

中国政法大学法律古籍整理研究所编：

《中国古代法律文献研究》第五辑

社会科学文献出版社 2011 年 12 月

宋令演变考（上）

（日）川村 康 著

赵 晶 译

宋令演变考（上）*

〔日〕川村 康**著 赵 晶***译

绪 言

1999年发现、2006年公布的北宋三十卷《天圣令》中的十卷残本，^①不仅对以唐宋为中心的中国法史研究，对日本古代法史的研究也带来了很大的促进。^②以如此重要的法制史料作为宋代法史研究对象之际，对宋令谱系与性质的理解是不可欠缺的。然而，尽管《天圣令》与元丰、元祐、元符、政

* 原文分为“绪言”、“谱系的演变”、“性质的变化”、“《天圣令》与《庆元条法事类》的比较”、“结论”五个部分。限于篇幅，经作者同意，本刊分上、下篇逐次刊出译本。原文凡例为：有关唐令复原条文，引用《唐令拾遗》、《唐令拾遗补》则称“○○令复旧××条”；引用《天圣令校证》下册的唐令复原研究，则称“○○令复原××条”。又，《唐令拾遗》=仁井田陞：《唐令拾遗》，东方文化学院，1933，以东京大学出版会，1964版为据；《唐令拾遗补》=仁井田陞，池田温编辑代表：《唐令拾遗补——附唐日两令对照一览》，东京大学出版会，1997；《天圣令校证》=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校证《天一阁藏明钞本天圣令校证——附唐令复原研究》，中华书局，2006。

** 日本关西学院大学法学部教授

*** 中国政法大学法学院中国法律史博士生

① 田令、赋役令、仓库令、厩牧令、关市令、捕亡令、医疾令、假宁令、狱官令、营缮令、丧葬令、杂令等12篇。《天圣令》残本由戴建国（《天一阁藏明钞本〈官品令〉考》，《历史研究》1999年第3期。以戴建国《宋代法制初探》，黑龙江人民出版社，2000年版为据）发现，由《天圣令校证》刊布。

② 与《天圣令》相关的研究动向，则参见大津透《北宋天圣令的公布出版及其意义——日唐律令比较研究的新阶段》（《东方学》114辑，2007）、兼田信一郎《天一阁藏北宋天圣令研究的现状——〈天一阁藏明钞本天圣令校证〉出版》（《历史评论》693号，2008）、冈野诚、服部一隆、石野智大编《〈天圣令〉研究文献目录（第二版）》（《法史学研究会会报》14号，2010）。

和、绍兴、乾道、淳熙、庆元、淳祐等九令之间存在较大的变化,但对其实际状况的探究尚不充分。本文试图首先通过与法典编纂相关的记载探讨宋令谱系的演变,其次探求宋令性质的变迁,最后通过对《天圣令》与《庆元条法事类》的比较以检验上述考察所得出的假说。

一 宋令谱系的演变

作为最后的唐令,《开元二十五年令》与《开元二十五年律》一样,尽管由格、格后敕、编敕或者单行的制敕进行了后续的补充、修正,但直至宋初仍被作为现行的法典继续行用。^①这由以下记载便可知悉:

《宋史》卷一九九《刑法志》载:

宋法制因唐律、令、格、式,而随时损益则有编敕,一司、一路、一州、一县又别有敕。

《宋会要辑稿》一六四册《刑法》一之一载:

国初用唐律、令、格、式外,又有《元和删定格后敕》、《太和新编后敕》、《开成详定刑法总要格敕》、后唐《同光刑律统类》、《清泰编敕》、《天福编敕》、周《广顺续编敕》、《显德刑统》,皆参用焉。

建隆四年(963)颁布了《宋刑统》与《建隆编敕》,律与格分别为《刑统》、编敕所代替,而令与式则继受自《开元二十五年令》、《式》,形成了《刑统》、令、编敕、式这样的法典体系。^②若将由唐代的“律”与对其进行补充、修正的部分“格”所构成的法规范集合体姑称为律的法领域,将由唐代的“令”与对其进行补充、修正的部分“格”及作为细则的“式”所构成的法规范集合体姑称为令的法领域,则建隆时期所形成的法律体系

① 后梁开平四年(910)颁行,后唐同光元年(923)废弃的《大梁新定格式律令》“与唐代法典(格为《开成格》)在内容上并无太大差异,仅是随王朝更替、首都从长安迁往汴(开封)而作了相关事物名称的变更及其他若干改订”(滋贺秀三:《法典编纂的历史》,滋贺秀三:《中国法制史论集——法典与刑罚》,创文社,2003,第94页)，“律和令与唐开元一模一样”(梅原郁:《唐宋时代的法典编纂——律令格式与敕令格式》,梅原郁编:《中国近世的法制与社会》,京都大学人文科学研究所。以梅原郁《宋代司法制度研究》,创文社,2006版为据,第769页)。

② 滋贺秀三:《法典编纂的历史》,第109页。

是：在律的法领域，《刑统》是基本法典，相关编敕是副法典；^① 在令的法领域，唐令是基本法典，相关编敕是副法典，唐式是细则法典。此外，宋代既有全国通用的海行法，也限于特定官厅、地域、范围的一司一务一路一州一县之法，略称为一司法^②的制定法群体，编纂了众多的法典，而本文则以海行法为中心进行考察。

表1 唐开元二十五年—宋末的主要海行法典

王朝	颁行年代(西历)	法典名
唐	开元二十五年(737)	开元二十五年律·律疏·格·令·式
	贞元元年(785)	贞元格后敕(未公布)
	元和十三年(818)	元和格后敕
	太和七年(833)	太和格后敕
	开成四年(839)	开成详定格
	大中五年(851)	大中刑法总要格后敕
	大中七年(853)	大中刑律统类
后梁	开平四年(910)	大梁新定格式律令
后唐	同光三年(925)	同光刑律统类
	清泰二年(935)	清泰编敕
后晋	天福四年(939)	天福编敕
后周	广顺元年(951)	大周续编敕
	显德五年(858)	大周刑统
北宋	建隆四年(963)	宋刑统·新编敕
	太平兴国三年(978)	太平兴国编敕
	淳化五年(994)	淳化编敕
	咸平元年(998)	咸平编敕·仪制敕·赦书德音
	大中祥符九年(1016)	大中祥符编敕·仪制敕·赦书德音

① 基本法典是“以当代法制为中心，在某一体系的框架中规定基本的事项，不希望其频繁发生改变的法典”，在“律令制，即律与令作为并存的两种基本法典的法典形式”下，具有“①刑罚与非刑罚二分，②是一个时期唯一的律令，③不对其进行部分修正”三点特征。副法典则是“将某一时期所积累的单行命令加以检查，抽出其中作为将来之法应予以维护的要素，并予以条文化”的编纂物，具有“使基本法典的条文保持原样不动，而适应时势变化进行实质性的法律变动，为适应具体事物的多样性而将法细目化的功能”。（滋贺秀三：《法典编纂的历史》，第16、18~21页）

② 关于“一司法”，可参见滋贺秀三《法典编纂的历史》，第110、124~134页；梅原郁：《唐宋时代的法典编纂——律令格式与敕令格式》，第799~801、808~811、828~829页。

续表

王朝	颁行年代(西历)	法典名
北宋	天圣十年(1032)	天圣编敕·赦书德音·天圣令·附令敕
	庆历八年(1048)	庆历编敕·续附令敕·赦书德音
	嘉祐七年(1062)	嘉祐编敕·续附令敕·赦书德音
	熙宁六年(1073)	熙宁编敕·赦书德音·附令敕·申明敕
	元丰七年(1084)	元丰敕令格式·赦书德音·申明刑统
	元祐二年(1087)	元祐敕令式·申明刑统·赦书德音
	元符二年(1099)	元符敕令格式·申明刑统
	政和三年(1113)	政和敕令格式
南宋	绍兴二年(1132)	绍兴敕令格式·申明刑统·随敕申明·赦书德音
	乾道六年(1170)	乾道敕令格式·存留照用指挥
	淳熙四年(1177)	淳熙敕令格式·随敕申明
	淳熙七年(1180)	淳熙条法事类
	庆元四年(1198)	庆元敕令格式·随敕申明
	嘉泰三年(1203)	庆元条法事类
	淳祐二年(1242)	淳祐敕令格式
	淳祐十一年(1251)	淳祐条法事类

横跨律令两大法领域的副法典编敕,在太平兴国、淳化、咸平、大中祥符时期被反复编纂,而律的法领域的基本法典《刑统》则就此保留至南宋末;令的法领域的基本法典令与细则法典式的再编纂^①也被搁置,如《宋会要辑稿》一六四册《刑法》一之四载:

天禧二年(1018)十月十七日,“右巡使王迎等言:‘准诏依赵安仁所请重编定令式,伏缘诸处所供文字悉无伦贯,难以刊缉,望具仍旧。’从之。”

^① 《玉海》卷六六《诏令·律令下》“淳化编敕”中载:“太宗以开元二十五(“五”,原误作“六”)年所定令式,修为《淳化令式》。”《淳化令式》并非是令式的再编纂,而是校勘《开元二十五年令》、《式》的产物。参见仁井田陞、牧野巽:《故唐律疏议制作年代考(上)》,《东方学报》东京一册,1931。以律令研究会编:《译注日本律令一首卷》,东京堂1978版为据,第448~449页;仁井田陞:《唐令拾遗》,东方文化学院,1933,以东京大学出版会1964版为据,第40~41页;仁井田陞:《调查法律史料》,《东方学报》东京五册续编,1935。以《唐宋及明代的法典》,仁井田陞:《中国法制史研究法与习惯·法与道德》,东京大学出版会1964版为据,第118~119页。

式的情况据《宋会要辑稿》一六四册《刑法》一之一二所载：

元丰三年（1080）“五月十三日，详定重修编敕所言：‘见修敕令与格式兼行，其唐式二十卷条目至繁，（文）〔又〕古今事殊。欲取事可海行，及一路一州一县、在外一司条件，照会编修，余送详定诸司敕式所。’从之。”^①

可知至元丰年间，才主要以一司法的形式进行再编纂。

在令与式作为现行法存续的同时，在编纂《咸平编敕》之际，《仪制敕》则被作为新的法典予以追加。《宋会要辑稿》一六四册《刑法》一之一载：

咸平元年（998）十二月二十三日，“给事中柴成务上《删定编敕》、《仪制敕》、《赦书德音》十三卷，诏镂版颁行。……至是成务等上言：‘又以仪制、车服等敕十六道别为一卷，附《仪制令》，违者如违令法，本条自有刑名者依本条。’”^②

这是将修正、补充唐《仪制令》的条款从编敕中析出，附于《仪制令》，并删去其独立的罚则规定，违反者则适用《杂律》第61条的“违令罪”：“诸违令者，笞五十（谓令有禁制而律无罪名者）。”由于这意味着“在有所违反而无特别罚则规定的情况下，与违反编敕本身而被课以违制罪相对，违反《仪制敕》则课以相对较轻的违令罪”，^③因此《仪制敕》的构成，一是属于律的法领域并具有自身罚则的规定，二是将罚则寄托于《杂律》第61条、属于令的法领域的规定。前者是属于《刑统》范畴的副法典，后者则属于令范畴的副法典，其整体则具有与编敕同样的性质。如《宋会要辑稿》一六四册《刑法》一之三所载，大中祥符九年（1016）九月二十一日，“编敕所上《删定编敕》、《仪制》、《赦书德音》、《目录》四十三卷，诏镂版颁行”，^④《仪制敕》也为《大中祥符编敕》所继承。

在这一脉络下所编纂的《天圣令》是大约300年后才编纂的令，它的颁

① 《续资治通鉴长编》卷三〇四“元丰三年（1080）五月乙亥”亦有所载。

② 《续资治通鉴长编》卷四三“咸平元年十二月丙午（21日）”、《玉海》卷六六《诏令·律令下》“咸平新定编敕”中亦载。柴成务的上言据滋贺秀三的对校录入。参见滋贺秀三《法典编纂的历史》，第140~141页注7。

③ 滋贺秀三：《法典编纂的历史》，第110页。违制罪由《职制律》第二十二條所规定：“诸被制书有所施行而违者，徒二年；失错者，杖一百（失错谓失其旨）。”

④ 《玉海》卷六六《诏令·律令下》“大中祥符编敕”亦有所载。

行使《开元二十五年令》终于从现行法典的位置上退了下来。《宋会要辑稿》一六四册《刑法》一之四载：

天圣七年（1029）五月十八日，详定编敕所（止）〔上〕删修令三十卷，诏与将来新编敕一处颁行。先是诏参知政事吕夷简等参定令文……凡取唐令为本，先举见行者，因其旧文，参以新制定之。其今不行者，亦随存焉。又取敕文内罪名轻简者五百余条，著于逐卷末，曰《附令敕》。至是上之。

又，《续资治通鉴长编》卷一〇八“天圣七年五月”载：

己巳（11日），诏以新令及附令颁天下。始，命官删定编敕，议者以唐令有与本朝事异者，亦命官修定，成三十卷，有司又取咸平仪制令及制度约束之。在敕，其罪名轻者五百余条，悉附令后，号曰《附令敕》。

又，《玉海》卷六六《诏令·律令下》“天圣新修令、编敕”载：

（天圣）七年五月己巳，诏以新修令三十卷又《附令敕》颁行。初，修令官修令成，又录罪名之轻者五百余条，为《附令敕》一卷，（注文略）乃下两制看详，既上，颁行之。（先是诏参政吕夷简等参定令文……取唐令为本，参以新制）

据此，《天圣令》三十卷的主体部分乃是以唐令为基础，杂以新制而作成。换言之，《天圣令》是全面修正《开元二十五年令》并继承了其性质的“令的法领域”中的基本法典。^①《天圣令》与《天圣编敕》一同“经历了在录写后颁下诸路行用并予以观察，如有不便之处则在一年内申告的程序”后，^②如

① 滋贺氏认为：“唐令中仍可适用于当下者尽量予以保留，同时也稍加改动以适应时代”（滋贺秀三：《法典编纂的历史》，第111页）；梅原氏则认为：“‘唐令’中能与现行法规保持一致者予以保留……其构造与理念几乎未加改动”。（梅原郁：《唐宋时代的法典编纂——律令格式与敕令格式》，第788页）

② 滋贺秀三：《法典编纂的历史》，第112页。《宋会要辑稿》一六四册《刑法》一之四载：天圣七年五月二十一日，“翰林学士宋绶言：‘准诏，以编敕官新修令三十卷，并编敕录出罪名轻简者五百余条为《附令敕》，付两制与刑法官看详，内有添删修改事件，并已删正，望付中书门下施行。’从之”；天圣七年九月二十二日，“详定编敕所言：‘准诏，新

《宋会要辑稿》一六四册《刑法》一之四载：天圣十年（1032）三月十六日，“诏以《天圣编敕》十三卷、《赦书德音》十二卷、《令》文三十卷付崇文院镂版施行”，^①于三年后的天圣十年颁行。

在《天圣令》的主体部分即现行《天圣令》之后，附录了被废止的《开元二十五年令》的条文，亦即“不行唐令”。^②在《天圣令》残本中，现行《天圣令》条文的末尾记有“右并因旧文，以新制参定”以为总括，而其后所录的被废止的不行唐令的条文末尾则记以“右令不行”以为总括。^③而且，尽管不见于《天圣令》残本，但在原来的《天圣令》中，在不行唐令之后还附有《附令敕》。^④所谓《附令敕》，据前引《宋会要辑稿》之《刑法》一之四、《续资治通鉴长编》卷一〇八、《玉海》卷六六“天圣新修令、编敕”，及《玉海》卷六六《诏令·律令下》“天圣附令敕”载：

天圣四年，有司言：敕复增置六千余条，命官删定。时以唐令有与本朝事异者，亦命官修定。有司乃取咸平仪制及制度约束之在帙者五百余条，悉附令后，号曰《附令敕》。七年令成，颁之。

乃是从《仪制敕》及编敕中抽取约五百条适用刑名轻微者，分附于《天圣

定编敕且未雕印，令写录降下诸转运、发运司看详行用。如内有未便事件，限一年内逐旋具实封闻奏。当所已写录到《海行编敕》并《目录》共三十卷，《赦书德音》十二卷，《令》文三十卷，并依奏敕一道上进。’诏送大理寺收管，候将来一年内如有修正未便事件了日，令本寺申举，下崇文院雕印施行”。

- ① 《续资治通鉴长编》卷一一一“明道元年（1032）三月戊子（11日）”、《玉海》卷六六《诏令》之《律令下》“天圣新修令、编敕”亦载。滋贺氏认为：这些记载中并未提及《附令敕》，是因为它包含在《天圣令》三十卷中。见于《玉海》及《宋史》卷二〇四《艺文志三》“史类·刑法类”中的“《附令敕》十八卷”，“可能是在编纂《庆历编敕》时，仅从《天圣令》文中抄录出《附令敕》而成的十八卷”。滋贺秀三：《法典编纂的历史》，第141～142页注11。《天圣令》残卷中并无《附令敕》，或许与此有什么关系。
- ② 滋贺氏所说的“不删除已经成为死文的部分而保持原样的方针”（滋贺秀三：《法典编纂的历史》，第111页），梅原氏所说的“保持‘唐令’原状的形态”（梅原郁：《唐宋时代的法典编纂——律令格式与敕令格式》，第788页），应就是如此存在的。
- ③ 在《天圣令校证》下册的校录本、清本中，现行《天圣令》、不行唐令被分别附以宋××条、唐××条的条文号。本文也以该条文号为准。
- ④ 仁井田陞：《调查法律史料》，第119～120页；滋贺秀三：《法典编纂的历史》，第111页；梅原郁：《唐宋时代的法典编纂——律令格式与敕令格式》，第789页。

令》各篇的末尾。^①这五百条以外的《仪制敕》、编敕条文，或有针对违法行为的独立罚则，或属于依违制罪处罚的编敕，而编敕作为横跨律令两大法领域的副法典这一性质并无变化，而《附令敕》并无单独的罚则规定，“有所违反则课以较轻的‘违令’罪”，^②因此在仅是令的法领域中处于副法典的位置，在这一点上与《仪制敕》有所区别。^③在此，令的法领域由取替了《开元二十五年令》的基本法典《天圣令》、作为副法典的《附令敕》和编敕的相关部分、作为细则法典的唐式构成。此后，如《宋会要辑稿》一六四册《刑法》一之五载：

庆历八年（1048）四月二十八日，提举管勾编敕宰臣贾昌朝、枢密副使吴育上《删定编敕》、《赦书德音》、《附令敕》、《目录》二十卷，诏崇文院镂版颁行。^④

《刑法》一之六载：

嘉祐七年（1062）四月九日，提举管勾编敕宰臣韩琦、曾公亮上《删定编敕》、《赦书德音》、《附令敕》、《总例》、《目录》二十卷，诏编敕所镂版颁行。^⑤

① 关于《附令敕》，滋贺氏认为它是由“将规定行为规范的条文中那些被违反后无需处以重罚的部分从编敕中抽出，移入与之同时进行修订工作的令中，作为其附属编纂”而成的（滋贺秀三：《法典编纂的历史》，第111页）。梅原氏则认为它是“从编敕中选出属于新的禁令且罪名轻简的五百余条，逐卷列于各令之后”（梅原郁：《唐宋时代的法典编纂——律令格式与敕令格式》，第789页）。梅原氏还举了《天圣附令敕》的两条实例（梅原郁：《唐宋时代的法典编纂——律令格式与敕令格式》，第790、844~845页注59）。

② 滋贺秀三：《法典编纂的历史》，第111页。

③ 关于《附令敕》，滋贺氏认为“咸平以来的《仪制敕》也是作为《附令敕》的一部分被收入的”（滋贺秀三：《法典编纂的历史》，第111页），那么疑问是，《仪制敕》中有单独罚则规定的条文是否也是如此呢？梅原氏认为“将敕中与新的现实相对应的约束——决定、规定和禁令，即原则部分中并不重要的条文作为‘附令’，纳入原有的‘令’的体系，所以针对其违反行为的刑罚也开始于此加入”（梅原郁：《唐宋时代的法典编纂——律令格式与敕令格式》，第791页），可是这与梅原氏自己所主张的“推测其中并无原来的刑罚条款”（梅原郁：《唐宋时代的法典编纂——律令格式与敕令格式》，第844页注59）相矛盾，难以接受。

④ 《宋史》卷二〇四《艺文志三》“史类·刑法类”中载：“《续附敕令》一卷（庆历中编，不知作者）”；《玉海》卷六六《诏令·律令下》“庆历编敕”中亦有所载。

⑤ 《玉海》卷六六《诏令·律令下》载：《嘉祐编敕》“其元降敕，但行约束，不在刑名者，又析为《续降附令敕》三卷”。

《刑法》一之九载：

熙宁六年（1073）八月七日，提举编敕宰臣王安石上《删定编敕》、《赦书德音》、《附令敕》、《申明敕》、《目录》共二十六卷，诏编敕所镂版，自（熙宁——作者校补）七年正月一日颁行。^①

《附令敕》与庆历、嘉祐、熙宁的编敕同时编纂、施行。《续资治通鉴长编》卷一九六“嘉祐七年（1062）四月”载：

宰相韩琦等上所修《嘉祐编敕》，起庆历四年，尽嘉祐三年，凡十二卷。其元降敕但行约束而不立刑名者，又析为《续附》，合帙凡五卷。^②

由此可见，庆历以后的《附令敕》为《续附令敕》，即作为《天圣附令敕》的补充添加而成。^③因此，至熙宁为止的令的法领域，由基本法典《天圣令》、副法典《附令敕》及《续附令敕》和编敕中与此相关的部分、细则法典唐式所构成。

元丰七年（1084），当编敕被再编入敕令格式时，令当然也应该随之发生变化。^④但《宋会要辑稿》一六四册《刑法》一之一二载：

元丰六年（1083）九月一日，诏：“内外官司见行敕律令格式，文有未便，于事理应改者，并申尚书省议奏，辄画旨冲革者徒一年。即面得旨，若一时处分，应著为法，及应冲改者，随所属申中书省、枢密院奏审。”

同元丰七年三月六日：

《详定重修编敕》书成，删定官尚书刑部侍郎崔台符、中书舍人王震

① 《玉海》卷六六《诏令·律令下》“熙宁编敕”中亦有所载。

② 《续资治通鉴长编》欠缺日期，有注曰：“按：四月下脱去干支，查《宋史》，颁编敕系壬午日”。

③ 仁井田陞、牧野巽：《故唐律疏议制作年代考（上）》，第450～451页注25；滋贺秀三：《法典编纂的历史》，第113、116页。

④ “在唐宋两令之间划一条分界线的，绝不是始于庆元，而源于对宋《天圣令》进行大修改的《元丰令》及其所属系统的诸令的变化。”（《唐令拾遗》，第47页）

各迁一官，前删定官知制诰熊本、宝文阁待制李承之、李定赐银绢百。

在上述《元丰敕令格式》的编纂记载中，基本没有提及有关制定经过和法典编纂材料。^① 有关敕令格式的意义以及其中令的性质，本文将在第二节予以探讨，此处将对我国有关《元丰令》编纂材料的主要见解予以概述。

梅原郁认为含有《元丰令》的敕令格式的编纂过程，是对“先将包含、排列在宋初以来‘编敕’中不带刑罚的、比较简单的规定和单纯的禁令抽出而成新‘令’（附令）”的《附令敕》编纂过程的延续，“然后其动向是涉及伴有刑罚规定的、复杂的‘编敕’中的敕文……整体细化为‘令’与‘敕’乃至‘式’与‘格’”。^② 滋贺秀三认为“编敕体系化的结果不外乎是敕令格式，这是两者连续发展的脉络”，《元丰令》的“谱系起源并非承自唐代法制，而是自编敕分化而来”，《仪制敕》、《附令敕》、《续附令敕》这种“来自于敕且不伴有刑罚的数量众多的法律规范载体”，得以“快速地膨胀起来，其自身也被称为令名”，他将此表现为“喧宾夺主的《附令敕》最终自身成为了令”。^③ 若从二人见解的字面意思来看，《元丰令》无非是从编敕中析出了令的法领域的要素，而与唐令、《天圣令》的谱系发生了断绝。但是，若然如此，则《天圣令》作为令的法领域的基本法典，其所承载的要素又去向何方？

对此，滋贺秀三指出：“这个新令容纳了继受自唐代的令与式。换言之，仅改定了唐令的《天圣令》和唐代就此保留下来的式，尽管其大部分事实上皆是死条文，但作为基本原则，其仍作为现行法而存在。而此时它们变成为删定的对象，将来有用的要素为新令所吸收，剩下的部分则予以废止。”^④ 亦

① 《玉海》卷六六《诏令·律令下》“元丰诸司敕式、编敕”载：“（元丰）七年三月乙巳（六日），《详定重修编敕》书成。（孙觉谓：琐碎难用，有一条分为四、五）书目：《元丰敕令式》，七十一卷，（元丰）七年，刑部侍郎崔台符等撰。元祐中，刘摯等刊修。（元丰以约束为令，刑名为敕，酬赏为格。《熙宁敕》据嘉祐旧文，《元丰敕》用熙宁前例）。”所谓《元丰敕令格式》仅采用熙宁的前例，乃是过分贬低之言，不足取。

② 梅原郁：《唐宋时代的法典编纂——律令格式与敕令格式》，第801页。

③ 滋贺秀三：《法典编纂的历史》，第115~116页。

④ 滋贺秀三：《法典编纂的历史》，116页。滋贺氏还以《宋会要辑稿》一六四册《刑法》一之一二“元丰三年（1080）五月十三日《详定重修编敕》”所言为例，认为“由此可知，通过取出唐式中可行的部分，剩余部分则送到特别法编纂局这种方式予以废弃。关于令虽然没有记载，但不是《附令敕》而是被称为‘令’的本身，就是无奈对唐令（《天圣令》）进行吸收、废止的明证。事实上，此后再没有言及唐令、式的记载。新令成为了五十卷的大部头，无非是因为全部吸收了这些。”（滋贺秀三：《法典编纂的历史》，第145页注29）

即,《元丰令》对唐令、《天圣令》的要素在取舍选择的基础上予以吸收的可能性不可忽视。即使《元丰令》的主要成分是从至熙宁为止的编敕、其后的单行制敕中属于令的法领域的规范、《附令敕》和《续附令敕》中抽取出来的,也很难说其完全不加继承就舍弃了《天圣令》所含的要素。《元丰令》的主流固然是令的法领域的副法典编敕,不过令的法领域的基本法典唐令、《天圣令》,至少存在作为支流而被接纳的可能性。换言之,唐令、《天圣令》与元丰以后的令之间所发生的谱系演变,并非仅继承了基本法典谱系之外的副法典谱系,而是继承了基本法典与副法典这两大谱系。

二 宋令的性质

(一) 唐令、《天圣令》的性质

如果说作为令的法领域的基本法典《天圣令》的性质承自唐令的话,那么要想对宋令性质的演变进行考察,势必先对唐令的性质有所把握。这里则先就我国关于唐令性质的主要观点予以概述。

首先,伊藤东涯对唐代律令论述如下:“令乃是对天下万民规定凡事必须这样做和禁止这样做的、定号令的一套法规;而律,则当天下之人有罪之时,用于彰显此种罪被判处流刑、那种罪被判处徒刑的差别”,^① 令“定号令”,乃是命令规范之谓。其次,浅井虎夫认为“律是规定对犯罪者科以刑罚的法典,而令是汇集与行政相关的各种法令的法典”,^② 即令为行政法典。仁井田陞更进一步认为:“总体而言,律是有关刑罚制裁之法,而令是有关命令禁止之法,二者多互为表里”,^③ 或者说“在隋唐,律是刑罚法典,而令是非刑罚法典,律为阴而令为阳。律是禁止法,令是命令法。律是犯人惩戒法,令是一般的行政法规范”,^④ 在“命令禁止之法”承自东涯,“行政法规范”承自浅井氏的基础上,又加以“非刑罚法典”的说明。其后,曾我部静雄认为“律是专门规定刑罚的刑法典,令是规定除刑法以外的民法、商法、

① 伊藤东涯:《制度通》下卷,1797(以吉川幸次郎校订,岩波书店,1944年版上卷,1948年版下卷为据),第223页。

② 浅井虎夫:《中国法典编纂沿革史》,京都法学会,1911。以汲古书院1977年版为据,第140页。

③ 仁井田陞:《敦煌发现唐水部式的研究》,服部先生古稀祝贺纪念论文集刊行会编《服部先生古稀祝贺纪念论文集》,富山房,1936。以仁井田陞《中国法制史研究 法与习惯·法与道德》,东京大学出版会1964版为据,第327页。

④ 仁井田陞:《中国法制史》,岩波书店,1952,第65页。

宪法、行政法、国际法等民法典”，“律惩罚那些违反制度的罪恶行为，令则规定公私阶级和诸制度”，或者“律是刑法典，令是非刑法典”，^①即主张令是除刑法以外的非刑法典或民法典。梅原郁则认为“‘律、令’与‘格’应当说有本质的差异，更进一步说，‘律’与‘令’之间也存在着性质的区别”，令是“多与行政相关的法典”。^②依据这些看法，所谓“律是刑法，令是行政法和民法”^③这一教科书式的理解是能够成立的。

不过，仁井田氏认为：“律令皆是根本法”，^④“律令是唐代两大根本法”。^⑤滋贺氏发展了令是根本法之一的说法，认为唐代是“律与令这两大本法典并存”的“律令古典期”。^⑥本文暂且将唐令作为令的法领域的基本法典的看法，乃承自滋贺氏的见解。仁井田氏又进一步认为：“令为阳而律为阴，违反命令（令）则科之以刑罚（律）”，^⑦“违反令则问之以违令罪”，^⑧即指出违反令的行为乃是律的处罚对象。滋贺氏继承了该观点：“律是刑法典，令是规定行政组织、办公准则的基础性法典，不含刑罚规定。但是，律中相当多的条款，乃是对违反令中某些规范的行为科以相应刑罚的规定。不仅如此，律中还有‘违令’一条，规定若律中不存在对于违反令的行为的具体处罚，则可对此科以笞五十这种较轻的刑罚。这种方式将律与令联结起来，两者绝非如刑法与民法那样在基本原理上存在差异。这种刑罚与非刑罚的二元并立，只不过是法典编纂技术上的一种手法罢了。”^⑨其说与教科

-
- ① 曾我部静雄：《宋代的法典类》，《东北大学文学部研究年报》15号，1965。以《从律令格式向敕令格式》，曾我部静雄：《中国律令史研究》，吉川弘文馆1971版为据，第21～22页。
- ② 梅原郁：《唐宋时代的法典编纂——律令格式与敕令格式》，第778、787页。梅原郁并未具体说明律令之间的“性质差别”，但根据“律所具有的最为重要的意义，乃在于它的意识形态，特别是与‘礼’互为表里之处。仁井田有‘律’为阴、‘令’为阳的理解，而我觉得若‘律’为阴，‘礼’就是阳”（同778页）这一论述，可以推测：令在不与礼互为表里这点上，与律是有性质差别的。但是，仁井田之说乃是以定立规范（生成）为阳、对其侵犯予以处罚（刑杀）为阴来明确律令关系，与梅原郁的观点并非处于一个层面上。不过，对于仁井田氏之说，正确的说法应该是：律为阴阳兼备，而令仅为阳，阴则委之于律。
- ③ 尾形勇等：《世界史B》，东京书籍，2010，第81页注7。教辅的术语集也说“在唐代，律为刑法典，令为行政法或民法典”。（全国历史教育研究协议会编：《改订版世界史B用语集》，山川出版社，2008，第63页）
- ④ 仁井田陞：《敦煌发现唐水部式的研究》，第327页。
- ⑤ 仁井田陞：《中国法制史》，第65页。
- ⑥ 滋贺秀三：《法典编纂的历史》，第20、22页。
- ⑦ 仁井田陞：《敦煌发现唐水部式的研究》，第327页。
- ⑧ 仁井田陞：《中国法制史》，第65页。
- ⑨ 滋贺秀三：《法典编纂的历史》，第20页。

书式的理解有别，主张应将令把握为非刑罚法典。

律为刑法典、令为行政法典、民法典这类基于近代西欧法概念的教科书式的理解，其前提是将律令这两个法领域截然二分。但是，即便令确实是所谓的“规定行政组织、办公准则的基础性法典”，^①律又是否能真的被称为近代西欧法概念下的刑法典？仁井田氏称“律令中含有一些与家族、财产相关的法规”，^②即律中也存在民事法规；滋贺氏则指出：“从其在整个法律体系中所据地位来看，必须注意到律与近代国家的刑法典有着性质上的不同。……律作为规定刑罚的基本法，并非如我们的刑法典那样仅是法律体系中某一领域的支配性法典，实际上，它对于法本身而言，乃是占有最基本地位的典籍。中国人所思考到的能成为国家法规范对象的社会生活的各个领域，以某些形式、某种程度在律中得到了体现，贯穿于律深处的思维形式支配着整个中国法体系，这么说并不过分。”^③《禁卫律》以下唐律分则的条文，原则上是由禁止行为及其行为人课刑罚所构成。若从规定的构成要件和法定刑的形式看，律确实是刑法典。但是，与近代西欧的刑法相比，其构成要件的对象范围则更为广泛。《职制律》是有关官僚任职的详细规定，《户婚律》则含有与均田制运作相关的规定，《厩库律》对公有牛马、物质的管理进行了规定，《擅兴律》则规定了征发人民服国家劳役、军役等的相关程序，《捕亡律》和《断狱律》的主要内容是相当于近代西欧法律体系中刑事诉讼法所设置的程序规定。如吕志兴所指出的“含有或完全属于民法或行政法或诉讼法等内容的律条共62条，占唐律全部律文的12%强”，^④律则兼具相当于近代西欧法概念所谓的行政规范和民事规范的内容。

如《贼盗律》第16条规定：

脯肉有毒，曾经病人，有余者速焚之。违者杖九十。若故与人食并出卖，令人病者，徒一年。以故致死者绞。即人自食致死者，从过失杀人法。

其主要是对于肉贩卖者课以即时烧毁有毒之肉的义务、并设置针对违反

① 滋贺秀三：《法典编纂的历史》，第20页。

② 仁井田陞：《中国法制史》，第65页。

③ 滋贺秀三：《译注唐律疏议（一）》，《国家学会杂志》72卷10号，1958。以律令研究会编《译注日本律令五 唐律疏议译注篇一》，东京堂出版1979版为据，第339页。

④ 吕志兴：《宋代法律体系与中华法系》，四川大学出版社，2009，第215页。有关具体的律条与属性，参照同书第201~215页表7-1。

者的罚则的行政管制规范,^①现代日本的《食品卫生法》中也有类似规定。^②

如《杂律》第7条规定:

诸医为人合药及题疏、针刺,误不如本方,杀人者,徒二年半。其故不如本方,杀伤人者,以故杀伤论;虽不伤人,杖六十。即卖药不如本方,杀伤人者,亦如之。

这是禁止药品制造、贩卖者不按照处方制造、贩卖药品,并对造成他人死伤结果的违反者科以罚则的行政管制规范。现代日本的《药事法》中存在类似规定。^③而在现代日本,对违反行政管制而科以刑罚的相关法规被作为刑事法的一个领域,并不被当做一般刑法典的构成部分。

又如《杂律》第34条规定:

诸买奴婢、马牛驼骡驴,已过价,不立市券,过三日笞三十;卖者,减一等。立券之后,有旧病者三日内听悔,无病欺者市如法,违者笞四十。即卖买已讫,而市司不时过券者,一日笞三十,一日加一等,罪止杖一百。

这条是规定了在买卖奴婢、家畜之时,申请发给市券和市司即时发给市券的义务以及与懈怠相关的罚则的行政管制规范。市券发给的手续则由《关市令》复原21条规范:“诸卖买奴婢牛马驼骡驴等,皆经本部本司过价立券,

① 中村茂夫认为,此条“恐怕以贩卖干肉为业者为主要对象,也包括普通人,是对违反了应丢弃有毒食品规定的行政犯予以处罚的规定”。(律令研究会编《译注日本律令七 唐律疏议译注篇三》,东京堂出版,1987,第130页)

② 《食品卫生法》第六条:“下述食品或食品添加剂,不得销售或用于以销售为目的的提取、制造、输入、加工、使用、调理、贮藏或陈列:一、腐败或变质或未成熟的食品或食品添加剂。……二、含有或附着有毒或有害物质,或有此类嫌疑的食品或食品添加剂。……三、被病原微生物污染或有此嫌疑,对人体健康有损害之虞的食品或食品添加剂。……四、因不洁、混入或添加异物及其他原因,对人体健康有损害之虞的食品或食品添加剂。”同法第七十一条第一项:“符合以下任何一项者,处以三年以下徒刑或三百万日元的罚金:一、违反第六条……的规定者。”

③ 《药事法》第十四条规定:“医药品、医药部外品、含有厚生劳动大臣所指定的成分的化妆品或医疗器械的生产、销售者,对于每一个产品种类的生产、销售,都必须获得厚生劳动大臣的批准。”同法第八十四条:“符合以下任何一项者,处以三年以下徒刑或三百万日元的罚金或两项并科:……三、违反第十四条第一项……的规定者。”

朱印给付”，^①由此构成律令一体的一条规范。而《杂律》第34条也规定了在市券做成后三日内，若发现旧病即“隐蔽瑕疵”则允许解除契约的瑕疵担保责任，在现代日本的《民法》中也有类似规定。^②而《杂律》第46条“诸水火有所损败，故犯者，征偿；误失者，不偿”之规定，指因水灾、火灾而发生财产上的损失，故意者负赔偿责任，过失者免责。在现代日本规定失火者责任免除的《失火责任关系法》中也有类似规定。^③《杂律》的这两条规定，在近代西欧的法观念中属于民法领域。

虽有一些例证存在，但是含有属于近代西欧法观念中的行政规范、民事规范的相关规定的律，不能简单地称为同样属于近代西欧法观念的刑法。既然律不能被称为刑法，那么将其对应的概念“令”称为行政法或民法，也是不合适的。

令中虽没有刑罚的规定，但违反其规定的行为也是处罚的对象，仁井田氏、滋贺氏业已指出这一点。违反令的规定的行为，若是《杂律》第61条注所说的“令有禁制而律无罪名者”的违反行为，则据《杂令》第61条处断；若是违反了律特别规定的罪名和刑罚的条款，则依照该律文进行处罚。对此，仁井田氏曾举例道：

《封爵令》复旧二乙条规定：

诸王公侯伯子男，皆子孙承嫡者传袭，若无嫡子及有罪疾，立嫡孙，无嫡孙以次立嫡子同母弟，无母弟立庶子，无庶子立嫡孙同母弟，无母弟立庶孙，曾玄以下准此，无后者国除。^④

违反该封爵承袭顺位的行为，则依据《户婚律》第9条进行制裁：“诸立嫡违法者，徒一年。即嫡妻年五十以上无子者，得立嫡以长，不以长者亦如之。”

① 孟彦弘：《唐关市令复原研究》，《天圣令校证》下册，第535～536、540页。《唐令拾遗》将之作为《关市令》复旧一条复原：“诸买卖奴婢牛马驼骡驴等，用本司本部公验以立券”。（《唐令拾遗》，第720页）

② 《民法》第五百七十条条文：“隐瞒买卖标的物瑕疵时，只能用第五百六十六条的规定。”同法第五百六十六条第一项：“在买主不知道买卖的标的物是以地上权、永佃权、地役权、留置权以及质权为目的，因而所订契约无法达到目的场合，买主得解除契约，其他场合只能请求赔偿损失”，第三项：“在前两项的场合，请求解除契约或赔偿损失的，买主要在知道事实之时起一年内进行”。

③ 《失火责任关系法》：“民法第七百九条的规定适用于失火的场合。但是若失火者有重大过失，则不在此限。”《民法》第七百九条：“因故意或过失侵害他人权利而造成损失者，承担赔偿责任。”

④ 《唐令拾遗》，第305～306页。

又，《户令》复旧八乙条：

诸男女三岁以下为黄，十五以下为小，二十以下为中，其男年二十一为丁，六十为老，无夫者为寡妻妾。^①

若违反该黄、小、中、丁、老的五等年龄划分，对户籍、计帐进行记载，以此免除课役的，将依据《户婚律》第1条“脱口及增减年状（谓疾、老、中、小之类）以免课役者，一口徒一年，二口加一等，罪止徒三年”，对官吏进行处罚。^②

此外，还如《捕亡令》复原第16条规定：

诸得阑遗物，皆送随近官司，在市得者送市司，其金吾各在两京巡察，得者送金吾卫。^③

即规定了遗失物拾得者呈报随近官司的义务。若未呈报，则依《杂律》第60条予以处罚：“诸得阑遗物，满五日不送官者，各以亡失罪论；赃重者，坐赃论。私物，坐赃论减二等。”^④该条也规定，拾得阑遗物后五日内不交官府者，不由《杂律》第60条处罚。由律所规定的对违令行为进行处罚的特则，与《唐律》第61条“违令罪”的法定刑笞五十相比，并非仅仅是加重处罚而已，还有据此所存在的减轻或者免除等情况。

这样的律规定并非是例外情形，滋贺氏指出“律中相当多的条文，是对违反令中某些相应条文的行为处以刑罚的规定”，^⑤令总是将法典的罚则规定委之于律，使其规定的遵守和履行有刑罚作为保障。若运用近代西欧的法概念，这种结构的刑事规范可勉强称为行政刑法。现代日本的行政法规中，以刑罚为遵守、履行之保障的法条，其条文中并无罚则的规定，与该法各条文相关的罚则一般在法典的最后予以概括提示。而令的法典最后并不存在与其

① 《唐令拾遗》，第225页。

② 仁井田陞：《敦煌发现唐水部式的研究》，第327页

③ 孟彦弘：《唐捕亡令复原研究》，《天圣令校证》下册，第549、551页。《唐令拾遗》将之复原为《捕亡令》复旧六条。（《唐令拾遗》，第730~731页；《唐令拾遗补》，第800页）

④ 这一关系与《遗失物法》第四条第一项的本文“拾得者应立即将拾得物返还遗失者并报告警察署长”及《刑法》第二五四条“侵占遗失物、漂流物及其他脱离占有的他人之物，处一年以下徒刑，或十万元以下罚金或罚款”的关系相似。

⑤ 滋贺秀三：《法典编纂的历史》，第20页。

所有条文相关的罚则，而是一概委之于律。东涯所谓令“定号令”，^①将之称为命令规范并无不妥，即便是律也不是没有命令规范。法典中是否配有针对该命令规范的违反者的刑罚规定，则是律、令的区别所在。

论及唐代律、令、格、式性质的同时代史料，大体上可列出以下两条。《唐六典》卷六“尚书刑部”之“郎中、员外郎”载：

凡文法之名有四：一曰律，二曰令，三曰格，四曰式。……凡律以正刑定罪，令以设范立制，格以禁违正邪，式以规物程事。

《新唐书》卷五六《刑法志》载：

唐之刑书有四，曰：律、令、格、式。令者，尊卑贵贱之等数，国家之制度也。格者，百官有司之所常行之事也。式者，其所常守之法也。凡邦国之政，必从事于此三者。其有所违及人之为恶而入于罪戾者，一断以律。

即使由这些记载可推出“律为刑罚，令为非刑罚”^②的定义，也难以推出律为刑法，令为行政法、民法这样的区别。根据滋贺氏之说，“律包括针对自然犯的处罚规定和针对行政犯的罚则”，^③因此律、令之间所存在的区别，只是刑罚法典抑或非刑罚法典的区别，即刑罚规定是否存在于该法典之中这种“法典编纂技术上的一种手法”的区别。^④在由律令两个部分所组成的唐代基本法典中，如果律是兼有规范与罚则两个方面的刑罚基本法典的话，令则是仅有规范而将罚则委之于律的非刑罚基本法典。如此，第一节所称的律的法领域、令的法领域则可分别改称为刑罚法领域、非刑罚法领域。作为最后的唐令，《开元二十五年令》是至宋初为止非刑罚法领域的基本法典，而《天圣令》则取代《开元二十五年令》而继受非刑罚法领域基本法典的地位。

（二）元丰以后的令的性质

元丰七年，《元丰敕令格式》颁布，编敕由敕、令、格、式四个部分组

① 伊藤东涯：《制度通》下卷，第223页。

② 滋贺秀三：《法典编纂的历史》，第80页。

③ 滋贺秀三：《法典编纂的历史》，第30页注5。

④ 滋贺秀三：《法典编纂的历史》，第20页。参照吕志兴《宋代法律体系与中华法系》，第72页。

成。由于这一形式的法典一直延续至南宋末，因此《元丰令》被赋予的性质应该为南宋最后的《淳祐令》所继承。而《庆元条法事类》中所残存的《庆元令》也当然继承了这一性质。这里则就我国关于元丰以后令的性质的主要观点予以概述。

东涯的“神宗时，因为光靠律无法周延穷尽，所以律所不载之事就由敕来规定，这种形式又被称为敕令格式。其中，敕自《名例》以下至《断狱》为止，共十二门；而令自《品官》以下至《断狱》为止，共三十五门”，^①浅井氏的“可见，宋代法典的名称为‘某敕令格式’……敕与律相当，唐称律令格式，宋称敕令格式，都是刑法典”^②等论述，并未阐明令的性质。牧野巽称“敕如唐律，乃是惩治已犯罪者的刑法，而令则是‘禁于未然’的所谓教令性的法规”，^③即令是教令性的法规；仁井田氏的“敕乃惩罚已犯之法，而令则禁于未然”^④则沿袭了牧野巽的见解。

至牧野氏、仁井田氏二人的观点为止，诸说并未意识到唐令、《天圣令》与元丰以后的令之间在性质上的差异。曾我部静雄则注意到了其中的变化，认为“敕是对已经违反禁令的行为规定处罚方式的法典，令是规定敕之前‘未然’的约束禁止的法典，格是规定赏罚、阶级、给与、丧服等高下等级的法典……令与格与从前律令格式时的‘令’、‘格’在性质上很不一样。……敕令格式中的令主要是约束禁止，格则是只规定以前的令中有关赏勋、等级、丧服等那部分制度的法典。……敕令格式中的令多有刑法性质，与以前律令格式中的令有大不同。由于这种令带有明显的刑法色彩，因此以前的令中所规定的赏勋、丧服、阶级等制度遂移入格中”。^⑤梅原郁也认为“令发生了很大的变化”，它并非仅限于“‘唐令’十六篇的令名被取消，产生了新的二十篇令名”这种形式上的变化，还有三点内容上的变化。第一，在洪迈《容斋三笔》中为三十五篇的令篇数，在现存的《庆元条法事类》中成为三十七篇，“这表明，宋令从令为唐代基本法典支柱之一的这一至高地位，转而成为相当松弛的范畴，即下降为“编敕”这一副法典中的一个区分”。第二，“由于

① 伊藤东涯：《制度通》下卷，第227页。

② 浅井虎夫：《中国法典编纂沿革史》，第235页。

③ 牧野巽：《庆元条法事类道释门——宋代宗教法制的资料（上·中）》，《宗教研究》新9卷2号、4号，1932。以《庆元条法事类道释门——宋代宗教法制的资料》，牧野巽：《牧野巽著作集第六卷 中国社会史的诸问题》，御茶水书房1985版为据，第133页注5。

④ 仁井田陞：《永乐大典本〈庆元条法事类〉》，仁井田陞：《中国法制史研究 法与习惯·法与道德》，东京大学出版会，1964，第155页。

⑤ 曾我部静雄：《宋代的法典类》，第42~43页。

在唐代截然分开的‘律’和‘令’的门类名称开始合一，即‘敕’和‘令’出现了同名门类”，所以“不得不说其与唐代的‘律’、‘令’理念截然不同”。第三，在南宋的法典中，“有很多简短、内容单纯且范围狭窄的‘条例’式的‘令’”，“感觉其制定的过程也相当简单”，又“罚则规定以外的部分，不论是令还是敕，文字基本相同的情况并不少见”，因此“宋‘令’与唐代不同，它明确地对应现实行政的各个方面”，“追加了与宋代行政相适应的新式的《吏卒》、《公用》、《场务》、《理欠》等令。而且出现了将《禄》、《驿》、《衣服》、《卤簿》、《仪制》、《丧葬》、《公式》等体现一定等级制的、与皇帝贵族阶级的威严和仪式相关的部分，单独编集为独立法规予以使用的倾向”，“行政法规的色彩明显开始浓厚起来”。^① 滋贺氏认为“敕是刑罚法规的集成，即刑法典。……律（《刑统》）和敕这两种刑法典确实是基本法典与副法典的关系。……令是不含刑罚的规范集成，在这一点上其与唐令具有相同的性质。但是，在唐代，基本内容定于令，细则定于式。而此时，基本与细则的区别在令的名称下被一体化”，^② 仅就基本法典的性质丧失探求与唐令的差异。

如果暂且搁置基本法典与副法典的讨论，就唐令与元丰后令之间的性质演变而言，曾我部氏认为其变成了带有明显刑罚性质的法典，而梅原氏主张其变为带有明显行政法性质的法典。不过，曾我部氏的主张无视唐令实质上是作为刑事规范构成的，这一点令人难以接受；而在梅原氏的主张中，虽然有关宋代国家事业的内容复杂多样，由此体现为令的篇目数量、篇目、规定内容也不得不发生变化的看法是妥当的，但是却没有充分呼应梅原氏自身有关唐令“是多与行政相关的法典”、“与行政关系密切”等观点。^③ 而且，如果篇目数量的变动体现了令性质的变化，那么无论是在二十七篇的《开元七年令》和三十一篇的《开元二十五年令》^④ 之间，还是在《开元二十五年令》与《容斋三笔》所记载的三十五篇宋令之间，都应该体现出性质的变化。如果“在‘唐令’三十一篇中单纯补入六篇的不是这里所举的宋令”，是“最为重要的问题”，^⑤ 那么问题就不在于篇目数量吧？如果律敕与令出现共同篇目是体现了令性质的变化，那么没有《捕亡令》的《开元七年令》和有《捕亡令》的《开元二十五年令》之间也应该有性质的变化，且不能无视

① 梅原郁：《唐宋时代的法典编纂——律令格式与敕令格式》，第818～821页。

② 滋贺秀三：《法典编纂的历史》，第115～116页。

③ 梅原郁：《唐宋时代的法典编纂——律令格式与敕令格式》，第787页。

④ 梅原郁：《唐宋时代的法典编纂——律令格式与敕令格式》，第818页。

⑤ 梅原郁：《唐宋时代的法典编纂——律令格式与敕令格式》，第818页。

隋《开皇令》中业已存在《杂令》的事实。如果说将律敕与令的篇目“赋予相同的名称,在现实中既容易理解,也便于利用”,^①那么对应于可与“宋代新的行政法规的核心项目”^②——《职制》、《断狱》相比,汇集了经济管理相关规定的《卫禁敕》,也应该制定《卫禁令》吧?至于令内容的简短、单纯,范围狭窄,制定过程简单等,也需要与唐令进行比较、检证。制定过程暂且不论,通过本文第三部分对唐令、《天圣令》与《庆元令》的比较研究,则很难具体地感受到所谓的内容的短小化、单纯化、狭小化这一印象。^③而罚则规定以外的令与敕的同文化,从本文第一部分所述的律与令的相互关系中能直接体现出来。例如,《杂律》第6条:

诸施机枪、作坑穿者,杖一百;以故杀伤人者,减斗杀伤一等;若有标识者,又减一等。其深山、迥泽及有猛兽犯暴之处,而施作者,听。仍立标识。不立者,笞四十;以故杀伤人者,减斗杀伤罪三等。

又唐《杂令》复原第65条:

诸有猛兽之处,听作槛穿、射窠等。得即送官,每一头赏绢四匹。捕杀豹及狼,每一头赏绢一匹。若在监牧内获者,各加一匹。其牧监内获豺,亦每一头赏得绢一匹。子各半之。^④

以上都列出了与捕捉猛兽的陷阱相关的规定,虽然文字并不相同,但明显能

① 梅原郁:《唐宋时代的法典编纂——律令格式与敕令格式》,第820页。

② 梅原郁:《唐宋时代的法典编纂——律令格式与敕令格式》,第820页。

③ 在《唐令拾遗》、《唐令拾遗补》及《天圣令校证》下册的唐令复原研究中,以作为唐令复原基本史料、参考资料而提出的庆元等宋令与唐令复旧、复原条文进行比较,或以稻田奈津子(《〈庆元条法事类〉与〈天圣令〉——唐令复原的新的可能性》,天津透编《日唐律令比较研究新阶段》,山川出版社,2008,第84~90页)表2、表3中对应的《天圣令》与《庆元令》进行比较,皆很难获得这一印象。

④ 黄正建:《天圣杂令复原唐令研究》,《天圣令校证》下册,第747、753页。《唐令拾遗补》以之作为《杂令》复旧补五条。(《唐令拾遗补》,第859页)本条中,有关捕捉猛兽陷阱的规定经《天圣杂令》宋41条(《天圣令校证》下册,第431页)“诸有猛兽之处,听作槛穿、射窠等,不得当人行之路。皆明立标帜,以告往来”,为《庆元杂令》(《庆元条法事类》卷七九《畜产门》“捕猛兽”)所继承:“诸有猛兽,听施检设坑阱之类,不得当人行之路,仍明立标识”所继承,对于猛兽捕获者的赏赐规定则由《庆元赏格》(同前)“诸色人。获猛兽,每头,(小而未能为害者,减半)虎匠:狼,绢二匹,钱一贯;豹,绢三匹,钱二贯;虎,绢五匹,钱五贯。余人:狼,绢二匹;豹,绢三匹;虎,绢五匹。”

感到内容的重复。将此与以下梅原氏作为敕令同文的例子而举出的《庆元职制敕》（《庆元条法事类》卷一〇《职制门》七“辄入官舍”）“诸被差贲公文取索，不当官投下而直入吏舍擅检文书者，杖一百”之文，以及《庆元职制令》（同前）“诸被差贲公文取索，并于所属当官投下，不得直入吏舍擅检文书”之文进行比较，^①即使能感觉到立法技术的巧拙，其“与唐代不同，明确对应现实行政的各个方面”、“行政法规的色彩明显开始浓厚起来”^②的说法能否成立也是有疑问的。

论及敕、令、格、式的性质，作为同时代的史料大体上可作如下胪列。《宋史》卷一九九《刑法志》：

神宗以律不足以周事情，凡律所不载者一断以敕，乃更其目曰敕、令、格、式，而律恒存乎敕之外。……又曰：“禁于未然之谓敕，禁于已然之谓令，设于此以待彼之谓格，使彼效之之谓式。修书者要当识此。”于是凡入笞、杖、徒、流、死，自名例以下至断狱，十有二门，丽刑名轻重者，皆为敕。自品官以下至断狱三十五门，约束禁止者，皆为令。命官之等十有七，吏、庶人之赏等七十有七，又有倍、全、分、厘之级凡五等，有等级高下者，皆为格。表、奏、帐、籍、关、牒、符、檄之类凡五卷，有体制模楷者，皆为式。

《宋会要辑稿》一六四册《刑法》一之一二：

元丰二年（1079）六月二十四日，左谏议大夫安焘等上《诸司敕式》，上谕焘等曰：“设于此而逆彼之至曰格，设于此而使彼效之曰式，禁其未然之谓令，治其已然之谓敕。修书者要当知此，有典有则，贻厥子孙。今之格式令敕，即典则也，若其书全具，政府总之，有司守之，斯无事矣。”

《续资治通鉴长编》卷二九八：

元丰二年六月辛酉（24日），左谏议大夫安焘等上《诸司敕式》，上谕焘等曰：“设于此而逆彼之至曰格，设于此而使彼效之曰式，禁其未然之谓令，治其已然之谓敕。修书者要当知此，有典有则，贻厥子孙。今之

① 梅原郁：《唐宋时代的法典编纂——律令格式与敕令格式》，第821页。

② 梅原郁：《唐宋时代的法典编纂——律令格式与敕令格式》，第821页。

格式令敕，即典则也。若其书完具，政府总之，有司守之，斯无事矣。”

洪迈《容斋三笔》卷一六“敕令格式”：

法令之书，其别有四。敕、令、格、式是也。神宗圣训曰：“禁于未然之谓敕，禁于已然之谓令，设于此以待彼之至谓之格，设于此使彼效之谓之式。”凡入笞、杖、徒、流、死，自例以下至断狱，十有二门，丽刑名轻重者，皆为敕。自品官以下至断狱三十五门，约束禁止者，皆为令。命官、庶人之等，倍、全、分、厘之级（级，误作为给），有等级高下者，皆为格。表、奏、帐、籍、关、牒、符、檄之类，有体制模楷者，皆为式。《元丰编敕》用此，后来虽数有修定，然大体悉循用之。今假宁一门实载于格，而公私文书、行移并名为式，假则非也。

《玉海》卷六六《诏令·律令下》“元丰诸司敕式、编敕”：

（元丰）二年六月辛酉（二十四日。一云戊午），左谏议安焘等，上《诸司勅式》。上谕曰：“设于此而逆彼之至曰格，设于此而使彼效之曰式，禁其未然之谓令，治其已然之谓勅。修书者要当知此，有典有则，贻厥子孙。今之格式令勅，即典则也。若其书全具，政府总之，有司守之，斯无事矣。”……（元丰）七年三月乙巳（六日），《详定重修编敕》书成（孙觉谓：烦碎难用，有一条分为四五）。书目：《元丰敕令式》七十一卷，（元丰）七年刑部侍郎崔台符等撰。元祐中，刘摯等刊修（元丰以约束为令，刑名为敕，酬赏为格，熙宁敕据嘉祐旧文，元丰敕用熙宁前例）。

《朱子语类》卷一二八《本朝二》“法制”：

元丰中，执政安焘等上所定敕令。上谕焘曰：“设于此而逆彼之至谓之格，设于此而使彼效之谓之式，禁于未然谓之令，治其已然谓之敕。修书者要当如此，若其书完具，政府总之，有司守之，斯无事矣。”……格如五服制度，某亲当某服，某服当某时，各有限极，所谓“设于此而逆彼之至”之谓也。式如磨勘转官、求恩责封赠之类，只依个样子写去，所谓“设于此而使彼效之”之谓也。令则条例禁制，其事不得为，某事违者有罚之类，所谓“禁于未然者”。敕则是已结此事，依条断遣之类，所谓“治其已然者”。……某事合当如何，这谓之令，如某功得几等赏，

某罪得几等罪，这谓之格。凡事有个样子，如今家保状式之类，这谓之式。某事当如何断，某事当如何行，这谓之敕。敕是令格式所不行处，故断之以敕。

敕令格式的定义源自元丰二年《诸司敕式》上呈之际神宗对安焘等人的晓谕。这一划分理念应被作为贯穿于此后的海行法和一司法的编纂方针而恪守，其中，令被定义为汇集“禁于未然”之规定的法典。^①

就《元丰敕令格式》的构成而言，《宋史·刑法志》和《容斋三笔》所谓的“约束禁止”、《玉海》所谓的“约束”、《朱子语类》所谓的“某事合当如何”，皆脱胎自元丰二年神宗的说谕。而《续资治通鉴长编》卷二六九载：熙宁八年（1075）10月辛亥（23日），“编修内诸司敕式向宗儒言：‘面奉德音，所修文字干赏格刑名为敕，指挥约束为令，人物名数、行遣期限之类为式，今具草编成敕、式、令各一事’”，其中称令为“指挥约束”；又，后来《元丰敕令格式》为《元祐敕令格式》所代替，《续资治通鉴长编》卷四〇七所载编纂记录称：元祐二年（1087）12月壬寅（24日），“诏颁《元祐详定编敕令式》。先是，苏颂等奉诏详定。既成书，表上之曰：‘……又按，熙宁以前编敕，各分门目，以类相从，约束赏刑，本条具载，以是官司便于检阅。《元丰勅》则各随其罪，厘入诸篇，以约束为令，刑名为敕，酬赏为格，更不分门，故检用之际，多致漏落。今则并依熙宁以前体例删修，更不别立赏格……’”，其中，苏颂等上表所言“以约束为令”，这些与《唐六典》对于唐令“设范立制”的定性相比并无实质性的变化。换言之，根据上述史料，很难说元丰以后的令与唐令、《天圣令》相比，出现了刑法化或行政法化。^②

《朱子语类》对“禁于未然”的阐释是“令则条例禁制，其事不得为，某事违者有罚之类”，这看上去可以佐证曾我部氏所说的“敕令格式中的令则多有刑法性质”，“带有明显的刑法色彩”。^③但是，《朱子语类》此说只不过是说违反了令的规定则依据律敕进行处罚而已。同是《朱子语类》，也明确表述了“敕是令格式所不行处，故断之以敕”，即违反了令格式的行为要据敕处断。以与《嘉祐编敕》相比较来批判《政和敕令格式》的王洋《东牟集》卷九《劄》“次论嘉祐政和法意不同劄”载：

① 《容斋三笔》中存在着敕“禁于未然”、令“禁于已然”的倒误。

② 根据《元丰令》对于唐式的吸收，可以推测令与国家事业的关系密切。但若斟酌前引《宋会要辑稿》一六四册《刑法》一之一二“元丰三年五月十三日详定重修编敕所言”，则可理解为唐式的内容主要为一司法所继承。

③ 曾我部静雄：《宋代的法典类》，第43页。

《嘉祐敕》者，不分四门，具载于勅。谓如创造一物，在《嘉祐敕》则曰：“凡造某物，先集人工材植，计多寡、限某日为之，功成获某赏，工废定某罪。”此嘉祐文意也。《政和敕》者，分敕、令、格、式四门，集人工材植，令也。计多寡、限某日，式也。功成获某赏，格也。功废定某罪，勅也。故《嘉祐敕》一阅而尽，在不习法者，举能知之，此士人百姓之利也。《政和敕》反覆寻阅，有终日不尽一事者，法吏侮文者之利也。

在规定“造某物”的敕令格式的条文中，令“集人工材植”，敕“功废定某罪”，这与前述的说法是相同的。将《新唐书·刑法志》有关唐令的“尊卑贵贱之等数，国家之制度”之说与《宋史·刑法志》有关格的“命官之等十有七，吏、庶人之赏等七十有七，又有倍、全、分、厘之级凡五等，有等级高下者”之说相比，再结合《朱子语类》有关格的“五服制度，某亲当某服，某服当某时，各有限极”、“某功得几等赏”之说进行考量，可以认同曾我部氏所说的“以前令中规定的赏勋、丧服、阶级等制度则移入格中”，^①但所谓的“令带有明显的刑法色彩”^②则不能成立。据请求编纂《元祐敕令格式》的刘摯《忠肃集》卷六《奏议》“乞修敕令疏”载：

神宗皇帝达因革之妙，慎重宪禁。元丰中，命有司编修敕令，凡旧载于敕者，多移之于令。盖违敕之法重，违令之罪轻。此足以见神宗皇帝仁厚之德，哀矜万方，欲宽斯人之所犯，恩施甚大也。^③

据此，元丰法典编纂之时，原来编敕中的很多规定都移入令中，若这一变化是为了以《杂律》第61条违令罪来处罚违反这些规定的行为^④的话，那么唐

① 曾我部静雄：《宋代的法典类》，第43页。

② 曾我部静雄：《宋代的法典类》，第43页。

③ 《续资治通鉴长编》卷三七三“元祐元年（1086）三月己卯（22日）”中也有引用。

④ “此时，原来编敕中那些不带刑罚的规定，大部分被转入令中，剩下的一些也移入敕内。违反了转入令中的那些规定，则作为律所规定的‘违令’罪给予较轻的处罚。另一方面，对于留在敕内的那部分规定，若没有重新规定对于违反它们的处罚，就不能进入当时依刑法典体例进行整理的敕中。如果要维持同样的处罚，就需要逐一设立对违反行为论以‘违制’的规定。”（滋贺秀三：《法典编纂的历史》，第144～145页注28）在论及《元丰司农敕令式》这一司法时，通过《宋会要辑稿》一六四册《刑法》一之一一元丰元年（1078）十月十三日所载“御史中丞、判司农寺蔡确言：‘常平旧敕多已冲改，免役等法素未编定。今除合删修为敕外，所定约束小者为令，其名数式样之类为式，乞以《元丰司农敕令式》为目。’从之”，也可以理解为：轻微的禁令归于令并通过违令罪处断。

代以来，据律处断违令行为的构造基本没有发生变化。^①

由以上史料可明了：元丰以后的令在不具有刑罚规定、所有条文的罚则全部入律的意义上，属于非刑法法典。在这点上与唐令、《天圣令》的性质并无二致。再回到第一节所说的元丰以后的令继承了基本法典、副法典两大谱系的假说上，则必须对元丰以后的令被定位为令的法领域中的副法典进行探讨。滋贺氏认为，对于编敕、敕令格式，“一旦出现关于其中某些文句不适当的议论，那么不待下次全面修改，就会发出要求在某处增减某字或如何修改的单项指令，这种情况并不罕见。这一点也是敕令格式与唐代律令这样的基本法典在性质上的不同之处”。^② 允许部分修订使得元丰以后之令丧失了作为基本法典的性质，“是从编敕中分化出去的产物这一来历也没有本质上的变化，令自身继续秉持着这样的性质——通过按时期整理、吸收不定时的宣敕而不断修订”。^③ 梅原氏认为“宋令从令为唐代基本法典支柱之一的这一至高地位，转而成为相当松弛的范畴，即下降为‘编敕’这一副法典中的一个区分”，^④ 这是对滋贺观点的拓展。二人皆认为：宋代的基本法典是律或《刑统》，副法典是编敕或敕令格式，元丰后的令成为副法典的一部分。^⑤

确实，如《宋会要辑稿》一六四册《刑法》一之三七所载：

绍兴六年（1136）八月一八日，刑部员外郎周三畏言：“国家昨以承平日久，因事增创，遂有一司、一路、一州、一县、海行敕令格式，与律法、《刑统》兼行，已是详尽。又或法所不载，则律有举明议罪之文，而有比附定刑之制，可谓纤悉备具。”

同书《刑法》一之二八所载《政和名例敕》：

① 吕志兴：《宋代法律体系与中华法系》，第71～72页。

② 滋贺秀三：《法典编纂的历史》，第123页。

③ 滋贺秀三：《法典编纂的历史》，第116页。

④ 梅原郁：《唐宋时代的法典编纂——律令格式与敕令格式》，第819～820页。

⑤ 滋贺氏认为：“对格进行追加的格后敕作为二次副法典，承担着法律变动的职能。从五代直至北宋，格后敕变名为编敕并被频繁地反复编纂，而编敕本身也很快就发生了分化并体系化，北宋中期以后，形成了敕（刑罚）、令（非刑罚）、格（赏格等）、式（书式）这样的法典形式，并被反复修纂数次，直至南宋末。唐法之中，只有律在南宋末之前保持着它作为基本法典的效力。”（滋贺秀三：《法典编纂的历史》，第22页）梅原氏则认为：唐律属于基本法典，是“中国的刑法典”，《宋刑统》属于基本法典，“宋人一般将它视为律，是过渡性的折衷”；唐令属于基本法典，是“广义的行政法典，非刑法典”，元丰以后的令属于副法典，是“相当于前代的令的非刑法典（但与唐相比，内容有显著不同）”。（梅原郁：《唐宋时代的法典编纂——律令格式与敕令格式》，第804页表11）

政和四年（1114）七月五日，中书省言：“诸《律》、《刑统》、《疏议》及建隆以来赦降与敕令格式兼行，文意相妨者从敕令格式。（其一司、学制、常平、免役、将官、在京通用法之类同。）一路、一州、一县有别制者，从别制。”

以及《庆元条法事类》卷七三《刑狱门》三“检断”载《庆元名例敕》：

诸敕、令无例者，从律，（谓如见血为伤，强者加二等，加者不加入死之类。）律无例及例不同者，从敕、令。

表明敕令格式从外部对律或《刑统》进行修正、补充，即作为副法典存在，^①“律（=《刑统》）与宋代的敕令格式是正、副组合，‘律’作为核心，被像同心圆般向外扩展的‘敕令格式’包在里面”。^②在律的法领域即刑罚法领域中，“律（《刑统》）和敕这两部刑法典确实是基本法典与副法典的关系”^③，这一论断是没有疑问的。但是，能否理解为此前以《天圣令》为基本法典、以编敕的相关部分与《附令敕》、《续附令敕》为副法典、以唐式为细则法典的令的法领域即非刑罚法领域，在元丰以后便被以《刑统》为基本法典、令格式为副法典的构造所取代？能否将“在唐代，基本内容定于令，细则定于式。而此时，基本与细则的区别在令的名称下被一体化”^④的元丰以后之令，理解为在以《刑统》为基本法典的情况下占据了副法典的地位？其重要的原因在于，律或《刑统》的形式和内容皆保持原样而无任何变化，从刑罚法领域中的基本法典变身为刑罚、非刑罚两个法领域的基本法典。

《宋刑统》由律、律疏、令、格、式、《开成格》、敕、起请构成，如果“《嘉祐编敕》将《宋刑统》所附之敕与起请纳入到编纂素材之中，作为甄选对象，取其有用者入编敕，其他则在今后停止行用”^⑤的话，那么其基本法典的性质限于律的部分是有可能的。滋贺氏也指出：“不能忘记的是，唐令（及式）中为《宋刑统》所收录的条文，若与其他新法没有抵触则继续有效。例如，《户令》‘应分条’就是其中之一，因不存在与之大有抵触的新法

① 滋贺秀三：《法典编纂的历史》，第123～124页；梅原郁：《唐宋时代的法典编纂——律令格式与敕令格式》，第821～822页。

② 梅原郁：《唐宋时代的法典编纂——律令格式与敕令格式》3，第822页。

③ 滋贺秀三：《法典编纂的历史》，第116页。

④ 滋贺秀三：《法典编纂的历史》，第116页。

⑤ 滋贺秀三：《法典编纂的历史》，第112页。

(至少未被验证)而长期行用”。^①由于《天圣令》残本中没有《户令》，自然无法对《宋刑统》卷一二《户婚律》第13条所附的《户令》复旧27条^②进行验证，但不能认为《刑统》所附的唐令未被《天圣令》继承。

滋贺氏认为“《丧葬令》‘户绝条’也是其中之一，因与宋代新法所规定的特别体系相抵触而丧失了实用性”，^③《宋刑统》卷一二《户婚律》“户绝资产”所载《丧葬令》复原33条云：

诸身丧户绝者，所有部曲、客女、奴婢、店宅、资财并令近亲（亲依本服，不以出降。）转易货卖，将营葬事及量营功德之外，余财并与女。（户虽同，资财先别者，亦准此。）无女，均入以次近亲。无亲戚者，官为检校。若亡人在日，自有遗嘱处分，证验分明者，不用此令。^④

《天圣丧葬令》宋27条云：

诸身丧户绝者，所有部曲、客女、奴婢、宅店、资财，令近亲（亲依本服，不以出降。）转易货卖，将营葬事及量营功德之外，余财并与女。（户虽同，资财先别者，亦准此。）无女均入以次近亲。无亲戚者，官为检校。若亡人在日，自有遗嘱处分，证验分明者，不用此令。即别敕有制者，从别敕。^⑤

上述两个条文，后者仅追加“即别敕有制者，从别敕”一句，基本与前者相同。而这一条文暂且依唐令原文予以留存，意味着对其修正、补充的

① 滋贺秀三：《法典编纂的历史》，第145页注29。

② “诸应分田宅及财物者，兄弟均分（其父祖亡后，各自异居，又不同爨，经三载以上，逃亡，经六载以上，若无父祖旧田宅、邸店、碾磑、部曲、奴婢，见在可分者，不得辄更论分），妻家所得之财，不在分限（妻虽亡没，所有资财及奴婢，妻家并不追理），兄弟亡者，子承父分（继绝亦同），兄弟俱亡，则诸子均分（其父祖永业田及赐田亦均分，口分田即准丁中老小法，若田少者，亦依此法为分），其未娶妻者，别与娉财，姊妹在室者，减男娉财之半，寡妻无男者，承夫分，若夫兄弟皆亡，同一子之分（有男者，不别得分，谓在夫家守志者，若改适，其见在部曲、奴婢、田宅，不得费用，皆应分人均分）。”（《唐令拾遗》，第245~246页）

③ 滋贺秀三：《法典编纂的历史》，第145页注29。

④ 吴丽娱：《唐丧葬令复原研究》，《天圣令校证》下册，第694、712页。《唐令拾遗》将之作为《丧葬令》复旧21条复原。（《唐令拾遗》，第835页；《唐令拾遗补》，第843页）

⑤ 《天圣令校证》下册，第425页。

《宋刑统》卷一二《户婚律》“户绝资产”所附起请“臣等参详：请今后户绝者，所有店宅、畜产、资财，营葬功德之外，有出嫁女者，三分给与一分，其余并入官。如有庄田，均与近亲承佃。如有出嫁亲女被出，及夫亡无子，并不曾分割得夫家财产入己，还归父母家后户绝者，并同在室女例，余准令敕处分”的规定，被收入了《附令敕》。即可以推定：在先于嘉祐的天圣年间，《宋刑统》所附之令为《天圣令》，而与之相关的起请则被收入《附令敕》。

又，《天圣杂令》宋 22 条“诸诉田宅、婚姻、债负，（于法合理者。）起十月一日官司受理，至正月三十日住接词状，至三月三十日断毕。停滞者以状闻。若先有文案，及交相侵夺者，随时受理”，^①并非仅是对《宋刑统》卷一三《户婚律》“婚田入务”所载唐《杂令》复原 35 条“诸诉田宅、婚姻、债负，起十月一日，至三月三十日检校，以外不合。若先有文案，交相侵夺者，不在此例”的继承，它依后者所附起请“臣等参详：所有论竞田宅、婚姻、债负之类，（债负，谓法许征理者。）取十月一日以后，许官司受理，至正月三十日住接词状，三月三十日以前断遣须毕。如未毕，具停滞刑狱事由闻奏。如是交相侵夺及诸般词讼，但不干田农人户者，所在官司随时受理断遣，不拘上件月日之限”^②进行了修正，这是没有疑问的。《天圣杂令》宋 23 条“诸家长在，子孙、弟姪等不得辄以奴婢、六畜、田宅及余财物私自质举，及卖田宅。（无质而举者亦准此。）其有家长远令卑幼质举、卖者，皆检于官司，得实，然后听之。若不相本问，违而辄与，及买者，物追还主”，^③继承了《宋刑统》卷一三《户婚律》“典卖指当论竞物业”所载唐《杂令》复原 36 条“诸家长在，（在谓三百里内，非隔阂者。）而子孙弟姪等不得辄以奴婢、六畜、田宅及余财物私自质举，及卖田宅。（无质而举者，亦准此。）其有质举、卖者，皆得本司文牒，然后听之。若不相本问，违而辄与，及买者，物即还主，钱没不追”，^④而所收的本条所附的起请“臣等参详：应典卖物业或指名质举，须是家主尊长对钱主或钱主亲信人，当面署押契帖；或妇女难于面对者，须隔帘幕亲闻商量，方成交易。如家主尊长在外，不计远近，并须依此。若隔在化外，及阻隔兵戈，即须州、县相度事理，给与凭由，方许商量交易。如是卑幼骨肉蒙昧尊长，专擅典卖、质举、倚当或伪署

① 《天圣令校证》下册，第 430 页。

② 黄正建：《天圣杂令复原唐令研究》，第 741、751 页。《唐令拾遗》将之作为《杂令》复旧 15 条复原。（《唐令拾遗》，第 852 页）

③ 《天圣令校证》下册，第 430 页。

④ 黄正建：《天圣杂令复原唐令研究》，第 741、751 页。《唐令拾遗》将之作为《杂令》复旧 16 条复原。（《唐令拾遗》，第 853 页）

尊长姓名，其卑幼及牙保引致人等并当重断，钱业各还两主。其钱已经卑幼破用，无可征偿者，不在更于家主尊长处征理之限。应田宅、物业虽是骨肉不合有分，辄将典卖者，准盗论，从律处分”确实对其进行了修正。

即，《天圣令》将《宋刑统》所收之令的法领域的诸规定作为其要素予以吸收，以此继承了唐令所占据的令的法领域基本法典的地位，而在元丰以前，《刑统》在令的法领域不能作为基本法典。若是如此，《天圣令》和唐式也“成为删定的对象，其今后有用的要素为新令所吸收”^①的元丰后的令为副法典，《刑统》则变成与其相对应的令的法领域的基本法典这一认识，则令人踌躇。如此设想，只能是副法典以基本法典的存在为前提，然而这一领域仅存副法典也是不可能的。

在此，还不如将滋贺氏对于《元丰令》“基本与细则的区别在令的名称下被一体化”^②的理解予以发展，即在元丰后令的法领域中，所谓基本、副次、细则这一阶层构造已经消融。如果《元丰令》是以编敕中的令的法领域部分、《附令敕》、《续附令敕》等副法典要素为主流，同时也包容了唐令、《天圣令》等基本法典的要素，进而是在整理不同的规定形式令、格、式的基础上形成的，那么很难将它仅仅视为副法典。经历了元代法典的丧失，在明清法律体系的律的法领域中，复活了律是基本法典、《问刑条例》或《条例》是副法典的阶层构造，而在令的法领域中法典没有再生。^③作为达到这一状况的前一阶段，宋代多样化的国家事业在衍生出大量的一司法的另一面，则是即使在海行法中也超越了基本法典所具有的状态，融合了基本、副次、细则这种阶层构造，从而形成了按令格式这种规定形式整理修订的体系。

译自关西学院大学法政学会编《法と政治》

第62卷第1号，2011年4月

徐世虹审订

① 滋贺秀三：《法典编纂的历史》，第116页。

② 滋贺秀三：《法典编纂的历史》，第116页。

③ “在与律相关的领域即刑事司法的领域……中有如下发展：《大明律》（基本法典）的制定，《问刑条例》（副法典）的出现，合而为《大清律例》，且私撰成案集涌现。但若说律令制的框架，将视线移至令的领域即一般行政领域即可发现，它的发展完全不同。……太祖朱元璋在常规行政制度的建设上大费心力。……但是这些完全是为适应需要而随时发布的与立法、训令、处分相关的内容庞杂的单行指令，是在实施过程中产生的，作为惯例而积聚起来的产物，将它们——至少是其基础部分全部收入‘令’这一法典而一举制定，这是无法想象的，纵使作为试验，在客观上也是无法实现的。”（滋贺秀三：《法典编纂的历史》，第247~248页）