

# 北京市法學會中國法律文化研究會

法律與文化網

首 頁

關於我們

學會活動

會員關注

學界動態

民族法文化

法史春秋

名作佳文

書評縱橫

法文化辭典

首 頁 >> 名作佳文 >> 佳作一覽

## 宋代“鞠讞分司”辨析

2013-06-20 访问量: 访问量: 215

### 【摘要】

宋代“鞠讞分司”的司法体制经由徐道邻、戴建国、陈景良等学者的发挥，已为学界普遍接受。徐道邻先生所理解的“分司”基本上是组织意义上的，而戴建国教授则进一步提出“功能”分司说，这两种观点并不矛盾，而是分别概括出宋代“鞠讞分司”的两种存在形态。另一方面，这两种说法都把“分司”定位在官员层次，而忽视了宋代司法过程中胥吏这一群体所处的独特地位及其所发挥的重要功能，因而在一些材料的解释上出现困难。实际上，宋代的“鞠讞分司”主要体现在胥吏层次，官员之间的分职并不严格。另外，从历史上看，宋代的“鞠讞分司”在其产生、结构和功能诸方面都与魏晋时出现的“鞠讞分司”存在很大区别。

### 【全文】

“鞠讞分司”作为宋代司法体制上的一个特殊制度，几十年来受到研究者的重视。据台湾学者徐道邻先生说，“鞠讞分司”的观点最早是沈家本和宫崎市定提出来的。[1]徐道邻于1971年前后发表《鞠讞分司考》[2]等研究论文，详细考证和叙述了“鞠讞分司”从魏晋发端到隋朝中断再到北宋复活的发展历程，并把它与翻异移推并举为宋代司法发达的两大标志性制度。戴建国教授在1988年发表《宋代刑事审判制度研究》一文（载于《文史》第31辑，1988. 115-139），其中有专门一节讨论“鞠讞分司”问题，是当时我国内地法史学界讨论“鞠讞分司”问题最为集中和富有创见的研究成果。陈景良教授在2006年发表的《宋代司法传统的现代解读》（载《中国法学》2006年第3期）一文中则对“鞠讞分司”制的政治观念基础进行了深刻的阐释。在此期间，大陆法史学界逐渐接受了“鞠讞分司”这一提法，几种主流中国法制史教材也把“鞠讞分司”作为宋代司法制度的一个重要内容加以叙述。笔者在学习和阅读上述学者的研究成果的过程中，感到宋代“鞠讞分司”制度中还是有些问题有待进一步商讨。现在我把自己碰到的一些问题和对这些问题的初步想法献给大家，不对的地方请批评指正。

#### 一、“组织”分司说和“功能”分司说之商榷

戴建国教授在史料中发现宋代狱讼机构负责人有较多的兼职现象，由此认为徐道邻先生从组织机构方面理解“鞠讞分司”有不通之处，进而提出功能性“鞠讞分司”说，即：一个官员“究竟是鞠司官还是讞司官，要看他在司法活动中担任的具体工作而言，即他的身份以他的具体执掌为转移”。[3]按照徐道邻先生的说法，所谓“鞠讞分司”，是“把审即推问事实和判即依法断刑划分开来，而交付两个不同的机构或官员分别办理”。[4]在这里，徐道邻使用了“机构或官员”这样比较模糊的表达方式，对这个表达我们可以有不同的理解。一是可能在他的观念里，机构主要是官员支配下的组织，二者在很大程度上可以一体视之，二是更有可能他意识到单纯从组织性机构方面界定

“鞠讞分司”还是存在一定问题的。在后来的《鞠讞分司考》一文中，徐道邻给“鞠讞分司”的定义是：“刑事案件之裁判，审问案情的是一个人，决定刑罚的又是一个人（略似英美现行的陪审制度：陪审员决定疑犯是否犯罪而不能决定刑罚；法官决定刑罚而不能决定疑是否犯罪）。”[5]这是一个通俗性的定义，可以视作前面那个定义的延伸，但从行文上看，徐氏在这里所说的个人是具有严格组织定位的，他把这种个人比作英美国家的法官和陪审团，而不是临时性的功能派遣。从上面的引文综合来看，徐道邻先生对于“鞠讞分司”制度的承担者的详情确实没有十分精确的讨论，而是集中笔力于宋代“鞠讞分司”制度的源流疏理。

但在另一方面，可以说徐道邻确实抓住了宋代“鞠讞分司”问题的关键。他在《鞠讞分司考》一文中特别强调司理参军专门鞠狱作为“鞠讞分司”制复活之标志的意义[6]，在该文所列的鞠狱机构中，只有州级司理院才是比较完全意义上的专门的鞠狱机构。徐氏自己也说：“司理参军特别受重视，并不兼他职，这在宋朝很少见。”[7]因此，徐氏所讨论的“鞠讞分司”，首先是从宋初改造马步院为专门推鞠之司理院并与司法参军相对举的意义上讲的，其它有关“鞠讞分司”的讨论都是在这个历史基础上衍生出来的。换句话说，州级司法机构中的司理参军与司法参军之间的“分司”是落实在组织机构上面的，是宋代“鞠讞分司”体制的渊藪。

从有关史料上看，“鞠讞分司”之“复活”发生在开宝六年（973年）[8]，而戴建国教授所引质疑材料主要发生在开宝三年（970年），[9]其材料不太能说明“鞠讞分司”的问题。在另一份天圣五年（1027年）的材料中，也没有出现司理与司法之间兼职的现象。也就是说，至少在戴氏所引材料中，基本是司户或录事参军兼司法参军，司理参军与司法参军间的兼职没有出现过，从行文中我们感觉这样的兼职总是被小心翼翼地避开，由此我们似乎可以得出这样的结论，即在州级司理与司法“分司”的意义上，宋代的“鞠讞分司”是严格落实在组织机构的设置上的，而在作为理念原则的延伸意义上，应该如戴建国教授所说，“鞠讞分司”是“功能性”的，即无论兼职如何复杂，对同一个案件来说，审问案情和检法断刑总是交由不同的官员来处理。

由此可见，在宋代“鞠讞分司”体制下，专门的推鞠和检法机构主要存在于州级司法层次。在州级司法机构中，司理院与检法机构之间是典型的“鞠讞分司”，它们两个机构的负责人几乎没有相互兼职。其它鞠讞机构在职责上没有这样固定明确的划分，其负责人之间相互兼职的现象比较常见，如州录事、司户参军等等。因此，有必要区分两种意义上的“鞠讞分司”，即组织性“鞠讞分司”和功能性“鞠讞分司”，前者是州级司理院与检法机构间的职责划分，后者是在具体案件处理流程上体现出来的司法原则。这种区分的意义在于：从历史角度说，“鞠讞分司”作为一个功能性的司法原则，是从州级司理参军与司法参军分设分职即组织性的“鞠讞分司”实践中发展出来的。从宋初改造马步院开始，宋朝逐渐创设出一系列相关的司法制度和审判程序，到北宋中期以后，宋代朝廷上下形成了“鞠讞分司”的观念。[10]这种从北宋初司理参军与司法参军的分职开始的“鞠讞分司”的实践，给宋朝士大夫的观念以深刻的影响，相比于那些“祖宗之法”也并不逊色。

## 二、宋代“鞠讞分司”中的胥吏问题

戴建国教授在其《宋代刑事审判制度研究》一文中，引用南宋绍兴十七年的一则材料：“大理少卿许大英面对，乞令诸州法司吏人只许检出事状，不得辄言予夺。诏申严行下。”[11]戴建国教授对这则材料的解释是：“司法参军的权力和责任仅限于审案检法，至于检法后案子的判决，则不得参与意见。”[12]但同时又认为司法参军于检法之际，对案件有驳正之权：“录事参军与司法参军同署检法状，狱案有误，当驳正而不驳正，录事、司法参军均得受罚。”[13]陈景良教授对这条材料的解释与戴建国教授基本一致。[14]然而这是很奇怪的，司法参军的驳正显然是在对案件判决内容“辄言予夺”，并且戴建国教授在该文中举出四个材料来证明司法参军有驳正的权力，这与所谓司法参军不得“辄言予夺”的禁令相矛盾。问题出在对“许大英面对”这则材料的解释上。从字面上看，许大英只是要求明确限制“诸州法司吏人”这些吏人的权力，要求他们“只许检出事状，不得辄言予夺”。也就是说，作为检法机构的负责人，司法参军这一官员并没有被禁止“辄言予夺”。为什么呢？因为司法参军实际上是议刑官，“司法参军掌议法断刑”，[15]这一点与推官或签判协助长官拟判的性质相似。法司吏人检出与案件相关的法律条文，由推官或签判协助长官拟出初步判决意见，称为“拟判”或“书拟”。在有些材料中，司法参军直接承担拟判的任务，如：“王晋名下，计赃…，遂送法司，具条呈检法官书拟因依。”[16]“具条”是法司吏人检法的结

果，被呈请司法参军审查并“书拟”。司法参军如果在判案时有明显疑点的案件，有权驳正，即使案件报到主官那里，司法参军如果感觉判决有问题，还是可以提出不同意见，这就是司法参军的“检法议刑”。戴建国教授引用的三条有关司法参军活动的材料都是很恰当的例证。[17]

由上可见，宋代州级检法机构在职责上不能作为单纯的整体来看，而必须区分吏人和官员两个层次。吏人的行为在法律上受到严厉的限制，仅限于检出相关法条，不能对案件如何判决发表意见，官员则负责监督检法，并有权力和责任对案件判决提出实质性意见。在这里，有必要对“讞”的含义作一点分析。徐道邻先生对“讞”的理解是“依法断刑”或“决定刑罚”，然而，在宋代州级司法过程中，决定刑罚的人不只司法参军一个，司法参军仅是最初的驳正或拟判者。同时，宋代司法又多出一个检法环节，检法吏人被严格禁止提出判决意见。这表明我们不能笼统地理解宋代的“讞”。戴建国教授把“讞”解释为“检法议刑”，[18]如果不与司法参军划等号，这种理解是准确的。也就是说，宋代的讞包括检法和议刑（或断刑）两个环节，检法的实际操作者是法司吏人，议刑者则是包括司法参军在内的几乎所有长官和属官。如戴建国教授在文章中提到：“录事参军与司法参军同署检法状，狱案有误，当驳正而不驳正，录事、司法参军均得受罚。”[19]也就是说，录事参军有时也签署检法文书，对案件有驳正之权，因而也是一种断官或议刑之官，甚至也算是一种“检法”之官。正是由于在检法阶段存在官与吏的区分，“检法”官实际上主要是一种议刑官，所以“讞”的含义，在宋朝制度上，就包含检和断两个性质不同的环节，检归检法吏人，而断的环节超出检法参军，包括了几乎所有的州级官员。

另外，在宋代州官体系中，存在知州、通判、幕职官与曹官两个大的层次，曹官包括录事参军、司理参军、司户参军和司法参军等，他们各有相对独立的主管范围，相互间的分工比较明确，对任职条件也基本上有特殊要求，如司法参军须选择有检法工作经验或通过朝廷法律考试的人担任。州级官员层次的司法分工主要存在于司理参军和司法参军之间，另一个主管推鞠的官员录事参军，他在宋朝法律上有权签署检法状，并有驳正之权，司户参军在其职权范围内也有一定的司法权力，其它如司户兼司法、录事兼司法等，已如前述，说明在司理与司法分司之外，其它曹官之间的分工还比较有限。同时，在办案过程中，幕职官、通判、长官，不可能不以某种方式介入推鞠和检法过程，如刑讯案犯，须经长官批准；幕职官也可置当直司狱。[20]因此，从总体上说，在宋代州级官员层次中，司法流程的分工还很不彻底。

以“鞠讞分司”为标志的司法分工在胥吏层次上要彻底得多。宋代狱讼过程中存在逮捕、推鞠、检验、检法、录问、书拟、别勘、复审等诸环节，不同环节由不同官吏承担。《庆元条法事类》规定：凡“录问、检法与鞠狱官吏相见者，各杖捌拾”[21]即推鞠、检法和录问环节的官吏相互之间不能私下商量意见。诸环节官员之间虽然不允许私下商量，但对于判决，却可以公开表达不同看法，所以，在总体上，官员对案件判决有发言权。另一方面，诸司法环节中的胥吏对最终判决无缘置喙，这样，审判过程的分工实际上就把胥吏的活动局限于各分工环节之内。可见，胥吏，而不是官员，才是宋代司法分工体制的真正约束对象。

对胥吏的分工规制不只限于推鞠、检法和录问等重要环节，而是几乎延展到全部司法领域。南宋高宗时，周林在《推司不得与法司议事札子》中说：“狱司推鞠，法司检断，各有司存，所以防奸也。然而推鞠之吏，狱案未成，先与法吏议其曲折，若非款状显然如法吏之意，则谓难以出手，故于结案之时不无高下迁就，非本情去处。臣愿严立法禁，推司公事未曾结案之前，不得辄与法司商议，重立赏格，许人首告。臣又见狱吏惨刻，动以縲继捶楚为能，常在圜扉毒犹不广，至于使之预追呼之事，则虎而翼矣。出入闾里，既无忌惮，罪无轻重，理无曲直，例遭侵铄，每见狱卒追呼，必持绳索挟鑊械携杖捶以示威力，用求贿赂。且以一夫犯刑干证之人多或数十少或三四，一概被毒，无得免者，又以入狱之后，捶楚为戒，无敢告诉，故其追呼扰民之患，尤非其它走吏之比。”[22]周林札子中不仅提出法司与推司要严格分工，而且狱吏不得“为恶于囹圄之外”，即要把推鞠吏人的势力遮断于监狱之外。又如《洗冤录》：“凡行凶人不得受他通吐，一例收人解送。待他到县通吐后，却勾追。恐手脚人，妄生事骚扰也。”[23]也就是说，宋朝也很注意防范逮捕人员擅自进行推鞠，努力把推鞠与逮捕两个司法环节严格分离。

由于县衙官员的编制没有明显增加，发挥胥吏在推鞠检法中的作用就显得尤为必要，同时，为了控制胥吏腐败现象的蔓延，宋朝也着力改进县衙的审判机制，使之朝着“鞠讞分司”的方向发展。

到南宋中期，县衙普遍设立了负责推鞠的推司和负责检法的编录司，绍兴年间，朝廷在县级推司中强制推行重禄重法，至庆元初，朝廷试图在县级编录司也推行重禄重法和改革胥吏拣选制度，虽然在胥吏抵制下没有成功，[24]但这些史料表明“鞠讞分司”这种狱讼分工制度在县这个层次上基本建立起来了。

戴建国教授把县令归为鞠司一类，这可能和他的“县级审判机构，主要由知县或县令组成，鞠讞不分司”[25]的观点有直接关系。然而，在轻刑案件和民事讼争案件中，县令不只审问事实，还有权作出判决，即使是审判徒以上重罪案，县的预审也不只是查问事实而已，还是要提出拟判意见，[26]因而无论哪类案件，县级审理都需要有检法环节。如前所述，至少到南宋中期，县级审判已经在组织上实现了“鞠讞分司”的原则，只是这个原则直接落实在推司和编录司这样的胥吏组织上，而不是在只有极少数人组成的县官层次上。南宋时曾有人建议以县丞为专职鞠狱官，目的在于压制吏权，后不果。[27]如果把鞠司和讞司限定在官员层次，忽略胥吏这个层次，那么在徒以上案件的审判过程中，就很容易把县级审理概括为推鞠，而忽略其中的检法和拟判活动。

因此，有必要把宋代的“鞠讞分司”放在“官吏分途”这个大背景中来理解，官吏分途、官督吏审基础上的狱讼分工体制是宋代司法制度最基本的特点，[28]而“鞠讞分司”是在这一大的分工框架下的具体制度。在很大程度上，可以说，所谓组织性的“鞠讞分司”，主要表现在胥吏层次上，功能性的“鞠讞分司”，主要表现在官员层次上。

### 三、此“鞠讞分司”非彼“鞠讞分司”

徐道邻先生于《鞠讞分司考》中把北宋设立司理参军之历史意义定为以魏朝设律博士发端的“鞠讞分司”体制的“复活”。然而，宋代形成的“鞠讞分司”有诸多特殊之处，两种“鞠讞分司”的差异似乎不是用“复活”一词就可以涵盖或忽略的。两者差异可以粗略归结为以下几个方面：

首先，两者形成的路径不同。宋初从分设鞠狱机构即改组司理院开始形成“鞠讞分司”结构，曹魏是从分设“检法”之律博士开始形成“鞠讞分司”结构。

《三国志·卫觐传》载：“觐奏曰：九章之律，自古所传，断定刑罪，其意微妙，百里长吏，皆宜知律。刑法者，国家之所贵重，而私议之所轻贱，狱吏者，百姓之所县命，而选用者之所卑下。王政之弊，未必不由此也。请置律博士，转相教授。事遂施行。”[29]卫觐指出的是律令之贵重微妙与狱吏之卑下无知之间巨大落差及由此产生司法腐败之危险，所以他建议所设的律博士必须具有与律令相配的较高的政治地位，且其职能在于阐释律令的微妙涵意。从设置之初到废置，律博士在廷尉或大理寺内都位列正监评之后，为当时朝廷最高司法机构的重要属官。[30]朝廷有关律令问题的重要讨论，律博士都能参加，如曹魏正始年间的一次讨论律令，时任律博士和前任律博士都参加了。[31]

宋代的“鞠讞分司”是从改造马步院为司理院开始的，司理院专门负责重要案件的审问，司法参军主管的法司专门负责检索相关法条。唐代司法参军本来兼管审问和检法，后来被军阀亲信机构架空，成了可有可无的机构。宋初的改革是顺势而为，通过划分职权，把部分司法职权归还给法司和司法参军，司理院保留审讯权力，从而让地方司法步入正轨。所以，“司理参军特别受重视，并不兼他职，这在宋朝很少见”。[32]而直接负责检法的法司吏人的地位乃因循前代而来，本来地位就很低，终有宋一代实为每况愈下。

其次，设置律博士意在推行法律儒家化，宋朝分司意在互相牵制。

律博士之设实际上还有另外一层意义，即在司法制度上进一步落实法律儒家化的方针。卫觐所谓狱吏卑下其实只是相对而言，汉代以来出身狱吏位至三五品以上者大有人在。“开皇五年，隋文帝下诏：人命之重，悬在律文，刊定科条，俾令易晓。分官命职，恒选循吏，小大之狱，理无疑舛。而因袭往代，别置律官，报判之人，推其为首。杀生之柄，常委小人，刑罚所以未清，威福所以妄作，为政之失，莫大于斯。”[33]从上述记载看，隋文帝废置律博士的理由竟然和卫觐置律博士建议的理由如出一辙，皆因律令为小人左右，只是政策主张的方向相反。曹魏时用来对付小人弄法的律博士，到隋时，反而被当作弄法小人而遭停废，有点让人莫名其妙。并非巧合的是，魏晋时，法典的儒家化正式启动，到隋时，以隋文帝制定《开皇律》为标志，基本上实现了律典的儒家化。可以说，律博士在从魏至隋这一时期，在法典尚不完善的情况下，实际上承担了用儒家思想解释法律，保证在司法中贯彻统治方针，最终实现法律儒家化的历史任务。而这一历史任务完成之际，也

是律博士这一职位终结之时，终结的理由也是历史性的准备好了的，即律博士们所发挥的咨询解释的作用日渐减弱，其地位和声望也日渐式微，其选用也日渐卑下。比如，在隋朝诸博士中，律博士无朝服也无佩，只有簪笔，地位很低：“诸博士，给皂朝服，进贤两梁冠，佩水苍玉。太学博士，正限八人，著佩，限外六人不给。廷尉律博士，无佩，并簪笔。”[34]律博士已沦为司法体制上的一个累赘，终被有为的隋文帝一刀切除。

宋朝司法运作中不同机构其职责不同，彼此合作又互相牵制，共同完成案件审判。在这样的司法体制里面，司法参军及法司的工作基本上是技术性的。特别是法司人吏，只能检出法条，不能对案件判决提出意见。司法参军以上的官员可以用情理对司法判决加以折衷，但也只是一种更高层次的适用法律，在既定的法律系统内，对具体法律规定提出更合适的适用方案，而不是以儒学专家的身份从法律之外注入伦理思想，进而修正法律。

再次，隋以前的律博士在功能上是法律咨询官，是辅助官，非单独的职能官。

律博士的职权在《隋书》中有记载：“于是置律博士弟子员，断决大狱，皆先碟明法，定其罪名，然后依断。”[35]从这个表述看，律博士在提供法律咨询时，也会对案件性质提出意见，即定其罪名，而且也就到此这止，长官采纳与否是另外一回事。这个职能在宋代相当于司法参军的审核书拟加上法司吏人的检法。司法参军主管之下的法司，其职责只在于提供与案件有关的法律条文，除此之外，不得“辄言予夺”，所以其工作是纯粹技术性的。

另外，宋代长官与属员的隶属关系在性质上也与以前大不相同。隋代以前的律博士和其它官员类似，其与长官之间的关系具有比较强的人身隶属性质，而宋代“鞠讞分司”是在官吏分途条件下展开的，低级司法官员和人吏有明确的法律上的地位和责任。如司法参军有驳正之权，不只是针对审问机构，也针对长官的判决，他可以坚持自己的判决意见，如果他是正确的，就可以免除对他的司法责任追究，其地位较为独立。胥吏虽身份低贱，却已经不是中世的贱民，官员对胥吏的处分受到很大制约，长官、属官与胥吏之间的关系基本上实现了法制化。

综上所述，虽然两种“鞠讞分司”在结构形式上颇为类似，但在功能旨趣上已相去甚远，其功能承担者的地位也有霄壤之别。这种差别之所以产生，主要在于其制度背景和功能需求已经完全改变。在两种“鞠讞分司”歧义的表象之下，是宋代官吏分途体制的必要性和吏强官弱形势的限制，因此，胥吏群体是我们今天分析宋代司法体制的关键之一，也是我们理解宋代法制特殊性的重要视点。

#### 【注释】

[1]徐道邻：《中国法制史论集》，台湾志文出版社，1975年，第110页，注45：“提出这一点来使我们注意的，是沈家本：《刑官考》下，和日本学者宫崎市定：《北宋时代的法制》，《东京学报》卷二四（1964）。”

[2]其它相关论文主要有《宋律中的审判制度》、《宋朝的县级司法》等，均载前引[1]，徐道邻书。徐氏是在刑狱审判领域中讨论“鞠讞分司”问题：“鞠讞分司，主要是为刑事案件。这里为钱谷公事也分设推法二司，值得研究”（《中国法制史论集》注十七，第126页）。戴建国教授也是在刑事审判意义上讨论“鞠讞分司”问题的。本文也限于讨论刑狱审判中的“鞠讞分司”问题。

[3]戴建国：《宋代刑事审判制度研究》，载《文史》第31辑（1988），第119页。

[4]前引[1]，徐道邻书，第97页。

[5]前引[1]，徐道邻书，第114页。

[6]参见前引[1]，徐道邻书，第116页。

[7]前引[1]，徐道邻书，第118页。

[8]《文献通考》，卷六十三，职官考十三：“开宝六年始置诸州司寇参军，以新进士及选人为之。后改为司理。掌狱讼勘鞠之事，不兼他职。”

[9]戴建国教授所引鞠讞兼职材料表，参见前引[3]，戴建国文，第119页。

[10]关于鞠司与讞司分开的议论主要出现在北宋中期以后，特别是南渡以后，在北宋中期以前很少见到官员对司法体制有这样的自觉意识。讨论“鞠讞分司”的学者经常引用的材料如许大英面对、周林札子、汪应辰札子等，都发生在南宋高宗在位期间。

[11]《建炎以来系年要录》卷一百五十六绍兴十七年十二月己亥。

[12]前引[3]，戴建国文，第126页。

[13]前引[3]，戴建国文，第125-126页。

[14]陈景良：《宋代司法传统的现代解读》，《中国法学》2006年第3期，第135页。

[15]《宋史》卷167《职官七》，页3976。

[16]《明公书判清明集》卷十一《人品门·公吏·籍配》。

[17]参见前引[3]，戴建国文，第118页。

[18]参见前引[3]，戴建国文，第125-126页。

[19]前引[3]，戴建国文，第125-126页。

[20]徐道邻：《鞠讞分司考》，载前引[1]，徐道邻书，第116页。当直司狱的功能或与州院狱、司理院狱不同，是服务于录问等程序的临时关押场所，此当进一步确认，但当直司狱的存在证明幕职官具有一定程度上的推鞠之权应属无疑。

[21]《庆元条法事类》卷九《职制门六·馈送·断狱敕》。

[22]《历代名臣奏议》卷二百一十七。

[23]《洗冤录》卷一《检复总说下》。

[24]《建炎以来朝野杂记》乙集卷十六《诸县推法司》。

[25]参见前引[3]，戴建国文，第120页。

[26]《名公书判清明集》卷13《惩恶门·妄诉》，第495-496：江东提刑刘克庄覆审“妄以弟及弟妇致死诬其叔”案的判决文中对县衙书拟官的惩罚：“书拟官夺俸一月，追吏人问。”

[27]参见《历代名臣奏议》卷二百一十七《刘行简乞令县丞兼治狱事疏》：“臣愚见以谓，县狱之事，宜专委丞如州郡两院之官，…不犹愈于付之黠吏之手乎？”朱熹也提出类似建议，虽没能普遍施行，但可以想见个别地方可能出现这样的实际做法，并取得一定的效果。

[28]这种特殊的司法组织结构对法制产生的影响是至为深远的。有人认为：“对情理法的认识应当立基于其产生的生活世界”，见崔明石：《事实与规范之间：情理法的再认识——以〈名公书判清明集〉为考察依据》，《当代法学》，2010年第6期。官吏分途的司法组织结构可以说是宋代司法“生活世界”的关键因素，宋代官员的情理法判案思维就是在所谓“吏强官弱”的司法生态中得以占据主流。对宋代以后立法形式的演化也应作如是观，即宋代敕令格式的法律编纂形式以及清代典例相辅的编纂形态，都需到宋以后迄清法律运行于其中的“生活世界”中是去寻求合理的解释，而不是简单诉诸某种线性的历史解释，后者参见吕丽：《例与清代的法源体系》，《当代法学》2011年第6期；吕志兴：《宋令的变化与律令体系的完备》，《当代法学》，2012年第2期

[29]《三国志》卷二一《卫凯传》。此引文后的内容是：“然而律文烦广，事比众多，离本依末，决狱之吏，如廷尉狱吏范洪，受囚绢二丈，附轻法论之，狱吏刘象，受属偏考囚张茂物故，附重法论之，洪象虽皆弃市，而轻枉者相继。”这一段应是对狱吏卑贱乱法的描述，而非增设律博士之后起现象。

[30]《晋书》卷二四《志第十四职官》：“廷尉主刑法狱讼，属官有正监评，并有律博士员。”《宋书》卷三九《志第二十九百官上》：“正监秩千石，评六百石，廷尉律博士一人，魏武初建魏国置。”《南齐书》卷十六《志第八百官》：“廷尉府置丞一人，正一人，监一人，评一人，律博士一人。”

[31]《魏书》卷六九《列传第五十七袁翻传》：“正始初，诏尚书门下于金墉中书外省考论律令。翻与门下录事常景、孙绍、廷尉监张虎、律博士侯坚固…等并在议限。”其中门下录事常景见：《魏书》卷八二《列传第七十常景传》：“常景字永昌…廷尉公孙良举为律博士，…后为门下录事，太常博士。正始初，诏尚书门下于金墉中书外省考论律令，敕景参议。”

[32]前引[1]，徐道邻书，第118页。

[33]《隋书》卷二五《志第二十刑法》。

[34]《隋书》卷十一《志第六仪礼六》。

[35]《隋书》卷二五《志第二十刑法》。

【作者】张正印

【来源】《当代法学》2013年第1期

版权所有 © 北京市法学会中国法律文化研究会 京ICP备10048862号

技术支持：北大英华科技有限公司

Email: Tel: