

www.docsriver.com
搜索商家 巨力电子书

华东政法大学研究生教育院
编

鹿鸣集

2016年卷



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



鹿鸣集

2016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


法律出版社
LAW PRESS · CHINA

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.2016年卷/
华东政法大学研究生教育院编. — 北京:法律出版社,
2016.6

ISBN 978-7-5118-9721-3

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(2016)第160232号

©法律出版社·中国

责任编辑/刘琳

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/北京玺诚印务有限公司

责任印制/沙磊

开本/787毫米×1092毫米 1/16

印张/24.5 字数/601千

版本/2016年6月第1版

印次/2016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 978-7-5118-9721-3

定价:44.00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 顾耘 林燕萍

副主任 唐波

委员 程金华 傅鼎生 高汉
黄武双 李秀清 刘宁元
马长山 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 唐波 束金龙

副主编 邵军 张勇 周莉

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

- 唐律令制下粟特人的身份差异 朱琳 / 3
明代万历年间“两湖”地区强盗案件探究 徐琪 / 14

法律与金融

- 银行错误征信报告侵权责任研究 程勇跃 / 25
我国税款滞纳金之附带给付制度探讨
——以日本附带税为鉴 李若澜 / 35
信托关系之合同解释
——以财团与关系契约理论为视角 胡哲 / 43
我国公益信托发展现状研究
——以公益信托基金投资问题为视角 洪蓂 / 52
论对赌协议的合法性 刘家成 / 62

公司规制

- 股东派生诉讼中的权利配置问题研究
——基于上海法院判例的实证分析 郭晓雨 / 73
认缴登记制改革下的债权人权益保护
——以中日公司法对比为中心 寺岛美贵子 / 85
上市公司破产重整出资人权益调整标准的法理探析 詹元凯 / 96

刑律适用

- 论未经授权搜集信息并出售行为的刑法规制问题 范雅璐 / 105
刑法中的追缴与责令退赔若干问题研究 李一 / 112
绑架罪“情节较轻”标准界定的正向归纳与反向除斥
——基于80个生效判决的司法实证分析 李啸飞 / 120
论我国刑法分则中的胁迫行为 王骥 / 129
论刑法中的恐吓 辛利美 / 136

民商论丛

- 违约可得利益认定难点的司法应对 蔡一博 / 147

2 目 录

违约可得利益损失的证明标准	鲁荣杰 / 156
个人信息民法保护的权利基础	罗 瑶 / 171
法院如何认定情势变更	
——以 51 例上海二审案件为基础的实证研究	任启东 / 183
体外受精胚胎法律地位探析	魏 婕 / 197
论预告登记的善意取得	杨松林 / 206
杂技、魔术、马戏的著作权法保护探究	齐凯悦 / 217

诉讼研究

轻微刑事案件速裁程序的实践样本考察与分析	吴思远 / 229
一事不再理中“一事”的识别标准研究	成欣悦 / 238

跨境争议

WTO 框架下的农业保险补贴	张 倩 / 251
论与战争罪有关的武装冲突类型	纪晓欣 / 261
自贸区视野下的沿海捎带相关法律问题探讨	覃抒戎 / 271
论 WTO 争端解决报告中的“个别意见”现象及其作用	郑 琳 / 280

司法适用

惩罚性赔偿在商标侵权领域的适用探析	茆亚鹏 / 295
网络型寻衅滋事罪中的关键词认定	
——以“两高”《网络诽谤解释》为视角	何嘉瑜 / 304
商标在先使用权制度问题研究	
——兼论我国新《商标法》第 59 条第 3 款的理解与适用	徐思清 / 312

法治建言

完善对宪定私有财产权的行政法保护	
——以“跨区域用盐”被罚为例	郑元健 / 327
宪法惯例认可制度初探	刘 亮 / 337
论网络群体性事件法律治理	陈法彬 / 344

社科纵横

我国融资融券对沪深主板标的股票影响的实证分析	
——基于流动性和波动性的视角	喻慧娟 / 353
上海市失业保险制度优化研究	
——基于基金收支平衡视角	黄江荟 / 368
邻避冲突化解中的政治吸纳与制度嵌入	郭竹馨 / 379

史海钩沉

www.docriver.com

搜索商家 巨力电子书



唐律令制下粟特人的身份差异

朱琳

中国在粟特的东方,如果以撒马尔罕为起点出发来到长安,需要穿行将近三千公里的漫长路程,其间更横亘有帕米尔高原、塔克拉玛干沙漠等天险屏障,^[1]对于两地的人员而言,这必然是一段遥远且艰险的旅途,不过危途险道却并未能够长久地隔绝中国与粟特之间的互相往来。

在粟特地区所发现的一座完整墓葬中,^[2]即属于统治古撒马尔罕的撒尔马特氏公主的随葬品中,曾发现有“一面以锡为底料,合金制成的中国镜子,是西汉末东汉初比较流行的一种式样”,这一物品可能与出现在西伯利亚西部的西汉镜相同,为当地贵族通过外交渠道所获得的来自于汉王朝的礼物。此外,在当地另一位公主的陵墓中也曾发现与前述汉镜样式相类似的一面镜子,因而可以被认为是这一时期粟特与中国之间有所联系的标志。^[3]在中国,根据敦煌所发现的“粟特文古信札”的相关内容来看,则至迟在公元4世纪初已经出现了由相当数量的粟特人组成的商团,^[4]他们的主要根据地是凉州姑臧,其活动范围包括金城、长安、洛阳、邺城等内地城镇、向西则到达酒泉、敦煌以至粟特本土。^[5]虽然现有的资料无法确认粟特人进入中国的始点,但类似上述“粟特文古信札”所提及的在中国境内的粟特人的人数规模及其广阔的活动范围仍然是值得注意的,因在其后的一段时间内粟特人能够逐渐成为连接中西商路的最为重要的团体之一,必然是以这些前期来到中国的粟特商团所取得的成绩作为基础发展起来的。

在粟特人往来于中西开展商业活动的同时,有关于他们的另一个值得关注的动向就是其东向移民的趋势。在粟特人不断沿着恒罗斯河、楚河流域推进的过程中,^[6]由于阆、楼

[1] 参见[美]韩森:“《丝路新史》序”,王锦萍译,载单国铨主编:《当代西方汉学研究集萃》,上海古籍出版社2012年版,第153~173页。

[2] 处于今乌兹别克斯坦境内。

[3] 参见[法]法兰兹·格瑞内:“法国——乌兹别克考古队在古代撒马尔干遗址阿弗拉西阿卜发掘的主要成果”(阿米娜译),载《法国汉学》丛书编辑委员会编:《法国汉学》(第8辑),中华书局2003年版,第510~531页。余英时:《汉代贸易与扩张》,邹文玲等译,上海古籍出版社2005年版,第141页。

[4] 敦煌西北曾发现以粟特文写成的寄往撒马尔罕等地的信件,按照信件的质地和内容等大致可以确定该信件成书于西晋永嘉五年及其后几年间。参见陈国灿:“敦煌所出粟特文信札的书写地点和时间问题”,载《魏晋南北朝隋唐史资料》1985年第7期;荣新江:《中古中国与外来文明》,生活·读书·新知三联书店2001年版,第285~288页;[法]魏义天:《粟特商人史》,王睿译,广西师范大学出版社2012年版,第24~25页;麦超美:“粟特文古信札的断代”,载《魏晋南北朝隋唐史资料》2008年第10期。

[5] 参见荣新江:“袄教初传中国年代考”,载袁行霈编:《国学研究》(第3卷),北京大学出版社1995年版,第335~354页。

[6] 参见张广达:“唐代六胡州等地的昭武九姓”,载《北京大学学报》(哲学社会科学版)1986年第2期。

兰、疏勒、龟兹、焉耆等塔里木盆地周边地区〔7〕到蒲昌海〔8〕西州〔9〕庭州〔10〕伊州〔11〕敦煌〔12〕甘州〔13〕凉州〔14〕等西部沿线区域,〔15〕继而向中原腹地延伸包括在长安〔16〕洛阳〔17〕以及南方巴蜀等地区〔18〕的重要城镇中,“粟特人几乎都留下了遗迹,甚至形成聚落”。〔19〕而从前述“粟特文古信札”的年代累积至唐代初期,包括其后因“朝贡”等原因陆续到来的粟特人,在唐王朝的统治之下,唐境之内曾一度聚集有相当数量的粟特人。

一、唐境内生活的粟特人

粟特人的入华尽管不始于李唐王朝,“但这一时期是粟特人入华的一个高潮”。〔20〕生活在唐境之内的粟特人在身份上可以分为两类:一类是未入籍唐王朝当被视为“化外人”的粟特人;另一类则是已经被正式编入户籍成为唐本国“百姓”的粟特人。〔21〕

(一) 粟特人

唐初平西域之后,高宗曾遣使分往康国、吐火罗等国,探访当地风俗物产以及古今废址,并曾一度以康国其地置康居都督府,诏以石、米、史、大安、小安、曹国等置州、县、府百二十

- 〔7〕 参见荣新江:“西域粟特移民考”,载马大正编:《西域考察与研究》,新疆人民出版社1994年版,第157~172页;荣新江:“西域粟特移民聚落补考”,载《西域研究》2005年第2期。
- 〔8〕 参见[法]伯希和撰:“沙州都督府图经及蒲昌海之康居聚落”,冯承钧译,载冯承钧编:《西域南海史地考证译丛七编》,中华书局1957年版,第25~29页。
- 〔9〕 参见姜伯勤:《敦煌吐鲁番文书与丝绸之路》,文物出版社1994年版,第150~272页;陈海涛:“从胡商到编民——吐鲁番文书中所见麹氏高昌时期的粟特人”,载《魏晋南北朝隋唐史资料》2002年第10期。
- 〔10〕 参见荣新江:“唐代北庭都护府与丝绸之路”,载《文史知识》2010年第2期;宗正:“历史上的北庭人”,载《文史知识》2010年第2期。
- 〔11〕 参见李志敏:“‘纳职’名称考述——兼谈粟特人在伊吾活动的有关问题”,载《西北史地》1993年第3期。
- 〔12〕 参见[日]池田温:“八世纪中叶敦煌的粟特人聚落”,辛德勇译,载[日]池田温编:《唐研究论文选集》,孙晓林等译,中国社会科学出版社1999年版,第3~67页。
- 〔13〕 参见李鸿宾:“史道德族属与中国境内的昭武九姓”,载《中央民族学院学报》1992年第3期;李鸿宾:“史道德族属问题再考察”,载《庆祝王钟翰先生八十寿辰学术论文集》,辽宁大学出版社1993年版,第358~365页。
- 〔14〕 参见吴玉贵:“凉州粟特胡人安家家族研究”,载荣新江编:《唐研究》(第3卷),北京大学出版社1997年版,第295~338页。
- 〔15〕 参见陈国灿:“魏晋至隋唐河西胡人的聚居与火祆教”,载《西北民族研究》1988年第1期。
- 〔16〕 参见韩香:《隋唐长安与中亚文明》,中国社会科学出版社2006年版,第75~152页;毕波:《中古中国的粟特胡人——以长安为中心》,中国人民大学出版社2011年版,第196~288页。
- 〔17〕 参见毛阳光:“洛阳新出土唐代粟特人墓志考释”,载《考古与文物》2009年第5期。
- 〔18〕 参见荣新江:“魏晋南北朝隋唐时期留寓南方的粟特人”,载韩昇编:《古代中国:社会转型与多元文化》,人民出版社2007年版,第138~152页;姚崇新:“中古时期巴蜀地区的粟特人踪迹”,载朱玉麒编:《西域文史》(第2辑),科学出版社2007年版,第169~182页;姚崇新:“中古时期西南地区的粟特、波斯人踪迹”,载中山大学人类学系、中国社会科学院边疆考古研究中心编:《边疆民族考古与民族考古学集刊》(第1集),文物出版社2009年版,第104~125页。
- 〔19〕 参见荣新江:“北朝隋唐粟特人之迁徙及其聚落”,载袁行需编:《国学研究》(第6卷),北京大学出版社1999年版,第27~86页;荣新江:“北朝隋唐粟特人之迁徙及其聚落补考”,载《欧亚学刊》2004年第10期;张广达:“唐代六胡州等地的昭武九姓”,载《北京大学学报》(哲学社会科学版)1986年第2期;蔡鸿生:《唐代九姓胡与突厥文化》,中华书局1998年版,第14~16页;[法]魏义天:《粟特商人史》,王睿译,广西师范大学出版社2012年版,第76~92页;陈海涛、刘慧琴:《来自文明十字路口的民族——唐代入华粟特人研究》,商务印书馆2006年版,第113~182页。
- 〔20〕 陈海涛、刘慧琴:《来自文明十字路口的民族——唐代入华粟特人研究》,商务印书馆2006年版,第76页。
- 〔21〕 参见姜伯勤:《敦煌吐鲁番文书与丝绸之路》,文物出版社1994年版,第154~183页。

七,分列大宛都督府、南谿州、佉沙洲、贵霜州、安息州、木鹿州等。^[22]至此,粟特诸国在名义上成为了唐领土的组成部分。不过,唐之有粟特诸国与后来阿拉伯对其本土的武力征服不同。^[23]唐王朝虽然在粟特设立羁縻府州,以其王为都督、刺史,维持了一段时间的臣属关系,但通行于其地的行政体制、法律制度和宗教信仰并未被强行改变,粟特人在文化和经济等方面也继续保持着自身惯有的独立与自主。^[24]

在粟特诸国臣属于唐王朝期间,粟特诸国在实质上保持着“臣而不内”的地位,唐王朝的政令一般仅及于对粟特诸国王族的封赐,^[25]而粟特人虽然在名义上成为唐王朝的臣民,但并不当然接受唐王朝的管辖。按《唐律疏议》中有“化外人”的称谓,即《名例律》“化外人相犯”条下:

“化外人,谓蕃夷之国,别立君长者,各有风俗,制法不同。其有同类自相犯者,须问本国之制,依其俗法断之。异类相犯者,若高丽之与百济相犯之类,皆以国家法律,论定刑名。”^[26]

别有君长且自有风俗的粟特人当同于高丽、百济人等被归入“化外人”的范畴之中。在粟特人以“化外人”的身份进入由唐王朝直接统治的范围之内时,则与其在粟特本土生活时不再相同,因其已踏入唐政府的管辖地域之中,即便作为“化外人”同样无可避免地将会受到唐律令制度的影响。

生活在粟特本土的粟特人为“化外人”,此处并无疑问,但出现在唐境之内的粟特人是否均在此列,则仍需辨明。有关于《唐律疏议》“化外人相犯”条的争议也主要在于,究竟是应该以“文化标准”还是“国籍标准”来确定“化外人”的范围。^[27]如果严格地遵循上述规则的话,一旦认同前者,则应将唐境内所有保持着自身文化属性的粟特人,无论其入籍与否,均应无差别地视为“化外人”;但如果认同后者,则对于已经入籍唐王朝成为唐“本国百姓”的粟特人,无论其是否保有自身的文化属性,均需被排除在“化外人”的序列之外。

以“百姓”这一称谓而言,其本身即是指“唐法令规定的良人”,^[28]其时凡“具有良人身

[22] 参见(宋)欧阳修、宋祁撰:《新唐书》(第20册),董家尊等点校,中华书局1975年版,第6244~6248页。唐于粟特地区设置府州的具体时间,《新唐书》、《唐会要》、《册府元龟》等文献的记载内容有一定的区别。冯承钧先生在《附新唐书西域羁縻府州考》一文中认为,唐于高宗永徽年间(公元650~655年)在康国置康居都督府,于何国置贵霜州;又于显庆时期(公元656~660年)在安国置安息州,于东安置木鹿州,于史国置佉沙洲;显庆三年(公元658年)于石国置大宛都督府,于米国置南谿州;参见冯承钧译:《西域南海史地考证译丛七编》,中华书局1957年版,第63~64页。王仲荦先生则认为唐在显庆中于何国置贵霜州,于史国置佉沙洲,参见王仲荦:《隋唐五代史》(上册),中华书局2007年版,第724~729页。吴玉贵先生认为以上诸府州均设于显庆三年,参见吴玉贵:“唐代西域羁縻府州建置年代及其与唐朝的关系”,载《新疆大学学报》(哲学社会科学版)1986年第1期。

[23] 参见[美]白桂思:《吐蕃在中亚:中古早期吐蕃、突厥、大食、唐朝争夺史》,付建河译,新疆人民出版社2012年版。

[24] 参见[德]克林凯特:《丝绸古道上的文化》,赵崇民译,新疆美术摄影出版社1994年版,第138页。

[25] 参见“十月,诏康国王乌勒卒,封其子咄喝为嗣……自康国已下,皆降书宣慰册封”;“石国王遣使上表,乞授长男车鼻施官,诏拜大将军,赐一年俸料”等内容。(宋)王钦若编:《宋本册府元龟》,中华书局1989年版,第11174、11288页。

[26] (唐)长孙无忌等撰:《唐律疏议》,刘俊文点校,中华书局1983年版,第133页。

[27] 参见沈寿文:“《唐律疏议》‘化外人’辨析”,载《云南大学学报》(法学版)2006年第3期。

[28] 张广达、荣新江:“圣彼得堡藏和田出土汉文文书考释”,载季羨林编:《敦煌吐鲁番研究》(第6卷),北京大学出版社2002年版,第221~242页。

份的一般编户都可以称作百姓”。^[29]按《开元户部格残卷》中的相关规定：

敕：化外人及贼须招慰者，并委当州及所管都督府审勘当奏闻，不得辄即招慰，及擅发文牒。所在官司，亦不得辄相承受。如因此浪用官物者，并依监主自盗法。若别敕令招慰，得降附者，挟名奏听处分。长安元年十二月二十日^[30]

进入唐境的粟特人虽为“化外人”，但其本人可以选择“投化”唐王朝，成为唐本国的“良人编户”，如《史诺匹延墓志》所记：

“祖父西蕃史国人也。积代贤英，门称贵族，本乡首望，总号达官，渴望长安，来朝投化。将军生在大唐，京兆人也。^[31]”

唐政府既然接受“化外人”的“投化”，则粟特人在满足一定情况的前提之下，即可成为唐之“百姓”。按“化外人相犯”条的解释，“化外人”首先是“蕃夷”之人，“在政治关系上”本就各自分属于各“蕃夷国”之“君长”，而在成为唐“百姓”之后，则转变为唐郡县之民，直接隶属于唐朝天子。^[32]《卫禁律》“越度缘边关塞”、“缘边城戍”等条中有“化外人”、“化外蕃人”、“蕃人”以及“化内人”、“国内官人、百姓”、“国内人”等，^[33]以唐律本身而言，“国内百姓”应从属于“国内人”、“化内人”而区别于“化外人”等称谓，即“化外人”与“百姓”是两个不同的概念，也是两种不能够互相兼容的法律身份。

由此而言，尽管在判定“华夷”时，“文化标准”即以“生产、生活和道德、礼仪所构成的文化为依归的原则”^[34]非常重要，^[35]但以唐境之内的粟特人来看，为“化外人”者有之，成为“百姓”者亦有之，根据其时的律令条文，既有粟特人已获得唐之“百姓”的身份，则这部分已入籍唐王朝的人员即便仍保留着原来的生活习惯、文化习俗，但显然已经不再归属于“化外人”的序列之中。唐政府在实行管理时，也许仍然可能因某些客观情况而在一段时间内将其区别于境内的原住民“百姓”，但从吐鲁番文书的相关内容，以处于当地官员管辖之下的粟特人能够享有的权利和须承担的义务，以及“熟户既是王人，章程须依国法”，^[36]“凡内附后所生子，即同百姓，不得为蕃户也”^[37]等的记载而言，唐政府对此类人员必定已经不再适用与“化外人”相关的条款。

（二）《吐鲁番出土文书》中所见的粟特人

在《吐鲁番出土文书》中，与粟特人相涉的称谓主要有两种，即某州县“百姓”与“兴生胡”。在唐王朝建立以后，曾“通过户籍的登录进一步控制了全国百姓”，在此前来到中国的

[29] 孙继民：“《唐大历三年曹忠敏牒为请免差充子弟事》书后”，载季羨林编：《敦煌吐鲁番研究》（第2卷），北京大学出版社1997年版，第234页。

[30] 唐耕耦、陆宏基编：《敦煌社会经济文献真迹释录》（第2辑），全国图书馆文献缩微复制中心1990年版，第571～572页；刘俊文：《敦煌吐鲁番唐代法制文书考释》，中华书局1989年版，第279页。

[31] 毛阳光：“唐代两方史姓墓志考略”，载《文博》2006年第2期。

[32] 参见甘怀真：“从《唐律》化外人规定看唐代国籍制度”，载《早期中国史研究》2011年第2期。

[33] 参见（唐）长孙无忌等撰：《唐律疏议》，刘俊文点校，中华书局1983年版，第178页。

[34] 参见韩昇：“中国古代对外关系理论的形成与发展”，载上海社会科学院《传统中国研究集刊》编辑委员会编：《传统中国研究集刊》（第5辑），上海人民出版社2008年版，第65页。

[35] 参见“苟以地言之，则有华夷也，以教言，亦有华夷乎？夫华夷者，辨在乎心。辨心在察其趣向。有生于中州而行戾乎礼义，是形华而心夷也；生于夷域而行合乎礼义，是形夷而心华也”等。（清）董浩等编：《全唐文》，中华书局1983年版，第7986页。

[36] （清）董浩等编：《全唐文》，中华书局1983年版，第320页。

[37] （唐）李林甫等撰：《唐六典》，陈仲夫点校，中华书局1992年版，第77页。

大部分粟特人由此成为了与汉人没有区别的唐王朝“百姓”。^[38]但唐境之内所见粟特人也并非均为唐本国“百姓”。除“百姓”之外,在《吐鲁番出土文书》中另有“兴生胡”的记录,包括“康国兴生胡康乌破延”、“兴胡米禄山”、“兴胡罗世那”、“兴胡安达汉”、“兴胡安忽娑”等。按周一良、^[39]王仲荦、^[40]黄惠贤^[41]等学者所论,“兴”与“商”同义,“兴生胡(兴胡)”即常见于文献之中的“商胡”、“贾胡”。^[42]从字面来看,“兴生胡”应当是经营商业的胡人,^[43]在唐代该称谓已是一种“法律身份的专名”。^[44]而尤其需要注意的是“康国兴生胡”的称谓,此处为粟特商人可被称为“兴生胡”的明例。

文书对“兴生胡”与“百姓”的记录方式是有所不同的,从与“兴生胡”相涉的《唐咸亨四年(公元673年)西州前庭府杜队正买驼契》、^[45]《唐开元十九年(公元731年)唐荣买婢市券》^[46]等文书的具体内容来看,已经成为唐朝“百姓”的粟特人一般被记为某州(县)人,而“兴生胡”这一称谓之前则不记州县贯属。最为明显的一例为《唐开元二十一年(公元733年)石染典买马契》,其中:

保人兴胡罗世那年四十……

保人兴胡安达汉年四十五……

保人西州百姓石早寒年五十……^[47]

与同文书中的保人西州百姓石早寒相比较来看,“兴生胡”罗世那和安达汉虽同为保人,文书却未记其籍贯。这一区别产生的原因可能是由于文书所见的“兴生胡”来自于“化外”(如康国“兴生胡”康乌破延),不是唐之编户,未被编入“化内”州县,因而也没有州县贯属可供文书著录。以《代宗朝赠司空大辨正广智三藏和尚上表制集》中的相关内容为例:

行者毕数延年五十五,无州贯……

行者康守忠年四十三,无州贯……

行者毕越延年四十三,无州贯……

童子石惠灿年十三,无州贯……

童子罗诠年十五,无州贯……^[48]

[38] 参见[日]森安孝夫:“日本研究丝绸之路的粟特人的成就之回顾和近况”,徐婉玲译,载朱玉麒编:《西域文史》(第3辑),科学出版社2008年版,第329页。

[39] 参见周一良:《魏晋南北朝史札记》,中华书局1985年版,第200页。

[40] 参见王仲荦:“吐鲁番出土的几件唐代过所”,载《文物》1975年第7期。

[41] 参见黄惠贤:“《唐西州高昌县上安西都护府牒稿为录上讯问曹禄山诉李绍谨两造辩辞事》释”,载唐长儒编:《敦煌吐鲁番文书初探》,武汉大学出版社1983年版,第362页。

[42] 参见刘铭恕:“丝路掇琐”,载《敦煌学辑刊》1984年第1期。

[43] 黄时鉴:“慧超《往五天竺国传》识读余论”,载黄时鉴编:《东西交流论谭》,上海文艺出版社1998年版,第33~45页。

[44] 朱雷:“敦煌所出《唐沙州某市时价簿口马行时沽》考”,载朱雷:《敦煌吐鲁番文书论丛》,甘肃人民出版社2000年版,第211~224页。

[45] 国家文物局古文献研究室、新疆维吾尔自治区博物馆、武汉大学历史系编:《吐鲁番出土文书》(第7册),文物出版社1986年版,第389~390页。

[46] 参见国家文物局古文献研究室、新疆维吾尔自治区博物馆、武汉大学历史系编:《吐鲁番出土文书》(第9册),文物出版社1990年版,第26~28页。

[47] 国家文物局古文献研究室、新疆维吾尔自治区博物馆、武汉大学历史系编:《吐鲁番出土文书》(第9册),文物出版社1990年版,第48~49页。

[48] [日]大正一切经刊行会:《大正新修大藏经》(第52卷),新文丰出版社1983年版,第835~836页。

对此,蔡鸿生先生指出,从姓氏来看,康守忠、石惠灿等人应当是粟特人,诸人均无州贯,“大概是新入境的中亚移民”,因未附贯唐王朝而无州贯可记。^[49]与此相类似,《吐鲁番文书》中不见有关于“兴生胡”的贯属记录,应当不是出于缺漏未见,而是“兴生胡”本为未附贯唐王朝的“化外人”,^[50]自然也就不存在相应的州县贯属可供文书著录。

综上所述,文书中被录为“兴生胡”的粟特商人并不是唐王朝的编民,应当被划归入“化外人”的行列。另外,虽然“兴胡米禄山”、“兴胡罗世那”、“兴胡安达汉”、“兴胡安忽娑”等并未像“康国兴生胡康乌破延”一般在文书中直接记录其来源,但如果从“兴生胡”这一称谓的字面来看,“胡”字已经道出了上述人员为“胡族”。此外,按“化外人”有以国为姓的习俗,出现在《吐鲁番文书》中的“兴生胡”不但绝大多数有粟特姓,在与其相涉的文书中,还存在其他具有粟特姓氏的人员,这一点不应当被简单地认为是一种巧合。以粟特人善于构建社会商业网络的民族特性而言,^[51]已经被记为唐州县百姓的粟特人与作为“化外人”进行交易的粟特胡商常年存在联系是可以想像的,基于此点因而为其担任保人、知见人,凭借各自的优势帮助对方更为有效地完成交易也不是一件难以理解的事。

正如甘怀真先生所指出的,就以《唐律疏议》本身而言,判断“化之内外”并非不存在一个客观的标准,“化内人”即为郡县区域内的编户之民。^[52]而对于生活在唐境之内的粟特人而言,虽然有“百姓”与“化外人”之分,但作为“化外人”的粟特人在其居留的过程中也存在一种能够使自身成为“百姓”的渠道,从今天可以见到的记载来看,此种身份的转化也很可能即是以其本人具备入籍意愿为前提的。虽然并不清楚具体的过程,但按前文所论,即便是仍然保有自身文化属性的粟特人,仍然可以入籍成为唐王朝的州县“百姓”,从而不再被列入“化外人”的行列。

二、唐政府的区别管辖

唐境之内分别具有“化外人”与本国“百姓”身份的粟特人,因两者的法律地位不同,两者所享有的权利和应承担的义务也有一定的区别。

(一)以“化外人”的身份生活在唐境之内的粟特人

唐时,因“朝贡”、通商、行艺、躲避国内战乱而进入唐境的粟特人不在少数,在文献中又以“朝贡”、通商两者的相关记载为多。

有唐一代,粟特诸国的入贡次数是相当可观的,按《册府元龟》及《新唐书》的记录,自唐高祖武德七年(公元624年)至代宗大历十七年(公元772年)大致一百五十年间,粟特人共入贡94次。^[53]在《唐会要》“诸蕃马印条”中,“诸蕃”包括有四十余部,“整个唐王朝西北、

[49] 参见蔡鸿生:《唐代九姓胡与突厥文化》,中华书局1998年版,第77页;[日]池田温:《中国古代籍帐研究》,龚泽铤译,中华书局1984年版,第351页。

[50] 参见《高昌条列出藏钱文数残奏》中“商胡握广延出藏钱一百五十七文”的记载。与其他人员相比,握广延名前标有“商胡”,表明是外来胡商,不是入籍高昌的胡人。从名字本身来推断,因延字为粟特常用男名,故握广延可能即是粟特商人。按“兴生胡”可与“商胡”等同,则“商胡握广延”这一记载似可作为一项旁证,即名前标有“兴生胡”的人员亦为非入籍者。国家文物局古文献研究室、新疆维吾尔自治区博物馆、武汉大学历史系编:《吐鲁番出土文书》(第2册),文物出版社1981年版,第207~208页;吴震:“阿斯塔那-哈拉和卓古墓群考古资料中所见的胡人”,载季羨林等编:《敦煌吐鲁番研究》(第4卷),北京大学出版社1999年版,第252页;宋晓梅:“都官文书中的藏钱与高昌对外贸易中的几个问题”,载《西域研究》2001年第4期。

[51] 参见毕波:《中古中国的粟特胡人——以长安为中心》,中国人民大学出版社2011年版。

[52] 参见甘怀真:“从《唐律》化外人规定看唐代国籍制度”,载《早期中国史研究》2011年第2期。

[53] 参见蔡鸿生:《唐代九姓胡与突厥文化》,中华书局1998年版,第48~53页。

东北,远至撒马尔罕地区,都包含在内”。^[54]《唐律·卫禁律》“越度缘边关塞”条中,“因使者,谓因公使入蕃,蕃人因使入国”。^[55]据此,“因使入国”的粟特人又可称为“蕃客”。“蕃客”入国,于在路不得与客交杂,亦不得令客与人言语……即是国内官人、百姓,不得与客交关。私作婚姻,同上法。如是蕃人入朝听住之者,得取妻妾,若将还蕃内,以违敕科之。^[56]

“蕃人”、“蕃客”入朝皆可以久住,回其本国称为“还蕃”,蕃客可以与“化内人”共为婚姻,但其“还蕃”时不得将娶得的“化内”妻妾带回本国,否则以违法处置。从已发现的唐代墓志来看,粟特人与汉族人联姻是较为普遍的,^[57]“胡客”留长安久者,皆有妻子,“安居不欲归”,应当是一种真实的写照。

一般认为,由粟特而来的“贡使”中参有大量的粟特民间商人,但这部分“胡商”若以“贡使”的身份进入唐境,其待遇与那些以“兴生胡”的身份来到中国的粟特人是不同的。从《吐鲁番出土文书》中与“兴生胡”相关的文书来看,粟特人如果是以“兴生胡”的身份进入唐境,可以与唐本国“百姓”进行交易,并不因此而获罪,但“贡使”则无此便利。按前述“越度缘边关塞”条的规定:

“……因使私有交易者,准盗论。

疏议曰:……私有交易者,谓市买博弈,各计赃准盗论,罪止流三千里。”

以《龙筋凤髓判》“主客二条”中,“蕃客”因慕唐朝绫锦及弓箭等物,但在购买之前却须“请市”,^[58]以及在《入唐求法巡礼行记》中,日本使团中(判)官兼从白鸟、清岑、长岑、留学等人到市场购买香药等物,却“为所由堪迫”、“捉缚”等事,^[59]可知唐政府对“蕃客”任意“市买博弈”的行为的禁止并非只是一纸空文。

唐贞观元年(公元627年)时已开放关禁,“使公私往来,道路无壅;彩宝交易,中外匪殊”。^[60]于粟特人而言,无论从官方或者民间通道皆可进入唐境。如果粟特人是以“蕃客”的身份进入,在留居唐王朝期间,可以得到较高的礼遇,享有获得赐宴、赐物、授官、返国程粮等待遇,^[61]而“兴生胡”以私人身份进入唐朝,自然并不享有此种礼遇。粟特人作为“殊俗入朝者”,由“始至之州给牒”,^[62]此点并不仅仅针对粟特“蕃客”,同样地作为“兴生胡”也须在始至州申请入境文书,不得“越度入境”,如:

“其化外人越度入境,与化内交易,得罪并与化内人越度、交易同,仍奏听敕。^[63]”

即“越度缘边关塞者,徒二年”。“私相交易若取与者,一尺徒两年半,三匹加一等,十五匹加役流。”另外,按唐制“兴生胡”作为“蕃人”其与本国“百姓”之间交易,须有官府对此进

[54] 朱雷:“敦煌所出《唐沙州某市时价簿口马行时沽》考”,载朱雷:《敦煌吐鲁番文书论丛》,甘肃人民出版社2000年版,第211~224页。

[55] (唐)长孙无忌等撰:《唐律疏议》,刘俊文点校,中华书局1983年版,第178页。

[56] (唐)长孙无忌等撰:《唐律疏议》,刘俊文点校,中华书局1983年版,第178页。

[57] 参见葛承雍:《唐韵胡音与外来文明》,中华书局2006年版,第19页。

[58] 参见(唐)张鷟撰:《龙筋凤髓判校注》,田涛、郭成伟校注,中国政法大学出版社1995年版,第60页。

[59] 参见[日]释圆仁:《入唐求法巡礼行记校注》,小野胜年校注,白化文等修订校注,花山文艺出版社2007年版,第114~118页。

[60] (宋)王钦若等编:《宋本册府元龟》,中华书局1989年版,第6047页。

[61] 参见“藩国使人朝,其粮料各分等第给,南天竺、北天竺、波斯、大食等国使,宜给六个月粮,尸利佛誓、真腊、河陵等国使,给五个月粮,林邑国使给三个月粮”等内容。(宋)王溥撰:《唐会要》,中华书局1955年版,第1798页。

[62] (宋)欧阳修、宋祁撰:《新唐书》(第4册),董家尊等点校,中华书局1975年版,第1196页。

[63] (唐)长孙无忌等撰:《唐律疏议》,刘俊文点校,中华书局1983年版,第177页。

行管理,不得私下进行。官府对于买卖的物品禁止较多,如在开元二十五年(公元737年)《关市令》、开元二年(公元741年)闰三月敕、建中元年(公元780年)敕中,就曾申令“锦、绫、罗、縠、绣、织成紬、绢、丝、牦牛尾、真珠、金、铁”等物,“不得与诸蕃互市及将入蕃”。^[64]被禁物品若要进行买卖,须上请获得准许,否则亦为违法。以此点而言,以“贡使”身份入朝的粟特人相比“兴生胡”显得更为自由一些,当他们获得以锦、绫、罗等作为“酬答”及“回赐”之物时,^[65]这部分物品即可由其带离唐境,而不受相关法令的影响。

(二)以“百姓”的身份生活在唐境之内的粟特人

如前文所述,从《吐鲁番文书》记录下的实例及唐时的法令来看,尽管可能在中国古代“血统”及“文化”是判定一个人是否被接纳为“中国人”的重要衡量标准,但是在法律层面,是否可以入籍唐王朝成为当地州县的“百姓”却并未以此作为依归。按《开元户部格残卷》的内容,唐代“化外人”可以入籍成为本国“百姓”,在《唐神龙三年(公元707年)高昌县崇化乡点籍样》^[66]等资料中所见的从化乡等地已经可以看到粟特人的入籍现象。而从条文的内容来看,粟特人若主动请求入籍成为唐王朝的“百姓”须经过一定的程序,即由“当州及所管都督府审堪奏闻”之后方能得到许可。换言之,在一般情况下,是否入籍并不是一种任意的单方面的行为,既需有当事人入籍的意愿,也需得到官府的同意才能完成。

敦煌吐鲁番地区分别有从化乡和崇化乡,两乡之中的大部分人员均有着典型的粟特姓名。在《唐天宝年代(公元750年)敦煌郡敦煌县差科簿》^[67]中,载有从化乡236人,康、安、石、曹等“昭武九姓”占总人数的九成,其中有“康阿揽延”、“石阿禄山”等胡名约100人。^[68]另在《唐神龙三年(公元707年)高昌县崇化乡点籍样》中,则载有户主名46人,其中有粟特姓者为25户,包括“康禄山”、“曹莫盆”等名。无论是从化或者崇化,都类似于《洛阳伽蓝记》所提及的“归正”、“归德”、“慕化”、“慕义”等用词,即服从“王化”,从化乡、崇化乡设置的含义应当为“从化内附”。^[69]由此而言,上述两乡都可以被视为存有典型粟特人聚落社区的地区。^[70]

粟特人由“化外人”转变为唐王朝的“百姓”即意味着,他们被纳入了唐王朝“进丁授田”的进程中,可以分得田地,也须承担赋税、兵役等义务。《通典》等文献中分别记有武德七年《户令》和开元二十五年《田令》等内容,如:

[64] (唐)长孙无忌等撰:《唐律疏议》,刘俊文点校,中华书局1983年版,第176~177页;(宋)王溥撰:《唐会要》,中华书局1955年版,第1581页。

[65] 参见管彦波:“论唐代内地与边疆的‘互市’和‘朝贡’贸易”,载《黑龙江民族丛刊》2007年第4期。

[66] 参见国家文物局古文献研究室、新疆维吾尔自治区博物馆、武汉大学历史系编:《吐鲁番出土文书》(第7册),文物出版社1986年版,第468~485页。

[67] 参见唐耕耦、陆宏基编:《敦煌社会经济文献真迹释录》(第1辑),书目文献出版社1986年版,第208~262页。

[68] 参见[日]池田温:“八世纪中叶敦煌的粟特人聚落”,辛德勇译,载[日]池田温:《唐研究论文选集》,孙晓林等译,中国社会科学出版社1999年版,第14~26页。

[69] 参见陈国灿:“唐五代敦煌县乡里制的演变”,载《敦煌研究》1989年第3期。

[70] 参见[美]斯加夫:“公元7~8世纪高昌粟特社会的文献记录:唐朝户籍所见文化的差异和演变”,顾彝译,载荣新江、华澜、张志清编:《粟特人在中国——历史、考古、语言的新探索》,中华书局2005年版,第143~144页。

“大唐武德七年定令，男女始生为黄，四岁为小，十六为中，二十一为丁，六十为老。^[71]丁男给永业田二十亩，口分田八十亩，其中男十八以上亦依丁男给……^[72]”

入籍唐王朝的粟特人同样分得土地，在包括《唐神龙三年（公元707年）高昌县崇化乡点籍样》、《唐西州高昌县授田簿》^[73]等文书中可以得到印证，但西州人众地少，故包括昭武九姓人员在内的西州“百姓”，其实际所得田数均明显少于法令规定。^[74]此外，在《唐西州高昌县授田簿》中也可见有粟特人因“移户”等原因而退田的记录，如“右给得史阿伯仁部田六亩”、^[75]“右给得康乌破门阏部田三亩郭知德充分”、^[76]“康申海住移户部田二亩”^[77]等，从现有的资料来看，存在唐政府将部分外来族裔迁出该地区的现象，但无法探明是否存在因粟特人自行离开西州乃至离开唐境而出现退田的情况。

另外，在《唐天宝年代（公元750年）敦煌郡敦煌县差科簿》、《唐郭默子等差科簿》^[78]等文书中，则出现了安伏帝延、曹磨色多、安毗益严等须承担徭役的昭武九姓人员的姓名，同时也出现了如安射勿盘陁、石阿禄山、曹罗汉陁、康之目延等逃走、没落人员的记录。^[79]从“敦煌县差科簿”来看，以粟特人为主的从化乡负担兵役、徭役差发的人数和比率较小，而在“崇化乡点籍样”中，粟特人家庭中的性别比例则与同乡汉人也有所区别，似乎显示出“丁男”逃亡的现象。^[80]从种种迹象来看，居住于上述两乡之中的粟特人仍有一定的特殊性，但此种现象应当是起源于其不同于汉人的民族特性。而仅从他们已经明确和当地的汉人一样，按乡里编入户籍，分得土地，承担着赋税和兵役而言，则完全可以认为这部分已经成为唐王朝“百姓”的粟特人和汉人并无本质的区别。

粟特人曾以善于经商而闻名于世，在《吐鲁番文书》中，尽管可以见到选择农民、铁匠等其他生业的粟特移民，但仍以商人身份活跃在各地区的入籍者也不在少数。如前文所论，这些已经成为唐州县“百姓”的粟特人虽有着显而易见的“胡名”，但文书却未以“兴生胡”这一称谓来称呼他们。具有不同身份的两类粟特商人，在他们之间互相协作的可能性应该会

[71] “神龙元年，韦皇后求媚于人，上表，请天下百姓年二十二成丁，五十八免役”；“玄宗天宝三载十二月制，自今以后，百姓宜以十八以上为中男，二十三以上成丁”；“广德元年制，天下‘百姓二十五成丁，五十五入老’”。（唐）杜佑撰：《通典》，王文锦等点校，中华书局1988年版，第155～156页。（后晋）刘昫等撰：《旧唐书》（第6册），中华书局1975年版，第1825页。

[72] （唐）杜佑撰：《通典》，王文锦等点校，中华书局1988年版，第29页。

[73] 参见国家文物局古文献研究室、新疆维吾尔自治区博物馆、武汉大学历史系编：《吐鲁番出土文书》（第6册），文物出版社1985年版，第243～269页。

[74] 参见韩国磐：《北朝隋唐的均田制度》，上海人民出版社1984年版，第195～198页。

[75] 国家文物局古文献研究室、新疆维吾尔自治区博物馆、武汉大学历史系编：《吐鲁番出土文书》（第6册），文物出版社1985年版，第243页。

[76] 国家文物局古文献研究室、新疆维吾尔自治区博物馆、武汉大学历史系编：《吐鲁番出土文书》（第6册），文物出版社1985年版，第255页。

[77] 国家文物局古文献研究室、新疆维吾尔自治区博物馆、武汉大学历史系编：《吐鲁番出土文书》（第6册），文物出版社1985年版，第256页。

[78] 参见国家文物局古文献研究室、新疆维吾尔自治区博物馆、武汉大学历史系编：《吐鲁番出土文书》（第6册），文物出版社1985年版，第217～222页。

[79] 参见唐耕耦、陆宏基编：《敦煌社会经济文献真迹释录》（第1辑），书目文献出版社1986年版，第230、232、234页；国家文物局古文献研究室、新疆维吾尔自治区博物馆、武汉大学历史系编：《吐鲁番出土文书》（第6册），文物出版社1985年版，第217页。

[80] 参见[美]斯加夫：“公元7～8世纪高昌粟特社会的文献记录：唐朝户籍所见文化的差异和演变”，顾彝译，载荣新江、华渊、张志清主编：《粟特人在中国——历史、考古、语言的新探索》，中华书局2005年版，第156页。

大于互相竞争。作为本国“百姓”和“化外人”，两者对国家所要承担的义务，无论是性质还是具体实行方式都完全不同，而其作为商人在开展商业活动时，双方所能享有的权利似乎差距不大。“共生胡”虽然不具备户籍，但这一点并不影响他们在唐境内进行买卖、借贷等活动，如前文所论，他们甚至可以为入籍者担当保人及知见人。从两者均需在行商时遵循法令，且其合法利益可以得到保障的前提下，两者几乎没有差别。而以不必承担对国家的劳役及兵役而言，粟特商人似乎并不会必然生出入籍唐王朝的意愿。

三、余论

唐之前粟特人已经频繁地进入中国，既有因其本土的动乱而被迫举部来到中国，也有为贸易、求学等零散入境的粟特人。李唐时期是粟特人进入中国的一个高峰，他们的东来为唐王朝带来了众多西域的商品，也带来了来自异域的文化习俗，那些外来事物曾深深地影响过唐朝的社会，此种影响在传世文献或者考古发掘出的史料中都可找到痕迹，“萨宝”制度、“从化乡”、“崇化乡”、“袄教”几乎都是来自于粟特人。

“康国者，康居之后也；迁徙无常，不恒故地。”以传世文献的相关记载而言，除康国之外，米国、史国、曹国、何国、安国等也应当与康居有所关联。^[81] 康居于汉时已经存在且与汉王朝有所交往。^[82] 其时，“康居国，王冬治乐越匿地到卑阇城。去长安万二千三百里。不属都护”。另，康居有小王五，即苏王、附墨王、窳匿王、罽王、奥鞅王。从悬泉汉简所揭示的信息来看，康居王使者曾经与苏王使者同来贡献，两者之间似有所联系，与前述记载相参见可能为隶属关系。但因出现了各自代表两王的使者，因此也未必不存在相互保持独立的可能性。^[83] 如果文献记载是准确且可信的，康居五小王故地可以直接比对为史、^[84] 何、安等国，^[85] 那么粟特地区与中国的官方交往同样可以追溯到两汉时期。尽管因为缺乏直接的证据，对于粟特与康居的联系尤其是康国是否能够视为康居的延续这一问题存在较大的争议，故而粟特来朝的始点仍然无法确定，^[86] 但在粟特古信札刊译之后，根据其中释出的相关信息，来自于粟特地区的人员至迟在公元313年之前已经进入中国进行贸易，且并未与粟特本土断绝联系。^[87] 即便此时仍不存在粟特人充任贡使从而代表本国向中原王朝进奉方物的

[81] 参见“米国，都那密水西，旧康居之地也”；“史国，都独莫水南十里，旧康居之地也”；“曹国，都那密水南数里，旧是康居之地也”；“何国，都那密水南数里，旧是康居之地也”；“安者……西濒乌浒河，治阿滥湫城，即康居小君长罽王故地”；“何……即康居小王附墨城故地。”

[82] 参见“康居西域，重译请朝，稽首来享。”“至成帝时，康居遣子侍汉，贡献，然自以绝远，独骄慢，不肯与诸国相望。”

[83] 参见郝树声：“简论敦煌悬泉汉简《康居王使者册》及西汉与康居的关系”，载《敦煌研究》2009年第1期。

[84] 《新唐书》指史国在苏蕤城故地，沙畹考其为“Sogdiana”的对音，岑仲勉在《汉书西域传地理校释》中认为苏蕤城故地为康国。

[85] 作为农业区的康居五小王故地可能位于塔什干附近、花刺子模、扎拉夫上(卡塔-库尔干和布哈拉附近)及卡什卡河流域(沙赫里萨卜孜附近)。参见[俄]维·维·巴尔托里德、[法]伯希和：《中亚简史》(外一种)，耿世民译，中华书局2005年版，第6页。塔什干、卡塔库尔干、布哈拉分别为唐时中亚石国、何国、安国之领域；扎拉夫上指泽拉夫善河，《新唐书》称那密水，称花刺子模为火寻；《新唐书》称卡什卡河为独莫水，沙赫里萨卜孜指萨赫里萨布兹，大致为唐时中亚史国之领域。

[86] 陈海涛“康居与康国关系考——兼谈昭武诸国的起源”以及许序雅“粟特、粟特人与九姓胡考辨”两文对现有部分观点作出了论述，包括隋唐时期康国是康居的延续、康居与康国两者都指撒马尔罕等等。参见陈海涛：“康居与康国关系考——兼谈昭武诸国的起源”，载《敦煌研究》2003年第3期；许序雅：“粟特、粟特人与九姓胡考辨”，载《西域研究》2007年第2期。

[87] 粟特古信札，对时间的确定主要依赖于信件所提及的洛阳遭大火焚烧事件，与文献记载相参证，主要有东汉末年汉献之乱以及西晋永嘉之乱，公元前313年，以及另一个未被认可的时间点，对此尚未达成一致结论。

行为,但可以明确推知的是,粟特与中国的民间交往必然是在元魏之前。^[88]

至唐时,粟特人留居中国已经不再新奇,那些早年入境的粟特人甚至已经完全融入了定居地的生活之中。但在这一时期,粟特人作为一个群体仍然具有特殊性。虽然在唐境之内形成聚居区的并非只有粟特人,“新罗坊”、“蕃坊”都曾是外来者的集体居留地,也曾一定范围内获得过自治的权利。但如罗丰先生所论,由粟特而来的“萨宝”或许是唯一一个被正式纳入唐官职体系的外来官职。至迟在隋时已经成为王朝正式官职的“萨宝”,在唐时得到提升,即便在开元罢废大量视品官时,不但自身得到保留,且其所统属的诸“萨宝府职官”同样得到留用。

同样是在李唐时期,出现了从化乡、崇化乡,粟特人仍然聚居生活,却已经成为了与一般“百姓”几乎毫无二致的唐朝编户。自元魏至李唐,从商业到移民,粟特人的入华与定居并不是一蹴而就的,唐境之内集中出现大量的定居粟特人是由前朝累积而至。

【导师点评】

该论文以生活在唐境的粟特人为切入点。根据相关文献的记载,在唐之前粟特人已经频繁进入中国,后因回避本土动乱、贸易、求学等原因来到唐境,部分人员留居不去而入籍唐朝,成为唐之编户百姓,论文即以唐律令之下入籍者与非入籍者之间的区别为重点。在论文的切入点和论文的主旨讨论上有新意。

文章提出未入籍唐王朝被视为“化外人”,而正式编入户籍的粟特人则成为唐本国“百姓”。“化外人”与唐“百姓”身份不同,法律地位不同,唐王朝对两者的管理方式也有一定的区别。按《唐律疏议·名例律》的相关部分,粟特人主要是被归入“化外人”的序列,包括被称为“兴生胡”的粟特人以及担任“贡使”入华的粟特人等。但入境唐王朝的粟特人,在其已经取得本国“百姓”的身份之后,则不应当将其继续视为“化外人”。作为“化外人”的粟特人进入唐境之后,需要遵循相关的律令条文。他们可以选择附贯成为“唐王朝”的“百姓”,但需要经过官府的同意。在成为唐本国“百姓”之后,这一部分粟特人也被纳入了唐王朝“进丁授田”的进程中,同时需要承担赋税、兵役等义务。论文以敦煌吐鲁番等地出土文书的相关内容与《唐律疏议》等传世文献进行比勘研究,有一定的独立见解。

(指导教师:洪佳期)

[88] 康国的中心撒马尔罕曾经毁于亚历山大,“作为这一事件的结果是,撒马尔罕周围地区在几个世纪中失去了以前的重要性,以及扎拉夫尚河谷(泽拉夫善河)的文化中心移于卡塔——库尔干(何国)附近”。当地考古发掘所发现的破坏层与相关记载相符合,“城市的破坏程度相当严重”。亚历山大虽然曾经下令重新修复和重建城市,但重建工作可能并不理想。参见[俄]维·维·巴尔托里德、[法]伯希和等:《中亚简史》,耿世民译,中华书局2005年版,第5页;蓝琪:《金桃的故乡——撒马尔罕》,商务印书馆2014年版,第14页。《魏书》中有对康国(悉万斤)的明确记载,这一点似乎是康国复兴的证明,其后更成为河中地区的政治中心。隋唐时期,《西域图志》等得编纂,中原王朝派出使者对索格底亚那地区进行记录,对河中诸国的了解愈加清晰,各地区的国名成为了当然的表达。在《魏书》、《宋书》中都仍然有关于“粟特国”的记载,两书对该地区的地理位置的描述分别为,葱岭之西,为度流沙万里,有粟特,大致与索格底亚那的位置及环境相符合。当然以上记载并不足以论证汉文史料中所记“粟特”必然与索格底亚那地区有所联系,但其本身可以做出的猜测则是,此处“粟特国”可能着重于当时更为强大的某一地区,或者是指索格底亚那地区东部的统称,在康国逐渐发展成为当地的政治中心之后,各地区自由的国号成为自身的代表,“粟特”之名本为寄于他国,泛指某一地区的总称,而在中原王朝与中亚的直接接触增加之后,康国、曹国等具体国名取代了“粟特”这一泛称。

明代万历年间“两湖”地区强盗案件探究

徐 琪

盗匪是社会治安的极大威胁者,历朝历代均十分重视强盗问题。正所谓:“王者之政,莫急于盗贼。”但是从明代中后期开始,社会秩序发生极度动荡,各地此起彼伏的强盗现象不断涌现,轻者盗患不绝,重者武装叛乱。深究其原因在于国家政治腐败、财政收入锐减以及社会风气腐化。对于“两湖”地区而言,其特殊的地理环境、特殊的灾害时段及特殊的历史时期使得当地的盗案不断频发。研究地方强盗案件,既不能离开对强盗犯罪立法的研究,也不能脱离对强盗案件司法实践的考察。

一、明代强盗犯罪的立法释析

明代的强盗犯罪立法有多个法条组成,普通型、转化型及结合型强盗犯罪由“强盗”条加以规制;谋财害命被规定在“谋杀”条下。但通过细致的分析及与唐律的比较,可以发现明律在立法层面上就存在漏洞,这都为强盗案件的发生埋下隐患。

(一) 刑律一·贼盗·强盗

《大明律》规定:

“凡强盗已行,而不得财者,皆杖一百,流三千里。但得财者,不分首从,皆斩。若以药迷图财者,罪同。若窃盗临时有拒捕,及杀伤人者,皆斩。因盗而奸者,罪亦如之。共盗之人,不曾助力,不知拒捕、杀伤人及奸情者,止依窃论。其窃盗,事主知觉,弃财逃走,事主追逐,因而拒捕者,自依罪人拒捕律科罪。”〔1〕

由此可知,可以将强盗罪的犯罪客观方面划分成三种形式。第一种普通型强盗,即直接以凶力夺财,或是以药迷人使其狂乱而取财的强盗行为;第二种因窃盗而临时拒捕的转化型强盗;第三种因盗而奸的结合型强盗。

1. 普通型强盗

所谓的普通型强盗,是指直接以凶力夺财,或是以药迷人使其狂乱而取财的强盗行为。主要表现为对被害人的身体进行控制,使其不能反抗、不知反抗,从而达到掠劫其财物的目的。对于此类行为可将其概括为强盗取财,对比现代刑法,相当于我国《刑法》第264条规定的情形。根据不同的犯罪客观方面,可将其细分为“以力夺财”型强盗与“以药迷人”型强盗。“以力夺财”型强盗即直接以暴力手段夺取他人财物。根据其犯罪结果,将其区分为得财与不得财。“不得财者,杖一百,流三千里。得财者,不分首从,皆斩。”〔2〕得财与否,成为罪犯生死存亡的关键。而“以药迷人”型强盗是指以药物迷人,类似于蒙汗药、闷香药等,使

〔1〕 怀效锋点校:《大明律·刑律一·贼盗》卷十八,法律出版社1999年版,第140页。

〔2〕 怀效锋点校:《大明律·刑律一·贼盗》卷十八,法律出版社1998年版,第140页。

用暴力以外的手段,使被害人失去意识及反抗能力,从而取得其财产的行为,虽使用的毒药不足以致人性命,但其仍有一定的杀伤性,所以其行为相当于以力夺财型强盗。故《读律琐言》对此评价为:“若以药迷人图财者,取人之财,不虑或伤人之命,其术虽秘,其心实强矣,故与强盗罪同。”〔3〕此类型案件以《湖湘谿略》为对象统计,共计97件,占全部案件比重的五分之四。

2. 转化型强盗

这里的转化型强盗与现代刑法体系中的转化型抢劫相类似,就是指在窃盗发生之时或之后,被事主发现而抗拒抓捕,同时还发生杀伤人等情节,无论其得财与否,均视为强盗。转化型强盗与普通型强盗的区别在于“强”字发生的时间点,普通型强盗就是唐律中规定的“先强后盗”,即先施加暴力,然后夺财,其本意即为强取财物;而转化型强盗则符合唐律规定的“先盗后强”,即先是以窃财为目的,事中或事后被发觉,后以威力来压制被害人的反抗,从而取得其财物的行为。转化型强盗依暴力实施的不同阶段,可将其分类成“临时行强”和“临时拒捕”。值得注意的是,两者均强调“临时”,“‘临时’二字,盖临窃之时”〔4〕。此类案件在《湖湘谿略》中仅占3起。

3. 结合型强盗

所谓的结合型强盗,就是《大明律》强盗罪中所规定的“因盗而奸”。“因窃盗而奸者,近人之身而不畏人之执己,其心与事皆强矣,罪亦如临时拒捕者,皆斩,不论其成奸与否也。凡此皆窃盗之事,而附于强盗条者,以其皆近于强也”。〔5〕罪犯对被害人实施强奸行为,其目的与强盗杀伤、拒捕杀伤一样,奸只是一种为了遏制或足以遏制被害人的反抗行为,这就与其他强盗行为如出一辙。然而值得注意的是,因盗而奸,盗与奸之间并不存在必然的因果关系,并不是窃盗不成继而实施强奸行为,而是奸只是窃盗不成的下一个行为,可能是直接使用暴力,可能是在事主发觉后为求脱身而采取的拒捕行为,而实施强奸行为与上述行为一样具有相同的效果。笔者在翻阅《湖湘谿略》判牍集时仅发现一则“因盗而奸”的案例。

(二) 刑律二·人命·谋杀入

根据《湖湘谿略》记载的案例为证,谋杀人因而得财的数量仅次于强盗得财类案件,共计14例,而《大明律》规定:

“凡谋杀入,造意者,斩;从而加功者,绞;不加功者,杖一百,流三千里。杀讫乃坐。若伤而不死,造意者,绞;而加功者,杖一百,流三千里;不加功者,杖一百,徒三年。若谋而已行,未曾伤人者,杖一百,徒三年;为从者,各杖一百。但同谋者,皆坐。其造意者,身虽不行,仍为首论。从者不行,减行者一等。若因而得财者,同强盗,不分首从论,皆斩。”〔6〕

由上文可知,谋杀人的最后一部分规定了谋杀入得财这一特殊的强盗行为。从犯罪形式上看,谋杀入得财的行为模式与普通强盗罪的如出一辙,均是先施加暴力,然后取得财物。谋杀入因而得财,其犯罪轨迹在于先谋其命,后取其财。其关键在于“因而”,先杀人,后取财;而普通的强盗罪也是对被害人直接施加暴力,使其不能反抗或不知反抗,从而取得被害人的财物。从暴力的程度上看,谋杀入得财的暴力程度大于或等同于普通强盗罪。两者均

〔3〕 (明)雷梦麟撰:《读律琐言》,怀效锋、李俊点校,法律出版社2000年版,第317页。

〔4〕 (明)雷梦麟撰:《读律琐言》,怀效锋、李俊点校,法律出版社2000年版,第317页。

〔5〕 (明)雷梦麟撰:《读律琐言》,怀效锋、李俊点校,法律出版社2000年版,第317页。

〔6〕 《大明律·刑律二·人命》卷十八,怀效锋点校,法律出版社1999年版,第150页。

是使用压制或足以压制被害人的暴力来取财的行为。只是谋杀人得财使用的暴力更为严重,使被害人完全没有反抗能力。而普通强盗罪所施加的暴力,即可包括对被害人进行身体上的限制,或是对其进行伤害,也可以直接将其杀害。

而仔细研读律文后,发现谋杀人得财与强盗得财两者的差别仅在于谋杀人得财中强调了共犯的情形:“若谋杀人因而得所杀人财物者,无问杀人与否,并同强盗,不分首从论,皆斩。其造意同谋者行而不分赃,而不行者,皆依强盗论罪。按律云,因而得财,同强盗,不分首从论。其同谋不行之人,不分赃者,仍依谋杀论,为是以所谋者,原为杀人而不在得财也,观共谋为盗条可推矣。”〔7〕对于“行而不分赃,而不行者”视为从犯,只定其谋杀人条。原因在于虽然共谋杀入,但后未实施杀人行为,或是实施杀人行为后并未参与分赃行为,不足以证明其有图财害命的目的。除此之外,两者无丝毫差别。因此,将历来置于财产性犯罪下的谋财害命放于侵犯人身权犯罪的谋杀人条下,同一种犯罪行为却用两条法条来加以规制,也从侧面反映出明律立法体系繁赘的特点,这些都造成了官吏在适法断案上的模棱两可。

二、“两湖”地区强盗案件的司法实践考察

就地方司法实践而言,想要领会地方官吏如何处理强盗案件的司法实务问题就要通过当时记载的判牍来加以研究。强盗案件的司法实务主要包括呈报、取证、适法和断案。其中断案除了斟酌案情、适用法律,考虑具体的犯罪情节外,司法官吏审理时的心态也是决定案件轻重的关键因素。

(一)呈报:强盗案件的受理程序

强盗案件属于重大刑事案件,因此其在受理的程序上与一般的刑事案件有很大的差别。其中最显著的特点便是强盗案件的呈报程序,呈报的途径有两种,其中之一是相关责任人在发生盗案时直接到官府首报,这里的相关责任人一般是指乡保、捕役和巡检。

根据《明会典》关于巡检司职责的规定:“一凡强盗打劫、各该有司军卫员役、不分事情轻重、务要登时从实申报。如有隐匿者、抚按官即将各该员役、应提问者、提问。应参奏者、就便参奏。酌量情罪、轻则罚治、重则降黜、议拟上请、不许容隐。”〔8〕我们可以看出捕役与巡检有报告盗案发生的义务。为了更好地收集强盗案件的发生情况,巡捕通常是以张贴告示来掌握盗案发生率,通过地方百姓的举报来起缉防盗贼之效。如《新镌官板律例临民宝镜上栏所载文献》上记载的“又巡捕地方告示〔式〕”:

“某县巡捕衙某姓为严缉捕以靖地方事。……为此给示晓谕:各乡镇军民人等知悉,自后务要各安生理,洗心涤虑,痛改前非,毋得仍前不悛,自取罪戾。如有此等不遵禁约者,许地方及应捕人役,多方缉捕。如盗贼生发,各要协力齐心,相机剿捕,务要捉获真正人赃,解职审究,以凭申报。有功人役重加给赏。毋得乘机妄拿平民,恐吓财物。及故纵坐视,一体究治不恕。每月朔望,该地方仍具有无盗贼生发结状,以凭查考施行。须至示者。”〔9〕

呈报的另一途径是事主直接向官府告状。告状不仅要符合程序条件,同时还要满足实体条件。程序条件是指告状时要递交正式的呈报文书。例如明代吕坤所著的《风宪约》上

〔7〕(明)佚名撰:《御制新颁大明律注释招拟折狱指南刑律(上)·谋杀入》卷十一,收录于杨一凡主编,徐立志、关志国、李琳整理:《历代珍稀司法文献》(第四册),社会科学文献出版社2012年版,第368页。

〔8〕(明)李东阳等撰,申时行等重修:《大明会典·兵部十九·巡捕》卷一百三十六,广陵书社2007年版,第1930页。

〔9〕(明)苏茂相辑,郭万春注:《新镌官板律例临民宝镜》(下),收录于杨一凡主编,孔庆明、关志国整理:《历代珍稀司法文献》(第七册),社会科学文献出版社2012年版,第993页。

所载的“应被强盗告状式”，^[10]其中详细地罗列了报案时被害人的基本情况，案件的发生经过及损失财物的多寡。在事主报案的同时，还要罗列一份“失单”，即事主所失财物的清单，该失单既是寻找犯罪嫌疑人的依据，也是官吏定罪量刑的关键。若缉拿盗犯时，从其身上搜出赃物，与失单比对相符，经事主认赃，基本就可以认定此人即为此案真凶。

另外，告状时还应符合实体条件，即犯罪事实系客观发生。盗案属于重大刑事犯罪，一旦呈报，便会启动一系列的勘验、审理程序。若事主在呈报之初就存在诬告捏造的行为，不仅浪费了司法资源，还会四处为害，荼毒忠良。

（二）取证：强盗犯罪的事实认定

强盗案件的审理经过多级司法机关，不同的判官对于证据的采信及审案的态度也有所不同。因此，口供的取得，证人证言的采信，赃物罪证的追查成为明代强盗案件举足轻重的环节之一。

1. 口供

明代的证据材料主要包括被告人口供、证人证言及相关的赃物、作案工具等物证。其中，作为定罪量刑的主要依据便是被告人口供。根据《大明律》规定：“凡狱囚徒、流、死罪，各唤囚及其家属，具告所断罪名，仍取囚服辩文状。若不服者，听其自理，更为详审。”^[11]这就表明若被告人不服判决，则代表其不承认自己的犯罪行为，案件仍然存在矜疑，未达到心服口服的目标。同时，口供不仅是被告人认罪的招供，某种程度上还是追查同案犯的重要证据。在《云间臬略》中，就有依据主犯的供述追查到其他同犯作案嫌疑的记载。^[12]这就证明司法官吏在断案时必须审慎严谨地分析案情，不放过任何蛛丝马迹。

2. 证人证言

当案件事实难以查清或双方当事人有争议时，司法官吏便会传唤证人，将其所闻所见一一告知官府，因此证人证言也是厘清案件客观事实，作为判案依据的重要组成部分。根据《湖湘臬略》某个案例记载：被告人刘应魁虽供述其赃物系强盗所得，但根据乡邻的证言并无显示其强盗行为的发生。况且失主既未告官，对其失物也不知其故物。因此官吏认为定强盗罪似乎有欠妥当。再者，强窃关乎性命，由不得半点马虎。这就要求官吏在审案时必须秉持公正平允，避免发生出入人罪的情形。^[13]从上述案例我们也可以看出证人证言的重要性。可惜的是，类似的案例记载很少，其原因在于证人证言只有在证明被告人可能存在轻判或无罪的情况下才会被记载下来，由于证人证言是否被采信关键在于主审的法司，对于当事人并不绝对地约束，但这并不代表其没有效力，司法官吏在审案时出于审慎断案的心态，还是会将其纳入考量范围。

3. 物证

物证是除口供外，最能客观证明犯罪实施，认定犯罪的重要依据。对于强盗案件而言，物证主要包括被告人的作案工具、所获赃物。明代的强盗案件审判最讲求“真赃主认”。根

[10] (明)吕坤：《风宪约》卷一，收录于杨一凡主编，刘笃才整理：《历代珍稀司法文献·办案要略(中)》(第二册)，社会科学文献出版社2012年版，第314页。

[11] 《大明律·刑律十·捕亡》卷二十七，怀效锋点校，法律出版社1999年版，第210页。

[12] (明)毛一鹭：《云间臬略·一件强盗劫烧事》卷一，收录于杨一凡、徐立志主编，刘笃才、杨一凡、吴艳红、姜永琳整理：《历代判例判牍》第三册，中国社会科学出版社2005年版，第408页。

[13] (明)钱春：《湖湘臬略·一起依强盗得财律斩犯三名：刘应魁、向三春、汪龙泉》卷一，四库全书存目丛书(史类65册)，齐鲁书社1997年版，第681页。

据《存笥小草》的某个案例的记载,被告人周爱宇等人群聚不逞,路过江朝儒家遂起劫之念头,持火炬架竹梯翻入其家,江家之银钱衣被席悉数劫卷殆尽。^[14]可以看出,本案定罪量刑的主要依据是捕役及时缴获的银钱和衣被。明代赃物的范围大到黄金珠宝,马匹牲畜,小到衣裤细缕,可谓是各式各样。可见明代强盗罪的定罪并非取决于赃物的价值多寡,而是只要是实施强盗行为所得的赃物即为犯罪所得。强盗得财,不分首从,皆斩。

然而赃证是否现场缴获成为相当重要的定罪依据,倘若不是现场查获的,事主为求迅速结案而妄指赃物的现象会大大增加。正如明末的余自强在其《治谱》一书中所言:“盗贼,衣服牛马金银首饰器皿易辨,然亦有假;惟金银极难辨。今之治盗者欲人人罪,往往以本人家原有衣服等物指作盗赃,又有捕人将别人赃物安作本人者;又有良民逼拷不过,将家私卖银完赃者。以此拟死,死皆冤民,而强盗反以无赃得脱。故审盗者,一毫不细心,则千里”。^[15]因此,官吏在审案的同时,必须对赃物凶器的真伪加以勘验复核,不然会造成日后的疑案丛生。

(三)用法:强盗案件的断案依据

明代“强盗”罪的立法体系是一个比较稳定的制度结构,前后律例的变化不大。律主要是规定定罪量刑,而例则是针对日益多发的盗案现象所附加刑罚种类的规定。因此给予司法官吏自由裁量的空间有限,加之明代“重典治吏”思想的指导,使得官吏在判案是必须要秉持审慎态度,避免出入人罪的发生。

1. 依律断案

根据《大明律》规定:“凡断罪皆须具引律令。违者,笞三十。若数事共条,止引所犯罪者,听。其特旨断罪,临时处治不为定律者,不得引比为律。若辄引比,致罪有出入者,以故失论。”^[16]由此可以看出,判案必须援引律令规定,不可以有律令的情况下比附断案。根据所收集的强盗判牍中,司法官吏在证明案件犯罪事实清楚,证据确凿充分后,就要寻找适合的律令来裁断案件。以《湖湘臬略》为例,^[17]其中就记载法司在审理案件时,尤其是复审机关对于初审官吏所呈的案件,都审慎地检验证据是否真实,案情发展是否符合情理,审判推理是否合理,定罪量刑是否得当。若存在未确之处,一般都驳回原判,发回重审。其原因在于面对强盗等人命关天的重案,稍有纰漏便会差之毫厘,失之千里。这也告诫司法官吏,校复案情必须谨慎之至,刑曹之官,推断刑狱,惟慎一心对之。

2. 条例适案

发展到明代中后期,由于《大明律》的条文僵化,跟不上时代的发展,其中的部分条文已不被司法官吏所使用,而条例则是为了迎合多变的社会情况以及日益多元化的犯罪手法而出台的,及时弥补了律条的不足。所以条例也是司法官吏审案拟罪的重要依据之一。同样

[14] (明)冒日干:《存笥小草·郾中谏语·下》卷六,四库禁毁书丛刊(集类60册),北京出版社1998年版,第728页。

[15] (明)余自强:《治谱》,收录于杨一凡主编,刘笃才整理:《历代珍稀司法文献·办案要略(中)》(第二册),社会科学文献出版社2012年版,第620页。

[16] 《大明律·刑律十一·断狱》卷二十八,怀效锋点校,法律出版社1999年版,第221页。

[17] (明)钱春:《湖湘臬略·一起依强盗得财律斩犯三名:吕大登、邹尚宪、陈子芳》卷二,四库全书存目丛书(史类65册),齐鲁书社1997年版,第710页(上)。

以《湖湘臬略》某一案件为例,若以强盗未得财而定罪犯张銮杖一百,流三千里似乎过轻,^[18]为防宽纵强盗现象,因此官吏引用明代中后期出台条例:“若止伤人而未得财,比照抢夺伤人律”^[19]为定罪量刑的主要依据,和强盗律比较可以发现,后者的用刑远远重于前者。这也从另一侧面反映出条例的出现,及时地修改了律条的不足,对其有一定的匡正作用。

(四)论情:强盗案件的法外考量

虽然明代的立法较唐宋相比较为严酷,然而在司法方面则更注重继承儒家的轻刑思想。尤其是死罪情有矜疑时,一般都宜轻不宜重,体现了统治者的罪疑惟轻的思想。这种疑罪从轻的观念,尤为受到明代中后期司法官吏的传承,无形当中也反映在当时记载的判牍之上。

1. 罪疑从轻

强盗案件属于重大刑事案件,是破坏地方治安的一大元凶。但是不能为力求破案而迅速结案,毕竟这是人命攸关的判定,因此官吏总是再三复核并慎用刑。罪疑惟轻体现在强盗案件司法实务的各个方面。

一方面在侦查方面,明代的《居官必要为政便览》的刑类部分就写到:“强盗赃证未明,暂且牢固监候,不可妄行捶楚。防有他变,后日难以对证。若非真盗,恐有冤枉。所以上干天和,下致民怨者此也。”^[20]

另一方面在审判中更要注意罪疑惟轻。虽然强盗犯罪不可赦,但还是要客观地对其定罪量刑,需要有足够多的证据来证明其所犯罪行。假使在罪情尚未明了的情况下—概处以极刑,不但不符合罪疑惟轻的司法原则,违背了立法者的本意,还可能造成无法挽回的局面。“人命事情。若无的证,必为疑狱、与其杀不辜,宁失不经。苟以一时之见,罗织成案,后又不胜其悔者矣。昔一富家被盗,将家主杀死,止一婢获免。后法司详审,俱以为婢子同奸夫杀之也。议拟凌迟,决后而真盗事发,招出前情,问官皆得有罪。夫一身之荣辱不足惜,则黑夜事情安可悬断哉。如此之类,诚为冤狱矣。所以为官之人,欲要昌后,当与此处存一善念可也。”^[21]

2. 矜情恤刑

除了要罪疑惟轻外,明代统治者还要求司法官员在斟酌案情,定罪量刑方面对于值得矜怜的罪犯给予法外开恩的权利。尤其是对于那些稚龄犯、老年犯、妇人犯等,法司网开一面的情况最为多见。根据《湖湘臬略》记载的一个案件显示,司法官吏正是认为犯罪嫌疑人万乙酉尚为年幼,行抢也因害怕而惊吓伏地,加之在其身上未起获分赃所得,本身就被迫参与犯罪,因此法司甚为同情,对其网开一面,希望等案情明了之后再次详审。但也不是所有的稚龄犯、妇人犯都会法外开恩,减轻用刑,又如《湖湘臬略》记载的罕见之妇人为盗的案例,本案的主审官员在斟复案情之后,并没有一味地以矜怜同情为审案依据,相反则是拟重刑以杜绝此股嚣张气焰。

不仅在审判时注意矜情恤刑,对于犯罪嫌疑人的审讯方面也注意要慎用刑讯。“强盗

[18] (明)钱春:《湖湘臬略·一起依强盗伤人未得财律斩犯一名:张銮》卷一,四库全书存目丛书(史类65册),齐鲁书社1997年版,第672页。

[19] 《大明律·问刑条例·刑律一·贼盗》,怀效锋点校,法律出版社1999年版,第409页。

[20] (明)佚名:《居官必要为政便览·刑类》,收录于杨一凡主编,刘笃才整理:《历代珍稀司法文献·办案要略(中)》(第二册),社会科学文献出版社2012年版,第644页。

[21] (明)佚名:《居官必要为政便览·刑类》,收录于杨一凡主编,刘笃才整理:《历代珍稀司法文献·办案要略(中)》(第二册),社会科学文献出版社2012年版,第647页。

赃证未明,且勿妄加捶楚,牢固监候,再加察访。果系真盗,捶楚何南难。若系平民,杀之可伶。迨来州县审盗,多有情罪未明,考讯已极,迨审系无辜而死者已过半矣。岂惟上官见之不雅,此心恐亦不安。”^[22]对于强盗案件的刑讯为不冤枉任何无罪之人,刑讯的使用也是一再慎之又慎。“近日治盗,有情未真、赃未获而死于杖下,有供招未具而死于狱中者。招中泛称陆续监故,天道有知,人之子不可独杀。今后除情真赃真详允奉决者,不拘刑死、病死,听其领埋外,其赃状无指,及情节可疑而死于狱中,许尸亲告发。问官及系昏庸酷暴,轻者参呈降黜,重则定拟故勘平人之律,决不轻纵。”^[23]

3. 避免出入

明代的立法要求司法官吏在拟定罪名时做到罚当其罪,避免出入人罪的发生。为了惩治或吓阻官吏犯出入人罪,在刑罚的设置上不断地因时制宜,有增有减。明代余自强在其《治谱》一书中列举两个反面案例,力求今后的官员在审理案件时必须秉持公允之心,公正对待每一个案件,避免出入。“审盗须平心,就事论事,切不可矫枉太过。有一令,但审盗,即毙之杖下。问其故,则其家曾为盗所劫也。又有一士夫,凡遇强盗,不论真伪,悉纵之。问其故,则其父兄曾为盗所攀也。此之谓‘见别废履’。胥失之矣。”^[24]在判牍中也有所体现,据载:

“李二原系伙盗,已奉辟详,但会审称冤,特为驳理,耳名假则盗或假,名真则盗或真。再详原招,瞭望虽未分赃杀人,实同下手,改斩拟配,得无一念之矜疑,凶人之纵乎,失入、失出所关并中,该道再委另审,复详报。”^[25]因此,官吏在面对案件事实尚未明朗的情况下,必须怀有公正平允之心,客观对待,不应随意依自己的喜好定罪量刑,切勿或枉或纵。

三、“两湖”地区强盗案件的特点及反思

盗贼现象,小则关乎地方治安,大则涉及江山社稷,所以一直是历朝历代统治者的心头之患。因此,治盗策略的效果事关百姓安居与国家政权稳定。不同地区就有不同的治盗策略,不同时期就有不同的治盗效果。与其他传统盗区相比,“两湖”地区呈现出不一样的强盗案件特点。

(一)“两湖”地区强盗案件的特点

纵观明代官修的史书可以发现,盗象丛生之地除了“两湖”地区外,还有广东这一传统盗区,无论是官修正史还是地方志,亦或是明人文集中,均记载广东地区盗贼纵横。从比较中我们可以看出“两湖”地区盗案发生的特点:强盗犯来源的多样性以及朝廷治盗方式的行政化。同时,由于其土地上广泛分布着少数民族,采取大面积的剿抚似乎不妥,不仅不利于捕盗,更易激化社会矛盾。只有不断增设巡检司来加强地区管理,才是杜绝盗患的上策。

1. 强盗犯来源的多样性

“两湖”地区的地理环境较为复杂,不仅有连绵不断的山脊险要,还有泽国连天的水流

[22] (明)余自强:《治谱》,收录于杨一凡主编,刘笃才整理:《历代珍稀司法文献·办案要略(中)》(第二册),社会科学文献出版社2012年版,第617页。

[23] (明)吕坤:《风宪约》卷一,收录于杨一凡主编,刘笃才整理:《历代珍稀司法文献·办案要略(中)》(第二册),社会科学文献出版社2012年版,第475页。

[24] (明)余自强:《治谱》,收录于杨一凡主编,刘笃才整理:《历代珍稀司法文献·办案要略(中)》(第二册),社会科学文献出版社2012年版,第623页。

[25] (明)吴亮采:《止园集·一起掣获截路强盗事斩罪》卷二十六,台北汉学研究中心景照明天启元年刊本,第33页。

湖泊,同时还毗邻赣、闽、粤三省。尤其是三省交界之区,易为盗匪所据,历来被视为官方稽查重点,朝廷极为重视。

明代中后期,土地兼并日趋激烈。大部分的农民因丧失自己的土地而流离失所,为解决温饱问题铤而走险涌入川陵连绵的山区。而山林往往又是各种三教九流混杂之处,平素就难以管制。正所谓“荆襄地连数省,川陵蔓延环数千里,山深地广,易为屯聚”。^[26]屯聚之处易生山贼,而山贼在劫掠地方时,又与苦于生计的流民相合流,成为庞大的盗贼群体。

除此之外,“两湖”地区还常年受湖盗之扰。除洞庭湖外,其他分流小河也经常成为盗贼作案之地。就以湖北的汉阳府为例,在其辖区内就有一江支流曰沌水,“沌者,江旁枝流,如海之,其港仅过运河,两岸皆芦荻,支港皆通小湖,故为盗区,客舟非结伴不可行”。^[27]

2. 治盗手段的行政化

对于广东这一传统盗区,朝廷多采取征讨与招抚的手段。相比这种用武力与策诱的方式来作为平定盗象的主体方针,“两湖”地区则是采取截然不同的治盗策略——通过增设巡检司来预防地方盗贼,同时加派人手严缉盗犯。

就“两湖”地区而言,万历年后不断增设巡检司以尽防盗缉盗之功效。从万历年间到明代末年,“两湖”地区就增设了21个巡检司。虽然朝廷不断续增,但是收效不大。地方仍然存在庞大的盗徒数量与下层巡检弓兵势单力薄的窘境。加之巡检制度本身的弊端,导致其治盗之功效并未真正发挥。

(二)“两湖”地区强盗案件引发的思考

明律的强盗立法相较唐律而言,处罚较重,虽然出于重典治国的立法思想,但细细品味不免有过于严苛之意。得财不区分数额大小的绝对法定刑、此罪与彼罪之间模糊的适用界限均对地方官吏在断案时产生不良影响,间接导致盗犯的嚣张气焰。同时,强盗案件的实践过程中存在的无耻衙蠹也对地方司法造成恶劣影响,致使盗犯挣脱法网,对地方治安形成重大隐患。

1. 强盗律文适用中的罪名混淆

明律中的强盗罪既有普通的强盗得财,还有谋财害命的谋杀入得财。两者从本质上说均是强盗罪,只是谋杀入得财的取财方式较为激烈,使用足以压制被害人反抗的手段取得财物。在本文看来完全没必要把两者用不同的条文进行规定。然而正是由于立法体系中罪名的混淆,使得官吏在判案的同时面对同一行为却拟定不同的罪名,法律适用上存在模糊。正如《湖湘臆略》记载的数个案例表明正是由于此罪与彼罪之间的界限模糊,导致官吏在适用律条时的举棋不定,若是能像唐律那样将强盗罪分为先强后盗,先盗后强,层次清晰、脉络分明,想必明朝的盗案也会有一定比例的下降。

2. 强盗案件实践中的无耻衙蠹

强盗案件的审理程序较一般的民事案件要复杂得多,因此其证据搜查、案件推理及定罪量刑等各方面在立法上均有严格的限制。如何贯彻这一系列的制度成为司法官吏得以作出公正审判的关键。然而在实际中却存在一些顽劣昏庸的官吏,视人命为儿戏,肆无忌惮地违背律例,导致审判连连不公、弊端不绝。除了直接对被害人实施暴力,掠夺其财物外,还有一

[26] (明)项忠:《项襄毅公集·报捷疏》卷一,收录于(明)陈子龙编:《明经世文编》卷四十六(第一册),中华书局1962年版,第359页。

[27] (清)顾祖禹:《读史方輿纪要·湖广二》卷七十六,中华书局2005年版,第3548页。

种诬良为盗的行为也同样危害不浅。尤其是到了明代中后期,社会盗案发生率有所抬头,各地都出现了为求迅速结案,而导致捕役仇扳诬陷良民的恶性事件。

捕役指良为盗的目的在于向良民讹诈钱财,手段多样,令人瞠目结舌。他们可以在抓捕时勒索钱财,还可以在刑讯拷打时逼良为凶,以饱谿壑。这样的结果便是使真凶脱逃,无辜蒙冤。因此,余自强有所感慨:“盗发但令捕官扑捉,捉获即解堂细审。若付之捕官具由,其害不可胜言……得钱即放,放后复攀。纳贿者真盗俱脱,不能买命者虽招首已放,尚在狱中。”^[28]捕快利用栽赃、刑讯等手段借机敛财,而真凶却仍然逍遥法外,势必会造成其气焰更为嚣张,百姓生活永无宁日。

四、结语

强盗案,由于其社会危害性大大高于其他侵犯财产罪,一直以来都是中国历朝历代严厉打击的恶性犯罪。万历年间强盗案件的多发不仅是一个时代的警讯,更是明代由盛转衰的转折点。通过本文的分析,从“两湖”地区的强盗案件我们可以看出许多的世间百态。由于社会阶层严重对立,地方社会基本处于失控之状态,灾民与流民叠加,地痞流氓乘机兴风作浪,而盗徒骤增从另一侧面更加剧社会阶层对立。此外,律条设置的不合理,罪名与罪名之间的重叠导致实际适用时的混乱,同一行为被冠以不同罪名,官吏在断案时模棱两可也是明代强盗案件源源不断的一大原因。最后,庸政、懒政的巡检司与司法官吏的不作为或乱作为都是纵容盗匪贼寇,逼民为盗致使盗象难清的一大诱因。综上所述,小小的强盗案件串联起的是明代王朝衰亡的总过程。若是当时的统治者能够勤勉执政,及时修改律例以符合社会现状;地方官吏能够有所作为,面对盗案不再讳盗诘盗;百姓能够从内心深处萌发厌盗恶盗之心,想必明王朝不会在历史的滚滚红尘中匆匆落幕。

【导师点评】

目前,法制史学界对于明代强盗犯罪的专门研究存在不足,有律例脱离案例或案例仅分析司法而较少联系立法的情况。此文在收集了大量明代强盗犯罪判牍的基础上,对明代强盗犯罪的立法、“两湖”地区强盗案件的司法实践和“两湖”地区强盗案件的特点及反思三方面作了专门思考与详尽论述,并在资料选用和研究方法方面都有所突破。首先,在资料的选用方面。针对强盗犯罪立法,此文收集了大量明代律例注解类文献,对于了解明代立法沿革具有重要价值。针对地方司法实践的研究,此文引用的判牍除了来自现阶段学界尚未重视的明人文集中撷取的判牍案例外,还包含台湾国家图书馆汉学研究中心影印的判牍文本。同时本文还查阅了大量明代政书实鉴、地方志等珍贵材料,对于考察地方司法实践予以强有力的佐证,为研究明代地方司法实践提供了很好的素材。其次,在研究方法方面。此文突破以往研究强盗犯罪的惯用模式,既立足于对明代强盗律例的研究,详细梳理和分析强盗律例与其他相关律条的彼此联系,又从现存已知的判牍入手,通过对万历年间“两湖”地区强盗案件的梳理,分析强盗案件的司法程序,将法条陈述与司法结合在一起,从立法出发,考察司法实践,再由司法实践反思强盗立法的不足,两者结合紧密。另外,本文在论述的把握上详略得当,结构合理,文字简洁明了,注释运用规范。此文是一篇具有较高学术价值的硕士学位论文。

(指导教师:王立民)

[28] (明)余自强:《治谱》,收录于杨一凡主编,刘笃才整理:《历代珍稀司法文献·办案要略(中)》(第二册),社会科学文献出版社2012年版,第621页。

法律与金融

银行错误征信报告侵权责任研究

程勇跃

征信是指依法设立的征信机构对企业 and 个人的信用信息进行采集、整理、加工,形成信用报告或记录并依法向特定信息使用者提供以信用信息查询和评估为内容之服务产品的活动。^[1] 征信报告则是征信机构对信用信息进行整理加工后所形成的,记载有客观信用记录、评级等内容的书面成果。市场经济主体通过查询信用报告获知交易对象的信用情况,进而决定是否与其交易,由此以有效防范因交易对象不诚信所导致的交易风险。“征信制度对于防范交易风险、促进经济发展、提高交易效率有着重要的意义。”^[2]

“征信制度实际上是市场经济发展到一定阶段的产物,是现代市场经济走向成熟的必然要求”,^[3]发达的市场经济可以说就是发达的信用经济。随着我国商品经济的发展,我国也逐渐建立起了征信体系,其中最主要、最为广泛的就是中国人民银行所组建的个人信用信息基础数据库,用于银行在开展金融业务过程中避免金融风险。与此同时,信用信息出现错误并给信息主体造成损害的情况也屡见不鲜。然而,我国司法实践并没有能够对这一问题进行良好的规制,现实中存在着一系列问题。

一、问题的提出:从一个案例讲起

2013年3月,某甲向某乙银行申办贷款买房,乙银行通过对中国人民银行建立的个人信用信息基础数据库查询后发现,某甲有于2011年3月在某丙商业银行申办信用卡透支并至今未还的不良信用记录,遂不予核准其按揭贷款申请。某甲对此记录提出异议,称自己从未在某丙银行办理过信用卡业务。后经公安机关调查发现,2011年某丁盗用某甲的身份证等个人证件在某丙银行办理信用卡,并透支消费2万元至今未还,现某丁已脱逃不知去向。因不良信用记录的存在,某甲向银行借款屡屡被拒,与房地产开发商所签订购房合同因无法支付剩余购房款而被迫解除并支付违约金10万元。目前,房价又再次上涨,由1万元每平方米上涨为1.3万元每平方米,因购房成本提高某甲不得不放弃了购房计划。现某甲向当地法院起诉,以名誉权侵权为由要求某丙银行更正其信用记录,赔偿其为恢复信用记录所支出的交通费、误工费、因无法顺利贷款而造成购房合同违约所支付的违约金损失,以及精神损害赔偿。

[1] 参见《征信业管理条例》第2条及《上海市个人信用征信管理办法》第2条。

[2] 李晓安等:《社会信用法律制度体系研究》,社会科学文献出版社2013年版,第3页。

[3] 谈李荣:《金融隐私权与信用开放的博弈》,法律出版社2008年版,第129页。