

中国法律史学会 主办



RESEARCH ON THE LEGAL
HISTORY OF CHINA

2016年卷

中国法律史研究

主编 吴玉章



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

中国法律史学会 主办

中国法律史研究

2016年卷

RESEARCH ON THE LEGAL
HISTORY OF CHINA

执行主编 高旭晨
主编 吴玉章



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCE ACADEMIC PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国法律史研究. 2016 年卷 / 吴玉章主编. -- 北京:
社会科学文献出版社, 2016. 9

ISBN 978 - 7 - 5097 - 9699 - 3

I. ①中… II. ①吴… III. ①法制史 - 研究 - 中国
IV. ①D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 215836 号

中国法律史研究(2016 年卷)

主 编 / 吴玉章

执行主编 / 高旭晨

出 版 人 / 谢寿光

项目统筹 / 芮素平

责任编辑 / 郭瑞萍 张 延

出 版 / 社会科学文献出版社·社会政法分社(010)59367156

地址: 北京市北三环中路甲 29 号院华龙大厦 邮编: 100029

网址: www.ssap.com.cn

发 行 / 市场营销中心(010)59367081 59367018

印 装 / 三河市尚艺印装有限公司

规 格 / 开 本: 787mm × 1092mm 1/16

印 张: 20 字 数: 320 千字

版 次 / 2016 年 9 月第 1 版 2016 年 9 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978 - 7 - 5097 - 9699 - 3

定 价 / 79.00 元

本书如有印装质量问题, 请与读者服务中心(010-59367028)联系

 版权所有 翻印必究

编 委 会

主 任：吴玉章

副 主 任：张 生 高汉成

主 编：吴玉章

执行主编：高旭晨

编辑助理：马子政 李 飞

出版前言

经过诸位编辑认真而辛苦的工作,《中国法律史研究(2016年卷)》终于呈现在读者面前了。

2015年新年伊始,李林所长召集法制史研究室的各位同仁,面谈法律史学科建设与法律史学会发展问题。3月初,李林所长再次召开法学所法律史学科会议,并围绕所里的学科建设问题发表重要意见,所里的一些资深研究人员,如刘海年、高恒、韩延龙、杨一凡、徐立志等先生与法制史研究室各位同仁参与讨论。会议议定事项有三:其一,推进中国法律史学会与法制史研究室的一体化建设,法制史研究室支持法律史学会开展各项工作;其二,规范中国法律史学会及所属二级学会的组织工作,按照组织章程每年开展活动;其三,法学研究所支持中国法律史学会恢复会刊的编辑出版、学会网站的重新运作以及学会优秀成果奖的评选。

会议之后,我们迅速组建了《中国法律史研究》编委会,由吴玉章、张生、高汉成组成。为便于开展具体的编辑工作,又组织了编辑部,由高旭晨、孙家红、王帅一负责编辑工作,由在读的法律史专业硕士研究生协助编辑工作。2015年10月,孙家红赴法国访学,2016年8月返回,而王帅一先后借调全国社科规划办、中央纪委驻社科院纪检组,因此本期编辑工作主要由高旭晨主持,2015级法律史专业硕士研究生李飞、马子政出力甚多。

在清华大学法学院凯原中国法治与义理研究中心廖凯原先生的慷慨资助下,本刊再度与读者见面。对此,我们深表谢意!

本刊是学会的重要平台,是大家发表研究心得、切磋得失的场所。衷心希望学界同仁积极投稿,以自己的研究成果提升学会刊物的学术水平。

作为我会的重要学术刊物,法学所韩延龙研究员、马小红研究员、高

旭晨副研究员等主持过《法律史论集》的编辑出版，后来，苏亦工研究员、齐钧副研究员接续主持编辑出版《法史学刊》。只是由于种种原因，刊物一度断档，学界同仁无不深感痛惜。陈甦书记、李林所长几次指示，希望学会同仁积极克服困难，尽快恢复刊物出版。法律史研究室张生主任、高汉成副主任积极响应，并给予了大力支持。本刊的编辑端赖法学研究所高旭晨先生和他领导的编辑工作组（马子政同学、李飞同学），他们不仅精心设计了本刊的大致栏目，而且还多方联系作者，有时还要屈己而求优质稿件。对以上人员表示感谢！

社会科学文献出版社的芮素平主任，不仅具备法史学研究的深厚素养，而且认真负责，她领导的责任编辑不失其领导的认真。

在本刊出版之际，上述几句话也算是一种感想吧！

中国法律史学会 会长 吴玉章

2016 年 8 月 23 日

目 录

出版前言	吴玉章 / 1
------------	---------

专 论

明代典例法律体系的确立与事例的功能	杨一凡 / 3
-------------------------	---------

制度与思想

清代秋审之前奏：补论明代秋审	孙家红 / 41
----------------------	----------

论中国古代的保密与政治	张 群 / 53
-------------------	----------

“幼嫁从亲，再嫁由身”？

——试论清代妇女改嫁的自主权	吴正茂 / 75
----------------------	----------

清代命案中的“追埋葬银”

——从立法到司法的历史考察	李 明 / 90
---------------------	----------

问题意识、史料拓展与研究路径

——关于上海法租界会审公廨（1869～1931）研究的	
-----------------------------	--

回顾与检讨	侯庆斌 / 109
-------------	-----------

传统中国注释律学中的官注与私注	彭 巍 / 133
-----------------------	-----------

中国古代邪教罪名考	王 立 朱建伟 / 157
-----------------	---------------

文献研究

《大清民律草案》的编纂：资料的缺失、存疑的

问题与推断 张 生 / 169

《尚书·金縢》“我之弗辟”集解 尤韶华 / 180

历代成案沿革初考

——兼驳清代成案“司法判例”说 王若时 / 205

《柏尔德密协定》执行问题研究 姚 舜 / 216

学术评议

治外法权、领事裁判权及其他

——以《外国在华领事裁判权史稿》

为中心的展开 高汉成 / 233

简评《现代法政的起源》 高旭晨 / 247

富谷至《汉唐法制史研究·序论》 周东平 译 / 253

新版法学著作点校本勘误举隅（九例） 张伯元 / 260

晚学习作

宋代女性财产继承权初探 马子政 / 267

日本中世的法律变革

——简论日本该时期法律对于中华法系的

继承与改变 李 飞 / 280

学者专访

韩延龙先生与中国法律史学会“一大”往事

..... 马子政 李 飞 / 301

稿 约 / 312

专 论

明代典例法律体系的确立与事例的功能

杨一凡^{*}

摘 要：明初变革传统律令体系，创立了以“制书”表述国家典章制度、以“例”表述“权宜之法”的法律体系。正德《大明会典》的颁行，标志着明代典例法律体系基本框架的确立。在新法律体系中，《会典》是整合包括律令在内的祖宗成法、全面规范国家政务和各项基本制度、居于“纲”的地位的“大经大法”；“例”为《会典》之“目”，是主要和广泛适用的立法形式。明代法律体系始终是按照“典为纲、例为目”的立法思路构建的，长期沿用的“律例法体系”说有失偏颇。本文以翔实的史料，揭示了明代洪武年间法律实施“以事例为主”的真相，揭示了洪武朝后近百年间的立法活动“以制定事例为主”的史实，论述了《会典》事例的内容构成和功能，指出事例在明代典例法律体系形成和确立过程中发挥了重大作用。

关键词：明代 典例体系 事例功能

变革传统的律令法律体系，确立以典为纲、以例为目的法律体系，是明王朝法制建设的一大成就。明代以前，中国古代法律体系从形成到不断完善，经历了四个历史发展阶段：战国是中国古代法律体系的生成时期；秦汉是以律令为主的法律体系初建时期，这一时期，律是用以表述行政、经济、刑事、民事、军政等方面的重要立法，是最基本的法律形式，令是仅次于律的重要法律形式；魏晋至唐宋是以律令为主的法律体系进一步发展和完善时期，以令典、律典为朝廷大法，规范国家的基本法律制度，是这一时期法律体系的重要特征；元代是以律令为主的法律体系向以典为

^{*} 杨一凡，中国社会科学院荣誉学部委员、法学研究所研究员、博士生导师。

纲、以例为目法律体系的过渡时期。明代确立并为清代沿用的典例法律体系，具有法律形式简约、包容量大的优点，堪称中国古代空前高度完善的法律体系。

明代法律形式的称谓有典、制书、律、令、例等，其中例又有条例、事例、则例、榜例等称谓。在明代法律体系中，把所有因事而立、属于“权宜之法”性质的法令，统称为“事例”。本文仅就明代新法律体系创新和完善过程中事例的作用进行探讨。

一 明代典例法律体系的初创与事例的广泛适用

（一）朱元璋注重制例的起因及事例的广泛适用

明代的法律体系，以正德六年（1511 年）颁行《大明会典》（可简称《会典》）为分界，前后的内容构成有所不同。前者是以“制书”表述的国家典章制度为“常法”、以“例”表述可及时变通的法令为“权宜之法”的法律体系；后者是以典为纲、以例为目的法律体系。在后一种法律体系中，《会典》是整合祖宗成法、全面规范国家政务和各项基本制度、居于“纲”的地位的“大经大法”，《大明律》、《诸司职掌》等 13 种法律是“典”的组成部分；后嗣君主颁行的稳定性强的诸条例为“常法”，包括则例、榜例在内的事例为“权宜之法”。由于“制书”或《会典》规范的都是国家的基本典章制度，例则一直处于“目”的地位，因此，明一代法律体系始终是以“典为纲，例为目”的框架设计的，故可总称或简称为“典例法律体系”^①。注重制例，提升例的法律地位，是明代法律体系的显著特色。以《大明会典》为“大经大法”，以“例”为主要和广泛适

^① 学界（包括笔者）以往曾用“律例为主的法律体系”表述明一代法律体系，今天看来，这种概括不够全面、准确。明太祖朱元璋曰：“律者，常经也。条例者，一时之权宜也。”（《明太祖宝训》卷 3）朱元璋的这一名言，通常被作为论述明代法律体系的依据。其实，这句话说的是律与刑例的关系。以“律例法律体系”表述明代刑事法律体系，应当说是合适的。然而，如把明一代法律体系统称为“律例法律体系”，则不符合洪武至正德初百余年间多种国家“常法”是以制书而不是以律表述的史实，也忽视了弘治朝之后以《会典》为“大经大法”、律为《会典》之目和组成部分这一实际。为此，本文在论述明代法律体系时，区分历史阶段分别表述，并认为把明一代法律体系概括为“典例法律体系”更为恰当。

用的立法形式，则是明代中后期完善法律体系的重大创举。明太祖朱元璋在洪武年间变革传统律令体系的实践，为明代新法律体系的确立奠定了基础。

朱元璋之所以力主变革传统的律令体系，注重制例，与明初的治国需要和他的立法指导思想有密切关系，是他推行“常经”之法与“权宜”措置并用法制方略的必然产物，也是中国古代法律形式和法律体系演变的必然结果。

法律形式及其表述的立法成果是法律体系的基本构成要素。从秦汉至宋元，中国古代法律形式由简到繁。就明以前各代的重要法律形式而言，秦有律、命、令、制、诏、程、式、课等，汉有律、令、科、品、比，晋有律、令、故事等，唐有律、令、格、式，宋有律、令、格、式、编敕、制、敕、宣、御笔、断例、申明等，元有诏制、条格、断例等。各代为了推动国家法律的实施，于主要法律形式之外，还设置了不少补充法性质的法律形式。宋、元时期，随着社会经济的发展和时局的变化，原有的法律形式已不能适应立法的需要，统治者为区分效力层级、行为规范类别不同的立法，就不断使用新的法律形式和法律术语，致使法律形式众多、混杂，立法数量也空前膨胀。仅就宋代的编敕和元代条格的编纂而言，当时的官吏就难以通晓和掌握。宋代时新皇帝即位或每次改元，都有一度或数度的编敕，且一司、一路、一州、一县和朝廷各中央衙门又别有敕，据《宋史·艺文志》不完全记载，宋代各种编敕就有80多部。元代所颁格例也很繁杂，如《大元通制》有格例2539条，《至正新格》有格例3359条。在最高统治者的影响下，各级官吏也纷纷收集和汇编断例，有的甚至抄写几十册之多。由于法令冗繁，官吏任意出入，而“天下黔首蚩蚩然狼顾鹿骇，无所持循”。^①显然，宋、元的法律体系，已到了后世无法继受的境地。

明王朝建国之初，面临着许多严峻的社会问题。当此之时，中原未平，军旅未息，元朝仍有很大势力。经历连年战火，“郡县版籍多亡”，“百姓财力俱困”，^②经济陷于崩溃境地。参加反元的各族人民由于土地和

① 陈邦瞻撰《元史纪事本末》卷11《律令之定》，中华书局，1979，第84页。

② 谷应泰撰《明史纪事本末》卷14《开国规模》，中华书局，1977，第195页。

赋税不均的问题没有得到正当解决，又受到豪强地主和新的权贵们的横征暴敛，转而继续武装对抗新的王朝。在统治集团内部，也存在着激烈的争权夺利的争斗。如何尽快地变“乱世”为“海宇宁谧，民乐雍熙”的太平盛世？朱元璋认为，必须在恢复社会经济的同时，注重法律制度的重建。他把健全法制看作调整各种社会关系、恢复和巩固社会秩序的根本，认为，“纪纲法度为治之本”，“丧乱之后，法度纵弛，当在更张”。^①为此，他提出了“当适时宜”、“当计远患”、“法贵简当、稳定”和“治乱世用重典”等一系列法制建设的指导原则。^②

从“当计远患”、“当适时宜”、“法贵简当、稳定”的指导思想出发，朱元璋强调立法要“常经”与“权宜”之法并重。他说：“法令者，防民之具、辅治之术耳，有经有权。”^③他主张“权宜”之法的制定需“贵不违时”，“常经”之法的制定要“贵存中道”、“可贻于后世”。朱元璋多次告诫臣下说：“谋国之道，习于旧闻者当适时宜，狃于近俗者当计远患。苟泥古而不通今，溺近而忘于远者，皆非也。故凡政事设施，必欲有利于天下，可贻于后世，不可苟且，惟事目前。盖国家之事，所系非小。一令之善，为四海之福；一令不善，有无穷之患，不可不慎也。”^④又说：“法贵简当，使人易晓。若条绪繁多，或一事两端，可轻可重，吏得因缘为奸，非法意也。夫网密则水无大鱼，法密则国无全民。”^⑤也就是说，法律制度的创设要注意防止“泥古”和“惟事目前”两种倾向，内容和形式应达到“法贵简当，使人易晓”的要求。基于上述思想，洪武年间，朱元璋实行了以“制书”名义颁布“常经之法”和以“例”的形式颁行“权宜之法”的双轨制立法方略。“制书”类法律规范国家的基本典章制度，用以传之后世；“例”是灵活性强、可随时变通、“当适时宜”的法律，用以补充常法之不足。

① 《明太祖实录》卷19。本书所引明代各朝《实录》，均据台湾中研院历史语言研究所校印本。此书系该所据国立北平图书馆（今中国国家图书馆）红格钞本缩微卷影印。

② 详见杨一凡《明代三部代表性法律文献与统治集团的立法思想》，收入韩延龙主编《法律史论集》第2卷，法律出版社，1999，第520~591页。

③ 吕本等辑《明太祖宝训》卷3，中国国家图书馆藏明历三十年春秣陵周氏大有堂刻《新镌官板皇明宝训》本。

④ 《明太祖实录》卷163。

⑤ 《明史》卷93《刑法一》，中华书局，1974，第2280页。

洪武朝前期,国家百废待兴,统治者无暇精心制定国家的基本法律,加之缺乏变革法制的经验,常法的修订和定型处于滞后状态。洪武朝颁行的法律中,洪武二十六年(1393年)颁行的《诸司职掌》,奠定了明朝的基本法律制度,《大明律》是明代刑事法律的代表,定型于洪武三十年(1397年)。在《诸司职掌》颁布前的很长一段时间内,朝廷制定并定型的法律,除《大明令》外,主要是四部礼制类法律,即洪武三年(1370年)修成的《大明集礼》,洪武七年(1374年)颁行的《孝慈录》,洪武二十年(1387年)颁行的《礼仪定式》及《洪武礼制》^①。为弥补国家常法很不完备的缺陷,制定事例便成为明初的经常性立法活动。

在刑事法律的制定和实施方面,朱元璋从“用重典以惩一时,而酌中制以垂后世”^②的指导思想出发,在要求臣下多次修订洪武律的同时,为“治乱世”和惩治“奸顽”,刑用重典,常常律外用刑,并以事例形式颁布了大量的苛法峻令。^③特别是洪武十八年(1385年)至二十年(1387年)间,朱元璋先后发布了名为《御制大诰续编》、《御制大诰三编》、《大诰武臣》、《御制大诰》的文告。《大诰》四编共236个条目,其条目均为《大明律》所未设,同一犯罪的处刑,较《大明律》大大加重,不少刑罚苛刻无比。《大诰》其书,实际上是朱元璋以“诰”或“榜文”形式颁行的事例的汇编。《大诰》曾在洪武十八年至二十六年间实施。黄彰健先生认为,洪武年间刑法的实施真相是“以榜文为主,律为辅”^④。当时的刑事事例很多是以榜文形式发布的,从这个意义上讲,黄先生的观点有其道理,但若用严格的法律用语表述,似改为“事例为主,律为辅”更为妥当。

在行政类法律的制定和实施方面,因《大明令》的规定过于简要,国家在行政、经济管理等很多方面无法可依,朱元璋适时发布了大量的事

① 《洪武礼制》颁行年代不详。该书是关于文武百官逢天寿圣节、正旦、冬至进贺礼仪,朝臣奉诏出使礼仪、祭祠礼仪,百官的服色、勋阶和吏员资格,奏启本格式、行移体式、署押体式以及官吏俸禄方面的法律规定。笔者据该书内容推测,其颁行时间应在明代前期。

② 《明史》卷94《刑法二》,中华书局,1974,第2320页。

③ 详见杨一凡《洪武朝峻令、重刑禁例和法外用刑补考》,载杨一凡《明代立法研究》,中国社会科学出版社,2013,第109~137页。

④ 黄彰健:《明清史研究丛稿》卷2,台湾商务印书馆,1977,第262页。

例，就国家机关的活动规则、行政和经济管理的各种措施做了详细的规定。洪武年间到底颁行了多少行政类事例，因文献缺失，无法精确统计，但从现存的大量明代史籍中，仍能搜集到上千个洪武朝颁行的这类事例，其中以正德《会典》所收事例为最多。据初步统计，正德《会典》各目次专设“事例”项下，收有洪武事例 708 条，其中行政类事例 675 件。洪武年间颁行的行政类事例中，以户部、礼部事例最多，兵部、吏部次之，其他各衙门事例再次之。现将该书所收 61 件洪武吏部事例列表述后（见表 1）。

表 1 正德《大明会典》载洪武朝吏部事例

目次	所载事例总数	各年颁布事例名目	
吏部 卷 2－15	61	国初	①令有司保举人才（卷 15）
			②令官员以理致仕者待以优礼与现任同（卷 15）
			③定外官每年一朝（卷 15）
		洪武初	①定除授官员皆给勘合到任（卷 9）
			②定京官考核（卷 14）
			③定巡检考核（卷 14）
		二年	诏府州县官考课（卷 14）
		三年	①诏蒙古色目人易名改正（卷 13）
			②令官吏人等名字避讳（卷 13）
			③令官吏人等更名复姓（卷 13）
			④奏准府同知、知县、县丞考核无过者升迁（卷 14）
		四年	奏准钦天监官不考满（卷 14）
		六年	令察举官员有无过犯（卷 15）
		九年	①令仓库司局管钱谷官考核（卷 14）
			②令职官犯徒流杖者纪录（卷 15）
		十一年	令官员来朝察其言行功能分三等对待（卷 15）
		十二年	①奏准两广所属地有障疴者有司三年升调（卷 14）
			②令内外文武官年老致仕给诰敕（卷 15）
		十三年	①奏定公侯封号（卷 8）
			②令文武官六十以上致仕给诰敕（卷 15）
		十四年	令各处仓官考核（卷 14）
		十五年	令保举人才（卷 2）