

戴建国 著

宋代法制 初探

黑龙江人民出版社



110

序 言

宋代法制，上承唐朝法制之传统，在宋历朝统治者的重视下，进入了中国古代社会法制建设的新高潮。从唐代中叶起，中国社会的政治、经济发生了重要变化，到了宋代，这些变化在法律制度方面的反映，便是立法活动的频频开展，司法制度的进一步健全和完善。宋代的立法和司法，有其独到之处，它的鞠谳分司制、翻异别勘制、死刑覆核制、法官回避制、司法检验制都是值得称道的。宋代在中国历史上还首次出现了书铺这样的公证机构。就司法制度而言，宋代是中国古代社会最为完善的朝代。宋代给我们留下了丰富的法律文化遗产。

宋代法制研究者，近代以来，当首推沈家本。沈氏做了许多史料辑佚考订工作，功不可没。惜其因条件所限，一些重要文献如《宋会要》辑本（后经整理影印，名为“辑稿”）、《庆元条法事类》未能利用。四十年代末，邓广铭先生著《〈宋史·刑法志〉考证》，其抉剔讹误，正本清源，是宋代法制研究早期的一部力作。六十年代末，旅居美国的徐道邻发表了不少很有价值的论文，资料翔实，立论多有创见。此外，日本学者仁井田陞、宫崎市定等对宋代法制也有精辟的论述。这些前贤的学术成果至今仍是研究宋代法制的人不能不看的。

八十年代中期，随着学术园地的繁荣，宋代法制研究舞台也逐渐活跃起来。

本书是我探讨宋代法制的阶段性成果的小结,其中多数文章已在海内外发表过,此次结集出版,仍保持原样,仅个别地方作了史料方面的回补和文字更正。为方便读者,依据各篇文章的论题,将文章大致分为法源、刑罚、制度三大类。

修纂编敕,是宋代三百多年历史中最主要的立法活动。《宋代编敕初探》是对宋代编敕的结构体例及其沿革变化、编敕的性质作用和特点等作的研究。关于《宋刑统》以及敕与《宋刑统》中律的关系一文,是我对学界流行观点所作的探讨。我自认为,《宋刑统》制定后,由于宋代社会的不断发展,至少有六分之一的内容被修改订正。尽管如此,《宋刑统》作为宋代通行的基本法典,终宋之世,用而不弃,起着其他法规所不能替代的作用,有宋一代,敕律并行,作为法律形式之一的敕,仅优于律首先适用而已,从未取代过律。

前不久,我在天一阁博物馆发现了学术界原以为失传的宋《天圣令》。这部残存令典载有大量唐宋时期的法令,这对于研究唐宋法律有着十分重要的价值和意义。本书有两篇文章即是对此令典的初步探讨。

关于宋代断例是不事判例的问题,学界有争论,这是件好事。争论有利于学术繁荣。书中也有一篇论及断例。我以为宋代的断例具有判例的性质,但又不尽相同。中华法系有自己的特点,这是很自然的。正如武树臣先生在《中国传统法律文化》一书的后记中所说的,中国的“判例法”同英美法系的“判例法”恐怕在许多方面都不能同日而语。不过是借其名而已。

宋代的刑罚体系也是比较独特的。宋实行折杖法,并实施主、从刑制,从刑的运用十分广泛。书中有三篇论述此问题。

徐道邻曾说:“宋朝的法律制度,最精彩的部分,是刑事审判。”我的《宋代刑事审判制度研究》,就是在徐氏思路的启发下,对宋代

刑事审判制度进行的一番较全面的梳理。我对前人的两个观点提出了异议,其一,我认为宋代虽有鞠谳分司的规定,但鞠谳两司的人员组成,并无严格的界限划分,鞠司官可任谳司官,谳司官也可任鞠司官;所谓鞠谳分司,仅指实际审判活动而言,即一个官员审理案子时,不能既是鞠司官,同时又是谳司官,两者只能任其一。其二,宋代地方判定的死刑案根本不需要报中央刑部核准就可执行,宋地方死刑案只是在执行后报中央,刑部进行事后覆审。

在《宋代的公证机构——书铺》一文里,对公证书铺的职能、公证书铺的管理制度、公证书铺的特点以及其产生的历史背景作了考证。宋代公证书铺可视为我国现代公证机构的雏形,值得我们仔细研究。

自门阀世族退出历史舞台后,一种新型的家族组织开始在宋代出现。书中有两篇是关于家族制度的文章,是我从法制史角度对宋代家族政策、家法族规所作的分析。这是个大课题,我希望以后有机会能作进一步的探讨。

《关于岳飞狱案问题的几点看法》一文,主要从宋司法制度来探寻谋害岳飞的元凶。故收入此书,将其归入制度类。

在本书稿整理完毕,送交出版社之际,不禁怀念起程应镠师。十七年前,我进入上海师范大学,在程先生指导下学习宋史。毕业后留校任教。上海师大的宋史研究,其历史由来已久,有一支很不错的学术队伍。丰富的图书资料,浓郁的学术氛围,使我受益匪浅。本书的许多研究心得,与诸多老师,特别是朱瑞熙师的帮助分不开的。

本书的出版得到了冈松中日文化国际交流基金会的资助,得到了中国社会科学院杨一凡先生、黑龙江人民出版社张绍勤社长的大力支持和帮助。在此一并表示诚挚的谢意。

本书是对中国法制史的初步探讨,其中的观点及错误,尚祈学界的师长和朋友不吝指正。

戴建国

2000年8月于上海师范大学

目 录

序言	(1)
----	-----

法 源 篇

宋代编敕初探	(3)
《宋刑统》制定后的变化——兼论北宋中期以后《宋刑统》的法律地位	(32)
天一阁藏明抄本《官品令》考	(46)
宋《天圣令·赋役令》初探	(71)
论宋代的断例	(92)
《金玉新书》新探	(112)

刑 罚 篇

宋代刑罚体系研究	(133)
宋代从刑考述	(152)
宋折杖法的再探讨	(173)

制 度 篇

宋代刑事审判制度研究	(199)
宋代诏狱制度述论	(246)
宋代的狱政制度	(264)
宋代赎刑制度述略	(281)

宋代家族政策初探	(292)
宋代家法族规试探	(327)
关于岳飞狱案问题的几点看法	(351)
宋代的提点刑狱司	(364)
宋代的公证机构——书铺	(382)

法源篇



宋代编敕初探

在中国法律编纂史上,大量编集皇帝诏敕直接制定成法律文件,对常法和成制加以修正和补充的立法活动十分频繁,延绵不绝,引人注目,成为中华法系的一大特点。其中又以宋代最为典型。宋编集诏敕制成的法规,叫“编敕”。宋编敕修纂之勤,数量之多,种类之繁,空前绝后。据《宋史·艺文志》不完全记载,宋代各种编敕就有八十多部。^[1]不仅有全国统一通行的具有普通法性质的编敕(宋人称之为“海行编敕”、“海行法”),还有适用于地方的《一州一县编敕》,以及适用于朝廷各部、司、监的具有特别法性质的《一司一务编敕》、《农田编敕》等。修纂编敕,是宋代三百多年历史中最主要的立法活动。宋代编敕作为中华法系的一个组成部分,它的许多基本问题,诸如编敕的结构体例及其沿革变化、编敕的性质作用和特点等,至今我们还很模糊,为此,本文试对上述问题作一探索。宋代编敕种类繁多,限于篇幅,这里只就其中具有代表性的,属全国统一通行的海行编敕加以讨论。不当之处,敬祈指正。

一、北宋前、中期编敕的修纂

在正文展开之前,先简单追溯一下编敕的历史。

敕,许慎《说文解字》释曰:“诫也”。刘熙《释名》卷六《释书契》

云：“敕，饬也。使自警饬不敢废慢也。”西汉初年定仪制四品，皇帝命令，曰策书、制书、诏书、诫书。“诫书，诫饬刺史、太守及三边营官，被敕文曰：‘有诏敕某官’，是为诫敕也。”^[2]皇帝命令始称“敕”。由于中国封建社会专制统治体制，皇帝诏敕享有最高法律效力，可以破律。西汉以降，统治者多以诏敕为源修为法令。但是，编集诏敕，使之直接成为法规的立法活动却始于唐代。

唐朝时，皇帝常用敕的公文形式来处理包括刑狱断罪在内的日常政务。朝廷规定，敕由中书省承接，门下省封驳，否则不得称敕。^[3]皇帝在某一时间内，就特定的人或事件发布的单项诏敕，在司法实践中不能广泛适用。《唐律·断狱律》规定：“诸制敕断罪，临时处分不为永格者，不得引为后比。”单项诏敕要成为“永格”，必须经过立法程序，由皇帝下诏，命人加以删削整理，将适宜普遍和长期使用的诏敕法律化，编订成法规实施。凡不入法规的单项诏敕自然失去效力，不得引用。唐前期，编集诏敕制成的法律文件称“格”。《唐六典》卷六《刑部》载：“凡格二十有四篇，‘……盖编录当时制敕，永为法则。’”用以补充律。至开元十九年（731年），这类法律文件开始改称“格后敕”，以便与前已定之格相呼应。《旧唐书·刑法志》载：“（开元）十九年，侍中裴光庭、中书令萧嵩又以格后制敕行用之后，颇与格文相违，于事非便，奏令所司删撰《格后常行敕》六卷，颁于天下。”此后唐陆续编修有《元和删定制敕》30卷、《元和格后敕》30卷、《太和格后敕》50卷以及《大中刑法总要格后敕》60卷等。内容多偏重于刑狱。

进入五代以后，格后敕形式演变为编敕形式。

自五代后唐起，朝廷不再编修刑法格。^[4]其删集当朝皇帝诏敕制成的法规不必考虑与已定之格相呼应，所以径称“编敕”。清泰二年（936年）后唐以制敕“堪悠久施行者”394道编为《清泰编敕》30卷。^[5]后晋天福四年（939年）修有《天福编敕》31卷。后周时又

“以晋、汉及国初事关刑法敕条，凡二十六件，分为二卷，附于编敕，目为《大周续编敕》”。^[6]五代时的编敕广泛用于正刑定罪。这样，唐后期出现的以刑狱为主要内容的格后敕遂被五代时的编敕所替代。

宋承唐、五代之制，敕的应用更为广泛。皇帝颁布的单项诏敕叫“散敕”、“续降”。散敕积累到一定程度，经立法程序，删修成编敕。建隆四年（十一月改元乾德）二月，判大理寺宴仪等人奉诏对《周显德刑统》进行修改。同年八月修成《宋刑统》。于此同时，宴仪等将《周显德刑统》内削出的格、令、宣、敕和北宋初颁布的散敕，共一百零六条，修定成宋代第一部编敕——《建隆编敕》，总4卷。与《宋刑统》同时颁布实施。史称其“宏规丕矩，易简坦明，……传以经谊，蔽以人情。成书之布，前目后凡，较然画一。以四卷之简而取亿万生齿之繁”。^[7]这部编敕有两点需要说明：

其一，它只是将敕、令、格、宣简单地加以汇编。在编纂体例上不分门类，仅以年代为序。敕文正条后注有颁布年月。所谓“前目后凡”，是指目录和正文而言，并非有凡例之设。立法技术十分简单。其二，它与五代编敕无直接的承袭关系。五代编敕在后周修定《周显德刑统》时，已被采摭收入，不复行用。宴仪等人认为《周显德刑统》过分庞杂，使用诸多不便，乃将其中一部分敕、令、格、宣削出别编，恢复了编敕的功能。《建隆编敕》的内容，除了宋初的诏敕外，主要是原《周显德刑统》内的格、令、宣、敕。换句话说，它既有五代编敕的条文，又融进了唐、五代格、令的内容。这些敕、令、格、宣为不同种类的法律规范，各自所调整的社会关系不尽相同。因此它不同于以《唐律》为主干，作为刑法典而存在的《周显德刑统》和《宋刑统》。也不同于五代编敕，它是一部综合性的法规。嗣后，一直到宋神宗熙宁时为止，诸朝所修编敕都没有改变这种性质。

太宗太平兴国三年(978年)和淳化五年(994年),宋先后又修纂了《太平兴国编敕》15卷、《淳化编敕》30卷。这两部编敕在《建隆编敕》基础上,增入了许多当时的诏敕。其编纂体例一仍其旧。从太宗时期开始,编敕除了正文外,通常还附有“敕书德音”等司法文件。

真宗咸平元年(998年),户部尚书张齐贤、给事中柴成务等人奉诏修纂新编敕。乃以《淳化编敕》及淳化元年以后陆续颁布的散敕一万八千五百余道,“遍共披阅,凡敕文与《刑统》、令、式旧条重出者,及一时机宜非永制者,并删去之;其条贯禁法当与三司参酌者,委本部编次之”。^[8]修成《咸平编敕》11卷,共856道,286条。《咸平编敕》在编纂体例和篇目结构上作了重大修改。首先,它以《唐律》12篇为范式,把敕文按门类分《名例》、《卫禁》、《职制》、《户婚》、《厩库》、《擅兴》、《贼盗》、《斗讼》、《诈伪》、《断狱》、《捕亡》和《杂敕》12门。在篇目结构上与《唐律》相同。其次,改变了以往编敕不分门类,以年代为序的体例。“其有止为一事,前后累敕者,合而为一;本是一敕,条理数事者,各以类分取”。即敕从类编,删去了编敕内重复的冗文。再次,把仪制、舆服等属朝廷礼仪制度的敕削出,附于《仪制令》后。使得正文部分更为精练。因此《咸平编敕》较之30卷的《淳化编敕》少了十多卷。颁布后,“当时便其简易”。^[9]经过咸平更改,宋代编敕的篇目结构和修纂体例逐渐规范化。这对于改变北宋前期编敕中存在的內容庞杂、体例不清状况,迈出了重要一步。

北宋前期,凡修纂编敕,由皇帝下诏,临时召集官员进行,事毕即罢。随着编敕修纂的经常化、大规模化,需要一个专门的立法机构来主持其事。于是在大中祥符年间宋设有专门的详定修纂所。^[10]官属有详定官、检详官、对点官和编排官等,由宰相提举,视编敕的需要随时设立。详定编敕所的设立,对于推动编敕修纂活

动的正常开展,有着重要意义。

《咸平编敕》修定后,至大中祥符六年(1013年),真宗颁布的散敕已累积达三千六百余道,有必要进行一次整理。翰林学士陈彭年、判大理寺王曾等奉诏“详定新旧编敕”,删修之。^[11]九年,修定成《大中祥符编敕》30卷,计1374条。仁宗天圣七年(1029年),参知政事吕夷简等人又修成《天圣编敕》13卷,计一千二百余条。

庆历七年(1047年),翰林学士张方平等奉仁宗诏又修成《庆历编敕》16卷,一千七百余条。在编纂体例上作了进一步修改。其一,“因事标目,准《律》列篇”,在依《唐律》分12门的同时,又于每门内分立细目。其二,“每敕系年,……其言某年月日敕者,则尽如原降;言某年月日敕详定者,则微加修润;言臣等参详新立者,乃是众议建明”。敕注明制定年月,便于法官参考。其三,“先卷发例,省烦文也”。创设了于卷首立凡例的编纂之法,简练了正文部分。在立法技术上有了明显的提高。从《庆历编敕》的修纂,可以看出编敕已非散敕的简单汇编,它经过新的立法活动,“增所宜立,周所未详”。^[12]既有整理已有规范,消除其缺陷的一面;又有因时制宜,制定新的规范,弥补旧规范不足的一面。

嘉祐二年(1057年),仁宗命人取《庆历编敕》和庆历四年冬以后颁布的散敕,参酌修定新编敕。七年,宰相韩琦等修成《嘉祐编敕》24卷,一千八百多条。在编纂体例方面,“名篇而附律,先例以举凡,会数敕而同一科,参旧文而发新意,事并出则分从其类,禁当立则特为之条”。^[13]与《庆历编敕》基本相同。惟一的更改,在于它把《庆历编敕》于每条正文后附注颁布年月的形式,改为注于目录之中,使正文简约明了。韩琦等还对《宋刑统》所附敕及参详条进行了一次全面整理,“取其见今可行者”,逐门收入《嘉祐编敕》。并规定《宋刑统》所附敕和参详条今后不再行用。修定后的编敕,“条目绝省”而“文详”^[14]。是北宋中期一部比较成熟的法规,为宋人

所推崇。后世修纂编敕,多以其为蓝本。

熙宁六年(1073年),宰相王安石等修纂成《熙宁编敕》17卷。这部法规在《嘉祐编敕》基础上,“仅就篇帙删除烦复,搜补阙遗”,^[15]编敕体例并无大的变化。

北宋前、中期编敕的立法技术还比较粗糙。主要表现在法律术语还不洗练,文字上还存在有“繁长猥俗,与府县文符无异”的疵吝。^[16]即使是修纂得较好的《嘉祐编敕》,文字仍嫌冗长,故人“多谓《嘉祐(编敕)》为剩文”。^[17]

二、北宋后期和南宋编敕的修纂 及其结构体例的变化

自宋神宗元丰时起,宋朝编敕的修纂体例发生了重大变化,编敕也随之改称“敕令格式”。

宋神宗锐意变法,在经济、政治、军事等方面进行改革。其“达因革之妙,尤重宪禁”^[18],在法制方面也作了重大更改。他把以往编敕中诸种法律规范合而为一的编纂体例,改为按敕、令、格、式四种法律形式分类修纂。并给它们分别下了定义:“设于此而逆彼之至曰‘格’;设于此而使彼效之曰‘式’;禁其未然之谓‘令’;治其已然之谓‘敕’。”^[19]在此立法思想指导下,元丰七年(1084年),刑部侍郎崔台符等人修成编敕72卷,遂以《元丰敕令格式》为名。其“以刑名为敕”,依《唐律》分篇,自《名例》至《断狱》,分12门,12卷。“以约束为令”,自《官品》至《断狱》,分35门,50卷。“以酬赏为格”,格分等级,不分门,5卷。“有体制模楷者皆为式”,如表奏、帐籍、关牒和符檄之类,不分门,5卷。^[20]

必须指出,《元丰敕令格式》不是唐以来已有的敕令格式的汇编再现。它是以《熙宁编敕》为基础,充分吸收了编敕以外宋代所行用的敕、令、格、式的内容,经过融合、调整、提炼等立法活动,重新制定成的法规。同时它也是北宋立法活动发展的必然产物。

宋初,令、式用唐之旧条。太宗时曾命人将唐开元二十五年所修《开元令》、《开元式》加以简单的校勘,定为《淳化令》、《淳化式》,颁布实施。^[21]真宗时修《咸平编敕》,附带修有《附仪制令》一卷。仁宗天圣时,大理寺丞庞籍等又“取《唐令》为本,先举见行者,因其旧文,参以新制定之”,^[22]修成《天圣令》30卷,共21门。此外,宰相吕夷简等“又案敕文,录制度及罪名轻简者五百余条,依令分门,附逐卷之末”,定为《附令敕》18卷。^[23]此后,庆历、嘉祐年间亦都修有《续附令敕》。张方平于嘉祐时又纂有《禄令》10卷、《驿令》3卷,以解决“内外吏兵俸禄,虽有等差而无著令”等问题。^[24]熙宁修编敕,又有《附令》3卷问世。

式,除了《淳化式》外,北宋前、中期间仅颁布过一些零星的,适用于个别部门的式,如《熙宁支赐式》等。诸朝修编敕,都未涉及之。元丰三年,详定重修编敕所曾建议朝廷修订新式,但未有结果。

格,在唐后期,内容多偏重刑狱。^[25]五代时,此类格已被编敕所替代,不再编修。北宋前、中期所修格,已与刑狱无涉,内容多关科举和官员铨选制度。建隆三年,宋修有《循资格》、《长定格》、《编敕格》各1卷。开宝六年(973年),参知政事卢多逊等“参详《长定》、《循资格》,取悠久可用之文,为《长定格》3卷,……自是铨选益有伦矣”。^[26]景德四年(1007年),翰林学士晁迥等又上《考试进士新格》。至元丰三年,神宗改官制,修有《寄禄新格》,规定“以阶易官”,各有级差。^[27]《元丰敕令格式》以酬赏为格。这种以酬赏为内容的法规,元丰以前也已颁布过。如英宗时,三司使蔡襄在一篇奏章中云:“茶盐酒税之局,物物皆有赏格。”^[28]

综上所述,可知到元丰修敕时,宋历朝所修各种大小不等法规已有多部。从而为修纂《元丰敕令格式》提供了丰富的法源和可资借鉴的立法技术和经验。例如,《元丰敕令格式》中关于俸禄料钱的法令,便是“依《嘉祐禄令》立文”的。^[29]同时在另一方面,北宋前、中期法典体系比较散乱,除了《宋刑统》和编敕外,还有《天圣令》、《长定格》及“条目至繁、文古今事殊”作为《开元式》翻版的《淳化式》等。^[30]法出多门,叠床架屋。加之北宋前、中期的编敕,本身是一种综合性的法规,各种不同性质的法律规范混合编纂在一起。如编敕中载有属“令”范畴的行政法。而违令罪与违敕罪的刑罚不相关联,“盖违敕之法重,违令之罪轻”。^[31]以这种体例修成的编敕不利于司法官量刑定罪,有碍法律的准确实施。因此朝廷亟须对法典体系进行一次全面的整理。正是在这种情况下,宋神宗因势利导,及时、果断地修改了编敕的结构体例,将原先编敕中单一的敕的法律形式分修为敕、令、格、式四种形式。“凡旧载于敕者,多移之于令”。^[32]修定后的《元丰敕令格式》,其中《令》的卷数远远多于《敕》、《格》、《式》。《元丰敕令格式》颁布后,与《宋刑统》并行。原先全国范围内统一通行的令、格、式便停止行用。

神宗更改编敕体例,“讲明治具,维时宪度,尽载编敕”,^[33]起到了整齐法规,方便实施的作用。从此,编敕修纂必分敕、令、格、式,“著为成宪”。^[34]元丰以下“虽数有修定,然大体悉循用之”。^[35]终宋之世,编敕都是敕、令、格、式的统编,称“敕令格式”。但习惯上,宋人仍有沿旧名称之为编敕的。^[36]就“敕令格式”的法源来看,仍以皇帝颁布的诏敕为主。元丰修“敕令格式”,令的许多内容就是从敕改移而来的。又如《元祐敕令式》内,敕的条文占了三分之二多。因此,可以将元丰以后的“敕令格式”视为北宋前、中期编敕的延续形式。如果说北宋前、中期,编敕的修纂还处于摸索阶段,那么,《元丰敕令格式》的修定颁布,标志着编敕作为一种系统的、