

论元代判例的生成及其运用*

吴海航**

摘要:元代成文立法严重滞后,司法部门在法律实践中不得不积极地创造并适用判例,以至于元代成为中国古代判例最为发达的时期。元代判例的编纂也并非首先来自政府的动议,而是由地方司法实践部门为了在审判中“有法可依”而自行抄写和汇集案例而来,《元典章》的刊行实际上是元朝政府的被动选择。元代判例的生成与蒙古法传统渊源甚深,亦与元初法制的形成过程密切相关。判例的积极适用为元代提供了司法裁判的工具性手段,同时也造成元代立法进程愈加迟滞的后果。元代判例的普遍适用,甚至使其在一定阶段中出现了改变古代立法方向的趋势。

关键词:元代判例 蒙古法 《元典章》 元代立法 元代司法

一、元初蒙古《大札撒》绝对地位的强化

亨利·梅因对“习惯”概念作过解释:“由于我们的现代联想,我们就先天地倾向于以为一个‘习惯’观念必然是先于一个司法判决的概念,以为一个判决必然是肯定一个‘习惯’,或是对违犯‘习惯’的人加以处罚”。“对于是非,唯一有权威性的说明是根据事实作出的司法判决,并不是由于违犯了预先假定的一条法律,而是在审判时由一个较高的权力第一次灌输入法官脑中的。”^①人类早期社会的判决为后来的“习惯”奠定了基础,进而“习惯”又成为后来人们必须遵行的规则。显然,梅因的观点对于认识蒙古社会早期的法制状况应有所启发。

与梅因理论相吻合的是,蒙古法的某些行刑方式,也是来自民间角力时加给对手的惩罚习惯,

如“折断脊梁”的死刑惩罚即是。成吉思汗时的晃豁塔歹氏出身的萨满教巫师(蒙古语译为“帖卜腾格理”)阔阔出,通晓“长生天”,可以聚集人众,在其规模最大时甚至有与成吉思汗分庭抗礼之势。此人与成吉思汗胞弟合撒儿有矛盾,于是以“长生天”旨意为借口,挑拨成吉思汗兄弟关系。《蒙古秘史》记载:“帖卜腾格理来说:‘长生天的圣旨,神来告说:一次教铁木真管百姓,一次教合撒儿管百姓。若不将合撒儿去了,事未可知。’”^②成吉思汗受其蛊惑,迅速派人捉拿胞弟合撒儿,母亲诃额仑发现并及时予以阻止,避免了一场不应发生的兄弟残杀。当成吉思汗了解了萨满巫师的诡计之后,便以“天不爱他”为理由,派大力士用“折断脊椎骨”的方法将其处死。这种行刑方法的继承和沿袭,在蒙古人进入汗权社会以前已经普遍存在并得到认同,实际上,它也是来源于蒙古人

* 本文系 2012 年度国家社会科学基金重大项目(第三批)“《元典章》校释与研究”(项目批准号:12&ZD143)的阶段性研究成果。

** 作者简介:吴海航,北京师范大学法学院教授,博士生导师。

① [英]亨利·梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆 1959 年版,第 3~5 页。

② 佚名:《元朝秘史》卷 10,四部丛刊三编本,第 244 节。

传统中对敌人、犯人的暴力杀戮传统。

拉施特《史集》记载:忽图刺合罕在战争中英勇无畏,“他的手犹如熊掌,他双手抓起一个无比强壮的人,毫不费力地就将他像木杆似地折成两半,将脊梁折断”^③。这些案例表明古代蒙古人经常采用此类手法杀戮敌人,并得到蒙古大汗政权的认可,成为蒙古社会习惯法中的死刑执行手法之一。

蒙古社会在“大札撒”产生之前曾存在着氏族间的滥杀行为。《史集》载:“(蒙古)部落[塔塔儿]以好动刀子驰名,他们由于缺乏协商精神和粗野无知,彼此像曲儿忒人(kurd)、舒勒人(sul)和富浪人(fr(a)nj)那样地毫不客气地亮出刀子和马刀来。在那个时代,他们还没有现今存在于蒙古人中间的法律[札撒];他们的天性中充满仇恨、愤怒和嫉妒。”^④这些习俗逐渐成为蒙古社会法文化的一部分。^⑤

进入成吉思汗时期,遵循“规矩”或“习惯”成为蒙古社会解决矛盾或纠纷的重要依据,“大断事官”失吉忽秃忽作为成吉思汗的义弟曾受命:“如今初定了普百姓,你与我做耳目。但凡你的言语,任谁不许违了。如有盗贼、诈伪的事,你惩戒者,可杀的杀,可罚的罚。百姓每分家财的事,你科断者。凡断了的事写在《青册》上,以后不许诸人更改。”^⑥《青册》上记述的即类似于判决或裁断的结果,在蒙古社会成为通用的习惯法。国内蒙古法研究学者奇格先生指出,《蒙古秘史》中记载的《青册》,其实就是成吉思汗《大札撒》,或者至少是其内容的一部分。^⑦

元初蒙古人在适用法律方面依然按照自己熟悉的蒙古习惯法进行,而不愿立刻接受汉地法

律制度的限制。如蒙古人在游牧社会时期一直实行一夫多妻制,成吉思汗《大札撒》对这一婚姻制度给予保护:“父亲死后,儿子除了不能处置自己的生母之外,对父亲的其他妻子或可以与之结婚,或可以将她嫁与别人。”^⑧于是,那些有财产有势力的贵族可以娶妻数人至几十人甚至上百人。^⑨在一夫多妻制时期,蒙古社会流行族内“收继婚”现象,即兄收弟妻、弟收兄嫂、侄收婶母,甚至子收庶母的现象。进入元朝,这种现象被中原汉地传统文化指责为族内乱伦,而元朝法制却能够一直保护这一传统在蒙古人、色目人当中继续流传,甚至在某一时期还允许过汉人在族内实施收继婚,并且确有中原甚至江南汉人仿效蒙古人收继婚的案例,^⑩蒙古习惯法的影响力可见一斑。

蒙古大汗登基时都要表示对祖先传统的尊崇。铁木真第一次(1189年)被众人推举为成吉思汗时就表示:“我决不让祖居沦丧,决不允许破坏他们的规矩、习惯(yusun)!”^⑪实际上,这些规矩和习惯(yusun)在成吉思汗以前就已存在,是蒙古人在解决纠纷、处置争议过程中慢慢形成的。蒙古社会原本并没有文字,也没有成文法的记录,在蒙古人心目中,祖先已有的规矩和习惯就已经具备了某种神圣不可违背的强制性。“(窝阔台)御级时,根据已存在的习惯,按照他的命令,其他诸王军队也都参加[出征],其子贵由汗时代也是如此。”^⑫

蒙古《大札撒》在成吉思汗时颁行,并成为以后历任大汗必须遵照执行的法典。蒙古贵族在召开忽里勒台大会选任新汗时,都将能否背诵《大札撒》作为新汗确立权威的必要手段,以期获得蒙古各部贵族臣服的条件。例如,窝阔台登基时

③ [波斯]拉施特:《史集》第1卷2分册,余大钧、周建奇译,商务印书馆1983年版,第51~52页。

④ 《史集》第1卷1分册,第168页。

⑤ 参见吴海航:《元代法文化研究》,北京师范大学出版社2000年版,第21~25页。

⑥ 佚名:《元朝秘史》卷8,四部丛刊三编本,第203节。

⑦ 参见奇格:《古代蒙古法制史》,辽宁民族出版社1999年版,第33~34页。

⑧ [俄]梁赞诺夫斯基:《蒙古习惯法研究》(日译本),日本东亚经济调查局1935年版,第13页。

⑨ [法]约翰·普兰诺·加宾尼:《出使蒙古记》。参见[英]道森:《出使蒙古记·蒙古史》,吕浦译,周良霄注,中国社会科学出版社1983年版,第122页;另见[南宋]彭大雅、徐霆:《黑鞑事略》,“霆见其俗:一夫有数十妻或百余妻,一妻之畜产至富。成吉思立法:只要其种类、子孙繁衍,不许有妒忌者。”王国维笺证本,文殿阁书庄,民国25年,第67页。

⑩ 参见《元典章》卷18《户部四·婚姻·收继》各目。台湾故宫博物院影印元刊本,民国25年。

⑪ 《史集》第1卷2分册,第178页。

⑫ 同注⑪,第378页。

即下达命令：“在此以前，凡是成吉思汗所颁布的诏令依然有效，保持不变。无论何人在朕即位之前所犯的一切罪行概予赦免。但今后若有人胆敢违犯新旧法令、制度，则将受到惩罚和罪有应得的惩处。”^⑬《史集》也还记述了贵由汗即位时要求尊崇《大札撒》的情形：“正如他的父亲（窝阔台）合罕恪守他的祖父的札撒，不允许对他的法令做任何更改，他也恪守札撒和他自己父亲的诏令，只对偶有冗繁和缺陷之处略作删改，并避免更改致讹。他下令，凡盖有窝阔台合罕玺印的诏书，可以无需经他亲自批准就可以再次签署认可。”^⑭蒙哥汗即位时也基于同样的理由，他曾“耳闻目睹过成吉思汗的札撒和诏敕，只有立他为合罕，才有利于兀鲁思（国家）、军队和我们这些宗王们”。^⑮是否通晓《大札撒》成为选择新汗就任的必要条件，这一习俗一直到1260年忽必烈即位时依然如故。忽必烈即位诏中就有明确的表示：“祖训传国大典，于是乎在，孰敢不从。”^⑯

甚至在元朝开国以后较长一段期间内的蒙古皇帝，对成吉思汗以来的政治制度和法律规范均视为不可动摇的神圣经典，在指导司法实践时亦言必称太祖“札撒”，例如1264年忽必烈政权按照中原王朝的传承体制发布了改元诏，但对其弟叛将阿里不哥所属将领不鲁花、忽察、秃满、阿里察、脱火思等人，以“构祸我家，照依太祖皇帝《札撒》正典刑讫”^⑰。到元成宗铁穆耳时期（1294年~1307年），成吉思汗《大札撒》依然被当作令行禁止的绝对依据。“大德元年（1297年）九月，江西行省准中书省咨、利用监呈、杂造局申：‘本司官王承直成上位新样黑细花儿斜皮帽儿一个，’进献上位看过。钦奉圣旨：‘今后，这皮帽样子休做与人者。与人呵，你死也。如今街下休做者，做的人、带（戴）的人、交《札撒》里入去者。’圣旨了也，钦此。”^⑱有“守成之君”之称的成宗铁穆

耳即位诏也曾明示：“……谓祖训不可以违，神器不可以旷，体承先皇帝夙昔付托之意，合辞推戴，诚且意坚。”即位初，在处理行政司法事务时，依然多次提到对旧例（蒙古法）的遵行。“诏令各处转运司官，欺隐奸诈为人所讼者，听廉访司及时追问，其案牒仍旧例于岁终检之。”又如，“职官犯赃，敕授者听总司议，宣授者上闻。其本司声迹不佳者代之，受赂者依旧例比诸人加重。”^⑲

以上事例表明蒙古贵族虽然已经将政权根植在中原地区，但是，他们在思维习惯以及法律适用方面，依旧以蒙古习惯法为指导思想，《大札撒》仍然是处置大案要案的最权威的法律依据。在世祖、成宗时期，司法实践中依照蒙古法规则处置重要的政治法律事件，已成为元朝统治者遵循的最高原则。这正是元初至中期没有制定出一般性律典的重要原因之一。

二、元朝前期律典创制的困境成因

忽必烈称汗于中原汉地之后，其所代表的蒙古统治者究竟如何选择国家的立法方向，成为了一道历史性难题。成吉思汗《大札撒》作为蒙古贵族世代诵读并一贯遵循的法律仍在起着根本性的作用，而征服汉地政权并取而代之的战事尚在如火如荼地进行，统一全国几乎指日可待。忽必烈汗国作为一个不同于以往中原王朝的蒙古政权，并没有将仿效汉地传统立法模式放在治国的议事日程上。

对于治理汉地的认识，源于忽必烈早在潜底时期的经历，“岁甲辰（1244年），帝在潜底，思大有为于天下，延藩府旧臣及四方文学之士，问以治道”^⑳。蒙哥曾任命忽必烈统驭汉地百姓：“遂改更庶政，命皇弟忽必烈领治蒙古、汉地民户。”^㉑因此自中统元年（1260年）始，基本控制中原汉地

⑬ 《史集》第2卷，第31页。

⑭ 同注⑬，第223~224页。

⑮ 同注⑬，第239页。

⑯ 《元史》卷4《世祖一》，中华书局1976年版，第64页。

⑰ 同注⑯，第99页。

⑱ 《元典章》卷58《工部·杂造·新样帽儿休造》。

⑲ 《元史》卷18《成宗一》，第383、384页。

⑳ 同注⑯，第57页。

㉑ 《元史》卷3《宪宗》，第44页。

的忽必烈汗国,已经拥有代表新的政权制定一套律典的能力。但是,蒙古贵族在习惯性思维下,统治集团的立法积极性并没有迅速形成。

虽然开国立法是中原传统王朝的一贯做法,但作为新政权的蒙古统治者却并未如此践行,他们试图依旧沿用蒙古习惯法《大札撒》,并不积极传承中原王朝悠久的立法成果,这一做法源于不同的法律文化之间的暂时隔膜状态。对此元初儒臣胡祗遹曾有分析:“法之不立,其源在于南不能从北,北不能从南。然则何时而定乎?莫若南自南而北自北,则法自立矣。以南从北则不可,以北从南则尤不可。南方事繁,事繁则法繁;北方事简,事简则法简。以繁从简则不能为治,以简从繁则人厌苦之。”^②胡祗遹的分析精准地道出了两种法律文化的差异性。“南”代表传统文化深厚的汉地法律文化,“北”则代表简易粗疏的蒙古族法律文化,在当时的条件下,这两种法律文化之间并不能相互获得及时的认同。蒙古人习惯于游牧民族的管理方式,熟稔传统的军事游牧生活,对中原农耕生活缺乏深刻认识。正如窝阔台时期进入中原的蒙古贵族就有人提出“汉人无用”的观点,^③欲尽除汉人、夷农田为牧场。正是这样一种态度的普遍存在,表明统治者在国家立法选择时面临两难状况。

元初蒙古皇帝不仅没有领衔制定国家的律典,也没有认识到对中原传统法律制度继承发扬的迫切性。尽管忽必烈较早延揽了中原儒生文臣,

策问中原王朝的经国之道,^④且在中统元年时就表达了他的志向:“爰当临御之始,宜新宏远之规,祖述变通,正在今日。务施实德,不尚虚文。”^⑤中统二年(1261年)即发布谕旨:“谕诸王、驸马:‘凡民间词讼无得私自断决,皆听朝廷处置。’”有意改变窝阔台时期蒙古贵族在中原的各部长官自行其是、生杀予夺的做法。^⑥但在中统三年(1262年)发生“李璫事件”后,^⑦忽必烈开始对汉人产生警觉。该事件牵涉朝廷宰执要员——中书平章政事王文统(李璫岳丈),其涉嫌与李璫同谋叛乱被处死。为此朝廷下诏:“人臣无将,垂千古之彝训;国制有定,怀二心者必诛。”^⑧对汉族儒臣疏远的同时,忽必烈也强化了他对汉法的轻视效果,这种情绪自然会影射朝中的汉族儒臣,助长了整个朝廷消极对待立法以及积极排斥汉法,谋臣胡祗遹在上书中特别强调:“使君不能以道揆天下,使群有司、百执事无法可守,纷纭临事,漫呼法官,曰‘视《泰和律》’,岂不谬哉!亡金之制,果可以服诸王贵族乎,果可以服台省贵官乎,果可以依恃此例断大疑、决大政乎?”^⑨这种质疑也加速了金《泰和律》在元朝地位的下降。

实际上,元初适用金朝《泰和律》的情况在《元典章》中屡见记载,而《元典章》成书于元朝中期,因此,其记载的内容在当时只能存在于司法实践中。如至元三年(1266年),中书省“判送下制国用使司呈:杨珍为放良驱口邢粉儿年限未满足,捉获打死,罪犯。法司拟:‘斗杀人者,绞’。

② [元]胡祗遹:《紫山大全集·论定法律》卷22,三怡堂丛书本。

③ 窝阔台汗时期,蒙古大军初入中原,在选择对中原的统治方式时,有蒙古贵族提出了建议。史籍载:“自太祖西征之后,仓廩府库无斗粟尺帛,而中使别迭等金言:‘虽得汉人亦无所用,不若尽去之,使草木畅茂,以为牧地。’”参见[元]苏天爵:《元朝名臣事略》,中华书局1996年版,第76页。

④ 金朝末年的理学家窦默曾被忽必烈召至藩府,窦默以三纲五常进言,忽必烈问曰:“何为三纲五常?(窦默)一一言之。”忽必烈悟道:“人道之端,无大于此。失此,则不名为人,且无以立于世矣。”(参见[元]苏天爵:《元朝名臣事略》卷8《内翰窦文正公》,第152页)。饱读诗书、精通儒学的刘秉忠,在漠南蒙古藩邸供职时也曾将中原文化系统传输给忽必烈:“典章、礼乐、法度、三纲五常之教,备于尧舜,三王因之,五霸败之。汉兴以来,至于五代,一千三百余年,由此道者,汉文、景、光武、唐太宗、玄宗五君,而玄宗不无疵也。然治乱之道,系乎天而由于人。”参见陈得芝辑:《元代奏议集录》,浙江古籍出版1998年版,第23页。

⑤ 同注④,第64页。

⑥ 窝阔台时期,蒙古大军初入中原,“时天下新定,未有号令,所在长吏,皆得自专生杀,少有忤意,则刀锯随之,至有全室被戮,襦裤不遗者,而彼州此郡,动辄兴兵相攻。”《元朝名臣事略·中书耶律文正王》,第76页。

⑦ 李璫,元潍州(今山东潍坊)人,地方世袭军阀,中统元年曾受封为江淮大都督,助元抗宋;中统三年春,拥兵自重的李璫叛元降宋,牵制了蒙古的统一事业,七月,李璫被蒙古军俘虏处死。

⑧ 《元史》卷206《叛臣传》,第4596页。

⑨ [元]胡祗遹:《紫山大全集》卷12《又上宰相书》。

旧例：‘主殴放良奴婢，因伤致死，减凡人四等，合徒二年半。’部准拟七十七下，省准，断讞”^{③④}。此处旧例为金《泰和律》的规定，^③又见《唐律·斗讼》：“即殴旧部曲、奴婢，折伤以上，部曲减凡人二等，奴婢又减二等，过失杀者，各勿论。”^④金《泰和律》乃《唐律》的继承之作，其规则来自唐律，但上述判例中的“准拟七十七下”则是元代刑罚的自创。叶潜昭先生在《金律之研究》中指出，“惟其刑度均为元朝之制”，“《元典章》以‘旧例’以引用金律之罪名，而合之以元代的刑罚”，“……可以说金律也继承了唐律”。^⑤这是发生在元初的案件，在传统蒙古法当中找不到处理类似案件的处罚规定，因此必须借鉴前朝律典的规则。

忽必烈中统建元以来十年左右的时间，《泰和律》作为中原地区审判活动的主要依据，发挥了重要的作用。

至元四年(1267)五月二十一日，中都路总管府申：解到李和你赤状告樊兴，扯碎衣服殴打，公事。责得樊兴状招，不合为和你赤少欠兴钱，将和你赤马匹夺了，殴打，罪犯。法司拟‘旧例’：拳手殴人，不伤，笞四十；伤人，杖六十。后下手，理直者，减二等；他物，不伤者，杖六十。部拟：‘旧例’：诸犯徒应役而家无兼丁者，徒一年，加杖一百二十，不居作，一等加二十。若徒年限内无兼丁者，总计应役日及应加杖数，准折决放。^⑥

此条亦见于沈仲纬《刑统赋疏》所收元代通例条。^⑦至元初期，对于斗殴伤人案件的处置，引用的依据仍然是金朝法律，从其笞杖刑的数量上也可以判断是中原传统律典规定的量刑标准。元朝在此基础上，将前代“旧例”收归为本朝的“通例”，可以名正言顺地为本朝司法实践所援引。

至元八年九月，尚书户部呈：契勘应诉讼人等，多于元告事外增加事状，理宜约束。送刑部，检拟得“旧例”：诉人皆不得于本争事外别生余事，

摭拾见对人及本勘官吏。若实有干己，候本争事结绝，别行陈告，是为相应。^⑧

这是根据“旧例”对诉讼当事人之间的诉讼关系进行约束性规定，即在同一诉讼案件受理范围内，当事人不得擅自提出与本诉讼无关的其他诉由，即便确有与当事人利益相关的其他诉由，也要待本案裁判了结之后，再行提起另案诉讼。显然，这是合乎中原传统法理原则的诉讼规则。元朝中书省对此规则予以肯定并形成了新的通例。

至元八年十一月，尚书户部：来申：徐阿杜状告：“至元六年十二月，伊男绵和身死，抛下儿女无人养赡，难以当差。欲令男妇阿刘招召义男为夫，缘男绵和服制未阕，委是生受。”府司未敢悬便。乞明降事。为此，照得钦奉圣旨条画内一款节该：“妇人夫亡服阕守志，并欲归宗者听，其姑舅不得一面改嫁。”省部相度，若准徐阿杜所告，却缘照得旧例，妻为夫服三年，其实二十七个月。拟候服阕日，从阿刘所欲。别无舅姑召嫁男妇体例，仰钦依以降圣旨事意施行。据徐阿杜户下差役，量加存恤。^⑨

此案件是一件争取婚姻权的案件，虽受理于至元八年十一月，但案件发生的时间是在二十五个月之前。府司不敢妄加审理。首先，检索到圣旨条画，则仅有“舅姑不得一面改嫁”的限制性原则，其他依然不够明确。然后检索到“旧例”，明确了服阕时间为二十七个月，因此，当事人徐阿杜再有两个月即应服阕。金朝的法律规则指导了案件的具体审理。

然而，传统汉法的原则及其规定也有不适应于蒙古统治者认识能力所及之处，忽必烈即对汉法繁杂的解释环节及适用程序表示不认可和抵触，他认为：“……汉人徇私，用《泰和律》处事，致盗贼滋众”^⑩，将汉地传统法律条文及其适用程序认定为陷人于有罪的复杂设计，而认同和习惯于

③④ 《元典章》卷42《刑部·诸杀一·杀奴婢娼佃·杀放良奴》。

⑤ 参见[台]叶潜昭：《金律之研究》，台湾商务印书馆1972年版，第161页。

⑥ [唐]长孙无忌：《唐律疏议·斗讼》卷23，法律出版社1999年版，第458页。

⑦ 同注⑥，第141~142页。

⑧ 《元典章》卷44《刑部·诸殴·拳手伤·殴人》。

⑨ 参见黄时鉴辑点：《元代法律资料辑存·刑统赋疏通例编年》，浙江古籍出版社1988年，第166~167页。

⑩ 《元典章》卷53《刑部·诉讼·告事·状外不生余事》。

⑪ 《元典章》卷18《户部·婚姻·嫁娶·舅姑不得嫁男妇》。

⑫ 至元二十三年(1286)，中书省臣向忽必烈进言：“比奉旨，凡为盗者毋释。今窃钞数贯及佩刀微物，与童幼窃物者，悉令配役。臣等议，一犯者杖释，再犯依法配役为宜。”忽必烈回答：“朕以汉人徇私，用《泰和律》处事，致盗贼滋众，故有是言。人命至重，今后非详讞者，勿辄杀人。”参见《元史》卷14《世祖十一》，第289页。

简易粗疏的蒙古习惯法的处置原则,这是对法制的认识差异也是导致两难立法选择的原由。

《泰和律》在元朝的适用一直维持到至元年(1271年)十一月忽必烈下达禁止诏令的那一刻。“至元八年,钦奉圣旨节该:‘泰和律令’不用,休依着那者。钦此。”^{③⑨}从此元朝在没有建立起本朝立法体系的前提下,便将中原传统汉法——金《泰和律》^④搁置一边,开启了元王朝在立法趋势上与中原王朝完全不同的局面。在朝廷禁用令发布之后,《泰和律》便不得再作为元朝审判时的依据。^⑤

《泰和律》罢废后,朝廷儒臣上书进言立法之事,都要根据当时背景而提出设想。儒臣王恽曾几次向忽必烈提出立法建议,在1271年以前,王恽奏道:“合无将奉敕删订到律、令,颁为至元新法,使天下更始,永为成宪,岂不盛哉?若中间或有不通行者,取国朝札撒,如金制,别定敕条。”王恽明确提到了汉地传统律、令,并提出参考金朝法律和蒙古札撒;但是在1271年以后,王恽又有奏文:“议宪章,以一政体。……若周之三典,汉之九章。……宜将已定律令,颁为新法,或有不通行未尽该者,如‘累朝圣训’与中统迄今条格,通行议拟,参而用之。”^⑥比较前后两段文字有明显的不同,前者提到以律令形式参考金制,而后者则不再提金制,仅突出大蒙古国“累朝圣训”以及中统以来的条格,这显然是考虑了忽必烈的态度,甚至都不能以金朝法律作为立法参考。另外,元朝儒臣姚枢在评论忽必烈中统政绩时也有一段文字:“自中统至今五六年间,外侮内叛,继继不绝,

然能使官离债负,民安赋役,府库粗实,仓廩粗完,钞法粗行,国用粗足,官吏迁转,政事更新,皆陛下克保祖宗之基,信用先王之法所致。”^⑦突出强调了忽必烈对“祖宗之基”与“先王之法”的遵从,这显然是为了迎合忽必烈的立法态度而作出的主观评价。

既然废除了《泰和律》,元朝应有本朝的立法预期,然而朝廷一再拖延立法进程。虽然忽必烈亦曾命令中书丞何荣祖制定本朝律典,^⑧并终于以行政法规——《至元新格》的面貌在至元二十八年(1291年)刻版颁行,其余再无其他立法成果。元朝第一部重要的立法成果是英宗至治三年(1323年)颁行的《大元通制》,而《大元通制》明显有别于中原王朝传统法典的形式和内容。^⑨立法成果已然阙如,便常导致法律实践环节“无法可守”,民间发生各种争议、纠纷、控告和诉讼,以及官府必须受理的行政、司法案件及其审理,多通过临时颁行的圣旨条画的指导,形成了数量庞杂的原始判例。为办案方便,元朝的司法行政部门开始从实践中整理判例,汇集和编纂各地判例,逐步建立具有元代自身特色的判例制度。

三、元朝司法实践呼唤判例的编纂

(一)“无法”带来的法律实践困惑

司法实践最能反映一个社会对法制的实际需求状态。禁行《泰和律》后,当司法实践遇到疑难或复杂案件时,没有本朝明确的法律依据,法官在两难之间,首先查找本朝通例,在通例不足周

^{③⑨} 《元典章》卷18《户部四·官民婚·牧民官娶部民》。另见《元史》卷7《世祖四》,第138页。

^④ 《金史》卷45《刑志》称《泰和律》实为《唐律》:“泰和元年十二月,所修律成,凡十有二篇:一曰名例,二曰卫禁,三曰职制,四曰户婚,五曰厩库,六曰擅兴,七曰贼盗,八曰斗讼,九曰诈伪,十曰杂律,十一曰捕亡,十二曰断狱。实《唐律》也,……名曰《泰和律》。”

^⑤ 台湾法制史学家叶潜昭《金律之研究》一书,对《泰和律》的内容、地位和影响进行了研究,其中有相当数量的材料来自《元典章》。参见[台]叶潜昭:《金律之研究》第3页以下。

^⑥ [元]王恽:《秋涧集》卷90《便民三十五事》,四部丛刊本。

^⑦ 《元史》卷158《姚枢传》,第3715页。

^⑧ “世祖尝有旨,金《泰和律》勿用,令老臣通晓法律者,参酌古今,从新定制,至今尚未行。”这是成宗大德十一年(1307年)的记述。《元史》卷22《武宗一》,第492页。

^⑨ 《元史》卷28《英宗二》记载:“格例成定,凡二千五百三十九条,内判例七百一十七、条格一千一百五十一、诏敕九十四、令类五百七十七,名曰《大元通制》,颁行天下。”《大元通制》与《唐律》以来的法典形式在篇章结构的安排上相去甚远,但其系统性编订过程以及完整性的结构体系,都表明元朝政府是以其作为一部法典进行编订的。有学者认为,《大元通制》应被看作元朝的第一部系统性法典。参见吴海航:《元代法文化研究》,第248页。

用的前提下,也有继续翻检旧例者,或不得不参照更早的《唐律》。

如至元二十九年(1292年)十二月,福建省据邵武路申:

承准福建廉访分司牒:体知得南方士民为无孕嗣,多养他子以为义男,目即螟蛉。姓氏异同,昭穆当否,一切不论。……有以妻之弟侄为子者,有以后妻所携前夫之子为嗣者,有因妻外通,以奸夫之子为嗣者,有由妻慕少男养以为子者,甚至有弃其亲子嫡孙,顺从后妻意而别立义男者,有妻因夫亡、听人鼓诱、买嘱以为子者,有夫妻具亡而族人利其资产、争愿为义子者。……有后名存,实为绝嗣。人情至此,孰不哀怜?切照旧例:诸人无子,听养同宗昭穆相当者为子。如无,听养同姓。皆经本属官司告给公据,于各户籍内一附一除。^④

此为关系到子嗣承继利益问题的案例。南方士民为了个人利益的需要,制造多种收养机会,也带来恶劣影响。虽然元代还没有系统的收养规则,但法律实践中出现此类案例之后,地方廉访机构查得案情,上报行御史台,行台申报到福建省定夺。其中,参考了旧例规则,“若无子,听养同宗昭穆相当者”^⑤。唐律有此规定,“依《户令》:无子者,听养同宗昭穆相当者”^⑥。

皇庆二年(1313年)五月,江浙行省晋宁路申:有民间已订婚女,因“男家生业陵替,元议财钱不能办足”,女家自行毁约别嫁,“亦有取唤归家等事”发生,“当职照得唐制:许嫁女已报婚书,及有私约而辄悔者,杖六十;虽无许嫁婚书,但受聘财,亦是。若更许他人者,杖一百。已成者,徒一年半,后娶者知情,减一等。女各追归前夫”^⑦。此类案例中提到参考“唐制”,虽然这一类事件在元朝某些地方并不多见,但是,礼部专门呈奉中书省判:“事依唐律归结,以后敢有犯者,比照唐律量减二等罪归断,女追归前夫。”^⑧

这是中书省礼部在朝廷已经罢废《泰和律》四十年后遇到的特殊案例,由于没有本朝的法律依据,便不得不去检索更为久远的法典《唐律》,这也反映了元代由于缺乏独立的律典,使得司法实践部门对同类案件的审判出现了不确定因素。

元朝之所以在立法趋势上处于两难选择,主要是蒙古统治者以征服者的姿态,希望扩展蒙古法在中原的适用,而不愿直接承袭汉家法制。但是,中原汉地发生的司法案件很难适用简易宽疏的蒙古习惯法。在此情形下,儒臣们便采取向蒙古皇帝妥协的方式提出新的立法建议,郝经认为:“以国朝之成法,援唐宋之典故,参辽金之遗制,设官分职,立政安民,成一王法。”^⑨这是一个完美的立法建议,兼顾各方利益,考虑时代差异,协调各种矛盾,提出一个统治者可以接受的立法方案。所谓“国朝之成法”,指成吉思汗以来的蒙古习惯法,包括《大札撒》、“约孙”及成吉思汗的训言;“唐宋之典故”,是中国传统法律制度中以《唐律》为代表的法律范本;“辽金之遗制”,是北方契丹人、女真人等少数民族在中原立国之后取得的法制成就。如果这个立法建议被采纳,元代的立法状况将会出现根本的变化。

在没有前朝法典可供参考,又没有本朝的成文立法可资翻检的前提下,司法实践部门陷入了无法可依的困境。而作为中央政府的核心行政权力机构——中书省,频繁地收到来自司法实践部门的请示、报告和奏文,这给中央政府提出了新的问题。然而,朝廷在初期始终没有制定出一部可供司法实践操作的法典,前述的《至元新格》只是一部行政法规,篇目依次为:公规、选格、治民、理财、赋役、课税、仓库、造作、御盗、察狱,^⑩不似以往历代开国时的律典,它只解决行政管理 and 经济秩序所涉各个领域问题,不涉及刑事法律、民事法律的内容。综合性律典没有制定出台,法律实践依然在继续寻找能够在更广泛的范围内解决

④ 《元典章》卷17《户部·户计·承继·禁乞养异姓子》。

⑤ 同注④,第84页。

⑥ [唐]长孙无忌:《唐律疏议·户婚》卷12,第258页。

⑦ 《元典章》卷18《户部·婚姻·嫁娶·订婚不许悔亲》。

⑧ 同注⑦。

⑨ [元]郝经:《陵川集》卷32《立政议》。乾隆三年刻本。

⑩ [元]苏天爵:《滋溪文稿》卷6《至元新格序》,陈高华、孟繁清点校,中华书局1997年版,第85页;另见《元代法律资料辑存·至元新格辑存》,浙江古籍出版社1988年版,第9~34页。

实际问题的标准和依据,能够在审判实践中作为可适用的规则,这就成为元初司法实践对圣旨条画和判例需求的客观动因。圣旨条画的不断公布,为司法实践提供了临时性的依据;而判例的不断形成,则通过对已往审判的准确理解,即司法官吏对前朝成文法典适用的理解和运用,才能产生具有指导意义的判例,元初判例的出现即与这一背景密切相关。

(二) 圣旨、条画、判例的汇编——《元典章》

《元典章》(全称《大元圣政国朝典章》),元英宗时期与《大元通制》几乎同时刊行,是元朝中期以前法令文书和判例的分类汇编。其内容构成,主要来自中央省部、御史台,地方官府、各地廉访司经常抄写的圣旨、条格和断例等,甚至也有办案官吏私人根据耳闻目睹的敕旨、条令编辑而成,或曰《断例条格》,或曰《仕民要览》,置诸案头,以备审案时翻检。至成宗铁穆耳时期这种现象更为多见。^⑤非官方的私人汇集断例、条格,刻版印刷成书,此种情况于史不可多见。《元典章》即如此,并非官修成书,最初是由江西地方胥吏汇辑抄写而成的坊刻本。日本学者宫崎市定指出:“法律并非政府的专有物,《元典章》的成立就是在近世状态下流行于民间的。”^⑥《元典章》卷首《大元圣政国朝典章纲目》有云,

大德七年,中书省札节文:准江西奉使宣抚呈:“乞照中统以至今日所定格例,编辑成书,颁行天下。”照得先据御史台:“比及国家定立律令以来,合从中书省为头,一切随朝衙门,各各编类中统建元至今圣旨条画及朝廷已行格例,置簿编写检举。仍令监察御史及各道提刑按察司体究成否,庶官吏有所持循,政令不至废弛。”已经遍行合属,依上施行去讫。今据见呈,仰照验施行。^⑦

元朝前期中央到地方各级行政、司法部门,在没有统一法典的前提下,为准确实施国家的法律、法令,已自行编辑世祖忽必烈以来的圣旨条画,以及生效的条格、断例,然后经过御史台、行御史台及各道提刑按察司(后改肃政廉访司)的审订,形

成了具有法律效力的规范性汇编。清末沈家本曾根据上述文字,认为“此书初刊于大德,嗣后随时续增”^⑧。日本学者安部健夫认为这段文字记录了《元典章》汇辑成书的由来,仁井田陞认为是叙述了作为《元典章》前身的《大德典章》的汇辑过程。^⑨实际上,这段文字是在大德七年,朝廷奉使宣抚巡行至江西行省,将坊刻本《元典章》上呈至中书省,批准颁行。中书省根据一向所提倡的“置簿编写检举”,便批准颁行于世。

《元典章》的编排体例虽仿效《唐六典》,但也只是形式上模仿而已,其内容与唐朝官修的《唐六典》大不相同。它按诏令、圣政、朝纲、台纲以及吏部、户部、礼部、兵部、刑部、工部十门分类汇辑,正集六十卷,总计自世祖中统至仁宗延祐年间的皇帝圣旨条画,以及朝廷颁布的诏令、条格和往来公文共三百七十三目,目下若干断例、条格;新集不分卷,为英宗至治元年、二年(1321年—1322年)的诏令、条格和断例,如此大量的断例内容在《唐六典》中是不存在的。

《元典章》中有丰富的判例内容,大致可分为断案通例和判决事例两大类,前者为具有抽象意义的通例,后者为具体内容的判决事例,实际上两者都具有判例指导意义。如,关于蒙古怯薛军的利益保护。“怯薛”(蒙古语音译:kesig),是元朝的禁卫军,其源自于草原蒙古部落贵族的侍卫亲军,轮流宿卫,专职保护蒙古大汗的人身安全,成员称为“怯薛歹”,以蒙古人出身为主。进入元朝,在法律上依然对怯薛成员给予特殊的保护,他们凭借特殊身份可以享受到超出普通人的权利。

至元二十年二月,中书省刑部准兵部关:承奉中书省札付,照得,近为怯薛歹蒙古人员,各处百姓不肯应付吃的,不与安下房子,札付兵部,遍行合属,依上应付去讫。今又体知得,各处百姓依前不肯应付吃的粥饭,安下房舍,致有相争中间,引惹事端,至甚不便。仰遍行合属,叮咛省谕府、州、司、县、村、坊、道、店人民,今后,遇有怯薛歹蒙古人员经过去处,依理应付粥饭、宿顿,安下房舍,

^⑤ [明]黄淮、杨士奇辑:《历代名臣奏议》卷67《治道·定律》,上海古籍出版社影印1989年版。

^⑥ [日]宫崎市定:《宋元时代的法制与裁判机构》,载[日]《东方学报》[京都]第24册,1945年。

^⑦ 参见《元典章》卷首语。

^⑧ [清]沈家本:《寄谥文存》卷7《钞本元典章跋》,民国刻本影印本,第546页。

^⑨ [日]仁井田陞:《元典章的成立与大德典章》,载[日]《史学杂志》第51册,1940年。

毋致相争。如有蒙古人员殴打汉儿人,不得还报,指立证见,于所在官司赴诉。如有违犯之人,严行断罪。请依上施行。⁵⁸

这是一个特殊的身份“通例”规则,其适用主体专指怯薛歹蒙古军人与普通汉民之间发生冲突时对前者的保护,而非指所有蒙古人都能享受到这样的待遇。

又如,元朝政府为了稳定社会秩序,照顾百姓的利益需求,对普通民众生存权利的关注也体现在国家司法实践当中,因此,有“人民饿死,官吏断罪”之具体判例的形成。

延祐五年(1318年)三月十七日,江浙行省准中书省咨:御史台呈:成州人民阙食,本州不及申报赈救,以致死亡、流移。取讫当该官吏,违慢招伏。看详:同知康惟忠等,职居牧民,抚字乖方,适值人民缺食,不即赈救,致有流移、死亡,甚失牧民之道。以此参详,若便区处,别无所守通例。具呈照详,得此,送据刑部呈:照得大德七年(1303年)四月十三日,御史台承奉中书省札付,本台呈:监察御史呈:大宁路惠州,人民阙食,本路官怠慢,五个月余不行踏验。取讫见在官吏招伏,本台看详:大宁路等处人民阙食饿死,宜早赈济外,拘总管哈鲁等不即申报灾伤,罪犯。本部议得:总管哈鲁量拟三十七下,过七十依例赎罪,府判马谋二十七下,各解见任,降先职一等,提控案牒姚子渊三十七下,罢役不叙。都省议得:提控案牒姚子渊所犯,量决三十七下,罢见役,期年后降先职一等。余准部拟。今见奉本部议得:成州同知康惟忠等所招,本管人民遭值饿谨阙食,不即申报赈济,以致流移饿死人口,罪犯。比依量拟同知康惟忠三十七下,州判黄文德三十七下,各解见任,降先职一等。……⁵⁹

元朝的司法实践部门在没有成文律典的情

况下,根据以前的判例把握定罪量刑的标准。在没有判例指导的情况下,司法实践部门则依据皇帝圣旨条画确定判决依据,通过条画和判例的结合,支撑了元代司法体制的正常运行。

四、结语

元代判例的形式包括行政法判例、民商事法判例、婚姻法判例、宗教法判例、军事法判例、刑事法判例和经济法判例等类型,在功能上包括断案通例和具体断案事例,在结构上又分为单独判例、复合判例以及与条格相结合的抽象判例等。这些判例分散于元代各种典籍当中,有的相对集中,如《元典章》、《至正条格》等相关内容;有的相对分散,如《刑统赋疏》、《通制条格》、《永乐大典》等文献记载的部分断例与残片,它们共同构成了储藏元代判例内容丰富的资源宝库。元代通过利用及时补充上来的判例体系,基本上弥补了成文立法不足的缺憾,并且在判例创制过程中积极编订判例集适用于法律实践当中。

元代判例的普遍运用,出现在传统中国的13~14世纪之间,其数量的迅速增加和膨胀,构成了对传统中国成文法发展趋势的一种反向效应,在当时的历史条件下,判例的功能甚至约略地呈现出传统法律制度在立法以及司法技术上的未来走向,这又进一步推迟了成文法的制定进程。元代判例的实践尝试虽然最终未能获得足够的历史地位及肯定性评价,但在中国古代,在已经构建成完整而深厚的传统法律制度面前,它的特殊性及其影响作用依然不可低估。今天我们从当代法律实践视角着眼,对于元代判例的范畴和功能仍然有很多值得重新认识和评价的必要,元代判例依然有着重要的参考和借鉴之处。

⁵⁸ 《元典章》卷44《刑部六·诸殴·杂例·蒙古人打汉人不得还》。

⁵⁹ 《元典章》卷54《刑部十六·杂犯·违慢·人民饿死官吏断罪》。