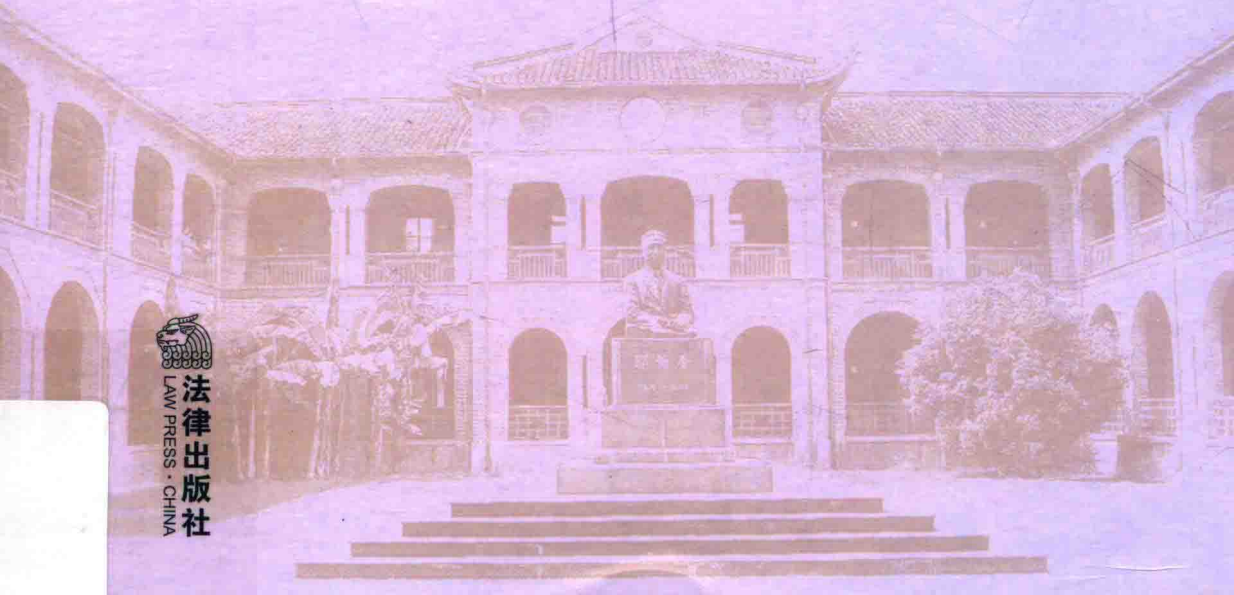


鹿鸣集

2015年卷

华东政法大学研究生教育院 编

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA



鹿鸣集

2015年卷

华东政法大学优秀学位论文选

华东政法大学研究生教育院
编

图书在版编目(CIP)数据

鹿鸣集:华东政法大学优秀学位论文选. 2015 年卷 /
华东政法大学研究生教育院编. —北京:法律出版社,
2015. 6

ISBN 978 - 7 - 5118 - 8028 - 4

I. ①鹿… II. ①华… III. ①法学—文集 IV.
①D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 121061 号

©法律出版社·中国

责任编辑/侯 鹏

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京泰山兴业印务有限责任公司

责任印制/沙 磊

开本/787 毫米×1092 毫米 1/16

印张/21.5 字数/522 千

版本/2015 年 6 月第 1 版

印次/2015 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782 西安分公司/029 - 85388843 重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636 北京分公司/010 - 62534456 深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 8028 - 4

定价:42.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

华东政法大学
“优秀学位论文”评审委员会

主 任 顾功耘 林燕萍

副主任 杨忠孝

委 员 傅鼎生 黄武双 刘宁元 刘宪权
罗培新 马长山 孙占芳 王月明
吴 弘 吴新叶 徐家林 杨正鸣
张明军 张 勇 赵劲松

华东政法大学
“优秀学位论文”编辑委员会

主 编 林燕萍 杨忠孝 束金龙

副主编 邵 军 王月明 张 勇 朱小萍

编 辑 史红光 吕春辉 肖建红

序

“鹿鸣”语出《诗经·小雅·鹿鸣》“呦呦鹿鸣，食野之苹。我有嘉宾，鼓瑟吹笙”。曹操《短歌行》中亦有引用，描写了对有识之士以盛礼相待的场景，表现出对贤才的渴求。作为论文集的编辑者，我们希望大学能不断涌现卓越人才，书写优秀文章，传承学术薪火，彰显大学精神。在研究生教育中，学位论文优劣不仅反映人才培养的质量，也是反映学校教学、科研工作的指标，具有十分重要的意义。多年来，我校采取多种措施推进研究生教育创新计划与质量工程，强化研究生的学位论文工作，不断完善学位论文的选题、开题、研究、指导、答辩等环节，加大学位论文的培育、奖励力度，确实取得了一批具有相当质量的优秀学术成果，但我们更希望曾经在大学校园中成长的青年学子成为未来社会的中坚、事业的巨臂、国家的栋梁。

——摘自《鹿鸣集(2011年卷)》序

目录

Contents

史海钩沉

秦“讞”程序初探	
——以《岳麓书院藏秦简三》为视角	陈迪 / 3
上海公共租界领事公堂思考	黄毛毛 / 13
刑法二次性评价原理的法理基础	徐琳琳 / 21
公司表决权信托制度在美国的确立	周梦远 / 29
论朗·富勒法律思想	吴韬 / 42
法团主义视域下英国工党与工会关系研究(1994~2010)	罗俊 / 50

法律与金融

权益互换在公司收购中的应用与监管	汪晨 / 61
我国银信合作业务当事人法律关系的研究	窦贤尚 / 72
PE 投资中对赌协议的法律分析	刘子凡 / 82

社科纵横

延迟退休对个人账户养老金的影响	
——基于养老金替代率视角的分析	安倩倩 / 93
地方政府公共服务绩效评估的指标权重	
——基于层次分析法的实证研究	李利文 / 102
云会计犯罪及防范对策	蔡含笑 / 115
群体性突发事件中的青少年行为特质研究	
——以 2011 年伦敦骚乱为分析样本	胡裕岭 / 120
上海地区草根 NGO 行动策略与生成路径的相关性研究	王萌 / 132
我国社区矫正工作队伍建设研究	马姗姗 / 140

法律解释

论我国刑法分则中“情节严重”的解释规则	田然 / 151
论经济犯罪刑法条文“兜底条款”的解释路径	吴舟 / 159

2 目 录

转化型抢劫犯罪形态解析	胡 楠 / 166
携带凶器盗窃行为入罪标准之司法界定	李 颖 / 174
过失实行行为客观不法认定标准考察	王焕婷 / 182

司法适用

前科刑法价值之实践检讨	章晓慧 / 193
法定犯违法性认识错误研究	丁 成 / 200
我国刑法第 13 条“但书”的司法适用分析	闻志强 / 209
ATM 机能否成为信用卡诈骗罪的对象	金华捷 / 217
试论地方性法规在行政审判中的适用	林明民 / 226
行政合同的先合同义务研究	
——由个案初构的先合同义务体系展开	徐肖东 / 237

跨境争议

国际投资领域中违约竞合的法律问题研究	
——以 ICSID 的争端解决为视角	赵 蓉 / 251
论租约仲裁条款并入提单的有效条件	肖 婷 / 259
仿制药品过境的合法性标准研究	汪 蓉 / 268

法制建言

论纵向地域和顾客限制协议的法律规制	李 慧 / 285
人防工程所有权属性研究	孙嘉伟 / 293
特殊动产所有权取得中登记的对抗力	李百主 / 302
论交强险保障精神利益之必要性	
——兼论精神损害赔偿入交强险的制度革新	曾祺玮 / 311
中国特色刑满释放人员回归社会的举措分析	袁 梦 / 320
完善我国军事行政救济机制之理论研究	刘宗帅 / 327

史海钩沉

秦“谳”程序初探

——以《岳麓书院藏秦简三》为视角

陈 迪

一、概念的界定

《岳麓书院藏秦简(三)》(以下称《岳麓秦简三》)的公布,^[1]第一次清晰地表明“谳”程序在秦时已经存在,并且在地方司法实际之中得以适用,现在我们可以明确“谳”程序至少在秦王嬴政至秦代时就已经成型。

而整理者指出:《岳麓秦简三》收入了三类文书,狭义的奏谳文书、自称为“奏”的进言陈事文书以及复审乞鞠案件的下行文书。同时对狭义的奏谳文书定义为:县等下级机关向郡或廷尉等上级机关请示法律适用等问题的上行文书。^[2]

笔者认为,其中能够反映秦“谳”程序的主要司法文书就是整理者所指出的“狭义的奏谳文书”,分别是以下八个案例:^[3]

案 例	案件时间	文书分类	文书格式用语 ^[4]
一、癸、瑱相移谋购案	秦王政二十五年	谳状+“报”文书	敢谳之(简1);[疑癸、瑱、绾等罪]敢谳之(简23) ^[5]
二、尸等捕盗疑购案	秦王政二十五年	谳状+“报”文书	敢谳之(简44);疑尸等购,敢谳之(简39)
三、猩、敞知盗分赃案	秦王政二十一、二十三年	谳状	敢谳之(简44,简61)
四、芮盗卖公列地案	秦王政二十二年	谳状	敢谳之(简62)
五、多小未能与谋案	秦王政二十二年	谳状	敢谳之(简88);疑多罪,敢谳之(简92~93)
六、暨过误失坐官案	秦王政二十二年 ^[6]	谳状	疑暨不当累论,敢谳之(简106)
七、识劫婉案	秦王政十八年	谳状	疑婉为大夫妻、为庶人及识罪,敢谳之(简135)

[1] 参见朱汉民、陈松长主编:《岳麓书院藏秦简(三)》,上海辞书出版社2013年版。具体整理者为陶安,其中公布有15个司法案例文书。

[2] 参见[德]陶安:“岳麓书院藏秦简《为狱等状四种》概述”,载《文物》2013年第5期。

[3] 关于“谳”程序的定义,可以参看邬勋:《〈奏谳书〉篇题再议——以文书类型和案件性质的考察为视角》,资料来源:http://www.bsm.org.cn/show_article.php?id=1962,访问日期:2014年1月15日。

[4] 部分案件因为残缺问题,“敢谳之”格式用语只有一个,但不影响文书性质的认定。

[5] 案例一谳状最后部分缺简一支,缺少“谳”的目的说明,但依据后文的“报”文书,整理者已经部分补出,本文从整理者意见。朱汉民、陈松长主编:《岳麓书院藏秦简(三)》,上海辞书出版社2013年版,第110页。

[6] 简98至简99可知,暨所犯八劾在秦王政二十一年到二十二年之间。最后一次发生在秦王政二十二年十月二十九日,秦以十月为岁首,故推测“谳”程序应该在秦王政二十二年。

续表

案 例	案件时间	文书分类	文书格式用语
十四、学为伪书案	秦王政二十二年	谳状 + “报”文书	疑学罪,敢谳之〔7〕

笔者将这八个案件的司法文书定名为“谳状”。状,引整理者意见,表示陈述意见或事实的文书。〔8〕“谳”取自“敢谳之”格式用语。这些“谳状”都是上行文书,可通过“敢谳之”和具体发出者与接收者的不同等级予以确定。具体案例分析可见上一节内容。

八个案例均反映的是县等下级机关向上级上报案件的程序。但是,按照发送文书的原因不同,又可以细分为两种:第一种是因为审理机关对审理过程中法律适用问题产生了疑问,故而主动向上级机关请示,如案例一、案例二、案例五、案例六、案例七、案例十四;同时也可以细分,可就罪名上谳,如案例一、案例五、案例七、案例十四;也可以就赏金金额、累犯、犯罪者身份认定上谳,如案例二、案例六、案例七。第二种“谳”程序启动的案例是基于郡令,按照上级要求进行谳,包括案例三与案例四。

另外,从现有记载来看,一部分案件获得上级回复,解决了法律适用的疑问,如案例一、案例二以及案例十四,而其他案件并没有见到上级的答复意见,至少是据现有资料看,并没有获得回复。但是,“报”的官文书仅仅是对“谳状”的回复,独立于“谳状”,并不是“谳状”的一部分,其有无并不影响文书分类。

综合内容与格式用语,可以确定这类“谳状”是“谳”制在秦时的具体表现与反映。又经过检索发现,并未在这一类案例中出现“奏谳”连称现象。还要明确一点,这些“谳状”与《奏谳书》中的“谳状”在内容上存在着一定的差别,可知“谳”制不同时期的不断发展变化。

二、秦“谳”程序分析

明确限定“谳”制的定义以及范围,有助于对其内在性质的进一步探究。本文的主要内容就是从《岳麓秦简三》中归属于“谳状”的八个案例出发,研究秦“谳”制的具体特征。〔9〕

(一)“谳”程序的机构及相关人员

从“谳状”文书内容分析谳的机关和具体审判人员:

案序	谳的机关
一、癸、琐相移谋购案	州陵守馆、丞越敢谳之(简 1)
二、尸等捕盗疑购案	州陵守馆、丞越敢谳之(简 31)
三、猩、敞知盗分赃案	江陵丞文敢谳之(简 44)
四、芮盗卖公列地案	【江陵】敢谳之(简 62)〔10〕
五、多小未能与谋案	它县论,敢谳之(简 093)〔11〕
六、暨过误失坐官案	它县论,敢谳之(简 106)
七、识劫婉案	它县论,敢谳之(简 135)
十四、学为伪书案	胡阳丞唐敢谳之(简 210)

〔7〕 该案例“谳状”并无“疑学罪”字样,但从简 235“吏议:耐学为隶臣。或曰:令赎耐”可知,审理者对其定罪量刑出现分歧,符合“疑某罪”的特征。

〔8〕 参见朱汉民、陈松长主编:《岳麓书院藏秦简(三)》,上海辞书出版社 2013 年版,第 177 页。

〔9〕 参见蔡万进:“《奏谳书》与汉代奏谳制度”,载中国文物研究所编:《出土文献研究》(第六辑),上海古籍出版社 2004 年版。

〔10〕 从下文“江陵言”以及案例内容可知,此案应该发生在江陵。但无法确知江陵守与丞具体姓名。

〔11〕 它县论,表明除了无法确定的法律适用部分以外,其他部分县府负责审断论处,可知此案“谳状”发出者是县官府,下同。

从上表我们可以推测:县道官府是秦时最主要或者是唯一的“谳”程序的发起机构。《二年律令·具律》:

诸欲告罪人,及有罪先自告而远其县廷者,皆得告所在乡,乡官谨听,书其告,上县道官(简 101)。

从以上汉律规定可知,乡级机构仅仅具有受理司法案件的权力而不具有调查权以及审判权,县官府则是汉初最基层的司法机构。笔者推测秦时情况与汉初一致。

其中谳的具体官员则是县守与县丞,既可以县守与县丞一起署名上谳,也可以由县丞单独上谳。“州陵守”,整理者认为是居守州陵县官府的官员,秦律中就有相关规定。《置吏律》:“官嗇夫即不存,令君子无害者若令史守官府,毋令官佐、史守。”(简 161)又《内史杂》:“苑嗇夫不存,县为置守,如廐律。”(简 190)睡虎地秦简整理小组均解释为“代理”。可见,在秦律中“守”表示在主官不在时,代理相关职能的临时性安排。^[12]《奏谳书》案例十八中就有“攸守嫪,丞魁治”(简 134~135)。张建国指出,守令就是代理县令的意思。^[13]而案例十八这个案件就发生在秦始皇二十八年。根据以上内容可知,“州陵守”就是州陵代理县令职责,看守县官府的长官。又有学者认为“州陵守”指代“州陵令”,守表示的是负责人的意思。^[14]而在汉代,“守”还有“试用”之意义。^[15]

因此,“县守”作为县令的代理性职务,在文书中排序仍然在县丞之前。县令有权“谳”则是显而易见的,而县丞则是辅助县令主管司法等事务,作为有权“谳”的官员也是不奇怪的。综上,县府中“谳”的有权官员包括县令(长)、县守以及丞。^[16]

(二)“谳”程序的发起方式与目的

相对于《奏谳书》中记载的汉初“谳”制来看,秦“谳”的司法程序启动的原因多样,“谳”的主要内容也更加复杂:

案例序号	简要案情	“谳”的原因	分类
一、癸、琐相移谋购案	群盗盗杀人案件引起校长癸等人与士五琐等人串通诈取官方赏金,江陵官吏绾等定罪量刑不当。	疑癸、琐、绾等罪	下级机关主动请示上谳
二、尸等捕盗疑购案	求盗尸等捕获群盗,对群盗身份认定无法达成一致而出现赏金数目的分歧。	疑尸等购	
五、多小未能与谋案	多幼时与母亲邦亡楚国,后被秦军捕获。	疑多罪	
六、暨过误差坐官案	暨受劾举八项职责过错行为,上书自辩认为累计论处太重,希望获得减刑。	疑暨不当累论	
七、识劫婉案	婉不如实申报家产,为识所胁迫求财,婉向官府告发,婉、识皆有罪。	疑婉为大夫妻、为庶人及识罪	
十四、学为伪书案	学假冒将军冯毋择之子,伪造书信以骗取官府钱粮,以便逃出秦国,后被识破并捕获。	疑学罪	

[12] 参见陈治国:“里耶秦简‘守’与‘守丞’及其他”,载《中国历史文物》2006年第3期。王伟:“岳麓书院藏秦简所见秦郡名称补正”,载《考古与文物》2012年第5期。

[13] 参见张建国:“汉简《奏谳书》和秦汉刑事诉讼程序初探”,载《中外法学》1997年第2期。

[14] 参见陆德富:“试说战国至秦代的县级职官名称‘守’”,载《中国国家博物馆馆刊》2013年第1期。

[15] 参见蔡万进:“张家山汉简《奏谳书》研究”,广西师范大学出版社2006年版,第136页。

[16] 至于代理县丞,参照县守与县令的关系,似乎应该与县丞一样具有“谳”的权力,但因不见于史料和出土文献,故笔者暂时不予列入。

续表

案例序号	简要案情	“谳”的原因	分类
三、猩、敞知盗分赃案	猩、敞获知他人盗墓之后,要求分赃,后被抓获判刑。	令下,……鞠审,谳	依照上级机关命令上谳
四、芮盗卖公列地案	芮明知是公家地而加盖棺材铺,并非法转卖。	令下,……鞠审,谳	

从上表我们可以发现,秦时“谳”程序的启动主要有两种类型:第一类包含案例一、二、五、六、七、十四,县府针对法律适用问题主动向上一级机关请求司法上的帮助指导。请求的范围很广泛,包括:定罪量刑的确定(案例一、五、七、十四),赏金的确定(案例二)、罪数的认定(案例六)以及身份的认定(案例七)。这些部分可以认为是“谳状”的主文部分,即“谳”辞,文书格式用语一般体现为“疑某某罪(购、累论等),它县论”。

以案例六为例予以说明,大致案情如下:

婉隐匿家产不向官府如实申报,公士识了解之后据此向婉勒索布店和出租屋的所有权,否则向官府告发婉的罪责。婉被迫同意,将布店和出租屋转交识之后,又向官府自首并报案。负责审理的官员逮捕讯问了识,识供述自己乃是大夫沛的隶臣,沛帮助其娶妻,又允诺赠予布店、出租屋。后沛去世,沛的小儿子义继承了这些财产,而由其母亲婉代为管理。识服役回来之后,向婉索要不得,后向婉以告发相勒索,以取得所有权。识对勒索的行为也供认不讳。

严格来说,案例六包含了两个案件,一个是婉匿家资案件,另一个是识勒索财物案件,而“谳”的焦点则集中在了婉的法律身份认定之上。

婉自述:

故大夫沛妾。沛御婉,婉产义。沛妻危以时岁死,沛不娶妻。居可二岁,沛免婉为庶人,妻婉。(简 112~113)^[17]

从婉的供述来看,婉已为庶人,具有民事行为能力,并成为了沛的妻子,其儿子义“代为户、爵后(简 315)”。然而,婉作为沛妻的身份认定存在一个问题:没有经过登记。

按照秦律的规定,婚姻须赴官府登记,方为合法。《法律答问》:

有女子甲为人妻,去亡,得及自出,小未盈六尺。当论不当?已官,当论,未官,不当论。

这一条秦律说明女子背夫逃亡,如果经过官府登记结婚,则以背夫逃亡来论处,没有登记,视为无效婚姻,不予治罪。^[18]从中反映出秦时以官府登记作为婚姻有效的实质要件。而案例六中的婉与沛经过调查,发现并没有经过登记。

案例六文书记载:

沛告宗人、里人大夫快、臣、走马拳、上造嘉、顿曰,沛有子婉所四人,不娶妻矣。欲令婉入宗,出里单赋,与里人同饮食。快等曰:可。婉即入室,里人不幸死者出单赋。如它人妻。(简 113~115)^[19]

沛仅仅是告知同宗乡里让婉入宗族,承担乡里分派之奠仪,并互通饮食。平日行事与其

[17] 朱汉民、陈松长主编:《岳麓书院藏秦简(三)》,上海辞书出版社 2013 年版,第 154 页。

[18] 参见徐世虹主编:《中国法制史通史·秦汉卷》,法律出版社 1999 年版,第 102 页。

[19] 朱汉民、陈松长主编:《岳麓书院藏秦简(三)》,上海辞书出版社 2013 年版,第 154~155 页。

他人的妻子一般。也得到了快等人的证实。可知,婉虽然在事实上是沛的妻子,并得到同宗里的认可,但并未到官府登记,与秦律规定不一致。

因此,审理该案的官吏就婉法律上的身份认定产生了分歧,一派认为“婉为大夫沛妻”,虽然没有登记,但是承认夫妻关系的存在,另一派则坚持严格按照法律的规定,认为“婉为庶人”,法律上不认定婉与沛的夫妻关系。而婉的身份又关系到对其匿贓行为的定罪量刑。按照律文规定,赃值过六百六十钱,法定刑是黥为城旦舂,自首减罪一等,完为城旦舂,上造以上妻又可以减刑到耐为白粲。^[20]

最终审理官员因无法确定适用的法律条文,而向上级请示,同时对于识的行为所触犯的罪名也存在分歧。从诂问记载看,似乎审讯人员认定其为“劫人”,判处“完识城旦”,但是在定罪过程中,审判人员中另有一派建议“贓识二甲”,并不认定其为“劫人”,而是对其知他人匿贓而不告官行为的惩罚。^[21] 这样一个“谳状”中就有两个问题需要上级官府予以决定。

虽然在主动向上级请示谳的案例中,请示的问题复杂多样,涉及到的案件也性质不一,既有群盗杀人、劫人等严重刑事案件,也有邦亡、伪造书信诈骗等一般案件。但总的来说,都是关于法律适用确定的问题。

第二类“谳”程序启动的案例是基于郡令,按照上级要求进行谳,包括案例三与案例四。以案例三为例,文书涉及的案情较为简单,仅仅是程和敞参与私分赃物案件,后两人被捕获并判刑,赶上赦免,均免为庶人。但是,该案文书却与第一类存在很大不同:

廿三年四月,江陵丞文敢谳之:廿二年九月庚子,令下,劾:录江陵狱:(简44)

上造敞、士五程知人盗塚冢,分赃,得。敞当耐鬼薪,程黥城旦。遇戊午赦,为庶人。

鞠(简45)审,谳。(简46)^[22]

以上记录的是“谳”发生的原因:即“令下”,南郡的指令文书,这份文书的形式是“劾状”。^[23] 内容:南郡对江陵县案件进行审查时,发现(一个案件记录有)如下问题,敞和程知

[20] 朱汉民、陈松长主编:《岳麓书院藏秦简(三)》,上海辞书出版社2013年版,第165页。

[21] 朱汉民、陈松长主编:《岳麓书院藏秦简(三)》,上海辞书出版社2013年版,第166页。

[22] 以上释文来自《岳麓书院藏秦简(三)》。笔者需要说明两点:第一,录字按照图版严格隶定字形应该是“掾”,

图版为。《奏谳书》中有相同语例,案例十六“掾新都狱”(简75)。案例十八“掾狱”(简146)。整理者陶安先生认为秦汉隶书彖、录常常混用。“掾”字应是“录”字的繁体字形。而《睡虎地秦墓竹简·日书甲种》中有,整理者释为“禄”,细审两字图版,可以发现其右旁是一致的。又《汉印文字征》(罗福颐编,文物出版社1978年版)中存有杨承禄印、张禄印,可做旁证,故本文暂从陶安说。如此似可证至少在秦代就有录囚程序。另高恒先生已经提出《奏谳书》案例十六中录囚案件,参见高恒编:《秦汉简牍中法制文书辑考》,社会科学文献出版社2008年版,第463~464页。但是张建国先生认为此处录狱与汉代所称“录囚”有所区别,具体参见张建国:“汉简《奏谳书》和秦汉刑事诉讼程序初探”,载《中外法学》1997年第2期,后收入氏著《帝制时代的中国法》。第二,简46谳字之后留有大片空白,又另起一简说明案情,简47开始有“●”符号,可以证明从简44的“廿二年九月庚子”至简46“谳”,是一个完整的南郡下江陵县的命令文书,“谳状”主文记录该郡令的目的在于说明“谳”的原因。

[23] 劾:学界一般认为其行为主体是特定的官吏,依照其职权检举违法犯罪行为,提请审判机关予以审断。参见徐世虹:“汉劾制管窥”,载卜宪群、杨振红主编:《简帛研究》(第二辑),法律出版社1996年版;高恒:“汉简牍中所见举、劾、案验文书辑释”,载《秦汉简牍中法制文书辑考》,社会科学文献出版社2008年版;闫晓君:“张家山《囚律》考论”,载中国政法大学古籍整理研究所主编:《中国古代法律文献研究》(第四辑),中国政法大学出版社2010年版,后收入氏著《秦汉法律研究》,法律出版社2012年版。但结合案例六的劾文书,可以发现劾状中似乎并没有检举官吏犯罪的意图,仅仅是要求对一份已决案件进行重新审查并上报。因此,笔者以为“劾”的含义有待于进一步梳理。

道他人盗墓之后,私分赃物,被逮捕。敞处耐为鬼薪,猩处黥为城旦。赶上戊午赦令,免为庶人。最后要求江陵县重新审理明白之后来请示。

这份“劾状”的法律效果就是导致江陵“今视故狱”(简 47),对原来案件档案进行了重新审查,并禀明案件审理经过以及定罪量刑之后上谳到郡府。

我们注意到,对于初审的江陵县而言,其实从犯罪事实的认定到最终的定罪量刑,均没有疑问产生。^[24]相反是郡府在审查属县过往办理的案件时,审查人员产生了疑问:猩与敞何时知道他人盗冢以及分赃多少的?^[25]这些疑问会影响这两个人最终的定罪量刑。

《二年律令·盗律》:

……盗杀伤人、盗发冢、略卖人若已略未卖,矫相以为吏,自以为吏以盗,皆磔。

(简 66)”

“知人盗与分,皆与盗同法。(简 57)”“盗臧直过六百六十钱,黥为城旦舂。

(简 55)”

可知,如果猩与敞事先参与共谋并实施盗冢行为,那么很可能就以“盗发冢”的罪名论“磔”,而如是事后获知信息而分赃,罪名则是“坐赃为盗”,最高量刑是“黥为城旦舂”。因此,事实认定会导致最终定罪量刑的巨大差异。

正是考虑到这一点,南郡才会下令江陵县重新审查原来的案件档案,案情清楚明确之后再向上谳,即“鞫审,谳”。

睡虎地秦简《法律答问》中也有相似记录:

“有投书者,勿发,见辄燔之;能捕者购臣妾二人,系投书者,鞫审,谳之。”所谓者,见书而投者不得,燔书,勿发;投者得(简 53),书不燔,鞫审、谳之之谓也。(简 54)

整理者解释为:

“有投匿名信的,不得拆看,见后应即销毁,能把投信人捕获的,奖给男女奴隶二人,将投信人囚禁,审讯定罪。”律文的意思是,看到匿名信而没有拿获投信人,应将信烧毁,不得开看;已拿获投信人,信不要烧毁,将投信者审讯定罪。^[26]

睡虎地秦简整理小组将“鞫审,谳”解释为“审讯定罪”,现在看来似乎有待商榷,从案例三、案例四的记载来看“鞫审,谳”似乎是上级机关要求县府“谳”的下行司法文书的格式用语。表示“下级官府审理明白之后,向上请示”。因此这条秦律很可能就是针对特定案件必须“谳”的特别规定,县级官府审判之后,必须上报上一级机关,其最终决定权可能归属于郡府。

与案例三、四有所不同,《法律答问》这一条秦律中要求“谳”的案件是捕获了投书者的案件,很可能这类案件性质特殊,而案例三、四则是针对个案。

以上分析的两类“谳”程序启动的原因存在明显区别,案例二为代表的第一类“谳状”是原审机构在审理中产生疑问,要求上级决定的司法文书,“谳”的时候案件并未审理完全,缺少最终的定罪量刑,可以说是“狱未断”;而案例三、四中的案件产生疑问是来源于上级,而

[24] 参见朱汉民、陈松长主编:《岳麓书院藏秦简(三)》,上海辞书出版社 2013 年版,第 119~128 页。

[25] 从“谳状”记录可知,州陵县主要调查敞与猩两人对盗冢一事的参与程度,重点在于是否事先知情并参与其中。这也是郡录狱时关心的焦点问题。

[26] 睡虎地秦简整理小组主编:《睡虎地秦墓竹简》,文物出版社 1990 年版,第 106 页。

非原审机构,从内容上看,两件案件已经走完诉讼审判的流程,可以说是“狱已决”。而上级官府则要求下级机关重新进行了卷宗审查,并予以裁定。

这类案例“谳”是因为上级官府要求重新审查的司法档案卷宗,可能是由于对下级官府的审理判决产生了疑问,为了保证断案合法,适用法律正确,故而重新审查。因此,从广义上来说,均是针对法律适用问题而运行的特定司法程序,只是产生疑问的司法官员的主体有别而已。但是,与汉高祖七年诏令以及《奏谳书》“谳状”所记载的汉初“谳”司法程序内容相比较,汉初“谳”的原因似乎仅仅源于下级官府的主动请示,已经没有了郡令上谳这一部分类型了。

(三)“谳状”内容

接下来要讨论“谳状”内容,“谳状”是体现“谳”程序最主要的外在实体形式,通过研究“谳状”有助于加深对该特定司法程序的理解。

对于“谳状”分析,可以发现原始司法文书中记载有发出时间、发出者、格式用语“敢谳之”、“谳”辞等特征,这些都比较明显。这里集中讨论“谳状”的主体内容,对于这一方面的研究,许多学者在研究秦汉司法诉讼程序中均有所涉及,特别是欧扬博士的学位论文关注视角集中在文书内部分类之上,陶安对“谳状”主体文书的讨论也十分细致深入。

笔者认为,一般“谳状”主体部分的核心内容大致可以分为案情的详细记录、“鞫”文书以及“谳”辞。以内容较为典型与简单的案例五“谳状”的主体部分为例:

十二月戊午,军巫闲曰:攻荆庐溪【□□】故秦人邦亡荆者男子多。(简 88)多曰:小走马。以十年时,与母儿邦亡荆。亡时小,未能与儿谋。它如军巫书。(简 89)儿死不讯。(简 90)问:朵初亡时,年十二岁,今廿二岁;已削爵为士五。它如辞。(简 91)	案情记录
鞫之:多与儿邦亡荆,年十二岁,小未能谋。今年廿二岁,已削爵为士五。得,审。(简 92)	“鞫”
疑多罪。系,(简 92)它县论。(简 93)	“谳”辞

本案的犯罪嫌疑人多很小的时候与其母亲邦亡至楚国,后秦军占领其所在的庐溪,多被抓捕。经过审讯,多供述自己十二岁时跟着母亲儿逃至楚国,因为年纪小,并没有参与共谋。其母亲已经死去,故未能讯问。

其中第一部分案情记录包括犯罪行为的揭发,即秦军攻庐溪,捕得多,军巫请示;对犯罪嫌疑人的审讯,获得其供述辞并记录;讯问案件相关人,包括证人、同案犯等,本案中因为多的母亲去世无法审讯。同时审判人员询问多的相关情况,这些情况都与最终定罪量刑有很大关系,在本案中就是多的年龄问题以及身份问题。秦律以大小、身高作为判断是否具备刑事行为能力的标准。

如秦律《法律答问》:

甲小未盈六尺,有马一匹自牧之,今马为人败,食人稼一石,问当论不当?不当论及偿稼。(简 158)

整理者注释:

甲年小,身高不满六尺,有马一匹,自己放牧,现在马被人惊吓,吃了别人的禾稼一石,问应不应该论处? 不应该论处,也不应赔偿禾稼。

整理者将“小”解释为年纪小,是很有道理的。这可能跟秦国兼并战争的扩张有关,“新秦人”随着占领区不断地并入秦国,而秦国无法有效掌握这些“新秦人”的确切年龄。因此

为了解决谎报年龄而逃避徭戍的问题,秦国借鉴了周人以身高代替年龄的做法,并以身高作为行为能力的标准。^[27]《周礼》贾公彦疏:“六尺为十五岁”,又根据《编年纪》可知墓主人喜傅籍的实际年龄也是十五岁,可知秦时一般以十五岁作为具有完全行为能力人。秦律规定的刑事责任年龄,笔者推测也应该是十五岁。因而确定其逃亡时的具体年龄十分重要,影响其最终的定罪量刑。

“鞠”程序,是“谳状”中的关键部分,也是秦汉时审判制度中的关键程序。欧扬认为:“‘鞠’程序的功能是总结和确认案件事实,为定罪量刑工作的前提。官吏对刑案‘狱’进行‘鞠’程序,这一工作即称为‘鞠狱’。”^[28]整理者陶安则认为“鞠”表示的是“县廷的审理”过程,具体而言就是发生在庭审过程中,“由有权论断的县道官府实施的讯问”。^[29]

总之,“鞠”这一程序十分重要,基本上所有的“谳状”中必须记载有“鞠”的内容,这是作为定罪量刑的前提。

在“鞠”之后,就是“谳状”主体部分的最后一部分,即主文部分。这也是谳状的目的所在:“疑多罪”,“敢谳之”。向上级请示适用什么法律条文,以及确定相应的罪责。附录部分记录了审判人员对最终判决的分歧:“除多,或曰黥为城旦。”可见一部分官吏认为多未到刑事责任年龄,没有参与邦亡共谋,因此免除其刑事处罚,而还有一种意见认为多犯有邦亡罪,判处黥为城旦。^[30]

第一部分的犯罪行为揭发,以及勘验(诊)^[31]、调查(问);第二部分的犯罪事实确定(鞠);第三部分的“谳”辞均是构成一份完整“谳状”不可缺少的环节,这也反映了秦时诉讼审判程序的相关步骤与过程。陶安指出:这些步骤会呈现出繁简之不同,但排列顺序是固定的。^[32]

(四)决“谳”以及司法责任

完整的“谳”程序还需要有相应的答复,“报”文书就是记载上级机构对所“谳”案件的指示,《岳麓秦简三》中仅发现三个“谳状”有回复的“报”文书,以上文已经提及的案例二的“报”文书为例进行分析:

	“报”文书		
	文书起首	“谳状”摘要	判决回复
二、尸等捕盗疑购案	廿五年六月丙辰朔己卯,南郡假守贾报州陵守馆、丞越	子谳:求盗尸等捕秦男子治等四人、(简40)荆男子闾等十人,告群盗盗杀伤好等。治等秦人,邦亡;闾等荆人。来归义,行到州陵,悔(简41)□□□□□□攻盗,京州降为秦,乃杀好等。疑尸等购。	谳固有审矣。治等,审秦人殴,尸(简42)等当购金七两;闾等,其荆人殴,尸等当购金三(二)两。它有令。(简43)

[27] 徐世虹主编:《中国法制史通史·秦汉卷》,法律出版社1999年版,第94页。
[28] 欧扬:“‘奏谳书’司法文书考论”,华东政法大学2013年博士学位论文。
[29] [德]陶安:“试探‘断狱’、‘听讼’与‘诉讼’之别——以汉代文书资料为中心”,载张中秋主编:《中国法律形象的一面——外国人眼中的中国法》,中国政法大学出版社2012年版。
[30] 《法律答问》:告人邦亡,未出徼闾亡,告不审,论何也?为告黥城旦不审。(简48)依据“诬告反坐”原则可知,邦亡的刑罚是“黥为城旦舂”,本案量刑与该条秦律规定一致。
[31] 勘验步骤在本案文书中的体现就是多的供述辞部分,当然其勘验范围远不止这些。具体参见睡虎地秦简《封诊式》,其中有记录诊的相关具体程序。
[32] [德]陶安:“岳麓书院藏秦简《为狱等状四种》概述”,载《文物》2013年第5期。