

给宋代“鞫讞分司”制度以定位

——“听”“断”从合一到分立的体制演化

霍存福

(沈阳师范大学 法学院, 辽宁 沈阳 110034)

[摘要] 唐、金、宋法令,把“听”“断”作为刑事审判的两个过程、两个环节加以区分;宋初编书,也将“听讼”“决狱”分别编排,构成了宋代“鞫讞分司”的制度基础与观念基础。“鞫讞分司”发端于地方州府新设的司理参军掌狱讼勘鞫,扩展至录事参军介入鞫狱;与唐制相比,原司法参军“鞫狱定刑”的职掌被分割,仅剩“议法断刑”。“鞫讞分司”的进一步发展是,大理寺、御史台、户部等中央机构皆行“鞫讞分司”制,其中大理寺尤为典型;且其职掌分化依托机构分立,更形体制机制化。

[关键词] 鞫讞分司; 听断合一; 司理参军; 司法参军; 左断刑; 右治狱

[中图分类号] D929

[文献标识码] A

[文章编号] 1000-3541(2017)05-0015-12

DOI:10.13761/j.cnki.bflc.2017.05.003

一、问题的提出

唐代《考课令》“推鞫得情,处断平允,为法官之最”,金朝考课法“议狱得情,处断公平,为法官之最”^①,宋代《荐举格》举荐官员“十科”中有两科分别是“善听狱讼,尽公得实科”及“练习法令,能断请讞科”^②,都把“听(鞫,审讯)”“断(讞,判决)”作为刑事审判的两个过程、两个环节。唐、金法令,是对法官在这两个方面的个人能力和实践表现,分别进行考察和评定;宋朝格式,则是对官员(法官)将来可以从事的司法事务的类型或领域,进行定向推举,代表着中国古代司法官员考绩与人才使用上一以贯之的制度规定和体制要求[按,宋代“十科”举荐,略仿唐宋《考课令》四善、二十七最而设“一曰行义纯固,可为师表科;

二曰节操方正,可备献纳科;三曰智勇过人,可备将帅科;四曰公正聪明,可备监司科;五曰经术精通,可备讲读科;六曰学问该博,可备顾问科;七曰文章典丽,可备著述科;八曰善听狱讼,尽公得实科;九曰善治财赋,公私俱便科;十曰练习法令,能断请讞科。”除了“行义纯固”系仿照“四善”之“德义有闻”之外,其余皆以任职之“最”为则;其重心,按类别可分为:文(献纳、顾问、讲读、著述、监司)、武(将帅)、财(治财)、法(听讼、断讞);按与皇帝远近可分为:近臣(献纳、顾问、讲读、著述)、地方重臣(监司、将帅),而财、法两官可上可下。“十科”之中,司法占其二,可谓重视。]。又,宋太宗时编纂类书《太平御览》,将“刑法部”的“听讼”与“决狱”分为两门,各自成卷、分别编排,宋以前历朝官员

[收稿日期] 2017-07-09

[基金项目] 2015年国家社科基金重大项目“法治文化的传统资源及其创造性转化”(14ZDC023);2013年辽宁省教育厅哲学社会科学重大基础理论研究课题“文化繁荣与文化创造语境下的中国法文化研究”

① 《唐六典》卷二考功郎中员外郎条“九曰推鞫得情,处断平允,为法官之最”《旧唐书·职官志二》:“凡考课之法,有四善……善状之外,有二十七最:……其九曰推鞫得情,处断平允,为法官之最”《金史·百官志一》:“(金章宗)泰和四年,定考课法,准唐令,作四善、十七最之制……十六曰议狱得情,处断公平,为法官之最。”参见栗劲、霍存福、王占通、郭延德编译《唐令拾遗·考课令》,长春出版社1989年版,第246—249页。

② (宋)谢深甫撰《庆元条法事类》卷十四《选举门一·十科·荐举格》,其“八曰善听狱讼,尽公得实科”,“十曰练习法令,能断请讞科”;又同上《荐举式》云“臣今保举堪充某官科,如蒙朝廷擢用后,不如所举(谓若举……善听狱讼,而冤滞失实……练习法令,而屡致出入)及犯正入己赃,臣甘伏朝典。伏候敕旨。”载杨一凡、田涛主编《中国珍稀法律典籍续编》第一册,戴建国点校,黑龙江人民出版社2002年版,第307页。下文引用该书,仅具书名、卷数、门类、细目、页码。

“听（审讯）”“断（判决）”事迹依次罗列，体现了对“听”“断”这两个功能各不相同的司法环节的清楚而明确的认识 [〔宋〕李昉等编《太平御览》卷六百三十九《刑法部五·听讼》，卷六百四十《刑法部六·决狱》。五代后唐人刘昫评价唐代法官徐有功“听讼惟明，断狱惟平”（《旧唐书·徐有功传》），提炼出“听明”“断平”两种不同价值，也属于中古时期的认识基础，甚至是更为重要的认识范畴。南宋真德秀知潭州，戒勉僚属“为民去十害”，其前两项即“断狱不公（狱者，民之大命，岂可少有私曲），听讼不审（讼有实有虚，听之不审，则实者反虚，虚者反实矣，其可苟哉）”（《名公书判清明集》卷一《官吏门·申傲·咨目呈两通判及职曹官》），与五代人略同。元代人担忧司法“听讼不审，断狱不公”，认为“治事之最”的“词讼简”，标志是“听断详明，讼无停留，狱无冤滞”（徐元瑞《吏学指南·五事》）。清朝人希望司法“得其情，当其法”，都不离“听”“断”这两个要节，且其中寄寓“听明（审）”“断公（平）”二者有差别的价值理念。]。法律的规定、书籍的编纂，作为中古时期的制度基础与观念基础，可能是宋代“鞠谏分司”制度的滥觞。即由为考核、区分法官个人能力（功夫）所做的区分——在根本上是因“听”“断”所具有的不同功能的差异——进一步发展到机构分立与职掌分化。

将“听（审讯）”“断（判决）”两个过程、两个环节固定为两个独立程序，并且分属于两类机构、由两组官吏来进行，是宋朝独有的“鞠谏分司”制度。两类机构、两套程序，指鞠司（狱司、推司、断司）主“鞠”，即审理犯罪事实；谏司（法司、议司）掌“谏”，即检法量刑。两组官吏，鞠司有：地方诸府、州、军的录事参军（府为司录参军）、司理参军、司户参军；中央机构，大理寺左断刑的断司、右治狱的左右推，御史台的推直官，户部的推勘官；谏司有：地方诸府、州、军的司法参军（府为法曹参军），在中央机构中，大理寺左断刑的议司、右治狱的检法案，御史台及户部的检法官等。

对于“鞠谏分司”，今天的研究者多数是从两司分立的作用角度进行评价的。比如，王云海认为“‘鞠谏分司’的实施，对于减少刑狱冤

滥和官吏作弊，是起着积极作用的”^{[1] [p. 276]}；“宋代长期的审判实践证实鞠谏分司制度，能够在一定程度上起到提高审判质量，防止偏差的作用”^{[1] [p. 10]}。戴建国、郭东旭认为，“鞠谏分司”“可防止不法官员沆瀣一气，营私舞弊，起到相互约束、互相监督的作用，以减少冤假错案发生”^{[2] [p. 181]}。陈景良强调，“鞠谏分司制”是“体现制衡理念的机制”，掌“推鞠”的司理参军、录事参军与掌“检断”的司法参军，既是州长官的助手，同时又对知州最后做出的司法判决负有共同责任；既合作——州长官判决以“检法书拟”为基础，又有制衡——三参军对长官判决有异议，可附上不同意见的“议状”提呈上司，或呈请知州再行审理。他强调，“司法中的分权制衡机制确实在发挥着作用”，也可归入“作用”派^{[3] [p. 133]}。此外，对“鞠谏分司”，也有从司法参军“检法”一事的必要性角度予以评价的，王云海谓：“（鞠谏分司）这一制度又是与‘援法定罪’相配合的，因为宋代法律形式复杂，条文繁密……设专人检详法条，正确使用法律，是十分必要的。因此，‘援法定罪’是借助于‘鞠谏分司’的实施而实现的。”^{[1] [p. 276]}薛梅卿、赵晓耕等人将以上的一个“作用”、一个“必要性”视为“鞠谏分司”存在的两个原因^{[4] [p. 436]}，可以称作“原因”派。

当然，历史问题不可避免地会成为现实问题。将“鞠谏分司”与当今司法审判问题联系起来并予以积极评价的人认为，宋代“这种审与判的相对独立和分离，是一种审判理念的创新”^{[5] [p. 66]}；而予以消极评价的人则认为“这种审者不判、判者不审的审判方式，不符合司法制度的基本原则”^[6]。立场不同，褒贬不一。在当今司法改革进入新阶段，人们对当前法官“审者不判，判者不审”体制机制正在进行深刻反思。此时，回顾一下古代中国“听”“断”合一、分立之传统，尤其是给宋代“鞠谏分司”制度以定位、定评，以此分析和总结古今审判规律，对我们今天寻求改革之道、探索创新之路，是有积极意义的。

笔者《宋代“鞠谏分司”：“听”“断”合一与分立的体制机制考察》^①一文，侧重于对该制度“听”“断”分立的体制机制的评价；本文将侧重于考察从“听”“断”合一到“听”

^① 参见霍存福著《宋代“鞠谏分司”：“听”“断”合一与分立的体制机制考察》，载《社会科学辑刊》2006年第6期，第22-31页。

“断”分立的演变及其运行的制度定位。

二、地方府、州、军的“鞠讞分司”

评价“鞠讞分司”，得分析这一制度出现的原因、维持的目的、存在的条件等主客观方面的各种因素，须得将其本身义与演绎义区分清楚。

一般认为，诸县不实行“鞠讞分司”。知县“掌字民治赋，平决狱讼之事”^[7]〔职官四八之二五〕，就是说，知县全部管了起来。“鞠讞分司”发生于府州的司理参军一职产生以后。

（一）从司理参军产生与司法参军职掌演变看“鞠讞分司”

《宋史·职官志七》讲各州“诸曹官”云：“司法参军掌议法断刑，司理参军掌讼狱勘鞠之事。”这明显沿袭了马端临《文献通考》的说法，仅仅“狱讼”颠倒为“讼狱”。不过，宋代所谓“鞠讞分司”，在地方府、州、军，主要是指这两个参军及其所代表的机构而言的。

但是，这里有个古来就有的司法参军的职掌的减缩，与新产生的司理参军的来历与职守的问题。司理参军是宋朝新设置的，最初是对武人掌握的马步院的“文人化”改造。马端临追溯说：“司理。五代以来，诸州皆有马步狱，以牙校充。马步都虞候，掌刑法，谓之马步院。宋太祖虑其任私，高下其手，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。”^[8]〔卷六十三〕机构的偶然性，以及改造的目的，叙述得很清楚。这样，诸州就有了专司审讯案件的“司理院”。

唐代诸州皆设司法参军（府为法曹参军），掌“鞠讞丽法”^[9]〔职官志四下〕，更长些的表述是“法曹、司法参军掌律令格式，鞠讞定刑，督捕盗贼，纠逖奸非之事，以究其情伪，而制其文法”^[10]〔卷三十三府都督诸州官吏〕。马端临梳理了司法参军的古今沿革，他特别指出“唐掌律令、定罪、盗贼、赃赎之事”，审讯、断刑两事未曾分裂，这也是汉以来的体制。但“宋沿唐制，诸州置

司法参军，掌议法断刑”^①，只剩下了“丽法”而没有了“鞠讞”。“鞠讞”职掌哪里去了？当然首先是分给了司理参军。

（二）录事参军、司户参军参与鞠讞情形下的“鞠讞分司”

1. 录事参军、司户参军介入鞠讞

“司法参军掌议法断刑，司理参军掌讼狱勘鞠之事”，这是概略的说法。实际上，宋代诸州四种“诸曹官”中，除了司理、司法之外，掌听讼的还有录事参军、司户参军。按《宋史·职官志七》，后两个参军的本职是“录事参军掌州院庶务，纠诸曹稽违；户曹参军掌户籍赋税、仓库受纳”。这与唐代“司录、录事参军掌付事勾稽，省署抄目，纠正非违，监守符印”，“户曹、司户参军掌户籍、计账、道路、逆旅、田畴、六畜、过所、鬻符之事”^[10]〔卷三十三〕，无大差别。而据《宋会要辑稿·职官》，宋代“录事、司理、司户参军，掌分典狱讼；司法参军，掌检定法律，各一人，皆以职事从其长而后行焉”^[7]〔职官四十七之一〕。“分典”之说表明，“司理院”不过是鞠司中的1/3，另外2/3由他人主掌。当然，唐代司户参军除了上述职掌之外，还“剖断人之诉竟”^[10]〔卷三十三府都督诸州官吏〕，即有关婚姻违法、田畴争讼也由其处理。在这个意义上，宋代司户参军“典狱讼”，沿袭了唐制，所受理的事务以民事争讼为限。另外，唐代录事参军是检勾官，监督诸司稽违，其权力有的时候甚至能够大到“若列曹事有异同，得以闻奏”^[10]〔卷三十三府都督诸州官吏〕，直接报告皇帝，但并不享有典狱权。所以，宋代录事参军掌狱讼，在体制上是一个较大的变化。不过，宋代开封府，“司录参军一人，折户婚之讼，而通书六曹之案牒”^[11]〔职官志六〕，通过“书案”而履行相当于诸州录事参军的“纠诸曹稽违”职事，而“折户婚之讼”则是直接将唐代司户参军的职事拿了过来^②。开封府也设户曹参军一人，同上云“视其官曹分职莅事”，是否管辖户婚之讼，尚待进

①（元）马端临《文献通考》卷六十三《职官考十七录事参军》：“司法。两汉有决曹、贼曹掾，主刑法。历代皆有（或谓之贼曹、法曹、墨曹），隋、唐更革（与司户同）。唐掌律令、定罪、盗贼、赃赎之事。宋沿唐制，诸州置司法参军，掌议法断刑（品同司户）。”

②《折狱龟鉴》卷四《议罪·陈希亮验封》所载陈希亮做开封府司录时的典型案例，不是民事案件，反而更像司法参军的职事。

一步研究^①。

因此，在宋代地方的州、军，两院——录事参军主持的“州院（或军院）”、司理参军主持的“司理院”，再加司户参军，构成“鞫司”系统，与司法参军的“谏司”相对。诸府，包括开封府及其他三京府，相对特殊些，除了府司（司录参军）之外，相当于司理参军的是“左军巡院”“右军巡院”，与府司（司录参军）构成三个“鞫司”。史称“左右军巡使、判官各二人，分掌京城争斗及推鞫之事”^{[11]（职官志六）}。“谏司”是府的法曹参军，例如，河南应天府，“法曹专掌谏议”^{[11]（职官志六）}。“鞫司”掌审讯，所以都有监狱，司法参军不掌监狱^②。从专任与兼职的角度，可以这样说，诸州司理参军（及诸府左右军巡院）、司法参军属于专职法官，录事参军或司录参军（州院、府司）、司户参军或户曹参军因有本职在，故属于兼职法官。

在三个“鞫司”中，司户参军典狱事迹记载不多，而相较之下，司理、录事参军典狱事迹记载较多^③，这可能就是“州院”“司理院”之间经常移推的原因。一旦犯人不服或翻供，案件便由司理院移到州院重审，或者由州院移到司理院重审。案例显示，在开封府内，案犯由右军巡移到左军巡，再移到司录参军。太宗时王元吉毒母假案，就经过从右到左，再到府司的两次移司审讯。真相大白后，“左右军巡判官韩昭裔、宋廷煦悉坐免所居官，（知府刘）保勋、（判官李）继凝各夺一等奉，左右军巡使殿直庞则、王荣并降为殿前承旨。”推官张雍因干预了左军巡审案，也被免所居官^{[11]（张雍传）}。

“鞫司”众多，致使审讯之事形成互相审

核、复核的掣肘之制。当然，案件审理最初是归录事参军，还是司理参军，临时受委任的情况时有发生。比如，“同州女奴失踪案”，就是“州命录事参军鞫之”^④；而受委任的原因各别，比如，有的案例显示，在司理参军摄司法事时，司理参军理应回避审讯，审讯之务只能交予录事参军了^⑤。

2. 录事参军的法官职业感觉及职业技术

录事参军、司户参军既然是兼职法官，自然有“典狱”职务的感受。根据桂万荣《棠阴比事·原序》记载，宁宗开禧三年（1207年）他做县尉^⑥时，亲耳听到州录事参军讲述的职业感受和他使用的鞫狱“技术”：

开禧丁卯春，仆以饶之余干尉趋郡。书满，纠曹孙公起予，武林人也，留款竟日。话次因及臬事，谓“凡典狱之官，实生民司命，天心向背、国祚修短系焉，比他职掌尤当谨重。近者鄱阳尉、胥为人所杀，昏瞑莫知主名，承捕之吏续执俞、达以告。证佐皆具，亦既承伏，以且谋连二弓手，结款无一异词。某独不能无疑，躬造台府请缓其事，重立赏榜，广布耳目，俾缉正凶。未几，果得龚立者，以正典刑。不然，横致四无辜于死地，衔冤千古，咎将谁执？”

饶州录事参军孙起予对法官职务特别性、重要性及其与他官区别的概括与提炼，即“凡典狱之官，实生民司命，天心向背、国祚修短系焉，比他职掌尤当谨重”^{[12]（原序）}，应当说代表了宋代府州机构中“诸曹官”，如录事、司户、司理、司法四参军等专职、兼职司法官的意识；同时，这一概括也符合传统上儒家对司法功能的政治解释，其“生民司命”“天心向背”“国祚修

^① 《折狱龟鉴》有两例分别由州和府司户参军鞫勘的典型案，一是卷一《释冤上·辛祥察色》：“程坦国博为郢州司户参军时，民有执盗者三人，法当死。州趣狱上，坦疑其自诬，辄留更讯之。后果得真盗。自是，虽他州疑狱，监司必属坦平决。”程坦所审是刑事案件，且是初审。二是卷五《察奸·薛向监税》：“薛向枢密，初为京兆府户曹参军，兼监商税。有贾人过税务，出银二篋，书其上曰‘枢密使遗泾原都监。’向曰‘此必伪也。岂有大臣饷人物，乃使贾人致之耶？’执诣府治之，果服诈。”此案属于“户籍赋税”，是他的本职；其涉及罪罚，也属偶然。

^② 《宋史·刑法志三》：“官司之狱：在开封，有府司、左右军巡院；在诸司，有殿前、马步军司及四排岸；外则三京府司、左右军巡院，诸州军院、司理院，下至诸县皆有狱。”《宋史·职官志五》：“京师官寺，凡有狱，皆系开封府司录司及左右军巡三院。”

^③ 《折狱龟鉴》所记，录事参军断狱4例，司理参军10例（10人次，9司理），司法参军1例（2司法参军，其中1人为犯罪人，非执行职务）。尽管通过《折狱龟鉴》一部书的统计，不见得能够反映全貌或准确比例，但毕竟可资参考。

^④ 见（宋）李元纲《厚德录》，郑克《折狱龟鉴·释冤下·钱若水访奴》。

^⑤ 《折狱龟鉴》卷四《议罪·强至议赃》：“强至郎中，初为泗州司理参军，尝摄司法事。漕运卒盗官米，狱具，议赃抵死者五人。至言‘议赃未应律。’州疑其事以奏。而大理寺果纠正如至言，皆得不死。官吏皆被罪，独至不预。”

^⑥ 《宋史·职官志七》：“县尉……掌阅羽弓手，戢奸禁暴”，是知县的司法辅佐。

短”等三项常见诸政治家之手、政论家之口^①。

孙起予所及缓决嫌犯、另缉真凶的“缓狱”之术，与我们经常见到的司理参军“缓狱”的故事，情节相类、效果相同，是法官常用的“释冤”技术^②。鄱阳县尉、胥吏被杀，县审有证有供，但州审到州院，录事参军孙起予以为有疑窦，请求知府缓办，同时广布耳目，悬立重赏，缉拿正凶。最终真凶龚立被擒，原捕四名嫌犯被释放。作为典狱官的孙起予感叹道：如果不是这样的话，“横致四无辜于死地，衔冤千古，咎将谁执”？

当然，“缓狱”作为方法，背后确实有较深的考虑，其中或有刑事诉讼规律或审判规律存在。郑克《折狱龟鉴·释冤下》“王利阅狱”按语说：

治狱贵缓，戒在峻急，峻急则负冤者诬服；受捕贵详，戒在苟简，苟简则犯法者幸免。惟缓于狱，而详于捕者，既不失有罪，亦不及无辜，斯可贵矣。明谨君子，当如是也。

郑克的这一归纳反映了宋代使用此术的录事、司理参军等的心思。“缓狱”这一“程序”技术，是鞫司官吏在内在的职责、良心、正义感与外在的长官压力、避错动机等的作用下，所想到的相对较好的或积极（另外缉凶）或消极（等待变化）的程序运行方式。类似的审判经验，如元张养浩之“狱问初情”、清汪辉祖之“狱贵初情”^③等，都是非常宝贵的，都符合审判规律，因而被许多明理人遵守或奉行。

三、大理寺等中央机构的“鞫讞分司”

宋代中央机构御史台、户部、大理寺，皆行“鞫讞分司”制。

（一）御史台、户部的“鞫讞分司”

关于御史台。《宋史·职官志四》：御史台“检法一人，掌检详法律”。关于鞫狱，御史台在“宋初置推直官二人，专治狱事”，后来细化

为“推直有四：曰台一推，曰台二推，曰殿一推，曰殿二推”。真宗咸平时，“置推勘官十员”。神宗元丰时官制改革，“定员分职”，罢推直官，又回到三院御史治狱之制。

关于户部。据《宋史·职官志三》，户部左右曹皆设“检法”。左曹分三案，“户口”案“掌凡诸路州县户口升降，民间立户分财，科差人丁，典卖屋业，陈告户绝，索取妻男之讼”，“农田”案“掌农田及田讼务限”等，均属于“鞫司”职掌。“检法”案“掌凡本部检法之事”，下设三科：二税、房地、课利，其中“课利”有一项是掌“卖田投纳牙契”，分工颇细。右曹分六案，“常平”案有一项是“掌户绝田产”，“检法”是其中一案，也掌本部检法之事。

整个户部，“凡四司（即户部、度支、金部、仓部诸司——作者注）所治之事，侍郎为之贰，郎中、员外郎参领之，独右曹事专隶所掌侍郎。若事属本曹，郡县、监司不能直者，受其讼焉。”这是户部受理全国民事类诉讼的一项基本规定。因此，当涉及前述诸项诉讼，鞫与讞的关系应当是明确的。不过，户部的司法职能、法官设置以及相应的“鞫讞分司”，与大理寺右治狱的存废是相关的。哲宗元祐三年（1088年），罢“右治狱”，“置推勘、检法官于户部”，户部司法职能因之而兴；绍圣二年（1095年），复置右治狱，户部职能可能因之而削弱。

（二）大理寺的“鞫讞分司”

在宋代中央机构中，实行“鞫讞分司”最全面、最典型的是大理寺。“左断刑”“右治狱”两大部门的职能划分，被认为体现了“鞫讞分司”的司法理念和要求。这里要重点研究的，也是大理寺的“鞫讞分司”。

宋初，“旧制，大理寺讞天下奏案而不治狱”，即“不复听讯，但掌断天下奏狱，送审刑院详讞，同署以上于朝”。在体制上，设官分职

^① 《尚书·立政》：“周公若曰：‘太史，司寇苏公，式敬尔由狱，以长我王国。兹式有慎，以列用中罚。’”明朝邱濬说：周公“不谓之‘治狱’而谓之‘敬狱’，而又欲后人取法而有慎焉。所谓‘敬’，所谓‘慎’，‘敬’则存于心者不敢忽，‘慎’则见于事者不敢肆”，“为狱官者能用‘敬’、‘慎’以治狱”，“则凡所以治狱者无非仁，而不仁之事则有所不行矣。所行无非仁，是能重民命矣；能重民命，则足以延国命矣；民之命有永，乃天命之所由永也。”见[明]邱濬著，林冠群等校点《大学衍义补》卷一百一十一《慎刑宪·简典狱之官》，京华出版社1999年版，上册，第953页。

^② 请参见2016年辽宁法治文化学术年会会议主题报告二《宋代府州法官职业操守论——对府州司理参军、司法参军的履职考察》。此事也称“留讯”，《折狱龟鉴》卷八《矜谨·胡向讯盗》，胡向为袁州司理参军时，对七人盗案，“向疑其有冤，乃留讯之”，其中二人非盗而获释。《折狱龟鉴》卷一《释冤上·辛祥察色》，孙沔为赵州司理参军，对盗案“沔疑其枉而留讯之”；《宋史翼》卷十八载，王平任许州司理参军，对一杀人案，“平疑其枉”，坚持不立即定案，数日后获真凶。泽州司理参军宋昌言、许州司理参军姚仲孙、泰州司理参军唐肃，也都使用过缓狱之术。

^③ （元）张养浩《牧民忠告》卷下“狱问初情，人之常言也。盖狱之初发，犯者不暇藻饰，问者不暇锻炼，其情必真而易见。”[清]汪辉祖撰《佐治药言·慎初报》云“狱贵初情”，与张养浩同，“情”为情节、案情。

类似唐五代，“国初，大理正、丞、评事皆有定员，分掌断狱”。后置“详断官八人，以京官充”，或兼大理正，或兼大理丞，仍属于笼统的“断狱”官。又设“法直官二人，以幕府、州县官充”，如果是京官改做，则称“检法官”^[11]（《职官志五》）。“法直官”与“检法官”，官称上反映其职掌与检索法律条文相关。

神宗元丰元年（1078年）诏恢复大理狱，“置卿一人，少卿二人，丞四人，专主鞫讯；检法官二人，主簿一人”^[11]（《职官志三》）。鞫讯与检法分立，初具“鞫讞分司”意味。其后官制改革，大理寺基本仿照唐代制度设置官员：大理卿（1人）、大理少卿（2人）、大理正（2人）、推丞（4人）、断丞（6人）、大理司直（6人）、大理评事（12人）、主簿（2人）。大理寺“卿掌折狱、详刑、鞫狱之事”，少卿二人分领“左断刑”、“右治狱”两个系统。“左断刑”系统划分“断司”和“议司”，实行“鞫讞分司”；右治狱系统分设“左右推”和“检法案”，推鞠、检法的分立也形成“鞫讞分司”局面。

1. 左断刑

由一名大理少卿主管，凡“天下奏劾命官、将校，及大辟囚以下以疑请讞者，隶左断刑”，即掌管各地文武官员犯罪被奏劾的案件，以及各地呈上的死刑以下疑罪案件。其工作程序是：“司直、评事详断，丞议之，正审之”^①。这一“详断”“议”“审”的制度，是神宗元丰五年（1082年）的定制，“五年，分命少卿左断刑、右治狱。断刑则评事、检法详断，丞议，正审；治狱则丞专推劾，主簿掌按劾，少卿分领其事，而卿总焉”^②。

元丰六年（1083年），应刑部请求，“分评事、司直与正为断司，丞与长、贰为议司。凡断案，先上正看详当否，论难改正，然后过议司覆议”^[8]（《卷五十六职官考十大理卿》）。《宋史·职官志五·大理寺》记述此事后半部分更为详细：“（元丰）六年，又诏‘凡断公案，先上正看详当否，论难改正，签印注日，然后过议司覆议；如有批难，具记改正，长贰更加审定，然后判成录奏。’”

按《宋史·刑法志三》，元丰六年（1083

年）对制度的进一步明确，是由于刑部看到了新制度衔接不如旧制通畅。刑部说“旧详断官分公按讞，主判官论议改正，发详议官覆议。有差失问难，则书于检尾，送断官改正；主判官审定，然后判成。自详断官归大理为评事、司直，议官为丞，所断按草，不由长贰，类多差忒”，希望有所更改。而其核心是议司的大理丞与大理卿、大理少卿之间的关系，或者说是大理丞与其长、贰在断案中各自作用的发挥。于是“乃定制‘分评事、司直与正为断司，丞与长贰为议司。凡断公按，正先详其当否，论定则签印注日，移议司覆议，有辨难，乃具议改正，长贰更加审定，然后判成录奏。’”

准此，大理评事、大理司直、大理正组成“断司”；大理丞（即“断丞”）、大理少卿（贰）、大理卿（长）为“议司”。“断司”“议司”工作的两个过程，将此前程序上的“详断”“议”“审”的三步流程，改为两步：一方面将“司直、评事详断”与“正审”并合为“断”；突出大理正在“断司”的核心地位。凡断案，先由大理正审查是否正确，需要论难改正的，就彼此论难改正，然后签印注日，送“议司”复议。另一方面，定性“丞议”的程序为“议”，挪后，“断”之后、“审”之后再“议”。即大理丞的参与时间及角色定位有调整。以大理丞为核心的“议司”，发现问题，出具改正意见（“批准”），由长贰审定。同时，将长贰纳入“议司”，也有意义。长贰认可或改正“丞议”后，该判决即成立（“判成”），可以录奏皇帝。可见，虽然基本上仍然遵循自下而上的级别顺序，但职责与功能上“断”“议”区分明确，“断（鞫）”“议（讞）”分司的意义比较明显。

2. 右治狱

由另一名大理少卿主管，“若在京百司事当推治，或特旨委勘及系官之物应追究者，隶右治狱”，即一是负责审讯京城百官犯罪案件，二是对皇帝特别委派审讯的案件，三是涉及官物应追究归公的案件审理。其工作程序是“丞专推鞠”^③，即由“推丞”负责推问。或者说“（右）治狱则丞专推劾，主簿掌按籍”^[11]（《刑法志三》），也包含主簿的职掌。

①（元）马端临《文献通考》卷五十六《职官考十大理卿》以及《宋史·职官志五》。

②《宋史·刑法志三》。《宋史·职官志五·大理寺》关于“司直、评事详断，丞议之，正审之”，与《刑法志三》所谓“断刑则评事、检法详断，丞议，正审”，二书有差别。前者大理司直参与详断，后者检法参与详断。笔者以为，当以前者为善，因为司直是鞫司，检法是讞司，不参加鞫问的“详断”。

③（元）马端临《文献通考》卷五十六《职官考十大理卿》、《宋史·职官志五》。

在哲宗元祐三年（1088年），“右治狱”曾被罢，“置推勘、检法官于户部”；绍圣二年（1095年），复置右治狱。这应当影响了司法权在这两个中央机构之间的配置。

在“右治狱”内部，设“左右推”，即“分大理寺丞为左、右推”^[11]《刑法志三》，这正是“右治狱”中“丞专推鞠”的特色。之所以区分“左推”“右推”负责“鞠勘诸处送下狱案”，目的是若“有翻异即左移右推，右移左推”^①，《宋史·职官志五》称其为“左右推事有翻异者互送”，属于审讯系统内部的同级复审（“复察”）制度。哲宗绍圣二年（1095年），更规定“左右推事有翻异者互送，再有异者，朝廷委官审问，或送御史台治之。”^[11]《职官志五·大理寺》在推鞠之外，“右治狱”所设“四案”有“检法案”，“掌检断左右推狱案，并供检应用条法”^[7]《职官二十四之二》。于是，“左右推”负责推鞠（审问），与“检法案”负责“供检应用条法”即所谓“议法断刑”，又形成系统内的“鞠讞分司”局面。

四、鞠司与讞司各自的权力

（一）鞠司的权力

对于司理、录事参军等府州鞠司，似乎没有太多可说的，他们应当也必须做对、做好才行，因为法司“驳正”针对的是他们，录问“驳正”针对的也是他们。他们若“于本司鞠狱……有不当者，与主典同为一等”坐罪^②。

“推正”是鞠司的职责，包括两种情形：一是“推正”属县移送来的案件；二是“推正”“移司别推”的案件。这种权力可以循例称作“推正权”。第一种情形，例如，“姜遵为开封府右军巡院判官时，有二囚，狱具，将抵死，（姜）遵察其冤状而出之。故事：雪活死囚当赏。遵恐以累前狱吏，乃不自言”^[13]《卷二释冤下》。军巡判官相当于诸州司理参军，是鞠司，但也有“雪活”死囚机会，因而可以获赏。根据宋代《保明推正县解死罪酬赏状》，第一种情形的“推正”虽然称“再行推勘”，并不属于移司“别推”，而是上级州府对下级属县鞠勘情况的正常推勘，但它是一种必要的、有价值的把关，所以，要给予赏赐。“状式”强调，该类“推正”属于“非本院已结正、未录问间翻异称冤

后
推
正”^[14]《卷七十三刑狱门三·推驳·式·赏式·保明推正县解死罪酬赏状》。

可见，本官署内部的纠正，属于责任与义务的本职，是分内事，不予奖励；而对外部的纠正，才可获得奖赏，即使被纠正的是下级机构。“推正”的第二种类型，指“别推”及“移推”。“别推”也称“移司别推”，指府州内诸鞠司之间互相移推，比如，州司理移至录事参军，或录事移至司理参军，开封府左巡移至右巡，或右巡移至左巡，或左右巡移至司录参军。如果再翻异，或临刑称冤及家属声冤的，须由监司派官复审，称“移推”或“差官别勘”。

（二）讞司的检法、驳正与拟判权

在府州，作为“诸曹官”之一的讞司，司法参军有检法权、驳正权、拟判权三项权力。与唐代司法参军相比，这是最小的。而且在宋代不同时期，三权中的拟判权似乎前后不一。马端临《文献通考》卷六十三、《宋史·职官志七》所云“司法参军掌议法断刑”，与《宋会要辑稿·职官》四十七所谓“司法参军掌检定法律”，是有细微差异的。前者反映的是全权时期的讞司权，后者是权力减缩后的讞司权。

1. 检法权

法司检法，根据犯罪情节，检出应当适用的法律条文，为其后的长官定罪提供依据。据南宋《断狱令》：“诸事应检法者，其检法之司唯得检出事状，不得辄言与夺。”^[14]《卷七十三》这是个授权性规范与禁止性规范并存的令文。资料显示，其授权性的一面也即“检法之司得检出事状”得到了有效执行。现存南宋理宗绍定年间平江府法司对盗耕学田案的检法记载，从其所检结果看，将与案件相关的律（2条）、敕（1条）、令（2条）、格（1条）条文悉数罗列出来，更不多言，便是所谓“检法”^[1]《p. 281》。这恰是前述《宋会要辑稿》所谓“司法参军掌检定法律”的讞司权。

令文中“禁止性规范”的“不得辄言与夺”，前述文件中不见处理意见，似乎可为证据。需要注意的是，该令文虽然是依据一个诏书形成的，但令文与诏书存在文字差别，正是这个差别导致前后两个规范所禁约的对象不一致。南宋高宗绍兴十七年（1147年）：“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

① 《宋会要辑稿·职官》二十四之一二。《宋史·职官志五·大理寺》：“左右推，主鞠勘诸处送下公事及定夺等。”

② 南宋《断狱敕》：“诸录事、司理……参军（州无录事参军，而司户参军兼管狱事者同），于本司鞠狱……有不当者，与主典同为一等。”《庆元条法事类》卷七十三《刑狱门三·出入罪·旁照法》，第755页。

辄言予夺。诏申严行下。”^[15]《卷一五六》其中，主体是禁止“法司吏人”辄言予夺，而不是令文的“检法之司”；“吏人”属胥吏，原仅针对诸州；而令文讲“检法之司”既包括胥吏，也包括府州司法参军。该条文之前附列的其他有关检法的《断狱敕》《断狱令》，都以诸州为对象，我们权且认定它不涉及监司即提刑按察司的检法官，更不包括中央法司如大理寺的检法在内。有学者注意到“吏人”与“检法之司”的这一差异，并提出从胥吏角度，而不是仅仅从官员角度看待“鞫讞分司”。这一看法有一定的建设性，因为说司法参军等“不得辄言予夺”，确实与史料不符合。比如，检法有误的责任，南宋《断狱敕》规定“诸司法参军，于本司检法有不当者，与主典同为一等。”^①依这一法司的“官”与“吏”有关检法责任的规定，同职公务连坐，即司法参军与其下的胥吏承担同等责任。司法参军不减等坐罪，目的是敦促司法参军留意胥吏舞文弄法的行为，有“不当”则同坐。

还有，在程序上，南宋《断狱令》规定：“诸州公事应检法者，录事、司法参军连书。有妨嫌者，免；俱应免者，别委官。”^[14]《卷七十三》司法参军检法并签书，因为他是讞司；录事参军也要连书，与他作为传统的检勾官身份有关。检勾官要对本署的所有文案负责。比如，开封府“司录参军一人”，除了“折户婚之讼”的司法职能外，还要“通书六曹之案牒”^[11]《职官志六》，签署意味着通过了他的审核。因此，在道理上，录事参军“连书”，不是因为他是“鞫司”，需要与“讞司”连书检法，而是源于他那来自检勾官的文案责任。

2. 驳正权

法司在检法时，有权进行驳正。宋代“驳正”有行政性监督和司法监督两种，因此，享有驳正权的机构及官员也不同。在门下省，给事中享有行政性监督的驳正权。“若政令有失当，除授非其人，则论奏而驳正之”。这种驳正是对唐代以来传统的继承。“门下之职，所以驳正中书违失”。同时，门下省还有司法监督的驳正权。“覆刑部、大理寺所断狱，审其轻重枉直，不当罪，则以法驳正之”^[11]《职官志一》。刑部的驳正

权则属于司法监督。刑部尚书“凡听讼狱，或轻重失中，有能驳正，诏其赏罚”^[11]《职官志三》，这一职责由其下属“四按”专掌，比如，“大辟案”详覆官“驳正死罪”；后来“四按”分覆大辟案，凡“有能驳正死罪五人以上，岁满改官”^[11]《刑法志一》。

这里讨论的是司法监督的驳正。除刑部及“四按”外，录问官、检法官的驳正应得到更多的关注。录问官驳正，前文已述及，不赘。检法官驳正，立制较早。太祖建隆二年（961年）九月诏“若检法官……举驳别勘，因此驳议从死得生，即理为‘雪活’”；对于能举驳别勘的法司官员，“替罢日，刑部给与优牒，许非时参选”^[7]《刑法四之九三》，即给予迁转优惠。

“举驳别勘”，所驳者为有疑问的案件事实，因而要求别行勘鞫。所以，“驳正”是对鞫司关于案情事实结论的干预，用今天的话说，即系否定鞫司所认定的法律事实。无论是录问官的录问，还是检法官的驳正，都是如此。对于法司，不能因“以法驳正之”这一表述，而认定为是对法条的适用发表意见，尤其不能理解为是司法参军对所属胥吏检法情况进行批评或干预。前述法律规定是如此，史料中的驳正实例也可以证实这一点。

府州法司驳正，确有对疑狱要求移司鞫问的。比如，萧之敏为襄阳司法参军，“府捕强盗陈大汉十三人不获。乡民群行，适符其数，巡尉执送官，不堪笞掠，皆诬服。公（萧之敏）约法疑之，白帅移狱”^[16]《卷七八州官门·司法》。“约法疑之”，即检法议刑时发现冤，请求知府移司勘鞫，所谓驳而正之。

除了对可疑案情进行“驳正”之外，对“可悯”之“情”也往往提出理由，予以宽贷，死罪则“贷死”。因而当“门下省驳正当贷者”^[11]《范镇传附从子百禄传》，意味着行严法，对可疑、可悯之情体恤不够。

如果法司不能驳正冤狱，则有惩罚。仁宗景祐三年（1036年），知蕲州王蒙正故入林宗言死罪，本人被责降为洪州别驾，同官“录事参军尹化南、司法参军胡揆不驳公案，各罚铜五斤”；录问官黄州通判潘衢和蕲春知县苏諲分别

^① 《庆元条法事类》卷七十三《刑狱门三·检断·敕·断狱敕》。又，同卷同门《出入罪·旁照法·断狱敕》：“诸录事、司理、司法参军（州无录事参军而司户参军兼管狱事者同），于本司鞫狱、检法有不当者，与主典同为一等。”则前者为节录，后者为全文。分见第742页、第755页。

罚铜三十斤、十斤，并勒停、冲替^①。有学者据此提出录问官的驳正责任大于检法。笔者以为，录事参军同时负驳正责任，与其负有检法责任类似，因其副署司法参军的检法结果，故也与法司一道负有驳正责任。

法司驳正权对鞫司形成巨大的压力，这可能正是“鞫讞分司”所追求的效果之一。但是，它引起的事端以及带来的弊病也是比较明显的。高宗时周林《推司不得与议司议事札子》所批评的，正是鞫司在巨大压力下的不良行为——“推鞫之吏，狱案未成，先与法吏议其曲折”。移司别勘，是因为他们担心遭到“驳正”——那是既没面子，又损失利益的事。所以，对于鞫勘中的狱案，“若非款状显然如法吏之意，则谓难以出手”，即审讯供词不能明显地符合讞司的口风，鞫司就以为该案件没法交出，以至“故于结案之时，不无高下迁就，非本情去处”。“迁就”谁呢？当然是讞司对案件的看法，而这看法根本不符合案件的本来情况。为此，周林建议规范鞫司行为，“推司公事，未曾结案之前，不得辄与法司商议”，且应“重立赏格，许人告首”^{[2] [p. 181]}。告发有赏，自首大约也能减轻或免罚。

3. 拟判权

检法拟判是讞司权力最大之时。有学者注意到，最初法司检法“也提出判决意见，《名公书判清明集》就有这样的记载”^{[4] [p. 439]}。按《名公书判清明集》所载，绝大多数书判作于宋宁宗后期及理宗一朝，即南宋中后期。这表明，这一时期检法官仍然享有拟判权^②。

查《清明集》，所收各监司的检法官书拟较多，包括提点刑狱司、提点常平司。按提举常平司“其属有干办官”；提点刑狱公事，“其属有检法官、干办官”^{[11] [职官志七]}。卷十三有题名“刑提干拟”书判，当即提刑司“干办官”所拟判。更有数篇“检法书拟”及“司法拟”，皆是监司检法书拟之作。以下分述之。

(1) 提举常平司的检法和拟判

^① 《宋会要辑稿·刑法》四之七三。参见王云海主编《宋代司法制度》，河南大学出版社1992年版，第282—283页；陈景良《宋代司法传统的现代解读》，对该案解读较详细，载《中国法学》2006年第3期，第134页。按，王蒙正被责降为洪州别驾，与“当职官”的勒停、冲替、差替等法定处罚无关，因他是长官，不是“当职官”；录问官黄州通判潘衢、蕲春知县苏諲，分别勒停、冲替，依“诸官司失入死罪，一名，为首者，当职官勒停；第二从犯，当职官冲替”，他们分别按为首者、第二从犯处置了。两个检法“不驳公案”，是“当职官”，但没按从犯处理，仅仅予以罚金。还有一个“当职官”司理参军刘涣，对案情质疑，曾写过“议状”，后来案件平反，免其追官。判官尹奉天将林宗言问成死罪，逼迫林宗言就范。案件平反后，尹奉天被“追两任官”。按法，“诸官司失入死罪，三人，又递加一等，为首者，当职官追两官勒停”，显然把他看出祸首，较录问官为重。

^② 必须说明的是，《清明集》卷十四《善恶门·赌博》的《因赌博自缢》题为“潘司理拟”，后为曹久轩“断”。当是司理参军兼司法事。该拟只述事实，也予定性，唯不及刑罚处置意见，符合不得辄言予夺之旨。

其一，卷七《立继有据不为户绝》，题为“司法拟”。其内容：首先，列举有关的婚姻继承法规，包括“在法”三处、“又准法”“定法”“又法”各一处。这是典型的检法。其次，拟出判决意见。主旨是：涉案人吴琛立继异姓子吴有龙有官据，吴有龙为继子而非义子，吴家不是户绝，不可按户绝法分产；吴有龙妻及子吴登应当欢迎告状陈词的二十八娘回家，尽姑侄之礼，将来以时聘嫁；二十四娘及赘婿石高、二十五娘及赘婿胡闾不得见利忘义、违法干预。可见，对案件的事实部分，司法官也予以认定，并安排未来行止。最后，声称“所有案官应用户绝分拨女分之拟，本司难于检断，仍乞备申仓台照应。管见如此，取台判”^{[17] [pp. 215-217]}。这是一个反映常平仓司提举官下属的检法和书拟内容的比较全面的文本。

其二，卷七《双立母命之子与同宗之子》，不但包含“县宰书拟、仓司拟笔、提举判”的一系列文献，而且反映监司的书拟和判词做出的全过程^{[17] [pp. 217-223]}。按，上述“仓台”或“提举”，均指“常平仓司提举官”，职位上“视藩府通判”；“仓司”即“提举常平仓司干当公事”，职位上“视不满万户县令”^{[11] [职官志十二]}，仓司实际是该监司的司法。不过，后件文书中，还包括知县书拟，反映了基层处断与其后府州、监司书拟与判决的前后关系。

(2) 散见于各卷的提刑司检法官书拟

《清明集》卷三“赋役门”和“文事门”，有署名“叶提刑笔”的三篇书判，明显是姓叶的提刑亲自书写的判词。其中一篇提到，赣州知府不遵朝廷减轻本州赋税，并违法查抄县吏家产。因时过境迁，提刑书判特别提到赣州“当时书拟、判行等官各已替去，不欲案劾”，只将承吏、都吏诸人治了罪^{[17] [pp. 68-69]}。不过，在三篇书判中，均不见检法官为他书拟的痕迹。

《清明集》其他数卷有反映提刑司检法情况的书判，这些书判提供了以下三个认识。

其一，吏人检法、检法官书拟的先后顺序，

显示得比较清楚。卷十一有蔡久轩（蔡杭）任江东提刑的书判。判文叙述检法、书拟过程，“王晋名下，计赃……遂送法司，具条呈检法官书拟因依”^{[17] (p.415)}。有学者认为，这里的“具条”是法司吏人检法的结果，被呈给检法官审查并“书拟”。

其二，长官除了“照拟”“照定”检法书拟意见之外，有时也有修正之处。这反映了拟判与长官判决之间的关系。卷十三有马裕斋（马光祖）任浙西提刑所作判词，末云“合从法官书拟，徒一年半，决脊杖十三，仍加送五百里外军州编管”；接着又云“未许押发，拘锁外寨一

年，限满别呈。仍镂榜遍行晓谕，其有墮此习者，宜知悔悟，毋犯有司。”^{[17] (p.485)}可见，一方面提刑长官依从了检法官书拟；另一方面，又做了他种处置，“拘锁限满”，再行定夺。这是一种权变，目的是通过这种拘锁当地而不送外州编管的变通处理，警戒当地人。

其三，典型、全面而集中地反映检法书拟与长官断罪关系的，当属卷十二卷十三所收宋自牧（宋慈）任湖南提刑时所作书判。其中，有四篇题名“检法书拟”，其后为宋慈“断罪”或“断”。这些书判的详情见表1。

表1 宋慈四判的“检法书拟”与“断罪”

书判名称	检法书拟	断罪（断）
卷十二《与贪令摺摭乡里私军用配军为爪牙丰殖归己》	勘结归纳：罗喆前后实借三千一百贯，陈瑛则累本利共取八千一百八十贯，白夺其四千四百余贯之业。 检法：在法：诸欺诈取财满五十贯者，配本城。又法：诸以买卖、质借、投托之类为名以取财，状实强夺者，以强盗论。 拟罪：欲将陈瑛决脊杖二十，配一千里。吴与……李三六……	甚矣！陈瑛之贪黩奸狡也……即此一项，已是白夺四千四百贯之业……若酌情而论，情同强盗，合配远恶。送之检法，止欲抑疾恶之忿心，行酌中之公法。并引上照断，遵照拟判，逐一结断。
卷十二《结托州县蓄养罢吏配军夺人之产罪恶贯盈》	检法：1. 在法：质借、投托之类为名，其诈称官遣人追捕以取财者，以强盗论；2. 在法：剪凿钱取铜，及卖买兴贩之者，十斤配五百里；3. 在法：以恐惧逼迫人致死者，以故斗杀论。 勘结列举与归纳：1. 假称制属，增长私贩盐价，锁缚抑勒铺户，计赃一千贯有余。即此一项所犯，已该绞刑；2. 以官钱易砂毛私铸，元吉父子所犯，据供已五百贯；3. 趣办课程致投之水者二人，赶打稍工赴水者一人，占据良人女为小妻并逼迫其父自缢者一人。若元吉之犯绞刑，盖亦屡矣。恶贯已盈，岂容幸免。 拟罪：欲将王元吉决脊杖二十，配广南远恶州军。	王元吉……至敢夹带私贩（盐），剪凿私铸（钱），奸占良人妇女为小妻、为宠婢，不敢陈论者七人；贼杀无辜平民，或赴水，或自尽，死于非命者四项。本合坐以绞罪……但以当职行去官……王元吉且照检法所定罪名，刺配广州摧锋军，拘监重后，日下押发，赃监家属纳，余照行。
卷十二《举人豪横虐民取财》	检法：在法：诸诈欺取人财物满五十贯者，配本城。又法：以买卖、质借、投托之类，追捕人以取财物者，以强盗论。 勘结归纳：捏造公事，恐吓夺人之山地；把握民讼，暗中骗取其资财；高抬盐价，诱人赎买，逼迫捉缚，准折其田宅；与人交易，契一入手，则契面钱抵推不肯尽还；作合子文字，贷之钱物，则利上纽利，准折产业以还。诸色赃计四千三百六十余贯，十七界官会五百余贯。如一夔系犯死罪，一配有有余。 拟罪：欲将谭一夔决脊杖二十，配二千里，仍监赃。谭三俊、陈节……	已录问讫，所冒赏吏部帖及文解帖，遵照拟判，逐一施行。
卷十三《把持公事欺骗良民过恶山积》	勘结归纳：唐梓结交公吏，私置狱具，或以诬人闭棗，或以停着盐客，或诬赖染户取罗，或诈勾追证对公事，捉缚民人，骗取钱银，总计赃钱一万一百一十八贯零，揆之杂犯死罪，唐梓一死有余。 拟罪：欲且将唐梓决脊杖二十，刺配广南远恶州军，仍籍没家财，永锁土牢不放。唐百一、唐百二……	唐梓撰造百端词讼，骗夺一方善良……今狱官所勘，法官所拟，仅得其一二尔……原其积恶，虽万死不足赎；若更诛心，尤三尺所不容，姑照今法官所定常刑，不欲于平世更施重典。引上照断，仍报本司，仍备榜晓示。

在宋慈四判中，“检法书拟”可以归结为“检法”、“拟罪”、对鞠司勘问事实的重述或归纳（“狱官所勘”的浓缩）等三项。“检法”以“在法”“又法”等为句首，引用了应当适用的

法律条文“书拟”是请示的口吻，以“欲将某某决脊杖……”“配……”“仍……”为句式；至于勘结归纳，位置比较灵活，或在“检法”“拟罪”之前，或者二者之间，或混杂于其间。

宋慈是长官，故其“断”都不长，且都明显依照检法所拟予以处理。例如，卷十二《为爪牙丰殖归己》之“遵照拟判，逐一结断”；《结托州县蓄养罢吏配军夺人之产罪恶贯盈》之“照检法所定罪名，刺配广州摧锋军”。对此，有学者指出“法司检法虽然无权作最后判决，但已将判决限定在所检法条范围内，对长官的判决影响极大”^①；《举人豪横虐民取财》，“遵照拟判，逐一施行”；卷十三《把持公事欺骗良民过恶山积》，“姑照今法官所定常刑，不欲于平世更施重典”。

对于遵照检法书拟（从而也是用刑轻重）的缘故，宋慈“断罪”有时做出特别强调。比如，陈瑛案，他本欲重惩，担心自己嫉恶如仇，定罪失当，遂“送之检法，止欲抑疾恶之忿心，行酌中之公法”，处刑也就由“合配远恶”降低为“配一千里”；王元吉案，他同意检法拟罪，是由于他马上要离任，“以当职行去官”，担心停狱而致王元吉设计脱罪或漏网；而且他在处理上，立即“取上王元吉，断配广州摧锋军”，不使其有转圜余地。

关于“断罪”的事实部分，宋慈多数重复检法书拟的内容，但个别的也有超出“检法书拟”者。比如，王元吉罪行，列数之中，就有受害人的数字统计，为原书拟中所无。

禁止检法拟判起于高宗绍兴十七年（1147年）大理少卿许大英的请求，令“诸州法司吏人，只许检出事状，不得辄言予夺”^{[15]（卷一五六）}，予夺权正是拟判权。在编《庆元条法事类》而收入“断狱令”时，却将“法司吏人”换成“检法之司”，禁止“吏人”辄言予夺变成禁止“检法之司”全体，自然包括司法参军。这一变化绝不是笔误，但究竟为何扩大范围，却不得而知^②。有学者认为，这样做是“为防止法司检法时高下其手”^{[1]（p.282）}。也有学者说，关于法司拟判之事“到后来受到禁止，以避免法司影响长官的公正

判决”^{[4]（p.439）}。此说揣测其规定有为法司之上的长贰判断预留下空间的考虑，意指其是行政首长负责制的体现，有一定道理。但是，宁宗时编《庆元条法事类》，而宁宗后期及理宗时期，提刑司等监司的检法官却仍然进行检法书拟，有关“予夺”的文词仍旧在作。这构成了矛盾。很可能是，这一小范围的禁约被突兀地扩大范围后，已经完全成为具文，因为我们没有看到提刑官讨厌、排斥，甚至反对这样的“书拟”，他们反而对这些书拟很依赖。这是一个很重要的反证。因此，不能认为该法仅仅禁约诸州检法而不及监司检法，因为从“诸事应检法者，其检法之司唯得检出事状，不得辄言与夺”^{[14]（卷七十三）}这一法条中，无论如何也读不出它不包含监司检法而仅针对诸州府的意思。

五、余论

虽然宋代司法的定罪量刑不是仅由鞠谏二司完成的，本官府的幕职官、通判、长官，甚至其他官府的职官也参与其中了，但是，鞠谏二司的履职毕竟是有区别的、专门的、主要的工作。这是宋代的“十科”《荐举格》中“善听狱讼，尽公得实科”和“练习法令，能断请谏科”两科之所以存在的体制或制度基础。鞠司如司理参军，治狱以“得情”“无冤”为则，谏司如司法参军，议狱以“应律”“法当”为则；司理参军“据实”“不变”以守真，司法参军“应律”“法当”以守正^③。至于一旦被推荐的“善听狱讼”者，鞠狱时却“冤滞失实”，被推荐的“练习法令”者，在检法时却“屡致出入”，那就惩罚举荐者（举主）。

值得指出的是，其他官员参与案件的复核、连书、签书等，不外乎事实层面之“听（鞠）”与法律层面之“断（谏）”。如果说法司驳正（检法驳正）是谏司对鞠司的制约的话，那么其

^① 王云海主编《宋代司法制度》，河南大学出版社1992年版，第281—282页。陈景良谓“本案共检出发条三”，见《宋代司法传统的现代解读》，载《中国法学》2006年第3期，第133页。

^② 宋代司法官吏责任，在立法例上，分三种情形：一是官与吏俱得罪，统括言“当职官吏以故出人罪论”。二是官与吏俱有罪，却分别定立罪刑，用“当职官”“吏人”，或“命官”“吏人”对举。“当职官（谓非长吏）”，诸州指“非知州”，即“通判、职官之类”。三是单独针对“吏人”的立法，数量较多，且敕、令、格均有；有泛指吏人，有特指诸州两司吏人。如《断狱敕》有“吏人故出入人杖以上罪”“吏人受财出入人罪”“诸州推司、法司吏人（置司鞠狱、检法同），因本司事受财入己”“诸州推司（谓当直司、州院、司理院推司）、法司吏人失出入徒以上罪已决放而罪不至勒停者”等条文，《赏令》有“获吏人受窝藏强盗人财物出入情罪”，《赏格》有“告获吏人受财出入人罪”“入人死罪而吏人能驳正”“吏人推正县解杖笞及无罪人为死罪”等条文。故本处专门针对“吏人”立法，并非不可能，扩大为针对官吏全体，也符合立法例。

^③ 参见霍存福著《宋代法官的职业操守——对府州司理参军、司法参军的履职考察》，载《北方论丛》2016年第6期，第17、19、20页。

他程序则分别是对鞠司鞠勘、谏司检法的制约与监督。比如,录问是针对鞠司“鞠狱不当”,“案有当驳之情”而进行的,若“录问官司不能驳正”^[14](卷七十三刑狱门三·推驳·断狱敕),就是失职,因此,它是进一步的“鞠勘”。进一步的“鞠勘”还有“移推”。最早的鞠司称“前推”,后推对“前推”之“鞠狱不当”有推正责任。又如,录事参军对谏司“检法”的“连书”^①,表示对检法共同负责;未参与审案的鞠司的“连书”^②,表示其对勘鞠共同负责;幕职官、州通判等的“签书”,既针对鞠司鞠勘、谏司检法,也针对录问环节,承担着“鞠狱不当”“检法不当”“录问不当”等的“驳正”责任。如果哪一环节有不当而没有驳正,那么“签书”就意味着共同负责,可能因此而连坐;如果驳正(定夺驳正),就应该得到功赏。比如,在“钱若水访奴”案中,同州推官钱若水是幕职官,高于该案的鞠司(录事参军)等诸曹官。面对已有的推鞠结果——主人杀女奴,他有疑窦,遂顶住了录事参军在一旁的冷嘲热讽,顶住了郡守的一再催促,“留其狱”数日乃至旬日,最后找到女奴。“杀人案”的关键证据消失,“杀人犯”自然不存在

了。因此,“知州以若水雪冤死者数人,欲为之奏论其功”^③。幕职官的“签书”,在当时称“覆决”,其作用于此可见。

[参 考 文 献]

- [1]王云海.宋代司法制度[M].开封:河南大学出版社,1992.
- [2]戴建国,郭东旭.南宋法制史[M].北京:人民出版社,2011.
- [3]陈景良.宋代司法传统的现代解读[J].中国法学,2006(3).
- [4]薛梅卿,赵晓耕.两宋法制通论[M].北京:法律出版社,2002.
- [5]李文静.宋代司法审判中的鞠谏分司[J].国学,2014(5).
- [6]鞠谏分司[EB/OL].<https://baike.baidu.com/item/%E9%9E%AB%E8%B0%B3%E5%88%86%E5%8F%B8/6444048?fr=aladdin>,2017-08-05.
- [7]宋会要辑稿[M].上海:上海古籍出版社,2014.
- [8]马端临.文献通考[M].北京:中华书局,2011.
- [9]新唐书[M].北京:中华书局,1975.
- [10]唐六典[M].北京:中华书局,2014.
- [11]宋史[M].北京:中华书局,2012.
- [12]桂万荣撰,吴讷删补.棠阴比事[M].文渊阁四库全书版.
- [13]郑克.折狱龟鉴[M].上海:商务印书馆,1937.
- [14]庆元条法事类[M].哈尔滨:黑龙江人民出版社,2002.
- [15]建炎以来系年要录·卷一五六绍兴十七年十二月己亥[M].北京:中华书局,2013.
- [16]事备类要·后集·卷七八[M].宋刊本.
- [17]名公书判清明集[M].北京:中华书局,1987.

(作者系沈阳师范大学教授,博士研究生导师,法学博士)

[责任编辑 冒洁生]

^① 南宋《断狱令》规定“诸州公事应检法者,录事、司法参军连书。有妨嫌者,免;俱应免者,别委官。”《庆元条法事类》卷七十三《刑狱门三·检断·令·断狱令》,第742页。

^② (宋)洪迈《夷坚乙志》卷六《袁州狱》。袁州知州等人制造一冤案,黄姓司理参军不附会,抵制造假,告假归家;知府担心将来黄司理到朝廷告他,派人硬劝黄司理“书狱”。黄司理不得已“书狱”,四案犯遂被杀。黄司理实际是未参与最后定案的“鞠司”,因该案先移录司,再移县署,两次移推;再回到司理院,由司户参军代替黄姓司理定案。

^③ 《折狱龟鉴》卷二《释冤下·钱若水访奴》。案件梗概是:富民家的女奴失踪,“州命录事参军鞠之”。录事挟私愤,诬富民全家杀奴,弃尸水中,刑讯诬服。“州官审覆无反异”,即至少经过录问甚至检法程序,但钱若水以为仍有疑问,因为杀人不见尸体,难成信谏,遂采取“留其狱”的拖延战术。先是“数日不决”,继之“留之且旬日”,直到他派出的人找到活着的女奴后,才报告知州,并将女奴送到知州官厅与其父母相认。真情大白,富民一家无罪释放。知州因钱若水雪活数人,欲为之奏论其功,若水拒绝,声称“若水但求狱事正,人不冤死耳,论功非其本心也。”并且说如果我因此而立功,录事岂不无容身之地了吗!