

# 试论《大清律例》律目的局限

□张田田

**内容摘要** 《大清律例》难记难查,其目录缺陷可从定律、读律两方面分析:律例合编体例下的文题不符现象表现为条例与律目难兼容、律目概括律意不准确等,因而妨碍读律者检索利用,如习律者经由律目难以系统深入地了解律例知识,司法者仅能受限地借助律目来断案与整理案例等。受传统法律思维追求具体化的影响,律目的局限难以去除,清人的对策主要是熟读全律,直至晚清以概括主义修立新刑律,旧律目录才被舍弃。

**关键词** 大清律例 刑律 律目 律学 立法技术

**作者** 张田田,沈阳师范大学法学院讲师、博士。(沈阳 110034)

**基金项目** 国家社科青年项目“中国古代‘违制’罪研究”(15CFX012)

## 问题的提出

光绪三十二年(1906年)12月,法部举办考试,“连日署内堂官面考各司实缺人员”,以律目为考题,考察部中执法者对律例的掌握程度。然而效果极不理想,“即照《律例》各门中摘取一二句,被考者往往不能成幅”。法部前身是为全国“刑名总汇”的刑部,纂修律例等是其专责,其属员法律素养为何竟如此不堪?如依部员之见,答不完卷,默不出条文,并非不学之过,乃是《大清律例》本身的问题:“盖门类条件太繁,不独素未披览者茫茫无解,即日理刑名者亦难随举无滞。”<sup>①</sup>

司官不尽知法,刑部堂官是否更高明?康熙十一年(1672)刑部办理一起现审盗案,犯人偷砍一棵属于官府的柳树,估价不足一两,司员引“窃盗”条计赃判刑杖八十,刺“盗官物”三字,姚文然等堂官首肯。其后,在讨论盗贼刺字之律时,谙熟律例的陕西司郎中王明德提出异议:律正文中不言刺字,就要依律科刑并免刺,依据的是“名例律”“称与同罪”条中

的规定,即“准盗论”“但准其罪,不同真犯”。姚文然翻阅明代律学家王肯堂所著《笺释》,果不其然:从“刑律”篇“贼盗”门的“盗园陵树木”条<sup>②</sup>中小注称“系官者加,计赃准窃盗”,追索到“户律”篇“田宅”门“弃毁器物稼穡等”条,方才检出最切合“盗伐官柳”案中“毁伐树木”情节的条文:“凡(故意)弃毁人器物,及毁伐树木稼穡者,计(所毁弃之物,即为)赃准窃盗论,(照窃盗定罪。)免刺,(罪止杖一百、流三千里,)官物,加(准窃盗赃上)二等”。<sup>③</sup>此前承审司官及包括姚文然在内的堂官,均误以为伐官树与盗窃官物无异,这才依窃盗律刺字。科举出身的姚文然,初任刑部长官,对律典一知半解而失人人罪,因而追悔莫及,自责不已。因清代三犯窃盗者绞,误刺一次字,便是去人性命三分之一。

在刑官适用法律时,律典目录却未起到有效的指引作用,原因值得探究。《大清律例》的条目、类目、篇目,皆是律目。<sup>④</sup>律目体现一定法律内容的命名与排序规则,分别来看即某一章、节、条之名目,汇总起来则可展现法典编纂体例与法律规则体系,其设置源于立法者的观念、理论,展示立法技术,也影响着



读律者。学界的研究多集中在唐律及唐明律比较,<sup>④</sup>着眼于法典目录细化、体例变化的积极意义,宏观角度评说一朝立法对律目的设置。<sup>⑤</sup>但从中观、微观层面如清代立法、司法活动及读律情况来看,律目最基本的分门别类以便检索的效应并未充分发挥,实践中对律目的利用也并不充分。本文即从定律与读律两大场域分析《大清律例》目录设置的缺失,总结经验教训。

## 定律文题不符

《大清律例》律条“有目有文”,条目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,又用于例条的归类。“在形式上,据律而著例,援例以成案。律譬如树干,则例为枝而案是叶。但在实质上,积案而著例,积例而定律。案譬如木料砖瓦,则例为墙壁,律为屋脊”。<sup>[2]</sup>立法的具体化,使得律目在兼容条例、涵盖律意等方面均有缺失。

### (一) 条例与律目

条例在律典目录体系中“有文无目”,其归置上诸如标题误导性、难以检索等弊端,削弱律目的索引功能。条例归类原则多变,如“戏杀误杀过失杀”条下收入有关“子孙过失杀父母”、“妻妾过失杀夫”的条文,徒增检索烦难。在《大清律例》近1/3的条目下出现了例意与律意不适应的问题。<sup>⑥</sup>另一方面,附例过多,比较清律二、三级标题的容量,每门(节)中平均包含11条律。然而,至光绪年间,附例在11条以上之律达57条。<sup>⑦</sup>某些律条(含附例)篇幅堪比现今的一部单行法规或司法解释(有的附例多达八九千字,有的律文本身就超过千字),想要准确界定、检索某方面的特定内容,难上加难。

### (二) 律文与律目

律目对律条正文内容的概括也并不完善,纂集于同一名目下的法律内容,或仅为相关情况的技术性捏合,于事理上不一致;或为相近事项的简单罗列,缺乏确定、唯一的分类标准。同级标题之间,区分度尚可,概括性不足。如条目命名多采用“摘字叙名”法,此法从文句、段落开篇拈数字为题,渊源古老,较为简便,但缺乏对全文主旨的深度提炼,很难精确地抓住本质特征。上下级标题间缺乏理论统

合,归类上犯“多出子项”“子项互斥”等逻辑错误,<sup>[3]</sup>如与“命案”有关的规定散见于“人命”门外,“斗殴”、“犯奸”门下各设有同名的“斗殴”、“犯奸”条目等。

条例文不对题,部分源于其频繁修订、灵活创设等特殊性质,清律门类设置之失也多为承袭前代所致,但律目的局限基于制定律例的共同思路,即重特征描述而非原理提炼,重因循权宜而非体系构建。复杂的规范结构与并不便利的目录索引间的矛盾,仍将投射到现实的法律生活中。

## 读律的有限利用

本章的“读律”,兼及一般性的学习研读与官员的法律适用等活动。清代读律者利用律目方式多样,本文将这些因素纳入考量,意在沟通立法与司法,从实践中看律目的局限。

### (一) 法律学习

明清律学歌诀中有专门介绍律典目录的,如《六律总括歌》与日用类书中的“律卷总条款名歌”可为例证。前者兼一、二级标题:“六律枢要首名例,吏律职制公式异,户律有七首户役,田宅婚姻仓库事,课程钱债与市厘,礼律祭祀并仪制,兵律官卫军政随,关津厩牧邮驛继,刑律名条首贼盗,人命斗殴并骂詈,诉讼受赃诈伪来,犯奸杂犯捕亡结,终之断狱凡十一,工律营造河防意,律共四百六十条,学律之人须熟计”,按明律篇章门类的先后顺序介绍。清律除条文数量变化外,目录与此不殊。后者只列二级标题,求简而失律意。若要更细致地介绍罚则内容,更直观地对律例“比类叙之”时,便“不以律为次第”。<sup>[4]</sup>

律学作品中最讲究保留律目原貌的“合律判语”,文体与律例迥异,乃是围绕律目条目所拟的四六骈判,目的是为了应付科举考试中“题分五道,部备六曹”的“考判”。譬如《合例判庆云集》所选律目与所拟判语,皆围绕以下“考试大纲”:不涉《名例律》,原因是“名例未经标列”;不收与取士这一“朝廷庆典”不符的,“如二字中失火,四字中如谋反大逆,五字中如盗园陵树木,六字中如收留迷失子女之类”;打乱篇目门类次序,按律目字数从二字至九字归类。<sup>[5]</sup>经此苦心编辑,呈现在此书目标群体即应试人士眼中的,仅仅是律典一隅,刑律中“贼盗”“人命”

“斗讼”“犯奸”等门类的律目,几乎都未入选。朝臣所言“通晓乎律令而后可以为判”(鄂尔泰语)不免落空,而考判在乾隆朝终归被废。

## (二)断案与归档

律目可提示律文,有些也关乎罪类。刑部官员时而借助律目体系进行法律论证,来权衡比较多条规定,审查适用法律的正确性。<sup>⑧</sup>但“引律目断罪”是有条件的,类似“以刑制罪”:仅当刑罚有轻重之别时,刑部官员才会辨析不同律目之下的规则,提出“律例各有指归,引断不容牵混”,择优适用;<sup>⑨</sup>若刑罚无异,刑部对不同的归罪理由、治罪名目就不加鉴别,择一即可。再者,对罚则的援引,除了全引、摘引、列举律目外,还可用约定俗成的其他名称。

刑案的审断既以律例为据,案例的整理汇编也常以律目为则。《刑案汇览》正是如此,其“续增”“续编”也仿此。但随之而来的问题是,例、案都无专名。条例的归类,已极繁杂。案例的归类,难度更大,要么如《刑案汇览·凡例》所言,不厌其烦,一一注明:如千总私役兵丁护送眷属回籍致兵丁被车轧身死案件,按照“千总空歇军役私使出境因而致死”律拟军,则按律目将正案归入“兵律”“军政”“纵放军人歇役”条。因案内有犯人亲老留养、职官犯罪情节,于“名例律”之“犯罪存留养亲”条内注明“武弁拟军准其留养案载某处”,等等;要么择一而从,挂一漏万。

前揭有经验的法官不能记诵法规、无经验的法官不善引律等问题,缘于清律繁杂、难查难记,目录的不完善对此推波助澜;实践中习律难以速成、“引律目断罪”稀见、“依律目存案”片面等问题,也关乎律典粗略名目与繁乱规则的扞格。

## 结论

有局限的律目被长期利用,其创设与维持,体现某种权宜。“传统刑律中没有高度概括某类或者某些具体犯罪行为及其本质、特征的称谓;基于中国传统刑律的特质、体例与发展趋势,这些称谓也无由产生。”<sup>[7]</sup>“以刑为主”的《大清律例》,仍未发展出现代意义上的“罪名”,其律目谈不上是律意的高度浓缩,更谈不上是在先“定罪”后“量刑”刑法理论下的对罪名、罪类的精确提炼。但律目已是《大清律例》中最

能展现门类与大意,最能反映结构与关系的了,其依据律文依类相从,不失为习律、释法及案例整理的一条线索;其最低限度的分门别类功能可作为熟悉全律的门钥;其百年间始终不变,千年里神魂不失,背后是根植于传统中国重生活现实、轻抽象思辨的“实用理性”(其内核为“实用合理性”)而表现为巨细靡遗、列举情节以对应“绝对确定刑”的立法思路。

律目有缺陷,实践中若想追求引律断罪准确无误、归档与检索行之有效,只好寻求“双保险”:律目不可不知,律文也必须逐条熟记。换言之,要在“锦上添花”而非“雪中送炭”的意义上利用律目,检索例案及断案须以对律例内容的高度熟悉为基础。这种应对律目局限的策略出于权宜,并不治本,能够克服律目局限、熟练掌握律例的,只是少数。如赵舒翹出任刑部堂官时,以《大清律例》中的疑难处为题,考察司官,“然能对者恒少,尚书亦不甚苛责,唯极意劝勉”,恐怕是出题者自知律例繁难。如赵舒翹询及唐烜“殴死缙麻兄妻”如何处断,该情节规定在“斗殴”门“妻妾与夫亲属相殴”条中,难点在于“律例皆无明文,唯注内有‘大功以下兄弟妻皆以凡论’之语,人往往习而不察”,唐烜虽能对答如流,获长官赞许,但自承因前月翻查时留心,才有此“意外之幸”。<sup>[8]</sup>

更深层的影响则关乎“法律人”的构成与专业素质:一方面,科举出身者听讼断狱,“所学非所用”,感叹“读书易,读律难”,原因既在“书外”,即读书从小学起,专心致志,又与前途挂钩,有动力,读律则不受重视;原因又在律内,即“条目繁重”:“牧令一官,须读六官律例”等,不免畏难,要“所用即所学”的幕友来辅助。另一方面,虽说官之读律与幕之读律不同,前者可循序渐进、“孰之平日”,后者自应例案娴熟。但官须自做,幕不可恃。读书明理、以“修齐治平”为念的儒者之所以有可能为吏所欺、为幕友所误,“条目曲折,岂能尽知”道出了原因。

晚清修律,首先强调“旧律”的“以刑为主”属性,欲打破“诸法合体”的格局,在过渡阶段,仅删除原一级标题“六律”,“名例律”不变,条目亦大致不变。直至新刑律区分“总则一分则”,“以较新的国家利益、社会利益和个人利益三分类方法为各章排列的顺序”,<sup>[9]</sup>以“概括主义”思路重塑罚则、重整条目,以往的律目与其局限一道成为陈迹。



注释:

① 唐烜本人因同事阻拦,遂作罢。本日轮考的福建、浙江两司,仅六人参加,半数缺席。赵阳阳、马梅玉整理:《唐烜日记》,凤凰出版社2017年版,第254-255页。

② 仿照现行刑法典的表述,在总第六章总第269条,后文“弃毁器物稼穡等”则在总第三章总第98条。

③ 可将“名例律”及据“吏户礼兵刑工”六部为篇名的“篇目”看作一级标题,除“名例律”不分门外,其余六律下设类目,如“刑律”之“人命”门、“斗殴”门等可视为二级标题,前述如“窃盗”“弃毁器物稼穡等”条目则是三级标题。一、二级标题,清人有时称“总目”,三级标题,清人有时称“散目”,二、三级标题,则均有“某门”之称。

④ 古人如明代张楷于《律条疏议》中,清代薛允升于《唐明律合编》中、沈家本于《明律目笺》中,关于律目的形成及演变均有探讨。王立民教授则探讨了“条标演进”,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》,《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》,以及唐代律学与律典的关系,如“唐律的篇目分类为唐后的立法所袭。……元明清虽在篇目上与唐律有异,但仍按篇目归纳犯罪行为,没有突破唐律的总体协调原则,甚至还保留了部分唐律的篇目名”。参见王立民:《唐律新探(第五版)》,北京:北京大学出版社2016年版,第102-103页。关于唐律条文标题的重新拟定及其意义,见夏锦文、李玉生主编:《唐典研究:钱大群教授唐律与〈唐六典〉研究观点与评论》,北京:北京大学出版社2015年版。

⑤ 如周东平、李勤通:《〈大明律〉采六部体系编纂模式原因考辨》(《法律科学》2017年第1期)一文,论证明代“普法需求与刑律编纂的正当性诉求共同塑造了新的法典编纂模式”。

⑥ 以薛允升《读律存疑》为主要材料。信息不全、不准确则查《大清律例通考》与《大清律例根原》。发生或应有例条的移出、移入的律条,“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。

⑦ 除《名例律》外,吏户礼兵刑工六篇之下均设二级

标题门(节)。如《刑律》下设11门,斗殴、断狱两门各分为上下两节,贼盗一门分上中下三节,可以算作15小节。

⑧ 如《刑案汇览》卷五十四载“当场擅杀抢夺贼犯援捕亡律”案,刑部辨析“罪人已就拘执及不拒捕而杀以斗杀论”,统举各项罪人言之,归入“捕亡·罪人拒捕”门类;“殴死窃贼”之罪,则属于“贼盗·夜无故入人家”,止言窃贼而不及抢夺,如此一来,殴死抢夺罪人,只能据“已就拘执而擅杀律”断,不可比引“殴死窃贼”之例。

⑨ 这类似“体系解释”。其深层原因在于,律目本着相对稳定的律典体系,据此所推原出来的立法意图,或有利于规避条例细碎、成案两歧等消极影响。但立法本身的分类草率等问题,无法通过诉诸律目来解决。

参考文献:

- [1] 王宏治、李建渝点校. 顺治三年奏定律. 杨一凡、田涛主编. 中国珍稀法律典籍续编(第5册). 哈尔滨:黑龙江人民出版社,2002:197.
- [2] 陶希圣. 清代州县衙门刑事审判制度及其程序. 台北:食货出版社,1972:50-52.
- [3] 陈锐. 从“类”字的应用看中国古代法律及律学的发展. 环球法律评论,2015(5).
- [4] 万维翰. 律例图说. 中华书局影印清乾隆十五年芸晖堂刻本,2015.
- [5] 周梦熊辑. 合例判庆云集. 杨一凡主编. 历代珍稀司法文献(第三册). 北京:社会科学文献出版社,2012:1007.
- [6] 梁章钜,吴蒙校点. 浪迹丛谈·卷五·科目. 上海:上海古籍出版社,2012:59.
- [7] 刘晓林. 唐律中的“罪名”:立法的语言、核心与宗旨. 法学家,2017(5).
- [8] 赵阳阳、马梅玉整理. 唐烜日记. 南京:凤凰出版社,2017:144-145.
- [9] 蔡枢衡. 中国刑法史. 北京:中国法制出版社,2005:104-107.

编辑 杨义成