

辽朝“治契丹与诸夷之法”探源

李锡厚

辽朝“以国制治契丹，以汉制待汉人”¹。就法律制度而言，所谓“国制”即它的“治契丹与诸夷之法”，此法虽然基本上可以说是契丹固有制度，但又不尽然。因为我们除了在与契丹有密切关系的突厥、乌桓和鲜卑等族的制度中可寻得其渊源外，同时还可发现，它之所以能逐渐系统化，主要是借鉴唐、五代制度的结果。

契丹“国制简朴”²，而且这方面的文献资料又实在少得可怜。我们只能参证北方其他游牧民族的传统制度，才能知其大略。据《魏书》卷111《刑罚志》记载：“魏初，礼俗纯朴，刑禁疏简。宣帝南迁，复置四部大人，坐王庭决辞讼，以言语约束，刻契记事，无图圉考讯之法，诸犯罪者，皆临时决遣”。

契丹是从鲜卑宇文部中分化出来的，是当时北方诸游牧民族中较为后进的一部分，“多为寇盗”³，“其无礼顽嚚，于诸夷最甚”⁴。中国古代以礼入法，“无礼”亦即没有法制。直至阿保机即汗位之初，也就是沿袭鲜卑人的古老传统，“犯罪者量轻重决之”⁵，亦即“临时决遣”。当时不得不如此，因为直至神册五年(920)，阿保机“始制契丹大字”⁶，在此之前，契丹人亦是处在“刻契记事”的阶段，无文字，当然也就没有可以用来准确定罪量刑的成文法，而只能“以言语约束”。

当阿保机遭到他的几个兄弟反对时，他为惩治“诸弟逆党”，曾“权宜立法”。据《辽史》卷61《刑法志》记载，这一不成文法大致有这样几项规定：“亲王从逆，不磔诸甸人，或投高崖杀之；淫乱不轨者，五车轘杀之；逆父母者视此；讪詈犯上者，以熟铁锥舂其口杀之。从坐者，量罪轻重杖决。”

契丹人的这一不成文法最基本的特点，是刑罚具有不确定性。仅从《辽史》卷1《太祖本纪》所记的具体史实中即可发现，光是死刑就有许多种：

磔 辽太祖七年(913)六月，“以辖赖县人扫古非法残民，磔之”。

生埋 “获逆党雅里、弥里，生埋之铜河南轨下”。

射鬼箭 “以养子涅里思附诸弟叛，以鬼箭射杀之”。⁷

投崖 “以夷离堇涅里衮诸弟叛，不忍显戮，命自投崖而死”。

诛 同年十月，“乙室府人迪里古、迷骨离部人特里以从逆诛”。

绞 辽太祖八年(914)正月，“前于越赫底里子解里、刺葛辖刺已实予逆谋，命皆绞之。”

弃市 同年七月，“有司上诸帐族与谋逆者三百余人罪状，皆弃市”。

以上这些刑罚，其中一部分是契丹特有的，如“射鬼箭”、“生埋”及“投崖”等。在后来的立法中，都有条件地予以保留了。

神册六年(921)，阿保机“诏大臣定治契丹及诸夷之法，汉人则断以《律》、《令》”⁸。

所谓《律》、《令》即《唐律》、《唐令》，亦即唐代的法典。当时，契丹已创制文字，因此，与《唐律》、《唐令》相对应的“治契丹及诸夷之法”，当是一部契丹王朝自制的法典。遗憾的是直至今日，契丹文字仍是一个未解之迷，关于这部法典的线索，更是无从查考。但是，从一系列相关的历史事实中仍可发现这部“治契丹及诸夷之法”的基本特点，也就是它一方面保留了北方游牧民族的某些传统，同时又深受唐朝法律的影响。

第一，自阿保机立法以后，刑罚的不确定性有所减少。恩格斯曾论及“规定得明确的法兰西法律和含糊的普鲁士邦法的不确定性的本质差别”⁹。《唐律》、《唐令》与契丹法律的差别也在于此。由于受唐朝法律的影响，契丹法律也逐渐开始有了明确规定，例如《辽史》卷61《刑法志》载：“死刑有绞、斩、凌迟之属”，然而“又为梟磔、生瘞、射鬼箭、炮掷、支解之刑，归于重法，闲民使不为变耳。”不过这些“重法”只是间或行之。例如“生瘞”（即“生埋”），当圣宗在位时，仅出现一次。据《辽史》卷14《圣宗本纪》载，那一年五月，“幽皇太妃胡辇于怀州，囚夫人夷懒于南京，余常皆生瘞之”。射鬼箭则只是用于出征及还师之际，以敌探、俘虏或死囚为之。直至辽末，天祚濒临败亡之际，才又滥施这类重刑。据《辽史》卷62《刑法志》载：“赏罚无章，怨讟日起；剧盗相挺，叛亡接踵。天祚大恐，益务绳以严酷，由是投崖、炮掷、钉割、鬻杀之刑复兴焉。或有分尸五京，甚者至取其心以献祖庙。虽由天祚救患无策，流为残忍，亦由祖宗有以启之也”。

第二，除死刑之外，“治契丹及诸夷之法”规定的其他刑罪也较《唐律》为重。上引《辽史·刑法志》所云“淫乱不轨者，五车轘杀之”，与突厥法律规定“淫者，割势而腰斩之”¹⁰相似，而在唐朝，这类犯罪所处罚刑却要轻得多：“诸奸者，徒一半，有夫者徒二年。杂户、官户奸良人者，各加一等。即奸官私奴婢者，杖九十。”¹¹此外，还有些在中原早已废止的酷刑，辽仍行之于契丹族。辽穆宗应历十二年（962），“国舅帐郎君萧延之奴海里强陵拽刺秃里年未笄之女，以法无文，加之官恶，仍付秃里以为奴。因著为令”¹²。尽管此令适应范围可能仅限于奴隶，并不包括良人，但辽有宫刑，则是确定无疑的。应当指出，这一酷刑，中原地区早在魏、北齐时即已经废止了。西魏大统十三年（547）诏，“自今应宫刑者直没官，勿刑”¹³。接着，北齐在天统五年（569）亦诏，“应宫刑者普免刑为宫口”¹⁴。沈家本在系统考察了这种酷刑废止的过程之后，得出结论说：“大统十三年在齐天统五年之前二十余年，其免者止西魏一隅。天统诏免宫刑，于是北朝无此刑，而南朝所未及也。至隋，承齐之后，《开皇律》亦无宫刑。迨平陈之后，区夏混一，自是遂无宫刑矣。”¹⁵但是，隋以后无宫刑，仅限于内地，并不包括契丹等边疆少数民族。辽在中原废止此刑之后四百余年，复又行之于契丹族。

第三，契丹刑法制度具有明显的不健全性质。早年，他们是继承鲜卑由“四部大人，坐王庭决辞讼”的传统，由氏族贵族会议断狱。太祖八年（914），“于越率懒之子化哥屡蓄奸谋，上每优客之，而反覆不悛，召父老群臣正其罪，并其子戮之，分其财以给卫士”¹⁶。后来，辽朝北面官中虽有专掌刑狱的夷离毕院，但狱讼并非由这一机构专决。据《辽史》卷61《刑法志》载：“故事，枢密非国家重务，未尝亲决，凡狱讼惟夷离毕主之。及萧合卓、萧朴相继为枢密使，专尚吏才，始自听讼。”宰辅之臣亲决狱讼，当与契丹传统有关，而与唐朝专门由刑部、御史台、大理寺审理狱讼者不同。此外，契丹刑法制度不健全，还有一个重要例证，那就是有同罪不同罚的情况。《辽史》卷61《刑法志》载：“世宗天禄二年，天德、萧翰、刘哥及其弟盆等谋反，天德伏诛，杖翰，流刘哥，遣盆都使辖曼斯国。夫四人之罪均而刑异。辽之世，同罪而异论者盖多。”

第四，由于辽朝的“治契丹及诸夷之法”不健全、不完备，所以始终与《唐律》并行。

《唐律》适用于契丹等部族中，由来已久。神册立法之前，“时诸部新附，文法未备，〔康〕默记推析《律》意，论决重轻，不差毫厘。罹禁纲者，人人自以为不冤”¹⁷。立法之后，在许多情况下，也仍然需要执行《唐律》中的规定。会同二年（969），“乙室大王坐赋调不

均,以木剑挞背而释之”¹⁸。“赋调不均”这是辽初乙室部移居山后地区,一部分人开始从事农业生产之后才出现的新问题,故在“治契丹及诸夷之法”中没有相应的规定,而只能执行《唐律》。《唐律》卷13《户婚》:“诸差科赋役违法及不均平,杖六十。”乙室大王所受处罚,显然是以这一规定为依据的。统和六年(988)“奚王筹宁杀无罪人李浩,所司议贵,请贷其罪,令出钱贖浩家,从之”¹⁹。“议贵”是《唐律》中关于对权贵犯罪应减免处罚的规定,为“八议”之一:“议者,原情议罪,称定刑之律而不正决之。”²⁰统和十二年(994),圣宗又诏契丹人“犯十恶者,依汉律”²¹。“十恶”是《唐律》卷1《名例》中开列的“其数甚恶”的十类罪过,有“谋反”、“谋大逆”、“谋叛”、“恶逆”、“不道”、“大不敬”、“不孝”、“不睦”、“不义”和“内乱”。关于惩治“十恶”的规定,其核心在于维护封建秩序。阿保机称帝前,契丹尚处在氏族社会末期,故在他们的传统观念中是没有所谓“十恶”的。辽朝建国后,在专制皇权形成和巩固的过程中,统治者始利用《唐律》中有关“十恶”的规定,镇压契丹人的反抗活动。正因为辽朝统治者在制定了“治契丹及诸夷之法”后仍需在部族中继续辅之以推行《唐律》,所以统和元年(983),圣宗才同意枢密院把南京所进《律》文译成契丹文²²。

二

由于不同民族共处于同一个政权统治下,法律上经常要处理许多彼此相涉的问题。辽朝初期,法律上的民族间不平等甚为严重。圣宗以后,立法方面似乎曾力求改变这种状况,“当时更定法令凡十数事,多合人心,其用刑又能详慎。先是,契丹及汉人相殴致死,其法轻重不均,至是一等科之”²³。但是,统治者的这种努力,收效甚微。“契丹颇遵用汉仪,然多杂其国之法,上之人虽欲变改,而俗不可易也”²⁴。其礼仪如此,法制也同样如此。契丹人在法律上的特权地位,很难被触动。圣宗时期,虽有契丹与汉人“一等科之”的规定,但契丹人侵犯汉人正当权益,仍往往受到袒护。“敌八哥始窃蓟州王令谦家财,及觉,以刃刺令谦,幸不死。有司拟以盗论,止加杖罪”²⁵。其实,依《唐律》卷19《贼盗》,类似这种“先盗后强”,即“先窃其财,事觉之后,始加威力”,当属“强盗”。依律:“其持杖者,虽不得财,流三千里;五匹,绞;伤人者,斩”。敌八哥强盗伤人,本应处斩,然而却只加杖刑。这显然在法律上还是存在不平等。针对这种情况,兴宗时期又曾进一步采取措施:“往时北人杀汉人者罚,汉人杀北人者死,近闻反此二法,欲悦汉人。汉人未能收其心,而北人亦以怒矣。”²⁶。看来,矫枉过正,不但无助于解决问题,反倒使当时的社会矛盾进一步复杂化了。宋哲宗元祐四年(辽道宗大安五年,公元1089年)苏辙使辽,曾就蕃汉法律关系问题做过调查,回来后奏报宋廷。据他说:“北朝宽契丹、虐燕人,盖已旧矣。然臣等访问山前诸州祇候公人,止是小民争斗杀伤之狱则有此弊。至于燕人强家富族,似不至如此。”²⁷这说明,直至道宗时期,蕃汉法律平等也仅仅限于燕京地区的“强家富族”,一般汉族人民群众,仍不免要遭受民族歧视和民族压迫。而且,归根到底,制造民族矛盾的还是辽朝统治阶级,因为民族矛盾往往可以被他们利用来维护自己的统治,所以,在一定条件下,他们的法律从一个极端转向另一个极端,也就毫不奇怪了。辽朝末年曾发生这样的情况:“天祚怒国人叛己,命汉儿遇契丹则杀之。初,辽制契丹人杀汉儿者皆不加刑。至是摠其宿愤,见者必死,国中骇乱,皆莫为用。”²⁸这样的事实表明,制造民族不平等的统治者,不管采取怎样的措施,也只能加剧民族矛盾。

统治者为了更有效地行使统治权力,在某些情况下也会采取一些措施来调整民族关系,这些措施究竟能否奏效,归根结底还是受社会基础对上层建筑的影响这个规律制约的。法制是上层建筑,契丹统治者要统一法律,把《律》、《令》推行到契丹民族中去,只能根据游牧民族的社会实际情况加以变通,才能行得通,机械照搬是不行的。那时辽朝统治者当然是

不懂得这一道理的。所以,《律》、《令》的推行都经过了反覆曲折的过程。例如“缘坐”(即连坐)之法的实行过程就是这样的。《唐律》卷17《盗贼》载:“诸谋反及大逆者,皆斩,父子年十六以上皆绞,十五以下及母女、妻妾、祖孙、兄弟、姊妹若部曲、资财、田宅并没官,男夫年八十及笃疾、妇人年六十及废疾者并免;伯叔父、兄弟之子皆流三千里,不限籍之同异。”这种“缘坐”本来是以汉族的宗法制家庭关系为基础的,这种家庭关系最重男系血统。然而北方游牧民族却并非如此。例如与契丹同属“东胡”的乌桓,“怒则杀父兄,而终害其母……其自杀父兄则无罪”²⁹。在这种情况下,实行“缘坐”,自然要遭到普遍反对。但是,在契丹族中,对此却经历了一个由反对、抵制到接受的变化过程。《辽史》卷45《百官志·北面著帐官》载:“遥辇痕德堇可汗以蒲古只等三族害于越室鲁,家属没入瓦里。应天皇太后知国政,析出之,以为著帐郎君、娘子,每送矜恤。世宗悉免之。其后内族、外戚及世官之家犯罪者,皆没入瓦里。”这种与连坐密切相关的籍没,初行之于遥辇痕德堇可汗,其后,应天皇太后及世宗时都曾加以纠正,但仍继续推行。直至圣宗时,才明令废除连坐。据《辽史》卷79《耶律阿没里传》载:“先是,叛逆之家,兄弟不知情者亦连坐。阿没里谏曰:‘夫兄弟虽曰同胞,赋性各异,一行逆谋,虽不与知,辄坐以法,是刑及无罪持。自今,虽同居兄弟,不知情者免连坐。’〔承天〕太后嘉纳,著为令。”“连坐”这种酷法,在中原,自秦唐历代皆行之不废,然而,行之于契丹,其统治阶级内部对此却屡生异议。这正是由于契丹族与汉族社会发展状况有所不同的缘故。但承天太后既已诏令免连坐之后,此后连坐、籍没却仍旧行之。大康三年(1077),奸臣耶律乙辛诬告萧速撒等谋废道宗而拥立太子,于是道宗“杀速撒等诸子,籍其家”³⁰。此次,共杀挾不野、撒刺等35人,“又杀速撒等诸子,其幼稚及妇女、奴婢、家产皆籍没之,或分赐群臣”³¹。

诸如连坐、籍没等个别的法律规定,虽屡遭反对,但仍得以在契丹族中推行,这正是契丹族本身汉化、封建化的过程正在进行中的反映。然而,他们与汉族的民族差别毕竟仍然存在,如果不顾及这一基本事实,完全取消法制方面的特殊性而强求统一,也是行不通的。辽道宗就曾经进行过这种不成功的尝试,据《辽史》卷62《刑法志》载:“〔咸雍〕六年,帝以契丹、汉人风俗不同,国法不可异施,于是命惕隐苏、枢密史乙辛等更定《条制》。凡合于《律》、《令》者,具载之;其不合者,别存之……条约既繁,典者不能编习,愚民莫知所避,犯法者众,吏得因缘为奸。故〔大安〕五年诏曰:‘法者所以示民信致国治。简易如天地,不忒如四时,使民可避而不可犯。比命有司,纂修刑法,然不能明体朕意,多作条目,以罔民于罪,朕甚不取。自今复用旧法,余悉除之。’”道宗致力于统一辽朝法律,经二十余年,最后终于宣告失败。这一历史教训充分说明了:在刑法制度问题上,不顾民族差别仍然存在的社会实际状况,强求统一,必不成功。

〔本文责任编辑 徐亦亭〕

①②《辽史》卷45《百官志》。③《魏书》卷100《契丹传》。④《北史》卷94《契丹传》。⑤⑥⑦⑧⑨《辽史》卷61《刑法志》。⑩《辽史》卷2《太祖本纪》。⑪《辽史》卷116《国语解》:“凡帝亲征,服介冑,祭诸先帝,出则取死囚一人,置所向之方,乱矢射之,名射鬼箭,以拔不祥。及班师,则射所俘。后因为刑法之用。”⑫《马克思恩格斯全集》第20卷,120页。⑬《北史》卷99《突厥传》。⑭《唐律疏议》卷26《杂律》。⑮《通考》165。⑯《北齐书》卷8《后主纪》。⑰《历代刑法考·刑法分考》卷6。⑱⑲《辽史》卷1《太祖本纪》。⑳㉑《辽史》卷12《圣宗本纪》。㉒《唐律疏议》卷1《名例律》。㉓《辽史》卷13《圣宗本纪》。㉔《辽史》卷10《圣宗本纪》。㉕《续通鉴长编》卷58,景德元年十二月乙未李继昌言。㉖《续通鉴长编》卷156,庆历五年闰五月癸丑欧阳修言。㉗《栞城集》42卷《北使还论北边事制子·论北朝政事大略》。㉘洪皓:《松漠纪闻》。㉙《后汉书》卷90《乌桓鲜卑列传》。㉚《辽史》卷23《道宗本纪》。㉛《辽史》卷62《刑法志》。