

# 《中西法律传统》

Legal Traditions of the West and China

2022年第3期(总第22卷)

## 不殊贵贱，一决于法<sup>\*</sup>

### ——《奏谳书》“黥城旦讲乞鞠”案所见秦汉乞鞠覆审的运作程序与关联问题研究

王进文

**摘要** | 《奏谳书》呈现出秦汉中央和地方司法审判机关的运作实况，反映出当时的司法术语、司法文书撰写流程、案件审理原则和程序、审理结果以及冤假错案酿成之原因等，揭示出“一决于法”原则在司法运作中的重要性，对我们研究秦汉律令的内容和社会的真实情况具有重要意义。“黥城旦讲乞鞠”记录了司法官吏未遵循“一决于法”而导致冤案与当事人通过乞鞠而获得平反的过程，包含了丰富的程序法与实体法内容。结合《二年律令》和《岳麓书院藏秦简·叁》奏谳类文书等相关内容，梳理该案的乞鞠文书结构与司法运作流程，不但有助于厘清传世文献的缺失或不足，为秦及汉初的乞鞠制度提供最切实的描述，也可以折射出秦汉郡县制下基层社会的治理特征，完整地呈现出诉讼制度的动态图景，为我们正确认识当时的法制及其执行情况提供了难得的契机。

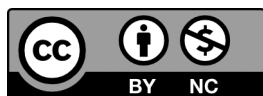
**关键词** | 奏谳书；二年律令；乞鞠；文书结构；一决于法

**作者简介** | 王进文，清华大学法学博士，中南大学法学院副教授。研究方向：法理学、法史学、比较法学。

Copyright © 2022 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



相较于汉唐以降法制研究成果的斐然大观，我们仅能从有限的传世文献材料和零星的史料记录中推导出秦汉法制的大略，且不乏主观的评判。地不爱宝，法律类出土简牍文献使我们拥有了难得的重建秦汉法制的“同时资料”。其中，湖北

江陵张家山汉墓出土的《二年律令》和《奏谳书》不但对我们研究秦汉律令的内容至关重要，对深入研究秦汉社会史和政治制度的真实情况也具有重要意义。不过，相较于《二年律令》所获得的关注程度之高与研究成果之丰硕，《奏谳书》则

<sup>\*</sup>本文系作者主持的2021年度教育部哲学社会科学研究后期资助重大项目课题：“张家山汉简《奏谳书》所见秦及汉初‘一决于法’研究”（21JHQ013）阶段性成果。

被有意无意地忽视，显得相当沉寂和薄弱。<sup>[1]</sup>就已有的研究而言，不但将《奏谳书》与其他秦汉简牍做全面对比的研究尚不多见，而且其所包含的丰富的程序法、实体法内容亦有待于我们进一步地发掘与整理。作为“西汉统治者于立国之初，为推行新的司法审判制度而颁布的指导文献”<sup>[2]</sup>，《奏谳书》虽非司法审判的全程记录，却很可能是当时的真实记录，呈现出秦汉中央和地方司法审判机关的运作实况，反映出当时的司法术语、司法文书撰写流程、案件审理原则和程序、审理结果以及冤假错案酿成之原因等，鲜明地体现出“一决于法”的指导原则。就司法运作程序而言，一个案件从接获报案、受理案情、缉捕罪犯、侦讯查访到宣告判决，任一流程如果没有严格确凿地遵循“一决于法”，均易流于失误。《奏谳书》展现出当时普遍的司法共识和共通的审判原则，其目的在于教育执法官吏，一切司法流程必须以“一决于法”的方式进行。秦汉刑事诉讼中，覆审是上级司法机关对下级司法机构所承办案件的覆查审理或指令下级司法机构对某一案件重新审理的诉讼行为。<sup>[3]</sup>覆审涉及跨机构、

跨层级的司法流程，有助于我们了解司法体系内部的运作情形。《奏谳书》收录了三则覆审案例，即“淮阳守行县掾新郢狱”案、“黥城旦讲乞鞠”案与“卒史鵠复攸庠等狱簿”案。其中，“淮阳守行县掾新郢狱”案与“卒史鵠复攸庠等狱簿”案属于上级察觉有疑而主动提出覆查的案例，“黥城旦讲乞鞠”案属于判决完成后被论刑的罪犯不服而提起乞鞠的案例。该案涉及到司法官吏未遵循“一决于法”而导致冤假错案问题，它不仅记录遭误判与人合谋盗牛的士伍讲通过乞鞠而获得平反的过程，也记录了官府对受冤屈并已施加黥刑的讲和因讲而受到的所有连坐者进行安置和赔偿等内容。该案所包含的丰富的程序法与实体法内容不仅为秦及汉初的乞鞠制度提供了最切实的描述，也为我们正确认识当时的法制及其执行情况提供了难得的契机，值得深入发掘与整理。<sup>[4]</sup>

## 一、秦汉乞鞠规范概况

对《奏谳书》的研究不应是孤立的，而应与律令制度相结合，才能演绎出秦汉诉讼相关制度的具体含义、制定目标和基本精神。《奏

[1] 蔡万进：《张家山汉简〈奏谳书〉研究·绪言》，广西师范大学出版社2006年版，第11页。关于《二年律令》的价值，学界已多有阐述。正如整理者所指出的那样，《二年律令》的发现，使亡佚已久的汉律得以重现，不仅使秦、汉律的对比研究成为可能，而且是系统研究汉、唐律的关系及其对中国古代法律影响的最直接的资料。参见张家山二四七号汉墓竹简整理小组编：《张家山汉墓竹简·二年律令·前言》，文物出版社2001年版，第1页。谢桂华认为，从法制史的角度而言，《二年律令》对于秦律、汉律直至唐律的嬗变以及古代法律体系的重构构筑是重大的突破，从秦汉史的角度而言，是可补载籍之阙的鲜活的第一手材料。参见谢桂华：《〈二年律令〉所见汉初政治制度》，载《郑州大学学报（哲学社会科学版）》2002年3期，第10页。朱红林则指出，张家山汉简《二年律令》在中国法律史上具有承先启下的重要历史地位，是研究汉初制度的第一手资料。参见朱红林：《张家山汉简〈二年律令〉研究》，黑龙江人民出版社2008年版，第1-6页。关于《二年律令》的研究成果，可参见朱红林：《张家山汉简二年律令集释》，社会科学文献出版社2005年版；朱红林：《张家山汉简二年律令研究》，黑龙江人民出版社2008年版；曹旅宁：《张家山汉律研究》，中华书局2005年版；刘欣宁：《由张家山汉简二年律论汉初的继承制度》，台湾大学出版委员会2007年版；曾加：《张家山汉简法律思想研究》，商务印书馆2008年版；杨振红：《出土简牍与秦汉社会》，广西师范大学出版社2009年版；王彦辉：《张家山汉简〈二年律令〉与汉代社会研究》，中华书局2010年版；等等。

[2] 高恒：《秦汉简牍中法律文书辑考》，社会科学文献出版社2008年版，第341页。

[3] 程政举：《〈奏谳书〉所反映的先秦及秦汉时期的循实情断案原则》，载《法学论坛》2007年第6期，第142-149页。

[4] 以该案为切入对秦汉乞鞠及相关法制进行的专门研究，可参见程政举：《张家山汉墓竹简反映的乞鞠制度》，载《文物研究》2007年第3期，第64-68页；南玉泉：《秦汉的乞鞠与覆狱》，载《上海师范大学学报（哲学社会科学版）》2017年第1期，第72-80页。相较于该案所蕴含的丰富程序与实体法律问题，且相关争议未获厘清，本文认为仍有深入发掘与思考之余地。

献书》中一大部分律令和罪行也出现在《二年律令》中,也有一部分出现在睡虎地秦简的简文中,而且很多法律术语和法律体系的细节也都相同。这再次肯定大部分秦代律令在汉初时没有经过实质上的修改就被继承下来。<sup>[1]</sup>得益于前贤的持续努力,不但《奏献书》文本的注解和释译已相对全面,而且随着《二年律令》研究的不断推进,为我们提供了可以较为明确地掌握彼时司法审判原则和理解整理者汇编此书用意的前提。<sup>[2]</sup>

在秦汉的诉讼制度中,审判终了成为“断”,如“狱已断”即意味着案件已经审结之词。与“断”相关联的则是再审或覆审。众所周知的史料是,《周礼·秋官》中记载朝士之职“期內之治听,期外不听”。郑玄注曰:“在期內者听,期外者不听,若今时徒论决满三月,不得乞鞠。”<sup>[3]</sup>“鞠”的目的在于确认犯罪行为以作为适用法律的前提,“乞鞠”是指案件已经审理,被判罪者认为罪刑判处不当,上诉以求重审。

乞鞠在先秦即已形成,《周礼·秋官·朝士》有云:“凡士之治有期日:国中一旬,郊二旬,野三旬,都三月,邦国期。期內之治听,期外不听。”到了秦时,乞鞠已发展到相当成熟的阶段。睡虎地秦简《法律答问》规定:

以乞鞠及为人乞鞠者,狱已断乃听,且未断犹听毆(也)?狱断乃听之。<sup>[4]</sup>

《二年律令·具律》对乞鞠的程序和相关规定,记载更为详尽:

罪人狱已决,自以罪不当,欲气(乞)鞠者,许之。气(乞)鞠不审,驾(加)罪一等;其欲复气(乞)鞠,当刑者,刑乃听之。死罪不得自气(乞)鞠。其父、母、兄、姊、弟、夫、妻、子欲为气(乞)鞠,许之。其不审,黥为城旦舂。年未盈十岁为气(乞)鞠,勿听。狱已决盈一岁,不得气(乞)鞠。气(乞)鞠者各辞在所县道,县道官令、长、丞谨听,书其气(乞)鞠,上狱属所二千石官,二千石官令都吏覆之。都吏所覆治,廷及郡各移旁近郡,御史、丞相所覆治移廷。<sup>[5]</sup>

罪人在秦及汉初包含已确定犯罪事实的罪犯和遭到被告劾的嫌疑犯两层含义。律文中“罪人狱已决”,是指已确定犯罪事实并被判刑的罪犯。由上述律文可见,乞鞠是针对“狱已断”的罪犯所设立的“请求重审”法令。考虑到审案必未能完全公允,冤假错案在所难免,罪犯如果不服判决,本人或亲属均可请求重审。乞鞠成立的先决条件是“狱已决”。“罪不当”,就是指官府审理不实,导致“其轻罪也,而故以重罪劾之”<sup>[6]</sup>,即官府蓄意地加重罪犯的刑

[1] 参见[德]吕德凯(Michael Lüdke)、劳武利(Ulrich Lau):《〈汉初典型诉讼案例〉——首部研究湖北张家山汉简〈奏献书〉的西方语言专著》,载《中国古代法律文献研究》2013年第7辑,第455-466页。劳武利对岳麓秦简《为狱等状四种》与张家山汉简《奏献书》进行比较研究,发现两者有很多相同的法律术语,而且刑罚等级及据此确定的加刑、减刑原则及诉讼程序基本一致。参见[德]劳武利(Ulrich Lau):《张家山汉简“奏献书”与岳麓书院秦简“为狱等状四种”的初步比较》,李婧嵘译,载《湖南大学学报(社会科学版)》2013年第3期,第5-9页。

[2] 《张家山汉墓竹简》释文自2001年首次公布后,2006年修订本问世,但难免有疏漏或可商榷之处。《二年律令与奏献书:张家山二四七号汉墓出土法律文献释读》(彭浩、陈伟、参见[日]工藤元男主编,上海古籍出版社2007年版)则为我们提供了一个理想的文本。该书是由武汉大学简帛研究中心、荆州博物馆、日本早稻田大学长江流域文化研究所共同合作,以红外线成像系统重新对张家山247号汉墓所出土的《二年律令》《奏献书》等进行拍摄和释读,使某些难辨之字变得更为清晰,也改释了某些简文。此外,它还搜集海内外代表性的研究成果,对简文内容逐一析解;或于集解之外,再另以“今案”附上编者观点。相关介绍参见徐世虹:《出土秦汉法律文献整理研究的新成果:读〈二年律令与奏献书——张家山二四七号墓出土法律文献释读〉》,载《政法论坛》2010年第4期,第3-15页。本文所引《二年律令》律文与《奏献书》内容,均出自该书,特此说明。

[3] 中国社会科学院法学研究所法律辞典编委会:《法律辞典》,法律出版社2003年版,第1081页。

[4] 睡虎地秦简整理小组编:《睡虎地秦墓竹简》,文物出版社2001年版,第120页。

[5] 彭浩、陈伟、[日]工藤元男主编:《二年律令与奏献书》,第139页。

[6] 同上注第138页。

责或对无罪之人被网罗罪名，“黥城旦讲乞鞫”案中的讲便属后者。

汉初为了防止滥诉，对乞鞫设立了若干规定。一是除了死罪，罪犯皆可自行乞鞫。罪犯被判死刑，只能由家属代行乞鞫。乞鞫若不符实情，代乞者将判处黥为城旦舂。<sup>[1]</sup>二是罪犯被判处肉刑，需要在施刑完毕后才能进行乞鞫。三是乞鞫有年龄限制。根据《具律》“有罪年不盈十岁，除；其杀人，完为城旦舂”之规定可知，汉初对十岁以下的孩童有刑罚豁免的待遇，除杀人外皆不必论罪，因此，为避免造成恶意乞鞫，未及十岁的儿童不得申请。<sup>[2]</sup>四是乞鞫的受理与告发、审理案情皆在县廷。《二年律令·具律》规定：“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。廷士吏亦得听告。”<sup>[3]</sup>县廷虽接受乞鞫的申请，但县、道令、长、丞对乞鞫案件只负责听讼和记录，并不参与审理。案情记录完毕后，县廷需将受理的乞鞫案件呈报给所属之二千石官。二千石官收到乞鞫案件，便派都吏复审，复审后二千石官再将案件移送至旁近的郡验审。最终，审理结果呈文给御史、丞相。御史、丞相覆审完后，上呈廷尉，由廷尉做出最终判决。

## 二、“黥城旦讲乞鞫案”简文与乞鞫文书层次

前述关于乞鞫的制度性规定，缺乏官府方面的对应于对负责审理、裁定官吏的处分，特别是对已经雪冤之人的处置等问题，而“黥城旦讲乞鞫案”则为我们理解受理乞鞫后程序运

作的合适资料。

### （一）“黥城旦讲乞鞫”案的结构分析

关于“黥城旦讲乞鞫”案<sup>[4]</sup>的结构，日本学者初山明在其《秦汉时代的刑事诉讼》一文中将该案全文分成了七大段落，并简要翻译其内容之梗概。按照初山明的梳理，“黥城旦讲乞鞫案”中简99“四月丙辰，黥城旦讲气（乞）鞫，曰：故乐人，不与士五（伍）毛谋盗牛，雍以讲为与毛谋，论黥讲为城旦”被归为第一部分“由黥城旦讲乞鞫”，是被论处黥城旦的讲所提起的乞鞫内容；第二部分为简99“覆视其故狱”至简106“诘讯毛于诘，诘改受如毛”，是“狱案之再核查”；第三部分为简106“今讲曰：践十一月更外乐”至简116“其妻租言如讲”，是“对有关系者的再调查”；第四部分为简116“诘毛：毛苟不与讲盗牛”至简119“其两股癭大如指”，是“诘问毛”的内容；第五部分为简119“腾曰”至简120“昭、敢、赐言如铔，问如辞”，是“质问原审负责人”；第六部分为简120“鞫之”至简121“皆审”，是“认定新罪状”；第七部分为简121“二年十月癸酉朔戊寅”至简123“腾书雍”，是“对讲服役地的通告”。<sup>[5]</sup>

通过初山明的划分，我们可以比较明确地区分出初审与覆审，并较为清晰地解读本案。但是，由于该案文书为覆审的归纳记录，故而对案件审理的细节便不如《奏谏书》所收录的其他奏谏案件的记录那样详尽。在“覆视其故狱”时，只记录十二月癸亥，亭长庆举劾毛盗牛一案后，毛谎称所盗为士伍牝之牛，并未与人合谋偷盗。但后来查得此牛实是士伍和之牛，是他在十月中与讲共谋盗取，讲因

[1] 结合《二年律令·兴律》规定：“县道官所治死罪及过失、戏而杀人，狱已具，毋庸论，上狱属所二千石官。二千石官令毋害都吏复案，问（闻）二千石官，二千石官丞谨掾，当论，乃告县道官以从事。彻侯邑上在所郡守”（彭浩、陈伟、[日]工藤元男主编：《二年律令与奏谏书》，第242页）可以推知，汉初对死罪的判定，过程已经相当繁复慎重，因此才对死罪的乞鞫不当处以重罚。

[2] 不仅如此，由于汉律规定诬告或告不审，都要论罪，其中诬告致人死罪，要黥为城旦舂，其余则与陷人入罪之罪名同罪，纵使告不审，也以减罪一等论罪，因此《告律》规定“年未盈十岁及（系）者、城旦舂、鬼薪白粲告人，皆勿听”，即未及十岁者在不得乞鞫的同时，也不许提告。

[3] 彭浩、陈伟、[日]工藤元男主编：《二年律令与奏谏书》，第132页。

[4] 同上注第359—360页。

[5] [日]初山明：《中国古代诉讼制度研究》，李力译，上海古籍出版社2018年版，第91—96页。



十一月要践更，故又再度合谋，并由讲独自偷盗，协议事成后由两人共同分赃。至十二月时，才由毛独自盗牛。盗取牛后，毛本欲牵往雍县贩卖，却被察觉。主审官吏根据毛之供词诘问讲，讲终于认罪，此案“皆审”，故论处讲黥为城旦。在这段内容中，虽有毛、犮、处、和、讲的供词，但未详细记录审理人员如何诘问毛，又如何使讲认罪。此外，记录中直接宣布讲获判的罪名，而没有诘问、读鞠等内容。因此，我们有必要对其细节进行梳理，在此基础上对该案所涉及的法律制度之运作与相关律例之规定进行深入研讨。

根据“四月丙辰，黥城旦讲气（乞）鞠”“元年十二月癸亥，亭庆以书言雍廷”“二月癸亥，丞昭、史敢、铄、赐论，黥讲为城旦”和“二年

十月癸酉戌寅，廷尉兼谓汧嗇夫”等时间节点的记载，讲案发生于秦王政元年至二年间。<sup>[1]</sup>根据乞鞠书的内容可知，讲原是乐人，并未与士伍毛合谋盗牛，但雍县县廷认为他与毛合谋，而论处黥为城旦。

（二）文书层次所见之乞鞠流程

判决是在元年二月癸亥作出的，讲的乞鞠发生于四月丙辰，其中相隔五十四天。<sup>[2]</sup>本文前述汉初乞鞠期限比较宽松，即在判决后一年内进行，由郑玄“今时徒论决满三月，不得乞鞠”之论可以推测，东汉乞鞠期限比汉初更短，需在判决后三个月内提出。讲于三个月内提出乞鞠，由此或可推论，东汉之规定与秦相近。讲之提出乞鞠，是符合制度规定的。

表1 “黥城旦讲乞鞠”案所见乞鞠覆审案例的文书结构层次（作者自拟）<sup>[3]</sup>

程序			引文
附件	1. 乞鞠书	案由 / 第二次乞鞠文书	覆视其狱（略）
	2. 郡覆	(1) 原审	乞鞠书
		(2) 本审	覆视其故狱
			今讲曰
			问如辞（辞）
郡报	1. 开头词	载收文单位，略发文机关	廷尉兼谓汧嗇夫
	2. 乞鞠书摘要	与第二次乞鞠文书内容略有差异	雍城旦讲乞鞠曰
	3. 郡覆摘要	本审审理结论	覆之，讲不盗牛
	4. 主文	量刑与处置	讲系子县，其除讲以为隐官，令自常（尚），畀其于（收），于（收）妻子已卖者者，县官为赎。它收已卖，以贳畀之。及除坐者贳，贳已入，环之

讲在元年四月十一日被判黥为城旦后，便向县廷提出乞鞠。不过，简文并未交待讲是向何处的县廷提出。杨振红认为，乞鞠的二千石官“指定都吏在他县进行重新审理”，乞鞠者不会在原审县道提

出，必须等到判决生效后，罪犯配发到服刑机关时才提出。<sup>[4]</sup>鹰取佑司根据《岳麓书院藏秦简（叁）》“为狱等状四种”中案例12“田与市和奸案”简396“令毋害都吏复案”推知应是指死刑的原判决

[1] 李学勤先生认为：“‘黥城旦讲乞鞠’一案，条中历朔有‘元年十二月癸亥’‘二年十月癸酉朔 壬寅’等，推算合于秦王政元年（前246年）和二年（前245年）。”详李学勤：《〈奏谏书〉解说（下）》，载《文物》1995年第1期，第37页。

[2] 高恒：《秦汉简牍中法律文书辑考》，第382页。

[3] 在梳理与分析岳麓书院藏秦简“为狱等状四种”中的乞鞠案件时，陶安将乞鞠文书分作郡报与附件两项，参见朱汉民、陈松长主编：《岳麓书院藏秦简·叁》，上海辞书出版社2013年版，第304页。附件是相对于作为文书主体的郡报而言的。郡报是对上呈乞鞠文书县道官的回复，包含对罪人的重新量刑和处置措施的指示。考虑到奏谏文书乃出土墓葬文书，为私人搜集并经编辑而成的书籍，与官府行文往返的公文书性质迥异，特别是个别案例很可能为了阅读的流畅性或使用者需求而存在着剪辑、改写与内容增补等历程，我们不宜将其与实际应用的公文书直接进行比附，径直将同一案例的上行与下行奏谏文书理解为附件与主体的关系，奏谏文书所反映司法文书的制作程式不宜与实际审理程序等同，本文结合实际的文书运作程序，对文书结构略作调整。

[4] 杨振红：《秦汉“乞鞠”制度补遗》，载《出土文献与古文字研究》2015年第6辑，第503、506页。

机关。<sup>[1]</sup>需要注意的是，乞鞠与“复案”不同。<sup>[2]</sup>初山明在分析《二年律令·具律》“乞鞠者各辞在所县道”一语时认为，所谓“在所”可能是“现在所处的地方、住所”的意思。汧县是讲的服役地，因此推论乞鞠“在所”是汧县。<sup>[3]</sup>本文认为，根据《二年律令·具律》的规定“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”，<sup>[4]</sup>结合《岳麓书院藏秦简（叁）》“为狱等状四种”中两者乞鞠案例——即案例11“得之强与弃妻奸案”<sup>[5]</sup>与案例12“田与市和奸案”<sup>[6]</sup>的文书，案例11中，得之先后提出两次乞鞠，初审地是当阳县，当阳县隶属南郡；案例12中田原本是向夏阳县提出“更治”的要求，遭夏阳县丞招驳回，后来才由关押地虢县上呈乞鞠书——从简文看来讲原本为汧县人，毛在汧县盗牛，到雍县贩卖，遭雍县官吏告发，讲遭诬指与毛共谋盗牛，并在雍县受审，但乞鞠时是在汧县服城旦徒刑。<sup>[7]</sup>如此，因讲已经是罪犯，便只能在汧县提出乞鞠。就此而言，初山明的观点应属合理。

汧县县廷受理乞鞠后，将案情呈报予所属郡守，郡守派遣都吏进行覆审。“都吏所覆治，廷及郡各移旁近郡，御史、丞相所覆治移廷”。“廷”所指为何？初山明则主张简《二年律令》117是错简，“及郡各移旁近郡，御史、丞相所覆治移廷”是另一条律文，进而认为“廷”是“廷尉”之“廷”，

简116末“都吏所覆治，廷”应与一枚首字为“尉”之简编联。但此说未获实证支持。<sup>[8]</sup>陶安认为“廷”有两种可能，一是廷尉，一是县廷。至于廷史，一是指廷尉史，一是指县属吏。<sup>[9]</sup>本文认为，该律文之“廷”应理解为廷尉。战国时期的秦国，廷尉执掌司法权，是所有都官、县的上级。随着领土的扩张，廷尉无法再监察所有都官、县上呈的司法案件。秦王政元年（BC.246）之后，廷尉与郡守分割司法权，廷尉负责内史区的乞鞠覆审，郡守监察所属都官、县上呈的司法案件。关于此点，游逸飞有较为详细的论述。<sup>[10]</sup>由于雍县与汧县均属内史所辖地区，由廷尉覆审，故此案之二千石官应指廷尉而非郡守。

简文虽未记录“复视其故狱”者之姓名，但通过《二年律令·具律》可知其应指由二千石所派遣的作为行政监督官的文无害都吏。“文无害”又作“毋害”“文毋害”，文是针对所撰写的法律文书内容而言，文无害指都吏在为罪犯撰写法律文书时，既无不故罗织罪名，也不故意为开脱。都吏不但精通法律条文，又能秉公处理，且不受县廷管辖，故可持平地覆查。

### 三、乞鞠覆治关涉的实体法律问题辨析

#### （一）“黥城旦讲乞鞠”案折射之郡县基层治理

从“覆视其故狱”的论述中可知，该案是由亭

[1] [日] 鹰取佑司：《汉代的死刑奏请制度》，李力译，中国政法大学法律史学研究院编：《日本学者中国法论著选译》，中国政法大学出版社2012年版，上册，第103页。

[2] 就审理人员而言，根据《二年律令》之规定，乞鞠案由“都吏覆治”，“死罪及过失、戏杀人”则由“毋害都吏复案”。就审理方式而言，乞鞠覆治会对罪人重新展开讯问程序，并做成新的“鞠辞”。至于“死罪及过失、戏杀人”的“复案”，无害都吏是否也会对罪人进行重新审讯并做出新的鞠辞，目前尚无直接材料可供佐证。就案件的最终裁决而言，乞鞠覆治虽由都吏进行实际审理，但秦汉时期的审判通常只有各级机构的“长吏”有权作出判决，“死罪及过失、戏杀人”案件，只要二千石官确认无害都吏“复案”的结果，即完成最终判决，无需再行呈报上级或其他机构。

[3] [日] 初山明：《中国古代诉讼制度研究》，第96页。

[4] 彭浩、陈伟、[日] 工藤元男主编：《二年律令与奏谏书》，第132页。

[5] 朱汉民、陈松长主编：《岳麓书院藏秦简·叁》，第271页。

[6] 同上注第274页。

[7] 水间大辅认为，讲是在雍县受判决后，被转送至汧县服刑的。参见[日] 水间大辅：《秦汉时期承担覆狱的机关与官吏》，载《简帛》2012年第7辑，第279页。

[8] [日] 初山明：《中国古代诉讼制度研究》，第73-74页。

[9] 朱汉民、陈松长主编：《岳麓书院藏秦简·叁》，第202页。

[10] 游逸飞：《战国至汉初的郡制变革》，台湾大学文学院2014年博士学位论文，第167页。

长庆呈报雍县县廷的。秦王政元年十二月癸亥,庆见毛牵条黑母牛到雍县贩卖,颇觉可疑,遂上前盘查。庆之所以上前盘问,源自秦汉时代郡县基层治安管理的规定。汉在郡之下实施县、乡、里三级制。《汉书·百官公卿表》记载,“大率十里一亭,亭有长;十亭一乡,乡有三老、有秩、嗇夫、游徼。三老掌教化;嗇夫职听讼,收赋税;游徼徼循禁贼盗。县大率方百里,其民稠则减,稀则旷,乡、亭亦如之。皆秦制也”。《史记·高祖本纪》集解正义记载,“秦法,十里一亭,十亭一乡。亭长,主亭之吏。高祖为泗水亭长也。国语有‘寓室’,即今之亭也。亭长,盖今里长也。民有讼诤,吏留平辨,得成其政”。亭长职居里正之上,在乡里负责管理治安公务招待,对任何的过往之人,皆需留心观察。《后汉书·百官志·县乡》记载:“尉大县二人,小县一人,……尉主盗贼,凡有贼发,主名不立,则推索行寻,案察奸宄,以起端绪。”县里负责逐捕盗贼的是县尉。乡中负责逐捕盗贼的是游徼。乡之下为里,里中有亭长。亭长之下还有求盗。“士吏、求盗部”都是县级以下负责侦察及捕捉盗贼之吏,其中至少包含了游徼、亭长、校长及求盗等。<sup>[1]</sup>秦汉时期从求盗至县令对捕捉盗贼负有连属职责。如果一地盗贼兴起,而亭长、求盗未能察觉,皆要受到重罚。<sup>[2]</sup>因此,身为一亭之长的庆只要察觉疑点,就有义务向县廷举告。不过,简文并未交待亭长庆为何会对士伍毛所贩卖的黑母牛起疑。然而,结合秦汉律令的相关规定,我们或可得到答案。

第一是秦汉严格的财产登记制度。个人资产是政府收取赋税的依据。秦律《法律答问》规定夫妻财产分开登记,“夫有罪,妻先告,不收。妻剩(媵)

臣妾、衣器当收不当?不当收。夫妻有罪以收,妻剩(媵)臣妾、衣器当收,且畀夫?畀夫”<sup>[3]</sup>。之所以分开登记,在于当时凡触犯宫隶臣以上的罪犯,都将会被收其家人及财产。《二年律令·收律》规定,“罪人完城旦、鬼薪以上,及坐奸府(腐)者,皆收其妻、子、财、田宅。其子有妻、夫,若为户,有爵,及年十七以上,若为人妻而弃、寡者,皆勿收。坐奸、略妻及伤其妻以收,毋收其妻”<sup>[4]</sup>。只有夫妻财产分开登记,才能在一方触法造成另一方被连坐为收时区分清楚属夫或属妻的财产。《二年律令·户律》规定:“民宅园户籍、年细籍、田比地籍、田命籍,谨副上县廷,皆以篋若匣匱盛,緘闭,以令若丞、官嗇夫印封,独别为府,封府户。”<sup>[5]</sup>即财产要登记在户籍里记载清楚。不但如此,一方触法时里典和邻近的什伍要共同担保以确定查封财产执行无误。例如,睡虎地秦简《封诊式》收录的爱书记载:“封守乡某爱书:以某县丞某书,封有鞠者某里士五(伍)甲家室、妻、子、臣妾、衣器、畜产……凡讯典某某、甲伍公士某某:“甲党(倘)有(它)当封守而某等脱弗占书,且有罪。某等皆言曰:‘甲封具此,毋(无)它当封者。即以甲封付某等,与里人更守之,待(待)令。’”<sup>[6]</sup>士伍毛所牵之牛,只有亭长庆加以质问或查核户籍、咨询里典什伍等,便可判断是否为其所拥有。

第二是牛作为重要的财产,建立了完善的登记制度,受到极为严格的保护。根据《睡虎地秦墓竹简·秦律杂抄》“牛大牝十,其六毋(无)子,𡗗嗇夫、佐各一盾”的规定,田嗇夫、里典也负有监督之责。《睡虎地秦简》规定:“以四月、七月、十月、正月肤田牛。卒岁,以正月大课之,最,赐

[1] 除了县尉、游徼、亭长、求盗,秦、汉时期逐捕盗贼者,还有其他官名。如《睡虎地秦墓竹简·封诊式·群盗》简25:“爱书:某亭校长甲、求盗才(在)某里曰乙、丙缚诣男子丁,斩首一,具弩二,矢廿。”校长隶属于亭,应是由亭尉演变而来。

[2] 根据《二年律令·捕律》规定:“盗贼发,士吏、求盗部者,及令、丞、尉弗觉智(知),士吏、求盗皆以卒戍边二岁,令、丞、尉罚金各四两。”(彭浩、陈伟、[日]工藤元男主编:《二年律令与秦献书》,第150页)汉承秦制,由此逆推,秦或也如此规定。

[3] 睡虎地秦简整理小组:《睡虎地秦墓竹简》,第133页。

[4] 彭浩、陈伟、[日]工藤元男主编:《二年律令与秦献书》,第159页。

[5] 同上注第223页。

[6] 睡虎地秦简整理小组:《睡虎地秦墓竹简》,第149页。

田啬夫壶酉（酒）束脯，为早〈皂〉者除一更，赐牛长日三旬；殿者，诎田啬夫，罚冗皂者二月。其以牛田，牛减絮，治（笞）主者寸十。有（又）里课之，最者，赐田典日旬殿，治（笞）卅。”<sup>[1]</sup>饲养的牛如果考核成绩优异，不仅田啬夫将得赏，饲牛者也能减免一次更役。而考核成绩低劣的，田啬夫要遭到申斥，饲牛者也要资劳两个月。耕牛也同样受到保护。《睡虎地秦墓竹简·效律》有“马牛误职（识）耳，及物之不能相易者，赏官啬夫一盾”的规定，而《封诊式》里也收录一则争牛爰书，“争牛爰书：某里公士甲、士五（伍）乙诣牛一，黑牝曼（縻）有角，告曰：‘此甲、乙牛毆（也），而亡，各识，共诣来争之。’即令令史某齿牛，牛六岁矣”<sup>[2]</sup>。由此，足见当时盗争牛马之事多有发生。我们可以想见，亭长庆见到毛牵牛来贩卖，势必会格外留心，从而上前盘问。

该案另有一处令人费解之处在于，被盗的黑母牛是毛独自所盗，为何初审时主审官员令史腾却质疑毛不可能独自盗牛，而必有合谋呢？本文认为，答案可能并不能武断地认定令史腾昏聩，而极有可能与秦汉时代的基层治理体系相关。郡县制下，秦汉中央政府对县级之下其实有更细致入微的统治，是为“里”。汉初五大夫爵以下的民，皆受什伍编制。《二年律令·户律》规定：“自五大夫以下，比地为伍，以辨口为信，居处相察，出入相司。有为盗贼及亡者，辄谒吏、典。田典更挟里门钥，以时开；伏闭门，止行及作田者；其献酒及乘置乘传，以节使，救水火，追盗贼，皆得行。不从律，罚金二两。”<sup>[3]</sup>秦律略有不同——《睡虎地秦墓竹简·法律答问》规定：“大夫寡，当伍人不当？不当。”秦律到汉律的微妙变化，体现了后者对于相对高爵位者更加优容。什伍编制下，不仅百姓的活动范围受到限制——如《二年律令·杂律》“越邑里、官市院垣，若故坏决道出入，及盗启门户，皆赎黥。其垣坏高不盈五尺者，除”<sup>[4]</sup>——行为也要相互监伺，是为商鞅变法所推行的什伍告奸制。《睡虎地秦墓竹简·法律答问》“贼入甲室，贼伤甲，甲号寇，其四邻、典、老皆出不存，不闻号寇，问当论不当？审不存，不当论；典、老虽不存，当论……可（何）谓四邻’？‘四邻’即伍人谓毆（也）”<sup>[5]</sup>。秦及汉初里门多由里典或田典负责掌管里门钥匙，并将

每日的出入情况向里尉呈报。若有盗贼或亡人入城，什伍编制内的里民要主动侦测，并随时向里典举报。<sup>[6]</sup>《二年律令·户律》规定“募民欲守县邑门者，令以时开闭门、及止畜产放出者，令民共食之，月二户”。该案中证人处负责守汧邑南门。毛盗取南门外所放养的牛，但走到南门时，见处把守，便又将牵走并放回南门外，此即简文所言“识捕而复纵”。南门外放牧之牛，唯有毛所盗的黑母牛“类扰易捕也”，由此推论，放牧之牛多未驯化，需要多人合作才能捕获。因此，令史腾从证人即讲父处反馈的信息极易导向毛有合谋之人的推论了。

综上所述，秦汉时代将依什伍编制，形成了缜密的管理、告奸和连坐体系。不但平民有相互简牒之责，官吏也有主动察访之职。任何一方失职，均需依法惩处。在这种基层治理体制之下，如此不仅可以防范地极尽细微，官吏也难于玩忽职守。

## （二）身份地位与法律待遇的差异

该案简文中言及的所有人物，无论是“士伍毛”“士伍𠂔”“士伍处”“士伍和”“黥城旦讲”，还是“亭庆”“史铫”“廷尉兼”“丞昭”等，文书中均无一例外地标明了他们各自的社会身份。标明身份除了便于进行识别外，还与法律待遇息息相关。

众所周知，商鞅变法确立了“功高者其爵尊”“无功者虽富无所芬华”的原则。基于耕战立国的考虑，有爵者地位优于无爵者，有军功而拥有爵位的人，在社会享有特殊的尊荣和优待。朱绍侯总结了秦时有爵位者得以享有“有当官为吏、乞庶子的特权”“可

[1] 睡虎地秦简整理小组：《睡虎地秦墓竹简》，第22页。

[2] 同上注第152页。

[3] 彭浩、陈伟、[日]工藤元男主编：《二年律令与奏谏书》，第215页。

[4] 同上注第163页。

[5] 睡虎地秦简整理小组：《睡虎地秦墓竹简》，第117页。

[6] 关于秦汉里制的设计与里民的居住形态，可参见臧知非：《秦汉里制与基层社会结构》，载《东岳论丛》2005年第6期，第11-19页。



以赎罪、减刑、免刑”“可以免除亲人的奴隶身份”以及“生活上的待遇”等四项权益。<sup>[1]</sup>具体到该案,士伍是居住在里伍或什伍中的没有官职、爵位而在户籍上有名的成年男子。

《二年律令·具律》载,“上造、上造妻以上,及内公孙、外公孙、内公耳玄孙有罪,其当刑及当为城旦舂者,耐以为鬼薪白粲”<sup>[2]</sup>。拥有上造以上爵级的人,才得减除肉刑,汉初所承之秦制可能亦是如此。<sup>[3]</sup>毛和讲都是士伍身份,而士伍无爵,不能减刑。最终讲被处以“黥为城旦”,即黥面的肉刑和服城旦舂的徒刑。讲没有爵位,即使提出乞鞫,也需要先施予黥刑。

根据《二年律令·具律》规定,“庶人以上,司寇、隶臣妾无城旦舂、鬼薪白粲罪以上,而吏故为不直及失刑之,皆以为隐官”<sup>[4]</sup>。该案平反后,秦王政二年十月十六日,廷尉兼行文给汧邑嗇夫,“其除讲以为隐官,令自常,畀其于于”。讲已受过肉刑,如今既获平反,便不再是刑徒身份,被安排为隐官。李学勤认为,“隐官是受过肉刑后得自由,被安排在不易被人看见处所工作的人”<sup>[5]</sup>。隐官不是罪犯,而是已经获得自由的受过肉刑的人,但由于受过肉刑,不便再与常人同居,这类人被安置于专门的地方劳作,因此他们的自由也是受到一定的限制的。<sup>[6]</sup>根据《二年律令·户律》的规定,国家会授予五十亩地及长宽各十五步的宅。讲虽已不是刑徒,但因其已受过肉刑而成为隐官,就不便再与常人同居,被安置“居汧口中”,不再返回故里。

根据《二年律令·收律》“罪人完城旦、鬼薪以上,及坐奸府(腐)者,皆收其妻、子、财、田宅”<sup>[7]</sup>以及《二年律令·金布律》“诸收人,皆入以为隶

臣妾”<sup>[8]</sup>之规定,讲被处以黥为城旦,其妻、子、产业皆会被收,妻、子成为官方奴婢。讲获平反,则其妻、子便不应被收斂,官府必需将他们赎回并恢复其平民身份。由讲乞鞫获平反后的处置来看,“妻子已卖者,县官为赎。它收已卖,以贾(价)畀之;及除坐者贄,贄已入环(还)之”。因此,所有受讲连坐者,皆能恢复原来身份,遭没收的产业与贄款也如实取回或退还。

就该案而言,讲无辜被卷入合谋盗牛案,被施以肉刑,通过乞鞫获得平反,对讲而言,因受过肉刑,即使除去了刑徒身份,也能重回故里,而被置为隐官,对他显然是不公平的。其余受到连坐遭收斂的亲人和产业也能如数赎回,连坐之人也能退还贄款,则显示出秦法严苛的同时,并未袒护“以吏为师”的官吏,黔首可以通过乞鞫洗刷冤情,无疑是秦法施行过程中值得称许的面向。

## 四、乞鞫覆治的展开程序与案件执行

### (一) 讯狱原则规定与讲案的误判

秦汉时期的诉讼审理主要分成“初审”“覆讯”和最终的“验狱”三个阶段。为了防止罪犯不乱供讯辞,秦、汉时期还制订了“证不言情”罪,以约束受讯之人。《二年律令·具律》规定:

证不言情(情),以出入罪人者,死罪,黥为城旦舂;它各以其所出入罪反罪之。狱未鞫而更言情(情),除。吏谨先以辨告证。为译讯人为(诈)伪,以出入罪人,死罪,黥为城旦舂;它各以其所出入罪反罪之。<sup>[9]</sup>

[1] 朱绍侯:《军功爵制考论》,商务印书馆2008年版,第66-67页。

[2] 彭浩、陈伟、[日]工藤元男主编:《二年律令与奏谏书》,第123页。

[3] 不过,《二年律令》所规定的妻子可比照夫爵享受减刑的待遇,在今本秦律中尚未发现,本文推测,此或与吕后执政有关。

[4] 彭浩、陈伟、[日]工藤元男主编:《二年律令与奏谏书》,第150页。

[5] 李学勤:《〈奏谏书〉解说(上)》,《文物》1993年第8期,第30页。

[6] 朱红林:《张家山汉简〈二年律令〉研究》,黑龙江人民出版社2008年版,第70页。

[7] 彭浩、陈伟、[日]工藤元男主编:《二年律令与奏谏书》,第159页。

[8] 同上注第225页。

[9] 同上注第136-137页。

“证不言情”是案件审讯中常见的现象，“吏谨先以辨告证”是指在讯问之前，吏预先就伪证罪向作证人进行说明。审讯前需将“证不言情”的处罚法令先向受讯人宣布，这既是履行必要的司法程序，也要告知受讯人若供辞不实，致人死罪要黥为城旦舂，其余则反坐其罪，“即官方预先声明如果当事人所反映的情况不属实，要反坐”<sup>[1]</sup>。汉初规定，受讯人在狱决之前，皆可更改证辞，即使曾证不言情，也可不必论罪。

《睡虎地秦墓竹简·封诊式》规定：

治狱，能以书其言，毋治（笞）谅（掠）而得人请（情）为上；治（笞）谅（掠）为下；有恐为败。

凡讯狱，必先尽听其言而书之，各展其辞，虽智（知）其讹，勿庸辄诘。其辞已尽书而毋（无）解，乃以诘者诘之。诘之有（又）尽听书其解辞，有（又）视其它毋（无）解者以复诘之。诘之极而数讹，更言不服，其律当治（笞）谅（掠）者，乃治（笞）谅（掠）。治（笞）谅（掠）之必书曰：爰书：以某数更言，毋（无）解辞，治（笞）讯某。<sup>[2]</sup>

审案时依据口供进行侦察，而不是靠笞打以求得案情，这是最优的审理方式；若屈打成招，是最劣等的。若恐吓犯人，导致得不到犯案的实情，便是审理失败。该案中，令史腾怀疑毛是否能够独自盗牛，这是没有问题的，但他除了讯问讲之外，也应当对赃物黑母牛进行诊验的工作。秦汉时期的治狱，诊验工作多是由令史从事。显然，讲案中审理的令史们，不细加诊验毛盗来的黑母牛，却欲以严刑拷打来求得案情，不仅不符讯狱原则，也是审案过程中的极大失误。

由于简文所记为总结性的归纳，我们很难厘清第一次审理讲案究竟被覆讯多少次。毛于十二月五日下午盗牛，讲十月底前已离开雍县，“践十一月更外乐，月不尽一日下总咸阳”<sup>[3]</sup>，根本没有机会与毛见面，更不可能和他合谋盗牛。毛自知已供辞不符实情，遂改口为“十月中与谋。”十月中讲在汧邑，是有可能与与毛合谋的，但毛又说与讲“到十一月复谋”，显然否决了与讲合谋的可能性。在此情形下，审案人员还能论定“讲与毛谋盗牛”，令人无法理解。毛两次言及“识捕而纵”，均是在十一月。其中“十一月不尽可三日”即十一月底的前三日与处所言“嘉平不识日”

即十二月的某日并不相符，令史铄审案时即已发现，而判决时令史铄仍然论定讲与毛确实合谋盗牛，令人匪夷所思。

士伍毛初次接受问讯时，谎称所盗为士伍犮之牛，并未与人合谋偷盗。令史腾经过查验，发觉士伍犮的牛没丢失。他怀疑毛不可能独自盗牛，笞打毛背六下，再次问毛，毛才供称所盗为和的牛。或许毛自己也不清楚到底是犮还是和的牛，但是，在令史腾看来，毛果然未言实情，便更无法相信他所供称独自盗牛的可能性。再次询问与谁合谋盗牛，毛仍旧供称是其独自所为。令史腾便令人再度笞打毛的背和臀股——“磔笞毛背臀股，不审伐数，血下污地”。毛难忍疼痛，只好诬告和故乐人讲一同合谋盗牛。

秦汉时期，合谋偷盗比独自偷盗判决要重。《睡虎地秦墓竹简·法律答问》规定：

可（何）‘驾（加）罪’？五人盗，臧（赃）一钱以上，斩左趾，有（又）黔以为城旦；不盈五人，盗过六百六十钱，黔劓以为城旦；不盈六百六十到二百廿钱，黔为城旦；不盈二百廿以下到一钱，迁之。求盗比此。<sup>[4]</sup>

由此可见，毛没有必要故意诬告讲，以加重自己罪名。毛诬告讲与其合谋盗牛，是在严刑逼供下不得不为之的结果——“笞劓大如指者十三所，小劓瘢相质五也，道肩下到要（腰），稠不可数”。简文中出现“诘讯，毛于诘，讲改辞如毛”，张建国认为此处文意不通，似应理解为“诘讯毛于讲，讲改辞如毛”，即以审讯所得毛的新供词转而诘问讲。讲也改变了自己的供词，并且改的

[1] 李均明：《居延汉简债务文书述略》，载《文物》1986年第11期，第38页。

[2] 睡虎地秦简整理小组：《睡虎地秦墓竹简》，第147-148页。

[3] 秦汉时期，身体健全的成年男子有戍边服役之责，若不愿前往，可以花钱请人代替服役，是谓“践更”。相关研究可参见[日]广濑熏雄：《张家山汉简所谓〈史律〉中有关践更之规定的探讨》，载《人文论丛》2004年卷，第271-284页。

[4] 睡虎地秦简整理小组：《睡虎地秦墓竹简》，第93页。

与毛的供词相同。<sup>[1]</sup>本文认为,这种解释是合理的,“诘”是严厉的责问,目的在穷尽案情原委,使罪犯坦承其罪行,“诘问”是依据供词而对罪犯进行的讯问,其目的在于指出供述中的矛盾与问题,以求得解释。“诘问追究的目的是‘服’,即自认罪状。嫌疑人如实坦白了自己的行为,承认这应当受到刑罚惩处,接下来只是援引应适用的律令”<sup>[2]</sup>。雍县县廷既已认定毛与讲合谋盗牛,既用毛的供词诘问讲,且屡次讯问对讲均动用笞打的酷刑。讲不得不改变供辞,自诬与毛合谋盗牛。县廷于二月十七日对此案进行判决,讲因被认定为合谋盗牛而被黥为城旦,比个人独自盗牛完为城旦罪增加了黥面的耻辱刑。如果说毛诬陷讲是屈打成招迫不得已的话,则讲乞鞠后得以平反,毛更改证词当为关键所在。

## (二)覆治案件的责任划分与论处

毛之初审、再审,皆由令史腾负责。讲至雍县县廷接受讯问,初讯、覆讯都是由令史铄执行。讲案的审理人员主要有“丞昭、史敢、铄、赐”。令人疑惑的是,负责审理毛的令史腾不但不在判决的联署内,而且乞鞠后廷尉所做出的“昭、铄、敢、赐论失之”的裁决中,也不见其姓名。张建国认为,廷尉只议昭等四人“论失之”,关键便在于“是铄等四人得出最后的审判结果,那么责任也要由他们全部承担”。令史腾因未参与判决讲案,故无联署。既无联署,便无需承担审案失误的罪责。<sup>[3]</sup>不过,该案初审时令史腾既已参与,为何判决时缺席呢?

本文认为,这种情形在秦汉时期似为常态,不足为奇。《奏谳书》收录的三则覆审案例中,“卒史鵠复攸库等狱簿”案发生在秦始皇二十七年,是上级察觉有疑而主动提出覆查的案例,简文中记载了审理人员的更迭情况及其原因,可以回答为何审案人员中途缺席以及追责处理等问题。

南郡卒史盖庐、犂田、段(假)卒史鵠复攸库等狱簿。御史书以廿七年二月壬辰到南郡守府,即下,甲午到盖庐等治所,其壬寅补益从治,上治它狱。四月辛卯鵠有论去。五月庚午朔、益从治,盖庐有资(贲)去。八月庚子朔论去。<sup>[4]</sup>

该案中,二月十七日御史发文予南郡郡守,

要求查办攸县县令库未依法惩治“詹乏不斗”的新黔首,且上书为当处死罪的新黔首请求夺爵戍边。二月二十七日,南郡收到御史的命令后,“补益从治”,即增补益参与审理。而此时益正审理其他案件,不能到职。四月十七日,鵠因被起诉而离职。五月二十七日,朔、益开始参与审理,盖庐因犯贲罪而撤职。八月二十八日,朔遭起诉离职。由此可知,审理人员若有其他公务或触犯律令,便需要卸任审理职责,另行委派他人进行审理。

讲乞鞠获得平反后,廷尉判处“昭、铄、敢、赐论失之”。关于“论失之”,《二年律令·具律》规定:

劾人不审,为失;其轻罪也而故以重罪劾之,为不直。治狱者,各以其告劾治之。敢放讯杜雅,求其他罪,及人毋告劾而擅覆治之,皆以鞠狱故不直论。<sup>[5]</sup>

“劾”是由官吏提出的,旨在举发他人的犯罪行为,代表国家对罪犯的控告。“劾人不审”是指官吏并非出于主观故意而对罪犯所举告的犯罪事实认定有误,即对犯罪的控告存在着对象、情节等方面的错误。由于这种误判并非故意误审所致,故而视为“失刑”。“鞠狱故纵、不直,及诊、报、辟故弗穷审者,死罪,斩左止(趾)为城旦,它各以其罪论之”<sup>[5]</sup>。失刑既然并非故意误审,则其所受之惩处便要比“故纵”“治狱不直”等罪犯只犯轻罪却故意审成重罪或随意地

[1] 张建国:《关于汉简〈奏谳书〉的几点研究及其他》,载《国学研究》1997年第4卷,第529页。

[2] [日]宫宅潔:《秦汉时期的审判制度——张家山汉简〈奏谳书〉所见》,徐世虹译,杨一凡、寺田浩明主编:《中国法制史考证(丙编第一卷)》,中国社会科学出版社2003年版,第304页。

[3] 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,第54页。

[4] 彭浩、陈伟、[日]工藤元男主编:《二年律令与奏谳书》,第363-364页。关于该案的研究,可参见杨振红:《“南郡卒史鵠复攸库等狱簿”再解读》,载《中国古代法律文献研究》2014年第8辑,第105-129页。

[5] 彭浩、陈伟、[日]工藤元男主编:《二年律令与奏谳书》,第138页。

给人编织罪名等要轻。<sup>[1]</sup>

“告”与“劾”同义，差异仅在后者是由官府提出即官吏列举犯罪人的罪行并提出控告，而前者则是由百姓所提出即百姓向官府提出控告。<sup>[2]</sup>“告不审”论处减罪一等，即致人于何罪，便判以该罪减罪一等的刑罚。讲被“黥为城旦”，误审的官员减罪一等，可能将被论处完为城旦。根据该案的鞠辞“昭、铄、敢、赐论失之，皆审”，原审官吏令史腾明显失误造成冤狱，虽未载明对其具体惩处，不过结合《岳麓书院藏秦简（叁）》“为狱等状四种”中案例一，南郡回复文书中对盗领购赏案的罪责与州陵县原审官吏“论失”疏失两案一并裁决，<sup>[3]</sup>则该案可能涉及案件审理的分案处理问题。

表2 乞鞠案件行文流程（作者自拟）

权责单位	罪犯隶属地	雍城旦讲乞鞠
	原审	雍县
	本审	廷尉
	本审负责人（都史）	今讲曰……覆者讯毛……覆者初讯毛
行文单位	发文	廷尉兼
	收文	谓汧嗇夫
	服刑或监禁地	讲毅（系）子县
	通报	雍县（腾书雍）

此案是覆审案件的归纳记录，从中我们可以获知，令史腾在毛第一次证不言情，谎称盗士伍之牛后便不再信任毛的供词，在未细究所盗士伍之和牛“类扰而易捕”的情形下执意认定必有共犯。此案失刑的关键便在于审判者“诊”之过程未能遵循“一

决于法”，而流于主观随意。即使讲的供词足以证明他未曾合谋，在审判过程中，“诘之极而数詘，更言不服，其律当答掠者，乃答掠”<sup>[4]</sup>的审理原则仍被无视，毛、讲被屈打成招。而令史铄虽曾察觉讲绝不可能参与合谋，仍旧坐视冤案的发生。讲提出乞鞠后，覆审人员通过“鞠之”，使讲未曾合谋盗牛之冤屈得以平反。对昭、铄、敢、赐等并非以“诊、报、辟故弗穷审者”，而是以“失刑”论处，或仍有商榷之处。

五、结论

汉承秦制，诉讼方面则在秦律的基础上根据实务的需求而做适度的调整。由于睡虎地秦简多属摘抄，并不能由此窥见秦律之全貌，<sup>[5]</sup>《奏谏书》之“黥城旦讲乞鞠”案与《二年律令》所规定的乞鞠制度便成为我们认识秦及汉初乞鞠覆审运作的最重要也最详尽的素材。“黥城旦讲乞鞠”案折射出秦汉郡县制下基层社会的治理特征，完整地呈现出诉讼制度的运作流程，有助于厘清传世文献的缺失或不足。

本案彰显出秦汉之诉讼并不是任由官吏一意孤行，案件裁决后，罪犯只要不服判决结果，可以按照程序进行乞鞠，获得平反，彰显出执法的公平性所在。结合《奏谏书》编撰之目的，汉初整理者收录此案，或有警示司法官吏切莫“诊、报、辟弗穷审”的用心。秦汉编户齐民之下，虽然爵位等级和吏、民身份区别严格，刑罚相应有别，但无论审狱、覆验、乞鞠、奏谏，必需遵循“一决于法”的原则，这也是秦汉诉讼制度值得肯定的特质和精神。

[1] 对于“失刑”的惩处，虽未见明确的律文，但《二年律令·告律》可以提供我们参考：“告不审及有罪先自告，各减其罪一等，死罪黥为城旦舂，城旦舂罪罪完为城旦舂，完为城旦舂罪鬼薪白粲及府（腐）罪耐为隶臣妾，耐为隶臣妾罪耐为司寇，司寇、（迁）及黥（颜）罪耐赎耐，赎耐罪罚金四两，赎死罪赎城旦舂，赎城旦舂罪赎斩，赎斩罪赎黥，赎黥罪赎耐，耐罪金四两罪罚金二两，罚金二两罪罚金一两。令、丞、令史或偏（偏）先自得之，相除。”详见彭浩、陈伟、[日]工藤元男主编：《二年律令与奏谏书》，第144页。

[2] 彭浩：《谈〈二年律令〉中几种律的分类与编连》，载《出土文献研究》2004年第6辑，第64页。

[3] “五月甲辰州陵守馆、丞越、史获论令癸、琐等各赎黥，癸、行戍衡山郡各三岁，以当灋，先备赎。不论沛等。”参见朱汉民、陈松长主编：《岳麓书院藏秦简·叁》，第253页。

[4] 睡虎地秦简整理小组：《睡虎地秦墓竹简》，第148页。

[5] 有关睡虎地秦简中的刑罚体系及日后的演变，参见[日]堀毅：《秦汉法制史论考》，郭延德译、陈泓校，法律出版社1988年版，第146-185页。