

· 立法技术 ·

唐“不应得为”条逻辑与量刑研究*

陆 媿**

摘 要:“不应得为”条为唐“概括性禁律”之一,当“理不可为”且“律令无文”时适用“不应得为”条,以补律之不足。从“不应得为”立法例可见,“不应得为”无论从外在结构或是内在实质之“理”皆为其基础条款的延伸,其量刑轻重之分界亦是以基础条款为内在衡量标准。“不应得为”条的立法目的即是对基础条款延展性的保护。

关键词:《唐律疏议》;“不应得为”;事理;域化范畴;儒家治道

目 次

- 一、唐“不应得为”条总条释义
- 二、“不应得为”条的外在逻辑结构
 - (一)对基础条款罪行补充
 - (二)对基础条款罪行的变化(非条件不符型)
- 三、“不应得为”条的内在逻辑关联
- 四、“不应得为”条的量刑规则
 - (一)以基础条款的确定量刑而分
 - (二)以基础条款的浮动量刑而分
 - (三)以身份高低为标准而分
- 五、总结

*本文为教育部人文社科研究项目“清代‘不应得为’律及其适用研究”(15YJC820038)的阶段性成果。

**陆媿,南京工业大学副教授,法学博士。

唐律以“律”为核心“正罪定刑”，辅之以“令、格、式”，协同管理司法乃至国家社会秩序的运作。“律”有明文规定时，则依“律”定罪；若“法无明文规定之时”，或“举重明轻”，或他文“比附”，以定刑名。但毕竟“杂犯轻罪，触类弘多，金科玉条，包罗难尽”，律令无文却又不可“轻重相明”，无文可比附时，对于“理不可为”之行为，则应“量情为罪”，以补阙律文之不足，揽获“违理”之罪行——这就是美国学者所称的“概括性禁律”之一，^①唐代“不应得为”条。“不应得为”条自启于唐而延续至清，虽条文在叙述上有所变化，但其核心即“理不可为”以及量刑却终清未变。因此，在唐代的“不应得为”条的研究中，究竟何为“理”（事理）？何为“事理重”，何又为“情轻”，其量刑分界标准是什么？即为关切点所在。然而就“不应得为”的立法方式来看，其出现绝非孤立，而是与相关正条文间存在着千丝万缕的关联，因此从两者关联中寻找“理”与量刑标准则更为适宜。

一、唐“不应得为”条总条释义

《唐律疏议》中“不应得为”罪的律文共 29 条 42 处，其中总则性条款一条，编于《杂律》之中最后一条，称为“不应得为”条。其余 28 条为具体犯罪行为的条款，皆出现在“疏议”中，其中三条出现在“疏议”后的“答曰”中，亦可得知，虽总则性条文早已列出，但是具体的行为界定尚待永徽年间编定《律疏》后，才予以定制。

《唐律·杂律》“不应得为”条规定：

诸不应得为而为之者，笞四十。谓律令无条，理不可为者。事理重者，杖八十。

疏议曰：杂犯轻罪，触类弘多，金科玉条，包罗难尽。其有在律在令无有正条，若不轻重相明，无文可以比附。临时处断，量情为罪，庶补遗阙，故立此条。情轻者，笞四十。事理重者，杖八十。

试从上文中剖析“不应得为”条的适用原则，或为：

第一，“不应得为”条仅针对不符合“事理”的“杂犯轻罪”。“疏议”中云“杂犯轻罪，触类弘多”，唐律以“一主刑一条”为立法模式，一个条文中规定一个基础条款^②，后加以疏议，通过比附类推等立法手段推理出其他罪名或量刑，以补基础条款之不足。但即便是“金科玉条”，也“包罗难尽”，如事事立法，律文则会变得臃肿不堪，“文书盈于几

^①[美]德克·布迪、克拉伦斯·莫里斯：《中华帝国法律》，江苏人民出版社 2008 年版，第 420 页。

^②钱先生在其书中将此类刑名称为“基础罪名”及“基础刑”，在此基础上，本文将规定“基础罪名”及“基础刑”的条款称为“基础条款”。参见钱大群：《唐律研究》，法律出版社 2000 年版，第 135 页。

阁,典者不能遍睹”,因而违背了“伦理义务或基本生活秩序”的“杂犯轻罪”,则由“不应得为”条进行兜底惩处。^①

第二,适用“不应得为”条的前提为律令中无有正条。唐律仅有 502 条,条文有限,而“事伪无穷”,因此立法者于律中设置“轻重相举”“引律比附”等类推方法,以使有限的条文尽可能地适用于无限的情事之中:首先,立法者通过“疏议”对该“基础条款”予以解释与衍生;其次,当律中无文时,与性质相同的罪名以“轻重相举”,抑或是通过条文与罪名间相互比附,以定罪量刑^②;最后,若法条无文,因未“制定轻重标准,就没有可比附的条文”^③,故适用“不应得为”条,按照罪行的轻重程度量刑,以达到“庶补遗阙”之效用。

第三,“不应得为而为之者”的量刑有两种,一是“笞四十”,二是“杖八十”。《疏议》有云:“笞者,击也,又训为耻。言人有小愆,法须惩诫,故加捶挞以耻之。”又云:“国语云:‘薄刑用鞭扑。’书云:‘鞭作官刑。’犹今之杖刑者也。”由此可见,笞刑是以羞辱以达惩戒目的,而杖刑已是一种“薄刑”。两者皆为轻刑,以惩戒轻罪。而为何会选择“笞四十”与“杖八十”?这两个特定的量刑数量又是否暗藏玄机?笔者试从笞杖量刑各等级使用频率进行分析,由表 1 可见。

表 1 唐律各笞杖刑出现频率

刑种	笞十	笞二十	笞三十	笞四十	笞五十	杖六十	杖七十	杖八十	杖九十	杖一百
律中使用次数	39	36	86	122	132	137	55	138	75	418

可见《唐律》立法者在量刑中,对这十等刑并不是平均适用,立法者似乎对某特定量刑具有独特的偏好,笞刑中以笞三十至笞五十使用最多,杖刑中以杖六十、杖八十与杖一百使用最为频繁,而巧合的是,“笞四十”与“杖八十”恰好都是两类适用较为频繁量刑的中间“等”,不偏不倚,列于中庸,符合儒家之维,又似与律文中“杂犯轻罪”相映而合。

^①黄源盛:《汉唐法制与儒家传统》,元照出版有限公司 2009 年版,第 222 页。

^②唐律中虽未明确规定“比附”的方式,但唐律中 6 次出现了“比附”的字样,在疏议中使用比附对新增罪行进行定罪量刑者也是不胜枚举。而相较于“不应得为”,如新罪行可适用比附者,则以比附为先,“不应得为”在后。如《诈伪》“对制上书不以实”条中,疏议内补入“若被官司责罚,情在咆哮,或有因斗忿争,欲相恐迫,口虽告密,问即不承,既无文牒入司者”以“不应为重”惩处。而其后又接着补入“其有已陈文牒,问始承虚;或口称有密,言辩仍执,于后承妄者”的新罪行,却引用比附,依照“并同未奏减一等,徒二年”定罪量刑。

^③钱大群:《唐律疏议新注》,南京师范大学出版社 2007 年版,第 918 页。

因此,“不应得为”条可总结为:由基础条款衍生之法律行为,为“事理”所不容,而法律中无明文规定,又无法运用当时的立法技术予以比附或轻重相举者,定“不应得为”罪。换言之,首先,在立法实体层面,该衍生行为是否符合“事理”为其是否为罪的唯一界定标准;其次,在确定其需定罪后,再观于立法技术层面的可行性,若无文可定,且不可比附类推,则定为“不应得为”罪。

二、“不应得为”条的外在逻辑结构

《杂律》“不应得为”条确立了“不应得为”定罪量刑的基础性规则,但由于“事理”一词的模糊性与“轻重”之别的主观性,要清楚地了解其适用准则,应当于司法实践中寻找答案。然而现存有关唐律“不应得为”条的案例文献微乎其微,其数量与内容不足以准确地对“不应得为”条的适用准则予以界定。但幸运的是,唐律中除《杂律》中的基础性条款外,尚有以“不应得为”定罪的法例,从立法者的角度阐释了“不应得为”条适用标准和立法模式。

唐律中以“不应得为”定罪的条文共有 28 条 41 处,且这 41 处皆出现在“疏议”之中,而疏议的主要功能是对基础条款的解释与补充,那么存在于疏议中的“不应得为”法例自然也是对基础条款的补充。通过对 41 处“不应得为”法例的梳理不难发现,41 处有着相似的立法规律与方式:一是对基础条款罪刑的补充,二是对基础条款罪刑的变形,具体详述如下。

(一) 对基础条款罪行补充

1. 条件不符型补充

在此种条款中,若基础条款罪行的某一构成要件在数量或是程度上达不到法定要求,或基础条款中有相关规定,但未给其定罪的情况下,立法者将该种行为定为“不应为”罪。如前文所述“擅发兵”中的规定,再如《擅兴律》“拷囚限满不首”条规定“诸拷囚限满而不首”者,应“取保并放”。若“不取保放者”显然不符合“取保并放”的法定要求,“于律有违”,律虽有行为规定,却无制罪之条,以“不应为重”处之(若令有行为规定而律无制罪之条,则适用“违令”条)。

2. 条件缺失型补充

此立法方式亦分为两种,一种为在基础条款的范围内的补充,即基础条款在犯罪行

为1的情况下,规定了两个犯罪主体(或犯罪对象、目的),并各自定刑;但在犯罪行为2的情况下,仅规定了其中一个犯罪主体(或犯罪对象、目的)的量刑,这样另一个犯罪主体(或犯罪对象、目的)即以“不应为”罪为补充进行量刑,前律文犯罪条件保持一致。

如,《唐律·捕亡》“官户奴婢亡”条规定:

诸官户、官奴婢亡者,一日杖六十,三日加一等。部曲私奴婢亦同。……诱导官私奴婢亡者准盗论。仍令备偿。

在基础条款的第1条中,其犯罪主体为官户、官奴婢、部曲与私奴婢,但是在第4条诱导罪的犯罪对象中,仅涉及官私奴婢,而未对诱导官户和部曲逃亡的行为定罪量刑,为与前文条件相对应,在疏议中特对“诱导官户、部曲亡者”定“不应得为从重”处罚,以补基础条款中不足。

另一种则是超出了基础条款的范围,以整个唐律为参照系,如若之后某律文的规定是以之前某一律文为基础或与之相关,而前律文已规定了相应的犯罪要件,而之后的律文却仅规定了其中某一要件而忽略其他,为保持正本律文的完整性,对于缺失的条件通过“不应为”对其定罪量刑。如《贼盗律》“口陈欲反之言”中规定:“诸口陈欲反之言,心无真实之计,而无状可寻者,流二千里。”此条文中对“谋反”这一犯罪行为进行了扩大化的惩治,在“十恶”中亦有“谋大逆”与“谋叛”行为,三者被作为违反皇权统治的极端罪行,在律文中经常被并起提及。因此在律文中,对“口陈欲逆、叛之言,勘无真实之状”的行为通过“不应为”定罪,以保持前后文的统一。

(二)对基础条款罪行的变化(非条件不符型)

除以上补充形式外,还包括对基础条款某一构成要件,如犯罪主体、犯罪对象等进行适当变化,是主体或对象发生了整体性的改变,而非仅在数量条件上的变化(前述条件不符型补充),因律令无文,而以“不应得为”惩处的方式;或是以基础条款为基础,仅在某一关键要件上与基础条款相同,类推至另一犯罪行为的方式。主要包括以下几种类型:

一是犯罪主体的变化。即在其他要件皆未变的情况下,犯罪主体改变的情形。如《擅兴律》“私使丁夫杂匠”条基础条款规定,“计庸重者”,“监临官”依“役使所监临”定罪,其主体为“监临官”,若“私使丁夫杂匠”“计庸重者”两要件不变,而主体换为“非所监临官”时,因律令无文,则依“不应得为”条定罪。

二是犯罪对象的变化。此类较典型情形为犯罪对象性质上的轻重变化,即以基础条款犯罪对象为基准,在其性质上适当减轻。如《贼盗律》“盗毁天尊佛像”基础条款中

对于“道士、女官”“盗毁天尊像”及“真人像”“僧尼”“盗毁佛像者”及“菩萨像”的行为予以了规定,但佛、道二教所奉“先圣形象”显然不限于以上几种最具代表性的形象。如犯罪主体与行为不变,仍为“道士、女官”及“僧尼”实施“盗毁”行为,而对象变更为除基础条款中的“余像者”“若化生神王之类”,则以“不应得为”惩处。

三是在基础条款基础上,保留关键要件,其余要件皆不相同。如《诈伪律》“对制上书不以实”条规定:“对制及奏事上书”时,并没有“谋反、谋大逆、谋叛”等密事而“妄言有密者”,欺诈不实者,徒两年半,“未奏者”减一等处徒两年。该条入于《诈伪律》中,因此“诈”为关键要件之一,再加上“告密”行为,故“妄言有密”为基础条款的关键要件。疏议中将“若被官司责罚,情在咆哮,或有因斗忿争欲相恐迫,口虽告密”,但“问即不承,既无文牒入司”的行为补充入内,该行为无论是在主观要素还是情节皆不相同,仅在“妄言有密”这一关键情节上相同,因律无正条,以“不应为”处之。

从上述可见,41处立法例的构成模式都清晰地勾勒出同一条线索:即疏议中的基础条款是“不应得为”法例的核心,“不应得为”法例是在基础条款的基础之上演变而来。“对基础条款罪行补充”型“不应得为”法例是在考虑法条完整性的基础上,针对基础条款本身缺失的一种更为紧密和典型性的补充;而“对基础条款罪行的变化”型法例则是以“事”聚“类”的补充,如“养杂户为子孙”基础条款为规定良人养杂户或官户的情形,而所衍生出的“不应得为”法例则是对杂户官户相养行为的惩治,所“养”之事相同,而犯罪主体不同。然唐律本身即以“一事一条”为立法特点,在主罪行的基础上扩展至同类但不同种的其他主体或对象等构成要件上,如“谋杀期亲尊长”条中主罪行为“谋杀期亲尊长”,后又扩至“谋杀缌麻以上尊长者”的行为。因此,此种“以事聚类”的补充符合唐律的立法规律,仍旧是对基础条款的扩展与补充。所以“不应得为”法例是以基础条款为中心的补充性条款,借用费孝通先生在《乡土中国》一书中的比喻,基础条款就如同投入河中的石子,而“不应得为”法例就像石子一圈圈被推出去的波纹,有的与基础条款的关系颇为亲密——如条件不符型补充仅是在某一要件的程度上发生变化;但有的确较为疏远——如某些条款仅是关键要件与基础条款相同。

另41处立法例除“违律为婚离正”与“拷囚限满不首”条属于违反律之“应然”规定,无可比照罪刑轻重外,其余立法例的罪行皆为在基础条款罪刑上的“降等”,如“镇所放征人还”基础条款中“一日”的标准为“经宿”,“不经宿者无罪”,若“经宿不满一日”则以“不应重”罪之,为在犯罪时间条件上的“降等”;再如,“长吏辄立碑”条为对

“在官长吏实无政迹,辄立碑者”及“妄称己善,申请于上”的规定,其“不应得为”立法例则对“官人不知”“百姓自立及妄申请”的情形加以了补充规定,为犯罪主体上的“降等”,然而不论是犯罪时间或是主体的改变,正是因为“降等”而使得新罪行的社会危害性小于基础条款罪行的危害性。而这种由重及轻的变化,却恰好与“不应得为”条中“杂犯轻罪,触类旁多”相互印证,揭示出“不应得为”立法例是以基础条款为中心拓展出的“轻罪”的立法特质。然而这种表面构成要件上的紧密联系,是否会蕴含着更深层次的必然性与逻辑性呢?下文试述之。

三、“不应得为”条的内在逻辑关联

中国传统法典皆以绝对确定的法定刑为特征,唐律亦然,并呈现出如下的立法模式:每个条文都有一个核心犯罪行为,在对核心犯罪行为加以规制后,以其为中心不断扩大加以规定,使得每个行为都有其对应的确定刑罚。永徽年间补编疏议,对原正文进行疏解及补充,虽其效力与原正条无异,但是在立法时却完全尊重原正条中“断罪不具引律令格式”及“断罪无正条”等司法审判中的要求,在对原正文予以进一步补充时,运用“轻重相举”“比附”及“不应得为”条三种司法实践技巧,根据现实需要补充新的罪刑,弥补了原正条中绝对确定法定刑无法变通的缺陷。因此,不论是利用“轻重相举”“比附”技术或是适用“不应得为”条所补充的新罪,从立法模式上看,都是在基础条款之上的延伸。但这仅是外在的联系,那么其是否会存在内在关联,试以两例析之。

《唐律·户婚》“养杂户为子孙”规定:

诸养杂户男为子孙者,徒一年半;养女,杖一百;官户,各加一等。与者,亦如之。

疏议曰:……杂户养官户或官户养杂户,依《户令》:“杂户官户皆当色为婚。”据此,即是别色准法不得相养,律既不制罪名,宜依不应为之法,养男从重,养女从轻。

在唐代的社会中良贱之间泾渭分明。在官有官贱民,在家内有私贱民,而官贱民又分为官奴婢、官户、杂户、工乐及太常音声人等。私贱民又分为私奴婢、部曲、客女、随身等。^①各等色之间不可僭越,需“当色自相养”和“为婚”,基础条款中禁止养杂户与官

^①黄现璠:《唐代社会概略》,商务印书馆1936年版,第11页。

户,即是防止“破坏良人与奴贱间的等级界限”这一“法理”的体现。既然“当色”需“自相养”,那么除基础条款的良人不可养杂户、官户外,杂户官户之间亦不可相养。《户令》中规定:“杂户官户皆当色为婚”,也坐实了“别色准法不得相养”这一规定,符合“等级界限”不可破这一“法理”。由于《户令》为“当色为婚”的规定,非“相养”,故“杂户与官户相养”不可适用“违令”条而适用“不应得为”条。所以,“杂户与官户不可相养”这一“不应得为”法例在形式上是基础条款的延伸,其实质上是基础条款“法理”的再次体现,因此“法理”作为连接线串联于基础条款与“不应得为”法例之间,成为内在的贯穿点。

这种内在的连接,不仅在同一条款中有所显现,同一篇的不同法条,甚至不同篇目的法条中皆有所体现,如:

《职制律》“匿父母夫丧”条规定:

诸闻父母若夫之丧,匿不举哀者,流二千里;丧制未终,释服从吉,若忘哀作乐,自作遣人等。徒三年;杂戏,徒一年;即遇乐而听及参预吉席者,各杖一百。(基础条款1)

疏议曰:父母之恩,昊天莫报,荼毒之极,岂若闻丧。妇人以夫为天,哀类父母。闻丧即须哭泣,岂得择日待时。

……

闻期亲尊长丧,匿不举哀者,徒一年;丧制未终,释服从吉,杖一百;大功以下尊长,各递减二等;卑幼,各减一等。(基础条款2)

疏议曰:……

问曰:闻丧不即举哀,于后择日举讫,事发,合得何罪?(扩展问答1)

答曰:依《礼》“斩衰之哭,往而不返,齐衰之哭,若往而返,大功之哭,三曲而偯,小功总麻,哀容可也”。准斯礼制,轻重有殊,闻丧虽同,情有降杀。期亲以上,不即举哀,后虽举讫,不可无罪。期以上从“不应得为重”;大功,从“不应得为轻”;小功以下,哀容可也,不合科罪。若未举事发者,各从“不举”之坐。

又问:居期丧作乐及遣人作,律条无文,合得何罪?(扩展问答2)

答曰:《礼》云:“大功将至,辟琴瑟。”郑注云:“亦所以助哀。”又云:“小功至,不绝乐。”丧服云:“古者有死于宫中者,即三月为之不举乐。”况乎身服期功,心忘宁戚,或遣人作乐,或自奏管弦,既玷大猷,须加德诫,律虽无文,不合无罪。从“不应为”之坐:期丧从重,杖八十;大功以下从轻,笞四十。总麻、卑幼,不可重于“释服”之罪。

为使本条关系更为清晰,笔者将基础条款1、2进行拆解,与扩展条款1、2进行比较:

基础条款1:

闻父母若夫之丧(假定条件1) + 匿不举哀(行为模式1)以及
父母若夫丧制未终(假定条件2) + 释服从吉、若忘哀作乐、杂戏、即遇乐而听及参
预吉席(行为模式2)

基础条款2:

闻期亲尊长、大功以下尊长、卑幼丧(假定条件1) + 匿不举哀(行为模式1)以及
期亲尊长、大功以下尊长、卑幼丧制未终(假定条件2) + 释服从吉(行为模式2)
拆解后不难发现,基础条款1、2是对于违反亲属间服丧制度行为的规定,体现了对
“丧”之“礼”——这一“法理”的维护。两个条款除亲属身份不同外,假定条件1、2与行
为模式1完全一致,唯独在行为模式2中,基础条款1的范围显然大于基础条款2的范
围,因此从法条的完整性上来看,如发生了期亲尊长、大功以下尊长、卑幼丧制未终,行
为人却忘哀作乐的行为,应当如何处理呢?以及若出现其他违反亲属间丧制行为应如
何定罪量刑?

实际上对于“闻丧匿不举哀”“居丧释服从吉、忘哀作乐”在《名例律》“十恶”的“不
孝”“不义”中已有原则性的规定,“十恶”条曰:“父母之恩,昊天罔极。”(“恶逆”)尊父
母因“恩”,“善事父母曰孝。既有违犯,是名‘不孝’”。“不孝”)“礼之所尊,尊其义
也”“元非血属,本止以义相从”“夫者,妻之天也”,敬夫君因“义”,“背义乖仁,故曰‘不
义’”(“不义”)。一为“恩”、一为“义”,皆为“礼义”之属。“依《礼》:‘闻亲丧,以哭答
使者,尽哀而问故’”(“不孝”),更何况“恩义既崇”,所以“闻丧即须号恸”,若“有匿哀
不举,居丧作乐,释服从吉,改嫁忘忧,皆是背礼违义,故俱为十恶”(“不义”)。可见,因
“礼之义”(恩义)而必须遵从“礼之仪”(丧礼),若有违反,则为律中之“十恶”。但“十
恶”毕竟为原则性条款,其仍需要具体化至各个条款,将“法理”渗透至具体条款中,以
治罪刑。本条即为“不孝”“不义”相关行为的具体化。

对于闻父母夫丧匿不举哀及居丧释服从吉、忘哀作乐的行为,基础条款1的疏议解
释道:“父母之恩,昊天莫报,荼毒之极,岂若闻丧。妇人以夫为天,哀类父母。闻丧即
须哭泣,岂得择日待时。”其与“十恶”中解释如出一辙,可见联系之紧密,也是“十恶”法
理在具体条款中的重申。

既然闻丧应“即须哭泣”，那么“闻丧不即举哀，于后择日举讣”的行为是否需做处罚呢？对此，扩展问答1中给出了解答，“依《礼》‘斩衰之哭，往而不返，齐衰之哭，若往而返，大功之哭，三曲而偯，小功缌麻，哀容可也’”。可见，大功以上亲，不仅应及时举哀，而且应当哭到一定的程度与节奏，此为“礼制”，惩治“择日举讣”行为的合法性立刻明了，与基础条款的“法理”相同，皆为维护“丧礼”的需要。因律无文，以“不应得为”条罪之。

对于居除父母及夫外亲丧，忘哀作乐的行为，扩展问答2援引《礼记·杂记》中云：“大功将至，辟琴瑟。”郑注云：“亦所以助哀。”又云：“小功至不绝乐。”即“见身有大功亲丧的人前来，要停止音乐并搬开琴瑟”^①，小功丧服的人来访，则不必停止奏乐。可见，对身有大功亲丧的他人尚需收起乐器，对自身期亲丧更应如此。同时援引《礼记·丧服》云：“古者有死于宫中者，即三月为之不举乐。”以证明居丧与作乐不可共存。唐律以“一准乎礼”而著称，其在多处引《礼》《诗》等经典对律文含义予以解释和论证，本处亦是如此。从疏议所引《礼》的内容来看，对于期亲丧，是否可以作乐的行为，虽然在《礼》中未明确写出，但根据《礼》中相关描述可自然推断出，居期丧作乐有悖于“礼”之“大猷”，不符合“丧礼”的要求，与基础条款的“法理”相悖，“既玷大猷，须加惩诫，律虽无文，不合无罪”，故引“不应得为”条予以惩治。这一违背基础条款“法理”的扩展行为通过“不应得为”条予以规制，基础条款的“法理”得到了进一步的保护。

从上述两例可见，外在形式上，“不应得为”法例是以基础条款为中心，在基础条款的构成要件基础上进行变化，从而衍生出的新罪刑条款；而在内在实质上，新罪行之所以被冠以“不应得为”的罪行而予以惩罚，就是因为其违背了“法理”，而该“法理”与基础条款的“法理”是一致的。再回溯至“不应得为”条，其适用条件为：“律令无条，理不可为者”，从条文可知，“理”即为“事理”，而“事理”的含义在律文中并未有交代。若“不应得为”条为行为人违反“事理”时方可使用，而上述两例中的“不应得为”行为所违背的显然为“法理”，且观之唐律41处“不应得为”法例皆是如此，因此“不应得为”法例中的“事理”皆为“法理”，且皆为基础条款的“法理”。

四、“不应得为”条的量刑规则

《唐律·杂律》“不应得为”条规定为：“诸不应得为而为之者，笞四十。谓律令无

^①钱大群：《唐律疏义新注》，南京师范大学出版社2007年版，341页。

条,理不可为者。事理重者,杖八十。”也就是说,一般情况下是笞四十,事理重者,杖八十。如前文所述,“不应为”是对基础条款的补充,它的立意与基础条款保持一致。“不应得为”的量刑是否也会与基础条款的量刑有关?根据此推理模式,笔者对律中“不应得为”条款进行了梳理,发现其量刑皆与基础条款相关,并依基础条款量刑方式的不同而区分为三种模式:一是基础刑为确定刑的量刑方式,二是基础刑为浮动刑的量刑方式,三是依照犯罪对象身份而分的量刑方式。

(一) 以基础条款的确定量刑而分

当基础刑为一确定刑时,“不应得为”的量刑以该确定的刑罚为参照,并依某一标准,确定“不应得为”轻重量刑。29个条文中有19条都符合此种规律,具体请见表2。

表2 以确定的基础刑为参照量刑的条款

序号	条文	基础条款	基础条款 量刑	不应得为条款	不应得为 量刑
1	《唐律·卫禁》“向宫殿射”	向宫内射箭	徒两年	向宫殿射,应及而不及	杖八十
2	《唐律·卫禁》“宫门等冒名守卫”	宿卫人以非宿卫人冒名自代或代之	流三千里	未至职掌处,未入宫门	杖八十
				未至职掌处,宫外宿卫	笞四十
3	《唐律·职制》“匿父母夫丧”	闻期亲尊长丧	徒一年	闻期亲丧,匿不举哀,择日举讫	杖八十
		大功减二等	杖九十	闻大功丧,匿不举哀,择日举讫	笞四十
4	《唐律·职制》“长吏辄立碑”	官员辄立碑	徒一年	百姓辄立碑	杖八十
5	《唐律·户婚》“养杂户为子孙”	良人养杂户,养男	徒一年	杂户或官户互养,养男	杖八十
		良人养杂户,养女	杖一百	杂户或官户互养,养女	笞四十
		主养部曲、奴为子孙	杖一百	主养客女、婢为女	笞四十
6	《唐律·户婚》“放部曲为良”	放部曲为良,已给放书,却压为部曲	徒一年	部曲娶良人女为妻,夫死服满却不放	杖八十
		威逼	杖一百	良人女压留为妾,有威逼	杖八十
7	《唐律·户婚》“以妻为妾”	以妻为妾	徒两年	以媵为妾	杖八十

续表

序号	条文	基础条款	基础条款 量刑	不应得为条款	不应得为 量刑
8	《唐律·户婚》“居父母丧主婚”	居父母丧,主婚	杖一百	居夫丧,主婚	杖八十
		居父母丧,主婚	杖一百	居父母丧,媒合	杖八十
		居夫丧,主婚	杖八十	居夫丧,媒合	笞四十
9	《唐律·户婚》“违律为婚离正”	判离不离,从奸法	徒一年半	赦后须离仍不离	杖八十
10	《唐律·厩库》“犬杀伤畜产”	故放杀伤他人畜产者,以故杀伤论	徒一年半	两主放畜产,而有杀伤	杖八十
11	《唐律·擅兴》“镇所放人还”	从军征讨而亡者,一日	徒一年	从军征讨而亡,经宿未 满一日	杖八十
		镇人在防未 满而亡,一日	杖八十	镇戍在防未 满而亡,经 宿未 满一日	笞四十
12	《唐律·擅兴》“私有禁兵器”	私有禁兵器	徒一年半	私有旌旗、幡帜及仪仗	杖八十
13	《唐律·擅兴》“私使丁夫杂匠”	监临官私使在役丁夫、杂匠,准盗论	杖六十	非本部官员私使在役丁夫杂匠	笞四十
14	《唐律·贼盗》“口陈欲反之言”	口陈欲反之言,无真实之计,无状可寻	流两千里	口陈欲逆、叛之言,无真实之状	杖八十
15	《唐律·贼盗》“盗毁天尊佛像”	盗毁真人、菩萨	徒两年半	盗毁其余像者	杖八十
16	《唐律·诈伪》“对制上书不以实”	非密而妄言有密	徒三年	情急之下,口虽告密,问即不陈	杖八十
17	《唐律·诈伪》“诈疾病有所避”	故自伤残者	徒一年半	故自伤,不成残疾以上	杖八十
18	《唐律·诈伪》“父母死言余丧”	诈称父母死求假及有所避	徒三年	嫌恶前人,妄告父母生死	杖八十
19	《唐律·捕亡》“官户奴婢亡”	诱导官私奴婢亡,准盗论	徒一年	诱导官户、部曲亡者	杖八十

从表2可得,基础刑的量刑由“杖六十”至“徒三年”不等,“不应为”行为的量刑皆轻于基础条款,或者说“不应为”条款皆在基础条款的基础之上做了相应的减少。表格中的第1、2(1)、3(1)、4、5(1)、6(1)、7、9、10、11(1)、12、14、15、16、17、18、19条所对应的“不应为”条皆为“不应为重”即“杖八十”,基础条款的量刑则是从“徒一年”至“徒三

年”不等;而第3(2)、5(2)、5(3)、8(3)、11(2)、13条所对应的“不应为”条皆为“不应为轻”即“笞四十”,基础条款的量刑则是从“杖六十”至“杖八十”不等。

由此,似可得出以下规律:若基础条款的量刑为“杖一百”以上(不包括杖一百),则“不应为”量刑为“杖八十”,即“不应为重”;而若基础条款量刑在“杖一百”以下,则“不应为”量刑为“笞四十”,即“不应为轻”。那么,不禁让人联想:或许立法者在判断“不应为”行为究竟为“事理重”抑或是一般情况时并非临时而断,或仅是孤立地考虑该行为“违理”情节的轻重,其实立法者只是简单地紧跟着基础条款的量刑,以基础条款的量刑轻重作为“不应为”量刑的参照标准,高于“杖一百”的自然为重,低于“杖一百”的自然为轻。似乎在唐律的立法中以“杖一百”为界,将罪行轻重进行分野。如前文表1中所示,“杖九十”在律中出现75次,而“杖一百”却陡然直升至418次,同样“徒一年”在律中出现596次,而“徒一年半”则降为166次,这种适用频率的曲线升降或并不是一种巧合,而是立法者认为“杖”“徒”之别就是罪的“轻”“重”之别。

(二) 以基础条款的浮动量刑而分

除上述分类方式外,其“不应得为”的量刑还可依据基础条款的浮动量刑为参考,如《唐律·职制》“贷所监临财物”规定:

官人不知剩利之情,据律不合得罪。所为市者,虽不己,既有剩利,或强卖买,不得无罪,从“不应为”;准官人应坐之罪,百杖以下,所市之人从“不应为轻”,笞四十;徒罪以上,从“不应为重”,杖八十。仍不得重于官人应得之罪。

从上文可知,当官人遣人为市易,而市易之人卖买有剩利,官人因不知情而无罪,但“所为市者”“准官人应坐之罪”,百杖以下为轻,徒罪以上为重,但“不可重于官人应得之罪”^①。本条“不应得为”的行为以基础条款中官员的行为作为参照予以量刑,但此处官员量刑并非一个确数,而是一个依据计赃数量从笞五十至流两千五百里的浮动数(参见《职制律》“受所监临财物”条),故相关“不应得为”罪行以百杖为界进行轻重量刑。

与此相似的条文还包括《贼盗律》“知略和诱强窃盗”、《诈伪律》“证不言情”、《断狱律》“拷囚限满不首”,具体请见表3。

^①“官人应坐之罪”为条文所述“官人于所部卖物及买物”有剩利时之罪,此类犯罪以“乞取监临财物论”,依“受所监临财物”条论罪。

表3 以浮动的基础刑为参照量刑的条款

条文	所参照基础条款	不应得为条款	量刑
《唐律·职制》“贷所监临财物”	官人买卖有剩利,以乞取监临财物论	买卖有剩利,官人不知,所为市者,准官人应坐之罪,百杖以下从轻	笞四十
		徒罪以上从重	杖八十
《唐律·贼盗》“知略和诱强窃盗”	除盗外犯赃所应惩之罪	流以上从重	杖八十
		徒以下从轻	笞四十
《唐律·诈伪》“证不言情”	证人所证及译人所译犯罪行为	刑名未定而知证译不实者,止当不应为法:证译徒罪以上从重	杖八十
		杖罪以下从轻	笞四十
《唐律·断狱》“拷囚限满不首”	该囚所定罪名	不取保放者,流以上从重	杖八十
		徒罪以下从轻	笞四十

表3中“不应为”犯罪均有一个明文规定的参照系罪名,且该参照系的量刑皆是一个浮动的量刑,这样才可依照一定的临界点将其进行轻重量刑,如“百杖”与“流”、“流”与“徒”,分别以“不应为重”与“不应为轻”量刑。

但是为何有的刑罚以“杖”与“徒”分类量刑而有的刑罚却以“流”与“徒”分类量刑?这会不会与浮动量刑的域限范围有关?试看上文所举“贷所监临财物”中的条文,其以“乞取监临财物”为参照,而其量刑范围为笞五十至流二千五百里,故以“杖”“徒”为轻重标准。再如“证不言情”条文中的“不应为”罪行,其参照的基础刑罚为“证人所证及译人所译犯罪行为之刑罚”,条文中已写明犯罪主体为“应议、请、减,七十以上,十五以下及废疾”,此类人犯罪实行“众证定罪”,因此证人的言辞极为关键,故设此罪名。而此类人犯罪,法律中规定,如为死罪则需上请,流罪以下减一等处刑。事实证明,依照《唐律》“一准乎礼”的精神,“上请”的结果多为减轻刑罚,因此此类人犯罪的最高量刑多为流刑,也就是说其量刑的浮动区间与前“乞取监临财物”相同为笞刑至流刑,故而也仍是以“杖”与“流”为标准划分量刑。与此不同的是“知略和诱强窃盗”与“拷囚限满不首”中“不应为”罪皆以“徒”与“流”为划分,“流以上从重”“徒罪以下从轻”。如表3所见两个条文中,“不应为”的参照基础条款的罪行分别为“除盗外犯赃应惩之罪”与“该囚所定罪名”,前文中对于“除盗外其余犯赃”的两种可能的解释已详述,为“略、和诱人及略、和诱奴婢”所得之赃,或是“六赃”中除盗赃外其余四赃,不管为何种解释,其量刑的幅度皆为笞刑至死刑,应而以“流”与“徒”作为分界轻重量刑;而从“拷囚限满不首”条规定如为“被杀、被盗之家”,若拷囚限满,是无须“反拷告人”,由此可知“该囚所

定罪名”包括了“杀”与“盗”,而“杀”与“盗”在唐律中属重罪,量刑最高可至死刑,因此“该囚所定罪名”的量刑幅度为笞刑至死刑,与前相同。从上可知如法律中规定量刑标准为“杖”“徒”分界,则所参照的基础条款量刑幅度为笞至流刑;当其为“流”“徒”分界时,基础条款的参照系幅度为笞至死刑。也似乎亦与前文所述的“以基础条款为参照量刑的规律”似有符合。这种逻辑严密的立法方式,反映出了唐代立法技术的进步,不得不让后人兴叹与敬佩。

(三) 以身份高低为标准而分

除以上两种分类标准外,“不应得为”量刑中还存在着以身份高低为标准的分类方式。如《唐律·斗讼》“教令人告事虚”规定:

即教令人告缌麻以上亲,及部曲、奴婢告主者,各减告者罪一等;被教者,论如律……

教人部曲、奴婢告主期亲以下,虽无别理,亦合有罪;教告主期亲及外祖父母者,科“不应为重”;教告主大功以下、缌麻以上,科“不应为轻”,虽无正文,比例为允。

在基础条款中对“教令人部曲、奴婢告主”的量刑进行了明确的规定,但是对于“教人部曲、奴婢告主期亲以下”的行为“虽无别理,亦合有罪”,但因律中无明文规定,故以“不应得为”治罪,将所教告的对象身份依照“五服”分为“期亲及外祖父母”“大功以下缌麻以上”两类,并依此两类将量刑进行轻重划分,“比例为允”^①。唐律中与亲属相关犯罪常以“五服”为标准定罪量刑,为唐律“一准乎礼”的典型体现。

除“教令人告事虚”条外,以身份为标准量刑的条文还包括《职制律》“匿父母夫丧”、《户婚律》“居父母丧主婚”、“养杂户为子孙”三个条文,具体请见表4。

表4 以身份为参照量刑的条款

条文	基础条款	基础条款 量刑	“不应得为”条款	“不应为” 量刑
《唐律·职制》“匿父母夫丧”	闻期亲尊长丧	徒一年	闻期亲丧,匿不举哀,择日举讣	杖八十
	大功减二等	杖九十	闻大功丧,匿不举哀,择日举讣	笞四十

^①“教令人告事虚”条为规范教唆告诉犯的条文,因此其量刑与《斗讼》律中各“告诉”条量刑密切相关,查《斗讼》“部曲奴婢告主”条中将奴告主亲属的罪行分为“告主之期亲及外祖父母”、告主“大功以下”两类量刑,因此教唆奴告主亲属的犯罪中,以大功为分界量刑,应是依前“部曲奴婢告主”条分类而来,其刑等也为“告主期亲以下”亲属行为的量刑的基础。

续表

条文	基础条款	基础条款 量刑	“不应得为”条款	“不应为” 量刑
《唐律·户婚》“居父母丧主婚”	居父母丧,主婚	杖一百	居父母丧,媒合	杖八十
	—	—	居夫丧,媒合	笞四十
《唐律·户婚》“养杂户为子孙”	良人养杂户,养男	徒一年	杂户或官户互养,养男,从重	杖八十
	良人养杂户,养女	杖一百	杂户或官户互养,养女,从轻	笞四十
《唐律·斗讼》“教令人告事虚”	告主期亲及外祖父母	流刑	教告主期亲及外祖父母者科不应为重	杖八十
	告主大功以下缌麻以上亲	徒一年	教告主大功以下缌麻以上科不应为轻	笞四十

从表4可见得,“不应得为”轻重量刑分界标准有以下几类:第一,亲属犯罪中以大功为标准进行划分(如“匿父母夫丧”“教令人告事虚”);第二,在期亲中将“父母”与“夫”分开量刑(“居父母丧主婚”);第三,而在养子犯罪中,依所养为“男”或“女”进行划分(“养杂户为子孙”)。可见,已成为社会既有的价值标准——“礼”亦成为法律中孰重孰轻的量刑标准,“父母”重于“夫”,“男”重于“女”,“期亲”重于“大功”。如将视野放宽至整本唐律中,不难发现,上述的分类的标准并不是个案,在唐律中涉及亲属犯罪时“大功”亦常常作为量刑分界线而出现,^①而“父母”与“夫”、“男”与“女”亦是相同,“礼”似以无形之手,指挥掌控立法,“德礼为政教之本”之意处处皆现。

且上述以身份为标准进行分别量刑的方式,实际与基础条款中的分类与量刑密不可分。在分类标准上,“不应为”行为多为参照基础条款而分,如“匿父母夫丧”条的基础条款中就已依照“期亲尊长”与“大功以下尊长”的标准对“匿不举哀”者予以分别量刑;再如“养杂户为子孙”条中,对“良人养杂户”也已依照“养男”与“养女”分别治罪。因此,作为基础条款延伸之“不应为”行为,也依此分类量刑似乎也是顺理成章之事;在量刑上,“不应得为”行为更是符合了前两类的规律,即当基础条款量刑为确数时,以“杖一百”为界区分量刑轻重,当基础条款非为确数时,则依照“流”“徒”刑区分量刑轻重。

综上所述,“不应得为”之“情轻”与“事理重”的分等量刑再次展示了“不应为”条与基础条款密不可分的关联。在量刑上,基础条款量刑的轻重直接决定了“不应为”量

^①唐律中有关亲属犯罪的量刑常以“期亲”“大功”“小功”“缌麻”作为分类量刑,如《贼盗律》“残害死尸”“盗缌麻小功财物”“略人略卖人”等。

刑的轻重,不管是以“百杖”为界进行轻重衡量抑或是将浮动量刑做轻重之别,在规范“不应为”的量刑前,立法者似已依据基础条款的价值对其进行了法律价值上的预判,因此“事理重”“事理轻”并非因“不应为”行为的“情”而定,而是依基础条款“事理”之轻重而定,从量刑的立法技术来看,这种分界的标准是固定且有规律可寻。这种规律具体展现为:第一,当基础条款为一个确定的量刑时,以“杖一百”为分界点,基础条款量刑高于“杖一百”者,其“不应得为”量刑为“重杖八十”,低于者,则为“轻笞四十”;第二,当基础条款为一个浮动量刑时,依照浮动量刑范围的大小,确定“不应得为”量刑轻重:即当基础条款量刑幅度为笞至流刑时,则以基础刑之“杖”“徒”为“不应得为”量刑标准,“杖以下”者“轻笞四十”,“徒以上”者“重杖八十”;第三,以犯罪对象的身份为标准确定量刑,侵犯身份高者之“不应得为”罪行处“重杖八十”,身份较低者为“轻笞四十”。

另一值得关注的现象是,“杖八十”的量刑多单独出现,而“笞四十”的量刑除仅有两条是单独出现外,其余皆似配角,为配合“杖八十”的量刑而出现,即在“杖八十”的基础之上进行减轻量刑,定为“笞四十”^①。由此看来,似乎在《唐律疏议》中的“不应为”的行为,在立法者看来皆为“事理重”的范畴,而“不应为”条款为基础条款之延伸,因此基础条款罪行实际也是为立法者所认为“事理重”之行为即为立法者最为关切且需以严重打击之行为。此类行为以基础条款为中心,凡侵害其法理者,其“在律在令无有正条”,则先以“轻重相明”,再以他文进行“比附”,若在两者都无法适用时,通过“不应得为”条进行兜底惩戒,以使其对重罪条款“疏而不漏”,确保立法者或者说是统治者更加注重的“理”被遵守,保证社会秩序的平稳。也就是说,“不应得为”条制定的目的似乎是对“事理重”的重罪条款进行查漏补缺,通过“杖八十”与“笞四十”的轻刑予以惩戒,同时对于律文中的轻罪条款仅是点到即止,无需以“不应得为”条进行补漏,也正是《名例律》中所述“轻刑明威,大礼崇敬”的真实体现,由此而实现“德礼为政教之本,刑罚为政教之用”(《名例律》)。

五、总结

“不应得为”条的产生与基础条款有着密不可分的联系,从技术层面上看,基础条款这一投入河中的石子推延出远近不同的“不应得为”法例波纹,而“法理”作为一以贯

^①前文表2中1、4、6、7、8(1)、9、10、12、14、15、16、17、18、19条文中“杖八十”量刑皆为单独出现,而“笞四十”单独出现的仅有3(2)、11。

之的因素,在动荡的水面中连接着两者。从功能层面上看,立法者在律中极其细微地将每个与基础条款相关,且违背该“法理”的罪行加以规定,其目的是希望在最大范围与程度内对基础条款中的“法理”予以保护,诠释了对基础条款法理即“事理”的全面的保护这条主线。这是法的现象的本质与价值所在,古今中外皆是如此。除使得基础条款与“不应得为”法例一以贯通外,“法理”的连接性已越出某一具体条款,而显现于条与条、篇与篇之间的相连性。如果说“十恶”条作为原则性的条款,其“法理”必须通过具体条款才可得以实现,而产生“点对点”的“法理”连接关系:如“十恶”“不孝”中规定:“居父母丧,自身嫁娶,若作乐,释服从吉”,皆是违背“丧礼”这一“法理”的行为,却涉及“匿父母及夫丧”“居父母丧嫁娶”“居父母丧主婚”三个条文。那么这三个条文相互之间就是“点对点”的“法理”连接关系,因其“法理”都相同。而“不应得为”条对于量刑上的处置也仍继续阐释了基础条款与“不应得为”条之间的联系,并且“不应得为”的量刑分界实际上依据着基础条款量刑的轻重而定,基础刑重者,则所衍生出的“不应得为”法例之量刑为重,基础刑轻者则为轻,立法者之目的早在基础条款的制定中已昭然。“不应得为”条的存在即是对基础条款的延展性保护,同时这种“点”“面”结合精妙的连接,使得唐律内容得以前后呼应、相互关照,刑名间一以贯之,形成了一个密而不疏的系统。立法技艺之成熟,令人叹为观止!

[责任编辑:张田田]