

# 特权法律制度论

Privilege

郭林虎◎著

中国检察出版社

# 特权法律制度论

郭林虎 著

中国检察出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

特权法律制度论/郭林虎著. —北京: 中国检察出版社, 2011. 12  
ISBN 978 - 7 - 5102 - 0578 - 1

I. ①特… II. ①郭… III. ①权利—研究—中国 IV. ①D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 229116 号

### 特权法律制度论

郭林虎 著

---

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjcbs. com)

电 话: (010)68658769(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市中国画美凯印刷有限公司

开 本: A5

印 张: 8. 125 印张

字 数: 222 千字

印 数: 1 - 3000 册

版 次: 2011 年 12 月第一版 2011 年 12 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 0578 - 1

定 价: 28.00 元

---

检察版图书, 版权所有, 侵权必究  
如遇图书印装质量问题本社负责调换

## 序 言

现代汉语中，“特权”这一个语言形式表达两个不同的概念。第一个概念反映违反法律和道德的一种消极社会现象。其内涵是剥削阶级依据其政治、经济地位而拥有的违反法律与道德的特殊利益。其外延主要有：居功自傲，言论和行动不受党纪国法的约束；独断专行，实行家长制；用人唯亲，排除异己；开后门，拉关系；以权谋私，权钱交易；多吃多占，大搞特殊等。第二个概念反映的是散见于各个部门法中的一种特殊法律制度。其内涵是法律（人定法或自然法）授予某（些）人为或不为特定行为的自由。其外延主要是各种特权及豁免权。例如，律师作证豁免权，总统刑事豁免权，外交代表豁免权，国家豁免权等。本书对特权的这两个概念加以区隔，主要围绕第二个概念之内涵与外延集中展开论述。

“特权”的这两个概念相互区别又相互联系。第一个概念反映的社会现象可以概括为特权者的权利滥用，第二个概念反映的社会现象是特权法律制度本身。没有特权法律制度，就不存在特权者的权利滥用。特权者的权利滥用必然是违反法律的，而特权法律制度当然是合法的。人们厌恶与痛恨特权者滥用权利，合情合理，本无可厚非，倘若进而否定特权法律制度本身，则缺失了理性，这正如倒脏水时把澡盆中活生生的婴儿倒掉一样。无论承认与否，特权法律制度的存在是合理的与必然的。老子曰：“盗亦有道；倘无其道，安能为盗哉！”特权法律制度架构中的每一种特权亦皆有其道，即合法的权利主体，依立法意图行使特权，履行法定的义务，不逾越特权的法定边界等。特权者依其道行使特权俱为正道，背道而行者则堕入权利滥用之泥淖。孟子曰：“行之而不著焉，习矣而不察焉，终身由之而不知其道者，众也。”（《孟子·尽心章句上》）

古往今来，享有特权而不明察特权之道者众矣，滥用特权以致国破身亡者亦多矣！有鉴于此，本书详究特权之道，以为芹献，期望特权者阅后能有所警戒。

法律制度有合理与不合理之分。合理之法律制度，依乎天理，顺乎人性，人民情愿服膺。不合理之法律制度，背离天理，违逆人性，人民免而无耻，貌恭而不心服。汉章帝建初六年，武都太守廉范毁削先令就是一个很好的例证<sup>①</sup>。特权法律制度亦有合理与不合理之辨。只有合理的特权法律制度才能获得社会大部分公众的认同。本书把合理特权之要件做了一个不周延的归纳。这些要件有：特权不应违背公序良俗；特权宜顺应经济基础与政治发展的要求；特权宜源自公正的社会分层；特权所占用的社会资源合理适度；特权的设立要兼顾各个社会阶层的需求；职务特权宜授予修天爵者。本书论究合理特权之要件，旨在为特权法律制度的制定与修改提供一个指导原则体系。

特权法定主义是特权法律制度的本质特征。特权的名称、特权的权利主体、权利的内容以及特权滥用的法律责任等都由法律作出明确的规定。一般地讲，法律之外无特权，法律之外的形形色色的所谓“特权”都是非法的利益。英国哲学家洛克提出了政府特权的理论，主张政府及其工作人员在没有法律规定的场合，可以按照他们的自由抉择来办理一些事情，甚至与法律的明文相抵触，来为公众谋福利，人民会默认这种做法。我们使用洛克的政府特权理论来观照中国法制史，会非常惊异地发现，中国传统法律文化中很早就产生了远比西方发达与丰富的有关政府特权的理论与实践，只不过我们的老祖宗使用的表述是“守经达权”而非政府特权而已。本书研究中国传统“守经达权”的理论与法律实践，意在通过总

---

<sup>①</sup> 《资治通鉴卷四十六》载：武都太守廉范迁蜀郡太守。成都民物丰盛，邑宇逼侧，旧制，禁民夜作以防火灾，而更相隐蔽，烧者日属。范乃毁削先令，但严使储水而已。百姓以为便，歌之曰：“廉叔度，来何暮！不禁火，民安作。昔无襦，今五绔。”

结历史的经验，为当代中国的政府特权法律制度之修改与完善提供一些助力。著者借这部分研究也想提醒读者：泱泱中华五千年文明这笔巨大的财富值得我们继承和挖掘。

西汉南昌尉梅福有言：“质之先世而不缪，施之当世合时务。”梅福之语，正是著者写作本书的指导思想和努力践行的方向。由于著者不能通览先世，故关于特权历史形态的描述定存谬误之处。又因著者不能洞悉当今之世，所以关于特权现实形态的叙述必有鄙陋之语。之所以粗陈梗概，杀青付梓，欲致抛砖引玉之效，求教于大方之家。

郭林虎

谨志于北京东郊日新斋

2011年5月7日

# 目 录

<b>第一章</b>	<b>什么是特权</b> .....	( 1 )
1-1	人们对特权的情愫 .....	( 1 )
1-2	特权的简短定义 .....	( 6 )
1-3	特权之权利主体范围狭窄 .....	( 9 )
1-4	特权就是豁免权 .....	( 12 )
1-5	特权优越于普通权利 .....	( 14 )
1-6	特权是有法律边界的自由 .....	( 16 )
1-7	特权贯注的立法精神 .....	( 20 )
1-8	有些特权不允许转让、放弃 .....	( 35 )
1-9	特权者亦需承担特定的法律义务 .....	( 42 )
1-10	特权之创设应操于君主或民意机关 .....	( 45 )
1-11	特权制度之民族性 .....	( 47 )
<b>第二章</b>	<b>特权的分类</b> .....	( 52 )
2-1	公法领域的特权与私法领域的特权 .....	( 52 )
2-2	世袭特权和非世袭特权 .....	( 57 )
2-3	贵族特权与平民特权 .....	( 60 )
2-4	绝对特权和限制特权 .....	( 64 )
2-5	开放的特权与封闭的特权 .....	( 69 )
2-6	成文法特权、习惯法特权、判例法特权、 学说与法理中的特权 .....	( 71 )
<b>第三章</b>	<b>特权的起源与基础</b> .....	( 75 )
3-1	动物界的特权现象 .....	( 76 )

---

3-2	特权的人性基础 .....	( 81 )
3-3	特权与社会分层 .....	( 87 )
3-4	特权与分配正义 .....	( 94 )
<b>第四章</b>	<b>合理特权之要件 .....</b>	<b>( 98 )</b>
4-1	特权不应违背公序良俗 .....	( 98 )
4-2	特权宜顺应经济基础与政治发展的要求 .....	(104)
4-3	特权宜源自公正的社会分层 .....	(109)
4-4	特权所占用的社会资源合理适度 .....	(114)
4-5	特权的设立要兼顾各个社会阶层的需求 .....	(125)
4-6	职务特权宜授予修天爵者 .....	(127)
<b>第五章</b>	<b>特权滥用的种类 .....</b>	<b>(139)</b>
5-1	违背特权的立法意图行使特权 .....	(141)
5-2	逾越权利范围行使特权 .....	(146)
5-3	不履行特权义务而行使特权 .....	(150)
5-4	利用特权从事违法犯罪行为 .....	(153)
5-5	不应该视为特权滥用的情形 .....	(156)
<b>第六章</b>	<b>特权滥用与妨害特权的法律责任 .....</b>	<b>(162)</b>
6-1	刑不上大夫与重典治吏 .....	(163)
6-2	特权滥用的违宪责任 .....	(172)
6-3	特权滥用的行政法律责任 .....	(179)
6-4	特权滥用的民事责任 .....	(184)
6-5	特权滥用的刑事责任 .....	(186)
6-6	特权滥用的国家责任 .....	(191)
6-7	妨害特权的法律责任 .....	(194)
<b>第七章</b>	<b>政府特权 .....</b>	<b>(196)</b>
7-1	洛克的政府特权理论 .....	(197)



---

7-2	中国古代思想家的经权理论 .....	(200)
7-3	中国古代行权的政治军事外交实践示例 .....	(215)
7-4	中国古代鼓励行权的法律制度——矫制（诏） 无害 .....	(225)
7-5	中国古代体现行权的法律制度——便宜行事 .....	(232)
7-6	政府特权的构成要件体系 .....	(234)
7-7	中国当代政府特权法律制度的完善 .....	(240)
<b>参考书目</b> .....		(243)
<b>后 记</b> .....		(244)

# Table of contents

## **Chapter one What is privilege/1**

1. 1 People's preference of privilege/1
1. 2 Brief definition of privilege/6
1. 3 The narrow coverage of privilege holders/9
1. 4 Privilege is exemption/12
1. 5 Privilege is superior to ordinary rights/14
1. 6 Privilege is the freedom with legal boundaries/16
1. 7 Legislative principles related to privilege/20
1. 8 Privilege can not be transferred and abandoned/35
1. 9 Privilege holders shall take special legal obligations/42
1. 10 Privilege is established by monarchy or democratically elected organizations/45
1. 11 The ethnic characteristics of privilege/47

## **Chapter two The category of privilege/52**

2. 1 Privilege in public law and in private law/52
2. 2 Succession privilege and non-succession privilege/57
2. 3 Noble privilege and civil privilege/60
2. 4 Complete privilege and limited privilege/64
2. 5 Open privilege and closed privilege/69
2. 6 Privilege based on legislation and privilege based on customary law and privilege in legal theory/71

## **Chapter three Sources and basis of privilege/75**

3. 1 Privilege in the animal kingdom/76
3. 2 The humane basis for privilege/81

3.3 Privilege and social stratification/87

3.4 Privilege and distributive justice/94

#### **Chapter four Conditions of reasonable privilege/98**

4.1 Privilege should not contravene public order/98

4.2 Privilege should reflect the needs of economy and of political development/104

4.3 Privilege should be based on justified social stratification/109

4.4 Reasonable scope of social resources occupied by privilege/114

4.5 Establishment of privilege should fit into the needs of different social classes/125

4.6 Professional privilege should be awarded to people with virtue/127

#### **Chapter five Types of privilege abuse/139**

5.1 Exercising privilege against legislative principles of privilege/141

5.2 Exercising privilege beyond the scope of the right/146

5.3 Exercising privilege without fulfilling the obligations of privilege/150

5.4 Committing crimes by taking advantage of privilege/153

5.5 Circumstances of non – abuse of privilege/156

#### **Chapter six Privilege abuse and legal liabilities for the infringement of privilege/162**

6.1 Criminal punishment exemption of nobles and severe laws governing the conduct of officials/163

6.2 Privilege abuse – related liabilities of breach of constitution law/172

6.3 Administrative legal liabilities for privilege abuse/179

6.4 Civil liabilities for privilege abuse/184

6.5 Criminal liabilities for privilege abuse/186

6.6 State liabilities for privilege abuse/191

---

6. 7 Legal liabilities for the infringement of privilege/194

**Chapter seven Government privilege /196**

7. 1 Locke's theory of government privilege/197

7. 2 Theories of ancient Chinese philosophers on the management of privileged rights/200

7. 3 Cases of exercising privileged rights in political and military practices in ancient China/215

7. 4 No harm of Jiaozhi ( Zhao ) ——the legal system of encouraging the exercise of privileged rights in ancient China/225

7. 5 Principle of discretion—— the legal system of reflecting the exercise of privileged rights in ancient China/232

7. 6 Constituents of government privilege/234

7. 7 Recommendations for a better legal system of government privilege in contemporary China/240

**Bibliography /243**

**Epilogue /244**

Translated by Jinmei Meng

# 第一章 什么是特权

## 1-1 人们对特权的情愫

从古到今，人们对待特权的态度颇为矛盾，因人因时而异。

### 1. 特权者珍爱特权

特权者自然珍爱特权。特权是少数人拥有的权利自由，这些权利自由表现为能够满足人们诸种欲望的各种利益，这些特殊的利益常常令特权者心旷神怡，涌起一种难以名状的快感。据《汉书·酈陆朱刘叔孙传第十三》记载，汉高祖刘邦已经平定天下，诸侯在定陶共同拥戴他称帝。高祖全部废除了秦朝的礼仪法度，务求简易。失去礼法控制的朝廷大臣们，当着皇帝的面饮酒争功，酒醉则大呼小叫，妄言不已，甚至拔剑击柱。刘邦对朝廷的这种乱象苦恼不已。这时，深谙皇帝心理的叔孙通主动请缨，征请鲁国三十儒生制定朝仪并且培训高祖君臣。汉高祖七年十月，诸侯大臣完全遵循叔孙通制定的朝仪朝贺，“诸侯王以下莫不震恐肃敬。至礼毕，尽伏，置法酒。诸侍坐殿上皆伏抑首，以尊卑次起上寿。觴九行，谒者言‘罢酒’。御史执法举不如仪者辄引去。竟朝置酒，无敢喧哗失礼者。”于是，高祖看着匍匐在膝下的群臣，深有感触地说，“吾乃今日知为皇帝之贵也”。

既然特权能给自己带来特殊的快感，所以特权者特别反感和排斥他人鲁莽地闯入权利范围，即便是六亲九族之人也不允许。公元前135年6月，汉武帝罢免丞相许昌，任命他的舅舅田蚡为相。田蚡是个贪财骄奢之徒，广受四方贿赂，他家的金玉、妇女、狗马、声乐、玩好不可胜数。两千石高级官吏的任免权本是皇帝的专有权

力，田蚡却从外甥的手中夺了过来，孰知批了逆鳞，汉武帝表达了内心不悦，“你主持升迁两千石高官之事完了吗？有没有空余的名额，我也要提拔一些人。”此事之后，田蚡非但无收敛，反而变本加厉。为了扩展自己的宅院，田蚡请求汉武帝把少府的用地划拨给他，武帝生气地说，“你为什么不把武库的用地也占用了”。从这以后，田蚡伸得很长的手总算有了收敛。

为了维护自己的特权地位，特权者要充分利用法律制度来镇压特权制度的侵犯者，有时甚至法外用刑，破坏了法制也在所不惜。例如，公元前177年，汉文帝出行路过中渭桥这个地方，桥下有人飞跑，使皇帝的驷马受惊。皇帝侍从把桥下之人逮捕移交廷尉审理。汉朝法律规定：“蹕先至而犯者，罚金四两。”廷尉张释之以犯蹕罪判处罪犯罚金四两，文帝闻奏后生气地说：“这个人亲自惊了我的马，多亏这匹马柔和，换了其他马，必定会坏我乘舆伤我身体，而你却只判了他罚金刑！”张释之执法不阿，成功地说服了汉文帝。其后，有人因盗取高帝庙座前的玉环而被捕。文帝闻讯后震怒，下令廷尉审理此案。张释之按汉律“盗宗庙服御物者当弃市”之规定，判处该罪犯死刑。文帝闻奏大怒，说道：“此人无道之极，竟敢盗窃先帝的器物！我之所以让廷尉审理此案，是想让你们判处族诛之刑，而你却依律而断，这不符合我恭承宗庙的一贯思想。”张释之免冠徒跣答道：“按照法律这样判处，足够了。同是死罪，可能犯罪的社会危害性大小有差。现在有人盗窃宗庙的器物便处族诛之刑，他日如果有人窃取了长陵（即高帝陵）的一抔土（这个罪行更大），那么陛下将如何处罚他呢？”文帝听了劝谏后立即表态，他把此事汇报给薄太后，薄太后同意了张释之的判决。

## 2. 非特权阶层痛恨特权

中国古典诗史中不乏表达社会下层人士痛恨特权的篇什。

《诗经·伐檀》首章云：

坎坎伐檀兮，置之河之干兮，河水清且涟猗。不稼不穡，胡取

禾三百廛兮？不狩不猎，胡瞻尔庭有县貍兮？彼君子兮，不素餐兮！

诗无达诂，通说以为这首诗抒发了下层民众对贵族阶层不劳而获的经济特权之愤慨。西晋文学家左思在《咏史·其二》中猛烈抨击了盛行于魏晋南北朝时期的“上品无寒门，下品无士族”之九品中正制，批判了士族的政治特权。

郁郁涧底松，离离山上苗。以彼径寸茎，荫此百尺条。世胥躐高位，英俊沉下僚。地势使之然，由来非一朝。金张籍旧业，七叶珥汉貂。冯公岂不伟，白首不见招。

憎恨特权的原因很简单，正是因为特权直接给非特权阶层带来各种不方便和不愉快。例如，一个工人急冲冲地骑着脚踏车前去上班，这时碰到了交通管制，某国家领导人正经过此处，他因上班迟到而被老板扣减奖金，这个工人自然会把气都撒在交通管制上。不过，并不是所有的特权都遭人嫉恨。人们对不直接影响自身利益的特权行使往往抱着宽容的态度，中国古代的旷夫们似乎没有抱怨当朝皇帝占有了三千佳丽。对那些为了公共利益而行使的特权，人们也许会充分地予以理解和尊重，例如2008年奥运会期间大部分北京市民对奥运公交专用车道的支持和谅解。

### 3. 特权新贵们的前后两副面孔

昔日大加挞伐特权制度的普通民众，因缘际会，跻身特权阶层后，他会把过去特权制度曾给自己带来的痛苦抛入爪哇国，赞美特权并欣欣然享受特权的各种方便，甚至贪婪地攫取能令过去的特权者望洋兴叹、自愧弗如的特权。《礼记·昏义第四十四》载：“古者天子后立六宫。三夫人，九嫔，二十七世妇，八十一御妻，以听天下之内治，以明章妇顺。故天下内和而家理。”据此，礼法规定中国皇帝拥有的女人不得超过法定数目，这是皇帝们的一项特权。有人统计，清朝各个皇帝的妻妾数目如下：清太祖努尔哈赤共有妻妾十六人或略多；清太宗皇太极共有妻妾十五人或稍多；清世祖顺

治皇帝福临有称号的妻妾十六人；康熙皇帝一生的妻妾多于五十五人；清世宗雍正皇帝胤禛仅有妻妾八人；清高宗乾隆皇帝弘历有妻妾四十一人；清仁宗嘉庆皇帝颙琰见于史册的妻妾为九人；清宣宗道光皇帝旻宁妻妾约二十三人；清文宗咸丰皇帝奕訢、清穆宗同治皇帝载淳、清德宗光绪皇帝载湉以及宣统帝溥仪妻妾数目多不超过十人。尽管太平天国首领洪秀全自诩自己推翻清朝统治的行为是“擒尽妖邪投地网，收残奸宄落天罗”、“手握乾坤杀伐权，斩邪留正解民悬”，但是一旦他的所谓事业小有起色，其对特权迷恋和滥用便大大超过他的政敌——清朝皇帝。1864年天京沦陷后，幼天王洪福瑱被俘后的口供中提到：“我现年16岁，老天王是我父亲。我88个母后，我是第二个赖氏所生，我九岁时就给我四个妻子。”这里，天王的88个后妃已大大超过了清朝历代皇帝的后妃的人数了。《色情、贪腐与杀戮：揭开洪秀全的历史真面目》一文也有大致相同的记载：

（洪秀全）将大量妇女作为个人的性工具。洪秀全还未公开造反时，就有妻妾多人。到了占领小小的永安，已有36人。进南京后，每做生日，蒙得恩就要为他献上美女6人；每年春暖花开之际，蒙得恩还在天京13道城门口为洪秀全选美女。甚至干脆明文规定，“所有少妇美女俱备天王选用”。到太平军败亡时，天王有妻妾88人（一说108人）。宫中有横直均8尺的大雕花床，干什么用的，不言而喻。洪秀全因妻妾太多，连姓名都记不住，干脆一概编号；而且写了几百首管教妻妾的《天父诗》叫她们背诵，这些良家女子遂完全成了他纵欲的性工具。从而，洪秀全将皇帝和邪教主对妇女的占有发展到极致。<sup>①</sup>

上述洪秀全的事例仅是一个代表，但它折射了中国历代农民起义领袖造反的共同逻辑：农民起义成功，意味着旧特权秩序的终结

---

<sup>①</sup> 参见 [news.ifeng.com/](http://news.ifeng.com/) 凤凰资讯 > 历史 > 历史研究 > 正文炎黄春秋 2008年1月14日 07:50。



和新特权秩序的建立；农民起义失败，常常是因为在旧特权秩序退出历史舞台前，其领导人超前消费了特权。所以，我们固然不能讲农民起义中没有为民请命的因素，但换汤不换药的历史现象也多多少少揭示了农民起义领袖们想成为新的特权者的初衷。公元前 209 年 7 月，飘荡在蕲县大泽乡上空的“王侯将相宁有种乎！”一语就是一个鲜活的例证。鲁迅先生笔下的阿 Q 这一艺术形象亦生动地印证了这个分析。阿 Q 痛恨赵太爷等特权阶层，因为他们鄙视、压迫自己，所以他动了“革命”的念头，不过“革命”的目的仅仅是脱贫入富，享受特权阶层的种种优遇。这一点从阿 Q 在土谷祠中飞动着的念头中可以看得清清楚楚。

阿 Q 飘飘然的飞了一通，回到土谷祠，酒已经醒透了。这晚上，管祠的老头子也意外的和气，请他喝茶；阿 Q 便向他要了两个饼，吃完之后，又要了一支点过的四两烛和一个树烛台，点起来，独自躺在自己的小屋里。他说不出的新鲜而且高兴，烛火像元夜似的闪闪的跳，他的思想也迸跳起来了：

“造反？有趣，……来了一阵白盔白甲的革命党，都拿着板刀，钢鞭，炸弹，洋炮，三尖两刃刀，钩镰枪，走过土谷祠，叫道，‘阿 Q！同去同去！’于是一同去。……”

“这时未庄的一伙乌男女才好笑哩，跪下叫道，‘阿 Q，饶命！’谁听他！第一个该死的是小 D 和赵太爷，还有秀才，还有假洋鬼子，……留几条么？王胡本来还可留，但也不要了。……”

“东西，……直走进去打开箱子来：元宝，洋钱，洋纱衫，……秀才娘子的一张宁式床先搬到土谷祠，此外便摆了钱家的桌椅，——或者也就用赵家的罢。自己是不动手的了，叫小 D 来搬，要搬得快，搬得不快打嘴巴。……”

“赵司晨的妹子真丑。邹七嫂的女儿过几年再说。假洋鬼子的老婆会和没有辫子的男人睡觉，吓，不是好东西！秀才的老婆是眼胞上有疤的。……吴妈长久不见了，不知道在那里，——可惜脚太大。”

阿 Q 没有想得十分停当，已经发了鼾声，四两烛还只点去了