

元代司法審判中種族因素的影響

劉 曉*

摘要

元朝是中國歷史上第一個由非漢族統治者建立的君臨全國的王朝，其統治政策刻意維護「國人」——蒙古人的利益，帶有深深的種族烙印。不過，基於種族差異，嚴格區分蒙古、色目、漢人、南人的所謂「四等人制」，在元代社會至少是司法層面並不存在。元代所謂的「四等人制」，更多地體現在官員選舉任用方面，在司法審判層面，不僅缺乏「四等人制」的明確表述，也找不到自上而下羅列四等級差別待遇的詳盡規定，其中的漢人與南人，我們甚至還看不到二者在這方面有何差異。所以說，「四等人制」與其說是一種社會制度，毋寧說是一種理論假設，這種假設在許多方面還存在著空白或不足。當涉及種族差異時，元朝在司法審判中更為注重的是「各從本俗法」的原則。也可札魯忽赤——大宗正府與都護府——大理寺等特殊機構的設置，或許即是基於這種考慮。當然，「各從本俗法」只是一個大前提，當涉及刑事犯罪時，這一原則顯然無法全盤適用。在涉及不同種族互毆時，元朝法律僅規範了蒙古、漢人互毆的情形，直到元末纔將其適用範圍擴大到色目與南人。在強制措施與刑罰制度方面，元朝較為刻意維護蒙古人的利益，並出現了蒙古法因素的滲透，但色目人這方面的待遇，與漢人、南人差異較小，其中僅有刺字一項，經歷了從短暫的「一體刺斷」到「免刺」的演變過程，漢人與南人之間則無任何差別。在婚姻禮俗方面，元代前期雖有收繼婚等蒙古因素向漢人、南人的滲透，但也有中期以後向漢族法律傳統回歸的趨勢。

關鍵詞：元代 種族 四等人制 司法審判

* 北京中國社會科學院歷史研究所研究員。

綱目

- 一·序言：「四等人制」及「色目人」在司法審判中的界定
- 二·司法管轄涉及種族因素的兩大機構——大宗正府與都護府
- 三·種族因素影響舉隅
- 四·簡短的結論

一·序言：「四等人制」及「色目人」在司法審判中的界定

元朝是中國歷史上第一個由非漢族統治者建立的君臨全國的王朝。因統治地域遼闊，境內民族眾多，國家統合（national integration）較為脆弱，元朝統治者對境內居民採取了因俗而治的原則，各族本俗法並重。¹

作為統治民族，毋庸置疑的是，蒙古族在整個國家中居於優越地位，有的日本學者逕稱之為「蒙古至上主義」。作為外來種族的色目人，因對蒙古人在中國的統治不構成威脅，成為蒙古統治者的天然同盟，居於次優越地位。漢人與南人，作為被統治種族，是蒙古統治者重點防範與壓制的對象。針對元朝的種族壓迫政策，日本蒙古學家箭內互率先提出「四等人制」概念，並在官員選任、科舉、刑罰規定等諸多方面，具體闡述了當時蒙古、色目、漢人、南人的差別待遇。²此論點經蒙思明《元代社會階級制度》（北京，哈佛燕京學社，1938）一書發揚，在國內產生重大影響，逐漸為國內學者所接受，雖然他們對蒙先生早年以「種族階級」分析元代四等人制的方法，多所保留（蒙先生在此書1980年中華書局再版序中也坦承自己這方面的不足）。有關「四等人制」的論述，在國內各種元代通史性著作中多有論述，幾成定論。³

不過，正如國內外不少學者所注意到的，將元代人口劃分為蒙古、色目、漢人、南人，並規定其差別待遇的「四等人制」，從未見諸任何元代官方文件。所謂「四等人制」，只是後人將元朝相關零散規定加以概括總結而形成的一種理論假

¹ 蕭啟慶，〈元朝的統一與統合：以漢地、江南為中心〉，《內北國而外中國》（北京：中華書局，2007），上冊，頁17-38。

² 箭內互，〈元代社會の三階級〔色目考〕〉，《蒙古史研究》（東京：刀江書院，1930），頁307-323。

³ 比較典型的敘述，可見丁國範所撰，〈四等人制〉，《中國大百科全書·中國歷史·元史》（北京：中國大百科全書出版社，1985），頁101-103。

設，這些規定涉及不同時間、不同事件，而且往往只是針對其中某類人的某種具體規定。以蒙古、色目與漢人、南人並舉，並顯示出二者的差別待遇，大概發軔於元仁宗在位時開始的科舉考試。據皇慶二年（1313）頒佈的《科舉條制》，當時的科舉考試共分兩榜錄取，其中蒙古、色目為一榜，漢人、南人為一榜。蒙古、色目要考經問、策兩場，漢人、南人則考明經、古賦詔誥章表、策三場，兩榜的科目數量與難度存在較大差異。至於兩榜進士的任官，則無差別。「第一名賜進士及第，從六品；第二名以下及第二甲，皆正七品；第三甲以下，皆正八品。兩榜並同。」如蒙古、色目願意參加漢人、南人科目並中選的，任官時加一等注授。⁴這一規定，被不少學者認為是對漢人、南人的一種歧視與壓制。其實，如果換一種角度與思維，那麼，硬性規定科舉科目的整齊劃一，是否意味著對蒙古、色目人的相對不公平呢？對蒙古、色目人而言，漢語畢竟不是他們的母語，儒家經典對蒙古、色目種族中的大多數人而言，更是非常隔膜。當然，毋庸置疑的是，蒙古統治者對被統治民族的防範始終是存在的，但這種政策是否已經完善到嚴密的「四等人制」，還存在許多疑問。⁵

日本學者舩田善之 1999 年發表的〈元朝治下の色目人について〉非常引人矚目。⁶在文章中，他引用《元典章》相關記載，來談元人對色目人概念的模糊認識。其中，大德十一年（1307）的一份官方文獻提到，山東宣慰司與大都、真定、隆興、河間、廣平等路在處理強竊盜賊案件時，依然「未審何等為色目人」。專門負責此類案件的也可札魯忽赤依據大德八年（1304）奏准的一份聖旨，給出如下司法解釋：「除漢兒、高麗、蠻子人外，俱係色目人有。」⁷這種簡單的排除法，在司法實踐中實際上很難操作，而這種缺陷很快就暴露出來。延祐二年（1315）、三年（1316），濟寧路連續發生兩起盜竊案。破案後，因從賊張不花係女真人，而

⁴ 《元典章》（陳高華、張帆、劉曉、党寶海點校，北京：中華書局、天津：天津古籍出版社，2011），卷三一，〈禮部四·學校一·儒學·科舉條制〉，頁 1096。

⁵ 劉浦江，〈金朝的民族政策與民族歧視〉認為，金代所謂女真、渤海、契丹、漢兒之類的民族等級只是南宋人總結出來的，並非法定等級，而在元代文獻中雖然也找不到劃分民族等級的明確記載，但當時對蒙古、色目、漢人、南人的政治地位和法律地位都有不同規定，所以元代的四等人制可以認為是法定的。參見氏著，《遼金史論》（瀋陽：遼寧大學出版社，1999），頁 60。實際上，元代的四等人制，也是後人的總結，所謂政治地位和法律地位的不同規定，即使經後人全面總結，也是非常零散的，存在許多空白點，難以稱得上是法定等級制度。

⁶ 《史學雜誌》，108 編第 9 號（1999），頁 43-68。

⁷ 《元典章》卷四九，〈刑部一一·諸盜一·強竊盜·流遠出軍地面〉，頁 1630。

濟寧路「未審女直同與不同色目」，只得將案件上報。刑部給出的處理意見如下：

偷猪切盜張不花，女直人氏。若擬不同色目，照得大德八年奏准盜賊通例節該：「除漢兒、高麗、蠻子人外，俱係色目。」欽此。參詳：前項賊人既是女直，不同蒙古，況兼有姓，難同色目，合與漢兒一體刺字。

刑部意見總的來說，還是有些含混不清，畢竟當時色目人有漢姓者已非罕見。不過，中書省最終還是同意了刑部的意見，指出：「今後女直作賊，既非色目，依准部擬，與漢兒一體刺字。」⁸從以上案例，我們不難發現，直到元代中葉，元朝政府在司法實踐中對色目人的概念還是沒有一個很好的界定。這似乎也從一個側面折射出所謂元代「四等人制」的假說自有其不確定因素在內。

二· 司法管轄涉及種族因素的兩大機構——大宗正府與都護府

元代實行諸色戶計政策，將境內居民按職業、種姓等不同標準，劃分為不同戶計，設置相應機構進行管理，其中也包括一般性訴訟事務，因此當時涉及屬人管轄的司法審判機構實際上很多，遇到諸色戶計之間發生訴訟時，往往要由各主管機構派員合議審理，此即所謂的「約會制」。元人鄭介夫曾提到這種現象，指出：

今正宮位下自立中政院，匠人自隸金玉府，校尉自歸拱衛司，軍人自屬樞密院，諸王位下自有宗正府、內史府，僧則宣政院，道則道教所，又有宣徽院、徽政院、都護府、白雲宗所管戶計。諸司頭目，布滿天下，各自管領，不相統攝。凡有公訟，並須約會，或事涉三四衙門，動是半年，虛調文移，不得一會。⁹

鄭介夫提到的上述機構中，涉及種族因素的機構主要為大宗正府與都護府，¹⁰下面

⁸ 《元典章》卷四九，〈刑部一一·諸盜一·刺字·女直作賊刺字〉，頁1655。

⁹ 《元代奏議集錄》（邱樹森、何兆吉輯點，杭州：浙江古籍出版社，1998），下，頁83。

¹⁰ 此外，回回哈的司及哈的大師以伊斯蘭法參與訴訟事務，雖主要基於宗教原因，但因元代穆斯林基本上為回回人，在某種程度上也可算作涉及種族因素的機構。《元典章》卷一八，《戶部四·婚姻·夫亡·未過門夫死回與財錢一半》（頁650-651）記載了大都路麻合馬訴女婿狗兒身死，丈人阿里要求狗兒弟收繼一案。大都路在審理此案時，「就問得回回大師不魯溪等稱：『回回體例，女孩兒不曾娶過、死了的孩兒，若小叔接續，女孩兒底爺娘肯交收呵，收者。不肯交收呵，下與的財錢回與一半。』」回回大師即哈的大師。刑部最後採納

我們對這兩個機構的情況做一簡單介紹。

(一) 大宗正府

元代大宗正府的淵源，可追溯到大蒙古國時期的札魯忽赤——大斷事官體制。入元後，隨著新的漢式中樞機構——中書省的建立，札魯忽赤——大斷事官體制的影響開始減弱。¹¹不過，忽必烈建立元朝後，並沒有刻意排斥這一舊制，而是將其保留下來，鑲嵌到新的官僚體系中。據《元史·百官志三》：

國初未有官制，首置斷事官，曰札魯忽赤，會決庶務。凡諸王駙馬投下蒙古、色目人等應犯一切公事，及漢人奸盜詐偽、蠱毒厭魅、誘掠逃驅、輕重罪囚，及邊遠出征官吏、每歲從駕分司上都存留住冬諸事，悉掌之。至元二年，置十員。三年，置八員。九年，降從一品銀印，止理蒙古公事。以諸王為府長，餘悉御位下及諸王之有國封者。又有怯薛人員，奉旨署事，別無頒受宣命。¹²

將這一蒙古舊制正式冠以大宗正府的稱謂，是在至元十七年（1280）以後纔發生的事情。因為直到當年，權臣阿合馬仍在請求建立大宗正府。¹³五年之後，也就是至元二十二年（1285），哈刺哈孫出任大宗正，大概正是在此前後，大宗正府始正式成立（仁宗至順帝後至元初去「大」字，稱宗正府）。不過，大宗正府的長官大宗正，很快就被更為蒙古人熟悉的也可札魯忽赤所代替，¹⁴而比稱謂變化更為重要

了哈的大師的意見，以回回體例了結此案。至大四年（1311），元朝下令罷回回哈的司，規定哈的大師只管掌教念經，「回回人應有的刑名、戶婚、錢糧、詞訟大小公事，哈的每休問者，交有司官依體例問者」。但實際上哈的大師在這方面的職權仍有所保留。可參見《元典章》卷五三，〈刑部一五·訴訟·問事·哈的有司問〉，頁1759。《通制條格校注》（方齡貴校注，北京：中華書局，2001），卷二九，〈僧道·詞訟（三）〉，頁712。又正文引文出自《通制條格》者，亦是使用本書。邱樹森，〈從黑城出土文書看元「回回哈的司」〉，《元代文化史探微》（海口：南方出版社，2001），頁223-238。

¹¹ 參見姚大力，〈從「大斷事官」制到中書省——論元初中樞機構的體制演變〉，氏著，《蒙元制度與政治文化》（北京：北京大學出版社，2011），頁195-218。

¹² 宋濂，《元史》（北京：中華書局，1976），卷八七，〈百官志三〉，頁2187。

¹³ 《元史》卷二〇五，〈奸臣傳·阿合馬〉，頁4562。有關大宗正府的建立過程，參見拙著，〈元代大宗正府考述〉，《內蒙古大學學報》，第2期（1996.4），頁6-15。

¹⁴ 《元史》卷一三六，〈哈刺哈孫傳〉與劉敏中，《劉敏中集》（鄧瑞全、謝輝校點，長春：吉林文史出版社，2008），卷四，〈敕賜太傅右丞相贈太師順德忠獻王碑〉，頁34，在提到哈刺哈孫任此職時，均作大宗正。大約與其同時任職的薛徹干，文獻記載也多作大宗正。如《元史》卷一三四，〈禿忽魯傳〉，頁3251；蘇天爵編，《國朝文類》（四部叢刊），卷六八，

的是，世祖至元後期出現的大宗正府，並非傳統意義上的皇室宗親管理機構，而是一個具有相當大司法管轄權的審判機構，從某種意義而言，其權力有時甚至凌駕於傳統最高司法機構——刑部之上。

大宗正府的基本司法管轄權被定位為蒙古、色目人詞訟，但在有元一代，大宗正府的司法管轄範圍常常向外擴張，顯得有些伸縮不定。仁宗皇慶元年（1312），大宗正府在給中書省的呈文中提到：

根腳裏成吉思皇帝時分立札魯花赤呵，諸王、駙馬、各怯薛歹、各愛馬蒙古、色目人每奸盜、詐僞、婚姻、驅良等事，交管來。至元二十二年，漢人有罪過呵，也交俺管來。前者奸盜、詐僞、婚姻、驅良等事歸斷有。¹⁵

如前所述，蒙古立國時，札魯忽赤作為「會決庶務」的官僚群體，管轄權實際上是無所不包的。元朝建立後，隨著中央司法機構——刑部的建立，札魯忽赤轉而「止理蒙古公事」。但這種局面並沒維持多久，至少到至元二十二年，大宗正府已開始涉足漢人訴訟。此後，又將其管轄權進一步延伸到新征服地——江南地區。¹⁶這方面的實例在《元典章》有很多。如至元二十五年（1288）尚書省咨文提到男女通姦再犯時，指出：「前項犯奸罪，刺面配役，即係札魯花赤腹裏路分合行事理。」¹⁷大德三年（1299）安西路臨潼縣僧人孫義吉偷盜馬匹案，刑部意見也指出：「緣係札魯火赤掌管事理，更乞割付本處議擬。」¹⁸再如《元史·成宗紀四》：大德七年（1303）三月，「定大都南北兵馬司奸盜等罪，六十七以下付本路，

〈平章政事致仕尚公神道碑〉，頁4b等。此後，大宗正一詞在元代文獻基本消失，取而代之的是也可札魯忽赤。泰定帝即位後，大宗正府職掌恢復世祖舊制。泰定三年（1326）二月，「命諸王魯賓為大宗正。」（《元史》卷三〇，〈泰定帝紀二〉，頁668）這大概是大宗正這一頭銜最後一次在元代文獻中出現。

¹⁵ 《元典章》卷四九，〈刑部一一·諸盜一·強竊盜·剽豁土居人物依常盜論〉，頁1641-1642。

¹⁶ 據《劉敏中集》卷四，〈敕賜太傅右丞相贈太師順德忠獻王碑〉（頁34），至元二十二年，哈刺哈孫任大宗正，當時有人「奏請江南囚亦隸大宗正蒞決」，哈拉哈孫認為：「彼間民教令未孚，若一切繩之，恐生亂。」得到忽必烈首肯。而據《元典章》卷四〇，〈刑部二·刑獄·斷獄·隨路決斷罪囚〉（頁1377）：「至元二十九年（1292）十月二十六日，奏過事內一件：『官人每說：隨路江南罪囚每，限遲慢着有。』奏呵，『為甚那般遲慢着有？』聖旨有呵，回奏：『賊每根底，交大札魯忽赤每斷者。聖旨有來。為那上頭，等大札魯忽赤每斷呵，誤着有。』奏呵，『不須等札魯忽赤斷。合斷的，交隨路官人每斷了者。』聖旨了也。欽此。」則至少在至元二十九年以前，大宗正府就已經涉足江南案件的審決。

¹⁷ 《元典章》卷四五，〈刑部七·諸奸·凡奸·腹裏犯奸刺配〉，頁1535。

¹⁸ 《元典章》卷四九，〈刑部一一·諸盜一·刺字·僧人作賊刺斷〉，頁1650。

七十七以上付也可札魯忽赤。」¹⁹等等。仁宗即位後，大宗正府涉足漢人訴訟的局面發生改變。皇慶元年（1312）三月十三日，中書省上奏：「俺商量來：四怯薛、諸王、駙馬外頭的達達、色目、兀魯思千戶每的奸盜、詐偽，自其間裏有詞訟勾當呵，交札魯花赤歸斷呵，怎生？」²⁰得到仁宗批准。《元史·百官志三》則將此事繫於皇慶二年，指出當年「以漢人刑名歸刑部」。泰定帝在位期間，大宗正府又恢復世祖舊制。泰定元年（1324）八月，「敕以刑獄復隸宗正府，依世祖舊制，刑部勿與。」²¹四年（1327）七月，「詔諭宗正府，決獄遵世祖舊制。」²²《元史·百官志三》則提到：「泰定元年，復命兼理……致和元年（1328），以上都、大都所屬蒙古人並怯薛軍站色目與漢人相犯者，歸宗正府處斷，其餘路府州縣漢人、蒙古、色目詞訟，悉歸有司刑部掌管。」²³順帝即位後不久，元統二年（1334）三月，「詔：『蒙古、色目犯奸盜詐偽之罪者，隸宗正府；漢人、南人犯者，屬有司。』」²⁴不過，到後至元二年（1336）三月，「以按灰為大宗正府也可札魯忽赤，總掌天下奸盜詐偽。」²⁵似乎表明大宗正府與刑部對掌蒙古、色目與漢人、南人奸盜詐偽罪的局面又被改變。

此外，《元典章》有一段有關成宗年間審核蒙古重囚（在元代常常為死囚的代名詞）的記載，彌足珍貴，茲彙錄全文如下：

大德六年九月，行臺准御史臺咨：奉中書省劄付：蒙古文字譯該：中書省官人每根底，寶哥為頭也可札魯忽赤每言語：「虎兒年正月二十二日，〔也〕可〔札〕魯忽赤寶哥、禿忽魯，由德帖里、脫歡上位奏：『在先蒙古重囚的勾當斷呵，欽依薛禪皇帝聖旨，月兒魯那顏、月赤察兒兩個根底商量了，上位奏來。前者月赤察兒被差之後，咱上位奏，完澤、阿忽歹兩個根底商量了奏那？奏呵，那般者。麼道，聖旨有來。省官人每俺根底行將文字來：臺官人每奏：如今也可札魯忽赤裏重囚有呵，立著蒙古文字，交俺審問有。是人

¹⁹ 《元史》卷二一，〈成宗紀四〉，頁449。

²⁰ 《元典章》卷四九，〈刑部一一·諸盜一·強竊盜·剽豁土居人物依常盜論〉，頁1642。另據《元史》卷一〇二，〈刑法志一·職制上〉（頁2611）：「諸四怯薛及諸王、駙馬、蒙古、色目之人，犯奸盜詐偽，從大宗正府治之。」二者或即同一法源。

²¹ 《元史》卷二九，〈泰定帝紀一〉，頁649-650。

²² 《元史》卷三〇，〈泰定帝紀二〉，頁680。

²³ 《元史》卷八七，〈百官志三〉，頁2187-2188。

²⁴ 《元史》卷三八，〈順帝紀一〉，頁821。

²⁵ 《元史》卷三九，〈順帝紀二〉，頁834。

命的勾當有。如今交立漢兒文卷，俺根底行將文字來呵，俺差監察每交審問，怎生？麼道，奏呵，那般者。聖旨了也。麼道，俺根底行將文字來有。咱每從在先蒙古重囚的勾當，不曾立漢兒文字來。他每根底行的文字，也無有來。如今咱每的蒙古勾當根底，與漢兒的勾當裏，交廝似行的一般有。如今俺依著在先體例裏，蒙古重囚，完澤、阿忽歹兩個根底商量者，奏呵，怎生？商量了。」奏呵，『那般者。』麼道，聖旨了也。奏時分，速古兒赤馬哈某沙、阿塔赤燕忽兒的哈、(借)[昔]寶赤哈只等有來。如今依著聖旨體例裏，行將文字去也。」據此，照得先爲本臺呈：「奏奉聖旨節該：『也可札魯忽赤重罪過的人，取了蒙古狀子，也立著漢兒案卷，與文字，交監察每審復。』欽此。」²⁶

據引文，元世祖在位期間，大宗正府審核蒙古重囚後，要與月兒魯那顏、月赤察兒兩個人商量，然後纔能上奏。月兒魯那顏、月赤察兒均爲蒙古重臣。其中，月兒魯那顏（蒙古語「能官」的意思）即玉昔帖木兒，爲成吉思汗四傑之一博爾術之後，歷任御史大夫、知樞密院事等。月赤察兒爲成吉思汗四傑之一博爾忽之後，歷任宣徽使、知樞密院事。武宗即位，轉和林行省右丞相，封淇陽王。²⁷ 虎兒年即大德六年（1302）正月，因前一年月赤察兒被派往漠北輔佐晉王對抗西北叛王，而月兒魯那顏早在元貞元年（1295）就已去世，大宗正府也可札魯忽赤寶哥等遂奏請成宗，改由中書右丞相完澤、左丞相阿忽歹參與審核蒙古重囚，並得到批准。至於文中提到的另立漢文文卷，則是爲了方便監察機構參與復核案卷、審問罪囚之用。《元史·刑法志二·職制下》：「諸大宗正府理斷人命重事，必以漢字立案牘，以公文移憲臺，然後監察御史審覆之。」²⁸ 即由此而來。另據《元史·鐵木迭兒傳》，「大宗正府奏：『累朝舊制，凡議重刑，必決于蒙古大臣，今宜聽於太師右丞相（即鐵木迭兒——引者注）。』從之。」²⁹ 此處所謂重刑，亦當指蒙古重囚而言，可見直到仁宗時期，元朝依然遵循了蒙古重囚須由蒙古重臣最後審核的慣例。

²⁶ 《元典章》卷三九，〈刑部一·刑制·刑名·審復蒙古重刑〉，頁1343-1344。

²⁷ 二人傳記，可參見《元史》卷一一九，〈玉昔帖木兒傳〉、〈月赤察兒傳〉；蘇天爵編，《元朝名臣事略》（姚景安點校，北京：中華書局，1996），卷三，〈太師廣平貞憲王〉、〈太師淇陽忠武王〉等。

²⁸ 《元史》卷一〇三，〈刑法志二·職制下〉，頁2632。

²⁹ 《元史》卷二〇五，〈奸臣傳·鐵木迭兒〉，頁4578。

(二) 都護府

都護府為元代畏兀兒人司法審判的常設機構。據《元史·百官志五》，「都護府，秩從二品。掌領舊州城及畏吾兒之居漢地者，有詞訟則聽之。」³⁰ 由此可見，都護府在元代既管領畏兀兒舊有地面，即哈喇火州等地的司法事宜，也統攝遷居內地的畏兀兒人的訴訟事務。

元代畏兀兒人來源於以前的高昌回鶻王國，國王稱亦都護。蒙古興起後，亦都護巴而朮阿而忒的斤歸附成吉思汗，成為較早歸附蒙古政權的一支勢力。歸附蒙古人後，畏兀兒政權在其轄境內依然保持一定的獨立地位。元朝建立後，隨著與西北諸王戰事不斷惡化，地處前線的畏兀兒政權受到察合台後王的軍事壓迫，大約在至元二十二年被迫內遷，長期居住在河西走廊的永昌，受元廷封為高昌王。在此前後，不少畏兀兒人遷居中原內地，開始與其他民族混居。³¹

都護府的前身為畏兀兒斷事官，起先為元朝設於畏兀兒境內的管理機構，以後大概隨著畏兀兒人內遷，轉為附設在大都的中央機構，屬內朝官序列。據《元史·百官志五》，至元十一年（1274），元朝始設立畏兀兒斷事官，秩三品。十七年，改為北庭都護府，秩從二品。《元史·世祖紀八》將其分記為二事。即至元十七年十二月甲午，「置鎮北庭都護府於畏吾境，以脫脫木兒等領其事。」至元十八年（1281）二月乙酉，「改畏吾斷事官為北庭都護府，陞從二品。」³² 到至元二十年（1283），都護府又改為大理寺，秩正三品。兩年後，復為都護府，品秩也改回原來的從二品。對此，《元史·世祖紀十》也有相應記載，至元二十二年十月戊午，「升大理寺為都護府，職從二品。」³³ 此後，仁宗延祐三年，都護府曾陞正二品，延祐七年（1320）英宗即位，又降為從二品。³⁴

都護府的設官，《元史·百官志五》的記載如下：

大都護四員，從二品；同知二員，從三品；副都護二員，從四品；經歷一員，從六品；都事一員，從七品；照磨兼承發架閣庫管勾一員，正八品；令

³⁰ 《元史》卷八九，〈百官志五〉，頁2273。

³¹ 田衛疆，《蒙古時代維吾爾人的社會生活》（烏魯木齊：新疆美術攝影出版社，1995），頁45-56。

³² 《元史》卷一一，〈世祖紀八〉，頁228、230。

³³ 《元史》卷一三，〈世祖紀一〇〉，頁280。

³⁴ 《元史》卷二七，〈英宗紀一〉（頁600）：延祐七年三月「庚子，降太常禮儀院、通政院、都護府、崇福司，並從二品。」

史四人，譯史二人，通事、知印各一人，宣使四人，典吏二人。³⁵

此外，在都護府改爲大理寺期間（至元二十年至二十二年），據《元典章》卷七〈吏部一·官制一·職品·拾存備照品官雜職〉，其官員設置主要有：大理卿，正三品；大理少卿，從三品；大理丞，從四品。另有經歷，從七品；知事，從八品。上述官員的設置，頗有些類似傳統中央審判機構——大理寺。但實際上，元初雖有設立大理寺的設想，且在中統二年（1261）八月先行任命律學家鄭汝翼爲大理寺丞，³⁶但這一設想最終未能成爲現實。將都護府改爲大理寺，如同將札魯忽赤改爲大宗正府一樣，只是當時對漢式官僚機構的一種比附，二者性格則相差甚遠。

元代規定畏兀兒人訴訟管轄的詔書，目前所見主要有三份，均見《元典章》，時間分別爲大德五年（1301）、皇慶二年與延祐六年（1319）。首先我們看大德五年詔書：

大德五年七月二十一日，欽奉聖旨：在先，易都護爲頭畏吾兒每、的斤迭林爲頭哈迷里每，畏吾兒每、漢兒每、河西每、蠻子每、哈刺張根底、回回田地裏，不揀那個諸王公主駙馬每根底、各投下每根底有的畏吾兒每、哈迷里每，軍站差役，不揀甚麼的，對證的、合問的勾當每，他每的若有呵，脫因納、長壽、荅失帖木兒、伯顏、買住、帖童等都護府的官人每管着。外頭城子裏有的畏吾兒每、哈迷里每，和別個的百姓每一處對證的、合問的勾當，他每的有呵，委付了的他每的頭目，與城子裏官人每一處交對證着，問了斷者。道來。這般宣諭了呵，自意問的人每，他每不怕那甚麼？³⁷

詔書提到的「易都護」通常譯作「亦都護」，爲畏兀兒首領稱號，當時任亦都護者爲紐林的斤。³⁸哈迷里即今天新疆的哈密，這當是與畏兀兒亦都護並存的另一地方政權，迭林的斤爲其首領。元代文獻中常常畏兀兒、哈迷里二者並稱。³⁹詔書規定，畏兀兒人、哈迷里人，無論是在畏兀兒、漢地（漢兒）、河西、江南（蠻子）、雲南（哈刺張）、回回等地面，還是在諸王、公主、駙馬與各投下當差，他們之間

³⁵ 《元史》卷八九，〈百官志五〉，頁2273。

³⁶ 王惲，《秋澗先生大全文集》（四部叢刊），卷八二，〈中堂事記〉下，頁15b。鄭汝翼曾撰有《永徽法經》三十卷，爲唐律與金律的比較法研究著作，但已失傳。參見《四庫全書總目》（北京：中華書局，1965），卷八四，〈史部·政書類存目二·永徽法經〉，頁726。

³⁷ 《元典章》卷五三，〈刑部一五·訴訟·約會·畏吾兒等公事約會〉，頁1782-1783。

³⁸ 有關亦都護稱謂的起源、涵義，可參見尚衍斌，〈元代畏兀兒亦都護官號考〉，見氏著，《元代畏兀兒人研究》（北京：民族出版社，1999），頁304-313。

³⁹ 有關哈迷里，可參見陳高華，〈哈密里二三事〉，見氏著，《元史研究論稿》（北京：中華書局，1991），頁441-443。

如發生軍站差役等方面對證、合問的事務，由脫因納等爲首的都護府管轄。⁴⁰如是在各地城子裏與其他百姓發生對證、合問事務，則由當地這些人的頭目與地方長官一同約會審理。不過，據《元史·成宗紀四》：大德八年四月丙戌，「詔諸路畏吾兒、合迷里自相訟者，歸都護府；與民交訟者，聽有司專決。」⁴¹如上述記載不誤的話，則三年後，畏兀兒人、哈迷里人在各地與其他百姓發生訴訟，似已不再採取約會制的形式，而是由地方官專門審理。但這顯然與以下皇慶二年（1313）詔書內容不符：

皇慶二年三月 日，欽奉聖旨：都護府官人每奏：薛禪皇帝時分，完者禿皇帝時分，曲律皇帝時分，亦都護爲頭畏吾兒每，的斤迭林爲頭哈迷里每，漢兒、河西、蠻子、哈刺章、回回田地裏，不揀那裏諸王公主駙馬各投下有的畏吾兒每、哈迷里每，軍站差發，不揀怎生，合對證的、合問的勾當，他每有呵，禿魯不花爲頭都護府官人每識者。外頭城子裏有的畏吾兒每、哈迷里每，共別個的百姓一處合對證的、合問的勾當，他的有呵，所委的頭目，城子裏官人每一同約會問者，交對證了斷者。一面問的人，不怕那甚麼？更這都護府官人每，這般宣諭了呵，無體例勾當做呵，交百姓生受呵，他每不怕那甚麼？聖旨。鼠兒年七月十六日，上都有時分寫來。⁴²

鼠兒年爲皇慶元年（壬子），也就是說這份詔書實際上是在皇慶元年寫就的。詔書內容與大德五年詔書基本相同，只是此時都護府長官已換成禿魯不花。需要說明的是，詔書中提到的「薛禪皇帝」、「完者禿皇帝」與「曲律皇帝」，分別指世祖、成宗、武宗，也就是說，從世祖在位以來，都護府的訴訟管轄範圍沒有發生什麼變化。那麼，前述《元史·成宗紀四》記載有誤，抑或大德八年詔書在頒佈後很快即廢止？可惜目前尚無其他材料可資進一步說明。

最後是延祐六年詔書：

⁴⁰ 詔書中記載的六名大都護，在元代文獻中多有記載。如《元史》卷二〇，〈成宗紀三〉（頁436），大德五年七月癸亥，「以平章政事、大都護、提點太醫事脫因納為太醫院使。」卷二一，〈成宗紀四〉（頁461），大德八年十月辛巳，「以宣徽使、大都護長壽為中書右丞。」伯顏，當為元名臣賀勝，據《元史》卷一七九，〈賀勝傳〉（頁4150）：「至元三十年（1293），僉樞密院事，遷大都護。」賈住，為元初太常卿忽都于思之侄，世祖至元末桑哥倒臺，「召至京師，見上便殿，特授同知都護府事，寵貴尤厚。成宗臨御，再進秩二品。」所謂「進秩二品」，當即由都護府同知陞大都護。見柳貫，《柳貫詩文集》（柳遵傑點校，杭州：浙江古籍出版社，2004），卷八，〈賈住諡文簡〉，頁170-171。

⁴¹ 《元史》卷二一，〈成宗紀四〉，頁459。

⁴² 《元典章》卷五三，〈刑部一五·訴訟·約會·都護府公事約會〉，頁1786。

延祐六年四月二十一日，欽奉聖旨節該：如今（交）〔亦〕都護爲頭畏吾兒、的斤迭林爲頭哈迷里，除致傷人命、奸盜公事交管民官歸問者，其餘軍站差發，不揀甚麼合對問公事有呵，朶歹等都護府官人每管者，管民官休侵犯者。外據畏吾兒、哈迷里每自己其間裏公事有呵，委付來的頭目每斷者。若與百姓每有相爭的公事呵，委付來的頭目每，與各城子裏官人每，一同歸斷者。若無畏吾兒、哈迷里頭目每呵，管民官依例斷者。欽此。⁴³

與前兩份詔書不同的是，延祐六年的詔書特別強調了畏兀兒人、哈迷里人中間如發生「致傷人命、奸盜公事」，由地方官審理，其他軍站差發「對問公事」（即前兩份詔書提到的「歸對、合問公事」），則歸都護府管轄（此時都護府長官已換成朶歹）。再有就是，畏兀兒人、哈迷里人內部的訴訟公事（當爲致傷人命、奸盜公事之外），由其頭目自行管轄，與其他百姓間發生訴訟公事，則由頭目與地方官約會審理，如無頭目，地方官可自行審理。

都護府直接參與審理案件的文獻記載，存世者極少。我們現在能找到與畏兀兒人直接有關的元代法律文獻，似乎僅有《通制條格》卷四〈戶令·畏兀兒家私〉（頁 181）與《女多淪死》（頁 202-203）。其中前者爲至元九年（1272），都護府尚未建立，後者爲至元十三年（1276），大致相當於畏兀兒斷事官時期。另外，《元典章》卷三〇〈禮部三·禮制三·喪禮·畏吾兒喪事體例〉年代不明，但文後附有一份公文，提到「行御史臺准御史臺咨：承奉中書省劄付該：准咬老瓦思、八撒海迷失、脫烈、脫因納文字（擇）〔譯〕該」。如行御史臺是指元朝短暫設立過的河西行御史臺的話，則文書年代應爲至元十九年（1282）左右。⁴⁴

⁴³ 《元典章》新集，〈刑部·訴訟·約會·畏吾兒若無頭目管民官斷〉，頁 2217。

⁴⁴ 《元史》卷一二，〈世祖紀九〉（頁 241），至元十九年三月戊子，「以領北庭都護阿必失哈爲御史大夫，行御史臺事。」至元二十年三月丁巳，「罷河西行御史臺。」此外，公文提到的幾位翻譯者，脫因納當即後來的大都護脫因納。脫烈，據危素，《危太樸文續集》（元人文集珍本叢刊），卷五，〈元故資善大夫福建道宣慰使都元帥古速魯公墓志銘〉（頁 538），爲回紇（畏兀兒）人，由高昌王亦都護推薦入朝，爲世祖怯里馬赤（通事），陞功德使，因得罪桑哥，下獄三年，約至元二十二年遇害。此亦可爲〈維吾兒喪事體例〉頒行於至元十九年提供一份佐證。

三·種族因素影響舉隅

(一) 從蒙古、漢人互毆到蒙古、色目與漢人、南人互毆

中統三年(1262)李壇之亂後，忽必烈對漢人逐漸產生猜忌心理。至元八年(1271)，在建漢式國號大元的同時，忽必烈也宣佈終止在司法審判中對《泰和律》的援引比附。⁴⁵多年後，他甚至對使用《泰和律》的實際效果也持懷疑態度，認為：「漢人徇私，用《泰和律》處事，致盜賊滋眾。」⁴⁶

《元典章》中有一個案例頗能說明忽必烈對漢人的心態。至元二十四年(1287)，揚州路泗州五河縣尹吳某，查出千戶張應卯二十一件違法勾當，正當他要向上級舉報此事時，被五河縣達魯花赤崔某偵知，並向張應卯通風報信。結果，張應卯與令史陳某等人串通，反將吳某誣告，把吳某投進監獄。為殺人滅口，張應卯又行賄禁子趙林，讓其等吳某晚上熟睡時前來報告，由自己親自操刀殺死吳某，然後代寫吳某遺書，偽造自殺現場。案發後，刑部擬定罪名上呈，由中書省官面奏忽必烈。其中達魯花赤崔某，初步擬定意見為杖八十七下，除名不敘。忽必烈問道：「那達魯花赤是甚麼人有？」省官回奏：「姓崔的漢兒人有。」結果，忽必烈大怒道：「事從這的每起有。敲了者。」這個姓崔的達魯花赤就這樣丟了性命。⁴⁷

早在忽必烈在位期間，即對蒙古人與漢人發生衝突，作出過有利於蒙古人的規定。據《通制條格》卷二七〈雜令·漢人毆蒙古人〉(頁626)：

至元九年五月十九日，中書省欽奉聖旨：「聽得漢兒人每多有聚集人，達達人每根底闕打有。這般體例那裏有？您每嚴加禁約者。」欽此。

《元史·世祖紀四》至元九年五月庚午條也有類似記載：「禁漢人聚眾與蒙古人鬪毆。」⁴⁸此法令頒佈後沒過幾年，即有人告訴有漢人毆傷蒙古人，惹得忽必烈大為震怒，差點將當事人處死。此事可見《元史·董文忠傳》：

或告漢人毆傷國人，及太府監屬盧甲盜剪官布。帝怒，命殺以懲眾。文忠言：「今刑曹於囚罪當死者，已有服辭，猶必詳讞，是豈可因人一言，遽加

⁴⁵ 元初行金《泰和律》，並非據《泰和律》直接判決，而是先由所謂的「法司」(有可能指檢法)據《泰和律》作出擬判，然後再由審判機構在擬判基礎上酌情加減，作出終審判決。這種情形，我們可稱之為「援引比附」。

⁴⁶ 《元史》卷一四，〈世祖紀一一〉，頁289。

⁴⁷ 《元典章》卷四二，〈刑部四·諸殺一·故殺·倚勢抹死縣尹〉，頁1434-1436。

⁴⁸ 《元史》卷七，〈世祖紀四〉，頁141。

之重典！宜付有司閱實，以俟後命。」乃遣文忠及近臣突滿分核之，皆得其誣狀，遂詔原之。⁴⁹

《元史·董文忠傳》的史源當為姚燧為董文忠所撰神道碑，據姚燧記載，漢人毆傷蒙古人一案是由臚滿（即突滿）具體負責審核的，結果是「告毆得誣，杖遣之」。⁵⁰可以想像，如果當時所告屬實，那位涉案的漢人肯定會性命難保。

反之，如果蒙古人毆打漢人，情形又是如何呢？元朝法律也有相關規定。據《通制條格》卷二八〈雜令·蒙古人毆漢人〉（頁 689）：

至元二十年二月十二日，中書省兵部奉中書省劄付該：「近為怯薛歹蒙古人員，各處百姓不肯應付喫的，不與安下房子等事，仰叮嚀省諭府州司縣村坊道店人民，今後遇有怯薛歹蒙古人員經過去處，依理應付粥飯，宿頓安下房舍，無致相爭。如蒙古人毆打漢兒人，不得還報，指立證見，於所在官司陳訴。如有違犯之人，嚴行斷罪。」

此條規定亦見《元典章》卷四四〈刑部六·諸毆·雜例·蒙古人打漢人不得還〉與《元史》卷一〇五〈刑法志四·鬪毆〉。其中前者內容較《通制條格》為詳，後者則大大簡化為：「諸蒙古人與漢人爭，毆漢人，漢人勿還報，許訴於有司。」⁵¹日本京都大學人文科學研究所出版的《校定本元典章·刑部》，有岩村忍先生寫的序。在比較上述三處文獻後，岩村忍先生有如下意見：

右《元典章》、《通制條格》基於同一文書是毫無疑問的。後者除了日期外，其他部分只不過是對前者的簡略化而已。《元史·刑法志》有可能來源於《經世大典·憲典》，但遺憾的是，由於《經世大典》已經散佚，其表述形式已不得而知。不過，《經世大典》很有可能比《通制條格》更加簡略，雖然可以推測出它沒有〈刑法志〉刪節得那麼厲害。如果對三者進行比較的話，甚至在有可能為〈刑法志〉直接來源的《經世大典》中，很顯然也不會進行像〈刑法志〉條文那樣損害法的實體的簡略化。⁵²

實際上，《經世大典·憲典》在《永樂大典》中是有一部份佚文的，從中我們可以看出《憲典》的內容表述形式，即每一段內容大致由概要性文字及與之相關的數

⁴⁹ 《元史》卷一四八，〈董文忠傳〉，頁 3503。

⁵⁰ 蘇天爵輯，《國朝文類》，卷六一，〈僉書樞密院事董公神道碑〉，頁 11a。

⁵¹ 《元史》卷一〇五，〈刑法志四·鬪毆〉，頁 2673。

⁵² 岩村忍、田中謙二校定，《校定本〈元典章·刑部〉》（京都大學人文科學研究所元典章研究班，1964），第一冊，頁 11。

條單行法規、判例所組成。《刑法志》保留下來的僅是概要性文字。⁵³ 具體到漢人毆蒙古人的規定：「諸蒙古人與漢人爭，毆漢人，漢人勿還報，許訴於有司。」應為《憲典》的概要性文字，後面原來所附至元二十年二月十二日中書省劄付等內容，則被《刑法志》刪掉。那麼，上述大大簡略化的概述性文字，是否損害到法律的實體性規定呢？換言之，漢人毆蒙古人的規定，是否僅限於怯薛歹蒙古人在經過沿路府州縣，漢人不肯應付飲食住宿，產生爭執的情況下，纔會適用呢？其實也不盡然。這裡試舉一例：

以省銓為寧國路涇縣典史。時有制，蒙古、色目毆漢人、南人者，不得復。西域流戶數百人因恃以為暴，所過掠財畜，辱婦女，民束手不敢拒，相驚若寇至。及涇邑，僚悉引避，民愈恐。君語眾曰：「吾在，若無憂也。」即出勞之於郊，誘閉佛寺中，呼其首諭曰：「制言不得復毆者，民爾。今我天子吏也，所行者法。若善去勿妄犯，吾民當率酒米相餉，否則知有法爾。」首愕，遂戢其眾亟去，無一人敢譁。君親送出疆以歸，民羅拜馬首曰：「微公，縣幾殘矣。」⁵⁴

上述引文源於元末明初人高啓為地方官胡松所撰墓誌。據墓誌前文交代，胡松是在「禮部尚書隆安魯公」，「拜江浙行省參知政事」時，隨他一起南下，出任寧國路涇縣典史的。隆安魯公即元代名臣李術魯翀。據《元史》卷一八三本傳，李術魯翀於元統二年由禮部尚書除江浙行省參政，則上述引文所載事件當發生於此後不久。所謂「蒙古、色目毆漢人、南人者，不得復」，當即前述漢人毆蒙古人規定的具體落實，只不過雙方當事人的適用範圍又擴及色目人與南人。這一規定的擴大化，是否與元順帝初期權臣伯顏獨攬大權的背景有關，我們還沒有其他文獻佐證。但可以肯定的是，漢人毆蒙古人的規定，在元末已無《通制條格》、《元典章》所提到的場合限制，而是又被擴大化了。

蒙古人的類似規定，還有不少。如《元史·刑法志四·殺傷》：「諸蒙古人因爭及乘醉毆死漢人者，斷罰出征，並全徵燒埋銀。」同卷〈鬪毆〉：「諸蒙古人斫傷他人奴，知罪願休和者聽。」⁵⁵ 等等。因目前所見文獻找不到其他相關資料，這裡不再

⁵³ 與《元史·刑法志》的比較研究，我曾專門撰文〈再論〈元史·刑法志〉的史源——從〈經世大典·憲典〉一篇佚文談起〉予以闡述，見《北大史學》（北京：北京大學出版社，2004），第10輯，頁92-101。

⁵⁴ 高啓，《高青丘集·鳧藻集》（徐澄宇、沈北宗校點，上海：上海古籍出版社，1985），卷五，〈元故婺州路蘭溪州判官致仕胡君墓誌銘〉，頁952-953。

⁵⁵ 《元史》卷一〇五，〈刑法志四·殺傷〉，頁2675；《鬪毆》，頁2673。

一一加以討論。

(二) 強制措施與刑罰制度——兼及蒙古法因素對刑罰制度的滲透

1. 強制措施

在元代，一般人犯罪，同歷代王朝的通常作法一樣，都要收押在監，佩戴相應的獄具，等待審理判決。早在中統二年（1261），元朝政府就已參照前朝作法，對在押犯人的獄具規格作出詳盡規定。⁵⁶ 但對蒙古人，元朝卻有特殊的優待政策。

至元九年十二月，中書兵刑部承奉中書省劄付：

「今體知得隨處官司，或因小事，便將正蒙古人每一面捉拿監禁。都省除外，合下仰照驗，遍行各路。據正蒙古人每，除犯死罪監房收禁，好生巡護，休教走了，不得一面拷掠，即便申覆合干上司，比及申覆明降，據合喫底茶飯應付與者。外據真奸真盜之人，達魯花赤與眾官人一同問當得實，將犯人繫腰合鉢去了，散收，依上申覆。其餘雜犯輕罪，依理對證，並不得一面捉拿監收。有盤問得委係逃走人呵，監收，亦具姓名、腳色，即便申覆上司，卻不得因而縱放。」奉此。⁵⁷

上述記載也見於《元史·刑法志二·職制下》：「諸正蒙古人，除犯死罪，監禁依常法，有司毋得拷掠，仍日給飲食。犯真奸盜者，解束帶佩囊，散收。餘犯輕重（罪？）者，以理對證，有司勿執拘之，逃逸者監收。」⁵⁸ 據此，除死囚外，其他真犯姦盜罪的蒙古人祇須解下繫腰合鉢即束帶佩囊，且享用單間牢房，雜犯輕罪的蒙古人甚至不用收押在監。

2. 刑罰手續

對蒙古人執行笞杖刑，元朝法律有特殊規定。據《元史·刑法志一·職制上》：「諸蒙古人居官犯法，論罪既定，必擇蒙古官斷之，行杖亦如之。」⁵⁹ 《至正條

⁵⁶ 《元典章》卷四〇，〈刑部二·刑獄·獄具〉，頁1349。《至正條格》（韓國學中央研究院編，首爾：humanist出版社，2007），條格卷三四，〈獄官·獄具〉，校註本，頁146。《元史》卷一〇三，〈刑法志二·職制下〉，頁2635。

⁵⁷ 《元典章》卷三九，〈刑部一·刑制·刑名·蒙古人犯罪散收〉，頁1344。

⁵⁸ 《元史》卷一〇三，〈刑法志二·職制下〉，頁2632。

⁵⁹ 《元史》卷一〇二，〈刑法志一·職制上〉，頁2611。

格》斷例卷九〈廐庫·私宰病馬牛〉有一則相關斷例：

大德七年三月，江西省咨：「忽林赤買到不堪耕作病瘦水牛壹隻，私下宰殺貨賣。」刑部議得：「忽林赤不合私宰牛隻貨賣，擬合依例斷罪。」都省議得：「忽林赤既係蒙古人氏，量決三拾柒下，仍令蒙古人行杖。」

本案例中的忽林赤沒有提到官銜，似乎應為平民身份。三十七下在元代用笞而非杖，所謂「仍令蒙古人行杖」，實際上是行笞刑。據此，不僅是蒙古官員，就是一般蒙古人的笞杖刑，似乎也要經由蒙古人執行。⁶⁰

刺字，在元代是主要針對強竊盜賊犯人的一種附加刑。大德五年，中書省、御史臺與大宗正府一同擬定新的強竊盜賊通例，於當年十二月二十六日奏請成宗批准。其中規定：「諸切盜，初犯刺左臂『謂已得財者』，再犯刺右臂，三犯刺項。強盜，初犯刺項，並充警跡人。官司拘檢關防，一如舊法。其蒙古人有犯及婦人犯者，不在刺字之例。」⁶¹ 如果審官擅自將蒙古人刺字，將受到相應處罰。據《元史·刑法志二·職制下》：「諸審囚官強復自用，輒將蒙古人刺字者，杖七十七，除名，將已刺字去之。」⁶² 《至正條格》斷例卷《斷獄》三〇有〈錯刺蒙古人〉一條，已佚，與其當屬同一法源。

需要提到的是，免刺特權起先僅限於蒙古人，色目人無緣受惠。在大德六年一份給中書省的呈文中曾專門提到：「今後除正蒙古人外，其餘色目、漢人不以是何職役，但犯強切盜賊，俱各一體刺斷。」⁶³ 但至少兩年後，色目人也開始享受此種特權。大德八年中書省的奏文明確提到：「色目人每做賊呵，不刺。三遍做了賊，如今拿獲呵，是第四遍有，也則依那體例，交出軍。又兩遍做了賊，拿獲呵，是第三遍有，這的每也交出軍。又一遍做了賊，再拿獲呵，是第二遍有，將這的每交配役三年。又色目人骨頭的闊端赤每根底，不刺。高麗、漢兒、蠻子闊端赤每根底，刺字。」⁶⁴ 《元史·刑法志三·盜賊》也提到：「諸色目人犯盜，免刺科斷，發本管官

⁶⁰ 《至正條格》斷例卷九，〈廐庫·私宰病馬牛〉，頁 254。同頁另一則案例涉及色目人私宰病馬牛：「延祐二年六月，刑部議得：阿速軍人買住，私自宰殺本家病牛壹隻貨賣。緣係色目人氏，合比蒙古人所犯，例加貳等，笞決伍拾柒下。今後諸色目人等置立莊宅，與百姓相參住坐，果有癘病年老不堪使用馬牛，即報本處官司，相驗是實，方許宰殺食用。其行營蒙古、色目不拘此例。都省准擬。」據此，色目人私宰病馬牛比蒙古人加二等。但對漢人、南人，目前尚未見這方面的規定。

⁶¹ 《元典章》卷四九，〈刑部一一·諸盜一·強竊盜·強切盜賊通例〉，頁 1625。

⁶² 《元史》卷一〇三，〈刑法志二·職制下〉，頁 2633。

⁶³ 《元典章》卷四九，〈刑部一一·諸盜一·刺字·八刺哈赤人等作賊刺斷〉，頁 1651。

⁶⁴ 《元典章》卷四九，〈刑部一一·諸盜一·強竊盜·舊賊再犯出軍〉，頁 1628。

司設法拘檢，限內改過者，除其籍。無本管官司發付者，從有司收充警跡人。」⁶⁵另據《元史·順帝紀一》，元統二年七月，詔：「蒙古、色目人犯盜者免刺。」⁶⁶順帝詔書是對以前規定的重申，還是上述規定曾有所反復，詳情不得而知。

3. 蒙古法因素對刑罰制度的滲透

其中最重要一個體現就是盜竊牲畜中的一賠九原則。以下是《元典章》保存的兩份相關文書：

至元二十九年三月，中書省咨：據札魯花赤呈：准上都札魯花赤咨：免兒年三月二十五日，據律律官人等上位奏：「去年，禿禿哈奏有來：『賊每根底，九個家斷沒者。』麼道。如今賊每聽得多有。起意偷來的每根底，體例裏合敲底敲。做伴當偷來的每根底，七十七下。一個根底，九個斷沒。九個頭口無呵，他的女孩兒、驅人斷沒。人，頭口裏准折斷沒呵，十五歲以（下）〔上〕、身材到底他的女孩兒有呵，五個頭口裏准折斷沒；十五歲以下，十歲以上，三個頭口裏准折斷沒；十歲以下，或女孩兒或驅人他的有呵，斷事的札魯花赤斟酌斷沒者。商量來。」麼道，奏呵：「依著您的言語者。合敲的罪囚每，奏將來者。體例裏合斷的，那裏斷者。」麼道，聖旨了也。欽此。

至元二十九年九月，行御史臺准御史臺咨：承奉中書省劄付〔該〕：近於（該）至元廿九年正月十一日奏過事內一件：「『達達家偷頭口的賊每根底斷沒九個，重的敲了，輕的斷放有。漢兒賊每不那般斷有。眾人商量說者。』麼道，聖旨有來。俺月兒魯那顏等眾官人每根底商量來：如今漢兒賊每偷頭口呵，也則依那體例，陪了九個，重的敲了，輕的刺斷者。漢兒田地裏偷了諸般錢物的賊每根底，依著在先聖旨斷呵，怎生？」麼道，商量來。奏呵，「那般者。」麼道，聖旨了也。欽此。⁶⁷

大德五年（1301），中書省奏請成宗制定新的強竊盜賊通例時，這一原則也被吸納進去：「偷頭口的賊人，依著蒙古體例，教陪九個斷放有。如今也則依著那體例

⁶⁵ 《元史》卷一〇四，〈刑法志三·盜賊〉，頁 2665。

⁶⁶ 《元史》卷三八，〈順帝紀一〉，頁 823。

⁶⁷ 《元典章》卷四九，〈刑部一一·諸盜一·偷頭口·達達偷頭口一個陪九個〉、〈漢兒人偷頭口一個也陪九個〉，頁 1642-1643。

行者。」⁶⁸ 甚至連漠地發生的盜豬之類案件也比照蒙古體例處理。⁶⁹

燒埋銀是元朝特有的一項刑事賠償制度，對此學界研究已有很多。這項制度也滲透了蒙古法因素的影響。有關燒埋銀的最早記載，為至元二年（1265）二月的一份聖旨條畫，當時規定：「凡殺人者，雖償命訖，仍出燒埋銀五十兩。若經赦原罪者，倍之。」⁷⁰ 其中提到的燒埋銀五十兩，為白銀計量單位。如果是徵鈔，則依前後期銀鈔兌換比例的不同而有差異。這一規定到至元十九年（1282）發生了變化，以下為《元典章》保存的一份相關文書：

至元十九年十一月，行省准中書省咨該：聞奏過事內一件：「俺商量來，殺了人有罪過的，兩定燒埋錢與有，忒輕的一般有。蒙古家體例，與女孩兒有。若有女孩兒呵，與女孩兒；無女孩兒呵，四定鈔與呵，怎生？」奏呵，奉聖旨：「四定也少有。那般者。」欽此。⁷¹

上述記載也見《元史》，至元十九年十一月「戊寅，耶律鑄言：『前奉詔殺人者死，仍徵燒埋銀五十兩，後止徵鈔二錠，其事太輕。臣等議，依蒙古人例，犯者沒一女入仇家，無女者徵鈔四錠。』從之。」⁷² 從上述記載可知，到至元十九年，燒埋銀的徵收，按蒙古體例，改以沒入殺人者女孩兒為主，只有在沒有女孩兒的場合，纔改徵燒埋銀。不過，從現有文獻來看，這一規定並未行用多久。《元典章》所收至元二十四年的一則案例，雖然也涉及以女孩兒折徵燒埋銀，但實際上屬犯人資產不敷徵收燒埋銀的場合。⁷³

（三）婚姻禮俗的分野與調適

1. 婚姻法中「各從本俗法」的原則

至元八年（1271）二月，元朝政府針對婚姻聘財、筵會高下、同姓為婚、有妻更娶妻等作出具體法律規定。具體規定，收入《元典章》卷一八〈戶部四·婚姻·婚禮·嫁娶聘財體例〉，共七款：

⁶⁸ 《元典章》卷四九，〈刑部一一·諸盜一·強竊盜·強切盜賊通例〉，頁1625。

⁶⁹ 《元典章》卷四九，〈刑部一一·諸盜一·偷頭口·盜豬依例追陪〉，頁1645。

⁷⁰ 《元典章》卷四三，〈刑部五·諸殺二·燒埋·殺人償命仍燒埋銀〉，頁1489。

⁷¹ 《元典章》卷四三，〈刑部五·諸殺二·燒埋·燒埋銀與四定鈔〉，頁1491。

⁷² 《元史》卷一三，〈世祖紀九〉，頁248。

⁷³ 《元典章》卷四三，〈刑部五·諸殺二·燒埋·女孩兒折燒埋錢〉，頁1491-1492。

一，婚姻聘財，表裏頭面諸物在內，並以元寶鈔爲則。以財畜折充者，聽。

若和同，不拘此例。

品官：一品、二品，五伯貫。三品，四伯貫。四品、五品，三伯貫。六品、七品，二伯貫。八品、九品，一百二十貫。

庶人：上戶，一伯貫。中戶，五十貫。下戶，二十貫。

一，筵會高下，男家爲主。

品官：不過四味。

庶人：上戶、中戶，不過三味。下戶，不過（三）〔二〕味。

一，爲婚已定，若女年十五已上，無故五年不成【故，謂男女未及婚年甲、或服制〔未闕〕之類】，其間有故，以前後年月併之，及夫逃亡五年不還，並聽離，不還聘財。

一，同姓不得爲婚，截至至元八年正月二十五日爲始，已前者准已婚爲定，已後者依法斷罪，聽離之。

一，有妻更娶妻者，雖會赦，猶離之。

一，婦人夫亡服闕守志並欲歸宗者，聽。其舅姑不得一面改嫁。

一，諸色人同類自相婚姻者，各從本俗法。遞相婚姻者，以男爲主。蒙古人不在此例。⁷⁴

其中劃綫部份的最後一款可稱作排除性規定，排除了在這方面有特殊習俗的非漢族人適用此規定，這也是元朝對境內民族因俗而治並兼顧蒙古人作爲統治民族優越地位的具體體現。

到大德八年，元朝針對婚姻聘財又出臺新規定，取代了至元八年聖旨條畫的第一款。新規定被英宗朝頒佈的《大元通制》收入，全文見《通制條格》卷三〈戶令·婚姻禮制（三）〉（頁143-144）：

大德八年正月，欽奉詔書內一款：男女居室，人之大倫。近年聘財無法，奢靡日增，至有傾資破產，不能成禮，甚則爭訟不已，以致嫁娶失時。蒙古、色目人各依本俗。及品官另行定奪。其民間聘財，命中書省從宜定立等第，以男家爲主，願減者聽。親禮筵會，務從省約。

⁷⁴ 亦見劉應李輯，《新編事文類聚翰墨全書》（《四庫全書存目》，子部第一六九冊，乙集卷四，〈婚禮門·事類·古今婚禮·至元聘禮〉，頁133；《元婚禮貢舉考》（王顯輯點，《廟學典禮（外二種）》，杭州：浙江古籍出版社，1992），〈至元聘禮〉，頁151-152。但二者均無最後一款。

上戶：金壹兩、銀伍兩、綵段陸表裏雜用絹肆拾匹。

中戶：金伍錢、銀肆兩、綵段肆表裏雜用絹三拾匹。

下戶：銀三兩、綵段貳表裏雜用絹拾伍匹。⁷⁵

此外，《通制條格》卷三〈戶令·婚姻禮制（二）〉（頁143）還收入至元八年聖旨條畫的最後一款：「至元八年二月，欽奉聖旨條畫內一款：諸色人同類自相婚姻者，各從本俗法，遞相婚姻者，以男爲主。蒙古人不在此限。」這表明在婚姻聘財方面，元朝政府還是肯定了至元八年「各從本俗法」的精神，也就是說，不論是至元八年還是大德八年有關婚姻聘財的法律規定，都主要是針對漢人（包括以後的南人）而言，蒙古、色目人則各依本俗，不受此規定限制。

至於至元八年聖旨條畫除婚姻聘財之外的其他諸款，在中元以後仍有法律效力，據《通制條格》卷四《戶令·嫁娶（一）》（頁162）：

至元八年二月，欽奉聖旨：中書省奏定民間婚姻聘財等事：

一、爲婚已定，若女年拾伍以上，無故伍年不成，故謂男女未及婚年甲或服制未闕之類，其間有故，以前後年月併計之。及夫逃亡伍年不還，並聽離，不還聘財。

一、有妻更娶妻者，雖會赦，猶離之。

一、蒙古人不在此限。

文中前兩款分別見至元八年聖旨條畫的第三款與第五款，最後一款相當於至元八年聖旨條畫的第七款，但刪去了前半段：「諸色人同類自相婚姻者，各從本俗法，遞相婚姻者，以男爲主。」這是《大元通制》編纂者的疏忽，還是另有深意，我們不得而知。但可以肯定的是，除蒙古人外，至少色目人在元代有妻更娶妻的現象也是非常普遍的。

「各從本俗法」的例外，目前所見，主要有至元八年（1271）下令禁止的女真「拜門」婚俗。⁷⁶此外，大德元年（1297），元朝還下令禁止陝西民間盛行的「喫乾羊」婚俗：

大德元年五月，中書省：御史臺呈：漢中道肅政廉訪司申：陝西民俗，婚姻之家召媒求聘，未嘗許肯，先喫乾羊，此家未已，彼家復來，不惟風俗不厚，而亦婚嫁艱難。擬合遵用禮部定到漢人議婚納采等例；又照得至元八年

⁷⁵ 亦見《新編事文類聚翰墨全書》乙集卷四，〈婚禮門·事類·古今婚禮·大德聘禮〉，頁133-134。及《元婚禮貢舉考》，〈大德聘禮〉，頁153。

⁷⁶ 《元典章》卷三〇，〈禮部三·禮制三·婚禮·婚姻禮制〉，頁1047。

欽奉聖旨定到民間嫁娶婚姻聘財等事內壹款：諸色人同類自婚姻者，各從本俗法，遞相婚姻者，以男爲主，蒙古人不在此例。並其餘民間議結婚姻明立婚書，已有元行定例。其乾羊一節，雖是陝西習俗，比附拜門，亦合禁斷，庶免詞訟。禮部照擬得：男女婚姻各有常禮，所據陝西習俗，合准臺擬禁約。都省准擬。⁷⁷

上述文書雖然也提到了「各從本俗法」的原則，但將「喫乾羊」比附「拜門」婚俗，一概視其爲民風澆薄的陋俗，加以禁止。

2. 正妻與次妻

中國傳統社會，實行的是一夫一妻制原則，丈夫在婚姻關係存續期間，只能納妾，而不能再娶妻，否則，要受到相應制裁。像《唐律》即規定：「諸有妻更娶妻者，徒一年；女家，減一等。若欺妄而娶者，徒一年半；女家不坐。各離之。」⁷⁸但北方少數民族，一夫多妻制的現象非常普遍。隨著遼、金、元等北方民族政權入主中原，這種婚姻習俗，也開始滲透進北方漢人的社會生活，並與漢族原有的婚姻習俗產生碰撞，出現了有趣的變異。

從目前材料來看，蒙古政權入主中原初期，受北方民族習慣的影響，漢人中已有一夫多妻制的現象存在。像真定藁城王善，「夫人八，曰楊氏、張氏、魏氏、李氏、張氏、崔氏、姚氏、袁氏。如夫人者二十有一，曰五李氏、二常氏、四張氏、二馬氏，暨閻、蕭、馮、黃、楊、蔚、焦、郭氏。」⁷⁹景州蘆縣賈德，夫人有高氏、蘇氏、魏氏、劉氏、梁氏、施氏、張氏、馮氏、王氏、李氏等十人，「如夫人者三人，楊氏、趙氏、張氏。」⁸⁰上述兩處引文提到的「如夫人」，當即我們通常所說的妾。既然王善與賈德都有妾，那麼所謂的「夫人」，當然就是他們實際意義上的妻。由於二人妻子較多，分別有八人與十人，我們很難想像這些人是二人前妻亡故後，依次續弦迎娶的。實際情況也的確如此，像前述王善諸妻中，排行第四的李氏，有墓誌銘存世，「公子男女卅余人，其諸母前□□□人，撫之不啻己出。」

⁷⁷ 《通制條格校注》卷四，〈戶令·嫁娶（一三）〉，頁169。

⁷⁸ 長孫無忌等撰，《唐律疏議》（劉俊文點校，北京：中華書局，1983），卷一三，〈戶婚·有妻更娶〉，頁255。

⁷⁹ 沈濤輯，《常山貞石志》（石刻史料新編），卷一五，〈故知中山府事王公神道碑銘〉，頁13433；又見李正儒纂修，《嘉靖藁城縣志》（嘉靖十三年刊，成文出版社《中國方志叢書》華北地方161冊），卷八，〈冀國武靖公神道碑銘〉，頁257，但略去上述諸人姓氏。

⁸⁰ 《秋澗先生大全文集》卷四七，〈故金吾衛上將軍景州節度使賈公行狀〉，頁10b。

在王善死後四年，即「丙午歲（1246）二月十二日」，李氏纔去世，排位其後的張氏、崔氏、姚氏與袁氏，顯然是與李氏同時並存的王善夫人。⁸¹

入元後，如前所述，至元八年二月元朝政府頒佈的法律，一方面規定：「有妻更娶妻者，雖會赦，猶離之。」另一方面又規定：「諸色人同類自相婚姻者，各從本俗法。遞相婚姻者，以男為主。蒙古人不在此例。」因沒有明確漢人是否在娶妻之外可納妾，至元十年（1273）陝西按察司又請示：「先奉條格，定到民間婚姻聘財內一款：『有妻更娶妻者，雖會赦，猶離之。』」欽此。照得州縣人民，有年及四十無子，欲圖繼嗣，再娶妻室，雖合聽離，或已有所生，自願者，合無斷罪，聽改為妾。⁸²當時，陝西道按察使為譚澄，姚燧為其所撰神道碑也談到了這件事：「時詔禁有妻娶妾，乃建言：『不孝有三，無後為大。世德下衰，婦人以悍妒成俗，已既無子，又以是訐制其夫，將遏絕苗嗣，曾不省恤。請自今男子四十無子，聽其娶妾。』」⁸³最後，戶部擬定的意見為：「有妻更娶妻者，除至元八年正月二十五日已前，准已婚為定，據已後更娶妻者，若委自願，聽改為妾。今後依已降條畫，有妻再不得求娶正妻外，若有求娶妾者，許令明立婚書求娶。」⁸⁴至此，元代漢人一夫一妻制纔與傳統制度正式接軌。

不過，從現有材料來看，元代漢人中間除娶正妻外，仍有次妻的現象存在。以下為至元十三年（1276）的一則判例：

至元十三年，御史臺：為孟奎有妻，又娶王繡兒為次妻等事。呈奉中書省劄付：議得：孟奎既娶王繡兒為次妻，不係正妻，合依已婚為定，元追財錢回付。⁸⁵

元代長期實行收繼婚，勢必也會造成多妻現象存在。《元典章》有這樣一個判例：

至元十年，中書戶部符文：來申：「傅望伯告：『兄傅二因病身死，拋下妻阿牛。望伯問過父母，將嫂阿牛依體例收了。』並牛望兒狀告：『傅望伯將望兒欺騙，情願在家守服。』取到一千人詞因。府司照得傅望伯見有妻子，先曾於伊父母說要接續阿牛，不肯允許。有傅望伯為父母不在家，強行奸訖，以致阿牛歸家去訖。有公公傅義、婆阿丘義許，不教男傅望伯收接，只令阿

⁸¹ 《常山貞石志》卷一六，〈故金吾衛上將軍知中山府事王公夫人李氏墓銘〉，頁13450。

⁸² 《通制條格校注》卷四，〈戶令·嫁娶（二）〉，頁163。

⁸³ 《姚燧集》（查洪德編輯點校，北京：人民文學出版社，2011），卷二四，〈譚公神道碑〉，頁371；並參見校記（六），頁373。

⁸⁴ 《元典章》卷一八，〈戶部四·婚姻·次妻·有妻許娶妾例〉，頁663。

⁸⁵ 《元典章》卷一八，〈戶部四·婚姻·次妻·有妻許求次妻〉，頁663。

牛本家恩養孫兒守志。此係為例事理，未敢懸便。乞照詳」事。省部相度，牛望兒雖欲恩養兒男守志，其傅望伯已將本婦強要奸污，況兼傅望伯係牛望兒亡夫親弟，欽依已降聖旨事意，合准已婚，令小叔〔將？〕牛望兒收繼為妻。合下，仰照驗施行。⁸⁶

傅望伯本來已有妻室，因兄傅二病死，又強行收繼兄嫂牛望兒。戶部的處理意見是承認既成事實，准已婚為定。《元典章》收錄的另外一個判例，是涉及小叔收繼兄嫂之後再娶妻的問題，其中戶部的意見特別提到：「即係欽奉聖旨內一款：小叔合行接續收繼，難同有妻更娶妻體例。」⁸⁷ 這樣一來，收繼婚的法律效力，實際上已優先於有妻更娶妻的禁止性規定。

那麼，在此類漢人一夫多妻下，是否也有正妻、次妻之分呢？答案應該是肯定的。日本學者仁井田陞曾羅列不少材料，詳細探討過漢語史料中出現的次妻，認為次妻的地位與妾的地位相當。⁸⁸ 不過，起初，次妻與妾的地位應該還是有所區別的。南宋周必大《掖垣類稿》卷四〈封贈歸正人蕭中一及妻妾男婦制〉附狀（清光緒二十五年重刊《廬陵周益國文忠公全集》本）記載了這樣一個有趣事例。高宗紹興年間，金鄧州知州契丹人蕭中一因密謀降宋，事情敗露，攜家南逃。逃亡途中，因迷路，蕭中一被村民劫殺，只有家屬僥倖逃到南宋。在對蕭氏家屬進行褒贈時，南宋政府碰到了一個意想不到的難題，因為蕭中一的女眷，既有正妻耶律氏，還有次妻耶律氏、妾路氏。斟酌再三後，吏部擬出如下意見：

蕭中一次妻耶律氏前銜亦係偽官，今欲乞稱故贈某軍節度使。所有次妻二字，別無經據，若直稱妾，又恐與路氏無別，今欲乞用小妻二字（出《漢書》～原注），仍乞朝廷比路氏量與加封，庶得允當。

也就是說，在吏部官員看來，對次妻的褒贈規格，應該要比正妻低，比妾高。從蕭中一三位妻妾的族屬，我們似乎還可得出這樣的推論，蕭中一在與本民族通婚時，遵循的是一夫多妻制，所以兩個耶律氏都算作妻，而在與漢族通婚時，他又參考了一夫一妻制的作法，所以路氏的身份只能是妾。這種兩種文化碰撞下所產生的變異，應該說是一個非常有趣的現象。

⁸⁶ 《元典章》卷一八，〈戶部四·婚姻·收繼·叔收兄嫂〉，頁654。

⁸⁷ 《元典章》卷一八，〈戶部四·婚姻·收繼·叔收嫂又婚元定妻〉，頁656。

⁸⁸ 仁井田陞，《中國身分法史》（東京：東京大學出版會，1983再版），頁715-719。

3. 同姓不為婚

同姓不為婚，是中國漢族傳統婚姻關係的一項基本原則。早在至元八年（1271）二月元朝政府就已在頒佈的聖旨條畫中對此作出明確規定：「同姓不得為婚。截自至元八年正月二十五日為始，已前者准已婚為定，已後者依法斷罪，聽離之。」不過，聖旨條畫的另一規定：「諸色人同類自相婚姻者，各從本俗法。」似乎又使同姓不為婚的適用範圍受到限制。⁸⁹至元二十五年尚書省上奏忽必烈的一件判例，也涉及這方面的問題：

至元二十五年十月十六日，尚書省奏過事內一件：「遼陽行省與將文書來：『義州一個劉義小名的人的女孩兒根底，姓劉的人根底招到做養老女婿，住了十年，生了兩個孩兒。如今同姓的人做夫妻的體例無。』麼道，說將來呵，禮部官人每定奪得：羊兒年聖旨裏『正月以前為妻夫的每根底，依舊者。正月以後為妻夫的每根底，依著聖旨體例裏，合聽離』道有。若妻夫不和廝打呵，同姓麼道推託出去有。那般，同姓為妻夫的每根底，不教聽離呵，怎生？」麼道，奏呵，「這言語不曾忘了。在先做了妻夫的每根底，休教聽離。從今後同姓為妻夫的每，教禁約者。不禁約呵，似回回家體例有。」麼道，聖旨了也。欽此。⁹⁰

文中提到的「羊兒年聖旨」，即上述至元八年二月聖旨條畫，而忽必烈那句「似回回家體例有」，無疑道出當時回回人中同姓為婚的現象仍大量存在。目前我們所見同姓為婚的具體處罰規定為至治二年（1322）的一則判例：

至治二年十一月，刑部議得：「東平路劉成，將女嫁與劉海男為妻。既是同姓，主婚之人，各笞肆拾柒下，離異。元下財錢沒官，媒人量笞貳拾柒下。」都省准擬。⁹¹

案件涉及的當事人為漢人，當時盛行同姓為婚的回回人應當也受到這方面的制約。較同姓為婚更為嚴重的是叔伯成婚，也即堂兄弟姊妹之間互為婚姻。據《至正條格》斷例卷八〈戶婚·禁叔伯成婚〉：

後至元六年（1340）十一月初五日，中書省奏：「御史臺備著南臺御史文書裏呈：『普顏篤皇帝時分，荅失蠻、回回、主吾人等，叔伯成親的，教住罷

⁸⁹ 《元典章》卷一八，〈戶部四·婚姻·婚禮·嫁娶聘財體例〉，頁614-615。

⁹⁰ 《元典章》卷一八，〈戶部四·婚姻·嫁娶·同姓不得為婚〉，頁626-627，亦可參見《通制條格校注》卷三，〈戶令·婚姻禮制（五）〉，頁146。

⁹¹ 《至正條格》斷例卷八，〈戶婚·同姓為婚〉，頁243。

了來。近年以來，荅失蠻、回回、主吾人等，仍於叔伯自相成親，理合禁止。』麼道，與將文書來的上頭，刑部同禮部議得：『夫婦乃人倫之本。兄弟實骨肉之親，同姓尚不為婚，叔伯豈容配偶？今後似此成婚者，合比同姓為婚例，加貳等，各杖陸拾柒下，並令離異。婚合人等，笞肆拾柒下。許諸人首告到官，於聘財內，給中統鈔壹拾定充賞。徧行為例遵守。』的說有。

依部家定擬來的行呵，怎生？」奏呵，奉聖旨：「那般者。」

上述記載亦可見《元史·順帝紀三》：後至元六年，「十一月甲寅，監察御史世圖爾言，宜禁荅失蠻、回回、主吾人等叔伯為婚姻。」⁹²其中，普顏篤皇帝（Buyantu Qahan）為元仁宗的蒙古語廟號。據黃潛《太傅文安忠憲王家傳》：仁宗延祐三年，「王（柏鐵木爾）奏：回回不速兒麻氏僻在西陲，未霑聖化，其俗兄弟自為婚姻，敗常亂倫，莫此為甚。乞嚴禁以正人倫，厚風俗。制可其奏，下有司，著為令。」⁹³這大概就是上述江南行臺呈文提到的「普顏篤皇帝時分，荅失蠻、回回、主吾人等，叔伯成親的，教住罷了來」的直接史源。至此，色目人中有關叔伯成婚的習俗，已被元朝法律以禁令的方式嚴厲禁止。而到順帝後至元六年，這一禁令又由刑部與禮部細化為含有具體處罰措施的斷例。有鑒於堂兄弟姊妹之間聯姻，比同姓為婚更為禮法所不容，屬內亂行為，故當時規定違法成婚者，比同姓為婚處罰為重，除斷離外，加二等，各決六十七下，與此相應，婚合人（也就是主婚人與媒合人）也加二等，決四十七下。

由此可見，色目人中同姓乃至堂兄弟姊妹為婚，已與漢人、南人一樣，為法律所禁止。

4. 收繼婚

作為元代較為重要的一種婚姻習俗，收繼婚的研究成果目前已有很多。在蒙古入主中原初期，收繼婚在漢人中是被禁止的，但到至元八年，收繼婚開始在漢人中推廣，甚至對那些不願被收繼的寡婦，也要強制執行。不過，隨著司法實踐的深入尤其是對儒家倫理觀念的逐漸接受，漢人收繼婚在司法審判中開始出現一些限制性規定，最後實際上只限於弟弟收兄嫂的情況，其他諸如兄收弟媳、子收庶

⁹² 《元史》卷四〇，〈順帝紀三〉，頁858。

⁹³ 《黃潛全集》（王頌點校，天津：天津古籍出版社，2008），頁428-429。

母等，是被嚴格禁止的。⁹⁴

到文宗時，漢人、南人有關收繼婚的法律規定出現了重大變化。至順元年（1330）九月，「敕：『諸人非其本俗，敢有弟收其嫂、子收庶母者，坐罪。』」⁹⁵ 有關這一變化，《至正條格》斷例卷八〈戶婚·禁收庶母並嫂〉提供了較為詳細的信息：

至順元年九月二十三日，中書省奏：「御史臺備著監察每文書，俺根底與將文書來：『漢人歿了哥哥，他的阿嫂守寡，其間兄弟每收繼了多有。似這般呵，體例裏不廝似一般有。如蒙定擬通例禁治。』」的，與將文書來的上頭，教禮部定擬呵：『今後漢人、南人收繼庶母並阿嫂的，合禁治。』麼道，定擬行有。依他每定擬的，教行呵，怎生？」奏呵，奉聖旨：「那般者。」欽此。刑部議得：「今後似此有犯男子、婦人，各杖捌拾柒下，主婚者笞伍拾柒下，媒合人肆拾柒下，聘財一半沒官，一半付告人充賞。雖會赦猶離之。」都省准擬。

至此，經過半個多世紀的不斷限制，到至順元年，收繼婚終於在漢人、南人中轉變為非法婚姻。此外，據《元史·順帝紀三》，後至元六年（1340）七月，「禁色目人勿妻其叔母。」⁹⁶ 則不僅漢人、南人，色目人的收繼婚範圍也開始受到某種程度的限制。不過，儘管如此，仍有不少官員對蒙古、色目人的收繼婚提出責難。如至正初，烏古孫良楨為監察御史：

又以國俗父死則妻其從母，兄弟死則收其妻，父母死無憂制，遂言：「綱常皆出於天而不可變，議法之吏，乃言國人不拘此例，諸國人各從本俗。是漢、南人當守綱常，國人、諸國人不必守綱常也。名曰優之，實則陷之，外若尊之，內實侮之，推其本心所以待國人者，不若漢、南人之厚也。請下禮官有司及右科進士在朝者會議，自天子至於庶人，皆從禮制，以成列聖未遑

⁹⁴ 有關收繼婚的研究，可參見王曉清，〈元代收繼婚制述論〉，《內蒙古社會科學》第6期（1989），頁73-78；《元代社會婚姻形態》（武漢：武漢出版社，2005）。洪金富，〈元代的收繼婚〉，《中國近世社會文化史論文集》（臺北：中央研究院歷史語言研究所，1992），頁279-314。楊毅，〈說元代的收繼婚〉，《元史論叢》（北京：中國社會科學出版社，1993），第5輯，頁273-281。Bettine Birge, *Women, Property, and Confucian Reaction in Sung and Yuan China (960-1368)* (Cambridge: Cambridge University Press, 2002) 等等。

⁹⁵ 《元史》卷三四，〈文宗紀三〉，頁767。《元史》卷一〇三，〈刑法志二·戶婚〉（頁2644）則作：「諸漢人、南人，父沒子收其庶母，兄沒弟收其嫂者，禁之。」

⁹⁶ 《元史》卷四〇，〈順帝紀三〉，頁858。

之典，明萬世不易之道。」⁹⁷

到至正十五年（1355）正月，大幹耳朵儒學教授鄭咄建言：「蒙古乃國家本族，宜教之以禮。而猶循本俗，不行三年之喪，又收繼庶母、叔孀、兄嫂，恐貽笑後世，必宜改革，繩以禮法。」⁹⁸ 不過，他們的建議最終都未被採納。

四·簡短的結論

元代是中國歷史上以判例法為主，制定法為輔的時代。雖然制定法的傾向一直在不斷加強，但直至元朝滅亡，判例法與制定法合為法律淵源的格局並未出現實質改觀。本文即是通過梳理元代不同時期的相關判例與法規，來討論其種族因素在司法審判中的影響。

本文認為：元朝作為統治集團與被統治者種族各異的「異民族王朝」，在司法審判中刻意維護「國人」——蒙古人的利益，這一點是毋庸置疑的，無論是對蒙古人的司法強制措施、蒙古重囚的司法管轄、審核乃至行刑，均體現出統治民族——蒙古族的優越感。但基於種族差異，嚴格區分蒙古、色目、漢人、南人的所謂「四等人制」，在元代社會至少是司法層面並不存在。雖然這種等級觀念在元代時有表露，比此前的金代更為強烈，但更多地是體現在官員的選舉任用方面，而在司法層面，不僅缺乏蒙古、色目、漢人、南人四等人制的明確表述，也找不到自上而下羅列四等級差別待遇的詳盡規定，其中的漢人與南人，我們甚至還找不到二者在法律權利與義務方面有任何差異。所以說，「四等人制」與其說是一種社會制度，毋寧說是一種理論假設，這種假設在許多方面還存在著空白或不足。

在司法層面，當涉及種族差異時，元朝政府更為注重的是「各從本俗法」的原則。也可札魯忽赤——大宗正府與都護府——大理寺等特殊審判機構的設置，或許即是基於這種考慮。當然，「各從本俗法」只是一個大前提，不可一概而論，尤其是涉及刑事犯罪時，「各從本俗法」的原則顯然不能全盤適用。

在涉及不同種族間互毆時，元朝法律僅規範了蒙古、漢人互毆的情形，直到元末纔將其適用範圍擴大到色目與南人。在強制措施與刑罰制度方面，元朝較為刻意維護蒙古人的利益，並出現了蒙古法因素的滲透，但色目人這方面的待遇，與

⁹⁷ 《元史》卷一八七，〈烏古孫良楨傳〉，頁4288。

⁹⁸ 《元史》卷四四，〈順帝紀七〉，頁921。

漢人、南人差異較小，其中僅有刺字一項，經歷了從短暫的「一體刺斷」到「免刺」的演變過程，漢人與南人之間則無任何差別。就婚姻禮俗而言，元代前期雖有收繼婚等蒙古因素向漢人、南人的滲透，但也有中期以後向漢族法律傳統回歸的趨勢。

（本文於 2012 年 12 月 20 日由歷史語言研究所編輯委員會通過刊登）