

令在中国古代的作用

刘广安*

摘 要 令在中国古代主要是在秦汉至唐宋的历史上,是与律同样重要的法律形式。令的作用主要表现在行政管理和社会管理方面的指导作用和惩戒作用,还有奖励作用和教化作用。令在秦汉至唐宋的法律体系中,与律互相配合,在重要制度和一般制度方面都起到了互补的作用。令在产生、发展和转变的不同时期,在处理行政事务与社会事务的方式、范围和程度方面,显现了不尽相同的作用。

关键词 令 作用 古代

令在中国古代主要是在秦汉至唐宋的历史上,是与律同样重要的法律形式。学界研究律的论著较多,研究令的论著较少。有关令的论著集中在对令的史料的辑录整理考证方面,和对令的内容的分类论述、沿革论述和性质分析方面,以及对令的制定方式或编纂体例的研究方面。^[1]对令在中国古代的规范功能问题,即令在中国古代如何发挥作用的问题

* 中国政法大学法律史学研究院教授。本文在2001年8月完稿后,李启成、李凤鸣、陈新宇三位优秀青年法史学者提供了很好的增补意见,专此致谢。同时感谢《中外法学》匿名评审专家提出的细致的修改意见。本文在2011年10月29日教育部人文社会科学重点研究基地中国政法大学法律史学研究院主办的“中国古代法制与秩序国际学术研讨会”上宣读后,进一步强调了令与律在罚则上的相同作用和不同作用。感谢苏亦工教授在会上的评议,感谢陈景良教授在会上的即兴点评。

[1] 关于令的史料的辑录整理考证的论著主要有沈家本撰:《历代刑法考》第二册中有关“律令”的考证,中华书局1985年版。仁井田陞:《唐令拾遗》,栗劲等编译,长春出版社1989年版。张鹏一编:《晋令辑存》,三秦出版社1989年版。方龄贵:《通制条格校注》中关于令的史料,中华书局2001年版。关于令的内容的沿革论述、分类阐释或性质分析的论著主要有仁井田陞:《〈唐令拾遗〉序论》和池田温:《〈唐令拾遗补〉编纂刍议》(见《唐令拾遗》附录,长春出版社1989年版)。池田温:“唐代的律令”,《中山大学学报》1990年第1期。高恒:《秦汉简牍中法制文书辑考》,社会科学文献出版社2008年版。张伯元:《“秦令”考》,载于张著《律注文献丛考》,社会科学文献出版社2009年版。张建国:“中国律令法体系概论”,《北京大学学报》1998年第5期。霍存福:“论礼令关系与唐令的复原”,《法学研究》1990年第3期。南玉泉撰:“律令法体系的产生与变化”,载于南玉泉:《中华法律文明探赜》(转下页)

题,令的罚则在维护行政秩序和社会秩序方面的实现方式问题,尚缺乏专门的深入的论述。令在调整古代社会关系中是如何发挥作用的?其作用是以哪些方式表现出来的?在以律令为支柱的秦汉至唐宋的法律体系中,令与律的作用有哪些共同的方面?有哪些不同的方面?二者究竟是怎样互相配合的?令在产生、发展和转变的不同时期,其作用是怎样变化的?这些问题需要法史学者作出既有史学深度又有法学深度的史料分析和理论提炼。鉴于上述问题的客观存在和法史学研究深入的需要,本文在对令的史料整理成果进行综合考察的基础之上,特别是通过对古人有关令的认识资料的分析考察,对令在古代社会的作用,总结出以下几方面的认识,略供同仁参考。文中观点,尽量做到论从史出。由于各朝代的令文材料遗留至今的多少不一,晋代和唐代的令典都没有完整地留传下来,尤其是缺乏关于令的司法判决的材料,这为从制度层面全面地深入地探讨令的作用存在很大的困难。为了解决令典材料遗存不完全对研究造成的困难,本文较多地使用了思想史料与制度史料互相补证的方法,利用历史上有关令的思想史料说明令在各方面的作用,特别是说明令在汉代之前和令在宋代之后的作用问题。我对中国古代律典的作用曾有专门的论述,认为中国古代律典的作用“主要在于对民众进行教化、警示和威慑,而不在于司法判决”。^[2]但没有论述令的作用。本文对令的作用的系统、专门的论述,也是对以前论述律典作用的补充和扩展。

一、令在古代社会的指导作用和教化作用

在管子学派关于令的论述中,已显示出对令的指导作用的认识。《管子·七臣七主》中说:“法者,所以兴功惧暴也;律者,所以定分止争也;令者,所以令人知事也。法律政令者,吏民规矩绳墨也。”在这段论述中,法与律同义,其适用范围是“兴功惧暴”和“定分止争”,是一种比较稳定的行为规范。令与政令同义,其适用范围是“令人知事”,就是指导人们认识应当做什么的行为规范,是一种比较灵活的行为规范。晋代杜预指出:“律以正罪名,令以存事制。”^[3]进一步明确了令与律的区别,令是一种正面规定国家制度并指导人们正确作为的行为规范,律是一种规定罪名并制裁非法犯罪的行为规范。令的教化作用,晋代也有明确的认识,即《晋书·刑法志》中所言:“故不入律,悉以为令。施行制度,以此设教。”唐宋时期,令的指导作用有了新的概括说明。《唐六典·刑部郎中员外郎》总结为:“律以正刑定罪,令以设范

(接上页)第三章,华龄出版社2005年版。李玉生:《唐令与中华法系研究》,南京师范大学出版社2005年版。郑显文:《唐代律令制研究》,北京大学出版社2004年版。钱大群:《唐律研究》中关于令的论述,法律出版社2000年版。戴建国:《唐宋变革时期的法律与社会》中关于宋令的论述,上海古籍出版社2010年版。吕志兴:《宋代法律体系与中华法系》中关于宋令的论述,四川大学出版社2009年版。关于令的制定方式或编纂体例的论著主要有日本学者仁井田陞等有关唐令的论著、中国学者戴建国等有关宋令的论著,见本注已列相关书目。

^[2]刘广安:“中国传统法典作用的再探讨”,载《中国法律史学会2007年国际学术研讨会论文集》,中国政法大学出版社2008年版。

^[3]《太平御览》卷638引杜预《律序》。(北宋)李昉等撰,中华书局影印本1985年版。

立制”。这与晋代杜预区别令与律的认识是相同的,但表述更加完整了,律规定罪名和确定刑罚的两个方面都概括了,令建立制度和设立行为准则的两层含义也概括了。《新唐书·刑法志》总结为:“令者,尊卑贵贱之等数,国家之制度也。”这一总结指出了令规定国家制度的重点所在是,维护尊卑贵贱有别的等级秩序和行政制度。《宋史·刑法一》记载:宋神宗谕“禁于未然之谓令。”宋神宗强调了令在治理国家中的指导作用和预防作用。明太祖朱元璋在洪武元年颁行《大明令》时,不仅强调令的指导作用,而且突出令的教化作用:“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。”〔4〕

有关令的教化作用,沈家本在对令的文献考证中,也提供了很有价值的说明。“《盐铁论·刑德》:令者,所以教民也。又诏圣令者,教也,所以导民。”沈按:“令者,上敕下之词,命令、教令、号令,其义同。”〔5〕本文涉及令的概念和范围的史料的选择和相关的论述,大致是以沈家本对令的解释为基础的。对魏晋唐宋时期令的史料的选择和论述,则是以系统化、制度化的令典的遗存史料为基础的。

令在古代社会的指导作用,主要表现为以下三种方式:

1. 从正面规定国家的有关制度,明确应当做什么的标准。出土秦简有关于“废令”的解释:“令曰为之,弗为,是谓废令也。”〔6〕令规定应当做的事,没有做,要承担“废令”的责任。这是目前所知最早的从正面规定国家制度的令的原则。魏晋唐宋时期的令典,都以正面规定国家的制度为主。如唐开元年间关于吏部的《职员令》,规定该机构由吏部尚书一人、侍郎二人、郎中二人、员外郎二人等人员构成。吏部尚书的职责是“掌文官选举、总判吏部、司封、司勋、考功四曹事”。侍郎的职责是“掌选补流内六品以下官”〔7〕

2. 从负面规定国家的有关制度,明确不应当做什么的标准。出土秦简有关于“犯令”的解释:“令曰毋为,而为之,是谓犯令。”〔8〕令规定禁止做的事,有人做了,要承担“犯令”的责任。这是目前所知最早的从负面规定国家制度的令的原则。汉代“禁屠杀马牛”的令文和“吏民毋得伐树木”的令文,都是直接作出禁止性的规定。汉代之后的类似规定,也常见到。如《宋庆元田令》规定“河道不得筑堰,或束狭以利种植。即潴水之地,众共溉田者,官司仍明立界至注籍(请佃及买者,追地利入官)”〔9〕

3. 变通规定国家有关制度的内容和标准,增强令适用的灵活性和有效性。如唐《杂令》规定:

诸公私以财物出举者,任依私契,官不为理。每月取利,不得过六分。积日虽多,不得

〔4〕 丘濬:《大学衍义补·定律令之制》,《文渊阁四库全书·子部》辑本。

〔5〕 沈家本:《历代刑法考·律令一》二,中华书局1985年版,页812。

〔6〕 《睡虎地秦墓竹简》,文物出版社1978年版,页212。

〔7〕 仁井田陞原著:《唐令拾遗》,栗劲等编译。长春出版社1989年版,页32。

〔8〕 见前注〔6〕,页211。

〔9〕 仁井田陞原著,见前注〔7〕,页784。

过一倍。若官物及公廩,本利停讫,每计过五十日不送尽者,余本生利如初,不得更过一倍。家资尽者,役身折酬。役通取户内男口,又不得回利为本(其放财物为粟麦者,亦不得回利为本及过一倍)。若违法积利、契外掣夺及非出息之债者,官为理。收质者,非对物主不得辄卖。若计利过本不贖,听告市司对卖,有剩还之。如负债者逃,保人代偿。〔10〕

借用财物到了契约规定的期限,没有相应的财物偿还,可以用服劳役的方式,折抵偿还。这种变通规定,保证了令的作用的有效实现。

令在古代社会的指导作用,涉及国家行政管理和社会管理的许多方面。凡国家各级官员的设置、品位、权责和任用程序与考核标准等行政制度,令都作出了明确的规定。凡民众衣食住行、生老病死、婚丧嫁娶以及契约交易等各种社会事务的管理,令都有专门的规定。可以认为,令是中国古代社会主要是秦汉至唐宋时期,国家管理各种行政事务和社会事务的法规的统称。令在国家处理行政事务和社会事务的各个方面,都作出了全面的规定,发挥了维护国家行政秩序和民众社会生活秩序的全面的指导作用。〔11〕

令在古代社会的教化作用,主要是通过公布令文、讲读令文实现的。先秦文献已有这方面的记载,《墨子·号令》:“为守备程,而署之曰‘某程’,置署街衢若门,令往来者皆视而放(效)。”又:“人自大版书,著之其署隔,守必自课其先后,非其署而妄入之者,断。”汉代有公布令文的“知令”,在汉简中留传下来。“知令,重写令移书到,各明白大扁书市里官所、寺、舍、门、亭、燧、堠中。令吏卒民尽讼(诵)知之。”〔12〕学者已发现多例公布令文的汉简,下例内容很完整。“闰月乙亥,张掖肩水都尉政、丞下官、丞书从事,下当用者。书到,明白扁书显处,令吏民尽知。”〔13〕后世的“讲读律令”制度与上述公布令文的制度应当存在渊源关系,其教化的目的和作用是一样的。

令在古代的教化作用,有时是在令文的内容中直接阐发解释而表现出来的。如汉代的《王杖诏书令》:

制诏御史:年七十以上,人所尊敬也,非首(手)杀伤人,勿告劾,它毋所坐。年八十以上,生日久乎?年六十以上毋子男为鳏,女子年六十以上毋子男为寡,贾市毋租,比山东复,复人有养谨者扶持,明著令。孤、独、盲、珠(侏)孺(儒),不属律人,吏毋得征召,狱讼毋得繫(系)。布告天下,使明知朕意。夫妻俱毋子男为独寡,田毋租,市毋赋,与归义同,古酒醪列肆。〔14〕

令的教化作用,有时是通过说明发布令的原因和目的表现出来的。历史上的某些令,不局限于行政管理制度的内容的规定,而且说明建立和推行有关行政管理制度的缘由或愿望,以发

〔10〕 仁井田陞原著,见前注〔7〕,页789。

〔11〕 本文重点在论述令的规范功能问题、罚则问题,对令的内容范围和性质分析不作详论。

〔12〕 高恒:《秦汉简牍中法制文书辑考》,社会科学文献出版社2008年版,页192。

〔13〕 同上注,页193。

〔14〕 同上注,页174-175。

挥令的教化作用。如魏武帝曹操在《建学令》中,除“令郡国各修文学,县满五百户置校官,选其乡之俊造而教学之。”还说明发布此令是因“丧乱以来,十有五年,后生者不见仁义礼让之风,吾甚伤之”。并希望通过发布此令,“庶几先王之道不废,而有有益于天下”。^[15]

二、令在古代社会的惩戒作用和奖励作用

在大多数情况下,令只正面规定制度的内容,明确应当做什么以及如何做,没有直接规定处罚违犯令的行为的罚则。对一般违犯令的行为,间接的规定在刑律之中,当作较轻的犯罪处罚。《唐律疏议》在《杂律》中,规定了“舍宅车服器物违令”的专门条款,处“杖一百”的刑罚。还规定了处罚“违令”行为的综合性的补充性条款:“诸违令者,笞五十。”指“令有禁制而律无罪名”的行为。如《仪制令》规定“行路,贱避贵,去避来”。这是“令有禁制而律无罪名”的行为,违犯的人,应处“笞五十”的刑罚。“违令”条的补充性规定,只适用于违犯一般行政管理制度的被视为较轻的犯罪行为。违犯重大行政管理制度的被视为较重的犯罪行为,都由律典设专篇或专条作出规定。如违犯官员的设置、任用、职责方面的犯罪及其罚则,都由律典的《职制》篇进行统一的规定。

在有的朝代有的情况下,令也直接规定了罚则。如汉代《令甲》规定:“诸侯在国,名田他县,罚金二两。”^[16]“女子犯罪,作如徒六月,顾山遣归。”^[17]汉代《关津令》规定:“所赍操诸匿不自占要斩。”^[18]出入关津不向官府申报所带物品,要处以腰斩的重刑。又如晋代《盐铁令》规定:“凡民不得私煮盐,犯者四岁刑,主吏二岁刑。”^[19]令直接规定重刑罚则的情况,在汉代之后逐步减少了。其原因是随着分类汇编的令典的出现,令与律形成了各自独立的体系,有既相联系又有区别的不同的适用范围。违犯令的一般非法行为,用专门的行政处罚方式惩戒。违犯令的严重非法行为,则由律典统一规定罚则惩处。

直接规定罚则的令文,有的只是临时性的政策,不是经久长行的制度。如晋代《酤酒令》规定:“凡民皆不问私酿酒酤,其有婚姻及疾病,听之。有犯罚酿酒酒,皆金八两。”^[20]据《晋书·刑法志》记载:贾充等定律令,“其未宜除者军事、田农、酤酒,权设其法,太平当除,故不入律,悉以为令”。

令直接规定的罚则,在魏晋唐宋时期,采用了较轻的笞刑、杖刑或罚金之类的刑种,有的只规定了减禄、降级或免职的行政处罚方式,没有规定刑罚制裁方式。唐代《考课令》有专门规

[15] 《三曹集·魏武帝集》,岳麓书社1992年版,页12。

[16] 《汉书·哀帝纪》注引如淳语。(东汉)班固撰,(唐)颜师古注,中华书局1983年版。

[17] 《汉书·平帝纪》,同上注。

[18] 高恒,见前注[12],页190。

[19] 张鹏一编著:《晋令辑存》,三秦出版社1989年版,页199。

[20] 同上注,页199。

定“加禄”和“夺禄”的令文：“在中上以上，每进一等，加禄一季；中中者守本禄；中下以上，每退一等，夺禄一季。准令以此劝惩，事在必行。”〔21〕由于魏晋隋唐令文没有完整的留传下来，专门规定行政处罚方式的令文很少见到。看后来清代考课法的相关规定，可以了解古代专门规定行政处罚方式的制度的发展情况。乾隆《大清会典》卷六《吏部·考功清吏司》规定：“八法官贪、酷者，革职提问；罢软无为、不谨者，革职；年老、有疾者，勒令休致；浮躁者，降三级调用；才力不及，降二级调用。加级、纪录均不准援抵。”清代对官吏的行政处罚方式已从刑律中独立出来，与刑律规定的罚则有了更大的区别。

以上罚则是以国家制定法的形式直接规定的。有的罚则是以民间习惯法的准则为标准认定的。如唐《田令》规定：“失火”，谓失火有所烧及不依令文节制，而非时烧田野者。……注云“非时，谓二月一日以后、十月三十日以前。若乡土异宜者，依乡法”。谓北地霜早，南土晚寒，风土亦既异宜，各须收获总了。放火时节，不可一准令文，故云“各依乡法”。〔22〕

令的奖励作用，在汉代的《击匈奴降者赏令》中表现最为突出。凡斩首捕虏者，根据战绩给予相应的拜爵赐金的奖赏。匈奴首领率众来降者，也给予重赏。〔23〕令的奖励作用，在唐代的《考课令》中有突出的表现。唐《考课令》规定了考课官吏品行政绩的“四善二十七最”的标准。根据善、最的标准，定出考课的各个等级。小考优者，赏之以加禄。大考优者，赏之以晋升。如唐开元二十五年《考课令》规定：“诸州县官人，抚育有方、户口增益者，各准见在户，为十分论，加一分，刺史、县令各进考一等。每加一分进一等。……其有劝课田农，能使丰殖者，亦准见地为十分论，加二分，各进考一等。每加二分进一等。……若数处有功，并应进考者，亦听累加。”〔24〕

唐《捕亡令》也规定有奖励的内容。在“纠捉盗贼”条文中，规定：“诸纠捉盗贼者，所征倍脏，皆赏纠捉之人。家贫无财可征及依法不合征倍脏者，并计得正脏，准五分与二分，赏纠捉人。若正脏废尽者，官出一分，以赏捉人。即官人非因检校而别纠捉，并共盗及知情主人首告者，亦依赏例。”〔25〕在“捉逃亡奴婢”条文中，规定“重被执送者，从远处征赏。若后捉者远，三分以一分赏前捉人，二分赏后捉人。若前捉者远，中分”〔26〕

三、令在建构古代法律体系中的作用

在战国中期商鞅改法为律之后，才正式出现了令与律互相配合建构古代法律体系的问题。

〔21〕 仁井田陞原著，见前注〔7〕，页 257。

〔22〕 仁井田陞原著，见前注〔7〕，页 586。

〔23〕 高恒，见前注〔12〕，页 194 - 199。

〔24〕 仁井田陞原著，见前注〔7〕，页 252。

〔25〕 仁井田陞原著，见前注〔7〕，页 658。

〔26〕 仁井田陞原著，见前注〔7〕，页 659。

据法史学专家考证,秦汉时期的令是律的补充法,令与律的内容和适用范围,还没有完全分清界限。^[27] 在魏晋至唐宋时代,律主要规定了刑法方面的内容,令主要规定了行政事务和社会事务管理方面的内容。这一时期令与律的内容和适用范围,已各有独立体系,但又互相配合,共同实现治理社会的作用。古人对律令互相配合的重要性已有明确的认识。北魏时期即有人指出:“律令相须,不可偏用。今律班(颁)令止,于事甚滞。若令不班(颁),是无宪法,臣下执事,何依而行?”^[28]

令与律在内容方面的关系,法史学者已有不少论述。在规范作用方面的关系,即令与律在规范功能方面具体配合的方式,法史学者还没有专门的论述。从唐令与唐律的条文对照来看,令与律在规范功能方面配合的方式主要有以下几种:

一是令分别规定行政管理制度的具体内容和各项标准,律另外统一规定违犯令的罚则。如唐《职员令》具体规定了各级官吏的设置限额和职掌权责,《唐律疏议·职制律》则统一规定了“置官过限及不应置而置”的专门条款和罚则。唐《狱官令》具体规定了案件管辖、刑罚执行、监狱管理方面的制度,《唐律疏议·断狱律》则相应地规定了违犯相关制度的不同罚则。

二是律文或解释直接引用令的内容作为补充说明。如《唐律疏议·职制律》“稽缓制书官文书”的条文只是直接规定了“官文书稽程”的罚则,“官文书”的含义和稽缓的轻重多少的标准则用“疏议”和引令的方式作出补充说明。“‘官文书’谓在曹常行,非制、敕、奏抄者。依令:‘小事五日程,中事十日程,大事二十日程,徒以上狱案辩定须断者三十日程。其通判及勾经三人以下者,给一日程;经四人以上,给二日程;大事各加一日程。若有机速,不在此例’。机速,谓军机急速,不必要准案程。应了不了,亦准稽程法。”

三是律典把某种违令的行为直接规定为律条。如《唐律疏议·杂律》规定“舍宅车服器物违令”的专门条文。

四是律典概括性的规定“违令罪”,处罚较轻的违令行为,起到拾遗补缺的作用。即《唐律疏议·杂律》规定的“违令”的概括性条文。

令在发展成熟的魏晋至唐宋时期,主要是正面规定行政管理和社会管理方面的制度,很少直接规定罚则。违犯令的行为,有的是适用行政制裁的方式实现其惩罚作用的,有的是适用律的相关罚则实现其惩罚作用的。而律是“正刑定罪”的以刑法为主体的法律,令与律的配合,使令不再是单纯的行政管理或社会管理方面的法规,而是与刑法具有交错内容的法规。令的规范作用与律的规范作用既有相同的实现方式,又有不同的实现方式。令的规范作用主要是靠指导和奖励实现的,律的规范作用主要是靠威慑和适用刑罚实现的。只有在指导和奖励失效的情况下,令才借助律的惩罚性规定,实现其行政管理和社会管理的作用。令和律都有教化的作用,但实现教化作用的方式不完全相同。令是靠正面的指导或奖励实现其教化作用的,律

[27] 参见张伯元:《律注文献丛考》所载“秦令”考等文。社会科学文献出版社2009年版。南玉泉:《中华法律文明探赜》第三章“律令法体系的产生与变化”,华龄出版社2005年版。

[28] 《魏书·孙绍传》。(北齐)魏收撰,中华书局1984年版。

则主要是靠负面的禁止和惩罚以及威慑性的讲读宣传实现其教化作用的。

四、令在不同时期作用的变化

令在产生、发展和转变的不同时期的作用,都有相应的变化。上文所说的令的指导作用、教化作用、惩戒作用和奖励作用,主要是在令的发展时期和成熟时期即魏晋至唐宋时期表现出来的。在令的产生时期,令的作用还没有魏晋至唐宋时期的作用这样明确的、全面的表现。在先秦时期,令作为一种法律形式已经产生。如《尚书·冏命》所谓:“发号施令,罔有不臧。”这里所说的“令”是指王所发布的一种政令或军令,其作用因时、因地、因人、因事可能有所不同,具有较大的灵活性。又如《周礼·大司马》:“犯令陵政则杜之。”《管子·法法篇》:“令者,人主之大宝也。”这两种文献中所说的令,包含刑令和行政令两方面的内容,其作用是否已有一定的区别,现难以确知。先秦时期的令,其内容和作用限于史料的缺乏,还难以详细讨论。从现有的制度史料来看,先秦和秦代的令,还没有与律完全分离,形成与律既有联系又成为独立体系的法律形式,在内容和作用方面,也没有和律完全区别开来。汉代之后,随着令的产生方式的不同,调整领域的不同,分类汇编的不同,令的作用也有了很大的不同。编入律典的令,主要起到了刑法方面的作用。编入令典的令,主要起到了行政管理和社会管理方面的作用。没有编入律典或令典的令,还不是一种稳定的法律形式,其作用往往因事而异,不尽相同。^[29]宋代编敕、编例的数量众多,适用的范围广泛,但令的数量庞大,仍是非常重要的法律形式,在行政管理和社会管理方面发挥着巨大的作用。^[30]

在宋代以后,令作为一种法律形式的影响范围缩小,作为一种制度化体系化的令,发生了重大的转变。元代用条格,清代用则例代替了制度化体系化的令。^[31]明初朱元璋颁布过《大明令》,其性质、作用和稳定性,特别是在全国法律体系中的地位,与魏晋唐宋时期的令典已大不相同了。

令在元代发生了重大的转变,史家对此已有精确的考证说明。

唐令相当于金《泰和律》的《律令》,《大元通制》的条格。诸家并考得,条格还包括唐的格、式和金《泰和律》的《六部格式》。唐令所列二十七门,见于金《泰和律》《律令》者,其《职员》六门当总括入《职员令》,余《考课》分为《封爵令》、《封赠令》,《丧葬》改《服制令》。所阙惟《卤簿》。另增《学令》、《禄令》、《捕亡令》、《赏令》、《假宁令》、《释道令》、《河防令》。以《大元通制》条格与《泰和律·律令》相校,无《官品令》、《职员令》、《封爵令》、《封赠令》,余并相同,增《站赤》、《榷货》而已。^[32]

[29] 有关论著可参看:南玉泉,见前注[27]。戴建国:《唐宋变革时期的法律与社会》第二章“唐宋法典修订方式和修纂体例的传承演变”,上海古籍出版社2010年版。

[30] 参见吕志兴:《宋代法律体系与中华法系》,四川大学出版社2009年版,页185-189。

[31] 参见方龄贵:《通制条格校注》,中华书局2001年版。杨一凡、刘笃才:《历代例考》,社会科学文献出版社2009年版。

[32] 同上注,页15。

这段论述阐明了令的名称和相关内容的编纂形式在元代的转变情况。这种转变使我们不禁要问,一种发展沿用了千余年的在全国法律体系中起支柱作用的法律形式,在元朝发生了这样重大的转变,是否有深刻的思想原因和认识原因?还是如《大元通制条例纲目后序》所言:《大元通制》“于古律暗用而明不用,名废而实不废”。^[33]法律形式名称的变化,是否只是不同朝代的统治者为了突出新朝与旧朝的区别所作出的一种简单的选择,其中并无必然性的深意,还是统治者有复杂的政治需要,有深刻的思想认识方面的原因?各朝代的情况可能不尽相同。但法律形式所包含的内容的传承,却是长期统治经验的总结。增减都必须考虑社会的变化和需要,不能随意废除。也就是说,“名”是可以随意废止变化的,“实”是不可以随意废止变化的。“名”的废止变化,不一定都有其必然性值得深究。“实”的增减传承,却一定有其历史发展的必然性的需求,值得我们深入探究。任何时代的统治者,只要头脑清醒,对社会变化有清楚的认识,对历史需要有明确的判断,都不会随意的废“名”又废“实”的,或者说,都会像《大元通制条例纲目后序》的作者所说的“暗用而明不用”、“名废而实不废”的。

明代律学家丘濬对不用旧法的名称而继承旧法的内容的问题,也有清楚的认识。他认为:《大明律》、《洪武礼制》、《诸司职掌》、《大诰三编》及《大诰武臣》等书,“凡唐宋所谓律、令、格、式与其编敕,皆在是也,但不用唐宋之旧名尔”。^[34]

《大元通制条例纲目后序》的作者和丘濬对唐宋时期令的名称在元明时期变化的现象,都有清楚的说明,但对令的名称变化的原因却未见说明。历史上,一种长期使用的法律形式的名称的变化或沿用,都会有一定的认识原因或政治原因。如商鞅改法为律是为了“范天下之不一而归于一”,强化法律在全国的统一性和权威性。秦始皇改“命为制,令为诏”是为了突出皇帝立法权的至上性和专一性,维护皇帝的至尊地位。朱元璋用“大诰”的名称是为了表示对西周盛世制度的效法和寻求推行新的法令的历史根据与理论根据。元明清时期用条格、条例或则例取代令的名称,是否只限于突出新朝与旧朝在法律形式上有所区别的简单原因,还是另有深刻的认识原因或政治原因,尚有待进一步发掘史料深入研究。

五、对“律令法系”观点的一点看法

由于律令在中国古代法律体系中占有重要的地位,一些日本学者和中国学者把中国古代法律体系称为“律令法系”或“律令法体系”。^[35]张建国教授认为:“自从沈家本在《历代刑法

[33] 方龄贵,见前注[31],页12。

[34] 丘濬:《大学衍义补·定律令之制》。《文渊阁四库全书·子部》辑本。

[35] 如中田熏:“关于中国律令法系的发达”、“关于中国律令法系的发达的补考”,载于中田熏:《法制史论集》第四卷,岩波1964年版。大庭修:“律令法体系的变迁”,载于大庭修:《秦汉法制史研究》,林剑鸣等译,上海人民出版社1991年版。(日本)唐代史研究会编:《中国律令制的展开及其与国家社会的关系》,东方刀水书房1984年版。张建国:“中国律令法体系概论”,《北京大学学报》,1998年第5期。南玉泉:“律令法体系的产生与变化”,载于南玉泉:《中华法律文明探赜》第三章,华龄出版社2005年版。郑显文:《唐代律令制研究》,北京大学出版社2004年版。

考》中单列《律令》一篇以来,先后有不少日本学者把律令作为中国传统法律体系的代称加以综合性的研究,……至少可以说,以律令法体系作为自战国(部分诸侯国)至唐代的中国法律体系的一种代称,还是比较确当的,同时也是有较高学术意义的。”^[36]郑显文教授认为:“中国古代国家制定法自秦汉以来便形成了以律为核心,以令、科、格、式、敕、例等其他形式为补充的法律体系,这种律令制的法律体系从此延续了二千余年的历史,贯穿了整个中国封建社会,成为调整国家政治、经济生活的重要的行为规范。”^[37]法史学者对律令法系形成的上限和延续的下限的认识是不一致的。对此,本文提出以下看法:春秋战国时期,中国古代成文法尚处于创立时期,法律形式的选择和名称的运用都不够统一。以律令为主要形式的法律体系还没有建立。秦汉时期,随着大一统国家政权的建立,统一的法律体系也逐步建立起来。律令成为最重要的两种法律形式,成为法律体系的支柱。魏晋至唐宋时期,律典发展成为以“正刑定罪”为主要内容和作用的编纂式法典(有总则统领各篇、内容主次轻重分明、体系高度统一的法典);令典发展成为以“设范立制”为主要内容和作用的汇编式法典(没有总则统领的、分类编选的、体系没有高度统一的法典)。在这个时期,律令已各有独立体系,又互相配合,分别调整各种社会关系而又共同发挥着治理社会的作用,这标志着律令法系的发展和成熟。元代和清代,令的形式被条格、条例或则例的形式代替,^[38]新的汇编式法典也不再称为令典。元代的《通制条格》、明代的《吏部条例》、清代的《科场条例》、《户部则例》等系统的法规分类汇编,成为新的汇编式法典。清人把汇编的条例称为“令典”,就是这种变化的反应。如清代王有孚在《一得偶谈》中所说:“条例是国家令典,天下通行,一律遵办。”^[39]明初颁行的《大明令》,是临时性的政策法令汇编,与唐宋时代的具有较大稳定性的令典大不相同。丘濬对此有明确的论述:“斯令也,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。……凡草创之初,未暇详其曲折,故明示以其意之所在,令是也。”^[40]元明清时期,律的称谓和编纂形式也发生了多次变化。所以,以律令形式为主要标志的律令法系在元代之后发生了重大的转变。综上所述,可以看出“律令法系”的概括性说法,只适用于秦汉至唐宋时期的法律体系,不适用于先秦时期的法律体系,也不适用于元明清时期的法律体系。

(责任编辑:徐爱国)

[36] 参见张建国:“中国律令法体系概论”,《北京大学学报》1998年第5期。

[37] 郑显文,见前注[35],前言。

[38] 有关清代条例、事例和则例的研究,参看杨一凡、刘笃才,见前注[31]。

[39] 参见杨一凡编:《中国律学文献》第3辑第4册,黑龙江人民出版社2006年版,影印本。

[40] 丘濬,见前注[34]。