



复旦 法学

· 第一辑 ·

复旦大学法律系编

FU
DAN
FA
XUE

复旦大学出版社

复旦法学

论文集 第一辑

复旦大学法律系编

复旦大学出版社

复旦法学
第一辑

复旦大学出版社出版
新华书店上海发行所发行
复旦大学印刷厂印刷

字数: 269千字 开本: 850×1168 1/32 印张: 10.75
1986年4月第一版 1986年4月第一次印刷
印数: 0,001—3,500

书号: 6253·004

定价: 2.20元

出版说明

党的十一届三中全会，为中国法学研究带来了新的生机。为了更好地服务于全面开创四化的新局面和改革的新潮流，为了加强我系的科研活动和教材建设，加强同兄弟院校和法学界的学术交流，加强同政法机关的业务联系，并从这种交流和联系中不断提高我们的教学和科研水平，我们在复旦大学出版社的大力支持和具体帮助下，编选了这本法学论文集，共选入法律史、法学基础理论、宪法、经济法、民法、刑法、诉讼法、国际法等方面的论文三十篇。我们谨以此书为校庆八十周年志贺，并竭诚希望得到前辈学者和同志们的批评、指正。

复旦大学法律系

1985年1月

目 录

试论《唐律疏议》·····	叶孝信	1
唐《律疏》系据《永徽律》考·····	叶孝信	38
大陆法系探讨·····	李昌道	46
社会主义法是阶级性和人民性的统一·····	修义庭	58
我国民族区域自治制度的新发展·····	张世信	69
维护和发展我国的社会主义民族关系·····	张世信	78
马克思早期法哲学理论渊源初探·····	张乃根	87
美国宪法中的弹劾制·····	李昌道	95
外国投资在中国的法律地位·····	董世忠	107
技术引进合同中的限制性条款·····	董世忠	114
试论专利法的任务·····	史文清	123
试论健全社会主义竞争领域的经济法制·····	史文清 刘晓海	130
论我国国营企业财产权的法律性质·····	刘晓海	139
谈谈国际私法同国际经济法的关系·····	韩启璋	149
经济合同制度与民法·····	姜厚仁	157
试论我国民法的基本原则·····	汪如龙	164
秦律婚姻家庭关系探索·····	程天权	174
论自首·····	胡绿漪 张先根	183
试析“任性”性格与“娇生惯养”的关系·····	吴宜寿	195
人民法院独立行使审判权原则是我国司法制度的 创造·····	余先鼎	203
试论证人应该得到法律保护·····	刘永清	211
老子政治法律思想初探·····	杨奉昆	218

《管子》法律思想浅释·····	顾宣魁	225
薛允升法律思想初探·····	胡鸿高	236
论商鞅改法为律·····	程天权	258
试论孔子的“无讼”思想及其影响·····	郭建 姚荣涛	266
试论“春秋决狱”·····	宋昌斌	282
西方教会三部主要法律文献初探·····	沈伟	296
制定图书馆法刍议·····	顾宣魁	312
中国古代消防制度考析·····	姚荣涛	320

CONTENTS

On "The Tang Code with Commentary"	Ye Xiaoxin
A Study that "The Tang Code with Commentary" Is Based on "The Yonghui Code"	Ye XiaoXin
An Exploration into the Continental Law Family	Li Changdao
Socialist Law Is the Combination of the Nature of People With the Nature of Class	Xiu Yiting
The New Developments of the System of Our Regional Autonomy by Minorities Nationalities	Zhang Shixin
A Preliminary Study on the Origins of Marx's Early Theory on Legal Philisophy	Zhang Naigen
The Impeachment System in the American Constitution	Li Changdao
The Legal Status of Foreign Investment in China	Dong Shizhong
Restrictive Clauses in Technology Import Contracts	Dong Shizhong
An Analysis of the Function of Patent Law	Shi Wenqing
On Perfacting the Economic Law in Realms of Socialist Competition	Shi Wenqing, Liu Xiaohai
On the Legal Characters of Property Rights of State Enterprises	Liu Xiaohai
On the Relationship Between International Private Law and International Economic Law	Han Qizhang
Economic Contract System and Civil Law	Jiang Houren
An Exposition of the Basic Principles of Our Civil Law	Wang Rulong
An Exploration into the Family Relationship and	

Marriage System Established by Qin Code.....	Cheng Tianquan
On Confession.....	Hu Luyi, Zhang Xiangen
A Tentative Analysis of "Self-indulgence"	
and "Pampering".....	Wu Yishou
The Principle that the People's Court Practises	
Jurisdictions Independently Is a Creation in	
Our Judicial System	Yu Xianding
On Legal Protection to Witnesses	Liu Yongqing
A Preliminary Study of Laozi's Thought of	
Poetics and Law	Yang Fengkun
A Preliminary Study of the Legal Thought	
Contained in "Guanzi"	Gu Xuankui
A Preliminary Study on Xue Yunsheng's Thought	
of Law	Hu Honggao
On Shangyang's Changing Decree into Law.....	Cheng Tianquan
A Study of Confucian Idea of "Refraining from	
Lawsuits" and Its Influences.....	Guo Jian, Yao Rongtao
On the Principles of Judicial Decisions Based	
on Chunqio Book	Song Changbin
A Preliminary Exploration into the Three Major Legal	
Documents of the Western Religion.....	Shen Wei
Some Remarks on the Enacting of Law for Library	Gu Xuankui
An Analysis of Fire-extinguishing System in	
Ancient China	Yao Rongtao

试论《唐律疏议》

叶孝信

一

七世纪中，当西欧国家还处在封建制形成阶段，它们的法还保留原始公社显著遗迹的时候，在中国，经历了南北朝长期战乱和隋末农民大起义，早已重建了统一的、封建制高度发展的国家——唐王朝，有了全面系统地反映和维护封建经济、政治制度的法典，而且还有一部对这个法典作详细解说，并于疑难处自设问答的《律疏》——《唐律疏议》。

大家知道，宋代唯一的律书《重详定刑统》即《建隆重定刑统》也叫《宋刑统》，在内容上除了附加一些敕、令、格和“起请条”，以及刑制稍有一些更改以外，基本上是《唐律疏议》的重版。元代断狱，亦每引以为据。元泰定四年柳贯撰《唐律疏议序》叙其理由曰：“非常无古，非变无今，然而必择乎唐者，以之揆道得其中，乘之即过，除之即不及。过与不及，其失均矣。”明洪武初制定《明律》，“篇目一准于唐”^①。至洪武二十二年，刑部请编类颁行，始改为三十门，分吏、户、礼、兵、刑、工六律，而以《名例律》冠于篇首。清人薛允升著《唐明律合编》，将两者逐条排比，显见体例虽异，内容实相类似。其于《明律》删改《唐律》处，诸多非难，如“殊嫌

疏漏”，“殊觉不伦不类”的贬语，触目皆是，以至讥之为“事不师古，而私心自用，非良法也。”^②薛氏之论，并非简单地“发怀古之幽思”，盖别有所指。原来《清律》原则上基本因袭《唐律》^③，但体例则直接蜕自《明律》，薛对《清律》颇不谓然，既不敢妄加直议，只好借《明律》含沙射影了。这里，问题不在于薛论之是否确当，因为从“世变则事异……事异则备变”^④的历史主义观点来看，改了朝，换了代，封建制度作为社会发展的一个历史类型，虽然持续着，但阶级力量对比关系和与此有关的种种具体条件，总不能一成不变，能够“不期师古，不法常可，论世之事，因为之备”的，还是“圣人”^⑤即以《明律》较《唐律》死罪多至二十余条而言，也还不可率尔执彼非此，议为“失当”，这里值得玩味的，毋宁是薛氏（以及其他许多封建法学家）何以对《唐律》如此那般地皈依膜拜？

事实上，岂仅中国而已，在当时和此后东亚诸国封建法典中，《唐律》也打下了它的深刻烙印。

在日本，有信史可考的，如在文武天皇大宝元年（公元761年）制定的《大宝律令》，有律六卷，其分十二篇的名目与次序，一如《唐律》；律文内容，亦多相似，只在某些方面略加省并。如“八议”省为“六议”（删去“议勤”、“议宾”），“十恶”改作“八虐”（删去“不睦”，“内乱”。将前者的有关罪名并入“不道”，至于后者，因日本近亲结婚甚多，而奸父祖妾又可并入“不孝”，故亦删去^⑥。）他如“官当”、赎罪等均略同，刑名仍为笞、杖、徒、流、死五种，唯流刑不载里数，分为近流、中流、远流三等^⑦。此后，迨明治六年（公元1873年）编订《改定律例》，“参酌各国之定律”以前，《唐律》的精神实质和基本内容，始终鲜明地反映在日本法律中^⑧。

在朝鲜，“高丽一代之制，大抵皆仿于唐，至于刑法，亦

采《唐律》，参酌时宜而用之。”^⑨辛耦三年（1377年，明洪武十年）虽曾一度“令中外决狱，一遵《至元条格》”^⑩，但辛耦十四年即为朝鲜太祖李成桂所废，改用《明律》，可见《唐律》实与高丽王朝相始终，故曰“高丽刑法所遵用者李唐焉。”^⑪在李氏王朝（1392—1910年）统治四百余年适用的《经国大典》，则是远据《周礼》，近本《大明会典》的巨制^⑫。其中《刑典》又全以《明律》为据，且较后者简单。在司法实践上，仍以《明律》为主，并“将《大明律》译以方言，使众易晓，凡所断决，皆用此律，……”^⑬。而李太王光武九年（1905年，清光绪三十一年）颁行的《刑法大全》，体例上虽抄袭日本，但仍不少有参酌《明律》和取材《唐律疏议》之处^⑭。

在越南，李太尊明道元年（1042年，宋仁宗庆历二年）颁布的《刑书》以及陈太尊建中六年（1230年，宋理宗绍定三年）颁布的《国朝刑律》（在二十卷本的《国朝通制》中），“其条贯纤悉，不可复详。当初校定律格，想亦遵用唐宋之制，但其宽严之间，时加斟酌。”^⑮黎氏王朝初年（1401年，明惠帝建文三年）的《鸿德刑律》，则“参用隋唐，断治有画一之条，有上下之准，历代遵行，用为成宪。”^⑯阮氏王朝世祖高皇帝嘉隆十一年（1813年，清嘉庆十八年）制定的《皇越律例》，则着重参用《清律》。《御制皇越律例序》云：“……我越李、陈、黎之兴，一代有一代之制，而备于洪德，北朝汉、唐、宋、明之兴，律令之书，代有修改，而备于大清，爰命廷臣准历朝令典，参以洪德、清朝律例，取舍称停，务于至当……颁行天下。……”直至越南沦法以后，在维新三年（1909年，清宣统元年）颁布的《大南典例撮要》，篇目还是一如《清律》^⑰。而后者与《唐律》的关系，已略如前叙，不赘。

他如琉球和西域诸国的法典，均不难逐一寻出《唐律》的脉络。如果说，《罗马法》和《拿破仑法典》是奴隶制社会和资本主义社会具有世界意义的法典，那末，《唐律》及其《律

疏》至少在东亚封建法典中的典型性质，是完全可以肯定的。

这里应当强调指出，《唐律疏议》是唐代经济、政治和文化发展的一个重要成就，因而，它对上述中外有关封建法典的深远影响，与唐王朝全部经济、政治和文化对于东亚封建国家的深远影响，如影随形，如果撇开后者，仅仅就法言法，所谓影响，就是不可思议的了。另一方面，还须看到，《唐律》本身乃是前此中国古律的继续和发展，有其历史渊源。而《律疏》解律的形式，也不始于唐代。至少在晋武帝泰始四年（公元268年）颁律以后不久，即有明法张斐对《泰始律》的篇名及主要立法司法原则等等进行系统地阐释，事见《晋书·刑法志》。《律疏》的制作，当时盖有所本。惜原始材料湮没，无从详考，又不属本文范围，可略不论。

二

问题回到《唐律疏议》在中国和东亚一些国家的封建社会中，为什么会具如此顽强的生命力来。

自从汉武帝采用董仲舒建议，罢黜百家而独尊孔子以后，被改造了的儒家学说已成为中国封建社会的统治思想；儒家憧憬的“三代之治”，作为一个政治崇拜偶像，始终为历代封建统治阶级“虽不能至，然心向往之”的标榜。各朝正史的《刑法志》大多载有讴歌“三代”盛世的文字，而评议前代刑政得失，万变不离其宗，一以儒家的政治观和法律观为准。

“道之以政（孔注：“政、谓法教”），齐之以刑（马注：“整齐之以刑罚”），民免而无耻；道之以德，齐之以礼，有耻且格。”^{①⑥} 这里，儒家始祖孔子表述了他的理想政治是所谓“德治”、“礼治”，至于实行法教和刑罚，已是等而下之的了。故曰：“为政以德，譬如北辰，居其所而众星拱之。”^{①⑨} 又曰：“听讼，吾犹人也；必也，使无讼乎！”^{②⑩}

刑之不可偏废，其根本原因在于儒家亚圣孟子赤裸裸的一段话：“有大人之事，有小人之事。……或劳心，或劳力；劳心者治人，劳力者治于人；治于人者食人，治人者食于人。天下之通义也。”^②他更说：“无君子，莫治野人；无野人，莫养君子。”^③这里所谓大人——君子——劳心者，与小人——野人——劳力者的分界，质言之，即是统治阶级与被统治阶级的阶级对立。君子们虽然百口鄙夷小人，但离开了小人便“莫养”，却是无可奈何的铁的事实。于是在君子们面前就横着双重任务：既须治得了小人，转而使之养自己；又须维系和调整内部秩序，以顺利地进行治小人。怎么办？好在早有一条据说是周公定下的法则——“礼不下庶人，刑不上大夫”^④。这里的“庶人”，在很广泛的政治意义上，亦即上文的“小人”，而大夫，大概一般地总该是君子才能胜任。有了这个基本的政策界限，问题就简化了。总的说来，在统治阶级内部，讲礼；对被统治的广大群众，用刑。“出礼”，便“入刑”。尽管《汉书·刑法志》痛贬秦皇玩法，致“天下怨愁，溃而叛之”，实则“汉兴以来，承用秦法”者所在多有^⑤。汉高帝“约法三章”，仅仅是丧乱之余收归民望的权宜之计，旋即见穷。前揭书曰：“其后，四夷未附，兵革未息，三章之法不足以御奸，于是相国萧何摭摭秦法，作律九章。”《九章》湮没，但“其不道、不敬之目见存”^⑥，是则《汉律》之烦峻，与秦实不相上下。所不同者，“《汉律》非专刑书，盖与《周官》《礼经》相邻；……《汉律》之所包络，国典官令无所不具。”^⑦错综复杂而尖锐的阶级斗争的现实，教会了汉代统治集团在“好刑名”，“好以法制驭下”的本相上，涂了一层浓重的“缘饰儒术”的油彩；把儒家的经典法典化，把三纲五常、尊尊卑卑的秩序条文化，使“蕃（繁）刑”^⑧与缚礼并举，又熔冶缚礼于“蕃刑”之中，既约束了君子，也镇压了小人（君子们如竟“犯上作乱”起来，不难立即被转化为小人），一句话，“汉家自有制度，本以霸王

道杂之，”^{②8}——内法外儒，汉宣帝训示太子的教言，实际上已成为此后历代封建统治集团的心传。而《汉律》精髓的奥秘，则主要在于“深得三代先王之遗意”^{②9}，又使后者在当时的历史条件下，大大地发展和提高了一步。同这一实际状况紧相联系，汉代的律学也空前兴盛。《汉律》不仅仅是当代司法的准绳，其理论更被广泛运用于经学和文字学等领域。何休注《公羊》，郑司农注《周官》，都以《汉律》解经，许慎撰《说文》，兼以《汉律》解字（由此亦见《唐律疏议》处处援引经义的历史渊源之一斑）。其佚文散句，现今尚可考见。另一方面，我们还看到儒林啧啧称道的以董仲舒为代表的引用《春秋》经义决狱。要之，刑与礼相辅相成，律学与经义相互发明，殊途同归，总的目的是为封建主阶级的政治服务。汉代诸君子对此早有深刻认识，同他们比较起来，后世那些厚古薄今，泥古不化的书呆子们，宁勿愧疚！

自从《汉律》为中国古律奠定了基础以后，魏、晋、南北朝各代律书，大多只是适应当时形势，因之损益。它们相继在篇目上或作增减分合，在内容上或去其烦秽，存其清约，但也有既不领悟“三代先王”之法的精神实质，又不结合当时实际，“不师其意，徒袭其文”，教条主义地“必欲以科刑之典，丽以《尚书》、《周礼》之文，削足适履，左右支绌”，搞得“今古杂揉，礼律凌乱”的，如北朝《后周律》^{③0}。如是等等，均了不足观，且又失传。到了隋代，文帝开皇三年制订《开皇律》十二篇、五百条，唐人撰《隋书·刑法志》予以很高评价，认为“自是刑网简要，疏而不失”。唐高祖定《武德律》就以它为蓝本。可是，《开皇律》颁布不久，隋炀帝即以《大业律》十八篇取代，且均早已散失。因此，全面总结古律，特别是创造性地发展《汉律》，善于揣摩“三代先王之遗意”，把刑和礼有机地结合起来；又有《律疏》从理论上加以阐发，强有力地维护封建社会制度的，只有《唐律疏议》硕果仅存。后世虽

有修修补补，增删一些枝枝叶叶，要皆以之为根干，不脱其窠臼。而封建法学家们所以礼赞《唐律》“出入得古今之平”^⑪，“得其中”^⑫者，归结无非鉴于它“一准乎礼”^⑬而已。

当然，仅仅这样观察问题，还是笼统的，也是皮相的。《唐律疏议》究竟不是冬烘先生对三家村蒙童授课的讲义，而是实行封建主阶级专政的锐利武器。从下文我们论及的主要内容上，显而易见，它的“一准乎礼”，恰恰是师承了汉武帝“独尊孔子”的手法，正如后者虽说厉行“不在六艺之科，孔子之术者，皆绝其道，勿使并进”^⑭的政策，实则熔冶了诸子百家有利于当时统治的一切方术那样，《唐律疏议》没有、也不可能纯粹地“一准乎礼”。反之，事涉根本问题时，却往往直接与古礼相“抵触”。不过，它既然呕心泣血地为封建专制主义的统治编织了一张精致的法网，兼以“远则皇王妙旨，近则萧贾遗文”^⑮，振振有词，在中国古代法制史籍中，不愧独执牛耳，地主阶级学者纵或窥测个中消息，却也习焉不察，心照不宣，不愿透露罢了。

三

以确保专制君主的至尊地位和无上威权为中心，巩固封建主阶级专政，严厉镇压反叛，防范臣下专横，乃至“慎终追远”，强调祭祀的神圣性质和宗庙、皇帝陵墓的不可侵犯，是《唐律疏议》的首要内容。应该指出，《唐律疏议》全书都肩负着巩固封建主阶级专政这个压倒一切的任务，并以此为出发点和归宿，把这一基本精神渗透于全部内容。为了便于说明问题，本文只谈直接有关的方面（下同）。

首先，《唐律疏议》将滥觞于汉代，后世略具，而完备于《开皇律》的“十恶”大罪，列为开宗明义“五刑”之后的第六条。《疏议》阐述其所以然曰：“五刑之中，十恶尤切，亏

损名教，毁裂冠冕，特标篇首，以为明诫。”“十恶”中，又首举直接危害封建专制政权的“谋反”、“谋大逆”和“谋叛”三项。关于“谋反”，《疏议》援引《公羊传》：“君亲无将，将则必诛”和《左传》：“天反时为灾，人反德为乱”二语作理论根据，把君主与天并提，论证“谋反”罪的严重性：

“王者居宸极之至尊，奉上天之宝命，同二仪之载复，作兆庶之父母。为子为臣，唯忠唯孝。乃敢包藏凶慝，将起逆心，规反天常，悖逆人理，故曰‘谋反’。”

继总则《名例》篇后，以《卫禁》居诸分则篇之前。《疏议》曰：

“卫者，言警卫之法；禁者，以关禁为名。但敬上防非，于事尤重，故次《名例》之下，居诸篇之首。”

可见“警卫”，主要在于“敬上”；“关禁”，主要在于“防非”。所以“防非”，主要的落脚点还是在于“敬上”。因此，“警卫之法”又不能不先于“关禁”。

“王者之政，莫急于盗贼”。《唐律疏议》虽把《贼盗》列为第七篇，但镇压反叛的一系列律文，则置篇首，以昭郑重。又，“伪造皇帝八宝”条，亦冠《诈伪》篇。

其次，从直接有关律文散居各篇的范围之广，数量之多，亦足以说明《唐律疏议》在这一方面的着力处。

除《名例》篇的“十恶”外，《卫禁》篇凡33条，属于警卫太庙、山陵兆域、宫、殿、上闼内、御在所、御膳所、禁苑、京城、皇城、行宫外营门、内营牙帐门、御幕门……等等，关于警卫当朝皇帝可能居留、上代皇帝陵墓和神主供奉的处所的律文，竟达24条，从“越州镇戍等城垣”以后的9条，才是有关关禁方面的。在规定职司、法制的《职制》篇58条中，除将“大不敬”的某些项目的罪刑具体列作六个专条外，为了强调皇帝尊严，强调诏敕在法律上的最高地位，强调祭祀、庙享的隆重，直接有关律文为13条，计共19条。在规定畜牧、库藏的

《厩库》篇，供大祀牺牲的牛、羊、豕受到法律特殊保护^⑤，列作专条。由于武装力量是国家机器的主要部份，《唐律疏议》紧紧掌握了这点，把调遣军队的大权，高度集中于皇帝。在《擅兴》篇，详明规定了发兵、发兵符的法定程序，责成主将忠于职守，严惩间谍活动，防止“征人巧诈避役”，严禁私有和私造兵器等等。直接有关律文凡16条，占全篇三分之二。在《贼盗》篇，除首列属于“十恶”的反叛罪4条外，将盗大祀神御物、盗御宝（玺）……（亦属“十恶”）以及“造袄（妖）书袄言”等等直接有关罪刑分别列作专条，计共13条。在《斗讼》篇，严惩宫内相殴，殴制使及皇家袒免亲，不告和诬告谋反、大逆……等罪，计7条。在《诈伪》篇，严惩伪造皇帝八宝、买卖和盗用宝、印、符、节奏对不实……等罪，计6条。在《杂律》篇，有“国忌作乐”、“弃毁制书……”等6条。在《捕亡》篇，“宿卫人亡”专列一条。最后，在《断狱》篇，专制君主既独揽生杀臣民大权，规定奏画已讫的死罪囚，皆须三度复奏，才可行刑（否则，官司处流二千里），又防止法曹妄引制敕断罪，规定“若辄引，致罪有出入者，以故失论”，并分别列为专条。

可见，《唐律疏议》十二篇中，除《户婚》篇外，无一不载直接有关巩固封建地主阶级专政的律文，粗略统计，总共90余条，将近全部律文500条之五分之一。《户婚》篇的主要内容在于将农民固着于土地上，保证封建国家对他们征发徭役和租税，亦即所以巩固封建专制主义的经济基础，决不能因为没有直接有关律文而忽视它在这方面的严重意义。至于其他未揭的条目，当然也不在话下。

最后，也是主要的，就《唐律疏议》的内容看，关于危害封建专制主义政权的犯罪的断刑，特重于其他犯罪，而维护专制君主人身安全的防范设施，则无微不至。

以有关“谋反”罪为例。

“诸谋反……者，皆斩。父子年十六以上，皆绞；十五以下及