

《宋刑统》研究与中国监狱史学

——以薛梅卿先生的著述为基点的拓展阅读

赵 晶

[摘 要] 经过宋史学界和法史学界二十多年来的“双线”努力,宋代法制史的研究逐步呈现欣欣向荣之态。至于中国监狱史则始终徘徊在边缘、冷落之地,较少受到研究者的注意。薛梅卿先生作为兼治宋代法制史和中国监狱史的前辈学者,浸淫于此多年,可谓两个领域由起步到发展的见证人,阅读薛先生的著述,不啻为加深理解两个领域多年研究成果的绝佳途径。

[关键词] 薛梅卿 宋刑统研究 中国监狱史

[作 者] 赵晶(1983—),男,浙江宁波人,中国政法大学民商经济法学院硕士研究生。

中国传统学术以经史子集四部为主干,而自近代以降,在欧风美雨的冲刷下,现代意义上的学科门类渐次出现,进而体系化,最终成型于五四之后。^[1]具体到法律史这一领域,虽然前有薛允升、沈家本等先生返本开新之功,但是现代意义上的学科成型,也晚至20世纪30年代。其中杨鸿烈先生的《中国法律发达史》与《中国法律思想史》奠定了法律史“一体两面”的研究格局,并影响至今。经过几代学人的爬梳、整理,中国法律史学已取得了长足的发展,积累了丰硕的研究成果。对前人著述的学习与梳理,本是研究某一领域问题的肇端,不如此便无以知研究的起点与高度,便不能避免徒劳的单义重复。不过,“当今学术批评各走极端,述评过于客观,貌似包罗万象,收入〔你〕全部(相关你)〔的〕研究成果,事实上缺乏对真正有学术价值文章的认识和评价;而书评则过于主观,走向另一个极端,对所评介对象的评价多正面,少有有价值的批评意见,其中不乏熟人之间的相互吹捧,有悖(与)〔于〕学术批评的初衷”。^[2]因此,如何提升阅读心得的品格,是我们所应积极探求的。此外,法律史作为史学与法学的交叉学科,其“共同域”的地位决定了学术史梳理的尴尬。张晋藩先生主编的《中国法制史研究综述》^[3]以通史的

[1] 学者们虽然对于现代学术之发端略有分歧,但对于学术转型完成于五四之后这个论断,多无异议。参见左玉河著:《从四部之学到七科之学——学术分科与近代中国知识系统之创建》,上海书店出版社2004年版,第1页。

[2] 张邦炜:“宋史研究方法论的点滴思考——仅限于自我审视”讲座报告摘述,引自北京大学中古史研究中心网站“学术动态”版, <http://www.pku.edu.cn/academic/zggds/005/001/035.htm>, 2008年9月18日最后登陆。本文以〔〕表示对原文的补正,以()表示对原文的删定。

[3] 张晋藩主编:《中国法制史研究综述》,中国人民公安大学出版社1990年版。

笔调，纵览法律史领域的代表成果，但在对宋史及监狱史学界研究成果的挖掘上有待进一步拓展；〔4〕朱瑞熙、程郁先生的《宋史研究》则采用断代史的路径，其梳理范围广及政治史、经济史、文化史、社会史等各个领域，仅将法律制度作为政治制度史的一个侧面进行叙述，似乎失之过简。〔5〕本文邯郸学步，斗胆踵躅学界先进相关努力之径路，〔6〕以薛梅卿先生对《宋刑统》及中国监狱史的开拓性研究为阅读基点，由此发散至同时期学界的相关研究，妄图为当代法律史学史的梳理略尽绵薄之力。

一、宋代法史研究

史学研究，工程浩繁，穷毕生之力，恐难通史千年。贤如陈寅恪先生，尚且将视域自囿于“不古不今之学”，非其力有不逮，实欲收根深汲远之效。薛梅卿先生也是如此，“在宋代法制史的有限范围内进行学术探讨，范围亦窄，直抒拙见，旨在抛砖引玉，希望通过对《宋刑统》的重新评估，增进对宋朝法律价值的共识以及两宋法文化和各项法律制度的深入研究”。〔7〕“华夏民族之文化，历数千载之演进，造极于赵宋之世”，〔8〕两宋实为华夏文明之重要一环，然近代史学着墨于此者甚少，有识之士尝劝励后学以专治宋史为盼，〔9〕研究薄弱，可见一斑。法史研究更囿于《宋刑统》“贯彼旧章”、“为唐律翻版”等成见，而轻视宋代，“重汉唐明清法制，冷漠、忽视宋朝律典的时代特色和历史地位，甚至否定宋朝的编律之举，往往在编著两宋法制时也简单、抽象，或一带而过，或一言蔽之”（《宋刑统研究》，第27页）。出于对研究现状的忧心，“已经感觉到了这种‘翻版’定性戴帽的简单化对于科学研究的开展所带来的有害无利的结果”（《宋刑统研究》，第27页），薛先生毅然选择两宋法制为治学对象。〔10〕本文以郭东旭先生《宋代法制研究》为主要对象进行比照阅读，以图管窥上个世纪八、九十年代该领域的研究状况。〔11〕

（一）《宋刑统》研究

修律以明“政统”，为历朝历代所推重。有宋一代，太祖黄袍加身，亟须重定刑统以正朝纲、以明法纪、以应时需，工部尚书判大理寺窦仪等于建隆四年即公元963年七月己卯〔12〕完成《建

〔4〕戴建国先生也持类似看法，参见《宋代法律制度史研究述评》，载包伟民主编：《宋代制度史研究百年（1900—2000）》，商务印书馆2004年版，第93页注。

〔5〕参见朱瑞熙、程郁著：《宋史研究》，福建人民出版社2006年版，第137页。

〔6〕如苏基朗先生的《宋代的司法与法治秩序：从三本近著说起》，载氏著：《唐宋法制史研究》，香港中文大学出版社1996年版、戴建国先生的《宋代法律制度史研究述评》等。

〔7〕薛梅卿著：《宋刑统研究》，法律出版社1997年版，第3页。以下凡引自本书之内容，皆采用正文括注。

〔8〕陈寅恪：《邓广铭宋史职官志考证序》，载氏著：《金明馆丛稿二编》，三联书店2001年版。

〔9〕详见严耕望著：《治史三书》，辽宁教育出版社1998年版，第133—135页。

〔10〕戴建国先生对当时宋代法制史研究也持相似的看法，如“长期以来，在人们的观念中，宋代的法律只是唐律的翻版，这在一定程度上影响了人们对宋代法律的深入探讨”。参见戴建国：《宋代法律制度史研究述评》，第96页。

〔11〕郭东旭著：《宋代法制研究》，河北大学出版社2000年第2版。该书初版于1997年，与薛梅卿先生《宋刑统研究》前后相继，是郭先生对已发表成果的整理增补，而2000年第2版的“再版后记”交代：“对书稿中三千多个注的引文进行了认真细心的核校，同时对文字亦稍有修订”（郭东旭著：《宋代法制研究》，第634页）。至于《宋刑统研究》是薛梅卿先生数十年来研究成果的汇总与系统化，其观点形成较早，如《北宋建隆“折杖法”辨析》（载《中国政法大学学报》1983年第1期）、《宋朝宽典治吏于风不清刍议》（载《法制建设》1987年第5期）、《宋朝矜贷赃吏之法介评》（载《法学评论》1993年第4期）、《重新评估 宋刑统》（载《南京大学法律评论》1996年秋季号）等。两部书皆可视为上世纪八、九十年代宋代法制史研究领域的代表性著作。

〔12〕有关《宋刑统》的颁布时间，传世文献记载多有分歧。薛梅卿先生考辨史料，从《宋史·太祖本纪》、《续

隆重详定刑统》，由太祖下诏颁行，成为“有宋一代的成文大法”。^{〔13〕}然我国历经兵火劫难，典籍散失，且因“后代修前代之史”、“为尊者讳，为长者隐”等史家笔法，致使史实模糊、史论偏颇，由此种种，终致近代以来对《宋刑统》评价颇低，更有甚者，乃否认宋代有编律之举。薛先生早在1989年出版的《中国法律史稿》（与叶峰合著，高等教育出版社）中已对上述结论逐一驳正，而1997年出版的《宋刑统研究》则将讨论引向深入、系统。

1.《宋刑统》于《唐律》颇有损益

中国历代法制陈陈相因，虽各朝多有新律，但不出旧律之宗，“后法总是难免为前法的翻版”（《宋刑统研究》，第26页）。《唐律》一准乎礼、得古今之平，更是后来诸朝修律之范本，因此“我们对于《宋刑统》的全面继承唐律、贯彼旧章要实事求是地承认、理解，同时也不因此而抹煞社会发展、时代动力所给予这部法典的重要影响，所赋予它的新的生气”（《宋刑统研究》，第27页）。薛先生以体例变化、内容差别、影响范围等方面，参照《唐律》以揭示《宋刑统》的脱旧创新。

薛先生认为《宋刑统》的创新“首先表现在体例编纂及其立法技术上”（《宋刑统研究》，第31页），如“刑统”之定名而舍弃“律典”的称谓，“在中国立法史上，这项变化应该说是重大的”（《宋刑统研究》，第33页）；又如刑统二百十三门的分类编纂、尽统令格式敕、新增臣等起请条、总汇“余条准此”、以“释曰”别具令敕本注、另有“议”补疏文及删去篇首疏议等，均可佐证《宋刑统》不但“别具新格”，且“开启了后来《大元通制》、《大明律附例》、《大清律例》等一代大法合编式体裁的先河”（《宋刑统研究》，第41页）。

形式变动，总是与内容更新形影相随，薛先生指出“体例变化部分已提到‘另有议补疏文’各则，这种补充并非限于体例更新，主要还是从内容上对反坐罪，监临主守，役庸日年和众、谋、加减以及道士女冠等方面的疏议补充”（《宋刑统研究》，第49页），《宋刑统》或明确了反坐流罪以下不除免、加役流，七品以上官吏虽枉法、准盗仍可减科、荫赎的宽缓原则，或扩大了监临及适用监临法的范围，或新增奴婢在充当“众证”的“支证”时“同良人例”之规定，或加重对特殊身份主体的加害行为的处罚。这些都是“‘小有不符’于唐律的表现”（《宋刑统研究》，第49—52页）。

当然，如上变化“对于一部法典来说，确实是无关体要者”（《宋刑统研究》，第52页），两宋去唐虽未有多远，然社会情状瞬息万变，法典乃应时而立，《宋刑统》的实质内容必会异于《唐律》而有所进展者，薛先生则从刑事、民事、诉讼规范三方面予以条分缕析的阐述。

“五刑之属三千”，上古迩来，“王者之政，莫急于盗贼”，刑事处罚手段历代或有损益，“经魏晋南北朝的改革，已基本形成‘五刑’制，并且固定于隋唐律中”（《宋刑统研究》，第56页），北宋开国之初，太祖为纠五代之乱，“始定折杖”之法，“这是《宋刑统》有别于《唐律》的一种刑制，刑罚折代上的一个突破”（《宋刑统研究》，第56页）。而作为对《唐律》“死刑二”的补充，《宋刑统》新增“一顿重杖处死”法定死刑，虽然唐德宗建中时期即有“决重杖一顿处死”之法，“但不是列入大法（大法失传），或是以式敕准用”（《宋刑统研究》，第64页），“《宋刑统》不仅将《唐

资治通鉴长编》之说，驳“乾德元年”、“建隆初”之误。详见《宋刑统研究》，第10—11页。另郭东旭先生认为：《宋刑统》“至建隆四年八月告成”（见《宋代法制研究》，第20页）。这与薛先生的“七月完成、八月下诏模印颁行”说稍有出入。

〔13〕《崇文总目》列载《开宝刑统》30卷，为窦俨与法官苏晓等撰，薛梅卿先生依据《宋史》考证，认为不存在《开宝刑统》一书，宋代大法只有建隆一部。详见《宋刑统研究》，第10页。

律疏议》中所无的‘重杖处死’刑作为对‘十恶’罪中前四恶以外各罪惩处的法定死刑，而且还是其他重罪如买卖官职、放火劫财等情节严重者的惩处极刑”(《宋刑统研究》，第65页)。其中，以“恶逆”为分界，将十恶重罪的处刑分别为绞、斩和重杖一顿处死，亦以此为分界，对于犯恶逆以上罪者从严治理，要求刺史以上官吏自劾，“分明反映了历代相传的‘十恶’重罪至此已有细密的区别”(《宋刑统研究》，第66—67页)。至于区分公罪情节以缩小“勿论”的适用范围，明确地方幕职官犯法从品例定罪，流配人犯用刺字及应配里数就远不就近、适用“停官终养”、身死许亲属收葬、遭忧请奔丧、满日放归后听叙等有关流配犯人的原则，对于八十以上及笃疾人犯死罪者的仁恕处理，“主要表现了法律意识、立法和用法原则日渐细致缜密化，注重区别法则，适应时代进化的发展趋向”(《宋刑统研究》，第72页)。薛先生认为宋人李心传所谓的“国朝法令，大抵从宽”之言，不过是“相对性的事实”而已，《宋刑统》“惩治‘盗贼’从重，死刑滥，重刑多，确非《唐律疏议》之所及”(《宋刑统研究》，第83页)，无论是科刑在程度上的严苛，还是不区分情节一律处死，都可作为例证！

两宋之世，经济繁荣，户婚民事关系进一步发展、变化，颁行于宋初的《刑统》虽未充分反映此一变化，但已明显增益于《唐律》。对法定丁年二十一、六十入老的行为能力规定，“明确了如实申报登记户口的各项标准和禁止任何增减年状以出入课役的行为”(《宋刑统研究》，第88页)；有关得阑遗物和漂流物的处理，无主物的占有以及畜、物取得的法定手续、赏分办法等等，“为准确地依照民法意识和原则判断所有权的归属提供了法律根据”(《宋刑统研究》，第92页)；对一般财产继承、户绝财产继承、死商钱物继承均明确了继承人的范围、顺序以及财产客体、分配办法，“其详尽完善的程度不仅为前代所不及”，而且于一代法典中部分承认了女子继承权、明确客商死亡钱物及其勘问核实程序，“这在中国封建法制历史上是空前的”(《宋刑统研究》，第97页)；至于债法，薛先生更通过典卖倚当、负债出举、不当得利、民事侵权等规定，力证《宋刑统》大刀阔斧地突破《唐律》，臻至完备。也许《宋刑统》之民事规定无法与罗马私法之登峰造极相比肩，但它对古代民法体系完备所作出的突出贡献不容抹杀(《宋刑统研究》，第107页)！

华夏古法，实体与程序杂具，作为两宋一代大法，《宋刑统》于承袭唐律之外更补充、完善了诉讼规范。严禁囚犯与朝官、上封事者的陷害诬告，除自毁伤外的允许直诉，严禁越诉等，使告诉程序趋于完善；“以一朝大法细密地明确大理寺、刑部作为中央最高刑案审断、复详机关的性质及其与中书、门下两省的职责和关系，这是对唐律‘断罪引律令格式’条关于机构的重要补充”(《宋刑统研究》，第116页)；至于台湾学者徐道邻先生所称道的宋代“谳鞫分司”制度，《宋刑统》亦以明文加以规定，“审与判分离的法律条文化，确实是值得称善的审判制度的进一步发展”(《宋刑统研究》，第117页)。中华以农立国，诉讼须不误农事，《刑统》集中规定处理侵权民事诉讼的“务限法”，“是中国历史上封建大法典第一次出现的特别规定”(《宋刑统研究》，第119页)。薛先生更从引用法条、五听审讯、拷囚制度、重推移司别勘、亲嫌回避的审判制度，收监、狱具、系囚、悯囚、检视等收禁制度，行刑监督、收葬、赐囚自尽、行极法日不举乐、行极刑忌日、死刑复奏、三年追捕不获截止等死刑执行制度入手(《宋刑统研究》，第117—129页)，枚举《宋刑统》殊异于唐律之种种，言之有据，掷地有声，将《宋刑统》千百年来所蒙受之“盗版唐律”的冤屈洗刷殆尽。

郭东旭先生也认为《宋刑统》是一部有自己特征的封建法典,^[14] 同样也胪列了“体例上的变化”5种,内容上的发展4类。^[15] 总体而言,郭先生纵览有宋一代法制的著述目的,决定了他在《宋刑统》上的叙述较薛先生为简略。当然,也可能是因为法律史与史学研究之旨趣稍别所导致的侧重不同,如刘广安先生就致力于析出这种差异:“当下一一些中国学者从史学的角度,以认识法制在历史上的源流演变、利弊得失或经验教训为目的的著作,只是史学分支学科性质的著作。这种性质的著作,还处于历史学的附庸的地位,没有进入具有独立的主体性品格的法史学著作类型中”。^[16]

2.《宋刑统》终宋之世用之不改

宋代编敕频繁,向有神宗以后“律恒存乎敕之外”之说,因史料散乱、佚失,对此说理解各异,终有“以敕代律”之说,以否定《刑统》于两宋社会之现实功能。如郭东旭先生就持此说,“随着编敕适用范围不断扩大而地位也越来越高,逐步由补充律之未备到律敕并行,进而取代了律的常法地位”,^[17]“自神宗改变律敕地位之后,终宋之世,以敕代律的局面没有改变”。^[18]

但薛梅卿先生爬梳传世文献,对上述观点予以驳正。她于《宋史·刑法志》中拈出10例,个个皆为“《宋刑统》中狱法、折杖法、盗法、官吏犯罪法等等实施情况和断狱用律的记录”(《宋刑统研究》,第136—138页);再列举《宋会要辑稿·刑法》中11项记录,分别是“《宋刑统》关于越诉、婚田诉讼及务限、官司出入人罪法、枷制等等在两宋实行遵守的情况”(《宋刑统研究》,第138—141页);复胪列《洗冤集录·条令》之6个条文,“其直接引用《宋刑统》的有关内容一目了然”(《宋刑统研究》,第141—142页);最后以《名公书判清明集》之24例,“说明《宋刑统》的名例、职制、户婚、贼盗、斗讼、诈伪和断狱诸律中的有关规定仍然长期有效”(《宋刑统研究》,第143—149页)。“有九分证据不说十分话”,薛先生恪守史家以史料为证之信条,“不否认曾出现过以敕破律、以敕代律的情况,用敕的数量或效力上可能表现出敕与律方面的新旧法关系的矛盾”(《宋刑统研究》,第150页),但是《庆元条法事类》曾明确“律无例及例不同者从敕令”之原则,故薛先生坚信,“敕的功用在于补律的不足,弥补律的未备、未详、偏颇、僵化,以统治需要为准而颁发、编册,而删定、适用”(参见《宋刑统研究》,第151页),从而以清末沈家本先生之意见为宗,“刑统为有宋一代之法制,其后虽有编敕之时多,而终以刑统为本”(《宋刑统研究》,第152页)。

两宋之传世文献多有记载,足可佐证《宋刑统》之适用效力。然薛先生精益求精,复又以《刑统》之国内外影响再加旁证。薛先生指出,“据对《宋刑统》的注解本《刑统赋》以及《刑统赋》注释本的考察,不难看出……在金接受中原法律文化时期,《宋刑统》的基本内容和原则就流传甚广”(《宋刑统研究》,第162页)。而西夏《天盛改旧定新律令》在体例上采用章门分类的模式、在内容上吸收“大不恭”等罪名,无疑是受到《宋刑统》的影响(参见《宋刑统研究》,第163—164页)。至于薛先生钩稽高丽王朝《刑法》、日本《校注令集解》的若干条文,则可佐证《宋刑统》对

[14] 郭东旭著:《宋代法制研究》,第18页。

[15] 郭东旭著:《宋代法制研究》,第21—24页。

[16] 刘广安:《法史学著作的典范——读〈中国国家族法原理〉》,载高鸿钧主编:《清华法治论衡》第5辑,清华大学出版社2005年版,第224页。

[17] 郭东旭著:《宋代法制研究》,第35页。

[18] 郭东旭著:《宋代法制研究》,第36页。

东亚诸国的影响(《宋刑统研究》,第168—177页)。《宋刑统》若非“终宋之世用之不改”,岂能为后世及邻国竞相模仿、吸收?若真“以敕代律”,而将《刑统》束之高阁,《刑统赋》及其注本则不可能广行于世。

对于薛梅卿先生的这一观点,杨一凡先生《对中华法系的再认识》^[19]一文,戴建国先生《宋代编敕初探》、《宋刑统制定后的变化》^[20]两文皆予以支持,即“敕与律都是在行的法律形式。两者并行不悖,敕从未取代过律,仅在法律效力上,敕有优先于律首先适用的权力”。^[21]

3. 折杖法之代用刑定性

宋代折杖法性质的讨论,学界多有分歧,从当时既有观点看,似以“附加刑”说为主流。^[22]薛梅卿先生没有因循通说,通过分析、考辨,为宋代折杖法的代用说提供了坚实的理论支持。首先,薛先生分辨了“刺配之法”、“更定笞法”与折杖法;其次,从《宋刑统》折杖法原文为立足点,通过对现代刑法理论中附加刑的运用,得出“以‘附加刑’解释‘折杖’,似与《宋刑统》中‘折杖法’的原意和内容是有所抵牾的”(《宋刑统研究》,第191页)的结论,并通过对五刑折合的逐一解说,推导出“这种‘折减’的刑罚,由于不再执行原有罪刑,而是代替原有罪刑,所以,解释为‘代用刑’是恰当的”(《宋刑统研究》,第192页)。再次,薛先生又从《宋刑统》其他条文、《文献通考》、《大学衍义补》等相关文献中析出若干史料为折杖法的代用刑说提供了翔实的证明,并更订了“折杖法始于建隆四年”之说,提出:“所谓‘折杖法’,乃是宋太祖统一全国之后,即建隆三年所制定的关于笞、杖、徒、流四刑依等折杖的特别刑制……‘折杖法’的‘折杖’是各刑的代用刑(亦可称‘折减’刑)而不是附加刑”(《宋刑统研究》,第202页)。如果说,从折杖法规定之本身得出其代用刑的性质尚存疑虑,那么薛先生又从宋初采用折杖法以变相减刑的可能性角度,为这一结论提供严密的论证:宋初政治上以宽仁而纠五代之苛,刑制上以唐宣宗年间的折减法为源流,皆可证明折杖法作为代用刑的可信性(参见《宋刑统研究》,第203—205页)。

郭东旭先生认为,折杖法虽然是笞、杖、徒、流四刑的代用刑,不过“折杖法中的折杖在刺配法中又成为附加刑”。^[23]而薛梅卿先生认为,刺配之法是五刑之外的重刑,不能作为《宋刑统》律内规定的流、徒(或杖、笞)刑都有附加刑的佐证(参见《宋刑统研究》,第187页)。在这个问题上,日本学者川村康先生赞成薛先生的意见:“折杖法所规定的脊杖、臀杖,有人认为是‘附加刑’,但是很明显,即使只是从《折杖法》正文中所说的‘徒罪决而不役’来看,这种观点也是很难成立的,它们是除死刑以外的四刑的‘易科刑’、‘代用刑’,《折杖法》是为了替换它们而制定的特别法”。^[24]

至于折杖法制定的年代,郭东旭先生持“建隆四年”说,^[25]这与日本学者川村康先生《宋

[19] 载倪正茂主编:《批判与重建——中国法律史研究反拨》,法律出版社2002年版。

[20] 载戴建国著:《宋代法制初探》,黑龙江人民出版社2000年版。

[21] 参见倪正茂主编:《批判与重建——中国法律史研究反拨》,第183页。

[22] 参见张晋藩主编:《中国法制史研究综述》,第269页。

[23] 郭东旭著:《宋代法制研究》,第218页。

[24] 川村康:《宋代折杖法初考》,姚荣涛译,载杨一凡主编:《中国法制史考证·丙编》第3卷《日本学者考证中国法制史重要成果选译·宋辽西夏元卷》,中国社会科学出版社2003年版,第354页。该文原载于《早稻田法学》第65卷第4号。

[25] 郭东旭著:《宋代法制研究》,第212页。

代折杖法初考》的观点一致。^{〔26〕}而薛梅卿先生认为折杖法始于建隆三年、正式颁布于建隆四年(《宋刑统研究》,第208—209页)。对此,戴建国先生于《宋折杖法的再探讨》一文中有详细辨析,并得出以下结论:“建隆三年宋太祖两篇敕文所规定的折杖之刑并不完全是宋代制定的。其中夹杂着唐五代以来的旧法。……宋代新折杖法的正式制定时间应为建隆四年三月。如果说,在此之前,宋太祖曾以诏敕名义间或规定过有关折杖的刑制,那也仅是对某一特定事件发布的临时措施,是零碎不全面的,并非正式立法,不具有普遍适用性,在司法活动中不能广泛引用。……即使有这种临时措施,与建隆四年经立法程序正式制定颁布的折杖法比较起来,无疑,我们只能以后者为法律修成之标志”。^{〔27〕}

(二) 宋代吏治研究

宋代治吏、惩贪之宽严,颇具争议。清代史学家赵翼曾言“恩逮于百官者唯恐其不足”,然也有引证宋初颇用重典以证其严。首先,薛梅卿先生通过对《宋刑统》对《唐律》之损益的考察,钩稽出“对于犯恶逆以上罪的从严治理,刺史以上官吏要责其自劾”(《宋刑统研究》,第66页)、“对公罪情节的轻重划分”(《宋刑统研究》,第67页)、“官典犯赃受贿自首的原则”(《宋刑统研究》,第71页)、“七品以上官吏犯枉法罪合减科的规定”(《宋刑统研究》,第71页)、“宽治官吏赃罪”(《宋刑统研究》,第73页)、“收禁优待官吏”(《宋刑统研究》,第126页)等多条证据,说明宋代惩贪偏宽。其次,薛先生通过对唐宋明三代有关“监临主司受财枉法”、“监临之官受所监临财物”、“强盗窃盗监守自盗”科刑轻重之比较,认为“在惩贪的赃法方面,唐律比明律轻,宋律又比唐律偏宽”(《宋刑统研究》,第226页)。再次,薛先生通过《职制律》、《户婚律》、《厩库律》、《杂律》以及《庆元条法事类》等相关规定,推导出从宽定赃的原则非但不仅限于上述赃法条文,而且还有“过之而无不及”的轻缓规定。又次,薛先生从《宋会要辑稿》、《宋史》、《续资治通鉴长编》等史籍中胪列了赃罪宽贷的事例,感慨到:“宋代矜贷赃吏之法并非适用于一时一事,而犯赃贷死的面竟有如此之广,犯案竟有如此之重,以致上万两特大案件也被宽大免死,确实是历代所少见的”(《宋刑统研究》,第238—239页)。

之所以形成惩贪治赃偏宽偏轻的趋势,薛先生分析到:宋太祖“忠厚开国”之意、厉行中央集权的基本国策、保障官吏特权等都是造成该趋势的可资参酌的因素(参见《宋刑统研究》,第240—242页)。而造成该弊害的根本原因,除了封建君主专制体制及其剥削制度之外,就是宋代统治集团的吏治指导思想的导向错误(参见《宋刑统研究》,第249页)。薛先生还归纳了宋代矜贷案例的类型,将其分为“官吏不可辱的矜贷”、“亲情相护的矜贷”、“倚恃战功的矜贷”、“以言代法的矜贷”4种(《宋刑统研究》,第244—245页),并尖锐地指出,宋代惩贪治赃偏宽,构成其廉政与法制建设的一大弊害,表现为:“封建特权原则取代法治”,“矜贷过滥,赃法难以治众”,“自乱其章,诏令破坏成法”(《宋刑统研究》,第243—248页)。

郭东旭先生的研究则侧重于宋代惩贪立法及其实践的动态变化,清晰地勾勒出宋代惩贪治官赃吏的立法由严而宽、由重而轻的变化趋势,并指出,即便宋初以重典惩贪,但“朝廷既有常赦不原之制,又有降恩放还之诏,自乱其制,自坏其法,在太祖、太宗朝已经出现”。至于宋代惩贪立法及其实践呈现如此局面的原因,郭先生亦有独到的看法:“曲法全礼,用法不一”、“宽纵过滥,

〔26〕川村康:《宋代折杖法初考》,第354—357页。

〔27〕戴建国著:《宋代法制初探》,第178—179页。

法不治众”、“欲治赃贪，必严监司”、“大吏不惩，人心不服”。〔28〕

二、中国监狱史学研究

史学既有断代与通史之分，又有专门史之别。两宋法史是薛先生进行的断代研究，而中国监狱史则是她着力的专门史梳理。“法文化与监狱文化能否分割？刑事立法在中国是一个很重要的部分，而监狱文化是刑事法律文化的重要组成部分。在整个刑事法律活动中，监狱方面的法文化活动应当占有相当的分量。……法制史的研究领域相对较窄，而法文化的领域是宽广的，于是我从法制史转向了监狱史。”〔29〕由此，薛梅卿先生开始了中国大陆监狱史研究的拓荒之行。本文挾取薛先生于1986年主编出版的《中国监狱史》（群众出版社）之绪论和明清部分（为薛先生撰稿）与台湾李甲孚先生于1984年出版的《中国监狱法制史》（台湾商务印书馆）进行比较阅读；至于两宋狱制，本文以薛先生所主编的《两宋法制通论》（2002年）之监狱部分与戴建国先生《宋代的狱政制度》、《宋代诏狱制度述论》二文、王云海先生主编《宋代司法制度》之监狱部分等进行对举。〔30〕

1. 监狱史研究对象：薛先生指出，监狱史是研究中国监狱产生、发展的演变过程及其规律的学科，是以研究监狱及其管理制度为主体的一门专史。具体地说，它主要研究从我国奴隶社会起到社会主义社会以前各种类型监狱的产生、设置；狱政思想、监狱立法以及监狱管理制度的内容、特点和实施状况；监狱及其制度的历史作用等等。〔31〕纵观李甲孚先生的《中国监狱法制史》，似乎于狱政思想之流变无所交代，恐怕与李先生对监狱史研究对象的把握有关；又或者李先生取名《中国监狱法制史》，侧重制度流变乃题中之意，薛先生《中国监狱史》范围更大。当然，《中国监狱法制史》并非没有任何有关狱政思想的介绍，只不过未形成系统而已。至于监狱的概念，薛先生认为，监狱有广义与狭义之分，而中国监狱史所研究的对象和范围就是广义的监狱。〔32〕从广义来说，监狱则是泛指凭借国家强制力为后盾，拘束、限制人身自由的关押或劳动场所。诸如自由刑（徒刑和拘役）罪犯判决后的执行场所；古代充军、流刑等犯人待解待发的羁押场所和发配劳役的场所；死刑犯暂时收监等候处决的场所；刑事被告人等嫌疑犯、未决犯的看守所；民事诉讼当事人以及民刑事案件的干连佐证的管收处所；危害社会治安的各种违法分子的拘留处所；少年犯罪、失教者的感化教养机构；皇室贵族的软禁之地；还有宗室贵族、地主、军阀、土豪、族祠私设的牢房等等（《中国监狱史》，第1页）。但是一旦微观至宋代，薛先生则将监狱判定

〔28〕参见郭东旭著：《宋代法制研究》，第146—158页。

〔29〕摘自“全球化与儒家法律文化2004年学术研讨会（3）”中薛梅卿先生发言，载中国大学生在线——法律援助网，<http://www.univs.cn/newweb/univs/znufe/law/2004-10-17/327624.html>，2008年9月18日最后登陆。

〔30〕戴建国先生的《宋代的狱政制度》发表于《上海师范大学学报》（哲学社会科学版）1987年第3期，《宋代诏狱制度述论》原载《岳飞研究》（岳飞暨宋史国际学术研讨会论文集），中华书局1996年版，二文后收录于氏著《宋代法制初探》（2000年）；王云海先生主编的《宋代司法制度》由河南大学出版社初版于1992年，重印于1999年。

〔31〕薛梅卿主编：《中国监狱史》，群众出版社1986年版，第1页。以下凡引自本书之内容，皆采用正文括注。

〔32〕薛先生在《我国监狱及狱制探源》一文中，进一步阐述了以下三点理由：现代监狱定义无法涵盖我国古代监狱的繁杂职能、我国古代近四千年间不存在单一自由刑的执行场所、采取狭义说将导致一些狱或者类似狱性质的设施和场所无以为类。无论监狱的定义是广是狭，也无论狱名如何变化，“狱”作为囚徒禁御之地的本质不仅没有变化，也始终没有亡佚，薛先生从甲骨文和金文中有关“狱”的字形、《说文解字》及历代注本对“狱”的解释、“狱”的异名或引申代称在音形义上的同源性等三方面对该论断加以论证。参见薛梅卿：《我国监狱及狱制探源》，原载《法学研究》1995年第4期，后收录于杨一凡主编：《中国法制史考证·乙编》第2卷《法史考证重要论文选编·刑制狱讼考》，中国社会科学出版社2003年版。

在狭义层面上,“由于实行有罪推定原则,……一旦镣铐入狱,必是刑罚的开始”。〔33〕其实,即便是“有罪推定”,也不能断然推出“刑罚之始”,因为刑罚以判决为归依。而李甲孚先生认为,古代与现代在设置监狱之观点上,虽呈现若干差异现象,但监狱所监禁收容者,为判处自由刑确定之受刑人,则无人能加以否定。〔34〕由此可见,李先生只将监狱史研究的对象限定在狭义的监狱概念上,即自由刑的执行机构。需要说明的是,在有关“监狱”的定性上,史学界有不同的看法:戴建国先生认为,“宋代监狱,称‘狱’,亦叫‘牢狱’,是羁押罪犯等待法官审判,或者已经法官判决等待行刑的场所。用监狱来长期囚禁罪犯,使之作为一种刑罚,在宋代还未正式成立”;〔35〕杨师群先生同样认为:“宋代监禁罪犯,主要目的是羁押犯人等待审判,或是罪犯正在被审理、判刑过程中,把罪犯长期关押以作为一种刑罚,在宋代尚未正式成立”。〔36〕这既与薛先生的广义说大相径庭,也与李甲孚先生的狭义说截然不同。本文以为,就“监狱”二字所指称的场所论,戴建国、杨师群先生之说可从,因为迟至清代,所谓的“监狱”都还不是现代意义上所谓的自由刑执行场所。如《清史稿·刑法三》有载:“其囚禁在狱,大都未决犯为多。既定罪,则笞、杖折责释放,徒、流、军、遣即日发配,久禁者斩、绞监候而已”。〔37〕

2. 两宋狱政思想:薛先生分别从儒教理学与国家政策的两个纬度,对两宋狱政思想进行了梳理。其中,儒家之明刑弼教、仁义王道落实在狱政上,表现为“矜恤庶狱,行之以仁”,但因理学“存天理、灭人欲”极端化所产生的“重刑治囚,肆虐治狱”,则是狱治的另一面(详见《两宋法制通论》,第470—471页),薛先生以两宋监狱的实际操作,说明其狱政始终纠葛在“制严”与“情恕”之间,一体两面,并将之总结为“统治者所谓治国治世‘宽猛相济’思想和手段的交相运用”(《两宋法制通论》,第472页)。至于赵宋吸取李唐衰亡的教训,削弱地方以集权中央,实行“大权尽为人主,集于朝廷”的国策,当然成为狱政的指导思想,而上文所提及的“宽典治吏”的方针同样也影响狱治,以解决“如何稳定被收削权限的官吏,使之不贪权而又忠于朝廷”(《两宋法制通论》,第474页)的问题。相比而言,《宋代司法制度》则没有如此详尽地作出探讨,仅仅在“悯囚制度”一节,以“德主刑辅”及“布德恤刑”等一笔带过。〔38〕其实法律思想与法律制度本是体用不二的关系,思想下贯而成为制度,制度上溯则体现思想。任何专门史的探讨都应将视野放宽,在广泛的背景中,“我们可以对宋代之经典文本、文人表述、法律规定,与民间社会生活之实际状况做一比较,并且引入地域差异、城乡差异、阶层差异等等因素,讨论上层观念为何、如何、何时,具体化为制度、规则和习俗”。〔39〕

3. 两宋监狱设置:宋代大理寺狱命运坎坷,几兴几废。《宋代司法制度》言:“此狱唐代已有,但是宋代大理寺在元丰以前……未曾设狱”;〔40〕戴建国先生也持此说,判定“元丰元年神宗置大

〔33〕薛梅卿主编:《两宋法制通论》,法律出版社2001年版,第479页。以下凡引自本书之内容,皆采用正文括注。

〔34〕李甲孚著:《中国监狱法制史》,台湾商务印书馆1984年版,第2页。

〔35〕戴建国:《宋代的狱政制度》,第264页。

〔36〕王云海主编:《宋代司法制度》,第191页。不过,由于《宋代司法制度》各章撰者不一,观点难以一致,如该书第九章作者钟剑麟先生认为:“宋代监狱既是刑事被告、未执行犯人和干连佐证之人的看守所,又是民事诉讼案当事人的收容所;既是已决犯的羁押场所,又是死刑犯的候刑场所;既是协助审判的司法机关,又是催索逋欠的行政工具。”这就明显采取了监狱的广义说。引自王云海主编:《宋代司法制度》,第389页。

〔37〕《历代刑法志》,群众出版社1988年版,第592页。

〔38〕参见王云海主编:《宋代司法制度》,第397—398页。

〔39〕葛兆光著:《思想史研究课堂讲录——视野、角度与方法》,三联书店2005年版,第310页。

〔40〕王云海主编:《宋代司法制度》,第385页。

理寺狱”。^[41]而薛先生指出,宋初承旧制,但太祖建隆三年设审刑院,大理寺不再设狱,到神宗元丰改制,重新恢复(参见《两宋法制通论》,第480页)。至于薛先生专门讨论的“劳役监及其建置体系”(《两宋法制通论》,第484—487页),《宋代司法制度》则在“执行制度”章“徒流编配”节中有所探讨,^[42]但两者侧重不同。另外,两书在胥吏特殊监狱方面,亦各有所长,如《宋代司法制度》提及“三司狱”、“大宗正狱”、“皇城司狱”、“通远门内官宅狱”等京师监狱,诸路和制勘院等地方性临时监狱,^[43]皆为《两宋法制通论》所无;而《两宋法制通论》析出的“同文馆狱”(《两宋法制通论》,第483页),则未在《宋代司法制度》一书中有所体现。戴建国先生则另辟蹊径,通过各地监狱年羁押的囚犯数量和宋代诸州的审判期限,大致推算出“宋代州一级监狱平均日常羁押囚犯约在六十人以下,县一级约在十人以下,京师人数较多,当在百人以上。”^[44]

4. 两宋监狱管理制度:薛先生首先以最高典狱官(皇帝)、管狱官(中央地方典狱官)、司狱官(专职狱官)、狱内吏卒四个层次详加分析监狱管理体制(参见《两宋法制通论》,第488—491页),此为《宋代司法制度》所无。至于薛先生认为“地方监狱由地方各级行政长官管理,即知府、知州、知县掌有管狱权”(《两宋法制通论》,第489页),而戴建国先生则以为“在州,由录事参军、司理参军(在府,则为司录参军、军巡使)掌管;在县,由县令掌管”。^[45]另外,薛先生认为“淳化(990—994年)初,在路一级置提点刑狱司(简称‘宪司’)辖狱”(《两宋法制通论》,第489页)。而戴建国先生以为“提刑司本身无刑狱机构,不治狱”,^[46]龚延明先生亦持此说。^[47]其次,薛先生撷采禁系狱具、检视警卫、囚衣粮病待遇、囚役配隶、编管钉牌、录囚疏狱、恩宥赦免、狱官责任等8种代表性制度,对两宋监狱管理进行较为系统的梳理(参见《两宋法制通论》,第491—513页)。而《宋代司法制度》将编管钉牌、恩宥赦免等制度放在“执行制度”、“清理留狱制度”等章节中加以介绍,^[48]狱官责任则在“病囚管理”^[49]一目中涉及。总体而言,两书各有详略。至于戴建国先生更从细微处着眼,钩稽出以上两书皆未涉及的部分内容,如咸平四年(公元1001年)王禹偁进言,要求朝廷允许轻罪者出外责保就医,以减少疾病传染的几率;监狱经费开支之来源问题;监狱看守的回避制度;鼓励知情者检举违法官吏等。^[50]相对于《宋代司法制度》专门论述“狱治黑暗”,^[51]戴建国先生引用宋人真德秀的描述以显示制度与实际执行的差距,^[52]薛先生则在各个具体制度中分别详加指出,如诏狱的流毒(《两宋法制通论》,第481—482页)、破坏狱具定制(《两宋法制通论》,第492—493页)、凌虐狱囚(《两宋法制通论》,第496页)、净狱之残忍(《两宋法制通论》,第503页)、狱官违制(《两宋法制通论》,第513页)等。

5. 明朝监狱设置:薛先生指出,明初掌管全国军旅之事的五军(中、左、右、前、后)都督

[41] 戴建国:《宋代诏狱制度述论》,第247页。

[42] 参见王云海主编:《宋代司法制度》,第360—365页。

[43] 参见王云海主编:《宋代司法制度》,第386—387页。

[44] 戴建国:《宋代的狱政制度》,第265—266页。

[45] 戴建国:《宋代的狱政制度》,第265页。

[46] 戴建国:《宋代的提点刑狱司》,载氏著:《宋代法制初探》,第371页。

[47] 参见龚延明编著:《宋代官制辞典》“提点刑狱公事门”,中华书局1997年版,第485—488页。

[48] 参见王云海主编:《宋代司法制度》,第365—366页、第343—345页。

[49] 参见王云海主编:《宋代司法制度》,第402页。

[50] 分别参见戴建国:《宋代的狱政制度》,第269—270页、第272页、第274页、第276页。

[51] 参见王云海主编:《宋代司法制度》,第405—407页。

[52] 戴建国:《宋代的狱政制度》,第277页。

府设有五军断事官,“总治五军刑狱”,后被取消,而由都指挥使司的司狱专管一方军事监狱,隶属于五军都督府和兵部(参见《中国监狱史》,第136页)。李甲孚先生虽有提及“五军断狱司岁推问之狱讼,皆送大理寺复审”,^[53]但似乎只是将“狱”视为刑事案件而与“讼”相区别,并未将“军事监狱”列为专门性的机构。至于明朝监狱的建筑结构和形式,薛先生利用《河南监狱志稿》的相关记载,拈出若干概括性的监狱描述,颇能“窥其大貌”(参见《中国监狱史》,第136—138页)。唯需指出的是,明初虽然恢复了大理寺,但随着罢除宰相、权归六部,大理寺的审判职权也由刑部执掌,不再附设监狱了(参见《中国监狱史》,第135页)。但薛先生在之后的论述中,却出现了一丝疏漏:“明朝除了刑部、大理寺、都察院分别设有监狱,对全国狱治进行纠察和监督执行以外……”(《中国监狱史》,第150页)。恐怕大理寺的短暂置狱不能与刑部、都察院并举。

6. 明代监狱管理制度:薛先生指出明朝对已决犯、未决犯的关押和警戒一概严格,通过“囚应禁而不禁”条的解释和对戒具等的明细规定,体现明朝囚犯戒系制度的严酷和周密。又通过对《大明律》、《大明令》有关混合杂居制下的部分分房制的梳理,指出这些制度体现了明朝统治者矜恤老弱、区别轻重、宽贷妇女的“仁政”精神。不过,薛先生通过《风宪约·狱政》的若干记载指出,实际上对于轻重、未决已决、散收锁禁等犯并无严格区别,说明统治者对同牢杂居的需要而使之普遍保留的事实(参见《中国监狱史》,第138—140页)。而且薛先生通过监狱给养、医药、狱囚家属入视、老幼废疾、妇女孕产期不拷讯、节庆之日家属可送黄酒肉果、功臣及五品以上官犯徒流罪的允许亲人随行、徒流死罪定罪结案应传唤通知本囚及其家属,如有“不服者听其自理”、允许上诉等等规定,指出监狱生活待遇进一步制度化,是辅之以“仁义”的“良法美意”。但是薛先生通过《明史·刑法志》的描述得出“当时司法之辈没有一律奉行”的结论(《中国监狱史》,第140—142页)。另外,薛先生还指出,明朝以役代刑制度,扩大了拘役犯罪范围和刑徒的工役种类、劳动场所,是明朝赎刑发达的表现(《中国监狱史》,第145—146页),而且明朝通过在五刑之外另设枷号的手段,使罪犯不仅带枷监外行刑,兼受肉刑、羞辱于一身,甚至于要枷号至死。薛先生犀利地指出,明朝统治者实际上已经把全国变成一座庞大的监狱(《中国监狱史》,第146—147页)。李甲孚先生虽然也部分胪列了明朝监狱管理制度的史料,但没有薛先生这般的“史论结合”,这或许与薛先生在《中国监狱史》“绪论”部分所交代的研究方法有关:“研究中国监狱史不可代之以空洞的理论说教,或是客观主义地堆砌史料”(《中国监狱史》,第4页)。另外,薛先生所提及的“春审”、“寒审”、候监制度、明初强令囚犯持有《大诰》以为加减罪的条件等规定(参见《中国监狱史》,第149—150页),皆为《中国监狱法制史》所无。

7. 清朝监狱设置:薛先生指出,由于清朝统治者入关前后驻地不同,皇族宗室和满族显贵以及旗人地位的特殊变化,又特设了盛京刑部监、宗人府空房、慎刑司监、步军统领衙门监狱等非地方性监狱机构(参见《中国监狱史》,第160—162页)。此为《中国监狱法制史》所无。另外,李甲孚先生认为,“清代开国之初,在刑部设狱库及北所、南所两处监狱”。^[54]而薛梅卿先生指出,“原先只有北监一所,而雍正初年才添建而分南北两监”(《中国监狱史》,第160页),则将流变脉络更加清晰化、准确化。

8. 清朝监狱管理制度:薛先生秉持了一贯史论结合的风格,在对清朝监狱管理制度梳理之余,

[53] 李甲孚著:《中国监狱法制史》,第116页。

[54] 李甲孚著:《中国监狱法制史》,第161页。

多有辨证、鉴别之论，如“以上种种规定既是严责狱官滥刑、体现‘软恤民命’之意，更是严防囚徒‘不轨’，以便起到‘惩奸除暴’维护清朝专制统治的作用。然而法定的条文，常被狱治实际所破坏”（《中国监狱史》，第165页），并专列一目，钩稽史实，说明“清朝监狱的腐败和黑暗”（《中国监狱史》，第173页）。这种文本与实践的张力、目的与效果的悖反，正是考察历史所必须详加注意的。而《中国监狱法制史》似乎于此着墨不多。另外，薛先生专门指出，占当时统治地位的满族显贵官员犯罪依然有别于其他民族的官吏豪绅，更不同于被统治、被压迫者，这种特殊优待在清朝法律中很鲜明，并且得到严格的保护，并从“旗人罪犯免除发遣苦役，以鞭责或枷号代刑”、“对于旗人、官员、宗室罪犯不得采用锁禁夹责”、“宗室觉罗重犯可以圈禁折罚”、“宗室觉罗判处绞斩监候者，准予减等缓决”四个方面详加说明（参见《中国监狱史》，第170—173页）。这与薛先生所力主的“阶级分析”方法有密切关系。虽然中华人民共和国建立以来，史学的发展在一定时期内受到形式化、教条化的桎梏，但若一味地以所谓的新方法对阶级分析论加以完全否定与抹杀，则会从一个极端走向另一个极端，起码阶级分析论在一定程度上为全面、系统的史料钩稽作出了“意外的贡献”。

9. 清末监狱改革：根据薛先生对中国监狱史研究对象的界定，她首先归纳的是狱政思想的变化，即以“中学为体，西学为用”和沈家本的改良主张为纲目。这是《中国监狱法制史》所缺乏的。其次，薛先生就清末监狱改良立法进行了条分缕析的说明，尤其对《大清监狱律草案》详加介绍。而李甲孚先生则立足于《续文献通考》对清末狱制进行梳理，^[55]可与薛先生所述互有发明。此外，《中国监狱法制史》所涉及的“开办监狱学校”，^[56]为薛先生《中国监狱史》所无。

三、治学理路刍议

治学必有理路、脉络，自觉与自发兼具。一般而言，治学理路都由学者本身基于对自身的深刻了解，进行总结、归纳而用以启及后学，如严耕望先生的《治史三书》。本文违背这一常规，妄图通过学习薛先生的著作而理出若干心得，实乃“明知不可为而为之”，不过聊备一说，“六经注我”，似乎也无伤大雅。

1. 以小见大，考证缜密

历史既需要宏观把握的酣畅淋漓，也需要微观考察的小心翼翼。一味地通览叙事，可能会削弱史论的严谨性，从而对历史真实的发明无所裨益。徐忠明先生指出，“随着研究的深入，被统一性‘遮蔽’的多元性渐次呈现出来”，^[57]无论是经典文本与实践操作的差异，还是国家与地方差别的突出，都使得法制史的研究转入到个案考察、勘比对照等微观层面。而薛梅卿先生以《宋刑统》这一经典文本为研究对象，“就事论事”，条分缕析地对前人观点进行考辨；并在《中国监狱史》及其他研究成果中区分立法原意与实施效果，凸显文本表述与实践操作的张力。这是符合学科发展的趋势的。史学着力于发现过去发生的事情，甚至于“妄想”复原历史的真实，因此“无论考察的角度、论证的依据如何，都得以史料为基础，按史料说话”（《宋刑统研究》，第136页），

[55] 李甲孚著：《中国监狱法制史》，第171—176页。

[56] 李甲孚著：《中国监狱法制史》，第171—172页。

[57] 徐忠明：《试说中国古代法律制度研究范式之转变》，载《北大法律评论》第4卷第1辑，第233页，转引自王志强著：《法律多元视角下的清代国家法》，北京大学出版社2003年版，第7页。

“缺乏微观详审的探索考察,就会削弱对《宋刑统》乃至宋代法制的深入研究”(《宋刑统研究》,第27页),这是史家所应具有的态度与治学方法。

2.以史鉴今,裨补当下

鉴前世之兴衰,考当今之得失,此为宋贤史学的重要特点。^[58]薛先生研治两宋,必受其惠,“正确总结这些历史活动,去其糟粕,取其精华,并上升为理性认识,成为可资借鉴的历史经验或教训,达到古为今用的目的”(《中国监狱史》,第4页)。比如薛先生在论说宋代惩贪偏宽之时,就指出“任何国家专任重刑或一味矜贷,都不是良法善举,都是不可取的。这种总导向又导致旨令、制度、司法等的偏异,这偏异的导向不啻是官吏贪赃不轨、徇私乱法的一顶保护伞”(《宋刑统研究》,第250页)。本文以为,薛先生之所以着力于中国监狱史的研究,除了上文所交代的“法制史的研究领域相对较窄”外,以古鉴今的用心更为重要,“我国监狱发展史所表现的中华民族特色和特殊规律,所提供的历史经验和教训,是丰富多彩、灿然可观的。总结、研究这些特点和规律、经验和教训,对于加强我国社会主义法制和促进劳改事业的发展,无论在理论上还是在实践上,都具有重大的现实意义”(《中国监狱史》,第9页)。^[59]

3.文献整理,惠嘉士林

无论史学的功能和研究方法如何变化,文献查考的基础性地位是不会受到动摇的。古代文献在流传过程中,必然出现传抄失误、毁损佚失,因此对于文献的整理、复原是基础之中的基础。薛梅卿先生首先针对1984年中华书局版吴翊如先生点校的《宋刑统》,以再校勘的形式,指出可资商榷者达80余处(《宋刑统研究》,第311—322页)。1999年,她又重新校勘了《宋刑统》(法律出版社1999年版),为对唐以来中国法制流变的研究提供了基础史料支持。《清末民初监狱改良专辑》(中国监狱学会1997年版),则是薛先生组织整理的清末监狱改良文献的汇编,为清末狱制研究提供便利。《庚辛提牢笔记点注》(中国政法大学出版社2007年版)则是薛先生在中国监狱史史料上的又一贡献。对于基本史料的整理、点校,其实也是上述前两种理路的具体落实,“抢救史料无疑是我们应尽的责任,标点注释或今译介绍这些资料,首先使人们读懂它们,更是我们肩负的重责,而运用它们为现实监狱管理及其科研的需要服务,以弥补我国法学、监狱学、社会学、史学等方面古籍整理的空缺,也就是我们为社会、为人民乃至为后世作出的一点奉献”。^[60]

“历史的真实并不必然能得出或者给出一个真实的历史。对此,我们常常是怀着一种‘心向往

[58] 参见王永兴著:《陈寅恪先生史学述略稿》,北京大学出版社1998年版,第18—19页。

[59] 需说明者,“鉴前世之兴衰,考当今之得失”,在当下这个学术分门别类并与政治保持一定距离的时代中,不应作为史学、法史学的首要目的与价值。努力逼近历史真实,或者展现“历史”如何累积地生成的动态图谱,才是史学、法史学之鹄的所在。至于如何“鉴今”,则是其他应用法学部门所应孜孜以求的问题,即如何从史学、法史学的研究中汲取养分,以升华“民族精神”,彰显“地方性知识”。因此,本文以为,“鉴今”只是史学、法史学的折射功能而已。至于有学者进一步判定社会科学的功能定位,则比本文立论更加深远:“一个社会针对它自身的问题应当采取什么样的解决方案,不是,也不应当由学者决定,社会科学研究的贡献在于展示和剖析真实的问题,一旦问题得到充分的认识、自由的表达,政策就会或多或少地受到影响,政策确定之后,即使一时难以找到最好的解决方案,问题也能得到控制。”引自方流芳:“序言”,载[美]罗伯塔·罗曼诺编:《公司法基础》(影印本),法律出版社2005年版,第16页。同样的态度亦见于:“它不急于以对策性研究为指导来从事资料收集工作,也不急于在对策的角度上提供‘方案’,而将注意力集中在社会事实的学术辨析上。对于他的学术态度,我是赞同的。出于主观的策略和对策需要来建构他的‘对象’,是学者容易犯的毛病,而学术研究自有它在知识方面的天职。”引自王铭铭:“序言”,载赵旭东著:《权力与公正——乡土社会的纠纷解决与权威多元》,天津古籍出版社2003年版,第4—5页。

[60] 薛梅卿、杨育棠点注:《庚辛提牢笔记点注》,中国政法大学出版社2007年版,第1页。

之而实不能致’的复杂心态，愿为呈现给读者一个真实的历史而努力。但每一次的结果都不免有或多或少的遗憾，或许这正是史学启人心智、心向往之的独特魅力所在”（《两宋法制通论》，第18页）。由于主客观条件的限制，薛梅卿先生的著述并非没有任何“遗憾”（其中包括某些暂无定论的学术争鸣），如戴建国先生诚恳地指出：“薛著（指《宋刑统研究》——笔者注）欠缺之处在于未能充分利用国内外的成果，如未参考郭东旭、戴建国以及日本学者冈野诚撰写的文章”；〔61〕“刚刚出版的《两宋法制通论》……也有遗憾之处，那就是学术界的一些已有成果，作者似乎没有注意到……在第九章监狱制度中，没有提到拙作《宋代狱政制度》的成果”；〔62〕又如日本学者冈野诚先生认为：“薛氏点校的《宋刑统》……未利用天一阁本尚是问题所在”，“笔者今后应从本书（指《宋刑统研究》——笔者注）中学习之点有许多，但对薛氏将唐《永徽律疏》与后代的《唐律疏议》视为同一而加以论述的做法，我认为在论述的结构上是有错误的”；〔63〕另一日本学者川村康则指出：“薛梅卿氏的研究，是就折杖法法律原文进行的开创性专论，但对于其后折杖法如何变化、如何运用，几乎没有作分析”。〔64〕

但是，瑕不掩瑜，毕竟“有所因而踵成者易为力，无所因而创始者难为功”。因此，学界对薛梅卿先生的研究成果都给予了高度评价：杨一凡先生主编的《中国法制史考证》四编多卷本以“集百年法史考证成果之精华”为宗旨，以“作者的独立创见”为标准，而薛先生有数篇论文收录其中；俞荣根先生等编著的《中国传统法学述论》之“律学”章盛赞薛先生《宋刑统研究》一书“在理论上对学界盛行的‘宋代无编律之举’、宋刑统是‘唐律的翻版’、《宋刑统》于‘宋则无所用’以及‘折杖法的性质是附加刑’等观点进行了辨析，提出了自己的见解，对学界影响极大”；〔65〕戴建国先生在《宋代法律制度史研究述评》中指出，薛先生的《北宋建隆“折杖法”辨析》是“80年代前期宋代法制研究的一项重要成果”，认为《宋刑统研究》一书是“目前国内学者对《宋刑统》所做的最全面的研究”；〔66〕冈野诚先生《宋刑统考》认为薛先生点校的《宋刑统》“为学界提供使用方便的《宋刑统》定本，这是有意义之举”，“同为薛氏所著的《宋刑统研究》，在法制史研究中恐怕堪称为初次尝试”；〔67〕赵国玲先生《二十世纪之中国监狱法学》认为“薛梅卿主编的《中国监狱史》（群众出版社1986年版）堪称补白之作”。〔68〕名山足以藏史稿，中国法律史学史上终将有薛先生浓墨重彩的一笔。

（特约编辑 郑杰 责任编辑 邵利琪）

〔61〕戴建国：《宋代法律制度史研究述评》，第100页。

〔62〕戴建国：《关于中国法律史研究规范问题的思考》，载倪正茂主编：《法史思辨——二〇〇二年中国法史年会论文集》，法律出版社2004年版，第135页。

〔63〕冈野诚：《宋刑统考——以天一阁旧藏明抄本为中心》，徐世虹译，载中国政法大学法律古籍整理研究所：《中国古代法律文献研究》第2辑，第214—215页。该文之前身《宋刑统》，原载于滋贺秀三编：《中国法制史——基本史料研究》，东京大学出版会1993年。

〔64〕川村康：《宋代折杖法初考》，第345—346页。

〔65〕俞荣根等著：《中国传统法学述论》，北京大学出版社2005年版，第161页。

〔66〕戴建国：《宋代法律制度史研究述评》，第100页。

〔67〕冈野诚：《宋刑统考——以天一阁旧藏明抄本为中心》，第214页。

〔68〕赵国玲：《二十世纪之中国监狱法学》，载《中外法学》1998年第3期。

rights are claimed and the process that information rights and interests are realistically and legally confirmed. In the movement of transacting information products the independent status of information property is further strengthened and the interests in producing, transacting and applying unceasingly searches for legal rights as a carrier so as to complete the process of transformation from information to property. The interest disputes appearing in the course of transacting information products also become a driving force of legalization of information property rights.

The Mantra of Power 85

Li Xiantang / Associate Professor, School of History, Nankai University.

Abstract : Through tracing back the concept of “Centre” and “Way” as the cornerstone of traditional political ideology to their origins this paper analyzes cultural details and political functions and points out such characteristics as “the two reach the same goal by different routs”: the “Centre” gets into the “Way” through continuous promotion of levels; the “Way” gradually goes deep by a external way and reaches the “Centre” of the Universe and the thing. The “Centre” specifically provides the legitimacy of power and the “Way” abstractly embodies the sacredness of power. The “Centre” is fundamentally the “Way” and the “Way” is essentially the “Centre”. Their common direction is : The Emperor is the Sage and the only decision-maker - - the “Centre” and the “Way” shrouds and deprives the subjectivity of all living things in the name of the absolute.

An Analysis of United Nations ' Policy on Death Penalty 96

Yang Yuguan / Professor , China University of Political Science and Law.

Abstract : This paper sorts and analyses the policy of United Nations on death penalty, studies the ways to control death penalty and discusses such important problems in a capital case as public trial, rights of a prisoner sentenced to death and the means of execution of death penalty. The author thinks that according to the long-term policy of United Nations on death penalty the application of death penalty should be decided by each country on the basis of its own national conditions and should not be suitable for mandatory requirements. In order to increase the quality of handling a capital case those countries in which death penalty has not been abolished can control the application of death penalty through substantive law and procedural law. The author also raises such viewpoints of handling capital cases as how to control death penalty through procedures and the choiceness of executive ways of death penalty. Materials and viewpoints in the article will have both theoretical and practical references to China's reform of capital cases.

Procedural Guaranty of a Criminal Defendant 's Right to Cross-Examine 107

Qu Xin / Associate Professor, China University of Political Science and Law.

Abstract : Procedural guaranty of the criminal defendant 's right to cross-examine helps identify facts of a case and highlights respect for the criminal defendant as the subject of criminal procedure. The criminal defendant 's right to cross-examine has been universally established and regarded as an important right to safeguard fair trial in modern western countries. The criminal defendant 's right to cross-examine has been established as one of the fundamental rights of citizens on a global scale. The criminal defendant 's right to cross-examine can be achieved in need of a series of designed systems and procedural guaranties in China.

Research on Criminal Law in Song Dynasty and Chinese History of Prison 114

Zhao Jing / Postgraduate student, China University of Political Science and Law.

Abstract : Through over 20 years ' joint efforts by academic circles of Song Dynasty 's history and legal history the research into the legal history of Song Dynasty is getting prosperous. As a marginal subject the history of Chinese prison is always treated coldly and overlooked and attracts much less attention from researchers. As a venerable senior scholar researching the legal history of Song Dynasty and the history of Chinese prison Xue Meiqing has been devoting herself to them for many years and can be regarded as the witness of the two subjects from their start to their development. Reading her works is the best way to get a deeper understanding of her research achievements in the two subjects.