

天津市哲学社会科学研究规划项目(TJFX07-004)

唐代官吏

职务犯罪研究

彭炳金 著

中国社会科学出版社

天津市哲学社会科学规划项目(TJFX07-004)

唐代官吏

职务犯罪研究

彭炳金 著

中国社会科学出版社

图书在版编目(CIP)数据

唐代官吏职务犯罪研究/彭炳金著. —北京:中国社会科学出版社,2008.6

ISBN 978-7-5004-7031-1

I. 唐… II. 彭… III. 职务犯罪—研究—中国—唐代
IV. D929.42

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 092192 号

策划编辑 王 茜
责任编辑 许海意 张 峰
责任校对 张瑞萍
封面设计 久品轩
版式设计 王炳图

出版发行 中国社会科学出版社

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 邮 编 100720

电 话 010—84029450(邮购)

网 址 <http://www.csspw.cn>

经 销 新华书店

印 刷 北京新魏印刷厂

装 订 广增装订厂

版 次 2008 年 6 月第 1 版

印 次 2008 年 6 月第 1 次印刷

开 本 880 × 1230 1/32

印 张 11.625

插 页 2

字 数 269 千字

定 价 28.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书,如有质量问题请与本社发行部联系调换
版权所有 侵权必究

序 言

张国刚

孔子说：“道之以政，齐之以刑，民免而无耻。道之以德，齐之以礼，有耻且格。”（《论语·为政第二》）抛开具体治国理念不谈，孔子在这里提出了“政”与“刑”、“德”与“礼”这样两对不同的概念。换用现代语言简单地说，大体分别相当于所谓法律规范和道德规范。孔夫子似乎比较偏爱于用道德教化来规范人们的行为，而稍后的法家则偏重于用刑法约束人们的行为。秦始皇建立统一的中央集权国家，推行以吏为师的统治政策，被史家批评为“刻薄寡恩”，不施仁义，结果二世而亡。汉承秦制，继承了秦朝统一的中央集权国家的建设事业，尽管汉武帝时期实行独尊儒术之国家政策，但用人方面却是兼用文法之吏与经术之士，诚如汉宣帝所说：“汉家故事，本以霸王道杂之。”霸道者，刑名之术也；王道者，仁义之学也。也就是说，孔子讲的政刑与德礼，汉朝都不偏废，法律规范和道德规范，都是治国所需要的规范。即使是刑法规范，也融会了“以礼入法”的司法理念，这甚至构成了中华法系的特点之一，传世的第一部中国成文法典《唐律疏议》就集中体现了这一礼法精神。

中华传统文化又称为礼法文化。“礼法”这个词汇真是极

其绝妙的一对概念。礼法，亦礼亦法，法亦是礼，礼亦是法。孟德斯鸠最开始接触到中国的政治制度和儒家文化之时，就敏感地察觉到了这一点。^①从唐代关于官吏职务犯罪的诸种规定来看，亦是如此。

中华帝国时代是一个专制主义中央集权的国家，官僚组织机构，庞大而完善，分工细密，从秦汉到隋唐，从三公九卿到三省六部，从军功授爵、察举征辟制，到九品中正制、科举制，官僚制度历经诸种演变，各项制度愈益完善、严密。

如何管理这么一个庞大的官僚队伍，是一个很重要的政治法律问题。这样一个问题在同时期的其他国家和地区是不存在的——不仅欧洲封建制社会不存在，即使那些像汉唐一样强盛的帝国，恰恰是因为没有一种强有力的官僚队伍做保证，帝国很快归于解体。中华民族的先人们，集中了儒道名法等诸般智慧，提出了自己的有中国特色的如何有效地管理庞大的官僚队伍问题的办法。其中惩治官吏职务犯罪的法律，就是重要组成部分之一。读者现在读到的彭炳金博士这部专著，就是专门对唐代官吏职务犯罪问题展开系统研究的最新成果。

唐朝法律对于官吏职务犯罪行为，诸如贪污、挪用公物、受贿、侵权、失职、渎职、徇私舞弊等犯罪行为，都有严密的司法界定和完善的处罚体系。彭炳金博士从现代法学理论框架出发，进行了细致的材料分类整理与专题研究，其中有些问题例如“清白科”及其反腐倡廉的作用，则进行了独到的研究。本书结构严谨，内容丰富，为我们今天了解古人处置官吏职务犯罪的历史经验，提供了可靠的知识和分析。

^① 参见孟德斯鸠著、张雁深译：《论法的精神》，商务印书馆2002年版，第119页。

唐朝处置官吏职务犯罪方面有许多成功的经验值得今人借鉴。唐朝法律注意区分官吏犯罪的主观意识和利益主体的差别，比如过失罪与故意罪的处别，公罪和私罪的区别。区分监临、主守和非监临主守的不同，前者是本人监管或主管领域内发生的犯罪行为，处罚为重；后者为非本人主管内的犯罪行为，处罚稍轻。

唐代对于官吏职务犯罪的法律和司法实践也有许多值得我们引以为戒的教训。唐朝法律虽然对于官吏职务犯罪规定严密，司法处置也不可谓不严厉。但是，总体而言，司法实践中的人治色彩非常浓厚。贞观年间，唐太宗励精求治，吏治甚严，严厉打击官吏职务犯罪，从而保证了贞观年间天下大治的局面。唐玄宗开元时期也是如此，由于任用贤相姚崇和宋璟，法制严明，也出现了开元之治的盛世。相反，在唐朝后期，朝政松弛，吏治腐败，社会矛盾日益尖锐。因此，我们可以看到，同样是一部《唐律》，在不同时期会有完全不同的执行效果。

熟悉唐代历史的人还会发现一个现象，尽管唐朝法律规定十分详尽，但是现实生活中，法律同于“具文”，有法不依，十分普遍，包括对于官吏职务犯罪的法律也是如此。经常出现的情况是，某个官员政治上失势或失宠之后，其职务犯罪才成为被政敌打击的理由，否则，官吏们通常都逍遥法外，依照潜规则来维持帝国行政与司法的运作。

为什么会出现这种情况？关键的问题，还是人治大于法治，司法不能独立于政治权力。统治者并不是没有意识到这个问题，甚至也有一些制约的措施。例如，唐朝给予广义的司法检察官员以特殊的地位，御史台官员虽然位阶不高（三院御史的阶品在六品到八品之间），却不由吏部任命（吏部主管六

品以下官员的任命),任命权收归于宰相;又如,采取三堂会审的联合办公制度,处理重大案情。御史台、中书、门下三个部门的长官共同审理重大冤案,称三司理事;刑部、御史台及大理寺三个司法部门共同审理重大案件,称三司推事。但是,这些措施,与无法约束的专制力量比较起来,总显得软弱无力。

对于官吏职务犯罪问题进行研究,这是一个很有现实感的研究课题。当今世界,各国的法律都有对于官吏职务犯罪行为进行严格惩处的法规。借鉴域外经验的同时,我们了解一下中国历史上惩治官吏职务犯罪的法律规定及其司法实践,分析其得与失,不失为非常有价值的一件事。一个学人的著述,不仅有裨于学林,同时,也有益于现实社会的法制建设,诚然是人生的一大快事。特此为序,以为祝贺之意云。

2008年5月4日于北京清华园

前言

中外学者普遍认为，中国传统法律制度的一个显著特征是所谓法律的“儒家化”。自汉武帝“罢黜百家、独尊儒术”以后，儒家思想成为汉代以后中国社会的正统思想并居于主导地位。自此以后，历代王朝法典的编纂也受到儒家思想的影响。魏晋以后，在儒家“刑不上大夫，礼不下庶人”主张的影响之下，议、请、减、官当等官吏的法律特权也逐渐被载入法典之中。但是，中外学者往往过分强调古代中国官吏的法律特权而忽视官吏应负的广泛法律责任。胡世凯教授在加拿大多伦多大学攻读博士学位期间（1988—1994年），以早期中国法律中的官吏渎职罪为研究课题，对官吏渎职罪的起源和先秦至隋唐时期官吏渎职罪法律的发展与演变进行了全面的研究。胡世凯教授在其博士论文 *The Wise Ruler Disciplines His Official, Not His Peoples: The Treatment of Official Malfeasance in Early Chinese Law* 中指出，官吏渎职罪是秦、汉以后法典的主要内容，以严厉的刑罚惩治官吏渎职罪是中国传统法律制度的主要特征。我们赞同胡世凯教授的观点，并在胡世凯教授和国内外其他学者研究的基础之上，对《唐律》官吏职务犯罪法律的实施作了深入和全面的探讨。

职务犯罪（Crime by taking advantage of duty）又被称为

“职务上的犯罪”或“违反公务义务罪”。中国古代很早就重视对官吏职务犯罪的预防与惩治。虽然中国古代的法典没有使用职务犯罪的概念，但是其中却有大量的条款属于职务犯罪范畴。以严厉的刑罚惩治官吏职务犯罪是中国传统法律制度的一个主要特征。《唐律》是中国现存最早的一部古代法典，《唐律》是中国古代立法发展史上的一个总结性的成就，具有承上启下的作用，是中华法系最有代表性的法典。先秦法家提出的“明主治吏不治民”的主张在《唐律》中得到了很好的体现。惩治官吏职务犯罪是《唐律》的主要内容，在《唐律》中有将近一半的条款可以归入官吏职务犯罪的范畴，《唐律》中的官吏职务犯罪涉及政府的行政、经济管理、司法、军事及祭祀等各个方面。《唐律》对官吏职务犯罪规定了广泛的范围和严厉的刑罚。唐代惩治官吏职务犯罪的立法与实践的经验教训，可以为当前预防与惩治职务犯罪的工程提供一个历史的借鉴与参照。

唐代官吏职务犯罪法律的实施与政治形势的变化密切相关。唐代前期，从高祖到玄宗开元、天宝时期，由于政局相对稳定（武则天在位时期除外），《唐律》官吏职务犯罪法律得到了较好的贯彻，吏治也比较清明，因此唐代社会稳定，经济繁荣，先后出现了“贞观之治”、“永徽之治”和“开元之治”。安史之乱以后，唐代中央对地方的控制能力下降，藩镇遍布全国各地，有些跋扈的藩镇割据一方，不遵守朝廷法令。在朝廷内部，宦官专权。宦官特权干预司法，侵夺司法机关的职权。唐后期，“法出多门”，法制的统一遭到破坏。唐后期，法制逐渐废弛，官吏贪污贿赂盛行，吏治逐渐败坏。

目 录

(011)	夏商西周罪刑关系及刑罚	第四章
(014)	春秋战国罪刑关系及刑罚	第四章
(018)	秦汉罪刑关系及刑罚	第五章
(021)	魏晋南北朝罪刑关系及刑罚	第六章
(024)	隋唐五代宋元罪刑关系及刑罚	第七章
(027)	明清罪刑关系及刑罚	第八章
(030)	前 言	(1)
(033)	第一章 中国古代官吏职务犯罪法律的产生和发展	(1)
(036)	第一节 职务犯罪的概念与特征	(1)
(039)	第二节 中国古代官吏职务犯罪法律的产生和发展	(9)
(042)	第二章 《唐律》中的官吏职务犯罪	(42)
(045)	第一节 《唐律》官吏职务犯罪概述	(42)
(048)	第二节 《唐律》中的一般职务犯罪	(47)
(051)	第三节 《唐律》中的特殊职务犯罪	(76)
(054)	第三章 《唐律》中官吏职务犯罪的处罚原则与立法特点	(89)
(057)	第一节 《唐律》关于官吏职务犯罪的处罚原则	(89)
(060)	第二节 官吏职务犯罪范围的广泛性与刑罚的严厉性	(103)
(063)	第三节 严惩官吏赃罪	(112)

第四节 唐代官吏职务犯罪连坐制度	(119)
第四章 唐代官吏职务犯罪的处罚体系	(130)
第一节 官吏的法律特权及其限制	(130)
第二节 官吏职务犯罪的刑事处罚及其适用	(137)
第三节 唐代官吏职务犯罪的非刑事处罚体系	(153)
第五章 唐代官吏职务犯罪的监控体系	(185)
第一节 唐代的监察制度	(185)
第二节 唐代的考课制度	(215)
第三节 清白科与唐代的防腐倡廉	(226)
第六章 唐代官吏犯罪的司法程序	(239)
第一节 推鞠	(239)
第二节 唐代官吏犯罪的审判程序	(258)
第三节 皇帝的司法审判权及宰相对司法 的干预	(272)
第四节 唐代赦宥对司法的影响	(285)
第七章 惩治官吏职务犯罪与唐代的兴衰	(299)
第一节 严于治吏与唐前期的兴盛和繁荣	(300)
第二节 唐后期法制的废弛与吏治的败坏	(332)
参考文献	(351)
后 记	(360)

第一章 中国古代官吏职务犯罪 法律的产生和发展

第一节 职务犯罪的概念与特征

一 职务犯罪的概念

职务犯罪 (Crime by taking advantage of duty) 是具有悠久历史的传统犯罪,也是全球性的普遍犯罪,但是对于职务犯罪各国刑法中的表述却不同,有的叫渎职罪 (Malfeasance),有的称为“职务上的犯罪”或“违反公务义务罪”。德国、日本、韩国、泰国、前苏联、保加利亚、蒙古和越南等许多国家的刑法典都专门设立一章来规定渎职罪。^① 例如,1908年颁布的日本刑法典在第二编“罪”中专门设有“渎职罪”一章。^② 虽然绝大多数国家刑法分则都单设一章来规定渎职罪,但并非所有的渎职犯罪都包含在渎职罪一章之中,在分则的其他章里,也有一些渎职罪的规定。^③ 另外,也有许多国家的刑法典将渎职罪称为“职务上的犯罪”或“违反公务义务罪”。例

① 参见周振想主编《权力的异化与遏制——渎职犯罪研究》,中国物资出版社1994年版,第41页。

② 刘佑生主编《职务犯罪研究综述》,法律出版社1996年版,第509页。

③ 周振想主编《权力的异化与遏制——渎职犯罪研究》,第42页。

如,罗马尼亚刑法称为“职务上的犯罪或与职务有关的犯罪”,西班牙刑法称为“公务员执行职务之时所触犯之罪”和“公务人员侵犯个人行使法律所承认之权利之罪”。1942年颁布的蒙古刑法、1952年颁布的朝鲜刑法和1952年颁布的阿尔巴尼亚刑法都专门设有“职务上的犯罪”一章。^①1801年的法国刑法典将职务犯罪称为“渎职及公务员行使职务时之犯罪”,其中包括“公务员之诈取罪”、“公务员盗用公款罪”、“公务员及私营企业职工之贪污罪”、“滥用权力妨害私人法益”、“滥用权力妨害公共法益”等十余种罪名。法国刑法典第166条规定:“公务员从事职务上之工作而犯重罪者,构成渎职罪。”^②

从国外刑法理论学界看,职务犯罪与渎职罪的概念基本上是相同的。日本学者木村龟二主编的《刑法学辞典》对渎职罪的定义是:“公务员滥用他的职权,或因玷污自己职务的公正性而构成的犯罪。”^③《布莱克法律辞典》对渎职罪做了如下的定义:渎职罪是指“做了一个人根本不应该做的行为,或者做了当事人无权做及约定不去做的非法行为。广义的渎职罪包括任何影响、妨碍、干扰公务的履行的错误行为”^④。

在我国现行刑法和刑法理论中渎职罪和职务犯罪有明显的区别,我国刑法典中只有渎职罪的概念而没有使用职务犯罪的

① 参见《外国有关廉政法规选编》,中国政法大学出版社1989年版,第75—81页。

② 同上书,第75—81页。

③ [日]木村龟二主编《刑法学辞典》,上海翻译出版公司1991年版,第529页。

④ St. Paul, Minn. Black's Law Dictionary. (6th ed.), West Pub. Co., 1990, p. 728.

概念，渎职罪只是职务犯罪的一部分。我国 1979 年颁布的刑法和 1997 年新修订的刑法都单独列有渎职罪一章，新刑法分则第九章为“渎职罪”，并将贪污、贿赂罪从 1979 年刑法渎职罪一章中分离出来，单独列为一章，即第八章。在新刑法第四章“侵犯公民人身权利、民主权利”中也包括非法拘禁罪、暴力逼证罪、非法搜查罪、刑讯逼供罪、虐待被监管人员罪等司法方面的职务犯罪；在第十章“军人违反职责罪”中规定了军事渎职罪。我国目前的刑法教科书对渎职罪的定义是依据新刑法第九章中渎职罪的表现形式而做出的，“渎职罪，是指国家机关工作人员滥用职权、玩忽职守或者徇私舞弊，妨害国家机关的正常活动，致使公共财产或者国家和人民利益遭受重大损失的行为”^①；“渎职罪，是指国家机关工作人员滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊，妨害国家机关的正常活动，致使国家和人民的利益遭受重大损失的行为”^②。

在我国的刑法研究和司法实践中频繁出现“职务犯罪”这一概念，但是目前我国刑法学界对于职务犯罪的概念还不统一，根据李娜的总结，较为典型的职务犯罪概念的表述主要有六种观点。第一种观点认为，“所谓职务犯罪，是指国家公职人员利用职务上的便利，滥用职权或放弃职责、玩忽职守而危害国家机关正常活动及其公正、廉洁、高效的信誉，致使国家、集体和人民利益遭受重大损失的行为”。第二种观点认为，“职务犯罪是指国家工作人员和依法从事公务的人员利用职务上的便利，或者对工作严重不负责任，不履行或不正确履行职责，破坏国家对职务活动的管理职能，致使国家和人民利

① 赵秉志主编《新刑法教程》，中国人民大学出版社 1997 年版，第 802 页。

② 刘守芬主编《刑法学概论》，北京大学出版社 2000 年版，第 583 页。

益遭受重大损失，依照刑事法律应当受到刑罚处罚的行为”。第三种观点认为，“职务犯罪是指具备一定职务身份的人利用职务上的便利，滥用职权、玩忽职守，破坏国家对职务行为的管理活动，致使国家和人民利益遭受重大损失的一类犯罪行为的总称”。第四种观点认为，“职务犯罪是指国家工作人员在其职务活动中，利用职务上的便利条件或玩忽职守所形成的各种犯罪的总称。它既包括贪污、受贿，也包括利用职务上的便利走私、偷税抗税、假冒商标等”。第五种观点认为，“职务犯罪是指国家公职人员或视同公职人员利用职务上的便利，或滥用职权，不尽职责，破坏国家对职务活动的管理职能，并依照刑法应当受刑罚处罚的行为”。第六种观点认为，“职务犯罪是指国家工作人员利用职务和工作上的便利条件进行犯罪，或对工作严重不负责任，致使国家和人民利益遭受重大损失的犯罪行为”。^① 此外比较有代表性的定义还有：张穹主编的《职务犯罪概论》认为，“所谓职务犯罪，又称职务上的犯罪，是指具有一定职务身份的人故意或过失地实施与其职务之间具有必然联系的、触犯刑律应受到刑罚惩罚的各种行为的总称”^②；储槐植、冯卫国在《略论职务犯罪及其控制方略》中认为，“所谓职务犯罪，是指国家公职人员不履行职责、不正确履行职责或者利用职权谋取不法利益，妨害国家对职务行为的管理活动，损害公众对于政府的信赖感，依法应受刑事处罚的行为的总称”^③。

① 李娜：《刑法学中职务犯罪概念及构成特征分析》，《辽宁警专学报》2006年第3期，第8页。

② 张穹主编《职务犯罪概论》，中国检察出版社1991年版，第15页。

③ 储槐植、冯卫国：《略论职务犯罪及其控制方略》，《山东公安专科学校学报》2000年第3期。

我国刑法学界对于职务犯罪的概念的主要区别是关于职务犯罪主体的表述上，第一种认为是国家工作人员，第二种认为职务犯罪的主体是国家公职人员，第三种则笼统称之为具有一定职务身份的人。造成职务犯罪主体认识上的差距的原因是我国刑法对国家工作人员的范围规定广泛，1997年刑法第93条规定：“本法所称国家工作人员，是指国家机关中从事公务的人员。国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员以及其他依照法律从事公务的人员，以国家工作人员论。”刑法中的国家工作人员除了国家机关中从事公务的人员外，还包括国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员。在中国古代，职务犯罪的主体比较明确，就是国家的官吏，因此本书使用官吏职务犯罪这一概念以区别于现代刑法中的职务犯罪。

二 职务犯罪的特征

尽管各国刑法典及刑法学辞典对职务犯罪的定义不尽相同，但是职务犯罪与其他类型犯罪相区别的特征是十分明显的，即职务犯罪是与公职人员（或称国家机关工作人员、官吏、公务员）的职务有关的犯罪，即通称的“职务上的犯罪”。近年来，我国刑法学界对职务犯罪的特征的论述非常多，观点也不尽相同，但是职务犯罪的特征主要有两个，一是主体的特定性，二是行为的渎职性。例如，张穹主编《职务犯罪概论》一书中指出，“一、从主体上看，职务犯罪是要求主体具备一定的职务身份为前提的犯罪。也就是说，职务犯罪属于身份犯的范畴。……刑法意义上的职务有

其特定的含义，既不同于上述一般意义上的职务，也不完全等同于行政法上所称的职务，而是行为人依法或受委托从事公务而取得的法律身份，以执行相应的公务为内容。……职务犯罪就是具备一定职务身份者利用其职务上的便利实施的、或者对其职务工作严重不负责任，不履行或不正确履行职责而构成的犯罪”；“二、从内容上看，职务犯罪是犯罪行为与行为人的职务之间具有必然联系的犯罪，这是职务犯罪的最基本的本质特征。……职务犯罪的犯罪行为与职务之间的联系，有两种表现：一是利用职务上的便利所实施的犯罪。……二是虽然没有利用职权，但犯罪结果的发生与其职务有着内在的联系，这类犯罪主要是行为人在职务活动中，不履行或不正确履行职务而导致犯罪结果的发生，例如玩忽职守、重大责任事故罪等就是这类犯罪”。^① 储槐植、冯卫国在《略论职务犯罪及其控制方略》中也概括了职务犯罪的两个最基本的特征：“职务犯罪在构成上有两个基本特征：一是主体的特定性，即职务犯罪的主体只能是国家公职人员；……二是行为的渎职性。职务犯罪在客观方面表现形式多种多样，但有一点是共同的，即行为都违背了一定的职责要求。根据渎职行为的具体特点，可将职务犯罪大致分为三种类型：一是贪利性职务犯罪。即行为人利用职权牟取不法经济利益的犯罪，如贪污罪、受贿罪等。二是擅权性职务犯罪。即行为人滥用权力，侵犯公民权利，危害国家机关正常管理职能的犯罪，如报复陷害罪、刑讯逼供罪等。三是失职性职务犯罪。即行为人在职务活动中严重不负责任，致使国家和人民利益遭受损失的犯罪，如玩忽职守罪、失职致使

^① 张穹主编《职务犯罪概论》，第16—18页。