

新路集

第六集

——第六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

第六集

——第六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

2017 · 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. 第六集, 第六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, 2017. 1
ISBN 978-7-5620-7306-2

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(2017)第004586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	固安华明印业有限公司
开 本	880mm × 1230mm 1/32
印 张	13.25
字 数	385 千字
版 次	2017 年 2 月第 1 版
印 次	2017 年 2 月第 1 次印刷
定 价	48.00 元

为往圣继绝学

——在第六届张晋藩法律史学基金会征文

大赛颁奖活动上的讲话

(代前言)

各位老师、各位同学，大家上午好！借这个颁奖的机会，我今天就以宋代著名哲学家张载的“为往圣继绝学”这句格言为题，来谈一谈治学的方法与价值。

张载是北宋时期主张“理在气中”的带有唯物主义倾向的哲学家、思想家，他说过四句非常有名的话，就是大家熟悉的“为天地立心，为生民立命，为往圣继绝学，为万世开太平”，他用这四句来表达治学理念和价值追求。简单讲，所谓“为天地立心”就是说首先要树立一种高尚的精神；“为生民立命”，就是要引导人们重视自己的价值；“为往圣继绝学”，就是要传承并接续优秀的历史文化；而“为万世开太平”，就是要学以致用，治学服务于社会，要为全人类造福。这气魄很大，充满着改革的精神和理想。我们来着重谈一谈“为往圣继绝学”这句话。

“为往圣继绝学”，也就是“继往圣之绝学”，在张载那个时代，“绝学”的主要内容是“六经”，“六经”所包含的信息非常丰富，在清代，章学诚就说过“六经皆史”，意思是说六经中含史学内容或者六经本身就是史学之作。这个“史”之中，也有法制史。这样看来，继绝学中也带有继古圣先贤中的法制史学问在内。

比如《尚书》中“商书”中的“盘庚”上、中、下三篇，就可以从法制史的角度来解读，从中我们可知：首先，中国古代的政治结构是“亲贵合一”；其次，盘庚的言行表明了商王至高无上的权威。

而“周书”中的法制史内容就更多了，“康诰”一篇表达了“明德慎罚”的法律思想，是西周建国后的一种新的治国理政的方略；“酒诰”主要是讲周王吸收了商人的亡国教训，告诫臣下不要沉湎于酒、耽于嬉戏，但是对于殷商遗民饮酒就不一定要处罚，此篇开启了后世“因俗立法”、“因族立法”之先河；“吕刑”篇则谈到了大量的立法司法措施及其原则。

至于《周礼》，因官叙事，其结构和范式被后世吸取，开启了《唐六典》、明清会典之先河，它以行政法为主，是一部诸法合体的法规大全，《周礼》所载并非全是周朝制度，但确实是很值一提的法制史著作。

诸子百家的作品当然毫无疑问亦属绝学，里面还有丰富的法制史内容。早在公元前7世纪，管子就提出了“以法治国”的主张，这在世界法制史上是绝无仅有的，管子认为以法治国，可以使得“政不二门”，这体现出中国古代法文化的先进。“以法治国”这种主张提出之后，“以法治世”、“法为治具”的思想一直延续下去，后来结合儒家思想，形成了治理的传统，古代始终以法治世、以德化民，推行“霸王道杂之”、“外儒内法”、“礼法结合”的治国方略。

前若干年，山东的法史学者，曾经倡导开展“齐法家”研究，他们认为，除了我们通常所知道的“三晋法家”外，其实齐国也存在深厚的法家文化，但是目前这方面的研究很不够，我觉得很有价值。有些法家，比如慎子等，也长期被人忽略，可以说，对于先秦诸子的法律思想，还存在着很大的研究空间。

而孔夫子，从某种意义上来说，也是法史学者，他说“殷因于夏礼，所损益可知也；周因于殷礼，所损益可知也。其或继周者，虽百世，可知也。”其实讲的就是法制的传承和变迁的问题。这个礼的规范与法的规范有时是重合的，故讲三代礼的传统，某些方面就等于法的传统。孔子又说：“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。”就是说一味用政令来治理百姓，用刑法来整顿他们，老百姓只求能免于犯罪受惩罚，却没有廉耻之心；而用道德加以引导，用礼义来加以教化，百姓就不仅会有羞耻之心，而且心悦诚服。这就是孔子的德化论，如果以德化民，那么百姓内在会反省，外在的表现就自然合规矩。孔子并不反对司法，但同时又提出，司法要有一个主宰，必须要用礼乐来主宰，他说：“礼乐不兴，则刑罚不中；刑罚不中，则民无所措手足。”所谓“中”，就是公平，不偏不倚。要想公平，首先得有道德，这个道德既包括法律本身是良好的，又包括司法之人是有道德的，受礼乐教化，一秉至公。此外，孔子虽然当过司法官，但是并不热衷于将所有纠纷都用司法方式来解决，他说：“为政，必也使无讼乎！”因此，孔子的法律思想倾向很明显，就是德主刑辅。

至于法家的法律思想和实践之丰富，毋庸置疑。他们不仅提出了犀利的理论，奠定了中国法理学的基础，同时又是实际的履行者，还是政治改革家。虽然关于法家的研究表面上很多，但是真正有厚度有深度的作品，还是很缺乏。即便就韩非子一个人好好研究一下，也能写出很厚的书，这个有待于以后的努力。

以上我们只是举了些例子，我想说明的是中国古圣先贤传下来的经史子集绝学中，有大量的法制史内容等着我们去发掘，这个领域是大有可为的。

那么进行法史学研究，有什么现实的意义呢？我想治学的目的是传承中国优秀法文化，彰显中国法制文明的地位。迄今还有学者否认中国法制文明的价值，说这话的同志大都是对中国法的历史没有涉及或者涉及不多的，更多还是受“西方中心论”影响所致，他们对于祖宗传下来的优秀法文化视而不见，只知道西方提出了“法无明文规定不为罪”的法治主张，殊不知，这样的主张中国早于西方一千多年就已经提出了。就法典而言，从云梦秦简中，我们就可以看到成熟的法典形态，这比西方蛮族法典的出现也要早一千年。

张载、章学诚等并不单是坐而论道，而主张经世致用，用学术改造社会，造福民生。我们从事法制史学的研究，也要发挥这样的作用，要发挥其历史借鉴意义。中国法制史学是一个宏大的智库，有取之不尽有益于当代法制建设的资源，需要我们进一步发掘。

那么法制史学能为当代提供哪些借鉴呢，我们简要地提几点：

首先是民本的思想。《尚书》中就提到“民为邦本，本固邦宁”的论述，在公元几千年前就能提出如此思想，这表明我们祖先很早就具备了高度的理性思维能力。民本在法律上又有诸多体现：一是得民心。《尚书》“康诰”中，周公谈到为什么殷商会覆灭，原因就是失去了民心。当时商朝的军队很强大，人数很多，多到如火如荼的地步，但是在和周朝军队打的时候，却不堪一击，且临阵倒戈，这就是民心所向。正所谓“人无于水监，当于民监”，后历代统治者大都会吸取商亡的教训，注意得民心，得民心者得天下，说的就是这个道理。二是立民生。是说法律要保障老百姓基本的生存和生产条件，要给老百姓创造好的环境。所以翻开古代的法典，我们可以看到大量的土地立法、赋税立法、环境立法，都是立民生的反映。三是重民命。《易经》有云“天之大德曰生”，人的生命是最可宝贵的。所以法律上也特别重视死刑案件的处理，到南北朝时死刑案件的决定权已经收归朝廷。康熙皇帝曾经提到，他感到最不愉快的时刻，就是每年秋审要勾决人犯之时。乾隆皇帝在临勾之前，还要求有五复奏。这都是重民命的体现。重民命，也是为了稳定社会秩序，死刑案件的处理方式，常常影响到社会的安定。这些都是古代治国理政的宝贵经验。

其次是综合治理的经验。周公在灭商之后，对于如何治理天下，曾经有过深入的思考。提出了一种综合治理的方案，后来逐渐演变为一套“礼乐政刑，综合为治”的举措，《礼记》认为这些措施的终极目标是一致的，是为了达成善治，正所谓“礼乐政刑，其极一也。”这个方案经过了后人不断完善，最终形成了“德礼为本，刑罚

为用”的治理思想，成为一个传统，一直到近代。

再次是治法与治人并重，也就是法吏并重的措施。这就要求先得立善法，然后择良人来司法。王安石提到“立善法于天下者，天下治。”王夫之也全面地阐述过良法与良吏结合的重要性。至于法家，则对良法善治提出过更多系统的论述，这些在今天听起来，依旧带有“警世恒言”的味道。比如慎到说：“法之患，莫大于公不行。”就是说以私害法，使法不行，比无法还危险。这是多么具有现实意义的话！商鞅说：“法之不行，自上犯之”，“法之能行，自上守之”。这也强调领导干部要带头守法，在今天同样具有现实教育意义。韩非更是总结：“国无常强无常弱，奉法者强则国强，奉法者弱则国弱。”法治兴则国兴，法治危则国危。这些结论都具有超越时空的价值。

所以，我们为往圣继绝学，既要读这些绝学，又要努力用绝学作经世之用。如果能够科学地进行分析 and 总结，那么完全会发挥其应有的作用。我记得印度曾经有过一句格言，大意是说山林起火，一只鸟飞到水池边，将羽毛沾湿然后去灭火，有人问片羽汲水，又有何益？那只鸟说，山林哺育了我，我这样做是回报。

那么同样，我们的祖先哺育了我，我们中华子孙也应该有所回报。我们拿什么回报祖先呢？就用祖先传下来的知识，继往圣之绝学，为现代法治建设服务，这是对祖先最好的回报。

张晋藩

2016年5月8日

目 录

- 代前言 为往圣继绝学
——在第六届张晋藩法律史学基金会征文大赛颁奖活动上的讲话 / 1

一等奖获奖论文

- 谢 晶 财产何必“神圣”？
——清代“盗官物”律例研究 / 2

二等奖获奖论文

- 朱仕金 从“文学”到“吏事”
——唐宋判文演变的法律文化探析 / 40
- 常 悦 清代阳武县张氏家族土地交易契约研究 / 58
- 李 明 清人律学观与清代律学地位的重估 / 107
- 李勤通 古代“杀人无罪”考论 / 134
- 王世柱 《东西洋考每月统纪传》中的法政知识研究 / 160

三等奖获奖论文

- 郑金鹏 1923年《中华民国宪法》制定中的省制之争 / 204
- 胡英阔 清代赘婿法律地位研究 / 224

杨 扬 “歇家”在明清讼事中的地位考析 / 251

马洪伟 存留养亲：传统司法的情理表达及其当代价值
——从《刑案汇览》一则案例说起 / 275

袁 也 《法经》伪史始末考 / 296

尹 梦 唐代流刑执行研究 / 317

陈蔼婧 论明代直系血亲间的财产权关系 / 330

翟家骏 “心甘情愿”与“强制调处”之间
——清代民事案件中的“甘结”文书研究 / 349

时 晨 华北人民政府铁路占地问题立法述评 / 368

王小康 黄宗羲式法政秩序原论
——基于《明夷待访录》文本的分析 / 383

编后记 / 408

一等奖获奖论文

财产何必“神圣”？

——清代“盗官物”律例研究*

谢 晶**

财产神圣不可侵犯。

——1789 法国《人权宣言》〔1〕

溥天之下，莫非王土。率土之滨，莫非王臣。

——《诗经·小雅·北山》〔2〕

一、缘起：“国家财产神圣不可侵犯”？

在现代法律体系中，有一所谓的“国家所有权”概念——国家对全民所有的财产进行占有、使用、收益和处分的权利。〔3〕在我国，与国家所有权并列，又有“集体所有权”一概念，并把国家财产与集体财产统归于“公共财产”之中。〔4〕

国家大法《中华人民共和国宪法》（以下简称《宪法》）第十二条声明公共财产的地位：

* 本文为苏亦工教授主持的国家社会科学基金一般项目“《大清律例》疑难条文及相关制度背景考论”（项目批准号：12BFX016）的阶段性成果。本文得程雪阳副教授、张薇博士分别从宪法学、刑法学角度的提点，特此致谢，但文责笔者自负。

** 清华大学法学院博士研究生。

〔1〕 王德禄、蒋世和编：《人权宣言》，（香港）中国图书刊行社1989年版，第16页。

〔2〕 程俊英、蒋见元：《诗经注析》（下），中华书局1991年版，第643页。

〔3〕 杨立新：《物权法》（第3版），中国人民大学出版社2009年版，第70页。

〔4〕 限于主题，本文仅以国家所有权为例讨论，基本忽略集体所有权的问题。

社会主义的公共财产神圣不可侵犯。国家保护社会主义的公共财产。禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏国家的和集体的财产。

《中华人民共和国民法通则》（以下简称《民法通则》）第七十三条再次强调公共财产中国家财产的地位：“国家财产属于全民所有。国家财产神圣不可侵犯。”而对于与公共财产相对应的私人财产，《宪法》第十三条仅言，“国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权”，没有了公共财产的“神圣”性。法律措辞的改换，体现出法律对国家所有权与私人所有权地位的态度——前者高于且重于后者。《中华人民共和国物权法》（以下简称《物权法》）则以第四十五至五十七条对《宪法》及《民法通则》的有关内容进一步细化与申说，内容包括国家所有权的范围、行使者权责、法律地位等，其中第四十五条关于国家财产的权属：“法律规定属于国家所有的财产，属于国家所有即全民所有。国有财产由国务院代表国家行使所有权；法律另有规定的，依照其规定。”更进一步，在《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）中，对侵犯国家财产的行为，有贪污罪（第三百八十二、三百八十三条）、挪用公款罪（第三百八十四条）、私分国有资产罪（第三百九十六条）等对其施以刑事处罚。

在我国传统时代的国家律典中，并无“所有权”这一概念，更遑论“国家所有权”。〔5〕不过，若谈及相关问题，学者们常会联想到《诗经》中的名句：“溥天之下，莫非王土。率土之滨，莫非王臣。”例如，教育部的《中国法制史》课程“指定教材”即言：

这几句话，是对中国古代社会最高统治者所拥有的极端权力的充分概括。从理论上说，在中国古代，天子被认为是“上天之子”，代表着上天来统治人间。天下的所有一切，包括土地、人民，最终

〔5〕 在传统社会，甚至没有现代意义上的“国家”概念。

都归天子所有。〔6〕

但笔者窃以为，这样的解读存在误会。一方面，这一诗句的本意并非为表彰“天子”之“所有权”。结合上下文来看：“偕偕士子，朝夕从事；王事靡盬，忧我父母。溥天之下，莫非王土。率土之滨，莫非王臣。大夫不均，我从事独贤。”此分明是“一位士子怨恨大夫分配工作劳逸不均的诗”：朝夕从事王事无休止，忧心父母不得其养，既然“溥天之下，莫非王土。率土之滨，莫非王臣”，为何惟“我”劳事独多？〔7〕另一方面，我国传统时代并无现代（西方）意义上的“所有权”概念，因此若用此概念简单套用于传统时代，或断章取义几句诗歌遽以说明传统时代的“所有权”状态，那么，对相关问题的论说即必然出现偏差。事实上，若我们把目光聚焦于传统时代的国家律典，则会发现，这里“最高统治者所拥有的极端权力”可能并无那么“极端”，而他们所拥有财产的范围甚至远不如我国当代法律体系中那么广泛，地位也没有那么“神圣”。

在传统社会，可与当代之“国家所有权”或“国家财产”相类比的，是当时的“官物”——被官方（非官员个人）所有的财产。按前引之《民法通则》及《物权法》，“国家财产属于全民所有”，“属于国家所有即全民所有”，此表明，代表全体人民意志和利益的国家享有国家财产所有权，国家是全民财产的唯一所有人。但是，为了真正实现对全民财产的共同占有，以及国家机关、事业单位从事职能活动的需要，国家必须对全民财产进行合理分配，把国家所有权客体中的各项财产，按照其性质、用途交给国家机关、企事业单位、其他组织及个人占有和使用。〔8〕因此可以说，在理论上，国家财产属于国家所有、全民所有，

〔6〕 曾宪义主编：《中国法制史》，北京大学出版社2000年版，第53页。

〔7〕 参见程俊英、蒋见元：《诗经注析》（下），中华书局1991年版，第641～643页。

〔8〕 参见杨立新：《物权法》（第3版），中国人民大学出版社2009年版，第70～71页。

但在实际操作层面上,却是由国务院等国家机关、企事业单位等行使所有权(或所有权中的部分从权利)。^[9]正是在这一实际操作的层面上,传统时代的官物与当代之国家财产的概念实可相与类比。^[10]

具体而言传统时代,以清代为例,《大清律例》对官物的保护主要集中在《刑律·贼盗》中,共有九条专门针对盗官物的律文,以及两条既可针对官物亦可针对私物的律文(盗牛马畜产、诈欺官私取财)。^[11]其中,针对一般官物(笔者所创之词)即“仓库钱粮”的律文为“监守自盗仓库钱粮”与“常人盗仓库钱粮”。所谓“仓库”,“收米谷曰仓,收财帛曰库”,^[12]亦即官家以税赋等形式从私人处收取的米谷或财帛。而据沈之奇之说,两条律文中,“仓库钱粮”一词后有“等物”二字,使得二律所针对之对象“所包者广,凡系经管官物皆是”。^[13]有关仓库的律例多列于《户律》仓库律中,但它们又大多“以”或“准”监守自盗、常人盗仓库钱粮处理,因而本文的讨论主要从贼盗律中切入,并旁及这些“以”或“准”的情况。而“特殊官物”(笔者所创之词),乃在传统时代被赋予特殊内涵的一些官物,它们的价值不能如一般官物仓库钱粮一样简单计数,有关律文包括:盗大祀神御物、盗制书、盗印信、盗内府财物、盗城门钥、盗军器、盗园陵树木。

下表简要列出这些盗官物及私物律文所规定的处罚方式:

[9] 参见《物权法》第45、53~55条。

[10] 郑秦教授直接把传统时代的官物称为“封建国家的财物”,但笔者认为这两个概念还是有所差异。参见郑秦:“清律惩贪条款辨析”,载《政法论坛》1992年第2期。

[11] 此外,相关的还有几条有盗律“总则”性质的律文:亲属相盗、盗贼窝主、共谋为盗、公取窃取皆为盗、起除刺字。盗私物的律文有五条:强盗、白昼抢夺、窃盗、盗田野谷麦、恐吓取财。

[12] (清)薛允升著述:《读例存疑重刊本》(第2册),黄静嘉编校,(台北)成文出版社1970年版,第319页。

[13] (清)沈之奇撰:《大清律辑注》(下),怀效锋、李俊点校,法律出版社2000年版,第564页。

表格 1

官 物	基本处罚	“亚类型” ^{〔14〕} 处罚	私物	处 罚	私物/ 官物	处 罚
盗大祀 神御物	皆 斩	皆杖一百， 徒三年	强盗	不分首从， 皆斩	诈欺官私 取财	准窃盗论/ 以监守自 盗论
盗制书	皆 斩	皆杖一百	白昼 抢夺	分首从， 计赃或不 计赃论罪	盗马牛 畜产	以窃盗论/ 以常人盗 官物论
盗印信	皆斩 (监候)	皆杖一百	窃盗	分首从， 计赃论罪	/	/
盗内府 财物	皆斩 (杂犯)	依盗官物论	盗田野 谷麦	分首从， 计赃论罪	/	/
盗城门钥	皆杖一百， 流三千里 (杂犯)	皆杖一百， 徒三年；皆 杖一百	恐吓 取财	分首从， 计赃论罪	/	/
盗军器	计赃， 以凡盗论	/	/	/	/	/
盗园陵 树木	皆杖一百， 徒三年	/	/	/	/	/
监守自盗 仓库钱粮	不分首从， 并赃论罪	/	/	/	/	/
常人盗 仓库钱粮	不分首从， 并赃论罪	/	/	/	/	/

〔14〕“亚类型”，乃笔者之自创词，用以代指那些所盗之物并非典型的原盗之对象，但与典型的原盗之对象相关或相似，因此也被书写于原盗罪之下的犯罪形态，对盗亚类型之物的处罚通常低于盗原盗之对象。

关于《大清律例》中盗官物律例的研究,前辈学者已可谓众说纷纭。如清初律学家沈之奇及美国学者钟威廉均有“律重官物”之说,^[15]而清末律学家薛允升、徐象先则发现其中“轻财物重民命”^[16]或“为害于国,其害小,……为害于民,其害大”^[17]的立法意旨。此外,重要的研究还有台湾地区学者巨焕武专门针对监守自盗仓库钱粮律的长文,对该律之犯罪类型、构成要件、处罚类型等有全面概论。^[18]笔者认为,这些研究及结论均颇值得关注,但总体而言,其要么为律学家在讨论个别律文中的词句时稍带提及(沈、薛、徐之说),要么是学者在未经细致研究之时便笼统概括而出(钟氏之观点),要么仅讨论了个别律例(巨氏之文),均未能在细致研究的基础之上对全部盗官物律例的整体性予以把握,更鲜及古今中外之比较研究以及法学视角的理论提升。

因此,本文之鹄的即试图弥补这些缺憾,从《大清律例》相关条文及其演变入手,结合台湾“中央研究院”藏“明清内阁大库档案”、台湾“故宫博物院”藏“清代宫中档奏折及军机处档折件”等实践材料,^[19]以现代(西方)法学(包括宪法学、民法学、刑法学)理论为参照,对清代之盗官物律例及实践作一深入解析。

[15] (清)沈之奇撰:《大清律辑注》(下),怀效锋、李俊点校,法律出版社2000年版,第572、577页。William C. Jones, “Theft in the Qing Code”, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 30, Issue 3 (Summer 1982), p. 518.

[16] 尽管薛氏讨论的是明律,但明律此处的规定与清律一致,参见(清)薛允升撰:《唐明律合编》,怀效锋、李鸣点校,法律出版社1999年版,第530页。

[17] (清)徐象先编:《大清律讲义》,京师京华书局印刷,光绪丁未(1907年)仲冬初版,第17页。

[18] 巨焕武:“清律中的监守自盗罪”,载(台湾)《政大法律评论》1992年第45期。与该文同年,大陆学者郑秦也发表相关文章,二文均是本领域的奠基作品,参见郑秦:“清律惩贪条款辨析”,载《政法论坛》1992年第2期。

[19] 这些原始档案较已点校出版的案例汇编(如《刑案汇览》)有更丰富的材料,也更能体现出清代律例实践的实相。