

唐代官刑论

霍存福

中国自古以来的“鞭作官刑”^①的古训，一直是封建时代惩戒官吏失职违法的不易警言。自东汉诸帝杖罚郎官、九卿之后^②，出自皇帝特旨的鞭杖朝士的事例，在历朝均屡见不鲜。与之相伴而行的各官署官长杖罚僚属的事情，也在传统的基础上发展起来了。在有的时候更给以特别的提倡^③。但随着对官吏杖笞之事的制度化，尤其笞杖刑在刑种上被纳入五刑之后，这种官刑似乎被泯灭了治官的纯粹性质，既难以与对百姓施用的笞杖刑相区别，又难以与对官吏适用的徒流刑划一条明显的界限。因此，对作为古代治官、治吏的一种重要手段的官刑，仍有分离出来进行专门研究的必要。本文仅就唐代施用于官吏的笞杖刑，作些探讨。

一、笞杖刑的官刑性质及其适用的罪类分布

《唐律》规定的对官吏适用的笞杖刑，就其适用罪类的范围与特征来看，仍具有“纠（职务）慢怠”^④的官刑性质，带有明显的行政惩戒特色。作为行政处罚的一种，它们适用于官吏职务方面的过失（作为）和轻微阙职（不作为）等方面。

（一）对公罪过误直接规定的笞杖刑

《唐律疏议·名例》将官吏犯罪分为公罪与私罪。公罪是“缘公事致罪而无私、曲者”，即在执行公务中既未谋取私利，又未曲法枉断；执行公务中的私罪是指“虽缘公事，意涉阿曲”，即未出以公心、苟阿一己或同党之私意及曲法断事者。公罪也称“公坐”、“公事错失”或“公事失错”，是由过失形成的，在职务上表现为失误，一般也叫“过误”；私罪则只能由故意构成，《唐律》也称做“故违正理”。

《唐律疏议》对公罪过误直接规定了笞杖刑，而对故意犯的私罪则分别处以徒、流乃至死刑，对比十分鲜明。如：

公罪过误

1. 上疏及奏事误，杖六十；口误，笞四十。误而有害者，各加三等^⑤。
2. 施行制书失错旨意，杖一百。
3. 受制忘误及写制书误，未失原意，笞五十；已失原意，杖七十。

私罪故意

- 对制、奏事、上书诈不以实，徒二年^⑥。
- 施行制书故违，徒二年。
- 诈增减制书，已施行，绞；未施行，流三千里^⑦。

（二）以公罪过误减刑方法实现的笞杖刑

对以私罪故意对象的律文，《唐律》规定：凡遇公罪过误时一律减刑。按《职制律》，明知被贡举人“德行有亏”而故意推荐参加科举考试者，贡举一人徒一年，二人加一等，罪止徒三年。但如果是“意在堪供，心不涉私，不审德行有亏”的过失行为，则可以比照私罪故意“各减三等”，即减为杖八十至徒一年半。《唐律》在这里有一条通例性的注文：“余条失者准此。”即凡以私罪故意对象的律文，一旦遇到公事错失的情形，均可按此例减三等。这条注文的客观效果是：凡私罪最高刑为二年徒刑以下者，在公事错失时均可以减为杖、笞刑。如：

私罪故意

1. 明知被贡举人才学低劣而故意贡举，考试不及第，一人杖九十，二人加一等，罪止徒二年。

2. 故意署置非奏授的官员，一人杖一百，三人加一等，十人徒二年。

(三) 对不履行职责行为的笞杖刑

对以不作为的形式而不履行职责，致使“职务废阙”的行为，《唐律》规定处以笞或杖刑。如：1. 官署实行官吏分番宿值制度，凡应值不值、应宿不宿，笞二十，一昼夜不宿值，笞三十；2. 凡遇旱涝霜雹等灾害，里正、县、州、尚书省皆应报告上级或奏闻皇帝，如应报告、奏闻而不报告、不奏闻或弄虚作假报告及奏闻者，杖八十^⑥；3. 凡制书、官文书有误，知情不奏请改定而即行下者，分别杖八十或笞四十。

(四) 对违反行政程序行为的笞杖刑

官员以作为形式违反行政程序而造成工作紊乱者，也处以笞杖刑。如：1. 不应奏而奏、不应言上而言上、不由所管而越级言上、不应行下而行下者，各杖六十；2. 不奏请皇帝及报请上级而擅自改定制书、官文书者，分别处以杖一百、杖六十之刑。

(五) 笞杖刑与徒流死刑并用的情形

对某些行为，《唐律》规定侧重于笞杖刑，其间情节较重者则处以徒以上刑。如：1. 官员无故不上及当番不到，一日笞二十，三日加一等，过杖一百，十日加一等，罪止徒一年；2. 州县部内田畴荒芜，以全部地亩为十分计，荒芜一分笞三十，一分加一等，罪止徒一年^⑦；3. 驿使稽程，一日杖八十，二日加一等，罪止徒二年；若军务要速，加三等；有严重后果者，处加役流或绞刑。

从上述情况看，从（一）至（四）的处罚仅限于笞杖刑，而无徒流死刑。它们在《唐律》中数量很大，足以反映笞杖官刑的行政处罚性质的传统痕迹。我们不应囿于古代人宽泛的犯罪与刑罚概念，将笞杖官刑与徒以上刑的道地刑罚等同起来。（五）中的笞杖刑与徒以上刑联系密切，反映了笞杖刑被纳入“笞杖徒流死”五刑之后，刑种的适用因行为程度而转换的实际情形。在笞杖官刑与徒以上刑罚之间，确实还无法划出一条绝对清晰的界限。但这并不影响我们对笞杖刑的基本性质的确定。

二、笞杖刑的官刑性质及其审断与决罚

唐代笞杖刑的审断与决罚，从另一方面反映了这种官刑的行政处罚性质。

公罪过误

不审被贡举人才学低劣而贡举，考试不及第，一人杖六十，二人加一等，罪止杖一百

过失署置非奏授的官员，一人杖七十，三人加一等，十人杖一百。

（一）享有审断与决罚权的机构

唐代的官吏犯罪，依应受处罚的重轻不同而有不同的管辖原则。徒流死三刑必须由享有司法权的机构来审断及复审，笞杖二刑既可以由享有司法权的机构来审断及决罚，甚至也可以由不享有司法权的行政机构来审断并决罚。

《唐六典》卷六刑部郎中员外郎条规定：“凡有犯罪者，……在京诸司，则徒以上送大理，杖以下当司断之。”大理寺是专门的中央司法机构，它有权审理中央各官署官吏所犯的徒流死刑案件，但对于这些官吏所犯的笞杖刑案件，却无权干预，而应当由各该官署（即使是纯粹的行政官署）自行审断。至于笞杖的决罚，也仍由各该官署进行。

地方官署方面，按《唐律疏议·断狱》引《狱官令》：“杖罪以下，县决之。徒以上，县断定，送州复审。”县级官署具有对徒以上案件的初审权，复审则由州进行；而对笞杖案件，县级官署既有权决罚，当然也有权审断。至于州、都督府、三府（京兆、河南、太原府），也都拥有笞杖案件的审断与决罚权。

中央各行政官署享有对本管官吏笞杖罪的审断与决罚权，实际上具有普遍意义。从这个角度来看待县、州、府的这些权力，说它们是行政处罚权比说成司法权更符合实际。因为县、州、府首先是行政机构，它们所拥有的，不过是中央各行政官署都拥有的行政权力。

（二）享有审断与决罚权的官员

各官署自行审断本管官吏的笞杖案件并自行决罚，但并非所有官吏都有审断与决罚权。握有这两项权力的，仅限于本官署的监临之官，主守之吏则无此权力。

关于监临，《唐律疏议·名例》规定：“诸称监临者，统摄、案验为监临。注云：谓州、县、镇、戍、折冲府等判官以上，各于所部之内，总为监临。统摄，谓内外诸司长官统摄所部者；案验，谓诸司判官判断其事者是也。”此外，中央的省、台、寺、监及诸卫等，也都有“临统本司”的长官及“参事”、“案验”的判官。至于主守，疏议说：“谓行案典吏，专掌管其事。”即掌案文簿的小吏。

这个问题涉及到了唐代的四等官制。依唐制，建制较全的官署设长官、通判官、判官、主典四类官吏。“判官以上为监临”，即前三类为监临，主典即是主守。长官与通判官分别是机构行政上的正副负责人。长官一般为一人，有的官署为二人，通判官人数较多，一般在二人以上。判官是机构内的部门负责人，人数更多，依职能分化分别设置。主典分设于诸判官之下，是官署内最低级的办理公务人员。为便于理解，现将各类机构的四等官名称介绍如下：

三省：中书省，中书令为长官，中书侍郎为通判官，中书舍人为判官；门下省，侍中为长官，黄门侍郎为通判官，给事中为判官；尚书省，左右仆射为长官，左右丞为通判官，左右司郎中为判官。

六部：各部尚书为长官，侍郎为通判官，郎中为判官。

九寺：各寺卿为长官，少卿（大理寺还包括大理正）为通判官，丞为判官。

地方上，三府尹、州刺史、县令为长官，府少尹、州别驾、长史、司马、县丞为通判官，府的功曹、仓曹、户曹、兵曹、法曹、士曹六参军事，州的司功、司仓、司户、司兵、司法、司士六参军事及县尉为判官。

至于主典，三省及六部称令史，九寺称府、史，州县称佐、史，员数甚众。

判官以上的监临官有权审断并决罚下属官吏的笞杖刑案件，在《唐律》中被多处提到。依

《断狱律》“监临自以杖捶人”条规定：监临官因公事以杖捶人，只要不以大杖及手足毆击（手段上不违法），只要不产生捶人致死的结果（后果方面不违法），就是合法的。因为依法捶罚有愆犯的下屬，是监临官的法定职权之一。因此，疏议又特别强调：“非判事之官及非专当督领者，不得辄行捶罚”。

主典不享有笞杖刑的审断与决罚权，《唐律疏议·断狱》是这样解释的：“主典检清是司，理非行罚之职。”即主典只能就本部门工作提出最初处理意见报请上级定夺，不是负责官吏，不具有捶罚的权力。

（三）理论上主要的受杖对象

按《唐律疏议·断狱》规定：“诸断罪……应收赎而决……之，……各依本罪，减故（入）、失（入）一等。”就是说，笞杖刑虽经审断，但在应否决罚问题上，如果依法应当收赎的，监临官不得对其进行捶罚，只能收赎。而按照《名例律》的规定：“诸应议、请、减及九品以上之官，……犯流罪以下，听赎。”即职事官三品以上（包括一、二、三品）的应议者、职事官五品以上（四、五品）的应请者、职事官七品以上（六、七品）的应减者，及九品以上（八、九品）的应赎者，在理论上都可以用交纳一定斤数的铜赎流以下罪，其中自然包括杖、笞罪。这样，由于判官以上都是文武职事流内品官，因而，即使判官、通判官犯了应笞杖之罪，长官也不能对其实施杖罚。因此，握有行罚权的判官以上的监临官，都是依法应当享受笞杖真刑豁免特权的人。

与此相反，省部的令史，九寺的府、史，州县的佐、史等主典都属于流外官，《唐律疏议》、《旧唐书》皆称之为“流外”，虽也有一至九品的区分，但不属于流内九品，而只是流外品，一般称做“未入流”。按《通典·职官二十二》所载的开元二十五年官品令，三省及御史台令史为流外官品的第一品，九寺的府为第三品，史为第四品。品级低微，职掌又轻贱，自不会被授予捶罚重权。而握有行罚权的监临官却都可以对其实行杖罚。这样，在四等官内，众多的主典就成了唯一的一类受杖对象。有决罚权的不受杖，无决罚权的应受杖，这就是问题的一事两面。

主典之外，其他从事杂职的流外官也是监临官杖责的对象。按《旧唐书·职官志》：“流外自勋品以至九品，以为诸司令史、赞者、典谒、亭长、掌固等品。视流外亦勋品至九品，开元初唯留萨宝、祆祝及府、史，余亦罢之。”则除了“掌案文簿”的令史、府、史等主典外，流外官中，掌“门户、仓库、厅事陈设之事”^①的亭长、掌固，掌宾客导引、往来联络的赞者、典谒，以及视流外的萨宝、祆祝等配给官署及官员个人提供服务的杂职，如果有愆犯、应杖笞，监临官也可对其决罚。

第三类被杖责的对象是杂任。《唐律》每每将流外官与杂任并提，《唐令》称杂任为“杂掌”或“杂职掌”，有“民任杂掌”、“品子（品官之子）任杂掌”等情形^②。“民任杂掌”都无官品，“品子任杂掌”时本人虽无官品，却有父祖的官荫。这些杂任的名目很多，见诸《唐律》、《唐令》的有白直、执刀、问事等，大抵是充任传呼出入、仪仗护卫等的杂役。对于他们的愆犯，监临官也可实行杖罚。

主典以下的流外官及杂任，通称为吏、胥吏、胥徒，一般都是初仕者。他们当中，除了一部分是品子任职及流内官出任流外职及杂任外，多数都是没有官荫的白身人（白丁），身份卑微、地位低下、待遇微薄。当时人以为，主典这些捉刀弄笔的“刀笔吏”舞文弄法、其余流外官及杂任假官府之威欺压乡里，都极易败坏政治。因而将他们作为责罚对象，是容易理

解的。当然，从客观上说，如果流外官及杂任也享有不受杖罚的优待，那么官刑在理论上也就不复存在了。

杖罚主典以下的流外官及杂任，依《唐律疏议·断狱》规定，必须不折不扣地进行：“品官任流外及杂任，于本司及监临犯杖罪以下，依决罚例。”这里的品官是指勋官、散官出任流外官与杂任者^②。这些人犯笞杖罪，“依流外、杂任之例决杖，不准品官征赎；若徒罪以上，自依当、赎法”。此外，对于另外一类人，“其有准荫应赎者任流外及杂任，若犯杖罪以下，亦准品官，依决罚例”。这里，有三个问题值得注意：其一，流外、杂任受杖是通行的惯例，故而法律以此为比；其二，徒罪以上是道地的刑罚，不属于官长行政惩诫权的范围，故法律只限定在杖罪以下；其三，勋官、散官等品官的征赎特权与有荫者的荫赎特权之所以受到限制，就是因为他们都出任了胥徒小吏。法律通过剥夺他们的特权，来保证官长行政惩诫权的行使，以保证官长对下属监督的有效。

三、笞杖官刑施用的实际状况

笞杖刑的实际执行状况，也在一定程度上反映了这种官刑的行政惩诫特性。只是受封建等级特权制度的影响，在许多时候是减而不惩。

（一）品官的征赎优待，使判官以上官员真受笞杖刑的机会和可能不复存在

《唐律》中针对品官规定的大量笞杖刑条文，因赎刑特权的存在，实际上无法真正实施，而只能用赎铜代替。除非笞杖之令是出自皇帝的特旨，或者是遇到了贪狠不忌的官长，才会有例外。这个问题，前文已述及，于此不再赘述。

（二）笞杖刑的耻辱性，使其更难以一体施用于地方大员及朝廷重臣

笞杖需要击打背、腿或臀部，因此须受解衣之辱，这对身负重任并备受尊崇的地方大员及朝廷重臣，就大成问题。因之，在当时乃至整个封建时代，高级官吏宁愿受死不受笞杖之辱的观念甚为流行。兹举二例以证之。

唐玄宗开元十年，宰相张嘉贞请求皇帝多施杖罚，以树威振颓。秘书监姜皎因于朝堂受杖，死于流配途中。广州都督裴仙先因事下狱，张嘉贞又奏请皇帝杖罚之，兵部尚书张说劝说皇帝：“士可杀，不可辱。……（姜）皎官是三品，亦有微功。若其有犯，应死即杀，应流即流，不宜决杖廷辱，以卒伍待之。……（裴）仙先只宜据状流贬，不可轻又决罚。”^③裴仙先因此免受杖责。

开元二十四年，尚书左丞相裴耀卿因夷州刺史杨濬犯赃免死决杖配流一事上疏说：“臣以为刺史、县令，与诸吏稍别”。这些地方大员，平日都是受百姓崇敬的，“一朝对其人吏，脊脊加杖，屈挫拘执，……恐非敬官长、劝风俗之意”，何况决杖之刑是“五刑之末，只施于扶扑徒隶之间。官荫稍高，即免鞭挞”^④。因此，免死配流是可以的，但施加杖罚却是不可取的。

上述二例虽不是直接判罚杖刑，而只是犯流、死之刑时的加罚决杖，但却充分反映了士人高层中所通行的“受死不受辱”的观念意识。这种观念意识在一定程度上抵御着来自最高统治者旨意的杖罚大棒。因此，更可以想见，在高层官吏犯了笞杖微罪的时候，它又会产生多大的抵御作用了。二例中所谓“决杖只用来待卒伍、徒隶”的说法，正是唐代官刑适用的实际情形；“官荫稍高免鞭挞”，也是臣子们经常用以约束皇帝的法律武器。

(三) 握有决罚权的监临官, 因性格、治术的不同, 也使笞杖刑行废不一

监临官的性格、治术及为治态度, 决定了他对笞杖刑的运用程度。比较苛刻、贪狠的官长, 多用严刑责下, 倚以立威; 而宽宏随和、不求人细过的官长, 对下属很少用或者干脆不用笞杖。前者可以称之为严厉督责型, 后者可称为温和感化型。唐代史籍记载了许多这类事例, 兹举数例说明。

1. 严厉督责型。(1) 长官: 德宗时, 李实为京兆尹, 因征收租税之事, 督责甚严, “官吏多遭笞罚”^④。至顺宗即位后的一个月, 就杖杀十数人。(2) 通判官: 武则天时, 房嗣业被任命为益州司马。正式任命书还未到益州, 就走马上任, “鞭笞僚吏, 将以立威”^⑤, 受到录事参军杜景俭的抵制。

2. 温和感化型。(1) 长官: 德宗贞元时, 吴凑为京兆尹, “掾吏非大过, 不行笞责, 而召面按问, 诘责而释之。吏尤惕厉, 庶务咸举”^⑥。(2) 通判官: 玄宗先天二年, 陆象先为益州大都督府长史。司马韦抱真劝说象先曰: “望明公稍行杖罚, 以立威名。不然, 恐下人怠惰, 无所惧也”, 陆象先回答说: “为政者理则可矣, 何必严刑树威? 损人益己, 恐非仁恕之道。”竟没有听从韦抱真的劝诫。后来陆象先做了蒲州刺史, 曾经有一个小吏犯罪, 象先“但示语而遣之”^⑦, 并驳斥了劝其用杖的录事, 仍坚持了以宽御下的治术。不过, 这时的象先已是一州的长官了。(3) 判官: 武则天时, 徐有功为蒲州司法参军, “为政宽仁, 不行杖罚。吏人感其恩信, 递相约曰: ‘若犯徐司法杖者, 众必斥罚之。’由是人争用命, 终于代满, 不戮一人”^⑧。

可见, 不迷信笞杖刑的威慑力的官长, 治吏效果往往比一味地严刑督责更好。温和感化所产生的激励功能, 是任何严刑督责都不能替代的。值得注意的是, 不施杖罚, 当时并不以为是“失罪”或“失职”, 最高统治集团显然默许了这种温和施政方式的存在。这样, 由于监临官的性格、治术的差异, 因而, 笞杖刑的运用状况如何, 就完全系于什么样的人做监临官了。

总之, 唐代适用于官吏的笞杖刑, 具有传统官刑所具有的明显的行政处罚性质。这种性质是由许多原因造成的, 从而又在许多方面反映出来。其中, 主要的原因有两个, 一个是法律规定的罪类范围及其特征, 将笞杖与徒以上刑罚划出了基本的界限, 刑罚手段的重轻不同实际上暗含了惩罚性质的质的差异; 一个是行政官署审断与决罚笞杖案件, 又使其不可避免地加重了它的行政惩戒特色。这二者的结合, 又造成了笞杖刑的实际执行状况因官长的性格、治术为转移的情形, 加上封建等级特权制度的作用, 又使笞杖刑最终流为专门对待胥徒小吏的惩戒方法。

注: ①《尚书·舜典》。

②参见《九朝律考·汉律考》第61页。

③《隋书·高祖纪》高祖十七年三月诏: “诸司论属官, 若有愆犯, 听于律外斟酌决杖。”

④⑤同上《户婚律》。

⑥《旧唐书·职官志》。

⑦参见仁井田隆《唐令拾遗·衣服令第十七》第455~456页。

⑧此处勋官指因军功而得之官, 系唐代四官(职事官、散官、卫官、勋官)中的一种, 与流外官的第一品被称做“勋品”有别。

④《九朝律考·魏律考》第240页。

⑤见《唐律疏议·职制》。以下不注明者, 均据此篇律文大意酌引。

⑥⑦同上《诈伪律》。

⑧《旧唐书·张嘉贞传》。

⑨《旧唐书·裴耀卿传》。

⑩《旧唐书·李实传》。

⑪《旧唐书·杜景俭传》。

⑫《旧唐书·外戚传》。

⑬《旧唐书·陆元方传》。

⑭《旧唐书·徐有功传》。

【责任编辑 周维春 曹颖苹】