

唐律的使用及《律疏》体制内外 “法例”的运作

钱大群

摘要:《律疏》在唐代的使用,有可靠的历史记载与文献证实;有关史书上的案例与《律疏》不符,是因有《刑部格》、议请制度与制敕断罪的影响;《律疏》以《刑统》的形式实际行用于宋代;唐代在《律疏》体制内外都有法例。在不同的法例之间,按照其位阶及性质,相互间可以发生取代、依准、类举、比附及补充等关系,以适应社会法律生活的需求。《律疏》的法律环境抑制了“判例”的产生与推广。

关键词:唐代 律疏 法例

中图分类号:DF08 **文献标识码:**A **文章编号:**1673-8330(2013)01-0139-07

不时有学友问:看唐代史书中一些案例,并不按《唐律疏义》的规定去处断,唐律在唐代到底用不用?对于这个问题,可以毫不含糊地回答说:《唐律疏义》在唐代是使用的。而且不但在唐代,在宋代也是使用的。笔者还就与法律“使用”有密切联系的法例与“判例”问题谈一点看法。

一、唐律的使用问题

(一) 史书确切地记载《律疏》被引用断案

《旧唐书·刑法制》上记载,唐穆宗长庆二年(公元822年),即《律疏》制定公布后的第169年,在处理某人为防卫父亲受伤害而打死对方的案子时,所引用的法律内容是:

准律:父为人所殴,子往救,击其人折伤,减凡斗三等,至死者,依常律。

这就是今传《唐律疏义》卷第二十三(总第335条)的内容:“诸祖父母、父母为人所殴击,子孙即殴击之,非伤者,勿论;折伤者,减凡斗折伤三等;至死者,依常律。”

(二) 御史引用《律疏》处置官吏

关于唐律在唐朝的引用,唐代最有名的一部判书《龙筋凤髓判》^①中有多个案例可证明。《律疏》于永徽四年制定完成颁布全国,《旧唐书·刑法志》特别记载说,“自是断狱者皆引疏分析之”。这句话的确切意思是说,判决刑案的官吏,不但引用律文及其注文,而且还引用新制定的《义疏》部分去作判决的根据。张鹭《龙筋凤髓判》的“判书”中就不但有引律与注的案判,也有依“疏”文为据而作的案判。这里以拙著《〈龙筋凤髓判〉性质及“引疏分析”考》^②一文中所举的一例证明。据判书卷二第71页“少府监二条”之一的案由说,“(少府)监贺敬,盗御茵席三十事,大理断二千五百里,敬不伏”。其“不服”的

[作者简介]钱大群,南京大学法学院教授。

① 《龙筋凤髓判》,田涛、郭成伟校注,中国政法大学出版社1996年版。

② 参见《唐律与唐代法制考辨》,载《中国法制史考证续编》(第七册),社会科学文献出版社2009年版,第379—380页。

辩解是“云其物虽部分,未进不得为御物”,即谓其所盗之物,虽由其作过分配处置,但在送给皇帝使用之前,不可列入“御物”的概念之内。如果不进入“御物”的概念,作为普通盗罪,刑罚当然就轻多了。其实,贺敬所盗三十件茵席,正在“御物”的概念之内。疏文说,准备给皇上使用的东西,“皆须监当官,部分拟进者,乃为御物”。^③即物品经有管理权限的职司,做了准备供皇帝使用的分配处置,就成为“御物”。据案由,贺敬自己也承认已作“部分”(此“分”读作fen的第一声),只是未给皇帝实际使用罢了。依疏文,只要做了“部分”,就成为“拟进”之“御物”。疏文中的关键词语“部分拟进”,完全否定了贺敬“未进”不得为御物的辩词。张鹭认定大理寺所判成立的法律依据就来自疏文的律义解释。一词千钧,遂成铁案。

(三)一些案件之判决与《律疏》不符的原因

唐代判案的结果有时不能全凭《律疏》检验,原因是:

其一,《刑部格》修正补充《律疏》。唐代的《刑部格》是修正补充《律疏》的高位阶的刑事法规,按《格》对贪赃钱财等的犯罪普遍是一罪二刑制,徒流刑执行时加处杖刑,官吏还可能加“徙边”之刑罚。这是有些案例与《律疏》不一致的重要原因之一。

其二,议请案件只有处置程序上的规定,法律上无一定免死或一定依法处断的拘束力。能否免死最后由皇帝根据集议情况决定。犯者合乎“议请”的资格,以及是否属“十恶”的性质,并非是决定其死活的铁定条件,实际常常是由犯者与皇帝及当权势力集团的利害关系所决定的。

其三,制敕断案的案件皇帝可以依法,也可以合法地不依法。《断狱律》卷第三十(总第486条)疏文中有授权性的规定说:“事有时宜,故人主权断制敕,量情处分。”这是法律赋予皇帝可以以个人意志越过法律判案的权力。两唐书上记载的案例大多属高官显贵的案例,且系常由皇帝做主的制敕断罪及对议请的裁定,其中有与《律疏》不符的处置就是必然。

其四,史载之案例要依当时在行的法律法典去检验。以刑律来说,在各朝律典颁布前,都承用前朝律典及编修格敕来解决法律的需要。各历史阶段的法律都有内容的变异,案例是否符合法典,作检验的法律超前与滞后,都可能不相符合。如贞观二年李世民下令废除在行的“奴告主谋逆”的法例,认为“此极弊法,特须禁断”,并决定“自今奴告主者,不须受,尽令斩决”。^④《贞观政要》的记载没有交代太宗的这个决定,到底是直接修改了法律,还是形成了《格》条。但是从今传的永徽《律疏》看,李世民的此项命令根本未对后来的《律疏》起作用。《斗讼律》(总第349条)特别针对奴告主有罪加上了“非谋反逆叛者”的修饰语,就是不理睬李世民的敕制,坚持奴贱可以告主人反、逆、叛罪的法例。直到贞观二年,还有允许奴婢告主人反、逆、叛罪的法律,那么,如没有相反的记载,可以认为这是武德以来的成法。贞观十一年《贞观律》中是否有此内容,有待考证。所以唐太宗要取消允许奴告主反、逆、叛法律的命令,不能依《永徽律疏》去检验。

又如发生在贞观元年的长孙无忌误带佩刀入上阁,而监门校尉未觉察之案,廷议时宰相封德彝主张长孙氏处“徒二年”,监门不觉,“罪当死”,这也无法依今传之永徽《律疏》来检验其所言据何条法律。从《贞观政要》及新旧《唐书·戴胄传》看,此案竟然在宰相与中央审判衙门副长官之间反复争论,分歧如此之大,这证明当时包括格敕及承用的《武德律》在内的法律,都没有周密适用的条文。在这一点上,今传永徽《律疏》就周详得多了。其一,依《卫禁律》(总第59条),长孙氏无警卫跟进带佩刀入上阁,性质与真犯阑入上阁一样要处死;应入上阁内而有警卫跟进者,可带“刀子”;有警卫跟进而不应带横刀(佩刀)而入者,则可以从死罪上“减二等”“合徒三年”;长孙氏以吏部尚书正三品资格入“八议”。其二,监门校尉其罪之性质属“不觉”(长孙氏带横刀而入),应该比附《卫禁律》(总第58条)防止阑入之警卫人员“守卫不觉,减二等”之法例,即照长孙氏的死罪“减二等”,处“徒三年”。最关键的是《律疏》明确规定这样作比,该条之疏文说:“余条守卫宫殿及防禁之处,皆有监门及守卫,故纵、不觉,得罪各准此。”这正是永徽《律疏》高于前朝法典的明证之一。(参见附表)经常见欲探求古律中“判例”的学者,多有举此案为证者,他们到今传的永徽《律疏》中去寻找封德彝关于长孙氏判徒二年、罚铜二十斤;对监门校尉判死刑的“法律依据”,结果必定是陷进去出不来的。

^③ 《唐律疏义·贼盗律》(总第271条)疏文。

^④ 《贞观政要·刑法第三十一》卷八,上海古籍出版社1978年版,第239页。

附表:长孙氏带刀入阁案假设依《律疏》处置之法例运用图表

| 犯罪者 | 使用法条 | 情节区分 | | | 罪名 | 刑罚 | 执行 |
|----------------|--------------------------|----------|------------|----------------|------------------------------|------------------------|--------------------------------|
| | | 是否属应入上阁者 | 是否有仗(警卫)引入 | 是否能带刀 | | | |
| 长孙无忌 | 《卫禁律》 (总第59条) 阑入上阁 | 被召而入 | 仗不入(无警卫引入) | 连“寸刀”都不得带入 | (带佩刀入)以阑入上阁论 | 斩 | 以正三品入“八议” |
| | | | 随仗(警卫)引入 | 得带“刀子”之属 | 无罪 | | |
| | | | | 不应带“横刀”(即“佩刀”) | 不应带“横刀”而带入 | 徒三年(从“斩”上减二等) | 徒二年半(入“八议”者“流以下减一等”;可官当或赎铜五十斤) |
| 监门校尉 | 以《卫禁律》(总第58条)“守卫不觉”比附 | | | | 守卫不觉(以疏文“余条监门、守卫不觉各准此”之规定比附) | 徒三年(照长孙氏阑入上阁之“斩”罪减二等) | |
| 监门主司(校尉兵士的监当官) | 以《卫禁律》(总第58条)比附 | | | | 主帅不觉 | 徒二年半(在监门校尉“徒三年”上“减一等”) | 有官者可官当或赎铜五十斤 |

二、唐代的《律疏》事实上行用于宋代

唐代《律疏》在宋代的实际使用,从法源、法律形式与敕的关系以及其司法实践等方面都有表现。

(一)《宋刑统》的主要渊源是唐《大中刑统》

其一,唐宣宗大中初,刑部侍郎刘瑑已编成了《大中刑律统类》。^⑤为了便于依类查阅,律条后缀附了与各律条使用有关的格敕等内容。这种《律疏》条文后附加以类属格敕的“刑法典”,就是简称为“统类”或“刑统”的“刑法统类”或“刑律统类”。“律”与“法”这里是同事异名;“类”就是指与律条相类属的格敕。“统类”就是指《律疏》与相关格敕编成的典。这种法典形式从《大中刑统》起,历经后唐《同光刑统》与后周《显德刑统》的传承,到宋代成为建隆四年的《宋刑统》。《宋刑统》与唐《律疏》的关系,只是所缀附的类属,其选取的时空除唐代外,还延伸到了后周及宋初的格敕内容。对唐代的《律疏》,宋代基本是照单全收而只略作增添或变动。如《律疏》内散见于各律篇的“一部律内余条准此”的法例共44条,《刑统》使其集中罗列在《名例律》之后。宋代人在立法上思想开明,根本没有一点避忌前代法律的心态。

其二,在实际内容上,《宋刑统》对唐律中涉及罪与罚的内容未有大的增删。《刑统》分“门”,只是《律疏》条文的单元划分。但是,刑统在分“门”时,不时在唐律的某罪条后,增加了“门”的内容。其中

^⑤ 《旧唐书·刘瑑传》:“大中初,转刑部侍郎。瑑精于法律,选大中之前二百四十四年制敕可行者二千八百六十五条,分为六百四十六门,议其轻重,别成一家法书,号《大中统类》,奏行之。”(参见中华书局1975年版,第14册,第177卷,第4607页。)但依《新唐书·刘瑑传》的记载,所谓“大中统类”也称为“大中刑律统类”。其《刘瑑传》记载说:(刘瑑)“迁刑部侍郎,乃袁汇敕令可用者,由武德讫大中,凡二千八百六十五事,类而析之,参订重轻,号《大中刑律统类》以闻,法家推其详。”参见《旧唐书》(第17册),第182卷,中华书局1975年版,第5372—5373页。

有些内容只是涉及上条中某种犯罪作处置中的程序,或有关的正面制度问题。如《户婚律》(总第162条)“卑幼私用财”之后,以“统类”中敕令等的内容,加进了“户绝资产”及“死商钱物”二门。此外,《宋刑统》在搬用《律疏》时,对唐代的《律疏》内容还在版式上作了字体变异和讲解顺序上的调整。^⑥

(二)不能以“以敕代律”的套话去穿凿宋史中的重要记载

从宋代敕与律的关系上说,人们往往套用所谓“以敕代律”的说法。如果这种说法中,“代”是“取代”的意思,那么可以明确地说,宋史的记载及《宋刑统》都没有“用敕(或称‘编敕’)来取代整个《律疏》”的情况。如《宋史·刑法志》中说:“神宗以律不足以周事情,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。”预防误解这段记载的关键是:第一,“律”是指包涵在刑统中的《律疏》。第二,“更其目”之“目”,是指北宋后期从神宗《元丰敕令格式》开始改革立法所确定的立法种类与名目;“更”是变更、更改、更换的意思。改革立法变更的不只是名目,也包括“敕、令、格、式”的内容分工。但是,不是把“律”变更为“敕”,尤其不是用“敕”去取代“律”(《刑统》中的《律疏》)。其三,“恒”,是长久、永远;“存”是存在,相对于“废”、“弃置”而言。“恒存”,是说《律疏》在“敕”之外,长久地存在行用着,而不是亡失与被弃置。其四,“凡律所不载者,一断以敕”的潜台词应是:律所载可用者,仍断以律。所以,“以敕代律说”违背神宗改革立法的最高指示精神。

(三)终宋之世“敕”始终作为“律”的辅助起作用

宋初的敕在调整对象上并无专业门类的限制,对律、令、格、式都可补充修改,律、令、格、式的性质基本类似于唐代的情况。当时的敕以事类或制订时间划分,性质上虽然也包含了属于修改补充刑律的内容,但此时的敕从整体上说其性质是混合敕。到了神宗元丰七年(公元1084年),皇帝为敕下的定义是“禁于已然之谓敕”,即犯罪行为“已然”后,就依敕来处置。敕的性质已从混合型成为单纯地补充修改刑律的规范即“以刑名为敕”。所以敕也以《律疏》篇目分篇,从《名例》到《断狱》分十二门,仍是作为对《刑统》中《律疏》的补充修改起作用,而不是全面取代了“恒存乎敕之外”的《律疏》。在敕与《律疏》的关系上,法官正刑定罪时,必须参照刑统中的《律疏》。元丰后,敕与《宋刑统》中的律虽性质相同,但仍作为律的补充和修正。对律中有用的刑罚条款,敕文不作重复;对被敕修改过的律的内容,则要说明。总之,宋朝前期的敕作为某件或某类事情的单一或混合法律时,不能取代律,宋后期的敕作为刑律规范的性质,也不能取代律,律在整个宋代都以《刑统》的形式作为有效法律被使用。其实,在宋代的法学概念及司法实践中,《刑统》就称之为“律”;“律”就在《刑统》中,“律”也指《刑统》。《淳熙事类》中就说:“国初,便有《刑统》,谓之‘律’。后有‘敕令格式’,与律并行。若不同,则从‘敕令格式’。”朱熹曾说:“今世断狱,只是敕,敕中无,方用律。”^⑦

三、唐代广泛使用法例而抑制“判例”

这里所言之“法例”,是指整个法律体系内用于调整社会关系或法律内容的单项或系列的有效法律规范。唐代在《律疏》体制内外都有法例。在不同的法例之间,按照其位阶及性质,相互间可以发生取代、依准、类举、比附及补充等的关系,以适应社会法律生活的需求。《律疏·名例律》序疏中“法例”作体例、制度、原则讲,并没有“判例”的意思。《律疏》体系内的法例,是针对一项或一类行为的处断规范,如《卫禁律》卷第七(总第79条)“庙减宫一等”是法例,可用来得出《卫禁律》卷第七(总第58条)中“阑入太庙室”比“阑入御在所”减一等之结论。这些作为推论根据的法律内容,在性质上是“法例”而不是“判例”。

(一)《律疏》在自身的体例内使用法例

唐代的司法判决,在《律疏》体制内可以自身之成法,作另一类无明文规定事情处置之法例。

1. 用“准此”作依准之“法例”处置另类事情

《斗讼律》卷二十二(总第320条)规定,“部曲殴良人,加凡人一等;奴婢,又加一等”;“其良人殴杀伤他人部曲者,减凡人一等;奴婢又减一等”;“即部曲、奴婢相殴杀伤者,各依部曲与良人相殴伤杀法”。

⑥ 这一点对一般读宋律尤其是比较唐宋律的人来说,往往成为障碍。但因讲解此问题实在不属本文范围,故只提及而已。

⑦ 参见戴建国:《宋代法制初探》,黑龙江人民出版社2000年版,第41页、第45页注。此外,该书作者对元丰前后敕、令、格、式性质任务的变异也作了透彻的解释。参见该书第17页。

注文说：“余条良人、部曲、奴婢私相犯，本条无正文者，并准此。”这是法例，不是“判例”。如斗殴处刑身份上的等差：凡人与部曲，正反差一等；凡人与奴婢，正反差二等。依此法例顺推：部曲与奴之间也正反差一个等级。此制度用在奸罪的处置上，《杂律》卷二十六（总第410条）规定，奸罪（凡人）徒一年半；部曲奸良人，各加一等（徒二年）。同卷（总第414条）奴奸良人，徒二年半（比凡奸重了二等）。又如：设定侵犯缙麻平辈年长的刑罚是 x ，那么侵犯小功年长平辈的刑罚则是 $x+1$ ；侵犯大功平辈年长的应是 $x+2$ ；侵犯尊长亲属的就在上述 x 、 $x+1$ 、 $x+2$ 上再“各递加一等”。^⑧刑罚依服制“缙麻一小功一大功一尊属”的加等而有序地对应加等，这是对众多案例作概括的法例化升华，而不是个案案例形成为“判例”。

2. 用比附与类举运用法例处置无明文规定者

《律疏》中的比附与类举，是用于“法无明文”条件下的制度，《贼盗律》（总第260条）说：“岂为在律无条，遂使独为悖怪？”《名例律》（总第50条）下说“断罪而无正条”时，以类举轻重作处置。但这两种制度，都不是依“判例”来处断法无明文的案例。

比附是《律疏》内指定某一成例，作为另一事或一类事处置的法例。如《捕亡律》（总第456条）规定百姓知邻里被强盗、被杀不告，就有“不告官司”的罪名；同时，知道邻里被窃盗不告，要按前罪减二等处罚。但是，如知邻里之奴贱被杀或被强盗不告，律无明文，于是疏文就在《斗讼律》（总第360条）规定，“比‘窃盗不告’，科之”。为什么知奴贱被杀、被强盗不告，能比同于知邻里财物被窃不告之罪？那就是因为《名例律》（总第47条）有“奴婢贱人，律比畜产”的定论。这清楚地表明，实施比附时，求比之事情，被比之事情，甚至可比之原因，都是《律疏》中现成之法例，并非是由某一案例转来的“判例”。人们总不会把法典中固有的法例定性为“判例”。

类举之关键是要通过对有轻重差距之对照，以反衬出判断的正确。如《斗讼律》（总第347条）规定父祖“诬告”子孙无罪，但是如属“告实”子孙怎么办？法无明文。于是按类举法，以“诬告”子孙不处罚的重情，作为反证轻情“告实”理当也不处罚的正确。这里作为比较的“诬告”重于“告实”，是《斗讼律》（总第342条）的规定。法律要求类比的双方一定要有轻重的差距，这是判断能公平合理的基本保证。这种对所比对象选择上的轻重差距要求，属于制度的范畴，不可能有“判例”的性质。

（二）《律疏》体制外“法例”的运用

唐代《律疏》体制外的法例曾有两种，一是较长时期稳定使用的《刑部格》，二是一度使用过的由法官个人编写的《法例》书。《律疏》与其体制外的“法例”，是典与典之间的联系制约关系。

其一，《刑部格》。制敕能长期有效行用者，被制定成《格》。《刑部格》是唐《格》二十四篇之一，其性质是修改补充《律疏》。所以，比起《律疏》来，在使用上它有优先地位。进入宋代以后，唐《格》的性质与种类也逐渐变化，至迟到宋神宗元丰年间改革立法，敕成为纯刑法规范时，唐代《刑部格》的职能已完全被宋《格》所排除而入于敕。

其二，法官个人编撰《法例》并行用。《旧唐书·刑法志》说：“先是，详刑少卿赵仁本撰《法例》三卷，引以断狱，时议亦为折衷。”^⑨《新唐书》虽然未记载赵仁本编《法例》，但关于他收集诏敕的记载，倒是对其编《法例》一书知识渊源极好的印证：“自义宁以来，诏敕皆手自纂录，临事皆暗记之，甚为当时所伏”。^⑩赵仁本在积累诏敕的基础上于《律疏》外编写的“法例”，现已无一点资料流传于世，据《旧唐书·刑法志》简略的记载看，可能属下列两种情况之一：其一，提升隋末以来的“诏敕”作为《律疏》外补充的“法例”；其二，对《律疏》中分散的“法例”作归纳组编，便于用律者集中查对检索。如是后者，那就为元代王元亮给《律疏》编写《纂例》开了先河。赵仁本的《法例》三卷，虽然“时议亦为折衷”，但未经授权，个人制作，最后高宗以“何为更须作例”为由，禁止继续行用，于是《法例》废而不用。此书“引以断狱”，大概有十五年左右的时间，^⑪是唐代立法史上特异的一笔。

⑧ 据《唐律疏义·斗讼律》卷二十二（总第327条）作演绎解释。

⑨ 《旧唐书·刑法志》（第6册），第50卷，中华书局1975年版，第2142页。

⑩ 《新唐书·赵仁本传》（第8册），第81卷，中华书局1975年版，第2759页。

⑪ 赵仁本“详刑少卿”之官职，是龙朔二年改官号时由“大理寺少卿”而来，但不能由此断定《法例》一定从龙朔二年开始行用。唐高宗禁止赵仁本《法例》使用事，《旧唐书·刑法志》列于仪凤二年二月记事项下：“自是，《法例》遂废不用”。从龙朔二年（公元662年）到仪凤二年（公元677年），总共15年，故推估赵仁本之《法例》三卷的使用，“大概有十五年左右的时间”。

(三)《律疏》的法律环境抑制“判例”的产生与推行

在唐代,比较有可能成为“判例”的制敕断罪与“复仇”案,都未形成“判例”。

1. “制敕断罪”在舆论上基本处于遭批判否定的状态。这种制度在执行中常遭到朝堂上一些正直而又敢于进谏的官员的批评。贞观时大理少卿戴胄评论说:“敕者出于一时之喜怒,法者,国家所以布大信于天下也。”^⑫

开元大理卿李朝隐对玄宗说:“生杀之柄,人主合专,轻重有条,臣下当守”;“所以为国惜法,期守律文,非敢以法随人”。^⑬

有些制令口敕确实是皇帝一时兴到的随意行为,完全排除了有形成“判例”的可能。如武德二年,李渊问一名被抓获的强盗为什么为盗,回答说,饥寒交迫活不下去。李渊说百姓因饥寒为盗责任在我皇帝,应予释放。贞观二年,殿中监卢宽拿了自用药物进入御厨房,依《职制律》(总第107条)规定要处绞刑,而唐太宗说“只是错误罢了”,竟赦免了刑罚。这些御判当然不可能成为“判例”。

2. “制敕断罪”的推广依法被堵塞。皇帝的“权判制敕”禁止别的官员或机关引用,否则要对后果负法律责任。《断狱律》卷三十(总第486条):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,即依故意或过失地“出入人罪”处罚。

3. “复仇”案始终未有“判例”。相对而言,“复仇”案产生“判例”的可能性也较大。其一,“复仇”的概念,有儒家的“复仇”理念作为共识。正如《春秋》经所说:“父不受诛,子复仇可也;父受诛,子复仇,此推刃之道。”^⑭就是说,是否能纳入“复仇”的概念,决定于其父祖是否属于应被诛杀的对象。如是不应被诛杀而杀的,就可以“复仇”;如属于有罪被诛杀,子弟去反杀,那不属“复仇”,只能是非法的永无止境的反复杀戮。以唐代的司法实践来说,“复仇”还包括了父祖被朝廷官员错判冤杀,子弟也可去反杀有罪责的官员。开元时,张琬兄弟就是父亲被御史杨汪错判受诛而实行反杀“复仇”。御史杨汪虽然改名换姓潜逃,还是未躲过反杀。虽然最后张氏兄弟被捕杀,但张氏兄弟的“义举”竟得到宰相张九龄等人的力挺及社会舆论的赞扬。新旧《唐书》都把张琬兄弟收入其“孝友传”中加以褒奖。其二,在“复仇”案的处置上形成基本的程序。唐宪宗元和六年(公元811年),梁悦为复父仇,杀了仇人秦果。这是典型的“复仇”案,结果梁悦被决杖后流放。此案经朝廷集议后,采纳职方员外郎韩愈的建议:凡“复仇”案,都报中央,由朝廷集议,最后由皇帝裁处。即使对“复仇”案的性质有基本统一的认同及统一处置的程序,“复仇”案仍不可能产生可作审断仿效的“判例”。其原因主要是:

其一,在法律思想上原就存在不可兼容的对立方面。依儒家经义的法律思想应对“复仇”予以认可,而同时依一般的法治思想,对“复仇”之擅杀者,要严惩。于是办案的官吏就依自己的偏爱择一而为。《新唐书·孝友传》上的两个案例,情节略同,但结果完全不一样。

其一案曰:“高宗时,绛州人赵师举父为人杀,师举幼,母改嫁,仇家不疑。师举长,为人庸,夜读书。久之,手杀仇人,诣官自陈,帝原之。”^⑮

其另一案曰:“宪宗时,衢州人余常安,父、叔皆为里人谢全所杀。常安八岁,已能谋复仇。十有七年,卒杀全。刺史元锡奏轻比,刑部尚书李鄘执不可,卒抵死。”^⑯

以上都是典型的“复仇”案,主要背景情节基本相同,但是处置竟不一样,前一案复仇者得“原之”,后一案复仇者最终以死抵命。原因是什么?前者是皇帝御批,后者是经办官员主张不一,州刺史认可复仇,刑部尚书不认可。在前一案中,皇帝为博取“仁爱”之名顺水推舟是常例。在后一案中,刺史愿意本地区多出“孝子顺孙”作为政绩。而刑部执掌律法,偏向从法律秩序考虑,也属正常。对待“复仇”要完全统一思想很难,要产生“判例”更难。最典型的“复仇”案在法律思想上的矛盾,暴露在武则天对徐元庆复仇的处置上。^⑰徐案属典型的“复仇”,因为要顾全“礼”“法”两端,左拾遗陈子昂竟提出,“臣谓宜正国之典,寘之以刑,然后旌闾墓可也”,即依法,处死徐元庆;同时,依礼在其家之里巷及坟墓上立旌表

^⑫ 《资治通鉴》卷192《唐纪·贞观元年》,上海古籍出版社1982年版,第1286页。

^⑬ 《唐会要·君上慎恤》卷四十,上海古籍出版社1991年版,第847—848页。

^⑭ (唐)柳宗元:《驳复仇议序》(引),载《新唐书》(第18册),第198卷,中华书局1975年版,第5587页。

^⑮ 《新唐书·孝友传》(第18册),中华书局1975年版,第5585页。

^⑯ 前引⑮,第5587页。

^⑰ 前引⑮,第5585—5586页。

赞颂。这个著名的鼠首两端论,后来遭礼部员外郎柳宗元驳斥,以为陈子昂之议“其不可以为典明矣”,并要求把他《驳复仇议序》中的主张附到法令上去,不可依陈子昂之议从事:“请下臣议附于令,有断斯狱者,不宜以前议从事。”^⑩

其二,“复仇”案情况复杂,情节差异大。仍拿开元时张琬兄弟案来说,他们是属于因父被冤杀而“复仇”的性质。但是就具体情况来说,他父亲都督张审素的部将用兵包围监察御史杨汪,当杨汪的面杀死检举张审素的人,胁迫御史杨汪改变上报之案由。张审素作为都督对这些违法犯罪不能不负起罪责,杨汪顺势把张审素判为“谋反”诛杀并连坐全家,这在性质认定上是有不当。张氏兄弟虽然被认作为“复仇”审判,但其父亲的罪责也是他兄弟最终受死的重要原因。《新唐书·孝友传》中记载了九例复仇案,其中“复仇”被原免的,只有一例;减死处流的,五例;被处死的,三例。这种情况说明,对于“复仇”,大多数官员的主张是不得原免,减死为流。这里大部分作减死处理,相当一部分处死,少部分原免的案例,都不是“判例”。

Application of Laws in Tang Dynasty and Operation of “Legal Norms” within and outside of Lv Shu

QIAN Da - qun

Abstract: The application of Lv Shu (interpretation and annotation of law) in Tang Dynasty has been certified by reliable historical documents and literature. Nevertheless, according to some historic literature, there were cases judged inconsistent with Lv Shu. The main reason was that these judgments were under the influence of Xing Bu Ge (formal norms of criminal laws), further discussion for instruction and discretionary judgment by emperor. Lv Shu was applied in Song Dynasty in the form of Xing Tang (criminal code); In Tang Dynasty, besides Lv Shu there were various legal norms. According to their respective status and features, different legal norms can arouse different relations such as subrogation, taking one as reference for another, analogy, comparison and complement to satisfy various needs of social and legal life. The legal environment of Lv Shu had actually restrained the initiation and development of “legal norms”.

Key words: Tang Dynasty Lv Shu legal norms

^⑩ 前引⑤,第5587页。