

· 立法技术 ·

本辑特稿

律令格式不能以其图书管理 栏目名称取代其法学概括

——《新唐书》“四刑书”说辨析续篇

钱大群*

摘要:唐代涉于律令格式的分类概括存在两种:一是法学分类,其一,《唐六典》中《刑部式》从立法角度对“四法”的概括是“文法”,其二,《唐律疏义》在司法角度对“四法”的概括是“法律”。另一是图书栏目分类,《唐六典》中《秘书式》作为图书管理栏目把法律图书概括为“刑法”。《新唐书》作者不但无视法学范畴的分类概括,还把目录学上对法律图书管理栏目的“刑法”,以取代立法上的“文法”概括与司法上的“法律”概括。

关键词:立法概括;司法概括;法律图书栏目;《新唐书》的特异

目 次

- 一、《唐六典》中的《刑部式》在立法上概括四种法律为“文法”
 - (一)规范四种法律的种类
 - (二)规范四种法律的篇目名称
 - (三)规范四种法律的性质和作用
- 二、唐律在司法实践中对律、令、格、式的概括词是“法律”
- 三、唐之图书分类管理由《唐六典·秘书省》下的《秘书式》规范
 - (一)图书“分库以藏”的办法为《秘书式》
 - (二)所有历代至其“当代”的法律类图书都列在“史”部的“刑法”一栏管理
 - (三)法律图书的管理栏目“刑法”下都囊括了“律”之外的非“刑法”的令格式
 - (四)法律书文的“刑法”概括受到“法书”“法制”“政书”“法令”的挑战
- 四、《新唐书》的要害是把目录学意义上的“刑法”栏目名去混淆取代法律意义上的概括
 - (一)把管理栏目“刑法”下的所有法律图书定性为“刑书”
 - (二)进一步把“刑书”的概念坐实为“刑法之书”

*南京大学法学院教授。

五、几点结论

附表:隋唐律令格式分类概括比较表

对律令格式的概括分类,涉于唐代法律体系大事,容不得含糊轻视。

20年前,为揭示唐代法律体系研究中的障碍,在《法学研究》1995年第5期《律、令、格、式与唐代法律体系》一文中,我就明确提出《新唐书·刑法志》关于“唐之刑书有四”说的观点必须推翻。进入新世纪后,我又重点针对由《新唐书》“四刑书”说而滋生的唐“律令格式皆刑法”说及与之有关的观点陆续进行辨析,其集中体现就是初发于《北方法学》2015年第3期,又修订发表于北京大学出版社2015年12月出版的《唐典研究》一书中所收《唐代法律体系正确理解的转折点——〈新唐书〉“四刑书”说及有关观点再辨》一文,该文基本澄清了用“刑法”去概括唐代律、令、格、式存在的问题。现在,我再撰此文,罗列唐代在立法、司法及图书管理上对法律与法律图书的概括,从唐代的法学实践与学术逻辑上暴露《新唐书》以“刑书”概括“四法”的错误。

人常说,解铃还须系铃人。由于《唐六典》先在《刑部式》中说“凡文法之名有四:一曰律,二曰令,三曰格,四曰式”作立法规范上的分类概括,后又在《秘书式》中说“九曰刑法,以纪律令格式”,以规定法律图书分类管理的栏目名称,这给有些人造成了似乎律令格式用“文法”概括与用“刑书”概括无差别的印象。本文就是通过抓住《唐六典》中律、令、格、式先被归置于“文法”,后又被归置于“刑法”的这一焦点进行透析,以揭示《新唐书》不但无视立法分类概括的存在,而且进一步把作为图书管理栏目下包括的非刑法的令、格、式在性质上都篡改为无差别的“刑书——刑法之书”的过程,让人们明确:唐代律令格式法律性质的概括,与其作为图书栏目的概括完全是两回事,《新唐书》的要害,就是把法律图书分类栏目意义上的概念,去取代立法种类概括意义上的概念。

一、《唐六典》中的《刑部式》在立法上概括四种法律为“文法”

唐代虽然没有“立法法”这样的名词,但却能判断其实际存在于《唐六典》“刑部郎中”下对法律制定作“轨物程事”的《刑部式》中。其主要内容有以下三个方面。

(一) 规范四种法律的种类

《唐六典》“刑部郎中”下列出四种法律,其概括之名是“文法”:

凡文法之名有四:一曰律,二曰令,三曰格,四曰式。

其实远在汉代,虽然“文法”之使用,有时人疑其偏指“刑法”,但明确而又不容怀疑其指代所有法律的例子,已昭然载诸史籍。如《史记·汲黯传》中就谓汲黯

治务在无为而已,弘大体,不拘文法。^①

《史记》又记公孙弘

^①《史记》第十册卷一百二十《汲黯列传》,中华书局2013年版。

习文法吏事,而又缘饰以儒术,上大说之。^①

此二处之“文法”,就是对包括属于刑法《律》在内的所有法律的概括,也就是汉代通常所谓之“律令”。

(二) 规范四种法律的篇目名称

凡《律》一十有二章:一曰《名例》,二曰《卫禁》,三曰……,十二曰《断狱》,而大凡五百条焉。

凡《令》二十有七:一曰《官品》,二曰《三师三公台省职员》(其他五职员略),……九曰《祠》,……二十七曰《杂令》,而大凡一千五百四十有六条焉。

凡《格》二十有四篇。(注文曰:“皆以尚书省二十四司为篇名。”)

凡《式》三十有三篇。(注文概列了三十三篇之名。)

(三) 规范四种法律的性质和作用

《刑部式》中对“四法”的性质分类区别是:

凡律以正刑定罪,令以设范立制,格以禁违正邪,式以轨物程事。

唐代规范立法的“立法法”内容,主要就是列于“刑部郎中”之下应属《刑部式》的这些条文内容。对于这些唐律以至法制史研究领域尽人皆知的属普识性的六条内容,至今未有人对其性质作过“立法法”性质的认定。其实,《唐六典》客观上存在着对这六条内容作分析认识的逻辑前提:其一,《唐六典》本就是一部以众多的《职员令》为纲目,并摘编与之有关的“令”“式”联缀起来的典籍;^②其二,上述规范唐法篇目、种类、性质、作用的六条,不可能是唐代二十七篇《令》文中的任何内容;其三,这六条其性质也明显不是补充“正刑定罪”的《刑部格》,所以只能是《刑部式》的条文;其四,其在此处的作用,就是“轨物程事”之《式》对立法(包括四法统称为“文法”在内)所作的“程事”规范,对立法具有法律的约束力。

二、唐律在司法实践中对律、令、格、式的概括词是“法律”

《唐律疏义》的性质是刑律,在唐代被简称为《律疏》或《律》,其性质就是“律、令、格、式”中的“律”。其在司法实践上对“四法”的概括是“法律”。

其一,《律疏》从司法上,对“律、令、格、式”作统指概括的概念是“法律”。《名例律》(总第48条)在規定对(外国人)在大唐境内犯法后其法律的适用时说:

诸化外人,同类自相犯者,各依本俗法;异类相犯者,以法律论。

疏文对此解释说,对同一国的外国人相互犯,依照他们本国的习惯与法律处置。对于不属同一国的外国人(也应包括外国人与唐人)在唐境内相犯,用大唐的法律判断处

^①见《史记》第九册卷一百一十二《主父偃列传·公孙弘》(中华书局2013年版)引司马贞《索隐》之解释说:“谓以儒术饰文法,如衣服之有领缘以为饰也。”可见“文法”于此,单独为词。另,《汉书·薛宣传》记薛宣“以明习文法诏补御史中丞。”“吏事”,是指行政管理事务。同书又记薛宣经过其子薛惠所治之彭城,见到“桥梁邮亭不修”“宣心知惠不能”“终不问惠以吏事”“惠自知治县不称宣意”。详见《汉书》卷八十三。

^②参看(唐)刘肃《大唐新语》卷九“著述”,中华书局1984年版,第136页;陈寅恪《隋唐制度渊源略论稿·职官》中的论述及其引用的唐宋史料。

罚。这里的“法律”，就是对“律、令、格、式”的总概括。

其二，审判要求对罪犯犯罪所涉及的刑律及令、格、式内容，都要引用记录在案，不但对所违之惩罚性的“律”同时对其所违涉及之令、格、式，也必须引用记录。为此，《断狱律》（总第484条）规定说：

诸断罪皆须具引律、令、格、式正文，违者，答三十。

并不是每项罪案都必须引全律、令、格、式四种，但凡犯罪涉及的，必须全引，不涉及的当然不引用。但作为制度来说，“皆须具引律、令、格、式正文”。此《断狱律》中要求具引的律令格式，就是上述《名例律》中对不属于同一国的外国人相犯时使用的“法律”。

应该说，唐代对律、令、格、式的概括，在“立法”及“司法”上是个解决了的问题。《律疏》中的“法律”所指，与《唐六典》中的“文法”所指，其逻辑概念与事物实体具有“同一性”，都是确定地概括律、令、格、式四法。

三、唐之图书分类管理由《唐六典·秘书省》下的《秘书式》规范

唐执掌图书分类管理的机关是秘书省，秘书省的秘书郎依《秘书式》管理国家图书。

（一）图书“分库以藏”的办法为《秘书式》

（1）总体上依“四部”为部目：

秘书郎掌四部之图籍，分库以藏之，以甲、乙、景、丁为之部目。

（2）“四部”下又分“四十类”具体分类管理：

甲部为经，其类有十：一曰《易》，以纪阴阳变化；（下略）乙部为史，其类一十有三：一曰正史，以纪纪传表志；（下略）景（丙）部为子，其类一十有四：一曰儒家，以纪仁义教化；（下略）丁部为集，其类有三：一曰《楚词》，以纪骚人怨刺。（下略）

（二）所有历代至其“当代”的法律类图书都列在“史”部的“刑法”一栏管理

以记载国家国书分类库藏管理办法为主的唐代《式》典中的《秘书式》，直接追随《隋书·经籍志》，把汉以来所有的法律图书，统一以“刑法”为管理栏目的名称，这种办法，也成了两《唐书》及《宋史》的“经籍志”“艺文志”中法律图书分类栏目的习惯名称。

（1）归类管理栏目名。法律书典列在“史部”的第九类，其分类栏目的名称是“刑法”：“九曰刑法，以纪律、令、格、式”，即把从汉朝起到唐代的所有律令格式书典，设置“刑法”类（栏目名称），进行管理。

（2）关键词“纪”的使用意义。四部下划分四十类管理的同一个关键词都是“纪”：“×为××，以纪××××（图书）。”“纪”在此处用作为“治理”“综理”，而不是记录、记载。

（三）法律图书的管理栏目“刑法”下都囊括了“律”之外的非“刑法”的令格式

法律图书分类概念的实质是以此栏目作管理，并不是对此栏目下的法律图书定性。在隋、唐、宋史书的“经籍志”“艺文志”中，法律图书栏目有的称“刑法部”，有的称“刑

法类”,有的称“刑法篇”。其实,“刑法”栏目(类)下的法律图书(如令、格、式)并不都如《律》一样是“刑法”,只是方法上以“刑法”(《律》)为主,附带了对非“刑法”的令、格、式,置于同一栏目“刑法”下一起管理而已。

把所有法律图书,以“刑法”之栏目进行管理,起始于隋代。在《隋书·经籍志》中,与《开皇律》《大业律》归在一起管理的《开皇令》《大业令》绝不是“刑法”;其他如与《北齐律》并列的《北齐令》,以及与《晋律》《梁律》《陈律》并列的《晋令》《梁令》《陈令》也都非“刑法”。较典型的是《宋史·艺文志》归在“刑法”栏目下的,除“敕”(刑法)与“令格式”外,居然有《水部条》《诸军值班禄令》《养贤录》《官马俸马草料等式》等非“刑法”的图书。在当时的情况下,在图书归类管理上把与“律”关系相近的“令、格、式”与“律”共用“刑法”作栏目放在一类管理,虽不尽科学,但这是历史的局限,可以理解,因这只是分栏管理的办法而已,无必要多加指责。规范法律制订法式的《刑部式》中的六条,与《秘书式》中以“刑法”来作为法律图书管理(“纪”)的栏目名称,完全是适用不同对象的不同性质的法式:前者是规范法律制订的“立法法”;后者是整个图书管理中专对法律图书管理区分的法式。

有些学者把隋以来对法律图书用“刑法”栏目概括之法,推行至整个古代的法学领域,这种“泛刑法”的错误作法,隋代就并未这样做过。《隋书》中包括《刑法志》《经籍志》等在内的诸多“志”的部分,是从唐贞观十五年(641年)开始补写,至显庆元年(656年)完成,先后由令狐德芬与长孙无忌监修,并由长孙氏领衔奏上。“隋志”比《律疏》于永徽四年(653年)完成迟3年。“隋志”撰写的主要“监修”之一长孙无忌,原就是唐代《律疏》编撰的主要人物。其在“隋志”中继续体现了在《律疏》制作中精微的法律思维,在对隋唐二朝律、令、格、式的概括分类与语言表述上,既坚持了法学分类的严密概念,又兼顾到了目录学上法律图书管理分类上的习惯法式。在他(们)监修的《隋书》“刑法志”与“经籍志”中,作为目录学上的法律图书分类使用“刑法”作栏目名,这是目录学上的习惯。但在《刑法志》里概括律、令、格、式四法的用语则是“法令”或“法律”,而绝不使用“刑法”^①。两种不同性质的概括,在各自的领域各行其道,但决不能混淆取代。

(四) 法律书文的“刑法”概括受到“法书”“法制”“政书”“法令”的挑战

从《隋书·经籍志》起,各朝史书的“经籍志”“艺文志”,把历代所有法律图书之栏目名之为“刑法”,在目录学的发展上,也只是其中的一个阶段或者说是一种选择而已。

西汉刘向、刘歆父子编《七略》,《汉书·艺文志》把图书依《七略》分类,但未出现把所有法律图书设栏目名之为“刑法”的做法。即使在《汉书·刑法志》中,也是用“律令”或“法令”概括法律。南朝梁代的阮孝绪编撰收集古人文章之书《七录》,其书对所收的法律文章作罗列概括时,就以“法制部”为名:

^①见夏锦文、李玉生主编之《唐典研究》所收钱大群《唐代法律体系正确理解的转折点》一文(北京大学出版社2015年版,第16页),及本文后所附《隋唐律、令、格、式分类概括比较表》。

法制部四十七种九十五帙八百八十六卷。^①

这说明至少有“四十七”种法律制度的文章,其栏目的概括词是“法制”,而不是“刑法”,更不是“刑书”。这种分类概括,在逻辑上适用于法律制度之文,当然也适用于法律制度之书。无独有偶,后来的《宋史·刑法志》开头的第三段,也清楚地把律(敕)、令、格、式概括为“法制”：“宋法制因唐律、令、格、式,而随时损益”。^②清朝四库全书在“政書類”下专设“法令之属”收《唐律疏义》等法律书。清光绪九年(1883)印《滂喜斋丛书》,第十四册,其“元版书目”中,设“法令类”一栏,列“《唐律疏义》三十卷”。可以说,至此为止,隋以来把法律书典概括为“刑法”的图书分类法,已经被画上句号,而退出历史舞台。

从隋代到清代,历代正史中的《经籍志》或《艺文志》,把所有法律书典概括为“刑法”(部、类、篇),其最大的问题是与同一部史书中的《刑法志》,对法律与法律书概括的方法乖违不一。历代《刑法志》概括法律的基本特征是:其一,对所有各类法律作统一概括时,大多使用“法”“法令”“律令”“法律”“法制”“文法”等词语;其二,在对所有法律书典作概括时,《旧五代史·刑法志》把律、令、格、式之书曾概称为“法书”：“因兵乱法书亡失,至是大理奏重写律令格式。”^③其三,《刑法志》无论是对各类法律或法律图书作概括时,都不使用“刑法”,更不使用“刑书”。《新唐书·刑法志》的作者,把唐代的法律概括为“刑书”,这在历代《刑法志》中也是绝无仅有的特异。

四、《新唐书》的要害是把目录学意义上的“刑法”栏目名去混淆取代法律意义上的概括

目前,争论的要害在于其中一方混淆了《刑部式》与《秘书式》的分类概括,错误地把法律图书分类栏目的概念去取代法律性质分类的概括,其中最突出的就是《新唐书》的“四刑书”说。

《新唐书》作者调换概念的总的特点是把四种法律在性质上变成同一种法律,而且复古地称为“刑书”。其概念调换的大致思路如下:

(一) 把管理栏目“刑法”下的所有法律图书定性为“刑书”

《唐六典》《旧唐书》都成书在先,《新唐书》一方面对《唐六典》中《刑部式》把律令格式概括为“文法”的正确作法置之不理,而且进一步又对图书管理法《秘书式》中“刑法”类下事实上包括非“刑法”的令、格、式这一事实完全抹杀,把律令格式四法定性为像春秋时其内容纯属刑罚法律的“刑书”:

唐之刑书有四,曰:律、令、格、式。

这样,《秘书式》中“九曰刑书,以纪(管理)律令格式”,转眼之间这“律令格式”已经从归“刑法”栏目管理的性质,而全部变成了性质上的“刑书”。这里必须要提请

^①(梁)阮孝绪所著之类书《七录》,其书之内容已佚失,(唐)释道宣所著之《广弘明集》收录的《七录序目》中有此言可查。《广弘明集》此书有明万历十四年吴刻三十卷本传世。

^②见《宋史·刑法志》,中华书局2000年版,第3315页。

^③见《旧五代史·刑法志》,中华书局2000年版,第1358页。

某些学者注意:按目录学的规范,是否能把各朝史书中法律图书的栏目名“刑法”改成为在法律性质上作认定的“刑书”?把“刑书”代进“刑法”栏目中去合乎目录学的理念吗?

(二)进一步把“刑书”的概念坐实为“刑法之书”

《新唐书》在其《百官志·刑部》下又再进一步具体地说:

凡刑法之书有四:一曰律,二曰令,三曰格,四曰式。

经过这二次倒手,《秘书式》中关键词“纪”(管理、综理)的意义,已完全被“定性”为古“刑书”的判断语了。这种手法完全可以通过比较看清。总之,在对待唐代法律的性质概括上,《新唐书》作者处心积虑的倾向是非常明显的。在他们眼中,四种法律性质的区别是不存在的,因为它们都只是“刑书”而已。而这一点正与“立法法”中的“文法”与《律疏》中“法律”的概括背道而驰。《新唐书》为标新立异,不惜复古逆反把唐代的律、令、格、式判定为如春秋时的“刑书”,从而彻底把自己从史学中边缘化。

五、几点结论

第一,隋唐都有对法律作概括的概念。《唐律疏议》(简称《律疏》)在司法语境中,对当时律、令、格、式概括的概念是“法律”;《唐六典·刑部郎中》中的《刑部式》在立法角度,对四法的概括概念是“文法”;《隋书·刑法志》中也把法律概括为“法令”“法律”。^①

第二,《唐六典》中包含唐代“立法法”与图书分类两种法式内容。《唐六典·刑部郎中》中规范立法的六条内容是《刑部式》,而《唐六典·秘书省》中规范图书分四部四十类管理的是为《秘书式》。这样判定的理论背景及史料根据就是《唐六典》编撰是“以《令》《式》分入六司”的根本特点。^②

第三,两种分类法使用上不能相互取代。作为对律、令、格、式四法共性的概括,是《刑部式》的立法概括,而把作为图书的律令格式置于“刑法”类(部、篇)进行管理,这是由《秘书式》确定下的制度,是文化史上目录学的范畴。我们可以认可当时历史条件下,法律图书分类管理栏目名称“刑法”在目录学上的使用习惯,但绝不能同意以图书管理的栏目概念去取代“立法法”的概括,把律令格式四法的性质认定为“刑法”。

第四,《新唐书》的“四刑书”说并非目录学的概念。《新唐书》把律令格式概括为“刑书”,不但混淆取代法学意义上对法律种类作概括的“文法”与“法律”,而且对目录学上法律图书的栏目名“刑法”也是篡改。目录学概念上的“刑法”,并不是春秋时代的“刑书”。

^①其实例见本文附表中录《隋书·刑法志》对法律的概括语句。

^②参看(唐)刘肃《大唐新语》卷九“著述”,中华书局1984年版,第136页;陈寅恪在《隋唐制度渊源略论稿·职官》中的论述及其引用的唐宋史料。

附表:隋唐律令格式分类概括比较表

性质类别	书典	概括词语	例句	关键词语解析提示
司法立法与法学之分类概括	《唐律疏义·名例》 (总第48条)	法律	(化外人)异类相犯者,以法律论。	此处之“法律”即《断狱》(总484条)规定:“须具引”之“律、令、格、式”的概括。
	《唐六典·刑部郎中》	文法	凡文法之名有四:一曰律,二曰令,三曰格,四曰式。	律令格式的共性是法律,作为不同的法典,用“文法”(成文法律)概括,合乎逻辑。
	《旧唐书·职官志》	文法	凡文法之名有四:一曰律,二曰令,三曰格,四曰式。	《隋书·刑法志》此例中的“法令”“法律”皆为对所有法律之概括,此外,并无以“刑法”概括法律之例。
	《隋书·刑法志》	法令法律	(其记北齐曰:)是后法令明审,科条简要,又敕仕门之子弟,常讲习之。齐人多晓法律,盖由此也。	
法律图书分类管理之概括	《隋书·经籍志》	刑法	隋则律、令、格、式并行;今录其现存可观者,编为“刑法篇”。	隋《经籍志》是图书分类上把律、令、格、式之图书,统用“刑法”一栏作管理的起始。
	《唐六典·秘书省》	刑法	(史部)九曰刑法,以纪律令格式。	“纪”是治理、综理之义,设“刑法”栏目管理法律书,并不是把律令格式四法都定性为“刑法”。
	《旧唐书·经籍志》	刑法	右刑法五十一部,凡八百一十四卷。	旧志中称“部”;新志中称“类”;隋志中既称“部”又称“篇”。
	《新唐书·艺文志》	刑法	右刑法类二十八家,六十一部,一千四卷。	
新唐书对四法以刑书概括	《新唐书·刑法志》	刑书	唐之刑书有四,曰:律、令、格、式。	把法律图书列在“刑法”栏目下以“纪”作“管理”之义,被篡改改为“就是”“刑书”的全称判断。
	《新唐书·百官志》	刑法之书	凡刑法之书有四:一曰律,二曰令,三曰格,四曰式。	

续表

性质类别	书典	概括词语	例句	关键词语解析提示
备注	<p>在唐“四法”于《律疏》中被概括为“法律”,于《唐六典》“刑部式”中被概括为“文法”,而在“秘书式”中把分类管理所有法律图书的栏目称为“刑法”的前提下,如把管理法律图书的栏目名“刑法”,去混淆甚至取代立法与司法意义上作概括的“文法”与“法律”,这引起的后果就不是观念上无所谓正误与对错的问题了。</p> <p>事情似乎是:既然所有法律图书都分在“刑法”一栏管理,那么所有的法律就都是“刑法”;既然所有法律书都是“刑法”书了,那么所有法律书也当然都是“刑书”了,就是这种逻辑,使得一些学者在对《新唐书》“四刑书”说的认识上,及在唐代法律体系的研究上,终不得脱身于泥淖之中。</p>			

(写于2015年10月,改定于2016年5月)

[责任编辑:张田田]