

秦汉律令性质及其关系新解

肖洪泳

(湖南大学法学院, 湖南长沙, 410082)

摘要: 秦汉时期是中国古代帝制政治的确立时期, 也是律令体系的发轫时期。由于法家思想“明主治吏不治民”这一专制主张的深刻影响, 作为“正罪名”的律所具有的普遍规范性质, 正是通过“存事制”的令使其得以具体变化和适用的。秦汉时期的律令性质及其关系, 不仅深刻折射出中国古代帝制政治的基本特点, 而且全面影响了中国后世历代王朝律令体系的发展变化。

关键词: 秦汉; 律令; 睡虎地秦简; 张家山汉简; 岳麓秦简

中图分类号: DF092

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2019)06-0076-10

一、已有研究成果及其问题

律令作为中国古代帝制时期最主要的法律形式, 一直受到古代律学的高度关注。但是真正将其作为中国法律传统的主要特点加以研究和总结, 却是晚近的事情。沈家本在《历代刑法考》一书中专设“律令”(九卷)以追述中国古代法律制度历史发展的宏观脉络, 应属以“律令”指称中国古代法律体系的发端。近代西方世界充分运用“法系”这一概念, 开始考察具有共同法律传统的若干国家和地区的法律及其历史, 日本学界迅速响应, 逐步提出“律令法”或“律令法系”这一概念, 用以指称发达于中国而为东亚各地区广泛接受的以律令为中心的法律体系。经过中日两国学者的努力, “律令法”或“律令法系”日渐成为中国古代法律体系研究所广泛接受的概念, 并且产生了一批颇为引人注目的学术成果。

从已有研究成果来看, 学界对中国古代律令发展过程研究最为薄弱的环节乃属秦汉时期, 主要的原因在于传世文献与出土文献的记载不足或缺。可以说, 在睡虎地秦简与张家山汉简发掘与正式公布之前, 秦汉时期的律令面貌一直处于语焉不详的状态, 尤其是秦时期的律令体系, 几乎成为学界无法深入的空白地带。沈家本虽然引用《史记·萧相国世家》所载“何

独先入收秦丞相御史律令图书藏之”而认定“此秦有律有令之证。汉之有律有令, 承秦之名也”^[1], 但是对于秦时期的律令体系只能以寥寥数语加以追述。日本的浅井虎夫率先注重以律令为主要法律形式对中国法典编纂沿革的历史进行研究, 并依靠传世文献网罗了大量汉时期的律令, 但对秦时期却不着一词。这种研究状况一直延续, 直到20世纪70年代睡虎地秦简的发掘面世。

自1975年湖北云梦睡虎地秦简出土以来, 有关秦朝法律制度的研究得到了极大的改观。而1983年张家山汉简的出土面世, 更是激发了学界对秦汉时期律令制度研究的新高潮。21世纪初里耶秦简的出土与公布, 又给秦时期法律制度的研究提供了新的材料。岳麓书院藏秦简与北京大学藏秦简虽然还在整理过程中, 但是其所显示出来的秦时期法律制度的样貌已经越来越清晰。随着出土文献的日渐增多, 学界对于秦汉时期律令体系的研究有了突飞猛进的发展, 并对这一时期的律令性质及其关系作了许多有益的探讨, 譬如中国的张建国、孟彦弘、杨振红、张忠炜等, 以及日本的中田熏、富谷至、广濑薰雄等。其中最为典型的代表一是中国的张忠炜, 另一是日本的广濑薰雄。张忠炜在《秦汉律令法系研究初编》一书中以张家山汉简《二年律令》为解题基础, 就秦汉律令的历史脉络进行了四个方面的详细考察, 尤其是从律令转化、律主令辅、律令分途三个角度阐述了秦汉时期的律令

收稿日期: 2019-01-13; 修回日期: 2019-03-04

基金项目: 国家社会科学基金一般项目“现代西方汉学中的中国法律传统研究”(16BFX025)

作者简介: 肖洪泳(1972—), 男, 湖南洞口人, 法学博士, 湖南大学法学院副教授, 国家“2011计划”出土文献与中国古代文明研究协同创新中心骨干专家, 主要研究方向: 法律史, 联系邮箱: shoco@126.com

关系，从而为中国古代律令法系的起源与发展提供了一种较为全面而精到的理解视角。日本的广濑薰雄专门撰写的《秦汉律令研究》一书则利用出土简牍等法制资料，对秦汉时代的律令进行了系统论述，主要探讨了律令史的时代划分问题。他认为滋贺秀三对律令的认识由于受出土资料有限的影响，不能明确反映出律与令的形态区别，因此也不能对中国律令史进行正确的时代划分。在此基础上，他重点讨论了秦汉时代律令的存在形态，从而为秦汉以后中国律令法系的发展路线寻找到了内在脉络，对中国律令史进行了时代划分，并探讨了“律令制”这一日本法制史概念在研究古代中国律令方面的适用问题。

由此可见，随着出土文献的日益增多，秦汉律令体系的研究成果日渐丰富，大大拓宽了中国古代法律制度的研究思路与视野。但是，在秦汉律令体系这一研究领域中最为关键的问题即律令性质及其关系，还存在很多棘手的问题没有得到破解。综括起来，已有的学术研究成果对秦汉律令性质及其关系的论析主要存在以下几个方面的问题：

其一，睡虎地秦简出土面世后，由于其未见明确的令文，因此很长一段时间内学界对于秦令的存在保持一种怀疑甚至否认的态度。日本研究秦汉史的著名学者大庭脩最为典型。他在《秦汉法制史》一书中认为：“秦‘令’的文字之所以不存在，大概是由于本来作为补充法的‘令’，把补充法称为‘令’的称呼制度在秦不存在。因此，我认为这个制度大概是在汉代创始的。”^[2]大庭脩的观点后来遭到一些学者的质疑，譬如张建国^[3]就以传世文献以及出土文献中的张家山汉简与睡虎地秦简为论据，认为大庭脩对于秦令存疑的看法是站不住脚的。随着里耶秦简的发掘面世以及岳麓书院藏秦简的整理与陆续公布，秦令的存在当然已经不成问题。但是，由于至今尚无完整的秦代令文公布于世，因此对于秦汉律令性质及其关系的研究仍然存在很多障碍，很难呈现出律、令在秦汉时期应有的历史样貌。

其二，关于秦汉时期律、令二者的性质，学界至今颇有争执。沈家本、程树德对汉律令加以辑佚与考证，虽无自己明确的判断，但从所引古人言辞大概可窥其学术倾向。中田熏率先提出“律令法系”的概念以专指中国的独立法律体系，认为律、令属于中国古代国家统治的两大根本法，并将律、令、格、式齐备的唐代法律视之为古代中国律令法系最发达的阶段。

仁井田陞^[2]进一步就律、令的性质提出了全面的判断，认为“律”是刑罚法典，“令”是非刑罚法典；“律”是禁止法，“令”是命令法；“律”是对犯人的惩戒法，“令”是行政法。日本学者的判断深刻影响了中国学界，许多关于律令性质的认识也就纠缠于刑事法、行政法之类的窠臼中，很难真正还原中国古代尤其是秦汉时期的独特社会背景，从而存在比较大的偏差或错误。

其三，长期以来，学界对律令多是分别加以论述，很少考虑律令关系问题。近年来，由于秦汉出土律令文献的不断公布，有关律令关系的学术研究日益增多。但因为对律令性质的认知存在偏差或错误，有关律令关系的判断也就很难避免没有问题。就目前的研究成果来看，张忠炜关于秦汉时期律令关系的论述应该是最全面也最深入的，他从“律令转化”“律主令辅”“律令分途”三个方面较为详尽地考察了律令的基本关系。这种探讨是颇具启发性的。但是，由于其对律令性质的认识受制于学界的流行观点，因此一些论证和判断还是存在可以进一步商榷和修正的地方。

其四，从目前的研究成果来看，学界有关律令法系的研究一直存在一个被忽视但却至关重要的问题，即中国古代尤其是秦汉时期为何需要采用律、令两种法律形式作为根本法？为什么没有单独采用律令之中的一种法律形式？只有真正回答清楚了这一问题，律令的性质及其关系才会更好地为我们所理解。也只有解决了这一问题，我们才能对秦汉时期的律令体系以及整个中国古代律令法系的历史发展有着更深层次的把握。

综上所述，笔者以为，要真正清楚认识秦汉时期的律令性质及其关系，不能受制于现代法学思维方式的局限，而应回到中国古代社会独特的君主政治体制之中去加以理解。正是因为君主专制政治的需要，使得“令”成为皇帝指示官吏办理具体公务的法律形式，从而与具有普遍规范性质的“律”有了本质上的区别。同时，“律”的实施与执行，亦需要仰仗皇帝发布的“令”才能细化和完善，这对秦汉时期律令关系的正式形成有着决定性的影响。基于这一新的认识，本文在学术前辈与同仁的研究基础上，既充分注重对已有传世文献与出土文献所见律令材料作出新的解释，也高度关注近年来不断出土或发现的简牍材料，力图就上述四个问题提供新的补证、检验，为秦汉时期进而整个中国古代帝制时期的律令法系研究进行新的探索和

思考。

二、秦汉律令的性质

从现有的传世文献来看,最早对律令性质作出明确而清晰解释的,应属唐宋人引述魏晋时期律学家的论著或见解。唐玄宗时官修《唐六典》指出:“凡文法之名有四:一曰律,二曰令,三曰格,四曰式。”“凡律以正刑定罪,令以设范立制,格以禁违止邪,式以轨物程事。”北宋欧阳修、宋祁、范镇、吕夏卿等人合撰《新唐书》,其中的《刑法志》对此有着进一步的解释:“令者,尊卑贵贱之等数,国家之制度也;格者,百官有司之所常行之事也;式者,其所常守之法也。凡邦国之政,必从事于此三者。其有所违及人之为恶而入于罪戾者,一断以律。”这种“律以正刑定罪,令以设范立制”的律令性质认识,明显深受魏晋时期张斐、杜预等律学名家的影响。北宋李昉、李穆、徐铉等学者奉敕编纂《太平御览》,于六三八卷引用杜预《律序》:“律以正罪名,令以存事制。”无论唐宋人的认识是来自所处的时代,还是来自魏晋时期的律学名家,后世关于律令性质的认识大都以此为基本依据而展开。

何为“正罪名”?何为“存事制”?近代以来,由于受到西方法律思想与制度的深刻影响,中日学者日渐认为“正罪名”就是规定犯罪与刑罚的刑事法律制度,“存事制”则是规定政府机关及其官吏办理公务的行政法律制度,于是律为刑法或刑罚法、令为行政法这样的性质认识开始成为学界的主流。随着近年来秦汉简牍的大量出土或面世,其中的律令条文以及法制文书又让学界对律“正罪名”、令“存事制”的性质产生了怀疑。一些学者越来越倾向于认为,律所具有的“正罪名”的刑事法性质与令所具有的“存事制”的行政法性质是自魏晋以后才逐渐有了清晰的划分,而这样的划分在秦汉时期并不明确,甚至律令相互之间的性质与关系都是模糊不清的。日本的仁井田陞教授早在20世纪50年代出版的《中国法制史》一书中就认为,隋唐时期律令是两大根本法,律是刑罚法典,令是非刑罚法典;律是禁止之法,令是命令之法;律是对犯人的惩戒之法,令则一般是行政规范。但是他同样认为,“汉代律、令的分类标准是否达到了像唐代律、令那样的程度,恐怕还是一个问题”^[4]。仁井田陞这一看法在很大程度上为中国学界所接受,大多数学者都坚持认为,秦汉时期的律令性质与魏晋以后有着非常大的差别,律令之间的划分也是很不清的,

甚至是相当含混的。

的确,秦汉时期与魏晋以后的律令样貌有了一定程度的差异,但作为“正罪名”的律、“存事制”的令这样的性质区分在秦汉时期仍是非常明确的。从出土文献和传世文献来看,秦汉时期律条与令文的文体形式有着根本区别,律条有定罪量刑的鲜明特点,而令文则否。由于传世文献所载秦汉时期的律条、令文不足以反映当时律令的文体形式,后世受制于此而难以窥知律令的性质。张家山汉墓(二四七号墓)竹简《二年律令》的出土,尤其是其中《津关令》的面世,充分显示出律条与令文在文体形式上的差异。事实上,无论是张家山汉简《二年律令》中的律条,还是更早发现的睡虎地秦简中的律条,都体现了现代法律条文的抽象性和概括性。《津关令》所载的令文,明显属于皇帝对丞相、御史大夫等臣下发出的具体指示。其中又可分为两类:一是丞相、御史大夫等臣下实施或办理公务遇到疑问需要皇帝裁决时,向皇帝提出建议并请皇帝作指示,这类令文往往以皇帝在请示背后署上“制曰:可”这样的字眼作为尾词;二是皇帝直接就某一类公务的实施或执行向丞相、御史大夫等臣下发指示,这类令文往往在起始便以“制诏御史”“制诏相国、御史”之类的字眼作为抬头。总之,无论哪一类令文,皇帝直接指示臣下如何实施或办理公务这一性质是律条所没有的。

律条与令文在文体形式上的这一差异,在很大程度上体现了律与令各自的属性及其所承担的功能。从令文所采用的“制曰:可”“制诏御史”之类的字眼来看,属于皇帝针对具体公务事宜而对丞相、御史大夫等臣下作出的指示,这与律条所具有的抽象、概括性质有着明显的差异。在这个意义上,令文透露出一种皇帝便宜行事的裁决权力,并对此后的同类具体公务的实施或办理产生法律上的约束力,从而赋予了令所谓的“存事制”这一性质,使其与“正罪名”的律得以区分开来。因此,我们可以在这个角度上澄清律令二者的性质,律是对所有人都适用的定罪量刑的普遍性规范,令则是皇帝发给臣下实施或办理具体公务的特殊性规范。尽管臣下依据令的规定实施或办理具体公务时,也可能跟律所调整的对象或范围发生重合或交叉,但并不意味着律令二者的性质趋同。

过去让学界一直疑惑的问题有二:一是秦汉时期的有些律篇与令篇的篇题相同,如汉代的《田律》与《田令》、《户律》与《户令》、《祠律》与《祠令》、《金布律》与《金布令》等,以及还没完全公布的岳麓书院藏秦简中的《行书律》与《行书令》等,这是否意味着秦汉时期律令二者的性质并不那么泾渭分明?二

是秦汉时期的一些律条并没有定罪量刑的规定，而一些令文反而具有定罪量刑的色彩，并在有些司法案例中为司法官吏所适用。这是否也意味着秦汉时期作为“正罪名”的律、“存事制”的令的性质还没有得以明确？对于第一个疑惑，由于这些同名律篇与令篇的内容不详，大概只可以从三个角度得出推测性的解释：一是有些律条在具体执行过程中需要获得进一步的解释或明确，从而由皇帝发布制诏形成问题的令文。二是有些律条本身便是先由皇帝对臣下发布制诏形成令后，再经过定律的程序而完成的。三是这些同名律篇与令篇即使同时存在，也没有相互转化的过程。那就往往表现为同名律篇属于定罪量刑的普遍性规范，而同名令篇则只是皇帝发给臣下办理同名律篇之中具体公务事宜的特殊性规范，相当于今天行政机关实施行政行为或者司法机关实施司法行为的细则。这三个方面都牵涉律令之间的关系问题，留待第三部分再详加论述。

至于今日所见秦汉时期的一些律条并无定罪量刑的明确规定，而一些令文却反而具有定罪量刑的色彩，是否可以表明秦汉时期“律以正罪名”“令以存事制”的性质划分还没有真正形成呢？其实认真加以考察和分析，我们可以发现这样的律条或令文不仅为数不多，而且还是各自保有其“正罪名”或“存事制”的性质的。之所以出现一些没有定罪量刑规定的律条，主要原因可能有二：一是传世文献或者出土简牍所记、所载的律条并不完整，有关定罪量刑的规定可能遗漏、遗失了。二是这些律条往往规定了臣民的行为模式，而在使用刑罚作为主要制裁手段的帝制时代，一旦臣民违反了律条的行为模式要求，受到刑事制裁肯定是不言而喻的事情。譬如睡虎地秦墓竹简《田律》载有数条这样的律文，如“雨为澍<澍>，及诱(秀)粟，辄以书言澍<澍>稼、诱(秀)粟及覬(垦)田暘毋(无)稼者顷数。稼已生而后雨，亦辄言雨少多，所利顷数。旱<旱>及暴风雨、水潦、蚤(蠡)虫虫、群它物伤稼者，亦辄言其顷数。近县令轻足行其书，远县令邮行之，尽八月口口之”。这一条文是有关庄稼生长情况以及各种自然灾害的上报规定，虽然现在无法看到其中是否存在定罪量刑的内容，但是当有关官吏没有依照这一规定及时向上报告的情况发生时，这些官吏应该受到相应的刑事制裁是毫无疑问的。至于这种情形下如何实现定罪量刑，限于目前所见的秦汉律条，不敢妄断，但是这些律条属于实质意义上“正罪名”方面的法律规定，大致是没有问题的。

那么那些看似具有定罪量刑色彩的令文又该如何解释呢？这就需要我们真正理解令所具有的“存事制”

这一性质的内涵，即皇帝针对官吏执行具体公务所发出的指示。中国古代社会没有行政与司法的准确划分，官吏执行具体公务既可能是行政问题，也可能是司法问题，其所遇到的疑难问题当然不可避免会与定罪量刑的刑事问题息息相关，一旦在此情况下请示皇帝发布诏令或由皇帝主动发布诏令，也就会随之出现与定罪量刑有关的令文。这样的情形大致有几种：一是官吏执行具体公务时，对律条没有明确规定的违法犯罪行为，往往会上请皇帝予以裁决，如张家山汉简《津关令》第一条：“……越塞阑关，论未有口，请阑出入塞之津关，黥为城旦舂；越塞，斩左止(趾)为城旦；吏卒主者弗得，赎耐；令、丞、令史罚金四两。……”^[5]这条令文之所以对私自出入关塞有着一系列的定罪量刑方面的规定，应该是这些行为没有律条的明确规定，其中“论未有口”所缺漏的一字极有可能就是“律”，即定罪量刑没有可以援引的律条。这才由丞相、御史大夫请示皇帝对此发布诏命，从而使这条令文有了定罪量刑的内容。二是普遍性的律条在具体执行的过程中肯定会遇到一些特殊情形，这就需要皇帝发布诏令作出进一步的解释，从而也会产生一些带有定罪量刑色彩的令文。三是皇帝通过诏命所发出的令文，都是直接指令臣下如何执行具体公务的，臣下如果不能执行令文的规定，必须追究有关官吏的法律责任，这就不仅会在令文中出现“不从令者有罪”之类的规定，而且同样会在律条中出现。尤其是在律条中出现“不从令者有罪”之类的规定时，一些学者便会推断这是早期律令称谓不甚严格所导致的，因此律令二者的性质也不是那么绝然明确的，甚至还有一些学者怀疑这样的律条不是真正的“律”文而是“令”文。

其实，律条中出现“不从令者有罪”之类的规定，并不意味着这样的律条就是令文，从目前出土的秦汉简牍来看，这样的律条往往都是针对实施或执行具体公务的官吏而言的。譬如睡虎地秦简《田律》所载：“百姓居田舍者毋敢酤酒，田啬夫、部佐谨禁御之，有不从令者有罪。”^[6]这里所指的“不从令者”明显是指田啬夫、部佐之类的官吏。其他类似的律条，基本上都是针对执行法律或公务的官吏而设置的。这样的律条并不说明秦汉时期律令性质还没有准确而清晰的划分，相反可以通过其中的一些律条充分表明，秦汉时期的律令性质是判然有别的。睡虎地秦简《金布律》载有：“县、都官坐效、计以负赏(偿)者，已论，啬夫即以其直(值)钱分负其官长及冗吏，而人与参辨券，以效少内，少内以收责之。其入赢者，亦官与辨券，入之。其责(债)毋敢谿(逾)岁，谿(逾)岁而弗入及不如

令者,皆以律论之。”这一律条针对应向国家承担赔偿责任的官吏而设,其中对“不如令”的官吏,明显要求“以律论之”,即根据律条定罪量刑。这样的条文设置,跟其他含有“不从令”“不如令”之类的律条一样,充分表明令文是皇帝针对执行法律或公务的官吏所下达的指示这一“存事制”属性,而且从中也可以看出,对于官吏“不从令”“不如令”之类的违法犯罪行为,并不是直接依据令文而是仍然要求依据律条定罪量刑。这就又凸显出律始终具有“正罪名”这一属性,律令之间的性质划分显然是非常清晰的。

当今一些学者之所以对秦汉时期的律令性质有所困惑,很大程度上是受到现代法律思维方式的深刻影响。我们今天习惯于以法律的调整对象及其调整方法来划分部门法属性,但是这样的思维方式对于中国古代社会却是无效的,也是容易引起误解的。就调整对象而言,律令都有可能指向职官、户役、田宅、婚姻、仓库、仪制、宫卫、军政、关津、贼盗、斗殴、诉讼、营造、河防等领域,其内容无疑会有相当大的交叉和重合。如果仅仅因为二者的调整对象或调整范围有所一致,就认为秦汉时期的律令性质模糊不清,甚至否定律所具有的“正罪名”、令所具有的“存事制”这一性质划分,那是非常值得商榷的。其实,秦汉时期对于律令的性质区分,并不是依赖其所调整的对象与范围,也不是凭借其所调整的刑罚方法,而是取决于当时帝制政治的运行特点。

秦国自商鞅变法开始,日益以法家思想推行君主专制式的“法治”。商鞅认为要做到法令一统,君主就必须制定普遍性的法律规范并设置官吏去宣传和推行法律,即“为法令置官吏,朴足以知法令之谓者,以为天下正,则奏天子。天子则各主法令之,皆降受命,发官……”^[7]。商鞅这一思想为韩非子进一步发展成完整的“以法为教”“以吏为师”的“法治”主张。但是韩非子认为官吏由于人性的恶极有可能破坏或毁灭君主颁布的法律,这就需要君主能够充分掌握驾驭官吏的权势与权术,从而促使法律能够得到普遍的遵守。韩非子极力鼓吹作为国家利器的赏罚制度必须掌握在君主的手里,不可以轻易示人,同时对贯彻和执行法律的官吏严加督察和治理,要求“人主者,守法责成以立功者也……明主治吏不治民”^[8]。在此基础上,韩非子还就法、令二者的关系作了精确的说明:“明主之国,令者,言最贵者也;法者,事最适者也。言无二贵,法不两适,故言行而不轨于法令者必禁。”^[9]可见韩非子已经视法(律)为臣民应该遵守的普遍性规范,而令则为君主所发出的至高无上的指令。可以说,秦朝实现全国一统后,律令的性质日益变得明确而清

晰,就跟法家“明主治吏不治民”这一思想有着极其重要的联系。律条日益成为调整全国臣民、具有普遍效力的法律规范,而令文则成为皇帝指令官吏执行法律或者办理公务的特殊法律规范,是皇帝治吏的集中表现。可以说,秦汉王朝作为中国帝制的初创时期,正是通过令这一法律制度的设置,不仅实现了“事无大小皆决于上”的君主专制目标,而且充分推动了法家“明主治吏不治民”的政治运行机制,为中国古代官僚制度的深入发展奠定了极其重要的政治法律基础。

这样,我们就可以进一步理解《史记·秦始皇本纪》所载“命为‘制’,令为‘诏’”的深刻意义。张家山汉简《二年律令》中的《津关令》以及《汉书》《后汉书》等史书所常见的“制诏相国、御史”“制诏御史”“制曰‘可’”之类的令文,正是皇帝通过“制”“诏”这样的命令文书向官吏执行法律或施行政务所发布的指示或指令。这也就是秦汉时期“犯令”“废令”之类的罪名为什么仅是针对官吏的根本原因所在。所以,秦汉时期的律令性质无疑是明确而清晰的,尤其是在坚信法家“循名责实”主张的秦王朝,更不可能混淆律令之间的性质划分。只是二者之间的关键区分不是我们今天所信奉的调整范围、调整对象与调整方法这样的法律部门划分标准,而是在于君主专制政治下皇帝直接指令官吏这一政治运行机制,从而赋予令文完全不同于律条的本质属性。

三、秦汉律令的关系

由于今天所见秦汉时期的律令文献有限,加上律令性质难以明确,因此学界长期以来很少论及律令之间的关系。以前徐道邻、戴炎辉、陈顾远等法制史学者都曾简单提及律令关系。随着秦汉律令文献的不断出土和公布,日本学界对这一问题日益表现出浓厚的研究兴趣,从而进一步带动了我国一些学者研究的深入。张忠炜在《秦汉律令法系研究初编》一书中从律令转化、律主令辅、律令分途三个角度比较全面而深入地阐述了秦汉时期的律令关系,应该是这一问题研究最为成功的典型代表。但是,由于其对秦汉时期律令性质的认识仍然很难摆脱刑事法与行政法这样的传统见解,因此有些方面的阐释或有错误,或有偏颇,或有不足。本文在其基础上对这一问题继续予以深化和完善。

首先,就律令转化而言,张忠炜认为主要包含三层含义:一是秦及汉初的律文中,留存有令的痕迹,

律是由令转化而来的；二是以律的主旨为基础，以令的形式进行阐发，令作为律的细化出现；三是随着律、令内涵价值的新界定，许多律篇内容都归入令篇，以令篇的形式重新出现^[10]。他认为第一层含义主要在早期律令发展过程中留有痕迹，譬如睡虎地秦简所见的“魏户律”正是以“王命”即令的形式表达“律”的内容：

·廿五年闰再十二月丙午朔辛亥，○告相邦：民或弃邑居墜(野)，入人孤寡，徼人妇女，非邦之故也。自今以来，段(假)门逆吕(旅)，赘婿后父，勿令为户，勿鼠(予)田宇。三柴(世)之后，欲士(仕)士(仕)之，乃(仍)署其籍曰：故某虑赘婿某叟之乃(仍)孙。魏户律^[6]

就《魏户律》的形式而言，完全可以看出属于魏王对相邦(国)发出的指令，的确与秦汉时期所见令文的形式非常相似，这应该是早期令转化为律所留痕迹的表现。其实睡虎地秦简所见的《魏奔命律》也有着这样明显的痕迹。睡虎地秦简所见秦律，则已与《魏户律》《魏奔命律》等早期的律有了质的不同，已经不再出现王或皇帝指令臣下这一形式。但是张忠炜引用张家山汉简《二年律令》中的《具律》条文：

上造、上造妻以上，及内公孙、外公孙、内公耳玄孙有罪，其当刑及当为城旦舂者，耐以为鬼薪白粲。吕宣王内孙、外孙、内耳孙玄孙，诸侯王子、内孙耳孙，徼侯子、内孙有罪，如上造、上造妻以上。^[5]

他认为有关吕氏宗亲以及对诸侯王、徼侯子孙的优待条款，是以王命或王命之诏颁布的，稍加修饰或者根本不加修饰而直接入律，可见秦律以及汉初律、令称谓并不严格。他进而引用岳麓秦简《金布律》与睡虎地秦简《关市(律)》中的两个条文：

金布律曰：官府为作务市，受钱及受赍租、质它稍入钱，皆官为赍，毋令钱能出，以令若丞印封赍而入，与入钱者参辨券之，辄入钱赍中，令入钱者见其入。月壹输赍钱，及上券中辨其县廷；月未尽而赍盈之，辄输入。不如律，赍一甲。^[11]

为作务及官府市，受钱必辄入其钱赍中，令市者见其入，不从令者赍一甲。^[6]

他认为这两个律条一是采用“不如律”，另一却是采用“不从令”，似可说明律令称谓极不严格。他继续援引了一些含有“不从令者有罪”“不从令者罚黄金四两”之类话语的律条，认为在律条中不断出现这样的话语，其中所谓的“不从令者”实际等同于“不从律者”，也就充分说明律令称谓虽然不同，但其起初区别并不是很严格。

张忠炜从《魏户律》的条文规定看出先秦时期令

转化为律的历史痕迹，是颇有敏锐的学术眼光的。从传世文献的记载来看，“令”作为法律形式的出现远比“律”要早。虽然有人对商鞅“改法为律”这一说法保持怀疑，但是“律”作为法律形式是在“令”之后很久才出现，却是不用争辩的事实。从睡虎地秦简所见《魏户律》《魏奔命律》的表现形式来看，似乎可以印证“改法为律”这一说法的可靠性，而且这也应该跟法家不断鼓吹“法布于众”的成文法运动有着非常重要的联系。《左传》昭公六年载三代时期“先王议事以制，不为刑辟”，“议事以制”应是君王就具体事务发出指令或指示，这很有可能就是令所具有的“存事制”这一属性的最早渊源。春秋战国时期，法家“法布于众”的思想主张日益获得各诸侯国的青睐，成文法的公布迫切需要打破过去“议事以制”的法律秘密状态。“律”作为一种具有普遍性、永久性和公开性的法律形式开始登上历史舞台，并且日益发挥出与令不一样的法律功能。但在最初形成的历史过程中，“议事以制”所形成的君王指令即“存事制”的令，无疑是早期律得以发展起来最为重要的基础，这也是《魏户律》《魏奔命律》这样的律条带有令文深刻印记的根本原因所在。但是，张忠炜引用《二年律令》中的《具律》两个条文，用以说明秦汉时期律令称谓并不严格，却是很不恰当的，因为这两个条文显然都已采用了律条而不是令文的文体形式。至于他进而引用岳麓秦简《金布律》与睡虎地秦简《关市(律)》中的两个条文，尤其是从两个条文分别采用“不如律”“不从令”的语词，从而判定秦汉时期律令称谓很不严格，问题亦是很大的。其实这两个条文用词不同，深入考究，恰是律、令有别的表现。岳麓秦简《金布律》的条文之所以采用“不如律，赍一甲”的表述，是因为这里的不如律者，既有可能是官吏，也有可能是“入钱者”这样的普通百姓，所以必须援引普遍性的律加以调整。睡虎地秦简《关市(律)》的条文采用“不从令者赍一甲”的语词，明显可见这一条文仅是针对执行公务的官吏而言的，而令正是皇帝对官吏所作出的指示或指令。事实上，目前所能见到含有“不从令者”之类字样的律条，基本上都是针对执行法律或公务的官吏设置的，这为我们明确秦汉时期的律令性质与关系提供了可贵材料。

其实，由君王指示臣下或官吏的令转化为具有普遍性、永久性与公开性的律，正是“法自君出”这一君主专制政治日益深入的表现。随着秦汉时期君主专制的全面确立，以令入律日趋频繁和普遍。《汉书·刑法志》所载文帝除肉刑的历史事迹，最初就是文帝听取缇萦的上书之后，以令文的法律形式向臣下发出指

示：“制诏御史：……其除肉刑，有以易之；及令罪人各以轻重，不亡逃，有年而免。具为令。”在文帝发出指示成令以后，丞相张苍、御史大夫冯敬再次奏请文帝定律：“臣谨议请定律曰：诸当完者，如完为城旦舂；当黥者，髡钳为城旦舂；当劓者，笞三百；当斩左止者，笞五百；当斩右止，及杀人先自告，及吏坐受赇枉法，守县官财物而即盗之，已论命复有笞罪者，皆弃市……其亡逃及有罪耐以上，不用此令。前令之刑城旦舂岁而非禁锢者，如完为城旦舂岁数以免。臣昧死请。制曰：‘可’。”这一记载不仅比较全面地反映出秦汉时期令转化为律的历史过程，而且从所定律条内容来看，定律并不影响令文作用的继续发挥，甚至我们可以看出，定律最终也需要皇帝以“制曰：‘可’”这样的制诏形式认可方才有效，充分表明“法自君出”不仅于令如此，于律亦不例外。

张忠炜认为律令转化的第二层含义是以律的主旨为基础，以令的形式进行阐发，令作为律的细化出现。他这样的说法过于笼统，还是不能准确把握秦汉时期的律令关系。的确，律所具有的普遍性使得其更具稳定性，而要适应迅速变化的社会形势，以令指令官吏不断发挥出律的具体作用，当然是专制政治下皇帝的不二选择。《汉书·杜周传》记载杜周为廷尉时，不遵循律条的明确规定而专门以皇帝意旨即指令办理案件，颇为遭人质疑，杜周的回答是：“三尺安出哉？前主所是著为律，后主所是疏为令；当时为是，何古之法乎！”可见以令细化、补充、修正甚至取代律的现象至少在汉代还是相当常见的。但是令的细化或补充，并不仅仅意味着是对律的具体化，而是皇帝对官吏就法律的执行或公务的实施所作出的新的指令或指引。张忠炜引用睡虎地秦简《田律》中有关山林、水道、渔猎管理的律条，认为汉宣帝元康三年颁行过的诏书即令正是对源自秦律的汉《田律》条文规定的具体化。《汉书·宣帝纪》载有：“前年夏，神爵集雍。今春，五色鸟以万数飞过属县，翱翔而舞，欲集未下。其令三辅毋得以春夏摘巢探卵，弹射飞鸟。具为令。”认真细究，该令显然是汉宣帝向三辅的地方官吏所发出的指令，这跟秦汉《田律》面向所有臣民发布的条文规定是有不一样的目的的。正因为如此，张忠炜认为律令转化的第三层含义，即随着律、令内涵价值的新界定，至魏晋以后，许多律篇内容都归入令篇，以令篇的形式重新出现。这一观点也颇为笼统而易于产生理解上的分歧。其实，不要说到魏晋以后，即使秦汉时期，同名律篇、令篇即已大量出现。但这绝对不是以令篇的形式重复律篇的内容，而是同名律篇仍是针对所有臣民发布的普遍性规范，同名令篇则只是皇帝针

对官吏执行法律或公务所发出的指示或指令。它们之中的有些内容看上去非常接近甚至是一致的，但是其背后所表现出来的政治权力运行机制及其立法目的却是有着本质区别的。

其次，就律主令辅而言，学界大致都是认同的，陈顾远先生就曾提及“秦汉及魏，令以辅律也”^[12]。张忠炜认为“律主令辅”的主要表现有三：一是令作为律的细化出现；二是律所规定的范围涉及社会各个方面，令主要是作为律的补充或“副法”出现；三是从司法实践及司法文书来看，定罪量刑的依据多是律而非令。令作为律的细化，前面已经讨论过其与律所具有的不同目的，因此以其笼统表征“律主令辅”无疑是值得商榷的。令作为律的补充或“副法”，尽管可以弥补律的不足或缺陷，但其实仍然属于广义上的律的细化问题。所以，张忠炜认为律主令辅的表现仅有第三个方面值得认真加以推敲，即从司法实践及司法文书来看，定罪量刑的依据多是律而非令。律因“正罪名”的属性而成为定罪量刑的主要依据，当然是没有疑问的。但从定罪量刑的依据出发断定律主令辅的关系，却是值得怀疑的。因为这是以律的属性作为出发点的判断，对令而言当然是不适当的。

事实上，律主令辅这一关系在秦汉时期的表现主要有二：一是律为“常法”，是具有普遍性与恒常性的成文法律，而令作为皇帝的旨意，是皇帝针对官吏执行法律或者实施公务所发出的具体指令，大都带有临时性的特点。富谷至曾经指出：“律已经由皇帝的命令升华为国家的规范。‘律’的语义，并非‘皇帝的命令’，而是‘应当遵循的标准’，这恰恰反映出律的本质。因此，虽然未必成熟，但已经被赋予了恒定性、普遍性。”^[13]所以在汉武帝以后，律甚至被抬高到与儒家经书同等权威的位置。就此而言，带有临时处断性质的令在很大程度上确是以辅助具有普遍规范性质的律为目标的。二是令作为皇帝对官吏执行法律或者实施公务所发出的旨意，又会在很大程度上就律的具体适用作出进一步的解释，也可能就律的具体实施向官吏提出步骤、方式、方法等一系列程序性的规定，并进而对官吏违背令的旨意的行为作出惩罚性的规定。在这个意义上，令的确具有保证律得以有效实施的重要作用，是律主令辅非常典型的表现。但是我们同时还须看到，秦汉时期尤其是汉武以前，由于正处于法家思想全面确立君主专制政治的奠基阶段，象征皇帝权威的令往往具有最高的法律效力，这就使得这一时期律主令辅的表现远远没有魏晋以后那样清晰而分明。

最后，就律令分途而言，学界大多认为魏晋以后，

律与刑罚挂钩，日渐成为“正罪名”的刑事法律规范，令则与事制相连，逐渐成为“存事制”的行政法律规范，如程树德先生就认为：“魏晋以后，律令之别极严，而汉则否。”^[14]但从前面有关秦汉时期律令性质的探讨来看，律所具有的“正罪名”与令所具有的“存事制”属性无疑是很清晰的，律令分途应该已是秦汉时期律令关系的重要表现。只是相比于魏晋以后尤其是隋唐，秦汉时期的令还带有皇帝指令臣下办理具体事宜的浓厚色彩，其形式透露出“王言”意味，背后折射出皇帝的身影，并且以零散、杂乱的状态存续于帝国的法律体系之中，甚至有时只能通过“令甲”“令乙”“令丙”之类的篇名加以初步的整理，完全表现出典型的“存事制”样态。而魏晋以后的令则经过一定程度的归纳与概括，逐渐抹去了皇帝指令臣下办理具体事宜所带有的“王言”意蕴，开始像律一样被赋予恒定性和普遍性，并且开始按照朝廷官制以及政务领域加以系统化的整理，越来越表现出“设范立制”的行政法律性质。而且随着魏晋以后令这一“设范立制”的行政法律性质的强化，其在秦汉时期因其“存事制”属性而牵扯到定罪量刑的倾向也就日益淡化而最终消除了。

四、秦汉律令体系对中国法律传统的影响

中国律令法系的发展，秦汉时期属于最为关键的发轫阶段，其对中国法律传统的影响是至为深刻的。

首先，秦汉时期是中国帝制的初步确立时期，而帝制的确立无疑受到法家思想的决定性影响。法家一方面鼓吹“一断于法”“刑无等级”的法律普遍性，从而宣扬“法布于众”的法律公开性与恒定性，启动了声势浩大的成文法运动，促使“律”这一法律形式横空出世。在这个意义上，我们即使目前不能掌握充足的历史证据以证明商鞅“改法为律”的真实性，但“律”作为一种新的法律形式的出现且日渐显要，毫无疑问与法家所追求的“法布于众”精神是一脉相承的。在鼓吹法律的普遍性与公开性的同时，法家另一方面又极力张扬君主至高无上的权威，将君主视为法律普遍性的效力渊源与保障，促使“法自君出”成为帝制政治的不二选择。但问题在于，律的普遍性不仅需要在具体实施过程中予以细化或解释，而且也肯定会与君主至高无上的个人意志发生抵牾或冲突，要彻底贯彻“法自君出”的专制政治，就必须建立一种法律运行机制以协调律与君主之间的复杂关系。在这一点上，法家独出心裁地提出了“明主治吏不治民”的政治观

念，通过“令”这一法律形式力图解决普遍性的“律”与个人性的君主意志之间的关系，从而为中国古代律令法系的到来奠定了最为重要的基础。而在君主专制政治的长期实践过程中，君主至高无上的权威日益得到强调和推进，代表君主权威的“令”所具有的法律效力也就日益突出，大有凌驾于“律”之上的态势。西汉杜周所谓的“当时为是”正是以当时君主所行之“令”为是，而晋代的刘颂尽管极力强调“律法断罪，皆当以法律令正文，若无正文，依附名例断之，其正文、名例所不及，皆勿论”，但又鼓吹“事有时宜，故人主权断”^[15]。唐代的韩愈对此更有深刻的见解：“君者，出令者也；臣者，行君之令而致之民者也……君不出令，则失其所以为君；臣不行君之令而致之民，则失其所以为臣。”^[16]明代的张居正同样也有着韩愈式的理解：“君者，主令者也；臣者，行君之令而致之民者也。君不主令，则无威；臣不行君之令而致之民，则无法，斯大乱之道也。”^[17]所以，秦汉时期的律令体系对于中国古代君主专制主义法律传统的形成和推进，产生了极其重要的历史影响。

其次，秦汉时期由于君主专制政治处于初步确立阶段，皇帝不仅通过制诏这一特殊文体形式建立起以律、令为主要法律形式的法律体系，而且更是凭借令这一法律形式向各级官吏发号施令，以指令法律的具体实施或公务的具体执行。这种由对具体事务所作出的指令逐渐形成的令文体系，其所存在的缺陷是显而易见的：一是皇帝发布的诏令涉及的范围极其广泛，其所形成的令文体系必然层出不穷而无比庞杂，从而导致官吏检索与适用上的困难；二是皇帝发布的诏令既然涉及具体事务的实施或执行，也就极有可能使得该令文不具有普遍适用的法律效力；三是皇帝发布的诏令既然是指令官吏具体实施法律或者执行公务，也就必然会牵涉官吏的职权、职责、违法责任以及办理具体事务的方式、方法和程序甚至定罪量刑等问题，从而使得令文的内容与形式都异常繁杂。为了弥补这些缺陷，秦汉时期的主要做法就是采取类似于我们今天的法律汇编与法律清理之类的方法而对令文分门别类加以编排。在最近几年陆续公布的岳麓书院藏秦简的有关学术成果中，我们可以非常清晰地看到秦代的令已经依照官署或者事务领域进行一系列的分类，并采用干支或数字对令文进行编序、编号，譬如：

0355 内史郡二千石官共令第甲

0690 内史郡二千石官共令第乙

0522 内史郡二千石官共令第丙

0351 内史郡二千石官共令第丁

0465 内史郡二千石官共令第戊

0316 内史郡二千石官共令第己

0617 内史郡二千石官共令第庚^[18]

陈松长教授认为,在初步整理过程中,岳麓书院藏秦简所见的令名已有二十余种,如内史郡二千石官共令、内史官共令、内史仓曹令、内史户曹令、内史旁金布令、四谒者令、四司空共令、四司空卒令、安□居室居室共令、□□□又它祠令、辞式令、尉郡卒令、郡卒令、廷卒令、卒令、县官田令、食官共令、给共令、赎令、迁吏令、捕盗贼令、挟兵令、稗官令等^[18]。这与传世文献《汉书》《后汉书》等所能见到的《令甲》《令乙》《令丙》《挈令》《胎养令》《品令》《功令》等令名以及张家山汉简所见《津关令》应该有着前后相继的发展关系。秦汉时期,这样的令文编纂尽管过于简单而具体,并且仍然很难纠正前面所指出的三个缺陷,但是却为魏晋以后令的进一步普遍化并进而朝着行政法典性质的令典方向发展打下了基础。可以说,魏晋以后的令相比于秦汉时期的令而言,不仅在形式上除去了“制曰:‘可’”之类的皇帝诏书用语,从而使令也与律一样已由皇帝的命令上升为国家的命令,成为具有普遍性与恒定性的应当遵循的标准,而且在内容上也日益集中到国家行政管理领域,从而使令日益摆脱了“存事制”的局限而朝着“设范立制”的方向发展。除了这些重大变化以外,秦汉时期令文中有关官吏违法责任以及办理公务的方式、方法、程序等方面的内容,亦为魏晋以后尤其是隋唐格、式等法律形式的出现和定型提供了相当重要的历史经验。更应为我们高度关注的是,魏晋以后令所具有的“设范立制”的普遍性质,也使其不再直接表现出皇帝个人意志的专断色彩,这就很难符合君主专制时代皇帝个人权威的树立这一基本精神。所以我们可以清晰地看到,自隋唐律、令、格、式日渐定型以后,唐代后期《格后敕》的出现并被附于刑律而成《刑律统类》,宋代编敕的盛行甚而法典以敕令格式命名,明清时期奉诏编纂《问刑条例》并最终形成律例形式的基本法典,都是秦汉时期律令体系贯彻君主独裁精神所余留的深刻历史影响。

最后,秦汉时期律令体系的庞大与驳杂,无疑会给法律适用带来巨大障碍。为了扫除障碍,注解与研究律令的学问开始在秦汉时期崭露头角。如果说秦代以法律答问为主要形式的律令注解还只侧重于对律令内容作适用性解释的话,那么汉代自武帝以后,由于推行“罢黜百家,独尊儒术”的政治方针,开始运用儒家经义对律令内容作精神性的解释,并以此指导律令内容的法律适用。经过三国魏晋南北朝的长期发展,至隋唐时期最终形成了《唐律疏义》这一律疏并用的

法典模式,从而促成了中国古代律令法系顶峰时代的到来。

五、结语

关于秦汉时期的律令性质及其关系这一问题,学界之所以争论纷纭而颇多分歧,主要的原因在于我们过多地受制于今天的法学思维方式。我们的法学思维方式是在近代学习西方的历史过程中逐步树立起来的,而中国古代社会则有着自己独特的道路,尤其是君主专制政治所带来的法律实践,是造就中国古代律令体系的根本动因。凭借这一视角,我们可以发现,秦汉时期的律令性质是相当清楚的,律令关系也是非常明晰的。尽管随着君主专制政治的深入发展,律令性质及其关系也有了一定的发展变化,但仍保留了秦汉时期所具有的根本特征,并且为了适应这些发展变化,不断促进新的法律形式面世,从而奠定了中国古代律令法系的基本格局。在这个意义上,我们需要回到中国古代社会的具体语境中去理解律令体系,也只有这种语境化的理解,才能有助于我们把握过去,并为当下的法律实践提供历史经验与启示。

参考文献:

- [1] 沈家本. 历代刑法考(二)[M]. 邓经元, 骈于骞点校. 北京: 中华书局, 1985: 848.
- [2] 大庭脩. 秦汉法制史研究[M]. 林剑鸣, 等译. 上海: 上海人民出版社, 1991: 10, 1.
- [3] 张建国. 秦令与睡虎地秦墓竹简相关问题略析[J]. 中外法学, 1998(6): 34-39.
- [4] 仁井田陞. 中国法制史[M]. 牟发松, 译. 上海: 上海古籍出版社, 2011: 46.
- [5] 张家山二四七号汉墓竹简整理小组. 张家山汉墓竹简(二四七号墓)(释文修订本)[M]. 北京: 文物出版社, 2006: 83, 20-21.
- [6] 睡虎地秦墓竹简整理小组. 睡虎地秦墓竹简[M]. 北京: 文物出版社, 1978: 30, 292-293, 68.
- [7] 商君书·定分[C]// 商鞅, 韩非. 商君书·韩非子. 张觉点校. 长沙: 岳麓书社, 1990: 52.
- [8] 韩非子·外储说右下[C]// 商鞅, 韩非. 商君书·韩非子. 张觉点校. 长沙: 岳麓书社, 1990: 220.
- [9] 韩非子·问辩[C]// 商鞅, 韩非. 商君书·韩非子. 张觉点校. 长沙: 岳麓书社, 1990: 255.
- [10] 张忠炜. 秦汉律令法系研究初编[M]. 北京: 社会科学文献出版社, 2012: 124.
- [11] 陈松长. 睡虎地秦简“关市律”辨正[J]. 史学集刊, 2010(4):

- 16-20.
- [12] 陈顾远. 中国法制史概要[M]. 北京: 商务印书馆, 2011: 67.
- [13] 富谷至. 文书行政的汉帝国[M]. 刘恒武, 孔李波, 译. 南京: 江苏人民出版社, 2013: 37.
- [14] 程树德. 九朝律考[M]. 北京: 中华书局, 2006: 11.
- [15] 刘颂. 请刑法画一疏[C]// 王立民. 中国法学经典解读. 上海: 上海教育出版社, 2006: 193.
- [16] 韩愈. 原道[C]// 王立民. 中国法学经典解读. 上海: 上海教育出版社, 2006: 207-208.
- [17] 张居正. 陈六事疏[C]// 王立民. 中国法学经典解读. 上海: 上海教育出版社, 2006: 299.
- [18] 陈松长. 岳麓书院所藏秦简综述[J]. 文物, 2009(3): 75-88.

On the nature and the relationship of the 'lv' and 'ling' of Qin and Han Dynasties

XIAO Hongyong

(School of Law, Hunan University, Changsha 410082, China)

Abstract: Qin and Han Dynasties is the period when China ancient imperial politics was established, and was also the beginning period when the system of the 'lv' and 'ling' originated. Deeply influenced by an autocratic proposition that wise monarch only administers his government officials rather than his common people, which was advocated by Legalists, the quality of universal norms possessed by 'lv' as the law 'stipulating charge' received its concrete application and variations through the 'ling' as the law 'conserving existing model'. The nature and relationship of the 'lv' and 'ling' in Qin and Han Dynasties not only profoundly reflects the basic characteristics of ancient Chinese imperial politics, but also has fully influenced the change and development of the system of the 'lv' and 'ling' of successive dynasties in ancient China.

Key Words: Qin and Han Dynasties; the 'lv' and 'ling'; Shuihudi Qin slips; Zhangjiashan Han slips; Qin slips collected by Yuelu Academy

[编辑: 苏慧]