

中国古代 法官制度研究

吴春雷——著

ZHONGGUO GUDAI
FAGUAN ZHIDU YANJIU



中国政法大学出版社

中国古代 法官制度研究

吴春雷——著

ZHONGGUO GUDAI
FAGUAN ZHIDU YANJIU



中国政法大学出版社

2018·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

中国古代法官制度研究/吴春雷著. —北京：中国政法大学出版社，2018. 3
ISBN 978-7-5620-8009-1

I. ①中… II. ①吴… III. ①法官—司法制度—研究—中国—古代
IV. ①D926. 2②D929. 2

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第000249号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话	010-58908289 (编辑部) 58908334 (邮购部)
承 印	北京中科印刷有限公司
开 本	650mm × 960mm 1/16
印 张	20.00
字 数	300 千字
版 次	2018 年 3 月第 1 版
印 次	2018 年 3 月第 1 次印刷
定 价	56.00 元

目 录

导 论 | 001

一、研究对象 | 001

(一) 中国古代法官的产生和发展 | 001

(二) 中国古代法官的界定 | 005

二、研究方法 | 011

(一) 比较研究的方法 | 011

(二) 历史文献和历史研究的方法 | 014

三、本书结构 | 017

第一章 中国古代法官及其审判之比较 | 021

一、中西古代法官及其审判比较 | 021

(一) 法律至上与皇权至上 | 021

(二) 民众审判制度与会审制度 | 030

二、古今法官及其审判比较 | 041

(一) 法官独立与法官附属 | 041

(二) 法院独立与法院附属或缺位 | 044

(三) 独立的司法权与司法附属行政 | 047

(四) 法治环境与人治环境 | 049

(五) 司法公正与“息讼”“无讼” | 051

(六) 法官保障制度与法官职业的不稳定性 | 055

三、中国古代法官及其审判活动的特征 | 057

第二章 中国古代法官的遴选与惩戒 | 060

一、中国古代法官的选任制度 | 060

(一) 中国古代法官选任的历史发展 | 062

(二) 中国古代法官选任的方式 | 067

(三) 中国古代法官选任的条件 | 075

(四) 中国古代法官选任制度的启示 | 082

二、中国古代法官的考核制度 | 085

三、中国古代法官的责任制度 | 089

第三章 中国古代法官裁判的道德依据 | 094

一、中国古代各家道德学说 | 094

(一) 儒家的道德学说 | 095

(二) 墨家的道德学说 | 099

(三) 道家的道德学说 | 100

(四) 法家学派的道德学说 | 102

(五) 其他学派的道德学说 | 104

二、中国古代道德观念对法官裁判的影响 | 107

(一) 天、天命观念 | 107

(二) 德、礼观念 | 118

(三) “孝”观念 | 127

(四) “忠”观念 | 135

(五) 公、公义观念 | 140

(六) 情理的影响 | 145

三、作为裁判依据的礼法冲突及其道德背景分析 | 149

(一) “三纲五常”原则上的冲突 | 149

(二) 法律制度上的冲突 | 150

(三) 司法实践中的冲突 | 151

四、中国古代法官依德裁判的启示 | 154

第四章 中国古代法官的司法推理 | 158

一、法律推理与司法推理 | 158

二、中国古代法官司法推理的方式 | 160

(一) 演绎推理的方式 | 161

(二) 归纳推理的方式 | 173

(三) 类比推理的方式 | 177

(四) 辩证推理的方式 | 182

三、中国古代法官司法推理的局限性 | 185

(一) “无法司法”的现象大量存在 | 185

(二) 忽视法律程序的风气比较严重 | 187

(三) 迷信色彩没有完全消退 | 191

四、中国古代法官推理的启示 | 194

(一) 彭宇案件的逻辑后遗症 | 196

(二) 许云鹤案件的逻辑后遗症 | 213

第五章 中国古代法官的疑案处理 | 215

一、中国古代法官疑案处理的原则 | 215

(一) “疑则从赦”的原则 | 215

(二) “疑则从轻”的原则 | 216

(三) “疑则从议”的原则 | 217

二、中国古代法官疑案处理的司法实践 | 218

三、中国古代法官疑案处理的特征 | 233

(一) 法官受到许多法外因素的影响 | 233

(二) 法官具有较强的社会责任感 | 234

(三) 法官具有一定的独立审判权或者自由裁量权 | 236

四、中国古代法官疑案处理的借鉴意义 | 237

第六章 中国古代法官的判词 | 260

一、判词的内涵与形式 | 260

二、中国古代不同历史时期的判词 | 269

(一) 先秦至晋时期的判词 | 269

(二) 唐宋时期的判词 | 276

(三) 明清时期的判词 | 288

三、中国古代法官判词的特征 | 294

(一) 判词中法律依据缺失 | 294

(二) 情理法交融 | 296

(三) 文学色彩浓厚 | 299

四、中国古代法官判词的反思和启示 | 304

主要参考文献 | 306

附 录 | 311

后 记 | 313

导 论

一、研究对象

(一) 中国古代法官的产生和发展

“由于情感恩怨,利益归属及价值取向等因素的存在,人类社会从其产生的那一天开始,便伴随着不同的纠纷和冲突。”^{〔1〕}在某种程度上,纠纷和冲突伴随着人类社会同步产生。这些纠纷和冲突如果没有通过有效的途径加以解决,势必会导致社会秩序的混乱,甚至使整个人类社会走向消亡。幸运的是,人类生来并非完全盲目无知,而是警醒地认识到冲突存在的必然性,以及积极寻求解决纠纷和冲突的各种途径,以避免人类社会沿着消极的方向发展。根据现有历史资料的记载,在国家产生之前的原始社会,人们解决纠纷和冲突时,主要采取的是一种私力救济的方式。那时,“没有军队、宪兵和警察,没有贵族、国王、总督、地方官和法官,没有监狱,没有诉讼,而一切都是有条不紊的。一切争端和纠纷,都是由当事人的全体即氏族或部落来解决,或者由各个氏族相互解决;血族复仇仅仅被当作一种极端的、很少使用的手段……一切问题,都由当事人自己解决,在大多数情况下,历来的习俗就把一切调整好了。”^{〔2〕}这种私力救济的解纷方式,在某种程度上表现为如同洛克等古典自然法学家所描述的自然状态:“人们既生来就享有完全自由的权利,并和世界上其他任何人或许多人相等,不受控制地享受自然法的一切权利和利益,他就自然享有一种权力,不但可以保有他的所有物——即他的生命、自由和财产——不受

〔1〕. 李祖军:《民事诉讼目的论》,法律出版社2000年版,第24页。

〔2〕〔德〕恩格斯:《家庭、私有制和国家的起源》,中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局译,载《马克思恩格斯选集》(第4卷),人民出版社1972年版,第92~93页。

其他人的损害和侵犯,而且可以就他认为其他人罪有应得的违法行为加以裁判和处罚,甚至在他认为罪行严重而有此需要时,处以死刑。”〔1〕私力救济具体表现为多种形式,如协商、自助、和解、民间调解、临时仲裁等。其中,同态复仇和血族复仇则是人类历史文献中所记载的最让人印象深刻的私力救济形式代表。如《汉穆拉比法典》第196条所规定的“倘自由民损毁任何自由民之子之眼,则应毁其眼”〔2〕,《十二铜表法》第八表第2条规定的“如果故意伤人肢体,而又未与(受害者)和解者,则他本身亦应遭受同样的伤害”〔3〕,中国古代《礼记·曲礼》中所记载的“父之仇,弗与共戴天;兄弟之仇,不反兵;交游之仇,不同国”等,都说明同态复仇和血族复仇现象在人类历史早期出现的各个民族中普遍存在。

以同态复仇和血族复仇为代表的私力救济方式,势必导致人类社会陷入冤冤相报的恶性循环和无休无止的流血冲突中。更重要的在于,私力救济存在着其难以克服的弊病:“人们充当自己案件的裁判者是不合理的,自私会使人们偏袒自己和他们的朋友,而在另一方面,心地不良、感情用事和报复心理都会使他们过分地惩罚别人,结果只会发生混乱和无秩序。”〔4〕因此,为了避免无谓冲突中的两败俱伤,寻求冲突的公正解决,对私力救济方式进行限制就开始被一些善于总结人类社会盛衰存亡经验与教训的族群所探索并践行。正是基于这种对私力救济方式的限制,以当事人双方之外的中立第三人来解决纠纷和冲突的方式才得以逐渐地产生并兴盛起来。例如,苏门答腊的库布人,由“长者调停争执,并对犯法行为进行惩罚”〔5〕;西非的阿散蒂部落不仅由共同尊敬的长者或族长负责调停族内纠纷和族外纠纷,而且还可以

〔1〕〔英〕洛克:《政府论》(下篇),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆1964年版,第53页。

〔2〕江平主编:《世界著名法典汉译丛书·汉穆拉比法典》,法律出版社2000年版。

〔3〕江平主编:《世界著名法典汉译丛书·十二铜表法》,法律出版社2000年版。

〔4〕〔英〕洛克:《政府论》(下篇),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆1964年版,第8页。

〔5〕〔美〕霍贝尔:《原始人的法:法律的动态比较研究》(修订译本),严存生等译,法律出版社2006年版,第156页。

通过这些调停活动得到一些象征性的小礼品或者一点棕榈酒作为奖励。^{〔1〕}晒延人的印第安部落基本上也是如此,在纠纷发生时,由部落首领、部落委员会或者军事集团来出面解决,例如,对于沃尔夫·莱斯·唐的案件和斯丹波·荷的案件,以及其他许多案件都采取了这样的处理方式:

沃尔夫·莱斯·唐的“马在他不在时被一个朋友‘借用’了,这个朋友未返回时他向公社首领诉说了此事。他问道:‘现在我该做什么?’‘什么是对的?’这个公社的首领派人从遥远的营地带回了他的这位朋友。这个朋友对自己的行为做了适当的和令人满意的说明,并给予原告除了作为亲兄弟之外的大方的赔偿。”^{〔2〕}

斯丹波·荷的妻子跟一个人跑了。有一段时间他什么都没有说,只是想怎样做才好。对于其他人,他什么都未提,好像这事根本没有发生似的。一天他看到有人牵着一匹有标志的马来找他,他是头领格瑞津·汉德,他想制止斯丹波·荷干错事,问他愿意接受马匹了结事情吗?他说:“不要提这样的事,我很遗憾,你带来的是匹马,我想要一副马鞭和毯子。好吧,既然你已经带了,我就收下。我们抽烟。我留下这匹马,那个男子得到了我妻子。”^{〔3〕}

这样一种借助中立第三人裁决纠纷的事迹,在我国古代的原始民族中同样存在。三国时期,我国北方的乌桓族尚处于原始社会末期的军事民主制阶段。《三国志·魏书·乌丸鲜卑东夷传》注引《魏书》:“常推募勇健能理决斗讼相侵犯者为大人。邑落各有小帅,不世继也。数百千落自成一部,大人有所招呼,刻木为信,邑落传行,无文字,而部众莫敢违犯。”……由大人审理各部落不能判决的相互杀案件。^{〔4〕}

随着原始社会组织向国家政权过渡,这些裁判者也开始由原始社会氏族或者部落中的长者、首领、“大人”逐渐转化为具有行使人类共

〔1〕 [美] 霍贝尔:《原始人的法:法律的动态比较研究》(修订译本),严存生等译,法律出版社2006年版,第142页。

〔2〕 [美] 霍贝尔:《原始人的法:法律的动态比较研究》(修订译本),严存生等译,法律出版社2006年版,第23页。

〔3〕 [美] 霍贝尔:《原始人的法:法律的动态比较研究》(修订译本),严存生等译,法律出版社2006年版,第148~149页。

〔4〕 张晋藩:《中国法制通史》(第1卷),法律出版社1999年版,第9页。

同体的公共权力身份的国家官吏。瞿同祖认为，五帝时期的皋陶，如果排除掉笼罩于其身上各种神秘色彩，确实可以被称之为中国古代的第一位法官；^{〔1〕}皋陶之后，又有伯夷，至少从现有的古代文献记载来看，他们开创了中国古代“官吏化审判”的先河。但是，如果从国家形成的严格意义上来说，皋陶和伯夷并非作为国家权力的行使者，当然也不是法官，因为他们生活在三皇五帝时期，那时的氏族社会只具有国家的雏形，并未形成正式的国家形态。在皋陶和伯夷之后的“夏朝的司法官吏由于史料缺乏还不得而知，但是，夏朝已经有了监狱，是可以肯定的”^{〔2〕}。史料中存在关于监狱的记载，却无法寻找到任何关于法庭和法院的踪影，但这并不意味着夏朝没有审判活动，因为监狱和审判是两个紧密联系在一起的国家司法现象，在臣民的行为被视为有罪而关押到监狱之前，必然是要先经过审判确认其行为有罪的程序，不论这种审判是有严格程序的，还是有较大随意性的。有审判活动而没有专门的法庭和法院等审判组织的记载，这固然与古代典籍的大量散失和流失导致无从考证有关。但是也不排除存在另外一种可能性，即专门的法庭和法院组织在夏商时期根本没有建立，因为在政府官吏们已经能够满足化解社会矛盾和维护社会秩序需要的情况下，建设专门的审判机关就显得不是那么重要和迫切，甚至是多此一举。夏朝的司法官被称为士或理，士既理军政又理狱讼，实行军政官兼理狱讼的制度；从行政关系上，其司法官分为中央和地方两级，“士或理为地方司法官，掌管辖区内刑事和民事案件的审判。大理为中央司法长官，掌管全国性重大案件的审判”^{〔3〕}。商朝的司法制度是在继承夏朝的基础上而又有所发展，司法官也分为中央和地方两级，中央的司法长官称为“司寇”，下设“正”“史”等司法官吏辅佐，处理中央及地方部分复审案件；但是在两级之外，根据分封诸侯的特点，其司法官又有畿内和畿外之别。畿内由士掌管，基层称为蒙士，“一般刑、民事案件由士或蒙士审理，若遇到重大、疑难的案件，须上报司寇，由司寇进行复审。畿外由诸侯掌管，诸侯对所辖地区指派司法官审理案件，

〔1〕 瞿同祖：《中国法律与中国社会》，中华书局1981年版，第253页。

〔2〕 张晋藩：《中国法制通史》（第1卷），法律出版社1999年版，第99页。

〔3〕 张晋藩：《中国法制通史》（第1卷），法律出版社1999年版，第117页。

不必上报司寇，享有较大的司法权。”〔1〕到了西周时期，虽然对司法官吏们的建设已经初具规模，如中央的司法官员有“大司寇”“小司寇”以及辅佐他们的“士师”，地方的司法官员有“乡士”“遂士”和“县士”，他们的审判职责与范围也都相对明确，但是与这些官吏、官职相对应的专门化审判机关，却依然几乎是一片空白。秦始皇统一中国之后，推行“以法为教、以吏为师”的政策，这就注定了审判活动只能是继续沿着官僚化的方向发展，只不过在官吏的建制上和以前的西周有所不同而已，如在中央设置的最高司法长官不再被称为“大司寇”，而是更名为“廷尉”〔2〕，其“属下有左右正、左右监及掾史”〔3〕；在地方设有郡县两级政权，其中由郡守和县令分任地方长官，由决曹掾史和县丞分别担任它们的司法佐吏。汉承秦制而又有所损益，所承袭者就在于中央和地方司法官吏的设置，几乎完全沿用秦朝旧制——“秦有十失，其一尚存，治狱之吏是也”〔4〕；所损益者主要表现为自从汉武帝接受“罢黜百家，独尊儒术”的建议后，“缘法而治”和“事断于法”的司法官吏逐渐被深受儒家思想熏陶的官吏所取代，由此开启了对以后历朝历代的封建统治都影响深远的“德主刑辅、礼刑并用”的司法时代。

当然，不容忽视的是，自北齐以后，从中央官僚体制中分化出来的专门司法机关也开始积极地运转起来，如中央司法官员被统称为“大理寺卿”，与之对应的机构是“大理寺”，这说明随着社会的不断发展、人们之间的利益冲突日益加剧，扩大司法官员队伍、加强专门化审判机关的建设也具有了必要性。这一必要性受到了以后善于总结前世历朝治国经验的唐朝的重视，并被其完善为对明清诸代都具有决定性影响的“三法司”（由大理寺、刑部、御史台三个机关构成的）和“三法司会审”的制度。然而，地方的司法官吏依附于地方行政机关的审判组织方式，却依然没有得到任何实质性的改变。

（二）中国古代法官的界定

在中国古代历史文献中，“法官”的称谓最早见于春秋战国时期的

〔1〕 张晋藩：《中国法制通史》（第1卷），法律出版社1999年版，第170页。

〔2〕 崔敏：《中国古代刑与法》，新华出版社1992年版，第108页。

〔3〕 陈光中、沈国峰：《中国古代司法制度》，群众出版社1984年版，第3页。

〔4〕 《汉书·刑法志》。

法家著作《商君书·定分》中：“天子置三法官，殿中一法官，御史置一法官及吏，丞相置一法官。诸侯、郡、县，皆各置一法官及吏”，此处所指的法官是一种制作及保管法律文本的官职。^{〔1〕}虽然我国早在战国时期就出现了“法官”一词，但在清末修律之前却始终没有出现以“法官”为头衔的官职。“法官”仅仅是对行使审判职权的官员的统称而已，其他具体的称谓还有很多，诸如西周和春秋战国时期的司寇、秦汉时期的廷尉、唐代以后的大理寺卿及刑部尚书，等等。“法官”一词主要是从官吏的审判职能上来说的，并不仅指中国古代所有司法官吏，因为中国古代很多官职本身并不是司法官吏，却具有一定程度的司法权并且能够参加一定范围的司法活动，最典型的如中国古代大多数历史时期设立的丞相一职，他虽然不具有具体的审判职责，但是在遇有重大案件时却有权参与案件的审判。除此以外，中国古代的皇帝，按照学术界的观点，他不仅掌握着最高的立法权，还掌握着最高行政权和司法权，因为凡是皇帝参与审理的案件或是发表意见的案件，其结果都要以皇帝的决定为准，所以学者们一致认为中国古代的皇帝是全国的最高司法官。

如果将皇帝这一特殊的“最高司法官”排除在外，对中国古代具有司法职能官吏的统称更确切的应该是“刑官”^{〔2〕}。“刑官”最早出现在《周礼·秋官》中，是指对所有“掌邦禁”的官员即司寇及其各级属官的统称，^{〔3〕}此后虽然历代司法官吏的官职设立及其称谓不尽相

〔1〕 在这一篇里商君建议道：“天子置三法官，殿中置一法官及吏，丞相置一法官，诸侯郡县，皆各为置一法官及吏”；“吏民（欲）知法令者，皆问法官”，其意是如果各地官吏以及百姓有不知道法律条文规定的，要向当地的法官询问；而地方的法官也有疑问的，就要向中央朝廷的丞相府的法官来核对法律文本；如果连丞相府的法官也有疑问的，就要向天子宫殿里的法官进行核对，以殿中法官保管的法律文本为最标准文本。

〔2〕 中国古代对司法官吏的概括性称谓还有秋官、治狱官、法司官、问刑官、鞠狱官、察狱之官等，参见任喜荣：《“刑官”初论——当代中国法律人职业化的历史透视》（一），载《法制与社会发展》2003年第6期。清末修律大臣沈家本在其《历代刑法考》一书中有“历代刑官考”一章，对中国古代司法官吏进行了较为详实的梳理和考证。

〔3〕 《周礼·秋官》：“惟王建国，辨方正位，体国经野，设官分职，以为民极。乃立秋官司寇，使帅其属而掌邦禁，以佐王刑邦国。刑官之属：大司寇……小司寇……士师……乡士……遂士……”，包含了大司寇、小司寇、士师、乡士、遂士、县士、方士、讶士、朝士、司民、司刑、司刺、司约、司盟等32种属官。我国清末的著名法学家沈家本在其《历代刑法考》一书中关于“历代刑官考”之内容，对中国古代历朝历代的刑官作了较详细的考证。

同,但“在权力未作细致划分的专制制度下,‘刑官’是古人对所有具有司法职能的各级各类官员的总称”〔1〕。如果不以现代西方司法、行政、立法三权分立的分权思想去衡量,“刑官”应该说更适合我国秦以后历代“德主刑辅”或曰“德礼为政教之本、刑罚为政教之用”的基本治国理念的架构。但是,正如吴廷燮先生在给沈家本的《历代刑官考》所作“叙”中所指出的,在刑官研究中存在“五难”:“专责莫属,杂以他官,其难一也”;“任寄不一,兼摄为劳,其难二也”;“几于外职,皆综详刑,其难三也”;“名虽具存,实非所掌,其难四也”;“官典少征,其难五也”。〔2〕因此,有学者指出:“‘刑官’并不像现代法官那样能够在对象和权属上清晰地界定自身。”〔3〕这样,在西方近代法学思想开始传入中国时,由于“法官”在审判职能中发挥的作用要远远超出“刑官”的范围,“法官”作为审判官吏的称谓才在“西学东渐”的现代化进程中沿用了下来。

通过对以上史料的分析,我们对中国古代法官的认识初步定位如下:

第一,从与私力救济相对的纠纷解决方式而言,中国古代法官是以一种以中立第三人的身份对矛盾和纠纷进行解决的。对于私力救济方式的限制,使得超出生争端双方的第三者公断成为当时社会摆脱内忧外患自觉和不自觉的选择,这种选择的结果导致了将解决矛盾和纠纷的权威或权力先是集中于神的或神的化身身上,因此,神明裁判也就借助神的远离世俗纷争的公正性扮演了最初裁判者的角色;然后又逐渐转移集中到某些组织或某些人身上,它们的分别沿着氏族、部落议事会和首领和长者制度化方向的发展。例如,苏门答腊的库布人,由“长者调停争执,并对犯法行为进行惩罚”〔4〕;晒延人的印第安部落在部落成员双方发生纷争时,则由部落首领、部落委员会或者军事集团出面解决:

〔1〕 任喜荣:《“刑官”初论——当代中国法律人职业化的历史透视》(一),载《法制与社会发展》2003年第6期。

〔2〕 任喜荣:《“刑官”初论——当代中国法律人职业化的历史透视》(一),载《法制与社会发展》2003年第6期。

〔3〕 任喜荣:《“刑官”初论——当代中国法律人职业化的历史透视》(一),载《法制与社会发展》2003年第6期。

〔4〕 [英] G. 埃利奥特·史密斯:《人类史》,李申等译,社科文献出版社2002年版,第175页。

“部落委员会既有执行职能，又有审判权。它还有单独调停权力。对杀人者判以放逐。它可以根据审判中凶手的赔偿来减轻惩罚。在处理通奸案件中，首领个人进行调解工作”^{〔1〕}；西非的阿散蒂部落不仅由共同尊敬的长者或族长负责调停族内纠纷和族外纠纷，而且他们还可以通过这些调停活动得到一些“象征性的小礼品或者一点棕榈酒”^{〔2〕}，等等。中国古代法官的裁判活动与原始社会氏族或者部落中的首领、长者等解决纠纷的作用，比较起来，有必要从以下几个方面继续界定。

第二，中国古代法官在从事解决矛盾和纠纷的活动时，是依凭其作为国家公职人员的身份进行的。这不同于民间的中立第三人，也不同于国家产生之前的原始社会时期的氏族或部落首领，因为他们都不具有可以行使国家公权力的身份，所进行的解纷活动也没有国家强制力的保障。古代法官这一特殊身份的具备，从一开始即显示出相对于私力救济的巨大优越性，因为他的背后是强大的国家机器在支持他的判决，具有专门性、权威性的特点。这也在某种程度上排除了私力救济，使得私力救济方式只能在较次的位置上发挥作用，而且作用的范围和力度越来越小。这正如瞿同祖先生所分析的那样：“法律机构发达以后，生杀予夺之权便被国家收回，私人便不再有擅自杀人的权利，杀人便成犯罪的行为，须受国法的制裁。”^{〔3〕}

第三，中国古代法官是从其所行使的审判职能上来说的，因为中国古代多数的法官，尤其是地方法官，并非专职审判人员，而是行政长官兼任法官。

中国古代没有全国统一、独立的司法系统，除了中央专门的、相对独立的审判机关外，地方各级都没有设置专门的、相对独立的审判机关或机构，它们只是在一定程度上行使一定的司法审判职能。但是，并不能因为中央一级设立有专门的司法机关，就认为古代中央一级有类似现代独立的司法机关，因为现代独立的司法机关是建立在司法权相对独立的基础上的，而中国古代在中央一级所设立的专门司法机构，并不以司

〔1〕〔美〕霍贝尔：《原始人的法：法律的动态比较研究》（修订译本），严存生等译，法律出版社2006年版，第139页。

〔2〕〔美〕霍贝尔：《原始人的法：法律的动态比较研究》（修订译本），严存生等译，法律出版社2006年版，第203页。

〔3〕瞿同祖：《中国法律与中国社会》，中华书局1981年版，第70页。

法权的相对独立行使，特别是从王权中逐渐分化出来，并且是与立法权、行政权相对而言的司法权的独立行使为前提。因为中国古代的情况恰恰与之相反，依附于皇权或者从皇权中直接或间接衍生是中央和地方司法机关行使司法权的特点之一。在这种历史背景下，只能将司法活动作为一项特殊的职能划分出来，这是职能的分立。以唐代为例，见下表。^{〔1〕}

唐代审判机构及其职权划分

罪行轻重及其所判处的刑罚	主管司法机构	
	各 省	京 城
笞刑、杖刑	县 衙	中央衙门
徒 刑	县衙 ↓ <u>州衙</u>	中央官府 ↓ <u>大理寺</u>
流 刑	县衙 ↓ 州衙 ↓ <u>刑部</u>	中央官府 ↓ 大理寺 ↓ <u>刑部</u>
死 刑	县衙 ↓ 州衙 ↓ 刑部 ↓ 三司会审 ↓ 御前告状 ↓ <u>皇帝钦定</u>	中央官府 ↓ 大理寺 ↓ 刑部 ↓ 三司会审 ↓ 御前告状 ↓ <u>皇帝钦定</u>
说明：“↓”：表示受审案件的机关传递，箭头所指为复核机构。 下划线：表示案件审判的终结。		

〔1〕 此表引自张中秋：《中西法律文化比较研究》，南京大学出版社 1999 年版，第 288 页。自唐代以后宋、明、清代基本沿袭了这样的职权划分。职权划分的法律依据见于唐律中的《狱官令》，可参见〔日〕仁井田升：《唐令拾遗》，栗劲等编译，长春出版社 1989 年版。

中央一级的最高审判机关大理寺与复核机关刑部的职权范围，是对罪行较重的、可能判处徒刑以上刑罚的重罪进行复核，死刑案件的终裁权则控制在皇帝手中。中央司法机构的设立是为了将针对全国各省和京城案件审理的司法专门职能在中央一级分离出来进行主管，是在中央一级的职能分立，是封建统治者加强中央集权的手段之一。中央一级的法官主要是中央审判机构的官员，可以说是一种相对职业化的官员。这种“相对职业化”是指：其一，从法律专业知识和司法审判技能上来看，相对于地方法官，中央一级法官专职审判，其专业知识较为雄厚、审判技能较为扎实，他们的专业性背景比较突出；其二，从法官职业保障上来看，相对于现代法官，中央法官职业并不稳定，他们会不定期地与其他机关进行人员流动，与现代法官职业所拥有的终身制和高薪制等保障制度相去甚远，职业化程度还不够高；其三，从司法权的地位来看，现代社会各国最高司法机关一般都拥有对案件的最终裁判权，司法权是一种由其专属和垄断的权力，而中国古代中央审判机构并不具有对案件的最终裁判权，还要经过复核机关的复核及皇帝的最终决定，其司法审判职能在一定情况下也由其他机关行使，如“三司会审”制度中的刑部和御史台。作为中央最高审判官员的大理寺卿，位列“九卿”之一，官阶只是正四品，这也从侧面说明了古代中央一级法官的地位。

在地方各级，行政长官兼理司法，法官本身是一种附属于地方行政长官的身份，司法职能只是行政长官的职能之一。这种中央与地方不同层级法官的不同设置，在现在看来会觉得不可思议，但是在中国古代社会的背景下却容易理解。从理论上说，司法权与其他国家权力一样，都来源于皇帝，皇帝贵为“天子”，“代天巡牧”，不论儒家还是法家，其中都蕴涵了浓厚的“尊君”思想。中央和地方的司法权都来源于皇帝——“法者，治之端也，君主者，法之原也”^{〔1〕}，皇帝将中央一级的司法职能赋予一种特定的机构代替其专司，而地方上的司法职能则可以由地方行政长官自行兼理，也就是说。中央与地方的法官设计在理论上是同构的，地方法官身份的附属性与中央法官并没有本质的不同，最终都被控制在至高无上的皇权手中。

〔1〕《荀子·君道》。