

乱世与法制：五代后晋的刑事 立法、司法及其承启性(下)

谢 波*

目次

- | | |
|----------------------------|-------------------|
| 一、问题的提出 | (一) 对五代法制承启性的初步认识 |
| 二、后晋的刑事立法及其官员议法 | (二) 后晋刑事法制之“承上” |
| 三、后晋刑事司法之多维面向(以上上期已
刊载) | (三) 后晋刑事法制之“启下” |
| 四、后晋刑事法制之承启性 | 五、结语 |

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

(接上期)

四、后晋刑事法制之承启性

以上内容目的主要在,使人看到五代法制除黑暗、残酷等简单浮泛表述外的另一面,本部分则将五代法制摆到更长时段中考察其承启面向。位于唐宋之际的五代,古今史家对制度之承唐启宋

* 重庆警察学院法学系副教授、法学博士。本文是2017年国家社会科学基金项目“宋元断例辑考”(项目编号:17ffx011)的阶段性成果。

特征有较为一致的认识,如宋人费衮云,五代承唐“虽兵革相寻,然去唐未远,制度典章,人犹得以持循”;史家吕思勉曰,“五代刑法,大体沿唐”;杨鸿烈直接指出,“五代的司法是有许多‘承先启后’可以注意而不容漠视的地方”。^[121] 在20世纪初由京都学派创始人内藤湖南提出,并逐渐为学界接受的“唐宋变革”论下,^[122]这种承启特征又得到理论建构意义之凸现。但是,这种承启性在法制层面是如何显现的?仅凭这些宏观论断,无法使人清晰窥得承启面向,于此在阐释“承启性”认识基础上,以后晋刑事法制承启性为中心作一微观分析。

(一) 对五代法制承启性的初步认识

所谓“承启”是承上启下或承前启后的缩写,对五代来说,其指上承唐、下启宋的历史时段特征。学者王赓武提醒:“中国历史上很多重要课题,被传统的王朝研究范式所遮蔽,这个范式的缺点在研究国家分裂和王朝频繁更迭之时尤为显见,五代正是这样一个大分裂、大更迭时期。”^[123] 本文之所以论述承启性,是因为希冀通过一种长时段考察,跳离传统仅对五代法制所持的负面认识,以观察五代法制之不变与变、承袭与开拓。史家熊德基曾将五代史精赅概括为“表面上乱,实质是变”,即就整个封建社会历史考察,五代十国是一个大震荡、大变革时期。^[124] 由于五代处于唐宋变革期内,这便进一步涉及五代法制之承启性与唐宋变革的关系。实际上,“唐宋变革”论自内藤提出以来,在成为国际性史学命题的同时,亦存在日益庸俗化之倾向。法史学者柳立言指出,“变革”不应同“转变”混淆,“当‘唐宋变革’的时代观由内藤湖南和宫崎市定提出时,它有着特定的含义。‘变革’不是指一般的改变,而是指根本或革命性的改变,可以说是一种脱胎换骨”。^[125] 尽管“唐宋变革”论系一个宏大的史学命题,但柳氏论断所强调的“变革”,却可套用到唐宋变革期的法律变化上,如宫崎在“唐宋变革”论下阐释宋代“近世”特征之法律表现时,指出了司法制度成熟、讼学发达、注意个人权利等一些变革。^[126] 不过,也有学者在评述唐宋法律变革问题研究状况时指出:“因为内蕴历史观念的不同,‘唐宋变革’论对法律史研究处于弱勢影响地位。”^[127] 实际上,唐宋法律变革强调“变”且为“质变”的一面,是与法制之承启性有所差异的,两者关系如下图所示。

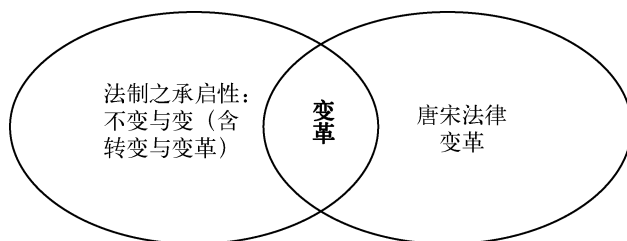


图1 五代法制承启性与唐宋法律变革之关系

从中容易看到,五代法制之承启性与唐宋法律变革存在一定的交叉重合。其中,承启性中的“承”是指法制的“不变”,可以简单理解为“前朝法律为我朝所用”,这非常接近于今天法理学中的

[121] (宋)费衮:《梁谿漫志》卷5《五代典章》,上海古籍出版社1985年点校本,第56页;吕思勉:《隋唐五代史》,上海古籍出版社1984年版,第1242页;杨鸿烈:《中国法律发达史》,中国政法大学出版社2009年版,第314页。

[122] 对“唐宋变革”论从军政、政制、经济、法律、社会、学术思想等领域做较全面的探讨,可参见李华瑞主编:《“唐宋变革”论的由来与发展》,天津古籍出版社2010年版。

[123] [新加坡]王赓武:《五代时期北方中国的权力结构》,胡耀飞、尹承译,中西书局2014年版,第2页。

[124] 陶懋炳:《五代史略》,人民出版社1985年版,第7~8页。

[125] 柳立言:《宋代的家庭和法律》,上海古籍出版社2008年版,第39页。

[126] 前注[125],柳立言书,第9页。

[127] 贾文龙:《唐宋法律变革问题研究述评》,载前注[122],李华瑞书,第358页。

“法律继承”——旧法对新法的影响和新法对旧法的承接与继受。^{〔128〕}五代时期政权频繁更迭，相反法制建设需要长期的稳定环境酝酿积淀，加之唐朝发达的法制确为后朝承袭提供了素材。由于唐法制并非铁板一块，特别是唐中后期以来法律又发生了显著变化，所以“承”本身也可能就是对这种变化的承接与继受。承启性中的“启”则更多意味着“变”的一面，这种变化既包括柳立言所说的一般性“转变”，也包括革命性“变革”。本文无意彻底界分转变和变革，只是试图分析五代法制之承启性，从而展示出除传统负面认识外的另一面。就唐宋时段来说，五代法制存在承唐启宋特征，而在五代内部也存在承启性，如后晋法制前承梁唐，后启汉周。同时，由于后唐与唐代法制具有很强承袭关系，后周法制又深刻影响宋朝法制，所以，五代内部的法制承启实则一种“间接”意义上的承唐启宋。学者邓小南有关五代“过渡性”的论述，颇能说明阐释五代法制承启性之必要：“它是一个破坏、杂糅与整合的时期。它自唐代后期藩镇割据局面脱胎发育而来，同时又为打破长期僵持之局面创造着条件；它是‘礼崩乐坏’的时期，同时又是大规模整理旧制度、建设新局面的时期；它是上上下下空前分裂的时期，同时又是走向新层次统一的时期。”^{〔129〕}对此，后人在评说内藤思想时亦指出：“在湖南的思想中，中国的‘近世’归根结底是在中国的历史发展中具有独自的内在整合性的时代。”^{〔130〕}其中破坏、杂糅、整合之说便充分显示出五代制度在承启性上溢露的复杂、丰富面向。

最后需指出的是，尽管五代法制承启性与唐宋法律变革并不能等同，但“唐宋变革”论对分析五代法制承启性的方法论意义，却毋庸置疑。这种意义已有学者注意到，如毕巍明指出内藤提出的“唐宋变革”论“使得断代的、反复的历史呈现出整体的、发展的态势”，而断代研究“在理清一朝法制的同时，也使法律史学趋于片面和零散，无法从整体上把握法制的进化”。^{〔131〕}持大历史观的黄仁宇先生也说：“在唐宋之间，不能没有这样的一重过渡时期，将军事与财政的管理权放在地方政府头上，使一切更趋紧凑和实际，然后再集中归并。”^{〔132〕}虽然黄氏这里只是针对五代军事财政体制而言的，但“过渡”之说却为考察五代法制承启性，提供了一种“放宽历史眼界”的视角与方法。囿于篇幅和探讨主题，加之中国刑法史在法史上的重心地位，以下主要从刑事法层面考察五代后晋法制之承启性。

（二）后晋刑事法制之“承上”

对于唐代后期法制，学者刘俊文指出“既是唐前期法制的继续，又非唐前期法制之旧，而呈现出一种过渡的状态，成为后世——例如五季和赵宋——法制的先导”。^{〔133〕}如若用此论断考量五代，后晋刑事法制当具“承上”性，其主要表现为对后唐和唐代法律的承袭适用。这个过程也深刻反映出，唐中后期至五代法律形式的重要变化，以及后晋对前代法律所作的一些修补完善。

后晋建国初确定了承袭后唐法制之总基调，晋廷第1次赦罪的赦令说得清楚，对后唐明宗朝行用的“救命法制”“仰所在遵行，不得改易”。这一基调应该说深刻影响到后晋中央国家机关，否则，作为国家中枢机关的中书门下不会在第一次立法奏议中重提此项赦令内容。在后晋开展的前

〔128〕 沈宗灵主编：《法理学》，北京大学出版社2009年版，第100页。

〔129〕 邓小南：《祖宗之法：北宋前期政治述略》，生活·读书·新知三联书店2006年版，第79页。

〔130〕 [美] 傅佛果：《内藤湖南：政治与汉学(1866—1934)》，陶德民、何英莺译，江苏人民出版社2016年版，第237页。

〔131〕 毕巍明：《“唐宋变革论”及其对法律史研究的意义》，载《上海政法学院学报》2011年第4期，第17页。

〔132〕 黄仁宇：《赫逊河畔谈中国历史》，生活·读书·新知三联书店1992年版，第138页。

〔133〕 刘俊文：《唐代法制研究》，天津出版社1999年版，第248页。

两次立法活动中,皆对后唐敕令进行了系统的整理编纂,也颇能说明问题。这种承袭在具体法律适用上亦有直接体现,在后晋敕令中大致表述为“准唐某某年敕”。这与今天法学中的准用性法律规范十分类似,即通过指出应当援引、比照的规范(后唐敕),使本规范(后晋敕)的内容得以明确。例如,天福二年二月敕云:“州县之官,俾其戢理;钱穀之职,委以秉持。须选廉勤,岂容荐托?一时苟从于私徇,久远必紊于公方。顷在唐朝,曾有救命,贵杜侥幸之渐,明悬诫约之条。时异理同,再宜申举。自今后中外臣寮或因差使出入,并不得荐嘱人于藩镇,希求事任。如有犯者,并准唐朝长兴二年敕条处分。”^[134]这是一件禁止通过军事化藩镇荐托州县官员的敕,敕文分析说理清晰表明晋廷对后唐敕的高度赞同,目的在于防止藩镇侵夺地方人事任用权,以强化州县政府之权力。对此,后唐长兴二年(931年)五月敕已有明确规定:“近闻百执事等或亲居内职,或贵列廷臣,或宣达君恩,或勾当公事,经由列镇,干挠诸侯,指射职员,安排亲昵,或潜申意旨,或显发书题。自今之后,一切止绝。有所犯者,发荐人贬官,求荐人流配。如逐处长吏自徇人情,只仰被替人诣阙上诉,长吏罚两月俸,发荐人加一等,被替人却令依旧。”^[135]这里后晋直接适用了后唐敕令。又有,天福二年四月敕:“应在京及诸道监临主当仓库官吏等,当受纳时,例破加耗,及交替日,岂合亏息。自今后如得替交割,及非时点检,无故妄称欠少者,并准唐长兴二年敕条,计赃绢五十匹,决重杖一顿处死,所有钱物家业,尽底通纳,余外不征。”^[136]这是后晋在惩治官吏变相犯赃方面,直接沿用后唐长兴二年敕的例子。

直到开运二年,刑部侍郎赵远还在涉及明辨冤狱官员加恩的奏疏中说:“臣伏睹长兴四年五月二十三日敕,州县官在任,日有覆推刑狱公事,雪得冤狱,活人性命者,准长兴元年二月二十一日南郊赦书节文,便许非时参选,特与超资注官,仍赐章服者,宜令诸道州府,凡有雪活冤狱,州县官等依元敕点检,给付公凭。本官自赍赴刑部投状。委刑部据状,追取本道雪活公案参验,如事理合得元敕,便仰给付优牒。……庶内外以皆同,使期程而有守,广亭毒好生之道,尽高低察狱之明者。”^[137]奏文得到出帝敕旨同意。这件后晋末期的敕令仍对后唐长兴敕予以直接沿用,足以说明后晋初确立的承袭适用后唐敕令之基调,是贯穿后晋王朝始终的。

后晋对唐代法律之承袭适用状况与此差不多,在后晋奏疏或敕令中往往表述为“准律……”这也印证了学者陈顾远论古代律统变化时提出的观点:“自唐以后,称律统一贯时期,或非大误。……五代六十年,一皆沿唐之律。”^[138]如若将目光拓展至唐宋乃至之后的元明,情况与此亦非常相似。日本学者浅井虎夫在研究中国法典编纂沿革时指出:“《唐律疏议》自唐宋以来,以迄元明,为法曹界之准据,卒赖以保存,至今不失。有宋以后书目,盖多著之。”^[139]而浅井所言之“准据”作用,在前述“晋州民曹继勋诉男满箱与王兴哥”案、桑维翰针对贼盗籍没家产、窦俨关于藩镇恣意酷刑的奏疏中已有充分体现,其中均直接涉及唐律内容。这种对“正刑定罪”^[140]的律之承袭适用,依然是持续至后晋末期的,来看下表出帝开运年间的三件案例。

有时后晋承袭唐律不像以上案例那么直接,而是通过修改前敕或补充完善唐律规定实现的。例如,天福五年十月敕规定:“今后窃盗赃满五匹者处死,三匹以上者决杖配流,以盗论者准律文处

[134] (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701页。

[135] (宋)王钦若等编纂:《册府元龟》卷160《帝王部·革弊》,凤凰出版社2006年校订本,第1785页。

[136] (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。

[137] (宋)王钦若等编纂:《册府元龟》卷476《台省部·奏议》,凤凰出版社2006年校订本,第5393页。

[138] 陈顾远:《中国法制史概要》,三民书局1977年版,第32页。

[139] [日]浅井虎夫:《中国法典编纂沿革史》,陈重民译,中国政法大学出版社2007年版,第119页。

[140] (唐)李林甫等:《唐六典》卷6《尚书刑部》,中华书局1992年点校本,第185页。

表 3 后晋开运年间三件适用唐律的案例^{〔14〕}

案发时间	人 物	案 情	适 用 唐 律
开运二年	绛州翼城令郭绾	法寺奏：“绾乞门户人粟八百一十五硕五斗，计赃绢八十四匹。准律徒四年，以官当，注毁四任告赤，流三千里。”从之。	《唐律疏议》卷 11《职制律·挟势乞索》；卷 2《名例律·官当》
开运三年	太仆少卿杨延寿	奉命于磁州捡苗，受赃二百余匹，准律当绞。有司以二王后入议，故贯其死，除名配威州，终身勿齿。	《唐律疏议》卷 11《职制律·监主受财枉法》
开运年间	韩颙	为父报仇，杀经赦贼平兴。刑部员外郎古昭裔断曰：“伏以韩颙称为父报仇，准律，谋杀杀人者死。情虽可矜，法且不容。请依大理寺断遣。”从之。	《唐律疏议》卷 17《贼盗律·谋杀杀人》

分”^{〔142〕}，这里的“律文”即唐律有关窃盗的条文。但自唐中叶的建中三年(782年)三月起，德宗敕令窃盗赃满三匹以上的应处“决杀”，这一突破唐律之死刑规定，在此后唐元和四年二月、大中四年五月和后唐清泰元年九月又被敕文所承袭沿用，并被编进《宋刑统》中。^{〔143〕}显然，天福五年十月敕通过修改前敕规定，相对减轻了对窃盗罪的处罚力度，从而使唐律有关窃盗之规定在后晋有了更大的适用空间。再看天福三年十二月，尚书刑部郎中马承翰一件关于闹市纵马杀伤人的奏疏：

伏见都下衢街窄狭，人物殷繁，其有步履艰难，眼目昏暗，老者幼者，悉在其间，车马若纵于奔驰，生性必见于伤害。况律禁无故走马伤人杀人，素有严典，臣切恐功勋之子，军伍之人，向来偶昧于宪章，此际忽思于驰骋，害人者死，是杀二人，杀人既多，亦伤至化。臣以为不若令之在前，使民知禁。臣乞特降明诏，示谕内诸司以下及诸军巡于街衢坊曲，并不得走马。兼乞指挥逐界金吾司所由及军巡所由，常切止约。如有故违走马者，不问是何色目人，并捉搦申所司，请依律科断。若所由不切止约，致走马害人者，逐界分所由，与所犯人同罪科断。其或自内中急传宣旨者，即请赐银牌或牙牌，令以手持之，俾路人及所由辩认，易为奔避。上行其令而下不敢违，非惟得罪者无同，抑亦所犯者应少。^{〔144〕}

这一奏疏得到高祖敕令批准。奏中所言“律”当指《唐律疏议》卷 26《杂律·无故于城内街巷走车马》之规定，但其只对“无故走车马者”和“以故杀伤人者”做了处罚规定，而马氏奏疏则着眼于解决武人违法和防患于未然，提出军事机关官员应对其下武人走车马负监管职责，否则与犯者“同罪科断”，以及因公事走车马的辨识与避让措施。由此可见，天福三年十二月敕在承袭唐律的基础上，根据后晋社会实际情况，对律文作了进一步补充完善，更有助于规制武人在闹市跋扈纵马杀伤人的现象。

〔14〕 本表史料依据分别为《册府元龟》卷 707《令长部·贪黷》(第 8157 页)、卷 625《卿监部·贪冒》(第 7235 页)和卷 896《总录部·复讎》(第 10412 页)。

〔142〕 (宋)薛居正等：《旧五代史》卷 79《晋书·高祖纪》，中华书局 1976 年点校本，第 1043 页。

〔143〕 参见(宋)王钦若等编纂：《册府元龟》卷 612《刑法部·定律令》，凤凰出版社 2006 年校订本，第 7071 页；《册府元龟》卷 613《刑法部·定律令》，凤凰出版社 2006 年校订本，第 7078 页；(宋)王溥：《五代会要》卷 9《定赃》，上海古籍出版社 2006 年点校本，第 153~154 页；(宋)窦仪等：《宋刑统》卷 19《贼盗律·强盗窃盗门》，法律出版社 1999 年点校本，第 345 页。

〔144〕 (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。

除了以上对唐律的适用外,后晋对唐代后期的敕也加以承袭。例如,天福五年三月十日敕云:“髡耳称冤人,准大中六年十二月十五日敕,若有犯者,决杖流配,诉虽有理,不在申明。”^[145]据学者考证,这种通过自残器官表达激烈情感的胡俗在唐代被一些汉人所接受,已具有诉冤之功能,但却与儒家“孝”的传统和国家法制产生了严重冲突。^[146]因此,唐朝皇帝数次颁敕禁止此种行为,后晋天福五年三月敕所言唐大中六年十二月敕规定:“准开元十三年八月十四日及太和八年二月十三日敕文:‘髡耳称冤,先决四十,然后依法勘当。’……前有犯者,便准前敕处分后配流远处,纵有道理,亦不为申明。”^[147]而早在唐初的贞观十三年(639年)八月,太宗就颁敕规定:“身体发肤,受之父母,不合毁伤(出自《孝经·开宗明义章》,后接‘孝之始也’一语)。比来诉竟之人,即自刑害耳目,今后犯者,先决四十,然后依法。”^[148]从中可以看到,后晋实则通过适用唐代后期的敕承袭了唐初敕令之规定。而在这种承袭背后,并不绝对表现为否定意义上“唐氏五代之乱,教化之事久缺”^[149]那样的应然逻辑,反而体现出“以礼教为中心之法律观”^[150]的唐法制在乱世中继续得以传承的一面。

在唐宋法制变化领域,唐大中年是一个有着特殊意义的年号,因为左卫率府仓曹参军张戣于大中七年(853年)五月向朝廷进奏《大中刑法统类》12卷(也称《大中刑律统类》《刑法统类》),得到唐宣宗诏令刑部颁行,史载其“集律令格式条件相类一千二百五十条”,“以刑律分类为门而附以格敕”^[151],这种把律、令、格、式、敕混为一体改变了秦汉以来法典编修传统,开创了新的法典编纂体例,对继唐后的五代和宋朝法典制定产生了巨大影响,思想家梁启超在论及唐代成文法时称“此又一种类聚体之编纂法,为后世所承学者也”。^[152]后唐《同光刑律统类》、后周《显德刑统》(亦称《大周刑统》)、《宋刑统》皆以其为所本。此外,十国中的南唐也曾由姜虔嗣编修类似体例的《江南刑律统类》10卷。^[153]后唐长兴四年(933年)六月,明宗曾命臣僚详定《大中刑法统类》^[154],而承载唐后期法典编纂体例重大变化的《大中刑法统类》,也得到后晋的直接承袭适用,下表为天福年间三次具体适用之情形。

《大中刑法统类》今已失传,但通过上表却可管窥其条文之片段,而这些内容恰恰在唐律中未见有明确规定。实际上,自唐玄宗开元以后,对律、令、式这三种常法不再作全面性的修纂整理,唐后期的立法活动主要是修纂格后敕(其实就是敕),《大中刑法统类》的出现反映了唐后期以刑律为主,加强刑事法律规范,以调整日益激化的社会关系的法制指导观念,这一趋势历五代而不衰。^[155]从上表史料记载的奏疏看,《大中刑法统类》显然在后晋仍是行之有效的,这说明在唐中后期以来

[145] (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162页。

[146] 雷闻:《割耳髡面与刺心剖腹——从敦煌158窟北壁涅槃变王子举哀图说起》,载《中国典籍与文化》2003年第4期,第103页。

[147] (宋)王钦若等编纂:《册府元龟》卷160《帝王部·革弊》,凤凰出版社2006年校订本,第1783页。

[148] (宋)王溥:《唐会要》卷41《杂记》,中文出版社1978年点校本,第745页。

[149] (宋)曾巩:《曾巩集》卷49《本朝政要策·名教》,中华书局1984年点校本,第669页。

[150] 徐道邻:《唐律通论》,中华书局1945年版,第28页。

[151] (后晋)刘昫等:《旧唐书》卷18下《宣宗纪》,中华书局1975年点校本,第631页;(宋)王应麟辑:《玉海》卷66《诏令·律令》,江苏古籍出版社、上海书店1987年影印本,第1251页。

[152] (清)梁启超:《梁启超论中国法制史》,商务印书馆2012年版,第102页。

[153] 参见(元)脱脱等:《宋史》卷204《艺文志》,中华书局1977年点校本,第5138页;(清)沈家本:《历代刑法考·律令·江南刑律统类》,中华书局1985年点校本,第964页。

[154] (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7081页。

[155] 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38~39、48页。

表 4 后晋天福年间三次适用《大中刑法统类》^[156]

观察点	第 1 次适用	第 2 次适用	第 3 次适用
	天福三年八月	天福五年六月	天福六年五月
涉及事项	斗殴杀人	官吏犯赃包庇	官吏推勘致死
官司(员)奏疏	大理寺奏：“左街史韩延嗣为百姓李延晖冲者，本街使连喝不住，殴击致死。准律，斗殴者原无杀心，因相斗殴而杀人者，依故杀人者斩。其韩延嗣准律合斩。《刑法统类》节文：绞刑决重杖一顿处死。”	详定院奏：“准《刑法统类》大中二年正月三日敕：‘天下州府官吏犯赃，皆递相蒙比，不肯发明，纵有申闻，百无一二。自今后，管内县令有犯赃事发，州府不举者，连坐录事参军。录事参军有赃犯事发，刺史不举者，连坐刺史。刺史有赃犯事发，观察使不举者，连坐廉使。’……臣等参详，设县司本典知情，并同罪；告事人放三年租税差徭，仍将放免数却配盖藏罪。其录事参军不举者，请减县令所犯罪二等。”	尚书刑部员外郎李象奏：据《刑法统类》节文云：“盗贼未见本赃，推勘因而致死者，有故者以故杀论，无故者减一等。”又云：“今后或有故者以故杀论，或无故者景迹显然，支证不谬，坚持奸恶，不招本情，以此致死者，减故杀罪三等。其或妄被攀引，终是平人，以此致死者，减故杀罪一等。”臣按上文云：“有故杀者，以故杀论。”此即是矣。其无故杀者，亦坐减一等罪，即恐未当。……假若有犯事人旧患疾病，推勘之际，卒暴身亡，不可亦坐推司减等之罪。又据断狱律云：“若依法使杖，依数拷决而邂逅致死者勿论。”邂逅，谓不期致死而死，且彼言拷决，尚许勿论，此云无故，却令坐罪，事实相背，理有未通。请今后推勘之时致死者，若实情无故，请依邂逅勿论之义。详定院奏：“臣等参详，若违法拷掠，即非托故挟情以致其死而无情故者，依故杀论。若虽不依法拷掠，即非托故挟情以致其死而无情故者，请减故杀一等。若本无情故，又依法拷掠或未拷掠，或诘问未诘问，及不抑压因他故致死，并属邂逅勿论之义。”
皇帝诏敕	法寺定法，比不因斗殴故伤人，辜内死者依杀人论。盖微相类，且非本条，罪有可疑，法当在宥。徒二年半，刺面配华州，发运务收管。	起今后，如有县令犯赃，录事参军知而不举者，宜准敕文处分，不知者不在此限。	从之。

法律形式的变化上，后晋确实起到了很强的连接作用。有学者指出：“《宋刑统》本于后周《显德刑统》，但最终它还是本于《唐律》和唐末《大中刑法统类》。”^[157]然不可忽视的一点是，在这个过程中包括后晋的五代对唐法的传承作用。如果综合奏疏和诏敕内容，则不难看到后晋对《大中刑法统类》之规定，在适用基础上一定程度的完善与发展。对于第 1 次适用的情形，自入宋以来就有人使用该史料证明宋代刺配源于后晋天福年间，^[158]但从另一个角度看，正是因皇帝考虑到此案若适用

[156] 本表史料依据为《五代会要》卷 9《议刑轻重》(第 152~153 页)、卷 20《县令下》(第 319 页)。

[157] 周密：《宋代刑法史》，法律出版社 2002 年版，第 18 页。

[158] 参见张晋藩主编：《中国法制通史(第四卷)·隋唐》，法律出版社 1999 年版，第 755 页；戴建国：《宋代刑法史研究》，上海人民出版社 2008 年版，第 203~204 页。

《唐律疏议》卷21《斗讼律·斗故杀人》和《大中刑法统类》“决重杖一顿处死”^[159]规定处罚过重,方才改用徒刑加刺配处罚,而这可以理解成是一种承袭唐法基础上的发展,申言之,后晋在认可唐律和《大中刑法统类》法律效力的基础上,开始发展适用刺配刑。第2次适用是针对官吏赃罪连坐问题,但《唐律疏议》卷5《名例律》仅规定了“同职犯公坐者”的处罚,并未涉及同职犯赃等私罪连坐,而《大中刑法统类》中却有规定。因此,后晋在适用《大中刑法统类》大中二年正月敕的同时,就相关问题予以进一步明确,但大中二年二月宣宗批准的刑部起请条规定“自今以后,县令有赃犯,录事参军不举者,请减县令二等结罪”^[160],显然高祖诏敕并未同意详定院建议,反而改变唐法之规定,加重了对录事参军的处罚。对于第3次适用情形,李象奏疏通过分析唐律中“邂逅勿论”背后的义理,指出《大中刑法统类》条文与《唐律疏议》卷29《断狱律·拷囚不得过三度》有关拷囚致死责任规定间的矛盾处,后详定院又在李氏奏疏基础上提出修改《大中刑法统类》条文的奏议,得到高祖同意。对本次议法,后人马端临、丘浚也给予了肯定,^[161]实际上反映出后晋通过改变《大中刑法统类》之规定,促使推勘致死责任重新回归唐律规定,这依然可理解为是一种对《大中刑法统类》的修改完善。

(三) 后晋刑事法制之“启下”

学界对五代刑事法制启下性的探讨,一般通过论释其对宋法制之影响来进行,比较常见的是,五代凌迟刑、刺配法、狱政制度、杖制之变化,以及刑统和编敕这两种法典编纂体例对宋朝的影响。^[162]对于这些论述反映的五代法制之启下性,下面不再重复,主要从刑事法条文内容层面展开分析。实际上,后晋刑事法制之承上与启下难以截然界分,在以上论说承上性中已显现出后晋法制的某些启下性,如承袭适用唐后期敕和《大中刑法统类》既可以说是一种承上,但对“虽用《编敕》之时多,而终以《刑统》为本”^[163]的宋法制亦体现出启下的一面。汉学家马伯良的论说,颇可说明五代刑事法制之启下:“最开始的时候,宋朝通过五代的法律来继承了唐律。宋初刑法的主体,是建国二年后颁布的法典《宋刑统》,它很大程度上是对后周法典的修订与汇编,实际上两者都是公元737年颁布的唐律的翻版。后周的法典与宋律不过是在公元737年版的唐律的基础上增加了一些这一年之后的时代颁布的新法。”^[164]依马氏言说,《宋刑统》本于后周法典(即《大周刊统》),而两者又都传承了唐律的基本精神和内容,从这个意义讲,五代法制之启下并不意味着必然带来后朝法制的实质性变革。学者薛梅卿曾反对《宋刑统》系唐律翻版之论断,提出“《宋刑统》从内容到形式也都没有超出《大周刊统》,不可能不与唐律相承,它们之间的渊源关系乃是历史的必然”,“封建法典演变各有千秋,但却承前启后、脉络相继,后法总是难免为前法的翻版”,“不因此而抹煞社会发展、时代动力所给予这部法典(指《宋刑统》)的重要影响”。^[165] 按此,尽管五代乱世并未带来法

[159] “重杖一顿处死”作为一种律外死刑执行方式,至唐中后期有制度化的趋势,大部分死罪的斩、绞刑被明文宣布废除,代之以重杖一顿处死,正式规定该刑制的唐德宗建中三年八月二十七日敕被《宋刑统》卷1“死刑”所沿用。参见张艳云:《唐代杖刑考述》,载杜文玉主编:《唐史论丛》(第八辑),三秦出版社2006年版,第107页。

[160] (宋)王溥:《唐会要》卷69《县令》,中文出版社1978年点校本,第1221页。

[161] 参见(元)马端临:《文献通考》卷170《刑考·详讞》,中华书局1986年影印本,考1474; (明)邱浚:《大学衍义补》卷108《慎刑宪·谨详讞之议》,京华出版社1999年点校本,第931~932页。

[162] 参见王俊:《略论五代法制对宋朝的影响》,载《法学杂志》2007年第4期,第143~145页;刘琴丽:《五代司法制度研究》,陕西师范大学2001年硕士学位论文,第61~63页;章健:《五代刑事法律制度变化及其影响》,西南政法大学2011年硕士学位论文,第29~32页。

[163] (清)沈家本:《历代刑法考·律令·开宝刑统》,中华书局1985年点校本,第969页。

[164] [美]马伯良:《宋代的法律与秩序》,杨昂、胡雯姬译,中国政法大学出版社2010年版,第295页。

[165] 薛梅卿:《宋刑统研究》,法律出版社1997年版,第26~27页。

制的根本性变革,但也不能因此抹煞五代法制启下性在唐宋之际所发挥的特殊作用。

按照通常理解,“刑法统类”中的“类”是指与律条适用相关或者相类属的格敕,而“统类”则是指《律疏》与相关格敕编成的刑典。^[166]对于律疏与刑统之差异,北宋臣僚孙奭说得清楚:“律疏与刑统不同,本疏依律生文,刑统参用后敕,虽尽引疏义,颇有增损。”^[167]正是两者间“依律生文”和“参用后敕”的差别,反映出唐宋之际法典从体例到内容之调整变化。有学者指出:“唐宋变革是指中唐至北宋的变革,并非仅指唐宋之际。北宋作为这一变革期的终点,把唐代的因素发展到极致。”^[168]若将此观点套用至唐宋法制变化领域,自唐《大中刑法统类》开始,历经五代《同光刑律统类》《大周刑统》,再到北宋建隆年的《宋刑统》,源起于唐中后期的刑统编纂体例及其内容,经五代而发扬光大和日益走向成熟,至北宋最终将唐代法制中的“刑统”因素发展到极致。从中不难看到五代法制起到的一种承唐启宋之连接作用。当然,在这个发展过程中律敕因素往往是交织在一起的,不能孤立地看待。正如有学者指出,敕和律的关系是补充与被补充的关系,宋代的敕实际上已成为刑律的组成部分,是律在宋代的发展。^[169]通过以下分析可以看到这个论断是经由五代而实现的。先看《大周刑统》的编纂成书,史料中有详细记载:

显德四年五月二十四日,中书门下奏:“准宣,法书行用多时,文意古质,条目繁细,使人难会。兼前后敕格,差谬重叠,亦难详究。宜令中书门下并行删定,务从简要,所贵天下易为颁行者。……朝廷之所行用者,律一十二卷,律疏三十卷,式二十卷,令三十卷,《开成格》一十卷,《大中统类》一十二卷,后唐以来至汉末编敕三十二卷,及皇朝制敕等。折狱定刑,无出于此。律令则文辞古质,看览者难以详明。格敕则条目繁多,检阅者或有疑误。加以边远之地,贪猾之徒,缘此为奸,寔以成弊,方属圣明之运,宜申画一之规,所冀民不陷刑,吏知所守。臣等商量,望准圣旨施行,仍差侍御史知杂事张湜……等十人,编纂新格,勒成簿帙。律令之有难解者,就文训释,格敕之有繁杂者,随事删除,止要谕理省文,兼且直书易会。其中有轻重未当便于古而不便于今,矛盾相攻,可于此而不可于彼,尽宜改正,毋或牵拘。候集编毕日,委御史台、尚书省四品以上官,及两省五品以上官参详可否,送中书门下议定,奏取进止。”从之。

至五年七月七日,中书门下及兵部尚书张昭远等奏:“所编纂勒成一部,别有目录,凡二十一卷,目之为《大周刑统》。伏请颁行天下,与律疏令式通行,其《刑法统类》《开成编敕》等采掇既尽,不在法司行使之限。自来有宣令指挥公事,三司临时条法,州县见今施行,不在编纂之数。应该京百司公事,各有见行条件,望令本司删集,送中书门下议奏闻者。”奉敕:“宜依。”^[170]

可见,历时1年多的《大周刑统》制定过程并非草率立法,而是一次非常典型的今天所说的“法律编纂”(亦称“法典编纂”)——将现有法律规则和原则集中起来,消除冲突、重叠部分,进行修改、

^[166] 钱大群:《唐律与唐代法制考辨》,社会科学文献出版社2013年版,第386页。

^[167] (宋)王应麟辑:《玉海》卷66《诏令·天圣律文音义》,江苏古籍出版社、上海书店1987年影印本,第1258页。

^[168] 王瑞来:《近世中国:从唐宋变革到宋元变革》,山西教育出版社2015年版,第190页。

^[169] 戴建国:《唐宋时期法律形式的传承与演变》,载中国法制史学会、“中央”研究院历史语言研究所主编:《法制史研究》2005年第7期,第122页。

^[170] (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148~150页。

补充,按一定逻辑顺序编订成法典的立法活动。^[171]《大周刑统》的编纂伴随着以“申画一之规”的系统化为目的的释义法律、精简条文、衡平轻重、消除矛盾,以及官员官司的参酌详议。在《大周刑统》颁行前,唐代律令格式、《大中刑法统类》和后唐、后晋、后汉编敕皆为后周行之有效的法律,此时唐、五代法律扮演了后周法律渊源的角色。自唐开元年以后,统治者不再大幅修律、令、式,代之以敕对法典进行修补,如宋臣柴成务云,从唐开元至后周显德年“咸有格敕,并著简编”。^[172]因此,在《大周刑统》颁行后,由于《大中刑法统类》《开成编敕》(应指唐《开成格》及《大周续编敕》等^[173])等唐、五代法律已被“采掇既尽”,此时象征着唐末以来法制变化因素的法律,通过立法被编纂成《大周刑统》,包括后晋编敕在内的唐末五代法律自然失效,变为后周的一种立法材料来源,而“不在法司行使之限”。

这种情形在《宋刑统》成书以前亦是如此,史载:“国初(指北宋初),用唐律令格式外,又有《元和删定格后敕》《太和新编后敕》《开成详定刑法总要格敕》《后唐同光刑律统类》《清泰编敕》《天福编敕》《周广顺续编敕》《显德刑统》,皆参用焉。”^[174]这里仍然存在一个北宋初直接适用唐、五代旧法的时期。待《宋刑统》修成后,窦仪在《进刑统表》中云:“伏以《刑统》,群彦规为,贯彼旧章,采缀已从于撮要”,成书后“所有《大周刑统》二十一卷,今后不行”。^[175]而《宋刑统》律文后附以唐开元至北宋建隆三年颁布的敕令格式共 177 件,其中包括唐代敕(49 件)、五代后唐敕(13 件)、后晋敕(2 件)和后周敕(22 件)共计 86 件,充分体现了孙奭所言“刑统参用后敕”之内涵,亦如宋人赵彦卫云《宋刑统》“皆汉唐旧文,法家之五经”,“颇存南北朝之法及五代一时旨挥”。^[176]可见,包括后晋敕在内的五代敕成为《宋刑统》的法源。同时,后晋敕和后汉敕也是后周编敕的法源,如广顺元年(951 年)六月,周太祖命侍御史卢亿等人“以晋、汉及国初事关刑法敕条一十六件(一说二十六件),编为二卷,目为《大周续编敕》”。^[177]建隆四年(963 年),与《宋刑统》一起颁行的 4 卷《建隆编敕》也是“别取旧削出格令宣敕及后来续降要用者凡一百六条”^[178]而成,其立法材料来源当包括五代敕令。而编敕活动发展到宋代成为一种连续、系统的立法活动,从而形成宋法制承袭唐律令格式“随时损益则有《编敕》”^[179]的局面。如果向前回忆,编敕之制肇始于唐代(具体表现为唐前期格、后期格后敕的修纂)^[180],而唐末五代法制不也正是这种“律令格式/刑统(稳定性)+敕(适变性)”的情形么?由此说明了五代法制对宋代法制之影响。

后晋刑事法制的启下性还表现在,为后周修改和完善法律提供反面或正面参照。以奸罪为

[171] 周永坤:《法理学:全球视野》,法律出版社 2010 年版,第 299 页。

[172] (清)徐松辑:《宋会要辑稿·刑法》1 之 2,中华书局 1957 年影印本,第 6462 页。

[173] 吴丽娱、赵晶:《唐五代格、敕编纂之演变再探》,载《中华文史论丛》2015 年第 2 期,第 174 页。

[174] (清)徐松辑:《宋会要辑稿·刑法》1 之 1,中华书局 1957 年影印本,第 6462 页。

[175] (宋)窦仪等:《宋刑统·进刑统表》,法律出版社 1999 年点校本,第 1~2 页。

[176] (宋)赵彦卫:《云麓漫钞》卷 4,中华书局 1996 年点校本,第 57 页。

[177] (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;(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 7083 页;(宋)薛居正等:《旧五代史》卷 147《刑法志》,中华书局 1976 年点校本,第 1962 页。

[178] (清)徐松辑:《宋会要辑稿·刑法》1 之 1,中华书局 1957 年影印本,第 6462 页。

[179] (元)脱脱等:《宋史》卷 199《刑法志》,中华书局 1977 年点校本,第 4962 页。

[180] 参见郭东旭:《宋代法律与社会》,人民出版社 2008 年版,第 31 页;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 41~54 页;侯雯:《唐代格后敕的编纂及特点》,载《北京师范大学学报(人文社科版)》2002 年第 1 期,第 141~143 页;吴丽娱、赵晶:《唐五代格、敕编纂之演变再探》,载《中华文史论丛》2015 年第 2 期,第 139~172 页。

例，后晋天福年敕规定：“凡和奸者，男子、妇人并极法。”^{〔181〕}按此规定和奸男女都应处以死刑。对和奸，唐律解释为“彼此和同者”^{〔182〕}，清代律学家沈之奇说得更明白，“和奸，谓男女情愿，和同私奸也”^{〔183〕}，即男女无婚姻关系而自愿发生性行为。唐律的基本处罚规定是：“男女各徒一年半，有夫者徒二年。妻、妾罪等。”^{〔184〕}较之唐律规定，显然后晋天福年敕大大加重了对和奸的处罚。后周太祖郭威于广顺元年正月即位后，为宽缓刑罚颁制云：“今后应犯窃盗赃及和奸者，并依晋天福元年以前条制施行。应诸处犯罪人等，除反逆罪外，其余罪，并不得籍没家产，诛及骨肉，一依格令处分。”^{〔185〕}针对制书内容，中书门下又在广顺三年(953年)二月“请再下明敕，颁示天下”的奏请下，太祖再次颁诏予以明确细化，诏云：

赦书节文，明有厘革，窃虑边城远郡，未得详审，宜更申明，免至舛误。其盗贼，若强盗，并准向来格条断遣；其犯窃盗者，计赃绢满三匹者，并准众决杀。其绢以本处工估价，为定，不满三匹者，第等决断。应有夫妇人被强奸者，男子决杀，妇人坐；其犯和奸者，男子妇人并准律科断，罪不至死；其余奸私，准格律处分。^{〔186〕}

通过这件诏敕可以更清楚地看到，后周在和奸处罚规定上并未承袭后晋，而是将天福年敕男女“并极法”修改为“并准律科断，罪不至死”，从而使法制重新回到唐律轨道上，也就是史料所评价的“至是，始改从律文焉”。^{〔187〕}此外，敕文还提到对窃盗罪之处罚，这在前面论述法制承上性时已经涉及，其在唐末五代也经历了一个变化过程。对于窃盗与奸罪处罚规定在唐末五代之变化，《资治通鉴》中有一段简略评析十分直接：“初，唐衰，多盗，不用律文，更定峻法，窃盗赃三匹者死；晋天福中，加至五匹。奸有夫妇人，无问强、和，男女并死。汉法，窃盗一钱以上皆死；又罪非反逆，往往族诛、籍没。故帝(指后周太祖)即位，首革其弊。”^{〔188〕}从中不难看到后周修改后晋、后汉法制的情形，后来，广顺元年正月敕、广顺三年二月敕又被直接吸收进《宋刑统》，成为宋朝法律的一部分。^{〔189〕}又如，五代以来，对民间买卖牛皮、盐等立有严格的禁令，其基本情况是“兵兴以来，禁民私卖买牛皮，悉令输官受直。唐明宗之世，有司止偿以盐；晋天福中，并盐不给。汉法，犯私牛皮一寸抵死”，广顺二年(952年)在臣僚李穀的建议下，为方便民间日用，实现“均于田亩，公私便之”，周太祖颁敕放宽了禁令，敕云：“约每岁民间所输牛皮，三分减二；计田十顷，税取一皮，余听民自用及卖买，惟禁卖于敌国。”^{〔190〕}这也是后周对照前朝禁令，修改前朝法律的例子。瞿同祖先生在讨论法律儒家化时指出：“重视身分的差别，法律的发展必然趋向于具体化。”^{〔191〕}唐律基于优礼官员之目的，对体现身份差别的职官犯罪后的当、请、赎做了详细规定，但到天福六年(941年)五月，刑部员外郎

〔181〕 (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7083页。

〔182〕 刘俊文：《唐律疏议笺解》卷26《杂律·和奸无妇女罪名》，中华书局1996年版，第1852页。

〔183〕 (清)沈之奇注：《大清律辑注》卷25《刑律·犯奸》，法律出版社2000年点校本，第912页。

〔184〕 刘俊文：《唐律疏议笺解》卷26《杂律·奸》，中华书局1996年版，第1836页。

〔185〕 (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7083页。

〔186〕 (宋)王溥：《五代会要》卷9《定赃》，上海古籍出版社2006年点校本，第154~155页。

〔187〕 (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7083~7084页。

〔188〕 (宋)司马光编著：《资治通鉴》卷290《后周纪》，中华书局1956年点校本，第9451页。

〔189〕 参见(宋)窦仪等：《宋刑统》卷17《贼盗律·谋反逆叛门》，法律出版社1999年点校本，第308页；《宋刑统》卷26《杂律·诸色犯奸门》，法律出版社1999年点校本，第481页。

〔190〕 (宋)司马光编著：《资治通鉴》卷291《后周纪》，中华书局1956年点校本，第9486页。

〔191〕 瞿同祖：《瞿同祖法学论著集》，中国政法大学出版社1998年版，第406页。

李象向晋廷奏请限缩适用主体范围,“凡是散官,不计高低,若犯罪不得当赎,亦不得上请”,对此详定院以唐律为据,覆奏云:“应内外文武官,有品官者自依品官法,无品官者、有散试官者,应内外带职廷臣宾从、有功将校等,并请同九品官例。其京都军巡使及诸道州府衙前职员、内外离任镇将等,并请准律,不得上请当赎。其巡司马步司判官,虽有曾历品官者,亦请同流外职。准律,杖罪以下依决罚例,徒罪以上仍依当赎法。”最终该规定被后周加以完善后,编入显德五年七月成书的《大周刑统》中,虽这部刑统今已失传,但这一敕条规定却被史料完整地保存了下来:“今后定罪,诸道行军司马、节度副使、副留守,准从五品官例。诸道两使判官、防御团练副使,准从六品官例。节度掌书记、防团判官、两藩营田等判官,准从七品官例。诸道推巡及军事判官,准从八品官例。诸军将校,内诸司使司副、供奉官、殿直,临时奏听圣旨。”^[192]正是在后晋和后周这两件敕颁布后,才改变了内外品官当赎“梁、唐皆无定制,多示优容,或因时分轻重”之失,从而“始有定制焉”。^[193]经详定院覆奏的后晋天福年敕和后周显德年敕,都被原文吸纳至《宋刑统》卷2《名例律·以官当徒除名免官免所居官门》。^[194]以上这些反映了在启下意义上,后晋敕是如何被后周修改和完善的,最后,要么作为法源被《宋刑统》直接纳入,要么为后周修改完善法律加以参照,之后与晋制不同的后周敕又成为《宋刑统》的法源。

这里还要指出后晋对后汉法制的启下。后汉国祚最短,史料记载不多,常被作为五代中无法滥刑的代表性朝代。例如,有人分析后汉开国君主刘知远,有失仁、失信、失刑等典型军阀作风;更有学者直接说,唐末五代法律紊乱、刑罚严酷“至于晋汉而极”。^[195]马端临《文献通考》针对后汉刑制,梳理出了高祖时对强盗“不计赃物多少,按验不虚,并宜处死”的严法,以及权臣苏逢吉、史弘肇等人之滥杀。^[196]这些也常被用以说明后汉刑制之酷滥。不过翻检史料,仍有官员和法司“依法”裁断案件的例子,来看后汉左庶子张仁瑒介入的“邓州节度判官史在德故入崔彦等八人罪”一案的审断过程:

乾祐二年十二月,邓州节度判官史在德弃市。以其误断民崔彦等八人犯牛皮禁罪,皆至死刑故也。时朝廷方务积甲,故牛革之禁甚峻。先是,潞州长子县民犯鞋底二,杀数人,在德援例以断之。节度使刘重进以崔彦将牛皮于汉高庙冒鼓,曾于本镇申明,其与故犯不同,改杖放之。在德固争,因而上言。朝廷命使案覆,在德以失入伏辜。时枢密使杨邠以法寺觉纵,乃召仁瑒谏之。仁瑒谏:“上以大理寺所断,即依律文。凡断罪,合取最后敕为定。详编敕云:‘官典鞠狱枉滥,或经台投轨,勘问不虚,元推官典,并当诛罚。’又常有忻州法据郭业,故入张仁安一人死罪,合当诛罚处分。今在德故入八人罪,法寺不援后敕,准据律文。今以郭业比附在德,合处极典。”大理闻是谏,又引晋朝后敕云:“今后不得以断郭业敕内诛罚二字为用,并须依格律断狱。”时宰臣苏逢吉见之,言于杨邠,不能正,竟决杖死之。^[197]

[192] (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162~163页。

[193] (宋)薛居正等:《旧五代史》卷147《刑法志》,中华书局1976年点校本,第1974页。

[194] 参见(宋)窦仪等:《宋刑统》卷2《名例律·以官当徒除名免官免所居官门》,法律出版社1999年点校本,第33页。

[195] 曾国富:《五代典型军阀刘知远》,载《文史知识》1994年第5期,第84~87页;陶懋炳:《五代史略》,人民出版社1985年版,第325页。

[196] (元)马端临:《文献通考》卷166《刑考·刑制》,中华书局1986年影印本,第1443页。

[197] (宋)王钦若等编纂:《册府元龟》卷616《刑法部·议谏》,凤凰出版社2006年校订本,第7128~7129页。

从中可看到,在常被“法尚深刻,藩郡凡奏刑杀,不究其实,即顺其请”^[198]所定论的后汉,官方对违反“牛皮禁令”死刑案件审慎裁断之复杂过程,其中,伴随着官员、武人间及与大理寺的激烈论争,以及后汉时律、敕、例在案件中的具体适用。张仁瑒所言断罪“合取最后敕为定”为唐末长庆三年(823年)十二月敕节文内容:“伏缘后敕,合破前格。自今以后,两司检详文法,一切取最向后敕为定。”^[199]这一规定亦被后唐所传承,后唐长兴二年八月“准格(实指格后敕)详狱,一切取最后敕为定,后敕合破前格”,并对这一规则的具体适用作了细化解释。^[200]最终,这两件敕双双被编入《宋刑统》卷30《断狱律·断罪引律令格式门》。学者戴建国解释,“后敕”是指经立法程序编纂的格后敕,“前格”是指律、令、格、式常法,并不单指法律形式之一的格。^[201]这一规定明显与“诸断罪皆须具引律、令、格、式正文”的唐律规定(《宋刑统》亦照搬)^[202]不同。依此,敕的法律效力高于律令格式,反映了唐末五代以来,以敕的法律地位提升为标志的唐宋法律形式之发展变化,及其对宋代法制的影响;而张氏讞案引用前朝编敕、大理寺援引后晋敕支持自己的决定,又说明后晋敕成为后汉刑事法之法源。为更清晰地展示五代敕在宋朝法典中的延续,将上述《宋刑统》吸纳五代敕的情形表列于下。

表5 《宋刑统》对五代敕的吸纳

涉及事项	《宋刑统》中的五代敕			延续情况
	所处篇目	颁敕时间	敕文(节文)内容	
奸罪等的处罚	《宋刑统》卷17《贼盗律·谋反逆叛门》	后周广顺元年正月五日	今后应诸色犯罪人,除反、逆罪外,并不得籍没家资,诛及骨肉,一依格、令处分。	后周修改后晋敕后,后周敕原文为《宋刑统》所吸纳
	《宋刑统》卷26《杂律·诸色犯奸门》	后周广顺三年二月三日	应有夫妇人被强奸者,男子决杀,妇人不坐罪。其犯和奸及诸色犯奸,并准律处分。	
官员当赎	《宋刑统》卷2《名例律·以官当徒除名免官免所居官门》	后晋天福六年五月十五日	应内外带职廷臣、宾从、有功将校等,并请同九品官例。其京都军巡使及诸道、州、府衙前职员,内外杂任,镇将等,并情准律不得上请当、赎。其巡司、马步司、判官虽有曾历品官者,亦请同流外职,准律:杖罪以下,依决罚例;徒罪以上,仍依当、赎法。	后周补充完善后晋敕后,后晋敕和后周敕原文均为《宋刑统》所吸纳
		后周显德五年七月七日	今后定罪,诸道行军司马、节度副使、副留守,欲准从五品官例;诸道两使判官、防团副使,欲准从六品例;诸道节度掌书记、支使防团判官、两蕃营田等使判官,准从七品例;诸道推巡及军事判官,准从八品官例;诸军将校内诸司使、使副、供奉、殿直官,临时奏听敕旨。	

[198] (宋)薛居正等:《旧五代史》卷101《汉书·隐帝纪》,中华书局1976年点校本,第1349页。

[199] (宋)窦仪等:《宋刑统》30《断狱律·断罪引律令格式门》,法律出版社1999年点校本,第551页。

[200] 参见(宋)王溥:《五代会要》卷16《大理寺》,上海古籍出版社2006年点校本,第271~272页;戴建国:《唐后敕修纂体例考》,载《江西社会科学》2010年第9期,第148页。

[201] 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52页。

[202] 参见刘俊文:《唐律疏议笺解》卷30《断狱律·断罪不具引律令格式》,中华书局1996年版,第2063页; (宋)窦仪等:《宋刑统》30《断狱律·断罪引律令格式门》,法律出版社1999年点校本,第549页。

续表

涉及事项	《宋刑统》中的五代敕			延续情况
	所处篇目	颁敕时间	敕文(节文)内容	
敕文适用	《宋刑统》30《断狱律·断罪引律令格式门》	后唐长兴二年八月十一日	今后凡有刑狱,宜据所犯罪名,须具引律、令、格、式,逐色有无正文,然后检详后敕,须是名目条件同,即以后敕定罪。后敕内无正条,即以格文定罪。格内又无正条,即以律文定罪。律、格及后敕内并无正条,即比附定罪,亦先自后敕为比,事实无疑,方得定罪。虑恐不中,录奏取裁。	唐代敕被后唐、后晋、后汉沿袭,唐代敕和后唐敕原文为《宋刑统》所吸纳

最后有必要提出的是,五代法制还有作为反面教训启下的一面,主要表现为入宋后,精英阶层基于对五代武人司法弊端之反省,在法制上做出相应调整,使其重新回归传统儒化法制轨道。北宋初建隆年间,金州人马从玘与其妻及次子共同杀死系一“尝害其从弟”“闻里患之”无赖的长子马汉惠,防御使仇超、判官左扶诛杀了马从玘、其妻和次子,宋太祖得知案情后震怒“令有司劾之”,最后仇、左二人被以故入死罪“并除名,杖流海岛”,史载此案发生背景是“五代以来,典刑弛废,州郡掌狱吏不明习律令,守牧多武人,率恣意用法”。^[203]显然,仇、左二人“恣意用法”严重背离支撑儒化法制的“原心论罪”原则,而太祖对武人之严惩则正是要为这种背离纠偏正名。又有,针对五代以来收税的“会州”陋习,造成“县吏厚敛于里胥,以赂州吏,里胥复率于民”局面,太祖于乾德元年(963年)正月诏令“无得追县吏会州”。^[204]还有太祖因“亲见所在场务多是藩镇差牙校,不立程课法式,公肆诛剥,全无谁何,百姓不胜其弊”,于是“建隆以来,置官监临,制度一新,利归公上,官不扰而民无害,至今便之”^[205],这也是北宋初纠改五代法制之弊的显例。此外,前述太祖一改五代诸侯“主家得自杀其奴仆”之禁令,以及严禁五代以来武人出身的地方官“不知书”而任意置吏“代判”,皆反映出北宋极力矫正五代武人司法弊病的情形。为彻底改变五代以来由行伍出身的牙校充任司法官,导致“州镇专杀”“司狱事者轻视人命”,开宝六年(973年)七月,太祖诏令州府“置司寇参军,以新及第《九经》《五经》及选人资序相当者充”。^[206]实际上,这也是北宋汲取五代武人司法教训,调整重建儒化司法官结构之举。直到南宋,宋廷还对祖宗朝北宋在法制建设上,汲取五代教训的做法表示充分肯定。例如,绍兴二十六年(1156年)二月,侍御史汤鹏举弹劾寄居抚州的官员王鞬“恃势作威,郡守监司听其使令,如役仆隶,毒流一州,至崇仁县人纠率乡党,来投时相,所讼三十余事,止送江西帅司体究,公吏迎合,捕获状首三人,勒招虚妄,悉坐编配”,并建议朝廷“将鞬罢黜,委本路有风力监司,追还抚州居民产业,然后坐寘典刑”,对此高宗云:“此不可不痛治,在祖宗朝,革去五代苛法,专以仁恕为本,未尝真决一士大夫,惟犯赃者不贷,可令刑部约法,重作行遣。”^[207]此处赵构所言“未尝真决一士大夫”是指北宋所立“不杀士大夫”^[208]之祖训,而这恰与五代武人滥杀文臣的现象形成了鲜明反差,“革去五代苛法”一语清晰显示了南宋肯定北宋之态度。

[203] (宋)李焘:《续资治通鉴长编》卷2,建隆二年五月戊寅条,中华书局2004年点校本,第46页。

[204] (宋)李焘:《续资治通鉴长编》卷4,乾德元年正月庚辰条,中华书局2004年点校本,第83页。

[205] (宋)朱弁:《曲洎旧闻》卷1《太祖设场务监官》,中华书局2002年点校本,第85页。

[206] (宋)王楙:《燕翼诒谋录》卷1,中华书局1981年点校本,第4页。

[207] (宋)李心传:《建炎以来系年要录》卷171,绍兴二十六年二月丙申条,中华书局1988年点校本,第2821页。

[208] 对北宋“不杀士大夫”的源出史料梳理和这项宋朝祖宗家法之影响评析,可参见李峰:《论北宋“不杀士大夫”》,载《史学月刊》2005年第12期,第31~35页。

五、结 语

在藩镇割据的五代乱世,以武人为表征的军事因素占据了突出位置,这势必影响到五代法制,失控的武人权力容易带来乱世中血腥的滥刑肆杀。但是,五代法制除滥刑肆杀的一面外,亦展示出丰富、多维、复杂的面向。在五代后晋,既有成规模的法律活动,也有官员积极的议法;既有武人司法之滥刑,也不乏滥刑纠偏和循法慎刑的案例,且数次赦宥显示了皇帝的宽仁。后晋法制在唐宋法制变化过程中,起到了独特的承上启下作用,汉代以来逐渐形成的儒化法制在五代并未发生截然断裂,仍在曲折传承发展。实际上,在帝制时代的中国,儒家学说推崇的理想社会是一个“由等级森严的社会组织和政治组织所构成、由贤明睿智的皇帝所领导的、受过良好教育的文官系统自上而下加以控制的社会”,“这种社会最大的优点在于社会和政治的稳定”,“虽然在实际生活中,这种理想要打很多折扣”。^[209] 循此观点,武人统治下的五代乱世,儒家理想固然已大打折扣,较之唐宋盛世,折扣幅度会更大,但这并不意味着五代对儒化法制传统的绝对抛弃,这是考察五代法制不可忽视的。

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)

^[209] [美] D.布迪、C.莫里斯:《中华帝国的法律》,朱勇译,江苏人民出版社2004年版,第133页。