

法典與法律之間

——近代法學給中國法律史帶來的影響

陶 安 *

要 目

- | | |
|--------|--------|
| 壹、序說 | 肆、唐宋時代 |
| 貳、唐朝之前 | 伍、小 結 |
| 參、明清時代 | |

壹、序說

法典與法律大相徑庭。從法律最狹隘的定義來講，法律就是主權者的命令，主權者只要制訂一個一般性的行為規範，並將其強制於某一種規制對象，就能創立一條新的法律。而對於法典，僅靠主權者單獨的力量卻寸步難行。編纂一部法典，首先需要長期的法律實踐，不斷地積累經驗、彙集知識，並將其歸納為有系統的體系。簡而言之，法典與法律之間存在著眾多歷史經驗和學術工作。

其實，「法典」是一個很曖昧的概念，它至少有兩個不同的涵

* 日本京都大學法學研究科博士、日本東京外國語大學亞非語言文化研究所研究員。

義。一方面法典是一部法律，一方面它又是一部學術著作。從法律的角度來看，「法典」也僅僅是一部法律，其效力和形式與其他法律並無差異。也可以說，現實的法律中不存在任何叫「法典」的法律形式。法典只是學者對某一些法律的特稱。能把某一部法律稱為「法典」，這是因為這部法律經過學者日積月累的整理工作，形成綜合性的體系。談到這裏，我們已經遠離法律實踐而步入了學術史的領域。研究者應該認清是從學術史的角度研究法典等律學著作，還是從法律史的角度分析法律體系的演變。

法學家很容易將二者混為一談。很多實定法學家也不例外。因為法典原則一貫，邏輯縝密，所以學者一般對法典高看一眼，將其視為法律的精髓，將其當為教研活動的中心。但是，在大多數國家這些實定法學家所進行的法學教育遇到來自社會的批評，說它太抽象、脫離實踐。法學系的學生畢業以後開始從事律師等事業時，經常感到實踐跟老師所教的完全無關，覺得很驚訝。這就是因為大部分的實定法學家不是全面地研究以及講授當代法律，而僅僅反覆地玩味幾部成為了法律的學術著作，即所謂的「法典」。

以往的中國法律史研究恐怕也陷入了同樣的錯覺。一方面很重視法典，與單行零散的法律規範劃清界限。正如實定法學脫離法律實踐一樣，過度重視法典也拉開法律史研究與史實之間的距離。另一方面法律史研究又僅將法典視為一種法源，而忽視法典與法律之間實質上的差別。因此，它既沒有確實地理解傳統中國的法律，又沒有從學術史的角度畫出法典的發展圖。也可以說，它混淆了法律史和學術史。由於各代史料情況有所不同，這給法律史帶來了如下三個問題：

- (1) 唐朝之前，法律史料最少，法律史研究就無中生有地虛構了根本不存在的法典。因此，它忽視了從法律到法典的發展過

程以及律學在發展道路上的重要角色。

- (2) 明清時代，法律史料最為豐富，法律史研究以「法典」概念為標準篩選資料，將研究對象僅限於具有法典性質的刑事法，而將散見於無數「事例」中的行政法領域置於研究範圍之外。這造成了研究的狹隘化，並出現了「傳統的中國法律體系以刑法為中心」的迷信。
- (3) 唐宋時代，法律史料中有關法律規範內容的記載較為詳細，而有關法律形式的記載仍較粗略。於是，法律史研究將零散的行政法規都視為「法典」的成分，而編造了「律令格式」的四大法典體系。這與明清時代的情況恰好相反，使唐宋與明清的時代發展顛倒，將唐代視為法律制度最發達的「鼎盛期」，導致重大的誤解。

筆者認為這三個問題與近代法學的基本框架有著密切的關係。本文將對歷代法典中具有代表性的法典重新進行考證，探索超越近代法學約束的道路。第二節至第四節討論上述三個問題，並在小結中將涉及到法律史的研究傾向與近代法學之間的關係。

貳、唐朝之前

本節雖然將證明歷史上未曾存在被稱為《法經》、《九章律》的法典，但是這並不意味著否定古代法律制度的高度發展。與此相反，假想的法典往往掩蓋了從法律發展到法典形成的歷史過程，否定這些缺少歷史根據的法典反而會有助於認清這一發展過程的真相。

《法經》和《九章律》都曾經被視為中國最古的法典。據《晉書·刑法志》的記載，《法經》是戰國時代魏國人李悝撰次諸國法

所著。據《漢書·刑法志》，《九章律》則為西漢初期相國蕭何所造。雖然也有人對《法經》的存在表示過懷疑，但是總的來說，前人不是將《法經》，就是將《九章律》視中國最古的法典。可是，在史料方面，二者都存在著同一個缺陷：即有關的記載都限於後代的史料，沒有當代或者時代接近的史料記載。

有關《法經》的記載最早見於《晉書·刑法志》。該刑法志介紹《魏律》的編纂過程之後，「其序略曰」：

舊律所難知者，由於六篇篇少故也。篇少則文荒，文荒則事寡，事寡則罪漏。是以後人稍增，更與本體相離。今制新律，宜都總事類，多其篇條。

舊律因秦法經，就增三篇，而具律不移，因在第六。罪條例既不在始，又不在終，非篇章之義。故集罪例以為刑名，冠於律首。

《法經》還見於《魏書·刑罰志》，其云：

商君以法經六篇，入說於秦，議參夷之誅，連相坐之法。

最後，在《晉書·刑法志》中又初次出現《法經》編纂者的姓名，為「李悝」，即云：

是時承用秦漢舊律，其文起自魏文侯師李悝。悝撰次諸國法，著法經。以為王者之政，莫急於盜賊，故其律始於盜賊。盜賊須劾捕，故著網捕二篇。其輕狡，越城，博戲，借假不廉，淫侈，踰制以為雜律一篇，又以具律具其加減。是故所著六篇而已。