论礼法融合对唐宋司法制度的影响

李勤通

内容提要 魏晋南北朝之后,以法律文本儒家化和司法法家化为特征的礼法融合成为法律发展的主流趋势。唐宋的法律传播、鞠讞分司、翻异别勘、集议审判、监察等司法制度都在向秦制回溯。形式司法制度的建立使得唐宋司法能够在相当程度上达到依法裁判的效果,但是儒家理念与法家制度的内在冲突、君主意志、官僚知识结构等都对此有冲击,中央、地方均存在以情理为裁判依据的司法实践,情、理、法裁判模式仍有其存在的基础。

关键词 礼法融合 唐宋司法 鞠讞分司 移司别勘 情理法裁判

李勤通,湖南大学法学院助理教授 410012

自内藤湖南提出“唐宋变革”说以来^[1],学界逐渐对之形成普遍认同^[2]。唐宋制度确实较之前代多有不同^[3],然而这种不同究竟是全面性的还是部分性的,犹有可议之处。从司法制度来看,尽管唐宋制度与秦汉有所区别,然而一方面唐宋司法制度受到礼法融合的影响而有儒家化的一面,另一方面以春秋决狱为标准的儒家式司法在魏晋南北朝时期逐渐暴露出诸多缺陷,这使得唐宋司法制度反而有向秦汉尤其是秦制回溯的趋势,并由此展现礼法融合对唐宋司法制度的持续性影响。本文试对这一问

[1]参见〔日〕内藤湖南:《概括的唐宋时代观》,译文载刘俊文主编《日本学者研究中国史论著选译》(第一卷),〔北京〕中华书局1992年版,第10-18页。

[2]参见罗祥楠:《模式及其变迁——史学史视野中的唐宋变革问题》,〔北京〕《中国文化研究》2003年夏之卷,第18-31页;张国刚:《“唐宋变革”与中国历史分期问题》,〔长春〕《史学集刊》2006年第1期;王化雨:《唐宋变革与政治制度史研究》,〔北京〕《中国史研究》2010年第1期;李华瑞:《“唐宋变革”论的由来与发展(上)》,〔石家庄〕《河北学刊》2010年第4期;李华瑞:《“唐宋变革”论的由来与发展(下)》,〔石家庄〕《河北学刊》2010年第5期;戴建国:《唐宋变革时期的法律与社会》,上海古籍出版社2010年版,等等。不过,近年来也有学者对这一命题提出挑战。参见刁培俊:《“唐宋社会变革”假说的反思与区域视野下的“历史中国”》,〔上海〕《学术月刊》2013年第2期。

[3]以奴婢地位为例,唐律明定“奴婢贱人,律比畜产”,但宋代之后良贱差异逐渐消弭,奴婢地位得到很大提高,奴婢的生命价值在唐宋之间发生显著变化。参见李勤通:《中国古代法律中生命价值的双重性解析》,《北京社会科学》2015年第11期。

题进行专门研究。

一、魏晋南北朝后礼法融合的司法诉求

自西汉中期以来,以春秋决狱为标志的法律儒家化逐渐深入,受法家影响的秦代所建立起来的形式法律观受到挑战,并逐渐走向实质司法观。以儒家经典或者理念断狱,意味着法官自由裁量权的扩张。《汉书·刑法志》所谓“奸吏因缘为市,所欲活则傅生议,所欲陷则予死比,议者咸冤伤之”^[1],可能就是扩大法官自由裁量权的恶果。对此,有学者指出:“研判汉代经义决狱案例,从积极的方面来看,许多案例贯彻了儒家的慎罚和平恕精神,而从消极的方面来看,一些断案者对儒家经义的援引缺乏必要的稳定性和确定性,相反具有很大的随意性。”^[2]

魏晋南北朝时期这一状况仍然未得到改善,甚至有恶化趋势。《晋书·刑法志》载晋惠帝时刘颂上书曰:“臣窃伏惟陛下为政,每尽善,故事求曲当,则例不得直;尽善,故法不得全。何则?夫法者,固以尽理为法,而上求尽善,则诸下牵文就意,以赴主之所许,是以法不得全。”^[3]该志又载主簿熊远上书称:“若每随物情,辄改法制,此为以情坏法。法之不一,是谓多门,开人事之路,广私请之端,非先王立法之本意也。凡为驳议者,若违律令节度,当合经传及前比故事,不得任情以破成法。”^[4]法律儒家化对伦理价值的诉求使其容易产生权力滥用的可能性,进而对法律理念造成侵蚀。这种情况的持续发展曾引发实质司法与形式司法之争^[5]。

为解决法律儒家化与法律秩序的内在冲突,一种新形式主义法律观逐渐成为法律制度的发展趋势,此即立法层面的儒家化与司法层面的法家化相结合。一方面,立法层面的儒家化自汉代就已经逐渐进行,到魏晋南北朝时期得到进一步发展。以《泰始律》为例,张斐《律注表》云:“律始于《刑名》者,所以定罪制也;终于《诸侯》者,所以毕其政也。王政布于上,诸侯奉于下,礼乐抚于中,故有三才之义焉,其相须而成,若一体焉。”^[6]儒家理念跃然纸上,更兼准五服以制罪、八议、官当等等在此时逐渐深入法律。另一方面,司法的法家化则更像是对春秋决狱的解构,并转向法家式的司法制度。刘颂所谓“法欲必奉,故令主者守文;理有穷塞,故使大臣释滞;事有时宜,故人主权断”^[7]的理念成为司法制度的诉求^[8]。儒、法以层次性交融起来,并使得司法诉求向秦制回溯。

二、唐宋形式司法制度对秦制的回溯

魏晋南北朝时期,法律儒家化的发展使得形式司法变得极为重要,亦即要求对法官的自由裁量权进行限制。唐高祖在《武德律》制定后下诏曰:“有隋之世……微文曲致,览者惑其浅深,异例同科,用者殊其轻重,遂使奸吏巧诋,任情与夺,愚民妄触,动陷罗网”^[9]。以新的立法改变这种局面成为《武德律》的基本立法原则。到《贞观律》,这一观念更为成熟。《唐律疏议·断狱律》“断罪不具引律令格式”条载:“诸断罪皆须具引律、令、格、式正文,违者答三十。”^[10]这种制度希望能够达到“以法律制约权力”的目的,内含法家“明主治吏不治民”的思想。这种对官吏的控制贯彻到整个法律制度中,由此可以发现

[1][汉]班固:《汉书》,〔北京〕中华书局1964年版,第1101页。

[2]赵进华、顾海波:《论汉代司法中的经义决狱》,〔武汉〕《湖北大学学报》(哲学社会科学版)2010年第2期。

[3][4][6][7][唐]房玄龄:《晋书》,〔北京〕中华书局1974年版,第935页,第938-939页,第928页,第936页。

[5]参见周永坤:《〈晋书·刑法志〉中的司法形式主义之辨》,〔上海〕《华东政法大学学报》2017年第6期。

[8]参见俞荣根:《罪刑法定与非法定之和合——中华法系的一个特点》,中南财经政法大学法律史研究所编《中西法律传统》第三卷,〔北京〕中国政法大学出版社2003年版,第31-34页。

[9][后晋]刘昫等:《旧唐书》,〔北京〕中华书局1975年版,第2134页。

[10][唐]长孙无忌:《唐律疏议》,〔北京〕中华书局1983年版,第561页。

整个唐宋司法制度向法家式形式司法的回溯,包括很多被认为唐宋独创的司法制度。

1. 法律传播制度

自商鞅变法后,法律传播就是秦制的重要内容^[1]。法家之所以主张进行最广泛的法律传播,除了实现“以法为师”、“以吏为教”的制度理念外,还希望借以摆脱官吏对法律的独占,由此实现对官吏最大程度的制约。故《商君书·定分》云:“吏明知民知法令也,故吏不敢以非法遇民,民不敢犯法以干法官也。”^[2]以法律传播来制约司法权,使其在一定程度上成为司法制度的合理组成部分。

魏晋南北朝时期,法律传播已经远不能与秦汉相比。《晋书·刑法志》虽云:“(晋武帝)诏书颁新法于天下,海内同轨,人甚安之”^[3],但《泰始律》的传播不过是“抄《新律》诸死罪条目,悬之亭传,以示兆庶。”^[4]到唐代时,法律颁行天下的做法则为常见。如《旧唐书·刑法志》载《武德律》《散颁格》《唐律疏议》《神龙散颁格》曾颁行天下^[5],又载“(开元)二十二年,户部尚书李林甫又受诏改修格令……总成律十二卷,《律疏》三十卷,《令》三十卷,《式》二十卷,《开元新格》十卷。又撰《格式律令事类》四十卷,以类相从,便于省览。二十五年九月奏上,敕于尚书都省写五十本,发使散于天下。”^[6]由于明法科的存在,其颁行或散于天下,说明当时法律传播在一定范围内存在。到宋代,虽然一度严禁民间私藏《编敕》^[7],但自神宗开始,法律的民间传播得到一定程度的发展^[8]。

透过法律传播来制约司法,即使在一度禁止民间传播法律的宋代亦然。如《宋会要辑稿》“刑法一”载:“蜀中四路差官,著于条令甚详。昨颁降《吏部七司法》,付之逐路,藏于有司,当职官不能遍晓,参选官(慢)[漫]不及知,奸吏舞文,为害甚大。乞令成都府路转运司翻印关诸路,依绍兴新书,许人收买,所贵人皆晓然。有不依法者,听于逐路提刑、安抚司陈诉改正。”^[9]同书“职官一五·刑部之二十八”载:“日来止是颁下州郡,而不及县镇。夫县镇于民为最近,裁决公事,多致抵(抵)[牾],狱讼以之不息,良民受害不少。乞今后遇春秋一颁镂板,其县镇并同州郡一例颁降。”^[10]总的来说,虽然法律传播在特定时间内受到影响,但唐宋的法律传播仍然在一定范围内存在,且在官吏内的传播较民间为甚,其以法律传播制约司法权之扩张的理念与法家颇有相似之处。

2. 鞠讞分司制度

所谓鞠讞分司,“狱司推鞠,法司检断,各有司存,所以防奸也。”^[11]由此,事实审与法律审由不同机关审理。鞠讞分司一向被认为是宋代极具特色的制度。徐道邻曾经将鞠讞分司的沿革上溯到汉代的“律博士”^[12]。但是,将事实审与法律审分开的做法,自秦代就已经出现^[13],而唐代司法制度在特定范围

[1]参见朱腾:《秦汉时代律令的传播》,〔武汉〕《法学评论》2017年第4期。

[2]高亨:《商君书注译》,〔北京〕中华书局1974年版,第536页。

[3][4][唐]房玄龄:《晋书》,〔北京〕中华书局1974年版,第916页,第931页。

[5]如敦煌遗书曾见神龙散颁格残卷以及其他相当一部分法律,足见法律传播范围之广。参见刘俊文:《敦煌吐鲁番唐代法制文书考释》,〔北京〕中华书局1989年版。

[6][后晋]刘昫等:《旧唐书》,〔北京〕中华书局1975年版,第2150页。

[7][日]宫崎市定:《宋元时期的法制与审判机构》,载杨一凡、〔日〕寺田浩明:《日本学者中国法制史论著选·宋辽金元卷》,〔北京〕中华书局2016年版,第60页。

[8]参见陈振:《宋史》,上海人民出版社2016年版,第35页。

[9][10]刘琳等点校:《宋会要辑稿》,上海古籍出版社2014年版,第8254页,第3422页。

[11][明]黄淮、杨奇士:《历代名臣奏议》卷二百一十七,〔台北〕学生书局1985年版,第2867页。

[12]参见徐道邻:《鞠讞分司考》,《徐道邻法政文集》,〔北京〕清华大学出版社2017年版,第228页。

[13]参见肖洪泳:《岳麓秦简所见秦刑事诉讼程序的历史价值》,〔长沙〕《湖南大学学报》(社会科学版)2013年第3期。在秦汉普通司法程序中,鞠是衔接事实审与法律审的关键程序,对此很多学者已经有所论述。参见欧扬:《〈奏讞书〉司法文书考论》,华东政法大学2012年博士学位论文,第55-63页。

内也存在这一做法。

自秦代开始,讯狱与断狱就是分开的。以县为例,讯狱主要由狱史、狱佐等完成。如岳麓秦简《为狱等状四种》“猩、敞知盗分赃案”载:“今视故狱:廿(二十)一年五月丁未,狱史宰诣士五(伍)去疾、号曰:载铜。●去疾、号曰:号乘轺之醴阳,与去疾买铜锡冗募乐一男子所,载欲买(卖),得。它如宰。”^[1]又如《为狱等状四种》“田与市和奸案”载,狱史相在发现田与市的通奸案后主动侦办,并在此后“主治瓣(辨)市”,且“弗治(答)谅(掠),田、市仁(认)奸。”^[2]再如《里耶秦简》6-14载:“□华令佐利讯市人,市人不到二、三□□【六】人,它如前□”^[3]。在这些案件中,讯狱主要由狱史、狱佐等完成。断狱则主要由县守、县丞、县令史等进行。如在“猩、敞知盗分赃案”中,在完成讯狱后,县守、县丞、县令史共同进行法律审。类似做法为秦汉所常见。

唐代对此有一定的继承。《唐律疏议·断狱律》“应言上待报而辄自决断”条引《狱官令》称:“杖罪以下,县决之。徒以上,县断定,送州覆审讫,徒罪及流应决杖、答若应赎者,即决配征赎。”^[4]所谓徒、流、死由县断定、州覆审的做法与秦代讯狱、断狱相分离的做法极为近似。不过,在秦汉时期还有与之更相似的制度。《奏讞书》案例十四载:“八年十月己未,安陆丞忠刻(劾)狱史平舍匿无名数大男子种一月,平曰:‘诚智(知)种无【名】数,舍匿之。罪。’它如刻(劾)。种言如平。问:平爵五大夫,居安陆和众里,属安陆相。它如辩(辞)。鞠:平智(知)种无名数,舍匿之,审。当:平当耐为隶臣,鞫,毋得以爵、当赏免。·令曰:诸无名数者,皆令自占书名数,令到县道官,盈卅日,不自占书名数,皆耐为隶臣妾,鞫,勿令以爵、赏免,舍匿者与同罪。以此当平。南郡守强、守丞吉、卒史建舍治。八年四月甲辰朔乙巳,南郡守强敢言之,上奏七牒,谒以闻,种县论,敢言之。”^[5]在这个案例中,郡守、守丞、卒史等进行讯狱确定事实后,将案件交由上级审判,且在文书中附以法律意见。尽管这个案件适用的对象可能较为特殊(即作为官员的狱史),但在制度设计上与唐代颇为相似,从中可以窥见秦汉制度对唐宋司法制度的影响。

3. 翻异别勘制度

宋代的翻异别勘同样被认为是极有特色的制度。徐道邻在《翻异别勘考》中曾经认为这一制度来自唐代^[6]。即《唐律疏议·断狱律》“狱结竟取服辩”条载:“诸狱结竟,徒以上,各呼囚及其家属,具告罪名,仍取囚服辩。若不服者,听其自理,更为审详。违者,答五十;死罪,杖一百。”^[7]但按照这一规定,唐代司法并未体现翻异别勘的色彩,即并未将犯罪者不服的案件移送其他机关进行审判。

其实,翻异别勘与秦汉乞鞫而非上述唐律规定更相似。睡虎地秦简《法律答问》载:“以乞鞫及为人乞鞫者,狱已断乃听,且未断犹听毆(也)? 狱断乃听之。失盗足,论可(何)毆(也)? 如失刑罪。”^[8]狱断就可以乞鞫。《岳麓书院藏秦简(肆)》则载:“城旦春司寇亡而得,黥为城旦春,不得,命之,其狱未鞫而自出毆(也),治(答)五十,复为司寇。”^[9]所谓狱断,应该是指判决之后。《二年律令·具律》有类似的

[1]参见朱汉民、陈松长:《岳麓书院藏秦简(叁)》,上海辞书出版社2013年版,第120页。

[2]朱汉民、陈松长:《岳麓书院藏秦简(叁)》,上海辞书出版社2013年版,第206页。

[3]陈伟主编:《里耶秦简牍校释(第一卷)》,武汉大学出版社2012年版,第22页。

[4][7][唐]长孙无忌:《唐律疏议》,〔北京〕中华书局1983年版,第561-562页,第568页。

[5]张家山二四七号汉墓竹简整理小组:《张家山汉墓竹简[二四七号墓]》(释文修订本),〔北京〕文物出版社2006年版,第97页。

[6]参见徐道邻:《翻异别勘考》,《徐道邻法政文集》,〔北京〕清华大学出版社2017年版,第264页。

[9]睡虎地秦墓竹简整理小组:《睡虎地秦墓竹简》,〔北京〕文物出版社1990年版,第120页。

[10]陈松长主编:《岳麓书院藏秦简(肆)》,上海辞书出版社2015年版,第55页。

表述,即“罪人狱已决,自以罪不当,欲气(乞)鞠者,许之……狱已决盈一岁,不得气(乞)鞠。”^[1]狱断后乞鞠在秦汉当为通制。

乞鞠的法律后果是覆狱^[2]。《二年律令·具律》载:“气(乞)鞠者各辞在所县道,县道官令、长、丞谨听,书其气(乞)鞠,上狱属所二千石官,二千石官令都吏覆之。都吏所覆治,廷及郡各移旁近郡,御史、丞相所覆治移廷。”^[3]虽然有学者对于覆狱的审理主体产生质疑,甚至认为这一律条可能存在缀简失误的可能^[4]。但是,这一律文的合理性尚未受到决定性冲击^[5]。乞鞠的后果是“一审由廷尉或郡等二千石官都吏审理的案件,犯人或家属乞鞠后,廷尉和郡要把案件移交给附近的郡进行二审或再审;一审由御史、丞相审理的案件,则移交给廷尉进行二审或再审。”^[6]按照这一说法,断狱后乞鞠,乞鞠后案件将交给其他主体复审,这与翻异别勘异曲同工,而且两者所涉案件都是州府以上主导的,只不过翻异别勘是由州府以上同一机构内两个部门复审,而乞鞠是由不同机构复审。

唐代仅仅继承了秦汉乞鞠制度的一部分,而并未规定是否要转由其他主体复审。到五代十国时,与秦汉乞鞠更相似的制度出现。后唐天成三年(928年)七月十七日敕下:“诸道、州、府凡有推鞠囚狱,案成后,逐处委观察、防御、团练、军事判官,引所勘囚人面前录问,如有异同,即移司别勘。”^[7]到宋代,这一制度发展为系统和完善的翻异别勘制度。宋代州府以上的司法机关往往设置两个审判机关,在这两者之间移司别推。宋代司法制度向秦制回溯的倾向更明显。

不仅法律传播、鞠谳分司、翻异别勘等制度与秦制颇为相似,唐宋司法在其他方面也对秦制有继承。再试举几例。第一,秦汉司法在地方和中央都采取集议制^[8]。《为狱等状四种》“癸、琐相移谋购案”即由州陵县守、县丞、县史三人进行法律审^[9]。再如《奏谳书》案例二十一“杜泸女子甲通奸”案,该案由廷尉、廷尉正、廷尉监、廷史等多个官员共同审判。这种做法在魏晋南北朝时期也极为常见。如《魏书·刑罚志》载“费羊皮卖女案”就是采取集议制^[10]。到唐代,大理寺卿、刑部尚书、御史中丞共同实施“三司推事”,监察御史、刑部员外郎、大理寺评事则又建立“小三司”制度。到宋代,司法集议制也十分常见。第二,自秦代开始,司法监察制度逐渐建立起来。秦代在郡建有监御史制度^[11],在中央和地方还可能有执法^[12],中央又有御史等。汉代又建立录囚制度。司法监察制度到唐宋更加完善,也更为复杂。以唐代为例,中央有皇帝、刑部、御史台等常设监察系统,有各类疏狱监察使臣组成的临时监察体系以及东西两京、各都督府、地方州府组成的地方监察系统等等^[13]。《三国志·魏书·夏侯玄传》载:“始

[1][3]张家山二四七号汉墓竹简整理小组:《张家山汉墓竹简(二四七号墓)》(释文修订本),〔北京〕文物出版社2006年版,第24-25页,第24-25页。

[2]参见南玉泉:《秦汉的乞鞠与覆狱》,《上海师范大学学报》(哲学社会科学版)2017年第1期。

[4]参见〔日〕初山明:《中国古代诉讼制度研究》,李力译,上海古籍出版社2009年版,第105页;南玉泉:《秦汉的乞鞠与覆狱》,《上海师范大学学报》(哲学社会科学版)2017年第1期。

[5]参见彭浩等主编:《二年律令与奏谳书》,上海古籍出版社2007年版,第139页;〔日〕水间大辅:《秦汉时期承担覆狱的机关与官吏》,《简帛》第七辑,第279页;杨振红、王安宇:《秦汉诉讼制度中的“覆”及相关问题》,〔开封〕《史学月刊》2017年第12期。

[6]杨振红、王安宇:《秦汉诉讼制度中的“覆”及相关问题》,〔沈阳〕《史学月刊》2017年第12期。

[7]薛梅卿点校:《宋刑统》卷二十九,〔北京〕法律出版社1999年版,第544页。

[8]又参见朱红林:《史与秦汉时期的决狱制度》,〔沈阳〕《社会科学辑刊》2017年第1期。

[9]朱汉民、陈松长:《岳麓书院藏秦简(叁)》,上海辞书出版社2013年版,第95-104页。

[10]〔北齐〕魏收:《魏书》,〔北京〕中华书局2017年版,第3137-3139页。

[11]参见游逸飞:《三府分立——从新出秦简论秦代郡制》,载简帛网http://www.bsm.org.cn/show_article.php?id=2644。

[12]参见王捷:《秦监察官“执法”的历史启示》,〔北京〕《环球法律评论》2017年第2期。

[13]参见陈玺:《唐代诉讼制度研究》,〔西安〕陕西师范大学2009年博士学位论文,第161页。

自秦世,不师圣道,私以御职,奸以待下;惧宰官之不修,立监牧以董之,畏督监之容曲,设司察以纠之;宰牧相累,监察相司,人怀异心,上下殊务。汉承其绪,莫能匡改。”^[1]对秦制的这一评价与“事为之制,曲为之防”的宋制颇为相似。总的来说,唐宋司法制度对于秦制的继承可以从上述论述中窥其一斑。

三、唐宋司法实践对形式与实质的兼容

有学者认为鞠谳分司之类的制度是儒家精神的体现^[2],甚至有学者认为宋代司法有向近世化转型的趋势^[3]。但如前所述,唐宋司法制度在相当程度上是向秦制回溯的,以秦制承担儒家精神的观点颇难令人认同,而且事实上往往是法外要素的存在使得司法能够容纳儒家精神或近世精神。如《旧唐书·刑法志》载:“曹司断狱,多据律文,虽情在可矜,而不敢违法,守文定罪,或恐有冤。自今门下覆理,有据法合死而情有可宥者,宜录状奏。”^[4]对此,有学者也以为法外之仁是唐初统治者标榜儒家仁政的基础^[5]。唐宋司法制度无法有效满足儒家式仁政的价值诉求,也由此产生一种内在的儒法冲突。

1. 唐宋司法实践中的“依法裁判”

司法的法家化意味着以司法制度制约司法官吏的自由裁量权,其根本目的是实现法律对司法官吏的制约。以法律制约司法的形式表现是断罪须引用法律裁判,这在秦汉极为普遍。到唐宋,法律又重予规定。《唐律疏议·断狱律》“断罪不具引律令格式”条规定:“诸断罪皆须具引律、令、格、式正文,违者答三十。”^[6]这不仅要求司法官吏应依法裁判,而且对依法裁判的形式做了具体规定。这一规定也为《宋刑统》所继承。唐宋这种形式性断狱规定得到一定程度的遵循,亦即“依法裁判”存在于司法。

从目前的资料来看,唐代判文中“依法裁判”的倾向非常明显。根据学者的整理^[7],《龙筋凤髓判》的主要法律依据有律、令、式、礼、敕、旧贯、情理、理、例等,79份判词中57份以律、令、式或兼用律进行裁判,1份没有记录;白居易《甲乙判》的主要法律依据有律、令、格、式、礼、理等,101份判词中有67份以律、令、格、式进行裁判;《敦煌出土判集》判集的主要法律依据有律、令、礼、情、理、习惯等,28份判词中有20份以律、令或兼用令进行裁判,还有2份残缺不录,1份无判词。黄源盛也以为,虽然《龙筋凤髓判》等常常忽略事实认定而流于文辞修饰,但是律文能够合乎当时的律意^[8]。依律、令、格、式进行裁判的做法到宋代亦如是。在以情、理裁判见长的《名公书判清明集》中,直接引述法条的书判仍然有115件,占总数近四分之一,涉及149条法律条文^[9]。当然,《名公书判清明集》中的裁判方法是否代表宋代的主流还有可议之处。宋代多次修律的主要目的就是希望修补法律文本的漏洞,保障法律对司法的拘束力。如《宋史·刑法志一》载:“帝复以其书散漫,用法之际,官不暇徧阅,吏因得以容奸,令敕令所分门编类为一书,名曰《淳熙条法事类》,前此法令之所未有也。四年七月,颁之。淳熙末,议者犹以新书尚多遗阙,有司引用,间有便于人情者。复令刑部详定,迄光宗之世未成。”^[10]从《淳熙条法事

[1][晋]陈寿:《三国志》,〔北京〕中华书局1964年版,第296页。

[2]参见陈佳佳:《宋代录问制度考论》,〔北京〕《政法论坛》2017年第2期。

[3]参见陈景良、吴欢:《宋代司法公正的制度性保障及其近代化趋向》,〔开封〕《河南大学学报》(社会科学版)2015年第1期。

[4][后晋]刘昫等:《旧唐书》,〔北京〕中华书局1975年版,第2140页。

[5]马晨光:《唐代司法研究》,南京理工大学2011年博士学位论文,第24页。

[6][唐]长孙无忌:《唐律疏议》,〔北京〕中华书局1983年版,第561页。

[7]参见夏婷婷:《唐代拟制判决中的法律发现》,吉林大学2010年博士学位论文,第139-145页。

[8]参见黄源盛:《汉唐法制与儒家传统》,〔台北〕元照出版社有限公司2009年版,第377页。

[9]参见王志强:《〈名公书判清明集〉法律思想初探》,〔北京〕《法学研究》1997年第5期。

[10][元]脱脱:《宋史》,〔北京〕中华书局1977年版,第4966页。

类》的编纂及后续议定来看,司法对于法律的背离常常在于法所不及之处,这从侧面说明一般司法对法律的遵循应该具有一定的主流性,或者说依法裁判具有主流性。

不过,唐宋司法官吏是否依法裁判处理,很多时候会受到君主意志或者说根据国家刑事政策的转移而转移。如唐太宗曾经因为张蕴古判决为妖言但有癫罪的李好德无罪而将张诛杀。《旧唐书·刑法志》载:“太宗既诛张蕴古之后,法官以出罪为诫,时有失入者,又不加罪焉,由是刑网颇密。帝尝问大理卿刘德威曰:‘近来刑网稍密,何也?’德威对曰:‘律文失入减三等,失出减五等。今失入则无辜,失出则便获大罪,所由吏皆深文。’太宗然其言。由是失于出入者,令依律文,断狱者渐为平允。”^[1]当唐太宗对出罪采取严厉惩罚的态度时,司法官吏就更倾向于严刑酷法,不再敢于依法裁判;当唐太宗严格依照律文处罚出入人罪的司法官吏时,依法裁判的做法又占据上风。君主意志对司法官吏能否依法裁判的影响,在一定程度上说明了唐宋形式司法制度本身的局限性。

2. 唐宋司法实践中中央对实质裁判的认同

司法制度对依法裁判的推动具有重要意义,但落到实践层面,不可避免会存在落差。在依法裁判的主流之外,还存在相当一部分的非依法裁判。但这些裁判又很难被认为属于枉法裁判,这是因为一方面人治使得司法制度本身带有某种不确定性,另一方面,形式司法与儒家理念仍然存在内容冲突,价值仍然会在一定程度上对制度产生冲击,而在儒家理念占据主流意识形态的背景下,其对司法实践的影响会被不自觉地放大。在儒家理念中,天理、人情等都可以作为司法裁判依据,这在唐宋的中央和地方司法实践中都有体现^[2]。一般来说,复仇案件最容易引起法理与天理、人情的冲突,这方面的相关论述已颇为丰富,但也不仅限于此。

前文已提及,受到仁政思想的影响,唐宋皇帝经常法外施仁,使得中央司法中出现不少依情、理裁处的做法。如《旧唐书·玄宗纪下》载:“朕猥集休运,多谢哲王,然而哀矜之情,小大必慎。自临寰宇,子育黎烝,未尝行极刑,起大狱。上玄降鉴,应以祥和,思协平邦之典,致之仁寿之域。自今有犯死刑,除十恶罪,宜令中书门下与法官详所犯轻重,具状奏闻。崇德尚齿,三代丕义;敦风劝俗,五教攸先。”^[3]《宋史·刑法志一》又载:天圣四年,遂下诏曰:“朕念生齿之蕃,抵冒者众。法有高下,情有轻重,而有司巧避微文,一切致之重辟,岂称朕好生之志哉?其令天下死罪,情理可矜及刑名疑虑者,具案以闻。有司毋得举驳。”^[4]再如《宋史·理宗本纪二》载:“癸丑,诏悔开边,责己,其京湖、兴沔州军县镇见系囚情理轻者释之。”^[5]在这些诏书中,皇帝试图通过诉诸情、理对案件进行干涉,情、理作为再审的依据能够减轻刑罚的严酷性。

皇帝的这些做法也能够在个案中发现,如《旧唐书·殷侗传》载:“濮州录事参军崔元武,于五县人吏率敛及县官料钱,以私马抬估纳官,计绢一百二十四匹。大理寺断三犯俱发,以重者论,只以中私马为重,止令削三任官。而刑部覆奏,令决杖配流。狱未决,侗奏曰:‘法官不习法律,三犯不同,即坐其所重。元武所犯,皆枉法取受,准律,枉法十五匹已上绞。《律疏》云:即以赃致罪,频犯者并累科。据元武所犯,令当入处绞刑。’疏奏,元武依刑部奏,决六十,流贺州。”^[6]在该案中,殷侗根据《唐律疏议》明确指出崔元武应当被判处绞刑,但唐文宗最终却采纳了刑部意见,对崔元武处以明显轻于法律的处罚。法外因素显然影响到该案,虽然无法确知原因,但可能受到唐文宗一朝轻刑政策的影响^[7]。

[1][后晋]刘昫等:《旧唐书》,〔北京〕中华书局1975年版,第2140页。

[2]刘小明:《唐宋判文研究》,华东师范大学2012年博士学位论文,第54页。

[3][后晋]刘昫等:《旧唐书》,〔北京〕中华书局1973年版,第207页,第4322页。

[4][元]脱脱:《宋史》,〔北京〕中华书局1977年版,第4975页,第810页。

[7]参见侯雯:《浅议唐文宗在刑法方面的措施》,〔北京〕《首都师范大学学报》(社会科学版)1998年第4期。

3. 唐宋司法实践中地方对实质裁判的认同

与中央的实质裁判相同,地方司法中也存在实质裁判的倾向,而地方如果产生实质裁判,地方官吏所面临的压力恐怕会较大。不过,唐宋地方司法中广泛适用情、理等进行实质裁判的做法在一定程度上已经取得共识,至少无法否认这些现象。如唐代判词中存在不少以情、理、礼甚至习惯等进行裁判的案件^[1],宋代的《名公书判清明集》中同样有大量案例^[2]。这种做法在一定程度上受到儒家仁恕或忠恕观念的影响^[3]。《唐六典·大理寺》“大理寺卿”条:“以三虑尽其理:一曰明慎以讞疑狱,二曰哀矜以雪冤狱,三曰公平以鞫庶狱。”^[4]《旧唐书·陆元方附陆象先传》载:“在官务以宽仁为政,司马韦抱真言曰:‘望明公稍行杖罚,以立威名。不然,恐下人怠堕,无所惧也。’象先曰:‘为政者理则可矣,何必严刑树威。损人益己,恐非仁恕之道。’”^[5]以哀矜、仁恕为司法之理,实质裁判就能够缓冲法律的严苛。

在唐宋重入罪轻出罪的刑事政策下,这种做法可能被进一步推动。《唐律疏议·断狱律》“官司出人罪”条载:“即断罪失于入者,各减三等;失于出者,各减五等。”^[6]出罪的刑罚轻于入罪,那么司法官吏会更倾向于通过各种方式出罪。《宋史·仁宗本纪》载:“大辟疑者,皆令上讞,岁常活千余。吏部选人,一坐失入死罪,皆终身不迁。”^[7]《宋史·神宗本纪》载宋神宗熙宁二年:“癸酉,增失入死罪法。”^[8]《宋史·徽宗本纪》载宋徽宗元丰五年:“五月丁卯朔,罢理官失出之罚。”^[9]《宋史·刑法志三》则载:“初,法寺断狱,大辟失入有罚,失出不坐。至是,以失出死罪五人比失入一人,失出徒、流罪三名,亦如之。著为令。”^[10]唐宋君主的这些做法,将儒家的仁政价值纳入形式司法中,并据以修改法律。某种意义上,他们希望能够到达法严于下而君主收恩于上的目的。但对整个司法而言,这使得形式司法受到冲突,君主行为所具有的示范效应容易引起地方司法官吏的效仿,将法外价值纳入司法中。

地方官吏的实质判断不仅只取仁恕,也有表现出相反的做法,即提高对某些行为的处罚程度。例如,唐德宗时期,“近日州县官吏,专杀立威,杖或踰制。自今已后有责情决罚致死者,宜令本道观察使具事由闻奏,并申刑部、御史台。”^[11]再如在《名公书判清明集》卷十四“捕放生池鱼倒祝圣亭”中,蔡久轩认定“叶森以一顽狡民户,累经户部、运使断罪编管,乃敢用财买使赵时潜,聚众劫取放生池鱼,又自聚集持杖,会合从臾,乘势打坏祝圣亭碑,情理巨蠹,决脊杖十五,刺配温州牢城。”^[12]从案情表述来看,叶森等人的行为主要是劫取池鱼、打坏祝圣亭碑。从宋代刑法来看,叶森主要涉及强盗罪,虽然打坏祝圣亭碑涉及对皇帝权威的侵犯,但似乎没有违反“大不敬”。而按照《宋刑统·贼盗律》“强盗窃盗”条载:“诸强盗,得财徒二年。一尺徒三年,二匹加一等;十匹及伤人者,绞;杀人者,斩。”^[13]该案显然不涉及杀伤人,从记载来看也不至于到十匹以至于可处绞刑。按照蔡久轩的说法,叶森的行为是对情理的严重伤害,故而被处以仅次于死刑的刺配。在该案中,情理成为提高刑罚的基础。因此,实质裁判在唐宋时期可能是双向的,不仅支持轻刑,也会在特定情况下支持重刑。

[1]参见夏婷婷:《唐代拟制判决中的法律发现》,吉林大学2010年博士学位论文,第139-145页。

[2]参见王志强:《〈名公书判清明集〉法律思想初探》,〔北京〕《法学研究》1997年第5期。

[3]参见霍存福:《中国传统法文化的文化性状与文化追寻》,〔长春〕《法制与社会发展》2001年第3期。

[4]〔唐〕李林甫:《唐六典》,陈仲夫点校,〔北京〕中华书局1992年版,第502页。

[5]〔后晋〕刘昫等:《旧唐书》,〔北京〕中华书局1973年版,第2876页。

[6]〔唐〕长孙无忌:《唐律疏议》,〔北京〕中华书局1983年版,第546页。

[7][8][9][10]〔元〕脱脱:《宋史》,〔北京〕中华书局1977年版,第251页,第272页,第359页,第5021-5022页。

[11]〔清〕董诰:《全唐文》,〔北京〕中华书局1983年版,第588页。

[12]中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校:《名公书判清明集》,〔北京〕中华书局1987年版,第524页。

[13]薛梅卿点校:《宋刑统》,〔北京〕法律出版社1999年版,第342页。

四、礼法融合对唐宋多元司法形态的影响

在司法家化的建构上,唐宋对秦制的摹写取得相当大成就,也基本建立起依法裁判的制度基础。形式司法的出现在一定程度上弥补了法律儒家化的内在缺陷,但无法完全解决这一问题^[1]。唐宋司法实践体现出形式裁判与实质裁判的交融性。因此,法外裁判与法外用刑一样都在唐宋各级司法中不断出现。之所以出现这种情况,除前文已经部分阐述的原因外,还因为:其一,唐宋以儒家理念为立国之本,这使得价值对司法制度的冲击从本质上合乎传统政治理念;其二,实质司法的弹性受到君主个人素质的极大影响,故魏征曰:“今之刑赏……或屈伸在乎好恶,或轻重由乎喜怒。遇喜则矜其情于法中,逢怒则求其罪于事外”^[2]。这两个原因推动了形式司法制度弹性的扩张,但也并非全部原因。作为形式司法的执法者,以儒家知识分子为主体的官僚群体的出现同样有重要影响。

1. 儒家知识分子的相对独立性

西汉中期后,独尊儒术使得统治者的政治理念发生了与不同于秦代的断裂性变化。秦代以二十等爵制建构起对整个社会的控制体系,所有人都被绑在国家战车上;其他人不仅需要被国家定位,而且还需要惟君惟上。故《商君书·定分》曰:“人主为法于上,下民议之于下,是法令不定,以下为上也。此所谓名分之不定也。夫名分不定,尧舜犹将皆折而奸之,而况众人乎?此令奸恶大起,人主夺威势,亡国灭社稷之道也。”^[3]在这种法家理念下,不允许臣、民有自己的独立意志,也因此秦始皇才会有焚书坑儒的作为。

虽然汉承秦制,但汉代知识分子有更强的独立性。这不仅表现在张释之之类的法官身上,而且很多人开始体现出相对于君主的独立性。如《史记·儒林列传·辕固生传》载:“清河王太傅辕固生者……与黄生争论景帝前。黄生曰:‘汤武非受命,乃弑也。’辕固生曰:‘不然。夫桀纣虐乱,天下之心皆归汤武,汤武与天下之心而诛桀纣,桀纣之民不为之使而归汤武,汤武不得已而立,非受命为何?’”^[4]这番对话能够充分体现当时士大夫从道不从君的思想。

儒家知识分子的这种独立性到唐宋得到进一步发展。唐代的儒家知识分子尚有孝先于忠的观念^[5]。相对于政治,儒家知识分子保持某种独立性。宋代之后,统治者优待知识分子,知识分子更有以天下为己任的理念^[6],文彦博甚至提出“为与士大夫治天下”^[7]的观点。当知识分子相较于君权具有独立性,而来自中央的律令又必须通过官僚之手才能得到执行之时,援引法外价值纳入司法裁判才能变成可能。故《宋史·刑法志一》载:“宋兴,削除苛峻,累朝有所更定。法吏浸用儒臣,务存仁恕,凡用法不悖而宜于时者著之。”^[8]实际上,由于儒家理念相对于政治的独立性,所以,即便是臣民奴仆化后的明清^[9],以儒家观念进行司法裁判仍然在各级司法中具有相当大的生存空间^[10]。

[1]参见周永坤:《〈晋书·刑法志〉中的司法形式主义之辨》,〔上海〕《华东政法大学学报》2017年第6期。

[2]〔唐〕吴兢:《贞观政要·刑法》,上海古籍出版社1978年版,第245页。

[3]高亨:《商君书注译》,〔北京〕中华书局1974年版,第542页。

[4]〔汉〕司马迁:《史记》,〔北京〕中华书局2014年版,第3793页。

[5]参见朱海:《唐代忠孝问题探讨——以官僚士大夫阶层为中心》,《武汉大学学报》(人文社会科学版)2005年第3期。

[6]参见余英时:《朱熹的历史世界:宋代士大夫政治文化的研究》,〔北京〕三联书店2004年版。

[7]〔宋〕李焘:《续资治通鉴长编》,〔北京〕中华书局2004年版,第5370页。

[8]〔元〕脱脱:《宋史》,〔北京〕中华书局1977年版,第4966-4967页。

[9]参见李治安:《元史暨中古史论稿》,〔北京〕人民出版社2013年版,第233-234页。

[10]参见汪涛涛:《明清诉讼中的情理调处与利益平衡》,〔北京〕《政法论坛》2010年第3期。

2. 官僚知识结构的多元性

礼法融合意味着司法能够容纳儒法两种不同价值,这同时意味着作为司法主体的君主、官僚在知识结构上应当具有双重性,这样才能适用形式司法的需求。法律儒家化以后,无论是君主还是官僚阶层的知识体系曾经一度出现儒学化倾向^[1],甚至曾经出现极度理想型的儒家官僚。《汉书·眭弘传》载眭弘称:“先师董仲舒有言,虽有继体守文之君,不害圣人之受命。汉家尧后,有传国之运。汉帝宜谁差天下,求素贤人,禅以帝位,而退自封百里,如殷、周二王后,以承顺天命。”^[2]并且他还请友人内官长赐向皇帝上书言禅让之事。这也非孤证,《汉书·盖宽饶传》亦载盖宽饶议禅让之事。从道不从君的理念占据儒家官僚的核心价值,到王莽时达到顶点。不过,随着王莽禅让所导致的统治者对知识分子的警觉,官僚的发展趋势遂走向儒生与法吏的混合体^[3]。

儒生与法吏的融合使得东汉之后的官僚在知识结构上走向儒学与律令的结合。从某种意义上,律令章句学的兴起就是这种趋势的反映。律令章句学的发展推动了法律儒家化的发展,但也使得律、礼都可以成为被儒家官僚所接受的知识体系。到唐宋时期,通掌律、礼成为官僚的常态。白居易云:“圣王之致理也,以刑纠人恶,故人知劝惧;以礼导人情,故人知耻格;以道率人性,故人反淳和。三者之用,不可废也……故曰刑者礼之门,礼者道之根,知其门,守其根,则王化成矣。”^[4]白居易以刑、礼为治国之根本,认为官僚作为治理国家的主要群体,当知律、礼。在唐代,科举以身、言、书、判为取士标准,其中判即是裁判文书的写作。在功利性学风盛行的时期^[5],儒家知识分子学习法律成为进身的重要素养。当然从某种意义上来说,这也是政府对学风的刻意引导。受此影响,张鷟的《龙筋凤髓判》、白居易的《百道判》等为士林所爱。

宋代之后,官僚的法律素养得到更大提高^[6]。宋儒对法律的态度相较于前人也更加开放。朱熹云:“圣人之意,只为当时专用政刑治民,不用德礼,所以有此言。谓政刑但使之远罪而已,若是格其非心,非德礼不可。圣人为天下,何曾废刑政来!”^[7]这种情况也为君主所强调^[8]。如宋太宗雍熙三年下诏:“夫刑法者……应朝臣京官及幕职州县官等,今后并须习读法书,庶资从政之方,以副恤刑之意。其知州通判及幕职州县官等,秩满至京,当令于法书内试问,如全不知者,量加殿罚。”^[9]礼、法融合的知识背景使得司法官吏在司法中不仅善用法律断狱,而且也长于用礼的精神进行指导。由此,情、理、法的裁判模式才能透过拥有多元知识背景的官僚从理念走向实践。

[责任编辑:钱继秋]

[1]参见王健:《汉代君主研习儒学传统的形成及其历史效应》,〔北京〕《中国史研究》1996年第3期;刘丁豪:《汉代官吏群体的儒学化及其对汉代社会的影响》,〔南充〕《四川师范学院学报》(哲学社会科学版)2003年第1期,等等。

[2]〔汉〕班固:《汉书》,〔北京〕中华书局1964年版,第3154页。

[3]参见阎步克:《士大夫政治演生史稿》,北京大学出版社2015年版,第395-411页。

[4]〔清〕董诰:《全唐文》,〔北京〕中华书局1983年版,第6844页。

[5]参见陈秀宏:《科举制度与唐宋士阶层》,东北师范大学2004年博士学位论文,第197-204页。

[6]如司马法、王安石等人围绕宋神宗时期的阿云之狱展开激烈的论争,体现出高超的法律素养和法律技术。参见李勤通:《法律事件抑或政治事件:从法律解释方法看阿云之狱的定性》,载陈金钊、谢晖主编《法律方法》第16卷,〔济南〕山东人民出版社2014年版,第57-68页。

[7]《朱子语类》卷二十三《道之以政章》。朱杰人、严佐之、刘永翔编《朱子全书》,上海古籍出版社,〔合肥〕安徽教育出版社2010年版,第804页。

[8]参见陈景良:《宋代司法传统的现代解读》,〔北京〕《中国法学》2006年第3期。

[9]司仪祖整理:《宋大诏令集》,〔北京〕中华书局1962年版,第742页。