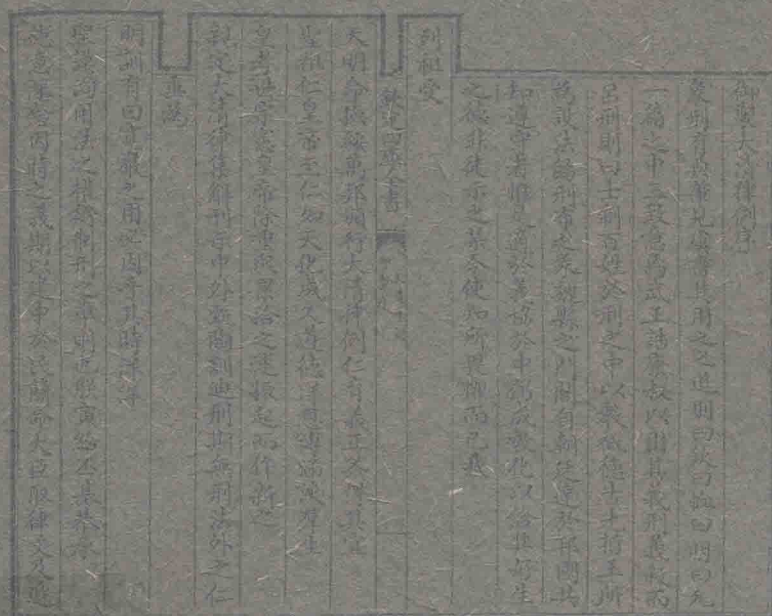


杨一凡 寺田浩明 主编

日本学者中国法制史论著选

明清卷





ISBN 978-7-101-09818-1



9 787101 098181 >

定价：142.00元

杨一凡 寺田浩明 主编

日本学者中国法制史论著选
明 清 卷

中华书局

图书在版编目(CIP)数据

日本学者中国法制史论著选.明清卷/杨一凡,(日)寺田浩明
主编. —北京:中华书局,2016.4
(日本学者中国法制史论著选)
ISBN 978-7-101-09818-1

I.日… II.①杨…②寺… III.法制史-中国-明清时代-文
集 IV.D929-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 268732 号

-
- | | |
|-------|---|
| 书 名 | 日本学者中国法制史论著选·明清卷 |
| 主 编 | 杨一凡 [日]寺田浩明 |
| 丛 书 名 | 日本学者中国法制史论著选 |
| 责任编辑 | 胡 珂 |
| 出版发行 | 中华书局
(北京市丰台区太平桥西里 38 号 100073)
http://www.zhbc.com.cn
E-mail:zhbc@zhbc.com.cn |
| 印 刷 | 北京市白帆印务有限公司 |
| 版 次 | 2016 年 4 月北京第 1 版
2016 年 4 月北京第 1 次印刷 |
| 规 格 | 开本/710×1000 毫米 1/16
印张 31½ 插页 2 字数 470 千字 |
| 印 数 | 1-2000 册 |
| 国际书号 | ISBN 978-7-101-09818-1 |
| 定 价 | 142.00 元 |
-

序 言

中日法文化交流历史久远。古代日本律令制是在学习、借鉴隋唐律令制的基础上建立和逐步完善起来的。而近代中国法律的革新和改造,则深受“脱亚入欧”、继受欧陆法系的日本法的影响。两国如此密切的法文化关系,形成了日本学界在研究本国法制史的同时也很注重研究中国法制史的传统。

日本学者以现代法学观点和科学的方法研究中国法制史始于 19 世纪末叶。一个多世纪以来,经过几代学者的不懈探索,他们在法制史研究领域取得了举世公认的巨大成就,学术成果丰硕而富有创见,做出卓越贡献的学者代有人出,成为中国法制史研究的重镇。

中国自清末起百余年来,也有诸如沈家本等多位前辈学者热衷于用现代法学观点研究中国法制史,并创造了令人敬慕的学术业绩。然而,在中国未进入改革开放新的历史时期之前,囿于当时的社会条件,这门学科一直缺乏充分发展的学术环境。中国法律史学的兴盛,应该说是从 20 世纪 80 年代才真正开始的。相对于日本法史学界而言,在此之前相当长的时间内,中国大陆的法史研究处于滞后状态。

在中国大陆法律史学振兴之初,我于 1989 年、1991 年和 1995 年三次赴日学术访问,有机会查阅大量的日本学者研究中国法制史的论著目录,并与日本同仁进行了广泛的学术交流。近四个月的东瀛之行,收获颇丰,其感受之深,片言难尽。尽快让国内同仁了解日本学者已有的学术成果和见解,扩大学术视

野,是我当时最深切的感受之一。

1997年5月,我主持的中国社会科学院重点科研项目《中国法制史考证》(15册,分为甲、乙、丙编)立项不久,便致函寺田浩明教授,提议从日本学者已发表的考证中国法制史的成果中,精选若干篇代表性论文收入《考证》丙编出版。寺田浩明教授欣然允诺,他约请冈野诚、初山明、川村康三位教授一起,历时半年之久,阅读比较,从2200余篇已发表的论文中精选出50篇。我们把这些论文分为“通代先秦秦汉卷”、“魏晋南北朝隋唐卷”、“宋辽西夏元卷”、“明清卷”4册编辑,中国学者徐世虹、程维荣、姚荣涛、郑民钦四位教授热情地承担起各负责翻译1册的重任。2003年,该书由中国社会科学出版社出版。

《中国法制史考证》丙编出版后,受到国内外学界的关注。这50篇论文作为日本学者考证中国法制史的精华,其富有理据的扎实考证,令人耳目一新的学术见解,不仅为研究中国法制史的学者所重视,也引起了很多读者的阅读兴趣。因《中国法制史考证》甲、乙、丙三编合编为一套丛书出版,定价颇高,不少学者写信给我,建议以《考证》丙编为基础,再增收一些日本学者近期发表的考证类论文,单独成书出版。

得益于各论文作者、各册编者和译者的通力合作,也承蒙中华书局的大力支持,《日本学者中国法制史论著选》得以问世。收入本书的59篇论文,有50篇曾收入《考证》丙编,这次出版时对译文作了较大的修订。新收入的9篇,除1篇是已故的法史巨擘仁井田陞教授的旧作外,其他8篇均系日本学者近年新作。另外,根据各分册所收论文的内容,把全书4册的原卷名依次调整为“先秦秦汉卷”、“魏晋隋唐卷”、“宋辽金元卷”和“明清卷”。

在审校书稿过程中,我有幸反复拜读了收入本书的日本学者的论文。从论文的选题看,涉及中国法制史的诸多研究领域,包括律、令、格、式、例等形式表述的法律和法典编纂史、法律思想、律学、刑罚制度、审判制度、案例判牍、职官制度、土地及其他经济制度、婚姻家庭制度等;就史料的运用而言,日本学者不仅重视传统法律原典的精细解读,而且很重视金文、简牍、敦煌和吐鲁番法律文

书、契约及实地调查资料的搜集和研究;就研究方法和学术风格而论,注重微观研究,注重基础史料,注重考证,论证缜密,善于见微知著、以小见大,是日本学者论文的基本特色。这些论文都是作者在力图穷尽史料、反复钻研推敲的基础上写成的,其严谨求实的学风值得称道。

值《日本学者中国法制史论著选》付梓之际,谨向为本书付出艰辛劳动的各位同仁表示致谢。寺田浩明和冈野诚、舛山明、川村康教授,从精选论文到联系作者校对译稿,花费了大量精力。这次在增收日本学者新作时,得到辻正博、青木敦、铃木秀光三位教授和石冈浩先生(2014年逝世)的热情帮助。寺田浩明教授作为本书的主编,承担了组织工作和编译的很多繁琐事务。徐世虹、程维荣、姚荣涛、郑民钦教授教学和科研工作繁忙,多年前,他们挤出时间翻译文稿,反复修改,这次又重新修订,力求做到译文忠实原著,准确无误。所有这些,都令我感念难忘。

加强国际学术交流,及时了解各国学者的学术建树,并在此基础上克难攻关,是攀登新的科学高峰的必由之路。中国法律史学前进路径亦是如此。在中国大陆,法律史学经过三十多年持续繁荣发展,无论是学术成果的数量,还是研究的广度和深度,都较前有了巨大的进展。然而,随着出土法律资料的增多和大批法律古籍整理成果的出版,开拓新的研究领域,重新认识和阐述中国法律发展史,仍是当代中外法律史学者面临的重大课题。我们期盼本书的问世,能够为推动法律史学进一步走向科学发挥其应有的作用。

杨一凡

二〇一五年八月二日于北京

目 录

明代成化、弘治的律与例

——依律照例发落考 /加藤雄三(1)

明代后期徽州乡村社会的纠纷处理 /中岛乐章(34)

督捕则例的出现

——清初的官僚制与社会 /谷井俊仁(73)

清代则例省例考 /谷井阳子(101)

刑案所见宗族私刑审判造成的命案

——兼论国家法律的对策 /滋贺秀三(180)

比附的功能 /中村茂夫(217)

清代中国刑事审判中成案的法源性 /小口彦太(237)

清律误杀初考 /中村正人(256)

田面田底惯例的法律性

——以概念性的分析为主 /寺田浩明(285)

明清时代的“找价回赎”问题 /岸本美绪(350)

讼师秘本《萧曹遗笔》的出现 /夫马进(381)

清朝的蒙古例

——《蒙古律例》、《理藩院则例》及其他 /萩原守(407)

清末就地正法考 /铃木秀光(435)

清代地方秋审的程序和人犯管理

——关于乾隆年代的提犯、巡历、留禁问题 /高远拓儿(468)

明代成化、弘治的律与例

——依律照例发落考

加藤雄三

序

中国明代的法典编纂始于洪武帝朱元璋为吴王时吴元年(1367)的律令编纂。令的编纂只有一次,而律经过洪武七年(1374)、二十二年(1389)、三十年(1397)的三次修订,成为现今保存的《大明律》。此外,弘治十三年(1500)、嘉靖二十九年(1550,嘉靖三十四年增修)、万历十三年(1585)编纂的《问刑条例》和正德六年(1511)、万历十五年(1587)编纂的《大明会典》都是明代的主要法典。关于法典的编纂过程,虽有内藤乾吉、黄彰健、山根幸夫等前辈根据《明史·刑法志》和《明实录》等文献撰写的考证论文^①,但几乎没有阐明当时的时代背景与编纂的关系,也未涉及这些法典发挥什么作用、是否有效运用等问题。鉴于此

^① 关于律令方面的著述,有内藤乾吉的《大明令解说》(收录于其著作《中国法制史考证》,有斐阁,1963年)、黄彰健的《〈大明律诂〉考》(收录于其著作《明清史研究丛稿》,台湾商务印书馆,1977年);关于

种研究现状,本文试图重新探讨明代的法律存在形态。法典的编纂只是一种表面现象,不能体现法制的实际情况,而现实援用的又是什么法律,这些问题恐怕只有依靠当时的司法行政史料才能阐明。

明朝由洪武帝于1368年开国,至1644年崇祯帝在北京万岁山自缢亡国,历经277年。但本文涉及的时间集中于《问刑条例》最初产生的明代中期,即成化、弘治两代皇帝的治世期间。主要依据史料为《皇明条法事类纂》。该书可称为成化、弘治时代的行政案例集,有正文50卷,附卷收有1200多条案例的抄本^①。根据该史料的特点,探讨的范围限定于明代法制机构内的终审阶段、即交付直属于皇帝的高级衙门咨询的阶段。不包括以往在清朝法制研究中大多作为研究对象的“州县自理的案件”。虽然如此,如果皇帝以及京都衙门官员的判案成为地方衙门的成例,那么《皇明条法事类纂》中的判案也在当时的全部官吏中具有相当程度的共有性。另外,还探讨与《问刑条例》,即拟议刑罚的条例的关系,由于具体案例很多,以名例类、刑部类的约500起案件作为主要对象^②。

第一章对成化、弘治法典编纂的沿革略加阐述,以便更好地过渡到后面的详细论述。

一、成化、弘治法典编纂的沿革^③

弘治十三年(1500)三月二日,《问刑条例》由弘治帝批准实施^④。距洪武

《问刑条例》方面的著述有黄彰健的《明代律例汇编序》(《中研院历史语言研究所专刊之七十五,1979年》);关于《大明会典》方面的著述,有山根幸夫的《明·清会典》(收录于滋贺秀三编《中国法制史——基本资料の研究》,东京大学出版会,1993年)。另外,关于《御制大诰》方面的著述,有黄彰健的《〈大明律诰〉考》、杨一凡的《明大诰研究》(江苏人民出版社,1988年)。

① 《皇明条法事类纂》现存于东京大学综合图书馆。1994年收入中国科学出版社的《中国珍稀法律典籍集成乙编》,标点整理出版。本文引用的案例分类编号依照该书,但由于原书错字漏字甚多,而且标点本也多有错误,引用时根据古典研究会1966年发行的影印本加以适当更正。

② 《问刑条例》的条文依照黄彰健编著《明代律例汇编序》的编号。

③ 本章依照黄彰健的《明代律例汇编序》论述。

④ 《〈问刑条例〉题稿》(《皇明制书》收录的《问刑条例》,古典研究会,1967年)。

三十年(1397)颁布的《大明律诰》逾 103 年。期间,法律并非一成不变。《大明律》从一开始就在死、流、徒、杖、笞的五刑体系中增加赎铜制度,在刑罚执行中使五刑徒具形式^①。而且,现实社会并非简单得仅仅靠 460 条条文就足以治理。但洪武时期编纂的法典作为“典”,未敢轻易修改先祖之定例。为了既不修改“典”又能处理各个具体的现实案件,最有效的方法就是通过比附等方式从律中产生“例”。但是,中国的法令条文内容非常个别、具体,光是一条“例”无法处理各种事件。所以只好“例”生“例”地个别处理^②。由于“例”的无穷无尽的出现,使判案产生混乱,援引判例的不同选择方法可以导致完全相反的判断^③。于是,各个皇帝禁止援引“例”,颁布诏书,规定只能根据《大明律》进行问刑。例如永乐十九年(1421)四月十二日颁布的《奉天殿灾谕廷臣敕》是最早时期的诏书:

法司所问囚人,今后一依大明律拟罪,不许深文妄引榜文条例。

(《皇明诏令》卷六)

以后,各个皇帝的即位诏里都有同样内容的表述。尤其景泰帝和成化帝的

① 关于明代的赎罪,请参照宫泽知之的《明代贖法の變遷》(梅原郁编《前近代中國の刑罰》,京都大学人文科学研究所,1996年)。明律的赎罪始于可称为《大明律》实施细则的《大明令》。《律解辩疑》的律条规定,除折杖外,还要赎铜,作为“当今之法(恐为洪武十九年时的法)”,钞纳以贯文表示的铜钱。但是,正如黄彰健在《律解辩疑、大明律及明律集解附例三书所载明律之比较研究》(收录于《明清史研究丛稿》)中所指出的那样,《律解辩疑》多比拟洪武七年律,共有 30 卷 460 条,没有采取宋濂在《宋学士文集》卷一《进大明律表》中所说的模仿《唐律》的分类法,条文不是 606 条。尽管如此,从《律解辩疑》的序为洪武十九年所写这一点来看,赎铜钱的开始并非宫泽论文注 6 所推测的洪武二十二年,可以追溯到洪武十九年。洪武二十二年律的一个特点是规定有折布,这于《大明律直解》相同。而洪武三十年律只规定赎铜钱。

② 《明史》卷九三《刑法志一》中“因律起例,因例生例,例愈纷而弊愈无穷”这一句话直截了当表达了当时的状况。

③ 余继登《典故纪闻》卷一在记述制定律令时洪武帝的敕谕后这样写道:“其后条例日增,比拟日烦,轻重上下,惟凭奸吏之手,大失立法初意矣。”可见判案为精通“例”的官员胥吏所左右。另外,在下文引述的《皇明条法事类纂》卷四八·9 也记述随意援引“例”判决是否有罪的事例。

即位诏,表示“一应条例并除勿用”^①,宣布革去条例(废文)。这表明“例乃一时之旨意”,只对该个案有效;或者也体现了先帝驾崩后,新帝即位时,“例”即失效的思想。至少表明在成化中期感觉到根本解决“例”的泛滥问题的必要性。兵科给事中祝澜在成化十年(1474)六月的题本中称:

条例经年累岁,一事三四其例者有之,随事更张,每年或再变其例者有之,驯致条例浩瀚,其中得失混杂,诸司官员施行,中间有酌量事体,而据此扶善抑恶者多,人情有缓引,而假此纵容出入者不少,盖缘无一定之规,以致如此。

(《皇明条法事类纂》卷四八·9)

根据此认识,提出以下建议:

有将五府、六部、都察院、大理寺等衙门备查在京、在外远年近日节次条例,开具揭帖,会同内阁重臣,精选符合律意,允协舆情,明白简约者,归类条陈,伏乞圣明裁决,或刊印成帙,通行两京大小衙门及在外府州县,俾各官吏遵守。

(同上)

祝澜主张对条例选择取舍,编纂成书,制定统一的规范。对此,大理寺卿宋旻也表示赞同。但未见付诸实施的迹象。成化十四年(1478)二月九日,刑部针对刑科给事中赵良的制定条例的提议,复奏皇帝,认为成化元年以后的条例(各案例)已经颁布^②。即不同意编纂条例。虽然“例”造成混乱的事实丝毫未变,但弘治帝继承帝位后,轻视“例”的情况的确发生了明显的变化。

各处布政司并南北直隶处所军民词讼,除谋逆并盗贼攻陷地方重情外,其余一应轻重事情,须要自下而上陈告,若蓦越来京奏告者,法司照例

^① 《皇明诏令》卷一二及卷一五。

^② 《皇明条法事类纂》附编 60。

问罪，将所奏情词，类行原籍官司问理，干碍司府卫所州县者，行巡按御史或巡抚都御史问理，不许辄便拟奏差官提勘，搅扰军民。

（《皇明诏令》卷一七《即位诏》）

由此可见，“例”的援引在诏书中得到积极的认可，“例”也获得正统的法律地位，至少可以说，朝廷认为无“例”则无法执行政务。不久，开始正式讨论整理编纂“例”。弘治三年（1490），礼科给事中王纶上奏云：“……其律令所不载者，奏请上裁，如见行事例有可行之久远者，请令法司删定颁示天下。”对此，十二月二十五日，刑部尚书何乔新回答说：一切事例的制定皆合乎时宜，所以无须一律革除或校订后再行颁布，今后也与以前一样，个案合议处理^①。法司的这种消极态度至弘治五年（1492）七月十四日刑部尚书彭韶的奏本中才发生变化，确定了促进编纂的方向。彭韶根据鸿胪少卿李鏊的《请议删定问刑条例》表明如下意见。

刑书所载有限，天下之情无穷，故有情轻罪重，亦有情重罪轻，往往取自上裁，斟酌损益，著为事例，盖此例行于在京司法者多，而行于在外者少，故在外问刑官多至轻重失宜，宜选属官，荟萃前后奏准事例，分类編集，会官裁定成编，通行内外，与大明律兼用，庶事例有定，情罪无遗。

（《孝宗实录》弘治五年七月壬午）

此奏本虽经弘治帝裁可，但后来是否着手编纂，未能得知。编纂条例的发端应为弘治十一年（1498）十二月二十一日《清宁宫灾宽恤诏》：

三法司问囚，近来条例太多，人难遵守，中间有可行者，三法司查拟停当，条陈定夺，其于冗琐难行者悉皆革去。

（《皇明诏令》卷一七）

^① 《皇明条法事类纂》附编 60。另见《孝宗实录》弘治三年十二月甲戌。

根据这则诏令,弘治十三年(1500)二月六日,刑部尚书白昂、都察院左都御史闵珪、大理寺卿王轼等会同上呈“历年问刑条例”中可永久施行的 279 条,奏请通行天下^①。弘治帝批复其中的“禁滥报边功”、“私骑官马”、“黄船贩鬻私货”、“漕船附带势要货物”、“镇守等官目非奏带者不得报功”、“皇城守卫官旗故纵直军十名以上降级”6 条复议后^②,于三月二日批准颁布^③。这就是弘治《问刑条例》。后来,《大明律》和《问刑条例》并用。21 年以后嘉靖帝的即位诏就明确表示:

凡问囚犯,今后一依《大明律》科断,不许深文妄引参语,滥及无辜,其有奉旨推问者,必须经由大理寺审录,毋得径自参奏有枉人,近年条例增添太繁,除弘治十三年三月初三日以前曾经多官奉诏命议奏准通行条例,照旧遵行外,以后新添者,悉皆革去。

(《皇明诏令》卷一九)

从而,《问刑条例》在例中获得特别高的地位。

以上简略回顾成化、弘治的法典编纂沿革,但这个时期在实际处理案件时以什么法作为依据呢?这个法具有什么样的性质呢?

二、“例”的含义与法的援用

《皇明条法事类纂》中各个案件处理的法律渊源,最常见的是带“例”字的词语。前面部分可能过于随意使用“例”这个词,本章拟探讨“例”的含义,并进而思考“例”等各个法律渊源的形式、即法律援用的形式,阐述成化、弘治时期的法律本质。另,从本章开始,引用《皇明条法事类纂》的案例只以卷数和

① 《孝宗实录》弘治十三年二月庚寅。

② 《孝宗实录》弘治十三年二月庚寅。各自见《问刑条例》弘 V·19·2、V·54·3、V·70·3、V·19·3、V·3·1。

③ 《〈问刑条例〉题稿》。

编号表示。

（一）“例”的含义

1. 对“例”的现在认识——包含条例的含义

“例”这个字也可以单独使用,但更多的是组成“事例”、“条例”、“常例”这样的双字词。对这些复合词,大概尚未有意识地加以区别,或者进行严密的定义。随着今后确定“例”的含义的工作的进展,将对明代法律渊源的研究产生指导性的作用。

日本当代学者似乎认为对带“例”字的词语的语义的理解想当然,没有任何人涉及这个问题^①。江户时代,荻生徂徕在《明律国字解》(创文社,1966年)的开头部分这样写道:

条例乃先例。故不仅限于刑罚,朝廷之礼数、政务之执行,一切皆以先例为规。(第555页)

另,他对《名例律》四五的“断罪无正条”的注解是:

经奏闻而定,为以后之例,称为条例。(第115页)

经奏闻所定的称为条例,朝廷活动依此则为。但遗憾的是,他没有关注到条例之外的“例”。所谓条例,是否一条亦可称条例,还是“例”的复合体,对此没有做出明确的回答。这就使“条例”与“事例”的区别变得困难。如果一条亦可称条例,那么事例就可能是条例的同义语;反之,条例就有可能事例的复合体。

^① 滋贺秀三的《清代中国の法と裁判》第77—78页叙述皇帝与条例的关系,对清代的条例可以进行相当程度的推测。其中的附注(237)论述到“成案”的含义。另,关于清代成案,请参考小口彦太的《清朝時代の裁判における成案の役割について》(《早稲田法学》五十七卷三号,1982年)、《清代中国の刑事裁判における成案の法源性》(《東洋史研究》四十五卷二号,1986年)。《皇明条法事类纂》中虽也出现“成案”一词,但与清朝的语义不同,似指该案件的审理记录(卷三七·13、卷四六·22等)。冈野诚作为研究唐代法制的学者,发表有《唐律疏議における“例”字の用法》(《明治大学社会科学研究所紀要》三十三卷一号,1994年)。

《明律国字解》对“常例”未作明确的解释。第700页虽有“常例”一词出现,但乃是“常例银”,即各衙门以手续费名义收取的金钱。可谓贿赂。

让我们看看台湾方面研究的情况。1951年《大陆杂志》第二卷第一、二期刊登陈顾远的论文《条例之得名及其特质考》。从内容和字义两方面论述“条例”一词从前汉至今的变化过程。其中与本文有关部分的大致内容是:所谓“条例”,是“条”和“例”两个字组成的复合词,在明代是“条举事例”的简称。“例”是已有的故事成案,即是解释例、判决例、执行例。具有此种功能作用的语言,始于汉代的“比”,在魏晋有“故事”,在梁陈有“科”。“例”这个字具有法律含义则始于宋代,就是“断例”。进入明代后,“条例”作为法而出现。“条例”一词在晋代既已存在,但其义指列举春秋时代的故事,并非产生于晋代的判案。宋代再次出现“条例”这个词语,此时即为“条法事例”,即法例与事例并称的“条法与事例”的意思。至明代,变为逐条列举当代事例的“条举事例”。

通过以上的说明,我认为可以比较详细地了解“条例”一词的变迁过程。但条例只是事例的复合体,今后必须探讨其实际内容的事例的含义。另外,常例、则例几乎没有研究。我以下将根据《皇明条法事类纂》内的案例,通过上述各个词语的阐述,探讨明代中期的法律结构。

2. 事例的意义

“条例”一词在《皇明条法事类纂》中出现的次数并不多,只散见于《钦定宪纲条例》(卷二四·1)、《宣德四年军政条例》(卷二四·21)、《马政条例》(卷三〇·1)、《给驿条例》(卷三一·12)等数处。《宪纲条例》就是宣德四年的《宪纲事类》或者其前身洪武四年的《宪纲》。《马政条例》从被引用的规定推测,就是正德《大明会典》所说的《洪武榜例》,但不知何时制定。从其他书籍来看,《皇明制书》中有《吏部条例》、《问刑条例》以及上面提到的《军政条例》这三种条例。条例很少作为各个案件的法源,主要作为单独的事例被援用。在论述具体案件时,除非没有先例,凡有先例的几乎都被援用。其表现形式有“查得某某事例”、