

吏治与中国传统法文化

中国法律史学会2010年会论文集



汪世荣
闫晓君 主编
陈 涛

西北政法大學學術文庫

法律史學系列

法律出版社

中国法律史学会主办

陕西省普通高等学校重点学科
专项资金建设项目资助

吏治与中国传统法文化

中国法律史学会2010年会论文集



汪世荣 主 编
闫晓君
陈 涛

刘全娥 副主编

西北政法大學學術文庫

法律史學系列

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

吏治与中国传统法文化:中国法律史学会2010年会论文集/汪世荣,闫晓君,陈涛主编. —北京:法律出版社,2011.10

(西北政法大学学术文库)

ISBN 978-7-5118-2580-3

I. ①吏… II. ①汪…②闫…③陈… III. ①吏治—法制史—中国—古代—文集 IV. ①D922.1-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第198970号

西北政法大
学学术文库

吏治与中国传统法文化
——中国法律史学会
2010年会论文集

汪世荣
闫晓君 主编
陈涛

责任编辑 刘文科
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2011年10月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 22.125 字数 561千

印次 2011年10月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-2580-3

定价:65.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

西北政法大学学术文库编辑委员会

编委会主任： 贾 宇

编委会副主任：赵馥洁 王 瀚

编委会成员（以姓氏笔画为序）：

王周户	王政勋	王 健	王楷模
王 瀚	王 麟	冯 雪	闫亚林
刘进田	刘光岭	严存生	李万强
汪世荣	张周志	杨宗科	郭 捷
赵馥洁	贾 宇	高在敏	强 力
韩 松	谢立新	慕明春	

总序：真研究实在的问题

《西北政法大学学术文库》是西北政法大学在本校教师的研究成果中遴选出版的一套学术丛书，希望它能代表西北政法大学的学术导向、学术风格和学术水平。

西北政法大学来源于中共中央 1937 年在延安创办的第一所干部学校——陕北公学。陕北公学生于战火，旨在救亡。毛泽东就在亲自讲学时鼓励学生：因为有陕公，中国不会亡。1949 年，由陕北公学等学校合并而成的延安大学奉命南迁西安，成立西北人民革命大学，是为了给西北地区新成立的各级人民政府培养干部，它的办学风格自然与本来意义上的大学大异其趣。再后来院校合并，西北大学法律系并入，形成法学教育的“四院四系”或“五院四系”，“文革”中停办。“文革”后恢复，主管由最高人民法院而变为司法部，后变为陕西省；校名由西安政法干校、中央政法干校西北分校、西安政法学院、西北政法学院，最后更名为西北政法大学。学校坎坷磨难，师生筚路蓝缕，总算成就了一个全国法学人才

重要培养基地和法学重镇的地位,同时形成了法学特色鲜明,哲学、经济学、管理、新闻、公安、外语等多学科协调发展的格局。

大学的根本宗旨是培养高水平人才;围绕这一根本宗旨,教学和科研是学校的两项中心任务。由于十万校友在全国各行各业,特别是法律行业的杰出表现,西北政法大学对自己的教学水平从来都相当自信。近年来,学校更是旗帜鲜明地反对教育行政化,提倡回归大学本位,坚持加强实践教学、服务社会、开放办学的方针,教育教学质量得到了进一步提高。全国各大法学院都有个别教师挂职司法部门实践的经验,但我们已将法科教授的挂职作了分批次、普遍化的安排;我们在全中国首创了所有法科青年教师担任法官助理一年、法科研究生担任见习法官、检察官助理半年的实践教学模式;多年来,我们都把法庭辩论、模拟法庭教学正式纳入课程体系,等等。一系列的教学改革,使教师的教学能力、学生的实践能力都得到了明显提升。

科学研究也是大学的重要职责之一。经过几代西北政法大学的学人的努力,现已形成了在价值哲学、陕甘宁边区法制史、死刑问题、法学教育研究等领域的一批特色研究成果。但毋庸讳言,在科研方面,由于历史的原因,人文类学科比之理工类学科,单科性大学比之综合性大学,还是有一定距离的。近年来,西北政法大学采取一系列改革措施,大力引进高水平人才,激励教师申报承担各级研究课题,取得了阶段性的成果。全校已经获得博士学位和正在攻读博士学位的教师已达到 170 多人,而且分别来自英、法、德、美、日、韩等国外著名大学和国内名校,学渊结构显著改善。近五年承担国家社科基金项目 42 项,名列陕西高校前茅。为了使教师已取得的高水平研究成果更好地服务社会并鼓励教师取得更多更好的研究成果,西北政法大学决定出版这套学术丛书。

最近有外国学者发表言论,说中国的学者出书是最大规模的废纸制造业。言者无罪,闻者足戒,我们应当提高警惕。出书者成为废纸制造者,不外乎两个原因:一是研究了伪问题,而不是实在的问题。娱乐记者

可以连篇累牍地讨论名角情变、名媛怀孕,但自称并被称为“学者”的人不能研究这样的伪问题。二是写了实在的问题,但没有真研究。真正的研究要大量搜集资料、广泛调查事实、深入思考道理,而不能东拼西凑、东拉西扯,让读者不知所云。如前所述,西北政法大学的师生一直很实在,出书不太多,其中制造废纸的数量可能也有限。但现在看来,能写书的学者多了,学校又狠抓科研工作,质量问题自然要引起关注。

所以,本丛书的编辑者希望、也会督促丛书的作者们:真研究实在的问题。

贾 宇

于古都长安

二〇〇九年二月八日

序

汪世荣

早在春秋战国时期,就发生了儒、法两家关于治人与治法的争论:在法律的推行过程中,制度本身抑或制度的执行者,哪个是决定性的因素?尽管儒、法两家进行了论战,且在此后的相当长时间,结合司法实践双方不断观察、思考和讨论这一问题,但是,无论哪一方,都从不同侧面强调了法制基础上吏治的重要性,这从儒法两家“立法以治吏”的吏治思想不难发现。

就儒家而言,孔子十分重视官吏在国家管理中的作用。《礼记·中庸》:“哀公问政,子曰:‘文武之政,布在方策。其人存,则其政举;其人亡,则其政息’。”良好的法律政策,缺乏得力贤人推行,则与空文无异。一部中国历史,“人亡政息”成为历史周期率的重要原因。荀况对孔子的思想作了重要的发展,

强调法律在国家管理中的作用,即“治之经,礼与刑”〔1〕强调法律的适用效果,即“故刑当罪则威,不当罪则侮”〔2〕强盗官吏在执行国家法律中的作用:“无君子,则法虽具,失先后之施,不能应事之变,足以乱矣”;“有乱君,无乱国;有治人,无治法”;“故法不能独立,类不能自行,得其人则存,失其人则亡。”〔3〕

就法家而言,商鞅重视官吏执法的效果,重视法律的贯彻实施。他认为:“国之乱也,非其法乱也,非法不用也。国皆有法,而无使法必行之法;国皆有禁邪奸、刑盗贼之法,而无使奸邪、盗贼必得之法。”〔4〕这就一针见血地指出有法不依的危害和官吏严明执法的重要性。继商鞅之后,管仲提出了“吏者,民之所悬命也”〔5〕的观点,以“民以法与吏相距,下以法与上从事”说明吏与法的关系。他将法律的制定与执行看成一个问题的两个方面:“法立令行,则民之用者众矣;法不立令不行,则民之用者寡也。”〔6〕从而强调了令行禁止的重要性。

重视吏治,强调“徒法不足以自行”、“有法不行与无法等”、“明主治吏不治民”,对正确认识治人与治法的关系,在理论上提供了依据。同时,这一认识也是吏治立法的出发点。

中国传统社会也十分重视吏治立法实践以及对吏治立法经验的总结。隋唐形成,贯穿中国封建社会始终的科举制度,在保证官吏公正选拔的同时,儒家经典所具有的“修身、正己、齐家、治国、平天下”思想和目标,成为推行法制,制定良好制度的基础。具体到法制实践,通过健全的制度,规范官吏的活动,强化国家管理的效率,保证国家机器的健康运转,成为成文法典的主体内容。以《唐律》为例,“职制”主要规定官吏违反实体

〔1〕《荀子·君道》。

〔2〕《荀子·君子》。

〔3〕《荀子·君道》。

〔4〕《商君书·画策》。

〔5〕《管子·明法解》。

〔6〕《管子·法法》。

法的责任,“公式”则主要规定官吏违反程序法的责任,健全、完备的吏治立法,为吏治的清明创造了条件。

司法实践中,正是刚正不阿、大义凛然的执法气节,荡气回肠,响彻云霄,成为支撑制度大厦的文化与精神源泉。清官通过维护已有制度和规则的刚性,确立行为准则;通过纠弹违法,打击邪恶,弘扬正气,实现社会公平。制度通过执法者的人格转换,保证了对生产、生活秩序的有效支配。

著名的史学家、文学家司马迁主张:“究天人之际,通古今之变,成一家之言。”中国法律史学会将“吏治与传统法文化”作为 2010 年年会的主题,既是对当代吏治的关切,也祈盼通过对这一主题的讨论,借古鉴今。我相信,与会者通过激烈的讨论,最终形成的研究成果,一定能够为现实的中国法治实践起到积极的参考作用。

是为序。

2011 年 3 月 22 日

目 录

序(汪世荣)/1

上编 中国吏治传统

明代条约的治吏功能(杨一凡)/3

“以吏为师”与“以法治吏”

——传统社会的无解轮回(徐永康)/13

吏治与中国司法体制的历史演变(倪正茂)/21

南京国民政府时期司法腐败的防治机制及

其功能效应(张仁善)/32

清“王树汶案”透析出的中国传统吏治

实践(汪世荣)/43

乔伟以法治吏思想研究述要(马建红)/52

治君重于治吏

——诸子百家吏治观之大同(张飞舟)/66

中国传统官僚政治中的权力制约结构

分析(孙季萍)/78

中国古代官吏腐败为何难以禁绝

——从制度与思想观念相结合的视角进行的探讨(吕志兴)/89

基于传统吏治文化而形成的侵权心理及其文化矫治(闫弘宇)/99

论官本位意识的法文化根源(刘 莉 赵 曜)/109

我国古代恩荫制度及其当代影响(李永军)/119

民本与吏治:孰之本,孰之治(姜 栋)/127

民本主义与中国古代吏治文化(王胜国)/137

略论中国古代“以吏为师”传统(何 剑)/149

《周礼》所载官吏考课制度探讨(朱红林)/157

关于秦焚书坑儒前法律教育的数个问题

——《语书》所见秦吏关于良吏恶吏之别(周兴生)/167

文书与吏治——爰书与秦汉时期的司法权控制(李 任)/179

从两汉司隶校尉看监督权与皇权的关系(南玉泉)/190

“明主治吏不治民”——论《唐律》中官吏赃罪及特点(彭炳金)/202

唐后期吏部尚书职掌探析

——以行政法为视角(董劭伟)/217

宋代初期治吏惩贪的对策(梁凤荣)/227

地方长官躬亲狱讼与宋代司法(屈超立)/235

从律法到教化:宋代对官吏违法买物的规制(韩 伟)/245

论宋代士大夫的司法道德观及其历史借鉴(张文勇)/257

明太祖基层里老治吏问题研究(胡兴东)/267

明代官、民对司法官职业素质的不同理解

——以官箴书、公案小说中有关品质的材料为

中心(孙 旭)/280

从官箴书看刘衡的吏治思想(吴佩林 蒲海涛)/290

清代的贼案开花(蒋铁初)/305

清代《受赃》律例罪名体系及受赃案件的审理(刘志勇)/317

试析藏族部落习惯法中的责任制度(刘艺工 张鹏飞)/330

下编 中国传统法文化

《从〈四时月令〉诏令看汉代的农业经济立法》(冯卓慧)/343

包山正狱简绝对年代考(张伯元)/361

中国古代司法文化三题(崔永东)/370

中国传统司法实践对公平正义的价值诉求(贾国发 王皓)/382

中国司法传统的形成及其影响(刘惠君)/389

中国古代法律教化研究综述(章燕 朱苏人)/401

礼治与公共行政管理

——人情、等级制与社会分工(罗云锋)/412

包山楚简 120 ~ 123 号司法术语汇释(王捷)/423

周秦之际社会变迁中的法家“法治”(周伟)/438

先秦儒法融通思想研究

——以“转关人物”为中心(马腾)/448

睡虎地 77 号汉墓汉《葬律》简出土的历史意义(曹旅宁)/459

张家山汉简《二年律令》对伪作遗失盗窃文书的处罚(孙瑞
钟文策)/470

董仲舒“春秋决狱”之再认识(徐雅芬)/479

制度与实践:清末检察制度创设刍议(姚秀兰)/491

唐律契约之债的类型化分析(张姗姗)/501

“义绝”离婚的现代阐释:一个学术史的考察(张群)/512

朱熹的行政伦理思想及启示

——以《朱文公政训》为视角(李红英)/524

《宋会要辑稿·刑法》辑考三条(马泓波)/534

中国古代司法官吏纠正冤案的思想动因(吕虹 王泉)/541

略论《大明律》在明代法律实践中的地位(徐晓庄)/549

清代民事诉讼法源述论(李艳君)/559

从贫民的困境看清代财税法制之弊

——以“盐法”律例为中心的考察(任晓兰)/570

略论理藩院对非直省地区的立法特点(马青连)/580

崇洋与用洋:晚清广东法制转型中的外来因素及影响(乔素玲)/590

王宠惠宪草及其宪法思想(刘远征)/600

孙中山“权能分治”理论及其启示(肖传林)/611

论民国时期立嗣传统的变迁(郑全红)/622

陕甘宁边区司法教育(佚名 撰 王伟 收集整理)/632

上海租界内的检察制度研究(姚 远)/639

论清代蒙古族的刑事法律(杨 强)/650

论古代蒙古民族生态保护法律意识(沙仁高娃)/661

《唐六典》、《新唐书》辨误一则(王建峰)/671

附录:第四届全国法律文化博士论坛述评(刘全斌)/674

上编 中国吏治传统

明代条约的治吏功能

杨一凡*

中国历史上的条约,是指以条文为约束的文件,一般是由多个条文构成。到目前为止,学界对条约的研究,是把它视为国家之间确认权利和义务的法律形式,基本上是限于清代和近现代国际条约^{〔1〕}的探讨。其实,清以前各代和清代前期,条约作为一种法律形式,虽然也在外交或与属国交往中使用过,但其基本功能是作为国家法的补充法,在国内立法实践中被广泛采用,为适时完善国家行政、经济、军政、学政管理等法律制度,特别是地方和民间事务管理

* 杨一凡,中国社科院法学所研究员,中国法律史学会会长。

〔1〕 近现代意义上的国际条约,从广义讲,是指两个或两个以上国家关于政治、经济、军事、文化、外交等方面相互权利和义务的各种协议,包括条约、公约、协定、换文、宣言等;从狭义讲,是指重要政治性的、以条约为名称的国际协议,如同盟条约、互不侵犯条约、友好合作互助条约、工商航海条约、边界条约等。