

华东政法大学法律史研究中心 编

法律史研究

(第4辑)

法律文明的互动与变迁专号

本期执行主编：姚远 于明
执行副主编：陈灵海 胡俊成



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

华东政法大学法律史研究中心 编

法律史研究

(第4辑)

法律文明的互动与变迁专号



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法律史研究. 第4辑, 法律文明的互动与变迁专号 /
华东政法大学法律史研究中心编. —北京: 法律出版社,
2016. 6

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9729 - 9

I. ①法… II. ①华… III. ①法制史—世界—文集②
法制史—中国—文集 IV. ①D909. 9 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 160226 号

法律史研究(第4辑)

法律文明的互动与变迁专号 /
华东政法大学法律史研究中心 编

编辑统筹 财经出版分社

策划编辑 沈小英

责任编辑 刘晓萌

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制 吕亚莉

开本 720 毫米 × 960 毫米 1/16

印张 26.5

字数 470 千

版本 2017 年 3 月第 1 版

印次 2017 年 3 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400 - 660 - 6393

第一法律书店/010 - 63939781/9782

西安分公司/029 - 85330678

重庆分公司/023 - 67453036

上海分公司/021 - 62071010/1636

深圳分公司/0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 9729 - 9

定价: 86.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

出版支持

国家重点学科

华东政法大学法律史学科建设项目

上海市人文社科基地

华东政法大学外国法与比较法研究院建设项目

上海市研究生教育创新计划

“法律文明的互动与变迁”项目

编 委 会

(以姓氏拼音为序)

主任：何勤华 王立民

委员：陈灵海 陈 颐 丁凌华 董春华 高 珣
龚汝富 韩 毅 洪佳期 胡 骏 冷 霞
李 婧 李 倩 李秀清 马慧玥 茆 巍
屈文生 苏彦新 魏 敏 王海军 王 捷
王 婧 王 沛 徐永康 徐震宇 姚 远
于 明 于 霄 张长绵 赵智勇 周伟文

目 录

古法杂观	中田薰	黄海凡	译	1
梁户考	那波利贞	盛丹丹	译	35
金代刑法考				
——金《泰和律》与唐律之比较	仁井田陞	刘骁一	译	131
伊丽莎白时代拾遗	弗里德里克·威廉·梅特兰	江小夏	译	177
起始令状方式集之历史				
.....	弗里德里克·威廉·梅特兰	闵舒晴	唐豪臻	译 208
英国教会法	弗里德里克·梅特兰	阚 剑	余 璐	译 242
积极违反契约	赫尔曼·施陶布	陈丽婧	译	319
利益与财产损失	罗伯特·诺伊纳	徐建刚	译	342
连带债权				
——因多余而无从认知的本质？				
.....	索尼娅·梅耶	倪龙燕	冯洁语	译 365
私法中的形成权(节译)	艾米尔·泽克尔	严欢蕾	译	405
编后记				418

古法杂观

中田薰*

黄海凡 译

[译者按] 这是一篇兼具趣味性与专业性的文章，不仅仅属于法制史，更是文化课、语言课、哲学著作。中田薰先生于20世纪初叶完成了该文的写作，经历了近一个世纪的洗礼，虽然其中有一些概念、观点受到了质疑，乃至进行修正，如文章一开始提到的“のり”的含义，同为日本学者的宫下孝吉就提出，“这只是中世纪前半段与制定法相对的民间生活规范，到中世纪后期发展成大法”，但没有一个人不对其作品满怀敬意。“以史为鉴”被传说多年，但真正的作为并不多见。浩荡的中华法制史，迷倒了一批日本、韩国学者，却未曾让追随经济高速发展的我们为之驻足。译者深爱历史，期待用最美文字写就的最美历史，期待有一天我们可以毫不羞涩地去追寻中华法系的荣光。正直的学者，诚恳的文章，充满民族风情地域色彩的博文广识，足以让这篇文章倾倒后生。

一如众知，汉字传到日本之后，法、律、令、典、规、则

* 中田薰(1877~1967年)，日本著名法制史学家，1911~1937年任东京大学教授，1946年获日本文化勋章。被认为是日本法制史学的创始人，在法制史研究方面做出了开拓性的贡献，出版《法制史论集》等著作。

等汉字,日语都训读作“のり”。然而,“のり”原本的含义是指可随时口头对民众宣布(口宣)的统治者的命令(宣命),并非指代所有的约束民众生活的法律。然而,在上代,^①毫无疑问,大部分法是民间的习惯法,对于这些,当时的人们是如何称呼的,如今已不甚明了。神代记中“有犯此者,必债解除,此太古之遗法”,最后一句是这么读的“いにしえよりのこれるのり”,但若据此断定,早在上代,“のり”的含义已扩大至习惯法,便有些失之草率了。究其原因在于,即便认为这段文字所表达的是自古以来的习惯法,因其本身为工整的汉文,日语读音也只是后世加上去的直译的训读。如果一定要从我国的古语中找出意思相当于“习惯法”的表达,窃以为“ならわし”(风习、风俗)是最为恰当的,当然也没有相关例证。然古人意识中并不区分一般的民俗性质的风俗与法性质的风俗,后者乃前者,即“ならわし”的一部分,盖无疑义。

汉字传来之后,可能连君主的宣命都有以汉字记载公布的。然而,从《养老律令》中还保留着诏书经御批在施行前需“诰”以各司的制度来看,即使有时宣命的原文是以汉文字记载,也不能据此便说其“口宣法”的性质已然改变。日本上代法中,明确以成文法的形式公布的,乃上宫太子制定并发布的《政事修国修身事十七条》,所谓的《宪法》,乃为鼻祖。自那以后,日本的诏敕法令悉数采用中国立法形式。即与君主命令相对应的法,已经在大化前代的末期完成了从原来的“口宣法”向中华法系成文法的转变,“のり”这个概念依然仅限于制定法,还未涵摄习惯法。

二

“大化改新”是勤王党发动的粉碎氏族国家,树立天皇独裁政治的政变。然而,在后世解读中,其并不符合“王政复古”“王政中兴”的说法。因为存在这样的疑问:氏族尚服从天皇统率时代的皇权,是否真如大化改兴之后的一样强大呢?大化之后的皇权是以隋唐皇权为范本的绝对权。大化政变并非天皇回复过去所拥有的这样的绝对权,而是新创设了这样的皇权更为妥当。

隋唐以律令形式厉行独裁政治。虽然汉传佛教早已从韩国传入日本,但因日本未曾继受律令制,可能就没有了能够维持它的中央集权制度(《新罗律令》制定于公元520年)。在大化政变一举树立了隋唐时期典型的独裁政治后,日本也立即着手准备律令。紧随着大化二年(公元646年)的改新诏,日本做好了制定最初

① 上代,日本历史上的,尤其是文学史、国语史的时代分期,主要指奈良时代。——译者注

的令,即《近江令》的准备(公元666年前后)。虽然存在一些反对的学说,但是笔者个人支持佐藤诚实与小村清矩两位博士的说法,如今所称的《近江令》起草于天智朝,几经修正,终于在天武朝完成。天智朝起草的令,虽有部分在制定过程中便以单行法形式施行,但因在日本,此乃开先河之举,需谨慎而为,故至天武朝,方完成原案全部的修订(公元683年),于持统朝(公元689年)公布。后世为纪念开始起稿的创举,将其称作“近江朝廷之令”,在天智朝并没有这个名字(《弘仁格式》序云:“世人所谓近江朝廷之令也”)。此外,并无史料将其称作“净御原朝廷之令”。之所以说《大宝令》的制定“大略以净御原朝廷为准正”(出自《唐会要》卷三九载唐武德律“大略以开皇为准正”,原书未经考证的部分,此处袭用),在于此乃日本最早令,起草于天智朝,完成于天武朝,以此为标准称呼并不言过。将“准正”任意写成“令”,而主张新的《天武令》的存在,如同是在画空中楼阁。在弘仁格式序“国家制法”的沿革中,从《近江令》到《大宝令》的制定,对所谓的《天武令》的制定只字未提。若其真如《大宝令》的“准正”一般重要,自然应该列出其名,未曾提及,正暗示该“准正”正式完成于天武朝的“世人所谓近江朝廷之令”。后有《大宝令》(公元701年)、《养老令》(公元718年)的制定公布(该名称与近江朝廷之令一样乃后世冠名,《令集解》中仅有古令、前令、新令、新选,并无《大宝令》《养老令》的名字,“近江朝廷之令”这样的名称恐怕是《大宝令》之后出来的),其中,格式也相继公布。自此,日本的法制空前完备,曾经惊叹于“其唐国者,法师备定珍国也”的集权政治理想,在日本也已经完全实现。

独裁专制政治是需要英明的君主与忠诚的臣僚才会政绩显著,即人治主义政治。唐朝的独裁政治亦如此,在其创立初期,显示出空前绝后的盛世,高祖、太宗、高宗三代之后,渐呈衰颓之势,自夸完备的律令体系也出现崩解的征兆。在文化方面,被赞誉为盛唐、光彩陆离的玄宗时代,正是律令体系崩解的时期,政治与文化、文化与法制并不一定是齐头并进的。也就是说,随着外忧内患的连续发生,富豪权贵的土地兼并,作为国家财政的基础、兵制根本的户籍计账都陷入实行不能,军权回归藩镇,与赋敛一道分散在节度使之间,中央集权制渐渐转为地方分权制。结果,租庸调制向两税法改变,府兵制已然作废。这样的律令体系的崩解,伴随着皇帝的倦怠,宰相不才,宦官跋扈,朋党倾轧,政治萎靡纷乱,一如东坡所论“历唐贞观开元之盛、辅以房杜姚宋、而不能救”,开启了唐朝衰亡的大门。

历史不一定是循环往复的,但在类似的情况下发生类似的现象倒是屡屡出现。唐朝创业之主高宗时代,适逢日本孝德天智天武朝,在这段时间锐意进行制定律令的准备工作。之所以不能称这个时代是创业时代,是因为继承此遗业,计划将更好的律令计划充实,直到鼓励独裁政治兴隆的文武之后的“醍醐时代”,称

为守成时代更加适宜。然而,守成更比创业难。《大宝令》公布之后,未经数年,在各国相继兴起了豪门显贵的土地兼并,权贵家族的家族庄园遍布各地,因而各国游民逐年增加,户籍记账制度紊乱,班田制被废除,租庸调减少,军国制倾颓,二观八省制度的机能丧失,行政中心也转移到了令之外的官员,号称王朝最盛时代的延喜治世,律令体系实际上已经陷入了溃灭的状态。而且,内部有藤原家族的垄断政权,外部有武人私斗叛乱纷争,大化改革创设的独裁大权政治,也已经成为有名无实的弱政。这与唐朝是何等相似。

三

在中国发展起来的独裁政治,必须依靠法治主义方可实现(后详述)。于是,实现该政治的最大要件是律令法。那么律令究竟为何物?欲详探其性质,首先需对中国律令法系的发展沿革有所了解。众所周知,中国法典始于刑法。尧舜时代,皆为传说,无从考证,暂搁一旁。昭公六年(公元前536年),郑国“铸刑书”,晋国贤大夫叔向向郑国丞相子产(公孙侨)致信指责,信载左传,摘要如下,在先王^①时代,并无刑书,以仁义政礼忠信教化人民,有人犯罪临时处断乃为惯习。后来,夏作禹刑商作汤刑周作九刑,接连不断。然此三辟^②(刑书)皆为乱世乱政的产物。据记载,郑国的刑书是中国历史上第四部刑书。后晋国范宣子制作“铸刑鼎”的,孔子慨叹“晋其亡乎,失其度矣”(昭公二十九年,公元前513年)。后来,郑国的大夫邓析欲对前述刑书进行了修订,刚将个人思虑记于竹简,便被丞相子然以公然谋反之名杀害,子然取得并采用了他的“竹刑”,邓析却被世人评价为不忠(定公九年,公元前502年)。另外,后世史料中有李悝为魏文侯制“法经六篇”的记载,但难辨真伪。与此类“刑书”(法典)相对的,是帝王随时公布的法令——自古称作“令”。书经中有“发号施令”,礼记中有“发号施令而民说”。也有极少情况称之为“教”的(参见本文第七部分)。相当于秦朝以后的“诏”,是帝王的单行令。还有时称其为“象魏”,源自《周礼》中天官太宰职的记载。正月吉日于“象魏”(高门)上高悬“治象之法”,以告知民众的制度。《左传》哀公三年(公元前492年)五月的夏天,有关季恒子指挥防火的记载中,有“季恒子至,御公立于象魏之外,命救火者,伤人则止,财可为也,命藏象魏,曰旧章不可亡也”,前面的象魏指殿门,后面的象魏是指过去进行章法公示的法令公告板(榜)。杜预注解道“周礼正月,悬教令之法于象魏,使万民观之,故谓其书为象魏”。春秋时代“刑书”(法

① 此处指的应该是传说中的“三皇五帝”时期。——译者注

② “三辟”是现代词,是一个专有名词,是指谓夏、商、周三代之刑法。——译者注

典)与“治象之法”即“教令书”(单行令)的区别实为后世律令分类的前身。根据前述《左传》的记载,该书写着“教令之法书”的象魏板,不仅限于正月使用,而是随时随地、在必要的新旧令公布时都会使用,使用后就将其收藏到国库中。该法令告知板形式,究竟延续到何时不甚明了,但像秦朝商鞅苛法,汉代高祖“三章之约”,都是用悬榜或榜札的形式公示出来的。此外,从周末秦初的史传中常见“尺六寸之符”“三尺之法”“五尺四寸之律”以及“法者宪令著官府”,“法者编者之图集、设之于官府、而布于百姓”(《韩非子》卷三八《难三》、卷四三《定法》)等法家学说中看来,当时采用的也是记于竹简、常备于官府、公示于民众的方法。

“刑书”乃刑罚法自不待言,与之相对的“象魏(治象)之法”即“教令之书”又拥有怎样的性质?从周朝末年到汉代初期“法”“令”二字的用例来探讨,或似“法令滋章,盗贼多有”(《老子》)、“法详刑繁,法繁刑省”(《商君书》)、“道民以政,齐之以刑,民免无耻”(《论语》)、“严法而刻刑”(《史记》卷八七《李斯传》)、“法令诛罚日益深刻”(《史记》卷八七《李斯传》)、“制事典、正法罪、辟狱刑”(《左传》文公六年)、“明法令,禁姦本”(《史记》卷七九《蔡泽传》)、“则者曰断足固我之罪……曩者君治臣以法令”(《孔子家语》),法、令是刑罚的近义词。此外,如“古之治民者,劝赏而畏刑……赏以春夏,刑以秋冬”(《左传》襄公二十六年)、“是故审行信令,祸福赏罚,以制生死”(《左传》昭公二十五年)、“治众之法、庆赏刑罚是也”(《尹文子大道上》)、“信赏罚以致法”(《史记》卷七九《蔡泽传》)、“陛下法太明,赏太轻,罚太重”(《史记》卷一〇二《冯唐传》)等,将法、令的作用解释为“信赏”、“必罚”。此外,还有“慢弃刑法”(《左传》昭公二十六年)、“二世然高(赵)之言,乃更为法律”(《史记》卷八七《李斯传》)、“人皆以斯极忠,而被五刑死”(《史记》卷八七《李斯传》)、“李斯相也具五刑”(《汉书》卷六二《司马迁传》)。与之意思相同的,有“身被五刑”(《史记》卷九一《黥布传》)、“秦任法刑不变”(《史记》卷九一《黥布传》)、“令者教也,法者刑罚也”(《盐铁论》)等,这些都是将刑与法,律与法等同看待的(法则刑)。《史记》卷一二九《货殖传》:“吏士舞文弄法”中的“文”、“法”都是刑律的意思(将律说成文的例子很多,有酷吏传中“深文”、“文深”,汉书定国传中“罹文法”等,直到唐朝还有这样的用例)。依据这些用例,足以推断古代法令的内容与刑罚之间关系密切。发展到司马迁言“夫礼禁未然之前,法施已然之后,法之所为用者易见,而礼之所为禁者难知”(《史记》卷一三〇《太史公自序》)的地步,应该说法与刑律已经可以等同而视了。总而言之,与“刑书”相对的“象魏之法”即“教令之书”,尽管并不总是有关刑罚的规定,但其中还是刑罚规定。“刑书”是规定重大犯罪与刑罚的根本法,“教令之书”是随时根据需要进行立法的刑书的补充法。

周朝末年以來,中國法“刑書”和“教令法”兩個部門相互獨立,將其各自編纂成法典、創造中國法典新體系——不言而喻,是漢代蕭何的偉業。然而,早在春秋時期,就有將刑罰法称作“律”的例子。《禮記·王制》中,有“析言破律,改名亂作,執左道以亂政者,殺”,如前所述秦朝有“二世然高之言,乃更法律”。此外,自古以來,軍法便称作“律”(《左傳》宣公十二年、《史記》律書第三)。當時律(刑)和令(教令)是否已經合称为“律令”,由於沒有確凿證據,無法斷言,但現今屢見“法令”的成語,亦不能排除存在這樣情況的可能性。《史記》卷八七《李斯傳》曰:“明度度定律令,皆以始皇起。”《史記》卷五三《蕭相國世家》載:“沛公至咸陽……何(蕭)獨先入,收秦丞相御史律令圖書藏之。”都是用漢代的詞例來指稱秦朝有關法令的制詔(單行令)。究其原因,一如始皇即位,以“朕”為皇帝專用,將人民改称“黔首”,“命為制,令為詔”(《史記·秦始皇本紀》)、“三代無文”(《史記·秦始皇本紀》)是開始新制。

因此,在中國法制史上,蕭何的偉績不在於將法分為律令兩個部門,而在於將其各自編成一部法典。在魏朝丞相熊遠向元帝上奏的書中有“禮以崇善,法以閑非,故禮有常典,法有常備,人知惡事無邪心,是以周建象魏之治,漢創畫一之法,故能弘大道以至刑措,律令之作,由來尚矣”,“創畫一之法”的意思是始定律令編纂,將所有的法的部門綜合起來(“畫一”的說法來自民謠,蕭何之後,曹參為相,曹參死後,有民謠唱道“蕭何為法,講若畫一”)。如斯,發端於春秋的对称“象魏之法”與“刑書”,到了漢朝,發展成為法典的兩大部門。根據《漢書》卷二三《刑法志》載:“高祖初入關,約法三章……秦民大悅,其後四夷未附,兵革未息,三章之法不足以御奸,於是相國蕭何摭秦法,取其宜於時者,作律九章”(制定年代不詳,大概在公元前3世紀末)。蕭何主持編纂的律令中的律典,從以前的刑書刑律中移植規範,是純粹的刑罰法典,這一點十分明了,關於令典的性質還存在諸多疑問。根據漢書文的注解“蕭何承秦法作為律令,今律經是也,天子詔所增損不在律上者為令”,竊以為令是在律典之外增損律的單行法(詔令),但在下結論之前,首先必須對其形式和性質進行研討。(1)蕭何纂令以來,同為令,流傳下來的存在甲乙丙等級的差別。易先甲後甲注“甲者創制之令”,疏“漢謂令之重者為令甲”。一般認為,根據為漢書作注者文(後漢人)“令甲者前帝第一令也”。董仲舒書(臣贊所引)曰:“令百七十篇,莫善於令甲”,如淳(三國魏人)曰“令有先後,故甲令乙令丙令”等,該名稱是後世將前朝皇帝的令以輕重別編纂而成。(2)此外,還有功令、金布令、宮衛令、祠令、齋令、御令、籜令、田令、胎養令、养老令等很多其他令名,因其散見於漢書紀傳以及各種注解中,故有此疑問:他們是獨立於甲乙令的?還是本為收錄其中的單行令,只是根據規定事項所取的特称?其中,“功令”乃漢

武帝时学官公孙弘奏请创设。《史记》卷一二一《儒林列传》载：“公孙弘为学官……请著功令，佗如律令，制曰可。”此外，“胎养令”是命令有司为产妇的恢复创造条件的几行诏文，如“令，有人产子者复……著以为令”。“养老令”是命令有司优待年长者，赐予肉酒帛食，同样是几行诏文，最后以“具为令……以上不用此令”结尾。根据这些事例，所谓的“某令”是以“诏”的形式发布的“令”，是一种单行法，盖无疑义。那么它与前面甲乙令之间的关系如何。有关此点，史料甚少，前面提到的“箠令”是景帝时期规定笞的数量的简单的单行令，景帝纪中称为“令丙”，后面会讲到的“乘行驰道中”的令，如淳对江充传的注解中，以“令乙”引用，根据这两个例子，可以推断，所谓的某令并非是独立于甲乙令之外的，而是其麾下的各单行令的名称（汉书萧望之传中，有“金布令甲”的说法，与单行令等一样，有时收录在甲乙令中）。分别刨根究底开来，汉初的令是各个皇帝随时发布的各种诏令，后世将先帝的诏令集分编为甲、乙、丙三篇，类似于儒帝的旧新敕令汇纂，与律典相似，并非具备一定体系的法典。为什么会有律令两书这样形式上的差异呢？窃以为这源自春秋时期“刑书”与“象魏法”（教令法）形式的差别。刑书虽不成熟，但起初便具法典的体裁，相比之下，象魏法是根据需要发布的单行令，虽说有存于官库的习惯，但无将其编入一部书中的先例。萧何为了将汉朝的根本法统一在两部书中，一改古制，将汉初作为律典附书的教令法（诏令）编入其中一部。两书形式上的差异盖源于此。如前所述，必须承认这是萧何在中国法史上留下的不朽功绩。然而，萧何的“令”编辑的是在朝高祖皇帝的诏令，而不是所谓的先帝的令（萧何在高祖皇帝驾崩的同一年入狱，第二年西归）。因此，收录的诏令并不多（前述董仲舒所书令中，一百七十篇是汉武帝时代的）。该“令”在当时是否已经分为甲、乙、丙三篇不详。汉书注者之一的颜师古（唐初人）认为“甲乙者，若今第一篇第二篇耳”。这是准确的，但他在注释“功令”时说“功令篇名，若今选举令”，好像“功令”是“令”这样一个法典的篇目一样，应该是看惯晋至隋唐诸令的师古漫不经心的话（董仲舒的一百七十篇解释为卷数）。(3) 以上的长期考证，是为了终极问题——确定汉令性质的必要预备研究。那么该法性质如何？散见于史书的汉令逸文不是断章残句，就是太过省略，因此，判断各种令的性质十分困难，违反祠令将受“大不敬自杀”、“完为城旦”的刑罚，有因违反“斋令”被“弃市”的实例，有令名为“擅议宗庙弃市之令”，犯“妖言之令”者处以“妖言之罪”。另外，“令甲”中有“罚金二两”，“令乙”中有“罚金四两”的制裁规定，规定违反“令乙、骑乘车马行驰道中”的，将被“没入车马被具”，也有这样的案例。此外，令文中有“蛮夷有罪当殊（死罪）”的规定，其他的令中也有“禁”人民的行为或有要求官吏监督命令施行的规定。在依据诸类例证进行推论时，相当于汉道教令法的

“令”与汉之前的一样,不仅仅是行为不行为的命令法,依然有着比较浓重的禁止法以及刑罚法的色彩。以下四种旁证可以佐证:(1)武帝时期的酷吏杜周,以精通律闻名,其有言“三尺安出哉,前主所是著为律,后主所是疏为令,当时为是,何古之法乎”(《汉书》卷六〇《杜周传》)。律中用以确定刑之大纲的,谓之“疏”,与之相对,令将细目“分条”(疏条),乃补充性副法。(2)后汉桓帝时期,崔寔写作《政论》,倡导治国刑罚第一主义,于其中一节中,写道“君以审令为明,臣以奉令为忠,故背制而行赏,谓之作福,背令而行罪,谓之作威”,明确将令作为刑罚法的一种。(3)后汉章帝时期,律令学者陈宠在其奏文中仅保留“大辟二百,而耐罪赎罪二千八百,并为一千”,若欲尽消余罪“宜令三公廷尉,平定律令”,暗示这些罪名不仅仅是律,也存在于令中。(4)同为章帝时期,廷尉郭躬有言“乃条诸重文可从轻者四十一事奏之、事皆施行著于令”。虽按律规定乃重罪,但必须轻减的四十一种情形,规定在令中。清楚证明了令乃律之副法类。综上所述,到了汉代,律令的区别形式已然确定,但实际上二者仍不即不离,各为刑罚法枝干。

然而,在从两汉经南北朝至隋朝发展的过程中,律令的形式、内容都逐渐被修改,结果便是二者内容差异愈加清晰。如果统观一下《唐六典》注中记载的晋令四十篇的篇目,很容易就会发现它已十分完备,可以称得上是隋唐令的范本。或许,这些篇目是根据汉代的祠令、品令、宫衙令、狱令、箠令等单行令的名称,推演扩充而来的。再来看残存的晋令逸文,就数量而言,虽说与原本的两千三百六十条的总数相比,可谓九牛一毛。但与汉令逸文相比,则多得多。尽管如此,撇开其中的二三条,完全没有有关刑罚的规定,这与隋唐令是相同的。所以说,令发展到晋代,方在实质上从律分离独立,发展成名副其实的“教令法”。同为律令编修者的杜预有言“凡令以教谕为宗,律以惩正为本”,得以简洁的文字,阐明律令的根本差异(《弘仁格式》序中关于律令的定义也是由此而来)。

此时,有一个不可忽视的关键点,即晋律令编纂当时的情况。第一次将繁杂的前朝律令进行根本性整理作成新律,这样担心动摇民心。旧律中仅仅保存了“蠲其苛秽,存于益时”,其余的根据利益的需要从“律”转移到“令”,想着等到太平之世将其削除。然而,就像还有“制度以此设教,违令有罪则入律”的规定一样,违反令的人是根据律来惩罚其罪的。后代诸律中“违令之罪”可能都是起源于晋朝的这个制度。据此看来,在晋代,令表面上没有刑罚的规定,从律中独立出来,究其根本,还是没能完全切断与律的联系。

在中国法制史上,晋的律令是继汉萧何的律令之后,第二个具有划时代意义的立法,对后世影响极大。可能是北魏律令的起草者之一的孙绍,延昌年间进言:“又先帝时律令并议,律寻施行,令独不出十余年矣,臣以令之体即帝王之身也,公

处百揆之仪,安置九服之节,经纬三才之伦,包罗六卿之职,措置风化之门,作用赏罚之要,则是有为之枢机,世法之大本也……律令相须不可偏用,今律班令止,于是甚滞,若令不班,是无典法,臣不执事,何依而行。”^①读至此,大概明白,北魏令的内容与晋令、唐令几乎相同,且不同于汉代,作为治国要器,比律更得重视。因而,晋以来,令的性质与作用与律完全不同,具备了所谓的教令法之实,然而,不可忽视的是,此处所谓的教令,对象并非一般民众,而是有司。想来因为是给诸司诸官制定的职务准则,令规定的大部分应该是与国家行政机构及其运用相关的行政法。本来,令中与民事相关的规定不在少数,然而就像现在一样,并非是调整人民之间相互关系的纯粹的私法,在命令人民为或不为一定行为的强制法规这一方面,还不过只是官吏须遵行的行政法规性质的民事法。在前述崔寔政论的一节中“君以审令为明,臣本令为忠”“韩退之原道”“是故君者出令者也,臣者行君之令而致之于民者也……君不出令,则失其所以为君,臣不行君之令而致之民,则失其所以为臣”,一如其言,官僚职在上奉君主之令下施于人民,此乃中国自古以来的政治原则。令不过是该臣僚执行职务的准则。正因如此,前面所引孙绍进言中方有“令”是“臣”僚“执事”“依而行”的“典法”一说。令是“帝王之身也”“世法之大本也”,与律相比,在国法上占据更为优越的地位,实际情况也是如此。

如上概述,汉初仅在形式上加以区别的律令,晋初在实质上也区分开来,然而令依然以律为依托,以所谓“违令之罪”的形式推行,从这点看来,还没有从律中独立出来,根基上还残留了古代法中“令乃律之补充性副法”的色彩,这在之后律令的发展史上具有重要的意义。

日本王朝的律令,完全可以套用对中国律令性质的描述,因此,无须就之赘述。唯一想添加的是,在日本,令中刑罚法的残影,不只是止乎残渣,虽说乃死灰余尽,仍存复燃可能。前面讲到,日本律令组织自奈良初期即显示出崩解的征兆,为其善后的,是“量时立制”的“格”。它不同于唐朝的“格”,暂且不论其究属“律”抑“令”,它是顺应时势改变补正的诏敕、官符的总称,在律令组织崩解后,发挥了巨大的作用。据记载,弘仁开始奈良朝以来格的编修,表明当时现行法的中心从律令转移到格上。查阅现今残存的三代格文,连官府的设置、定员的增减、佛神事、财用、劝农等令的施行、补正相关的纯粹的行政法规,从养老到附加“依律科罪”“处之重刑”“违敕罪”等,有不少制裁性法令。更何况律令崩解时期,为维持治安,肃正风纪频频发出的诏敕官符,内容几乎全部都是“禁断”“禁制”“停止”“禁止”“以违敕科罪”“处违敕曾不宽宥”等,根据“违敕罪”强制施行的刑法法

① 《魏书》卷七八《孙绍传》。——译者注

规。一度从律中分离出来的教令法,事实上因为“格”,再次被律吸收,但并不意味着它回复到以前的状态,何也。这是随着时势的变化,令本来的性质与机能(律的补充性的副法)的复苏。

四

王朝时代^①的法可以概括为律令格式,以制定法为主。此外,仍存在对其进行补充的民间惯习,它们应如何称呼,它们已经包含在法的概念当中了吗?与大化前代一样,在王朝时代,这也是未得解决的疑问。

根据散见于学者以及令集解中的“令行事”“时行事”以及“八十一例”“刑部例”“式部例”等“例”,认为官府内部有惯习法或者惯例法——这种说法难以令人信服。首先,就这些“例”来探讨,残存的逸文极少,内容都是在令中有所规定的关于朝仪式、官制、职制、税法等重要国家制度的改正修补的。集解诸家将其与令文作对比,说“非令”“意非令心”“不知所由”“无理不通”。然而,这是令的注释者站在令本位的立场提出的观点,不能据此断定所谓的“例”,并无法令条文根据仅乃官府内部惯行。

令的规定中遗漏很多。加之随着时间的推移,实施上多生不便。制度上,救济此类法令上不备不便的方法,非如集解诸说“临时处分”,如“据检法条无有明文,又如此之事可有随时处分耳”“文亦不见,临时处分”“凡如此之类,皆临时处分”。即“论奏”,如“律不便于事者,皆议定奏文”,即公式令“律令外议奏者”。特别是“临时处分”,通常是“太政官处分”,另外还有“敕处分”,官处分之外的“官判”(官裁),应该都是临时处分的一种,字义中多少有些疑问。总而言之是根据事情的大小,大事经“官奏论”,仰仗“天裁”。小事就“官裁”(处分)或“判”(官判),以此来补正律令的不备不便。此乃律令全胜时期法令改正补充的程序,盖无疑义。如斯,法令改正修补的程序不严格,遭到各省各司的无视,最终,各省司仅仅通过内部惯行便可恣意修改国家重要法律制度。职员令军国条下集解的“八十一例”,记载了各军团大少毅的定员数量,在天平十八年宝龟十一年,这类军制改革,须持太政官符方可进行。如此看来,所谓的“例”,乃有司为补律令的不备与不便之处,通过正规程序得到“天裁”或“官裁”的法令的集合。集解中引用的职员令囚狱司条下“刑部省例”、“囚狱司例”、僧尼令观玄象下“刑部省例”、丧葬令职事官条下“治部省例”,每个都是“太政官处分”。仪制令瑞祥条下“治部例”中,

^① 王朝时代:公元710~1192年日本天皇掌握实权的时期,因为不同于后来武士阶级的幕府统治,故名。——译者注

与“辩官口宣”一道,明确记载了其由来。然而,用以修补此类律令的“官论奏”以及“官处分”,以诏敕、官符、宣旨等形式公布,以“观时改制,论代立规”为目的发布的,不外乎所谓的“格”。长时间以来,《庆云三年格》都被误解,将式部省四位五位孙排除在常选之外,适用到第三位为止,集解令释评价其“而释部,令子孙,一依格取耳”,指出当时其乃式部省例的根据。本来如格中所记,“迹云,格者临时之格,不论恒不之例者皆是”,有“恒例”和非“恒例”两种。据断狱律“凡诏敕断罪,临时处分不为永格者,不得引为后比”。各司的“例”在关系格中,总结为“永为恒例”、“立为永例”的重要“永格”,乃特辑法规集。在现存《神龟三年格》赋役令中,主政主帐勋九等以下,本为“免徭役”,将其改成“免课役”,同三年官符再次通达民部省,有“省宜知状、自今以后为常例”的记载,此乃最有力证据。最终,所谓“例”,一如众解,乃官府内部的惯例法。

学者在谈论各司例乃司内惯行法时,特别需要注意“检非违使^①厅例”,它的成立经过与其他“例”有些不同,检非违使别当^②准用“敕宣”,与“违敕罪”一样,以“别当宣”(厅宣)的形式,是被委有自由立法的强大的权限的职位。若想到人或者这件事,所谓厅例的性质也不言而明。因为厅例显著违反了法律的旨趣,说它是厅内惯例法,是忘了“别当宣”的存在。

接下来,就“今行事”进行讨论。根据集解诸家的用语例,“今行事”与“例”相同,“非令心”“违令文”乃当时官府内惯行。内容还是与例一样“官奏论”“官议定”,即只能采用格的形式变更,都是关于职制、选拔、租法的。现存《选拔令》国博士医师条中,有人员短缺时,由国司^③从内部补充,内部没有人选的情况下,再从旁国采用规定。同样是内部无人选的情况,“古记云……但今行事从朝廷补任”,令释“式部从朝廷补任”,明确“今行事”是根据“式部例”。此外,《考课令》内外官条下集解穴说“但顷年行事辨之大夫等被考问也,于今更改史等被考问也,今行事官考文造符下式部……即是令意耳”。据此,“考问”制度前后三变,顷年行事,从式部省到太政官,辨五位(大夫)以及史;中年行事(如今这两个字不是很清晰,但从文意来看应该是没有问题的)仅仅召问史(参照《集解式部省下令释》中“其式部依考选事得召辨史等……辨官五位以上上日、史生送耳、若有可勘问事亦得召史生等问也”);今行事,考选文由官下达至省,取代了召问史。与此相对,《古说》(记)载:“行事辨史被考问也,八十一例史至省被考问也,今时行事官考选

① 检非违使是日本古代的一种官职,与中国封建社会的御史大夫、廷尉有相似之处。——译者注

② 日本佛寺内的职位名称。为掌管一山寺务的长官。——译者注

③ 国司:律令制度下,由中央派遣到各诸侯国掌管政务的地方官。——译者注