

中国法律文化网首发，转载请注明出处

 使用大字体察看本文

阅读次数：1269

蒙元法定死刑考辨

曾代伟

提 要：在中国古代刑法史上，蒙元法定死刑有着许多独特之处，而传世典籍的记载含混且颇多歧异。元初沿用金代死刑之制，有斩有绞；至元八年禁行金律后，法定死刑存陵迟、斩而废绞。但在蒙元时期司法实践中，陵迟和斩并不多见，类似前世之杖杀的“敲”，是元代的一种适用较为普遍的死刑执行方法。此乃蒙元统治者在法制上用轻典、行仁政使然。

关键词：蒙元 法定死刑 考辨

一、问题的提出

自隋唐确立笞杖徒流死的五刑制度以降，法定死刑均以斩、绞为主，这在法学圈已近乎常识。然而，蒙元王朝虽为13世纪初至14世纪中叶中国历史舞台上主角，其法定死刑却令人惊异地成为被人遗忘的学术角落，迄今仍歧异纷呈，不甚了了。

沈家本先生《历代刑法考》持论一依《元史·刑法志》：

笞刑……。死刑：斩、凌迟处死。按：此元之五刑，见《元史·刑法志》，即元之律文也。……元制死罪，有斩无绞，而《元典章》所载旧案往往称引旧例，应绞而改其名曰处死，此又其用法之独异者。^①

《春明梦余录》：“元世祖定天下之刑，笞、杖、徒、流、绞五等。天下死囚，审讫已定，亦不加刑，皆老死于囹圄。自后惟秦王伯颜出天下死囚，始一加刑，故七八十年之中，老稚不曾覩斩戮，及见一死人头，辄相惊骇。可谓胜残去杀，黎元在海涵春育中矣。”按：元《刑法志》言死刑，有斩无绞，此以绞列五刑，或系传写之误。陶宗仪《辍耕录》二：“国初立法，死则有斩，有陵迟，而无绞。”陶，元末人，所言元法与《刑法志》合，可以证孙（引者按，指《春明梦余录》作者孙承泽）说之不足据。第就孙说言，可见元之五刑，死刑亦惟一种。陵迟，其特别法也。^②

其评论尚有讨论的余地。

目前通行教材和论著亦然，有的直接采纳《元史·刑法志》之说，认定为有斩无绞；^③有的罗列“有斩无绞说”及“斩绞并列说”，置疑待考；^④有的认为“元朝的徒、流、死之刑罚基本上与宋同”。^⑤如此等等，众说纷纭，故元史专家黄时鉴先生《〈大元通制〉考辨》一文认为：“《大元通制》五刑中死刑的条文究竟如何，实在是一个疑窦。这个问题需要另作进一步的专题研究。”^⑥十年后，黄先生撰写《中国通史》第八卷《中古时代·元时期》相关章节时，在罗列史籍关于元代死刑记载的歧异后，仍认为“记载颇有出入，有待深入探究。”^⑦

① 沈家本《历代刑法考》，刑制总考四，元。中华书局1985年版第61页。

② 沈家本《历代刑法考》，刑制分考四，绞。中华书局1985年版第137～138页。

③ 如“面向21世纪课程教材”《中国法制史》，北京大学出版社、高等教育出版社2000年版第192页；全国高校自学考试指定教材《中国法制史》，北京大学出版社2000年版第246页等。

④ 如《中国古代法律制度》，中国广播电视出版社1992年版第609页。

⑤ 如高等学校法学教材《中国法律史》，法律出版社1995年版第335页。

⑥ 《中国社会科学》1987年第二期第166页。

⑦ 见该书，上海人民出版社1997版，2000年第五次印刷本，第1010页。问题迄今尚未解决。

鉴于蒙元刑制与前代比较有许多独特之处，且蒙元法制资料大多佚失，传世史籍记载多有牴牾出入。尤其是法定死刑的刑等及执行方法等问题，更是莫衷一是。本文拟对此试作考析，以就正于学界同仁。

二、法定死刑：传世文献记载的歧异

考唐以后历代形制，元代死刑制度独具特色，与唐宋及明清均有较大差异。而其法定死刑之种类，传世典籍的记载颇多歧异。

（一）法定死刑“有斩无绞”说

其一，《经世大典·宪典总序》：“国初立法以来，有笞、杖、徒、流、死之制，即后世之五刑也。……至于死刑，有斩无绞，盖尝论之，绞斩相去不至悬绝，钧为死也，特有殊不殊之分耳。然已从降杀一等。

论令，斩首之降即为杖一百七籍流，犹有幸不至死之理。呜呼仁哉。”^①

其二，《元史》卷102《刑法一》：“其五刑之目：……死刑，则有斩而无绞，恶逆之极者，又有陵迟处死之法焉。盖古者以墨、劓、剕、宫、大辟为五刑，后世除肉刑，乃以笞、杖、徒、流、死备五刑之数。元因之，更用轻典，盖亦仁矣。世祖谓宰臣曰：‘朕或怒，有罪者使汝杀，汝勿杀，必迟回一二日乃覆奏。’斯言也，虽古仁君，何以过之。自后继体之君，惟刑之恤，凡郡国有疑狱，必遣官覆讞而从轻，死罪审录无冤者，亦必待报，然后加刑。”

其三，《新元史》卷102《刑法志》：“名例为法之本：一曰五刑，……死刑二，斩、陵迟处死。……至于死刑，有斩无绞，以绞斩相去不至县绝，且从降一等言之，斩之降即为杖一百七籍流，犹有幸不至死之理焉。”

其四，元末陶宗仪《南村辍耕录》卷2《五刑》：“国初立法以来，有笞、杖、徒、流、死之制。……死则有斩，有陵迟，而无绞。”^②

（二）“法定死刑有绞”说

其一，《元典章》所引《五刑训义》载：“死义曰：绞斩之坐，刑之极也。《春秋》元命包云：‘黄帝斩蚩尤于涿鹿之野。故云斩自轩辕，绞兴周代，即大辟之刑也。’绞、斩。二罪皆至死。”^③

其二，[明]叶子奇《草木子》：“元世祖定天下之刑，笞、杖、徒、流、绞五等。……天下死囚，审讞已定，亦不加刑，皆老死于囹圄。自后惟秦王伯颜出天下死囚，始一加刑，故七八十年之中，老稚不曾覩斩戮，及见一死人头，辄相惊骇。可谓胜残去杀，黎元在海涵春育中矣。”^④

其三，《至元杂令》之《笞杖则例》：“五刑总序曰：昔唐太宗除鞭背刑，更以笞杖徒流绞，然罪轻者笞一十，笞乃夏楚。大元圣聪又减轻笞七下，且易楚用柳，可见爱民如子也。……绞罪至死。”^⑤

其四，元至顺本《事林广记》所载《大元通制》（节文）：“死刑，绞刑、斩刑。”^⑥

其五，[元]沈仲纬《刑统赋疏》（枕碧楼丛书本）：“死刑二等：绞、斩。”^⑦

①[元]苏天爵《国朝文类》卷42。转引自黄时鉴《元代法律资料辑存》第90-91页。浙江古籍出版社1988年版。

②陶氏此书撰于元末明初。查该段史料字句与《元史·刑法一》所记雷同。推测该书此段记载与其后明官修《元史·刑法一》，均引自《经世大典·宪典》；或者《元史·刑法一》直接抄自《南村辍耕录》。

③《元典章》卷39《刑部一·刑制·刑法》。

④[明]叶子奇《草木子》卷3下《杂制篇》。明末孙承泽《春明梦余录》下所记同，显然出自叶书。

⑤元泰定二年（1325年）刻本《重刊群书类要事林广记》壬集卷之一。转引自黄时鉴《元代法律资料辑存》第43-44页。浙江古籍出版社1988年版。

⑥元末至顺增修刻本《新编纂图增类群书类要事林广记》《别集》卷3，转引自黄时鉴《元代法律资料辑存》第63-64页。浙江古籍出版社1988年版。

⑦转引自黄时鉴《元代法律资料辑存》第212页，浙江古籍出版社1988年版。

其六，《元典章》所列判例、条格中时有绞刑的适用：

例一，踢打致死案。至元四年（1267年）九月二十五日，顺天路曲阳县弓手张七“因差史义伏道口拿贼，为是不伏，因斗将本人踢打身死罪犯。法司拟，旧例，‘斗殴杀人者绞。’合处死。部准拟处死，省准施行。”^①

例二，殴打女婿致死案。至元三年正月二十一日，济南路民刘全支派女婿孙重二扫地筛谷。孙有怨气并辱骂刘全之父。刘将其殴伤致死。“法司拟，即系斗杀婿事理。”“旧例，若尊长殴卑幼折伤者，缙麻减凡人一等，死者绞。其刘全合行处死，仍征烧埋银数。部准拟呈省断，将刘全流去迤北鹰房子田地，仍于家属征烧埋银给主。”^②

例三，打“死”定婚夫还活案。济南路民靳留住与孙歪头定婚妻慈不揪通奸。靳说要打死孙与慈不揪做夫妻，慈不揪未持异议。至元四年三月八日，靳将孙骗到城上推下未死，又用砖棒打“死”。但孙次日复活。“法司拟，即系谋杀人已伤事理。旧例，谋杀人已伤者绞。靳留住合行处死。部准拟呈，省准呈，断讞。”又依旧例，“今慈不揪系孙歪头定婚妻，合同凡人谋杀人为从不行事理。已上谋杀人者徒三年，已伤者绞，已杀者斩，从而加工者绞，不加工者徒五年；又为从不行减行者一等。其慈不揪从而不行减行者一等，合于绞罪者上类减二等，合徒四年。”^③

例四，驱奴砍伤本使案。曹州民吉四儿，被本管头目余洪卖与陈百户为驱，遭到陈百户之弟陈二打骂，遂于至元四年七月十二日用斧头将陈二砍伤。法司拟，今吉四儿“谋杀陈百户弟陈二已伤，理同谋杀他人定罪。旧例，谋杀人已伤者绞。其吉四儿合行处死。部准拟呈省断讞。”^④

例五，奴杀本使案。至元四年八月，西京路民路驴儿“将本使忽抹察用刀子扎死，嚇要本使妻唆鲁忽论在逃通奸罪犯。取到本妇招伏相同路驴儿。法司拟：旧例，‘奴婢杀主者皆斩。’^⑤其路驴儿合行处死。部准拟，呈省准拟。唆鲁忽论，法司拟：旧例，‘奴奸主者绞，^⑥妇女减一等’，合徒五年；又招之奴杀夫不告罪犯，旧例，‘祖父母父母及夫为人所杀私和者徒四年，虽不私和，知杀期以上亲经三十日不告者，减二等徒二年。二罪俱有从重者论。’唆鲁忽论合徒五年杖八十，去衣受刑。部拟，既是主被杀害，随从在逃通奸，前准法司所拟似为尤重，止据不行首告罪犯，量情六十七下。呈奉省札：除路驴儿待报外，唆鲁忽论不合与贼为妻，诸处藏躲半年不首罪犯，杖一百七下。”^⑦

例六，放火烧死人案。至元五年正月二十三日晚，河间路民高如厮伙同其弟，放火烧掉仇家房屋数间

并物件，又烧死九岁小女孩一个。”法司拟，将旧例故烧私家宅舍一条绞罪，又烧死九岁小女孩一个，旧例以故杀伤人者斩罪，二罪从重，合行处死，仍追烧埋银两给付苦主。部拟呈省断讫。”^⑧

例七，父首子烧人房舍案。至元初年，洛褒州民王祚为房屋被人烧毁事告官。有杨青者自行锁缚其子杨买儿到官府自首。杨买儿招认，挟恨烧毁王祚无人居住房舍三间。被烧房产等经估价值钞29两（贯）多。”法司议得，杨买儿所招，即系故烧无人居止草房三间事理。旧例，故烧私家宅舍者绞；若无人居止但损害财物畜产者，徒罪五年；赃满二十贯之数者亦绞。所烧房舍价值二十贯余，即与强盗二十贯相似。旧例，强盗二十贯绞。”但此案有杨买儿由其父锁缚到官_____

①《元典章》卷42《刑部四·斗杀》。

②《元典章》卷42《刑部四·杀亲属》。

③《元典章》卷42《刑部四·诸杀一》“打死定婚夫还活”条。

④⑦《元典章》卷41《刑部三·恶逆》。

⑤《元史》卷104《刑法三·大恶》：“诸奴杀伤本主者处死”、“诸奴故杀其主者陵迟处死。”

⑥《元史》卷104《刑法三·奸非》：“诸奴奸主女者处死”。

⑧《元典章》卷50《刑部十二·诸盗二·放火》。

自首情节，“旧例，若于法许相容隐者为首及相告言者，各所如罪人身自首法。旧例，犯罪未发而自首者，原其罪；正赃犹征如法。”杨买儿最终被杖断三十七，所烧房产令其验数征还。^①

例八，翁奸男妇已成案。至元五年，顺天路祁州深泽县民魏忠，因数次奸淫媳妇张瘦姑被拘押。”法司拟，旧例，‘奸子孙之妇者绞。’魏忠合行处死，部准拟呈讫，省准讫。张瘦姑，法司拟，旧例，‘和奸本保无夫妇人罪名者，与男子同。’准上合得绞罪；^②又虽因本妇告首到官，旧例，‘若越度关及奸并在自首之例。’张瘦姑亦合处死。部拟，本妇既是在先曾向伊夫学说，及今日自首到官，量情拟杖七十七下，从妇归宗。呈省札讫。”^③

例九，杀死盗奸寝妇奸夫案。至元五年七月十二日晚，冠民县民张记住因喂驴宿于驴舍，其妻王师姑在卧室被表兄杨重二“盗奸”。王师姑发觉被骗后即告诉婆母。张记住闻讯大怒，用刀将杨重二杀死。案发后，法司拟：“旧例，强奸有夫妇人者绞。^④今被张记住用刀子扎死，即是杀死应死人，捕罪人已就拘收。及不拒捍而杀，各从斗杀伤法，用刃者以故杀伤论。罪人本犯应死而杀者，徒五年。其张记住合徒五年，决徒年杖一百。部拟杖一百七，省准。”^⑤

例十，强奸无夫妇人案。至元二年十一月十三日夜，真定路民李聚强奸未婚女子郭阿张。法司拟，“旧例，强奸者绞，无夫者减一等。李聚合徒五年杖一百。部拟决一百七下。行下本路断遣讫。”^⑥

以上案例，情节并不复杂，涉案人亦无特别身份；其绞刑的适用，是通过正常审判程序，依照“旧例”一般规定作出的，故并非特殊事例。这是下文讨论的前提。

三、元朝法定死刑“有斩无绞”考证

（一）蒙元入主中原之初，在司法实践中曾援引金律适用绞刑的律条

蒙古入主中原汉地之初，大量利用金朝降官旧吏办理政务。各地官府或法司在审理案件时，通常是按“旧例”即金律之规定进行判决，或提出处理意见报上级有关部门核准、裁定，亦在情理之中。史称“元兴，其初未有法守，百司断理狱讼，循用金律。”^⑦直至至元八年（1271年），忽必烈正式将国号“大蒙古国”改为“大元”朝，为了彰显新朝更始，万象更新，遂诏令：“禁行金《泰和律》。”^⑧前揭《元典章》所载10件案例，均发生于中原地区且在沿用金律时期，而金代法定死刑有绞、斩、陵迟。^⑨故法司所引“旧例”律条出现绞刑，乃顺理成章之事。但这只能说明蒙元初期曾沿用金律适用绞刑的律条，并非某些论著所说的元律早先曾规定有绞，后来“关于绞、斩刑适用有过争议，最后抛弃了绞刑。”^⑩事实上，细绎《元典章》所载案例，即使援引金律旧例应判决绞刑的案件，也只是将旧例作为判决的依据。除朝廷裁定减刑者外，其具体执行的死刑，并未明确为绞刑，而用“处死”以代之。而《元史·刑法志》在“名例·五刑”明确“死刑：斩，陵迟处死”之后，与金律旧例相类似的律条，都将绞换成了“处死”。

①《元典章》卷50《刑部十二·诸盗二·放火》。

②《元史》卷104《刑法三·奸非》：“诸翁欺奸男妇，已成者处死，未成者杖一百七，男妇归宗。和奸者皆处死。男妇虚执翁奸已成，有司已加翁拷掠，男妇招虚者，处死；虚执翁奸未成，已加翁拷掠，男妇招虚者，杖一百七，发付夫家从其嫁卖。妇告或翁告同。若男妇告翁强奸已成，却问得翁欲欺奸未成，男妇妄告重事，笞三十七，归宗。”

③《元典章》卷41《刑部三·内乱》。

④《元史》卷104《刑法三·奸非》：“强奸有夫妇人者死，无夫者杖一百七，未成者减一等，妇人不受。”

⑤《元典章》卷42《刑部四·因奸杀人》。

⑥《元典章》卷45《刑部七·诸奸·强奸》

⑦《元史》卷102《刑法一》。

⑧《元史》卷7《世祖四》。

⑨参见拙著《金律研究》，台湾五南图书出版公司1995年版。

⑩如《中国法制通史》第六卷，元，法律出版社1998年版，第391页。

至于《五刑训义》、《事林广记》、《草木子》、《春明梦余录》等关于绞刑的记述，均可能是反映元初沿用金律的史实。①

忽必烈禁行金律后，尽管元朝廷长期未能制定出一部足以替代金《泰和律》的法典，但在司法实践中运用“旧例”作为断狱量刑直接根据的现象倏然消失，法司断案不再列具金律条文。稽诸《元典章》等史籍，至元八年以后的案例未见“旧例”字样，亦未再见适用绞刑的律条。从《元史》中检得，凡提及“旧例”，多为本朝惯例和事例。②有关适用死刑的诏敕、律条和案例，多用“处死”、斩、陵迟。只有“刘太平等谋反”案一例用绞。③而此案发生在中统元年（1260年）六月，亦在沿用金律期间。

（二）“有斩无绞”说出自自信史，大致可以采信

从前揭“有斩无绞”说资料的载体分析，《经世大典》是元后期一部官修政书，《元史》则是明初据元历朝《实录》和《经世大典》编纂的一部官修正史，皆具有较高的史料价值。《新元史·刑法志》所记显然以《经世大典·宪典》和《元史》为本。故前三束史料如出一辙，俱可采信；又得元末明初陶宗仪《南村辍耕录》之佐证，故从狭义上讲，忽必烈至元八年正式建立“大元”后，法定死刑的确有斩无绞。

然而，笔者与研读元代史籍的同仁一样，于“有斩无绞”之说，有时颇感困惑：传世文献显示的一些信息的逻辑指向，似乎与此结论有所抵牾。

从立法建制的渊源看。元朝制度大体上是忽必烈在位期间，沿用蒙古旧制和“附会汉法”的产物。此间为忽必烈出谋划策，参与制度建设的多为中原人士。他们所定制度，必然以自己所熟知的金朝制度为底本，故时有“元承金制”之说。而金制“大率皆循辽、宋之旧”。由此观之，宋、辽、金、元立法建制的沿革关系十分清晰。契丹文化、女真文化、蒙古文化本来就同属朔方游牧文明，都在向南方扩张过程中，与中原农耕文明发生猛烈撞击。在如此相似的氛围中孕育的文物制度之间，存在着密切的亲缘传承关系，乃属理所当然之事。可是，就法定死刑而言，宋、辽、金均以斩、绞为主，唯独元朝是“有斩无绞”。此困惑之一。

元代典籍中的“处死”、“死”之谜。元死刑为斩和陵迟处死既已载于“名例”，而陵迟因其极为惨酷，通常于具体律条中予以明确。若从“名例”为统率律典众篇之总则的地位，及法律典籍行文逻辑推断，元代典籍中至元八年以后法律条文的“处死”、“死”，皆应为斩。然而，从《元史·刑法志》所列1105条律文检得，其135条死罪条文中，除9条规定陵迟外，其余大多用“处死”和“死”，却有6条重罪特地明确用斩，即：

诸方面大臣，受金纵贼成乱者斩，僚佐受金，或阿顺不能匡正，并坐罪，会赦仍除名。

诸处断重囚，虽叛逆，必令台宪审录，而后斩于市曹。

诸防戍军人于屯所逃者，杖一百七，再犯者处死。若科定出征，逃匿者，斩以徇。

诸伪造盐引者斩，家产付告人充赏。

诸茶法，……其伪造茶引者斩，家产付告人充赏。④

①如《事林广记》泰定本摘录之《至元杂令》和至顺本所辑录之《大元通制》节文的内容，即与《五刑训义》如出一辙，当至元初刑制。

②如《元史》卷18《成宗一》：大德元年中书省、御史台臣言：“阿老瓦丁及崔彧条陈台宪诸事，臣等议，乞依旧例，御史台不立选，其用人则于常调官选之，惟监察御史首领官，令御史台自选。”《元史》卷157《刘秉忠传》：“天下之民未闻教化，见在囚人宜从赦免，明施教令，使之知畏，则犯者自少也。教令既设，则不宜繁，因大朝旧例，增益民间所宜设者十数条足矣”等。

③《元史》卷126《廉希宪传》：“初，分汉地为十道，乃并京兆、四川为一道，以希宪为宣抚使。（刘）太平、霍鲁海闻之，乘驿急入京兆，密谋为变。”希宪得报，遣万户刘黑马等“掩捕太平、霍鲁海及其党，获之，尽得其奸谋，悉置于狱。……会有诏赦至，希宪命绞太平等于狱，尸于通衢，方出迎诏，人心遂安。”

④《元典章》卷52《刑部十四·诈伪》“伪造茶引”条：“至元二十八年，湖北宣慰使司奉到行中书省札付，为榷茶运司呈都省降到引据条画榜文内一款，伪造茶引者处死；首告得实者，犯人家产并付告人充赏。”

诸僧道伪造经文，犯上惑众，为首者斩，为从者各以轻重论刑。

另《元史》卷98《兵一》载有一条军法：“至元二十年十月，定出征军人亡命之罪，为首者斩，余令减死一等。”

《元史》其它纪、传、志等亦然，涉及死罪的诏敕、案例皆用“处死”、“死”字样。除纵军骚扰百姓、权臣滥施淫威等少数事例，用斩作为非常情况下的临时处置外，仅从《元史》、《新元史》检得数件适用斩的案例。例如：

大德五年（1301年），“河南民殷丑厮等诈称神灵，扇惑人众。殷丑厮所及信从、知情不举者，皆处斩，没其妻子。”①

英宗时，“斡鲁思讦其父母，又驸马许纳子速怯讦其父谋叛，其母私从人。帝曰：‘人子事亲，有隐无犯，今有过不谏，复讦于官，岂人子所忍为。’命斩之。”②

这就出现了同一典籍行文逻辑上的矛盾：若法律条文的“处死”、“死”应为斩，则上述法律条文及案例明确用斩，就属“多此一举”；甚至在同一条文中，也同时出现处死、斩两种处罚规定。此困惑之二。

（三）官修史籍的评论和阐释：“有斩无绞”，乃在法制上用轻典、行仁政使然

《经世大典·宪典总序》：“至于死刑，有斩无绞，盖尝论之，绞斩相去不至悬绝，钧为死也，特有殊不

殊之耳。然已以降杀一等论，令（今）斩首之降即为杖一百七籍流，犹有幸不至死之理。呜呼仁哉。”

《新元史·刑法志》据此表述为：“至于死刑，有斩无绞，以绞斩相去不至县（悬）绝，且从降一等言之，斩之降即为杖一百七籍流，犹有幸不至死之理焉。”

《元史·刑法一》：“盖古者以墨、劓、剕、宫、大辟为五刑，后世除肉刑，乃以笞、杖、徒、流、死备五刑之数。元因之，更用轻典，盖亦仁矣。”

自隋《开皇律》将法定死刑规范为斩、绞二等以来，斩之降即为绞，仍为生命刑。元废止绞的初衷，是将死刑（斩）减一等的生命刑，用杖一百七流远代之。有元一代，此项立法初衷在司法实践中得到较好的贯彻，从而保全了部分犯人的生命。故留斩去绞看似令刑制更加酷重，而实为用轻典、行仁政之法。

事实上，作为法定刑的斩，在有元一代并非常用刑，如前揭《草木子》载，有的地方甚至几十年都未曾见过斩刑。在《元史·刑法志》所列135条死罪中，仅有6条明确适用斩刑，比例不到

5%；且皆属罪大恶极之罪，诸如官员受贿纵贼成乱，出征军人逃匿，伪造盐茶专卖凭证，僧盗等伪造经文、诈称神灵、妖言惑众，严重侵犯父母尊亲之恶逆行为，以及纵军骚扰百姓，权臣滥施淫威等少数事例，用斩作为非常情况下的临时处置等。在传世文献中记载斩刑的案例亦十分罕见。

四、传世典籍中的“处死”、“死”之谜解读

在考察蒙元刑制时，一个无法回避的问题是，传世典籍中法条和案例普遍使用的“处死”、“死”，究竟采用何种执行方法？在集中记载蒙元法条的《元史·刑法志》中，除斩刑6条、陵迟9条外，使用“处死”、“死”的律条占了死罪条款的近90%。尽管从逻辑上讲，至元八年以后的法定死刑应当“有斩无绞”，但从司法实践中看，却并非“斩刑唯一”。传世史籍显示的信息表明，“处死”、“死”肯定不完全等同于斩，大多数死刑的执行应当采用了斩首、陵迟以外的方法。

①《新元史》卷102《刑法志》。另《元典章》卷41《刑部三·诸恶·大逆》“妖言虚说兵马”条，记为段丑厮，未知谁是。

②《新元史》卷102《刑法志》。

（一）罪囚不执行死刑，任其老死于牢狱

前揭《草木子》卷3上《杂制篇》：“天下死囚，审讫已定，亦不加刑，皆老死于囹圄。自后惟秦王伯颜出天下死囚，始一加刑，故七八十年之中，老稚不曾覩斩戮，及见一死人头，辄相惊骇。可谓胜残去杀，黎元在海涵春育中矣。”此段资料另见于《春明梦余录》。它似乎表明，自忽必烈建元，至顺帝初年七八十年间，天下死囚，审讫已定，亦不执行死刑，皆老死于囹圄。直到顺帝初年秦王伯颜专权，才对死囚适用斩刑。

伯颜（约1282年-1340年），历仕数朝，顺帝初任中书右丞相，恃拥戴之功专权跋扈。史称其“自诛唐其势之后，独秉国钧，专权自恣，变乱祖宗成宪，虐害天下，渐有奸谋。……益逞凶虐，构陷郃王彻彻笃，奏赐死，帝未允，辄传旨行刑。复奏贬宣让王帖木儿不花、威顺王宽彻普化，辞色愤厉，不待旨而行。帝益忿之。伯颜且日益立威，锻炼诸狱，延及无辜。”①《草木子》卷4上《谈薮篇》：后至元间，“太师秦王伯颜专权变法，谋为不轨，贬岭南。道江西，死于荐福寺。遂殓于是。有人以诗吊之曰：‘人臣位极更封王，欲逞聪明乱旧章。一死有谁为孝子，九泉无面见先王。辅秦应已如商鞅，辞汉终难及子房。虎视南人如草芥，天教遗臭在南荒。’盖其在生，出令北人殴打南人，不许还报；刷马欲又刷子女，天下骚动。”此人跋扈残忍，推行斩首之刑，大致可信。但属某些地区或某一时期的情况，亦未可知，似亦不可以点概全。

（二）“敲”是元代的一种适用较普遍的死刑执行方法

《史学指南·狱具》：“短杖曰敲，杖击曰朴”。②元代的“敲”作为一种死刑方法，类似前世的杖杀、棒杀。如隋文帝仁寿中，因细故将鸿胪寺官员“皆于西市棒杀，而榜捶（鸿胪寺少卿）陈延，殆至于毙。”③《新唐书》卷62《刑法志》：“德宗性猜忌少恩，然用刑无大滥。刑部侍郎班宏言：‘谋反、大逆及叛、恶逆四者，十恶之大也，犯者宜如律。其余当斩，绞刑者，决重杖一顿处死，以代极法’。故时，死罪皆先决杖，其数或百或六十，于是悉罢之。”《宋史》：“建隆二年四月，商河县李瑶坐赃，杖死。”④太平兴国三年七月，中书令史李知古，坐受赂擅改刑部所定法，杖杀之。”⑤《辽史》卷61《刑法志上》：“五院部民有自坏铠甲者，其长佛奴杖杀之。”可见，杖杀、棒杀的适用，有的法令之出发点则是意图减轻死刑的残酷程度，有的则属律外用刑。元代的敲、杖杀当属前者。其意图是作为“死”或“处死”的执行方法，用以代替斩首，从而减轻死刑的残酷性。

稽诸史籍，检得21项涉及死罪适用“敲”的法条及案例：

至元二十一（1284年）年，出征占城的新附汉军发生逃亡事件。荆湖占城等处行中书省议得，“为头起意纠合军人在逃，拿捉得获合无处死，为从逃军杖断一百七下，发遣边远当军。”奏准将为头的敲了。至元二十四年枢密院重申：“今后若有在逃军人，合无将为首人对众明正典刑，为从者杖一百七下。”十二月钦奉圣旨：“军人每逃走，为首的每一根底问了，取了招伏呵，对着多人订见了呵，敲了者；为从的每一根底，依着在先圣旨体例里一百七下家打了放者，麽道，钦此。”⑥

至元二十四年十一月扬州路泗州五河县千户张应卯，倚仗崔姓达鲁花赤权势，贿赂赵姓禁子，趁本县吴县尹熟睡之机，将其杀死。朝廷裁定张千户等“敲了”。“省府差官与中书省差来官将张应卯等再三审问，已招是实，别无冤抑。于至元二十四年十二月二十四日将各人押赴市曹，明正

①《元史》卷138《伯颜传》。

②[元]徐元瑞《史学指南》第82页，浙江古籍书店1988年版。

③《隋书》卷25《刑法志》。

④《宋史》卷1《太祖纪》。

⑤《宋史》卷4《太宗纪》。

⑥《元典章》卷34《兵部一·军役·逃亡》“处断逃亡等例三款”条。

典刑讫。”①

至元三十年二月二十二日，江西等处行枢密院因该管地面“贼人积年作耗，非唯管民官、镇守官不严收捕，实缘牧民之官有失觉察，少加抚治，乡民递相窝藏，善恶难分，以致不能禁绝。”奏准：凡管民官不肯制约的，富豪民户里窝藏转作贼说谎的，“合敲”。②

至元三十一年七月，“中书省奏准：不杀了后娘有犯，那的道杀娘的休赦者说有。这是杀了后娘的罪，赦过，合赦了麽道说得来有。那的也便是他的娘，敲了呵。怎生？奏呵，敲了者，圣旨了也。钦此。”③

河南陕州路远安县太平山无量寺僧人袁普照，“伪造论世秘密经文，虚谬凶险，刊版印散，煽惑人心”；“那经里更有犯上的难说的大言语”。经会同宣政院官审理，元贞元年（1295年）十二月十七日奏过，奉圣旨敲了。④

江浙温州路平阳州“陈空崖坐阑说法，竖立旗号，伪写罗平国正治元年，妖言惑众，称说天兵下降，书写善慧大言等事。问了招状，大德元年（1297年）十月二十一日奏过，将陈空崖为头来的四个人敲了。”⑤

大德五年，江西湖东道有胡参政者，本姓张，后为胡家养子，官至参政。因财产纠纷，与本家兄弟张八同谋，买通王庭、罗铁三两人，用刀杖将胡家亲子胡总管杀死。钦奉圣旨，胡参政、张八、王庭、罗铁三四人“合死”，执行“敲”刑。三月十八日，四犯“审复已招是实，钦依圣旨事意，将各人明正典刑了当，牒请照验施行”⑥

大德七年正月，有人在御史台殿中司门前放了一件匿名文书。御史台奏称，世祖时中山府曾发生薛宝仁投无头文字案。当时有圣旨：“撇无头文字的人根底，任谁拿住呵，若是他写的言语重呵，将本人敲了，将他的媳妇孩儿断与拿住的人，更须赏与银二十定；若是他写的轻呵，将本人流远，拿住的人根底，将犯人媳妇孩儿断与，更与赏银一十定。如今依在先圣旨体例里，若是写的重呵，将本人敲了，将他的媳妇孩儿拿住的人根底断与，更他的赏银与二十定的，与一百定；将写的轻呵，将本人流远，他的媳妇孩儿拿住的人根底断与，更他的赏银与十定的与五十定。省官人每根底说与交行榜文呵，怎生？奏呵，那般者麽道圣旨了也。”⑦

大德八年六月中书省咨文：“怯列里故意一遍偷马的交出军；在先曾做贼，又经第二遍怯列里偷马呵，敲者。商量来麽道奏呵，那般者圣旨了也。钦此。”⑧⑨

武宗至大四年（1311年）七月二十五日圣旨：“今后豁开车子的，初犯呵追了赔赃打一百七下，再犯呵追了赔赃，打一百七下流远，又三犯呵敲了者。又怯烈司偷盗骆驼、马匹、牛只，初犯呵追九个赔赃打一百七流远者；再犯呵敲了者。又外头偷盗骆驼、马匹、牛只的，初犯呵追九个追赃，打一百七下者，内若有旧贼每呵，数他每先做来的次数，依已定来的例，合配役的交配役，合出军的交出军者，不曾做贼的每开读圣旨之后，再犯呵追了赔赃打一百七流远者，三犯呵敲了者。偷盗钱物羊口驴畜的，依先已定来的例，要罪过者，杀了人的敲了者。”⑩

①《元典章》卷42《刑部四·诸杀一·故杀》“倚势抹杀县尹”条。

②《元典章》卷41《刑部三·诸恶·谋叛》“禁断贼人作耗”条。

③[元]沈仲纬《刑统赋疏》。转引自黄时鉴《元代法律资料辑存》第179页。浙江古籍出版社1988年版。

④《元典章》卷52《刑部十四·诈伪》“伪造佛经”条。

⑤《元典章》卷41《刑部三·诸恶·大逆》“伪写国号妖说天兵”条。

⑥《元典章》卷41《刑部三·诸恶·不睦》“胡参政杀弟”条。

⑦《元典章》卷53《刑部一五·诉讼·禁例》“禁写无头圆状”条。

⑧《元典章》卷49《刑部十一·强窃盗》“旧贼再犯出军”条。

⑨《元典章》卷49《刑部十一·强窃盗》“拯治盗贼新例”条。

仁宗皇庆二年（1313年）六月，中书省咨文重申前揭圣旨时，指出各地处理盗贼未区分首从：“有偷豁开车子的，偷盗驼、马、牛只的，起意来的，做伴当来的一体断呵，恐差池的一般有。”刑部进一步明确：大德五年《强窃盗通例》中，已有共犯区分首从之规定。即“诸共盗者，并赃论；仍以造意之人为首，随从者各减一等；二罪以上俱发，从其重者论之。”“除钦遵外，本部议得，诸人窃盗，例合钦依分别首从。上项贼徒既为窃盗，比例科以首从之罪，庶使刑法得中，人无冤滥。”①从另一个方面减轻了大德《强窃盗通例》用刑酷重的程度。

延祐元年（1314年）十二月二十一日圣旨，对至大四年《拯治盗贼新例》作了修订：“初犯怯烈司里偷盗驼、马、牛贼每，为首者敲，为从者断一百七出军；于内先作贼，第二遍于怯烈司里偷大头口的

敲。”②

延祐四年闰正月，大都路贼人王留住，“入万亿库去偷了两匹缎子；剝折宝源库砖二十余个，不曾得财。明白招伏了也；监察每复审无冤，合断一百七下徒三年。”但中书省认为，“豁了庶民的房车，剝开窟有定例，偷盗官库钱物的无定例。有汉人伴当每只说例，有皇帝圣旨了呵便是例也者。俺商量来，入官库去偷了物的人，难同其余贼盗，有若断了罪过交配役呵不中也者。如今将那贼人典刑了诚谕众人。各处行将文书去，今后以这那入官仓库去偷钱物的贼根底，敲了作通例。”皇帝准中书省奏，“都省咨请钦依施行。”③这是一件典型的以案定例的造法事例。

元《典章新集·刑部·诸盗》“总例”：载有延祐六年（1319年）三月经中书省咨行的《盗贼通例》④（附表称《延祐新定例》）规定：

强盗持杖伤人，虽不得财皆死。⑤

强盗持杖不伤人，（得财）二十贯，为首的敲，为从的一百七、出军；

强盗不持杖伤人，造意为首、下手的敲；

强盗不持杖不伤人，（得财）至四十贯，为首的敲，余人断一百七、出军；

因盗而奸同强盗伤人，敲，余人依例断罪；

两遍作贼的敲；

初犯偷盗驼马牛，为首的一百七、出军，为从的九十七徒三年，于内若有旧贼呵敲；

曾经出军配徒来的再做贼呵敲。

元《典章新集·刑部·诸盗》：“偷盗诸例”之“拯盗未尽事理”条：

剝房、豁车贼人，伤事主，起意下手的敲，为从一百七出军；不曾伤事主，但得财，皆断一百七下出军；于内有旧贼敲。

将上列法条和案例与《元史·刑法志》所列律条比照分析：

第一类，法定陵迟处死而以敲刑代替的1件，即“杀后娘案”。依律，“诸子弑其继母者，与嫡母同。”而子孙弑其祖父母、父母者，陵迟处死。

第二类，法定处斩而以敲刑代替的4件，一是出征占城（古国名，在今越南中南部）军人逃亡案，依律应处斩。《元史》卷98《兵一》：“至元二十年十月定出征军人亡命之罪，为首者斩。”二是僧人伪造经文，煽惑人心案，三是有人坐禅说法，妖言惑众案，二案依律亦应处斩。《诈伪律》：“诸僧道伪造经文，犯上惑众，为首者斩”；大德五年判例：河南民殷丑厮等诈称神灵，-----

①《元典章》卷49《刑部十一·强窃盗》“盗贼各分首从”条。

②《元典章》卷49《刑部十一·强窃盗》“处断盗贼断例”条。

③《元典章》卷49《刑部十一·强窃盗》“入官仓库偷钱物的敲了”条。

④查《元典章》卷49《刑部十一·强窃盗》“处断盗贼断例”条，其内容已于延祐元年十二月二十一日颁行。

⑤[元]沈仲纬《刑统赋疏》（枕碧楼丛书本）：“延祐二年三月，盗贼断例，强盗持杖伤人的，虽不得财，皆斩死。”转引自黄时鉴《元代法律资料辑存》，浙江古籍出版社1988年版第193页。

扇惑人众，皆处斩。四是“禁断贼人作耗”：凡搜捕贼人不力的管民官和窝藏贼人的豪富，合敲。依《职制律》：“诸方面大臣，受金纵贼成乱者斩。”

第三类，法定“处死”、“死”，而以敲刑执行的16件。

由此可见，敲作为断例中确定一种死刑方法，曾通行于元代中期。其适用范围较宽，涉及盗贼、各种杀人罪、官吏捕贼不力、民户藏匿贼人、伪造经文、妖言惑众、投匿名信等犯罪，有别于非常情况下采取的一种非常处置办法。自至元八年绞刑退出法定死刑后，统治者鉴于斩刑的普遍适用“恐涉太重”，欲以敲刑作为缓冲。但正如后人所议，并未完全实现其初衷：“斩绞而死与重杖而死，均死也，不足以言仁。且斩绞而死，其死也速；重杖而死，其死也迟，其所受之苦楚，转有甚于斩绞者，未足为良法也。”①

五、陵迟是法定死刑

陵迟之刑，五代即有适用；辽已列为法定刑。《辽史》卷61《刑法志上》：“死刑有绞、斩、陵迟之属。”《元史》卷102《刑法一》：“死刑，则有斩而无绞，恶逆之极者，又有陵迟处死之法焉。”名例，五刑：“死刑：斩，陵迟处死。”

检得《元史·刑法志》所载死罪律文凡135条，其中适用陵迟刑9条，约占7%。即：

《大恶》：诸谋反已有反状，为首及同情者陵迟处死，为从者处死，知情不首者减为从一等流远，并没入其家。

诸子孙弑其祖父母、父母者，陵迟处死，因风狂者处死。

诸因奸殴死其夫及其舅姑者，陵迟处死。

诸父子同谋杀其兄，欲图其财而收其嫂者，父子并陵迟处死。

诸奴故杀其主者，陵迟处死。

诸以奸尽杀其母党一家者，陵迟处死。

诸采生人支解以祭鬼者，陵迟处死，仍没其家产。其同居家口，虽不知情，并徙远方。已行而不曾杀人者，比强盗不曾伤人、不得财，杖一百七，徒三年。谋而未行者，九十七，徒二年半。其应死之人，能自首，或捕获同罪者，给犯人家产，应捕者减半。

《奸非》：诸妇人为首，与众奸夫同谋，亲杀其夫者，陵迟处死，奸夫同谋者如常法。

《盗贼》：诸图财谋故杀人多者，陵迟处死，仍验各贼所杀人数，于家属均征烧埋银。

然稽诸《元史》，陵迟之称均仅见于法律条文，实际执行陵迟刑的案例皆称磔或磔裂，无一处称陵迟。如至元二十二年（1285年）正月，“西川赵和尚自称宋福王子广王以诳民，民有信者；真定民刘驴兒有三乳，自以为异，谋不轨；事觉，皆磔裂以徇。”^②大德十年（1306年）三月“河间民王天下奴弑父，磔裂于市。”同年十二月，“磁州民田云童弑母，磔裂于市。”^③至大三年（1310年）二月，“以畏吾兒僧铁里等二十四人同谋，或知谋不首，并磔于市；鞫其狱者，并升秩二等。”^④可见，元代无论在法律规定上，或在司法实践中均有陵迟处死之刑，故陵迟为元代法定死刑，了无歧异。

①沈家本《历代刑法考》，刑法分考四，中华书局1985年版第140页。

②《元史》卷13《世祖十》。另《新元史·刑法志·刑律下》：“至元四年，刑部议谋反者处死，家人断鹰房子种田，无磔裂之刑也。至是则奉诏赦所降云。”

③均见《元史》卷21《成宗四》。

④《元史》卷23《武宗二》。

〔原载《法学家》2004年第5期。作者曾代伟，教授、博士生导师，西南政法大学西南民族法文化研究中心 400031〕

发表评论

用户名： (3 - 20个字符)

电子邮件：

用户评论：

发表评论

重置

用户评论

目前还没有评论。欢迎您成为第一位评论者！

中国法律文化 | About law-culture | 关于我们

中国法律史学会 主办 中国社会科学院法学研究所 承办

电话：64022187 64070352 邮件：law-culture@163.com

地址：北京市东城区沙滩北街15号 邮编：100720