

总主编 杨一凡
本卷主编 杨一凡

中国法制史考证

甲编
第六卷

历代法制考·明代法制考



总主编 杨一凡
本卷主编 杨一凡

中国法制史考证

甲编
第六卷

历代法制考·明代法制考

撰 稿 人

(以本册目次为序)

- 杨一凡 洪武《大明律》考
《大诰》考
明初重典补考
明代稀见法律典籍版本考略
明代法制考证若干学术见解补述
- 赵姗姗 《问刑条例》考
- 尤韶华 明代诉讼制度考略
- 吴艳红 《明史·刑法志》充军记述补正
- 张伯元 《条例全文》残卷考略

目 录

- 一、洪武《大明律》考 (1)
 - 定律三十年始末考 (1)
 - 《大明律》与《律诰》关系考 (14)
 - 明律与唐律及元代法律之比较 (26)
 - 律典施行考 (40)
- 二、《大诰》考 (54)
 - 明《大诰》的颁行时间和条目内容考 (55)
 - 诰文渊源考 (61)
 - 律外用刑考 (73)
 - 重典治吏考 (88)
 - 法律效力考 (99)
 - 《大诰》行废考 (109)
- 三、明初重典补考 (120)
 - 律、诰外诸峻令 (121)
 - 洪武、永乐榜文 (126)
 - 朱元璋的法外用刑是否及于平民 (136)
 - 《实录》等书所记明太祖“轻刑”论考析 (141)
 - 重典政策与让步政策是否矛盾 (149)
- 四、《问刑条例》考 (154)

2 历代法制考·明代法制考

《问刑条例》的修订·····	(155)
《问刑条例》与《大明律》之比较·····	(161)
三部《问刑条例》异同考·····	(187)
五、明代诉讼制度考略·····	(213)
起诉程序考·····	(214)
审级和复审制度演变考·····	(240)
会审发展考·····	(253)
淹禁考·····	(284)
六、《明史·刑法志》充军记述补正·····	(292)
充军法规的补正·····	(292)
充军实施的补正·····	(312)
七、明代稀见法律典籍版本考略·····	(343)
洪武法律典籍·····	(343)
明代中后期重要条例·····	(351)
《皇明诏令》和《皇明条法事类纂》·····	(361)
八、《条例全文》残卷考略·····	(367)
《条例全文》遗存·····	(367)
《条例全文》的价值·····	(381)
《条例全文》与《皇明条法事类纂》·····	(390)
《条例全文》与弘治《问刑条例》·····	(401)
九、明代法制考证若干学术见解补述·····	(414)
律例考·····	(415)
刑制、狱案考·····	(426)

一、洪武《大明律》考

《大明律》是明初最重要的立法，也是通行于明代的刑法典。其精神虽本唐律，然多有新创，故它不仅通行于明世，且内容多为清律所沿袭。在中国立法史上，明律占有重要的地位。

数百年来，注释、研究明律的中国和外国学者不乏其人。本文拟在前人研究的基础上，对有关明律研究中的疑义和尚未引起人们注意的问题作些考察。

定律三十年始末考

《明史·刑法志》对《大明律》的编纂过程作了这样的概括：“盖太祖之于律令也，草创于吴元年，更定于洪武六年，整齐于二十二年，至三十年始颁示天下。日久而虑精，一代法始定。中外决狱，一准三十年所颁。”^①这个概括大体上是接近史实的。今人在阐述定律始末时，也多是引《刑法志》为据。然因《刑法志》所记过于简略，一些著述又失于考证，据此又推断出不少新的结论：有的把定律、修律与颁行混为一谈，致使所说颁律时间多有错误；有的认为明律以六部分类，始于洪武二十二年律，并说这是由于

^① 《明史》卷九三《刑法一》。

洪武十三年胡惟庸党案后废丞相官职，改由六部分掌中书省职权所致；有的认为洪武三十年前，“《大明律》还没有完全成文颁行”，根本谈不上实施；有的忽视了明一代律例体例的变化，以明代后期和清代所刻洪武三十年律为据去阐述洪武法制。所有这些推论，使本来就不清晰的明律编纂过程变得更加模糊。因此，有必要依据现存史料，对定律始末作一考述。

明律从草创到定型，历时三十年之久。要极为准确地讲其间大大小小的改律次数到底是多少，还有待于学者们进一步研究。不过，据现存史料可以肯定，在洪武年间，对《大明律》大的修订不会少于五次。洪武元年律、七年律、九年律、二十二年律、三十年律，便是这几次修律的结晶。

（一）洪武元年律

朱元璋是一位注意学习前代治国经验的政治家，早在元至正二十四年（1364年）春正月他自立为吴王起，就很重视立法工作。他说：“今元政弛极，豪杰蜂起，皆不知修法度以明军政”，“建国之初，先正纲纪。”^① 此年二月，“平武昌，即议律令”。吴元年十月，他命左丞相李善长为律令总裁官，参政知事杨宪、傅瓛，御史中丞刘基，翰林学士陶安等二十人为议律官，要求按照“法贵简当，使人易晓”的原则制定律、令。当此之时，太祖“每御西楼，召诸臣赐坐，从容讲论律义。十二月，书成”。^② “凡为令一百四十五条：吏令二十，户令二十四，礼令十七，兵令十一，刑令七十一，工令二。律准唐之旧而增损之，计二百八十五条：吏律十八，户律六十三，礼律十四，兵律三十二，刑律一百五十，工

^① 谷应泰：《明史纪事本末》卷一四。

^② 《明史》卷九三《刑法一》。

律八。”^①“又恐小民不能周知，命大理卿周桢等取所定律、令，自礼乐、制度、钱粮、选法之外，凡民间所行事宜，类聚成编，训释其义，颁之郡县，名曰《律令直解》。”^②

明代官修史书在记述吴元年所草创律、令时，多是把“律令”二字连在一起。今人标点《明史》者，也未用顿号把“律”与“令”加以区别。长期以来，围绕着这一法典的名称、编纂形式、颁行时间等，众说纷纭，称“吴元年律令”或“吴元年律”、“吴元年令”者有之，称“洪武元年律令”或“洪武元年律”、“洪武元年令”者亦有之。还有一种观点，认为明开国之初，只制定了《大明令》而未制律。如清人孙承泽云：“洪武元年，即为《大明令》，颁行天下，盖与汉高祖初入关约法三章、唐高祖入京师约法十二条同一意也。至六年，始命刑部尚书刘惟谦等造律文。……夫律者，刑之法也。令者，法之意也。法具则意寓于其中。方草创之初，未暇详其曲折，故明示以其意所在令是也。平定之后，既已备其制度，故详载其法之所存律是也。”^③

对于上述疑义，好在《大明令》明刻本尚在，再参阅《实录》等史籍记载，有些问题已迎刃而解。检国内外现存《大明令》刻本，就条目而言，各书与《实录》、《刑法志》所记无差。各书首均刊有明太祖洪武元年正月十八日圣旨，其文云：“朕惟律令者，治天下之法也。令以教之于先，律以齐之于后。……天下果能遵令而不蹈于律，刑措之效，亦不难致。兹命颁行四方，惟尔臣庶，体予至意。”^④从《大明令》刻本及《实录》所记可知：其一，律与令有别。《大明令》以记载诸司制度为主，无具体的刑罚规定，

① 《明太祖实录》卷二八上。

② 《明史》卷九三《刑法一》。

③ 孙承泽：《春明梦余录》卷四四。

④ 《大明令》，北京图书馆藏《皇明制书》十四卷明刻本。

其作用在于定制以明法意，而当时审案的法律依据主要是律。因此，无论当时律与令二者是分别以单刻本行世，还是将二者合刻行世，律与令系各自成体系，并非条文混合编在一起。《刑法志》所云“律令者”，实是《大明律》与《大明令》的合称。孙承泽谓洪武元年未制律之说，与《实录》所记不符，应以《实录》为准。其二，明初律、令虽草创于吴元年，据《〈大明令〉序》，正式颁行则在洪武元年正月，即朱元璋当皇帝之后，故吴元年所定律应称为洪武元年律为妥。其三，从洪武元年律的编纂体例看，已是以六部分类，即分为吏律、户律、礼律、兵律、刑律、工律。这种变化，很可能是受了《元典章》的影响。《元典章》分诏令、圣政、朝纲、台纲、吏部、户部、礼部、兵部、刑部、工部十目类编。元朝地方官吏这样做，显然是为了掌握和执行法律上的方便。《大明律》以六部分类，“以类附编”，想是出于同样的目的，即以“在外理刑官初入仕者”，“知所遵守”。^①沈家本先生把《明律》以六类分目归结为胡惟庸党案后废中书省、改归六部的结果，说：“考律书之篇目，自李悝造《法经》六篇……北齐定为十二篇，隋《开皇律》稍变通之，唐宋下迄明初，皆遵用其篇目。盖六部本属中书，故律书未尝以六部分。迄洪武十三年惩胡惟庸乱政，罢中书省而政归六部，律目亦因之而改。”^②此论与史实相悖。其四，关于洪武元年律的内容、刑罚的轻重，因时间久远，尚难详考。然据《明太祖实录》卷二八上，该律系“准唐之旧而增损之”。《明史·刑法志》：“始，太祖惩元纵弛之后，刑用重典，然特取决一时，非以为则。后屡诏厘正，至三十年始申画一之制。”朱元璋本人在论及洪武元年所颁律、令时，也认为“尚有轻重失宜，有乖

① 《明太祖实录》卷一九七。

② 《寄菴文存》卷六《重刻明律序》。

中典”。^①由此可见，洪武元年律的制定是以唐律为蓝本，在其律文中，有一些刑罚苛重的条款。

（二）洪武七年律

洪武七年律是在不断修订洪武元年律的基础上，吸取唐律的有关条款以及旧令改律和因事制律而成。它是明开国后一部条款最多、体例“一遵唐旧”的律典。

据史载，明太祖朱元璋认为急促而就的洪武元年律“轻重失宜”，“是以临御以来，屡诏大臣更定新律”。^②洪武元年八月，即洪武元年律颁行半年之后，就“命儒臣四人同刑部官讲唐律，日写二十条取进，止择其可者从之。其或轻重失宜，则亲为损益，务求至当”。^③“六年八月，更定亲属相容隐律”。^④六年冬十一月，“诏刑部尚书刘惟谦详定《大明律》。……每成一篇，辄缮写以进。上命揭于西庑之壁，亲加裁定。”^⑤“明年二月，书成。”^⑥“翰林学士宋濂为表以进，命颁行天下。”^⑦

洪武七年律“篇目一准之于唐，曰名例，曰卫禁，曰职制，曰户婚，曰厩库，曰擅兴，曰贼盗，曰斗讼，曰诈伪，曰杂律，曰捕亡，曰断狱。采用已颁旧律二百八十八条，续律百二十八条，旧令改律三十六条，因事制律三十一条，掇《唐律》以补遗一百二十三条，合六百有六，分为三十卷。”^⑧《明史·刑法志》云：“明

① 《明太祖实录》卷三四。

② 《明经世文编》卷一《进大明律表》。

③ 《明太祖实录》卷三四。

④ 《明太祖实录》卷八四。

⑤ 《明太祖实录》卷八六。

⑥ 《明经世文编》卷一。

⑦ 《明太祖实录》卷八六。

⑧ 《明经世文编》卷一。

初，丞相李善长等言：‘历代之律，皆以汉《九章》为宗，至唐始集其成。今制宜遵唐旧。’太祖从其言。”洪武七年律，便是按照“一遵唐旧”的精神修订的，致使在编纂体例上，较之洪武元年律发生了倒退，其律文不仅比洪武元年律多出 321 条，比唐律也多出 104 条，这与朱元璋原先提出的“法贵简当”主张也大相径庭。

七年律的刑罚，仍仿效唐律为“五刑”制。据《明太祖实录》卷八六：“其刑五：一曰笞刑五，自一十至五十，每一十为一等加减；二曰杖刑五，自六十至一百，每一十为一等加减；三曰徒刑五，徒一年杖六十，一年半杖七十，二年杖八十，二年半杖九十，三年杖一百，自一年至三年为五等，每杖一十及半年为一等加减；四曰流刑三，二千里杖一百，二千五百里杖一百，三千里杖一百，自二千里至三千里为三等，每五百里为一等加减；五曰死刑二，绞、斩。”这些规定，与洪武三十年律相同。较之唐律亦基本一样，只是在徒流二刑下，附加有杖刑而已。

（三）洪武九年律与洪武十八九年行用律

朱元璋认为：立法定制，“当适时宜”，“当计远虑”，“必欲有利于天下，可贻于后世。”^①从这一指导思想出发，自开国之初起，他便实行了“常经之律”与“权宜之法”并行的双轨法制。一方面，他不断发布榜文禁例，“用重典以惩一时”；另一方面，为着传帝位于万世而不败，他一心要为子孙制定一个“百世通行”、“贵存中道”的成法。为此，洪武七年律颁布后，他仍不满意，继续诏令儒臣对其进行修订。

《明史·刑法志》对洪武九年至二十一年期间修律的情况记述的十分简单，仅仅提到洪武九年“厘正十有三条”和“十六年命

^① 《明太祖实录》卷一六三。

尚书开济定诈伪律条”两事，然后便直接论及洪武二十二年律。这一记载上的疏漏，导致了今人认为明律以六部分类和设条目 460 条始于二十二年律。然而，查《实录》有关洪武九年律数目的记载，使人不能不对这一传统看法产生怀疑。倘若再检视存的洪武十八九年行用的明律版本，就会发现，朱元璋君臣对于明律从体例的变革和篇目的定型，最迟在洪武中期就实现了。洪武二十二年修律的功绩，并非体例上的新创，而是在前一律典的基础上充实了内容，较前更加准确和规范化了。

对于洪武九年律，《明太祖实录》卷一一〇记：“洪武九年冬十月辛酉，上览《大明律》，谓中书左丞相胡惟庸、御史大夫汪广洋曰：‘古者风俗厚而禁纲疏，后世人心漓而刑法密，是以圣王贵宽而不贵急，务简而不务烦。国家立法，贵得中道，然后可以服人心而传后世……今观律条，犹有议拟未当者，卿等可详议更定，务合中正，仍具存革者以闻。’于是惟庸、广洋等复详加考订厘正者凡十有三条，余如故，凡四百四十六条。”

《实录》于此处记得含混不清，到底洪武九年律总共 446 条呢？还是是年律合计 459 条呢？至于《明史·艺文志》所记则更为含混：“大明律三十卷，洪武六年命刑部尚书刘惟谦详定，篇目皆准唐律，合六百有六条。九年，复厘正十有三条，余如故。”会使人误认为洪武九年律仍为 606 条，只不过厘正了其中的 13 条。显然，考察洪武九年律的条数时，应以《实录》所记为基础加以分析为妥。

台湾学者黄彰健先生在《明洪武永乐朝的榜文峻令》^①一文中认为：洪武九年律为 459 条。根据是：十八九年行用的明律为 460

^① 黄彰健：《明清史研究丛稿》卷二，台湾商务印书馆 1977 年版。

条，因其中的朝参牙牌律系十六年九月新增，^①故九年律正好是459条。按照黄氏的观点，十八九年行用的明律，实际上是九年律，只不过后来增加了一个条目或个别的内容罢了。我以为，这一推断是有道理的。

洪武十八九年行用的明律原文，记载于《律解辩疑》一书中。此书为洪武时何广所著，北京图书馆现藏有此书缩微件。书首有洪武丙寅（十九年）春正月望日松江何广自序，书末有洪武丙寅春二月四日明邵敬后序。何广自序云：本书是对洪武时《大明律》的疏议解疑。检《明太祖实录》，这一律典中“若奸义女者加一等”的规定，系洪武十七年十二月庚戌所定，^②故我认为，此律起码在洪武十八年初至十九年初之间曾被行用，为行文方便，称其为十八九年行用律。

洪武九年律与十八九年行用律是否为同一法典，尚需进一步挖掘史料证实。可以肯定的是，在洪武二十二年律颁行前，确实存在着一个与其体例、篇目相同的律典。

黄彰健先生在《〈律解辩疑〉、〈大明律直解〉及〈明律集解附例〉三书所载明律之比较研究》^③一文中，曾对这三律的异同做过对比和论证。比较的结果表明：（1）它们均系30卷、460条，篇目名称相同；（2）十八九年行用律与三十年律篇目顺序完全一致，而二十二年律中“共犯罪分首从”、“处决叛军”、“杀害军人”、“本条别有罪名”、“断罪无正条”、“军民约会词讼”、“伪造印信历日”等条的排列顺序与此二律相异；（3）十八九年行用律的一些律文包含的节数（大多是见于末尾的有节中）要比二十二年律

① 见《明太祖实录》卷一五六。

② 见《明太祖实录》卷一六九。

③ 黄彰健：《明清史研究丛稿》卷二。

和三十年律为少，也就是说，其内容不如后者完善；（4）三律中律文意思相同、量刑标准一致然个别文字相异者有数百处，少数条目中也有将正文作注、注作正文的情况；（5）十八九年行用律同其他二律内容互有较大损益或者量刑标准轻重不一的仅有7条，即：“老小废疾收赎”、“飞报军情”、“谋反大逆”、“官吏受财”、“诈为制书”、“诈传诏旨”、“亲属相奸”。这证明，早在洪武中期，明律的体例和篇目已经确定。

（四）洪武二十二年律

《实录》、《明史·刑法志》对洪武年间修律的记述，以二十二年律为最详。据《明太祖实录》卷一九七：洪武二十二年八月，“更定《大明律》。先是刑部奏言：‘比年律条增损不一，在外理刑官及初入仕者不能尽知，致令断狱失当。请编类颁行，俾知所遵守。’遂命翰林院同刑部官，取比年所增者，参考折中以类编附。”也就是说，把近年来已奏准的新定律条，凡认为“精当”者，以类编入原有的律条之中。

与洪武十八九年行用律相比较，可知修订二十二年律时，除了对一些篇目的前后顺序有所变动和修饰了部分律文词句外，主要的更定之处是：参阅唐律，减轻了“老小废疾收赎”、“谋反大逆”、“诈为制书”、“诈传诏旨”、“官吏受财”五条的有关刑罚。如“谋反大逆”，十八九年行用律规定，对犯此类罪者，“父、子孙凡年八十以下，十五以上，不分笃废残疾者皆斩。祖伯叔兄弟及本宗缌麻以上亲，年八十以下，十五以上，不分笃废残疾者皆绞。”^①二十二年律改为：“父、子年十六以上皆绞，……男夫年八十及笃疾，妇人年六十及废疾，并免缘坐之罪。伯叔父、兄弟之子，不

^① 何广：《律解辩疑》卷一八。

限籍之异同，皆流三千里安置。”^①又如《官吏受财》条，十八九年行用律规定，对此类犯罪“罪止杖一百，各迁徙”，^②二十二年律无“各迁徙”三字。在减轻以上各条刑罚的同时，二十二年律还充实了一些篇目的内容。如《诈为制书》条，十八九年行用律规定：“凡诈为制书及增减者，皆斩。未施行者，绞。”二十二年律改为：“凡诈为制书者，斩。为从者，杖一百流三千里。未施行者，减一等。”并在该条末尾增加了“若有规避，事重者，从重论。其当该官司知而听行，各与同罪。不知者，不坐”一节，使法网更加严密。《明史·刑法志》云：修订二十二年律时，“太孙请更定五条以上，太祖览而善之”。这个记载是可信的。

在二十二年律书首，列有二刑图和八礼图。所谓二刑图，一种是“五刑之图”。笞、杖、徒、流、死五种刑罚被称为“五刑之正”，其处刑等差及加减标准列入图中。“充军、凌迟非五刑之正，故图不列。”第二种是“狱具之刑”。规定了笞、杖、讯杖、枷、杻、索、镣七种狱具的制作材料、大小、重量及犯人受刑部位等。所谓“八礼图”，也称“丧服图”，计有“丧服总图”、“本宗九族五服之图”、“妻为夫族服图”、“妾为家长族服之图”、“出嫁女为本宗降服之图”、“外亲服图”、“妻亲服图”、“三父八母服图”八种。按照丧服图，“族亲有犯，视服等差定刑之轻重。其因礼以起义者，养母、继母、慈母皆服三年。殴杀之，与殴杀嫡母同罪。兄弟妻皆服小功。互为容隐者，罪得递减。舅姑之服皆斩衰三年，殴杀骂詈者，与夫殴杀骂詈之律同。姨之子、舅之子、姑之子皆缌麻，是曰表兄弟，不得相为婚姻。”为何要在律首设“八礼图”呢？朱元璋解释说：“重礼也。”也就是说，明律的实施，要“一准乎礼

① 金祗：《大明律直解》卷一八《刑律》。

② 何广：《律解辩疑》卷二四。

以为出入”。^①

《实录》、《明史·刑法志》都把“改名例律冠于篇首”，作为二十二年改律的一个重要变化予以记载，恐怕是作者的误记。其实，《实录》在记洪武七年律时，已将名例列于篇首，^②刘惟谦、宋濂在洪武七年初所写《进大明律表》中亦说：七年律“篇目一准于唐，曰名例，曰卫禁……”现存的洪武十八九年行用律版本，也是把名例律刻于篇首。《实录》在记此事时前后矛盾，清初修《明史》时，洪武中期所行用的明律已难觅见，故《刑法志》作者沿袭《实录》，误记当在所难免。

二十二年律的颁行，进一步从体例、篇目、内容、刑罚到律文的规范化诸方面为三十年律的定制奠定了基础。明太祖朱元璋对此律也较满意，故颁行后曾经稳定了一个时期。《明史·刑志史》说：“二十五年，刑部言，律条与条例不同者宜更定。太祖以条例特一时权宜，定律不可改，不从。”又据《明实录》卷二三六：洪武二十八年二月，“刑部臣奏：‘律条与律例不同者，宜更定，俾所司遵守。’上曰：‘法令者，防民之具，辅治之术耳，有经有权。律者，常经也。条例者，一时之权宜也。朕御天下将三十年，命有司定律久矣，何用更定。’”故直到洪武二十八年二月，修改二十二年律和更定新律事尚未着手进行。

（五）洪武三十年律

被明王朝奉为“一代大法”的《大明律》，即是指此律而言。据明太祖朱元璋写的《御制大明律序》，该律颁行于洪武三十年五月。

① 以上见《明史》卷九三《刑法一》。

② 《明太祖实录》卷八六。

同洪武二十二年律比较，洪武三十年律除附有《律诰》147条（详见本文第二部分）外，律的正文也有一些修改，主要是：调整了二十二年律的《名例律》和《刑律》中少数条目的排列顺序，并按十八九年行用律的编排顺序予以恢复，加重了对“谋反大逆”、“诈为制书”、“诈传诏旨”、“官吏受财”、“老小废疾收赎”条的刑罚；删掉了“亲属相奸”条中关于“若奸义女者加一等”的规定；为了革除“官吏不分事务缓急，动辄乘驿，或假以营私，致驿夫劳弊，船马损乏”^①的弊端，在“飞报军情”条取消了在外府、州官“一具实封，俱至御前开拆”的旧制，对各衙门官员飞报军情事宜及程序作了严密的规定，对数十处律文不当处进行了改动和润色。

洪武三十年所颁《大明律》律文，其篇名和内容如下：

名例律，一卷47条。包括五刑、十恶、八议、公私罪、累犯、共犯、常赦不原、收赎、给没赃物、自首、二罪俱发、加减罪例和处理各色人等的犯罪原则等。名例系刑名和法例的总称，为吏、户、礼、兵、刑、工六律的总纲。与唐律相比较，明律《名例律》对定罪量刑的诸原则有很多新发展，如：扩大了数罪并罚的范围，严格了应议者及其亲属犯罪的议请范围和程序，简化了官吏犯罪的辅助处罚手段，就“犯罪得累减”作了新的规定，有关公私罪、共同犯罪、故意和过失犯罪以及比附类推方面的规定也较唐律更加完善和严密。

吏律，是有关官吏公务的法规，分《职制》与《公式》两卷，共33条。《职制》是关于官吏职司的规定，计15条。《公式》是官吏应遵循的办事规程，计18条。明律在整饬吏治方面较前代要严，特别引人注目的是，《吏律》中设立了“奸党”专条，严禁臣

① 《明太祖实录》卷二〇三。