

《中西法律传统》

Legal Traditions of the West and China

2021 年第 3 期 (总第 18 卷)

近年唐代法律史研究述评^{*}

张 群 刘 晓

摘 要 | 2011—2020 年期间,戴建国、楼劲、黄正建、刘晓林、陈玺、赵晶、胡兴东等学者,先后发表唐代法律史的论文和著作 50 多篇(种)。主要包括两类研究,一是围绕《唐律疏议》《天圣令》以及唐代判词等文献展开,注重解读这些文献中蕴含的制度史信息;二是从制度出发,探讨“农忙止讼”“七杀”“漏泄禁中语(漏泄大事)”“别籍异财”“存留养亲”“夜无故入人家”等各种法律制度的形成、变化和意义。

关键词 | 唐律疏议;天圣令;唐代判词;农忙止讼;七杀;别籍异财;夜无故入人家

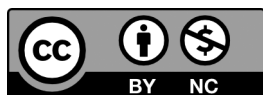
作者简介 | 张群,中央民族大学法学院副教授,法学博士。研究方向:中国法律史方向。

刘晓,中国政法大学法学院 2019 级法学博士。研究方向:中国法律史。

Copyright © 2021 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



一、引言

2011—2020 年 10 年间,《唐律疏议》等重要唐代法律古籍首次或者重新整理出版,史学界的戴建

国、楼劲、黄正建等学者,法学界的刘晓林、陈玺、赵晶、胡兴东等学者,先后发表唐代法律史的论文和著作 50 多篇(种)。^[1]限于篇幅,本文主要介绍部

^{*} 中央民族大学法学院耿静怡、蒋怿旻、杨静怡、安徽医科大学张行健等同学搜集整理部分资料或起草部分初稿,中国人民大学法学院唐国昌博士、中国政法大学闫强乐博士提出修改意见,谨此致谢。

[1] 例如楼劲:《魏晋南北朝隋唐立法与法律体系:敕例、法典与唐法系源流》,中国社会科学出版社 2014 年版;黄正建:《唐代法典、司法与〈天圣令〉诸问题研究》,中国社会科学出版社 2018 年版;戴建国:《秩序之间:唐宋法典与制度研究》,上海人民出版社 2020 年版;胡兴东《“开元六典”的继受传播及对中华法系的影响》,载《中国法学》2020 年第 3 期,等。

分专题研究,更多内容请参阅有关杂志和著作。^[1]

二、关于《天圣令》和唐代法制的研究

虽然《天圣令》是宋代法令,但因其与唐令的密切关系,一直获得唐宋史学界的共同关注。近年,在戴建国、黄正建、楼劲等资深专家之外,中国政法大学青年学者赵晶的相关研究尤为引人注目。^[2]赵晶立足《天圣令》残卷,从令篇构造、条文源流、法律术语、唐令复原及规范意涵等方面,深入研究唐宋令及唐宋法制。一是围绕《唐六典》所载令篇是否为唐代通例、《庆元令》篇目如何排序等问题,检讨百年来的研究成果;二是以庆元《时令》为例,考索现存条文在唐令中的归属,探究唐宋令篇目之演变及原因;三是通过对唐宋《仓库令》条文的比勘和庆元《河渠令》《驿令》条文的溯源,验证既往的研究观点,探讨唐代其他法源与宋令之间的源流关系;四是择取“财没不追”“僧道法”语词,在法律体系的整体框架内探究其内涵所指,并衍生

至律令、令格的关系、影响等问题;五是围绕《赋役令》与《仓库令》的部分条文,探索唐令复原的可能性方案,致力于令文诠释、制度勾勒。

三、关于《唐律疏议》的研究

近年关于《唐律疏议》的研究中,首先应提到的是南开大学法学院岳纯之重新整理出版《唐律疏议》,为学界提供了一个可供使用的新版本。^[3]岳纯之还撰文提出,现存《唐律疏议》并不是永徽四年(653)的《永徽律疏》,有学者提出《唐律疏议》为《永徽律疏》的证据不足以让人信服;所谓宋刊本《故唐律疏议》值得怀疑,因为宋刊本中并没有遵循宋代各时期应遵守的文字避讳;《宋刑统》没有直接沿用《唐律疏议》的目录,《唐律疏议》的细目更为细致;这说明正文中篇目疏议在唐代就存在,而非日本学者所认定的宋代才有。^[4]

其次是吉林大学法学院刘晓林的法律语言学 research。^[5]中国古代立法语言是传统法制与

[1] 2011—2013年期间唐代法律史研究情况还可参见高汉成主编:《中国法律史学新发展》(唐代部分执笔:严淑琴、袁物蕴),中国社会科学出版社2013年11月版,第64页。总体情况可参见赵晶:《二十年来敦煌吐鲁番汉文法律文献研究述要》,载《国学学刊》2019年第2期;王立民:《中国唐律研究三十年》,载《法学研究》2014年第3期;王立民:《中国唐律研究70年的三个重要问题》,载《浙江学刊》2020年第1期;周东平:《二十世纪唐律令研究回顾》,载《中西法律传统》第二卷;周会蕾:《20世纪上半叶唐律研究概观》,载《华北水利水电学院学报》2011年第6期;张维新:《近三十年来唐律研究成果的法制史学史考察——以中国内地的部分专著为考评对象》,载《前沿》2011年第11期,等。

[2] 赵晶相关著作主要有《〈天圣令〉与唐宋法制考论》(上海古籍出版社2014年初版,2020年修订再版)、《三尺春秋——法史述绎集》(中国政法大学出版社2019年版)。其中《〈天圣令〉与唐宋法制考论》获第四届中国政法大学青年教师优秀科研成果奖一等奖、第十届邓广铭学术奖励基金二等奖、第五届中国法律文化研究成果奖一等奖。

[3] 岳纯之点校:《唐律疏议》,上海古籍出版社2013年版。

[4] 岳纯之:《仁井田陞等〈故唐律疏议〉制作年代考及其在中国的学术影响》,载《史林》2010年第5期;岳纯之:《所谓现存〈唐律疏议〉为〈永徽律疏〉之新证——与郑显文先生商榷》,载《敦煌研究》2011年第4期;岳纯之:《论〈唐律疏议〉的形成、结构和影响》,载《政法论丛》2013年第2期。

[5] 刘晓林主要科研成果有《唐律立法语言、立法技术及法典体例研究》,商务印书馆2020年版;《秦汉律与唐律杀人罪立法比较研究》,商务印书馆2021年版;《唐律误杀考》,载《法学研究》2012年第5期;《唐律中的“余条准此”考辨》,载《法学研究》2017年第3期;《唐律中的“罪名”:立法的语言、核心与宗旨》,载《法学家》2017年第5期;《唐律立法体例的实证分析——以“不用此律”的表述为中心》,载《政法论坛》2016年第5期;《唐律中的“杀”与“死”》,载《政法论坛》2020年第3期;《〈唐律疏议〉中的“理”考辨》,载《法律科学》2015年第4期;《唐律中的“罪止”:通过立法技术表现的慎刑与官吏控制》,载《法律科学》2020年第4期;《立法语言抑或学理解释:注释律学中的“六杀”与“七杀”》,载《清华法学》2018年第6期;《唐律“劫杀”考》,载《华东政法大学学报》2011年第4期;《唐律“斗杀”考》,载《当代法学》2012年第2期;《传统刑律中的死刑限制及其技术策略:以〈唐律疏议〉中的“至死”为中心的考察》,载《四川大学学报(哲学社会科学版)》2019年第6期;《〈唐律疏议〉中的“情”考辨》,载《上海师范大学学报(哲学社会科学版)》2017年第1期;《秦汉律与唐律“谋杀”比较研究》,载《甘肃社会科学》2013年第2期;《唐代监察官员的职务犯罪行为及其处罚》,载《甘肃社会科学》2018年第5期;《从“贼杀”到“故杀”》,载《苏州大学学报(法学版)》2015年第1期;《秦汉律中相关的“谒杀”“擅杀”初考》,载《甘肃政法学院学报》2013年第5期。

法律文化最直接的载体与标识,也是法律文化传播与延续、发展的媒介。刘晓林以《唐律疏议》中的立法语言为切入,通过对唐律中的“情”“理”“余条准此”“不用此律”“罪名”“枉法”等典型概念进行梳理、归纳,从实证的角度出发、通过数据展示其出现于法典中的频次与分布,并结合相关的出土文献与其他传世文献,从教义学与规范分析的立场对唐律中典型法律术语的功能、地位及其在法典中的影响进行系统梳理,进而对唐律立法技术、法典体例与结构进行深入探讨,以此完善唐律与唐代法制的研究,最终深入揭示我国传统法律文化的丰富内涵。^[1]

此外,陈煜探讨了《唐律疏议》中的法律概念及其条款,认为《唐律疏议》通过“属种差”的逻辑方法和特定语词界定法,定义了相关的法律概念,并通过专设法律概念条款和在普通条款及其“疏议”中凸显法律概念的方式,将法律概念纂入法典。唐律的法律概念在法典目录上没有清律明晰,但是在界定方式和力度方面较清律为优,呈现出科学和完备的特色。^[2]

四、关于唐代刑事诉讼制度的研究

近年,西北政法大学陈玺通过对诉讼主体、

告诉、审判、执行等领域的专题研究,基本查明了唐代刑事诉讼惯例生成、运行与发展的基本情况,勾勒出中国传统诉讼法律文明中制度、惯例、观念三位一体、协调互动的运作格局,展示了我国传统诉讼法制文化演进、发达之概观与规律。陈玺认为,唐代诉讼惯例的形成与适用以律令规则为基准,又在实践中发挥矫正、修补、创新等重要作用。诉讼制度与诉讼惯例相辅相成、相互影响,最终成就了固有诉讼文明薪火相承与革故鼎新并存之基本风格。^[3]陈玺还对唐代钱法等做了专门研究。^[4]

五、关于唐代法律制度的研究

唐代法律制度一向是研究的重点。有些学者长期从事唐代某一具体法律制度的研究,比如刘玉堂长期研究唐代婚姻家庭法。^[5]还有一些具体制度引起广泛关注和讨论。2000—2010年间,“义绝”一度成为热点。^[6]2011年以来,“农忙止讼”“七杀”“漏泄禁中语(漏泄大事)”“别籍异财”“存留养亲”“夜无故入人家”等相继成为热点。本章重点介绍后者的情况。其中,“存留养亲”的大部分论

[1] 此前的相关研究主要有[日]岡野誠:《〈唐律疏议〉中“例”字之用法》(上)、(下),《法律史论集》第3卷、第4卷,李力译,法律出版社2001年、2002年版。

[2] 陈煜:《〈唐律疏议〉中的法律概念及其条款——兼与〈大清律例〉相比较》,载《中国政法大学学报》2016年第5期。

[3] 陈玺相关成果主要有《唐代诉讼制度研究》(商务印书馆2012年)、《唐代刑事诉讼惯例研究》(科学出版社2017年)等。

[4] 陈玺:《唐代钱法考》,社会科学文献出版社2018年版。

[5] 例如刘玉堂:《论唐代的义绝制度及其法律后果》,载《中南民族大学学报》(人文社会科学版)2005年第6期;刘玉堂:《唐代对官吏婚姻特权的法律规范》,载《中国文化》2013年春季卷;刘玉堂:《关于唐代婚姻立法若干问题的思考》,载《华中师范大学学报》2017年第6期。

[6] 关于义绝的成果主要有金眉:《论唐代婚姻终止的法律制度》,载《南京社会科学》2001年第11期;曾代伟:《蒙元义绝考略》,载《西南民族大学学报》(人文社会科学版)2004年第11期;曾代伟:《金元法制丛考》十五《蒙元“义绝”之制钩沉》,载杨一凡主编:《中国法制史考证续编》第九册,社科文献出版社2009年版,第397—408页;刘玉堂:《论唐代的义绝制度及其法律后果》,载《中南民族大学学报》(人文社会科学版)2005年第6期;崔兰琴:《中国古代的义绝制度》,载《法学研究》2008年第3期;任亚爱、张晓飞:《论“义绝”之“义”》,载《新疆社会科学》2008年第2期;张群:《中国古代法上的义绝》,载《安徽大学法律评论》2011年第1辑。

文研究对象是清代，^[1]“夜无故入人家”已有专文评论，^[2]本章不多赘述。

关于“农忙止讼”。传统观点认为该制度出现于唐朝，但具体时间则没有一致意见。郑显文认为，分析现存中、日古代文献及出土敦煌吐鲁番文书，可以确定该项制度最早出现于唐开元二十五年的《杂令》之中。日本《养老令》中关于农忙止讼的规定借鉴了唐开元二十五年《杂令》的规定。依此推断，唐开元二十五年律疏、令应是日本《养老律》和《养老令》重要蓝本。^[3]岳纯之认为，从唐高祖武德六年（623年）六月的《劝农诏》和日本《养老令》的成书时间来看，我国古代农忙止讼制度的形成时间应该早于开元六年（718年），甚至可能早于唐朝。今天学界复原的开元二十五年（737年）令中有农忙止讼的规定，但不能因此就认为农忙止讼制度首创于开元二十五年（737年）令。这就好像我们今天能够看到的中国古代第一部完整的法典是《唐律疏议》，但不能因此就将其中关于十恶的规定视作唐律的首创。^[4]

关于“七杀”。刘晓林2012年面世的博士论文将唐律“七杀”（谋杀、故杀、劫杀、斗杀、戏杀、误杀、过失杀）作为一个整体，以律文为基础，

结合传世文献，系统解析“七杀”立法的构成特征、罪刑与法律实践状况；还与西方古代罗马法、唐律与中国现行刑法关于杀人罪的规定做了对比研究。^[5]仪浩、闵冬芳、黄开军也撰文探讨唐律中的谋杀、故杀，其中黄开军的观点颇具新意。^[6]以前学者多认为谋杀的主观恶性大于故杀。黄开军则认为，当代研究者按照现代人的思维模式和价值观，认为“故杀”类似于西方的激情杀人，属于“临时起意”，故其主观恶性弱于谋杀的“处心积虑”。但实际上，《唐律》中的“故杀”源于汉晋律的“贼杀”，是指行为人明知后果而执意杀人。如果说谋杀体现出杀人者在一定程度的道德良知和对天理国法的敬畏（有忌），然后才是其对于杀人结果的追求，故杀则是肆无忌惮，公然藐视伦理、道德、纲常以及王法权威（无忌）。因此，唐律对故杀予以比谋杀重得多的惩治，施行故杀犯不赦、故杀犯不首、故杀犯必斩三大原则。

关于“漏泄禁中语”和“漏泄大事”罪。汉代以来，“漏泄禁中语”就是一个重要罪名。^[7]清末著名法学家沈家本曾批评“漏泄禁中语”罪说，“所漏泄者如关于军事国政自当重论，否则寻常燕私之语，乌可遂以杀人哉？”^[8]陈玺细致考证唐代“漏

[1] 主要有謝全發：《留養承祀制度初探》，载《重慶教育學院學報》1999年第4期；吳建璠：《清代的犯罪存留養親》，载《法學研究》2001年第5期；孫家紅：《視野放寬：對清代秋審和朝審結果的新考察》，载《清史研究》2007年第3期；周祖文：《清代存留養親與農村家庭養老》，载《近代史研究》2012年第1期；包思勤、蘇欽：《清朝蒙古律「存留養親」制度形成試探》，载《民族研究》2016年第1期；吳大華、喻琴瑤：《是封建復辟還是價值傳承——基於「夏俊峰」案的「存留養親」制度分析》，载《昆明理工大學學報》2014年第2期；張群：《也談清代犯罪存留養親的現代價值——一個學術史的回顧與思考》，载台北中研院史語所、中國法制史學會主編：《法制史研究》2019年第36期，等。

[2] 主要有閔冬芳：《唐律“夜无故入人家”條源流考》，载《法學研究》2010年第6期；張群：《也談“夜无故入人家”》，载《北大法律評論》2011年第2輯，北大出版社2011年9月版；趙崧：《知無不言，言有不盡——〈“夜无故入人家”——不應忽略的那一面〉讀後》，载《法律史評論》第8卷，法律出版社2015年版。

[3] 鄭顯文：《中國古代“農忙止訟”制度形成時間考述》，载《法學研究》2005年第3期。

[4] 岳純之：《中國古代農忙止訟制度的形成時間試探》，载《南開學報》2011年第1期。

[5] 劉曉林：《唐律“七殺”研究》，吉林大學法學院2011年博士論文，商務印書館2012年版。

[6] 儀浩：《中國古代謀殺罪考》，中國政法大學2007年研究生畢業論文；閔冬芳：《中國古代“謀殺”概念的形與演變》，载《法學》2009年第2期；《中國古代故殺》，载《河北法學》2009年第4期；黃開軍：《故殺重判略析——以〈唐律疏議〉為中心》，载《西南政法大學學報》2011年第3期。

[7] 朱熹說，舊謂之“漏泄省中語”，避漢元后父諱，遂改為“省”。參見《朱子語類》卷一一二《朱子九》，中華書局1984年版，第2727頁。

[8] 沈家本：《歷代刑法考·漢律摭遺》卷十六《越宮律》，中華書局1985年版，第1673頁。

泄禁中语”罪源流、法律规定和案例,认为司法实践中颇多滥权。^[1]闫晓君通过考察“漏泄”及“间谍”的法律沿革及变化,认为中国古代保密法主要保护国家秘密、律目主要以“漏泄”与“间谍”罪为主等特征。但“漏泄”与“间谍”立法也有异同,间谍是敌人或为敌方服务之人,漏泄是我方官员,间谍是有目的专职搜集我方情报的敌方人员,毫无疑问是故意犯罪;犯漏泄罪者都是无心疏漏、不够谨严的我方官员或涉密知密者。漏泄如果不是无心之失,而是有意漏泄,那便是奸细,漏泄是源头犯罪,没有我方漏泄,敌方间谍便不能得手。^[2]张群认为,从汉唐记载看,“漏泄禁中语”案例大多语焉不详,沈家本的批评是有道理的,但也一些记载明确的案例,显示该罪的处置亦非完全随意。有些“漏泄禁中语”案处理很重,主要因为牵涉到其他更加严重的犯罪,甚至和政治斗争交织在一起,处罚针对的主要是政治问题,泄密只是一个由头,本不宜以平常刑事案目之。此外,在法理上,“漏泄禁中语”是一个相对形象化的流于事物表面的表述,难以视为严格的法律术语。《唐律疏议》首次提出“事应密”的概念,抽象出国家秘密的本质特征,暗含实质和形式两方面要求,与现代法学理论对国家秘密的认识比较契合,是唐律的一大进步。^[3]

关于“别籍异财”。近年先后有博士论文1篇、硕士论文4篇。^[4]较早考察别籍异财法的是李小

标发表于2003年的论文。^[5]尹成波的博士论文从法律与社会互动的视角,全面研究别籍异财法的法律变迁、实际推行状况、制约该法推行的因素、法律与现实矛盾的消解等问题。文章认为,终唐宋之世,禁止别籍异财的法律始终与社会现实存在着不同程度的紧张,但随着以范仲淹家族为代表的新型家族组织的出现,这一困境获得解脱。在这种家族组织中,各个小家庭各有户籍,各蓄私财,整个家族设有共产,以供联宗收族之用。既兼顾了养老、救济、科举、教化等族内公共事务,又照顾到子弟拥有、扩大个人私产的愿望,可谓公平与效率兼得。至元明清时候,禁止别籍异财法令逐渐沦为具文,仅具伦理层面意义。^[6]张本顺观点与尹成波接近,但似更为激进,几乎视别籍异财禁令为无物。^[7]

有学者对唐律中别籍异财之禁的具体含义做了专门分析,认为唐律中别籍、异财二者有着明显的区别,批评学术界“长期”将别籍异财视作一个整体,“忽视别籍和异财的相对独立性及其相互关系”。^[8]但《唐律疏议》中对此规定其实相当明确,几乎没有误会空间。著名唐律专家戴炎辉先生、刘俊文先生早在有关著作中明白指出这一点。^[9]该文批评的所谓“长期以来”的错误认识,似乎是指瞿同祖、滋贺秀三、张晋藩、朱勇等学者的著作或者主编的教材。^[10]从该文所批评的有关内容看,这四位学者作品的行文中似并

[1] 陈玺:《唐律“漏泄禁中语”源流考》,载《华东政法大学学报》2012年第1期。

[2] 闫晓君:《古代保密法:漏泄罪与间谍罪》,《法学》2017年第2期。

[3] 张群:《中国保密法制史研究》,上海人民出版社2017年版。

[4] 主要有傅钰钦:《唐代禁止“别籍异财”之法考论》,西南政法大学2019年硕士论文;朱旭亮:《唐宋时期“别籍异财”之禁研究》,辽宁大学2017年硕士论文;李畅:《唐代别籍异财罪研究》,安徽大学2012年硕士论文;徐爽:《别籍异财罪研究》,中国政法大学2010年硕士论文;尹成波:《从异子之科到禁止别籍异财》,浙江大学2009年博士论文,等。

[5] 例如李小标:《“别籍异财”之禁的文化解读》,载《政法论丛》2003年第3期。

[6] 尹成波:《理想与现实的冲突及整合——唐代“别籍异财法”研究》,载《法学家》2014年第2期。

[7] 张本顺:《变革与转型:宋代“别籍异财”法的时代特色、成因及意义论析》,载《法制与社会发展》2012年第2期。

[8] 艾永明、郭寅枫:《唐律别籍异财之禁探析》,载《法学研究》2010年第5期。

[9] 戴炎辉:《唐律各论》,成文出版社1988年版,第185-186页;刘俊文:《唐律疏议笺解》,中华书局1996年版,第938页。

[10] 艾永明、郭寅枫:《唐律别籍异财之禁探析》提及的参考文献有瞿同祖《中国法律与中国社会》(中华书局,1981);张晋藩主编,《中国法制史》(北京:群众出版社,1992);朱勇主编,《中国法制史》(北京:法律出版社,2002);滋贺秀三,《中国国家法原理》(北京:法律出版社,2003)。

无必要区分二者(本就是笼统言之),至于说这些学者误认该制维持家长的财产支配权云云更是无从说起,瞿同祖明确提出该制目的在孝,因为别籍异财“有亏侍养之道”“大伤慈亲之心”。史料单薄更是该文明显缺点。

有学者专门回顾了别籍异财的学术史,认为应当高度重视顾炎武的观点。^[1]清代魏源编辑《皇朝经世文编》中专门收录顾炎武的有关观点。^[2]清末著名法学家薛允升(1820—1901)也称赞《日知录》对别籍异财“言之最详”。^[3]与宋明时期的大部分古人相反,顾炎武反对分居,是这个问题上最为坚定的少数派。但顾炎武不是简单的反对,而是广泛搜集资料,从历史记载、政策法令、社会观念等多个角度,全面探讨其历史、起源、弊端及对策,在方法上很值得肯定。顾炎武之后的清代史学家王鸣盛(1722—1797)、赵翼(1727—1814)也关注过该问题,但赵翼主要胪列有关史事,兼及个人见闻,^[4]王鸣盛主要辨析曾巩是否与弟分居,王安石是否为其辩护等细节问题,^[5]

都没有探讨同居的政策引导和社会效果问题,稍嫌就事论事。沈家本(1840—1913)只是在评论商鞅变法时将其与西方(父子异居)进行比较,认为二者用意相同。^[6]民国时期,吕思勉从社会史角度,较为细致地探讨了共居风俗的由来、形成和弊端,也广泛参考了顾炎武、赵翼等著作,但似评价消极,认为论者对累世同居予以“美谈”是“不察名实之过”,对顾炎武强烈提倡共居的立场则未予评论。^[7]陈顾远认为共居是传统家族制度的显著表现,还列举历代正史孝义传所载“义门”之事,“可知其盛”,但没有什么理论探讨。^[8]杨鸿烈将“别籍异财”列为中国古代法律思想史上的一个“特殊法律问题”,做了比较全面的考察。杨鸿烈几乎全盘继承了顾炎武在资料上的创获,并有所拓展(如大量使用律例资料),但对顾炎武最重要的特色和贡献——重视国家政策(主要是赋役政策)和社会(分居)之间的互动关系,以及政策法令对共居风俗的引导、塑造功能——却似没有关注。^[9]日本学者滋贺

[1] 张群:《分居还是共居?——顾炎武对传统家庭居住制度的反思》,载《法史学刊》第15卷,社科文献出版社2020年版。

[2] 魏源编:《皇朝经世文编》卷五九《礼政六》,岳麓书社2004年版,第306页。

[3] 薛允升:《唐明律合编》卷一二《户婚上·别籍异财》,中国书店2010年版,第121页。

[4] 赵翼:《陔余丛考》卷三九《累世同居》,河北人民出版社2007年版,第800页。余同年大学士王惺园,先代亦四世同居。问其家法,大率一家中推出一人有才者为主,而尊卑皆听令焉。

[5] 王鸣盛:《蛾术编》卷八十《说集六》,“曾巩与弟布不同居”条,上海书店2012年版,第1179页。

[6] 《历代刑法考·律令二》“卫鞅变法”条,第847页。

[7] 吕思勉:《中国制度史》,上海教育出版社1985年版,第八章《宗族》,第392—399页;《吕思勉全集·隋唐五代史》,上海古籍出版社2020年版,第502页。

[8] 《南史》十三人,《北史》十二人,《唐书》三十八人,《五代》二人,《宋史》五十人,《元史》五人,《明史》二十六人(陈顾远:《中国法制史概要》,商务印书馆2011年版,第235页)。但陈顾远这一数字并非自行统计,而应转自赵翼。参见赵翼:《陔余丛考》卷三九《累世同居》,河北人民出版社2007年版,第800页。

[9] 杨鸿烈虽然以研究中国法制史著称,但在感情上似并不认同传统,甚至还有一些鄙薄。受制于时代和个人修养,也似没有多少独立见解,特别是对传统法制的精神和宗旨(为何有这样的规定)缺乏应有思考和认知,基本上随着社会思潮起舞,在见识上比较平凡。比如,他在谈到“亲属兼容隐问题”时说(《中国法律思想史》第四章《儒家独霸时代》,商务印书馆2017年版,第253页):“儒家过重家族亲亲主义,不顾整个社会的福利,确是一大缺憾。”这话失之于武断,亦非严谨之学术语言。其实,清末民国学者(包括留洋回国诸人)陈独秀、胡适、钱穆等对传统的态度总体上还是比较客观、全面的,甚至早一点的革命家章太炎在反清高潮中也讲过这样的话(章太炎:《在东京留学生欢迎会上之演讲(一九〇六年七月十五日)》,载章念驰编订:《章太炎全集演讲集(上)》,上海人民出版社2014年版,第10页):“我们中国政治,总是君权专制,本没有什么可贵,但是官制为什么要这样建制?州郡为什么要这样分割?军队为什么要这样编制?赋税为什么要这样征调?都有一定的理由,不好将专制政府所行的事,一概抹杀。”相比之下,杨鸿烈的视野和见识都要狭隘、黯淡得多,这无疑会影响到后来的法史学者。

秀三在 20 世纪 60 年代出版的著作中对中国古代同居和分家的具体情形和法理分析深入细致,但未论及别籍异财法的伦理和价值问题。^[1]瞿同祖(法律社会史)、张国刚(家庭史)视角和观点与滋贺秀三近似。^[2]直到近年,这种状况才有所改变,出现了尹成波等一些全面考察、客观评述别籍异财法的作品。但无论上述哪位作者,对顾炎武强调的共居和别籍异财法的那些正面价值,几乎都没有关注。该学者认为,虽然累世共居的家居形式早已退出历史舞台,也有其弊病,不可能在现代社会持续,但其中蕴含和体现的孝亲重情、谦让容忍的一面应予肯定,政府企图通过赋税等经济手段影响、塑造社会风俗的一面也值得赞赏。顾炎武最重要的贡献和启发也在这一方面。

此外,在民法典立法的大背景下,中国政法大学法律史学研究院顾元从现代法学的视野,首次比较深入地探讨了唐代无主物法律制度的文化特色和法制意义。唐代以阑遗物、宿藏物、漂失物为中心的无主物制度在法制史教材中大多有所介绍,但缺乏深入研究。^[3]顾元认为,以唐律为代表的中国传统律典,建构了关于无主物的法律规范体系。其中唐律“山野物已加功力辄取”与“占山野陂湖利”条是唐代建构无主物先占制度的基本条款。无主物原则上归先占者所有,但以“加功力”为根本要件,体现的基本原则也极明确:施加人力的劳动,是财

产所有权形成的最重要条件。阑遗物、宿藏物、漂失物等,因其处于无人有效管领的事实状态,故被视为无主物加以法律拟制。唐代无主物立法务实灵活,以民本主义和物尽其用为基本价值依归,鼓励自然资源的利用开发,山川薮泽之利,“公私共之”。唐代以独特方式建构其无主物法律规范体系与秩序,体现了“中国经验”的特别旨趣,并为现代民事立法提供可能的史鉴价值。^[4]

六、关于唐代判词的研究

早在南宋,洪迈就对唐代判词做了评判。他对张鷟《龙筋凤髓判》评价最低,斥之为“纯是当时文格,全类非体,惟知堆垛故事,而于蔽罪议法处不能深切,殆是无一篇可读,一联可味”;其次是元稹有百余判,“亦不能工”。评价较高的是余靖,“粲然可观”;评价最高的是白居易《甲乙判》,称“读之愈多,使人不厌”,还摘引多则,誉之“不背人情,合于法意,援经引史,比喻甚明,非青钱学士所能及也”。^[5]20 世纪 90 年代,霍存福撰文认为,洪迈对张鷟的评价稍嫌苛刻,比较白居易和张鷟的判词可以发现,《龙筋凤髓判》堪称用法公允而准确,而白居易的类似判决,似也无过于此。而且,《龙筋凤髓判》大多根据奏章、案例改编,更为真实,白居易甲乙判则有不少经义的内容,文笔更佳,各有所长。^[6]

近年学者们围绕白居易“百道判”、《文苑英华》判文等续有讨论,观点更为持平。^[7]首先,

[1] [日] 滋贺秀三:《中国国家法原理》,法律出版社 2003 年版,张建国、李力译,第 40 页。

[2] 瞿同祖:《中国法律与中国社会》,中华书局 1981 年版,第 16 页;张国刚主编:《中国家庭史》五卷,人民出版社 2013 年版。

[3] 例如朱勇主编:《中国法制史》(执笔:朱勇,高浣月),中国政法大学出版社 2009 年版,第 162、185 页。

[4] 顾元:《论唐代无主物法律制度》,载《中国法学》2020 年第 3 期。

[5] 洪迈:《容斋随笔·容斋续笔》卷十二“龙筋凤髓判”条,中华书局 2015 年版,第 282-283 页。

[6] 霍存福:《张鷟〈龙筋凤髓判〉与白居易〈甲乙判〉异同论》,载《法制与社会发展》1997 年第 2 期;霍存福:《〈龙筋凤髓判〉判目破译——张鷟判词问目源自真实案例、奏章、史事考》,载《吉林大学学报》1998 年第 2 期。

[7] 例如陈登武:《白居易“百道判”试析——兼论经义折狱的影响》,载柳立言主编:《传统中国法律的理念与实践》,中央研究院 2000 年版,第 393 页;陈小远:《〈文苑英华〉判文研究》,北京大学 2011 年硕士论文;朱洁琳:《唐代判词的法律特征与文学特征——以白居易“百道判”为例》,载《政法论坛》2013 年第 2 期;陈锐:《唐代判词中的法意、逻辑与修辞——以〈文苑英华·刑狱门〉为中心的考察》,载《现代法学》2013 年第 4 期;顾凌云:《唐代实判的判案依据研究》,载《敦煌学辑刊》2014 年第 1 期;杨晓宜:《唐判研读举隅(一)——以〈文苑英华·判〉“师学门”“刑狱门”“为政门”为例》,载《中国古代法律文献研究》第十二辑,社会科学文献出版社 2017 年版;杨晓宜:《唐判研读举隅(二)——以〈文苑英华·判〉“师学门”“刑狱门”“为政门”为例》,载《中国古代法律文献研究》第十三辑,社会科学文献出版社 2018 年版。

就判词形式来说,无论是张鷟,还是白居易、元稹,以及宋代的余靖,大致都是引经据典说一通大道理,再剖析一下当事人的得失,最后给出一个结论。风格和技巧上或许有差别有差距,但实质上均是一个系统,并无根本差别。其次,在内容上,虽然《龙筋凤髓判》几乎每条都可以找到法律根据,白居易判词中涉及法律问题的占到一半以上,但正如张之洞《书目答问》卷三《子部·法家第四》对《龙筋凤髓判》的评价,“名似法家,实则词章”。这些判词的价值更多表现在可以借此考察作者的文学才能、思想观念和当时的社会风气,而不是法律。如果想通过阅读这些判词来学习法律学习审判,估计比较困难,作为考察当时法制的史料,亦宜谨慎。但这似乎很难作为缺点或者局限来批评。因为张鷟以及白居易撰写这些判词的初衷或者说目的,主要是为科举考试提供范文,现在以实际司法标准要求 and 评判,本就有失公允,也不合适。在这个问题上,似乎还是四库馆臣的观点更为可取:“(白)居易判主流利,此(张鷟《龙筋凤髓判》)则缛丽,各一时之文体。…至(张)鷟作是编,取备程试之用,则本为录事而作,不为定律而作,自以征引赅洽为主。言各有当,固不得指为鷟病也”。^[1]霍存福先生文中没有提及四库的观点,但从白居易、张鷟两判的文本出发,在客观上判断二者的优劣,自更进一步。

著名文史学家傅璇琮先生不赞成四库馆臣“言各有当”的评价,认为唐代判词大多出自虚拟(即所谓拟判),固然反映一些世风世情,但不可估计过高。有些判词本就是戏谑之作,讨论的问题很无聊,格调也不高。^[2]但大部分学者认为,唐代判词虽然多是拟判,不可直接作为史料看待,但多少有一定的事实根据,有所谓通性的真实,

其案由和判词中蕴含着丰富的其他方面信息,有助于考史论事。有些判词,仅其案由就值得关注。例如白居易甲乙判中有多个发生在夫妻之间、婆媳之间的案例,可见唐代妇女在夫妻关系中有一定的地位和发言权,在婆媳关系中明显处于弱势,但若有礼法支撑,则媳妇未必肯轻易做小伏低,婆婆也未必能说一不二。还有一则判词说的是,一名妻子的丈夫被盗贼杀死,她声称只要有人杀死盗贼为其报仇,她愿意以身相许:“得辛氏夫遇盗而死,遂求杀盗者而为之妻。或责其失贞行之节,不伏。”这样的大胆大概只有在唐代才会出现。宋代余靖判词中没有一例相似或者类似的案由,似乎家庭婚姻关系已经完全被礼法笼盖和规范,没有争议空间了。所收的唯一一则涉及男女关系的案例(“丙独居一室,夜暴风雨,邻妇室坏,趋而托焉。丙闭户不纳,或讥其不仁”),^[3]亦对谨守礼法的男性持肯定意见,毫不顾忌弱势女子面临生命危险、亟需救助的特殊情形。但这应非余靖个人意见,而是时代风潮所致,可以窥见唐宋社会的变化。

此外,关于唐代判词的由来,从洪迈以来,一般均援引杜佑《通典》卷十五《选举三》的记载,作为吏部选人制度的一项内容来考察和对待。这一说法从科举史的角度看是有道理的,但从整个制度史的角度看则不是如此,“甲乙问”的形式早已有之。现存最早记载或许始于西汉。董仲舒春秋决狱即以“甲乙问”形式流传下来。^[4]其次是西晋。《晋书》卷二十《礼志中》记载,中书令张华当政时,曾就礼制难题发起“甲乙问”。这与后来的拟判很近似。^[5]到唐代,“甲乙问”成为一种科举考试形式,拟判成绩优异者可优先提拔,唐代宰相李绛“以词赋升甲科,

[1] 《四库全书总目》卷一三五《子部·杂书类一·龙筋凤髓判四卷》。

[2] 傅璇琮:《唐代科举与文学》,山西人民出版社1995年版,第512页。

[3] “鲁有颜叔子者,尝独居一室中,夜暴风雨,邻家女投叔子宿,叔子使执烛以达晓,以免其嫌,后人称其廉。”(吕祖谦编:《宋文鉴》卷一四九《传·赵延嗣传(石介)》,中华书局2018年版,第2087页)。

[4] 杜佑《通典》卷六十九《礼二十九》(东晋成帝咸和五年散骑侍郎贺乔妻于氏上表),并参见沈家本《历代刑法考·汉律摭遗卷二十二·春秋断狱》。

[5] 钱钟书《管锥编》全上古三代秦汉三国六朝文第一一六则《全晋文卷五八》也谈到张华甲乙问,但主要关注的是“二嫡”、两头大等社会问题。

授秘书省校书郎，岁满从调，有司设甲乙问以观决断，复居高品。补渭南尉，擢拜监察御史。”^[1]但唐代科举拟判的问题多出自书本，远不如最初的话题那么富有思辨性、争议性和专业性。若进一步放宽视野就会发现，先秦时期著作《论语》《孟子》以及《韩非子》《庄子》中问答辩论，与后来的甲乙问在形式和内容上庶几近之。至汉代，甲乙问已经成为一种比较成熟的写作方式，“敷演为甲乙问答之词，使条理更加缜密”，如《淮南子·道应篇》泰清与无穷、无为三家对话，“回环往复，以见旨归”。^[2]唐宋元明清文集中也有类似写作方式，清代魏禧撰有《甲乙问》为题的文章，“甲乙辞十反靡所止伏”。^[3]《白鹭洲主客说诗》中毛诗诸条，“皆设为甲乙问答、故以主客为名”。^[4]因此，甲乙问或者说拟判的源头似乎可以追溯到诸子著作（唐代拟判中一些题目即取材于诸子），只是后来主要用于科举考试。

在唐代判文中，敦煌判词自不能不提到。2005年出版的《全唐文补编》收录了差不多100道判词，其中大部分是新发现的敦煌判

词。^[5]学术界对敦煌判词一向评价很高。齐陈骏认为敦煌唐判虽然并非实有其事，而是供人参考的范文，但从这些判文可以看出当时社会提倡礼法、依律令判处、重视实地调查等特点。^[6]近年有学者撰文认为，相比《龙筋凤髓判》、白居易甲乙判以及《文苑英华》（卷503-552）几种唐判，敦煌判词逻辑更加严谨，说理更加透彻，文笔也更为生动活泼。^[7]前者不过是白居易等青年才俊展示才华、邀取声名的创作，取材多来自书本，缺乏一些地气，不如后者更多源于实际生活，鲜活而有生命力。比如《文苑英华》卷五二〇《溺死判》情节较为简单：“甲与乙同舟，既而甲惧水而投，因溺死。其家讼乙故杀。县断以疑。”敦煌《李膺溺死判》则更具体生动，突出紧急避险与见义勇为的冲突。^[8]又如《文苑英华》卷五三四《窃钱市衣与父判》虽然有“窃人之财，谁谓其孝”这样的点睛之笔，但比敦煌判词《秦鸾母病行盗判》则逊色许多。后者明确写出盗窃与孝行的冲突。^[9]又如敦煌《宋里仁兄弟申免入军判》，不仅涉及“养亲”孝道和从军义务的冲突问题，

[1] 《刘禹锡集》卷第十九《集纪·唐故相国李公集纪》。

[2] 《文子疏义·序》。

[3] 《魏叔子文集》外篇卷之二十二《杂著·甲乙问》。

[4] 《四库全书总目》卷十八《白鹭洲主客说诗一卷》。

[5] 陈尚君辑校：《全唐文补编》，中华书局2005年版。

[6] 齐陈骏：《读伯3813号〈唐判集〉札记》，载《敦煌学辑刊》1996年第1期。

[7] 何勤华：《中国法学史纲》，商务印书馆2012年版，第167页；沈如泉：《敦煌伯3813唐判与宋代花判》，载《敦煌研究》2016年第1期；谭淑娟：《法制与文学的完美融合——敦煌〈文明判集残卷〉分析》，载《前沿》2010年第10期。

[8] 李膺和郭泰同舟共济，“但遭风浪，随被覆舟。共得一桡，且浮且竞。膺为力弱，泰乃力强，推膺取桡，遂蒙至岸。膺失桡势，因而致殁”。李膺之妻阿宋控告“其夫之亡，乃由郭泰”。郭泰也承认“推膺取桡是实”。判决认为，在客观上，李膺之死，郭泰没有过错。李膺“死由落水，落水本为覆舟。覆舟自是天灾，溺死岂伊人咎？”其次，在主观上，郭泰没有杀人的故意。“各有竞桡之意，俱无相让之心。推膺苟在取桡，被溺不因推死。”结论是，“俱缘身命，咸是不轻。辄欲科辜，恐伤孟浪。宋无反坐，泰亦无辜。”判决还提到“阿宋夫妻义重，伉俪情深”，提出告诉合情合理，故不追究责任（无反坐）。参见陈尚君辑校：《全唐文补编》卷一三〇《阙名·李膺溺死判》，中华书局2005年版。

[9] 秦鸾之母“患在床，家贫无以追福，人子情重，为计无从，遂乃行盗取资，以为斋像”。这里的问题是，秦鸾的行为是“孝”还是“盗”？判决认为，从起因上看，秦鸾“偷财造佛，盗物设斋”，实质“斋为盗本，佛是罪根”。从后果来看，“假贼成功，因赃致福，便恐人人规未来之果，家家求至孝之名”。因此，其行为性质并非孝行，而是犯罪（“据礼全非孝道，准法自有刑名”）。结论是按照“盗”罪处理，根据盗赃数量定罪。参见陈尚君辑校：《全唐文补编》卷一三〇《阙名·秦鸾母病行盗判》，中华书局2005年版，第1596页。并参见孙家红、龚汝富：《略论唐律的“不孝”罪》，载《中国文化研究》2007年冬季卷，第48页。

还涉及法律解释问题。^[1]

这里要指出的是,在唐代判词之外,唐代奏表也值得研究,但似尚无专门探讨。下面以《文苑英华》卷六一七、六一八、六一九收录的谈论刑法问题的32篇唐代奏表为例,简要介绍。其一,这些奏表讨论的都是一些具体案件,主要依据都是唐律,可见唐律有着较高权威。比如,贾至《论王去荣打杀本部县令表》的法律根据是《唐律疏议》二《名例》“八议”条中的议“功”,朱子奢《谏将杀栢阳尉魏礼臣表》的法律根据是《唐律疏议》十《职制》“上书奏事误”条,薛元超《请停春杀高敦礼表》的法律根据是《唐律疏议》三十《断狱》“立春后不决死刑”条。最典型的是裴景仙案,通过比对案情、理由和律文,可以看出表文的意见均有较为充分的法律根据。一是关于乞赃。依据唐律,官员“乞取”所监临财物,五十疋罪止流二千五百里,疋数再多,罪亦不加。因此李朝隐坚决主张裴景仙“罪不至死”,“止当流坐”;而玄宗亦终于收回“集众杀之”的成命,依法科以配流。^[2]二是关于八议。裴景仙的曾祖裴寂,“往属缔搆,首参元勋”,乃八议中议功之类也。据名例律官爵五品以上条,八议人荫及曾孙,故裴景仙犯罪,李朝隐奏曰“准犯犹入议条”。裴寂死于武德中,裴景仙犯在开元时,是与荫人早已亡故,而李朝隐犹引裴寂为说,要求“舍罪念功”;玄宗亦竟从其请,改死刑为配流,其故即在“用荫者,存亡同”也。^[3]

其二,这些臣下上表,虽然讨论的是刑事案件,但发表意见、阐述理由,差不多都既谈法律,还谈政治,而且重点是谈政治。换言之,上表必须从政治上说服皇帝此事这样处理有何不良影响,那样处理又有何良好后果,是否有利于扩大统治基础、是否有利于赢得民众支持、是否有利于树立皇帝良好形象、是否有利于巩固皇帝权威等等。以王去荣案为例,这个案子其实已经超越一般法律范围,而有政治考量在里面。长期以来,鉴于战争的特殊性和残酷性,武臣犯法一般都从宽发落,特别是在战事紧急之时。唐太宗时侯君集贪污案,即宽大处理,文臣且主动为侯君集开脱罪责,主要考虑就是“将帅之臣,廉慎者少,贪求众多”。^[4]但对武臣擅杀朝廷命官、藐视君王权威的,一般均严肃惩处,绝不轻饶。安史之乱以后,藩镇割据、武将肆虐,唐朝中央权威日渐下降,肃宗不得不屈服于权臣武将的淫威之下。王去荣仗着自己有点功劳和才能,敢以私怨杀县令,本身就是有恃无恐的表现。因此,贾至以及其他人的奏表不仅从政治上阐述惩罚王去荣的正当性,从法理阐述其合法性,还从力量对比角度分析其可行性,认为朝廷在各个方面都是有优势的,应该可以做到既严肃处理王去荣而又不会出乱子,但肃宗还是没被说服,令人遗憾。

其三,关于奏表的制度生成。上述表文的撰奏,有些是作者职责所在。按照唐律规定,唐代官员有

[1] 宋里仁兄弟三人因为社会动乱,被迫流落到不同地区,里仁在张掖,二弟在西州,三弟在幽州,母亲在老家扬州。按规定,兄弟三人都是“边贯之人,俱悉入军”,而且政府禁止迁徙户口,这就无人留下照顾年老的母亲,特此申请户部裁决。判决认为,可以把三人户口迁回母亲所在,主要理由是养亲重于从军。首先,禁止迁移户口本意是“防奸”,不是妨孝(“名需军贯,不许迁移,法意本欲防奸,非为绝其孝道。”)其次,法律规定,若父母年满八十,即使儿子被发配流放,亦可暂不服刑(“即知母年八十,子被配流。据法犹许养亲,亲歿方之配所。此则意存养亲,具显条章。”)据此推理,一般的从军义务自然更可以照此原则办理(“举重明轻,昭然可悉。且律通异义,义有多途。不可执军贯之偏文,乖养亲之正理。”)这个裁决符合法律解释原理(“举重明轻”),亦颇体人情。参见陈尚君辑校:《全唐文补编》卷一三〇《阙名·宋里仁兄弟申免入军判》,中华书局2005年版。并参见刘俊文:《唐律疏议笺解》卷一二《户婚·相冒合户》,中华书局1996年版,第958页。

[2] 刘俊文:《唐律疏议笺解》卷十一《职制·受所监临财物》,中华书局1996年版,第874页。

[3] 刘俊文:《唐律疏议笺解》卷第二《名例·以理去官》,中华书局1996年版,第173页。亦参见钱大昕:《十驾斋养新录》卷六《古律有荫减荫赎》,江苏古籍出版社2000年版。

[4] 《文苑英华》卷六九七《岑文本·谏君侯集等下狱表》《全唐文》卷一百五十《岑文本·理侯君集等疏》,并参见《旧唐书》卷六十九《列传第十九侯君集》。宋人也有类似意见,参见吕祖谦编:《宋文鉴》卷四四《奏疏·辨滕宗谅张亢(范仲淹)》,中华书局2018年版,第665-666页。

“应奏”的法律义务和“事应奏不奏”的法律责任，^[1]涉及死刑的有五覆奏和三覆奏制度，^[2]涉及官员和贵族刑罚的有“八议”制度，^[3]官爵五品以上犯死罪者有上请制度，^[4]平民“犯死罪非十恶，而祖父母、父母老疾应侍，家无期亲成丁者，上请”。^[5]前列表文中，裴景仙案涉及“八议”和死刑，魏礼臣案和高敦礼案涉及死刑，均属应奏事项。贾至是中书舍人，按照制度规定，若认为皇帝诏敕不合适有权执奏；^[6]李朝隐是大理卿，对案件处理负有主要责任，自可上奏反对。^[7]但也有些是基于义愤。特别是一些政治案件，涉及问题复杂、敏感，政治高压之下，人人自危，避之唯恐不及，但还是有一些大臣勇敢上书，发表不同意见。史书对此也不吝褒扬，《旧唐书》赞誉李朝隐“少以明法举”“素有公直之誉”，^[8]徐坚“性宽厚长者”。^[9]即使私德不修、“好色无度”的许敬宗，对其为废太子承乾的东宫旧部说公道话一事，^[10]史书亦特别标出。^[11]

不仅是对冤狱，对皇帝作出的不当决策，甚至皇帝本身的荒淫行径，唐代官员也敢于上表揭露批驳。李纲《论时事表》批评唐高祖晚年意志消退，

追逐享乐，不理政事：“武德五年之后，四海初定，陛下自负太平，日就骄侈，伤于酒德，稍怠万机，专与幸臣日夕游宴，所重唯声乐，所爱唯鹰犬，夷夏进送，道路不绝。又折辱功臣，多所轻侮。或发其微时细过，或加捶撻于殿庭。德泽渐亏，下将疑惧。而戚藩公主皆逾宪式，嫔媛之家多违法度，不加禁止，颇有侵渔。行路之间，非无諠籍。”更严重的是诸王争权，影响政局稳定：“皇太子及秦、齐二教，共诏敕并行，唯计日之先后。州郡之职，无所的从。授官分赏，在意所欲，不复论功伐简才行矣。”国家处在岌岌可危境地，“亿兆失望，阴怀叹息”，但皇帝却“不悟”，“在内不许论事，当朝略无谏者”。^[12]看了这篇上表，也就大概能明白玄武门之变所以发生了。又如李景伯《上东宫启》批评时为太子的唐玄宗接受“谄曲之徒私进女色”，“伤教败礼，岂复是过？”而且这些女子在外“矜夸恩幸”，这对一般官员名声都会有所损害，“况一国之储副，万方所瞻奉焉？”^[13]贾曾《上东宫启》批评时为太子的唐玄宗遣使采女乐，认为这是“败国乱人”。^[14]倪若水《谏江南采捕诸鸟表》（开元四年）批评即位不久的唐玄宗“玉帛子女，充于后庭，职贡珍奇，

[1] 《唐律疏议》卷十《职制》“事应奏不奏”：“诸事应奏而不奏，不应奏而奏者，杖八十。应言而不言上，虽言上不待报而行，亦同。不言上而言上，及不由所管而越言上，应行下而不行下，及不应行下而行下者，各杖六十。”《大清律例》卷七《吏律》“事应奏不奏”条：应议之人有犯，应请旨而不请旨，及应论功上议而不上议，该官吏照杂犯律处以绞刑。文武职官有犯，应奏请而不奏请者，杖一百。若是有关军务、钱粮、选法、制度、刑名、死罪、灾异及事应奏而不奏者，杖八十；应申上而不申上者，笞四十。如果已经上奏和申报，但不待回报而辄施行者，并同不奏、不申之罪。死罪减一等。

[2] 《唐六典》卷六《尚书刑部》：“凡决大辟罪，在京者，行决之司五覆奏，在外者，刑部三覆奏。”

[3] 《唐律疏议》卷二《名例律》之“八议”：凡在“八议”之列的官员和贵族“犯死罪，皆条所坐及应议之状，先奏请议，议定奏裁”。

[4] 《唐律疏议》卷二《名例律》之“官爵五品以上（议章）”。

[5] 《唐律疏议》卷三《名例律》之“犯死罪应侍家无期亲成丁”。

[6] 《大唐六典》卷九《中书舍人》：中书舍人发现制、敕“有误”，“则奏而改正之。”中书舍人历史变迁参见赵翼《陔余丛考》卷二十六《中书舍人》。

[7] 《资治通鉴》卷一九三，唐太宗并敕百司说：“自今诏敕行下有未便者，皆应执奏，毋得阿从，不尽己意。”并见顾炎武《日知录》卷九《封驳》。

[8] 《旧唐书》卷一百《李朝隐传》。

[9] 《旧唐书》卷一百二《徐坚传》。

[10] 《文苑英华》卷六一七《许敬宗·论废官官属表》。

[11] 《旧唐书》卷八十二《许敬宗传》。

[12] 《文苑英华》卷六二二《李纲·论时事表》。

[13] 《文苑英华》卷六五一《贾曾·上东宫启》。

[14] 《文苑英华》卷六五一《李景伯·上东宫启》。

盈于内府,过此之外,复何求哉?”^[1]从后来还有所谓开元盛世看,这几次直谏应该发挥了“防微杜渐”的关键作用。独孤及《直谏表》批评唐代宗“有容谏之名,竟无听谏之实”,^[2]亦可谓斗胆。这些表文也从侧面说明当时统治者还有一些雅量,听得进尖锐意见,政治生态也算得上风清气正,官员们不担心以言获罪,相反还获得鼓励。^[3]大唐盛世,岂偶然哉?千载之下再看这些文章,虽然讨论的问题多已过时,当年众口传诵的警句也只有少数专业人士才会阅读,史料价值高下不一,但文章中表现出来的唐人反抗强暴,敢于斗争,追求公平正义的高尚人格,永不会磨灭。

当然,这些奏表只是冰山一角,要了解事件全貌,还必须参阅史书。比如李峤《为百寮请加王慈征等罪罚表》,要求武则天从重处理逆贼王慈征,但王慈征是何人、怎样叛逆则没有谈及。^[4]查阅史书,^[5]才知道王慈征的身份是右玉铃卫将军,“阴有异图”,想拥戴武则天的男宠僧人怀义谋反,被后者告发,坐斩。又如裴耀卿《论夷州刺史杨潜决杖表》,如此“高调”以身份尊贵为由,主张笞杖不宜施加于刺史、县令,稍嫌费解。查阅史书可知,这是当时一个普遍认识,并非裴耀卿个人意见。张廷珪任黄门侍郎期间,监察御史蒋挺以监决杖刑稍轻,敕朝廷决之,张廷珪明确反对,理由就是“士可杀不可辱”:“御史宪司,清望耳目之官,有犯当杀即杀,当流即流,不可决杖。士可杀不可辱。”^[6]褚遂良在讨论官员妻女犯罪是否可以没为官婢问题时,亦以羞辱为辞,认为这将令

涉案官员及其家属、同宗合门之在朝者感到没有颜面(“无面以当官”),建议废止。^[7]

同时,比较史书记载和表文内容的异同详略,也可以初步判断不同史书的史料价值。比如朱子奢《谏将杀栎阳尉魏礼臣表》,《旧唐书》卷一八九朱子奢本传未载此事,《新唐书》卷一九八朱子奢本传有记载,^[8]但三个理由中略去了第二个理由,保留了第一、第三两个理由。这样的书写有其道理,^[9]但从历史学角度,似乎还是记载完整更佳,至于《旧唐书》缺载则更下之。又如夷州刺史杨潜决杖案,《旧唐书》卷九八裴耀卿本传记载最为详细,收录有关表文;《新唐书》卷一二七裴耀卿本传、《资治通鉴》卷二一四《唐纪三十·玄宗·二十五年》记载比较简单。《资治通鉴》对此案未多加记载,可能认为此事不是太重要,司马光应该是看到这篇文章的。又如裴景仙案,唐宋主要史籍几乎均有记载,但《通典》卷一六九《刑法七·守正》《唐会要》卷四〇《臣下守法》的记载没有提供多少超出表文的有助于理解的新内容,《新唐书》卷一二九李朝隐本传最为简略,不到200字,《旧唐书》卷一百李朝隐本传记载较为详细,收录有关表文诏敕,但个别细节语焉不详,记载最完整最可靠的是《资治通鉴》卷第二一二《唐纪二十八·玄宗·开元十年》,《资治通鉴考异》并引用唐实录记载:“初,上令集众杀之,李朝隐执奏;又下制云‘集众决杀’,朝隐又奏,乃流岭南。”得出结论“盖本欲斩之也”。也还有一些表文,史书欠缺必要的背景记载,比如薛子云案,^[10]新旧唐书均未载具体缘由,这就给历史留下空白。

[1] 《文苑英华》卷六二〇《倪若水·谏江南采捕诸鸟表》(玄宗开元四年)。

[2] 《文苑英华》卷六二二《独孤及·直谏表》。

[3] 《文苑英华》卷六二二《元稹·献事表》(宪宗,元和元年):“昔太宗文皇帝初即位时,天下之人莫有谏者,唯孙叔伽尝以小事持谏于上,文皇帝大悦,厚赐田宅以勉之。”并参见赵翼《廿二史劄记》卷十九《贞观中直谏者不止魏徵》《武后纳谏知人》。

[4] 《文苑英华》卷六一八《李峤·为百寮请加王慈征等罪罚表》。

[5] 《资治通鉴》卷第二百四《唐纪二十·则天皇后上之下四年》考异曰:实录云:“怀义监造明堂,以功擢授左武卫大将军,固辞不拜。时有右玉铃卫将军王慈征、长上果毅元肃然,请与怀义为儿,既而阴有异图,欲奉之为主,怀义密奏其状;由是慈征等坐斩,进拜怀义辅国大将军,封卢国公,赐物三千段;又表辞不受。”今从旧传。

[6] 《旧唐书》卷一百一《张廷珪传》。

[7] 《文苑英华》卷六二三《许敬宗·褚遂良·谏五品以上妻犯奸没官表二首》,并参见《全唐文》卷一百四十九《褚遂良·谏五品以上妻犯奸没官表》。

[8] 《新唐书》卷一百九十八朱子奢本传:池阳令崔文康坐事,栎阳尉魏礼臣劾治,狱成,御史言其枉。礼臣诉御史阿党,乞下有司杂讯,不如所言请死。鞠报礼臣不实,诏如请。子奢曰:“在律,上书不实有定罪,今抵以死,死者不可复生,虽欲自新弗可得。且天下惟知上书获罪,欲自言者,皆惧而不敢申矣。”诏可。

[9] 第一个理由以事实为根据,以法律为准绳,理由颇为充分,无可辩驳,皇帝也不能粗暴否决;第二个理由是从伦理角度,要看皇帝是否大发慈悲,就案件本身而言也不是最重要的;第三个是从政治角度,皇帝一般都会在意。

[10] 《文苑英华》卷六一七《颜师古·论薛子云等表》《全唐文》卷一百四十七《颜师古·论薛子云等表》。