

# 宋例辨析

王侃

自党的十一届三中全会以来,中国法制史研究有了迅速发展,仅教材至1994年就相继出版了中国人大《中国法制史》(以下称人大本)、北大《中国法制史简编》(以下称北大本)、全国统编《中国法制史》(以下称统编本)和《中国法制简史》(以下称简史)等十几部,还出版过几部中国刑法史和中国经济制度史等专著。这些书各具特色,有些在国内享有很高的声誉。但是诸书也有欠妥之处,其中对宋朝例的解释及其性质、地位、作用等论述就颇值得研究。另外,还有一些书也存在这个问题,笔者不揣冒昧将其罗列如下:《中国大百科全书·法学》(以下称大百科法学)、《宋史刑法志注释》(以下称注释)、《中国古代法律制度》(称法律制度)、《中国刑法史稿》(称刑史稿)、《法学辞典》(称辞典)、全国统编自学教材《中国法制史》(称自学本)、黑龙江大学《中国法制史》(称黑大本)、薛梅卿主编:《中国法制史》(称薛本)、《中国历代刑法浅谈》(称浅谈)、南京大学等六院校编《中国法制史教程》(称南大本)、北大周密《中国刑法史》(称周本)、《中国古代法律史知识》(称法史知识)、东北九院校编《中国法律制度史》(称东北本)、《中国刑法史新论》(称刑史新论)、《新编法学辞典》(称新辞典)、《中国法律史简明辞典》(称法史辞典)、山东八院校编《新编中国法制史》(称山东本)、《中国法制史纲》(称史纲)等。此外,解放前商务印书馆所印陈顾远《中国法制史》(称陈本)、杨鸿烈《中国法律发达史》(称发达史)及后来台湾出版的陈顾远《中国法制史概要》、张金鉴《中国法制史概要》等。很多书的看法是相同或近似的,可归纳为四个问题,即1. 宋例即判例和指挥;2. 宋例是法、法规、法律形式;3. 宋例渊源于汉唐;4. 宋例在司法审判方面“有高出于法律的效力”,其作用是“有利于司法镇压”。笔者看法恰恰相反,兹将个人不成熟意见写出,请诸公与海内专家、学者指教。(限于篇幅,本文仅对涉及例的几个问题进行辨析,有关指挥的问题将另文分析)

## (一)宋例不是判例

有书(如人大本)说“所谓例,就是成例,即以前事作为后事的依据、标准”。<sup>〔1〕</sup>陈本也说“例则已有之成事为主,……然后不外据彼事以为此事之标准”。更多的书说“宋例有二,一为断例,亦即案例;一为指挥”(如北大本),持类似观点者有统编本和大百科法学等;“例分为断例和指挥,断例是司法审判机关形成的案例”(辞典、新编辞典等);“例指具有法律效力的判例”(法史

• 吉林大学法学院教授。

〔1〕 为了使注释简洁,本文只引若干代表性著作中的观点为例,持相同观点的著作一般不注。引文一般不注页码。

辞典、自学本、山东本)；“例指秦汉以来历代王朝作为判案依据的判例、成案、条例”(法律知识)；例是“唐代以后作为判案依据的判例、事例、成案”(辞典一、二、三版)；“中国历史上的断例、例都是判例”(大百科法学等)。台湾出版的杨树蕃《宋代中央政治制度》也说“例是判例”。可以说，无论解放前出版还是解放后出版以及台湾出版的书籍，凡谈例或宋例的都认为是“判例”。我持不同观点。

1. 例不来自中央司法审判机关，而是出自君主。断例不来自中央司法审判机关，所谓“例……非有司所决”(《宋会要辑稿·刑法·格令一》。以下称《宋会要·格令》)，因为大理寺在神宗前“不治狱”，“凡狱讼之事，随官司决劾，本寺不复听讯”，但掌断天下奏谏即“谏天下奏案”(《宋史·职官志》，神宗后虽“断狱公案”，也只是审理“群臣犯法，……小则，大理寺鞫治”(《宋史·刑法志》)。“谏天下奏按”说明大理寺仅审理案件，不作判决，所谓“天下奏按，必断于大理，详议于刑部，然后上之中书，决之人主”(《宋史·刑法志》)，“特旨处死，情法不相当者”仅“许大理寺奏审”(《宋史·高宗纪》)而已。可见，例是“出自特旨，…非有司所决”(《宋会要·禁约》，由特旨判决或裁决的案件叫“特旨断狱”或“特旨裁决”。什么样案件由特旨断狱或裁决呢？据《挥尘后录》凡“情重法轻、情轻法重、情理可悯、刑名疑虑、议亲、议贵之类”(《古今图书集成·祥刑典》92卷)，“命官犯罪、特旨裁断”(《宋史高宗纪》)，“命妇、宗妇、宗女及合用荫人奏裁”。一段时间“强盗赃满，不伤人，及虽伤人而情轻者，奏裁”(《宋史·刑法志》)。大观二年开封府奏：强盗不曾杀人，赃满或伤人应死者，并许奏裁，从之”(《宋会要·亲决狱》)。总之“奏裁条目繁多”(《宋史·刑法志》，这深刻说明皇帝牢牢掌握司法审判大权。特旨断狱或裁断，简称断例。“编类成册，……是曰断例”(《宋会要·格令一》)。又绍兴九年“命刑部、大理官编次刑名断例”(《宋史·高宗纪》，绍圣元年，门下、中书修进拟特旨断例册(《宋会要·格令二》，又《乾道新编特旨断例》、《淳熙新编特旨断例》等(均见《宋会要·格令三》)。断例又简称例，如庆历三年“诏刑部、大理寺集断狱编为例”，但不是所有例都是断例的简称(后详)。

皇帝对特旨断狱或裁断案件的处理是根据政治需要和“特恩”，所谓“例者或出于一时之特恩、或出于一时之权宜”(《古今图书集成·祥刑典》，以下称祥刑典)，故处刑“或轻或重”(《宋会要·格令一》，但绝大多数是轻，即减刑、免罪，更多是免死，如“诸路奏谏死囚，例多降配”(《续通鉴》132卷)，高宗“诏：大辟犯情无可悯者，禁刑、寺妄引例奏裁贷、减”(《宋史·高宗纪》)。总之，特旨断狱的处刑是“揆之于法，大相抵牾”(《祥刑典》23卷)。由于其处罚很少符合律、敕规定，相当多的特旨断狱或裁决并不为例，只是“取谏狱轻重可为准者，类次以为断例”(《宋史·王曾传》，取“可为垂宪者，编为定例”(《宋会要·格令一》)。又如孝宗“诏：刑部长、贰，选择原犯与所断条法相当者，方许参酌编类，其有轻重未适者，不许一概修入”(《宋会要·格令二》)。但从史书上看，官员把特旨断狱、特旨裁决都叫例。经修入的例确切叫“可行之例”、“合用之例”(均见《宋会要·格令三》)。可见，说编例是“把条例、断例和指挥加以汇编”(南大本等)是不确切的。对可行之例用诏加以公布，如淳熙元年“诏：六部，除刑部许用乾道所修刑名断例，司熏获盗推赏例，……内合引例外，其余并依成法，不许用例”(《宋会要·格令三》)。对某些过时，或其他原因的例则禁止援用，如政和七年“诏除刑部断例外，今后应官司不得引例申请”；八年“诏：不得引用元祐年例”(均见《宋会要·禁约》)；孝宗“诏：刑部、大理寺现引用例册，令封锁、架阁，更不引用”(《续通鉴》139卷)。可见，允许援用的例并不是很多的。有书说“例被赋予法律效力，而且广泛适用”(法律制度)是不确切的。可行之例，数量有限，况且例仅补法之不足，而补法之不足的又何止例！例怎能“广泛适用”呢？当然，在司法实践上胥吏“广泛适(应是滥)

用”例,乃是不可行之例,即禁用之例。

3. 断例不是作为判例,而是作为“例子”被援引。宋例不是判例,因为判例在宋朝尚未形成一个合成词组。“判”字在宋朝不当作裁决讼狱讲,从事“审判”、“判案”工作叫推鞠、推勘、断狱、勘狱、鞠狱、勘鞠等。地方上的“路”掌刑狱者叫提点刑狱,其属官叫检法官、干办官,各州“掌狱讼勘鞠”者叫司理参军,“掌议法断刑”者叫司法参军。当时“判”字当专制解。庆元三年“臣僚言:古者宰衡出镇,则曰判,判者专制之称也,非庶僚可拟。今一州一军一县皆曰判,下至丞、簿亦曰判、何判之多也”(《宋会要·禁约》)。宋制二品以上大员带中书、枢密院职事摄大大低于本品的府、州统管军政的则曰“判某府”、“判某州”,这与只管民政的“知某府”大不相同。宋朝官员虽有“判官”之名,但不主审判,中央判官与付使都是“掌邦国财用之大计,总盐铁、度支、户部之事,以经天下财赋”的三司使的副职和其下属盐铁、度支、户部三部的副职,通称盐铁判官、度支判官等;判官与副使还是地方路的“掌经度山泽财货之源”的发运使、“掌经度一路财赋……”的转运使的副职。至于副使与判官之区别,仅是“随资之浅深称焉”(均见《宋史·职官志》)。即资浅的叫判官,资深的称副使。《宋大诏令集》184卷载熙宁二年给“三司判官、发运使、转运使判官”、“财用利害闻奏”的诏,充分说明判官是其副职。判官在地方的府、州也主管财赋,而推官“掌鞠狱”(《宋史·吕夷简传》)。又景德年“诏开封府推官、判官,宜各增置一员,分掌刑狱、税赋”(《宋大诏令集》161卷),说明主审判是推官而不是判官。上述都说明,“判”与审判联系不上,不可能有“判例”一词。断例的例字是“例子”之意,如“毕再遇…盗钱米油粮,罪状显著,圣心宽怒,以其守御微劳,…仅移所居,旋令自便。…播告天下,继今如有赃败,自从本条,更不为例”(《宋会要·矜贷》),就是说不能以这特旨断狱作为例子用。例作为“例子”在《宋史》等书中不下千百次,仅十万字左右的《宋会要·禁约》就不止百次。《宋会要·格令》中的例绝大多数是断例,但仍有数十次的“例”是“例子”之意。《宋史·刑法志》中的例也多指断例,但在元丰八年尚书省言那段共有三个“例”字,后面一段又有一“例”字,都作“例子”解而非断例。总之,诸书中例作“例子”要比例作断例多得多。这些都说明断例之例源于“例子”,而不是“断例即判例”。能否说用现代观点看断例是判例呢?也不能。因为判例是作为判决案件的法律根据,而法寺对死罪案件或情理可悯等案件只有“引例拟断”(《宋会要·格令三》),即提出意见之权,而无判决权。皇帝倒可以用判例判案,但皇帝都可不依法律而“量情处分”,何必引自己的判例呢?可见无论用现在的观点看,还是当时的观点看,断例都不是判例。

## (二)宋例不是法、不是法典、也不是法律形式

宋朝对用例规定诸多限制,自然涉及例是不是法的问题。有书说“宋例是法”(如东北本),是“法律”(周本),是“法规”(大百科法学),是“法律形式”(统编本等),杨鸿烈《中国法律发达史》认为是“法典”,陈顾远认为是“法制”,张金鉴认为“法也”。我认为宋例不是法。

因为:1. 宋朝史料中,例与法经常并提而且是对立的。如“法者,率由故常,著为会典,难以任情而出入;例者,旋次创见,藏于吏手,可以弄智而重轻”,“法者,率由旧章,多合人情;例者,出于朝廷一时之予、夺,官吏一时之私意”,“有司既问法之当否,又问例之有无”(均见《宋会要·格令三》);“有法之弊,有例之弊”(《文献通考》);法与例既对立又排斥,如“事或无条,乃可用例;事既有条,何名为例”;“一例既开,一法遂废”(《宋会要·格令二》);“法之弊易见,例之弊难革”(《文献通考》);“或例宽而法窄,则引例以破法;或例窄而法宽,则援法而废例”(《宋会要·格令三》)。总之,“法者,公天下而为之者也;例者,因人而立以坏天下之公者也”(《宋史·选举

志》)。

2. 官员要求把可行之例修入法,也说明例不是法。如臣僚言:“……望令有司、仔细编类,条具合用之例,修入现行之法”(《宋会要·格令二》);“望诏吏部、刑部条具合用之例,修入现行之法,以为中兴成宪”(《宋会要·格令三》);又“臣僚言:收可行之令,归于通行之法。……乞下敕令所详酌审订,……则著为定法,然后施行;……如是,则所行者,皆法也,非例也”(《宋会要·格令三》)。可见,如果例被修入法,例就成法了。而陈顾远认为编入法的例仍是例。他说“例之除编于法者外,其不及编入者,则亦不能不相当承认之”(《中国法制史》136页,《中国法制史概要》93页)。实际上,“未编入法”的例是不可行之例,即禁用之例,两宋从未“承认之”。

3. 从一些皇帝纷纷下诏,臣僚屡屡上请废例守法来看,例显然不是法。仅《宋会要·格令》中就不下十数次,《禁约》、《勘狱》、《诉讼》等目中也不少,如“上曰:今既有成法,当今一切以三尺法从事,不可更令引例也”;“臣僚屡有建请,皆欲去例而守法”;臣僚请“明诏中外,悉遵成法,勿得引例”(均见《宋会要·格令三》)。

4. 法是要公之于众的,而例则藏于吏手。“绍兴二十六年御史中丞言:三尺之法,天下之所通用也,四海九州,万邦黎猷,知法之所载”;“法之当否,人所共知”,而且著之于典籍,“法者,……著为令典”(均见《宋会要·格令三》)。而例不仅百姓不知,所谓“万邦黎猷,……安知百司庶府之有例乎”(《宋会要·格令三》),甚至“百司不可得而知”。因为“例多藏胥吏之手”(均见《祥刑典》23卷);“例之有无,多出吏手”(《宋会要·格令三》)。

5. 例与法的修订编纂程序有简繁之差,也说明两者有别。有书说“编例是宋朝一项重要而频繁的立法活动”(薛本)。其实,编例既不重要,也不频繁,更不是立法活动,仅仅是选择其处刑比较符合法律规定或刑罚适中的例加以编辑而已。法的修订、编纂却是“一项重要而频繁的立法活动”,如元祐四年“诏自今应修条(法),除法意小有不足当修补外,更易增损,并须类聚,申尚书省候得指挥方许编修。其尚书省所修条,先经左、右司看详,执政官革削,方许更改”;明道二年“诏……朝廷所降宣、敕、命令,不得妄乞更改、删去,如实有未便,即委中书、枢密院逐旋取旨”(均见《宋会要·格令一》)。总之,“应修敕令格式并归一司,敕令所候修毕,送刑部议定立法,申尚书省详覆,取旨颁行”(《宋会要·格令二》)。由此可见,说“断例表现为法律形式,也和诏敕一样,要经过编纂程序”(注释)是不确切的。至于说“例指皇帝针对特定问题,直接颁布的法规;或由封建中央政府制定,经皇帝批准,发布的法规”(法史辞典)就更不正确。

综上所述,都说明例不是法,那么,什么是法呢?法在宋朝主要是指律、敕、令、格、式、宣等。如宣和元年臣僚言:“臣闻天下所恃以为治者曰法,而敕令格式,法之具也”(《宋会要·格令二》)。法是它们的总称、泛称,如“秦桧等上盐法:敕、令、格、式、目录各一卷”;“茶法:敕、令、格、式并目录共一卷”,而“诏颁行盐法以绍兴编类,江、湖、淮、浙、京西路盐法为名;茶法以绍兴编类,江、湖、淮、浙、福建、广南、京西路茶法为名”(《宋会要·格令二》)。法有时又称“成宪”、“典宪”、“典则”,如神宗“详告有司:修书之法,必分敕令格式,著为成宪,以示天下万世不可改也”;元寿二年“上谕(安)焘等曰:修书者要知此,有典有则,贻厥子孙,今之格式令敕,即典则也”(《宋会要·格令一》)。法(律敕令格式)有时又用条代之,如“不得用例破条”;“凡有正条,不许用例”;“至于徇人而变法,用例以破条,甚非法守之义也”(《宋会要·格令二》)。

法又用条约、条法等代之。条贯是法条,如“刑统敕律有错误,条贯未周者凡三事”(《宋会要·格令一》);“内外官司合用宣、敕条贯写录厅壁,朝夕看读”(《宋会要·禁约》)。条法、条令、条约等是法或律、敕等的别称,这在《宋会要》的《禁约》、《格令》、《勘狱》等中屡见,兹举三例:宣和

元年“神霄玉清万寿宫殿内供献之物,未有专一断罪条法”,又说“神霄玉清万寿宫内供献之物,虽未有明文,理当比附前项条令断罪”,“刑部尚书奏契勘鞠狱,于证无罪之人,依政和令,合责状先释。……若违限不放,亦未有专一断罪条约”(《宋会要·格令二》)。在宋朝,有时敕、令、格式,又被称新法,刑统被称旧法,有时前届皇帝的敕令格式也被称旧法(均见《宋会要·格令一》)。总之,法与律敕等互称,法又称成宪、条约、条法等,但从未看到例与法互称,或与律、敕、条约等互称的情况,从而可以得出结论:宋断例不是法、不是法律、法律形式,也不是法规、法典。

### (三)宋例的性质

人们会问:皇帝的敕、令、诏、宣、榜谕等都是法,为什么皇帝的特旨断狱(不可行之例)就不是法呢?这得从其属性说起。其实,宋例(特旨断狱)就是唐律、也是宋刑统的制敕断罪,即后来明、清律的特旨断罪。其时凡属情理可悯、刑名疑虑、情轻法重、情重法轻、议亲贵等特殊案件,只能由皇帝判决或裁决,所谓“事有时宜,人主权断”,而且是“量情处分”、“临时处治”,实际多是减刑、免罪、免死。所以制敕断罪不为永格者,不许援引,“或辄引,致罪有出入者,以故、失论”(唐、宋、明、清律)。特旨断狱(不可行之例)所以不能援用是由其属性所决定的。例的属性是恤刑。淳熙六年,刑部官员讲:“朝廷钦恤用刑,……编类成册曰断例”(《宋会要·格令三》);熙宁八年“诏:情轻法重,理合哀矜者,具事状取旨,当议宽贷”;高宗说“刑罚非务刻深,欲当其罪,若专姑息,废法用例,则人不知畏”(《续通鉴》132卷),这虽是批评舍法用例,但从中也渗脱出例的恤刑性。《宋会要辑稿》编者选二百多个案件,其中最多是特旨裁断或判决案件,贯以《矜贷》为目,编入《刑法类》,也说明例具有恤刑性质。从《宋会要》、《续通考》、《祥刑典》等书来看,特旨断狱或裁断的案件最多的是“情理可悯”,其次是“刑名疑虑”、“命官犯罪”等。皇帝对这些案件判决、裁决,绝大多数是减刑、免罪、免死。如《宋会要·矜贷》有“年十三,受父命持兵器从行(抢劫)”、“庞张儿年九岁打死人”、“以父命劫财”、饥民抢粮,擅杀军将;“以饭食馈贼”;特别是官员“犯赃”、“受赇枉法”、“擅杀人”等等。对这些案件“法司鞠实当绞”、“大理寺定断当绞”、“依法当弃市”、“法当斩”、“准条处死”等。而皇帝“以其幼”、“童稚争斗无杀心”、“情理可悯”、“曾有战功”、“累立战功”、“久在边任”等,“特宥之”、“特矜之”、“特贷之”、“特贷极刑”、“特放”、“特原其罪”等。从一些资料看特旨裁断的案件多于特旨断狱。《宋会要·矜贷》中约200个案件,其中免死28件,免死杖脊并配或编管102件,免罪30件,减刑12件,处刑适中仅5件,其他5件。又如嘉泰二年刑部侍郎讲“嘉泰改元,全年天下所上死案共1811人,而断死者才181人,余皆贷、放”(《宋会要·矜贷》)。当然,这里存在“有司用刑之滥”,但皇帝毕竟宽、贷相当多的犯罪者。

例是皇帝“恤刑”的一种表现,但从另一角度讲,例又是放松罪犯,特别是对命官、贵戚来说,无疑是纵容犯罪,这显然不利于封建社会秩序的稳定。从这点讲,可以说例是破坏封建统治的工具。法是统治阶级意志的反映,它集中反映统治阶级的根本愿望和共同利益,而例反映的不全是统治阶级的意志,主要是皇帝的个人意志,所谓“好生之德”。法的特征之一是国家用强制力保证法的实现,而不可行之例是禁止其“实现”的。可行之例虽可援引,但不引者不为罪,而断罪“不引律令格式笞三十”。总之,从法的本质、特征、法的目的、作用等来看,例都不具备。所以说,例不是法。

#### (四)宋例在“法律”上的地位及其社会作用

有书认为宋“例在宋代法律上占有重要地位”，而“例在南宋，地位尤其突出”（南大本）；“例的地位在南宋而确定”（陈著法史概要）；“宋断例……谋审判之平允”（张著概要）。有说例在“法律”上地位是“与法并立”（北大本），“甚至超过法令”（大百科法学），“往往超过法令”（薛本）；例与律相比，“例的效力往往高于律文”（杨著发达史），“例可以代律”（刑史新论）；例与敕相比是“断例可代敕”（辞典一、二、三版）；“南宋例渐有取敕而代之势”（陈本、陈著概要）；“宋例渐有代敕之势”（张著概要）；或“例与敕有同等效力，而且优先于敕而适用”（注释、刑史稿）；甚至或以“用例破敕”（陈著概要）。对诸说不敢苟同。诸说很可能是根据“法令虽俱，然吏一切以例从事，法当然而无例，事皆泥而不行”（《宋史·刑法志》）而做出的。但诸说却与引文原意相悖。不可勿略，引文之后还有“甚至隐例以坏法……”等文字。全句是揭露胥吏舍法用例。用例是为循私，并不是因为“例的地位重要”，没有例，即“事皆泥而不行”，也不是说例的作用“超过法令”、“高于律文”、“优先于敕”，而是胥吏为收受贿赂，竟“隐（倚也）例”而舍法。从法制角度讲，例（可行之例）只是在法所不载的情况下，才可援引，例仅仅是补法之不足。确切说，仅是补法不足之一隅而已，补法之不足的，尚有举重明轻、比附、不应得为等。仅是补法不足于一隅的例，岂能代律，更不用说超过法令了。而不可行之例，禁止援用，连法都补不上，还谈什么“代律”、“超法”呢？至于说“例可以代敕”，查阅大量宋朝史料，不见记载，反而看到景祐三年“不得用例破敕”（《宋会要·勘狱》）违者治罪的史实。道理很简单，敕后来是宋最主要的法，它可以补律、代律、废律的某些条文，不是法的例怎能代敕？可见，例不能与敕有同等效力，更不能“优先于敕”。还须指出，“吏一切以例从事”的时间不是在“宋代”，也不是在“南宋”一代，而只是在南宋孝宗初，因为在“法令虽俱”之前，还有个时间副词——“当是时”即孝宗初的乾道时期。

关于例在司法实践上的作用。有人为例“更便于统治阶级进行镇压活动”（人大本、北大本）。从法理讲，例（不可行之例）不是法，当然不能起法的作用，更不能成为统治集团手中的法律武器，实践上它所起的作用恰与诸说相反。官吏所受赅、循情的案件绝大多数是重案，即流罪或死罪，而死罪为之求生只能以情理可悯、刑名疑虑、情轻法重等为由，尤其情理可悯并没有确切的内涵，因此，最易被利用。但这类案件必须奏裁，由皇帝判决或裁决，这就需要援引那些由于情理可悯、刑名疑虑等案件而由皇帝宽贷处理的不可行之例为例奏请皇帝宽贷，如元丰八年“宥、怀、耀三州之民有斗杀者，皆当论死，乃妄作情理可悯奏裁，刑部即引旧例贷之”；绍兴廿六年“臣窃见诸路、州、军（的）大辟，虽刑法相当者，类以可悯奏裁”，“自去岁郊后距今，大辟奏裁者五十余人中，有实犯故杀、斗杀常赦所不原者，法既无疑，情无可悯，刑、寺并皆奏裁贷减”（均见《宋史·刑法志》）。显然，这不“利于司法镇压”，也维护不了封建社会秩序。“例…而不革，法将废矣”（《宋会要·格令二》），所以例成为宋朝的大患。

例成大患之一是由于“例藏于吏手”，可以“弄知而重轻”（均见《宋会要·格令三》）。绍兴初某御史中丞说“有司用例之患有四……大略以胥吏私自记录，并缘为奸”（同上）；宁宗时太学博士许应龙在《论法例札子》中说“案牍在俗吏之手，有司不得而知也。…今百司庶府循积习之弊，舍法而用例焉，非不知三尺之法皆违也。执而不行，恐至于拂人情，甚至招众怨，遂使胥吏得以执其柄而容其私，厚赂以贾（卖）之，则以为有例之可行；请求之未至，则匿其例而不用。长吏知之而不能禁，天下交病之，而不敢言”（《南宋文苑》24卷）。由于“予、夺、去、取，一出吏手，若更迳以岁月，则日复一日，积压愈多，弊（病）愈甚”（均见《宋会要·格令三》）。正由于此，两宋皇帝

都严禁用例,如神宗“诏…无得用例破条”(《宋史·刑法志》);而徽宗在“政和”的八年中就三次下诏(四年、七年、八年)禁用例(均详见《宋会要·禁约》);又宣和二年“诏…不得用例破条”(《宋会要·诉讼》);高宗曰:“一切以三尺法从事,不可更令引例”(《宋会要·格令三》),又禁止“废法用例”;孝宗淳熙元年“诏…依成法,不得引例”(《宋会要·格令三》);孝宗“谕执政、卿等当谨法令,无创例以害法”(《续通鉴》139卷)。可见说“以例破律”是“君主的话即为法律的具体表现”(刑法史新论)是没有事实根据的。至于“前后臣僚,屡有建请,皆欲去例而守法”(《宋会要·格令三》),如仁宗景祐三年燕肃言:“依条不得用例破敕”(《宋会要·勘狱》);神宗元丰八年司马光请:“不得用例破条”(《宋史·刑法志》);高宗绍兴六年:“一切悉遵现行成宪”,七年“……已有明文者,不得用例”(均见《宋会要·格令二》);孝宗隆兴二年“臣僚言:……圣明诏中外悉遵成法,勿得引例”,淳熙元年“臣僚言:……乞诏有司,…不得以例废法”(均见《宋会要·格令三》);光宗绍熙二年“臣僚言:……皆欲去例而守法”(同上)。绍兴元年御史中丞还提出废例的具体办法,即“将官司应于行过旧例,委官搜检,并行架阁,吏人私自记录者重立罪赏,限十日(自)首纳(交出),烧毁”。五年,刑部官员认为断例无存在必要,说“敕令格式与刑统兼行已是详尽,又或法所不载,则律有举明(即举重明轻)议罪之文,而敕有比附定刑之制,可谓纤悉备具,乞自今除朝廷因事修立一时指挥外,自余一切悉遵现行成宪”(均见《宋会要·格令二》)。有的官员主张编例入法。从而使吏不得因缘为奸,如光宗时“臣僚言:收可行之例,归于通行之法。……彼为吏者,虽欲任情以出入,弄智而重轻,而不可得,奸弊自然寝消,举天下一之于通行之法”。宁宗时官员提出“明诏有司,搜求前后已用之例,……于法意不违戾,编写成书,藏之有司,凡有陈启,据此施行。若是书所不载,皆抑而不予,庶几权不在吏手,而奔兢妄求者,无所容其巧矣”(《南宋文苑》24卷)。

总之,两宋一些皇帝和某些官员“皆欲去例而守法”。有些官员还提出各种废例办法。可见“宋统治者更加重视例的应用,例的法律效力也日益提高”(刑史稿)的说法与史实不符。而陈顾远在其《中国法制史》和《中国法制史概要》书中说“北宋轻例,南宋重之”(前书132页。后书92页)显然不确,不如说:以例破法,南宋重于北宋。废法用例在南宋是社会一大患。孝宗隆兴二年,官员说“今日之弊,在舍法用例”(《宋会要·格令三》);给事中尤袤还“专论废法用例之弊”(《宋史·尤袤传》);光宗绍熙二年“臣僚言:…执例破法,生奸起弊,莫此为甚”(《宋会要·格令三》);宁宗嘉定六年太学博士说“舍法用例,此今日之大患也”(《南宋文苑》24卷)。统治阶级鉴于引例破法所造成的危害,还规定,对违者绳之以法,“引例破法者,徒三年”(《宋会要·格令一》)。“诉事之人,敢辄引例者,官员徒一年,百姓杖一百”(《宋会要·格令三》)。至于某些书说“可以例破法”(人大本、刑法浅谈,法律制度),不悉所据何出。大量资料说明,宋朝不可能允许“以例破法”。

### (五)中央机关的例

例不独司法审判时使用,在行政管理方面也起很大作用。

中央各机关也有例,如中书省有“五房例”,“今户部之婚姻、礼部之科举、兵部之御军、工部之营缮,以至诸寺、监,一司专法之外,无条而有例者,尚多有之”(《宋会要·格令二》)。其中以吏部的例为最多,故“谚称吏部为例部”(《宋史·选举志》)。宋制,文官除由中书省教授(堂选、堂除)、武官由枢密院宣授外,都由吏部的尚书左(文官)、右(武官)选,侍郎左、右选(通称四选)分别“掌之”。还有以一定年限和功过等为根据的官吏“叙迁”制度、哪些官可荫补哪些人的恩荫

(任子、荫补)制度、文武官几年一考核的磨勘制度等。“法本无弊，例实败之”，因为“例者，因人而立以坏天下之公者也”(均见《宋史·选举志》)，而例是从皇帝的特旨来的。

有的皇帝用“不经由朝廷(中书、门下)”(《宋会要·格令二》)的特旨，为权相奸臣、近习、宠宦等越制超升和荫补子孙。《宋史》等书中，凡以御笔、手诏、墨敕等超常制的升擢，其实都是特旨，此类事例史载甚多，不胜枚举。如徽宗对宠宦童贯先“擢景福殿使、襄州观察使”(从五品，内侍从未有寄资转两使的)，后“迁节度使(从二品)，除开府仪同三司(正二品)”，而“使相(节度使加侍中、中书令、同平章事等衔)岂应授宦官”(均见《宋史·宦者三·童贯》)；“其后(宦者)杨戩、兰从熙、谭慎、梁师成皆踵之，凡寄资一切转行。祖宗之法，荡然无余矣”(《宋史·奸臣二·蔡京》)。著作郎(从七品)王安中对徽宗出制诏三试题，立刻书毕，皇帝在卷上“批：可中书舍人(正四品)”(《宋史·王安中传》)；高宗说“秦桧炎炎，不附者惟卿一人”的“真天子门生”的赵逵“登第六年而当外制(中书舍人正四品，初为正九品的承事郎)”(《宋史·赵逵传》)。这些非常制的升擢只能是特旨。当然，有的“特旨赐官”是根据官员的卓越才能和特殊贡献、功绩等，是从统治的需要而作出的，如王安中、王伦、朱胜非、赵逵等。

皇帝对权相、奸臣、佞臣们的子孙也超制荫补。宋制：宰相之子荫补诸寺丞(从七品)、期亲(如孙)为校书郎(正八品)，执政(参知政事、枢密使等)之子为太祝(从八品)，孙为正字，其他各官恩荫子孙各有等差，政和时“为宰、执者蔡京子六人，孙四人；郑居中、刘正夫子各二人；余深、王黼、白时中、蔡卞、邓洵仁、洵武子各一人，并列从班(四品以上)”(《宋史·朱胜非传》)。高宗建炎时也是“宰、执荫补多滥，胜非奏：宰、执子弟例不堂除，只就铨注”(《宋史·朱胜非传》)；据洪遵传，绍兴初“勋臣子孙，多躐台、省。遵曰：朝廷高选，非磨勘阶官，安有迁序之列？退而上奏曰：太祖开国，功臣子孙，不过诸司(寺丞、正八品)，不闻有递迁侍从(四品以上)之例。今(特)旨一出，使穆清之地，类皆将种，非所以示天下也”(《宋史·洪遵传》)；绍兴十五年“秦桧孙右承事郎(正八品)埴、堪、坦，并秘阁，…赐三品服，时埴年九岁”(《续通鉴》127卷)。

从上述可知，特旨多是“或因人而请，或因事而设”(《宋会要·格令二》)，是“出于法令之外，不复经由朝廷”的(《宋会要·格令二》)。因此，特旨除授和特旨断狱一样，原则上不许援引，“一时特旨，乃人主威福，操纵御下之权，岂容攀援为例”(《宋会要·禁约》)。高宗佞臣王继先“俄除右武大夫，诏：余人勿得援例”(《宋史·佞幸·王继先》)。特旨怎么成为例？权相、奸臣、近习、宠宦等“不循法律”，为亲信、党羽、部属“陈乞保荐”，而皇帝对“臣下过分之请，未加裁损”就“多赐允从”，“既从之，后则便以为例”(均见《宋会要·禁约》)。南宋官员对高宗特赐名将韩世宗之幼子为文官的“直秘阁”(宋制，武将之子，封为武官)事说“幸门一启，援例者众”(《宋史·辛次膺传》)。可见，例就是皇帝特旨所决定的事，以后，臣僚以此事作为例子援用，简叫例。而“援例者众，则法殆虚设”(《宋会要·禁约》)，所以援例也是弃法、废法。吏部之例不仅用例破法，还“因例立法”。淳熙元年，参知政事说“宦人之道，在朝廷则当量人材以擢用；在选部则宜守成法以差注。盖法者一定不宜，如规矩、权衡不可私以方圆、轻重也。夫法本无弊，而例实败之。…昔者之患在于用例破法，而比(今)者之患，在于因例立法。…今吏部七司法者，…缘臣僚申明所改，前后不一，率多出私意、徇人情。向者陛下深其弊，曾加戒敕：勿得用例破条。然有司巧于附会、多伦条目。臣谓：用例破法者其害浅，因例立法者其害大”(《续通鉴》144卷、《宋史·选举志》)。例也藏于胥吏之手，吏部侍郎讲“国家设铨选以听群吏之治，其掌于七司，著在令甲，所守者法也。今升降于胥吏之手，有所谓例焉”(《宋史·选举志》)。《韩忠献公(琦)行状》讲中书习旧弊，每事必用例，五房例操在吏手”(《宋名臣言行录后集》卷一)。杨鸿烈不知吏部等机关也有

例,例也藏吏手,而误当作断例藏于吏手,竟说“法官援例判罪的颇多腐败行为”(发达史),张金鉴《中国法制史概要》也把这段引文误作断例上的“引例破法”,而说出“为防吏之奸,谋狱之平,则编例为典”的错话。

当时很多的官员和皇帝都要求弃例守法,对违者治罪。如政和时“请诏三省若吏部,旧有止法,自当如故,余皆勿得用例”(《宋史·选举志》);“圣明诏中外,悉遵成法,毋得引例,如事理可行,而无正条者,须朝廷裁酌,取旨施行”(《宋会要·格令三》);“频年省记品式粗周,……至于徇人而变法,用例以破条。……望飭中外官司自今恪守成法,……不得用例。从之”;“执政之家,用致仕、遗表恩泽,乃援例而补异姓者(旧制,只补本族),……望今后,凡有正条,不许用例,从之”(均见《宋会要·格令二》)。对引例者治罪也很多。如至和二年“中书门下言:……乞今后中外臣僚保举官吏,……援例希恩者,仰中书、枢密院,……依前后条诏、指挥,更不得用例施行,……违者坐之。诏可”(《宋会要·禁约》);政和二年“一时特旨,乃人主威福,……乞诏有司,恪遵成法,不得以例决事。……诏:自今援例破条者徒二年”(同上);崇宁元年吏部尚书言“准条引例破法及择用优例者徒三年,……从之”(《宋会要·格令一》)。

以上就是我对吏部等机关之例的一些看法。须强调的是,吏部的以例破法比法司要严重得多。个人认为,例在造成宋朝冗官之多,郊祀奏补及恩荫之滥,结党营私、互相倾轧之甚的过程中起着推波助浪的作用。

## (六)例子之例

在讨论断例时曾提到例子之例(以下只称例),这例是什么?这例才是诸书所说的“事例”、“成例”,才是诸书所说的“以前事作为后事的依据、标准”,更确切说是以前事作为今事的依据。就这点讲例就是汉朝以来的“故事”,但例又是今事作为后事的标准,这又是“故事”之所不能及的了。

1. 例作为以前事为今事的依据。如太平兴国七年“诏曰:朕以刑法之官,重难其选,如闻自月给随例折支。……员外郎以下并全支现钱,如他官任刑法官者,亦依此例”(《宋会要·法律》);太平兴国九年“诏:自今天下系囚依旧例,十日一具所犯事因、收禁月日申奏”(《宋会要·禁囚》);景祐三年“沧州南皮县令朱谷,……惧罪逃走,……诏:将来遇赦不原,永不录用,今后命官、使臣依此例”(《宋会要·禁约》);元丰二年“诏:大理寺官属可依御史台例,禁出谒及见宾客”;元丰六年“诏:州郡禁谒,并依在京百司例”;同年“尚书右司郎中乞:左、右司官依枢密都承旨例禁谒。从之”(均见《宋会要·禁约》);绍兴十四年观文殿大学士朱胜非死,“赠三官为特进。故事,曾任宰相赠七官,以胜非赠三官,非例也。疑秦桧抑之”(《续通鉴》126卷);淳熙十六年,礼、刑部言:“将来遇丁卯皇帝本命日,依例禁屠宰、禁刑。从之”(《宋会要·禁约》)。宋制,臣僚每进所修的敕令格式等,“书成,奏功,例有增秩之赏”(《宋会要·格令二》)。绍兴十三年冬“对进书者有旨:编修大观六曹、寺、监等通用条法依昨进在京通用令体例推恩”,而绍兴十三年所进国子监敕令格式等书“诏依昨进大观六曹寺监等通用条法例推恩”(《宋会要·格令二》),以后进书推恩如上例。

2. 今事作为后事的标准。如“熙宁中,苏子容判刑院,知金州张仲宣坐枉法赃,上令贷命杖脊,黥配海岛。”苏为之请,“乃诏:免杖、黥,止流岭外,自是遂为例”(《石林燕语》卷6);绍兴十二年中书舍人杨愿“为贺金主正旦,器币视生辰之数,自是以为例”(《续通鉴》125卷);十四年权吏部侍郎陈康伯为报金贺生辰接伴使,“……自是岁以为例”(同上);十六年“遣医官循行临

安疗病者至秋乃止,后以为例”(同上);淳熙三年“有击登闻鼓、诉校试不公者,苏易简知贡举,受诏赴贡院,仍糊名考校,遂为例”(《宋史·选举志》)。据《宋会要·亲决狱》“隆兴元年诏:每岁盛暑合虑囚徒。诸路、州、郡委提刑,于六月内遍诣所部,……事理轻者,先次决放,内僻远州县,即州委守臣、县委通判”。高宗绍兴五年曾下此类诏,《中兴会要》、《孝宗会要》、《宁宗会要》的编者们在其下都用“自是岁以为例”、“自是岁著为例”表明在绍兴五年以后,每年都颁布相同的虑囚诏。

3. 关于例的援引及其作用和地位问题。例子在宋朝政治生活中起一定作用,用有些书的话说“在宋代法律上占有重要地位”,其作用是“与法并立”。宋朝决定、处理某些事情往往找历史上的根据,连皇帝处理、决定什么事都找例作根据。如大中祥符九年“河西军节度使石普坐(罪)除名配贺州。诏:听其挈族从行。先是,帝闻普在禁所,思幼子辄泣下。谓宰臣曰:流人有例携家否?王旦等曰:律令无禁止之文。乃有是诏”(《宋会要·配隶》);又“上(孝宗)亟(急)用茂良,手诏问:国朝典故,有自从官(侍从、翰林学士等)径除执政例”?《宋史·莖茂良传》各机关处理各种事务当然依靠诏令和各種法律、規章、制度,但也可依“事例”、“成例”来处理。钦宗时右丞(执政)徐处仁说“六曹长、貳,皆异时执政之选,而部中事一无所可否,悉禀命朝廷。……乞诏:自今尚书、侍郎不得辄以事倭上,有条(指法)以条决之;有例以例决之;无条、例者,酌情裁决,乃申尚书省”(《宋史》本传)。这不仅说明例在处理事务上的作用,也说明例是“与法并立”的。例子之例是允许援用的,如“孟宗厚乞试郡,一止言:(皇太)后族业文如忠厚者可为郡,他日援例者,何以却之?”(《宋史·刘一止传》)。例虽可援但有的例须皇帝批准,如“刘光世(浙西安抚使)援宣抚使例,乞便宜从事,不许”(《宋史·高宗纪》);“虞允文以知枢密院事(执政)宣抚四川,应辰援张浚例,乞罢制置司(应辰为制置使),不许”(《宋史·汪应辰传》)。有些事不许援用则明令禁止,如宣和六年“诏:品官之家依格乡村田产免差科,……(其)充贍、贲,特免夫役、夏秋税务,……日后子孙并不许典卖。……余人自不合援例”(《宋会要·禁约》)。

从上述简略介绍中,可以看出例子与断例、吏部例是有明显区别的。具体说,第一,断例、吏部例与例子虽皆出自君主,但断例与吏部例是皇帝的特旨;而例出自皇帝的诏书。少数例来自机关和臣僚的建议和意见而经皇帝首肯,如“故事,郊祠辅臣迁官,夷简(参知政事)与同列皆辞之,后为例”(《宋史·吕夷简传》);绍兴十三年“礼部言:今岁南郊(祀天)应罢孟冬朝献景灵宫之礼,从之,自是以为例”(《续通鉴》126卷);淳熙八年“罢雪宴。先是,年例贺雪,即赐宴,以连岁荒歉艰食,故权罢”(《续通鉴》148卷),而这个例是“绍兴十三年,贺瑞雪,贺雪自桢始”(《宋史·奸臣三·秦桧》)。从性质讲:断例、吏部例是皇帝的特旨,即皇帝的个人意志,是“出于法令之外”的。诚然,法律对皇帝并没有约束力,但特旨毕竟不合常制,不“合法”,所以,援例是弃法,破法。例子出自诏,而诏是由皇帝个人意志经由一定程序成为国家意志的,它具有法的性质,因此,援例子不是背法、废法,而是补法。总之,宋例来源与作用不同,内容复杂,不能简单地说是它是什么,更不能未加思索地相信、传抄别人的现有结论,而要进行深入细致的具体分析。