

总主编 杨一凡

本卷主编 杨一凡 尤韶华

中国法制史考证

甲编
第四卷

历代法制考·隋唐法制考



总主编 杨一凡

本卷主编 杨一凡 尤韶华

中国法制史考证

历代法制考·隋唐法制考

甲编
第四卷

撰 稿 人

(以本卷目次为序)

- 倪正茂 隋代法制考
蒲 坚 《唐律疏议》制作年代考
刘俊文 唐律渊源辨
 天宝令式表与天宝法制
周东平 唐律赃罪诸考
张建一 唐律实施考述
王永兴 唐田令考
戴建国 唐《开元二十五年令·田令》考
韩国磐 传世文献中所见唐式考
霍存福 唐祠部式遗文汇考
 唐张鷟、白居易两大判词考
俞鹿年 唐代使职制度考
尤韶华 隋唐法制考证举要

目 录

一、隋代法制考	(1)
《开皇律》源流考	(1)
《开皇律》撰修人考	(13)
隋代法制杂考	(22)
二、《唐律疏议》制作年代考	(35)
唐代立法考	(35)
对几种不同意见的辨正	(39)
三、唐律渊源辨	(55)
关于后魏律之源	(56)
关于隋开皇律之源	(62)
四、唐律赃罪诸考	(67)
唐律中赃的定义辨析	(67)
唐代贪污罪考论	(75)
唐律“坐赃”考析	(91)
五、唐律实施考述	(111)
部分律文的实际可行性	(111)
诏敕对律文效力的影响	(119)
礼对律文效力的影响	(134)
社会变迁对律文效力的影响	(142)

司法实践中有法不依对律文效力的影响·····	(159)
六、唐田令考·····	(169)
武德元年田令二条·····	(169)
武德七年田令六条·····	(171)
开元七年田令五条·····	(182)
开元二十五年田令三条·····	(187)
七、唐《开元二十五年令·田令》考·····	(192)
《天圣令·田令》录文·····	(192)
《开元二十五年令·田令》的复原·····	(200)
唐《田令》若干问题的探讨·····	(204)
关于唐《田令》的完整性问题·····	(215)
唐《田令》在法律体系中的地位·····	(219)
八、传世文献中所见唐式考·····	(224)
九、唐祠部式遗文汇考·····	(240)
祠祀享祭之式·····	(240)
国忌庙讳之式·····	(246)
禁杂神、卜相之式·····	(278)
休假之式·····	(280)
十、天宝令式表与天宝法制·····	(305)
残卷性质及定名·····	(306)
录文校补及考释·····	(308)
天宝法制钩隐·····	(343)
十一、唐代使职制度考·····	(348)
使职的产生及其制度化·····	(348)
财政诸使·····	(351)
分行其他政务与军事司法监察诸使·····	(361)
道的民政与军事诸使的设置及使职系统的形成·····	(371)

宦官系统诸使·····	(387)
十二、唐张鷟、白居易两大判词考·····	(400)
张鷟《龙筋凤髓判》判词问目源自真实案例、奏章、 史事考·····	(400)
张鷟《龙筋凤髓判》与白居易《甲乙判》异同考·····	(418)
十三、隋唐法制考证举要·····	(435)
隋均田令渊源考·····	(435)
隋唐田令考·····	(440)
《唐律疏议》制作年代考·····	(445)
《唐律疏议》修改考·····	(454)
唐律对亚洲古代各国法典的影响考述·····	(459)
《唐六典》考·····	(465)
唐律实施考辨·····	(482)
唐格考·····	(487)
唐式考·····	(494)
唐制敕考·····	(502)
唐代复除制考略·····	(512)
唐代两税法考·····	(522)
唐代茶法考·····	(542)
唐代三司考·····	(546)
杂考·····	(565)

一、隋代法制考

对隋律，尤其对隋《开皇律》的研究，是中国法制史研究的一个关键；古今学人对隋律的考证、研究，多有不确之处，应予厘正，同时也应拓展隋律的研究范围。本书对《开皇律》的源流、《开皇律》的修律人作了考证，并对隋代的若干其他法制问题作了考述。

《开皇律》源流考

元、明、清人扬唐抑隋造成隋律研究不足；而隋律之研究不足，又导致近代的史学界、法学界产生隋律“因北齐而不袭北周”的偏颇论断，并忽略隋律对唐律的作用。

（一）《开皇律》渊源

陈寅恪先生是主张隋律“因北齐而不袭北周”说的，他说：“隋受周禅，其刑律亦与礼仪、职官等皆不袭周而因齐，盖周律之矫揉造作，经历数十年而天然淘汰尽矣。”^① 他并引录《隋书·刑法志》作为根据：

^① 陈寅恪：《隋唐制度渊源略论稿》，三联书店1954年版，第113页。

高祖既受周禅，开皇元年乃诏尚书左仆射高颀等更定新律奏上之，多采后齐之制，而颇有损益。三年又敕苏威、牛弘更定新律，自是刑网简要疏而不失。

但是，以上述引文为根据断言隋律“因北齐而不袭北周”，是值得商榷的。

首先，从“多采后齐之制”推不出“因北齐而不袭北周”的结论。“多采”北齐之制者，非“全采”北齐之制，更非“不采”北周之制。

其次，正确地引述《隋书·刑法志》的有关文字，应作：

高祖既受周禅，开皇元年，乃诏尚书左仆射、勃海公高颀……更定新律，奏上之。其刑名有五，……而蠲除前代鞭刑及梟首轘裂之法。唯大逆谋反叛者，父子兄弟皆斩，家口没官。又置十恶之条，多采后齐之制，而颇有损益。……

从上述引文可以看出，“多采后齐之制”一句，接在“又置十恶之条”的后面，而不是如陈寅恪先生所引的那样紧接在“更定新律奏上之”的后面。因此，所云“多采后齐之制”，是指修撰隋律时参照北齐律所规定的“重罪十条”，更名而立为“十恶之条”，这就不能仅仅以此作为隋律“因北齐而不袭北周”的可信依据了。

再次，《隋书·刑法志》中“蠲除前代鞭刑及梟首轘裂之法”的“前代”，既可指隋朝以前的北魏、北齐，更可指隋朝所直接承袭的北周。而且，北齐死刑四等，重者为“轘”，不用“裂”的刑名；北周死刑五等，五为“裂”，不用“轘”的刑名。这恰好说明，“前代”者，既指北齐，也指北周。由此可见，修订隋律时，北周律亦曾为蓝本之一，隋律对北周律既有所蠲除，亦有所承袭，正

如同隋律对北齐律既有所承袭，亦有所蠲除一样。关于这一点，还可证之于隋律的条数。

据《隋书·刑法志》载，开皇三年修定《开皇律》时，曾将开皇元年颁行的《开皇律》削除死罪 81 条，流罪 154 条，徒、杖罪 1000 多条，仅留律文 500 条。这样，总共删削了 1235 条以上。而我们知道，北齐律总共只有 949 条，北周律则有 1537 条。如果隋律“因北齐而不袭北周”，这在开皇元年颁行的《开皇律》来说，无论如何，都是难以置信的。开皇元年颁行的《开皇律》，若是“因北齐”，那就得在北齐律的 949 条之上增加近 800 条，然后在开皇三年再删去 1200 多条。倒是北周律的 1527 条与开皇元年颁行的《开皇律》1700 多条是比较接近的。至于开皇三年删削 1200 多条一事，已是《开皇律》本身的演变，可以不与北齐律或北周律联系起来看其何从因袭问题了。

说隋律并非丝毫都“不袭北周”，除上述之外，还可见诸以下几点：

其一，《旧唐书·刑法志》载：“隋文帝参用周齐旧政，以定律令，除苛惨之法，务在宽平。”这清清楚楚地指出了隋文帝定律令，不但参用了北齐律，而且参用了北周律。

其二，《唐律疏议·断狱律》云：“断狱律之名起自于魏，魏公李悝囚法，而出此篇。至北齐，与捕亡律相合，更名捕断律。至周复为断狱律。”隋律以《断狱律》名篇，采用了北周律的篇名，而不用北齐律的篇名。此外，《开皇律》不用北齐律《禁卫》篇名而改为《卫禁》，不用北齐律《违制》篇名而改为《职制》，不用北齐律《婚户》篇名而改用《户婚》，不用北齐律《厩牧》篇名而改用《厩库》等等，都是彰明昭著的铁证。但陈寅恪先生不以为然，他阐释“断狱”名篇一事时的理由是：“由北齐律合后魏律之捕亡与断狱为一，名捕断律，隋律之复析为二，实乃复北魏之旧，

非意欲承北周也。”并进而推断“北魏、北齐、隋、唐律为一脉相承之嫡统，而与北周律无涉也”^①。北周律有《断狱律》，隋律承而用之，硬要说与之“无涉”，将隋律与周律截然割裂开来，不能不说是失之牵强了。

其三，从撰修隋律的人员来看，北周律也不可能不是隋律的蓝本之一。隋文帝诏令裴政与苏威等修定律令，“同撰著者十有余人，凡凝滞不通，皆取决于政”^②。裴政在北周时曾任刑部下大夫，参与修定周律。其他参修隋律者，大多为周室旧臣，其中也有不少人曾参加北周律、令、条、式的修撰。这些人，可说是一部活的周律。由他们来撰修隋律，而断言“与北周律无涉”、“不袭北周”，至少是难以令人信服的。

总而言之，历来所说的隋律“因北齐而不袭北周”，有一定的片面性。

但是，能不能因此而倒过来说隋律“因北周而不袭北齐”呢？显然也不能。

正确的说法应当是：隋律“多采后齐之制”。

“多采后齐之制”的断语，是从《隋书·刑法志》中借用的。前面已经说过，它本来是指隋律的“十恶之条”乃采北齐律的十条重罪而立。但扩而言之，也可以说整个《开皇律》“多采后齐之制”。

这可见诸以下几点：

第一，从篇名看。

北齐律共十二篇：“一曰名例，二曰禁卫，三曰婚户，四曰擅兴，五曰违制，六曰诈伪，七曰斗讼，八曰贼盗，九曰捕断，十

^① 陈寅恪：《隋唐制度渊源略论稿》，三联书店1954年版，第113页。

^② 《隋书》卷六六《裴政传》。

曰毁损，十一曰厩牧，十二曰杂。”^①

隋《开皇律》也是十二篇：“一曰名例，二曰卫禁，三曰职制，四曰户婚，五曰厩库，六曰擅兴，七曰盗贼，八曰斗讼，九曰诈伪，十曰杂律，十一曰捕亡，十二曰断狱。”^②

齐隋律篇名完全相同的有“名例”、“擅兴”、“斗讼”、“诈伪”、“杂律”五篇。不同的是：《开皇律》有“捕亡”、“断狱”篇，而无“毁损”篇，北齐律则有“毁损”篇，而合“捕亡”、“断狱”为“捕断”篇，此其一；篇名排列顺序不同，此其二。此外，《开皇律》中的“卫禁”、“职制”、“户婚”、“厩库”、“盗贼”等篇，则与北齐律中的有关篇名大同小异。

再拿《开皇律》与北周律比较。北周《大律》计有二十五篇，其中“诈伪”、“断狱”、“杂犯”与《开皇律》相同，而“刑名”与“法例”、“婚姻”与“户禁”、“卫宫”与“关律”、“劫盗”与“贼叛”、“逃亡”与“系讯”等，也与《开皇律》的有关篇目大体相当，只不过在北周一析为二，在隋律合二为一罢了。具体内容现在虽然无法详细考察，但推断其大略相同，是不成问题的。

从以上关于北齐律、北周律、隋律篇名的比较可以看出：隋律的确是“多采后齐之制”，同时又非“不袭北周”的。

第二，从刑名来看。

北齐律刑名有五，即死、流、刑（耐）、鞭、杖。隋《开皇律》规定的刑名也为五，即死、流、徒、杖、笞。两相比较，共同点为：排列顺序均从重到轻，即从死刑到身体刑；都有“死”、“流”、“杖”的刑名，而“刑”与“徒”的内容是相同的，只是叫法不同罢了。不同点为：（1）北齐律规定的死刑，分“轘”、“枭

^① 《隋书》卷二五《刑法志》。

^② 同上。

首”、“斩”、“绞”四等，而《开皇律》只有“绞”、“斩”二种，删除了北齐律中的“轘”与“枭首”。(2)“流刑”，在北齐律中规定得比较笼统，即将处以“流刑”的人犯“鞭笞各一百，髡之，投于边裔，以为兵卒，未有道里之差”^①，而在《开皇律》中则规定得比较具体，即“流刑三，有一千里、千五百里、二千里。应配者，一千里居作二年，一千五百里居作二年半，二千里居作三年。应住居作者，三流俱役三年。近流加杖一百，一等加三十。”^②(3)徒刑，在北齐律中称“刑”或“耐”，分“五岁、四岁、三岁、二岁、一岁”五等，《开皇律》中则为“一年、一年半、二年、二年半、三年”五等，排列顺序相反，且减轻了刑罚。(4)《开皇律》改北齐律之“鞭”、“杖”刑为“杖”、“笞”刑，也是为了减轻刑罚。

北周《大律》所定刑名也是五种，即“杖、鞭、徒、流、死”。其排列顺序是从身体刑到死刑，从轻到重，这是与齐、隋律的不同点。其刑罚的轻重，大略与北齐律相同，比隋律为重。例如，其死刑有“磔”、“绞”、“斩”、“枭”、“裂”五种，而隋律仅“绞”、“斩”二种。此外，北周《大律》规定流刑分为五等，即“流卫服，去皇畿二千五百里”、“流要服，去皇畿三千里”、“流荒服，去皇畿三千五百里”、“流镇服，去皇畿四千里”、“流蕃服，去皇畿四千五百里”，与《开皇律》规定流刑分等，是相同的。

值得注意的是，中国封建法制自秦开始，即有“徙边”之刑，相当于隋之“流刑”。汉承秦制，亦有“徙边”之刑，如“马融为南郡太守，坐忤大将军梁冀，竟髡徙朔方”，“蔡邕徙朔方报杨复书云……”即是。以后晋律、梁律、后魏律、齐律都有流徙之刑。

^① 《隋书》卷二五《刑法志》。

^② 同上。

但是在北周之前的各个朝代，流刑（徙边）都不以明文规定远近之分、等级之别，只是从北周开始，才有远近、等级之分。隋律明显地从北周承袭了这一点。

以上关于刑名的分析，也说明了《开皇律》“多采后齐之制”，同时又有承袭北周律的因素。

第三，从“十恶”条看。

北齐律有重罪十条：“一曰反逆，二曰大逆，三曰叛，四曰降，五曰恶逆，六曰不道，七曰不敬，八曰不孝，九曰不义，十曰内乱。”并规定犯此十条者“不在八议论赎之限”^①。隋《开皇律》“多采后齐”十恶“之制”的“十恶之条”，依次是“谋反”、“谋大逆”、“谋叛”、“恶逆”、“不道”、“大不敬”、“不孝”、“不睦”、“不义”与“内乱”。隋律与北齐律之不同仅在于隋律有“不睦”而无“降”罪，北齐律则相反，大同小异，名副其实地是“多采后齐之制”。然而北周《大律》中，也规定有“恶逆”、“不孝”、“不义”、“内乱”等罪，因此当然不能说隋律与北周律丝毫“无涉”。

此外，三朝皆有“八议”、“赎”与“官当”等等规定，也可窥见其法律制度是一脉相承的。

说隋律“因北齐而不袭后周”，不仅不符合事实，而且容易造成一种误解，似乎隋律与北周律是不同类型的法律。而取“多采后齐之制”的提法，既然不排除对周律的继承，就肯定了封建制法律历朝历代一脉相承的本质，有利于我们对隋律阶级本质的认识；同时，又因“多采后齐之制”而非“多采北周之制”，则从另一方面提示了隋律在前朝法律基础上的变化发展，启发我们去认识隋律的特殊性。

^① 《隋书》卷二五《刑法志》。

将北齐、北周和隋加以比较，封建制生产关系没有发生变化，地主阶级独占政治统治地位的情况没有变化，基本的社会矛盾即农民阶级与地主阶级的矛盾没有变化。这一切从根本上决定了齐、周、隋三朝的法律在本质上不可能不同。马克思说：“……生产关系的总和构成社会的经济结构，即有法律的和政治的上层建筑竖立其上并有一定的社会意识形态与之相适应的现实基础。”^①北齐、北周与隋三朝的社会“现实基础”基本上是一致的，其法律上层建筑当然不可能不一脉相承。总之，既要看到隋律有“多采后齐之制”的一面，又要看到隋律有承袭北周律的因素，只有这样，才不至于对隋律的历史渊源发生误解。

从魏、蜀、吴“三国”争雄到隋文帝灭陈，历时近四个世纪的军阀割据、激烈混战，不仅使社会经济遭到严重破坏，而且也破坏了全国统一的法制。诸葛亮为蜀汉造汉科（律），厉行严刑峻罚。曹操“揽申商之法术”^②，以“拨乱之政，以刑为先”^③作国策；魏明帝继而命陈群定《魏律》18篇。据马端临《文献通考》载，孙吴则“律令多依汉制”。由于时在剧烈的你死我活的混战之中，三国的法制都很少建树。晋初制定《新律》20篇，620条，律外有令40篇共2306条，《故事》30卷，于是“故事”（判例）、律、令并行天下。自西晋以后，因南北分裂，法典形式也产生了南北的一些区别。但是，《晋律》是增损《九章律》而得，远宗《法经》，近本《汉律》，因此，在体系、渊源方面看，南北法典仍是一致的。南朝宋代沿用《晋律》。晋张斐、杜预两家的旧律成了蔡法度编制《梁律》的依据，《梁律》篇目与《晋律》几无更动，仅增“仓

① 《〈政治经济学批判〉序言》，《马克思恩格斯选集》第二卷，人民出版社1972年版，第82页。

② 《三国志》卷一《魏书·武帝纪》。

③ 《曹操文集》卷二《以高柔为理曹掾令》，中华书局1959年版。

库”而删“诸侯”而已。南齐的《永明律》也是略为增损《晋律》制成的。陈代制定律令，其篇目条纲，无变于梁法。北朝先后有《后魏律》、《北齐律》、《后周律》（《周大律》）面世，虽然其中掺杂了若干鲜卑氏族制的习惯法，但基本上仍以《汉律》为主体。这样，南朝用《晋律》，北朝沿《汉律》，而《晋律》又是因袭《汉律》而来的，所以，南北朝法典并无根本的区别。杨廷福教授在《唐律初探》的《略论〈唐律〉的历史渊源》中，对程树德先生《九朝律考》一书与陈寅恪先生《隋唐制度渊源略论稿》一书中关于“律分南北二支”的观点提出了商榷意见，我们赞同杨廷福教授的观点。

（二）隋律对唐律的影响

元泰定四年，江西儒学提举柳颢作《唐律疏议序》，内称：“故唐律十二篇，非唐始有是律也。自魏文侯以李悝为师，造《法经》六篇。至汉萧何定加三篇，总谓九章律，而律之根荦已见。曹魏作新律十八篇。晋贾充增损汉魏，为二十篇。北齐后周或并苞其类，或因革其名，所谓十二篇云者，裁正于唐。”按柳颢的意见，“十二篇云者”乃“裁正于唐”，而非“裁正于隋”。值得注意的是，秦、汉、魏、晋、齐、周都提到了，唯独不提隋。清雍正年间，刑部尚书励廷仪作《新刊故唐律疏议序》，虽然提到了隋，却说：“……由汉魏迄隋，因革相承，代有成书，然俱不足为后世法律之章程也。”清雍正时的张廷玉也说：“历代之律，皆以汉九章为宗，至唐始集其成。”^① 总之，编分十二的定型化封建法律，是始于《唐律》，而不是隋《开皇律》。这些看法，是完全不符合历史事实的。

^① 《明史》卷九三《刑法一》。

诚然,《唐律》在中国封建社会法律发展史上有极其重要的地位,且对亚洲各国发生了巨大而深远的影响。但是,《唐律》却是源于《开皇律》,以《开皇律》为蓝本抄撰而成的。

《旧唐书·刑法志》云:“高祖……受禅,诏纳言刘文静与当朝通识之士,因《开皇律》而损益之……寻又敕尚书左仆射裴寂,尚书右仆射萧瑀……撰定律令,大略以开皇为准。于时诸事始定,边方尚梗,救时之弊,有所未暇,惟正五十三条格,入于新律,余无所改。”又,《唐六典注》云:“皇朝武德中,命裴寂、殷开山等定律令,其篇目一准开皇之旧,刑名之制,又亦略同。”《唐会要》曰:“武德七年律令成,大略以开皇为准格,五十三条入于新律,其他无所改正。”《旧唐书》成书于后晋,《唐六典》为唐人所撰,《唐会要》修于宋代,均早于元、明、清,当然更为可信,都十分明白地否定了“十二篇云者,裁正于唐”、“至唐始集其成”的谬见。

具体对比一下《开皇律》与《唐律》,更可证明这一点。

首先,《唐律》与《开皇律》一样,都是十二篇,而且,不仅篇名相同,连排列顺序也完全相同,即:一、名例;二、卫禁;三、职制;四、户婚;五、厩库;六、擅兴;七、贼盗;八、斗讼;九、诈伪;十、杂律;十一、捕亡;十二、断狱。

关于这些篇名的沿革,《唐律疏议》作了具体的说明,其中提到:

关于《名例律》:“……宋、齐、梁及后魏,因而不改。爰至北齐,并‘刑名’、‘法例’为‘名例’,后周复为‘刑名’。隋因北齐,更为‘名例’。唐因于隋,相承不改。”

关于《卫禁律》:“疏议曰:《卫禁律》者,秦汉及魏未有此篇。晋太宰贾充等,酌汉魏之律,随事增损,创制此篇,名为《宫卫律》。自宋泊于后周,此名并无所改。至于北齐,将‘关禁’附之,

更名《禁卫律》。隋开皇改为《卫禁律》。”

关于《职制律》：“疏议曰：《职制律》者，起自于晋，名为《违制律》。爰至高齐，此名不改。隋开皇改为《职制律》。”

关于《户婚律》：“疏议曰：《户婚律》，汉相萧何承秦六篇律，后加厩、兴、户三篇，为九章之律。迄至后周，皆名《户律》。北齐以婚事附之，名为《婚户律》。隋开皇以户在婚前，改为《户婚律》。”

关于《厩库律》：“疏议曰：《厩库律》者，汉制九章，创加《厩律》。魏以厩事散入诸篇，晋以牧事合之，名为《厩牧律》。自宋及梁，复名《厩律》。后魏太和中，名《牧产律》；至正始年，复名《厩牧律》。历北齐、后周，更无改作。隋开皇以库事附之，更名《厩库律》。”

关于《擅兴律》：“疏议曰：《擅兴律》者，汉相萧何创为《兴律》。魏以擅事附之，名为《擅兴律》。晋复去‘擅’为‘兴’。又至高齐，改为《兴擅律》。隋开皇，改为《擅兴律》。”

关于《贼盗律》：“疏议曰：《贼盗律》者……自秦汉逮至后魏，皆名《贼律》、《盗律》。北齐合为《贼盗律》。后周为《劫盗律》，后有《贼叛律》。隋开皇合为《盗贼律》，至今不改。”

关于《斗讼律》：“疏议曰：……从秦、汉至晋，未有此篇。至后魏太和年，分《系讯律》为《斗律》。至北齐，以讼事附之，名为《斗讼律》。后周为《斗竞律》，隋开皇依齐‘斗讼’名，至今不改。”

关于《诈伪律》：“疏议曰：《诈伪律》者，魏分《贼律》为之。历代相因，迄今不改。”

关于《杂律》：“疏议曰：李悝首制《法经》，而有《杂法》之目，递相祖习，多历年所，然至后周，更名《杂犯律》。隋又去‘犯’，还为《杂律》。”