乱世与法制：五代后晋的刑事 立法、司法及其承启性(上)

谢 波*

目次

一、问题的提出	(一) 后晋武人司法中的滥刑及其纠偏
二、后晋的刑事立法及其官员议法	(二) 后晋赦罪与官员驳赦 (以上本期刊登)
(一) 后晋三次规模较大的法律活动	四、后晋刑事法制之承启性
(二) 后晋官员之议法样态	五、结语
三、后晋刑事司法之多维面向	

摘要 五代是介于唐宋之际的藩镇割据乱世,长期以来无法、滥刑成为定论五代法制之主流观点。然爬梳分析史料,情状并不完全如此,位居五代中段的后晋在刑事法制建设上就颇有建树,主要体现在:在立法方面,开展了三次规模较大的法律活动,官员也表现出一定程度的议法热情;在司法上,虽然存在滥刑的一面,但却不乏滥刑纠偏和循法慎刑的案例;数次赦宥显示了皇帝的宽仁之心,当然赦宥也引发了个别朝臣驳议。以上这些表明,汉代以来逐步形成的儒化法制在五代乱世中尽管受到践踏冲击,但并未发生完全断裂,仍在曲折传承发展。同时,五代法制在唐宋时期展示出独特的承上启下属性,这种承启性在后晋乃至五代刑事法制中得到具体反映。乱世中的五代法制具有丰富、多维、复杂的面向,而不可简单以无法、滥刑概括之。

关键词 五代后晋 唐宋 刑事法制 承启性

一、问题的提出

乱世中究竟有没有法制?如果有,又展示出何种面向?集中凸显乱世特质的藩镇割据的五代,^{〔1〕}

* 重庆警察学院法学系副教授、法学博士。本文是2017年国家社科基金项目“宋元断例辑考”(编号:17FFX011)的阶段成果。

〔1〕 钱穆先生说五代十国是“唐室藩镇之延续”,称唐末五代为“黑暗时代之大动摇”;日本史家宫崎市定指出五代前后是“中世的割据达到顶点之时”,称五代为“最后的分裂时代”;小岛毅用“五代离乱”表现这一时期。这些表述集中凸显了五代乱世的特质。参见钱穆:《国史大纲》,商务印书馆1996年版,第493、501页;〔日〕宫崎市定:《中国史》,邱添生译,华世出版社1980年版,第285、287页;〔日〕小岛毅:《中国思想与宗教的奔流:宋朝》,何晓毅译,广西师范大学出版社2014年版,第32页。

无疑是一个极好的观测口。一般认为,较之盛唐和两宋辉煌的法制局面,五代法制呈现出阴暗、消极、残酷的一面。对此,相去五代不远的宋人感受尤深,宋太祖曾对宰执说,五代诸侯“多枉法杀人,朝廷置而不问,刑部之职几废”〔2〕;北宋臣僚文彦博云:“五代离乱,刑用重典以救一时,故法律之外,轻罪或加于重,徒流或至于死。”〔3〕至南宋,时人对五代酷法仍心有余悸,思想家叶适曰:“五代暴乱,承用重刑。盗一钱以上径坐死,而茶盐、榷酤升合铢两之犯,至无生出者。犴狱所用,尤残酷无法,不啻若桀、纣。”〔4〕元史家马端临的认识与赵匡胤几近一致,五代“藩侯跋扈,率多枉法杀人,朝廷务行姑息之政,多置不问,刑部按覆之制遂废”。〔5〕到了清朝,学者赵翼说得更直白:“五代乱世,本无刑章,视人命如草芥,动以族诛为事。”〔6〕这些否定性认识真切表达了五代之无法、重典或滥刑,亦成为长期以来为五代法制定性的主流言说。

但从史料记载看,五代法制其实也显示出丰富或说多维的面向。如后唐同光年间,庄宗敕云“刑以秋冬,虽关恻隐,罪多连累,翻虑淹滞”,要求“诸司囚徒罪无轻重,并宜各委本司据罪详断申奏”;后晋天福年间,皇帝感叹“每念狴牢之内,或多枉挠之人,属此炎蒸,倍加怜悯”,于是敕令“疾速结绝断遣,不得淹延,及致冤滥”。〔7〕这些无疑体现了五代遵从儒家传统慎刑恤狱的一面。法国史学巨擘马克·布洛克的观点颇具启发意义,“教学和课本这些出色的僵化工具已使这个名称(指‘法学史’)广为人知”,法律“只是现实的形式化的包装,而现实本身过于复杂,因而不能提供一个有效的单独研究对象”。〔8〕基于现实的复杂性,对五代法制一元化之否定认识似有修正必要。对此,已有学者立足于制度史视角,或对五代文本意义上的立法和司法制度作一阐述,或对五代法律残酷说、重刑说等进行质疑辩驳。〔9〕本文与之不同,试图通过“法律的历史”与“历史上的法律”相结合的视角,〔10〕考释位于五代中段的后晋(936—947年)刑事法制,力图“论从史出”地说明后晋刑事立法状况、刑事司法之多维面向、刑事法制所体现出的承启特征三个问题,进而动态地展示五代乱世中法制多维、丰富、复杂之面向。

二、后晋的刑事立法及其官员议法

受五代法制否定性认识影响,长期以来学界对后晋法制亦无好感。明清思想家王夫之认为,

〔2〕 参见(宋)李焘:《续资治通鉴长编》卷3,建隆三年三月丁卯条,中华书局2004年点校本,第63页。

〔3〕 (清)徐松辑:《宋会要辑稿·刑法》1之8,中华书局1957年影印本,第6465页。

〔4〕 (宋)叶适:《叶适集·水心别集》卷2《国本下》,中华书局1961年点校本,第649页。

〔5〕 参见(元)马端临:《文献通考》卷170《刑考·详谳》,中华书局1986年影印本,考1474。

〔6〕 (清)赵翼:《廿二史札记校证》卷22《五代滥刑》,中华书局1984年版,第478页。

〔7〕 参见(宋)王钦若等编纂:《册府元龟》卷151《帝王部·慎罚》,凤凰出版社2006年校订本,第1687、1689页。

〔8〕 [法]布洛克:《历史学家的技艺》,黄艳红译,中国人民大学出版社2011年版,第134页。

〔9〕 参见杜文玉:《五代十国制度研究》,人民出版社2006年版,第506~532页;任爽主编:《五代典制考》,中华书局2007年版,第42~77页;侯雯:《五代时期的法典编订》,载《首都师范大学学报(社科版)》2001年第3期,第123~124页;马小红:《简析五代的立法状况》,载戴建国主编:《唐宋法律史论集》,上海辞书出版社2007年版,第190~195页。

〔10〕 这对范畴是由法史学者王志强所提出,前者以记述前代法制嬗变相关事件、背景及其史实为要旨,重心在“史”;后者以阐释前代法律本身之理论性和技术性为主旨,在法本身之自洽性和系统性的论证,重心在“法”。两者皆以历史上的法律和与法律相关的事实为基础,但因导向性差别,前者更可能迈向社会史,后者如更进一步,将趋向现代意义上的法理学或各部门法学之探讨。参见王志强:《法史学研究的两个视角》,载《法学研究》2009年第2期,第201~202页。

自唐宣宗以后“天下之无法，至于郭氏称周，几百年矣”，一直到郭威灭汉建周才“始有制法之令焉”。^{〔11〕}显然，王氏眼中的后晋属无法时期。今人卞孝萱分析五代十国阶级斗争言，后唐、后晋和后汉政权严刑峻法，比后梁更加残酷。^{〔12〕}学者张鸣在阐释五代十国“武化结构与秩序”时说“滥杀和滥刑，是五代时期统治的基本手段”。^{〔13〕}如今，在不多涉及五代法制的中国法制史教科书中，大都仅对后晋法制提及一句编纂过《天福编敕》(或称《天福杂敕》)31卷。然爬梳史料，后晋政权所历11年间，至少有过三次规模较大的法律活动，而后晋官员也时常议法，显示出对法制度较高的关注。

(一) 后晋三次规模较大的法律活动

后晋立国之初，继续沿用后唐法律。晋高祖石敬瑭在灭唐称帝后，即对法制建设立下规矩，天福元年(936年)十一月敕曰：“救命法制，皆遵明宗之旧。”^{〔14〕}这个规矩在天福三年(938年)六月中书门下的奏疏中再次被重提，奏云：“伏睹天福元年十一月敕节文，唐明宗朝救命法制，仰所在遵行，不得改易。”^{〔15〕}正是在晋高祖确立的“沿用唐(后唐)法”基本原则下，后晋开展了三次规模较大的法律活动。

第一次立法在天福二年(937年)三月的一件敕中得到体现，对于这件敕史料记载甚少，仅在《册府元龟》中得以保留。根据敕文内容，大理寺此前向朝廷上奏了见管《统类》13卷、《编敕》3卷、散敕76道，朝廷遂派遣侍御史李遐、刑部郎中郑观与大理寺官员一起进行参酌详审，最后结果是“宜令大理寺，其合改正国号庙讳等文字，如是不动格条，不得理义，便可集本寺官员检寻改正。如或显系重轻，须要商议，别具奏闻。其御史台、刑部所有法书合改正文字者，亦宜准此”。^{〔16〕}分析这件敕可以得到两点认识，首先，大理寺上奏的法律皆为后唐法律，其中《统类》当是《同光刑律统类》的省称，对于这部法典史料记载，后唐同光三年(925年)二月“刑部尚书卢质上新集《同光刑律统类》十三卷”。^{〔17〕}其次，后晋对“三司”掌握的唐法之基本态度是，只要无碍理义、轻重失衡等原则性问题，此时要“别具奏闻”，否则仅需对国号、庙讳等文字作技术性处理，便可直接行用。从中不难看到本次立法在慎重对待唐法基础上“沿用唐法”之深深烙印。

第二次立法就是当下著述关注相对较多的31卷《天福编敕》之编订，对于这次立法《五代会要》《册府元龟》《旧五代史》《资治通鉴》等多种史料皆有详略不同的记载。根据《五代会要》之详细记载，这次立法是由天福三年六月中书门下的上奏引起的，奏疏说：

今诸司每有公事，见执清泰元年十月十四日编敕施行，称明宗朝敕，除编集外，并已封锁不行。臣等商量，望差官将编集及封锁前后敕文，并再详定。其经久可行条件，别录奏闻。^{〔18〕}

上奏得到了晋高祖批准。此次中书门下奏请，建议朝廷重新详定后唐清泰年间编敕和已被封存敕条，若符合条件的，仍可再行适用。实际上，早在后唐清泰二年(935年)四月，御史中丞卢损

〔11〕 参见(清)王夫之：《读通鉴论》卷30《五代下》，中华书局1975年点校本，第2484~2485页。

〔12〕 参见卞孝萱：《五代十国的阶级斗争》，载《文史哲》1957年第12期，第48页。

〔13〕 参见张鸣：《中国政治制度史导论》，中国人民大学出版社2010年版，第143页。

〔14〕 (宋)司马光编著：《资治通鉴》卷280《后晋纪》，中华书局1956年点校本，第9154页。

〔15〕 (宋)王溥：《五代会要》卷9《定格令》，上海古籍出版社2006年点校本，第148页。

〔16〕 (宋)王钦若等编纂：《册府元龟》卷613《刑法部·定律令》，凤凰出版社2006年校订本，第7082页。

〔17〕 见前注〔15〕，王溥书，第147页。

〔18〕 见前注〔15〕，王溥书，第148页。

等人就向朝廷进献了清泰元年前 11 年内的制敕,是为《清泰编敕》,这次编敕的具体情况为:“可久远施行者凡三百九十四道,编为三十卷;其不中选者,各令本司封闭,不得行用。敕付御史台颁行。”^[19]如果说后唐清泰年编敕仅需整理审定清泰元年之前后唐颁行的敕条,那么,后晋的这次立法活动显然更加复杂,因为其需对作为立法成果的整个后唐的编敕和作为法源的敕条均进行全面审查研究。这一点正如《资治通鉴》对此事的极简记载“请委官取明宗及清泰时敕,详定可久行者编次之”。^[20]如若将这次立法活动同第一次立法比较,无疑其不仅仅只是对唐法稍作技术性处理,而是一次编纂力度和范围更大的法律创制活动。为此,后晋组织了包括左谏议大夫薛融、秘书监丞吕琦、大理正张仁瑒、刑部郎中司徒诩等人在内的强大修法阵容,历时一年后,修法者才进奏详定编敕 368 道,分为 31 卷,并“令有司写录,与格式参用”。^[21]实际上,史料对《天福编敕》的卷数有 31 卷和 30 卷两种记载,北宋官修目录书《崇文总目》记载为“天福编敕三十卷,诸家书目并不著撰人”^[22],而南宋郑樵考证说 31 卷《天福编敕》中有 30 卷为“后唐制敕晋朝编”。^[23]对于这种卷数差异,清人沈家本考析历代律令提及“后晋天福编敕”时,除摘引《五代会要》中此次立法的前述史料外,其按语还云 31 卷《天福编敕》中“内一卷当是目录,《崇文目》作三十卷者不数目录也”,同时指出后晋“所行用唐法为多,此书亦多采后唐也”。^[24]由于五代十国时期各国编修的法典皆已失传,故《天福编敕》的确切卷数已不可考,沈氏按语之言也只能算一种推断。此外,郑、沈氏之语虽反映了后晋沿用唐法之原则,却无法使人看到这次立法编采唐法的复杂过程。

第三次法律活动是为学界普遍忽视的,^[25]这次活动《册府元龟》《旧五代史》中都有颇为清晰的记载,动因是谏官之奏请。根据《册府元龟》记载,天福四年(939 年)正月,左谏议大夫曹国珍奏称:“请于内外臣僚之中,选才略之士,聚《唐六典》《前后会要》《礼阁新仪》《大中统类》《律令格式》等,精详纂集,俾无漏落,别为书一部,目为《大晋政统》。”^[26]这一奏请随即得到晋高祖同意,于是晋廷拟派出包括太子少师梁文矩、左散骑常侍张允、国子祭酒唐訥、礼部郎中吕咸休、国子司业田敏、司勋员外郎刘涛、大理卿张澄、大理少卿高鸿渐、刑部员外郎李知损、监察御史郭延升等 10 人充任详议官,审议修书事宜。从时间上看,这次法律活动出现在前述第二次立法期间;从内容来看,包括了唐代行政与刑事法典、会要、礼书等丰富内容;从规模看,修法者包括了皇帝亲近的侍从、学官、礼官、行政与司法官员等,其修法阵容较之第二次立法更加豪华。遗憾的是,此次修书最后因臣僚的反对而作罢,史料对反驳意见亦有详细记载:

文矩等咸曰改前代礼乐刑宪,为《大晋政统》,则《尧典》《舜典》,当以晋典革名列状驳之。曰:“作者之谓圣,述者之谓明,苟非圣明,焉能述作。若运因革故,则事乃维新,或改正朔而变牺牲,或易服色而殊徽号。是以五帝殊时不相沿乐;三王异世不相袭礼,至于近代,率由旧章;比及前朝,是滋其目。多因行事之失,改为立制之初,或臣奏条章,君行可否,皆表其年月,纪以姓名,聚类分门,成文作则,莫不悉稽前典,垂范后昆,述言圣贤,历

[19] 见前注[15],王溥书,第 148 页。

[20] (宋)司马光编著:《资治通鉴》卷 281《后晋纪》,中华书局 1956 年点校本,第 9188 页。

[21] 见前注[15],王溥书,第 148 页。

[22] 参见(宋)王尧臣等编:《崇文总目》卷 2《刑法类》,商务印书馆 1965 年标点本,第 83 页。

[23] 参见(宋)郑樵:《通志》卷 65《艺文略》,中华书局 1987 年影印本,志 777。

[24] 参见(清)沈家本:《历代刑法考·律令·后晋天福编敕》,中华书局 1985 年点校本,第 958 页。

[25] 不过仍有极少数学者注意到这次法律活动,并作了简要的叙述。参见郑学檬:《五代十国史研究》,上海人民出版社 1991 年版,第 74 页。

[26] (宋)王钦若等编纂:《册府元龟》卷 607《学校部·撰集》,凤凰出版社 2006 年校订本,第 7003 页。

于朝代，得金科玉条之号，设乱言破律之防，守而行之，其来尚矣。皇帝陛下运齐七政，历契千年，爰从创业开基，莫不积功累德，行宜直笔，具载鸿猷。若备录前代之编年，目作圣朝之政统，此则是名不正也，夫名不正，则言不顺，而媚时掠美，非其实矣。若翦截其词，此则是文不备也，夫文不备，则启争端，而礼乐刑政于斯乱矣。若改旧条而为新制，则未审何门可以刊削，何事可以编联。既当革故从新，又须废彼行此，则未知国朝能守而不失乎。臣等同其参详，未见其可。”^[27]

晋高祖对反对意见表示赞同，编纂《大晋政统》这一浩大的工程终究未能成型。韦伯曾指出，“机智的文字游戏、婉转的表达法、引经据典以及洗练而纯粹的文字修养”被认为是君子士绅会话的典范。^[28] 这件驳奏从三皇五帝时之典故到五代的变革，分析说理层层递进，可谓体现了韦伯言下的“典范”，其核心就在维系传统的“礼乐刑宪”祖制不改。不过如果将其与曹氏奏言作以比较，不难看到两者并无本质区别，各自意见的内核皆为实现礼刑秩序，只是在法典表现形式上出现了革新与守旧两种意见，最终守旧意见为皇帝采纳，从而使晋法回到后晋初所确立的“沿用唐法”之轨道。社会学法学代表人物庞德指出“法律史解释”要注意法官、法学著作撰学者、立法人员等法律者的创造性活动因素，包括创造性的理性或创造性的试错过程，而正是特定的一些人甚或某个特定的人的行为构成了“法律史事件”。^[29] 循此理解，可看到后晋官员们积极的创造性活动，两派意见从不同角度彰显出了创造性理性，守旧意见大致可称为“经验主义”^[30] 试错的过程，而这次法律活动则无疑属于一次法律史事件。

实际上，从日本学者中田熏率先提出中华法系之“律令制”以来，^[31] 这一将中国古代法律体系类型化的范畴已被学界所接受，甚至有学者认为，律令制是认识中华法系特征的关键，其形成演变史“几乎是一部中国法制史”。^[32] 律令制至唐臻于成熟，入宋后又发生令典式微、敕勃兴之重大变化，而《大晋政统》编纂建议的提出正好值此期间。律令制的特质在于，以律和令（有时也统称为“法”）作为国家之基本大法，律尚亲亲、尊尊，令主教民、养民。^[33] 试想，后晋这次夭折的法律活动若是成功实施，那么，在中华法系“律令制”架构下，是否可能出现在编纂体例、内容上与律、令、格、式、刑统、编敕有所差异的“政统”这一更具包容性的崭新形式，以实现“礼乐刑政”综合为治之功效呢？按照曹氏奏文建议，《大晋政统》涉及内容非常丰富，综合性也更强，其“精详纂集，俾无漏落”的编纂构想超越了唐代法典之律令格式内容。一直以来，学界对五代法制变化之阐述，多集中于对唐中后期以来编敕、刑统两种立法体例的发展和完善，正是在此意义上，《大晋政统》因其明显异于这两种立法体例的鲜明特点，对其考察自然显得有了必要。

[27] 见前注[26]，王钦若等书，第7003页。

[28] [德] 马克斯·韦伯：《儒教与道教》，洪天富译，江苏人民出版社2005年版，第110~111页。

[29] [美] 罗斯科·庞德：《法律史解释》，邓正来译，中国法制出版社2002年版，第173~174页。

[30] “经验主义”是对知识和实在的一种哲学研究方式，其中心论点是：一切知识或有关世界的有意义的论述，都与感觉经验相关，而且可能的感觉经验的范围就是可能的知识的范围。不同经验论者对知识怎样建立在感觉的基础之上有不同的观点。（参见[英] 布宁、余纪元编著：《西方哲学英汉对照辞典》，人民出版社2001年版，第298页）这里借用这一哲学范畴说明守旧派官员通过儒化说理，分析编纂《大晋政统》之弊，从而达到推翻编纂活动目标的行为，而此举类似于一次经验性的“试错”过程。

[31] 参见[日] 中田熏：《论支那律令法系的发达——兼论汉唐间的律学》，何勤华译，载何勤华编：《律学考》，商务印书馆2004年版，第76~83页。

[32] 参见范忠信：《律令关系、礼刑关系与律令制法律体系演进——中华法系特征的法律渊源角度考察》，载《法律科学》2014年第4期，第38页。

[33] 参见高明士：《从律令制的演变看唐宋间的变革》，载《台大历史学报》2003年第32期，第20~21页。

（二）后晋官员之议法样态

中国古代官僚政治形态下官员与法律的关系问题十分重要,这种关系表现为官僚政治活动同法律具有“包容性”,即一种“异常密切而协调的关系”。^[34]对此,我们很容易想到其在司法活动中能得展现,因为司法表现为官员对法律的适用过程。实际上,其也可能表现为官员对法律问题的议论,以及所展示出的关注法律之姿态。一般认为,在五代儒学传统遭到背弃,士人群体忠节观念淡漠,从政素质普遍不高。例如,在后晋第三次法律活动中,提出奏请的谏官曹国珍,史料记载“性颇刚僻,经艺史学,非其所长,好自矜衒,多上章疏,文字差误,数数有之,为搢绅所诮”^[35];提出反驳意见的梁文矩,曾先后历仕梁唐晋三朝,“喜清静之教,聚道书数千卷,企慕赤松、留侯之事,而服食尤尽其善”。^[36]如果根据此传记记载,曹氏一“别字先生”和梁氏的权变无为,实属文化水平及从政素质极其有限之人,但与之形成鲜明对比的是,在法律活动中却也能提出革新政法之创见和进行玃珠的守旧说理。由是不难看到,五代时期既有以儒教为内核的文治精神陨落的一面,典型者如后晋军阀安重荣叫嚣“天子宁有种邪?兵强马壮者为之尔!”^[37]或如学者所言五代一些文官沦为武人政治附庸“为战争和割据服务”^[38],亦存在官员议论法律、关注法律和追求秩序的一面。

再来看一例。天福三年三月,详定院向晋廷上呈一件关涉死刑复核问题的奏疏云:

前守洪洞县主簿卢璨进策云:“伏以刑狱至重,朝廷所难,尚书省分职六司,天下谓之会府。且诸道决狱,若关人命,即刑部不合不知,欲请州府凡决大辟罪人讞,逐季具有无申报刑部,仍具录案款事节并本判官马部都虞候、司法参军法直官、马部司判官名衔,申闻所贵。或有案内情由不圆,刑部可行覆勘。如此,则天下遵守法律,不敢轻议刑书,非唯免有啣冤,抑亦劝其立政者。”臣等参详,伏以人命至重,而国法须精,虽载旧章,更宜条理,诚为允当,望赐施行。^[39]

这件奏疏直接得到晋高祖同意,奏言建议死刑案件复核权由中央刑部统一行使而不能由地方掌控,并作了说理分析。事实上,死刑问题实属儒化社会之重大问题,基于儒家“仁政”理念,官方对死刑适用十分谨慎,由是形成了古代死刑适用中慎用、以礼为量刑、有限法定、化死入生等原则,^[40]以及隋唐时正式写入法律,以后各朝基本沿袭的死刑复核制度。该奏疏虽由详定院向朝廷提出,但却全盘吸纳了主簿卢璨的建议。史称“主簿为印曹”^[41],其职掌为监印、检核文书簿籍等行政事务,实为一小官职。而详定院则系颇受皇帝重视的国家机构,史载天福年间晋高祖“急于时病,务求致理”,命时任吏部尚书的梁文矩等10人设置详定院,职能是处理官员上言“时政之阙”的密奏,“否者留中,可者行之”。^[42]从中不难看到,后晋的小官竟也能关注重大法律问题,并提出合理的建言。至此,从“位卑言轻”官员之议法,到建言被重要国家机构全盘采纳,再到最终为皇帝所赞同,充分反映了后晋官员议法的实际效果。而且这次上奏还出现了“溢出效应”,这亦可说是官

[34] 参见王亚南:《中国官僚政治研究》,中国社会科学出版社1981年版,第39页。

[35] 参见(宋)薛居正等:《旧五代史》卷93《晋书·曹国珍传》,中华书局1976年点校本,第1234页。

[36] 参见(宋)薛居正等:《旧五代史》卷93《晋书·梁文矩传》,中华书局1976年点校本,第1217页。

[37] 参见(宋)欧阳修:《新五代史》卷51《杂传·安重荣》,中华书局1974年点校本,第583页。

[38] 参见盛险峰:《科举与五代士大夫精神的缺失》,载《史学集刊》2008年第3期,第24页。

[39] (宋)王钦若等编纂:《册府元龟》卷151《帝王部·慎罚》,凤凰出版社2006年校订本,第1689页。

[40] 参见胡兴东:《中国古代死刑制度史》,法律出版社2008年版,第15~26页。

[41] 参见(宋)洪迈:《容斋随笔·容斋三笔》卷16《唐世辟寮佐有词》,中华书局2005年点校本,第621页。

[42] 参见(宋)王钦若等编纂:《册府元龟》卷103《帝王部·招谏》,凤凰出版社2006年校订本,第1127页。

员议法后产生的积极效应。同年五月诏敕云：“刑狱之难，古今所重，但关人命，实动天心。……应诸道州府凡有囚徒，据推勘到案款一一尽理，子细检律，令合格敕。其间或有疑者，准令文讞。大理寺亦疑，申尚书省省寺，明有指归，州府然可决遣。”^{〔43〕}显然，这件诏敕一方面扩展了刑部覆勘案件之范围（并不局限于死刑案件），另一方面也细化了案件覆勘的程序及要求。以上奏疏和诏敕的实效还是不错的，如官员杨仁泽在为父丁忧时求官被大理寺上奏，后案件交由刑部详履，刑部员外郎李知损断云：“伏以杨仁泽父丧未满，释服求官，人子何堪？违律如此，宜从追毁，以赎典刑。”^{〔44〕}这是后晋刑部覆勘非死刑案件的例子。又如，同年七月官司审断“晋州民曹继勋诉男满箱与王兴哥”一案，起因是“因里俗戏掷砖子，误触破头，上辜限内，因风致卒”，州府裁决为“准律合决重杖处死”，后来刑部对案件进行复核后向皇帝履奏云：

王兴哥情非巨蠹，年乃童蒙，满箱死既因风，本州勘须有据。虽执殴伤之律，自有常刑。当逢钦恤之朝，宁无宥过。^{〔45〕}

最后本案裁断结果是“寻有敕减死一等，征铜一百斤”，显然针对被害人在辜限内因风致死的情况，^{〔46〕}晋廷对案犯作了减免死罪处罚。尽管学界对中国古代死刑复核、覆奏（有的称“复奏”）有不同认识，但二者皆为实现儒学体系下慎刑罚、重民命之鹄的当属无疑。有学者指出，唐代覆奏制不但未起到使死刑案件审理、判决更加审慎的效果，反而瓦解了原有由作为职能部门的刑部掌控的复核权；唐中后期覆奏制因主要来自皇帝制敕的干扰，在实践中难以得到贯彻。^{〔47〕}但在这个案件处理过程中，我们不难看到沿用唐法的后晋对唐制的直接适用、对死刑慎用原则之坚守，而刑部确对裁判结果起到了至关重要的作用，这又恰为前人五代“刑部按覆之制遂废”结论之一反证。官员议论司法积弊的事例史料亦有记载，如开运二年（945年）正月，曾任监察御史的陶穀向朝廷上奏其任职时的见闻：“窃见台司详断者，至于夫妇之间小小争讼，动引支证，淹滞积时。及坊市死亡丧葬，又须台司判状；奴婢病亡，又须检验，人吏贪狡，因此邀求，动经旬时，不遂埋瘞”，奏疏清晰言及御史台断案程序之烦琐及带来的危害，晋出帝充分肯定了奏言，敕云：“淹延刑狱，实启幸门；稽滞瘞埋，尤伤和气。追呼既广，劳扰斯烦；检验取裁，停驻为弊。宜令凡有禁系，不得分外追人；百姓死亡，亦仰及时葬送。既无重扰，式叶化风。”^{〔48〕}而这次议法与五代“视人命如草芥”之认识形成了鲜明对比。此外，还有官员奏疏直接获得朝廷表扬“准奏”的例子，天福年间臣僚桑维翰上奏一事如下：

（天福四年）九月，相州节度使桑维翰上言：“管内获贼人，从来籍没财产，云是邺都旧例，格律未见明文。”敕：“桑维翰佐命功全，临戎寄重，举一方之往事，合四海之通规。况贼盗之徒，律令俱载，此为抚万姓而安万国，岂忍罪一夫而破一家。闻将相之善言，成国

〔43〕（宋）王钦若等编纂：《册府元龟》卷151《帝王部·慎罚》，凤凰出版社2006年校订本，第1689页。

〔44〕（宋）王钦若等编纂：《册府元龟》卷923《总录部·不孝》，凤凰出版社2006年校订本，第10705页。

〔45〕（宋）王钦若等编纂：《册府元龟》卷616《刑法部·议讞》，凤凰出版社2006年校订本，第7128页。

〔46〕本案是对可追溯到汉代、至唐已趋于完备的保辜制度的直接适用，对于这项制度之具体内容及解析可参见刘俊文：《唐律疏议笺解》卷21《斗讼律·保辜》，中华书局1996年版，第1482～1485页；[明]雷梦麟：《读律琐言》卷20《刑律·斗殴·保辜期限》，法律出版社2000年点校本，第370～371页；马建石、杨玉棠主编：《大清律例通考校注》卷27《刑律斗殴上》，中国政法大学出版社1992年版，第822～824页。

〔47〕参见陈灵海：《唐代刑部研究》，法律出版社2010年版，第245页；陈玺：《唐代诉讼制度研究》，商务印书馆2012年版，第274页。

〔48〕（宋）王钦若等编纂：《册府元龟》卷66《帝王部·发号令》，凤凰出版社2006年校订本，第702页。

家之美事,既资王道,实契人心。今后凡有贼人,准格律定罪,不得没纳家资,天下诸州,皆准此处分。”^[49]

桑氏奏疏提到了后晋地方司法中处理强盗案“法外用例”的情形。实际上对强盗罪,《唐律疏议》明确规定:“诸强盗,不得财徒二年;一尺徒三年,二疋加一等,十疋及伤人者绞,杀人者斩。其持仗者虽不得财,流三千里,五疋绞,伤人者斩。”^[50]可见,强盗罪考虑嫌犯涉案数额大小、是否杀伤人及持有凶器等因素,其处罚为徒、流或死刑,并没有“籍没家产”刑。后周广顺年间,中书门下奏疏建议对触犯窃盗赃及和奸者“依晋天福元年已前条制施行。诸处犯罪人等,除反逆罪外,其余罪并不籍没家产、诛及骨肉,一依格令处分”,对此周太祖敕令对强盗“并准自来格条断遣;……应诸色罪人,除谋反大逆外,其余并不得诛杀骨肉、籍没家产”。^[51]这也说明至少在后晋天福年以前,强盗罪在法律中是没有规定籍没刑的。有学者考证,《唐律疏议》卷17“谋反大逆”条中的“没官”有二义:一是将罪犯的家口没入为官奴婢,这是罪犯亲属之缘坐刑;一是将罪犯的资财没收入官,此乃罪犯所科主刑外附加之从刑;从传世法律文献看,唐律最早对“籍没家产”刑做出详细规定,其仅限于谋反和谋大逆罪,且已付诸实际行动,构成一定危害者,五代在承袭唐制基础上“法外用刑”现象突出。^[52]所以史料中才有“格律未见明文”“律令俱载”“准格律定罪”之说。显然,桑氏的这次议法是成功的,有助于晋廷纠正法律表达与实践之背离,提醒官司在审断强盗案件时做到依法办事。

三、后晋刑事司法之多维面向

古往今来人们对五代司法已形成滥刑、滥杀、刑罚残酷等负面认识,其论证依据往往运用史料中五代重处窃盗、滥施族诛、创设凌迟刑等记载。古人此种认识文首已述,今人负面认识之表达典型者如:“五代十国时期法制的主要特点是滥刑,这是和当时盗贼蜂起与统治者的暴虐分不开的”;^[53]“五代时期刑法的残酷,还表现在统治者大量使用夷族刑,滥施刑罚,大量地滥杀无辜”。^[54]翻检史料,有关五代滥刑的记载确实很多,难怪赵翼感叹五代士人“縶手绊足,动触罗网,不知何以全生”^[55],而老百姓“不知如何措手足”。^[56]不过若是只看到史料中的滥刑记载,很容易走向片面认识,从而否定法律运作之多维或说丰富面向。倡导中国法律“实践历史”研究的学者黄宗智指出,法律在实际运作中,必须在一定程度上适应社会实际,正是表达与实践之间和法律与社会之间既矛盾又抱合的关系,构成了法律体系的整体。^[57]黄氏观点颇具启发意义,与此种观点契

[49] (宋)王钦若等编纂:《册府元龟》卷613《刑法部·定律令》,凤凰出版社2006年校订本,第7082~7083页。

[50] 刘俊文:《唐律疏议笺解》卷19《贼盗律·强盗》,中华书局1996年版,第1377~1378页。

[51] (宋)薛居正等:《旧五代史》卷147《刑法志》,中华书局1976年点校本,第1963页。

[52] 参见刘俊文:《敦煌吐鲁番唐代法制文书考释》,中华书局1989年版,第167页;陈明光:《司法与产权——唐五代的“籍没家产”》,载中央财经大学中国财政史研究所编:《财政史研究》(第四辑),中国财政经济出版社2011年版,第107~122页。

[53] 张晋藩:《中华法制文明的演进》,法律出版社2010年版,第459页。

[54] 曾代伟主编:《中国法制史》,法律出版社2006年版,第145页。

[55] 参见(清)赵翼:《廿二史札记校证》卷22《五代幕僚之祸》,中华书局1984年版,第476页。

[56] 参见(清)赵翼:《廿二史札记校证》卷22《五代滥刑》,中华书局1984年版,第479页。

[57] 参见[美]黄宗智、尤陈俊主编:《历史社会学:中国的实践法史与法理》,法律出版社2014年版,第1页。

合的是,有学者在论及五代法制时,跳脱出滥刑的一维认识,展示了法制的丰富面向。如法史学者马小红提出:“五代是一个典型的立法与司法脱节的社会。”^[58]这指出了五代法制之多维面向。又如,有学者在法史教材中说,尽管五代十国战乱不已,但“社会经济仍然在发展,各个短命小朝廷也总是企图以法制求得长治久安”;“这一时期法制在某些方面有了变化,对以后的发展起到了作用”。^[59]这里看到了五代法制“变化发展”的面向。循着实践历史观,从武人如何司法和赦罪及其引发驳议两个问题,回应后晋刑事司法之多维面向。

(一) 后晋武人司法中的滥刑及其纠偏

军阀割据总是与武力(军事)紧紧联系的,在五代武化秩序下,军事因素影响法制的典型方式就是武人参与司法。日本学者日野开三郎考证指出,五代镇将拥有“从巡察捕盗权派生的狱讼权”,而“狱讼权本来是作为民政官的县令、县尉掌管,镇将掌管狱讼不过是五代乱世武人干政的余弊”。^[60]正是因武人司法权之膨胀,致使州县司法权不断遭受侵蚀。如后周广顺年间就有敕文规定,令佐和军镇应“各守职分,专切提撕”,“州府不得差监征军将下县,庶期静辨,无使烦劳”^[61],这从侧面说明了五代军镇侵夺地方司法权之普遍。对此,后人说得更明白:“五代已来,皆节帅自补亲随(指镇将),与县令抗礼,公事专达于州。”^[62]可以说,武人司法权的扩张与武人枉法好杀之结合,成为后世诟病五代法制的重要口实。史料记载的基本逻辑为:武人司法等于滥刑,入宋后皇帝革弊又省刑慎罚起来。如王楙说五代诸侯“枉法杀人,主家得自杀其奴仆。太祖建国,首禁臣下不得专杀”。^[63]又如,江少虞曰五代以来“领节旄为郡守者,多武夫,皆不知书,所至必自置吏,谓之代判。政事一以委之,用权不法,太祖知其弊,至是罢之”。^[64]此种一贬一褒的表述,足见后人对五代法制的的不齿。实际上,史料中的武人司法,表现出了相当丰富的面向,并不只见残忍、滥刑的一面。

先看后晋武人司法之滥刑面向。暴虐“为武臣之最”的苻从简,在后唐时任武职,“所为多不法,庄宗以其战斗多捷,常屈法赦之”;后晋时授左金吾卫上将军,其滥刑史载:“性忌克而多疑,历州镇十余,所在多竖棘于公署,方通大行,左右稍违忤,即加鞭笞,或至杀害,其意不可测,吏人皆侧足而行。”^[65]由于苻氏在十余个州镇任过职,其暴虐司法影响自然不小。武人滥刑有时几乎是赤裸裸的杀戮,如武人出身的王建立人称“王垛叠”,其“为政严烈,闾里有恶迹者,必族而诛之,其刑失于入者,不可胜纪”,绰号意为“言杀其人而积其尸也”;武人李守超残忍惨毒,其酷刑被称为“肉莲花”,即“令军士以大剑剖贼之首,为六分,号为肉莲花,以成戏笑”。^[66]后晋武人的非法行为极可能是大规模存在的。史载,“军校”出身的慕容彦超“志性轻脱,人面兽心,沿法为奸,是为常态”,

[58] 马小红:《简析五代的立法状况》,载戴建国主编:《唐宋法律史论集》,上海辞书出版社2007年版,第193页。

[59] 叶孝信主编:《中国法制史》,复旦大学出版社2009年版,第193页。

[60] [日]日野开三郎:《五代镇将考》,索介然译,载刘俊文主编:《日本学者研究中国史论著选译(第五卷)·五代宋元》,中华书局1993年版,第80、82页。

[61] (宋)王钦若等编纂:《册府元龟》卷61《帝王部·立制度》,凤凰出版社2006年校订本,第654页。

[62] (清)徐松辑:《宋会要辑稿·职官》48之92,中华书局1957年影印本,第3501页。

[63] (宋)王楙:《燕翼诒谋录》卷3,中华书局1981年点校本,第29页。

[64] (宋)江少虞:《宋朝事实类苑》卷28《官职仪制·罢代判官》,上海古籍出版社1981年点校本,第360页。

[65] (宋)薛居正等:《旧五代史》卷94《晋书·苻从简传》,中华书局1976年点校本,第1241页;[宋]王钦若等编纂:《册府元龟》卷448《将帅部·残酷》,凤凰出版社2006年校订本,第5050页。

[66] (宋)薛居正等:《旧五代史》卷91《晋书·王建立传》,中华书局1976年点校本,第1199页;前注[65],王钦若书,第5051页。

开运三年(946年)八月任濮州刺史时,因“坐违法科敛”触犯死罪,被告发后下御史台狱,臣僚李崧上奏:“如彦超之罪,今天下藩侯皆有之。若尽其法,恐人人不自安。”^[67]慕容氏终被敕令削官免死。从中不难看到,州县“征税赋,治婚田词讼”^[68]职权为武人掌控,以及“法不责众”所折射出的武人违法之普遍。开运年间,针对藩镇恣用酷刑,左拾遗窦俨奏疏指出:“案名例律,死刑二,绞、斩之谓也。绞者筋骨相连,斩者头颈异处,大辟之目,不出两端。淫刑之兴,近闻数等,盖缘外地不守通规,或以长钉贯人手足,或以短刀脍人肌肤,迁延信宿,不令就死。冤声上达,和气有伤,望加禁止。”^[69]据学者考证,凌迟又称“脔割”,也可简称“脔”,指把活人的肉一块一块割下而致其死亡,系封建社会最残酷的一种死刑。^[70]从中不难看到,后晋时“不守通规”(即法外用刑)的脔割的运用,并非个别现象(奏言“淫刑之兴”),由此可见武人滥刑之普遍。张彦泽滥刑集中体现了武人司法之残酷,以及官与民的共愤:

张彦泽为泾州节度使,有从事张式者,以宗人之分,受其知遇。时彦泽有子,为内职,素不叶父意,数行笞撻,惧其楚毒,逃窜外地。齐州捕送到阙,敕旨释罪,放归父所。彦泽上章,请行朝典。式以有伤名教,屡谏止之。彦泽怒,引弓欲射之。式仅而获免。寻令人逐式出衙。式自为宾从,彦泽委以庶务,左右群小恶之久矣。因此谗构,互来迫胁,云:“书记若不便出断定,必遭屠害。”式乃告病寻医,携其妻子,将奔衍州。彦泽遣指挥李兴,领二十余骑追之。戒曰:“张式如不从命,即斩取头来。”式恳告刺史,遂差人援送到邠州。节度使李周,驿骑以闻。朝廷以姑息彦泽之故,有敕流式于商州。彦泽遣行军司马郑元昭诣阙,论请面奏。云:“彦泽若不得张式,恐致不测。”高祖不得已而从之。既至,决口、剖心、断手足而死之。式父驿诣阙诉冤,朝廷命王周代之。^[71]

通过这次发生在藩镇内部的“藩帅杀其部下”动乱,^[72]不难看到武人滥刑嗜杀的一面,赵翼评价该事件系“幕僚之祸最酷者也”^[73]。实际上,这一残杀事件在当时影响也很大,一大批官员向高祖屡次弹奏此事。具体情况,史载:

周(指王周)奏彦泽所为不法者二十六条,并述泾人残敝之状,式父铎诣阙诉冤,谏议大夫郑受益、曹国珍,尚书刑部郎中李涛、张麟,员外郎麻涛、王禧伏阁上疏,论彦泽杀式之冤,皆不省。涛见高祖切谏,高祖曰:“彦泽功臣,吾尝许其不死。”涛厉声曰:“彦泽罪若可容,延光铁券何在!”高祖怒,起去,涛随之谏不已,高祖不得已,召式父铎、弟守贞、子希范等,皆拜以官,为蠲泾州民税,免其杂役一年,下诏罪己,然彦泽止削阶、降爵而已。于是国珍等复与御史中丞王易简率三院御史诣阁门连疏论之,不报。^[74]

[67] (宋)王钦若等编纂:《册府元龟》卷697《牧守部·酷虐》,凤凰出版社2006年校订本,第8051页;[宋]司马光编著:《资治通鉴》卷285《后晋纪》,中华书局1956年点校本,第9308页。

[68] (宋)王钦若等编纂:《册府元龟》卷66《帝王部·发号令》,凤凰出版社2006年校订本,第705页。

[69] (元)脱脱等:《宋史》卷263《窦俨传》,中华书局1977年点校本,第9095页。

[70] 孔学:《论凌迟之刑的起源及在宋代的发展》,载《史学月刊》2004年第6期,第38~39页。

[71] (宋)王钦若等编纂:《册府元龟》卷449《将帅部·专杀》,凤凰出版社2006年校订本,第5060页。

[72] 学者张国刚指出,唐代藩镇动乱一般有四种表现形式:兵士哗变、将校作乱、藩帅杀其部下和反叛中央;前三种发生于藩镇内部,大都由内部自身解决,第四种发生在藩镇外部,以武装冲突形式解决。参见张国刚:《唐代藩镇研究》,中国人民大学出版社2010年版,第60页。

[73] (清)赵翼:《廿二史札记校证》卷22《五代幕僚之祸》,中华书局1984年版,第476页。

[74] (宋)欧阳修:《新五代史》卷52《杂传·张彦泽》,中华书局1974年点校本,第598页。

显然，在高祖纵容下张氏的暴行并未受到应有制裁。而且此事之后，张氏仍有滥刑二事：一为军士抓获罪人后“彦泽不问所犯，但瞑目，出一手，竖三指而已。军士承其意，即出外，断其头腰领”；二是“彦泽与伪阁门使高勋不协，因乘醉至其门，害其仲父孝悌，暴死于门外”。^{〔75〕}以至于契丹灭晋后，对张氏的暴行“百官连状具言罪在不赦，市肆百姓亦争投状”，最后结局是“剖其心以祭死者，市人争其肉而食之”。^{〔76〕}不过这一事件却引申出另一问题——皇帝对武人滥刑的态度及其举动。汉学家费正清指出：“社会秩序不仅仅靠法律和武力，而是靠统治者和官员的个人行为来维持。”^{〔77〕}总的来看，后晋皇帝对武人滥刑体现出较大程度的姑息，缘由在于皇帝对军事因素的考量，史料中高祖“彦泽功臣”一语及最终的轻处清晰显示了此点。申言之，在军阀割据局面下，五代皇帝无不依靠军权掌控方才黄袍加身，故需笼络武人稳定政权。这在“邓州节度使宋彦筠斩杀厅头郑温”事件中亦得到体现，对此案法司鞫款云：“彦筠出身军旅，不知事体，不合专擅行法。”^{〔78〕}最后宋氏被诏释罪行。还有武人皇甫遇“以诛敛为务”，老百姓“以朝廷方姑息郡帅，莫之敢诉”。^{〔79〕}这些记载也反映了皇帝对武人滥刑之姑息纵容。如果从另一角度观察，姑息纵容也与专制皇权采纳运用儒家道德伦常时，具有高度的选择性有关，如学者李贞德所解释：“用来实践伦理思想的法律规范，除了配合一般社会风俗习惯之外，最重要的，是不能挑战或威胁到统治者的最后权力。”^{〔80〕}皇帝对武人滥刑一定程度上的姑息，有利于顺利获得来自武人方面的支持，以维系武化结构下五代政权之稳定，这亦可说是攸关皇帝“最后权力”的，是故显然比直接支持严格适用儒化法律更为重要。

也正是在实践儒家伦理的高度选择性下，皇帝姑息态度并不必然表现为对武人滥刑的绝对支持。武人司法之弊后晋皇帝当是知晓的。天福二年二月，高祖颁敕要求各道马步都虞候的选任，应由各州府“于衙前大将中选久历事任，晓会刑狱者充”^{〔81〕}，这便是晋廷对武人不懂法进行补救的一种表达。同时需注意，武人滥刑和皇帝姑息还有来自其他臣僚的制约，尽管可能未达预期效果，官员们对张彦泽滥刑的弹奏即是如此。史料中也有成功弹奏武人的案例，如武人李重俊因“与亲妹奸及行剑斫杀女使，又杀部曲孙汉荣，强奸其妻”等不法事，为官员景延广弹奏，出帝派刑部郎中王瑜鞫案“尽得其实”后，本该“准法弃市”，最终被“赐死于家”。^{〔82〕}尽管该案在死刑执行方式上皇帝作了优容，但当算不上姑息武人滥刑。此外，文引史料中不少是后晋皇帝恤刑理狱的诏敕，这也与武人滥刑形成了鲜明对比。至此大致可看到，武人滥刑尽管显示出司法恣意、残酷的一面，却也很可能面临来自其他官员弹劾、皇帝态度、被害人诉冤、法律制裁等多种因素影响，从而发生一定程度的纠偏，进而展示出多元、复杂、丰富的面向。这种多维面向在一些武人司法过程本身，也展现了出来。再来看后晋军阀安重荣的两次司法，具体情况如下表。

〔75〕 前注〔65〕，王钦若书，第5051页。

〔76〕 (宋)薛居正等：《旧五代史》卷98《晋书·张彦泽传》，中华书局1976年点校本，第1308页。

〔77〕 [美]费正清编：《中国的思想与制度》，郭晓兵、王琼等译，世界知识出版社2008年版，第27页。

〔78〕 (宋)薛居正等：《旧五代史》卷84《晋书·少帝纪》，中华书局1976年点校本，第1110页。

〔79〕 (宋)薛居正等：《旧五代史》卷95《晋书·皇甫遇传》，中华书局1976年点校本，第1259页。

〔80〕 李贞德：《公主之死：你所不知道的中国法律史》，生活·读书·新知三联书店2008年版，第81页。

〔81〕 (宋)王溥：《五代会要》卷24《诸使杂录》，上海古籍出版社2006年点校本，第392页。

〔82〕 (宋)薛居正等：《旧五代史》卷84《晋书·少帝纪》，中华书局1976年点校本，第1117页；《旧五代史》卷88《晋书·李重俊传》，中华书局1976年点校本，第1156页。

表1 后晋武人安重荣的两次司法^[83]

观察点	第1次司法	第2次司法
	任成德军节度使	任定州节度使
司法情况	尝有夫妇共讼其子不孝者,重荣面加诘责,抽剑令自杀之,其父泣曰:“不忍也。”其母诟詈,仗剑逐之。重荣疑而问之,乃其继母也,因叱出,自后射之,一箭而毙。	尝因暴怒杀部校贾章,以谋叛闻。章有女一人,时欲舍之,女曰:“我家三十口,继经兵乱,死者二十八口,今父就刑,存此身何为?”再三请死,亦杀之。
司法效果	闻者莫不快意。由此境内以为强明,大得民情。	镇人由是恶重荣之酷,而嘉贾女之烈焉。

史载安氏在后唐时曾“犯罪下狱”,有“不明治道”“卖官鬻狱”“割剥蒸民”等五代武人之典型陋习,同时也具备“凡有争讼,多廷辩之”“晓吏事,其下不能欺”^[84]等优点。这两次司法虽都一定程度反映了其司法之酷虐,但带来的司法效果却是一好一坏。宋郑克《折狱龟鉴》编录安氏第1次司法例,其按语以“不教而杀谓之虐”(语出《论语·尧曰》)为据,对这次司法过程作了否定评价:“古之后妇疾前妻子,亦已多矣,苟得其情,则切责而严戒之可也,何必取快一时,加之非法乎?”^[85]显然,郑克是站在儒家德主刑辅、先教后刑的立场做出评论的,但此次暴虐的司法缘何效果不错,能够得到时人认同呢?黄宗智提出:“儒家说教阐明的是法律制度的理想,实际运作则容忍实用规则和判决,即使它们有可能与儒家理想相背。”^[86]这一观点颇可说明武人暴虐司法亦能得到认可之问题,当然,若是逾越了黄氏所言“容忍”限度,也可能导致第2次司法那样的结局,这就回到了前述武人司法之滥刑面向。第1次司法在同为武人出身的高祖身上也多次演绎过。在一次店妇与军士因“曝粟于门,为马所食”的争讼中,高祖指示办案属吏“两讼未分,何以为断,可杀马刳肠而视其粟,有则军士诛,无则妇人死”,后“马肠无粟”,高祖下令处死了妇人,这次司法效果为“境内肃然,莫敢以欺事言者”。^[87]又有,高祖命官吏查办利用寺庙中铁佛“忽云佛能语,以垂教戒”骗取施舍一案中,其对为恶僧人“命就彼戮之”。^[88]尽管郑克将此作为惩恶案例,但不加审断当场处死不能不说也是对儒家立场的严重背离。需要指出的是,对安重荣的不法行为,同样有官吏敢于经常反对,“倅常山戎事”官吏符蒙对安氏“所为不法”,便“多否之,为左右所间,几罹其祸”。^[89]这里符蒙成为安氏滥刑之纠偏力量,尽管纠偏的效果可能十分有限。

最后应看到,后晋武人司法中恤刑的史料记载也不少,而并非绝对的武人行事“不能宣流德化”。^[90]前述好杀的武人王建立,史载其晚年皈依佛门“戒杀慎狱,民稍安之”^[91],这是武人改滥刑为恤刑的例子。“军卒”出身的安彦威,在任后晋西京留守时遭遇饥荒,其“赈饥民,民有犯法,皆

[83] 本表根据《旧五代史》卷98《晋书·安重荣传》(第1302页)、《新五代史》卷51《杂传·安重荣》(第583页)、《册府元龟》卷448《将帅部·残酷》(第5050页)、《册府元龟》卷690《牧守部·强明》(第7957页)等史料整理而成。

[84] (宋)薛居正等:《旧五代史》卷98《晋书·安重荣传》,中华书局1976年点校本,第1301页;[宋]欧阳修:《新五代史》卷51《杂传·安重荣》,中华书局1974年点校本,第583页。

[85] 杨奉琨校释:《折狱龟鉴校释》卷5《惩恶·安重荣》,复旦大学出版社1988年版,第245页。

[86] [美]黄宗智:《过去和现在:中国民事法律实践的探索》,法律出版社2009年版,第5页。

[87] (宋)薛居正等:《旧五代史》卷75《晋书·高祖纪》,中华书局1976年点校本,第982页。

[88] 杨奉琨校释:《折狱龟鉴校释》卷5《惩恶·张谿》,复旦大学出版社1988年版,第243~244页。

[89] (宋)王钦若等编纂:《册府元龟》卷719《幕府部·公正》,凤凰出版社2006年校订本,第8294页。

[90] (宋)马令:《南唐书》卷1《先主书》,载傅璇琮、徐海荣等主编:《五代史书汇编》(第九册),杭州出版社2004年点校本,第5264页。

[91] (宋)王钦若等编纂:《册府元龟》卷897《总录部·悔过》,凤凰出版社2006年校订本,第10426页。

宽贷之，饥民爱之不忍去”；昭义节度使卢文进针对“将吏以凶狡相尚，言讼成风，数政不能治”的情形，“止鞠，其罪必诛之，其事渐息”，其评价为“武臣临事，洁身有断，当时少比”。^{〔92〕}台湾学者黄源盛提醒，法史研究“实际运作中的法律尤见其重要”，“要注意它们(指法规范)被落实的现象，而其实践面，最可靠的莫如判牍文书”。^{〔93〕}史载，投笔从戎、为人朴厚的张希崇，在审览“郭氏养子争夺遗产”一案(该案“前后数政不能理，遂成疑狱”)时断云：“父在已离，母死不至。止称假子，孤二十年抚养之恩；倘曰亲儿，犯三千条悖逆之罪。颇为伤害名教，复敢理认田园！其生涯并付血裔，所讼人与朋奸者，委法官以律定刑”，结果“闻者服其明”。^{〔94〕}以上这些，都是后晋武人司法严明、恤刑的案事例，有的甚至直接表露了儒化司法尊礼教、尚公平、重说理、求无讼等典型特质，而这无疑构成了与武人滥刑相对立的另一种司法面向。

(二) 后晋赦罪与官员驳赦

作为体现儒家“仁政”理想的赦罪，是古代社会一种重要的司法现象。《尚书·舜典》中就有“眚灾肆赦，怙终贼刑”之说。为此，唐经学家孔颖达疏：“若过误为害，原情非故者，则缓纵而赦放之；若怙恃奸诈，终行不改者，则贼杀而刑罪之。”^{〔95〕}宋代朱熹解释云：“其曰‘眚灾肆赦’者，言不幸而触罪者，则肆而赦之。其曰‘怙终贼刑’者，言有恃而不改者，则贼而刑之。此二者，法外之意，犹今律令之名例也。”^{〔96〕}孔、朱二氏释语清楚展示出，赦罪在过误或不幸犯罪情状下“省刑慎罚”的司法意义。经爬梳史料，后晋立国 11 年间有记载的赦罪共计 18 次，年均达 1.64 次，具体统计如下表。

表 2 后晋赦罪统计^{〔97〕}

序号	皇帝	年号时间	赦罪类型	史料依据	页码
1	高祖石敬瑭	天福元年十一月己亥	大赦	《册府元龟》卷 93《帝王部·赦宥》	1026—1027
2		天福元年闰十一月壬午	大赦		1027—1029
3		天福二年四月丁亥	大赦		1029
4		天福二年八月乙巳	大赦		1029—1030
5		天福三年十月戊戌	大赦	《册府元龟》卷 94《帝王部·赦宥》	1032—1033
6		天福六年八月壬寅	大赦		1033—1034
7		天福七年正月戊午	曲赦		1034
8	出帝石重贵	天福七年七月庚子	大赦	《册府元龟》卷 94《帝王部·赦宥》	1034—1035
9		天福七年九月癸未	曲赦		1035
10		天福八年二月己未	曲赦		1035
11		天福八年二月辛酉	曲赦		1035

〔92〕 (宋)薛居正等：《旧五代史》卷 91《晋书·安彦威传》，中华书局 1976 年点校本，第 1202 页；(宋)王钦若等编纂：《册府元龟》卷 690《牧守部·强明》，凤凰出版社 2006 年校订本，第 7956 页。

〔93〕 黄源盛：《中国法史导论》，广西师范大学出版社 2014 年版，第 18~19 页。

〔94〕 (宋)薛居正等：《旧五代史》卷 88《晋书·张希崇传》，中华书局 1976 年点校本，第 1147~1149 页；(宋)王钦若等编纂：《册府元龟》卷 695《牧守部·折狱》，凤凰出版社 2006 年校订本，第 8029 页。

〔95〕 李学勤主编：《十三经注疏·尚书正义》，北京大学出版社 1999 年版，第 65~66 页。

〔96〕 (宋)朱熹：《朱子全书·晦庵先生朱文公文集》卷 67《杂著·舜典象刑说》，上海古籍出版社、安徽教育出版社 2002 年点校本，第 3259 页。

〔97〕 本表根据《册府元龟》《旧五代史》《新五代史》《资治通鉴》《文献通考》等史料整理而成，这些史料皆对后晋赦罪作了记载，凡相同者以《册府元龟》为准，不同者单独列出。

续表

序号	皇帝	年号时间	赦罪类型	史料依据	页码
12	出帝石重贵	天福八年五月甲辰	大赦	《册府元龟》卷94《帝王部·赦宥》	1035
13		天福八年十月甲寅	曲赦	《旧五代史》卷82《晋书·少帝纪》	1083
14		开运元年四月甲寅	曲赦		1089
15		开运元年七月辛未朔	大赦	《册府元龟》卷94《帝王部·赦宥》	1035—1036
16		开运元年闰十二月乙酉	曲赦		1036—1038
17		开运二年四月甲申	曲赦	《新五代史》卷9《晋本纪·出帝》	95
18		开运二年五月丙申朔	大赦	《册府元龟》卷94《帝王部·赦宥》	1038—1039

通过上表,不难看到后晋屡次施赦的情形,其中既有“不以罪大小皆原”^[98]的大赦,亦有“比赦颇轻,乃专为一事一处有兵灾罪眚之类”^[99]的曲赦,而赦罪之原因涉及即位、改元、灾异、寿庆等。出帝时期多于高祖,共赦罪11次。天福八年达到顶峰,一年内共赦4次,其中大赦1次、曲赦3次。例如,第1次赦罪起因为高祖即位“肆赦改元”,在《册府元龟》中这件赦书有详细记载,长达上千字,其内容包括免刑、明法、推恩、蠲免和申戒等多个方面。又如,第12次赦罪原因是国家遭旱蝗灾害,赦书曰:“诸道州府见禁罪人,除十恶五逆、行劫杀人、伪行印信、合造毒药、官典犯赃各减一等外,余并放。”^[100]在它次赦书中也大都有类似表达,显示出朝廷明晰律法、减免罪刑之慎罚意图。而且这些赦罪对象范围是非常广的,不惟大赦,曲赦范围也不小,如第7次赦罪一次就曲赦了“广晋府禁囚及襄州、镇州恶党”百余人,第14次曲赦对象为“京城大辟以下罪人”。再如,第13次赦罪,晋廷赦免了案犯马知饶,原因是“百姓马知饶杀男吴九不死,以其侵母食也”。^[101]显然,这次赦罪符合儒家维系纲常礼教的“原心论罪”原则,体现了儒化秩序下的司法正义。赦罪还引出另一问题,即这些表达意义上的赦令是否得到不折不扣执行?应该说,后晋赦令之执行亦展示出多维的面向。尽管早在后唐时就曾出现官司不按唐制对死刑案件进行覆奏,导致“或蒙赦宥,已被诛夷”^[102]的情况,即是说死刑覆奏制的失灵实则冲抵了赦罪之恤刑功能,但史料中也有严格按赦令办事的例子。来看天福年间的一个事件:

初,河阳行军司马李彦珣,邢州人也,父母在乡里,未尝供饘。后与张从宾同反,从宾败,奔广晋,范延光以为步军都监,使登城拒守。杨光远访获其母,置城下以招之,彦珣引弓射杀其母。延光既降,帝以彦珣为坊州刺史。近臣言彦珣杀母,杀母恶逆不可赦;帝曰:“赦令已行,不可改也。”乃遣之官。^[103]

叛臣李彦珣“叛君弑母”本为一次严重悖逆儒家忠孝要求的事件,也属于严重违背法律规定的“十恶”(谋反、恶逆)案件,尽管皇帝有可能出于平衡降军权势与信任之政治考虑,以遵行赦令作为回绝臣僚要求以“恶逆”罪杀李彦珣的理由,但若仅从实施层面考量,赦令无疑得到严格执行。对李氏的行为,后世皆给予了否定评价,如司马光说:“治国家者固不可无信。然彦珣之恶,三灵所不容,晋高祖赦其叛君之愆,治其杀母之罪,何损于信哉!”^[104]薛居正云:“唯彦珣忍射其亲,殆非人

[98] (宋)王应麟辑:《玉海》卷67《诏令·赦宥》,江苏古籍出版社、上海书店1987年影印本,第1265页。

[99] (宋)赵升编:《朝野类要》卷4《文书·曲赦》,中华书局2007年点校本,第83页。

[100] (宋)薛居正等:《旧五代史》卷81《晋书·少帝纪》,中华书局1976年点校本,第1077页。

[101] (宋)薛居正等:《旧五代史》卷82《晋书·少帝纪》,中华书局1976年点校本,第1083页。

[102] (宋)王溥:《五代会要》卷10《刑法杂录》,上海古籍出版社2006年点校本,第160页。

[103] (宋)司马光编著:《资治通鉴》卷281《后晋纪》,中华书局1956年点校本,第9190页。

[104] (宋)司马光编著:《资治通鉴》卷281《后晋纪》,中华书局1956年点校本,第9191页。

类，晋祖宥之不戮，盖失刑之甚也。”^{〔105〕}司马、薛氏的评价站在儒家人伦礼教立场，自然是无可厚非的，但这些评价又摆出了另一问题，那就是赦罪的功能与可能带来危害之间的关系问题。北宋庞籍奏云：“讫于五代，三年之行，还必大赏，所以劳卫兵也；必大赦，所以荡乱狱也。”^{〔106〕}这是说赦罪具有整肃狱政的功能。今人戴建国考证，唐宋之际的大赦是皇帝取信天下百姓的重要手段，同时，因其公布对象的广泛性，常带有监督官员依法办事的作用。^{〔107〕}实际上，通过后晋赦令表达的内容也可以看到这些功能，如第12次赦书中有“念狱讼之繁”、第18次赦书有“久淹刑狱，深轸予怀”之说，这是赦罪与清理狱讼的关系；第1次、第8次和第18次赦书中都有类似“赦书日行五百里，敢以赦前事言者，以罪罪之。布告中外，咸使闻知”的表达，这又起到警示官员严格依赦行事之功能，后周广顺年间，考城县巡检供奉官马彦劼就因“停匿赦书、杀狱囚”^{〔108〕}被处以极刑。除赦罪的这些正面功能以外，后晋官员也深刻指出赦罪之弊，其中最典型的当属因高祖屡赦天下，左散骑常侍张允于天福三年二月进奏《驳赦论》，张氏因此被杨鸿烈称为五代法律思想家“可值叙说”的唯一人选。^{〔109〕}论奏全文列于下：

臣闻管子曰：“赦者小利而大害，久则不胜其祸。不赦者小害而大利，久则不胜其福。”又《汉纪》云：“吴汉病笃，帝问所欲言。对曰：愿陛下无为赦耳。”窃观自古帝王，皆以水旱则降德音而宥过，开狴牢而放囚，冀感天心以救其灾者，非也。假有二人讼，一人有罪，一人无罪，有罪者见赦，则无罪者衔冤。衔冤者何疏乎？见赦者何亲乎？如此则是致灾之道，非救灾之术也。至使小民遇天灾则喜，皆劝为恶，曰：国家好行赦，必赦我以救灾。如此则赦者教民为恶也。且天道福善祸淫，若以赦为恶之人而变灾为福，是则天助恶民也。故曰天降之灾，所以警诫人主，岂以滥舍有罪而能救其灾乎？是知赦不可行也明矣。^{〔110〕}

张氏奏疏详细剖析了赦罪之危害——教民为恶，这件奏疏也得到了高祖肯定。对于赦罪，以管仲为先驱的法家十分反对，理由是“赦出则民不敬，惠行则过日益”。^{〔111〕}与之不同，儒家主张对“过误”等特殊情形，通过消灭国家刑罚执行权以达恤刑之理想，朱熹注解《论语》言：“过，失误也。大者于事或有所害，不得不惩；小者赦之，则刑不滥而人心悦矣。”^{〔112〕}对此沈家本评价：“管子之旨与孔子之言正相反，此王霸之分也。”^{〔113〕}但不可否认，儒法两家都认为肆意扩大赦免对象范围的“滥赦”会带来极大危害，学者杨鸿烈指出滥赦几乎“将整个司法机关的权能破坏得干干净净，使善恶不分，社会的秩序扰乱”。^{〔114〕}张允奏疏同样是反对滥赦。同年三月，中书舍人李详亦奏陈了滥赦之弊：“十年以来，赦令屡降，诸道职掌皆许推恩，而藩方荐论动踰数百，乃至藏典、书吏、优伶、奴仆，初命则至银青阶，被服皆紫袍象笏，名器僭滥，贵贱不分。请自今诸道主兵将校之外，节度州听奏朱记大将以上十人，他州止听奏都押牙、都虞候、孔目官，自余但委本道量迁职名而已。”^{〔115〕}奏疏

〔105〕（宋）薛居正等：《旧五代史》卷94《晋书·李彦珣传》，中华书局1976年点校本，第1257页。

〔106〕（宋）赵汝愚编：《宋朝诸臣奏议》卷100《刑赏门·赦宥·上仁宗乞郊裡更不行赦》，上海古籍出版社1999年点校本，第1073页。

〔107〕戴建国：《唐宋变革时期的法律与社会》，上海古籍出版社2010年版，第289~290页。

〔108〕（宋）王钦若等编纂：《册府元龟》卷154《帝王部·明罚》，凤凰出版社2006年校订本，第1725页。

〔109〕杨鸿烈：《中国法律发达史》，中国政法大学出版社2009年版，第328页。

〔110〕（宋）王溥：《五代会要》卷9《论赦宥》，上海古籍出版社2006年点校本，第155页。

〔111〕黎翔凤：《管子校注》卷6《法法》，中华书局2004年版，第294页。

〔112〕（宋）朱熹：《四书章句集注·论语集注》卷7《子路》，中华书局1983年点校本，第141页。

〔113〕（清）沈家本：《历代刑法考·赦考·原赦》，中华书局1985年点校本，第523页。

〔114〕杨鸿烈：《中国法律思想史》，中国政法大学出版社2004年版，第232页。

〔115〕（宋）司马光编著：《资治通鉴》卷281《后晋纪》，中华书局1956年点校本，第9186页。

也得到高祖批准。在此,李氏针对的是赦罪推恩功能之无限扩张。所以,对后晋这两件驳赦奏疏,元人马端临说得非常明白:“赦之为言,宥有罪之谓也。后来之赦,非独宥罪而已,又从而推恩焉。于是有罪者幸免,无功者超迁,刑赏俱失,皆由于赦,其无益而有害也明矣。”^[116]明代邱浚也提出了类似观点。^[117]也就是说,赦罪需严格控制对象范围,以在功能发挥上实现平衡,一方面需依儒家之恤刑精神施赦,一方面又不致产生滥赦的弊病。显然,后晋恐未能达至这种平衡,但这并不妨碍晋廷客观上恤刑理想之展示。正因如此,自古以来不少政治家、思想家认为赦并非善政,赦令数下,使为恶者猖獗有所恃,善良之辈则手足无措,但作为皇帝“以情变法”体恤下情的方式,赦始终没有废除。^[118]最后需指出,驳赦奏疏的撰者之一张允,后来还受命参与审议编纂《大晋政统》事宜,史载其先后历仕梁唐晋汉四朝,任参军、掌书记、功曹、监察御史等多职,“幼学为儒”、为人刚介;^[119]而另一撰者李详新旧五代史皆无传,但从其代为起草的诰词中有“闻名心惧”^[120](出自《礼记·杂记》)一语,至少说明对儒家经籍有所了解。而这又印证了后晋儒化官吏通过议法影响法制的一面。(未完待续)

Abstract The Five Dynasties Period was the chaotic time under conditions of rival principalities separatism between the Tang and Song Dynasties, and no law or excessive punishment became the mainstream view regarding the legal system of the period for a long time. However, through the analysis of historical data, the situation was not exactly like this. The Later Jin Dynasty which was in the middle of the Five Dynasties fruitfully constructed the criminal legal system actually. The contribution is primarily reflected in the following aspects. Firstly, in the field of legislation, three large-scale legal activities were carried out, and the officials showed enthusiasm for law discussion. Secondly, in the field of judicature, although there was excessive punishment, there were also cases of rectification and prudent punishment on the basis of law. The several general amnesty which led to the refutation from the individual official reflected the emperor's forgiveness. All above indicate that the Confucian legal system which was gradually formed since the Han Dynasty was trampled in the Five Dynasties Period which was the troubled time, but it was not broken completely, and it was still inherited and developed circuitously. Meanwhile, the legal system of the Five Dynasties Period showed the unique function of connecting the Tang and Song Dynasty. The function of connection was reflected in the content of the criminal legal system in Later Jin Dynasty and Five Dynasties Period. In the troubled time, the legal system of the Five Dynasties Period had the rich, multidimensional and complex characteristics, but it can't be summarized simply as no law or excessive punishment.

Keywords Later Jin Dynasty of the Five Dynasties Period, Tang and Song Dynasties, Criminal Legal System, Function of the Connecting Link

(责任编辑:赖骏楠)

[116] (元)马端临:《文献通考》卷173《刑考·赦宥》,中华书局1986年影印本,考1495。

[117] 参见(明)邱浚:《大学衍义补》卷109《慎刑宪·慎眚灾之赦》,京华出版社1999年点校本,第943页。

[118] 马小红:《礼与法:法的历史连接》,北京大学出版社2017年版,第345页。

[119] (宋)薛居正等:《旧五代史》卷108《汉书·张允传》,中华书局1976年点校本,第1429页;(宋)欧阳修:《新五代史》卷57《杂传·张允》,中华书局1974年点校本,第659页。

[120] (宋)欧阳修:《新五代史》卷55《杂传·刘昫》,中华书局1974年点校本,第626页。