

# 《窦娥冤》与元代法制的 若干问题试析<sup>\*</sup>

徐忠明

〔摘要〕 中国传统文学作品与历史著述之间有着极为密切的关系,这一说法向为学者定评;以之探讨和论述历史,也为学者重视。然而,以之研讨中国传统法制文化,则不多见。本文试图以元代著名杂剧《窦娥冤》为例,来探讨元代法制的若干问题,以期有补于中国传统法制文化的研究。在方法论上,本文拟以《窦娥冤》文本与元代法律资料相互释证以及叙述与评论结合的方法展开论述。

〔关键词〕 窦娥冤 元代 法制 利率 威刑 冤狱 天人感应 法律观念

## 一、引 论

根据元代钟嗣成《录鬼簿》、元末明初无名氏(一说贾仲明)《录鬼簿续编》和明代朱权《太和正音谱》等书著录,有元一代约有近200名杂剧作家,600个杂剧作品<sup>[1]</sup>。当然,实际会更多些。元代杂剧不仅数量宏富,而且艺术水平高超,国学大师王国维盛赞“元剧之作,遂为千古独绝之文字”<sup>[2]</sup>。另外,又据学者考定,元代杂剧中有关清官、司法的“公案剧”,约占10%以上<sup>[3]</sup>;现存杂剧“包公剧”就有10个<sup>[4]</sup>。由于在蒙元政权统治下剧作家社会地位低下,所以,有关关汉卿生平事迹的记载也就显得非常茫漠,我们只是略知大概而无法详明。关汉卿,号己斋(或作一斋),大都(今北京)人,约生于1241~1250年之间,卒于1320~1324年之间,行业是“医户”。曾经到过杭州从事戏曲活动。元成宗元贞——大德年间(公元1295~1307年)是杂剧全盛时期,也是关汉卿创作的活跃时期。他一生写过67个杂剧,现存18个<sup>[5]</sup>,成为“中国古代戏曲创作最杰出的代表人物”<sup>[6]</sup>。关汉卿不仅多产,而且取材极为广泛,《太和正音谱》归纳的“杂剧十二科”,在他的创作中大抵包罗。其中,以揭露元代司法腐败及描写清官的“公案剧”为一重要品类,为数不少,著名的有《包待制三勘蝴蝶梦》、《包待制智斩鲁斋郎》、《钱大尹智勘绯衣梦》及《感天动地窦娥冤》等;而《窦娥冤》则被现代学者誉为关汉卿“最重要的代表作”<sup>[7]</sup>。《窦娥冤》不仅为文学研究者所重视,有关评论“汗牛充栋”<sup>[8]</sup>;而且也为中国法制史研究者所征引<sup>[9]</sup>,但是,迄今尚无全面的讨论。据此,笔者以为,从元代法制角度对之作些探讨,将是有必要的,也是有意义的。顺便说明,本文还将《窦娥冤》置于整个中国文化领域进行审视,以期使分析深入一层。

<sup>\*</sup> 本文1996年5月30日收到。

## 二、本 论

《窦娥冤》涉及的法律问题是多方面的，举凡民事、刑事、诉讼程序及法律观念等，特别是诉讼程序，从起诉到审判、从执行再到冤狱复审平反等（关于诉讼程序问题，另文讨论）。因此，在本文中要作全面深入的探讨，势不可能，只好择要论析。

### （一）如羊出羔与利率

中国古代的债法，可谓渊远流长，从文献记载看，早在西周已经建立起比较完整的“债”制度。就借贷关系而言，利率是一个十分重要的内容，然而，法定利率标准起于何时，现已无考。从《周礼》“凡民之贷者，与有司辨而授之，以国服为之息”的记载，以及东汉郑玄和唐代贾公彦的注疏看，利率是有一定之规的。其一，当时官方的“泉府”出贷经营资本给私人“贾”，年利为5%， “以其所贾之国所出为息”；其二，利率又以“国服”不同而有高低之分，“国中”年利为5%， “近郊”为10%， “远郊”为15%<sup>[10]</sup>。其民间借贷利率的情形如何，不详。后世历代政权对利率的规定各有不同，但是，均朝着日趋一致的方向发展<sup>[11]</sup>。就民间私人借贷而言，元、明、清法律均规定月利三分，年月虽久不过一本一利。值得指出的是，民间借贷的利率习惯与法律规定不尽相同，这种习惯为百姓大众所遵守；只要不生纠纷、不打官司，官方一般也是不会主动干预的。

早在蒙古时代，西域商人便与蒙古大汗和贵族勾结，组成“斡脱”，从事高利放贷。史称：“贾人出子钱，致求赢余，岁有倍称之积。如羊出羔，今年而二，明年而四，又明年而八，至十年则累而千。调度之来，急于星火，必假贷以输之。债家执券，日夕取偿，至于卖田业、鬻妻子，有不能给者。”<sup>[12]</sup> 据此，年利率为100%。针对高利贷造成的严重社会后果，窝阔台时的重臣耶律楚材建议并奏准：“今后不以岁月远近，子本相侔，更不生息，遂为定制。民间所负者，官为代偿之。”<sup>[13]</sup> 入元以后，元世祖忽必烈至元3年（1266年）：“钦奉圣旨：债负止还一本一利，虽有倒换文契，并不准使，并不将欠债人等强行扯拽头匹，折准财产。如违治罪。”<sup>[14]</sup> 但是，高利贷之风依然盛行，屡禁不止<sup>[15]</sup>。这点，我们从《窦娥冤》的描写可以得到证实。《窦娥冤》作于至元28年以后，这从窦娥的父亲窦天章任“两淮提刑肃政廉访使”之职可知<sup>[16]</sup>。那么，《窦娥冤》所述“利率”如何呢？兹录于后，蔡婆说：“这里一个窦秀才，从去年问我借了二十两银子，如今本利该银四十两。”可见，年利率为100%，与上文所述正同。后来，窦天章无力偿还，只得把女儿窦娥折准了40两银子作蔡婆的媳妇（楔子），实为“童养媳”。另外，蔡婆还向赛卢医放债10两银子，赛卢医说：“在城有个蔡婆婆，我向他借了十两银子，本利该还他二十两；数次来讨这银子，我又无的还他。”（第一折）剧中虽然没有提到放债的时间，但是，笔者相信这次放债的时间也是一年，利率也是100%。更为值得注意的是，债权人蔡婆系一寡妇，无权无势，而放债利率也高达100%，说明当时高利贷是非常盛行的。

### （二）以威行刑与冤狱

“以威行刑”可以说是中国古代社会“一以贯之”的传统。史称“德以柔中国，刑

以威四夷”<sup>[17]</sup>即其早期例证。这种“以威行刑”的做法和观念，可能与中国古代法律起源于战争有关，所谓“刑起于兵”是也<sup>[18]</sup>。随着政治社会的演进，这种“威刑”渐次法律化、制度化。一方面，在实体法上推行严刑峻罚；二方面，在程序法上实行刑讯逼供；三方面，吏治的腐败更导致了刑讯逼供的大肆泛滥。《窦娥冤》对此有极为深刻的揭露，我们稍作讨论。

首先，关于“喝撵厢”。所谓“喝撵厢”，也叫“喝堂威”，就是官府开庭审案时，两厢衙役大声吆喝，以达威吓原被告两造的目的。这在关汉卿的《鲁斋郎》中写得更加生动，文曰：“咚咚衙鼓响，公吏两边排；阎王生死殿，东岳摄魂台。”<sup>[19]</sup>晚清小说家刘鹗指出：“凡官府坐堂，这些衙役就要大呼小叫的，名叫‘喝堂威’，把那犯人吓昏了。”<sup>[20]</sup>这一做法起于何时，颇难考定。笔者推想，其源甚古。神话学者丁山在考释“皋陶”时指出，“刑神皋陶实得名于臬臬”，原因在于“古代有罪过之忧者，人得鼓臬臬而攻之”<sup>[21]</sup>。两者之间是否存在某种关系呢？另外，古代公堂官员审案时的道具尚有“惊堂木”，同样也是为了威吓两造的。所以，晚清小说家李伯元在《活地狱》中写道：“你看他把惊堂木一拍，好不惊人！不要等到开口，人已被吓昏了。”目的就在可以迫使两造“胡乱招供”<sup>[22]</sup>。所以，就官方而言，这是“显威”；就两造而言，这则是“畏威”。

其次，关于“不打不招”。“刑讯”之制，在我国起源也古，迟止西周，在礼法中已有所规定。《礼记·月令》载曰：“毋肆掠，止狱讼。”注云：“掠谓捶治人。”从《睡虎地秦墓竹简》看<sup>[23]</sup>，战国时代有关“刑讯”的规定已经相当完备；其后，历代政权对“刑讯”的规定更形严密<sup>[24]</sup>。元代法律也规定：必须依法拷讯，不得辄加拷掠；严禁惨毒刑具，滥施酷刑<sup>[25]</sup>。但是，在传统社会里，酷吏也好，俗吏也罢，乃至清官，都无不嗜好“刑求”，此为历代正史、野史、笔记、文艺作品所不绝。因为“刑求”，则虽有监察之制、平冤之法，结果还是冤狱泛滥，原因在于“不招就没命，只好招了再说”<sup>[26]</sup>。另外，“刑求”成风，还因为古代独特的证据制度。这种证据制度规定，虽然可凭众证定罪，但是实质上必须有被告“口辞”，否则无法定罪。再者，官吏的贪污也是原因之一。元代法制之驰坏、吏治之不饬，向为史家定评。据载，元成宗大德三年（1299年），一次就发现赃吏18473人，赃银45865锭，冤狱5176件<sup>[27]</sup>。笔者以为，《窦娥冤》就是这一史实的真实写照。剧中张驴儿将窦娥告到楚州太守桃机那里，桃机自报家门曰：“我做官人胜别人，告状来的要金银；若是上司当刷卷，在家推病不出门。”一见告状的来，马上下跪，因为他说：“你不知道，但来告状的，就是我衣食父母。”此官不但贪，而且酷。问案没有三言，便听得喊：“人是贱虫，不打不招。左右，与我选大棍子打着。”结果“这无情棍棒”打得窦娥“魄散魂飞。恰消停，才苏醒，又昏迷。捱千般拷打，万般凌逼，一杖下，一道血，一层皮”。“打的我肉都飞，血淋漓，腹中冤枉有谁知！”窦娥被屈打成招之后，桃机判道：“既然招了，着他画了伏状，将枷来枷上，下在死囚牢里去。到来日判个斩字，押赴市曹典刑。”（第二折）然则，窦娥对这黑暗腐败的司法的控诉是震撼人心的。她说：“这都是官吏每无心正法，使百姓有口难言。”（第三折）又说：“衙门从古向南开，就中无个不冤哉！”（第四折）就此而言，我们不得不叹服关汉卿对元代法制的深刻洞察力与艺术表现力。

### (三) 清官与平冤

“清官”一词，未审起于何时。就笔者所知，入宋以来，“清官”一词用以表示为官“公正廉洁”。如元好问所谓：“能吏寻常见，公廉第一难。只从明府到，人信有清官。”<sup>[28]</sup> 中国古人期盼“清官”，恰说明在中国古代社会司法太过黑暗。另外，古代有关“清官”的传说及各类文艺作品对于“清官”的夸张和神化，也说明了这一点。从心理学的角度看，这反映了一种心理补偿，说的直白一点，则是“画饼充饥”。更有一种等而下之的所谓“清官”，则既不“公”又不“明”，只是以“不贪”为“清”。这种“清官”在司法审判时往往大搞严刑峻法，酷滥无比。对此，刘鹗指出：“清廉人原是最令人佩服的，只有一个脾气不好，他总觉得天下人都是小人，只他一个是君子。这个念头最害事的，把天下大事不知害了多少！”<sup>[29]</sup> 又说：“赃官可恨，人人知之；清官尤可恨，人多不知。盖赃官自知有病，不敢公然为非；清官则自以为我不要钱，何所不为，刚愎自用，小则杀人，大则误国。……清官勿以不要钱便可任性妄为也。”<sup>[30]</sup> 刘氏的这种说法固然偏激，但是也道出了中国传统社会所谓“清官”的另一侧面，所以说“赃官墨吏固不好，清官则也未必佳”<sup>[31]</sup>。然则，笔者并非要否定“清官”的积极价值。在中国古代社会里，“清官”对于平反“冤狱”还是有一定意义的，这从《窦娥冤》也可看到。窦天章自报家门说：“老夫自到京师，一举及第，官拜参知政事。只因老夫廉能清正，节操坚刚，谢圣恩可怜，加老夫两淮提刑肃政廉访使之职，随处审囚刷卷，体察滥官污吏，容老夫先斩后奏。”后文他对窦娥说：“你是我亲生之女，老夫将你治不的，怎治他人？……你快于我细吐真情，不要虚言支对。若说的有半厘差错，牒发你城隍祠内，着你永世不得人身，罚在阴山永为饿鬼。”（第四折）大有古代“循吏”直法行治、大义灭亲的执法精神<sup>[32]</sup>。结果，冤狱得以平反，法律所载的价值观和正义观得以伸张，“方显的王家法不使民冤”。（第四折）当然，“清官”执法也是在体制内的，他们执行的是“王家法”，他们伸张的正义只能以王法的正义性为限。冤狱平反还体现在“复审”、“录囚”、“会审”以及御史监察的制度结构内。剧中窦天章是以监察官（“肃政廉访使”）的身份“审囚刷卷”的，更得皇权的支持（金牌势剑），窦天章唱道：“从今后把金牌势剑从头摆，将滥官污吏都杀坏，与天子分忧，与万民除害。”（第四折）平冤制度说明，完善的制度必须有贤良的官员来执行；反过来讲，贤良的官员必须有完善的制度来支持，两者缺一不可。孟子所谓“徒法不足以自行，徒善不足以为政”<sup>[33]</sup>，确为千古政治学和法学名言。

顺便指出，从元代司法制度看，窦娥冤案在程序上两点尚可讨论。其一，楚州太守桃机判处窦娥死刑不待奏报便予处决，与法不合。建元诏书内有一款规定：“凡犯罪至死者，如府州审问，狱成便行处断，则死者不可复生，断者不可复续；案牍繁冗，须臾断决，万一差误，人命至重，悔将何及？朕实哀之！今后凡有死刑，仰所在有司推问得实，具情事始末，及断定招款，申宣抚司，再行审复，无疑，呈中书省奏闻，待报处决。”<sup>[34]</sup> 还规定：“囚当大辟必待报，违者论死。”<sup>[35]</sup> 从《窦娥冤》第2~3折的描写看，并无奏报程序。这从窦娥的诉词中也可获证明，她说：“我只道官吏每还覆勘，怎将咱屈斩首在长街！”（第四折）其二，窦天章与窦娥是父女关系，依法应当回避。元律规定：“诸职官听讼者，事关有服之亲并婚姻之家及曾受业之师与所仇嫌之人应回避而不

回避者，各以其所犯坐之。”<sup>[36]</sup>这是否由于窦天章拥有“金牌势剑”的缘故呢？颇可注意。当然，《窦娥冤》是文艺作品，因此，我们也大可不必泥而不通，完全当作历史事实来谈，力求事事坐实。这一点，也是我们在研讨中国古代文学作品反映的法制问题必须予以注意的方法论问题。

#### （四）天人感应与法律观念

天人关系是中国古代思想史、制度史乃至文化史上的一个大问题。这种关系就是“天人合一”与“天人感应”，早在初民社会已经发轫，我们在有关中国远古时代的神话思维中已可以体悟到这一神秘关系的存在<sup>[37]</sup>。当然，关于“天人合一”及“天人感应”的发展变迁、确切意蕴和现代意义，学界颇有争议。大致而言，在中国古代哲学里的“天”，既指自然之天，即一种客观存在；另一方面，它又指宇宙的本体——“道”。同时，这个“天”，又是有意志、有感情而无法彻底认识、把握的神秘活物。“人”，则是指人类自身。所谓“天人合一”或“天人感应”，就是“人如何与天共处，即如何知天之意、得天之命，如何循天之意，邀天之福”<sup>[38]</sup>。所以，天人关系不仅有形上之意义，也有形下之价值，从而成为中国文化的大本大源。政治的合法性据此，法制的合理性也据此。这一理论也“给后世留下了一柄双刃剑：它既给独夫民贼们强奸民意开了方便之门，也为后世某些为民请命者提供了一种理论支持，使他们得以用天命、天意的正大名义来立论”<sup>[39]</sup>。在中国古代，“天”的功能性作用有两：一是庆赏示瑞；一是谴告降灾。必须指出，天人之间既有相通相合的一面，即“天道与人道只是一个道”<sup>[40]</sup>；也有相分相离的一面，也即“天”具有超越性，对“人”具有主宰性。中国古人对“天”的态度是既敬又畏，既信又疑。就法制而言，“天人合一”与“天人感应”论也有广泛、深远的影响。朱勇先生指出：“在中国古代，法律的制定遵循‘则天立法’原则，以‘天’为制定法律的最终根据；在法律实施方面，实行‘刑狱时令’、‘灾异赦宥’制度；对于人命案件的处理，适用‘以命抵命’原则，从不同角度体现了法律的自然主义特征”<sup>[41]</sup>。从《窦娥冤》看，这种天人关系主要表现在如下两个方面：

其一，冤狱谴告。依据“天人合一”或“天人感应”思想，“天道”是自然和谐的，人类社会也应与之和谐，一旦出现冤狱，自然与社会之间的平衡就遭破坏，“自然”就会出现“灾变”以示“谴告”，这也是一种惩戒。所以，窦娥讲：“冤枉事天地知。”（第二折）这种情形也为正史、野史、笔记等所不绝，《窦娥冤》即为一例。窦娥在临行刑前对监斩官设誓三桩：（1）如系冤枉，则“刀过处头落，一腔热血休半点儿沾在地下，都飞在白练上者”。（2）如系冤枉，则“身死之后，天降三尺瑞雪，遮掩了窦娥尸首”。（3）如系冤枉，“从今以后，着这楚州亢旱三年”。这里，窦娥的理据就是：“你道是天公不可期，人心不可怜，不知皇天也肯从人愿。”（第三折）在窦娥看来，为民父母者（指官吏），必须上格天心，下恰民意，而现在却是“官吏每无心正法”，从而破坏了天人之间的平衡与和谐。因此，上天必有所示，必降灾祸。只有平冤，方可平息天谴天灾，重新恢复天道和谐与人道和谐，以及天人和諧。中国古代的某些制度设计就基于此，如“录囚”、“会审”等。这点，我们从《窦娥冤》也可获得证明。窦天章到两淮“审囚刷卷”，平反冤狱便是如此。在窦娥的冤狱平反以后，他说：“莫道我念亡女与他灭罪消愆，也只可怜见楚州郡大旱三年。昔于公曾表白东海孝妇（‘东海孝妇’的故事，

见《汉书·于定国传》；《窦娥冤》便源出于此——笔者注），果然是感召得灵雨如泉，岂可便推诿天灾代有，竟不想人之意感应通天。今日个将文卷重行改正，方显的王家法不使民冤。”（第四折）而《窦娥冤》的剧名修饰以“感天动地”，寓意就在于此。

其二，天道公正。中国古人相信，“天”能够赏善罚恶，因而也是公正无私的。另外，天人虽可合一，但是，“天”又超越于“人”，能主宰“人”。所以，一旦人间出现不公和冤狱，则可祈求上天以期消除不公，平反冤狱。据此，“天道”在某种程度上可以说反映了中国古代社会的一种独特的“自然法”，从而使“人定法”受到某种监督。换言之，“人定法”应该与“自然法”保持一致，所谓“天人合一”，从法的角度上可以如此理解<sup>[42]</sup>。这点，我们在《窦娥冤》里也能读到。窦娥说道：“不告官司只告天，心中怨气口难言。”（第四折）向“天”诉怨，实质上也就表明，这个“天”是公正不欺的。当然，由于在中国古代社会人们对“天”怀着一种既信且疑的态度，所以，一旦冤屈不获平反，对“天”便生疑问。窦娥唱道：“有日月朝暮悬，有鬼神掌着生死权。天地也，只合把清浊分辨，可怎生糊突了盗跖颜渊；为善的受贫穷更命短，造恶的享富贵又寿延。天地也，做得个怕硬欺软，却元来也这般顺水推船。地也，你不分好歹何为地？天也，你错勘贤愚枉做天！”（第三折）这，在一定程度上反映了中国古人对于信仰问题的一种功利主义和机会主义态度。

#### （五）一则有趣的史料

《窦娥冤》写了这么一则司法故事：窦娥被判斩刑，押赴市曹执行；临刑之前，刽子手对窦娥说：“你如今到法场上面，有甚么新眷要见的，可教他过来，见你一面也好。”（第三折）关于罪犯刑前与家人见面，笔者遍检手头各种元代法律资料，诸如《元典章》、《元史·刑法志》、《通制条格》以及《元代法律资料辑存》等，均未获见。但是，这种制度实际是应该存在的。我们可以抄录一则宋代的材料作为佐证，文曰：宋映为常州司法掾时，“每有重辟，必持案谕囚尔罪应死，尽召家人使之相见”<sup>[43]</sup>。可见，《窦娥冤》所写是颇具史料价值的。

《窦娥冤》所述有关的法律问题还有不少，因文章篇幅所限，只好就此打住。

### 三、尾 论

中国古代的文人学者很具历史意识，举凡诗词散文、小说戏剧、稗官野史、笔记杂著等，无不反映出某种历史事实。从法制史、乃至法律文化史角度对之作一番钩沉剔抉、整理研究，将是很有意义的。对此，已有学者倡言研究法律文化应当充分利用上述资料。贺卫方先生指出：“古人著作不应该只理解为官修正史以及各种经典，更重要的是那些较为直接地反映社会各阶层观念的作品，如戏曲、小说、诗词、笔记、日记、谣谚等等。”<sup>[44]</sup>另外，美国著名法学家波斯纳把文学作品中的法律问题提到法理学高度加以探讨，也可见其价值<sup>[45]</sup>。元代杂剧对于元代社会现实的深刻、全面的反映，也为元剧研究的学者所公认；从法制的角度对之加以探讨，也开始受到学者的注意<sup>[46]</sup>。关汉卿的杂剧作品则更具有代表性，所以，对之进行专门研究，意义不可小视。这种意义，一方面表现在从中可以更为深入地了悟和理解中国古代的某些法律制度以及法律观念；

另一方面则表现在从中可以获得某些法律史料，以期丰富我们关于中国古代法制乃至整个法律文化的材料。

注:

- [1] 参见钟嗣成等:《录鬼簿》(外四种),上海古籍出版社1978年4月版。有关元代杂剧的数量,学者多有探考,综合性的概括可以参见刘靖之:《元人水浒杂剧研究》,三联书店(香港)有限公司1990年11月版,第112~113页。
- [2] 王国维:《宋元戏曲史》,华东师范大学出版社1995年12月版,第96页。
- [3] 许金榜:《元杂剧概论》,齐鲁书社1986年6月版,第13页。
- [4] 参见吴白旺主编:《古代包公戏选·前言》,黄山书社1994年1月版,第1页。现存10个“包公戏”的剧目是:(1)关汉卿:《包待制智斩鲁斋郎》;(2)关汉卿:《包待制三勘蝴蝶梦》;(3)郑庭玉:《包待制智勘后庭花》;(4)李潜夫:《包待制智勘灰阑记》;(5)武汉臣:《包待制智赚生金阁》;(6)无名氏:《包待制陈州糶米》;(7)无名氏:《包待制智赚合同文字》;(8)无名氏:《玳玳盆儿鬼》;(9)无名氏:《神奴儿大闹开封府》;(10)无名氏:《王月英月夜留鞋记》。
- [5] 关于关汉卿生平事迹和杂剧的考证,资料比较集中完备的,可以参见刘靖之:《关汉卿三国故事杂剧研究》,三联书店香港分店1987年2月版,第21~59页。
- [6] 王季思、吴国钦:《关汉卿》,《中国大百科全书·中国文学卷》辞条,转引自吴国钦校注:《关汉卿全集》,广东高等教育出版社1988年10月版,第1页。
- [7] 《中国大百科全书·戏曲艺术卷》,中国大百科全书出版社1983年版,第96页。顺便指出,在传统戏曲评论里,《窦娥冤》的地位并不高,甚至不被提及。自王国维《宋元戏曲考》起,《窦娥冤》遂成杂剧的经典名著。详细的讨论,参见容世诚:《〈窦娥冤〉的“接受历史”》,陈平原、陈国球主编:《文学史》(第1辑),北京大学出版社1993年4月版,第215~241页。
- [8] 这点,从前引刘靖之《关汉卿三国故事杂剧研究》第52~59页所附关汉卿研究资料目录可见一斑;另可参见前引容世诚《〈窦娥冤〉的“接受历史”》。
- [9] 例如,张晋藩:《中国古代法律制度》,中国广播电视出版社1992年11月版,第616页;又如,金良年:《酷刑与中国社会》,浙江人民出版社1991年6月版,第23页。
- [10] 参见《十三经注疏》(上册),中华书局1980年10月印影版,第739页。
- [11] 有关讨论,可以参见李志敏:《中国古代民法》,法律出版社1988年6月版,174~180页;叶孝信主编:《中国民法史》各章的有关讨论,上海人民出版社1993年7月版;李甲孚《中国法制史》,台湾联经出版事业公司1988年10月版,第278~280页。
- [12] 《遗山先生文集》卷二十六《顺天万户张公勋德第二碑》,转引自周良霄、顾菊英:《元代史》,上海人民出版社1993年10月版,第215页。
- [13] 《元史·耶律楚材传》。
- [14] 黄时鉴点校:《通制条格》,浙江古籍出版社1986年3月版,第307页。
- [15] 前揭《通制条格》,第307~308页。
- [16] 根据《元史·百官志》记载,至元28年“改按察司曰肃政廉访司”推断。参见韩儒林主编:《元朝史》(下册),人民出版社1986年8月版,第295页注〔1〕。
- [17] 《左传·僖公二十五年》。
- [18] 有关的讨论很多,资料比较集中的,可以参见钱钟书:《管锥编》(第一册),中华书局1986年6月版,第285页。
- [19] 前揭吴白旺主编:《古代包公戏选》第61页。

- [20][29][31] 刘鹗:《老残游记》,齐鲁书社1981年2月版,第221、225、203页。
- [21] 丁山:《中国古代宗教与神话考》,上海文艺出版社1988年3月版,第342页。
- [22] 李伯元:《活地狱》,上海书店1994年3月版,第2页。
- [23] 参见《睡虎地秦墓竹简》,文物出版社1987年11月版,第246页。
- [24] 简要的讨论可以参见徐朝阳:《中国诉讼法溯源》,台湾商务印书馆1973年7月版,第31~33页。
- [25] 参见黄时鉴点校:《元代法律资料辑存》“诸鞫问罪囚”条,浙江古籍出版社1988年6月版,第33页;另见《元典章》卷四十《刑部》“禁断王侍郎绳索”、“禁止惨刻酷刑”及“不得法外枉勘”等条,中国书店1990年10月版,第577~580页;也可参见《元史·刑法志》。
- [26] 参见李敖:《招了再讞》,《中国性命研究》,中国友谊出版公司1993年5月版;另见前揭钱钟书:《管锥编》(第一册),第333页。
- [27] 参见《元史·成宗纪》,转引自周贻白:《中国戏曲发展史纲要》,上海古籍出版社1979年10月版,第144页。这段史料多为学者征引,例如,前揭刘靖之:《元人水浒杂剧研究》第102页;又如,前揭许金榜书第17页。
- [28] 元好问:《薛明府去思口号》,转引自《辞海》(缩印本),上海辞书出版社1980年8月版,第957页。
- [30] 邓云乡:《汪辉祖及其著述》,《水流云在杂稿》,北岳文艺出版社1992年12月版,第193页。即使是明代著名清官海瑞,在周作人的眼里也只是“酷吏”一个。参见舒芜:《谈海瑞杀女》,《串味读书》,辽宁教育出版社1995年10月版,第223页。
- [32] 有关“循吏”的简要讨论,可以参见徐忠明:《〈史记·循吏列传〉随想》,《中外法学》1994年第2期。注意,《汉书》以后的所谓“循吏”,与《史记》所载有很大不同,有关讨论可以参见薛明杨:《西汉循吏酷吏辨》,《秦汉史论丛》(第6辑),江西教育出版社1994年12月版,第200~208页;武树臣:《循吏、酷吏与汉代法律文化》,《中外法学》1993年第5期。
- [33] 郭道晖先生对此别有新解,参见郭文《治学与作文》,《南京大学法律评论》1995年春季号,第168页。
- [34][35][36] 《元史·刑法志》。
- [37] 对于这一问题的详尽深入的讨论,可以参见叶舒宪:《中国神话哲学》,中国社会科学出版社1992年1月版。
- [38][39] 江晓原:《天学真原》,辽宁教育出版社1991年11月,第10、19页。
- [40] 梁治平:《“自然法”与“法自然”》,《中国社会科学》1989年第2期。
- [41] 朱勇:《中国古代法律的自然主义特征》,《中国社会科学》1991年第5期。
- [42] 有关中国古代“自然法”问题,学者尚有争议,参见前揭梁治平文。笔者以为,虽然中国古代“自然法”与西方不同,但是,其与“人定法”之间毕竟还是有明显不同的。并且,“自然法”也高于“人定法”,对于“人定法”具有某种制约、批判作用,从而成为“人定法”的一种评判标准。这种“自然法”既是自然规则,也是自然理性,而“人定法”则必须力求与“自然法”保持一致。当然,是否也应用“自然法”这一概念来表示,则还可进一步研究。
- [43] 转引自王云海主编:《宋代司法制度》,河南大学出版社1992年7月版,第393页;该书尚有其它宋代史料介绍,可以参考。
- [44] 贺卫方:《比较法律文化的方法论问题》,沈宗灵、王晨光编:《比较法学的动向》,北京大学出版社1993年11月版,第176页。
- [45] 波斯纳著,苏力译:《法理学问题》,中国政法大学出版社1994年7月版,第493~507页。
- [46] 张培田:《论元杂剧与元代法制》,《中国法文化散论》,中国政法大学出版社1993年3月版,



第 97~117 页。另外,日本著名中国法制史学者仁井田升:《中国の戏曲小说の插画と刑法史料》,也多次提到《窦娥冤》,《补订中国法制史研究》,东京大学出版会 1981 年 1 月版,第 615~675 页。顺便一提,从一般意义上讨论中外文学作品中的法律问题,近来也有成果出版,例如余京其:《法律与文学的交叉地》,春风文艺出版社 1995 年 5 月版,只是此书对于法律的分析太过空疏,缺乏应有的力度。

## A Preliminary Study of *The Unjust Case of Dou-E* and Some Issues Concerning the Yuan Dynasty Legal System

*Xu Zhongming*

**Abstract** It has been agreed by scholars that there exists a very close relation between traditional Chinese literary works and historical writings. Scholars usually attach importance to probing into traditional literary works to find historical facts and expound history. However, few of them have attempted to study the culture of traditional Chinese legal system reflected in it. This paper attempts to take the well known Yuan play *The Unjust Case of Dou-E* as an example in the discussion of the legal system in the Yuan Dynasty, expecting that it will replenish the study of traditional Chinese legal system. Cross-reference of *The Unjust Case of Dou-E* and the Yuan Dynasty legal data and combination of narration and commentary are used in the discussion.