

法
学
金陵论丛 12

钱大群 / 著

中国法律史论考

南京师范大学出版社

中国法律史论考

钱大群 / 著

南京师范大学出版社

D929
Q429

图书在版编目(CIP)数据

中国法律史论考 / 钱大群著. —南京: 南京师范大学出版社, 2001.11

(金陵法学论丛; 12)

ISBN 7-81047-663-7 / D·58

I. 中… II. 钱… III. ①法律—思想史—研究—中国
②法制史—研究—中国 IV. D909.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2001) 第 076109 号

书 名	中国法律史论考
作 者	钱大群
责任编辑	徐 蕾
出版发行	南京师范大学出版社
地 址	江苏省南京市宁海路 122 号(邮编:210097)
电 话	(025)3598077(传真) 3598412(发行部) 3598297(邮购部)
E - mail	nnuniprs@public1.ptt.js.cn
照 排	江苏兰斯印务发展有限公司
印 刷	丹阳市教育印刷厂
开 本	850 × 1168 1/32
印 张	20.125
字 数	504 千
版 次	2001 年 12 月第 1 版 2001 年 12 月第 1 次印刷
书 号	ISBN 7-81047-663-7 / D·58
定 价	30.00 元

南京师大版图书若有印装问题请与销售商调换

版权所有 侵犯必究

目 录

总序	(1)
文以载道和人如其文的追求——自序	(1)

第一专题 法典与典籍

《唐律疏议》结构及书名辨析	(3)
论律、令、格、式与唐律的性质	(23)
唐律立法量化技术运用初探	(48)
谈《唐律疏议》三条律疏的修改问题	(75)
《唐六典》性质论	(87)
《唐六典》性质再论	(112)
《西夏律令》与《通制条格》性质略论	(124)
明清《会典》性质论考	(130)

第二专题 制度与原则

西周“三事”考	(149)
秦律“三环”注文质疑与试证	(158)
中国“复仇”制度论考	(169)
中国“死缓”制度的萌芽形式	(190)
论中国古代贵族和官吏在法律上的特权	(199)
“刑罚世轻世重”考说	(211)

第三专题 犯罪与刑罚

中国古代盗窃罪探索·····	(233)
谈“隶臣妾”与秦代的刑罚制度·····	(261)
再谈“隶臣妾”与秦代的刑罚制度·····	(272)
关于秦、唐、宋朝的“一罪二刑”问题·····	(283)
评沈家本对犯罪主观心态之研究·····	(301)

第四专题 吏治与廉政

谈我国古代法律中官吏的受贿、贪污、盗窃罪·····	(317)
唐律是整饬吏治的有力工具·····	(329)
强化对有职权者的法律监督·····	(339)
建立对官吏罪责追究的严密网络·····	(366)
建立阻却冤假错案产生的纵深防御·····	(381)
诤谏:贞观吏治的强大推动力·····	(409)

第五专题 宪政与政体

“宪”义略考·····	(447)
评两个临时大总统围绕“宪政”的三次斗争·····	(459)
中国近现代政体简论·····	(474)
试析中国共产党关于国家政体的理论与实践·····	(489)

第六专题 传统与发展

中国传统法律文化思辨·····	(503)
“依法治国”与法制现代化·····	(521)
评中国历史上几次经济立法活动·····	(533)
张謇运用法律实行经济改革开放的思想与实践·····	(547)
简论官员的回避制度·····	(575)

国家安全立法的智慧结晶·····	(585)
台湾“刑法”对中国古旧刑律的承袭与发展·····	(592)
中国法制史研究对象新论·····	(609)
关于建立“法制学”的思考·····	(619)

第一专题

· 法典与典籍 ·

《唐律疏议》结构及书名辨析

内容概括及主要观点

本文从结构的大视角,对唐代刑典《唐律疏议》各组成部分的作用,及书名与内容结构的历史关系进行考论。文章认为:在“律”制订之初即有“注”;解释律与注的“疏”,包括了“议”及与其地位并列而又不是各条都必须同时具有的“问答”两部分;唐代根据注释经义的传统,把同时对“律”与“注”作解释的书也称为“义疏”,并把律、注及其“义疏”整体地简称为“律疏”;“律疏”称为“唐律疏义”与当初法律解释的意图及用词的渊源相合,而称为“唐律疏议”是对“疏议曰”连写作形而上学的割取,忽略了与“议”对应并列的“问答”的存在;《四库全书》中唐刑典名之曰《唐律疏义》极善,然书中所有“疏”下“议曰”中的“议”都改为“义”则矫枉过正矣。

唐代的刑律在永徽四年之前都没有疏文,但一直有《注文》,《武德律》、《贞观律》及《永徽律》都是这样。永徽四年开始,刑律才有了疏文。唐律的律文(含注文)同疏文一起,在当时称为《律疏》。《律疏》在宋代被称为《唐律疏义》,但已经有称为《唐律疏议》的版本。而到了清代及近代则趋向于称之为《唐律疏议》。对这种情况,有必要进行一些辨析及作适当的评论。

一、法律解释带来了《唐律疏议》的产生

我国关于刑法的解释历史悠久,源远流长。史书记载战国时期当时的“法官”就有解答法律询问的职责。“郡县诸侯一受赍来之法令,学问其所谓。吏民欲知法令者,皆问法官。”^①出土的秦墓竹简中的《法律答问》,是当时官府上级对下级解释法律的法定形式。西汉董仲舒提倡“《春秋》决狱”,开创了用儒家经义解释法律与审断案件的先河,直接推动了东汉“经义解律”之盛行。当时被皇帝认可的“郑氏章句”实际就是汉律的有权解释本。到了晋朝,西晋的张斐、杜预“兼采汉世律家诸说之长”,对法律作专门的解释被皇帝认可,史称“张杜解律”、“张杜律注”。唐代对律文的疏解是封建社会解律经验的集中体现。唐律的解释主要是继承晋朝“张杜律”为正确定罪判刑服务的解释传统,而不是主要继承汉代“郑氏章句”经义解律的传统。

同唐律相比,现代刑法法律解释上的最大特点是,除律文本身的解释外,大部分的解释都在刑法本身之外进行,另外公布使用,而不作为刑法本身的部分。但是唐律的各种解释,基本上都包括在《唐律疏议》这一部刑律之内,即律条和解释统一于一典之内,合为一体。

(一)最初解释刑律是为满足法律科举考试之需要

作为封建刑律中旷古奇迹的《唐律疏议》之所以制订,就性质及目的来说,本不是一次“立法”活动,而是一次法律解释活动,而且从这次法律解释的直接目的来说,主要是为了让当时法律专业考生的考试答卷在评判时有个标准。史书上说:

三年,诏曰:“律学未有定疏,每年所举明法,遂无凭

^① 《商君书·定分》,见《商君书注译》,中华书局1974年版,第188页。

准,宜广召解律人,修义疏奏闻,仍使中书门下监定。”于是……参撰《律疏》。^①

(二)解释中又改以满足司法实践之需要为主旨

在刑律解释也即是在《律疏》进入实际制订之时,又自然地把司法实践之需要提到了主要地位。具体地说,就是要克服司法实践中中央刑部与大理寺之间及地方州、县之间因认识分歧而执法不一的弊病,从而确定一个对律文内容基本统一的解释标准。这一点,《名例律》开头的疏文中表达得最清楚:

今之典宪,前圣规模,章程靡失,鸿纤备举,而刑宪之司执行殊异,大理当其死坐,刑部处以流刑;一州断徒年,一县将为杖罚。不有解释,触涂睽误。……是以……爰造《律疏》,大明典式。……譬权衡之知轻重,若规矩之得方圆,迈彼三章,同符画一者矣。

由此看来,《律疏》之产生在当时是学理解释与司法解释需要之统一。疏文插写在律文与注文的文章句之间及之后,与律合为一体并被司法引用,事实上也成了法律本身。

二、注文的作用

(一)注文解释律文

唐代的刑律实际上包括了律文、注文及疏文三个部分。《注》夹嵌在律条文句的中间或紧接于律条之后,用比律条相对小的字体书写。从关系上说,《注》是对律文含义的补充及适用的说明。

1. 注文有对律文中罪名的罪状说明(律文之注文依原样用小一号字排印)。如《名例律》(总第6条)“十恶”:

二曰谋大逆。谓谋毁宗庙、山陵及宫阙。

^① 《册府元龟》六一二卷。

经注文解释,可明确“大逆”罪名是专指毁坏皇家宗庙、陵墓及宫殿等的一类犯罪。

2. 注文有对律文的适用作解释。如《名例律》(总第 36 条):

九十以上,七岁以下,虽有死罪,不加刑。缘坐应配没者不用此律。

其义谓,即使属九十以上,七岁以下,本人有死罪也不加刑罚,但是,如其亲属中有人犯了要对这些人实行缘坐、流放、没为奴婢的那些罪,就不实行这条“不加刑”的法律(而照样要因缘坐而受刑)。

3. 注文对律文作其他具体解释。如《名例律》(总第 32 条):

诸彼此俱罪之赃谓计赃为罪者。及犯禁之物,则没官。若盗人所盗之物,倍赃亦没官。

文内注文都是对前律正文的具体解释,如“计赃为罪者”是对上文的限制性解释;“若盗人所盗之物”及“倍赃”是对“没官”的解释。又如《职制律》(总第 135 条):

诸有所请求者,答五十;谓从主司求曲法之事。即为人请者,与自请同。主司许者,与同罪。主司不许及请求者,皆不坐。已施行,各杖一百。

文中前一注文是“请求”罪的概念及犯罪主体范围的说明。后一注文是对犯罪构成与否的必须说明。

(二)唐代刑律之注文在《律疏》制订前已存在

《贞观律》、《永徽律》已有注文。敦煌发现的贞观年间的《捕亡律》的片断上,各律条之中就已有注文。如其中相当于今《唐律疏议》中第 466 条“主守不觉失囚”条下,在“未断决间,能自捕得,若囚已死,及自首,各减一等”的律文下,就已有注文:

主司各准此。此篇监临主司应坐,当条不立捕访限,不觉故

纵者,并准此。^①

在第 467 条“部内容止他界逃亡浮浪者,一人里正笞四十”下,已有注文:

谓经十五日以上,坊正同里正之罪。^②

在第 468 条应是“知情藏匿罪人,若过致资给”之律文下已有注文:

谓事发被追及亡叛之类。^③

残片《永徽律·名例律》“十恶”的律文下已有注文。如“四曰恶逆”下,就有注文:

谓殴及谋煞祖父母、父母,煞伯叔父母、姑、兄姊、外祖父母、夫、夫之祖父母、父母。^④

《永徽律·擅兴律》律文“若放人多者,一人准一日;多者,一日准一人”下也有注文:

谓放三人各五日,放五人各三日,累成十五日之类,并经宿乃坐。^⑤

《永徽律·贼盗律》片断“诸知略、和诱、和同相卖”下已有注文:

展转知情而买,各与初买者同。虽买时不知,买后知而不言者,亦以知情论。^⑥

另外,唐代的《令》文中也有注文。这可见于《旧唐书·职官志》之“公式令”、“官品令”,《通典·礼三·吉二·郊天下》记“武德令”,《唐令拾遗》引敦煌唐“职员令”残卷。

三、疏文的作用

所谓《疏》是在《永徽律》制订之后,组织以制订《永徽律》的主

①② 《敦煌吐鲁番唐代法制文书考释》,中华书局 1989 年版,第 99 页。

③ 《敦煌吐鲁番唐代法制文书考释》,中华书局 1989 年版,第 100 页。

④ 《敦煌吐鲁番唐代法制文书考释》,中华书局 1989 年版,第 23 页。

⑤ 《敦煌吐鲁番唐代法制文书考释》,中华书局 1989 年版,第 89 页。

⑥ 《敦煌吐鲁番唐代法制文书考释》,中华书局 1989 年版,第 94 页。

要人物为主的一批人,专门对律文包括注文进行逐条逐句的解释,解释的文字就插写在律文(包括注文)各条各句的中间或后面,同原律文注文一起抄写公布。由于《疏》紧接着以“议曰”作解释的发语词,这种“疏议曰”的写法,到后来,疏文部分开头所标的“疏”与“议曰”之间的句读关系被忽略,整个解释部分被直呼为“疏议”。现在被称为《唐律疏议》的这部书,它有三部分内容:一是律文;二是注文;三是对律与注作解释的疏文。律与注可以离开了疏文而作为典册存在,不但律与注在有疏之前曾单独存在,即使在有疏文之后,宋代还从律疏中抽出疏文后把律及注单独刊刻名之为《律》而传世。但是就独立性的典册来说,离开了律与注的疏文则不能单独存在,甚至文义上就不能连贯成章。

(一)“义疏”来之于当时经文阐述的文体习惯

唐代把对《律》文与《注》文同时作解释的书称为“义疏”,是来之魏晋以来对权威文献解释的文体习惯。魏晋以来为古圣人之“经”书写解释的书有的称为“注”,有的称为“传”。如《周礼》汉代郑玄曾为其作“注”。孔子的《春秋》,左丘明的解释称《左传》,公羊高(或说子夏)的解释称为《公羊传》,谷梁纥的解释称为《谷梁传》。为唐律的律文及注文作解释,当时的立法者把这件事看得很严肃庄重,他们认为这就相当于后人为古圣人的经文及注文作解释,如左丘明解释孔子的《春秋》那样。不过按当时的文体习惯,这种性质的著作已不再称为“传”,而是称为“义疏”。所以同时解释唐律律文与注文含义的著作,也称为“义疏”:

昔者,圣之制作谓之为“经”,传师所说则谓之为“传”,此则丘明、子夏于《春秋》、《礼经》作《传》是也。近代以来,兼经注而明之则谓之“义疏”。

(二)“义疏”之“疏”是经义阐发之“记识”

《唐律疏议·名例》开头的疏文说：

疏之为字，本以疏阔、疏远立名。又《广雅》云：“疏者，识也。”案疏训识，则书疏记识之道存焉。《史记》云：“前主所是著为律，后主所是疏为令。”《汉书》云：“削牍为疏。”故云疏也。

按上文，疏的字义有四种：第一是疏阔、疏远之义，此处不取。第二是《广雅》上讲为识(zhì)，通志，其义是记在心里的记；第三是在铭器上刻写文字，《汉书》中的“削牍为疏”，就是刻写之义；第四是由刻写及心记通转为一般的用笔写记的意义。《唐律疏议》中的疏，兼取上述第二、三、四种意义。所以，作者自己说，书“疏”的作用与意义是“记识”。

《唐律疏议·名例》卷首疏文中所说“近代以来兼经注而明之”，即把“经”文与“注”文同时解释的文字称为“义疏”的情况确实存在。从《旧唐书·经籍志》的记载看，在唐代，对“经”、“注”等原著同时作解释的著作称为“义疏”的情况已十分普遍。如《易经》有《周易义疏》(宋明帝、萧子政各有其书)、《周易文句义疏》(陆德明、梁蕃各有其书)；《书经》有《尚书义疏》(巢猗、费彪、蔡大宝、刘焯各有其书)；《诗经》有《毛诗义疏》(张氏撰)；《礼经》有《周礼义疏》(沈重)；《礼记》有《礼记义疏》(皇侃、沈重、熊安生各有其书)；《孝经》有《孝经义疏》(皇侃)。

(三)律及“义疏”简称为《律疏》

《律》及“义疏”在唐代当时简称为《律疏》。这种方式最明显地首先在《旧唐书·刑法志》中反映出来：“律学未有定疏”，“宜广召解律人修义疏奏闻”，“于是太尉赵国公无忌……等，参撰《律疏》，成三十卷。”“解律人”的任务是修《律》之“义疏”，最后撰成《律疏》三十卷。把《律》及“义疏”简称为《律疏》的作法，决不只是写《唐书》

的宋代人,而是唐代人自己也这样做。《唐律疏议》的作者在《名例》卷首的疏文中就说:

是以降纶言于台铉,挥折简于髦彦,爰造《律疏》,大明典式。

唐代人撰写的《唐六典》也有这样的提法:

永徽中,复撰《律疏》三十卷,至今并行。^①

《旧唐书》中对唐代这一部“刑法”的书名记载也说:

《律疏》三十卷,长孙无忌撰。^②

唐代及唐以前,许多实际是“义疏”的书,为避免重名也称为“疏”。如沈重有《周礼义疏》四十卷,贾公彦则著《周礼疏》五十卷;皇侃著《礼记义疏》五十卷,沈重、熊安生各著《礼记义疏》四十卷,贾公彦则有《礼记疏》八十卷;皇侃著《孝经义疏》三卷,贾公彦称所著为《孝经疏》五卷,元行冲则是《孝经疏》三卷。

“义疏”简称为“疏”的情况,直到元代仍是这样。元代江西儒学提举柳贯在元泰定四年所作《唐律疏议》序文中就说:

长孙无忌等承诏制疏,勒成一代之典……今定次三十卷者,长孙制义疏时,固已增多。义疏出永徽初,去贞观应未远。^③

(四)“义疏”的作用是对律与注作全面解释

“义疏”用到唐律上,就是对处于“经”文地位的律与其注文解释的文字,也就是“兼经注而明之”,即对律文及注文同时解释清楚。这种法律解释,在律义内容上达到最大的深度与广度。《名例》卷首的疏文说:

① 《唐六典·尚书刑部》卷第六,中华书局1992年版。

② 《旧唐书·刑法志》,中华书局1975年版。

③ 柳贯:《唐律疏议序》,见台湾商务印书馆《四库全书》总第672册,第3页。

远则皇王妙旨，近则萧、贾遗文，沿波探源，自枝穷叶，甄表宽大，裁成简久。

长孙无忌的《进律疏表》中又说：

摭金匱之故事，采石室之逸书，捐彼凝脂，敦兹简要，网罗训诰，研核丘坟。

当然，总的目的是要解明律注之义满足司法之需要。清末的刑部侍郎沈家本曾说：

盖自有《疏议》，而律文之简质古奥者，始可得而读焉。^①

清朝雍正朝刑部尚书励廷仪评论“义疏”说：

其“疏文”则条分缕别，句推字解，阐发详明，能补律文之所未备。^②

四、《律疏》书名在宋代有《唐律疏义》与《唐律疏议》二称

（一）宋代对“律”的称谓

从法源上说，宋代的《刑统》只是唐代的《律疏》加上了从唐开元到宋初的与《律疏》相关的刑事法规的条款。从官方的法律语言上说，唐代的《律疏》到宋代仍称为《律》（指律及注的正文）或《律疏》（指律、注及义疏三者的合体），连“唐”字都不用加。其原因：一是宋代的“刑法”称为“刑统”，与唐代的“律”及“律疏”在名称上并不冲突；二是唐代的“律疏”就包括在宋的“刑统”之内，只要提“律”及《律疏》就一定是指唐代之“律”及“律疏”。这一点在宋人刻写唐律律文的过程中得到充分说明。北宋天圣年间，判国子监孙奭奉皇命为校正宋代刑书而订正唐律的律文（与注文），订正后刊刻为

① 沈家本：《重刻〈唐律疏议〉序》，见《寄簃文存》，台湾商务印书馆1976年版，下册卷六“序”，第1页。

② 励廷仪：《唐律疏义序》，见《唐律疏议》，中华书局1983年版。