

中国法制史考证续编 第九册

杨一凡 主编

金元法制丛考

曾代伟 著



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

中国法制史考证续编

第九册

杨一凡 主编

金元法制丛考

曾代伟 著



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目 (CIP) 数据

金元法制丛考 / 曾代伟著. —北京: 社会科学文献出版社, 2009. 8

(中国法制史考证续编; 第九册)

ISBN 978-7-5097-0821-7

I. 金… II. 曾… III. ①法制史—研究—中国—金代
②法制史—研究—中国—元代 IV. D929.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 104930 号

民族法文化与中国传统法文化

——代前言

在中国这个多元一体的民族大家庭中，汉族作为多元一体格局中的一个凝聚核心，其前身华夏民族集团也经历了从多元形成一体的历史过程。早期的华夏部族，即传说中的黄帝部落和炎帝部落，通过战争和经济文化交往，与羌人、夷人、戎人、狄人、苗人、蛮人互相融合，奠定了后来华夏族的基础。中国几千年的历史是一部各民族互相交流和融合的历史。考古发现表明，自新石器时代就开始了中国各地区文化之间的交融与渗透。这种融汇迄今已超过 5000 年的历史，在文化方面形成了中华各族群之间各种外在的或潜在的共性，构成了“一体”格局深厚的文化基础。

法律文化是文化的重要组成部分。中国传统法律文化植根于具有发展原始农业的良好条件的黄河流域，在漫长的历史进程中形成了具有浓郁的农业文明色彩的法律文化机制。在绵延数千年的行程中，中国传统法律文化不断吸纳和融汇各民族法律文化的精华，形成了自身独特的法律品格，铸就了人类历史上法律文化之林独具风格的法律系统——“中华法系”。

中国少数民族法律文化作为中国传统法律文化的主要渊源和有机组成部分，是中国历史上各少数民族在长期的社会生活实践中累积而成的。由于生活环境、风俗习惯、文化发展、经济状况、历史传统的差异，形成了具有不同特色的法律文化。同时，由于地域文化和社会发展阶段的不同，少数民族法律文化和华夏族法律文化之间也呈现明显的差别。但随着民族之间的接触、交流与迁徙，各少数民族族群不断向华夏族输入新的血液，部分华夏族人口也融入了边疆各族群。各民族法律文化相互吸收，经过一定规模的融合，产生了少数民族法律文化的趋同特征，同时少数民族法律文化和中原华夏法律文化也产生了相互包容的密切关系。长期以来，大一统的中央王朝的主流法律文化与各少数民族地区法律文化长期并存。在中央王朝大一统的法制秩序中，少数民族习惯法在各局部地区发挥着各自的作用；中央王朝也根据统治的需要，通过各种形式的立法对少数民族地区重大法律关系进行调整，实施司法管辖。各少数民族法律文化受中原王朝法律的影响，在本民族、本地区社会生活实践的催化下，从中原主流法律文化中吸纳养分，使自身不断得到进化。随着各民族之间交往和融汇的频繁，各少数民族愈来愈广泛地融入国家政治、经济、法律、文化生活，少数民族法律文化因子也愈来愈深入地融入到中华传统法律文化之中。

而各民族法律文化融合的高潮，则往往发生在少数民族居于主导地位的政权强大而活跃的时期。在中国历史上，一些少数民族，尤其是以游牧为主要生活方式，素以勇猛、强悍著称的北方少数民族，曾经入主华夏建立统治全国的政权，或割据一方，与华夏政权长期并存。从西晋末年匈奴、鲜卑、羯、氐、羌等部族在中原建立十六国，到北魏（鲜卑拓跋部）统一

中国北方；从辽（契丹）、金（女真）、西夏（党项）与两宋的长期并峙，到元朝（蒙古族）和清朝（满族）的“大一统”政权，历时近千年之久，几乎占了中国整个封建时代一半的时间。在入主中原之前，各少数民族已经历了漫长的发展历程，创立了富于特色的民族法律文化。他们大多有自己的语言、文字，有记录成文的习惯法规范或成文法典。诸如鲜卑拓跋部族的军令、以罚代刑的习惯法；^①契丹族在耶律阿保机为部落联盟首领时的“籍没之法”；^②党项羌初建西夏政权时设有“和断官”，“择气直舌辩者为之，听讼曲直，杀人者纳命价二十千”；^③女真族在11世纪初石鲁联盟时代的“条教”；^④蒙古早期习惯法“约孙”，成吉思汗建立蒙古汗国时编纂的《大扎撒》等。随着朔方铁骑以强悍的武力频繁席卷中原，北方少数民族游牧文明，对中原农耕文明发动了规模日益巨大的撞击，激起了一波又一波的民族交流和融合的浪潮，给唐以来渐趋衰老的帝国文化不断输入进取的因子。中华文化也经受了剑与火的锻铸，展示出包容万千的生命活力。当游牧文明及其创造者置身于具有悠久历史的华夏文明的汪洋大海时，其自身遭受到异质文明的强烈熏染。基于稳固统治的现实目的，少数民族统治者不得不接受根深蒂固的华夏文化，在立法建制活动中仿行汉制，从而加速了各民族法律文化的交融。同时，少数民族传统法律文化虽然受到源远流长的华

① 《魏书》卷一一《刑志》：“穆帝时，刘聪、石勒倾复晋室。帝将平其乱，乃峻刑法，每以军令从事”；“昭成建国二年：当死者，听其家献金马以赎；犯大逆者，亲族男女无少长皆斩；男女不以礼交皆死；民相杀者，听与死家马牛四十九头，及送葬器物以平之；无系讯连逮之坐；盗官物，一备五，私则备十。法令明白，百姓晏然。”参见曾代伟《北魏律渊源辨》，刊于《中国法制史考证》甲编第三卷，中国社会科学出版社，2003。

② 《辽史》卷六一《刑法志上》，中华书局，1974，第936页（以下所引《辽史》同此版本）。

③ （宋）曾巩：《隆平集》。

④ 参见曾代伟《金律研究》，台湾五南图书出版公司，1995，第21页。

夏儒家法文化的融汇，但仍然顽强地固守自己的领地，凭借本民族在国家政权中占据统治地位的优势条件，对国家立法建制以至整个社会生活发挥影响，使这些政权的法制呈现出多元化的色彩。

正是这些富于多元化特色的法律文化的融入，为儒家思想束缚下步履蹒跚的中国传统法律文化不断注入鲜活的因素，才使中国古代立法建制创造出世人瞩目的辉煌；正是由于长期以来，包括汉族在内的各民族法律文化的相互学习、相互交流、相互融合、相互促进，才使中华法系具有如此巨大的魅力而跻身于世界著名法系之列。

由此可见，少数民族法律文化在中国传统法律文化的产生和发展过程中起着重要作用。中国传统法律文化是中华各民族共同创造的。中华法系就是以汉族为主体的各民族法律意识、法律原则和法律制度长期融合的产物。作为中国传统法律文化的典型代表，中华法系的形成经历了从分散的多元结合成一体的历史过程。在这个过程中有一个起聚合作用的核心——中原儒家法律文化。它既是多元基层中的一元，也是在多元一体的传统法律文化格局中产生的一个凝聚核心。它所发挥的聚合作用，把多元结合成一体。这“一体”不再是汉族法律文化而成了中华法系。

但长期以来，学术界只是津津乐道于华夏“正统”王朝创建法律文化的辉煌成就，而对各少数民族，尤其是入主中原的北方少数民族的法律文化，或漠然置之，或视其为华夏王朝传统法律文化的附庸；除对北魏、元朝和清朝法律文化稍加关注外，五胡十六国、辽、金、西夏、蒙古汗国、后金等少数民族占据主导地位政权的法律文化，迄今备受冷落。在学术论著中，或只字未提，或一笔带过，或基于“华夏正统”的观念，只是对其中野

蛮残酷的内容痛加挞伐，却置其建树和影响于不顾。从而使中国传统法律文化研究残缺不全，没有真正反映中国传统法律文化的本来面目。这种状况，显然与少数民族法律文化在中国传统法律文化形成和发展过程中的作用和地位极不相称。因此，全面深入地探讨我国历史上少数民族政权的立法建制活动及所创立的法律文化，及其对中国传统法律文化的重大贡献，无疑是理论法学和民族法学工作者的一项义不容辞的责任和义务。

有鉴于此，笔者选择其中在中国法制史上影响较大，学术研究比较薄弱，^① 相互之间具有传承、亲缘关系的金代和蒙元法制的某些方面^②作为考证对象，汇编成此书。

考证是对历史上的古籍文献、典章制度进行考核辨正的学术研究活动。考证的生命力及价值在于实事求是。这也是本书所背负的一项道义责任。因此，包括历代官修“正史”在内的前人的研究成果，在成为本书参考资料的同时，也可能是考辨的“靶子”；同样，笔者自己以前的相关成果，在成为撰写本书的基础时，也可能是修正的对象。当然，尽管笔者力求做到严谨，疏漏之处在所难免，尚祈读者教正。

① 例如，1998～2002年中国法律史学会编《法律史论集》第1、2、3、4卷共发表论文118篇，其中金代无，元代2篇；第4卷所附《2000年法律史论文索引》，收集论文题目约560篇。其中金代无，元代3篇；法律出版社出版的《中国法律期刊文献索引》（2001年）收集法律史论文167篇。其中金、元均无；《中国法律期刊文献索引》（2002年）收集法律史论文838篇。其中金代无，元代9篇。

② 例如，《中国法制史考证》（15卷本，2003年），关于金代法制，仅涉及立法概况和《泰和律》刑制；关于元代法制，已论及（1）大元通制、通制条格；（2）刑法体系；（3）民事法：借贷、不动产买卖、收嫖婚；（4）断事官、司法制度；（5）约会制度；（6）警迹制度等。本书选择的是金代和蒙元法制中学术界关注不够，争议颇多，研究成果较少的问题，尽量避免重复。

目 录

上编 金代法制考略

一 金法文化与中华法系	(3)
(一) 金代法文化：中华传统法文化链中的重要一环	(3)
(二) 金法制的演变：从女真习惯法到成文律典对 儒家法文化的传承与重铸	(13)
二 金代职官法制考	(25)
(一) 国家行政体制及其运行机制考	(25)
(二) 职官管理制度考	(42)
三 金代民事法制钩沉	(78)
(一) 户籍法和身份制度考	(78)
(二) 继承制度考	(85)
(三) 其他民事法律制度考	(89)
四 金代婚姻制度的二元制特色	(94)
(一) 女真族等少数民族婚俗的烙印	(95)

(二) 中原华夏婚姻礼法制度的浸润	(102)
五 金代刑法原则变化考析	(113)
(一) 限制“八议”特权	(113)
(二) 职官犯罪的处罚原则	(121)
(三) 留养制度的变革	(122)
(四) 宽宥“不识典法”者	(124)
六 金代罪名考	(126)
(一) 关于侵犯皇权和危害国家统治的犯罪	(126)
(二) 关于官吏渎职犯罪	(130)
(三) 关于军事方面的犯罪	(141)
(四) 关于侵犯官私财产犯罪	(142)
(五) 其他罪名考	(145)
七 金代田制与田赋制度考	(149)
(一) 土地立法及田赋制度的特点	(149)
(二) 女真人土地占有关系的变化	(158)
八 金代“物力通检推排法”辨正	(165)
(一) 物力通检推排制度溯源	(165)
(二) 依据民户物力征敛的杂税和差役	(167)
(三) “物力通检推排法”内容钩沉	(173)
九 金代币制考	(187)
(一) 金代钞法沿革考	(187)

(二) 金代钱法考	(196)
十 金代禁榷制度考	(204)
(一) 榷盐法考略	(205)
(二) 榷茶法考略	(210)
(三) 其他禁榷法考	(212)
十一 金代狱讼官署与诉讼审判制度考	(215)
(一) 狱讼官署体制考	(215)
(二) 诉讼审判制度考	(239)
(三) 刑罚施行考	(249)
(四) 狱政制度考	(257)

下编 蒙元法制考略

十二 《大元通制》之谜解读	(263)
(一) 《大元通制》渊源考辨	(263)
(二) 《大元通制》与《风宪宏纲》	(288)
(三) 《大元通制》与《经世大典》及 《元史·刑法志》	(297)
十三 蒙元刑制考	(306)
(一) 蒙元五刑制度考	(306)
(二) 蒙元法定死刑考	(315)
(三) 蒙元流刑考	(341)
(四) 蒙元赎刑考	(366)

十四 窦娥冤狱与蒙元司法	(375)
(一) 窦娥冤狱与刑讯逼供的滥用	(375)
(二) 窦娥冤狱昭雪与蒙元监察体制	(379)
(三) 《窦娥冤》所涉蒙元法律问题挑剔	(389)
十五 蒙元“义绝”考	(397)
(一) “义绝”源流考	(397)
(二) 蒙元“义绝”之制钩沉	(400)
后 记	(409)

上 编

金代法制考略

一 金法文化与中华法系

中国自古以来就是一个以汉族为主的多元一体的民族大家庭。但在关于中华法系渊源的讨论中，人们却只是津津乐道于华夏“正统”王朝创建法律文化的辉煌成就，而对各少数民族法律文化，或漠然置之，或视其为华夏法律文化的附庸。这与少数民族法律文化在中国传统法律文化形成和发展过程中的重要作用和地位极不相称。本节试以 12 至 13 世纪中国北方游牧文明对中原农耕文明的又一波撞击中，女真习惯法文化与中原儒家法文化双向流动、融汇而成的多元一体的金法文化为例，从女真族传统法观念的异化，及其立法建制对儒家法文化的传承和改造等方面，对少数民族统治的多元一体政权所创立的法律文化与中华法系的关系进行探讨，期望对重新审视中华法系的渊源起到抛砖引玉的作用。

（一）金代法文化：中华传统法文化链中的重要一环

在中国古代各少数民族中，女真族尤以历史悠久著称。其先世可以追溯到西周初年受周王室册命的肃慎。后来，肃慎部族在汉魏晋时期被称为挹娄，北朝称之为勿吉，隋唐称靺鞨，五代始

将黑水靺鞨称为女真。到 11 世纪时，以靺鞨为主体，吸收不同祖源、语系的氏族部落形成的女真族，在“白山”（长白山脉）、“黑水”（黑龙江流域）间崛起。自公元 1115 年建立国家政权后，相继吞并了辽和北宋，在中国北部建立了长达 120 年较为稳固的统治。

1. 金文化的形成

在中国历史的长河中，凡活动于边鄙地区的少数民族入主中原，都会激起民族大融合的浪潮。尽管其间充满曲折和艰难，每一次民族大融合的结局，都是作为征服者的少数民族的传统文化，被中原根深蒂固的较为先进的华夏文明所融会和吸收。一个又一个原处于游离状态的少数民族，也被纳入中华民族大家庭成为水乳交融的成员。这再一次印证了马克思关于“野蛮的征服者总是被那些他们所征服的民族的较高文明所征服”的“永恒的历史规律”。^① 在入主中原的过程中，女真族以开放的姿态，吸收和融合了汉族及其他各民族文明的精华，促进了本民族的飞跃发展。同时，对异族文化博采兼纳，又使女真文化获得了丰富的滋养，成为具有较高水平的多元文化。女真文化与中原文化双向渗透的结果，形成以儒家思想居主导地位的多元一体的金文化。可见金文化并非同时并存的宋文化的附属，而是中华优秀传统文化的有机组成部分。在中华文化沿革史上，金文化应与宋文化并列于“正统”地位。

儒家思想在金代社会意识形态中主导地位的确立，经历了一个漫长的时期。金建国之初，女真“旧俗”尚支配一切，占据上风。到熙宗时，金朝在中原的统治基本稳定，统治者开始提倡

^① 《马克思恩格斯全集》第 9 卷，人民出版社，1974，第 247 页。

尊孔崇儒。在世宗、章宗时期，儒家学说逐渐成为金统治的思想基础，并渗透到社会生活的各个方面。儒学的精神原则成为衡量是非的标准；儒家的忠孝观念被奉为调整君臣上下和家庭、宗族关系的准则。各少数民族在礼俗、丧葬、文体、游艺、岁时杂俗乃至心理素质等深层文化中，都不同程度地表现出“华夷同风”的文化积淀。

有金一代，中国古代的各种思想灿然皆备，百家争鸣，儒学、佛教、道教尤为盛行。儒家思想之所以独占鳌头，成为金代社会意识形态的主流，乃是由多种因素促成的。金代崇奉的儒家思想，已不同于先秦和汉代的儒学，而是继承北朝以来兴起的新儒学。这种新儒学不尚虚名，注重博实，敢于摒弃“贵华夏，贱夷狄”等陈腐观念，敢以北方王朝自重，以“正统”自居，^①完全适合金王朝力图在当时国与国之间的关系中树立“正统”形象的需要，因而受到统治者的青睐。

金统治者带头尊孔崇儒，使女真人皆以学习华夏文化为荣，汇成一股学习华夏文化的热潮。以儒学为核心的汉文化逐渐为女真人普遍接受。儒家思想成为汉、女真等各族人民的共同思想，推动了金代政治、经济制度改革和文化的发展，加速了民族融合的进程。

2. 女真族传统法观念的异化

金代是我国历史上民族大融合的又一波高潮。各种类型的文化同时登上中国北部的历史舞台，演出了新一轮相互碰撞和融合的历史剧。思想文化的交汇反映在法制上，表现为女真族传统法观念与华夏正统法文化的冲突、交互渗透和融汇。

^① 如魏晋以来，政治思想界认为西汉神学化、庸俗化的儒学迂腐荒诞，不周世用；傅玄提出务实求治的政治法律思想等。