



中国古代 司法文明史



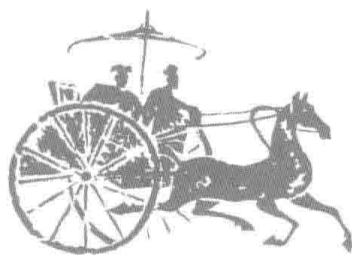
第一卷

张晋藩

主编



人民
出版
社



中国古代 司法文明史



第一卷

张晋藩 主编



人民
出版
社



中国古代司法文明史

(第一卷)

本卷主编 张晋藩

本卷作者 (按撰写篇章顺序)

张晋藩 陈 煜 郭成伟 张琮军

出版说明

《中国古代司法文明史》是中国政法大学终身教授张晋藩先生主持的2014年国家社会科学基金重点项目“中国古代司法文明及其当代意义研究”(14AFX006)的最终成果。本书共四卷,185万余字,由张晋藩先生担任主编,纳入教育部哲学社会科学重点研究基地中国政法大学法律史学研究院与国家“2011计划”司法文明协同创新中心的研究计划。第一卷主要论述先秦秦汉时期的司法文明史,第二卷主要论述魏、晋、隋、唐和宋代的司法文明史,第三卷主要论述辽、西夏、金、元和明代的司法文明史,第四卷主要论述清代的司法文明史。本书的统稿工作由张京凯完成。人民出版社对本书的编校出版,给予了大力支持,深表谢忱!限于作者水平,不当之处,敬请读者和专家批评指正!

各卷作者分工如下:

总序:张晋藩

第一卷上篇:陈煜(第一章至第四章)

第一卷下篇:郭成伟(前言、第二章和第三章)、张琮军(第一章)

第二卷上篇:王宏治(第一章至第五章)

第二卷下篇:陈景良(第一章至第四章)、张本顺(第五章)、魏文超(第六章)

第三卷上篇:李鸣(第一章至第五章)

第三卷下篇:张晋藩(第一章至第三章、第六章)、张京凯(第四章、第五章、第七章和第八章)

第四卷:林乾(第一章第一节、第二章、第九章和第十章)、李乃栋(第一章第二节)、李青(第三章和第八章)、李典蓉(第四章和第七章)、张翅(第五章)、吕虹(第六章)、张晋藩(第十一章)

2019年5月16日

总 序

中国是世界著名的法制文明古国，有着五千年有文字可考的历史，而且在漫长的发展过程中始终不曾中断，其系统性、完整性、典型性，堪称世界文明古国之最。作为法制历史核心部分的司法制度，无论理论基础，制度建设，实践价值和经验积累，都达到了极高的水准，在世界司法制度史上长时期独领风骚，这和中华法文化底蕴的深厚，国力的强盛，先哲人才的辈出是密不可分的。

中国古代的司法制度留给我们的文化遗产，和具有现实意义的历史借鉴，都对当代的司法文明建设弥足珍贵。

一、中国古代司法制度的先进性

司法是由特定的国家机关行使审判权的一种活动。专门的司法机关系统的确立，与审判活动的程序化、制度化、法律化，是衡量中华法制文明发展程度的重要标志。司法结果不仅直接关系到诉讼当事人的切身利益，也影响到社会秩序与国家的治乱兴衰。正因为如此，中国古代的圣君、贤相、哲人、大儒都十分重视司法。或制造舆论，以期引起重视；或委任贤吏担任司法官，疏解冤抑；或派出皇帝耳目之司——御史进行司法监察；或由皇帝亲自断结大狱，力求做到公平公正。

（一）从皋陶作士说起

早在统一的国家——夏形成以前的虞舜时期，便出现了司法官和最早的司法活动，亦即古文献所说皋陶“作士”。皋陶，亦名咎繇，曾任舜和禹的司法官，是中国远古时期司法文明的缔造者。他在处理司法断狱的过程中还总结经验，使个别的法律调整上升为一般的法律调整，也就是史书所说的“皋陶造律”。可见，他又是中国古代最早的立法者，对后世影响深远，在中华法文化中书写了极为光彩的一页。

据《史记·五帝本纪》记载，“舜曰：‘皋陶，蛮夷猾夏，寇贼奸轨，汝作士。’”^①这段文献记载说明，皋陶担任司法官的环境是相当复杂和险恶的，既有蛮夷侵扰中原，抢劫杀人，又有发生在境外的作乱。在这样的政治背景下，舜任命皋陶为司法官，说明司法官对维持社会秩序和国家安定所具有的重要作用。专职司法官员的任命与司法活动的初步展开标志着统一国家形成过程中的重要发展阶段。

虞舜在任命皋陶为司法官的同时，还告诫他定罪量刑应遵循的一些原则，“五刑有服，五服三就；五流有度，五度三居”^②，就是叮嘱皋陶，断罪量刑要根据罪行轻重，分别在郊野、市、朝三个不同的地方来执行；五刑减为流刑的，要按罪行轻重分别流放到四境之外、九州之外或国都之外。虞舜在最后强调“维明能信”，也就是只有彰明公正的法度，才能使百姓信服。

除此之外，皋陶在称颂舜“好生之德，洽于民心”时，特别举出舜所定的刑法原则，如“罚弗及嗣”^③，即刑罚止于犯罪者一身，不得任意株连子嗣。此原则从禹不因其父鲧之罪而受株连，反而被舜选为接班人中可以得到证实。“罚弗及嗣”是一项体现理性光辉的刑法原则，对后世颇有影响。《左传·昭公二十年》引《尚书·康诰》说：“父子兄弟，罪不相及”；汉儒根据《春秋公羊传·昭公二十年》中“恶恶止其身，善善及子孙”的观点，再次论证

① 《史记·五帝本纪》。

② 《史记·五帝本纪》。

③ 《尚书·大禹谟》。

了“罚弗及嗣”的合理性，并在司法实践中得到有效推行。

其次，皋陶还提到“与其杀不辜，宁失不经”^①的刑法原则，亦即宁肯不按常规行事，也不得妄杀无罪之人，这里表现了重视人的生命价值，是中国古代人本主义在刑法中的取向，此原则在夏文献中也多有提及，因而是可信的。

此外，《尚书·大禹谟》中涉及的“宥过无大，刑故无小”“罪疑惟轻”等原则很可能是后人的附会，未必是虞舜时的发明。即便如此，也充分反映了中国古代司法文明的先进性。

皋陶受命为司法官之后，认真贯彻舜所叮嘱的司法原则，执法公平，断狱得当，受到百姓的拥护，史书说：“皋陶为大理，平，民各伏得其实。”^②

皋陶在执掌司法的过程中，注意分析案例，总结经验，将具有典型意义的案例，上升为具有一般调整功能的法律，这就是“皋陶造律”的实际过程。可见皋陶不仅是最早的司法官，同时也是最早的立法者。史书对此多有记载。《吕氏春秋·君守》说：“皋陶作刑。”《左传·昭公十四年》引《夏书》说：“昏墨贼杀，皋陶之刑也。”《竹书纪年》记有：“[帝舜]三年，命咎陶作刑。”《世本·作篇》说：“皋陶作刑。”《后汉书·张敏传》说：“臣伏见孔子垂经典，皋陶造法律，原其本意，皆欲禁民为非也。”西汉史游《急就篇》说：“远取财物主平均，皋陶造狱法律存。”《太平御览》说：“律是咎繇遗训，汉命萧何广之。”根据司法经验制定为法律，符合制定法的发展规律。以清代的《大清律例》为例，乾隆五年（1740）《大清律例》修订后，律文作为成法不再修订，而以随时增补条例弥补律文的不足，条例五年一小修，十年一大修。说明乾隆五年以后，《大清律例》的变化在例而不在律，例有新者取代旧者，而新条例的修订源于地方督抚根据审理的具有典型意义的案例上报刑部，刑部认为具有充实新条例的价值，遂展开立法程序，最后上报皇帝钦准入律。可见条例源于司法案例，体现了司法者的经验在立法中的价值。由

① 《尚书·大禹谟》。

② 《史记·五帝本纪》。

此可见，皋陶造律之说不为虚妄。至于皋陶所造之律的内容，从《左传·昭公十四年》引《夏书》说：“昏墨贼杀，皋陶之刑也。”可见皋陶所造之律可能就是确定了“昏、墨、贼”三种犯罪以及相应的刑罚。晋国《刑书》中也有“昏墨贼杀”的规定，晋大夫叔向认为系皋陶所制作，后为夏朝法律所沿袭。叔向进而解释说，“己恶而掠美为昏”，即自己做了坏事反而盗取他人的美名；“贪以败官为墨”，即贪污，贪得无厌，败坏官纪；贼指“杀人不忌”，即肆无忌惮地杀害他人。犯此三项罪，按晋杜预所言，“三者皆死刑”。皋陶在虞舜时代，完成的造律活动，显示了他高超的理性的法律思维和精准的立法眼光。

皋陶制作法律与孔子修订经典，被视为中国文化史上的不朽之举，所谓“孔子垂经典，皋陶造法律”。皋陶所创造的司法业绩，使得继舜为夏王的禹仍选任皋陶担任司法官，据《史记·夏本纪》记载，“帝禹立而举皋陶荐之，且授政焉”，“皋陶作士以理民。”^①

皋陶不仅是司法官、立法者，还是一位治国理政的政治家，他所展示的政治见解令大禹深深折服。大禹在一次同皋陶谈起如何治理国家时，皋陶在应对中表现了杰出的政治见解。他说，“信其道德，谋明辅和”。也就是，按照道德行事，谋划就会高远，大臣们就会和睦共事。大禹同意他的意见，但问他如何才能做到。皋陶说，“慎其身修，思长，敦序九族，众明高翼，近可远在已”。也就是，要谨慎自身的修养，要有长久的考虑，使九族敦厚有序，使众多贤人来辅佐，统治权能否由近及远，全在自己。夏禹再次肯定了皋陶的意见。接着皋陶又提出“在知人，在安民”的治国要略。对此，大禹极为赞美说，“知人则智，能官人；能安民则惠，黎民怀之。能知能惠，何忧乎欢兜，何迁乎有苗，何畏乎巧言善色佞人？”^②

在皋陶的政治思想中最值得称道的是他的以德佐治，德法互补的主张。

^① 《史记·夏本纪》。

^② 《史记·夏本纪》。

他的视野超出了立法、司法领域，而更关注于如何治国理政，实现国家的长治久安。皋陶以德为治国的重要方略，其根基在于重民，他的所作所为都和国家治道以及民心向背密切相关。皋陶司法的效果不仅在于“平，民各伏得其实”，也在于“维明能信”，^①即获取百姓信服，赢得民心的支持。这也说明，舜禹两位圣王，在发现和使用人才方面别具慧眼；反过来，也正因为贤吏皋陶的兢兢业业，才绘就了舜禹的赫赫宏图。

（二）召公创造的便民的审判方式

召公是周武王的弟弟，名奭。由于他参加了平定贵族内部的叛乱，受到周王的赞赏，遂将祁山以西作为他的封地。召公经常巡行乡邑，就地解决法律纠纷，形成了中国最早的便利民众就地审判的审判方式。他在巡行乡邑时，经常在一株甘棠树下搭建草屋，在那里就地办案，处理政事。《史记·燕召公世家》对此叙述如下：“召公之治西方，甚得兆民和。召公巡行乡邑，有棠树，决狱政事其下，自侯伯至庶人各得其所，无失职者。召公卒，而民人思召公之政，怀棠树不敢伐，歌咏之，作《甘棠》之诗。”诗《甘棠》充满了对召公的崇敬与思念：“蔽芾甘棠，勿剪勿伐，召伯所茇。蔽芾甘棠，勿剪勿败，召公所憩。蔽芾甘棠，勿剪勿拜，召伯所说。”^②诗的大意是不要砍伐甘棠树，召公曾在树下草屋里审理案件和休息。《诗经·行露》中还记载了召公审决的一件恶棍欺凌女子的案件，诗曰：

厌浥行露，岂不夙夜？谓行多露。谁谓雀无角？何以穿我屋？
谁谓女无家？何以速我狱？虽速我狱，家室不足！谁谓鼠无牙？何
以穿我墉？谁谓女无家？何以速我讼？虽速我讼，亦不女从！

诗的大意是一个已有妻室的恶棍向一女子逼婚，逼婚不成，反而诬告该女子。这位被欺凌的女子，怀着抗暴的决心，不畏道路难行，露水湿衣，奔

① 《史记·五帝本纪》。

② 《诗经·召南·甘棠》。

赴召公处申冤。在此诗的开头处特别标示：“召伯听讼也，衰乱之俗微，贞信之教兴，强暴之男，不能侵袭贞女也。”^①说明召公不仅公正审理此案，而且还改善了不良的风俗。

召公实行的审判方式不是偶然的，是和周初周公提倡“重民”的思想分不开的。它显示了中国古代司法文明的创造性、先进性，值得后世的司法官认真体察、领悟，以改进自己的司法工作作风。

（三）“以五声听狱讼”的司法心理观察

西周初期，在摒弃商朝神断法的基础上，经过对司法经验的认真总结，形成了“五听”的审判方法。《周礼》记载：“以五声听狱讼，求民情。”所谓五听“一曰辞听，二曰色听，三曰气听，四曰耳听，五曰目听”^②。对此，东汉郑玄注释如下：“观其出言，不直则烦；观其颜色，不直则赧然；观其气色，不直则喘；观其听聆，不直则惑；观其眸子视，视不直则眊然。”“五听”是在总结大量司法实践经验与研究犯罪者心理变化的基础上所形成的审讯方法。根据犯罪心理学，罪犯在犯罪前的心理活动，常常是形成犯罪行为的内在动因。因此通过观察与研究犯罪者的心理活动，进而判断其行为是否属于犯罪具有一定的科学根据。在物证技术极不发达的中国古代，司法官逐渐以嫌疑人的心理状况为观察对象，借以发现案情事实的真相，而不简单地一味诉诸占卜或立誓，这种远神近人的做法为中国古代的司法打上了人文精神的鲜明印记。现代司法中所应用的测谎仪器，也不外乎是用现代的科学仪器侦测犯罪者的心理反应而已。

“以五声听狱讼”其影响甚为深广。西晋时张斐论证说：“夫刑者，司理之官；理者，求情之机；情者，心神之使。心感则情动于中，而形于言，畅于四肢，发于事业。是故奸人心愧而面赤，内怖而色夺。论罪者务本其心，

① 《诗经·召南·行露序》。

② 《周礼·秋官·小司寇》。

审其情，精其事，近取诸身，远取诸物，然后乃可以正刑。仰手似乞，俯手似夺，捧手似谢，拟手似诉。拱臂似自首，攘臂似格斗，矜庄似威，怡悦似福，喜怒忧欢，貌在声色。奸真猛弱，候在视息。”^①此论以心理学为依据对“五听”作了进一步诠释。

可见，早在公元前11世纪左右，司法制度已经摆脱了神断的约束，而集中到对人的观察。“五听”不是主观唯心主义的臆断，而是以充分的经验和心理观察为基础，总结出的审断办法，它与现代的司法心理学基本吻合，雄辩地说明了中国古代司法文明的先进性。

（四）民、刑诉讼区分与民事诉讼独立发展的司法理念

《周礼·地官·大司徒》提出“凡万民之不服教，而有狱讼者，与有地治者听而断之。”郑玄注曰：“争罪曰狱，争财曰讼”。郑玄在对“以两造禁民讼”和“以两剂禁民狱”作注时进一步阐释说：“讼，谓以财货相告者。……狱，谓相告以罪名者”。^②因此对于刑事案件审理称为“断狱”，对于民事案件的审理称为“弊讼”。作为所有权关系转移凭证的“傅别”“约剂”，成为司法官审判民事案件的根据。《周礼》成书于战国时期，当时土地私有权已经确立。由此发生了一系列以土地作为交换、买卖、租赁对象的民事行为，也产生了民事侵权的司法诉讼。如果说古文献记载尚不足证，那么地下青铜器文物的发现则提供了确切的物证。著名的《召鼎》《琯生簋》《鬲攸从鼎》《矢人盘》都在铭文中记录了属于民事案件审理的全过程，包括起诉、受理、调解、代理、判决与执行、誓审等等。尽管尚不完备，但确实是民事诉讼的原型，证明了中华司法文明不仅起源早，而且具有东方文明的典型性。

由于两周时期刑事诉讼与民事诉讼还没有严格意义上的区分，侵权与犯罪也没有明确的界定，因此民事诉讼中的民事责任是惩罚性的，败诉的一方

① 《晋书·刑法志》。

② 《周礼·秋官·大司寇》。

如不履行则与背誓同罪，处以刑罚。

随着社会经济的发展和不动产私有权的广泛确立，涉及田土所有权与债权的民事争讼一天天增多，从而推动了民事诉讼制度的发展。总之，两周时期民事诉讼与刑事诉讼已经从混沌中初见泾渭，于汇合中显现分流。

（五）律法断罪、罪刑法定制度的确立

中国古代的思想家、政治家对于法律的功能与价值是十分重视的，认为“法者，天下之程式也，万事之仪表也”^①，“法律政令者，吏民规矩绳墨也”^②，“法者，所以齐天下之动，至公大定之制也”^③，因此“治国使众莫如法，禁淫止暴莫如刑”。^④法律既然具有这样的价值与功能，在司法中援法断罪就成为必然的选择。

战国时期，法家都是主张“一断于法”的；儒家同样主张以法为准绳，只不过强调以礼乐为司法的主宰。孔子说：“礼乐不兴，则刑罚不中；刑罚不中，则民无所措手足。”^⑤

至晋代，三公尚书刘颂针对“法渐多门，令甚不一”的弊病，提出了具有划时代意义的司法改革意见。其一，主张“君臣之分，各有所司”，“监司以法举罪，狱官案劾尽实，法吏据辞守文”，^⑥皇帝也不要随意干涉司法，而应使执法者恪尽职守。其二，强调法律颁布以后，皇帝必须信守于天下，不得肆意更改。他说：“人君所与天下共者，法也。已令四海，不可以不信以为教，方求天下之不慢，不可绳以不信之法。”^⑦其三，为了做到援法断罪，他强调：“律法断罪，皆当以法律令正文。若无正文，依附名例断

① 《管子·明法》。

② 《管子·七主七臣》。

③ 《慎子·逸文》。

④ 《管子·明法解》。

⑤ 《论语·子路》。

⑥ 《晋书·刘颂传》。

⑦ 《晋书·刑法志》。

之，其正文名例所不及，皆勿论。”^①同时建议：“今限法曹郎令史，意有不同为驳，唯得论释法律，以正所断，不得援求诸外，论随时之宜，以明法官守局之分。”^②

刘颂关于援法断罪的思想，是汉以来封建法治思想的继承和发展。汉宣帝时，涿郡太守郑昌便提出：“律令一定，愚民知所避，奸吏无所弄矣”，^③并把这看作“正本”之举，可以避免司法之官擅断。东汉思想家桓谭鉴于“法令决事，轻重不齐，或一事殊法，同罪异论……刑开二门”，认为“可令通义理，明习法律者，校定科比，一其法度，班下郡国，蠲除故条。如此，天下知方，而狱无冤滥矣”。^④除传承已有的认识外，多年司法管理工作也使刘颂能够在经验的基础上，作出更加明确的理论概括，并使之上升为法律。

刘颂的主张与17—18世纪西方资产阶级革命时期提出的“法无明文规定不为罪”的罪刑法定相比，在基本原则上具有一致性，只是早于西方1000多年。

对于刘颂的主张，当时在朝中多有同意者。如，侍中太宰汝南王亮便奏请惠帝“以为宜如颂所启，为永久之制”^⑤。门下属三公曰：“昔先王议事以制，自中古以来，执法断事，既以立法，诚不宜复求法外小善也。若常以善夺法，则人逐善而不忌法，其害甚于无法也。”^⑥

由于晋律已佚，刘颂的主张是否法律化已不得而知，但北周、隋唐律中有关援法断罪的明确规定，不仅说明其思想影响的深远，同时也反证其主张已纳入晋律。如北周宣帝在宣下州郡的“诏制九条”中，“一曰，决狱科罪，皆准律文……三曰，以杖决罚，悉令依法”。^⑦

① 《晋书·刑法志》。

② 《晋书·刑法志》。

③ 《汉书·刑法志》。

④ 《后汉书·桓谭传》。

⑤ 《晋书·刑法志》。

⑥ 《晋书·刑法志》。

⑦ 《周书·宣帝纪》。

隋初开皇五年（585），文帝针对一件诬陷反坐案明令司法官断狱时具写律文，他说：“人命之重，悬在律文，刊定科条，俾令易晓。分官命职，恒选循吏，小大之狱，理无疑舛。而因袭往代，别置律官，报判之人，推其为首。杀生之柄，常委小人，刑罚所以未清，威福所以妄作，为政之失，莫大于斯。其大理律博士、尚书刑部曹明法、州县律生，并可停废。”“自是诸曹决事，皆令具写律文断之。”^①

至唐朝，更将具引律令作为司法官必须履行的一项法律责任。唐律规定：“诸断罪，皆须具引律令格式正文。违者，笞三十。”^② 这条规定可以说是中国封建时代援法断罪、罪刑法定最简明、最典型的概括。它标志着中国古代刑法的发展和司法活动的规范化，既反映了法律所具有的权威，又严肃了司法官的司法责任，维护了法制秩序。《唐律疏议·断狱》虽然也明载“事有时宜，故人主权断制敕，量情处分”，但是“制敕断罪，临时处分，不为永格者，不得引为后比”，^③ 这对于人主权断的无限适用未尝不是一种限制。

宋朝是一个重视法制的朝代，宋太宗以法律为“理国之准绳，御世之衡勒”，要求“食禄居官之士”皆为“亲民决狱之人”。^④ 在援法断罪方面，《宋刑统》完全继承了唐律援法而治的精神与规定，并根据社会的发展在制度上有所补充。宋朝在刑事审理中实行的鞫谳分司就是明显的例证，由司理参军专管狱讼勘鞫，成为“鞫司”；由司法参军专掌“检法断刑”，成为“谳司”。在司法机关中设专官负责“检法断刑”以确保罚当其罪，用法准确，这是宋朝的一项创举。宋朝在中央司法机关中也设有专门检法官，负责检详法条，目的都在于准确地适用法律，提高司法效能与权威。

明清两朝基本沿袭唐制，只是略有增减而已。

① 《隋书·刑法志》。

② 《唐律疏议·断狱》“断罪不具引律令格式”。

③ 《唐律疏议·断狱》“辄引制敕断罪”。

④ 《宋会要·选举》一三之一一，太宗雍熙三年九月十八日诏。

二、中国传统司法文明的史鉴价值

（一）公平公正是司法的第一要义

在先秦的文献中，以“中”，来比喻司法的公平与公正。周初伟大的政治家思想家周公总结殷亡于“重刑辟”的教训，提出“明德慎罚”的国策，就是不得“滥罚无罪，杀无辜”。他还举出司寇苏公，作为执法得中的榜样：“司寇苏公，式敬尔由狱，以长我王国，兹式有慎，以列用中罚。”^①所谓中罚，《尚书正义》解释说：“列用中常之罚，不轻不重，当如苏公所行也。”^②

孔子不仅提出兴礼乐为刑罚得中的主宰，还指出刑罚不中的社会危害，他说：“礼乐不兴，则刑罚不中，刑罚不中，则民无所措手足。”^③民手足无措，必然招致社会的动荡不安。

荀子《王制篇》以“公平”为“职之衡也”，“中和”为“听之绳也”，即以公平来衡量官吏的职守，以中和作为司法的准绳。

汉武帝时董仲舒还运用阴阳五行之说，阐明刑罚不中所带来的后果：“刑罚不中，则生邪气；邪气积于下，怨恶蓄于上，上下不和，则阴阳缪盭而妖孽生矣。此灾异所缘而起也。”^④汉宣帝元康二年（前64）五月诏书中，一方面指出司法的重要与良吏执法的价值，所谓“狱者万民之命，所以禁暴止邪，养育群生也，能使生者不怨，死者不恨，则可谓文吏矣”。^⑤另一方面谴责贪酷之吏任意用法造成的危害：“今则不然，用法或持巧心，析律贰端，深浅不平，增辞饰非，以成其罪。”^⑥

唐高宗时，为了确保公正司法，建立三司推事作为权力制衡的机制。据《唐会要》记载：“有大狱，即命中丞、刑部侍郎、大理卿鞫之，谓之大三司

① 《尚书·立政》。

② 《尚书·立政》。

③ 《论语·子路》。

④ 《汉书·董仲舒传》。

⑤ 《汉书·宣帝纪》。

⑥ 《汉书·宣帝纪》。

使；又以刑部员外郎、御史、大理寺官为之，以决疑狱，谓之三司使。”^①三司推事一则在司法机关系统中建立了互相制衡的机制，再则发挥监察机关司法监察的作用。唐朝实行的三司推事，为公正司法提供了一重制度保证，对后世深有影响。明清时期的会审制度即导源于此。

由于公平公正是司法最重要的价值取向，也是司法官为官的第一要义，因此，要求司法官“去私曲，就公法”，以使“民安而国治”。^②为了保证程序公正，还实行司法官回避制度。《唐六典·刑部》规定：“凡鞫狱官与被鞫人有亲属、仇嫌者，皆听更之。”唐以后审讯回避的规定更为具体，据《大清律例》“听讼回避”条：“凡官吏于诉讼人内关有服亲及婚姻之家，若受业师，（或旧为上司，与本籍官长有司，）及素有雠隙之人并听移文回避，违者，（虽罪无增减，）笞四十。若罪有增减者，以故出入人罪论。”

（二）司法官的选任与培养

由于中国古代重视司法，进而也重视对司法官的培养与选任。既重视司法知识与能力，更重视品格与德性。秦汉时，已设有专门传授法律知识、培养司法官吏的官署，称作“律学”。西汉元光元年（前134）皇帝下诏，令郡察举人才设“四科”，其三曰“明达法令”^③，说明“明法律令”是重要的担任司法官的条件。

由魏晋至唐宋设律博士为讲授法律之官，以培训司法人才。据《三国志·魏书·卫觊》记载，魏明帝时始设律博士，以培训地方司法官吏。晋时律博士为廷尉属官执掌司法教育。

唐宋时，律学隶属国子监，仍设律博士，凡命官、举人皆得入学。

唐朝建立科举制度以后，设明法，开科取士。永徽三年（652）高宗下

① 《唐会要》卷七八《诸使杂录上》。

② 《韩非子·有度》。

③ 《续汉书·百官志》注引《汉官仪》云：“……三曰明达法令，足以决疑，能按章覆问，文中御史。……”

诏指出，“律学未有定疏，每年所举明法，遂无凭准，宜广召解律人条义疏奏闻”。^①可见，定疏议的目的之一就是为明法考试提供评卷解卷的标准。

宋沿唐制，科举中仍然设明法科，而且扩大录取名额。神宗改制时，为了进一步改变“近世士大夫，多不习法”的学风，“又立新科明法，试律令、《刑统》，大义、断案”。^②科举试法起着某种导向作用，激发了士人学习法律的积极性。如同神宗时大臣彭汝砺所说：“异时士人未尝知法律也，及陛下以法令进之，而无不言法令。”^③苏轼在《戏子由》诗中说：“读书万卷不读律，致君尧舜知无术。”^④从嘉祐二年（1057）苏轼参加科举考试撰写的策论《刑赏忠厚之至论》说明他是读书读律的，此文受到主考官梅尧臣和欧阳修的赏识，拔擢为第二名。至礼部复试时，苏轼再以《春秋对义》论取为第一名。

从明朝起，废除律博士，同时科举中废明法科、刑法科，改用八股取士，致使入仕之官对法律茫然无知，而明律又规定“凡断罪皆须具引律令”^⑤，如有舛错则予以处罚，因此审判时不得不倚仗幕吏，遂使幕吏擅权。这是明清司法的一大弊端。

为了弥补司法官法律知识的缺乏，防止司法权下移，《大明律·吏律·公式》中首列“讲读律令”：“百司官吏务要熟读，讲明律意，剖决事务。每遇年终，在内从察院，在外从分巡御史、提刑按察司官，按治去处考校。若有不能讲解，不晓律意者，初犯罚俸钱一月，再犯答四十附过，三犯于本衙门递降叙用。”

对于“讲读律令”之法，清代律学家吴坛在《大清律例通考》中考证说：“前明成化四年（1468）旧例内开：各处有司，每遇朔望诣学行香之时，令

① 《旧唐书·刑法志》。

② 《宋史·选举志一·科目上》。

③ 《历代名臣奏议》卷一百十六《风俗》。

④ 苏轼著，王文浩辑注，孔凡礼点校：《苏轼诗集》卷七《戏子由》，中华书局1982年版，第325页。

⑤ 《大明律·刑律·断狱》“断罪引律令”条。