



中*西*法*律*传*统



(第八卷)

主 编 陈景良 郑祝君

执行主编 李 栋

ZHONGXI FALÜ CHUANTONG



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



中*西*法*律*传*统



(第八卷)

主 编 陈景良 郑祝君

执行主编 李 栋

ZHONGXI FALÜ CHUANTONG



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目 (CIP) 数据

中西法律传统. 第8卷/陈景良, 郑祝君主编. —北京: 北京大学出版社, 2013. 2

ISBN 978 - 7 - 301 - 22080 - 1

I. ①中… II. ①陈… ②郑… III. ①法律 - 思想史 - 对比研究 - 中国、西方国家 IV. ①D909.2 ②D909.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 026349 号

书 名: 中西法律传统 (第八卷)

著作责任者: 陈景良 郑祝君 主编

执行主编: 李 栋

责任编辑: 毕苗苗 李 铎

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 22080 - 1/D · 3275

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

新浪微博: @北京大学出版社

电子信箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

730 毫米 × 980 毫米 16 开本 16.5 印张 279 千字

2013 年 2 月第 1 版 2013 年 2 月第 1 次印刷

定 价: 38.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 侵权必究

举报电话: 010 - 62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

序 言

2000年初，我应老同学范忠信教授之约，告别百年河大，自黄河故梓来到了长江岸边，加盟了中南法史学科点建设的队伍。十年前的那个年代，法学界二级学科博士点在全国尚属凤毛麟角，中南法史学科点建设即申请博士点的工作自然备受学校及法学院高度重视。为此，范忠信教授热忱满怀，在同事及学界同行的支持下，拉上我一起开始了创办法律史学术网，出版《中西法律传统》学术刊物的工作。

《中西法律传统》一经出版，旋即在学界同行内获得认可，稿源不断，其间还出版了台湾学者研究法史的专号，到2010年秋忠信调离中南止，共出版了七卷，已成为业内学人关注的专业刊物。

忠信教授走后，此刊即停止了出版。今年在领导及法学院院长刘仁山教授的大力支持下，由我与研究外国法律史的郑祝君教授合作，共同担任主编，在青年才俊李栋博士的辛勤相助下，蒙老合作伙伴北京大学出版社之不弃，重新出版，且由年富力强的李栋副教授任执行主编，以负起具体工作之责，郑教授与李博士专业皆为外国法律史，三人合作，倒也名至实归，《中西法律传统》又有了新生命！

学术研究，贵在薪火相传。当此《传统》复刊之际，聊表数语，以示说明。

陈景良

2012年7月15日写于江城

目 录

中国法律传统

- 1 P. 3690 号残卷与日本《养老律》关系考证
——与郑显文《唐开元二十五年〈律〉为日本
〈养老律〉蓝本之新证》一文商榷/岳纯之

- 8 “事以密成，语以泄败”
——论中国古代的保密思想与法制/张 群

- 21 晚清杨乃武与小白菜案的学术史考察与
反思/韩剑尘 林晓凤

- 30 “国宪”的知识考古与词汇激活
——兼论传统国宪研究的意义/吴 欢

- 54 “反坐”概念考析/周静怡

- 68 宋代遗嘱制度的特色与属性论略/王 颀

西方法律传统

- 86 法官声誉与法治
——对近代英法两国不同法治道路的再审视/魏建国

- 116 英格兰普通法法官的政治角色
——从皮查姆案谈起/张玮麟

- 127 格劳秀斯《战争与和平法》的版本
/翟冠慧 周 欣
- 138 论德国魏玛宪法的体制性弊端/翟文喆 赵震宇
近代法制变革
- 149 从身份到契约的尝试：民国婚约制度的法律实践
——以民国新繁县司法档案为佐证/刘昕杰
- 161 陕甘宁边区的情理断案/胡永恒
- 176 被忽略的《拿布伦律例》
——对一份 19 世纪末汉译西律文本的考察/王志希
史料研究与法学译介
- 191 美国法律体系
——在普通法传统与民法传统之间
/Arthur T. Von Mehren 著 蒋天伟 译
读书与评论
- 203 对待中国传统法律的另种进路
——《中国法律的艰辛历程》读后/李 栋
- 221 英美财产法历史研究的突破
——评《英国土地法律史》/李培锋
- 228 略论普通法法治的历史基础
——兼评《英国司法制度史》/刘吉涛
学术信息
- 241 历史视野 现实观照
——“法律史视野下的社会变迁”研讨会暨湖北省
法律文化研究会 2012 年学术年会学术综述
/陈会林 陈忠徽

P. 3690 号残卷与日本《养老律》关系考证

——与郑显文《唐开元二十五年〈律〉为日本〈养老律〉蓝本之新证》一文商榷

岳纯之*

近年，郑显文先生利用敦煌吐鲁番文书进行了一系列关于唐代法律的研究。从这些研究来看，都力图在学术上有所突破，显示出郑先生作为一个学者所具有的强烈的创新意识。但就其材料运用、逻辑论证和最后结论来看，却并非总是妥帖恰当。关于他的《中国古代“农忙止讼”制度形成时间考述》^{〔1〕}、《现存的〈唐律疏议〉为〈永徽律疏〉之新证》^{〔2〕}，我已经撰文商榷，兹再就其《唐开元二十五年〈律〉为日本〈养老律〉蓝本之新证》^{〔3〕}一文中所暴露出的问题略述管见，并向郑先生请教。

《唐开元二十五年〈律〉为日本〈养老律〉蓝本之新证》一文，实事求是地说，还是有所见的，比如文中提出唐代在行用律疏的同时，还有律，这一点虽然文献中有明确记载，日本学者仁井田陞、牧野巽、八重津

* 岳纯之（1966—），男，山东淄博人，历史学博士，南开大学法学院教授，研究方向为中外法律史和隋唐五代史。

〔1〕 载《法学研究》2005年第3期，又见其论文集《律令时代中国的法律与社会》，知识产权出版社2007年版。

〔2〕 载《华东政法大学学报》2009年第6期。

〔3〕 载《中西法律传统》（第7卷），北京大学出版社2009年版。

洋平等也都曾经指出过^[4]，但一直没有引起学界的重视，郑先生特别指出此点并广征博引予以论证，还是有学术意义的，同时对理解敦煌吐鲁番文书中那些只有律文没有疏议的残卷也有一定帮助。如果郑先生的论述仅止于此的话，我想我与郑先生并无不同，惟郑先生并不满足于于此，而是还有更大的企图，要论证唐开元二十五年《律》为日本《养老律》蓝本，正是在这里，我与郑先生产生了分歧。

郑先生证明唐开元二十五年《律》为日本《养老律》蓝本的核心证据是 P. 3690 号残卷^[5]。关于这份残卷，郑先生特别提出两点：第一，它不是律疏，而是律；第二，它不是唐《永徽律疏》残卷，而是唐开元二十五年《律》残卷。用郑先生自己的话说就是，“P3690 号残卷既非《永徽律疏》残卷，也非开元二十五年《开元律疏》的残卷，而是唐开元二十五年《职制律》的残卷”^[6]。这两点成为支撑郑先生唐开元二十五年《律》为日本《养老律》蓝本新说的主要论据。为了弄清学术是非，我也将主要就此两点展开论述。

先看第一点，P. 3690 号残卷是律疏还是律。P. 3690 号残卷，系法藏敦煌文书，首尾皆缺，共十二行，所载为唐代职制律疏的部分内容。为了论述的方便，兹将 P. 3690 号残卷全部移录于下：

（前缺）

余条未进御者，谓下条造御膳、御幸舟船、乘舆服御物，但应供奉之物，但应供奉之物未进御者，各随轻重减一等，监当官司又各减一等，故云并准此。

诸造御膳误犯食禁者，主食绞。若秽恶之物在饮食中，徒二年。简择及进御不时，减二等。不品尝者，杖一百。议曰：造御膳者，皆依食经。经有禁忌，不得辄造，若干脯不得入黍米中，菹菜不得和鳖肉之类。有所犯者，主食合绞。若秽恶之物，谓物是不洁之类，在食饮中，徒二年。若简择不精者，谓简米择菜之类有不精好，及进御不时者，依礼，饮齐视春宜温，羹齐礼夏宜热之类，或朝夕日中，进奉

[4] 仁井田陞、牧野巽之说见其所著《〈故唐律疏议〉制作年代考》（下），八重津洋平之说见其所著《〈故唐律疏议〉研究》，均载杨一凡总主编：《中国法制史考证》（丙编第2卷），中国社会科学出版社2003年版。

[5] 为了讨论的方便，文中敦煌吐鲁番文书的题名，均采用郑文的题名。

[6] 《唐开元二十五年〈律〉为日本〈养老律〉蓝本之新证》，文中所引郑文均出自该文，不再注明。

失度，及冷热不时者，罪减二等，谓从徒二年减二等。不品尝者，杖一百，谓酸咸苦辛之味不品及应尝不尝，俱一百之罪。

诸御幸舟船误不牢固者，工匠绞，功匠各以所由为首。议曰：御幸舟船者，皇帝所幸舟船，谓造作庄严，不甚牢固，可以败坏者，工匠合绞。注云各以所由为首，明造作之人，皆以当时所由人为首。若不整饰及缺少者，徒二年。议曰：其舟船若不整顿修饰，及在船槁、棹之属，须者有所缺少，得徒二年。此亦以所由为首，监当官司各减一等。

诸乘舆服御物，特护修整不如法者，杖八十。若进御乖（后缺）^{〔7〕}

从上引 P. 3690 号残卷可以看出，整个残卷所载内容共包括两部分，一是大字部分，此即律文；一是小字部分，此即疏议。众所周知，唐代的所谓律疏，就是包括两部分，一为律文，一为解释律文的疏议，既然 P. 3690 号残卷既有律文也有疏议，为什么不是律疏，而是律呢？郑先生的主要理由是：日本曾经编纂过《养老律》，《养老律》是一部律，而不是律疏，《养老律》是以唐朝的律为蓝本编纂而成的，P. 3690 号残卷与《养老律》在书写格式上具有相似性，因此，可以逆推 P. 3690 号残卷是律而不是律疏。郑先生的这种做法，表面看来似乎不无道理，但是无论在理论上，还是在实际上，都是不能成立的。首先，从理论上来说，郑先生这种推理暗含着这样一种逻辑：移植国法律与被移植国法律应该是完全相同的，即使名称也是如此。众所周知，移植国法律与被移植国法律毫无疑问会有许多相同之处，但也往往会根据国情有所调整变化，从来就不是照搬照抄。在古代日本，他们的法律确实主要是从中国移植的，但这并不意味着就是原封不动，毫无变化。《养老律》主要是以唐朝法律为蓝本制定的，但也不是将唐朝的律或律疏全盘抄去，也根据日本的国情做了一番取舍改造。比如，唐律中有十恶，《养老律》则改成“八虐”，将十恶中的不睦和内乱分别并入不道和不孝；唐律中有八议，《养老律》则改成“六议”，取消了八议中的议勤和议宾。唐朝法律中有流刑，流刑分为三等，分别是流

〔7〕 按照 P. 3690 号残卷的图版，每条“诸”字高出一格，律文、注文作大字，疏文在律、注之后作小字双行。碍于电脑格式，今仅律、注作大字，疏文作小字，聊供参考，未能完全按照图版排版。另，P. 3690 号残卷所载律文有重复和错别字，此处仅做标点，其他则一仍其旧。

二千里、二千五百里和三千里，日本国土狭小，不可能如此，于是就改为不明记里数的近流、中流和远流。流刑可以赎，按照唐律是流二千里，赎铜八十斤；流二千五百里，赎铜九十斤；流三千里，赎铜一百斤。而《养老律》则改成近流赎铜一百斤，中流一百二十斤，远流一百四十斤，都将赎金额度做了提高。正是因此，移植国的法律可以是研究被移植国法律的重要参考，但决不能将移植国的法律等同于被移植国法律，更不能无条件地根据移植国法律来推论被移植国法律。具体到我们讨论的问题，就是古代日本的法律不等同于古代中国的法律，不能无条件地用古代日本的法律推论古代中国的法律。日本的《养老律》现已不存，但仍然有残篇流传于世，比如《名例律》、《卫禁律》、《职制律》、《贼盗律》等，从这些残篇来看，《养老律》虽然名为律，但又确实包含疏议的内容，或者说是一种名为律的律疏。那么我们是否可以逆推与之书写格式相似的 P. 3690 号残卷也是一种名为律的律疏呢？显然不可以。因为我们注意到，尽管唐代的律、律疏很早就传入日本，郑先生在文中也曾提到这一点，但日本并没有像唐朝那样在编纂、颁行律的同时，也编纂、颁行律疏，而是仅仅编纂了律。最早的是《大宝律》，后来是《养老律》，而没有同时编纂大宝律疏、养老律疏。换言之，日本的《大宝律》、《养老律》是一身二任，名称上是律，内容上是律疏，是兼律、律疏二者而有之，这显示在立法方面，日本一方面移植唐朝法律，一方面又有所变化，与唐朝的并不完全相同。正是因此，岂可仅仅因为书写格式相似就根据古代日本的法典推论唐朝法典残卷是律还是律疏？其次，从新旧《唐书》、《唐会要》等历史文献来看，唐朝自高宗之后以至五代，都是律、律疏并行，律为十二卷，律疏三十卷。开元二十五年（737 年）之前，律疏是律文、疏议兼而有之，律则只有律文没有疏议，对此，郑先生没有异议。开元二十五年（737 年）之后，是否还依然如此呢？郑先生认为，“开元二十五年以后，律的书写格式也正发生变化，即有可能在律文中以小注的形式增加了疏议的内容，这是唐代律的书写形式的一个重要变化”，并认为“P3690 号残卷的发现证实了笔者的推断”。实际上郑先生的说法并不能成立，试想，如果真是这样的话，律与律疏岂不雷同，唐朝五代又何必要律、律疏并行？最后，从 P. 3690 号残卷与其他敦煌吐鲁番文书的比较来看，也很难认为 P. 3690 号残卷是律而不是律疏。在文中，郑先生对 P. 3690 号残卷所载内容与敦煌吐鲁番出土的律文书比如日本大谷文书 5098、8099 号《贼盗律》残卷、大谷文书 4491、4452 号《诈伪律》、P. 3608、3252 号唐垂拱《职制户婚厩

库律》残卷进行了比较,发现它们在书写格式上有所不同。郑先生又对 P. 3690 号残卷所载内容与敦煌吐鲁番出土的律疏文书 P. 3593 号《开元名例律疏残卷》、河字 17 号《开元律疏名例律疏残卷》、73TAM532 号《开元名例律疏残卷》、S. 6138 号《开元贼盗律疏残卷》、李盛铎旧藏《开元杂律疏残卷》进行了比较,发现“P3690 号残卷不是开元二十五年《律疏》的样式”。这些通过比较而得出的不同,成为郑先生主张 P. 3690 号残卷是律而不是律疏的重要证据。其实,从这些比较来看,所揭示出的不同是很容易解释的。P. 3690 号残卷与各种律文书有所不同,是因为 P. 3690 号残卷不是单纯的律,所以我们看到各种律文书中都没有疏文。两种内容有很大不同的法律文书,在书写格式上有所不同不是很正常吗? P. 3690 号残卷与各种律疏文书有所不同,是因为郑文所用以对比的律疏文书所载内容大体都是开元时期的律疏,与这些律疏文书不同,仅仅说明不是开元时期的律疏,焉知其他时期的律疏不是如此?至此,我们可以看出,无论从理论上说,还是从唐朝的立法实际和 P. 3690 号残卷与其他敦煌吐鲁番文书的比较来看,将 P. 3690 号残卷定为律都是不妥当的,学界以往对 P. 3690 号残卷的律疏定性是正确的。

再看第二点, P. 3690 号残卷是唐《永徽律疏》,还是唐开元二十五年《律》?郑先生认为,唐朝前期共进行过七次制定律的活动,先后编成武德律、贞观律、永徽律、垂拱律、神龙律、开元七年律和开元二十五年《律》;制定律疏的活动则有永徽四年(653 年)和开元二十五年(737 年)两次,分别编成《永徽律疏》和开元二十五年律疏。从各方面情况分析, P. 3690 号残卷不可能是武德律、贞观律、永徽律、垂拱律、神龙律、开元七年律和开元二十五年律疏,而只能是开元二十五年《律》和《永徽律疏》中的一种。又通过将 P. 3690 号残卷与日本的《养老律》相比较,郑先生发现二者具有形式上的相似性,而《养老律》的蓝本就是唐朝的开元二十五年《律》,因此,可以推知, P. 3690 号残卷应就是开元二十五年《律》。

如前所述, P. 3690 号残卷有律有疏,可以肯定不是开元二十五年《律》。通过比较,郑先生发现 P. 3690 号残卷与据信是记载了《开元律疏》的敦煌吐鲁番文书 P. 3593 号《开元名例律疏》残卷、河字 17 号《开元名例律疏》残卷、李盛铎旧藏《开元杂律疏》残卷在书写格式上有所不同,我通过比对也发现确实如此, P. 3690 号残卷亦可以肯定不是开元二十五年律疏。那么,它是不是《永徽律疏》呢?我的推断是,它至少非常接近

《永徽律疏》。

《唐会要》卷26《笺表例》说：“天册二年二月一日敕：自今以后，施敕行制，及内外官司奏状文案，并大字。至圣历元年四月十一日，制敕：公文钱物仓库，计赃科罪，传符过所，各依式及别敕作大字，余寻常文案，解牒进奏，并依常式。”据此，至迟在武则天圣历元年（698年）四月之后，各种制敕等重要官方文书都改为用大字书写，而反观P.3690号残卷则是大小字夹杂，律文用大字，疏文用小字，因此，其书写时间当在圣历元年（698年）甚至天册二年（696年）之前^{〔8〕}。郑先生也提到了这段引文，但他的推断则与我的正好相反，认为P.3690号残卷的书写年代“应该在武则天天册二年（696年）以后”。之所以根据同一段引文，得出的结论却截然相反，我想可能是郑先生对各种官文书用“大字”的理解有误，P.3690号残卷中的律文是用大字书写的，于是郑先生就以为这就是用了大字了。实际对法典来说，用大字书写不仅是指律文，也应指疏文，因为假设仅仅是指律文用大字书写的话，在P.3690号残卷那种体例下，没有官方的要求，律文也必须用大字，否则疏文就无法紧随律文之后双行书写，所以对法典来说，用大字书写应是兼指律文和疏文。正是因此，我们看到敦煌吐鲁番出土的可以确定为《开元律疏》的那些文书中，律文和疏文都是采用了同样的大字。而P.3690号残卷中律文用大字，疏文用小字，则与上引文中的规定不符，所以据此可以推知，其书写时间当在圣历元年（698年）甚至天册二年（696年）用大字之前。既然如此，则P.3690号残卷所载有可能是《永徽律疏》，也有可能是《垂拱律疏》，因为武则天垂拱元年（685年）曾经修律，是为垂拱律。随着新律的修成，律疏应该会有相应变动。而P.3690号残卷所载即使是《垂拱律疏》，相信也应与《永徽律疏》大体相同，因为垂拱元年（685年）的修律，条文变动很小，律令相加才24条，相信律疏的变动幅度也应不会大。

如果像我所说P.3690号残卷非常接近《永徽律疏》的话，那么如何解释郑先生所说的P.3690号残卷与日本的《养老律》在书写格式上的相似性？这个问题，日本著名法制史学家仁井田陞早已做出相当圆满的解答：《养老律》系沿袭先前的《大宝律》，《大宝律》制定于701年，其蓝本则是唐朝的《永徽律疏》，因此，《养老律》在形式上自然便呈现出和同

〔8〕 刘俊文推断其书写年代在圣历以前，与我的推断基本相同，刘说见其著《敦煌吐鲁番唐代法制文书考释》，中华书局1989年版，第163页。

样与《永徽律疏》有着极深渊源的特征。所谓《养老律》的蓝本是开元二十五年《律》的说法，不过是郑先生自己的主观臆测，不足为据。

总之，由于唐朝和其时日本立法体制的不同，日本《养老律》与 P. 3690 号残卷在书写格式上的相似性不能证明 P. 3690 号残卷就是律，从《旧唐书》等各种史书记载及 P. 3690 号残卷与其他敦煌吐鲁番文书的比较来看，P. 3690 号残卷应该是律疏而不是律。又从《唐会要》卷 26《笺表例》的记载来看，P. 3690 号残卷应是比较接近《永徽律疏》的，它之所以与日本《养老律》的书写格式具有相似性，是因为《养老律》所继承的《大宝律》就是以唐朝的《永徽律疏》为蓝本的，两者具有共同的母律疏。既然郑显文先生关于 P. 3690 号残卷的基本判断是错误的，那么他以此为基础而精心建构的唐开元二十五年《律》为日本《养老律》蓝本的假说也就无从成立，此不待烦言者矣。

“事以密成，语以泄败”

——论中国古代的保密思想与法制

张 群 *

一、引言

学术界开始专门研究中国古代保密法制差不多已经是 28 年前的事情了。但随着岁月的流逝，该方面的研究似乎并未与时俱进，取得突破性的进展。^{〔1〕}在立法者眼里，似乎也没有多少吸引力，如在现行《保密法》制定和修订过程中，均未曾有学者回顾历史，以便为现实服务。这在一定程度上是可以理解的，因为目前有关著作中介绍的中国古代保密法制，其主要内容不过是对泄密罪的惩治^{〔2〕}，而这早已为现代刑法所涵盖。如果只了解中国古代泄密罪的更多细节，其必要性确实值得商榷。但事实上，中国古代除了关于泄密罪的制度规定以外，还有以清代奏折为代表的保密管理制度。^{〔3〕}其次，作为一个被视为有保密传统的国家，当前保密工作中范围偏宽、定密不准的问题经常被不假思索地归咎于历史。然而中国传统并非完全如此。在中国传统史书中，对密奏的评价长期趋于消极和负面，

* 张群，中国政法大学博士后流动站研究人员，邮箱：zhangqun2006@gmail.com。

〔1〕 参见〔日〕布目潮颯：《唐职制律的“漏泄大事”条——机密泄露罪的谱系》，载《泷川政次郎博士米寿纪念论集·律令制的诸问题》，汲古书院 1984 年版，第 691—719 页；高格、韩立朝主编：《保密法总论》，第二章，金城出版社 1995 年版；《保密法比较研究》课题组编：《保密法比较研究》，金城出版社 2001 年版；余华青：《略论秦汉王朝的保密制度》，载《中国史研究》2002 年第 3 期；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〕 反映在内容上，多为历代惩治泄密罪律文的考订与有关制度沿革的梳理。最近发表的陈玺《唐律“漏泄禁中语”源流考》一文亦是如此。

〔3〕 中国古代密奏制度基本情况参见张群：《上奏与召对》，上海人民出版社 2011 年版，第 27 页。

公开言事的主张则几乎一直占据主流。^{〔4〕}始于唐代的邸报，作为政府信息公开的主要途径，源远流长，甚至被新闻史学者称为世界上最早的报纸。^{〔5〕}因此，这些论断其实都是经不起严格推敲的。如果放任这种论调的传播，不但可能强化民众和社会容忍保密的惰性心理，更会影响对保密问题的理性探讨。最后，从国家安全和利益的角度来说，中国古人鄙视密奏的观点也不宜全盘肯定。国家秘密是国家安全和利益的信息表现形式，是国家的重要战略资源，也是国家财产的一种特殊形态，理应严格控制其知悉范围，不得随意泄露。皇帝和臣子们对此类信息予以保密，无可厚非。问题的关键是密奏内容是否关系国家安全和利益，其必要性是否经得起审查。从这个角度来说，中国古人一概否定密奏的观点和立场有迂阔之嫌。本文本着上述态度，在前人研究基础上，首先考察中国古人对保密功能、原则和弊端的认识与思考；其次从保密事项、保密管理制度以及泄密责任追究制度三个方面考察中国古代保密法制；最后进行简单总结，期望可以增进读者对中国古代保密法制历史与法理的认识。

二、中国古人对保密的认识和思考

中国古代保密思想可谓源远流长。中国古人很早就认识到保密对于国家兴衰、事业成败和个人荣辱的重要性。如《周易·系辞上第七》：“君不密则失臣，臣不密则失身，凡事不密则害成，是以君子慎密而不出也。”道家代表人物老子认为，“国之利器不可以示人。”^{〔6〕}《韩非子·说难》：“夫事以密成，语以泄败。”《汉书》记载，“忠臣不显谏，大臣奏事不宜漏泄”^{〔7〕}，倡导“口不言温室”^{〔8〕}之树的慎密之风。^{〔9〕}明代大学士杨漣密疏言事，仁宗皇帝特颁御札奖谕：“览卿所奏，为国家之计，诚合朕心，但望卿始终如一，知无不言，相朕致治，以承天休，感卿忠恳，特用酬

〔4〕 据《宋史》卷二八二《李沆传》记载，李沆无密奏，宋真宗就问他：“人皆有密启，卿独无，何也？”对曰：“臣待罪宰相，公事则公言之，何用密启？夫人臣有密启者，非谗即佞，臣常恶之，岂可效尤。”另据《明史》卷一八二《刘大夏传》记载，明孝宗也曾要兵部尚书刘大夏有事上密奏：“临事辄思召卿，虑越职而止。后有当行罢者，具揭帖以进。”刘大夏回答说：“事之可否，外付府部、内咨阁臣可矣。揭帖滋弊，不可为后世法。”

〔5〕 参见方汉奇：《谈邸报》，载《新闻业务》1956年第1期。

〔6〕 参见《老子》第三十六章；刘泽华：《先秦政治思想史》，人民出版社2008年版，第344页。

〔7〕 《汉书》卷八十六《师丹传》。

〔8〕 温室是尚书省办公场所。

〔9〕 《汉书》卷八十一《孔光传》。

报。今赐卿彩币一双，钞一千贯，卿其领之。”并强调：“夫凡事不密则害成。”^[10]清代雍正帝是奏折制的重要推行者，更是保密制度的忠实践行者。^[11]

同时，中国古人也认识到保密可能产生的弊端。如密奏，作为一种重要的保密制度，本是君主了解下情、科学决策的利器，但不少人却用来告密。唐太宗曾严厉批评这种做法说：“朕开直言之路，以利国也，而比来上封事者多讦人细事，自今复有为是者，朕当以谗人罪之。”^[12]更有一些人借此文过饰非甚至篡改事实。唐代中书门下奏修实录体例时，还曾以“言不彰于朝听，事不显于当时”的理由拒绝收录密奏：“近见实录多载密疏，言不彰于朝听，事不显于当时，得自其家，未足为信。今后实录所载章奏，并须朝廷共知者，方得纪述，密疏并请不载。如此则理必可法，人皆向公，爱憎之志不行，褒贬之言必信。”^[13]明末清初著名思想家顾炎武在其代表作《日知录》卷十八《密疏》中对此深以为然，并联系明末实际评论说：“此虽出于李德裕之私心，然其言不为无理。自万历末年，章疏一切留中，抄传但凭阁揭。天启以来，谗慝弘多，谤言弥甚。予尝亲见大臣之子追改其父之疏草而刻之以欺其人者，欲使盖棺之后，重为奋笔之文，追遗议于后人，侈先见于前事，其为诬罔甚于唐时。故志之于书，俾作史之君子详察而严斥之也。”清代雍正帝即位后大力推行奏折（密奏）制度，使密奏的功能发生重大改变，成为君臣讨论政事进行决策的重要手段。但在其驾崩以后，仍有个别大臣公开上书反对，认为奏折导致“小人多以此谗害君子，首告者不知主名，被告者无由申诉，上下相忌，君臣相疑”，因此“请自今除军机外，皆用露章，不许密奏”^[14]。这些观点说明中国古人认识到了保密制度可能不利于信息交流的弊端，并且反对利用保密制度来诬陷他人、掩盖失误。这是应予肯定的。但完全忽视保密的必要性与重要性，以致一概否定密奏乃至所有保密制度，则不足为训。

在正反两方面实践的基础上，中国古人认识到，所谓保密只是手段，而非终极目的。所谓“慎密，原为成事，事成便复昭然”。何况，按照传统政治伦理，“人臣事君，原无不可使天下共知之言；而朝廷行事，更无

[10]（明）黄佐：《翰林记》卷二《密疏言事》。

[11] 参见杨启樵：《雍正帝及其密折制度研究》，广东人民出版社1983年版，第163页。

[12]《资治通鉴》卷一九四。

[13]《旧唐书》本纪十八上武宗。

[14]《谢梅庄先生遗集》卷一，转引自冯尔康：《雍正传》，人民出版社1985年版，第269页。

不可使天下共知之事”。反映在保密原则上，也就不赞成一味保密或者过度保密，而是提出保密应当适度的主张。具体而言，一是主张应当区分秘密和非密。宋代吴育提出，君主对军国大事或者涉及权臣的事项，“不可不密”；但对指控某人犯罪而无真凭实据的，则“不可不明”，否则就会让小人横行，忠良蒙冤。^[15]明代左懋第提出，涉及军事的事项，关系重大，必须秘密行事，应当确保机密（“必当密”）^[16]；对地方叛乱或者社会动乱情形，则应当及时公开，以便朝野共谋对策，也有利于消除各种谣言（“不可密”）。^[17]明代兵书《兵法百言》也提出，作为军事统帅，应当根据具体对象，“秘其所当秘，而不可秘其所不当秘”。^[18]二是主张及时解密。明人左懋第曾提出，对于战争和叛乱的对策，在采取行动之前应当保密，以防敌人知晓；一旦战争结束，则应当公开，以让公众知晓谁为国家立功之人，也为以后积累经验（“可密于事先而不必密于事后”）。逮捕罪犯，如不保密将使犯人逃遁，但一旦捕获或者正法，则应公之于众，使其罪行暴露于天下（“当密于今日而不必密于明日”）。^[19]这些看法都是很有见地的。

三、中国古代保密法制的基本内容

在上述保密思想的指导下，中国古代保密法制建设较为发达。在保密

[15] “盖人主事有不可不密者，不可不明者。语及军国几微，或干权要，不可不密者也。若指人姓名，阴言其罪而事状未见者，此不可不明者也。若不明，则馋邪得计，忠正难立，曲直莫辨，爱憎遂行。”参见（宋）李焘：《续资治通鉴长编》卷一百八十，至和二年七月丁卯条。

[16] 原文如下：“夫朝廷之事固有当密者，如行军用间、已成之谋，一或漏泄，为害非细。”参见（宋）徐梦莘：《三朝北盟会编》卷一百八十八，绍兴八年十二月一日癸丑朔条。

[17] 原文如下：“如事关兵机，方且动于九天，藏于九地，何可不可不密也？如警报何边寇扰、某地动静之情，胜败之事，廷臣知之，以便各献当策；各要害知之，以便共图备御，何可密也？况邸报之抄传有定，道路之讹言无端，疑揣转甚，张皇恐多，廷臣纵有所闻，未免因而箝口，何可密也？”参见（明）左懋第：《详察密封疏》，载（明）孙承泽：《春明梦余录》卷二十五《六科》。

[18] 参见（明）揭暄：《兵法百言·智篇·秘》，载《中国兵书集成》第41册，解放军出版社、辽沈出版社1995年版，第51页。

[19] 原文如下：“如制边之策，诸臣有密奏，密之可也。边已安矣，仍当使廷臣共知其何策以安边。剿袭之谋，廷臣有密奏，密之可也。寇已平矣，仍当使廷臣共知其何策以剿寇。此可密于事先，而不必密于事后者也。如逮有罪之人，不密恐其人将遁。人已获矣，则必昭布其所以逮之故。如诛有罪之人，不密，虑其人将自裁。人已正法矣，则必昭布其所以诛之实。此当密于今日，而不必密于明日者也。”参见（明）左懋第：《详察密封疏》，载（明）孙承泽：《春明梦余录》卷二十五《六科》。