



美国学者 论中国法律传统

编者/高道蕴 高鸿钧 贺卫方

(京)新登字 185 号

美国学者论中国法律传统

MEIGUO XUEZHE LUN ZHONGGUO FALÜ CHUANTONG

编 者 高道蕴 高鸿钧 贺卫方

出 版 中国政法大学出版社
(北京学院路 41 号 * 100080)

责任编辑 丁小宣 宋 军

承 印 国家统计局印刷厂

经 销 新华书店

版 次 1994 年 6 月第 1 版

印 次 1994 年 6 月第 1 次印刷

规 格 850×1168 毫米 32 开

印 张 16.5

字 数 420 千字

印 数 1—3000 册

定 价 21.50 元

ISBN 7—5620—1325—X/D · 1277

目 录

编者序言

凡例

导言 高道蕴 (1)

第一编 早期中国法律的性质

不可思议的西方？昂格尔运用与误用中

国历史的含义 安守廉（高鸿钧译）(37)

法律与宗教：略论中国早期法律之性质

及其法律观念 郭 锦 (84)

儒家法学：超越自然法 皮文睿（李存捧译）(118)

天人之间：汉代的契约与国家 宋格文（李明德译）(154)

中国早期的法治思想？ 高道蕴（高鸿钧译）(212)

第二编 唐宋时期的法典编纂与解释

16632 子

唐律与后世的律：连续性的根基 马伯良（霍存福译）(257)

从律到例：宋代法律及其演变简论

..... 马伯良（刘茂林译）(279)

宋元法学中的“活法” 蓝德彰（李明德、李 涵译）(302)

第三编 清律：政治、秩序和刑罚

- 大清律例研究····· 琼斯（苏亦工译）（353）
- 清代中期法律文化中的政治和超自然
现象····· 卫周安（张少瑜译）（391）
- 清朝对外国人的司法管辖····· 爱德华（李明德译）（416）
- 千方百计上京城：清朝的京控····· 欧中坦（谢鹏程译）（472）
- 编后记····· 高鸿钧 贺卫方（510）

《唐律》与后世的律：连续性的根基

马伯良*

一、导言

公元 529 年 4 月，拜占庭皇帝查士丁尼 (Justinian) 编纂了一部新法典。这项工任务由以宫廷财务大臣特里波尼亚安 (Tribonian) 为首的十名法学家组成的一个委员会承担，历时一年多才完成。529 年下半年，又任命了一个新委员会，对罗马著名法学家的作品进行编选。这部不朽著作即《学说汇纂》，三年后完成，于 533 年 12 月公布。仅仅在它公布的一个月前，法律学者们曾发给学生们一个手册——《法学阶梯》。最后，在 534 年，一部《新律》被颁布从而取代了 529 年法典。^[1] 五年之中，罗马法传统被汇集在

* 马伯良 (Brian E. McKnight)，亚利桑那大学东亚研究系教授。本文英文稿即将由《美国东方学会学刊》(*Journal of the American Oriental Society*) 刊出。

[1] 原文作“the Code of 539”，为“the Code of 529”之误，译者据上文改。

一起，这对后来的欧洲文明产生了极大的影响。^{〔2〕}

大约在这些有关罗马法的伟大著作编成一个世纪之后，在欧亚大陆的另一端，由政治家长孙无忌领导的中国官员们组成的一个委员会，开始编制一部中国法典，像查士丁尼的委员们一样，目标是使法律文本条理化。他们所编纂的唐朝这部法典，完成于629年，又经737年的修订而被完整地保存下来。^{〔3〕}

我们不能夸大查士丁尼《国法大全》的编纂对欧洲法律传统发展的重要性。查士丁尼之后的几个世纪中，欧洲有关罗马法的学问在继续发展，它因而能够成为11和12世纪之间出现在意大利各大学中恢复对罗马法的极大兴趣这一现象的基础。在意大利北部，这种继承下来的法律与导致教会法成长壮大的地方观念和惯例之间，开始了富有成效的相互影响过程，奠定了欧洲大陆一直使用至今的各类法律体系的基础。^{〔4〕}

《唐律》的编纂在其后中国法律制度的演变中起着类似的作用。737年法典（唐律及其注疏，即《唐律疏议》）几乎被宋朝（960—1279）全盘照搬，成了所有继起朝代主要法典的基础。后来这些法典中的许多具体律条，明显地模仿了《唐律》的条款。

欧洲人使用罗马法的同时，也修正了它，并将它与其他法律传统的因素融合在一起。乍看上去，中国人好像只是在沿用唐律，当然也有所增补——重新安排正文，进行某些修正，但改动

〔2〕 对这些汇编及其后的罗马法著作的简要叙述，请看 J. B. Bury 编：*The Cambridge Medieval History* (Cambridge: Cambridge Univ. Press, 1936), 2: 54 ff, 4: ch. 12.

〔3〕 论述唐律编纂的权威著作，是牧野巽和仁井田陞的“故唐律疏议制作年代考”，见《东方学报》（东京）第一册第121页前后，1931年。

〔4〕 Hastings Rashdall, *The Universities of Europe in the Middle Ages* (Oxford: Clarendon Press, 1936), 1: 87—141.

幅度远不如欧洲人改变罗马法那样大。或许罗马文明与欧洲文明之间的差异，比唐代文明与清代文明之间的差异要大一些。中国文明仍旧是中国式的，从唐代形态到本世纪帝制的垮台，是渐进发展的。然而，虽然中国的变化相对来说是渐进的，累积的结果却是惊人的。清代的中国确实在一些很重要方面不同于唐代的中国。一个比从前的朝代发展如此之大的社会，怎么能够千余年来继续使用相对改变很少的法律呢？

一个明显的答案可能是：中国人并没有继续使用这些法律；律条是作为一个死亡了的过去的神圣遗物而继续存在的，实践中被使用的是其他法律形式。这种见解提供了有关中国发展的部分解释，对此，似不应怀疑。在那些法典之外，肯定有一个庞大实体法存在，用以处理包含在这些法典中的问题。

如果实际中所用的实体法在持续演进，为什么中国人却在他们的法典中继续保存了唐律的成分？通常的答案是，中国人对改变这种古老而权威的传统在态度上是犹豫的。这种对于权威的论点，因这样的事实而变弱，即后来各朝尤其是明、清的中国人，在所接受的成分中确实做了重大的改变。五代和宋几乎原封不动地照搬唐律，但明清在根本上改编了对继承来的法典资料的编排，扩增了许多规定，增加了新材料。

第二个论点可能是：保留下来的《唐律》条款尽管改变了形式，即使不是作为特定的补救方法，但作为一般的实体规则也是有用的。唐律成分能够为后来的修改提供一个基础。这种作为基础的始终不变准则的存在，使改变现实中使用的法律成为可能，同时避免失去根本原则的危险。

欧洲使用罗马法的历史表明另一个因素也许被包含于其中的可能性。至少对欧洲人的诉讼来说，罗马法大全的主要吸引力之一，是其程序内容的精致。它不只简单地给予实体以指导，也给予程序以指导。

《唐律》内容在其后各朝法典中的不断翻版，无疑部分地基于它作为古代产物的法典权威，部分地基于它的规定作为一般准则的重要性。但接受罗马法的例证表明，《唐律》可能为中国的基层法官们提供了有用的程序准则。

《唐律》在程序上的重要方面，尚未有人论述过，因为它们几乎全部都是不明确的。《唐律》中程序性质的明晰指令为数极少。然而，法典的实体条款既如此，中国的州县官们只有很小的选择余地。由于实体规则特征的缘故，基层法官必须通过循序渐进的判决过程确定大体轮廓，这种轮廓是不明确的，但却是预先决定的。

对一组相关规则的研究，可以说明唐律中这种含蓄结构类型的存在。考察继起朝代的法律实践，可以看到这些规则（以及它们可能包含的那种结构）是否在继续使用。对存在着这样一种结构和这样的习俗的连续性进行说明，将会表明：《唐律》的长期持续的影响是建立在它的效用之上的，实体是如此，程序也如此；同时，考察也将揭示：对《唐律》的进一步探索可能发现程序含蓄形式的其他类型。

二、《唐律》的归类原则

当一个具备所有个别特征的诉讼案件提到唐代州县官面前时，他该怎样着手处理它呢？提供给他的是一系列事实，他拥有一部法典作指导，这部法典几乎全部由规定具体犯罪的条款构成，这些条款又伴之以具体的刑罚规定。有一个例证可能有助于揭示这些法条的总特征。《斗讼》篇^{〔5〕}规定：

〔5〕 原文作“the Section on Violence and Robbery”，即《贼盗》篇，但下引内容属《斗讼》篇，疑抄录篇名有误。译者据《唐律》径改。

诸斗殴人者，笞四十；伤及以他物（非用手足）殴人者，杖六十；伤及拔发方寸以上，杖八十。若血从耳目出及内损吐血者，各加二等。^{〔6〕}

唐律正文没有规定法官处理这类案件应当遵循的程序步骤。不过，这里有大量的材料，这些材料涉及及区分不同的犯罪行为，特殊情况下的不同责任等级，以及有时涉及作为确定某些差别基础的理由和原则。我想，从这些当中可以推断出被唐代法官们所遵循的逻辑分析顺序。^{〔7〕}

据说，面对甲打了乙这样的事实情况，一个明显是殴人罪的案件，唐代州县官的第一步必须确定犯罪人与被害人之间是否有亲属关系，以及如果有，又是什么亲属关系。对于此案，他必须在做下一步之前就得将此完成。因为如果甲与乙有某种亲属关系，甲殴打乙这样的事实情况甚至可能不是犯罪，比如甲是乙的丈夫或父亲。简言之，首先得走这一步，因为州县官的首要职责是确定是否确实发生了犯罪。只有在此之后，他才能开始确定它是什么罪。

用这种方式确定当事人之间的亲属关系，并不是浪费时间。即使当事人之间不存在因特殊亲属关系而法律上不认为是犯罪的情况，州县官若要作出适当的判决，也必须查明他们亲属关系的等级或亲属关系是否存在。

〔6〕 长孙无忌：《故唐律疏议》（台北：商务印书馆，1973年）。下引均作《唐律疏议》。

〔7〕 这当然涉及到逻辑顺序。在实践中，州县官很有理由开始考虑一个已经知悉许多必要事实的案件。例如，如果案件牵涉到一个官员，州县官通常就会知道牵涉到的一个男性、成年的并属于某个特权阶层的人的事情。

第二步将是确定嫌疑犯的其他个人特殊情况，诸如年龄、性别及被告是否系某个法定特权阶层的成员。对这些问题的回答必须抓住要点，因为它们可能决定实际的审讯方式。例如，许多类型的人可能不必亲自到庭。再者，即使用通常方式证明犯人是应受审讯的，取得这个情况的努力也非徒劳，因为当宣判时刻来临之时，它会再次变得重要起来。

如果以案件的事实作基础，并以当事人的亲属关系为依据，表明犯罪确已构成，州县官可以继续审理此案。如果只涉及一个罪犯，州县官的工作通常相对简单些，至少在他作出判决之前是如此。然而，如果不止一人参与了犯罪，州县官在开始寻找出适用于本案的适当规则并宣布判决前，必须经过几个深入分析的阶段。

这些不止一个犯罪人参与的犯罪，对理解唐代法律思想和程序尤其具有启发作用。在多人应负责任而受惩罚的犯罪中，分析阶段包含了这样一些问题：法律责任是由于故意合谋还是过失合伙，该人是否参与了犯罪活动，他是否获赃，以及犯罪行为是合谋的还是巧合的。^{〔8〕}这个潜在复杂问题，却因这样的事实更趋复杂；在《唐律》中，合伙参与同一犯罪活动的人们，每个人在法律上可能犯的是不同的罪。即是说，我们认为是单独犯罪的行为的每个参与者，可能受到不同罪名的处罚。

唐代州县官该怎样对待这一系列问题？他们处在什么地位上？我认为，逻辑上的第一个必要步骤是确定单个犯罪行为在法律上

〔8〕 滋贺秀三教授也曾讨论过共同犯罪的归责问题。见滋贺秀三“论《唐律》的罪责分担”，*Juristo bessatsu hogaku kyoshitsu* 8 (1963): 78—83。在该文中，滋贺教授首先论述了有关责任分担的一般原则，其后使用了涉及共同责任的几个犯罪的例证，叙述了诸项例外，这篇有益的论文基本上是描述性的，这样，它本身与我这里主要关心的问题无关——即唐代法官如果对那些牵涉进共同犯罪案者进行正确判决，就必须理会的的事实问题的顺序。

是否超过一个罪名，因为若缺乏这种材料，州县官就不能对案件得出正确的认识。在这一点上，有关当事人之间亲属关系的情况就再次变得重要起来。可能存在单个合作犯罪行为，其中不同罪犯所犯的是不同的罪，因为他们与被害人的关系不同。《唐律·名例》规定：

诸共犯罪而本罪（各人所犯）别者，虽相因为首从，其罪各依本律首从论（各人单独所犯）。疏议曰：谓五服内亲，共他人殴、告所亲及侵盗财物，虽是共犯，而本罪各别。假有甲勾他外人乙共殴兄，甲为首（属殴长罪），合徒二年半；乙为凡斗（殴非亲者）从，不下手，又减一等，合答二十。又有卑幼勾人盗己家财物十匹，卑幼为首（属盗亲属财物），合答三十；他人从（属盗非亲属之人财），合徒一年，又减常盗一等，犹杖一百。〔9〕

一旦作出这种区分，犯罪（或诸罪）被确定，下一步分析将是确定犯罪是纯粹巧合或是合谋的。这两个范畴的决定性区别是，行为人事先是否合谋。参与者事先是否在一起协商？认识到可能存在共同犯罪行为（甚至包括参与者在实施犯罪期间才合作的犯罪行为）是重要的。但如果他们没有事先共同密谋，犯罪将被认为是巧合而不是合作。在《唐律·斗讼》中，这种区分就变得更清楚了：

〔在殴击案中〕其不同谋者，各依所殴杀伤论；其事不可分者〔不同殴击的后果〕，以后下手者为重罪。疏议曰：

〔9〕《唐律疏议》第2册，第28—29页。窦仪：《宋刑统》（台北：文海，1954年）卷5，页15a。下引均作《宋刑统》。

假有甲、乙、丙、丁不同谋，因斗共殴伤一人。甲殴头伤，乙打脚折，丙打指折，丁殴不伤。若因头疮致死，甲得杀人之罪，偿死；乙为折支，合徒三年；丙为折伤，合徒一年；丁殴不伤，合笞四十。……其疮不可分者，被殴致死，以后下手者的重罪，谓丁下手最后，即以丁为重罪（偿死），余各减二等，即徒三年；元谋减一等，流三千里。^{〔10〕}

在巧合性犯罪案中，对每个参与者的判罪都是与其本人行为相符合，就好像他是独立于其他人而犯有该罪一样。这条规则的第二部分附带说明了中国法律思想的另一重要方面。在杀人案中，首要的是确定谁是首犯（即使这必须用一种明显人为的方式去做），以便使其他参与者能按从犯处理。

为阐明这一情况，上述《唐律》也指出了首犯与从犯第三个分析层次的区分。以上描述的差别是建立在一个较高水平上，因为需要决定他们犯了哪个罪或哪些罪，以及他们的合谋或巧合特征。只有在这完成之后，州县官才能进入下一个阶段，开始确定各类参与者的角色。

在这点上，中国州县官似乎将犯罪区分为两类——暴力犯罪与其他犯罪。在一个犯罪中确定谁是首犯的诸多规则，也部分地依赖于这个差别。总的来说，四类人可能被认定为首犯：造意犯

〔10〕《唐律疏议》，第3册，第86页。这一段提出了一个使人困惑的问题。这里的正文很清楚，后下手者被认定为下手重者。然而，其最后一款的疏议说得同样清楚：“其不同谋，乱殴伤者，以初斗者为重罪。”答案似乎是：当不能确定击打先后，以致不清楚谁是后下手者时，争斗之倡首将被认定为首犯。我们无法知道对于一个击打的先后、轻重、争斗谋首均不能识别出来的非共谋团伙斗殴案件，将会怎样处理。

(正如我们将会看到的那样,这也可能意指推测的或虚构的造意者),下手重者,后下手者和初斗者。

在无亲属关系的合谋非暴力犯罪中,实际的或推测的造意人通常被认定为是首犯。在无亲属关系但却是合谋暴力犯罪中,下手重者是首犯,而造意者则是第一等别的从犯。如果既区分不出击打先后,又区分不出下手重者,那么造意者将被升格为首犯。^[11]

在能够区分出各人所为行为的巧合性犯罪行为中,不会出现首犯和从犯问题,因为那些犯罪者各自为他们自己的罪行负责。然而,从法律观点看,不可能指出众多参与者各自的行为,这使一项巧合性犯罪无法与合谋犯罪相区别。犯罪行为变成了一个共同实施的单独犯罪,而不是巧合实施的数个犯罪。这时,区别首犯和从犯就成为必要,即使所用的验证方法明显是人为采用的。如果能够确定击打顺序,那么首犯就是后下手者。如果搞不清击打先后,那么首犯就是初斗者。但是,对于不可能区分出谁是初斗者的情况该怎么办,唐律却没有规定。^[12]

要公正地处理巧合性犯罪,可能会引起特别困难的事实问题;而公正地处理合谋犯罪,可能就不会提出这种深奥的事实问题,但这在法律上却更为复杂。非暴力犯罪的基本规则是简单的。从《唐律·名例》可以得知:“诸共犯罪者,以造意为首。”^[13](当然,这个规则仅仅适用于非暴力犯罪。因为在暴力犯罪中,如果可以确定谁下手最重的话,造意者是被当作主要从犯的。)^[14]

但谁是造意者?在某些情况下,回答是简单的。倡首先言之

[11] 《唐律疏议》，第3册，第86页。

[12] 《唐律疏议》，第3册，第86页。

[13] 《唐律疏议》，第2册，第28页。

[14] 《唐律疏议》，第3册，第86页。

人即是造意者。《唐律·贼盗》规定：

主遣部曲^{〔15〕}、奴婢盗者，虽不取物，仍为首。若行盗之后，知情受财，强盗、窃盗，并为窃盗从。疏议曰：主遣当家部曲、奴婢行盗，虽不取所盗之物，主仍为行盗首，主后知情受财，准所受多少（为估定处罚），不限强之与窃，并为窃盗从。假有部曲等，先强盗、窃盗得财，主后知情，受绢五匹，合杖一百之类^{〔16〕}

当某人所为的违法行为被推定为是在某些上司的监临之下，这种简单情形就变得复杂了。在这些情况下，就可能出现这样的犯罪行为：当按照所处的惩罚来比量时，责任就分摊给那些不仅可能未参与犯罪的人，而且甚至可能是对发生的犯罪一无所知的人。这恰好引起了一些更有趣的问题。谁对谁负责任？在什么样的情况下负责？对什么样的行为负责？在两种常见情形中可能出现这样的法律情况，且对前面提出的问题有不同答案，即：犯罪行为发生在官署中和发生在家庭内。

在对待官员犯罪问题上，传统中国的立法者面临着一个窘境。一方面，他们拘泥于这样一个理想，即应根据一个人实际所为违法行为之责任来确定刑罚。用《唐律》的话说，犯罪人将是“以所由为首”的。^{〔17〕}另一方面，官吏群体是分等级构成的组织机构，他们行为的形式上的责任，最终会应由官署长官负责。对一个特定的案件而言，州县官应主要是关心形式上的责任（上司的），还

〔15〕“部曲”属于私人奴仆范畴。在汉朝与唐朝之间的时期中，“部曲”数量特别多，但在唐代始终存在。

〔16〕《唐律疏议》，第3册，第77页。

〔17〕《唐律疏议》，第2册，第80页。

是工具性的责任（实际犯罪的）的呢？

一个似乎被用来解脱这种窘境策略是，将案件区分为私罪与公罪。对私罪共犯，规则是监临或主守官（监主）将被认定为首犯。《唐律·名例》规定：

即共监临、主守为犯，虽造意，仍以监主为首，凡人以常从论。疏议曰：假有外人发意，共左藏官司、主典盗库绢五匹，虽是外人造意，仍以监主为首，处徒二年；外人依常盗从，合杖一百。^{〔18〕}

对于公罪，规则是每个人将因其应负责任的行为而受处罚。不幸的是，这个表面上简单的规则却引出了两个问题：什么是“公罪”？“责任”又意味着什么？

虽然《唐律》中有许多对公罪的注释，虽然戴炎辉和墨子刻(Thomas Metzger)均试图搞清公罪与私罪的区别，但我认为这些范畴的界定仍是混乱的。^{〔19〕}唐宋律中，“私罪”包括公务之外犯罪以及虽与公务有关但情有“私曲”的犯罪。若不涉及理论仅就实践而言，“公罪”是所有那些意在履行政府责任而为政府工作的官员情无“私曲”而犯的罪。

什么是私曲？私曲有时被认为是求得不正当利益的意向。明确地说，一个盗用公款为已所用的官员，即有私人不正当利益的目的。但这只是部分答案。区分这两个概念的实质问题是，中国人自己对于这些定义也有分歧。所有中国官员可能都会同意：为

〔18〕《唐律疏议》，第2册，第28页。

〔19〕戴炎辉：《唐律通论》（台北：国立编纂馆，1964年），第264—625页。Thomas Metzger, *Internal Structure of Ch'ing Bureaucracy*, (Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Press, 1973), 281—87.

了个人利益而滥用权力就是私曲。但尽管一部分官员的观点坚持私曲总是意指行为中包含着某些个人利害关系——被如此指控的官员是在谋求自己的利益，或是为与他有某种关系的其他人的利益，或是他的行为中包含了他的个人感情。但也有颇具影响的一部分官员的观点认为：任何故意的不正当适用（或不适用）国家法律都应该被归入私罪。这种观点的不一致，反映在 984 年的一个案子中。此案中，两个官员因在拷讯过程中打死一个嫌疑犯而受到审判。大理寺欲定其为公罪，因为有关官员对嫌疑犯无个人仇嫌。刑部欲定杀人者为私罪，理由是拷讯未经批准。皇帝同意刑部意见，将这种犯罪及与此类似的其他罪都划作私罪。^[20]在发现相反的例证之前，我们或许应当认为这个规则在宋朝后期一直保持下来了。换句话说，一个故意违犯规则的官员犯的是私罪，而不论其动机如何。

那么，公罪将仅包含被认为是非故意的犯罪了。而这种罪行在事实上是否就是非故意的，则是另一个问题，也是很重要的问题。似乎很明显，大半轻微行政过错，诸如对时限规定的轻微违犯，必须总是按如同他们是非故意的、因而是公罪来对待，即使大家都清楚官员们故意地违犯了规则。然而，由环境规定了上述原则，国家如果选择这样做的话，当它们的后果看上去需要重惩的时候，是能够检举故意违犯的私罪的。我以为这在逻辑上符合隐藏于《唐律·名例》中的规则，即：当官员“方便不吐实情，心挟隐欺，故同私罪。”^[21]

当行政过错发生，最初的罪犯是“所由”。但他是谁？应当确定的最重要的事项是工作职责。正是那些负责地方行政的责任，使

[20] 马端临：《文献通考》（国学基本丛书本）卷 170，页 1474。

[21] 《唐律疏议》，第 1 册，第 34 页。

得赋税能按时征集。如果时限被打破了，“州县皆以长官为首”。^[22] 这些官员也是有关户口登记有误一般案件的首犯。^[23] 但当可以探知问题的根源在于他人时，长官即变为从犯。在登记有误案件中，长官就仅仅在他们忽略了他们检查已经制造好的有关文簿的责任时才是主犯。如果造好了文簿，但所造不准确，那么有关主典即是主犯，因为失误是他们的过错。

当审判属于同一家庭成员的犯罪时，类似的问题又出现了。一般政策似乎仍是：首犯是在形式上“需要对行为负责”的那个人。这通常是同居中作为家长操持家庭的最年长的男性。《名例》篇指出：

诸共犯罪者，以造意为首，随从者减一等。若家人共犯，止坐尊长。注云：于法不坐者，归罪于其次尊长。尊长谓男夫。疏议曰：于法不坐者，谓八十以上，十岁以下及笃疾。尊长谓男夫者，假有妇人尊长，共男夫卑幼同犯，虽妇人造意，仍以男夫独坐。^[24]

仅由男性尊长为家人共犯行为受罚的规则，在法律中是概括的说法，但它在适用上受到其它条款的限制。其它条款指出，许多种犯罪行为中，家庭卑幼应作为从犯受处罚。例如，上引法典条文随后规定：

〔家人亲属共同〕侵损于人者，以凡人首从论。疏议曰：侵谓盗窃财物，损谓斗殴杀伤之类。假令父子合家共犯，

[22] 《唐律疏议》，第2册，第118页。

[23] 《唐律疏议》，第2册，第106页。

[24] 《唐律疏议》，第2册，第28页。

并依凡人首从之法，为其侵损于人，是以不独坐尊长。^{〔25〕}

不单独处罚尊长的规则，也适用于违法婚姻。《户婚》篇指出：

若期亲尊长主婚者〔违律〕，主婚为首，男女为从。余亲主婚者，事由主婚，主婚为首，男女为从；事由男女，男女为首，余亲为从。^{〔26〕}

对年长者为其年幼亲属的行为负责的认识，也使立法者改变了有关暴力犯罪中确定首犯的一般规则。因为对普通的、无亲属关系者而言，下手重者为首犯，造意者为第一从犯。当年长的家庭成员同谋杀死其年幼成员时，那么造意者（假定是尊者）是首犯，即使他未亲自参与行动^{〔27〕}

像同一官署的官员或同一国家授权的居民组织单位中之成员一样，亲属也是非自愿组合的成员。这样，他们时常受到唐宋刑律的其他方面操作的影响，我们可称之为连带责任或推定牵连。在某些情况下，一些人可能会因他人所为的行为而受处罚。那些因与犯罪有关系或系罪犯亲属而受惩罚的人们，甚至可能对受牵连的犯罪行为一无所知。因与犯罪有牵连而坐罪的经典例证，集中反映在由中国汉以前法律思想家们提出的什伍组织上。《史记·商君列传》说，基于商鞅的建议，秦人“为什伍，而相牧司连坐”。^{〔28〕}

〔25〕 《唐律疏议》，第2册，第28页。

〔26〕 《唐律疏议》，第3册，第8页。

〔27〕 《唐律疏议》，第3册，第44页。

〔28〕 J. J. L. Duyvendak, *The Book of Lord Shang*, (London: Arthur Probsthain, 1928), 14.

《韩非子》说：“商君教孝公以连什伍，设告坐之过。”^[29]

中国人组建什伍组织显然早于帝国的建立，一直规定于法律中并且时常延续至今的实践中。很清楚，在历史渊源上，这类组织要为各种各样的非法行为承担名义上的连带责任。在实践中，国家似乎最经常关心的是为了财政目的而设定组织成员的责任。唐代一些法律规则规定了组织成员对逃亡成员负有赋税义务。不过，对其他类型的犯罪行为负责的几个实例，也是真实的。

我们已经简略地提到了在官署机构中发现的连带责任。它是推定同僚知道或应当知道他人的失错，因此，他们应负连坐责任。很清楚，在官员共同责任的这个领域，连坐作为普遍现象被广泛使用。当超过了赋税征集时限，长官是首犯，但“佐职以下节级连坐”。^[30]

“节级”一词的含义，在《唐律·名例》篇一段中说得很清楚：

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。疏议曰：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。各以所由为首者，若主典检请有失，即主典为首。丞为第二从，少卿、二正为第三从，大卿为第四从。^[31]

虽然这个连坐原则最经常出现于有关官吏犯罪的判决中，但它也被最残酷地适用于被称为“十恶”的严重犯罪某些同伙的告

[29] W. K. Liao, tr., *The Complete Works of Han Fei Tzu* (London: Arthur Probsthain, 1959), 1: 115.

[30] 《唐律疏议》，第2册，第118页。

[31] 《唐律疏议》，第2册，第23页。

发上。^[32] 尤其家庭成员可能会发现他们自己须为其成员的行为负责。当某人犯有谋反、谋叛或谋大逆罪时，许多亲属也会受惩罚。对谋反首犯的刑罚是斩首，但谋反者之父及16岁以上之子也处绞刑，较小之子及母女、妻妾、祖孙、兄弟、姊妹及部曲皆没官为奴，伯叔父、兄弟之子不限老幼废疾皆流三千里。^[33]

谋大逆仅略轻一些。如果大逆已行，对首犯和那些缘坐者的惩罚，与谋反相同。但如果大逆未行，首犯仅服绞刑，缘坐者可以因谋而未行得到优减，处罚减一等。谋叛又轻一些。首犯与谋大逆罪的处罚相同，即：如果已上道者，斩首；如犯罪在预谋阶段被发现者，绞刑。但缘坐范围更小，妻、子流二千里。若聚部众百人以上，或有所伤害者，其父母与妻、子一同流三千里。^[34]

在缘坐范围上，只有另一种犯罪与这些反对国家的犯罪很相近：生活在同一家庭中的人们，当其中一名妇人自造或教人制造“蛊毒”时，就要被流三千里，即使他们对此并不知情。知情之里正、村正或坊正，将受同样处罚。^[35]

在文章的前一部分，我已论及在唐代可能用于确定犯罪的法律规定。同是这些规定又出现于《宋刑统》中。但这些规则在以后的宋朝法律中保留下来了吗？实践中又如何呢？我们能够超越这些经过编纂的规则，去辨明——至少是模糊地——宋代究竟如何处理那些卷入犯罪的人？法律及所适用的原则是继承了唐代所

[32] 十恶或“十条重罪”，是一组（十种）极其严重的犯罪，包括危及皇帝或国家的犯罪，家内卑幼犯尊长或下官犯上级的犯罪，危及家庭的犯罪，以及涉及巫术的犯罪。请参看 Wallace Johnson, *The Tang Code, Volume 1, General Principles* 的描述 (Princeton: Princeton Univ. Press, 1979), 17-22.

[33] 译者注：后句与《唐律·贼盗》小异。《唐律》云：“伯叔父、兄弟之子皆流三千里，不限籍之同异。”列出供参考。

[34] 《唐律疏议》，第3册，第40—42页。

[35] 《唐律疏议》，第3册，第51页。

用者或者是把它们忽略了？

前面讨论的某些原则的继续使用，在宋朝一个轰动一时的案件中得到明显证明。阿云之狱很具体地表明，首先确定犯罪人与受害人的亲属关系仍然是重要的。甚至在法官决定阿云所犯为何罪之前，他们就得确定她与受害人之间亲属关系的性质。^[36]

像在《唐律》中那样，有一些至少可能部分地抵消亲属关系的情况。比如，在13世纪初通行的一条规则下，与官吏职责相关联并共同对一项犯罪承担罪责的一个家庭的成员，会依确定无亲属关系个人中首犯和从犯的规则加以对待。^[37]实际上，这即意味着惩罚将不单纯地落在男性尊长（或适当的代理人）身上，而是在一定程度上落在所有参与者身上。

合谋与巧合犯罪之间区别的重要性，在宋朝似乎是间接地反映在几个事件中。例如，几个法令强调了“原谋”的重要性。1142年发布的一道诏书云：三人原谋盗劫粟仓，以及实伤粟主者，将依法处治。但追随并参与者，若其返业，将被赦免。^[38]

这个问题依次与首犯、从犯问题密切相关。我们又一次发现了这样的证据：首犯的法律角色可能会因犯罪类型不同而不同；在普通犯罪中充当这个角色的首选对象有三个，即原谋、实施犯罪

[36] Hellmut Wilhelm, "Der Prozess der A Yun," *Monumenta Serica* 1 (1935): 338—51; 338—51; Albert I. Borowitz, "Strict Construction in Sung China: the Case of A Yun," *American Bar Association Journal* 63 (April 1977): 522—28.

[37] 谢深甫（监修）《庆元条法事类》（东京：皇典研究系，1968）页115。

[38] 徐松（辑）《宋会要辑稿》（台北：世界书局，1965），“兵”·11·18a（以下简称《宋会要》）。译者注：此处与原文小异，原文谓：“应曾伤财主及元谋三人，即加擒捕，依法处断。余限百日归业，除其罪。”无追随从犯情形。用其解释合谋则可，解巧合则不妥。列出供参考。

的主要人物和杀人时给予致命一击者。^[39]而且，这种责任分配仍是伴随着一种普遍的观念，即人们主要是为他应负责的行为受惩罚的。^[40]

行为入受赃比不受赃要受到更重处罚的原则，在宋朝也是流行的。1026年，大理寺与审刑院共同建议：凡指引贼人、受赃人己者，减原谋一等处罚；如未受赃，减二等。^[41]

我们拥有关于宋朝的大量原始资料。不幸的是，由于这些可以搞清一般责任问题的资料散布很广，仅有可能在前几页指出不多几个可以反映所描述的唐代原则得以实施的证据。

然而，从法律观点看，有一个责任领域是最令人感兴趣的。关于此点，我们至少得到了一些材料——共同责任问题和连带责任问题。

当我们考察宋代资料时，我们发现共同责任出现于被唐律所记载的所有方面。犯“十恶”的某些罪本身就可能适用缘坐。《宋史·刑法志》记载一个案件，牵连在谋反案中的某人的亲属被“没官”。^[42]但我们也发现法律上不需要连坐的犯罪但却缘坐了一些案件。《皇朝类苑》载一案，某人因为被控“不道”而妻子遭缘坐。^[43]1018年，在京城“帽妖”恐慌之后，一些人因散布“邪法”罪而连坐。^[44]

似乎很清楚，这些案件几乎没有矫饰，那些连坐者是因他们

[39] 《文献通考》，卷167，页1447。

[40] 《庆元条法事类》，第115页。

[41] 《宋会要》，兵，11. 1b。

[42] 丘汉平：《历代刑法志》（台北：三民，1965），第403页。

[43] 江少虞：《皇朝类苑》（京都：Chubun出版社，1981），22. 1a。

[44] 李焘：《续资治通鉴长编》。台北：世界书局，1965年卷92页4a。

下引均作《续长编》。译按：李焘《续资治通鉴长编》国内学术界一般简称为《长编》。

自身确实犯了罪而受惩罚的。威慑性显然是对他们施加惩罚的理论基础。人们应当被预先警告；对某些犯罪，他们将不是单独受惩，而是将被夷灭宗族。这在那些于宋朝指定的“重法地”中犯强盗罪者的家庭的案件中，甚至更明显。这些人的妻、子同财产一样，将被没收入官。^[45]可以说，1020年诏书是同样的。它特别规定：放火并劫盗其家将被籍配至“远恶州军”。^[46]

除了这些作为预防威慑而适用连坐的明显例证外，大多数宋朝实例似乎都与可能未完成国家诏令规定的职责有关。这些实例影响着现任官员、未来的官员和那些处在国家授权的同一个人保伍集团中的人们。有关伪造的法令——它在这个实例中可能是始于五代，虽然也可能是晚唐或宋初——规定：

若家人共犯，坐其家长、若老弱残疾不坐者，则归罪其以次家长。其（私）铸钱处，令保配徒一年，里正、坊正、村正各决杖六十。^[47]

我们也拥有偶然失火案件中同一保伍中人们的共同责任的参考资料，^[48]或未能准确报告可能是盗匪的过客的案件中有关同保人的共同责任的资料。后一实例中，邻伍之人如知情不予详报，将

[45] 张溥：《历代名臣奏议》，1635年，卷218页19b。

[46] 《宋会要》，兵，3. 2b。译者注：原文为“放火谋盗财物犯人，于本处处斩，一房骨肉并配远恶州军”。

[47] 《宋刑统》，卷26，页3a。

[48] 《续长编》，卷497，页14b。

被处徒二年；但即使他们不知情，他们仍将被减二等处罚。^[49]

虽然我们有这样一些有关地方邻保组织成员共同责任的资料，但这些资料在数量上远远比有关现任或未来政府官员的同类资料要少。那些正在为科举考试而学习的生员们（这样他们就可能成为未来的官员），时常要为他人行为负共同责任。985年诏书载明：一旦生员在考试中作弊，“凡保伍知情者，连坐”。^[50]很清楚，在这个实例中，只有人们知情时才受处罚。但在另外一些材料中，表述就模棱两可了。《泊宅编》记载，1083年，一些同保生员因他人犯罪而受牵连，^[51]但《续资治通鉴长编》记载1085年事件时说：

罢太学保任同罪法。注：旧录云：初，三舍法成，士或滥冒。于是立法，使五人以上更相保任。犯而情重及送所属者，免夏楚，听赎。……^[52]

这道废除令是否被执行了，不得而知。因为我们从1086年的记述中看到：因同保连坐而被除籍出学的太学生员，可以不令其补试，而允许直接返学。^[53]

[49] 《宋会要》，刑法，页68b。对有关同一保伍内这一共同责任的另一规则，请看《续长编》，卷25页8a。译者注：《续长编》卷25云：“徽宗大观元年，……理当明立条约：诸推强盗而不根究，窝藏之家住止邻保地分人者，各徒三年，不尽者减二等。”

[50] 《续长编》，卷26，页1a。

[51] 方勺：《泊宅编》（丛书集成本）1—2。

[52] 《续长编》，卷362页1b。

[53] 《续长编》，卷375页12b—13a。译者注：原文为“其身自犯者，仍依学令补试入学，其系与保连坐者，更不补试”。

职员是另一类有时被编列成保任组织并负连坐责任的群体。^[54] 但最引人注意的是专门适用于官员的共同责任。文职官员们要对他们保管的官府货物负责，如果有缺少，他们须得连坐；^[55] 武官们如果没能事先查出窃贼以便防止武器和装备的丢失，可能也得连坐。^[56] 负有全面责任的官员可能得为部属的犯罪而受惩罚。我们知道，1086年一个官员因其部属杀死一些平民，而被连坐以刑事配流。^[57] 惩处犯罪人亲属的制度，可能会使官员们自身受到同样对待。1130年的一道敕令指出，官员腐化案件是如此严重，故而首犯应处死刑，其家属也应“没官”。^[58]

这个有关官员腐化的问题也反映在保任人与他们的被保任人的连坐制度上。这种令人赞叹的制度，到宋朝发展到了顶峰。那些对任职或者对晋升之人提供保证者，应为他们的被保者的行为负法律责任，至少对某些犯罪及在某个时期是如此。这种责任的普遍性，甚至可能影响到被保任者犯轻微公罪时保主的责任。^[59] 但在有关制度适用的实际记载中最常提到的犯罪，是官员腐化。^[60]

在最抽象意义上来审视这些原则及其应用，使人联想到中国审判犯罪时包含了两个分析步骤。第一步是确定犯罪。正是在这个阶段，牵涉人间包括犯罪人与受害者间的亲属关系问题，才

[54] 《续长编》，卷124页2b，卷499页5a。译者注：卷124原文为“先是，监司倅亲事未浹日，而部吏犯赃者并连坐”。

[55] 《续长编》，卷24页8b。

[56] 《续长编》，卷55页5a。

[57] 《续长编》，卷364页2a。

[58] 《文献通考》，卷167页1453。

[59] 关于普遍责任规则，请参看《庆元条法事类》，第195页。

[60] 《续长编》，卷32页11a，卷43页6a，卷57页8a，卷61页7b，卷62页12a，卷66页12a，卷78页11a，卷82页13a。

是焦点问题。也正是在这个阶段，才出现了犯罪是巧合还是合谋的问题。第二个分析步骤是有关责任分配的。正是在这一阶段上，这种制度要求确定犯罪人中首犯、从犯和共同责任者的角色。

在既定的传统中国社会制度下，这些原则绝大部分的实施是容易理解的。无论如何，连带责任和共同责任的原则理应有一个最终的评价。在这方面，就像在另外某些传统中国的法律原则那里一样，我们能够看到中国类似于西方法律制度中流行的那种对学说所持有的应有的小心态度。除了似乎将连带责任纯粹建立在威慑观念基础上的那些实例外，这个原则的适用受着以下观念的束缚，即：那些或由亲属关系或由处于同一小集团形成的成员关系而被联结在一起的人们，负有适当注意的义务，不仅是对他们自己的个人任务的完成应如此，而且对同僚中上司和部属两方面的执行监督也应如此。上司和部属未能举发或制止一项犯罪，并不就是指包含了共谋，因为受惩罚者甚至可能对犯罪行为并不知情，但它确实表明他们没有保持所期望于他们的适当注意的态度。

这些原则进一步说明了传统中国刑法的“冰山”特征。在正式法典中被公开奉为圭臬的那一法律明显的部分，是绝对主要的。然而，在法典表面之下，存在着另一个层次的法律政策，它可能采取了非常概括地规定的方式，就像在“适当注意”情况中那样；或者可能是更特殊的规定，就像在由统治阶级强加给中国州县官的、而他在处理刑事事务时必须遵循的程序顺序那样。以往对中国法典的学究式观点，集中于它们的表面现象，不足以解释它们所显示的长时期连续性的程度。部分答案可能是：中国法典，就象早于它一个世纪编纂的罗马法那样，清晰地奠定了法律的实体，也含蓄地规划了它的程度。这样，法典规定的不单是问题的适当的实体答案，而且也提供了借以解决这些问题的原则和程序。

(霍存福译 孙世彦 吕岩峰校)

RECENT AMERICAN
ACADEMIC WRITINGS ON
TRADITIONAL CHINESE LAW
SELECTED TRANSLATIONS

对于历史悠久且至今仍具活力的中国法律传统，本国学人已多有著述。但是，带着不同文化背景和价值观念的西方学者怎样看待我们的传统？他们使用怎样的研究方法？发展和运用了哪些材料？得出了什么新结论？对于中西两种法律传统的异同，他们有什么新颖的见解？

这本由中美两方学者合作编译的文集展示了最近二十年间美国汉学家的一批优秀研究成果。读者从中可以看到，这些美国学者是如何进入我们法律传统的深层次，以邻壁之光观照汉家故物，显微阐幽，彰往察来，为中国法律传统的研究开辟了别具一格的新境界。

ISBN 7-5620-1325-X



9 787562 013259 >

ISBN 7-5620-1325-X
D · 1277 定价：21.50 元