

中国政法大学学术丛书

林 乾 著

中国古代 权力 与 法律

2

中国政法大学出版社

100



中国古代
权力
斗争



100

中国政法大学学术丛书

林 乾 著

中国古代
权力
与
法律

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国古代权力与法律/林乾著. —北京:中国政法大学出版社, 2004

ISBN 7-5620-2636-X

I. 中... II. 林... III. 法制史-中国-古代 IV. D929.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 090977 号

书 名 中国古代权力与法律
出 版 人 李传敢
经 销 全国各地新华书店
出版发行 中国政法大学出版社
承 印 固安华明印刷厂
开 本 880×1230 1/32
印 张 10.25
字 数 245 千字
版 本 2004 年 8 月第 1 版 2004 年 8 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-5620-2636-X/D·2596
定 价 23.00 元
社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563(发行部) 62229278(总编室) 62229803(邮购部)
电子信箱 zdf5620@263.net
网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有,侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。
本社法律顾问 北京地平线律师事务所

作者简介

林乾，男，1959 年生于长春。先后于 1983 年、1987 年、1999 年获吉林师范大学、东北师范大学、中国人民大学历史学学士、硕士、博士学位。2001 年攻读中国政法大学法律史博士学位。曾在吉林师范大学、吉林省社会科学院任教或从事研究工作。现任中国政法大学法律史学研究中心副主任、教授。兼任中国法律史学会理事、国家清史编纂委员会典志组专家。著有《康熙惩抑朋党与清代极权政治》（台北正展出版社）《清通鉴·康熙朝》（山西人民出版社）《百年法律省思》（中国经济出版社）等专著，发表学术论文三十余篇。主持或参加国家及省部级项目多项。

序

权力与法律的关系，无论在古代，还是在现代，都是十分重要并需要妥善处理的一对矛盾。在中国古代，由于专制权力不断强化，法律从根本上受到权力的制约与支配。但在不同的历史发展阶段乃至同一王朝的不同时期，二者之间的关系又表现出统一性。汉代的“文景之治”，唐代的“贞观之治”，突出的一点是皇帝“重法”“遵法”，这说明，权力与法律关系的处理好坏，与国家的治乱兴衰存在某种必然联系。如果说法治与盛世是不可分的，那么，王朝末期都是法制败坏的时期。反观西方国家，由于皇（王）权形成的较晚，伴随着市民阶层的崛起，皇权受到法律的制衡，宪政体制较早完成了对皇权的制约。

林乾的《中国古代权力与法律》一书，是系统全面阐述中国历史上专制权力与法律关系的第一部专著。该书从“法与天下共”对君主擅法的限制，以及法司的职守对君主守法的约束等方面，研究了君主权力的法律制约机制问题；同时也从历史的时间序列上研究了尊君抑臣之法的生成及其演变。作者认为，唐代是中国古代权法关系处理得最好的时期，“法与天下共”在统治阶层成为某种“共识”。宋以后尤其是明清两朝，尊君抑臣之法得以强化，突出的表现是“废人而用法”，也就是说，除了最高统治者外，各级文武官员的权力大多受到各种繁密法条的限制，从这种意义上讲，权力受制于法律。这部书还探讨了政治斗

2 序

争导致法律变异，行政与司法权的分合等重要问题，都颇具创见与启示。相信本书的出版会对相关研究起到推动作用，对现实也有较强的借鉴意义。

林乾多年从事明清史研究，尤其侧重于政治制度史。在中国人民大学获得历史学博士学位。到中国政法大学工作后，又师从我攻读法律史博士。他为人谦和，但在学术观点上却是旗帜鲜明。坚持原则。他治学严谨，史学功底深厚。这部书可以说是他将历史学与法学结合起来进行综合研究的一个可喜成果。祝愿他继续努力，在法律史研究方面取得更大的成就。是为序。

张晋藩

2004 年 6 月

目 录

序	(1)
序篇 权、法关系的历史省察	(1)
上篇 君主权力的法律制约机制及其他	(10)
一、言谏系统及对诏令的封驳权	(11)
二、宰相“副署权”等对君权的制约	(25)
三、廷议制度对君权的制约	(45)
四、制约君主权力的伦理文化和思想层面	(61)
五、“法与天下共”，对君主擅法的限制	(84)
六、法律的继承性与臣僚议法	(111)
七、法司的职守与司法个案考察	(128)
八、科举、士大夫与君主政治	(151)
九、制约作用有限论	(165)
中篇 君主权断与抑臣之法	(172)
一、尊君抑臣之法的生成及其演变	(172)
二、君主的权断与法	(189)
三、政治斗争与法律的变异	(212)
四、权力、权术与法律	(226)
五、强化君权的权力制衡原则	(244)
下篇 行政司法之分合与繁文缚法之弊	(274)
一、司法与行政权的分、合	(274)

2 目 录

二、法律由昌明到不振	(285)
三、繁文缛法与吏治不举	(298)
主要参考书目	(314)
后记	(320)

序篇 权、法关系的历史省察

权与法的关系堪称是中国古代联系最为紧密而又充满变数的矛盾统一体。权力是权势和威力的略语，它的获得与行使一般通过相应的“职位”来实现。在中国封建时代，皇帝处于权力金字塔的顶端，拥有至高无上的“职位”，而且这一“职位”具有强烈的排他性。就此而言，中国古代的权、法关系可以主要归结为皇权与法律的关系。换言之，皇权与法律的关系能够反映中国古代权、法关系的实质。

中国古代权、法关系的演变大体经历了三个时期。

第一个时期即史家所谓“权移于法”时期，它发端于西周，激变于春秋战国，定型于秦汉。其推动力源于激烈的社会变革，促使法律由“不预设”向“定法”、“常法”转变，由秘密状态向公开转变。而“定法”、“常法”的形成乃至法律的公开又是对权力的限制。按照汉代人郑昌的描述，上古三皇时期，“既有君长焉，则有刑罚焉。”由于当时俗淳事简，犯法之人甚少，因此不必先定刑名，每当有犯，皆“因事立制”。〔1〕

“因事立制”就是“临事制刑，不预设法”，这就是说法律具有不确定性，往往根据实际“需要”而权宜处理。这就使法律的解释权以及司法权操之于上，其目的是令民众“不测其浅

〔1〕《晋书·刑法志》。

2 中国古代权力与法律

深，常畏威而惧罪也。”〔1〕“畏威”就是对权柄的一种敬畏感、恐惧感。而这正是维持尊卑秩序的关键所在。因此，当晋国将范宣子所为刑书铸于鼎上时，孔子惊呼“晋其亡乎？失其度矣。”这个“度”，就是“贵贱不愆”。唐代孔颖达的解释说：“民不豫知，临时制宜，轻重难测，民是以能尊其贵，畏其威刑也。”“贵者执其权柄，贱者畏其威严，贵贱尊卑不愆，此乃所谓度也。”〔2〕

由于法律处于秘密状态，或者说国家没有“常法”、“定法”，民众就会对权力产生崇拜，不敢冒犯。在这里，法律是为权力服务的工具。它并不具有“客观标准”。而法律由秘密走向公开，由“不预设”即不确定性向“常法”、“定法”之转变，直接冲击了固有的权力体系，构成对既定的统治秩序的威胁。因而也可以说，“权移于法”的过程，正是法律获得“革命性”解放，从专门为统治者服务的秘密工具而一变为民众捍卫其自身权利的天下公器。其意义实在不可低估。

《春秋左传》之所以不厌其详，记述郑、晋两国铸刑鼎这一划时代的历史事件，正是因为作者在看来，这一事件是“礼乐崩坏”的重要组成部分。而叔向、孔子正是站在维护既有统治秩序的角度而予以反对的。在孔子看来，“贵贱不愆”这一“法度”，是礼的基础和根本，按照“礼不下庶人”这一原则，作为维护统治秩序的礼是与庶人不相关的，相关的只是礼实施的结果的“度”，即贵守贵业，贱守贱位。而铸刑鼎这一事件恰好冲击了礼为贵族所专有这一制度，“弃礼而征书”，无疑会导致统治秩序的动摇。叔向说得好：“不知有辟，则不忌于上。”晋代律

〔1〕《左传春秋正义》卷43，中华书局1980年影印本，第342页。

〔2〕《左传春秋正义》卷43，中华书局1980年影印本，第342页。

学家杜预解释说，因为“权移于法，故民不畏上”。为什么会这样呢？唐代注经的大儒孔颖达在为这句经典作解时讲得十分透彻，他说：“刑不可知，威不可测，则民畏上也。今制法以定之，勒鼎以示之，民知在上者不敢越法以罪己，又不能曲法以施恩，则权柄移于法矣。且法之设，文有限；民之犯，罪无穷；自然有危疑之理，以生其与上争罪之心，……今铸鼎示民，民知争罪之本在于刑书，将弃礼而取征验于书，则虽刀锥微细之事，亦将尽争辩以求侥幸。”

鼎在中国古代是国家权力的象征，也象征着王权。铸刑鼎以示民，就是将法律公之于众，从而结束上层贵族垄断法的状态，也就使贵族通过垄断法而维护统治的目的难以实现。因此才有孔子“民在鼎矣，何以尊贵”“贵贱无序，何以为国”等诘难。

铸刑鼎所导致的“权移于法”这一历史巨变，既有其深刻的社会政治原因，也对后世产生了重大影响。孔颖达以其敏锐的眼光对这一事件给予高度评价。认为法律为贵族所垄断的状态一经打破，颁布法律以使民知，遂成为历代遵行不改的定规，指出“李悝作法，萧何造律，颁于天下，悬示兆民，秦汉以来，莫之能革，以今观之，不可一日而无律也。”而这一变化正是封邦建国的分封制向天下一统的郡县制之变革作为原因的：

秦、汉以来，天下为一，长吏以时迁代，其民非复己有。懦弱则为殿负，强猛则为称职，且疆域阔远，户口滋多，大郡境余千里，上县数以万计，豪横者陵蹈邦邑，桀健者雄张闾里，故汉世酷吏专任刑诛，或乃肆情好杀成其不挠之威，违众用己以表难测之知。至有积骸满阱，流血丹野，郅都被苍鹰之号，延年受屠伯之名。若复信其杀伐，任其纵舍，必将喜怒变常，爱憎改意，不得不作法以齐之，宣众以

4 中国古代权力与法律

令之。所犯当条则断之以律，疑不能决则献之上府，故得万民以察，天下以治。圣人制法，非不善也，古不可施于今，今人所作非能圣也，足以周于用。所谓观民设教，遭时制宜，谓此道也。^{〔1〕}

对国家“常法”的颁行，晚清法学家沈家本也予以肯定。认为“议事以制，三代叔世已不能行，况秦汉以后乎？”并指出左氏将铸刑鼎这一事件载入《春秋》，深具历史眼光。他说：

叔向探原立论，实与夫子道德齐礼之旨相同，其所望于子产者，在于行先王之道，乃时世所迫，子产亦无可如何，但为此补救之法，叔向深有慨乎？先王之道以子产之才尚不能行之，故发愤而为此书。左氏载之，留此一段议论于天壤间，庶或旦暮遇之也。春秋时具此等识见者能有几人？此等崇论宏议乌为可使之湮没而不彰？班固采入《刑法志》中，颇为有见。杜佑乃议左氏所载为未公，是未知先王之道在德礼不在刑政也。^{〔2〕}

铸刑鼎所带来的“权移于法”的变革，在当时是一个重大事件，它不但打破了法律为少数人所垄断的状态，使之获得了空前的“解放”，而且，使法律从维护统治秩序的单纯工具性功能中解脱出来，成为民众知悉并在一定程度上维护自己权益的利器。而这一切，是对固有权力系统的挑战。权力的行使受到了法律的约束。这也可以视为权、法关系的第一次重大变革。

〔1〕《春秋左传正义》卷43。

〔2〕沈家本：《历代刑法考·律令一》，中华书局1985年版，第838—839页。

权、法关系发展的第二个阶段，是通过对“敕”、“令”等非制定法的限制，从而达到约束皇权的目的。它历经魏晋南北朝，至唐代臻于完善。

秦汉以来，天下一统，确立了专制主义中央集权的政治制度。这种制度要求法律在全国的统一适用。这就是孔颖达所说的“不得不作法以齐之，宣众以令之。”可见，法律的颁行及其统一适用结束了各级官吏“临事而议罪”的状况，也终结了各诸侯国各行其法的局面。

在这样的背景下，出现了“人君所与天下共者，法也”的强烈诉求，这一诉求既要求君主行使赏罚大权不能超越法律之上，也要求将君权的行使纳入制度化、法制化轨道。晋朝三公尚书刘颂是全面阐述罪刑法定的代表人物，也是试图用法律约束人君权力的重要人物，他指出，“自近代以来，法渐多门，令甚不一”，因此造成“事同议异”、“有伤于法”，怎样才能达到“法一”？他在解释古人所云“人主详，其政荒；人主期，其事理”这句话时阐发了他的法律思想，指出“详”即要求尽善，而“尽善则法伤，故其政荒也。”人主所“期”的是什么？是“轻重之当，虽不厌情，苟入于文，则循而行之，故其事理也。”但这不是说法律失去救济功能，为此他提出君臣在法律面前有不同的职守，“君臣之分，各有所司，法欲必奉，故令主者守文；理有穷塞，故使大臣释滞；事有时宜，故人主权断。主者守文，若释之执犯辟之平也；大臣释滞，若公孙弘断郭解之狱也；人主权断，若汉祖戮丁公之为也。天下万事，自非斯格重为，故不近似此类，不得出以意妄议，其余皆以律令从事。然后法信于下，人听不惑，吏不容奸，可以言政。人主轨斯格以责群下，大臣小吏各守其局，则法一矣。”随后他提出“夫人君所与天下共者，法

也”的论断。刘颂的上书得到了积极回应，并被采纳。^{〔1〕}

可以说，自汉魏以来对“法与天下共”要求的背后，实际上蕴含着一个非常明晰的主题：君主要守法，君主不能自外于法。而晋朝最突出的成就是将律与令相区分，二者的法律地位明显不同。是否由此推断，至迟晋朝起，已有了国家根本法——律与普通法——令的不同适用。完整的晋律今已不存，以上只能是推想。而在唐律“断狱门”中有两条值得注意的律文，一条是“断罪不具引律令格式”，另一条是“辄引制敕断罪”。表面上看，这两条律文都是针对法司的，实则不然。我们看隋唐史书中法司与人主进行“斗法”的案例所在多有，著名的如贞观元年戴胄与唐太宗关于断罪以法或以敕的争论等等，这绝非史官们的记忆出了偏差，而是主导当时社会的主体意识的反映，代表了中国古代君权与法律的最佳结合形式。

按照后一条律文规定：律、令、格、式是国家的正式法典，审判断罪援引正式法典是对法司职守的最一般从而也是最基本的要求。君主的制、敕是对正式法典的一种补充，但只有具备“永格”、“常式”的制、敕才能成为“常法”之补充。而“永格”、“常式”是经过法定程序从大量制、敕中遴选出的一部分，它已与一般制、敕相区别。法司辄引制、敕断罪致罪的成立要件之一是所引制、敕是“临时处分，不为永格”者。而这恰恰是君主喜怒之所为，是要严加限制的。如此看来，这条律文像一个法律鉴别器，它将那些所谓的“天宪”拒之于外，以保障“法在宥司”，君主不得专擅，维护法律的权威性和统一性。

这一时期，所谓君主“言出法随”也受到了极大限制。宰相的副署权即如此。副署权是指宰相对君主所颁发的诏、令、

〔1〕《晋书》卷30，《刑法志》，中华书局1974年版。

制、诰等所谓“王言”，例须连署方为有效，如果宰相认为君主的诏、令不合于制，则行使否决权，即拒绝签字发交有关部门执行，这称其为不肯平署权。而一般情况下，由宰相颁发的诏书，多采用“制诏丞相”等字样。^{〔1〕}这也表明国家政令出自宰相，即如“如律令”、“如诏书”之制。王国维先生指出：“苟一事为律令所未具，而以诏书定之者，则曰如诏书。……苟如律令所已定，而但以诏书督促之者，则曰如律令。……如者，谓如诏令行事也。”^{〔2〕}这也表明中国较早有了按法律行使最高权力的制度。

就君权与法律的关系而言，汉唐时期处理得比较好。一方面，“人君与天下共法”已形成一种氛围，臣僚与君主法外法的斗争也成为这一时期引人瞩目的重要现象。另一方面，君权的行使大体上有了制度上的遵循，并以法律的形式对这一制度加以肯定。其中，唐代是中国历史上权、法关系平衡得最好的一个时期。

权、法关系的第三个阶段是明清时期。这一时期权法关系上出现了两个互相依存的重要变化：一是君主的权力完全超越法律之上，权、法关系的平衡被打破；二是从法律上对臣僚的权力加以重重限制，即叶适所说的“废人而用法”，而这二者可以概括为尊君抑臣之法大行其道。

宋朝处于第二阶段向第三阶段的过渡时期。宋代制定法中某些条款的变化，事实上反映了皇权与法律关系的重要变化。如前所述，唐律有“辄引制敕断罪”专条，宋律中将该律文并入“断罪引律令格式”一条中。^{〔3〕}二条律文合并为一，其强调的

〔1〕 祝总斌：《两汉魏晋南北朝宰相制度研究》，中国社会科学出版社1990年版，第36页。

〔2〕 王国维：《观堂集林》卷17，“敦煌汉简跋四”，中华书局1959年版。

〔3〕 《宋刑统》卷30，法律出版社1999年，薛梅卿点校本。

重点乃是对法司断罪的要求。重要的是，宋代将敕上升为国家常法的高度，而所编之敕“皆在律令外者也”，^{〔1〕}这就使君主的意志及权力侵越于法律之上。或者说，以法律保障君权的行使不受或少受限制。用宋仁宗的话说，就是“王言惟命，君举必书”。^{〔2〕}由于编敕不断增加，甚至逐渐取代了《宋刑统》，而御笔手诏断案行事，使国家常法受到前所未有的动摇。法律与皇权的矛盾进入一个新的阶段。崇宁五年诏书曰：“出令制法，重轻予夺在上。比降特旨处分，而三省引用敕令，以为妨碍，沮抑不行，是以有司之常守，格人主之威福。夫擅杀生之谓王，能利害之谓王，何格令之有？臣强之渐，不可不戒。自今应以特旨处分，间有利害，明具论奏，虚心以听；如或以常法沮格不行，以大不恭论。”明年又下诏：“凡御笔断罪，不许诣尚书省陈诉。如违，并以违御笔论。”^{〔3〕}

明代废除丞相制后，皇帝综理六部事务，皇权与相权合二为一，对法律及其制度的影响极为深远，即皇权代替法律，皇帝操纵司法。吴晗先生指出：“在明以前，守法在理论上是皇帝的美德，无论是成文法典或是习俗相沿的传统。为了维持一个集团的共同利益，以至皇家的优越地位，守法是作皇帝的最好最有利的统治立法。皇帝地位虽高，权力虽大，也不应以喜怒爱憎的个人感情来毁法、坏法，即使有特殊情形，也必须先经法的制裁，然后用皇帝的特赦权或特权来补救。”^{〔4〕}到了朱元璋这里，传统抛弃了，皇权完全超越于法律之上，以法外之法推行极权统治。清

〔1〕《宋史·刑法志》。

〔2〕《宋大诏令集·政事门》。

〔3〕《宋史·刑法志》。

〔4〕《朱元璋传》，《吴晗史学论著选集》（第四卷），人民出版社1988年版，第399-400页。