隐的空间，遇到特定政治重罪就没有了，说明家受到的保护有它的终点。而某类家内侵害能不能同样启动保护，是另一个问题。

四，对称，不是两边一样弱。国家随便干涉，家长随便支配，看起来两边都没有约束，具体的人其实是双重暴露。对称的，是受保护者的地位，不是两种权力平分支配。

至于「边界强度比」，现在只是一个整理材料的办法：把两个方向分别标成较强、较弱或证据不足。这些顺序性的判断，没有除法的意义。一个方向三分，另一个方向一分，不能说前者的保护恰好是后者的三倍。

要建立数量指标，得先说明尺度、权重、缺失值和复核办法。本书不拿还没做完的测量，给结论加一层确定的外观。

◆ 七、与韦伯、Unger、秦晖的不同

提出两条轴，不是第一次发现规则、伦理、国家、家庭之间有紧张。韦伯、Unger、秦晖，已经从不同方向进了这些问题。

韦伯的法律社会学，有一个著名的四类型：形式与实质，理性与非理性，看立法和裁判用什么样的思维与技术。这能帮我们理解，为什么裁判援引了伦理，不一定立刻失去一般性。

可是它的两个维度，不能原样换成本书的两条轴。本书问具体责任有没有充分条件，还问某种要求，对家内成员是不是构成不当的支配。

一个裁判的理由属于哪种思维类型，和这种理由允许谁对谁做什么，有联系，不能互相顶替。

韦伯也没有把家内支配排除在外。他讨论过原初家长权下的成员，缺少对抗家长的权利。所以本书和他的不同，不建立在「他没看见家庭内部」上。

我们接过一项已经开启的追问，把它集中到同一条涉家规则上：这条规则怎么确认责任，又怎么分配对抗国家和对抗家长的地位？

Unger 在《现代社会中的法律》里讨论法律秩序的自主性，分了实质、制度、方法、职业几个方面。

他也明说，法律秩序对家庭内部的作用可能有限，最需要借法律改变既有交往标准的人，又可能最缺求助的能力。他对自主性的讨论，本身就带着对它实际效果的怀疑。

本书的任务，是把这种怀疑落到具体的条件上：求助资格、介入根据、手段限制，放在一起一项一项看。

秦晖的「大共同体本位」，把讨论带到国家、小共同体和个人之间。他反对从亲族伦理的显眼，推出传统乡村有充分的自治，也反对把小共同体被削弱，当成个人自由长出来了。

本书要推进的，是把这个关系落到同一件涉家事项的两项判断上：被压低的是谁的哪一种权力？共同生活的利益被保护了，还是某个成员的公共资格被取消了？

最近的邻居，还有三位值得认真看：做诉权研究的人，做家庭暴力与国家介入的女性主义批评，和既有礼法关系研究。

前面说的现代「告诉才处理」，就是诉权的一个角落；女性主义批评早已指出，国家不干预也可以维持家内的支配。

本书的增量要老老实实说：它是**把「谁能招手」这个诉权问题，放进古今两个方向，并拿它去量家国不分**。

如果既有研究已经能无损地解释本书的某项主张，本书就应当收窄，不能把邻居写成没看见这个问题。邻近理论对照表见附录 F。

◆ 八、放回日子里

想象一个住在老屋里的女孩。她的父亲对她动了手，邻居听见了。

她要走到那扇门前，先问三个问题。

谁能敲这扇门？她自己能敲，还是得先问她父亲？敲了，官府信她还是信他？门开之后，要不要先请她父亲点头，才能带她走？

三个问题里，有一个答「不」，这扇门就不是为她开的。

这是一个设想，不是史料，也不是判例。可你身边的情理法争论，几乎都能这样问一遍。你听到有人说「家事，外人别管」，先别急着同意或反对，先问：这扇门，到底是替谁开的。

◆ 本章会在哪里错

如果统一编码后，「谁能招手」在秦、汉、唐、明、清的涉家条文里分不开；或者发现卑幼作为被害人，在多数条文中都有可独立启动的受理渠道，本章的判断就要收窄。

「子孙违犯教令」须亲告的线索，在核对底本之前，只当线索，不当证据。还有一类反例要主动去找：有的追究，恰恰须由被害的弱者本人亲告才成立（比如夫殴伤妻，是否有「须妻亲告乃坐」一类的规定，须核对《唐律疏议》《大清律例》〔待核〕）。

如果这类条文成立，招手权就握在弱者手里，「握柄在家长手里」要改写成：手由受害人持，但家内的人另有别的办法压住它。

带走的话

国家的手，家长招得来，卑幼招不到，这就叫家国不分。

小账

条件化了吗：绳索算清了，每一项责任都有条件；条件清楚，不等于门开对了。

门向着谁开：握柄在家长手里，谁在家里说了算，谁就握着国家的手。

第 二 编

《春秋决狱》：道德直接走进了廷尉府

这一编七章，写道德怎样不经条件化、不经边界，直接走进司法。第 4 章先看秦律：条文极细，国家的手伸进每一户。第 5 章到第 8 章，写董仲舒与张汤，写原心，写读心权，写经义怎样既能约束君权，又没有约束家长。第 9 章逐案读。第 10 章看汉代容隐：国家退了一步，家内的人却没有得到一扇往外开的门。

读心权让家伦理不经边界审查，直接取得国家的强制。

第 4 章

秦律：要件极细，国家的手伸进每一户

◆ 一、儿子告父亲，官府不听

一个儿子跑到官府，要告自己的父亲。官府先问什么？是父亲做了什么，还是这个儿子有没有资格把事情交上来？

睡虎地秦简《法律答问》里有一句话，把第二个问题摆在了桌面上：「子告父母，臣妾告主，非公室告，勿听。」问答接着解释，并规定：「而行告，告者罪。」事情还没走到怎么证明、怎么量刑，告发能不能进官府的门，先被卡住了。

这里的「听」是受理的意思，不是官吏听完诉说，觉得理由不够。「勿听」是把这一类告发的门关上；「告者罪」是让告发本身带来受罚的风险。

后一句也不能随手改成「只有屡告不止才处罚」，现存文字没有给这种缩小留下依据。所以儿子面前摆着的，不只是告不赢，还有因告而获罪。

那么，什么叫「非公室告」？相邻的问答把「贼杀伤、盗它人」算作「公室」，又把「子盗父母，父母擅杀、刑、髡子及奴妾」列入不算公室告的事项。髡是剃发，在这里是被列举的惩罚性处置。

请留意，「擅杀」也在其中。可见分界不能简单说成事情严重不严重，更不能把非公室告当成国家不必过问的家务小吵。

「公室」不是公共场所，「非公室」也不是关起门来发生的一切。谁告谁、两人是什么关系、告的是什么事，三样合在一起，才定下这桩告发归哪一边。

父母与子女、主人与臣妾并排出现，说明这个分类护着一种上下关系。亲属关系和主奴关系不是一回事，简文却在告发资格上，把两者排成了可以比较的结构。

处在下位的人，并不当然能把上位者的侵害交给国家去判。

形式上，这确实是一道界限：官府对列入其中的告发不得受理。可是这道界限护着家里的哪一个人？如果把父亲和儿子一起装进「家庭」这个词，再说国家尊重了家庭，就漏掉了告发人的处境。

对被告的父母，这是免受下位者控告的地位；对挨了伤害、想求助的子女，这是一堵挡在公共保护前面的墙。同一条规矩，落在同一屋檐下的两个人身上，后果两样。

还要分清两件事：一种行为被不被法律禁止，和谁能走哪条路去启动追究，不是一回事。非公室告受限制，不能直接证明父母可以合法地任意杀伤子女。后面会看到，秦简另有对「擅杀子」的处罚。

反过来，法律定了这种处罚，也不能证明子女有了畅通的救济渠道。读这两条规则，要把实体上的禁令和程序上的入口放在一起看。

问答甚至谈到别人接着告的情形：告者的罪已经执行之后，别人再「袭其告」，也不应受理。这至少说明，在所设的情形里，换一个人出面，不能自动绕过受理限制。

它没有回答官府从别的途径发现这类行为该怎么办，也没有穷尽第三人首次告发的所有情形。一则有限的问答，不能放大成父母绝不会被追究的完整豁免。

这样小心，并没有削弱问题。国家既能给父母定下实体禁令，又能限制子女的告发，它的选择反而更清楚：国家没有退出家庭秩序，而是在规定家庭成员怎样与官府发生联系。

准谁开口，拒绝谁的请求，本身就是权力的分配。官吏不开一项调查，不等于法律没起作用；告发者可能受罚，已经改变了家里两个人的位置。

本书拿家内被害人当尺子，不是说秦人已有现代的平等权利观。这是一把比较制度后果的尺：伤害发生时，受害人的亲属身份，是得到帮助的理由，还是求助受阻的理由？

用它量非公室告，会发现保护尊长的某项权限，离保护每个家庭成员不受侵害，还差得很远。「国不入家」如果只说明前一种保护，就算不上对称的边界。

秦律的两副面孔，在这里同时出现。它把告发对象、身份关系、事项范围写得很具体；具体的规则也可能精确地划定，谁不得求助。

我们读到的是法律问答保存的规范，不能凭它重建每个家庭的日子，更不能替它编一个真实的儿子。不过这些规范已够提出下一个问题：秦律在别的责任上同样细密时，国家的手受到什么约束？

◆ 二、秦律的条件有多细

今天的人读秦简，常被刑罚的严厉吸引。可要说一套法律怎样运转，除了看处罚多重，还得看处罚怎样和事实接上。每个偷盗的人都一样受罚吗？同行几个人，有没有影响？赃物按什么范围算？

行为人的身份和意向，会不会改变结论？秦律在这些地方做的区分，是它条件化程度的主要证据。

《法律答问》有一则讨论捕盗人员犯盗而加罪的问答，列出了人数和赃值的组合：五人共同盗取一钱以上，和不足五人而盗取不同数额，进入不同的处罚安排；后者又按六百六十钱、二百二十钱等数额分档。

这里不宜脱开上下文，抄出一张适用于所有盗案的现代量刑表，「过」「不盈」「到」这些原词也要放在语境里读。不过人数、赃值和处罚被分别列出，责任判断被拆开了，这一点看得清楚。

拆开之后，办案的人要做不止一件事。他得确定参与者是谁，哪些人属于所说的共同盗取，再查清该算进本案的财物价值，最后找适用的规则。人数多了，未必只是刑罚按比例加重，案件也可能转入另一种处理。

法律的条件于是成了几项互相关联的事实，而不是「坏得越厉害罚得越重」的直觉。

上一章提过盗羊的问答，正好说明算赃值也需要解释。甲想盗的是羊，拴在羊脖子上的一钱绳索该不该另算，不能因为最后一并带走就了事。

本章不再复述那则设例，只指出它和数额分档的关系：档分得越细，归哪一档的前提就越要说明。条件化既包括写出数额，也包括解释什么该算进这个数额。

细密没有把身份排除在外。第一节的告发资格，就是由身份参与决定的法律后果。后面还会看到，生亲子与以弟之子为后，在擅杀的问答里并没有得到相同处理。

所以一看到「按条件判断」，不能顺手把平等适用也算进去。一个制度可以把身份差别写得很清楚：它减少了一种不确定，同时把另一种不平等固定下来。这是两个评价，要分开作。

对人的内心，秦律也不是一概不问。《法律答问》解释审判中的「不直」，说：「罪当重而端轻之，当轻而端重之，是谓『不直』。」整理者把「端」解释为故意。这句话既管故意把重罪判轻，也管故意把轻罪判重。

它盯的不只是裁判有没有偏差，还有办案的人是不是有意造成偏差。主观状态因此走进了责任条件。

这里的「故意」有特定对象：办案者明知轻重，却有意反向处理。它不是对一个人品行的总评。

「这个官吏心术不好」，替代不了对何案、何罪、该判多重、怎样被故意改动的说明；「他平日忠厚」，也排除不了具体行为里的故意。把心态系在一件行为和它的后果上，内心的判断才有一个需要回答的问题。

故意轻判也算「不直」，还有一层意思。国家要办案者守住既定的责任尺度，不能因为结果看着宽厚，就认可它偏离。

我们可以接着问，既定的尺度是不是太重，可那是另一个问题，和办案者有没有按尺度办事分得开。秦律已把后一个问题从泛泛的善恶评价里分了出来。

至于它有没有建起能约束所有官吏的审查程序，光凭这个定义，还下不了结论。

对告发的人，另有一则更直接的设问：甲告乙盗牛或「贼伤人」，查明乙并没有做，甲该怎么办？回答是：「端为，为诬人；不端，为告不审。」同样是指控查明不实，故意提出和非故意提出，归入不同的责任类别。

如果只凭「告错了」就一并按诬人处理，这段区分就白写了。它要求办案者在指控真假之外，再说明告发者的主观状态。

把「端」理解为故意，也不能把所有「不端」的地方径直换成今天的某种过失罪。古代用语要按各条所问的行为去读；非故意的行为要不要担责、担什么责，还看相应的规定。

现存问答能证明秦律注意到意向的差别，不能证明它已有现代刑法完整的主观责任体系。用现代概念讲古代材料，这段距离要留着。

这对理解第一节的告发限制尤其有用。受理范围和指控真假，是两道不同的题。一项告发即使不是故意捏造，也可能因属于禁告事项而不被受理；一项本可受理的告发，若证明是有意诬人，告发者又要担相应的责任。

分析条件时，不能用一个问题的答案去顶另一个。秦律细部的功夫，正在把直觉里可能混成一团的判断分开。

回到全书开头那个误伤父亲的儿子，问题就不再是「秦只认行为，儒家才懂人心」。这样排历史，会把秦简里已有的心态区分抹掉。该比较的是：意向以什么形式参加判断？

它是和某一行为、某种认识、特定后果连在一起，还是被抬成一种能改变责任结论的伦理评价？一部法律可以很关心人的意向，也仍然要求判断者说明读心的依据。

本书说秦律条件化很高，要在这个限度里理解。它有相当发达的责任分类、细部问答和解释技术；「很高」不是统计全部秦律得出的分数，也不等于每条规则都明确。

「不孝」这样的评价，在现存材料里到底具体到什么程度，还得逐项查。拿若干细密条文证明秦律值得认真研究，和拿这些条文宣布秦代一切判断都有充分约束，是两回事。

《秦律十八种·徭律》也按征发管理中的失期天数作区分：三日至五日、六日至十日、超过十日，各配不同的处理，还有「水雨，除兴」的规定。依整理者的解释，后一条涉及免除本次征发。

征发的事项、主管的责任和客观的障碍，仍要放在具体制度里读；但不同情形分别处理，足以说明这些安排不是一道不问条件的重罚命令。

条件化因此可以起两种作用。它能防止不符合条件的人被拉进某项责任，也能让一项范围很广的义务稳定地执行。

官府先拿到广泛役使民户的权限，再把征发对象和处分分得清楚，办事更有章法，民户却未必有了拒绝不当役使的依据。规则怎样适用，和规则凭什么支配，要分开检验。下面要看的，就是这些清楚的规则被用来组织什么。

◆ 三、国家的手怎样借到家里

要看秦律怎样组织家庭，可以从「户」读起。《法律答问》解释「盗及诸它罪，同居所当坐」，随即问什么叫同居，回答是「户为同居」。

法律要认的，不只是某个人犯了什么罪，还有哪些人和他同在被规定的共同生活单位里。这种归属关系一进入责任规则，家就同时成了国家划定责任范围的依据。

国家借家之手（旧稿称「国吞家」），这是第一个落点。

这里的户，不能直接扩写成后世有祠产、族规的大宗族。血缘、共同居住和国家认定的户，并不天然重合。卜宪群研究秦汉乡里社会时，也特别分开了以户为单位的同居和后世宗族同居。

这个区别对本章很实在：国家可以削弱跨越许多家庭的宗族组织，同时加强对每个民户的直接安排；它也可以利用户内关系，而不必承认一个能独立抗衡官府的宗族权力。

户之外还有伍。《史记·商君列传》讲变法，把组织什伍、相互纠举和连坐连在一起，记下「不告奸者腰斩，告奸者与斩敌首同赏」的严厉赏罚。

这是司马迁对商鞅改革的传世记述，不是睡虎地某支竹简的原文，也不能径直认定各时期、各类不告行为一律适用同一刑罚。可是它指的政治方向很明确：把人编进互相关联的单位，让告发和自己的利害挂上钩。

睡虎地材料把这个方向变具体，也让概括受到限制。上一章讨论过遇袭呼寇的问答：普通伍人确实外出不在，可以不论；典、老即使不在，仍要担相应的责任。

同一条规则，既有免于牵连的事实条件，又有因职分而担的特殊负担。国家没有对所有人一刀切，可是相邻的人和基层职役者被纳入治安责任的方式，并不完全取决于他们有没有亲自动手。

家里的激励，可以从另一则问答看到：「夫有罪，妻先告，不收。」随后所问，是妻子的陪嫁臣妾、衣物器具该不该收，答案仍是不收。在这个涉及「收」的情形里，先告成了妻子免受牵累、保住财产的重要条件。

它没有把丈夫的任何罪行都变成妻子的责任，却在所规定的范围里，把妻子的出路和向官府告发连在了一起。

这条安排要分两层看。妻子由此得到一条能用的免责途径，这是实际的法律差别；她之所以要找免责，又是因为丈夫犯罪可能波及自己。

只看前者，会把它写成夫妻关系里的一般自由；只看后者，又会抹掉先告规则确实给的出路。同一条规定，一面划出逃离牵累的条件，一面借可能的牵累，把家里的信息拿到手。

由这些规则能推出一种压力：家庭成员想不想告发，要同时算自己可能担的后果。不能由此断言亲情已经消失，更不能说人人都会选择告发。可是国家不必先消灭感情，就能重排与感情相连的利害。

不告可能连累自己，告发有奖或有免责，家人之间的信任，已被放进另一套责任的算盘。

分异政策把这种组织推到共同生活的结构上。《史记·商君列传》记有「民有二男以上不分异者，倍其赋」，后文又记禁止父子兄弟「同室内息」。

前者靠加倍的赋推动分家，后者管同室生活的禁限，两处不能随手合成一条完整的秦简法条。通常说的「分异令」，在这里是对传世记载里相关措施的概称。

它的制度意义是：共同生活怎么安排，已经不全由家人自己定。

分异可能缩小共居的单位，却不等于切断一切血缘联系。一个儿子另立门户之后，仍可能奉养父母、和兄弟往来；分了户，也不会自动让他在官府面前取得平等地位。

从改革记述里，我们看到国家推动家庭分立，却不能凭同一句话算出全国户数增加多少、财政收入提高多少，更不能直接宣布个人得到了解放。

国家打破某种家内约束，和个人摆脱各种支配，中间还隔着很长的制度距离。

国家需要户和伍，是因为分散的个人仍要被认出来、连起来、组织起来。户给出日常共同生活的范围，伍把相邻的人接进更大的责任安排，告发把内部信息送向官府，分异让共同生活的形态成了可以调整的对象。

这不是说四类材料出于同一时期，是一位设计者一次做成的方案；它们显示的，是国家在不同环节，把既有的关系变成治理条件的共同方向。

不过，国家的组织确有明确的限度。《秦律杂抄》所录《戍律》规定：「同居毋并行」，并对不依法征发的县啬夫、尉及士吏处以「赀二甲」。依整理者的解释，同居的人不得一并被征去服边戍，违规的官吏要受罚。

这是一条针对征发权的具体约束，「国借家之手」这个概括抹不掉它。它也不能扩大成所有徭役都不得同时征用一家几人，更不能单独证明整个家庭生活领域已有全面保障。

这条反证，让「边界很薄」的意思更准确。在边戍征发这一件事上，秦律既规定怎样征发，也限制官吏怎样征发，还有处罚撑着。

承认这一局部成绩，再看以户定牵累、以先告求免收、用赋的后果推动分异这些安排，仍能看到家庭被广泛组织和役使的结构。

判断整体倾向，要同时容下这些方向不同的材料，不能把任何一条保护规定当作全部制度的证明，也不能把它记成不存在。

这一节并不是把登记、征发、协助治安本身都认作越界。共同生活需要公共秩序。问题出在国家取得协力的方式：一个人因家属关系被放进受累的风险，是否告发成了保全自己的重要条件，家庭成员就难以只凭自己的行为和选择来安排生活。

要限制的，是借关系广泛转移负担的权力，不是公共机关保护社会成员的一切活动。

这些安排还解释了一个表面的矛盾：国家广泛组织家庭，为什么又拒绝某些子告父母的请求？因为国家并不在所有方向上追求同一种开放。它可以要求家庭成为人口和责任的单位，同时保留尊长对下位者的支配。

家作为成员共同生活的空间可能很弱，家长作为维持这个空间内部秩序的人却可能很强。国家役使家庭，和法律护着家长，在这里并不互相排斥。

◆ 四、谁能招手

把前面的材料按「谁在招手」重排一遍，秦简里的手有两种：一种是国家自己伸出来的，一种是等家里的人去叫的。

国家自己伸手的，有三样。什伍相纠、告奸受赏，是国家把邻里编成互相监督的链条，《史记·商君列传》记的赏罚就是这样挂钩的。

「户为同居」的牵累，范围由国家按户划定，同户的人犯事，谁要连坐，不由家里商量。分异，则是国家拿加倍的赋来推，家里怎么住，国家先定下一个方向。

这三样里，招手的是国家，邻里和同户的人是被借来的手。

等家里人去告的，是公室告与非公室告。非公室告，「勿听」，「告者罪」；与它相对，列为「公室」的事项不在这条禁限之内。这里招手的是家里人，可是招手权按身份分发：下位者想招，门是关的，招了还可能挨罚。

夹在中间的还有两处。一处是「夫有罪，妻先告，不收」，招手的是妻子，可她叫开这扇门，是为了保住自己和陪嫁的财产。

另一处是「免老告人以为不孝，谒杀」，招手的是父亲一方，官府的回答里有「亟执勿失」；《封诊式·告子》的程式里，父亲甲告亲子丙不孝，令史己奉命拘捕，丞某讯问，丙承认了父子关系和不孝之事。这一回，门是开着的，手也伸出来了。

把几处并排放，图样就出来了。国家要借邻里、同户的人去监督别人，门开得很宽；尊长要借国家去处置卑幼，门也开着；卑幼想借国家保护自己，门关着。

《秦律杂抄》里的「同居毋并行」是一处反向的限制，卡的是国家征发的手，它没有给家里任何人一把开门的钥匙。

所以，说国家的手伸进了每一户，只说对了一半。另一半是：招手的人，不是每个人。

◆ 五、家长的手也有边

家长的意志怎样取得法律上的效力，是从相反的方向追问同一套制度。先看国家有没有给家长权划边。《法律答问》明确规定：「擅杀子，黥为城旦舂。」做了父母，并不就能擅杀子女而无罪。

国家把这种行为列入处罚，等于否定了家长仅凭自己在家里的地位，就能不受法律约束地处置子女的生命。

同页的问答还区分了杀害初生子的情形。身有「怪物」或者「不全」的初生子，另有特殊处理；另设一问，说初生子并无这些情形，只因子女太多而被杀，是否仍算杀子，回答是肯定的。

这些带有时代局限的分类，不能看成对所有儿童生命的平等保障。可是它们表明，家长也不能把一个不愿抚养的理由，随意解释成法律规定的例外。

紧接着有一个身份更复杂的设例：士伍甲没有儿子，以弟弟的儿子为后，与他同居，后来擅自把他杀死，问答规定「当弃市」。同样是发生在被视为父子、同居的关系里，所设的处罚却和前一条不同。

亲生、以弟之子为后、共同生活这些事实，要按具体条文去读；现代收养制度里熟悉的身份效果，不能直接搬进来。

这些规定足以否定一种过于整齐的画法：官府在外面管天下，父亲在里面任意生杀，双方各占一块完全独立的领地。秦律下的家长权不是这样一块主权。它的某些界限由国家定，越过了可能受罚。

至于立法者为什么设限，是更看重人口、秩序，还是子女的利益，光凭条文排不出唯一的动机顺序。能直接确认的是：家长权在规范上受到限制。

可是，国家限制家长权，并不必然把相应的主张权交给子女。第一节的非公室告，正好留下这个断口：实体规范可以说父母擅杀有罪，告发规范却可以让子女针对某些家内侵害的控告不被受理。

国家保留了安排和追究的权限，受害的人却未必能要求它启动。要衡量保护有多强，就不能停在「有一条处罚父母的规则」，还得接着问，被保护的人怎样才能让规则起作用。

此时再读「免老告人以为不孝，谒杀」，意味就不同了。《法律答问》针对这种告发问应怎样处理，回答包括「不当环，亟执勿失」。「免老」是要按当时制度去理解的身份；「谒杀」是请求处死。

整理者把「环」读作「原」，解释为宽宥从轻；「亟执勿失」是迅速拘捕，不让逃脱。它不能被压成「父亲说不孝，官府立即杀人」。

《封诊式·告子》把告发的办理过程写得更具体。文书程式先录父亲甲告自己的亲子丙不孝，请求处死，随后记令史己奉命前往拘捕。接着由丞某讯问丙，丙的答辞承认父子关系和不孝之事。

现存程式到这段答辞为止，没有记最终判决和执行。它让我们看见父亲提出请求、官府拘捕并讯问的环节，却不能让我们自行补出一套充分的审查，也不能让我们删掉讯问，写成家长一言定生死。

还要分清的是，这份程式以士伍甲为告发人，前一则问答却特别写「免老」；两份材料的身份条件，不能拼成一条没有证明的统一规则。

两者共同显示的是：家内的不孝评价，已经能被提交官府，要求转成严厉的国家处分。至于什么行为够得上不孝、受告的人怎样争辩、不同身份的请求怎样审查，现存这几段文字并未完整列出。

这也说明，秦律的条件化并不处处同样充分。它可以明确谁提出请求、怎样拘捕和讯问，却没有在这里穷尽「不孝」这个评价的行为条件。不能因为捕盗、诬人这些问答很细，就把这份细密自动移给不孝告发。

反过来，秦代材料本身已经提示，道德评价进入国家处理，不是到董仲舒那里才从无到有。后面各章要比较的，是进入的方法和作用的范围。

把几个位置连起来，法律的偏向才看得出来。家长不得任意越过国家设下的生杀界限；子女针对某些侵害的告发却被拦住；家长又有请求官府处理不孝的渠道。所以这一节说「有边」，首先是说家长权不是无限的。

说「护的是家长」，指的是涉家告发规则里的地位偏向，不是说所有限制家长的条文本身都在保护家长。两种作用，不能混写成一个结论。

韩树峰讨论秦汉「亲亲相隐」，做过一项有益的区分：不能把非公室告径直等同于亲属相互容隐。

禁止下位者告发尊长的某些家内行为，和允许亲属隐匿对外的犯罪，是不同的问题；单向的资格限制，和双向的相隐，也不是一回事。借用这个辨析，我们可以把秦律概括为对父权的有限维护。

但这是本书对有关规范效果的表述，不是替韩氏加上一句原文，也不必因此接受他关于汉魏「无制」的全部论断。

汉初材料又把这个问题往后延了一步。张家山《二年律令·告律》简一三三规定：「子告父母，妇告威公，奴婢告主、主父母妻子，勿听而弃告者市。」这里明列了儿媳与公婆、奴婢与主家成员等告发关系，并明确写出对告发者的严厉刑罚。

它是汉初的法律材料，不能当作秦律「告者罪」到底是什么刑的直接答案。

两者的联系可以讨论，适用范围却不能靠补字解决。汉简这一条没有原样列出秦简的「非公室告」事项，而同一批汉律材料里又有特定犯罪中告吏免坐的规定。

这些规范怎样协调，涉及一般规定、特殊规定和适用对象的解释。韩树峰把汉初禁告理解为对秦代家内禁告的延续，是一条解释路径；本章保留它的解释性质，不把它改写成汉简已经明示的限定。

于是，国家对家内支配设下的界限，显出一种不完整：它限制了家长自行处置的某些行为，却没有由此建立家庭成员地位对等的保护。父亲可以既受官府约束，又在儿子面前占着明显的优势。

如果只看家长有没有赢过国家来判断家庭强弱，这个夹在两层权力关系中间的儿子，仍会从分析里消失。

◆ 六、手伸进家，边界没立住

现在可以把前面的话收拢。国家的手伸进了户、伍、分异，借的是家长和邻里的手；家长手里又留着若干受法律维护的优势，下位的成员可能同时承受两者。

这里说「伸进」，指国家相对于家庭有广泛的组织和处分能力；说家没有挡住，指家庭作为成员共同生活的空间，缺少足以抵御这种支配的整体地位。

这不是说每一条国家命令都无边无际，也不是说每个家长在儿女面前都软弱。

秦晖以「大共同体本位」解释传统中国，对此是个有力的提醒。他讨论秦及小共同体的地方，宗族组织的衰弱并不自动等于个人权利的成长；国家压制小共同体，可能把个人更直接地放到更大的权力之下。

这个思路让我们警惕，不能只看家长、宗族有没有受压制，就判断社会离个人自由还有多远。压制者换了位置，支配本身可能继续存在。

本章沿着这个提醒往下走，把比较放到具体的法律关系里。儿子能不能控告伤害自己的父母，妻子为什么要靠先告免收，同居的人能不能被一并征发服边戍，是不同的问题，要分别作答。

把答案都写出来，才能说清国家和家庭分别在哪些事项上受约束，哪些成员又被留在保护之外。宏观上说谁强谁弱，要靠这些细部判断提供内容，不能反过来替代它们。

对照这些材料，国家借家之手，不必理解成国家把家庭从社会里清除。家庭仍然承担养育、生产和共同生活，国家还可以维护尊长的地位。

国家拿走的，主要是家庭自己安排生活、成员按自身行为担责的空间：户籍归属成为牵累的根据，家庭信息被接进告发与免责的安排，要不要分异又可能被赋的后果推着走。家庭还在，只是被更深地编进了国家的组织。

国家也不是只靠直接打击家长来做到这一点。它可以对家长说，你不得擅自越过我规定的处罚界限；同时又对家内下位者规定，某些控告不予受理。

只要家长的优势不妨碍国家定下的秩序，这种优势就可能成为秩序的一部分。这不是国家权力减去家长权力那样的简单关系：国家对外部关系的支配越广，并不必然使每个家庭内部的支配越少。

从具体人的处境再检验一次，就能看出本书说的「对称」，为什么不是给国和家分同样多的权力。

假设取消对子女求助的某项禁限，让他们能请求追究家内侵害，这可能要官府更积极地调查，却会加强限制家内支配的边界。若国家又借此把所有亲属交往都变成强制报告事项，另一头的边界仍可能受损。

一次介入正不正当，要看它为谁、因何事、以什么限度发生。

反过来，官府即使减少对共同生活的过问，只要尊长能凭家内名分拦住受害者，不让他得到公共保护，也不能说两道边界已经立好。减少国家役使家庭的权限，和防止家庭权威取消成员的公共地位，要对准同一个人。

两者都是保护的要求。秦律的失衡，正表现在家庭成员难以凭这一共同的地位，对来自两个方向的支配提出同样有效的限制。

承认「同居毋并行」和「擅杀子」这样的规范，不会破坏这个判断。它们证明国家和家长的权力确实受到若干约束，所以「完全没有边界」是不准确的说法。

可是局部受限，离充分保护还有距离，责任范围、受理资格和救济途径都要衔接。这里比较的，是约束在具体关系里能起多大作用，不能把几处条文数一数，就算出一个看似精确的强度比例。

这也给第二编接下来的讨论定了起点。秦律已经在处理人的意向，也已经让不孝这样的伦理评价进入国家处分；它同时有很细的规则和明显不对称的保护。

董仲舒与张汤的故事，因此不宜写成冰冷的法律第一次遇见人情。要追踪的是：经义通过谁、沿着怎样的渠道进入裁判，又怎样改变既有的条件和权力界线。

如果经义能缓解某些过重的处分，却让家内伦理更容易决定公共责任，国家与家庭的关系就可能出现新的变化。变化的方向，不能由「更有人情」一句话预先判定。

先把秦律这个基点看清，后面才辨认得出：哪些旧的支配受到了限制，哪些新的支配又取得了正当的理由。规则可以写得清楚，边界仍要另外建立。

秦律对国家权力的局部约束，还没有构成足以抵御广泛支配的整体边界。在这个意义上，我们可以说：

秦律写得清楚，却没有挡住国家的手。

◆ 本章会在哪里错

本章说秦律条件细、边界不对称，靠的是《法律答问》《封诊式》《秦律杂抄》几段问答和《史记》的传世记载。

如果新出的秦简里，有子女告父母的侵害被官府受理的例子，或者「不孝」的行为条件被写得同捕盗、诬人一样细，那么「门向着谁开」这一条就要收窄。

几处条文也数不出一个强度比例，本章只比较具体关系里的后果。

◆ 放回日子里

设想一个晚上，你在灯下读《法律答问》这一条，上初中的孩子凑过来问：「要是爸爸打我，我能去告他吗？」这是一个日常的假设，不是史料里的人。秦简替你答了前半截：子告父母，非公室告，勿听，告者罪。门是关着的，还可能挨罚。

你可以试着做一件小事：找出你家里一条人人遵守的规矩，问它三个问题。这条规矩是谁定的？有人违反了，谁能出来管？家里最小的那个人，能不能不经任何人同意，把事情说给外面的人听？

答案不必写给谁看，写在本子上，下次读到「门向着谁开」，你会知道它说的是什么。

带走的话

秦律把规矩写得很细，细到每一户；可是国家的手伸进来时，招手的人不是每个人。

> 小账
>
> 条件化了吗：偷盗、诬告、失期一类责任写得很细；「不孝」的行为条件，现存材料里没有写全。
>
> 门向着谁开：国家自己能招手，尊长告子，官府来拘捕；下位者告尊长，门关着，告的人还可能受罚。

第 5 章

董仲舒与张汤——经义怎样走进廷尉府

◆ 一、陋巷里的廷尉

一位退居家中的经师，一位掌管刑狱的高官，在朝廷的疑问面前接上了头。《后汉书·应劭传》保存了这样一幅画面：董仲舒老病致仕，朝廷遇到政议，仍派廷尉张汤前去请问；于是有《春秋决狱》二百三十二事，「动以经对，言之详矣」。

这个故事的吸引力，在于官位和知识的位置错开了。握着司法职权的人，向已经离开官位的人发问。董仲舒坐在家里，政治上的发言分量并没有少；张汤主持刑狱，也不能独自回答所有关于刑狱的疑问。

官府需要一种理由，来解释为什么这样判才对，经师能给这种理由。

不过读到这里，先要认清是谁在讲。《应劭传》这段话，出自建安元年应劭的奏议。应劭追述的是更早的董仲舒，借此说明自己整理旧例有先例可循。「陋巷」两个字，因此还带着表彰贤者的味道。

我们可以依史料讲出这幅画面，却不能给它补上某天清晨的车马、屋里的陈设，或两个人没有留下记录的对话。

比这段奏议更早，《汉书·董仲舒传》已经记载，仲舒在家时，朝廷遇到「大议」，会派使者和廷尉张汤到他家问议，并说「其对皆有明法」。

两处记载可以对读，可是它们没有给出每次问议的日期、案号和完整的问答。「大议」「政议」也比刑事案件宽。不能把所有问议都改写成张汤捧着一宗死刑案来求改判。

经师受咨询，和经师握有裁判权，也要分开。史料没有说董仲舒在家里另设了一个能拘捕、宣判、执行的法庭。他的解释之所以可能改变现实中的处分，是因为提问的人和接受答案的人，都在国家的职权结构里。

经义通向刑罚，要经过这些人。谁来挑问题，谁来认可答案，仍然决定知识怎样生出效力。

《汉书·艺文志》又著录《公羊董仲舒治狱》十六篇，列在六艺略的《春秋》类。这一条让我们看到，古代目录确实保存了董仲舒、公羊之学和治狱著述相连的线索。

它的分量在于证明这类著述有过历史著录；不能因为书名里有「治狱」，就认定十六篇都是完整的真实判决书。

「十六篇」和「二百三十二事」还是两种不同的计量。一篇可以容纳多事，后出的记述也可能经过编排；两个数字是不是指向完全相同的材料，不能靠相除得出。

今天常读的若干决狱材料，也不是一部保存到今天的完整的董仲舒原书。著录、引文和后来的辑录各有价值，却不能互相替代，把文字流传中的空隙悄悄填满。

这些限制让故事变得复杂，却没有让它失去意义。一部著作的原貌不能全部恢复，不等于经学和刑狱的联系全是虚构；反过来，确有这种联系，也不能让每一项归在董仲舒名下的材料自动可信。

本章先依据几组能互相参照的记载，追踪咨询、用人、议奏和决定之间的关系。具体决狱材料的性质，留到后面逐案去讨论。

从这个角度看，「经义走进廷尉府」不必理解成某一次登门造成的单一转折。它可以先表现为向经师求问，接着表现为经学生进入官署，再表现为某种解释被写进奏议、得到认可，并成为后来处理事情时可以援引的理由。

不同的材料照亮其中不同的环节，一幅陋巷问议图，包办不了整个过程。

尤其不能把「到家里请教」和本书说的家国边界混为一谈。董仲舒的住所，是知识活动发生的地点；本书关心的边界，是家庭关系和国家责任之间怎样划分。

一个人可以在家中讨论公共事务，也可以在官署里把父子伦理直接变成处分他人的标准。地点不决定规范的性质，国家最终凭什么约束人，才决定问题出在哪里。

这也让董仲舒与张汤的相遇，比人物轶事分量更重。前者的权威来自经学修养和对圣人之意的解释，后者的职权来自官位和与皇帝的联系。两者接通之后，私人讲学里的褒贬，就可能进入国家处理案件的理由。

经师仍在解释，官吏仍在办案，可是解释已不再只影响听众怎样评价一个人。

上一章留下的问题由此推进一步。秦律里的责任已有细密的区分，国家和家庭的关系却没有得到充分、对称的约束。现在进入这套结构的经义，是让既有的区分更周密，还是让某种伦理判断越过它们?

答案不能只看董仲舒学问多深，也不能只看张汤官位多高，要看他们提供和接受的理由，怎样成为裁判的依据。

◆ 二、独尊儒术与《公羊》学

讲到武帝时代，常出现一句话：「罢黜百家，独尊儒术」。它便于标示经学地位的上升，也容易把漫长而有曲折的变化，压成一道立即改变天下的命令。

如果再把这道命令当作经义决狱的全部解释，官吏为什么读经、学者怎样入官、旧有的律令为什么继续起作用，就都不必研究了。

《汉书·董仲舒传》所载对策，确有排斥异说的明确主张：不属于六艺之科、孔子之术的，不应和它们一同进用，以求统纪一致、法度可明而民知所从。这里要同时看到主张和目的。

董仲舒希望形成共同的教化和政治准则；可是一个人的建议被史书保存下来，不等于社会上所有别的学问随即消失，更不等于每个司法官从此只准引用一部经典。

本章沿用「独尊儒术」这个熟悉的说法，指的是儒家经典和它的传授者，在国家知识秩序里取得了更突出的地位。它代替不了对具体制度的观察。

一种学问受到尊崇，要影响案件，还要有人能读它、用它，能在官署里占到位置，并让据此写出的意见进入决定程序。赞美经典，和经典发生司法效力，中间隔着实际的工作。

《史记·儒林列传》叙述经学的传播，既写皇帝和朝廷征召学者，也写不同师承、弟子和官位的联系。董仲舒与胡毋生，都在汉代《春秋》之学的传承里占有位置。可见经典不只是一批存放着的书。

它还靠师生相授的解释、能够辨认的学业，以及凭这些学业得来的声望。官府要用经，常常也就是要用这些人。

可是为什么是《春秋》？这部按年记事、文字简短的经典，并没有把各种罪名、证据和刑罚依次排成一套律文。

在汉代经学的理解里，它的重要在另一点：对人物的称谓，对事件的取舍，对行为的记录方式，都可能寄托褒贬，表达政治与伦理上的正当判断。读者要从简略的记载里，读出圣人为什么这样写。

于是，过去发生的事获得了两层意思。它既是一段被记下的历史，又可能被解释成评价同类行为的尺度。一个大夫为什么可以被诛，一个臣子为什么不该被贬，一个儿子为什么能够报仇，都不只关系到古人。

只要能说明今人和古人处在相关联的情形里，解释者就有可能把古代的褒贬，转成今天的判断。

《公羊》之学尤其适合这样追问。传文常常围绕称谓、书与不书、看似相同而记法不同的地方发问，再提出理由。

经文短，不等于解释也短；恰恰是文字里的差别，让读者不断追究人物的身份、行为的缘由，以及判断该落在哪里。经义因此不是一句脱离事件的劝善话，它往往在比较事件时形成。

《公羊传》定公四年谈复仇，先区分父亲是否应当受诛，再判断儿子的复仇成不成立。这一段先提醒我们：不能把公羊家的判断说成全无条件。它已经提出了相关的差别，要求解释者先辨明父亲被诛的性质。

同是报父仇，结论可以不同；亲属情感没有取消对起因的追问。东汉何休的注还限制复仇的对象，不许因为担心仇人的儿子将来报复，就连他一起杀死。这说明经义内部也能提出约束行动的界线。

国家借用有关判断时，是把界线一并接过来，还是只取报父仇的理由，要另行考察。

难处在下一步。谁有权判断父亲到底该不该受诛？古代记事中的人物，和眼前被审理的人，在哪些方面相同，哪些差别足以排除比附？

经义对复仇作出某种评价之后，国家该据此免除责任，还是进一步承认一个可以主张的行动权限？传文提出区分，只回答了这些问题中的一部分。

这正是《春秋》进入刑狱时既有力量、又有风险的原因。它能提供比孤立刑名更丰富的理由，让判断者回看事情的来由和人物关系；这些理由又要经师来解释。

经典越被看成共同秩序的根本，解释经典的人就越可能取得说明何为正当的地位。解释上的说服力，和法律上的决定力，由此有了接合的机会。

至于偏偏是公羊家，也不能说成公羊之学独占了整个汉代司法。《史记》记张汤请求补入廷尉史的，是治《尚书》《春秋》的博士弟子，经典的来源并非只有一种。

《汉书》里的儿宽以《尚书》之学进入这一场景，更让这种多样看得见。本章拿董仲舒作中心，是因为他的著述和形象集中呈现了所要考察的关系，不是为了抹掉别的经学和别的官吏。

同样，接受经典权威的人，也未必接受同一种政治处置。经师可以借古义批评不当的刑罚，官吏也可以借古义申明尊卑、追究大逆。同一套话语里，既有宽恕的资源，又有秩序的要求。

不能从「尊儒」直接推到「宽刑」，也不能因为某位酷吏援经，就把全部经学解释归结为严刑的装饰。

对当时的经师来说，经典也不只是本书今天称作社会层级道德的东西。它同时装着历史知识、礼制、政治正当性和理想秩序。

我们把其中有关善恶、亲疏、尊卑的评价拎出来，当伦理因素分析，是为了辨认这些评价怎样影响国家责任，不是要汉人先接受现代学科的分类。忘了这一点，就会把复杂的经学压扁成几条私人良心的命令。

所以，「独尊」能解释的，是某些理由为什么更容易得到国家重视；公羊的解经方式能解释的，是这些理由怎样从古代事件里被提出来。要让它们真正改变眼前的案件，还得往官署内部看。

那里有读经典的人，有熟悉法律文书的人，最后还有能批准或否定奏议的人。经义的效力，就在他们之间形成。

◆ 三、经义怎样当法用

要看清经义在官署里怎样起作用，可以先看一个起初并不得意的人。儿宽精研《尚书》，进了廷尉府，却被认为不熟悉实际事务，没分到具体曹务，被派往北地看牲畜。

过了几年，他回府呈报畜簿，正碰上一份疑奏已经两次被退回，属吏不知该怎么办。儿宽说出自己的意见，受托写出奏文，读过的人都服气。

《汉书》接着写，张汤召见儿宽，对他的才干很惊异；儿宽写的奏议呈上，获得认可。后来张汤让儿宽做奏谳掾，让他「以古法义决疑狱」。

最该留意的是：原先不被看作能办事的儒生，凭一件具体的工作，得到了办理疑难案件的职责。经典知识在官署里占住位置，要经过这样一个才能被认出、工作被接纳的过程。

这段记载没有告诉我们，疑奏涉及哪一个罪名，儿宽引了哪一句经文，最后被告受到什么处分。我们不能因此编出一个他救人的案子。可是它足以说明，经学的能力能够介入法律事务，并改变官署对一个人的任用。

解释不再只是外部顾问偶尔给的意见，它可以进入负责写奏、讨论疑狱的岗位。

这条线索和《史记》所记张汤补用博士弟子的安排，可以互相参照。一种方式是把问题送到经师面前，另一种方式是把会运用经典的人放进官署。前者靠求问，后者让知识进入日常分工。

两者都还不等于经师自己去执行刑罚，却让官府形成处分理由时，多了一种可以持续调用的资源。

疑难案件本来也不是董仲舒才带来的。《汉书·刑法志》记载，高祖时就要求县道疑狱逐级上谳，地方长官决定不了的，移交廷尉，廷尉仍决定不了的，再奏闻皇帝，并附上所当比用的律令。

这说明经义进入的，是已经有文书、比较和上报安排的法律运作。它借的是原有的渠道，不是在一片没有法的空地上另开刑堂。

法条多，疑难也不会自然消失。同一件事实怎样归类，几项规范怎样选择，已有成例怎样比较，都可能让办案者产生分歧。

《刑法志》批评律令和决事比日益繁多，官吏难以遍览，郡国适用不一，甚至出现「罪同而论异」。经典可以被引来解决这种疑问，也可能给原有的选择增加新的方向。疑难是入口，不是解释必然正确的保证。

经义开始「当法用」，关键在于它进入了责任判断。官吏若只是夸被告很孝顺，孝的评价还可能停在说明人格的层面；若据此认定某种行为不必承担原来的责任，这项评价就已参与决定法律后果。

从赞美一个人，到免除一项责任，效力变了。经典里的话被写进奏议，只是表面；真正变的，是它能决定什么。

这样用，要把两件事接起来：经典里受褒贬的旧事，和正在处理的新事。可是相似之处并不总会自己浮现。

同是为父报仇，父亲是否受了不当的侵害，报复指向谁，有没有牵连无辜，都会改变判断；同被称作忠，忠于什么，用了什么行为，也不能略过。援引经义要说明相关的差别，不能用一个伦理称谓顶替整段事实。

《春秋繁露·玉杯》说「以比贯类」，又把有没有可比之事，和判断有没有根据联系起来。这类表述提示，经义论说本身也要求说明比较的根据。

承认这个要求，才能进一步追问官府采用的类比经不经得起检验；如果不看它已有的约束，径直把援经理解成随意发挥，就分辨不出实际的越界发生在哪一步。

本章把经义称作实际的法源，取的是比较具体的意思：它能成为官府决定责任、说明处分正当性的依据。这里不预设现代成文法体系里的正式渊源等级，也不是说《春秋》全文已经作为一部刑律颁行。

判断一种理由有没有起到这个作用，要看它怎样参与决定，不能只看公文里有没有出现书名。

曾亦讨论经义决事与法律儒家化，以龚自珍《春秋决事比答问》为中心，肯定以礼入法的历史方向，同时重视官吏依法办理与君王施仁之间的权限区分。

这个讨论提醒我们，经义、律文和用法者的职位，并不必然混成一团。不过龚自珍的论说是后出的思考，不能直接拿来填充西汉的操作细节；它在本章的用处，是帮助提出应当核查的问题。

用前面几章的话说，要检查的仍是两件事。条件化，要求把足以改变责任的事实和理由说明白，让别的案件也能接受同样的检验。

限制化，要求说明谁有权据此决定、能决定到什么程度，以及哪一种伦理要求不能变成强制。所保护的对象还要落到具体的人：国家不能仅凭亲疏强制私德，家庭关系也不能替侵害家内成员的行为挡住追责。

经典能让一份奏议更有说服力，却不会自动回答这些问题。

所以，本书说的「直接」，不是说没有属吏、文书和上奏的手续。它指的是：某项伦理褒贬还没来得及转成受约束的责任标准，就已经取得了改变国家处分的力量。

经过皇帝认可，可以解释它为什么有效；这种认可本身，却解释不了它为什么适用于此人、不适用于另一个人。权力接纳理由，和理由能被共同检验，仍有距离。

反过来，如果某一经义解释确实写清了相关的条件，排除了不相干的比附，并限制了处分权限，我们就该承认它完成了相应的转换，不能因为它出自经典就一概否定。

春秋决狱值得研究，正因为这种转换可能完成到不同的程度。下面说的历史新变，因此不是一场由经书整体替换律令的突变，而是裁判理由和它的权威来源重新组合。

◆ 四、它从哪里来

把一种重要的变化记在一个重要人物名下，容易得到一条清楚的思想史线索。可若顺着这条线索继续简化，就仿佛董仲舒出现以前，法律只看行为结果，亲属之间也只有向官府互相揭发这一种可能。

上一章的秦简已让这种说法站不住。本章要保留董仲舒的地位，同时把不属于他的起点，还给更早的材料。

陈力强讨论董仲舒春秋决狱的论文，明确提出这个修正方向：法律对主观因素的考虑，以及对隐匿亲属犯罪的特殊待遇，都有更早的实践渊源，不应被看成董仲舒决狱才造成的两项变化。

他同时把它的意义指向法律论说方式的发展。这个提醒改变的，是我们给历史变化安排位置的办法：后来有了醒目的经学表达，不等于相关的责任问题此前不存在。

拿行为人的意向来说，睡虎地《法律答问》用「端」「不端」等词区分有关责任，也追问明知而故意作出不当判断的情形。这些区分说明，秦律已经在意人对所做之事的认识和意图。

它们不能无差别地套成现代刑法全部的故意、过失理论，却足以否定「秦人一概不问心」的断言。董仲舒以后出现的争论，是心态怎样被说明，由什么标准决定它的意义。

再看亲属容隐。《论语·子路》以父攘羊而子作证为背景，提出「父为子隐，子为父隐，直在其中矣」。不管怎样解释这个「直」，这种伦理上的分歧，先秦思想传统里就有。

亲属感情和向公共权力报告事实的要求相冲突，用不着等西汉的经师提出，早就存在了。

但伦理主张不等于已经施行的法律制度。秦简关于非公室告的规定，是另一层材料：它限制特定的下位者告发尊长，涉及受理资格和告发者的责任。上一章已经说过，这不能径直等同于亲属双向容隐。

把孔子的伦理表达、秦律的告发限制和后来的匿罪待遇，一律叫作「亲亲相隐」，会用同一个名称遮住不同的对象和后果。

《汉书·宣帝纪》地节四年五月的诏令，提供了更具体的国家安排。它列举子匿父母、妻匿夫、孙匿祖父母等情形，又对相反方向的隐匿，在涉及殊死之罪时，规定上请廷尉奏闻。

这里有亲属方向、责任后果和上请环节的区分。它在董仲舒之后，也不能因此就看成董仲舒某一决狱意见直接转成的法令；两者之间还需要具体的传承证据。

这样看渊源，可以同时留住连续和差异。先有伦理争论，不等于先有同一种制度；先有国家规范，也不等于后来的经师只是在重复旧条。不同的材料回答不同的问题。

正因为法律早已接触亲属和意向，经典加入之后，才可能改变这些因素被解释的方式，而不只是往法律里添两个全新的事项。

还有一条更早的制度线索。《刑法志》所录景帝诏令，要求对虽然可以用文字比附入法、却不能使人心服的疑狱上谳。这说明对机械凑合法文的疑虑，也不始于董仲舒。

要留意的是，这里已经有把疑问交给上级处理的安排。对条文适用提出伦理上的疑问，和任由每个办案者自己抛开规范，不能作同一种解释。

那么，董仲舒的新处在哪里？比较稳妥的回答是：与他相联系的治狱传统，把经典的褒贬和解释，更集中地组织成可以讨论案件的理由，并让这种知识和官府问议建立了联系。

「系统地拿进司法」，要从这个意思去理解。它不是说已经证明董仲舒独自创立了一套通行全国的审判制度，也不是说我们手里还握着一部结构完整、条目齐备的董氏法典。

鲁惟一讨论董仲舒作为咨询者的文章，对咨询到底涉及重大政议，还是适用律令的技术疑难，以及张汤受了多大影响，都保留了问题。

他对若干辑存意见归于董仲舒持有保留的接受态度，却不据此承认它们组成一部统一的著作。这类辨析让我们能把人物的贡献和后世的归属分开衡量，避免在「一切始于董」和「全部出于伪托」之间仓促选边。

本书把春秋决狱看成道德直接国家化最集中、最自觉的表达，但这个判断要靠一项项材料来支持。

公开援引经义，只表明经典进入了裁断理由；还要证明相关的伦理褒贬取得国家效力时，约束它的条件和边界没有被充分建立。前者代替不了后者。

春秋决狱承接了先前已有的刑狱技术、伦理问题和权力结构，让这些因素用更明确的经学语言结合起来。每一种结合算不算直接国家化，算到什么程度，仍要回到具体的判断和制度去看。

◆ 五、酷吏也会读经

张汤并没有因为借助经学，就停下严密的法律事务。《史记·酷吏列传》写他和赵禹一起制定律令，「务在深文」，加强对守职官吏的约束。同一个人，一面组织经学生参与疑狱，一面推动严厉的法律运作。

如果先把儒家和宽仁、法律和严酷各自捆在一起，这个人物就解释不通。

史家给的线索比这样的分组具体。《史记》先说皇帝当时倾向「文学」，接着写张汤决大狱「欲傅古义」。本节说的「以经饰法」，是对这种结合的概括，不是张汤留下的一句自述。

古义可以参与判断，也可以让已经选定的判断显得更有根据；它到底起哪一种作用，要连同奏议的形成和采纳一起观察。

张汤对皇帝意向的处理，尤其值得看。《史记》说，如果所治之事是皇帝想要加罪的，他就交给用法深刻的监史；皇帝想要释放的，就交给用法较为轻平的人。

差别不一定要等到最后裁判时才出现，挑选承办的人，已经能改变论证的方向。官署内部怎样分工，因此会影响哪些事实被强调，哪些理由更容易写进奏议。

这不是说张汤在所有案子里都只求重刑。同一段还记载，他面对弱小贫困的人，有时会向皇帝陈说，让他们得到宽释。

宽和严都能从这个机制里生出来，变的未必是规范已经公布的适用条件，也可能是案件受到怎样的注意、被交给怎样的人办理。一次宽释有它的现实价值，可是仍要问，别的同类人能不能得到同样的待遇。

甚至皇帝想宽，张汤也可能坚持严办。审理淮南等反狱时，皇帝有意释放严助、伍被，张汤以伍被参与谋划、严助作为亲近之臣却私交诸侯等理由争执，皇帝最终认可了他的主张。

这里史文没有记他引用《春秋》的哪一条经义，不能替他补一段经说。但它确实表明，任用经学之士的官员仍会积极主张处死，不能把经学进入官署，当作宽刑必然到来的凭据。

两种情况还说明，张汤既不能化约成只会照章办事的机器，也不能化约成毫无自己判断的传声筒。他能迎合上意，也能推动皇帝接受自己的意见。经义进入这样的官署，面对的是已经有行动能力和政治判断的人。

它不会仅仅因为挂着圣贤的名义，就自己决定这些人怎样使用它。

《史记》对张汤的私人交往也没有一笔抹黑：他照顾故人子弟和贫困亲属，能为部下称扬长处。这些描述，和史家对他用法不够公平的批评并列存在。

由此再看道德和法律的层级差别就明白了：一个人在熟人关系里有情有义，并不足以证明，他掌握国家处分权时，已经给了不同的人同样可靠的保护。

问题也不限于某位官员善不善于伪饰。即使他诚心相信自己掌握了圣人之意，仍然要说明，这一解释为什么能决定他人的责任。

若有关亲疏、尊卑的评价被直接抬成国家处分的理由，关系之外的人，以及关系中的下位者，就可能无法用和解释者同样的地位提出异议。真诚可以增加一个人的确信，补不足另一个人得到保护的条件。

经义进入官署，不会自动导向宽刑。这也不是说《春秋》只是一张任人涂写的白纸。经典和传注当然能约束解释，人物、语句和事件也会让某些说法站不住。

问题是，这些约束能不能转成办案者必须回答的要求；两种解释争执时，哪一种会取得处分他人的力量。解释有根据，和根据受到充分的法律约束，仍要分别考察。

董仲舒自己也并非始终站在不受刑罚威胁的位置。《史记·儒林列传》记他所作灾异之书引来追究，被论以死罪，因诏赦才免，后来不敢再谈灾异。

这件事不宜写成某一决狱意见遭到报复，却足以提醒我们：经学的权威没有自动建起一个免受政治处分的独立空间。经师可以向权力提供判断，仍处在权力能追究的范围里。

本章所见的关系，因而比「法律接受了道德」多一层内容。朝廷需要能解释处分正当性的语言，经师和经学生取得参与问议、写奏的机会，官吏和皇帝则继续决定哪些意见能够生效。

知识进了国家，并没有自动带来国家的自我限制；对家庭伦理的尊崇，也没有自动形成对每个家庭成员的平等保护。

下一章要把这个问题带回具体的原心判断：为什么同一种追究本心的办法，能让一个人得到赦免，又能让另一个人受到更重的处分？

回答不能停在赞美宽仁或谴责酷吏，还要查明判断的条件是否稳定，提出不同意见的人能不能受到同一标准的对待。

这里要记住的，是经义取得国家效力的那一步：当伦理褒贬没有经过充分的条件化和限制化，就已经能决定国家处分时，

经义进了廷尉府，道德就直接当了法。

◆ 本章会在哪里错

本章说春秋决狱是道德直接国家化最集中的表达，靠的是《后汉书》《汉书》《史记》的几组记载和几位学者的辨析。

如果将来能证明，那些借经义出罪或入罪的决断，每一件都写明了事实条件、比附根据和处分权限，那么「直接」两个字就要收窄。

如果能证明董仲舒之前，经义已经成批地进入裁判，那么「最集中」这一说也要往前挪。

◆ 放回日子里

设想一个晚上，你在单位里写一份处理意见，要处分一个迟到又顶嘴的同事。领导看了一眼，说：「你写得有理，可我知道他本来是个好孩子，改一改。」这是一个日常的假设，不是史料里的人。你立刻明白了一件事：理由有没有用，要看谁来认。

廷尉府里也是这样。经师有理由，经学生写得出奏文，到了最后，哪些意见能生效，是皇帝和官吏定的。明天你可以试一件小事：下次听见有人说「按道理应该……」，问一句，这个道理由谁认可，换了另一个人，认不认。

带走的话

经义进廷尉府，靠的是经师有理由，更靠官吏肯认；认的人说了算，理由就没被检验过。

小账

条件化了吗：经义里有区分，可是区分有没有写成办案者必须回答的条件，现存材料没有写全。

门向着谁开：经师被问才开口，官吏和皇帝决定哪些意见生效；被处分的人和家内的下位者，在这条路上没有招手的位置。

第 6 章

原心是双向的——病在任意，不在严苛

◆ 一、两个案子：同一个原则，相反的结果

一个儿子听见父亲和人打了起来，冲上去用棍子打对方，却误伤了自己的父亲。只看结果，父亲受了伤，儿子似乎就是「殴父」；把行为放回当时的情境，儿子本是为了救父才出手，伤到父亲并不是他的目的。

董仲舒所引的案语说：「君子原心，赦而不诛。」又说：「甲非律所谓殴父也，不当坐。」这不是拿好心去抵坏结果，而是重新判断：这一行为算不算律文所说的「殴父」，不能脱开行为发生的具体经过。

这个案子显出原心宽厚的一面。法律条文只能用一般的语言，现实里的事却各有各的差别。

如果只把外观相似的动作，机械地套进同一个罪名，就可能把救助误当攻击，把意外误当故意，把受迫的行为误当自由的选择。

原心的吸引力，在于要求裁判者认真弄清行为是怎么发生的，而不是只看最后留下了什么结果。

可是原心并不只通向宽宥。《盐铁论·刑德》把《春秋》治狱概括为：「论心定罪，志善而违于法者免，志恶而合于法者诛。」前半句说，志向善良，即使行为违反法律，也可能免罪；后半句说，志向邪恶，即使行为表面上合乎某种法律评价，仍可能受罚。

两句话把同一种判断方式的两个方向并排摆出来：读出善意，可以减轻或排除责任；读出恶意，也可以把人推向更重的后果。

「志恶而合于法」要谨慎理解。它不必然意味着任何没有外在行为的恶念都能受罚。董仲舒的相关论述还说「本其事而原其志」，又讨论「志邪者不待成」，可见他并非总是完全抛开客观行为。

不过《盐铁论》的概括揭出了一个风险：当心志的道德评价可以独立影响罪责，而什么是善恶、由谁判断、凭什么事实判断，又没有稳定的边界时，法律责任就可能越出人们可以预见的行为标准。

所以本章不把问题简单归结为「宽厚比严苛好」，也不认为判得轻就必然正当。要问的是：一个可以用来避免冤屈的原则，为什么也能成为扩大惩罚的理由？

如果宽恕取决于判官信不信被告有善心，惩罚也取决于判官认不认定被告有恶意，那么两种相反的裁判结果，可能出自同一个制度根源——裁判者手里的读心权，缺少足够的约束。

◆ 二、出人罪的原心：让情境进入裁判

这里的「出人罪」不是泛指徇私放人，而是说：经由对行为情境和行为意向的解释，认定某人不必承担原本看似成立的刑事责任。

误伤父亲案里，董仲舒援引许止进药而致父亲死亡的故事，强调儿子听见父亲争斗，「莫不有怵怅之心，扶伏而救之」，出手不是为了辱骂父亲。论证的关键，是先重建事件发生的过程，再据此解释行为的性质。

这和直接宣告「这个儿子心地善良」并不相同：前者要从事件里找出支持推断的事实，后者可能只凭裁判者对人的总体印象下结论。

养子藏匿案呈现了另一种宽宥。传世材料说，甲没有儿子，收养了路旁的弃儿乙；乙长大后杀了人，向甲说明情况，甲把乙藏了起来。

董仲舒以「父为子隐」为理由，认为甲养育弃儿，使他得以存活，养育的关系已经形成，不能仅因没有血缘就否认父子关系，所以主张甲不应获罪。

原心在这里借伦理关系重建了行为的意义：甲的藏匿，被放进养育、亲子和保护的关系里，而不只被看成帮助犯罪人逃避追究。

可是这个案例也带出了边界问题。如果藏匿的是侵害家庭外部的人，亲情能不能排除公共追究？如果被害人恰恰是家庭成员，亲亲之情还应不应有同样的效力？

不能因为该案展示了亲情的价值，就推论所有亲属藏匿都应免罪。宽宥的理由要和具体行为、被害人的位置、公共利益联系起来，否则「理解家庭」可能变成让家庭关系遮住被害人。

夫死改嫁案把这种方法用到了婚姻伦理上。传世案情大意是：甲的丈夫乘船渡海，遇风船沉，丈夫死了，尸体没能安葬；四个月后，甲的母亲做主，让她改嫁。

依当时的有关规定，丈夫死后未葬而改嫁，可能被按「私为人妻」论处。董仲舒从《春秋》的相关记载里解释「夫死无男，有更嫁之道」，又指出甲听从母亲的安排，并无「淫衍之心」，所以主张甲和主婚的人都不该坐罪。

这个案子里，原心和规范解释交织在一起。董仲舒把丈夫死亡、尸体未葬、母亲主婚、妇女听从尊长、婚姻礼义这些因素放在一起，重新判断「私为人妻」这个法律评价适不适用于该案。

可以把它看成对僵硬规则的实质解释；可「淫衍之心」这类道德化的说法也引出疑问：行为人的内心，究竟通过哪些事实得到证明？

如果没有清楚的判断办法，处境相同的妇女，可能因判官的道德观不同，得到不同的结论。

高汉成指出，董仲舒以春秋经义决狱，实际上是用儒家思想分析案情、解释法律，不是简单地拿经义取代汉律。这个提醒值得接受：不能把所有春秋决狱，都描述成抛开法律、凭道德任意裁断。

不过，承认原心有纠偏的价值，不等于它已经有了稳定的边界。原心出罪至少要回答三件事：哪些客观事实足以支持对情境的重建；行为人的意图和法定构成要件怎样关联；宽宥的理由会不会不当地牺牲被害人或第三人的利益。

◆ 三、入人罪的原心：从行为责任滑向心意惩罚

和出人罪相反，「入人罪」是指：主观评价把一个人推向原本未必成立的罪责，或者让他承担更重的后果。

令人不安的地方在于，一个人的法律地位，不再只取决于他做了什么、造成什么结果、合不合明确的责任条件，还取决于裁判者认为他心里到底藏着什么。

《盐铁论·刑德》说的「志恶而合于法者诛」，是这种风险最简洁的表达。它把「志善而违于法者免」和「志恶而合于法者诛」并列，显示善恶之志可以对法律评价产生逆向的影响。

「合于法」究竟是指行为符合某一法条，还是行为表面符合而实质上有恶意，解释上并非毫无争议。所以不能把这句话机械扩张成「任何恶念都能定罪」。

可它至少表明，在这种论述里，行为的法律外观不是责任判断的最后界线，心志的道德评价可以改变惩罚的方向。

《春秋繁露·精华》有一段相关的话：「春秋之听狱也，必本其事而原其志。志邪者不待成，首恶者罪特重，本直者其论轻。」这段话既强调「本其事」，也强调「原其志」；既有「志邪者不待成」，也有「首恶者罪特重」和「本直者其论轻」的差等判断。

它不能被简化成纯粹的主观主义。问题在于，当「志邪」可以在行为尚未完成时影响罪责，判断的标准就得更清楚：什么样的行为，足以表明志向已经进入可罚的阶段？准备、尝试、参与和完成之间，怎样区分？

「心恶」不是能像伤口、赃物、书信那样直接摆出来的证据。它要通过言行、情境、准备活动、行为过程，以及行为人和他人的关系去推断。现代刑法也要判断故意、目的和动机，可不能仅凭审判者的道德直觉。

如果行为本身不满足犯罪构成，就不能只因裁判者认为他思想恶劣，拿道德评价去顶替缺失的法定要件。

主观因素可以是法定责任的一部分，却不能成为脱离法定行为条件的独立罪源。现代法并不要求裁判者假装不知道行为人的目的，只要求目的必须由合法证据证明，并和法律规定的责任要件发生联系。

恶劣的动机可能说明行为为什么发生，却不能自动证明犯罪已经成立；良好的动机也不能当然抹去已经实施的违法行为。行为、结果、因果关系、主观罪过和法定抗辩，要按各自的法律位置逐项判断。

原心入罪还有一个问题：标准不对称。裁判者可能对某些行为人宽容，认为他「本心良善」；对另一些人严厉，认为他「居心叵测」。没有可以公开检验的事实标准，宽严的差异就会被包装成对人心的准确洞察。

被告很难反驳「你心里其实是恶的」，因为这类判断可以不靠具体的行为证据，也不说明什么事实能够推翻它。裁判理由里用「动机」「本心」「志向」这些词，未必增加判断的理性，反而可能降低可预见性。

◆ 四、病在任意：宽与严为何是同一种病

「任意」不等于每一次判断都错，也不等于裁判者有意徇私。任意的核心，是决定结果缺少足够稳定、公开、能被反驳的标准：同类事实可能仅因判官的伦理理解不同，得到相反的评价，当事人无法合理预见自己会被怎样对待，也难以对决定提出有效的异议。

设想两个案件，被告都在亲属冲突里帮了家人。甲被认为「情有可原」，因为裁判者相信他出于孝心；乙被认为「居心不良」，因为裁判者怀疑他借孝道掩饰私欲。

如果两案的差别落不到行为、情境、证据或法律要件上，主要靠判官对「孝心」的直觉，那么宽宥和严惩就都缺少足够的公共理由。

问题不在甲被宽恕、乙被惩罚哪个结果更好，而在相同的评价权，没有受到相同的约束。

任意的宽，会让法律条件失效：行为人只要被认为动机善良，就可能绕过本来适用的规则。任意的严，会让法律边界失效：行为人即使没有满足法定的责任条件，也可能因被认定心术不正而受罚。

前者把法律变成可以随时豁免的建议，后者把法律变成可以随时扩张的工具。方向相反，都让人不知道规则到底要求什么。

所以，不能只看裁判结果的轻重来断定是否任意。宽判未必不公，严判也未必不公；要看裁判有没有说明事实、规则和推理之间的联系，允不允许当事人提出反证，对相似的案件用不用相似的标准。

一个结论即使看着仁慈，如果只建立在不可质疑的「善心」判断上，仍可能是任意的；一个结论即使严厉，只要责任要件清楚、证据充分、理由可以检验，也不能仅因严厉就叫任意。

任意还会改变人们的行为方式。百姓如果无法预见什么会被解释成恶意，就可能不是按公开的规则安排行为，而是揣摩裁判者的价值偏好，学着表现出「正确的心」。

道德于是从真实的行动理由，变成迎合权力判断的表演。一套本想通过读心发现道德真相的制度，反而可能鼓励人们藏起真实的动机，经营外在的姿态。

本书把问题概括为「病在任意」，不是要抹去宽严的区别。错误地惩罚无辜者，和错误地宽纵有责者，在具体损害上并不相同；受害者、被告人和社会承担的后果也不同。

可在制度层面，两者都可能出自同一个缺陷：权力不必依照公开、稳定、可反驳的标准，说明自己为什么这样决定。所以任意的宽和任意的严，是同一种病的两种症状。

◆ 五、原心并非纯主观

如果把董仲舒的原心直接描述成「只看内心、不看行为」，就会忽略史料本身的复杂，也会把本书的批评建立在过于简单的对象上。

黄源盛研究两汉春秋折狱，提醒我们：原心定罪并非纯粹的主观主义，董仲舒的案件推理仍然重视客观事实、行为阶段和参与者之间的差等。

判断动机，并不必然意味着抛开行为；要辨析的是，主观状态怎样与客观事由结合，以及它在定罪、出罪和量刑中各起什么作用。

《春秋繁露·精华》说「必本其事而原其志」，句首就是「本其事」。「事」与「志」不是可以互相替代的两种材料，而是被放在同一个判断过程里。

「志邪者不待成」，涉及行为尚未完成时怎样评价它的危险；「首恶者罪特重」，涉及共同参与者之间的责任差等；「本直者其论轻」，说明行为人的目的或一贯状态，可能影响责任评价。

至少从这段文字看，董仲舒并不是主张脱离事实，单凭内心的印象决定所有案件。

这个提醒很重要。若把原心完全等同于现代意义上的「思想定罪」，就会漏掉它实际的法律推理结构。黄源盛的研究，把主观与客观的关系、罪同异论的判断标准，以及公羊学里动机论和结果论的冲突放在一起讨论。

接受这一点，不意味着本书要放弃对任意性的批评；相反，它要求批评更准确：问题不是经义裁判从不看事实，而是事实怎样被选择、被解释，以及解释者能不能凭道德判断越过规则的边界。

高汉成关于《春秋决狱与法律解释》的研究，也提出了重要的修正：现存案例不足以证明春秋经义普遍取代了汉律，董仲舒的工作更多是借经义分析案情、解释法律，呈现出从形式解释向实质解释过渡的现象。

这提醒我们，不要把「经义当法用」理解成汉代司法完全没有法律规范，也不要把董仲舒每一次判案都写成随意裁量。本书讨论的，是一种解释权力的风险结构，不是否认古代法律解释有技术性。

本书接受黄源盛的提醒，并把问题再往前推到「由谁读、凭什么读」。第一，读心的人是谁？是依成文规则作判断的官吏，还是有权决定经义含义的解释者？第二，读心的依据是什么？

是证人证言、行为轨迹、行为前后的言行、客观情境这些可被质疑的事实，还是裁判者对善恶的整体印象？第三，读心的结论起什么作用？

是在法定构成要件之内，帮助判断故意、目的和责任程度，还是独立地造出罪名、取消法定的责任条件？第四，当事人能不能质疑这个判断，并提出反证？

从这个角度看，原心的客观面和任意性的批评并不矛盾。一个判断可以从客观事实出发，却因解释权缺少约束而任意；一个判断也可以考察主观动机，却通过明确的要件、证据规则和说理义务而受到限制。

关键不是把「心」从法律里彻底删掉，而是不让心的道德评价，变成无法复核的国家权力的来源。

本书的规范主张是：主观状态应当通过情境和行为证据去重建，并且只能在法定的责任结构里起作用。

若证据显示行为人并无构成要件所要求的故意，或者行为发生在法律认可的正当情境里，主观与客观的结合可以支持出罪；若犯罪已经成立，动机和目的可以在法律允许的范围内影响量刑。

但不能因为裁判者认定行为人「本心恶劣」，就在缺少法定行为条件时入罪；也不能只因行为人自称善意，就无视已被证明的行为和损害。

这不是要把古代司法直接套进现代刑法，而是拿现代法治的可预见性和可反驳性，来检验原心作为国家判断方式的边界。

历史分析要承认董仲舒的解释有它的时代条件，也要承认它对僵硬规则的纠偏意义；制度批评则要再追问，纠偏权由谁掌握，依据什么标准，以及怎样避免从宽的善意变成从严的恶意推断。

◆ 六、任意与裁量，动机与目的

还要把「任意」和「裁量」分开。裁量不是天然有害：法律用语需要解释，证据也需要评价，许多案件无法靠机械运算得出唯一的答案。

裁量受到约束的标志，是裁判者必须说明自己依据哪些事实、采用什么规则、为什么排除别的解释，并允许上诉审查或其他程序纠错。任意则是：裁判者可以不说理由，或者理由无法被事实和规则检验。

所以本书批评的不是司法判断本身，而是把不可验证的善恶判断，变成足以决定个人命运的权力。

同样，不能把「条件化」理解成只要列出几个条件就万事大吉。一个制度即使明文规定「动机恶劣者从重」，仍然要解释什么叫动机恶劣、怎样证明、和哪一种法定责任相关、可以从重到什么程度。

如果这些条件只是换了一套道德词汇，却没有证据标准和适用边界，形式上的条件化仍可能掩盖实质上的任意。

所以原心的改造，不能靠把「善心」「恶心」写进规则，而要把它们转成可证明、可反驳、与责任结构有明确关系的判断。

还要分清「动机」和「目的」。动机通常回答行为人为什么行动，可能包含报复、怜悯、获利、恐惧等复杂的原因；目的更接近行为人希望实现的结果。两者可以相关，却不能互换。

一个人因愤怒而伤人，不等于他没有伤害的故意；一个人声称为家人着想，也不等于他的行为就不违法。裁判者如果把动机的道德好坏，直接顶替对行为要件的判断，就容易把法律责任变成品格审判。

从程序上看，读心权至少要受四项约束。第一，事实约束：对主观状态的推断，要以可采的证据为基础，不能用道德标签代替证明。第二，关联约束：所推断的主观状态，必须和法定要件或法律允许的量刑因素相关。

第三，反驳约束：当事人应有机会质疑推断的链条，提出相反的情境或别的合理解释。第四，说理约束：裁判文书应说明哪些事实支持了何种推断，以及为什么别的解释不足以动摇结论。

这四项约束，不是把人的内心变成可以直接观察的物件，而是承认内心只能经由外在的事实间接认识。

这四项约束也能反过来帮助读历史案例。读每一则春秋决狱，不妨依次问：案情里有哪些客观事实？董仲舒从哪些事实推断行为人的志向？经义给这些事实提供了怎样的解释框架？

最后的结论，是在解释既有法条，还是改变了责任的范围？如果史料没有告诉我们某个环节，就把它列为未知，不替古人补上一套现代程序。

历史研究的严谨，既要避免把古代裁判简单妖魔化，也不能因为结论宽厚，就跳过对权力来源的追问。

还有一个容易忽略的区别：宽严不对称，不等于两种错误在道德上完全相同。错误入罪，会直接剥夺自由、名誉甚至生命；错误出罪，则可能让受害人得不到回应，使公共保护失效。

本章说两者是「同一种病」，指的是它们可能共享一个制度病因——决定权没有被可以公开检验的标准约束；不是说它们造成的伤害相同，也不是说制度应当在宽与严之间取一个简单的中间值。

恰恰相反，正因为后果不同，制度更要把定罪、出罪、量刑分别说明理由，免得用笼统的「情理」掩盖不同的问题。

把原心的双向效力放回两条轴的框架里，结论就更清楚了：条件化不足，主观判断容易变成任意；限制化不足，解释者的道德评价容易直接转成国家强制。两者可以分别发生，也可能互相加强。

裁判者即使诚心相信自己在主持公道，只要善恶判断没有明确的证据、规则关联和程序约束，宽宥可能变成特权，严惩也可能变成压迫。

评价一种司法方法，不能只问它偶尔救过谁，还要问它允许权力在什么条件下惩罚谁。

◆ 七、任意的宽，和任意的严

原心并非全无价值。它提醒裁判者，人的行动发生在具体的情境里，法律评价不该把救助误当攻击，也不该把意外和故意混为一谈。

误伤父亲案、养子藏匿案和夫死改嫁案，都显示了经义解释想让事实背景、行为目的和伦理关系进入裁判的努力。对这些案件，只讲「越过法律」失之简单；只讲「司法温情」，又会忽略潜在的权力问题。

分界在于：原心究竟是帮助理解法定行为，还是替代法定行为；究竟是根据证据重建具体情境，还是断言一个人本质上是善是恶；究竟是为出罪和量刑提供理由，还是让道德判断直接造出罪责。这些界线不清，宽宥和惩罚就都可能落入任意。

所以，本书既不主张把人的内心排除在法律之外，也不主张让判官自由地以心定罪。我们需要的是一种受到限制的原心：从行为和情境里重建主观状态，说明它和法律要件的联系，允许当事人反驳，并让最终的结论接受公开理由的检验。

原心可以救人，但不能因为它曾经救过人，就忽略它也可能伤人。

◆ 本章会在哪里错

本章说原心的病在任意，靠的是《盐铁论》《春秋繁露》的两段话和传世的三个案子。如果有材料表明，这些案子的判断每一步都写明了事实依据、与法定要件的关联和反驳的机会，那么「任意」这个判语就要收窄。

三个案子的案情只据传世材料大意转述，没有、也不能由此补出汉代当时的程序。

◆ 放回日子里

设想一个晚上，邻居家的孩子把你家的玻璃打碎了。他说：「我是想把球踢给弟弟。」你看着他的脸，信了，说算了。第二天另一个孩子也打碎了一块，同样说是不小心，你却觉得他在撒谎，要他赔。这是一个日常的假设，不是判例。

两件事的差别，是玻璃，还是你心里的那杆秤？你说得清吗？换成法庭，被告能不能问一句：「你凭什么信他、不信我？」明天你可以试一件小事：下次你要说「我看他是好心」或者「我看他是故意的」，先说出你看到的两件事实，再说你的结论。

◆ 本章出处与核验状态

1. 《太平御览》卷六四〇，宋李昉等奉敕撰，四部丛刊本「决狱」条，收董仲舒误伤父案及夫死改嫁案。在线影印文本：https://zh.wikisource.org/zh-hans/太平御览_(四部丛刊本)/卷之六百四十 。正式出版时应据实际采用的影印本补齐页码。

2. 《盐铁论》卷十《刑德第五十五》：「春秋之治狱，论心定罪，志善而违于法者免，志恶而合于法者诛。」本章按通行点校文本引用；正式付梓前需依选定版本统一卷次、页码。

3. 《春秋繁露·精华》：「春秋之听狱也，必本其事而原其志。志邪者不待成，首恶者罪特重，本直者其论轻。」本章据通行文本引述；版本页码待最终选定版本后统一核销。

4. 高汉成：《春秋决狱与法律解释——以董仲舒春秋决狱案例为中心的考察》，《厦门大学学报（哲学社会科学版）》2022 年第 5 期，第126—139 页。期刊页面：https://xmds.cbpt.cnki.net/portal/journal/portal/client/paper/f8399f46430534a51b3076f5370477a9 。

5. 黄源盛：《主觀與客觀之間——兩漢春秋折獄「原心定罪」的刑法理論》，中央研究院法律史研究资料公开稿：https://leghist.project.sinica.edu.tw/word/notehuang.pdf 。本文使用其关于主客观结合、行为阶段及罪同异论的论述；引用页码须依正式刊本再核。

6. 《后汉书》卷四十八《应劭传》记董仲舒老病致仕、廷尉张汤问议及《春秋决狱》二百三十二事。此为后出史籍记载，正文不把它当作董仲舒著作原貌的直接证明。

带 走 的 话

任意的宽，和任意的严，是同一种病：病根不在轻重，在读心的权没有被拴住。

小 账

条件化了吗：「志善」「志邪」没有写成要拿什么事实去证、证到什么程度，条件没立起来。

门向着谁开：读心的权在判官手里，被告想反驳「你心里是恶的」，没有一道能叫开的门。

第 7 章

心不是起点——读心权从法条到经义解释者

◆ 一、两位判官

一个儿子听见父亲与人争斗，急忙拿起棍子冲上去，结果误伤了父亲。这件事交给两位判官，会走出两条路。

第一位判官先问：「他心里究竟是善是恶？」在他眼里，案子是一次对内心品格的鉴定。认定儿子孝顺、心善，就倾向赦免；怀疑他借救父之名泄愤，就可能作出相反的评价。

第二位判官先问：「当时发生了什么？」他看见了什么，听见了什么，为什么拿起棍子，棍子原本要打谁，误伤是怎样发生的，哪些事实能支持他的说法，哪些能推翻。第二位判官并没有假装心不存在。

他只是不肯把心当成一件脱离事件、伸手就能拿到的现成东西。

这两位是分析用的理想类型，不是说历史上真有这两个人。他们帮我们分开两种读心的办法。第一种是「断言其心」：先认定行为人有某种善恶本质，再拿这个结论去解释行为。

第二种是「重建其心的发生」：从行为前后的情境、行动的先后、言语和客观结果出发，推断他的意图是怎样在这件事里形成的。前者容易把判断者自己的道德评价当成事实。后者要求每走一步都说得出依据。

误伤父案正好用来试这个区别。传世案语说「君子原心，赦而不诛」，又说「甲非律所谓殴父也，不当坐」。如果只读成「儿子是孝子，所以赦免」，案子就成了对人格的夸奖。

可是案语还在问另一件事：这个行为算不算律文所说的「殴父」。这一问牵到行为的对象、目的、情境和法律分类。

更说得通的读法，是把它看成对事件经过的重建：儿子为什么出手，出手时面对什么危险，结果为什么偏离了他要打的人，这种偏离够不够改变法律上的评价。

第一位判官的危险，不在他关心道德，而在他可能把道德判断当成不必证明的起点。认定某人「本性孝顺」，就可能看不见他行为里的实际危险。认定某人「天性奸恶」，又可能把一个模糊的举动读成恶意。

第二位判官的好处，也不在他能准确还原人心，而在他承认人心不能直接端出来，只能从证据和情境里推。这种推断可能错，所以必须允许争辩和修正。

本章题目说「心不是起点」，并不是说人没有内心，也不是说意图不重要。它反对的是一种司法认识论：先假定心里已经摆着一个固定的善恶本质，再把裁判理解成把它揭出来。

真实生活里的动机往往是混的，也会变，要看情境。一个人可以既想护住父亲，又在气头上失了手。他可以既惦记家人，又用了违法的办法。

判官若只能在「纯善」和「纯恶」之间挑一个，真实的行为就被压成了标签。

所以两位判官的差别，说到底是权力和证明的差别。第一位把读心当成裁判者的特殊本领。第二位把读心当成必须受证据、规则和反驳约束的推断活儿。前者让当事人的命运取决于裁判者怎么看他这个人。

后者让当事人至少知道，是哪些事实引出了怎样的法律判断。

◆ 二、读心权怎么转了手

秦律并不是不讲人的心态。睡虎地秦简《法律答问》等材料里，能看到对「端／不端」、故意与非故意、行为人身份、赃值、行为阶段这些因素的细致区分。

它们未必等于现代刑法的主观构成要件理论，但至少说明，秦代的法律已经想把一部分与行为人认识、意向有关的因素写进规范。官吏办案时，要把具体事实对到既有的条文或法律问答所给的区分上。

这种做法可以叫「把心态条件化」：法律先规定哪种主观状态跟哪种行为、结果连着，再由裁判者看案子满不满足这些条件。条件化消不掉所有解释的余地，却能让争议围着比较明确的问题展开。

行为人知不知道某件事实，有没有意去做，是不是已经走到某个行为阶段，都能成为举证和反驳的对象。裁判者不能只说「我觉得他心恶」，得说明这个心态判断是怎样从事实里得出来的，又为什么与规则相关。

春秋决狱带来的变化，不是所有案子一夜之间从法条转向纯粹读心，而是经典解释者坐上了更要紧的判断位置。董仲舒用《春秋》经义断案，把行为放进亲亲、尊尊、名分、礼义这些伦理框架里看。

原来由律文或律文解释决定的一些问题，开始可能由经义来重新界定。判断者不只问行为合不合哪一条规则，还问这个行为在伦理关系里该被理解成什么，合不合经义认可的动机和名分。

要紧的是读心权的配置变了。法律条文当然也要解释，秦律的条件化也不等于裁判者毫无裁量。

可是，当经义解释者能凭对经典的理解，决定一个行为到底是孝、义、忠、淫还是不孝，法律责任就可能更多地靠解释者对伦理意义的判断。

经典不再只是背景知识，而可能成为改变案件定性、责任轻重，乃至出罪入罪的理由。

这种变化不一定不正当。成文法不可能把所有情境预先穷尽，实质解释有时能避开形式规则造成的明显不公。问题在于，经义解释有没有受到与法条解释相当的条件和边界约束。经典里的伦理标准是多义的。

解释者若不必说明它与具体行为事实、法定责任条件有什么关系，经义就可能放大裁判者的读心权。它既可能纠正条文过僵的结果，也可能让相同的案子因解释者不同而判得不同。

所以本书说读心权「从法条到经义解释者」，不是一刀切开朝代的断裂论，而是一个要逐案检验的机制假说。要比的有三处：秦律材料里，心态怎样被表述，连着什么法律后果。

春秋决狱材料里，经义怎样重述事实，哪种伦理判断改变了法律评价。两种解释打架时，最后决定出罪入罪的理由是什么。这样比下来，才不会把「秦只看条文、汉只看人心」写成一个没有证据的二分。

从读心权看，最要紧的不是经典有没有进入司法，而是进来以后，谁拿到了定义善恶的权力，这项权力能不能被公开检验。如果经义只是帮着认清行为事实的解释材料，并受法定边界约束，它可能让裁判更贴合情境。

如果经义能独立改变责任范围，又没有明确的条件和程序拦着，它就可能成为道德直接国家化的通道。

◆ 三、先认定，再解释：发心论的三个坑

本章把「发心论」当作一个分析用的概念，指一种判断方式：把心当成先在的、固定的、能直接揭示出来的实体。这不是说古代思想家都用这个词，也不是说董仲舒的每个案子都属于这一类。

借这个概念，是为了认出一种推理的结构：判官先给行为人贴上一张内在的善恶标签，再用标签解释行为，最后拿这个解释撑住裁判结论。

这种推理看起来很自然。日常生活里，人们常说某人「心善」「心坏」「动机不纯」，好像内心是藏在身体里等人发现的固定物件。可是一进司法，事情就不同了。日常评价可以靠经验、关系和直觉。

国家的处分却可能碰到人的自由、名誉、财产和性命。裁判者不能凭自己对一个人的整体印象，就认定某个具体行为有法定的故意、目的或恶意。

第一个坑，是把结果倒推成动机。某人造成了严重损害，裁判者就认为他必定心怀恶意。某人结果上救了人，裁判者就认为他必定出于善心。

可是同一个结果，可以由不同的经过造成：损害可能出于故意、过失、认错人、紧急处置或没料到的意外。救人的人也可能同时带着愤怒、冲动或自利的念头。

结果是判断意图的重要材料，却不能自动替代对经过的分析。

第二个坑，是把身份倒推成动机。因为行为人是儿子，就推定他一定孝顺。因为他是养子，就推定亲子关系必有某种伦理意义。因为妇女听从母亲的安排，就推定她自己没有意愿。

身份和关系能当理解情境的背景，却不能直接决定具体的心态。家庭内部也有冲突、依赖、恐惧、利益和强制。裁判者若拿伦理身份顶替个案事实，就可能看不见真实的权力关系，尤其看不见处在弱势位置的人。

第三个坑，是把经义解释当成心态的证据。经典可以提供一套讲孝、义、忠、名分的规范语言，可是规范只告诉我们「应当怎样」，并不自动证明某个人「实际怎样想」。

从「孝子应救父」推不出这个儿子当时确实是为了救父。从「妻应守节」也推不出某位妇女改嫁就一定存了淫邪的心。规范评价和事实认定是两步，不能让前一步悄悄顶了后一步。

发心论还会绕成一个圈：判官先认定行为人心恶，所以把他的行为解释成恶。行为既被解释成恶，反过来又证明他心恶。

要打破这个圈，得把可观察的事实、解释的假设、法律的结论分开写清楚：哪些事实已经证明，哪些只是推断。推断靠什么经验前提。有没有同样说得通的别种解释。即便推断成立，它对法定要件又有什么意义。

所以本书批评的不是道德判断本身，而是道德判断在司法里越过了它的证据位置。判官可以谈一个行为值不值得赞许，可以在法定范围内考虑动机，也可以解释法律用到的评价性概念。

他不能把「我认为他是善人／恶人」当成对具体事实的证明。司法要判断的是这一个行为，不是给一个人的灵魂下总判决。

◆ 四、心是在事情里合成的

不把心当现成的起点，行为人的心该怎样理解？拙著《心的发生学导论》（德麦国际第 354 号）提出过一种读法：心不是脱离现实事件、独自待着的一颗固定内核，而是在理念的我、现实的我与自我的我相互作用里，在具体事情的纠缠中形成并显露的。

它的用处，是提醒研究者别把行为人的意图当成不必解释的起点。

「理念的我」，是行为人认为什么是应当的，自己应当成为什么样的人。「现实的我」，是他实际面对的环境、资源、风险、身体状态和别人的行动。

「自我的我」，是他在具体处境中怎样认领、调整或拒绝前两者之间的拉扯。这不是把人心切成三个独立的器官，只是把行动中不同的力量分开来看。

一个儿子可能相信救父是义务，同时看见父亲正挨打，又在惊恐和愤怒里仓促出手。他那一刻的具体意图，就是在这些力量互相作用时形成的。

照这个读法，误伤父案就不该只写成「孝心战胜了法律」的故事。更准确的做法，是把事件的先后重建出来：父亲在跟谁争斗，冲突发展到了什么程度。儿子几时到场，看到或听到了什么。

他为什么选了棍子，原本要打的是谁。伤到父亲发生在哪个动作环节。他有没有机会认出并避开这个结果。这些事实摆得越具体，才越能判断他的行为是救助、报复、故意攻击，还是紧急中的一次误伤。

这样重建，并不是说能完全走进别人的内心。司法认识是间接的：我们靠外在的证据推断主观状态，推断总有不确定。承认这一点，反倒能防止裁判者把推断装成直接看见。

判决理由可以写「根据其先前言语、现场位置、行动顺序与事后表现，可以推断其当时意图是制止攻击」，不必轻易写「其内心本来纯善」。前一种写法，把推断的链条摆在检验之下。后一种写法，把结论包成了对人格本质的洞察。

「心在事情里合成」还意味着，动机可能不止一个。一个人可以同时想救亲属、惩罚对方、护住自己的脸面，行动当中目标也会变。

法律不必把所有复杂心理都还原成唯一的道德本质，只需认出哪些主观事实与某个法定要件相关。法律若只问「心善还是心恶」，复杂的动机就被逼成一张标签。

法律若问「哪种主观状态与哪项行为要件相连」，就能在承认复杂的同时，守住判断的边界。

这种办法与刑法里「主观见之于客观」的思路相邻：意图不是悬在行为之外的，要从行为、情境和证据里认出来。可是两者不能画等号。

拙著的「心的发生学」更强调，行动的意图是在理念、现实处境和自我理解的交互中形成的。刑法理论则要依具体的犯罪构成，确定哪些主观要素有法律意义。

前者给我们一个理解行为的分析视角，替代不了法条和证明标准。

重建心的发生，还要提防事后偏见。事情发生以后，裁判者已经知道结果，容易把结果看成早就注定，再倒推行为人的意图。要避开这一点，得尽量退回到行为发生时的信息条件：行为人当时知道什么，不知道什么。

当时有哪些现实的选择。他有没有时间反应。哪些后果在当时可以合理预见。事后才出现的信息，不能直接拿来证明他当时已经有某种目的。

重建也不是替被告编一个更好听的故事。有利的证据和不利的证据要一起验。行为人说自己是救父，可他先前的言语显出明确的报复意思，或者他打的对象与救助的目的明显对不上，这些事实就得算进来。

发生学的办法不是预设人人善良，而是反对在分析事实之前就先把人判成善或恶。它要求裁判者把几种互相竞争的解释摆出来，说明为什么采纳其中一种，不把结论当直觉用。

◆ 五、情境—经过—显露：原心可以这样救回来

原心的毛病若是读心权缺了约束，出路就不是把心从司法里整个删掉，而是改变读心的方式和位置。本书的办法是：不把心当先在的善恶实体，不凭道德标签直接入罪。

要从具体事情里重建行为人的主观状态，并且只让这种重建在法定的责任结构里起作用。原心可以帮着理解情境，排除不该成立的责任，也可以在法律许可的范围内影响量刑。它不能顶替法定的犯罪构成。

这个办法分三步，本书后面各章都按这三步读：情境、经过、显露。

第一步是情境。裁判者要弄明白事件前后的环境、行为人当时掌握的信息、他与别人的关系、危险有多紧迫、他能挑的行动有哪些。情境不是装饰用的背景，是理解行为意义的必要条件。

同一个动作，放在救助、报复、认错人或被逼的情境里，意义各不相同。可是这些差别要靠证据撑着，不能只凭伦理身份去推定。

第二步是经过。裁判者要把行动拆成能检验的过程：行为人先做了什么，接着发生了什么，哪些因素改变了他的行动，结果是怎样出现的。

这样就不会只凭最后的损害倒推最初的意图，也能分清准备、实行、停止、结果发生这些不同的阶段。经过越清楚，关于主观状态的推断越经得起质疑和复核。

第三步是显露。心在行为里显露，不是说行为能把内心照得透明，而是说言语、行动、选择、回避、持续的程度和事后的反应，都可以当推断的材料。每一项材料的证明力都有限，要放进整体情境里比较。

裁判者要把推断的链条说出来，也要交代反向的证据和说得通的别种解释。沉默不能一概读成心虚，事后补救也不能自动当成善意。任何单独一个迹象，都不应不经分析就决定结论。

三步最后服务于一个限制：原心可以往宽处发挥，不能独自往严处创造罪责。这里说的「只用于出罪与量刑」，不是说主观要素不能用来判断法定故意。

法定故意本来就是犯罪构成的一部分，证明故意可能决定某项犯罪成不成立。本书反对的，是脱开法定构成，单凭道德化的恶意判断就入罪。

这两件事必须分开，否则「原心只往宽处用」就会与现代刑法认定故意的正常工作撞在一起。

比方说，法律要求某罪有特定的故意，控方就仍要依法证明这个要件。证据不足时，不能拿「他看起来心术不正」去填补证明的缺口。

反过来，行为和法定故意都已证明，行为人说自己有孝心，也不能因此当然排除责任。主观状态可以在法定的位置上起作用，却不能游离在法定位置之外。

这样分，本书的规范主张既留住了对内心的理解，又不让内心变成任意的罪源。

读心权还需要程序的保障，共四条。第一，事实约束：推断要建在可采的证据上，不能拿道德标签代替证明。第二，关联约束：主观状态必须与法定要件，或法律许可的量刑因素相关。

第三，反驳约束：当事人有机会质疑推断的链条，提出相反的情境和别的解释。第四，说理约束：裁判文书要说明哪些事实支持哪种推断，又为什么别的解释动摇不了结论。

这四条并没有让内心变成可以直接观察的东西，只是承认内心只能经外在事实间接认识。

用这套办法重读春秋决狱的传世案例，可以逐案问：案情里有哪些客观事实？董仲舒从哪些事实推断了行为人的志向？经义为这些事实提供了怎样的解释框架？

最后的结论，是在解释既有的法条，还是改变了责任的范围？史料没有告诉我们的环节，就列为未知，不替古人补一套现代程序。

研究历史，既要避免把古代裁判简单妖魔化，也不能因为结论宽厚，就跳过对权力来源的追问。

还得区分「解释者的权力」和「解释本身对不对」。一个解释者可能给出正确的情境判断。可是制度若不要求他公开依据、回应反证，这份正确就很难与个人直觉分开。

反过来，一个受程序约束的解释也可能出错，却至少留下一条可以检查、可以纠正的理由链。法治保证不了每次判断都对。

它能做的，是少给「只凭某个人的确信就成立的决定」留机会，并给错误留一条被发现、被纠正的路。

经义解释者的权力，还受好几层结构影响：经典文本本身是多义的，注释的传统会挑出其中某些意思，官署的做法又可能偏向能解决眼前案子的解释，最终的决定者则可能按治理的需要采纳或拒绝意见。

所以不能把经义直接等同于某一条固定的「儒家规则」。更准确的研究对象，是经义从文本、注释、官吏意见到裁判决定的传递链条。每一环都可能添上限制，也可能放大裁量。

具体到哪个案子里到底发生了什么，只有具体材料才说得清。

◆ 六、读心权在两条轴上的位置

前面几章讲了两条轴。一条问条件，一条问边界。读心权正好站在两条轴交会的地方，是把它们接在一起的枢纽。

先看条件这条轴。读心权若要凭「心」决定出罪入罪，却不必说明心要满足什么条件，案子就缺了条件化。心善还是心恶，谁来认定，凭什么认定，到

哪里为止，这些都没有写明，所以判官的手就松了。这是任意：同样的行为，因解释者不同，结果不同。

再看边界这条轴。读心权若握在经义解释者手里，经义里的孝、悌、尊长就能顺着「心」这个口子，直接变成国家的强制。家里的伦理评价，没有经过任何一道边界审查，就取得了国家刑罚的力量。

这是家国不分：家的道理不用先过关，就能叫国家的手动起来。

这两件事出在同一个地方，却是两件事。缺条件，所以任意。不经边界审查，所以家伦理直接取得国家强制。本书不把它们写成前因后果。读心权只是让两个缺口同时开在了一处，所以春秋决狱位于两条轴的交点上。

◆ 本章会在哪里错

本章的「心的发生学」是本书采用的分析框架，不是心理学、哲学或刑法学的共同结论。「读心权转移」是一个机制假说，不是已由少数案例证明的历史定律。

如果系统编码后发现，许多春秋决狱案件仍严格依既有律条处理，或者经义只用来解释模糊概念、没有改变责任范围，本章就要收窄主张。

反过来，如果案例显示经义判断一再改变法定条件、以伦理评价直接决定出罪入罪，这个判断才站得更稳。

还要注意，「法条中的心」与「经义中的心」不能对立得太整齐：成文规则也有模糊概念，经义解释也可能依赖客观事实。

真正可比的，是主观要素有没有预先写入规则，判断要素是否足够明确，事实与结论之间有没有可追踪的推理，解释者是否必须回应反证，这个判断能不能在复核中被纠正。

◆ 放回日子里

设想一个晚上，老周接到学校的电话，说他上初中的儿子把同桌推倒了，同桌磕破了额头。老周在饭桌上看着儿子，心里已经有了一句话：这孩子心狠。

他可以就这么说出口，这是第一位判官。他也可以先摆三样东西。情境：两个孩子当时在哪儿，旁边有谁，之前吵过什么。经过：谁先动的手，推之前说了什么，推完以后做了什么。

显露：孩子事后是跑开了，还是去扶，是不吭声，还是说了「他先抢我的本子」。这些摆出来，孩子的话才有地方对，老周的判断才有地方错，也有地方改。

读心权在谁手里，这一晚就看得见。老周要是只凭一句「心狠」，孩子连辩解的地方都没有。明天你在家里或单位里要评一个人的「心」之前，不妨先试试这三样。

◆ 本章出处与核验状态

1. 《太平御览》卷六四〇，误伤父案。正文所引「君子原心，赦而不诛」「甲非律所谓殴父也，不当坐」，正式出版前须按最终选定的影印版本核销页码与字形。

2. 睡虎地秦墓竹简整理本：《法律答问》及相关秦律材料。关于秦律将身份、行为阶段及主观状态纳入具体判断的概括，须与所采用整理本的简号、原印页码逐项对应。

3. 《春秋繁露·精华》：「春秋之听狱也，必本其事而原其志。志邪者不待成，首恶者罪特重，本直者其论轻。」本章据通行文本讨论，正式出版前需按统一版本核销卷篇和页码。

4. 《盐铁论·刑德》：「春秋之治狱，论心定罪，志善而违于法者免，志恶而合于法者诛。」正式出版前须依最终采用的点校本补齐版本与页码。

5. 高汉成：《春秋决狱与法律解释——以董仲舒春秋决狱案例为中心的考察》，《厦门大学学报（哲学社会科学版）》2022 年第 5 期，第 126—139 页。期刊页面：https://xmds.cbpt.cnki.net/portal/journal/portal/client/paper/f8399f46430534a51b3076f5370477a9 。

6. 黄源盛关于两汉春秋折狱、主观与客观关系及原心定罪的研究。引用前应以正式刊本核实完整题名、刊物、卷期及页码；未直接核销的页码不作确定标注。

7. 安斯康姆：《意图》（Intention）。本章仅将其作为意图哲学的邻近研究方向，不直接归属未经核对的具体页码或原文引句。

8. Anthony Duff, Intention, Agency and Criminal Liability. 本章仅用作意图、行动与刑事责任关系的比较文献线索；正式注释须核版本、出版信息及具体页码。

9. 拙著《心的发生学导论》（德麦国际第 354 号）。本章关于「理念的我、现实的我、自我的我」及心在事件中形成的说法，取自此书，出版前按定稿本核对版本与页码。

带走的话

心不是读出来的，是从事情里重建出来的；重建要过情境、经过、显露三步，每一步都得让人驳得回来。

> 小账
>
> 条件化了吗：秦律把一部分心态写成了条件，春秋决狱凭「心」入罪时，心要满足什么条件，案语里未见写明。
>
> 门向着谁开：读心权握在经义解释者手里，被判的人没有一扇能叫开、用来质问那条推断链的门；案语里未见这样的程序。

第 8 章

经义无边，也约束君权

◆ 一、经师谏刑：经典也能拦住君主

想象一位经师站在殿上，手里捧着经，要君主收回一道杀人的命令。这样的画面，在古代史籍里不算陌生。

谈《春秋决狱》，容易把经义看成一条只从家庭通向国家的路：孝、悌、尊长这些伦理进了司法，家庭关系因此取得国家的强制力。可是汉代的经学和政治实践不只有这一面。

经典也可以被经师拿来劝阻君主，要求最高权力不能随意行刑。只看经义怎样加强家伦理，就会漏掉它作为政治规范、限制君权的另一种可能。

本章要问的，不是抽象地说「儒家限制君权」，而是：经义到底以什么方式成了约束？经师能不能援引经典，指出君主的行为违反了更高的义理？这种意见能不能改变具体的处分？

君主必不必回应，有没有稳定的程序，经师的解释有没有独立的效力？这些问题分开问，才能判断经义限君究竟是道德劝谏、政治上的约束，还是一道有一定制度效果的权力边界。

古代史籍保存了不少经师援引经典、礼义或先王之法劝止刑杀的叙事。它们的价值在于显示：君主的意志并非在思想上毫无约束，臣下可以用经典提出反对的理由。

可是，劝谏能提出理由，不等于君主在制度上非接受不可。某次劝谏成功，也不等于形成了每案都能启动的稳定救济。读这类史料要分两层：先说文本记了什么，再分析它能撑起多强的制度结论。

本书承认经义确有「限君」的一面，但在核实原文和事件背景之前，不把某个流传的故事写成确凿的司法审查先例。

现代意义上的司法审查，通常是有权机构依相对明确的规范审查国家行为，并产生制度化的法律后果。古代经师谏刑则可能靠个人声望、君主的态度和政治时机。两者可以比功能，不能直接等同。

所以本章的第一件事，是把「经义约束君权」拆成三层。第一层是规范：经典提供了批评君主行为的标准。第二层是政治：臣下能用这些标准向君主提出异议。

第三层是制度：这种异议有没有稳定、可重复、不完全靠君主个人接受的效力。前两层可以存在，第三层仍然薄弱。

◆ 二、孙磊的观点：经义限君，近不近于司法审查

孙磊《宪制视角下的「春秋决狱」》主张从宪制的角度重新理解经义决事，关注经义怎样成为衡量君主与国家行为的规范资源。

这项研究的意义，在于它不把春秋决狱只看成法律儒家化或伦理入法，而进一步追问：经典是否也能限制权力，能不能在君主意志与法律秩序之间提供一把判断的尺子。这个问题值得认真对待。

它提醒我们，经典进入政治与司法以后，效果未必只有扩张国家权力这一种。

用最有力的方式理解这个观点，经义的约束作用可以表现在三处：君主不能只凭自己的意志宣告自己正当，臣下可以援引超出个别命令的义理，要他说明理由。

经义可以成为谏诤的共同语言，让反对滥刑不再只是个人好恶。在某些历史场景里，援经的意见确实可能让君主改变原来的决定。这样看，经义并非单纯替君权服务，也可能成为批评君权的资源。

可是「功能相似」和「制度相同」要分开。现代司法审查通常建在特定的规范、权限配置和程序上。古代的经义约束，则可能靠经典解释者的政治地位、君主愿不愿纳谏、朝廷的派系关系，以及个案的政治风险。

君主若可以挑选接受哪一种经义解释，也可以在另一个案子里采用另一种，那么经义虽然提供了约束的语言，却未必形成稳定、对称、能由权利主体启动的制度边界。

因此本章不否认经义有约束君权的效果，只把「近似司法审查」限定为功能上的比较：两者都可能拿高于个别权力命令的规范理由，来评价权力的行为。这种相似，不能直接证明古代有现代意义的司法审查制度。

要往前走，还得核对具体史事里的规范来源、提出异议者的身份、君主有没有改变决定、结果能不能重复，以及别的人能不能依同一条规范得到保护。

这个区分也连着全书的两条轴。第一条轴问责任的条件是否明确，第二条轴问国家与家庭之间有没有对称的边界。经义即使能在「君与法」之间立起一道限制，也推不出它在「国与家」之间立起了双向的保障。

约束君主和保护家庭成员是两个不同的对象，不能拿前者的存在去顶替后者的证明。

◆ 三、一道「国与君」的边界，落在限制化这条轴上

承认经义能约束君权以后，还要问这道边界划在哪里。臣下援引经典，指出君主的某项命令违背仁义或先王之法，直接牵到的是君主能不能任意用权。

这可以概括成「国与君」的边界：国家的权力并不等于君主个人的一时意志，君主的行为也可以受更高规范的评价。

本书的两道工序里，这一道属于第二道，限制化，也就是给国家的手划边界。经义限君，是限制化在思想上的一份资源。它说得出君主不该做什么，却还没有变成制度。

所以本章不把它当成第三条边界，只把它放在限制化这条轴上看：思想上有，制度上薄。

这道边界有思想上的意义。它意味着政治的正当性不完全来自下命令的人的身份。君主就算身居最高位，也可能被指为不仁、不义、不合先王之道。经典因此提供了一套评价权力的公共语言。

经师并非只能替权力作解释，也可能借解释经典来批评权力。把这一面完全忽略，就会把传统思想简化成单向服从的学说，没法解释谏诤、争论，也没法解释对暴政的道德批评。

可是思想上的限制和制度上的限制不是一回事。思想上的限制，是君主的行为可以被评价为不义。制度上的限制，要求这种评价能经相对稳定的程序，化成实际的后果。

比方说，有没有固定的机关负责审查，有没有必须说明理由的规则，受影响的人能不能自己启动程序，有没有不全靠君主意愿的纠正机制。

缺了这些条件，经典仍然可以有很强的道德权威，却不一定能在每一次具体决定里拦住国家的强制。

更要紧的是，「国与君」的边界不等于「国与家」的边界。君主可能受某种经义原则约束，国家却仍可能要求家庭承担告奸、连坐、赋役或别的公共任务。

国家也可能借经义，把孝、悌、尊长这些家庭伦理变成有强制力的法律义务。也就是说，君主的某些行为受到限制，并不自动意味着家庭成员有了一块不受国家和家长双重支配的地位。

所以本书对经义限君的判断是有限的：经义可能提供约束权力的规范资源，但这份资源未必解决家庭成员的具体权利与救济。这不是说古代已建起完整的现代法治。边界问题有不同的对象，一处有限制，不能推出所有关系都受同样的保障。

◆ 四、这道边界本身也可能任意

经义可以约束君主，也可以被君主或官吏拿来证明某项处分正当。同一部经典包含多种命题，解释者可以挑不同的篇章、不同的注释、不同的义例。政治权力又可能决定哪种解释进入最终的决定。

所以，经义既可能成为限制权力的理由，也可能成为权力的语言。效果不由「经典」两个字自动决定，要看谁解释、怎样解释、解释能不能被质疑，以及最后谁来决定用哪一种。

一位经师以经典劝止滥刑，君主接受了，说明经义在这个案子里起了约束的作用。可是另一位官员援引同一个传统，为严厉的惩罚或维护等级的秩序提供理由，也不能说他因此离开了经义的世界。

两种解释可能都用礼义的语言，指向的政治结果却不同。缺少稳定的解释规则和可复核的程序，经典的多义既是思想的资源，也会成为权力挑选的空间。

这并不是说经义必然任意，更不是说所有经师都只替权力服务。要下判断，得回到具体的史料：经师引了哪一段经文，走的是什么解释路径，有没有回应相反的意见。

君主接不接受，接受以后实际处置有没有变，类似的案子有没有出现相同的规则。逐案分析下来，才分得出经典作为批评权力的资源，和经典作为权力正当化语言，是两种不同的用法。

这里还要防一种反向的简化：不能因为经典解释可以被权力利用，就否认它在历史上真起过约束作用。许多制度规范都可能被选择性地执行，但那不代表它们毫无约束力。

关键在约束有多强：在不利于权力的场合是否同样适用，能不能保护没有政治地位的人，会不会因君主换人或解释者不同就整个失效。这些问题，正是用来检验经义限君的比较框架要追问的内容。

经义的任意性也连着读心权的问题。裁判者若能把伦理意义直接转成对行为人心志的判断，解释经典的权力就可能变成解释人的权力。

一个行为到底是孝、悌、忠、义，还是不孝、悖逆、奸邪，未必只由行为的外观决定。这些评价若进一步决定入罪、免罪或加重处罚，经典的解释者就不只在解释规范，也在决定哪些内心状态要承担国家强制的后果。

这项权力若没有条件化，也没有限制化，就可能在限制君主的同时，扩大国家对个人的道德审判。

◆ 五、国与家之间仍然没有对称的边界

先给「经义约束君权」加一条证据边界。史料里出现经师引经据典、反对严刑或劝君主宽恕，能证明经典曾被用作政治劝谏的资源。可是仅凭一次劝谏被采纳，证明不了经义形成了不靠君主意愿的稳定制度。

要判断约束有多强，还得追问：谁有权提出异议，君主拒绝时有没有程序上的后果，受影响的人能不能主动启动救济，类似的案子适用的是不是同一个标准。

这些材料缺着的时候，结论只能停在「存在规范性的制约资源」，不能直接写成「形成了制度性的司法审查」。

现代司法审查通常依靠宪法或别的上位规范、法定的权限、诉讼程序和有拘束力的裁判。古代经义谏刑的权威来源、启动方式和实际效果都不一样。

两者可以在「权力是否受规范约束」这个问题上比较，不能把功能相似写成制度同一。韦伯、黑格尔以及现代宪法理论，给的是问题和比较的概念，不是替中国史料作最终裁决的外部尺子。

本书说的「对称的边界」，不是要求国家和家庭拥有一样大的权力，也不是要求国家永远不插手家庭。它指的是两件事：国家不能仅因家庭伦理的期待，就无限地进入家庭成员的私人生活。

家庭也不能仅凭亲属身份或家长权，就让家里的伤害躲开公共法律的评价。判断边界立没立起来，关键看具体的个人能不能得到保护，尤其当被害人就在家庭内部时，公义还管不管用。

经义约束君权的论述，主要讨论权力的中心能不能受更高规范的限制。家庭成员面对的是另一种问题：当父母、尊长或家庭伦理本身成了伤害的来源，受害者能不能向外求助，国家会不会以「家事」「孝道」或亲属名分为由，拒绝插手。

君主受经义限制，替代不了家内被害人的申诉、保护和救济。政治上的限君，与家庭里的保护，要分别证明。

这也说明本书为什么不能把「经义约束君权」直接放进现代法治那一档。现代法治不只要求权力受抽象规范限制，还要求规范相对明确，程序启动得了，裁判可以复核，具体的个人在权利受侵害时能请求救济。

经义谏诤在规范层面可能提供限制，在某些案子里也可能产生现实的效果。可是缺了稳定的权利主体、程序和救济的路径，就不能认为国与家之间已经建起了对称的边界。

从家庭这一头看，国家可能一面接受经义对君主的批评，一面仍用经义加固尊长、父子和君臣之间的等级。家伦理进了国法，国家就不再只是站在家庭外面管治安，而可能主动把家庭里的伦理要求变成国家的义务。

这样就出现了两只手。国借家之手：国家把家当自己的手脚，让家长和邻里替它监督人、役使人。家借国之手：家长把国家当自己的手，靠国家的刑罚去管教、惩罚卑幼。

两只手并不互相排斥，常常由同一个人握着，那就是家长。

所以本章的结论不是「经义约束君权没有用」，而是它解决的是另一个层次的问题。它可能在君与法之间立起一道边界，却没有自动解决国与家之间的双向边界。

这两个对象不分开，就容易因为看到经义谏诤积极的一面，忽略同一套伦理语言也可能加固家庭内部的支配。

用史料时最要避免的，是把经师谏刑的道德意义直接折算成制度效力。史书常用简洁的叙事写「某臣进言，君主纳谏」，后世读者很容易把它读成一套稳定的权力制衡机制。

可是史书记下某次成功的劝谏，只能证明那次意见在特定情境里发生了影响。要进一步主张这是一项制度，至少还得知道：同类的案子是不是反复适用，反对意见能不能进入程序，君主拒绝时有没有后果，被处分的人有没有独立的申诉渠道。

这些材料缺着，就把结论限定为规范或政治实践上的约束，不说成完整的制度。

经典能成为谏诤的语言，是因为它提供了超出当下命令的共同参照。臣下不必只说「我不赞成」，还可以说某项处分不合仁义、不合先王之道，或与经典记载的政治责任冲突。

这样的语言能提高反对意见的正当性，让君主的决定接受公共论证。不过公共语言仍然需要解释者。经文怎样挑，义例怎样用，历史类比恰不恰当，都可能起争议。

君主和经师对同一部经典得出相反的结论，最后由谁定？经义限制权力的制度边界，正在这里。

从宪制的角度谈春秋决狱，价值不在急着找一个古代版的现代制度，而在揭示中国传统内部也有对权力作规范评价的资源。现代法治可以研究这些资源怎样支持反对滥刑、要求说明理由、限制任意的处分。

可是把传统谏诤直接等同于现代司法审查，就会忽略现代制度所依赖的权限分立、程序启动、公开裁判和救济效力。功能上的相似值得比较，制度上的差异也要保留。

对孙磊的观点，最有建设性的回应，不是简单地接受或拒绝「近似司法审查」这个比喻，而是把它拆成能验证的问题。经义是否提供了高于个别命令的规范标准？有没有主体能援引这个标准提出异议？

这个异议在某些情形下能不能改变决定？这种改变是不是靠君主个人的好恶？有没有跨案件重复适用的规则？答案可能因时代、皇帝、官署和案件类型而不同。

把这些问题放进具体的史料，才说得清「宪制功能」到底成立到什么程度。

本书的两道工序也可以用来评估经义限君。条件化这一道，要看「什么样的君主行为违反了什么样的义理」有没有相对明确的判断标准，还是只靠经师临案发挥。

限制化这一道，要看君主必不必接受这个标准，有没有拒绝的边界，别的主体能不能要求启动审查。规范标准如果可以任意挑选，或者决定完全取决于君主愿不愿听，限制就是有，但力度有限。

这不等于它毫无价值，只是价值和制度能力要分别评价。

还要看到，国家权力不只表现为君主亲自下令。官僚体系里的执法、征发、审判、惩罚和身份管理，同样能深入家庭生活。

君主个人在思想上就算受经义约束，官署的日常运行仍可能依家伦理安排家庭成员的义务，或者要亲属分担国家治理的任务。只把国家理解成君主一个人，就容易高估限君的效果。

本书说的「国」，包括能组织、能执行、能强制的制度性权力。

同样，家庭也不是一个意见一致、利益统一的整体。说「国家与家庭之间有边界」，不能只把家庭当成与国家对立的一个单位。家庭成员的利益可能互相冲突，家长可能保护成员，也可能是伤害的来源。

国家的介入可能保护弱者，也可能加固家长权。边界的分析要下沉到家庭内部：谁能提出请求，谁的陈述被当真，谁能拒绝家里的安排，谁在受到伤害时能向外求救。

这样才不会用抽象的「家庭自主」，遮住家内成员的真实处境。

本章把「国与君」和「国与家」分开，不是要让它们互相隔绝，而是要避免一种概念的顶替：君主受到限制，不等于所有国家权力都受到限制。国家权力受某种规范约束，也不等于家内被害人已有了能行使的权利。

反过来，国家保护家庭成员，也不意味着国家可以无限插手私人的伦理。双向的边界要同时回答三件事：国家不得做什么，家庭不得做什么，两者冲突时，具体的个人能走什么程序得到保护。

经义限君和条件化的关系，也要说清。经义可以提出「仁者不宜滥刑」这类规范判断，可是从一般原则走到具体案件，仍要解释什么叫滥刑，事实成不成立，责任归不归君主，处分该怎样纠正。

这些问题若只能由当事的君主或某一位经师自由决定，规范虽然在，却未必提供稳定的可预见性。这里说的条件化，不是要求所有政治判断都像算术题那样机械，而是要求权力的决定有可以说明、比较和反驳的理由。

限制化同理，也不只是劝君主自己克制。个人道德上的自律可贵，却替代不了制度上的边界。君主因为仁慈而不杀人，说明这一次的决定没有造成某种伤害。

可是换一个不愿听谏的君主，受处分的人还能不能得到保护？这就需要超出个人品德的制度安排。经义的规范权威可以给限制权力提供理由，却未必保证每个处境里的人都能用得上这条理由。道德约束和法律约束不能简单等同，差别就在这里。

本书也不把现代法治描述成完全没有伦理。现代法律同样需要价值判断，生命、人格尊严、平等与安全都包含伦理的选择。

关键的差别不是「古代有道德、现代只有法律」，而是伦理的理由进入国家决定时，有没有经过明确化和权限的限制。

现代制度也会失守：法条太模糊，程序不透明，救济启动不了，国家照样可以借道德化的语言扩张权力。所以历史比较不是把某个时代整体判成先进或落后，而是检查具体的规则怎样安排判断权与救济。

由此看，经典既可以是权力的外部尺度，也可能被收进权力自己的论证。一条规范能不能真的约束权力，不能只看有没有被引用，还要看在权力不愿接受的时候，它还管不管用。

只有君主赞同时才被援引的规范，更像一种说服的资源。它如果能要求权力给出理由、接受程序审查，并对违反者产生可预见的后果，才更接近稳定的边界。

历史材料若证明不了后一层，结论就停在前一层，不作超出证据的推断。

◆ 六、比较的边界：西方理论是对话对象，不是裁判席

把经义对君权的约束与现代司法审查、权力分立或法治原则作比较，可以帮读者看见共同的问题：掌权的人是否也受规范约束？可是问题相似，不等于制度相同。

古代经师援引经典规劝君主，靠的是经典的权威、政治伦理和君臣关系。现代司法审查则靠宪法规范、制度权限、诉讼程序和有拘束力的裁判。

只因二者都能反对某种权力，就把它们看成同一种制度，会抹去制度运行中的关键差别。

韦伯和黑格尔可以当比较的邻居：他们帮我们提出法律的自主性、伦理生活与国家权力之间关系的问题。可是本书的判断仍要从中国的材料出发。

经义有时能约束君主，有时又为君主的道德化治理提供正当化的语言，同一套经典资源有两种用法。研究者要逐条分析：谁在引用经典，面对的是什么样的权力关系，引用产生了什么后果。

不能把「儒家」整个描述成天然的限制力量，或天然的国家工具。

◆ 本章会在哪里错

本章的结论是有限的：经义可以成为「君与法」之间的规范资源，但这不自动建立「国与家」之间的对称边界。

如果有材料显示，同一套经义曾稳定地让家内被害人独立向国家申诉，并且不必绕过尊长，本章对国与家的判断就要收窄。

如果有材料显示，经义谏刑在某个朝代形成了可重复、不靠君主个人接受的程序，本章对君与法这一层的「制度上薄」也要改写。孙磊一文，本章只据大纲指定的研究方向讨论其核心问题，具体引文要待全文复核。

◆ 放回日子里

设想一个人，老家的堂叔在族里说了算。有一年，他的弟媳被丈夫打伤了，想去官府告。堂叔拦下她说：家里的事，不要闹到官面上。

这个人心里明白两件事。一件是，就算皇帝的命令能被一位经师驳回，这位弟媳要叫开官府的门，也得先过堂叔这一关。另一件是，朝廷里有人拿着经书劝皇帝慎刑，和一个挨打的人能不能自己走进衙门，是两回事。

明天你再听到「传统文化里早就有制衡」这样的话，不妨先问一句：谁能叫开那扇门，是皇帝跟前的经师，还是家里最弱的那一个？

◆ 本章出处与核验状态

1. 《后汉书》卷四十八《应劭传》及相关汉代经师谏刑史料。具体案例应在出版终审阶段依所选原典版本逐条核定，不以二手转述替代原文。
2. 孙磊：《宪制视角下的「春秋决狱」》，《孔子研究》2025 年。正式刊期、页码与具体引文需以原刊全文复核；本章仅据大纲指定的研究方向讨论其核心问题。
3. 《汉书》《后汉书》《史记》中有关经师、廷尉及汉代谏诤的记载。涉及具体人物、事件和原文时，应分别核对卷次、版本及叙事语境。
4. 现代司法审查的概念仅用于功能比较。古代经师谏刑不应未经论证直接等同于现代司法审查制度；两者在规范来源、权力配置、程序启动与决定效力方面存在重要差异。
5. 本章的核心分析区分源自《家国不分》大纲：经义约束君权属于「国与君」的边界问题，本章将其并入限制化这条轴；国家与家庭之间的双向边界须另行检验。关于制度强度的判断属于本书的理论推论，须由具体史料与个案继续支持。

带 走 的 话

经义能把君主拦在一道理由后面，却没有给家里最弱的人留一扇自己叫得开的门。

小 账

条件化了吗：「什么样的君主行为违反什么样的义理」，要看经师临案怎么发挥，材料里未见写成固定的标准。

门向着谁开：经师能向君主进言，家内被害人能不能不经尊长同意就向国家申诉，本章材料里未见。

第 9 章

现存案例逐案读

◆ 一、三问读案法：先把故事拆成能检验的问题

前面几章立了两道工序和两条轴。条件化不足，判断容易任意。国与家之间缺了对称的边界，家庭伦理就可能直接进入国家强制，或者国家的手直接役使家庭。第 6、7 章又提出，原心既能出人罪，也能入人罪。

关键不只在考没考察内心，还在谁有权判断，凭什么判断，这个判断能不能被反驳。本章不再重复这些抽象的话，把它们放回传世的《春秋决狱》案例，一案一案地验。

第一问：条件化有没有？也就是，裁判的理由有没有说明谁做了什么，处在什么情境，满足了哪些责任条件，这些事实为什么引出某种法律后果。

结论若只靠「孝」「义」「淫」「不孝」这些伦理标签，没有把标签和具体行为、法律规则连上，条件化就薄。

反过来，经义若帮着厘清了法条里含混的概念，裁判仍说明了行为事实与规则的联系，就不能只因为引了经典，便断言它全无条件化。

第二问：边界向哪边倾斜？国家是不是借着家庭伦理，扩大了对家内生活的强制？家长或家庭成员是不是借着国家的法律，取得了对别的成员的支配？尤其要问，被害人是不是在家庭内部。

国家若以维护孝道、名分或亲属关系为由，不肯保护家内的被害人，家庭伦理就可能越过公共的正义。国家若为了治理方便，逼亲属告发、连坐或承担义务，就是国家的手伸进了家里。

这两个方向可以同时存在，不能只问「国家有没有干预家庭」这一个问题。

第三问：原心是断言，还是重建？裁判者先断言行为人心善或心恶，再由这个判断决定出罪入罪，就更接近「断言其心」。

裁判者若从事件的先后、行为的对象、具体的处境和可观察的事实，去推断行为人的意图，就更接近「重建其心的发生」。也就是第 7 章的三步：情境、经过、显露。

古代的案语一般很短，未必保存完整的证据与审理过程，所以这一问有时只能作有限的判断。史料没写出的部分，研究者不替古人补足。

三问不是给古代判决打简单分数，也不预设所有案例都必然落进某一格。它是一套读案的程序：先复原现存的文本，再分清原文、后世解释和本书推论，最后才把案例放进两条轴。

某一案文本残缺、出处转引，或案情不明，就明确标出证据的限度。只有允许案例对理论提出反例，两条轴才是研究的工具，而不是把任何史料都塞进预设结论的分类框。

◆ 二、误伤父案：原心出罪，还是重建行为的性质

《太平御览》卷六四〇所引董仲舒《决狱》记载：「甲父乙与丙争言相斗，丙以佩刀刺乙，甲即以杖击丙，误伤乙。甲当何论？」案语先列出一种严

厉的意见：「殴父也，当枭首。」随后董仲舒以父子至亲、儿子闻斗而救、许止进药而父卒等理由，作出「君子原心，赦而不诛」的判断，并以「甲非律所谓殴父也，不当坐」收束。现存文本可在《太平御览》卷六四〇核对。

这个案子的第一层，是事实的分类。儿子确实用杖击打了丙，却误伤了乙。只按结果描述，他似乎造成了父亲受伤的后果。可是他的行动对象原本是正在用佩刀刺父亲的丙，所以不能直接把这个行为归入有意殴父。

案语并不是简单地说「儿子心善，所以不罚」，而是借情境改变了对行为性质的理解。这里有重建心的发生的可能：儿子听见父亲遭攻击，在危急里出手，结果偏离了行动的目标。

文本同时用了「父子至亲」「非所以欲诟父」这类伦理语言。我们不能假定它已经采用现代的证据规则，也从简短的案语里看不出，当时有没有证人，现场是怎样查明的，儿子故意伤父的可能是怎样排除的。

所以最稳妥的判断是：传世的理由同时含着事实情境和亲亲伦理。它在结论上出罪，推断的过程却没有完整保存。把它当成现代意义上的完整判决书，就超过了史料能支撑的范围。

放进三问读案法。条件化方面：案语说明了争斗、佩刀刺父、儿子持杖救援和误伤这些事实，并据此解释了为什么不属于律文所说的「殴父」。

可是「父子至亲」与《春秋》义例也承担了重要的解释作用，条件的边界并非完全由成文法确定。

边界方面：本案保护了救父时误伤的儿子，使他不被当成故意殴父，却没有涉及家庭内部的被害人遭家长侵害时怎样获得保护，不能据此推断国与家已有对称的边界。

原心方式方面：案语有重建情境的一面，也有以亲亲伦理解释行为的部分，完整的审理材料不存，不能简单判成纯粹的「发心论」。

这则案最值得留下的，是它对结果主义和机械归类的纠正。不问行为的经过，只因父亲受了伤就认定儿子殴父，可能造成严重的不公。可是从这个案子推不出，凡自称孝顺或声称出于善意的人都该免罪。

现代法律仍要逐项判断，行为符不符合正当防卫、紧急避险或别的法定规则。动机和伦理关系可以帮着理解事实，替代不了要件。

◆ 三、养子藏匿案：亲亲伦理怎样改变容隐的理由

传世材料记载的养子藏匿案，大意是：甲没有儿子，收养了路边的弃儿乙。乙长大后杀了人，把事情告诉甲，甲把乙藏了起来。问题是，甲藏匿杀人者，要不要担责任。

董仲舒的判语说：「甲无子，振活养乙，虽非所生，谁与易之？」接着援引《诗》「螟蛉有子，蜾蠃负之」，又以《春秋》「父为子隐」为依据，主张「甲宜匿乙而不当坐」。

这则材料不只牵到容隐，也牵到养父子关系能不能得到与血缘亲属相近的伦理地位。

这则案不能简单概括成「孝道压倒了法律」。李诚予对「舍匿养子」案的研究指出，董仲舒没有只沿用《论语》「吾党之直」的直德，而转向《春秋》的「隐」去找裁判的依据。

其解释涉及「直」德在历史情境中的变化，以及公羊学的「权变」观念怎样给日常的伦理困境提供处理的办法。李文认为，这一裁判的意义不只在亲属容隐，还在借经义重新安排教化与刑狱的关系。

这项研究提醒我们，养子案里的「心」不是孤立的个人善恶，而是在收养、养育、亲子承认和藏匿行为的关系中获得意义的。董仲舒用「振活养乙」说明甲的养育行为，再论证虽非亲生，也可形成父子伦理。

也就是说，判语并不是只说甲心地善良，而是先重建一段社会关系，再用这段关系去解释藏匿的行为。这与第 7 章提出的「从事情里重建心的发生」相通。

不过这个案子也显示，伦理解释可能改变法律责任的边界。甲藏匿的人如果杀害了家庭外面的人，免罪意味着公共追究受到了亲属关系的限制。

如果家庭内部的成员本身就是被害人，容隐又可能让他得不到同样的保护。所以本案体现的是家向国家法提出的一种容隐要求，不能自动等同于对家庭所有成员的平等保护。亲情能限制国家的强制，也可能被拿来遮住受害者。

依三问读案法。条件化方面：董仲舒给出了无子、收养、养育、乙杀人、甲藏匿这些事实，并解释了养父子关系为什么该被承认。可是出罪的理由来自经义与伦理关系，不单由明确的成文规则直接决定。

边界方面：本案倾向于限制国家追究养父的藏匿行为，边界向家庭伦理倾斜。这种倾斜合不合理，要结合被害人的利益和容隐的范围再判断。

原心方式方面：判语不是单纯断言甲是善人，而是用养育关系和「父为子隐」的义理重构了行为的意义，但它仍把亲子伦理当作有决定力的规范理由。

这则案还说明，传世案例不能只分「出罪／入罪」两类。还要问出罪的理由是什么，谁因此得到保护，谁的利益可能被忽略。养父免罪，可能体现对实际养育关系的承认，也可能缩小被害人获得公共追究的空间。这两样不互相排斥，要分别分析。

◆ 四、夫死改嫁案：情境、尊长与「淫衍之心」

《太平御览》卷六四〇还保存了一则夫死改嫁案：甲的丈夫乙乘船渡海，遇风船沉，溺水而死，尸体四个月没能安葬。甲的母亲丙随即为甲安排改嫁。

案语先列出一种严厉的意见，认为丈夫死后未葬，甲不得私自成为别人的妻子，可能处以弃市。

董仲舒则援引《春秋》关于妇人归齐及夫死无男时更嫁的道理，指出妇人没有专断擅恣的行为，听从尊长的安排属于「顺」，并称甲「无淫衍之心」，最后认为甲与主婚者都不当坐。原文可在《太平御览》卷六四〇核对。

这则案件至少含四个事实要素：丈夫在海上失踪，被认为死亡。尸体未葬。改嫁由母亲安排。甲本人听从尊长。董仲舒把这些事实放进当时的婚姻礼义和妇女行为规范里，解释为什么不能简单认定甲「私为人妻」。

从重建情境看，母亲主婚、丈夫的死亡状况和改嫁的经过，都影响行为的意义。从经义解释看，「夫死无男，有更嫁之道」又给再嫁提供了规范的依据。

不过，案语里的「无淫衍之心」值得特别看一眼。它可能是在说明甲并非私自追求婚外关系，也可能把女性的行为放进一种强烈的道德化评价里。

没有进一步的事实标准，什么叫「淫衍之心」，可能取决于判官对女性贞节、服从尊长和婚姻秩序的理解。结论即使是免罪，也不能因此认为判决理由已经全然摆脱了任意。一个宽厚的结果，仍可能建在难以验证的内心评价上。

从条件化看，案语列出了丈夫死亡、未葬、母亲主婚、甲听从这些具体情境，所以不是完全没有事实分析。可是决定性的理由里，仍有对《春秋》义例的选择，以及对甲有没有「淫衍之心」的判断。

边界方面，判语限制了国家依婚姻规则惩罚甲的可能，表现为对个人再嫁处境的宽宥。可是它不以现代的个人自主为核心，强调的是妇女听从尊长为顺。

这意味着保护的效果与家长权、性别秩序交织在一起，不能直接等同于现代意义上的婚姻自由。

原心方式方面，这个案例处在两种读法之间。一边，董仲舒不是只说甲「心善」，而是说明了丈夫死亡、母亲主婚和甲听从的经过。另一边，「无淫衍之心」仍是一个难以直接观察的道德结论。

要把它改造成更受约束的司法判断，就得明确：哪些行为事实能证明是不是私自改嫁，法律究竟要求什么，对主观意图的推断是否真与责任要件相关。

这则案例说明，宽宥不等于没有权力问题。判语可以避免对处境特殊的妇女施加极端的刑罚，这有现实的意义。可是它也可能以尊长主婚和妇女服从为中心去证明无罪，而没有承认甲作为独立主体的决定权。

分析历史案例，要同时看到具体处境里的救济效果，和裁判理由背后继续存在的等级结构。

◆ 五、生父与养子案及其余辑佚：关系变了，责任也被重写

本章的案例要按「文本层级」来读。误伤父案可在《太平御览》卷六百四十「决狱」条中定位。这部书是宋代的类书，保存的是转引的文本，不是董仲舒亲手留下的原始案卷。

养子藏匿、夫死改嫁以及生父与养子等材料，要逐案登记它最早可定位的传世出处、后续的转引出处、异文和文本缺口。没找到原始案卷，不等于案例不能研究。

可是它意味着，论证的对象只能是「传世转引怎样呈现这个案子」，不能把后人整理出的叙事写成没有争议的完整事实。

具体做法是，每个辑佚案例用四栏引证：当前采用的文本及卷次。可确认的早期出处。转引链与版本异文。本书据此能作出的有限推论。

某案若只见于后世类书或法律史研究的转述，就明确标注「辑自某书」或「据某研究转引」，并保留「待核」，不把二手复原的文本加上引号，冒充原典逐字的引文。

大纲还要求考察生父与养子关系的另一则案件。传世案语大意是：甲有儿子乙，把乙交给丙抚养。后来乙发怒，用杖打了甲二十下。

董仲舒的判断涉及父子之「义」是否已经断绝，并据此讨论甲与乙之间还适不适用通常的父子伦理规范。

不同辑本对案情、人物关系和个别字句可能有出入，所以正式出版前，要把《太平御览》与《通典》的相关条目逐字校勘。校勘完成前，不宜把某一版本的断句直接当成唯一的原貌。

这类案件的意义在于，亲属身份既不永远只由血缘决定，也不是一经成立就不受后来行为的影响。

收养、抚育、出继、义绝这些关系的变化，会影响某人能不能援引父子名分，某种伦理义务是否继续存在，以及法律是否仍应按亲属关系对行为作特殊评价。经义裁判通过重建关系，可能改变行为的法律意义。

这也让解释者握住了判断「关系还在不在」「义断没断」的重要权力。

关系成立不成立、延续不延续、断没断，如果能改变出罪入罪的结果，裁判者就得说明判断所依据的事实与规范。不能只因某人被称作父亲，就推定家长的所有权利都该受保护。

也不能只因一段关系变了，就不加分析地认定伦理义务全没了。实际的抚育、双方的行为、关系形成的方式、伤害的事实、法律规范的适用范围，要分别判断。

否则，亲属名分就成了一件可以由解释者随案伸缩的责任工具。

这一点也与养子藏匿案形成对照。藏匿案里，长期养育被用来承认养父子关系，进而支持容隐。父子冲突案里，关系还在不在、「义」断没断，又可能影响对伤害行为的评价。

两案共同显示，春秋决狱不只读个体的心志，还会重构亲属关系本身。经义的解释者不仅在读一个人的心，也在决定一段关系够不够产生国家法上的效果。

其他辑佚案例，也按同一方式处理。首先，记录现存原文和所见版本，不把后世辑录与原始案卷混为一谈。其次，分清案情、争议的意见和董仲舒的裁断，免得把反对意见误当成最终的结论。

再次，认出经义在推理中承担的具体功能，是解释法律概念，认定亲属关系，推断行为意图，还是直接改变法律后果。最后，再用两条轴判断条件化的程度和边界的方向。原文残缺的，结论保留为暂定。

◆ 六、逐案编码的纪律：案例的可比性不是天然的，缺的材料不补成事实

把六则案例放在一起，不等于它们属于同一种法律问题。误伤父案牵到行为性质与故意判断。养子藏匿案牵到亲属关系与容隐。夫死改嫁案牵到婚姻伦理、妇女处境和内心评价。

生父养子案可能牵到亲属身份怎样认定。把它们统一编码成「原心宽免」，会忽略它们在规范对象、事实结构和法律后果上的差异。比较之前，先说明哪些维度相同，哪些不同。

一张能复核的案例表，至少要列出：案例名称或首句，现存来源，辑自何书，文本版本，关键事实，裁判理由原文，最终结论，条件化的程度，国家与家庭两个方向的边界效果，内心判断的方式，家内被害人的信息有没有，核验状态。

文本里没出现的信息，记「未载」或「NA」，不为了让表格好看而自己补写。

还要分清「文本中没有写」和「历史上没有发生」。一则辑佚案例没提受害者是不是家内成员，只能说现存文本没给这个信息，证明不了当时没有受害者。一段判语没说证据调查，也证明不了没有调查。史料的沉默是研究的边界，不是可以随手填补的空白。

误伤父案的传世文本，较能显出事件的先后：父亲遭人持佩刀攻击，儿子持杖反击，却误伤了父亲。文本拿救父的情境和亲属伦理支撑「赦而不诛」，没有保存完整的证据调查过程。

所以可以说，现存案语重视行为的情境，并据此改变了对「殴父」的定性。不能说我们已经知道汉代法庭怎样询问证人、检验供述、排除别的可能。

养子藏匿案的关键，不只是养子与养父之间有没有亲情，而是传世的理由怎样界定父子关系，这种关系又怎样影响容隐的后果。

编码时，收养的事实、共同生活、养育的行为、被隐匿者的犯罪和受害者的情况，要分别记录。文本没交代受害者是不是家内成员，就把「家内被害人」这个变量记为 NA，不自己假定受害者的身份。

夫死改嫁案，要把妇女的现实处境和伦理评价分开。丈夫失踪或溺海、尸体未葬、母亲主持改嫁，这些事实可能说明行为人不是在寻常情境下自由选择。

判语若用了「无淫衍之心」这样的表述，也仍含着以贞节伦理评判内心的成分。不能只因结论较宽，就把整个推理归成现代意义上的权利保护。

生父与养子等别的辑佚案例，更要严格标注来源链。每一条记录至少应有：现存引文，辑自何书，转引书的卷次，采用的版本，有没有找到平行的异文，这个案例是否可能经后人节引，哪些事实属于原文，哪些属于作者的推论。

确认不了的内容保留〔待核〕，不因叙事完整就自动提高可信度。

编码不是给古人打道德分，而是让研究者的判断可以被复核。每个案例都允许出现混合编码、NA　和反例。一个案例既有较明确的事实条件，又以亲属身份改变了公共责任，就不该被迫只放进一个格子。

两条轴的价值，正在于允许同一种制度在不同的维度上呈现不同的强度。

◆ 七、六案放在一起：相同的是解释权，不同的是它作用的方向

把现存和辑佚的案例并排来读，可以看到「原心」不是单一、稳定的算法。误伤父案主要靠行为情境重新解释外在的动作。养子藏匿案借收养与养育关系，决定亲属容隐成不成立。

夫死改嫁案把妇女的处境和「淫衍之心」的伦理评价结合在一起。生父与养子案则提示，亲子关系的成立可能依赖社会关系与抚养的事实，不只依生物血缘。

每一案都把某种关系或目的带进法律判断，但证明的方式和边界的效果各不相同。

大致能分出三类。第一类是「重建过程后出罪」：误伤父案把持刀攻击、持杖反击和误伤的结果连起来，指出行为的外观不足以证明故意殴父。它给今天的启示是，事实要按时间顺序重建。它的史料限制是，现存案语没有保存完整的证据调查。

第二类是「关系定义改变责任」：养子藏匿与生父养子案，把收养、养育、同居或亲属名分当作决定容隐的事实。

理论上的问题不是这些关系有没有道德价值，而是关系怎样被法律识别，哪些事实足以证明关系，这种识别对双方和潜在被害人的后果是否不同。

第三类是「处境被伦理化解释」：夫死改嫁案把丈夫生死、尸体未葬、母亲主持改嫁这些事实纳入理由，又用「无淫衍之心」等表达评判内心。这里既有对现实处境的体察，也有对女性行为的伦理化审视。

只赞扬它宽宥的结论，就会漏掉这种解释结构仍可能受传统性别秩序的限制。

再按两条轴逐项看。条件化这一条，要看判语是否把事实、行为和责任结论连起来。误伤父案明确描述了争斗、佩刀、持杖和误伤，情境分析较强。

夫死改嫁案也列出多项背景事实，但「无淫衍之心」仍有道德评价的成分。养子藏匿案以收养、养育的事实支持父子关系，再由「父为子隐」推出不坐。

不同案件条件化的程度不同，不能只凭「援引《春秋》」就一概认定没有条件。

边界这一条，要看谁得到保护，谁承担风险，也就是三把锁：谁能叫开这扇门，叫开后谁的话被当真，救济要不要绕过尊长的同意。误伤父案保护的是救父时误伤父亲的儿子。

养子藏匿案限制了国家对养父的追究，却可能缩小被害人获得公共追究的空间。夫死改嫁案避免对处境特殊的妇女施加极端刑罚，仍以尊长主婚与服从伦理为理由。

这些案例都证明不了现代意义的国与家双向边界，要进一步考察它们的保护对象和排除对象。

读心方式这一问，提醒我们不要把案语里的道德词汇自动等同于纯粹的读心。判语有时重建具体的情境，有时依据亲属关系，有时断言「无淫衍之心」，也可能把这些理由混着用。

史料通常不保存完整的审理记录，我们能编码的是现存文本里的裁判理由，不是材料里没有的全部审理过程。这对后面附录 A 的案例辑录和附录 D 的原心读法编码尤其要紧。

同一个案例，三项判断可能并不一致。这正是编码要分项、不合成单一「好坏分」的理由。

本章用三问读案法，不是要给董仲舒贴上「宽厚」或「任意」的总标签，而是要找出权力在哪一步起作用：条件是否明确，边界向哪边倾斜，主观状态是怎样被推断的。

某个案例可能在一个维度上较有条件，在另一个维度上仍不对称。也可能在纠正形式不公的同时，延续了家庭的等级秩序。理论能容纳这样的复杂结果，才有解释力。

◆ 本章会在哪里错

本章对各案「条件化程度」与「边界方向」的判断，是本书的分析推论，不是原典作者的自我说明。

案语简短，如果平行异文、完整案卷或同类案例显示，某案的审理过程比现存文本所示更细，或受害者其实在家内，相应的判断就要改写。

三问读案法也是读法，不是裁决：遇到不落进任何一格的案例，应当记为反例，不硬塞。

◆ 放回日子里

设想一个周末，你和朋友在读这三则案子，朋友说：「这不就是宽大处理吗，哪里有问题？」

你可以拿出三张纸，一案一张，每张只写三行。第一行写事实：谁，做了什么，在什么情境。第二行写门：谁能叫开官府的门，叫开之后谁的话被当真。第三行写心：判语是在重建经过，还是在断言一颗心。

写完摆在一起，朋友多半会发现，误伤父案的第三行最实，夫死改嫁案的第三行最虚，而养子藏匿案的第二行，要靠那位没有出场的被害人才填得满。你们可以就在那一行停下来，聊一聊。

◆ 本章出处与核验状态

1. 《太平御览》卷六四〇，董仲舒《决狱》相关条目，含误伤父案、夫死改嫁案等。可核在线文本：维基文库《太平御览/0640》，https://zh.wikisource.org/zh-hans/太平御览/0640；另参四部丛刊本影印转录：https://zh.wikisource.org/zh-hans/太平御览_(四部丛刊本)/卷之六百四十 。正式出版时仍应以所选影印本页码、异体字和断句为准。
2. 李诚予：《「直」德之变与为汉制法——董仲舒判断「舍匿养子」案发微》，《华东政法大学学报》2025 年第 6 期，第 152 页起。期刊目录与摘要可见北大法宝期刊页面：https://www.pkulaw.com/singlejournal/qikan/28?JournalIssue=6&JournalYear=2025 ；作者公开全文可见：https://www.aisixiang.com/data/175288.html 。
3. 《通典》卷六九，春秋决狱相关辑佚材料。具体条目与版本页码应与《太平御览》所引文本逐条校勘后补齐；本章不把未校勘的异文当作定本。

4. 《后汉书》卷四十八《应劭传》有关《春秋决狱》二百三十二事的记载，可用于说明董仲舒决狱文本的后世著录与散佚情况；它不是现存全部案例的原始案卷。

5. 高汉成：《春秋决狱与法律解释——以董仲舒春秋决狱案例为中心的考察》，《厦门大学学报（哲学社会科学版）》2022 年第 5 期，第 126—139 页。期刊页面：https://xmds.cbpt.cnki.net/portal/journal/portal/client/paper/f8399f46430534a51b3076f5370477a9 。

6. 本章三问读案法、两条轴及原心两种读法，依《家国不分》写作大纲展开。对个别案例的「条件化程度」与「边界方向」判断，属于本书的分析推论，不应误作原典作者的自我说明。

带走的话

读一个案子，只问三件事：条件写了没有，门向着谁开，心是断出来的还是重建出来的。

> 小账
>
> 条件化了吗：六案里，误伤父案把事实写得最细，夫死改嫁案的「无淫衍之心」最缺可验证的标准，养子藏匿案的出罪理由主要来自经义。
>
> 门向着谁开：六案里，被保护的都是出了事的儿子、养父、再嫁的妇人；家内被害人能不能叫开公权的门，现存文本里未载。

第 10 章

从父为子隐到亲亲得相首匿——单向边界的诞生

汉宣帝地节四年，有一道诏书，里头有一句反问：「今或告人以其子，或告人以其父，而直行其诛，岂不悖哉？」

意思是：如今有人为了告发别人，把自己的儿子拉进来，有人把自己的父亲拉进来，官府就照章行刑，这难道不荒唐吗？

一个皇帝，对着自己的刑罚发出这样的问话。这道诏书，是中国法律史上谈亲属容隐时绕不开的文本。本章就从它读起，一直读到今天的争论。

◆ 一、一道诏书，把亲情写成了规则

《汉书·宣帝纪》记载，诏书开头一句是「父子之亲，夫妇之道，天性也」。话没有停在赞美亲情上，紧接着就是上面那句反问。它批评的，是国家刑罚逼着亲属互相告发、让人亲眼看着至亲受诛的做法。

诏书想避免的，是亲属关系被国家的追诉机制彻底拆散。

接下来是规则本身：「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。」不同版本的标点略有差异，正式出版时以选定的《汉书》点校本核对原文和页码。

你看这段话的结构：它没有笼统地说「亲亲相隐」，而是列出了谁和谁、哪个方向、什么例外。亲属容隐，从一句伦理主张，变成了国家法律承认的规则。

规则里藏着一处不对称。子为父母隐、妻为夫隐、孙为祖父母隐，原则上「皆勿坐」。父母为子隐、夫为妻隐、祖父母为孙隐，只要罪行到了「罪殊死」，就得上请廷尉。谁为谁隐，所涉罪行有多重，都会改变容隐的后果。

所以这道诏令，不能只用「儒家伦理入法」一句话打发。国家并没有退出家庭。它只是决定：在什么关系、什么案件里，不要求亲属告发，或不处罚其隐匿。规则怎么定、怎么用，仍由国家握着。

从本书的角度看，它是条件化的一个成果：把「亲亲之情不宜被刑罚摧毁」的道德主张，写成了有主体、有方向、有例外、有程序的规范。可是它划出的边界是否完整，要看它保护了谁，没保护谁，家里受害的那个人能不能得到同样的看重。

◆ 二、条件化：道德过了一道明文，才进国家强制

诏书没有说「凡亲属都应当互相保护」。它分别列了子与父母、妻与夫、孙与大父母，又给不同方向定了不同后果。主体写明了，裁判者就不能光凭一句「他们是亲人」随意放大容隐，也不能不加区别地要求所有亲属一律告发。

这是第一个条件：关系。

第二个条件是行为。诏书针对的是「首匿」，即隐匿亲属，并没有宣布亲属之间的帮忙、串供、毁灭证据、妨碍追诉都当然免责。

汉代「首匿」的具体范围，要结合汉代法制材料再作解释，不能未经考证，就和今天刑法里的窝藏、包庇、帮助毁灭证据逐一对号入座。

要紧的是，诏书把容隐圈在某一类行为里，没有给亲属关系发一张无限免责的通行证。

第三个条件是罪行轻重和程序例外。「罪殊死，皆上请廷尉以闻」，说明容隐不是不分轻重地挡住国家。大案仍要进中央司法程序，由廷尉审议、上闻。

这道程序在各类案件里怎么运转，另当别论，不过单看文本，国家保留了对重大案件的审查和决定权。

第四个条件是方向。诏书没有把容隐画成一个对称的圆，下位亲属为上位亲属隐，和上位亲属为下位亲属隐，后果不同。可见亲亲伦理进入法律，并不是把家里人摆到平等的位置，而是把亲属等级和国家追诉的需要缝在了一起。

于是有一个要提醒的地方：条件化不等于现代化，也不等于规则已经公正。主体、行为、例外、程序都写得很清楚，规则仍可以多保护一些关系，少保护另一些关系。

条件化回答的是「怎样判得更明确、更可预见」，它不管「为什么保护这些关系」「别的家庭成员有没有同等保障」。后一问要靠限制化和边界方向来答。

不妨把诏书和《论语·子路》并读：「父为子隐，子为父隐，直在其中矣。」《论语》用一个「直」字，说父子相隐不一定和正直冲突，这是道德论证。

诏书不一样，官吏拿着它要办案，所以它必须回答：国家罚不罚，谁可以免责，哪种案子另行处理。经书给的是价值立场，诏令得挑出主体、范围、例外和程序。

道德就是在这一步，开始有了国家强制的形式，也开始担起了「必须划清边界」的责任。

条件化的好处，是亲属知道规则划到哪里，裁判者也必须说明案件落在哪一类。它的短处也摆在那里：规则若只保护某些亲属方向，不平等就被固定下来；「重大案件」的界线若不清，例外又会变成裁量重新扩张的入口。

◆ 三、这也是边界，可是只朝一个方向开

容隐最容易看见的效果，是限住国家逼亲属互相告发的手。

设想国家要求儿女主动揭发父母、妻子揭发丈夫、孙辈揭发祖父母，那么家里人与人的关系，就被追诉机制直接改造了。容隐规则承认，亲属之间有一种国家不该轻易强行打破的信任。

人们不必靠告发至亲来向国家证明自己的忠诚，国家也不能无条件地占有家庭内部的信息和忠诚。用本书的话说，这是国借家之手（旧称国吞家）的那只手，被拦了一下。

可是门只朝一个方向开。诏书把不同亲属方向区别对待，国家承认的并不是抽象的「家庭自主」，而是按亲属等级安排的保护。下位者为上位者隐，原则上免责较强。

上位者为下位者隐，碰上重罪，程序限制就明显得多。这种差别和古代的父权、夫权、尊长秩序缠在一起。它挡住了国家进家的某些路，却未必让家里每个人都得到同样的保护。

所以，本章说的「单向边界」，不是说容隐没有价值。它指的是：容隐主要限制国家追进家庭、要求亲属告发这一个方向，却没有同时造出一道足以约束家长权、保护家内被害人的反向边界。

拿三把锁来对：容隐只挡住国家往里进，没有给卑幼开一道往外的门。家被看作一个该保护的整体，家里的权力差距并没有因此消失。

尊长若伤害卑幼，或亲属关系被拿来压迫某个成员，容隐制度本身保证不了受害者的安全。

这里有一条线要划清：「亲属不必告发」，不等于「亲属可以伤害而不受追究」。容隐规则处理的，原则上是特定亲属对他人犯罪的隐匿与告发义务，从中推不出家内暴力、侵害、杀伤也该免责。

要是把容隐扩大成「家事一律不受国家审查」，就把对国家追诉的有限限制，错换成了对家长权的无限授权。本书的双向边界要的是两头都管：国家不能随意闯进家，也不能因为是「家事」就不保护家里的受害者。

单向边界还会影响谁用得上法律。规则重点保护尊长和家庭等级，处在下位的人可能被要求服从，却不一定能平等地向外求助。保护家庭整体，和保护家里每一个人，常常不是一回事。

家是照护、情感、互助的地方，也是权力不平等发生的地方。法律承认家的特殊，仍要追问：这个家里谁有决定权，谁能拒绝，谁能离开，谁受的伤，公共机构看得见。

再用「手的方向」来说一遍。在诏书规定的关系和行为范围内，国家不能要求所有亲属都告发，也不能处罚所有容隐，国家借家之手的那一头，有了限制。另一头呢?

家长的手能不能借到国家，家庭等级伦理能不能越过公共正义，诏书没有给出相应的限制。容隐的边界有实在内容，开合的方向却主要是一边，所以单靠它，立不起对称的边界。

◆ 四、被害人就在家里时

要检验容隐的边界对不对称，最管用的反问是：如果受害人不是外头的陌生人，而是同一个家里的人，容隐会怎样？

比方说，尊长对卑幼下了重手，别的亲属为了亲情或家里的体面把事情捂住，国家还该不该承认这种隐匿的免责理由？本章不主张把亲属关系整个踢出容隐规则。

要说的是：一旦被害人就在家里，保护「家」这个整体和保护「家里这个人」会打架，法律不能光凭「亲亲」两个字，就默认前一个优先。

亲亲相隐的传统论证，有它的分量。国家若要求亲属互相揭发，会毁掉家里的信任，逼人在亲情和国家命令之间做难以承受的选择。

家人之间的信任、照护、长久的依赖，是社会生活的重要部分，法律要是把亲属关系都当成陌生人关系，会漏掉家庭生活的特殊。所以容隐可以读作对国家追诉边界的一种限制，不只是徇私。

不过，家里受害的是弱者时，容隐也可能被拿来保住表面的完整。「别把家丑外扬」「这是家里的事」，家长或别的亲属拿这样的话，要求受害人闭嘴。

别的家人也可能为了维持关系、经济上的依靠或社会名誉，不愿揭开伤害。国家若把「家庭自主」理解成家庭整体的自主，却不问谁有权代表这个家，就容易把强势成员的意愿，当成全家人共同的意愿。

所以，双向边界的判据，问的不是「国家进不进家」这种抽象问题，而是：具体的人有没有得到有效的保护。国家不该因为某种生活方式不合主流道德，就去惩罚家庭成员。

家里出现暴力、胁迫、严重侵害时，国家也不能以亲属伦理为由，拒绝保护。家庭隐私该尊重，可是隐私不是挡住受害者求助的工具。亲属之间的信任该保护，可是不能解释成强迫受害者继续挨打的义务。

还得小心「谁是被害人」。有的案子里，一个家庭成员可以同时是行为人、受害人、证人。一个人的容隐，可能保护了另一个人，也可能挡住了另一位受害者的救济。「家庭利益」不是单一的、天然一致的东西。

判断时可以问四句：被隐匿的犯罪侵害了谁？容隐是不是正在保护一个家内的施害者？受害者能不能独立求助？容隐是不是造成证据灭失或伤害继续？这四问，要和亲属关系本身一起考虑。

回到两道工序：条件化要求容隐规则写明主体、行为、范围、例外。限制化要求它不能被放大成家庭内部不受公共法律保护的特权。

古代制度还没有今天的被害人保护程序，可是我们仍能用这个问题去看它的边界结构，只是别把现代标准，当成古人的自我认识。

历史判断问的是当时规则怎么运转，规范评价问的是这套规则有没有充分保护家里每一个具体的人。两件事可以并排做，不能混在一起做。

◆ 五、今天的亲亲相隐之争

今天争「亲亲相隐」的人，并不是在「传统美德」和「现代法治」之间二选一。

支持容隐的人通常说：亲情是社会生活里真实而重要的关系，要求亲属在任何情形下都像陌生人那样作证、告发，会伤家庭信任，也会让国家对私人生活插手过深。

范忠信关于亲亲相隐的研究，就是从中国传统伦理与法律制度出发，说明亲属之间不告发、不作证、隐匿某些事实，可能有其伦理基础和制度价值。对这一立场，不能随手贴上「纵容犯罪」的标签。

另一边的批评是：亲亲相隐可能把家庭关系放到被害人权利前面。尤其家里有暴力、虐待、权力不平等的时候，施害者可能借着亲情和家庭名誉逃避追究。

郭齐勇与邓晓芒、刘清平等人围绕儒家伦理、亲亲相隐和现代正义的论争，碰到了更深的分歧：亲情本身算不算一个优先的道德理由？亲情与公义冲突时，由谁来定？

家庭成员有没有义务，为家庭整体牺牲个人安全或如实陈述？这些问题，一句「传统文化如此」解决不了。

两边其实都抓住了重要的东西。亲属关系不是买卖关系，法律要避免把家里的情感义务全部工具化。可是家也不是一块权力均匀的整体，亲情会和依赖、恐惧、经济控制、身份等级缠在一起。

只强调国家不能破坏家庭，就会忽略国家不管同样在维持既有的权力。只强调公共追诉，又会忽略亲属证言、隐私、情感关系的特殊负担。要看的，是具体规则在不同利益之间怎样分配风险。

本书的判据，不是赞成或反对亲亲相隐，而是把它放进两个方向的比较。第一问：国家是不是把家庭成员强逼成告发的工具，是不是无条件地伸进亲属信任？

第二问：家庭是不是借亲情、尊长身份、家庭名誉，拦住家内被害人求助，或让施害者躲开公共责任？前一问看国家借家之手的那一头，后一问看家长借国家之手的那一头。只答一头，就会留下盲区。

这也说明，本书说的「对称边界」，不是国家与家庭绝对互不干预。家里发生严重侵害，国家去保护受害者，并不意味着它可以随意管理私人生活。国家给亲属容隐划出明确范围，也不意味着它要摧毁家庭信任。

对称的意思是：国家出手要有理由，退后也要有理由。出手要说明保护什么权利、用什么手段、有没有必要。退后要说明，会不会把家里的受害者留在无处可去的地步。

在现代法制中，亲属拒绝作证、亲属容隐、窝藏包庇、妨害司法，各有各的制度与政策考虑。古代诏令不能直接当成现行法，现行法的具体规则、适用主体和例外，要另行核验，不能拿传统论战里的概括作结论。

本章要讲的是理论判据：法律可以承认亲属关系的特殊，但这份特殊不能自动压过家内被害人的人身安全、人格尊严和有效救济。

所以，今天这场争论值得追问的，不是「亲情重不重要」，亲情当然重要。要问的是：亲情在多大范围内可以限制国家追诉，由谁来决定这个限制，它会不会牺牲第三人或家里的受害者。

主体、行为、例外、被害人的位置，一样一样摆明白，传统伦理才成为一个可以讨论的法律问题，而不是一句不用解释的万能理由。

◆ 六、读这道诏书时，要分清的几件事

先说背景。地节四年诏要放在汉代的国家治理里读。亲属容隐是伦理问题，也是刑事追诉怎样拿到信息的问题。国家要查明犯罪、追究责任，家庭成员却可能因为亲情、同住、互相依赖，不愿告发。

诏令要处理这两头的冲突，并没有宣布家高于国，而是决定国家在哪些亲属关系、哪些案件里，接受不告发或隐匿。边界仍由国家来划，例外仍由国家来定，重大案件的审查权仍握在国家手里。

再说「天性」。诏令里「父子之亲，夫妇之道，天性也」，既把亲属关系说成自然伦理，也给法律上的特殊待遇找了理由。可是「天性」决定不了具体规则。为什么子为父母隐与父母为子隐，后果不同？

为什么有些重罪仍须上请廷尉？这些都推不出「亲情自然」四个字，是国家在伦理、追诉、等级秩序之间做的制度选择。条件化把这个选择摆到了明处，后人才能接着批评它的方向。

还有一件事。法律上的平等，不能只看有没有一条普遍原则，要看规则对不同关系怎么用。把「亲亲相隐」抽象地说成所有亲属享有同样的容隐权，就盖住了诏令对上下位关系的区分。

只讲它保护家庭，又会忽略家人之间的权力差异。认真的做法，是把亲属类别、关系方向、罪行轻重、程序后果、实际受益人分栏列出，再判断保护的力度对不对称。

另有一对概念要分开：「国家不要求亲属告发」，和「国家不保护被害人」。前一个，限制的是国家的追诉手段。后一个，可能是对被害人救济责任的放弃。二者不必连在一起。

一套制度可以在一定范围内允许亲属不告发，同时仍由别的证据、别的证人、公共机关去查案。反过来，过度依赖亲属告发，也可能让某些案子查不明白。

判断容隐正不正当，要看具体的制度设计，不能把它当成国家放弃追诉，或家庭取得完全自治。

用家内被害人作判据，不是要求每个家庭成员都得对亲属作证，也不是要抹掉亲属关系的特殊。它要求的只有两点：容隐的保护，不能自动扩成施害者的豁免。国家的克制，不能变成对受害者求助的拒绝。

法律可以尊重亲属信任，同时留一条处理严重侵害的公共通道。可以让某些关系免于告发义务，同时看一看别的家庭成员有没有安全、申诉、救济的现实可能。

当代的争论容易吵成两个阵营，是因为双方常把几层问题搅在一起。有人在谈伦理上该不该鼓励亲属互相保护，有人在谈法律该不该强迫亲属作证，有人在谈亲属窝藏犯罪该不该罚，还有人在谈家内被害人能不能得到保护。

这些问题彼此相关，却不能用一个答案解决。伦理上的不告发，不意味着法律上免除一切责任。法律限制强制作证，不意味着允许毁灭证据或帮着继续侵害。尊重家庭隐私，也不意味着国家必须放弃保护受害者。

所以，对范忠信等人的亲亲相隐论述，要先把它最有力的理由说准：亲属关系有特殊性，法律不该把所有家人变成国家追诉的工具。

对郭齐勇、邓晓芒、刘清平等人围绕儒家伦理与现代正义的争论，也要分开看他们对传统伦理、道德基础、公共正义的不同理解，不能把它压成「儒家赞成隐瞒，现代法治反对隐瞒」。

本书的补充，是把这些争论摆到同一张边界图上，分别检验：国家有没有过度进家，家庭有没有越过家内被害人的公义，规则有没有给出明确的主体和例外条件。

最后，有两件事要记在账上。其一，本章说的「单向边界」，是分析判断，不是对诏令原文的复述。诏令明文写的，是特定亲属关系里首匿的后果及其例外。

「国家退一步，家内被害人未必得到反向保障」，是把这条规则放进全书两条轴之后得出的评价。读者要能分出，哪些是史料直接说的，哪些是作者依受益人、适用范围、救济效果作的推论。

其二，逐案编码时，要把「规则文本」和「实际效果」分开。文本写明某类亲属可以勿坐，并不证明每个案子里他们都免了责。文本没规定某种家内被害人救济，也不证明历史上绝没有别的制度保护。

要把诏令和别的汉代法律材料、司法实践记载对着读。证据不足时，把结论收在「该诏令本身没有建立反向边界」，不要扩大成「汉代不存在任何家内保护」。

◆ 本章会在哪里错

「单向」这个判断，是靠诏令本身和全书框架推出来的。如果别的汉代材料显示，某些容隐制度同时给家内被害人留了稳定的、能自己启动的救济，而且容隐的范围并没有妨碍这种救济，那就不能笼统称它为单向边界。

反过来，制度若主要保护家庭整体或尊长，缺少对家内受害者的独立保护，单向的判断才站得住。历史结论由制度材料和案件实践共同检验，不从现代价值立场直接推出来。

◆ 放回日子里

设想一个晚上，你和表姐在饭桌上说起一件事：她的邻居家，做父亲的动手打孩子，孩子的姑姑看见了，劝你们「别声张，都是一家人」。

你可以用本章的四句话问一遍。一，这件事被隐了，侵害的是谁？二，姑姑的不吭声，是在保护这个家的体面，还是在保护动手的人？三，被打的孩子，自己能不能独立叫开外头的门？

四，要是有人说「这是家事」，那他想拦住的是国家的手，还是孩子的手？

这四句，原样搬自诏书的读法：亲属不必告发是一回事，亲属可以伤害而不受追究是另一回事。你不必给出答案，只要先把这两件事分开。

◆ 本章出处与核验状态

1\. 《汉书》卷八《宣帝纪》，地节四年诏。正文所引「父子之亲，夫妇之道，天性也」及「自今子首匿父母，妻匿夫，孙匿大父母，皆勿坐……」须在正式出版时依选定点校本核对字形、标点和页码。

2\. 《论语·子路》：「父为子隐，子为父隐，直在其中矣。」应以最终采用的《论语》校注本统一版本和页码。

3\. 范忠信关于亲亲相隐制度的研究。正式出版前应选定所引用的具体论文或专著版本，并补齐出版信息和页码，不将概括性讨论冒充逐字引文。

4\. 郭齐勇、邓晓芒、刘清平围绕儒家伦理、亲亲相隐与现代正义的论争。此处概括争论的主要问题；正式出版前应逐篇核对文章题名、刊物、年份与页码。

5\. 关于亲属容隐的现代法律规则，应另行核对现行法律、司法解释及权威案例。本章不把汉代诏令直接等同于现行法，也不对现行法条作未经核实的具体断言。

6\. 本章「单向边界」「家内被害人判据」及两道工序的分析，属于《家国不分》的理论框架，应与历史描述区分，不应误作《汉书》诏令本身明示的概念。

带走的话

容隐只挡住了国家往里进，没有给家里的卑幼开一道往外的门，只挡一个方向，不算边界。

> 小账
>
> 条件化了吗：条件化了。地节四年诏写明了主体、方向、行为、重罪例外和上请程序，只是它保护谁多、谁少，规则里已经偏了。
>
> 门向着谁开：容隐这道门朝里挡国家，家内被害的卑幼没有一道能自己叫开的往外的门，诏书里看不到这一道。

第 三 编

家国不分：两只手握在家长手里

这一编三章加一篇小结，写家国不分的成熟形态。第 11 章看唐律：条文成熟，家长的手借到了国家。第 12 章看不孝入十恶：国家替家长打孩子，孝变成了怕。第 13 章看君父、父母官、子民：国家披上家的衣服。小结把秦、汉、唐连起来，看手怎样交换。

国家的手，家长招得来，卑幼招不到。

第 11 章

唐律：要件成熟，家长的手借到了国家

◆ 一、同一件伤害，两种算法

先设想两个家。

一家，父亲打了儿子。另一家，儿子打了父亲。只看动作，两家都是身体受了伤。可是在传统的法律秩序里，打人的是谁、挨打的是谁，会让评价差得很远。

《唐律疏议》没有把家里的人当成一模一样的法律主体，尊长、卑幼、亲属服制、行为方向，都进了定罪量刑。亲属关系不是判决之外的背景，它就是法律条件的一部分。

唐律对「殴祖父母、父母」和「殴缌麻以上尊长」，规定了与普通斗殴不同的处罚。反过来，尊长殴打卑幼，在某些情形下又按伤害程度减等处理。

两头的差异说明，唐律的条件化已经很细：同样是殴打，还得接着判断谁打谁，双方是什么亲属关系，造成什么伤害，有没有别的法定情节。

它不是不讲条件的伦理训诫，而是一套十分依赖身份和行为方向的法律结构。

条件越细，边界就越对称吗？不一定。规则可以清清楚楚地写：子孙殴尊长加重，尊长殴卑幼减等。这只说明规则分得出情形，说明不了这种分法对家里人提供了同等的保护。

要评价它，得再问：同样的身体损害，为什么因为身份方向不同，就得到不同的法律评价？这种差别，保护的是具体的受害者，还是主要保护家庭等级秩序？

「干名犯义」也看得出身份方向的分量。子孙告发祖父母、父母等尊长，在一定范围内可能被当成违犯名分而受罚，不过具体罪名、告发内容和例外，法律另有细分。

所以不能把它概括成「子女永远不得告父母」，也不能忽略它对尊长权威的保护。稳妥的读法，是核对具体条文的主体、亲属范围、行为类型和例外，再看法律究竟限制了谁的行动。

本章要比的，不是抽象的「唐律尊礼」和「现代法律重平等」，而是唐律怎样把礼制身份换成具体的责任条件，这些条件又怎样分配家里的法律保护。

对尊长的保护，可能维护了家庭秩序，也可能让卑幼受侵害时更难得到同等的公共回应。对尊长行为的限制也有，但未必抵得掉整体上的等级差异。两种效果，要分别检验。

第一条轴是条件化：唐律靠身份、伤害程度、行为方向细分责任。第二条轴是边界：这种细分，有没有同时约束国家对家庭的介入，有没有约束家庭等级对公共正义的影响。

两个问题分开问，才能解释一部要件成熟的法典，为什么仍然把家长的手，递到了国家那边。

◆ 二、「一准乎礼」不等于没有要件

《唐律疏议》常被概括为「一准乎礼」。这句话不能读成唐律只是把伦理格言直接写成刑罚。

唐律的编法，是把礼制秩序和具体的法律后果拴在一起：名例律定刑罚的一般原则，斗讼律细分殴打与告发，户婚等律篇管家庭关系、婚姻和户籍，疏议再解释条文为什么这样适用。礼是重要的规范资源，法律仍得把它换成可操作的构成条件。

拿殴打尊长来说。裁判者先辨别行为人和被害人的亲属等级，判断是否在律文列举的尊长范围里，再按伤害结果和行为方式找适用的条款。卑幼殴尊长，可能因身份关系加重处罚。

尊长殴卑幼，则要依具体规定判断责任。这不是简单的「看人下菜」，而是法律事先写好不同身份与行为的对应关系，再由官吏认定案件合不合条件。

亲属告发的规则，也是有区分的。名例律「同居相为隐」，给一定范围内的亲属相互隐匿定了不坐的规则，同时留着谋反、大逆、谋叛等严重犯罪的例外。斗讼律「干名犯义」处理的是卑幼告发尊长等特定情形。

不对着条文核一遍，就容易把「容隐」写成所有亲属都能隐匿所有犯罪，或把「干名犯义」写成任何告发都要受罚。

条件化的成熟，至少有三处看得见。主体更明确：哪些亲属关系、哪些尊卑身份进入规则，法律写明了。行为更明确：殴打、告发、隐匿、谋反，不混为一谈。

后果和例外更明确：伤害结果、罪名类别、程序条件，都会改变法律效果。比起只凭伦理口号判案，这套结构让人更容易预见结果，也让官吏有了相对稳定的依据。

可是条件化只解决了「怎样判」的一部分，回答不了「这种区别正不正当」。规则把尊长殴卑幼减等、卑幼殴尊长加等写得再清楚，适用起来是容易了，但把等级差异写得清楚，也让它更稳固，更难被个人挑战。

规则明确不等于规则中立，条文精密也不等于对每个家庭成员的保护相当。

这就是本书坚持两条轴分开的缘故。只看第一条轴，唐律是条件化成熟。只看第二条轴，就得分析它怎样安排国家与家庭的关系，家里谁更容易调用法律。唐律既限制某些家庭行为，也维护尊长身份的特殊地位。

既允许一定范围的亲属容隐，也限制卑幼告发尊长。法律没有站在家庭之外，它把家庭等级编进了国家规范。

所以，「一准乎礼」不是「没有法律要件」，更不是「只要合礼就能任意判案」。恰当的说法是：唐律以礼制身份为重要的分类依据，靠细密条文和疏议，形成了相对成熟的条件体系。

至于这套体系服务于什么样的家庭秩序，要另从保护的方向去评价。

◆ 三、容隐：国家的手退了一步，没有退出去

唐律「同居相为隐」，是国家在亲属关系面前自己收手的一处重要表现。

名例律规定，一定范围内的同居亲属、近亲属相互隐匿，一般不按普通犯罪的帮助者处理。疏议解释了「同居」「相为隐」这些概念，并设了严重犯罪的例外。

它承认亲属之间的信任有法律意义，国家不能要求所有家庭成员都靠告发亲属，来证明对国家的忠诚。

这条规定和汉宣帝地节四年诏一脉相承，只是唐律把它放进了更成系统的法典：容隐的主体、范围、例外，写在名例律里，成了适用于各律篇的一般规则。

这不是家庭可以自己决定守不守国家的法律，而是国家用成文法规定，在什么关系、什么情形下，亲属隐匿可以不坐。国家的手后退了一步，可是退到哪里，仍由国家的法律划线。

从边界看，容隐限住了国家借家之手（旧称国吞家）的一个重要方向：国家不能在所有案件里要求亲属互相告发，也不能把亲属的隐匿，一概当成和陌生人一样的行为。这个限制有实在的意义。

它护着亲属之间的信任与照护，避免刑事追诉无差别地把家人变成国家的调查工具，也承认私人关系有一小块自主的空间。

不过容隐不等于家庭自治。适用范围、亲属类别、例外，都由国家法律确定。谋反、大逆、谋叛这类重罪，并不当然进入普通的容隐规则。

国家仍保有调查、审判、处罚的权力，只是在特定关系和特定行为上承认容隐。这是一道经过条件化的限制，国家并没有退出家庭生活。

要判断容隐是不是一道真的限制，还得看它的范围：亲属范围、同居条件、所涉罪名、重罪例外，决定了国家究竟在哪些案件里退后。

容隐不是亲属对任何犯罪的普遍豁免，更像是国家在特定关系里，对追诉义务作的限定。它既可能保护家庭信任，也可能在某些案件里减少公共机关拿到信息的渠道。两种效果，一并摆出来。

更要紧的是，容隐主要回答的是：亲属因为隐匿他人犯罪，该不该受罚。它并不自动回答：家里发生侵害时，被害人能不能得到保护。

如果相互隐匿的对象，恰恰是对家内弱者下手的人，容隐就可能和被害人的安全冲突。唐律的容隐规则本身，不能直接读成对家内暴力的免责，可是它也没有单独建立一套以被害人安全为中心的保护机制。

所以，本节对国家一头的判断是有限的：同居相隐，给国家追诉设了清楚的部分限制。这道限制存在，却不能直接证明国与家之间已有对称的边界。国家不再要求亲属在所有情形下互相告发，并不等于家里的尊长权力，同样受到了约束。

◆ 四、家长的手，借到了国家

与容隐相对，唐律对尊长、卑幼的差等保护，是家庭伦理进入国家刑罚的另一个方向。

子孙殴打父母、祖父母等尊长，不只是普通的身体侵害，还可能被当成违犯名分。卑幼告发尊长，也可能因「干名犯义」受罚。国家不光承认家里的伦理关系，还用刑罚来维护其中的等级。

家长权和尊长权，由此拿到了公共强制的支持。用本书的话说，这是家借国之手（旧称家化国）：家长要管教卑幼，借来的是国家的手。

这里说的借，不是说家人直接掌握了国家机器。它指的是：家里的等级伦理，被换成国家法律的责任标准。法律给尊长身份特殊的保护，把卑幼的某些行为规定为更重的犯罪，或额外的违法行为。

家里的关系不再光靠家人自愿维持，要由国家的处罚来执行。对尊长的尊敬，因此不只是道德要求，也可能成了国家强制的义务。

但不能把唐律说成完全不保护卑幼，或允许尊长任意伤害子孙。唐律对尊长殴打卑幼也有规定，并按伤害程度、亲属服制、具体行为区分后果。严谨的比较要逐条核对，不能把所有案件都概括成「尊长不受罚」。

要检验的是：同等或相近的身体侵害，身份方向不同，处罚有没有制度化的差异。这差异里，有多少是在维护尊长权威，有多少是在保护实际的受害者。

「干名犯义」最能看出这种借手的结构。法律可能把卑幼告发尊长，当成对亲属名分的破坏，在一定范围内惩罚告发的人。

这会影响家里人向外求助的选择：一个人受了尊长的侵害，却担心告发本身招来处罚和污名，国家法律就不只是家庭之外的保护力量，也可能是家庭等级秩序的维护者。

具体条文有范围，也有例外，不能说所有告发都被禁止。可是它的制度方向，值得细看。

十恶中的「不孝」等罪名，又往前走了一步，让家庭伦理进入了国家刑罚的核心分类。法律处理不孝，不光要求人们在道德上尊敬父母，还可能把违背亲属伦理，当成严重的法律过错。

家庭秩序因此拿到了国家强制力。问题不在于社会能不能提倡孝道，而在于：国家能不能用刑罚，执行一切被看作不孝的行为。尊长的行为伤害卑幼时，公共正义是不是同样有效。

用家内被害人作判据，唐律的等级结构就得再分析。尊长身份可能拿到额外的保护，卑幼可能背着更重的服从义务。卑幼也是具体的人，身体安全、人格、求助的需要，不能只因亲属名分就被忽略。

家伦理进了国家法之后，法律不光管理家庭，还决定了家里哪一种声音更容易被听见，哪一种伤害更容易被当成公共问题。

于是，唐律里有两个方向并存。同居相隐，限制国家对亲属关系的某些介入。尊长保护、干名犯义、不孝，则可能让家庭等级反过来塑造国家的定罪与处罚。

容隐挡住了一部分国家的手，家伦理入刑却扩大了家长借国家之手的路。两头不互相抵消，这正是本书说的边界不对称的典型。

◆ 五、比较之前，先把变量拆开

「尊长」「卑幼」不是单纯的年龄标签，是由亲属身份、服制、礼制关系共同构成的法律分类。唐律里尊长的范围，要依条文和疏议逐项确定，不能把今天家里习惯叫的「长辈」，直接等同于律文里的法定尊长。

服制还会影响哪些亲属进入特定条款，以及后果怎么变。分类有技术性，所以更要避免用一句「唐律维护父权」，顶掉具体的条文分析。

比较殴伤规则，至少拆成四个变量：行为人身份，被害人身份，伤害结果，行为类型。再把它们和刑罚后果对应，才看得出差等处罚的方向。

比方，不能只比「父打子」和「子打父」两个标题，要确认条文对不同伤害程度、是否使用器械、是否致残致死、亲属服制远近，各怎么规定。不然，表面的身份差异，可能盖住了条文内部更复杂的条件结构。

「尊长减等」也不能概括成「尊长可以任意殴打卑幼」。唐律有针对尊长殴伤卑幼的具体条文，实际处罚要依伤害、身份和适用规则判断。本书的论点不靠「尊长一概免责」这种太强的命题。

它靠的是：即便尊长仍受某些法律限制，卑幼殴尊长责任加重、卑幼告尊长可能受罚这样的规则，仍显示法律保护不是围绕每个受害人平等的身体安全来组织的。

要论证这种不对称，得比较同类案件的法律后果，不能把个别条文夸大成整个制度。

「干名犯义」与「同居相为隐」，方向正好相反，也恰好说明唐律不是简单地选国家或选家庭。容隐承认亲属关系可以限制国家追诉。干名犯义却可能限制卑幼用国家法律对抗尊长。

前者让国家在某些情况下退后，后者却可能让国家站到尊长一边。两条规则并存，就不能只把容隐看成家庭自主的胜利，还要接着看：家里谁能决定是否启动法律，谁的证言会被法律惩罚，谁受了侵害仍然有能力求助。

从法典结构看，这些规定分在不同律篇，靠名例律的通则、具体犯罪条款、疏议的解释互相衔接。体系化有法律技术上的意义：适用者可以从一般原则找到例外，再从具体条款判断后果。

可是体系化也使某种伦理等级更容易稳定地转成公共规则。尊长身份一旦成了刑罚差等的重要依据，家里的身份秩序就不再只是社会习惯，而是国家可以执行的法律结构。

拿秦律来对照。秦律里的告奸、连坐、什伍，是国家借家庭与邻里的手来治理。唐律的同居相隐，在一定范围内限制亲属告发，可是唐律仍用户籍、户婚、服制和尊卑关系，安排家庭成员的法律地位。

国家与家庭的关系不是一条直线往前走，不同领域里方向不同：有的规则让国家退后，有的规则让家庭等级成为国家刑罚的依据。

容隐究竟代表家庭自主，还是代表某种家族等级？光看条文名称，答不出来。容隐若保护所有相关亲属免于被迫告发，它可能扩大私人关系的自主空间。

它若与尊长特权、卑幼告发受限并存，这份自主就不是家庭成员平等分享的。要问的是：谁受益，谁被约束，谁能向国家求保护，而不是只问国家有没有干预家庭。

比较时还得把文本和执行分开。条文写得严，不证明每个案子都严格执行。条文允许容隐，也不证明所有亲属都能真的主张容隐。有判例、奏议、司法文书、史书记载的，把实际运行当成一个独立变量。

没有的，就只能说明规范文本的方向，不能声称已经量到了社会现实。

唐律的历史意义，因此是两面的。条件化成熟，让责任判断更细，规则更可预见。礼制结构又把尊长、卑幼、亲属名分当成分类的重要依据，让形式精密的规范，仍可能维持保护上的不对称。

它不能只写成法典化的进步，也不能只写成道德压迫的工具。法律技术的发展，和法律保护对象的等级差异，两件事要一起说。

最后，边界的好坏，要以具体成员为尺度，不能以「国家强」或「家庭强」本身为好坏。国家介入，可能保护了受害者，也可能强制执行了尊长权。国家克制，可能保护了亲属信任，也可能让家内被害人没了救济。

家庭有一点自主空间是有价值的，可是这份自主不能只属于家长。同时问清国家何时不得进入、家庭何时不得以伦理阻断公义，才能判断边界对不对称。

◆ 六、手的方向比较

把唐律放到秦律旁边，要问的不是哪一部更细密，而是两只手各由谁握着。秦律里，国家借着告奸、连坐、什伍、分异，把家庭当成自己的手脚，这是国借家之手。

唐律里，同居相隐替国家的手设了限，可是尊长保护、干名犯义、不孝，又让家长能借到国家的刑罚，这是家借国之手。

两部法典都不是「有边界」与「无边界」的对立，区别在于手的方向，以及招手权落在谁身上：容隐是国家自己收手，干名犯义却可能让卑幼想叫开国家的门时先受罚。

与既有研究相比，本书的拆法不同。瞿同祖强调中国法律与社会结构的关系，尤其是家族、伦理、身份对法律制度的影响，本书承认这种关系，并把「影响」拆成两个方向：国家怎样组织、利用家庭，家庭伦理怎样塑造国家处罚。

范忠信研究亲属容隐，本书承认容隐是国家对亲属关系的制度性让步，同时追问这项让步是否配了对家内被害人的保护。

魏道明研究的是中国古代亲亲相隐制度的变化，强调唐以后容隐制度的演变与方向变化；本书关心的是，即使国家一头仍有限制，家长借国家之手的那一头，在某些时期是否没有同样的限制。

这个判断眼下是待验的，要靠编码来检验。若逐条编码秦、汉、唐、宋、明、清的涉家条文，每条记下：方向是国入家还是家入国，受规范的主体和受保护的主体分别是谁，规则限制的是国家追诉、亲属告发、家长行为还是卑幼行为，有没有例外，违反的后果是什么，有没有独立救济，实际案例里怎么用，并记下证据来源和解释者之间的分歧。

如果发现唐代国家进入家庭的条文明显减少，而家长借国家之手的路并没有变窄，那么这个判断得到支持。如果结果相反，就要修正。每个方向分别报告，先不合成一个总分。

某项规则可能对国家追诉设了强限制，对家里卑幼却只给很弱的保护。另一项规则可能严格限制家长，却允许国家大范围进家。

将来若要用量化指标，要预先公布编码手册、权重的理由、缺失值的处理方式，并检验换一套权重，结论变不变。

反例要留位置。唐律某些条文若明确惩罚尊长严重侵害卑幼，或在特定案件里允许卑幼通过公共程序得到救济，就说明家长借国家之手并非单向增强。

某些重罪例外若让国家追诉突破了容隐，国家那一头也比通常的概括更强。反例不会自动推翻整体判断，但它逼着本书说明：这是例外，是另一个领域，还是原来的划分要调整。

限定只立一条：本章比的是涉家法律关系里手的方向，不是唐代国家或家庭的总体强弱，更不是说唐代家庭能随意支配官府。

国家仍通过户籍、赋役、婚姻、继承和刑事追诉深入家庭，家庭也没有因此得到现代意义上的私人自治，只是它的等级秩序，在某些方面与国家法律相互强化。

法典文本只显示国家正式承认了哪些规范，不证明各地官员都这样裁判，也不证明每个家庭成员都能同样用上法律。秦简是特定地区、特定时期留下的法律文书，唐律是编纂传世的法典和疏议，两类材料性质不同。材料不足时，结论就收在「法典规则的结构性倾向」。

◆ 本章会在哪里错

如果系统编码发现，唐律里尊长伤害卑幼、卑幼可以经公共程序得到救济的条文，并不少于卑幼殴尊长加重、卑幼告尊长受罚的条文，那么「家长的手借到了国家」就得收窄成个别领域的判断。

如果判例、奏议、司法文书显示，容隐在实际中被广泛用来包庇家内施害者，国家那一头的限制就比本章说的更弱。本章只依法典规则作结构判断，遇到这两类材料，都要回头改。

◆ 放回日子里

设想一个陪读的人，叫小梁，周末在家整理材料，看到条文表上并排的两行：一行写「殴」，一行写「告」。

他试着做一件明天就能做的事：在两行后面各添一栏，写「谁能叫开这扇门」。尊长对卑幼的伤害，谁来告，国家怎么受理？卑幼对尊长的告发，谁来告，国家怎么处理？

他还可以加一栏「救济要不要绕过尊长的同意」，把每条规则里卑幼能不能自己出面，一条一条问过去。

表里填不出的格子，说明材料没有提到，不能写成「没有」，不必硬填，空着就是空着，也要记下来，留给以后翻条文、查判例的人。

这样一张表，看起来笨，却是把判断落到条文上的办法，比一句「唐律维护父权」，更经得起别人来核。

他写完会发现，条件栏填得又满又整齐，门向着谁开的那一栏，却几乎都指向同一个人。这就是本章要你带走的读法，也是下次翻任何一部律书时都用得上的读法：条文写得再细，先看那只手由谁招得来。

◆ 本章出处与核验状态

1\. 《唐律疏议》卷六《名例律》有关十恶、同居相为隐条；正式出版时按选定点校本核对条号、疏议原文与页码。

2\. 《唐律疏议》卷二十二《斗讼律》有关殴祖父母、父母、尊长、卑幼及干名犯义条；须按最终采用的版本核实条文与疏议。

3\. 瞿同祖：《中国法律与中国社会》，中华书局版。具体引用章节和页码应依最终采用版本核销。

4\. 范忠信关于亲亲相隐制度的研究。需选定具体著作或论文，核对题名、版本和页码。

5\. 魏道明：《中国古代「亲亲相隐」制度再探》。需核对正式刊物、年份、期次及页码；本章对其观点的概括应在取得原文后逐项校准。

6\. 《唐律疏议》名例律「十恶」及斗讼律尊长、卑幼相关条文的比较结论属于本书分析。正式出版前应建立条文编码表，记录每条规则的方向、对象、例外和处罚后果，并用反例检验「家长的手借到了国家」这一比较假说。

带走的话

条文写得再细，也要先问那只手由谁招得来：家长招得来，卑幼招不到，这就是家国不分。

> 小账
>
> 条件化了吗：条件化了。唐律用亲属身份、服制、行为类型、伤害程度和程序例外细分责任，要件相当成熟。
>
> 门向着谁开：容隐让国家的手退了一步，而尊长保护、干名犯义和不孝，让家长的手借到了国家，门主要向尊长开，卑幼没有同样的一道。

第 12 章

家借国之手——不孝入十恶

◆ 一、母亲告子不孝

设想有这样一张状子：母亲走进衙门，说儿子不孝。官府收下了它，没有把它当成家里的口角打发回去，而是翻开法律，看这算不算该罚的事。

这样的场面在传统社会的法律叙事里并不稀奇。可是本书不能把它写成一桩真案子。没有找到判牍、案卷或权威案例的出处之前，人物、年代、判词、刑罚，一样都不能编。所以这一节先从制度问题讲起，具体案例留到正式出版前补入。

为什么拿它开场？因为这张状子把本书要看的转换，一下子摆在了桌面上。母亲觉得儿子不孝，原本是家里人的评价，可以在习俗和日常相处里慢慢消化。

母亲把「不孝」递到官府，官府又用刑罚来回应，评价就从家里走到了国家手里。孝不再只是子女愿不愿意做的事，它可能变成由官府认定、由刑罚执行的义务。

这就是国家的手被家长借了过去：家里的话，有了国家的力气。

这里要分开三层。第一层，母亲认为儿子不孝，是家人的伦理判断。第二层，官府受不受理、怎样认定事实，是司法程序。第三层，那件事合不合当时法律写的「不孝」或别的罪，才是法律责任。

三层常常连在一起，却不能互相顶替：母亲的指控不等于罪名成立，官府受理不等于最后定罪，街坊的议论更不能直接当法条用。

本章要追问的，不是家庭伦理该不该有，而是国家什么时候、凭什么条件，把其中一部分变成刑罚。

「不孝」一旦写进国家法律，就得说清哪些行为算不孝，谁有权来告，要证明什么事实，有没有例外，罚到哪里为止。这些说不清，伦理就成了边界模糊的罪名。

说清楚了，还要再问一句：它是不是让家里最弱的人更难开口。

还有一点。国家替父母执行家规，并不只是「支持父母」。国家同时拿到了判断亲子关系的权力，拿到了定义什么叫合格子女的权力，也拿到了决定哪种不听话该受罚的权力。

父母可能借国家的手维护合理的照护与尊重，也可能把个人意愿、家里的控制欲或两代人的冲突，变成一纸刑事指控。法律要分得出：哪些是对真实伤害的回应，哪些是对家人自主的过度压制。

所以，案例没有核到之前，本节只把问题的结构讲清楚：不孝告发涉及的不是孝顺不孝顺，而是道德评价怎样变成国家责任。

案例一旦选定，要逐项对原始材料里的指控、官府处理、法律依据和结果，再用本书的两道工序去看。不能先有结论，再倒推案情。

◆ 二、不孝、不睦入十恶

《唐律疏议》名例律列举并解释了「十恶」。十恶把一些被认为严重破坏政治与伦常秩序的行为，列为特别严重的一类犯罪。其中和家庭伦理贴得最近的，是「不孝」，以及与亲属关系、家庭秩序相关的若干类别。

十恶不是一张道德缺点的清单。它是法典里带着特定法律后果的分类：行为一旦落进去，赦免、量刑和法律评价都可能跟着变。所以讲「不孝入十恶」，要从条文和疏议出发，不能拿现代人对「十恶不赦」的印象去想。

这一步的分量在于，国家不只处罚具体的身体伤害和财产侵害，也把对亲属伦理的严重违反，放进了特别严厉的分类。家庭关系不再只在民间道德里起作用，它进了法典的总则结构，还可能影响行为人能不能得到通常的宽免。

不过，「不孝」不是谁都能随口定义的开放概念。唐律究竟把哪些行为列为不孝，哪些属于不睦、不义或别的十恶类别，条文与疏议怎样划定范围，后果是什么，都得逐条确认。

把十恶笼统说成「凡不听父母的话都是重罪」，既混淆了不同罪名和构成条件，也把后世制度和唐代规范搅在了一起。

从条件化看，十恶用类别、行为类型和法律后果，把特定的伦理秩序变成了认得出来的国家规范。它比道德劝告多了一层强制：官府可以据此做正式的法律评价。

从限制化看，要接着问：国家是不是把家里的权威关系，抬成了公共刑罚的标准？这样抬上去之后，卑幼面对尊长，还有没有自己的一块权利空间？

「不孝入十恶」的要害，不是说孝本身有害。照顾年老、患病、没有生活能力的父母，是重要的道德责任，也可以由明确的民事义务来支持。

要分开的是两件事：国家保障父母不被遗弃、虐待、侵害，和国家替父母执行全部的家庭伦理期待。前者围绕具体的损害、法定义务和救济条件展开；后者连不顺从、感情疏远、家里闹别扭，也一并收进刑罚的视野。

所以分析十恶里的不孝，要把「保护父母免受真实侵害」和「用刑罚维护家庭等级」分开。规定若针对的是严重伤害或遗弃，它可能是在保护具体的人。

国家若把尊长的地位本身当作加重责任的主要理由，就得再查它对卑幼自主、平等保护和求助能力的影响。一条规则可以两样都有，不能只挑一面看。

十恶还说明，道德进入国家，不一定表现为判官在个案里临时读心。它也可以靠法典完成：先把某种伦理判断固定成罪名或严重犯罪的类别，再由官吏照条文适用。

这样的制度形式上可以条件很清楚，限制化的问题却还在。条件写得越清楚，国家执行家庭伦理的能力可能越稳；所以要分开评估两件事：规则明不明确，以及它把什么权力交给了国家、保护了哪些人。

◆ 三、子孙违犯教令

明清律里有一条「子孙违犯教令」。它和唐律十恶里的不孝不完全是一回事：不孝是严重的伦理—法律类别，违犯教令说的则更直接，是子孙不服从父母、祖父母等尊长的教令。

要讲准这条，得核对《大明律》《大清律例》的具体条文、适用主体、构成条件与刑罚后果，不能把不孝、违犯教令和一切家庭争吵混为一谈。

法律一旦把违犯教令定成该罚的行为，国家的角色就变了。它不只是拦着家人互相伤害，还开始帮家长落实对晚辈的要求。

家长的命令原本靠亲情、教养和道德期待维持；违令可以招来国家处罚之后，这道命令背后就多了公共强制。家里的规矩不再完全是私事，成了国家可以介入、可以执行的规范。

这是家借国之手的第二种样子：家长把国家当成自己的手。

关键在「教令」怎样界定。如果它只指向明显违法、严重危害家人或违反明确法定义务的行为，国家介入还可能和保护具体利益有关。

如果它宽到家长对生活方式、婚姻选择、职业、交往或日常服从的一切要求，国家就成了家长控制的执行者。条文管多宽，决定这只手有多大，所以要逐字核对法律文本和司法实践，不能只凭条文名字猜范围。

限制化的问题在这里最扎眼：国家介入家庭，目的明不明确，有没有必要，和所保护的利益相称不相称？家人之间当然有合理的教养与照护，可是国家不能因此把家长的每一道命令都当成值得刑罚保障的公共规范。

子女只是拒绝一种不合理的安排，国家该不该罚？教令本身要子女忍受伤害、放弃基本权利，国家又怎么办？问到这里就看得出来，国家替家长执行家规，会把家里的权力关系变成公共强制。

另外，古代的「违犯教令」不能和现代的亲子教育直接画等号。古代法条的主体范围、家庭等级和刑罚背景，与现代的未成年人保护、监护职责、家庭教育制度都不同。

做历史研究，先说清古代规则的具体内容，再谈它的制度效果；做规范评价，要明说用的是现代的权利与保护标准。两者可以对话，但不能把现代概念直接套回古代条文。

从两条轴看，「子孙违犯教令」的条件化可能相当强：法律列出了特定主体、特定关系和特定的违令行为。可是限制化要单独检验，因为条件写得清楚，并不会自动解决国家强制是不是过度支持了家长权。

尊长手里拿到国家的处罚工具，卑幼面对的就同时是家里的命令和国家的强制，独立表达和求助的空间便很窄。

所以，本节要把两件事分开：「家长可以教养子女」，是家庭生活的一部分；「国家可以用刑罚执行家长的命令」，是国家权力的问题。法律可以保护儿童免受侵害，也可以规定监护人该尽的照护义务。

至于子女对家长命令的某些不服从该不该罚，必须有明确、有限、讲得通的条件。没有这些条件，孝顺就可能从一种道德关系，变成对权力的服从义务。

◆ 四、从自觉到服从

道德和法律不同，不是因为道德不重要，而是道德主要靠社会评价、个人认同和自我约束起作用，法律却能动用国家机关和强制手段。

孝道从社会伦理进了刑罚制度，变的不只是多了一条行为规则，而是国家开始决定什么叫合格的子女，哪种不服从值得处罚，家里人在什么情况下可以请国家去执行亲属的权威。

伦理强制化，可能带来表面的秩序：子女更不敢当面违抗父母，家里的冲突被压下去，尊长的命令更好执行。可是表面服从不等于真心认同。

一个人若是怕刑罚、怕惩处、怕污名才听话，国家得到的是形式上的顺从，不是自觉的孝敬。

道德的内在意义，在于行动的人认可那个理由；国家用惩罚去逼外在的表现，孝就可能从一种关系里的责任，变成躲避处罚的办法。国家替家长打孩子，孝就变成了怕。

这不是说法律不该保障父母。遗弃、虐待、拒不履行明确的赡养义务，会造成具体损害，法律可以用明确的民事或刑事规范来保护。

要看的是，法律保护的到底是父母的生命、身体、生活保障和法定权利，还是把一切不合尊长期待的行为都变成犯罪。前者围绕说得清的损害与义务，后者会把私人伦理的广阔天地交给国家去惩罚。

国家一旦拿「不孝」当宽泛的处罚理由，家里原本可以靠沟通、商量、外人帮忙或调整关系去化解的冲突，就可能被重新定义成国家案件。

家里的一方多了一份权力：他不只能在家里要求服从，还能借官府加重这份要求。另一头，子女可能因为怕被告不孝，不敢说家里受的伤害，或者被迫维持表面的和睦。国家强制并不总是让家里每个人都更安全。

这就是本书所说「家借国之手」的一层含义（前文曾称「家被国家化」）：家庭不再只是国家治理之外的私人生活单位，它成了国家通过法律规范、处罚和身份分类来塑造的对象。

国家不只规定财产、婚姻、户籍、继承，也可能直接规定家人该怎样表现亲属伦理。国家借家来立秩序，家又借国来加固内部的等级，两边的手握到了一起。

不过，本章也不能只从受压的一面看传统孝道。孝里有真实的照护、感恩、互助和代际责任，许多家庭关系并不靠刑罚维持。

法律化的风险，不在伦理本身，而在国家把某一种伦理解释垄断成唯一标准，再用惩罚去强制执行。

国家若只护着尊长的权威，却不同样看重卑幼的身体安全、人格和求助的权利，伦理就丢了关怀的一面，只剩下单向的服从。

从条件化看，刑罚执行孝道，得说明什么行为、什么主体、什么后果。从限制化看，更要问国家凭什么介入家庭伦理，介入到哪里为止。就算规定写得十分清楚，也仍可能侵入私人生活太深。

条件化能减少适用时的模糊，却不能单独证明国家强制站得住。

◆ 五、家长招得来，卑幼招不到

先看一扇门。国家的公权，像衙门里那扇大门，谁来敲，门才开。

本书给这扇门配了三把锁：谁能叫开它？叫开之后，谁的话被当真？救济要不要绕过尊长的同意？把这三问放到本章的材料上，同一部律里的两个方向就摆在一起了。

一个方向是尊长往里递状。母亲告子不孝，官府依法看是否落入「不孝」的条文，这是本章开头的场景；在明清律里，子孙违犯教令可以招来国家的处罚，家长的命令因此有了后盾。

尊长一开口，国家的手就可以动起来。以上两点都要等条文逐条核对后才算坐实，本章材料所能支持的，只是这个方向的门是通的。

另一个方向是卑幼往外递状。《大明律》「干名犯义」条对卑幼告尊长设置处罚，只留下一小串例外：谋反、大逆、谋叛、窝藏奸细，以及尊长侵夺财产或殴伤卑幼等可以自理诉的情形。

例外的存在说明，法典也知道有些事躲不过去。可是反过来看，门虽有缝，进门的资格却先由尊卑名分来分：卑幼要告，先得想一想，自己是不是在被罚的那一边。

再看容隐。「亲属相为容隐」让特定亲属在一定范围内，为有罪的亲属隐匿而不坐或减等。它挡住的是国家往家里追，把国家的手拦在门外。

可是它没有为卑幼开一道往外的门：尊长要进来，有路；卑幼要出去，没有同样的路。这扇门是单向的，门轴转向了尊长这边。

于是同一部律里有这样的对照：尊长告卑幼，国家受理；卑幼告尊长，国家反过来可能要罚他。第一把锁，叫门的权利多半在尊长手里。第二把锁，采信：尊卑名分摆在那里，谁的话更被当真，不用多说。

第三把锁，救济：卑幼想独立求助，就要先越过尊长这一关。

所以，家借国之手，并不是国家一般地偏向家庭。它说的是，家里谁说了算，谁就握着国家的手，而这只手只听得见一边。判断边界对不对称，不按国与家来量，要看家里最弱的那个人，能不能自己叫开公权的门。

◆ 六、最难被保护的人：卑幼与妇女

国家把家庭伦理变成刑罚的时候，最该检验的是谁多拿了权力，谁更难拒绝。传统家庭里的卑幼和妇女，在财产、婚姻、居住、经济来源和社会评价上，可能处在不利的位置。

国家若把尊长的命令当作重要规范，违抗就要受罚，弱势的人不但要面对家里的压力，还要面对国家强制。两层压力叠在一起，会影响他们能不能说出异议、离开危险的处境、向外求帮助。

家庭伦理国家化最难办的地方，在于它可以同时用保护和压制两种话说话。国家可能宣称要维护家庭秩序、保障父母权益、惩罚不孝，这些目标有时确实和照护、安全有关。

可是制度若分不清合理的照护和不当的控制，尊长就可能把个人偏好说成家庭秩序，国家再把这种秩序说成公共道德。卑幼的拒绝，也就容易被当成道德上的缺陷，不再是需要听的理由。

妇女的处境不能只拿「孝」这一个概念来看。婚姻、守节、从父从夫、家庭名誉、经济依赖，会互相作用，让妇女在亲属关系里背上更多服从的期待。

国家若用法律加固这些期待，妇女就更难主张婚姻自主、财产利益和身体安全。不过，具体朝代、具体法条和实际做法并不一样，不能把所有传统时期描述成同一个样子，要逐条看哪些规范在什么条件下产生了什么效果。

本书提出的家内被害人判据，要求在谈家庭自主或家庭伦理时，不能把家看成利益完全一致的整体。父母伤害子女，丈夫侵害妻子，亲属的身份并不会让受害的事实消失。

国家若只顾家庭整体的名誉或尊长的权威，就可能拒绝保护具体的受害者。反过来，国家介入也要受条件限制，不能只因为某种生活方式不合主流道德，就去处罚家里人。

所以保护家里人，要围绕具体的利益去做：身体安全，免受虐待和胁迫，财产与生活保障，依法表达意见，寻求救济的机会。

对父母的赡养义务，可以在法定条件下得到法律保障；可是子女够不够温顺，有没有表现出某种感情，肯不肯完全接受父母的安排，不该自动成为国家刑罚的事。

法律要分清两样东西：能够靠明确义务保护的利益，和不能让国家无限强制的私人伦理。

这一节不是要把家庭伦理从法律里赶出去，而是要把保护的对象说清楚。国家可以保护父母免受遗弃与虐待，也可以保护子女、妇女和其他家人免受家庭暴力。

保护若只沿着尊长往卑幼的方向走，家内的受害者得不到独立的公共保护，家庭伦理的国家化就会成为单向的权力结构：国家帮家长执行规范，对被家长或别的家人伤害的人，却没有同样有效的保护。

◆ 七、「不孝」不是一条规则

把「不孝」放进十恶，要分清伦理语言的宽，和法典罪名的窄。日常话里的不孝，可以包括态度冷淡、意见不合、不常回家、不肯接受某种安排，什么都往里装。

法典里的「不孝」，要依具体条文和疏议来判断，不能由父母的主观感受无限放大。不分清这一点，研究者会把所有亲子冲突都误写成国家刑罚处理的对象，也会高估古代法律对家庭生活的实际覆盖。

讨论「不孝入十恶」，至少要分三个层次。第一，法典怎样列举「不孝」及相关行为。第二，不同的亲属身份怎样改变犯罪的构成、刑罚或程序。第三，具体案件里官府怎样认定事实、适用规则。

法典把不孝列入十恶，说明它在国家法里分量重，但不能就此断言所有不孝评价都以同一方式入罪，更不能推断所有家庭冲突都会进入刑事司法。

法典位置的意义，也要说准。十恶并非普通罪名的简单清单，它在名例体系里有特殊地位，影响赦免、身份待遇和其他制度后果。

所以分析「不孝」，不能只摘出这个词，还要查它在法典结构里的位置、和别的条文的关系，以及可能带来的后果。具体后果要逐项依《唐律疏议》及各朝律典核验，不能笼统说成「不孝一律重罪」。

不同的条文，针对的也许是告发尊长、特定亲属关系中的行为、丧服礼制，或别的具体行为类型。把现代人说的「不常探望父母」直接等同于古代律典的「不孝」，是把道德语义和法律技术概念混为一谈。

所以到了史料终审，要逐条列出条文原文、所在篇目、行为主体、行为类型、法律后果和适用例外。

法典把不孝纳入，也许同时有两种用处：表达某种亲属伦理的优先地位，也让国家能用刑罚维护这个秩序。

至于每一条规定是不是常常被执行，社会上的人怎么理解它，妇女与卑幼怎么应对它，要靠判牍、案例和社会史材料来说。法典能证明国家规定了什么，单凭它不能证明人们总是怎样生活。

「家借国之手」也不等于国家消灭家庭。更常见的情形，是国家保留家庭关系，把它当成划分责任、控制告讼、配置身份、执行规范的制度资源。

家庭仍然承担照护、生产和生活的功能，成员之间的关系却同时被国家法律定义、使用。正因为家还在，国家的手才能伸进日常生活，不必靠取消家庭来完成。

◆ 八、不孝、干名犯义与亲属相隐

传统法里的「不孝」，不能把所有涉家条文都当成同一条规则。十恶里的「不孝」，是对严重伦理失范的法典分类；「干名犯义」主要处理卑幼告发尊长等行为及其后果；「亲属相为容隐」规定特定亲属在什么范围内，为有罪的亲属隐匿而不坐或减等。

三者都受亲属伦理影响，作用方向却不同：一个把家庭伦理变成国家惩罚的依据，一个限制打破尊卑名分的告讼，一个在一定条件下限制国家追诉。

《大明律》「干名犯义」条对卑幼告尊长设置处罚，同时列举谋反、大逆、谋叛、窝藏奸细、尊长侵夺财产或殴伤卑幼等可以自理诉的例外。

这些例外很要紧：它们表明，就算在强调尊卑名分的法典里，某些重大的公共犯罪，或涉及身体、财产的具体侵害，也可能冲破通常的限制。

引用时要回到所用的《大明律》版本，分清律文与纂注，不能把后世注释当成明初的原律原文。

《大清律例》卷三十「干名犯义」和名例律「亲属相为容隐」条，又显出律文与条例的层次。清代的材料既承继明律规则，也通过条例、注释和特定身份规则做了调整。

研究者要逐条标明规则的年代、版本和规范层级，不能把某一版本里后加的条例，倒推成整个清代始终一致的制度。

从两只手的方向看，这些条文在同一个体系里，可能产生相反的效果：有的限制国家追诉亲属，有的又让家庭的尊卑决定谁有告讼的资格、怎样处罚。

所以不能一句「传统法保护家庭」概括全部，也不能一句「传统法把家庭国家化」概括全部。要把条文拆成具体单位，分别编码它限制了谁、保护了谁、给谁添了风险，有没有例外和救济。

如果国家以「不孝」为名处罚某个家人，先要问他的行为是否落入当时法典里具体的「不孝」条文，不能用日常的道德语言顶替法律定义。

再要问规则保护的，是亲属的生活利益，是尊长的身份权威，还是一种被国家确认的伦理秩序。最后要问处罚和具体行为、危害有没有联系。

这些分不清，「不孝入十恶」就容易写成无限扩张的概念，好像任何不合父母心意的事，都可能成为国家罪名。

同样，保护家里人，也不能只靠削弱尊长的权威。父母可能被子女虐待，子女也可能被父母打骂；成年配偶之间、继亲关系和照护关系里，都可能出现各个方向的侵害。

现代制度应当依具体行为和受害者的权利提供保护，不预设某一种亲属身份永远是施害者，另一种永远是受害者。家内被害人判据要求每一个具体的人都被看见，不是把传统的等级倒过来排一遍。

古代法典的等级结构和现代平等原则，差别很大，可是不能因此省去历史解释。要先说准古代条文怎样定义行为、设置例外、安排程序和处罚，然后才好评价其制度后果。

若直接用现代权利语言替古人重写条文，读者就分不出哪些是原始规范，哪些是作者的批评。写作时要同时留住历史语境和规范评价，并清楚标出两者的界线。

本章因此不把「不孝入十恶」当成一个简单的道德故事，而把它看成制度的转换：家庭伦理一旦进了国家的惩罚体系，国家就不只是保护亲属免受侵害，也开始定义哪些家庭关系、哪些行为值得重罚。

它站不站得住，要靠具体规范、被保护的利益和处罚的边界来说明，不能凭「孝道重要」四个字自动完成。

◆ 本章会在哪里错

这一章的判断，遇到下面的材料就要收窄。第一，若连续的判牍或统计显示，条文虽严，实际很少受理、很少处罚，那么「家借国之手」只能算纸面上的结构，不能写成社会的普遍状况。

第二，若唐律十恶「不孝」条的原文与疏议显示其范围远比本章设想的窄，第 2 节的讨论要随之缩小。

第三，若明清律「违犯教令」条的适用主体、构成条件显示它另有限制尊长的一面，第 3 节与第 5 节的对照要改写。第四，若找不到可靠的母亲告子案例，开篇的场景只保留为制度性的设想。

◆ 放回日子里

设想一个周末的晚上。一位母亲在饭桌上对成年的儿子发了火：不回家吃饭，电话不接，婚事也不听安排。她气头上说了一句：「你这是不孝，我要去找人评理。」

这句话在今天，多半只是一句气话。你可以拿本章的三个问题，在心里把它过一遍：她说的「不孝」，指的是哪一种行为，是遗弃、虐待，还是不合心意？

她说的「评理」，找的是亲戚、居委会，还是一个能动用强制力的机关？如果被说的人是家里最弱的那个，他有没有一个自己的地方，可以把话说出来？

这个晚上放在本章的材料里，是一次小小的演习。国家的手如果听家长一个人招呼，孝就容易变成怕。明天你听到谁说「你这是不孝」，可以先问这三句，再决定要不要把这个词当真。这是一个日常的假设，不是史料，也不是判例。

◆ 本章出处与核验状态

1. 《唐律疏议》卷六《名例律》十恶条及疏议。正式出版前核对「不孝」等类别的原文、适用范围、法律后果与点校本页码。
2. 《大明律》有关「子孙违犯教令」的条文。应核对具体卷篇、条文原文、适用主体、行为条件和刑罚后果。
3. 《大清律例》有关「子孙违犯教令」的条文与相关条例。须与《大明律》分开核对，不能以清代条文反推明代制度。

4. 本章开篇所设「母亲告子不孝」是待补入一则公开、可核验历史案例的研究场景，并非已确认的具体判例。正式出版前须锁定判牍或权威案例出处，补充案情、适用条文和裁判结果；若无法找到可靠案例，应改为制度性开篇。

5. 寺田浩明关于「非规则型法」的研究。需选定具体论文或著作版本，核对题名、译名、出版信息及页码后再作实质引用。

6. 瞿同祖关于父权、家族与中国法律的研究。应依最终采用版本补齐具体章节与页码，并与本章的「保护功能／等级功能」区分展开对话。

7. 本章关于家庭伦理国家化、家内被害人判据与两道工序的论述，是本书的理论分析，不是古代法典条文直接表达的概念。正式出版时应将史料事实、现代规范评价和作者推论分别标示。

8. 尚缺的底本与材料：第一，唐律十恶中不孝条的原文、疏议和法律后果；第二，《大明律》《大清律例》违犯教令条的逐朝比较；第三，一则有明确来源、事实和裁判结果的父母告子不孝案例。对每一项，应分别记录法典版本、卷篇、页码、适用主体、构成条件、处罚及可能例外。

9. 本章第 5 节的对照，只用了本章已有材料和第 10 章（容隐）已讲的内容；「尊长告卑幼国家受理」一点，待上述条文核对后方可定稿。

带 走 的 话

国家替家长打孩子，孝就变成了怕；要看门向着谁开，就看家里最弱的人能不能自己叫开它。

小 账

条件化了吗：十恶与违犯教令把孝写成了罪名和条文，条件大体有了，可是「教令」能管多宽、谁来界定，仍待逐条核对。

门向着谁开：家长招得来，卑幼招不到；尊长告卑幼国家受理，卑幼告尊长国家反罚，门轴转向尊长那一边。

第 13 章

国披家衣——君父、父母官、子民

◆ 一、君父

翻开传统的政治文字，你会不断撞上一个词：君父。君主和父亲并排站着，君如父，臣民如子，忠和孝被放进了一个互相照应的道德结构。

这不只是修辞。它让政治上的服从，可以借着亲属伦理被人理解。这样的语言能给政治共同体一种熟悉的感情，也可能把家里的尊卑关系，一并带进国家权力。要研究它，不能只问古人是不是把君主叫作父。

还得问：这个比方出现在什么场合，在论证里干什么活，有没有改变国家对个人的法律要求。

「君父」里至少藏着两个命题。第一个是类比命题：君主要像父亲那样关怀臣民，统治者的责任不止是下命令，还有养育、保护和照顾。第二个是服从命题：臣民要像子女服从父亲那样服从君主。

前一个可能约束君主，要他承担照护的义务；后一个可能强化君权，把政治上的异议说成不忠、悖逆，甚至不孝。两个命题可以同时存在，权力的方向却不一样，不能因为「君父」听着亲近，就当它一定温和。

君主一旦被看成父亲，国家权力就不必只用公共规则和共同利益来说明自己，它可以拿亲情、恩德和家长责任来说话。

统治者把自己说成照顾百姓的长者，要求臣民用感恩和忠诚来回应；臣民反对命令时，反对本身就可能被说成忘恩、背叛、忤逆。

家庭的语言因此有两种潜力：它可以要求权力尽照护之责，也可以把服从变成一笔超出法律义务的道德债。

本书不认为所有的「君父」都必然导向压迫。政治语言里的父亲形象，有时正是用来批评统治者不养民、不恤民、不担责任的；臣下也可以借着父道，要君主克制。

可是这种批评若只能靠统治者愿不愿意听，它仍然是道德劝诫。要形成制度上的边界，还得说明：人民能不能依据明确的规范主张权利，国家是不是必须说明理由，违背了义务以后有没有可以启动的救济。

所以本章把「君父」当作一个要拆开看的政治概念，不把它直接当成传统专制的同义词。它究竟约束君主还是强化君主，要看它在具体论证里把责任放在哪一边：是要君主承担父亲式的照护义务，还是要臣民承担子女式的无条件服从？

两个方向分开看，才知道家庭伦理怎样进入国家，又怎样改变了国家和人民的关系。国家披上了家的衣裳，披法不同，衣裳底下的身子就不同。

◆ 二、父母官

「父母官」，是把地方官和父母连在一起的叫法，通常表达的是一种期待：地方官要关怀百姓，要替百姓作主，要处理好纠纷。它不是单纯的称赞，也不是一个可以不加分析、就当成现代行政职务的法律概念。

作为政治语言，它把官员的公共职责，翻译成了家庭照护的样子：官员像父母一样了解民情、抚恤弱者、调解争端，百姓则像子女一样，盼着他公正、盼着他关怀。

这个比方有好的一面。它要求官员不能只把百姓看成数字、赋役的来源或治理的对象，要看见具体的人在怎样的难处里。地方官若拿「父母官」自勉，也许更肯在灾荒救济、冤屈申诉、养老恤幼和基层纠纷上用心。

可是父母式的治理，也可能把官员的个人德性摆在制度前面：百姓能不能得到公正，取决于碰上的是不是一位「好父母官」，不取决于能不能依公开的规则提出请求、得到稳定的回应。

家里的父母，可以基于亲情做许多无法完全规则化的照护决定。国家官员手里却握着公共资源和强制权。若把两者简单等同，公共权力就可能被误当成家长的私人裁量。

官员可能觉得自己出于好意，所以可以替百姓决定什么对他们最好；也可能要求百姓用感恩、顺从和不争来回报。这样一来，公共权力的正当性，就容易从规则、职责和权利，滑向个人的恩德和道德声望。

「父母官」还会把公共职责和私人感情的界线弄模糊。官员应当依法处理案件，不该因为某人「像自己的孩子」就格外宽容，也不该因为某人不感恩，或者敢于批评，就觉得他品行有问题。

父母式语言若强调照护，可以提醒权力关注人的处境；若强调服从，就可能压低公民异议的空间。要紧的不是彻底禁用这个比方，而是它不能顶替公共规则。

用本书的两道工序看，父母官的语言要进入现代公共制度，先要过条件化：官员承担哪些法定职责，什么情形下必须行动，当事人可以请求什么。

还要过限制化：官员不能因为自认是百姓的父母，就无限扩大自己的裁量。照护可以是公共治理的伦理目标，却不能成为绕过程序、压制批评、要求私人感恩的理由。

所以「父母官」的两面是：它既可能以父道要求官员担起责任，也可能把公共权力家庭化，让百姓从权利的主体，变成等着施恩的子女。某一段历史里的「父母官」究竟起什么作用，要看当时的制度背景和政治实践，不能光凭称呼下结论。

◆ 三、子民

「子民」这个词，把人民和统治者的关系放进了父子的隐喻里。它可以表达统治者要养民、安民的责任，也可能把人民定位成国家这位家长管理和教导的对象。

和现代政治里的公民比起来，「子民」更容易突出照护与服从，较少强调个人作为权利主体，参与公共事务、质疑权力、要求说明理由的地位。

这是一种概念上的倾向，并不意味着所有历史文本里的「子民」都只有被动的意思。

父子隐喻一旦进了政治秩序，国家就可能被想象成一个放大了的家庭：君主是父，官员是代行父职的治理者，百姓是需要教化与照顾的子女。

这个模型能把政治共同体塑造成有感情、有责任的整体，也容易把公共权力的强制关系自然化：父亲可以管教孩子，国家似乎也可以打着教化的旗号要人民服从。

本来需要公共理由的命令，可能被说成家长对孩子的一番好意。

家庭化的语言还会改变异议的意思。在公共规则的框架里，人民批评政策、申诉不公、拒绝违法的命令，可以被看作行使权利，或者给制度纠错。

在家长式的框架里，同样的举动可能被说成不懂事、不知感恩、忤逆长上。政治上的分歧，于是被翻译成了道德上的缺陷。国家不必再充分回应异议的内容，只要评价提出异议的人品行如何。

这正是家伦理国家化可能带来的认识上的风险：权力不只规定人该做什么，还有权定义反对者是什么样的人。

父子隐喻也可能被反过来用。父亲应当保护子女，君主和官员就不能只要求服从，也得承担养民、救济、避免滥刑、保护弱者的责任。臣下可以据此批评统治者失了父道，要求他尽照护之责。

问题仍然是，这种批评能不能变成制度上的限制。人民若只能等着贤明的父母出现，保护就靠个人德性；人民若能依公开的规则要求国家履责，父道才可能成为公共责任的伦理表达，而不是权力的私人化。

从本书的角度看，「子民」要拆成两个方向：国家对人民的责任，和人民对国家的服从。前者可以支持公共权力必须保护生命、基本生活，公平处理争议；后者可能被放大成对统治者的无条件忠诚。

两者若不对称，国家只强调子民要顺从，不把父道转成可要求、可审查的公共义务，家庭伦理就成了单向服从的源头。

所以，分析「子民」，不能只问它带不带亲情的色彩，要问人民在这个比方里，还是不是能提出要求的主体。

他们若只能接受治理、感恩和服从，公共权力就被家庭化了；他们若能要求官员说明理由、依法履职、承担责任，父子隐喻里照护的一面，才可能转化为现代的公共伦理。

◆ 四、国披家衣的收益与代价

把家伦理带进国家治理，后果并不只有压迫。父道可以要求统治者照顾百姓，父母官的形象可以要求地方官关注民间疾苦，子民的语言也可以提醒国家，不能把人民当成纯粹的工具。

传统的政治伦理在一些场合，确实给批评苛政、劝止滥刑、要求官员担责，提供过规范的语言。若只把它描述成国家扩大控制，就忽略了它在约束权力、表达照护责任方面的可能。

可是这点收益通常取决于家伦理被解释成哪一种义务。强调父亲对孩子的责任，统治者就必须养民、恤民、克制暴力；强调孩子对父亲的服从，人民就可能被要求无条件地接受统治。

两个方向可以同时出现，政治语言又常在不同场合切换：统治者批评百姓时，讲父子名分；臣下劝谏君主时，讲父亲该仁慈。

没有更明确的公共规则，双方都可以挑对自己有利的那一面，家庭隐喻就很难稳稳地限制权力。

代价之一，是公共权力容易以恩德取代权利。父母官若被当成百姓的私人恩人，救济就可能被说成官员的施舍，不再是国家在履行职责；百姓受了不公，可能被要求感恩，不让申诉。

另一个代价是公共争议容易道德化：不同的意见被说成不忠、不孝、不知恩，大家不再围绕事实、规则和公共利益讨论。这样既削弱了权力的可问责性，也让个人更难把不满变成制度化的请求。

还有一种代价，是家庭的等级被复制到国家结构里。君主如父、官员如长、百姓如子，政治秩序就容易按年龄、身份和服从关系来想。这个模型忽略了：国家的成员并不都是一家人，公共权力也不等同于亲情。

家庭关系可以有特殊的感情和不对称的照护，国家的强制却必须向所有受影响的人说明理由。把家庭关系直接放大成国家关系，原本只适用于特定亲属的期待，就变成了对所有人民的普遍义务。

本书因此主张，把传统家伦理里的责任面和服从面分开。照护、恤弱、克制、担责，可以经过条件化，转成明确的公共职责。

无条件的感恩、绝对的服从、给异议扣上道德的污名，不能凭家庭类比就直接成为国家的要求。

限制化要求国家说明权力的边界，不能因为自称「父母」就无限介入人民的生活，也不能要求人民以子女的身份放弃公共权利。

在这套分析里，国家披上家的衣裳（前文曾称「国被家化」），不等于国家变得更有人情味，也不等于国家必然更专制。它指的是，国家借用家庭关系来定义权力、义务和政治身份。

结果是照护还是控制，取决于这个比方怎样被制度化：责任清不清楚，服从有没有边界，人民能不能提出异议，官员是不是必须依法回应。这几个问题的回答，才决定家伦理进了国家以后，实际产生什么效果。

◆ 五、从家长式国家到受约束的公共权力

「君父」「父母官」「子民」，首先是政治语言，是治理想象里的亲属隐喻。要从隐喻再推到法律制度怎样运行，得证明这种语言怎样进了诏令、官箴、行政制度或司法裁判，具体改变了谁的权利、责任和救济资格。

只凭一段颂扬官员如父母的文字，不能直接证明行政权在所有领域都按家庭等级运作；反过来，隐喻在某些场合有教化的作用，也不能证明它没有造成身份化治理的风险。

所以本章用「国披家衣」，是把它当成一个要有材料支撑的制度分析命题，不是给中国传统政治文化作整体定性。编码时要分别记下政治隐喻、规范文本和实际的法律后果。

只有家长伦理确实改变了公共权力的责任分配、权利资格或救济路径，才把那条材料记成较强的迹象；单有「父母官」一词、没有进一步后果的，记成语言证据，不记成强的制度效果。

若要从这些传统语言里，取出对现代公共生活有用的资源，就要走两道工序。条件化，是把「父亲应当照顾子女」转成明确的公共责任：国家保护哪些利益，官员在什么情况下必须行动，个人可以提出什么请求，机关要在什么期限和程序内回应。

没有这些条件，父道可能只是一句赞美官员的话，成不了稳定的责任。

限制化，是说明公共权力不能以父母的身份做什么。官员不能因为自认更懂百姓，就替成年人决定他的私人生活；不能把批评看成不知感恩；不能把政策分歧直接解释为不忠；也不能以「为你好」为由绕过法定程序。

照护责任可以成为公共治理的价值目标，却不能成为扩大裁量、压制异议、要求私人服从的空白授权。

这一转换还要求重新理解人民的地位。现代公共制度里的个人，不只是等着父母官照顾的子民，而是可以提出请求、参与公共讨论、质疑决定、寻求救济的主体。

国家对人民的义务，不该取决于官员喜不喜欢某人、觉不觉得他懂事感恩，应当依公开的规则平等适用。父道若要转成对国家责任的提醒，就得接受权利、程序和问责机制的检验。

这也不是说，现代公共权力应当是一台冷冰冰的规则机器。依法行政和关注人的具体处境并不冲突：规则给出稳定的边界，照护伦理提醒公共机关看见真实的困难。

要紧的是，照护不能取代权利，善意不能代替说明理由，个人德性不能代替制度责任。好的父母式关怀，应当帮人获得自主和安全，不该要人拿服从来回报关怀。

本书的双向边界，也适用于国家与家庭之间。国家不能只以家庭伦理为由，强迫个人服从；家庭也不能借「父母之命」「家丑不可外扬」这类理由，拦住家内受害人的求助。

国家介入家庭，需要明确的法律根据和必要性；家庭自主，也必须以不侵害成员的基本安全与权利为限。这样才不致把家里的等级关系，直接复制成国家和人民的关系。

由此可见，传统家伦理里值得留下的，不是「君如父、民如子」这个身份结构本身，而是其中能转成公共责任的照护、恤弱与自我克制。

值得限制的，是把身份类比变成无条件服从，把恩德变成不可质疑的权力，把异议变成道德缺陷。条件化与限制化并行，伦理资源才能进入公共生活，国家也不会被家庭等级的逻辑吞没。

◆ 六、谁在说，对谁说，为什么说

要检验「君父」这类政治语言，先分清三件事：谁在说，对谁说，为了什么说。君主自称父母，可能是在要臣民服从；臣下说君主应如父亲，可能是在要君主担起仁政的责任；史家用父子关系评价君臣，也可能是事后对政治成败做的一番道德解释。

同一个词，换一个说话人、换一个场合，作用就不同。不追踪话语在哪里用，就容易把所有父子隐喻都归进同一种政治效果。

「父母官」同样不能只当一个温情的词。它可能表示地方官要熟悉民情、回应冤屈、救助贫弱；也可能让百姓把依法应得的服务，当成官员的恩惠。

两种理解的差别，可以到具体制度里看：救济有没有公开的条件，申请有没有程序，拒绝要不要说明理由，官员因偏私或怠职要不要担责。

一项公共服务若只能靠「遇到好官」，它就仍然靠私人德性，还没有完全变成稳定的公共义务。

家庭隐喻进了国家，还可能把公共权力的对象，从「有不同利益和权利的人」，改写成「需要被教化的孩子」。孩子可以由家长替他决定，公民却应当能理解决定、表达异议、依法挑战。

两种身份并非完全互斥，公共机关可以提供指导和照护，但不能因为自称更成熟、更有经验，就取消成年人作为权利主体的地位。父母式治理一旦拒绝这个区别，关怀就可能变成家长主义。

家长主义不只存在于古代政治。任何政府都可能以「为了人民好」为由，替人做限制选择的决定。

问题在于：公共限制有没有明确的法律根据，是不是为保护他人权利或防止重大损害所必需，用的是不是较少侵害的手段，受影响的人能不能提出异议。用家庭语言表达善意，代替不了这些公共论证。

国家可以关怀人民，但不能凭关怀之名获得无限的权力。

本章的双向检验，可以具体成五个问题。第一，国家是不是把家庭伦理当成无须说明的服从理由？第二，国家是不是把照护责任变成可主张、可问责的公共义务？第三，人民能不能拒绝不合法的命令并提出异议？

第四，家庭内部的受害者在必要时，能不能寻求公共保护？第五，公共机关介入家庭时，受不受必要性与比例性的约束？这些问题既可以拿来分析古代政治思想，也可以拿来检查现代公共制度里的家长式语言。

从传统思想里找现代资源，要避开两种相反的错误。一种是把传统家伦理整个看成压迫，忽略其中要求君主仁政、官员恤民、权力自我克制的思想；另一种是因为传统强调仁爱与照护，就把家庭等级直接当成现代国家治理的理想模型。

更可靠的路，是把能转成公共责任的部分，和依赖身份服从的部分分开：前者靠法律条件与问责机制落实，后者要接受平等、自由与权力边界的检验。

这也让「国披家衣」成为可以逐案分析的概念，不再是给中国传统政治的整体标签。研究者可以记下某一文本用没用父子类比，把责任放在哪一方，要不要臣民无条件服从，允不允许臣下谏诤，有没有可以启动的救济机制。

不同材料若显示相反的方向，就应当把差异摆出来，不能为了理论整齐而删掉反例。一个概念的解释力，来自它能说明复杂材料的不同结果，不来自把所有材料说成一样。

最后，本章和前一章的区别在手的流向。第 12 章是家借国之手：国家用法律替家庭执行伦理。这一章是国披家衣：家庭伦理反过来，塑造国家怎样看自己、人民被当成什么人。

两件事不是前后相接的阶段，可以同时发生：国家既把孝写进法律，也用父亲的形象描述自己；既要子女服从父母，也要人民服从君主。所以两个方向要分别检验，不能只看一边。

◆ 七、「君父」的两副面孔，和四项检验

「君父」的语言不能只作单向的解释。一方面，它可能要求统治者承担照护、保护和克己的责任；以父亲作比，意味着权力者不只有命令权，还负有养民、恤民的道德期待。

另一方面，君主被摆在父亲的位置，臣民被叫作子民，政治服从就可能借亲属伦理得到加强，异议被重新解释为不忠、不孝或不知感恩。两种作用可以同时存在，得依具体文本和政治场景，判断哪一种占主导。

「父母官」也有类似的两面。它可以要求官员像父母一样关心百姓，担起积极治理的责任；但公共权力若被理解成家长权，官员就可能把个人判断当成替民作主的理由，把服从当成善政的指标。

现代的公共权力，应当把关怀转成法定职责、程序保障和可问责的公共服务，不能以父母之名，免掉说明理由的义务。

「子民」这个称谓的风险，不在每一次使用都压迫，而在它可能遮住公民作为独立权利主体的地位。

人民若被想象成国家家长的子女，权利就容易被当成恩赐，申诉就容易被看成不懂事，反对意见就容易被解释成道德缺陷。公共制度必须保证，个人可以依法律主张权利，不必先证明自己配得上家长式权威的善意。

所以，本章不把中国传统政治伦理简单判成「只有压迫」，也不因其中有仁政与责任的理想，就忽略权力结构。

比较准确的说法是：家庭伦理给政治权力提供了责任的语言，也可能提供服从的语言；关键在于，这种语言是被转成明确、可追责的公共义务，还是被拿来让权力躲开边界与监督。

要判断国披家衣是不是真的发生了，可以用四项检验。

第一，查家庭称谓只是修辞，还是真的改变了公共责任。统治者被叫作「父母官」，若只表示应当关心百姓，未必意味着家长权已经进了法律；若这个称谓被拿来要百姓无条件服从，把批评解释成不孝，或让官员以「为你好」免除程序义务，它就已经开始改变权力关系。研究者要找规范后果，不能只凭词语出现就下结论。

第二，查「君父」是否同时规定了统治者的责任和臣民的服从。父亲的形象，有时要君主恤民、节制欲望、担起养民之责；有时也强化忠顺、尊卑和不可违逆。

只记责任伦理的一面，会低估它对服从结构的影响；只记等级的意味，又会漏掉它对权力者的道德约束。两种作用要在具体语境里分别编码。

第三，查公共权力还能不能被独立申诉、质疑和纠正。家长式治理最容易把公共服务说成恩惠，把权利主张说成不知感恩。

百姓得到利益若取决于官员个人的仁慈，就和可主张的法定权利不同；官员若必须依规则决定、说明理由、接受复核，父母官语汇的实际权力后果就受到制度的限制。

第四，查家伦理是否影响国家对不同人的平等评价。臣民统一被叫作「子民」，但不同身份的人得到的法律保护、申诉机会或责任标准仍然不同，称谓本身就证明不了平等。

反过来，传统语言也不必然排斥平等的制度。要判断国披家衣是不是发生了，看它是否让身份和伦理评价取代了公共理由，是否削弱了个人作为权利主体的地位。

这四项检验把一句形象化的批评，变成了可复核的问题清单：语言有没有转成规则，规则有没有影响权利义务，权力能不能被质疑，身份有没有改变法律地位。

找到对应的史料和制度材料，才能判断某个时期、某个文本，在多大程度上呈现出家伦理国家化。

◆ 八、可见的指标，和历史证据的三类

要把「国披家衣」变成可以验证的命题，可以查四类制度迹象。第一，公共决定是否以身份和伦理名分，而不是一般规则，作为主要依据；第二，官员是否被允许以「为民作主」替代说明理由和接受监督；第三，个人提出异议、申诉或权利请求时，是否被重新描述成不忠、不孝或不知感恩；第四，公共资源和救济，是否被当作统治者的恩惠，而不是依法可主张的权利。

这些迹象要有法条、奏议、判牍或行政记录来支持，不能凭一段政治修辞下结论。

这组指标也要求研究者把家长式治理和一般的行政裁量分开。任何行政机关都需要一点判断空间，判断空间不必然是家长式权力；关键看裁量有没有规则、程序、说明理由和复核机制约束。

反过来，官员即使用的是现代的行政术语，如果仍把个人好恶当成公共决定的依据，也可能是家长式的结构。术语的古今变化，不该盖住那个实质问题：权力能不能被质疑。

在传统政治伦理里，仁政、恤民、养民这些概念，可以要求统治者积极回应百姓的疾苦。它们的好处，是不把治理缩成命令与惩罚，要求权力者担起照护之责。

可是这份责任若完全靠统治者的个人德性，没有稳定的制度把它变成可主张的权利，民众就只能盼着遇上「好官」。

本书所谓条件化，就是把道德期待转成具体职责；所谓限制化，则要求履责的方式也受法律边界约束。

所以，传统政治伦理的现代转化，不是简单删掉「父母官」这类词，而是改变它的制度后果：关怀要落成公开的公共服务义务，保护要落成可请求的救济，裁量要有说明理由与复核的渠道，公民不能因为质疑权力而被道德化地定性。

这样，关怀的伦理资源才不会变成对家长权的无条件授权。

研究者要证明某种政治伦理起了「披衣」的作用，至少要分三类证据。第一类是语言材料：诏令、奏议、经典注疏或政治论说里，有没有把君主、官员比作父母，把百姓比作子女。

第二类是规范材料：这种比方有没有进入法律、行政规则、官员职责或惩罚制度，改变了权利义务。

第三类是实践材料：在具体案件或行政实践里，这种语言是不是被拿来支持服从、限制申诉，或者反过来要求官员承担保护的责任。

只有第一类证据时，结论应当限于政治修辞；三类证据互相支持时，才更有根据谈制度性的后果。

这一区分可以避开两种相反的过度推断：一种是看到「父母官」一词，就认定所有官员都以家长的身份在治理；另一种是因为某些文献把父母官理解成仁政的要求，就认定这种语言不会强化等级。

历史概念的意义，常取决于使用者、受众和制度环境。同一个比方，可以在一处用来约束权力，在另一处用来要求服从。

还要分清规范的理想和实际的运行。传统政治论述可能要求君主爱民如子，实际政治里却也有严刑、征发和差别待遇。

不能用理想的话证明现实权力温和，也不能只凭现实里的压迫，就否认传统伦理确曾提供批评统治者的语言。历史分析要把理想、规则与实践分开记录，再看它们之间隔着多远。

从两道工序看，「父母官」若被转成具体、可问责的公共服务义务，可能有助于明确官员的责任；若只要求百姓感恩和服从，又没有相应的申诉与纠错渠道，就可能成为不对称的家长式权力。

判断的标准，不在称呼听着暖不暖，而在制度有没有规定可检验的义务，有没有限制权力，有没有允许受影响者提出异议。

最后，「国披家衣」不是解释全部中国政治史的万能概念。国家治理还受财政、军事、官僚组织、法律技术、地方社会和思想竞争等因素影响，家庭伦理只是其中一条线索。

本书的这个概念要站得住，就应当在明确的范围内，说明它能解释哪些材料、解释不了哪些，并允许反例修正理论。

◆ 本章会在哪里错

这一章的判断，遇到下面的材料就要收窄。若查下来，「父母官」「子民」大多只出现在颂扬的文字里，没有一条进到规则或实践，那么「国披家衣」只能算语言上的现象，不能记成制度的效果。

若有材料显示，家庭类比在某个时期主要被拿来限制君主，且有可启动的救济跟着，第 4 节与第 7 节对服从面的强调要往回收。

反过来，若找到哪个时期的申诉渠道，已把「恩惠」变成可主张的权利，那个时期就应当作为反例单独列出。

◆ 放回日子里

设想你在一个办事大厅里。窗口后面的人对你说了一句：「放心，我们就是把你们当自己家人看的。」这句话让你心里一暖。

隔了一会儿，你问：这件事办不了，是哪一条规定？对方脸色一变：「你怎么这么不懂事，我们是为你好。」

这时候你可以用本章的两个问法，在心里过一遍。他说的「家人」，有没有落成一条你能指着念的职责？我问理由，是在行使权利，还是在「不知感恩」？

明天你再听到谁说「把你当自己人」，可以试一试：先谢谢他，再客气地问一句，这件事依的是哪一条。这个场景是日常的假设，不是史料，也不是判例。

◆ 本章出处与核验状态

1. 《论语》《孟子》《礼记》等经典中有关君臣、父子、养民、民本与父道的论述。正式出版时应选定具体篇章与版本，逐条核对原文、语境和页码。
2. 《汉书》《后汉书》《资治通鉴》等史籍中关于君父、父母官、养民、谏诤和君臣关系的材料。具体历史例证应在终审阶段锁定原文出处，不以现代常见说法代替史料。
3. 瞿同祖：《中国法律与中国社会》，关于家族、伦理与法律关系的相关章节。需依选定版本补齐页码。
4. 孙隆基关于中国文化与家族伦理结构的研究。具体题名、版本和页码应在正式引用前核验。

5. 本章「国披家衣」（旧称「国被家化」）及家庭隐喻的双向作用属于本书的分析框架。历史描述、经典原文与现代规范评价应在出版稿中分别标注。

带走的话

国家把人民当孩子，先问它肯不肯担父亲的责任；更要问，人民还能不能作为成年人说一声「不」。

小账

条件化了吗：「君父」「父母官」「子民」多半停在称呼和期待上，要把照护写成可请求的职责、把服从划出边界，才算条件化。

门向着谁开：父母式的国家只对愿意感恩的人开门，招手的权力握在官员手里，百姓敲门要靠遇到好官。

手的三次交换：第三编小结

这一编走过秦、汉、唐，又看了清末和现代。把它缩成一个画面，就是同一只手换了三次主人：国家的强制那只手，先被国家借家的人去握，再被解释经义的人去握，最后被家长借过去握。

前两编留下两把尺子。第一把是条件化：规则有没有说明主体、行为、情境、责任和后果。第二把是限制化：国家和家庭之间有没有双向的边界，家里最弱的人能不能自己叫开公权的门。两把尺子要分开用。秦、汉、唐是用它们检验的三个对象。

◆ 一、第一次交换：秦律，国借家之手

睡虎地秦简里的秦律，并不是没有规则。法律问答和相关律文，会区分行为人的身份、行为方式、财物数额、行为阶段，以及某些主观状态。

不同的事实对应不同的后果，说明秦律已经靠分类和条件，在约束官吏的判断。把秦律写成「没有规则，只靠君主任意下令」，既忽略出土的法律文书，也会让后面的比较没有可靠的起点。

可是条件细，并没有让国家的手变短。告奸、连坐、什伍组织、分异这些制度，让国家可以通过家庭和邻里获取信息、分配责任、组织治理。家不是一个完全独立于国的私人领域，它可能成为国家治理网络的一部分。

这就是国借家之手：什伍里的邻居，同居的亲人，被国家当作自己的耳目和手脚。就算某些罪名和处罚写得很细，国家仍然能顺着这些制度走进家里。

秦律对家庭内部的等级，也有自己的安排。非公室告等规则，在一定范围内限制官府受理子告父母等告发；擅杀子等规定，又对家长权作了某些限制。

可是这些限制不能直接证明国与家之间已有对称的边界，它们可能同时服务于尊长的权威和国家的治理。要判断，得把几件事分开查：国家进家的规则，家里人向国家求助的可能，家内权力受到的限制。

所以本书对秦律的概括是「条件很细，国家之手很长」。这是对涉家规则的结构判断，不是说秦代国家在所有领域绝对控制家庭，也不是说家庭完全没有自主空间。

它要说的是：规则的条件化就算相当成熟，国家仍可以靠告发、连坐和组织制度深入家里，而这些制度对家内弱势成员的保护，并没有因此自动增强。

◆ 二、第二次交换：汉代春秋决狱，读心权进来

汉代的春秋决狱，不宜简单说成「法律被道德取代」。现存的案例显示，董仲舒会按案件情境解释行为的性质，也会援引《春秋》的义例，重新判断亲属关系、行为目的和法律后果。

误伤父案里，儿子出手的情境和救父的意图，影响了「殴父」的法律评价。养子藏匿案里，实际的养育关系被用来说明养父子之间的伦理联系。

夫死改嫁案里，丈夫死亡、尸体未葬、母亲主婚、妇女听从尊长这些事实，一起进了解释。

这些案例说明，经义并不总是抽象地压过事实。董仲舒的推理，有时会重建事件的经过，辨认行为的对象，并用经典来解释法律概念。

高汉成关于春秋决狱与法律解释的研究也提醒，不能把所有案例都说成完全抛开汉律、只凭道德任意裁判。分析这段历史，要承认它解释上的技术性和纠偏的功能。

可是经义进了司法，也改变了判断权的配置。经典义理有多种读法，解释者要决定哪句经文、哪条义例、哪种伦理关系适用于眼前这桩案子。

这些解释若能改变定罪、出罪或责任范围，却没有明确的条件、公开的证据标准和可以反驳的程序，裁判者手里的读心权就变大了。

善意可以成为出罪的理由，恶意也可以成为入罪的理由；同一个原心，可以导向相反的结果。

本书把这种风险概括为「道德直接国家化」：伦理判断不只影响社会评价，还可能经由司法解释，直接改变国家强制的后果。

关键不在要不要考察主观状态，而在谁有权解释它，凭什么解释，当事人能不能反驳，解释能不能越过法定的责任条件。原心可以帮着纠正机械适用，却不能因为某一次结果宽厚，就免于对它权力边界的检验。

于是第二次交换是：国家并没有把家庭排除在外，而是通过经义解释，重新界定行为和亲属关系。这一回，那只手从组织制度的人手里，换到了解释经义的人手里。

家庭伦理既可能限制国家追诉，也可能成为国家判断个人的依据。边界不再只是国家向家里伸手伸多长的问题，也包括国家借伦理解释，来定义家里人该怎样行动、什么样的心志值得宽宥或惩罚。

◆ 三、第三次交换：唐律，家借国之手

唐律使这条线索更复杂。和秦律相比，唐律在同居相隐方面，为亲属隐匿设了较成系统的规则，国家不再在所有情形下，都要求亲属像陌生人一样告发。

容隐被纳入法典结构，主体范围、行为类型和重大犯罪的例外，都有具体规定。这是国家对亲属关系的一种制度性承认，也是对国家追诉的一种条件化限制。

可是唐律同时把尊长、卑幼、服制和亲属名分，写进了定罪量刑。殴打尊长和殴打卑幼，法律后果可能不同；卑幼告发尊长，在特定情形下可能涉及「干名犯义」；不孝也进了十恶的特别分类。

家庭的等级，于是不只是私人伦理，成了国家刑罚可以执行的规范结构。容隐挡住了国家往家里去的某些路径，尊长的保护和伦理入刑，却让家长借国家之手的方向更牢了。

这个组合说明，唐律不是简单地比秦律更尊重家庭，也不是国家完全退出家庭。它在某些方面让国家退后一步，在另一些方面让家庭的等级拿到公共强制。

法律技术越成熟，并不能直接推出家庭成员受到更平等的保护；条件化越细，既可能限制任意，也可能更稳定地执行身份差异。

本书因此把唐律概括为「要件成熟，家长的手借到了国家」。这个判断只针对涉家规则的结构，不能放大成对整个唐代社会的单一评价。

要检验它，仍得逐条比较容隐、告发、尊长卑幼、十恶和家庭成员保护的相关规定，并分开法典文本和实际的司法运行。

秦、汉、唐三者，于是形成不同的格局。秦律显示，规则细密和国家深入家庭可以并存；春秋决狱显示，经义可以帮人理解情境，也可能扩大解释者的读心权；唐律显示，国家可以限制部分追诉，同时把家庭等级写进刑罚。

历史的变化不是一条从粗疏走向精密、从专制走向自由的直线，而是条件化与限制化一次次错开的过程。

◆ 四、清末修律与现代法治：从伦理争论到制度论证

清末修律，把传统伦理怎样进入刑罚的问题，推成了公开的制度争论。礼教派担心法律改革削弱家庭伦理与社会秩序；修律派则想用更成系统的犯罪构成、责任原则和刑罚体系，重新界定哪些行为该由国家处罚。

争论的实质，不是道德和法律简单分家，而是国家强制需要什么样的法律理由，传统伦理能不能不经转换，就决定刑罚。

清末修律的意义，在于让「哪些伦理要求可以成为刑罚理由」变成了可以争论的问题。一项行为即使受到道德批评，也要进一步说明：它满不满足犯罪构成，侵害了什么利益，为什么需要刑罚。

与此同时，取消某项刑罚，也不自动意味着家庭成员得到了充分保护；还要看相关义务是否由民事制度接了过去，家内被害人有没有可行使的救济，家庭等级是否通过别的规范继续起作用。

现代法律进一步强调：法律不可能完全没有道德，但道德不能不经转换就成为国家强制。耶利内克说「法律是最低限度的道德」，富勒区分「义务的道德和愿望的道德」，提示我们法律只能强制一部分明确的、有公共理由的义务，不能要求每个人做到全部的道德理想。

密尔的伤害原则则要求国家说明：强制和防止伤害、保护他人利益有什么关系，不能只凭多数人的道德反感决定处罚。

可是现代法治并没有一劳永逸地解决家国的边界。国家可能以保护家庭为名过度干预私人生活，也可能以尊重家庭自治为名，不履行保护受害者的责任；家庭成员可能借亲情和名誉，拦住求助，公共机关也可能用道德标签代替事实和证据。

边界还得在具体制度里不断检验，不能因为法律已经现代化，就预设它必然对称。

从清末到现代，最重要的变化不是道德消失，而是道德进入国家强制的方式，逐步成了法律制度必须说明的对象。

规则明不明确，强制必不必要，程序公不公平，权力能不能复核，受影响的人有没有救济，构成了现代边界分析的关键指标。它们不保证法律永远正确，却能要求国家公开理由，并为错误留出纠正的渠道。

◆ 五、三次交换之后：两条轴不能并成一条进步线

回头看秦、汉、唐、清末和现代，最容易犯的错，是把历史写成一条单线的进步史：秦律粗疏而强制，汉代道德化，唐律成熟，清末开始近代化，现代终于做到法律与道德分离。

这样的叙述太整齐，也解释不了同一时期不同规则之间的矛盾。历史上，法律条件可以变得更明确，保护的方向却仍不对称；国家可以在一方面克制，又在另一方面扩大对家庭的控制。

所以本书坚持把条件化和限制化分开。条件化回答规则怎样界定主体、行为、情境、责任与后果；限制化回答国家和家庭的权力各到哪里为止，边界对具体的成员有没有双向的保护。

两者可以一起增强，也可以一强一弱。把两条轴分开，才解释得了：秦律的精细规则，为什么能和国家深入家庭并存；唐律的容隐，为什么能和尊长等级的刑罚保护并存。

边界的方向，也不能只用「国家强」或「家庭强」来评价。国家介入可能保护家内被害人，也可能执行家长权；国家克制可能保护亲属间的信任，也可能让受害者没处求助；家庭自治可能保护私人选择，也可能遮蔽家里的支配。

该问的是：哪只手由谁握着，具体的权力怎样被限制，具体的义务怎样被明确，具体的人能不能提出异议并得到救济。

三次交换不是三个互相替代的时代标签，而是三种典型的机制。第一，秦律显示条件化和国家治理深入家庭可以并存。第二，春秋决狱显示经义解释既可能纠正机械适用，也可能把道德判断直接变成国家裁判。

第三，唐律显示容隐可以限制部分的国家追诉，同时家庭等级也可以通过刑罚进入国家法。清末修律和现代法治，则把强制理由、权利保障与程序边界，推到了制度讨论的前台。

「三次」也不是说历史只有三次。本编挑秦律、春秋决狱和唐律，是为了呈现三种有代表性的机制：国家借组织制度进入家庭；经义的解释者借读心与伦理关系重构责任；法典在限制部分追诉的同时，把家庭等级纳入国家的处罚。

清末修律和现代法治用来展示，强制理由怎样被重新论证。其他朝代、其他法律领域可能出现不同的组合，应在后续研究里纳入，这一概括并不排斥它们。

本编的两条轴还要允许混合类型。一部法典，可能在赡养义务上条件明确，在亲属告发上保留身份差异；一项容隐规则，可能保护了亲属信任，却没有为家内被害人建立相应的程序；一项现代法律，可能明确禁止家庭暴力，实际执行却仍受家庭名誉或资源不平等的阻碍。

所以不能给一个朝代或一部法典贴单一的标签，要逐项标明具体规则在哪一轴上表现如何。

◆ 六、怎样检验：材料、反例与编码

规则文本、解释实践和社会效果，要分开看。秦简能证明某些规则被书写和整理，却不能单独证明所有地区、所有案件都照同一方式处理。《太平御览》等后世类书保存了春秋决狱的片段，不等于保存了完整的案卷。

唐律条文体现的是正式规范，不能自动证明每一位家内被害人都得到同样的保护。历史比较要说明证据的文献类型、保存状况和推论的限度，不能把规范文本直接当成社会现实的完整镜子。

比较不同的朝代，也不能因为某一时期的材料更丰富、条文更系统，就断言它的法治水平必然更高。

文献保存的差异，会影响研究者看见什么：秦简是出土的法律文书，汉代的案例多经后世文献转引，唐律则以编纂的法典和疏议传世。

要避开材料不对称造成的偏差，得选可比的规则类别，统一编码口径，并把证据缺失明明白白记成缺失，不用推测补齐。

要让这个模型成为可检验的法律史方法，后续需要建立跨朝代涉家规则的编码表。每条规则至少记录：规则来源与文本版本、适用主体、行为类型、条件与例外、法律后果、边界方向、受保护者、可能被排除者、有没有程序救济，以及有没有实际案例支持。

还应设置反例和独立编码复核，免得只挑符合理论的条文。

如果后续研究要把「边界强度」量化，应先制定透明的编码手册。例如，国借家之手，可以按国家要求家庭提供信息、承担连带责任、接受身份管理和强制介入的范围编码；家借国之手，可以按家庭等级对国家处罚、证言规则、责任分配和公共救济产生影响的范围编码。

每一项指标都要说明证据来源、编码理由和不确定性，并由第二位编码员独立复核。总分不应盖住两个方向的差异。

还要主动找反例。秦律中若有有效限制国家进入家庭的规则，要纳入比较；唐律中若有保护卑幼、限制尊长权的明确规范，也应作为反例编码；清末修律若保留了某些传统身份规则，同样要如实记下。

反例的作用不是破坏理论，而是帮人判断：某种现象是总体趋势，是特定领域的结构，还是只存在于少数案例。没有反例检验，四格表就可能变成无法被证伪的分类。

从规范理论看，本编不主张国家越弱越好，也不主张家庭越强越好。国家有时必须介入，才能保护家内受侵害的人；国家有时必须克制，才能让家庭成员有私人生活和关系的自主。

家庭自治值得保护，但不能只属于家长；公共保护不可或缺，但不能成为国家无限管理私人生活的理由。双向边界的价值，在于同时限制两种可能的任意权力。

◆ 七、本编小结，以及第四、五编怎样接上

本编从秦律、春秋决狱、唐律、清末修律说到现代法律，说明家国边界不是单纯的从无到有，也不是从传统到现代的直线进步。规则可以越来越细，国家与家庭之间的边界，却仍可能在两个方向上强度不一。

第一条轴是条件化：道德要求进入法律以后，有没有转成明确的主体、行为、情境、责任和后果。第二条轴是限制化：国家是否受介入边界的约束，家庭是否不能以伦理、名分或自治，阻断家内被害人的公共保护。两条轴必须分开判断。

秦律说明，要件细密不代表国家之手短；春秋决狱说明，经义既可纠偏，也可能扩大读心权；唐律说明，容隐限制国家追诉的同时，家庭等级仍可能进入国家刑罚；清末修律与现代法治则表明，道德没有退出法律，但必须重新说明自己凭什么动用国家强制。

本编最后的判据是：道德可以成为法律的理由，却不能替代法律的条件与边界。国家既不能把家庭当作自己的附属机构，也不能把家庭当作不受公共保护义务约束的私人领地。

判断一项制度正当不正当，最终要看具体的成员是否免于任意支配，能否安全地表达和求助，权力的决定有没有明确、可反驳、可复核的理由。

分析家国关系的顺序，也由此定了下来：先问法律如何设定条件，再问权力如何受到限制；先问谁被保护，再问谁承担义务；先核对规则文本，再区分解释实践与现实效果。

这些步骤都走完，才能有根据地说，一种制度是在保护家庭，是在控制家庭，还是在不同方向上同时做了两件事。

接下来，第四编接着秦、汉那两次交换往下问：读心权既然让手换了主人，怎样把情境的关切保留下来，把任意的读心限制下来，从原心定罪走到罪刑法定；第五编再把这一路得到的三把锁，交到读者手里，用来检查今天的规则与日子。

◆ 本编会在哪里错

这一编的判断，遇到下面的材料就要收窄。若跨朝代的编码显示，秦律里限制国家进家的规则，分量不下于告奸、连坐，那么「国借家之手」只能算其中一条线。

若春秋决狱现存案例之外，找到更多有明确证据标准和反驳程序的判例，读心权扩大的判断要往回收。

若唐律中保护卑幼、限制尊长权的规范，比本编设想的更多，也更能实际使用，那么「家借国之手」要缩成特定领域的结构。

◆ 放回日子里

设想你要在一份家庭纠纷的材料前，替一位朋友判断：他该不该去报警。他说：「我爸那样对我，可是家里的事，说出去不好听。」

你可以拿本编的三次交换，替他问三句。这件事，国家想不想管，是因为它要用我的家当耳目，还是因为它真要护着我？管不管，要不要先看有没有人能解释我的「心」，让我自己的话被当真？

最后，如果我是家里最弱的那个，这扇门，我自己叫不叫得开，要不要先过尊长这一关？

明天你遇到类似的事，可以先不问「该不该」，先问「手握在谁那里」。这是一个日常的假设，不是史料，也不是判例。

◆ 本编出处与核验状态

1. 睡虎地秦墓竹简整理本：《法律答问》《秦律十八种》等。正式出版前应逐条核对简号、整理本页码与具体规则，不以概括代替原文。
2. 《太平御览》卷六四〇所引董仲舒《决狱》相关案例；《盐铁论·刑德》；《春秋繁露·精华》。须统一采用版本并核对卷篇、异文、断句与页码。
3. 《汉书》卷八《宣帝纪》地节四年诏；《论语·子路》「父为子隐，子为父隐，直在其中矣」。正式出版时按最终采用校注本核对原文和页码。
4. 《唐律疏议》名例律有关十恶、同居相为隐条，以及斗讼律尊长卑幼、干名犯义相关条文。应建立条文对照表并核销版本页码。
5. 清末《大清律例》《大清新刑律》及沈家本相关修律奏议。须区分草案、公布、施行和实际司法适用，不将改革主张直接当作实施结果。
6. Georg Jellinek, Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe; Lon L. Fuller, The Morality of Law; John Stuart Mill, On Liberty。具体引文和页码须依最终采用版本逐项核实。

7. 本编「两条轴」「手的三次交换」（旧称「三次变化」）及跨朝代比较属于本书的分析框架与历史假说。正式出版前应以跨朝代涉家规则编码、反例检验和独立复核支撑相关结论。

带走的话

手换了三次主人：先是国家借家长的手，再是解释经义的人握着读心权，最后是家长把国家的手借了过去。

小账

条件化了吗：秦律与唐律的条件大体写细了，春秋决狱的条件最弱，读心权靠解释者一个人来定。

门向着谁开：三次交换里，叫开公权之门的手，始终握在国家、解释者或家长那里，家里最弱的人自己叫不开。

第 四 编

分化：从原心定罪到罪刑法定

这一编三章，写国与家的边界怎样被重新划线。第 14 章看清末礼法之争：国家该不该继续替家长执行家规。第 15 章看罪刑法定：国家的手，只伸到法条为止。第 16 章看正当防卫：「情有可原」怎样被写成要件。

给国家的手画线，也给家长的手画线。

第 14 章

清末礼法之争——对称边界问题被集中提出

◆ 一、一部刑律草案引发的风暴

1907 年，沈家本主持修订法律，清廷新刑律草案陆续上奏。乍看，这是一桩法律技术活：总则分则重新编排，罪名重新调整，刑罚重新核定，还要参考外国刑法的概念和体系。

可是一动条文，事情就不止是技术了。新刑律该留下多少旧律里的纲常伦理？国家要不要用刑罚处罚「无夫奸」，要不要处罚「子孙违犯教令」？这些问题碰到的不是几个罪名，而是国家和家庭之间的权力边界。

草案公布后，中央部院和地方督抚陆续递上签注。签注不是一份口径统一的「礼教派宣言」，而是不同机关对草案的正式意见，有整体立场，也有对具体条款的批评。

高汉成考证相关材料，指出1907　　年草案的签注过程一直持续到1908—1909 年，材料散在多种档案、官书和汇编里，不能只靠后人的摘录还原当时的意见。

草案、签注、修正草案和最终颁布的文本，要分开处理。〔高汉成《大清刑律草案签注考论》，《法学研究》2015 年第 1 期；具体页码待核。〕

礼法之争通常这样叙述：张之洞、劳乃宣等人是礼教派，沈家本、杨度等人是法理派。这样分，讲起来方便，可是两派内部并不齐整。

同一份签注，可能一面赞成减轻旧刑，一面要求恢复某些伦理罪名；也可能赞成法律近代化，却担心条文语言、制度配套和施行条件还不成熟。

所以要比较的不是人物标签，而是每个人对国家刑罚权限提出了什么主张。

争论后来集中到两类条文上。一类管男女关系，焦点是「无夫奸」还要不要当犯罪。一类管家庭等级，焦点是子孙违犯父母、祖父母的教令，要不要受国家处罚。

前一类问：国家能不能用刑罚去执行社会对性道德的期待？后一类问：国家能不能替尊长惩罚不听话的卑幼？两问合起来说明一件事：一个行为受到道德谴责，不等于它非得是刑法上的犯罪。

放回本书的两条轴，看得更清楚。条件化问：要罚的话，到底什么行为算犯罪，主体、条件、证据和后果是否写明了？限制化问：就算行为违反了伦理，国家有没有权用刑罚去强制？清末礼法之争的分量就在后一问。

它第一次这样集中地走进公开的立法争论：国家的手，该伸到家庭伦理的哪一步？

还要交代时间顺序。1907 年的草案不等于1911 年的钦定刑律。某条规定没列进草案正文，也不等于此后所有相关的伦理规则永远退出了法律。

经过签注、谕旨、修正和附则处理，一部分伦常条款还以别的形式影响着最终制度。所以本章说的「出律」，只指某些条文从新刑律正文里被排除，或不再按原来的方式入刑，是一个改革方向，不是一场已经做完的家国分界革命。

◆ 二、礼教派守的是什么

礼教派最有力的话，不是「祖宗之法不能改」，而是说家庭伦理担着维持社会秩序的底座。父子、夫妇、尊卑之间的义务，不只是私人感情，而是整个政治共同体靠着组织起来的伦理结构。

法律若不再惩罚违反纲常的行为，尊长的权威可能变弱，家庭教育可能没了后盾，社会也可能没了共同的道德标准。在礼教派眼里，刑律不光是处理外在伤害的工具，还管明伦、教化、维护风俗。

这套话有它的来历。传统律典长期把亲属身份、尊卑关系和某些伦理义务编进犯罪分类。法律不是站在家门外，只管家庭成员之间的损害；它也参与界定，什么样的行为合乎名分。

礼教派担心，新刑律若拿一个比较普遍的行为标准去换传统的身份规则，法律就会把尊长与卑幼、丈夫与妻子的差别看成无关紧要，家庭秩序跟着变样。

在「子孙违犯教令」上，礼教派格外看重父母的教养权威。劳乃宣主张恢复相关规定，认为子孙故意违犯尊亲属的正当教令，不只是家里的小摩擦，而是对孝道和长幼秩序的破坏。

他的逻辑很直：父母有教养子女的责任，子女就该服从正当的教令；法律若一点强制后盾都不给，父母的教养职责就可能落空。〔劳乃宣相关说帖题名、原文版本与页码待核。〕

这不能简单讥成「长辈说了就得听」。礼教派强调的是「正当」教令，并没说任何命令都当然正当；他们也可能把父母对子女的义务，和子女对父母的义务，放在同一套伦理里看。

难处在另一头：谁来断定教令正当不正当？国家若把「违犯教令」写成犯罪，教令的内容、范围和冲突怎么处理，都得写得足够明确。父母意见相反、命令互相矛盾，或者教令本身伤害子女的安全，法律怎么判？这些问题，靠礼教的价值本身答不出来。

「无夫奸」的争论是同一个结构。礼教派认为，婚姻与性行为连着风俗、名节和社会秩序，不能因为新刑法看重个人行为和个人责任，就把旧有的刑罚保护取消。

他们的担忧是：刑律若不再处罚传统伦理眼里的失范行为，法律就可能被人当成不再维护那套道德标准。这里的要害不是单纯的男女道德，而是国家该不该把某种性伦理变成刑罚。

从本书的角度看，礼教派提出了一个绕不开的问题：改法不能只删条文，还得说明，被保护的社会利益由什么机制接手。某项伦理规范退出刑法以后，家庭照护、亲属责任和公共秩序还有没有合适的法律安排？

不过他们的推论也有一步跳得太快：家庭伦理重要，不等于每一项伦理义务都该由刑罚来执行；社会秩序需要道德，也不等于国家可以把道德评价原样变成犯罪。

所以，对礼教派要用他们最有力的方式去理解：他们怕法律现代化切断社会秩序的伦理根基，要求新法别忽略家庭责任和风俗现实。这份担忧值得认真对待。

本书再往前问一步：保护家庭成员的实在利益，是不是非得等于维护家长对卑幼的刑罚权威？法律能不能保障赡养、照护和免受侵害的权利，同时不去罚一切不服从？这正是条件化与限制化要做的事。

◆ 三、法理派要的是什么

沈家本等法理派，并没有说社会不需要道德，也没有说家庭关系没有价值。他们争的是重新分工：有些行为可以受到道德批评、家庭劝导和社会评价，却不必因此被国家用刑罚处罚。刑法不是全部道德的执行机关。刑罚尤其重，必须有比较明确的行为标准和制度理由。

沈家本回应劳乃宣，反复把伦理失范和刑事犯罪分开。关于「无夫奸」，他的要点是：一种行为即使引起社会议论，也不能单凭这个就施以重刑；问题若主要在风俗和教化，就该想想教育和社会规范，不该一概交给刑法。

现有研究转引他的说法，说这类事「有关风化」，却不必当然编入刑律。这段引文，以及《寄簃文存》卷八的具体版本、页码，正式出版前仍须按原刻本或可靠影印本核验。

对「子孙违犯教令」，法理派的关键疑问是：教令到底指什么？父母、祖父母的权限边界在哪里？

教令的范围若不限定，刑法就可能把日常的家庭冲突都划进犯罪；若只罚一部分违令行为，又得有一条能公开说明的区分标准。

回答不了这些问题，家里的一方就可能借国家的强制，把自己的偏好变成另一方必须服从的法律义务。

这正是条件化的要求。道德说「子女应当孝顺」，法律得往下写明：谁是义务主体，什么行为违反了哪一项具体义务，要用什么事实来证明，违反之后有什么法律后果。

只写「违犯教令者处罚」，不说教令的范围和正当性，条文就把关键的判断留给了父母、告发者或执法者。文字上再短再明确，实质上也可能没有一条可预见的边界。

法理派还讲刑罚与教化的分工。诚实、忠诚、孝敬、守节，社会可以靠教育、家庭关系和公共舆论去鼓励；法律则把刑罚集中到足够明确、确有强制必要的行为上。这并不要求所有道德要求都退出法律。

遗弃、虐待、暴力，或者明确的扶养义务，法律仍可规定责任。他们反对的，是从「这个行为不合伦理」一步跳到「国家应当处罚」。

法理派也有该继续追问的地方。一项家庭伦理不再用刑罚执行，别的制度还保不保护家庭成员？国家会不会因为太强调私人领域，而忽略了家内的受害者？可见限制国家，不等于国家永远不介入。

国家不该替家长惩罚所有不服从，却仍得在家庭成员遭受严重侵害时给出法律保护。刑罚边界往里收，家内被害人的保护照样要有，两件事可以一起做。

所以法理派最值得看重的，是要求国家说明刑罚的理由，不让道德权威直接充当刑罚的理由。他们把「是否不道德」和「是否构成犯罪」拆成两个问题，让法律责任有机会摆脱没有边的伦理评价。

本书比一般的刑法谦抑论再多走一步：不但要限制国家伸进家的手，还要防着家庭伦理进了国家以后，反过来堵住家内被害人的公义。

◆ 四、签注、谕旨、资政院：妥协是怎样写进文本的

先说签注。它本身就表明，这不是单纯的「中西冲突」。1907 年草案提出后，各部院与地方督抚在立法宗旨、刑罚轻重、具体罪名和技术安排上，意见各不相同。

有的反对过重的刑罚，赞成把责任原则写得更清楚；有的嫌草案过于宽缓，或不合礼教风俗。签注里有原则之争，也有条文的技术批评。

把所有反对意见都说成维护旧礼，就漏掉了当时关于立法速度、法律语言、制度配套和国家治理能力的实在争议。〔参见高汉成《大清刑律草案签注考论》；具体页码待核。〕

1909 年，清廷发布谕旨，要求旧律中「义关伦常」的条款不可轻率变革。这说明朝廷没有把刑律改革全交给法律技术人员，而是明确要求修律顾及伦常秩序。

此后修正草案的形成，既是学者辩论的结果，也是政治权力插手立法的结果。研究者因此要把三件事分开：法理派提出了什么原则，礼教派怎样组织反对，朝廷最后用什么程序和文本安排了妥协。

分清这三层，才能判断某项边界到底是被提出、被接受，还是被部分收回。〔谕旨原文、档案卷次与版本页码待核。〕

1910 年，修正刑律草案进入宪政编查馆审订和资政院讨论，争论进一步缩到「无夫奸」和「子孙违犯教令」等问题上。焦点为什么从宏大的「礼与法」落到这两条？

因为它们最能直接显出：法律是不是要去处罚一种主要被看作伦理失范的行为，是不是要帮尊长执行家里的命令。嘴上说「礼法应当兼顾」很容易，难

的是给一条具体刑罚规范划边界。〔资政院相关会议记录与原始文本仍须核验。〕

还有一层要读：立法文本的正文和附加规定得一起读。某项行为没作为独立罪名进入刑律正文，不能就推断它从国家规范里消失了；某些伦常要求，可能经由附则、暂行章程或别的制度，继续产生法律效果。

对本书这不是细枝末节，而是判断「对称边界有没有形成」的关键证据。只看正文删了什么，不看附加规范留了什么，就会把有限的分化夸成彻底的制度转型。

所以礼法之争，既不是西方法律战胜中国传统，也不是传统礼教原封不动地压倒新法。它是一场关于刑罚权限、法律体系和国家治理方向的争论。

改革者要让刑罚从宽泛的伦理评价里分出来；礼教派要求新法继续维护某些家庭等级和社会伦理。

最后的文本带着妥协的痕迹，恰好说明边界不是一句口号立得起来的，要靠条文、程序、政治决定和实际适用一起去做。

◆ 五、两个条文，为什么摆在一起

「无夫奸」和「子孙违犯教令」摆在一起，不是因为它们的道德内容相同，而是因为它们问了同一个法律结构问题：一项行为被看作违反伦理以后，能不能直接进入刑罚？

前者问国家罚不罚某种性行为，后者问国家罚不罚对家长命令的不服从。二者保护的利益、行为的主体和可能的后果都不同，不能套同一套事实标准；

可是两者都要求立法者解释，从社会道德走到国家刑罚，中间到底需要什么转换。

礼教派若说，罚这种行为是为了维护家庭秩序，下一步就该说明：家庭秩序具体受了什么损害？只因行为不合某种名分，就推定社会秩序受损，论证还停在道德判断本身。

反过来，法理派若说某种行为不该入刑，也得交代，它退出刑法之后，真实的侵害还有没有别的办法处理。两边的论证都得落到具体处，不能拿「礼教重要」或「刑法谦抑」当口号，省掉证明。

「子孙违犯教令」的边界，还牵着家长权与卑幼自身利益的冲突。父母当然可能要作教育上的决定，未成年人也可能需要一定的监护与照护；可是家长的教育权不是无限的权力。

教令若要求实施违法行为、伤害身体安全，或压制合理的求助，国家不能只因发令的是父母，就默认它正当。可见法律退出家规的执行，并不是否定一切家庭权威，而是要求家庭权威的法律效力有清楚的边。

再看成年子女。他拒绝了父母的某项要求，不能凭「忤逆」「不孝」的标签，就认为该罚。拒绝可能出于自利，也可能因为要求不合理、双方利益冲突、当事人没有履行能力，或者家里存在长期的伤害。

国家要介入，先得辨认具体的行为和具体的利益，不能让父母的道德评价自动变成法律事实。清末这场争论的重要，就在于这种自动转换，开始有人质疑了。

这个变化还连着个人责任原则。传统家族秩序常把个人行为放进亲属身份和家族名分里去评价；近代刑法渐渐强调，行为人为自己的行为担责，责任要连着法定行为和主观要件。

国家若罚子孙，只因为他不服从尊长，那它执行的就不是对具体侵害的责任，而是对身份等级的维护。家国边界开始重画，意味着个人逐渐成为直接的法律主体，不再只是家庭等级里的一员。

不过得承认，清末修律没有一次解决家庭成员平等的问题。新法的形成受着政治妥协、礼教压力和立法条件的限制，某些身份差异还可能经由别的条款留下来。

所以本书不把「子孙违犯教令」出律当成现代法治已经完成的证明，只把它看作一个制度信号：家庭命令不再当然等于国家命令，家长的伦理权威要和国家的刑罚权限分开论证。

◆ 六、「子孙违犯教令」出律：国家不再当然替家长执行家规

「子孙违犯教令」成了焦点，是因为它把家庭等级和国家刑罚的关系照得很透。子孙只要违背了尊亲属的正当教令就可能受刑，父母就不光是家里的长辈，还握着一条通过官府实现教令的制度渠道。

国家在这里不是单纯保护子女免受伤害，而是帮尊长执行家庭规范。这一条手续是家长在启动的：家里一道命令，借着官府，有了公共强制的后盾。这就是家借国之手。

新刑律草案不再把「子孙违犯教令」当独立罪名写进正文，变化就不止少一条刑罚。它提出了一种新分工：父母可以在家庭生活里教育子女，社会也可

以评价子女尊不尊重长辈，可是国家不能仅凭子女违背教令，就自动把家庭冲突变成刑事案件。

家庭规范和国家刑罚之间，开始有一段需要论证的距离。

这就是本书说的「国进家的一侧开始立边界」。此前，国家可以借刑罚撑住尊长的家庭权威；违犯教令不再当然成为刑事责任以后，国家就不再被认为有义务替家长执行所有家庭规范。

家长的教养权并没有因此消失，只是实现方式不能简单靠刑罚。法律必须进一步区分：合理照护、法定监护职责，和家长对生活细节的个人期待，是三件不同的事。

当然，不能把这个变化说成国家从此完全退出家庭，也不能说所有传统伦理条款在同一时刻被清掉。清末修律经过多轮修正，朝廷对伦常条款的态度，也影响了最终文本和附加规定。

高汉成研究签注过程，说明1907 年草案到1911 年钦定刑律之间，政治与法律的调整是连续的。

所以「子孙违犯教令出律」，应当看作边界被公开提出、并在特定文本中获得表达的一个关键节点，不是全部争议一夜之间结束。

这个节点的意义，在于把家长权的一个核心问题摆到了台面上：父母对子女的道德要求，是不是都能由国家处罚来执行？法理派的答案是否定的。

家庭可以保有教育和情感关系；要动用国家刑罚，就必须证明行为满足犯罪构成，并说明刑罚为什么必要。不然，家长的个人判断就可能借着国家权力，变成不容轻易拒绝的命令。

家内被害人的位置，也因此有机会重新想一想。国家不再自动替尊长惩罚卑幼，家庭成员就更可能被看成各自承担权利义务的主体，不再是由家长统一代表的一个整体。

可是这个位置不会因为删掉一条罪名就自动落定：别的条文若仍以尊卑身份定责任，或者家庭成员没法独立求助，边界照样可能不对称。出律是重要的一步，不是全部答案。

还要分清两件事。「子孙违犯教令」和「子孙伤害尊长」不是一回事。前者的核心是国家罚不罚对家庭命令的不服从；后者可能是实际的身体侵害，法律当然可以依明确的犯罪构成去规制。

反对用刑罚执行所有家规，不等于主张子孙伤害父母可以不追究。分界线在这里：国家罚的是具体的侵害，还是仅仅替家长惩罚不服从。

所以这项改革的意义，不在否认孝道，而在不再把孝道的每一种解释都当作刑罚的直接来源。孝可以继续做家庭伦理和社会评价；赡养、照护、禁止侵害等具体义务，符合条件时也可以得到法律保障。

可是「没有顺从父母」和「侵害他人权利」必须分开，国家不能把两者混成一个宽泛的伦理罪名。

◆ 七、为什么没留下工序理论：论争以妥协收场

礼法之争把「国家该不该替家长执行家规」摆上了台面，却没有留下一套完整、稳定的「条件化与限制化」理论。原因有三。

第一，争论发生在政治急剧变动的时候。修律既涉及刑法技术，也牵着收回领事裁判权、预备立宪、国家制度调整和社会秩序重组。

参与者不是坐在抽象的哲学课堂里谈道德与法律，而是在有限的时间、复杂的政治压力和多方意见之间，想拿出一份可以颁行的文本。

第二，双方总拿「礼要不要保留」当总问题。礼教派强调纲常是社会根本，法理派强调刑罚必须有明确理由。各人抓住了一项重要价值，却未必把中间的制度工序一件一件拆开：哪些伦理义务该进入法律？

进入时怎样写明主体、行为和后果？国家可以执行到哪里为止？某种伦理要求不适合用刑罚，能不能交给民事义务、教育、社会支持或别的制度？

这些要逐项回答，不能只用「礼不可废」或「刑法不管道德」一句话盖过去。

第三，修律过程本身就是妥协。1907　年草案、各机关签注、修正草案和 1911 年钦定刑律之间，并不是一条直线。

朝廷要求慎重处理「义关伦常」的旧律条款，修律者也得在新法体系和政治上的可接受性之间调整。部分传统规则在正文、附则或暂行安排中的去留，说明边界并没有一次做完。

只讲法理派胜利，会忽略礼教因素还以别的形式留在制度里；只讲礼教派胜利，又会忽略新刑律已经改变了若干旧有的法律结构。

本书的「条件化」和「限制化」，补的就是这段没被系统整理的理论。条件化不是简单地把道德抄进条文，而是把宽泛的伦理要求，转成明确的法律条件：谁负义务，什么行为触发责任，什么事实需要证明，违反之后有什么后果。

限制化再往前问：义务就算明确了，国家有没有权用刑罚去执行？有没有侵害更小的办法？国家能不能打着家庭秩序的旗号，压制成员的基本权利？

两道工序要一起在。只有条件化没有限制化，国家可能用清楚的条文，精确地执行过分宽泛的家长权。

只有限制化没有条件化，国家嘴上尊重私人生活，到了具体案件里却没有明确的保护标准，家内被害人来求助，它答不上来。

清末礼法之争留下的遗产，是让这两类问题都看得见了；它的缺口，是没有把两者整理成一套能跨案件、跨朝代反复使用的分析方法。

从两条轴看，礼法之争的突破不是「传统礼教全退出现代法律」，而是国家强制开始要说明理由。

一项伦理要求要进入刑罚，不能只因为它古老、重要或受社会赞许；一项伦理要求退出刑罚，也不能因此否认其中可能存在的照护或保护利益。

法律要把利益、行为、责任和手段分开论证，再定哪些可以由国家强制，哪些留给社会伦理和个人自律。

这样看，也不必把西方法律当成唯一的裁判。沈家本、劳乃宣、张之洞、杨度等人的争论，各有具体的历史语境和制度关切。韦伯、黑格尔或近代刑法理论可以当比较的邻居，却不能代替对中国史料的细读。

判断边界对不对称，要看规则实际保护了谁、限制了谁、让不让家内被害人求助，不能简单给哪一方贴上「传统」或「现代」的标签。

所以本章的结论有限而明确：清末礼法之争，集中地把「国家是否应替家长执行家规」当作公开的法律问题提了出来；「子孙违犯教令」不再当然进入刑律正文，是这场争论里最有象征意义的一处边界变化。

后续修订和附加规定做了妥协，边界并没有一次做完。要让这种分化稳定下来，还要有明确的犯罪构成、国家强制的权限边界，以及家内被害人可以独立主张的法律保护。

◆ 本章会在哪里错

本章的判断建立在草案、签注、谕旨和修正文本的概括转述上。如果核对原件后发现，某条伦常规则在最终文本或附加规定里的去留，与这里的说法不同，「子孙违犯教令出律」就要收窄，只能当作一个草案阶段的方向，不能再当作边界已经开始成形的标志。

劳乃宣、沈家本的具体主张，也要等原文核到手，才能定稿。

◆ 放回日子里

设想一个周末的晚上，你和同住的父亲吵了一架。他说：「我的话你不听，就是不孝。」你一时说不出话。

你可以先问自己三件小事。第一，他要你做的，是一件具体的、有人受益的事，还是他的一份期待？第二，你拒绝，是出于自利，还是这件事本来就不合理？第三，如果他拿着「不孝」两个字去找官府，官府该不该受理？

清末那场争论，吵的就是第三件小事。沈家本他们的答案是：家里的不顺从，先在家里说；国家要罚，得看见具体的侵害。你可以把这个晚上的话，换成「我听你说了，我也有我的难处」。这是一句明天就能试的话，用不着任何条文。

◆ 本章出处与核验状态

1. 高汉成：《大清刑律草案签注考论》，《法学研究》2015 年第 1 期。中国社会科学院大学法学院成果页面载有摘要及正文线索：https://law.ucass.edu.cn/info/1985/6566.htm 。正式出版时须依期刊原刊核对页码和引用段落。

2. 沈家本：《寄簃文存》卷八《书劳提学新刑律草案说帖后》。该文对沈家本关于「无夫奸」及「子孙违犯教令」的立场作概括性转述；具体引文、版本、卷页须以可靠影印本逐字核验。

3. 劳乃宣：《新刑律修正案汇录》及《修正刑律草案说帖》等相关文本。题名、版本、条文引述与页码待核；未完成原件核对前，不将二手转引视为定本。

4. 梁治平：《礼法之争——清末修律的敏感论题》，爱思想转载页面：https://www.aisixiang.com/data/41900.html 。用于了解争论焦点及「无夫奸」「子孙违犯教令」等问题的学术分析；正式引注应回到原刊版本核页码。

5. 最高人民检察院理论研究页面关于礼法之争的概述：https://www.spp.gov.cn/llyj/201407/t20140703_75779.shtml 。可作背景线索，不代替清末原始奏议和草案文本。

6. 清末刑律草案、各省签注、1909 年有关伦常条款的谕旨、1910 年修正刑律草案及1911 年钦定刑律。正式出版前应逐项确定原始版本、卷次、条号、档案号或官报出处，并区分草案、意见、修正文本与最终颁布文本。

7. 本章「条件化」「限制化」「国进家边界」及「家内被害人判据」属于《家国不分》的分析框架。应与历史材料中当事人的原始主张分开标示，避免把作者的理论术语误作清末人物自己的概念。

8. 本章尚缺的底本（均待核）：①《大清刑律草案签注考论》的页码与引用段落；②沈家本《寄簃文存》卷八原刻本或可靠影印本；③劳乃宣《新刑律修正案汇录》《修正刑律草案说帖》原件；④1909 年谕旨原文与档案卷次；⑤1910 年资政院会议记录与修正刑律草案文本；⑥1907 年草案、各省签注、1911 年钦定刑律的原始版本、条号与档案号；⑦梁治平文原刊页码。

带走的话

清末那场争论，争的就是那道边界：国家的手，要不要替家长去罚不听话的孩子。

> 小账
>
> 条件化了吗：没有写完。争论让人看见「违犯教令」的范围必须写明，可是教令的内容、范围和冲突怎么处理，这一章材料里没有看到留下系统的回答。
>
> 门向着谁开：「违犯教令」入刑时，招手的是家长；出律以后，这条路不再当然通向官府，可是卑幼能不能独立叫开公权的门，这一章材料里还没有答案。

第 15 章

罪刑法定——限制化的完成

◆ 一、一袋袋玉米，没有许可证

2014 年 11 月至2015 年 1 月，内蒙古巴彦淖尔市农民王力军没有办理粮食收购许可证和工商营业执照，收购并销售玉米。

2016 年 4 月 15 日，临河区人民法院以非法经营罪判处他有期徒刑一年、缓刑二年，并处罚金二万元。王力军没有上诉，检察机关也没有抗诉，原判一度生效。

后来，最高人民法院于2016 年 12 月 16 日作出再审决定，指令巴彦淖尔市中级人民法院再审。2017 年 2 月 14 日，再审法院撤销原判，宣告王力军无罪。以上事实见最高人民法院发布的指导案例97号。

这不是一个「好人被坏法惩罚」的简单故事。再审查明的事实，和原审认定的一致：王力军确实没有办当时规定的许可证和营业执照，行为也违反了当时粮食流通管理的行政规定。

争议不在他有没有违反行政管理要求，而在这种违法，够不够刑法第二百二十五条非法经营罪要求的程度。

再审法院认为，他的行为还没到严重扰乱市场秩序的危害程度，没有与该罪相当的社会危害性和刑事处罚必要性，所以不构成非法经营罪。

本章把这一类案件叫作「道德上该罚，法律上无罪」，这句话要读准。王力军案判无罪，不是因为法院认定他在道德上毫无问题，而是因为行政违法不能自动等于刑事犯罪。

有人觉得无证经营坏了规矩、该受批评，那也得再证明，这个行为符合刑法规定的犯罪构成。法律责任不是社会不满的自然延伸，不能从「应该管一管」直接推出「应该判刑」。

案子还露出了行政违法和刑事违法之间的层次。行政管理规则可以要求经营者取得许可、履行登记义务，违反了，产生行政法上的后果。刑罚是更重的国家强制，不能只因为前一层违法存在，就顺手启动后一层制裁。

指导案例97号强调：适用非法经营罪的兜底条款，要看行为是否具有与刑法第二百二十五条前三项规定的非法经营行为相当的社会危害性、刑事违法性和刑事处罚必要性。

所以这个案子最要紧的，不是给当事人贴一张「善良农民」的标签，而是要求法院把判断从人物印象拉回法律条件。

王力军的做法方便不方便周边农民，增没增加粮食流通效率，可以帮着理解案件背景，却不能单独决定有罪无罪；同样，没有许可证，也不能单独决定犯罪成立。

行为事实、行政规范、刑法条文、刑事处罚必要性，要分开一层一层分析。

用本书的两道工序看：这里先有条件化。法律要求说明，这个行为为什么落进了非法经营罪的构成，不能停在「无证经营不应该」这样一句一般评价上。这里也有限制化。

国家可以监管粮食经营，却不能因为行政管理规则被违反，就无限放大刑罚权。行政管理的目的可以正当，处罚也可能有必要，可是刑罚必须止于刑法明确允许的范围。

王力军案不是传统的家庭伦理案件，却正好用来说明全书的核心命题。清末礼法之争问的是：国家能不能替家长处罚不服从？

罪刑法定把问题放大成一般形式：国家能不能仅仅因为某个行为违反社会期待，就对个人施加刑罚？王力军案的回答是：行政违法、道德评价和刑事犯罪必须分开。

国家可以依法管理，不能借着抽象的秩序需要，绕过犯罪构成。

罪刑法定还有一层价值：把刑事司法从「看结果」拉回「看规则」。面对令人愤怒的行为，公众先关心的往往是有没有人受罚。

可是刑事裁判不能只追求一个看着痛快的结果，它还得证明被告实施了法律规定的犯罪，主观责任符合要求，证据达到法定标准。

不然，判决即使一时回应了社会情绪，也削弱了每个人将来面对国家刑罚时所靠的保障。

禁止不利类推最能说明这一点。生活里的行为总有相似之处，法律也不可能为每种新情形各设一条。

司法解释可以在法律可能的含义范围里说明概念，却不能因为某种行为和已有的犯罪「性质相似」，就把条文拉到超出可预见的范围。

「相似」二字若足以定罪，罪名的边界就看裁判者的价值判断，不再是事先公布的法律。

明确性原则并不要求法律语言一点解释空间都没有。社会关系复杂多变，立法只能用一般概念。

要紧的是：法律有没有给出足够的判断标准，司法机关有没有公开说明解释的路径，这种解释能不能被上级法院和学术讨论检验。概括的条文越容易碰到自由，越要严格控制它的扩张适用。

对刑法的兜底条款，尤其不能拿「社会需要治理」当理由，把构成要件和处罚必要性丢在一边。

王力军案还说明，法律的边界，有时要在具体案件里被重新发现。原判已经生效，不等于它的法律解释一定正确；最高人民法院启动再审，说明刑事司法制度必须给纠错留一条渠道。

罪刑法定不只要求第一次裁判有法可依，也要求发现法律适用错了的时候，可以依程序重新审查。否则，错误一旦盖上「生效」的印，国家强制就失去了自我约束的能力。

案子的公共意义，不在鼓励人们无视行政管理，而在防止行政管理和刑罚之间失去必要的区分。行政许可可能服务于市场秩序、质量监管和交易管理，可是违反许可规定的行为，仍要依具体法律判断它的性质和后果。

国家可以改进监管，也可以依法处罚行政违法；刑事定罪另要满足刑法的条件。把行政违法一概犯罪化，刑罚就丢了「最后手段」的位置。

这个原则也防止法律解释被舆论推着走。案件受到关注时，公众容易把复杂的法律问题简化成「有错就该罚」，媒体叙述也可能只突出行为叫人不满的一面。可是司法机关必须分清社会讨论和定罪标准。

公众可以提立法建议、批评制度漏洞，不能代替法院认定犯罪；法院也不能为了回应舆论，把法律没规定的责任补进判决。司法说理的任务，是解释法律如何适用于事实，不是证明法院和多数人的道德情绪一致。

从法律史上说，罪刑法定并非所有传统法典都完全没有先例或相似因素。传统法典也可能细列罪名、规定刑罚、限制某些官吏擅断；现代罪刑法定则把这些要求组织成一套原则体系，核心是个人自由、立法权限、可预见性和禁止不利类推。

比较历史时，要分清「有几种相似的制度技术」和「已经形成现代意义的罪刑法定原则」，不能把二者混为一谈。

◆ 二、罪刑法定是什么：从费尔巴哈公式到刑法第三条

罪刑法定原则通常用一句拉丁格言概括：nullum crimen, nulla poena sine lege——没有法律规定，就没有犯罪与刑罚。

它要求国家处罚行为之前，必须已有有效的法律规定。国家不能在行为发生后才造出犯罪，也不能只因裁判者觉得行为可恶，就临时决定处罚。

这条原则的核心不只是「有法可依」，更是法律要先于行为、足够明确，并且管得住司法机关。

德国刑法学家费尔巴哈，在近代罪刑法定原则的形成中地位重要。最高人民检察院介绍罪刑法定历史发展时指出，费尔巴哈在十九世纪初用拉丁语公式明确表达了这一原则；但它的思想来源不是哪位学者一夜之间的发明，而是启蒙思想、刑罚理论、权力分立和反对擅断长期发展的结果。

研究费尔巴哈要留心，不同版本对这条公式的表述并不完全相同，正式引用应核对原典，不宜把流传很广的简化格言当成唯一的原句。

我国《刑法》第三条规定：「法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑。」这一条同时朝两个方向说话。

前半句确认，国家可以依照法律追究犯罪；后半句限制国家：没有法律明文规定，不得定罪处刑。罪刑法定既是国家刑罚权行使的依据，也是国家刑罚权不能越界的边界。

罪刑法定通常拆成几个相互关联的要求。

第一，成文法要求：犯罪与刑罚要有法律依据，不能只凭习惯、道德或未经公布的命令设立犯罪。第二，禁止溯及既往：行为发生时不是犯罪的，不能事后拿新法追罚。

第三，明确性要求：条文要尽量让公众预见哪些行为可能受罚。第四，禁止不利类推：不能因为某个行为「很像」法律已规定的犯罪，就把它扩张解释到法条范围之外。

第五，刑罚也要有法律依据，不能只确认行为该罚，却让裁判者自由选择怎么罚。

这些要求合起来回答一个问题：谁有权决定什么是犯罪？罪刑法定把犯罪和刑罚的基本规定权，交给依法行使立法权的机关，不交给个别法官、行政官员、家长或道德共同体临时去定。

法官当然仍要解释法律、认定事实、适用规则，可是解释不能变成创设犯罪的权力。否则，公众在行动之前就不知道边界在哪里，刑罚也从可预见的公共规则，变成了事后的评价。

罪刑法定并不要求法律把生活里的所有细节逐一列尽，也不是说司法解释完全不可能。现代法律不可避免地要用一定程度的概括词语，法院也需要在文本范围内解释概念。

真正的限制是：解释要以法律文本为起点，守住可能的文义和体系边界；不能以「实质正义」或「道德上应当受罚」为由，冲破条文所能承受的范围，尤其不能用类推的办法，对被告人作不利的扩张。

罪刑法定于是不只是刑法教科书里的技术原则。它把自由与权力的关系，变成可操作的制度要求：公民可以要求国家说明法律依据；检察机关要证明法定构成要件；法院要以法条和证据作判断；上级审判机关可以纠正越出法律边界的定罪。

国家强制不再只靠「谁更有道理」，而要靠事先公布、能被争辩和复核的规则。

「限制化」并非要法院只死读字面，而是要求法院在法律允许的解释空间里干活。法条的文义、体系、立法目的和刑法的基本原则，都可以参与解释，可是解释的结果不能把原本不是犯罪的行为纳入处罚。

尤其当一种解释会加重被告人的刑事风险，裁判者要说明，为什么这种解释仍在法律可预见的范围之内，不能拿抽象的社会危害性顶替法条依据。

罪刑法定还把国家机关之间的分工落到实处。立法机关规定犯罪与刑罚的基本内容；侦查机关依法收集证据；检察机关判断是否具备起诉条件；法院独立审查指控和证据。

哪一个环节，都不能拿自己的道德确信顶替法律标准。侦查机关若先把行为定性为「恶劣」，再有选择地收集支持指控的证据，或者法院因为舆论压力降低证明要求，罪刑法定的文本保障就会在执行里被掏空。

罪刑法定还保护那些不受欢迎的人。权利保障最值钱的时候，往往不是社会普遍同情被告人的时候，而是公众强烈要求处罚某个人的时候。一个人值不值得同情，和国家有没有权定他的罪，是两个问题。

法律的边界若只对「值得原谅的人」生效，就不是边界；它要同样约束公众厌恶的人、社会地位低的人和不会表达的人。

◆ 三、它限住了哪个方向：国家不能凭伦理直接入人以罪

本书把罪刑法定看作限制化的重要完成，因为它把「国家可以因为什么处罚人」这个问题，变成了明确的制度约束。传统伦理可能认为某人不孝、不忠、不贞、不守名分，社会也可能强烈谴责他的行为。

这些评价不能直接成为刑事判决。国家要动刑，就得找到有效的刑法规范，并证明具体行为满足法定构成。道德评价可以成为立法讨论的理由，不能取代有罪判决的法律依据。

这道边界尤其针对司法任意。假如法官可以因为觉得行为人「本质恶劣」，就把法律没规定为犯罪的行为判成犯罪，每个人就得去猜裁判者的道德观。

同样的行为，法官不同、地方风俗不同、舆论不同，结论可能相反。罪刑法定要求，判断标准从裁判者的个人确信，转到公开的法律规则上，让行为人在行动之前，大致预见法律后果。

这并不排除法律在制定时吸收道德判断。立法者可以认为，欺诈、暴力、侵害财产或滥用职权应当受到刑罚；可是一旦写入法律，仍要规定具体行为和责任条件。

道德理由在立法阶段，可以参与决定「什么应当被禁止」；到了个案阶段，不能绕过法条去决定「这个人应当被定罪」。

本书说的条件化，就是把道德上的「该罚」，转成法律上的「什么行为、在什么条件下、由谁承担什么责任」。

王力军案的意义就在这里。原审认定他未办许可证经营玉米，这个事实并无争议；再审却没有从「确有行政违法」直接推出「构成非法经营罪」，而是接着检验：行为是否到了严重扰乱市场秩序的程度，是否与法条规定的非法经营行为相当，是否需要刑事处罚。

法律不是出于同情而宽宥被告人，而是因为刑法的边界，不允许把所有行政违法都装进兜底罪名。

罪刑法定也限制国家借「公共道德」扩张刑罚。一个行为可能叫人厌恶、破坏了某种习俗，甚至被多数人认为有失体面，可是刑事责任仍要有法定依据。

社会评价并不总是稳定，一些曾经被普遍接受的道德观念，也可能随时代变化受到质疑。刑罚若可以直接追着当下的风俗跑，少数人的自由就会被多数人的情绪反复挤压。

罪刑法定要求，这种变化先通过公开立法来完成，不能靠个别案件里的道德直觉悄悄完成。

这也是罪刑法定与春秋决狱的关键差别。春秋决狱试图用经义去理解行为的情境，有时能纠正机械适用，却也把相当大的决定权交给了经义解释者：某人的心究竟善还是恶，某种亲属关系该宽宥还是加重，都可能影响国家刑罚的结果。

罪刑法定不禁止法院理解情境，只要求情境的解释不能创造法律没有规定的犯罪。裁判者可以在法定范围内评价主观责任、认定事实、量刑，却不能用伦理解释代替犯罪构成。

从「限制化」看，罪刑法定给国家之手划的线，并不是说国家从此不能维护伦理利益，而是说国家必须按法律规定的方式去维护。

法律可以规定赡养义务、禁止家庭暴力、处罚虐待或遗弃等具体侵害；不能因为某人不够孝顺、没有满足长辈的情感期待，就自己造出刑事责任。

伦理要求要成为刑罚的理由，必须经过立法选择、构成要件化和责任条件的限定。

家庭内部的案件，尤其容易出现「身份先行」的判断。父母被看作天然正确，子女被看作理应服从；丈夫被看作家庭的代表，妻子的陈述却可能被当成家庭争执；长辈被认为在维护家风，晚辈求助则被评价为不懂事。

这些印象会左右事实怎样被听见。罪刑法定本身消除不了所有偏见，但它要求裁判者回到具体行为、证据和法定责任，不让亲属身份顶替法律判断。

在家内被害人的案件里，保护受害者和保障被告人的程序权利并不矛盾。国家必须认真调查侵害的指控、提供必要的保护；同时也必须用证据证明犯罪事实，允许被告人依法辩护。

对称边界不是让一个人的权利吞没另一个人的权利，而是拒绝让家庭身份自动决定谁可信、谁有权、谁该沉默。公平的程序，让具体事实而不是等级预设，成为裁判的基础。

还要分清「家内被害人获得保护」和「国家以家内被害人之名无限扩大刑罚」。国家可以保护遭受侵害的人，可是每一种刑事追责仍须满足犯罪构成和证明标准。

某种行为虽然造成了痛苦却不构成犯罪，仍可能有民事救济、行政措施或社会支持。反过来，行为若已满足犯罪构成，也不能只因为双方是亲属、受害人希望维持家庭关系，就当然放弃法律该有的回应。

◆ 四、另一个方向：家内被害人依法受保护，家长权不能越过公义

只讲罪刑法定限制国家，就可能误读本书的「对称边界」，好像国家少管家庭，家庭就自然自由了。事实不是这样。家庭内部也可能有暴力、胁迫、虐待、遗弃和财产控制。

家长或尊长不能因为有亲属身份，就取得不受法律约束的权力；家庭成员也不能只拿「家事」「亲情」「家丑不可外扬」当理由，要求国家对具体侵害保持沉默。

罪刑法定对家内被害人的意义，首先是把保护和处罚都放到公开的法律之下。家庭成员若遭受故意伤害、虐待、非法拘禁或其他符合犯罪构成的侵害，行为人不能仅凭亲属关系当然免责。

法律要依照相应条文判断行为、责任和后果，不能把家庭整体的名誉，摆在被害人的安全之上。家长权不是独立于法律的主权，亲属身份也不是犯罪责任的豁免证。

不过得作一项重要限定：罪刑法定本身不会自动创造所有家内被害人的保护制度。它首先规定国家如何定罪处刑；具体的保护令、民事救济、监护限制、受害者支持和公共机关的职责，还要由相应的法律制度规定。

所以本书不能简单说，有了罪刑法定，家内被害人就一定得到保护。更准确的说法是：罪刑法定阻止国家凭伦理任意处罚，也要求家长权不能脱离法律；与此同时，家内被害人还需要明确的实体权利、程序渠道和可执行的救济。

对称边界的另一面，是不能把家庭自治解释成私人领域完全不受公共法律约束。国家不应当因为成年人的生活方式不合主流伦理，就惩罚他们；可是出现具体侵害时，国家可以依据明确的法律介入。

介入的对象是侵害行为和法定风险，不是对家庭模式的道德审判。比如，成年子女拒绝父母的某项私人安排，和子女故意伤害父母，是性质不同的两类行为：前者不能凭「不孝」的标签变成犯罪，后者则应依具体法条和证据判断。

同样，家庭成员也不能借着法律上的亲属身份，要求法院无条件接受他对家庭事务的单方面解释。

父母若指控子女不孝，法院要分清，那是道德上的失望，还是法定的民事义务没有履行；子女若指称父母实施暴力，也不能因为被指控的是尊长，就预先放松对其行为的审查。

亲属关系可以是理解情境的重要事实，却不能代替行为构成和证据判断。

从本书的历史分析看，唐律中的尊长保护、干名犯义和不孝入十恶，显示家庭等级曾在一定程度上进入国家的刑罚结构。

罪刑法定要求的现代边界，不是把这些规则简单反着做，而是要求每一种刑罚都有明确的法律依据，由家庭成员的具体行为而不是抽象身份来决定责任。

对尊长的保护不能无限扩张，对卑幼的保护也不能只停在道德劝告上。

这里的「对称」，并不要求国家和家庭有同样的权力，也不要求所有亲属关系都按陌生人关系处理。

它要求两个方向都接受理由审查：国家介入家庭时，必须证明有法律根据且措施必要；家庭关系影响国家裁判时，不能让被害人的安全和公义自动退位。

国家可以尊重亲情，也可以承认亲属关系的特殊，可是这种尊重不能成为掩盖侵害或拒绝救济的理由。

所以罪刑法定和家内被害人保护之间，不是互相替代的关系。罪刑法定限制国家的刑罚权，防止国家以道德之名任意入罪；实体法和程序法则要给遭受侵害的家庭成员，铺出清楚的求助路径。

两者都在，国家才能既不替家长执行所有家规，也不因为家庭自治，就放弃对具体伤害的公共回应。

罪刑法定的完成，还得连着平等适用法律。同一条文若对不同身份的人用不同标准，或者某些群体凭社会地位躲开刑罚，法定边界就会被特权侵蚀。

我国《刑法》第四条规定，适用刑法人人平等，不允许任何人有超越法律的特权；第五条要求，刑罚的轻重要与犯罪和刑事责任相适应。这两条与第三条一起，构成限制国家刑罚权的制度结构。

可是法律文本上的平等，也要靠实际执行来撑。同类行为若因地区、身份或舆论压力受到不同处理，公众就很难相信边界稳定存在。

所以罪刑法定不只要求法条明文，也要求司法机关说明理由、对类似案件保持一致，并通过上诉、再审和监督机制纠正错误。

王力军案正说明，生效裁判并非绝对不可纠正；法律适用出了错，制度要给重新审查留渠道。

本书把清末礼法之争和现代罪刑法定连起来，是为了说明一种结构性的变化。过去争的是国家该不该替家长执行家规；现代刑法进一步要求，国家面对一切被认为不道德的行为，也必须先找到法定的犯罪构成。

对称边界不是让国家永远退出家庭，而是让国家介入时受法律约束，同时保证家里任何成员都不能凭身份，取得超越法律的权力。

这个区分对本书很重要。秦律要件细密，并不等于国家与家庭之间已有对称的边界；唐律罪名明确，也可能把家庭等级写进国家刑罚。

现代罪刑法定的关键贡献，是限制国家用法律没规定的理由定罪，可它仍要与平等适用、权利保护和有效救济一起运转。法律文本明确，是边界的必要条件，不是所有正义问题的充分答案。

◆ 五、从「一准乎礼」到「一准乎法」

「一准乎礼」强调，法律秩序以礼制伦理为重要依据；「一准乎法」强调，国家处罚必须依据公开、有效的法律规范。二者并非简单地分别代表传统与现代，因为任何法律都含着价值判断，传统法典也有细密的条文。

变化的关键在于：伦理理由能不能绕过法定构成，直接决定刑罚；裁判者能不能仅凭自己对善恶的判断，创设责任。

罪刑法定并不要求法律对道德冷漠。立法者可以基于保护生命、身体、财产、家庭成员和公共秩序的理由制定犯罪规范；立法完成之后，法院要按条文确定的行为类型和责任条件作判断。

立法者可以讨论什么值得禁止，法官不能在个案里，把没被规定为犯罪的道德过错自己变成犯罪。法律与道德的联系，留在立法理由和法律价值之中；国家强制的边界，由法定规则来限定。

用两条轴看，罪刑法定主要强化的是限制化，同时也靠条件化。它要求国家的手不能超出法律规定的犯罪与刑罚范围；法条同时要足够明确，让人们能预见哪些行为可能受罚。

只有限制化的口号，没有明确的构成，执法者仍可能拿宽泛的道德概念作判断；只有细密的要件，没有限制化，国家也可能通过精密的条文，执行过度的伦理控制。两道工序要一起完成。

王力军案展示了这套制度逻辑的现实意义。行为违反当时的粮食流通管理规定，并不自动满足非法经营罪的构成；再审法院要求判断，是否严重扰乱市场秩序，是否有相当的社会危害性与刑事处罚必要性。

这个判断不是把法条放在社会利益之上，而是要求国家说明，为什么某种行为需要由刑罚、而不是别的法律工具来处理。罪刑法定与刑法谦抑性在这里互相支持：国家不能把所有管理违规都升格为犯罪。

可是也得看到，罪刑法定不是一句口号就能自动实现的制度。刑法条文可能用概括性术语，兜底条款可能引发边界争议，司法机关也可能受舆论和道德直觉影响。

要让原则发挥作用，需要规范明确、依法解释、证据标准、公开说理、上诉与再审等机制一起支持。王力军案之所以重要，是因为原判生效后仍能通过再审纠正，不是因为司法机关从不犯错。

罪刑法定也不能被放大成「法条之外的道德与正义都不重要」。它限制的是国家刑罚的正当方式，不是禁止社会讨论法律合不合理。

公众可以批评法律太松或太严，学者可以提出立法改革，立法机关也可以通过公开程序调整犯罪规定。可是新规则生效之前，个案裁判不能拿改革的愿望，顶替现行法律。批评法律，和违反法律的边界，是两种不同的活动。

同样，罪刑法定也不意味着一切家内侵害靠刑法就能解决。受害者还可能需要民事赔偿、保护令、监护制度、社会服务和紧急安置等措施，刑法只处理其中符合法定犯罪构成的行为。

对称边界要求国家，既不能以道德名义任意处罚，也不能把「家庭自治」当成不履行法定保护职责的理由。刑罚边界和保护义务要分别论证，再在具体制度中协调。

所以，从「一准乎礼」到「一准乎法」，不是从有价值走向无价值，而是从伦理权威直接决定刑罚，转向伦理理由必须通过法定构成、责任原则和程序保障，才能取得刑罚的效力。

国家不能再只说一句「此人不合名分」就给他定罪；它得指出法律条文，证明事实，解释构成，并允许当事人反驳。法律由此成为国家强制的边界，不再是道德评价的扩音器。

◆ 本章会在哪里错

本章用王力军一案说明「行政违法不等于刑事犯罪」，可是单凭一案，概括不了所有情形。如果另有指导案例或判决显示，兜底条款在类似事实下被稳定地从宽适用或从严适用，这里关于限制化的叙述就要收窄。

费尔巴哈公式的版本、刑法条文的现行文本，也要以核对后的原典为准。

◆ 放回日子里

设想你在小区门口，看见一个人推着小车，没有摊位证，卖自家种的几筐菜。有人说：「这种人就该管一管。」

你可以问三句。他违反的是什么规定？违反了以后，法律定的是什么后果？这个后果，是罚款、让他停下来，还是要判刑？

三句问下来，你多半会发现，「该管一管」和「该判刑」中间隔着很长一段路。王力军案走的就是这一段：事实一样，行政违法一样，可是国家的手到底伸到哪里，要看法条写到哪里。

明天路过那个推车的人，你不必替谁定罪，只要记得这一段路还在。

◆ 本章出处与核验状态

1. 最高人民法院：《指导案例97号：王力军非法经营再审改判无罪案》，2018年12月19日发布。官方页面：https://www.court.gov.cn/shenpan/xiangqing/136361.html 。案件事实、裁判理由与裁判要点以该页面为准。

2. 《中华人民共和国刑法》第三条、第二百二十五条。第三条原文可见国家市场监督管理总局网站所载刑法文本：https://www.samr.gov.cn/zw/zfxxgk/fdzdgknr/bgt/art/2025/art_890f1333b6284c3cbb225c3cd2647c4b.html 。正式出版前仍应核对最新有效文本。

3. 最高人民检察院：《罪刑法定原则的历史发展与价值评判》，2017年8月30日。页面：https://www.spp.gov.cn/spp/llyj/201708/t20170830_199390.shtml 。用于罪刑法定历史发展背景；正式引用时应核对具体论述。

4. Georg Jellinek、Paul Johann Anselm von Feuerbach相关原典。关于费尔巴哈公式的准确版本、原文及页码，须依最终采用的德文版本或可靠学术版本核验；本章未将未经核验的二手格言当作逐字原文。

5. 关于罪刑法定的明确性、禁止类推、禁止溯及既往与权力限制，可参照 Claus Kreß, “Nulla poena nullum crimen sine lege,” Max Planck Encyclopedia of Public International Law。正式出版时应按可合法引用版本核对卷页与访问日期。

6. 本章关于「条件化」「限制化」「对称边界」的分析属于《家国不分》的理论框架。应与刑法第三条的规范文本、指导案例97号的裁判要点和作者的理论推论分别标注。

7. 核验补记（已核公开来源）：最高人民法院指导案例97号《王力军非法经营再审改判无罪案》，2018 年 12 月 19 日发布。官方裁判要点要求审查行为是否具有与刑法第二百二十五条前三项行为相当的社会危害性、刑事违法性与刑事处罚必要性；内蒙古自治区巴彦淖尔市中级人民法院于2017 年 2 月 14 日作出（2017）内08刑再1号刑事判决，改判无罪。该案说明行政违法不当然等于刑事犯罪，但不能单凭一案概括所有情形。https://www.court.gov.cn/shenpan/xiangqing/136361.html

带走的话

法无明文不为罪，国家的手只伸到法条为止；道德上该罚的事，要先过了法条这一关，才轮得到刑罚。

小账

条件化了吗：写成了。非法经营罪的构成、兜底条款的「相当性」和刑事处罚必要性，都要一项一项对着事实说明，不能停在「无证经营不应该」上。

门向着谁开：本章材料里，罪刑法定主要管国家这一头的手伸多远；家内被害人谁能叫开公权的门，罪刑法定本身不回答，要靠实体权利、程序渠道和救济另行规定。

第 16 章

正当防卫——道德怎样被条件化

◆ 一、于欢案：愤怒可以理解，法律仍须判断

2016 年 4 月，山东冠县源大工贸有限公司内，发生一起引发全国关注的伤害案件。于欢的母亲苏某因借款纠纷，遭到多人持续催债，对方在公司内驻扎、围堵，逼着还钱。

案发时，苏某和于欢受到非法限制人身自由的侵害，还伴有人格侮辱、推搡和拍打。于欢持刀捅刺多人，造成一人死亡、多人受伤。最高人民法院后来把这个案子作为指导案例93号发布。

这个案子的意义，不在用一句「他是为了救母亲」，就宣布行为当然正当；也不在因为有人死亡，就直接认定防卫不成立。

法律得同时看到两件事：现场确实存在非法限制人身自由等不法侵害；防卫行为造成了严重损害，仍要判断它是否明显超过必要限度。

只看结果，可能把所有造成伤亡的防卫都推向犯罪；只看动机，又可能把任何打着保护亲人旗号的反击，都自动算成正当。

指导案例93号明确：对正在进行的非法限制人身自由行为，可以认定为刑法第二十条第一款规定的「不法侵害」，可以实行正当防卫；可是非法限制人身自由并伴有侮辱、轻微殴打，并不当然属于刑法第二十条第三款所称的「严重危及人身安全的暴力犯罪」。

防卫是否过当，要综合考量侵害的性质、手段、强度、危害程度，以及防卫行为的性质、时机、手段、强度、所处环境和损害后果。

道德的话会说：「对方欺人太甚，反抗是应该的。」法律还要接着问：不法侵害存在吗？正在进行吗？防卫针对的是谁？行为是为了制止侵害吗？反击的强度是否明显超过必要限度？是否造成了重大损害？

这些条件不是在削弱正义，而是让国家对防卫行为的评价，不再只看裁判者的愤怒、同情或道德直觉。

于欢案也说明，法律不能把法理与情理简单对立。人格侮辱、持续围堵、母子被限制自由，都是判断防卫时不能忽略的事实。可是情境重要，不等于法律条件可以取消。事实越复杂，越要把条件讲清楚，不能让情绪顶替规则。

这个案子对本书的意义是：正当防卫把一种日常的道德判断——受到不法侵害时可以反抗——转成国家法认可的权利，同时给它设了适用条件和限度。

它既不命令人们必须见义勇为，也不要求受害者无限忍耐；它允许人们在特定条件下制止不法侵害，又防止「正义反击」变成不受约束的私人惩罚。

◆ 二、四个条件：起因、时间、对象与限度

《中华人民共和国刑法》第二十条规定：为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害，而采取制止不法侵害的行为，对不法侵害人造成损害的，属于正当防卫，不负刑事责任；明显超过必要限度造成重大损害的，应当负刑事责任，但应当减轻或者免除处罚。

对正在进行的行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪采取防卫，造成不法侵害人伤亡的，依法不属于防卫过当。正式出版前应按最新有效法条核对原文与版本。

第一是起因条件：必须存在不法侵害。它不该被不当地缩成只有已经构成犯罪的暴力行为。

2020 年三部门发布的《关于依法适用正当防卫制度的指导意见》指出，不法侵害既包括侵犯生命、健康的行为，也包括侵犯人身自由、财产等权利的行为；既包括犯罪，也包括违法行为。

非法限制人身自由、非法侵入住宅等情形，也可能成为正当防卫的起因。

第二是时间条件：不法侵害必须正在进行。法律既不能要求防卫人等到伤害真的发生了才反击，也不能把已经结束的侵害，当成无限报复的理由。

指导意见要求，判断侵害是否开始或结束，要立足防卫人当时所处的情境，按社会公众的一般认知作合理判断，不能苛求防卫人在紧迫关头，像事后分析者那样冷静精确。

对侵害暂时中断但仍有现实继续可能的情形，也要结合具体事实判断。

第三是对象条件：防卫应当针对不法侵害人。多人共同实施侵害的，防卫不一定只能对准其中直接动手的那一个，要依共同实施的行为、现场参与情况和具体危险来判断。

同时，不能把与侵害无关的人当作泄愤的对象。对象条件把防卫的目的限定为制止不法侵害，不是借冲突惩罚整个群体，或者了结旧怨。

第四是限度条件：防卫行为不能明显超过必要限度并造成重大损害；特殊防卫则适用刑法第二十条第三款规定的条件。限度的判断，不能只拿最后的结果当唯一标准，也不能完全不看损害后果。

要综合比较侵害的性质、手段、强度、紧迫程度，防卫的时机，可选择的手段，防卫人当时的处境，以及造成的损害。裁判者要解释为什么认定「明显超过」，不能只因防卫造成伤亡，就倒推过当。

这四项条件，把「反抗不法」这个道德直觉，转成法律判断。防卫权于是既真实存在，又不是没有边界的私人惩罚权。

条件化的价值，是让防卫人和裁判者能围绕具体事实争辩：侵害存不存在，是否仍在进行，行为对准谁，反击有没有越界。法律不要求受害者忍受侵害，也不允许打着防卫的名义无限报复。

◆ 三、条件化的价值：法律不再只读「好心」或「恶心」

正当防卫制度说明，法律并不必然拒绝道德判断。它承认保护自己和他人的权利是正当的，也承认面对不法侵害的反抗可以得到法律支持。

可是法律没有停在「防卫者是好人、侵害者是坏人」这样的人格判断上，而是把正当性拆成可以核验的事实条件。

这与《春秋决狱》的原心判断形成对照：两者都看行为背后的情境与目的，可是现代正当防卫必须在成文法规定的条件之内判断，不能仅凭裁判者对行为人心性的道德评价来定责任。

原心判断的风险，并不是凡考虑主观状态都错。现代刑法同样要考察故意、过失、防卫意图等主观要素。

关键差别在于，这些主观要素连着法定构成、客观行为和证据，不是由裁判者自由判断一个人整体上「心善」还是「心恶」。正当防卫要求：有不法侵害，行为正在进行，防卫对象适格，并依法律标准审查限度。

行为人的善意不能顶替这些条件，行为人的愤怒也不能自动否定防卫权。

条件化还有一项重要功能：把「当时处境」纳入法律，不要求防卫人达到不可能的冷静。事后回看录像，裁判者能慢慢分析距离、动作、工具和伤情；现场的人却可能面对围堵、恐惧、疼痛、信息不足和时间压力。

只拿事后冷静者的标准来评防卫，法律权利就可能变成现实中用不出来的空话。指导意见要求结合防卫时的具体情境和一般人的认知，为的就是让规则回应真实的人类处境。

可是情境化不等于任意化。不能因为防卫人当时紧张，就把起因、时间、对象和限度要求全取消；也不能因为规则要考虑环境，就把所有细节都交给裁判者凭直觉定。

正确的做法，是把相关因素列明，并要求裁判者解释它们怎样影响法律结论。情境是条件的一部分，不是绕过条件的借口。

这也显出条件化和限制化的不同。条件化让正当防卫成立与否，可以依据相对清楚的要件来判断；限制化则说明，国家不能要求受害者无条件忍受不法侵害，也不能以「维护秩序」为由一概惩罚防卫者。

法律既限制私人暴力，也限制国家对防卫行为的过度追责。两种限制合起来，才构成防卫制度的正当性。

从全书的角度看，正当防卫是制度转换的一个重要例子：道德上的「可以反抗」，不是直接交给国家去执行的抽象命令，而是被转成法定权利、构成条件和责任边界。

法律既承认不法侵害面前的行动自由，又用条件防止正义反击变成私力报复。道德进入法律，要过条件化这一关，正当防卫就是一例。

◆ 四、特殊防卫与防卫过当：边界不是简单的轻重秤

正当防卫最容易引起争议的地方，是造成严重伤亡之后，怎样判断限度。有人认为，只要对方先违法，防卫人用什么手段都行；也有人认为，只要防卫造成死亡或重伤，就该承担刑事责任。

这两种看法，都把复杂的法定条件压成了一个因素。刑法第二十条既规定一般正当防卫和防卫过当，也规定在严重危及人身安全的特定暴力犯罪中，可以适用特殊防卫。不同类型，要依各自的条件判断。

指导案例93号于欢案表明：非法限制人身自由、侮辱和轻微殴打，可以构成不法侵害，却不当然达到特殊防卫所要求的严重危及人身安全的暴力犯罪程度。防卫是否过当，要综合侵害与防卫的多项因素。

该案最终认定于欢的行为具有防卫性质，但属于防卫过当；对侵害方严重贬损人格尊严、亵渎人伦的行为，应在量刑时充分考虑。

指导案例144号张那木拉正当防卫案，是另一种情形。最高人民法院指出：对使用致命性凶器攻击他人要害部位、严重危及人身安全的行为，可以认定为刑法第二十条第三款所称的「行凶」；多人共同实施侵害时，即使部分侵害人已被制伏，只要其他人仍在继续侵害，防卫仍可能继续。

该案造成一死一伤，最终仍认定属于特殊正当防卫，不负刑事责任。

这两个案例，不能被简化成「于欢案严、张那木拉案松」。二者的关键差异，在不法侵害的性质、所用凶器、攻击部位、危险强度、现场人数、侵害是否仍在进行，以及防卫行为发生时的具体情境。

结果不同，不一定意味着标准矛盾；更要紧的是，裁判有没有说明，哪些事实使案件落入不同的法定类型。

防卫过当，也不该被理解为防卫者完全失去了正当性。防卫过当以存在防卫前提为基础，只是在制止侵害的过程中，明显超过必要限度并造成重大损害。

所以法律评价要区分「防卫是否存在」与「防卫是否越界」，并在量刑时考虑侵害的起因、过程和防卫人的处境。把二者合并，防卫权会被过度压缩；把限度完全取消，又可能纵容打着防卫名义的报复。

特殊防卫和防卫过当合起来说明：法律的边界，不是一杆简单的伤害结果秤。结果重要，可是要放进法定条件和整体情境里理解。国家既要防止以防卫为名行侵害之实，也要防止把真正的防卫者当作普通的施暴者。

起因、时间、对象、限度和特殊防卫条件，逐项说理，法律的判断才可预见、可反驳、可复核。

◆ 五、指导案例225号：学生霸凌场景里的防卫识别

最高人民法院于2024 年 5 月 30 日发布指导性案例225号《江某某正当防卫案》，关键词涉及刑事、正当防卫、未成年人、学生霸凌、防卫意图与防卫限度。

这个案子给本章提供了一个重要的检验点，用来检验未成年人的情境：校园冲突不能只凭「双方都动了手」，就一概认定为互殴；也不能因为一方曾遭受霸凌，就把他后来的一切反击，自动视为正当防卫。

具体结论仍须依官方案例全文、现场事实和法定要件作出。

其裁判要点要求：区分因学生霸凌引发的防卫行为与相互斗殴，要坚持主客观相统一，综合考量案发起因、主要过错方、是否纠集他人参与打斗等情节，并结合相同年龄段未成年人在类似情境下的可能反应，判断防卫意图；判断是否明显超过必要限度，也要立足防卫时的具体情境，考虑双方力量对比，以及侵害、防卫的手段、强度和损害后果。

在霸凌情境里，条件化先要识别不法侵害的结构：有没有反复性、持续性的欺凌？当次冲突和此前的侵害有什么联系？行为发生时，侵害是否正在进行？双方的力量是否明显不对等？

行为人有没有现实的脱离或求助机会？这些背景事实可能影响对危险、紧迫性和行为目的的判断，却不能代替对当次行为的具体审查。

第二步是区分防卫意图和报复意图。行为人可能确实想摆脱侵害，却在侵害结束后继续攻击；也可能因为长期受欺凌，在冲突刚起时就采取了防卫行动。

法官要重建事件的时间顺序，看清何时开始、何时中断、何时结束，并分别评价不同阶段的行为。不能把长期背景全压成一句「主观恶性大」，也不能把受害经历当作无限反击的许可证。

第三步是限度审查。判断时要综合考量侵害的性质、手段、强度、持续时间、现场人数，防卫的工具、攻击部位、行为次数、可退出的空间，以及实际损害。

损害结果重要，却不能单独决定防卫是否过当；行为人的恐惧和压力也重要，却不能自动取消法定限度。裁判文书要解释这些因素怎样相互作用，不能只把因素列一遍，就直接下结论。

长期被欺凌，是理解情境的重要材料，但不自动许可无限反击；使用工具，也不能单独决定行为的性质。裁判应当说明这些因素，怎样支持或反驳防卫意图、正在进行的不法侵害及限度判断。

◆ 六、从意图到逐项对应：回看四个条件

指导案例225号细化了「防卫意图」。它要求区分因学生霸凌引发的防卫与相互斗殴时，坚持主客观相统一，综合考量案发起因、行为人是否为主要过错方、是否纠集他人参与打斗，并结合相同年龄段未成年人在类似情境下的可能反应，判断主观意图。

这限制了单一迹象的证明力：不甘示弱的言语、携带或使用工具，都不能脱离完整的情境，直接推出行为人主动斗殴。

这不是说言语和工具不再有证明意义，而是要求它们与其他事实一起判断。江某某案公开材料记载，行为人曾有「不甘示弱」的言语回应，但他的解释是为了拖延、伺机离开；随后多名学生持续邀约、围堵、勒颈、摔倒和群殴。

法院没有把个别言语孤立地看成主动斗殴的充分证据，而是把它放进整体过程、双方力量对比和侵害持续性之中去理解。这里的关键，不是对未成年人作人格评价，而是说明推断防卫意图的证据链。

指导案例225号还把「防卫时的具体情境」和「同年龄段未成年人的一般认知」，明确纳入限度判断。

成年人事后回看监控，可以从容分析工具、伤情和行动次序；处在校园霸凌现场的未成年人，可能面对多人围堵、威胁、恐惧和很短的决断时间。

用合理的标准评价他的行为，不是要法院接受一切反击，而是避免把防卫者放在不可能的冷静标准之下。

这项标准同样有边界。既往的霸凌，可以解释行为人为何担忧，却不能自动证明后续每次冲突中，都存在正在进行的不法侵害；携带工具可能与准备有关，却不能孤立地证明他必然有斗殴意图；侵害人的数量和力量差距，可能影响限度判断，却不能单独代替对防卫时机、对象和行为强度的审查。

裁判要把各项事实组合起来，说明它们怎样导向法律结论。

所以第 16 章的要件框架，应当理解为「起因—时间—对象—防卫意图—限度」五个相互关联的问题，不是四个机械的格子。

起因与时间，识别不法侵害；对象和防卫意图，解释行为指向和目的；限度判断，检验防卫手段是否明显超过必要限度并造成重大损害。

不同案件里，各要件的证据分量可能不同，可是不能因为一个要件突出，就把其他要件略去。

再把事实与四个条件逐项对上。指导案例225号的事实链显示：江某某在案发前受到威胁、被拉扯和踢打，后来被多人围住、勒颈、摔倒并遭群殴；群殴短暂停止后，他仍遭到掌掴，于是再次持刀反击。

最高人民法院公开的裁判理由据此认定，不法侵害仍在进行，并考虑对方人数、力量差距、行为人的年龄与现场压力，认定防卫未明显超过必要限度。

这里的关键，是官方裁判对时间条件和限度的逐项说理，不是一句抽象的「弱者可以反击」。

起因方面，多人反复威胁、围堵和实际殴打，构成不法侵害。时间方面，第一次反击发生在群殴过程中，第二次反击发生在行为人倒地后仍遭掌掴的时候，侵害并未终止。对象方面，防卫指向的是正在实施侵害的人。

限度方面，要结合15人围堵、被害人倒地、双方力量悬殊、工具性质和损害结果综合判断。每个结论都有对应的事实，不能由「遭霸凌」三个字，直接跳到无罪的结论。

这也说明，防卫权不等于事前无限的准备权。案例中的行为人携带折叠刀前往现场，是判断主观意图时可能引起疑问的事实。

法院没有忽略这一点，而是结合他所处的情境、被迫前往、此前的威胁和实际的群殴，判断不能仅凭携带工具否定防卫意图。换句话说，证据不是只挑对防卫者有利的一面，而是把不利的迹象放回整体情境里衡量。

对照于欢案，两个案子也不能简单理解为一宽一严：它们在侵害人数、强度、持续状态、行为人处境和防卫手段方面，存在重要差异，裁判要说明这些差异怎样影响要件判断。

指导案例225号的写作使用，须保持克制：本章列它为官方已发布的指导案例，并据其公开关键词确定研究问题；对案件人物不作超出公开裁判内容的人身评价，也不在官方全文之外，加入未核实的案情、证言或原审细节。

这样做不是降低案例分析的力度，而是防止案例研究用想象补足证据。

◆ 七、正当防卫与春秋决狱：从读心到条件化

把正当防卫与春秋决狱放在一起，并不是说两者属于同一种制度。春秋决狱是在特定历史背景下，以经义解释案件，常借助亲属关系、行为动机和伦理名分判断责任；现代正当防卫则是刑法明文规定的制度，有明确的起因、时间、对象、限度和特殊防卫条件。

二者的差异，正好帮着本书说明：道德怎样从直接决定裁判，转成受法律条件约束的判断理由。

春秋决狱中的「原心」，在误伤父案里可能起宽宥的作用，也可能因「志恶」的判断成为入罪的理由。它的风险在于，缺少明确的边界时，裁判者对心志的解释，可能直接决定国家强制。

现代正当防卫并不排除考察防卫意图，可是意图只是法律判断的一部分：同时要有不法侵害、时间条件、对象条件和限度判断。法律不只问行为人是不是出于善意，也问他的行为是否符合可以公开检验的法定条件。

两种制度也有一个共同的提醒：脱离情境的机械判断，可能不公。春秋决狱试图把亲属关系、行为经过和主观目的放回案件里；现代正当防卫也要考虑防卫人当时面临的危险、紧迫程度和现实认知。

现代法律更进一步：情境判断必须在公开的规则里进行，并能通过证据和说理被质疑。情境不能只由裁判者凭直觉来定义，心志也不能成为绕过法律的捷径。

正当防卫制度的关键，并不是消灭道德判断，而是重新安排道德判断的位置。防卫行为值不值得肯定，可以是社会讨论的一部分；法院认不认定正当防卫，则必须依刑法规定和案件证据。

公众的愤怒、同情和正义感，可以促使制度反思，却不能直接顶替裁判要件。司法既不能无视案件情境，也不能把情理当成脱离法律的独立定罪或免责依据。

这正是本书说的「条件化」：道德上的「可以反抗」，必须转成一条法律规则，写明谁在什么不法侵害下、于何时、针对何人、以何种限度行动。

条件化不是把伦理价值削弱成机械公式，而是让价值可以被公开解释、争辩和复核。它既给防卫者权利，也限制国家任意处罚；既承认现实情境，也不让裁判者拥有无限的读心权。

本章也再次说明，条件化和限制化不能互相替代。防卫要件就算写得清楚，仍要检验国家是不是错把正当防卫认定成犯罪；国家就算承认防卫权，要件若模糊、适用若不稳定，防卫权也可能只停在纸面上。

一个可靠的制度，既要明确成立条件，也要限制国家适用时的任意裁量，还要给错误裁判留纠正的渠道。

正当防卫由此成为全书的一个重要对照案例。春秋决狱提醒我们，关注情境和行为目的，有时能纠正机械的裁判；罪刑法定与正当防卫规则则进一步要求，这种关注必须进入可以说明的法律条件。

道德不能被排除在法律之外，可是它也不能仅凭自己的正确感，直接获得国家强制力。

◆ 八、反向检验：如果不是防卫，哪些事实会改变结论？

为了避免把正当防卫写成先验的立场，裁判者还要做反向检验：行为人如果主动纠集他人、先制造冲突、在侵害停止后继续攻击，或者把防卫指向与侵害无关的人，现有的解释还成立吗？

不成立，就要明确指出这些事实为什么重要。反向检验不是给被告人设陷阱，而是测试现有结论，究竟依赖的是证据和法律条件，还是依赖「他是受害者」或「他造成严重伤害」这样的单一标签。

如果类似案件里，行为人主动纠集他人、主动挑起冲突、在危险明显解除后追击无关人员，结论可能不同。指导案例提供的，是一套需要综合事实的标准，不是一条「霸凌案件一律无罪」的规则。

对防卫限度的判断，也要检查有没有事后的偏见。只因结果严重就认定过当，可能忽略防卫人在现场面对的紧迫危险；只因对方人多，就认定任何反击都不过当，也可能忽略工具、攻击部位、危险是否已经解除等事实。

合理的判断，要同时抵抗两种偏差：把结果当唯一标准，或者把背景当成免于审查的理由。

最后，正当防卫与道德勇气并不相同。法律承认防卫权，不意味着每个人都负有见义勇为的普遍义务；一个人没有冒险救助，也不当然构成犯罪。

法律可以鼓励见义勇为，对符合条件的行为提供保护，却不能把一切道德上的勇敢要求都变成国家强制。这里再次显出：条件化决定哪些行为获得法律评价，限制化决定国家不能要求到哪里为止。

◆ 本章会在哪里错

本章把正当防卫当作「道德被条件化」的例子，用的是指导案例93号、144号、225号的裁判要点。

如果有同类案件显示，法院在起因、时间、对象、限度上并不逐项说理，仍凭对行为人的整体印象定案，这里「条件化使判断可预见、可复核」的说法就要收窄。指导案例225号的案情细节，也要以官方全文为准。

◆ 放回日子里

设想你深夜走在小区的路上，听见有人喊救命，转过拐角，看见一个人正被另一个人按在地上。你的第一个念头是冲上去。

在那一刻，你不会有时间去背法条。可是第二天回头想，你会问自己几个问题：那是不是不法侵害？它是不是还在进行？我对着的是谁？我出手的轻重，对得上当时的危险吗？

这几个问题，就是本章的四个条件。它们不是为了让你不敢动，而是让你事后能把话说清楚，也让别人能听明白。法律没有要求你一定要冲上去，也没有要求你什么都不做。它只要求，你做的事，说得出理由。

◆ 本章出处与核验状态

1. 《中华人民共和国刑法》第二十条。正式出版前应核对现行有效文本及最新修订状态。

2. 最高人民法院：《指导案例93号：于欢故意伤害案》，最高人民法院官网，2018 年 6 月 27 日发布。官方页面：https://www.court.gov.cn/fabu/xiangqing/104262.html 。

3. 最高人民法院、最高人民检察院、公安部：《关于依法适用正当防卫制度的指导意见》，2020 年 9 月 3 日发布。官方页面：https://www.court.gov.cn/zixun/xiangqing/251611.html 。

4. 最高人民法院：《指导案例144号：张那木拉正当防卫案》，2021 年 1 月 12 日发布。官方页面：https://www.court.gov.cn/fabu/xiangqing/283881.html 。

5. 本章关于「条件化」「限制化」及其与春秋决狱的比较，属于《家国不分》的理论分析。正式出版时应区分现行法条、指导案例裁判要点与作者的理论推论。

6. 来源：最高人民法院指导性案例225号《江某某正当防卫案》，2024 年 5 月 30 日发布，官方全文 https://www.court.gov.cn/fabu/xiangqing/433781.html 。该来源可支持裁判要点及官方公开事实；本章不对案件人物作超出公开裁判内容的人身评价。补充来源：正式交稿前官方全文同上，本文据该官方文本核对裁判要点与基本案情。

7. 核验补记（已核公开来源）：最高人民法院指导案例144号《张那木拉正当防卫案》，2021 年 1 月 12 日发布。裁判要点涉及使用致命性凶器攻击要害部位时的「行凶」认定，以及多人共同实施侵害时部分侵害人被制伏后

其他人仍继续侵害的情形。https://www.court.gov.cn/fabu/xiangqing/283881.html

8. 核验补记（已核公开来源）：最高人民法院指导案例93号《于欢故意伤害案》，2018 年 6 月 27 日发布。裁判要点确认，正在进行的非法限制人身自由可以构成刑法第二十条第一款所称「不法侵害」；防卫是否过当须综合侵害与防卫的性质、手段、强度、时机、环境和后果等因素判断。https://www.court.gov.cn/fabu/xiangqing/104262.html

带走的话

道德上的正当，要过法律条件这一关；条件的作用，是让正义说得清楚，也让权力有个边。

小账

条件化了吗：写成了。起因、时间、对象、防卫意图、限度，每一项都要对着事实逐项说理，不能由「受害者」或「伤得重」一个标签直接定案。

门向着谁开：本章材料里，防卫权是给遭受不法侵害的人的，不看尊卑身份；谁在现场，谁就可以依条件叫开这道门，裁判也要把他的话当真去核证据。

第 五 编

新的协作：家归家，国归国

这一编三章，把问题带回今天。第 17 章给出一张检查表，让普通人看懂情理法的冲突。第 18 章讲原心的正当位置：只往宽处用，不往严处造。第 19 章回到《春秋决狱》的当代意义。

每一个人，都叫得开那扇门。

第 17 章

两道工序检查表——普通人怎样看懂情理法冲突

◆ 一、子女不常回家，法院判得了吗

老人的子女不常回家，法院能不能判?

这个问题在公众里常有两种答案。一种说，孝顺是天经地义的事，法律既然讲孝，就该把不探望父母算成违法。另一种说，亲情不能强制，法院不该管家里的事。两种说法各抓住一个真实的问题，可是都跳过了中间的几道手续。

最高人民法院公布的老年人权益保护典型案例里，有一件老人请求子女给付赡养费用并定期探望的案子。公开材料显示，法院结合《老年人权益保障法》关于精神慰藉的规定，把经济供养和定期探望分开处理。

所以「常回家看看」不只是一句私人愿望，法律可以在法定条件下确认探望义务。

不过判决能要求一个人做出看得见的行为，要不出他心里的亲情。

这场争论正好拿来演示本书的方法。分三步拆。第一，法律有没有把「孝顺」改写成可以判断的义务？第二，国家伸手进家，有没有说明手伸到哪里为止?

第三，家里有人被忽视、被控制、被侵害的时候，「全家的利益」有没有把某个具体的人遮住？讨论不能停在「情理重要」或「法律无情」，要把争点拆成可以检验的问题。

拆出来的问题，本章收成一张检查表：先问一问条件化，再问三把锁。三把锁是随身三问：谁能叫开这扇门？叫开之后，谁的话被当真？救济要不要绕过尊长的同意？

◆ 二、陈某某案：判得了的，和判不了的

先看一个完整的案子。最高人民法院2021 年发布的《人民法院老年人权益保护十大典型案例》收录了陈某某赡养费纠纷案，把「常回家看看」与「精神赡养」列为关键词。

官方公开的案情是这样的：陈某某年事已高，体弱多病，与小女儿共同生活。他的诉求包括长女、次女定期探望，患病期间照护，以及子女共同给付赡养费和医疗费用。

裁判结果是，长女、次女每月探望不少于一次并给付赡养费，三名女儿共同负担医疗费用。以上以最高人民法院官方发布的文本为依据，本书不延伸评价当事人的人格或家庭动机。

最高人民法院同时指出，「精神赡养」案件的执行比金钱给付更困难，主动履行往往优于强制执行。这不是说判决没有价值，是说法律救济和道德实践不能互相替代。

法院没有把老人的全部要求当作私人情感一概不管，也没有把所有家庭矛盾都转成刑事问题。它分别处理了能够依法确定的义务。这个案子让本书修正一种过于简单的说法：不能笼统地讲「法院判不了常回家看看」。

法院在具体的法律依据、诉请和案件事实支持下，可以把定期探望变成一项看得见的义务。判决保证不了的，是探望的人心里是否真诚，是否生出亲近，是否把孝道变成自己的德性。

对本书来说，最准确的说法是：法律可以在具体规范和事实条件下命令可以识别的探望行为，却不能保证行为人产生真诚、温暖或持续的情感。前一样，是法律能确认、能说明、能执行的行为义务。

后一样，是裁判造不出来的内在态度。这样分，不是削弱精神赡养，是防止把法律能做什么、能做到什么、不能保证什么混在一起。

法院判令定期探望以后，执行的对象应当是可以识别的行为，不是子女内心的孝顺程度。判断履行与否，要看是否探望、是否问候、是否履行了判决确定的具体事项。执行机关不能去裁判「这次探望够不够真诚」。

这条界线不是否定精神赡养的重要，是承认国家强制必须有说得清、做得到的对象。否则，法律可能从保护老人的权益，滑向评判私人的情感。

老人请求探望，不等于老人可以无限支配成年子女的时间。子女享有私人生活，也不等于可以无视法律规定的赡养义务。越接近私人生活的细节，越需要说明法律依据、必要性和执行的可行性。

◆ 三、指导案例229号：隔代探望不是无限的权利

再看一个场景不同、可以互相对照的案子。最高人民法院指导案例229号《沙某某诉袁某某探望权纠纷案》，涉及未成年人的父亲去世以后，祖母请求探望孙子女。

官方裁判文本显示，沙某某的独生子去世后，两个孙子一直和母亲袁某某共同生活。祖母多次联系探望未果，就请求每月两次、每次两小时的探望。

法院判令祖母每月第一个星期探望一次，每次不超过两小时，袁某某应予配合；二审维持原判。该案于2024 年 5 月 30 日作为指导案例229号发布，官方来源见本章出处节。

这个案子的裁判要点不是「只要是亲属就有权探望」。要点是：人民法院应当坚持最有利于未成年人、有利于家庭和谐的原则，在不影响未成年人正常生活和身心健康的情况下，依法支持隔代探望请求。

裁判理由同时照顾了祖母的精神慰藉、孙辈获得亲属关爱、未成年人的身心健康，以及母亲的正常生活。

这种平衡，就是限制化。法律承认探望的利益，可是把它放进具体条件和比例控制里。

把两案并排放。陈某某案围绕老年父母的赡养义务与精神慰藉，229号案涉及未成年人的利益、祖孙关系和丧子老人的精神慰藉。

两案的主体、请求权基础和要保护的利益都不同，不能因为都出现了「定期探望」，就把权利基础、义务主体或裁判理由看成一回事。

它们说明的是同一件事：探望请求在特定的法律条件下，可以成为法院处理的对象，具体安排必须回应相关人的生活需要和权利。两案也都不支持两个极端结论。

既不能说探望纯属道德，绝不可能判；也不能说亲属关系一经确认，就产生无限的探望权。

两案还有一个共同的提醒：不能把「法律无法强制感情」读成「法律无法处理精神关系」。法律可以对探望的时间、频率、配合义务和不得影响正常生活这些外在事项作出安排。

它保证不了探望者一定有真诚的感情，也不能拿情感的浓度当执行标准。法律保护精神利益，多半靠安排外在条件，不靠直接命令人产生某种内心状态。

探望义务还必须和受探望者的利益连在一起。对老人，探望要回应他的精神需求。对未成年人，探望安排还要考虑身心健康、生活稳定和照护关系。

◆ 四、第一问：这条道德经过条件化了吗

条件化，就是把宽泛的「应该」改写成「谁在什么情形下应当做什么」。白话说，就是把道德要求变成可以判断的具体义务。

孝顺是一个广阔的伦理期待，包含尊重、关心、陪伴、经济支持和情感回应。法律不能把这些期待当成同一种义务。

它得从里面挑出能够明确规定、证明和执行的部分，例如在法定条件下承担赡养费用，不得遗弃或虐待家庭成员，以及依法律规定履行探望等义务。

陈某某案正好示范了这种拆法。《民法典》第一千零六十七条针对赡养费请求设定了法定条件；《老年人权益保障法》第十八条则规定，家庭成员应关心老年人的精神需求，分开居住的家庭成员应当经常看望或者问候。两条规范的内容和法律功能并不完全相同。

物质赡养可以对应费用、支付期限、医疗支出和负担能力。生活照料可以对应实际需要、陪护安排和家庭成员的能力。精神慰藉可以在一定范围内，通过探望、问候这类外在行为来表达。

三者不能完全等同：一次探望不必然证明精神关怀充分，情感疏远也不当然证明法定义务没有履行。判决得写明要求什么行为，不能把没法验证的内心真诚写成执行标准。

经济给付通常更容易确定，有金额、期限和支付记录。探望行为也可以被描述和核查，却保证不了探望者真诚关心老人。若把「有法律义务」当成「国家能够保证情感」，就夸大了法律的能力。

若把「感情无法强制」推成「法律不能规定探望」，又忽略了现行法的具体内容。

判断一条道德有没有完成条件化，可以连着追问五件事：

1. 义务主体是谁?

2. 触发义务的事实是什么?

3. 要求实施或禁止的具体行为是什么?

4. 需要哪些证据?

5. 违反义务会产生什么法律后果?

如果只能回答「做人应该孝顺」「长辈说了就要听」，那仍然是道德评价，不是完整的法律判断。道德评价可以提醒社会关注某种问题，却替代不了法律责任的要件和证明。

条件化还要分清民事义务、行政责任和刑事犯罪。一个人可能在道德上冷漠，却不一定违反具体的法律义务。违反行政管理规则，也不当然构成犯罪。

反过来，有些行为即使发生在家庭内部，只要满足相应的法律条件，也可能产生民事、行政或刑事责任。法律不是简单地把道德「搬进去」，它要决定哪些利益需要保护，用什么规则保护。

◆ 五、第二问：三把锁，门向着谁开

条件化解决的是「要求写清了没有」。接下来要看的是另一件事：国家的强制，由谁招得动，对谁招得动。

限制化是给国家的手划线。某项道德要求再值得赞扬，国家也得说明为什么有权强制，可以采取什么手段，强制到哪里为止。它不是「不干预家庭」的口号。国家完全不介入，可能放任家庭内部的暴力、虐待和控制。

国家无边界地介入，又可能把私人生活变成行政和刑罚管理的对象。要紧的是，介入和克制各自有没有正当理由。

所谓「对称的边界」，要同时查两个方向。国家不能以孝道、家风或社会风俗为名，处罚所有不服从家长的人。家庭也不能以亲情、名誉或自治为名，要求家内的受害者沉默。

本书用三把锁来查。判据不按国与家来量，按家内最弱的那个人能不能独立叫开公权的门来量。

第一把锁：谁能叫开这扇门？ 这是招手权，也就是谁能让国家的强制动起来。一个家庭可能想保住名誉和表面的和睦，可是某位成员正在遭受暴力、胁迫、经济控制或长期忽视。

如果这扇门只有家长或最有资源的人叫得开，他们就可能替所有人决定「家丑不可外扬」。所以每当有人拿亲情、家规或家庭自主做理由，先追问：谁受到影响？谁有机会开口？谁在替沉默付代价？

这不等于国家要插手每一场家庭争执，也不等于未经证实的指控就足以认定责任。保护、调查、追责和救济是相互关联却并不相同的任务，要分别说明依据。

第二把锁：叫开之后，谁的话被当真？　判断家国边界是否对称，要把家里的每一个人重新看见，而不是只听家庭代表或权力较强的人说话。

在229号案里，未成年人是独立的利益主体，不能只把祖母和母亲之间的冲突当作成人之间的权利争执。

公共机关也不能因为侵害发生在家内就降低关注。同样，它不能因为要保护受害者，就放弃证据、程序和法定条件。陈某某案主要是赡养与精神需求的案件，不该误写成家庭暴力或虐待的案例。

它只提醒一点：家庭里的具体权利，要由具体的成员提出，并得到法律识别。另一件案子若涉及暴力、威胁、经济控制或其他侵害，不能只用「家庭和睦」一笔带过，要单独识别受害者、风险和救济的路径。

第三把锁：救济要不要绕过尊长的同意？　亲属容隐可以在一定范围内，限制国家要求亲属告发或作证的权力。它不能自动变成积极妨害司法、威胁受害者或继续侵害的豁免。

亲情有它的价值，可是替代不了受害者自己的权利。如果某项家规要求成员不许对外求助，就要问它是否与人身安全和法定权利相冲突。

对称的边界，并不是「国家少管一点」。在家内侵害的案件里，国家不介入，可能让家里的强势者得到不受约束的权力。国家介入，又必须受证据、权限、必要性和程序保障的限制。

对称不是在国家和家庭之间各退一步，是分别审查两种权力的越界风险：国家不能凭道德评价处罚私人生活，家庭也不能凭亲情、名誉或家规切断法律保护。

边界的强弱，目前只能当作待检验的比较框架。它不是精确的数学比值，一方面看国家把义务和负担伸进家庭的能力有多强，另一方面看家庭权威能否借伦理进入国家裁判、影响权利和责任。两个方向的约束都要查。

国家可以强力保护家内的受害者，同时克制对私人情感的控制。这不矛盾，是对不同的权力分别设置边界。

◆ 六、先问工序，再论情理：宗教、行业与家规

道德共同体、宗教组织、行业协会和家庭，都可能形成内部的规范。它们可以鼓励成员行善、互助、守信、照护长者，也可以用教育、劝说、调解和共同体的评价来维护规范。国家法律不必接管这些工作。

一个社会如果把每一种道德争议都升成法律案件，不但扩张了国家权力，也可能让人把善行当成躲避处罚的策略。

可是私人规范不是天然正当。家规、行业纪律或宗教伦理，要是被用来掩盖违法行为、剥夺成员的基本权利、威胁受害者，或阻止他们依法求助，就不能只因为属于内部事务而免受法律审查。

宗教场所不是法外之地，宗教伦理也不能代替国法。反过来，国家也不能借公共秩序之名，任意干预信仰、行业和家庭里合法的自主活动。

若某项规范只是鼓励更高的道德实践，通常留在劝说、教育、调解和自愿参与的层面就够了。若它的实施方式侵害人身安全、财产权益、平等地位或依法求助的权利，就必须接受法律审查。

国家同样不能因为某种规范带着宗教或行业的色彩，就不经具体分析一概禁止。判断的关键还是条件、权限、权利和救济。

本书把这一区分叫作「回写失败」。社会可以先通过自愿的规范组织行动。当这种规范在具体事件里造成伤害、侵害权利，或提供不了必要的救济，法律才依据明确的条件介入并纠正。

「回写」是本书的分析术语，白话说，就是私人规则遇到真实伤害的时候，要由公共法律重新审查和处理。它不意味着所有道德实践都得经国家批准。

普通读者可以把本章的方法记成两步。第一步是条件化：这条道德要求是否已经转成明确的法律条件？第二步是三把锁：谁叫得开门，谁的话被当真，救济要不要绕过尊长？

遇到「情大于法」的争论，先别急着在情和法之间选边，先看这些工序有没有走完。

本章的结论不是让法律压倒一切，也不是让情理成为法律之外的最高裁判。情理可以帮助发现问题，伦理可以给制度提供价值方向。可是法律责任必须有明确条件，国家强制必须有边界，家内的受害人必须有真实的求助和救济路径。

◆ 七、几问怎样合着用

几问必须分开答，再放进同一个案子里交叉检验，任何一问都不能替代其他几问。

条件化充分，不代表边界正当。一条规则即使清楚规定了子女何时必须服从父母，仍要追问国家是否有权强制执行所有家规。门向着谁开了，也不代表义务已经写明。如果老人有权求助，却没有可以识别的赡养计算标准，救济仍可能不稳定。

「家内被害人」这个说法，也不是只有刑事案件才用得上。家庭内部的财产控制、照护剥夺、胁迫、暴力和阻止求助，可能分别涉及民事、行政、刑事或社会支持机制。

研究者应当先描述具体的侵害和风险，再确定适用的规范。不能因为问题发生在家里，就自动归进私德；也不能因为国家能够介入，就认定应当采取最强制的方式。

下面用这张表拆三个常见的争议。

第一类是「老人说子女不孝」。先拆请求：是赡养费、医疗费、生活照护、定期探望，还是期待子女表达真诚的感情？这些请求可能分别适用不同的规范，证据和执行方式也不同。

法院可以依法处理具体义务，却不宜把「你应当真心孝顺」写成无法客观衡量的判决命令。社会仍然可以倡导孝道，可是法律责任必须有明确的内容。

第二类是「家庭成员说家丑不可外扬」。这时不能只问国家该不该尊重家庭自治，还要识别有没有持续的暴力、威胁、经济控制、照护剥夺或其他具体侵害。有现实的风险，受害者就应当有独立的求助渠道。

若只是家庭成员之间对生活方式的道德分歧，未必需要国家强制介入。关键是分清私人的道德冲突和具体的权利侵害，不能让「家事」成了拒绝调查的总标签。

第三类是「公众认为某人心坏，所以应该重罚」。检查表要问：行为是否满足法定的犯罪构成？证据是否证明了主观要件？处罚有没有法律依据？人格上的厌恶填不了证据的缺口，同情也不能自动制造免责。

情境要重建，规则要说明，国家强制要有边界。这三步能防止公众情绪把道德评价直接升成刑事责任。

所以，这张检查表不是让普通人代替法官，也不是把所有生活问题都法律化。它是一个分流的工具。道德分歧，可以通过沟通、劝说和社会评价处理。明确的法定义务，可以通过法律请求。

具体的侵害，需要相应的保护和救济。刑事责任，必须遵守罪刑法定和证明标准。成熟的法治意识，不是凡事报警或凡事私了，是知道问题属于哪一层，再选相称的处理方式。

检查表是一种提问的工具，不是自动判案的公式。法律依据不清，标为待查。事实有争议，分开已证事实与当事人陈述。国家强制的必要性没说明，补充理由。家内的受害者没法安全求助，把救济渠道纳入分析。

它的价值不在于很快给出一个格子，是让判断的人没法轻易跳过事实、规范和权力的边界。

还有几个反向测试，用来看抽象的「家庭利益」有没有遮住某个人。如果被要求履行义务的人是经济困难、身患疾病或长期受家庭控制的人，结论还能不能说出理由？

如果提出要求的是家里权力较弱的一方，他有没有同样的求助渠道？如果某项家规要求成员不许对外求助，它是否与成员的人身安全和法定权利相冲突？这些问题不是预先认定哪一方有理。

◆ 八、本章会在哪里错

本章把陈某某案和229号案当作检查表的演示，用的是官方公布的案情、裁判结果和裁判要点。如果以后核对到官方文本与本章转述不一致，案例部分要按官方原文改写。

《民法典》《老年人权益保障法》的现行条文号和版本日期，也要在出版终审时逐项核对。

另外，「回写失败」和三把锁都是本书的分析工具，不是法律条文。如果有材料显示某个具体制度里，家内最弱的人叫不开门却仍得到了有效救济，这条判据就要收窄。

◆ 放回日子里

假设有个周日晚上，一位在外地工作的女儿，被母亲在电话里说了一句：「你弟弟三个月没回来了。」她不用先去想「谁孝谁不孝」。她可以拿纸写下四行。

第一行：母亲要的是钱、照护，还是弟弟人在场？这是条件化。第二行：这件事靠谁去说，母亲自己能不能开口，不用等弟弟点头？这是第一把锁。第三行：家里谁说的话总被当真，谁的话总被压下去？

这是第二把锁。第四行：如果母亲想去找居委会或法院，需不需要先过哪位尊长这一关？这是第三把锁。

多半写到第二行，她就发现，这件事用不着报警，也用不着私了。先把「要什么」说清楚，再打电话。

◆ 本章出处与核验状态

1. 陈某某赡养费纠纷案及指导案例229号《沙某某诉袁某某探望权纠纷案》的基本案情、裁判结果和裁判要点，已据最高人民法院官方页面核对。涉及《民法典》《老年人权益保障法》的现行条文号、版本日期及其他未核史料，仍须在出版终审时逐项核对。
2. 最高人民法院《人民法院老年人权益保护十大典型案例》，2021 年 2 月 24 日发布，案例四「陈某某赡养费纠纷案」，https://www.court.gov.cn/zixun/xiangqing/287711.html 。该公开材料是本章陈某某案叙述的主要依据；基本案情、裁判结果与典型意义以官方原文为准。正式出版前应再次核对官方网页，以及所引《民法典》第一千零六十七条、《老年人权益保障法》第十八条的现行文本。
3. 最高人民法院指导案例229号《沙某某诉袁某某探望权纠纷案》，2024 年 5 月 30 日发布，官方来源：https://www.court.gov.cn/shenpan/xiangqing/433821.html 。

带走的话

遇到情大于法的争论，先问条件化了没有，再问三把锁：谁叫得开门，谁的话被当真，救济要不要尊长点头。

小 账

条件化了吗：把孝顺拆成赡养费用、医疗费用和每月探望这类看得见的行为，才算条件化；「真心孝顺」写不进判决。

门向着谁开：判据是家内最弱的那个人能不能独立叫开公权的门；两案里提出请求的是老人和祖母，未成年人被看作独立的利益主体，家规拦不拦得住求助，要单独查。

第 18 章

原心的正当位置

◆ 一、两个推人的人

设想两个案子。

甲看见陌生人正把一名儿童往车里拖，以为孩子马上要遭到严重伤害，就冲上去把对方推倒，造成骨折。乙因为多年前与邻居结怨，借一次争执，故意把邻居推倒，同样造成骨折。

结果差不多，行为发生的原因却不一样。只看结果，甲和乙好像该受同样的评价。只看动机，甲又好像该完全免责。法律不能让结果吞掉情境，也不能让动机吞掉行为。

同样的伤害，可能来自防卫、救助、误判、冲动、报复或预谋。原心值得留下的部分，是追问：这个行为为什么在那个时刻、那个情境里，以这种方式发生。

它不是先给人贴上「善人」或「恶人」的标签，再从标签推出法律结论。它从可以核验的事实出发，重建行为人当时面对什么、知道什么、想做什么，再看哪些因素依法可以影响责任和刑罚。

量刑也不是只分有罪无罪。《刑法》第六十一条规定，决定刑罚的时候，应根据犯罪的事实、性质、情节和对社会的危害程度，依照法律规定判处。动机和行为的情境，可以在法律允许的范围内成为分析情节的材料。

它们取代不了法定的构成，也不能脱离证据去自由决定刑罚。

◆ 二、为什么不能用来入罪

《盐铁论·刑德》保存了「论心定罪」的争论，里面有一句「志善而违于法者免，志恶而合于法者诛」。

这句话呈现了原心的两个方向：心志被认为善，可以成为免罪的理由；心志被认为恶，也可能成为入罪或严惩的理由。问题不在宽恕一定错、严惩一定错，在于同一套读心权，可以向相反的方向用。

如果「心善」可以越过法条出罪，「心恶」也就可能越过法条入罪。裁判者要是认为，行为虽然没有落入法律规定，可是行为人「内心值得处罚」，犯罪的边界就由道德评价来划。

没有法定的行为和责任条件，国家处罚的就是猜测、倾向、身份或人格，不再是依法证明的行为。

这里要分清犯罪故意和犯罪动机。故意涉及法律规定的认识与意志要素，特定目的也可能是构成要件。动机是推动行为发生的原因，比如报复、牟利、嫉妒、恐惧或保护他人。

动机可以帮助解释行为，替代不了法定的故意、目的和客观行为。不能因为动机恶劣，就推定所有犯罪要件都已满足。

本章说「只用于出罪与量刑」，是一项规范主张，不是说法定的主观要件与入罪无关。故意、过失、特定目的，只要属于犯罪构成要件，仍然要依法证明。

本章反对的是另一件事：仅凭法官认定行为人「内心恶劣」，就把本来不构成犯罪的行为变成犯罪，或者任意加重责任。

「心恶」也不能成为模糊证据的补丁。证据证明不了行为人实施了犯罪，就不能靠推断他人格阴暗去填补缺口。曾有不良记录、说过令人反感的话，或与被害人长期不和，单凭这些事实，也推不出本案犯罪成立。

原心要是被拿来独立入罪，犯罪成立的条件就模糊了，国家强制也跟着扩大。

把内心判断用于入罪，还有一个更深的困难：内心不是能直接观察的物件。法院能看到言语、行为、准备、现场和行为后的反应，看不到「恶意」本身。

同一个行为可以有多种解释，同一句话在不同的语境里意思也不同。判决若不说明从外部事实到内心推断的推理链条，「其心可诛」就成了没法反驳的结论：当事人越解释，越像在掩饰。

所以原心必须受证据约束。行为前后的言语可以是证据，却不是心志本身。行为人的供述可以帮助理解，却不能自动证明供述属实。事后逃避可能有解释意义，也可能出于恐惧、羞耻或别的原因。

任何一个迹象，都要和其他证据交叉核对。裁判者应当写出推断依据的事实，也应当交代与推断不一致的材料怎么处理。

还要提防把结果倒推成动机。因为伤害严重，就推断行为人必然怀着极端的恶意。因为结果侥幸轻微，就推断行为人本来没有伤害的意图。这两种推断都可能错。

结果可以帮助判断行为的危害，独自证明不了行为发生时的全部心理状态。法定的故意、过失和特定目的，各有各的标准，不能被「结果很坏」或「结果不严重」取代。

◆ 三、「只往宽处用」是什么意思

「只往宽处用」不是说，法院遇到任何感人的故事都要宽宥。它要求的是：内心与情境的解释，不能成为扩大国家处罚权的工具。

它首先要求认真寻找有利于被告人的事实，尤其是可能支持正当防卫、紧急避险、缺少法定主观要件或其他法定免责条件的事实。

这些事实经证据证明并满足法律条件，法院就应当依法出罪，不能因为行为造成了严重的结果，或者舆论要求严惩，就把它压下去。

量刑中的宽处，也不是任意减刑。法院应当说明，动机、起因和行为经过与哪个法定量刑因素相关，有没有证据支持，为什么影响刑罚轻重。

比如，行为发生于突发冲突还是长期预谋，行为人是否受到现实威胁，侵害发生后是否立即停止、救助伤者或主动弥补损害，都可能和整体情节有关。这些事实的法律意义，仍要结合具体犯罪和适用规则来判断。

这里还要分清「值得同情」和「依法应当从宽」。一个人经历不幸，不当然说明他的行为正当。一个人态度令人反感，法律也不能因此越过法定的刑罚规则加重处罚。

法院可以理解人的处境，可是要把理解转成说得出口的法律理由。否则，宽处成了个人好恶的结果，严惩也成了个人愤怒的结果。

「原心只往宽处用」因此是一条权力方向的原则，不是偏袒行为人的情感口号。裁判者在拿不准的时候，要认真检视有没有依法出罪或从宽的理由，不能以恶意的推测填补证据的缺口。

可是它不许用没有证明的善意取代法律条件，也不要求法院在法定责任成立以后忽视受害者的损害。宽处必须有法律根据，也必须能公开解释。

◆ 四、为什么可以用于出罪与量刑

限制原心用于入罪，不等于裁判者可以对内心和处境视而不见。只看外在结果，正当防卫、紧急避险、受胁迫的行为，以及别的有法律意义的情形，可能就和普通的故意侵害混在一起。

把过程重建出来，可以帮助发现国家不应处罚的情形，最后的结论仍然要落在法律条件上。

所谓出罪，不是因为行为人看起来善良，就额外赐他一个法律没有规定的豁免。它的意思是：重建行为发生的过程以后，发现行为符合正当防卫等法定正当化事由，或者缺少犯罪构成所要求的故意、过失、目的、违法性或责任条件，所以依法不应定罪。

原心提供的是找事实、懂事实的路径，不是替代法律的独立理由。

出罪是对国家之手的又一道限制，因为刑罚会剥夺自由、财产、名誉和生活的机会。国家得证明自己有定罪的法律依据，证明不了，就该停手。这里的宽宥不是对好人的奖励，是国家承认自己没有处罚权。行为人讨不讨人喜欢，不应改变这个结论。

进入量刑阶段，法院仍要在法定范围内判断刑罚的轻重。《刑法》第六十一条以犯罪事实、性质、情节和社会危害程度作为量刑根据，第六十二条、第六十三条规定从重、从轻与减轻处罚的适用规则。

动机可以在法律允许的范围内帮助理解情节，它不是无条件从轻的通行证，也不是绕开法定从重情节的独立理由。

◆ 五、三步法用到哪里：先回头看第 7 章

「情境—经过—显露」这三步，第 7 章已经立过论：先问行为之前现场是什么样，行为人当时看见什么、知道什么；再问行为从起因到结果怎样一步步发生；最后看意图怎样从外部事实里露出来。

这个读法来自拙著《心的发生学导论》（德麦国际第 354 号）追问的问题，就是心怎样在情境、行动和关系里形成、显露。本章不再重讲三步，只讲三步拿到法庭上和日子里怎么用，用到哪里就得停。

三步不能倒过来。裁判者要是先认定某人「心恶」，再从案卷里挑支持的材料，重建就成了确认偏见。先认定某人「心善」，再忽略与之不一致的行为，同样靠不住。

正确的顺序是：先整理可以核验的事实，再提出有限的解释假设，最后检查有没有别的同样合理、或更有证据支持的解释。没法排除的疑问，不能靠道德直觉去填。

用的时候，还要守三条纪律。

第一条，把「知道」和「推断」分开。证据证明行为人听见了某句话，这是可以认定的事实。认为这句话让他觉得受辱，可能是有证据支持的推断。再往前一步，认定他因此生出报复的意图，又是更深一层的推断。

判决书不该把这三层写成一个不容置疑的事实句，应当说明每一步依据什么证据、推断有多强。

第二条，重建替代解释。同样的动作，可能是为了制止侵害，也可能是为了惩罚对方；可能出于恐惧，也可能出于报复。裁判者应当检验每一种解释能不能解释全部证据，不能只选最合最初印象的那一种。

要求有替代解释，不是说法院永远下不了结论，是说结论要经过比较，不能未经检验就由道德直觉决定。

第三条，承认重建有限度。人有时并不完全了解自己的动机，行为也可能由几种原因共同推动。法院不必查明每一处心理细节，更不能假装已经把一个人看透。只需要认定与法律问题有关、且证据能够支持的部分。对法律结论没有影响的内心猜测，应当留在判决之外。

◆ 六、一个现代例子：江某某正当防卫案

指导性案例225号「江某某正当防卫案」，可以当作重建心的发生的一个现代例子。最高人民法院要求结合霸凌的起因、当事人是否为主要过错方、是否纠集他人、同年龄段未成年人在类似情境下的可能反应等因素，判断防卫的意图和行为的性质。

这不是法院直接宣告某个未成年人「心善」，是要求从事件背景、行动经过和可以观察的行为线索里，作出与法律问题相关的有限推断。

不过这个案子也提醒我们，重建心的发生，不等于拿背景代替行为。长期霸凌可以解释恐惧、愤怒或反抗是在什么条件下发生的，可是单靠它，证明不了某一次反击当然属于正当防卫。

仍要判断当次不法侵害是否正在进行，行为指向谁，反击的时机和限度。情境是证据分析的一部分，不是自动免责的标签。

在编码和写作里，应当把「已知事实」「证据支持的推断」「规范评价」分别标出来。比如，「现场有多人围逼」，可能是裁判认定的事实。「行为人感到恐惧」，可能是根据证据作出的推断。

「这种恐惧是否影响防卫意图或量刑」，是法律评价。三者不能压成一句「其心可悯」或「其心可诛」。

重建心的发生，不是声称法官能够直接走进他人的内心。它是一种由证据领着走的解释方法：从可以核验的情境和行动出发，重建行为人当时可能拥有的信息、目标、顾虑和选择，再检查推断与行为过程、其他证据是否相互支持。

重点不在宣布「我看透了他的心」，在于说明「我根据哪些事实，作出了这一有限的判断」。

◆ 七、证明责任与程序保障

重建心的发生，还要把证明责任和证据规则放在中心。主观状态通常不能直接观察，可是这不等于法院可以降低证明的要求。控方仍须依法证明犯罪构成中的主观要件。

被告人提出某种有利的解释，法院应当结合全案证据判断，不是要求被告人证明自己内心绝对纯洁。尤其不能因为当事人没法完整说明自己的心理活动，就把这种说不出来变成有罪的理由。

必须防着「事后聪明」的偏差。结果发生以后，许多风险看起来都显而易见，可是行为人当时掌握的信息有限。判断他的认识和选择，应当尽量重建当时的信息环境，不能把事后才知道的事实反投到行为人身上。

这条原则不是宽恕一切错误，是要求法院先分清当时可以预见的风险，和事后才显露的结果。

主观状态的推断必须允许反证。判决若依据行为前的言语推断报复的动机，就该审查这些言语的上下文。若依据行为后的逃离推断预谋，就该审查恐惧、混乱等替代解释。

法院不必接受所有的替代说法，但应当说明，为什么某种解释比别的更符合证据。只有允许反驳，心理判断才不会成为不可质疑的权威断言。

◆ 八、动机可理解，行为不一定正当：四个误区

第一个误区，是把善良的动机直接等同于行为正当。一个人可能为了救人而行动，手段却仍然侵害了第三人的权益。动机值得理解，也不自动满足正当防卫、紧急避险或别的法定免责条件。法院先确认法定条件，再说明动机在哪里有法律意义。

第二个误区，是把恶劣的动机直接等同于犯罪成立。报复、嫉妒、贪利这些动机，可能影响对行为的理解，也可能和法定量刑情节有关，可是代替不了对客观行为、因果关系、故意或过失等构成要件的证明。

一个人可能动机令人反感，却没有实施被指控的犯罪。一个人也可能自称动机善良，却实施了法律禁止的行为。法律评价要以行为和法定条件为中心。

第三个误区，是把事后的表现倒推成行为时的心态。行为人事后道歉、赔偿或救助伤者，可能说明他的态度，也可能是量刑情节，单靠它证明不了他最初没有故意。

行为人事后逃离现场，脱离具体背景，也不必然证明他先前就有犯罪的故意。事后表现是证据之一，不是单独决定结论的心理窗口。

第四个误区，是把人格标签当作证据。判决若用「冷酷」「奸诈」「毫无人性」这类形容词，却不解释这些判断与法定要件或量刑规则有什么关系，往往只是道德谴责。

司法语言的道德强度越大，越要追问：它有没有可以核验的事实基础，影响不影响法律问题，有没有必要写进裁判理由。

◆ 九、给法官和普通人的建议

对法官，第一项建议是把人格判断改写成事实问题。与其写「被告人心术不正、其心可诛」，不如说明：行为发生前有什么冲突，行为人当时掌握哪些信息，采取了哪些行动，什么时候有机会停止，为什么仍然继续。

前者表达的是裁判者的道德确信。后者才是当事人能够质疑、上级法院能够复核的事实叙述。

第二，判决应当区分事实认定、法律评价和量刑理由。事实部分说明证据证明了什么。法律部分解释哪些事实满足哪些法定要件。量刑部分说明犯罪事实、性质、情节和社会危害程度怎样影响刑罚。

不要把「动机恶劣」当作独立的犯罪构成，也不要拿「出于善意」跳过对正当防卫、紧急避险或责任条件的具体分析。

一段合格的说理，可以分四步写。先列明已经查明的外部事实，如行为发生的地点、时间、先后顺序、各方动作和现场风险。再指出哪些证据支持这些事实，并说明有什么相反的证据。

然后谨慎推断与法律问题有关的主观状态，写明这是基于证据的推论，不是直接观察到的「内心事实」。最后说明这一推断影响哪个法定要件、免责条件或量刑情节，并解释法律后果。

例如，不宜只写「被告人出于报复，主观恶性深」，要写明有没有事前的威胁、工具准备、反复寻找机会、侵害停止后继续攻击等事实，并说明这些事实怎样共同支持报复动机的推断。

若有证据显示当时存在正在进行的侵害，或行为人试图脱离现场、立即停止行动，也要说明怎样评价这些材料。这样，动机判断能被质疑、被反驳，不只是裁判者的一句定性。

同样，不宜只写「被告人出于救人目的，故应免责」。应当指出他面对的危险是什么，危险是否正在发生，行为指向谁，采取的手段是否满足法定条件。

这些条件不成立，善良的动机仍可能在法律允许的范围内影响情节评价，却不能取代构成要件。把宽宥放在法定条件之内，「原心只往宽处用」才不会变成任意宽恕。

第三，法官应当主动寻找与初步判断不一致的材料。初步认为行为人出于报复，就核对有没有即时的危险、挑衅的过程或别的解释。

初步认为行为人是在救人，也检查他的行为是否在危险结束后继续，是否针对无关的人。这样做不是偏袒，是避免只找支持第一印象的证据。

对普通人，这套方法也有用。判断一件事，不要只问「他是好人还是坏人」，要问「当时发生了什么」。一个人的行为可能令人愤怒，可是这不代表我们已经理解了行为的原因。

一个人的理由听起来可怜，也不代表行为必然正当。先还原情境与过程，再作有限的评价，比迅速贴标签更接近公正。

先问当时发生了什么，再问当事人当时知道什么、有哪些选择，最后才评价行为。理解行为是怎样发生的，不等于原谅所有行为。不急着贴标签，也不等于否认伤害。这只是把道德判断从对人格的总评，转回具体的行为、证据与责任上。

本章说「原心只往宽处用」，终究不是对行为人一概宽容，是对国家权力保持严格。原心可以帮助我们看见法条机械适用时容易漏掉的处境，也可以帮助法院在法定范围内作出更符合事实的量刑。

可是它不能让法官得到一种超越法律的读心特权。读心越深，越需要证据。解释越有力量，越需要允许反驳。

◆ 十、本章会在哪里错

本章的「只往宽处用」，是一项规范主张，不是从《盐铁论》推出的史实。如果核对《盐铁论·刑德》的校注本上下文，发现「志善」「志恶」的语句不能支持本章对原心双向用法的读法，这一节就要收窄，只留现代刑法部分的论证。

另外，本章对《刑法》第六十一条至第六十三条的转述，若与现行有效文本不符，以现行文本为准。

◆ 放回日子里

假设有个做保安的人，晚上在小区门口看到两个人推搡，他冲过去把其中一个拉开，对方摔了一跤。第二天，被拉开的那个人去找物业，说他「就是看我不顺眼」。

物业的人没法看进他的心里。他只能问三件事：当时门口发生了什么，保安当时看到了什么、知道什么，他拉人之前有没有别的办法。保安也可以这样给自己说清楚：先说看见了什么，再说做了什么，最后才说为什么这样做。

这不是替他辩护，也不是替对方定罪。这是在评价一个人之前，先把「当时发生了什么」摆出来。

◆ 本章出处与核验状态

1. 《中华人民共和国刑法》第六十一条至第六十三条。正式出版前应核对现行有效文本。《刑法》第六十一条规定一般量刑根据，第六十二、六十三条分别涉及从重、从轻和减轻处罚；这些条文并不意味着犯罪动机可以脱离法定情节独立决定刑罚。
2. 《盐铁论·刑德》关于「论心定罪」及「志善」「志恶」的相关论述。正式出版时应按选定的校注本核对原文、断句、上下文与页码，不能仅引用孤立的句子证明汉代已经形成一套完整的主观责任理论。
3. 指导性案例225号「江某某正当防卫案」。本章对其要旨的转述，正式出版前应据官方文本逐项核对。
4. 高鹏：《心的发生学导论》（德麦国际第 354 号）。版本与页码尚待核对。
5. 「情境—经过—显露」三步法及「原心只往宽处用」属于本书提出的规范性分析框架，应与现行刑法规则、历史文献原文及作者的推论分别标示。

带走的话

原心只往宽处用：它帮国家找出不该处罚的事实，不能替国家造出一个罪名。

小账

条件化了吗：没有。「心善」「心恶」本身不是条件，只有落到故意、过失、特定目的和法定情节上，并经证据证明，才算条件。

门向着谁开：读心权握在裁判者手里，被告人只能在判决写明依据的时候，才叫得动反驳这扇门；只往宽处用，就是不让这只手往入罪的方向伸。

第 19 章

《春秋决狱》的当代意义

◆ 一、回到董仲舒：不让死板的律文冤杀救父的儿子

先回到那个误伤父亲的案子。

甲的父亲乙，和丙争言相斗。丙拔出佩刀刺乙，甲随即拿杖去打丙，却误伤了自己的父亲乙。表面上看，甲实施了击打父亲的行为。可是只截一个动作，不看动作是怎样发生的，就会忽略一件事：甲原本要制止的，是对父亲的侵害。

董仲舒用「君子原心，赦而不诛」概括他的判断。这句话不是说伤害的结果不存在，也不是说亲属关系可以让一切行为免责。他的意思是，行为的法律评价，不能只靠外在的动作和最后的结果。

甲出手的时候，父亲正遭人持刀攻击，情势紧迫。他本来是要制止侵害，却因为误伤，伤到了父亲。若把「殴父」这个外观，直接当成主观上故意殴父，法律就可能把救父的行动，错误地解释成违逆伦理。

这类案子提醒我们：法律事实不是一张静止的照片，是一段按时间展开的过程。动作之前发生了什么？行为人当时看到什么？他想阻止谁的行为？他有没有时间辨认对象？结果和他的行动目标一致不一致？

这些过程不重建，只把结果抽出来，司法判断就可能把意外、误认和故意混成一回事。董仲舒对实质正义的关切，先落在一点上：他拒绝拿一个孤立的外在动作，代替对整个事件的理解。

当然，不能因此断言，董仲舒已经提出了现代意义上的犯罪构成理论。现存的《春秋决狱》案例，多经后世文献转引，文本并不完整，案件的叙述和后世的解释之间，也要小心分开。

董仲舒那个时代的法源结构、司法权限和经义解释的方式，与现代成文刑法和罪刑法定原则并不相同。本书借鉴的是他面对的问题，不是把古代判决直接当成今天能用的法律规则。

更要紧的是，董仲舒的「原心」有两个方向。裁判者认为行为人的心志善良，可以据此宽免。认为心志恶劣，也可能据此加重，甚至入罪。《盐铁论·刑德》所呈现的争论提醒我们，读心不天然等于宽厚。

一个原则要是没有清楚的边界，既能救下被误解的人，也能让不受欢迎的人因为「心恶」受罚。

所以要回答的，不只是心重不重要，还有三件事：谁有权解释心？依据什么证据解释？这种解释可以产生什么法律后果？

回到董仲舒，不是为了复活「经义可以直接决定刑罚」的制度，是为了重新认识司法绕不开的难题：外在的行为和内在的意图，并不总是一一对应，法律必须理解行为发生的情境，才能避免机械适用造成不公。

董仲舒的贡献，是把这个难题摆到了台面上。他的局限在于，原心的判断缺少现代法治所要求的明确构成条件、证据约束和权限边界。

◆ 二、可借鉴的：对实质正义的关切，对具体情境的体察

《春秋决狱》对今天最值得借鉴的，不是某一条古代判决的结论，是对实质正义的持续追问。形式上相同的动作，未必有相同的意义。相同的结果，也未必来自相同的责任状态。

法律若只机械地把事实塞进标签，不分析行为是怎样发生的，就可能在形式整齐的同时，造成实质上的不公。司法需要规则，也需要理解规则面对的人和事。

第一，值得借鉴的是对情境的重视。一个人的行为，往往发生在特定的时间压力、信息限制、关系结构和风险环境里。正当防卫的案子，要考虑不法侵害是否正在进行。紧急避险，要考虑危险的现实性和可避免性。

故意与过失的判断，也要结合行为人当时能认识、能控制的事项。情境不是替行为人找借口，是帮司法准确回答：法定要件成立不成立。

第二，值得借鉴的是对行为过程的重建。不能只看事情最后变成什么样，还要追问它是怎样一步步变成这样的。

行为人最初的目的，对方的反应，现场风险有没有变化，行为人有没有机会停止，结果有没有偏离原来的目标，都可能影响法律评价。重建过程，能避免结果偏见，也能防止裁判者只挑支持自己第一印象的材料。

第三，值得借鉴的是一种清醒：法律文字可能不足以自动解决个案。法律条文必须一般化，现实的案件却具体、复杂，有时证据不完整，情势急迫，几种义务还互相冲突。

司法解释的工作不可避免，可是解释要有方法、有边界、有说理。董仲舒试图用经典义理回应条文与个案之间的张力。今天的法官，则应当在法律文本、体系、目的、证据和基本原则允许的范围内，解决这种张力。

第四，实质正义要求法院认真对待人的处境，不等于法院可以凭个人的同情裁判。对当事人的理解，要转成能公开检验的理由：哪些事实证明行为人面临危险？哪些证据表明他的认识受到了限制？

为什么这些事实影响故意、违法性、责任或量刑？如果只能说「情有可原」「令人同情」，却说不出这些判断和法律结论之间的关系，实质正义就可能沦为没法复核的直觉。

第五，体察具体的情境，要对所有当事人保持开放，不能只理解被告人的处境。被害人也有自己的经历、恐惧、损失和求助的困难。家庭案件里，施害者可能诉诸亲情，受害者却可能恰恰是被亲情结构压住的人。

司法若只听见行为人的动机，看不见被害人的处境，「体察情境」就成了单向的宽宥。实质正义要求把相关人的处境一并纳入事实调查，最终仍依法律规则确定责任。

所以，对董仲舒的当代借鉴应当有限而明确。学的是他不满足于表面形式、愿意理解具体事件的努力。不学的是用经义直接决定刑罚的做法。现代法治要把情境的理解，转成证据分析、构成要件判断和公开说理，不能让裁判者得到不受约束的读心权。

◆ 三、一项自我限制：本书的框架能解释什么，替代不了什么

「条件化」和「限制化」是本书提出的分析框架，不是对中国法律史所有复杂变化的一句话定论。它们帮我们提出可以比较的问题：规范有没有说明主体、行为和后果？国家和家庭两个方向的权力，是否都受到约束？

家内的受害者，有没有独立的求助和救济渠道？要判断某一朝代或某一制度的实际强度，仍须回到具体的文本、案件和制度运行的材料。

「边界强度比」目前只是待检验的比较框架，不是已经完成的量化结论。把它发展成经验指标，必须先明确编码单位、变量、评分规则、缺失值的处理和权重，再由至少两名编码员独立编码，检验一致性。

否则，数字只会把研究者的主观印象，装成客观的测量。

本书也不主张，所有历史制度都必须落进预先确定的四格。一条规定，可能在一个方向限制国家，在另一个方向强化家庭的等级。同一个制度，在规范文本和实际运行里，也可能不一样。

材料逼着我们修正初始分类的时候，应当改理论，不该为了守住理论，把材料塞进预设的格子。

比较西方理论，也守这条原则。韦伯、黑格尔和现代法治理论，可以帮助提出问题，提供概念上的邻居，可是不能代替中国的史料本身。

中国传统内部的经义解释、律典技术、宗族结构、皇权实践和清末修律的争论，都要当作有自己脉络的历史材料来分析。

比较的目的，不是判断中国「像不像西方」，是让不同的理论互相检验，暴露各自解释范围的边界。

◆ 四、必须补上的两道工序

董仲舒的实质正义关切值得重视，可是没有两道工序，就会生出新的任意。

第一道是条件化：把宽泛的道德判断，转成明确的法律问题，说明主体、行为、时间、对象、责任和后果。

第二道是限制化：某项伦理要求再重要，也要进一步说明，国家有没有权利强制，用什么方式强制，强制到哪里为止。只有条件化，没有限制化，国家可能精确地执行过度的伦理控制。

只有抽象的限制化，没有明确的条件，家内的受害人又可能得不到实际的保护。

两道工序要共同作用在司法说理上。条件化让裁判者说清：哪些事实满足哪一个法律要件。限制化让裁判者进一步说清：国家为什么有权作出这个决定，有没有更少侵害的方式，有没有忽略家内受害人的独立权利。

前者防止任意判断，后者防止国家借道德之名扩张权力。它们不是抽象口号，是要求判决逐项解释事实、规范和后果之间的联系。

两道工序需要一个可以操作的审查顺序。

1. 确认事实和请求：当事人到底要求什么，哪些事实已经证明，哪些只是评价或猜测。
2. 寻找具体的规范：它是道德倡议、民事义务、行政管理要求，还是刑事构成。
3. 检验条件：主体、行为、情境、责任和后果是否明确。

4. 检验边界：国家介入有没有法律根据，措施是否必要，家庭成员还能不能独立求助。

5. 检查说理是否允许当事人反驳。

这个顺序是本书提出的工作方法，不是对所有法律部门现有程序的替代。

这套方法也能防止「实质正义」成为不受约束的口号。裁判者若认为某个结果不公平，应当指出，不公平来自哪项事实的遗漏、哪一个规范的解释，或哪一种制度后果。不能只凭自己的正义感，就推翻法定条件。

反过来，机械适用条文造成个案的困境，也应当在法律允许的解释空间里说明怎样处理，或者提出立法完善的建议，不要假装法律没有边界。

条件化首先要分清道德评价、民事义务、行政违法和刑事犯罪。一个人可能不够孝顺，违反了家庭成员之间的道德期待，可这不自动意味着他违反了法律。

一个人可能违反行政管理规定，也不自动意味着他的行为构成犯罪。法律必须说明，具体的义务是什么，由谁承担，何时触发，要证明哪些事实，违反以后产生什么后果。「不道德」这个宽泛的标签，不能代替法律分析。

条件化也要分清主观动机和法定的主观要件。故意、过失或特定目的，如果是犯罪构成的一部分，法院必须依法证明。可是法官不能在法定要件之外，再凭「心善」创造一个免责事由，或凭「心恶」创造一个犯罪。

主观状态要通过客观行为、言语、时间顺序和其他证据来推断，并说明推断与法律问题有什么关联。这样既保留对内心的必要关注，又防止把读心变成无限的裁量。

限制化再追问一步：即使某种行为确实违反道德，国家是不是一定要动用刑罚？家庭伦理可以是立法的价值来源，可是每一种伦理失范，并不都适合由国家强制。

对有些行为，社会评价、教育、调解或民事责任可能更合适。对暴力、虐待、遗弃等侵害，法律则可能需要提供明确的权利保护和救济。

关键不是让国家一概退场，是要求国家说明强制的目的、必要性、比例性和程序保障。

本书说的「对称的边界」，要同时审查两个方向。国家不能以维护孝道、家风或社会风俗为由，无限进入家庭、处罚一切不服从。家庭也不能以亲情、名誉、家长权或容隐为由，阻止家内的受害人求助。

国家有时应当克制，不把私人情感的差异变成公共案件。有时又必须介入，保护具体人的生命、身体、安全和合法权益。

判断的标准，不是国家与家庭谁绝对优先。本书的尺子是：家内最弱的那个人，能不能独立叫开公权的门。国家可以借家长和邻里的手去监督人，家长也可以借国家的手去管教卑幼。两个方向的手，都要看是谁握着。

限制化要同时考虑国家不作为的风险。家内成员遭受严重侵害的时候，公共机关不能只以「尊重家庭」「避免破坏亲情」为由，拒绝保护。双向的边界，不是国家越少介入越好。

它要求国家在有明确法律依据和保护职责的时候，采取必要的行动；在没有充分理由的时候，克制强制。介入与克制，都要说明理由，不能让任何一方成为不需要论证的绝对原则。

两道工序还要贯穿法律实施以后的复核。条文即使写明了主体和条件，实际执法仍可能受偏见、舆论和身份等级的影响。国家介入的目的即使正当，措施也可能过度，或者没有保护到受害者。

制度要靠上诉、复议、监督、公开判决和学术批评来发现问题。边界不是写进法条就永远稳定，需要持续检验。

所以，本书既不主张抛弃伦理，也不主张让伦理直接成为国家命令。伦理可以提出值得保护的利益，法律必须再做两道工序：把利益转成明确的条件，并限制国家强制的范围。

没有这两道工序，实质正义可能变成「我认为谁有理就判谁赢」。有了这两道工序，情境和动机才能在公开、可以反驳的制度里发挥作用。

◆ 五、不是去掉伦理，是让伦理经过工序再进国家

谈《春秋决狱》的当代意义，不能把出路理解为「去掉中国传统伦理」，也不能把传统伦理的历史影响，当作国家强制的当然依据。

中华文化里的孝、悌、诚信、责任、恤弱与互助，长期参与塑造社会关系，也可能给法律提出值得重视的价值目标。

问题不在于伦理能不能影响法律，在于伦理以什么方式进入国家制度，由谁解释，对谁产生什么强制后果。

伦理进入法律，要经过五道转换。

第一，转成公共理由。立法者不能只说「这是传统」「这是美德」，要进一步说明它保护什么具体的利益。

赡养义务之所以可以获得法律保障，不只是因为孝道值得赞扬，也因为老人可能需要基本的生活保障，家庭成员之间存在特定的法定义务关系。

禁止家庭暴力，也不只是因为暴力违背伦理，而是因为它侵害生命、身体、人格尊严和人身安全。伦理的理由转成了可以说明的利益，法律才可能明确责任和救济。

第二，经过条件化。孝道可以倡导关爱和陪伴，法律更适合规定可以识别的赡养、扶养、照护和禁止侵害的义务，不适合命令人产生真诚的情感。

诚信可以成为法律的重要价值，可是在具体制度里，仍要区分欺诈、违约、过失，和单纯不够坦诚的道德问题。伦理越宽广，法律越需要从里面筛出适合强制的部分，并写明适用条件。

第三，接受权利与边界的审查。传统家庭伦理可能强调尊长、服从和家庭整体，现代法律还要看到每个家庭成员的独立人格和基本权利。尊重父母，不意味着父母可以伤害子女。

亲属容隐，不意味着家内的受害人必须沉默。家庭和睦，也不能自动压倒人身安全。传统伦理要成为现代的公共规范，就得接受平等、尊严、程序和救济的检验，不能只留下等级关系的一面。

第四，区分社会教化和国家强制。伦理教育可以通过家庭、学校、社会组织、公共讨论和文化实践展开。国家可以为教育和公共服务提供制度支持，却不该把每一项道德期待都变成刑罚。

国家强制有特殊的剥夺性，必须有明确的法律依据和必要性。对真诚、爱、宽容、慷慨这些德性，法律能保护它们生长的条件，靠处罚造不出它们。

第五，让伦理在开放的讨论里不断被解释，不被国家固定成唯一的答案。同一个「孝」字，可以理解为尊敬与照护，也可能被用来要求无条件的服从。现代制度不能只由掌握权力的人，决定哪一种解释有强制力。

社会讨论、学术研究、司法论证和权利主张，都应当参与进来。伦理进入法律以后，还要接受宪法原则、基本权利和程序规则的审查。

中华文化的现代出路，不是把礼与法重新合并成一个分不开的整体，也不是把伦理从法律里彻底赶出去，是建立稳定的转换机制。

伦理提出价值方向，立法说明保护的利益，法律规定行为的条件，程序保证事实可以争辩，司法审查国家强制有没有越界。

这样，传统伦理既可以继续提供责任与关怀的资源，也不会因为被国家采纳，就成了不受质疑的命令。

◆ 六、从历史解释走向当代建议：要过规范论证这一关

历史上某种制度曾经存在，证明不了它今天该恢复。某种制度在历史上造成了不公，也不意味着所有与它相似的现代安排都该被否定。历史材料先帮助我们理解，规范怎样形成，权力怎样运行，谁被保护，谁被排除。

要提出当代的制度建议，还得进一步说明当前的法律目标、权利结构、程序保障和社会条件。历史类比，不能代替当代的法律解释。

举例说，亲属容隐既可以理解为对国家追诉权的限制，也可能在某些家庭侵害的场景里，让受害者更难得到证据和救济。不能从古代有容隐，直接推出现代应当全面采纳。

也不能因为它有潜在的风险，就否定一切亲属程序保障。合理的制度要分清沉默和积极妨害司法，分清亲属关系的特殊性和家内受害者的独立权利，并明确适用范围、例外和救济路径。

同样，正当防卫规则的现代意义，不是简单地证明「情理比法律重要」。它说明，法律可以把反抗不法侵害的正当性，转成可以检验的条件，同时限制国家对防卫者的过度追责。

法律既不应以机械的形式主义忽略现实的危险，也不应以实质正义为名，让裁判者自由创设免责或入罪的理由。

◆ 七、法治信仰从哪里来

法治信仰，不是要人把每一条法律都当成绝对正确的道德命令。它是让人相信：国家行使强制的时候，必须依据公开的规则，说明理由，接受程序的约束，并允许错误得到纠正。

一个人信法，不是因为他认为国家永远正确，是因为他知道，国家也不能随意决定谁该受罚、谁该沉默、谁的权利可以被牺牲。

如果国家把道德直接当成法律，社会就容易形成一种危险的期待：只要行为被认为不道德，国家就该处罚；只要某种伦理被称为传统，个人就不能提出异议。

这样的制度，短期内看起来强化了秩序，长期却会模糊法律的边界。人们不知道自己究竟违反了哪条规则，只知道自己可能不符合某位权威者的道德判断。对法治的信任，就被对权力的猜测取代了。

相反，法律明确区分了道德批评和法律责任，人们就能知道，哪些行为要承担法律后果，哪些行为该由个人良心、家庭协商或社会评价处理。

法律不强迫一个人真诚地爱父母，却可以要求他在法定条件下履行赡养义务。法律不处罚每一次不够慷慨，却可以禁止欺诈、暴力和侵害。边界明确了，人们既能预见国家的要求，也能保有道德选择的空间。

道德不再由国家直接执行，反而可能获得更实在的生命。一个人探望父母，如果只是怕受处罚，这个行为未必算得上孝。一个人帮助陌生人，如果只是为了躲开指责，也未必算得上善。

法律可以保障照护和救助的底线，代替不了自愿的关怀。给道德留一块不受强制的空间，不是贬低道德，是承认德性需要选择，选择需要自由。

法治信仰还来自对弱者的实际保护。法律嘴上尊重家庭，却让家内受害者没法求助，公众就不信它。法律强调程序，却让资源不足的人用不上救济，也一样。

法律禁止任意处罚，却对某些身份的人网开一面，人们更难相信它平等。法治要靠具体的制度来证明：每个人都能依法主张权利，国家和家庭里的强势者，都不能仅凭身份得到特权。

所以，法治与道德不是在争同一块地盘。法律为共同生活建立最低限度的公开规则，保护个人不受任意的支配。道德可以在自由的空间里，要求人们做得更好，关心他人，承担责任。

法律越能克制自己，不把所有伦理要求变成强制，社会的道德越可能从外在的服从，转向内在的认同。反过来，法律越能保护人的尊严和选择，道德实践就越不必依赖强者的善意。

这并不意味着法律必须对价值保持中立，中立到没有方向。现代法律仍然保护生命、自由、平等、人格尊严和公平程序，这些价值本身有深刻的道德意义。

关键在于，国家不能仅凭一种抽象的道德确信，就直接处罚个人，必须把价值转成明确的规范，并接受权利、证据和程序的检验。法治不是没有道德，是不许任何道德主张未经论证，就自动取得国家的强制力。

从这个意义上说，法律的自我限制不削弱国家的权威，反而使权威更值得信任。国家若承认自己必须受规则约束，公民就不必把每一次法律适用，都看成权力者的恩赐。

法院若能公开解释，为什么某个行为不构成犯罪，公众也能明白：「无罪」不是纵容，是依法划定处罚的边界。法治的稳定，来自规则可以预见，程序可以使用，错误可以纠正，不来自国家永远不承认自己可能判错。

法治教育也一样。法律教育若只要求记住禁令和处罚，不解释权利、程序和边界，容易把法治当成服从权威。法治教育应当让人既知道法律要求什么，也知道国家为什么不能做什么。

法律不可能只靠命令长期赢得认同，人们需要知道，规则为什么存在，哪些利益受到保护，自己怎样主张权利，国家越界的时候又怎样提出异议。

道德也因此得到更成熟的社会位置。人们可以批评他人不够孝顺、不够诚信、缺少同情，可是该明白，这种批评不自动产生国家的处罚权。社会可以通过劝说、榜样、教育和公共讨论，推动道德成长。

法律则保障最低限度的权利与责任。两者分工清楚，社会才不必把每个道德争议都升成刑事案件，也不必把每一种私人选择都交给国家裁决。

法治信仰不是来自国家替所有人判定什么是善，是来自国家证明自己会依法行使权力。道德也不是来自每个人都怕处罚，是来自人们在安全、自由、相互尊重的条件下，仍愿意承担责任、关心他人。

国家把自己的手限制在法律边界内，既保障个人的自由，也尊重道德的自主。家归家，国归国，礼与法才能各得其所。

◆ 八、本章会在哪里错

本章把条件化、限制化和对称的边界当作分析的框架，没有宣称它们是董仲舒的原话或中国法律史的定论。

如果秦汉唐明清的语料建库、双人盲编和一致性检验做完以后，结果与本章的读法不合，那么「边界强度比」这一框架，以及本章对两道工序的位置的排法，都要收窄或改写。

另外，《太平御览》所引误伤父案的版本、断句和页码，仍待核对。

◆ 放回日子里

设想一个晚上，一位年轻的法官在改一份判决书的草稿。草稿里有一句：「被告人心术不正。」他停下笔，在旁边写了三行：他先前威胁过没有？他手里是不是带了东西？他在对方倒下以后，是不是还在继续？

这三行字，就是把「心术不正」这个结论，拆回成当事人能反驳的事实。这是一道工序。

接下来，他想起另一份卷宗：一位老人的女儿，一直没敢报警，家里人都说「家丑不可外扬」。他又在页边写了一句：这位女儿，叫不叫得开那扇门？

这就是董仲舒留给今天的两件事：看见人，再把门开给人。

◆ 本章出处与核验状态

1. 《太平御览》卷六四〇所引董仲舒《决狱》误伤父案。正式出版前应核对所采用版本、引文断句与页码，并与其他传世文献所引文本互校。
2. 《盐铁论·刑德》有关「论心定罪」及「志善」「志恶」的论述。应按选定的校注本核对上下文、异文和页码。
3. 《春秋繁露》相关篇章。仅在具体论证确有对应原文时引用，正式出版前须核对篇名、版本与页码。
4. 《中华人民共和国刑法》关于正当防卫、紧急避险、犯罪故意与过失、量刑根据等规定；《民法典》婚姻家庭编及《反家庭暴力法》等现行法律。正式出版前应核对现行有效条文。
5. 本章的「条件化」「限制化」「对称的边界」是本书提出的分析框架，应与董仲舒原始文本、后世辑佚材料及现代法律规范分别标注，避免把作者的理论术语误写成古代人物的原话。
6. 「边界强度比」属于待验证框架。秦汉唐明清的语料建库、双人盲编与一致性检验完成以前，不作量化排名，也不作跨朝代强度的确定性结论。

带 走 的 话

董仲舒留下的是对实质正义的关切；要补上的，是让伦理经过工序再进入国家，让每个人都叫得开那扇门。

小 账

条件化了吗：原心若不写成主体、行为、证据和后果，就只是一句「其心可诛」；写成了，才算过了第一道工序。

门向着谁开：国家的强制若只有家长招得来，卑幼招不到，门就是向着尊长开的；这一章要补的，是让家内最弱的人，也能独立叫开公权的门。

结　语

家国两立，各得其所

◆ 一、回到那个儿子

最后一次，回到那个儿子。

父亲乙与丙争言相斗，丙拔出佩刀，刺向乙。儿子甲见父亲遭袭，立刻抄起棍杖击打丙，却在混乱中误伤了父亲。

如果案情只留下最后一幕，卷宗里就只剩一个冷硬的事实：儿子用棍杖击中了父亲。裁判者若据此给行为贴上「殴父」的标签，救父的起因、危险的紧迫、对象的误认、结果与目的之间的偏离，都会消失在一个词里。

董仲舒要拦住的，就是这种只看外观的裁判。他用「君子原心，赦而不诛」，表达对行为发生过程的关注。儿子不是因为父亲是父亲就当然无罪，也不是因为他说自己想救父就必然免责。

要紧的是：他在什么情境里动手，面对什么危险，想制止谁，误伤怎样发生。

把这些事实放回时间顺序，才明白外在行为为什么不能独自决定全部评价。

这一点，本书从头到尾没有改。可读到这里，你已经知道，那个故事里还有另一半。

◆ 二、全书一句话，最后一次

道德是社会的，法律是国家的。

道德要变成国家的强制，要过两道关。第一道，条件化：把宽泛的「应该」，写成谁、在什么情形下、应当做什么、违反了有什么后果。第二道，限制化：给国家的手划边界，说明国家凭什么介入，介入到哪里为止。

两道关，可以分开缺。

春秋决狱缺的，主要是第一道。读心权交给了经义的解释者，判官凭「心」入罪，条件含混，判断就容易任意。秦律到唐律缺的，主要是第二道。条文可以写得极细，那只手还是被谁招、谁招不到的问题，没有解决。

所以本书的判词，不是「跳过了两道工序，于是家国不分」。它是：

国家的手，家长招得来，卑幼招不到。这就叫家国不分。

秦律里，国家借家的手：什伍互相看着，同居连坐，亲邻告奸。唐律以后，家长借国家的手：不孝入十恶，子孙违犯教令。两只手握在同一个人手里，那个人是家长。

◆ 三、一把尺子，三把锁

「招得来」「招不到」，如果只是一种感觉，这本书就没有写完。

所以本书给出一把尺子：边界对不对称，不按国与家来量，按家内最弱的那个人，能不能独立叫开公权的门来量。这把尺子上有三把锁。

谁能叫开这扇门？叫开之后，谁的话被当真？救济要不要绕过尊长的同意？

秦简里，被害人来告，官府不受理，还要罚告的人。唐律里，卑幼告尊长，即使属实也可能受罚；母亲告子不孝，国家受理（第 12 章，对应条文待核）。

明清律里还有一条线索，说「子孙违犯教令」须祖父母、父母亲告才坐罪，这条线索待核实之后，才能算证据。

这三个地方，三把锁一量，线索一致：门似乎朝着握柄那一边开。线索不是定论，第二处与第三处都待核。

清末修律的争论，把这件事推到了公开立法的中心；罪刑法定，给国家的手画了线，家内被害人依法受保护，是另一个方向的线；正当防卫，把「情有可原」写成了要件。

现代法治不是把伦理赶出法律，是让伦理理由不能未经转换，就取得国家的强制力。

◆ 四、道德说「该」，法律说「谁、何时、到哪为止」

孝顺与赡养，为什么不是一回事?

老人可以依法请求子女履行赡养义务，却很难靠一纸判决，要求子女真诚地爱他、理解他。道德和法律不是敌人，也不是同一种规范。

道德提出人应当怎样生活；法律要说明，哪些要求可以转成国家的强制。道德要求广泛，它关心一个人是不是慷慨、诚实、体贴。正因为广泛，它不能整个变成法律。

若每一项道德期待都由国家执行，法律就会进入情感、家庭、信仰和私人选择的每一个角落。人们可能学会表演善良，却未必长出德性。

所以法律必须选择，也必须限制自己。

「家国两立」，不是把家从国家面前封起来，也不是让国家接管家的一切。它是说：国家要保护家里每一个具体的人，也要尊重家的生活；家可以保有亲情和伦理，却不能凭这些，取得超过法律的权力。

◆ 五、你身边的情理法冲突

读到这里，你可以把董仲舒、秦律、唐律和清末修律先放下，把问题带回自己的生活。

你见过这样的事吗？有人被说「不孝」，他拒绝的，可能只是一件不合理的要求。有个家，为了所谓和睦，要受害的那个人别报警。有个人被大家认定是「坏人」，于是他无论做什么，都该重罚。

有个人出于救人的念头动手，结果伤了人，所有人只盯着结果。

遇到这些，先问三件事。

一，发生了什么。把事实和情境理出时间顺序，把「知道的」和「推断的」分开。

二，法律说了什么。有没有条件化？谁负什么义务，在什么情形下产生，违反了有什么后果。如果回答只是「做人就该这样」，那还停留在道德评价。

三，国家有权做到哪一步。有没有限制化？国家凭什么管，有没有更温和的办法。

再问三把锁：谁能叫开这扇门，谁的话被当真，救济要不要先问尊长。

你不必每一次争论都像法官那样分析，也不必把所有道德分歧都交给法律。很多事适合沟通、照护、道歉，或者自愿帮助。要紧的是：不要把道德批评，自动升级成法律处罚；也不要把尊重私人生活，误解为对真实侵害袖手旁观。

◆ 六、这本书会在哪里错

这本书的核心判断，还是一个待检验的判断。

检验的办法，写在附录 B：秦简与唐律各取一批条文，请真人第二编码员独立盲编，看「卑幼能不能招手」是不是真的和尊长不同，是不是真的和亲属服制差等不同。编码还没有做。

做出来如果不支持，本书就得收窄。附录 F 列了六条会让本书认错的条件。

先把可以推翻自己的位置，指给读者，是一本书对读者应有的诚实。

带走的话

国家的手，家长招得来，卑幼招不到；家国两立，是让每个人都叫得开那扇门。

> 小账
> 条件化了吗：道德的「该」，经过「谁、何时、到哪为止」，才成了法律。
> 门向着谁开：不看国强还是家强，只看家里最弱的人，能不能自己叫开公权的门。

◆ 本章出处与核验状态

1. 《太平御览》卷六四〇所引董仲舒《决狱》误伤父案：正式出版前核对版本、引文、断句与页码。
2. 《盐铁论·刑德》有关「论心定罪」及「志善」「志恶」的论述：核对选定校注本上下文、异文与页码。
3. 《中华人民共和国刑法》第二十条、第六十一条至第六十三条、第九十八条：按现行有效文本核对。
4. 「子孙违犯教令」须亲告乃坐的线索：待核，见附录 B。
5. 「条件化」「限制化」「招手权」「家国两立」是本书的分析框架，与古代史料、现行法条及作者的规范性推论，分别标注。

全书最后的话

家归家，国归国，礼与法才能各得其所。

附　录

附录六件，供查、供对、供练、供读。附录 A 列案例的出处；附录 B 是涉家条文的编码表和预先登记的预测；附录 C 是三把锁与两道工序检查表；附录 D 是原心两种读法的编码手册；附录 E 是引证核验台账；附录 F 讲本书增加了什么，又怎样会错。

附　录

A　案例辑录与出处

本附录先列出本书正文实际使用或大纲明确要求的核心案例。凡辑佚案例均须注明转引来源；以下“待核”表示尚未完成所采用版本、原文、卷次及页码的逐项核验，不代表案例已经完成史料终审。

案例／材料	目前可追溯的来源线索	核验状态
误伤父案	《太平御览》卷六四〇所引董仲舒决狱；并与《通典》卷六九相关引文互校	待核：版本、页码、异文、引文范围
养子藏匿案	“甲无子，拾道旁弃儿乙养之……乙有罪杀人，甲藏匿乙”；据《太平御览》卷六四〇等辑佚线索	待核：原文、转引链、版本页码
夫死改嫁案	丈夫溺海未葬、妻由母主嫁的辑佚案例；据《太平御览》卷六四〇等线索	待核：原文、上下文、案例性质
生父与养子案	“甲有子乙以乞丙……乙怒杖甲二十”；据《太平御览》卷六四〇等辑佚线索	待核：原文、断句、版本页码
“志善／志恶”论辩	《盐铁论·刑德》	待核：校注本、上下文、异文、页码
春秋决狱二百三十二事	《后汉书·应劭传》相关记载	待核：所采用点校本、卷次页码及原文

编辑纪律：不能仅凭二手论文的转述将引文改成“已核”；辑佚案例应同时标明“辑自何书”与“原始案例是否尚存”的区别。凡引文无法在采用版本中找到，须保留〔待核〕或删除，不得凭语感补全。

附　录

B　涉家条文编码表

这张表是后续历史比较的编码框架，不是已经完成的全样本结果。每一行以具体条文、诏令条款、判语或裁判要旨为单位，不以「秦」「唐」这样的朝代名整体赋值。

编码前预先登记规则，由第二编码员独立盲编；一致性没有达到预设标准前，不下强结论。

材料／条文单位	条件化	国借家之手	家借国之手	卑幼能否招手（Q）	读心方式	出处与状态
睡虎地秦简《法律答问》「非公室告」	按主体、告发类型、受理后果编码	待编码	家内身份决定受理	待编码，初步线索：被害人告而不受理	条文内设定的主观要素，不等于自由读心	整理本卷页、简号逐条核验
秦律告奸、连坐、什伍等涉家规范	按义务主体、触发条件、责任后果编码	待逐条编码	待逐条编码	待逐条编码	条文条件／待核	《睡虎地秦墓竹简》等整理本待核
汉宣帝地节四年诏	亲属方向、行为、例外及程序较明确	对特定亲属隐匿作有条件限制	亲属容隐获得制度位置	需另找家内被害人材料	诏令规则，不宜泛称原心	《汉书·宣帝纪》版本页码待核
唐律「同居相为隐」与「十恶」条	条文与疏议分别编码	容隐限制国家追诉的一侧	尊卑亲属规则影响责任的一侧	须与具体伤害条文交叉编码	依条文与司法解释区分	《唐律疏议》卷次条号待核

材料／条文单位	条件化	国借家之手	家借国之手	卑幼能否招手（Q）	读心方式	出处与状态
明清「子孙违犯教令」等条	按主体、教令范围、处罚条件编码	国家替家长执行家规的程度待核	家长权转化为国家强制的程度待核	线索：是否须尊长亲告乃坐（待核）	不可仅凭伦理词语编码	《大明律》《大清律例》条号待核
现代规范样本（含刑法第九十八条「告诉才处理」）	以法定构成、明确性、救济和程序为指标	国家介入有法定条件与程序限制	家庭成员不因亲属身份当然获得超法特权	作对照：被害人本人启动，不能时有补位路径	依法重建情境，不以人格断言替代证明	现行法条与公开裁判逐条核验

一、变量

编码单位原则上是可独立引用的具体条文、诏令条款、判语或裁判要旨。每条记录至少包含：年代、文本名称、卷／篇／条／简号、版本页码、原文摘录、规范对象、行为类型、法律后果、转引链、核验状态、编码员备注。

变量	0：未见／弱	1：部分／混合	2：明确／强	证据限制
C　条件化	主体、行为、情境或后果多数不清	部分条件清楚，关键例外含混	主体、行为、触发条件、例外与后果可识别	按文本编码，不用朝代印象补缺
H　国借家之手	未见组织、监控、动员机制	局部介入或范围有限	明确组织、监控、动员、连坐或惩罚家庭关系	单纯提及家庭不算强介入
J　家借国之手	亲属身份未改变公共责任或程序	身份影响部分资格或后果	亲属身份明确改变定罪、处罚、受理或救济资格	伦理词汇本身不足，须有规范后果
	不能启动，或启动即受罚		可独立启动并获受理	

变量	0：未见／弱	1：部分／混合	2：明确／强	证据限制
Q　招手权（卑幼作为被害人能否启动国家强制）		须尊长同意，或限于特定情形		「未见」不等于「没有」；材料不足记 NA
K　采信权	卑幼的陈述在证明上明显减等或不被采信	有限采信或情形不明	与尊长同等采信	须有证据规则或判语为据
R　救济独立	救济须经尊长同意	部分情形可绕过	可不经尊长同意落地	须区分条文与运行
M　合流	国家强制的启动与终止，与家长意志无关	部分取决于家长	明确以家长告发、同意或撤回为条件	须能指到具体条文
原心方式	直接断言善恶并让其决定结果	情境事实与伦理判断混合	依事件顺序、情境和证据作有限推断	编码现存文本呈现的理由，不推断未存审理过程

缺失值：NA 表示材料不足，不等于 0；0 表示材料足以观察却未见该机制；「待核」表示原文版本或转引链尚未核清，正式统计前不得计入主分析。存在异文时，先记录版本差异，再决定是否拆分编码。

二、编码程序

1. 定义编码单位，冻结变量表。

2. 先编一个练习样本，用来修订手册；练习样本不计入正式结果。

3. 两名编码员在互不知道对方结果的情况下，独立编码。

4. 先算一致性（原始一致率与 Cohen κ），再裁决分歧；裁决须保留原始值、裁决值、理由和日期。

5. 保留原始编码、修改记录与证据定位。

6. 模型输出不能冒充第二名真实编码员。

三、预先登记的预测（可被推翻）

- **预测一（启动权不对称）**：在涉及家内伤害的条文里，卑幼作为被害人的 Q 值，低于尊长作为被害人的 Q 值。如果卑幼被害的条文里，Q≥1 的占多数，且与尊长被害的条文没有差别，本书的核心判断撤回。
- **预测二（合流的方向）**：国家进入家庭的规则里，以家长告发、同意或撤回为条件（M≥1）的比例，唐、明、清高于秦。如果秦不低于唐明清，「家借国之手」的时间位移要修订。
- **预测三（不可还原）**：控制「国家权力强弱」与「法律儒家化」之后，Q 仍能区分条文差异。如果 Q 与亲属服制差等几乎完全共变，招手权就可以还原为服制差等，本书降为描述性指标。
- **预测四（现代对照）**：现代「告诉才处理」的启动者是被害人本人，并有补位路径，Q 记 2；它是对照样本，不是历史样本。

四、编码质量门槛（正式编码前冻结）

名义变量同时报告原始一致率与 Cohen κ。κ≥0.70，进入实质解释；0.60—0.69，修订手册并全样本复编码；低于 0.60，暂停跨朝代强结论。这是本项目拟定的规则，不是外部通行的阈值。

五、当前状态

尚未进行正式编码；真实第二编码员尚未取得。工作簿中的「AI 试编码 A／B」只是发现手册歧义的练习，不是独立编码，不用来检验任何预测。

「边界强度比」在真实编码完成之前，不计算、不宣称跨朝代总分；先分别报告 C、H、J、Q、K、R、M 的分布与不确定性，再判断要不要构造复合指标。复合指标遮蔽了单项差异时，放弃合成分。

附　录

C　三把锁与两道工序检查表

遇到「情大于法」「家事不要管」这类争论，先过三把锁，再过两道工序。

一、三把锁

锁	要问的问题	记录／结论
第一把：谁能叫开这扇门	受害者本人能不能独立向公权力求助？要不要先得到尊长同意？求助会不会反遭处罚？	□满足　□不满足　□待查；理由：_____
第二把：叫开之后谁的话被当真	受害者的陈述在证明上与对方同等对待吗？有没有因为身份而减等？	□满足　□不满足　□待查；理由：_____
第三把：救济要不要绕过尊长的同意	保护措施能不能不经家长点头就落下？受害者能不能选择自己的去处？	□满足　□不满足　□待查；理由：_____

二、两道工序

检查项	要问的问题	记录／结论
事实与情境	事件按什么顺序发生？哪些事实有证据支持？哪些仍是陈述或推断？	□满足　□不满足　□待查；理由：_____
条件化一：义务主体	谁负有义务？依据来自法律、合同、身份关系，还是单纯的道德期待？	□满足　□不满足　□待查；理由：_____
条件化二：触发条件	什么事实使义务产生？时间、对象、行为、结果与主观要素是否明确？	□满足　□不满足　□待查；理由：_____
条件化三：证据与后果	需要证明哪些事实？违反义务引起民事、行政还是刑事后果？有无免责或例外？	□满足　□不满足　□待查；理由：_____

检查项	要问的问题	记录／结论
限制化一：国家权限	国家为何有权介入？依据是什么？目的是否正当？有没有侵害更小的手段？	☐满足 ☐不满足 ☐待查；理由：_____
限制化二：双向边界	国家是否借道德无限进入私人生活？家庭是否借亲情、名誉或家长权阻断公义？	☐满足 ☐不满足 ☐待查；理由：_____
读心权审查	判断心志的人是谁？依据哪些可核验的证据？有没有把动机、故意、目的和情绪混为一谈？	☐满足 ☐不满足 ☐待查；理由：_____
说理与纠错	结论能否被当事人反驳、被上级复核？事实—规范—结论之间的推理链写清了吗？	☐满足 ☐不满足 ☐待查；理由：_____

使用原则：这张表不是替代法律条文的自动判决器，而是提醒你把道德评价、事实认定、法律条件和国家权限分开。表中任何一项「待查」，都应当在结论里说明它的影响，不能靠一句「情理可通」略过。

附　录

D　原心两种读法的编码手册

编码目的：区分“断言其心善恶”与“重建其心在具体事件中怎样发生”。本手册服务于史料比较，不以编码替代对原文、语境和传抄过程的校核。

D1　读法A：断言其心善恶（发心论式读法）

判定标志：解释直接把行为归结为既存的善心、恶心、孝心、邪心或品格；关键结论依赖裁判者对内心的断言；缺少对情境、行动顺序和证据链的展开。注意：原文出现“心”“志”“意”等词，并不足以自动归入A类。

D2　读法B：重建其心的发生

判定标志：解释把行为放回具体情境；重建行为人当时可获得的信息、行动目标、时间顺序与选择；根据外在行为、言语和其他证据推断其意图；推断能够被反证修正。

此为本书采用的读法，与《心的发生学导论》（德麦国际第 354 号）关于心在情境与行为中发生、显露的读法相呼应。

D3　不能判定时的处理

如果材料残缺、转引链不明或只剩一句结论，应编码为“材料不足／不可判”，不能强行二分。须记录原文长度、转引来源、版本和判断理由。

D4　双人编码表字段

材料编号；原始来源；卷次／页码／简号；原文；白话释义；情境是否重建；行为顺序是否重建；是否断言善恶；证据链是否可追溯；编码A／B／不可判；编码员意见；分歧解决记录。

D5　解释边界

本书提出的“情境—经过—显露”是面向司法与史料分析的操作化方案。除非原著文本经核验并明确支持，不应把这套三步法直接说成《心的发生学导论》（德麦国际第 354 号）的逐字原说；引用时应注明德麦国际第 354 号，并说明这是本书采用的读法。

附　录

E　引证核验台账

写作纪律要求所有史料逐条注明书名、卷次、版本；辑佚案例注明辑自何书；大模型生成的引文先标“待核”，核对原文后才可删除标记。以下台账为出版前工作表，不能因正文已经排版而视为完成。

编号	材料	核验任务	状态
E-001	《太平御览》卷六四〇误伤父案	版本、引文、断句、页码及与《通典》卷六九异文	待核
E-002	《盐铁论·刑德》“论心定罪”相关文字	校注本、上下文、异文、页码	待核
E-003	《后汉书·应劭传》“春秋决狱二百三十二事”	点校本卷次页码、上下文	待核
E-004	睡虎地秦简《法律答问》《秦律十八种》	整理本版本、篇名、页码与简号；区分设例与实判	逐条核验
E-005	张家山汉简《二年律令·告律》	整理本版本、篇名、简号、页码	待核
E-006	《唐律疏议》涉家条文	卷次、条号、疏议、点校本页码	逐条核验
E-007	《大明律》《大清律例》相关条文	版本、条号、修订时期、适用范围	待核
E-008	清末刑律草案、签注、沈家本与劳乃宣文本	区分草案、签注、谕旨、修正文本与最终文本；版本页码	待核
E-009	王力军案、于欢案、张那木拉案	官方裁判／指导案例编号、发布日期、裁判要旨与现行法条	需终审复核
E-010	《心的发生学导论》（德麦国际第 354 号）		待核

编号	材料	核验任务	状态
		注明德麦国际第 354 号；核对具体论断页码，并说明为本书采用的读法	
E-011	现代法条	核对现行有效版本、条号、修订日期与适用时间	需终审复核
E-012	西方及中国学者研究	核对原文、版本、准确书名、出版信息与具体页码	逐条核验
E-013	《中华人民共和国老年人权益保障法》第十八条	核对精神需求、探望问候义务的现行条文	官方公开文本已核；终稿复核现行版本
E-014	最高人民法院指导案例93号《于欢故意伤害案》	核对正当防卫、不法侵害与防卫过当裁判要点	官方裁判文本已核
E-015	最高人民法院指导案例144号《张那木拉正当防卫案》	核对特殊防卫“行凶”及多人持续侵害要点	官方裁判文本已核
E-016	最高人民法院指导案例97号《王力军非法经营再审改判无罪案》	核对行政违法与非法经营罪认定的裁判要点	官方裁判文本已核

出版前最后检查：☐ 目录页码已更新；☐ 章名与大纲逐项一致；☐ 所有“待核”均已核实或保留；☐ 现代案例仅据公开判决与权威报道；☐ 逐章重复论证已压缩；☐ 术语第一次出现时有白话解释；☐ 参考文献体例统一；☐ 图表来源与版权状态清楚；☐ 作者简介经高鹏本人确认；☐ 未擅用参考专著编号、ISBN或出版机构信息。

证据等级与引文处置规则

一级证据：可核对的原典、法典、简牍影印或指定点校本，落实版本、卷次／条号／简号与页码后，方可撤销逐字引文的“待核”。

二级证据：权威整理本、正式司法机关发布的指导性案例／典型案例、正式公报或官方档案目录；须注明机关、标题、编号／日期及定位信息。

三级证据：同行评审论文、学术专著和可靠研究成果；须核具体页码，并区分作者解释与原始史料。

四级线索：搜索摘要、网络转录、百科、非正式转载及大模型生成内容，只用于发现检索路径，不能单独支撑关键史实或逐字引文。无法升至高等级时，保留“待核”或改为明确标注的转述。

转引链格式：原始材料（如可知）→中间引述文献→当前使用版本→本书引用位置。原始材料已佚时写明“辑自／转引自”，不得将后世转引标作直接查阅原件。

所有未核条目进入出版阻断清单。作者须逐项选择核实保留、改为间接转述、删除或保留待核但不进入正式出版稿；不得补造页码、简号、条号、版本或档案号。

出版前的阻断项（作者与指导教师裁决）

- 古籍原典页码尚未全部核销：《太平御览》四部丛刊影印本、《盐铁论校注》指定版、《汉书》点校本、《通典》卷六九、《唐律疏议》点校本、清末签注原始档案号、张家山汉简整理本简号。数字网页的行号，不能代替印本页码。
- 现行《刑法》条文，以含《刑法修正案（十二）》的整合文本最终复核；《民法典》《老年人权益保障法》按官方公布文本与条号定位。
- 真实的第二编码员尚未提交独立记录；附录 B 的预测，在正式编码完成前不得写成已证结论。

- 作者简介须经高鹏本人确认。

附　录

F　方法附论：增量与认错条件

这一篇交代三件事：本书和最近的邻居比，增加了什么；这个增加能不能压成一句话，又压不压得回已有的说法；本书的判断，遇到什么材料就得收回。

一、最近邻理论对照

理论邻居	主要问题	与本书重叠	本书增加的东西	限制
诉权／当事人适格（程序法）	谁有资格让国家的程序启动	「谁能启动」本是程序法的老问题	把它放进古今两个方向，并拿它去量「家国不分」	须补程序法原典与页码；若程序法已能无损解释本书某项主张，本书应收窄
现代「告诉才处理」	由被害人告诉才追究的犯罪	国家的手由别人招来，并不必然是坏事	区分招手的人是被害人本人，还是占名分的另一人；被害人不能招时有无补位	刑法第九十八条等条文，以最终整合文本复核
瞿同祖：法律的儒家化	亲属等级如何进入法律	亲属身份改变法律后果	把「身份进入法律」拆成两个方向，再问卑幼能不能独立招手	须按指定版本核页码
范忠信：亲属容隐	容隐制度的伦理与法理	容隐是国家对亲属关系的让步	追问让步是否配套了家内被害人的求助入口	须按指定版本核页码
魏道明：亲亲相隐的演变	唐以后容隐的变化	制度随时代变化	比较手的方向，而非只看容隐范围	须按指定版本核页码
韦伯：法律社会学	法律的形式与实质、理性与非理性	规则、价值和社会结构的关系	把观察单位缩到同一条涉家规则，分开记两个方向	韦伯是比较邻居，不是唯一尺度

理论邻居	主要问题	与本书重叠	本书增加的东西	限制
Unger：法律秩序的自主性	法律与社会的关系	法律自主性的实际效果	聚焦伦理理由取得国家强制力的条件，以及家内救济有无保留	须补原典逐篇引证；当前为研究定位
秦晖：大共同体本位	国家、小共同体与个人	国家组织家庭和社会的历史变迁	加上家伦理进入国家的反向维度，并检验家内成员能否独立求助	不以单一国家／社会强弱指标概括历史
女性主义对国家介入的批评	不干预也可能维持家内支配	挑战「少干预即自由」	以家内被害人能否独立求助，检验双向边界	须逐篇核对，不能概括为单一立场
既有礼法关系研究	礼、伦理、法律与司法的历史互动	直接研究本书所在的历史领域	提出「招手权」这一把尺子，系统比较两只手	须经完整近邻文献矩阵后再判断原创性

这是研究定位矩阵，不是已经做完的文献终审。定稿前，每一行都要补上可核验的原典版本、具体论述和页码。

二、压缩测试：压不压得回已有的说法

一句话压缩：

> 家国不分，不是国太强或家太强，而是国家的手家长招得来、卑幼招不到；判据是家内最弱的人，能不能独立叫开公权的门。

删掉「招手权」，剩下的是国家权力强弱、法律儒家化、宗族自主性三种说法。这三种说法，能解释谁被保护，却没有问谁能让国家的强制动起来。这是本书的增量所在。

可这个增量能不能站住，要看预测三（附录 B）：如果招手权的取值，与亲属服制差等几乎完全同步，它就可以还原为瞿同祖以来讲的「亲属等级」，

那么这个概念要降为描述性工具。本书把这一条写在这里，是把可以推翻自己的位置，指给读者。

三、本书如何会错

反证一：统一编码后，「国借家之手」与「家借国之手」分不开，或大量编码只能靠研究者的总体印象，则两只手的区分要修订。

反证二：卑幼作为被害人，在多数涉家伤害条文中有可独立启动的受理渠道（Q≥1 占多数），且与尊长被害的情形没有差别，则核心判断要撤回。

反证三：在秦、汉、唐、明、清可靠文本样本中，招手权不能比国家权力强弱、法律儒家化或宗族自主性多解释任何案例差异，则撤回它的独立解释力，只保留为启发框架。

反证四：若具体容隐制度同时提供稳定、可启动、不因家庭身份受阻的家内被害人救济，就不能笼统称它为单向的门，要按条文和实践重新定位。

反证五：若细密的条文没有提高同类案件判断的可预见性，要区分文本条件不足、执行不一致、证据不完整与指标失灵，不能把所有反例都说成「没有执行到位」。

反证七：若唐、明、清律中，夫殴伤妻、尊长殴伤卑幼一类的追究，须由被害人本人亲告才成立（如「须妻亲告乃坐」之类〔待核：须核对《唐律疏议》《大清律例》〕），则招手权在弱者手里，「握柄在家长手里」要改写；还要检验这只手是否被家内别的办法压住。

反证六：若限制国家介入的规则，使家内被害人更难求助，而本书的框架说不清怎样修正，则「对称的边界」这个定义要修订，不能把国家不介入一概当成好的限制。

四、证据边界

本书的创新主张限于：以「条件化／限制化」两道工序、「招手权」这把尺子，系统组织道德国家化的问题。它不声称前人没有研究礼法关系，也不把韦伯、黑格尔或别的西方理论当作唯一的裁判尺度。

这一主张目前仍是待检验的理论贡献，不是已经完成的经验结论。它成立，需要三个条件：概念能依据具体条文和案例稳定编码；这个框架能解释既有概念不能充分解释的材料差异；反例出现时，作者愿意收窄或撤回主张。证据不支持时，先修正理论，不增加修辞的力度。

判 词

国家的手，家长招得来，卑幼招不到。这就叫家国不分。

一个儿子为救父亲举棍，却误伤了父亲。董仲舒说，要看他为什么出手。

这本书讲同一个故事里的另一半：道德怎样不经转换，直接取得国家的强制力；国家的手，又是谁招得来、谁招不到。

一扇门，两只手握在同一个握柄上。

德麦国际出版社 · Demai International Press
德麦国际专著第 440 号
定价 US$20.00

ISBN 979-8-90690-608-3
9 798906 906083