

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 # " ") +)

[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] a' !' [文献标识码] 2 [文章编号] # " " " .) % + # (! "\$) "% . " " # % . # !

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”,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] ! "\$. "\$. "

[基金项目] ! "\$ % 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! (# + ba , " !) ; ! "\$ # 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”

! 《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 # ' * ' 年版,第 ! + & - ! + ' 页。

" (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 ! " " ! 年版,第) "\$ 页。下文引用该书,仅具书名、卷数、门类、细目、页码。

μÄË¼Àí2f

“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“鞫讞分司”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“鞫讞分司”制度。两类机构、两套程序，指鞫司（狱司、推司、断司）主“鞫”，即审理犯罪事状；讞司（法司、议司）掌“讞”，即检法量刑。两组官吏，鞫司有：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；讞司有：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“鞫讞分司”，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“‘鞫讞分司’的实施，对于减少刑狱冤

滥和官吏作弊，是起着积极作用的”^{[#][51][58]}；“宋代长期的审判实践证实鞫讞分司制度，能够在一定程度上起到提高审判质量，防止偏差的作用”^{[#][51][#]}。戴建国、郭东旭认为，“鞫讞分司”“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”^{[!][51][#]}。陈景良强调，“鞫讞分司制”是“体现制衡理念的机制”，掌“推鞫”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^{[!][51][#]}。此外，对“鞫讞分司”，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：“（鞫讞分司）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‘鞫讞分司’（实指）实现的”^{[#][51][58]}薛梅卿、赵晓耕等人将以上的一个“作用”、一个

BZ1-0 1 Tf 0 T

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”^{[##]（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”^{[##]（职官志六）}。“鞫司”掌审讯，所以都有监狱，司法参军不掌监狱”。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[#]，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^{[##]（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”[§]；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[%]。

17 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（#!"\$年）他做县尉[&]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”^{[#!]（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例，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。”

[#] 《折狱龟鉴》所记，录事参军断狱⁺例，司理参军[#]例（[#]人次，‘司理’），司法参军[#]例（！司法参军，其中[#]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。

[§] 见（宋）李元纲《厚德录》，郑克《折狱龟鉴·释冤下·钱若水访奴》。

[%] 《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。”

[&] 《宋史·职官志七》：“县尉

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”。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”[#]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（#***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（#'%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#''年，上册，第'%)页。

² 请参见!"#&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。

[#] （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”^{[##][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（#"\$* 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”^{[##][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（#人）、大理少卿（!人）、大理正（!人）、推丞（+人）、断丞（&人）、大理司直（&人）、大理评事（#!人）、主簿（!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”，推鞫、检法的分立也形成“鞫讞分司”局面。

#7 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（#"*! 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”。

元丰六年（#"*) 年），应刑部请 /F0 13-56(劾)] TJ 1 BZ0-0 14 TJ 10.285715 0 0 10.285715 0 -8.742857 Tm 2

在哲宗元祐三年（#''*年），“右治狱”曾被罢，“置推勘、检法官于户部”；绍圣二年（#''%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”^{[[#][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”[!]，《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（#''%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。”^{[[#][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”^{[[#][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”。

“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”^{[[#][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”^{[[#][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。

#J 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。”^{[[#][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（!条）、敕（#条）、令（!条）、格（#条）条文悉数罗列出来，更不多言，便是所谓“检法”^{[[#][5][!]*#]]}。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（##+\$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

! 《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。”

”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\$%%页。

辄言予夺。诏申严行下。”^{【#%】}（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。”[！]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。”^{【#+】}（卷七十三）司法参军检法并签书，因为他是^{有能驳正}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“通书六曹之案牘”^{【##】}（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。

！7 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”^{【##】}（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”^{【##】}

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”^{[1] [5] # #]}。告发有赏，自首大约也能减轻或免罚。

1) 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”^{[+ [5] +]}。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”。

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”^{[## [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。

(#) 提举常平司的检法和拟判

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”^{[# \$ [55] ! # % . ! # \$]}。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^{[# \$ [55] ! # % . ! !)]}。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”； “

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”^{〔#S〕5J+#%〕}。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

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”²⁸〔#+〕（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”²⁹，表示对检法共同负责；未参与审案的鞠司的“连书”³⁰，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