中国封建社会两类法律形式的消长及影响

马小红

从立法的角度来看，封建社会的法律形式大致可以分为两类。一类以稳定为特征，代代相沿，甚至在两千余年的封建社会中一脉相承。律与魏晋之后的令便属此类，我们姑且称之为“稳定的法律形式”。另一类则以因时变通为特征，随王朝的不同，而有各自的名称、内容及体例。诸如科、比、格、故事、例等，我们权且称其为“变通的法律形式”。[①] 稳定的法律形式与变通的法律形式在漫长的封建社会中互为消长，发展演变，这种发展变化直接影响了封建法制的兴衰。

一、两类法律形式互为消长的现象

通过对封建社会二千余年的立法史料的研究，我们可以发现这样一条规律：自战国至唐代中期，封建王朝的立法始终以制定律令为核心，稳定的法律形式在法制体系中始终占据着主导地位。律令的完善促进了封建法制的迅速发展。变通的法律形式，如比、科、格等则围绕着修律补令而设立，起着拾遗补阙的作用。与稳定的法律形式相比，它们处在次要的地位。自战国以来，律令成为“创制垂法，革人视听”、[②]与民更始的标志，受到历代统治者的青睐。秦以“皆有法式”而闻名，汉律九章为中国封建社会律典之宗，魏律十八篇创律典的新体例，晋律儒家化为律注入了新的内容，唐律十二篇，以轻重适中被后人奉为圭臬。唐中期前，律的体例不断更新，内容不断丰富，令随着律的变化也日益完善。[③]与立法状况相一致，战国至唐中期的司法实践也多遵律守令，以律令条款为其主要的依据。西汉时曾有人指责杜周“不循三尺法，专以人主意指为狱。”[④]可见，当时人们并不习惯皇帝过多地干涉法律的实施，也反映出律令具有一定的权威性。它可以，至少是在某些情况下可以与“人主意指”相抗衡。唐代是律令体系最为完善的时期，史载“有司断狱，多据律令，虽情有可矜而不敢违法，守文断罪。”[⑤]

唐中期后，上述情况发生了变化。首先是稳定的法律形式在立法中被僵化，人们将律令奉

---

①③ 参见拙作《中国封建社会法律形式的分类》，载《中国法学》1991年第2期。

② 《隋书·刑法志》

④ 《汉书·杜周传》

⑤ 《贞观政要·刑法》

为经圣人损益的"彝典"，[1]而不敢妄加改动，"或于其重者轻之，轻者重之。"[2]于是律令的体例、内容，以至具体条款世代相沿，难怪有人认为"自(唐)开元后，无复有新律"(梁启超语)。这种对律令内容的固守，使修律制令的立法工作名存实亡，内容枯竭，形式也走向了衰落。自唐中期以后，立法工作的核心实际上已转移到变通的法律形式的废立上。唐后期的格、宋朝的编敕、元朝之后的例取代了律令的地位，日益被统治者所重视。律令在立法中退居次要地位后，变通的法律形式跃居主导地位，司法实践中也多以变通的法律形式的内容为依据。《宋史·刑法志》言："法当然而无例，则事皆泥而不行。"明清两代更是将变通的法律形式的主导地位给予了制度上的肯定。朱元璋认为律令"因循日久，视为具文。"[3]清代则"有例不用律，律既多成虚文。"[4]

"守文断罪"与视律为"虚文"的变化，反映出封建社会稳定的法律形式由发展完善到衰败的过程。通过对封建社会立法及司法状况的总结，我们可以将封建社会法律形式的发展划分为两个时期：战国至唐中期为稳定的法律形式占主导地位的时期，也是律令体系发展完备时期。唐后期至清末为变通的法律形式占主导地位的时期，也是律令体系沿袭僵化以至衰落时期。

对中国古代法律，常常有两种截然相反的评论：一种评论以为中国古代是一个法制完备的社会，并以多种多样的刑罚及繁褥周密的条文作为"完备"之标志；一种评论则将中国古代说成是"无法"的社会，并以历史上诸多的冤狱与皇帝及长官对司法的干涉为论据。这两种观点都不免有失偏颇。首先，周密的条款与完备的刑罚虽不失为法制完备的一个重要方面，但决不是主要方面，更不是完备的标志。因为再周密的法律也无法包罗现实世界中的"万象"，相反，繁文苛法常常起副作用，引发社会危机。实践证明，简明扼要的唐代法制远比"皆有法式"的秦朝与"科条无限"的汉代完备得多。封建法制完备的标志应是"疏而不漏"。疏，才便于官吏知所守，民知所避就；不漏，才能使法律充分发挥"惩恶扬善"的作用。从这一意义上说，两类法律形式合理的搭配，才可称为"完备"。从封建立法与司法的状况与经验来说，以稳定的法律形式为主导，配以变通的法律形式解决特殊问题，便是法律形式合理搭配的关键。唐中期以前，两者搭配的方式比较合理。律令的主导地位，便于官吏执法、百姓守法，封建法制原则顺利贯彻。唐中期后，变通的法律形式渐占上风，两种法律形式的配合失调。因此，尽管条文日密，刑罚日苛，但完备的封建法制却由此日益衰败。其次，中国封建社会，尤其是封建社会的后期，许多法律在实践中确实难以执行，但其毕竟不是一个"无法"的社会。一般说来，变通的法律形式多来自司法实践，因此，至少在某一时期或某一方面被实施过。但是，由于变通的法律形式常常以道德习俗及皇帝的诏敕为内容，所以在人们的观念中，它是一种"法外之法"。实际上，这一"法外之法"是封建法律的有机组成部分，作为法律形式中的一类，它的实现，无疑也是封建法制的部分实现。从这一点来说，就不能将中国封建社会说成是"无法"的社会。恰恰相反，当封建社会两类法律形式搭配合理之时，也正是中国封建社会堪称"封建法制完备"之世。

二、两类法律形式消长的原因

稳定的法律形式与变通的法律形式以唐中期为转折点，本末渐渐倒置，究其原因，不外乎

① 《新五代史·刑法志》

② 《历代刑法考·律令四》

③ 《明史·刑法志》

④ 《清史稿·刑法志》

以下两个方面：

第一，从法律形式自身发展的状况来看，唐后期，律令内容僵化是稳定的法律形式退居次要地位，变通的法律形式上升为主要地位的重要原因。

律令作为封建地主阶级变法革新的成果，自战国草创时起，统治者便给予了足够的重视。儒、墨、道、法、阴阳各家虽在治国方略上各持己见，但都不否认律令是治国的重要手段。倡言"法治"的法家对律令的重视自不待言，即使强调"导民以德"的儒家随着社会的发展也日益强调律令的作用，以至《荀子·成相》中有"治之经，礼与刑"之语。用法家理论统一了全国的秦王朝更是采用了"以法为教"、"以吏为师"的极端政策，以至给人律令"繁于秋荼而密于凝脂"之感。但无论如何，秦代的法治实践为后人提供了宝贵的经验和借鉴，后世的统治者为保证"法"的实现，便开始了律令规范化的努力。汉初制《九章律》，后人称其为"正律"。[1]它是汉代法律体系中的核心内容，就形式而言是稳定的、规范的，因而成为封建法典之宗。在规范和完善律令的同时，律学的理论也发展起来。董仲舒通经明律，开兼治经律之风，为封建正统法律思想的形成奠定了基础。此后，"叔孙宣、郭令卿、马融、郑玄诸儒章句十有余家，家数十万言。"[2]魏晋南北朝是律学发展时期，陈群、刘劭、杜预、张斐都是颇有造诣的律学家。他们参与立法活动，将律学理论与实践有机地结合为一体，使律令的内容不断完备，体例日趋科学，律令的形式与内容得到合理的结合。正是因为统治者的重视，律学理论研究的深入，律令这种稳定的法律形式才能在延续中不断得到完善。

唐代中期以后，律学衰微。宋代虽规定"士初试官，皆习律令"，[3]但"习"并不是研究，而只是将律令视为僵死的教条，加以死背硬记，以此作为进入仕途的敲门砖。与律令学衰微相呼应，律令体系在实践中也日趋僵化，毫无发展。宋代的律文，几乎照抄唐律。辽金元等少数民族入主中原的王朝，更是以权宜立法为主，将律令置于拾遗补阙的地位。《泰和律义》"实《唐律》也"。明代修律时，丞相李善长言："历代之律，皆以汉九章为宗，至唐始集其成，今制宜遵唐旧。"[4]洪武十二年颁行的《大明律》虽在篇章体例上不同于《唐律》，但内容仍不脱《唐律》的窠臼。明太祖规定"定律不可变"，"子孙守之，群臣有稍议更改，即坐以变乱祖制之罪。"[5]这种不许更动的律典，实际上只是一种象征性的制度。在律令僵化的同时，变通的法律形式自然而然地发达起来。自唐中期以来，变通的法律形式不仅废立有制可循，而且体例上也逐步向律典靠拢，日趋规范。变通的法律形式在具有灵活性的同时，也具有了一定的稳定性。即其篇章体例是规范、稳定的，而其中的具体条款却是灵活的、可随时变易的。由于具体条款可因时因势灵活变动，缓和了律令僵化所带来的法律危机，又由于废立上有制可循，变通的法律形式日趋完善，以至具备了取代稳定的法律形式的条件。

第二，从历史发展的角度看，唐中期稳定的法律形式退居次位，是由于封建社会自唐中期以后逐渐走向衰落而引起的。

史学界传统观点认为，中国封建社会以宋为分界线，分为上升与衰落两个阶段，唐后期至五代则为由盛转衰的过渡时期。封建社会两类法律形式的消长与这一发展变化基本相吻合。

中国封建社会自唐中期后，确实发生了很大的变化。经济上，土地兼并为国家所默许，均田

---

①② 《晋书·刑法志》

③ 《宋史·刑法志》

④⑤ 《明史·刑法志》

制下完善起来的律令成为空文。政治上，皇权专制进一步强化，法律的御用性加强，稳定的律令无法适应政治局势的变化，许多条款在皇帝频繁的诏敕面前已失去效力，名存实亡。在思想文化上，自宋以后，程朱理学盛行，封建伦理道德对人们的精神束缚空前加深。朱熹认为："凡有狱讼，必先论其尊卑、上下、长幼、亲疏之分，而后听其曲直之辞。"[1]以"情"定罪竟成为风尚。守文定罪，尤其是以律令定罪成为不可望之事。总之，自唐中期以后，现实与律令间的不协调，已不仅仅是"律无正条"的局部性问题，单纯依靠变通的法律形式裨补阙漏，进行局部调整已无济于事。在僵化了的律令体系与发生深刻变化的社会的矛盾日益加深之际，已具备了取代律令条件的变通的法律形式便自然而然地成为封建社会后期主要的法律形式。

从两类法律形式的消长看，律令的实施远比变通的法律形式困难，因为律令原则性较强，在某些时候不免与皇帝的意志、社会的习俗、人情的好恶发生冲突。因而，律令的实施不仅依赖于其自身的完善，而且还要依赖社会的稳定、舆论的维护、官吏的素质、百姓的意识及皇帝的圣明。当这些条件一旦失去，律令的主导地位及实施便失去保障。

三、两类法律形式的消长与封建法制

封建法制的优劣及盛衰往往首先反映在它的表现形式上。中国封建社会法律形式的完善曾有力地促进了封建法制的发展，而不同法律形式的消长则预示了封建法制的兴衰。

稳定的法律形式——律令凝聚着封建统治者立法经验的结晶。律令的特点是体例合理、条款简明、复盖面广、原则性强。它集中反映了封建统治阶级的长远利益和根本利益。因此，保证稳定形式的主导地位，并于司法实践中努力实施律令的内容是封建法制兴盛的关键。正因如此，历代统治者才对制定律令格外地重视，甚至将制定律令视为创立帝业、与民更始的标志。北齐司徒功曹张老上疏言："大齐受命以来，律令未改，非所以创制垂法，革人视听。"[2]即使在封建社会的后期，律令作为象征性的制度仍受到统治者的推崇。明太祖朱元璋"每御西楼，召诸臣赐坐，从容议论律令。"[3]清入关后，亦有人建议清朝廷"速定律令，颁示中外"，[4]以昭示政权的正统性，安定民心。但是，律令作为稳定性极强的国家基本法律，不必要也不可能将现实社会中的一切都囊括在内，它需要变通的法律形式的配合与补充。

战国至唐中期，两类法律形式相辅相成，其关系日趋合理。律令总其纲目，占据主导地位，变通的法律形式则因时变通，拾遗补阙，起辅助作用。二者的配合，使封建法网"疏而不漏"。既不会因律令条文的疏阔简要而漏其罪，也不会因实施变通的形式而背离封建法制的原则或紊乱封建法制。汉武帝时"死罪决事比万三千四百七十二事"。[5]昭、宣二帝及时地进行了削减，以修订律令为核心，扭转了武帝时变通的法律形式过于膨涨的局面。汉宣帝言："律令一定，愚民知所避，奸吏无所弄矣。"[6]唐太宗则更是明确规定："不可一罪作数种条"，"格式既多，官人不能尽记，更生奸诈。"[6]可见，律令的主导地位对防止与纠正"科条无限"的状况起着重要的作

① 《无刑录·三》
② 《隋书·刑法志》
③ 《明史·刑法志》
④ 《清史稿·刑法志》
⑤ ⑥《汉书·刑法志》
⑥ 《贞观政要·敕令》

用。

稳定的法律形式占据主导地位为封建法制的实施提供了有利的条件。封建社会中，法律与道德关系极为密切，但这并不是说二者之间不存在着差异与冲突。相反，封建法制正是在二者间不断地冲突中完善的。中国封建社会，道德与法律的地位十分悬殊，“德主刑辅”概括了两者的关系。法律在人们心目中是“不得已而用之”的手段。因此，除秦之外各封建王朝在立法时无不强调礼的指导作用，力求在律令中最大程度地反映礼的精神与原则。在司法中亦强调“恤刑”以体现德的感化作用。以文乱法的儒生、以武犯禁的侠客、为亲复仇而不惜以身试法的烈女、孝子，深得社会风习的赞许。每有这种案件发生，法则以变通的形式加以宽宥。在这种推崇道德甚于信任法律的社会中，法律的道德化成为法律发展的必由之路。律令形式的规范与内容的完善则是法律与道德结合的有效方法。律令的沿袭性与包容性使法律所规定的奖惩与礼俗、道德、舆论的褒贬基本趋于一致。律令形式自创建以来，各王朝统治者在立法时，都十分注意将有利于统治者的某些家规风俗、道德规范等直接收于律中。自晋律儒家化后，律典更是处处注意体现礼的精神。中国封建社会的立法者们确实“把宗教、法律、风俗、礼仪都混在一起……。这四者的箴规，就是所谓的礼教，中国统治者就是因为严格遵守这种礼教而获得了成功。”① 其次，稳定的法律形式的主导地位，在一定程度上限制了皇权对司法实践的随意干涉。在封建社会中，皇帝掌握最高司法审判权。疑案、要案、贵族官僚之案及死刑的最后裁判权，由皇帝掌握。但是，稳定的法律形式不可能随皇帝喜怒而随时变更，因而它的主导地位可以迫使皇帝在最后判决时要适当地约束自己的好恶，以免律与敕相冲突。封建社会前期，当表达皇帝意志的敕与律令的内容相矛盾时，皇帝最明智的选择便是：“忍小忿而存大信。”②历史上较为著名的守法皇帝基本上都出现于封建社会的前期，即稳定法律形式占据主导地位之时。唐代之前，法律对皇权有一定的束缚力。按规定，有关案件一旦转归有关机构，便由执法官吏依律令进行审断，皇帝再下旨干涉则被视为不合理。汉文帝时，有人犯跸，廷尉张释之判为罚金，文帝嫌处刑过轻而怒，张释之奏道：“法者，天子所与天下公共也。今法如此而更重之，是法不信于民也。且方其时，上使立诛则已。今既下廷尉，廷尉，天下之平也，一倾而天下用法皆为轻重，民安所措手足。”③文帝最终依廷尉之判。唐太宗守法之事更比比皆是。值得注意的是，封建社会前期，不仅在开明皇帝治下，守文断罪成为风尚，而且即使是隋炀帝那样有名的荒淫之主竟也能常常服从于法律，为法律条文所束缚，这确实发人深思。《隋书·源师传》记：“有一主帅，私令卫士出外，(炀)帝付大理绳之，(源)师据律奏徒，帝令斩之。师奏曰：‘此人罪诚难恕，若陛下初使杀之，自可不关文墨，既付有司，义归恒典，脱宿卫近侍更有此犯，将何以加之？’帝乃止。”当然，法律对皇权的制约作用是有范围和限制的，法律最终要服从于皇权是封建政治的特点，在封建社会前期，若皇帝不将案件移交大理、刑部，自己是可以随心而断的，如释之所言：“上使立诛之则已。”

稳定的法律形式的主导地位保证了封建法制的相对稳定与公正，使民知所避，官知所守，从而促成了封建法制的兴盛。唐中期以后，稳定的法律形式被变通的法律形式所取代，其主导地位的丧失，预示着封建法制的衰败。

变通的法律形式在封建社会前期作为稳定的法律形式的补充而出现，它废立简便，针对性

① 孟德斯鸠：《论法的精神》第十九章。

② 《贞观政要·刑法》

③ 《史记·张释之传》

强，但是，这种形式运用于司法实践时，弊端颇多。过于强调针对性，使其内容失去了普遍性；废立过于灵活，使其失去稳定性，往往造成条款前后牴牾、同罪异罚的状况。过分地发展变通的法律形式，难免导致科条无限，法律机制紊乱。尤其在司法实践中，变通的法律形式虽有补律的作用，但同时又有破坏律文的副作用，它为各级官吏"以言代法"、"以情代法"提供了法律依据。当变通的法律形式失去稳定的法律形式的制约而占据主导地位时，法律的频繁变化就常常使人感到无所措手足。此外，封建社会后期，皇权专制加强，变通的法律形式缺乏制约皇权的稳定体系，而以迅速将皇帝意志合法化为宗旨，加深了法律的御用性。宋徽宗公然下诏，认为皇帝的好恶应凌驾于法律之上："出令制法，轻重与夺在上。"①这种为政主张与稳定的法律形式占主导地位时"守文断罪"的状况形成明显的对照。在"轻重与夺在上"思想的指导下，律令对皇帝的制约力大大削弱，不合皇帝之意的律令条款常常被束之高阁，或被"变通"处理。皇帝的言行，甚至是践踏法律的言行一经"变通"便成为法律，甚至高于法律。当法律变为皇帝发泄喜怒的工具时，在臣民的眼中，法律便也失去了公正与威严。北宋权臣蔡京"欲快己私"，便"请降御笔"。南宋秦桧专权时，从不依律令行事，"率用都堂批状指挥行事，杂入吏部续降条册之中，修书者有所畏忌，不敢删削。"②正是由于律令被视为"具文"，封建社会后期的冤狱才迅速增长，以至秦桧能公然以"莫须有"之罪名杀害抗金名将岳飞。

唐人杜佑在总结历代法制兴衰经验时写道："历观前闻，善用则治，不善用则乱，在乎无私绝滥，不在乎宽之与峻。又病其斟酌以意，变更屡作。"③封建社会后期过份地发展变通的法律形式，"斟酌以意，变更屡作"，致使封建法制走向困境。清末律学家沈家本更为深刻地指出："法立而不守，而辄曰法之不足尚，此固古今之大病也。"④

中国封建社会法律形式的演变及封建法制的兴衰为现实中的立法提供了借鉴。首先，立法离不开理论的指导，法学的兴盛，是立"善法"的关键所在。封建社会前期律学的发展为封建社会法制体系的形成奠定了理论基础。当律学没落之时，立法则多权宜之计。因此，封建社会后期的法律虽变更频繁，却难自成体系，难以在延续和稳定中得到长足的发展。其次，立法的繁简应当适度，不能一味地追求条款的周密。封建社会后期变通的法律形式的膨胀，造成一事一法的局面，恰恰破坏了封建法制的实施。因此，立法应以完善整个法律体系，加强人们的法律意识为目的，而不应追求表面条款的周密。再次，立法应充分注意到与整个社会环境的配合。正如中国封建法制无法脱离封建道德、舆论及政治的影响一样，现实中的法制建设也必须注意中国的特色。否则，即使有了善法，也难以在实践中行用，造成"有法与无法等"的状况。

(作者单位：中国政法大学)

责任编辑：张少瑜

①② 《宋史·刑法志》

③ 《通典·一六三》

④ 《寄簃文存·卷三》