

 使用大字体察看本文  
阅读次数: 1285

## 明代流行考

吴艳红

【内容提要】在传统的五刑制中，流刑处于降死一等重刑的地位，以有效惩治降死一等的重罪作为预定目标。但从司法实践来看，从隋唐以来，流刑惩治力度不足的问题一直很突出，在降死一等重刑的层面，宋、金、元等朝代均采取了不同的调整措施。在这样的历史背景下，本文对明代的流刑进行了通贯的考察。文章认为，早在明初洪武一朝，传统流刑已经基本废而不用。《大明律》定以流罪的条目基本以“宽”、“减”的形式，以徒役或以赎免的方式得到落实。而流刑所承担的司法任务则由五刑之外的口外为民与充军，主要是充军来完成的。

【关键词】明代流刑口外为民充军

隋唐之际，以徒流刑为中心的笞杖徒流死五刑制正式确立。在五刑制的确立中，流刑的出现具有特别的意义。流刑的来源虽早，然秦汉以来，这种以乡土观念为前提的惩治方式并未得到经常的实施，这意味着其惩治力度如何已经很久没有得到司法实践的检验，这明显与死刑、徒刑、笞杖刑不同。其次，在秦汉以来零星出现的“流”，多将犯人流至边方，其实施的重心仍在劳役，而非流远本身，这与五刑制中流的特征也有很大的差距。[1]流刑在南北朝后期进入五刑体制，占据其中降死一等重刑的地位，并改变自己以劳役刑为重心的特征，而以把犯人流至远方作为主要的惩治内容，其中恐怕与魏晋之际法律儒家化的背景有密切的关系。《唐律疏议》注解“流刑三”一条，称，“《书》云：‘流宥五刑。’谓不忍刑杀，宥之于远也。又曰：‘五流有宅，五宅三居。’大罪投之四裔，或流之于海外，次九州之外，次中国之外。盖始于唐虞。今之三流，即其义也。”[2]这可能是对这一历史事实最好的注解。

正是因为流刑进入五刑制有这样较为特殊的背景，尽管五刑制的确立在中国古代刑罚史上具有里程碑的意义，五刑制本身从一开始也是有缺陷的。流刑惩治力度不足，与其在五刑制中的地位不相符合是其中的关键问题。这一点在五刑制刚刚确立的唐代就已经十分明显。

唐代流刑三等，即二千里、二千五百里、三千里。三流均居役一年，且不加杖。[3]官员流者不需居役，只附籍当地，如同百姓，待期限一满，“有官者得复仕”。[4]普通罪犯居役一年后，也附籍当地，流限一般为六年，不应流而特流者为三年。期满，即可返回原籍。对于这种流刑的惩治力度，北宋熙宁中，大臣曾布有明白的解说：“---大辟之次，处以流刑，---不惟非先王流宥之意，而又失轻重之差。古者乡田同井，人皆安土重迁。流之远方，无所资给，徒隶困辱，以至终身。近世之民，轻去乡井，转徙四方，固不为患，而居作一年，即听附籍，比于古亦轻矣。”[5]可谓一语中的。还可以再与次流刑一等的徒刑相比较。唐代徒刑五等，居役年限自一年、一年半、二年、二年半、三年不等，虽无流远之苦，然“著钳若校”，在官吏监督下进行无偿劳动的时间，却比犯流刑者要长。徒刑实际惩治的强度，与流刑相去不远，甚至轻重有所倒置。

隋唐以后，五刑制基本为以后各朝代继承，成为官方明文规定的刑罚体系。为此，解决流刑三等惩治力度的不足也成为各朝代重要的司法课题。宋代于建隆三年（公元962年）定“折杖法”，以杖折徒流，流刑四等即改为加役流，决脊杖二十，配役三年；流三千里，决脊杖二十，配役一年；流二千五百里，决脊杖十八，配役一年；流二千里，决脊杖十七，配役一年。[6]宋代独具特色的刺配由此得到充分的发展。[7]宋代刺配集刺、杖、流于一身，堪为降死一等的重刑，自宋初作为免死的刑种出现以后，行用逐渐频繁，法规日见繁密，实施日见规范，为司法者所倚重至于出现滥施的局面。刺配起到的其实是五刑制中流刑本应承担的任务。金人明言流刑“非今所宜”，而以徒代流，即二千里比徒四年，二千五百里比徒四年半，三千里比徒五年。[8]《大金国志》载：“徒者，---实拘役也。徒止五年，五年以上，皆死罪也。”[9]传统的五刑制下，徒刑从一年至三年分为五等，《大金国志》称金代徒刑至于五年，又言五年以上为死

罪，传统流刑为徒刑所代已成为事实。

最值得注意的还是元代的“新流刑”。[10]所谓的“新流刑”是指流远与出军。它们都是从蒙古族古老的惩治方式中脱胎而来的，从元代建立以来一直得到实施，并且有日见倚重的趋势。出军与流远的主要去所在素为“瘴疠”之地的湖广与北鄙的辽阳。[11]罪犯一般是南人发北，北人发南。出军的罪犯到达配所之后，主要是“从军自效”，以增强边方镇戍军伍的实力，流远的罪犯似以屯种为主。原则上，除了大赦，出军与流远的罪犯要终老发配之地。与传统流刑相比，其惩治力度之强不言而喻。出军与流远起初并行，至元仁宗、元英宗年间，出军逐渐进入流远刑，使流远刑成为一种包括多种惩治方式，具有多种层次的刑罚，并进而进入了国家法定的刑罚体系。《经世大典·宪典》规定的五刑制中，流刑被正式界定为“流则南之迁者之北，北之迁者之南”。[12]这标志着包括了出军的元代的流远刑成为一种新的流刑，并正式代替了五刑制中传统流刑的位置。

就唐代以后各朝实际应用中的刑罚看来，死刑、徒刑、笞杖刑的实施相对比较稳定，而降死一等重刑的调整却是十分频繁的。在这样的调整之下，传统流刑基本没有得到行用，真正承担惩治降死一等重罪任务的，是各朝代根据当时的需要和本朝的特征创建的新的惩治手段。

明初律、令明确规定，以传统的五刑制为国家法定的刑罚体系，其中流刑仍分传统的二千里、二千五百里、三千里三等。其中，《大明律》规定的处以流刑的条目约有45条。适用的对象分缘坐与实犯流刑两种。就设置的惩治力度而言，流刑仍处于传统的死刑与徒刑之间。如《刑律》“谋杀人”条规定，凡谋杀人，若伤而不死，造意者绞；从而加功者杖一百，流三千里；不加功者，杖一百，徒三年。[13]那么，《大明律》规定的传统流刑将如何落实？而最重要的，明代将如何解决已经为历史所证实了的传统流刑的不足？降死一等重罪的惩治如何有效实现？

## 二

吴元年（公元1367年）十二月，《大明令》和《大明律》同时修成。关于流刑，《刑令》一条规定，“凡官吏犯赃至流罪者，不问江南江北，并发两广福建府分及龙南、安远、汀州、漳州烟瘴地面安置，其上项烟瘴地面附近州府之人犯赃并发迤北边塞处所。”[14]《大明律·名例》“徒流迁徙地方”条下也规定：“流三等，照依地里远近定发各处荒芜及濒海州县安置。直隶府州流陕西；福建布政司府分流山东、北平；浙江布政司府分流山东、北平；江西布政司府分流广西；湖广布政司府分流山东；河南布政司府分流福建；山东布政司府分流福建；山西布政司府分流福建；陕西布政司府分流福建；广西布政司府分流广东；广东布政司府分流福建，四川布政司府分流广西。”[15]两者的共同特征在于，首先，尽管法典规定了流刑三等的距离，法律在此之外却又设置了流犯具体的发送去所。传统流刑作三等的区别，本是为实际发配作标准的，这样，区别显然已经失去了实际的意义；再者，就规定的去所而言，两者都具有南北易置的特征，即南方流犯发北，北方流犯发南。北方多为边塞之地，南方都为烟瘴荒芜之所。这与传统流刑的发配特征也显然是不符合的。这意味着，尽管在刑制中，法律规定的流刑具有传统的特征，但即便是在法律的层面上，这种传统已经是不完整的了。

大致在洪武十八年以前，明代流刑在一定规模之内得到实施。流犯的编发就是按照上述律、令规定的具体地理位置发送，不作三等的区别。洪武十四年（公元1381年）三月丙戌的大赦诏专门提到，“安置、徒流未至地方者，---并释还乡。”同月，朱元璋对刑部的诏令即为上文的“地方”提供了注解：“犯流徒罪者不宜处以荒芜之地，但定其道里远近，令于有人民处居之，以全其生。”[16]

与此同时，相当一部分流犯则以“输役”来代替实际的流放。输役的方式多种多样。仅《实录》的记载来看，洪武八年至十八年，十年间，太祖曾有三对刑官下达如下的处置命令：洪武八年（公元1375年）二月甲午，太祖下令，命流罪犯人“凤阳输作一年，然后屯种”；洪武十六年（公元1382年）正月，令流罪犯人代农民力役，以赎其罪；洪武十八年（公元1385年）六月，又命法司，罪人应流徙者，发凉州木速秃、杂木口、双塔儿三递运所充车夫，俾运军需。[17]

传统流刑的废而不用此时已经初露端倪。

为了加大社会治理的力度，在洪武十八年及以后的一两年内，朱元璋连续颁布了著名的四编《大诰》。为保证《大诰》的流传，在《大诰》首篇，即《御制大诰》的篇末，朱元璋明确规定，官民犯罪，若持有《大诰》，笞杖徒流罪名可减罪一等。值得注意的是，此条《诰》文同时也规定了，如果没有《大诰》，还要罪加一等。[18]但是，洪武二十八年（公元1395年）朱元璋再提减等问题时，并未提及《大诰》加等之事，只规定“法司议罪各引《大诰》减等，若遇恩例，则通减二等”[19]。以后，“《大诰》减等”几乎成为专有名词，“《大诰》加等”却罕有提及。[20]

《大诰》颁行之后，以朱元璋对《大诰》的重视，《大诰》减等的命令应该很快得到了遵行，[21]并应该有普遍的实施。而洪武末年对《大诰》及相关命令的重申，更使《大诰》及“减等”的命令进入了祖制的范围，得到遵奉。弘治年间，吏部主事杨子器上疏，其一条云，“今内外问刑衙门宜追审犯人果有无《大诰》，有者，始许减等论罪，不可仍前概拟为有《大诰》，虚减其等。”[22]在地方，也有如下的记载：“乡之人有自官司讼回者，曰，某也罪，流罪徒而里而年不等，某也罪，杖罪笞而数不等，俱有《大诰》减等。---问于乡之长老，始知亦制也，内自司寇部，外而诸司，但问刑者皆然。”[23]可见《大诰》减等普遍实施的事实。以此为前提，在一些律家编录的有关法律文书中，“《大诰》减等”被编成常用的“招议之式”之一。[24]

《大诰》减等的规定本适用于死罪以下的各个刑种，但其间受到影响最大的却是流刑。笞、杖、徒刑本身分成五等，减一等处置并不影响刑种本身的行用，而流刑的情况却有不同。《大明律》规定，“二死三流同为一减”，即流罪三等若减一等处置，则均为徒三年。[25]这样，身犯流刑的罪犯，如果收有《大诰》，罪减一等，则均按徒三年处置。

“《大诰》减等”本来是一个相对偶然的历史产物，在明代却成为传统流刑废而不用的重要契机。

但明代传统流刑废而不用彻底实现的决定性因素却在洪武三十年的赎罪条例。洪武三十年（公元1397年），太祖命六部、都察院等官议定赎罪事例。《实录》记载结果如下：“凡内外官吏犯笞杖者记过，徒流、迁徙者以俸赎之，三犯罪之如律。杂犯死罪者自备车牛运米输边，本身就彼为军。民有犯徒流、迁徙者，发充递运水夫”。[26]

太祖对三十年的赎罪条例极为重视。在洪武三十年《大明律》最后定稿颁布之序中，称，“-----其递年一切榜文禁例尽行革去，今后法司只依《律》与《大诰》议罪，---杂犯死罪并徒流迁徙笞杖等刑悉照今定赎罪条例科断。”[27]这成为明代以罚役与纳赎为主要形式的赎例发展的根据。

传统徒刑的实施方式，本以煎盐、炒铁为主，徒役相对劳苦。而在洪武三十年的赎刑条例中则以发充递运水夫的方式代替了传统徒刑的实施。洪武元年，天下普设递运所，起初专司递运官物，以后逐渐增加了诸如递发囚犯，配合驿站迎送使客等任务，其中的递运人夫以签发民夫为主，然在洪武初时，已经有发罪犯充当的记载。递运人夫一般在本省当差，也有在邻省服役。比较煎盐炒铁，发充递运水夫的劳役负担相对较轻，所以发充递运水夫以赎的名义出现，是以罚役形式出现的“赎”。流罪人犯基于罚役形式的赎，以发充递运水夫的方式处置，传统流刑以流远为惩治重心的特征丧失无疑。

另一方面，洪武三十年的赎罪事例中，也涉及了以财物赎罪的方式，即官员或有财力的人家犯罪之后，以输纳钱钞、粮米赎罪的方式，又可称为纳赎。洪武三十年的赎罪条例规定纳赎只适用于初犯的官吏，但是，洪武以来，纳赎及普遍的徒流之罪的命令也经常发布。[28]以此为基点，永乐以后的纳赎得到迅速的发展。普通的流罪犯人只要财力许可，均有赎免流刑的机会：纳赎与罚役一样，成为传统流刑废而不用的重要途径。

在以上一般情况以外，针对部分特殊人的传统流刑从一开始就废而不用。比如一部分有专业技能的人，如工匠乐户、钦天监天文生等，在《大明律》中就规定，如果身犯流罪，在决杖一百之外，则或留住拘役四年或收赎，并不实发。[29]基于明代军民分籍而治的特征，军官军人的流刑在实施中也早已废弃了传统性。《大明律?名例》“军官军人犯罪免徒流”条规定，“凡军官军人犯罪律该徒流者，各决杖一百，徒五等，皆发二千里内卫分充军；流三等照依地里远近发各卫充军。”这说明，军官军人的徒流罪名按照《大明律》议定，实际的发落却是根据军官军人的特殊身份作了调整。高举对此有解释，他认为，“军官免徒流者，优其前绩，亦冀其后功也。军人免徒流者，悯其劳役，亦实其行伍也。”[30]言下之意，对于军官，这是优军的一种体现；对于军人，则有保持行伍充实的目的。因为明代实行的是军户世袭制，自从明初军户的数目确定以后，终明一代不再改变，因此兵源是有限的，行伍的充实需要保证，军人的徒流罪只能在军伍之内，以充军的方式科断发落。军官军人流罪的发落，与传统流刑的实施相去甚远。

弘治初年，大臣丘?向皇帝进呈所撰《大学衍义补》一书，其中谈及本朝流刑的实施，即称“所谓流刑率从宽减以为徒，真用以流者，盖无几也。”[31]清修明史，关于明代的流刑，撰者也指出，明代“犯流罪者，无不减至徒罪矣。故三流常设而不用。”[32]对于明代传统流刑的废而不用，这是最好的概括：明代传统流刑废而不用，主要通过“宽”、“减”的形式得以实现，“减”是指《大诰》减等，三流减等均为徒；“宽”是指赎例，以罚役赎免，三流以发充递运水夫的徒役形式得到发落，以纳赎赎免，在交纳一定的钱粮米谷之后，三流均可免于实施。这样的格局在洪武一朝已经基本定型，此后一直行用。

但值得指出的是，传统流刑的废而不用主要是在实犯流刑的领域，从史料的记载来看，死罪犯人缘坐人口流刑的实施基本仍维持了传统的面貌。《大明律》各条文中，本犯死罪，家口（主要以妻子为主）以

流处置的仅限于《吏律》“交结近侍官员”，《刑律》“谋叛”、“杀一家三人”、“生拆割人”等四条。嘉靖年间为收复河套事宜，贵为内阁首辅的夏言被处以极刑，妻流广西，陕西总督曾铣以“交结近侍”律斩，“妻子流二千里”，[33]崇祯年间守边名将袁崇焕，以“谋叛”罪被磔于市，“兄弟妻子流三千里”。[34]在本犯罪名和缘坐事项确定之后，具体人口及流所则由地方官府核实定拟逐级上报而定。在流所的确定中，流刑三等的距离得到遵奉。关于袁崇焕家口的流所，在广州地方转申上级的文书中有“其流徙地方，据县拟湖广沅州、江西南康二处，以明旨二千之限相合”这样的行文，[35]显然是把“流二千里”作为确定流所的标准。终明一代，针对缘坐人口的流刑未见赎免、减等发落的记载，明代流刑在这一领域得到较为传统的实施。当然，相对实犯流刑而言，这部分流刑人口少，实施的规模也小，在明代流刑中占据的地位也是次要的。

### 三

传统流刑的废而不用，是指流刑不以传统的流远的方式进行处置，这并不意味着流刑这一刑等的缺失。在明代，即便是基于“宽”、“减”的原则，无论流刑是以徒代流还是以纳赎赎免，它们与原定徒刑之间的等差依然存在：《大诰》减等，三流减一等为杖一百，徒三年，而徒刑五等以《大诰》减等，也依次递减，如徒三年，杖一百有《大诰》减一等，即减为杖九十，徒二年半等。若是以罚役的形式赎免，在服役的时间上也有不同的规定。徒五等，一般按照所徒年限服役，若罪在流三等，发充递运水夫的时间一般为四年。[36]以纳赎赎免也一样。例如永乐初年，因北平军饷不继，定罪犯输米赎罪之议，“除十恶、人命、强盗及笞罪不赎外，其杂犯死罪赎米六十石，流罪三等，俱四十石，徒罪一年十石，一年半十三石，二年十六石，二年半二十石，三年二十五石。”[37]此后，运砖、输银等规定多有议定，流罪赎免数量不等，但类似上述流罪与徒罪之间的等差还是明显地存在。也就是说，《大诰》减等也好，以罚役或纳赎的方式赎免也好，流刑这一处于死刑与徒刑之间的等级一直没有消失。弘治《问刑条例》，将包括流刑在内的明代五刑制的变化以法律的形式确定如下：“凡军民诸色人役及舍余审有力者，与文武官吏、监生、生员、冠带官、知印、承差、阴阳生、医生、老人、舍人，不分笞杖徒流杂犯死罪，俱令运炭、运灰、运砖、纳料、纳米等项赎罪。若官吏人等例该革去职役，与军民人役审无力者，笞杖罪的决，徒流杂犯死罪各做工、摆站、哨、发充仪从，情重者，煎盐、炒铁，死罪五年，流罪四年，徒罪照徒年限。”[38]

通过“以徒代流”与纳赎的方式，《大明律》中的一部分流罪得到惩治。

但是，《大明律》部分流罪的落实并不等于流刑问题的解决。首先，随着时代的发展，所谓降死一等重罪，已远非《大明律》中的流罪所能概括的了。《大明律》在洪武一朝几次修订，朱元璋以此为后世立法，要求子孙后代不得擅改。然时事变化，在洪武以后，《大明律》的不足已经十分明显：情轻律重，律重情轻，旧时代的罪行不能删除，新出现的罪行不能包纳。就降死一等罪而言，除了部分流罪罪行仍重，还可以保留在降死一等罪的范围，其余的流罪在轻重程度上发生了很大的变化，部分流罪罪行见轻，可入徒甚至可以入杖，也有部分见重，可入死刑；而很多在《大明律》中原不在流刑一等的罪行，因为时势的变化，进入了降死一等的重罪范畴，其中包括原定为徒或甚而笞杖的罪行，或原定为死刑的罪行。这些成为明代事实上的降死一等重罪。《大明律》中的一部分流罪得到惩治与这些事实上的降死一等重罪得到有效惩治显然是有区别的。

流刑本以有效惩治降死一等重罪为目标。从明初以来，真犯死罪者均要按律处死。而降死一等的流刑，在“宽”、“减”的名义下，若以徒代流，最高徒役年限为四年，徒役的形式以发充递运水夫为主。至于纳赎，成化后期，巡抚苏、松等处官员上奏，指出该处粮长、大户、书手等作弊害民，习以为常。究其原因，则“此等之徒，轻视官法，以为问罪监追，不过杂犯死罪、徒流罪名，但折纳米稻而已。”[39]这样，在惩治力度上，需要按律处决的真犯死罪与降死一等的流罪之间的差距明显加大，即死刑与生刑之间的惩治差距加大。反映在刑制的方面，尽管五刑制的名目仍然存在，但实际行用中的五刑制，除了笞杖刑与死刑，只有徒刑。明人叶良佩概括其间产生的问题是：“-----由杖徒一转而入大辟，嫌于太疏”。[40]传统流刑的实施固然不能有效惩治降死一等的重罪，明代废除传统流刑而不用，但调整后的流刑显然仍不能承担有效惩治降死一等重罪的任务。

如何有效惩治上述事实上的降死一等重罪，成为明代流刑带来的真正问题，本应由流刑达到的惩治目标如何实现成为明代司法的重要课题。口外为民与充军，这五刑以外的惩治方式，正是适应了这样的司法需要而在明代得到了行用与发展。因为由杖徒一转而入大辟，嫌于太疏，“则定义著为徒边、戍边、永戍之令，不与同中国。”[41]

“口外为民”与洪武时期的“家迁化外”、永乐时期的“发北京为民”显然有着渊源的关系。但作为一种惩治方式的名称开始使用，大致在天顺初年，[42]此后直至明末都在有效行用之中。对于“口外为民”的“口外”，有关法规一直未有明确的解释，但明代有记载的“口外为民”的地点主要集中在北直隶的隆庆州与保安州。[43]隆庆州与保安州均位于北边内长城之外，狭义地说，“口外”可能就是指北边内长城的各关口之外。口外为民罪犯中个别罪重的，或从隆庆、保安三州逃亡的，也被发往辽东的安乐、自在三州。[44]。

口外为民的惩治力度相对较强。对于普通百姓而言，生活的环境从内地至边方，或从边方至极边，条件自然更为艰苦；对于文职官员而言，口外为民则重革职为民一等。嘉靖年间，时任锦衣卫经历的沈炼因上书弹劾严嵩，而被“谪佃保安”。[45]小说描写，沈炼“即时收拾行李，带领妻子，雇着一辆车儿，出了国门，望保安进发。---那保安州属宣府（小说此处有误，保安州属北直隶），是个边远地方，不比内地繁华。异乡风景，举目凄凉”，[46]幸好沈炼弹劾严嵩，名声在外，“先生当田保安，仓卒寄妻子广柳车，未有舍，而州人贾某者傍晚先生曰，公非上书请诛严氏人耶？揖之入，徙家而家先生，先生始有家矣。”[47]一般口外为民者的情况由此可以想见。口外为民的罪犯，一般要拘当房家小起发随往；除了朝廷大赦天下，明令可以放回以外，口外为民的罪犯原则上要终老当地。

充军，即将罪犯发充军役。在明初，充军为军官军人特设的特征比较明显，但非军籍人也不绝对被排除在惩治范围之外。就其惩治程度而言，明初《大明律》规定，军官军人犯徒流罪者，以充军代替，充军已经被认定与五刑制中徒流刑的地位相当，具有重刑的特征。军官在充军以后，官职处于被剥夺状态，一般也要南北调卫，以示惩戒；军人充军，除了杖一百，也同样根据所在地南北易置于边方卫所，而且承担更为艰苦的兵役。原则上，军官军人若无军功，充军也都有终身的特征。惩治力度是比较强的。

对于非军籍人而言，充军重刑的特征更为明显。文职官吏首先被剥夺官职。其次，军犯多被放远。《大明律》和《诸司职掌》都有关于边远充军具体地面的规定。[48]两者虽然在具体的发充地面上有一定的出入，但定卫基本上贯彻的都是就远与就近的原则，军犯就远发配或甚而南北易置，即以长江为界，南方军犯发北方卫所，北方军犯发南方卫所，发充地都属南北边地。嘉靖年间，新的定卫规则基本确立。即以罪之轻重权地之远近，边卫可以本省拟配，边远可以隔省拟配，极边可以再隔省拟配，如内省无边方者，可以隔省附近边方拟配边卫，其边远、极边亦可依类递配，[49]在发遣各等中，附近充军仍只占较小的比例。军犯远离故土，生活环境改变，水土不服。最重要的是，非军籍人的充军使罪犯从民人变成了军人。这不仅仅是使习惯的生活方式发生改变的问题。早在成化年间，巡按直隶监察御史王衡就曾指出“况人所畏当者莫过于军，千方百计逃避苟免”这样的事实，[50]况且罪犯充发的还是“恩军”，他们在卫所承担的军役和劳役比一般的军人更重，受到的待遇则更差，受军官的盘剥更为严重。这种从生活方式到身份地位的改变所达到的惩治效果是最为严厉的。还有，明初的军犯均为永远军犯，后来军犯有终身与永远的区别，终身军犯服役终身，永远军犯，则不仅终身服役，子孙世代均要承担兵役。充军重刑的特征是显而易见的。

口外为民与充军一般不可赎免，遇例也不能减等发落，这是对其惩治力度的重要保证。成化十七年（公元1481年），法司已经明确指出，“---减等发落系一时钦恤之特恩，目前法司所问囚犯，凡遇恩例减等，其一应该运炭、运灰、做工、摆站的决等项者，俱各与《大诰》通减二等发落，若律应仍尽本法及例该充军、为民、立功、调卫等项，有罪虽遇例减等，仍照依律例发遣拟断。”并说明这“系是见行事例”。[51]也就是说，常刑下的发落按《大诰》与恩例可以减等，口外为民与充军的本罪可以减等，口外为民与充军本身则不能减等发落。至于对两者的赎免，则都比较严格地限制在老小废疾之人。尽管出于实边、足储等实用的目的，尤其是在外患严重的嘉靖朝，赎免充军一再地成为朝廷的议题，却也一再地被坚决否定。[52]

一方面，因为《大明律》始终未作修改，事实上的降死一等重罪已经包括《大明律》所定的各个刑等；另一方面，口外为民与充军均是五刑之外的惩治方式，是为闰刑，为此，口外为民与充军以一种独特的方式实现对降死一等重罪的有效惩治：先依《大明律》议定本罪，再按充军或口外为民条例科断发落。本罪是《大明律》中规定的五刑制下的刑等。如弘治《问刑条例》一条规定，凡号称喇唬等项名色，生事害民，除真犯死罪外，犯该徒罪以上，不分人多人少，若初犯一次，属军卫者发边卫充军，属有司者发口外为民。虽系初犯，若节次抢夺，及再犯累犯，笞罪以上者，俱发原抢夺地方，枷号一个月，照前发遣。[53]此“徒罪”与“笞罪”即是《大明律》规定的本罪，“发边卫充军”，“发口外为民”是按例发落。所以同为充军和口外为民，本罪各各不同。沈家本辑万历《问刑条例》中的充军条目，分别以“由杖问发者”、“由徒问发者”、“由流问发者”、“杖徒俱问发者”、“徒流俱问发者”、“徒罪以上俱问发者”、“杖徒流俱问发者”、“笞杖徒流俱问发者”、“由斩绞问发者”、“免罪减等仍充军者”等归类，[54]可见本罪范围的广泛。

本罪原则上也要处断，在本罪处断之外，再定充军与口外为民，使事实上的降死一等重罪得到了有效的惩治。天顺八年（公元1464年），因为两京内外无籍军民人等，不务生业，三五成群，抢夺财物，打搅仓场等现象严重，法司议定，此后，“犯该笞杖及计赃不满贯徒罪，照依常例发落”，“若再犯与犯满贯徒罪至杂犯死罪，从重惩治，军旗舍余人等俱发边卫充军，民发口外为民。”[55]如此，才能使“凶顽知惧，良善获安”。成化年间，因为问罪监追，“不过杂犯死罪、徒流罪名，但折纳米稻而已”，苏、松一带粮长、大户等欺侵钱粮的现象十分严重，为予以有效惩治，定例，“今后，苏、松、常、镇等府粮长、大户、书手，有犯侵欺钱粮者问罪，监追完日，至五百石以上，银至五百两以上，发口外为民。粮至二千石以上，银至一千两以上者，发边远充军。其书手飞诡税粮及大户不纳秋粮各五十石以上者，亦问罪。监追完日，

发附近卫所充军。""如此，庶奸弊可革，钱粮无亏”。[56]一部分刑官与律家则从理论的高度予以说明。嘉靖八年，时任山东按察使的顾应祥上言问刑官妄加充军之刑的弊端。他说，“谓刑以弼教，五刑尽矣。此外复有充军事例。盖以绞斩之下有罪浮于律而徒杖不足以尽之者方坐，以此正以补律之未尽也。”[57]律家应?的认识虽然要肤浅一些，但也说出了问题的实质，他把流刑三等废而不用原因归结为法司不论《大诰》有无，均予减等发落的事实，因为流刑不可用，“故有情重律轻者则立为充军之例”，“若使三流得行，则自足以惩奸，何用后来之纷纷哉？”[58]

基于口外为民与充军对降死一等重罪的有效惩治，其司法地位逐渐得到承认，尤其是充军，降死一等重刑的地位逐渐稳固。早在成书于成化时期的《律条疏议》中，律家张楷就指出“充军邻于死罪，岂可妄加平人”。[59]弘治以后，充军降死刑一等已经成为时人的常识。当时大臣谈及此刑，无不以次死刑一等称。例如弘治十二年（公元1499年），刑科右给事中周旋上言“详狱情”等事，有“五刑莫重于死罪，其次莫重于充军”之论。[60]以后，各律家注律，更有明确的标注，万历年间高举、王樵等注《大明律》，于《刑律》“诬告充军及迁徙”一条，皆注曰，“充军下死罪一等，在法中为至重也。”[61]

充军与口外为民的同时行用，以明代军民分籍而治作为根据，本应并驾齐驱。在各《问刑条例》中，“属有司管辖者，发口外为民；属军卫管辖者，发边卫充军”这样的条例都体现了立法者将两者并行的初衷，但从实际的行用看来，口外为民远未能与充军匹敌。口外为民首先有适用对象上不可逾越的障碍。因为是“口外为民”，所以它惩治的对象只能局限在文职官吏与民籍百姓。明代军人逃亡严重，军伍乏人一直是军政的首要问题，充实军伍惟恐不暇，将军籍人发充“口外为民”显然是不可想象的。此外，口外为民的惩治相对单一，本身缺乏一定层次的区分，因此在适用的罪行上不能有更细致的量刑。而更重要的是，尽管是发“口外”为民，究其实，口外为民与传统流刑没有实质性的区别，尤其是针对百姓而言，都将罪人发遣至远离乡土的地方为惩治内容，流刑的惩治力度已经逐渐见轻，口外为民显然不可能再得到长足的发展。因此，口外为民在天顺间行用以来，尽管得到发展，其发展却也是有限的，它不可能成为一种普遍实施的惩治方式。在惩治降死一等重罪的过程中，与充军比较，口外为民只能处于次要的、辅助的地位。

充军本来以军官军人为主要惩治对象，但它对降死一等重罪的有效惩治，拓展了惩治的范围，司法的需要逐渐把囿于一隅的充军推上了普遍行用的舞台。充军逐渐摆脱了为军官军人特设的特征而逐渐成为把军民百姓、文武官吏一体纳入惩治范围的普通惩治方式。在这个过程中，还有司法以外因素的影响。充军具有补充军伍的实用性，将军籍人充军，本身就能维持军伍的现有实力；将非军籍人充军，则直接补充了军伍，若是永远军犯，不仅身入军伍，户籍也由民户改为军户，军户数目增加，兵源也由此得到拓展。当然，军民既然分籍而治，过分剥夺民户归入军户，也会产生负面的影响。从这方面说来，英宗初年终身军犯的出现具有重要的意义。宣德十年（公元1435年）正月，英宗即位，在即位诏中首次规定，“宣德十年正月初十日以后，官吏人等犯罪充军者止终本身”。[62]明代终身军犯的出现及普遍化，使充军刑行用的局限性大大地得到缓解。终身军犯改变身份的范围局限在罪犯一人，罪犯的户籍及其子孙的身份可以保持不变。这样，在罪犯受到有效惩治，同时又实现填充国家军队的实用性之外，也保证了军民数量的大致稳定。这使充军将军民共同纳入惩治的范围成为可能。

在以上诸因素的促成下，明代充军得到迅速的发展：以法规而论，《大明律》460条中，充军条目只有46条，而至万历再修《问刑条例》，条目总数382条中，充军条例已经占到全部条例的一半，约为189条。[63]随着充军实施的日渐规范化，充军本身也得到较为充分的发展。《大明律》规定的充军，只有附近充军与边远充军二等，随着充军包容的对象和罪行日渐增加，充军区分出了更多的层次。万历本《明会典》中，嘉靖、万历充军条[64]首先按照充军的轻重等级排列，在每一等下，再按名例及各部分类。嘉靖条例从轻到重的充军等次列有附近充军终身、边卫充军终身、极边烟瘴边远沿海口外充军、边卫永远充军四等。万历充军条例下则分有附近终身、边卫终身、边远终身、极边终身、边卫永远、极边永远六等。充军发展的过程，也是其特殊性逐步弱化，受刑罚因素的影响逐步加强的过程，到弘治《问刑条例》的编定，充军从为军官军人特设的惩治方式到普遍实施的重刑的过渡基本完成。[65]

[作者吴艳红，1971年生，助理研究员。中国社会科学院历史研究所100732]

[1][日]?正博：《唐代流刑考》，见梅原郁编《中国近世の法制と社会》，京都大学人文科学研究所1993年，79-80页。

[2]长孙无忌等撰，刘俊文点校：《唐律疏议》卷1，中华书局1983年版。

[3]贞观年间增加了加役流，居作二年。见《新唐书》卷56《刑法》，中华书局1975年点校本，下同。

[4]《新唐书》卷56《刑法》

[5]《宋史》卷201《刑法三》，中华书局1977年点校本。

[6]窦仪等撰：《宋刑统》卷1，中华书局1984年版。

[7]日本宫崎市定也曾提出，宋代实际施行的刑罚中，刺配取代了原流刑的地位，成为降死刑一等的重刑，但他分析其中原因时，认为这只是君主独裁制度的结果，忽视了刺配出现的法制原因及其必然性。参见宫崎市定《宋元时代的法制与审判机构》，见中华书局1992年版《日本学者研究中国史论著选译》第八册。

[8]《金史》卷45《刑》，中华书局1975年版。

[9]宇文懋昭：《大金国志》卷36，商务印书馆，国学基本丛书本。

[10]关于元代“新流刑”的详细形成过程，可参见拙作《关于元代出军的两个问题》，《中国史研究》1999年3期。

[11]《元典章》卷49《刑部》卷11，《元典章》卷20《户部》卷6，台湾故宫博物院影印善本丛书。

[12]关于流刑在元代司法中地位的变化，可从其在法典中的地位变化显示出来。在《大元通制》和《大元圣政国朝典章》中，国家的法定刑制都为传统的“笞、杖、徒、流、死”五刑制，其中的流刑都是仿照金代比徒而行，流远与出军都不在此刑制之内。到文宗时期修订的《经世大典》中，流刑出现此质的变化。《经世大典》今已散佚，此引文见四部丛刊本《国朝文类》卷42，元末苏天爵摘自《经世大典?宪典》序。另外，史界普遍认为《元史?刑法志》内容取自《经世大典?宪典》，《元史?刑法志》列举的五刑之中，流刑下列出辽阳、湖广、迤北三类，也可以证明《经世大典?宪典》中流刑的特征。

[13]《大明律》卷19。本文《大明律》条文均参照姚思仁《大明律附例注解》，北京大学影印善本丛书。

[14]《大明令?刑令》，《皇明制书》卷1，明镇江府丹徒县刻本。下同。

[15]《大明律》卷1。《大明律》在洪武一朝几次修订，关于此条流刑的规定，前后并未见明显的改变。可参见黄彰健：《〈律解辩疑〉、〈大明律直解〉、及〈明律集解附例〉三书所载明律之比较研究》，见《明清史研究论丛》卷二（台湾商务印书馆1977年版）；杨一凡：《洪武法律典籍考证》（法律出版社1985年版）所附《大明律直解》与洪武三十年律文详细校勘表。如果说《大明令》的修订还见匆忙，《大明律》的内容应该基于充分的考虑。

[16]《明太祖实录》卷136，洪武十四年三月丙戌、己丑条。本文所引《实录》均为台湾史语所校勘本。

[17]以上分别参见《明太祖实录》卷97，洪武八年二月甲午；卷151，洪武十六年春正月丁卯条；卷173，洪武十八年六月癸巳条。

[18]《御制大诰》“颁行大诰第七十四”。杨一凡《明〈大诰〉研究》所附诰文，江苏人民出版社1988年版。

[19]唐枢：《木钟台集?法缀》，钞本。

[20]时人如王圻等多指出“---然至今但有减等而无加等”的事实。参见王圻：《续文献通考》卷168《刑制》下。

[21]弘治初年，巡按福建监察御史吴一贯上奏，对诬告罪、说事过钱等罪名中的“《大诰》减等”问题提出自己的看法。他对“《大诰》减等”问题本身并不关心，关心的只是其实施过程中的合理性。法司集议，认为吴一贯关于诬告人死罪未决减等的修改意见，“有碍难行”；至于“说事过钱”的减等问题，法司则认为有一定的道理，但不管建议合理与否，法司最后以“当《大诰》初颁之时，即以此减等”，“系干旧制，难擅变矣”为理由，否定了吴一贯的提议，相关条目的《大诰》减等仍遵旧制。此事起码可以说明以下两个事实，首先，在《大诰》颁行之后，《大诰》减等的命令很快得到了遵行；但在遵行之初，因为法司缺乏充

分的准备，实施中出现了一定的混乱，甚至与律文的轻重不成比例的现象。参见戴金：《皇明条法事类纂》“附编”，第173条。

[22]《明孝宗实录》卷223，弘治十八年四月甲子条。

[23]正德《夔州府志》卷12，夔州府知府吴潜“恭题御制大诰后”。

[24]如明人雷梦麟作《读律琐言》，在文后所附“招议之式”中，录有一条云，“《大诰》末章云，一切军民人等户，户有此一，若犯笞杖徒流罪每减一等。法家至今遵用，有《大诰》减等，惟死罪不减，其杂犯死罪准徒五年及笞罪并枷号者若遇恩例减年释放、放免，须云，某有《大诰》，又与某人、某人、某人俱遇蒙恩例-----。”中国史学丛书本。

[25]《大明律》卷1《名例?加减罪例》

[26]《明太祖实录》卷253，洪武三十年五月甲寅条。

[27]《御制大明律序》，见姚思仁《大明律附例注解》卷首。

[28]例如《明会典》卷176《五刑赎罪》载，洪武三十年，太祖曾令“罪囚运米赎罪，死罪一百石，徒流递减。其力不及者，死罪，自备米三十石，徒流罪十五石，俱运赴甘州威虏地方上纳，就彼充军。”

[29]《大明律》卷1《名例律》“工乐户及妇人犯罪”。

[30]高举《明律集解附例》卷1《名例律》“军官军人犯罪免徒流”条下纂注。台湾明代史籍汇刊本，下同。

[31]丘?：《大学衍义补》卷105《明流赎之意》，四库全书本。

[32]《明史》卷93《刑法一》，中华书局1974年点校本，下同。

[33]分别参见《明史》卷196《夏言传》，卷204《曾铣传》

[34]《明史》卷259《袁崇焕传》，但从下文的材料看来，《明史》所谓“流三千里”有误，应为“二千里”。

[35]颜俊彦：《盟水斋存牍》二刻“详袁崇焕家产并流徙地方”，崇祯五年序刊本。

[36]《明太宗实录》记载，“洪武三十五年八月己未，定罪人输作之例。---流罪三等，俱役四年一百日。”自此以后，流罪罚役的年限基本固定在四年左右。《明太宗实录》卷11，洪武三十五年八月己未条。

[37]同上。

[38]白昂等编：弘治《问刑条例》第1条。《皇明制书》本，下同。

[39]戴金：《皇明条法事类纂》卷17《户部类》“守掌在官财物”。

[40]孙承泽：《春明梦余录》卷44《刑部一》，北京古籍出版社1992年点校本。

[41]同上。

[42]《明英宗实录》卷294，天顺二年八月己卯条记载，吏部奏，---今后有将远年之故父母诈称新丧者，问发顺天府昌平、遵化、蓟州等州县为民。系顺天府者发口外为民。---其闻父母丧匿不举不离职役者，---违限不回守制者俱发口外隆庆永宁等州县为民。这是《实录》中最早的对口外为民的记载。

[43]隆庆州领永宁县，西与保安州接界，自州治至京师一百八十里，永乐十一年设，穆宗隆庆元年改称“延庆州”。保安州不领县，东与隆庆州接界，自州治至京师三百里。永乐年间设州。可参见李贤等编著：《大明一统志》卷5，三秦出版社影印天顺刻本。

[44]安乐、自在二州也在永乐年间设置，本为安置归附的“夷人”，后来以各种原因迁发此地的汉人逐渐增加。可参见毕恭：《辽东志》卷1《地理志》。辽海丛书本。

[45]《明史》卷209《沈炼传》

[46]明冯梦龙编《三言喻世明言》卷40《沈小霞相会出师表》，岳麓书社1989年版。

[47]沈炼：《青霞集》卷12，王元敬编《年谱》，四库全书本。

[48]《大明律》卷1《名例律》“徒流迁徙地方”，《兵刑工部通大职掌?刑部》，《皇明制书》卷5。

[49]《明世宗实录》卷360，嘉靖二十九年五月丙戌条。

[50]戴金：《皇明条法事类纂》卷26《兵部类》“纵放军人歇役”。

[51]戴金：《皇明条法事类纂》卷35《刑部类》“诈欺官私取财”。

[52]如《明世宗实录》卷253，嘉靖二十年九月乙酉条记载，贵州道御史周亮言边事方殷，请以充军人犯许其纳赎以备招募。刑部予以否定，说，“军犯下死刑一等，若许赎金，恐无以示惩戒而重法守”。

[53]参见白昂等编《问刑条例》192条。

[54]沈家本：《充军考》，《沈寄?先生遗书》538-543页，中国书店1990年版。

[55]戴金：《皇明条法事类纂》卷34《刑部类》“白昼抢夺”。

[56]戴金《皇明条法事类纂》卷17《户部类》“守掌在官财物”。

[57]《明世宗实录》卷，嘉靖八年九月庚戌条。

[58]应?《大明律释义》卷1《名例律》“加減罪例”下。《续修四库全书》影印嘉靖刻本。

[59]张楷《律条疏议》卷22《刑律》“诬告充军及迁徙”条下“谨详律意”。明成化刻本。

[60]《明孝宗实录》卷152，弘治十二年七月甲子条。

[61]分见高举《明律集解附例》卷22。王樵、王肯堂《大明律附例笺释》，万历四十年官刻本。

[62]《明英宗实录》卷1，宣德十年正月壬午条。

[63]根据姚思仁《大明律附例注解》中所附例统计。

[64]万历本《明会典》并没有收录嘉靖、万历朝全部的问刑条例。以万历朝论，其中收录的主要是万历《问刑条例》中属于万历朝新定的，或作修改的条目，与弘治或嘉靖《问刑条例》相同的条目基本没有收录。可参见《明会典》卷175《罪名三?充军》

[65]在弘治《问刑条例》中，明初充军为军官军人特设的特征还有残留，类似“属军卫者发充军，属有司者发口外为民”的同罪异罚现象，据沈家本统计还有13条。（参见沈家本《充军考》）但在弘治《问刑条例》中，还有一类军民“同罪异罚”，即同罪之下，“属军卫者发边卫，属有司者发附近，俱充军”，笔者统计，这样的条例在《问刑条例》中约有15条。如果说前此13条的设定还带有明初军民异籍的特征，还体现了充军与军官军人之间特殊的关系，后15条更多体现了罪刑相适应的原则。军民因为所处的环境不同，在充军这一刑罚面前，起点不同，发同等程度的充军，其惩治效果其实是有区别的，民人发附近充军显然比军人发附近充军的惩治力度要强，因此，在一般的罪行中，显然需要区别罪犯的身份特征，以求惩治的合理。沈家本仅据前13条军民的同罪异罚提出，弘治时期，充军仍具有为军官军人特设的特征。显然有失偏颇。此外，以上两类军民的区分也只限于一般的重罪，如果罪行更重，这种区别就会不作考虑，常常不分军民，一概发边卫充军。如越诉诬告，如果本人赴京或至巡抚等官处，奏告叛逆等项机密重事不实，并全诬十人以上，则属军卫者，发边卫充军；属有司者，发口外为民。若代人捏写本状，教唆或扛帮

赴京，或至巡抚等官处奏告，奏告叛逆等项机密重事不实，并全诬十人以上，则俱问发边卫充军。如同区分首从，初犯与累犯，在一般重罪中会予以区分，在更为重大的罪行中，则不再区别。若持沈家本的观点，显然也难以解释这种现象。

中国法律文化 | About law-culture | 关于我们

中国法律史学会 主办 中国社会科学院法学研究所 承办  
电话: 64022187 64070352 邮件: law-culture@163.com  
地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720