

唐代官刑论

霍存福

中国自秦以来的《编户刑制》①的十洲 一古且封建时代征伐官刑生即法制的天目数言

日本国史学社出版部 上海五洲书局 中国自秦以来的编户刑制 一古且封建时代征伐官刑生即法制的天目数言

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。

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。

二、笞杖刑的官刑性质及其审断与决罚

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。

《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属，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。

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

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 罪本司及所监犯杖罪以下 依正刑例 ” 特旨的品官县丞监官 散官

出任流外官与杂任者^⑩。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，不属于官长行政惩戒权的范围，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，来保证官长行政惩戒权的行使，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戒特性。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息的官长，才会有例外。这个问题，前文已述及，于此不再赘述。

(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

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