

● 汪汉卿 主编

包拯法律思想与实践



● 安徽大学出版社

BAOZHENG FALU SIXIANG YU SHIJI

244.1

● 汪汉卿 主编

包拯法律思想与实践

陳瑞鼎



● 安徽大学出版社

包拯法律思想与实践

安徽大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

包拯法律思想与实践/汪汉卿主编. - 合肥:安徽大学出版社, 2000.10

ISBN 7-81052-388-0

I. 包… II. 汪… III. 包拯(999~1062)-法律-思想-研究
IV. D909.244.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 49617 号

包拯法律思想与实践

汪汉卿 主编

出版发行	安徽大学出版社 (合肥市肥西路3号 邮编230039)	印刷	中国科学技术大学印刷厂
联系电话	总编室 0551-5107719 发行部 0551-5107784	照排	合肥劲松激光照排社
电子信箱	ahdxchps@mail.hf.ah.cn	开本	850×1168 1/32
责任编辑	朱寒冬	印张	8
封面设计	孟献辉	字数	190千
经销	新华书店	版次	2000年10月第1版
		印次	2000年10月第1次印刷

ISBN 7-81052-388-0/D·30

定价 16.00 元

如有影响阅读的印装质量问题,请与出版社发行部联系调换

序

包拯(999—1062),北宋时庐州(今安徽省合肥市)人。29岁进士及第,因亲老在家孝养父母,直至39岁才以大理寺丞出知天长县(今属安徽),其后又曾以丧长子“丐便郡”,先后知庐州、池州(今属安徽)。64岁以枢密直学士礼部侍郎病故于枢密副使任内。幼孀文效自汴京陪同董氏夫人护柩归葬合肥。综观其64年的人生旅程,2/3以上时间在合肥及安徽其他州县度过,是地地道道的安徽历史人物。

安徽大学法学院法律史教研室为开发地方文化资源、弘扬传统文化,撰写了《包拯法律思想与实践》一书,列入省九五社科重点规划,将学术研究与地方独特的政治历史文化相结合,为安徽社会主义建设服务,颇具特色。其意义与学术价值,堪与徽学研究中心的科研项目相媲美。本书主编汪汉卿教授嘱序于予,愧为退休法史学工作者义不容辞,欣然应命。谨就包拯的思想言行及其给予后世之影响,略贡刍荛,见仁见智容有不同,愚者一得,与作者、读者共同商榷。

包拯为宋仁宗赵祯(1022—1063在位)朝的名臣、政治家。历任地方官(知县、知州、知府,包括权开封府)、监察官(监察御史里行、监察御史、知谏院、御史中丞)、财税官(三司权度支判官、户部判官、三司户部副使、转运使、三司使)和军事官(枢密副使)等职,理所当然地在《包拯集》中有相当部分的政治思想。

我国学术界在新中国成立前,如梁启超(1873—1929)的《先秦政治思想史》、萧公权(1897—1981)的《中国政治思想史》等,专谈政治思想,即使有关法律思想,也是从政治思想角度涉及,中国法律思想专著很少。新中国成立后,尤其近20年来,如《中国法律思想通史》、张国华(1922—1996)的《中国法律思想史新编》等,专谈法律思想,即使是有关政治思想,也是从法律思想角度涉及,中国政治思想专著很少。其实政治思想与法律思想二者虽有联系,毕竟不能混为一谈。如果从国家和法来着眼,有关国家学说及国家活动方面的思想,应属于政治思想;有关法的学说、法的制定与执行,尤其是有关司法审判的思想,应属于法律思想。

包拯的“民为国本”思想、基于忧患意识的忠君爱国思想、变革三冗(冗兵、冗官、冗费)的政治改革思想、宽养民力发展生产思想、吏治思想、做好皇帝耳目的监察思想、固边保民思想……似属于政治思想;包拯的法哲学思想和关于法律的作用,法律的统一性、稳定性和严肃性思想及国家的立法原则,以儒家思想为主兼容法家、道家思想,法治思想,公正执法思想,反腐倡廉严惩贪污思想……似属于法律思想。当然,无论政治思想或法律思想,都有一定的阶级性,包拯是封建社会的历史人物,其思想都有其封建统治阶级的烙印。

包拯是千古传颂的清官,清官是贪官的对称,乃清明、清正、清廉之意。司马迁《史记》立《循吏列传》,历代史书竞相仿效,何以清官典型自宋元以来独钟包拯(当然,明清代还有海瑞、况钟)?是有历史根源和社会根源的。包拯承袭了我国传统思想“民为国本、本固邦宁”,关于国家大事,为巩固北宋统治,首先考虑到人民。利国利民或公私两利,他赞成;于国有利,于民有害,他反对;于国有利,于民无害,他赞成。他时时处处心上装着贫苦农民,在为民请命、为民除害、为民伸冤、为民兴利除弊的政治实践中,为人民做了不

少好事,凝聚了他深厚的人民性,切身受益的人民群众忘不了他。“童稚妇女亦知其名,呼曰包待制”(《宋史本传》)。在他去世百年后,仍然活在人民心中,“小夫贱吏,类能谈之”(吴祇若:《包拯集绍兴刊本跋》)。后来改朝换代,经南宋至元明清,老百姓在黑暗角落里,沉冤无处伸雪,还在呼唤着“包青天”。而在封建统治阶级方面也都无比赏识、推颂,明初宋濂在《跋包孝肃公诰词后》说:“公居家孝友,立朝刚正,清风峻节,百世师法。”再则是文学作品的艺术渲染。如宋代词话《三现身包龙图断案》,元戏曲家公案剧中的包公戏,明清时的《公案小说》《龙图公案》、《三侠五义》以及后来京剧和各剧种的包公戏;尤其是长时期说书艺人宣传到广大城镇乡村,家喻户晓,使包拯成为千古传颂的清官,从而形成具有中国特色的清官文化。

人类创造的文化有物质文化、制度文化和观念文化(相对于物质文化来说制度文化与观念文化为精神文化),作为通俗文化的清官文化,就内容讲,观念文化与制度文化兼而有之。法律文化是制度文化,法律思想是围绕了法律制度的思想。无论法律思想或法律制度,都有较强的阶级性,而清官文化除了阶级性外,更有较浓的人民性,反映了被压迫的人民意识和人民愿望。乍一看,清官文化与法律文化似乎风马牛不相及,但是仔细一想,清官文化是由清官思想、清官形象形成,而清官思想、清官形象主要指清正廉明、执法不阿,为民伸冤、除暴安良,这些都与法律文化分不开。封建社会的清官审问案情时,审讯形式还不纯粹依据封建王朝的法律制度?所以说,清官文化和法律文化具有血肉联系,清官文化也可以说是法律文化派生出来与艺术形式相结合的文化。我们探讨包拯的法律思想与实践时,有必要阐明清官文化与法律文化的关系,从而进一步研讨中国特色的清官文化作为文化遗产的二重性。在国家尚未消亡的社会中,只要有“官”的存在,清官文化就有批判继承

的必要。前不久,新闻媒体不是还在表扬某纪检工作者为“当代包公”吗?朱镕基总理在中外记者招待会上答记者问时不是说:“卸任后只要全国人民说我是一个清官,不是贪官,我就很满意了”?

思想是行动的先导,本书从包拯的言论行动、所作所为,也就是通过包拯的社会实践、政治实践,联系历史实际来析述包拯的法律思想,按照马克思主义理论联系实际学风,无疑是完全正确的。但对待历史人物的思想,还必须联系当代实际,从包拯的思想中吸取其借鉴价值,“以史为鉴”、“古为今用”。因为历史永远是现实的参照,也就是通过对历史人物的借鉴,让现实社会和人生智慧获得历史参照和人生启迪。

结合当前实际,包拯思想的借鉴价值,最重要的莫过于他的反腐倡廉思想。他说:“廉者,民之本也;贪者,民之贼也。”(《乞不用赃吏》)意思是说:廉洁的官吏是被人民爱戴的表率;贪污的官吏是被人民唾弃的蠹贼。他界定廉、贪的涵义,完全以人民的向背为原则,他是代表人民利益而反对贪污腐败的。他不但严于律己,以身作则,从我做起反腐倡廉,而且还用《家训》形式告诫子孙反腐倡廉:“后世子孙仕宦有犯赃滥者,不得放归本家;亡没之后不得葬于大茔之中。不从吾言,非吾子孙。仰珙刊石,竖于堂屋东墙,以昭后世。”但对于“幅员至广、官吏至众,黠货暴政,十有六七”(《请先用举到官》)的北宋官场,无法在封建专制体制下,力挽狂澜。原来北宋太祖赵匡胤(927—976)曾立誓约,不杀大臣;太宗赵灵(939—997)曾说:“幸门(舞弊)如鼠穴,何可尽塞?但去其甚者斯可矣。”(《续资治通鉴》卷十七)真宗赵恒(968—1022)和仁宗赵祯继续奉行这个大度宽容的“祖宗旧法”,对官吏流于放纵,除叛逆、谋反罪外,仅仅贬黜任地方官,俸禄照旧,罪大者也不过降级到“边远州军”安置,“过岭(大庾岭)”“过海(琼州海峡)”,算是最重的处置,但

仍然做官食禄。官员们有恃无恐，互相庇护，贪污成风。如此历史环境下，包拯岂能如文艺戏曲所描绘那样严惩贪污、刹住贪污舞弊的歪风？

当前，处于转型期的中国社会，腐败风越刮越烈，腐败涉及的金额越来越大，腐败官的级别越来越高，层面越来越广，而民众的怨气亦越来越大。对于腐败现象，尽管党和国家最高领导层三令五申反腐倡廉、整顿党风，红头文件、规章制度一次又一次地颁发，腐败分子一个又一个地被惩办，为什么腐败现象还是得不到遏止，仍在继续蔓延呢？腐败犯罪的产生，有历史原因和现实原因，也有内在的主观因素和外在的客观因素。本文不拟详论。

从主观因素看，包拯“打铁不怕自身硬”的严于律己，值得学习。《大学》是北宋王朝印发进士修习的书籍，“自天子以至于庶人，一是皆以修身为本”。修身、齐家、治国、平天下，是从修身开始的。包拯严于自律，以身作则，“清心为治本，直道是身谋”。奠定了反腐倡廉的自身基础。党中央在党员干部中推行“三讲”学习，继之以“三个代表”的教育正是从树立正确的人生观、价值观做起的。但愿通过教育，使所有党员干部都能强化公仆意识，全心全意为人民服务，与腐败现象彻底决裂。

从客观因素看，腐败是附着在权力上的咒语。在北宋封建专制体制下，“天高皇帝远”，“一任清知府，白银五万两”。尽管有监督机制和监察机制，皇亲国戚，依仗权势，胡作非为，谁也惹罪不起，即便是出身布衣，一旦掌握了权力，上下勾结，官官相护，贿赂公行，肆无忌惮。包拯反腐倡廉，奏请精选廉能，不用赃吏，严惩赃吏，赃吏遇赦不减降，遇赦不叙用，疏决不原减。尽管这些奏议，也曾起了一些作用，但不可能从根本上解决腐败问题。从包拯反腐倡廉中吸取教训，腐败的根源在于权力的滥用，防范腐败就必须从

制度上下手防止滥用权力。改革政治体制,首先要消除“官本位制度”。毋庸讳言,中国是官本位制国家,官阶的高低实质上可换算成权力的大小,官阶系列实质上是以权力系列为本位的。因而“官本位”实质上是“权本位”,做官的有权牟取特权利益,特权观念是腐败现象的主要根源。享有特权者可以以权代法,以言代法,把法律理解为对付阶级敌人或约束群众的工具,有的大官“和尚打伞,无法无天”。他们把权力看作比金钱还坚挺的价值实体,不惜将手中的权力转化为财富牟取私利。由于体制上的权力过分集中带来的党政不分、政企不分,干部人事制度的弊端和缺陷,“伯乐相马”式的选拔方法,必然造成严重的任人唯亲、官僚主义、宗派主义、裙带风等腐败现象。干部低工资制是贪污腐败风盛行的深层制度原因,现行分配制度显然有失公平,于是权力被视为改善自身处境寻求社会财富再分配的一种独占的特殊“资源”。少数人贪污、敲诈、受贿、违法乱纪,一般干部普遍兴起吃喝风、送礼风、集体消费风,屡禁不止。再说监督体制又不健全,政治透明度低……这一切都来源于官本位制。据悉事业单位人事制度将全面改革,取消行政级别,不再按行政级别确定事业单位人员的待遇,搞活用人机制,率先在科研、高校、卫生等事业单位进行改革,取得经验后,逐步向文化、广电、新闻出版等行政系列推广,这是对于改变官本位制的开端。相信各级政府大力加强公开、公平、公正选拔人才,努力推行公务员制度,各级人民代表大会积极依法实施其监督职能,在建设社会主义民主法治国家的光辉大道上必将逐渐刹住腐败风。

是为序。

陈盛清

2000年8月

目 次

序	陈盛清
第一章 包拯生活的历史时代及其生平	1
第一节 包拯生活的历史时代	1
第二节 包拯的家世与生平	20
第二章 包拯法律思想的渊源和理论基础	32
第一节 包拯法律思想的渊源	34
第二节 包拯法律思想的理论基础	41
第三章 包拯法律观和法治思想	55
第一节 包拯法律观	55
第二节 包拯法治思想	59
第四章 包拯经济法制思想与实践	87
第一节 轻徭薄赋 赈贫恤患	92
第二节 废除禁榷 扶植工商	105
第三节 兴修水利 发展农业	117
第四节 减冗节用 崇尚俭朴	120
第五章 包拯监察思想与实践	126
第一节 肃正纲纪 维持国是	129

第二节 惩治贪污 倡导廉政	138
第六章 包拯吏治思想与实践	157
第一节 治国之道 用人为要	161
第二节 选任贤才 不次进用	172
第三节 严格考课 屏绝冗滥	180
第七章 包拯司法道德与司法艺术	184
第一节 清心为治本 直道是身谋	184
第二节 重证据察情词 理大罪赦小过	190
第八章 包拯法律精神与传统法文化	196
第一节 包拯法律精神与传统法文化	196
第二节 包拯法律精神与清官文化	208
附录 包拯法学研究综述	223
后记	242

第一章

包拯生活的历史时代及其生平

第一节 包拯生活的历史时代

包拯,字希仁,北宋庐州人,生于宋真宗咸平二年(999),卒于宋仁宗嘉祐七年(1062),终年64岁,谥号孝肃,世人尊称“包公”。

包拯一生经历了北宋真宗、仁宗两朝。真宗在位二十五年(998—1022),仁宗在位四十二年(1022—1063),包拯青少年读书求学期间正值真宗时代,其后中举及为官则处于仁宗时代。仁宗天圣五年(1027)二十九岁的包拯考中进士,“初命大理评事、知建昌县”^①,但因父母年事已高,便辞官归养,“十年亡宦”^②。景祐四年(1037)年近不惑的包拯重登仕途直至病逝。可见,包拯一生的

① 杨国宜整理:《包拯集编年校补》(以下简称《包拯集》)附录吴奎《包拯墓志铭》(以下简称《墓志铭》),258页,黄山书社,1989(以下引该书版本不另注)。

② 《包拯集》附录张田:《题词》,307页。

大部分岁月是在仁宗时代度过的,其政治生涯更是与仁宗的统治共始终,而他的一切居官活动都与这时代息息相关,深深地烙有时代的印记。

一、政治背景

北宋历经九帝,从宋太祖赵匡胤陈桥兵变夺取后周政权,建立宋朝到金兵攻破东京,掳走徽宗、钦宗二帝,其间共一百六十七年(960—1126)。在中国历史舞台上,北宋伊始便以加强君主专制的中央集权政体而著称,自此,中国历史上再没出现过因藩镇割据而导致分裂的情形。但同时,有宋一代又以积贫积弱而艰难维系,始终未能出现类似汉代文景之治,唐代贞观、开元盛世等中兴鼎盛的局面。总体而言,北宋的政治背景有如下特征。

(一)中央集权加强

北宋承五代十国之乱,通过兵变立朝。建国之初,太祖太宗吸取五代以来“方镇之重,君弱臣强”、“正统数易”的教训,采取了以“削夺其权,制其钱谷,收其精兵”^①为主要内容的一系列改革措施,强化各项控制,加强中央集权。主要体现为:其一,控制兵权。“太祖太宗,平一海内,征累朝藩镇跋扈,尽收天下劲兵,列营京畿,以备藩卫”^②。由此将兵权归于皇帝直接统率之下。具体做法是在中央建立殿前司、侍卫亲军马军司以及步军司三衙机构,三衙仅有统兵权,调兵权则归枢密院,分散统兵与调兵之权,以便于皇帝驾驭。此外,挑选地方厢军中强壮者补充中央禁军,禁军实行更戍

^① 司马光:《涑水纪闻》卷一。

^② 《文献通考·兵考四》卷一百五十二。

法,轮番戍守地方要地,形成“兵无常帅,帅无常师”的局面,收兵权于中央,同时又达到控制地方的目的。其二,控制政权。北宋形式上沿袭唐代官僚体制,实质上采取了一系列分割臣僚事权的措施。首先,从中央机构来看,北宋设二府三司,二府为中书门下和枢密院,一掌民政,一掌军政;三司又称计省,合盐铁、度支、户部为一,总管财政。这样中央权力一分为三,三衙分立,各自不得擅权,同时又事权割裂,互相牵制。二府三司的长官中书门下平章事(宰相)、枢密使、三司使互不统属,各对皇帝负责。这一方面削弱了百官的实权,便于皇帝分别控制,另一方面也导致了政出多门和管理混乱。其次,从宰相之权来看,中书名义上“佐天子,总百官,平庶政,事无不统”^①,实际上宰相之权也一分为三:军权归枢密院,财权归三司使,所剩行政权也多因须事事奏请皇帝而大受限制。至宋仁宗时“制国用之职不在中书也”^②,已是众所周知的事实。此外还设置参知政事作为宰相之副,以牵制宰相之权。相权的削弱,反衬出皇权的加强。再次,从用人策略和职官设置上看,出于“防臣下甚于防外寇”的心理,在具体官吏的任用上,尤其是对朝臣的重用上,遵循“异论相搅”的用人原则,即参用政见不同者,以使“各不敢为非”^③。这加重了臣僚的互相牵掣,也引发了终宋之世党争不断的恶果。在职官设置上,采用“官与职殊”,“名与实分”的官、职、差遣相分离制度:“官以寓禄秩,叙位著,职以待文学之选,而别为差遣以治内外之事”^④,以此笼络和控制官吏。通过上述分化改制,上至宰辅重臣,下至州、县长官均权限不大,各有约束,且彼此

① 《宋史·职官志》卷一六一。

② 《宋史》卷三三七。

③ 李焘:《续资治通鉴长编》(以下简称《长编》)卷二一二。

④ 《宋史·职官志》总序。

都成为皇帝的“耳目之司”，皇权处于绝对专制的最高地位。其三，控制财权。中央的三司掌管全国和地方财政，三司使下专设若干司院，检查督理财务，审计账目出入以负财政监察之责。地方上，宋初立国之时即规定“诸州度支经费外，凡金帛以助军实，悉送都下，无得占留”^①。设置转运使负责所属州府的水陆转运和财政税收，可直接向朝廷报告各地情况。此外，设有“事得专达”皇帝的通判管理并监督地方财政。“利归公上而外权始削”^②。其四，控制地方。北宋对地方实行分条直插的管理制度，并充分运用分割职权的办法加强对地方官吏的控制。地方设路、州、县三级，路设四司：一为帅司（经略安抚使），掌军政，兼理民政；二为三曹司（转运使），掌财赋，兼理治安民政、监察官吏；三为宪司（提点刑狱使），掌司法、监察；四为仓司（提举常平使），掌赈灾、盐铁茶酒之权，兼察吏治。路之四司各掌一路军、财、刑、政等事务，互不统辖而又职责交错，彼此监督，直接对皇帝负责。路以下为府州军监，其中以州为主。其长官由皇帝直接任命中央文官担任，防止地方官拥兵自重，另设通判一职，“号称监州，盖其官虽郡佐，而其人间有出入朝廷之特命”^③，是皇帝控制府州的耳目及工具。府州军监以下为县，县一级不再分割职权，但知县由皇帝任命文官担任。由此可见，有宋一代，不仅地方官的任免由皇帝控制，而且路、州、县的军、政、刑、财诸权尽收于中央，中央对地方的控制达到了前所未有的程度。

宋初通过太祖太宗上述分割权力以及强干弱枝的政策与措

① 《长编》卷六。

② 《宋史·食货志·会计》卷一七九。

③ 《文献通考》卷六三。

施,有效地将地方权力收归于中央,中央权力集中于皇帝,达到了集权防弊的目的,“艺祖皇帝一兴,而四方次第平定,藩镇拱手以趋约束……朝廷以一纸下郡国,如臂之使指,无有留难,自管库微职,必命于朝廷,而天下之势一矣”^①。至仁宗时,统治局面相对而言则最为繁荣,“号为本朝至平极盛之世”^②。

(二)内忧外患加剧

仁宗时期,表面看去是北宋的“极盛之世”,实则“盛世”之下隐忧丛生,危机四伏,社会矛盾日益显露,这些都严重威胁着北宋政权的稳定。

危机和矛盾之一是,国家机构庞大、重叠,官兵冗滥低能。宋初为强化中央集权,大行分权之道,在“循唐五代之制”^③的基础上,又增设新的重叠机构。如兵部之外又置枢密院,由枢密使、知院事同掌兵权;户部之外又增置盐铁司、度支司、户部司,同事财政。机构重叠,导致政事疏漏废弛,“三省六曹二十四司,类以他官主判,虽有正官,非别敕不治本司事,事之所寄,十亡二三”^④。同时,导致官员冗滥。因此,宋代疆域远不及唐,而官吏之数却为唐的两倍多^⑤。其次,宋代的差遣制也导致了官吏队伍的庞大和名实混乱,往往罢差遣而官职仍存,黜职务而官阶如故,冗官闲员充斥于朝。再者,北宋选官有六途:科举、学校、保证、补荫、铨法、考课,其中最重要的是科举,科举取士至仁宗时人数最多,四十二年

① 《陈亮集》卷一《上孝宗皇帝第一书》。

② 叶适:《水心别集》卷十一《财总论二》。

③ 《宋史·职官志》卷一六一。

④ 《宋史·职官志》卷一六一。

⑤ 参见宋祁:《宋景文集》卷二十六。