

从民习到官法

——明代社会视野下的图赖现象

杨 扬*

目次

- | | |
|---------------------|---------------------|
| 一、引言：“诬告”阴影下的“图赖”研究 | (二) 明代律学文献中的“图赖”用例 |
| 二、日常话语：社会视野下的“图赖”现象 | 四、判牍惯语：治理逻辑下的“图赖”案件 |
| (一) 宋元民间话语中的图赖现象 | (一) 图赖的行为——扛尸图赖、借尸 |
| (二) 明代民间话语中的图赖现象 | 图赖 |
| 三、法律术语：制度结构下的“图赖”规范 | (二) 图赖的身份 |
| (一) 明律集解附例中“图赖”的规范 | (三) 图赖的裁判 |

摘要 “图赖”现象在传统民间社会虽时有发生,但直至明代,才成为需要法律规制的问题,进而进入律典体系。在此过程中,图赖词意从社会层面的谋图诬赖,发展为法律层面的身尸图赖,亦即由广泛的并不需要尸体媒介产生的社会行为,发展成为须有尸体媒介产生生命案方能进行图赖的法律行为。这是口语表达向专业术语变化的过程,也是传统社会图赖行为由日常话语转变为法律话语的渐变历程。这种历程概括而言,是一种由“现象—规范—司法实践”的动态衍变。深入分析明代司法实践中对图赖现象的裁断过程,也许会对传统中国法律体系思维方式特征的具体表现形式有所启示。

关键词 图赖 日常话语 法律话语 司法裁判

一、引言：“诬告”阴影下的“图赖”研究

诬告现象作为法史学研究的话题,有较多研究成果出现。^{〔1〕} 诬告问题的研究众多,似乎掩盖

* 中国政法大学法学院法律史专业博士研究生。本文的写作得到尤陈俊、刘晓林、赵晶、凌鹏等师友的指导和帮助,感谢匿名审稿专家提出的宝贵意见。一如成例,文责自负。

〔1〕 以“诬告”为关键词在中国知网进行检索,法律史方面的代表性论文可参见林向荣:《试论“诬告反坐”》,载《西南政法学院学报》1980年第2期,第14~19页;姚志伟:《十告九诬:清代诬告盛行之原因分析》,载《北方法学》2014年第1期,第140~149页;姚志伟:《清代刑事审判中的依法判决问题研究——以〈刑案汇览〉的诬告案件为基础》,载《社科纵横》2007年第12期,第58~60页;屈超立:《古代中国如何防范诬告行为》,载《人民论坛》2017年第19期,第34~35页;凌鹏:《“诬告”问题与“情理”概念再探讨——以同治朝巴县的租佃类案件为例》,载2017年中山大学法学院“法律史与社会科学”会议论文集,第112~151页。

了对明清时期另一个现象的关注,即“图赖”现象。大多数研究者把图赖现象归类为明清时期诬告问题的研究范畴中。因此,目前对明清时期图赖问题的研究尚未有深入的成果。若是有,也仅仅只是在谈论明清时期诉讼问题时稍有提及。在“诬告”研究背景的阴影下,图赖现象较少被人关注。阅览《大明律》《大清律例》,在纂注或例文中均明确指出“图赖”与“诬告”之不同。二者在具体表现方面,确有相似,但不同也甚为明显。

日本学者三木聪、上田信等人就明清图赖的研究均有论著问世,以图赖现象作为明确的研究对象,进行的研究不断推进了图赖研究的发展。^{〔2〕}国内学者对图赖问题的研究是从研究明清诉讼问题旁及,^{〔3〕}逐渐发展到明清图赖专题研究的发展过程。^{〔4〕}这种研究过程的变化,旨在说明明清以来的图赖现象开始得到了更多关注。通过相应的材料,将图赖从以往诬告研究的“阴影”中脱离出来。

通过以上综述式的描述,会发现图赖研究在时间维度方面,更多关照的是清代中后期的图赖现象及其相关法律规制,明代图赖现象的研究有待深入;且使用资料大多有所局限,明代判牍与清代档案运用不多。这些都为该问题的继续研究提供了途径。倘若细致梳理史料会发现,在《大元通制》条文(节文)中就已出现“图赖”的用法。正式出现是在洪武三十年颁行的《大明律》“刑律·人命”“杀子孙及奴婢图赖人”条中。《大清律例》中该条的律文规定几乎与明律相同,仅例文较之前为多。这说明在明代,至少“杀子孙及奴婢图赖人”律的大体框架已定型,由于司法实践的具体情势不同以及案件本身的差异性导致相关例文逐渐增多。因此在研究清代“繁盛”的图赖现象时,笔者以为有必要对宋元开始,明代正式进入官方律典视野的图赖现象进行分析。

本文试图将图赖问题作为一个动态的现象,自宋元始,经元至明在民间社会生活视野中的现状,利用相关民间文集、判例集、元杂剧与明代小说文集等日常民间百姓社会生活的材料来描绘图赖在民间作为现象的真实图景;这种民间现象发展到一定程度,影响甚至破坏现有官方社会秩序时,引起官府注意,最终被纳入律典规范的体系中来。运用明代律学文献,对其关键词图赖的认定进行学理上的解释;最终,上升到法理上的“图赖”规范还是要指导民间司法实践中的图赖行为。

本文将要讨论的图赖行动,是以出现人命案件的图赖为准。当然,在明代社会中会出现类似“碰瓷”的行为。如冯梦龙编《醒世恒言》中提到“两三年不见面,今日天遣相逢,小人与他取讨,他倒图赖小人”。这种类型的图赖行为并不是此处试图讨论的对象,在此予以特别说明。具体到明代的判牍,颜俊彦的《盟水斋存牍》、祁彪佳的《莆阳谳牍》、毛一鹭所著《云间谳略》、张肯堂撰《罄辞》、余自强的《治谱》、王概所撰《王恭毅公驳稿》以及《皇明条法事类纂》等司法文献资料,皆涉及明代图赖司法实践的问题。结合这些资料进行研究,将一窥其运作的真实状况。这种“现象—规范—司法实践”的图赖动态发展模式构成了宋元明时期图赖的运动轨迹,也许会发现更多隐藏在

〔2〕 三木聪:《明清福建农村社会の研究》,北海道大学図書刊行会〔2002〕頁444;〔日〕上田信:《被展示の尸体》,王晓葵译,载孙江主编:《事件·记忆·叙述》,浙江人民出版社2004年版,第131页。

〔3〕 国内学者关于明清图赖问题的探索性研究大致有徐忠明教授、尤陈俊副教授等人。具体可参见尤陈俊:《尸体危险的法外生成——以当代中国的藉尸抗争事例为中心的分析》,载《华东政法大学学报》2013年第1期,第160页;徐忠明、杜金:《清代诉讼风气的实证分析与文化解释——以地方志为中心的考察》,载《清华法学》2007年第1期,第110~111页。

〔4〕 近几年,有关明清图赖问题的研究在青年博士中开始得到集中关注,产生了一些专题性质的文章。具体可参见段文艳:《清代民间社会图赖现象之研究》,暨南大学硕士学位论文,2006年;段文艳:《死尸的威逼:清代自杀现象中的法与“刁民”》,载《学术研究》2011年第5期,第125~129页;陈上琦:《清代假命图赖研究》,中山大学博士学位论文,2017年;杨扬:《清代社会视野下的图赖现象研究——以嘉道时期题本刑科档案为例》,载《云南民族大学学报(哲学社会科学版)》2018年第3期,第146页。

图赖背后的问题。^{〔5〕}

二、日常话语：社会视野下的“图赖”现象

本文在研究明代社会的图赖行为时，试图利用“社会行动”的方法来解读当事人进行图赖行动时的逻辑。此处的社会行动或可界定为“人在一定的条件与规范下，采用特定的手段达成目的的过程”。^{〔6〕}具体到明代的图赖行为时，图赖作为一种社会行动，是以利用尸体（不论己身，抑或他人）为手段，达到特定目的的活动。这种社会行动必然导致图赖者、尸体与被图赖者之间社会关系的联结，社会关系的解决上升到官府衙门，最后则为官方律典中“杀子孙及奴婢图赖人”律例的制定。而官方对尸体“作为危险的存在”以及人命关天等理念的取向，以及律例中有关图赖条款的设置，也会制约图赖者“目的”和“手段”的选择。^{〔7〕}

“图赖”现象在民间社会是如何发生的？这是尝试回答民间视野中“图赖”现象的关键。而宋元明时期的相关文学作品与官方判牍，可以从基层民间社会与官方心态的二元视角出发，利用更加多元的资料来重新思考中国法律史，有助于全面真实地理解与把握中国传统法律的真实情况，尤其是对了解百姓大众的法律意识和法律心态助益莫大。^{〔8〕}

（一）宋元民间话语中的图赖现象

依据学界现有研究成果，大致从宋代开始，中国社会开始发生影响深远的重大变化，私有制逐步深入发展，商业贸易蓬勃兴盛。根据斯波义信的研究，唐末以来，政府对商业的政策已有变化，从原来虽把商业看成不可或缺的手段而又以末业视之、严格控制在一定范围内的态度开始转变，既不强行统制，也不横加弹压，而是利用商业作为广开财源的手段。^{〔9〕}而由于宋代商业的繁荣发展，为图赖现象在传统社会民间中出现并逐渐扩展提供了生长的条件与环境。^{〔10〕}因此，据笔者目力所及，图赖现象的发生，大致是从南宋时开始。而明代图赖作为社会行动，进入社会规范的领域，大多受到宋元时期图赖现象的影响。^{〔11〕}

作为南宋民间文集的《夷坚志》，其为南宋洪迈所编。^{〔12〕}在夷坚支景卷十“郑二杀子”案中，就曾出现过“图赖”用语。至少可以推测，在南宋民间社会，小民百姓已经存在图赖这种用以达致目的而使用的手段。案情内容如下：

武陵民张二嫁女，招邻里会饮，郑二夫妇预焉。郑妻素与王和尚者通，人多知之。酒

〔5〕 从日常话语（或社会用语）的表达，进入法律话语的表达，将法律话语与社会话语结合起来，从而实证分析说明法律秩序的本质。参见侯猛：《社科法学的研究格局：从分立走向整合》，载《法学》2017年第2期，第85页；季卫东：《法律议论的社会科学研究新范式》，载《中国法学》2015年第6期。

〔6〕 参见[美] T. 帕森斯：《社会行动的结构》，张明德、夏遇南、彭刚译，译林出版社2003年版，第827页。

〔7〕 这里仅言因特定的“目的-手段”而成立的个人行动，并未涉及有关群体、组织、阶级、民族、社区因共同行动目的而组成的行动者。

〔8〕 参见徐忠明：《法学与文学之间》，中国政法大学出版社2000年版，自序第4页。

〔9〕 参见[日] 斯波义信：《宋代江南社会经济史研究》，方健、何忠礼译，江苏人民出版社2001年版，第68页。

〔10〕 参见尤陈俊：《儒家道德观对传统中国诉讼文化的影响》，载《法学》2018年第3期，第143页。

〔11〕 宋元时期是中国古代小说的成熟期。在这一时期，随着商业经济的繁荣、市民阶层的崛起，出现了以反映市民的生活内容、价值观念、思想性格为主的短篇小说。参见孙旭：《明清小说所反映的法治状况》，载中国政法大学法律古籍整理研究所编：《中国古代法律文献研究》（第3辑），中国政法大学出版社2007年版，第397～398页。

〔12〕 《夷坚志》是洪迈所经历的宋代社会生活、宗教文化、伦理道德、民情风俗的一面镜子，为后世提供了宋代社会丰富的社会历史资料。

酣后,偶堕箸于地,张妻戏曰:“定有好事。”郑妻笑问故,曰:“别无好事,只是个光头子。”

此话一出,郑二十分不堪。张二与郑二皆是义勇民兵,家里皆有佩刀。郑回家后便取其佩刀,到张门叫喊。张二、郑二愤怒说辞,相互提刀追赶。在此情形下,郑二愈加愤怒,将刚八九岁的孩子,放在凳子上摔死,胳膊断裂。其向里正投明,告张二杀了他的孩子。主簿李大东摄令事,檄巡检验实。张二回复其并不知晓郑二之子致死的原因为何,而郑妻守尸,拊膺哭道:^{〔13〕}

“只有一子,为夫所杀,将以图赖张二。”

南宋法医学著作《洗冤集录》中也有两则有关图赖的记载,兹列表如下:

表 1 《洗冤集录》所见“谋赖”现象^{〔14〕}

篇 目	内 容
疑难杂说下	南方之民, ^{〔15〕} 每有小小争竞,便自尽其命而谋赖人者多矣。先以桦树皮罨成痕损,死后如他物所伤。何以验之?……更在审明原情,尸首痕损那边长短,能合他物大小,临时裁之,必无疏误。
服 毒	广南人小有争怒,赖人,自服胡蔓草,一名断肠草,形如阿魏,叶长尖,条蔓生,服三叶以上即死……如方食未久,将大粪汁灌之可解。

利用自身身体作为谋赖他人之“武器”的想法,自宋代就已出现,且大多是因有所争产生。这种现象的频发导致在南宋判例汇编的《名公书判清明集》中也有所体现。

《名公书判清明集》同时出现了类似“图赖”的现象。只是在文字表述方面,皆以“诬赖”言之,且集中出现在卷之十三“惩恶门”中。大致出现情况,列表如下:

表 2 《清明集》卷十三“惩恶门”所见“诬赖”案件^{〔16〕}

篇 目	题 名
妄 诉	以女死事诬告
诬 赖	以死事诬赖
诬 赖	以叔身死不明诬赖
诬 赖	假为弟命继为词欲诬赖其堂弟财物

在“以女死事诬告”中言:“以女死为奇货,诬言告骗,胁得钱即止。”^{〔17〕}在“以死事诬赖”中言:“江东风俗,专以亲属之病者及废疾者诬赖报怨,以为骗胁之资。”其兄蒋百五将其弟蒋百六病死之尸拖移诬赖朱百八官。^{〔18〕}

在南宋时期,无论是民间文学小说,抑或判牍汇编,都已经存在民众图赖行为的端倪。虽然与后世明清关于图赖的认定多少有些不同,但构成要件大体相符。这种文本的体现,更能反映出“图

〔13〕 (宋)洪迈:《夷坚志》,何卓点校,中华书局 2006 年版,第 960~961 页。

〔14〕 参见(宋)宋慈:《洗冤集录译注》,高随捷、祝林森译注,上海古籍出版社 2016 年版,第 40、140 页。

〔15〕 其中关于“南方”“广南”地理位置的辨别,有专文解释。参见邱志诚:《〈洗冤集录〉“碰瓷”记载透视》,载《文史知识》2018 年第 5 期,第 16 页。

〔16〕 中国社会科学院历史研究所、宋辽金元史研究室点校:《名公书判清明集》,中华书局 1987 年版,第 498 页、第 508 页、第 512~517 页。

〔17〕 前注〔16〕,《名公书判清明集》,第 498 页。

〔18〕 参见前注〔16〕,《名公书判清明集》,第 508 页。

赖”现象在民间社会生活中的存在,且很有可能会被民众作为获取某种利益的看似“正当且不以为然”的手段来使用。

南宋时期私有制的发展,商业贸易的兴盛,都使得商业文明在南宋始扩展。这都冲击了儒家伦理所致力于维护的农业文明,使得原先主要固化在家庭、家族当中展开的社会人际关系网络之藩篱日益受到冲决,小民百姓在日常生活中涉及的利益也日渐多元化。^[19]而这些深刻变化都会极大地影响人们的日常行为,流风所及,图赖现象也时有发生,且有愈演愈烈之势。

作为元杂剧代表的《窦娥冤》,其中也存在“张驴儿借张母误食蔡母之羊肚汤致死之尸体,意在图赖、强占窦娥”的情节。^[20]《元史·刑法志》在“杀伤”中提到“诸奴故杀其子女,以诬其主者,杖一百七。诸因争,以妻前夫男女溺死,诬赖人者,以故杀论;诸故杀无罪子孙,以诬赖仇人者,以故杀常人论”。^[21]在《元代法律资料辑存》所载“大元通制(节文)”中,则出现了“故杀子孙诬赖人,决七十七下。将男女杀害图赖人,决六十七下”。^[22]自南宋始,至元代,在文献皆出现过“图赖”的话语表达。因此,明清社会图赖现象盛行必然有其缘故。

(二) 明代民间话语中的图赖现象

明代的小说等文学作品中,更是出现大量的图赖行为。如明代朱国祯所写《涌幢小品》,其中就包含一则利用流丐尸体进行图赖行为的事例。弘治中期,山陕人孙腾霄等三十人,时常三五成群,路遇丐者,用衣食诱惑其作为帮佣,令其守舍,给炊爨。平时孙腾霄等游行市间,看有富商巨家,辄持货与之贸易。论直高卑,则以言激其怒,相殴骂,随号啕而去。夜则杀丐者,舁至其门,群哭之,扬言欲讼于官。其人惧,出财物求解,乃复舁而去,焚之,名曰贩苦恼子,前后杀数十人。^[23]与孙腾霄杀流丐图赖的例子相似,明代文人叶权编《贤博编》也有记载:“常州有一士大夫之兄极恶,岁暮谓群仆曰:‘可寻事来,为过年费。’仆四出无所得。卒至郊,有葬者,棺好而无持服之人,疑有故。夜发之,乃一少妇,衣饰如生,当是大家妾暴死者。群仆舁至小船中,设四盒,缚一鹅于上,若访亲者。薄暮,遇货船,故撞之,倾尸于河,鹅扑扑飞水面。大呼大船撞覆小船,吾娘子溺水,因缚商捞尸,延明日始得,果一妇人死矣。商大窘,愿悉货赎罪,并船户所有尽携之。商仓促竟不知妇人实已死者也。其人后为巡按访察,缘弟宦免,至今买冠带,驾楼船,出入鼓吹,虎视乡里。”^[24]

以上两则有关图赖的案例,皆为利用尸体作为实现某种目的的手段。两者的区别在于,前者是孙腾霄故杀流丐,且将此抬放至富商人家门口进行图赖,实现诈财的目的;后者则是常州士大夫之兄,凭借寻得一女尸,谎称为其妻子,借此向大船船户进行图赖的行为。这种区别正是图赖行动中的两种常见现象,即故杀图赖与借尸图赖。这在明清以后成为图赖行为的重要类型。^[25]

[19] 尤陈俊:《儒家道德观对传统中国诉讼文化的影响》,载《法学》2018年第3期,第143页。

[20] (明)臧晋叔编:《元曲选》卷四,《感天动地窦娥冤》,中华书局1958年版,第1510页。具体而言,以《窦娥冤》素材进行研究的,较为系统的有北京大学法学院的朱苏力教授。具体可参见苏力:《法律与文学——以中国传统戏剧为材料》,三联书店2006年版,第120~154页。

[21] 参见(明)宋濂等撰:《元史》卷一百五,中华书局1976年版,第2678~2679页。

[22] 参见《元代法律资料辑存》,黄时鉴辑点,浙江古籍出版社1988年版,第69页。

[23] 参见(明)朱国祯:《涌幢小品》,后收入《明代笔记小说大观》,上海古籍出版社2005年版,第3857~3858页。

[24] (明)叶权撰:《贤博编》,凌毅点校,中华书局1987年版,第8页。

[25] 关于清代故杀图赖问题的研究,具体可参见前注[4],杨扬文,第146页;有关借尸图赖问题的研究,可参见[日]上田信:《被展示的尸体》,王晓葵译,载孙江主编:《事件·记忆·叙述》,浙江人民出版社2004年版,第114~132页;尤陈俊:《尸体危险的法外生成——以当代中国的藉尸抗争事例为中心的分析》,载《华东政法大学学报》2013年第1期,第146~160页。

最后,明清时期的讼师秘本与日用类书中记载的内容,也能反映图赖作为日常生活现象在民众中逐渐盛行的记录。^[26] 明刊本《新刻摘选增补注释法家要览折狱明珠》中“人命类”的范本中,就曾有这样的图赖行为:

〔告打死父命〕 活打父命事。人命关天,冤当击奏。父田数亩,坐叩豪垓心,节次贪谋,懦父守执不允。父日蜜哄至家,逼写契券,父据理论,不听,活活打死。哭思夺业伤人,王法大变,骸骨暴露,情惨昏天,誓不戴天,哀哀上告。

〔诉〕 电劈黑冤事。泉父原将田契典银若干,期满无还,是行理取,不料极恶意白骗,反将病父打死图赖,架词耸告,愿望弥天,乞台朗烛,反坐难逃,劈冤上诉。^[27]

一“告”一“诉”,一攻一防,往往一事可成两种截然不同的说法。除了说明讼师本身撰写手段的圆滑外,还可知晓这种行为是在民间日常生活可能发生纠纷的一种类型。民有所需,讼师秘本便会有所体现。

苏茂相纂辑《新镌官版律例临民宝镜所载审语》中记载过题为“人命图赖”的案子:

赵氏、周氏角口事真,黄于泰称赵氏寄物取还,不明言何物,而邻佑称赵氏发周氏之奸,彼此角口,似为近之。但赵氏之死,不在十六角口之时,而在十八。黄于泰称十三捕鱼,十七归家,则赵氏死时于泰已归,乃容赵氏之缢何也?如云致命重伤,则赵氏生前并无一词,何为伤重。如云威逼致死,则李仲达乃属孤贫小民,何威可逼。图赖显然。^[28]

此处引用赵氏与周氏角口,导致赵氏自缢之案,目的在于阐述图赖行为如何认定。该案中,首先对行为中是否存在威逼的事宜进行分析。在排除并无何威可逼的前提下,显然属于图赖的情形。但也能够说明一个问题,在明代社会中,对官府而言可能将案件依据客观准则归结为威逼致死,要比寻求主观准则为图赖要更容易操作的多。因此,对于类似案件,先判定是否为容易明确的威逼行为;若不属威逼,则将其纳入图赖的范畴中。

自宋始,经元至明清,图赖在民间作为一种日常生活现象是一个逐渐扩大化的过程。在区域性方面,南宋开始,在江南地区就频频出现有关图赖或图诈的情形。争讼之风日益兴盛,为流氓无赖或其他相关人员通过刁告诬陷敲诈钱财提供了可乘之机。图赖现象的不断衍生和发展是逐步强化的过程。故明朝《大明律》专设“杀子孙及奴婢图赖人”律以遏制这种情况的蔓延。

三、法律术语:制度结构下的“图赖”规范

当日常事件中频发的“图赖”现象成为民众普遍效仿的行为时,势必会触碰到固有的社会秩序。日常社会视野下的图赖现象,开始逐渐进入到法律层面的讨论,最终再回到社会层面进行理解和适用。官方律典对“图赖”现象的规制,以及律学文献对“图赖”的定义和解读,能够在制度结

[26] 关于这方面的研究成果可参见尤陈俊:《法律知识的文字传播:明清日用类书与社会日常生活》,上海人民出版社2013年版,第82~115页。

[27] (明)清波逸叟编:《新刻摘选增补注释法家要览折狱明珠》卷二“人命类”,明万历三十年序抄本,康熙六十年重刊本。转引自尤陈俊:《明清日常生活中的讼学传播——以讼师秘本与日用类书为中心的考察》,载《法学》2007年第3期,第74页。

[28] (明)苏茂相:《新镌官板律例临民宝镜所载审语》,收录于杨一凡、徐立志主编:《历代判例判牍》(第四册),中国社会科学出版社2005年版,第180页。

构的层面对作为法律规范的“图赖”进行释义。

（一）明律集解附例中“图赖”的规范

洪武三十年颁行的《大明律》首先明确设置了有关“图赖”的法律条文，即“杀子孙及奴婢图赖人”。该条文分设律文与例文，具体规定如下：

表 3 《明律集解附例》中的“图赖”规范〔29〕

具体名称	律 文 规 定
杀子孙及奴婢图赖人	凡祖父母、父母故杀子孙，及家长故杀奴婢图赖人者，杖七十徒一年半； 若子孙将已死祖父母、父母，奴婢、雇工人将家长身尸图赖人者，杖一百徒三年； 期亲尊长，杖八十徒二年半； 大功、小功、缌麻各递减一等； 若尊长将已死卑幼及他人身尸图赖人者，杖八十； 其告官者，随所告轻重，并依诬告平民论罪； 若因而诈取财物者，计赃准窃盗论；抢去财物者，准白昼抢夺论，免刺，各从重科断。
诬告	被诬之人，本不曾致死亲属，诈作致死；或将他人死尸，冒作亲属，诬赖犯人者，亦抵绞罪。犯人止反坐诬告本罪，不在加等备偿路费取赎田宅，断付财产一半之限。

具体名称	例 文 规 定
杀子孙及奴婢图赖人	备考：有服亲属互相以尸诬赖者，依干名犯义律论； 妻将夫尸图赖人，比依卑幼将期亲尊长图赖人律；若夫将妻尸图赖人者，依不应从重。其告官司诈财抢夺者，比依本律科断； 条例：故杀妾及弟、妹、子孙、侄、侄孙与子孙之妇图赖人者，俱问罪。属军卫者发边卫；属有司者发附近，各充军。
检验伤不以实	条例：凡遇告杀人命，除内有自缢自残，及病死而妄称身死不明，意在图赖挟财者，究问明确，不得一概发检，以启弊害外。其果系斗杀、故杀、谋杀等项当检验者，在京初发五城兵马，覆检则委京县知县；在外初委州县正官，覆检则委推官，务求于未检之先，即详鞫尸亲证佐凶犯人等，令其实招，以何物伤何致命之处，立为一案，随即亲询尸所，督令仵作，如法检报，定执要害致命去处，细验其圆长斜正青赤分寸，果否系某物所伤，公同一干人众，质对明白，各情输服，然后成招。

律文中对图赖的表述，首先可以明确的是，此处的图赖应更多指称基于“故杀”前提，抑或“已死身尸”前提下的图赖。即故杀图赖与借尸图赖的行为。严格意义上说，并非包含自尽图赖的问题；以往研究认为，杀子孙及奴婢图赖人的律条更多是基于有血缘服制亲属之家的处罚和规制，但其中所言“若尊长将已死卑幼及他人身尸图赖人”中“他人”指称为何？还是服制亲属吗？抑或是非服制亲属关系的其他人？这是律文本身遗留下来的问题。基于此，该律文涵盖的对象不仅是亲属之间，还包括非亲属作为图赖工具（即客体“尸体”）的存在；在律条的纂注中提到“凡祖父母、父母故杀子孙及家长无罪而杀奴婢者，律各止杖六十徒一年”。〔30〕又言“此则既已故杀，而又图赖人”，具体举例为“如赖作人杀死或逼死之类”“故比故杀加一等杖七十徒一年半”。这种图赖构成要件的公式大致可为“故杀＋图赖”模式。具体而言，又可分为两种情形：① 故杀＋赖作（他）人杀死；② 故杀＋赖作（他）人逼死。这应是最基本、最简单的有关图赖构成方式的规定。但除行为模式外，还有一个关键性的判断图赖的标准，根据此处纂注的描述为“凡前项图赖人系未曾告官，而

〔29〕 参见《明律集解附例》，成文出版社 1969 年版，第 1514～1519 页。
〔30〕 这条规定应在“谋杀祖父母父母”律的纂注中，具体可参见前注〔29〕，《明律集解附例》，第 1473 页。

被赖之人告发者,俱依上拟断。其已告官,则随其所告轻重,或逼死或杀死之类,并依诬告平人律反科”。^{〔31〕} 告官的行为只有被图赖者进行,才能被判定为是图赖,若图赖者已告官,则依诬告平人律反科。但在具体实践中是否果真如其所说,下文再讨论,此处不再赘述。

根据律文(杀子孙及奴婢图赖人)的规定,法律上仅就其作为一种行为进行法律规制,并非就具体何谓“图赖”进行过定义。原因为何,窃以为有两个方面因素的考量。首先,是大明律的立法技术更趋成熟,其法条之概括、抽象,语言之规范、简练,均在唐律和元代法律的基础上有了明显的进步与创新。^{〔32〕} 特别是明律没有唐律中的疏议部分,这为大明律的司法适用带来了新的课题,故明代律学家对此进行过专门的解释;其次,在元代就已出现有关“图赖”的称谓。如《大元通制》“诸条格”在殴骂条中规定:“故杀子孙诬赖人,决七十七下。将男女杀害图赖人,决六十七下。”^{〔33〕} 既然在元代的法律规定中就已存在“图赖”作为对相关行为的定义,至少能够说明的是,在宋元时期,图赖作为一种社会现象,是广泛存在于民间社会的。因此也就不难理解,为何到明代,图赖进入《大明律》的法律规制中。^{〔34〕}

此外,在《皇明条法事类纂》中,曾有以下五条有关“杀子孙及奴婢图赖人”律的内容:

表 4 《皇明条法事类纂》中载“图赖”条例^{〔35〕}

1. 扛尸图赖抢夺家财捉人拷打者先行拿问例
2. 尊长因谋家财官职殴杀卑幼军发边卫充军,民发口外为民,并余人以服制论及将犯人财产给予被杀者妻子
3. 处置故杀子孙赖人淹死初生男女
4. 通行内外有犯故杀妄图赖人者(照故杀子孙图赖人者)照故杀子孙图赖人例发遣充军职官奏请
5. 通行内外故杀弟侄并子孙之妇图赖人者,问拟充军职官奏请

以上条例,有故行淹死初生男女行为的,若亲邻人等首发,问罪如律,产妇并收,生妇照常例发落,男子俱照前项故杀子孙图赖人事例各发遣充军,应奏请者奏请施行;若亲邻人等知而不首,事发一体治罪。也有经过整合之后出现的条例内容。如第 4 条与第 5 条分别系弘治六年与弘治七年的内容,在《明律集解附例》“杀子孙及奴婢图赖人”律中的条例则是对这两条事例进行整合后,成为其中的条例附在律文之后。

通过对明代律文中有关“图赖”规定的解读,经过宋元时期图赖现象频发的时期,直至明朝《大明律》通过正式律文的方式进行明确规定。这是具有重要意义的立法活动,且弘治成化时期的条例,在后期被不断整合,并附在律文之后。《大清律例》“杀子孙及奴婢图赖人”条中,完全继承了明

〔31〕 前注〔29〕,《明律集解附例》,第 1516 页。

〔32〕 就历史承继而言,《大明律》与唐律和元朝的法律最为相关。杨一凡先生认为,明律中的不少条文,是直接吸取或稍加损益元代法律条文而来。参见杨一凡:《洪武法律典籍考证》,法律出版社 1992 年版,第 30 页。

〔33〕 (元)《大元通制》(节文),收入前注〔22〕,《元代法律资料辑存》,第 78 页。

〔34〕 这里需要说明的是,台湾大学历史系吴景杰博士认为,就元代的情况而言,诬赖如同明代的图赖行为,但即使元律定义的“诬赖”行为等同于明律的“图赖”行为,在元代也仍未被称作“图赖”,而是以“诬赖”作为相关行为的定义。显然,《大元通制》诸条格的这一规定,证明了在元代是存在“图赖”这种用语的。能够合理推测的是,这类行为是具有一定规模的,否则也就不会制定“杀子孙及奴婢图赖人”律的条文。参见吴景杰:《从“公事”到“家事”:〈罄辞〉中所见晚明妇女殉节型自杀案件》,载《暨南史学》第十四号 2011 年 7 月,第 24 页。

〔35〕 《皇明条法事类纂》所记载条例多为弘治与成化时期的条例内容。刘海年、杨一凡:《中国珍稀法律典籍集成》(乙编 第五册),科学出版社 1994 年版,第 426~435 页。

律中的图赖律文，并在相应例文中增加了相关图赖条款。^{〔36〕}从法条的动态沿革看，图赖行为从社会现象到法律规定，都是在不断变化和发展的。

（二）明代律学文献中的“图赖”用例

上文已述，官方律典中并非针对“图赖”本身的含义进行定义。那究竟何为“图赖”呢？在明代律学著作中，分别对图赖作为普遍存在的行为现象进行过解读。^{〔37〕}

嘉靖时期雷梦麟撰写的《读律琐言》，对“杀子孙及奴婢图赖人”律进行过解释，认为祖父母、父母故杀子孙，按律罪至杖六十徒一年，但此处有“图赖之情”，故较之加一等处罪。其他内容均与《明律集解附例》中纂注内容相同，并未对图赖界定及律文中模糊的术语进行专门解释。^{〔38〕}

万历时期出版的《大明龙头便读傍训律法全书》在“杀子孙及奴婢图赖人”中曾说道：

谓将死尸抬放人家，称赖打死；虽来骗财，若尸未移他家，但称赖得财者皆是。若不曾移放人家，又无诈才（财），不问图赖。凡图赖者，指未告官而言，若已告官，问诬告之罪。^{〔39〕}

在这里，图赖被明朝律学家贡举定义为这样的两种情形：

情形一：将死尸抬放人家，且赖称被打死；

情形二：虽未骗财，若尸未移他家，但称赖，且得财者。

这是正面确认图赖行为的表现，第一种行为表现是有移动尸体到别人家的动作，且同时赖称打死。根据文义解释，无论结果是否得财，或是为了报怨，都可以称之为“图赖”；第二种则是明确说明最终结果是得到财物，也赖称打死。与上一种不同的是，并未出现移动尸体的动作而已。

同时又提出两种图赖认定的排除性规定，即

情形一：行为上既没有进行移放尸体的动作，结果上也没有诈得财物；

情形二：若已告官，问诬告之罪。

这里需要说明的是，根据《明律集解附例》“杀子孙及奴婢图赖人”条纂注的内容，情形二中的告官行为应由图赖人实施，若是被图赖人实施告官的行为，依旧属于图赖行为的认定范围。

依旧是在万历年间的另一本律学著作，即王肯堂的《王肯堂笺释》继续对“图赖”的含义和内容进行了解释，具体如下：

谓将身尸抬在他家，指其打死，不曾告官者也。若已告官，则随其所告，或赖人逼死情轻，或赖人杀死情重，并依诬告人律论罪反坐。^{〔40〕}

〔36〕 参见前注〔4〕，杨扬文，第146页。

〔37〕 传统中国律学研究方法与现代法学研究方法不同，主要是前者更多产生并发展于本土，借鉴了本土经学的研究方法。且中国古代律学文献中的法律解释更多是针对颁布的刑法律典而展开，基本不涉及其他部门法。现代法学研究方法则主要取自西方，是一种外来的法学研究方法。但根据法律效力而言，《明律集解附例》中的纂注和条例才是与律文具有同等效力的，属于有效解释；而《读律琐言》等由律学家进行的学术研究成果的律学文献，则并非得到国家认可，只能是起到繁荣律学的作用，为深入研究律文律意提出条件和基础。参见王立民：《中国传统律学研究方法论——以唐律律文的研究方法为例》，载《法学》2016年第4期，第97页。

〔38〕 参见（明）雷梦麟：《读律琐言》，怀效锋、李俊点校，法律出版社2000年版，第357～358页。

〔39〕 （明）贡举：《大明龙头便读傍训律法全书》，台北汉学研究中心据日本内阁文库藏明万历福建双松刘朝琯安正堂刊本影印，卷六“杀子孙及奴婢图赖人”，1990年，第44页。

〔40〕 （明）王肯堂、（清）顾鼎重辑：《王仪部先生笺释》，收入《四库未收书辑刊》（第1辑第25册），北京出版社1997年版，第563页。

根据王肯堂的描述,图赖的含义应为“2-1”行为模式,行为上存在抬放尸体到他家,且指其打死的行为,排除性规定上是并没有出现告官的行为。就这个方面而言,王肯堂关于图赖认定的范围要比前述贡举的更加缩小。^[41]

王肯堂言“或赖人逼死情轻,或赖人杀死情重”的前提都是已告官的情况下,则不属前述明律中所言“故杀+赖作他人杀死”或“故杀+赖作他人逼死”的情况。则分别应依照“威逼人致死”律或“谋杀人”律认定的行为,并依据诬告律进行反坐处罚。

崇祯五年,苏茂相所辑《大明律例临民宝镜》称图赖为,

谓将死尸抬放人家,赖称打死,或故意将人致死,诈作他人以势威逼,或诈他人毆死之类。虽未骗财,若尸未移他家,但称赖得财者皆是。若不曾移放人家,又未得财,不问图赖。凡图赖者指未告官,若已告官,问诬告之罪。^[42]

这里对图赖的认定,根据文字表述,发现是对前两种律学著作中对图赖认定的结合;是在结合《大明龙头便读傍训律法全书》和《王肯堂笺释》的基础上的认定标准。

简要来看,此处的认定条件是:① 将死尸抬放人家,赖称打死;② 故意将人致死,诈作他人以势威逼;③ 故意将人致死,诈他人毆死;④ 虽未有前述情形中移尸的行为,但因称赖而得财者。以上四种在苏茂相看来,都应属于图赖认定的范围内。这样来看,①是前两种律学著作都认定的图赖,②和③是王肯堂认定的图赖范围之一,④则是贡举认定的图赖范围之一。因此,苏茂相的律学文献关于图赖的认定是总合之前关于图赖定义的内容。

总而言之,作为法律层面的图赖构成至少应该包含以下几个方面内容:

行为层面	是否移动尸体
	是否有赖称被图赖者杀死
结果层面	是否有得财
排除性内容	图赖者告官,则由图赖转化为诬告

但此处移动的“尸体”来源何处?哪些人具备成为潜在图赖客体的可能,这都需要回归律文本身中分析。依据律文表述,大部分情况皆来自亲属之间。但“若尊长将已死卑幼及他人身尸图赖人”中的“他人”是谁?这个问题在明律集解附例和相关律学著作中皆未进行过解释。有学者认为是否可以被理解为相对于卑幼的其他家人?^[43]《鼎镌大明律例法司增补刑书据会》的一则案例适用“他人律”,“他人”此处是指亲识人。这样理解的话,“若尊长将他人身尸图赖人者”的话,此时尊

[41] 贡举所言图赖的认定,第一种情形与王肯堂对图赖的认定相同。这种情况是有移动尸体到被图赖者家中的行为,并有赖称对方打死的行为即可。只要不触及图赖的排除性规定,皆可按“图赖”行为认定;但贡举的第二种行为是行为上不存在移动尸体,但存在获得财物结果的产生,都可算作图赖。在范围上,王肯堂就做进一步的限缩认定。若根据现有刑法理论比附的话,则是行为犯与结果犯的区别。具体内容可参见黎宏:《刑法学》,法律出版社2012年版,第92~93页。

[42] (明)苏茂相:《新刻大明律例临民宝镜》,台北汉学研究中心据日本内阁文库藏明崇祯五年潘士良序刊本影印,卷七“杀子孙及奴婢图赖人”,第17a~17b页。

[43] 吴景杰博士在提出该问题后,利用《鼎镌大明律例法司增补刑书据会》中的一个例子,其言“如甲主令堂侄乙、丙,亲识人丁、戊将母尸图赖人,甲依‘子律’,乙、丙依‘将已死尊长身尸图赖人,小功递减期亲二等’,杖六十徒一年,丁、戊依‘他人律’杖八十”。参见(明)彭应弼:《鼎镌大明律例法司增补刑书据会》,台北汉学研究中心据日本内阁文库藏明崇祯刊本影印,1990年,第14a页。

长和他人之间的关系仅为“亲识人”，并非具有某种血缘亲属关系。作为客体的尸体若是来自非亲属间，在法律上亦被算作图赖行为。这对“杀子孙及奴婢图赖人”律的性质又有了新的认识，即此律并非仅仅是针对亲属之间故杀图赖的事件进行的规范，其范围较亲属更为广泛，适用的对象和客体也不局限于服制亲属内。

以上所有关于图赖概念的定义和判断，都是以人命（尸体）的产生作为基础，因此是排除那些非尸体产生的图赖行为。至少在法律意义上，立法者和司法者所要解决的问题，是产生尸体这一危险的存在时，对双方当事人以及尸体本身该如何处理的问题。从社会秩序的恢复与维护角度而言，那些在商业领域的“谋图诬赖”并非是律例中所言之“图赖”。根据现有研究成果，生活视野下的图赖（谋图诬赖）是一种广义上的口头用语，在律典或律学文献中的图赖（以尸图赖）则是具有专属意义的法律用语。^{〔44〕}

四、判牍惯语：治理逻辑下的“图赖”案件

作为日常话语的图赖行为逐渐纳入律例的法律话语范畴中，对这种行为的规制又是如何适用于司法裁判活动中呢？现实中的司法秩序是司法场域运作的动态呈现，同时与其所根植的基本场域——地域社会密不可分。^{〔45〕}诚如有学者言，司法实践的参与者本身来自地域社会，地域社会的秩序结构也同样会折射到司法之中。因此，只有将司法秩序置于地域社会中进行考察，才能对其予以更为深刻地理解。当然，司法秩序也是观察地域社会的一个绝佳的切入点。^{〔46〕}

本文有关明代图赖行动进行司法裁判的案件来源主要有以下几个方面：① 时任广州府推官的颜俊彦所作之《盟水斋存牍》；② 任北直隶大名府浚县知县的张肯堂所著之《罄辞》；③ 祁彪佳在福建省兴化府任推官期间判词集的《莆阳谳牍》；④ 任松江府推官的毛一鹭所著之《云间谳略》。^{〔47〕}

（一）图赖的行为——扛尸图赖、借尸图赖

明代地方社会对于扛尸习俗曾多有禁止。如《治谱》“治扛尸凶俗”言：“凶俗之民，以人命为奇货，但死一人，即扛尸上门、毁人门户、碎人房屋，势同狼虎，有棍徒扛帮，谋和挟诈。未曾入官，而家已破矣。”^{〔48〕}这类行为在地方社会频发导致因案生例。在《皇明条法事类纂》“杀子孙及奴婢图赖人”中也有类似的行为，这是明成化二十一年十二月二十六日礼部等衙门题奏事宜：“又有只是与人毁骂，回家愤怒，心有不平，亲族人等唯利是图，设言激逼投河自缢，俱称作人命，扛尸去殴骂等故之家，惊散一家，将房屋拆毁，家财搬抢。”最后礼部认为“前件法司禁约，看得所言，要将扛尸图赖之人不分白日星夜，但问白昼抢夺罪名，先行照例发落，人命从后另行……”^{〔49〕}扛尸图赖的行

〔44〕 这样的两种不同情形下的图赖概念构成，才能真正构成一幅完整的图赖画面。参见前注〔34〕，吴景杰文。

〔45〕 森正夫先生将地域社会分为实体概念上的地域社会与方法概念上的地域社会。参见〔日〕森正夫：《“地域社会”视野下的明清史研究——以江南和福建为中心》，江苏人民出版社2017年版，第37～40页。

〔46〕 参见郑鹏：《元代江南地区的司法秩序与地域社会——以湖田争讼案件为中心的考察》，载《北京社会科学》2018年第2期，第69页。

〔47〕 这些判例判牍，滨岛敦俊引用滋贺秀三的说法，认为判牍就是“集录印行……某人在任地方官时写作的判决文。与其称作判例集，莫如称为判决文集”。其中详细描述了明代的几种主要判牍。参见〔日〕滨岛敦俊：《明代的判牍》，徐世虹、郑显文译，载《中国古代法律文献研究》（第1辑），巴蜀书社1999年版，第196页。

〔48〕（明）余自强：《治谱》，北京图书馆藏，明崇祯十二年胡璇刻本，收入《续修四库全书》史部第753册，上海古籍出版社2002年版，第573页。

〔49〕 前注〔35〕，刘海年、杨一凡书，第426～427页。

为大多类似,都伴有毁人房屋、搬抢财物等行为。《盟水斋存牍》“人命罗贵等”案中,罗贵扛尸骗诈,生员陈於陞病卧床榻,抢掠一空。^[50] 这些在明代地方社会中都应是一种较为普遍存在的行为模式。

作为明代图赖常见模式的借尸图赖,在明代地方司法判牍中存在较多。以《盟水斋存牍》为例,38件图赖案件中,行为方式为借尸图赖的就有31例,占八成以上比重。具体而言,如下表:

表5 《盟水斋存牍》中“借尸图赖”的来源

借尸来源	病死之尸	无主之尸	自缢之尸	溺死之尸	未知
数量	16	3	5	2	5

通过表格的形式不难看出,仅以病死之尸进行图赖的行为就占一半之多。其中病死之尸的原因也纷繁复杂。就案件本身的表现形式而言,大多都是以命案告诉出现的。对此,有一个问题需要厘清,图赖行为中捏造的事实到底是虚构或虚假的诉讼(虚构一种法律关系),抑或是捏造的一桩命案。通过以上案件的分析,大多情况下是先虚构出一种虚假的命案(尸体),并借此制造出一种虚假的法律关系存在。“图赖者-尸体-被图赖者”两者被虚构出的命案产生联系,并进行诉讼,借以获得某种好处。

《盟水斋存牍》中曾有这样一则案例:一名叫黄盛佐(张盛业)的男子,一人而二名。挂名盗案而无端路死,且经里老验收。异棍张瑞,起而认为兄,复觅一妇人所为黎氏者,起而认为夫,居死为奇,掠诈乡民。最后案件的审理结果是基于张瑞未得赃,以杖而遣之。分守道批拟杖犹有余辜,仍加责二十板。^[51] 此处的行为是典型的借尸图赖。但令人惊奇的是,挑起这则讼端的是异棍张瑞,其利用妇人黎氏以居死为奇。这种事例与麦柯丽曾讲述到的“讼师冯执中串通官府图赖报复县官”很相似。^[52] 棍徒(甚至是讼师)在很多情况下,参与了明清时期地方的图赖行为。他们利用或把控当事人进行图赖,目的则是为了报复或图财。关于地方社会图赖的这幅画面很难在中央层面的档案材料中观察到。是故,余自强便称“悍地人命,多系棍徒合党,或打手行凶,今后凡人不安生理,成群结党使酒撒泼打街骂巷,因而致死人命者,除为首依律抵偿外,为从者尽法责治,然后问拟应得罪名”。^[53] 可见在明代棍徒对地方社会图赖行为发生具有的强大功力。颜俊彦不得不发出“审得假命倾人所在有至,未有如粤中之甚者也”^[54]的慨叹。

类似的事件不仅在广东地区频繁发生,在福建地区也曾发生过。祁彪佳在任福建省兴化府推官时,就曾审理过一起讼师参与的图赖案件。李邦立因李邦雍盖房近祠严堂,以其阻侵祠供而生嫌隙纠纷。适时,邦雍之母舅张德膺病死,李邦雍以人命告,同时邦立也已劫赖告。祁彪佳在判牍中写道“此莆之恶俗,亦套词也”。经县官申明,已死之母舅棺材已经抬埋,而今德膺之侄张什八人命之告,邦雍因而又以劈冤诉矣。审理过程中,张什八不认,称系讼师陈太华所创之词。而陈太华也仅承认书状是真。讼师陈太华与邦立无仇,又何以做匿害邦立之事呢?前后讼端皆系邦雍所为,邦雍三诉现认矣,何必舍认诉至邦雍,而吹求及太华哉?邦雍最后被处以杖

[50] 参见(明)颜俊彦:《盟水斋存牍》,中国政法大学出版社2002年版,第687页。
[51] 前注[50],颜俊彦书,第67页。
[52] 具体内容参见[美]梅丽莎·麦柯丽:《社会权力与法律文化——中华帝国晚期的讼师》,明辉译,北京大学出版社2012年版,第208~209页。
[53] 同注[48]。
[54] 前注[50],颜俊彦书,第68页。

责,案件到此结束。^[55] 这个案件旨在表明,图赖案件讼师是有参与其中的,本案中陈太华承认书状系其书写。但更令人好奇的是三次诉讼行为:以人命告邦立、以劈冤诉、德膺张什八的人命之告。根据判牍内容,隐约感觉到祁彪佳对作为讼师的陈太华的态度并非如此厌恶。图赖行为的参与者在地方社会中也并不局限于图赖者与被图赖者之间,第三方如地棍、讼师等也频繁参与。

通过对以上事件的分析,旨在表明明代地方社会在司法实践方面,图赖案件的发生更多是以借尸图赖的行为方式产生,且大多以病死之尸进行。案件的发生,常会有第三者的棍徒或讼师参与。

(二) 图赖的身份

图赖行为的发生,更多表现在图赖者、尸体与被图赖者之间。在明代地方社会中,也会有讼师、棍徒等特殊群体的参与。对以上这些参与者身份的分析,性别之差异、贫富身份之差异以及其他因素都会导致图赖行为之间的不同。

1. 以血缘关系为标准

以血缘关系为标准的身份划分,分为有血缘关系的身份与无血缘关系的身份。关于图赖身份的问题,大致可分为三个方面:图赖者与尸体的关系(两者的身份关系)、被图赖者与尸体的关系问题以及第三者(多数情况下为棍徒、讼师等)与尸体的关系。通过对案例材料的阅读与梳理,有血缘关系的身份中,老人与妇女往往成为图赖过程中尸体的常见对象。

王肯堂《罄辞》中有以女性作为图赖中介的案件。其中“耿国家”案情况大致如下:

耿国家有女耿氏,出嫁赵友为室,于崇祯元年四月间投缳而死,致死之繇,其详不可闻。而第观其业与徐从林为难,既又旋从私释,当无他故可知也。今墓草宿矣,忽移其事于徐露何哉?夫耿氏果死冤缢,何其偃寂无一语?纵曰赵友憨痴如木偶人,三年以前,国家何在?而始则嫁祸从林,今复飞殃徐露。一片枯骨遂为不满之欲壑,而已死女市,盖不殊于以生女市矣。^[56]

上述“耿国家”案中,案件的尸体为女耿氏。图赖者耿国家应为耿氏之父,被图赖者为徐露、徐从林。但根据判牍内容,二徐与耿氏之间并无任何身份关系,而其夫赵友却并未成为本案中的被图赖者。判牍云“夫耿氏果死冤缢,何其偃寂无一语?”耿氏自缢冤抑为何三年之前没有告诉?一系列疑问使得作为审判官的王肯堂开始怀疑耿国家的动因。故其判牍最后说到“一片枯骨为不满之欲壑,而已死女市,盖不殊于以生女市矣”。借女儿之死来获得利益,和把女儿卖给别人又有什么区别。这则案例从另一个侧面也提醒观察者,对于图赖者、尸体与被图赖者之间身份关系的认知,不应刻板地认为一定具有某种关联。可能仅仅只是不明真相的“第三人”而已。该案中,耿国家与徐露、徐从林间并无嫌隙,也不存在报复的可能。

除上述有血缘关系与无血缘关系的两种划分外,还有另一种身份,即用以图赖的尸体为流丐之尸。此种情况属于无血缘关系中较为特殊的情况,且并不少见。明代之前民间社会即有产生,在《盟水斋存牍》就曾出现过这样一则案例。当事人陈有科挟丐尸为奇货,局陷吴东璧。颜俊彦在判牍中无奈发出“粤中假命陷人,平空跳诈,如此类者,不可胜数”的感叹。^[57] 这也表明当事人利用乞丐尸体进行图赖的行为并不少见,以致推官有如此之表述。

[55] 参见(明)祁彪佳:《莆阳藏牍》,收入杨一凡、徐立志主编:《历代判例判牍》(第五册),中国社会科学出版社2005年版,第1~2页。

[56] (明)王肯堂:《罄辞》,收入前注[28],杨一凡、徐立志书,第321~322页。

[57] 参见前注[50],颜俊彦书,第68~69页。

2. 以财产关系为标准

《治谱》言,“贫民相殴,或激于一时之愤,打死妇人、义女、义男其常也,然亦有图赖者。若两富相持,贫与富斗、或贫民为富家所逼,其中妇人、义男、义女死者多是图赖”。^[58] 根据余自强这样的描述,图赖大致发生在贫民之间、富民之间或贫民与富民之间,且第三种情形又分为贫与富斗、贫为富所逼两种情况。这种身份的划分,正是基于财产财富之多寡的区分。

生存之艰难与脆弱暴露无遗,弱者一方时常保有在某一阶段攻击或反击的手段。这类事件多发生在租佃类案件中,佃户大多作为图赖的一方主体,基于生存权性质的利益主张。而促使这种行为发生的前提则是双方彼此财产关系之不同。依余自强所言,当为贫民为富家所逼之情形。^[59]

颜俊彦在审理“藉死讹诈钟赞廷”案中提到,钟赞廷但念贫民,姑依拟杖惩的决,余如照发落,库收缴。^[60] 这种贫民的身份,至少在本案中成为对其量刑方面减轻的依据。纵览大量有关民间地方司法判牍案例,推官做出的判决结果更多是从量刑方面进行的考虑,至于具体罪名问题,很少出现在司法判牍的书面材料中。由此进一步推想,这是否表明在明代地方社会中已经存在“以刑制罪”的情形?

基于上述推想,具体到司法实践中,可能更多表现为“行为→法定刑”,而非“行为→罪名→法定刑”的模式表达。^[61] 这种理想的实现在古代律法传统中相较现今刑事立法,也许会更容易实现。

(三) 图赖的裁判

图赖现象在古代中国社会,更多是以图赖行为的方式出现。司法实践中很少将其与“杀子孙及奴婢图赖人”的律文规定联系起来。更有学者认为,图赖的产生与古代律典中“威逼人致死”条的存在有关。在司法裁判中,图赖案件最终的结果,重心更多是在应如何进行刑罚方面的问题。

弘治三年,都察院右都御史屠等题,为故杀子孙图赖人命事:^[62]

该巡按直隶监察御史邹鲁奏,问得犯人封云招系兴州后屯为余丁。弘治三年六月十二日,云与在官本所军余杨英,去军余宋旺家赊酒吃用,改日还钱,宋旺回说酒已卖尽,云就不合发怒,将伊恶骂,云将伊卖酒望竿扳折各散回家。^[63]

[58] 前注[48],余自强书,第576页。

[59] 笔者以为,此处贫民为富家所逼之境况,应是造成在司法认定与司法适用上,有关“威逼人致死”律与“杀子孙及奴婢图赖人”律有牵连的直接原因。有关这一问题的辨析留待以后论述。参见(日)寺田浩明:《权利与冤抑——寺田浩明中国法史论集》,王亚新等译,清华大学出版社2012年版,第224~225页。

[60] 前注[50],颜俊彦书,第68页。

[61] 关于传统中国司法裁判逻辑的问题,刘晓林教授在分析唐律中的“罪名”问题时提到,与当代刑事立法相比,中国传统刑律在形式逻辑上可能更容易实现罪刑均衡。具体参见刘晓林:《唐律中的“罪名”:立法的语言、核心与宗旨》,载《法学家》2017年第5期,第88页;刑法学界有关这类问题的讨论,参见李永升、赵东:《“以刑定罪”的反思与重构——以还原论与双重异化理论为视角》,载《新疆社会科学》2018年第2期,第130~137页;孙道萃:《以刑制罪的知识巡思与教义延拓》,载《法学评论》2016年第2期,第109~118页;石经海、熊亚文:《何以“以刑制罪”:罪、责、刑相适应原则的定罪意义》,载《社会科学战线》2015年第2期,第208~218页;劳东燕:《刑事政策与刑法解释中的价值判断——兼论解释论上的“以刑制罪”现象》,载《政法论坛》2012年第4期,第30~42页。

[62] 这一案件的相关解读,常建华教授就其中“淹死初生男女”的溺婴问题进行过详细阐述,在此不多赘言。参见常建华:《清代溺婴问题初探》,载《中国社会历史评论》(第四卷),商务印书馆2002年版,第130~131页。

[63] 前注[35],刘海年、杨一凡书,第428页。

基本背景是封云与杨英去宋旺家赊酒吃用，并言改日还钱。宋旺说家中酒已卖尽，并非给酒喝。这样简单的事由致使封云发怒，将宋旺恶骂，并将卖酒的望竿掀折后散去，各自回家。

封云却并未就此罢休，

云思日前曾与宋旺争地仇恨，又怪赊酒不与，不合将今在官妻张氏脑后等处打伤，赶去宋旺家内图赖，当有官屯住人卜信拖劝回家。云愤恨不舍，因见已故男封买定在旁哭泣，云又不合手拿半头砖一块，将男鼻梁上打讫一下，血流昏迷倒地，仍用脚将乳头下踢讫一脚，伤重气绝身死。

此时，会发现一个很有趣的现象，封云先将妻张氏脑后等处打伤，赶去宋旺家图赖。此时，并未产生尸体，只是存在伤害情状。但据描述，封云据此赶去宋旺家内图赖，即利用张氏脑后等处之伤试图图赖宋旺所为；一切在顺利进行时，被卜信拖劝回家。但封云心中依旧愤恨不舍，看见已故男封买定在旁哭泣，封云又与其不合，便手拿半头砖，将其鼻梁打伤，流血昏倒。且封云又用脚踢，导致买定伤重气绝身死。根据刑法基础理论来分析该案伤害行为，封云显然是进行了两个独立的伤害行为：打伤张氏脑后等处与用砖块打伤封买定鼻梁流血，致其昏倒并脚踢致死。前一个行为属于伤害行为，并未产生尸体；后一个行为属于杀害（故杀）行为，产生尸体。浏览下文可知，两者的目的皆为图赖。这里产生一个疑问，本案中第一个行为的目的也是为了图赖，若无卜信的劝说，封云在击打张氏后脑后，赶去宋旺家继续图赖。以及作为图赖工具的张氏身体应该并未有所移动，这样的行为按照理论，也应当被算作“图赖”行为吗？这里值得思考。

回归到案件，当尸体产生后封云果然进行了一系列行为，促使图赖的实现：

本日酉时分，云不合将买定身尸抱去宋旺家内正房内停放安得图赖宋旺打死。

产生尸体，移动尸体，符合理论上有关“图赖”的构成要件。但宋旺不甘，将情赴把总兵指挥处告理，

后差人将云并事内人证拘集，审供明白，蒙行委官指挥佥事孙瓚押带封云等前去已死封买定尸所拘集火甲人等，相得买定生前委被云用砖块打鼻梁骨破，又用脚踢死是实。及勘妻张氏被云赶打头破，今已平复。

此时，案件的基本事实已调查完毕，封买定被打伤鼻梁并被封云踢死一事，以及张氏后脑被封云打伤事，案件事实均认定系封云所为。最后进入到对案件法律结果的判断方面，

蒙将云等问拟父故杀子图赖人者律，减杖六十徒一年，系军余，审无力，^{〔64〕}照例发遣关哨瞭，满日疏放。

审判结果是按照“尊长故杀卑幼图赖人”律，减一等的刑事处罚。但这种惩罚似乎不能有效惩戒犯罪。故右都御史言：“似此凶犯，有伤风化，止问前罪，无以未凶横之戒。”其后又通过举例说明加重处罚的理由：

访得京城之内及外各布政司地方，其间凶泼无赖之徒，故杀卑幼图赖财物如封云者，非止一处一人，皆由情重律轻，无所惩戒，互相传效，习以为风。

〔64〕 这是在司法审判过程中判断罪囚是否具有经济能力在司法方面的术语，具体而言，有“审有力”“审稍有力”和“审无力”三种。参见张光辉：《明代赎刑的运作》，载《四川大学学报（哲学社会科学版）》2005年第3期，第111～112页。

这个理由其实说明两点问题：第一，在明代社会生活中，此类图赖行为发生并不少见；第二，造成此种现象肆意横行的根源，就是有关法律规定的刑罚规定过于轻缓，民不畏法，即“情重律轻”。因此都察院建议：

今后将此等故杀子孙图赖者依律议拟，枷号一个月，发烟瘴地面永远充军。如此，则上有以令天地生物之人，下有以重父子秉彝之姓，和以召祥，刑以弼教，天下生民不胜幸甚等因，具本。

有关上述情罪不符的问题，可能就是传统“以罪统刑”弊端的结果。而改变这种现状的措施则是直接“行为→量刑”的对接，而非传统律典“行为→罪名→量刑”的传统链接。案件情状五花八门，轻重各不相一，若机械按照律例规定进行处罚，必然会出现本案中都察院所言“情重律轻，无所惩戒”的结果，长此以往则是“互相传效，习以为风”不良风气的形成。因此，在司法实践中，具体的司法裁断者已经认识到这样的问题，通过成案的方式来不断弥补固化条文之不足。

以上通过对图赖行为(或现象)从社会事实层面的谋图诬赖，发展为法律规范层面的身尸图赖，最后应用到处理明清有关图赖行为的案件中的适当调整。这一系列活动是动态变化，并非静态固化。这一方面表现得较为明确。以传统中国“图赖”现象为例，亦可窥探中国法律体系的思维方式是一个从经验到概括，再返回到经验的思维方式。这与现代西方的从抽象到经验，再到抽象的思维迥然不同。^[65]

传统中国社会的图赖行动，发端于民间社会的图赖现象，直至成为需要法律规制的社会问题时，才纳入律典体系。图赖的发展是由社会生活层面的谋图诬赖，发展成为法律层面的身尸图赖的过程。这一过程是作为寻常诬赖的日常话语向刑事案件中人命图赖的法律话语转变的历程，也是传统社会图赖语意内涵不断丰富、不断发展的过程。

Abstract The phenomenon of “Tulai” occurred in traditional civil society, but it did not become a problem of legal regulation until the Ming dynasty, and then entered the legal system. This is the process of the change of the oral expression to the professional terms, and also the gradual change of traditional social graph from daily discourse to legal discourse. This course is a kind of dynamic evolution from “phenomenon-normative-judicial practice”. In this paper, it is necessary to analyze the judicial process of the phenomenon in the judicial practice of Ming dynasty, which may have some enlightenment to the concrete manifestation of the traditional Chinese legal system of thinking.

Keywords Tulai, Daily Discourse, Legal Discourse, Judicial Adjudication

(责任编辑：赖骏楠)

[65] 换句话说，传统中国法律更偏向从特殊到有限定范围的普适，再到特殊的思维进程。具体参见黄宗智：《中国的正义体系的过去、现代与未来》，载《开放时代》2018年第2期，第145页。