

中国人民大学

Renmin University
of China



性社会学研究所

Institute for Research on
Sexuality and Gender

<http://www.sexstudy.org>

[首页](#) | [学科建设](#) | [基础研究](#) | [应用研究](#) | [著作发布](#) | [图书检索](#) | [通俗文章](#) | [文献介绍](#) | [讨论地带](#) | [通讯文档](#)

您的位置: [首页](#) -> 论文集《性, 是本能吗?》

《性, 是本能吗?》07: 性与中国传统司法公正

作者: 赵合俊 来源: 《性, 是本能吗?》 类别: 论文集《性, 是本能吗?》 日期: 2007.03.24 今日/总浏览: 2/726

性与中国传统司法公正

— 《包公案》若干性案例分析

赵 合 俊

—

中国古代政治法律制度的一个显著特点, 就是行政与司法没有明显的分野, 行政长官兼理司法事务。历史上的包拯其人, 乃北宋时期的一名高级官吏, 关于他的“司”法事迹, 正史中几乎没有什么记载。不过, 作为一种文化的构建, 千百年来, “包公”已被塑造成中国司法公正的象征; 戏曲、影视中的“包公”被有意识地“打造”成“黑脸”, 意味着“铁面无私”。“包公”, 成了中国传统文化中的司法正义之神。

《包公案》是明代人所撰的一部小说, 其中涉性的案件很多。案件本身当然是虚构的。不过, 由于既然托名为“司法正义之神”的“包公”审判, 那么, 从这些案件的判决中, 也就可以约略地管窥传统的司法公正下中国人的性理念、性态度、性追求、性取向。下面从《包公案》中挑出四个案例进行一番总体性分析。这四个案例所涉及的大体上可分别归类于“私通”、“通奸”、乱伦、强奸四种性犯罪, 按照中国传统的法律观念, 都属于“奸非”。为了论述的方便, 将这四个案例依次编号为[案例一]、[案例二]、[案例三]、[案例四]。

[案例一]

未婚青年秀才许献忠与邻女萧淑玉日久生情。女每夜垂布接引生上楼私通, 前后长达半载。某夜, 生因故未至。僧人明修恰巧路过, 本想偷布, 却被接引到楼上; 窥破淑玉有奸情, 想乘机奸淫, 遭拒后杀死该女潜逃。女父告献忠强奸杀人。包公通过“装神弄鬼”查明真凶, 判以死刑。对许献忠, 本应以“秀才奸人室女”要“去衣襟”的。包公“爱惜人才”, 给予“宽大处理”, 允许许在“再娶, 但须去衣襟”与“保留前程, 但须以淑玉为正妻”之间进行选择。许表示只愿以淑玉为正妻; 至于衣襟之去留, 惟凭大老爷所赐。包公大喜, 遂作了如下判决:

审得生员许献忠，青年未婚；邻女淑玉，在室未嫁。两少相宜，静夜会佳期于月下；一心合契，半载赴私约于楼中。方期缘结乎百年，不意变生于一旦。恶僧明修，心猿意马，夤夜直上重楼；狗幸狼贪，粪土将污白璧。谋而不遂，袖中抽出钢刀；死者含冤，暗里剥去钗珥。伤哉淑玉，逢凶僧断送香魂；义矣献忠，念情妻誓不再娶。今拟僧抵命，庶雪节妇之冤；留许前程，少奖义夫之概。未敢擅便，伏候断裁。

[案例二]

刘仙英因丈夫年幼不解风情，情欲难遂，遂与包括杨善甫三兄弟在内的多名男性通奸，后又同戏子唐子良私奔。仙英的公公于庆塘告杨善甫奸拐妇女，杨善甫则控于庆塘诬告。包公得到“神助”，将案件审问明白，遂作如下判决：

审得仙英，芳姿艳色，美丽过人，秽行淫情，滥恶绝世。耻乳臭之雏夫，养包藏之谲汉。衽席私通，丧名节而不顾；房帷苟合，甘污辱以何辞。在室多情郎，失身已甚；偷情通戏子，背夫尤深。酷贪云雨之欢，极陷狗彘之辱。依律官卖，礼给原夫。子良纳淫奔之妇，曷可称良？善甫恣私奸之情，难以言善。俱拟徒罪，以警淫滥。廷诏诸人悉系和好，法条难赦；庆塘一身宜坐诬告，罚赎严刑。扫除遍邑之淫风，挽回万姓之淳化。

据说，对这样的判决，“人人快服”。

[案例三]

施行庆与儿之妾乱伦，复与大孙媳乱伦，丑名外扬。行庆欲私通儿媳宋氏遭拒绝。宋氏因家丑远播，不忿而死。不久，行庆也被恶鬼捉去。行庆“恶人先告状”，竟状告宋氏不孝，并有宋存作证。宋氏也告行庆乱伦。包公审问明白，遂下判决道：

审得：经有新台之耻，俗有扒灰之羞。施行庆何人？敢肆然为之，不顾礼仪，毫无廉耻，真禽兽之不若矣，乃反出词告媳不孝耶？天下有宋氏之不孝，儿不识孝道矣。更有宋存作证，甚是无礼。此事何事，此人何人，而硬帮相证乎？且余又何等衙门，辄敢如此，特加重罚以儆。

重罚之一，便是令鬼卒将行庆的阴茎割掉。

[案例四]

富家子弟赵嘉宾，乃不羁浪子。一日偶见姑嫂二人貌美，上前调奸不成，乃与其同伙半夜将嫂嫂曾氏捉进山中，三人轮奸。包公审明案情后，作出如下的判决：

审得赵嘉宾，不羁浪子，恃富荒淫，罔知官法之如炉；尚倚爪牙，擒奸妇女，胜若探囊而取物。棍徒化龙等，既不能尽忠告以善道，抑且相助而非；又不能陈药石之箴规，究且设谋以从欲。明火冲家，绑缚工人于地下；开门擒捉，轮奸曾氏于山中。败坏纪纲，强奸不容于宽宥；毋勿首从，大辟用戒乎刁淫。

通过对上述四案判决的研究，不难发现传统司法公正下的“性”至少有如下几个值得注意的特征：

（一）性与婚姻：性的价值附属于婚姻

这从[案例一]与[案例二]的对比上可以看得很清楚。自然，在人权理论的影响下，现代刑法一般对未婚者的“私通”不再视为犯罪，已婚者的通奸也逐渐实现了“去罪化”。但是，按照中国古代法律，这两个案例中的性关系，虽然有婚前和婚外之分，但均属于“和奸”，要给予惩罚的，只不过“有夫奸”比“无夫奸”罪过更大、量刑更重而已。具体的处罚为：唐宋律对和奸判徒刑，明清律对和奸判杖刑。

[案例二]中，包公对通奸的妇女“依律官卖”，对犯奸的多名男性分别“判处有期徒刑”。这是容易理解的。问题在于[案例一]：私通的双方不但没有受到追究，反而受到代表官府的包公的“褒奖”。难道作为司法正义之神的包公果真具有了现代的人权思想？

其实不是。[案例一]与[案例二]表面上看似矛盾，实际上却是殊途同归，共同维护着婚姻礼法。在中国古代，性的价值附属于婚姻，自身并没有独立的价值。这就意味着，对性的评判与处置，要看它是否符合婚姻礼法。[案例二]的婚外性关系，与婚姻直接对立，是对婚姻的背叛与破坏，因此，要给予严惩。至于[案例一]的婚前性关系，则不仅不与婚姻相冲突，甚至与婚姻是相合的。私通的男女双方业已“私定终身”，如果女方没有被杀，双方是可以最终进入婚姻关系的；而女方之“拒奸被杀”，男方之“义不再娶”，确实大合礼法精神，使他们的关系“虽非夫妇，胜似夫妇”。因此，包公利用法官的“自由裁量权”将双方的事实上的“私通”断作了“事实婚姻”，从而赋予了其非法性关系一种“合法性”，并因此种“合法性关系”大合礼法之道而予以褒奖。

（二）性伦理与性权利：人伦毁弃人权

关于这一点，[案例三]作了最好的注释。

乱伦的施行庆做鬼后仍被割掉阴茎，那就等于受“宫刑”了。让乱伦者遭遇这样的“非人道对待”，反映了中国人对乱伦这种“禽兽行”的厌恶与痛恨。宫刑在中国远古时代的五刑中，虽然就刑等来讲要低于大辟，但就对人的尊严的践踏与人格的羞辱这层意义上讲，确实远远超过大辟的，因为处以大辟仍然可以不失尊严地死去，但被施以宫刑者却成了没有任何人格尊严的“非人”。

在“包公”的时代，宫刑早已不是法定的刑罚。包大人割掉乱伦者的阴茎，无论如何，实在是属于“法外酷刑”了。

在中国历史上，宫刑一直显得扑朔迷离。例如，一般公认为男女“不以义交”或“不以礼交”，就“其刑宫”，似乎宫刑是或主要是对付性犯罪的。不过，考诸中国历史，似乎并未见到有谁是真正因为“性犯罪”而“坐法当腐”的。另一方面，对战俘进行阉割，对“谋反”、“谋大逆”等严重危害封建皇室的“犯罪分子”的子孙施行宫刑，文献典籍中倒是不难见到。又如，就宫刑自身来看，有认为宫刑包括“男割势，女幽闭”的，有认为宫刑仅仅指阉割男性的；而对什么是“女幽闭”，又有不同的见解。本文对对宫刑的“考释”不感兴趣，感兴趣的是为什么在中国文化中，宫刑与性犯罪被那么紧密地联系在一起？为什么作为司法正义之神的包公竟对乱伦者施以法外酷刑？

个中的主要原因在于：礼法中国的“人”，是“人伦”关系上的人，与现代“人权”意义上的“人”是完全不同的。从礼法的视角看，人在性的问题上最容易因“禽兽行”而“乱人伦”。而人一旦“禽兽行，乱人伦”，也就降格为兽，不再是人，自然不能也不应该受到“人道化的对待”了。因此，尽管现代人权宪章要求，“任何人不得加以酷刑，或施以残忍的、不人道的侮辱性的待遇”，²但是，包公将“不顾礼仪，毫无廉耻，真禽兽之不若”的乱伦者割掉阴茎，却似乎再自然再合理不过。中国文化中将性交称为“人道”。然而，“包青天”却运用法外酷刑割掉乱伦者的阴茎使之不能“人道”。这是否侵犯了人权？

同样，[案例二]也涉及到这一问题。由于“夫妇之道”属于“人之大伦”，包公“理直气壮”将仙英违背夫妇之伦的行为斥之为“酷贪云雨之欢，极陷狗彘之辱”；至于仙英在婚姻内性欲得不到满足，“情欲弗遂”，包公对这种今天看起来属于个人“性权利”的东西，却又不顾不顾了。

（三）规训与惩罚：礼法惩治性行为，也惩治人的“品性”

在[案例四]中，包公对三名强奸犯，“毋勿首从，大辟用戒乎刁淫”，就是说，没有区分首犯和从犯，一概杀了头，显示了“除恶务尽”的司法原则。当然，轮奸是一种严重的恶性犯罪，历来都是用重刑惩治的。[案例四]的特色在于，重刑不仅是对轮奸这样的恶性“行为”的惩罚，也是对犯罪者——“不羁浪子”、“棍徒”——的“人”的惩治，是对其“品性”的惩治。

现代法律观念认为，只有行为才是法律调整的对象，正如马克思所指出的：“对于法律来说，除了我的行为之外，我是根本不存在的，我根本不是法律的对象”。³这就意味着，现代法律至少在形式上是人人平等的法律，讲求法律道德中立，大体只是“就事论事”和“对事不对人”，对人的“品性”之类的东西不予考虑或者说不过于考虑，对人并不进行分类。

但传统的法律属于伦理性很强的“道德法”，或称为“礼法”，不仅调整人的行为，也调整人的“品行”，法律上特别是司法上，习惯于分“好人”、“坏人”、“善人”、“恶人”“良民”、“刁民”等，倾向于“看人下菜”，对不同的人给予不同的对待。礼法既对法律上的犯罪行为予以惩罚，也对道德方面的恶劣品行给予训诫。上面的几个案例中，这样的特点是很明显的。如[案例一]中许献忠和萧淑玉分别被褒扬为“义”和“节”，其“私通”也被高扬为“两小相宜”、“一心合契”，但僧人明修却被斥为“恶僧”，其想与淑玉发生性关系就堕落成“狗幸狼贪，粪土将污白璧”。其它如[案例二]中的仙英被骂作“秽行淫情”，[案例三]的行庆被骂作“真禽兽之不若矣”，[案例四]的强奸犯被骂作“不羁浪子”、“棍徒”，无不是重视“品行”的反映，也显示了礼法要惩治人本身的寓意。

三

显然，上述四案的判决根据现代的人权理论，是难以理解的，它们反映了传统司法正义下的性是什么样子或应当是什么样子，有什么命运或会遭遇什么样的命运。既然包公是传统文化中的司法正义之神，那么，包公如此判决就必定是“正确的、正当的”；或者说，文艺作品有意“安排”包公那样判决，也必定是那样的判决符合传统文化的理想、价值、精神、追求。

“天赋人权”观念是人权理论的基本支柱。人权中的人，是自然的、原子式的个人。只要生而为人，就享有或应当享有固有的人权。这与中国传统文化是格格不入的。传统文化中的人，是人伦的人，丧失或蔑弃人伦，就不再被当作人。

人与野兽最本质的区别是什么？按照中国传统文化的解释，就在于人有礼而禽兽没有。这就是所谓：“鹦鹉能言，不离飞鸟；猩猩能言，不离禽兽。今人而无礼，虽能言，不亦禽兽之心乎？夫唯禽兽无礼，故父子聚鹿。是故圣人作，为礼以教人。使人以有礼，知自别于禽兽。”⁴礼法制度奠定了人伦基础。婚姻是最基本的礼法制度，也是最基本的人伦关系，是人伦之本，人道之始。⁵没有婚姻，其它一切人伦关系就成了无本之木、无源之水。

乱伦禁忌是人类历史上的第一个禁忌。人伦意义上的“人”的出现，正是从反乱伦开始的，“人的本质产生于乱伦禁忌及作为其结果的妇女的赠与之中”。⁶乱伦禁忌促成了婚姻制度的设立，“婚姻状况保留了一种所谓人类生活的可能性，这种可能性要在对禁忌的尊重中寻找，禁忌反对无节制地满足兽性的需要。”⁷根据中国古代的见解，在婚姻制度之前，有一个无婚姻的“杂交”式的乱伦期，那时，人同野兽差不多，或者说根本就是野兽，身上体现的是“兽性”而非“人性”。⁸后来，圣人创制了婚姻之礼，排除乱伦，才使人逐渐摆脱了动物界。⁹正是在这一意义上，可以说与历史唯物主义“劳动创造人本身”的观点相对，中国古代认为是“礼法创造了人本身”。

婚姻之礼的目的与功能在于“坊民之淫，彰民之别”。¹⁰这里的所谓“淫”，似乎更应当从乱伦的角度解释为“淫乱”，而不是从性欲的角度解释为“淫荡”，因为在婚姻内无论如何“淫荡”，都是不受谴责与制裁的，而一定范围内的亲属结为婚姻，在中国古代法律上是“以奸论”，要强制离异的。婚姻奠定了人伦，因为婚姻的“确定性”使得血统、辈分的划分成为可能；而清楚的血统、辈分又反过来为乱伦的认定、防止与惩治创造了有利条件。法律是为礼教服务的，所以中国古代往往礼、法并称。中国古代法律将一定范围内的亲属乱伦定为“内乱”，属于“十恶”重罪之一，“为常赦所不原”。中国古代已婚妇女犯“淫”系丈夫休妻的理由（“七出”）之一，并且妻子因“淫”被休不受“三不去”的保护。¹¹之所以如此，也不是或不仅是因为从性欲的角度认为妇女的“淫荡”有多么可怕，而是或主要是从紊乱血统的角度认识到“淫乱”的危害，“为其乱家也”。同样的道理，司法实践中之所以坚持对“犯奸”的妇女“去衣受刑”——在公堂上众目睽睽之下褪掉裤子打光屁股——肯定也是因为考虑到了“淫”可能造成的“乱”的后果才如此“无情”的。婚姻固然奠定了人伦的基础，但婚姻制度如果得不到认真的执行，性如果不能严格限定在婚姻内，那么，即使有婚姻制度，仍然可以“毁弃人伦”，婚姻制度形同虚设，人类也就仍然与野兽差不多。基于这样的认识，中国古代对乱伦这样的“禽兽行”或曰“鸟兽行”，是绝对严惩不殆的。¹²

“相鼠有体，人而无礼！人而无礼，胡不遄死？”¹³在中国传统文化中，人之为人，就在于人有礼而鸟兽无之。婚姻之礼奠定了人伦基础，从而使人脱离了动物界。礼仪“塑造了”人性，使之与兽性有了区别，或者说，将兽性限制在礼仪范围内就是人性。“禽兽行”是兽性的表现，符合礼仪的行为，则是人性的表现。无礼之人被贬斥为兽，不再被当作人看待与对待。法以礼为核心，司法公正正是在礼教精神指导下实现的；反过来，只有以礼教精神为指导的司法，才可能是公正的、正义的。性的价值附属于婚姻，因人伦蔑弃人权，礼法既惩治性行为也惩治人的品行，传统司法公正下的性，确实如此，也不能不如此的。

¹ 在英语世界法律文化中，非婚的自愿性关系有“私通”(fornication)与“通奸”(adultery)之分：前者指非近亲的未婚男女之间的性关系，后者指婚姻存续的情况下已婚者与并非其配偶的异性之间的性关系。中国古代文化中并没有这种严格的区分，“私通”、“通奸”“奸”、“私”均可指代两者。本文为了论述的方便，暂将“私通”特指未婚者之间自愿的性关系，“通奸”特指已婚者与非其配偶的他人之自愿的性关系。

[2](#) 《世界人权宣言》第五条。

[3](#) 《马克思恩格斯全集》第1卷，第16-17页。

[4](#) 《礼记·曲礼》。

[5](#) 《礼记·婚义》中有言：“婚礼者，礼之本也。”《汉书·外戚传》中又说：“夫妇之际，人道之大伦也。礼之用，唯婚姻为兢兢。”

[6](#) [法]乔治·巴塔耶：《色情史》，刘晖译，北京：商务印书馆2003年版，第41页。

[7](#) 同注6，第43-44页。

[8](#) “夫乱骨肉，犯亲戚，无上下之序者，禽兽之性，则乱不知伦理。”（王充：《论衡·书虚》）

[9](#) “上古无男女之别，太昊始设嫁娶，以鹿皮为礼，正姓氏，通媒妁，以重人伦之本，而民始不渎。”（《通鉴外纪》）“古之时未有三纲六纪，…于是伏羲…因夫妇，正五行，始定人道。”（《白虎通·号篇》）

[10](#) 《礼记·曲礼》。

[11](#) “七出”为中国古代丈夫休妻的七种理由，“三不去”则是丈夫不能休妻的三种理由。

[12](#) “外内乱，鸟兽行，则灭之”。（《周礼·夏官·大司马》）

[13](#) 《诗经·相鼠》。

关闭窗口

文章版权归原作者所有，未经允许请勿转载，如有任何问题请联系我们。