

# 论中国古代刑法篇目编纂的理念与标准

## ——兼谈秦汉后法典“以罪统刑”说的片面

李勤通

(湖南大学法学院, 湖南长沙, 410082)

**摘要:** 秦汉以后刑法篇目或法典编纂的“以罪统刑”说存在片面性。在秦汉律的法篇续造中, 部分篇目具有以罪统刑的特征, 但根本上以“完成行政事项”为需求。自曹魏律始, 罪的主体、行政事项、罪的行为性质等逐渐成为刑法典篇目编纂的三重标准, 其中, 只有罪的行为性质跟以罪统刑关系密切。三重标准在历代刑法编纂中权重有异, 随君、臣、民三者关系的变迁而变化。以罪的主体为编纂标准的篇目历代数量变化不大; 以罪的行为性质为标准的篇目在开始比重最高; 以行政事项为标准的篇目, 随着君尊臣卑、君主臣仆关系的确立, 其数量逐渐超越以罪的行为性质为标准的篇目。

**关键词:** 以罪统刑; 法篇续造; 法典编纂; 曹魏律; 君尊臣卑

**中图分类号:** D909.9

**文献标识码:** A

**开放科学(资源服务)标识码(OSID)**

**文章编号:** 1672-3104(2021)02-0081-13



在中国法典编纂传统中, 刑法典的编纂最成熟。刑法典编纂的模式是先将法条组合成法篇, 再将一定数量的法篇整理成体系化的法典。其中, 法篇整合是法典编纂的基础。一般认为, 我国古代刑法编纂模式发生过从“以刑统罪”到“以罪统刑”的变迁, 虽然这两者往往被认为是法典编纂标准, 但其本质属于法典性或非法典性的刑法篇目(以下称“法篇”)的编纂标准。以刑统罪被认为是我国刑法篇目编纂雏形期的主要形态<sup>①</sup>。但反映“以刑统罪”特征的《九刑》《吕刑》等在文献中有痕迹而无传本<sup>②</sup>。相较而言, 多数学者认为《法经》及其后的刑法篇目编纂模式是“以罪统刑”, 少数学者存疑<sup>[1-8]</sup>。虽然《法经》是否存在仍为学界公案, 但记载中其所含篇目在岳麓秦简、睡虎地汉简、张家山汉简《二年律令》等已经出现, 如《贼律》《盗律》《捕律》等。即使无法证明当时已存在法典, 仍然可以看出这些法篇的编纂方式具有“以罪统刑”特征。

所谓“以罪统刑”, 一般认为就是罪名+刑罚<sup>[5][177]</sup>。这种看法似受《晋书·刑法志》的影响,

其载:“(法经)所著六篇而已, 然皆罪名之制也。”<sup>[9][922]</sup>但该处记载语焉不详, 且只是对部分刑法篇目的概括。《晋书·刑法志》所称罪名之制也可能是指法篇内部都是罪名的总结而非指篇目表明了罪名。现代学者提出:“所谓以罪统刑、罪行合一(原文即为罪行合一, 可能是罪刑合一之误——笔者按), 作为法典的基本结构, 就是指在法典的整体构造上, 按照犯罪现象内在的规定性所表示的罪行的性质或对象或方法的不同, 将各种复杂多样的犯罪行为进行分类归纳, 从而建构起独立的罪名体系, 并以此作为建构法典体例的基本依据。”<sup>[4]</sup>也即, 以罪统刑就是根据性质、对象或方法的相似, 将不同的犯罪行为类型化并形成概括的罪名体系, 法典编纂时则利用类罪名的差异建构篇目差异。这种观点相当精到。在以罪统刑的模式下, 各个法篇皆以“罪名”为名称, 篇内则规定与罪名相关的犯罪行为及其刑罚。秦汉以降, 历代刑法篇目多有类似篇目, 如隋唐律的《贼盗律》《诈伪律》, 明清律的《斗殴》《骂詈》等。但纵观历代刑法篇目, 很多法

收稿日期: 2020-06-12; 修回日期: 2020-08-20

作者简介: 李勤通, 山东寿光人, 法学博士, 湖南大学法学院副教授, 主要研究方向: 中国法律史, 联系邮箱: liqintong@hnu.edu.cn

篇名无法被归为类罪名<sup>③</sup>。如秦汉《捕律》的“捕”就非类罪名，又如《唐律》的《职制律》《厩库律》等亦如此。“以刑统罪”，显然无法涵摄此类篇目。那么，究竟如何认识中国古代刑法篇目的编纂标准，“以罪统刑”说又在何种意义上能够成立，仍值得深入探讨。

## 一、以类相从：古代刑法篇目编纂的基本理念

在中国古代，编纂法律是重要政事，历代有大略相同的编纂思路，即遵循“以类相从”的理念。“中国古代立法史实际上是一部分类史。”<sup>[10]</sup>《汉书·刑法志》载：“凡爵列官职，赏庆刑罚，皆以类相从者也。”<sup>[11]</sup>《晋书·刑法志》载：“世有增损，率皆集类为篇，结事为章。”<sup>[9](923)</sup>《旧唐书·刑法志》载：开元二十二年“又撰《格式律令事类》四十卷，以类相从，便于省览”<sup>[12]</sup>。《新唐书·刑法志》载：“宣宗时，左卫率府仓曹参军张戣以刑律分类为门，而附以格敕，为《大中刑律统类》，诏刑部颁行之。”<sup>[13]</sup>《旧五代史·刑法志》载：“朝廷之禁令，州县之常科，各以类分，悉令编附。”<sup>[14]</sup>《辽史·刑法志下》载：道宗清宁六年“时校定官即重熙旧制，更窃盗赃二十五贯处死一条，增至五十贯处死；又删其重复者二条，为五百四十五条；取《律》一百七十三条，又创增七十一条，凡七百八十九条，增重编者至千余条。皆分类列”<sup>[15]</sup>。《金史·刑法志》载：“皇统间，诏诸臣，以本朝旧制，兼采隋、唐之制，参辽、宋之法。类以成书，名曰《皇统制》，颁行中外。”<sup>[16]</sup>《明史·刑法志一》载吴元年“自礼乐、制度、钱粮、选法之外，凡民间所行事宜，类聚成编，训释其义，颁之郡县，名曰《律令直解》”<sup>[17](2280)</sup>。《明史·刑法志一》又载：洪武二十二年“刑部言：‘比年条例增损不一，以致断狱失当。请编类颁行，俾中外知所遵守。’遂命翰林院同刑部官，取比年所增者，以类附入”<sup>[17](2281)</sup>。邱濬亦称洪武七年律到二十二年律的变化为：“其后以其比类成篇，分合无统，复为厘正，分为吏户礼

兵刑工六类，析十八篇以为二十九。”<sup>[18]</sup>显然，“以类相从”是中国传统法律编纂的核心原则。

作为编纂原则，“以类相从”说明类的重要性。许慎《说文·犬部》称：“类，种类相似，唯犬为甚。”<sup>[19]</sup>类是谓种类相似。换言之，所谓的“类”必须具备至少一条共性，凡具备者，均按照同等方式来理解<sup>[20]</sup>。《左传·桓公六年》又载：“名有五，有信，有义，有象，有假，有类。以名生为信，以德命为义，以类命为象，取于物为假，取于父为类。”<sup>[21](207)</sup>相似或者象是类成立的前提，类也有规范事物的重要意义。如《左传·昭公七年》载：“六物不同，民心不一，事序不类，官职不则，同始异终，胡可常也？”<sup>[21](1443)</sup>总的来说，类或类化是将相似事物进行统合，并对内部事物进一步规范的手段。

在有关早期法典编纂的记载中，“刑”承担着“类”的功能，由此建构古人对“以刑统罪”编纂模式的认知。《左传·文公十八年》载周公《誓命》称：“毁则为贼，掩贼为藏。窃贿为盗，盗器为奸。主藏之名，赖奸之用，为大凶德，有常无赦。在《九刑》不忘。”<sup>[21](662)</sup>部分学者认为《九刑》是九种刑罚的总称<sup>[22]</sup>。《逸周书·尝麦解》载：“维四年孟夏……王命大正正刑书……太史策刑书九篇，以升，授大正，乃左还自两柱之间。”<sup>[23]</sup>若九刑为九种刑罚，周初刑书九篇的编纂模式可能就是以刑统罪<sup>[4]</sup>。但这是一种推测，且很多学者对用九种刑罚解释《九刑》的说法存疑。《吕刑》也被认为是按以刑统罪原则编纂的。《尚书·吕刑》载《吕刑》中：“墨罚之属千，劓罚之属千，剕罚之属五百，宫罚之属三百。大辟之罚，其属二百。五刑之属三千。”<sup>[24]</sup>准此，《吕刑》应有五篇，每篇皆以墨、劓、剕、宫、大辟中的一种统摄，这是典型的“以刑统罪”。但《吕刑》本身没有传文，无以佐证。然而“以刑统罪”的模式合乎人类早期的一般法律思维，如佛教戒律在早期编纂中也有这种特征<sup>[25]</sup>。

秦汉刑法篇目被认为具有鲜明的“以罪统刑”特征。在其编纂模式中，罪名是刑法篇目编纂中“类”的核心内容，进而形成罪名+刑名的

结构。这种将罪名视为统领刑法体系基础的观点是将罪的本质作为根本编纂标准。“罪名就是犯罪的名称，是对具体犯罪本质的或主要特征的高度概括。”<sup>[26](580)</sup>比如，我国现行《刑法》分则有《危害国家安全罪》《危害公共安全罪》《破坏社会主义市场经济秩序罪》等十章。这十章即按照以罪统刑模式编纂。这种分则结构“原则上依据犯罪的同类法益对犯罪进行分类”<sup>[26](576)</sup>。每个篇目代表一种类罪，从中可以发现十章名称的基本结构是主体+行为+对象，如危害国家安全罪是任何人+危害+国家安全，渎职罪则是政府机关工作人员+违反+职权规定。这是对罪名本质的抽象概括，法篇内的法条具有类罪名所代表的罪的本质特征，也即具有相同的犯罪性质。

然而与这种典型的现代“以罪统刑”模式相比，我国古代刑法的立法理念颇为不同<sup>④</sup>。“法律是行政的一个方面。”<sup>[27]</sup>在以君主为核心的刑事立法中，法律的政治控制功能极为重要<sup>[28]</sup>。刑法是国家管理官、民的工具。对官的管理体现为权力控制，又可分为人事管理和行政事项管理；对民(包括从“普遍的人”观念出发的官员)的管理则体现为教化和控制。中国古代刑法编纂很大程度上反映着这种法律需求。具体来说，对官的管理形成以主体和行政事项为主的编纂标准<sup>⑤</sup>，对民的管理则形成以行为性质为主的编纂标准。这使得罪的主体、行政事项和罪的行为性质等成为中国古代刑法的三个主要编纂标准，也即三种“类”<sup>⑥</sup>。这意味着被统合于同一法篇下的罪名虽有相似性，但相似处不限于罪之本质，也即无法完全用“以罪统刑”概括。例如，秦汉律中《告律》《囚律》《捕律》，隋唐律中的《职制律》《厩库律》，明律中的《公式》《田宅》乃至在历代刑法体系中的类似篇目，都很难用罪的行为性质这一标准来解读。但在三种编纂标准的解释框架中，这些篇目的命名方式能得到解读。这种多元法律编纂模式的形成并非一蹴而就。秦汉时期，刑法篇目的编纂模式尚未成熟，由此形成以“完成行政事项”为中心的法篇续造标准；曹魏律以降，依附于法典编纂的篇目编纂标准逐渐形成并成熟。

## 二、秦汉刑法篇目编纂以“完成行政事项”为中心的标准

中国古代刑法篇目的编纂可以分成两个时期：一是单一刑法篇目的编纂时期，主要在曹魏律以前；二是刑法典编纂下的篇目编纂时期，主要自曹魏律始。从出土文献来看，秦汉律没有体系化法典已经出现的直接证据，但其中散见的法篇能够反映出其时刑法篇目的编辑标准<sup>⑦</sup>。富谷至曾提出，秦汉书籍、汉令的新内容有在原卷册上再编联新简牍的模式<sup>[29-30]</sup>。这种法律成长方式也可能与律有关，即稍后制定的律条很可能也被编联到原律篇中，并逐渐成长为篇幅更长的法篇。这是一种法篇生成模式，不过这种模式很难被称为法篇编纂，姑且称之为“法篇续造”。秦汉时，刑法篇目的续造标准尚不成熟，即为何某些条文被续造在原法篇下还没有明晰的标准，如《盗律》《贼律》等有“以罪统刑”特征的篇目中也含有一些很难被认定为盗罪或贼罪的法条。

从唐律来看，《盗律》《贼律》涉及皇帝之下所有人的行为，盗与贼是对行为性质(也即罪的本质)的概括。但在秦汉律刑法篇目较少而无法进行更为细致的分类时，《盗律》《贼律》在以行为性质作为续造标准的同时会杂糅其他标准。睡虎地秦简《法律答问》中有很多应当属于《盗律》或《贼律》的条款，但只能大体判断它们与《盗律》或《贼律》有关，而无法准确说明它们所在的篇目。这或可用张家山汉简《二年律令》来分析。以《盗律》为例，如《二年律令·盗律》规定：“诸有段(假)于县道官，事已，段(假)当归。弗归，盈廿日，以私自段(假)律论……”<sup>[31](19)</sup>其在唐律中属《厩库律》“假借官物不还”条。《唐律疏议·厩库律》载疏议曰：“厩者，鸠聚也，马牛之所聚；库者，舍也，兵甲财帛之所藏，故齐鲁谓库为舍。”<sup>[32](275)</sup>《唐律疏议·厩库律》共二十八条，主要以牛马和兵甲财帛的相关事务管理为主要编纂标准，其中多数条款是对牛马、兵甲财帛的管理规范，也即其以行政事项为编纂标准。因此，秦汉《盗律》在以行为性质为编纂标准的同时掺杂了行政事项标准。再如《贼律》，

《二年律令·贼律》规定：“以城邑亭障反，降诸侯，及守乘城亭障，诸侯人来攻盗，不坚守而弃去之若降之，及谋反者，皆要(腰)斩……”<sup>[31](7)</sup>其在唐律中属《贼盗律》“谋反”条、《擅兴律》“主将守城弃去”条和“主将临阵先退”条。《唐律疏议·擅兴律》疏议曰：“虽题目增损，随时沿革，原其旨趣，意义不殊。大事在于军戎，设法须为重防。”<sup>[32](298)</sup>即，《唐律疏议·擅兴律》以对军务的行政管理为主要编纂标准。因此，秦汉《贼律》的续造标准与《盗律》相似，不同标准之间的杂糅现象明显。

标准杂糅意味着主体、行政事项和行为性质中的一些要素并未得到重视。这种现象的根本原因在于秦汉的法篇续造以实用为准则，以法律普及为直接目的。法律的根本目的是规范人的行为，而知法是守法的前提。商鞅变法后，以吏为师、以法为教成为秦代立国理念。推动变法需要制定和传播法律<sup>⑥</sup>。传播法律的目的是使民“明法律令”而“有所避就”；传播法律的路径是“法出于君。君主的法令通过层层分责的官僚，下达于编户齐民”<sup>[33]</sup>；传播法律的结果是“新法在秦国尽人皆知，吏民皆恪守商鞅之法”<sup>[34]</sup>。甚至，《史记·商君列传》载：“商君亡至关下，欲舍客舍。客人不知其是商君也，曰：‘商君之法，舍人无验者坐之。’”<sup>[35]</sup>变法要求法篇续造能够最大限度地实现法律传播。因此，如何更有序、快速地传播法律是法篇续造所考虑的首要问题。

法篇续造的标准对此能够起到何种作用？这里以《捕律》为例，如睡虎地秦墓竹简《秦律杂抄》载：“捕盗律曰：捕人相移以受爵者，耐。求盗勿令送逆为它，令送逆为它事者，赀二甲。”<sup>[36]</sup>《捕盗律》规定了捕盗的主体和奖励方式等。再考《二年律令·捕律》<sup>[37](27-29)</sup>，捕盗的对象、发动机制、方式、登记程式、奖励标准等都在其中有所规定。也即，与捕盗有关的所有事项几乎都被涵括进去。只要与捕盗事项有关的人也因此会成为《捕律》的规范对象。综合来看秦汉律中《盗律》《贼律》的法篇续造标准，这两个篇目的名称是以盗、贼为类的标准，但内容不限于规定盗罪、贼罪本身。如《二年律令·盗律》有打击盗罪的内容，如“徼外人来入为盗者，要

(腰)斩。吏所兴能捕若斩一人，擯(拜)爵一级。不欲擯(拜)爵及吏所兴，购如律”<sup>[31](17)</sup>。其续造标准不仅考虑了盗罪本身的性质，而且考虑了打击盗罪这一重要的行政任务。虽然《二年律令·贼律》中鲜见这种条文，但参之《盗律》，可猜想其中当有相关规定，只是尚未被发现。综上所述，《贼律》以打击贼罪为续造标准；《盗律》以打击盗罪为续造标准。推而广之，《囚律》可能以审判、关押犯人为续造标准；《捕律》可能以追捕犯人的活动为续造标准。因此，秦汉律并非以单纯的以罪统刑为续造标准，而是将某一特定行政事项的完成作为续造标准。如《贼律》《盗律》就是在“完成行政事项”基础上以打击特定的罪为专门事项，由此表面呈现出以罪统刑的特征，但实际是把打击这些犯罪作为续造标准。这意味着，“完成行政事项”才是《捕律》等续造时所考虑的主要标准。之所以如此，还因为在“刑无等级”的理念下，秦代“自卿相、将军以至大夫、庶人，有不从王令，犯国禁，乱上制者，罪死不赦”<sup>[37]</sup>。根据主体差异来区分法律规范对象殊无必要<sup>⑦</sup>。同时，这种续造标准有利于相关人员根据自身从事的行政事项来查询法律规定。沿至汉律，这种情况继续发酵。一如前文引汉律以证秦律，汉律的相关篇目也以完成行政事项为续造标准。

但是，这种法篇续造模式存在问题。以“完成行政事项”为标准，意味着如果出现事项交叉，法条的篇目归属就容易存在不确定性。《晋书·刑法志》称汉律：“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，实相采入。《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。”<sup>⑧</sup>这些情况可能就是秦汉律续造模式下产生的问题。而随着法律儒家化的发展，官民的法律地位逐渐分化<sup>⑨</sup>。到魏晋时，刑法典的编纂渐趋成熟。刑法典的出现需要在原有法篇续造基础上进一步整合成法典，法典编纂取代法篇续造。一旦加入主体要素，既有的续造标准就不能满足需求。“完成行政事项”的续造标准意味着，某些行为只要与某类特定事

项有关就可以被纳入篇目。添入新的标准则要求将某些法条从原有篇目中分离出去，但进入容易分离难，将某些事项从原定篇目中分离需要另建标准。自曹魏律始，新的刑法篇目编纂标准逐渐生成和发展。《晋书·刑法志》载：“今制新律（曹魏新律），宜都总事类，多其篇条。”<sup>[9](924)</sup>所谓都总，即作集、聚集、总括之意。也即魏律对法篇进行重新整合分类，使其容纳更多的事类和法条。由此，新的法篇编纂模式趋向成熟。

### 三、秦汉之后刑法典篇目编纂的三重标准

从秦汉律到曹魏律，刑法篇目的生成模式就不再是续造，而转变为编纂。刑事立法的成长机制发生转变，法篇的形成不再是将新法条编联于旧卷册上，而是由立法者事先将一批同“类”或相似的法条置于同一法篇之下。将何种“类”作为编纂法篇的标准则成为自曹魏律开始必须考虑的问题。从法篇续造到法典编纂，法篇的整合标准需要转变。

相较于秦汉刑法篇目，曹魏律的篇目有所增加，也只有在法篇增多时才能容纳更多元的法典篇目编纂标准。《晋书·刑法志》载曹魏律因汉律中“《盗律》有受所监受财枉法，《杂律》有假借不廉，《令乙》有呵人受钱，科有使者验赂，其事相类，故分为《请赇律》”<sup>[9](924)</sup>。尽管唯有此处称因事相类而分篇，但曹魏律其他各篇的形成也应如此。汉律亦称集类为篇，但曹魏律的类显然与之不同，否则也不会别立篇目。《晋书·刑法志》载《魏律序》所记载的篇目编纂中，除前述新制《请赇律》外，还有总劫略、恐猥、和卖买人、持质而成的《劫略律》；总欺谩、诈伪、踰封、矫制、诈伪生死、诈自复免而成的《诈律》；总贼伐树木、杀伤人畜产及诸亡印、毁伤亡失县官财物而成的《毁亡律》；总告劾、传覆、告反逮受、登闻道辞而成的《告劾律》；总系囚、鞠狱、断狱之法、上狱、考事报讞而成的《系讯律》《断狱律》；总勃辱强贼、擅兴徭役、出卖呈、擅作修舍事而成的《兴擅律》；总乏徭稽留、储峙不办、乏军之兴、奉诏不谨、不承用诏书而成

的《留律》；总惊事告急、烽燧等而成的《惊事律》；总还赃畀主、罚赎入责以呈黄金为价、平庸坐赃事而成的《偿赃律》；总免坐之例而成的《免坐律》。从新增法篇来看，罪的主体、行政事项、行为性质等编纂标准开始凸显出来。就主体而言，《请赇律》是专门规范官员的篇目，但又不专指某一具体行政事项，即任何行政事项的运作都可能触犯之，当然这也应受到罪的行为性质这一标准的影响<sup>⑨</sup>。就行政事项而言，《系讯律》《断狱律》《惊事律》体现出以审讯、裁判、边防等行政事项为编纂标准的特征。《劫略律》《诈律》《毁亡律》《告劾律》《兴擅律》《留律》《偿赃律》《免坐律》等应以行为性质为主要编纂标准。以行为性质为标准的话，主体标准就不再那么重要。以《留律》为例，其所知有乏徭稽留、储峙不办、乏军之兴、奉诏不谨、不承用诏书等四条。所谓乏徭稽留，《急就篇》卷四云：“乏兴猥速诃讞求。”颜师古注：“律有乏兴之法，谓官有所兴发，而辄稽留，阙乏其事也。”<sup>[38]</sup>沈家本认为，乏徭即“丁夫差遣不平条内之欠剩”<sup>[39](1375)</sup>。其所规范的主要是普遍民众。所谓储峙不办，乃是“为了充当官方用途而应提前储备的物资不足，或对储备物资的保管不全”<sup>[40]</sup>。所谓乏军之兴，《尚书·费誓》：“峙乃糗粮，无敢不逮，汝则有死刑。”孔安国传：“皆当储峙汝糗备之粮，使足食，无敢不相逮反，汝则有乏军兴之死刑。”孔颖达疏：“兴军征伐而有乏少，谓之‘乏军兴’。”<sup>⑩</sup>这两条显然属专门规范军事后勤官员的法条。奉诏不谨、不承用诏书二事则与唐律《职制律》的“被制书施行有违”条相类，任何官员都可能成为规范对象。规范官员与规范百姓的条文被归入同一篇目，这种情况应该是从“留”所蕴含的性质即“应为而不为”出发而进行的编纂。这说明当时的法典篇目编纂标准仍在成型中。

晋律比曹魏律多出《卫宫律》《水火律》《厩律》《关市律》《违制律》《诸侯律》六篇，少《惊事律》《免坐律》《偿赃律》。其中，主体标准进一步凸显。所谓《违制律》，《唐律疏议·职制律》疏议曰：“《职制律》者，起自于晋，名为《违制律》。”<sup>[32](182)</sup>它以所有官员为规范对

象。《诸侯律》则应专门指向诸侯王。这两篇的出现,意味着主体身份作为编纂标准的重要性提高。宋与南齐因袭晋律,梁律除《诸侯》而增《仓库》,这当属于按照行政事项标准编纂的篇目。陈律不详。北魏律中已知者,《斗律》新增,这当与行为性质相关。北周律新增《祀享》《朝会》《婚姻》《户禁》,《祀享》《朝会》更类于行政事项,《户禁》更类于对一般民众的专门规定。这可能说明,随着官员身份在法篇编纂中的地位提升,平民身份作为编纂标准也逐渐体现出来。北齐律篇目大减,但《户婚律》《斗讼》是相对于魏晋律的增加篇目,这两篇与行为性质有关。

经历隋开皇律与大业律,唐律十二篇成型。

《职制》倾向于以主体为编纂标准,《卫禁》《厩库》《擅兴》《捕亡》《断狱》倾向于以行政事项为编纂标准,《户婚》<sup>①</sup>《贼盗》《斗讼》《诈伪》倾向于以行为性质为编纂标准。宋因唐律,篇目不改。明律转变较大<sup>②</sup>。明洪武二十二年律有两级篇目结构,第一级结构是大篇目,包括《名例》之外的《吏律》《户律》《礼律》《兵律》

《刑律》《工律》等六篇;第二级结构是小篇目,计有与六律分别对应的《职制》《公式》《户役》《田宅》《婚姻》《仓库》等二十九篇。明律六个大篇目是对二十九篇的再整合,相当于对小篇目的再编纂。二十九篇可对应之前的编纂标准。其中,《职制》《公式》《受赃》是倾向于以官员身份为标准的分类,《仓库》《课程》《市廛》《祭祀》《仪制》《宫卫》《军政》《关津》《厩牧》《邮驿》《捕亡》《断狱》《营造》《河防》等是倾向于以行政事项为标准的分类,《户役》《田宅》《婚姻》《贼盗》《人命》《斗殴》《骂詈》《诉讼》《诈伪》《犯奸》等则是倾向于以行为性质为标准的分类。清律因袭明律。

总之,从曹魏律开始,新的编纂标准逐渐成型,故可以据此对从魏律开始的历代法典篇目进行分类整理,以识别发展规律。因为下文篇目的性质较容易确定,故除少数篇目将就其性质做着重说明外,其余不再专门注释<sup>③</sup>(见表1和图1)。

从表1和图1可见,自《请贼律》作为规制官员也即以主体为编纂标准的篇目出现后,嗣后

表1 魏律到明律主要刑法典篇目性质分类

律典	罪的主体	行政事项	罪的行为性质
魏律 <sup>①</sup>	《请贼》	《捕》《系讯》《断狱》《惊事》	《盗》《劫略》《贼》《诈》《毁亡》《告劾》 《户》《兴擅》《留》《偿赃》《免坐》
晋律	《违制》 《诸侯》 《请贼》	《擅兴》 <sup>②</sup> 、《捕》《系讯》 《捕》《厩》《关市》 <sup>③</sup>	《盗》《贼》《诈伪》《告劾》 《户》《毁亡》《水火》
梁律	《违制》 《受贼》	《讨捕》《系讯》《断狱》《卫宫》 《仓库》《厩》《关市》	《盗劫》《贼》《诈伪》《告劾》 《户》《擅兴》《毁亡》《水火》
北魏律 <sup>④</sup>	《违制》	《宫卫》《厩牧》《擅兴》 《捕亡》《断狱》	《户》《贼》《盗》《斗》 《系讯》《诈伪》
北周律	《违制》 《诸侯》 《请贼》	《祀享》《朝会》《兴缮》 《卫宫》《关市》《厩牧》	《婚姻》《户禁》《水火》《市廛》《斗竞》 《劫盗》《贼叛》《毁亡》《诈伪》
北齐律	《违制》	《卫禁》《擅兴》《捕断》《厩牧》	《户婚》《诈伪》《斗讼》《贼盗》《毁损》
隋开皇律	《职制》	《卫禁》《厩库》《擅兴》《捕亡》《断狱》	《户婚》《贼盗》《斗讼》《诈伪》
隋大业律	《违制》 《请贼》	《卫宫》《擅兴》《捕亡》 《仓库》《厩牧》《断狱》《关市》	《户》《婚》《告劾》《贼》 《盗》《斗》《诈伪》
唐律	《职制》	《卫禁》《厩库》《擅兴》《捕亡》《断狱》	《户婚》《贼盗》《斗讼》《诈伪》
明律	《职制》 《公式》 《受赃》	《仓库》《课程》《市廛》《祭祀》 《仪制》《宫卫》《军政》《关津》《厩牧》 《邮驿》《捕亡》《断狱》《营造》《河防》	《户役》《田宅》《钱债》《婚姻》 《贼盗》《人命》《斗殴》《骂詈》 《诉讼》《诈伪》《犯奸》

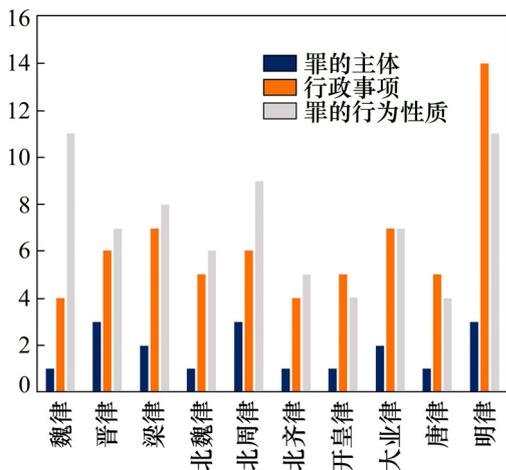


图1 魏律到明律主要刑法典篇目行政结构的分类比

虽出现《诸侯》《违制》《公式》等篇，但按这一标准编纂的法篇数量相对比较稳定。不过，以行政事项和行为性质为标准的法篇数量却发生明显变化，前者的数量逐渐超越后者。简言之，行为性质往往涉及对以平民为主体的所有人的规范，行政事项则主要以规范官吏为主。战国末期，君臣关系中支配与被支配的方式占据主导，赏罚二柄是君主操控臣下的主要工具，刑法则成为制约官员的重要方式。同时，秦及汉初爵位制盛行，除君主外上下无差，刑法一般无需为官员制定有别于平民的专门规范<sup>②</sup>。汉后，臣下的地位较秦代有所提高。“刑不上大夫”的观念再次生发<sup>③</sup>，刑法规制官吏的功能下降，创制专门规范官员的刑法篇目的动力不足。而且秦汉时，律令未分<sup>④</sup>，规范行政事项的法篇中也常有刑法规定，这就进一步降低了创制专门规范官员的刑法篇目的动力。但东汉后的乱世使得君臣关系极度混乱，如何有效规范官吏成为法律必须考虑的问题。《晋书·刑法志》载，曹魏已经依据行政机关的差异从汉令中分类整理出州郡令、尚书官令、军中令等<sup>[9](923)[41]</sup>。其后，晋朝开始律令分野，令典成型后“蠲其苛秽，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。其常事品式章程，各还其府，为故事”<sup>[9](927)</sup>。这体现出规范官吏的需求。此种需要也反映到律

中，有关行政事项的法篇在律中出现，这也是官僚体系内部行政分工的进一步呈现。但律不得不兼顾当时君臣关系中君的相对优势而非绝对优势，因此有关行政事项的篇目仍然较少。但律令分野奠定了隋唐的律、令、格、式体制<sup>⑤</sup>。在这一法律体系中，“令文全都不是刑法条文”“格绝大部分不是刑法条文”“式基本不是刑法条文”<sup>[42]</sup>。官吏行为被专门编纂的行政法律予以规范。这也反映出君臣关系中尊君卑臣之形态的完成。刑法作为重要工具成为规范官员的重要手段，其中有关行政事项的法篇数量开始超过行为性质<sup>⑥</sup>。宋代优待臣下，沿袭唐律而未大改。元代之后，君臣关系进一步主仆化<sup>[43]</sup>。刑法作为规范官吏手段的地位进一步提高，行政事项的法篇数量取得绝对优势<sup>⑦</sup>。

从刑法对官吏的规范来看，秦汉贵爵，臣民无以别，故律以规臣者不显；魏晋南北朝尊贵，君臣之位有别而差小，故律渐规臣以安君位；隋唐后尊君抑臣，故律制臣以挥发臣佐之意。随着君臣关系中尊卑的固化甚至主仆化，通过刑法约束臣下日渐成为君主的选择。行政事项篇目的逐渐增加反映出这一趋势。再以《大明律》为例，据沈家本考，洪武二十二年律的二十九篇中至少有十篇约三分之一为历代所无而明律新设，包括《公式》《田宅》《课程》《钱债》《仪制》《邮驿》《人命》《骂詈》《营造》《河防》<sup>[39](1355-1358)</sup>，其中属行政事项者有五而占其半数。同时，以行政事项和主体为编纂标准的法篇有利于传播，行政事项的确定性与精细化意味着法篇内容具有强烈的主体针对性和条文有限性，这样官吏能够最有效地了解事关自身的刑法规定。这也是法篇编纂的另一目的。

需要指出的是，由于中国传统立法技术的局限，在法篇编纂的过程中可能出现标准交叉现象。换言之，虽然某个法篇在编纂中可能主要受到以上三种标准之一的影响，但并不意味着该法篇下所有法条都是按照这一标准整合的。例如，在《唐律疏议》中，《擅兴律》二十四条以规范军队官吏为主，或者说以专门规范军事行政。其中“征人稽留”“征讨告贼消息”“工作不如法”“私有禁兵器”等诸条虽与军事有关但很难说是

规范军队官吏的。不过就比例而言,这些条款的数量较少,因此《擅兴律》在总体上可被视为以“行政事项”为标准编纂。又如,在《大明律》和《大清律例》中,《工律》下的《营造》《河防》两个法篇以行政事项为主要标准编纂。但这两个法篇的十三条中,有三条更符合罪的行为性质这一标准,即“织造违禁龙凤纹缎匹”“盗决河防”“侵占街道”等。这三条之所以被归于《工律》,可能是因为他们符合古人观念中的工事。当然这不能否定《营造》《河防》以规范营造和河防等方面的行政事务为主,也即以行政事项为编纂标准。

#### 四、结语

刑法典是中国古代最为重要的法律形式之一。作为成文法国家,法典编纂至为重要。法典编纂流程是集条成篇、排篇成典。作为从法条到法典的中间结构,法篇是搭建起整个刑法典的支柱。我国秦汉之后的刑法篇目编纂标准并非是通说所认为的以罪统刑。以罪统刑的判断依据在于法篇内的各个不同的罪具有相似性,从而使得法篇整合具有类罪化特征。但无论秦汉律的法篇续造还是自曹魏律始的法典篇目编纂,都无法完全用以罪统刑来概括。秦汉律的法篇续造体现出以“完成行政事项”为主要标准的实用诉求。自曹魏刑法典开始编纂后,罪的主体、行政事项、罪的行为性质等成为法篇编纂的三重标准,其中只有以罪的行为性质为编纂标准的法篇体现出以罪统刑的特征。这三重标准的权重在历代法典编纂中也并非完全统一,不同时代因为要处理君、臣、民三者间的关系而导致不同标准的法篇数量有所偏重。

#### 注释:

① 有学者认为以刑统罪的编纂基础是判例而不是抽象法条。参见武树臣、马小红:《从“以刑统例”到“以罪统刑”》,《文史知识》1991年第2期;陈涛:《中国法制史》,陕西人民出版社2001年版,第67页。这点令人怀疑。至少从西周起,大量抽象罪名已经出

现。如《尚书·康诰》载:“凡民自得罪,寇、攘、奸、宄,杀、越人于货,暨不畏死,罔弗憝。”孔安国传、孔颖达疏。《尚书正义》,黄怀信整理,上海古籍出版社2007年版,第540页。《左传·昭公十四年》载:“己恶而掠美为昏,贪以败官为墨,杀人不忌为贼。《夏书》曰:‘昏、墨、贼,杀。’皋陶之刑也。请从之。”《十三经注疏》整理委员会:《春秋左传正义》,北京大学出版社2000年版,第1542页。抽象罪名的出现意味着抽象规则很可能已经出现,这种法典编纂只是汇编判例而非整理抽象法条的观点说服力不足。因此本文未从其说。

- ② 如浅井虎夫认为中国古代刑法典的编纂从《法经》开始。参见浅井虎夫:《中国法典编纂沿革史》,陈重民译,李孝猛点校,中国政法大学出版社2007年版,第7页。但有学者认为是从曹魏律开始的。参见滋贺秀三:《关于曹魏(新律)十八篇篇目》,程维荣等译,载冈野诚本卷主编:《日本学者考证中国法制史重要成果选译·魏晋南北朝隋唐卷》,中国社会科学出版社2003年版,第266页注①。受限于文献,无法直接从法典角度分析《法经》《九章律》下的法篇编纂标准,因此本文对法典出现的转折时间姑且采滋贺说。
- ③ 有学者可能也已经注意到这一点,所以不用以罪统刑概括《法经》的法篇编纂方式。如张晋藩主编:《中国法制史》,高等教育出版社2007年版,第49页。
- ④ 保护法益为古今法律所同,但法篇编纂并非一定以法益为准。以《唐律疏议·户婚律》为例,“脱漏户口增减年状”条保护国家人口管理秩序,“子孙别籍异财”条保护家族财产利益,“占田过限”条保护国家土地分配制度。同一法篇内保护的法益千差万别,因此法益标准并非古代法典编纂依据。也有学者认为我国古代刑法篇目是以犯罪行为的性质为标准。参见侯欣一:《唐律与明律立法技术比较研究》,《法律科学》1996年第2期。但这一说法可能失之片面。
- ⑤ 需要注意的是,对官的管理构成两种标准,这两者可能存在重合性但有显著差异。具体来说,以主体为标准的法篇相对抽象,如隋唐律中《职制律》所涉及的官员犯罪可能出现在所有行政事项中;以行政事项为标准的篇目相对具体,如隋唐律中的《厩库律》《擅兴律》主要指向主管特定行政事项的官员犯罪。
- ⑥ 本文所谓主体主要指君、臣、民这种身份差异。所谓行政事项主要指政府对行政管理事务进行的分类,它既注重主体差异即主要涉及对官员行为的规范,又涉及对具有行政属性的政府行为的规范。这种分类在不同时期有不同特征,但可以通过政府设立的相关职能部门来观察。同时需要说明,“行政”是现代法学的常见概念,但在我国很早就已出现。《孟子·梁惠王上》载:“兽相食,且人恶之,为民父母,行政不免于率兽而食人,恶在其为民父母也?”赵岐注:“牧民为政,乃率禽兽食人,安在其位民父母之道也。”参见《十三经注疏》整理委员会:《孟子注疏》,北

- 京大学出版社 1999 年版，第 14 页。在此，行政是指政府处理政务、治理社会的行为。而本文主要在现代法学意义上使用“行政”。但如前引琼斯语，法律是中国古代行政的一个方面。司法行为被视为一种行政类型，即司法也被视为行政事项，如《系讯》《断狱》等法篇的设立就以行政事项为编纂标准。所谓行为性质主要依据罪所涉及行为的本质特征确定，这一标准塑造了典型的“以罪统刑”模式。后文探讨秦汉律时提出其以“完成行政事项”为法篇续造标准，所谓事项与行政事项相似，但指向更宽。以之为续造标准的法篇常常以一个特定的行政事务为中心，全面规范所涉及的官、民等不同主体的行为，也即“实现行政事项”的法篇续造标准并不注重官民等的身份差异。
- ⑦ 有学者认为银雀山汉简《守法守令十三篇》反映了战国时齐国的法律制度。参见吴九龙：《银雀山汉简齐国法律考析》，《史学集刊》1984 年第 4 期；刘海年：《战国法律制度研究中的若干问题》，《中国法学》1988 年第 2 期；崔永东：《银雀山汉简中反映的刑法思想》，《中国文化研究》1997 年秋之卷；范忠信、陈景良：《中国法制史》，北京大学出版社 2007 年版，第 93 页；曾宪义主编：《中国法制史》，北京大学出版社 2009 年版，第 64 页。若此说成立，我们对战国时期法篇编纂的认识将会发生转变。如《守法守令十三篇》中《李法》就是针对法官的专门法篇编纂，带有主体标准性质。然而，《守法守令十三篇》是否是当时的法律很不确定。比如有学者就认为这不过是当时的论文汇编。参见杨师群：《战国时期齐稷下学者的论文汇编》，《史林》2010 年第 1 期。笔者认同这一观点。实际上，战国时期思想家的论著模式可能会与法律在形式上相似。比如《墨子·号令》虽然是学者观点，但宛如立法。
- ⑧ 汉代同样重视法律传播，法律传播还渗入当时的识字课本。比如《急就篇》载有“缚束脱漏亡命流”“攻击劫夺槛胶”“受赇枉法忿怒仇”等法律内容。史游撰、颜师古注：《急就篇》，收入《景印四库全书》第 223 册，（中国）台湾商务印书馆 1986 年版，第 57 页。
- ⑨ 但主体差异仍然会影响刑罚的具体执行，因此又有《具律》。
- ⑩ 参见房玄龄：《晋书》，中华书局 1974 年版，第 923 页。“这段话大意是说汉律篇章不合理，一章本该围绕同一中心展开，但事实上错糅五常。”张忠炜：《秦汉律令法系研究初编》，社会科学文献出版社 2012 年版，第 253 页。
- ⑪ 如承载刑法特权的八议在汉代逐渐成制。参见龙大轩：《八议成制于汉论考》，《法学研究》2012 年第 2 期。
- ⑫ 一般来说，请赇应分为行贿与受贿，这就不仅包括对官员的规范。但从前引《晋书·刑法志》所载《请赇律》的形成来看，其内容主要涉及官员因受贿、索贿等而成的犯罪问题，即使可能会有行贿的规定，但应属于附带性质，故笔者认为《请赇律》主要为规范官员而制定。
- ⑬ 孔安国传、孔颖达疏：《尚书正义》，上海古籍出版社 2007 年版，第 810 页。有学者提出，《违制律》的创立是官刑入律的重要阶段，唐律《职制律》和明律《吏律》的出现则是官刑入律的终点。参见李铁：《中国文官制度》，中国政法大学出版社 1986 年版，第 4-5 页。
- ⑭ 《户婚律》的性质在两可之间，它所包括的户口管理等可被认为属于专门行政事项，婚姻等方面的犯罪与行为性质关联更强。不过，一方面与户口管理等有关的犯罪也与行为性质关系密切，另一方面将之列为以行为性质为编纂标准的法篇并不影响本文结论，所以本文姑且将之列为以行为性质为编纂标准的篇目。
- ⑮ 《大明律》有元年律，六年律，九年律，十八、九年行用律，二十二年律，以及三十年律，参见杨一凡：《大明律修订始末考》，《政法论坛》1990 年第 2 期；柏桦、卢红妍：《洪武年间〈大明律〉编纂与适用》，《现代法学》2012 年第 3 期。
- ⑯ 当然这些分类未必会得到所有人认同，对此笔者认为更重要的是提供一种分析思路，希望能够得到更多的批判指正。资料来源：池田温：《律令法》，载谷川道雄主编：《魏晋南北朝隋唐史学的基本问题》，中华书局 2010 年版。需要说明的是，本文在资料来源的基础上经过适当修改使得上述篇目定型。
- ⑰ 魏律篇目采滋贺秀三说。参见滋贺秀三：《关于曹魏〈新律〉十八篇篇目》，程维荣等译，载冈野诚本卷主编：《日本学者考证中国法制史重要成果选译·魏晋南北朝隋唐卷》，中国社会科学出版社 2003 年版，第 257 页。张建国亦采此说。参见张建国：《魏律篇目及其次序考辨》，载张建国著：《帝制时代的中国法》，法律出版社 1999 年版，第 89-100 页。
- ⑱ 需要注意的是，魏《兴擅律》应属于按照行为性质编纂的篇目，晋《擅兴律》则属于按照行政事项编纂的。魏《兴擅律》的性质前文已经说明，晋《擅兴律》则尚需说明，晋代之后，擅兴一词开始主要指军事自主行为。如《宋书·索虏传》载：“往岁擅兴戎旅，祸加孩耄，罔顾善邻之约，不惟疆域之限。”参见沈约：《宋书》，中华书局 1974 年版，第 2343 页。《魏书·安同传》载：“护疾同得众心，因此使人告同筑城聚众，欲图大事。太宗以同擅征发于外，槛车征还，召群官议其罪。皆曰：‘同擅兴事役，劳扰百姓，宜应穷治，以肃来犯。’太宗以同虽专命，而本在为公，意无不善，释之。”参见魏收：《魏书》，中华书局 2017 年版，第 795 页。无论兴兵寇关还是筑城，显然超出曹魏《兴擅律》所谓的“总勃辱强贼、擅兴徭役、出卖呈、擅作修舍事”，而与《唐律疏议·擅兴律》的规定相类。因此笔者以为，从曹魏《兴擅律》到晋《擅兴律》，法篇编纂标准发生从行为性质到行政事项的变化，而且这是形成《唐律疏议·擅兴律》的转折点。

①⑨ 《关市律》的性质在两可之间。所谓关市，津关与市场。睡虎地秦墓竹简有《关市律》之名，整理小组认为：“关市，官名。见《韩非子·外储说左上》。管理关和市的税收等事务。《通鉴·周纪四》胡注认为关市即《周礼》的司官、司事，‘战国之时合为一官’。此处关市律系关于关市职务的法律。”参见睡虎地秦墓竹简整理小组：《睡虎地秦墓竹简》，文物出版社1978年版，第68页。在笔者看来，《关市律》是否是篇目都成疑。但从后世对《关市》名的继承来看，秦汉立法中可能已经有独立的《关市律》。那么《关市律》涉及官员还是平民呢？从传世文献来看，秦汉之前的“关市”连称主要有三种情况。第一，与赋税相连，如《管子·乘马》载：“方六里名之曰社，有邑焉，名之曰央，亦关市之赋。”（黎凤翔撰：《管子校注》，梁运华整理，中华书局2004年版，第90页）。第二，作为独立的市场，如《史记·货殖列传》载：“上不过八十，下不减三十，则农末俱利，平糲齐物，关市不乏，治国之道也。”（司马迁：《史记》，中华书局2014年版，第3952页）。第三，与通商相连，《史记·匈奴列传》载：“孝景帝复与匈奴和亲，通关市，给遗匈奴，遣公主，如故约。”（司马迁：《史记》，中华书局2014年版，第3510页），也即关市主要涉及赋税、市场与通商。再比较前述睡虎地秦墓竹简中《关市律》的条款，其为：“为作务及官府市，受钱必辄入其钱罽中，令市者见其入，不从令者赏一甲。”这条律文是针对市中收纳钱的行为所作的专门规范，而且是对官员的规范。与前述三种情况相对照，《关市律》与赋税更相关。再考《张家山汉墓竹简·二年律令·口市律》，其主要包括对市场货物质量、纳税等的规定，赋税仍然是规范事项之一，但规范对象已经不限于官员而涉及平民。参见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)》，文物出版社2006年版，第44-45页。也即关市相关法律需要处理以赋税为中心的事项，这与其他律文所见的秦汉法篇续造模式十分相似。因此，关市一直以来与赋税关系密切，与关、市之赋税等有关的事项被规定进《关市律》。大庭脩则认为：“‘关市’的‘关’是否意味着关津的关尚不确定。”参见大庭脩著：《秦汉法制史研究》，林剑鸣等译，上海人民出版社1991年版，第51页。但从出土的几条秦汉律来看，律文中的市是独称的，即对市有专门规定，这意味着可能对关也有专门规定。而秦汉时关市也指关卡等。所以笔者认为，秦汉的《关市律》至少应该包括关卡和市场的赋税事项。而且《张家山汉墓竹简·二年律令·口市律》中非仅以赋税为中心，其也纳入与市场管理有关的其他事项。进一步来看，关市也应该处理与关卡有关的其他事项，比如通关、通商等。而且《张家山汉墓竹简·二年律令·津关令》中就有通关与通商的规定，前者比如对货物种类的限制，后者比如禁止随意穿越关卡。这意味着津关的管理需

要涉及多方面的规范。如果晋《关市律》也涉及这些事项，那么它应该是以关市的赋税、市场管理、通关、通商等行政事项为主要规范内容，但同时包括对官员和平民的规范。也即，它既规范纳税者也规范课税者，既规范通关者也规范关卡管理者。这是极有可能的。因此，很难直接说晋《关市律》的编纂标准完全符合本文所称的行政事项。不过，也有可能晋《关市律》主要是按照行政事项标准制定的，只是没有办法完全排除对平民的规范。一如《唐律疏议·擅兴律》主要以军事官员为规范对象，但又不得不在少数条款中涉及对服役者的规范。甚至，将晋《关市律》排除出以行政事项为标准的法篇将更有利于本文后面的分析结论，但事实是很难做出定论，所以本文不取。不过由此应知，本文的分类标准尽管大体合理但仍存局限性，这主要是因为事物间并没有完全清晰的界限所致。

②⑩ 北魏律共二十篇，此处只有十二篇，加上《刑名》《法例》《杂律》同十五篇。程树德根据晋律、北周律、梁律均有《请贼》《告劾》《关市》《水火》四篇而认为其也应为北魏律的篇目，又根据北齐、北周的规定认为北魏律应有《婚姻》篇但存疑。参见程树德：《九朝律考》，中华书局1963年版，第352页。韩国磐从之。参见韩国磐：《中国古代法制史研究》，人民出版社1993年版，第271页。张建国则认为剩余五篇为《告劾》《请贼》《系讯》《水火》《关市》。参见张建国：《中国律令法体系概论》，《北京大学学报(哲学社会科学版)》1998年第5期。不过他将《宫卫》改为《卫宫》不知是否为笔误。由于结论存疑，笔者也不试图对之总结。但可以看出，无论《请贼》《告劾》《关市》《水火》《婚姻》还是《告劾》《请贼》《系讯》《水火》《关市》，其中《请贼》是符合主体标准的，《告劾》《关市》《水火》则符合行为性质标准，《婚姻》或《告劾》虽然编纂标准不同，但新增律名中只有《告劾》的行政事项属性最为强烈，因为增加这些进去不影响本文结论，加上这些甚至还会使本文的结论进一步增强。但考虑到争议，本文暂不取。

②⑪ 不少学者认为秦代刑罚已经有很强的等级性。参见刘海年：《秦律刑罚的适用原则(上)》，《法学研究》1983年第1期；郝铁川：《中华法系研究》，复旦大学出版社1997年版，第32页；杨振红：《从出土秦汉律看中国古代的“礼”、“法”观念及其法律体现》，《中国史研究》2010年第4期。但本文所称的“上下无差”是指，任何人需要遵循同样的法律规则，只是犯罪之后会根据身份等级的差异予以减刑。所谓议、请、减、赎、官当等都是刑罚层面的规定。同时需要注意，在秦汉爵位制下，有爵者可以通过爵赎、减、免等。但爵并非特权可以完全概括。爵的取得以军功为前提(姑且不考虑赐爵等情况)，犯罪后则可功过相抵，至少在某些层面上这是对所有人的激励制度，而不能简单地被认为是纯粹的等级特权。

- ⑳ 在法家一断于法的原则下，法律对臣下的优待有限，如前述杨振红文从文献中整理出不少秦汉法律优待臣下的材料。但除了爵这种带有功罪相抵性质的优待以外，法律对臣下的优待材料主要来自汉代而非秦汉。所谓秦汉优待臣下可能是秦汉不分之研究方法下的错觉。而且汉儒为提高臣下的地位做了很多努力。参见阎步克：《士大夫政治演生史稿》，北京大学出版社1996年版，第300-346页。从法律上来看，第一，臣下的法律优待变多，如前文指出八议制度在汉代逐渐制度化。第二，臣下与一般司法的隔离，遵从“刑不上大夫”的理念，大臣不必直面刀笔之吏。《汉书·贾谊列传》载：“丞相绛侯周勃免就国，人有告勃谋反，逮系长安狱治，卒亡事，复爵邑，故贾谊以此讥上。上深纳其言，养臣下有节。是后大臣有罪，皆自杀，不受刑。至武帝时，稍复入狱，自甯成始。”参见班固：《汉书》，中华书局1962年版，第2260页。尽管自杀似乎比入狱更为严重，但从士可杀不可辱的古代观念来看，这是君主对臣下的礼遇。故《北史·李彪传》称此为君主“遇子有礼矣”，并希望著为永制。参见李延寿：《北史》，中华书局1974年版，第1457页。
- ㉑ 不过尽管律令未分，但篇目中是否以刑法为主体却相对明显。
- ㉒ 但楼劲认为隋代没有格、式。参见楼劲：《隋无〈格〉〈式〉考——关于隋代立法和法律体系的若干问题》，《历史研究》2013年第3期。
- ㉓ 不过此时刑法篇目出现整体性减少，主要是由于刑法条文的减少所致。
- ㉔ 明代立法有“轻其轻罪、重其重罪”的特征，其中就臣、民而言，臣罪重而民罪轻。参见周东平、李勤通：《唐明律“轻其轻罪、重其重罪”再解析》，《法制史研究》2015年总第二十七期。行政事项篇目的增多也可能受到这种刑事政策的影响。
- [4] 陈涛，高在敏. 中国法典编纂的历史发展与进步[J]. 法律科学, 2004(3): 107-116.  
CHEN Tao, GAO Zaimin. The historical development and progress of the codification of Chinese codes[J]. Legal Science, 2004(3): 107-116.
- [5] 宋四辈. 中国传统刑法理论与实践[M]. 郑州: 郑州大学出版社, 2004: 177.  
SONG Sibe. Theory and practice of Chinese traditional criminal law[M]. Zhengzhou: Zhengzhou University Press, 2004: 177.
- [6] 郭建, 等. 中国法制史[M]. 上海: 上海人民出版社, 2006: 67.  
GUO Jian, etc. History of Chinese legal system[M]. Shanghai: Shanghai People's Publishing House, 2006: 67.
- [7] 陈晓枫, 柳正权. 中国法制史[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2012: 219.  
CHEN Xiaofeng, LIU Zhengquan. History of Chinese legal system[M]. Wuhan: Wuhan University Press, 2012: 219.
- [8] 徐世虹. 出土秦汉法律文献整理研究的新成果[J]. 政法论坛, 2010(4): 3-15.  
XU Shihong. New results of unearthed Qin Dynasty and Han Dynasty legal documents collation and research[J]. Political and Law Forum, 2010(4): 3-15.
- [9] 房玄龄. 晋书[M]. 北京: 中华书局, 1974: 922.  
FANG Xuanling. Jin Shu[M]. Beijing: Zhonghua Book Company, 1974: 922.
- [10] 陈锐. 从“类”字的应用看中国古代法律及律学的发展[J]. 环球法律评论, 2015(5): 57-77.  
CHEN Rui. Looking at the development of ancient Chinese law and jurisprudence from the application of “lei” [J]. Global Law Review, 2015(5): 57-77.
- [11] 班固. 汉书[M]. 北京: 中华书局, 1962: 1111.  
BAN Gu. Han Shu[M]. Beijing: Zhonghua Book Company, 1962: 1111.
- [12] 刘昫. 旧唐书[M]. 北京: 中华书局, 1973: 2150.  
LIU Xu. Jiu Tang Shu[M]. Beijing: Zhonghua Book Company, 1973: 2150.
- [13] 欧阳修. 新唐书[M]. 北京: 中华书局, 1975: 1414.  
OUYANG Xiu. Xin Tang Shu[M]. Beijing: Zhonghua Book Company, 1975: 1414.
- [14] 薛居正. 旧五代史[M]. 北京: 中华书局, 1976: 1965.  
XUE Juzheng. Jiu Wu Dai Shi[M]. Beijing: Zhonghua Book Company, 1976: 1965.
- [15] 脱脱. 辽史[M]. 北京: 中华书局, 1974: 945.  
TUOTUO. Liao Shi[M]. Beijing: Zhonghua Book Company, 1974: 945.
- [16] 脱脱. 金史[M]. 北京: 中华书局, 1975: 1015.  
TUOTUO. Jin Shi[M]. Beijing: Zhonghua Book Company, 1975: 1015.
- [17] 张廷玉. 明史[M]. 北京: 中华书局, 1974: 2280.

## 参考文献:

- [1] 黄源盛. 中国法史导论[M]. 桂林: 广西师范大学出版社, 2014: 163.  
HUANG Yuansheng. Introduction to the history of Chinese law[M]. Guilin: Guangxi Normal University Press, 2014: 163.
- [2] 叶孝信. 中国法制史[M]. 上海: 复旦大学出版社, 2014: 66.  
YE Xiaoxin. History of Chinese legal system [M]. Shanghai: Fudan University Press, 2014: 66.
- [3] 武树臣, 马小红. 从“以刑统例”到“以罪统刑”[J]. 文史知识, 1991(2): 19-25.  
WU Shuchen, MA Xiaohong. From “Using Criminal Law to Control Law” to “Using Crime to Control Punishment” [J]. Knowledge of Literature and History, 1991(2): 19-25.

- ZHANG Tingyu. *Ming Shi*[M]. Beijing: Zhonghua Book Company, 1974: 2280.
- [18] 邱濬. 大学意义补[M]. 郑州: 中州古籍出版社, 1995: 885.
- QIU Jun. *Da Xue Yan Yi Bu*[M]. Zhengzhou: Zhongzhou Ancient Books Publishing House, 1995: 885.
- [19] 许慎, 撰. 段玉裁, 注. 说文解字注[M]. 南京: 凤凰出版社, 2007: 832.
- XU Shen, DUAN Yucui. *Shuo Wen Jie Zi Zhu*[M]. Nanjing: Phoenix Press, 2007: 832.
- [20] 周东平. “举重以明轻, 举轻以明重”之法理补论[J]. 东方学报(京都), 2012(87): 377-392.
- ZHOU Dongping. Supplement to the jurisprudence of “lifting weight with lightness and lightness with lightness”[J]. *Oriental Journal* (Kyoto), 2012(87): 377-392.
- [21] 《十三经注疏》整理委员会. 春秋左传正义[M]. 北京: 北京大学出版社, 2000: 207.
- “*Shi San Jing Zhu Shu*” Compilation Committee. *Chun Qiu Zuo Zhuan Zheng Yi*[M]. Beijing: Peking University Press, 2000: 207.
- [22] 李力. 《九刑》、“司寇”考辨[J]. 法学研究, 1999(2): 123-130.
- LI Li. A textual research on “jiu Xin” and “Si Kou”[J]. *Legal Studies*, 1999(2): 123-130.
- [23] 黄怀信, 等. 逸周书汇校集注[M]. 上海: 上海古籍出版社, 1995: 769-771, 772.
- HUANG Huaixin, etc. *Yi Zhou Shu Hui Jiao Ji Zhu*[M]. Shanghai: Shanghai Classics Publishing House, 1995: 769-771, 772.
- [24] 孔安国, 传. 孔颖达, 疏. 尚书正义[M]. 黄怀信, 整理. 上海: 上海古籍出版社, 2007: 786.
- KONG Anguo, KONG Yingda. *Shang Shu Zheng Yi*[M]. Collation. HUANG Huaixin. Shanghai: Shanghai Classics Publishing House, 2007: 786.
- [25] 劳郑武. 佛教戒律学[M]. 北京: 宗教文化出版社, 1999: 158.
- LAO Zhengwu. *Research on buddhist discipline*[M]. Beijing: China Religious Culture Publisher, 1999: 158.
- [26] 张明楷. 刑法学[M]. 北京: 法律出版社, 2011: 580.
- ZHANG Mingkai. *Criminal law*[M]. Beijing: Law Press, 2011: 580.
- [27] 琼斯. 大清律例研究[C]// 高道蕴, 等. 美国学者论中国法律传统. 苏亦工, 译. 北京: 清华大学出版社, 2004: 395-424.
- JONES. A study on the Da Qing Lv Li[C]// GAO Daoyun, etc. *American scholars on Chinese legal tradition*. Trans. SU Yigong. Beijing: Tsinghua University Press, 2004: 395-424.
- [28] 李勤通. 中国古代以成文法典为主要立法模式的功能分析[C]// 陈煜. 新路集(第四集). 北京: 中国政法大学出版社, 2014: 92-109.
- LI Qintong. An analysis of the function of the main legislation model of the written code in ancient China [C]// CHEN Yu. *Xin Lu Ji* (fourth episode). Beijing: China University of Political Science and Law Press, 2014: 92-109.
- [29] 富谷至. 木简竹简述说的古代中国[M]. 刘恒武, 译. 北京: 人民出版社, 2007: 49.
- ITARU TOMIYA. *Ancient China on wooden bamboo slips*[M]. Trans. LIU Hengwu. Beijing: People's Publishing House, 2007: 49.
- [30] 富谷至. 通往晋泰始律令之路(II): 魏晋的律与令[C]// 中国政法大学法律史研究所. 日本学者中国法论著选译. 朱腾, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2012: 179.
- ITARU TOMIYA. The road to Jin Tai Shi Lv and Ling (II): Lv and Ling of the Wei and Jin Dynasties[C]// Institute of Legal History of China University of Political Science and Law. *Japanese scholars Chinese law works*. Trans. ZHU Teng. Beijing: China University of Political Science and Law Press, 2012: 179.
- [31] 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: 19.
- Zhang Jiashan Han Tomb Bamboo Slips Organizing Group No.247. *Zhang Jia Shan Han Tomb Bamboo Slips [NO.247] (revised interpretation)* [M]. Beijing: Cultural Relics Publishing House, 2006: 19.
- [32] 长孙无忌. 唐律疏议[M]. 北京: 中华书局, 1983: 275.
- ZHANGSUN Wuji. *Tang Lv Shu Yi* [M]. Beijing: Zhonghua Book Company, 1983: 275.
- [33] 邢义田. 秦汉的律令学[C]// 邢义田. 治国安邦: 法制、行政与军事. 北京: 中华书局, 2011: 59.
- XING Yitian. *Research on Lv-ling xue in Qin and Han Dynasties*[C]// XING Yitian. *Governing the country and state: legal system, administration and military*. Beijing: Zhonghua Book Company, 2011: 59.
- [34] 于凌. 秦汉律令学[D]. 长春: 东北师范大学历史文化学院, 2008: 21-22.
- YU Ling. *Research on Lv-ling Xue in Qin and Han Dynasties*[D]. Changchun: School of History and Culture, Northeast Normal University, 2008: 21-22.
- [35] 司马迁. 史记[M]. 北京: 中华书局, 2014: 2717.
- SIMA Qian. *Shi Ji*[M]. Beijing: Zhonghua Book Company, 2014: 2717.
- [36] 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: 147.
- Shuihudi Qin Tomb Bamboo Slips Organizing Group. *Shuihudi Qin Tomb Bamboo Slips*[M]. Beijing: Cultural Relics Publishing House, 1978: 147.

- [37] 蒋鸿礼. 商君书锥指[M]. 北京: 中华书局, 1986: 100.  
JIANG Hongli. Shang Jun Shu Zhui Zhi[M]. Beijing: Zhonghua Book Company, 1986: 100.
- [38] 史游, 撰. 颜师古, 注. 急就篇[M]// 景印四库全书第223册. 台北: 台湾商务印书馆, 1986: 57.  
SHI You, YAN Shigu. Ji Jiu Pian[M]// Jing Yin Si Ku Quan Shu No.223. Taipei: Taiwan Commercial Press, 1986: 57.
- [39] 沈家本. 历代刑法考[M]. 邓经元, 骈宇騫, 点校. 北京: 中华书局, 1985: 1375.  
SHEN Jiaben. Li Dai Xing Fa Kao[M]. Collate. DENG Jingyuan, PIAN Yuqian. Beijing: Zhonghua Book Company, 1985: 1375.
- [40] 内田智雄, 编. 富谷至, 补. 译注中国历代刑法志(补)[M]. 东京: 创文社, 2005: 107-108.  
TOMOIO UCHIDA, ITARU TOMIYA. Translation and annotation of Chinese criminal law history (supplement) [M]. Tokyo: Sobunsha, 2005: 107-108.
- [41] 富谷至. 通往晋泰始律令之路( I ): 秦汉的律与令[C]// 中国政法大学法律史研究所. 日本学者中国法论著选译. 朱腾, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2012: 137.  
ITARU TOMIYA. The Road to Jin Tai Shi Lv and Ling (I): Lv and Ling of the Wei and Jin Dynasties[C]// Institute of Legal History of China University of Political Science and Law. Japanese scholars Chinese law works. Trans. ZHU Teng. Beijing: China University of Political Science and Law Press, 2012: 137.
- [42] 钱大群. 律、令、格、式与唐律的性质[J]. 法学研究, 1995(5): 88-96.  
QIAN Daqun. The nature of Lv, Ling, Ge, Shi and Tang Law[J]. Journal of Law Studies, 1995(5): 88-96.
- [43] 李治安. 元史暨中古史论稿[M]. 北京: 人民出版社, 2013: 233-234.  
LI Zhi'an. Yuan history and Medieval history[M]. Beijing: People's Publishing House, 2013: 233-234.

## On the idea and criteria of the compilation of the chapters of the Chinese ancient penal code: Also on the one-sidedness of the statement of "deciding punishments by crimes" in law codes after Qin and Han

LI Qintong

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

**Abstract:** There exists one-sidedness in the statement of "deciding punishments by crimes" in the law codes codified and compiled after Qin and Han dynasties. In the code rebuilding during the Qin and Han dynasties, part of penal codes had the characteristics of penal complex by crimes but fundamentally reflected the practical needs for managing administrative matters. Since Wei, the subject of crimes, administrative matters and the nature of the act of crimes became the triple standards for compilation of the criminal codes, of which only the nature of the act of crimes was closely related to penal complex by crime. The triple standards weighed differently in the codification of criminal laws in the later dynasties and changed with historical changes of the relationships among the monarch, officials and the people. The chapters classified according to the subject of crimes did not change much compared to those classified according to administrative matters. The administrative matters pertaining to the nature of penal action began to weigh highest, and as the status of officials became inferior to the emperor in the later dynasties, the chapters of penal codes classified according to administrative matters increased than ever.

**Key Words:** penal complex by crimes; code rebuilding; codification; the code of Wei; officials inferior to the emperor

[编辑: 苏慧]