

中国古代法律形式结构研究*

胡兴东

摘要:中国古代法律形式结构要素的变迁对中国古代法律体系的合理化、形成具有特色的中华法系产生了重要的作用与影响。中国古代成文法的法典化、法律解释的多样化和判例法的非主流化是法律形式变迁的基本特点。三者在不同时期出现过以某种法律形式为中心的发展,但都暴露出各自缺点。明朝至乾隆年间,是三者的综合时期。乾隆朝时形成了以成文法典为纲,可变性较强的条例为主体,及时性、特殊性和准确性为优势的判例制度为补充的法律结构。三者形成了各有分工但又相互制约、相互补充的法律形式结构体系,使中国古代法律体系建设上形式结构完成了合理性、稳定性与可变性的结合。

关键词:法律形式 法律体系 判例制度 中国古代

中图分类号:DF08 **文献标识码:**A **文章编号:**1673-8330(2014)03-0131-10

中国古代法律形式在结构上自秦朝以来就由多层次的、相互间有一定关联的不同种类构成。不同层次的法律形式在稳定性、效力及司法适用上各不相同,相互间构成了一个有机整体。当然,不同时期的不同法律形式都得到了统治者的高度重视与重点发展。司法实践证明,某种法律形式的立法成功并不必然带来司法实务上的成功。中国古代法律形式通过长期发展形成了效力越高、稳定性越强、抽象性越高、数量越少,以及准确性越强、数量越多、效力越低和可变性越强这两种相辅相承的法律结构模式,满足了法律功能的多样性冲突需要,实现了法律的稳定性与可变性、抽象性与准确性、及时性与继承性等方面的需要。本文拟对中国古代法律形式变迁中不同法律形式出现的原因、变化的推动力以及最后形成以法典、条例及判例为主体的法律形式结构体系进行考察,指出这种法律形式变迁的法律价值与作用。当然,由于本文仅分析法律形式,得出的结论与法律实质性评价得出的结果可能会存在不一致的地方。一种合理的法律形式体系并不必然带来合理的法律内容体系,法律形式结构体系仅能解决法律体系建构及形式上的合理性与有效性,而不能解决实质内容上的合理性与正义性。

一、经义化:律令的兴起与法典化

从中国古代法律形式发展整体上看,春秋战国以前在法律适用上否定成文法的重要性,承认个案的特殊性与重要性,在法律适用上大量采用类比,“临事议制”是基本的司法形态。春秋后期,随着法家兴起,对成文法的推崇构成国家法律形式发展的重点。战国至汉朝中前期大量制定成文法,想通过完备的立法达到社会的“大治”。这种对成文法的推崇加上“依法治国”思想的兴起,导致法律数量不断增加,到西汉中期出现了法律篇章数量过多的现象。现在可以见到的秦朝立法中,“律”的数量和内容十分庞杂,到汉武帝时,“律令凡三百五十九章,大辟四百九条,千八百八十二事,死罪决事比万三千四百七十

* 本文受到“云南省第十五批学术带头人后备人才培养计划”的支持。

[作者简介]胡兴东,曲靖师范学院政法学院教授。

二事,文书盈于几阁,典者不能遍睹。是以郡国承用者驳,或同罪而论异。奸吏因缘为市,所欲活则傅生议,所欲陷则予死比”。汉成帝时,“律令烦多,百有余万言,奇请它比,日以益滋,自明习者不知所由,欲以晓喻众庶,不亦难乎!”^①若把《晋书·刑法志》记载李悝制定《法经》篇目当成真实,从战国初期到汉武帝时期,律令增加的数量从6篇到359篇,就是按汉朝汉律60篇,仅律就增了9倍;若按律令359篇,增加了近60倍。所以说这个时期国家法律形式发展重点是律令,以律令成文化为中心建构国家法律体系。秦汉时期“律”可能仅是一种法律形式的名称,没有形成严格的法典化结构,虽然在战国时期李悝对律的基本结构有过创制,但没有形成律令篇章数量上的严格限制与内在严格的分类。从《睡虎地秦墓竹简》看,律的内容有民事、行政、经济、刑事等,现在可以确定的篇目就有18种以上;从《张家山汉墓竹简》上看,篇目数量远远超过九章数。秦汉时期在律令数量增加的同时,还存在决事比、故事、廷行事等因事、因案而出现的法律形式。决事比、故事、廷行事的具体形式包括成文化的法律解释与具体个案出现的法律补充与解释两类,此即后来清朝出现的条例与判例两种类型的前身。这些内容在当时都有所增加,如武帝时决事比多达13472个。汉朝这个时期法律形式上的问题是律令问题,而不是“决事比、廷行事”等问题,因为这两类形式的出现正是为了解决律令中数量过多带来的问题。

汉武帝以后,解决“律”的数量主要由儒家化的律学家比类儒家经义技术完成。汉武帝中后期儒家思想在法律思想上重新获得统治地位,但儒家不再像战国时期那样简单否定成文法的作用,而是在承认成文法的必要性的基础上对其进行内容与形式上的改造。内容上,儒家反对法家绝对的治国以法、否定道德重要性的法制主张,提倡以德为主,以刑为辅,内容适中;形式上,儒家反对无限制地制定法律,要求制定法律时要简要、经义化。通过由儒学家转化成律学家的“法家”群体的努力,三国时兴起了把成文“律令”法典化的新立法,努力减少成文律令的条文与篇目。通过儒学家比类四书五经,提升“律”的作用与地位,同时把“律”经义化。在结构上提出简练与合理为目标的内在结构。这就是三国时《魏律》法典化的原因。“制《新律》十八篇,《州郡令》四十五篇,《尚书官令》、《军中令》,合百八十余篇”。晋朝时,律令数量进一步合理化,数量更加减少。“凡律令合二千九百二十六条,十二万六千三百言,六十卷,故事三十卷”。^②比较三国时魏国与西晋时期律令的数量,前者有180篇,后者仅有60卷,篇数最多也只有60篇,减少了三分之二。这个时期“律”的篇目在减少的同时条文也在减少,如晋律为630条,南朝齐律为1532条,梁律为2529条,北齐律为949条,北周《大律》为1530条,到隋朝《开皇律》为500条。经过三国两晋南北朝近四百年的努力,终于在隋朝时形成了完善的新律令典结构。唐朝时法典式立法达到了顶峰,其标志是《贞观律》、《贞观令》和唐玄宗时期《唐六典》等法典的出现。唐朝贞观年间制定了律典与令典,结构合理、简要,内容简练。“贞观十一年正月十四日,颁新格于天下,凡律五百条,分十二卷,大辟者九十二条,减流入徒者七十一条。[令]分为三十卷,二十七篇,一千五百九十条。格七百条,以为通式。”^③唐贞观年间律令两法典只有39篇,条文2090条。与汉武帝时相比,减少了320篇,仅是前者的十分之一。从这两个数字的变化可以看出,汉武帝至唐贞观之间,重点是解决律令数量与结构问题。贞观年间法典化是在律令格上进行的,制定了律典、令典与格典。当然,唐朝法典化中最成功的是律令典,其中律典为最。律典在篇与篇之间经过深入思考与选择,分总则与分则,并根据当时法理学的取向,分排12篇,条文500条。唐朝制定《贞观律》时,通过各方努力,在内容上完成了适中、宽平,条文上实现了简要两大儒家法律形式的追求,可以说,《贞观律》是春秋以来中国对成文法推崇的完美结晶。然而,律令典立法成功并不必然带来司法适用上的方便与准确,反而由于法典内容的简要、条文的抽象,导致法律适用中问题倍增。唐高宗永徽年间《永徽律疏》的出现,标志着中国古代对成文法典的成功感开始消失,让位于司法实践的真实需要,相反的法律形式开始出现。据现存《唐律疏议》记载,由于完美的法典在适用中出现“刑宪之司执行殊异;大理当其死坐,刑部处以流刑;一州断以

① 《汉书》卷二十三《刑法志》。

② 《晋书》卷三十《刑法》。

③ 《唐会要》卷三十九《定格令》。

徒年,一县将为杖罚,不有解释,觸塗睽誤”^④。国家为了统一法律适用,只好出面进行解释。这种解释不管是官方自觉的、统一的还是司法机关自发的解释都同样说明成文法典在司法适用中的不足。更为可悲的是,法典与解释的完美并不必然带来法律适用的更加准确与统一。唐高宗在形式上承认法典的重要性,反对对法典的解释。当他知道详刑少卿赵仁本撰写《法例》三卷用以“断狱”时就公开反对,认为法典已经十分完备。“引以断狱,时议亦为折衷。后高宗览之,以为烦文不便,因谓侍臣曰:‘律令格式,天下通规,非朕庸虚所能创制。并是武德之际,贞观已来,或取定宸衷,参详众议,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’。自是,《法例》遂废不用”^⑤。此《法例》虽然在高宗反对下被废止,但它的出现就是问题所在。认真分析唐高宗的行为可以发现,他反对的是大臣拥有立法权及司法解释权,因为唐高宗本人对律令的解释就构成了对法典的反叛。从唐玄宗时起,统治者发现要在成文法典与国家规范化解释上从法律形式上超越《贞观律》和《永徽律疏》已经不可能,于是国家将法律发展中心转向适用而不是理性立法的发展。

二、随时随事损益:格后敕与断例

唐朝中后期转向加强对新法律形式的发展以适应社会变化的需要,体现在停止对律令格式法典化内容的修订,转向对“敕”的整理与编纂,这逐渐成为公元8世纪到公元11世纪中国法律形式发展的重点。“敕”成为司法实践中法律形式的重要组成部分,表现在唐德宗至唐宣宗时期,中央不再制定律令格式的法典化法律,而是编纂“敕”,或称为“格后敕”^⑥。学术界认为唐中后期出现的条格,或说格后敕是独立于“格”的一种法律形式,是因事、因时制定的“敕”中整理出来的内容。“格后敕”的“格”是指法典化的“律、令、格、式”。“自唐玄宗开元十九年(731年)起,唐开始采用直接编纂皇帝制敕的方式,使之法律化,制定成格后敕,用以调整变化了的社会关系。唐后期修纂的格后敕,条文体例与唐格不同,乃取适宜普遍和长久使用的敕,按照二十四司分门别类,直接修纂成一种独立于格的新法典。对载的敕文通常不再进行大幅度改写加工,最大程度地保持了诏敕的原貌,并保留了当初皇帝颁布制敕的日期,每条末尾署有年月日”^⑦。宋朝在法律形式的种类上,基本上继承唐朝,在法典上制定了《宋刑统》,但律的内容是对唐律的抄袭,仅增加了格后敕内容。这说明了两个问题:首先,宋朝建国者认为无力超越唐律,就不必为制定全新的律典浪费时间与精力;其次,希望国家有一个既稳定又能适应新时期需要的法律形式,宋朝提高了“敕”与“断例”的地位,让它们成为整个法律发展的新形式,以适应社会发展的需要。《宋史·刑法志》中有“宋法制因唐律、令、格、式,随时损益则有编敕”。这说明“敕”是对律令格式的一种解释与补充。宋朝的法律形式是在可变性极强的敕与断例上充分发展的,而因两者的可变性、随意性带来的问题在宋朝不同时期都很突出。

从唐中期后至宋朝,格后敕与编敕及成例、断例等法律形式补充了法典法的不足成为法律形式发展的重要内容,但由于格后敕与断例之间没有形成较好的流通机制,导致两种内容无限增加。首先是格后敕出现问题。格后敕数量增加带来的问题在唐朝并不明显,宋朝出现了繁杂的趋势,最后出现了一司一务、一州一县皆有敕的现象,导致法律适用的混乱不堪。关于宋朝前期编敕的情况,《宋史·刑法志一》中有记载:“建隆初,诏判大理寺窦仪等上《编敕》四卷,凡一百有六条……太平兴国中,增《敕》至十五卷,淳化中倍之。咸平中增至万八千五百五十有五条,诏给事中柴成务等芟其繁乱,定可为《敕》者二百八十有六条,准律分十二门,总十一卷。又为《仪制令》一卷。当时便其简易。大中祥符间,又增三十卷,千三百七十四条。又有《农田敕》五卷,与《敕》兼行……庆历,又复删定,增五百条,别为《总例》一卷。后又修《一司敕》二千三百十有七条,《一路敕》千八百二十有七条,《一州》、《一县敕》千四百五十

④ 刘俊文:《唐律疏议笺解》,中华书局1996年版,第3页。

⑤ 《旧唐书》卷五十《刑法志》。

⑥ “格”在唐朝时有广义与狭义之分,广义的“格”就是指“律令格式”,相当于现在的“法律”;狭义的“格”是南北朝至唐朝时期形成的一种法律形式,与律令并称。“格后敕”的“格”是广义的,指由律令格式四种法律形式下解释与补充出现的新法律形式。

⑦ 戴建国:《唐格后敕修纂体例考》,载《江西社会科学》2010年第9期。

有一条。其丽于法者,大辟之属总三十有一,流之属总二十有一,徒之属总百有五,杖之属总百六十有八,笞之属总十有二。又配隶之属总八十有一,大辟而下奏听旨者总六十有四。凡此,又在《编敕》之外者也。……自庆历四年,距嘉祐二年,敕增至四千余条……又别为《续附令敕》三卷。”^⑧由此可知宋朝前期编敕之繁,这与汉武帝至成帝时期律令之繁的情况是一致的。对此,司马光的元祐年奏章记载得更为具体:“近据中书门下后省修成尚书六曹条贯,共计三千六百九十四册,寺监在外。又据编修诸司敕式所申修到敕令格式一千余卷册。”^⑨这里仅尚书省六部及中央其他部门编敕就多达4694册,按古代装订书的习惯,一册量少为一卷,中央诸部门的敕就有4694卷以上,而“一司、一路、一州、一县又别有《敕》”,^⑩都算下来,数量至少达到8000册以上。敕条的数量繁杂导致整个司法难以运行。宋神宗元丰二年(1079年)不得不进行法律形式改革,具体是改变唐中后期以来形成综合编敕的立法传统转向专编刑敕,同时对令格式等基本法律形式进行全面修订立法。这种转变把编敕从数量复杂繁多中解脱出来。此次立法改革后,编敕在宋朝数量锐减,如《绍兴重修敕令格式》、《乾道重修敕令格式》仅有12卷。当然,这种法律改革使宋朝新的法律形式——断例迅速增加,随之而来的问题是断例数量开始增加。

实际上,作为一种特殊的法律形式,“例”自秦汉以来就以不同名称存在,唐朝时仍然存在,特别是以判例形式存在的成例。唐朝较早记载“例”是唐高宗时期,当时称为“法例”,后因唐高宗的反对被废除。从记载看,这次仅是废除赵仁本个人编纂的“法例”,因为武则天时成例仍然在司法中适用,史书记载徐有功在做司刑寺丞时对韩纯孝因参与徐敬业案判决量刑时有异议就以成例作为依据。审理者判决是“伪官同反,其身先死,家口有缘坐。奉敕依曹断,家口籍没”,徐有功提出异议的依据是“伏唯逆人独孤敬同柳明肃之辈,身先殒没,不许推寻。未敢比附敕文。但欲见其成例,勘当尚犹不许,家口宁容没官?”最后是“申复,依有功所议,断放。此后援例皆没官者,三数百家”。^⑪此案说明徐有功引用“成例”得到承认,并成为异议的重要依据。此外,《宋刑统》中开元二十五年《刑部格》记载:“敕,如闻诸司用例破敕及令式,深乖道理,自今以后,不得更然。”^⑫这里明确指出诸司有用“例”的现实。唐中宗景龙三年(709年)八月九日敕文中有“应酬功赏,须依格式,格式无文,然始比例,其制敕不言自今以后永为常式者,不得攀引为例”。^⑬宋朝时的“敕”与“例”发展到元朝形成了条格与断例。元朝的条格前身应是唐朝中后期以来形成的格后敕和宋朝时敕。宋元时期的“断例”则由秦汉以来不同时期的决事比、故事和成例等发展而来。断例在宋元时期具有相对特殊性,主要是解决刑事案件中量刑问题。在内容上不全是判例,有成文法的部分。宋朝法律实践导致“断例”大量编纂,解决法律发展中的及时性与可变性。按史书记载,整个宋朝都有“断例”汇编,时间上要集中在宋朝中后期,北宋时期有《熙宁法寺断例》、《元丰断例》、《熙宁绍圣断例》、《元符刑名断例》、《崇宁断例》;南宋有《绍兴刑名疑难断例》、《干道刑名断例》、《乾道新编特旨断例》、《开禧刑名断例》、《淳熙新编特旨断例》等。宋朝断例有些是由判例组成可以从史料上得到证明。元祐六年(1091年)任永寿案在判决时出现大理寺、刑部和尚书省在量刑上的争议,其中大理寺与刑部引用先例说明自己的量刑依据。此案具体情况在御史中丞赵君锡的奏议中有反映:“臣伏见近降敕命,任永寿特依大理寺前断,决臀杖二十,千里编管……都省以开封府见任永寿冒请食料钱等未结案,退送刑部,候案到从一重断罪。相次刑部、大理寺将后案再断,徒一年,并具例数件,皆是编配。上尚书省,兼言永寿情重,合取旨。遂奉特旨施行。”^⑭此外,景德年间发生兵部员外郎邵晔因为曾经保荐光禄寺臣李随,后来李随犯赃罪除名,大理寺提出追究邵晔保荐不当罪。审刑院提出驳,认为“当用正月德音减降”,但大理寺认为李随案事虽发在德音前,但法律规定“官典受赇不在恩宥之例”,

⑧ 《宋史》卷一百九十《刑法志一》。

⑨ 司马光:《温国文正司马公集》卷五四《乞令六曹删减条贯札子》,四部丛刊本初编本。

⑩ 前引⑧。

⑪ 《通典》卷一六九《刑七》。

⑫ 《宋刑统》卷三十《定罪引律令格式门》。

⑬ 前引③。

⑭ 《续资治通鉴长编》卷四五八“元祐六年五月丙子”。

为此审刑院引用先例作为依据：“是春刑部员外郎郑文宝坐举张舜举当徒，大理引德音降杖，晔当如其例”。^⑮这里明确引用了先例郑文宝保荐张舜举连坐案。

南宋对断例等司法实践产物的重视还和当时宋朝连年与北方金朝作战，南宋与金朝统治者对科举出身官员不熟吏事现象十分失望，于是大量起用吏员出身人员为官有关。吏员出身的官员更加重视实务中形成的先例，客观上增加了对成文法典的轻视，到元朝时达到顶峰。整个元朝在法律形式上不再制定唐律式的法典，而是制定敕例结合的汇编式法典，代表成果是《大元通制条格》与《至正条格》，形成了以判例为中心的法律结构，出现“今天下所奉以行者，有例可援，无法可守”，“审囚决狱官每临郡邑，惟具成案行故事”的司法现象。^⑯

元朝主要是吸收了唐朝中后期至宋朝时形成的格后敕与断例两种法律形式，然而，由于没有唐宋时期律典、令典，特别是超稳定的律典，必须对条格与断例加快整理与立法，以便让国家法律形式具有稳定性，克服两者无限发展带来的问题。至元二十八年制定的《至元新格》是唐朝以来格后敕的新形式，是条格法典化的产物。然而，从《元典章》看，元朝整个国家法律形式中条格与断例是并重的。元朝的断例性质与宋朝的是一致的，主要解决的是量刑问题，而且元朝条格与断例两种法律形式中都存在“判例”，可见，判例是当时重要的法律形式。

元朝法律形式是唐朝中后期至宋朝时整个中国古代法律发展趋势的必然结果。日本学者曾指出，“元代未曾颁布律令，这绝非因为元是异族统治的王朝，相反，它正是中国自身在经历了唐至宋的社会大变迁后，已无暇顾及像中世一样立法的后果。对此表现得最充分的，就是宋以后所见的法律权威的动摇”。^⑰这种动摇主要是对成文法典的实用性失望，具体表现为“格后敕”和“断例”地位的上升。北宋后期，断例与敕的地位迅速上升，法律适用上出现与律文相同。南宋朱熹认为“今世断狱仅是敕，敕中无，方用律”。^⑱由于“敕”的广泛运用，使“断例”在政府编纂并颁行下盛行起来。宋朝的“敕条”与断例到元朝时转变成“条格”与断例。元朝由于没有公开承认律典，在法律形式结构上，不必要把因事而制的法律称为“敕”，以区别稳定的律典、令典，而是直接用“条格”。宋朝“敕”条的出现是因为存在“律典”内容，皇帝在制定因事而制的法律时只能用“敕”称，且“敕”在法律精神与原则上受制于“律”。

唐中后期到元朝之间，中国社会变化激剧，社会发展过快，法典的稳定性暴露出不适应社会发展需要的问题，一定程度上减弱了国家对法典法的需求热情。元成宗大德七年（1303年）郑介夫在所上《太平策》中指出，社会发展导致法律不能适用的矛盾，“试阅二十年间之例，较之三十年前，半不可用矣。更以十年间之例，较之二十年前，又半不可用矣”。^⑲加上元朝时国土辽阔，民族众多，各地风俗迥异，要实行统一的法典更加困难。对此，主张制定法典的儒士官员胡祗遹认识到当时社会情况十分特殊，指出“法之不立，其原在于南不能从北，北不能从南。然则何时而定乎？莫若南自南而北自北，则法自立矣”。为什么要“南自南北自北”呢？他解释说，“以南从北则不可，以北从南则尤不可。南方事繁，事繁则法繁；北方事简，事简则法简。以繁从简，则不能为治；以简从繁，则人厌苦之”。^⑳这些原因结合在一

⑮ 《续资治通鉴长编》卷六六“景德四年八月乙酉条”。

⑯ （元）郑介夫：《上奏一纲二十目·定律》，载《元代奏议集录》（下），陈得芝等辑点，浙江古籍出版社1998年版，第82、83页。

⑰ [日]宫崎市定：《宋元时代的法制和审判机构》，载《日本学者研究中国史论著选译（法律制度）》（卷八），中华书局1993年版，第252—253页。

⑱ （宋）朱熹：《朱子语类》卷一百二十八《本朝》。从司法适用角度看，这并没有什么不妥，更不意味着“律”的地位下降。司法判决时任何法官都会首先从特别法考察，优先适用特别法。在没有特别法时才会从一般法进行考察。这与学术界对法律的认识是有区别的。因为特别法规定的法律在逻辑上与个案具有更高的契合性。唐法律就有此种表达。后唐长兴二年（931年）八月十一日敕条规定法律适用时的原则是“今后凡有刑狱，直据所犯罪名，须具引律、令、格、式，逐色有无正文，然后检详后敕，须是名目条件同，即以后敕定罪。后敕内无正条，即以格文定罪，格内又无正条，即以律文定罪。律、格及后敕内并无正条，即比附定罪，亦先自后敕为比”。从法律形式层次上看，律、令、格和敕是越来越具体，从法律适用的准确性与个案的恰当性看，适用的法律越具体两者之间的契合度就越高。

⑲ 前引⑯，第82页。

⑳ （元）胡祗遹：《紫山大全集》卷二十一《杂著·论治法》，四库全书文渊阁影印本。

起,导致元朝出现秦朝以来无明确的“律”的现象。

当然,宋朝中后期到元朝时期,虽然断例是重要的法律形式,但认真分析断例的内容,其基本渊源是“律典”,即断例是在律条基础上发展起来的。同时,断例的出现,导致法律内容无限增加,出现法律规定越具体、存在问题越多的现象。这就是宋朝中后期出现事类编纂和断例编纂的原因。元朝中后期,国家开始对条格与断例进行整理编纂,并且出现法典化倾向。如从《大元通制条格》和《至正条格》的结构看,存在条格与断例法典化,而且条格与断例之间的内容关系是在“律条”确立的基本内容下进行单元划分。总之,元朝在法律发展中形成的特殊模式是内在动因与时代因素结合的产物。这种发展提供了中国古代法律形式发展的多样化。加强对这种模式的研究对了解中国古代法律发展是十分必要的。从另一角度看,明清两朝在律典下出现条例与判例的法律结构应是元朝法律发展的一种新动向、新结构,也是秦朝以来中国法律形式发展寻找新结构模式的产物。

从唐中后期到元法律形式发展的整体态势看,明朝是中国古代法律发展的重要转变时期。明太祖在建立政权后,为反元政的需要,提出恢复传统汉文化。他和大臣认为汉文化的典型代表是唐文化,具体是唐初文化,因而在法律形式上不再继承唐朝以来公开承认判例法的重要性而轻视成文法典的传统,转向制定了以《唐律》为宗的《大明律》。关于此点,《明实录》上记载:“上以唐宋皆有成律断狱,惟元不仿古制,取一时所行之事为条格,胥吏易为奸弊。自平武昌以来,即议定律”。^①《大明律》以《唐律》为标准制定是明太祖朝君臣公开宣称的,洪武七年刘惟谦在《进大明律表》中指出“篇目一准之于唐”。虽然此后《大明律》有较大修改,但以《唐律》为宗的现象并没有改变。明初从《大明令》到《大明律》是刻意恢复唐朝的法律形式,虽然内容上多继承宋元时期的新发展。明初制定《大明律》的努力使中国法律形式发展回到了唐朝前期的法律形式结构中。然而,历史发展中完全脱离当前,回到过去是很难做到的。明太祖在复古的同时仍然继承宋元时期法律发展中的一些新形式,因为他的《大诰三编》从形式上看就是条格与断例混编的体例,其中很多内容是通过具体判例建立起来的。若比较《大诰》与《通制条格》和《至正条格》的体系,会发现它们十分相似。这事实上形成了对宋元时期立法传统的继承。明太祖认为《大明律》与《大诰》能让明朝法律完美运行仅是一厢情愿的想法。明朝初期的皇帝多有同样想法,如明成祖永乐十九年下诏“诏法司问囚,一依《大明律》拟议”,成化元年下诏“减囚者一依正律,尽革所有条例”。^②但这些努力都以失败而告终。明朝中后期由于《大明律》不能适应社会发展,“条例”大量产生。国家为了让这类法律发展不致过于繁多,弘治五年官方修订了《问刑条例》,并“与《大明律》兼用,庶事例有定,情罪无遗”。^③此后,《问刑条例》成为与《大明律》并行的两大基本法律。《问刑条例》条文渊源,皆出自《大明律》相关律条,同时,从条例产生的来源看,则是因时因事制定或产生的法律解释与补充。当然,明朝纠正了唐朝中期以来法律形式发展中敕与断例存在的不足,发展出新的法律形式,克服了“敕”、“申明”、“指挥”和“断例”等的零乱与类型化不明确的缺点,形成了判例之上更为稳定的“条例”,把案例与判例分离,再把判例与“条例”分离。三者有明确区别,但又能相互转化,构成了三种法律形式。清朝《大清律例》标志着一种能同时满足稳定性与可变性的法律形式体系的出现。清朝法律形成了成案、通行、条例与律典多层次结构,它们承担了法律适用中不同法律渊源的功能,构成了稳定性与可变性兼备的动态体系。

三、经义权变的协同:律典、条例与判例

中国古代判例法的形成与决事比、故事、廷行事、例、断例等法律形式的出现有十分密切的关系。同时律与例、判例体现了中国古代判例法形成与变迁的历史。要了解中国古代法律形式结构中律、例、判例的关系,必须先从春秋时期子产公开制定成文法后的司法适用情况考察起。现在无法知道子产公开制定的法律是律典式还是分散的单行法律汇编,但制定法在法律创制上是主动的,与判例法创制的事后

^① 《明太祖实录》卷二十六,“吴元年十月甲寅”条。

^② 《明史》卷一百四十四《刑法志》,第2286页。

^③ 《明孝宗实录》卷六十五,“弘治五年七月任午”条。

性有本质区别。这里笔者把法律创制分为主动式与被动式。主动式是指立法者通过对以往法律的总结,再加上自己的理解,预先制定出相应的法律规则;被动式则是指某一法律规则的出现不是预先制定,而是因为社会生活中出现了某一必须解决的法律问题或事件,相关机关通过特定程序和方式创制出相应的法律规则。在中国古代法律形式发展过程中,李悝制定《法经》后,特别是商鞅改法为律后,主动式立法中重要形式是律和令典。“律”在秦朝以后成为具有经义化性质的那部分法律形式的专称。^{②4}汉朝以后,“律”成为稳定性极强的法律形式,之下往往引伸出各种各样的法律形式,如令、格、式、敕、例等。其中,令、格、式的性质较为特殊,成为秦汉至宋朝重要的法律形式,它们的出现不完全是被动性制定,多数是国家主动立法。“令”在汉朝开始就有法典化倾向,与“律”并列为两种基本法律形式,但“令”在内容上往往构成律的补充与细化,同时基本功能是设定制度。如《断狱令》是对律典中“断狱”部分的细化与补充,其他法律形式往往是“律”的直接派生物,如秦朝的廷行事、汉朝的决事比、晋朝的故事、唐朝的格后敕、宋朝时“敕”与“例”,及宋以后“条例”、“断例”和“则例”等。性质上构成对律令典的具体适用与解释。清人王德明指出:“然而定例新例,虽云本朝所特重,然其因时通变,随事制宜,又皆不外正律及名例为权衡。夫非例律并行不悖,律非例不行,例非正律不著之据,是岂愚之独为好异以欺世,而徒为是聒聒,以眩众听为耶?知此,则知前贤所以定乎例之义矣。知例之所以为例,不愈知律之所为律也乎?”^{②5}这里虽然讲的是清代,却是对中国古代“律”与其他法律形式之间关系的准确表述。由于它们是被被动性创制,所以一般由以下途径完成:一是因特定事件引起法律问题,国家司法机关在解释相关法律问题时进行了立法性解释与司法性解释,这类行为并不必然导致司法先例的出现。二是具体案件出现后,在法律适用时出现对相关法律的解释,或因立法的需要而形成具有典型意义的判例。这个判例包含特定的法律规则,有时把这些法律规则抽象出来,制定为特定法律规范。除元朝外,中国古代判例或说判例制度在司法中的作用至少自秦汉以后就不是近代西方普通法式的判例法,其基本作用是对成文法的一种具体化和作为新事、新问题立法的前提和条件。

清朝法律形式中律典、条例、通行、成案、案例之间有相当明显的区别与转化过程。它们之间构成一个相互依存、相互制约的循环体系。清朝与判例有关的主要有“成案”与“通行”两类,其中仅有“成案”的完成由具体个案组织,“通行”则由两部分组成,即具体个案与法律解释,就是判例与成文法两部分。清朝个案判决到成案较为容易,只要任何个案被其他司法机构引用作为后来案件判决都可以成为成案。成案到“通行”却不同,具体有两种形式:一是某个案件判决时明确规定它是通行;二是某一成案具有典型性,被特定机关提出,通过法定程序后上升为通行。通行到条例却需要法定程序,通过相关机构立法整理才能上升为条例。条例的形成有立法机关的司法解释和通行立法上升两种。清朝时“例”中的“条例”不是判例是没有疑义的。^{②6}乾隆五年制定《大清律例》时在“三泰等大清律例附记”下“凡例”中明确指出,“笺释、辑注等书,但意在敷宣,易生支蔓,又或义本明显,无事笺疏,今皆不载。其中有于律义有所发明,实可补律之所不逮,则意别立一条,著为成例,以便引用”。^{②7}这说明有些“成例”是由对相关律条的解释而发展起来的,而“例”或“成例”也有很大部分是从具体判例发展起来,这是不可否认的。这也是学术界会把“条例”当成“判例”的问题所在。清代从判例到条例的过程是:判决发展成为成案,成案再发展到通行,通行最后发展为条例。从数量上看,清朝成案到通行再到条例的发展过程是一个递减过程。清朝一个具体的判决并不必然成为后来同类案件的先例,其中“成案”与“通行”是广义的判例,区别是“成案”仅有说服力,“通行”具有拘束力,“条例”已经是成文法,只是其稳定性比律条低,可以根据

^{②4} “律”最早并不是指法律,这是学术界的共知。但“律”用来指称法律中的某一类型后,自商鞅开始就发生重大变化。“律”在三国以后,特别是唐朝后,成为特定的法律术语,具有特定含义。元人王亮在注傅霖的《刑统赋解》中对“律”的解释是“禁人为非者,法;法之中理者,律;事之合宜者,义”。王亮把“律”上升为法律中的“原理”、“规律”、“原则”。这种认识至少在唐朝以后就存在。如元人沈仲纬认为“律为万世准则绳约,使人知而不敢违犯”,强调“律”效力的至上性。

^{②5} (清)王明德:《读律佩觿》(卷二),法律出版社2001年版,第25页。

^{②6} 虽然过去有学者认为“条例”是判例,但这种认识已经被学界基本纠正。

^{②7} 《大清律例》,法律出版社1999年版,第27页。

需要进行适时的修订。“虽系远年成案,非定例可比,惟立论与例义相符,引断自应照办”。^②旧例成案虽然没有法定约束力,但有说服力,并且当地方督抚在审理案件时认为某一个成案具有一定普遍性时,可以引用并提请刑部确认。若刑部认为提出的建议有理由,可以奏请皇帝裁准,把成案上升为通行,成为判例。“因令刑部堂官查明旧例成案,详悉具奏”;^③“通行”经过法定年限后进行修订,大部分通行上升为条例,写入《大清律例》,成为条例的组成部分。因此,清代条例来源有两部分:一是对律文的法定解释,可以由地方督抚等高级官员和中央各部官员提出对某一法律问题的解释与立法等而产生;二是通过具体判决发展起来,这部分“通行”是条例的重要来源。清代虽然并不把所有“通行”都上升为条例,但“通行”作为条例的重要来源是明确的。在《刑案汇览》和沈家本编辑的《通行章程》中明确指出,如所有编入“通行”的是那些“业经纂例无庸采入外”的部分,^④即已经纂入条例的“通行”就没有收当,这是没有收入条例的通行。如道光十四年出现听从尊长毆死期亲尊长的法律条例就是由判决发展起来,经过相关案件具体化、类型化,把以前不同成案中复杂的内容进行整理,解决成案之间的相互矛盾。最后,刑部作出对此类案件一律按照本律拟斩决,法司核拟时夹签申请,呈请皇帝裁决,并提出“臣部通行各省一体遵照,并俟修例时将下手伤轻止科伤罪之例删除”。^⑤从此便能理解通行与条例的关系。从记载看,清代判例的有效期大约在十年之内,因为刑部律例馆对判决案例存档时间是十年。十年后就不再正式存档于律例馆中,除非已经写入“条例”。对“条例”定期整理、清理的时间,乾隆五年规定是“定限三年一次编辑,附律例之后,颁行直省,从此永著为例”,后来发展成为三年小修、五年大修的传统。清朝通过这种方式,终于在制度上找到了解决成文法与判例法各自缺点的途径。同时通过这种特定机制,把两种法律形式的长处有机结合起来,构成了一个具有稳定性与可变性结合的动态法律形式体系。清朝律文与例文的最大区别在于两者随着时代的变化不同,律文不进行修改与废除,例文可以修改和废止。“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,又补律、例之所未尽也……盖律、例之有通行,譬犹江沱汉潜,而非骈拇枝指也”。^⑥

中国古代律文、例与判例的关系自秦朝至清朝基本相同,仅是不同时期称谓不同,形成上区分明晰度不同,具体看是越来越明晰,越来越清楚,至清朝时最为明确。正如清朝刑部大臣所言:“臣寻绎例文,窃以为例从律出,例有因时变通,律乃一成不易。有增减之例,无增减之律,古今皆然”。^⑦这里明确说出律与条例的关系。清代条例是律条的具体化、特别化、类型化产物。清朝学者袁枚在《答金震方先生问律例书》中指出:“律者,万世之法也,例者一时之事也。万世之法有伦有要,无所喜怒于其间;一时之事则人君有宽严之不同,见相有仁刻之互异”。^⑧律学家王明德的解释更为深刻,“条例所在,及极人情之变,用补正律本条所未详,采择而并行之……律非例,则不可以独行,而例非律,又无由以共著”。^⑨说明清朝的“律”是稳定的、基本的,“例”是因时代与个案不同而发生变化的。对于律与条例在法律适用中的作用,“不知例无以见法之所同,不知制无以见法之所异”,^⑩指出了“条例”对律条的作用。至于例,特别是判例会因司法实践而无限增加,“例则朝例未刊,暮例复下,千条万端,藏诸故府,聪强之官不能省记”,^⑪这样会导致司法适用时无所适从的问题,这也是中国古代历代学者与官员反对判例的重要原因。为此,清朝的法律形式发展成为一种动态机制,具体是中央政府刑部的律例馆定期对成案、通行与条例等进行清理与整理,尽量把成案、通行中具有类型化必要与需要的判例上升为条例,把条例中重

② 《刑案汇览》卷二十六“刑律·人命·杀死奸夫·母被逼嫁其子捕毆奸夫致毙”。

③ 《刑案汇览》卷三十二“刑律·人命·戏杀误杀过失杀伤人·因疯及误杀夫之案向不夹签”。

④ (清)沈家本:《寄谳文存·通行章程序》卷六《历代刑法考》(四),中华书局2006年版,第2220页。

⑤ 《刑案汇览》卷四十二“刑律·斗殴·毆期亲尊长·听从尊长毆死次尊仍遵本律”。

⑥ 前引④,第2220—2221页。

⑦ 前引④。

⑧ (清)袁枚:《小仓房文集》卷十五《答金震方先生问律例书》。

⑨ 前引⑤,第18页。

⑩ (元)沈仲纬:《刑统赋疏》,载(清)沈家本:《枕碧楼丛书》,知识产权出版社2006年版,第198页。

⑪ 杨鸿烈:《中国古代法律思想史(下)》,上海书店出版社1984年版,第114页。

复、交叉的部分统一,不合时宜部分删除。清代刑部律例馆专门负责法律解释、修订和编纂出版各种官方法律汇编,如律例馆专门汇编发行“通行”本,即法定判例集。《刑案汇览》中一些案件下明确写明出自“通行本内案”。这样,清朝的律典、条例与通行、成案解决了秦朝以来法律形式中的三个问题,即律令问题、敕的问题和判例的问题,让三者的优点得到保留、缺点得到克制。

从法律适用的逻辑学与解释学上看,清朝法律形式构成了一个循环体系。律典是整个法律适用的起点,通过类比、比附等司法技术,使律条适应纷繁复杂、个案案情多变的社会需要。同时,所有条例、通行和成案的最终解释与渊源都可以回溯到律典中某一具体律文或法律原则,使法律解释不会走向整体性迷失与混乱,整个法律体系构成逻辑体系上的自洽与自我循环。如道光二年山西李贾氏因通奸殴烙童养儿媳李乔氏杀人灭口案是清代成案、通行与条例在司法中适用的具体体现。此案出现后,法律适用上需要用类比适用母亲杀死子女的律文解决此方面立法上的空缺。但类比中存在一个问题,儿媳与婆婆关系与母亲与子女的关系按现在看是平等的、一致的,但中国古代有“三父八母”之分,不同性质的“母亲”与子女在伦理服制上存在严格的差别,互犯时构成的法律事实是不同的,法律责任自然也不同。清朝时儿媳与婆婆的关系有亲姑、继姑、嫡姑等不同分类,子女与母亲关系有嫡母、亲母、继母等关系。不同关系中母亲致子女死亡法律责任不同,具体是嫡母致子女死亡的适用绞监候,继母致子女死亡的适用斩监候。本案中李乔氏与李贾氏关系是儿媳与亲姑,判决是“应仍照例拟绞监候,入于缓决,永远监禁”。由于是婆婆通奸杀儿媳,在法律上加重,在缓决时增加为“永远监禁”。此案成为姑姑通奸杀儿媳灭口的典型,整个案件被规定为“通行”,成为此类案件中具有约束力的判例。同时,刑部在检查相关成案时发现此类案件以前存在把亲姑、嫡姑比照为继母适用的判决,所以提出对此类案件统一解释,规定“嗣后奸妇致死伊媳灭口之案,系亲姑嫡姑即照嫡母例拟绞监候,系继姑即照继母例拟斩监候,均入于缓决,永远监禁,以昭画一”。^③此部分内容后来在修订条例时纂入“条例”,上升为成文法。

中国古代法律在历史发展中形成了相对自成体系的形式结构体系,使法律在稳定性与及时性中找到了动态平衡,这是在经历过对成文法典与判例法两种法律形式绝对推崇的实践后而慢慢形成的,是一种经验理性的产物。清朝是在普遍性与特殊性之间找到一个过渡性法律形式,让两个极点能够发挥所长而克制所短。中国古代判例法的出现,不仅在法律形式上弥补了成文法的不足,还在法律适用上对实现实质正义的司法追求提供了制度上的保障。当然,判例制度是中国古代成文法典下实现司法实质正义需要的必然选择,是整个法律形式运行中的重要环节。

余 论

中国古代法律形式发展的历史中,从春秋时郑国子产公布成文法开始,主要经历了三种法律形式迭兴时期。首先是“律、令”种类在数量与篇目上迭增,再到格后敕,或敕迭增,最后到断例迭增三个时期。三个问题的出现是中国古代法律形式发展中的重要问题,为解决三个问题,中国古代法律形式在不同时期出现过重点发展与重点解决某种法律形式的发展时期。春秋至汉武、成帝时期,在对成文法的推崇下,律令两种法律形式得到重点发展,到武帝、成帝时期发展到极点,但实践证明存在不足。为解决律令过多带来的问题,从汉武、成帝时期开始到唐朝前期,经过8个世纪的发展,形成了律典、令典等法典结构,解决了律令数量增加导致司法适用混乱的问题,但司法实践还是存在问题。当然,这个时期出现了法典化、简要化的发展倾向,可以说是法典崇拜时期,具体表现在三国时期魏国开始制定律典、令典等法典,唐贞观年间出现了结构合理、内容简练的律典、令典、格典和式典等。唐贞观年间法典化的成功并未必然带来司法的成功,于是唐玄宗朝到宋神宗时期,开始以灵活性极强的格后敕为中心大量发展因时因事制定的法律形式。编敕的成功带来的问题是法律适用中的问题迭出。宋神宗朝后,转向了以断例为中心的法律形式,克制编敕带来的问题,到元朝时条格与断例并行。明朝开始重新重视法典,同时对断例、条格进行新的形式化,具体是通过对条例定期整理与法典化,解决两者带来的问题。判例作为一种法律形式,自秦汉以来就存在,但问题出现在宋元时期,因为这个时期“断例”数量倍增,导致法律形

^③ 《刑案汇览》卷二十三“刑律·人命·谋杀祖父母父母·因奸致死儿媳分别斩绞通行”。

式的混乱,最终把判例融入以律典为中心的法律形式结构是清朝乾隆年间。清朝把判例分为成案、通行,通过技术化处理,判例上升为条例,终于解决了律典、条格与判例三种法律形式出现的问题,通过一种内在的有效机制,让三种法律形式发挥优势,克制不足,构建起了合理的中国古代法律体系。

Study on the Structure of Legal Forms in Ancient China

HU Xing - dong

Abstract: The evolution of structural elements of legal forms in ancient China has vital impacts on rationality of legal system in ancient China and the formation of Chinese law system with its own characteristics. The evolution of legal forms has three major features such as the codification of Chinese ancient statutes, the diversification of legal interpretations, and the off - mainstream feature of case laws. These three features centered on certain legal form in different phases with their respective weakness. However, such three features integrated and co - existed in Ming Dynasty and Qianlong Emperor of Qing Dynasty. Specifically, during the reign of Qianlong Emperor, the statutory codes are the fundamental legal forms, and the versatile regulations are the main forms complemented by case laws of being prompt, special and accurate. These three legal forms have their respective functions while interactively controlled and supplemented, and such structural system of legal forms have accomplished the integration of rationality, stability and variability of legal system construction in ancient China.

Key words: legal form legal system case law ancient China