

新路集

第三集

——第三届张晋藩法律史学基金会征文大赛获奖作品集

陈煜
主编



中国政法大学出版社

新路集

第三集

——第三届张晋藩法律史学基金会征文大赛获奖作品集

陈煜 主编



中国政法大学出版社

2014·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

新路集. 第3集, 第三届张晋藩法律史学基金会征文大赛获奖作品集/陈煜主编. —北京: 中国政法大学出版社, 2014. 1
ISBN 978-7-5620-5162-6

I. ①新… II. ①陈… III. ①法制史—中国—文集 IV. ①D929.53

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第296005号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908289 (编辑部) 58908334 (邮购部)
承 印	固安华明印刷厂
开 本	880mm × 1230mm 1/32
印 张	12.625
字 数	305 千字
版 次	2014 年 1 月第 1 版
印 次	2014 年 1 月第 1 次印刷
定 价	39.00 元

前言

第三届张晋藩法律史学基金会征文大赛和前两届一样，继续得到了全国高校和科研院所莘莘学子的支持，取得了不错的成绩。我们举办这项活动，其本意即在激发广大学子学习法律史学的兴趣，继而传承中华乃至全世界优秀的传统法律文化，“为往圣继绝学”。而要弘扬法律史学，最关键的就是要吸引优秀人才加入到这门学问的研究中来，加入到这门学科的建设中来，因为广大青年学子恰恰代表着法律史学的未来。正所谓“问渠哪得清如许，为有源头活水来”，法律史学若缺乏新鲜血液，则前景将是相当暗淡的。

如今看过了这即将结集出版的第三届大赛获奖论文，大感快慰。尽管其中若干篇什论证力度还还不够，材料和论据还有待填充，理由和观点还可以商榷。但是整体看来，闪光之处不少。有的论文从普通材料中挖掘出了新观点，有的用新视角关注到了平日为人忽视的角落，有的则用长时段的眼光来比较“古典”和“今典”。所有种种，都体现出了一股创新的活力！我们希望看到的，不是四平八稳、老气横秋的文字，而恰恰是这样充满清新之气的创新之作。

当然，从事物发展的一般规律上来看，往往一项活动的开端，大家兴趣盎然，而后逐渐转淡，所谓“至今已经不觉鲜”、“审美疲劳”等，本是势所难免。但我们的这项征文大赛，依然得继续下去，这是我们基金最重要的用途之一。那么如何既能持之以恒又能保持其“鲜活”的生命呢？唯一的答案还在于

“创新”。我们将围绕着参赛的资格、主题的选择、行文风格、奖金的额度、评审的标准等方面进行适时的调整，争取在活动主旨不变的前提下，每一届都会有新的突破，从而实现激发学子兴趣，繁荣法史园地的初衷。

张晋藩
2013年9月

目 录

前 言 / 1

一等奖获奖论文

张田田 《唐律疏议》“听”字用例分析 / 2

二等奖获奖论文

- 包振宇 从“以礼代理”到“持志民权”
——清中叶以降扬州学人法律思想的演变 / 28
- 杨 明 层累造成的《法经》?
——关于《法经》及其法统的一种解读 / 50
- 姚尚贤 何如璋驻日期间的国际法认识与实践
——晚清的“天下”与“国家” / 66
- 田纯才 酷吏、皇权和西汉法制 / 116
- 姚 宇 清代“二罪俱发以重论”考察及研究 / 147

三等奖获奖论文

- 韩 啸 论唐宋社会变迁视野下宋代典权法律制度的
变化与发展 / 178
- 成鸿静 宋代“狱空”制度研究 / 208
- 陆侃怡 外部象征与内部补救：传统大赦的一个功能比较 / 229
- 朱 潇 巫史之变
——秦汉史官制度的形成与演进 / 245
- 李翔斌 对明代“三厂”设立初衷的再审视 / 261
- 鲁 悦 清代保辜制度的司法实践
——以《刑案汇览三编》保辜案例为中心 / 282
- 王圭宇 公法学视野下俄罗斯联邦制的改革与变迁：
1918~2008 / 297
- 李亚凝 清代反逼嫁制度研究
——对一个合作性社会的保证 / 336
- 陆卓然 干名犯义
——衡平家国的杠杆 / 358
- 张力毅 男女平等与祭祀公业派下权的继承
——当中国传统祭祀文化遭遇西方现代法治文明 / 379

编后记 / 396

一等奖获奖论文

《唐律疏议》“听”字用例分析

张田田*

“听，聆也。”^{〔1〕}描述具体动作的“听”在司法审判场域中的意义专门化，构成“听断”、“听讼”、“五听”等法律用语。“听”又“引申为相许之称”，其义近于“从”。^{〔2〕}律令中的“听”即多具备此种抽象涵义，唐律常用“听”来指示法律后果，譬如“听减一等”、“听赎”等。法典用语考究，把握其中关键字词的运用规律有助于领会法意，是以“听”字为传统律学所关注，《吏学指南》将其作为“字类”之一，称“从人所欲谓之听”^{〔3〕}，《读律佩觿》将“听减”视为一处“律眼”^{〔4〕}，并详解一则“听减”规则^{〔5〕}。

* 吉林大学法学院博士研究生。

〔1〕 参见（汉）许慎撰，（清）段玉裁注：《说文解字注》十二篇上《耳部》，上海古籍出版社1981年版，第592页。

〔2〕 参见（汉）许慎撰，（清）段玉裁注：《说文解字注》八篇上《从部》，上海古籍出版社1981年版，第386页。

〔3〕 “字类”包括“依、同、加、减、如、止、听、从、仍、并、论、坐”十二字。参见（元）徐元瑞撰，杨讷点校：《吏学指南（外三种）》，浙江古籍出版社1988年版，第54~59页。

〔4〕 “律眼”包括“例、二死三流各同为一减、杂、但、并、依、从、从重论、累减、递减、得减、听减、罪同、同罪、并赃论罪、折半科罪、坐赃致罪、坐赃论、六赃图、收赎”。参见（清）王明德撰，何勤华等点校：《读律佩觿》，法律出版社2001年版，第17~55页。

〔5〕 大意是“听减”者与“正减”之条不同，在减刑原因、方法上具有特殊性，“听”在其中具有审时度势、审慎等意味。参见（清）王明德撰，何勤华等点校：《读律佩觿》，法律出版社2001年版，第35~36页。

唐律在总第 30 条^{〔6〕}的“义疏”中辨析“听赎”与“收赎”，律文规定“诸年七十以上、十五以下及废疾，犯流罪以下，收赎”，随后设问：

“问曰：上条‘赎章’称‘犯流罪以下听赎’，此条及‘官当’条即言‘收赎’。未知‘听’之与‘收’有何差异？答曰：上条犯十恶等，有不听赎处，复有得赎之处，故云‘听赎’。其当徒，官少不尽其罪，余罪‘收赎’，及矜老小废疾，虽犯十恶，皆许‘收赎’。此是随文设语，更无别例。”

据此条诠释，同为一“赎”，或“听”或“收”，为“随文设语”。结合具体规定，笔者发现律文用“听”者，内容类型化：有律令规定具备一定条件可“听”而从轻发落者，有律令规定某行为可“听”而勿论者，有律令规定官员等“知而听行”某犯罪而罹于处罚者，还有律令指示需“听”而行之而“不听”则处罚者。一个“听”字往往体现立法者于轻重、宽严之间的选择，涉及罪与非罪之辨，罚与不罚之分，值得辨析。

本文以辨析《唐律疏议》中“听”的典型用法为角度，探讨这一法律用语在定罪量刑规定中如何发挥作用，并以此为线索，分析贯穿于唐律灵活、多样的罪状表述和刑罚规定方式中的立法态度、法律思想。

一、“听”字用例的总体分析

总计 502 条唐律条文，是观察“听”字用例的基本单位。笔者将唐律中含有“听”字的条文初步归类、计数，结果如下表所示：

〔6〕 后文引唐律条文均依其序号，以下略去“总”。参见（唐）长孙无忌等撰，刘俊文点校：《唐律疏议》，中华书局 1983 年版。下同。

表1 唐律“听”字所在条文分布

篇章名	条文序号 ^[7]	数量(条)
名例	009、011、013、014、015、016、017、018、019、021、024、025、026、028、030、031、036、037、038、039、044、045、046、047、049	25
卫禁	058、059、062、063、071、072、081、082、088	9
职制	091、092、096、120、130、142、143	7
户婚	151、157、159、160、161、163、168、178、185、189	10
厩库	196、199、202、207	4
擅兴	224、240、241、243	4
贼盗	258、262、269、287	4
斗讼	305、325、336、341、342、345、346、351、352、353、354、359	12
诈伪	363、370、371、372、379、388	6
杂律	392、393、394、399、403、406、409、417、422、426、443、446	12
捕亡	453、454、466、468	4
断狱	473、476、477、479、481、482、484、487、488、490、492、494、497、498、499、502	16

内容中有“听”字的113条唐律^[8]，在分布上散见于各篇，但并不均衡：条文占全篇比重较大的当数“名例”与“断

[7] 即“总第……条”，不足三位数的以零占位，以下各表同，在文中仍作“第……条”。

[8] 此条引他条含“听”字规范内容的，以及“义疏”中征引的令、式内容中有“听”的，均计入表格。

狱”，含“听”字条文均接近全篇条数的一半；比重最小的则是“贼盗”，有“听”字出现的仅4条，不到该篇条数的一成。“听”字的分布状况受到该字参与构成的规范内容的影响。接下来，本文将对包含“听”字的法律规定归类分析，寻找“听”字的运用规律。

二、“听赎”、“听叙”等优待规定分析

唐律对身份特殊或所犯之罪情节、危害后果较轻者，有条件地选用减刑免罪方式处理，体现优待、矜恤之意。出现在这类规范中的“听”，主要形式是以“名例”的“请章”、“赎章”等为基础的“听从官当、减、赎法”，用于规定官、贵及其所荫之亲的“请、减、赎、官当、免官”等处理。这类替代刑罚实科的折算办法集中在“名例”中，一并整理于下表。

表2 “名例”篇“听从官当、减、赎法”类规定*

条文序号	规定内容 (出现场合)	处理方式 (听从……法)
011	诸应议、请、减及九品以上之官，若官品得减者之祖父母、父母、妻、子孙，犯流罪以下，听赎。	赎
013	诸五品以上妾，犯非十恶者，流罪以下，听以赎论。	赎
014	(498)	
015	其萨宝既视五品，听荫亲属。	官 荫
	其假版官犯流罪以下，听以赎论。	赎
016	(义疏)“无官犯罪，有官事发，流罪以下，皆依赎法”，谓从流外及庶人而任流内者，其除名及当、免，在身见无流内告身者，亦同无官例。其于赎章内合除、免、官当者，亦听收赎。	赎

续表

条文 序号	规定内容 (出现场合)	处理方式 (听从……法)
016	(义疏)“有官犯罪,无官事发”,谓若有九品官犯流罪,合除名,其事未发,又犯徒一年,亦合除名,断一年徒,以九品官当,并除名讫,其流罪后发,以官当流,比徒四年,前已当徒一年,犹有三年徒在,听从官荫之律,征铜六十斤放免。	官荫(赎,减,请,议)
	(义疏)谓父祖有七品官时子孙犯罪,父祖除名之后事发,亦得依七品子听赎。	
	(义疏)“无荫犯罪有荫事发”,谓父祖无官时子孙犯罪,父祖得七品官事发,听赎;若得五品官,子孙听减;得职事三品官,听请;荫更高,听议。	
017	若有余罪及更犯者,听以历任之官当。	官当
018	(义疏)“降”既节级减罪,不合悉原,故降除名之科,听从免官之法。	免官
	其杂犯死罪,即在禁身死,若免死别配及背死逃亡者,并除名;皆谓本犯合死而狱成者。会降者,听从当、赎法。	赎;官当
019	(义疏)若会降有余罪者,听从官当、减、赎法。	赎,减,官当
021	若官尽未叙,更犯流以下罪者,听以赎论。	赎
	(义疏)上条殴告大功尊长、小功尊属,不得以荫论,今此自身官尽,听以赎论。即非用荫之色,听同赎法。	赎
028	(义疏)律唯言至配所免居作,役既许免,更无罪名,若犯十恶、五流者,各依除名之律;若别犯流以下罪听从官当、减、赎法。	赎,减,官当

续表

条文序号	规定内容 (出现场合)	处理方式 (听从……法)
030	(011)	
031	(义疏)律以老、疾不堪受刑,故节级优异,七十衰老,不能徒役,听以赎论。	赎
045	(义疏)谓甲过失折人二支应流,依法听赎。	赎
049	(011)	

注:“听赎”等内容,若出现在包括问答形式在内的“义疏”中,在内容前标出;此条引别条的,“规定内容”格填写所引条文序号。

可见,“听赎”规定的重心是,依据第11条“赎章”的各种“听赎”认定,以及按照第30条“老幼废疾节级优异”的“听以赎论”判定。^{〔9〕}而第45条之例属于因“过失伤人”而论赎的,其依据是第339条,本节不予讨论。

根据表中诸条所规定的“赎刑”条件,^{〔10〕}“听赎”的情节条件是所犯非死罪,“流罪以下”且无“五流”等“不听赎”情形,身份条件或为对获刑职官的品级要求、或为品官“听荫亲属”的范围要求。其中,第18~20条等律条,规定了有官职者身自犯法时所享优免的等次与条件。譬如,“监临主守于所监守内犯奸、盗、略人,若受财而枉法者”本应“除名”而“会降”,则“听从免官之法”,因“免官”者待遇在“听叙”等方面优于“除名”者,如此规定既符合“节级减罪”原则,又反

〔9〕 上述产生“以赎论”后果的两类依据,其思想基础与适用条件的差异,实际恰可作为理解前述“听赎”、“收赎”用语区别的途径。

〔10〕 如第11、13、15、16条。

映出对此类犯罪“不合悉原”的态度；另外，而“杂犯死罪”等四种罪，犯人“会降”则“有官者听官当，有荫者依赎法”。此种待遇差异，说明唐律对“监守内奸、盗、略人、受财枉法”从重打击而不轻易宽贷的态度。另外，第11、13、15条等规定，说明“若官品得减者之祖父母、父母、妻、子孙”等人犯法，官员与贵戚据法能否“听荫亲属”是犯人能否“听以赎论”的先决因素。

“听赎”、“听荫”等法律内容，实质均为对犯人的优待，这种优待不体现在刑罚计量上，而是通过对刑罚作取荫收赎、以官当罪等变通方式来落实的。与上述优待中“听从免官”、“官当之法”等相关的，还有对因“除名”等被免去官职者设定重新叙用期限的“听叙”规定。^{〔11〕}“听叙”意味着有机会重新叙用，但同时也在期限、起点等方面设限，违限“诈求得官”则入刑。^{〔12〕}

三、“听减”、“听从本”等减免规定分析

除了上述倾向以“听”带出“赎”、“荫”等刑罚执行方面优待的规定之外，唐律中的“听减”、“听从本”等类型的规定也同样体现宽减态度，但减免内容不以“减章”等为依据，减免效果不体现在决罚层面。如以下表3所列，均为根据具体犯罪情节、致罪原因等设计的量刑上的“听减”。

〔11〕 如第17、21、370条。

〔12〕 如第370条“义疏”称：“假如除名者六载后听叙，免官者三载后听叙，免所居官者周年听叙，若有此等年限未满，而诈求得官者，徒二年。”“听”字用例的多样性于此得到表现，尤其是某些条文一面以“听”字设定法律许可的行为方式，一面又传达出“非法令所听”的行为将遭到处罚的意味，后文详述。

表3 唐律各篇“听减”刑罚类规定^[13]

条文序号	规定内容（出现场合）	处理方式
014	(037)	
037	即自首不实及不尽者，以不实不尽之罪罪之。至死者，听减一等。	至死减一等
038	即因罪人以致罪，而罪人自死者，听减本罪二等。	减本罪二等
039	其于余赃应坐之属，悔过还主者，听减本罪三等坐之。	减本罪三等
047	即同主奴婢自相杀，主求免者，听减死一等。	至死减一等
336	(义疏) 殴甲误中于丙，尚以斗杀伤论，以其元无杀心，至死听减一等。	至死减一等
342	反坐致罪，准前人人罪法，至死，而前人未决者，听减一等。	至死减一等
354	(342、487)	
446	即虽故弃掷，限内访得，听减一等。	减本罪一等
477	(92)	
487	即断罪失于入者，各减三等；失于出者，各减五等，若未决放及放而还获，若囚自死，各听减一等。	减本罪一等

注：“听减”若出现在包括问答形式在内的“义疏”中，在内容前标出；此条引别条的，“规定内容”格填写所引条文序号。

“听减”之依据多样：犯人因其追悔之意、悔过之举而获减刑者，如第37条与第39条；犯罪后因出现使危害后果减轻的情况而减刑的，如第342、446、487条；因主人求情而免奴婢之死，如第47条。减刑方式有两类，第38、39、446条和第487

[13] 第14、16、19、28条以“减章”为基础的“听减”规则不列入此表。

条为一类，即不论“本罪”轻重，均减等；第37、47、336条和第342条为一类，即只有罪已至死，方可适用“听减一等”规定，若“本罪”为“流罪以下”，则不减。“听减”后果，以“本罪”为刑罚基准，减刑幅度从一等到三等不均，减后之罪均不致死。^[14]“听减”刑罚规范在司法适用时，可能与他类减免优待兼用。以第487条为例，相较“故出、故入人罪”的处罚，若断罪有出入的后果出于法官之“失”，则对其减等量刑，而当满足“听减一等”条件时，两种“减法”同时作用，总即“失入减四等”、“失出减六等”；决罚阶段若刑罚减等后犯人具备可“赎”、可“以官当徒”等条件者，则可以纳赎、降职或免官等代替行刑。

虽未明确给出减刑幅度，但能够指示量刑依据的选择，反映罪行认定上从轻的，还有“听从轻”与“听从本”规定，类型有三。第一类是第31、488条所引“狱官令”，大意是“犯罪未断决，逢格改者，格重，听依犯时；格轻，听从轻法”。第二类是规定在“名例”篇，被其他篇章条文多次引用的“本应轻者，听从本”，这一规定的前提是“犯时不知”，在定罪量刑方面的选择上与“本应重者，得依凡论”对举。如第393条“其有射及放弹、投瓦石，不向所亲尊长并贵人之宅，而非意杀伤者”引第49条“本应重，而犯时不知者，得依凡论；本应轻者，听从本”，实际专指“本应重，依凡论”情况。第三类为孤例：“听从过失本法”。^[15]此类规定，作用是对官员选用法律依

[14] 若依“二死三流同为一减”理论判断，至死减一等，则减后处流刑。于本罪上减等者则情况稍异，也定无死罪，如第487条所示，若断罪失出而囚未放，减六等，则罪止杖徒。

[15] 此条似专言“因盗杀伤”情形。据第339条，“共捕盗贼，误杀伤旁人”是为“过失”，处断上“各依其状，以赎论”。