

《中西法律传统》

Legal Traditions of the West and China

2021 年第 1 期 (总第 16 卷)

近年元代法律史研究述评^{*}

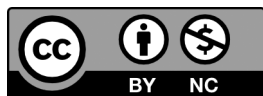
张 群

作者简介 | 张群, 中央民族大学法学院副教授。研究方向: 法律史。

Copyright © 2021 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



一、引言

元史界一直重视法律史研究^[1]。2011—2020 年 10 年间,《元典章》等重要法律古籍整理出版^[2],

史学界的李治安、刘晓、戴建国、郑鹏、周思成等学者,法学界的吴海航、胡兴东、宋国华等学者,先后发表相关论文和著作 20 多篇(种)^[3]。其中,

^{*} 中央民族大学法学院蒋旻、杨薇、孟繁一等同学搜集整理部分资料,中国人民大学法学院唐国昌博士起草部分初稿,中国政法大学闫强乐博士提出修改意见,谨此致谢。

[1] 例如翁独健《蒙元时代的法典编纂》(《燕京社会科学》1948 年第 1 期)、姚大力《论元朝刑法体系的形成》(《元史论丛》第 3 辑,中华书局 1986 年版)、黄时鉴《〈大元通制〉考辨》(《中国社会科学》1987 年第 2 期)、方龄贵《〈通制条格〉新探》(《历史研究》1993 年第 3 期)、陈高华《元朝的审判机构和审判程序》(日本《东方学报》京都第 66 册,1994 年)、刘晓《元代监狱制度研究》(《元史论丛》第 7 辑,江西教育出版社 1999 年版)、姚大力、郭晓航《金泰和律徒刑附加决杖考——附论元初的刑政》(《复旦学报》1999 年第 4 期)、赵文坦《元代刑法轻重考辨》(《中国史研究》1999 年第 2 期)等。

[2] 陈高华、张帆、刘晓、党宝海整理:《元典章》,中华书局、天津古籍出版社 2011 年版。

[3] 主要有刘晓《〈大元通制〉到〈至正条格〉:论元代的法典编纂体系》(《文史哲》2012 年第 1 期)、戴建国:《元〈至正杂令〉发覆》(《河北学刊》2012 年第 3 期)、胡兴东《元代地方立法问题研究》(《西华师范大学学报》2013 年第 2 期)、王敬松《元代宪司分行录囚述论》(《北京联合大学学报(人文社会科学版)》2013 年第 1 期)、吴海航《论元代判例的生成及其运用》(《法治研究》2014 年第 5 期)、张重艳、杨淑红《中国藏黑水城所出元代律令与词讼文书整理与研究》(知识产权出版社 2015 年版)、胡兴东《元朝令考》(《内蒙古师范大学学报》2016 年第 4 期)、吕丽、王志民《〈元史〉中官吏贪腐案考察》(《社会科学战线》2017 年第 3 期)、韩清友《元朝路总管府推官初探》(《元史及民族与边疆研究集刊》第 35 辑,上海古籍出版社 2018 年版,第 132—150 页)、韩清友《元代司法检验论析》(《政法学刊》2019 年第 1 期)、陈佳臻《元代法律中的“十恶”问题——兼论〈事林广记〉中〈大元通制〉节文的真伪》(《元史及民族与边疆研究集刊》2019 年第 1 期)、胡兴东《宋元断例辑考》(社会科学文献出版社 2019 年版)、图雅《〈桦树皮律令〉文书研究》(内蒙古人民出版社 2019 年版)等。

宋国华关于元代《至正条格》的著作^[1]、郑鹏关于元代司法的系列论文^[2]、周思成关于元代军事法的著作^[3]，最为引人关注。限于篇幅，本文主要从学术史角度评述部分专题成果，希望可以为下一步研究提供参考^[4]。

这里要说明的是，有多位学者曾撰文介绍和评述元代法律史研究，所论均足资参考。例如陈佳臻关于国内和国外（主要是日本）元代法制史研究情况的综述^[5]，刘晓关于改革开放40年来的元史（含法律史）研究情况的总结^[6]、关于新中国成立70年来的元代法律史研究情况的评述^[7]，郑鹏关于20世纪元代司法研究情况的整理^[8]，闫强乐等关于辽、金和西夏的法律史研究情况的梳理等^[9]。此外，著名元史学者陈得芝撰《蒙元史研究导论》

不仅扼要介绍国内外研究状况，还介绍了各种文字的原始资料^[10]。

二、关于元代法制南北差异的历史影响

著名历史学家专家郑天挺先生很早就注意到“元刑法南北之不同”问题^[11]。近年李治安先生就元代法制南北差异的原因、表现、融合及影响做了比较深入的分析^[12]。

关于元代法制的南北差异。李治安认为，元代虽实现了政治统一，但蒙古草原、华北汉地和江南三大区域内官府构成、赋役形态等并非整齐划一，并没有实行完全一致的制度或政策，而是各从本俗，因俗而治，尤其是赋役上的南北异制比较显著。体现在制度上，元朝法制可以分为蒙汉或者说南北两

[1] 宋国华，男，1972年生，山东曲阜人，中国政法大学法学博士、河南大学历史学博士后，现就职于海南大学法学院，主要研究方向为中国法律史、诉讼法史。主要作品有《元代法制变迁研究：以〈通制条格〉和〈至正条格〉为比较的考察》，知识产权出版社2017年版。

[2] 郑鹏，男，1986年生，山东滨州人，武汉大学历史学博士，曾任南开大学历史学院博士后研究人员，现就职于华中农业大学马克思主义学院。主要是有郑鹏《元代大赦与政治关系论析》（《史学月刊》2014年第12期）、郑鹏《官、民与法：元代判决离婚的制度与实践》（《古代文明》2015年第4期）、郑鹏《元代民众诉讼实践中的“诉冤”与“告奸”》（《西北师大学报》2017年第2期）、郑鹏《文本、话语与现实：元代江南“好讼”考论》（《中国史研究》2018年第1期）、郑鹏《元代江南地区司法秩序与地域社会——以湖田争讼案件为中心》（《北京社会科学》2018年第2期）、郑鹏《元代推官考论》（《古代文明》2019年第4期）、郑鹏《元代地方监察机关司法监督职能考论》（《元史及民族与边疆研究集刊》第三十五辑）等。

[3] 周思成，男，1984年生于湖南长沙，北京大学历史学系博士，现就职于中央党史和文献研究院。主要研究领域为蒙元史、民族史和军事史。主要作品有《规训、惩罚与征服：蒙元帝国的军事礼仪与军事法》，陕西人民出版社2020年版。

[4] 2011—2013年期间元代法律史研究情况还可以参见高汉成主编《中国法律史学新发展》（元代部分执笔：胡兴东），中国社会科学出版社2013年11月版，第105页。

[5] 陈佳臻：《元代法制史研究综述》，中国社会科学院历史所魏晋南北朝隋唐史研究主编：《隋唐辽宋金元史论丛》（第9辑），上海古籍出版社2018年版。

[6] 刘晓：《改革开放40年来的元史研究》，载《中国史研究动态》2018年第1期。刘晓曾出版专门介绍元史研究情况的著作《元史研究》（福建人民出版社2006年版）。

[7] 刘晓：《70年来元代法律史研究成果丰硕》，载《中国社会科学报》2019年9月23日第5版。

[8] 郑鹏：《20世纪以来元代司法研究回顾与展望》，载《中国史研究动态》2018年第4期。

[9] 姜宇：《金代司法机构研究综述》，载《白城师范学院学报》2015年第7期；闫强乐：《西夏法律文献与法律史研究述论》，载《西夏研究》2019年第2期；田富：《辽朝法律制度研究综述》，载《赤峰学院学报》2020年第3期。

[10] 陈得芝：《蒙元史研究导论》，南京大学出版社2012年版。

[11] 《郑天挺元史讲义》，中华书局2009年版，第111页。

[12] 主要有李治安《元和明前期南北差异的博弈与整合发展》（《历史研究》2011年第5期）、《元至明前期的江南政策与社会发展》（《历史研究》2016年第1期）、《元代“内蒙外汉”二元政策简论》（《史学集刊》2016年第3期）、《元江南地区的籍没及其社会影响新探》（《社会科学》2016年第9期）、《在兼容和划一之间——元蒙汉杂糅与明“配户当差”治天下》（《古代文明》2020年第4期）等。

个部分,一是蒙古草原旧制(包括契丹、女真旧俗遗留)和原金朝统治区的中原汉法等组成的北制,二是唐宋以来逐渐形成的适应于江南社会经济的南宋旧制,这是可以称之为南制。其中,北制是主体,在政治领域有贵族会议、军官世袭、滥行赏赐、民族等级、行省等制度,在社会经济领域有职业户计制与全民服役、贵族分封与驱奴私属制、官营手工业与匠户世袭制、“计丁征派”税制等。南制主要存在江南地区的社会经济领域,包括土地、租佃、赋税、繁荣的手工业、商贸及海运、理学、科举等制度。在性质和形态上,北制更多体现百姓对官府或贵族的主从依附,实乃唐旧制与蒙古及契丹、女真旧俗的混合体,大抵退回到北方唐宋变革以前的状况。比如诸色户计制度,即夹带着草原游牧民至上和其他职业户仆从的色彩,诸色户计要依照各自职业世代无偿向国家提供劳役,其征服奴役属性显而易见。南制经过唐宋演变,适应于比较发达的江南社会,奴役野蛮因素要少一些。比如土地方面,佃户主要通过租佃契约与地主发生租佃经济关系。又如籍没制度,秦汉时颇流行,到唐代限于谋反(“反逆相坐”),宋太宗后多改“配隶边远州郡”,南宋弃而不用。

关于元代法制的南北交流。李治安认为,元朝统一全国之后,户计、官手工业、劳役、籍没、分封驱奴、君臣关系、行省等都北制因素不同程度向南移植延伸。比如元代籍没制度,对租佃雇佣及商品经济相当发达的江南,负面影响深重。但在整体上,北制的南移有所克制。元江南统治大抵是以行省等对南宋路州县略加改造,赋役则承袭南宋而略作变通。政治军事上蒙元制度较突出,赋税经济则沿用两宋式的“不抑兼并”及贫富悬隔。从临民理政的核心部分赋税劳役及土地制度看,南方原有元素占上风。比如诸色户计制和四等人制向江南的移植,尽管带有军事征服后的强制性,但充其量不过对原南宋大土地占用及租佃制的局部“嫁接”,没有根本动摇江南原有的主、客户租佃制为主干的社会经济秩序。从而较完整地保留了江南最富庶、最发达的经济实体,避免了对江南原有经济结构“伤筋动骨”般的冲击与破坏。又如元代海外贸易的海港、贸易伙伴、中外海船的来往、基本贸易制度等,都承袭南宋。这是南制因素在商贸领域内最为活跃且影响全局的突出表现。可以说,元代海运和海外

贸易的高度繁荣及其向东海、南海的开拓发展过程中,南制因素厥功甚伟。儒学与科举是保留南制因素最多,并在南、北制因素博弈中最能体现南制优长的方面。因北宋末中原士大夫精英南渡,江南在文化上处于绝对优势。南方儒士藉北游京师、充任家庭教师等方式,亲近蒙古贵族,在谋求利禄的同时又对蒙古贵族施加先进文化的影响。而仁宗恢复科举,应是南制因素滋长并冲破蒙古旧俗束缚,得以上升为全国文官选举通行制度的突出成绩。

关于元代法制南北差异对元朝的影响。李治安认为,元朝兼容杂糅,各存本俗,造成蒙古草原、华北汉地和江南差异性理政的鼎足而立,基本适应了上述三区域生产方式、社会经济结构及军事征服先后等实际情况,所谓“南不能从北,北不能从南”,因此在当时是行之有效的,且有利于社会稳定和上述三区域对统一国家的政治文化认同。但另一方面,兼容杂糅过度,缺乏划一和指导,又容易失之于粗疏软弱和乖舛无章,所谓“南自南而北自北”。时间一长,就无法应对接踵而来的复杂社会矛盾,维持整个国家的统一。元朝不足百年而亡,此项政策难辞其咎。李治安认为,多民族统一国家临民理政的理想模式应该是兼容与划一相辅相成,主干划一与兼容多样相结合。而且还要与时俱进,适当选定既较先进又有相当根基者作为主干,普遍推行。普遍推行时又非绝对划一,需要顾及落后部分,更需要重视主干的先进带动与引领。

关于元代法制南北差异对明清的影响。李治安认为,元代法制南北差异对明清政治、经济和文化领域都留下深刻影响。在政治领域,两宋的皇权虽有所加强,但它属于唐宋变革中的“君权相权互动之下的君主专制化”(张广达语),即宋代所谓“与士大夫共治天下”。但元朝伴当仆从隶属、籍没制及贱民遗留、内朝官及宦官沿用怯薛家臣制以及官僚臣仆化等北制旧俗,直接助长了元明清皇帝独裁专制过程。朱元璋滥杀功臣,对不为所用的士大夫,大开杀戒,好像是学汉高祖刘邦,但从体制上却是承袭元朝。尽管明代的科举学校得到长足发展,但士大夫一直受到皇权的强力压制,一直处于被朱明皇帝任意惩戒的奴仆地位。元明士大夫仍然不乏追求道与道统的勇敢执著,在方孝孺、解缙和李贽等个别非主流和悲剧性人物身上,还能看到宋儒精神的回归弘扬及其对独裁专制淫威的努力抗争,但和

宋儒相比,主体意识和自为精神显著退化。在社会经济领域,朱元璋将元朝至用于华北区域的“诸色户计当差”政策,扩大为面向全国的“配户当差”政策,国家直接役使百姓“纳粮当差”,给江南地区造成严重损害。

关于元代法制南北差异对蒙古族的影响。李治安认为,“内蒙外汉”政策对蒙古民族在元帝国灭亡后的延续发展发挥了至为重要的历史作用。忽必烈为首的蒙古贵族和部众,没有像拓跋人、女真人和满人那样举族南迁,没有像拓跋人、女真人和满人在学习吸收汉地先进文化的同时“完全”汉化,而是始终保持着蒙古原有制度和习俗的核心地位。所以,当元帝国在汉地的统治崩溃,大都和上都相继失守之际,仍然有六万蒙古人成功逃回漠北,与当地的蒙古人汇合,继续繁衍生息,成为明清以来蒙古人的前身或主体。

关于元代法制南北差异对中华民族的影响。李治安认为,“内蒙外汉”政策对中华民族多元一体的发展壮大,也起到了积极作用。过去,我们对清朝实行“内汉外满”,实行积极的汉化政策,对鲜卑、女真、满洲先后借汉化融入汉人的模式,肯定居多,认为它符合民族融汇潮流,对多民族融合发展的作用比较积极。这是毋庸置疑的。然而,对元“内蒙外汉”造成的另辟蒙古族南来北去蹊径的合理性和积极意义,同样应予允当和科学的评价。蒙古人成功北归和继续栖息于大漠草原,虽给长城以南的明帝国长期造成军事骚扰或威胁,但客观上讲,蒙古人北归和持续栖息本身又遏制着该地蒙古族以外其他部族的崛起和强盛。蒙古人始终视汉地为停云落月的第二故乡,一直和汉地保持着向心和内聚联系,一直把北京当作原先的都城,也认同中国曾经是属于自己的,认同曾经是那里的主人。这比起新崛起的、没有统治过中原的新北方部族,和中原的内聚力肯定要大得多。因此,蒙古人南来北去相对独立的延续发展,与鲜卑、女真、满洲先后借汉化融入汉人的模式,可谓殊途同归,都应给予肯定。

三、关于元代“弃律用例”的原因分析

元代法制相较于其他朝代法制最主要的特点,在于始终未颁行《唐律》式的“律典”(弃律),而是不断发布和编纂带有临时性质的条画、断例(用例)。20世纪以来,仁井田陞、宫崎市定、岩村

忍、兰德彰和姚大力等多位中外学者针对这一独特现象,做出了多元环境说、儒吏矛盾说、蒙古本位说、法律文化差异说、判例法演化说等一系列学理解释。

周思成从学术史角度进行了较为全面的梳理和分析,认为殷啸虎、吴海航等对“弃律用例”现象的解释,在广度和深度上并未突破宫崎市定、岩村忍或兰德彰等人的成说,而胡兴东从中国传统法制发展的“内在理路”而非外来影响入手,将此前研究的聚焦点从解释元朝为何“弃律”转移到为何及如何“用例”上来,对元朝判例法的运行机制作了深入探讨,可以说是在宫崎市定的部分观点基础上的重大推进。胡兴东的主要观点是,自唐中后期开始,为克服“律”的固化缺陷,适应社会发展的需要,“格”“敕”开始大量出现。适应性和可变性较强的判例,在法律渊源中的地位逐渐上升。这一演变趋势历宋至元,最终达到顶峰,形成了元法以判例法为主,不再制定唐律式的律典,而是制定敕、例结合的“汇编式法典”的局面,这可以说是“唐朝中后期至宋朝的整个中国古代法律发展趋势的必然结果”。而“律”在明代的复兴产生于明太祖反叛蒙古统治,追求回归唐朝“正统”的需要。同时,胡兴东还认为上述局面的形成也有某种“社会客观因素”或“时代因素”的推动,包括元代官僚机构的中下层官员,特别是吏员“反对法典法”和实用主义的态度,以及宋元之际社会变化剧烈等方面的因素。

但同时,周思成也认为,判例法的比较优势及其地位的上升趋势固然能较好回答“弃律用例”的后半截问题,却仍然不能直接回答岩村忍对元朝法制提出的两个层面的问题:为何元朝既无通行法典亦无专门治理汉人的法典。或者说,元朝为何不能像其前后的宋、明、清那样,保留“律”名义上的大纲大法(即兰德彰的“宪法”)地位,同时在实际操作中依靠“敕”或“例”?要圆满地解释这一问题,完全抛开蒙古统治造成的外部影响恐怕是不可能的。胡兴东从法制的“内在发展理路”出发回答了这一问题,论述中恰恰有淡化甚至排除上述因素的倾向。因此,对于“弃律用例”的前半截问题,岩村忍的观点,特别是兰德彰“儒家化”的礼法同蒙古本位主义的冲突说,仍具有相当的说服力^[1]。

[1] 周思成:《20世纪初以来元代法制“弃律用例”现象研究评析》,载《北方民族大学学报》2019年第2期。

四、关于元代“十恶”有无之争

此前,大部分学者认为,元代法律中不存在“十恶”。有学者明确提出,“十恶、八议,有元一代一直没有这方面的法律规定”^[1]。近年王敬松通过对元代法典和元代统治者的赦诏的梳理,通过分析《元史·刑法志》的史源和结合一些蒙古人的习俗等,证明元代的法律之中不存在“十恶”刑名体系^[2]。

陈佳臻撰文认为,王敬松的论证很精彩,但并不完全正确。元代法律虽无“十恶”之名,却有“十恶”之实。王敬松所指的“十恶”体系,是狭义范围上的“十恶”体系,即以《唐律》为代表的传统中华法系中明确规定的“十恶”刑名体系。从这个意义上讲,元代确实不存在“十恶”刑名体系。若干元代史料中记载的“十恶”多为元人依其时的断例和条格总结比附而来。其中,《事林广记》所载《大元通制》节文应确实实录自《通制》本身,其所谓“十恶令”很可能存于当时《通制》所辑《别类》中,而非《名例》中。但另一方面,即使元代法律中不存在狭义的“十恶”刑名体系,“十恶”的法律精神却在元代发挥着巨大的影响。它可能在元初对金《泰和律》的比附中融入元代司法,并随着元代在汉地统治程度的加深,逐渐在诏赦、科举、荫补和封赠等领域发挥作用,其适用范围亦涵盖元代统治全境的所有人^[3]。

五、关于元代“临阵先退者死”律的历史演变

《元史·刑法志》中明确记载,“诸临阵先退者,处死。”但具体情形如何,则没有直接说明。2002年发现的《至正条格》残卷赫然以这一条为《擅兴》开篇。周思成以此为契机,结合其他资料,详细考察该律在元代的演变,认为大蒙古国时期就有类似的军法,即所谓“同命队法”,一人逃跑,全队处死。随着蒙古军队组织的日益严密和征战范围的不断落大,这种“一刀切”的做法逐渐被更为合理的“临阵先退者死”所取代。后来,这一军律又进一步演变,仅限于战争时期。因此,不能说“临阵先退者死”是蒙古草原的固有习俗,而极可能是仿效金朝军队的产物,最后且与中原王朝军法彻底合流。这是文化交流和进步的表现^[4]。

周思成文章引用了比较丰富的诏书、案例等多

种资料,展示该律在元代复杂的演变情况。比如“临阵先退者死”律陆续出现一些更为具体的认定标准。《元史》卷三十《成宗本纪三》记载“先事而逃”“败而后逃”两种情形。大德六年春正月癸卯,“诏千户、百户等自军逃归,先事而逃者罪死,败而后逃者,杖而罢之,没入其男女”。《元史》卷三四《文宗本纪三》记载“临战阵而逃”“非接战而逃”两种情形。至顺元年闰七月,行枢密院言:“征戍云南军士二人逃归,捕获,法当死。”诏曰:“如临战阵而逃,死宜也。非接战而逃,辄当以死,何视人命之易耶!其杖而流之。”这都有助于加深对元代法制变迁的认识。

六、关于蒙古族“登高四射”的习惯法意义

蒙古军队攻陷金中都后,成吉思汗曾采用一种颇为特殊的“登高四射”方式,封赏在对金战役中立下大功勋的功臣,即俾其登高,四面发矢,箭之所至,土地产业悉予之。《元史·镇海传》记载,“太祖命(镇海)于城中环射四箭,凡箭所至园池邸舍之处,悉以赐之”。《元史·札八儿火者传》亦载,太祖谓札八儿曰:“汝引弓射之,随箭所落,悉界汝为己地。”此处所记载的“四射封赐”,是成吉思汗的一时兴起,还是有某种先例或依据的习惯法?

20世纪90年代,陈学霖先生撰文《蒙古“箭程划地界”习俗考索》与《“一箭之遥”证史》指出,作为“蒙古旧俗”的“箭程划地界”有两方面含义:一是以箭的射程作为长度单位,一是以箭的落地处划定采邑或建筑物地址。《元史》中的镇海与札八儿火者两传,即为后者之证,并认为成吉思汗的做法,“反映游牧民族社会封赐的民主制度”,“这

[1] 刘晓:《〈大元通制〉到〈至正条格〉:论元代的法典编纂体系》,载《文史哲》2012年第1期。

[2] 王敬松:《论元代法律中没有“十恶”体系》,载《民族研究》2013年第5期。

[3] 陈佳臻:《元代法律中的“十恶”问题——兼论〈事林广记〉中〈大元通制〉节文的真伪》,载《元史及民族与边疆研究集刊》2019年第1期。

[4] 周思成:《元代军律中的“临阵先退者处死”刍议——以〈至正条格·断例·擅兴〉为中心》,载《军事历史》2015年第2期。

个习俗显示蒙古人对箭特别重视,作为经济文化的一个重要标识,因此将中箭之物及箭落之处视为私产”。陈学霖还提到,十七、十八世纪《卫拉特法典》和《喀尔喀三旗法典》中以箭程决定狩猎禽兽所属的规例,“成为草原社会关于私产权的一项重要法律”^[1]。

周思成认为,陈学霖先生认为蒙古以箭程为度制单位,所引史料甚夥,所论亦极精当,然附论镇海和札儿火者传文所载之“四射封赐”,系“反映游牧民族社会封赐的民主制度”或“从箭程衍生”的一些关于“私产权法和制度”,或失之含糊,稍欠透辟。周思成提出,以射箭而定封赐,实质上是蒙古贵族统治阶级瓜分战利品的一种特殊仪式(程序),属于军事法范畴。例如,出使漠北的南宋使节彭大雅所著《黑鞑事略》载蒙古军“用兵战胜”的赏罚之度:“陷城则纵其掳掠子女玉帛。掳掠之前后,视其功之等差;前者插箭于门,则后者不敢入。”随着历史演变,又逐渐成为先占权的重要标志。除了射箭,还有木桩、木栅等多种形式。例如年代较早的蒙古喀尔喀部《桦树皮律令·猴年大律令》(1596年)第48条规定,在择定牧地时,“明知插木头择定之地仍无视而立帐者,罚三九牲畜,不知情而立帐者,罚马一匹”。较晚近的《喀尔喀法规》第九条规定,“凡驻帐[于某地]时,若有他人不答允,此乌图格[驻地]即为已被占用者。若两人同时前去查看乌图格,发生争吵,此乌图格应归先到者占有。若两人同时到达,应归先放箭及或用鞭击及驻地者占有。”另据19世纪俄罗斯学者调查,在农业生活较发达的布里亚特蒙古人中,私人可经由圈占、耕作和灌溉而保有某块土地的先占权:“如有人辟某地以种植庄稼或收割草料,其后又任其不治,圈地之木栅亦倒坏,且有他人有意利用此圈占之地者,若第一占有人对后者提起诉讼,前者可获三年之期限以垦植该地;若第一占有人未能在此期限内垦植该地,则该地归公开宣告有意利用它的人所有,他有权圈占此地,但如条件允许,须对第一占有人作出补偿,酬其拓荒之劳。”

综合上述,周思成认为,在草原法中普遍存在一种使用箭矢以宣示动产或不动产先占权的习惯。这种习惯起源于何时何地无从稽考,但推测应该源于狩猎。后来,这种做法延伸到军事法的战利品分配程序,最后又适用到日常生活中的动产和不动产

的所有权归属。因此,这种做法实是一种古代法中比比可见的“仪式”残存,将这些记载解释为北族残存“民主制度”的反映,似欠妥当^[2]。

如果说“登高四射”中蕴含的物权先占原则,更多反映的是蒙古习惯法的影响,元人的一般财产观则更多受到中原传统的熏陶。元代大儒许衡有段话广为引用:“为学者治生最为先务,苟生理不足,则于为学之道有所妨。彼旁求妄进,及作官嗜利者,殆亦窘于生理之所致也。诸葛孔明身都将相,死之日,廩无余粟,库无余财,其廉所以能如此者,以成都桑土,子弟衣食自有余饶尔。”^[3]这段话中反映出来的元人对财产的重视,将财产与修身、齐家治国相联系的观点,在前后历史时期都可以找到呼应。在元代之前,北宋司马光为相,“每询士大夫私计足否”,以为“倘衣食不足,安肯为朝廷而轻去就耶!”^[4]又说,“凡人无生事,虽多显宦,亦不能不俯仰,由是进退多轻。”苏辙认为,居住舒适有助佛教僧人求道问学:“求道者非有饮食、衣服、居处之求,然使其饮食得充,衣服得完,居处得安,于以求道而无外扰,则其为道也轻。此古之达者所以必因山林筑室庐,蓄蔬米,以待四方之游者,而迁之所以置力而不懈也。”^[5]南宋朱熹说:“粗有衣食之资,便免俯仰于人。”^[6]宋人另有言:“人生不可无田,有则仕宦出处自如,可以行志。不仕则仰事俯育,粗了伏腊,不致丧失气节。有田

[1] [美]陈学霖:《蒙古“箭程划地界”习俗考索》、《“一箭之遥”证史》,载陈学霖《史林漫识》,中国友谊出版公司2000年,第3-52页。

[2] 周思成:《〈元史·镇海传〉中的“四射封赐”新论——蒙元法制史研究札记》,载《北方文物》2014年第4期。

[3] 苏天爵辑撰:《元朝名臣事略》卷八《左丞许文正公》,中华书局1996年版,第175页。

[4] 《自警编》卷五、《吹剑三录》、《读书镜》卷四,转引自周勋初主编《宋人轶事汇编》卷二十《司马光》,上海古籍出版社,2015,第1462页。

[5] 苏辙:《庐山栖贤寺新修僧堂记》,载陈宏天、高秀芳点校:《苏辙集·栾城集》卷二十三《记九首》,中华书局,2017,第402页。

[6] 转引自刘声木:《蓑楚斋续笔》卷四《名儒论治生》,中华书局1998年版,第309页。

方为福,盖福字从田、从衣。”^[1]在元代之后,清代钱大昕引用许衡的议论后说:“与其不治生产而乞不义之财,毋宁求田问舍而却非礼之馈。”^[2]近人刘声木(1878-1959)也认为:“人生当务之急,以治生为最要。”^[3]

七、关于元朝烧埋银起源的新发现

烧埋银是元代最有特色的法律制度之一,一般认为起源于蒙古族的赔命价习惯,但没有确证。陈玺、江国珍撰文指出,最可能的源头是宋代时在少数民族地区出现的“骨价”。例如宋人秦观《淮海集》“故事,汉人杀夷人,既论死,仍偿其资,谓之骨价”。宋末朱辅《溪蛮丛笑》:“或为佣而亡,或以债而死,约牛牲若干偿还,名骨债”。官方记载也较为丰富,例如《宋会要辑稿·职官二五》:大中祥符二年(公元1009年),回纥李顺与西南蕃人贡从人斗死,礼宾院“押赴开封府,依蕃部例和断,收偿命价”。《宋会要辑稿·蕃夷五》:神宗元丰元年(公元1078年),泸州江安县纳溪寨居民苏三十七与罗苟夷人目特意争鱼笱,误殴杀之,夷诉于寨,寨闻于县,县行检验之法。夷情忿怨,谓:“汉杀我人,官中不肯偿我骨价,又暴露我夷人尸首。”咒咀累日,因聚众入寇。南宋孝宗淳熙十二年(公元1185年),左须蕃人杨出耶因“沙平以叛土丁”杀其徒二人,侵犯木头寮,焚烧掠夺至始阳镇。“郡以所杀骨价偿之,蕃人乃去”。孝宗淳熙十四年(公元1187年),四川安抚制置使赵汝愚为解决当地夷汉冲突,使马湖路董蚩“倍偿所杀人骨价”。《建炎以来朝野杂记》:光宗绍熙五年(公元1194年),宋兵杀死弥羌人闷笱,赔“骨价”三千三百缗。

陈玺、江国珍根据上述资料认为,在中国古代死亡损害赔偿制度历史发展过程中,宋代“骨价”发挥了承上启下的枢纽作用。“骨价”之前的“血价”“赔命价”等,多是少数民族内部的死亡赔偿方式,随着“骨价”的出现以及宋代夷汉之间交互适用“骨价”解决人命赔偿司法惯例的形成,“赔命价”“血价”等突破了适用地域与主体层面之藩篱,完成了从民族司法惯例到国家统一司法规则之嬗变。宋代“骨价”规则的法律实践为元代“烧埋银”制度的产生与统一实施于全国各个民族奠定了理论与实践基础,为后世以“烧埋银”为代表的刑

事附带民事诉讼赔偿规则的确立开辟了道路^[4]。

八、关于元代“敲”刑的有无之辨

早在20世纪60年代,德国汉学家罗志豪(Erhard Rosner)就注意到元代法制文献中的“敲”字,认为“敲”字实指判处死罪,且对应蒙语词“杀”(alaqu),但缺乏史料支持^[5]。曾代伟先生根据《元典章》中22处有“敲”字的案例,认为“敲”类似前代之杖杀或棒杀,是元代“死”或“处死”的执行方法,代替斩首以减轻死刑的残酷性^[6]。但胡兴东认为,“敲”不过是“北方地区各民族对‘绞刑’的通用语”^[7]。周思成以为,曾代伟、胡兴东的意见均存在一定的合理成分,亦存在有相当程度的误解。更可取的说法是罗志豪的意见,元代无“敲刑”,“敲”是大辟死刑之代称^[8]。

周思成认为,《元典章》中22件案例是由蒙古文机械地翻译过来的公文,即所谓硬译公牍文体,所谓敲字,不能确定即为汉语的“杖杀”,在其他非硬译官文书中也未找到类似的对应表述。比如2002年发现的《至正条格》残卷记载延祐三年六月初七日诏书:“罪过好生重,合凌迟处死的,为他罪过比敲的重上,审复无冤了,对众明白读了犯由,那般行来。合敲的人也审复无冤了,读了犯由呵,敲了来,他罪犯不已了也?又将他的肉剐割将去呵,

[1] 周焯:《清波杂志》第十一《常产》,中华书局1994年版,第469页。

[2] 钱大昕:《十驾斋养新录》卷十八《治生》,上海书店2011年版,第365页。

[3] 刘声木:《蓑楚斋续笔》卷四《名儒论治生》,中华书局1998年版,第309页。

[4] 陈玺、江国珍:《说“骨价”——宋代死亡赔偿规则臆测》,载《人民法院报》2019年7月12日第7版。

[5] Erhard Rosner, Die “Zehnschimpflichen Delikte” imchinesischen Rechtder Yuan-Zeit. Rauris Oestereich, 1964, p. 131.

[6] 曾代伟:《蒙元法定死刑考辨》,载《法学家》2004年第5期。

[7] 胡兴东:《元代法律史研究几个重要问题评析(2000—2011)》,载《内蒙古师范大学学报》2013年第4期。

[8] 周思成:《元代刑法中的所谓“敲”刑与“有斩无绞”说辨正》,载《北京师范大学学报》2015年第2期。

这般体例那里有？遍行文书禁了有。犯着的人，要重罪过者”。《元史·仁宗本纪》延祐三年六月诏书：“大辟罪，临刑敢有横加刳割者，以重罪论。凡鞫囚，非强盗毋加酷刑。”周思成据此认为“敲”并非一种独立的死刑方式“杖杀”，而是“大辟罪”在元代硬译公牍文体中的一种表达方式。在传统刑法体系中，“大辟”理论上涵盖凌迟、斩、绞几种死刑，而从《至正条格》中这条记载看，“合陵迟处死的”与“合敲的”尚有所分别，前者比后者“重”。因此，在元代，“大辟”（或“敲”）或许不包括凌迟而主要指“斩”“绞”等刑。

周思成还根据上述考察，进一步论证了元代“有斩无绞”说。本书认为，元代“有斩无绞”说或许尚有讨论空间，但元代慎刑观念比较普遍却是可以肯定的，甚至一些少数民族官员，也高度认同儒家的慎刑主张。《元史》卷一三四《秃忽鲁传》记载，秃忽鲁任职大宗正府期间，阅诸狱文案，某日暮归愀然，说：“今日所议死案也，于我心有疑，欲求所以活之，未得其方耳。”他日归，喜曰：“我得之矣，于法当流徙边地”。这与此前北宋时期的观点可谓遥相呼应：“求其生而不得，则死者与我皆无恨也，矧求而有得邪？以其有得，则知不求而死者有恨也。夫常求其生犹失之死，而世常求其死也。”^[1]与此后的明清时期也一脉相承。例如《明史》卷一四九记载，永乐年间刑部尚书夏原吉尝夜阅案书，抚案而叹，笔欲下辄止。妻问之。曰：“此岁终大辟奏也。”《清史稿》卷二七三记载，康熙年间刑部尚书姚文然，“决狱有所平反，归辄色喜。尝疑狱有枉，争之不得，退，长跪自责。”

九、关于“阿蓝答儿钩考”的制度渊源

“阿蓝答儿钩考”是大蒙古国蒙哥汗（元宪宗）统治时期发生的一起轰动一时、影响深远的政治事件。1257年春，蒙哥汗突然解除当时还是藩王的忽必烈的兵权，又派遣心腹阿蓝答儿和刘太平等前往忽必烈封地陕西、河南，设立“钩考局”，发布142项条例，“钩校钱谷”，一时“虐焰熏天，多迫人于死”。陷入窘境的忽必烈不得不亲自觐见蒙哥，委曲求全。二人矛盾虽由此得到缓和，但忽必烈在陕西、河南等地设置的安抚司、宣抚司、经略司一类行政机构仍被裁撤。直到蒙哥南下征宋的东路军（塔察儿部）作战失利，忽必烈才重回蒙古帝

国权力中心。

以往多数研究都从政治斗争角度解读这一事件，认为“钩考”是蒙哥和忽必烈政治矛盾激化的表现，也是大蒙古国内部奉行蒙古本位主义的“保守派”同倾向汉化的忽必烈派系之间的斗争。事件的起因是忽必烈在漠南汉地的势力发展，特别是他倾向汉法的统治立场，“不免侵犯了习惯于随意勒索的蒙古、色目贵族的利益，引起了他们的嫉恨”，钩考事件“表面上是检查京兆与河南的财赋，实际上是要否定忽必烈用汉人治汉地的成绩，并彻底瓦解他的势力”。^[2]少数学者如李治安从制度史切入，认为“阿蓝答儿钩考”在法律性质上属于财税审计，“阿蓝答儿钩考”代表的“蒙古旧例”是元世祖朝钩考钱谷两大制度来源之一，另一为唐宋“勾覆”和“磨勘”遗制。“二者分属蒙古法与汉法，但在检复考核财赋方面，又具有很多相通之处”。^[3]但李治安所说的“蒙古旧例”究系一种什么制度？则语焉不详。

近年周思成撰文对此做了进一步研讨。周思成根据“阿蓝答儿钩考”的主事者身份、职权和办案程序，办案中表现出来的有罪推定、酷刑拷问或无论嫌犯是否有罪均广泛采用杖刑等特点，认为阿蓝答儿钩考与唐宋“勾覆”和“磨勘”遗制无共同之处，不应认定为财税审计，而更接近中央机构在处理经济贪腐大案时特派的专门法庭或“专案组”。周思成根据西方学者的相关研究，认为钩考的蒙古源头应是波斯语史料记载的断事官法庭（yārghū）。比如在拉施特《史集》中共出现40余处yārghū，主要指一种特殊的蒙古司法实践——是历代伊利汗为调查失势的大臣和其他威胁统治的敌人（如被告发谋逆者）而启动的一种司法手段，通常伴随着刑讯逼供；在志费尼的《世界征服者史》中也有几处yārghū，主要指针对政治阴谋和受指控的官员的

[1]《欧阳修全集》卷二十《居士集卷二十》，中华书局2001年版，第393页。

[2]邱树森：《浑都海、阿蓝答儿之乱的前因后果》，载《宁夏社会科学》1990年第5期；王颀：《钩考返权——阿蓝答儿钩考事件的前因后果》，载王颀：《龙庭崇汗：元代政治史研究》，南方出版社2002年版。

[3]李治安：《元世祖朝钩考钱谷述论》，载《历史教学》2001年第2期。

调查程序。“阿蓝答儿钩考”中忽必烈藩府受到的主要指控“得中土心”(或涉及政治阴谋)和“王府诸臣多擅权为奸利事”(贪渎问题),恰恰是断事官的 yārghū 法庭的主要职权范围。此外,《元朝名臣事略》等汉文史料对钩考局滥用杖刑等描述,与波斯文史料对 yārghū 的描述高度相似。

因此,“阿蓝答儿钩考”不是普通的财税审计,而是依据大蒙古国断事官 yārghū “旧例”,对忽必烈藩府在河南、陕西等地任命的诸司官员发动的贪污税赋和渎职的司法调查,汉文史料中所谓“钩考局”,实是 yārghū 法庭的别称。在中原汉人看来,阿蓝答儿钩考是“虐焰熏天”,但在蒙古传统中自有其正当性与合法性,即蒙古断事官彻查大案要案的特殊制度。当然,这并不否认“钩考”事件背后的政治因素,或这一过程中采用了某些财税审计和清查措施^[1]。

十、关于元代推官“独专刑名”的涵义

宋、金时期的推官虽为司法官员,但司法并非其唯一职能,还兼管其他事务,到元代则专管刑名。《元史·刑法志》:“诸各路推官,专掌推鞠刑狱。”元人刘敏中《送王伯仪之官平江序》:“推之为职,独专刑名。”《至顺镇江志》:“元稽古建官,军民之职不相统属,而列郡参佐之权益重……推官专掌刑狱之务,别设厅事于府堂之西,狱成则告之府,与守贰同坐而加审谳焉,又非若前代司理参军之比也。”陈高华在元代审判制度的论文、李治安在元代路总管府的研究中,均有谈及^[2]。近年韩清友、郑鹏先后撰文探讨了推官制度沿革、职责、选任、奖惩、社会影响等问题^[3]。两文结构、内容和观点均有一些差异,但在推官“独专刑名”部分颇多相通之处,本书综合介绍如下。

韩清友、郑鹏都梳理了推官在刑名方面的具体职责。一是办理刑案。包括民众直诉案件、下属州县申报的案件以及经廉访司审录过的“已具”刑狱。无论哪一种案件,推官都要审理明白,上报总管府圆议;二是司法检验。根据检尸条例,路要设立文簿,由推官收掌,专门记录下属官府申报的人命公事,监督检尸的进行;三是监督狱政。元代诸路、府皆置牢狱,由直属监察系统的司狱司和路、府佐贰官共同管理。推官对狱卒有监督之责。

关于推官的刑名职责,学者一般认为是专审或

“预审”。韩清友、郑鹏都同意这个观点。郑鹏还进一步提出,推官的专职是“专责”,而不是“专权”。一是推官审理案件“狱成”后,须“其余府官再行审责,完签案牘文字。或有淹禁,责在推官”,即正式判决依然要经过圆审后联署,但案件淹滞的责任却要由推官承担。二是推官发现州县审理案件失当的,有权推问,但必须“咨申本路,依理改正”。概言之,推官只是路一级政府的属官,仍要接受行政长官的领导。

关于推官的优待。郑鹏提出,推官基于专掌刑名的职责需要,有三项法定“特权”。一是不参与其它政务。推官“专一问罪囚”;“推官专管刑狱,其余一切府事并不签押,亦无余事差占”;“路府推官仍旧专管刑狱,通署刑名追会文字,其余事务并不签押,诸官府亦不差占”。二是有独立办公场所。“府治之旁,推官别有厅事,以为详谳之所,谨其职严其体也”;三是有独立人事权。在现有吏员中自主选择刑名司吏,“同僚官不得阻当移换”。

关于上述三项特权,郑鹏认为,第一项中推官号称不理它务,但实际被上级差占的情形屡见不鲜。韩清友也认为,元中后期,推官还参与地方庙碑记撰额、书写和立石等社会教化 and 建设活动,甚至直接参与军事斗争,但韩清友似并不认为这是坏事。韩清友还提出,在上述三项特权之外,元代推官待遇较好,有官俸和职田等收入;政治上也颇有前途,品秩从六品或正七品,大多数在任满以后的仕宦过程中,品秩达到五品以上,进入宣授序列。

关于推官的选任,郑鹏认为,元政府在选任推官时将其法律知识 with 刑狱经验作为首要标准,但始终未能建立起类似于宋代的专门选任机制,在经历

[1] 周思成:《究竟是 yārghū 还是“钩考”?——阿蓝答儿钩考的制度渊源探微》,载《北京师范大学学报》2021年第1期。

[2] 陈高华:《元朝的审判机构和审判程序》(1994),载《陈高华文集》,上海辞书出版社2005年版,第127—128页;李治安:《元代政治制度研究》,人民出版社2003年版,第141—147页。

[3] 韩清友《元朝路总管府推官初探》(《元史及民族与边疆研究集刊》第35辑,上海古籍出版社2018年版,第132—150页)、郑鹏《元代推官考论》(《古代文明》2019年第4期)。

一段时间的监察官员举荐后，推官的选任最终“混于常流”。选拔机制的缺陷仍使得整个推官群体的法律素养存在巨大隐忧，“法吏无优选”成为终元一代始终没有解决的问题。韩清友则提出，大部分推官出身于官宦和士人家庭，由通晓元朝文化的汉人担任，随着元朝政权汉化深入和社会形势的变化，推官中出现了南人身影。

关于元代官员的法律素养问题，似尚无专文探讨，这里做一些补充。元代鉴于宋代尚文“迂而固”之弊，改行“左儒而右吏”的用人政策^[1]，强调“以法律治天下”^[2]，不重视儒学，甚至一度废除科举，由吏出身者，可至宰执、台谏，“所与共治出刀笔吏十九”^[3]。元朝政府还提出，考生主张“吾儒事诗书，安用法律”的，不予录取^[4]。

在这一政策影响上，元人大多认为，国家治理和个人治学应当既读诗书又读律，二者都很重要。例如揭傒斯：“夫文以制治，武以定乱，法律以辅治，财用以立国，皆君子之事所当学者。”^[5]“读书习律，和平易恕，贤令也。”^[6]朱德润：“读书所以知天下之有道，读律所以识朝廷之有法。士之出处穷达，夫古今事势，非道无以统体，非法无以辅治，于斯咸依焉。”^[7]在元人诗歌中也多类似表达。例如，

“俗吏固不可，腐儒良足嗤。明经先植本，读律贵知时。”^[8]“近曾读律知名例，早事通经识孝慈。”^[9]“读经还读律，为吏本为儒。”^[10]“读书复读律，才比百炼钢。”^[11]“君家有子为时出，且喜读书兼读律。”^[12]“早年读律如五经，案头夜照练囊萤。”^[13]“高人读律仍读书，白头在堂辞我归。”^[14]“读书读律已称贤，孝友尤闻远途传。”^[15]实践中，元代士大夫自发读律读书的记载很多，例如，《刑统赋释义》的作者梁彦举，“自童年即以吏事起身，至老而求诸经史，以文其律家之学”，故是书“不惟精于法家之律，而又明于儒者之经史也”^[16]。杨维桢评价说，元代“以儒道理天下，士往往由科第入官，凡献一狱、断一刑，稽经援史，与时制相参，未有吏不通经、儒不识律者也。”^[16]这话有点夸张，但多少也是实情。

在具体法律问题上，元代士大夫也提出了一些颇具理论价值的异于其他朝代的观点。比如关于法律的概念，元世祖时期曾任山东按察使等官的儒学名臣胡祗遹（1227-1295）提出：“余所谓法者，非止刑法而已也，百度百法皆是也。”^[17]这是很值得注意的颇具独创性的一个观点，尽管没有作出更多论证。可见元代人并未如后人想象的那样狭隘。

[1] 《全元文》卷一四六六《蒋易·送郑希孔之建宁学录序》，凤凰出版社1998年版，第70页。

[2] 《全元文》卷九三一《揭傒斯·奉议大夫平江路嘉定州知州甘公士廉墓志铭》，凤凰出版社1998年版，第534页。

[3] 《全元文》卷九二五《揭傒斯·善余堂记》，凤凰出版社1998年版，第433页。

[4] 《全元文》卷一三六三《李谷·策问》，凤凰出版社1998年版，第533页。

[5] 《全元文》卷九二二《揭傒斯·送也速答儿赤序》，凤凰出版社1998年版，第384页。

[6] 《全元文》卷九二一《揭傒斯·送族子时益赴南康主簿序》。

[7] 《全元文》卷一二七四《朱德润·送李明之充吴江州儒吏序》。

[8] 《全元诗》第十九册《蒲道源·送刘彦让山北宪史》，中华书局2013年版，第259页。

[9] 《全元诗》第二十册《何中·送詹伯昌曹州迎亲》，中华书局2013年版，第289页。

[10] 《全元诗》第二十五册《程端礼·睦士何声伯管库于铅山友朋多言其才美余于岁暮方以得见为喜又惜其去作诗以送之》，中华书局2013年版，第336页。

[11] 《全元诗》第三十六册《郑元佑·送俞漕掾》，中华书局2013年版，第275页。

[12] 《全元诗》第三十八册《谢应芳·答谢楚芳》，中华书局2013年版，第74页。

[13] 《全元诗》第三十八册《谢应芳·唐君举挽词》，中华书局2013年版，第253页。

[14] 《全元诗》第五十册《释子贤·与白云山人夜坐山人将归天台即席赋此送之》。

[15] 《全元诗》第六十二册《凌云翰·挽翁顺卿宪史》。

[16] 《全元文》卷一二九四《杨维桢·刑统赋释义序》，凤凰出版社1998年版，第158页。

[17] 《全元文》卷一六二《胡祗遹·政事》，凤凰出版社1998年版，第537页。

胡还曾建议朝廷任命县令,要严格考试,“身言书判不兼全者不注”^[1],“吏民则试以刑名算数”^[2],可见他重视法律知识学习和掌握。在案件审理上,胡也提出多条注意事项,颇多心得之言^[3]。又如关于法律的继承性。元世祖时期下令废止《泰和律令》,曾任监察御史、陕西、江西按察使、南台中丞等官的魏初(1232-1292)批评这一决策稍嫌草率,因为“泰和之律非独金律也,旁采五经及三代、汉、唐历代之遗制耳。若删去金俗所尚,及其敕条等律,益以开国以来圣旨条画及奏准体例以成一书,即《至元新律》也。”^[4]这也是切中之论。

又如关于立法技术(罪刑相适应)。元世祖时期程钜夫认为,强盗犯罪猖獗,原因之一是现行刑罚偏轻,轻重失衡,“百姓藏军器者死,而劫盗止杖百单七,故盗日滋。”“夫诸藏兵器者处死,况以兵器行劫,而罪乃止于杖,此何理也?故盗无所畏,党日以多。”建议“与藏军器同罪。”^[5]元代中期名臣马祖常他认为,与大辟死罪相比,元代流刑制度过于严苛,有失平允,“夫大辟死罪,或被赦原,释然归保妻子,而减死流罪,竟无宽宥,不得生还里闾,此岂法之平允哉!”建议“今后如有例合长流罪恶,别请定拟长流条例;其不应长流者,亦请论情轻重,度地善恶,每遇恩泽,辄行量移。如蒙检举典故施行,则天下生灵幸甚。”^[6]实践中,也有类似案例^[7]。元代后期司法实践中(特别是江淮以南),保辜案件往往比依“元贞元年孟福被死事例”,“加等科断”。苏天爵认为这样做不仅社会效果不佳,也不符合法理,因为保辜本有明确规定,孟福事例“通制既已不载,有司似难奉行”,建议仍依辜限之制^[8]。苏天爵还对“斗殴杀人罪”

有关规定提出修正意见,详细援引刑部郎中指示和中书省有关规定,显见律学知识之丰富^[9]。

又如关于法律适用。元代录囚活动频繁,作用显著。王道一录囚广东,“凡决遣二十九人,释六人。议以上闻者,五十有九。趣具成狱者,八十有八。惟处死一淫妇之与杀其夫者,咸曰杀之宜,又曰是足以清瘴海而去淫风矣。”^[10]录囚除了查明案情、洗白冤屈之外,一项重要内容就是正确适用法律,纠正用法不当。王道一到岭南录囚时,南海有坐窃盗拒捕杀伤主人而以强盗论,王认为:“窃盗拒捕伤人,窃不可以为强。”新会有巡检杀死拒捕人而以故杀论,王认为:“民拒官而官杀之,官不可以为故。”清远有以子盗牛杀人而连坐者,王认为:“是可以子殓父乎?”新会有从父争田杀人,父死而子系者,王认为:“是可以父殒子乎?”有昼掠民财,因杀庶弟以拒人者,议当迁,不当论。有妇人主谋劫杀而身不行者,王认为:“妇异男子,不当以为首论。”^[10]“奉新甲告乙盗葬山地,官吏监改。职役人党甲,不待乙至,掘其父棺。乙与甲鬪至丙之门,而甲之仆丁斗殴死。”录囚官员认为,“官谓乙盗葬,谓盗葬纵或侵越,谓盗葬则非也。官吏职役擅发乙父之棺,以致交鬪,而遂殴死,亦偶中伤,而非故杀。前二事失出,后二事失入,累年掩昧,至侯始得明允,非真见定力不能也。”^[11]这些案例在当时都获好评。

十一、关于元代江南“好讼”之风的新认识

在元代文献中,江南地区普遍呈现出“好讼”

[1] 《全元文》卷一六五《胡祇通·精选县令》,凤凰出版社1998年版,第587页。

[2] 《全元文》卷一六三《胡祇通·论沙汰》,凤凰出版社1998年版,第550页。

[3] 《全元文》卷一六六《胡祇通·折狱杂条》,凤凰出版社1998年版,第604-605页。

[4] 《全元文》卷二六三《魏初·奏章三一》(至元八年十二月二十五日),凤凰出版社1998年版,第434页。

[5] 《全元文》卷五二六《程钜夫·民间利病·百姓藏军器者死而劫盗止杖百单七故盗日滋宜与藏军器同罪》,凤凰出版社1998年版,第90-91页。

[6] 《全元文》卷一〇三四《马祖常·请量移流罪》,凤凰出版社1998年版,第391-392页。

[7] 《全元文》卷一一八二《许有壬·言监察御史李谦亨等量移》,凤凰出版社1998年版,第26页。

[8] 苏天爵:《滋溪文稿》卷二七《奏疏·建言刑狱五事》,中华书局1997年版,第452页。

[9] 苏天爵:《滋溪文稿》卷二七《奏疏·乞详定斗殴杀人罪》,中华书局1997年版,第459页。

[10] 《全元文》卷六六六《刘岳申·王员外东粤虑囚记》,凤凰出版社1998年版,第499-500页。

[11] 《全元文》卷五一〇《吴澄·江西等处行中书省照磨李侯平反疑狱之碑》,凤凰出版社1998年版,第368页。

现象,但郑鹏研究发现,相关描述在很大程度上是经过主观建构的话语,而非对诉讼状况完全“客观”的记录。^[1]郑鹏搜集了12条史料,发现元代有关江南“好讼”的描述大致出自四种文类:一是官员的神道碑铭、墓志铭、行状等传记文类;二是颂扬官员政绩的遗爱碑、去思碑、政绩记、言行录;三是官府衙署的题名记;四是士人之间的赠序。不同文类适用于不同的场景,遵循一定的书写模式,从而形成不同的“典型语境”。

传记文类的主要内容是记录官员的生平事迹,但其书写方式绝不仅仅是对客观事实的简单叙述,很大程度上是在对官员的形象进行塑造。有学者曾对“飞蝗出境”与“猛虎渡河”这两种中古史籍中常见的良吏书写模式进行研究,认为这种书写模式渗入史籍,使得史事记载趋于类型化、程序化,很大程度上削弱了史书的真实性。狱讼事迹亦是一种十分重要的良吏书写模式。所谓“为政之难,莫难于治狱”,由于狱讼事务的重要性,弭讼、平冤等事迹在元代地方官员的传记中十分常见。在这种情况下强调民风“好讼”,正是为了凸显官员在狱讼方面的政绩。如黄潘言诸暨州“俗尚气而喜争,牒诉纠纷”,而于景任知州后“嚣哗之风为之寝衰”,任职前后诉讼情形的鲜明对比塑造出其生动的良吏形象。

元代各类颂扬文字十分盛行,尤其是去思碑等碑刻的数量远超前代。从民众的角度来说,这类碑记重在赞颂官员的善政,其内容不仅是对事迹的如实陈述,更重在褒扬或感戴之情的表达。从国家或者官员自身来说,这类碑记源于汉代以降的循吏传统,其核心价值亦在于赋予官员循吏的声望。相比传记而言,这类碑记更加需要对官员的循吏、良吏形象进行塑造,而民风“好讼”与官员的“息讼”正是彰显官员良吏形象的一种书写模式。如杨维桢《长兴知州韩侯去思碑》言长兴州“土俗浮嚣,好盘游,大家喜气势,多诟争,素号难理”,韩侯任知州后“尽刮去旧时积蠹”,凸显出其治绩。

题名记又称厅壁记,其内容是历任职官的姓名及事状,多载于衙署厅壁或木石之上。其作者通常为本地在任官员,与其他文类中作者的“旁观者”身份有所不同。就杨蔚《常州路无锡县题名记》来说,其本身为无锡县丞,自叙作此题名记的目的为“庶使来者鉴前政之贤否,有所激励,承承继继,传芳名于永久”。在这种语境下,无锡的“好讼”

之风无非是为证明“治之者不易”,很大程度上依然有塑造历任官员形象的意味。作者自身为在任官员,其切身经历似乎比旁观者的认知更有说服力,但从另一个角度来说,其主观色彩亦更加浓厚。

赠序在元代亦是一种十分重要的文类,多写于官员上任或者离任之际。赠序在元代是一种“社会化的书写”,是构建士人之间社会网络的媒介。《送刘光远赴江西省掾序》是许有壬为刘光远赴任江西省掾而作。刘光远早年任教授于汉阳时便结识许有壬,后在湖广行省掾任上考满,“贫不能赴调”,得许有壬帮助,任职湖广行省理问所知事。此次再任江西省掾,许有壬言“江西号多士,可资以益学,而其流俗以健讼闻,仕其地者,益不可忽”,既是勉励其不要因任职吏员而荒废学问,亦提醒其注意江西狱讼之重、为政之难。

综合各种语境,元代文本中有关江南地区“好讼”的书写,表面虽是描述民风好讼喜争,真正要强调的是由此带来的狱讼压力。这些文本多出自旁观者之手,其用意主要是论证为政之难,以及对民众“好讼”之风的批判,很多时候是一种“模式化的书写”。这一话语之所以在元代盛行,既根植于元人的“贱讼”观念以及对江南风俗的负面印象,亦是元代国家和江南地方官员应对“滞讼”困境的一种策略。至于民风是否真的好讼,以及造成好讼的原因皆被排除在话语之外,或许亦非文本作者真正关心的问题。此外,郑鹏还探讨了江南地区好讼的主要原因。

十二、关于元代贪污恶性发展的主要因素

元代官吏贪赃呈现前所未有的恶性发展,被认为元帝国百年而亡的重要原因之一。有多位学者对造成元代官吏贪赃恶性发展的原因做了分析。^[2]这里主要介绍李治安和吕丽的观点。李治安认为有“俸禄微薄”“选官不精与官吏素质低下”“最高统治者徇私曲赦”“蒙古草原旧俗的渗入”等四个

[1] 郑鹏:《文本、话语与现实:元代江南“好讼”考论》,载《中国史研究》2018年第1期。

[2] 主要有邱树森《元代反贪文化》(《暨南学报》(哲学社会科学版)2001年第1期)、邱树森《元代肃政与腐败的历史启示》(《江苏社会科学》2001年第4期)、沈仁国《论元代官场贪赃盛行的原因》(《江苏教育学院学报》(社会科学版)2005年第6期)等。

方面的原因^[1]，吕丽等撰文认为有立法不健全、执法不严、官吏素质低、俸禄低薄、监督不力等五个方面原因^[2]。两文观点貌似有异，但究其实质，除蒙古旧俗一条外，其他方面几乎都是相通的。下面对两文观点作一综合介绍，至于史料方面的异同不多罗列。

关于立法因素——法制不健全。吕丽认为，良法能够减少官吏贪赃概率，否则相反。元代始终未有成系统的律典，而且忽视立法技术。赃律的规定，往往前后矛盾，进一步加剧了官场贪赃的泛滥。李治安似并不认为元代在反贪立法上有不健全的问题。他在文中详细考察了元代赃罪条例的沿革和内容，认为“完备详密”，但在执行上存在两个大的偏差，一是犯赃改注边远，二是惩治贪赃措施相对宽大，故“成效欠佳”。

关于执法因素——赃官赦宥和赃官再叙。吕丽认为，元律赃罪的处罚，过于强调仁政。一是赃官常被赦宥，二是贪赃再叙非常普遍，既没有严格的程序可循，甚至是在御史官员的强烈反对之下再叙。重罪轻罚必然导致犯罪成本大大降低，严重损害了赃律的威慑力，助长了官吏的贪赃之风。李治安所谓“最高统治者徇私曲赦”实际讲的也是曲赦犯赃官吏和犯赃官员罢而复用问题，认为频繁曲赦和罢而复用，表面上只涉及一小部分赃官，但对惩贪政策的贯彻执行带来了全局性的危害，破坏了赃罪条例的严肃性和公正性。李治安还指出，在曲赦犯赃官吏时，权相的斡旋作用颇大，吐蕃喇嘛帝师也是曲赦犯赃官吏的积极怂恿和鼓吹者。

关于监督因素——监察失灵。吕丽认为，元朝为纠正吏治弊病，仿前朝旧制，在中央建立御史台，以纠京中百官，在地方上设立行御史台，并将全国分为22个道，在每道建立奉使宣抚所，以求对全国官吏的监督。但是，元代御史台监察百官，弹劾内外的功能常常受阻。首先，御史台虽有监察的权力，但受中书省节制，而有元一代，中书系统的官员，贪赃尤甚。其次，御史台对百官的弹劾，监督职能的发挥，因皇帝的兴趣而转移。当皇帝信任、支持时，则御史台的监督职能能够充分发挥，而一旦皇帝不予重视或支持时，就无法对百官贪赃进行监督，甚至于监察官员因弹劾而轻则受辱，重则丢官。李治安也认为，元代惩贪政策的失败，一个重要表现是“监察奉使，

屡治不止”。台察官的监察活动，在遏制和减轻官吏贪赃方面发挥了不可替代的重要作用，但是，经常受到较大干扰。一是台察官不断遭受阿合马、卢世荣、铁木迭儿、脱脱等权臣的压制、打击，处于相当被动的地位，难以正常和有效地纠劾官吏贪赃^[3]；二是台察官作为皇帝的耳目之司，其全部监察活动必须在得到皇帝大力支持的前提下才能进行。由于怯薛等蒙古旧制的影响，台察官并非蒙古皇帝最信任、最亲近的臣属。许多情况下，皇帝不仅没有履行“朕当尔主”的许诺，反而对监察官的举劾横加指责；三是由于官场贪墨风气的濡染，不少监察官吏也利欲熏心，知法犯法，率先贪赃。奉使宣抚在惩治官吏贪赃方面面临同样的困境。

关于人事因素——官吏素质低下。吕丽认为，元代官吏队伍进入机制不健全，以吏为主，退出机制不明确，官吏整体素质较低。仅有的几次科举取士，不能从根本上改变整个官吏队伍的素质。李治安也认为，选官不精与官吏素质低下，是来自官吏队伍自身的直接原因。但同时认为，元代官吏素质低下，与儒士社会地位较低和官吏习儒者偏少，乃至官场风气的败坏，有重要关系。宋代吏治相对清明和官吏贪赃不十分严重的原因，不仅在于“严贪墨之罪”，还在于尊崇儒士和重视儒学道德规范的约束。儒士入官，多半讲究名节廉耻，即使为生活所迫，稍有额外不法收入，也懂得有所节制，适可而止。这可以算作一种来自道德伦常的自我制约。元代的情况则与两宋形成较大反差。儒士社会地位较低，有“九儒十丐”等自嘲之说。儒士支配官场和儒学“仁义道德”规范约束官场风气的状态，不复存在。官吏素质低下和官场道德沦丧，难以遏止。

关于经济因素——俸禄单薄。吕丽认为，元代官吏俸禄低，官吏贪赃在所难免。要从物质上保证官吏有一个相对稳定且富足的物质生活，才能强调廉政建

[1] 李治安：《论元代的官吏贪赃》，载《南开学报》2004年第4期。

[2] 吕丽、王志民：《〈元史〉中官吏贪腐案考察》，载《社会科学战线》2017年第3期。

[3] 根据文章注释，李治安这一观点援引自郝时远《元代监察制度概述》（《元史论丛》，中华书局1986年版）。

设。有元一代，连年战争、毫无节制的赏赐、频繁的疾病灾荒，加之持续的通货膨胀，致使国库空虚，导致官吏俸禄不足，官吏不能自养。李治安也认为，元代俸禄单薄，致使一般官吏无法维持基本生活所需，是元代官吏贪赃恶性发展和屡禁不止的经济方面的根源。造成元朝统治者的低俸政策包括多种因素，例如蒙古国草原官制比较简约，万户、千户和断事官只有部民、牧地的封赐及下属的贡献，根本没有汉地式的俸禄。这种草原旧俗对蒙古统治者长期不重视官吏俸禄，不能不带来深刻的影响；又如元代冗官极为严重，支付诸多员额的官吏俸禄，已是不小的财政负担。增加官棒，也有一定困难。在某种意义上，冗官制约着低俸，低俸维持着冗官，二者之间形成了一个不大不小的循环机制。另外，官吏低俸与钞值贬降挂钩，也加重了官吏低俸的危害。

关于蒙古因素——草原旧俗的影响。这是李治安的独有观点。李治安认为，怯薛“别里哥”选与科举长期停废，视儒学为宗教而不当作治国修身之术等，是蒙古旧俗因与汉法的抵牾而给元代官僚体制带来的不良影响。其中，蒙古“撒花”旧俗更是对官吏贪赃推波助澜。在汉法看来明显属于贿赂的“撒花”，在蒙古旧俗中不过是“好处或礼品”，在窝阔台等蒙古统治者心目中根深蒂固。耶律楚材曾竭力斥责“撒花”为“蠹害”，但窝阔台仍决定保留。上述放纵“撒花”贪赃的政策，像幽灵一样，长期困扰着元朝的多数皇帝，使他们在惩办官吏贪赃时往往干出频繁曲赦等荒唐事来。

李治安还指出，在元代官吏贪赃猖獗且超越其他王朝的诸多原因中，蒙古旧俗的渗入，是支配性和最主要的。它对俸薄、选举不精、官吏素质低下、徇私曲赦等，均发生了这样那样的背景性影响。比如在元朝诸位皇帝中，像元世祖、英宗等采用汉法较多的皇帝，惩治官吏贪赃相应地也比较严厉。而成宗、武宗、泰定帝即汗位前久居漠北，受蒙古旧俗熏染较深，在徇私曲赦方面就似乎走的更远些。英宗朝惩办官吏贪赃最为坚决，但英宗终因“南坡之变”遭暗杀也表明：依蒙古旧俗对官吏贪赃持宽容放纵政策，在蒙古贵族官僚中颇有市场；而采用汉法和严惩贪赃，则在蒙古贵族官僚中受到孤立打击。

十三、结语

目前，国际蒙元史学者一般分为两个群体：中

国、日本等东方学者的研究兴趣点在中国地区，主要使用汉文材料，兼及蒙古语、藏语、波斯语等文献材料；欧美学者主要关注蒙古部落及蒙古帝国时期、被分封在中亚的各大汗国，主要使用波斯语史料。因为语言、地域、民族、宗教、价值等原因，两大群体之间进行沟通和交流还存在一些困难。但要想实现元史研究的不断进步，必须实现有效的学术互动。

其一，现存蒙元文献涉及汉语、波斯语、蒙古语、回鹘文、西夏文、藏语、俄文、梵语、拉丁语、阿拉伯语、土耳其语、欧洲各种语言等二十多个国家语言^[1]。这对元史学者获取语言文献学的能力提出巨大挑战。单靠个体不仅困难，而且似乎也不可能实现。这就需要集各国学者之力将蒙元文献进行校注、翻译、整理。波斯语重要文献《史集》的汉译便是其中典型的代表^[2]。当然，翻译免不了讹误和误解，研究者对此应该铭记在心，时刻保持警惕。

其二，元代中文史料丰富多样，除《元史》《大元通制条格》《至正条格》《元典章》等官方文献，还包括胡祇适、苏天爵等私人文集，民间各种石刻，以及明、清、民国时期地方志等其他文献。这些法律文献散见各处，很多尚未系统搜集和整理。故元法律史研究者要投入大量精力和时间去搜集、识读、甄别、选用和剪裁文献。这需要极大的毅力和耐心、持久的兴趣和热情，而且还要承担付出与收获严重不成正比的风险。

其三，纵观国内外元史学者，除极个别语言天才，能够同时熟练使用汉文史料和波斯语史料的非常罕见。还要让学者在掌握这两种史料素养的基础上，保持一定程度的见解进行研究更是强人所难。所以，如何让东西学者跨越语言障碍之后，还能进行较高层次的学术交流，仍是今后一项重要任务。

[1][日]杉山正明《蒙古时代史研究的现状及课题》，《宋元史学的基本问题》，中华书局2010年版，第282-305页。

[2][波斯]拉施特《蒙古帝国史》，余大钧、周建奇译，商务印书馆1983年版。