

中華書局
法律史學
叢書

律令法与天下法

高明士 著

上海古籍出版社

014022474

中華學術叢書

D929.42
11

律令法与天下法

高明士 著



北航

C1710496

上海古籍出版社



D929.42
11

图书在版编目(CIP)数据

律令法与天下法 / 高明士著. —上海: 上海古籍出版社, 2013. 12

(中华学术丛书)

ISBN 978-7-5325-6862-8

I. ①律… II. ①高… III. ①法制史—研究—中国—唐代 IV. ①D929.42

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 124193 号

中华学术丛书

律令法与天下法

高明士 著

上海世纪出版股份有限公司 出版
上海古籍出版社

(上海瑞金二路272号 邮政编码200020)

(1)网址: www.guji.com.cn

(2)E-mail: guji1@guji.com.cn

(3)易文网网址: www.ewen.cc

上海世纪出版股份有限公司发行中心发行经销 上海展强印刷有限公司印刷

开本 890 × 1240 1/32 印张 11 插页 5 字数 266,000

2013年12月第1版 2013年12月第1次印刷

印数 1—1,600

ISBN 978-7-5325-6862-8

K·1763 定价:42.00元

如发生质量问题,读者可向承印公司调换

出版说明

自1991年王永兴先生的《唐勾检制研究》、柳存仁先生的《和风堂文集》与项楚先生的《敦煌文学丛考》出版以来,《中华学术丛书》至今已走过了十五个年头,已刊与将出的名家研究著作,也已接近二十种,并在海内外学界赢得了高度的赞誉。当前民族文化的复兴已成为国家的文化战略,而学术昌隆,正本清源,更是文化复兴的前提,为此,本社决心花大力气,通过相应的调整,来加强本丛书的出版力度。

《中华学术丛书》定位为海内外汉学界高端论著交流的平台,以及时荟萃一流汉学研究著作作为己任。她与集成性整理性质的《中华要籍集释丛书》并列,将成为本社古籍整理与古籍研究的两个核心品牌。

《中华学术丛书》将不限于原初以传统汉学研究为主的格局;凡学殖丰厚、思理深刻、卓有创见的汉学研究,无论其方法是传统的还是新潮的,其视角是单一学科的还是跨学科的,都将进入编者的视野。

《中华学术丛书》的作者,将由原来以大陆老一辈专家为主,而扩展为朝向一切术业有专攻的学者,她既为名家大师一生著作的集萃,也可以成为中青年俊彦头角初露的温床;她对于大陆、港澳台乃至各国汉学家的优秀著作一视同仁,因此部分汉译著作,也将适当采纳。

《中华学术丛书》的形式,以专著、专史、专题论集为主,也适当地采用“文存”的形态,如果有既合乎基本学术规范,而形式更有创新的著作,也不妨尝试。

我们感谢已进入本丛书的各位专家的奉献,感谢本丛书各个方面的热诚读者;我们更衷心地期盼与更广大的作者群通力合作,共同打造好《中华学术丛书》这一知名品牌——为了中华文化的伟大复兴。

上海古籍出版社

二〇〇六年十一月

目 录

自序	1
导论 中古律令制度发展的特质及其历史意义	4
前 言	4
第一节 法典体系的完成	5
一、国内法:律令格式	5
二、国外法(天下法)	7
三、中华法系(东亚“法文化圈”)的形成	8
附表 导论 1 中日令典篇目一览表	10
四、立法原理:礼主刑辅、失礼入刑	11
第二节 律令制度发展的特质	15
一、律令法典的儒教化	15
二、政治运作的法制化	22
(一) 君权的法制化	23
(二) 依据律令格式施政:“罪刑法定主义”?	25
三、“令”成为制度法典	31
第三节 法制发展的历史意义:圣君政治凌驾律令政治	34
一、以格破律	36
二、上请决断	38
(一) 特别身分犯	38

(二) 特别犯罪行为	39
结 语	39
附表 导论 2 文献所见汉至唐律令法典编纂简表	40
第一章 隋代的律令制度	45
前 言	45
第一节 律令格式的编纂	46
一、开皇律令格式	46
二、大业律令格式	54
第二节 律令格式的卷数、篇数	55
第三节 律令格式的篇名	58
一、律	58
二、令	61
第四节 隋代的律令政治	72
一、文帝时期的律令政治	73
二、炀帝时期的律令政治	77
结 语	80
第二章 唐代武德到贞观律令的制度	82
前 言	82
第一节 武德律令格式的编纂	83
附表 2-1 武德元年五十三条格诸纪事	85
附表 2-2 武德与开皇律令格式对照表	92
附表 2-3 《武德令》篇目及条数一览表	96
第二节 贞观律令格式的编纂	99
附表 2-4 《贞观令》篇目及条数一览表	109
结 语	123

第三章 从永徽到开元律令的制定	125
前 言	125
第一节 永徽律令格式	127
第二节 开元七年律令格式	136
第三节 开元二十五年律令格式	141
一、条数问题	143
二、奏上与颁行	144
三、修撰人员	145
四、编撰成果:律、令、格、式及律疏、格式律令事类	148
结 语	149
第四章 唐律中的“理”	
——断罪的第三法源	152
前 言	152
第一节 唐律“理”字解析	154
一、唐律中常见的“理”	155
二、唐律特定意义的“理”	155
(一) 为人之道以及人与人相处之道:人理、情理等	155
(二) 事务存在之道以及处理事务之道:事理	158
(三) 天秩、天常与天理	159
三、附述:唐令中的“理”	164
第二节 唐判依理据律	167
一、唐代的判集	168
二、判集依理据律举隅	171
第三节 礼、理与情理法	181
结 语	184

第五章 唐代的律令政治	187
第一节 律令制度与立国政策的莫立	187
第二节 法案实例的再检讨——试评君臣守法与不守法	193
一、贞观元年(627)长孙无忌不解佩刀案	193
二、垂拱三年(687)刘祎之被赐死案	199
三、开元、大历年间窃盗、强盗案	200
(一) 所谓“啸聚恶少以盗马”问题	202
(二) 第二次盗马刑责	203
(三) 家僮告发问题	203
(四) “谪超俊剑南西山效力,纳赃七千贯”费解	203
(五) “同盗马奴三人并杖杀”亦费解	206
第三节 律令政治的困境——隋唐继承北朝法制系统的 内在包袱	206
结 语	213
第六章 唐宋令与“唐宋变革”的下限 ——《天圣令》的发现及其历史意义	216
前 言	216
第一节 《天圣令》残卷的价值及其课题	219
附表 6-1 《天圣令》残卷条数统计表	220
一、关于“服纪”(服制)规定	222
二、关于“父在为母服齐衰三年”规定	225
附表 6-2 《大唐开元礼》与《天圣令》丧服表	226
三、关于宋 6“诸度地,五尺为步,三百六十步为里”	227
第二节 《天圣令》在令典发展法史上的意义	232
一、政治的法制化	233

二、王化、教化的意义	236
三、“唐宋变革”说的下限	237
结 语——“天圣令学”的提出	248
第七章 天下秩序与“天下法”	
——以隋唐的东北亚关系为例	250
前 言	250
第一节 导论：关于天下、天命、天下秩序、天下法	250
第二节 天下秩序三圈结构论	257
一、先秦天下秩序三圈结构论：从《禹贡》五服到《周礼》	
九服	258
附图 7-1 《禹贡》五服图	260
附图 7-2 《周礼》九服图	261
二、秦汉隋唐天下秩序的三圈结构	264
附图 7-3 隋唐天下秩序结构图	267
第三节 天下法	268
一、汉唐天下法运作的基本要素及其运作原理	270
附图 7-4 天下秩序运作的基本要素与原理	270
附图 7-5 天下秩序的基本架构	271
二、从隋唐史书《东夷传》实例说明天下法	271
三、“天下法”的主要内容	283
结 语	290
第八章 中华法系	293
前 言	293
第一节 中华法系基本立法原理试析	295
一、礼之三义	296

二、成文法典与礼——中华法系的共相	302
三、中华法系共相举隅——试释律文“不应得为”条所谓“理”	304
附表 8-1 中华法系“不应得为”罪规定一览表	305
第二节 中华法系的特质	309
一、晋唐律为蓝本的成文法典	311
二、则天应时立法设刑	314
三、伦理化的法典	321
四、民族和谐的法理化	322
结 语	324
结 论	327
附录一 《律令法与天下法》原刊论文目录	329
附录二 唐律研读会	330
一、研读会简史	330
二、研读会成员及研读方式	334
三、研读会展望	336
跋	338

自序

春秋时代以前的法制，是用礼刑表现，也就是属于礼、刑二分时期，所谓“礼不下庶人，刑不上大夫”（《礼记·曲礼上》）云云，即指此事；《荀子·富国》说“由士以上，则必以礼乐节之；众庶百姓，则必以法数制之”，还寓有此意。战国时代，由于礼崩，贵族沦没；另一方面，法家刑书的律令应运而生。云梦秦简中，除在商鞅变秦后到秦始皇年间呈现大量的秦律以外，也有“犯令”、“废令”之语（见《法律答问》），而“秦律十八种”的律文中，也有“犯令”、“不从令”之语；这个“令”，也就是律，只是当时属于单行法规，所以《史记·杜周传》说：“三尺安出哉？前主所是着为律，后主所是疏为令。”汉代，将单行法规的诏令，按其重要程度，编成令甲、令乙、令丙等类；相当于诏敕集的，简称为令。就成文法而言，令可视为律的追加法，或谓副法，违令时与违律一样须受处罚。因此，战国秦汉期间，是为律、令不分时期，同时也是礼刑合一时期。到了西晋泰始律、令（268），律与令成为相对关系，同时自汉以来主张礼（德）主刑辅说，也在此时获得初步落实，到唐朝乃作一总集成。

基于此故，拙稿所谓律令法，指令典成为完整性的法典而与律典成为相对关系的法典体系，其事始于西晋泰始律、令（268），完备于隋唐律、令（583—907），代表一统中国时期（268—907）的法典体系。但西晋泰始律、令的成就实肇始于曹魏律、令，而西晋末到隋初期间，中国又陷入南北长期分裂，此期成长有限；另外，唐朝安史

乱后,实际转衰,律令政治亦渐流为形式化,法律形式渐由诏敕凌驾一切,宋代以后更为明显。但就形式上的律令政治而言,可延伸至明初洪武年间,此后乃由律典、律例及会典取代。因此,就律令法的实施而言,较具体可谈,辄为西晋及隋唐而已,尤其盛唐时期。所以七、八世纪是中国法制成就最为辉煌时期,在同时期的世界史是无可伦比的。也因此之故,在七、八世纪之际出现“东亚文化圈”(或曰中国文化圈),同时在法制方面也有“法文化圈”(或曰中华法系)的成立,这是在东亚文化圈发展过程中,很受瞩目的一支成果。

立法原理方面,在汉武帝实施独尊儒术后,诸儒不断鼓吹建立礼(德)主刑辅、失礼入刑的法则,初步实现于西晋泰始律、令(268),而确立于隋唐律、令。就这个意义而言,西晋至隋唐可说是先秦以来儒学在礼律方面最具体的实践,并非如学界一般所说已经转衰。

律令法是适用于中国本土,中国本土以外的“天下”(尤其东亚地区),中国另有一套政治秩序的运作原理。这个运作原理,也是自殷周以来经过长时期的摸索,在古代经典指导下,至隋唐时期分别予以具体实施。这样的天下秩序,从法制的观点而言,笔者暂名之为“天下法”,有别于今日所谓的“国际法”。明清时期,中国再度稳定强盛时,又赋予实施,实是中国史上极为特殊的历史事实。

清末民初,在帝国主义侵略下,中国人信心崩溃,乃至出现反传统运动。此时虽有一连串的改革,力图振作,不免矫枉过正。其中抛弃传统最为彻底者,厥为传统法律与教育制度。由于教育在养成国民内在的心智,法律则约束国民外在的行为,于是从意识形态到行为准则皆丧失民族特性,百多年来迄今,一直无再摸索出属于自己民族特性的制度,迷失、盲从、违反伦常,经常成为社会乱象,这是很严重也是很严肃的历史课题。就学界本身而言,历来缺乏立足传统而加以反省,尤其掌握学术资源乃至决策者,教育学界

如此,法学界亦然。就传统法史而言,不论国内所实施的律令法,或对外所实施的“天下法”,每以负面评价,实非持平之论。最近甚至有以为“国家法成为‘外来法’”的法制危机感,提出呼吁,^①值得注意。

拙书各章节,部分系新作,部分则就原刊论文略作补正,时间前后达廿年,因持论重点无改变,为呈现笔者研究历程,或有益于初学者,所以一并收录于此。此一期间,详我所略之新作甚伙,无法一一补正,敬请读者谅解。拙书旨在提出己见,着重史事解析,或可借古鉴今,进而抛砖引玉,则吾人幸甚。

^① 参看王启梁,《法律移植与法律多元背景下的法制危机——当国家法成为“外来法”》(《云南大学学报》法学版,2010-3,页130-137;此处系引用中国人民大学书报资料中心编,《法理学、法史学》2010-10,页17-25)。该文所谓“国家法”,虽指中国大陆现行法,但台湾现行法也是来自大陆时期所制定,甚至源自清末民初的立法,其为“外来法”性质,较于现行中国大陆国家法,只有过之而无不及。

导论 中古律令制度发展的 特质及其历史意义

前 言

汉唐间的历史，在笔者的历史分期，是定为“中古”时期，尤其指汉武帝以后。此期可称为确立儒教主义国家时期，主要是建立以礼、律为治国大法。较为全面性展开，是在魏晋以后，到隋唐而大备，所以汉唐间的历史也可称为广义的“中古”，而魏晋至隋唐可称为狭义的“中古”。^① 拙稿所称的律令制度，兼及广狭两义，但以隋唐为主；依律令制度而施政，称为“律令政治”，在中国史上，实以隋朝及盛唐时期最具特色，这也是拙稿侧重隋唐时期的原因所在。欲知隋唐的光辉，甚至中国史的光辉，若舍去律令制度或律令政治，这个光辉将较为暗淡。

总的说来，中古法制最大的成就，到唐朝时，完成政治的法制化，可说是先秦以来儒教初次在礼律方面最具体的实践。就这个意义而言，中古儒学的发展，并非如学界一般所说已经转衰，但也遇到若干不易克服的问题。以下分别再作说明。

^① 参看高明士，《中国中古政治的探索》（台北：五南出版事业公司，2006 一刷，2007 二刷），《导论——汉唐间为“中古”的初步看法》，页 1—13。

第一节 法典体系的完成

一、国内法：律令格式

中古法制发展过程，学界论述甚伙，此处不拟赘述。但就完成律、令、格、式的法典体系，则始于隋文帝开皇年间。此即开皇二年（582）先颁行《开皇令》三十卷，三年（583）颁行《开皇律》，大幅缩减内容，《隋书·刑法志》说：

除死罪八十一条，流罪一百五十四条，徒杖等千余条，定留唯五百条。凡十二卷。……自是刑网简要，真而不失。

律典由十二卷（篇）五百条构成，堪称简要，自此以下至清律，大致维持这样的内容，所以就法文化在律典的稳定性而言，完成于隋《开皇律》，至唐律而完备，实是千余年来法文化发展累积的成果。至于《开皇令》三十卷（篇），是对晋《泰始令》以来整理而成。此外，并有格与式。所以就法典体系而言，隋代完成律、令、格、式四大法典形式，炀帝大业年间虽有修订，但至唐朝，基本上仍以隋开皇旧制为据，再经唐朝的修订而大备。

唐朝的律、令、格、式，自高祖、太宗、高宗，至玄宗开元年间，均作全面性的整理，其他时期包括后半期的宪宗元和年间，则有局部修正。^① 就法典内容的整备，进而影响东亚诸国，是以高宗永徽年间所修成的法典最受瞩目，尤其是永徽四年（653）颁行的《律疏》（即通称的《〔故〕唐律疏议》），影响最为深远。惟就整体而言，唐朝

^① 详细说明历次制定法典经纬，可参看刘俊文，《唐代法制研究》（台北：文津出版公司，1999），第一章《唐代立法研究》，页1—63。

的律、令、格、式并不脱隋朝开皇规模。

关于律、令、格、式的定义,《唐六典》卷六“刑部郎中员外郎”条曰:

凡律以正刑定罪,令以设范立制,格以禁违正邪,式以轨物程事。

《新唐书·刑法志》曰:

唐之刑书有四,曰:律、令、格、式。令者,尊卑贵贱之等数,国家之制度也;格者,百官有司之所常行之事也;式者,其所常守之法也。凡邦国之政,必从事于此三者。其有所违及人之为恶而入于罪戾者,一断以律。

此即以律作为量刑定罪,相当于今日之刑法,有十二篇(卷);令、格、式三者原则上不附罚则,有违此三者,由律处罚;三者是规定“邦国之政”,所以相当于今日的行政法,尤其是令,即规定国家诸制度,有二十七篇(细分为三十卷)。

以令作为规定制度的法典形式,若以晋《泰始令》的颁行计起,持续至明太祖洪武元年(1368)颁行《大明令》一卷共一百四十五条为止,令典作为行政法,实施了一千一百年之久(268~1368),尤其隋唐令影响东亚诸国甚巨。因此,令典在法制施行上的稳定性,可谓仅次于律典,不可忽视。令典在隋唐之后,不能够进一步充实,反而逐渐衰退,而使律典一枝独秀,当与中国皇帝制度的独裁化有莫大关系,直接阻碍中国政治走向法制化的契机,殊为可惜。

格是皇帝现行的行政命令,也就是“编录当时制敕,永为法则,以为故事”(《唐六典》卷六)。论法典位阶,格居最优先,这是因为皇帝拥有擅断权的缘故,宋以后更直接以敕行事,凌驾所有法典。唐代的格有二十四篇,以中央尚书省二十四司为篇;式即尚书省二十四司及其他部门在执行法令(格、律、令)时,各自订定的公文施