

# 唐律立法体例的实证分析\*

## ——以“不用此律”的表述为中心

刘晓林

**摘要:**“不用此律”是《唐律疏议》中固定且典型的表述,其出现在《名例》中与出现在其他各篇中涉及的条文数与频次相当、功能互补。相关内容有“具其加减”的性质,与秦汉律《具律》的内容接近。从法典结构方面来说,《名例》以外存在大量的通则性条款,“不用此律”的表述可作为其中一类具体的标识;从立法技术来说,“不用此律”是唐律在客观具体、一事一例的立法体例之下,通过立法技术对列举不尽、不清之事的补充、完善。

**关键词:**《唐律疏议》;不用此律;立法体例;通则性规定

### 一、问题的提出

《名例》篇一般被认为是《唐律疏议》的总则,《卫禁》、《职制》、《户婚》、《厩库》、《擅兴》、《贼盗》、《斗讼》、《诈伪》、《杂律》、《捕亡》、《断狱》等11篇一般被认为是《唐律疏议》的分则。这种总则与分则二元划分的法典结构,上承秦汉,对宋元明清法典的体例与结构产生了极大影响。<sup>①</sup>唐律对具体犯罪行为的规定方式,采取的是具体、个别、客观的列举,<sup>②</sup>这两种概括性的结论从整体上看没有问题,但若满足于概括性结论则会遮蔽一些具体、细节问题,最终可能使我们对唐律立法体例及相关问题的理解过于绝对化。唐律中有一种较为典型、固定的表述“不用此律”,其在一部律内共出现39次,<sup>③</sup>涉及到17条律文。其中《名例》一篇出现20次,涉及到9条律文,占总数的51%;其他各篇出现19次,涉及到8条

作者简介:刘晓林,法学博士,历史学博士后,吉林大学法学院教授。

\* 基金项目:吉林大学科学前沿与交叉学科创新项目“唐律立法语言、立法技术及法典体例研究”。(2016QY018)。本文初稿曾以“唐律中的‘不用此律’小考”为题提交2014年12月“中国法律史:史料与方法”国际学术研讨会交流,会议讨论过程中得到了中国人民大学法学院赵晓耕教授、中国政法大学陈煜副教授、西北政法大学陈玺副教授的宝贵建议。论文修改过程中,吉林大学古籍研究所于洪涛博士就秦汉令的性质等问题提出了诸多建议,在此一并致谢。同时,本文受到国家“2011计划”司法文明协同创新中心资助。

① 这种观点可参见大量的法制史教材及研究成果,如曾宪义主编的《中国法制史》第7章“隋唐的法律制度”中表述为:唐律的总则——《名例律》、唐律的分则——其他各篇主要内容。参见曾宪义主编《中国法制史》,北京大学出版社2009年版,第153、159页。又如宋四辈认为“中国古代刑法典的编纂体例和结构从整体上由总则和分则两部分组成”。参见宋四辈“中国古代刑法典的编纂体例和结构特点——兼论中国传统刑法文化的作用和影响”,载《郑州大学学报(哲学社会科学版)》2003年第4期。

② 日本学者仁井田陞对唐律立法体例做了极为系统、全面的概括“与其说唐律是抽象、概括、主观地观察各种犯罪,毋宁认为它是具体、个别、客观地对待各种犯罪的,作为在这一点上体现了古代法特征的法典,唐律是著名的。例如,虽是性质相同的犯罪,却根据犯意、犯罪的状况、犯罪的方法、犯罪人以及被害人的身份、犯罪的目标等情况的不同,设立各种罪名、科以不同的处罚。”[日]仁井田陞《唐律的通则性规定及其来源》,载刘俊文主编《日本学者研究中国史论著选译》(第8卷·法律制度),中华书局1992年版,第155-156页。

③ 若严格依照字面分析,《唐律疏议》中的“不用此律”出现35次,另外有4次在表述上略有不同,但结合前后律文,其表意与“不用此律”是一致的。其中《名例》“无官犯罪”条(16)律《疏》中的“不用此条赎法”、《贼盗》“盗经断后三犯”条(299)律《疏》中的“不用此‘三犯’之律”、《斗讼》“以赦前事相告言”条(354)律《疏》中的“不用入罪之律”三处表述均出现在“不用此律”之后,是对其进一步解释、说明;另有《名例》“同居相为隐”条(46)律《疏》中的“不用相隐之律”,其含义与“不用此律”是一致的,只是前者将“此律”表述为更加具体的“相隐之律”。

律文,占总数的49%。唐律中“不用此律”的功能与效果是在特定条件下对之前法律规范适用效力的排除,如《名例》“无官犯罪”条(16)载“诸无官犯罪,有官事发,流罪以下以赎论。(犯十恶及五流者,不用此律。)”<sup>①</sup>又《斗讼》“部曲奴婢良人相殴”条(320)载“部曲、奴婢相殴伤杀者,各依部曲与良人相殴伤杀法。……相侵财物者,不用此律”。“不用此律”在唐律各篇的分布与出现频次详如下表:

表1

性质	篇目	“不用此律”出现的频次	“不用此律”涉及的条文数	
总则	《名例》(凡57条)	20次	9条	
分则	事律 <sup>②</sup>	《卫禁》(凡33条)	2次	1条
		《职制》(凡59条)		
		《户婚》(凡46条)	5次	2条
		《厩库》(凡28条)		
		《擅兴》(凡24条)	2次	1条
	罪律	《贼盗》(凡54条)	3次	1条
		《斗讼》(凡60条)	5次	2条
		《诈伪》(凡27条)		
		《杂律》(凡62条)	2次	1条
		《捕亡》(凡18条)		
	专则	《断狱》(凡34条)		
总计		39	17	

从“不用此律”在唐律各篇的分布来看,集中于《名例》一篇,且出现在作为总则的《名例》中涉及的条文数、频次与作为分则的其他11篇中相当(9条、20次与8条、19次);分则中,“不用此律”出现在“事律”中涉及的条文数、频次与“罪律”中相当(4条、9次与4条、10次)。

那么,我们的问题是《名例》中的“不用此律”与其他各篇中的“不用此律”在形式上呈现出如此有规律的关系,若将唐律中的“不用此律”作为一个整体来考察,是否说明《名例》与其他各篇除了我们通常所认为的法典总则与分则的二元关系外,还有一些其他的细节需要进一步探讨?此外,“不用此律”从字面上理解是不适用特定的法律规范,那么,在具体、个别、客观列举的体例之下,《名例》中出现的“不用此律”与其他各篇中出现的“不用此律”在内容上有什么关系?有何关系?“不用此律”在一部律内发挥了什么功能?目前,学界尚未关注到唐律中“不用此律”的相关内容。本文拟以“不用此律”在唐律《名例》与其他各篇中的内容、功能、渊源为基础,从微观视角对唐律立法体例涉及的相关问题作一探讨。

## 二、《名例》中的“不用此律”

关于唐律《名例》的渊源与内容,篇首律《疏》说的很详细:

……魏文侯师于里悺,集诸国刑典,造法经六篇:一、盗法;二、贼法;三、囚法;四、捕法;五、杂法;六、具法。商鞅传授,改法为律。汉相萧何,更加悺所造户、兴、厩三篇,谓九章之律。魏因汉律为一十八篇,改汉具律为刑名第一。晋命贾充等,增损汉、魏律为二十篇,于魏刑名律中分为法例律。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

<sup>①</sup> 本文所引唐律条文皆出自[唐]长孙无忌等《唐律疏议》,刘俊文点校,中华书局1983年版。由于文中涉及唐律条文繁多,故仅在文中标明篇目、条标与总条文数,不再一一注明出处。

<sup>②</sup> 刘俊文将《唐律疏议》12篇按照内容及性质分为四部分:总则、事律、罪律、专则。总则即《名例》,主要规定全律通用的刑名和法例;事律包括《卫禁》、《职制》、《户婚》、《厩库》、《擅兴》,主要规定违反各种行政制度的罚则;罪律包括《贼盗》、《斗讼》、《诈伪》、《杂律》、《捕亡》,主要规定各种刑事犯罪的处罚;专则即《断狱》,主要规定司法审判制度及相关罚则。参见刘俊文《唐律疏议笺解》(上),中华书局1996年版,“序论”第29-36页。

因北齐,更为名例。唐因于隋,相承不改。名者,五刑之罪名;例者,五刑之体例。名训为命,例训为比,命诸篇之刑名,比诸篇之法例。但名因罪立,事由犯生,命名即刑应,比例即事表,故以名例为首篇。

唐律《名例》的主要内容是在秦汉律《具律》的基础之上发展而来,由《具律》至《名例》在传统法典体系中的表现形式与具体内容方面皆产生了较大的发展、变化<sup>[1]</sup> (P.125-131)。形式方面的变化显而易见,《名例》一篇出现在法典篇首,①通则性规定置于法典篇首的意义,从立法技术方面来说,使得定罪量刑的具体条款引据通则性规定时更加便利<sup>[1]</sup> (P.11)。内容方面,秦汉《具律》主要的内容是“具其加减”或“具其增减”,即对同样的犯罪行为由于身份、情节等特殊情况加重或减轻处罚,“一言以蔽之,《具律》是对犯同样的罪却予以不同处罚的规定,是其他各律所规定的惩罚之外的、具有通则性的而相对于其他各律的情况而言是属于‘例外’的处罚情况。”<sup>[2]</sup> (P.128)《名例》一篇设立之法意为“命诸篇之刑名,比诸篇之法例”,其主要内容包含两方面:“一是有关刑罚之规定,即所谓‘刑名’;二是有关处罚原则之规定,即所谓‘法例’。二者皆带有通例性质。”<sup>[3]</sup> (P.16) 刑名的主要内容即刑种与刑等,法例之内容则大致与汉律《具律》相似。

“不用此律”在律文中的功能是排除特定法律规范的适用效力,从其排除的法律规范的内容来看,“有关刑罚之规定”不大可能出现不适用的情况(如刑种、刑等),那么,“不用此律”所排除适用的法律规范应当是“有关处罚原则之规定”,即《名例》中的“不用此律”从性质上来说是对“法例”适用效力的限制或排除。唐律《名例》中“不用此律”共出现20次,涉及到9条律文,详情如下:

表2

法 例	排除条件	本 条
诸八议者,犯死罪,皆条所坐及应议之状,先奏请议,议定奏裁;流罪以下,减一等。	其犯十恶者,不用此律。	“八议者(议章)”条(8)
诸皇太子妃大功以上亲、应议者期以上亲及孙、若官爵五品以上,犯死罪者,上请;流罪以下,减一等。	其犯十恶,反逆缘坐,杀人,监守内奸、盗、略人、受财枉法者,不用此律。	“皇太子妃(请章)”条(9)
诸无官犯罪,有官事发,流罪以下以赎论。	犯十恶及五流者,不用此律。	“无官犯罪”条(16)
诸除名者,比徒三年;免官者,比徒二年;免所居官者,比徒一年。	流外官不用此律。	“除免比徒”条(23)
诸流配人在道会赦,计行程过限者,不得以赦原。	有故者,不用此律。	“流配人在道会赦”条(25)
诸犯徒应役而家无兼丁者,徒一年,加杖一百二十,不居作;一等加二十。若徒年限内无兼丁者,总计应役日及应加杖数,准折决放。	盗及伤人者,不用此律。	“犯徒应役家无兼丁”条(27)
诸年七十以上、十五以下及废疾,犯流罪以下,收赎。	犯加役流、反逆缘坐流、会赦犹流者,不用此律。	“老小及疾有犯”条(30)
九十以上,七岁以下,虽有死罪,不加刑。	缘坐应配没者不用此律。	
诸公事失错,自觉举者,原其罪;应连坐者,一人自觉举,余人亦原之。	其断罪失错,已行决者,不用此律。	“公事失错自觉举”条(41)

① 《名例》出现在《唐律疏议》篇首应当是法典形式、结构方面最为明显的变化,但从《法经》中的《具律》置于篇末发展为唐律《名例》置于篇首,其间发展、演变的详细过程尚不得而知。我们能看到曹魏新律将《具律》改为《刑名》,置于法典篇首。出土的竹简秦汉律中,各篇未有标序,因此,秦汉《具律》在法典中的位置无法确证。但可以肯定的是秦汉《具律》不在法典之首,否则,曹魏新律《刑名》一篇置于法典之首就没有必要强调;另外,从性质上说,汉律《具律》尚不具备法典通则的性质,内容仍与其他各篇并列。

诸同居,若大功以上亲及外祖父母、外孙,若孙之妇、夫之兄弟及兄弟妻,有罪相为隐;部曲、奴婢为主隐;皆勿论,即漏露其事及撻语消息亦不坐。其小功以下相隐,减凡人三等。	若犯谋叛以上者,不用此律	“同居相为隐”条(46)
--	--------------	--------------

根据唐律《名例》中“不用此律”的相关内容,我们可以从以下两方面进行分析:

### (一) “不用此律”所排除的法例的内容

唐律《名例》中“不用此律”排除适用效力的法例内容,皆为法律针对特殊主体而设的出罪规定或定罪量刑方面的优惠。<sup>①</sup>“不用此律”的功能是特定条件下排除这些特殊主体享有的优惠或出罪规定,所达到的效果是入罪或加刑。如《名例》“八议者(议章)”条(8)规定“八议”之人犯死罪上请,犯流罪以下减一等处罚。“不用此律”所达到的效果是特定条件下“八议”之人不再享有此种殊遇,即不再享有刑罚减免特权。又《名例》“公事失错自觉举”条(41)规定官员公事失错,自觉举者,官员本人及其他应连坐之人皆原其罪,不再处罚。“不用此律”所达到的效果是特定条件下,官员公事失错,既使自觉举,仍不免处罚。

### (二) “不用此律”排除法例适用效力的条件

唐律《名例》中“不用此律”排除了特定主体定罪量刑方面的优惠或出罪规定,其适用主要是针对特定犯罪类型而设,即并非特定主体所为的所有犯罪行为皆能适用由于其身份而享有之法定优惠。如《名例》“八议者(议章)”条(8)所规定的“八议”之人的刑罚减免特权,若犯“十恶”之罪,则法定优惠不再有效;也有综合考虑犯罪类型与犯罪情节而不适用法定优惠的情况,如《名例》“公事失错自觉举”条(41)规定官员“缘公事致罪而无私曲”,若所错之事“未发自言,皆免其罪”,但“公事失错”已造成不可逆转的结果,虽自觉举,仍不免其罪。即“断罪失错,已行决者,不用此律”,律《疏》释“断罪失错已行决者,谓死及笞、杖已行决讫,流罪至配所役了,徒罪役讫,此等并为‘已行’。官司虽自觉举,不在免例,各依失入法科之,故云‘不用此律’。”《名例》中对法例适用效力的排除主要针对以下犯罪类型:十恶、杀人、盗及伤人、五流;反逆缘坐、缘坐应配没;监守内奸、盗、略人、受财枉法。这几类犯罪不但在立法中对行为人因其身份所享有的法定优惠予以限制,在遇有特殊理由诏令赦免时,亦予以限制。《旧唐书·武宗本纪》:“……诏:京城天下系囚,除官典犯赃、持仗劫杀、忤逆十恶外,余罪递减一等,犯轻罪者并释放。”<sup>[4][P.609]</sup>或虽予减免但处罚仍重于普通犯罪。《旧唐书·睿宗本纪》载:“……诏……大赦天下。其谋杀、劫杀、造伪头首并免死配流岭南,官典受赃者特从放免。”<sup>[4][P.157-158]</sup>

唐律《名例》中“不用此律”所达到的效果均为入罪、加刑,未有出罪、减刑的内容。从内容上来看,唐律《名例》中“不用此律”所涉及的内容似乎沿袭了秦汉《具律》“具其加减”的部分内容,但实际仅沿袭了秦汉《具律》中“具其加”即加重处罚的内容而未见“具其减”即减轻处罚的痕迹。

### 三、《名例》以外的“不用此律”

唐律《名例》以下11篇律文中,有6篇出现了“不用此律”的表述,从篇目来看,涉及“不用此律”的篇目可归为两类,《卫禁》、《户婚》、《擅兴》三篇属于传统法典中的“事律”,主要内容是违反各种行政制度的罚则;《贼盗》、《斗讼》、《杂律》三篇属于传统法典中的“罪律”,主要内容是各种刑事犯罪的罚则。因此,“不用此律”在这些律篇中所起到的功能与作用是排除相关罚则的适用效力,详情如下:

<sup>①</sup> 需要说明的是《名例》“流配人在道会赦”条(25)中“不用此律”排除的“法例”为“诸流配人在道会赦,计行程过限者,不得以赦原。”流配之人若行程过限则不得赦原,但行程过限具备法定事由的,仍得以赦原。严格地说,此条所列“法例”并非出罪或优惠之相关内容,这与《名例》其他涉及“不用此律”的内容略有差异,但仅此一处。

表3

罚 则	排除条件	本 条
诸官有员数,而署置过限及不应置而置,谓非奏授者。一人杖一百,三人加一等,十人徒二年;后人知而听者,减前人署置一等;规求者为从坐,被征须者勿论。	即军务要速,量事权置者,不用此律。	《卫禁》“置官过限及不应置而置”条(91)
诸卖口分田者,一亩笞十,二十亩加一等,罪止杖一百;地还本主,财没不追。	即应合卖者,不用此律。	《户婚》“卖口分田”条(163)
诸妻无七出及义绝之状,而出之者,徒一年半;虽犯七出,有三不去,而出之者,杖一百。追还合。	若犯恶疾及奸者,不用此律。	《户婚》“妻无七出而出之”条(189)
若不即调发及不即给与者,准所须人数,并与擅发罪同;其不即言上者,亦准所发人数,减罪一等。	若有逃亡盗贼,权差人夫,足以追捕者,不用此律。	《擅兴》“擅发兵”条(224)
诸盗经断后,仍更行盗,前后三犯徒者,流二千里;三犯流者,绞。	其于亲属相盗者,不用此律。	《贼盗》“盗经断后三犯”条(299)
即部曲、奴婢相殴伤杀者,各依部曲与良人相殴伤杀法。	相侵财物者,不用此律。	《斗讼》“部曲奴婢良人相殴”条(320)
诸以赦前事相告言者,以其罪罪之。官司受而为理者,以故入人罪论。至死者,各加役流。	若事须追究者,不用此律。	《斗讼》“以赦前事相告言”条(354)
违限私载,若受寄及寄之者,五十斤及一人,各笞五十;一百斤及二人,各杖一百;每一百斤及二人,各加一等,罪止徒二年。从军征讨者,各加二等。监当主司知而听之,与同罪。	空船者,不用此律。	《杂律》“乘官船违限私载”条(426)

唐律《名例》以下11篇律文的主要内容是各类犯罪行为的“罚则”,即对各种具体犯罪行为的列举以及相应的处罚,<sup>①</sup>“罚则”的核心是明确具体犯罪行为与法定刑之间一一对应的关系。“不用此律”是对特定法律规范适用效力的排除,那么《名例》以外出现的“不用此律”从逻辑上说,应当是对具体犯罪行为与法定处罚之间对应关系的变更,即律文原本规定了某种具体的犯罪行为应当科以某种处罚,但由于出现了具体的情节而不适用这种处罚。以下具体分析:

#### (一) “不用此律”所排除的罚则的内容

分析《名例》以外各篇涉及“不用此律”的内容,我们发现“不用此律”所排除的“罚则”皆为“入罪条款”,其内容是对具体犯罪行为分别予以处罚,并且对量刑的标准也有非常细致的规定。“不用此律”对罚则适用效力的排除产生的效果是对罚则所规定的定罪量刑内容不予适用,这里有两种具体情况:一是不适用定罪量刑规定而不予处罚;二是不适用定罪量刑规定而减轻处罚,即不适用此种定罪量刑标准而适用其他的罚则。前者如《户婚》“卖口分田”条(163)规定田产原则上不得买卖,若违法出卖,应当根据所卖面积多少予以处罚,“一亩笞十,二十亩加一等,罪止杖一百”。又《斗讼》“以赦前事相告言”条(354)规定赦前之事,不合告言,否则不但对告言之人以所告之事予以处罚,对受理的官司亦予处罚,

<sup>①</sup> 唐律对具体犯罪行为以及相应罚则的规定方式是概括规定、具体列举、比附论罪、轻重相举四层次相结合的方式。概括规定不涉及具体犯罪情节、犯罪工具、犯罪时机、犯罪主体与犯罪对象间的身份关系等详情,具体列举则将以上详情包揽无遗,比附论罪涉及的是罪质相同、犯罪形式相异的犯罪。具体列举与比附论罪中,又可依犯罪主体与犯罪对象间是否存在特殊身份关系分为两类。轻重相举包含了所有在律无文的犯罪。参见刘晓林《唐律“七杀”研究》,商务印书馆2012年版,第63-64页。此处所说的“列举”是广义的说法,即律文对罚则所做的比较详细的描述,而非上述四层次中有具体含义的“列举”。

“以赦前事相告言者,以其罪罪之。官司受而为理者,以故入人罪论。至死者,各加役流。”不适用此罚则即特定条件下,出卖田产及以赦前事相告言皆属合法行为而不予处罚。后者如《贼盗》“盗经断后三犯”条(299),规定了频犯盗罪的罚则“诸盗经断后,仍更行盗,前后三犯徒者,流二千里;三犯流者,绞。”同时规定“亲属相盗”不用此律,即仍适用亲属相盗之罚则,《贼盗》“盗缙麻小功亲财物”条(287):“诸盗缙麻、小功亲财物者,减凡人一等;大功,减二等;期亲,减三等。”这实际上是排除了重罚罚则的适用效力而适用轻罚罚则。

## (二) “不用此律”排除罚则适用效力的条件

“不用此律”对罚则适用效力的排除都是针对特定情节而设,如《户婚》“卖口分田”条(163)规定具有法定理由而出卖田产的“不用此律”,即不用计所卖面积入罪之律。法定理由即律《疏》载“永业田家贫卖供葬,及口分田卖充宅及碾碓、邸店之类,狭乡乐迁就宽者,准令并许卖之”。又《斗讼》“以赦前事相告言”条(354)规定“事须追究者,不用此律”,律《疏》释“‘不用此律’者,谓不用入罪之律。”律注对“事须追究”的具体内容作了说明“追究,谓婚姻、良贱、赦限外蔽匿,应改正征收及追见赃之类。”《疏》议曰“谓违律为婚,养奴为子之类,虽会赦,须离之、正之。‘赦限外蔽匿’,谓会赦应首及改正征收,过限不首,若经责簿帐不首,不改正征收。及应征见赃,谓盗诈之赃,虽赦前未发,赦后捉获正赃者,是谓‘见赃之类’,合为追征。”这些内容都是犯罪行为所具有的特定情节,而如此规定的目的是为了进一步追求犯罪行为与法定刑之间的一一对应关系,即立法关注到了犯罪行为及具体情节的复杂性,通过“不用此律”对罚则的适用做了更加细致的规定,排除了一概而论的情况。这也是唐律在客观具体、一事一例的立法体例之下,达到立法技术的自我完善。

唐律《名例》以外各篇中“不用此律”所达到的效果皆为出罪、减刑,未有入罪、加刑的内容,即针对不同情节,减轻了原有的处罚。这些内容与秦汉律《具律》“具其减”的内容具有明显的沿袭痕迹。

从内容上来看,《名例》以外各篇中的“不用此律”与《名例》中的“不用此律”形成了明显的互补关系,若将唐律中“不用此律”的内容及功能作为一个整体来考察,恰好是秦汉律《具律》“具其加减”的承袭。

## 四、唐律中“不用此律”相关内容的渊源

限于史料,我们对唐律中“不用此律”相关内容的渊源与发展轨迹无法详究,但可以肯定的是其非唐代首创,我们在张家山汉简《二年律令》中已能见到较为普遍的表述:

### 《贼律》

有挟毒矢若谨(董)毒,及和为谨(董)毒者,皆弃市。或命谓羸毒。诏所令县官为挟之,不用此律。(18简)<sup>[5](P.10)</sup>

### 《贼律》

以县官事殴若置吏,耐。所殴置有秩以上,及吏以县官事殴置五大夫以上,皆黥为城旦舂。长吏以县官事置少吏(46简),亦得毋用此律。(47简)<sup>[5](P.15)</sup>

### 《传食律》

……使者非有事其县道界中也,皆毋过再食。其有事焉,留过十日者,禀米令自(234简)炊。以诏使及乘置传,不用此律。……(235简)<sup>[5](P.40)</sup>

### 《□市律》

贩卖缙布幅不盈二尺二寸者,没入之。能捕告者,以畀之。絺绪、缙纆、纆缘、朱纆、(鬲)、(258简)布、(穀)、荃羹,不用此律。(259简)<sup>[5](P.44)</sup>

### 《津关令》

□、制诏御史,其令诸关,禁毋出私金器□,其以金器入者,关谨籍书,出复以阅,出之。籍器,饰及所服者不用此令。(493简)<sup>[5](P.84)</sup>

根据 18 简的内容,持有毒矢等毒物要处以弃市之刑,但某些情况下持有、使用毒物的行为是合法的,“不用此律”即不适用前述将持有毒物者处以弃市之刑的规定。排除适用效力的条件即“诏所令县官为挟之”,其具体内容结合张家山汉简《二年律令·贼律》的相关记载来看就会比较清楚“军(?)吏缘边县道,得和为毒,毒矢谨藏(藏),节追外蛮夷盗,以假之,事已辄收藏(藏)。匿及弗归,盈五日,以律论。(19简)”<sup>[5](P.11)</sup> 其中的“以律论”即以 18 简规定的内容论处:持有毒物处以弃市,这也是对“不用此律”的限制,虽然具备特定条件,但超过时限者,仍适用前述罚则。46、47 两支简的内容是由于官府事务或是在从事公务时,发生官吏之间殴、詈的罚则,“不用此律”所指即“长吏以县官事詈少吏”不适用前述条文所规定的罚则。234、235 两支简的内容是传食制度在时间、标准方面的一些具体内容与程序,“不用此律”是说使用诏书和乘置传的使者,禀食规定不受法律上的限制。259 简从内容方面看是市场管理方面的规定,贩卖缙布幅不盈二尺二寸者予以没收,“不用此律”是说絺、縠、纁、纁、朱纁、罽、布、縠、荃、萑不适用布幅二尺二寸的限制。493 简的内容在性质方面与前述几支简有所不同,493 简为汉令,而前述简文的内容皆为律。虽然从传世文献的记载中能看到汉代律令之间存在比较明确的界限,但从内容与法律效力方面来看,汉时律、令之间的区别还未像唐代不同法律形式之间的区别那么明显。<sup>①</sup> 其中的“不用此令”是说已经登记的器物或者物品、衣服上的金饰,均不在法律的约束范围之内,即不需要在入关时登记,出关时逐一点数。

从以上内容中我们发现《二年律令》所见涉及“不用此律”的内容中,仅有《贼律》中“不用此律”的含义、功能与唐律一致:首先,“不用此律”之前规定了具体的罚则;其次,列举了适用条件与标准;最后,规定了若出现特定情节,罚则不再具有适用效力。而《口市律》、《传食律》与《津关令》中“不用此律”涉及的内容与唐律截然不同,从其内容与功能来看,与“具其加减”差异较大,“不用此律”与“不用此令”排除适用效力的法律规范不是关于定罪量刑的法例或罚则,而是规定某种行为必须具备的特定程序、要素。<sup>②</sup> 这与唐令中的“不用此令”在内容与功能方面是一致的:

开元二十五年《户令》:“……诸户欲析出口为户,及首附口为户者,非成丁,皆不合析。应分者,不用此令。”<sup>[6](P.144)</sup>

开元二十五年《假宁令》:“诸外官授讫,给装束假,其一千里内者四十日,二千里内者五十日,三千里内者六十日,四千里内者七十日,过四千里者八十日,并除程。其假内欲赴任者,听之。若有事须早遣者,不用此令。”<sup>[6](P.681-682)</sup>

开元二十五年《丧葬令》:“诸身丧户绝者,所有部曲、客女、奴婢、店宅、资财,并令近亲(亲依本服,不以出降)转易货卖,将营葬事及量营功德之外,余财并与女(户虽同,资财先别者,亦准此);无女,均入以次近亲;无亲戚者,官为检校。若亡人存日,自有遗嘱处分,证验分明者,不用此令。”<sup>[6](P.770-771)</sup>

可以推测,汉律中涉及“具其加减”的内容都集中于《具律》,其他各篇未见太多相关内容;而汉律《具律》以外涉及“不用此律”的条文,由于其内容与定罪量刑关涉不大,在后世法典发展演变的过程中逐步归入令的范畴。这说明秦汉至唐代律令关系发生了一些变化,秦汉时期,令与律并无严格的区分,<sup>③</sup>甚至可以说令是律的修正、补充<sup>[7](P.19-36)</sup>,而唐代律、令则有比较明显的界限。

##### 五、“不用此律”与唐律的立法体例

从《唐律疏议》的结构来分析,《名例》一篇的内容是“命诸篇之刑名,比诸篇之法例”的“通例”或

<sup>①</sup> 关于秦汉时期律令关系的详细探讨可参见孟彦弘《秦汉法典体系的演变》载《历史研究》2005年第3期,第28-33页。

<sup>②</sup> 目前所见的竹简秦汉律,有很多条文并非定罪量刑的规定,而是具有行政性的法律规范,这些内容并不仅限于涉及到“不用此律”的条文。大致在魏晋法典化的时期,定罪量刑的法律规范与行政性法律规范才逐渐剥离。至唐代,我们看到行政性法律规范都出现在唐令之中,而唐律中不再有相关内容。

<sup>③</sup> 从整体上来说,秦令是否如此尚不确定,但从目前公布的情况来看,秦令基本上是行政性命令,如岳麓秦简中所见的一组简文(0640、0635、0526、0319)内容就是有关遣送难民的令,其中未有罚则,是典型的行政性命令。这批简文尚未公开出版,相关内容可参看欧扬《岳麓秦简所见比初探》载《秦简研究国际学术研讨会论文集》2014年12月,第76页。

“通则性规定”，“不用此律”所排除适用效力的法律规范性质上是具有通则性的“法例”。《名例》以下各篇皆是定罪量刑的条文，包括具体犯罪行为的列举与相应的罚则两部分内容，“不用此律”所排除适用效力的法律规范性质上是“罚则”。排除“罚则”适用效力的过程蕴含着具体情况具体分析的内在逻辑，即“罚则”针对某些具体情况不宜一概而论。因此，从逻辑上分析，通过“不用此律”排除适用效力的罚则一定是包含了抽象、概括的“通则性规定”的因素，一定不是纯粹的具体犯罪行为的一事一罚，否则，根本不必在立法上通过“不用此律”排除适用效力。换句话说，《名例》以下各篇中“不用此律”排除的“罚则”也在某种程度上具有“法例”的通则性质。如《斗讼》“部曲奴婢良人相殴”条(320)载“即部曲、奴婢相殴伤杀者，各依部曲与良人相殴伤杀法。(余杀良人、部曲、奴婢私相犯，本条无正文者，并准此。)相侵财物者，不用此律。”其内容是贱人相犯的处罚原则，具有法例的性质，而“不用此律”所表达的，是在“相侵财物”这种特殊情况之下，不适用前述贱人相犯之原则性规定。<sup>①</sup>从这一点来看，《名例》以外存在而且是比较大量的存在“通则性规定”，《名例》与其他各篇的划分是相对的，并不是总则与分则的绝对划分。<sup>②</sup>结合前文所述《贼盗》“盗经断后三犯”条(299)律《疏》中的“不用此‘三犯’之律”、《斗讼》“以赦前事相告言”条(354)律《疏》中的“不用入罪之律”，“三犯之法”与“入罪之律”明显是法律适用的原则性规定而非一事一罚的分则条文。《名例》以外存在“通则性规定”是肯定的，而就“不用此律”的表述可以作为《名例》之外“通则性规定”的标识这一点来说，也大致是可信的。

因此，《名例》作为法典总则，具有比较明显的形式意义，而内容上并未穷尽唐律中所有的通则性条款。通则性条款则大量的存在于《名例》以外的各篇当中，这一现象产生的根源有两个：一是法典沿革的历史渊源，二是唐律的立法体例。就法典沿革过程来说，“不用此律”欲达到的效果是“针对不同的人或不同的情况，而改变原有的处罚”，这个过程中发挥的仍是“具其加减”的功能<sup>[1] (P. 125-131)</sup>。通过本文的分析，唐律中“不用此律”的相关内容，与秦汉时期《具律》的内容非常相似，《名例》中“不用此律”涉及的内容最终效果都是加重原有处罚，《名例》以外各篇中“不用此律”涉及的内容最终效果都是减轻原有处罚。若将唐律中涉及“不用此律”的内容作为一个整体来分析，其可能在法典沿革、流变的过程中具有相同或相近的渊源。唐律《名例》一篇源自秦汉《具律》已成定论，唐律《名例》以外涉及“不用此律”的内容是否源自秦汉《具律》尚待证实。根据秦汉《具律》所见内容与现有的研究成果来看，唐律《名例》以外涉及“不用此律”的内容与之较相似，但尚不能说完全一致。<sup>③</sup>我们说唐律《名例》以外涉及“不用此律”的条文内容在发展、演变过程中受到了《具律》极大的影响应当是可信的。就立法体例来说，具体、个别、客观列举的体例对于具体犯罪行为的规定是具有优势的，“虽是性质相同的犯罪，却根据犯意、犯罪的状况、犯罪的方法、犯罪人以及被害人的身份、犯罪的目标等情况的不同，设立各种罪名、科以不同的处罚。”<sup>[8] (P. 156)</sup>这种立法体例对于罪刑均衡这一立法目标的实现极具积极意义与价值，但对于通则性条款的规定显然存在一些不可避免的缺陷。通则性条款具有不同程度的抽象、概括特征，具体与抽象、概括与个别从逻辑上就存在着矛盾。因此，以具体、个别、客观列举的方式来规定通则性条款极易出

① 刘俊文已经注意到了唐律中的“通则性规定”并非集中于《名例》：“《名例》篇所收虽为全律之通例，然仅是最重要之通例，并非囊括全部通例。实际上，尚有若干通例，散见于《名例》以外之各篇中，……故研究通例之总则，当以《名例》篇为主，而不可囿于《名例》一篇。”刘氏将《名例》以下各篇中的“通则性规定”做了汇集，并将其分为“适用于全篇之通例”与“适用于全律各篇之通例”两类。《斗讼》“部曲奴婢良人相殴”条(320)所载之贱人相犯的处罚原则作为“全律各篇皆适用”的通例性明确标出。参见刘俊文《唐律疏议笺解》，中华书局1996年版，第16、1467页。但刘俊文对《名例》以下各篇中的通则性条文所做的汇集乃是着眼于条文内容，未从法典结构、立法体例等形式特征出发，也未指出《名例》以外大量存在的通则性条文在形式上存在哪些特征、标识与判断标准，这可能是源于刘俊文教授出身史学的学科背景。将本文列举的《名例》以外涉及“不用此律”的相关内容，与刘氏汇总的条文对照，会发现有一些内容不在其汇集之列。

② 亦可参见蔡墩铭之观点：“唐律之《名例》虽相当于今之总则，但《唐律》关于总则之规定，不尽在名例之内，名例律之各种规定，只能为总则规定之主要者，其他总则规定，尚散见于名例以外之各律。故检讨《唐律》之总则规定者，自不应将其限于名例律之条文，更应及于其他各律之有关条文。”蔡墩铭《唐律与近世刑事立法之比较研究》，商务印书馆1968年版，第11-12页。

③ 彭浩从《睡虎地秦墓竹简·法律答问》中辑出了他认为当属具律的相关内容，结合张家山汉简《二年律令·具律》的相关内容，与唐律《名例》以外涉及“不用此律”的内容相比较，可以发现是有相似之处的。参见彭浩《秦〈户律〉和〈具律〉考》，《简帛研究》(第1辑)，法律出版社1993年版，第51-54页。



现条文列举不清、不尽之处,也不大可能在《名例》一篇穷尽一部律内的通则性条款,而立法对这一缺陷的自足方式便是通过一些具体的技术手段在法典相应部分对立法不清、不尽之处予以说明、补充,“不用此律”便是这些技术手段中的一种。

#### 参考文献:

- [1] 孟彦弘“从‘具律’到‘名例律’——秦汉法典体系演变之一例”载中国社会科学院历史研究所学刊编委会《中国社会科学院历史研究所学刊》(第4集),商务印书馆2007年版。
- [2] 蔡墩铭《唐律与近世刑事立法之比较研究》,商务印书馆1968年版。
- [3] 刘俊文《唐律疏议笺解》,中华书局1996年版。
- [4] 刘昉等《旧唐书》,中华书局1975年版。
- [5] 张家山二四七号汉墓竹简整理小组《张家山汉墓竹简(释文修订本)》,文物出版社2006年版。
- [6] [日]仁井田陞《唐令拾遗》,栗劲等译,长春出版社1989年版。
- [7] 孟彦弘“秦汉法典体系的演变”载《历史研究》2005年第3期。
- [8] [日]仁井田陞“唐律的通则性规定及其来源”,载刘俊文主编《日本学者研究中国史论著选译》(第8卷),中华书局1992年版。

## An Empirical Analysis of the Legislative Structure of Tang Dynasty ——Centered on “Exclusionary Rules”

*Liu Xiaolin*

**Abstract** “Exclusionary Rules” is a fixed expression of the laws of Tang Dynasty. It appears in the part of “Ming Li” as many as the other parts of the laws for functional complementation. The function is of crime exclusion, special penalty mitigation, or aggravation of penalty. The Function is mostly close to “Ju lv” of Qin and Han Dynasty. Seeing from the structure, there is a mass of general rules out of “Ming Li”, “Exclusionary Rules” is a fixed expression taken as the identification of the general rules. Seeing from legislative technique, “Exclusionary Rules” is used to complement the rules cannot be listed.

**Keywords:** the Commentary of Criminal Law of Tang Dynasty; Exclusionary Rules; Legislation Style; the General Rules

(责任编辑 晨 晖)