

## 《大明律》体例转型的原因考辨

姚浩亮

**摘要** | 关于《大明律》体例转型的原因,学界一直存在许多不同的主张。世宗版《大明律直解》和《明太祖实录》清晰地表明,洪武七年到洪武九年之间存在一次大规模的修律活动,这次修律是以唐律为代表的十二篇立法体例向六部体例转型的重大标志。由于洪武七年律篇目“一准于唐”,《唐律疏议》和《大明律》的比较对于确定六部体例成型的原因至关重要。通过明人张楷所作的《律条疏议》,可以清晰发现唐明律之间存在的结构差异,从而认识到唐律篇目的缺陷是导致明律体例转型的直接原因。在这一过程中,“以类附篇”的方式取代了“以事分篇”的立法传统,使《大明律》既满足“当适时宜”的立法要求,又成为“可逾于后世”的“常经之法”,是古代律典编纂方式在明代的又一次发展与创新。

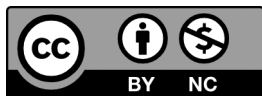
**关键词** | 大明律;唐律疏议;洪武八年律;常经;律典编纂方式

**作者简介** | 姚浩亮,华东政法大学法学硕士研究生。

Copyright © 2022 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



### 一、引言

明初,太祖朱元璋极为重视《大明律》的修订工作,据《明史·刑法志》记载,至少在吴元年、洪武七年、洪武九年、洪武二十二年和洪武三十年(以下简称为吴元年律、七年律、九年律、二十二年律和三十年律)都存在大规模的修律活动。<sup>[1]</sup>经过三十余年的斟酌损益,最终于洪武三十年(1397年)改定律典而颁行天下。但是,《大明律》改变了以唐律为代表的十二篇律典结构,而是选择以名例为首,下分吏、户、礼、兵、刑、工,共七篇三十门的六部体例,这是中国古代律典结构转型的重大标志。

目前,学界对其“改弦易辙”原因的探讨莫衷一是,大致可以分为三种学说:一是以沈家本为代表的“政治斗争说”,其认为洪武十三年(1380年),朱元璋罢宰相后事归六部,导致洪武二十二年(1389年)修律时以六部为纲。<sup>[2]</sup>二是以苏亦工、杨一凡为代表的“仿古说”,但二者对仿古对象的认知大相径庭。苏亦工认为《大明律》仿照的是周礼的六官体系,而

[1] [清]张廷玉等:《明史·刑法志》卷九三,中华书局1974年版,第2279-2285页。

[2] [清]沈家本:《历代刑法考》(附寄移文存),中华书局1985年版,第1129页。

杨一凡则认为这种体例效仿的是前朝《元典章》的形式。<sup>[1]</sup>三是以周东平为代表的“普法说”。其认为在朱元璋“明刑弼教”的思想影响下,《大明律》的三级结构更好地顺应了法律普及的需求。<sup>[2]</sup>应该说,除了与基本史料相悖的“政治斗争说”,“仿古说”和“普法说”都有一定的合理性,因为《大明律》体例的变化必然是多种因素综合作用的结果,但是其中必然存在一种最迫切的必然因素。本文拟在反思“政治斗争说”的基础上,从律典编纂本身出发,探析导致《大明律》重新分篇设门的直接原因。

## 二、六部体例“政治斗争说”的反思

“政治斗争说”源于沈家本先生,他提出“明律初准于唐,自胡惟庸诛后,废中樞而政归六部。是年,更定《大明律》亦以六曹分类,遂一变古律之面目矣”。<sup>[3]</sup>这一说法认为,朱元璋的皇权在政治斗争中压倒以胡惟庸为首的相权,因此引发中央政治制度的变化,这种变化改变了传统的法典编纂体例,而是以新确立的中央官制作为《大明律》体例转型的基础。早年,这一观点在学界极具影响力,因为基本史料“似乎”也佐证了沈家本先生提出的设想。洪武六年(1373年),朱元璋诏刑部尚书刘惟谦详定《大明律》。洪武七年(1374年)二月书成,篇目一准于唐:曰卫禁、曰职制、曰户婚、曰厩库、曰擅兴、曰贼盗、曰斗讼、曰诈伪、曰杂律、曰捕亡、曰断狱、曰名例。而到了洪武二十二年(1389年),《大明律》突然一改旧貌:《名例律》被冠于篇首,下接《吏律》《户律》《礼律》《兵律》《刑律》《工律》六篇。<sup>[4]</sup>根据《明史》《明太祖实录》的记载,从洪武七年(1374年)到洪武二十二年(1389

年),十余年间并未有其他大规模的修律活动。因此,从洪武七年律的“一准于唐”到洪武二十二年律的六部体例,这期间必然存在某种诱因而导致这种变化。纵观明初历史,洪武十三年(1380年),胡惟庸等伏诛,朱元璋革除中书省而抬升六部,吏、户、礼、兵、刑、工六部从此成为中央官制的基础。<sup>[5]</sup>这一事件与《大明律》新确立的编纂体例高度吻合,使人不得不将二者联系起来。

近年来,随着对明初立法史料的重新解读,有学者对“政治斗争说”的观点提出质疑,其中以苏亦工为代表。他认为,以六部分篇的体例早在吴元年律中就已经采用,<sup>[6]</sup>并非始于洪武二十二年律。<sup>[7]</sup>所以不可能因为洪武十三年(1380年)罢中书省分设六部,而导致《大明律》体例结构发生变化。但是,从因果关系的角度来看,苏亦工的观点仍值得商榷。吴元年律采用六部体例,可能是政权初立以安定人心的一时之计,与汉高祖初入关约法三章,唐高祖入京师约法十二条,同一意也。<sup>[8]</sup>在制定七年律时,明代政权已经相对稳固,明太祖比较唐、元两代律典优劣,最后采用“一准于唐”的篇目设计。然而,这并不意味着,洪武二十二年律不能因为中央官制的变化而重回六部体例。不过,沈家本先生的政治斗争说同样也不能使人信服。

首先,与洪武二十二年律修订的原因说明不符。《明史·刑法志》明确载,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。”<sup>[4]</sup>这说明,历年条例的增损导致法官在判决案件时轻重不一,所以在洪武二十二年(1389年),刑部对《大明律》的体例重新进行调整。《大学衍义补》的记载也印证了这一点:……其后,以其比类成篇,分合无统,复为厘正,定为吏、

[1] 苏亦工:《明清律典与条例》,中国政法大学出版社2000年版,第98-109页;杨一凡:《明代立法研究》,中国社会科学出版社2013年版,第158页。

[2] 周东平,李勤通:《〈大明律〉采六部体系编纂模式原因考辨》,载《法律科学(西北政法学报)》2017年第1期,第40-49页。

[3] [清]沈家本:《历代刑法考》(附寄移文存),中华书局1985年版,第1129页。

[4] 《明史·刑法志》卷九三,中华书局1974年版,第2281页。

[5] 《明太祖实录》卷一二九。

[6] 《明太祖实录》卷二八:吴元年,命李善长等详定律令……律准唐之旧而增损之,计二百八十五条,吏律十八,户律六十三,礼律十四,兵律三十二,刑律一百五十,工律八,命有司刊布中外。

[7] 苏亦工:《明清律典与条例》,中国政法大学出版社1999年版,第105、106页。

[8] [明]丘濬:《大学衍义补》卷一〇三,京华出版社1999年版,第885页。

户、礼、兵、刑、工六类。<sup>[1]</sup>《大明律》复为厘正的原因是分合无统，证明律典本身的问题是导致其体例变化的直接原因，与中央官制的变革无关。

其次，政治变革与律令体例的关系值得怀疑。早在吴元年（1367年）时，《大明令》就同《大明律》一起制定颁行，<sup>[2]</sup>“令以教之于先，律以齐之于后”，<sup>[3]</sup>二者互为表里，共同构成明初官民行为准则的规范体系。如果《大明律》因为政治变革而调整律文体例，那么与之配套施行的《大明令》也应当随之调整。但无论是洪武七年律从六部体例改为唐律体例，还是洪武二十二年律重新改回六部体例，《大明令》的令文结构都没有发生任何变化。并且，与《大明律》相比，仿《周礼》六官<sup>[4]</sup>而成的《大明令》与中央官制的联系更为紧密，<sup>[5]</sup>但是终洪武一朝，其历经多次政治变革都未曾有所调整，这不得不让人怀疑，律令体例与政治变革之间没有必然联系。

最后，六部体例的成型时间未必是洪武二十二年（1389年）。目前，学界普遍陷入一个误区，即认为洪武二十二年才是六部体例转型的关键年份。<sup>[6]</sup>但事实上，《明史·刑法志》只是记载了洪武七年律篇目“一准于唐”，洪武二十二年律为六部体例，并没有详细记载这一转型的准确时间。换言之，如果六部体例成型时间早于洪武十三年（1380年），那么就可以

证明《大明律》的体例变化与胡惟庸被诛一案没有任何联系，“政治斗争说”也会不攻自破。这一部分将在下文——六部体例成型时间考中详加论述。

### 三、六部体例成型时间考

洪武年间屡次颁行的《大明律》，因年代久远，洪武元年律和洪武七年律已失传，现见的《大明律》版本，除终明一代所通行的洪武三十年律，尚有《律解辩疑》和《大明律直解》所载的明律。由于二者所载皆以六部分篇，因此，研究其所载明律，对于确定六部体例的成型时间至关重要。

#### （一）《律解辩疑》所载明律是否为洪武十八、九年律

《律解辩疑》是明初何广所撰的一本律学著作，被视为明代律学的开山之作。<sup>[7]</sup>由于书首有洪武丙寅（十九年）春正月松江何广自序，书尾有洪武丙寅春二月上瀚四明却敬后序，所以一般称其所载明律为洪武十八、九年律。然而，因其《吏律·公式》“照刷文卷条”律注中出现“太祖高皇帝”<sup>[8]</sup>字样，这一称谓不可能出现在洪武年间，所以学界一直对其是否行用十八九年律存在质疑。<sup>[9]</sup>可以肯定的是，现存《律解辩疑》并非洪武年间的原刻本，但这并不能证明其所载明律不是洪武十八、九年律。<sup>[10]</sup>由于《律

[1] [明]丘濬：《大学衍义补》卷一〇三，京华出版社1999年版，第885页。

[2] 《明史·刑法志》卷九三：明太祖平武昌，即议律令。……（吴元年）十二月，书成，凡为令一百四十五条，律二百八十五条。第2280页。

[3] [清]孙承泽：《春明梦余录·大明律令》卷四四，江苏广陵古籍刻印社1990年版，第172页。

[4] 《明太祖实录》卷二九：定六部官制之前，朱元璋曾诏曰：“成周之时，治掌于冢宰，教掌于司徒，礼掌于宗伯，政掌于司马，刑掌于司寇，工掌于司空，故天子总六官，六官总百执事，大小相维，各有攸属，是以事简而政不紊。”从朱元璋的推崇可以看出，六部官制与《周礼》中所载六官有密切关系。

[5] [明]张卤校刊：《皇明制书·御制大明律序》卷一三：朕有天下，仿古为治，明礼以导民，颁刊著为令，行之已久。（台北）成文出版社1969年版，第1607页。

[6] 如杨大春、朱勇等学者直接默认二十二年律是六部体例成型的时间。杨大春：《从部门法学到领域法学——〈大明律〉转型的历史启示》，载《辽宁大学学报（哲学社会科学版）》2019年第47卷第1期，第125页；朱勇：《论中国古代的“六事法”体系》，载《中国法学》2019年第1期，第29页。

[7] 何勤华：《明代律学的开山之作——何广撰〈律解辩疑〉简介》，载《法学评论》2000年第5期，第137页。

[8] 《律解辩疑》载：……太祖高皇帝龙飞淮甸，肇造区夏，特命刑部尚书刘惟谦，取诸律之协于中者，目条据以闻。宸翰亲为裁正，颁布天下，为万世法。国家图书馆影印版，善本书号：CBM1194。

[9] 如张伯元考证《律解辩疑》所引律文后，认为所谓的十八九年行用律实际上是三十年律。载张伯元：《〈律解辩疑〉版刻考》，载《上海师范大学学报（哲学社会科学版）》2008年第5期，第66-71页。

[10] “太祖高皇帝”的称谓说明现存《律解辩疑》不可能是洪武年间的原刻本，但这并不意味着其所载明律不是洪武十八九年律，因为原刻本可能已经佚失，现存版本为后世重编本。黄彰健也对此表达了相同的看法，其认为《律解辩疑》原版仍为洪武年间所写，只不过现存版本为建文朝或永乐朝的印本。

解辩疑》在明代律注实践中影响较大,后世所作的律学作品对此多有引用。有学者通过对比《大明律解附例》(正德年撰)和《读律管见》(嘉靖年撰)所引内容,发现引文与现存《律解辩疑》有的可以对应,有的无法对应,推测其原刻本在嘉靖隆庆年间尚且存在。而之后出现的万历王藻刻本《大明律例》以及《大明律集解附例》,所引释义与今《律解辩疑》基本相同,从而认为现存的《律解辩疑》为嘉隆之后,万历之初的重刻本。<sup>[1]</sup>这一结论还是比较中肯的。因为根据嘉庆《松江府志》载:“何广字公远,华亭人。后徙上海,以明经为江西令,擢御史,累迁陕西按察副使……所著有《律解辩疑》行世。”<sup>[2]</sup>这证明何广确于洪武年间作《律解辩疑》一书。《明史·艺文志》关于“何广《律解辩疑》三十卷”的记载也印证了这一点。<sup>[3]</sup>以上史料解释了洪武年间何广所撰《律解辩疑》的真实性。那么,现在的问题是,其所依据的明律是否是洪武十八、九年律呢?这一点要从其注释的律文本身出发。

《律解辩疑·刑律·犯奸》“亲属相奸条”<sup>[4]</sup>:

凡奸同宗无服之亲及无服亲之妻者,各杖一百。若奸义女者,加一等。兄弟子妻者,各绞。若奸父祖妾、伯叔母姑、姊妹、子孙之妇、兄弟之女者,各斩。

《大明律·刑律·犯奸》“亲属相奸条”<sup>[5]</sup>:

凡奸同宗无服之亲及无服亲之妻者,各杖一百。若奸缌麻以上亲及缌麻以上亲之妻,谓内外有服之亲。若妻前夫之女及同母异父之姊妹者,各杖一百,徒三年;强者,斩。若奸从祖祖母姑、从祖伯叔母姑、从父姊妹、母之姊妹及兄弟妻、兄弟子妻者,各绞;强者,斩。若奸父祖妾、伯叔母、姑、

姊妹、子孙之妇、兄弟之女者,各斩。妾,各减一等;强者,绞。谓强奸亲属妾者该绞。

二者比较便可发现,《律解辩疑》所载明律与洪武三十年律相比更为简略,但是多了一条“若奸义女者,加一等”的规定。而恰好在洪武十七年(1384年),刑部尚书王惠迪曾建议朱元璋增设这一规定:“凡民间乞养义女,虽非己生,然皆自幼抚养同居而食,已有尊卑之分,若帷薄不修,有伤风化,宜比同宗无服之亲律加一等,杖六十,徒一年,其女归宗,请著为令。”朱元璋遵从了这一提议。<sup>[6]</sup>但此后的洪武二十二年律和洪武三十年律中都未曾出现这一处罚情形。因此,唯一的解释就是“奸义女条”只是短暂出现于一部律典中,这部律典很可能只存在于洪武十七年(1384年)到洪武二十二年(1389年)之间,而《律解辩疑》所载明律反映的正是这部律典。如果这一推断成立,那么《大明律》六部体例的成型时间将提前至洪武十八年(1385年)到洪武十九年(1386年)。

## (二)《大明律直解》所载明律是否为洪武二十二年律

公元1380年(洪武十三年),高丽典法司向禡王进谏,建议将元朝的《议刑易览》和明朝的《大明律》与高丽律法进行比较,而后改定加以施行。<sup>[7]</sup>这表明早在洪武十三年之前,《大明律》已经流传入当时的高丽。而在李氏朝鲜灭亡高丽后,据《朝鲜经国典》载,太祖宣布全盘移植《大明律》,不久后,鉴于两国差异,朝鲜人便开始了翻译《大明律》的工作。经过四年努力,太祖四年(1395年),《大明律直解》刊行。<sup>[8]</sup>目前,学界根据其翻译时间和体例结构,推断《大明律直解》所载明律为洪武二十二年律。<sup>[9]</sup>

[1] 张伯元:《〈律解辩疑〉版刻考》,载《上海师范大学学报(哲学社会科学版)》2008年第5期,第69、70页。

[2] 嘉庆《松江府志》卷五十一,转引自黄彰健:《律解辩疑、大明律直解及明律集解附例三书所载明律之比较研究》,载黄彰健:《明清史料研究丛稿》,台湾商务印书馆1977年版,第210页。

[3] 《明史·艺文志》卷九十七,中华书局1974年版,第2399页。

[4] [明]何广:《律解辩疑》,载杨一凡:《中国珍稀法律典籍集成:洪武法律典籍》第1册乙编,科学出版社1994年版,第377页。

[5] 怀效锋点校:《大明律》,法律出版社1999年版,第198页。

[6] 《明太祖实录》卷一六九。

[7] 《高丽史·刑法志》卷三八,载《朝鲜史料汇编》(十),全国图书馆文献微缩复制中心。

[8] [朝鲜]郑道传:《三峰集》卷八《朝鲜经国典·总序》:“今我陛下仁覆如天……又虑愚民无知触禁,爰命攸司将大明律译以方言,使众易晓。”第437页,转引自张春海:《“一遵华制”语境下的〈大明律〉——论朝鲜太宗时期〈大明律〉的适用》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2015年第4期,第129页。

[9] [明]何广:《律解辩疑》,载杨一凡:《中国珍稀法律典籍集成:洪武法律典籍》第1册乙编,科学出版社1994年版,第408页;文亨镇:《〈大明律〉传入朝鲜考》,载《中央民族大学学报(哲学社会科学版)》2000年第5期,第37页。



但是,韩国学者张景俊对此表达了不同的看法。他认为《大明律直解》可以分为六个版本,<sup>[1]</sup>其中世宗版所参照的《大明律》可以追溯至洪武七年(1374年)或洪武九年(1376年)。<sup>[2]</sup>以《大明律直解·礼律·仪制》“朝见留难条”<sup>[3]</sup>为例:

凡侍仪官,应将朝见官员人等,托故留难阻当,不即引见者,斩。大臣知而不问,与同罪。不知者不坐。

而《大明律·礼律·仪制》“朝见留难条”<sup>[4]</sup>:

凡仪礼司官,将应朝见官员人等,托故留难阻当,不即引见者,斩。大臣知而不问,与同罪。不知者不坐。

二者对比便可清楚地看到,除“应将”与“将应”词序颠倒外,一个明显的变化是——犯罪主体由“侍仪官”改为“仪礼司官”。而根据《大明会典》记载:“国初置侍仪司,为六品衙门……洪武九年改为殿庭仪礼司。”<sup>[5]</sup>因此,张景俊推测世宗版《大明律直解》所依照的蓝本为洪武七年律或洪武九年律。可以肯定的是,该蓝本不可能是洪武七年律。因为《明史》和《明太祖实录》中清楚地记载洪武七年律为唐律十二篇体例。<sup>[6]</sup>但是,如果将其认定为洪武九年律,也存在一定问题。根据《明太祖实录》所载,洪武九年四月将侍仪司改为殿庭仪礼司,但洪武九年十月朱元璋才诏胡惟庸、汪广洋等修订律条。<sup>[7]</sup>如果世宗版《大明律直解》的蓝本是洪武九年律,那么胡惟庸等人没有理由采用旧的官名,唯一的解释就是,洪武七年(1374年)到洪武九年(1376年)之间,还有一次史书上并未记载的修律活动,世宗

版《大明律直解》反映的正是这一版《大明律》。

### (三) 六部体例成型于洪武七年至九年之考辨

通过对《大明律直解》的版本考证可以得知:洪武七年(1374年)与洪武九年(1376年)之间,可能存在一次大规模的修律活动,这次修律改变了洪武七年律“一准于唐”的篇章体例,而是代之以名例律为首的六部体例(为行文方便,并与洪武七年律和洪武九年律相区分,以下称之为洪武八年律)。《明太祖实录》对洪武八年律的记载只有寥寥几语:(洪武九年)十月,上览大明律,谓中书左丞相胡惟庸、御史大夫汪广洋等曰:“……今观律条犹有议拟未当者,卿等可详议更定,务合中正,仍具存革者以闻。”于是,惟庸、广洋等复详加考订,厘正者凡十有三条,余如故,凡四百四十六条。<sup>[8]</sup>这一记载本是学界认定洪武九年律的依据,但令人费解的是,洪武七年律明确载有六百零六条,<sup>[9]</sup>因此洪武九年律不可能在仅仅厘正十三条之后突然变成四百四十六条。并且,《明太祖实录》在此处对“厘正十三条”的说明也语焉不详:到底是厘正前已有四百四十六条,厘正后变为四百五十九条?还是在厘正十三条后共计四百四十六条?黄彰健倾向于前者。他认为十八九年行用的明律为四百六十条,其中的“朝参牙牌条”系洪武十六年(1383年)九月新增,<sup>[10]</sup>故洪武九年律正好是四百五十九条。<sup>[11]</sup>但是,通过对这一时期立法史料的进一步挖掘,发现黄彰

[1] 据张景俊介绍,这六个版本分别为:世宗版、公州版、光州版、晋州版、乐安版和平壤版,这六个版本的律文都采用六部体例。

[2] [韩]张景俊:《试论洪武律与〈大明律直解〉〈大明律讲解〉〈律解辩疑〉律文的关系》,钱念纯译,《域外汉籍研究集刊》(第16辑)2017年版,第322、323页。

[3] [明]何广:《律解辩疑》,载杨一凡:《中国珍稀法律典籍集成:洪武法律典籍》第1册乙编,科学出版社1994年版,第508页。

[4] 怀效锋点校:《大明律》,法律出版社1999年版,第92页。

[5] [明]申时行等:《明会典》卷二一九,中华书局1989年版,第1087页。

[6] 《明太祖实录》卷八六:(洪武六年)十一月,诏刑部尚书刘惟谦详定大明律……篇目皆准于唐……其篇目曰名例、曰卫禁、曰职制、曰户婚、曰厩库、曰擅兴、曰盗贼、曰斗讼、曰诈伪、曰杂律、曰捕亡、曰断狱。

[7] 《明太祖实录》卷一〇五、卷一一〇。

[8] 《明太祖实录》卷一一〇。

[9] 《明史·刑法志》卷九三:(洪武七年律)采用旧律二百八十八条,续律百二十八条,旧令改律三十六条,因事制律三十一条,掇唐律以补遗百二十三条,合六百有六条。中华书局1974年版,第2281页。

[10] 《明太祖实录》卷一五六:九月癸卯,磨勘司奏增朝参牙牌律,诏从之。

[11] 黄彰健:《明清史料研究丛稿》,台湾商务印书馆1977年版,第238页。

健的推断也存在问题。因为从洪武九年(1376年)到洪武十九年(1386年),除了洪武十六年(1383年)新增的“朝参牙牌条”外,还有洪武十五年(1382年)三月颁布的军法定律二十九条<sup>[1]</sup>和洪武十六年(1383年)三月所定的诈伪律条。<sup>[2]</sup>因此,洪武九年律应当是厘正后共计四百四十六条。而从洪武七年律的六百零六条到洪武九年律的四百四十六条,《大明律》在短短两年内删减了一百六十条,约占原律文总数的三成。柏桦认为这一时期的律文条数与四百六十条接近,推断洪武九年(1376年)前已经采用六部体例。<sup>[3]</sup>本文同意这一结论,认为洪武八年律确为六部体例。但在没有其他史料佐证的情况下,柏桦的推测显得过于武断。因此,考虑到洪武七年律条文并没有留存下来,但其篇目“一准于唐”,所以,对比《唐律疏议》与《大明律》的条文变化,对于确定洪武八年律是否存在,以及其体例转型的原因至关重要。

#### 四、六部体例成型原因考

##### (一) 杂然无统——明人对唐律篇目的评价

历代以来,比较唐明两代律典优劣的著作不胜枚举,著名者莫过于薛允升所作的《唐明律合编》。依薛氏之见,明律改唐律为非,所增为无谓,所减为无理,致使律典顾此失彼,轻重失衡,殊不可解。<sup>[4]</sup>但若果真如薛氏所论,唐律尽善尽美,明初的立法者又何必舍近求远,终洪武一朝而制定律典呢?<sup>[5]</sup>事实上,由于清承明制,薛允升对明律得失的评判,是一种借古鉴今的方式,直言明律,却意在言清。因此,有必要以明人之视角,

纠清代刑官议论之偏,从而更好地观察明律体例变化的时代背景。

在明代的律注文献中,张楷的《律条疏议》是一部内容严谨、影响深远的著作。只是由于其原刻本于今日不易得见,所以法史学界尚未对该书予以充分的认识。杨一凡在《中国律学文献》中收录了该作,为嘉靖二十三年黄严符验重刊本。全文共计三十卷,分别对应《大明律》的三十个门类。纵览诸篇,张楷通过与唐律的权衡比较,概述了明律篇目调整的具体原因,其写法颇似《晋书·刑法志》中对魏律篇目的说明,展现了明代修律之气象。该作卷首称:

疏议曰:夏刑三千条,周礼五刑之属二千五百,魏文侯师李悝,造法经六篇,汉更加户、兴、厠三篇,谓之九章。魏因汉律为十八篇。晋命贾充等增损汉魏律为二十篇,六百三十条。宋齐梁后魏篇数不改,比齐定为十二篇。后周武帝又增至二十五篇,至隋开皇复为十二篇。唐命长孙无忌等因隋旧为议疏十二篇,共五百条。宋神宗修律令格式,自名例至断狱十二篇皆为敕,是仍唐旧也。

国超宪天敷治,五刑一本唐律,然以其比类未周,分合无统,如户婚律,妻无七出义绝离之,本同一义而分作二条,袒免以上之亲有本宗外姻之异而混为一律,盗贼既收乎人命,职制并取乎赃赍,至于杂律所收举宜定类,奸从奸律,债立债条,坐赃宜入赃论,铸钱必归钱属,而乃概入杂律,溃乱纷纭,条虽五百而合并者多,篇虽十二而宜分者众,今皆厘而正之,定为吏户礼兵刑工六类,而以其篇分隶之。析职制为二条,是为吏律,增户婚为六事,爰入户刑,采唐律诸条

[1] 《明太祖实录》卷一四三: (洪武十五年) 三月乙丑, 颁布军法定律……凡二十九条皆参酌律意颁行遵守。

[2] 《明史·刑法志》卷九三: 十六年, 命尚书开济定诈伪律条。中华书局 1974 年版, 第 2281 页。

[3] 柏桦, 卢红妍: 《洪武年间〈大明律〉编纂与适用》, 载《现代法学》2012 年第 2 期, 第 14 页。

[4] 如薛允升在“嘱托公事条”中所论: “明律将以财行求列于犯赃门, 其余各条均入此条, 已属参差, 而此律内又载, 有受赃者, 并计赃以枉法论之语, 是明言官吏受财矣, 何以不入彼门耶? 殊不可解!” [清] 薛允升: 《唐明律合编》, 中国书店出版社 2010 年版, 第 268 页。

[5] 虽然学界普遍认为唐律得古今之平, 其修订技术代表了传统中国律典的巅峰。但也同时注意到, 由于时代的局限性, 其篇目设置存在一定问题。王立民认为, “在篇目中, 唐律过分拘泥于自《法经》以来的定制, 仍把杂律列为一篇。实际上, 其中的许多律条归入其他篇目更妥。例如, ‘坐赃致罪’ 条可并入盗贼律, ‘库藏仓燃火’ 条可划入厠库律, ‘违令’ 条可纳入名例律, 诸如此类还有一些。这样可使其他篇目中的内容更为完整, 律条之间也更协调”。王立民: 《唐律新探》第五版, 北京大学出版社 2016 年版, 第 103 页。

为祭祀、仪制而属礼，取禁卫、厩牧加军政、关驿而为兵，刑之属十一，唐律仅有其三，工之目二条，唐律皆收杂犯，正其条理，削其繁芜，划矩为圆，琢雕成璞，此皆我太祖高皇帝志惩三辟，心慕八刑，虑罚弗协于时中，恐民无措手足，于是详加删定，断自宸衷，立万世之准绳，为百王之宪度也。<sup>[1]</sup>

在张楷看来，明律在正刑定罪的实质层面“一本唐律”，但在体例结构上推陈出新。其批评唐律“条虽五百而合并者多，篇虽十二而宜分者众”，这主要体现在立法的分类标准上。一是律文内部分类粗疏，如其所指户婚律中，妻无七出义绝离之，本属同一义却分作两条，袒免以上亲有本宗和外姻之分，却混为一律。二是律典篇目混乱纷纭，如盗贼篇中包含人命，职制律中纳入赃贿，至于杂律中所收举的律文，大多也可以厘而正之，另行分类。概言之，唐律存在的问题是“比类未周，分合无统”。

（二）析分整合——以明律新增篇目为中心的考察

从张楷的评价可以看出，明律体例变动的直接原因，在于唐律篇目设置的缺陷。较唐律而言，明律三十门中，除名例、职制、盗贼、诈伪、捕亡、断狱为既有篇目，其余各门均进行了较大规模的变动，甚至出现了公式、课程、钱债、仪制、军政、人命、骂詈、犯奸、营造、河防十个新增门类，为历代律典所不载。<sup>[2]</sup>从唐律十二篇的二级结构，到明律七篇三十门的三级结构，立法者通过“正其条理，削其繁芜”的方法，将唐律原有的五百条重新改定、分类，“去其不合今制”而删改，“审其未备”而加增，最终确立了《大明律》的六部体例。在对既有篇目进行取舍增减的过程中，势必涉及对其所统律文的析分整合。因此，以新增门类为分析对象，能够更好地观察唐明律之间的结构差异，进而探寻导致这种差异的原因。

表 1 《律条疏议》所议新增门类

|      |      |    |  |
|------|------|----|--|
| 新增门类 | 吏律公式 | 原因 | 国朝取唐律职制中所载可为公共体式者，著为此律   |
|      |      | 改  | 改漏泄大事为漏泄军情大事，直时判署为同僚代署，文案受事毕不返为出使不复命，公事应行稽留为官文书稽程  |
|      |      | 合并 | 上书奏事犯讳及上书奏事误二事为一，稽缓制书、制书施行违者、受制妄误三事为一  |
|      |      | 并入 | 取杂律内弃毁官文书、官物、失簿书二事合为一条，并入此律  |
|      |      | 增  | 讲读律令、照刷文卷、磨勘卷宗、封掌印信等条  |
|      | 户律课程 | 原因 | 课程，本户律事，历代皆无其名，律莫备于唐，稽之户婚，止有应输课税物违期，间出课字又不明言课程。国朝鉴前代之缺，以盐课之利贪窃者多，故设为一切之制，他如茶硯商税之利皆不可以无禁，前律皆不备载，故特表其事，总名曰课程 |
|      |      | 原因 | 钱债，汉晋以降，其制不可考，隋开皇属杂律，唐因之。国朝系之户律而特立其号令  |
|      |      | 合并 | 并违契不偿、强牵掣畜产二事，而加以监临放债及豪强准折人妻女等制，合为一条。并得宿藏、阍遗二条为一   |
|      | 户律钱债 | 旧律 | 惟费用受寄则因旧   |
|      |      | 原因 | 汉法九章不载其目，晋增为十一篇，有曰违制，萧梁北齐皆曰违制，而仪制之名不立，后周二十一篇，虽有朝会居四其制亦不可考，唐因于隋，其目不备，而仪制之事往往散见诸篇。国朝始立仪制，分隶礼律，其事多出于唐         |
|      |      | 旧律 | 合和御药、乘舆服御物玄象器物、匿父母丧、见任官辄立碑则取诸职制，父母死言余丧则取诸诈伪，服舍违式则取诸杂律  |
|      | 礼律仪制 | 增  | 朝见留难、禁止迎送、上书陈言、失占天象、乡饮酒礼   |
|      |      | 原因 | 汉萧何创兴律，事系军戎，曹魏以擅事附之，谓之擅兴，晋复去擅为兴律，宋复为擅兴律，北齐因之，后周为兴擅律，隋开皇复为擅兴，唐因于隋不改。国朝以军事至重，而与丁夫杂匠总隶失轻重之伦，特立军政条目，系于宫禁之下     |
|      | 兵律军政 | 改  | 改唐擅发兵为擅调官军、调发供给军事、为边境申索军需、征人冒名相代为军人代役  |
|      |      | 合并 | 并主将不固守、主将临阵先退为一，征人稽留、征人巧诈避役为一  |
|      |      | 删  | 去其不合制者，如不给兵符、拣点卫士征人、检阅违期、镇城有犯诸条  |
|      |      | 增  | 又审其未备，增立申报军务、飞报军情、失误军事、激变良民等条  |
|      |      |    |  |

[1] [明]张楷：《律条疏议》卷首，载杨一凡：《中国律学文献》（第一辑第二册），第63-65页。

[2] 据张晋藩考证，明律中“户役”“田宅”“婚姻”从唐“户婚律”中分出，“市厘”“关津”篇目北周已有，“祭享”篇名当合并北周“祀享”和元“祭令”而定，“杂役”当依元，北周亦有之，“宫卫”略同于晋、北周之“卫宫”，“厩牧”“仓库”系析“厩库”为二，晋、北齐、北周等律均有“厩牧律”，梁律和“大业律”都有“仓库”一篇，“受赃”略同于魏、晋的“请贼律”，“邮驿”略同于魏“邮驿令”，“斗殴”“诉讼”当是分“斗讼”为二。张晋藩：《中国刑法史稿》，中国政法大学出版社1991年版，第334页。

续表

|      |          |    |   |
|------|----------|----|---|
| 新增门类 | 人命       | 原因 | 人命,李惶法经不载,汉高祖约法三章,有曰:杀人者死,曹魏有怨毒杀人之令,皆人命法也,晋宋及梁并无其目,后魏杀人者,听与死家口具以平之。北齐杀人者首从皆斩,亦人命法也。隋唐与盗贼混系……国朝以人命至重,特立其目,系于盗贼之后 |
|      |          | 旧律 | 谋杀府主等官、谋杀期亲尊长、奴婢杀主、谋杀故夫父母、谋杀人、祖父母、父母为人(杀)、杀一家三人、造畜蛊毒八条  |
|      |          | 合并 | 并斗殴律戏杀、误杀、过失杀三条为一,附载此类,及并毒药杀人、爱憎造厌魅为一,系于造蛊毒条内   |
|      |          | 增  | 又审其未备,增立采生拆割人、杀死奸夫、弓箭杀伤人诸条  |
|      | 刑律<br>骂詈 | 原因 | 骂詈,自秦汉晋隋皆无其目,唐斗讼律有妻妾殴骂夫,殴骂祖父母、父母,妻妾殴骂夫父母,妻妾殴骂故夫父母,殴骂夫期亲尊长,部曲奴婢骂旧主六条,然皆与殴并称,未免混杂无统                               |
|      |          | 旧律 | 国朝分斗詈为二目,取其情属骂詈而混处,斗讼间者,悉分制之  |
|      |          | 增  | 又审其未备,增立骂人、詈制使及本管长官、佐吏统属骂长官三条   |
|      | 刑律<br>犯奸 | 原因 | 犯奸,秦汉魏晋皆无其目,唐律颇著,如奸徒一年半,奸媳麻亲及妻、奸从祖母姑、奸父祖妾、奴奸良人、和奸无妇女罪、监主于监守内奸七条皆杂然无统,大抵奸为败伦伤化之事,宜特立禁条,使人知所警惕,难混于杂律              |
|      |          | 改  | 取唐律之轻重失当者,如诸奸徒一年半、奴奸良人徒二年半之类则失之重,奸强者止加和好一等,奸从祖母、姑止坐流刑,则失之轻,今皆厘而正,诸凡强奸与和好从祖母、姑并绞,凡奸者杖八十,奴奸良人者止加一等,然后轻重适伦         |
|      |          | 增  | 又审其未备,增立纵容妻妾犯奸、诬执翁奸、居丧及僧道犯奸等条   |
|      | 工律<br>营造 | 原因 | 营造,自秦以前无其目,汉有擅兴,造作之事附焉,历魏晋梁北齐皆属擅兴,后周始名兴缮,隋开皇复为擅兴,唐因之。国朝分吏户礼兵刑工六类,特立营造之目系之工律                                     |
|      |          | 改  | 取唐擅兴律兴造言上、非法兴造、工作不如法、功力采取不任用四条,损益其制,易为擅造作、造作不如法、虚实功力采取不堪用、织造违禁龙凤文段匹   |
|      |          | 增  | 又审其未备,增立冒破物料、带造段匹、修理仓库、有司官吏不住公廨四条   |
|      | 工律<br>河防 | 原因 | 河防,自秦汉魏晋皆无其目,唐承隋制,亦不具载,稽之唐律,可见者惟侵占阡陌、失时不修堤防、盗决河防三条,属之杂律。  |
|      |          | 旧律 | 其盗决河防、失时不修堤防二条则仍唐旧  |
|      |          | 改  | 改侵占阡陌为侵占街道  |
|      |          | 增  | 取唐不修堤防内应造桥梁船筏不造之义,别立修理桥梁道路一条  |

据《律条疏议》所载,明律产生新增门类的原因为大致有三:一是现实性。如户律课程,“国朝鉴前代之缺,以盐课之利贪窃者多,故设为一切之制”。设置“课程”的原因在于明代盐课犯罪严重,应当特立专项予以规制。二是系统性。六部框架既定,需要各门类统领所属律文,以填充其目。如工律营造,“国朝分吏户礼兵刑工六类,特立营造之目系之工律”。三是类型化。由于唐律事类混杂,罪名无统,明律对其重新进行分类、归纳,如刑律骂詈,前朝斗讼篇中骂詈皆与殴并称,未免混杂无统,“国朝分斗詈为二目,取其情属骂詈而混处,斗讼间者,悉分制之”。<sup>[1]</sup>

### （三）“常经之法”——《大明律》在治国理政中的定位

由于上述原因,既有的十二篇唐律体系无法纳入《大明律》的新增门类,<sup>[2]</sup>为了使整个律典纲举目张,层次分明,明初的修律者势必要重构律典体例。那么,究竟采用何种体例,才能既解决唐律篇目的缺陷,又一劳永逸地应对随时产生的新问题呢?这一点可以从朱元璋对《大明律》的认识出发。

“常经”“常宪”一词通常被朱元璋用来指代《大明律》,如其所称:“法令者,防民之具、辅治之术耳,有经有权。律者,常经也,条例者,一时之权宜也。”<sup>[3]</sup>他认为,制定一部统一的刑律十分重要,

应当让它在国家法律体系中居于主导地位,成为治理国家经久不变的根本大法。如此,既可以革除官吏“任意执法、因缘为奸”的弊病,也可以令子孙“世代守之”,保障国家的长治久安。事实上,为了制定一部“当适时宜”“可迨于后世”的律典,朱元璋付出了巨大的心血。吴元年(1367年),朱元璋尚未即位时,便“命李善长等详定律令”,并且“每御西楼,召诸议律官及儒臣,皆赐坐讲论,以求至当。”对于众臣一味遵从自己的意见还提出了批评:“吾适观群臣所定律令,有未安者,吾特以一己意见决之,而众辄以为然,鲜有执论。盖刑法重事也,苟失其中则人无所措手足,何以垂法后世?”<sup>[4]</sup>

[1] 张田田:《大清律例律目研究》,法律出版社2017年版,第72、73页。

[2] 一般而言,由于杂律有拾遗补阙的功能,所以立法者通常将新出现的法律问题纳入其中。但明朝的做法恰恰相反,在《大明律》新增的十个门类中,有七个来源于对杂律的析分整合。因此,不可能在析分杂律后,将析分整合的律文再次纳入其中,这也就解释了明律杂犯的律文条数为什么远低于唐律。参见钟子龙:《大明律体例变化原因辩证》,载《南大法学》2020年第3期。

[3] 《明太祖实录》卷二二六。

[4] 《明太祖实录》卷二八。



经过几个月的斟酌损益，最终以新的体例编成《大明律》。此后，由于李善长等人仍坚持“宜遵唐旧”的主张，洪武七年律在编纂体例上完全“一准于唐”，照搬了唐律的十二篇结构。毋庸置疑，这在立法体例上较洪武元年律是一种倒退。针对这一情况，朱元璋不甚满意，因而再次强调：“国家立法贵得中道，然后可以服人心而传后世。”<sup>[1]</sup>在洪武九年（1376年）诏胡惟庸等人详加考订，恢复了洪武元年律的编纂体例。

不难发现，虽然《大明律》的体例经过多次调整，但是朱元璋对其在治国理政中的定位始终不变，那就是“常经之法”。制定律典的目的，不仅仅是为当时的司法实践服务，更重要的是传之后世，成为子孙世代遵从、万年不易的宪典。但与此同时，朱元璋也认识到法律变更的必然性，他在一次殿试会试举人时制策曰：“昔列圣之驭宇也，其立纲陈纪皆精思远虑，至当无疵，著为典章，垂法万世，夫何历代创业之君于革命之际必有损益，果前代立法有未善欤？”<sup>[2]</sup>在他看来，虽然前代立法者殚精竭虑，已经制定了“至善至当”的律典，但是历代创业之君都必然有所损益。这并不是因为前代立法未臻至善，而是随着时代的变迁，社会情势有所变化，需要对原有的法律进行修改和补充，以适应新的形势发展的需要。在这种变与不变之间，如何既保持律典的稳定性，又适时纳入明初新产生的社会问题，是朱元璋制定《大明律》时所需要进行的主要考量。

#### （四）以类附篇——《大明律》对传统律典编纂方式的改造

毫无疑问，以吏户礼兵刑工六部作为新的纲目，是对律典结构进行重构时的必然选择。明代以前，立法者通常采用以事分篇的方式，如《法经》中“盗贼律”的设置：“（李悝）以为王者之政，莫急于盗贼，故其律始于盗贼。”<sup>[3]</sup>就其本质而言，这是一种归纳的方式。即先预设国家治理中所可能发生的社会问题，然后将相似问题归为一类，求同存异，根据此类问题共同的属性而分设篇目。这种编纂方式导致各篇之间只能以简单的方式进行排列，并没有形成真正意义上的逻辑关联。例如擅兴律与贼盗律，前者是军戎营造之法，后者却有关人身财产犯罪。尽管《唐律疏议》解释：（贼盗律）前禁擅发兵马，此需防止贼盗，故次擅兴之下。<sup>[4]</sup>但很难在逻辑上说明二者为何先后排列。并且，以事

分篇也必然产生罪名与篇目松散化的问题。由于以往的篇目不可能包含所有的社会问题，当一部律典需要制定新的罪名以应对社会变化时，往往不知道该将新的罪名纳入何篇。这也解释了明人批评唐律“杂然无统”，明律出现新增门类却无处归附的原因。

《大明律》改变了“以事分篇”的立法传统，而是采用“以类附篇”的方式，先拟定与国家六部职权高度重合的篇目，再将相关规则移入其中并分设门类。与唐律采用归纳的方式相反，“以类附篇”的做法包含了演绎的成分。正是由于律典编纂方式的变化，不仅为查律者提供了便利，更重要的是，一旦产生新的社会问题，只要属于国家机构的职权范围，就必然能够纳入律典的既有框架，从而将社会问题转化为受到《大明律》调整的法律问题。如此，既可解决唐律篇目的设置缺陷，又能时刻在小范围内对律典进行修订，在保持其稳定性的同时，尚且兼顾法律的变动性，为朱元璋制定一部“可适于后世”的“常经”之法提供了可能。

## 五、结语

张晋藩认为：“一部法典所采取的体例……是立法技术问题，是特定时代立法者的选择，这种选择受到法律调整的需要和时代的制约。”<sup>[5]</sup>从洪武年间修订《大明律》的情况来看，明初的立法者在充分吸取前代立法经验的基础上，适时作出了体例上的创新。它既不是迎合政治变革的妥协，也不是效仿前代律典的产物，而是在“当适时宜”的立法思想的影响下，由于律典编纂方式的变化而出现的必然结果。从归纳之法到演绎之法，《大明律》在创设的过程中克服了“宜遵唐旧”“是古非今”的思想，实现了律典的逻辑自洽与统合包容，从而构建起明清两代基本律典的体系与框架。

[1] 《明太祖实录》卷一一〇。

[2] 《明太祖实录》卷三三二。

[3] [唐]房玄龄等：《晋书》第3册，中华书局1974年版，第922页。

[4] [唐]长孙无忌等：《唐律疏议》，中华书局1983年版，第321页。

[5] 张晋藩：《中国法律的传统与近代转型》第四版，法律出版社2019年版，第71页。