

法史问津

FASHIWENJIN

刘玉堂 著

长江出版传媒
湖北人民出版社

法史问津

FASHIWENJIN

刘玉堂 著

长江出版传媒
湖北人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

法史问津/刘玉堂著.

武汉:湖北人民出版社,2017.10

ISBN 978-7-216-09313-2

I. 法… II. 刘… III. 法制史—对比研究—中国—楚国(?—前 223)、秦代
IV. D929.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 264668 号

责任编辑:黄 沙

封面设计:张 弦

责任校对:范承勇

责任印制:王铁兵

出版发行:湖北人民出版社

印刷:武汉市天星美润设计印务有限公司

开本:710 毫米×1010 毫米 1/16

字数:217 千字

版次:2018 年 6 月第 1 版

书号:ISBN 978-7-216-09313-2

地址:武汉市雄楚大道 268 号

邮编:430070

印张:12.5

插页:3

印次:2018 年 6 月第 1 次印刷

定价:45.00 元

本社网址:<http://www.hbpp.com.cn>

本社旗舰店:<http://hbrmcbs.tmall.com>

读者服务部电话:027-87679656

投诉举报电话:027-87679757

(图书如出现印装质量问题,由本社负责调换)

目 录

上篇 楚秦法律比较研究

道异风同:楚秦法律社会文化背景比较研究	3
楚秦起诉制度比较研究	10
楚秦诉讼管辖和强制措施比较研究	17
楚秦刑事诉讼证据比较研究	25
楚秦审判制度比较研究	36
楚秦刑罚种类比较研究	46
附:	
楚国司法职官的建置与演变研究	61
楚简《老子》道法思想研究	66

下篇 唐代婚姻立法研究

唐代婚约立法研究	73
唐代婚龄立法研究	85
唐代主婚人制度和媒妁制度的法律观照	93
唐代关于夫妻关系的法律规范	104
唐代关于结婚禁止条件的法律规范	111
唐代关于限制官吏婚姻特权的法律规范	127
唐代“和离”制度的法律透视	132
唐代“义绝”制度及其法律后果略析	143



论唐代的“七出”之制	152
浅议唐人的择偶观念与方式	163
关于唐代婚姻立法若干问题的思考	172
附:	
论唐代的瑕疵担保制度	190
后 记	197

上

篇

楚秦法律比较研究



道异风同：楚秦法律社会文化背景比较研究

风云际会的战国时代,各诸侯国先后掀起了波澜壮阔的变法运动,昔日颇具权威的陈法旧律处于风雨飘摇之中,风光不再,取而代之的新的法律制度竞相出台,活力四射。在这场高潮迭起的变法运动中,楚、秦两个大国分别充当了东、西方变法舞台上领衔主演的角色。可以认为,楚秦法律之间的冲突与互补、碰撞与融摄,反映了上古中国法制发展的基本走向。因此,比较楚秦法律的异同,探讨其规律,对于把握先秦法律文化的实质,进而加深对中国古代法律文化的理解,都不无裨益。

那么,楚秦法律是否具有可比性呢?换言之,楚秦法律是否具有比较研究的基础呢?回答是肯定的。因为无论是从地理位置、生活环境、综合国力、历史状况、吏治观念,还是从思想基础、价值取向、法律渊源、法治精神、法制理念等诸方面,楚、秦法律都具有可供比较的社会文化背景。

一、地理位置

楚居南国,长期被中原诸夏斥为“南蛮”;秦处西陲,曾经被华夏诸国视为“西戎”。楚、秦相同的这种偏居之势,使它们在图生存、求发展的过程中,能够独行其是,形成自己鲜明的经济文化特色。同样,楚、秦的君主都曾接受周王室的封号,与中原诸夏有着“剪不断”的联系;楚人与秦人身处蛮戎之地,又不可避免地要与周边少数民族往来交流。楚人对他们认为属于地地道道的蛮夷采取时镇时抚、或威或怀的政策,即所谓“抚有蛮夷,以属诸夏”^[1];秦人则对周边少数民族奉行武力征服、远交近攻的方略。楚国与秦国所处的这种地理位置,在某种程度上对其作为上层建筑组成部分的法律产生了不可低估的影响。

二、生活环境

秦人的发祥地在中国的西北地区,那里气候干燥,自然条件恶劣,农业收



入甚低,人们以极不稳定的游牧生活为主。楚人何其有幸!他们从贫瘠的荆楚山地冲向肥沃的江汉平原,兼施以“火耕水耨”的耕作方式^[2],几无饥馑之患。楚、秦这种截然不同的生活环境,使楚人与秦人的生活方式和观念产生重大差别,反映到法律上,自然也各异其趣。

三、综合国力

楚秦两国曾在春秋时期的诸侯争霸中代起迭兴,也曾于战国时期的七雄争斗中对峙虎视。在当时的“国际”形势下,东周列国逐渐形成两大敌对阵营,楚秦两国则分别在这两大政治军事联盟中充当“执牛耳”者。苏秦以合纵之谋略游说楚威王时曾说:“楚,天下之强国也。……楚地西有黔中、巫郡,东有夏州、海阳,南有洞庭、苍梧,北有汾陞之塞、郢阳,地方五千里,带甲百万,车千乘,骑万匹,粟支十年,此霸王之资也。……秦之所害于天下莫如楚,楚强则秦弱,楚弱则秦强,此其势不两立。”^[3]《淮南子》等书也有类似记载。^[4]楚国的实力,灼然可见。无独有偶,张仪在为秦行连横之策而游说楚王时,也对秦的综合国力作了如是描述:“秦地半天下,兵敌四国,被山带河,四塞以为固。虎賁之士百余万,车千乘,骑万匹,粟如山丘。法令既明,士卒安难乐死。主严以明,将知以武。虽无出兵甲,席卷常山之险,折天下之脊,天下后服者先亡。”^[5]对于当时的军政态势,张仪也有着与苏秦相同的见解:“凡天下强国,非秦而楚,非楚而秦。两国敌侔交争,其势不两立。”^[6]可见,楚秦两国在军事实力上是难分轩輊的。不过,相比而言,楚国经济发达,文赋纷华,其农、林、牧、渔业以及手工业生产水平较秦国为高,楚与邻国及域外的商品贸易业务也较秦发达。^[7]但相对落后的秦国却以“法令既明”为重要武器之一,一举击败了富甲天下的楚国。个中缘由,着实令人深思。

四、历史状况

楚秦两国有着类似的命运。在殷商时期,它们的先祖都曾辅助过商人。商亡周兴后,楚秦都被周人分封到偏远的蛮荒之地,创业维艰。及至西周衰颓,它们才获得了发展的机缘,征服了周边许许多多的方国和部落,日益强大。当此之时,周王朝已无力控扼其势,于是,周天子对楚成王说:“镇尔南方夷越之乱,无侵中国。”^[8]楚成王死后不数年,秦穆公征服西戎,被周襄王封为西方霸主,以期其尽力辅佐周室。此后,羽翼渐丰的楚秦两国不约而同地摆脱周室的控制,把进攻的锋镞指向中原。春秋中期,秦穆公与楚庄王先后登上了霸主

的宝座。及至战国,楚秦两国又跻身战国七雄之列,并分别组建了两大敌对阵营。虽说双方的较量一度以秦灭楚告终,但“楚虽三户,亡秦必楚”^[9],秦朝享祚仅 15 年,便被楚人后裔颠覆而兴汉室。楚秦两国从幼小到壮大,又由壮大至衰落,再经衰落而复兴的发展历程,有其深刻的社会历史根源。汉人洞悉其中奥谛,一方面行急法峻令,重典治国,巩固统一的天下;另一方面崇尚“无为而治”的自然法,极力调和社会矛盾。如此构筑的汉王朝适应了历史的发展,基本上达到了经国治世的目的。难怪英国著名历史学家汤因比在对世界历史进行比较研究后感慨系之:“就成果的持久性来说,汉朝的创建者可以算是所有统一国家缔造者中最伟大的政治家。”^[10]

五、吏治观念

治理国家必先制定良法,而欲制定良法必先造就良吏,只有良吏才能施行善政,达到治国的目的。由此可见,吏治与法治是互为依存的。楚人深谙其道,视吏治为治国之前提。《淮南子·道应训》记楚庄王向詹何问治国之道,詹何回答说:“臣未尝闻身治而国乱者也,未尝闻身乱而国治者也。故本任于身,不敢对以末。”这里的“身治”,显然主要指的是为吏者的自身之治,简而言之就是“吏治”。秦国也非常重视吏治,韩非就特别强调吏治的重要性,他认为,只有抓住吏治这个关键,才能真正掌握治国之锁钥,亦即“明主治吏不治民”。他还打了一个十分形象的比方:“救火者,吏操走火,则一人之用也;操鞭使人,则役万夫。”^[11],楚秦两国都意识到吏治的重要性,并采取了一系列措施,可惜未能贯彻始终。楚人以廉兴国,以严治吏,史实昭明彰著,清人顾栋高在其所著《春秋大事表·序》中说楚国“一有罪则必诛不赦,所以权下替而国本强盛”,可谓切中肯綮。然而,楚人最终却以逸乱政,以腐亡国,晚期的楚国政浊吏贪,民心尽失,苟延残喘不数年,就沦丧秦人之手,教训委实惨痛。秦人以廉治吏,以威立国,由一个蕞尔小邦一跃而虎踞关中、雄冠诸侯,进而横扫六国、席卷宇内,终于一统华夷、创立帝业。遗憾的是,秦人一统九州、威加海内之后,其最高统治者却堕入奢靡腐化的深渊,终于国运日颓,义军蜂起,乃至民心瓦解,政权倾覆,仅仅安置十余年的皇帝宝座,竟在瞬间易主。楚秦两国“其兴也勃焉,其亡也忽焉”的相似命运,与其吏治息息相关,而吏治又与法治相辅相成。因为吏治的根本途径不外乎两条:教育和监督。前者靠的是德治,后者靠的则是法治。



六、思想基础

楚、秦两国法律的思想基础不尽相同：前者是道家与法家兼容而以道家为主，后者则是法家与儒家并蓄而以法家为主。楚地是道家的温床，无论老子是否楚人，其学为楚学则无疑义。老子认为立法定制必须“去甚、去奢、去泰”，并指出理想的法制不是去宰割人民，即“大制不割”。他向往的仍是法治国家，只不过反对滥用刑罚，所谓“民不畏死，奈何以死惧之”。庄子继承和发扬了老子的法哲学思想，他说：“故夫三皇五帝之礼义法度，不矜于同而矜于治。故譬三皇五帝之礼义法度，其犹粗梨橘柚邪！其味相反而皆可于口。”^[12]显而易见，在庄子的法哲学思想中，道与法已开始兼容。道、法思想的兼容在屈原身上得以彰显，“屈原的政治思想属于法家，其哲学思想则属于稷下道家的精气说”^[13]。他的法哲学思想集中体现在辞赋中，如《九章·惜往日》曰：“奉先功以照下兮，明法度之嫌疑。国富强而法立兮，属贞臣而日嫉。”即谓只有建立了法度，君主才可以任使臣下依法行使职权，国家才会日益富强，而自己方可“无为而治”。由此可见，楚国法律的思想植根于道家，及至法家学说南渐，道、法二家思想交相融摄，遂构成楚国法律的思想基础。秦国法律的思想根基是法家，商鞅奉《法经》入秦，“定变法之令”，其法家思想遂大行于秦国。自战国中期，秦国又开始受到其他学派尤其是儒家的浸润。及至战国晚期，法、儒学说在秦国已基本合流了，这在秦相吕不韦召集门客编撰的《吕氏春秋》中得到集中反映。《吕氏春秋·劝学》说：“先王之教，莫荣于孝，莫显于忠。忠孝，人君人亲之所甚欲也。显荣，人子人臣之所甚愿也。”正如有的学者所指出的，“写作《吕氏春秋》的现实基础应该是在秦国已经取得巨大成就的法家传统的长久实践，但这个治国大略中却保留着那么多的儒家思想”^[14]。甚至连集法家思想之大成者韩非也主张“臣事君，子事父，妻事夫，三者顺则天下治，三者逆则天下乱，此天下之常也”^[15]，这与儒家强调的伦理纲常异曲同工。因此，说秦国法律的思想基础是法、儒并蓄而以法家为主，并非于史无据。楚秦两国思想基础的异同，必将对二者的法律产生深刻的影响。

七、价值取向

楚文化与秦文化都是中国上古特色鲜明的区域文化，二者都融有中原文化的因子和当地的生活习俗与价值观念。同时，二者的区别也是较为明显的：楚文化总的价值取向是多元化，秦文化的基本特征是一体化。楚文化充满思

辨的色彩和浪漫的气质,道家的价值观念风行楚地^[16],楚国统治者虽然也起用法家人物,但基本上还是以道家为主,兼采众长;秦国则注重现实,认为法令是“为治之本”^[17]，“法任而国治”^[18]，并有选择地吸纳儒家的某些价值观念，为己所用^[19]。楚人有不惮躐等破格的进取精神，不分此畛彼域的开放气度，以及不厌领导标新的创新意识。秦人虽亦有进取精神，但它多是战争机制下奖励军功的利益驱动，而其开放程度和创新成就与楚人相比，则略为逊色。秦人内敛、偏激、趋利的特性虽然落后，但其却从政治与军事上战胜了相对先进的楚国。何以会出现这种戏剧性的结局？从二者法律的比较研究中也许可寻其端倪。

八、法律渊源

楚、秦法律与中原诸夏法律有着千丝万缕的联系；楚人在早期曾师法周文王作“仆区之法”；秦国起初也是仿效中原《法经》的体式与原则。楚秦两国还先后推行过变法运动。公元前382年的吴起变法曾使楚国发生了巨变，而吴起本人却是卫国人，他先是被魏文侯重用，实行变法，只因魏文侯死后遭人陷害才离魏奔楚。楚悼王任用吴起变法，旨在强兵，要在富国。楚悼王死后，吴起被楚国贵族射杀，并惨遭车裂之刑。距吴起变法后23年，秦孝公任用商鞅变法，事有凑巧，商鞅也是卫国人，也是先到魏国，悉心研究魏文侯时著名法家李悝所著《法经》，因不得志而逃离魏国，入秦变法。秦孝公死后，商鞅被秦人处以车裂的酷刑。吴起与商鞅的国籍相同，初仕国也无异，二者的变法都基本上达到了预期目的，实现了富国强兵的愿望，而且都在功成名就之际惨遭杀害。相似的法律渊源，必然给楚秦的法律文化涂上某些共性的色彩。

九、法治精神

秦的法治精神是强调统治和秩序，有着浓郁的团体精神和刑法主干的色调，这在某种程度上决定了秦人在诉讼审判等程序中的思想行为方式，而由此带来的是使有罪者不能逃脱法律制裁，但它却以无辜者权利被侵害的可能性的增大为代价。楚法在某种程度上以尊重人、关心人、保护人为其重要功能，并尽可能赋予每个属民以法律人格，国家有义务通过立法、司法等手段保障民众的财产权和人身权，这在使无辜者的权利不易被侵犯方面是颇有成效的，但它又以有罪者逃脱法网的可能性的增大为代价。相对而言，楚法比秦法更能切实地保护国民的合法权益，包山楚简所载五师宵旰的司败之所以敢与地位



高于自己的邵行大夫对簿公堂,并在败诉后屡讼不止,甚而上诉至楚王^[20],也正是以其法治精神为支持的。

十、法制理念

法制理念涉及公法文化与私法文化,公法文化与私法文化为类型学概念,是指公法与私法的发达程度和在法律体系中的地位及法文化的总体精神的差异。公法文化浸润着秩序第一、等级特权、团体本位、权力至上的精神,私法文化洋溢着正义第一、自由平等、个人本位、法律至上的精神。^[21]一般来说,早期法文化均属公法文化,楚秦法文化也概莫能外。但比较而言,秦的法文化可谓是典型的公法文化,楚的法文化则蕴含着某些私法文化的因素。而正是这一差别导致了楚秦法制理念的差异,秦人在法制理念上是视官吏为父母,认为秦王是全国财富和居民人身的最终主人,国家利益与君王意志至上的观念深入人心,因此秦人能够相互集结而形成一种合力,这对于秦国横扫六合,一匡天下是至关重要的。楚人的法制理念因受私法因子的影响,个体本位观念较为突出,各自为政,力量分散,这在某种程度上导致楚国在抵御外侮和对外扩张方面的威势日渐式微,秦楚之争也终于以秦胜楚败的结局而告终。对此,公元前278年秦人白起拔郢后的一番议论颇能发人深省:“秦中士卒以军中为家,将帅为父母,不约而亲,不谋而信,一心同功,死不旋踵。楚人自战其地,咸顾其家,各有散心,莫有斗志,是以能有功也。”^[22]然而,秦人的法制理念虽然利于开疆拓土、一统天下,却不利于稳定发展、安国抚民。这种法制理念在一定程度上阻碍了社会进步,妨害了有效的财富积累,压抑了人的自主创新精神和自由发展。而楚人的法制理念却越来越突出地显示出稳定社会、发展经济的正面效应。楚人与秦人不同的法制理念,也使得二者显示出鲜明的互补特色:楚法缓而清明,有王道之风;秦法急而严明,有霸道之风。以楚人后裔为主体的汉代统治者看出了这一点,他们融会贯通王道与霸道,兼承秦楚之制而创汉制,形成了宽严相济的汉代法律制度。

参考文献:

[1]《左传·襄公十二年》。

[2]刘玉堂:《楚国经济史》,湖北教育出版社1995年版。

[3] [5] [6]《战国策·楚策》。

[4]《淮南子·兵略训》。

[7]刘玉堂:《楚与邻国及域外的商品贸易关系》,载《民族研究》1995年第1期。

[8]《史记·楚世家》。

[9]《史记·项羽本纪》。

[10][英]汤因比著,曹未风译:《历史研究》(下册),上海人民出版社1964年版。

[11]《韩非子·外储说右下》。

[12]《庄子·天运》。

[13]张正明:《楚文化史》,上海人民出版社1987年版。

[14]李泽厚:《中国思想史论》(修订本),安徽文艺出版社1990年版。

[15]《韩非子·忠孝》。

[16]张正明、刘玉堂:《荆楚文化志》,上海人民出版社1998年版。

[17]《商君书·定分》。

[18]《商君书·慎法》。

[19]睡虎地秦墓竹简整理小组:《睡虎地秦墓竹简·为吏之道》,文物出版社1978年版。

[20]湖北省荆沙铁路考古队包山楚简整理小组:《包山楚简·包山二号楚墓简牍释文与考释》,文物出版社1991年版。

[21]周永坤:《超越自我——法律现代化与法文化转型》,载《天津社会科学》1995年第3期。

[22]《战国策·中山策》。

楚秦起诉制度比较研究

春秋战国时期,在楚人和秦人的诉讼活动中,存在着较为完备的起诉制度。然而,由于年湮代远,我们现今已无法完全复原其容貌,幸有包山楚简和云梦秦简出土,我们佐以文献典籍,才得以撩开其神秘面纱。本文以王国维先生提出的“二重证据法”为基本的研究方法,通过对文献记载和考古资料的综合分析,将楚国和秦国司法制度中的起诉形式、受理起诉的条件和与之相关的司法文书等予以比较研究。

一、起诉的形式

概括而言,当今世界,起诉的形式不外乎公诉和自诉两种。在春秋战国时期,楚秦两国业已出现公诉和自诉两种起诉形式,这在包山楚简和云梦秦简中可见到大量记载。

(一)官纠:楚秦法律中的“公诉”

春秋战国时期的公诉,是指对犯罪有追诉权的官吏,依据所掌握的证据材料,按其职责而代表官府,并提请具有司法职责和权限的机构对犯罪嫌疑人或被告人进行审讯和裁处(即断狱)的一种诉讼活动。

考古发现的资料表明,楚国地方官员享有追诉职能:一旦发现犯罪行为,有关官员就会行使职权,将嫌疑人员提交主管司法的官吏审讯,这种活动实际上就是当今所谓的公诉活动。例如,湖北省荆沙铁路考古队于1987年在湖北荆门发掘的包山二号楚墓中发现了大批竹简,其中的《匹狱》部分就是关于起诉的简要记录。^[1]这些文书中涉及楚国的公诉活动,如包山楚简第124-125反简记载,匹易之酷官黄齐、黄赐死于敢域东敌邵戊之笑邑,楚国官员匹易公命令敢域的司法官吏迅速查证,及时审结此案。证人东敌公、敢司马等官员提供了有效证言。承办人获取有关证据材料后,便“发笱”,“廷匹易之酷官之客”。“笱”,可能是类似当今起诉书一类的司法文书。发笱之后,便传讯被指控的犯罪嫌疑人,开庭审理。在这个案例中,匹易公依其职权代表官府提请司



法机构追究有关人员的刑事责任的诉讼行为,与我国当代诉讼活动中的提起公诉相类似。

秦国也有不少案件是由官吏向司法机构提出的。云梦秦简《封诊式·盗马》记:“市南街亭求盗在某日甲缚诣男子丙,及马一匹,骀牝右鬃;緹複衣,帛里莽缘领袖,及履,告曰:‘丙盗此马、衣,今日见亭旁,而捕来诣。’”^[2]求盗,《汉书·高帝纪》注引应劭云:“求盗者,亭卒。”所谓“亭”,是秦国基层的治安机构,求盗是亭中专司捕盗的人员。此案所要说明的事实是,市南街亭的求盗某里人甲捆送男子丙,还有马一匹,系苍白杂色母马,右眼有病;丹黄色帛面夹衣,有帛里,领和袖有宽大的缘边,还有鞋子一双。控告说:“丙盗窃了这匹马和衣物,今天在亭旁发现,于是将丙捕获送到。”求盗甲依其职责将盗窃犯丙捕获并送审,这种诉讼活动已基本符合公诉的形式。

从上面的考古材料不难看出,楚国和秦国虽然有公诉活动,但还没有设置专门的司法机构负责公诉事宜,公诉职能一般是由行政官员代为行使的,至多也是由隶属于行政的准司法官员行使的。这与我国当今公诉职能从行政职能中分离出来,成为一种独立的司法职能,并且只能由检察机关专门行使的制度还是有相当大的距离。

(二) 民告:楚秦法律中的“自诉”

本文所谓的自诉,是指在春秋战国时期,告诉人因其合法权益受到侵害或与他人发生争议,以自己的名义向具有司法职能的机构提起控诉,请求该机构及负有司法职责的官吏给予法律保护的诉讼行为。

因侵害权益而诉诸法律的事件,在春秋战国时期屡见不鲜。包山楚简显示,此类案件充斥于楚人的社会生活之中,如第 81 简记周赐控告竞丁“政其田”,第 91 简记周雁向司法机构起诉周琛等人“葬于其土”,第 89、97 简记原告控诉被告抢占其妻妾等。云梦秦简也记有大量此类自诉案件,《封诊式·出产》便是一例:某里士伍之妻甲与成年女子丙斗殴,身已怀孕六月的甲于当晚流产,甲抱着流产婴儿控告丙。这是一例典型的自诉案件。

因发生争议而对簿公堂,在当时已是司空见惯,包山楚简第 15-17 简所记五师宵馆之司败若与邵行大夫之间争夺仆人的案件,第 151-152 简所载左驭番戌食田的继承权纠纷案,都准确而生动地记录了楚人善于运用法律武器维护自身利益的言行,这与楚国商品经济的发达是分不开的。秦国虽然实行军功制,与楚国的经济体制有所不同,但在触及私利时,也是纠纷蜂起。《封诊式·争牛》记:某里公士甲和士伍乙一起带来牛一头,系黑色母牛,系有长



套绳,有角,报告说:“这是甲、乙的牛,丢失了,甲、乙都认为是自己的,一起来争讼。”司法官吏当即让令史检查牛的牙齿,牛已六岁。这是为争一头牛的所有权而向司法机构提起的诉讼,告诉的双方既均为原告,又互为被告。

有人认为:“秦时起诉的方式,一为当事人或其亲属向官府告发,即所谓‘劾’;一为官吏纠举犯罪。在较多的情况下,是由基层官吏向县长官提起诉讼。”^[3]我们认为,这一论断虽有一定的道理,但也有进一步商讨的余地。将秦时起诉的方式分为民间的“劾”和官方的纠举,实即将起诉方式分为公诉和自诉,殆无疑义;但进而以为“在较多的情况下,是由基层官吏向县长官提起诉讼”,则仅仅是以云梦秦简所载部分诉讼活动为依据作出的结论。问题在于,作为秦地方官员陪葬品的云梦秦简,其所记录的法律并非秦律的全部,所载诉讼活动也仅限于一隅之争,并非举国狱讼,如果考察秦简所记所有诉讼活动并结合传世文献资料全面分析,完全可以推导出三种结论:一是公诉多而自诉少;二是公诉少而自诉多;三是公诉与自诉持平。准此,我们认为,断言“秦时起诉的方式……在较多的情况下,是由基层官吏向县长官提起诉讼”,难脱以偏概全之嫌。

(三)本诉与反诉

上文所引《封诊式·争牛》中,双方当事人一并到庭并同时主张诉权,告诉的双方既均为原告,又互为被告的情况,与当代诉讼活动中的本诉与反诉是有所区别的。当代诉讼理论通常认为,所谓反诉,是指“在案件审理过程中,本诉的被告以本诉的原告为被告所提出的旨在抵消、吞并或排斥其诉讼请求的独立的反请求”^[4]。当代反诉的提出必须以本诉正在进行审理为前提,从时间上看,反诉是继起的,反诉的提出晚于本诉的提出。虽然当代反诉的目的也在于与本诉的直接对抗,且反诉与本诉也是合并审理的,但从严格意义上来说,它与《封诊式·争牛》所载案例是不能等同视之的。况且,楚国的出土竹简中也记载有类似的案例。如在包山楚简第131-139简所记苛冒、舒庆杀人案中,原告舒庆向司法机构起诉苛冒、佗卯,陈述被告杀其兄的犯罪事实。办案人员根据舒庆的控告逮捕了苛冒,同时,佗卯因不明原因死亡。被告苛冒又反诉舒庆杀佗卯,舒庆否认这一指控。司法官吏根据双方的陈述而进行侦查、逮捕和调取证据等工作,将案情一步步推向深入。本案中的反诉与当代的反诉也是有所不同的,因为它不是为了达到抵消、吞并或排斥本诉的目的,而是另一起新的指控。当然,我们并不能因此而否认秦国和楚国反诉制度的存在,实际上,这恰恰反映出了古今反诉制度在法律特征和提起条件上的不同之处。