

FA XUE RUO GAN LI LUN
WEN TI YAN JIU

法学与法治社会建设文苑

丁启明◎总编

房 丽 李店标 谭尚闻◎著

法学若干理论 问题研究

 吉林大学出版社

法学若干理论问题研究

房丽 李店标 谭尚闻 著

吉林大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法学若干理论问题研究/ 房丽, 李店标, 谭尚闻著.

—长春: 吉林大学出版社, 2011. 6

(法学与法治社会建设文苑)

ISBN 978-7-5601-7406-8

I. ①法… II. ①房…②李…③谭… III. ①法学—

研究—中国 IV. ①D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 113608 号

书 名: 法学若干理论问题研究

作 者: 房丽 李店标 谭尚闻 著

责任编辑、责任校对: 陈颂琴 马宁徽

吉林大学出版社出版、发行

开本: 880×1230 毫米 1/32

印张: 6.875 字数: 180 千字

ISBN 978-7-5601-7406-8

封面设计: 孙浩瀚

吉林省九三彩色印刷厂 印刷

2011 年 6 月 第 1 版

2011 年 6 月 第 1 次印刷

定价: 16.80 元

版权所有 翻印必究

社 址: 长春市明德路 421 号 邮编: 130021

发行部电话: 0431-88499826

网 址: <http://www.jlup.com.cn>

E-mail: jlup@mail.jlu.edu.cn

法学与法治社会建设文苑

总 编 丁启明

主 编 宋惠玲 蒋淑波 沈 赏

何铁军 崔淑霞 冯长春

副主编 杨铁军 章 辉 李国莉

王荣平 周东威 房 丽

史 黎 曾赛刚 李店标

法学与法治社会建设文苑

编辑委员会

主 任 丁启明

副主任 宋惠玲 蒋淑波 沈 赏

何铁军 崔淑霞 冯长春

委 员 (以姓氏笔画为序)

丁启明 丁亚丽 王荣平 卞清霞

冯长春 史 黎 付 媛 吕智操

吕 行 刘 明 刘 锐 宋惠玲

沈 赏 何铁军 张 媛 李国莉

李店标 杨铁军 杨庆玲 周东威

房 丽 赵 静 崔淑霞 章 辉

蒋淑波 曾赛刚 谭尚闻

法学与法治社会建设文苑

总 序

法学与法治社会建设文苑是由大庆师范学院法学院法学与法治社会建设文苑编辑委员会组织出版的系列专著丛书。大庆师范学院法学院与全国其他高校的法学院系相比仍然是个小兄弟，从1992年成立到1993年正式招生，至今不过17年的历史，但却今非昔比，尤其是2003年招收法学专业本科生以来，法学专业的建设和发展更是展示了其独有的魅力。屈指数点，法学专业的办学有四个方面值得一提：一是，一支热爱法学专业、学术视野开阔、知识积累雄厚、年轻、奋发有为、从不自满、善于独立思考、勤于笔耕的优秀教师队伍已经基本形成，24名专任教师中，有博士10名，硕士13名，学士1名；二是，教学质量稳步提高，2010届本科二表毕业的38名学生中，研究生升学率38.9%，公务员录取率16.7%，司法考试通过率13.9%；三是，科学研究水平、质量和层次不断提高，目前已获两项教育部人文社会科学研究立项，结题一项，在研一项；四是，学科建设又上新台阶，2009年与东北师范大学联合招收了民商法硕士研究生。法学专业在教育法研究和实践教学方面正在形成自己的特色。

编辑出版大庆师范学院法学文苑有几点思考：一则，中国社会正处在一个关键的转型时期，有特色社会主义市场经济法律体系趋于成熟，法学教育和法治事业欣欣向荣，法学研究硕果累累，法学

文苑的出版是法学院全体教师加入法治建设这一伟业的实际行动。二则，法学院的全体教师经过多年的学习、交流、研究形成了对法学和法学某一学科的基础理论和基本问题的认识；形成了对自由、民主、人权、法治、公平、正义等法学基本价值内涵的理解；形成了对“依法治国、执法为民、公平正义、服务大局、党的领导”社会主义法治理念的深刻体会；形成了对立法、司法、执法取得的成就和存在的问题的基本看法。法学文苑提供了这种表达的机会。三则，法学院全体教师也试图通过法学文苑这种形式同全国法学界同仁进行一次书面学术交流，希望得到反响和回应，希望得到关怀、指导和扶持，希望得到批评和质疑。

总 编

2010年8月

序 言

党的十五大提出“依法治国、建设社会主义法治国家”并将其作为党和国家的治国方略和奋斗目标确定下来，这一具有划时代意义的目标给新时代中国法律人指明了方向，赋予了中国法律人前所未有的重任，所有从事司法实践与理论研究工作的法律人一直在孜孜不倦的探索，他们希望能以自己的辛勤劳作来早日实现国家的法治与民主。2011年春，全国人大常委会吴邦国委员长宣布中国特色社会主义法律体系已经形成，这样催人奋进的宣告振奋了中国的法律人，他们将以更加积极的热情投入到他们所热爱的法律工作中去。与千千万万中国法律人一样，本书的三位作者在大庆师范学院法学院从事法学研究与教学工作，而且都是35周岁以下的青年教师，在平凡的生活中他们以积极热情的态度面对每天的教学与研究工作。他们认真地在本学科领域进行着思考，并不断地充实与完善自我。三位青年教师将近一段时间自己的思考汇集成《法学若干理论问题》一书，希望学术界同仁和各位读者给予批评与指导。

本书分为三部分，其内容涉及三个学科的理论问题，分别为法律史、法理学与行政法学。其中第一部分由房丽老师编写研究汉代和唐代的民事法律制度并对其进行了比较和分析；第二部分由李店标老师编写主要研究公序良俗法律原则，并对其未来走向进行了探讨；第三部分由谭尚闻老师编写主要围绕政府信息公开中的救济制度进行研究，以法治先进国家的救济制度为参照，力图构建适合于

法学若干理论问题研究

我国的政府信息公开救济制度。本书能够顺利出版除得益于三位作者的辛勤努力外，还凝聚了大庆师范学院法学院全体教职员的心血，他们在工作之余与三位青年教师交流学术思想，开阔其眼界，鼓励青年教师继续创造，为青年教师撰写本书提理论素材，这些慷慨无私的帮助都为三位青年教师所铭记、感谢！

最后，本书为青年教师所撰写，其内容难免会有一些疏漏，我们的作品还尚与国内高水平学术著作存在差距。但我们依旧会以踏实认真的态度来继续我们的学术研究和教学工作。希望各位学术界同仁多多对本书作者提出批评与指导，希望读者多多与本书作者进行交流，你们的意见将是我们三位作者的宝贵财富！

笔者于大庆

2011年5月

目 录

第一章 汉、唐民事法律制度比较研究	1
一、户（婚）律的起源及沿革	2
二、汉、唐户婚之律的内容比较	4
三、汉、唐民事契约制度比较	44
四、由汉至唐民事法律的发展特点	66
第二章 公序良俗原则的法理解读	75
一、公序良俗问题的提出	75
二、公序良俗的概念释义	79
三、公序良俗的确立基础	95
四、公序良俗的价值取向	103
五、公序良俗的判断标准	112
六、公序良俗的立法走向	120
七、公序良俗的适用体系	131
八、公序良俗的研究综述	144

法学若干理论问题研究

第三章 论政府信息公开中的救济制度	157
一、政府信息公开理论	157
二、两大法系国家政府信息公开中的救济制度	169
三、我国政府信息公开中救济制度的现状与问题	188
四、完善我国政府信息公开中救济制度的基本思路	195
参考书目	206

第一章

汉、唐民事法律制度比较研究^①

研究中国的法制史就不得不提到唐律,《唐律疏议》以其精湛的立法技术及完整的立法体系不仅影响了以后朝代的立法,更影响了整个东亚各国的法律制度,形成独特的中华法系。法制史界对唐律的研究已相当充分。相对而言,汉律因其史料上的缺乏使得对其的研究要少得多,也难成体系,直到近年张家山汉简的出土才使得学界对汉律的研究提高了一大步。张家山汉简《二年律令》中的户律、傅律、置后律以及杂律的内容有很大一部分为民事立法,并且其规范的内容与唐律中户婚律、杂律以及相关令所规范的内容基本一致。虽然由于我国古代小农经济及宗法制度使我国未能出现如西方民法典似的“民法”,但汉简中的这部分律的内容以户籍、继承、民事契约为主,其大部分是以民事立法出现的。随着朝代更迭,汉律中这些带有民事立法内容的法律在法的继承发展中逐步变化,至唐朝时,在作为我国古代封建法典的代表《唐律疏议》中已经由刑律代替,何以在汉律中带有民事性质的法律在唐律中以刑律规定呢?本文主要从唐律中的《户婚律》及与《杂律》中规定的契约入手,分析户婚律与契约的发展沿革,以实证研究的方法对汉《户律》与唐《户

^①本文为大庆师范学院青年基金项目“中国古代汉、唐民事制度比较研究”(批准号09SQ01)的阶段性研究成果。

婚律》的内容进行详细比较。由于汉初的律是封建社会初期的法律，而唐律则是封建社会成熟时期的法律，基本上为封建法典的定型。比较汉、唐两朝的民事法律，也就是将封建社会初期与定型期的法律内容相比较，从而可以比较客观地找出古代民事法律的发展特点。

一、户（婚）律的起源及沿革

《易·讼》有：“人三百户”，则户为“人家”之意。《说文解字》中解释婚的意义为“婚，妇家也。《礼》：娶妇以昏时，妇人阴也，故曰婚。”从字源上看，户婚律主要是规定与百姓生活相关的法律。

现有史料中可见的户律最早出处为《睡虎地秦墓竹简》中的《魏户律》，即早在战国时期已有户律存在。据《晋书·刑法志》记载：“汉承秦制，萧何定律，除参夷连坐之条，益事律兴、厩、户三篇，合为九篇。”则户律成为全国性的法律规范，还应始于汉初。曹魏代汉，制新律 18 篇，其中保留了汉九章中的盗、贼、囚、捕、杂、户六篇篇目及主要内容。晋朝建立后，重新制定律法，即晋泰始律，据大唐六典卷六刑部郎中员外郎条记载其篇目，其中第 12 篇为户律。西晋灭亡后，南北分裂。偏安江南的东晋和南朝刘宋、萧齐均沿用泰始律。至梁武帝时，由沈约等人增损泰始律，成梁律 20 篇。据《隋书·刑法志》载其中第 12 篇为户律。至陈朝，陈武帝曾命范泉等人对梁律进行删改，未有实质性变动。北朝后魏为少数民族建立的政权，主要吸取汉族文化制定了后魏律，其中有户律及婚姻两篇。后魏分裂为东西两部，成立了北周及北齐。北周以周礼为参照制定新律，其中第五篇为“婚姻”，第六篇为“户禁”。北齐律共 12 篇，第一次将户律与婚姻合为一篇，即第三篇定为“婚户”。而至隋开皇律，则将第四篇定为“户婚”。唐律沿用隋律的体系，第

四篇为户婚律，而以后的宋、元、明、清等朝，都以唐律为蓝本，户婚律成为律中固定的篇目定型流传下来。至清末修律时，户婚律才按西方的立法模式从刑法典中分离出来。

汉朝户律主要包括户籍、土地、析产、继承等内容，关于婚姻的规定还比较少。据程树德《九朝律考》考证，汉以后朝代的户律中基本延续了汉律的轮廓，只是在具体内容上有所变动，并逐渐增加了有关婚姻的规定。如晋律禁止以妾为妻，并处罚居丧婚嫁请客的行为。梁律中有豪富不得占取公田的规定。陈律中规定了脱户的处罚办法。后魏律中有抑买良人为婢、老小废疾、隐匿户口、居丧听乐饮戏的规定。后周则有禁娶母同姓为妻妾的规定。隋律中规定了居父母丧嫁娶、户口簿账不以实、里长脱户的内容。这些内容至唐朝基本都纳入到户婚律中。唐以后户婚律的内容则已定型，只是根据当时社会的发展而有所变动，如宋朝不再禁止姑舅两姨兄弟姐妹结婚，元朝确立婚姻成立必有婚书的规定等，其内容都没有跳出唐律的轨迹。从内容上看，户婚律是我国中华法系中独具特色的一篇。

汉律流传至今并没有完整的法典，我们只能从前人的整理资料中找到汉律的一些法律条文。张家山汉简的出土为我们研究汉律提供了难得的第一手材料，它第一次系统地将汉律展现在我们面前。以汉简中的《二年律令》为基础，综合程树德先生《九朝律考》及沈家本先生《汉律摭遗》中的法律条文可以比较全面地分析汉朝的户婚法律制度。而《唐律疏议》为我国现存古代最完整的法典，其户婚律的内容保存得十分完整。汉户律与唐户婚律进行比较，则以唐律为基础可以更好地体现出两者之间的联系。并且，律作为法的载体在发展过程中也有它的变化规律，汉律与令的区别只是在制定手段上有区别，在内容上区分并不大。故《杜周传》中有“前主所是著为律，后主所是疏为令”的提法。而发展至唐朝，律令的分工则是明确的，在《唐六典》中明确指出“律以正刑定罪，令以设范

立制”，律令的作用是不同的，在对汉唐户（婚）律的比较中可清晰地看到律、令的发展特点。下面，我就详细地对汉、唐户婚之律的内容进行比较。

二、汉、唐户婚之律的内容比较

（一）关于户籍管理及相关法律的规定

户籍内容直接关系到国家赋税收取和征发徭役，与国家财政命运紧密相关，因此在户律中不仅包括户籍登记制度，还包括了与此相关的土地与赋役制度。

1. 户籍登记制度

早在《周礼·秋官司寇》中就有户籍登记制度的记载：“司民掌登万民之数，自生齿以上，皆书于版。辨其国中，与其都鄙，及其郊野，异其男女，岁登下其死生，及三年大比，以万民之数诏司寇，司寇及孟冬祀司民之日，献其数于王，王拜受之，登于天府，内史司会冢宰贰之，以赞王治。”自周以来，户籍登记制度一直是国家管理的重要制度之一。汉律将户籍登记制度作为户籍管理的一项重要内容，户籍登记的基本方式为自行申报。对于申报的各项内容，则由各乡部嗇夫、吏进行登记管理，这些官吏对户籍内容的准确性、以及户籍变更时应及时更改登记内容负有责任。《二年律令·户律》简 325 - 327 规定：

“民皆自占年，小未能自占，而无父母、同产为占者，吏以这是简文中由于出土缺失的部分，在《张家山汉简》中都是这样标识的。比定其年。自占、占子、同产年，不以实三岁以上，皆耐。产子者

恒以户时占其口，罚金四两”。^①

《二年律令·户律》简 328 - 333 规定：

“恒以八月令乡部嗇夫、吏、令史相杂案户籍，副藏其廷。有移徙者，辄移户及年籍爵细从所，并封。留弗移，移不并封，及实不徙数盈十日，皆罚金四两；数在所正、典弗告，与同罪。乡部嗇夫、吏主及案户者弗得，罚金各一两。民宅园户籍、年细籍、田比地籍、田命籍，谨副上县廷，皆以篋若匣匮盛，缄闭，以令若丞、官嗇夫印封，独别为府，封府户，即有当治为者，令史、吏主者完封奏令若丞印，嗇夫发，即杂治为，臧已辄复缄闭封臧，不从律者罚金各四两。其为诈伪，有增减也，而弗能得，赍耐。官恒先计讎，籍口不相复者，系劾论之。民欲别为户者，皆以八月户时，非户时勿许”。

户籍登记中户主是其中的重要内容，户主一般掌握着一户的财产权，在国家收取赋役、征发徭役时也负有一定责任。汉律对于户主的要求并不高，一般人都可为户主，只是在《二年律令·户律》简 344 规定：“为人妻者不得为户”，即女子为人妻时不能为户主。

在户籍登记的内容中，人口的年龄、人口的健康状态是其中的重要内容，因为这些情况关系到国家收取赋役、征发徭役的施行。这部分规定体现在汉简的《傅律》中，简 356 - 357 规定：“大夫以上年五十八，……公卒以下六十六，皆为免老。不更年五十八，……士伍六十二，皆为皖老。”免老和皖老是可以减免徭役的。还有一部分人不仅可以减免徭役，还享受国家的特殊待遇。简 354 规定：“大夫以上【年】九十，不更九十一，簪袅九十二，上造九十三，公士九十四，公卒、士伍九十五以上者，稟鬻米月一石。”即对于年老者，国家已承担了奉养的义务。不仅如此，国家对于年老者还给予

^①《张家山汉墓竹简》（二四七号墓），北京文物出版社 2001 年第 1 版，177。由于本文所引用的汉简《二年律令》中的内容都出自本书，且汉简的简号已可指明引文在书中的位置，所以在以后引用汉简内容时不再在注释中标明。

一定的特权。简 355 规定：“大夫以上年七十，不更七十一，……皆受杖。”按律规定，对于执杖人别人必须给予尊敬，否则就会受到严厉的处罚。如“汝南郡男子王安世，坐桀黠击鸠杖主，击留，弃市。长安东乡啬夫男宣，坐系鸠杖主，男子金里告之，弃市。”^①除了律的规定外，汉也颁布了《养老令》，如《安帝纪》中载：“元初四年，诏曰，《月令》仲秋养衰老，授几杖，行糜粥。方今案比之时，郡县多不奉行，甚违诏书养老之意。”除了年老者外，还有一类人在征发徭役时给予特殊照顾。简 363 规定：“高不盈六尺二寸以下，及天乌者，以为罢癯。”则癯疾、废疾也不在征发徭役之列。免老、皖老及癯疾、废疾在户籍登记中是十分重要的内容，汉《傅律》对其进行详细规定，其内容更类似于唐律中令的规定，将在下文论及。

在户籍登记中难免会出现一些虚假的情况，除了申报不实外，还会有比较严重的如诈代为户的情况。对此，户律对诈代为户的两种情况作出规定，一种是以应当入官的田宅为户，即《二年律令·户律》简 319 规定的：“田宅当入县官而诈代其户者，令赎城旦，没入田宅。”还有一种是以他人田宅为户或将自己的田宅附令他人户中，《二年律令·户律》简 323-324 规定：“诸不为户，有田宅，附令人名，及为人名田宅者，皆令以卒戍边二岁，没入田宅县官。为人名田宅，能先告，除其罪，有界之所名田宅，它如律令。”对于属于官家的田宅而诈代为户的，要处以赎城旦并没收田宅的处罚。而对于不独立为户而又有田宅或替别人登记田宅这种欺诈的行为，法律则规定对其处以戍边二年并没收田宅入官的处罚。对于替别人登记田宅的如果能先自首的话，就可以免去处罚，只是按照规定重新登记户籍即可。与诈以官家田宅为户的行为相比，法律对民间隐瞒财产的行为处罚比较轻，而且给当事人自首的机会。

^①《武威新出土木简诏令册——汉简研究文集》，甘肃人民出版社 1984 年版，第 37 页。转引自徐世虹：《对汉代民法渊源的新认识》，“法律史学术网” <http://www.legal-history.net> 2003 年 9 月 10 日。