

魏晋律令分野的几个问题

李玉生*

内容提要:中国古代法在魏晋时期实现了律和令两种法律形式的分野。魏晋律令分野是秦汉国家各方面制度渐趋成熟的反映,是汉代律令不断向规范化、系统化发展的结果,也是西汉以来儒法合流、律学发达的结果。改朝换代也推动了律令分野的最终完成。魏晋律令分野标志着中国律令法体系的形成,对于深入认识中华法系的特征有着重要的意义。

关键词:魏晋 律令分野 律令法体系 中华法系

从法律渊源来说,中华法系又被称为律令法系,即指中国古代以律、令为主要形式的法律体系。中国古代律令法体系的形成,实肇始于中国古代法律发展史上的一个划时代的事件——魏晋律令分野。研究魏晋律令分野的本质性特征,进而揭示其形成原因以及所蕴涵的意义,对于进一步明确魏晋律令分野在中国古代法制史上的地位,改变法律史研究中重律轻令的现状,全面把握中国古代法乃至中华法系的总体特征,具有十分重要的意义。

一、律令分野始于魏晋的史实辩证

律令分野是指律和令作为两种正式的法律形式,不仅在法典编撰上,而且在内容和规范性上分别独立。这种独立是在魏晋时期完成的。

按照一般的看法,律在中国古代有着久远的传统。夏商周三代的法称“刑”。所谓“夏有乱政,而作禹刑;商有乱政,而作汤刑;周有乱政,而作九刑。”^{〔1〕}战国时魏文侯师李悝集诸国刑书,撰《法经》六篇,开创了中国法典编撰以罪统刑的新体例。其后商鞅受之以相秦,又改法为律。从此,律成为后世一种主要的法律形式。至于令,先秦即有关于令的记载。如《帝王纪》载:“汤令,未命之为士者,车不得朱轩及有飞轸,不得乘饰车驂马,衣文绣,命然后得,

* 南京师范大学法学院副教授。

〔1〕《左传 昭公六年》

以顺有德。”^{〔2〕}《周礼·大司马》云：“犯令陵政则杜之。”春秋时期，越王勾践也曾“令壮者无娶老妇，令老者无娶壮妻。女子十七不嫁，其父母有罪；丈夫二十不娶，其父母有罪。”^{〔3〕}不过，先秦之令往往是指王命，即国家最高统治者就某一专门事项而发布的单行命令，虽具有法律的强制力，但尚未成为一种正式而稳定的法律形式。秦始皇建立统一的帝国后，规定“命为制，令为诏”，^{〔4〕}皇帝的单行命令不再称令而称制诏，这就为令的独立发展开辟了道路。因此，目前法律史学界大都认为令起源于秦汉。^{〔5〕}

然而在秦汉，律与令处于混同状态，两者既没有成为各自独立的法典，在内容和规范性质上也没有明确区分。如云梦秦简《置吏律》规定：“县、都官、十二郡免除吏及佐、群官属，以十二月朔日免除，尽三月而止之。其有死亡及故有缺者，为补之，毋须时。”秦律官吏任免之规定，明显属于行政法律的内容和性质。而秦始皇因李斯建议而制定的“焚书令”却包含刑法规范：“史官非秦记皆烧之。非博士官所职，天下敢有藏诗、书百家语者，悉诣守、尉杂烧之。有敢偶语诗、书者弃市；以古非今者族；吏见知不举者与同罪。令下三十日不烧，黥为城旦。”^{〔6〕}汉代律令不分更为大量的史料所证实，章太炎针对汉律中有官制、有驿传法式、有度数章程的现象，称“由是言之，汉律非专刑书。……亦以见汉律之所包络，国典官令无所不具，非独刑法也。”^{〔7〕}沈家本在搜集考证汉律后也云：“诸书所引律令往往相混，盖由各律中本各有令，引之者遂不尽别白。如《金布律》见于《晋志》，而诸书所引则《金布令》为多。今于律令二者亦不能详为区别，若二郑注之所称，今时固难定其为律为令也。”^{〔8〕}程树德则断言：“魏晋以后律令之别极严，而汉则否。”^{〔9〕}秦汉时期律与令的关系，一般是律文先具，令文后下。云梦秦简《语书》云：“圣王作为法度，以矫端民心，去其邪僻，除其恶俗。法律未足，民多诈巧，故后有间令下者。”^{〔10〕}西汉廷尉杜周亦说：“前主所是著为律，后主所是疏为令。”^{〔11〕}《汉书·宣帝纪》地节四年文颖注曰：“天子诏所增损，不在律上者为令。”可见，秦汉时期令的内容往往是对律所不周不备处的补充与修正，令处于律的追加法地位，其性质自然无法分别。

那么，中国古代律令分野始于何时？对此，法律史学界传统的看法一直认为，律令分野始于西晋。其主要理由有二。一是根据《晋书·刑法志》记载，西晋武帝泰始四年（公元268

〔2〕王应麟：《玉海》卷六五。转引自沈家本：《历代刑法考·律令一》。

〔3〕《国语·越语上》

〔4〕《史记·秦始皇本纪》

〔5〕日本学者明确地认定：“令的起源可以说是始于汉代。”参见仁井田：《唐令拾遗》序论《唐令历史的研究》。对于令的起源，大陆和台湾学者虽未明言始于何时，但从他们言令必自秦汉始来看，可以说他们是确信令产生于秦汉的。参见《法学词典》（增订版）“令”条；陈顾远：《中国法制史概要》等。近年来更有学者明确肯定了秦令的存在。参见张建国：《秦令与睡虎地秦墓竹简相关问题略析》，《中外法学》1998年第6期。

〔6〕《史记·秦始皇本纪》

〔7〕章太炎：《检论·汉律考》。

〔8〕沈家本：《历代刑法考·汉律摭遗自序》。

〔9〕程树德：《九朝律考·汉律考·律名考》。

〔10〕文中“间令”的“间”，秦简整理者释为：“间，读为干，《淮南子·说林》注：乱也。”因此，所谓“间令”就是“干扰法令”。对此，有学者提出：“间令的真正涵义，是指间于相对简略的律条文空隙中的令，起到补充法的作用。”我认为后者所见甚是。参见前引〔5〕张建国文。

〔11〕《史记·杜周传》

年)颁行了由贾充、杜预等人制定的“泰始律令”。其中《泰始律》二十篇,六百二十条;《泰始令》四十篇,二千三百零六条,并且明确了“违令有罪入于律”的律令关系。二是当时参加立法工作的杜预明确把律令性质概括为:“律以正罪名,令以存事制。”^[12]因此,西晋不仅在立法实践上把律与令区别开来制定为各自独立的法典,而且有明确的律令区分理论作为指导,从而在律令之间建立了对等分工的关系。

对于西晋律令分野的成绩,不少学者给予了极高的评价。日本有学者明确指出:“在晋以前,令后附随法则,律令区别不清晰。晋令去掉罚则,入之于律,律和令相互独立、分工明确。因此,晋律设‘违令罪’意味着晋代律和令建立了划时代的关系。”^[13]我国也有学者认为,虽然“魏律对汉律删繁去芜,扩充了正律律文,节省了傍章科令,比汉律有很大的改进。但它对于律令的界限,始终没有明确区分。晋律开始别令于律”,严格区别了律令的界限。^[14]这些观点,明显地带有褒晋贬魏的倾向。

我认为,中国古代律令分野自曹魏修订魏法时即已基本实现。根据《晋书·刑法志》记载,魏明帝时陈群、刘邵等人受命“删约旧科,傍采汉律,定为魏法”。他们本着“都总事类,多其篇条”的原则,从大量的魏科及汉代律令中取舍分合,制定了“《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。”由于《晋书·刑法志》所引“魏律序”与《唐六典》卷六注文所说极不一致,致使魏律篇目问题成为一大历史悬案,近代以来学者之间一直有不同的看法。以沈家本为代表的一部分学者根据《晋书·刑法志》,认为《新律》十八篇的篇目为刑名、盗、贼、囚、捕、户、擅兴、劫略、诈伪、毁亡、请贼、惊事、偿赃、免坐、杂、告劾、系讯和断狱,并认为曹魏在《新律》之外,另外还存在单行律,如乏留律。^[15]与此不同的是,另外一些学者则根据《唐六典》的记载,认为曹魏《新律》十八篇就是在汉代《九章律》九篇的基础上增加了劫略、诈伪、毁亡、告劾、系讯、断狱、请贼、惊事、偿赃等九篇。^[16]还有一些学者试图揉合《晋书·刑法志》和《唐六典》的说法,却又语焉不详。

值得注意的是,针对上述观点,晚近的研究有了突破性的进展。首先是日本学者滋贺秀三根据《晋书·刑法志》所引“魏律序”,认为《新律》通过把汉《九章律》中的“囚律”内容分解到新设的系讯、断狱二律之中的办法取消了囚律,因此,魏新创的“乏留律”并非如沈家本所言属新律之外的单行律,从而得出了《新律》十八篇的完整篇名及顺序。^[17]与滋贺氏的研究相似的是,一些中国学者在几乎完全独立的情况下,从辨析《晋书·刑法志》“魏律序”与《唐六典》所载的史料价值入手,认为应当根据《晋书·刑法志》而不是《唐六典》来考定曹魏《新律》

[12] 《太平御览》卷六三八《律令下》引杜预“律序”语。

[13] [日]堀敏一:《晋泰始律令的形成》,《中国史研究动态》1990年第4期。

[14] 韩玉林:《魏晋律管窥》,载《法律史论丛》第3辑,法律出版社1984年版。

[15] 参见沈家本:《历代刑法考》“律令考”之“律目考”。另参见杨鸿烈《中国法律发达史》上册(一)、程树德《九朝律考》“魏律考”,陈顾远《中国法制史概要》、韩国磐《中国古代法制史研究》、张晋藩总主编、乔伟主编《中国法制通史(魏晋南北朝卷)》的相关论述。应当指出的是,韩国磐在书中仅因晋志《魏律序》有“律之初制,无免坐之文”一句而认定《新律》无“免坐”篇是不妥的,因为《魏律序》这里讲的是历史而不是曹魏。

[16] 参见《唐六典》卷六注及张晋藩主编的《中国法制史》统编教材、钱大群主编的《中国法制史》和曾宪义主编的《中国法制史》(人大版)等。

[17] [日]滋贺秀三:《曹魏新律十八篇篇目考》,载《日本学者研究中国史论著选译》第8卷,中华书局1992年版,第83页以下。该文作于1955年。

的篇目及其顺序。因此,“魏律序”所明确记载定增的十三篇,加上《九章律》中除去囚律、具律、兴律、厩律后剩下下来的五篇,就是《新律》十八篇的篇目:即刑名、盗、劫略、贼、诈伪、毁亡、告劾、捕、系讯、断狱、杂、请贼、户、兴擅、乏留、惊事、偿赃和免坐。^[18]虽然他们之间对《新律》十八篇的篇目顺序的看法仍稍有差异,但却有一个共同的观点,即“在魏编纂新律后,历史上不再存在所谓的单行律了。”^[19]这种观点无疑具有开创性意义。也就是说,由于犯罪和刑罚问题都已经被《新律》“都总”了,因而除了律,就不应再有什么刑法规范了。因此,如果说秦汉尚有所谓非刑法的行政律的话,那么从《新律》开始,律就成为刑法典的专称。既然如此,与《新律》同时制定的“魏令”当然也就不会或基本不会包括刑法规范,律令界限自然区别得非常清楚了!怎么能断言魏律令没有明确区分或者晋以前律令区别不清晰呢?

比较魏晋律令法典的编撰方法,可以更加明确这一认识。关于晋律的制定,《晋书·刑法志》云:“就汉九章增十一篇,仍其族类,正其体号,改具律为刑名、法例;辨囚律为告劾、系讯、断狱,分盗律为请贼、诈伪、水火、毁亡;因事类为卫宫、违制;撰周官为诸侯律,合二十篇,六百二十条。”可见,晋律是依据汉九章律为蓝本增订的,其编撰方法同魏律比较,诚如滋贺秀三先生所言:“与其说晋律是基于修正魏律的意图编纂的,毋宁说是直接以汉代以来的法规累积为素材编纂的,是重复一次魏律编纂者所尝试过的同样的整理组合工作。”^[20]因此,其结果虽有所不同,但对律的性质的看法恐怕并无二致。同样,晋令的编纂也是如此。西晋《泰始令》的篇目,据《唐六典》所载依次为:户、学、贡士、官品、吏员、俸廩、服制、祠、户调、佃、复除、关市、捕亡、狱官、鞭杖、医药疾病、丧葬、杂(上中下)、门下散骑中书、尚书、三台秘书、王公侯、军吏员、选吏、选将、选杂士、宫卫、赎、军战、军水战、军法(计六篇)、杂法(计二篇)。同魏令比较,日本学者堀敏一认为,晋《泰始令》四十篇分别由户令至杂令、门下散骑中书至赎令、军战令至杂法三部分组成,它们“分别继承了魏的州郡令、尚书官令、军中令。因此,即使在令方面我们也必须重视由魏代开始的此一整理法典事业的意义。”^[21]况且,魏晋律令法典的制定时间前后相隔仅仅四十年左右。在这短短的四十年间,采取几乎同样编纂方法的律令法典竟会出现一个律令界限不清,一个界限明确的截然不同的结果,这恐怕也是令人难以想象的。

我认为,西晋泰始律令的制定和颁行实际上不过是更加有意识地继承和发展了魏代律令分野的成果罢了。其发展之处在于:对律令界限作出了理论上的概括和说明,将令在形式上统一为单一的法典,并明确律令关系为“违令有罪则入于律”。至于律令的界限,与魏律令并无本质上的不同。总之,我倾向于将魏晋作为中国律令法体系发展的同一时期看待。^[22]在这一时期,中国古代法实现了律令分野,两者不仅在法典形态上分别独立,而且有了内容和规范性质上的区分,即律主要为刑事法规,而令则为正面制度性法规,或者称非刑法规范。

[18] 参见怀效锋:《魏律中无“囚律”》,《争鸣》1983年第3期;张建国:《魏律篇目及其次序考辨》,载《帝制时代的中国法》,法律出版社1999年版;徐进:《魏律篇目考》,《山东大学学报》1990年第2期。

[19][20] 同前引[17],滋贺秀三书,第92页,第91页。

[21] [日]堀敏一:《中国律令法典的形成》,台北《大陆杂志》1985年第1期。

[22] 参见张建国:《魏晋律令法典比较研究》,《中外法学》1995年第1期。

二、魏晋律令分野的主要原因

如上所述,以魏晋时期区分律令界限并进行律令法典的编纂为标志,中国古代法实现了律令分野。但是,魏晋律令分野的原因何在?换言之,中国古代为什么在魏晋时期分别完成了律令法典的编纂?对于这个问题,日本学者中田薰认为,魏晋律令分野的原因在于“汉代四百年间法学高度发达的影响。”^[23]而堀敏一则提出,魏晋律令法典的编纂,特别是有关令典的整理,除了法学发达的影响之外,还有当时官僚制行政机构的发达以及儒家思想的影响。在他看来,晋令起首户令、学令、贡士令、官品令的顺序,证实了曹魏开始实行的九品官人法的从民间推荐候补官吏、任其为官的原则。同时,汉代的乡里是以传统的自然村落为基础的行政村落组织。乡里制崩溃后,国家按一定户数为单位来组织群众、征发户调税的行政村产生了。针对农民中阶级分化的加剧,国家企图直接限制农民的土地,此即占田课田制。此种行政村落组织和占田课田制以及户调税大概被规定于晋令的户令、佃令及户调令之中。所有这些,加上当时盛行的儒家思想的影响,都促进了令法典臻于完备。^[24]而在我看来,魏晋律令分野尤其是系统的令典编纂作为中国古代社会及其法律文明发展的产物,决不是偶然的历史现象,而有其深刻的社会历史背景。具体表现在四个方面:

1. 魏晋律令分野是秦汉以来中国古代国家各方面制度渐趋成熟而导致国家职能分化的反映

我们知道,秦汉时期中国刚刚建立起统一的中央集权制度。面对如此庞大的帝国,专制国家对整个社会的管理尚没有现成的模式可循。因此,雄心勃勃的秦始皇“天下事无大小皆决于上”,制诏成为皇帝处理国家政务的有力手段。但是国家之大、政务之繁,仅凭皇帝个人的智慧和力量远远不够,于是客观上需要建立一整套的制度,把国家的日常治理纳入规范化的轨道,并以国家法律的形式固定下来,以实现社会的长治久安。魏晋令典作为“存事制”的法律,它的形成正是中国早期帝制时代各方面制度发育渐趋成熟的反映。例如,赋税制度是国家得以建立和维持的根本。众所周知,秦汉实行田租和口赋(汉代还有算赋)相结合的赋税制度。由于口赋和算赋都是按人口计征的人头税,这对于人口众多的广大农民来说无疑是一项沉重的负担。因此,曹操在统一北方的过程中,就着手赋税制度的改革,颁布了新的“租调令”,规定“收田租亩四升,户绢二匹而绵二斤。余皆不得擅兴,藏强赋弱。”^[25]新的户调制的实行,完全以田和户作为征税的法定条件,有利于均衡税负,从而完成了战国以来赋税制度的一次大改革,奠定了西晋、北魏和隋唐赋税制度的基础。这一制度在曹魏时很可能被吸纳编入《州郡令》下的某一篇,而西晋时则被规定到《户调令》之中。

又如,就国家的政权体制而言,中央和地方官僚机构的建立是推行中央集权制度的必要条件。在中央,秦汉实行三公九卿制,以丞相、太尉、御史大夫组成辅佐皇帝的中央政府。但由于宰相三公位高权重,日渐威胁到专制皇权。于是,东汉光武帝鉴于西汉末年皇帝“数世

[23] 前引[21],堀敏一文。

[24] 参见前引[13],堀敏一文。

[25] 《晋书·刑法志》。另参见《三国志·魏书·武帝纪》建安九年九月注。

之失权,忿强臣之窃命”,因而“矫枉过直,政不任下,虽置三公,事归台阁”,^[26]以西汉末年成立的尚书台取代了相府,成为国家行政事务事实上的最高管理机关。这预示着中国古代国家中央政府组织历史性变革的开始。曹魏时,尚书台最后脱离少府,演变为完全独立的中央政府。西晋时,尚书台更是“总齐机衡,允厘六职,朝政之本也。”^[27]宰相三公则成了“论道之官”,尊而不亲,徒拥虚位,备员而已。可见,魏晋之世,尚书令仆是皇帝以下握有实权的最高官职,被正式称为“宰相”,开创了后世三省六部制的先河。面对中央政府体制的这一实际变化,魏晋颁修令典时不能不反映出来,故曹魏有《尚书官令》,晋有《尚书令》之篇目。由于国家行政系于尚书,北齐定令时干脆直接以尚书二十八曹为其篇名。^[28]同样,魏《州郡令》的制定,无疑也同地方行政体制的发展有关。秦汉地方政权实行郡县二级制,但自汉武帝分全国为十三个监察区,置十三部刺史后,监察区逐渐演变为地方最高一级行政区域——州。因而到魏晋时,地方政区不再郡县连称,而称州郡。故曹魏定令,有《州郡令》四十五篇。晋令之所以取消《州郡令》之名,显然同其立法技术的改变有关。实际上,晋令分别制定户令、学令、贡士令、佃令、户调令的做法很大程度上同魏令有关。

这样,对于魏晋统治者而言,国家的职能就表现为相互关联的两个基本方面:一是实施国家的日常管理,以实现社会的稳定与发展;二是镇压各种反抗统治秩序的犯罪行为,以维护社会的基本秩序。与此相应,国家的法律也自然地划分为两大部门。这两大部门法,在历史的演进过程中,前者被称为“令”,后者则仍称为“律”。这一点,从晋令的不少篇名同晋律存在对应关系也可以看出。因此,魏晋律令分野同秦汉以来专制国家各方面制度发展而引起的国家职能分化有着深刻的内在关联。

2. 魏晋律令分野是汉代律令不断向规范化、系统化发展的结果

法律发展同其他社会现象一样,有其固有的内在规律和要求,即法律条文必须规范化和系统化。只有规范化才能具有一定的包容性,适应普遍调整的需要从而保持相对稳定;同样,只有系统化才能保证内部体系的和谐一致,避免条文之间的抵牾与重复。由此观之,魏晋律令法典的编纂正是遵循法律演进内在规律的必然结果。在中国古代的律中,战国李悝所制定的《法经》不失为一部体例合理的系统法典,并为秦所继承。但汉初萧何定律,于其六篇之后增加户、兴、厩三篇,致使“罪条例既不在始,又不在终,非篇章之义”,打破了《法经》以来的合理体系。其后稍增,“盗律有贼伤之例,贼律有盗章之义,兴律有上狱之法,厩律有逮捕之事”,内容更加错糅无常。正是鉴于“旧律繁芜,未经纂集”的状况,魏明帝下令重新修律,贯彻“都总事类,多其篇条”的原则,制定了《新律》十八篇。这样,终于将律体例合理地统一起来。

就令而言,魏晋令典的编纂更非偶然,而是汉令演变和发展的总结。如前所述,虽然秦始皇下令“命为制,令为诏”后,令的发展日益独立,但总的来说,令仍与皇帝的命令有关。在汉代,皇帝的命令有四种形式:“一曰策书,二曰制书,三曰诏书,四曰戒书。”^[29]策书指编

[26] 《后汉书 仲长统传》

[27] 《晋书 羊祜传》

[28] 《唐六典》卷六注。

[29] 蔡邕:《独断》。另参见《后汉书 光武帝纪》建武元年条章怀太子注。

简,制书指制度之命,诏书即诏告,戒书就是诫敕。其中,作为汉令内容来源的是皇帝的制书和诏书,简称制诏。但是,汉代皇帝的制诏是否全部都被编入汉令?对此,一般认为只有制诏文中或者结尾特别附有“著于令”、“具于令”等著令用语的制诏才转化为具有长期遵行效力的令。^[30] 仔细研究这些制诏可以发现,令的具体内容往往不由诏书直接规定,而由有关部门官员讨论制定为规范性条文,再作为诏书的一部分公布施行。如汉文帝前元二年“养老诏”曰:“老者非帛不暖,非肉不饱。今岁首,不时使人存问长老,又无布帛酒肉之赐,将何以佐天下子孙孝养其亲?今闻吏禀当受鬻者,或以陈粟,岂称养老之意哉!具为令。”^[31] 这里,诏书仅仅指出存问长老的重要性以及实际中存在的问题,并要求制定有关令文,而令的具体内容则由有关部门制定。又如汉景帝二年秋七月诏曰:“吏受所监临,以饮食免,重;受财物,贱买贵卖,论轻。廷尉与丞相更议著令。”^[32] 诏书只是指出旧律条文的不妥之处,据此,有司修改制定了新令。这种由国家有关职能部门行使令的实际制定权,使得令的内容摆脱特定化而走上规范化的道路,并为系统的令典编纂准备了主体条件。

与此同时,随着诏令的积累,为了便于检索和施行,汉代官方还不断地将单行诏令汇编成册,反映了令在汉代向系统化、法典化发展的努力。汉代编令大致有以下几种方法:(1)以令的发布时间先后为序编排,称为令甲、令乙、令丙。《汉书·宣帝纪》地节四年注云:“如淳曰:令有先后,故有令甲、令乙、令丙。师古曰:如说是也。甲乙者,若今之第一、第二篇耳。”后来,令条益多,便在甲、乙、丙之下又分篇,仅令甲以下就有三百多篇。(2)根据令的内容来编令,把同一内容的令编在一起,称为某某令,如功令、金布令、宫卫令、秩禄令、品令、祠令、狱令等等。居延汉简《功令》云:“功令第四十五,候长士吏,省试射射去墩弩力,如发弩发十二矢,中矢六为程,过六矢赐劳十五日。”^[33] 可见,这类令文大都编有序号,远不止一条。(3)以国家有关机构的执掌为中心编令。凡是与这一机构职责有关的令文即收入,所以其内容也不止一条。这类令见于史籍的有廷尉挈令、光禄挈令等,见于简牍的有兰台令第卅三、御史令第四十三等。(4)按照令所适用的地区来编排,并以该地区命名。如乐浪挈令、北边挈令等,这类令多适用于边疆地区。居延汉简有《北边挈令》云:“北边挈令第四,候长候史日迹,及将军吏劳二日皆当三日。”^[34] 不过,上述几种编令方式似属法规汇编性质,故而内容上难免交叉重复。如《后汉书·景帝纪》载:“元和元年诏曰:令丙,长短有数。”显然,汉景帝中元六年制定的《令》被编入了令丙之中。

因此,汉代律令的发展为魏晋律令分野提供了历史的基础。从魏晋令典编纂的方式来看,魏令的编纂同汉代编令的第三种方式有关,而晋令则似乎采用了汉令编排的第二种方式。

3. 魏晋律令分野也是西汉以来儒法合流、律学发达的结果

虽然汉武帝“罢黜百家、独尊儒术”后,儒家思想在意识形态领域内逐渐占据了主导地位

[30] 汉代制诏与令的关系,确实是一个重要而饶有趣味的问题,值得进一步深入研究。参见沈家本:《历代刑法考·律令二》;[日]中田薰:《法制史研究》第3卷“律令法系的发达补考”下篇以及[日]大庭修:《秦汉法制史研究》第3篇,上海人民出版社1991年版。

[31] 《汉书·文帝纪》

[32] 《汉书·景帝纪》

[33][34] 转引自陈直:《居延汉简研究》“居延所见的汉律”一文。

位,但实际上,汉代统治者对秦王朝注重法制建设和以法治国的经验仍然是非常重视的。这就是在治国方略上提倡“德主刑辅,礼法并用”,即在强调德礼的同时,又注重发挥法律的作用。如选任官吏,往往是儒生与法吏并举。汉武帝曾令丞相以四科辟举“异德之士”：“一曰德行高妙,志节清白;二曰学通行修,经中博士;三曰明达法令,足以决疑,能按章复问,文中御史;四曰刚毅多略,遇事不惑,明足以决,才任三辅令。”^[35]要求官吏既要明经又要通律。汉宣帝更是一语道破天机：“汉家自有制度,本以霸王道杂之,奈何纯任德教,用周政乎!”^[36]这样,在统治者崇儒重法政策的推动下,先秦截然对立的儒法两家开始了合流的进程。具体表现在:

一方面,法家逐渐放弃排儒立场,许多继承法家传统的律家逐渐学习经学。如西汉路温舒早年学习律令,为狱小吏,可谓法家出身,然而“宣帝初,上书言尚德缓刑。”^[37]至东汉,这一倾向更加明显。一些著名的律学世家也开始兼修儒学。如颍川郭弘“习小杜律,……断狱三十年,用法平,……郡内比之东海于公。”尚为严格意义上的法家。但到郭躬,讨论案子已经引用《诗经》、《论语》为据。传至郭偃更是“明习家业,兼好儒学。”^[38]沛国陈氏比郭氏有过之无不及。陈咸于西汉成哀年间仅“以律令为尚书”,但其曾孙陈宠“虽传法律,而兼通经学”,“及为理官(廷尉),数议疑狱,常亲自为奏,每附经典,务从宽恕。”甚至上书奏改律令,要求“应经合义,与礼相应”,简直与汉初贾谊的言论如出一辙。陈宠的儿子陈忠,上疏坚持大臣应服三年丧制,及为三公尚书,又“广引八议求生之端”来处理疑案。^[39]再如颍川钟氏“为郡著姓,世善刑律”,至钟皓又精通《诗经》。^[40]

另一方面,自董仲舒首倡“《春秋》决狱”后,儒家也开始兼修律令,以改变过去迂腐无用的形象而求进用。如西汉郑昌、郑弘兄弟“皆明经,通法律政事。”^[41]何比干“经明行修,兼通法律”。^[42]就连孔子的十四世孙孔光都开始学习法律。《汉书·孔光传》载,孔光“以高第为尚书,观故事品式,数岁,明习汉制及法令。”东汉张皓“虽非法家,而留心刑断,数与尚书辨正疑狱,多以详当见从。”^[43]最著名的是东汉时一些经学大师也精通律学,《晋书·刑法志》云:“叔孙宣、郭令卿、马融、郑玄诸儒(注律)章句,十有余家,家数十万言”,并都具有法律效力,开创了一代以经注律之风。

在这种儒法合流的时代潮流影响下,中国古代自战国兴起的律学进入了兴盛时期,曹魏更置律博士。律学的兴盛,尤其是经儒学改造后的律学,为律令分野提供了强大的理论支持。因为儒家向来重礼,所谓“礼者,经国家、定社稷、序民人、利后嗣也。”^[44]但早期儒家言礼,往往偏重于说教,更富于道德准则的意味,因而具有很大的随意性和不确定性。在汉代儒法合流的趋势下,律学就必然要思考礼与法的关系问题。其结果,就是陈宠所说:“礼之所

[35] 《后汉书·百官志一》注引应劭《汉官仪》。

[36] 《汉书·宣帝纪》

[37] 《汉书·路温舒传》

[38] 《后汉书·郭躬传》

[39] 《后汉书·陈宠传》及《应劭传》。

[40][41] 《汉书·郑弘传》

[42] 《汉书·何敞传》注引何氏家传。

[43] 《后汉书·张皓传》

[44] 《左传·隐公十一年》

去,刑之所取,出礼则入刑,相为表里也。”^[45]为了使礼具有更大的确定性和强制性,就需要使礼以法律的形式表现出来,而这个直接固定礼的规范的法律又要同刑律在一定程度上相区别。最终,令成为这种法律的载体。因为令在古汉语中除了具有命令、号令的意思外,还有“教令”之义。《盐铁论·刑德》云:“令者,所以教民也。”可见在这一点上,令与礼的意义与功能是相通的。基于此,儒家学者提出:“春夏生长,圣人象为令;秋冬杀藏,圣人则为法。故令者教也,所以导民人;法则刑罚,所以禁强暴。”^[46]正是在前人律学研究的基础上,西晋杜预才提出“律以正罪名,令以存事制”这一最终区分律令两种法律形式的结论。他还认为“令以教喻为宗,律以惩正为本,二者并以仁为旨。”这些观点,无疑构成了魏晋律令分野的理论指导。

4. 改朝换代推动了律令分野的最终完成

汉初萧何等人定律以后,基本上保持了法律的稳定性和连续性,文景时期还不断有减刑诏书下达,以致“刑罚大省,断狱四百,有刑措之风。”但是,汉武帝即位后,情况就发生了急剧的变化。由于他“外事四夷之功,内盛耳目之好,征发烦数”,导致“百姓贫耗,穷民犯法,酷吏击断,奸轨不胜。”于是招进张汤、赵禹之流,条定法令,“以奸宄滋甚,增律五十余篇。”^[47]经过这次修改,“律令凡三百五十九章,大辟四百九条,千八百八十二事,死罪决事比万三千四百七十二事。”结果是“文书盈于几阁,典者不能徧睹。”其后,又集有令甲以下三百余篇,司徒鲍昱撰法比都目凡九百六卷(魏志云九百六十卷),加上叔孙宣、郭令卿、马融、郑玄诸儒章句十有余家,家数十万言,凡断罪所当由用者,合二万六千二百七十二条,七百七十三万二千二百余言,言数益繁,览者益难。然而问题不仅在于汉代律令数量庞大,而且更在于体例和内容的混乱。《晋书·刑法志》云:汉代律令“世有增损,率皆集类为篇,结事为章。一章之中或事过数十,事类虽同,轻重乖异,而通条连句,上下相蒙,虽大体异篇,实相揉入。盗律有贼伤之例,贼律有盗章之文,兴律有上狱之法,厩律有逮捕之事。若此之比,错糅无常。”司法实践中“或罪同而论异,奸吏因缘为市,所欲活则傅生议,所欲陷则予死比。”^[48]

面对这种情况,早在西汉就有人建议对汉代律令进行大规模的修订。宣帝时著名的律学家、涿郡太守郑昌就上疏要求“删定律令”,并认为这是“正本清源,以开后嗣”之举。^[49]元帝和成帝时也曾下诏“其议律令”,但元帝仅“省刑法七十余事”。^[50]对成帝的诏书,那些因循守旧的大臣们只是“徒钩摭微细,毛举数事,以塞诏而已。”

光武帝建立东汉政权后,本来正是大举修订律令的好时机,加上大臣桓谭、梁统均有建议,但由于东汉光复的是汉家天下,而汉代律令正是祖宗之法,因此光武帝仅仅“解王莽之繁密,还汉世之轻法。”^[51]到了章帝时,针对“汉兴以来,三百二年,宪令稍增,科条无限”的状况,尚书陈宠又建议“宜隆先王之道,荡涤烦苛之法”。章帝虽采纳了他的意见,但也仅仅“诏

[45] 《后汉书·陈宠传》。东汉王充在《论衡·谢短》篇亦云:“出于礼,入于刑,礼之所去,刑之所取。”

[46] 《盐铁论·诏圣》

[47] 《魏书·刑罚志》

[48][49] 《汉书·刑法志》

[50] 《汉书·元帝纪》

[51] 《后汉书·循吏传》

有司,绝钻钻诸惨酷之科,解妖恶之禁,除文致之请讞五十余事,定著于令。”^[52]等到陈宠进一步钩校律令条法,要求朝廷“平定律令,应经合义者,可使大辟二百,而耐罪赎罪二千八百,并为三千,悉删除其余令,与礼相应,以易万人视听,以致刑措之美,传之无穷”时,却因抵罪而未及施行,使汉代律令失去了一次大规模整理的机会。曹操“挟天子以令诸侯”,实际掌握汉朝政权后,曾两度议复肉刑,但终因“难以藩国改汉朝之制,遂寝不行”,^[53]只好另外制定《甲子科》。连恢复肉刑这样对汉代律令的局部改动也难以进行,更不用说重新制定新的律令了。最终,这一任务就历史性地落到了代汉而起的曹魏政权身上。因此,魏晋律令分野也是以改朝换代为前提的。如果没有改朝换代,律令分野恐怕依然实现不了,律令关系仍将在既有的框架中持续下去。

三、魏晋律令分野的意义

魏晋律令分野作为一个划时代的历史事件,不仅在中国古代法律发展史上具有重大的意义,而且对于我们重新认识中华法系的特点有着重要的意义。具体表现在以下几个方面:

1. 魏晋律令分野标志着中国古代独特的法律体系的形成

比较法律史的研究日益表明,中国传统法律文化有着自己独特的个性。这种独特性表现在法律的分类上,就是中国古代法对法律部门的划分并不是以法律规范的调整对象为标准,而是从国家统治职能的角度,把全部法律区分为正面制度法与惩罚性法律两大部分,即所谓“律令法”体系。虽然律、令作为两种独立的法律形式早在秦汉时期即已出现,但由于这时统一的中央集权制度刚刚建立,新的国家制度尚处于探索之中,加之法家思想的兴盛和广泛传播又破坏了西周以来传统的礼刑关系,因而律和令不得不承担起既要惩治犯罪以维护基本的社会秩序,又要为新的帝国确立各方面制度的任务。这就导致律、令中不仅有惩治犯罪的刑法规范,而且也有各种国家制度的行政性规范,其外在表现就是律令混同。但是,魏晋律令分野,尤其是令典的系统编纂,打破了这种局面,使律、令成为古代立法中同等重要的法典,开始重建中国古代法律体系。

律令必须同时制定,这一观念至迟在北魏时人们就已经树立。史载,北魏时期曾先后多次更定律令,但十余年间每次“律令并议”,往往“律寻施行,令独不出”。针对这种不正常的现象,曾与常景等共修律令、“好言得失”的孙绍上表认为:“令之为体,即帝王之身也,分处百揆之仪,安置九服之节,经纬三才之伦,包罗六卿之职,措置风化之门,作用赏罚之要,乃是有为之枢机,世法之大本也。”故“律令相须,不可偏用。今律颁令止,于事甚滞。若令不班,是无典法,臣下执事,何依而行?”^[54]强烈要求颁行令典。因此,从魏晋开始,中国古代法律有了律、令两大法律部门的划分,形成了中国古代特有的律令法体系。随后,公元541年“后魏以格代科,于麟趾阁删定,名为《麟趾格》”,西魏大统十年(544年)又制定《大统式》。至此,另外两种法律形式——格和式又相继产生。隋则“律令格式并行”,并为唐朝所继承,终于建

[52] 《后汉书 陈宠传》

[53] 《晋书 刑法志》

[54] 《魏书 孙绍传》

立了隋唐完备的律令格式法律体系。而这一切,都是由魏晋律令分野始作其俑的。可见,魏晋律令分野在中国古代立法史上有着十分重要的意义,它开创了中国古代律令法体系的先河。

2. 魏晋律令分野使律成为中国古代刑法典的专称

自从商鞅改法为律以后,律就成为中国古代一种基本的法律形式,直至清末。然而,律在中国古代也经历了一个发展演变的过程。这一过程大致可以分为两个时期:秦汉是一个时期,魏晋以后是第二个时期。在秦汉时期,由于律令关系表现为律为主、令为辅,令是对律的补充与修改,因而律的性质并不单一,基本呈现出综合性或诸法合体的特点。正如有学者所指出的:“由战国开始使用的律这一法律形式,并非仅仅指刑法,还包括行政法,或者换句话说,行政的发达使诸侯之政无所不包,大政笼罩了诸法。这种带有最广泛意义的政制之法中自然也包括了刑法。”^[55]秦汉时期律的这一特点现在已被考古发现的云梦秦简和张家山汉简所证实。但是,魏晋以后情况就大不相同了。随着魏晋律令分野,律令的分工日益明确,所谓“律以正罪名,令以存事制”。因而律的性质日趋单一,开始刑法化。因此,那种认为中国古代的律是“诸法合体”的观点是不妥当的,它显然没有看到由魏晋律令分野所导致的律的性质的变化。

另一方面,学术界也有学者提出律的刑法化至唐代才得以实现。如著名国学大师章太炎先生在《检论 汉律考》中写道:“周世书籍既广,六典举其凡目,礼与刑书次之,而通号以《周礼》。汉世乃一切著之于律。……迄唐,有《六典》、《开元礼》。由是律始专为刑书,不统宪典之纲矣。上稽皇汉,则不然也。”^[56]另有学者在比较了古代东西方法典编纂的历史和研究了《唐律疏议》后,提出《唐律疏议》是世界上最早颁布的一部部门法典,而且是最早的一部刑法典的观点。^[57]我认为,这种观点看到汉律并非纯粹的刑法,同时认为唐律是一部刑法典,无疑是正确的,但说唐律或《唐律疏议》是中国古代最早的一部刑法典,同样也忽视了魏晋律令分野的成绩和意义。而在我们看来,至少从现有的资料来说,曹魏的《新律》才是中国古代最早的一部刑法典。

或许有人会说,战国时期李悝制定的《法经》才是中国古代最早的一部刑法典,因为《晋书 刑法志》明确记载:《法经》“皆罪名之制也”。我以为,虽然商鞅继承了《法经》并“改法为律”,但如前所述,律在秦汉就从来不是刑法(典)的专称;况且《晋书 刑法志》乃唐代人所写,其中不少记载已被学者证明是错误的,因而在《法经》性质的认定上,不能排除唐代人将自己对唐律性质的认识套在了《法经》的头上。因此,《法经》是不是一部刑法典尚需得到进一步的证明。

总之,魏晋律令分野以后,律在中国古代就成为刑法典的专称。这是我们深入研究魏晋律令分野所得出的又一结论。

3. 魏晋律令分野对于我们进一步深入认识中华法系的特点有着重要的意义

我们知道,以中国古代法律文明为中心,影响及于古代东亚各国,形成了世界五大法系

[55] 张建国:《帝制时代的中国法》,法律出版社1999年版,第7页。

[56] 《章太炎全集》第三卷,上海人民出版社1984年版,第438页。

[57] 参见王立民:《我国古代法的一个重要特点》,《法学》1996年第2期。

之一的中华法系。但对于何谓中华法系,学术界至今尚无一致的表述。有学者认为,所谓中华法系,是指一个发源于夏、解体于清,以唐律为代表,以礼法结合为根本特征,其影响及于东亚诸国的法律体系。^[58]对这一定义,我认为大体上是不错的。但是,该定义仅仅将唐律视为中华法系的代表,未免有失偏颇。因为既然作者认为中华法系是一个法律体系,而作为一个法律体系,就决不仅仅只有一部法典或一个法律部门。按照现代法学理论的知识(这是我们讨论问题的前提),所谓法律体系是指由各种法律部门及其相互联系所组成的、内部和谐一致的统一整体。而律在中国古代是有其特定含义的,以唐代为例,律就是特指现存的被称之为《唐律疏议》的这部法典,并不能作为唐代所有法典或所有法律部门的泛称。

过去我们在提到中国古代法律时,往往以律作为法律的总称,这并不准确。正如有学者指出的:“造成这样命名的最初原因,自然是古代资料缺乏,无法分清各种法律形式。但是这样的命名方法也不可避免地给后来的研究带来消极的因素,那就是一谈古代法律,常常笼统地称为‘律’。实际上,从‘律’被确定作为一种特称的法律形式开始,就是为了和其他的法律形式如‘令’等等相区别的。……把‘律’从错认的泛指涵义上纠正过来,并非是毫无意义的,其最大的意义是便于我们详细区分各种不同的法律形式的各自作用及其相互关系。”^[59]因此,中华法系作为一个法律体系,就决不能仅仅“以唐律为代表”,而应当还包括其他的法典或法律形式。这其中,除了律以外,一个重要的法律部门就是令。

实际上,令作为中国古代一种独立的法律形式,如前所述,最迟从秦汉就已经开始了。而令作为一部法典的专称,从现有的史料来看,则始于魏晋律令分野。之所以我们过去常常忽视对令的研究,固然同样有史料缺乏的因素,同时也与研究者望文生义、不加深究有关。因为“令”在汉语中有“命令”之义,这就造成研究者往往有意无意地忽视“令”在中国古代法律体系中的地位和价值。即使看到了令是中国古代的一种法律形式,也往往把它和君主、皇帝的诏令等同看待,而没有看到它也是中国古代的一部法典以及它在中华法系中的地位。正如有学者所指出的,以往我们重律而轻令,固然受现存资料匮乏的影响,但也反映出认识上的偏颇和研究的不够。^[60]因此,深入研究魏晋律令分野及其后来的发展,可以进一步使我们加深对中华法系的认识。

其实,在中华法系的形成过程中,律、令都起了极大的作用,甚至令的作用更为巨大。受中国传统法律影响并共同组成中华法系的东亚国家主要是日本、朝鲜和越南,而这些国家在接受中国古代法的影响时,首先接受的是令,而不是律。例如,日本接受唐代法律影响最早就是从“令”开始的。日本自大化改新之后,处处学习唐制,于天智天皇近江朝(公元668年,唐高宗总章元年)首次颁行了由留学中国达33年的高向玄理和僧旻等人制定的《近江令》22卷。对此,日本现存的《令集解·官位令集解》云:“上宫太子并近江朝廷唯制令不制律”。^[61]直到天武天皇十年(公元683年,唐高宗永淳二年)才命留学唐朝的伊吉博德等人分别制定《天武律》和《天武令》,至此日本方始有律。又如朝鲜。《高丽史·刑法志》记载:“高丽一代之

[58] 参见张中秋:《中西法律文化比较研究》,南京大学出版社1999年版,第185页。

[59] 前引[5],张建国书,第20页。

[60] 参见戴建国:《唐开元二十五年令·田令研究》,《历史研究》2000年第2期。

[61] 转引自杨鸿烈:《中国法律对东亚诸国之影响》,中国政法大学出版社1999年版,第180页。至于有无《近江律》,日本法律史学界有争论,但多数学者倾向于否定说。

制,大抵皆仿乎唐,至于刑法亦采唐律,参酌时宜而用之。”^[62]所谓“高丽一代之制,大抵皆仿乎唐”,应当就是模仿唐令,因为唐令是规定国家基本制度的法典。日本和朝鲜当时之所以首先学习唐令,主要是因为其国家初立或进行改革,首要的是国家制度的建设而不是刑法的制定,而唐令作为国家制度的法典,自然成为引进的首要对象。

由上可见令在整个中华法系中的地位和影响,而这显然同魏晋律令分野后令典的编纂是分不开的。正因为如此,日本学者在研究中国古代法和日本古代法时,才将这种以律、令为主导的法律体系称之为“律令法系”或“律令制度”,把中日古代国家称为“律令国家”,^[63]在日本的历史分期上,更有所谓“律令时代”之说。^[64]因此,如果说礼法结合是中华法系的本质特征的话,那么,律令法体系则是中华法系一个重要的形式特征。

明确了上述认识,我们可以澄清关于中华法系是诸法合体的误说。从法律体系角度而言,中华法系并不是诸法合体的,而恰恰是诸法并立的。一方面,中华法系的“诸法”并不是现代意义上的刑法、民法等诸法,而是中国古代特有的诸法,即以律、令为主要表现形式的诸法。另一方面,从法典编纂结构上看,它们并非“合体”,而是各自独立的。即使从现代部门法的角度考察,也不能得出“诸法合体”的结论。因为律自魏晋以后,已成为纯粹的刑法典。因此,无论从哪个角度来看,诸法合体都构不成中华法系的一个总体特征。

Abstract : The period of Wei - Jin is an important developing stage of the Chinese Lv - Ling legal system. In the period , Chinese ancient law realized the distinction of Lv and Ling , which reflects the gradual maturity of all the related institutions in Qin - Han period. It is a result of the standardization and systematization of Han Dynasty 's Lv and Ling , as well as a result of the combination of Confucianism and Legalism. The dynastic change also promotes the completion of the distinction of Lv and Ling. This distinction not only marks the formation of Chinese Lv - Ling legal system but also made Lv become the proper name of Chinese criminal law , thus bearing significance in the understanding of the characteristics of the Chinese legal family.

[62] 郑麟趾等撰《高丽史》八十四《志》,卷第三十八《刑法》一。转引自前引[61],杨鸿烈书,第34页。

[63] 参见周东平:《律令格式与律令制度、律令国家》,《法制与社会发展》2002年第2期。

[64] 日本的“律令时代”是指大化改新至平安时期(646—1192年)。