

法律文化史研究

何勤华 主编

第一卷

南宋民事法制与社会变迁

日耳曼王国的婚姻家庭制度考论

印度宪政史考略

论公民的守法理由

自然法传统与欧陆现代民法思想的形成

“宪法”词义的历史透视

中国近代法史学的诞生及其成长

《欧洲民法典》讼案

法律经济学的理论意义和科学价值



商務印書館

法律文化史 研究

第10卷 第1期

2018年1月

法律文化史研究

第10卷 第1期

2018年1月

法律文化史研究

第10卷 第1期

2018年1月

法律文化史研究

第10卷 第1期

2018年1月

法律文化史研究

法律文化史研究

(第一卷)

何勤华 主编

商務印書館

2004年·北京

图书在版编目(CIP)数据

法律文化史研究. 第1卷/何勤华主编. —北京:商务
印书馆, 2004

ISBN 7-100-04098-1

I. 法... II. 何... III. 法制史—世界—文集
IV. D909.1-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 005396 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

上海市重点学科项目

Fǎlù Wénhuàshǐ Yánjiū

法律文化史研究

第一卷

何勤华 主编

商务印书馆出版

(北京王府井大街36号 邮政编码100710)

商务印书馆发行

北京民族印刷厂印刷

ISBN 7-100-04098-1/D·337

2004年9月第1版

开本 880×1260 1/32

2004年9月北京第1次印刷

字数 470 千

印张 18½

定价:31.00 元

序 言

自从德国法学大师柯勒(J. Kohler, 1849—1919)于 20 世纪初开创了法的文化研究以来,法律文化研究在世界各国都一直深受学术界重视,并日渐扩大其影响。^①

20 世纪 80 年代以后,中国法学界也掀起了法律文化研究的热潮,推出了不少优秀的作品,出现了陈鹏生、俞荣根、武树臣、梁治平、贺卫方、高鸿钧、张中秋、刘作翔、何勤华等一批将法律文化作为自己学术研究重要领域的学者。

法律文化史研究,是继受了法律史研究和法律文化研究之成果,并结合两者的方法而出现的一种新的研究思路和研究方法,它将历史上的法律文化即历史上出现的并对后世的法律发展产生重大影响的法律思想、法律制度、法律事件、法典、法学家等作为自己的研究对象,以法律是一种文化现象、法律的产生和发展是社会进化至一定阶段的经济、政治、宗教、道德、文学艺术等多种因素综合作用的结果之立场和方法来展开自己的研究,并阐述作为文化的法律的各种内在的和外在的联系,它是对法律史和法律文化研究的一种深化。

早在 20 世纪 90 年代初,我国学术界出版的几部著作如梁治平的《寻求自然秩序中的和谐——中国传统法律文化研究》(上海人民出版社 1990 年版)、张中秋的《中西法律文化比较》(南京大学出版社 1991 年版)、武树臣的《中国传统法律文化》(北京大学出版社 1994 年版)等

^① 关于柯勒的生平及其学说,请参阅丘汉平:《现代法律哲学之三大派别》,载《法学季刊》第 2 卷第 8 期,1927 年;何勤华主编《二十世纪百位法律家》,法律出版社 2001 年版,第 297—301 页。

中,就已经花了大量的篇幅研究中外历史上的法律文化。而在拙作《法律文化史论》(《法学》1996年第10期)一文中,则明确提出了“法律文化史”的概念,阐述了其内涵,^①并力倡以此种视角和方法来克服法律制度史、法律思想史等单独研究的缺陷,对法律史进行全方位的深入的研究。^②

本着涓涓小溪能汇成大海、粒粒细沙将垒起高山的学术探索精神,我们着手编辑《法律文化史研究》(多卷本)学术丛书,试图为中国学术界的法律文化史研究开辟一个发表成果的园地,提供一个学术积累的载体。本书每年出一卷,主要刊登我国学术界尤其是中青年学者在法律文化史研究领域中的原创性成果。我们希望《法律文化史研究》成为我国法律史学界学人的又一位良师益友,并为中国法律学术的发展做出贡献。

本卷的编辑出版,得到了上海市重点学科项目经费的资助。商务印书馆领导对本套丛书给予了高度重视和支持,责任编辑王兰萍副编审则为本书的编辑出版付出了诸多心血。对此,均表示我们一片诚挚的谢意。

何勤华

于上海·华东政法学院

2004年元旦

① “法律文化史,就是关于法律文化发展的历史过程及其规律的描述的学问(科学),具体包括对历史上各种法律事件的出现与演变,各种法律制度与原则的兴衰,关于法律的名词、概念、术语,法学人物、学派、学说、理论等的形成和发展,以及在法律文化发展中它与经济、政治、道德以及其它社会文化现象的关系等的阐述”。参见何勤华:《法律文化史论》,载《法学》1996年第10期。

② “法律文化史的研究,将法制史、法律思想史、法学史等糅合在一起,既有制度,又有入物,又有思想,又有理论和学说,因而为人们提供了新的视角、新的方法,以帮助人们从宏观上、整体上把握法律发展的整体风貌,从而开辟了一个新的研究领域”。参见同注①。

* 本书涉及著者十多位,为了尊重著者的行文习惯,各篇文章在部分译名上未以统一,如盎格鲁撒克逊,也译为盎格鲁·撒克逊,或盎格鲁一撒克逊;日耳曼,也译为日尔曼等。特此说明。

目 录

序 言

何勤华

中国法制史

试论唐律的吏治规范 王 爽 (3)

南宋民事法制与社会变迁——以《名公书判清明集》

为基础兼与西方比较 高 珣 (31)

外国法制史

日耳曼王国的婚姻家庭制度考论 李秀清 (61)

英国王权与教权之关系的历史考察 程 维 (115)

印度宪政史考略——以 1950 年《印度共和国宪法》

为中心 廖初民 (166)

比较法文化

论公民的守法理由 李清春 (221)

西欧中世纪法律职业阶层的兴起——兼及其对法治

文明传承的作用 任 超 (264)

域外古代土地产权制度比较研究——从服务于我国

2 目 录

集体土地所有与利用制度变迁之角度	王铁雄 (307)
------------------------	-----------

法律学说史

自然法传统与欧陆现代民法思想的形成——理性	
时代的自然法与民法	朱晓喆 (367)
“宪法”词义的历史透视	刘守刚 (401)
中国近代法史学的诞生及其成长	何勤华 (424)

世界法典前沿

《欧洲民法典》讼案	张 斐 (459)
-----------------	-----------

探索与争鸣

法律经济学的理论意义和科学价值——方法论	
视角的反思	张玉堂 (503)

名著精读

从自由主义到集体主义:宪法平衡的转变——《法与宪法》札记	
.....	陈 颖 胡建会 (561)

附录

法律文化史研究论文索引	(576)
-------------------	-------

中国法制史

试论唐律的吏治规范

王 爽

一

中国古代社会，国家管理主要体现在对官吏行为的控制上。因为不论是国家的行政职权，还是司法职权都是由从中央到地方的各级官吏执行，而且古代社会司法行政合一，这更体现了整个官吏阶层在国家政治生活中举足轻重的地位。正因为如此，我国历代的统治者都十分重视吏治。重视吏治就要讲求吏治的手段和方法，在传统法律形式律令格式中有不乏吏治的各种具体规范。其中统治者注重使用刑名法术治理官吏阶层，留下了丰富的史料，积累了许多历史经验教训，有待于我们去挖掘、整理和研究。

从现代法治意义上说，国家管理的一大部分事务就是行政管理，行政管理的法律分支是行政法。所谓行政法，是由一系列行政法律规范所组成的国家管理的行为规范。所谓行政法律规范，是有关国家行政管理的行为规则，具体包括：行政组织法、行政行为法和行政监督法。其中行政组织法包括：行政编制法和公务员法。行政行为法包括：立法行为、执法行为、行政裁决裁判、行政程序。执法行为包括：行政许可、行政处罚、行政收费、行政强制。行政监督法包括：行政复议、行政诉

讼、国家赔偿。^① 这些内容形成了一整套现代行政法律规范的体系。

自国家产生,就有了规范官吏行为的法律。中国秦朝开始建立了中央集权的国家体制,行政法律作为维护皇权、提高封建行政机构效率,以及控制、监督各级行政权运行的主要规范,受到了空前的重视而发展起来。唐朝的行政法律规范,是在继承秦以来历代行政法规,特别是隋朝行政法规基础上建立的,唐朝形成了中国古代的行政法律规范体系。从行政法律渊源来看,在西晋以前,呈现为分散式的特征,即以分散的法规来表现行政法律规范,特别是由于律、令不分,所以此时具有行政法规与刑事法规混同的特色。自西晋始,界分了律、令概念,“律以正罪名,令以存事制”,行政法规与刑事法规相分离,令就成为行政法规之主要渊源。《晋令》、《北魏令》、《北周令》、《北齐令》、《开皇令》、《大业令》的出现,反映了西晋以来,令的法典化倾向。此时就使中国古代行政法律渊源由分散发展为集中,但是仍以分散的行政法规作为其必要的补充形式。到了西魏,《大统式》的出现,式作为行政法规的另一种渊源,从令中分离出来。式是行政细则、公程式的统称。唐朝形成了以令为行政法典,以式为行政细则规范,以格为随时补充的行政法律渊源系统。^②

古代社会是诸法合体的。中华法系以律为主,律是成文法规范的集中表现。在律的规范当中,吏治的条款从未减少,唐律就是典型。唐朝,在吏治规范方面除过上述的行政法律规范外,还在唐律 12 篇中设有官吏犯罪的专门章目,把统治阶层吏治的思想以刑名法制的方式加以充分地规定出来。我们通过研究唐律,就会发现其中的有关吏治规

① 高明暄等合著:《在中南海和大会堂讲法制》(二),第 114—131 页,商务印书馆 2002 年 11 月第 1 版。

② 陈鹏生主编:《中国法制通史》第四卷、隋唐,第 270—271 页,法律出版社 1999 年 1 月第 1 版。

定,具体详尽,可谓条分缕析,处罚严格、操作性强是当今立法无法比拟的。这些不能不为后人叹为观止!

研究吏治方法归根到底是为研究国家治理的方法。中国,封建皇帝之所以能够统治长达二千余年,究其原因:统治者严格规范官吏的行为,建立起了集中统一的行政管理机构、廉洁严密的官吏组织,从而提高行政效率、稳定统治秩序,才是不可忽视的。即统治者一方面,运用专门的行政法律规范规制国家管理活动;另一方面在律中间设专章规范官吏在履行职务过程中的犯罪并予以严厉的惩处,即使用刑罚或刑罚附加行政责任的方法,惩罚违反国家管理规定的官吏。通过这种方法,最终起到了严明法纪,谨防徇私枉法的震慑效果,使官吏忠心耿耿为皇帝、国家效忠。这种封建社会建立起来的有序的严厉的行政管理模式,较好地维护着皇权统治,成为中华法系优秀的文化遗产为亚洲近邻各国所仿效,其遗风至今犹存。

唐律是中国传统法律的典型范式,以后的宋、元、明、清都以此为“祖宗成宪”,少有变化。随社会变迁,为了适应时世,后世法律渊源也有变化,如明朝出现了律例合编,以例为法律形式的补充,但是,以唐律为主体的中国传统法律的形式并未发生根本的改变。所以,唐律始终具有中国传统法律文化的代表性,今天我们研究它,可以起到窥一斑而见全豹的效果。本文从唐律,主要是名例律和职制律条文入手,分析其中关于官吏违法犯罪的原则和具体规定,以期探索唐律吏治规范对当今立法的启迪作用。

二

名例律是唐律之首篇,共6卷57条。它规定了罪名,刑罚的种类、等级,刑罚适用的原则,法律概念、专用术语的解释。名例律在唐律

中起着类似近代刑法总则的作用,集中体现了统治阶层制定唐律的指导思想和基本原则,主要有十恶、八议、五刑、请、减、赎、官当,老幼废疾减免、同居相为隐,规定了更犯的处理、“六赃”的处理、自首的原则、共犯的处理、化外人相犯的处理以及比附的原则。通过疏议还对一些概念,如,监临、主守、主司、要势,日、年,加、减等情形的含义都予以明确的界定。唐律其他十一律,相当于近代刑法分则部分,规定了具体的犯罪和刑罚。卫警律,2卷33条,主要规定侵犯皇宫警卫和国家关津要塞保卫的犯罪;职制律,3卷58条,规定了官吏违反职务方面和有关行政公务的犯罪;户婚律,3卷46条,规定妨碍和破坏户籍、土地、赋税管理和婚姻家庭犯罪;厩库律,1卷28条,规定违犯牲畜和仓库管理的犯罪;擅兴律,1卷24条,规定军事和非法营造、兴建工程的犯罪;贼盗律,4卷54条,规定严重危害国家统治秩序和财产制度的犯罪;斗讼律,4卷59条,规定伤害他人和违反诉讼要求的行为;诈伪律,1卷27条,规定各种欺诈和伪造行为;杂律,2卷62条,规定上述各律中无法包容的犯罪;捕亡律,1卷18条,规定追捕犯罪嫌疑人;断狱律,2卷34条,规定司法审判行为。

传统的观点认为,唐律是刑法典,通常把十恶、八议制度当作贯穿唐律这一封建法律的指导思想,体现中国传统法律的专制与等级特色。但是我们换一个视角,从唐律30卷500条中间,抽取官吏犯罪这一特殊的犯罪主体加以研究,从名例律关于监临和主守的概念界定,官吏犯罪时,刑罚附加除名、免官、免所居官的行政责任种类,到其他各律关于官吏犯罪的具体规定,尤其对专设的职制律进行深入研究,就会发现唐律在规定国家公职人员履行职务行为时犯罪的情形、层次清晰明了,量刑严格、首从有别。从中立体地勾画出唐朝关于官吏犯罪和刑罚的原则与制度,操作性很强,立法技术高超。从这个意义上说,唐律从一个侧面又反映着中国古代国家管理中十分重视对官吏的治理,积累了不

少的吏治方面的思想文化遗产。今天,我们研究唐律的吏治思想、原则和制度对于完善我国现代行政管理都是有借鉴意义的。

名 例 律

(一)规定了表示官吏的专门术语,即监临和主守。

第 54 条:诸称“监临”者,统摄案验为监临。称“主守”者,躬亲保典为“主守”。虽职非统典,临时监主亦是。^①

即凡是律文称为“监临”,统辖监督部下及审理判断或参与处置的官员是为监临。(指州、县、镇、戍及折冲府等官署内,判官以上的官员,他们在各自的管辖范围内,属于监临。除这些官署之外,其他官只要是实行统辖的主管官员及进行审判的官员都是。即使只管辖有关人的本人而不管辖其家属的,如果奸淫其家属或向其家中取财的,都依监临官员犯罪的办法处罚。)称为“主守”的,是亲自进行守护管理的人。即使自己的职责不是统辖主管,临时被派行使统辖主管职权的也是监临主司。

可见监临和主司囊括官员范围较为广泛。一些犯罪的构成要求特殊主体,即须由监临或主司所为,如职制律所规定的犯罪皆是。

(二)官吏犯罪的特殊责任形式。对官吏附加于刑罚适用的行政责任有:除名、免官、免所居官三种。

1. 除名

第 18 条:诸犯十恶、故杀人、反逆缘坐,狱成者,虽会赦,犹除名。即监临主守,于所监守内犯奸、盗、略人,若受财而枉法者,亦除名;狱成

^① 此部分律条参见刘俊文点校:中华传世法典《唐律疏议》,第 49—70 页,法律出版社 1999 年 9 月第 1 版。

会赦者，免所居官。其杂犯死罪，即在禁身死，若免死别配及背死逃亡者，并除名；会降者，听从当、赎法。

即凡是犯十恶大罪，故意杀人，因亲属犯谋反、大逆罪而连坐处刑，（本应缘坐，但因年老、病残而免于缘坐的人也同）狱成的，即使遇大赦，仍要除名。（“狱成”，是赃物以及其他犯罪的罪证确凿，包括尚书省复断完毕，还未呈报皇帝的案子）如果监临主守在管辖区内犯奸淫、盗窃、略人，或者是受贿枉法的，也除名；（“奸”是指奸淫良人。“盗”及“受财枉法”是说赃值满一匹绢的）刑案判决上报后遇赦的，撤去现任官职。（遇降级处刑的，依免官法处理）其他的死刑犯人，如果在关押期间死亡的，免去死刑另作发配和抗拒死刑逃亡的，都除名；（以上都是指本人犯罪应处死刑并已狱成的情况）遇降减刑罚的，可听由依官当和赎法处置。

十恶罪中除名是独立的行政责任，即使大赦也除名。

2. 免官

第 19 条：诸犯奸、盗、略人及受财而不枉法；若犯流、徒，狱成逃走；祖父母、父母犯死罪，被囚禁，而作乐及婚娶者，免官。

即凡是官吏犯奸、盗、略人及受财而不枉法者；（都是指判徒刑以上刑罚的）或者犯该判流刑、徒刑的罪，已判决上报之后而逃跑；祖父母、父母犯了死罪正被监禁而奏乐、娶妻结婚的，都免官（是说二项官职都免。爵位及免官未涉及的历任官职，听由保留）。

比较第 18 条，官吏奸淫、盗窃、受财枉法者，除名；受财而不枉法者，免官。犯罪不伏法，尊亲犯罪而行乐事，这种官吏不悖家庭人伦，安得为官，也以免官处罚。

3. 免所居官

第 20 条：诸府号、官称犯父祖名，而冒荣居之；祖父母、父母老疾无侍，委亲之官；在父母丧，生子及娶妾，兄弟别籍、异财，冒哀求仕；若奸

监临内杂户、官户、部曲妻及婢者，免所居官。

即凡官署、官职名称同父母或祖父母的名字犯同字，而冒受荣耀担任该项官职；祖父母、父母病老无人侍奉，抛弃尊亲担任官职；在父母的丧期里生孩子及娶亲，兄弟间别立户籍，分异家产，在丧期内外出求取官职；或者与管辖之下杂户、官户、部曲的妻子和官私奴婢通奸或予以强奸的，撤免所任官职（是指撤免作为一项官职的职事官、散官及卫官之官职。如果属职事官，同时兼有助官阶的，只免去职事官职。如果属于犯父母、祖父母名字而冒受荣耀升官的，应追回已发的任官凭证）。

对不尽家庭道德义务，只图当官荣耀之徒要受免所居官的处罚，体现注重伦理的择官原则。

上述除名、免官、免所居官是对官吏犯罪的行政制裁方式，除名最重，免所居官最轻，免官居中。疏议：“除名、免官、免所居官，罪有差降，故量轻重，节级比徒。”即以轻重不同的三种行政制裁适用于不同罪名、情节的违法犯罪官吏。这三种行政制裁不可折抵徒刑的执行，不可单独适用，一般是与相应的刑罚，作为其附加责任形式和辅助的制裁手段来适用。这种行政处罚方式，在制裁期限届满时叙法的形式是不同的，第21条撤免官爵者的处罚和重新任用一款有明确规定。

第21条：诸除名者，官爵悉除，课役从本色，六载之后听叙，依出身法。若本犯不至免官，而特除名者，叙法同免官例。免官者，三载之后，降先品二等叙。免所居官及官当者，期年之后，降先等一品叙。若本犯不至免所居官及官当，而特免官者，叙法同免所居官。其免官者，若有二官，各听以所降品叙。即免官、免所居官及官当，断讫更犯，余有历任官者，各依当、免法，仍累降之；所降虽多，各不得过四等。若官尽未叙，更犯流以下罪者，听以赎论。不在课役之限。虽有历任之官，不得预期参之例。