



C2012080315

出土文献与 唐代法律史研究

郑显文 著

中国社会科学出版社

出土文献与 唐代法律史研究

郑显文 著



中国社会科学出版社



C2012080315

图书在版编目(CIP)数据

出土文献与唐代法律史研究 / 郑显文著. —北京: 中国社会科学出版社, 2012. 3

ISBN 978-7-5161-0572-6

I. ①出… II. ①郑… III. ①法制史—研究—中国—唐代 IV. ①D909.242

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 031902 号

责任编辑 郭 媛
责任校对 李 莉
封面设计 毛国宣
技术编辑 李 建

出版发行	中国社会科学出版社	出版人	赵剑英
社 址	北京鼓楼西大街甲 158 号	邮 编	100720
电 话	010-64073831(编辑) 64058741(宣传) 64070619(网站) 010-64030272(批发) 64046282(团购) 84029450(零售)		
网 址	http://www.csspw.cn (中文域名:中国社科网)		
经 销	新华书店		
印 刷	北京君升印刷有限公司	装 订	廊坊市广阳区广增装订厂
版 次	2012 年 3 月第 1 版	印 次	2012 年 3 月第 1 次印刷
开 本	880 × 1230 1/32		
印 张	16	插 页	2
字 数	398 千字		
定 价	48.00 元		

凡购买中国社会科学出版社图书,如有质量问题请与本社发行部联系调换
版权所有 侵权必究

序 言

探寻唐代法律的精神传统 重新构建理性的法律秩序

一个理性的社会必然要有一套理性的法律体系。纵观几千年来中国法律发展的历史，唐代法律在当时世界上无疑是最先进、最理性的法律。如果我们把唐代法律维护官僚贵族法律特权和等级身份制的内容全部剔除，蓦然发现唐代的法律竟是如此贴近中国人的生活，其许多法律内容在今天看来仍具有普适性，有深入学习和借鉴的必要。概而言之，唐代法律具有如下几个方面的特点：

首先，唐代法律是一部人性化的法律。唐代作为中国古代社会的盛世，其立法的出发点表现在尊重人性的自然要求，人性化的立法理念始终充斥着国家法律的各个层面，有些学者把唐代法律的这一特征概括为道德人伦主义。^①

对人性的尊重，是古今中外各国立法的最高境界。唐代法律对于人性的尊重，主要体现在对人的生命权和健康权的重视。与前后各代相比，唐律对死刑的判决和执行是我国古代最为审慎和文明的时代。唐代《狱官令》规定：“诸决大辟罪，在京者，行

^① 戴炎辉：《唐律通论》，台湾元照出版公司2010年版，第22—26页。

2 出土文献与唐代法律史研究

决之司五复奏；在外者，刑部三复奏。在京者，决前一日二复奏，决日三复奏；在外者，初日一复奏，后日再复奏。纵临时有敕，不许复奏，亦准此复奏。”唐朝的立法者如此不厌其烦地强调实行三复奏和五复奏，就是为了避免错杀无辜，因为他们知道，一旦死刑犯被执行，生命便永远无法挽回了。

唐代死刑的执行也颇显人性化。如对于正怀孕的女性死囚，法律规定不能立即执行死刑，“听产后一百日乃行刑。若未产而决者，徒二年；产讫，限未滿而决者，徒一年。失者，各减二等”^①。若妇女犯死罪而产子，无家人照看，付近亲收养；没有近亲，交付四邻。有欲养为子者，虽然是异姓，也允许收养。

有人说监狱管理如同一面镜子，它折射出该时代法律的文明程度。唐代的监狱实行人性化管理。监狱分为男监女监，对于女犯人的管理由杂色妇女充任，“诸妇人在禁，皆与男夫别所，仍以杂色妇女伴狱”。正在服刑的妇女，如果是“在禁临产月者，责保听出。死罪产后满二十日、流罪以下产满三十日，并即追禁，不给程”。为了保障囚犯的身体健康，唐代《狱官令》还对罪犯的监狱生活作了明确规定：“诸狱皆厚铺席荐，夏月置浆水。其囚每月一沐。其纸笔及酒、金刀、钱物、杵棒之类，并不得入。”如果囚犯在监狱内患有疾病，主管官吏应及时救治，“诸狱囚有疾病者，主司陈牒，长官亲验知实，给医药救疗，病重者，脱去枷、锁、杻，仍听家内一人入禁看待”^②。

唐代虽没有建立现代社会的养老、医疗和保险制度，但法律对于生活不能自理的老弱病残等弱势群体，也作了特殊规定。按

① 《唐律疏议》卷30。

② [日]仁井田陞：《唐令拾遗》，栗劲、霍存福等译，长春出版社1989年版，第724页。

照唐令《户令》规定：“诸鳏寡孤独贫穷老疾，不能自存者，令近亲收养。若无近亲，付乡里安恤。如在路有患疾，不能自胜致者，当界官司收付村坊安养，仍加医疗，并堪问所由，具注贯属，患损之日，移送前所。”^①唐代法律还充分体现了尊老敬老的精神，“诸年八十及笃疾，给侍一人；九十，二人；百岁，五人。皆先尽子孙，听取近亲，皆先轻色。无近亲外取白丁者，人取家内中男者并听”^②。

由于唐朝政府从人性化的角度立法，才使唐代出现了中国历史上法制最为清明的局面。贞观四年，全国“断死刑二十九人，几致刑措”。^③贞观六年，唐太宗亲录囚徒，全国被判死刑的罪犯有390人，他下令将390个死刑犯全部放还回家，约定次年秋季再回来受刑，“及期，囚皆诣朝堂，无后者，太宗嘉其诚信，悉原之”^④。唐代前期能够让死刑犯定期归案，人性化的立法精神发挥了重要作用。

其次，唐代法律是一部预防官吏腐败的法律体系。官僚阶层是中国古代社会的特殊群体，他们掌握公权力代表国家行使对普通民众的统治。对于这一特殊阶层，如果不能依法加以约束，很容易滋生腐败。唐代是中国古代的治世，唐代前期之所以出现历史上少有的“贞观之治”和“开元之治”，与唐朝前期依法严格治吏的法律理念是密不可分的。

若想从严治吏，必须严格把握官吏的选拔和任用。唐太宗等人认为，皇帝深居宫中，耳目视听不能及远，民间的一切政务都

① [日] 仁井田陞：《唐令拾遗》，栗劲、霍存福等译，长春出版社1989年版，第165—166页。

② 同上书，第139—140页。

③ 《旧唐书》卷3《太宗本纪下》。

④ 《新唐书》卷56《刑法志》。

4 出土文献与唐代法律史研究

要委托州县官吏治理,“此辈实治乱所系,尤须得人”^①。把对官吏的选拔和任用提升到国家治乱存亡的政治高度。

唐代法律对于官员选拔的标准作了明确的规定,据《唐六典》卷2记载:“凡选授之制,……以四事择其良,一曰身,二曰言,三曰书,四曰判。以三类观其异,一曰德行,二曰才用,三曰劳效。德钧以才,才钧以劳。”在选任官吏时,唐代实行严格的回避制度,据《唐六典》卷2记载:“凡同司联事,及句检之官,皆不得注大功以上亲。”为了防止地方官员在任职期间利用姻亲关系结党营私,法律禁止监临官在任职期间与下属结成姻亲关系,“诸州县官人在任之日,不得共部下百姓交婚,违者虽会赦,仍离之。其州上佐以上及县令于所统属官亦同”^②。

唐代从严治吏的思想还体现在对官吏日常行为的管理上。唐代法律严禁官员及其子弟从事商业经营,唐令《杂令》规定:“诸官人,不得于部内请射田地及造碾硪,与人争利。”如果地方官员家属在所辖范围内有借贷、卖买等情况,将追究官员本身的法律责任:“诸监临之官家人,于所部有受乞、借贷、役使、卖买有剩利之属,各减官人罪二等;官人知情与同罪,不知情者,各减家人罪五等。”^③

为了鼓励国家官员尽职尽责,秉公执法,唐代建立了完善的考课制度。唐代官员的考核是在公开公正的原则下进行,据《考课令》规定:“诸内外文武官九品已上,每年当司长官,考其属官应考者,皆具录一年功过行能,对众读,议其优劣,定九等考第。”针对官员在考核时可能出现的弄虚作假现象,唐代法律也作

① 《贞观政要》卷3。

② [日]仁井田陞:《唐令拾遗》,栗劲、霍存福等译,长春出版社1989年版,第162页。

③ 《唐律疏议》卷11。

了制度上的设计，将无限期追究造假官员的法律责任：“官人因加户口及劝田农，并缘余功进考者，于后事若不实，纵经恩宥，其考皆从追改。”^①对于地方官员在任职期间浮夸政绩的现象，唐律规定：“诸在官长吏，实无政绩，辄立碑者，徒一年。若遣人妄称己善，申请于上者，杖一百；有赃重者，坐赃论。受遣者，各减一等。虽有政绩，而自遣者，亦同。若官人不遣立碑，百姓自立及妄申请者，从‘不应为重’，科杖八十，其碑除毁。”^②

为了预防司法腐败，唐代也在制度层面上有所建树。对于因法官疏忽或适用法律条文错误而造成错判误判的情况，唐律称之为“断罪失出入”，对此处罚十分严厉，据《唐律疏议》卷30“断罪应斩而绞”条规定：“诸断罪应绞而斩，应斩而绞，徒一年；自尽亦如之。失者，减二等。即绞讫，别加害者，杖一百。”该条文设立的目的是为了维护法律的严肃性，加强司法官员审判的责任心，尽可能使司法机关所审理的刑事案件全部符合法律原意。如果司法官员审理案件出现错判的情况，不仅对被告人造成了严重伤害，同时法官本身也难逃罪责，唐律对法官错判误判处罚之严重，是中国历代法典中所少见的。

如果是司法机关集体错判，应如何区分各自所承担的法律责任，《唐律疏议》卷5“同职犯公坐”条对集体错判的法律责任进行了细致剖析：“诸同职犯公坐者，长官为一等，通判官为一等，判官为一等，主典为一等，各以所由为首。”长孙无忌在疏议中作了明确解释：“同职者，谓连署之官。公坐，谓无私曲。假如大理寺断事有违，即大卿是长官，少卿及正是通判官，丞是判官，府史是主典，是为四等。各以所由为首者，若主典检请有

① 《唐会要》卷82。

② 《唐律疏议》卷11。

失，即主典为首，丞为第二从，少卿、二正为第三从，大卿为第四从，即主簿、录事，亦为第四从；若由丞判断有失，以丞为首，少卿、二正为第二从，大卿为第三从，典为第四从，主簿、录事当同第四从。”如果是同职官员有私，连坐之官不知情者，以过失论处。如果是通判官以上异判有失，止坐异判以上官。

为了有效预防吏治腐败，唐代构建了一套全方位的法律体系。从官吏的选拔任用，到日常行为的约束，再到官员的政绩考核，最后上溯到法律责任的追究，每一个环节都有法律依据可循，丝毫没有制度上的漏洞。

再次，唐代法律是一部积极维护个人权利和追求公平正义的法律。任何时代的法律不外有两种职能：其一是维护统治阶级利益的功能；其二是维护社会诚信和公平正义的功能。当一个时代的法律更多地融入了诚实信用和公平正义的精神，那么该时期的法律制度就具有先进性，当时的社会状况也是一个积极向上的发展态势。反之，当一个时代的法律更多地强调维护专制和镇压的功能，而淡化了最基本的维护诚实信用和公平正义的功能，该时期的法律就会变得消极反动，面目狰狞！

古往今来，民事法律活动是世俗社会最为频繁的社会活动，诚实信用原则是民事法律活动的前提和基础。在中国古代最为兴盛的汉唐时期，中华民族是一个诚实守信的民族，但到了中国古代社会后期的明清两代，由于中国人生活的不稳定，人们的诚信观念遇到了前所未有的危机，已沦落到最不讲诚信的民族。^①探究其中的原因，笔者认为，汉唐和明清时期两种不同的立法理念是其中重要的因素。

^① [法] 孟德斯鸠：《论法的精神》（上册），商务印书馆 1963 年版，第 369 页。

诚实信用观念存在的前提是国家法律鼓励和积极维护人们通过正常劳动获得报酬。遍览唐代的法律条文，我们看到唐代法律的立法精神是鼓励和保护普通民众通过正常劳动来获取报酬。

唐代关于拾遗物、埋藏物和漂流物的立法内容充分体现了国家法律反对不劳而获、保护私人合法财产的立法意图。据《唐律疏议》卷27“得阑遗物”条规定：“诸得阑遗物，满五日不送官者，各以亡失罪论；赃重者，坐赃论。私物，坐赃论减二等。”唐律设立该条款的目的是因为拾得人没有付出劳动，因而不能分得拾得的财物。

唐代的许多公共工程都是由普通百姓兴修维护的，唐代水利资源管理的立法原则是谁付出劳动谁受益。唐令《杂令》规定：“诸取水溉田，皆从下始，依次而用。其欲缘渠造碾硪，经州县申牒，公私无妨者，听之。即须修理渠堰者，先役用水之家。”^①

如果说法律在民事领域的作用是为了维护公平和诚信的原则，其在刑事领域的表现则是为了维护社会的正义。翻开唐代的法典《唐律疏议》，维护公平正义的条款随处可见。对于那些见义勇为之人，唐律规定了具体的处罚办法：“诸邻里被强盗及杀人，告而不救助者，杖一百；闻而不救助者，减一等。力势不能赴救者，速告随近官司，若不告者，亦以不救助论。”^②如看见发生火灾、水灾等重大险情，知见人应及时通知官府或他人救助，对于不通知不救助的行为，《唐律疏议》卷27规定：“见火起，烧公私廨宇、舍宅、财物者，并须告见在及邻近之人共救。若不告不救，

^① 中国社会科学院历史研究所整理：《天一阁藏明钞本天圣令校证》，中华书局2006年版，第750页。

^② 《唐律疏议》卷28。

减失火罪二等”，合徒一年。唐律中的这些法律规范，说明中国传统法律维护社会公平正义的职能日渐成熟。

法律追求公平公正的效果是通过正当的诉讼程序来实现的。为了预防冤假错案的发生，唐代法律规定，只要诉讼人有冤情，可以按照管辖范围和诉讼程序逐级上诉，唐令《公式令》“辞诉皆从下始”条规定：“诸诸辞诉皆从下始，先由本司本贯，或路远而蹶碍者，随近官司断决之。即不伏，当请给不理状，至尚书省，左右丞为申详之。又不伏，复给不理状，经三司陈诉。又不伏者，上表。受表者又不达，听挝登闻鼓，若羸独老幼不能自申者，乃立肺石之下。”^①由此可见，唐代诉讼没有审级的限制，有冤情者可以通过法定诉讼程序一直上诉到最高统治者皇帝。

复次，唐代法律是一部接近于罪行法定主义的法律体系。众所熟知，中国自古以来就存在法权和君权的冲突，皇帝肆意行使权力，严重阻碍了国家法律管理公共事务的功能。唐朝建国后，提倡依法治国的理念，一度把法权提高到了君权之上的地位。唐太宗说：“法者，非朕一人之法，乃天下之法”，^②要求执法者秉公办事，依律令格式断罪。在唐代法典《唐律疏议》中，明确要求司法机关依照国家法典定罪量刑，“诸断罪皆须具引律、令、格、式正文，违者笞三十。若数事共条，止引所犯罪者，听”。皇帝颁布的临时制敕，若“不为永格者，不得引为后比。若辄引，致罪有出入者，以故失论”。^③

当君权与国家法律发生冲突时，唐朝前期统治者通常采取的态度是皇权服从法权。唐初贞观年间，有人伪造身份资历，唐太

① [日] 仁井田陞：《唐令拾遗》，栗劲、霍存福等译，长春出版社1989年版，第532页。

② 《贞观政要·公平》。

③ 《唐律疏议》卷30。

宗下令伪造者限期自首，不自首者处以死罪。不久有一伪造者被纠举出来，大理寺少卿戴胄依照法典处以流刑。唐太宗很不高兴，认为使自己“是示天下以不信”。戴胄据理反驳说，陛下拥有生杀大权，但案件既然交付法司审理，法官就要忠于法律，“臣不敢亏法”。在中国古代，法权一直在皇权的阴影下生存，作为中国古代社会的盛世李唐王朝，能够树立法治的观念，这也正反映了李唐统治者比其他历朝统治者的高明之处。

唐代主张法治，首先需要建立一套完备的法律体系。唐代律令格式的法典体系内容博大精深，涉及到社会生活的各个层面。唐代虽没有像现代社会按照宪法、刑法、民法、行政法、诉讼法等各个部门法进行细致的分类，但所涉及的法律内容却几乎涵盖了国家社会生活的所有领域。正是由于唐代建立了完备的法律体系，才为司法机关罪刑法定提供了形式上的保障。

罪刑法定主义是人类走向文明和社会进步的标志，是保障人权，扩大自由的集中体现。唐律虽没有明确提出现代刑法中的罪刑法定主义概念，但在具体的审判过程中，已融入了这方面的法律精神。唐律中的罪刑法定主义思想，主要体现在法典所规定的法无正条不入罪和罪不溯及既往的原则。^① 法无正条不入罪的原则，在《唐律疏议》卷30中规定：“事有时宜，故人主权断制敕，量情处分。不为永格者，不得引为后比。若有辄引，致罪有出入者，‘以故失论’。”罪不溯及既往的原则，在唐代《狱官令》中规定：“诸犯罪未发及已发未断决，逢格改者，若格重，听依犯时；若格轻，听从轻法。”^② 唐代法律从新从轻主义的原

① 戴炎辉：《唐律通论》，台湾元照出版公司2010年版，第10—11页。

② 中国社会科学院历史研究所整理：《天一阁藏明钞本天圣令校证》，中华书局2006年版，第646页。

则,法无正条不入罪的原则,有效地限制了司法权力的扩张,有利于保护当事人的合法权益。唐代法律的这一原则,我们认为已十分接近于近代西方资产阶级的刑法原则了。

唐代法律体系博大精深,法律内容丰富具体,其所展现的高超立法技术,完备的法律制度,至今令人叹为观止!尤其是它所倡导的先进法律理念和法制精神具有一定的合理性和普适性,唐代法律所展现的人性化特征和追求公平公正的原则,以及从严治吏的法律特色,已成为中华民族不断发展的源动力。

法律本身具有延续性。当今的中国一方面仍沿袭着昨天的法律传统,每年高校和国家机关的年终考核如唐代《学令》、《考课令》所规定那样照旧运作,唐代《户令》中的“代位继承”仍适用于当代中国的“法定继承”,唐令《杂令》规定的债权人不得私自执行债务人所欠的债负,只能通过国家司法机关强制执行的做法与当前我国债的履行非常相似;另一方面,近代以来的中国又丢失了许多优秀的法律传统,汉唐律典中关于人身伤害的保辜制度,与英国法中的一年零一天制度颇为相似,^①但在现代中国的刑法中已很难找到它的身影;汉唐律典中保护私人住宅的条款“禁吏毋夜入人庐舍捕人”和“夜无故入人家”,^②在英美法系中仍旧发挥着作用,而在我国现行的法典中早已销声匿迹;中国传统法律中关于见危不救罪的立法,^③在当今大陆法系国家的刑法典《法国刑法典》、《德国刑法典》、

① 参见周东平、张燕《保辜制度与一年零一天规则的比较研究》,收入戴建国主编《唐宋法律史论集》,上海辞书出版社2007年版。

② 据《居延汉简释文合校》395·11引汉代《捕律》:“禁吏毋夜入人庐舍捕人,犯者其室殴伤之,以毋故入人室律从事。”《唐律疏议》卷18《贼盗律》规定:“诸夜无故入人家者,笞四十。主人登时杀者,勿论。”

③ 参见郑显文《中国古代关于见义勇为的立法》,刊载于《中外法学》1999年第6期。

《西班牙刑法典》以及英美法系的《美国模范刑法典》都能找到相对应的条款,^①而在当今我国的刑法学界,还在为“见危不救是否入刑”进行激烈的辩论。

一个民族不能没有自己的传统,一个理性的民族更不能丢掉本民族优秀的法律传统。昔日的大唐帝国已如过眼烟云,一去不返,留给后人的只是无限思考!说到这里,或许会有读者发问:既然唐代建构了如此完备的法律体系,那么大唐帝国为何会走向灭亡,唐代法律又如何会衰落了?笔者认为,尽管有唐一代出现过“夜不闭户”、“路不拾遗”的太平景象,出现过“贞观之治”和“开元盛世”,但唐代社会终究是一个人治社会,唐代法律终究是一部以维护官僚贵族法律特权和尊卑贵贱等级身份的“人治性”的法律。如果把上述唐代法律的糟粕性内容全部祛除,它展现给我们的将是另一番绚丽景象!

^① 参见《法国刑法典》第223—5条:“任何人能立即采取行动阻止侵犯他人人身之重罪或轻罪发生,这样做对其本人或第三人并无危险时,而故意放弃采取此种阻止行动的,处5年监禁并科50万法郎罚金。”1976年《德国刑法典》第323条C款规定:“意外事故或公共危险或急难时,有救助之必要,依当时情况又有可能,尤其对自己并无显著危险且不违反其他义务而不救助者,处一年以下自由刑或并科罚金。”1971年《西班牙刑法典》第489—1条规定:“对于无依无靠,且情况至为危险严重,如果施予援助对自己或第三者并无危险但不施予援助,应处以长期监禁,并科以西币5000元至1万元之罚金。”《美国模范刑法典》第220条规定:“知悉由于火灾,他人之生命或其相当数量的财产已发生危险,而对自己又无特别危险且能采取消防或扑灭火灾之相当措施而不采取或不迅速报告火灾者,即犯轻罪。”

目 录

序言 探寻唐代法律的精神传统

重新构建理性的法律秩序	(1)
-------------------	-----

第一章 敦煌吐鲁番文书与唐代法典体例研究

(1)

第一节 敦煌吐鲁番文书与唐代律典体例研究	(1)
----------------------------	-----

第二节 敦煌吐鲁番文书与唐式体例研究	(39)
--------------------------	------

第二章 新发现的法律史料与唐代法制研究

(86)

第一节 北宋《天圣令》残卷与唐代的假宁制度	(86)
-----------------------------	------

第二节 新发现的法律史料与唐代的《狱官令》	(127)
-----------------------------	-------

第三节 敦煌吐鲁番文书与唐代商业法律制度	(153)
----------------------------	-------

第四节 出土文献与唐代司法官员的责任追究制度 ...	(188)
----------------------------	-------

第五节 出土文献与唐代诉讼活动中的译语人	(219)
----------------------------	-------

第三章 出土文献与中国古代法制史研究

(250)

第一节 出土文献与中国古代的书证	(250)
------------------------	-------

第二节 从新发现的古代社约文书看民众的 法律意识	(292)
-----------------------------------	-------

第三节 新发现的法律史料与中国古代军法	(342)
---------------------------	-------

2 出土文献与唐代法律史研究

第四章 中华法系与古代周边国家的法律交流 (377)

第一节 中华法系与古代罗马法之“暗合” (377)

第二节 中国律令法对日本古代诉讼审判制度的 影响 (425)

第三节 中国律令法对古代高丽王朝法律的影响 (463)

后记 (494)

第一章

敦煌吐鲁番文书与唐代 法典体例研究

第一节 敦煌吐鲁番文书与唐代律典体例研究

中国著名法史学家杨鸿烈先生曾对中华法系作了如下表述：“中华法系者，盖指数千年来支配全人类最大多数，与道德相混自成一独立系统且其影响于其他东亚诸国者，亦如其在本部之法律制度之谓也。”^① 唐律是中华法系代表性的法典，长期以来，国内外学者对于该法典给予了高度重视，研究成果颇为丰富。但是，到目前为止，法史学界对现存的《唐律疏议》究竟是《永徽律疏》还是开元二十五年《律疏》还存在着严重分歧；^② 对唐代律

① 杨鸿烈：《中国法律在东亚诸国之影响》，中国政法大学出版社1999年版，第2页。

② [日]佐藤诚实：《律令考》，刊载于《国学院杂志》第5卷，第13、14号，第6卷第1号；后收入《佐藤诚实博士律令格式论集》，汲古书院平成3年版。[日]仁井田陞、牧野巽：《〈故唐律疏议〉制作年代考》，原文发表于1931年东方学院东京研究所《东方学报》第一、二册，后收录于《译注日本律令》一，首卷，律令研究会编，东京堂昭和53年版。杨廷福：《〈唐律疏议〉制作年代考》，收入《唐律初探》一书，天津人民出版社1982年版。蒲坚：《试论〈唐律疏议〉的制作年代》，刊载于《法律史论丛》第2辑，中国社会科学出版社1982年版。