

人文社科新著丛书

宋代 刑法史研究

戴建国 著



上海人民出版社

人文社科新著丛书

宋代 刑法史研究

戴建国 著



图书在版编目(CIP)数据

宋代刑法史研究/戴建国著. —上海: 上海人民出版社,
2007

(人文社科新著丛书)

ISBN 978-7-208-07617-4

I. 宋... II. 戴... III. 刑法—法制史—研究—中国—宋代 IV. D924.02

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 196930 号

责任编辑 汤中仁

封面装帧 王小阳

· 人文社科新著丛书 ·

宋代刑法史研究

戴建国 著

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

上海华业装璜印刷厂有限公司印刷

开本 890 × 1240 1/32 印张 13 插页 5 字数 324,000

2008 年 1 月第 1 版 2008 年 1 月第 1 次印刷

印数 1-3,250

ISBN 978-7-208-07617-4/K · 1412

定价 29.00 元

绪 言

刑法是关于犯罪、刑事责任和刑罚的法律。刑法史研究则是要探讨刑法和刑罚制度的发展变化史。法史学家蔡枢衡先生曾云，在历史上，中国刑法史是法制史的重心。除了刑法史的法制史，便觉空洞无物。^①这一说法无疑道出了刑法史在法制史上的重要地位。本书试图以宋代——中国历史的一个横断面为切入点来研究刑法史，以便进一步了解和认识中国法制史。

自唐均田制瓦解以后，以唐律为代表的律令体系发生了变化，社会进入了一个变革时期。唐开元后不再修纂新的律和令，而是采取修格和敕的方式来调整社会关系。据《宋史艺文志》载，开元以后，重要的法典尚有《大和格后敕》四十卷、《开成刑法格》十卷、《开成详定格》十卷、《大中统类》十二卷、《大中刑法总要》六十卷、《大中已后杂敕》三卷、《大中后杂敕》十二卷。我们今天所能看到的《唐律疏议》，只是唐前期的法律，唐后期的法典并没有能流传下来。这给我们了解唐后期的法律变化，带来了诸多困难。例如元人王元亮所编唐律五刑图，其中徒刑一栏有决杖六十至一百的注解。这一注解与传世的《唐律疏议》记载的唐代刑罚完全不相符合。其中的变化关系，至今还令人困惑不解。这一变化对后来的朝代产生了重要影响。

^① 蔡枢衡：《中国刑法史·序》，第4页。

进入北宋以后，土地私有制进一步发展，租佃制普遍确立起来，社会阶级关系也起了很大变化，原先处于社会下层的奴婢、部曲身份有了提高。社会发生重要变迁，与此相适应，法律制度也作了较大调整。例如在唐代高宗时期，例被禁止使用。^①但到了宋代，在律、敕之外，大量编纂例，例广泛适用于司法实践。这不能不说是宋代法律制度变化的一个体现。

日本研究中国法律史的著名学者仁井田陞曾经指出：“宋代是中国立法史研究上最困难的时期之一。”^②不唯立法史研究如此，宋代刑法研究也是如此。这不仅在于年代久远，传世的法律典籍十分有限，更主要的原因在于宋代刑事法律制度的多变性。宋太祖以兵变方式建立了宋政权，惩五代诸侯割据之乱，采取了“事为之防，曲为之制”的治国方针，一方面仍承袭唐五代之制，另一方面又给予必要的改革，在制度设置上形成了复杂多变的特点。宋代刑法较之前代，也显得十分繁杂。北宋前、中期，法律的适用和法典的编纂存在一种双重现象，一方面继续沿用唐律、令、格、式，另一方面因时制宜，制定新法，编纂新的法典，新旧法律同时并用。宋人夏竦曾就法律的繁杂状况批评说：“律、令、格、式之科，《刑统》、《编敕》之条，棼类相杂，矛盾不同。奸吏有市法之门，丹笔有悞书之罪。”^③

19世纪末20世纪初，随着西学东渐，国内一批学者开始用近代西方的新理论和新的研究方法来研究中国的传统法律，沈家本便是其中的一位杰出代表。沈氏对传世的法律文献和有关史籍进行了认真的

① 参见[日]池田温：《唐代〈法例〉小考》，《第三届中国唐文化学术研讨会论文集》，第75—89页。

② [日]仁井田陞、今堀诚二：《〈金玉新书〉与〈淳祐新书〉考》，《中国法制史考证》丙编第3卷，第123页。

③ 黄淮、杨士奇：《历代名臣奏议》卷二一〇《法令》。

梳理考证，撰有《历代刑法考》。但当时因条件所限，一些宋代重要文献如《宋会要辑稿》、《庆元条法事类》、《续资治通鉴长编》等未能见到和利用，因此沈家本有关宋代部分的考证研究受到了限制。

20 世纪上半叶梁启超《论中国成文法编制之沿革得失》（《饮冰室文集》之十六）一文，总结宋代成文法特点说：宋以前“偏重一般法，宋则多有局部法；前代偏重普通法，宋则多有特别法；前代偏重刑法，宋则多有刑法以外之法。终宋之世，殆无岁不从事于编纂法典之业也”。梁氏对宋代断代部分只作了概要式的叙述，过于简略。

1929 年，杨鸿烈发表了《宋代的法律》（《吴淞月刊》第 1 卷第 1—4 期），运用近代法律学原理，分法典、法院组织、诉讼手续、刑法总则、刑法分则、民法、法律思想等若干部分，对宋代的法律进行了比较系统的论述。虽然杨鸿烈在文章中花了不少笔墨阐述宋代法律各个方面的内容，但是其所用资料基本局限于《宋刑统》、《宋史》、《文献通考》，其他重要文献未能充分利用，因而其研究的深度有限。

1934 年，陈顾远著《中国法制史》问世。囿于通史体例，陈著对宋代部分的论述不多，但他的一些观点对后世学者影响很大，直至今日，一些论著仍沿其说，例如关于宋神宗“以敕代律”说、“宋折杖法为附加刑”说。

邓广铭 1949 年发表的《宋史刑法志考证》（“中央研究院”历史语言研究所集刊第 20 本下），对宋《刑法志》存在的疵病作了订正。

以上通史性的著作间或涉及宋代刑法的，大都停留在浅层叙述上，比较简略。

总的来看，宋代法律制度的研究与其他学科相比，起步较晚，20 世纪上半叶的研究成果不多，研究力度也不够。这主要受到了两方面的影响。首先是有关宋代法律资料整理、发掘得较迟。如《宋会要辑稿》直到 1935 年才整理出来，此后不久便爆发了抗日战争，日本帝

国主义的侵略极大地妨碍了学者们的研究。而另两部宋代的法律文献《庆元条法事类》和《名公书判清明集》版本流传稀少，学者不易见到。其次，由于上述原因，人们通常看到的是宋代基本法典《宋刑统》，这是一部以唐十二篇刑律为主干修撰而成的宋代基本法典。长期以来，在人们的观念中，宋代的法律只是唐律的翻版；这在一定程度上影响了人们对宋代法律的深入探讨。

20世纪70年代，徐道邻连续发表了一系列重要论文，使我国的宋代法制研究进入了一个新阶段。1953年，他的《中国法制史论略》出版。在这部书里，徐氏论述了宋用唐律的问题、《刑统》及编敕的问题，批驳了唐律在宋朝不再使用和《宋刑统》在宋朝并不重要两种极端的观点。此后学界又出版了他的《中国法制史论集》。但徐氏研究的重点并未放在宋代的刑法上。

20世纪80年代以来，宋代法律研究获得了前所未有的发展，先后出版了王云海主编的《宋代司法制度》、赵晓耕的《宋代法制研究》、郭东旭的《宋代法制研究》、薛梅卿的《宋刑统研究》、张晋藩主编的《中国法制通史·宋代卷》、戴建国的《宋代法制初探》、薛梅卿等主编的《两宋法制通论》、吕志兴的《宋代法制特点研究》，取得了丰硕成果，其中不少论及宋代刑法。此外，还发表有许多单篇文章。

关于宋代刑法研究，有些问题，学者们认识不尽相同，争论较大。如对《宋刑统》的评价以及宋代律与敕的关系的讨论，是学术界争论的一个焦点。长期以来流行的观点认为，《宋刑统》只是《唐律》的翻版，没有多大价值；宋神宗“以敕代律”后，《宋刑统》名存实亡。江必新、莫家齐《“以敕代律”说质疑》（《法学研究》1985年第3期）对流行的“以敕代律”说提出了疑问，认为从《宋史·刑法志》不能得出宋代“以敕代律”的结论来，指出敕乃用来补律之未

备，补律之未详，补律之偏颇。作者承认，在两宋司法实践中，敕的地位越来越高，律的地位越来越低。其后，敕的效力逐渐优于律条。到宁宗时，律的效力甚至还不如例。

郭东旭《宋刑统的制定及其变化》（《河北学刊》1991年第4期）则坚持传统的说法，认为宋神宗以敕代律后，《宋刑统》的实际法律地位已是名存实亡，《宋刑统》并非终宋之常法。薛梅卿《重新估评〈宋刑统〉》（《南京大学法律评论》1996年秋）提出要重新认识评价《宋刑统》，并以大量史实论证了这部法典富有时代气息，“终宋用之不改”。肯定了它的历史价值和地位以及对国内外法制建设的重要影响。魏殿金《律·敕兼行——宋代刑法体系兼论》（《齐鲁学刊》2000年第3期）对江必新、莫家齐的观点作了进一步的补充，亦主敕律兼行之说。此外，王侃《宋例辨析》（《法学研究》1996年第2、6期）对宋代的例作了研究，对流行观点提出了疑问，认为断例不是法。

折杖法是北宋建隆四年（963）颁布的法律。关于折杖法的性质，学术界历来看法不同，有的认为是附加刑，有的认为是五刑的代用刑。以陈顾远为代表主前说，上海社会科学院法学研究所《〈宋史·刑法志〉注释》（群众出版社1978年版）则首开后说。嗣后，薛梅卿《北宋建隆“折杖法”辨析》（《中国政法大学学报》1983年第1期）对折杖法作了进一步考述，以翔实的论据论证了折杖法的“折杖”是五刑的代用刑。在此之前，《〈宋史·刑法志〉注释》虽然提出了“代用刑”之说，但无具体论证。然而学术界对此仍有不同看法，郭东旭认为，在刺配法中，折杖法是附加刑（《宋代法制研究》第218页）。安国楼《宋代笞杖刑罚制度论略》（《河南大学学报》1991年第1期）论述了宋代笞杖刑罚制度，认为折杖法对笞、杖、徒罪是一种代用刑罚，对流刑是一种附加刑罚。李文楷《北宋加役流新探》（《中国史研究》2001年第1期）也认为折杖法是附加刑。总之，对宋代的折杖

法、宋折杖法与编配刑的关系等问题仍有争论。

值得一提的是，日本学者辻正博、川村康等对宋代刑法作了较细致的研究。辻正博撰写有《宋代的流刑与配役》（杨一凡主编《中国法制史考证》，丙编第3卷，中国社会科学出版社2003年版）、《宋代编管制度考》（《东洋史研究会》第61卷第3号，1992年）等文。川村康撰写有《宋代折杖法初考》（杨一凡主编《中国法制史考证》，丙编第3卷）、《政和八年折杖法考》（杉山晴康《裁判と法の历史の展开》，敬文堂1992年版）及《宋代断例考》（东洋文化研究所纪要第126册，1995年）等文。但限于语言文字的隔阂，对这些成果的借鉴和吸收还远远不够。

综上所述，宋代刑事法律制度的研究，虽然取得了一定成果，但应当看到，在以往的刑法史或法制史著作中，有关论述大都非常简略，语焉不详，有许多问题，分歧还很大，尚待深入研究。其中也有不少叙述之作，停留在浅层的介绍，没有新意，或是创新之处少，因循之说多，甚至发生错误。如《中国刑法简史》在论述宋代的劳役刑时说：“应配，是指判处流刑或者徒刑的罪犯，遣送至流放处所或者服劳役的场所。”并说：“宋王朝对劳役刑作如此变更，表明封建制度已处于崩溃前夕。”^①这是对宋朝刑法并没有仔细研究而得出的不符合历史事实的结论。又如自梁启超《论中国成文法编制之沿革得失》首开宋神宗《元丰敕令格式》为世界最庞大之法典，达二千零六卷之说后，陈顾远也认为《元丰敕令格式》有二千零六卷。这一说法显然是根据当时的通行本武英殿等刻本《宋史·刑法志》得出的（武英殿本作“二千有六卷”）。所谓二千零六卷之说，除了《宋史·刑法志》的个别版本记载外，其他有关宋代文献都没有这么说。百衲本《宋史·

^① 宁汉林、魏克家：《中国刑法简史》，中国检察出版社1997年版，第227—228页。

刑法志》则作“二十有六卷”（百衲本二十四史以元至正本配补明成化本而成，其中元至正本缺《宋史·刑法志》，乃以明成化本补足而成）。其实《续资治通鉴长编》卷三四四说得很清楚，《元丰编敕令格式》仅有七十二卷。《玉海》卷六十六亦云七十一（二）卷。误传的二千零六卷的“千”字，当是“十”字之误，是古籍流传过程中刻板不当造成的。当时包括梁启超在内，没有人对此刻板之误仔细加以辨证。1977年中华书局点校本以百衲本为底本，校以他书，对《宋史·刑法志》存在的错误进行了纠正，其即作“二十有六卷”。然而上述《元丰敕令格式》有“二千零六卷”的说法长期以来为不少学者所因袭沿用，直至最近出版的几部很有影响的法制史专著也持此说。长期以来，有关宋代刑法的研究颇为混乱，有许多问题有待进一步系统研究。

关于本课题的研究，文献资料是一个非常关键的问题。宋代的法典流传下来的，主要有《宋刑统》和《庆元条法事类》。关于《宋刑统》，近年来有不少成果。2002年出版的周密著《宋代刑法史》，主要以《宋刑统》为研究对象。我们知道《宋刑统》修纂于宋政权建立后的第三年，而两宋有三百二十年的历史，因此仅仅以这部书的研究来代替整个两宋时期的刑法研究，显然是失之偏颇的。同时就《宋刑统》来说，其以唐律为基干，而唐律的研究，学术界已有丰厚的学术成果，我们再把其中已经研究过的唐律拿来重复做一遍而无创新，意义不大。再者，唐律的许多内容已不适用于宋代而废弃不行。如周先生在该书第199页，论述“占盗侵夺公私田”时曰：“古称帝王制法，农田百亩，官员按品级配有永业田，以及老小寡妻按人口受田，各级都有等级界限，不是土地宽裕的地方，任何人都不得在限外括占田地。……依令规定，百姓受田都足够用的，叫做‘宽’，不足用的，叫‘狭’。”这里讲述的其实都是唐代的均田制。然而入宋后的实际情

况是，“田制不立”，^①百姓已不再受田，有钱则买，无钱则卖。土地买卖盛行。因此，周先生完全围绕《宋刑统》之律所作的刑法研究不能不导出一些错误的结论。类似的例子还很多。

本书研究不局限于《宋刑统》，把《庆元条法事类》也作为两宋重要的刑法研究材料。这部法律汇编虽然修纂于南宋，但其法源却可追溯到北宋，其许多条款继承了北宋的法律。例如《庆元条法事类》卷五二《差补·职制敕》：“诸重禄公人因职事受乞财物者，徒一年，一百文徒一年半，一百文加一等，一贯流二千里，一贯加一等。共犯者并赃论。徒罪皆配邻州，流罪五百里，十贯配广南。”关于此重禄公人法，早在北宋元祐五年（1090）就制定了，《续资治通鉴长编》卷四五〇元祐五年十一月乙丑：“门下后省言：‘重禄人因职事取受财物，及系公人于重禄公人因本处事取受人财物、故放债收息及欺诈，不满一百文徒一年，一百文加一等，一贯文流二千里，一贯加一等。共受并赃论，徒罪皆配邻州，流罪五百里，十贯配广南。’”因此可以说，《庆元条法事类》所汇编的法律，并非仅南宋一个时期的法律，而是整个两宋时期的法律。因此本书充分利用了《庆元条法事类》材料来研究宋代的刑法。

应当指出的是，研究宋代法律的学者多引用《宋史·刑法志》来论证。研究宋代法律，自然不能不注意《宋史·刑法志》。然此志存在不少问题。邓广铭先生曾论证说其有八种疵病。盖《宋史·刑法志》大部分是从其他宋代文献抄袭而来，作者态度十分草率，以致错讹惊人。^②对于这样的资料，取用一定要慎重。由于《宋史·刑法志》

^① 《宋史》卷一七三《食货志上》。

^② 邓广铭：《宋史·刑法志考正》，《中央研究院历史语言研究所集刊》第二十本下册，商务印书馆1949年版。

所载史料，大部分可在传世的文献中找到，故本书尽可能不用此志的记载。除此之外，本书还力求广泛接触宋代法律文献以外的资料。

研究宋代刑事法律制度，不能停留在法典、法规的条文上。宋政府制定的各种法典法规是宋代司法活动赖以进行的基础，但在司法实践中，还需要考察司法官员是如何运用这些法律来解决问题的，研究司法官员在法律具体实施过程中所要解决的问题，以及考察法律实施后的社会效果，把所谓“死法”和“活法”结合起来研究，注重法的动态和法的功能研究。

本书的研究内容分七个部分：一是刑事立法。二是刑法适用原则。三是刑律体系。四是主要罪名。五是刑罚体系。六是量刑制度。七是刑罚执行制度。本书以实证研究为主，着力点主要在以下几个方面：

一、系统研究宋代的立法，这在以往的法制史论著中都是缺乏的。在探讨宋代立法机构编敕所的基础上，提出了宋代在中国历史上第一次在司法职能部门之外建立了专事立法的机构的新观点，并认为宋代在健全立法制度的同时，建立了相应的法律公布传达与接受登录制度，形成了完整的法律公布体系。

二、对宋代刑法研究中一些有争论的焦点问题提出了自己的看法，就宋代刑罚实行主、从刑制进行了辨析，认为宋代仍以五刑为基本刑，在执行时，除死刑外，实施折杖法，以统一的刑具击打规定的部位，笞、杖刑得以减决杖数，徒刑决杖免役，流刑决杖免远徙。折杖法的实施，无论是一般犯人，还是重罪犯，事实上都减轻了刑罚，从而出现了刑轻不足以惩恶的局面。宋采用编、配等从刑附加于主刑后的方式，以加大惩治力度，很好地解决了问题。还对宋代的计赃制度、宋代的恩赦制度等都作了补充性研究。

三、对宋代刑罚中的折杖法的一些重要内容如小杖问题、徽宗大

观以后的折杖法问题、南宋折杖法之臀杖问题作了深入考证。此外，对宋代立法技术、宋代量刑原则的一些问题、编管刑的源流也作了创造性的细致研究，对长期以来宋代刑法研究一直未能说清或者未被注意的问题，提出了己见。

四、关于断例问题、自首问题的论述，乃针对学术界不同观点，提出了如何看待、评价宋代断例和自首问题的方法和标准，有助于宋代断例问题和自首问题的进一步讨论。

五、就刑罚消灭制度作了进一步探讨，论述了宋代的恩赦制，尤其是宋代的量移制度，学术界尚未见有学者涉及此课题。对此，本书作了开拓性探索。

宋代刑法研究，无疑是一个较大的课题，本书的撰写，仅仅就其中的一些主要问题作了系统探讨。有些内容，还有待于日后进一步研究。

出版说明

近十几年来，出版界愈益为生计所累，纯学术著作因印数较少，出版颇为困难。而在另一方面，随着我国国民素质的普遍提高，高校招生的迅速扩大，整个社会的学术创造力大大增强，学术成果愈见丰厚。有鉴于此，本社决定策划出版《人文社科新著》丛书，意在给学术专著的出版开辟一个新的园地，使广大学者积年研究所得的学术心得能够嘉惠学林，传诸后世。

本社向以传播和译介学术文化为己任，为将优秀的学术成果转化高质量的出版物而努力。出版一流学者的一流学术著作固然是我们不懈的追求，但学术成果的价值常常需要时间的检验，凡能采用新材料、运用新方法、提出新观点，新颖、扎实的学术著作我们均竭诚欢迎。列入这套丛书的著作，或许在各自领域里所取得的成果有大有小，但这些成果都是逐步成长累积的学术大厦的必要组成部分。古人云，“积微成大，陟遐自迳”，我们相信，假以时日，这套丛书中一定会出现若干部对学术有重大贡献的不朽名作，这是我们和作者的共同期待。

属于人文社会科学的学科林林总总，决定了这套丛书的选题范围比较宽广。在丛书出版的初始阶段，取稿以研究中国传统文化者为主，且暂不作分类，待到有一定的积累和规模后，或可按学科分类构成若干专题。

学术为天下公器，立言可达人生不朽。我们殷切期待海内外学者不吝赐稿，为学术文化事业的繁荣发展共同做好这件有意义的事情。

目 录

绪 言	1
第一章 宋代刑事立法	1
一 立法指导思想	1
二 立法机构	11
(一) 编敕所的设置与沿革	11
(二) 编敕所官员的选任和职责	15
三 立法程序	17
(一) 编敕所起草法典, 中书等审核, 皇帝批准	17
(二) 征集修改意见	23
(三) 刑法的修改和补充	25
(四) 刑法的公布传达与接收登录	32
四 立法技术	40
(一) 普通法和特别法的划分	40
(二) 新旧法时效的处理	41
(三) 《看详卷》的编纂	42
(四) 春秋两季散敕的编录	43
(五) 《随敕申明》的编纂	46

五	立法规则	47
(一)	立法官的监督管理	47
(二)	奏请立法及改法的规定	48
第二章	刑法适用原则	50
一	断罪引敕律令格式	50
二	敕优于律首先适用	50
三	世重世轻变通适用	53
(一)	从重惩处的原则	54
(二)	特殊情况下的从宽原则	54
四	新旧刑法交替时从轻适用	55
五	法无明文比附以定罪	56
六	数罪并罚及更犯加重	60
第三章	宋代刑律体系	64
一	宋代的律	65
(一)	《宋刑统》的制定	65
(二)	《宋刑统》编撰体例和内容的变化	66
(三)	律与《宋刑统》的关系	68
(四)	律与敕的关系	70
二	编敕	72
(一)	编敕的修纂	72
(二)	编敕的性质和作用	76
(三)	编敕的特点	85
三	断例	90

(一) 断例的编撰、颁行和适用原则	90
(二) 断例的性质、作用和特点	103
第四章 宋代主要罪名	115
一 十恶	117
二 违制罪	120
三 贪赃罪	122
四 强盗罪	127
五 窃盗罪	131
六 侵犯人身罪	139
七 故烧舍宅财物罪	141
八 奸淫罪	143
九 民事罪	145
第五章 宋代刑罚体系	148
一 北宋初期的刑罚	148
二 折杖法	159
(一) 折杖法内容及作用	160
(二) 折杖法制定时间	163
(三) 折杖法之小杖	168
(四) 徽宗大观以后的折杖法	173
(五) 南宋折杖法之臀杖问题	180
(六) 宁宗嘉定以后折杖法的实施	183
三 主刑与从刑	185
(一) 宋实行主、从刑制辨析	185