

## 从“违令罪”看唐代律令关系\*

赵 晶

摘 要：“违令有罪则入律”是唐代律令关系的基本原理，唐律除了设置专条处罚相应的违令行为外，还单辟一条“违令罪”作为兜底条款。《唐律疏议》所见“违令罪”凡8处，细绎律、令条文可知，部分唐令并未涉及律疏以“违令罪”处罚的违法行为，律疏的作者对唐令进行了扩大解释。此外，基于“违令罪”的法律原理，其所涉部分《封爵令》、《内外命妇职员令》的唐令复原亦可再作审思。

关键词：违令罪；法律解释；唐令复原

律令关系是中国古代法典研究的基本主题之一。早在汉代，杜周便对此有所论述：“前主所是著为律，后主所是疏为令”<sup>[1]</sup>(P.2659)。汉代的律令关系是否以颁布者的先后顺序为标准而定，中外学界至今仍有争论。<sup>①</sup>至于晋定律20篇、令40篇，<sup>②</sup>史籍有关其律令关系的阐述如下：

蠲其苛秽，存其清约，事从中典，归于益时。其余未宜除者，若军事、田农、酤酒，未得皆从人心，权设其法，太平当除，故不入律，悉以为令。施行制度，以此设教，违令有罪则入律<sup>[2]</sup>(P.927)。

也就是说，在法律效力的层面，律为常法，而令则是非太平时期的权宜之策；在规范内容与功能上，令是“施行制度，以此设教”，而律则对“违令有罪”的行为进行处罚。对于后一层面的区分，更系统化的论述则出自于杜预之口：“律以正罪名，令以存事制，二者相须为用”<sup>[3]</sup>(P.980)。这样的定性一直延续至律令成熟期的唐、宋，如《唐六典》所谓“凡律以正刑定罪，令以设范立制”<sup>[4]</sup>(P.185)，而日本明法家在对承自唐令的日本《养老令》进行注解的时候，也称“令者教未然事，律者责违犯之然”<sup>[5]</sup>(P.7)，至于北宋神宗对于敕、令的定义“禁于已然之谓敕，禁于未然之谓令”<sup>[6]</sup>(P.8254)，皆未脱于杜预之说。至于《晋书·刑法志》对于律、令效力层面的论述，“以什么资料为依据写成、代表哪一个时期的什么样的人的意见，都已经不能肯定。但是，自古以来重视律的观念在晋代以后仍然延续之事，根据后面涉及的理由，是可以充

作者简介：赵晶，法学博士，中国政法大学法律古籍整理研究所副教授。

\* 本文系教育部人文社会科学研究青年基金项目“唐令的复原与研究”（项目号为：13YJC820110）的阶段性成果，并受中国政法大学青年教师学术创新团队资助项目（2014CXTD10）资助。

① 参见徐世虹：“百年回顾：出土法律文献与秦汉令研究”，载《上海师范大学学报（哲学社会科学版）》2011年第5期，第69-79页。最近有关秦汉律令关系的探讨文章，则有张忠炜“秦汉律令关系试探”，载《文史哲》2011年第4期，后收入氏著《秦汉律令法系研究初编》，社会科学文献出版社2012年版，第123-145页。张文从“律令转化”、“律主令辅”、“律令分途”三个方面，结合传世文献与简牍材料，试图补正既有学说，廓清秦汉时期的律令关系。

② 具体篇目参见李林甫等撰，陈仲夫点校《唐六典》卷6《尚书刑部》，中华书局1992年版，第181、184页。

分注意的”，所谓的“理由”是指受到重视刑罚的法家思想的影响。<sup>①</sup>但是到了唐、宋时期，这种令为权宜之策的说法便几无踪影，令与律处于分工有序的平等位阶上。

对于唐宋时期律、令功能二分的定性，自近代以来，学者多从西方有关部门法的划分逻辑进行再探讨，即律为刑法典或“诸法合体”的法典，而令为行政法典，或汇集民法、商法、宪法、行政法、国际法等等的民法典，或官僚统治机构的组织法，甚至空白刑法等。<sup>②</sup>但是，这种套用西方近代部门法划分逻辑的研究，恐怕未必有助于理解中国古代法律体系。西方刑法、民法等部门法划分是一种法典编纂技术，中国古代律、令、格、式或敕、令、格、式的划分何尝不是另一种特有的法典编纂手法。所以笔者不拟以刑法、民法等舶自西方法律体系的名相、立法技术去格义古法，而以“违令罪”为切入，考察唐代的律令关系，并试图对部分唐令的复原问题进行适当延伸思考。

### 一、违令罪概说

“违令有罪则入律”是律令关系的核心内容，是指令设计了一种行为模式（必须做什么或者禁止做什么），律对于违反令文规定的行为予以科刑。如《唐律疏议》卷30《断狱》“应言上待报而辄自决断”条载：

诸断罪应言上而不言上，应待报而不待报，辄自决断者，各减故失三等。

【疏】议曰：依《狱官令》：杖罪以下，县决之。徒以上，县断定，送州覆审讫，徒罪及流应决杖、笞若应赎者，即决配征赎。其大理寺及京兆、河南府断徒及官人罪，并后有雪减，并申省，省司覆审无失，速即下知；如有不当者，随事驳正。若大理寺及诸州断流以上，若除、免、官当者，皆连写案状申省，大理寺及京兆、河南府即封案送。若驾行幸，即准诸州例，案覆理尽申奏。若不依此令，是“应言上而不言上”……<sup>[7](P.561-562)</sup>

此处《狱官令》规定了各个官司的管辖权限，若超越自身管辖权限而作出判决，则由本条《断狱律》所定罚则科刑。

只是依照《唐六典》所载，唐令有“一千五百四十有六条”之多，而律仅“五百条”<sup>[4](P.184,180)</sup>，如何一一对应？虽然其中部分令文属于定义性条款、标准性条款、授权性条款，没有行为模式的要求，不存在“违令”的可能性，<sup>③</sup>但是否存在某条作为义务性规范的令文并无专条律文与之相应的情况，若存在，那么对该令文的违反又该如何处理？为此，唐代立法者便在《唐律》中设计了一条兜底性条款，即《唐律疏议》卷27《杂律》“违令”条规定：

诸违令者，笞五十；（谓令有禁制而律无罪名者）别式，减一等。

【疏】议曰：“令有禁制”，谓《仪制令》“行路，贱避贵，去避来”之类，此是“令有禁制，律无罪名”，违者，得笞五十……<sup>④</sup>

亦即凡是违反“令”的明文规定，又没有相应的专条律文进行惩处者，则将被科以违令罪，适用“笞五十”的刑罚。有关这一点，戴炎辉早已指出：“此系所谓‘空白处罚规定’，律不自定须予处罚行为之具

① 详细论述可参见[日]堀敏一：《晋泰始律令的制定》，原载《东洋文化》60卷，1980年；中译本载杨一凡主编《中国法制史考证》丙编第2卷《日本学者考证中国法制史重要成果选译·魏晋南北朝隋唐卷》，程维荣等译，中国社会科学出版社2003年版，第296-297页。

② 相关总结可参见胡戟等主编《二十世纪唐研究》，中国社会科学出版社2002年版，第139-140页；吕志兴《宋代法律体系与中华法系》，四川大学出版社2009年版，第195-199页；[日]川村康《宋令变容考》，载関西学院大学法政学会编《法と政治》第62卷第1号（下），2011年4月，第469-487页；中译本为赵晶译《宋令演变考》，载徐世虹主编《中国古代法律文献研究》第5辑，中国社会科学文献出版社2011年版，第232-246页。

③ 所谓定义性条款与标准性条款，是指本身不蕴含权利、义务内容，仅对某一名词、数量、尺寸等起到说明性作用的令文；所谓授权性条款，是指提示行为人“可以为”某些行为的令文，其并不强制性地要求行为人“必须为”或“禁止为”某些行为，因此具有任意性，任由行为人自主判断、自由选择。有关令文规范属性的划分，及其与唐律的关系，可参见Zhao Jing, *An Analysis on the Relations Between the Lv (Code) and the Ling (Statutes) in Tang Dynasty—focus on the principle of breaking the regulation in the Ling punishable by the Lv*, Tomiya Itaru, Reinhard Emmerich co-edited, *Public Notion of Crime and Law in East Asia* (日本科研費補助金基盤研究“東アジアにおける犯罪社会”研究成果報告), Institute for Research in Humanities of Kyoto University, pp. 69-89 (2012)。

④ 长孙无忌等撰，刘俊文点校《唐律疏议》，中华书局1983年版，第521-522页。以（）标示史料之注文，下同。

体内容,而一任于令。令文既多,又常有变动,且其规定大率系行政法规,而律乃以此条罚其违法者”<sup>[8](P.10)</sup>。换言之,违令罪作为兜底条款,是一种“补充性规定,只适用于违犯一般行政管理制度的被视为较轻的犯罪行为。违犯重大行政管理制度的被视为较重的犯罪行为,都由律典设专篇或专条作出规定”<sup>[9](P.66)</sup>。

## 二、《唐律疏议》所见具体“违令罪”

除了“违令”条,《唐律疏议》还明确提及7种被课以违令罪的情形,既往《唐律疏议》的译注、笺释之作皆有提及,<sup>①</sup>本文不拟重复叙述,而仅通过分析律、令之间相应规范内容的异同,试图管窥唐代立法者的法律逻辑。

### (一) 律、令一一对应之例

所谓律、令一一对应,即完全符合“违令罪”的构成要件,违反了令所规定的“禁制”,且《唐律》并无专门罪名与之相应,便被科以此罪。属于这种情况者,凡三例:

#### 1. 《唐律疏议》卷14《户婚》“杂户官户与良人为婚”条载:

诸杂户不得与良人为婚,违者,杖一百。官户娶良人女者,亦如之。良人娶官户女者,加二等。

……

【疏】议曰:……其工、乐、杂户、官户,依令“当色为婚”,若异色相娶者,律无罪名,并当“违令”。既乖本色,亦合正之<sup>[7](P.270-271)</sup>。

此条律文主要规范良人与官户、杂户、奴婢等异色(良贱之间)为婚的犯罪行为。只不过,律疏的作者又设想了一种律文并未涉及的情况:工、乐、杂户、官户之间若异色为婚,又该如何处理?

仁井田陞据此记载与日本《养老令·户令》第35条,复原了唐《户令》第39条“诸工乐杂户官户、部曲客女、公私奴婢、<sup>②</sup>皆当色为婚”<sup>[10](P.258)</sup>。这条唐令明确规定了“当色为婚”的结婚要件,与唐律所拟惩罚的违法行为范围一致。

#### 2. 《唐律疏议》卷16《擅兴》“私有禁兵器”条载:

诸私有禁兵器者,徒一年半……私造者,各加一等;(甲,谓皮、铁等。具装与甲同。即得阑遗,过30日不送官者,同私有法。)

【疏】议曰:……又,依《军防令》:“阑得甲仗,皆即输官。”不送输者,从“违令”,笞五十。满5日者,依《杂律》“各以亡失罪论”,其亡失之罪,从本条解释<sup>[7](P.314-315)</sup>。

在此条律疏中,拾得禁兵器不立即送官,在5日之内者,依违令罪处理;满5日者,则据《杂律》卷27“得阑遗物不送官”条规定“诸得阑遗物,满5日不送官者,各以亡失罪论”<sup>[7](P.521)</sup>的指引,依《杂律》“停留请受军器”条“若亡失及毁损伤者,以十分论:亡失一分,毁伤二分,杖六十;亡失二分,毁伤四分,杖八十;亡失三分,毁伤六分,杖一百;即不满十分者,一当一分论。”<sup>[7](P.518)</sup>处罚;若是过30日不送官,则按照本条“私有禁兵器”罪处理。

《疏议》的作者依据违法保有捡禁兵器的时间长短,为违反这条《军防令》的犯罪行为分别设计了三种罪名与刑罚,其中违令罪是程度最轻的处罚。

#### 3. 《唐律疏议》卷24《斗讼》“越诉”条载:

诸越诉及受者,各笞四十。若应合为受,推抑而不受者笞五十,三条加一等,十条杖九十;

<sup>①</sup> 相关研究如[日]律令研究会编《译注日本律令 唐律疏议译注篇》(1-4),东京堂出版社1979-1996年版;戴炎辉《唐律各论》,成文出版有限公司1988年版;刘俊文《唐律疏议笺解》,中华书局1996年版;钱大群《唐律疏议新注》,南京师范大学出版社2007年版。

<sup>②</sup> 榎本淳一认为此条复原应删除“部曲客女、公私奴婢”一句,《唐令拾遗补》的编者亦取此说。参见[日]仁井田陞著,池田温编集代表《唐令拾遗补》,东京大学出版会1998年版,第545页。最新的关于这一复原意见的再论证,参见[日]榎本淳一:《唐日户令当色为婚条について》,载佐伯有清编《日本古代中世の政治と宗教》,吉川弘文馆2002年版。

【疏】议曰：凡诸辞诉，皆从下始。从下至上，令有明文……请状上诉，不给状，科“违令”，笞五十<sup>[7](P.447-448)</sup>。

本条律文仅涉及越诉以及应受理而不受理的责任追究问题，而律疏又针对官司不给“不理状”的行为，增加了新的处罚规则。《唐六典》卷6《尚书刑部》载：

凡有冤滞不申欲诉理者，先由本司、本贯；或路远而蹶蹶者，随近官司断决之。即不伏，当请给不理状，至尚书省，左、右丞为申详之。又不伏，复给不理状，经三司陈诉。又不伏者，上表。受表者又不达，听挝登闻鼓。若悞、独、老、幼不能自申者，乃立肺石之下（若身在禁系者，亲、识代立焉。立于石者，左监门卫奏闻。挝于鼓者，右监门卫奏闻）<sup>[4](P.192)</sup>。

仁井田陞据此复原《公式令》第40条<sup>[10](P.600)</sup>。这条《公式令》既规定了起诉者应从下至上依序提出告诉的法定义务，也规定了审判者在起诉者上诉时给予“不理状”的责任。起诉者违反此令，则以《唐律》“越诉”条罚之，审判者不给状，则律无专条而只能科以违令罪。

## （二）律、令所定义务范围略有出入之例

所谓律、令所定义务范围略有出入，是指唐令所规范的义务内容，与唐律惩罚的违犯行为并不完全重合，属于虽不相同，但却相关的情况。《唐律疏议》所及违令罪中，属于此者，凡三例：<sup>①</sup>

### 1. 《唐律疏议》卷3《名例》“免所居官”条载：

祖父母、父母老疾无侍，委亲之官；

【疏】议曰：老谓八十以上，疾谓笃疾，并依令合侍……

问曰：亲老疾合侍，今求选得官，将亲之任，同“委亲之官”以否？又，得官之后，亲始老疾，不请解侍，复合何罪？

答曰：委亲之官，依法有罪。既将之任，理异委亲；及先已任官，亲后老疾，不请解侍；并科“违令”之罪<sup>[7](P.56-57)</sup>。

在此条中，祖父母、父母年在80以上或身有“笃疾”，依照唐令所定，为人子孙应该侍奉在侧。如果不予侍奉而赴任者，则应依《唐律疏议》卷10《职制》“府号官称犯父祖名”条科以“免所居官”<sup>[7](P.206-207)</sup>。但是，对于携同应当侍奉的尊长一同赴任者，或在任官之后，尊长方才符合应当侍奉的条件而其本人未请求卸任就侍者，则被科以“违令”罪。

《唐六典》卷3《尚书户部》“户部郎中员外郎”载：“凡庶人年80及笃疾，给侍丁1人；90，给2人；百岁，3人。（皆先尽子孙，次取近亲，次取轻色丁。）”<sup>[4](P.79)</sup>仁井田陞参酌史籍，复原为《户令》第12条：“诸年80，及笃疾，给侍1人；90，2人；百岁，5人。皆先尽子孙，听取近亲，皆先轻色，无近亲外取白丁者，人取家中中男者并听。”<sup>[10](P.231)</sup>这条令文要求为人子孙者必须在长辈满足法定条件之后予以侍奉（“先尽子孙”，这是命令性的义务规范），无论是在长辈符合法定条件的情况下弃亲赴任，还是“先已任官，亲后老疾，不请解侍”，都属于“违令”的行为。只不过后者属于“令有禁制而律无罪名”，故而被科以“违令罪”。但是，令文并未涉及应当在何处侍奉的问题，换言之，唐令（日本《养老令》亦同）并未要求必须留在长辈所居之地履行奉养义务。律疏的作者对“将亲之任”的行为科以“违令”罪，可见唐代立法者对于违令罪的一种处理技巧，亦即本诸侍亲的立法目的，对此令文作扩大解释，从而包容了“将亲之任”的行为。

### 2. 《唐律疏议》卷24《斗讼》“投匿名书告人罪”条载：

<sup>①</sup> 需要说明者，前两例是以《唐律疏议》之律文分别与据《唐六典》复原的令文以及《通典》所载开元二十五年令文进行的比较。其中，《唐律疏议》究竟为永徽律疏还是开元律疏，迄今争论难定，但即便采用永徽说，也无法否定存在体现开元之制的“判定”痕迹；而一般认为《唐六典》所存为开元之制。故而将《唐律疏议》和《唐六典》、《通典》所载条文进行比对，尤其是只进行行为模式、规范内容的比较，大致不会出现因时代不同而致偏差的问题。有关《唐律疏议》制作年代的争论，参见胡戟等主编《二十世纪唐研究》，中国社会科学出版社2002年版，第145页；有关《唐六典》所存之制的最新讨论，参见[日]中村裕一：《大唐六典の唐令研究——〈开元七年令〉の検討》，汲古书院2014年。

诸投匿名书告人罪者,流二千里。(谓绝匿姓名及假人姓名,以避己作者。弃置、悬之俱是。)

【疏】议曰:……假人姓名,经官司判入,言告人罪,从“违令”科。非是投匿,所以科“违令”<sup>[7](P.439-440)</sup>。

此律疏乃是针对虽然假托他人姓名告罪,但是本人亲自投官上告的行为,其不合律文所定“投匿”情状,故以“违令罪”代替本条律文所定“投匿名书告人罪”。

此处有待辨明者二:首先,戴炎辉称:“投匿名书而告人罪,须不使人知其由何人告者;仅假人姓名告人罪,但可知其人,则不入此罪”<sup>[11](P.552)</sup>;奥村郁三从戴说,认为上述律疏所论乃是仅仅假托他人姓名而本人亲赴官司的行为,官司会采用一定的程序对告罪之人的姓名予以核对<sup>[12](P.390)</sup>;刘俊文亦言:“如非潜投,而是自送至官,则虽假人姓名,并不得定为此罪,而仅应科以违令”<sup>[13](P.1647)</sup>。上述所论可从,而钱大群将“判入”解释为“判为有罪”<sup>[14](P.764)</sup>,则误。

其次,被科以违令罪者,必须“令有禁制”,那么哪一条唐令对此进行规范?《通典》卷165《刑法三·刑制下》载:

诸告言人罪,非叛以上者,皆令三审。应受辞牒,官司并具晓示,并得叛坐之情。每审皆别日受辞,(若使人在路,不得留待别日受辞者,听当日三审。)官人于审后判记审讫,然后付司。若事有切害者,不在此例。(切害,谓杀人、贼盗、逃亡若强奸良人,并及更有急速之类。)不解书者,典为书之。前人合禁,告人亦禁,辨定放之。即邻伍告者有死罪,留告人散禁;流以下,责保参对<sup>[15](P.4260)</sup>。

仁井田陞据此复原为唐《狱官令》第23条<sup>[10](P.776-777)</sup>,雷闻则参酌《天圣令·狱官令》宋29条而复原为唐《狱官令》复原35<sup>[16](P.646)</sup>。此条令文虽然并未明确提出以真实姓名告罪的义务,或明确设定有关程序进行身份核实,但其法意自在其中。律疏的作者又采取了目的解释的方式来处理律、令关系。

### 3.《唐律疏议》卷16《擅兴》“遣番代违限”条载:

若镇、戍官司役使防人不以理,致令逃走者,一人杖六十,五人加一等,罪止徒一年半。

【疏】议曰:依《军防令》:“防人在防,守固之外,惟得修理军器、城隍、公廨、屋宇。各量防人多少,于当处侧近给空闲地,逐水陆所宜,斟酌营种,并杂蔬菜,以充粮贮及充防人等食。”此非正役,不责全功,自须苦乐均平,量力驱使。……若使不以理,而防人虽不逃走,仍从“违令”科断<sup>[7](P.312)</sup>。

此条律文规定,若镇戍官司不均等地分配防人固防之外的其他劳役,致使防人逃跑,则依本律科罪;但是如果防人没有逃走,该如何处理?律疏的作者认为应科以违令罪。

仁井田陞认为,“惟得修理军器、城隍、公廨、屋宇”一句与《疏议》所引《军防令》的其他文字“文脉不通”,且后者可对应日本《养老令·军防令》第62条,而《养老令·军防令》第53条“城隍崩颓者。役兵士修理”与前者相似,故而将《疏议》所引此条《军防令》一分为二,分别列为第32、36条<sup>[10](P.386,388)</sup>。对此,笔者目前并无异见,只是依照“令有禁制而律无罪名”即科以违令罪的原理,从《疏议》所引《军防令》中,并未发现对于镇戍官司“苦乐均平”地分配劳役的义务要求。一个可能性的解释是:上文所论律疏作者的扩大解释亦可套用于此,亦即唐令虽未涉及这一义务内容,但立法者根据令文的立法目的进行了灵活处理。

### (三)所违之“令”及其篇属有疑之例

除了上述律、令所涉内容略有出入外,还有一种情况是:所违之“令”的具体内容以及该条令文所属篇目皆不明了,即《唐律疏议》卷13《户婚》“以妻为妾”条载:

诸以妻为妾,以婢为妻者,徒二年。以妾及客女为妻,以婢为妾者,徒一年半。各还正之。

……

问曰:或以妻为媵,或以媵为妻,或以妾作媵,或以媵作妾,各得何罪?

答曰:据《斗讼律》:“媵犯妻,减妾一等。妾犯媵,加凡人一等。余条媵无文者,与妾同。”即是夫犯媵,皆同犯妾。所问既非妻妾与媵相犯,便无加减之条。夫犯媵,例依犯妾,即以妻为媵,罪同以妻为妾。若以媵为妻,亦同以妾为妻。其以媵为妾,律、令无文,宜依“不应为重”,合杖八十。以妾为媵,令既有制,律无罪名,止科“违令”之罪<sup>[7](P.256)</sup>。

此条律文是针对以妻、婢为妾,以婢、妾、客女为妻的犯罪。律疏又补充了几种犯罪行为,其中“以媵为妾”既不为律之专条所禁,也不为令所止,所以被科以“不应得为”罪从重;而“以妾为媵”则因令有禁制而被科以“违令”罪。

《唐六典》卷2《尚书吏部》“司封郎中员外郎”条载:

凡亲王孺人2人,视正五品;媵10人,视正六品。嗣王、郡王及一品媵10人,视从六品;二品媵8人,视正七品;三品及国公媵6人,视从七品;四品媵4人,视正八品;五品媵3人,视从八品。降此已往皆为妾<sup>[4](P.39-40)</sup>。

仁井田陞在复原唐令时,径录“以妾为媵,令既有制”之文为《户令》第31条,并在令下出注说明:上引《唐六典》之文以及《唐律疏议》卷22《斗讼》“妻殴置夫”条有关“五品以上有媵,庶人以上有妾”<sup>[7](P.410)</sup>的记载,或许出自《内外命妇职员令》或《仪制令》之类,容待后考<sup>[10](P.252)</sup>。而刘俊文径直将有关“以妾为媵”的令判为《封爵令》并引《唐六典》此段为证<sup>[13](P.1018)</sup>。这就产生两个问题:

第一,与这条《疏议》所处理的“以妾为媵”相应的令文究竟为何?仁井田陞径录《疏议》之文,而仅将《唐六典》所载媵妾之制作为附注以备日后探究,显然并不认为《唐六典》之文为此条《疏议》所针对的令文。这一意见同样为《唐令拾遗补》的编纂者们所继承<sup>[17](P.541)</sup>。刘俊文虽然称相应“原令已佚”,但其随后引《唐六典》媵妾之制的记载,则意在指出此制便是《疏议》所涉“违令”之“令”。笔者以为,《唐六典》所载媵妾之制意在规范不同身份者的媵人数量、品级等等,并不涉及某一身份者对于媵、妾的地位安排。尤其是《疏议》指出“以媵为妾,律、令无文”,若将《唐六典》所载作扩大解释而适用“以妾为媵”,则其文亦可同样适用于“以媵为妾”,如此便与《疏议》所言“律、令无文”相悖。所以本条《疏议》所指向的令文应非《唐六典》所载媵妾之制。

第二,若《疏议》所涉“以妾为媵”之文与《唐六典》所载媵妾之制各有所本,那么分别出自哪个令篇?仁井田陞将前者判为《户令》,将后者厘入《内外命妇职员令》或《仪制令》,而刘俊文将两者皆定为《封爵令》。

在前引《唐六典》有关媵妾的段落之前,还有一段有关外命妇的条文:

外命妇之制:皇姑封大长公主,皇姊妹封长公主,皇女封公主,皆视正一品;皇太子之女封郡主,视从一品;王之女封县主,视正二品。王母、妻为妃。一品及国公母、妻为国夫人;三品已上母、妻为郡夫人;四品、若勋官二品有封,母、妻为郡君;五品、若勋官三品有封,母、妻为县君。散官并同职事。勋官四品有封,母、妻为乡君。其母邑号皆加“太”字。各视其夫及子之品,若两有官爵者,皆从高。若内命妇一品之母为正四品郡君,二品母为从四品郡君,三品、四品母并正五品郡君<sup>[4](P.39)</sup>。

由于相关文字在其他史籍中被明确称为《封爵令》(被称为《司封令》),仁井田陞疑为《封爵令》之误),所以仁井田陞将此段复原为《封爵令》第5条<sup>[10](P.316-317)</sup>。想必刘俊文判断有关媵妾之制为《封爵令》的依据即在于此。

《疏议》所涉“以妾为媵”之令是否属于《户令》,暂且难以论定;至于《唐六典》所载媵妾之制,乃至上引外命妇之制是否属于《封爵令》抑或其他,笔者仅提出以下几点推测:

1. 《唐律疏议》卷2《名例》“妇人官品邑号”条载:“妇人官品者,依《令》,妃及夫人,郡、县、乡君等是也。邑号者,国、郡、县、乡等名号是也。妇人六品以下无邑号,直有官品,即媵是也”<sup>[7](P.38)</sup>。由此可见,五品以上的妇人兼具官品和邑号,六品以下则仅有官品而无邑号,若前引《唐六典》所载外命妇之

制在《封爵令》，则后续的媵妾之文，恐非仁井田陞所疑的《内外命妇职员令》或《仪制令》，也应当是《封爵令》。

2. 仁井田陞所复原的《封爵令》第5条将“大长公主”以下的外命妇品级等皆囊括在内，若这一复原意见无误，而笔者又将有关媵妾的规定归入《封爵令》，那么《内外命妇职员令》中又有哪些关于外命妇之文？日本《养老令》改唐《内外命妇职员令》为《后宫职员令》，由此别出唐代外命妇之制而仅留存后宫之制，乃是循名责实之举。唐代的这一令篇恰因《养老令》的这一变动，而无法窥见相对完整的体系。

笔者以为，上引有关“大长公主”以下的那段令文仅仅是外命妇之制中的一个部分，因其与夫、子的官品相应而须封诰，故而厘入《封爵令》。但这并不意味着《内外命妇职员令》中不存在有关外命妇之制的内容。《唐六典》卷2《尚书吏部》“司封郎中员外郎”下还有一段文字：“凡二王后夫人、职事五品已上、散官三品已上、王及国公母、妻朝参，各视其夫及子之礼”<sup>[4](P.39)</sup>。日本《养老令·后宫职员令》第16条：“凡内亲王女王及内命妇，朝参行立次第者，各从本位。其外命妇，准夫位次。若诸王以上，娶臣家为妻者，不在此例。”<sup>[18](P.202)</sup>由此可见，《唐六典》此段文字或许亦是《内外命妇职员令》的令文。而日本《养老令》虽然将唐《内外命妇职员令》改称《后宫职员令》，更可能将其中有关外命妇之制的内容予以剔除，但是依旧留有与外命妇相关的令文，其原因如何，亦颇费思量。

3. 仁井田陞在所复原的《内外命妇职员令》第1条下出注曰：《唐六典》卷2《尚书吏部》“司封郎中员外郎”条的内命妇之制与同书卷12“内官”相矛盾，而《通典》卷34“内官”之文则与后者一致<sup>[10](P.156)</sup>。如《唐六典》卷2载：

凡内命妇之制：贵妃、淑妃、德妃、贤妃并为夫人，皆正一品；昭仪、昭容、昭媛、充仪、充容、充媛并为嫔，正二品；婕妤九员，正三品；美人九员，正四品；才人九员，正五品；宝林二十七员，正六品；御女二十七员，正七品；采女二十七员，正八品<sup>[4](P.38)</sup>。

同书卷12载：

妃三人，正一品。六仪六人，正二品。美人四人，正三品。才人七人，正四品。

其中妃为“惠妃、丽妃、华妃”，六仪为“淑仪、德仪、贤仪、顺仪、婉仪、芳仪”。<sup>①</sup>而根据《旧唐书》卷51《后妃传上·序》所载：

开元中，玄宗以皇后之下立四妃，法帝尝也，而后妃四星，一为正后。今既立正后，复有四妃，非典法也。乃于皇后之下立惠妃、丽妃、华妃等三位，以代三夫人，为正一品。又置芳仪六人，为正二品。美人四人，为正三品。才人七人，为正四品<sup>[19](P.2162)</sup>。

以及《唐会要》卷3“内职”所载：

龙朔二年(662)，改易官名，置赞德二人，正一品，以代夫人；宣仪四人，正二品，以代九嫔；丞门五人，正四品，以代美人；承旨五人，正五品，以代才人；卫仙六人，正六品，以代宝林；供奉八人，正七品，以代御女；持节二十人，正八品，以代采女；又置侍中三十人，正九品。咸亨二年(671)复旧。……玄宗即位，大加惩革，内外有别，家道正矣<sup>[20](P.37)</sup>。

可知，唐代后妃制度除武德改隋“三夫人”为“四妃”外<sup>[4](P.38,347-348)</sup>，至龙朔为止一直是上承隋制，龙朔改易官名至咸亨复旧，又回到武德以来的旧制，直至开元年间玄宗改制。只是，玄宗改制始于何时，暂不可考。从《旧唐书》卷51《后妃传上》载玄宗贞顺皇后武氏“及王庶人废后，特赐号为惠妃”，开元十二年(724)秋七月己卯废王皇后可知，<sup>②</sup>最迟在开元十二年便已实施新的内命妇制。而玄宗于延和元年

① 《唐六典》，第347-348页；《通典》亦有类似记载，参见《通典》卷34《职官一六·后妃》，第947页。

② 《旧唐书》，第2177页。张说所撰《郑国夫人神道碑》中言：“郑国夫人者……开元神武皇帝惠妃之母……开元十年三月终于通化里”，若从《旧唐书》所载惠妃受封时间论，该神道碑并非撰于开元十年。引自董皓等编《全唐文》卷230，上海古籍出版社1990年版，第1028页。

(712)七月五日即位<sup>[20](P.6)</sup>,同年10月颁布《皇帝良娣董氏等贵妃诰》:“董氏可贵妃,杨氏可淑妃,武氏可贤妃”<sup>[21](P.81)</sup>,亦即在玄宗即位之初,依旧是按照武德旧制册封妃位的。又,徐安贞《贞顺皇后哀册文》载:“惠妃武氏……自婕妤而三命,乃率先於雁行”,<sup>①</sup>而自“惠妃以开元二十五年十二月薨,年四十余”<sup>[19](P.2177)</sup>可知,玄宗登基之初,武氏尚在15岁左右,晋封为“婕妤”较为可信。而婕妤恰是为玄宗改制所废置,所以内命妇之制的改革不会在开元初年进行,换言之,《开元三年令》(甚至于《开元七年令》)中的内命妇制应一仍《武德令》之旧。

综上所述,《武德令》、《贞观令》、《永徽令》乃至开元前令中的内命妇之制,应从《唐六典》卷2所载复原;而《开元二十五年令》则从《唐六典》卷12或《通典》卷34之文复原。只不过,“三妃”之制很快便被改变,如杨玉环于“天宝初,进册贵妃”<sup>[19](P.2178-2179)</sup>;杜甫撰《唐故德仪赠淑妃皇甫氏神道碑》,又使用了“淑妃”名号,仇兆鳌《杜诗详注》进行了相关考辨,断其撰于“天宝四载(745)”<sup>[22](P.2221)</sup>。由此可见,武德旧制的“贵妃”、“淑妃”又开始发挥其生命力,甚至在陈鸿所撰的《长恨歌传》中还称:“玄宗在位岁久,倦于旰食宵衣,政无小大,始委于右丞相;深居游宴,以声色自娱。先是,元献皇后、武淑妃皆有宠,相次即世”<sup>[23](P.156)</sup>,亦即将“武惠妃”改为“淑妃”,可见“三妃”之制不过在开元年间昙花一现,即便入令、入典,但深入人心的依旧还是武德以来的四妃制。

### 三、结论

“违令有罪则入律”是贯穿唐代法律体系的一个基本原理,唐律除了设置各种具体罪名与刑罚去处罚“违令”之人,还单辟一条“违令罪”作为兜底条款,应对“令有禁制而律无罪名”的情况。除了“违令”条外,《唐律疏议》言及“违令罪”者还有7处。其中,有关当色为婚、阑得禁兵器、不给不理状这三种违法行为,律、令所涉的义务范围大致相同;有关将亲之官、假人姓名的违法行为,律、令所涉法定义务则有所出入。由此可知,违令罪“令有禁制”的指向,并非在严格意义上要求唐令有明示的行为模式,而是允许《疏议》的作者在某条唐令的法意之内,灵活予以扩大解释。

目前所复原的唐令大略分为两种,其一是文献中明确标为“令”的条款,其二是对照日本《养老令》而在唐代史籍中寻找规范意义相当的“取意文”。无论是明标为“令”,还是“取意文”,皆有可能因不同史籍编纂者对唐令原文进行修改而失去原貌。以“违令有罪则入律”为“理据”推断唐令复原,则违令罪所惩罚的违法行为必然有唐令进行义务规课。从这个原理上论,仁井田陞所复原的唐《军防令》第32条存在规范内容的缺失。然而,由于《疏议》的作者可以对唐令进行灵活解释,使得这一唐令复原的“理据”存在相当风险。

唐代律、令法典的篇章结构各成系统,虽然有“违令有罪则入律”将二者的条文予以勾连,但其条文所属的篇章并非呈现一一对应关系。<sup>②</sup>唐律所存违令罪虽然提示了唐令条文的规范内容,但却未必明晰令条所属令篇之名。单就条文所涉义务而论,唐令的部分篇章之间存在交叉地带,若无《养老令》等参照系,很难判定其归属所在。

自中田薰以降,唐令复原的学术事业已持续百年。时至今日,若仅是为了复原唐令而纠缠于字词抉择、文句增删、条文拆并、条序排列、令篇归属、法源区分等问题,则只能是各执一词的“猜测”,所持“理据”皆会直面上述风险与不可克服的困难;若将唐令复原作为一种研究路径,藉此讨论唐日令区别、唐宋令流变、法源关系,乃至至于辨析复原所据史源之“历史书写”等问题,或许唐令复原这一学术事业将能走得更远。

<sup>①</sup> 《全唐文》卷305,第1370页;《文苑英华》卷837《谥哀册文》亦收此文,惟作“自莘野(一作婕妤)而三命”,参见李昉等编《文苑英华》,中华书局1966年版,第4420页。

<sup>②</sup> 有关唐代律、令篇章之间的对应关系,参见桂齐迎《唐代律令关系试析——以捕亡律令关于追捕罪人之规范为例》表1“唐代律、令对照表”,载刘后滨、荣新江主编《唐研究》第14卷,北京大学出版社2008年版,第228页。笔者亦曾对此进行补正,参见 Zhao Jing: *An Analysis on the Relations Between the Lv (Code) and the Ling (Statutes) in Tang Dynasty —— focus on the principle of breaking the regulation in the Ling punishable by the Lv*, pp. 87-88.



## 参考文献:

- [1] 班固撰《汉书》，中华书局1962年点校本。
- [2] 房玄龄等撰《晋书》，中华书局1974年点校本。
- [3] 欧阳询撰《艺文类聚》，汪绍楹点校，上海古籍出版社1999年版。
- [4] 李林甫等撰《唐六典》，陈仲夫点校，中华书局1992年版。
- [5] [日]黑板胜美编《新訂增補國史大系令集解》，吉川弘文馆2000年版。
- [6] 李焘撰《续资治通鉴长编》，中华书局2004年点校本。
- [7] 长孙无忌等撰《唐律疏议》，刘俊文点校，中华书局1983年版。
- [8] 戴炎辉《唐律通论》，台北编译馆出版、正中书局印行1977年版。
- [9] 刘广安：“令在中国古代的作用”，载刘广安《中国古代法律体系新论》，高等教育出版社2012年版。
- [10] [日]仁井田陞《唐令拾遺》，东方文化学院东京研究所1933年版。
- [11] 戴炎辉《唐律各论》，成文出版有限公司1988年版。
- [12] [日]律令研究会编《譯注日本律令七 唐律疏議譯注篇三》，東京堂出版社1987年版。
- [13] 刘俊文《唐律疏议笺解》，中华书局1996年版。
- [14] 钱大群《唐律疏议新注》，南京师范大学出版社2007年版。
- [15] 杜佑撰《通典》，王文锦等点校，中华书局1988年版。
- [16] 天一阁博物馆、中国社会科学院历史研究所《天圣令》整理课题组《天一阁藏明钞本天圣令校证附唐令复原研究》，中华书局2006年版。
- [17] [日]仁井田陞著，池田温编集代表《唐令拾遺補》，东京大学出版会1998年版。
- [18] [日]井上光贞等校注《日本思想大系3律令》，岩波书店1976年版。
- [19] 刘昫等撰《旧唐书》，中华书局1975年点校本。
- [20] 王溥撰《唐会要》，上海古籍出版社2006年版。
- [21] 宋敏求编《唐大诏令集》，中华书局2008年版。
- [22] 杜甫著《杜诗详注》，仇兆鳌注，中华书局1979年版。
- [23] 白居易著《白居易全集》，丁如明、聂世美点校，上海古籍出版社1999年版。

## Research on the Relationship Between the Code and the Statutes in Tang Dynasty Through the Accusation of Weiling

Zhao Jing

**Abstract:** It was said that breaking the provision of the *Ling* (Statutes) would be punished by the *Lv* (Code), which was the basic principle of the relationship between the *Lv* and the *Ling* in Tang Dynasty. Besides the specific accusations and punishments provided by the *Lv* for the relevant illegal activities, there was an independent accusation of Weiling in the *Lv*. There were eight clauses about this accusation in the *Tan-glshuyi*. It is considered that some illegal activities punished according to this accusation were not forbid by the *Ling*. The legislator made the extravagant interpretation about the provision of the *Ling*. In addition, we can also rethink some restorations of the *Ling* about conferring the titles of nobility and the female official in the view of this basic principle.

**KeyWrds:** Accusation of Weiling; Law Interpretation; Reconstructing Tang Statutes

(责任编辑 晨 晖)