

## · 立法技术 ·

编者按:本栏目收录古今中外有关法律制定及修改的研究成果,专门探讨立法技术。至于立法观念,则另外开设“立法思想与立法理念”栏目。

# 《大清律例》条文标题的功能考察

张田田\*

**摘要:**中国古代法律条文标题是法律规定分门别类的成果和法典目录的组成要素。《大清律例》条文标题集“律目”、“条标”、“律牌”作用于一体,与定律、修例、断案活动均有关联:标题以律文的简单摘录或律意的初步提炼为表现形式,以索引律条为基本功能;标题又用于例条的归类;标题单独被司法判决援用的情况极少,但可用于既判案件的整理汇编。清律标题与律条内容大致相关但不够契合,虽不具备准确交代罪名的作用,却是多类法源的便捷分类办法。《大清律例》条文标题是整部法典面貌的缩影,其中渗透着中国古代的罪刑观念与立法理论;其功能演变,为纂修法典兼顾索引的精确与弹性,提供借鉴。

**关键词:**大清律例;律目;条标;律牌

## 目 次

- 一、问题的提出
- 二、律条的索引:以“律目”为中心的功能
  - (一)《大清律例》“律目”的定型
  - (二)“律目”的表现形式及其对律条内容的展示
  - (三)“律目”与律条的计数、排序
- 三、例条的定位:以“条标”为中心的功能
- 四、案件的归类:以“律牌”为中心的功能
- 结论

### 一、问题的提出

古代法典中,在法律规定正文之外,还时常设有标识于法律条文之上的标题。这些

\* 作者简介:张田田,吉林大学法学院法律史专业博士研究生。

条文标题源出一定的“律”的内容,并且依其出现顺序依次排列,能于法典篇章门类中索引特定条文,因此被视为“律目”。<sup>①</sup>法条标题也被叫作“条标”,一个“条标”引领一则或一组法律条文,不同条标所引领的规范内容之间的差异较大。而在司法判决和案例编纂中,法条标题作为法律规定的简要标识,又被认作是“律牌”。<sup>②</sup>

对古代法典中条文标题的关注,古今均有。学者或结合律条的内容与标题探讨法律制度的含义,<sup>③</sup>或追溯特定标题的来源、描摹条标演进的脉络。<sup>④</sup>这些从较长历史时段出发来把握标题的演变轨迹的考察,恰恰反映出,法条的标题是法典的核心元素之一。<sup>⑤</sup>

传统律学研究中,以法条标题为引子而探究法意,追求的是制度规范在司法活动中的准确理解和妥善运用。迄今,中国古代法律条文标题仍有必要进一步研究。既要重视标题在历代修律中延续贯通的成分,也应专门探讨一部法典中标题的独特意义。将法条标题在漫长历史时期中的稳定成分与变化成分,以及标题的形塑过程与功能发挥结合起来考量,是本文着手进行条标的功能性探讨的方向。

清代这一特定的历史时期中,法典的体例变化促使法典总目、细目发挥出前所未有的作用。乾隆五年的《大清律例》,将436个不同标题对应436个(组)<sup>⑥</sup>条文规定的形式确定下来。考察《大清律例》的条文标题在大规模继承明律的同时如何进行小范围更新,既是观察法典编纂传统、法条索引系统的切入点;着眼于标题与内容的关系测评法条标题的功能,又是观察清代法典结构和法制样态的线索,这是笔者选取《大清律例》中的法律条文标题作为分析样本的原因。

本文撷取清律条目发挥作用的三种形式,即律典之中的“律目”、例条周边的“条标”、刑案之中的“律牌”,作为考察的切入点。对“律目”的探讨,以乾隆五年的《大清律例》为核心材料。<sup>⑦</sup>当转向“条标”与“条例”的关系探讨时,为尽可能多地搜集“条例”起见,也利用《大清律例通考》、《读例存疑》与《大清律例根原》,特别要参考其中由担任

<sup>①</sup>如《大清律例》(乾隆五年)首卷即为“律目”。又如,沈家本有《明律目笺》,参见(清)沈家本:《历代刑法考:附寄籀文存》(四),邓经元、骈宇騫点校,中华书局1985年版,第1783~1896页。

<sup>②</sup>三种称谓各有侧重。“律目”强调标题所在位置,即在以律条为主体的法典中,安排在律条之前与目录之中,侧重标题对律条的标识功能。“条标”则关注律例合编的法典体例下标题衍生出对律条以外的内容的界分作用,即总领律条并影响律条之下的例条。“律牌”的适用场合则比较狭窄,集中在司法领域。

<sup>③</sup>例如,明代张楷的《律条疏议》、清代薛允升的《唐明律合编》、沈家本的《明律目笺》等作品中,均有从条文标题角度展开的律学探讨。

<sup>④</sup>例如,王立民教授对古代律典中“条标演进”的讨论,参见王立民:“中国古代律中条标演进之论纲——以唐律、宋刑统、大明律和大清律例为例”,载《理性与智慧:中国法律传统再探讨——中国法律史学会2007年学术研讨会文集》;王立民:“中国古代律中条标演进之论纲——以唐律、宋刑统、大明律和大清律例为例”,载《甘肃政法学院学报》2008年第1期。

<sup>⑤</sup>仅就正史的《刑法志》部分来看,律典的篇目、卷数、条数等,是争议极少的几类信息;从条文数量上可见历代定律的直观差别;总目是判定律典版本的有力依据。

<sup>⑥</sup>一组条文,即是由律条及律条后所附之例条集合而成,统纂在一个标题下的规范组合。

<sup>⑦</sup>虽然乾隆朝以后,“条例”仍持续更新,但在乾隆五年修订的《大清律例》中,律条的标题和内容已基本定型,法典索引已大体固定。其后条目上的改动,仅有乾隆三十九年将“皇家祖免以上亲被殴”改作“宗室觉罗以上亲被殴”。本文所使用的《大清律例》(乾隆五年)版本,为田涛、郑秦点校《大清律例》,法律出版社1999年版。引律序号均为条文在法典中总排序,以下不另说明。

过刑部官员者所作的对例条纂修情况的介绍和对例条纂修质量的评价。探寻案件中法条标题的角色时,由于在《刑案汇览》中发现了断案引“律牌”、编纂案例集时用“律牌”的现象,所以侧重各式“刑案汇编”的比较,尤其是从例案合编、驳案收录、说帖类聚与刑案汇览等形式的案例集的体例差异中寻找线索。由此,本文对集“律目”、“条标”、“律牌”的“三位一体”的法条标题的分析,与清代法制运作中定律、修例、断案各环节紧密结合。

## 二、律条的索引:以“律目”为中心的功能

在探讨法条标题对于条法意蕴与运用作何影响之前,第一个不能回避的问题是标题的起源,即法律中的标题性内容最早产生于何时。对此笔者的初步判断是,首先,从法律规范的起源和法律形式的演变来看,标题的产生,绝非“命题作文”式的;<sup>①</sup>定是先有具体的规范,而后为规范条文添加标题的。其次,判断何时正式引入条文标题的直接证据,还是要从每部颁行通用的法典的体例中寻找。然而,法典流传过程中的版本差异,使得此类证据难以搜集。虽可另辟蹊径,<sup>②</sup>但从间接证据中得出的推断也未必可靠。有鉴于此,虽然官方定律中标题的出现时代如若确定,意义重大,但这一则难度过大、笔者仅有推测而无确证,<sup>③</sup>二则与本文探讨主题即标题的功能分析关联不紧,所以笔者暂且绕开标题的起源问题,转而从法条标题的成熟阶段——清代入手,将目录体系成熟的《大清律例》作为分析对象。

从《大清律例》看,为法律条文设标题的意义,最突出地通过“律目”得以体现。“律目”单独来看,是个别律条之名目,汇集起来,是整部律典之纲目,代表着以“律”为中心的法律规范的命名与排序规则。

此外,还要说明的是,本章以“律目”为中心,并不是说“律目”与“条标”是两事。因为二者所指称的对象基本重合,只是侧重点不同。顺带一提,“律目”、“条标”作为沿用已久的称谓,<sup>④</sup>细思之下均有漏洞,<sup>⑤</sup>要调和古代对法条标题的各种称呼的缺点,还应用

<sup>①</sup>即先拟定标题、再将相关内容搜罗于标题之下。

<sup>②</sup>例如,从一则法条摘录他条时是引述法条内容还是列举法条标题入手,或律学作品中有无涉及法条标题的议论,等等。

<sup>③</sup>尽管唐以后仍然使用着的一些重要原则、规定的原型可以追溯到秦汉甚至上古,但在“律目”的谱系中,仍有一些前提性的认识尚处于暧昧或存疑状态。与正式颁行的法律同在的法条标题,隋朝是否有?唐朝是否有?确实的证据还不曾发现。虽然,笔者对此有模糊的推测:将法律内容条分缕析,并为界定出的小范围的一则或数则内容拟定标题的行动,应和法典化进程关系密切,即法典越精致、越成熟,法律内容的划分标准定得越细,对篇章之下的更小单位内容的命名需求越强烈。也就是说,法条获得标题,极有可能伴随着一部较成熟法典的制定颁行。但也不排除其他可能,如司法中图便利而为法条拟题,律学中为诠释目的而为法条拟题,非正式的法条标题被正式立法所吸收,等等。

<sup>④</sup>在清代律学家的视野中,对法律条文标题的认识比较宽泛、灵活。沈家本《明律目笺》中“律目”不但直接指律条的题目,还包括门类名称,如“人命”等。薛允升《读例存疑》则以“条”来计量“例”,而对“律”则以“门”来计量。其中时而将律条标题称为“律目”,时而称作“门”;称例条归属于“某门”时,“门”多半指律条,有时也指门类。

<sup>⑤</sup>法条标题若称“律目”,与律后所附例条的关系如何把握?况且“律目”侧重法典目录,则据六部为名的“篇目”、“人命”、“斗殴”等“门”的名目,也往往置于目录层面讨论。“条标”之称,也有模糊不清之处,突出体现在,如何判定“条”?《大清律例》中既有律条,又有例条。而“条标”为律条所有而兼顾例条,其数量与律条相同而与例条无涉。

严密的表述即“法律条文的标题”。当然,各章虽有不同侧重,但讨论的对象都是清代法典中正式出现的法条标题。至于标题的基本功能与其他影响,如标题先是专为律条而设,后来又与例条有何关涉等问题,都不妨在承认法条标题的首要功能是“律目”的基础上,来逐步探明。本章的分析先从清代“律目”的定型过程开始。

### (一)《大清律例》“律目”的定型<sup>①</sup>

律条题名的根据是从律文中提取出来的一定信息,但从规范内容中提取何种信息、经何种酝酿而命题,则要具体分析。如果仅从字样上观察,清代新设的“律目”仅十余个,哪怕算上标题在篇章门类结构中的位移,清“律目”较明“律目”的变化也并不剧烈。例如在“名例律”中新设标题的“军籍有犯”条,其内容是从《大明律》“军官军人犯罪免徒流”条中第一款演化而来,所规定的行刑办法与明代的略有不同;又如“犯罪免发遣”条,其规定形式与明代“军官军人犯罪免徒流”条类似,但“凡旗人犯罪……”内容则是清代独有的,<sup>②</sup>是清代旗、民有分的法律体现;“充军地方”条也是清律标题与内容上的新增,而“流犯在道会赦”、“天文生有犯”条目虽异于前代,但从标题到内容都有所本,后文详述。

标题不变,不代表内容上无异;<sup>③</sup>标题在形式上的细微的变化更可以作为制度变化的指示。伴随着律条新设、删除与局部修改,清“律目”发生了拆分、归并或转换,雍正、乾隆等朝修律使得“律目”互不重复、“律目”与律条一一对应。

有关“律目”定型的清律对明律的改动,改动之一,是条文的合并或拆分。例如,清律第238条“递送公文”,乃是将明律同名的第259条、第260条、第261条合而为一,明律三条依次成为清律一条中的三款,只是将第260条、第261条起首的“凡”字分别改为“其”,并于律后附例。“冲突仪仗”条也是如此处理。<sup>④</sup>清律第141条“盐法”,更收入明律第149~160条的主要规定内容,且每条明律起首的“凡”字在转换为清律第141条诸款时均保留。这种使“律目”一次性引领更多内容的合并,其实还可以追溯到更早。明律借鉴唐律,往往通过唐律条文的合并或拆分来构造明律条,内容构造的复杂化也就经由名目而体现;<sup>⑤</sup>清代纂修律典时又从整体上把明律对前代法律规范打散重排的成果接收过来。

归并条文手法的运用,侧重捕捉分散事项的共有特征。基于对多样的犯罪的类型化认识,具有某些共同特征的法律规范被放在同一“律目”之下。而同样基于对类型的

<sup>①</sup>改动从顺治时便已开始,至雍正时基本完成。如乾隆五年修律“凡例”指出:“律文四百五十七条,历代相因,至雍正五年删改增并,定为四百三十六门,今仍其旧。”

<sup>②</sup>虽薛允升在《读例存疑》中称该条也模仿了明律的“军官军人犯罪免徒流”,但其实此条也有着浓厚的结合满清特有制度的创造性的一面:其标题自然不似明律条目,同时也有意与清其他“律目”相区别。从这一角度上讲,标题“军籍有犯”和“犯罪免发遣”的确有刻意分割的痕迹,前者强调行为主体和行为性质,后者偏重法律后果,相对于内容而言,两个标题都不完整。后文详释。

<sup>③</sup>以“五刑”为例,基本刑在律条中列举出来,并通过数量繁多的例条将对刑制的变种一一规定,律条、例条合起来才是清代刑制的全貌。“赎刑”附于“五刑”条中,是清独有。

<sup>④</sup>清律第195条“冲突仪仗”,也是将明律三条(第214~216条)内容依次排列,载于一条,并将明律第215条首字“凡”改为“若”,原在第216条律首的“凡”删去。

<sup>⑤</sup>“五刑”名目,其实也是本着传统的刑法观念,对数个本来列有专条的基本刑制作合并规定的结果。

把握与个例的辨析,另外一种改动方法即拆分,更加体现出对情节、性质差异的敏感。例如,清律的第19条“天文生有犯”,若与明“律目”比对,似乎为新设,但主要内容其实是从明律“工乐户及妇人犯罪”条规定中分出。将规定“天文生犯罪”特殊行刑方案的内容列为专条,使得清律第20条“工乐户及妇人犯罪”条的标题与律文更加契合。

改动之二,是对律条位置的挪移。例如,清律第51条“信牌”条在“吏律”的第一个门类“职制”当中,其内容基本是从明律同篇的第二门“公式”的同名律文中移过来的。清代“漏泄军情大事”律内容基本仿自明律中与之同名的一条,但该条所处的篇章门类均与明律不同。

改动之三,是文字替换。例如,“毁大祀邱坛”之“邱”,明作“丘”,清代为尊孔而改。“伪造印信时宪书等”,明作“伪造印信历日等”,清代为避讳“历”而改。“因公科敛”,明为“因公擅科敛”,清代删去“擅”字。这类小改动无伤原意。但也有触及文义的标题改动,如清律“流犯在道会赦”条目是由明律“徒流人在道会赦”转化而来,律中第三款又为“其徒犯在道会赦,及已至配所遇赦者,俱行放免”,则删去“徒”字,有关“徒犯会赦”的内容在标题中得不到反映,使得此条律意溢出了标题所划定的界限。

上述与标题有关的三种改动,都产生于对法律规定的具体内容的理解和使用上的变化。标题与内容俱变,标题对内容的依附性于此可知。此外,三种改动并非相互排斥。例如,清律第202条“漏泄军情大事”,是从明律“吏律”之“公式”门中,移至清律“兵律”的“军政”门下。其改动的原因在于,律条处罚泄露情报之罪,其中既包括“军情重事”又关乎“不专指军情”的“机密重事”,即“数事共条”,而修律者对律条主旨有不同判定。线索从题目中即可探知:被漏泄的为“军情”和“大事”。具体而言,前两款侧重“军情”,第三款中,私自拆看一般官司文书的犯罪,处罚是杖六十,若官文书所载“事干军情重事”,则私拆者罪至杖一百,徒三年。第四款与第三款相似,实际是包含军情与军情之外的重事而言的。因此,若依从范围更广的“大事”,则其门类划分应如明律;若强调“军情”这一特殊事件,便从清律,归入“军政”。应该说,两种认定,各有道理,均存缺憾。这实际是一则条文所包含的诸种犯罪情状虽有牵连但不能统一的结果。<sup>①</sup> 此条采复合性标题,以兼顾律条的重点内容,但由于所合并内容情态上的复杂,还是遗漏了少量要点。<sup>②</sup>

明律对唐律的选择性吸收,清律对明律的整体吸收与细节改造,都是塑造清代条标的力量。此外还应看到,律文、“律目”的演化呈现出复杂面相:在法制变迁中,某些渊源古老的律条是“名存实亡”,或标题与内容“似是而非”,还有少量具有原则性、宣示性的“超稳定”的法律内容排斥形式上哪怕些微的变化。因此,在清代法典中,有些古老的标题和内容虽被保留,但较少被使用;<sup>③</sup>而有些新设、后改内容要被施加“剪裁”以适应旧的标题。<sup>④</sup>

①唐律中已对泄密、私拆官文书等犯罪均有规定,且为分别规定,并非设于一条。

②例如此条中的私拆一般公文的情节。

③如“八议”。

④如“五刑”,律条袭旧,但刑制从新。算上例条规定,则刑种远超于五。

## (二)“律目”的表现形式及其对律条内容的展示

从上节分析中不难看出,清代法典中的标题,多有所本。薛允升、沈家本等的论述描绘出律条标题演变的主线,更可深化“唐律一变为明律,明律一变为清律”的印象。清代律学不乏精深见解,为继续探索明清法典的目录体系开拓了道路,我们如搁置对“唐律目”这一命题的真伪辨析,<sup>①</sup>总结沈家本《明律目笺》的主要观点,<sup>②</sup>则“唐律目”与明“律目”有同有异,二者之间有着某种原型与变体的关系。明“律目”与清“律目”则同多异少,前节解讫。而本章接下来的任务,是解析法条标题最核心、最重要的成分,也就是法条的定名与法条的排序。<sup>③</sup>本节从微观角度,分析标题与正文的关系,探索清律之名目的形成,以便为下节从宏观角度,分析各条法律规范的归类与排列规律、探索律典之纲目的形成打下基础。

### 1.“律目”的表现形式

清律中,无论是刑事性与非刑事性规范,均以情节的认定和评价为核心,<sup>④</sup>而论罪与叙事也便成为律条命题的两种倾向。清律“名例律”、“吏律”、“户律”、“礼律”、“兵律”、“刑律”、“工律”七篇中,首篇内条文的标题比较特殊,因“名例律”规定的特殊性,所以论罪的标题不多见。后六篇中的标题,从表现形式来看,有较为笼统地勾勒规范所涉及的事项、言事而未及罪的,有专注于行为描述的。后一种标题丰富多样,共同标志是其中往往透露出对违法行为的消极评价。专门针对官吏、军人等主体而设以督促其遵纪守法与履职、处罚其违法犯罪的条文,标题中常出现“私”、<sup>⑤</sup>“违”、<sup>⑥</sup>“冒”、<sup>⑦</sup>“不

<sup>①</sup>如前所述,笔者不敢确定“律目”随律典颁行通用是起于何时,是否在唐代已经开始。而《明律目笺》中,沈家本所列举的“唐律目”,与我们常见的点校本唐律(《唐律疏议》,刘俊文点校,中华书局1983年版;及法律出版社1999年版)及其他版本唐律的总目在文字上有不少出入,原因应与传世唐律版本的差异有关。虽然各种题目其实差异不大,无论从哪一种题目出发,都可以联想到同一唐律条文。但这无疑印证了“唐律目”面貌的模糊、身世的难辨。因此本文所称“唐律目”,均出于《明律目笺》。

<sup>②</sup>之所以选《明律目笺》而不选考证更翔实、议论更深入的《唐明律合编》,原因在于:虽然后者综合对照唐律、明律,考量法理更细致,但并非专论律条标题。而沈家本与薛允升持见近似(右唐而左明),但对“律目”的集中考辨,眼界更广阔而评论更有新意,如以“律目”对律条“能否该括”为评判标准,不仅仅以唐律为尺度。

<sup>③</sup>“律目”中,这两个要点与法条的内容与编排结合得最为紧密。贯穿着对法律原理的一定程度的认识和运用,相对集中地反映着定律的水平。

<sup>④</sup>《大清律例》是综合性法典,“名例律”之外的诸篇章中,即有以“正刑定罪”为目的、以“罪状—法定刑”为结构的刑事性规范,也有偏重“设范立制”而不直接规定刑罚的非刑事性规范。上述刑事性规范的“正刑定罪”性质与非刑事性规范的“设范立制”性质,借用了唐代对“律、令、格、式”特征的分别描述,即“律以正刑定罪,令以设范立制”。(《唐六典》卷六“刑部尚书”条)

<sup>⑤</sup>例如,以“私借……”为题的,“户律”中,“田宅”门有“私借官车船”、“仓库”门有“私借钱粮”、“私借官物”,“兵律”中“厩牧”门有“私借官畜产”、“邮驿”门有“私借驿马”。再如,有“私役”字样的标题,如“户律”之“户役”门的“私役部民夫匠”,“兵律”之“军政”门的“公侯私役官军”,“关津”门的“私役弓兵”、“邮驿”门的“私役铺兵”和“私役民夫抬轿”。

<sup>⑥</sup>例如,以“……有违”为题的,有“吏律”之“公式”门的“制书有违”、“户律”之“仓库”门的“出纳官物有违”。其他含有“违”字的标题,如“户律”之“钱债”门的“违禁取利”、“户律”之“仓库”门的“收粮违限”、“兵律”之“军政”门的“从征违期”,等等。

<sup>⑦</sup>有“户律”之“仓库”门的“冒支官粮”,“兵律”之“关津”门的“私越冒度关津”、“诈冒给路引”,“工律”之“营造”门的“冒破物料”。

觉”<sup>①</sup>、“不当”、<sup>②</sup>“不以实”<sup>③</sup>等字眼。而一些常见、多发的犯罪,条文标题中便直书其事,因行为的危害性与结果的严重性已为人所共知,如“盗”、“杀”、“殴”、“诈”、“奸”<sup>④</sup>等。

“律目”或可将发生在不同情境中,具有不同性质的犯罪行为区分开来。例如,不同篇章门类中,有多种“留难”,<sup>⑤</sup>多种“稽程”,<sup>⑥</sup>罪行分别由不同的主体、在不同的场合中犯下。又如,同一人、物、事的称谓,与不同种类的犯罪相关:物方面,出现“畜产”字样的律条有八,“厩牧”门各条中的“畜产”强调其官方或私人饲养者对其负有管理之责,<sup>⑦</sup>“邮驿”门“乘官畜产车船附私物”条中强调的是畜产可充当运输工具,“贼盗”门“盗马牛畜产”条中则强调畜产是官、私所有的财物;人方面,“律目”中涉及人之处往往要强调其品秩、职掌、家族地位等身份信息,“人”字有时特指与犯罪行为人无身份、血缘关系的“凡人”,有时又是无差别泛指;事方面,见于“兵律”之“邮驿”门“公事应行稽程”条,“刑律”之“杂犯”门“嘱托公事”、“私和公事”条以及“名例律”中“公事失错”条的“公事”,名同事异。

“律目”出自律条而对律条内容有一定的概括提炼,从而针对相似相关的规范,既能通过相同的关键词来强调其中的关联,又能通过具体表述的不同而提示其间的区别,使得法典目录可成为法律规范系统性的体现。然而,“律目”的形成还有随意性。一则叙事类标题,其命名方法多是“摘字叙名”,这有极为古老的渊源,是《论语》等传统典籍所使用的分段、题名办法。“摘字叙名”通过对律条文字的选取来达成标明事类的目标,如他条事有相似,一般也只要多摘几字便可解决。但这种简便的命题方法对文字内容的摘录,范围总是局限于内容中的首句、前几个字,缺乏对内容的总结,很难实现对罪行本质的把握。二则如果说律条的标题应是定罪量刑等类内容的摘要,应是主要法律信息的概括,那么强调论罪内容的标题,本应更接近该条规范的核心。但罪行描述式的命题办法还比较粗疏,很多题目对律意的展现也有不足,后文详述。

对清“律目”的命题思路的探讨,还可以借用《明律目笺》中的“唐律目”作为参照系。简称若要形成专名,不但需要简明扼要,而且需要为人所熟悉。那么,针对社会生活中常见、多发的犯罪而设的法律规范,成熟较早,在其内容被吸收借鉴的同时,标题无论优劣,均可能长久地被传递和使用,则某种程度上,“律目”的沿用并不总取决于其

①有“户律”之“仓库”门的“仓库不觉被盗”、“刑律”之“捕亡”门的“主守不觉失囚”。

②有“户律”之“仓库”门的“拟断赃罚不当”,“刑律”之“断狱”门的“断罪不当”、“赦前断罪不当”。

③有“兵律”之“厩牧”门的“验畜产诈不以实”、“刑律”之“诈伪”门的“对制上书诈不以实”,“刑律”之“断狱”门的“检验尸伤不以实”。

④含上述五个关键字之一的“律目”,依次集中在“刑律”的“贼盗”门、“人命”门、“斗殴”门、“诈伪”门、“犯奸”门。也非一概而论,如“贼盗”门有“诈欺官私取财”条等。

⑤“户律”之“仓库”门的“收支留难”,“礼律”之“仪制”门的“朝见留难”,“兵律”之“关津”门的“关津留难”。

⑥“吏律”之“公式”门的“官文书稽程”,“兵律”之“邮驿”门的“驿使稽程”、“公事应行稽程”。

⑦分别是“牧养畜产不如法”、“验畜产不以实”、“养疗瘦病畜产不如法”、“畜产咬踢人”、“隐匿孳生官畜产”、“私借官畜产”。

命题方法的优劣。更何况,清代的立法者未必不把标题的改动视为定律修例中的次要事宜,仅因循苟且,不着力推敲,否则,清律中又何以仍用“断罪引律令”这一条目呢?

## 2. “律目”对律条内容的展示

对律条文字的摘录与文义的提炼,是“律目”实现其区分、索引律条功能的基础。在多种命名办法混用的法典中,标题的总体区分度还是可观的。但是,能够提示律文,不等于能够全面、完整地揭示律意。“律目”仅用寥寥数字,律条则往往内容丰富,这就对标题作用的发挥构成了考验。命题的质量,即标题对内容的展示效果,还要深究。

清律中,有一些在立法与司法中出现率、关注度均较高的规范内容,其律条标题也因此为人所熟悉,但这并不意味着标题与内容是全然相符的,也许仅是惯用;“文不对题”的现象并不少见。衡量标题与内容的契合度,若采取逆向思维,以律意为中心审视,则下列问题值得思考:标题是否遗漏了律条的要点?标题是否远超出律条的范围?标题可否点出律条的关键?笔者因此将“律目”与律条的关联程度作三类评判,一是内容溢出标题,二是标题超出内容,三是标题、内容大致相符。列表如下。

表一 “律目”与律意的对应状况

		律意溢出标题	标题超出律意	标题、律意大致相符
名 例 律		应议者之父祖有犯、职官有犯、以理去官、无官犯罪、除名当差、流犯在道会赦、犯罪时未老疾、称乘舆车驾、称期亲祖父母、称与同罪、称监临主守、称日者以百刻、称道士女冠	应议者犯罪、文武官犯公罪、文武官犯私罪、犯罪免发遣、军籍有犯、流囚家属、犯罪存留养亲、天文生有犯、工乐户及妇人犯罪、徒流人又犯罪、老小废疾收赎、犯罪得累减、给没赃物、犯罪自首、犯罪共逃、同僚犯公罪、公事失错、犯罪事发在逃、亲属相为容隐、处决叛军、化外人有犯、本条别有罪名、断罪无正条	五刑、十恶、八议、常赦所不原、二罪俱发以重论、共犯罪分首从、加减罪例、断罪依新颁律、徒流迁徙地方、充军地方
	吏	大臣专擅选官、滥设官吏、贡举非其人、擅离职役、官员赴任过限、无故不朝参公座	官员袭荫、信牌、奸党	文官不许封公侯、举用有过官吏、擅勾属官、交结近侍官员、上言大臣德政
律	公式	制书有违、弃毁制书印信、上书奏事犯讳、事应奏而不奏	讲读律令、照刷文卷、磨勘卷宗、封掌印信	出使不复命、官文书稽程、同僚代判署文案、增减官文书、漏使印信、擅用调兵印信



续表

		律意溢出标题	标题超出律意	标题、律意大致相符
户 律	户役	立嫡子违法、收留迷失子女、丁夫差遣不平、禁革主保里长、卑幼私擅用财	脱漏户口、人户以籍为定、点差狱卒、收养孤老	私创庵院及私度僧道、赋役不均、隐蔽差役、逃避差役、私役部民夫匠、别籍异财
	田宅	欺隐田粮、盗卖田宅、擅食田园瓜果、私借官车船	检踏灾伤田粮、功臣田土、典买田宅	任所置买田宅、盗耕种官民田、荒芜田地弃毁器物稼穡等
	婚姻	典雇妻女、妻妾失序、逐婿嫁女、居丧嫁娶、父母囚禁嫁娶、娶部民妇女为妻妾、强占良家妻女、出妻、嫁娶违律主婚媒人罪	男女婚姻、同姓为婚、尊卑为婚、娶亲属妻妾、娶乐人为妻妾、良贱为婚姻	娶逃走妇女、僧道娶妻
	仓库	附余钱粮私下补数、私借钱粮、库秤雇役侵欺、仓库不觉被盗	钱法、私借官物、那移出纳、冒支官粮、钱粮互相觉察、起解金银足色、转解官物、守掌在官财物	收粮违限、多收税粮斛面、隐匿费用税粮课物、揽纳税粮、虚出通关朱钞、守支钱粮及擅开官封、出纳官物有违、收支留难、损坏仓库财物拟断赃罚不当、隐瞒入官家产
	课程	监临势要中盐、人户亏兑课程	盐法、阻坏盐法、匿税	私茶、私矾、舶商匿货
	钱债	费用受寄财产、得遗失物	违禁取利	
	市厘	把持行市、私造斛斗秤尺	市司评物价	私充牙行埠头、器用布绢不如法
礼 律	祭祀	毁大祀邱坛、褻渎神明	祭享、致祭祀典神祇、历代帝王陵寝	禁止师巫邪术
	仪制	收藏禁书、失误朝贺、公差人员欺陵长官、服舍违式、僧道拜父母、匿父母夫丧、弃亲之任	合和御药、乘輿服御物、御赐衣物、失仪、上书陈言、丧葬、乡饮酒礼	奏对失序、朝见留难、见任官辄自立碑、禁止迎送、失占天象、术士妄言祸福

续表

		律意溢出标题	标题超出律意	标题、律意大致相符
兵 律	宫卫	太庙门擅入、宫殿门擅入、宿卫守卫人私自代替、辄出入宫殿门、向宫殿射箭、越城	关防内使出入、宿卫人兵仗、行宫营门、门禁锁钥	从驾稽违、直行御道、内府工作人匠替役、宫殿造作罢不出、禁经断人充宿卫、冲突仪仗
	军政	擅调官军、漏泄军情大事、军人替役、主将不固守、纵军掳掠、不操练军士、毁弃军器、私藏应禁军器、纵放军人歇役、公侯私役官军	申报军务、飞报军情、边境索要军需、失误军事、私卖战马、优恤军属、夜禁	从征违期、激变良民、私卖军器、从征守御官军逃
	关津	关津留难、递送逃军妻女出城	盘诘奸细	私越冒度关津、诈冒给路引、私出外境及违禁下海、私役弓兵
	厩牧	乘官畜脊破领穿、宰杀马牛、畜产咬踢人、公使人等索借马匹	牧养畜产不如法、孳生马匹	验畜产不以实、养疗瘦病畜产不如法、官马不调习、隐匿孳生官畜产、私借官畜产
	邮驿	铺舍损坏、多乘驿马、文书应给驿而不给、乘驿马赍私物、私役民夫抬轿、承差转雇寄人	递送公文、病故官家属还乡	邀取实封公文、私役铺兵、驿使稽程、多支廩给、公事应行稽程、占宿驿舍上房、乘官畜产车船附私物、私借驿马
刑 律	贼盗	造妖书妖言、盗大祀神御物、盗制书、盗城门钥、盗园陵树木、强盗、劫囚、白昼抢夺、窃盗、盗田野谷麦、亲属相盗、略人略卖人、发冢、盗贼窝主	诈欺官私取财、夜无故入人家、共谋为盗	谋反大逆、谋叛、盗印信、盗内府财物、盗军器、监守自盗仓库钱粮、常人盗仓库钱粮、恐吓取财、盗马牛畜产、公取窃取皆为盗、起除刺字
	人命	谋杀祖父母父母、杀死奸夫、谋杀故夫父母、造畜蛊毒杀人、屏去人服食、夫殴死有罪妻妾、杀子孙及奴婢图赖人、弓箭伤人、窝弓杀伤人、尊长为人杀私和	谋杀、杀一家三人、斗殴及故杀人、戏杀误杀过失杀伤人	谋杀制使及本管长官、采生折割人、车马杀伤人、庸医杀伤人、威逼人致死、同行知有谋害
	斗殴	殴制使及本管长官、威力制缚人、奴婢殴家长、妻妾殴夫、殴大功以下尊长、殴期亲尊长、殴祖父母父母、殴妻前夫之子、妻妾殴故夫父母	斗殴、良贱相殴、同姓亲属相殴、妻妾与夫亲属相殴、父祖被殴	保辜限期、宫内忿争、皇家袒免以上亲被殴、佐职统属殴长官、上司官与统属官相殴、九品以上官殴长官、拒殴追摄人、殴受业师
	骂詈	奴婢骂家长、骂祖父母父母、妻妾骂夫期亲尊长、妻妾骂故夫父母	骂人、骂尊长	骂制使及本管长官、佐职统属骂长官

续表

		律意溢出标题	标题超出律意	标题、律意大致相符
刑 律	诉讼	告状不受理、子孙违犯教令、见禁囚不得告举他事、教唆词讼、诬告充军及迁徙	听讼回避、诬告、军民约会词讼、官吏词讼家人诉	越诉、投匿名文书告人罪、干名犯义
	受赃	有事以财请求、在官求索借贷人财物、家人求索、因公科敛	官吏受财、私受公侯财物、官吏听许财物	坐赃致罪、事后受财、风宪官吏犯赃、克留盗赃
	诈伪	诈为制书、诈传诏旨、对制上书诈不以实、私铸铜钱、作假官、诈为瑞应、诈教诱人犯法	诈病死伤避事	伪造印信时宪书等、诈称内使等官、近侍诈称私行
	犯奸	纵容妻妾犯奸、诬执翁奸、奴及雇工人奸家长妻、奸部民妻女、官吏宿娼	犯奸、亲属相奸、良贱相奸、居丧及僧道犯奸	买良为娼
	杂犯	失火、放火故烧人房屋	夫匠军士病给医药、阉割火者、嘱托公事、搬做杂剧、违令、不应为	拆毁申明亭、赌博、私和公事
	捕亡	罪人拒捕、徒流人逃、稽留囚徒、主守不觉失囚、知情藏匿罪人	应捕人追捕罪人	狱囚脱监及反狱在逃、盗贼捕限
	断狱	囚应禁而不禁、凌虐罪囚、与囚金刃解脱、主守教囚反异、狱囚诬指平人	狱囚衣粮、功臣应禁亲人入视、老幼不拷讯、鞠狱停囚徒对、依告状鞠狱、辩明冤枉、有司决囚等第、长官使人有犯、断罪引律令、狱囚取服辩、赦前断罪不当、妇人犯罪、死囚覆奏待报、断罪不当	故禁故勘平人、淹禁、死囚令人自杀、原告人事毕不放回、官司出入人罪、检验尸伤不以实、决罚不如法、闻有恩赦而故犯、徒囚不应役、吏典代写招草
工 律	营造	虚费工力采取不堪用、造作过限	擅造作、造作不如法、冒破物料、修理仓库	带造缎疋、织造违禁龙凤文缎疋、有司官吏不住公廨
	河防	盗决河防、侵占街道	修理桥梁道路	失时不修堤防

标题单一,内容多样,律意远超标题的,包括两类。第一类是:律条中有多个层次,律条标题仅列举某一层次的主题。<sup>①</sup>又分两种:其一,各层次在主观态度或客观表现上存在差异,标题仅列出故意一端或过失一端或行为阶段之一。<sup>②</sup>其二,涉及亲属相犯的规定,往往将卑犯尊、尊犯卑的处罚设于一条,标题中只体现卑犯尊一端。第二类是:律条的标题仅为其中局部内容的写照。也分两种:或是律条为“分—总”形式,围绕同一

<sup>①</sup>若律条作“正—反”式规定的,因其主旨明确,应被归入“文题相符”一类。例如“常赦所不原”律条既阐释了何种情形“不从赦宥”,又紧接着列举了哪些情况可以“从赦宥”,还区别了“常赦”与“特赦”。可以看作是围绕“常赦所不原”的正、反例释。

<sup>②</sup>律目中但凡含有“弃毁”的,律文多包“遗失”而言;含“不觉”的,律文多包“故纵”、“知情”;含违律“卖”的,律文中或同时处罚“买者”。

主题,含有多个相似项,标题仅列出典型项,<sup>①</sup>或是律条内以刑罚相同、处理相似等标准,将数个事项之间形成类比,标题仅举出部分项。<sup>②</sup>

标题宽泛,内容有限,标题覆盖面广于律文的,则是另外一些律条标题的特点。第一类,标题总括事类而内容仅关注局部。提炼一定数量犯罪的类型特征或总结一定数量规定的共同要素的“律目”,如“斗殴”、“犯奸”、“诬告”、“钱法”、“盐法”、“男女婚姻”等,有些甚至等同于篇章之下的门类标题。<sup>③</sup>这类标题,一来因其律条内容一般是总领性、综合性的,所以往往位于门类或相关律条之首。二来以类目作标题的律条,应与他条参看。因其题目虽宽泛,但内容就一类犯罪的各种表现而言,并不完整,或是针对一定范围内最典型常见的情节作规定,或者规定某一犯罪类型中最基本、最重要的事项。那些非典型的、次重要的内容,则另设他条来规定,标题也相应地更加具体。如“谋杀人”律中,并不包含“谋杀”亲属、长官等特殊情节。第二类,标题模糊而内容详细。其一,在“名例律”<sup>④</sup>中多见的以“……犯罪”、“……有犯”为名的,规定事项在律文中还需要详加说明。如“名例律”的“工乐户及妇人有犯”一条与“刑律”之“断狱”门下的“妇人有犯”一条,不读律文,无法确定所言“妇人有犯”各指何事。其二,标题来自律文规定的外围信息而非犯罪的核心要素的,如“功臣田土”一条,实际规定的是对功臣之家瞒报自置田土而隐粮匿税行为的处罚。其三,标题对部分内容进行了总结,指明处理意见,但未一并指出此种处理的条件性,如“犯罪免发遣”,读律文才可知“犯罪免发遣”基本是“旗人犯罪”专条。<sup>⑤</sup>第三类,标题仅勾勒律条中对官吏等人守法、合规行事的正面要求,而律意着重对行为人违纪违法的处罚。

与内容大致相符的标题也为数不少,<sup>⑥</sup>且呈现出一些准确性和包容性兼备的特色:

①如“匿父母夫丧”,其实仅是“匿丧”罪行中的少量情况,还有“闻期亲尊长丧匿不举哀”等。“宫卫”中的“擅入”系列标题,大多类此。

②如“以理去官”中有一款规定,妇人犯夫仍得以子之官品荫而取得刑罚执行上的优待,此款未体现在标题中,但与前面几款“并依职官犯罪律拟断”。又如,规定中情节各异,后项情节相对于前项,“罪亦如之”。

③这也说明清律的门类划分其实比较僵硬。

④笔者原则上对其中的标题与其他六篇中的标题使用同样的判定标准。但因为“名例律”规定具有特殊性的缘故,表中对此篇“律目”是否恰当的判定也有值得再斟酌之处。容易评定的标题,如前节分析的“流犯在道会赦”,无论如何都是内容较标题更宽;又如“犯罪存留养亲”、“老少废疾收赎”,虽然处理态度比较明确,且既叙事又论罪的形式比较少见,但并不确切,是超出内容的标题。然而,所谓不确切的标题,放在规范系统中仍可观察出独特意义。举“应议者有犯”为例,因为其内容是特殊主体“应议者”在犯罪后得享的特殊待遇,主要在宣判与执行方面,而定罪量刑仍需依律、应与常人无异。所以单独来看,题目过大,但结合全律,展开联想,便可知,专设这样一条便是立异,以体现特殊的态度。

⑤此条的由来,见前节。

⑥部分原因是笔者考虑到标题的性质,对标题、律意契合度的判定标准比较宽松。因为标题如果一味复述内容,则不够简洁;强求简要的标题对内容的描述面面俱到,也不现实,如果过苛,恐怕找不到任何合适的标题。在律意是否超出标题的判断上,律条往往有多个层次,辨析各层的含义,把握各层的关系,还涉及立法技术和刑法观念方面的问题,即相对于前一层次,后一层次属于顺承前文的当然解释或为前文而设的反例,还是“数事共条”思想下的类推、拟制手法?在判断标题相对于律意是过于宽泛还是大体相符时,有的情况也不好判定。例如,“名例”中条文标题往往不含明确的论罪内容,而是指事。指事既有举一隅的,即标题小于内容,又有“大而无当”的。只有标题意思相对明确、所言范围与律条主题相适应的,才能归入“基本相符”一栏。另外,后六篇中的条文标题,还要参看篇章下诸如“婚姻”、“人命”等门类,因为标题归在某门中即反映出律条的一些信息。

以描述行为或损害后果为中心,且有一定的表明处罚态度的词;列举多项时,或利用表示并列的“及”来关联两项,或在所举事项后再加“等”字;对在行为方式、责任人、后果等方面比较复杂的规范的命名上或回避差异、采选各种情状的共同点,或适当归纳律意;所在律文本身比较简单,<sup>①</sup>等等。

总体而言,首先,标题过窄的原因,从命题角度看,越求详求备,越拘泥于律条正文,越容易“挂一漏万”。从内容上看,法律规范制定中为追求与确定的刑罚一一对应而进行的精细的罪状描述,本身是难以通过简要的文字来抓住其本质特征的。其次,标题过宽的原因。若是对情状复杂的犯罪采一体式规定,则标题往往取用宽泛。例如,“弃毁制书印信”条内还规定了对“遗失制书印信”的处罚。若采分离式规定的,往往相近条文中,标题有过宽的,也有比较恰当或过窄的。例如“奸党”条下,除对被认为有“奸党”行状的官员科以严刑外,还有对不避权势、赴御前陈告的执法官的奖赏内容,其实“上言大臣德政”亦属于“奸党”的情形之一,因此,前一“律目”过宽,后一律目则与所在律文内容比较吻合。最后,标题过宽、过窄,都是不准确。这主要是对各种情节缺乏统合而区分过细带来的后果。如杀、殴、骂、奸等犯状,在亲属相犯的场所,条文命题方式极为接近,即在名目为“卑犯尊”的条内一并规定“尊犯卑”的处罚,于是都与律意有不小的差距。因此,恰当的标题,不可过窄亦不能太宽。以律文简明为前提,又以适度整合律意、归纳主题为佳,要在不遗漏关键信息与过滤非重要信息之间求得平衡。

“题不对文”或“文题相符”等命题的不同效果,说明标题与内容呈现出大体相关但并不精确的对应;从创设目的到存在形式,个别“律目”与其说是对律条主题的概括,毋宁说是对本条律与他条律的区分。“律目”确为律条文义的某种反映,但与律条之法意未必百分之百契合,这就是法条标题作为具体律条的“律目”的作用的发挥;指示性不足,而区分度尚可,是“律目”展示律条的基本情况。

“律目”具有的最低限度的区分各条的功能,也是在历次修律、几经周转后才固定下来。少量标题如“干名犯义”、“别籍异财”等,抓住律意精髓,便于司法操作,说明在如何使标题与内容相符方面,清“律目”还是积累了一些经验。但多数“律目”与论罪的需求不太一致。其粗糙的命名方法,既反映出对律条的命题不够重视,也体现着复杂的规范结构对条文主题归纳的制约。其历史原因则是清代修律在题名环节的袭旧、守成态度。<sup>②</sup>

### (三)“律目”与律条的计数、排序

生成与演化在一部律中是一体两面。从事类到罪名,既沿袭又整合,这是清“律

<sup>①</sup>如“私茶”、“私矾”、“盗印信”、“盗内府财物”等。但不可一概而论,所谓律条简单,不仅要文字简省,还要求规定事项比较单纯,且规定内容在门类、通篇乃至全律中都比较独特,不易和其他律条发生混淆。在此基础上,用词比较恰当的题名,可以成为律条主旨的反映。反之则不然。如“同姓为婚”,以常理思量,其与“尊卑为婚”、“娶亲属妻妾”有部分重叠。又如“违令”、“不应为”等名称,虽然律文简约,但“律目”宽泛。这些取自简单律条的“律目”,仍不能全面展示律条的确切含义,也只有置于条文集中才能把握其命题思路。

<sup>②</sup>也是一种伴随着对前代法律资源大规模继承、模仿的惰性。

目”的来源和形式特点,也是其功能发挥的基础。“律目”中所包含的信息又不仅仅是律条内容的简介,从其在法典总目中所处的相对位置,也能展示出律条的某些性质特征。律条的计数与排列组合,最终完成了“律目”的索引功能。

### 1. “律目”与律条的计数

唐、明、清律条数量有明显不同,而数量的减少很大程度上取决于律条命名方法的转换。明代通过整合相关内容、在单条律中增设款项等方法,使明律相较唐律减少条数。清律和明律极为相近:无论明制优劣,清代多图简便而沿用之;清代将律条减至436条也主要是将同名数条合为一条。可见,条文数量虽是衡量法典容量甚至立法质量的一个指标,但这一指标仅具有参考价值。<sup>①</sup>

在律例合编的法典结构中,“条”多少具备了更加丰富的含义。从清代历次纂修律例来看,乾隆朝以前,习惯对律称“条”,对例亦称“条”,并分别计律条、例条数目。后来又出现对律称“门”,对例称“条”的现象。<sup>②</sup>我们从此可以感受到,虽然可以将不同性质的规定数量简单相加以综合把握法典的内容含量,但是律条与例条的意义是无法等同的。每条律都有确定的名目,律条数与“律目”数相当。例条从产生起,就要附着于律条,也因此才会出现将律条作为例条之“门”,即上一级标题的说法。不过,律条名称影响例条的程度有限。<sup>③</sup>具体情况留待下章探讨。

### 2. “律目”与律条的排序

清代律学家认为,唐律条文并不是随意排序的:篇目带动“唐律目”的分配;律条排列乱中有序,相邻几条一般关系最近;律条从头到尾均可看出有意识的编排,构成比较完整的“正刑定罪”链条,最末一条尤有深意。

一定的类目有助于相似条文的聚拢和循序排列。笔者沿着这一思路,探讨清律篇章门类各级标题与“律目”的关系。以“户律”中“婚姻”门为例,首先,“男女婚姻”等条的标题,作为“婚姻”一门中的细目,既不应溢出门类的范围,又可省略门类标题中已叙述的事项而侧重与其他同门标题的区别。通过仿明律而在篇目之下、“律目”之上设置门类标题,清律其实比唐律更彻底地完成了类型的提取与类别的梳理。

其次,清律中,小范围内,也不乏律条前后呼应、以类相从的现象。“婚姻”门类下的法律条文,围绕着门类共同特征,以“总起一分述”、循序渐进以及相似就近等模式排列的。该门中,既有继承明律规范的,也有将明律中不适用的规范删去的。<sup>④</sup>继承明律的,很多也便脱胎于唐律。此门首条“男女婚姻”是综合性规范,其中揉合了很多唐律

<sup>①</sup>例如,明律条不过五百之数,恐怕也有追求法律简约、使“讲读律令”更易实行的意图。但因为单条内容扩充,所以明律整体仍然是内容繁多,实行中也有诸多不便。

<sup>②</sup>如乾隆五年所修之律的“凡例”称律有“四百三十六门”,但首卷“律目”对法条的统计仍是律、例分别计条数,如“名例律”中“共四十六条,附例一百二十条”。

<sup>③</sup>在例条方面,只有未固定下来的简单引述,并无固定的名称。特定律条后是否附例,从其“律目”上无法确知。从例条数上可以推知的信息也甚少。例条在法典各篇章门类中的分布也不均衡。例的位置还时常变动。

<sup>④</sup>删除明代“蒙古色目人为婚姻”一条。

中分散于多条的内容,因此题目相对空泛。<sup>①</sup>之后数条均描述不同“婚姻”类违法行为,也便以突出多种行为之间的差异为命题思路。最后一条,搜罗之前条文中未尽之意而合并说明,类似于“余条准此”,标题中也点明了与前面各条不同的处罚对象。该门规定从订婚开始,到“嫁娶违律”的诸多形态,到婚姻的解除,最后以前述种种“嫁娶违律”行为中主婚人、媒人的处罚收尾,形成较为完整的规范系统。

门类相对于篇章,分类更细致,突出律条之间的联系,便于条文的整理,但也有弊端。一则门类的存在,可能干扰到具体条文的命名。例如,门类中首条的标题或嫌过大,这是因为同门规定一般是自典型至特殊、自核心至外围的,总起各条的任务往往由首条承担。二则“杂项”也不可能完全消灭,如“名例律”中对法律条文中反复用到的“加”、“减”等操作方法,“日”、“年”等判定方法的规定,意义独具而自成一格。这也许是“名例律”分卷但不分门的原因。三则旨在涵盖所有“律目”的“门标”,范围有大有小,设置标准不一,有时只是不同事项的勉强捏合,<sup>②</sup>有时却又将相近事项强作分割,<sup>③</sup>带来了“律目”安置上的困难。

从更大范围看,由于篇章的划分标准,自唐至明有显著变化,所以清代律学家指摘,“名例律”虽保留,依六部职事划分成篇,容易导致各篇章下条数不均,且整部律以“工律”结尾,则律中如唐律那样自“名例”而“断狱”的首尾关照不复存在,等等。<sup>④</sup>平心而论,唐以“事”统篇,明在此基础上,又加入了一重以“罪”定类;且律条归类与六部设官分职之意相符,<sup>⑤</sup>也就为特定职权拥有者集中查阅相关条文提供了方便。法典的比较要结合时代背景和法制状况,自其变者而观之,“名例律”外六篇分块规定的倾向,便于法典各篇章规定与各部则例衔接对照;自其不变者观之,清代“律目”无论怎样调整,都无法脱离法典构成上新旧杂糅的底色,仍然要吸纳“十二篇”体例的唐律的元素。

在前述“律目”为中心的探讨中,暂时搁置了一个问题,即清代法典的显著特点还包括“条例”的始终存在与时常更新。法典中,将“条例”附于相关律条之后,是一种在现有框架下扩充容量的办法。这也就对法典中原有的标题接纳新内容的“弹性”提出挑战。

### 三、例条的定位:以“条标”为中心的功能

“条例”附于律条之后,也就处于律条标题的周边;“律目”既然是律条与律条之间

<sup>①</sup>沈家本认为,明律“男女婚姻”条借鉴“唐目三,一曰‘许嫁女报婚书’,一曰‘为婚女家妄冒’,一曰‘尊长与卑幼订婚’,明并为一律”。参见(清)沈家本:《历代刑法考:附寄移文存》(四),邓经元、骅宇骞点校,中华书局1985年版,第1836页。“唐目三”即唐律第175条、第176条、第188条。笔者认为,与明律此条有对应关系的至少还包括唐律关于“期要未至而强娶”的第193条。

<sup>②</sup>如“户役”一门,规定混杂。

<sup>③</sup>如“人命”、“斗殴”、“骂詈”三门,其中的“律目”在构造风格上极为相似,只是把同样身份关系中由重至轻的杀死、殴伤、辱骂等侵害行为分开来规定。

<sup>④</sup>据清代律学家介绍,“律目”的安置、门类的设置,都被篇目框定了。形式上,因可归于户、兵、刑三篇的律多,属吏、礼、工三事类的律少。定律便倾向于原在唐律“职制”、“卫禁”、“杂犯”等篇中虽与户、兵、刑相近,但也与吏、礼、工相关的条文,挪来充实吏、礼、工这三篇。虽然如此,但从卷数、条数及字数各方面来衡量,“工律”等篇,相对于内容丰富的“刑律”等篇,分量也不相称。

<sup>⑤</sup>相关因素,最显著的变化则为篇目的重新划分。明初立法的体例从游移到最终固定,有其政治背景,即明清学者所反复强调的“古今一大变”的裁撤宰相而权分六部。

的分界,也就在标识律条的准确位置之余,为例条划定了大致范围。<sup>①</sup>《大清律例》中,围绕特定立法之意的律、例构成的法律规范组合,篇幅可以远远超过不带例条的律条,这是立法上,在条文标题框架已定的背景下,对法典的扩容。法条标题因其对例条发生的作用,便衍生出本章要探讨的“条标”的意义。<sup>②</sup>

例条的创制动机是补律所未备、补律之不及,或为阐发律意,为律条作注脚,或为对律意的延伸,将通过司法等时机发现的新情况与既有规定作比附,或为对律意的变通。创制的途径,包括将律注转成例、官员条奏定例、谕旨定例,等等。依“条标”而“分门别类”,是例条的整理办法。在很多由律、例合构的规范组合中,就规定事项而言,例意对律意的补充和延伸是明确可见的,“条标”同时也是例条内容的恰当提示。

然而,例条一经创设,与原来的律条的关系又复杂化了。“条标”与例条的关系总体上比较疏远,所以不便引入上章的标题与律文的契合度测量,而只能关注“条标”与例意的兼容性问题。具体而言,清人考辨“条例”,往往交代某例条曾于某次修律时从某“条标”之下移出,或论说某例条应移附于另一“条标”下。下表所展示的例条的挪动情况,便可示意“条标”下之律意与例意的冲突。<sup>③</sup>

表二 《大清律例》“条标”之下“条例”的迁移<sup>④</sup>

	修律时移出条例 (移出条标;归入条标—条例编号,移出时间)	《读例存疑》认为应移条例 (应移出条标—条例编号;应归入条标)
名 例 律	八议;应议者犯罪-02,乾隆四十二年 职官有犯;五刑-09,乾隆五年 职官有犯;五刑-12,乾隆五年 文武官犯私罪;常赦所不原-13,嘉庆六年 犯罪免发遣;应议者之父祖有犯-01,乾隆五年 犯罪免发遣;天文生有犯-02,乾隆五年 流囚家属;徒流迁徙地方-20,嘉庆六年 常赦所不原;诬告-18,乾隆五年 常赦所不原;诬告-17,嘉庆六年	五刑-02[应夹人犯];故禁故勘平人 应议者犯罪-11;职官有犯 犯罪事发在逃-01[下段];盗贼捕限 <sup>⑤</sup> 徒流人又犯罪-05;窃盗 徒流人又犯罪-07;窃盗 徒流人又犯罪-11;奴婢殴家长 徒流迁徙地方-02;稽留囚徒/主守不 觉失囚 <sup>⑥</sup>

①律条后若有例条跟随,则只有在例条都叙完之后,才能开始下一条律的叙述。

②前已述及,因为“门”的容量大于“条”、层级高于“条”,一门之下可以有多条相互独立的规则,所以在律、例均以条来计量后,将某条律又称为某门,其实是基于对律例关系的把握,意在突出律条作为例条的存在基础和界定依据的意义。

③至于例条挪动的原因,各不相同。曾任刑部官员的律学家的认定标准是否合理,也不是本文关注重点。

④同为记载“条例”纂修的资料,《大清律例根原》看重历次律例生效修改的断面,《读例存疑》着重研讨“条例”修改之理由、变动之过程,因此后者更便于追踪“条例”包括“移—归”在内的变化,“移”即从某条下移出,“归”即归入某条下位移。因体例、内容方面的考虑,虽不免遗漏,本文仍以《读例存疑》为主要材料之一。信息不全、不确则查《大清律例通考》与《大清律例根原》。表中“条标”以《大清律例》为准,“条例编号”依《读例存疑》电子版中编号,参见 <http://www.terada.law.kyoto-u.ac.jp/dlcy/index.htm>。条标编号后若以方括号加注,注中文字均取自《读例存疑》原说,加注原因是该处的修改建议并非移动整个条例,而是希望对“条例”加以拆分,将其中部分内容或另立专条并归入其他“条标”下,或与其他“条标”下的“条例”内容进行整合。

⑤原文中仅言移至“捕亡”门中,分析此条例义,似应归入“盗贼捕限”条。

⑥原文称应移入“稽留囚徒”条或“主守不觉失囚”条中。



续表

		修律时移出条例 (移出条标;归入条标—条例编号,移出时间)	《读例存疑》认为应移条例 (应移出条标—条例编号;应归入条标)
名例律		犯罪自首;强盗-42,乾隆五十三年 徒流人又犯罪;常赦所不原-09,嘉庆六年 徒流人又犯罪;徒流迁徙地方-02,嘉庆六年 犯罪事发在逃;徒流人逃-17,乾隆五十三年 工乐户及妇人犯罪;五刑-14,嘉庆六年 工乐户及妇人犯罪;赌博-01,雍正三年 加减罪例;五刑-07,乾隆五十三年 称与同罪;有事以财行求-02,嘉庆十九年	
吏律	职制	滥设官吏;欺隐钱粮-04,乾隆五年 贡举非其人;官吏宿娼-01,乾隆五年	
	公式	官文书稽程;盗贼捕限-02,乾隆五年 官文书稽程;盗贼捕限-03,乾隆五年 官文书稽程;盗贼捕限-22,乾隆五年 官文书稽程;淹禁-02,乾隆五年 官文书稽程;鞠狱停囚待对-02,乾隆五年 官文书稽程;鞠狱停囚待对-03,乾隆五年 官文书稽程;鞠狱停囚待对-04,乾隆五年	事应奏而不奏-02;贡举非其人 官文书稽程-04;鞠狱停囚待对 <sup>①</sup> 官文书稽程-08;盗贼捕限 照刷文卷-03;事应奏而不奏 照刷文卷-04;事应奏而不奏 照刷文卷-05;徒流迁徙地方 同僚代判署文案-02;有司决囚等第 同僚代判署文案-03;职官有犯
户律	户役		人户以籍为定-02[未经卖身之先以下];良贱为婚
	田宅	任所置买田宅;典卖田宅-04,乾隆五年	
	婚姻		强占良家妻女-05;略人略卖人 <sup>②</sup>
	仓库	转解官物;收粮违限-03,乾隆五年 转解官物;收粮违限-04,乾隆五年 给没赃物;虚出通关朱钞-01,乾隆五年 给没赃物;强盗-17,乾隆五年 那移出纳-11;虚出通关朱钞-11,咸丰二年	收粮违限-02;转解官物 收粮违限-03;转解官物 收粮违限-04;转解官物 隐匿费用税粮课物-01;舶商匿货 <sup>③</sup> 虚出通关朱钞-07;那移出纳 那移出纳-05[下层];损坏仓库财物 转解官物-07;收支留难 转解官物-17;钱法 拟断赃罚不当-01;给没赃物 拟断赃罚不当-02;给没赃物
	课程	盐法;人户亏兑课程-01,乾隆五年	
	市厘	把持行市;私出外境及违禁下海-12,乾隆五年	把持行市-06;转解官物

①原文中仅言移至“断狱”门中,分析此条例义,或应归入“鞠狱停囚待对”条。

②《读例存疑》征引并赞同吴坛《大清律例通考》论断。

③原文仅称该例应移,未言应移往何处。据原文及例义推测,或应移至“户律”的“课程”门“舶商匿货”条。

续表

		修律时移出条例 (移出条标;归入条标一条例编号,移出时间)	《读例存疑》认为应移条例 (应移出条标一条例编号;应归入条标)
礼 律	祭祀	祭享;五刑-09,乾隆五年 禁止师巫邪术;术士妄言祸福-01,嘉庆六年 禁止师巫邪术;庸医杀伤人-01,嘉庆五年	
兵 律	宫卫	冲突仪仗;越诉-01,乾隆五年	
	军政	私藏应禁军器;斗殴及故杀人-19,乾隆五十三年	从征守御官军逃-03;转解官物
	关津	私出外境及违禁下海;私藏应禁军器-06,乾隆五年 私出外境及违禁下海;私越冒度关津-02,乾隆五年	私越冒度关津-03;化外人有犯
	厩牧	宰杀马牛;盗马牛畜产-06,乾隆五年	宰杀马牛-02[盗牛及盗杀盗卖];盗马牛畜产 <sup>①</sup> 宰杀马牛-03[盗杀盗卖及故买窃盗牲畜宰杀];盗马牛畜产 <sup>②</sup>
	邮驿	递送公文;驿使稽程-03,乾隆五十三年 公事应行稽程;稽留囚徒-04,嘉庆十四年 多支廩给;私出外境及违禁下海-12,嘉庆十四年	多支廩给-01;私出外境及违禁下海
刑 律	贼盗	谋反大逆;谋叛-01,雍正三年 强盗;诬告-19,乾隆五十三年 强盗;诬告-20,乾隆三十五年 窃盗;强盗-29,嘉庆六年 窃盗;强盗-30,嘉庆六年 窃盗-10[奴仆平人犯窃犯抢];起除刺字,乾隆五十三年 窃盗;起除刺字-19,乾隆五十三年 恐吓取财;窃盗-30,道光十九年、二十四年 恐吓取财;官吏受财-03,乾隆四十八年 恐吓取财;诬告-21,乾隆五十三年 监守自盗仓库钱粮;常赦所不原-10,嘉庆六年 监守自盗仓库钱粮;常人盗仓库钱粮-01,雍正三年 劫囚;应捕人追捕罪人-01,乾隆五年 白昼抢夺;强占良家妇女-05,嘉庆六年 发冢;起除刺字-14,乾隆五十三年	盗园陵树木-01;历代帝王陵寝强盗-16;事应奏而不奏 强盗-25;奴婢殴家长 强盗-34;转解官物 强盗-37;略人略卖人 白昼抢夺-04;化外人有犯 白昼抢夺-13;谋叛 白昼抢夺-20;化外人有犯 窃盗-26[养象窃贼];盗贼窝主 窃盗-27;从征守御官军逃 恐吓取财-03;阉割火者 恐吓取财-04;化外人有犯 诈欺官私取财-03;转解官物 诈欺官私取财-07;在官求索借贷人财物 <sup>③</sup> 盗贼窝主-07;转解官物

①《读例存疑》引乾隆五年修例按语。参见《大清律例根原》，上海辞书出版社2012年版，第806~807页。

②原文中仅言移至“盗贼”门中，分析此条例义，似应归入“盗马牛畜产”条。

③原文中仅言应与“求索”门各条参看，亦应归入彼门，分析此条例义，似应归入“在官求索借贷人财物”条。

续表

		修律时移出条例 (移出条标;归入条标—条例编号,移出时间)	《读例存疑》认为应移条例 (应移出条标—条例编号;应归入条标)
刑 律	人命	杀死奸夫-10;罪人拒捕,道光四年 杀死奸夫;罪人拒捕-14,道光八年 斗殴及故杀人;杀死奸夫-22,嘉庆十四年 戏杀误杀过失杀伤人-12;斗殴及故杀人,乾隆四十八年 斗殴及故杀人;戏杀误杀过失杀伤人-12,嘉庆十九年、二十年 戏杀误杀过失杀伤人;妻妾殴夫-03,嘉庆三年 戏杀误杀过失杀伤人;殴祖父母父母-12,道光二十三年 威逼人致死;犯奸-08,乾隆四十二年	戏杀误杀过失杀商人-01;给没赃物 杀子孙及奴婢图赖人-04;检验尸伤不以实
	斗殴	保辜限期;殴大功以下尊长-02,乾隆四十八年 殴期亲尊长;殴大功以下尊长-12,嘉庆六年 殴期亲尊长;殴大功以下尊长,嘉庆六、九年 殴大功以下尊长[期亲];殴期亲尊长,咸丰二年	斗殴-01[疯病伤人];戏杀误杀过失杀伤人 斗殴-13;阉割火者 殴祖父母父母-01;子孙违反教令 <sup>①</sup>
	诉讼	诬告;越诉-12,乾隆五年 诬告-01[致死三人以上];常赦所不原,雍正三年	越诉-07;诬告 越诉-11;告状不受理 越诉-12;转解官物 诬告-04;鞫狱停囚待对 诬告-07;窃盗 诬告-15;教唆词讼
	受赃		官吏受财-08;同僚代判署文卷 在官求索借贷人财物-06;家人求索 在官求索借贷人财物-07;家人求索
	诈伪		诈假官-04 <sup>②</sup> 伪造印信时宪书等-02;诈为制书
	犯奸	买良为娼;官吏宿娼-01,雍正五年	
	杂犯	失火;费用受寄财产-03,道光三十二年 不应为;造畜蛊毒杀人-01,乾隆三十二年 <sup>③</sup>	拆毁申明亭-01;讲读律令

①原文中仅言移至“诉讼”门中,分析此条例义,似应归入“子孙违反教令”条。

②该例规定“凡各省各营食粮兵丁,并不食钱粮,假冒营兵,生事扰民,及合伙挟制官司,扰害地方者,该地方官审明,分别首从,各照律例定拟”等。薛允升的意见,一是既然“有犯可照本律治罪,又何必特立此专条耶”;二是查康熙五十七年兵部议定此例之意,是防止“聚集伙党、生事扰民”,“并非专为平人假冒营兵而设,似应移入兵律军政门内”。但查“军政”各条,似乎并无恰当“条标”可以容纳此例。

③原文仅言该例为乾隆三十年河南巡抚阿思哈条奏定例,后移附“造畜蛊毒杀人”。《大清律例通考》中,此例条即在“造畜蛊毒杀人”条,为乾隆三十二年馆修入律。《大清律例根原》中此例于“不应为”条下有收录,参见《大清律例根原》,上海辞书出版社2012年版,第1642页。

续表

		修律时移出条例 (移出条标;归入条标一条例编号,移出时间)	《读例存疑》认为应移条例 (应移出条标一条例编号;应归入条标)
刑 律	捕 亡	徒流人逃;公事应行稽程,顺治三年 应捕人追捕罪人;劫囚-04,道光十四年 <sup>①</sup>	罪人拒捕-06;殴大功以下尊长 罪人拒捕-07;杀死奸夫 狱囚脱监及反狱在逃-01;囚应禁不禁 狱囚脱监及反狱在逃-02;与囚金刃 解脱 盗贼捕限-29[审限];鞠狱停囚待对
	断 狱	老幼不考讯;老少废疾收赎-08,乾隆五十 三年 辩明冤枉;职官有犯-05,嘉庆六年 赦前断罪不当;常赦所不原-03,乾隆五年 断罪不当;徒流迁徙地方-16,嘉庆六年 稽留囚徒;有司决囚等第-18,乾隆四十二年 稽留囚徒;有司决囚等第-19,乾隆四十二年 稽留囚徒;有司决囚等第-20,乾隆四十二年 故禁故勘平人;五刑-02,乾隆五年 故禁故勘平人;五刑-03,乾隆五年 有司决囚等第;五刑-06,乾隆五年 检验尸伤不以实;斗殴及故杀人-03,乾隆五年	狱囚衣粮-02;辩明冤枉 鞠狱停囚待对02[末一段];盗贼捕限 有司决囚等第-35;鞠狱停囚待对 有司决囚等第-36;事应奏而不奏 有司决囚等第-37;子孙违反教令 有司决囚等第-51;军籍有犯 有司决囚等第-54;事应奏而不奏 有司决囚等第-55;事应奏而不奏 断罪不当-01;化外人有犯

可见,《大清律例》近1/3的“条标”下出现了例意与律意不适应的问题,不易归类的例条分布在几乎所有门类中。<sup>②</sup>移动例条的举措,在雍正、乾隆、嘉庆、道光、咸丰等朝的修例活动中均见。虽然从整体上来看,上千条例,难以界分的只是少数。但表中所见的律、例的结合,都不稳固,这至少说明,用律条的名目来指引例条的定位,未免鞭长莫及。

例条在“条标”之间的游移,原因有三。一是例条本身就具有创设灵活、内容富有针对性的特征。为辅助或变通律条的实施而添加的例条,可能行用一段时间,便出现来源难以查考、内容难以理解,或制定时的社会基础不复存在等问题,对律意、例意的沟通造成妨碍。例如,因清律很大程度上是清代立法同时继承了前代法典的规范内容与法条标题的产物,被称为“前明问刑条例”、“前明旧例”的明代例条,在清代若被吸收入律,则往往要根据清代需要而调整位置。二是历次修律时,以及律学见解中,对例条归属的判定标准不一。或有因相似事项分列于多条之下,而移动某些例条的。如薛允升希望“化外人有犯”条下,能够集中法典中分散的关于“苗人”、“土司”等特殊主体各种犯罪的处罚例,便与之相似。又有因“条标”下“条例”芜杂而希望将根据规定详情而将

<sup>①</sup>原文仅称“原载‘捕亡’门内”。查《大清律例根原》,此条为乾隆二十五年定例,乾隆二十六年纂修入律载于“应捕人追捕罪人”条下。参见《大清律例根原》,上海辞书出版社2012年版,第806~807页。

<sup>②</sup>发生或应有例条的移出、移入的律条,据表中“条标”统计,“名例律”中有22个,“吏律”7个,“户律”21个,“礼律”4个,“兵律”7个,“刑律”70个,共计141个。

例条“各归本条”的。如“戏杀误杀过失杀”条下,就曾收入“子孙过失杀父母”、“妻妾过失杀夫”等例条,后来修例时均分出。三是例条不适用既有的归类办法。例如,某些例条是律条的实施细则,集实体性规范与程序性规范于一身,某些例条专为罕见、不易归类的事项而设,本身便非常独特或跨多个事类,例条内容的丰富多样与性质类别的模棱两可,使其难以在“条标”框架下找到合适位置。

从律例关系角度探讨“条标”对“条例”的影响,则第一,例条的机械定位不难。因为律条仍然是清律的根基,不能舍律而专言例;而例条是定律之后,满足适用法律上的确定性需求的第二重手段,其制定往往以律条为模板,重视新例与所附之律及旧例的衔接与协调。大多数例条,尤其是在具体案件中产生制定、修改需要的例条,是共享律条中的部分要素,围绕着律条而生成,以落实律条的适用、填补律意中空缺等为中心的。从其规定内容或制定目的出发,可以找到将其关联于特定律条、例条的契机。第二,例条的妥善安置则不易。定例与修例入律,都要善用原料、抓住契机,但后者的难点更在于,内容常在变动中的例条,是没有专属名称、类目的。“条标”对例条的意义,突出体现在此例与彼律的隔断效用,但其提炼主旨、提示内容的功效在“条例”领域多隐而不彰。律条的“数事共条”特征却成为例条的纷繁错综、难以归类的重要原因。<sup>①</sup> 第三,例条与据律而设的法典框架的协调也不易。借用律条的标题和内容对例条的位置作限定,则《大清律例》虽消除了同一个标题用于多个律条上的问题,但维持着同一个“条标”可以引领单条律和多个例条的状况。例条附于律条,其实还是延续着定律的“数事共条”思路:纂集于同一“条标”下的规范,或仅为技术性捏合,于事理上不一致。这在形式上意味着法条标题功能的泛化,从实体上讲,则是标题的索引功能在“条标”层面的弱化。

#### 四、案件的归类:以“律牌”为中心的功能

无论是律条还是例条,它们虽因纂修于法典中而应当被遵从,但其现实效力还是要落实到具体的案件中,依靠司法活动中的法律适用来实现。律、例力图对定罪量刑作出精确的指示,但社会生活事件并不会不折不扣地演示法条规定。相比将犯罪情状条分缕析的律、例,真实事件要生动得多,既判案件中关于法律适用的细节也要丰富得多。一些案件的审断过程更堪称法律适用的样本,是法意的写生。清代对既成案件审判材料的收集、整理和利用,多以法律规定为线索,则案件分类上也常以法典框架为依归。

一方面,“断罪引律令”有多种形式,而断案引律条标题的只是少数。这是法条标题指示断罪方面功能缺失所导致的。<sup>②</sup> 以“律牌”指明罪、刑的,一般需满足以下条件:

<sup>①</sup>那些明代修律时归并唐律数条为一条的规范,被清大量吸收过来,而例条沿着综合性律条中的某个细节展开。如有多个例条,针对律条中的不同事项作规定,则这些例条虽在一个“条标”下,但关联也不见得密切。

<sup>②</sup>在法典中已现端倪。立法中,“罪亦如之”、“罪同”等比照论罪的表述,因紧承前项而可以缩略由罪至刑的主体表述。而“告状不受理”条“依‘告状不受理’论罪”,“干名犯义”条“不在‘干名犯义’之限”等表述,并非常见的对条文规定的引用办法。更多的征引形式,或是条文标题的二次缩略,如“监守盗”、“常人盗”,或是根据条文标题而细化出来的子类别,如“强盗不得财”、“故出”、“失入”,等等。司法中,因更重视援引断罪的具体与精确,所以引述律文的方式又不同。

据律条断罪;该律的标题因与内容契合度高等原因而为问刑官员所习用;律条的主旨清晰、标题恰当,引用标题即可说明律意。上述条件,也可以反过来解释为何多数判决中如引用条法,大多不采取列出律条标题的方法,即或者是因为依据的是对案件更具有针对性的例条,而例条内容与律条标题的关联性往往不足,如同一律条下可附多条例文,所以用“条标”来指“条例”的办法不可行;或者是因为司法活动中的表述惯例,例如,“夜无故入人家”条下的法律规定,在司法活动中常用,但司法中更常见的表述却是“擅杀”,虽然此条并不冠以“擅杀”标题,清律各篇章门类中也找不到以“擅杀”为题的条文;<sup>①</sup>抑或当律条中情况复杂、层次繁多时“止引所关者”,如“罪人拒捕”条的规定,在司法中被引用时,往往会视案件情况,作“罪人拒捕”或“罪人不拒捕”等区分,并对应不同的刑罚。

由此可见,一方面,断罪引律、例正文,既有慎重意味,也有法条标题不堪用的因素。<sup>②</sup>另一方面,“律牌”在清代刑部为中心的中央司法机关所出具的法律文书中不时可见。“律牌”从文字上看相当于律条的“标题”,但在断罪中,特定“律牌”的背后是相应法条的核心内容,即罪的认定与刑的科处。因此,地方拟断中若对“律牌”选取错误,便说明地方承审官员和审转官员对案件的事实认定与法律评判存在问题,这往往构成中央驳案的理由。<sup>③</sup>

“断罪引律令”规定的要求,在清代,实际体现为“断罪引律例”,“律牌”作为透视规范内容的一个中介,而被引入判决中,发挥一定的代表律意的功效。也因此而出现了新的用途,即作为对案件性质的某种概括,对基于各种目的而保留下来的既判案件进行分类。在清代的“刑案汇编”中,可以看到编者对案件的整理是套用法典目录框架来进行的,即案件依照某条判罚的,便将案件归入某一“律牌”之下。这种“以类相从”的整理方法,相比将案件按案发时间排序,自然更有利于“查找相似成案”等目标的达成。

“刑案汇编”套用《大清律例》的律条分类,采用“律牌”作为案件的索引,应是大规模收录案例时采用的技巧。以“律牌”构建目录,以其他信息作为内容划分的辅助,<sup>④</sup>主要搜集、刊刻刑部办案记录的《刑案汇览》便是如此,其“续增”、“续编”仿此体例,也便于不同时期相似案件的补充。对照《驳案新编》可见,如果是几百件“驳案”,仅按照法典中数十个门类标题便可有效划分。但应付几千则效力、文体不尽相同的刑案材料,按

<sup>①</sup>清代断案中,以“擅杀”定性的情状,很是复杂。“捕亡”门下的“罪人拒捕”条内,也含有多则与“擅杀”相关的律条款项和例条。

<sup>②</sup>至于通行成案被援以为据,则无异于案中有案。一案之中,律、例、案嵌套,法律适用复杂化,其中标题的参与程度更弱化至无。

<sup>③</sup>案件裁判,审明事实情况后的法律认定环节,包含着关于援引何种依据断罪的论证。“刑案汇编”所载驳案的刑部质疑与督抚辩解,疑案中法司会同复核或复审时的意见争鸣,常体现为将多条法律作比较,对根据不同规定所拟定的量刑结果作权衡等形式,其中作为条文简介的“律牌”也就出现在法律论证中。刑部官员审查地方拟断时,认为地方所引“律牌”不当、应改正的,如《刑案汇览》卷22《听从伙窃患病不行事后分赃》、《刑案汇览》卷39《婢女与人通奸家长被人谋杀》等。

<sup>④</sup>如对简介个案情节,又如加注“依某例”或“某新例”,再如依“律牌”初步分类后,再根据每个“律牌”下收集的案件宗数进行分卷调整。

照法典中数百个最基础的“律牌”来界定案件性质,可能仍嫌不足。<sup>①</sup>因为检索条件、检索能力有限,<sup>②</sup>要想有效利用使用庞大的资料群集,必须要有方便的归类办法。

需要注意的是,按照“律牌”来区分案件性质,和利用“条标”来指示例条归属相似,都是权宜判定。一则例、案都无专名。如《例案全集》“凡例”所言,“然分门别类,律已极其详,不烦另立题目。是书悉照《大清律》条款比附分配,各归律文本条之下,便于寻求,不使淆乱。”<sup>③</sup>二则一案情节纷繁,涉案规范或本可归结到多个“律牌”中,而编纂时也只能择其一。如《刑案汇览》“凡例”所言,“‘说帖’、‘成案’、‘通行’俱以分门别类。其书头附注各案亦系以类相从。惟‘说帖’间有一案之中议及二三事者,如千总私役兵丁护送眷属回籍致兵丁被车轧身死,系照‘千总空歇军役私使出境因而致死’律拟军,则按‘律牌’将正案归入‘兵律’‘军政’‘纵放军人歇役’条。因案内议及该弃亲老留养并职官犯罪应行具题,故复于‘名例’‘犯罪存留养亲’条内书头注云‘武弁拟军准其留养案载某处’,又于‘刑律’‘断狱’‘有司决囚等第’条内书头注云‘千总拟军未便咨结驳令具题案载某处’,庶检查不致隐漏,余可类推。”<sup>④</sup>三则借助“律牌”来整理案例,基础是对律条、例条内容的熟悉,否则面对那些本在律例之中,但不见于或溢出“律牌”指示范围的案件,便无所适从。总之,“律牌”代表一套律、例组合时,其下收录的案件,既有依照律条判罚的,又有依照例条判罚的。“律牌”之用,实是将律、例全部内容作为抓取案件中心、罗列相似案件的标准,“使例必附律,案必依例,州次部居,门分类别,能俾用者心开目明,知某例在某律之下,某案附某例之条”。<sup>⑤</sup>

清代法律条文标题是律条文字的简单摘录或内容的初步提炼,标题与内容大致相关,标题引领律条,兼领律后所附之例条。司法判决中偶尔以法条标题提点案件判决依据,但在案例汇编中,则借用条文标题所构造的目录体系来编排案例。由此可见,从法典中的“律目”、“条标”到“刑案汇编”中的“律牌”,法条标题的作用范围再次扩大:从引领律条、区隔例条,到作为类目容纳性质相近的案例。标题功能的这种不断泛化,有其必然性。第一,律条标题很多是由来已久、沿用已久的,对此,立法与司法操作中已经形成了一定的依赖性。第二,命题方法的粗疏导致的标题的模糊,无形中扩展了标题的包容性。第三,也是最不应忽视的一点,便是在例无标题、办案因循的法制环境中,只好

<sup>①</sup>几百个“律牌”之下收录的案件,数量分布也并不均衡。某些规范相对而言更常用,或依某些规范判案所遭遇的难题更多,则相关案例数量大。这又说明,案例集中的“律牌”,作为典型案件、特殊案件的内容提示办法,可以是试探社会生活中某方面犯罪发生的频繁程度与推测某条规范的实际使用频率的指标。

<sup>②</sup>设想一下,对于浩繁卷帙,“老吏”留心数十年,其所能累积的经验、记忆的知识也有限。若想于百年间、千万件案例中查找有用资料,便不得不束手。

<sup>③</sup>参见《例案全集》,康熙六十一年序思敬堂刊本,日本东京大学东洋文化研究所汉籍善本全文影像资料库藏, [http://shanben.ioc.u-tokyo.ac.jp/main\\_p.php?nu=B3850500&order=rn\\_no&no=00625&tim=hb](http://shanben.ioc.u-tokyo.ac.jp/main_p.php?nu=B3850500&order=rn_no&no=00625&tim=hb)。

<sup>④</sup>参见《刑案汇览·凡例》,载(清)祝庆祺等编撰:《〈刑案汇览〉全编》,尤韶华等点校,法律出版社2007年版。

<sup>⑤</sup>参见李馥为《例案全集》所作之序,载《例案全集》,康熙六十一年序思敬堂刊本,日本东京大学东洋文化研究所汉籍善本全文影像资料库藏, [http://shanben.ioc.u-tokyo.ac.jp/main\\_p.php?nu=B3850500&order=rn\\_no&no=00625&tim=hb](http://shanben.ioc.u-tokyo.ac.jp/main_p.php?nu=B3850500&order=rn_no&no=00625&tim=hb)。

利用律条标题所形成的框架,别无他途。<sup>①</sup>

## 结 论

综上所述,律条的题名,是古代法律条文标题的运用过程中最根本的,也是最浓墨重彩的环节。兼“正刑定罪”与“设范立制”的综合性法典,在“律目”设置上,事之标示与罪之赅括两条路线并进。设置效果是,在律条之间,可通过标题实现区别;在律条内部,标题与内容的契合度往往不足。因此在索引质量上,“律目”虽具备基本的区分度,但对内容的提示有强有弱,仅看标题很难还原到律条的核心内容。这既有命题上大量袭旧的外在原因,也有律文规定“数事共条”的内部原因。而在立法、司法实践中很活跃的例条,其名称不定、定位模糊问题始终未解决:例条一味增设,更使得“条标”下的法律内容一再臃肿;例条因内容的特殊性,可能与数量有限的“条标”框架发生冲突。“律目”扩展到“条标”,其引领的内容增加,标题与所引领内容的“不相关”甚至“负相关”的弊端也越发显著。

从“律目”到“条标”阶段的探讨,大体上解决了本文初始问题之一,即法律条文的标题与条文内容的关系。以现代刑法观念来观照,另外一些问题也呼之欲出:法条的名目与法条所规定的罪名有何关系?条文的标题是否可直接用于案情的法律评价?通过以“律牌”为线索的从标题在法典中与在断罪时的对比考察,笔者认为,一方面,法条标题是从法条序列到门类、篇章的基本构造要素,标题构成的索引体系是法典面貌的缩影,标题对内容的展现方式,是古代立法关于犯罪与刑罚理论的反映。<sup>②</sup>另一方面,古代的法律条文标题,虽然行用已久、有章可循,但并未透过不同的名目而实现个罪的区别。也就是说,大部分标题都不具备交代“罪名”的功用。这无法全部一概于律条命名的不精确,因为清代的法律规范是要条分缕析方方面面情况的,要从其中抽象出现代意义上的“罪名”是强人所难。

清代社会中官、民读律,可粗略分为读全文与查律条两种。仰赖以钻研法典为任务或以纂修律例为职责的群体通览全律,而对于仅需不时在法典中查找个别内容的群体,“律目”只是辅助,绕开法典总目直接阅读法条,并无不可。况且,前已分析,法条由百而千,堪充法律原料的例案卷帙浩繁,仅靠一部《大清律例》把握典章制度的全部,并不可行。官箴书中便教导地方官尤其是初仕者,先要有针对性地熟悉法典中的几方面内容,如“名例律”、“贼盗”、“人命”等。而律条之名目与内容有时疏离,若要熟悉律例,或许要舍“律目”而另寻良策。<sup>③</sup>

总而言之,以清律条目为样本的考察说明,如果将古代法典中条文标题放在古代法

<sup>①</sup>一些律学作品中尝试了新分类,但其内容或相对于整部律而言只是局部,或分类办法不甚成熟。除此之外,清末修律前,未见对更恰当的法典编纂方案的使用或是探求。

<sup>②</sup>例如,以“行为模式—法律后果”为结构的律条,在题名上,偏重“行为模式”方面,对犯罪行为、犯罪行为发生的场合、犯罪后果、侵害对象等情节要素有一定的交代。法律条文标题以列举行为的典型、主要、常见样态为中心,其中渗透着立法者对法之意蕴的理论解读。

<sup>③</sup>如阅读归纳律例重点的口诀、图表,或查考例案汇编,等等。



律生活的背景中进行评价的话,应该看到,标题取自律条内容,以简便灵活见长;一些重要条文的标题在法典中取得了相对稳定地位;标题作为法典的组成部分,其分门别类的索引性质为读律者、用法者接受;对于熟习法律的人士而言,标题不构成理解律意的障碍。然而,清代条文标题也存在一些缺憾,如与律意不总能准确对应、与例意不总能衔接,等等,其影响力有限,也不能为掌握律例精义提供多少方便。

至于清末修律后,刑法领域逐渐引入的构成要件等理论,引发从规范名称到法典结构的大幅度转变,这也就意味着法律规范的命名转向了另外的路径:立法中即可为法条编号,对罪名的提炼也更加顺畅,序号与罪名的搭配能够实现条文内容的准确引用。这看起来已经摆脱了清代法律条文在命题上的混乱和使用上的局限。然而,除却语言文字局限性与分类标准多元化等问题,仍有法律法规结构方面的技术性问题需要思量。引入标题,无非是为查找特定内容而提供便利;索引功能的实现以有效的定位手段为基础,顺利地定位需要法典结构的固定化,然而,法律规范与时更新的需求却始终存在,如何在保证目录有效使用的同时,使法典高效有序地整合新内容?<sup>①</sup> 伴随着对古代法条标题的性质与功能的探索,笔者将继续思考。

[责任编辑:冯学伟]

<sup>①</sup>从清律中法条标题的功能演化来看,立法中将不同效力等级的规范进行汇编,司法中对各种形式的法律依据加以参用,虽一时便利但在法典结构上留下隐患。