

【史辨】

汉代民事诉讼新论

张朝阳

【摘要】“寇恩案”、“赵宣案”、“死驹案”是研究汉代民事诉讼的珍贵史料,但对它们的解读一直充满着争议。焦点有:“寇恩案”是否存在民事问题刑事化处理的倾向?“赵宣案”为何追债的钱数与欠债数不匹配?“死驹案”的判决到底是什么性质?通过对居延汉简的全面调查,比堪类似案例,我们可以看到:“寇恩案”不存在民事问题刑事化的倾向,“赵宣案”的钱数不匹配是我们对追债次数估计不足所造成的假象,而“死驹案”的判决在主体上是民事性质。最后,结合张家山出土的《二年律令》,我们可以归纳出汉代民事诉讼的特征。这些特征表明:汉代民事诉讼和刑事诉讼有显著不同,并且已经进入了“依法审理”的发展阶段。

【关键词】汉代;居延案例;民事诉讼;何四维

【作者简介】张朝阳,华东师范大学思勉人文高等研究院(上海 200241)。

【原文出处】《华东师范大学学报》:哲学社会科学版(沪),2013.4.71~80

【基金项目】本文系2011年国家社科青年项目“中国早期民法的诠释”(11CZS009)阶段性成果。

曾有学者总结过:“汉代的民事诉讼研究,在20世纪70年代以前一直归于沉寂,人们涉猎甚寡……然而伴随着1973~1974年居延汉简的出土,尤其是《候粟君所责寇恩事》册书的面世,使得汉代民事诉讼的具体实态第一次展示于人。缘此,有关这一问题的研究开始打破沉寂,时见论考发表。”^①本文的讨论也不例外,要从这个居延案例入手。

一、候粟君责寇恩

《候粟君所责寇恩事》1974年出土于内蒙古额尔济纳地区(古居延),1978年发表于《文物》。它包括36枚木简,记载了建武三年(公元27—28年),候官粟(中级军官,六百石)与平民寇恩之间的一笔合同债务纠纷(以下简称“寇恩案”)。^②案件梗概如下:

公元28年1月30日,都乡啬夫宫收到居延县廷转发的一份起诉文书:粟起诉寇恩欠债。于是宫召唤寇恩进行调查。宫首先给寇恩交代了有关法规。

先以证财物故不以实,臧五百以上,辞已定,满三日而不更言请者,以辞所出入,罪反罪之律辨告。

《新简》EPF 22)

然后开始验问。寇恩声称,粟曾经打算让两位部下下去市场卖鱼,部下不能去,于是给粟雇佣了寇恩。粟要求寇恩出售5000尾鱼,预期总价四十万钱,并预先支付了一头公牛和27石谷物作为酬劳。但寇恩没能卖足四十万钱。作为补偿,寇恩出售了公牛,并采用馈赠实物和让儿子为粟义务打工的方式,补足了四十万钱。所以寇恩认为自己不欠任何债务。

公元28年2月12日,宫再次验问寇恩,程序和上次相同,寇恩证词也基本相同。

公元28年2月15日,宫给县廷上报讯问结果,认为寇恩没有欠债。

公元28年2月24日,案件发生了重大转折。《新简》EPF 22:34—36记录到:

居延令守臣移甲渠候官。候[所]责男子寇恩[事],乡置辞,爰书自证。写移书[到]□□□□□辞,爰书自证。须以政不直者法,亟报。如律令。掾、守令史赏。建武三年十二月候粟君所责寇恩事。

县廷将原告粟的证词转给居延都尉府,身为原告
的粟反而被以“政不直”的罪名处罚。^③

此简册一发表就引起国际关注。1979年,秦汉
法史专家何四维(A.F.P.Hulsewé)^④详细研究了该案,
案件的结局令他颇为困惑。他认为“须以政不直者
法”是判定粟“行政管理上不诚实”(dishonesty in ad-
ministration)的罪名,但案件主体则是债务纠纷,由
此发问道:

这是一宗民事诉讼还是刑事诉讼?或者,在我
们(译者按:现代西方)社会将会被认为是民事诉讼
的案件,[在中国汉代]不可避免地被纳入刑事范畴?
以至于,一个利益要求(按:民事)自动被转化为一项
指控(按:刑事)?^⑤

何四维以民事问题的刑事化为切入点,直指汉
代有无民事诉讼。但由于当时相关资料太少,他坦
言自己无法回答。

中、日学者对此案也非常关注。俞伟超将此案
定性为治狱材料,也就是刑事案例。^⑥但张建国于
1996年提出该案是民事诉讼。他将“须以政不直者
法”与上文“爰书自证”连读,认为这是在正式验问
粟之前,告知他的一条律文,并非指控或判决。所以
张建国并没有怀疑是否存在民事问题刑事化倾向。^⑦
2001年徐世虹先生也径直将此案定性为民事案例,
并用来分析汉代民事诉讼程序。^⑧日本学者初山明
则对何四维的问题颇为关注。他认为“须以政不直
者法”意味着“等审理结果下来后,依法对不直之人
定罪”。^⑨换言之,寇恩和粟君都有可能被论罪。进
而他推测到:“即使争财诉讼,其主张也有不合情理
的方面,这可以被视为有罪”,因而得出了民事与刑事
没有明显区别的看法。^⑩

显然,对寇恩案定性的关键在于如何理解“政
不直”一句。在已有的几种解读中,以“行政管理中
的不诚实”判决粟(何四维等)较为主流。但有一个疑
点:“行政管理中的不诚实”意味着行政上、下级关
系,意味着滥用职权。但寇恩与粟君分属民政与军
队两个系统,双方只存在合同雇佣关系,何来上、下
级?何来滥用职权?^⑪

然而,如果我们放宽、放远视线,就会发现粟滥
用职权的情节。^⑫寇恩在回忆纠纷起因时,不经意间

揭发了粟:

去年十二月中,甲渠令史华商、尉史周育当为
候粟君载鱼之鱧得卖。商、育不能行。商即出牛一
头,黄、特、齿八岁,平贾值六十石,与它谷十五石,
为[谷]七十五石,育出牛一头,黑、特、齿五岁,平贾
值六十石,与它谷卅石,凡为谷百石,皆予粟君,以
当载鱼就直(值)。(《新简》EPF 22:3—6)

粟的这些行为显然是违法的:身为中级军官却
从事商业活动,要求下属缺勤为自己去市场卖鱼,
接受下属的献金去雇佣他人;查实后必然要受到惩
罚。下面这件元寿二年(公元前1年)的案例可以佐
证:

[元寿二年]张掖居延都尉博库守丞贤兼行丞事
谓甲渠都候言:候长杨褒私使卒并积一日,卖羊部
吏故责[四十]五,不日迹一日以上;燧长张谭毋状,
请□免。^⑬

这个案例中的候长杨褒,因为驱使部卒为自己
干私活、牟利而被免职。与杨褒相比较,粟的情节要
严重的多,受到刑罚自然不足为怪。所以将“政不
直”理解为“行政管理上的不诚实”是合理的。这样,
我们部分地澄清了何四维的问题:虽然粟受到处罚
是刑事问题,但这另有原因,和债务问题无关。

那么寇恩的债务问题在当时人眼中是什么性
质?从寇恩被判定不欠债这个结果,我们无法推测
其性质。我们需要知道:如果寇恩欠债,等待他的是
什么?如果是刑罚,则说明债务问题在当时被当作
危害社会的刑事问题来处理;^⑭如果仅仅是还钱或
赔偿,则说明被当作民事纠纷来处理。寇恩案本
身缺乏相关信息,但下面这个案例为我们提供了
线索。

二、张宗讼赵宣赔偿死马

永始二年(公元前15年),也就是寇恩案的43
年前,居延曾经发生过一件死马赔偿案。被告赵宣
被勒令还债,但没有受到任何刑事指控和刑罚(以下
简称“赵宣案”)。案件记录如下:

书曰:大昌里男子张宗责居延甲渠收虏燧长赵
宣马钱凡四千九百二十,将召宣诣官,□以□财物
故不实臧二百五十以上□已□□□□□辟□。赵
氏故为收虏燧长,属士吏张禹宣与禹同治。乃永始

二年正月中,禹病,禹弟宗自将驿北胡马一匹来视禹。□死。其月不害日,宗见塞外有野橐佗□□□□宗马出塞逐橐佗,行可卅余里,得橐佗一匹。还未到□。宗马革僵死。宣以死马更所得橐佗归宗,□不肯受。宣谓宗曰:强使宣行马,幸革死,不以偿宗马也。□□共平宗马,直七千,令宣偿宗。宣立以□钱千六百付宗。其三年四月中,宗使肩水府功曹受子渊责宣。子渊从故甲渠候杨君取直,三年二月尽六。(以下残缺)^⑩

由于案件记录残缺较严重,丢失了很多关键信息,所以有一些疑点亟须辨析。

首先,原告“大昌里男子张宗”是什么身份?张伯元先生据《新简》EPT43.5“第十七候史张宗”,认为原告张宗是候史身份。^⑪但这恐怕是另有其人。居延官文书称呼人时一般要加头衔。例如:

灭虜燧戍卒梁国蒙东阳里公乘左威,年卅六,自言责故乐戍燧长张中实皂炼一匹直千二百。《合校》35.6)

第廿三候长赵棚,责居延骑士常池马钱九千五百……《合校》35.4)

如果原告张宗是“第十七候史”,则在案件记录中应该被称呼为“第十七候史”。从仅称呼他为“大昌里男子”可知他是庶民身份。^⑫

其次,有两个与钱数有关的奇怪现象。死马估价为7000钱,被告赵宣现场赔付了1600钱,还剩余5400钱未偿付,但为何文书只追讨4920钱?^⑬类似地,残册结尾处有“三年二月尽六”。张伯元先生认为这是追债结果,即扣除赵宣永始三年二至六月的俸钱用于还债,并推算出是4500钱(月俸900钱)。但为何这又不足文书追讨的4920钱?

这两个奇怪现象促使我们转换思路。原先欠债5400钱,此次追债4920钱,可见此前曾要回过480钱(5400-4920)。这样思考,则残册的最后一段文字并非记录此次追债的结果,而是追述上次讨债时的情况。我们回顾一下这段文字:

其三年四月中,宗使肩水府功曹受子渊责宣。子渊从故甲渠候杨君取直,三年二月尽六(以下残缺)。

上次讨债可谓颇费周折。在对方赖账一年多的情况下,张宗于永始三年四月请求肩水都尉府功曹

受子渊出面;受子渊找到居延都尉府甲渠候官杨君;杨君扣除部下赵宣当年二月一六月的俸钱用于还债。^⑭由于燧长月俸有600钱和900钱两种可能^⑮,所以这笔钱应该在3000或4500钱之间。但这里又出现了一个钱数问题:我们推测张宗只追回了480钱,为何扣除赵宣的钱却如此之多?这中间三四千钱的差额到哪里去了?要解开这个谜,就要搞清楚受子渊在案件中的作用。

受子渊是肩水都尉府的功曹,虽然是实权人物,但并非赵宣的上级,因为赵宣服役于另一个都尉府——居延。张宗讨债,本该向居延提出请求,但为何绕了一大圈去找肩水的受子渊?^⑯这显然不是正常程序。所以我们推断张宗和受子渊有私交。顺着这个线索,我们接着推测赵宣同时还欠受子渊的债。张宗在被长期赖账的情况下,找受子渊联合讨债,以便给赵宣施压。^⑰由于受子渊出面操办,所以优先偿清了他的债务,而赵宣只得到了480钱。想必当时还约定了偿还剩余4920钱的日期,但赵宣又一再拖延,于是张宗被迫再次追债。^⑱可惜由于记录散佚严重,这次追债的细节和结果无法考察。

若以上推测无误,则张宗为了死马一事,至少采取了三次行动:第一次是永始二年正月马死索赔(得1700钱),第二次是永始三年四月联合子渊首次追债(得480钱),第三次是本册书记录的再次追债(索4920钱,具体日期和情况不详)。在整个过程中,张宗不惜周折,全力追索应得的赔偿,而赵宣总是千方百计地拖延,所以情节颇为曲折。我们前面说的两个奇怪现象,其实是对讨债困难和次数估计不足而产生的误解。

最后还有一个问题:赵宣是否因为赖账而受到刑罚或行政处罚?刑罚显然没有,但张伯元先生提出赵宣受到了行政处罚:因为赖账而被贬为燧卒。^⑲理由是:文书说“赵氏故为收虜燧长”,“故”字证明赵宣不再担任燧长;《合校》记录有“□□起六月丁丑,鸡鸣时当曲燧卒赵宣”(简161·2),而永始四年六月六日是丁丑日,所以赵宣永始四年是当曲燧卒;赵宣永始二年欠债时为燧长而永始四年却是燧卒,这说明他因为欠债而被贬职。笔者以为,这个论证很值得商榷。

第一、“六月丁丑”存在很多种可能。以赵宣所生活的汉成帝时期为例,除了永始四年六月六日外,还可能是永始元年六月十七日(庚申朔),鸿嘉四年六月十三日(乙丑朔),鸿嘉元年六月二十五日(癸丑朔)等等。这些日子都在赵宣赖账之前。所以赵宣可能在赖账前是当曲燧卒,而非赖账后被贬为燧卒。

第二、赵宣很可能是重名。河西汉简中,“赵宣”多次出现。除了已见到的两例外,还有三例:

戍卒张掖郡居延昌里大夫赵宣年卅。(《合校》137.2)

省卒赵宣伐财用檄到召□□诣官毋后司马都吏。(《额济纳》2000ES7SF1:6B)

居延甲渠止北燧长居延累山里赵宣入奉钱六百还。(《额济纳》2000ES7SF1:13)

可见,“赵宣”这个名字与五种身份有关:当曲燧卒、居延昌里大夫、省卒、收虏燧长、止北燧长。我们很难将这五种身份都归为同一人。

第三、对“故”字的解释还要关照到文书开头,“张宗责居延甲渠收虏燧长赵宣马钱”。这里没有在头衔前加“故”字,表明最后一次追债时赵宣还在收虏燧长任上。若赵宣曾因为赖账被贬,为何在仍然赖账4920钱的情况下,又恢复原职?所以用被贬来解释“故”字欠妥。“故为收虏燧长”的“故”字可能是和“为”字结合起来,表示过去存在的状态,并不必然意味着现在就不是。^⑤

事实上,居延共出土了至少75例债务诉讼案例,其中有36名被告是燧长、候吏之类的军官或吏员,但却找不到他们因欠债被降职的任何证据(见附表),^⑥可见这种做法基本上是不存在的。

在解决了文书中的疑点后,我们发现该案例有三个显著特点:

1. 被告赵宣被认定有债务责任,但没有因此而受到刑事处罚,只是被勒令还债给张宗。

2. 赵宣的军职和服役也没有受到债务的影响,没有受到行政处罚。

3. 赵宣很大程度上拖延偿还债务,迫使原告多次提出追债要求。这一方面表明,被告的人身自由没有受到限制,没有因债务而入狱等;另一方面也表明,如果遇到拖欠,胜诉方必须主动请求国家帮

助追债。这凸现出胜诉方的个人意愿决定了是否执行判决,以及执行到何等程度。

这些特征都和汉代刑事诉讼形成了鲜明对比。在刑事诉讼中,如果被告被认定有罪,一般要受到刑罚;若是公职人员,同时还要受到行政惩罚。在执行判决上,起到决定作用的是国家意志。原告没有必要、也无权力要求国家如何执行判决。如果罪犯逃亡,国家会自动启动追捕程序,无需原告催促。这种对比说明赵宣案被视为私人间的利益纠纷,不危害社会秩序,所以不运用刑事手段来处理。

参照此案,我们再回头看寇恩案。假如寇恩被认定有债务责任,他也只会被要求偿还债务,而不会受到刑事处罚。所以他的债务问题也不是刑事性质。现在我们可以完整地回答何四维先生:寇恩案由刑事部分和民事部分组成。寇恩欠债与否在当时不是刑事问题,但是粟滥用职权是个刑事问题。碰巧,此问题在调查债务责任时被发现而已。

三、赔偿死驹

几乎与寇恩案同时,居延还发生了一件死驹赔偿案,该案似乎综合了赵宣案和寇恩案的所有特点(以下简称“死驹案”)。^⑦案卷册书由16枚简组成。首简(《新简》EPF 22:186)用双行小字在上半部书写“甲渠言,永以县官事行警檄,牢驹遂内。驹死,永不当负驹”,下半部留白。这应该是对调查结果和判决意见的摘要,最后才被附加到整卷册书之首。^⑧余下15简是案卷正文,可分为四个部分。

第一部分标明了时间和负责验问的官员,“建武三年十二月癸丑朔丁巳,甲渠郭候获叩头死罪敢言之”。(《新简》EPF 22:187)

第二部分转述了“府记”^⑨的内容:守塞尉放向府起诉止害遂长焦永,认为焦永应该为一匹马驹的死亡负责,而该马驹是放从别人那里借来的。放提供了两位人证——宪和恭。都尉府将案件下转给甲渠候官来调查。(《新简》EPF 22:188-191)

第三部分是甲渠候官对这个案件的调查。候官验问了放和两位证人,三人证词一致。都说焦永行檄到了居延收降亭,塞尉放借了焦永的驿马,而将自己(从别人处借的)的一匹马和马驹交给焦永,然后两人一同来到止害遂。放后来骑马去了吞北遂,

将马(焦永的驿马)放下,换了一匹吞北遂的驿马去了别处。焦永需要去行檄,找不到自己的驿马,只好骑了放的马(带上马驹)去行檄,后来马驹死了。《新简》EPF 22:192-199)

第四部分是结论。“案:永以县官事行警檄,悉负时,骑放马行檄,驹素罢劳,病死;放又不以死驹负永,永不当负驹。放以县官马擅自假借,坐藏(赃)为盗。请行法;获教敕要领放毋状,当并坐。叩头死罪死罪,敢言之”。《新简》EPF 22:199-201)

这个结论值得深究。徐世虹先生指出它“一是对放要求赔偿马的民事判决,即焦永不当偿马;另一是对放的处罚,定性为坐藏为盗”。^④可见该案包含民事和刑事两种关系。但另一方面,为何首简摘要只说“驹死,永不当负驹”,而不提对放的处罚?首简有大量的留白,显然不是受篇幅所限。可见对放的处罚不是结论的重点,以至于在摘要中被略去。若这个理解无误,则可推断:“永以县官事行警檄…永不当负驹”是候官作出的判决,而“放以县官马擅自假借,坐赃为盗…”只是一种附带的建议。^⑤所以这个案件主体上是赔偿类的民事诉讼。

这个案子和寇恩案有三点一致:1.同样是以经济纠纷为主线的民刑混合案件,在调查民事责任时,无意中发现了刑事问题;2.同样表现出国家权威将经济纠纷与刑事问题区别对待:对经济纠纷只判定经济责任而不涉及刑罚,但对刑事问题则要另行处理;3.同样是地位高的起诉方败诉,这说明诉讼双方被视为平等个体,地位高者并不享有特权。这个案子与赵宣案也有相似处:都是关于死马的赔偿问题,这表明这类纠纷较常见,并且常通过法律途径来解决。总之,这个案例印证了我们从寇恩案和赵宣案总结出的民事诉讼规律和民刑之区别。

四、居延案例的扩大调查

在以上三个案例的基础上,我们可以进一步推断:经济纠纷在汉代居延一般都被当作民事问题。居延出土汉简中保留了大量的经济纠纷记录,包括75起形形色色的债务,6起交易问题,5起与动物有关的赔偿以及1起田宅纠纷(见附表)。虽然记录大都严重残缺,很难了解细节,但在处理结果可考的案件中,没有发现有任何刑罚的痕迹。这些纠

纷凸显出诉讼双方,无论社会地位如何,都被视为平等个体。例如在前文所分析的三个案例中,地位高的一方全部败诉,无论是以起诉还是应诉的姿态出现。

在居延经济纠纷案件中,起诉方的社会身份很广泛,包括已婚妇女(夫人)、女子、编户民、戍城吏、卒、燧长、候史、候长等。^⑥甚至刑徒也可以因为债务问题起诉军官。

徒王禁责诚北侯长东门辅钱。不服。移自证爰书,会月十日。一事一封。四月癸亥尉史同奏封。^⑦

刑徒王禁因为债务问题起诉侯长东门辅,而后者不得不应诉。这似乎与张家山出土的汉代《二年律令·告律》有矛盾。简134规定:

年未盈十岁及系者、城旦舂、鬼薪白粲告人,皆勿听。^⑧

按照这条法规,刑徒不能控告别人。但为何刑徒王禁却可以起诉一位军官?合理的解释是:汉代将追债诉讼与刑事诉讼做了区分。在债务问题上,欠债还钱而已,不考虑个人身份、地位。类似地,虽然在刑事诉讼中,身份较高者(体现在爵位上)拥有两项特权:有些情况下可以用爵位抵罪(爵位将被收回),有些情况下还可以自动减刑(爵位不受任何影响)^⑨,但在债务纠纷问题上,爵位高也不能自动减免债务。

与身份相关的还有一个问题:为何有权势的索债方要走司法程序来讨债?例如,寇恩案中,能驱使部下卖力的军官粟,为何不派人抓了寇恩逼债?这和秦汉法律对欠债人的保护有关。《二年律令》简187:

诸有责(债)而敢强质者,罚金四两。^⑩

这条律文禁止“强质”,也就是“强以人或物为质”^⑪来索债。事实上,秦代就有类似规定。睡虎地秦简《法律答问》曰:

百姓有责(债),勿敢擅强质,擅强质及和受质者,皆赀二甲。廷行事强质人者论,鼠(予)者不论;和受质者,鼠(予)者□论。^⑫

可见在秦汉时代,对强行索债的禁止根深蒂固,如果遇到债务纠纷双方不能谈妥时,索债方只能通过法律途径来解决。

分析到这里,我们已经了解了汉代民事诉讼的一些特点,也知道当时民刑有一定区别。但我们还必须追问:审理民事案件是依据什么来做判决?是根据长官意志、习俗、还是成文法?换言之,汉代民事诉讼是发展程度较低的“卡迪司法”^⑧还是程度较高的依法审理?敦煌出土的一枚残简透露出,汉代民事诉讼接近后一种情况。简文如下,

言律曰:“畜产相贼杀,参分偿和”。令少仲出钱三千及死马骨肉付循请平。^⑨

简首的“言律曰”有些费解。“言律”是否是律名?但这样的名称不见于传世和出土资料,王国维更怀疑这条律文应该属于贼律。^⑩所以笔者认为,“言”是动词,作谓语,而主语缺失。

这枚残简记录了一件死马赔偿案的审理。在判决时,佚名的官员依据律文“畜产相贼杀,参分偿和”,勒令被告赔偿原告3000钱外加死马尸骨。

案件所引用的律文并非孤例。张家山《二年律令》有两条类似规定,

犬杀伤人畜产,犬主偿之。^⑪

马、牛、羊、彘食人稼穡,罚主金马、牛各一两,四彘若十羊、彘当一牛,而令桥稼偿主。^⑫

这三条律文说明居延赔偿案例的特点与汉代民法有关。事实上,《二年律令》包含有大量的民事法规,涉及债务、赔偿、继承等事宜,^⑬所以,汉代民事诉讼在整体上有法可依。

结论

从以上的居延案例中,我们可以总结出汉代民事诉讼的五个特点:

1.个人就债务、赔偿等财产问题提出起诉。

2.国家搞清楚是非曲直作出判决,为原告估算合理的赔偿或财产分割。

3.如果遇到逃避、拖延现象,则取决于获胜原告去要求是否坚持执行判决,国家不主动去追索逃避者。

4.不运用笞刑、劳役、监禁、肉刑、死刑等刑罚,也不连带有行政惩罚。

5.在估量赔偿、债务时,诉讼双方的社会地位不是一个考虑因素(理论上)。双方在法律上被视为平等个体,社会地位高的一方没有法律赋予的特权。

这些与刑事案件的以下特点形成鲜明对比:^⑭

1.个人可以控诉一些有害行为,这些行为不但危害个人、更危害公共秩序。

2.根据何四维的研究,国家在审理刑事案件时,首要目标是惩罚犯罪,以维护公共秩序。而更大的考虑则和宇宙论有关:维护天地秩序,阴阳平衡等。^⑮

3.一个刑事案件有判刑或无罪释放两种结案方式。被告如果被认定有罪,则会受到刑罚。原告没有必要、也无权力要求国家如何执行判决。如果罪犯逃亡,国家自动会启动追捕程序,无需原告催促。

4.刑罚繁多而且系统化,^⑯对公职人员连带有行政惩罚。

5.社会地位(爵)是量刑时一个考虑因素。法律赋予有爵位者一定的特权:A)拥有上造以上爵位者可以减轻应得的刑罚;B)某些罪行可以用免除爵位来抵消。^⑰

这种对比表明,汉代居延地区的民事诉讼已经比较发达,并且与刑事诉讼有很明显的区别。^⑱这种特点能否代表整个汉王朝的情况?有学者声称这是居延地区独有的。^⑲但张建国反驳道:

我们不能因为当地出土了有关材料而其他地区没有出土同样的材料,就断言边疆和中原实行不同的诉讼程序……汉代作为一个统一的大帝国,如果说其法律制度只是在偏远的西北边疆实行而在其它地区没有实行,这是无法想象的。^⑳

事实上,已知汉代民事诉讼并不局限于居延。^㉑《风俗通义》记载了两则遗嘱纠纷,分别发生于约公元前60年的陈留郡、公元前8年的沛郡;同书还记载了一件丝绸所有权的纠纷,发生于约公元前33年的临淮郡。^㉒湖南长沙出土有一件光和六年(183年)的文书,记录了因遗产被侵占而发生的田地诉讼(临湘郡)。^㉓这4个案件分布于4个郡,跨越二个多世纪,其审理特点与居延民事诉讼基本一致。而最能说明问题的是,案例的审理契合汉律有关赔偿和索债的规定。可见,汉朝民事诉讼在原则上全国统一,统一于国家颁布的律令。所以,从居延民事案例中总结出的特点,并不局限于当地,而在相当程度上反映了整个汉王朝的情况。

附表(居延地区民事案件调查表^㉔)略,可见原文。

本文修正、拓展了作者的旧论(2011年录用):
“Revisiting A.D.28 Case from Juyan”, *Journal of Asian History*, Vol.47.1.

注释:

①徐世虹:《汉代民事诉讼程序考述》,《政法论坛》2001年第6期,第122页。

②甘肃居延考古队:《“建武三年候粟君所责寇恩事”释文》、《“候粟君所责寇恩事”简册略考》,《文物》1978年第1期;甘肃省文物考古研究所等编:《居延新简:甲渠候官与第四燧》EPF 22:1—36,北京:文物出版社,1990年,第475—478页(以下简称《新简》)。早期研究文章有,俞伟超:《略释汉代狱辞文例:一份治狱材料初探》,《文物》1978年第1期;A.F.P. Hulswé(何四维),“A Lawsuit of A.D.28,” in *Studia Sino-Mongolica*(Wiesbaden: Franz Steiner Verlag, 1979);初师宾、萧亢达:《居延新简责寇恩事的几个问题》《考古与文物》1981年第3期;[日]大庭修:《秦汉法律史研究》,林剑鸣译,上海:上海人民出版社,1991年,第520—540页(日文原书出版,于1982年)。本文对纪年的换算采用了何四维的说法。

③简册有些残缺,因此不太清楚最终如何结案。邢义田甚至认为现有简册只是整个案件记录的一小部分内容;见《汉代书佐文书用语“它如某某”及“建武三年候粟君所责寇恩事”简册档案的构成》,《历史语言研究所集刊》第70本第三分。需要说明:对“政不直”存在多种理解,详见后文论述。

④何四维著有《汉律遗文》(Remnants of Han Law, 1955)、《秦律遗文》(Remnants of Ch'in Law, 1985)两部专著,对秦汉法律史研究贡献巨大。

⑤Hulswé, “A Lawsuit of A. D. 28,” p. 29.

⑥俞伟超:《略释汉代狱辞文例:一份治狱材料初探》。

⑦张建国:《居延新汉简“粟君责寇恩”民事诉讼个案研究》,《中外法学》1996年第5期,第19页。但一般认为这对候粟君的判决;参见 Hulswé, “A Lawsuit of A.D.28,” p.29;初师宾、萧亢达:《居延新简责寇恩事的几个问题》,第114页;[日]大庭修:《秦汉法律史研究》,第535页;徐世虹:《汉代民事诉讼程序考述》,第127页。

⑧徐世虹:《汉代民事诉讼程序考述》。

⑨[日]初山明:《中国古代诉讼制度研究》,李力译,上海:上海古籍出版社,2009年,第127—129页。初山明的解读来自裘锡圭。裘先生认为:政=正,而“须”是等待的意思,所以“须以政不直者法”是说:“等待甲渠候的自证爱书以断案,使不直的那个人(可以是寇恩,也可以是甲渠候)依法受到严惩”;见《新发现的居延汉简的几个问题》,收录于《古文字论集》,北京:中华书局,1992年,第614页。

⑩[日]初山明:《中国古代诉讼制度研究》,第140页。

⑪初山明说,正是这个疑点促使他改变自己最初的解读而接受了裘先生的看法。

⑫张建国有过类似猜测,但因为对“政不直”理解偏差,以至于一闪而过,没有考究下去。

⑬《新简》EPT59:548a,第393—394页。在汉简中,“燧”字还常写作“隧”。本文引用时,一律转换为“燧”。

⑭这也就是何四维所担心的,“在我们(译者按:现代西方)社会将会被认为是民事诉讼的案件,[在中国汉代]不可避免地被纳入刑事范畴?以至于,一个利益要求(按:民事)自动被转化为一项指控(按:刑事)?”

⑮谢桂华等编:《居延汉简释文合校》229.1—2,北京:文物出版社,1987年,第371页(以下简称《合校》)。对此案的分析,参考徐世虹:《汉代民事诉讼程序考述》;张伯元:《张宗、赵宣赔偿纠纷案解说》,《出土法律文献研究》,北京:商务印书馆,2005年,第216—222页。

⑯张伯元:《张宗、赵宣赔偿纠纷案解说》,第216页。

⑰汉代有二十等爵制。相关研究,参见[日]西嶋定生:《中国古代帝国的形成与结构:二十等爵制研究》,武尚清译,北京:中华书局,2004年;高敏:《论两汉赐爵制度的历史演变》,收于《秦汉史论集》,郑州:中州书画社,1982年。

⑱张伯元先生推测或许赵宣曾经用死马肉、马骨抵销过一定额度的债钱。但文书中提到赵宣曾想将死马给张宗,但张宗不接受;“宣以死马更所得橐佗归宗,口不肯受”。并且,即便有交付马肉、马骨一事,这也很可能是在判定的7000钱赔偿金以外。敦煌简有一例:“和令少仲出钱三千及死马骨肉付循请平”,可见死马骨、马肉不能用于抵冲赔偿金。

⑲四月份追债,为何从当年二月扣起?这是因为二至四月份的俸钱碰巧还没发放。这种“未得俸”现象并不罕见,仅《新简》和《合校》中就记录了19例之多(见李均明编:《汉代屯戍遗简法律志》,北京:科学出版社,1994年,第408—410页)。需要说明:虽然扣除薪水抵债是通例,但一次扣除5个月之久可能是上限,居延简中仅此一例。

⑳居延简中既可以找出燧长月俸900钱的例子,也可以找出600钱的例子;见陈梦家《汉简所见奉例》,载《汉简缀述》,北京:中华书局,1980年,第142、145页。或许月俸随时代不同而有所变化(陈梦家观点),又或者根据具体岗哨的危险程度不同而变化(笔者猜测),不可一概而论。

㉑张伯元先生认为是三角债关系。张宗要偿还受子渊的债,再由受子渊去向赵宣索债。若这样理解,则赵宣5个月的俸钱(3000或4500钱)就几乎偿清了他欠张宗的债,张宗为何仍然追讨4920钱?

㉒作为旁证,居延简至少有两例联合讨债:灭虜燧成卒梁国蒙、东阳里公乘左威,年卅六,自言责故乐戡燧长张中实皂炼一匹直千二百(《合校》35.6)女子王恩等侯史徐光,燧长王根钱四百四十、粟五石(《新简》EPT 52.201)。

②徐世虹先生指出该案表明汉代存在“强制执行”一程序。但我们还应关注以何种“方式”强制执行,与当时执行刑事判决方式是否不同等细节。只有这样才能厘清当时民、刑是否有区分。

④见张伯元文。

⑤这种用法在古汉语中不常见,笔者检索汉简资料库也仅见到此一例。由于缺乏相关语言学知识,笔者无法搞清楚究竟。考虑到汉代居延地处中西交通要道,人口构成复杂,多种语言交汇;“故为”的这个特殊用法,或许有外来语言的影响。

⑥见《调查表》编号 1、5、8、9、10、12、16、21、23、24、25、27、28、29、31、33、34、36、37、38、43、45、46、49、50、52、53、57、58、59、60、61、66、67、75、80。

⑦《新简》EPF22:186~201,第 489~491 页。

⑧初山明认为是标题,不确。标题的格式与此不同。例如寇恩案,简册自题“建武三年十二月候栗君所债寇恩事”,只标明时间、诉讼双方以及事由,不涉及调查结果和判决意见。

⑨“府”应该指居延都尉府。

⑩徐世虹:《汉代民事诉讼程序考述》,第 128 页。

⑪简册有个奇怪现象。册书中只有原告和他提供的两位证人的口供,而无被告的口供,似乎没有验问被告就作出了结论。初山明猜测,或许对被告方的验问已经结束了,册书只是相关文书的另一半(《中国古代诉讼制度研究》,第 123 页)。但笔者认为,更可能是由于起诉方提供的证词足以证明被告不负有责任,所以省去了对被告的验问。很显然,原告如实地陈述了事实,但他没有意识到马驹之死责任不在对方,更没有意识到自己随便借用官马是违法行为。结果他告人不成,反被问责。这和寇恩案的发展过程十分相似。

⑫见本文末附《调查表》。

⑬中国科学院考古研究所:《居延汉简甲编·释文》简 1366,北京:科学出版社,1959 年,第 57 页;Michael Loewe, *Records of Han Administration* (Cambridge: Cambridge University Press, 1967), vol.2, p.10. 需要指出,《合校》259.1 误将“徒”释为“徒”。这个错误据《甲编》图版 100,简 1366 可改。

⑭张家山二四七号汉墓竹简整理小组:《张家山汉墓竹简(二四七号墓)》,北京:文物出版社,2006 年,第 27 页。1983 年—1984 年,在湖北江陵张家山 247 号汉墓出土了大量汉简,其中《二年律令》是吕后二年的法律,共包括二十七种律和一种令。

⑮⑯⑰⑱《张家山汉墓竹简·二年律令》简 82;简 187;简 50;简 253;第 20 页;第 33 页;第 15 页;第 43 页。

⑲张家山二四七号汉墓竹简整理小组注。

⑳睡虎地秦墓竹简整理小组:《睡虎地秦墓竹简·法律答问》简 148,北京:文物出版社,1978 年,第 215 页。

㉑“卡迪司法”来自马克思·韦伯对法律的分类,其特点是:就事论事,依靠伦理、常情来判定是非。

㉒甘肃省文物考古研究所编:《敦煌汉简》,北京:中华书

局,1991 年,第 298 页。

⑳罗振玉、王国维:《流沙坠简》,北京:中华书局,1993 年影印本,第 124 页。

㉑徐世虹先生曾对这个问题有过分析;见《对汉代民法渊源的新认识》,《郑州大学学报》2002 年第 3 期。

㉒学界对古代刑法长期关注,有很多共识。此处仅引用已有的共识,不作重复论证。

㉓Hulsewé, *Remnants of Han Law*, pp. 102~109.

㉔何四维系统地归纳和分析了汉代刑罚;参见 *Remnants of Han Law*, pp.102~155.

㉕A 点参见《二年律令》简 82;B 点参见何四维对“赎罪”问题的研究,于 *Remnants of Han Law*, pp.214~224.

㉖徐世虹先生曾讨论过汉代“诉讼中的狱讼异同”。徐先生认为:整体而言,民刑并无根本区别,但还是有可见的差异。例如,所谓“狱”多指刑事而“讼”多不属于罪,刑事诉讼的提出叫做“告”而非刑事为“自言”;刑事需先拘捕再审理而非刑事则自行前往接受验问;刑事判决依据律令而非刑事则重“券书”;刑事有刑罚而非刑事则无;刑事有“司法则时”而非刑事则无;见《汉代社会中的非刑法法律机制》,于柳立言主编:《传统中国法律的理念与实践》,台北:“中央”研究院历史语言研究所,2008 年,第 325—335 页。笔者的切入角度、问题点、分析路径,乃至材料使用与徐先生不同,得出的结论也就不同。

㉗孔庆明:《秦汉法律史》,西安:陕西人民出版社,1992 年,第 319、383 页。

㉘张建国:《居延新汉简粟君责寇恩民事诉讼个案研究》,第 21 页。

㉙正史记载有很多争田、争财案例,应该属于民事诉讼的范畴。可惜由于叙述过于简略,无法考察审理细节,故此没有在文中列出。

㉚王利器:《风俗通义校注·佚文》,北京:中华书局,1981 年,第 587—589 页。尽管《风俗通义》案例有一些演绎成分,但其故事的展开与一些关键细节基本上符合汉代法律规范,因此可以用来探讨汉代司法实践;参见拙作《张家山〈二年律令〉与〈风俗通义〉中两则案例的对读》,《史林》2009 年第 4 期。

㉛王素:《长沙东牌楼东汉简牍选释》,《文物》2005 年第 12 期;长沙市文物考古研究所:《长沙东牌楼东汉简牍·释文》,文物出版社,2006 年,第 73—74 页;叶玉英:《东汉简牍〈和从书〉所见东汉若干制度探索》,《厦门大学学报》(哲社版)2009 年第 6 期。近些年来,长沙出土了数万枚汉简,绝大多数尚未整理发表,里面很可能有丰富的民事诉讼资料。

㉜资料来源:《新简》;《合校》;孙家洲:《额济纳汉简释文校本》(简称《额济纳》),北京:文物出版社,2007 年;甘肃简牍保护研究中心:《肩水金关汉简(一)》(简称《金关》),上海:中西书局,2011 年;张德芳:《敦煌悬泉汉简释粹》(简称《悬泉》),上海:上海古籍出版社,2001 年。