

总主编

杨一凡

本编主编

寺田浩明

本卷主编

川村康

# 中国法制史考证

丙编  
第三卷

日本学者考证中国法制史重要成果选译  
宋辽西夏元卷



总主编 杨一凡 本编主编 寺田浩明

本卷主编 川村康 本卷译者 姚荣涛

# 中国法制史考证

丙编  
第三卷

日本学者考证中国法制史重要成果选译  
宋辽西夏元卷

# 目 录

## 宋元时期的法制与审判机构

——《元典章》的时代背景及社会背景 …… 官崎市定 (1)

《金玉新书》与《淳祐新书》考 …… 仁井田埜 今堀诚二 (122)

## 《大元通制》解说

——兼介绍新刊本《通制条格》 …… 安部健夫 (161)

## 元初法制一考

——与金制的关系 …… 植松正 (203)

辽代北面中央官制的特色与世官制的意义 …… 岛田正郎 (233)

## 《作邑自箴》研究

——对该书基础结构的再思考 …… 佐竹靖彦 (261)

论南宋时期家产分割中的“女承分” …… 柳田节子 (296)

## “父母已亡”女儿的继承地位

——论南宋时期的所谓女子财产权 …… 高桥芳郎 (316)

宋代折杖法初考 …… 川村康 (344)

宋代的流刑与配役 …… 辻正博 (416)

## 《清明集》的“法意”与“人情”

——由诉讼当事人进行法律解释的痕迹 …… 佐立治人 (438)

# 宋元时期的法制与审判机构

## ——《元典章》的时代背景及社会背景

宫崎市定

### 一、绪论

#### ——律典权威的动摇

本人参加人文科学研究所主办的“《元典章》讲读班”至今已三年有余了。在此期间，心中总萦绕着这样一个问题：《元典章》究竟是什么性质的法典？当然，我们这里所说的《元典章》，就是元代卷帙浩繁的法律汇编《大元圣政国朝典章》，它由“本集”和“续集”两部分组成。其“本集”六十卷，约成书于元英宗至元元年（1321年），“续集”不分卷，约成书于至元二年（1322年），很可能是在江西一带刻版印行的。但是，这部包罗万象的“六法全书”应该不是中央政府的官修法典，这一点，也可从《元史·刑法志》对其只字不提上看起来。

关于包括《元典章》在内的元代法典，安部健夫和仁井田陞两位教授已经有了非常出色的研究。<sup>①</sup>但是，一说到元代，我们往

---

① 有关元代法典的参考文献：

往就会想到其蒙古人统治中国的史实，从而认为元代法制理所当然地会具有蒙古或西方特色。然而，我在研读《元典章》的过程中，感到把元代法制判断为宋代法制的延续更为合适。换言之，那种迥异于中世唐代律令和近世宋元时期法制的特征，引起了极大的兴趣。

对于元代未曾颁布律令的事实，不能简单地用元朝是少数民族征服者王朝来解释。实际上，中国由唐而至于宋，经历了一场社会大变迁，中世的立法已与社会不相适应，元代未颁布律令，原因正在于此。最能反映这一现象的是，宋代以后律的权威受到严重动摇。

律是从汉代至唐代统治中国的刑法。当然，因应时代的变化，律也不断地在修改，最后形成了唐代的律。但律自有其一以贯之的精神，那就是它与儒家的“礼”密不可分。儒家的礼是圣人所定的、人们在日常生活中必须遵守的行为规范。它虽然有很高的权威性，但并没有强制力。因此，当时的君主代为古代圣人赋予礼以强制力，制定了对违礼者的罚则，这就是律。因而可以说，儒家的礼的特点，就此完整地成了律的特点。

儒家的礼清晰地划分家族内的尊卑等级和社会上的上下阶级，希望他们不要相犯。律完整地体现了礼的主张，它必然也要严格地划分家族内和社会上的等级，也不会忽略详细地列举上对下的权利和下对上的义务。

自汉至唐绵亘一千多年的律，其权威入宋以后急剧地动摇起

---

安部健夫教授：《大元通制解説》（见《东方学报》京都第一）；《關於〈元史·刑法志〉と〈元律〉的關係》（见同上第二）。

仁井田埜博士：《元代刑法考》（见《蒙古学报》第二）；《元典章的成立与大德典章》（见《史学杂志》51之9）；《永樂大典本大德典章統考》（见同上52之4）。

来。究其原因，主要是社会发生了巨大的变化。原有的儒家之礼是古代的事物，而且它是在古代氏族制度逐渐衰落之际，人们为了阻遏其衰落而抱着怀旧情结进行逆向性努力的结果。进入汉代以后，开始产生新的豪门大族，借助其发展之势，礼获得了前行性发展，也就是礼被收纳到了律之中。大约从唐代开始，这种中世的大家族再次发生分裂，出现了小家族倾向。进入宋代以后，近世性质的个人本位主义大大地兴盛起来。不难理解，在这种情况下，包裹着中世之律外衣的古礼，已与新时代不相适应。

但是，我们也不能疏忽问题的另一个方面。这就是所谓儒家的礼，在其问世之初具有逆戢人情、违背理性的性质。虽然不能说律已经原封不动地包容了礼的全部内容，但是缘于礼的不合常理，律的内容也表现出严重的不合理。

《唐律》规定：“诸告祖父母、父母者，绞。”其被子孙告发的父母、祖父母，则“得同首例”，可以作为自首处理。<sup>①</sup>

宋代初年编纂的、堪称为“宋律”的《刑统》，原文照抄了以上条文。无论怎样理解，这也是一条不合理的规定。奴婢与其主人间的地位关系，完全套用儿子与父母间的地位关系。然而，对于如此不合理的律条，宋代政治家们的态度是怎样的呢？

张詠尚书，再知益州。民有负贩者，翁役其妇，妇违之，翁怒，剪其发曰：“我作婢使汝。”其子自外归，作闹，所由具事领过。或〔官崎注：此人当系胥吏〕谓其子曰：“翁剪妇发何罪？子若执父，汝罪不轻。”（官崎注：此案或经县衙审理后解至州府。）至厅下，詠诘之，翁云：“妇自剪发泥。”其

<sup>①</sup> 《唐律疏议》卷二三。

子亦云：“妻自剪发泥翁。”詠察其诬，即于解状后判云：“虽然子为父隐，其奈执辞不定。既不可穷诘于尊长，又不可抑断于卑幼。仰责新妇状，今后再不侍养，别具状领过。并放。”詠谓掾属曰：“[律文，]五服之内[相犯者]，卑幼条至重。亲民之官，所宜尽心。”<sup>①</sup>

这是地方官采用灵活手段处理“子告父”案件的例子。如果天子遇到这类案件，他就可以更清楚地表明自己的立场：

[宋太宗]端拱元年(988年)，广安军民安崇绪录禁军，诉继母冯尝与父知逸离，今来占夺父赀产欲与己子。大理定崇绪讼母罪死。太宗疑之，判大理寺张詠固执前断，遂下台省集议。徐铉议曰：“伏详安崇绪词理虽繁，今但当定其母冯与父曾离与不离。如已离异，即须令冯归宗，如不曾离，即崇绪准法诉母处死。今详案内不曾离异，其证有四：崇绪所执父书，只言逐州公论、后母冯自归本家，便为离异，固非事实，又知逸在京，阿冯却来知逸之家，数年后知逸方死，岂可并无论诉遣斥？其证一也；本军初勘，有族人安景泛便自引退，其证二也；知逸有三处庄田，冯却后来自占二处、小妻高占一处，高来取冯庄课，曾经论讼，高即自引退，不曾离绝此证三也；本军曾收崇绪所生母高勘问，亦称不知离绝，其证四也。又自知逸入京后、阿冯却归以来，凡经三度官司勘鞠，并无离异状况。不孝之刑，教之大者，崇绪请依刑部大理寺元断处死。右仆射李昉等四十人议曰：“据法寺定断，以安崇绪论嫡母冯罪，便合处死，臣等深为不当。若以五母

<sup>①</sup> 《折狱龟鉴》卷八。

皆同，即阿蒲虽贱，乃是安崇绪之亲母，崇绪本以田业为冯强占亲母衣食不充，所以论诉，若从法寺断死，则知逸负何辜而绝嗣、阿蒲处何地而托身？臣等参详，田业并合归崇绪，冯亦合与蒲同居，终身供侍不得有阙，冯不得擅自货易庄田，并本家亲族亦不得来主崇绪家务，如是，则男虽庶，子有父业可安，女虽出嫁，有本家可归，阿冯终身又不乏养，所有罪犯并准赦原。”诏：从昉等议，铉、佖各夺一月俸（《文献通考》卷一七〇）。

这个案例，天子明确地表示对律条不满，并依仗自身权威修正了律条的适用，清晰地表明太宗的思想与律文的精神发生了冲突。在律所规定的家族制度中，所谓“母”，并非指母亲个人，而是指她在家族中的地位，所以究竟是生母还是继母，几乎不是什么问题。但是从人情上来说，这两者有很大的差别，更何况，即使同样是继母，有的有养育之恩，有的甚至未曾谋面。但是，律却把这种复杂的关系置换为家族制度中简单的上下关系。对于中世时期豪族实行的大家族主义来说，那也许算是一种必要的制度，但宋代社会毕竟已与那时截然不同。在已经产生个人本位主义萌芽的宋代以来的近世社会，人们比较重视个人与个人之间的实际关系，所以必须对法律加以相应的修正。给安崇绪做出人情化判决的宋太宗，曾颁布过一个与此相关的敕：

〔太平兴国五年〕自今继母杀伤夫前妻之子及姑杀妇者，并以凡人论。<sup>①</sup>

<sup>①</sup> 《文献通考》卷一七〇。



律文规定，继母以母亲的身份虐待继子，以违犯教令为由殴杀继子者，徒两年。按照宋代的折杖法（后文详述），这只要施以脊杖十七便可了事。律文还规定，婆婆因虐待、殴打而造成儿媳废疾的，处杖刑一百，即使造成死亡，也只是流一千里，而按照折杖法，这分别只是处以臀杖二十和配役一年而已。然而，太宗却把这些常见的案子，作为纯粹常人相犯来处理了。这种修正律条以及制定律典中所无的新法规，一般是以“敕”的形式实现的。律的根本精神是礼，礼是圣人所创，律因而获得了圣人权威的有力支持。要对有圣人权威支持的律进行修正，必须具备与此相当的权威才有可能。而天子在现实世界中，具有独一无二的权威，也被喻称为圣人。正是依赖于天子之敕的权威，开始了对律的权威的破坏。

这样的敕一经出现，原有律典的效力就被削弱，敕取得了高于律的一般效力。但是，敕开始并不是体系化的法规，它是以“诏”的名义零散颁布的。当这种诏积累到某种程度时，才对它进行整理并重新颁布，这就是“编敕”。在这种情况下，律典只是作为传统的刑法而被留滞在一边，老百姓都把编敕当作新刑法来对待。南宋的朱子说：

今世断狱只是敕，敕中无，方用律。<sup>①</sup>

诚如此，律典已不是主体大法，它已沦为辅助性法规。

宋代呈现的另一个新倾向，是在敕以外出现了“断例”。律和敕都规定了刑罚原则，所以可以称为“法”，而断例则是已判决的案例，是如何适用法的具体实例。法无论多么完备，也不可能包

<sup>①</sup> 《朱子语类》卷一二八。

罗万象涵盖一切，因而，法的适用，其结果难免会因人因事而产生很大的差异。前文所引的宋太宗故事就是一个证明。下面再介绍一个实例：

苏州民张朝之堂兄，以枪戮死朝父逃去，朝执而杀之。审大理当朝十恶不睦死罪。案既上，参知政事王安石言：“朝父为从兄所杀而朝报杀之，罪止加役流，会赦应原。”帝从安石议，特释朝不问。<sup>①</sup>

从这个案例我们可以了解，因为对法的适用的不同，其结果大相径庭。甚至能使被告由死刑改为释放。但是这种疑狱的判决，最后大抵依靠天子的裁定才得以解决。因此，在发生这类案件时，即使没有颁布其他的有关敕条，因为是天子亲断的判例，它对其后的类似案件自然地具有约束力。在这种情况下，断例具有与敕同样的效力，可以在判决时引用。因此，徽宗崇宁四年（1105年）十月，把左右司受命整理编纂的绍圣、元符以来的断例颁发给刑部和大理寺。<sup>②</sup>

但是，徽宗宣和三年（1121年），袁州人李彦聪指使其雇工杀人，刑部和大理寺对如何判决此案产生了争执。其时，大理寺为了给自己的主张找根据，查出了元丰年间的断例，刑部因此做出让步，依从大理寺的主张，给犯人判处了杖罪。<sup>③</sup>由此可见，即使是崇宁编纂以前的断例也是有效的。但是进入南宋以后，北宋新法时期的断例可能就无效了。因此，南宋孝宗乾道二年（1166

① 《文献通考》卷一七〇。

② 《宋史》卷二〇。

③ 《宋会要》刑法四之七九。

年)刑部侍郎方滋把奉旨重新编纂的断例交给了朝廷,其内容包括:

《乾道新编特旨断例》五百四十七件,名例三卷、卫禁一卷、职制三卷、户婚一卷、厩库二卷、擅兴一卷、贼盗十卷、斗讼十九卷、诈伪四卷、杂例四卷、捕亡十卷、断狱六卷,分为一十二门,共六十四卷;目录四卷、修书指挥一卷、参用指挥一卷。总七十卷。<sup>①</sup>

其分类完全是按照《唐律》十二篇的模式安排的,这一点值得注意。

中央政府自己编纂断例,使得在判案中引用断例的做法越来越热门,数年之后的淳熙元年(1174年),因为

臣僚言:今有司既问法之当否,又问例之有无,法既当然,而例或无之,则事皆沮而不行。……请诏有司不得以无例为由废法。

于是颁布了纠正这种过热倾向的诏旨:

除刑部许用乾道所修刑名断例……外,其余并依成法,不许用例。<sup>②</sup>

但是换一个角度说,法终究是抽象的,例则是具体的,因而

<sup>①</sup> 《宋会要》刑法一之四七。

<sup>②</sup> 《文献通考》卷一六七。

在实际判决时重视断例是不可避免的倾向。果然，过了数年后，淳熙四年（1177年）又重新编纂断例，添加了《淳熙新编特旨断例》四百二十件。<sup>①</sup>

参考断例进行审判，中国古已有之，绝不是什么新鲜事。<sup>②</sup>但是，上述断例是由中央政府编纂的，身附来自天子的权威，具有法律效力，可以作为审判疑难案件的参考。出现这样的断例，无论如何也是社会的一大进步。不过，例比法更为具体，在运用例的实践中，其数量太少了将不敷实用，数量太多了又不便检索，这是例自身的缺憾。因此，从宋代起，胥吏贪图贿赂而在引用例时做手脚的弊病，就已频遭指责。但是如果没有例，那种弊病可能会更厉害。

元代继续在审判中引用断例。民间发行的《断例条章》之类书籍也就是判例集。《大元通制》第三部分《断例》，其大部分内容应该也是判决的案例。现在成为我们研究对象的《元典章》中，其案例在做出判决时也经常比照引用以前的断例，而新的判决又被搬用为新断例而具有了法律效力。

赦和断例的出现，使律的效用显著衰退，但更加值得注意的一个事实是，根据赦制定的刑罚规定，从根本上动摇了律典所规

① 《宋会要》刑法一之五一。

② 关于断例编纂的起源，《名臣言行录》（后一）载，宋仁宗时代名相韩琦已经编纂了断例，并在中书被运用，但此事可以说是私人行为：

中书习旧弊，每事必用例。五房史操例在手，顾金钱唯意所去取，所欲与，白举用之，所不欲行，或匿例不见。公令删收“五房例”及“刑房断例”，除其冗缪不可用者，为纲目类次之，封滕谨掌。每用例必自阅，自是人知赏罚可否出宰相，五房史不得高下于其间。

带有公事性质的例子最早似出现于崇宁四年（1105年）：

〔崇宁四年十月〕以左右司所编《绍圣元符以来申明断例》班天下，《刑名例》班刑部大理寺（《宋史》卷二〇）。

定的刑罚体系。

《唐律》以及《宋刑统》的刑罚体系，是以“五刑”为名的笞、杖、徒、流、死。《唐律》精神以维护家族制度为要点，因而其刑罚在适用于家族间相犯时特别严峻，这一点从前引张詠的话语中已经能了解一二了。不过，在唐末到五代的混乱时期，军阀政府对社会性犯罪、强盗窃盗施以重罚自不待言，就是对私自买卖禁榷物品之类的经济犯罪，也以敕的形式规定了不容宽贷的重刑。在五代后汉的法律中，甚至有窃盗一钱就要判处死刑的酷法。接续唐末五代而登上皇帝宝座的宋太祖，深感有必要全面减轻以前过于严峻的刑法，因此制定了“折杖法”。折杖法对从前《唐律》所规定的流刑以下的刑罚做出了新的折抵规定，其具体内容见下表：

律	流				徒				杖						笞		
	加役	三千里	二千五百里	二千里	三年	二年半	二年	一年半	一年	一百	九十	八十	七十	六十	五十	四十·三十	二十·十
折杖法	配役	三年	一年	一年	一年												
	脊杖	二十	二十	十八	十七	二十	十八	十七	十五	十三							
	臀杖										二十	十八	十七	十五	十三	十	八

根据这个规定，徒刑折成了杖刑，流刑实际上折成了“加杖”的徒刑，杖刑的数目也明显减少。粗略地一看，如此减轻刑量后，天下几乎就没有罪犯了。但是实际情况并非如此。这是因为，折杖法没有涉及死刑，死刑数实际上是大大地增加了。虽然

五代的酷法得到了几分缓解，但在制定折杖法的建隆二年（961年）所颁布的敕中，仍然有窃盗钱三贯处死的规定，第二年才减轻为窃盗钱五贯处死。因而，享受不到折杖法恩惠的死刑犯充斥天下，不过实际上并不能对那些罪犯真正执行死刑，而是把死刑囚犯传解进京，由天子亲自进行再审，多数死刑囚犯被免除死刑改判为流配。后来，因为长途跋涉地把死刑犯解送到京城劳民伤财，就改为只往京城递送卷宗，奏请天子做出裁决。

宋初所谓的“配流”刑，并非《唐律》中的流刑，而是死刑的替代刑，而且是由天子特恩裁决的。然而，虽说是依据天子的特恩，但每年数千人的死刑犯，其中高达八九成的人可以获得免死配流的裁决，其间自然会出现一些不大公平的现象，而且配流逐渐变成了独立的刑罚，并被细分成很多等级。南宋初年，规定配流分成以下十四等：

(1) 永不放还者，(2) 海岛，(3) 远恶州军，(4) 广南，(5) 三千里外，(6) 二千五百里外，(7) 二千里外，(8) 一千五百里外，(9) 千里外，(10) 五百里外，(11) 邻州，(12) 本州牢城，(13) 本州州城，(14) 不刺面者。<sup>①</sup>

上列之(1)指即使遇大赦也不得蒙恩。宋代经常实施大赦，除了至少三年一次的南郊大礼之时的定期大赦外，屡施恩赦以至于有一年二赦的时候。在实施大赦时，配流者有的被移行到较近的地方，有的则被免刑释放。另外，因为配流原本是死刑的替代刑，作为附加刑的还要施加刺面和脊杖二十，在遇到恩赦时，有时会免除这两种或其中之一的刑罚。比较特别的是命官的配流。命官以及因他人犯罪而遭连坐者，多数会被免除刺面，这被称为“编管”，也就是上面所列的第(14)种配流。

<sup>①</sup> 见《文献通考》卷一六八，淳熙十一年罗点言。

在律典的刑罚体系遭破坏以后，借助于敕的权威力量，诞生了新的与其相似的刑罚体系。两者的对应关系如下：

律	死		流	徒	杖	笞
敕	死	配流	配役	脊杖	臀杖	

虽然在诏敕中配流开始成为独立形态的刑罚，但是，死刑因“奏裁”而轻减为配流的做法仍在继续，不过在出现四种特殊情况时，是一定会奏裁的。这四种特殊情况是：

(1) 法重情轻，(2) 法轻情重，(3) 情节可矜，(4) 适用法时有疑虑。

但实际上，无论地方官员还是中央官员，总是要为死刑犯找一点什么理由，以便奏请皇帝裁决。奏裁的结果，大部分是减死一等，这已经成了惯例。

上面列表比较了律与敕的刑罚，乍一看，敕的刑罚好像非常轻，但实际上是不能这样说的。例如，朱子是律的赞美者，他推崇律的理由就是：对同样的犯法行为所规定的刑罚，“律轻而敕重”。<sup>①</sup> 北宋中期的政治家范祖禹也说：

太祖皇帝代虐以宽，……窃盗遂无死刑，然编敕所定，盗赃犹重于律三倍。<sup>②</sup>

实际考察一下，可知此说不谬。试比较《唐律》与宋太平兴国十年（985年，即太宗雍熙二年）的敕，假定敕中的一贯钱与《唐律》中的一匹绢等值，就可以制表比较两者的刑罚轻重了：<sup>③</sup>

① 《语类》卷一二八。

② 《续资治通鉴长编》卷四六八之一三。

③ 《文献通考》卷一六六。

窃盗赃	绢	五十匹	四十匹	三十五匹	三十匹	二十五匹	二十匹	十五匹	十匹	五匹		四匹	三匹	二匹	一匹	
	钱	十贯								七贯	五贯	三贯	一贯			
律	加役流	流三千里	二千五百里	二千里	徒三年	二年半	二年	一年半	徒一年		杖一百	九十	八十	七十		
敕	奏裁								刺面	决杖	配本城	配役三年	配役二年	配役一年		

据上表，律对窃盗绢五匹者判处徒一年，但敕对窃盗了与前者赃物大体等值的钱五贯却要判处配役三年，正好加重了三倍。更有甚者，有些行为原来在律中并没有相应的刑罚，却被敕规定了颇为严厉的刑法，例如特为盐专卖法所设的、唐末开始的对私盐的制裁措施，入宋以后虽比五代的敕法有所减轻，但宋敕所规定刑罚还是很严酷的。现以太宗太平兴国二年（977年）的敕<sup>①</sup>为列表考察该刑罚：

私盐		二百斤以上	一百斤以上	七十斤以上	五十斤以上	三十斤以上	二十斤以上	十斤以上	一两以上
刑	配役	奏裁（配流）	配役三年	二年	一年半	一年			
	脊杖	二十	二十	十八	十七	十五	十三		
	臀杖							二十	十五

“敕”这种新刑法的特色，在于对律未曾规定的犯罪特别是经济犯罪规定了刑罚，并将其作为自己的重点。上面所列举对私盐的刑罚，用于对付典型的贩卖私盐行为，即适用于把盐从商人贩盐区带入国家盐类专卖地区的行为，除此之外的制贩私盐行为，如

<sup>①</sup> 《宋会要》食货二三之一九。



非官许的盐类制造者、把政府配给农村的食盐带到城市出售者，他们虽然也属“私盐”犯，但将被科处另外的不同的刑罚。随着食盐专卖方式的变动，贩私盐的形式也在变化，与此对应的刑罚也必须跟着变化。而律是一经颁布就作为半永久性的法典加以维持的刑法，所以，要制定像律那样的稳定的惩办贩卖私盐行为的刑事法规，实际上是很困难的。

上述经济犯仅限于单纯的经济犯，在宋代，几乎没有对其真正科处死刑的。但也不能忽视以下事实，即贩私集团已成为犯罪的温床，在不断地威胁着社会治安。宋代庆历三年（1043年）颁布的一份诏书<sup>①</sup>说：

（为增加政府收入计，）后代设茶盐酒税之禁，夺民厚利，刑用滋章，今之编敕，皆出律外，又数更改，官吏且不能晓，百姓安得闻之？

这正好吐露出了近世独裁君主的苦恼，即不推行这样的恶法则难保自身地位。以一般的仁义道德观念评判，贩卖私盐之类只是破坏经济管制的犯罪，是很轻微的罪行。但如果站在政府财政的立场上考虑，一旦私盐横行，高价的官盐一点也卖不出去，政府的财政收入就要蒙受巨大损失，所以必须制定严厉的法律取缔私盐。与抽象的仁义道德观念相比，专卖法显得更为重要，因为它支撑着政府财政。为了保障其实施，必须对私商科处可与杀人伤害罪相匹敌的重刑。敕这种法规，原本就带有很浓厚的权宜色彩，所以就其实施方面而言，天子和大臣们内心无疑都是很缺乏信心的。而且，实际状况是，在经济管制方法发生变化的同时，针对破坏

<sup>①</sup> 《文献通考》卷一七一（上）。