

## 漢代社會中的非刑法法律機制

徐世虹\*

以往受見知史料的限制，人們對漢代社會律令體系中非刑法功能的認識不免支離零散。然而以張家山二四七號漢墓《二年律令》及《奏讞書》的出土為契機，進一步探討漢代律令的多元功能成為可能。

通過傳世文獻及百年來發現的簡牘及碑刻資料可見，漢代社會在社會階層、權利義務、行為能力、債權債務、損害賠償、約的形式上具有形態較為清晰的獨立用語；來自律令、禮以及習慣的力量在上述各種形態中發揮著不同的功效；在訴訟關係中，亦可析出民事訴訟與刑事訴訟的異同。要言之，在魏晉律令功能分離之前，漢律令內容涉及諸端，體系亦非單一，反映了較豐富的形態。

關鍵詞：漢代 非刑法 訴訟

---

\* 中國政法大學法律古籍整理研究所

## 序言

探討漢代社會中的非刑法法律機制，也許首先將不可避免地觸及中國古代有無「民法」這一學者一直十分關注的問題。光緒三十年（1904），梁啟超撰〈論中國成文法編制之沿革得失〉，於文末總結我國成文法編纂有三大缺點，其一即為「法律種類之不備」，「最不幸者，則私法部分全付闕如一事也」，並究其原因為專制政體、學派偏畸、憲法未能成立所致。然而梁氏雖言「私法部分全付闕如」，但又承認其部分存在。他將法分為公、私兩類，私法中又分民、商兩類，認為二者皆無，但部分屬於戶部。<sup>1</sup> 光緒三十三年（1907）五月辛丑，民政部奏文稱「中國律例，民刑不分，……歷代律文，戶婚諸條，實近民法，然皆缺焉不完」。<sup>2</sup> 據學者梳理，此後在漫長的八十年間，在對中國古代法律體系的認識上，佔主流影響的一直是「諸法合體，民刑不分」的觀點，其間雖有陳顧遠在三、四〇年代對此說提出質疑，並就中華法系闡述了一己之見，但並未引起應有的重視。至八〇年代，張晉藩對這一觀點提出修正，認為民刑不分，諸法合體是就主要的法典編纂而言，就法律體系而言，則是諸法並用，民刑有分。<sup>3</sup> 論者所言之「體」實際上包含了兩個概念，一是法典體例，二是法律體系。筆者無力對中華法系作整體探討，只想以出土文獻為主要依據，探討漢律中的非刑法法規及現實形態，以求更客觀準確地認識漢代的法律體系。

然而這種探討首先需要解決的一個問題，就是可否借用或沿用論者在論述中國古代法律體系時慣用的「民刑」之語。

近年來，有些學者在對中國法律史進行反思時，對中國古代有無「民法」提出質疑，並提出了語境問題，即中國古代處理財產與人身關係的規範在語境上是否可稱之為「民法」？學者的質疑提出了一個相當現實

<sup>1</sup> 范忠信選編，《梁啟超法學文集》（北京：中國政法大學出版社，2001），頁173-176。

<sup>2</sup> 朱壽朋編，《光緒朝東華錄》（北京：中華書局，1958），第5冊，頁5682。

<sup>3</sup> 參見楊一凡，〈對中華法系的再認識〉，收入倪正茂主編，《批判與重建——中國法律史研究反撥》（北京：法律出版社，2002），頁148-151。

的問題，這就是我們應當怎樣客觀地表述歷史事實？筆者注意到，爲了避免陷入語境的誤區，有論者在表述古代涉及財產與人身的法律關係時，使用了「民事性法律」這一措辭，<sup>4</sup> 在傳統法律與現代法學之間表現出了一種謹慎的取向，即在警惕以現代法學的術語套裁古代法律的前提下，以具有特定含義的措辭概括古代法律中固有的形態。

對於中國古代法律尤其是漢代律令體系中的非刑法內容，日本學者較早也有論述。中田薰曾臚列分別相當於後世職官令、假寧令、衣服令、選舉令、封爵令、戶令、喪葬令、賦役令、廩牧令、祠令、學令的漢律逸文，推論漢律「自身蘊涵著在後世發展爲非刑罰之令的諸多種子」，並以此作爲漢律的三個特點之一，指出前兩個特點（執行國務的基準、直接或間接通過刑罰執行的刑法），意味著秦以前中國古代法令固有的特徵與性質猶存於漢律，而第三點在律令發展史上具有更深的含義。<sup>5</sup> 可見著者已發現漢律功能上的非單一化，並以「非刑罰」一語概言漢律令刑罰以外的功能。

對漢律令刑罰以外內容的關注，尙見有關「事律」的探討。《晉書·刑法志》在敘及漢律淵源及體例時，將《法經》六篇定性爲「罪名之制」，而將興、廩、戶三篇定性爲「事律」。<sup>6</sup> 關於事律，沈家本與程樹德均未論及，以後亦鮮見學者言及，即使有言及者也未超出《晉書·刑法志》的範圍。<sup>7</sup> 對此，日本學者內田智雄等人的解釋是：「事律，……是對興、廩、戶三律的總稱。前盜律、賊律等是對犯罪行爲的罰則規定，此三律則與此不同，是各種制度規定以及對違犯這些制度的行爲的懲罰規定」；<sup>8</sup> 富谷至則進行了進一步的推測：

<sup>4</sup> 例見張中秋，〈透視唐代經濟民事法律〉，《法學》2002.1：3-9；曾憲義、馬小紅，〈中國傳統法研究中的幾個問題〉，《法學研究》2003.3：30-42。

<sup>5</sup> 中田薰，〈支那律令法系の發達について補考〉，收入氏著，《法制史論集·第四卷·補遺》（東京：岩波書店，1964），頁184-186。

<sup>6</sup> 房玄齡等撰，《晉書》（點校本，北京：中華書局，1997），〈刑法志〉，頁922。

<sup>7</sup> 如中國歷史大辭典編纂委員會編，《中國歷史大辭典·秦漢史》（上海：上海辭書出版社，1990），頁260，「事律」條：「指漢代《九章律》中『興』、『廩』、『戶』三篇法律。……後三篇則為調整『戶』、『興』、『廩』方面具體事項而制定的法律條文。」

<sup>8</sup> 內田智雄編，《譯注中國歷代刑法志》（東京：創文社，1964），頁95。

九章律在六篇上增加了總稱為「事律」的戶、興、廩三律。儘管三篇的具體內容不得而知，但性質上可能多含有行政法規。在已是刑法的晉律中確有三律，且據新律序知其含有「廩律有告反坐、乏軍之興，興律有上獄之事」等刑法內容，然而在沒有行政法規與刑事法規區別的秦漢律中，事律當含有較多的非刑法條文。之所以如此考慮，皆在於《晉書》何以要以事律命名三律。所謂「事」與「罪」、「罰」相對，其含義為制度、行政。「律以正罪名，事以存事制」，以杜預解說所見，相對於「罪名」的「事制」是制度、行政，「事律」是以行政或制度為主的法規。只是當它們作為九章律而被匯總為法典後，被附加上新的刑事法規而成為具有刑法性質的三律。<sup>9</sup>

上述論者所採用的民法、民事性法律、非刑罰規定、行政或制度法規等用語，或逕用西方法學概念，或謹慎借用現代法學概念，或以大類區分刑罰與非刑罰，或揭示「事律」內涵，以此概言律令體系中刑法以外的內容。在這些概念中，「事律」的準確定義無疑將裨益於對漢律令體系的進一步認識。然而若以「事律」概括本文將要敘述的內容，亦有未妥。其一，秦漢律中的「事」多與賦役相關，如「逋事」、「避事」、「毋事」之「事」皆為此義，<sup>10</sup>「事律」之「事」，或在於此。「事制」之「事」，當為魏晉以降律令功能分途後的情形。其二，以張家山漢墓竹簡《二年律令》所見興、戶律證之，<sup>11</sup>知事律確實是制度規定與違制懲罰雜而有之。如〈興律〉凡九條，既有屬於制度規定的「上獄」之事，<sup>12</sup>也有對徵發而「逋不行」行為的懲罰。這種制度規定與懲罰規定

<sup>9</sup> 富谷至，〈晉秦始律令への道——第一部 秦漢の律と令〉，《東方學報》（京都）72（2000）：91。

<sup>10</sup> 「事」指賦役徵發，最常見的用法就是「逋事」，其例可見秦簡〈法律答問〉簡164、〈封診式〉簡14、張家山漢簡《二年律令》〈亡律〉簡157。又〈賊律〉簡25「賊傷人及自賊傷以避事者，皆黥為城旦舂」，簡124「女子庶人，勿筭（算）事其身，令自尚」，簡268「郵人勿令繇（徭）戍，毋事其戶」中所見的「事」，也都是指賦役。賦役徵發與戶口、軍興、庫廩相關，故其律以「事律」概言，亦合情理。

<sup>11</sup> 張家山二四七號漢墓竹簡整理小組編，《張家山漢墓竹簡（二四七號墓）》（北京：文物出版社，2001）。

<sup>12</sup> 該律文為：「縣道官所治死罪及過失、戲而殺人，獄已具，勿庸論，上獄屬所二千石

雜而有之的情形，亦見興、戶以外的其他律，這些律顯然不包括在事律之中，如反映了重要繼承關係的〈置後律〉。事實上以《二年律令》所見，除去刑法性質較為明顯的六律外，餘律在性質與形式上未見與興、戶有何明顯差異，皆為一事一律，既有制度，也有罰則。

鑒此，筆者借用上述用語中的「非刑法」一語，特指漢律令中的非刑法內容及涉及身分、能力、約、繼承、賠償、債等法律關係。需要特別指出的是，此「非刑法」一語的內涵僅限定於本文所涉內容，不包含本應也在「非刑法」概念中的行政、經濟等制度規定。另在「訴訟中的獄訟異同」一節中，為避免歧義，仍使用了民事訴訟一語以別刑事訴訟。

## 一、相關用語梳理

通過傳世文獻與百年來出土的簡牘及碑刻資料可以發現，漢代社會在表述當時社會一定的法律關係的時候，已經有其固定用語。例如見於《二年律令》中的社會各階層人等，有二十等爵、公卒、士伍、庶人、司寇、徒隸，權利義務的劃分與階等密切掛鉤；在家庭關係中，則有大父母、父母、子、孫、同產、同產子、遺腹子、棄妻子，又有夫妻、後妻、下妻、偏妻、主婢、主母、假母、假子、寡夫、寡婦、寡子等稱謂，身分不同，法律關係與地位亦不同。譬如在爵位繼承關係上，以事由分為「疾死置後」與「死事置後」。在前者，徹侯繼承人的繼承順序為嫡子、孺子之子、良人之子，關內侯以下則為嫡子、下妻子、偏妻子；在後者，其繼承順序為兒子、女兒、父親、母親、兄弟、姐妹、妻子、祖父、祖母、同居戶籍中人。<sup>13</sup> 在戶主繼承上，繼承人的順序依次為兒子、父母、寡（死者之妻）、女兒、孫子、耳孫、祖父母、同產子

官。二千石官令毋害都吏復案，問（聞）二千石官，二千石官丞相謹掾，當論，乃告縣道官以從事。徹侯邑上在所郡守。」律文書寫在簡396、397上，至簡397過半而終，表明這是一條完整的律文。以其內容所見，是制度規定（不含刑罰）。又，「掾」字當作「錄」。參見張家山漢簡研讀班，〈張家山漢簡二年律令校讀記〉，收入李學勤、謝桂華主編，《簡帛研究·二〇〇二—二〇〇三》（桂林：廣西師範大學出版社，2005），頁191。

<sup>13</sup> 律文見〈置後律〉簡368-371。

(兄弟之子)。<sup>14</sup> 有關遺腹子的繼承權則為「須遺腹產，乃以律為置爵、戶後」，<sup>15</sup> 棄妻之子的繼承權則不被承認，所謂「棄妻子不得與後妻子爭後」。<sup>16</sup>

在行為能力上，有傅籍之年、小未傅者、大男、大女、使男、使女、未使男、未使女、免老、眊老、罷癯之別，能力不同，所承擔的責任義務亦不同。〈徭律〉簡412-413載，當徵發徭役時，「免老、小未傅者、女子及諸有除者，縣道毋敢繇（徭）使」，又簡407：「眊老各半其爵繇（徭），□入獨給邑。」罷癯者亦可享受全部或部分免除賦役的權利。《周禮·地官·大司徒》「五曰寬疾」鄭注：「寬疾若今癯不可事，不算卒，可事者半之。」<sup>17</sup> 即對完全無能力承擔徭戍者，可免除其義務；對尚有部分承擔能力者，則令其服力所能及之役。父母罷癯者，子女還可獲得不出徭的優待。<sup>18</sup> 爲了使罷癯者的生活得到基本保障，法律還規定夫婦雙方若皆爲罷癯，則不得分異其子。<sup>19</sup>

在債務關係上，據居延漢簡、敦煌漢簡，<sup>20</sup> 可見責（債）、負責（債）、責（債）券、責（債）家、不服負、服負、收責（債）、償責（債）等語，反映了較爲清晰的債形態。在漢代的債務文書中還可時見「任者」與「旁人」之語，「任者」的責任是爲契約的履行及債權人的權

<sup>14</sup> 律文見〈置後律〉簡379-380。

<sup>15</sup> 〈置後律〉簡376。

<sup>16</sup> 有關繼承關係的研究成果，可見李均明，〈張家山漢簡所見規範繼承關係的法律〉，《中國歷史文物》2002.2：26-32；徐世虹，〈張家山二年律令簡所見漢代的繼承法〉，《政法論壇》2002.5：9-17；尹在碩，〈睡虎地秦簡和張家山漢簡反映的秦漢時期的後子制與家繼關係〉，《中國歷史文物》2003.1：31-43；臧知非，〈張家山漢簡所見西漢繼承制度初論〉，《文史哲》2003.6：73-80。

<sup>17</sup> 《周禮註疏》（世界書局《十三經註疏》影印本，北京：中華書局，1980），〈地官·大司徒〉，頁706。

<sup>18</sup> 〈徭律〉簡408：「諸當行粟，獨與若父母居老如眊老，若其父母罷癯（癯）者，皆勿行。」

<sup>19</sup> 〈戶律〉簡342-343：「……及夫妻皆癯（癯）病，及年老七十以上，毋異其子。」

<sup>20</sup> 本文所引居延漢簡，出自謝桂華、李均明、朱國炤編，《居延漢簡釋文合校》（北京：文物出版社，1987）及甘肅省文物考古研究所等編，《居延新簡——甲渠候官》（北京：中華書局，1994）。前者一般稱「舊簡」，後者一般稱「新簡」，因以簡號可區分新舊，故文中統稱居延漢簡。所引敦煌漢簡則出自甘肅省文物考古研究所編，《敦煌漢簡》（北京：中華書局，1991）。

利實現提供擔保，「旁人」的責任則是為契約的完成以及買方所應承擔的責任提供見證，此可視為債務擔保之一端。在抵押方式上，則有人身抵押與財產抵押之別。人身抵押在秦律中已有「強質」與「和受質」之謂，法律禁止強制人身抵押，漢律也沿襲了這一規定。財產抵押所見有俸祿抵押與不動產抵押。俸祿抵押往往發生於債權人通過債務人所在組織索債之時，故其文書套語為「願以某月俸錢某償某，以印為信，敢言之」。<sup>21</sup> 不動產抵押或可見四川郫縣犀浦東漢殘碑：「田八畝，質四千。……卅畝，質六萬。……康眇樓舍，質五千。……何廣周田，質□。……元始田八□□，質八萬。……田卅八畝，質三萬。」<sup>22</sup> 又據《二年律令》〈金布律〉簡429-430所見「質錢」、「質者」、「租、質、戶賦入錢」，可推知抵押這一行為在當時不屬寡見。關於債務履行，據現有資料知其通過四種方式實現：其一，官債由官府督促收回。《二年律令》〈盜律〉簡78-79載：「諸有段（假）於縣道官，事已，段（假）當歸。弗歸盈廿日，以私自段（假）律論。其段（假）別在它所，有（又）物故毋道歸段（假）者，自言在所縣道官，縣道官以書告段（假）在所縣道官收之。其不自言，盈廿日，亦以私自假律論。」對出借官物擁有所有權的縣道官府有權收回所借官物，而當債的標的不在債權人的管轄地內，債務人也已死亡而喪失歸還能力時，債權人則可授權標的現在地的官府收取。其二，所謂「知責（債）家」。居延漢簡273.12、EPT56.28及敦煌漢簡1453均見「知責（債）家」之語，其用語格式或為「即有物故（不在），知責家中見在者」，即債務人死亡或不在償債地，當由其家屬或有債務連帶關係者償還債務。其三，如居延漢簡眾多的索債請求文書所示，債權人有權通過所在地方官府，請求債務人所在地官府索債。其四，以勞役償債。睡虎地秦簡〈司空律〉簡141有「居質贖責（債）毆（繫）城旦舂」之語，《二年律令》〈具律〉簡93亦有「其當毆（繫）城旦舂作官府償日者」之文。「居質贖責（債）」謂以勞役抵償罰

<sup>21</sup> 例如居延漢簡EPT52.88A：「陽朔元年七月戊午，當曲墜長譚敢言之，負故止害墜長寧常交錢六百，願以七月奉錢六百償常，以印為信，敢言之。」又見EPT5.225等。此二簡邊側均有刻齒。

<sup>22</sup> 謝雁翔，〈四川郫縣犀浦出土的東漢殘碑〉，《文物》1974.4：67-71。

金、贖刑及債務，「作官府償日」亦有以勞役償債之意，<sup>23</sup>《論衡·量知篇》云「貧人負官重責（債），貧無以償，則身為官作，責（債）畢乃竟」，<sup>24</sup> 是其真實寫照。關於債務消滅，則有「入畢」與「勿收責（債）」之謂。「入畢」指債務償清，其債務自然消滅。有關債務人以奉錢償債的明細，可參見居延漢簡EPT51.214；「入畢」語見簡EPT51.77。「勿收責（債）」常見兩漢書各帝紀。政府在遭遇荒年、災年之際，將國有食糧與種子借貸給災民或貧民，以後國家又以債權人的身分放棄要求償還，此稱「勿收責（債）」或「勿收」。<sup>25</sup>

在損害賠償上，則有負、分負、償、以平賈（價）償、賈（價）以減償、備償、參分償、縣官皆為償主等語。「負」，《說文·貝部》釋為「一曰受貸不償」。<sup>26</sup> 居延漢簡債務文書中的「服負」、「不服負」指承認或不承認負債，其義與《說文》合，而《二年律令》涉及損害時的「負」，當是見於秦律的「負賞（償）」之義，即承擔賠償責任。<sup>27</sup> 如〈賊律〉簡6-8：「船人渡人而流殺人，……其敗亡粟米它物，出其半，以半負船人。舳鱸負 二，徒 負 一。其可紐毆（繫）而亡之，盡負之，舳鱸亦負二，徒負一。」律文規定若在水路運輸中對他人財產造成損害，要求賠償。若是不可抗力，賠償一半；若是船人過失，則全部賠償。「分負」襲秦而來，即由複數損害人採用分攤的方式共同承擔賠償責任，《秦律十八種》〈金布律〉簡80-81：「縣、都官坐效、計以負賞（償）者，已論，嗇夫即以其直（值）錢分負其官長及冗吏，而人與參辨

<sup>23</sup> 「作官府償日」的含義並不僅限於以勞役償債，尚有以勞役抵償罰金、贖刑及逃亡天數，抵償方式是「日居某錢」及「償亡日」，勞役的結束以錢數及逃亡天數的償清為底線。參見拙文，〈「三環之」、「刑復城旦舂」、「繫城旦舂某歲」解〉，《出土文獻研究·第六輯》（上海：上海古籍出版社，2004），頁79-89。

<sup>24</sup> 黃暉，《論衡校釋》（北京：中華書局，1990），〈量知篇〉，頁548。

<sup>25</sup> 以上關於債的內容，參筆者所撰，收入張晉藩主編，《中國民法通史》（福州：福建人民出版社，2003），第3章，第4節，頁179-183。

<sup>26</sup> 許慎，《說文解字》（陳昌治刻本新印本，北京：中華書局，1981），頁130。

<sup>27</sup> 秦律中數見「負賞（償）」用語，如《秦律十八種》簡80「縣、都官坐效、計以負賞（償）者」，簡83-84「吏坐官以負賞（償）」，簡174「群它物當負賞（償）而偽出之以彼（賤）賞（償）」，其義皆為承擔賠償，故秦律中的「負」有時當為「負償」之略語，可直接解作賠償，如《秦律十八種》簡149的「吏主者負其半」，簡165-166的「以其耗（耗）石數論負之」，即為其例。



券，以效少內，少內以收責之。其入贏者，亦官與辨券，入之。其責（債）毋敢隄（逾）歲，隄（逾）歲而弗入及不如令者，皆以律論之。」<sup>28</sup> 懸泉置漢簡中的「傳馬死二匹，負一匹，直（值）萬五千，長、丞、掾、番夫負二，佐負一」，<sup>29</sup> 是其佐證。「以平賈（價）償」、「賈以減償」見《二年律令》〈金布律〉簡433-434，二者的區別意味著賠償是按完全損失與可得利益損失兩種方式進行的。「備償」指如數足額賠償，其用例可見居延漢簡143.13與敦煌漢簡1036。「參分償」是用於畜產損害賠償時的一種方式，語見敦煌漢簡2011；有關畜產損害賠償的規定則分見於《二年律令》〈賊律〉簡50、〈田律〉簡253-254。所謂「縣官皆為賞（償）主」的含義是，當損害人因貧窮而無力支付賠償，則勞役於官府，損害人為刑徒時則課以笞刑，以上兩種人皆由官府代為賠償。<sup>30</sup>

此外，在約的形式上，有約、約束之謂。居延漢簡、敦煌漢簡買賣文書中的「約至……」為此類文書的固定用語，「約」為約定、約束，「至」後的內容一般是交易雙方約定的付款日期。作為約定文本，其有券、券書、參辦券、文契之謂，材料則有鐵契、石券、木券之別。券書在財產繼承及糾紛處理中具有重要作用。在借貸租賃關係上，有子錢、子錢家、貸子錢、息錢、月息、質、質錢、質者、就（僦）、僦人、庸、庸賈（價）。<sup>31</sup> 在繼承關係上，自《二年律令》〈置後律〉知有置後、襲爵、代戶之語，<sup>32</sup> 而〈戶律〉所見的「先令相分」及《漢書·地理志》所見的「生分」，又反映出漢代財產繼承的非單一性。

<sup>28</sup> 在「分負」的另一面，秦律也規定了「分負」責任消滅的措施。〈金布律〉簡83-85：「吏坐官以負賞（償），未而死，及有罪以收，挾出其分。其已分而死，及恒作官府以負責（債），牧將公畜生而殺、亡之，未賞（償）及居之未備而死，皆出之，毋責妻、同居。」

<sup>29</sup> 胡平生、張德芳編撰，《敦煌懸泉漢簡釋粹》（上海：上海古籍出版社，2001），頁18。

<sup>30</sup> 關於損害賠償，參拙文，〈張家山二年律令簡中的損害賠償之規定〉，《華學·第六輯》（北京：紫禁城出版社，2003），頁135-146。

<sup>31</sup> 子錢、子錢家見《史記·貨殖列傳》；貸子錢見《漢書·王子侯表上》；息錢、月息見《張家山漢墓竹簡（二四七號墓）》之〈算術書〉；質、質錢、質者已見前文；僦、僦人多見居延漢簡，如154.5, 214.125, 267.16, EPT59.100等簡；庸、庸賈（價）亦見居延漢簡170.2, 159.22, EPT51.86, EPT52.240諸簡。司馬遷，《史記》（點校本，北京：中華書局，1997），頁3280；班固，《漢書》（點校本，北京：中華書局，1997），頁447。

<sup>32</sup> 「代戶」一語又見尹灣漢簡及侍廷里父老儻約束石券。

上述用語表明，漢代社會涉及身分、能力、繼承、債務等法律關係的形態不僅難言空白，在某些方面甚至還相當飽滿。正確地認識並解釋這些用語，對於我們認識漢律的另一面乃至漢代社會具有重要作用。

## 二、律令體系中的非刑法機能

自魏新律以後，中國古代律典的刑法性質明朗化，經秦始律而至唐律，其單一刑法典的體例穩定不變。但就漢律而言，其性質並不是單一性的。以《二年律令》中的二十七種律為例，如果依據刑法規定與非刑法規定分類，大致可分為三類。

第一類基本屬於刑法規定，可納入這一類別的有賊、盜、具、告、捕、亡、收、錢、興諸律。儘管這些律中亦雜有非刑法的內容，如〈賊律〉中的過失損害賠償、畜產損害賠償，〈具律〉中的有關發現地原則、審級及復審規定，而且〈錢律〉與〈興律〉也不排除原有制度性的規定，只是抄錄者未抄錄而已的可能，但從總體性質上看屬於較明確的刑罰之篇。

第二類屬於刑法規定與非刑法規定雜而有之者，如雜、行書、戶、效、爵、徭、史諸律。這類律的構成大致有兩種情況，一如〈徭律〉簡411-415所示：

發傳送，縣官車牛不足，令大夫以下有訾（貲）者，以貲共出車牛及益，令其毋訾（貲）者與共出牛食、約、載具。吏及宦皇帝者不與給傳送。事委輸傳送，重車重負日行五十里，空車七十里，徒行八十里。免老、小未傅者、女子及諸有除者，縣道毋敢繇（徭）使。節（即）載粟，乃發公大夫以下子未傅年十五以上者，<sup>33</sup> 補繕邑□，除道橋，穿波（陂）池，治溝渠，塹奴苑；自公大夫以下，勿以為繇（徭）。市垣道橋，命市人不敬者為之。縣弩春秋射各旬五日，以當繇（徭）。戍有餘及少者，隤後年。興□□□□□

<sup>33</sup> 整理小組讀此句作「乃發公大夫以下子、未傅年十五以上者」，高敏讀此句作「乃發公大夫以下子未傅年十五以上者」，此從。見氏著，〈西漢前期的「傅年」探討——讀張家山漢墓竹簡劄記之六〉，《新鄉師範高等專科學校學報》2002.3：27-29。

為□□□□及發繇（徭）戍不以次，若擅興車牛，及繇（徭）不當繇（徭）使者，罰金各四兩。

律條的大部分內容都是對百姓的徭役義務、內容的規定，只是在最後加入了對徭役管理者違犯制度規定的懲罰，即同條律文中兼有制度規定與對制度管理者的懲罰規定。二如〈行書律〉所示：

一郵十二室。長安廣郵廿四室，敬（警）事郵十八室。有物故、去，輒代者有其田宅。有息，戶勿減。令郵人行制書、急書，復，勿令為它事。畏害及近邊不可置郵者，令門亭卒、捕盜行之。北地、上、隴西，卅里一郵；地險陝不可郵者，得進退就便處。郵各具席，設井磨。吏有縣官事而無僕者，郵為炊；有僕者，段（假）器，皆給水漿。（簡265-267）

發致及有傳送，若諸有期會而失期，乏事，罰金二兩。非乏事也，及書已具，留弗行，行書而留過旬，皆盈一日罰金二兩。（簡269-270）

在抄錄者所錄的八條律文中，既有對置郵里數、室數、設施及郵人權利的規定（如簡264-268），也有對違犯文書傳遞規定行為的懲罰（如簡269-275），即在一篇律中包含了有關行書的各種規定，既有制度規定，也有對違犯制度的懲罰規定，以上所錄兩條即為其例。

第三類則是基本不涉及或較少涉及刑罰規定的內容，如復、賜、傅、置後、金布、秩諸律。茲列表如下：

律名	條數	簡編號	非刑罰規定條數	涉及刑罰條數
復律	1	278-281	全部	
賜律	18	282-304	全部	
傅律	8	354-366	全部	
置後律	19	367-391	17條	2條，即第十七條（簡389）與第十八條（簡390），但懲罰對象為主管官吏，行為為審核不實（不審）與拖滯不辦（留弗為置後過旬）。

這其中的〈復律〉因僅有一條，大概難以爲據，不過以其他三律見之，多少可以判斷其性質所在。

儘管《二年律令》的抄錄者所抄律條佔當時律文總數的多少，目前尚不得而知，而且抄錄者如果採用的是節錄之法，則未錄部分是刑法規定還是非刑法規定亦無法猜測，但以所抄錄的條文爲據，大致可以發現當時律的產生，基本是一事一律，即以事類爲篇的，緣此才會在諸律中出現既有單純的刑法規定，也有較單純的涉及民事、行政、經濟的非刑法規定。例如在涉及到繼承關係的〈置後律〉以及涉及到身分權利義務的〈傳律〉中，基本只是正面的制度規定而未見刑事制裁，同樣的現象也可見涉及經濟管理的〈金布律〉以及與官吏制度相關的〈秩律〉。而且即使是在屬於第二類的〈戶律〉中，也含有僅僅就是規定財產分配的條文，如簡337-345。這種律篇及律文的構造方式當給人以啓示：就律的機能而言，在漢代並非僅限於刑罰，我們今天所理解的民事法規的相關內容，在當時也通過「律」來規範。換言之，律既可以是刑法的載體，也可以是民事、行政、經濟法規的表現形式。<sup>34</sup>

除律之外，漢令也可以是非刑法法規的表現形式。《晉書·刑法志》：「又漢時決事，集爲令甲以下三百餘篇，及司徒鮑公撰嫁娶辭訟決，爲法比都目，凡九百六卷。世有增損，率皆集類爲篇，結事爲章。」據此，知漢令的編纂方式爲「集類爲篇，結事爲章」。這種編纂方式，通過出土的簡牘資料可以得到印證。《二年律令》簡中唯一的一種令爲〈津關令〉，凡錄二十三條詔令，每條以編號爲序，內容全部與出入津關相關。又如敦煌懸泉置漢簡所見兵令佚文綴有「十三」編號，<sup>35</sup>

<sup>34</sup> 關於律與下文所述令功能的見解，最早見中田薰的〈支那律令法系の發達について補考〉一文（1953），他在總結漢律令特點時指出：「根據以上研究，我們可知三事：……（三）其（指漢律——筆者注）自身蘊涵著在後世發展爲非刑罰之令的諸多種子。」（又見《法制史論集·第四卷·補遺》，頁186）。二〇〇〇年，富谷至所撰〈晉泰始律令への道〉一文的「結語」部分亦指出：「令與律只是法律形式的不同，它意味著在內容上不存在刑罰法規或非刑罰法規的不同。」（見頁83）。二〇〇二年，筆者據新出《二年律令》，也提出了與上述見解基本相同的看法。見拙文，〈對漢代民法淵源的新認識〉，《鄭州大學學報》2002.3：12-15。

<sup>35</sup> 其令文爲：「·兵令十三：當占緡錢，匿不自占，【占】不以實，罰及家長戍邊一歲。」見《敦煌懸泉漢簡釋粹》，頁11。

武威旱灘坡漢簡則有「公令第十九」、「尉令第五十五」等令名與編號，<sup>36</sup> 這也從一個方面反映了令的編纂或整理方式。又據整理者介紹，張家山三三六號墓所出「功令」，是有關官吏考績、升遷的規定，其格式與〈津關令〉相同。<sup>37</sup> 這種樣式同樣可求證於居延漢簡，居延漢簡所見「功令第卅五」，為軍吏秋射考核獎懲規定，其被編為功令第四十五條。

從令的基本功能視之，補充或修正律是其最明顯的屬性。目前已知的〈金布律〉——金布令甲、〈田律〉——田令、〈戶律〉——戶令、〈秩律〉——秩祿令、〈祠律〉——祠令、〈尉律〉——尉令等用語，<sup>38</sup> 使其形態漸趨凸顯。即當需要追加補充令時，便以令實現修律目的，其條文也按「集類為篇」的方式被編入相應的令篇之中，並按先後順序在該令字首以編號。〈津關令〉的面世，使人們更清楚地認識到了這一點。既然像〈津關令〉這樣的令篇是以事類為基準分篇的，而且令的來源主要又是皇帝直接下詔與對臣下提案的制可，<sup>39</sup> 則令與律一樣，其所承載

<sup>36</sup> 其簡文為：「坐臧為盜，在公令第十九，丞相常用第三。」「代戶父不當為正，奪戶。在尉令第五十五。」見武威地區博物館，〈甘肅武威旱灘坡東漢墓〉，《文物》1993.10：28-33。

<sup>37</sup> 彭浩，〈湖北江陵出土簡牘概說〉，收入大庭脩編輯，《漢簡研究の現状と展望：漢簡研究國際シンポジウム'92報告書》（大阪：關西大學出版部，1993），頁171-172。

<sup>38</sup> 金布律名見睡虎地秦簡、張家山漢簡《二年律令》簡、《晉書·刑法志》，金布令甲見《漢書·蕭望之傳》。田律名見睡虎地秦簡、張家山漢簡《二年律令》簡、《周禮·夏官·大司馬》注，田令見《後漢書·黃香傳》。戶律見《二年律令》簡與居延漢簡202.10，戶令見李均明、何雙全編，《散見簡牘合輯》（北京：文物出版社，1990），簡46：「□□□□詔書宗室有屬屬皆勿事戶令□犯者□行罪罰，勿令為吏□。」張學正〈甘谷漢簡考釋〉（收入甘肅省文物工作隊、甘肅省博物館編，《漢簡研究文集》〔蘭州：甘肅人民出版社，1984〕）釋文為：「……□□□□□□詔書：宗室有屬一盡，皆勿事。乃令□……犯者，紆行罪罰，勿令為吏，……」。文章未附圖版。據《散見簡牘合輯》著者前言，「這次整理時，……有簡牘原件可資校對者，盡可能用原件核對釋文。無條件核對原件者則以簡牘照片校對釋文。無法見到原件及照片者則抄錄已發表過的釋文，對釋文有懷疑處另加按語說明」，故其釋文當較為可信。秩律見《二年律令》，秩祿令見《漢書·文帝紀》注臣瓚曰。祠律見敦煌漢簡449，祠令見《漢書·文帝紀》注如淳曰。尉律見《說文解字·敘》，尉令見前引武威旱灘坡漢簡。不過需要指出的是，尉律因其內容涉及不一，故可能並不是一個具體的律篇名，尉令的性質亦當如此。參張晉藩主編，《中國民法通史》，頁143-144。

<sup>39</sup> 大庭脩曾劃分了漢代制詔的三種形態：一是皇帝直接行使立法權，在這種情況下詔書中使用「著令」、「著為令」等語；二是官吏在許可權範圍內履行職責而奏請，經皇帝制

的內容當只有事類之分而無刑法與非刑法之別。《晉書·刑法志》所謂「違令有罪則入律」這一律令的功能之別，是在編撰魏晉律以後才加以區分的。

當我們關注到律令在漢代社會中所凸顯的非刑法功能時，同樣也不可忽視源於另一種樣式的約束力，這就是禮與習俗。正如武帝以後，《春秋》在決獄中獲得了與律令同等的地位一樣，推崇秩序的禮在規範約束社會關係上從一開始就起了「益律所不及」的作用。據張家山漢簡整理者所言：「律令，出自張家山247號墓（下稱甲組）和336號墓（下稱乙組），……現在發現的〈朝律〉與叔孫通制定的朝見禮儀相近，由此可見，叔孫通確實參見了有關禮儀法律的制定。」<sup>40</sup> 這似乎可以說明禮儀可以直接體現為制定法的內容。<sup>41</sup> 與此同時，禮亦可獨立於律而與律一同起到雙重約束的作用。《風俗通義·怪神》載，太守司空第五倫到官，禁絕淫祀，以經、律統一掾吏思想，先引《經》言「淫祀無福」、「非其鬼而祭之，諂也」，次引律文「不得殺少齒」，隨後「移書屬縣，曉諭百姓」，體現了「為政當信經義」的趨向。<sup>42</sup> 《論衡》〈謝短〉云「至禮與律猶經也」，〈程材〉云「法令，漢家之經」，如果不是經義與禮儀的作用已等同於律令，人們大概不會是「以經目律」的。<sup>43</sup> 甚至法律的研習也由歷來的實務之途而在一定程度上演變為學派傳播，出現了「九章」之名並視其為經書的慣例。<sup>44</sup> 至於〈齊世〉所言「禮雖言男三十

---

可後以制詔形式頒佈；三是皇帝直接委託大臣行使立法權，在這種情況下詔書中使用「具為令」、「議為令」、「議著令」等語。立法內容經皇帝「制可」後被列入法典。見氏著，《秦漢法制史の研究》（東京：創文社，1982），頁230。

<sup>40</sup> 彭浩，〈湖北江陵出土西漢簡牘概說〉，頁171。關於《晉書·刑法志》中「叔孫通益律所不及」一句，涉及到對漢代律令體系中「正律」與「旁章」的理解。對此，筆者已於二〇〇三年六月撰成〈說「正律」與「旁章」〉一文，發表於中國人民大學人文學院歷史系暨漢唐研究中心主辦，「漢唐盛世」學術研討會，北京：中國人民大學，2004年6月5-6日。我的基本觀點是，以「正律」與「旁章」劃分漢律，是〈魏律序〉的作者對漢律的價值判斷。

<sup>41</sup> 《史記·叔孫通列傳》所見「儀」云云，也許是與朝律相關的佚文。

<sup>42</sup> 應劭撰，王利器注，《風俗通義校注》（臺北：漢京文化事業有限公司，2004），卷九，頁401。

<sup>43</sup> 《論衡校釋》，頁567。

<sup>44</sup> 參見滋賀秀三，《中國法制史論集：法典と刑罰》（東京：創文社，2003），頁38。

而娶，女二十而嫁，法制張設，未必奉行」，則直接以「法制」指「禮」。總之，禮俗的約束機能體現二途，一是禮直接入律，出自張家山三三六號墓的朝律或可窺其一斑；二是直接以禮約束之。

譬如在婚姻關係上，就較明顯地體現了禮律的雙重約束。在制定法中，《二年律令》將重婚、娶逃亡人爲妻、嫁給逃亡人爲妻、強略人爲妻及家族成員的亂倫行爲視爲犯罪，予以打擊，<sup>45</sup> 同時對妻子的婚前財產及所有權也採取了一定的保護措施。如〈置後律〉簡384規定：

女子爲戶母後而出嫁者，<sup>46</sup> 令夫以妻田宅盈其田宅，宅不比，弗得。其棄妻及夫死，妻得復取以爲戶。棄妻，畀之其財。

律文規定有三：一是作爲戶主而又無繼承人的女子出嫁後，丈夫可以將她的田宅納入自己名下，但如果宅不比鄰，則不許納入；二是妻子被棄或丈夫死亡，妻子可以重新取回田宅立戶；三是妻子被棄，丈夫要歸還屬於她的財產。而在婚齡、婚姻禁忌、婚姻成立及解除上，似乎是禮與習俗更起決定作用。惠帝六年曾頒詔，規定「女子年十五以上至三十不嫁，五算」，<sup>47</sup> 此可視作爲繁息人口而規定的強制措施，表明在當時至婚齡而不嫁非個別現象。惠帝令的執行情況如何不得而知，但王吉對世俗早婚提出批評，將矛頭指向世俗而非律令時，多少可間接說明當時人們對成婚年齡的認定依據來自習俗而非律令，否則王吉當直接提出修訂律令的建議而不言「世俗」。換言之，在世俗社會的意識中，人們只要是具有完整行爲能力的「大男」、「大女」，即達到嫁娶之年。<sup>48</sup>

<sup>45</sup> 如《二年律令》〈亡律〉簡168：「取（娶）人妻及亡人以為妻，及為亡人妻，取（娶）及所取（娶），為謀（媒）者，智（知）其請（情），皆黥以為城旦舂。」又〈雜律〉簡194：「強略人以為妻及助者，斬左止（趾）以為城旦。」簡195：「復兄弟、孝〔季〕父柏（伯）父之妻、御婢，皆黥為城旦舂。復男弟兄子、孝〔季〕父柏（伯）父子之妻、御婢，皆完為城旦。」

<sup>46</sup> 此句釋文原為「女子為父母後而出嫁者」，謝桂華據圖版將「父母」校釋為「戶母」，全句為「女子為戶母後而出嫁者」，此從。參見張家山漢簡研讀班，〈張家山漢簡二年律令校讀記〉，頁191。

<sup>47</sup> 《漢書》卷二，〈惠帝紀〉，頁91。

<sup>48</sup> 值得注意的是，唐宋時期的婚齡規定，也往往通過詔令實現。《新唐書》〈太宗本紀〉：「貞觀元年正月乙酉，改元。……二月丁酉，詔民男二十、女十五以上無夫家者，州縣以禮聘娶。」又〈玄宗本紀〉：「（開元）二十二年，詔男十五、女十三以上得嫁娶。」宋代規定同開元令。《名公書判清明集》卷七，〈立繼有據不為戶絕〉：

又如在家庭關係中，漢初即已確立了家長權的法律優待。家長權在刑法中的反映就是嚴懲子女對父母的不孝行爲，子女賊殺傷父母，處梟首之刑；子女企圖殺害父母、毆打辱罵尊長亦處以棄市之刑；甚至只要是父母告子不孝，亦適用棄市之刑。<sup>49</sup> 反之，若是子告父母，則不僅不予受理，且處告者以棄市。<sup>50</sup> 在法律對家長權的保護下，子女的身分有時甚至等同於奴婢，子女並不因爲與父母有血緣關係而可獲得優於奴婢的法律地位。<sup>51</sup> 而在日常生活中，「父爲子綱」的理想實現就是父母對子女的教令權、懲戒權、婚姻主宰權以及家庭財產的支配權與處分權。

再如在財產繼承關係上，《二年律令》〈戶律〉中簡334、337所載兩條律文頗令人關注：

民欲先令相分田宅、奴婢、財物，鄉部嗇夫身聽其令，皆參辨券書之，輒上如戶籍。

民大父母、父母、子、孫、同產、同產子，欲相分予奴婢、馬牛羊、它財物者，皆許之，輒爲定籍。

這兩條律文的核心，可以說是對民間既有習慣予以法律上的介入。律文中所反映的析產形態有兩種，一是「先令相分」，即遺囑繼承；二是家

---

「在法：男年十五，女年十三以上，並聽婚嫁。」看來相對穩定的律典很難承載相對靈活的婚禮規定，皇帝詔令對婚齡的規定，正體現了國家權力對民間習俗的導向作用。至明清，婚齡規定則入「嘉禮」。《明史·禮志》：「凡庶人娶婦，男年十六，女年十四以上，並聽婚娶。」撰成於乾隆中而增修於道光年間的《大清通禮》所規定的婚齡亦同明。歐陽修、宋祁撰，《新唐書》（點校本，北京：中華書局，1997），頁27；《名公書判清明集》（中國社會科學院歷史研究所宋遼金元研究室點校本，北京：中華書局，1987），頁217；張廷玉等撰，《明史》（點校本，北京：中華書局，1997），頁1403；《大清通禮》（臺北：臺灣商務印書館影印文淵閣四庫全書本，1986），卷二四，〈嘉禮〉。

<sup>49</sup> 《二年律令》〈賊律〉簡34：「子賊殺傷父母，……皆梟其首市。」簡35-37：「子牧殺父母，毆詈泰父母、父母、段（假）大母、主母、後母，及父母告子不孝，皆棄市。其子有罪當城旦舂、鬼薪白粲以上，及爲人奴婢者，父母告不孝，勿聽。年七十以上告子不孝，必三環之，三環之各不同日而尚告，乃聽之。教人不孝，黥爲城旦舂。」儘管對年七十以上的老年父母告子不孝，法律有「三環之」的限制，然而孝與不孝的判斷權完全是由父母掌握。

<sup>50</sup> 《二年律令》〈告律〉簡133：「子告父母，……勿聽而棄告者市。」

<sup>51</sup> 如《二年律令》〈賊律〉簡39：「父母毆笞子及奴婢，子及奴婢以毆笞辜死，令贖死。」



庭中血親成員的協定相分。平帝元始五年（5）先令券書是對簡334的有力佐證，居延漢簡202.10「知之，當以父先令、戶律從〔事〕」之文，證明「父先令」的效力等同於戶律。出土簡牘及碑刻中的各種「約」、「券」乃至墓葬中的買地券，均反映出習慣在社會生活中具有約束機能。

### 三、訴訟中的獄訟異同

從整體而言，漢代的獄訟（猶今言民事訴訟與刑事訴訟）並無根本不同。《二年律令》〈具律〉簡102及104-106載：

獄事當治論者，<sup>52</sup> 其令、長、丞或行鄉官視它事，不存，及病，而非出縣道界也，及諸都官令、長、丞行離宮有它事，而皆縣官之事也，及病，非之官在所縣道界也，其守丞及令、長若真丞存者所獨斷治論有不當者，令真令、長、丞不存及病者皆共坐之，如身斷治論及存者之罪。唯謁屬所二千石官者，乃勿令坐。

該律文所涉，是對縣令、長、丞及都官令、長、丞的司法責任的追究。律文規定：當有案件需要審理時，縣令、長、丞如果去鄉官視事而不在署，或者患病而人仍在縣道內，都官令、長、丞因公事而前往派出機構（離宮），或者患病後不前往官署所在地的縣道界內，在這種情況下，在署的守丞以及令、長、真丞如果獨立審理的案件有所不當，不在署或患病的真令、長、丞也要共同負連帶責任，其罪與親自審理案件者在署者相同。但如果報告過二千石官，可不坐罪。從中可以推知，在正常情況下，縣、令、丞是地方的重要審級，事實清楚的「獄事」應由其負責審理。這裏的「獄事」，可能在更多意義上是指刑事案件。但由於漢代行政組織職能的多元化，故作為治獄聽訟的主體，縣在獄訟上並無嚴格區分。如《漢書·王尊傳》所載王尊斷假子不孝案，為縣令決獄之例；居延漢簡所見著名的「候粟君所責寇恩事」一案，受理與審判意見的提出主體為居延縣令、守丞，此為縣決訟之例。此外，就告訴的受理機構

<sup>52</sup> 「獄」字原居簡102之末，據張家山漢簡研讀班校讀，簡102當在簡104之前，故「獄」字與簡104的首字「事」相接，為「獄事……」。參見張家山漢簡研讀班，〈張家山漢簡二年律令校讀記〉，頁183。

而言，二者也無區別。如《二年律令》〈具律〉簡101：「諸欲告罪人，及有罪先自告而遠其縣廷者，皆得告所在鄉，鄉官謹聽，書其告，上縣道官。廷士吏亦得聽告。」此言鄉可受理刑事案件之告發。《後漢書·逸民列傳·周黨》：「少孤，爲宗人所養，而遇之不以理，及長，又不還其財。黨詣鄉縣訟，主乃歸之。」<sup>53</sup> 是爲鄉受理財產糾紛訴訟之例。

不過較同而言，獄訟之異亦不難見其端倪。

第一，所謂治獄、斷獄、鞠獄之獄，一般是指刑事案件，而爭訟則多指非罪訴訟，其訴訟事由多爲租稅、田地、財產糾紛。《說文·言部》：「訟，爭也。」是爲訟之本義。《周禮·地官·大司徒》鄭注「爭罪曰獄，爭財曰訟」，大致區分了訴訟性質的不同。《漢書·地理志下》的「爭訟分異」，《後漢書》〈光武帝紀〉的「訟逋租」，〈樊宏傳〉的「爭財」，〈逸民列傳·周黨〉的「訟財」，〈逸民列傳·高鳳〉的「訟田」，一定程度上印證了鄭注。此外在縣級機構需要向上統計彙報的集簿中，有「盜賊」一類的刑事案件類別。《漢書·魏相傳》：「案今年計，子弟殺父兄，妻殺夫者，凡二百二十人。」丞相魏相所言卑殺尊案件數字，應取據於當年的上計統計。《續漢書·百官志五》劉昭注引胡廣《漢官解詁》：「秋冬歲盡，各計縣戶口墾田，錢穀入出，盜賊多少，上其集簿」，<sup>54</sup> 反映了集簿的內容。作爲上計事項之一的「盜賊多少」，顯然與民事案件無涉。民事訴訟案件是否也要「上其集簿」，尙有待新資料的發現。

第二，就訴訟提出而言，一般「告」之所及，往往爲刑事犯罪。《二年律令》有〈告律〉一篇，所見有誣告、告不審、先自告等，皆爲刑罪之名。又〈具律〉簡113所言「治獄者，各以其告劾治之，敢放訊杜雅，求其他罪，及人毋告劾而擅覆治之，皆以鞠獄故不直論」，表明獄的訴訟提出是告劾，司法官吏如無訴訟提出而擅自治獄，所定罪名爲「鞠獄故不直」。有論者根據對張家山漢簡《奏讞書》所見漢高祖時期案例文書的分析，指出其時的司法程序與秦完全一致，首「告劾」，次

<sup>53</sup> 范曄，《後漢書》（點校本，北京：中華書局，1997），〈逸民列傳·周黨〉，頁2761。

<sup>54</sup> 《續漢書》（點校本，北京：中華書局，1997），〈百官志五〉，頁3623。

「訊」、「詰」，又次「診」、「問」，再次「鞫」、「審」，最後「當之」。<sup>55</sup>《漢書·酷吏列傳》所載張湯治鼠獄，其程序為劾、掠治、傳爰書、訊、鞫、論、報，兩相比較，其訴訟的提出均為告劾，可證〈具律〉簡113之文。而涉及田財、租稅、債務的訴訟提出，一般通過「自言」實現，居延漢簡中為數甚多的「自言責（債）」，即為債權人向債務人提出索債要求的用語。又據前引諸「訟」用語，知涉及債務、財產糾紛時，其訴訟用「自言」而不用「告劾」。不過需要指出的是，由於「私人對官方進行申訴和申請的行為被稱為『自言』」，<sup>56</sup> 因此正如對爰書的界定不能僅限於司法文書一樣，自言亦非僅用於民事訴訟，並非凡「自言」皆為提起民事訴訟。如《二年律令》〈盜律〉簡78-79：「諸有段（假）於縣道官，……其段（假）別在它所，有（又）物故毋道歸段（假）者，自言在所縣道官，縣道官以書告段（假）在所縣道官收之。其不自言盈廿日，亦以私自假律論。」這裏的「自言」，是指公物的假借者及相關者向假借物所在的縣道官提出申述，與訴訟無涉。又居延漢簡簡6.13「□侯長賢自言常以令秋射署功勞」，簡15.19「永始五年閏月己巳朔丙子，北鄉嗇夫忠敢言之，義成里崔自當自言為家私市居延」，其「自言」所及亦與法律意義上的訴訟無涉。與「自言」相類之例還有「自訟」。《二年律令》〈告律〉簡135：「奴婢自訟不審，斬奴左止（趾），黥婢顏（顏）頰，畀其主。」又《後漢書·光武帝紀下》：「（十二年）二月癸酉，詔隴、蜀民被略為奴婢自訟者，及獄官未報，一切免為庶人。」又：「（十四年）十二月癸卯，詔益、涼二州奴婢，自八年以來自訟在所官，一切免為庶人，賣者無還直。」此「自訟」涉及奴婢身分申訴，與「訟」之本義相合。然而同樣由於「訟」之本義為「爭」，故「自訟」之用亦不僅限於奴婢的身分申訴。儘管鑒於上述自言、自訟的義項不一，故不可視其為民事訴訟的專用語，卻可看作提起此類訴訟的習見語，至少在債務糾紛中如此。

<sup>55</sup> 蔡萬進，〈張家山漢簡奏讞書研究〉，中國社會科學院博士後研究工作報告（2004年5月，未刊），頁47。

<sup>56</sup> 初山明著，謝新平、東山譯，〈爰書新探——兼論漢代的訴訟〉，收入中國社會科學院簡帛中心編，《簡帛研究譯叢·第一輯》（長沙：湖南出版社，1996），頁182。

第三，從受理後的驗問程序考察，刑事案件中的驗問，往往是在將當事人收捕後進行。睡虎地秦簡〈封診式〉中的「告子」爰書，清楚地反映了「告→執→訊」這一程式。漢律規定亦同。《二年律令》〈捕律〉簡152有「以告劾逮捕人」之文，知告劾發生後即可實施逮捕，驗問則在逮捕之後。〈收律〉簡180云「有告劾未逮，死，收之」，是指當事人被告劾後未及逮捕而死亡，仍然要收其妻、子及財產。前述〈王尊傳〉中的「收捕驗問」便是其程序的反映。居延漢簡所出若干份劾狀，有的末尾有「某某劾，將某某詣某某獄，以律令從事」之用語，如簡EPT68.81-82：「建武五年十二月辛未朔戊子，令史劾，將褒詣居延獄，以律令從事。」又簡EPT68.31-32：「建武六年四月乙巳朔己丑，甲渠候長昌林劾，將良詣居延獄，以律令從事。」褒被劾之由為「亡失馬，燔舉不如品約，不憂事邊」，良被劾為「蘭越塞天田出入」，被劾後隨同劾狀一併送往居延縣獄。如果當事人作案後逃亡，追捕未得，劾狀最後則書「某某劾，移某某獄，以律令從事」。這表明刑事訴訟提出後，對當事人應當即行逮捕並送往所在地縣獄進行訊問，居延漢簡裏出現的「逮書」，<sup>57</sup> 即是對被告實施逮捕的文書，而「劾逮遣書」可能就是告劾、逮捕、遣送的程序反映。<sup>58</sup>

債務訴訟提出後，對當事人則不進行拘捕，而是由其所在地的鄉嗇夫召其驗問，〈候粟君所責寇恩事冊書〉裏的「召恩詣鄉」便是明證。又如居延漢簡229.1-2記載的發生於永始二年（15 BC）的趙宣償馬案，當大昌里男子張宗作為債權人提出索債訴訟後，債務人甲渠收虜隧長趙宣遂被「召詣官」進行驗問。驗問開始後，被告可以通過「自證爰書」實現自己的申述權利。如果被告曾有自證爰書存檔於官府，且認為所述事實清楚，甚至可以拒絕到上一級官府接受驗問。居延漢簡EPS4T2.52所載李勝之不負償錢爰書，即反映了這種權利。再以「收責（債）」過程見之，通常是債權人通過自言文書向所在地官府（軍人則向其上級）提出索債要求，債務人若在當地，則召其至治所驗問，如寇恩例；債務人若

<sup>57</sup> 例見居延漢簡58.17、163.19。又敦煌懸泉漢簡：「獄所還（逮）一牒：河平四年四月癸未朔甲辰，效谷長增謂縣（懸）泉嗇夫、吏，書到，捕此牒人，毋令漏泄，先聞知，得遣吏送……(A)／掾賞、獄史慶。(B)」見《敦煌懸泉漢簡釋粹》，頁20。

<sup>58</sup> 簡文見居延漢簡49.19。

在異地，則由債權人所在地官府移文彼地，由彼地官府負責驗問收債。其移文見居延漢簡EPT53.186：

甘露三年十一月辛巳己酉，臨木候長福敢言之。謹移戍卒呂異眾等行道賁賣衣財物直錢如牒。唯官移書，令鱒得、灤涇收賁，敢言之。

臨木候為居延都尉府的下轄部，鱒得縣屬張掖郡，灤涇縣屬酒泉郡。臨木候戍卒呂異眾等人途經二縣時，在當地賁賣衣物，可能是返回居延後未能如約得到錢款，於是向上級提出索債要求。為此，臨木候長向候官發文，請求移送相關文書，令鱒得、灤涇二縣向債務人追債。<sup>59</sup> 債務人所在地的上級官府收到相關文書後，即向下級單位發文，要求驗問收債。此例見居延漢簡甲附22：

元延三年四月丙戌朔庚戌，鉞庭候史□敢言之。府移殄北書曰：□  
□卒子章自言賁第卅八墜長趙□官袍一領，直千四百五十，驗問收〔賁〕。

此「府移殄北書」，應是居延都尉府向甲渠候官（鉞庭候上級機關）移送的來自殄北候的索債文書。在「驗問收〔賁〕」之後，應當還有如見於居延漢簡3.2的「收賁報，會月十日」之類規定報告日期的文字。鉞庭候收到府書後，則應將第三十八隧長趙某召至治所，驗問收債。債務人經驗問後若承認負債（服負），驗問者便實行收債。

上述的債權實現過程大致為自言→召詣官驗問→服負→收債，與刑事案件的告劾→逮捕→驗問→辭服→判決這一程序相比，在前兩個環節上顯然不同。

第四，從法律適用分析，刑事案件的判決依據一般為律令。如《奏讞書》簡69-74所載醴陽令恢盜官米案，在對當事人進行問、鞠之後，治獄者在「當（判決）」中援引律令定罪量刑：

<sup>59</sup> 此種異地收債的做法，當襲自秦律。秦簡〈金布律〉簡76：「有賁（債）於公及賁、贖者居它縣，輒移居縣賁之。公有賁（債）百姓未賁（償），亦移其縣，縣賁（償）。」此言公私債務的追償，私人之間的債務追償當亦循此辦理。居延漢簡EPT58.45AB：「□  
□丑朔甲寅，居延庫守丞慶敢言之。繕治車卒甯朝自言賁賣衣財物客民卒所各如牒。律：□□辭官，移書人在所，在所次。唯府令甲渠收賁，得錢與朝。敢言之。掾破胡，佐護、充光。」「移書人在所」的規定與秦金布律的規定相同。

律：盜賊（賊）直（值）過六百六十錢，黥為城旦；令：吏盜，當刑者刑，毋得以爵減、免、贖，以此當恢。

援引律令為判決依據的案例，還可見《奏讞書》中的安陸丞忠劾獄史平舍匿無名數大男子種之案，蒼、信賊殺人並丙、贅縱囚之案。《漢書·刑法志》載漢高祖七年（200 BC）讞疑獄令：「自今以來，縣道官獄疑者，各讞所屬二千石官，二千石官以其罪名當報之。所不能決者，皆移廷尉，廷尉亦當報之。廷尉所不能決，謹具為奏，傳所當比律令以聞。」該令在反映了當時讞疑獄程序的同時，也揭示出律令是決獄依據的基本要求。<sup>60</sup> 漢中期以後，儒生以「經術潤飾吏事」，經義與法律的理性結合使「通經致用」的理想在法律上獲得了實現，於是經義被賦予法律的功能，上升為與律令具有同等功效的法律適用依據。緣此，《春秋》經義在決獄中亦佔有一席之地，「經中博士」與「文中御史」成為選官的理想條件。然而在職務履行中，「治官民頗知律令」依舊是對一般官吏的普遍要求。<sup>61</sup>

至於決訟依據，律令也應當是其重要的徵引對象。敦煌漢簡2011：「言，律曰：畜產相殘殺，參分償。和令少仲出錢三千及死馬骨肉付循，請平」。此簡應是記錄該案的某一冊書中的一枚，內容為判決殘文。「律曰」之後為徵引律文，「和令」之後為判決結果。<sup>62</sup>《二年律令》〈戶律〉、〈置後律〉、〈爵律〉對爵位繼承、戶主繼承、遺囑繼承均有明文規定，故糾紛發生時當依律決斷。

<sup>60</sup> 栗勁指出：「秦律中的失刑罪、不直罪和縱囚罪，從根本上說就是違背了依據事實適用法律的審判原則而產生的犯罪。」見氏著，《秦律通論》（濟南：山東人民出版社，1985），頁339。《二年律令》〈具律〉簡93中亦可見故縱、不直、故弗窮審之罪，知官吏最基本的司法責任，就是解明事實，以律令為依據判決。

<sup>61</sup> 居延漢簡中的功勞墨將名籍是記載邊境基層小吏的功勞文書，其中屢見「治官民頗知律令」之語。又桓譚，《新論》：「作健曉惠，文史無害，縣廷之士也；……通經術，名行高，能達於從政，寬和有固守者，公輔之士也。」亦可見「文無害」是對縣級官吏的首要要求。邢義田指出：「在現實政治中，經術與律令一體並用。如此，官吏除了明經，也不能不明律令。」參見氏著《秦漢的律令學——兼論曹魏律博士的出現》，收入《秦漢史論稿》（臺北：東大圖書公司，1987），頁279。桓譚，《新論》（上海：上海人民出版社，1977），〈求輔〉，頁7。

<sup>62</sup> 參見大庭脩，《秦漢法制史の研究》（東京：創文社，1982），頁90。

決訟與決獄所不同者，在於強調券書的作用。作為具有證據效力的文書，券在當時普遍使用：在市場交易中，人們用券以為交易憑證，並在券上刻齒表示交易數量與價錢；<sup>63</sup> 在買賣活動中，人們立券以保證價錢按時返還；<sup>64</sup> 在借貸活動中，「責（債）券」是必不可缺之物；在官吏履行職務時，因其過錯而需要承擔賠償之責時，「參辦券」為其繳納賠償錢財的憑證；<sup>65</sup> 在收斂死亡士卒時，參辦券又用為記錄死者衣物器具的文書；<sup>66</sup> 在遺囑繼承中，「先令券書」具有法律效力等等。正是由於券書具有證據效力，因此在訴訟活動中它具有不可替代的作用，是起訴乃至判決的重要依據。《二年律令》〈戶律〉簡334-336明確規定：

民欲先令相分田宅、奴婢、財物，鄉部嗇夫身聽其令，皆參辦券書之，輒上如戶籍。有爭者，以券書從事；毋券書，勿聽。所分田宅，不為戶得有之，至八月書戶，留難先令，弗為券書，罰金一兩。

所謂「有爭者，以券書從事；毋券書，勿聽」，表明以遺囑析產後，登記財產細目的券書由官方及析產雙方各持一份，日後發生糾紛而提起訴訟時，有無券書是能否受理的唯一依據，在此後驗問乃至判決階段，券書也將是重要的證據及依據。又據《周禮·秋官·士師》注：「若今時市賣為券書以別之，各得其一，訟則案以證之」，知交易券書也是驗問並判決的最重要的證據。

第五，以判決結果亦可區分兩者的不同。刑事案件的判決結果自然是各種刑罰，此無須贅言。而民事案件的審理結果大致為下述兩種：其一，返還。習見於居延漢簡債務文書的「償」、「償錢」、「償責（債）」，便是債務人返還債務的用語。又《後漢書》〈魯恭傳〉：「亭

<sup>63</sup> 此種券見《秦獄書》簡202：「婢債所有尺半荊券一枚，其齒類賈人券。」又簡204：「……券齒百一十尺，尺百八十錢，錢千九百八十。」關於刻齒簡的研究，可參見初山明著，胡平生譯，〈刻齒簡牘初探——漢簡形態論〉，收入中國社會科學院簡帛中心編，《簡帛研究譯叢·第二輯》（長沙：湖南出版社，1998），頁147-177。

<sup>64</sup> 如居延漢簡26.1、262.29為較為典型者。又《史記·高祖本紀》：「常從王媪、武負贖酒，……酒讎數倍，及見怪，歲竟，此兩家常折券棄責。」

<sup>65</sup> 參見睡虎地秦墓竹簡整理小組編，《睡虎地秦墓竹簡》（北京：文物出版社，2001），頁39。

<sup>66</sup> 見初山明，〈刻齒簡牘初探〉，頁158-159。

長從人借牛而不肯還之，牛主訟於恭。恭召亭長，敕令歸牛者再三，猶不從。」〈逸民列傳·周黨〉：「（周黨）家產千金。少孤，爲宗人所養，而遇之不以理，及長，又不還其財。黨詣鄉縣訟，主乃歸之。」對於不執行判決，執意不歸還者，除去魯恭所用的「欲解印綬去」這種感化方式外，對諸侯則採用剝奪爵位的辦法。如文帝三年（177 BC），河陽侯陳信「坐不償人責（債）過六月，免」；<sup>67</sup> 武帝元狩三年（120 BC），周陽侯田祖「當歸軹侯宅不與，免」；<sup>68</sup> 明帝永平時，「諸侯負責（債），則有削絀之罰」。<sup>69</sup> 其二，賠償。《二年律令》〈賊律〉簡50：「犬殺傷人畜產，犬主償之，它□。」又〈田律〉簡253：「馬、牛、羊、獬食人稼穡，罰主金馬、牛各一兩，……而令擣稼償主。」規定牲畜對他人牲畜或莊稼造成損害後果，牲畜主人應當賠償。《九章算術·衰分》中一題，可印證簡253的規定：「今有馬、牛、羊食人苗，苗主責之粟五斗。羊主曰：『我羊食半馬。』馬主曰：『我馬食半牛。』今欲衰償之，問各出幾何？」以此抑或可知，不僅牲畜造成損害後果後牲畜主人應當賠償，而且當數家牲畜共同造成損害後果時，牲畜主人將按損害責任的輕重分別承擔賠償。

在目前所獲知的事例中，還不能發現以刑罰手段處斷民事糾紛的記載。上述〈田律〉簡253有「罰金一兩」的處罰，尙難確定是一般還是特殊情況，因爲在其他的賠償案件中，並未發現此類處罰。如居延漢簡229.1-2所載趙宣償馬案，最後的判決是「共平（張）宗馬直七千，令（趙）宣償宗」，只有賠償要求而無刑事制裁。前引《二年律令》〈賊律〉簡6-7所見船人損害他人財物，也只是規定經濟賠償而不實施刑事制裁。<sup>70</sup> 也許稼穡關乎一年生計，故除賠償外還要處以罰金之刑。

最後從治理獄訟的時令分析，可以說刑事訴訟在立法上更多地體現了司法則時的特點，而民事訴訟在立法上尙不能發現與此同軌的跡象。

<sup>67</sup> 《漢書》卷一八，〈高惠高後文功臣表〉，頁561。

<sup>68</sup> 同前書，卷一八，〈外戚恩澤侯表〉，頁686。

<sup>69</sup> 王符，《潛夫論》（重印世界書局本，北京：中華書局，1986），〈斷訟〉，頁96。

<sup>70</sup> 但當損害客體為不動產時，其處罰為罰金加賠償。〈賊律〉簡4-5：「其失火延燔之，罰金四兩，責所燔。」



司法則時是漢代法制尤其是刑法理論所凸顯的一個明顯特徵，體現了源於《禮記·月令》、《呂氏春秋·十二紀》的月令與法律的密切關係。<sup>71</sup> 漢初，這一影響在司法實踐中既有蹤跡可覓。以張家山漢簡《奏讞書》所出有紀年案件見之，其奏讞皆集中於七、八月間，<sup>72</sup> 印證了《後漢書·陳寵傳》中「蕭何草律，季秋論囚」的說法。<sup>73</sup> 漢中期後，陰陽刑德的思想經董仲舒的綿密論證後影響進一步深遠，司法則時成為官吏治獄時必須要遵守的規則。從《漢書》〈酷吏傳·王溫舒〉的「令冬月益展一月，卒吾事矣」，〈嚴延年傳〉的「冬月，傳屬縣囚，會論府上」，〈張敞傳〉的「冬月已盡，延命乎」，〈劉向傳〉的「吏劾更生鑄偽黃金，系當死……得踰冬減死論」，〈諸葛豐傳〉的「以春夏繫治人，在位多言其短」，〈孫寶傳〉的「以立秋日署（侯）文東部督郵。入見，敕曰：『今日鷹隼始擊，當順天氣取奸惡，以成嚴霜之誅』」，〈文三王傳〉的「時冬月盡，其春大赦，不治」，〈王莽傳〉的「於是春夏斬人都市，百姓震懼，道路以目」等記載見之，按時令論囚行刑已是制度要求，縱是酷吏也不得逾制行事。對官吏中不按時令治獄的趨向，皇帝還會及時頒詔加以禁止。《漢書·元帝紀》載建昭五年（34 BC）春三月詔：

方春農桑興，百姓戮力自盡之時也，故是月勞農勸民，無使後時。今不良之吏，覆案小罪，徵召證案，興不急之事，以妨百姓，使失一時之作，亡終歲之功，公卿其明察申敕之。

按月令規則，仲春之月當「省囹圄，去桎梏，無肆掠，止獄訟」，「斷薄刑，決小罪」當孟夏為之，詔令之旨，正在要求官吏依此行事。章帝元和二年（85），甚至依據月令「冬至之後，有順陽助生之文，而無鞫獄斷刑之政」，定律為「無以十一、十二月報囚」。<sup>74</sup> 和帝永元十五年

<sup>71</sup> 關於月令與西漢政治的關係，可參見邢義田，〈月令與西漢政治——從尹灣集簿中的「以春令成戶」說起〉，《新史學》9.1（1998）：1-54；楊振紅，〈月令與秦漢政治再探討——兼論月令源流〉，《歷史研究》2004.3：17-38。

<sup>72</sup> 參張晉藩主編，《中國法制通史》（北京：法律出版社，1999），第2卷：戰國秦漢，頁211。

<sup>73</sup> 參見蔡萬進，〈張家山漢簡奏讞書研究〉，頁65-66。

<sup>74</sup> 《後漢書》卷三，〈章帝紀〉，頁152-153。

(103)，「有司奏，以爲夏至則微陰起，靡草死，可以決小事。是歲，初令郡國以日北至案薄刑」，<sup>75</sup> 但此項改制隨後受到批評。安帝永初元年(107)，司徒魯恭針對改制以來「州郡好以苛察爲政，因此遂盛夏斷獄」的現實，上疏諫言，認爲盛夏行薄刑導致「上逆時氣，下傷農業」，爲此他援引〈月令〉孟夏、仲夏之文，提議「今孟夏之制，可從此令，其決獄案考，皆以立秋爲斷，以順時節」。同時他對章帝「斷獄皆在冬至之前」一令也提出修改意見，主張「其立春在十二月中者，勿以報囚如故事」。其建議「後卒施行」。<sup>76</sup>

由此可知，自「蕭何草律，季秋論囚」到「元和之前，皆用三冬」，<sup>77</sup> 元和後「無以十一、十二月報囚」，又至永初元年魯恭改律「如故事」，司法則時一直是漢律貫穿於刑事訴訟之中的基本原則。換言之，在刑事訴訟的立法與執法中，月令獲得了相當穩固的地位。

較之立法者依據時令在「止獄」上的種種作爲，「止訟」上的立法舉措尙難覓其蹤。以下文所引兩漢書記載見之，當事人於春月興訟，太守又予以受理，似乎法律中尙無強制春月止訟的規定，否則太守當依律不予受理。敦煌懸泉月令詔條凡五十條，在春三月諸條中亦不見止訟禁令。不過這並不等於國家聽任民眾春月興訟而妨害農時。敦煌懸泉月令詔條云「欽順陰陽，敬授民時」，<sup>78</sup> 以此觀念出發，春三月當爲百姓「咸趨南畝」，<sup>79</sup>「戮力自盡」之時，<sup>80</sup> 不唯止獄，亦當止訟，以無礙農時。《漢書·韓延壽傳》：

（韓延壽）入守左馮翊，滿歲稱職爲真，歲餘，不肯出行縣。……

丞掾皆以爲方春月，可壹出勸農桑。延壽不得已，行縣至高陵，民有昆弟相與訟田自言，延壽大傷之……。

又，《後漢書·循吏列傳·許荆》：

<sup>75</sup> 《後漢書》卷四，〈和帝紀〉，頁192。

<sup>76</sup> 同前書，卷二五，〈魯恭傳〉，頁879, 880, 882。

<sup>77</sup> 同前書，卷四六，〈陳寵傳〉，頁1551。

<sup>78</sup> 中國文物研究所、甘肅省文物考古研究所編，《敦煌懸泉月令詔條》（北京：中華書局，2001），頁4。

<sup>79</sup> 《敦煌懸泉月令詔條》，頁4。

<sup>80</sup> 《漢書》卷九，〈元帝紀〉，頁296。

和帝時，（許荆）稍遷桂陽太守。……嘗行春到耒陽縣，人有蔣均者，兄弟爭財，互相言訟。

此二案當事人的訴訟請求可能在鄉縣未能得到妥善解決，故於太守行縣之春月興訟，隨後通過道德的感化力量而息訟。史家記載此事在於提倡官方的主流價值，鼓勵以制定法以外的教化力量化解糾紛，以達到〈韓延壽傳〉中所出現的「莫復以辭訟自言」的治績。這也從一個方面表明，較律令而言，國家更提倡滲透道德的力量而引導民眾推財相讓，篤厚風氣，由此自咎、自責、解印綬也成為決訟者為達到息訟目的而採用的有效手段，善於息訟成為衡量良吏循吏的標準之一。「吏」、「師」的雙重身分，使郡守縣令在決獄時「吏」的角色更為自主，而在決訟時則更易發揮「師」的作用，<sup>81</sup> 在法律的適用上更易從儒教的角度建立文化秩序。<sup>82</sup> 禮律之功效，由此或可見一斑。

漢代律令中是否有與月令相應的春月止訟的規定，唐·開元二十五年令與漢律的淵源關係如何，<sup>83</sup> 只能期待於新考古資料的發現。

## 結論

通過傳世文獻及百年來發現的簡牘及碑刻資料可見，漢代社會在社會階層及權利義務、行為能力、債務關係、損害賠償、約的形式上有形態較為清晰的獨立用語，正確地認識並解釋這些用語，對於認識漢律的另一面乃至漢代社會具有重要作用。

自魏新律以後，中國古代律典的刑法性質陡然明朗，經秦始律至唐律，最終完成了其單一刑法典的過程。但就漢律而言，其性質並非單一。以張家山漢簡《二年律令》二十七種律所見，如果依據刑法規定與

<sup>81</sup> 關於「吏」與「師」的功能，參見余英時，《士與中國文化》（上海：上海人民出版社，1987），頁182。

<sup>82</sup> 參見余英時，《士與中國文化》，頁182。

<sup>83</sup> 唐·開元二十五年令規定了民事訴訟的受理期限。令文曰：「諸訴田宅婚姻債負，起十月一日，至三月三十日檢校，以外不合。若先有文案，交相侵奪者，不在此例。」見仁井田陞，《唐令拾遺》（東京：東方文化學院東京研究所，1933），〈雜令〉，頁852。宋代在此基礎上發展為「務限法」。

非刑法規定分類，可知有基本屬於刑法規定、刑法與非刑法規定雜而有之、單純屬於制度規定三類。

漢律令當然可視為非刑法法規的重要載體。與此同時，來自禮與習慣的力量也具有與律令相同的約束功效。居延漢簡202.10中的「知之，當以父先令、戶律從〔事〕」，即反映了習慣與律令的雙重約束。

訴訟關係中的民刑之異似亦可以區分。《周禮·地官·大司徒》鄭注「爭罪曰獄，爭財曰訟」，大致區分了訴訟性質的不同；在訴訟提出上，一般「告」之所及，往往為刑事犯罪，而涉及田宅、租稅、債務的訴訟提出，一般通過「自言」實現；在驗問程序上，決獄為告、劾→逮捕→驗問→辭服→判決，而決訟（以債權實現過程所見）則為自言→召詣官驗問→服負→收債；在判決依據上，決獄一般為律令，決訟在律令之外，券書的作用也至關重要；從判決結果看，決獄自然是各種刑罰，而決訟則以返還、賠償為多見，還不能斷言用刑罰手段處理民事糾紛。在治理獄訟的時令規則上，決獄更多地體現了司法則時的特點，而決訟更易於發揮禮教的功效。

總之，在魏晉律令功能分離之前，漢律的內容涉及諸端，體系亦非單一，反映了較豐富的形態。

（本文於民國九十四年十月二十日通過刊登）

## 後記

在2004年12月4-5日於臺北舉行的「經義折獄與傳統法律」學術研討會上，承臺灣政治大學歷史系羅彤華教授評論拙文並提出了很中肯的意見。此後又承兩位匿名審閱人細心審閱，提出了不少十分有益的意見，令拙文得以進一步修改，在此對評論人與審閱者謹致謝意。又，拙文的英文提要由中國政法大學法學院中國法律史碩士生姚瑩承擔完成，在此亦致謝意。

## 引用書目

### 一、傳統文獻

- 《大清通禮》，文淵閣四庫全書影印本，臺北：臺灣商務印書館，1986。
- 《名公書判清明集》，中國社會科學院歷史研究所宋遼金元研究室點校本，北京：中華書局，1987。
- 《周禮註疏》，世界書局《十三經註疏》影印本，北京：中華書局，1980。
- 《續漢書》，點校本，北京：中華書局，1997。
- 仁井田陞，《唐令拾遺》，東京：東方文化學院東京研究所，1933。
- 內田智雄編，《譯注中國歷代刑法志》，東京：創文社，1964。
- 王符，《潛夫論》，重印世界書局本，北京：中華書局，1986。
- 司馬遷，《史記》，點校本，北京：中華書局，1997。
- 甘肅省文物考古研究所等編，《居延新簡——甲渠候官》，北京：中華書局，1994。
- 甘肅省文物考古研究所編，《敦煌漢簡》，北京：中華書局，1991。
- 朱壽朋編，《光緒朝東華錄》，北京：中華書局，1958。
- 李均明、何雙全編，《散見簡牘合輯》，北京：文物出版社，1990。
- 房玄齡等，《晉書》，點校本，北京：中華書局，1997。
- 武威地區博物館，〈甘肅武威旱灘坡東漢墓〉，《文物》1993.10：28-33。
- 胡平生、張德芳編撰，《敦煌懸泉漢簡釋粹》，上海：上海古籍出版社，2001。
- 范曄，《後漢書》，點校本，北京：中華書局，1997。
- 桓譚，《新論》，上海：上海人民出版社，1977。
- 班固，《漢書》，點校本，北京：中華書局，1997。
- 張廷玉等，《明史》，點校本，北京：中華書局，1997。
- 張家山二四七號漢墓竹簡整理小組編，《張家山漢墓竹簡（二四七號墓）》，北京：文物出版社，2001。
- 張學正，〈甘谷漢簡考釋〉，收入甘肅省文物工作隊、甘肅省博物館編，《漢簡研究文集》，蘭州：甘肅人民出版社，1984，頁85-141。
- 許慎，《說文解字》，陳昌治刻本新印本，北京：中華書局，1981。

- 黃暉，《論衡校釋》，北京：中華書局，1990。
- 睡虎地秦墓竹簡整理小組編，《睡虎地秦墓竹簡》，北京：文物出版社，2001。
- 歐陽修、宋祁撰，《新唐書》，點校本，北京：中華書局，1997。
- 應劭，《風俗通義校注》，王利器注，臺北：漢京文化事業有限公司，2004。
- 謝桂華、李均明、朱國炤編，《居延漢簡釋文合校》，北京：文物出版社，1987。

## 二、近人論著

- 中國文物研究所、甘肅省文物考古研究所編  
2001 《敦煌懸泉月令詔條》，北京：中華書局。
- 中國歷史大辭典編纂委員會編  
1990 《中國歷史大辭典·秦漢史》，上海：上海辭書出版社。
- 尹在碩  
2003 〈睡虎地秦簡和張家山漢簡反映的秦漢時期的後子制與家繼關係〉，《中國歷史文物》2003.1：31-43。
- 余英時  
1987 《士與中國文化》，上海：上海人民出版社。
- 李均明  
2002 〈張家山漢簡所見規範繼承關係的法律〉，《中國歷史文物》2002.2：26-32。
- 邢義田  
1987 〈秦漢的律令學〉，收入氏著，《秦漢史論稿》，臺北：東大圖書公司，頁249-316。
- 1998 〈月令與西漢政治——從尹灣集簿中的「以春令成戶」說起〉，《新史學》9.1：1-54。
- 范忠信選編  
2001 《梁啓超法學文集》，北京：中國政法大學出版社。
- 初山明著，胡平生譯  
1998 〈刻齒簡牘初探——漢簡形態論〉，收入中國社會科學院簡帛研究中心編，《簡帛研究譯叢·第二輯》，長沙：湖南出版社，頁147-177。

粉山明著，謝新平、東山譯

- 1996 〈爰書新探——兼論漢代的訴訟〉，收入中國社會科學院簡帛研究中心編，《簡帛研究譯叢·第一輯》，長沙：湖南出版社，頁142-183。

徐世虹

- 2001 〈漢代民事訴訟程序考述〉，《政法論壇》2001.6：122-130。
- 2002a 〈對漢代民法淵源的新認識〉，《鄭州大學學報》2002.3：12-15。
- 2002b 〈張家山二年律令簡所見漢代的繼承法〉，《政法論壇》2002.5：9-17。
- 2003 〈張家山二年律令簡中的損害賠償之規定〉，《華學·第六輯》，北京：紫禁城出版社，頁135-146。
- 2004a 〈說「正律」與「旁章」〉，發表於中國人民大學人文學院歷史系暨漢唐研究中心主辦，「漢唐盛世」學術研討會，北京：中國人民大學，2004年6月5-6日。
- 2004b 〈「三環之」、「刑復城旦舂」、「繫城旦舂某歲」解〉，《出土文獻研究·第六輯》，上海：上海古籍出版社，頁79-89。

栗勁

- 1985 《秦律通論》，濟南：山東人民出版社。

高敏

- 2002 〈西漢前期的「傅年」探討——讀張家山漢墓竹簡劄記之六〉，《新鄉師範高等專科學校學報》2002.3：27-29。

張中秋

- 2002 〈透視唐代經濟民事法律〉，《法學》2002.1：3-9。

張家山漢簡研讀班

- 2005 〈張家山漢簡二年律令校讀記〉，收入李學勤、謝桂華主編，《簡帛研究·二〇〇二—二〇〇三》，桂林：廣西師範大學出版社，頁177-195。

張晉藩主編

- 1999 《中國法制通史》，北京：法律出版社。
- 2003 《中國民法通史》，福州：福建人民出版社。

彭浩

- 1993 〈湖北江陵出土簡牘概說〉，收入大庭脩編輯，《漢簡研究の現状と展望：漢簡研究國際シンポジウム'92報告書》，大阪：關西大學出版部，頁166-173。

曾憲義、馬小紅

- 2003 〈中國傳統法研究中的幾個問題〉，《法學研究》2003.3：30-42。

楊一凡

- 2002 〈對中華法系的再認識〉，收入倪正茂主編，《批判與重建——中國法律史研究反撥》，北京：法律出版社，頁147-199。

楊振紅

- 2004 〈月令與秦漢政治再探討——兼論月令源流〉，《歷史研究》2004.3：17-38。

臧知非

- 2003 〈張家山漢簡所見西漢繼承制度初論〉，《文史哲》2003.6：73-80。

蔡萬進

- 2004 〈張家山漢簡奏讞書研究〉，中國社會科學院博士後研究工作報告，2004年5月，未刊。

謝雁翔

- 1974 〈四川郫縣犀浦出土的東漢殘碑〉，《文物》1974.4：67-71。

大庭脩

- 1982 《秦漢法制史の研究》，東京：創文社。

中田薰

- 1953 〈支那律令法系の發達について補考〉，收入氏著，《法制史論集・第四卷・補遺》，東京：岩波書店，1964，頁184-186。

滋賀秀三

- 2003 《中國法制史論集：法典と刑罰》，東京：創文社。

富谷至

- 2000 〈晉泰始律令への道——第一部 秦漢の律と令〉，《東方學報》（京都）72：79-131。



## The Legal Mechanisms and Terminology for Non-criminal Law in the Han Dynasty

Shi-hong Xu

Institute for Systematic Research of Ancient Legal Document,  
China University of Political Science and Law

In the past, knowledge about the mechanisms of non-criminal law in the statutes and ordinances of the Han Dynasty was limited by the available historical documents. However, the excavation of the *Two-year Laws and Decrees* and *Book of Zouyan* unearthed in the Zhangjiashan No. 247 Han tomb has provided researchers with a key opportunity to explore further the mechanisms of law in the Han statutes and ordinances.

Traditional texts found on bamboo or wooden slips discovered in the past 100 years and inscriptions on stone tablets show the clear delineation of legal terms for social class, rights and obligations, capacity of disposition, financial claims and obligations, compensation for damages, and various other circumstances and agreements. Statutes, ordinances, rites, and customs played a different role for each category. Moreover, civil and criminal action could be discriminated in the juridical process. In short, the study of recent archaeological excavations shows that before the clear separation of statutes and ordinances in the Wei and Chin Dynasties, statutes and ordinances during the Han Dynasty were variegated and case specific. They were not, as has previously often been believed, generalized in contents and system.

**Keywords:** Han dynasty, non-criminal law, lawsuit, litigation