

 使用大字体察看本文
阅读次数: 622

中国传统法律的形式

杨一凡等

在中国古代法律体系中，有着各种法律形式，不同的法律形式有其特定的功能。历朝因所处的历史条件和法律的发达程度存在差异，法律形式也有所变化。中国古代法律形式经历了一个不断发展完善的过程，就历朝的主要法律形式而言，秦有律、命、令、制、诏、程式、课等；汉有律、令、科、品、比；唐有律、令、格、式；宋于律、令、格、式之外，又有编敕、断例和指挥；元有诏制、条格、断例；明、清两代于律和各种法律形式的单行法外，广泛适用例等。适应完善法制的需要、不断变革法律形式，是中国古代法律形式演变的基本规律。

在中国历史上，每个建立起稳固统治、维系时期较长的王朝，都很重视完善国家的法律体系。各朝除精心制定律典外，还以君主的诏令和其他法律形式，颁行了各种法律，内容涉及到行政、刑事、民事、经济、军事、教育、对外关系等各个方面。有关法律形式的名称，历代虽迭有变更，但实质则大略相同。不少朝代为了完善法制，还颁行了以积极性规范为基本内容的令典、各种办事细则和公程式，编纂了法律解释及各种形式的法规汇集。一些朝代为加强地方和少数民族地区的法制建设，制定了民族法规，并允许地方政府可以在一定限度内制定地方性法规，以补充朝廷通行法的不足。此外，从先秦到明清，历朝在坚持国家制定法始终处于主导地位的同时，经君主批准通行的判例，在司法审判中可以比附使用，成为成文法的重要补充。中国古代法律形式名目繁多，呈现出纷繁的色彩。

本章以各种主要法律形式为线索，逐一介绍其概念名称、基本性质及其在历代产生、发展和变化的情况。

第一节 律典与令典

一、律统的发展与变化

在古代中国法制中，自秦以后，律是法律体系中居于“常经”地位的法律形式，直至清末。律在早期包括积极性和消极性规范等各种内容，随着法律的发展和不断成熟，逐步成为以刑事规则为内容的稳定的刑法典。这是与传统体制下贯彻“德主刑辅”的治国原则和律的“创奸绳顽”功能相适应的。

律，本意指乐律，因此《易经·师卦》中有“师出以律”之说。由于其具有稳定和标准的意义，故后来以此作为法律的形式之一。

律作为法律形式出现，其前身可以追溯到战国时代李悝在魏国变法所制定的《法经》。《法经》的原书已经佚失。根据《晋书·刑法志》，其篇目分为《盗》、《贼》、《囚》、《捕》、《杂》、《具》。立法者认为，“王者之政，莫急于盗贼”，因此将《盗》、《贼》两篇置于卷首。劾捕盗贼的有关规定，列入《囚》、《捕》二篇。其它如“轻狡、越城、博戏、借假不廉、淫侈、逾制”等各种一般的犯罪，归入《杂》。最后以《具》篇作为统摄各篇规定的总则，“具其加减”。但据推测，在体例上《法经》还是采取以刑统罪的旧模式。

此后，商鞅以李悝的《法经》为基础，主持秦国的变法活动。商鞅在法律编纂活动中作了重大改革，打破传统模式，采取以罪统刑的新体例，把法典的基本形式改称为“律”。这次变革，被称作“改法为律”。商鞅改法为律的具体内容今已不可考，但以律作为一种重要的法律形式，其名称被后代所因袭。

秦国在商鞅变法直至统一全国后，颁布了许多重要规定。从湖北云梦出土的秦墓竹简可以看出，当时的律的种类已经相当繁多。在“秦律十八种”里，就有《田律》、《厩苑律》、《仓律》、《金布律》、《工律》、《徭律》、《军爵律》、《置吏律》、《传食律》和《效律》等名目，“秦律杂抄”中还有《除吏律》、《游士律》、《除弟子律》、《中劳律》、《藏律》、《公车司马猎律》、《傅律》、《屯表律》、《捕盗律》和《戍律》。律是现存所有规范中最常见、内容最重要的形式。可见，在秦国和统一后的秦朝，律作为基本法律形式的地位已经完全确立。

秦朝灭亡以后，刘邦曾与关中百姓约法三章：“杀人者死，伤人及盗抵罪”[1]。但这只能是大局未定时的权宜之计。到汉朝统一大业完成，制定法律便提上议事日程。萧何在参考秦律的基础上，“娶其宜于时者，作律《九章》”。这就是《九章律》。《九章律》包括《盗律》、《贼律》、《囚律》、《捕律》、《杂律》、《具律》、《户律》、《兴律》和《厩律》等九篇。如果史籍的这一记载确实可靠，那么《九章律》实际上就是在《法经》原有的六篇基础上增补了后三篇。但这一增补形式，使具有总则性质的《具律》的总结地位不能突出，在立法技术上是个明显的倒退。除《九章律》外，还有其它一些单行的律种。从湖北江陵张家山出土的汉墓竹简中的汉初律名来看，既有《贼律》、《盗律》、《捕律》、《具律》等内容，也有与前述秦律名称相同的篇目，如《田律》、《金布律》、《效律》，还有《告律》、《亡律》、《收律》等一些新的律种[2]，可见当时律的种类很多，所谓《九章律》可能只是其中最基本的部分。随着情势的发展，汉武帝时曾对旧律加以修订，并颁布一些新律，如张汤主持制定的《越宫律》、赵禹主持制定的《朝律》等。

中国在战国至秦汉时期，律的体例结构和内容甚为份杂，其内容并不都是刑事法律。如秦代于正律之外又有许多职官、经济和军事方面的单行律，汉代正律《九章律》之外，《傍章》的内容是“礼仪与律令同录”[3]，《越宫律》是有关警卫宫禁的法律规定，《朝律》是诸侯百官朝会制度的法律规定。也就是说这一时期律的内涵，与隋唐以后的律的内涵并不完全相同，后者的全部内容属于刑事法律，而前者除刑事法律外，还包括行政、经济、民事和军事等方面的法律。

曹魏禅继之后，为改变汉代法律庞杂的局面，明帝即位后，令陈群、刘劭等人主持编纂新的律典，称为《新律》。《新律》以汉律为基础，将“九章”中《具律》改称《刑名》，《兴律》改为《擅兴》，《厩律》改为《邮驿令》被删除在律典之外，另又增加《劫略》、《诈》、《毁亡》、《告劾》、《系讯》、《断狱》、《请贼》、《惊事》、《偿赃》和《免坐》等10篇，共计18篇[4]。在编排上，曹魏修律者认为“旧律因秦《法经》，就增三篇，而《具律》不移，因在第六，罪条例既不在始，又不在终，非篇章之义”[5]，因此将具有总则性质的《具律》改名《刑名》，冠于全律之首。将总则置于卷首的做法，为后代律典所沿袭。

曹魏末年，晋王司马昭以律令及有关注释烦杂为由，命贾充、郑冲等14人对魏律进行删改。新的律典至西晋泰始三年（公元267年）完成，并于次年由晋武帝正式颁行，故称《泰始律》。《泰始律》远宗汉律，将《具》改为《刑名》、《法例》两篇，沿用其它八章篇目，并从《囚》分出《告劾》、《系讯》和《断狱》三篇，从《盗》分出《请贼》、《诈伪》、《水火》和《毁亡》四篇，又新增《卫宫》、《违制》和《诸侯》三篇，共计20篇，620条。《泰始律》号称“峻礼教之防，准五服以制罪”[6]，将正统法律指导思想进一步法典化。它在制定过程中准备充分，受到最高统治者的关注，编纂者亦堪称极一时之盛，代表了当时先进的律学成就，在立法技术上达到相当高的水平。西晋统一全国，《泰始律》通行全国，并为后来南朝的宋、齐和梁朝所不同程度地沿用，影响深远。

经历西晋短暂统一以后，由于统治集团内部争斗，酿成“八王之乱”，政局再度陷于分裂。东晋和南朝前期，在立法上全面沿袭晋律。只是在南齐武帝永明年间，由王植把张斐、杜预的旧律合并，编纂了《永明律》，共1530条，但并未颁行。到南梁武帝时期，由家传律学的蔡法度为首，与王亮等人一起，参考王植《永明律》，重新编纂《梁律》20卷，共2529条。其篇目与晋《泰始律》相比有所变化，共20篇。其中将《泰始律》中的《盗》改为《盗劫》，《贼》改为《贼叛》，《请贼》改为《受贼》，《捕》改为《讨捕》，删去《诸侯》而增《仓库》。但在条目上，比《泰始律》增加了三倍多，比《永明律》也增加了1000条，其冗杂可以想见。梁武帝天监二年（公元503年），新律颁行。

五十余年后，陈武帝即位，又命范泉等人重新修订律令，制定《陈律》30卷。除了局部的一些调整，“自余篇目条纲，轻重简繁，一用梁法”[7]。由于其对条目繁多的《梁律》并未进行删并，因此依然显得繁冗驳杂。

在同时期的北方，先后出现的是北魏等北朝政权。它们比较重视吸收先进的汉族文化，包括法律文化。北魏曾前后九次修订律典，留存至隋唐时期的《北魏律》有20篇，篇名可考者仅15篇。北魏修律，有崔浩等多人参与其事，最高统治者对此也极为重视。从法律制定者的文化背景来看，北魏律吸收了中

原、河西和江左三大文化中的优秀成果，立法技术达到相当高的水平[8]。

北魏永熙三年（公元534年），权臣高欢新立东魏孝静帝，北魏正式分裂为东魏与西魏政权。东、西魏分别以格、式为形式制定了新的法律。到东魏武定八年（公元550年），高欢之子高洋自立为帝，建立北齐。北齐开始仍沿用东魏旧法，至清河三年（公元564年），由高叡等人奏上《齐律》12篇，共949条，同年颁行。北齐把《泰始律》以来作为律典总则部分的《刑名》、《法例》两篇合为《名例》，将《泰始律》中《盗》、《贼》合为《贼盗》，《捕》、《断狱》合为《捕断》，又将《户》、《厩》、《卫官》、《毁亡》分别改为《户婚》、《厩牧》、《禁卫》、《毁损》，并删去《请赎》、《告劾》、《系讯》、《水火》、《关市》等篇，使篇目名称整齐明了，并删繁就简，对隋唐律典产生了直接的影响。其中《名例》篇目的确定，一直为后世所宗。

与东魏对峙的北方政权西魏在恭帝三年（公元556年）也政权易主，次年由宇文觉正式建立北周。北周地处西隅，文化相对落后，为了与自命为华夏文化正统的南朝政权和世家大族昌盛的北齐相抗衡，北周采取具有浓厚复古色彩的政治举措，以加强关中集团的文化凝聚力。立法上，北周刻意模仿儒家典籍《尚书》中的《大诰》编纂律典，于保定三年（公元563年）制定《大律》，包括25篇，共计1537条。《大律》承袭此前律典的篇目，并作了不少增加，数量上也相当冗繁，后人评其“比于《齐律》，烦而不当”[9]，这确是切中肯綮的。以北周军事力量发迹的隋皇朝没有承袭北周律典而改宗齐律，也正是有鉴于此。

程树德在《九朝律考·南朝诸律考序》中指出：“自晋氏失驭，海内分裂，江左以清谈相尚，不崇名法。故其时中原律学，衰于南而盛于北。”总的来看，在南北朝时期，北方律典兼容并蓄，日臻成熟，为此后隋唐律典的辉煌成就奠定了坚实的基础。

北周大定元年（公元581年），杨坚受禅，建立隋朝，改元开皇。当年，杨坚命高颉、郑译、杨素等人修订律典，于十月颁布。这部律典总的原则是删除严刑苛法，贯彻立法宽简的指导思想，并确立了五刑、十恶、八议、赎、官当等后代一直沿用的重要规定。但两年后，又以法律仍太严密为由，重新制定新律，由苏威、牛弘等人主持。由于北周《大律》牵强冗繁，此次修律以北齐律为蓝本[10]，进行了较大规模的修订，分属12篇：《名例》、《卫禁》、《职制》、《户婚》、《厩库》、《擅兴》、《贼盗》、《斗讼》、《诈伪》、《杂》、《捕亡》、《断狱》。开皇元年和开皇三年律虽然适用的时间不长，但其中的许多内容对后世影响巨大，在律典的发展史上具有重要地位。通常所称的《开皇律》，多指开皇三年律。

隋文帝死后，炀帝即位，为标榜宽惠，又命牛弘等人重修律典。大业三年（公元607年），新律修成颁布，史称《大业律》。《大业律》条文仍为五百条，但分为18篇，将开皇三年律中的《卫禁》改为《卫官》，将《户婚》分为《户》、《婚》两篇，《斗讼》分为《告劾》、《斗》，《贼盗》分为《贼》、《盗》两篇，《厩库》析为《仓库》和《厩牧》，增加《违制》、《请求》、《关市》，删除《职制》篇，其余仍旧。在内容上，《大业律》大幅度减轻了刑罚，与开皇律典相比，有二百余条都处刑较轻，包括枷杖、决罚、讯囚等规定，都率从轻典。另外，《大业律》还删除了十恶的名目。但由于隋炀帝好大喜功，国是日非，各地反抗日益激烈，到皇朝后期更滥用重刑，司法混乱。因此，《大业律》颁布后，并没有很好地贯彻执行，就随同隋皇朝一起被抛弃了。

此后，唐代律典的编纂和成就，确立了此后各汉族及汉化皇朝律典内容和精神的基调，宋、金、明、清等各代相沿，除明律在形式上做了较大调整并为清代所继承以外，律典的主要风格和精神并无根本性改变。而公元十至十三世纪，与北宋、南宋几乎同时出现并相互对峙的北方和西北方少数民族政权，也纷纷制定了各自的法典。其中西夏制定的律典留存至今。此后，在明代和清初，蒙古和西藏地区都存在独立的政权，其法典都依然存世，具有较独特的风格，值得重视。

在西北地区与北宋政权对峙的西夏颁定了系统的律典，称为《天盛改旧新定律令》，简称《天盛律令》。天盛，为西夏仁宗年号（公元1149—1169年）。该律颁行于天盛初期。从名称来看，既曰“改旧”，则在此之前必有旧律，惜已不可考。现存《天盛律令》为西夏文木刻本，共20卷，现存基本完整的有9卷，部分残损的10卷，另第十六卷全部佚失。这部法典从名称上看为律令合编，但内容以律、即刑事性规定为主体。在体例上，每卷下分门，全书共150门；门下又分若干条，共1463条。每条中又分为若干款，每一款都降格书写。这种体例对编纂和检索都有一定方便。

在内容上，《天盛律令》吸收了唐宋皇朝立法的传统和经验，模仿“十恶”罪名，设立了谋逆、失孝德礼、背叛、恶毒、为不道、大不恭、不孝顺、不睦、失义、内乱等首卷十门罪目。其他有些规定也与唐、宋皇朝的律典有一脉相通之处。

《蒙古卫拉特法典》制定于明末清初，是退踞塞北的蒙古领主为打击犯罪、解决社会纠纷、保证佛教

的崇高地位而制定，共121条，包括宗教、战争、婚姻、家庭、财产、畜牧、诉讼等各方面的内容。用法律手段维护等级社会秩序、普遍运用经济方式制裁犯罪是其突出特点。例如，第27条规定：“（重）打老师和父母者罚三九，中打者罚二九，轻打者罚十九”；第32条：“杀男奴隶者罚五九，杀女奴隶者罚三九之财产刑。”这些规定，都体现出蒙古社会当时特有的社会观念和经济背景。

在元统治者势力逐渐退出以后，西藏地区的独立政权在前代典章基础上先后制定多种法典。其中，藏巴第悉噶玛丹迥旺布时期的《十六法典》和五世达赖喇嘛时期的《十三法典》都留存至今。前者包括《英雄猛虎律》、《懦夫狐狸律》、《地方官吏律》、《听诉是非律》、《速解法庭律》、《重罪肉刑律》、《警告罚锾律》、《使者薪给律》、《杀人命价律》、《伤人抵罪律》、《狡诈洗心律》、《盗窃追赔律》、《亲属离异律》、《污罚锾律》、《半夜前后律》和《异族边区律》等16篇；相比而言，后者少《英雄猛虎律》、《懦夫狐狸律》和《异族边区律》的等3篇，其他篇目则基本相同。

二、代表性律典

（一）《唐律疏议》

隋唐是传统中国社会的昌盛时期，有完整的律典《唐律》保存至今。《唐律》是中华法系立法成就的代表，对后世的律典也有深刻的影响。

隋灭亡后，李唐政权逐步控制了局势，并建立起稳固的统治。在统一全国的过程中，唐政权就开始筹划制定律典，于武德四年（公元621年）命裴寂等撰定律令。由于当时形势所迫，仅将临时已经制定的一些单行法规共53条加以汇编，附入《开皇律》，称为《武德律》。这一律典于武德七年颁行，也分为12篇，突出的变化是对流刑和居作的刑制作了一些修改。

唐太宗即位后，即命长孙无忌、房玄龄等人修定律典。此次修律经过了长时间的酝酿和讨论，从贞观元年至十年（公元627—636年），历经十年，始告完成，于次年正月颁行，史称《贞观律》。《贞观律》以《开皇律》为基础，篇目一仍其旧，数量也仍为五百条。但在内容上，增设加役流为死刑减等后的刑罚，并缩小了因缘坐而处死刑的范围，大幅度减少了适用死刑的条文数，有92条中的罪名改处流刑，另有71条流刑罪名减为徒刑，史称“凡削烦去蠹、变重为轻者，不可胜纪”[11]。

唐高宗永徽元年（公元650年），又命长孙无忌等再度修订法律，并于次年颁布，称为《永徽律》，实际上是《贞观律》的翻版，仅对一些字词作了改动。

至唐玄宗开元二十二年（公元734年），又由李林甫等人主持包括律典在内的法律修订，事经三年完成。此次律典称《开元律》。在内容上，其对前代律典所作的兴革，现尚难论定。

现存《唐律》与其立法解释《律疏》合编，称为《唐律疏议》。内容分为12篇，共502条。沿袭北齐以来的传统，《名例》篇列于卷首，共6卷，57条。《唐律疏议》中说：“名者五刑之罪名，例者五刑之体例。”名，是指适用刑罚的各种罪名；例，是指定罪量刑的通例。《名例》中规定了关于五刑、十恶、八议、请、减、赎、官当、免官、自首、共同犯罪、二罪俱发等方面的司法原则，以及对“乘舆车驾”等一系列专门用语的解释，体现了《唐律》的指导思想，在各篇中处于最为重要的地位。

其次是《卫禁》，共2卷，33条。“卫”即警卫，“禁”指关禁，包括关于警卫皇帝、宫殿、太庙和陵墓以及保卫天津要塞和边防的法律，以维护皇帝安全和国家主权为中心。第三篇为《职制》，3卷，59条，是关于官吏设置、选任、职责及交通驿传方面的规定，重点在于打击官吏贪赃枉法。第四篇《户婚》，3卷，46条，规定户籍、赋役、田宅、家庭和婚姻等方面的内容，旨在保证国家税收，维护以传统礼教为核心的家庭关系。第五《厩库》，计1卷，28条，是养护公私牲畜、仓库管理等方面的规定，以保护官有资产。第六《擅兴》，1卷，24条，是有关军队征调、指挥、供给及工程营造等方面的规定。第七《贼盗》，共4卷，54条，主要规定有关严重危害社会治安的犯罪及相应处罚。其中“贼”是指谋反、谋大逆、谋叛、恶逆、不道等部分“十恶”罪名以及杀、伤等严重侵犯人身的犯罪，“盗”是指侵犯公私财产的犯罪。第八篇为《斗讼》，4卷，60条，包括斗殴和诉讼两方面的内容，因其都有相互争竞的意味，故合而论之，包括惩治斗殴、越诉、诬告等犯罪。第九《诈伪》，1卷，27条，包括关于惩治各种欺诈和伪造行为的法规。第十为《杂》，凡是其它各篇所不能包括的犯罪行为，都在该篇加以规定，范围很广，如私铸钱、赌博、和奸、强奸、失火、买卖、借贷、市场交易、毁坏公私财物以及违令、不应得等为形形色色的犯罪，共2卷，62条，其条文数量在各篇中居首位。第十一篇为《捕亡》，1卷，18条，其中主要规定追捕罪犯及各种逃人的有关职责和犯罪。最后是《断狱》，有2卷，34条，包括审讯、判决、执行和

监狱管理中的各种犯罪规定，涉及非法刑讯、死囚奏报、疑罪处理等各项诉讼制度。

《唐律疏议》是现存最早的完整中国古代律典，吸取了历代法制经验和律学成就，集中体现了正统法律指导思想，在世界古代法制史上独树一帜，代表了当时中华法系的立法成就，对日本、朝鲜、琉球和安南等东亚各国都有普遍的影响。

（二）《宋刑统》

宋朝的律典编纂，沿用了前朝“刑统”的编纂体例。从唐后期开始，就出现了类似刑统的法典体例。这一做法，为五代时期所借鉴。“刑统”之名，也始于其时的后周政权。周世宗显德四年（公元957年），张湜等人修定律典，以《唐律》为纲，与律文有关的令、格、式、敕，都经过删繁就简、整齐统一的编纂，依次附于相应各条律文之后。如已有规定不尽妥当，则另立新法于本条之下。由于“刑名之要，尽统于兹”，故名之为《大周刑统》。

宋初基本沿用《大周刑统》，并远宗唐代，凡前代格敕，都在参用之列。随着政权日益稳定，《后周刑统》已不能适应需要。建隆三年（公元962年），采纳张自牧和窦仪等人的建议，决定更定《刑统》，由窦仪主持。次年完成并颁行。

《宋刑统》在体例上模仿《大周刑统》，在内容上继承《唐律》。在体例上，《宋刑统》连目录共31卷，分12篇，篇目与《唐律》完全相同，但每篇之下又分门，共213门。每门下以律条及其立法解释为纲，将唐开元二年（公元714年）经五代至宋初有关刑名的令、格、式、敕177条汇为一编。其中在《名例》中特设“余条准此”一门，将全律中具有参照准用规定的内容汇集于此，以便检索。同时，为适应新的时代要求，增加了“起请条”，即对原有内容进行审核而提出的改变建议，每条前都冠以“臣等参详”四字，作为新增条款，共32条。另外，在编入令、格、式、敕本文后，又以“释曰”二字标注，对其中费解的文字加以解释。而且，第六卷《名例》“杂条门”内，在部分律疏的内容后，又以“议”的形式，对有关概念、规定作了进一步细致的解说。这类“议”文共20则。这样，更便于对法律的理解和使用。

在内容上，《宋刑统》的主体部分是《唐律》及《律疏》的翻版，甚至还保留了《唐律》中一些已过时的概念。由于《宋刑统》还编入了相关的令、格、式、敕及起请条，因此实际上对《唐律》的不少内容都有所增损和改变。如在刑事方面，《宋刑统》中新定了“折杖法”，增加“一顿重杖处死”的酷刑，对官吏赃罪处理从宽，而对贼盗罪加重；在民事方面，为适应社会经济发展的需要，对许多此前法律的空白领域作出明文规定，如《户婚》中“卑幼私用财”门、“户绝资产”门、“死商钱物”门等中对财产继承作了详细规定，“典卖指当论竞物业”门规定了有关典卖等民事行为。在诉讼制度上，《宋刑统》在告诉、审判、收禁和死刑执行等方面也有不同于《唐律》的一系列改变。

在宋代，《宋刑统》被称为“律”，终宋之世始终有效，其地位相当稳固，并未因北宋中期法律改革运动而受到实质性冲击。在现存宋人的判牍中，律文即《宋刑统》的条文，作为法律依据被大量援引，如在南宋的《名公书判清明集》所收近五百件书判，所引据的形式明确的法律依据中，律文数量最多，可见其地位相当重要。

《宋刑统》既继承了《唐律疏议》和《大周刑统》的内容和体例，又有所创新，展现了更切合实用的法典编纂体例和风格。这种律与其他法律形式合编的体例，对后来《大明律例》、《大清律例》等律例合编式体例的产生具有一定的影响。

（三）《大明律》

明、清律典先后沿袭，在体例上与唐宋时代相比有重大变化，内容上也作了不少修改，其中洪武三十年颁布的《大明律》是中华法系又一具有代表性的法典。

继元而兴的明朝，编纂律典经历了相当长的过程。在统一全国前的吴元年（公元1367年），当时自立为王的朱元璋就命右丞相李善长、御史中丞刘基等制定律、令，同年十二月完成。律准唐律而增损之，计285条，以六部分篇，包括《吏律》18条，《户律》63条，《礼律》14条，《兵律》32条，《刑律》150条，《工律》8条。这部律典次年即洪武元年颁行，但今已不存。

因急促而就的洪武元年律“轻重失宜”，明太祖朱元璋自洪武元年（公元1368）年起，“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”，[12]以便制定明律时借鉴。洪武六年（公元1373年）冬十一月，诏刑部尚书刘惟谦等人详定《大明律》，次年二月完成，颁行天下。这部律典在篇目上与《唐律》完全相同，也分12篇、30卷。其内容据《明史·刑法志》称：“采用旧律（即洪武元年律）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》以补遗百二十三条，合六百有六条。”可见，它是以洪武元年律为基础，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。

在洪武九年至洪武三十年期间，《大明律》曾几次修订。洪武九年律现已失传。《明史·刑法志》仅提到洪武九年“厘正十有三条”和“十六年命尚书开济定诈伪律条”两事。洪武十八九年行用的明律原文，记载于明人何广所著《律解辩疑》一书中。该律以六部分目，计30卷，460条。洪武二十二年八月，明太祖敕令再次更定《大明律》。把现存的洪武十八九年行用律与洪武二十二年律、三十年律相比较，不难看出：（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“共犯罪首分”、“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关节中）要比二十二年律和三十年律为少，也就是说，其内容不如后者完善；（4）三律中律文意思相同、量刑标准一致然而个别文字相异者数百处，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”。这表明，早在洪武中期，明律的体例和篇目已经确定。在这之后的修订，主要是对明律条文的完善。[13]

洪武三十年，在对二十二年律进行进一步修订的基础上，一部“日久而虑精”的律典终于定型，于同年五月颁行天下。洪武三十年律为30卷，460条。其中，《名例律》1卷，47条；《吏律》2卷、33条，包括职制类15条，公式类18条；《户律》7卷、95条，包括户役类15条，田宅类11条，婚姻类18条，仓库类24条，课程类19条，钱债类3条，市廛类5条；《礼律》2卷、26条：祭祀类6条，仪制类20条；《兵律》5卷、75条，含宫卫类19条，军政类20条，关津类7条，厩牧类11条，邮驿类18条；《刑律》11卷、共171条，是诸篇中内容最庞大的，其中包括贼盗类28条，人命类20条，斗殴类22条，骂詈类8条，诉讼类12条，受赃类11条，诈伪类12条，犯奸类10条，杂犯类11条，捕亡类8条，断狱类29条；最后为《工律》2卷、13条：营造类9条，河防类4条。《大明律》自颁行之日起到明末，除万历十三年合刻颁行《大明律附例》时改动55字外，[14]虽然洪武三十年律曾把《钦定律诰》附于律后，在万历朝把万历《问刑条例》附于律文之后并形成了律例合编体例，但460条律文作为明王朝基本大法的地位一直未曾动摇。

《大明律》较之唐律，多有创新和发展。它以六部分目，使古来律式为之一变；适应君主专制主义的强化和商品经济发展的需要，有关经济、行政、军事和司法制度方面的立法，较之前代更为发达；《大明律》实行律例合编、律例并用，是统治集团得以在保障律典长期稳定不变的前提下，更能灵活地适时立法。在量刑上，明律较之唐律是“重其所重，轻其所轻”，即“大抵事关典礼及风俗教化等事，唐律均较明律为重；贼盗及有关帑项、钱粮等事，明律则又较唐律为重。”[15]为防止臣下结党营私，还特设了“奸党”等罪名。《明史·刑法志》说：“大抵明律视唐简核，而宽厚不如宋”。简核指条文数量减少，而宋代对士大夫的百般优礼，则是明律所不取的。

《大明律》不仅在明代始终稳定、有效，而且直接为清代所继承。其影响还远及东亚邻国，如朝鲜李朝直接援用《大明律》，日本《在中御条目》、《御刑法草书》、《御刑法牒》等都以《大明律》为蓝本，直至明治时所编至《假刑律》和《新律纲领》等，其体裁仍以《大明律》为蓝本。安南阮朝的法典中的许多规定也多取自《大明律》。《大明律》成为继《唐律》之后中华法系的又一代表性法典。

（四）《大清律例》

清统治者入关后不久，即开始将明律译为满文，并对《大明律》略加修订，作为清代法典。顺治三年（公元1646年），第一部清代律典《大清律集解附例》完成，次年颁行，共30卷，459条，其主体内容基本上照抄《大明律》，仅改移2条，删除钞法等3条，增加边远充军和逃人法2条[16]。

康熙九年（公元1670年），曾将《清律》的满汉文义重新校正，将律文分别纂注，并附以《比附条例》、《六赃图》、《真犯死罪绝不待时例》和《真犯死罪充军为民例》等。

雍正六年（公元1728年），清朝颁布《大清律集解》。这部律典分为6类、30门，律文436条。律首列

《六赃图》等8种图表，并附编了《大清律总类》。在体例上略有变化，在每条律文后增加了解释性的“总注”，作为“集解”，这也正是这部律典的得名由来。对律文本身，以康熙年间的修订为基础进行了一定调整，改移1条，更名4条，合并6条，删去9条，增加2条，改动律文、小注达130条。而修改的重点，主要是律文后所附的条例，即在历朝旧例“原例”和康熙则例“增例”的基础上又补充了雍正朝新定的“钦定例”。

乾隆元年（公元1736年），对律典体例和名称又进行了一次修改。这次修订由三泰为首，历时四年，至乾隆五年（公元1740年）完成并颁行，称为《大清律例》。全书共47卷，包括《律目》、《诸图》、《服制》和《名例》等7篇正文，最后还附有《总类》。这部律典内将每一律条作为一门，正文共包括436门，当时附例1042条。在体例上，《大清律例》删除了《大清律集解》中的总注，不再按时间次序编排条例，而是根据条例性质将其分别附于律文之后，完成了律例合体的编纂形式。此后律文没有再进行过修订，只是原则上根据“三年一小修，五年一大修”的要求，对条例进行增删改并等整理工作。

三、令典的沿革

令，作为法律形式的一种，出现得很早。如战国商鞅变法时曾颁布“分户令”，以改变秦国父子无别、同室而居的落后旧俗。《商君书》中还载有秦国当时的《垦令》。秦朝时颁布有“田令”、“焚书令”等。令在汉时既有君主颁布的诏令，也有单行法令。汉代以后，逐步出现了独立的、以积极性规范为主的令典。令典是关于国家基本制度的规定，是与律典并重的国家一代大法。

（一）隋唐以前令典的编纂

曹魏时，曾编订了独立的单篇令文。据《晋书·刑法志》，有《郡令》45篇，《尚书官令》、《军中令》共180余篇，还有《邮驿令》。但其书都已佚失，其性质和内容已不可考。

西晋制定《泰始律》时，将有关国家制度方面的规定编为专门令典。《晋书·刑法志》说：“（修律）蠲其苛秽，存其清约，事从典，归于益时。其余未宜尽除者，若军事、田农、酤酒，未得皆从人心，权设其法，太平当除，故不入律，悉以为令；施行制度，以此设教。违令则入律。”晋杜预《律序》中则说：“律以正罪名，令以存事制。”可见，晋代的律典是“正罪名”为基本功能的刑事法典，而令典是以“存事制”（即国家和社会生活的基本制度）为功能的积极性规范的法典。晋令共40卷，2306条，共33篇：《户令》、《学令》、《贡士令》、《官品令》、《吏员令》、《俸廩令》、《服制令》、《祠令》、《户调令》、《佃令》、《复除令》、《关市令》、《捕亡令》、《狱官令》、《鞭杖令》、《医药疾病令》、《丧葬令》、《杂令》、《门下散骑中书令》、《尚书令》、《三台秘书令》、《王公侯令》、《军吏员令》、《选吏令》、《选将令》、《选杂士令》、《宫卫令》、《赎令》、《军战令》、《军水战令》、《军法令》、《杂法令》。其中《杂令》分上、中、下三卷，《军法令》包括六卷，《杂法令》包括两卷[17]。晋代令典编纂体例的确立，对后世令典的编纂产生了直接影响。

西晋以后，南北朝时期也有令典的编纂。南朝的梁代，蔡法度等在修纂律典时，也制定了《梁令》30卷，包括《户令》等28篇。南梁之后的南陈由范泉主持编定令典，与《梁令》一样，也是30卷。其篇目现已不可考。

北朝的各代也编有令典。其中北魏令曾经过多次修改。高祖时律令同时编纂，当时人对令典相当重视，针对令典迟迟不能出台的问题，指出：“然律令相须，不可偏用。今律班（颁）令止，于事甚滞。若令不班（颁），是无典法，臣下执事，何依而行？”[18]魏太和十七年（公元493年），曾颁行《职员令》21卷单行。现可考的魏令篇目还有《狱官令》等。北齐在制定律典同时，于河清三年（公元564年）由高骈等人也制定了令典40卷[19]，按尚书二十八曹为各篇名称。这是首次以官府的门名称为令典篇目。这一做法直至明代又重新被采用。北周时也曾由赵肃、拓跋迪等人制定令典，但其篇目已不可知。

（二）隋唐的令典

隋唐时期的令典，地位相当重要，是与律并重的基本法律形式。隋开皇二年（公元582年），颁行《开皇令》，共30卷，30篇：《官品令》、《诸省台职员令》、《诸寺职员令》、《诸卫职员令》、《东宫

职员令》、《行台诸监职员令》、《诸州郡县镇戍职员令》、《命妇品员令》、《祠令》、《户令》、《学令》、《选举令》、《封爵俸廩令》、《考课令》、《宫卫军防令》、《衣服令》、《卤簿令》、《仪制令》、《公式令》、《田令》、《赋役令》、《仓库廐牧令》、《关市令》、《假宁令》、《狱官令》、《丧葬令》和《杂令》。其中《官品令》、《卤簿令》和《公式令》可能篇幅较大，都分为上、下卷。隋炀帝时，又制定《大业令》30卷（一说18卷），但其篇目、内容已不可考。

唐代继承了前代令典这一重要的法律形式，特别是隋《开皇令》立法成就。《唐六典》说：“令以设范立制”，《新唐书·刑法志》则说：“令者，尊卑贵贱之等数，国家之制度也。”可见，唐代令典是关于国家各种制度的法典。令典中并未直接规定相应的刑事处罚，而是在律典的有关条款中统一规范。《唐律疏议·杂律》“违令”条规定：“诸违令者，笞五十。”注：“谓令有禁制而律无罪名者。”如果令典有禁止性规定，而情节轻微，律典中没有明确规定相应刑事处罚，则按该条处以笞五十的刑罚。当然，如情节严重，律典有明文规定，则仍按律惩办。这是传统法制中典型令典的特征。

唐初武德年间，在《开皇令》的基础上，编纂令典，至武德七年（公元624年）完成颁布，这是唐朝的第一部令典。唐太宗时期，对令典进行修订，至贞观十一年（公元637年）颁行，共30卷，1590条。自贞观颁布新令典后，唐高宗、中宗和睿宗等朝也对令典作过修订。至唐玄宗开元年间，又进行过三次修订。自开元二十五年（公元737年）修订后，唐令基本上没有再作过大的修订。

唐开元年间修订的令典共30卷，27篇，1546条[20]，从篇目来看，除了个别篇目文字上的更动外，几乎全部都是隋《开皇令》中原有的篇目。虽然唐令同隋令的内容可能不完全相同，但两者之间的因袭沿革是非常明显的。

（三）宋代令典

唐以后，五代时期基本上沿用唐代的令典。北宋初年仍然沿用唐令，直到宋太宗淳化三年（公元992年）才由潘宪、王洙等编定令典。但实际上，这次只是对《唐令》进行简单的文字校勘，如避讳字的勘正。宋仁宗天圣七年（公元1029年），由吕夷简等人主持删修的令典颁行。这是宋代第一次真正编纂令典，也是唯一存世的宋代令典。《天圣令》共30卷，21篇：《官品令》、《户令》、《祠令》、《选举令》、《考课令》、《军防令》、《衣服令》、《仪制令》、《卤簿令》、《公式令》、《田令》、《赋役令》、《仓库令》、《廐牧令》、《关市令》、《捕亡令》、《医疾令》、《狱官令》、《营缮令》、《丧葬令》、《杂令》，估计有1500条左右。现存《天圣令》残本，包括《田令》、《赋役令》等10卷，令文289条，附录唐令222条。从篇目上来看，主要承袭了唐代的名称，但其有些内容，作了大幅度的调整。如唐《田令》中规定了与均田制相应的树木栽植法，宋代天圣令典中则根据宋代的五等户制进行了修改和增补。再如《赋役令》中删除了前代对租调的有关规定，因为当时已不实行租庸调制[21]。

此后元丰、元祐、元符、政和年间，以及南宋的绍兴、乾道、淳熙、庆元、淳祐年间，都进行过令典的编纂。其中《庆元令》50卷的部分篇目，通过《庆元条法事类》等法规汇编还可复原出部分篇目[22]。无论从卷数、篇目来看，都比北宋的《天圣令》有很大幅度的增加。

宋代以后，元、明、清三朝没有制定像西晋之《晋令》、唐代之《贞观令》、宋代之《天圣令》这样内容完善的令典，但明初颁行的《大明令》似带有令典的性质。《大明令》系明开国之初与《大明律》同时颁布、并行于世的重要法律。该令于明太祖朱元璋登基前一个月完成，洪武元年（公元1368年）一月颁布天下。《大明令》革新体例，以六部分类，凡为令145条。其中《吏令》20条，《户令》24条，《礼令》17条，《兵令》11条，《刑令》71条，《工令》2条。它对明朝的基本制度、诸司职掌和司法原则等作了较为全面的规定。在新朝初建、法律未暇详定的情况下，它实际上起到了临时治国总章程的作用。其确认的基本法律制度后成定制，为明代各朝所遵行。

第二节 君主的敕令和朝廷颁行的其他法规

作为先王之典、一代大法，律典相对稳定，不便于频繁修改。但法律的规定往往滞后于时代，如果不能适应时势的变迁，及时进行调整，势必不能解决层出不穷的新问题，留下各种法律的盲点，或因时过境迁、执行不利，最终成为具文。这是任何时代的法律都必然面临的问题，也出现了各种解决的对策。在君

主制的政治体制下，以君主命令的形式发布各种单行法，是最便捷有效的方式。

一、诏令

先秦时代，已出现了以君主命令形式发布的法律。在传世的古代文献《尚书》中，保存了若干篇当时君主对军队和臣民发布的命令（部分可能由后人写定），称为誓、诰。

誓，按《周礼·秋官·小司寇》的解释，是针对军旅发布的。如传说中夏启攻败有扈氏前发布的《甘誓》、商汤伐夏桀前的《汤誓》、周武王伐殷纣前的《牧誓》和伯禽伐淮夷时的《费誓》等，主要是出征前的动员令及对军队的纪律约束；诰，是对其他臣民所发，如《大诰》为周公东征平叛所发，《酒诰》是诰康叔诫谕禁酒，《康诰》为分封康叔时的诰谕，《洛诰》记洛邑建成后周公告诫成王。誓、诰中包括许多具有法律、特别是刑事法性质的内容，是当时君主以强制力为后盾维护军纪和其制定的基本制度的有力工具。

秦统一后，为加强君主的权威，秦始皇曾宣布“命为制、令为诏”，当时命、制、令、诏具有相似的意义，都是以君主命令形式发布的。《史记·萧相国世家》载，刘邦的军队攻占都城咸阳后，萧何曾收集秦朝丞相、御史的法律、令、图书，可见当时令已是与律相区别的独立法律形式。

汉政权统一全国后，随着时势变迁，令的作用和地位日益突出。据《汉书·杜周传》，当时有人指责身为廷尉的杜周不依据法律办事，只是一味阿从君主的意旨，杜周辩驳说：“前主所是著为律，后主所是疏为令；当时为是，何古之法？”这说明当时律、令之间的差别主要在于制定者不同。据后人对汉代令性质的解释，“天子诏所增损，不在律上者为令”[23]。据此，律是前代君主所定，其继承者对律中内容所作的增改，不再修入或尚未纳入律典的，单独成为一种法律形式，这就是令。令随时颁行，不断增加。为便于检索，对令也进行整理，以甲、乙、丙等为序编排。这样，由于律缺乏变通，令成为具有重要作用和独立体系的法律形式，在实践中的实际地位往往高于律典。两汉诏令大多失佚。清人淡园辑有《汉诏令》一书，收录了一些有代表性的汉代诏令。

从秦汉到明清，历朝都以君主命令的形式，就国家政治经济生活的重大问题、决策及国家的有关法律制度，发布了大量的诏令。各朝诏令的名称不仅一致，即使同一王朝君主的诏令，也因针对的对象及内容之别，名称各异，如敕令、诏制、诏敕、诰、上谕等等，本文泛称为诏令。诏令是君主因事随时颁行的，其法律效力往往在律典之上。历代君主颁布的诏令汗牛充栋，但唐代以前的诏令，大多已散佚。自唐代以后，一些朝代的诏令经过编纂，以较完整的形式存世。现见的有代表性的诏令集有：

《唐大诏令集》，[24]编于北宋，是唐代各朝皇帝政令文告的汇集，共130卷，分帝王、妃嫔等13类，收诏令1460余种。

《宋大诏令集》，[25]据信编于南宋，是北宋九朝皇帝诏令的汇编，正文共240卷，佚失44卷，分帝统、太皇太后等17门，其中政事门占近一半篇幅。

《皇明诏令》，收录自小明王韩林儿龙凤十二年（公元1366年）至明嘉靖二十六年（公元1547年）共182年间，明代十位皇帝的诏令507篇。其中：太祖72篇；成祖73篇；仁宗15篇；宣宗71篇；英宗95篇；景帝20篇；宪宗62篇；孝宗24篇；武宗22篇；世宗53篇。[26]这些诏令均系明代十朝有关重大朝政要事和法律、制度的决策性文献。

关于清代颁布的诏令，数量远远超过前代。《清实录》和《四库全书》中就收录了大量的大清诏令。北京图书馆藏有《大清诏令》清抄本。

二、格

格可能是由汉代以来的科逐步演变而来。至北魏正式以格代科。在北魏前期，格主要是作为律令的补充。北魏后期至北齐初年，格开始逐渐取代律文。东魏颁定格文，由于当时在麟趾殿讨论制定，称为《麟趾格》，内容有15篇之多，但没有存留至今。北齐初年又重新颁行，作为定罪量刑的依据，一度成为“通

制”。但从北齐中后期起，格又重新复归为律令的补充单行法。[27]据《隋书·刑法志》载：“秦王高归彦谋反，须有约罪，律无正条，于是遂有别条权格，与律并行。”此时的格，应该已具备了特别法性质。隋朝的法律形式与唐代相同，当时制定的《开皇格》，其性质应该即是单行法规。

君主敕令及其汇编，具有特别法的性质，在政权稳固、统治长久的唐代重新取得了独立的重要地位，在当时称为“格”，是律、令、格、式四种基本的法律形式之一。唐朝建立后的武德二年（公元619年），唐高祖命刘文静等制定新法。由于条件所限，未能制定律典，而是颁行53条新格作为临时法，称为《武德新格》。其中规定，官吏犯受赇、犯盗、诈冒府库物等罪的，遇赦不原；另外还规定了停止行刑的时间。两年后，《武德新格》被附于律典之后，统称为《武德律》。

上述的格，都是一次性编定和颁行的。而唐代典型的格，是君主不定期、因时因事颁行的敕文，经过整理、汇编，又称敕格。这种性质的格出现于唐太宗时期。贞观十一年（公元637年），将武德、贞观以来的三千余条敕格进行删修，编为18卷、700条，称为《贞观格》，其性质应该均为留司格，即有关官府事务、留本司行用的，其内容可能主要是各司官吏的工作职责和制度。至唐高宗时，制定《永徽留司格》18卷，又定《散颁格》7卷。散颁格以定罪量刑为主要内容，是对律文的补充，同时也包括补充令文的内容。此后，武后在位时还编有《垂拱留司格》6卷，《垂拱新格》2卷，中宗时编《神龙散颁格》7卷，睿宗时曾编《太极格》10卷；至玄宗朝，先后编《开元前格》、《开元后格》、《开元新格》各10卷。此后的文宗时，又编纂《开成详定格》10卷。唐代完整的格，至今尚未发现，只能从出土文献和《宋刑统》中看到个别敕格的内容。中唐以后，又将敕条分类编为“格后敕”作为格的转化形式，以刑狱为其主要内容。唐后期先后有六次编纂格后敕。据《宋刑统》卷三十载唐穆宗长庆三年（公元823年）十二月敕规定：“自今以后，两司检详文法，一切取最向后敕为定。”这体现了君主、尤其是当政君主的最高权威。

宋代仍保存了唐代格的名目，也作为一种独立的法律形式。但其性质已经不是君主敕令的汇编，而是有关定量的法规。据《宋史·刑法志》，当时宋神宗将格定义为“设于此以待彼之谓格”。在编纂时，“命官之等十有七，吏、庶人之赏等七十有七，又有倍、全、分、厘之级凡五等，有等级高下者，皆为格。”实际上是指具体落实其有关数量性规定。如《田格》中有关于不同品级官员占田标准的规定，《赏格》规定有关赏赐的具体数目。

三、式

在中国古代法制中，办事细则和公文书式是一种专门的法律形式，称为“式”。

式的出现很早。云梦出土的秦简中有《封诊式》。《封诊式》的前两节题为《治狱》和《讯狱》，是对审理案件过程中具体注意事项的规定，其中说：“治狱，能以书从迹其言，毋治（答）掠（掠）而得人请（情）为上；治（答）掠（掠）为下，有恐为败。”[28]这句话的意思是，审理案件，能根据记录的口供进行追查，不用拷打而查得犯人的真情，是最好的；施行拷打，不好；恐吓犯人，是失败。《讯狱》篇中则指出，凡审讯，必须先听完口供并加以记录，使受讯者各自陈述，虽然明知是欺骗，也不要马上诘问。供词已记录完毕，然后对有关问题进行盘问，同时将其回答记录下来，再看有无其它问题。对多次欺骗、拒不服罪的犯人，依法应当拷打的，必须按照格式记录在案：“以某数更言，毋（无）解辞，治（答）讯某。”

《封诊式》的其余内容各条是对案件进行调查、检验、审讯等程序中的注意事项和公文书式，其中也包括了各类案例，可能是供官吏学习的。如一篇称为《告臣》的文书，反映了控告家奴不服管教的案件中应注意的有关问题和审讯记录的方式[29]。这件文书的大意是，甲捆送男子丙，以其骄悍为由，要求将其卖给官府。丙供述自己的身份及其它情况，并由有关官吏对丙进行体格检察和估价，又向所在乡的负责人发出调查文书，要求其提供有关丙的状况。这些内容由官府记录在案，成为本件文书。其中涉及有关讯问的主体、方式、内容，对丙的身份、犯罪记录等事项特别重视。这对于法制的执行有直接的规范意义。

有关办事细则和公文书式的法律，在汉魏南北朝时期是否成为一种独立的法律形式，现已不可考。西魏大统十年（公元544年），“魏帝以太祖前后所上二十四条及十二条新制，方为中兴永式，乃命尚书苏绰更损益之，总为五卷，班于天下”[30]，后世称为《大统式》。从篇幅上看显然并非律典性质，应该是补充律典的单行法规。

隋唐和宋代的式具有典型意义。唐人说“式以轨物程式”[31]，宋神宗则将式定义为“使彼效之之谓式”，在编纂时，“表奏、帐籍、关牒、符檄之类凡五卷，有体制楷模者，皆为式”[32]。实际上都是指办事细则和公文书式的具体规定。当时式与律（或敕）、令、格等其它几种法律形式并称，具有重要的地

位。唐代有《武德式》14卷，《贞观式》33卷，《永徽式》14卷，《垂拱式》20卷，《删垂拱式》20卷，《开元式》20卷，但都已佚失。唐式共33篇，以尚书省二十四曹和秘书、太常、司农、光禄、太仆、少府、监门、宿卫、计帐等官署为其篇目名称。

宋代的式也已佚失，仅能从其它史籍中考见其部分篇目。如南宋的《庆元式》30卷，至少包括《文书式》、《考课式》、《职制式》、《断狱式》、《杂式》、《荐举式》、《封赠式》、《选试式》、《赏式》、《仓库式》、《场务式》、《理欠式》、《给赐式》、《赋役式》、《道释式》、《户式》、《断狱式》、《厩牧式》等十八门[33]。

宋代以后，式这一法律形式虽然没有象唐、宋那样被广泛运用，但也被一些朝代所使用。如明代就颁行有《行移体式》、《礼仪定式》、《学校格式》等。清代在司法实践中，办事细则等许多内容包括在各种则例中，式不再作为一种独立的法律形式。

四、宋代的敕

在宋代，君主敕令及其汇编称为“敕”。敕有散敕和编敕两大类。宋代皇帝发布敕令，正常的情况下要经过中书门下封驳的程序，再由尚书省颁行。个别情况下，如徽宗时，常有“御笔手诏”，直接由皇帝本人发布命令，接受者即据以为法。广义上，这两种皇帝的命令都称为敕，而未经专门结构编纂的称为散敕。散敕的数量极为庞大，北宋时每代皇帝颁布的都数以千计，南宋更增加到数万之多[34]，给援引使用带来极大不便，并造成法制的严重混乱。因此，象前代那样将散敕进行编纂的工作必不可少。

编敕起初是指经过编纂、成为定法的敕。但后来由于编敕体例的发展和概念使用并不严谨，当时人所称的编敕实际上主要指包括敕、令、格、式四种形式在内的法律汇编。为了说明的方便，这里所说的编敕，仅指狭义上经过编纂的敕，而并非指包含诸种形式的法律汇编。经过编纂的敕令在唐代称为格，五代时期就直接称为“敕”。后唐有《长兴敕条》、《天成杂敕》、《清泰制敕》，后晋编有《天福杂敕》等。编敕之名起于后周，当时有《大周续编敕》。宋代编敕一项极为重要的立法活动。北宋初，窦仪编纂《宋刑统》时，又同时编有《建隆编敕》4卷，与《刑统》并行，这是宋代编敕的开始。此后历朝皆有，编敕的地位也不断提高。见于记载的重要的单行编敕有《太平兴国编敕》15卷，《淳化编敕》25卷（后增为30卷），《咸平编敕》12卷，《景德编敕》15卷，《大中祥符编敕》20卷，《天圣编敕》12卷，《景祐编敕》44卷，《嘉祐编敕》18卷。宋神宗时，出于变法改制的需要，“以律不足以周事情，凡律所不载者，一断以敕，乃更其目，曰敕、令、格、式，而律恒存乎敕之外”[35]。这里“恒存乎敕之外”的“敕”，是指包括四种法律形式在内的“编敕”。从此不再出现单行的编敕，而都是以敕令格式合编的形式出现。由于神宗的这项改革措施，隋唐以来确立的律、令、格、式四种法律形式的地位和次序被改变，其中格的性质、律的地位都有重大变化。当然，律（即《宋刑统》）的作用仍然相当重要，其它法律形式只是补充律所不备，并未完全取代律，更没有废律不用。

作为君主命令，宋代编敕的具体内容也经过了一个发展演变的过程。据《宋史·刑法志》记载，宋初对大中祥符、庆历、嘉祐敕中“丽于法者”、即附有刑罚的法条数量做了统计，则显然另有不“丽于法者”。《玉海》卷六六也载：真宗《咸平敕》以仪制、车服别为一卷，仁宗敕有“但行约束、不在刑名者”，可见当时的敕不仅仅是刑事法规，还包括各种其它的规定。神宗熙、丰修敕，《刑法志》称：“禁于已然之谓敕”，“于是凡入笞、杖、徒、流、死，自《名例》以下至《断狱》，十有二门，丽刑名轻重者，皆为敕”，此时敕开始专为刑事性法规。《刑法志》：刘挚称“元丰编修敕令，旧载敕者多移之令，盖违敕法重，违令罪轻，此足以见神宗仁厚之德”。其实，移之令者恐怕就是不附刑名的敕，因为其性质与敕不符，改归入令典。神宗时所确立的敕的性质在哲宗元祐时曾有反复，《刑法志》引刘挚建议：“宜取庆历、嘉祐以来新旧敕参照，去取删正”，其中对旧敕混杂诸法的性质也有所恢复[36]。至“哲宗亲政，不专用元祐近例，稍复熙宁、元丰之制”，新体例才最终确立，敕成为纯粹的专门补充律典的刑事法规。

附带值得一提的是指挥的性质。“指挥”一词，唐代已使用，敦煌文书中伯.2754号判集第三道判词中称：“伏请都护明示指挥”[37]，即呈请上级作出处理决定；广顺元年三月二十日敕节文有“……并准律文及天宝九载九月十六日敕指挥”[38]，这里的指挥即敕。宋代的指挥，实际上并非一种独立的、性质单一的法律形式，而是泛指政权机关发布的命令。如“降诏指挥”、“圣旨指挥”、“内降指挥”等，显然是皇帝所颁者。换言之，这些指挥实际上就是前面所说的散敕，但并非所有指挥都出自皇帝。《庆元条法事类》卷四《职制门·职掌·职制令》：“诸监司被受三省、枢密院、省、台、寺、监指挥而事干他司者，以他司事报所属”，显然并非来自皇帝，而是其它中央官署颁下的。在南宋判牍汇编《名公书判清明集》中，在一些判文末注明“今备申使、府，取指挥”、“申都运、提举使司衙，取指挥”、“备申提

刑使台，取自指挥行下”等字样；除此之外，甚至还有“县司约束指挥”[39]。这些是地方各级官署所发布的“指挥”。指挥中可能包括具有普遍约束力的立法性规定，其中以出自皇帝者地位最高，也最为重要，还有一些内容经过编定成为编敕。另外，有大量的指挥仅是各级官府对特定事项的处理意见，则并无立法的性质，也并非纯粹的一种法律形式。

唐宋以后的元代，以君主命令发布了大量的单行法规，泛称圣旨、制诏，《大元通制》中有“制诏”，是皇帝颁布的敕令，共94条。但由于元代的立法水平所限，君主的命令并没有形成一种独立、系统的法律形式。

五、明朝的大诰、榜文

明代前期，大诰和榜文是以皇帝命令形式发布特别法的主要形式，后期则以条例为主。

大诰是明太祖发布的特别文告的汇编，包括洪武十七年至十九年（公元1384—1386年）明太祖对臣民法外用刑的案例、新的重刑法令和对吏民的训导。其中第二种性质的内容具有普遍约束力，是典型的特别法。“大诰”之名首出于《尚书》，是周公东征殷遗民时发布的训诫。明太祖效仿其告诫臣民之意，将其亲自审理的案例进行整理汇编。明代大诰包括四编，即《御制大诰》74条，《御制大诰续编》87条，《御制大诰三编》43条，《大诰武臣》32条，共236条，颁布于洪武十八年（公元1385年）至二十年（公元1387年）。

大诰在内容上涉及极广，而处罚的原则是比《大明律》普遍加重量刑。如“有司滥收无籍之徒”，律中规定处杖一百、徒三年，而大诰则处以族诛。再如不愿出仕为官，律典不加处罚，而大诰中专设“寰中士夫不为君用”罪名，竟处以死刑。再如禁游食、市民不许为吏卒等等罪名，都为律所不载。在各种打击对象中，官吏首当其冲。同时，《大诰》中还充斥着各种法外酷刑。

在语言表述上，由于明《大诰》是明太祖朱元璋直述其事，儒臣很少润色，因此话语口语化甚强。如《大诰武臣·私役军人第二十七》是对一名军官非法役使军人的处罚，在裁判理由中说：“外面守御的军官，务要把军整点得齐整，如常要不缺少了，叫唤呵，便都在眼前。他而今多占在家里使唤，倘或有些紧急，要军用呵，怎地好。这等人，所以都不饶他。”这显然是受到元代立法、特别是《元典章》中圣旨照录口语的影响。

为抬高大诰的地位和达到普及化的目的，并强化君主的权威，大诰中特别规定，“一切官民诸色人等，户户有此一本（大诰），若犯笞杖徒流罪名，（有大诰者）每减一等；无者每加一等”[40]。而且，在科举考试中也列入大诰的内容。洪武三十年（公元1397年）颁布《明律》时，又将大诰条目36条附载于律。据杨一凡考证：“明太祖朱元璋亲自编纂的《大诰》峻令，盛行于洪武，延续于永乐，至洪熙、宣德时已被搁置不用。”[41]

榜文是明代的法律形式之一。所谓榜文，即皇帝发布的皇榜或经皇帝批准发布的官府告示、法令，悬挂于各级官府衙门和各地的申明亭中。明代的榜文大多已经失传，现知的有明太祖于洪武三十年（公元1397年）四月颁行的《教民榜文》[42]，明嘉靖刊本《南京刑部志》卷3所辑洪武、永乐榜文69榜。[43]《教民榜文》系明太祖朱元璋钦定，共41条，对老人、里甲理断民讼和管理其他乡村事务的方方面面，如里老制度的组织设置、职责、人员选任和理讼的范围、原则、程序、刑罚及对违背榜文行为的惩处等，作了详尽的规定，堪称是我国历史上一部极有特色的民间诉讼和乡里管理法规。存于《南京刑部志》中的69榜榜文，均系嘉靖朝南京刑部仍悬挂使用的洪武、永乐两朝榜文。在这些榜文中，有50榜是建文四年（公元1402年）十一月刑部根据明成祖朱棣圣旨申明的，内有明太祖朱元璋洪武年间发布的45榜，朱棣执政后发布的5榜。另19榜是在此之后由南京刑部陆续悬挂的永乐榜文。从这些榜文适用的对象分类，用于治官治民的各一半左右，其中有一些属于新的刑事立法，且刑罚大多较《大明律》相近条款量刑为重。这是朱元璋于洪武后期和明成祖朱棣执政期间未彻底放弃“以威为治”的又一例证。终明一代，明太祖于洪武三十年颁行的《教民榜文》曾长期通行，并对清代发生了重要影响。如清朝建立之初，就发布了“顺治元年榜文”[44]。榜文这一法律形式，被清朝沿用。

六、明清的编例

明清两代在法律实践中，注重编例。例从法律形式上说，有事例、判例、条例、则例等；从内容上分

类，有吏例、户例、礼例、兵例、刑例、工例。在司法审判实践中，适用的主要是刑例。

关于明代的编例，因例的内容十分繁杂，本文着重介绍问刑条例的编纂情况。明初，明太祖朱元璋执政期间，就总结宋代编敕、元代编格例之得失，并将这种法律形式加以改造和发展，首开律例体制之先河。当时制定的律外之法，除《大诰》外，尚有《真犯杂犯死罪》、《充军》、《律诰》条例等多种。洪武三十年颁布《大明律》后，明太祖留下遗训：“已成之法，一字不可改易”；“群臣有稍议更改，即坐以变乱祖制之罪。”，洪武以后各朝，在谁也不愿承担“变乱祖制”罪名的情况下，几朝君主只好采取以“令”、“例”的形式对《大明律》进行间接修正。从明成祖到明孝宗的近百年中，各朝为求法制统一，每一皇帝即位后，便宣布将前朝的条例一概革去，自己再来一套，接着本朝的例愈来愈多。至明孝宗弘治十三年（公元1500年），经九卿集议，将经久可行的条例297条编为《问刑条例》，与《大明律》并用。这次编订的《问刑条例》，曾在弘治、正德、嘉靖三朝实行达50年之久。嘉靖二十九年（公元1550年），再次修订《问刑条例》。嘉靖《问刑条例》共376条，实行时间为35年，至万历十三年（公元1585年），再次修订《问刑条例》，万历《问刑条例》计382条，附于律典相关条文之后，正式确立律例合编的法典编纂体例。《问刑条例》是明代中后期最重要的刑事立法。经过精心修订，整齐划一的《问刑条例》，其主导方面是发挥“以例补律”、“以例辅律”的作用。

明代除编纂问刑条例外，还编纂和颁行了大量的行政、经济、礼仪、军事和民事方面的许多条例。如《六部纂修条例》、《吏部四司条例》、《宗藩条例》等职制、宗藩管理方面的条例；《盐法条例》、《天津卫屯垦条款》等经济管理方面的条例；《洪武礼制》、《节行事例》等礼仪方面的条例；《军政条例》、《御倭条款》等军政、军事管理方面的条例等。

律例合编的体例为后来的清朝所继承。清代顺治、雍正和乾隆三部律典中，都将条例编入。其中，雍正年间颁行的《大清律集解》中还对条例作了分类，将《大清律集解附例》中的321条条例编为“原例”，将顺治、康熙年间新颁的条例编为299条“增例”，而将雍正年间颁布的条例编为204条“钦定例”。如有矛盾，适用的先后依次是钦定例、增例、原例，最后才是律文。至乾隆年间修订《大清律例》时，取消了对条例的分类，统一按颁布时期的先后次序附于相关律条之后。条例历朝不断增修，乾隆初年《大清律例》初定时有条例1042条，到乾隆三十三年就已达1456条，嘉庆时增至1573条，道光五年有1766条，到清朝同治九年（公元1870年）最后一次修律，条例数量已增至1892条。《清史稿·刑法志》说：“盖清代定例，一如宋时之编敕，有例不用律，律既多成虚文，而例遂愈滋繁碎。其间前后抵触，或律外加重，或因例破律，或一事设一例，或一省一地方专一例，甚且因此例而生彼例，不惟与他部则例参差，即一例分载各门者，亦不无歧异。”这是传统立法体制的通弊，并非清代的条例为然。

清代的例内容很广，除条例以外，主要还有事例和则例。事例是皇帝就某项事务发布的上谕，或经皇帝批准的各政府部门的建议，在《清会典事例》中收录较全。事例并非都是立法性质的命令，也并不自然具有永久稳定的法律效力。其中的一部分经过专门机构的编纂成为条例，才成为可以援引的法律渊源，具有稳定的效力。

则例是清代为特定机构和事务制定的部门性和行政性的规章，种类繁多。中央各部门几乎都有相应的则例，如中央六部则例、盛京各部则例、《理藩院则例》、《大理寺则例》、《都察院则例》、《国子监则例》、《翰林院则例》、《鸿胪寺则例》、《起居注馆则例》、《钦定宗人府则例》、《钦定总管内务府现行则例》、《钦天监则例》、《太常寺则例》、《通政使司则例》、《詹事府则例》、《总管内务府畅春园现行则例》，等等。针对特定事务的则例，如《八旗则例》、《闽海关常税则例》、《旗地则例》、《热河工程则例》、《热河园庭现行则例》、《山海关则例》、《万寿山工程则例》、《圆明园万寿山内庭汇同则例》，等等。

附带值得注意的是清代的通行。在清代，“通行”具有多重含义。作为独立于其他法律形式的通行，如熟谙刑曹事务的沈家本所指出：“律者，一成不易者也；例者，因时制宜者也。于律例之外而有通行，又以补律例之所未尽也。或絀绎例意，或申明定章，或因比附不能画一而折其衷，或因援引尚涉狐疑而申其意，或系酌量办理而有成式可循，或系暂时变通而非永著为例；更有经言官奏请、大吏条陈，因而酌改旧文、创立新例、尚未纂入条例者。”[45]与成案（详见第四节）不同，清代通行以抽象的形式归纳出法律要点，往往汇编成册，称为《通行章程》，具有更稳定的地位和效力。这种《通行章程》，具有权威法律解释、实施细则和办法的性质。它较律例等正式制定法仅有一步之遥，故效力上应该也略低，在当时的法律体系中居于准制定法的地位。

通行可以由皇帝通过颁旨形式以抽象规定的形式确定，也可直接由刑部通令各省一并遵行。其通常都明确地抽象为新的规则，如“嗣后遇有抢夺买休之妇，即比照抢夺犯奸妇女之例办理”[46]。另外，还有一类被称为“遵行”，“系部中通传各司遵办，并不通行外省”[47]，是施行于部门内部的办案规则。这种遵行在成案中通常以“即传知各司抄存备考”、“传知各司抄存备查”等形式表现出来。

第三节 法律解释

除君主或有关专门机构制定、颁行的上述各种法典外，由官府对成文法、特别是对成文法典的解释，也具有法律效力。这些立法或司法的解释，发挥着说明、补充和完善立法的作用，在当时司法实践中具有重要意义。明清时期的大量私家律注传世，虽然没有法律效力，但对司法也产生了一定影响。

一、秦汉的法律解释

从现有史料来看，法律解释至少在秦代已普遍出现。睡虎地秦墓竹简有一部分内容采用问答形式，对秦律某些条文、术语或意图进行解释，由整理者定名为“法律答问”。如其中说：“‘父盗子，不为盗。’今假父盗假子，可（何）论？当为盗。”[48]意即，按照法律规定，父亲盗窃儿子的东西，不作为盗窃。但法律解释指出，这一规定不适用于义父与义子之间。如果义父盗窃义子，则被认为是应该追究责任的盗窃行为。又如法律规定有“盗主”的罪名，即家奴偷盗主人财物。但法律解释指出，如果偷盗主人的父母，则应区别情况：如主人与父母同居，则盗主罪名成立；否则就不成立。再如法律规定：“抉钥，赎黥”[49]，即撬门键的，应处罚赎黥刑。但对于什么行为及何种程度构成此罪，法律没有规定。有关解释说：如果撬门键的目的在于盗窃，则即使未能撬开就走，或被抓获，都以本罪论处；如果不是以盗窃为目的，则已撬开才算“抉钥”，未遂者只处罚二甲的刑罚。这些法律解释的主体在竹简中没有载明，但秦代“以吏为师，以法为教”，这些解释，应该是出自官府。从其涉及的具体细致的内容来看，很可能是较高级别的官府针对下级适用法律所作出的权威解释，对于理解、运用法律具有指导性意义。

汉代继承了秦朝解释法律的传统。由于学术传承主要通过家学相授的方式，因此律学成为私家之学，私家律注盛行一时。另一方面，法律日渐繁密，“文书盈于几阁，典者不能遍睹”（《汉书·刑法志》），在客观上促使了律学的发展。同时，“罢黜百家、独尊儒术”的政策确立，儒家经学得到长足的发展，出现了据经解律的现象，即以儒家经典中的大义作为解释法律的依据。当时有叔孙宣、郭令卿、马融、郑玄等著名儒学大家以经注律，这些对法律的解释各执一说，当时称为“章句”，共有十余家之多，每家都有数十万字。据《晋书·刑法志》，“凡断罪所当由用者，合二万六千二百七十二条，七百七十三万二千二百余言，言者益繁，览者益难。”虽然当时这些解释都是以私家的名义出现，其效力并未得到政府的认可，但实际上已直接影响了司法实践。为了解决这种混乱的状况，政府曾规定，以郑玄的解释作为唯一的合法注释。但在汉代，由官方进行的法律解释似乎始终没有发展起来。

二、魏晋南北朝时期的法律解释

汉代以后，魏晋是律学取得重大发展的时期。三国时魏刘劭曾参与制定《魏新律》，并作有律学著作《律略论》。由杜预等儒家学者参与制定《泰始律》，杜预、张斐等又为之作注，疏解其意。张斐著有《汉晋律序注》、《杂律解》、《律解》等，杜预的注释为《律本》。张、杜二人的注解当时以立法解释的形式公布，与律文一起，被后人称为《张杜律》，是晋律的权威注本。尽管这些典章和注释都已失传，但从现存的《注律表》等史料中，仍能考见当时法律解释成就之一斑。

保存于《晋书·刑法志》中的《注律表》，是参与修律的律学家张斐在注解晋《泰始律》后向武帝说明其著作要点所上的奏表。《注律表》强调了《刑名》篇在律典中的重要地位。指出，律始于《刑名》篇，该篇包含定罪量刑的基本原则，用来规定罪与法的轻重关系，明确量刑加减的等差，阐发其它篇章中的意旨，补充其条款所未涉及的内容，比较、列述各种根本原则。在《注律表》中，还对律典涉及的二十个重要名词作了精当的疏解，体现了当时律学发展的水平和成就：明知而违犯叫做“故”，对后果有所意识但并非故意的叫做“失”，欺上不忠叫做“谩”，不守信用、自以为巧叫做“诈”，不遵守礼节叫做“不敬”，双方有所争执而相互侵犯叫做“斗”，双方本来和睦的情况下相互侵犯叫做“戏”，没有发生突然情况而杀伤他人叫做“贼”，没有意识到后果的严重而误犯的叫“过失”，违逆根本的常理叫做“不道”，凌辱、侵犯上级叫做“恶逆”，准备侵害但还未着手实施叫做“将”，首先提出犯罪意图的叫“造意”，二人相对商议叫做“谋”，控制一批人、有犯罪图谋的叫做“率”，不是出于双方自愿叫做“强”，攻击他人的过失勒索财物叫做“略”，三人以上叫做“群”，非其物而取之叫做“盗”，犯罪所得的财利叫做“赃”。这些对法律概念的明确解释和区分，是我国古代刑法理论的重要成就。

《注律表》中还指出，适用法律要根据具体情况反复推敲，才能准确无误。例如不执行皇帝的诏书，如果没有故或失的犯罪情节，则应当罚赎；犯谋反罪的同伍之人，即使确实不知情，也要处以刑罚，这是关于故、失犯罪规定的例外情况。再如，用兵刃、或在水、火附近相斗，不能以戏来处罪，因为这种戏的情节已经过于严重了；向人的房屋中或道路上投射，不能以过失为托辞，因为过失是不包括这种情况的。

张、杜等律学家对晋律所作的解释，体系完整，内容精密，达到了相当高的水平。其在司法实践中的具体运作状况虽然已不可考，但由于其属立法解释，显然与律典一样具有公认的法律效力。张、杜律的法律解释成就，为后来唐代《律疏》这一经典性法律解释文本的产生，奠定了坚实的基础。

三、唐代法律解释的经典成就——《律疏》

《唐律》是中华法系的代表性法典，而对其进行的注释——《律疏》，则充分体现了传统法律解释的风格和水平，成为传统法律注释的经典。

《唐律》颁行以后，永徽三年（公元652年），由于中央和地方司法机关对律典的理解和适用不尽统一，在“明法科”的科举考试中也缺乏标准，因此又由长孙无忌等主持，对《永徽律》的条文及其原有注解再逐句进行解说，并对司法过程中可能出现的疑难情况，以问答形式加以规定，称为《律疏》，于永徽四年（公元653年）颁布，共30卷。《律疏》与律典正文具有同等效力。《律疏》颁布后，“断狱者皆引疏分析之”（《旧唐书·刑法志》），在司法被广泛引用，成为重要的法律渊源。至玄宗开元年间，曾对《律疏》加以修订，篇幅仍为30卷。

《律疏》主要对律典每一条款中具体的概念进行界定，并对法条的适用原则、方法等进行疏释。如《唐律》卷10《职制》“长官及使人有犯”条：“诸在外长官及使人于使处有犯者，所部属官等不得即推，皆须申上听裁。若犯当死罪，留身待报。违者，各减所犯罪四等。”《律疏》解释有关名词：“‘在外长官’，谓都督、刺史、折冲、果毅、镇将、县令、关监等”；“‘若犯当死罪’，谓据纠告之状合死者”；并对如何执行这一法律以及法律责任进行了解释：“长官及诸使人于使处有犯者，所部次官以下及使人所诣之司官属，并不得辄即推鞠。若无长官，次官执鱼印者，亦同长官。皆须先申上司听裁。……违者，各减所犯罪四等。留身者，印及管钥付知事次官，其铜鱼仍留拟勘。敕符虽复留身，未合追纳。”

《律疏》对有些律条的注解还引用其它的法律规定，以便执行中参照。如《唐律》卷16《擅兴》“擅发兵”条：“诸擅发兵，十人以上徒一年，百人徒一年半，百人加一等，千人，绞。”《律疏》中指出：“依《令》：‘差兵十人以上，并须铜鱼、敕书勘同，始合差发。若急须兵处，准程不得奏闻者，听便差发，即须言上。’若无紧急，又不先言上，辄擅发十人以上、九十九人以下，徒一年；满百人，徒一年半；百人，加一等；七百人以上，流三千里；千人，绞。”这条注解中不仅对该刑事法的执行提出细则，而且根据令典，对调兵的程序进行了说明；这既是对“擅发兵”这一概念的界定，又便于执行者明确有关职责。

《律疏》中还普遍引用儒家经典，显示了儒家思想对法制的深刻影响。如《唐律》卷10《职制》“上书奏事犯讳”条：“诸上书若奏事，误犯宗庙讳者，杖八十。……若嫌名及二名偏犯者，不坐。”《律疏》解释“嫌名”、“偏犯”这两个概念时，指出：“若嫌名者，则礼云‘禹与雨’，谓声嫌而字殊；‘丘与区’，意嫌而理别。‘及二名偏犯者’，谓复名而单犯并不坐，谓孔子母名‘征在’，孔子云‘季孙之忧，不在颛臾’，即不言征；又云‘杞不足征’，即不言在。”这条律疏解释了避讳的范围，特别说明同音或双名中仅用一字等情况，都不属于犯讳。在解释中，援引儒家经典《礼》和《论语》等文句作为例证，一方面体现了注解者的儒学修养，另一方面也加强了论证的说服力。

《律疏》中常采用自设问答的方式，假设案例，并提出处理办法，以疏解律意。如《唐律》卷21《斗讼》“两相殴伤论如律”条：

“诸斗两相殴伤者，各随轻重，两论如律；后下手理直者，减二等。”

《律疏》中先假设案例：甲乙互相殴打，甲打乙未造成伤害后果，而乙殴甲、有轻伤，则甲按有关殴人无伤的律文规定，笞四十，乙杖六十。如果甲是普通人，乙是奴隶，甲殴伤乙，乙殴甲无伤，则根据有关律文，甲因身份可减二等，笞四十；乙则因身份，应加二等，处杖六十。通过两例说明了“各随轻重，两论如律”的意思。

由于律文中还规定后下手、有理的一方可以减二等处罚，因此又假设一种情况：如果伯叔先下手殴打侄子、或兄姊先下手殴打弟妹，被打者还击，是否可按律文减二等量刑？“答曰：凡人相殴，条式分明。五服尊卑，轻重颇异。只如殴缙麻兄姊杖一百，小功、大功递加一等；若殴缙麻以下卑幼，折伤减凡人一等，小功、大功递减一等。据服虽是尊卑，相殴两俱有罪，理直则减，法亦无疑。若其殴亲侄、弟妹，至死然始获罪，伤重律则无辜。罪既不合两论，理直岂宜许减？”在回答设问中指出，如果相殴先下手的一

方构成犯罪的。那么据理还击的卑幼可以援引此律减刑；但如果是伯叔、兄弟等近亲尊长先下手殴打，根据法律只有致死才追究责任，否则无罪，因此这种殴打行为本身不构成犯罪，被打者如还击，不能减轻量刑。最后进一步强调，“举伯叔兄弟，但殴伤卑幼无罪者，并不入此条”，即凡是对于其它殴打卑幼不构成犯罪的尊长，卑幼如还手，也不能减刑。这是律典正文根本未曾涉及的情况，但通过《律疏》的解释，法律的内容更加完善。

另外，《律疏》对立法的主要意图有所阐述，如在篇首即提出“德礼为政教之本，刑罚为政教之用”的立法指导思想。在《名例律》中有关刑法原则的律疏中，也有不少这类解释。如《唐律》卷一《名例》“十恶”条列举了十类性质严重犯罪，《律疏》对每种都的意义都作了解释，如对“恶逆”，《律疏》谓：“父母之恩，昊天罔极。嗣续妣祖，承奉不轻，泉镜其心，爱敬同尽；五服至亲，自相屠戮，穷恶尽逆，绝弃人理，故曰‘恶逆’”；再如对“不义”，解释说：“礼之所尊，尊其义也。此条元非血属，本止以义相从，背义乖仁，故曰‘不义’”。这有利于司法官员更好地理解有关原则和概念。

唐代的《律疏》起初以单行本出现，后来出于使用的方便，与《唐律》合编为一，合称《唐律疏议》。仅就这部《律疏》而言，它总结、借鉴前人法律注释的经验和技术，集汉晋以来法律注释之大成，成为现存最早、最完整的立法解释著作，不仅对唐朝的法律解释及适用具有重要意义，而且对以后的法律解释，也都产生了深远的影响。宋代的律典《宋刑统》的主体内容沿袭了《唐律疏议》，已如前述。《宋刑统》中不仅沿用《唐律》，也原封不动地照搬了唐代的《律疏》，作为律文的法律解释照用。金《泰和律》也模仿《唐律疏议》的体例，“附注以明其事，疏义以释其疑，名曰《泰和律义》”（《金史·刑志》）。其具体内容虽已不可考详，但既然《泰和律》是完全以《唐律》为蓝本，其注释想必也不能脱离唐代《律疏》的窠臼。

四、明清的私家注律

明清时代，私家注律盛行，有大量律学成果问世。明代有何广《律解辩疑》、张楷《律条疏议》、雷梦麟《读律琐言》、应橧《大明律释义》、应廷育《读律管窥》、王之桓《律解附例》、陆柬之《读律管见》、王樵《读律私笺》、王肯堂《大明律附例笺释》、郑汝璧《大明律解附例》、林兆珂《注大明律例》、高举发《大明律集解附例》、姚思仁《大明律附例注解》等。清代的律学著作为数更多，其中著名的有沈之奇《大清律辑注》、王明德《读律佩觿》、吴坛《大清律例通考》、薛允升《读例存疑》，等，据初步统计，明清两代的律注文献和其他法学著作在200种以上。在当时的法律实践中发挥了相当的作用。

但这些法律解释都只是律学家们根据个人理解所作的学理解释，没有法律上的约束力，自然在司法实践中的效力也并不稳固，但在司法判例中确有援引私家律注的事例。清代曾对律条作有立法解释，即在雍正五年（公元1727年）颁布的《大清律集解》每条律文后增加了解释性的“总注”，作为“集解”，但至乾隆五年（公元1740年）《大清律例》，这些总注就被全部删除，其前后实施时间不过十余年。因此，其影响也相对有限。

第四节 司法判例

我国早在西周时，就在诉讼审判中“上下比罪”，适用判例。《礼记·王制》云：“疑狱汜与众共之，心察小大之比以成之”。郑玄注谓：“已引故事曰比”。秦汉以后各朝，司法官员在注重依据成文法审理案件的同时，在法无明文规定的情况下，往往比附判例裁判案件。

一、秦代的“廷行事”

据《睡虎地秦墓竹简》中《法律答问》记载，秦代时已有比附判案成例裁判案件的制度，称为“廷行事”。廷，应即指廷尉，是当时最高司法长官；行事，据王念孙《读书杂志》：“行事者，言已行之事，旧例成法也”[50]。廷行事的频繁出现，说明当时官府根据以前判案的成例裁处案件，已成为一种公认的制度。

廷行事在当时的司法实践中有重要作用。通过廷行事，可以弥补法律规定的空白，并解决法律适用过

程中出现的概念界定、条文理解等各种问题。如《法律答问》中提出，假冒鬻夫封印如何论处？这很可能是法律没有明确规定的问题，根据廷行事，按伪造官印论处[51]。再如控告他人盗窃一百一十钱，审问结果是盗窃一百钱，控告者应如何论处？按照法律规定应罚二甲。盗窃一百钱，控告者故意私加十钱，问控告者应如何论处？应罚一盾。罚一盾符合律的规定，但由于这与前一行为很难区分，因此廷行事以控告不实论处，也仅罚二甲[52]。又如，求盗（专司捕盗的人员）追捕罪犯时，为罪犯所杀，问杀人者应以贼杀人论处，还是作为斗杀人论处？根据法律，是作为斗杀人，但由于这种性质的行为情节和性质严重，廷行事作为贼杀人[53]，其处罚应比斗杀人为重。另一例中，法律规定：“百姓有责（债），勿敢擅强质；擅强质者及和受质者，皆贲二甲。”意即百姓之间有债务，不准擅自强行索取人质；否则均罚二甲。但由于这一规定中有明显漏洞，其中“皆贲二甲”的处罚对象含糊不清，因此有关“廷行事”的做法是，向他人强行索取人质的一方应予处罚，被迫的一方无罪；如果双方同意，则给予人质的一方也要论罪[54]。

从上述事例中可见，通过适用廷行事，可以有效地弥补了成文法律的不足，使司法实践具有更强的灵活性和合理性。当然，廷尉所决的具体案件面貌如何，现在已不可知，所以廷行事的内容是具体案件，还是根据具体案件判决抽象出来的规定，或仅仅是具有普遍约束力的最高司法解释，目前还不能论定。

但以司法先例断狱决疑的做法，在汉代已明确有案可考。张家山汉简《奏谳书》记载了高祖六年（前197年）的一则案例：战国时齐国贵族田氏，受命徙处长安，由临淄狱吏阑送行。他们到了关中，阑娶女子南为妻，想一同回到临淄。于是阑让南装病躺在车中，企图用大夫虞的过关凭证蒙混过关，但未出关就遭逮捕。当时法律没有明确规定如何对阑定罪，于是出现了两种意见，其中之一是“当以从诸侯来诱论”，理由是有此前发生的“人婢清以亡诸侯”一案：“人婢清，助赵邯郸城，已即亡，从兄赵地，以亡之诸侯论，今阑来送徙者，即诱南。吏议：阑与清，同类，当以从诸侯来诱论。”[55]虽然此案最后判决并未采纳这一意见，但司法官吏在裁决案件中适用先例的做法，看来已很明确。

二、汉唐之间的比、故事和科

司法判例在汉代被称为“比”。比原是“比附”之意，即比照有关规定或判例定罪量刑。汉朝的比，成为一种独立的法律形式，又称为“决事比”、“辞讼比”。据《礼记·王制》注：“已行故事曰比。”《周礼·秋官·大司寇》汉注：“若今之决事比”；疏：“若今律其有断事，皆依旧事断之；其无条，取比类以决之，故云决事比”。由于比具有较大的随意性，因此汉初对比的适用有一定的限制。由于援引比附在适用上更灵活，易为司法官吏所采用。汉武帝时，“奸猾巧法，转相比况，禁罔浸密，死罪决事比万三千四百七十二，文书盈于几阁，典者不能遍睹，是以郡国承用者驳，或罪同而论异，奸吏因缘为市，所欲活者傅生议，所欲陷者予死比”。成帝诏中也指出，“奇请他比，日以益滋”；注：“比，以例相比况也；他比，谓引他类以比附之，稍增律条也”[56]。《新唐书·艺文志》载汉代有《廷尉决事》20卷，“廷尉决事”应即秦代廷行事，为当时的决事比的一种重要形式。当时的判例，已有专门的汇编，惜均已失传。

汉代以后，晋初贾充等在编纂律令的同时，将当时的有关制诏之条，删定为故事30卷，与律令并行，成为一种重要的法律形式，编纂故事也就成为律典与令典编纂之外的一项重要的立法活动。根据史书记载，晋代汇编的故事，有《晋故事》43卷，《晋建武故事》1卷，《晋咸和、咸康故事》4卷，《修复山陵故事》5卷，《建武以来故事》3卷，《晋诸杂故事》22卷等[57]。南朝梁代时蔡法度主持立法时，将《故事》改称“科”，经过删并取舍，制定《梁科》30卷。

三、唐宋元的判例

唐宋和元代，判例是例的一种类型，通常也被称为“例”。唐高宗时，详刑少卿赵本仁曾编纂《法例》3卷，作为断狱的依据。对于《法例》的内容和性质，它是类似清代被确认为“通行”的那种成案，还是根据具体案件判决抽象出来的规定，或者是类似律典中“名例律”那样的原则性规定？学术界存有争议。但从唐高宗对《法例》的态度看，似乎其内容属于判例性质。唐高宗认为，律令格式为天下通规，“条章备举，轨躅昭然，临事遵行，自不能尽。何为更须作例，致使触绪多疑。计此因循，非适今日，速宜改辙，不得更然。”[58]既然皇帝认为，律典等基本法律已经相当完备，不必要再编例，《法例》也就被废而不用。唐代对援引皇帝所作的判例进行严格限制。《唐律·断狱》明确规定：“诸制敕断罪，临时处分，不为永格者，不得引为后比。若辄引致罪有出入者，以故失论。”律疏：“事有时宜，故人主权断，制敕量情处分，不为永格者不得引为后比。”《宋刑统·断狱》引唐刑部格敕：“如闻诸司用例破敕及令式，深乖道理，自今以后，不得更然。”这限制了判例作为独立法律形式的发展。

例在宋代得到很大发展。宋代将编集“断例”作为成文法典的补充。尽管统治者对援引判例断案并不提倡，但毕竟这种方法有着一定的实用价值，所以在司法实践中被审判衙门所适用。为了防止司法官吏随意援引判例，宋朝采取统一编集判例以供审判衙门援用的做法。宋仁宗庆历三年（公元1043年），由刑部、大理寺将断狱案例汇编为例，这是现在可知的第一部宋朝的断例。自宋神宗起，编集断例也成为一种立法活动。神宗时有《熙宁法寺断例》12卷，哲宗时有《元符刑名断例》3卷，徽宗时也有《崇宁断例》。在对断例的适用上，规定只有在法律没有明文规定的情况下，才可以援用断例，禁止用例破法。

到了南宋时，例的地位大大提高，绍兴年间曾编集《绍兴刑名断例》。乾道元年（公元1165年），根据刑部的建议，将绍兴年间以来的断例分类汇编成书，即《乾道新编特旨断例》，共64卷，收断例547件。其中《名例》3卷，《卫禁》1卷，《职制》3卷，《户婚》1卷，《厩库》2卷，《擅兴》1卷，《贼盗》10卷，《斗讼》19卷，《诈伪》4卷，《杂例》4卷，《捕亡》10卷，《断狱》6卷。虽然在立法上对例的适用有所限制，如《宋会要辑稿·刑法·一之二一》载法条：“引例破法及择用优例者，徒三年。”同书《职官·七九之六》载南宋绍熙元年（公元1190年）指挥：“其有法者，止当从法；其合比附比类者不得更引非法之例。令御史台觉察，必罚无赦。”然而在司法实践中，史载南宋时期，“法令虽具，然吏一切以例从事。法当然而无例，则事皆泥而不行，甚至隐例以坏法”[59]，例的地位相当重要。

元代的法律形式有三，一曰诏制、二曰条格、三曰断例。行政方面的诏令事例称为条格，司法方面的判例称“断例”。现见的元代判例除《通制条格》收入的外，在《元典章》中还收录了不少元代的断例和案例。从这两种文献所载断例看，有些是经朝廷批准的司法判例，也有些则是由朝廷根据有普遍意义的典型案件抽象出来的格例。元代在司法实践中广泛适用断例，“断例则因事立法，断一事而为一例者也”[60]。由于断例、条格都是因事立法，日积月累，数目不断增多，显然不能适应治理中国这样一个领土广大、事务复杂的国家的需要。因此，至元英宗时，将能够适用的条格、断例汇编成册，合为《大元通制》。其中条格是按照唐宋令典的体例进行编集，共27篇：《祭祀》、《户令》、《学令》、《选举》、《宫卫》、《军防》、《仪制》、《衣服》、《公式》、《禄令》、《仓库》、《厩牧》、《关市》、《捕亡》、《赏令》、《医药》、《田令》、《赋役》、《假宁》、《狱官》、《杂令》、《僧道》、《营缮》、《河防》、《服制》、《站赤》、《榷货》，共1151条。现存《通制条格》仅有其中19篇，大体上是一事一例，或者一事一令，主要用以处理民事纠纷和刑事案件。现存《通制条格》中，收录判例共31条，其中户令类判例12条，田令类判例4条，赋役类判例2条，捕亡类判例3条，赏令类判例2条，杂令类判例7条。

四、清代的判例

清代在审判活动中，强调依据正律、正例裁决案件。为了正确裁决各种案情纷杂的案件，朝廷还通过特定程序，把大量的成案上升为“定例”或确认为“通行”，允许执法官员在法无明文规定的情况下，比附“定例”和确认为“通行”的成案裁判案件。这种经过特定程序获得认可、“俱系例无专条、援引比附加减定拟之案”[61]，我们称为判例，其在司法实践中具有普遍约束力。

在清代，未被确认为“通行”的成案，始终未获得制定法的正式认可。《大清律例》明确规定：“除正律、正例而外，凡属成案未经通行、著为定例，一概严禁，毋得混行牵引，致罪有出入。如督抚办理案件，果有与旧案相合、可援为例者，许于本内声明，刑部详加查核，附请著为定例。”[62]这一条例制定于清朝前期的乾隆三年，纂定后终清一代一直有效。但实际上成案在许多疑难案件的处理中具有重要的参考作用。在清代刑事案件汇编《刑案汇览》所收录六千余件案件裁判中，实质性援引成案的数目达367件[63]。其中，明显依照所援引的成案为依据而非立足于对制定法及其文义解释作出裁决的案例，共100件。这表明，尽管朝廷明令禁止使用成案裁判，但各地法官、特别是中央刑部在司法实践中援引成案的现象并不罕见。官员们的态度也比较实用：“伏思成案如果于情法两得其平，原不妨比附定拟。如若轻重稍有倒置，则罪名出入攸关，自不得因仍迁就，一误再误，致启高下其手之弊。”[64]因此，未经通行的成案并不具有现代判例法意义上的效力。

相关文章

中国法律史学会 主办 中国社会科学院法学研究所 承办
电话: 64022187 64070352 邮件: law-culture@163.com
地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720