

# 北魏天兴“律令”的性质和形态

楼 劲

**摘 要:**北魏开国建制之际所定天兴“律令”,是北魏一代律令体制发展演变的起点。无论是从当时立法的中心任务、现实基础,还是从历史传统及其遗迹流绪等方面来看,天兴“律令”的性质和形态均深受汉代“律令”体制和“律令”观的影响,而相当不同于魏晋以来定型的《律》、《令》。天兴《律》、《令》很可能均为科条诏令集,并不具有制定法形态,其《律》当是取汉“旁章”之体以为“正律”,《令》则补充《律》文和规范各项制度。天兴以来“律”、“令”的发展演变,是一个逐渐向魏晋以来定型的《律》、《令》体制靠拢的过程。

**关键词:**北魏;天兴律令;法制史

北魏一朝律令体制的发展,包括其修订与形态、作用与地位及其演变过程,可说是认识北朝法制和考虑唐法系渊源的首要问题。在这一问题的研究上,特别是在抉发、勾稽北魏律令的内容及其源流脉络上,法制史界长期以来已获得了可观成果<sup>①</sup>,但也还存在着若干悬疑。其中一个突出的难点,在于其究竟是否存在从汉代样式的律令,向魏晋定型的那种《律》、《令》的发展历程<sup>②</sup>?而溯其源头,问题又势必归结到道武帝天兴定制之时的“律令”形态和性质上,包括其究竟是取本于汉魏,还是取本于晋制等一系列问题。可以认为,如果这个问题不清楚、不解决,就无法真正说明北魏律令体制的发展起点及其后来的转折变迁,也会极大地限制北朝法制其他问题的讨论<sup>③</sup>。本文即拟考察天兴元年所定“律令”的形态和性质,希望能澄清某些史实,消解相关的歧误纷纭,有助于建立北魏律令研究的可靠起点。

## 一、天兴及五胡时期“律令”的涵义

《魏书》卷二《太祖纪》天兴元年十一月辛亥:

**作者简介:**楼劲,中国社会科学院历史研究所研究员(北京 100732)。

<sup>①</sup> 程树德《九朝律考》卷五《后魏律考》可称是近现代研究北魏法律的奠基之作,此后中外学者的相关研究,均在其基础上展开。《九朝律考》,北京:中华书局,1963年,第341-392页。近年以来的研究成果,则可举出李书吉:《北朝礼制法系研究》,北京:人民出版社,2002年,此书对孝文帝以来法的精神和《太和律》作了系统探讨。邓奕琦《北朝法制研究》(北京:中华书局,2005年)一书则侧重于刑律体系,对北魏各朝刑律均有所涉。薛菁《魏晋南北朝刑法体制研究》(福州:福建人民出版社,2006年)一书则对北魏法律思想、刑法制度的相关问题作了讨论。

<sup>②</sup> 陈寅恪:《隋唐制度渊源略论稿》四《刑律》:“拓跋部落入主中原,初期议定律律诸人多为中原土族,其家世所传之律学乃汉代之旧,与南朝之颛守晋律者大异也……至宣武正始定律,河西与江左二因子俱关重要,于是元魏之律遂汇集中原、河西、江左三大文化因子于一炉而冶之,取精用宏,宜其经由北齐,至于隋唐,成为二千年来东亚刑律之准则也。”实际已提出了这一问题。《隋唐制度渊源略论稿》,北京:三联书店,1957年,第107页。

<sup>③</sup> 如邓奕琦:《北朝法制研究》第一章《北朝法制研究之回顾》第一节《北朝法制研究之概况》二“对北朝法律源流(系统)之研究”列举了“北魏律源出汉律”、“北魏律因于魏晋律”、“北魏律承袭汉律参酌魏晋南朝律”、“北律源出晋律”四说(第2-4页)。其实凡强调汉律影响者皆侧重于北魏前期而言,强调魏晋律影响者皆侧重于北魏后期而言,这些说法及邓氏的概括都不甚准确。

诏尚书吏部郎中邓渊典官制,立爵品,定律吕,协音乐;仪曹郎中董谧撰郊庙、社稷、朝覲、饗宴之仪;三公郎中王德定律令,申科禁;太史令晁崇造浑仪,考天象;吏部尚书崔玄伯总而裁之。这次定制可称是道武帝开国建制的关键一步。《魏书》对此多有记载,如卷二十四《崔玄伯传》载其时道武帝“命有司制官爵,撰朝仪,协音乐,定律令,申科禁,玄伯总而裁之,以为永式”。同卷《邓渊传》载其当时为吏部郎,“与尚书崔玄伯参定朝仪、律令、音乐”。这些记载都表明当时制订了“律令”,但卷一一一《刑罚志》的记载却与之有异:“既定中原,患前代刑网峻密,乃命三公郎王德除其法之酷切于民者,约定科令,大崇简易。”其中并没有提到“律令”,而所谓“科令”,魏晋以来常指《律》、《令》之外随时随事形成的科条诏令,一般是并不以此来指代《律》、《令》的<sup>①</sup>。考虑到《刑罚志》后文记太武帝以来屡次立法,必一一明确其是否涉及律令<sup>②</sup>,则其载天兴元年王德仅云其“约定科令”,就显得异乎寻常了。另一一提的是,后来《通典》述及天兴立法时,也只据《刑罚志》说王德“定科令”,而舍弃了《太祖纪》的“定律令”之说<sup>③</sup>。以此联系《唐六典》卷六《刑部》原注把北魏律令起点定在太武帝而非道武帝时期的说法,《通典》的这种取舍就不能视为偶然,而是代表了对天兴元年“定律令”之事的怀疑。也就是说,《太祖纪》等处所载道武帝天兴元年十一月“定律令”,有可能只是以“律令”一词来表示某些法令;当时王德及崔玄伯、邓渊诸人所从事的,也许本来就不是魏晋时期定型的那种《律》、《令》。从种种迹象来看,这样理解当更合乎天兴开国之际的史实。

如所周知,自曹魏至西晋泰始四年定型的《律》、《令》,作为两部经纬举国政务的法典,具有体例严谨、行文简洁和各篇各条之间“相须而成,若一体焉”的性质和形态<sup>④</sup>,可说是华夏法律文化长期发展的结晶。那么道武帝初定中原之时,是否也已具备了制定这种《律》、《令》的可能和条件呢?

这个问题显然就是《唐六典》和《通典》把北魏律令之始定在太武帝时期的部分原因,其根子当可归结为对北魏开国之初“文明程度”的怀疑。《南齐书》卷五十七《魏虏传》说道武帝时虽都平城而“犹逐水草,无城郭”,明元帝时“始土著居处”,太武帝时其国方成气候,然仍“妃妾住皆土屋”。这种情况下的朝章国典,自亦难脱粗放鄙陋,故按南朝国史系统的记录,北魏不少制度一直要到宋、齐易代之际王肃北投为之筹划润饰后,才能算是像个样子了<sup>⑤</sup>。这里面当然充满了傲慢和偏见,不过在法律领

① 《三国志》卷三十五《蜀书·诸葛亮传》载陈寿编定的《诸葛氏集目录》,内有《科令上第二十》、《科令下第二十一》两篇(《三国志》,北京:中华书局,1971年,第929页)。同书卷五十九《吴书·孙登传》载嘉禾三年孙权出征,命登留守,“时年谷不丰,颇有盗贼,乃表定科令,所以防御,甚得止奸之要”,第1364页。《晋书》卷四十《贾充传》载其入仕初拜尚书郎,“典定科令,兼度支考课,辩章节度,事皆施用”(《晋书》,北京:中华书局,1974年,第1165页),皆为“科令”指称有关科条诏令之例。必须注意的是,汉魏《令》篇如《令甲》、《令乙》或《津关令》之类,无非是某些制诏的汇编,故当时“科令”也可以兼指这类《令》篇中的制诏,与《律》则判若有别。像《晋书·刑法志》节载曹魏《新律序》文,述其《请赎律》归并了以往《盗律》、《杂律》和《令乙》、《甲子科》的有关规定,后又文述《新律》“凡所定增十三篇,就故五篇,合十八篇,于正律九篇为增,于旁章科令为省矣”(第925页)。其“旁章科令”显即汉代以来“正《律》”九章之外“傍章”各篇所收的科条诏令,实际上是各种制诏或“补充法”的合称。到西晋《律》、《令》体制确定以后,“科令”或“科制”之类基本上已只指《律》、《令》以外不断滋生的科条诏令。

② 如其载太武帝“神麤中,诏司徒崔浩定律令”(《魏书》,北京:中华书局,1974年,第2874页);正平元年,命“游雅与中书侍郎胡方回等改定律制”,第2875页。又载文成帝太安时“增律七十九章,门房之诛十有三,大辟三十五,刑六十二”,第2875页。又载孝文帝登位后,“以律令不具,奸吏用法,致有轻重。诏中书令高间集中秘官等修改旧文,随例增减。又敕群官,参议厥衷,经御刊定。五年冬讫”,第2877页。太和十一年又诏议律文,且命“详案律条,诸有此类,更一刊定”,第2878页。又载宣武帝正始元年冬,诏“尚书门下可于中书外省论律令。诸有疑事,斟酌新旧,更加思理……庶于循变协时,永作通制”(第2878页)。事实上,法制史界正是根据这些记载来统计天兴以后修订律令的次数的。

③ 《通典》卷一六四《刑二·刑制中》:“道武既平定中原,患旧制太峻,命三公郎王德除其酷法,约定科令。至太武帝神麤中,诏崔浩定律令。”(北京:中华书局,1988年,第4225页)

④ 《晋书》卷三十四《杜预传》载其《上律注表》节文及《晋书》卷三十《刑法志》载张斐《上律注表》节文,第1026、928-934页。

⑤ 其典型如《陈书》卷二十六《徐陵传》载其梁末出使东魏,对主客魏收说:“昔王肃至此,为魏始制礼仪;今我来聘,使卿复知寒暑。”(北京:中华书局,1972年,第326页)然《魏书》卷六十三《王肃传》惟载王肃深得孝文帝器重;共论“为国之道”(第1407页),时亦及于礼制礼事,而于王肃参定其他制度之事则甚少着笔。《魏书》卷一一三《官氏志》载太和十五年官品与二十三年官品,两者差别亦不算大(第2976-2933、2933-3003页);卷五十五《刘芳传》更载芳与肃共论礼经文字,令肃有“祛惑”之感(第1220页),陈寅恪先生以此证明当时北方礼学已长于南,然则王肃对北魏礼制所起作用,亦当不如南朝人想象之大。

域,其说却与北朝国史系统所载存在着若干合拍处。《魏书·刑罚志》载道武帝以前法制:

魏初,礼俗纯朴,刑禁疏简。宣帝南迁,复置四部大人,坐王庭决辞讼,以言语约束,刻契记事,无囹圄考讯之法,诸犯罪者,皆临时决遣。神元因循,亡所革易。穆帝时,刘聪、石勒倾覆晋室。帝将平其乱,乃峻刑法,每以军令从事……昭成建国二年,当死者,听其家献金马以赎;犯大逆者,亲族男女无少长皆斩;男女不以礼交皆死;民相杀者,听与死家马牛四十九头,及送葬器物以平之;无系讯连逮之坐;盗官物,一备五,私则备十。

这段记载简要勾勒了神元帝至道武帝时期拓跋部的法制传统,其总的特征,显然是部落习惯法加上严酷的“军令”,还有昭成帝以来积累的若干法令<sup>①</sup>,这也就是道武帝天兴元年“患前代刑网峻密”,而命王德“约定科令,大崇简易”的主要背景。

事情很清楚,道武帝所患的“刑网峻密”,一方面是指拓跋部以往每以军令从事的严刑峻法,另一方面也是指华夏法律系统相较于北族的繁多细密;因而其“大崇简易”的涵义,自亦须一方面改变部落制及其军令约束之况,另一方面则要大幅度简化华夏之法以便于统治。也正是在此背景下,道武帝与一班汉臣的合理选择,似乎也应当像当时其他领域那样杂糅胡汉,总结以往的各种科条诏令,围绕道武帝本人的制诏来构筑其法律系统,而无必要一下子把“律令”弄得像西晋那样,以两部形态严整的法典来规范其刑法和各项行政制度。更何况,在道武帝的创业复国历程中,最大的助力和阻力都来自诸部落大人,当其完成复国伟业进取中原时,自须继续纵横捭阖于诸部落大人之间,更须厉行专制集权,强化自身的君王地位,同时采取多种方式来削弱部落大人的权力<sup>②</sup>。这样的形势自然又决定了道武帝天兴建制更需要的是强化其所下诏令的绝对权威,而不是以法典来规范和约束其诏令的效力。因此,对道武帝开国之际的立法,对王德诸人所定“律令”的形态,的确存在着不宜高估的理由。另有一端亦颇值注意:道武帝所平定的“中原”,本在后燕治下,此前经历了前秦和前、后赵,共约六十多年的统治,这几个胡族建立的王朝似均未制定过《律》、《令》<sup>③</sup>,其时所称的“律令”,除仍在某种程度上流播或被沿用的汉、魏、西晋旧物外,主要是指时君随宜下达或制定的诏令科条。这也就是天兴定制之际“中原”的法律传统,北魏早期文献之所以把天兴立法称为“定律令”,当是承此传统而来<sup>④</sup>。

《晋书》卷一二八《慕容超载记》载其义熙元年称帝改元后,议复肉刑、九等之选:

乃下书于境内曰:“……自北都倾陷,典章沦灭,律令法宪,靡有存者……先帝季兴,大业草创,兵革尚繁,未遑修制……今四境无虞,所宜修定。尚书可召集公卿。至如不忠不孝若封嵩之辈,梟斩不足以痛之,宜致烹轘之法,亦可附之《律》条,纳以大辟之科。肉刑者,乃先圣之经,不刊之典……光寿、建兴中,二祖已议复之,未及而晏驾。其令博士已上,参考旧事,依《吕刑》及汉、魏、晋律令,消息增损,议成《燕律》……周汉有贡士之条,魏立九品之选,二者孰愈,亦可详闻。”群下议多不同,乃止。

上引文反映了前、后燕至南燕的立法和法律状态。说北都倾陷而“律令法宪,靡有存者”,则前、后燕

<sup>①</sup> 《魏书》卷一《序纪》载穆帝被晋愍帝进为代王,“先是,国俗宽简,民未知禁。至是,明刑峻法,诸部民多以违命得罪。凡后期者皆举部戮之,或有室家相携而赴死所”(第9页),“后期者皆举部戮之”,这显然是部落兵制之下的“军令”。

<sup>②</sup> 参田余庆:《北魏后宫子贵母死之制的形成与演变》,收入氏著《拓跋史探》(修订本),北京:三联书店,2011年;楼劲:《道武帝所立庙制与拓跋氏早期世系》,《文史》2006年第4辑。

<sup>③</sup> 前赵与前秦俱未留下“律”、“令”的记载,然其自有法制。如《晋书》卷一一三《苻坚载记》述其登位五年后,广修学官,人思劝励,盗贼止息,田畴修辟,“典章法物,靡不毕备”(第2888页)。所谓“法物”自是御用仪仗之类,“典章”犹同慕容氏所称的“律令法宪”,盖仅泛指法制等典章制度。《晋书》卷一一四《苻坚载记下》记王猛辞司徒之位,称“上亏宪典,臣何颜处之”(第2932页)。此处“宪典”亦是泛指诸制度法令。

<sup>④</sup> 附于中华书局点校本《魏书》之末的范祖禹等撰《旧本〈魏书〉目录叙》,称拓跋“虽享国百余年,典章制度、内外风俗,大抵与刘、石、慕容、苻、姚略同”(第3065页),即强调了北魏继承五胡以来传统的一面。

是有“律令法宪”的。因封嵩之罪而别设“烹轘之法”<sup>①</sup>，将其“附之《律》条，纳以大辟之科”；此“律”应是指《晋律》，且可见当时仍在以诏令附著于《律》<sup>②</sup>。然其后文又称慕容儁、慕容暐分别于光寿和建熙中议复肉刑而其事未成，遂命博士等官“参考旧事，依《吕刑》及汉、魏、晋律令”来制定《燕律》；这说明前、后燕在刑法领域只有“旧事”，也就是由诸诏令科条构成的故事，而肯定未曾制定过《律》、《令》，否则其所参考的自应首先是本朝《律》、《令》。由此可见，前燕以来仍在相当程度上沿用了西晋《律》、《令》，再以本朝诏令科条修正或替代其有关规定；但与此同时，汉、魏“律令”也仍存世而有其影响，遂须在立法时加以参鉴。是故慕容超说的“律令法宪”，并非只指前燕以来沿用的西晋《律》、《令》，而已把本朝随宜增补的诏令科条包括在内。且其明令制定《燕律》先须参考前燕以来“旧事”，至于《吕刑》及汉、魏、晋“律令”则起“消息增损”的辅助作用，是本朝诏令科条在其“律令法宪”中又明显居于主导地位。这应当也反映了汉魏“律令”对当时的影响，因为其所体现的，正是汉代以来那种“制诏著令”和“令可称律”的局面中孕育出来的独特“律令观”。<sup>③</sup>

这种原出“前主所是著为律，后主所是疏为令”体制的“律令观”，显然与五胡开国均尤须强调君王诏令权威的主题合拍；而把诏令科条归在“律令”名下的做法，又甚符当时借用名义来润饰其制的需要；故其在十六国时期有其普遍性。后赵之况即足与燕相证，《晋书》卷一〇四《石勒载记上》载勒称赵王前夕：

又下书曰：“今大乱之后，律令滋烦，其采集律令之要，为施行条制。”于是命法曹令史贯志造《辛亥制度》五千文。施行十余岁，乃用律令。

其开头既说“大乱之后，律令滋烦”，则其“律令”自然是指西晋末年以来特别是石勒所推出的诏令科条。而“采集律令之要”，固然可指其时仍在一定程度上沿用的西晋《律》、《令》<sup>④</sup>，据其前文却应同时包括以往各种诏令科条在内。至于“施行十余岁，乃用律令”，似表明《辛亥制度》至石勒称帝后业已停废，却不能同时理解为当时勒已制定了新的《律》、《令》<sup>⑤</sup>。这倒不仅是因为文献中全无后赵制定律令的任何踪迹，更是因为当时所称的“律令”，其实无非是科条诏令之类<sup>⑥</sup>。而尤其可以说明“乃用律令”的真实内涵的，是《晋书》卷一〇五《石勒载记下》记其称帝改元，大赦境内，既而下书曰：

自今诸有处法，悉依科令。吾所忿戮、怒发中旨者，若德位已高不宜训罚，或服勤死事之孤，

① 封嵩为尚书左仆射，因预于慕容法等谋反案而被车裂，事见《十六国春秋》卷六十五《南燕录三·封嵩传》，文渊阁《四库全书》本。

② 《十六国春秋》卷四十七《后燕录五·慕容盛》长乐元年七月辛酉下诏曰：“《法例律》公侯有罪，得以金帛赎。此不足以惩恶，而利于王府，甚无谓也。自今皆令立功以自赎，勿复输金帛。”按，《法例律》是西晋《泰始律》才创立的《律》篇，据此可知前燕以来沿用了《晋律》，也都随时以科条诏令修正或替代了其相关规定，慕容超此书说的“附之《律》条”，自然也应是指《晋律》。

③ 程树德《九朝律考》卷一《汉律考》述汉代“律、令之分不严”，又举《金布令》与《金布律》异名同实为例，即已指出了这一点（第11页）。前面解释《新律序》文所说的“旁章科令”，也反映了汉代律令体制和律令观的这种特点。

④ 《晋书》卷一〇五《石勒载记下》载赵王元年“署从事中郎裴宪、参军傅畅、杜赧并领经学祭酒，参军续咸、庾景为律学祭酒，任播、崔潜为史学祭酒”（第2735页）。其后文载石勒子石弘事迹，述其“受经于杜赧，诵《律》于续咸”（第2752页）。石勒在法制上实行的是胡汉双轨制，“律学祭酒”当是承袭魏晋“律博士”之官，所教学的自应是汉人的律令，《晋书》卷九十一《续咸传》载其师事《泰始律》起草者和注者杜预，明言其“修陈《杜律》，明达刑书”（第2355页），为石勒之“理曹参军，持法平详”（第2355页）。是知后赵律学所教主要是《晋律》杜预注本。

⑤ 邓奕琦《北朝法制研究》第二章《五胡十六国对封建法律文化的鉴取》第一节《引用汉族封建王朝律令进行统治》以为“乃用律令”是指“重新恢复行用晋律令”（第17页）。这样推测的前提，是晋《律》、《令》在《辛亥制度》行用期间已被废止，而其实不然。一是因为后赵律学是在《辛亥制度》施行稍后建立的，如果晋《律》已废止不行，又何用精于《杜律》的续咸来做律学祭酒？二是因为《辛亥制度》仅“五千文”，断难涵盖《晋书》卷三十《刑法志》载《泰始律》、《令》合共“二千九百二十六条，十二万六千三百言”的主要内容（第927页）。合理的解释是《辛亥制度》作为本朝“施行条制”部分替代了晋《律》、《令》的作用，而“乃用律令”则指勒称帝后诸事以制诏科令为准。其以制诏科令为“律令”乃是汉来“律令观”使然。

⑥ 《晋书》卷一〇五《石勒载记下》记其称赵王后，“制法令甚严，诃胡尤峻”（第2737页），其后文又载石勒参军樊坦当石勒面失口而称“羯贼”，石勒曰：“孤律自防俗士，不关卿辈老书生也。”（第2741页）其时石勒未称帝，所“制法令”或即《辛亥制度》，石勒把“诃胡尤峻”的法令称为“律”，尤可证当时“律令”常以指称诏令科条。

邂逅罹谴,门下皆各列奏之,吾当思择而行也。

故所谓“乃用律令”,固然也可包括继续在一定程度上沿用西晋《律》、《令》的意思,但其更为真切的内涵却是“悉依科令”,并且特别点明了“科令”必符合既定程序的属性。因而“乃用律令”所寓意涵,是勒称帝后所下制诏即为“律令”或附著于律令;其着力强调的是石勒所下制诏的至上效力,以此明确本朝“科令”高于前朝《律》、《令》的法律地位<sup>①</sup>。由此看来,《魏书·刑罚志》把《太祖纪》所载的“定律令”记作“约定科令”,恐怕正体现了天兴立法承五胡政权有关传统而展开的特征,同时也是汉代以来的“律令”体制和“律令观”仍有较大影响的反映。

## 二、天兴“律令”深受汉制影响

从种种事实来看,天兴定制确在不少地方呈现了直承汉魏的一面,北魏前期律令受汉代“律令体制”和“律令观”的影响实际上是相当突出的,是为天兴“律令”形态和性质有别于西晋所定《律》、《令》的又一重背景。上已提到汉、魏、晋律令在南燕的影响,这种影响在五胡时期各地区、各统治集团那里应当是有差异的。从中原王朝自身的文化幅射或渗透来看,西晋立国未久即告灭亡,也未与北族打过很深的交道。倒是曹魏,自曹操起长期经营北方各族,对乌桓、鲜卑影响尤大,故五胡时期多有以“魏”为国号者<sup>②</sup>。汉朝四百余年统治对各族影响更是至深且巨,汉代声教文明在各族社会生活、思想文化等方面的渗透不容低估<sup>③</sup>,且汉与晋末相距非远,北魏时人尚称之为“近世”<sup>④</sup>,尤其是在官方意识形态上,北方经学承汉的一面较为突出,可谓经学史上的定论<sup>⑤</sup>。因而北族政权的建制,并非一定要更多地采取晋制,其各项制度取鉴乎晋或汉、魏的孰多孰少,当视其条件和需要及其历史传统来具体分析。事实上,道武帝开国建制即兼采了汉魏的相关制度。如其“从土德,服色尚黄,数用五,未祖辰腊,牺牲用白”<sup>⑥</sup>,即取于曹魏之制<sup>⑦</sup>,可说是其定国号为“魏”的副产品<sup>⑧</sup>;然其“未祖辰腊”,即祖祭于未日,腊祭于辰日,则与曹魏的“未祖丑腊”之制有别,其依据的当是东汉光和时刘洪及蔡邕所

① 其各地司法参用晋《律》、《令》和前、后赵制诏令书的状况,至勒称帝后确有必要统一到本朝制诏上来。又《晋书》卷一〇六《石季龙载记上》记其杀尚书朱轨,“立私论之条、偶语之律,听吏告其君,奴告其主,成刑日滥”(第2778页)。石虎所立的“私论之条”和“偶语之律”,显然皆为《杜律》所无之条,而亦以制诏的形式出现。

② 如《晋书》卷一〇五《石勒载记下》载石勒死后石弘继位而石虎不臣,命弘拜己魏王,封魏郡等十三郡为邑,后又“讽弘命己建魏台,一如魏辅汉故事”(第2755页)。其后冉闵、翟辽、拓跋珪亦俱以“魏”为国号,其原因当是因为汉末“当涂高”之谶发展到十六国时期,又出现了五胡乱定于魏的变种。《晋书》卷八十七《凉武昭王李玄盛传》载其义熙元年改元建初,遣舍人黄始、梁兴间行奉表诣阙曰:“自戎狄陵华,已涉百龄,五胡僭袭,期运将杪,四海颙颙,悬心象魏。”(第2260页)“象魏”即“当涂高”也,当然这一谣谶的传播变种,仍与曹魏的影响分不开。故《魏书》卷二十四《崔玄伯传》载其在天兴元年六月议定国号时曰:“夫‘魏’者大名,神州之上国,斯乃革命之征验,利见之玄符也。”(第621页)所谓“魏”者大名,神州之上国”即指历代国号为魏者,而首先是指曹魏;“革命之征验,利见之玄符”即“当涂高”之谶预示的易代革命之征。

③ 即以内蒙古地区鲜卑墓葬的情况而言,札赉诺尔鲜卑墓葬中有早至东汉初年的规矩镜,拉布达林鲜卑墓葬中有“大泉五十”币;孟根楚鲁——东大井组鲜卑墓葬中有汉五铢钱及“四乳四禽”和“长宜子孙”铜镜,皮条沟鲜卑墓葬中有东汉中期“长宜子孙”铜镜,六家子鲜卑墓葬中有年代约在东汉晚期至西晋的“位至三公”铜镜,二兰虎沟鲜卑墓葬中有剪轮五铢钱及较多的汉代铜镜和陶器。参魏坚主编:《内蒙古地区鲜卑墓葬的发现与研究》第十一章《内蒙古地区鲜卑墓葬的初步研究》,北京:科学出版社,2004年,第211—278页。

④ 蜀汉之灭在曹魏末年,三十年后晋尚未亡而首建割据政权的巴人李氏和匈奴刘氏俱以“汉”为国号。《魏书》卷一一《刑罚志》载太武帝太平真君五年游雅论政,引汉武帝和宣帝徙民实边之举为据,称为“近世之事”(第2875页)。

⑤ 皮锡瑞撰,周予同注释:《经学历史》六《经学分立时代》,北京:中华书局,1959年,第170—192页。

⑥ 《魏书》卷二《太祖纪》“天兴元年十二月”,第34页。

⑦ 《宋书》卷十四《礼志一》载魏受禅于汉,黄初元年诏曰:“……当随土德之数。每四时之季月,服黄十八日,腊以丑,牲用白……。”又载当时尚书令桓阶等奏:“据三正周复之义,国家承汉氏人正之后,当受之以地正,牺牲宜用白……。”(《宋书》,北京:中华书局,1974年,第328页)是北魏从土德,服色尚黄,数用五,未祖辰腊,牺牲用白皆袭曹魏,尤其“服色尚黄”而“牺牲用白”,是因“三正周复之义”,魏承汉火德、人正、赤统而为土德,地正、白统之故。

⑧ 参何德章:《北魏国号与正统问题》,《历史研究》1992年第3期。

撰,后由郑玄作注的《乾象历》“五行用事”之法。<sup>①</sup>

北魏法律承用汉制的一面尤为突出。《唐六典》卷六《刑部》原注:

太武帝始命崔浩定刑名,于汉、魏以来《律》,除髡钳五岁、四岁刑,增二岁刑,大辟有轘、腰斩、殊死、弃市四等。<sup>②</sup>

北魏刑名自应始于道武帝时期,太武帝定刑名取“汉、魏以来《律》”加以增损,这种做法当在崔浩之父崔玄伯主持天兴立法时就已开始。程树德《九朝律考》卷五《后魏律考序》曾从两个方面点出了“元魏大率承用汉律,不尽袭魏晋之制”的史实。一是在律的构成和特色上,北魏律中“严不道之诛”,“重诬罔之辟”,“断狱报重常竟季冬”和“疑狱以经义量决”诸端,皆属汉代所有而为直承魏晋的江左刑律所无<sup>③</sup>。二是就定律诸人的法律文化背景而言,崔浩曾为汉律作序<sup>④</sup>,高允长于汉儒之经义决狱,其后律学又代有名家<sup>⑤</sup>,孝文帝以来定律亦以综鉴古今,考订精密著称,从而构成了当时立法、司法之所以多有汉制印记的原因。陈寅恪《隋唐制度渊源略论稿》四《刑律》则进一步指出:“拓跋部落入主中原,初期议定刑律诸人多为中原士族,其家世所传之律学,乃汉代之旧,与南朝之颛守晋律者大异也。”所强调的便是天兴立法以来的情况<sup>⑥</sup>。总体看来,北魏刑律取鉴和承用汉制的特色,在现存文献中虽多体现在太武帝以及孝文帝以来的事例和记载中,却应当是从道武帝天兴定制延续下来的一个传统<sup>⑦</sup>;而西晋《泰始律》、《令》对北魏一代法制的影 响,则要到孝文帝改制以来才真正开始明显起来。然则天兴所定“律令”形态和性质,自会更近于汉魏而非西晋,由此直到孝文帝改制以来的《律》、《令》,律令的制度和律令的观念均经历了长达百年之久的发展过渡期。

正其如此,自太武帝直至孝文帝改制以来的律令,都还带着不符西晋《律》、《令》形态和性质的某些痕迹,这些痕迹应当都承自天兴以来,其所反映的是北魏开国时期取仿汉代律令体制所形成的立法传统及其影响。《魏书》卷五《高宗纪》和平四年十二月辛丑诏曰:

名位不同,礼亦异数,所以殊等级,示轨仪。今丧葬嫁娶,大礼未备,贵势豪富,越度奢靡,非所谓式昭典宪者也。有司可为之条格,使贵贱有章,上下咸序,著之于令。

婚丧礼仪的奢靡越度在太武帝时已有禁限<sup>⑧</sup>,文成帝此诏则要求为之制订较为详尽的等级规定,并且“著之于令”,即编附于太武帝以来的现行《令》中。这种下诏制定规章而“著之于令”的做法,多见于

① 程荣辑《汉魏丛书》本蔡邕《独断》卷上:“青帝以未腊卯祖,赤帝以戌腊午祖,白帝以丑腊酉祖,黑帝以辰腊子祖,黄帝以辰腊未祖。”(《汉魏丛书》,长春:吉林大学出版社,1992年,第183页)此说当撰入《乾象历》中,而北魏既自承为黄帝之后,故不依曹魏而行“未祖辰腊”之制。楼劲:《周礼与北魏开国建制》,《唐研究》第十三卷,北京:北京大学出版社,2007年。

② 《魏书》卷一一《刑罚志》载此为“神麈中,诏司徒崔浩定律令,除五岁、四岁刑,增一年刑……”(第2874页)。

③ 其后文《斩》、《不道》、《大不敬、不敬》、《诬罔》、《自告》、《马度关》诸条案语,皆述其承自汉律(第361-362、373-374、374、374-375、378、380页)。

④ 沈家本撰,邓经元、骈宇騫点校:《历代刑法考·汉律摭遗》卷一《崔浩汉律序》,北京:中华书局,1985年,第1390-1391页。

⑤ 其后文《魏律家》条所举,惟羊祉及其弟灵引二人(第392页)。不过孝文帝以来议定律令者如常景诸人,不少亦可视为“律学名家”,而当时所定《律》中既然仍有汉律印记,又可反映这些律家中仍有精通和维护汉律原则者。关于当时定律令诸人的学术背景,陈寅恪《隋唐制度渊源略论稿》四《刑律》中有较为详尽的讨论(第100-115页),可以参看。

⑥ 邓奕琦《北朝法制研究》第四章《北魏前期的法制建设》第二节《立法司法概况》—《天兴律》亦“推测天兴律极可能在内容、形式上效纳汉律魏律”(第49页)。

⑦ 具体如《魏书》卷三十《安同传》载同太宗时与贺护出使循察并、定二州及诸山居杂胡、丁零,至钜鹿而发众欲治大岭山,护使人“告同筑城聚众,欲图大事。太宗以同擅征发于外,槛车征还,召群官议其罪……以同虽专命,而本在为公,意无不善,释之”(第713页)。由此可见天兴《律》中并无公坐或公事免坐的规定。而据《晋书·刑法志》载曹魏《新律》十八篇中设《免坐律》而一一辨其“由例”(第925页),西晋《泰始律》的《法例篇》则区分“犯罪为公为私”而“随事轻重取法”(第930页)。故安同之事正好表明:取仿汉《律》精神的天兴《律》并未继承魏晋《律》的这种区分公坐及公事免坐的传统。

⑧ 《魏书》卷四下《世祖纪下》“太平真君九年十月”:“以婚姻奢靡,丧葬过度,诏有司更为科限。”(第103页)此处“科限”显然具有刑事规范的性质;且其既是“更为科限”,则此前应已有所规定。

汉代<sup>①</sup>,不见于两晋南朝,北魏至孝文帝以来仍常用之<sup>②</sup>,最早则可溯至道武帝天兴二年八月辛亥“诏礼官备撰众仪,著于新令”之举<sup>③</sup>,可称是当时继承汉代律令传统的一个标志性现象。这是因为汉代的《令》篇,无论是《津关令》、《功令》等按其针对事项来命名的<sup>④</sup>,还是《廷尉挈令》、《光禄挈令》等以官府部门来命名的,或者是《令甲》、《令乙》这种按时间先后来编排的<sup>⑤</sup>,其实都是特定制诏的汇编<sup>⑥</sup>,故可不断编附后续下达的同类制诏,也就是补充、修正《律》文或规定某项制度而诏文特书“著于令”、“具为令”的制诏。到西晋泰始四年确立《律》、《令》、《故事》并行之制,《律》、《令》都已是通盘制定的法典,其中条文皆为内涵周延和相互关系严密的“法条”,即便其内容基于某份制诏,亦被重新斟酌起草而除去了原诏痕迹。《故事》则仍为制诏汇编,用以容纳不便收入《律》、《令》的制诏规定。故从汉代的律令体制到西晋定型的《律》、《令》体制转折,其重要标志之一,就是后续补充或修正《律》、《令》内容的制诏,实际上已只能编附于《故事》之类的制诏集中,而不再能随时编附于《律》、《令》了,否则就会破坏《律》、《令》的制定法体例,且必有碍其条文的严密和统一。这也就是两晋南朝有关制诏不再有“著于令”之文的原因所在<sup>⑦</sup>。正其如此,北魏道武帝以来的那些“著之于令”的诏文,适足以说明其《令》的形态和性质与汉相类,说明当时律令体制与西晋定型的《律》、《令》体制还有较大距离。

再如“令”的名称,《魏书》卷一一三《官氏志》出现了太和十六年和二十三年两次修订“职令”的记载,从其前后文可知“职令”事关百官品阶。又《魏书》卷七下《高祖纪下》太和十九年十二月乙未:“引见群臣于光极堂,宣示品令,为大选之始。”这次大选极为孝文帝所重,从《魏书》对此的诸多记载中,可以推知这篇“品令”主要关系到官职的选任,旨在建立官职清浊与门第出身的等级对应关系<sup>⑧</sup>。而在西晋的《泰始令》中,规定百官品阶的是《官品令》,有关文武官吏选举的则主要有《选吏》、《选将》、《选杂士》三篇<sup>⑨</sup>。从这种《令》篇名称上的差异,也可体会到直至北魏孝文帝时期的“令”,与西晋《泰始令》所代表的《令》,并不是那种前后沿革的变种关系,而应当是分属两种不同律令系统的产物。

即就“职令”而言,其在很多时候更像是有关官制诸令的一种泛称。《魏书》卷一四《神元平文诸帝子孙传·高凉王孤传》附《元子思传》载其孝庄帝时奏论尚书与御史台关系有曰:

案御史令云:“中尉督司百僚;治书侍御史纠察禁内。”又云:“中尉出行,车辐前驱,除道一里,王公百辟避路。”时经四帝,前后中尉二十许人,奉以周旋,未曾暂废。府寺台省,并从此令

① 《后汉书》卷四十六《陈宠传》载其章帝时为尚书,上疏奏请宽法轻刑,“帝敬纳宠言,每事务于宽厚。其后遂诏有司,绝钻鑽诸惨酷之科,解妖恶之禁,除文致之请减五十余事,定著于令”(《后汉书》,北京:中华书局,1965年,第1549页)。可见一斑。参[日]大庭脩:《秦汉法制史研究》第三篇《关于令的研究——汉代的立法手续和令》第一章《汉代制诏的形态》第四节《著令用语与具、议令用语》、第五节《结论》(林剑鸣等译,上海:上海人民出版社,1991年,第185-192页)。

② 见《魏书》卷七上《高祖纪上》延兴二年十二月庚戌诏、太和二年五月诏,卷一一一《刑罚志》太和十二年诏,卷一〇八之一《礼志一》太和十三年议禘禘与六宗祀制之事,卷一一四《释老志》太和十六年诏(第138、145、2878、2741、3039页)。

③ 《魏书》卷二《太祖纪》,第35-36页。

④ 以所涉事项命名的汉代《令》篇形态,现已有张家山247号汉墓所出《二年律令》中的《津关令》和336号汉墓出土的《功令》简可证。

⑤ 参陈梦家:《汉简概述·西汉施行诏书目录》,北京:中华书局,1980年,第275-284页;[日]富谷至:《晋泰始律令への道——第一部 秦漢の律と令》,《東方學報》第72册,京都,2000年。

⑥ 张家山汉简《二年律令》之《津关令》即缀编有关制诏而成。富谷至上引文认为“挈令”之“挈”当作“摘编”解,即从诏令簿档中摘取具有某种共性的诏令编为一帙。“令甲”、“令乙”之类,如《续汉律历志中》载永元十四年太史令奏对,曰“案官所施漏法,《令甲》第六《常符漏品》,孝宣皇帝三年十二月乙酉下,建武十年二月壬午诏书施行”(《后汉书》,第3032页)云云。这说明当时《令甲》第六条为宣帝三年十二月乙酉诏书所作的漏法规定,其之所以列于《令甲》第六,或因建武十年二月下诏确认,此诏在后汉《令甲》中排序第六的缘故。由此亦可看出《令甲》之类所收皆为有关制诏,且有可能是不断被删定重编的。这一点应当有助于澄清法制史界长期以来围绕《令甲》、《令乙》性质或体例而发生的不少纷歧。

⑦ 至唐代复又出现的“著于令”之例均发生于修订《律》、《令》之时,其义为“撰入《律》、《令》”这与汉魏“著于令”是指随时“附于《令》”的情况截然不同的。特别是唐后期出现的“著于令”之例,则与“定格”(长行《格》或《格》后敕)相关,适为《令》体再变的某种表现,亟待引起史界的注意。

⑧ 《魏书》卷五十九《刘昶传》、卷六十《韩麒麟传》附《韩显宗传》、卷六十三《宋弁传》,第1310-1311、1343-1344、1415页。

⑨ 《唐六典》卷六《刑部》原注,北京:中华书局,1992年,第184页。

……又寻《职令》云：“朝会失时，即加弹纠。”则百官簿帐，应送上台，灼然明矣。……谨案尚书郎中臣裴献伯、王元旭等，望班士流，早参清宦，轻弄短札，斐然若斯，苟执异端，忽焉至此，此而不纲，将隳朝令。请以见事免献伯等所居官，付法科处。

子思此奏引据的“御史令”，晋《泰始令》并无此篇，应是北魏特有的“令”名<sup>①</sup>。其既经历了“四帝”，必为孝文帝时所定，其内容则有关御史中尉职掌和出行仪制。然其下文又引“朝会失时，即加弹纠”的“职令”文，所规定的显然也是御史职掌。这似乎说明《官氏志》所说的“职令”，除百官品阶外也规范了其职掌，其涵盖内容相当广泛，似乎“御史令”乃是“职令”中关于御史的部分。可与印证的，如孝文帝太和十六年四月班新《律》、《令》前，曾制定了《祀令》<sup>②</sup>，但到孝明帝神龟初年议胡国珍庙制时，清河王怿奏称“先朝《祀堂令》云：庙皆四楹五架，北厢设坐，东昭西穆。是以相国构庙，唯制一室，同祭祖考”<sup>③</sup>。怿所引据的“祀堂令”文，应当就是孝文帝以来所定《祀令》中关于宗庙的规制。这说明直至魏末，“令”篇名称仍不被人们认真对待，同一篇“令”固然可有不同称谓<sup>④</sup>，其局部的规定亦可按其内容称为“御史令”及“祀堂令”之类，其随意性显而易见。这种“一令多称”的随意性在两晋南朝未见史载，却与汉代“令”名的错杂细碎极相类似。如汉有“祀令”<sup>⑤</sup>，又有“祠令”<sup>⑥</sup>，皆涉祭祀诸制；另有“斋令”，亦与祭祀相关<sup>⑦</sup>。前二“令”内容显然有所重合，应属同令异名，其与“斋令”或者也是祭祀制度与其局部规定的关系。由此不难推想，北魏一代“职令”、“御史令”和“祀令”、“祀堂令”等错杂不一的“令”名，实际上也是天兴元年以来取仿汉代律令体制的标志性现象，是汉代“制诏著令”和“缀令成篇”习惯在北魏的延续<sup>⑧</sup>，同时又是孝文帝以来律令形态和性质仍在向魏晋所定型的《律》、《令》体制曲折过渡的反映。

### 三、天兴“律”、“令”应均是科条诏令集

综上所述，对于道武帝天兴元年王德、邓渊、崔玄伯诸人所定“律令”，显然不宜贸然视之为当时

① 1959年甘肃武威磨咀子东汉墓出土的“王杖十简”，其第十简书有“兰台令第卅三御史令第卅三”之文，此“御史令”当是指御史台存档之令，而非“令”篇名。

② 《魏书》卷一〇八之一《礼志一》太和十六年二月诏定崇圣祀德之制，称相关问题“比于《祀令》，已为决之……凡在《祀令》者，其数有五”云云（第2750页）。

③ 《魏书》卷一〇八之二《礼志二》，第2771页。

④ 元子思此奏最后说“此而不纲，将隳朝令”（《魏书》卷十四《元子思传》，第354页），似乎是把各种朝廷规制包括“御史令”和“职令”都归到了“朝令”名下。《魏书·礼志一》载太和十三年高祖与群臣议祀典时曰：“详定朝令，祀为事首，疑以从疑，何所取正？”（第2743页）是《祀令》亦上属于“朝令”。《礼志二》载清河王怿之奏，末述“相国之庙，已造一室，实合朝令”（第2772页），也把“祀堂令”归到了“朝令”名下。然《魏书》卷八十二《常景传》载“太常刘芳与景等撰朝令”（第1802页），而卷五十五《刘芳传》载为“世宗以朝仪多阙，其一切诸议，悉委芳修正”（第1222页）。似“朝令”亦可专指“朝仪”。此外，《唐六典》卷四《礼部》膳部郎中条、同卷主客郎中条、卷五《兵部》明威将军条原注皆引有“后魏职品令”文（第127、129、153页），内容涉及官员品阶与属官，与《官氏志》所称“职令”和《高祖纪》所载太和十七年《职员令》内容重合或交叉。

⑤ 《汉书》卷二十五下《郊祀志下》末平帝时王莽奏改祭祀，称“圣汉兴，礼仪稍定，已有官社，未立官稷”。颜师古注引“臣瓚曰：‘高帝除秦社稷，立汉社稷，《礼》所谓太社也。时又立官社，配以夏禹，所谓王社也。见《汉祀令》。’”（《汉书》，北京：中华书局，1962年，第1269页）《续汉书·祭祀志上》载建武三十年三月“上幸鲁”。刘昭补注引“《汉祀令》曰：‘天子行有所之，出河，沉用白马、珪、璧各一，衣以缁纆五尺，祠用脯二束，酒六升，盐一升。涉渭、灋、泾、洛，洛名水如此者，沉珪、璧各一。’”（第3161—3162页）

⑥ 《汉书》卷四《文帝纪》载陈平、周勃等“请阴安侯、顷王后、琅邪王、列侯、吏二千石议，大王高皇帝子，宜为嗣。愿大王即天子位”。颜师古注引如淳曰：“……案《汉祠令》，阴安侯，高帝嫂也。”（第108、109页）

⑦ 《续汉祭祀志下》载明帝为光武帝起庙，尊号曰世祖庙。刘昭补注引蔡邕《表志》曰：“孝明立世祖庙，以明再受命祖有功之义，后嗣遵俭，不复改立，皆藏主其中。圣明所制，一王之法也。自执事之吏，下至学士，莫能知其所以两庙之意，诚宜具录本事。建武乙未、元和丙寅诏书，下宗庙仪及斋令，宜入《郊祀志》，永为典式。”（《后汉书》，第3196页）蔡邕这里所说的“斋令”，指的显然是光武帝建武乙未诏书或章帝元和丙寅诏书所作有关斋祀的规定，可与《续汉舆服志下》刘昭补注引“蔡邕《表志》曰：‘永平初，诏书下车服制度……’”（《后汉书》，第3678页）相证。此“斋令”若从属于《祀令》，无非是其中的一两份诏书而已。

⑧ 汉代“斋令”、“马复令”、“任子令”、“胎养令”，其实都是规定某个制度的制诏，进一步缀集这类制诏即成《令甲》、《津关令》、《廷尉掾令》之类的《令》篇。参程树德：《九朝律考》卷一《汉律考》—《律名考·令》，第21—28页。



制定了类于西晋《泰始律》、《令》的两部制定法。如果从汉魏律令观尚有较大影响的史实出发,再把天兴律令放入北魏前、后期法律系统的演变脉络来加以观察,那么当时“定律令”一事的真相,恐怕正是“约定科令”而非制定魏晋定型的那种《律》章和《令》篇。也就是以昭成帝和道武帝时期的诏令科条为核心,兼采拓跋早期习惯法和汉、魏、晋乃至前秦、后赵和后燕法律的相关内容,按宽简原则将之删定为集加以施用,并循五胡时期的习惯称之为“律令”。不过要弄清此中曲折,可以凭藉的记载实在太少,今仍可知的北魏律、令资料大都出现于孝文帝以来,此前的律令在太和中已多逸佚,从而使研究面临了困难和易致疑团。以下即将分析有限的史料,希望能建立比较可靠的研究起点,以有助于对北魏法制及天兴律令形态和性质的认识:

《魏书》卷三十《安同传》载明元帝登位之初:

命同与南平公长孙嵩并理民讼。又诏与肥如侯贺护持节循察并、定二州及诸山居杂胡、丁零,宣诏抚慰,问其疾苦,纠举守宰不法。同至并州,表曰:“窃见并州所部守宰,多不奉法,又刺史擅用御府针工古彤为晋阳令,交通财贿,共为奸利。请案律治罪。”太宗从之,于是郡国肃然。<sup>①</sup>安同既与长孙嵩“并理民讼”,因而是了解当时法律的,故其要求对并州郡县长官“多不奉法”,刺史“擅用”县令和“交通财贿”等项事情“案律治罪”,并且收到了“郡国肃然”的不错效果,说明当时的确存在着统一规范诸种罪行和罚则的“律”。由于明元帝时并无定律之举<sup>②</sup>,故其应当就是指道武帝天兴元年所定的“律”。因此,这是一条证明天兴所定“律令”中包括了“律”的重要资料。

不过安同所说“案律治罪”的“律”,是否也像前引石勒把自己所定之法称为“孤律”那样,只是对当时刑法的一种统称,还是确指一部业已编修成帙的《律》呢?对此问题,安同所称之“律”包括了诸多罪名和罚则,已提供了一定的线索。另可确定的是天兴所定“律”中已有曹魏方始入《律》的“八议”之条。《魏书》卷二十四《张袞传》载其佐道武帝屡有功,“既克中山,听入八议”。此外,来大千因助道武“创业之功”亦入八议<sup>③</sup>。两者均为“议功”之例,也都说明天兴定制之前的“科令”中已确定了有关司法原则,故至天兴元年十一月王德诸人“约定科令”之时,必已编之入“律”。《魏书》卷三十《闾大肥传》载其天赐元年与弟大罽倍颀“率宗族归国……并为上宾,入八议”<sup>④</sup>。即可为证。

关于天兴“律”包括的内容,更重要的记载是《魏书》卷一一一《刑罚志》载太武帝神麤中诏司徒崔浩“定律令”之事<sup>⑤</sup>:

除五岁、四岁刑,增一年刑。分大辟为二科:死斩,死入绞。大逆不道腰斩,诛其同籍;年十四以下腐刑,女子没县官;害其亲者,辘之。为蛊毒者,男女皆斩,而焚其家;巫蛊者,负羖羊抱犬沉诸渊……。

神麤四年改定律令,被公认为是道武帝天兴定制以后的首次大规模立法。这段记载择要说明了当时对天兴以来法律的修改,且可看出其首先是对刑名的修改。其中提到的“五岁、四岁刑”,乃是汉至魏

① 《魏书》卷三《太宗纪》载永兴三年二月己亥,“诏北新侯安同等持节循行并、定二州及诸山居杂胡、丁零”(第51页)。其时上距天兴元年不到十三年。

② 《魏书》卷三十五《崔浩传》载太武帝诏崔浩修史有曰:“我太祖道武皇帝,协顺天人,以征不服,应期拨乱,奄有区夏。太宗承统,光隆前绪,釐正刑典,大业惟新”(第823页)。此处“釐正刑典”,应当不是指太宗有修定律令之举,而是指太宗对太祖晚年刑罚酷滥局面的调整,即《刑罚志》记载的“太祖不豫,纲纪视顿,刑罚颇为滥酷。太宗即位,修废官,恤民隐,命南平公长孙嵩、北新侯安同对理民讼,庶政复有叙焉”(第2874页)。从中也可以看出,长孙嵩和安同“对理民讼”的任务,是要解决道武帝晚年滥刑的遗留问题,让法制恢复到天兴律令的“宽简”轨道上来。

③ 《魏书》卷三十《来大千传》,第725页。

④ 《魏书》卷二《太祖纪》载天赐元年四月,“蠕蠕社崆从弟悦伐大那等谋杀社崆而立大那,发觉,来奔”(第41页)。姚薇元《北朝胡姓考》修订本外篇第一《东胡诸姓》一三《闾氏》认为“悦伐大那”即闾大肥,其说可从(北京:中华书局,2007年,第284页)。然《魏书·闾大肥传》载其与弟率宗族来归而“太祖善之,尚华阴公主,赐爵其思子”(第728页)。《魏书》卷一〇三《蠕蠕传》则载天赐中,“社崆从弟悦伐、大那等谋杀社崆而立大那,发觉,大那等来奔。以大那为冠军将军、西平侯,悦伐为越骑校尉、易阳子”(第2291页)。二处记载不合,《蠕蠕传》所记明显有误。

⑤ 《魏书》卷四上《世祖纪上》载为:神麤四年十月戊寅,“诏司徒崔浩改定律令”(第79页)。

晋《律》共有的内容，“腰斩”、“腐刑”则汉律有之而为魏晋以来所无<sup>①</sup>，唯有“轘”刑汉及魏晋皆罕见，却广泛地出现于十六国时期<sup>②</sup>，故特值注意。“轘”即车裂，典出《周礼》，前引南燕慕容超诏修《燕律》，称“至如不忠不孝若封嵩之辈，枭斩不足以痛之，宜致烹轘之法，亦可附之律条，纳以大辟之科”。是甚有意将“轘”刑修入《燕律》，也说明当时存在着把“轘”刑纳入“大辟之科”的立法主张。由此不难推想，天兴元年定律令时，应当也存在着“轘”刑入律的可能。《魏书》卷二《太祖纪》载天兴三年正月戊午，“和突破卢溥于辽西，生获溥及其子焕，传送京师，轘之”<sup>③</sup>。大略与此同时，长孙肥讨擒作乱于赵郡、常山等地的赵准，也是“传送京师，轘之”的<sup>④</sup>。这两次轘刑或者也是案律治罪的实例，因为《刑罚志》上引文已表明神麴四年改定律令之时，轘刑被确定为死刑四等中最重的一种<sup>⑤</sup>，适用于大逆、不道罪中的“害其亲者”，从而对道武帝以此惩处作乱谋反罪的规定作了调整。因而可断“轘”刑入律，当不始于神麴四年，而应在天兴定制之时。此外，神麴四年对“蛊毒”和“巫蛊”二罪的惩处，本旨似都是要厉禁巫覡作恶，“焚其家”针对的是北族巫覡家传世承的职业特点，“负羝羊抱犬沉诸渊”或含厌胜之意，更可直接归为部落习惯法<sup>⑥</sup>。这类习惯法在天兴律中自当更多，至于规范和限制巫覡作用的“祛魅”进程，在汉律中早有体现<sup>⑦</sup>，在北魏显然也不始于太武帝时<sup>⑧</sup>，故其也应对天兴律有关蛊毒或巫蛊之法的一种调整。也就是说，类似的罪名当亦出现在天兴“律”中。

总之，如果天兴所定“律令”确如《安同传》所示，包括了统一规范各种罪名和罚则的“律”；那么《闾大肥传》所记可证其中含有“八议”之条，而《刑罚志》载神麴四年的上述修改内容，则不仅补充了若干罪名和罚则，更十分清楚地表明其中规定了“五岁、四岁刑”及“大辟”、“轘”之类的刑名。而这样一部统一规范了诸多罪名和罚则，又包括了“八议”等司法原则和各种刑名的“律”，自然只能是一部业已编集成帙的《律》本，而不是对各种陆续下达的刑事诏令的统称。

讨论至此，天兴所定“律令”中包括了《律》，其《律》中含有“八议”之条及各种刑名、罪名和罚则<sup>⑨</sup>，其内容兼取汉魏晋律中的“五岁、四岁刑”等规定，包括十六国以来“轘”刑等法令和拓跋自身部落习惯法而加以损益的状况，应当都已可以断论。既然如此，《刑罚志》又何以不出“律”名，而只说天兴元

① 《晋书》卷七《成帝纪》咸和元年十月庚辰，“赦百里内五岁以下刑”（第170页）。同书卷一〇五《石勒载记下》记勒称帝改元后，“南郊，有白气自坛属天，勒大悦，还宫，赦四岁刑”（第2748页）。此亦后赵部分循用晋《律》刑名之证。参沈家本：《历代刑法考·刑法分考》卷三《要斩》、卷六《宫》条，第115-118、183-191页。

② 参沈家本《历代刑法考·刑法分考》卷二《轘》条，其所举有前凉一例、前秦二例、南燕、西秦各一例（第106页）。又《魏书》卷一五《昭成子孙传·寔君传》载其与拓跋斤共弑昭成帝及诸皇子，苻坚闻之而称“天下之恶一也。乃执寔君及斤，轘之于长安西市”（第369页）。此又一例。

③ 其前文载天兴二年八月，“范阳人卢溥聚众海滨……攻掠郡县，杀幽州刺史封沓干”（第36页）；十二月辛亥，“诏材官将军和突讨卢溥”（第36页）。

④ 《魏书》卷二十六《长孙肥传》载国初赵准作乱于赵郡、常山、钜鹿、广平诸郡，道武帝遣肥讨擒，“准传送京师，轘之”（第652页）。据《太祖纪》，遣肥讨准在天兴二年三月。故其与卢溥、卢焕被轘约略同期。

⑤ 即轘、腰斩、斩、绞，亦即《唐六典》卷六《刑部》原注述崔浩定刑名时，“大辟有轘、腰斩、殊死、弃市四等”（第182页）。自此直至孝文帝以来及北齐和北周《律》中皆保留了轘刑，构成了北朝法律的特点之一。《南齐书》卷四十七《王融传》载“虏使遣求书，朝议欲不与，融上疏曰：‘……前中原士庶，虽沦僇殊俗，至于婚葬之晨，犹巾襦为礼，而禁令苛刻，动加诛轘……。’”《南齐书》，北京：中华书局，1972年，第818页，可见南朝已把轘刑看作针对汉族土人的酷刑。

⑥ 要瑞芬《北魏前期法律制度的特征及其实质》即以此为“鲜卑旧法”（《中央民族大学学报》1997年第3期）。邓奕琦《北朝法制研究》第四章《北魏前期的法制建设》第二节《立法司法概况》二《神麴律》认为“负羝羊抱犬沉渊”是要“达到厌胜目的”（第51页）。

⑦ 参《九朝律考》卷一《汉律考》四《律令杂考》上《祝诅》条，第102页。

⑧ 《魏书》卷一〇八之一《礼志一》载道武帝时制常以女巫行事，既反映了当时巫风之盛，也体现了对女巫参与皇家仪制的一种规范（第2735页）。又《魏书》卷一〇五之三《天象志三》载道武帝天赐三年五月“熒惑犯氐，氐，宿官也，天戒若曰：是时熒惑人主而兴内乱之萌矣，亦自我天视而修省焉”（第2392页）。此史官占语表明“熒惑”在当时亦为重罪。

⑨ 《九朝律考》卷五《后魏律考》上《徒刑》条，据《魏书·太祖纪》天赐元年五月“发州郡徙谪”之事，认为“道武帝时已有徒刑”，第363页。同卷《后魏律考》下《魏禁图讖》条又据《世祖纪》、《高祖纪》等处诛私藏图讖者的记载，认为“魏盖沿石赵之制”（第385页）。劾案：“沿石赵之制”，依理推想亦当在天兴时。又《魏书》卷四十八《高允传》：“魏初法严，朝士多见杖罚。允历事五帝，出入三省，五十余年，初无谴咎。”（第1089页）据此则道武帝时亦已有杖刑。

年是“约定科令”呢？《唐六典》又为何还是要把北魏《律》的起点划在崔浩改定律令之时呢？这里的问题恐怕正出在天兴所定《律》的形态和性质上。无论如何，天兴立法的中心，是要删定和编撰各种科条诏令。《魏书》卷三十五《崔浩传》载其才干颇受明元帝器重：

朝廷礼仪，优文策诏，军国书记，尽关于浩。浩能为杂说，不长属文，而留心于制度、科律及经术之言。

此处“科律”与“制度”、“经术”并举，当特指刑法而言，“科”自是指“科禁”之类，“律”则涵盖了汉魏晋及天兴所定之律。崔浩治学既特重当世之用，故其留心“科律”，至少可以说明各种科条诏令在当时刑法中的重要地位，且可进而理解为天兴《律》与诸科条诏令乃是一而二、二而一的关系，这显然是与《太祖纪》载王德“定律令，申科禁”，《刑罚志》载天兴定律令事为“约定科令，大崇简易”之义完全吻合的。由此出发考虑，天兴元年所定之《律》，在形式上似应有类于汉代的“旁章律”。据《晋书》卷三十《刑法志》关于汉代《律》篇的记载，所谓“旁章律”，无非就是《九章律》外不断补充衍生和陆续编纂成篇的“科令”<sup>①</sup>。而天兴《律》既然依仿汉制“约定科令”而成，其实也就是取汉代的“旁章”之体以为本朝“正《律》”，其形态和性质皆非汉、魏《九章律》、《新律》以及西晋的《泰始律》之比。如果这样理解大体不误的话，那么天兴元年王德、崔玄伯诸人无非是删定和编撰了刑事领域的科条诏令而冠名为《律》，且有可能像汉代“旁章律”那样区分了篇章，却未将其制定为《九章律》或《新律》那样的刑法典，而仍是一部刑事科令的汇编<sup>②</sup>，故凡后续形成和补充其内容的科条诏令，也仍与《律》具有同等效力和地位，这也就是崔浩之所以留心“科律”的原因。

因此，《刑罚志》载天兴立法之所以不出“律”名，《唐六典》之所以不认为天兴元年制定了《律》，实际上是由于当时虽有刑法而并无“正《律》”，由于天兴《律》在形态和性质上还只是刑事科令集而尚未进化为《九章律》和《新律》那样的刑法典，由于其怎么都不像是魏晋以来所公认的《律》而导致的。而《律》的这种状态所反映的，正是当时尤须强化专制君权、强调制诏权威而并不急于推出煌煌法典的现实。天兴立法之所以更多地接受了汉律的影响，归根到底也应是汉代的那种“三尺安在？制诏即法”和前主之律、后主之令皆应以“当时为是”的律令观，甚符天兴开国建制之需的结果<sup>③</sup>。对天兴元年以来的“令”，自然也依此视之方得其要。

有关天兴“令”的资料更为稀缺，前已征引的《魏书》卷二《太祖纪》天兴二年八月辛亥诏，即是其最为重要的记载，而全文仅有十字：“诏礼官备撰众仪，著于新《令》。”此处所谓的“新《令》”，自然就是天兴元年十一月以来新定之《令》。至于其究竟是像汉代“《令甲》”那样把若干诏令按时间先后编纂

<sup>①</sup> 《晋书》卷三十《刑法志》载萧何定《律》九篇后，“叔孙通益《律》所不及，傍章十八篇，张汤《越官律》二十七篇，赵禹《朝律》六篇，合六十篇。又汉时决事，集为《令甲》以下三百余篇”（第922页）。后文载《新律序》文述其分篇之况，称《新律》共“合十八篇，于正《律》九篇为增，于旁章科令为省矣”（第925页）。是叔孙通、张汤、赵禹诸人所定各篇，包括作为“决事比”的《令甲》之类，皆为“旁章科令”之篇。《汉书》卷二十三《刑法志》载汉武帝“招进张汤、赵禹之属，条定法令，作见知故纵、监临部主之法，缓深故之罪，急纵出之诛……文书盈于几阁，典者不能遍睹”（第1101页）。也说明张汤《越官律》和赵禹《朝律》各篇亦皆“条定法令”而成。《隋书》卷三十三《经籍志二》史部刑法类后叙述“萧何定《律》九章，其后渐更增益，《令甲》已下，盈溢架藏”（北京：中华书局，1973年，第974页）将之与《汉书·刑法志》所载相参，这里所说的“《令甲》已下，盈溢架藏”，也就是张汤、赵禹以来渐更增益而盈于几阁的“傍章科令”之类。这当然是汉代《律》、《令》之分不严，著“令”制诏事关刑事者亦可称“律”的缘故。

<sup>②</sup> 在此之前，曹操所定《甲子科》或石赵《辛亥故事》也是这类作品。《辛亥制度》编集“施行条制”而成前已有述，《甲子科》则是曹操时期制订的刑事科条集，《晋书》卷三十《刑法志》载曹操时议改刑制，“于是乃定甲子科，犯欽左右趾者，易以木械。是时乏铁，故易以木焉。又嫌汉《律》太重，故令依《律》论者，听得科半，使从半减也”（第922页）。其中显然规定了刑制、罪名和罚则。《刑法志》后文节载曹魏《新律序》引有条数“科”文，可与参证（第924—925页）。又《三国志》卷十二《魏书·何夔传》载其建安中为长广太守，“是时太祖始制新科，下州郡……，（夔）上言曰：‘……所下新科，皆以明罚敕法……’”（第380页）同书卷九《魏书·曹仁传》载其“及长为将，严整奉法令，常置科于左右，案以从事”（第276页）。指的都是《甲子科》，可见其在当时实际起着取代汉《律》的作用。

<sup>③</sup> 《魏书》卷二十四《崔玄伯传》载其明元帝时与长孙嵩等坐朝堂决刑狱有曰：“王者治天下，以安民为本，何能顾小曲直也。譬琴瑟不调，必改而更张；法度不平，亦须荡而更制。”（第622页）崔玄伯以王者治道为“本”，而以“法度”为可以“荡而更制”的“小曲直”，这种见解必然也会贯彻在其与道武帝反复讨论开国建制的过程中，天兴律令以“约定科令”为中心而不汲汲于法典制作的状态，此亦为重要的思想背景。

到一起的《令》，还是已按事类编目，业已区分为官制爵品、郊社祭祀等不同事类的《令》篇，现在已很难得知。不过无论如何，其既可供后续下诏所定之制编附，也就证明天兴所定之“《令》”业已编纂成帙，是可以加上书名号的。大概董谧所定仪制之《令》并不完整，至此则命礼官“备撰”而编附于中，从而说明天兴元年立法既编纂了《律》来规范刑事，也的确出现了可以用来规范有关制度的《令》，且以后所下有关制诏规定可以附著于同类《令》后，这又透露了其并非法典而是某种制诏汇编的形态和性质。由此再看《太祖纪》前文载天兴二年三月甲子：“初令《五经》群书各置博士，增国子太学生员三千人。”既然是“初令”，则北魏学制始定于此，从而说明天兴元年定律令时，并未像《晋令》那样立有《学令》之篇<sup>①</sup>。事实上，道武帝时许多制度尚付阙如<sup>②</sup>，天兴《令》的覆盖范围更是有限<sup>③</sup>。即以《唐六典》卷六《刑部》原注所列《晋令》篇目，对照《魏书·太祖纪》等处载天兴元年定律令时所列举的邓渊“典官制、立爵品、定律吕、协音乐”，董谧“撰郊庙、社稷、朝觐、飨宴之仪”，晁崇“造浑仪、考天象”诸事，便可推知其所定之《令》还缺少很多重要的内容，诸如“计口授田”等重要的制度，似乎都还没有入《令》。这也表明当时无意仿照《晋令》之体，使之成为一部比较完整地规定各种重要制度和与《律》相辅而行的法典。对于天兴元年以来还未入《令》，或应当由《令》来规定的制度，朝廷的选择显然不是求全于一时或不断重新定《令》，而是随时随事下诏筹划和推出施用。天兴二年三月“初令《五经》群书各置博士”，并规定国子太学生员为三千人，便是属于学制方面的此类举措。

类此的例子在《魏书》中还有不少。如《太祖纪》载天赐元年十一月“大选朝臣”之事：“令各辨宗党，保举才行；诸部子孙失业赐爵者二千余人。”这是要给“诸部子孙”授官赐爵，以安抚天兴建制以来地位飘摇的部落贵族，随之便须作出“宗党”辨别、“才行”鉴定、官爵铨衡等方面的规定。另须注意的是，这条记载与上条一样都是道武帝之诏，却都不是记为“诏各置博士”、“诏各辨宗党”，而是径书“令”云云。《魏书》中这类“称诏为令”的例子还有不少<sup>④</sup>，其“令”虽亦可在“命曰令”的意义上作动词解，但由于“命曰令”正是汉代律令体制中“后主所是疏为令”的本义，天兴立法又的确具有取本汉制的特征，故这种笔法是否意味着相关制诏同时也被编著于《令》，说明这类制诏与其他制诏存在着区别，恐怕是一种值得考虑的可能<sup>⑤</sup>。如果是这样的话，那么天兴二年三月“令五经群书各置博士”和天赐元年十一月“令各辨宗党”二诏，也就是推出了有关学制之《令》，又在有关官制爵品的《令》中充实了部落子孙授官赐爵的内容。又《魏书》卷三《太宗纪》永兴五年二月庚午：

诏分遣使者巡求俊逸，其豪门强族为州闾所推者，及有文武才干、临疑能决，或有先贤世胄、

① 《唐六典》卷六《刑部》原注载《晋令》篇目，其第二篇即为《学令》（第184页）。

② 《魏书》卷四上《世祖纪上》神䴥三年七月己亥诏：“昔太祖拨乱，制度草创，太宗因循，未遑改作，军国官属，至乃阙然。今诸征、镇将军、王公仗节边远者，听开府辟召；其次，增置吏员。”（第76页）即可证此。

③ 《魏书》卷一〇八之四《礼志四》载“太祖天兴二年，命礼官掇采古事，制三驾鹵簿”（第2813页）。是天兴元年所定《令》中并无三驾鹵簿之制。其后文又载“天兴元年冬，诏仪曹郎董谧撰朝觐、飨宴、郊庙、社稷之仪。六年，又诏有司制冠服，随品秩各有差，时事未暇，多失古礼”（第2817页）。是天兴元年所定《令》中并无冠服之制，而六年所定则被史官视为董谧定令的后续。又《魏书》卷一〇九《乐志》载“天兴元年冬，诏尚书吏部郎邓渊定律吕，协音乐，及追尊皇曾祖、皇祖、皇考诸帝，乐用八佾，舞《皇始》之舞……六年冬，诏太乐、总章、鼓吹增修杂伎……大筑设之于殿庭，如汉晋之旧也”（第2827-2828页）。是六年“增修杂伎”亦为邓渊协音乐之后续。

④ “称诏为令”在《三国志》及二史八书中一般都是承制行事之例，用来表示权臣称帝之前的命令。《魏书》中亦用于称帝后，其中绝大部分“称诏为令”之例，都包括了某种制度规定，但亦有例外。如《魏书》卷三《太宗纪》泰常八年正月，司空奚斤围虎牢，刘宋将毛德祖拒守。四月丁卯，帝“幸成皋城，观虎牢。而城内乏水，悬缋汲河，帝令连舰，上施辘轳，绝其汲路，又穿地道以夺其井”（第63页）。这条记载并非记诏而是记事，所述“帝令连舰”云云即谓发号施令而已。《太宗纪》乃宋人取魏澹书补之，《旧本魏书目录叙》称魏收书“三十五例，二十五序、九十四论、前后二表一启，咸出于收”（第3063页）；至隋文帝时又命魏澹等更撰《魏书》九十二卷而“义例简要”。说明魏收书三十五义例之细远过魏澹书，《魏书》中“称诏为令”的例外多出后人所补篇卷，恐非偶然。

⑤ 张家山汉简《二年律令》不少《律》文以“令毋得以爵偿、免除及贖”（简38），“若丞缺，令一尉为守丞，皆得断狱、臧狱”（简102）等形式出现。韩树峰《汉魏法律与社会——以简牍、文书为中心的考察》上篇《法律篇》第二章《西汉前期贖刑的发展》在分析“附属贖刑”时，认为《二年律令》中“贖”前冠以“令”字者当是其原为补充性诏令之故（北京：社科文献出版社，2011年，第25-48页）。其实非止贖刑之条，其他《律》文曰“令”云云者皆可如此解释，《魏书》中的“称诏为令”之例，似亦可归入此类。

德行清美、学优义博，可为人师者，各令诣京师，当随才叙用，以赞庶政。

诏遣使者巡行各地，本是常见的政治举措<sup>①</sup>，但这次遣使的任务是要“求俊逸”，并且特别规定了需要巡求的三类人员，从中可以体会到，当时明元帝是要吸收有才望的汉族豪强和士人为官，为此作出了一系列相应规定。且《魏书》记此诏文不书“皆诣京师”，而是书“各令诣京师，当随才叙用，以赞庶政”，则可视作“称诏为令”的又一种类型，因为原诏或有此“令”字，并有可能像天赐元年十一月“令各辨宗党”一样补充了事关官员选举的《令》文规定。上面这三个“称诏为令”的例子，其实都有关官制、爵品及其授受，《魏书》也都没有明示其是否“著令”<sup>②</sup>，故其究竟是不是律令之“令”？及其有没有被编附于邓渊所定官制爵品的《令》后？都只能推测而无确凿的证据可供判断。不过其至少可以证明一个事实：天兴元年所定之《令》在官制爵品及其选举授受等规定上非常粗疏，因而也就必须像天兴二年八月“诏礼官备撰众议，著于新《令》”那样，由随时随事下诏撰定的后续之“令”来加以补充和完善。

由此看来，道武帝和明元帝时期的《令》，除天兴元年十一月所定者外，其余都是此后因事下诏“著《令》”而形成的。因而当这些制诏所作规定与天兴元年所定之《令》属于同类时，便会各被附于其中；但若其无法归入以往之《令》，那自然就须另立名目别成一《令》，以供今后增补其制的同类制诏附丽。这也就解释了前面所说北魏“令”名与汉代“令”名同其称谓飘忽而错杂细碎的原因，印证了当时《令》篇并非法典而是制诏集的形态。在这样的体制下，所谓《令》，实际上不能不是“著《令》”制诏的集合，而“定《令》”过程则不外乎是对这些制诏的删定和选编。其况当与汉代按时间先后编排的“令甲”、“令乙”或以事类称名的“祀令”、“斋令”之类大体不异，也与前面所述天兴“《律》”和“定《律》”之态略同。也就是说，天兴元年“定律令”之所以不被后世视为北魏《律》、《令》之始，《魏书·刑罚志》之所以把当时“定律令”说成是“约定科令”，不仅是因为天兴所定之《律》，也是因为当时所定之《令》同样是删定和编撰科条诏令而成的缘故，它们的形态和性质都还与孝文帝以后及北齐以来的《律》、《令》存在着很大的距离。

最后还需明确的是，天兴元年所定之《律》既然主要是刑事规范，则当时所定之《令》自当较少刑事内容而多涉正面的制度规定。天兴二年八月“诏礼官备撰众议，著于新《令》”，也从一个侧面说明了这一点。那么能否据此认为，从此北魏已确立了“《律》正罪名，《令》定事制”之体呢？答案是否定的，因为后续之“令”既可规定积极性的行政制度，也可包括消极性的刑事规范。如《魏书》卷三《太宗纪》神瑞元年十一月壬午：“诏使者巡行诸州，校阅守宰资财，非自家所赍，悉簿为赃。诏守宰不如法，听民诣阙告言之。”这段记载包括了二诏，针对的都是郡县长官，也都可视为对天兴《律》有关“赃罪”和守宰贪贿不法之文的补充。其中“听民诣阙告”守宰不法的规定，显然未被太武帝神麴四年立法时修入《律》文，故太延三年五月下诏：“其令天下吏民，得举告守令不如法者。”<sup>③</sup>这也是“称诏为令”之例，说明其从此可能是作为一条《令》文而生效的。《魏书》中这类补律之诏甚多，绝大多数都难以判断其究竟是作为一般制诏成例，还是被编著于《令》发挥作用的，但也有少量事例明确了这一点，如

① 如《魏书·太祖纪》载天兴元年八月“遣使循行郡国，举奏守宰不法者，亲览察黜陟之”（第33页）；三年正月癸亥，“分命诸官循行州郡，观民风俗，察举不法”（第36页）；四年二月丁亥，“分命使者循行州郡，听察辞讼，纠劾不法”（第38页）。都是一份普通的遣使诏书，其中不出“令”字，不称“各令”而述“分命”诸官使者，当是因为诏文并不含有足供取法的制度规定而并不构成“令”的缘故。

② 《魏书》中还有一些例子是虽然下诏规定了某些制度，其中却没有出现“令”字。如卷四上《世祖纪上》神麴三年七月己亥诏曰：“昔太祖拨乱，制度草创；太宗因循，未遑改作，军国官属，至乃阙然。今诸征、镇将军、王公仗节边远者，听开府辟召；其次，增置吏员。”（第76页）。此诏允许征、镇将军和王公仗节边远者开府自辟僚属，位在其下而情况相类者则可增置下属吏员，其显然包括了各种可能的规定，且以往官制作了重要补充。如果这条记载不是讹“令”为“今”，那就说明这是一份条制，即规定了制度而并不著令的制诏。

③ 《魏书》卷四上《世祖纪上》，《刑罚志》亦载此事（第88、2874页）。又《晋书》卷一〇六《石季龙载记上》记其“立私论之条、偶语之律，听吏告其君，奴告其主，威刑日滥”（第2778页）。是后赵已有此类法令，听民告官或奴告主显然有违汉代以来的法律传统，当是五胡时期的创制。

《魏书》卷七上《高祖纪上》延兴二年十二月庚戌诏曰：

自今牧守温仁清俭，克己奉公者，可久于其任，岁积有成，迁位一级。其有贪残非道，侵削黎庶者，虽在官甫尔，必加黜罚。著之于《令》，永为彝准。

此诏规定牧守克己奉公者可久任，满岁有成可“迁位一级”；贪残非道者，则虽上任未几，亦当黜罚。其前半部分是考绩制度的正面规范，后半部分显然是补充《律》文的刑事规范。诏文明定将此“著之于《令》”，说明经太武帝以来一再修订的《令》，也还是可以编附后续下诏制定的刑事规范。然则天兴元年以来的《令》亦当如此，除可确定积极性的行政制度外，也可包括消极性的刑事规范，起补充或修正《律》的作用。也就是说，天兴元年所选择的《律》、《令》关系，实际上还是汉代以来的《律》正罪名而《令》为补充的体制，这种补充作用既表现为对行政制度包括司法诸制的规范，也表现为直接对《律》的补充和调整<sup>①</sup>。《魏书》所载制诏之所以鲜有“著律”而多“著令”之文，原因即在于此<sup>②</sup>。

#### 四、结论和余论：北魏律令体制的起点

综上所述，关于天兴元年所定《律》、《令》的性质和形态，大略可得如下结论：

其一，北魏开国之际所称的“律令”，在五胡时期的称谓习惯下，可以兼指各种科条诏令。从当时立法的中心任务、现实基础、历史传统及北魏律令的总体发展脉络来看，天兴所定“律令”明显贯穿了汉代律令体制的精神，体现了其强调今上制诏权威及其法律地位的原则，故其形态和性质并未取仿魏晋时期所定型的《律》、《令》法典，也不被后世认为是北魏一代《律》、《令》法典的开端。

其二，天兴定《律》的过程，综取了汉、魏、晋律令、五胡时期立法及昭成帝以来有关科令和北族部落习惯法等相关内容。其所定之《律》确已编纂成帙，并且包括了各种罪名、罚则、刑名和“八议”等司法原则；但目前尚无证据表明当时修成了一部像《九章律》或魏晋《新律》、《泰始律》那样区分篇章和内容严整的刑事法典，其更有可能是用汉代“旁章”之体以为“正律”，乃是一部刑事科令集，又不断被后续形成的科条诏令所补充或修正。

其三，天兴元年所定之《令》则是编纂成帙的诏令集，其中规范了官制爵品、郊社祭祀、朝觐飨宴等项制度，而未全面规定各项可能的制度，其内容的缺略或粗疏极为明显，分篇及名称如何俱已不得而知。从此后“著令”制诏不断对之加以补充，及其《令》名常为泛称且又错杂不定等情况来判断，天兴元年以来的《令》，显然存在着内容续有增益，分支不断繁衍的过程，其形态和性质显然更近于汉“令”，而与西晋《泰始令》存在着较大距离。

其四，天兴《律》和天兴《令》之间，也非《泰始律》、《令》所代表的律正罪名、令定事制的互辅关系。天兴元年《律》主要规范刑事领域，《令》主要规范官制爵品等行政制度，只是一种暂时形成的局面。由于“著令”制诏补充或修正的不仅是各项正面的制度，也包括了各种刑事规范，因而随着《令》的不断膨胀，《律》、《令》关系很快就显示了其类同于汉代律、令关系的性质，呈现了《律》以正刑定罪，《令》则规范各项制度同时又不断补充和修正《律》的格局。

其五，从魏收书所据文本的传承关系来看，《太祖纪》等处之所以把天兴立法记为“定律令”，除史

<sup>①</sup> 《晋书》卷三十《刑法志》述泰始三年奏上《律》二十篇，“蜀其苛秽，存其清约，事从典，归于益时。其余未宜除者，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》有罪则入《律》”（第927页）。可见即便是贾充等人制定《律》、《令》时，初意仍是认同汉代律令观，以《令》为“太平当除”的“权法”和辅《律》而行的补充法的。天兴立法诸人的认识应当也未超越这种水平。

<sup>②</sup> 唯一的例外是《魏书》卷七上《高祖纪上》太和二年五月诏以婚丧过礼，“先帝亲发明诏，为之科禁，而百姓习常，仍不肃改。朕今宪章旧典，祇案先制，著之律令，永为定准。犯者以违制论”（第145页）。这里的“著之律令”，首先是因为其前文已载太和元年九月乙酉“诏群臣定律令于太华殿”（第144页）。因而是要求将之撰入新《律》、《令》。至于新《律》、《令》颁行前，此诏及其所提到的“先帝明诏”也不可能分别著于太武帝以来的现行《律》、《令》，而当是著之于《令》来一并补充有关制度和《律》文的。

官记事体例方面的因素外<sup>①</sup>,更重要的是其早期文本形成之时<sup>②</sup>,法律领域尚深受汉代律令观影响的现实使然;而《刑罚志》之所以把天兴立法记为“约定科令”,则是太和十一年后国史开始分立《纪》、《传》、《表》、《志》之时<sup>③</sup>,《律》、《令》形态和《律》、《令》观俱在逐渐趋近于魏晋江左一脉的反映。

自程树德《九朝律考》卷五《后魏律考》从刑法特色和律家背景两个方面出发,提出北魏《律》“大率承用汉《律》,不尽袭魏晋之制”的命题;到陈寅恪《隋唐制度渊源略论稿》四《刑律》着眼于“中原”、“河西”和“江左”三因子,揭示北魏前、后期刑律继承和发展的渊源所自,及其汇聚和影响孝文帝以来刑律的状况;北魏律令从一开始更近于汉制向后来更近于晋制的发展脉络,应当说已被勾勒出来了。令人遗憾的是,相关学术史的发展却并未循此轨道大步前行。今天回头总结,学界目前在认识北朝律令发展史上的诸多缺略、悬疑和分歧,大都与研究起点不明,断代不清,并未把相关现象放入北魏前后期律令发展脉络中加以考察有关。因而推进研究的关键之一,首先就要进一步勾勒程、陈二先生相继提出和揭示的北魏律令发展脉络,特别是要正面考虑当时律令内容和形式的沿革和发展问题,使两位先生业已拉出的线索,得以具体地验证和充实于天兴元年“定律令”到太武帝时期“改定律制”,再到孝文帝太和十五年前后陆续制订律令,直至宣武帝正始元年再定《律》、《令》的发展历程。如果说程、陈二先生因论题所限,不可能对北魏一代律令的各个方面,特别是对令的状况作多少讨论的话,那么这种局面到现在就再也不应继续下去了。

必须强调的是“起点”问题事关全局。天兴《律》、《令》的形态和性质,直接关系到太武帝神䴥四年由崔浩主持再定律令和正平元年命游雅、胡方回等“改定律制”的内涵和要害所在,也就必然影响对孝文帝以来律令体制发展方向和总体格局的认识。其具体进程和相关问题,自非区区本文所可详论,但这里不妨述其大要以为结语:

据现有资料并从上面对天兴《律》、《令》的几点结论出发,大致可以认为太武帝时期所定《律》、《令》,仍像天兴《律》、《令》那样贯穿了汉代律令体制的精神,其变化主要体现在《律》开始成为类于汉代《九章律》或曹魏《新律》的法典,《令》体则基本照旧,仍是补充、修正《律》和规范各项制度的诏令集。在此基础上,孝文帝时期《律》、《令》体制的发展,表现为《律》的进一步调整和更多余入了西晋江左的因子,但其重心似已转移至《令》的演变。无论是太和十五年前制定《祀令》,还是其后陆续推出的《职员令》、《品令》直至太和二十三年“复次职令”,都呈现了若干不同于汉代而接近于西晋江左《令》体的特征。也正是到了这个时期,太武帝太延末年平定河西和献文帝皇兴三年收取青齐的后续影响才真正突出起来,并且切实体现到了《律》、《令》形态和性质的演化之中。太和十五年前后诸新、旧《律》、《令》篇章条文的错杂并陈,以及与之相关的一系列现象,正反映了从北魏前期类于汉代样式的《律》、《令》体制,向北魏后期取仿魏晋江左而调整发展的《律》、《令》体制的曲折过渡。迨至宣武帝《正始律》、《令》对此加以总结,魏晋以后北方一系《律》、《令》的发展演变,也就进入了与南朝一脉《律》、《令》在形态和性质上大致趋同,而其精详笃实则有过之的新阶段。

[责任编辑 王大建 范学辉]

① 《魏书》中对太祖朝史事的记载,当本自邓渊所撰《国书》及太武帝时崔浩、高允等人编纂的《太祖纪》,他们都面临着如何用汉字来表述拓跋早期及其开国史事的问题,对相近现象用汉语习称来表示,可以说是必然的选择,由此便造成了《魏书》与其他文献所载拓跋早期制度名物上的许多纠葛。《崔玄伯传》及《邓渊传》所记的“定律令”皆当以《太祖纪》为准,而之所以记为“定律令”自必经过一番推敲,且当有鉴于石赵、后燕的称谓习惯。

② 《魏书》卷四十八《高允传》载太武帝治“国史之狱”时,高允对曰:“《太祖记》,前著作郎邓渊所撰。《先帝记》及《今记》,臣与浩同作。”(第1070页)

③ 《魏书》卷七上《高祖纪上》太和十一年十二月“诏秘书丞李彪、著作郎崔光改析《国记》,依纪、传之体”;卷六十二《李彪传》载其时“彪与秘书令高祐始奏从迁、固之体,创为纪、传、表、志之目焉”(第163、1381页)。