

中国法律史学会★主办
陈金全 汪世荣★主编

中国传统司法 与司法传统 ①

Chinese Traditional Justice and
the Tradition of Justice

陕西师范大学出版社

中国法律史学会★主办
陈金全 汪世荣★主编

中国传统司法 与司法传统 ①

陕西师范大学出版社

目 录

序	陈金全 汪世荣(1)
---------	------------

第一部分 传统司法文化及其现代化

专职法司的起源与中国司法传统的特征	范忠信(5)
中国的古典司法传统	贺卫方(18)
司法是“说情”“说理”,判决要“合情合理” ——谢觉哉“情理”司法观研究	霍存福(25)
中国古代非必要诉讼研究 ——中国古代“厌讼”观反思	宋四辈(34)
中国古代司法的观念和制度探析	罗 昶 高其才(46)
传统中国法的“人道”意涵 ——以清代“犯罪存留养亲”为中心的考察	林 乾(56)
情理法相结合:传统民事纠纷解决的特质及其借鉴	童光政(61)
中国传统诉讼之“情判”试探	李交发 刘军平(70)
情法与律例 ——中国古代司法制度的几个关键词	刘笃才(83)
中国传统司法中“情理”的概念分析	董长春(90)
人本主义与中国古代司法制度简论	王胜国(100)
梦想与现实:无讼对中国司法传统的贡献	李 游(105)
“害”、“文无害”及“毋害都吏”辨	张伯元(114)

“格杀勿论”源流考	闫晓君	(117)
“慎刑”:中国司法传统的理性审视	孙光妍	(133)
前近代中国的刑罚论纲		
——以死刑为中心	富谷至	周东平(142)
我国死刑复核制度的历史与现实	邱远猷	王 茜(147)
半个世纪的“立法秀”		
——近世中国司法主权的收复与法律创制	张仁善	(162)
中国古代司法制度向近代司法制度转变的重要拐点		
——黄遵宪《日本国志》对中国近代司法改革影响探析	张锐智	(172)
传统司法之弊与司法改革之困	徐永康	(181)
中国传统司法文化现代化改革的几点思考	张培田	(190)
学院、医院和法院:现代圣殿中的未竟之业	周大伟	(199)
Recent Studies of Premodern Chinese Law in the West		
.....	Deborah Sommer (司马黛兰)	(208)
10~13 世纪中西民事审判制度比较研究	屈超立	(215)
中西方古代司法智慧之简要比较	杨师群	(222)
传统刑事诉讼中的疑罪	付春杨	(236)
亲属容隐:历史、现状与重构	陈 松	(245)

第二部分 历代司法制度

《尚书·吕刑》所见司法理念与制度	梁凤荣	(255)
“狱刺”背景下的西周族产析分		
——以珣生器及相关器铭为中心的研究	王 沛	(267)
从西周青铜器铭文中的司法案例看其礼法思想的变迁	汪 荣	(278)
关于《二年律令·具律》部分条文的归属问题	徐世虹	(286)
荆州纪南松阳汉墓木牍与汉初《傅律》的实施	曹旅宁	(291)
苏威与《开皇律》	张先昌	(297)
唐律与唐朝的刑事司法制度	王立民	(305)
医人医国:医学对唐代司法的影响	方 潇	(317)

唐代《狱官令》篇目形成及其对古代东亚地区的影响	郑显文 (339)
五代司法制度改革探析	吕志兴 (356)
唐宋大赦功能的传承演变	戴建国 (363)
宋代禁书法的执行情况及其原因分析	马泓波 (372)
明代赎罪则例刍议	杨一凡 (378)
从明代僧人群体法律规制看中国古代司法传统	任晓兰 (384)
真实与伦理之间	
——明清民事证据制度的选择	蒋铁初 (391)
法有正条与罪刑不符	
——《大清律例》“审拟罪名不得擅拟加等”条例考论	陈新宇 (400)
论清朝的民事诉讼习惯	汪世荣 (408)
论清代律例规定的官民治安防范体系	柏桦 (418)
晚清时期领事裁判权下的涉外诉讼机制	吕铁贞 (430)
清末《刑事民事诉讼法草案》搁置考	胡康 (440)
辛亥自贡自治政府	曾小萍 (448)
固有法与继受法:大理院“共有”判例的社会学分析	林端 (452)
近代中国司法变革中的律师制度	柴荣 柴英 (468)
关于新民主主义时期法制的几个问题	丁凌华 (476)
论日本法律古籍	
——围绕养老律抄本	荆木美行 (484)
抱告制度之渊源辨析	姚志伟 (487)
录囚制度的发展与演变	南玉泉 (495)
保辜制度的“刑事和解”功能探析	陈鹏飞 (503)
“德”“命”话语的更新	陈晓枫 (510)
清朝的监察与反腐浅议	陈宏 (516)

第三部分 司法运作实践与民间法律实态

民事注重调解 刑事注重复核

——中国古代司法制度案例	孔庆明 (523)
--------------------	-----------

《周礼》“主察狱讼”之官

- “士”官辨析 温慧辉(527)
- 两汉“循吏”司法风格简论 胡仁智(537)
- 试析汉代疑狱奏谳制度及其司法实践 胡伟(547)
- 试析碑刻中的水利纠纷 李雪梅(554)
- 宋代狱讼胥吏的信仰、伦理与知识 张正印(565)
- 中国传统司法众生相:仅限三言二拍为基础的审视 李凤鸣(576)
- 危险的法制建设诱惑
- 明代充军刑盛衰寻思 张兆凯(586)
- 论清代九卿定义
- 以光绪十二年崔霍氏因疯砍死本夫案为例 俞江(600)
- 从婚姻之诉看清代地方司法审判
- 以判牒为中心 郭瑞卿(613)
- 论清代司法审判中的“错案” 李燕(625)
- 现实框架约束下的行为选择
- 以明清州县民商事司法行为的偏好为中心 黄东海(632)
- 浅议明清讼学对地方司法审判的双重影响 龚汝富(642)
- 浅议清代州县民事诉讼制度:以司法档案为中心 张勤(658)
- 民间社会的权力、诉讼与秩序
- 有关清代士绅民事诉讼案件的考察 吴欣(671)
- 清代半官方性质的民事纠纷调解初探 春杨(684)
- 清代州县衙门审理民事细故的官方表达与司法实践
- 以《南部档案》为中心 吴佩林(694)
- 条例与清代澳门涉外命案审理 乔素玲(703)
- 晚清华洋诉讼与中国传统司法诉讼制度之转型 蔡晓荣(712)
- 山西村治研究述评 周子良 李芳(724)
- 更迭中的传承:民初的司法官制度变革与人员组合 李在全(732)
- 从讼师秘本到新式诉讼指导用书:中国法制近代化背景下的撰状技巧之变
..... 尤陈俊(742)
- 论南京国民政府时期的民事司法实践中的几个问题
- 以鲍景惠、王玉贞离婚案件为例 李红英(755)

陕甘宁边区政府审判委员会案例评析

- 王生秀与呼生祥密产争执案 刘全娥(765)
- 新中国土改人民法庭: 社会大变迁中的临时审判机关 陈翠玉(779)
- 身体的暧昧与犯罪
- 1949年~1978年广东省S县诉讼档案研究系列之通奸 ... 聂 铄(787)
- 古代的调解传统及其现代价值 肖传林(797)
- 中国古代民监官之探讨 叶英萍(803)

第四部分 民族法律生活与多元纠纷解决

初民社会部落族群的规范和秩序

- 以1958年民族改革前西盟佯族纠纷解决机制为中心的分析
..... 陈金全 郭 亮(821)
- 西夏的诉讼审判制度 邵 方(832)
- 湘西古溪州铭约简议 向渊泉(841)
- “南长城”的精神消解与法治研究 朱兴文 曾 丹(845)
- 清代少数民族刑事案件法律适用问题初探
- 以乾隆朝刑部驳案为中心的考察 胡兴东(861)
- 清朝中期家族对有罪妇女的惩罚权 杨晓辉(872)
- 从冕宁司法档案看清代四川土司的司法活动 张晓蓓(884)
- 试析清末资政院少数民族议员的产生及其意义 苏 钦 吴贤萍(895)
- 中国非诉讼解纷机制(ADR)的传统智慧
- 以明清时期乡里组织解纷为例 陈会林(905)
- 羌区多元化纠纷解决机制的构建 李 鸣(915)
- 藏族历史上的诉讼制度及纠纷解决机制 刘艺工(925)
- 历史上的藏族纠纷解决机制及其现代演变 潘志成(937)
- 青海河湟地区回族习惯法的历史变迁
- 以青海湟中县金跃回族村为例 潘弘祥 马连龙(945)
- 巴楚民族文化圈纠纷解决机制论略
- 在历史文化视野下的考察 曾代伟 万 亿(954)

关于中国土家族“猎规”与法之新议	罗士松 (965)
湘鄂西土家族家族司法初探	刘泽友 (971)
多元纠纷解决机制背景下的彝族司法调解人——“德古”	杨玲 袁春兰 (982)
论少数民族纠纷解决机制的变迁	
——对凉山彝族不同时期杀人案之处理的比较	严文强 (990)
论凉山彝族的纠纷类型及调解程序	李剑 (998)
清代黔东南地区社会变迁与苗民间纠纷解决方式的演变	
——以锦屏县文斗解纷文书为分析材料	梁聪 刘振宇 (1008)
中西“小传统”诉讼观念之比较	
——以民间法谚为视角的考察	刘吉涛 (1014)
诉讼活动与市场秩序:以巴县档案为中心的研究	张渝 (1023)
械斗:水权纠纷解决的另一种选择	田东奎 (1029)
“中国传统司法与司法传统”国际学术研讨会暨中国法律史学会 2008年学术年会综述	郭亮 刘振宇 (1036)

序

陈金全 汪世荣

“中国传统司法与司法传统”是近几年学界关注的焦点问题之一，学界同仁已经发表了一系列有影响的重要成果。中国法律史学会主办、西南政法大学和西北政法大学承办的“国际学术研讨会暨中国法律史学会2008’年会”，将之作为会议主题，对系统总结中国传统司法的经验，推动法律史学研究的深入开展，为中国当代司法改革提供历史借鉴，都具有重要的意义。

在数千年未曾中断的发展中，中国传统司法形成了自己独树一帜的风格，在观念基础、价值选择、制度设计、效果评价等方面，形成了相对独立而又相互支撑的内容。中国传统司法成为中华法系的标志性特点，并由此影响到中国的当代司法，形成了中国司法的传统。

中国传统司法重视法律的人文性，重视发挥法律的规范作用，重视改善法律实施的条件和基础，重视实现法律的价值和功能。案件之裁判追求具体的妥当性和准确性，充分考虑纠纷形成的原因和纠纷化解的有效途径，裁判结果体现“天理、国法、人情”；主张哀矜勿喜、惟明折狱，倡导司法官的个人修养和人格升华；追求个案裁判的公正和效果，强调司法官的内心确信和自我约束。与此同时，将监察制度作为重要的监督制约措施，重视事后监督，发挥对违法犯罪司法官吏的弹劾惩戒作用，形成了内在约束与外部制约相结合的责任体系，保证案件的公平裁判。中国传统司法追求积极的社会治理作用。调动司法官主观能动性，以查明案件事实真相、正确适用法律和公正裁判纠纷。严格的司法官责任制度，将司法官收受贿赂的责任，扩大到事后和离职之后，以及司法官的家人，大大扩展了司法官责任的时间和空间领域，最大限度实现了权力与责任的统一。

中国传统司法实行案件的类型化审理。笞刑和杖刑等轻罪案件，由州县自理，一审终审（称为“州县自理案件”）。徒刑和流刑等重罪案件实行审转复核，通过司法机构上下级的内部监督与制约，确保案件证据确凿无误，事实认定清楚，法律适用准确恰当，裁判公正合理。死刑案件实行复奏，明清时期实行会审，实现全国范围内法律的统一适用，慎重死刑的适用，控制死刑案件的数量，追求法律适用的社会效果。刑事案件根据罪名的轻重，采取繁简不同的程序，最大限度追求效率和公正。

中国传统司法重视法律经验的总结和积累，将事实查明、法律解释和裁判方法等成功经验，通过编辑和总结判例的方式，予以延续和传承。重视传统法医学在司法实践中的运用，司法审判中重视经验与智慧的作用；充分运用心理学、生物学等科学知识与社会常识，通过发挥司法官的主观能动作用，查明事实真相，惩罚违法

犯罪，追求实体公正与程序公正的有机统一。

不少学者认为，中国司法的传统主要表现在：清官文化盛行，公众关注法官的个人品行和修养，要求法官具有良好的职业道德，胸怀坦荡，兼听则明；要求法官积极主动查明案情，充分发挥能动作用，促成纠纷的解决；要求法官具有明断是非的能力，能够自觉抵制各种诱惑，公正无私，秉公执法；能够自觉抵制外部的压力和干预，抑强扶弱，主持公道。

中国的司法传统，在少数民族聚居地区得到了一定程度的保留和体现。由于现代化进程的滞后，直至今天，不少少数民族民间的纠纷解决仍然体现出传统司法的特质。这些民间纠纷的解决注重情、理、法的融通，重视宗教、道德和法律规范的融合，体现出“熟人社会”的特征和鲜明的“和解”精神。在许多少数民族地区，传统司法依然在维护社会秩序、化解矛盾纷争方面发挥着重要的积极作用，通过研究它们，我们得以观察和认识依然鲜活的“中国司法传统”。

中国的司法传统源远流长，它是一个民族几千年的司法经验与智慧的结晶。而在吸取营养的同时，我们也必须正视传统司法的缺陷甚至教训。在人类的法律发达史中，没有哪一种制度设置是尽善尽美、无懈可击的，中国传统司法亦然。它生长于特定的历史、社会与文化情境当中，我们不应当用现代社会的价值标准去苛责传统司法，但同时，在追寻法治现代化的今天，我们也无法忽视中国传统司法中所包含的与现代法治精神不符合的因素。只有在批判和反思中，我们才能更好地传承和发扬中华民族优秀的传统司法文化。

以史为镜，可以知兴替，如何以正确的态度对待中国的司法传统，建立中国特色的现代司法制度，是摆在我们面前的艰巨任务。“人能弘道，非道弘人”。中国传统司法和中国司法传统的研究，任重道远！

是为序。

二〇〇九年四月十九日



第①部分

传统司法文化及其现代化

专职法司的起源与中国司法传统的特征

范忠信*

引 论

过去五千年形成的中国司法传统，是一种非常特殊的司法传统。所谓中国司法传统，就是古代中国数千年司法活动中业已形成的代代相“传”之“统”（特征）。

说到“传统”，我们首先得澄清，没有一成不变的传统。所谓传统，一定是“变”和“不变”两种因素的结合。我们说过去五千年的中国司法已经形成了一种传统，就是承认有某些“不变”的特征——就像一个民族、一个人的生理特征、心理特征即性格一样，一直存在于我们民族过去的司法活动之中；这些“不变”的特征就是中国司法“传统”的主体成分。同时，我们也承认，有许多“变”发生于中国过去数千年司法历程中，历代司法之“变”也是中国司法传统的一部分。不过，我们应该注意到，一个民族在其特定的自然生存环境、社会生存环境或历史文化影响之下，其司法之“变”不会是没头没脑、乱打乱撞的，一般是很有规律可循的；因此这种“变的规律”本身也构成一个民族司法传统的一部分。我反省司法传统，正是从上述两方面结合的意义上来考虑问题的。

讨论中国古代的司法传统，不能不先考察中国古代的司法机构；因为所谓“司法传统”正是它们在其职务活动中形成的法律适用传统。说到中国古代的司法机构，我们必须先澄清：我们中国从来就没有过西方自古至今意义上的司法职能（国家的议事、执行、审判三大相对独立的职能之一）及司法机构，只有相对而言以审判并制裁犯罪为主要职责的国家机构。对于这样的机构，我笼统称它们为“专职法司”。你一定要依西方传来的概念称它们为“司法机构”也无不可，只是我们别忘了它们之间的根本差异。除“专职法司”以外，中国古代政治体制中还有许多“兼职法司”。中国司法传统，正是“专职法司”和“兼职法司”共同创造的传统。

说到古代的“专职法司”和“兼职法司”，我们一定要清楚，用西方的眼光看，中国古代简直没有一个机构可以叫做专职法司，但大多数机构几乎都可以叫做兼职法司。所谓专职法司，就是以调查和制裁犯罪为主要职司的机构（古时中国一般不把民事案件的审理作为专职法司的职责），如从中国早期的李官、理、士、士师，到中古时期的司寇、廷尉，再到近古时期的刑部、大理寺。至于兼职法司，就是指古代中国很多兼有维护治安、制裁犯罪、解决纠纷之职权的机构，只不过其分管的侧面或范围不同而已。

* 范忠信（1959~），男，湖北英山人，中南财经政法大学教授，博士生导师。

为了深入认识中国司法传统的特征，我们有必要特别考察一下中国古代的“专职法司”的起源及其职责权限的演变。通过这一考察，我发现：后世所见的所谓中国司法传统的种种特征，早在中国上古时代专职法司起源之时就已经初现端倪，或者已经开始形成。司法权与行政权不分，司法权与军事征伐权不分，司法权作为君主生杀予夺大权的一部分，最亲近于君主的机构往往掌握真正的司法权，司法强调简易、便民、深入基层等等，这些最有“中国传统”意味的旨趣，实际上早在上古时代专职法司起源之时就随之开始了。本文旨在就这一初步考察的结果作一个汇报，并对这些司法特征的肇因作一些初步猜测。

一、古代中国专职法司的起源与旨趣

古代中国的专职法司是何时产生的？是在什么背景或需要下产生的？其最早的责任或使命是什么？这就是传统中国专职法司的起源与旨趣问题。我们考察这一问题，是为了认清中国古代专职法司的最初的角色定位，认清它本质上是什么性质的机构，什么是它的最根本或最实质的职能。

（一）“李”（“李官”）的起源与职司旨趣

中国古代最早的专职法司，据说叫“李”。这一称谓据说要上溯到轩辕黄帝时代。《汉书·胡建传》：“黄帝李法曰：壁垒已定，穿窬不繇（由）路，是谓奸人，奸人者杀。”汉人如淳注苏林曰：“李，狱官也。”这是我们关于中国古代最早的专职法司称谓的一条重要信息。如淳将“李”注为“狱官”，非常肯定地认为黄帝时代的狱官就叫做“李”，肯定有他充足的根据，可惜我们今天知道了。

“李”字从木从子，本来是指桃李之李。汉人许慎《说文解字》谓：“李，果也。从木子声。”那么，表示果木的“李”怎么又被假借或通用为表示专职法司的“理”呢？

我们认真研读史料后发现，“李”作为中国最早专职法司或法官的称谓，有以下三点特殊的原因、缘故或理由。

第一，“李”的缘起与中国上古的理讼解纷模式有关。“李”本来就指李树。《诗·小雅》：“投我以桃，报之以李。”《尔雅翼》：“李，木之多子者。”刘向《说苑·复恩》：“树桃李者，夏得休息，秋得其实焉。”李树，可能是上古时代最常见、树荫多、果实多的树种；劳作的农人们最喜欢在其树下休息。于是，它们就自然而然成了上古时代的部族首领或官吏们“下基层”、“深入群众”时的最好“办公地点”：他们就在果树底下处理治安案件、查处坏人坏事、解决各类纠纷。这就是中国最古老的“马锡五审判方式”。据说西周的召公就是这种亲民审判方式的倡导者。《诗经·召南·甘棠》：“蔽芾甘棠，勿剪勿伐，召伯所茇。蔽芾甘棠，勿剪勿败，召伯所憩。”讲的就是在果实丰硕的大树（不过从李树换成了甘棠树）底下审理案件、解决纠纷的故事。汉人郑玄注《诗经》云：“召伯听男女之讼，不重烦百姓，止

舍小棠之下而听断焉，国人被其德，说其化，思其人，敬其树。”由此推知，最早的部族中的理狱、解纷官吏，喜欢在李树或甘棠树之类的果实丰硕的树底下^①，趁着农人休息喝水的时间，深入群众、调查研究、尊重乡俗，以最简易便民的程序来断决案件，解决纠纷。因此，理狱之官就自然与李树之类的象征物联系起来，就有了“李官”之称谓；甚至作为姓氏的“李”姓据说也与此有关^②。

第二，“李”与“理”音同而义通。清人段玉裁注《说文解字》谓：“古‘李’、‘理’同音通用。故‘行李’与‘行理’并见，‘大李’与‘大理’不分。”古人把对事物的“整理”、“修理”、“处理”、“梳理”的过程称作“理”。比如“行李”本来是应该叫“行理”，即为旅行而准备或整理齐全的必需用品。《国语·周语》：“行李以节逆之。”《左传·僖公十三年》：“行李之往来。”这里的“行李”，其实应该是“行理”。宋人方勺《泊宅编》：“李理义通，人将有行，必先治囊，如孟子之言治任。理亦治也。”整理自然事物或生活物品可以叫“理”，那么处理狱讼案件亦即整理人世间的复杂之事的专官叫做“理”，就很自然了。因为“李”与“理”同音，那么通过假借通用，进而把“理”官称作“李”或“李官”，将其所执之法称作“李法”，也就是很自然了。所以皋陶在尧舜时为“士”或“士师”即法官，《管子·法法》记作“皋陶为李”，尹知章注曰：“古治狱之官。”《史记·天官书》：“荧惑为李。”是以“荧惑”星为天国中的执法星官。战国时齐国的司法官就称为“李”，并有专门惩治官吏违法失职的《李法》：“然而置李者，所以守国邑之口（法？）也。”^③所以后世又常将“司理”（司法）之官称作“司李”。从这一考察可以看出，上古时人们对于法司的基本认识或理念是：法司是专职理狱解纷的，是专职把疑难杂乱的案件理顺或了结的。

第三，“李”作为一个政治体中的法官，其位置关系国家兴亡治乱；其职责内外兼治、文武兼治。古人以天上的“荧惑”星为星界的“李官”。一方面，这颗星宿的位置（“舍”）是否正常，是国家治乱的标志或征兆。《史记·天官书》：“察刚气以处荧惑。曰南方火，主夏，日丙丁。礼失，罚出荧惑，荧惑失行是也。出则有兵，入则兵散。以其舍命国。荧惑为勃乱、残贼、疾、丧、饥、兵。”《史记索隐》引《春秋纬文》云：“赤帝燹怒之神，为荧惑焉，位在南方，礼失则罚出。”这一个“李”星官，非常重要，“以其舍命国”，就是以其所居位置看国家的兴亡征兆。“荧惑”位置恰当，就天下太平；不恰当（即“失行”），就要出现“勃乱、残贼、疾、

① 在果实丰硕的“李”树或“甘棠”树下断案，或许还有以此劝喻百姓珍惜丰收果实、珍惜和谐关系，追求案件有好的结果之意。

② 民间传说，“李”姓源自皋陶。尧舜时，皋陶为“李”，就是“理官”，掌管刑法；其后人袭其官职，命其族为理氏。皋陶的后人理征在商朝为官，敢于直谏，得罪纣王，被杀。其妻契和氏带着儿子利贞逃往伊侯之墟，隐藏在那里，靠采食木子（李树果实）得以活命。于是从利贞起，改理氏为李氏，以此纪念使理姓保全下来的李子。今有的地方“李”姓族谱，言自己是古代法官之后裔。谓其先人因避奸臣追杀，乃以避难之李树为姓，或即此一传说的演绎版本。

③ 《银雀山汉墓竹简·守法守令十三篇·李法》，载蒲坚主编《中国古代法制丛钞》第一卷，光明日报出版社2001年版，181页。

丧、饥、兵”。所以当“荧惑”失位时，刑罚就要出来派用场了，“礼失则罚出”。另一方面，荧惑星作为天国世界的执法官，其职责是内外兼治，兵刑合一的。《天官书》“荧惑为李。外则理兵，内则理政。”《史记集解》：“荧惑谓之执法。”《史记正义》云：“荧惑为执法之星，……主甲兵，大司马之义；伺骄奢乱驱，执法官也。”因此，其职责权力是两个方：一为对内，“荧惑……内则理政”，“礼失，罚出荧惑”，就是负责征税，负责理狱，负责惩治坏人；二为对外，“荧惑……出则有兵”，“外则理兵”。所谓对外“理兵”，就是负责征讨敌叛。《汉书·天文志》：“左角李，右角将。”师古注曰：“李者，法官之号也。总主征伐、刑戮之事也。故其书曰李法。”这就是“兵刑合一”、“兵刑同源”的“自然法”表述，是为“大刑用甲兵”^①的理念寻找自然法依据的说法。这一星宿的职务使命，代表了人类必须模仿或遵循的自然法。

(二) “士”(“士师”)的起源与职司旨趣

中国上古的专职法司，最早有正式记载的，大约是“士”。《尚书·皋陶谟》：“帝曰：皋陶，汝作士，五刑有服，五服三就；五流有宅，五宅三居。惟明克允。”舜帝任命皋陶担任“士”这一职务，其职责就是负责“五刑”的，就是专职司法官，或曰“刑官”、“理官”、“李官”。所以《管子·法法》说“皋陶为李”。《尚书大传》云：“士，理官也。”《尚书正义》曰：“士即《周礼》司寇之属。”这就是说，“士”是中国早期关于专职法司的统一称谓。

“士”指代“专职法司”是怎么来的？我们可以从“士”的原始含义考察。《说文解字》云：“士：事也。数始于一，终于十。从一，从十。孔子曰：推十合一为士。”许慎假借孔子的话所作的这一解释，显然牵强附会。最初的造字人哪里会想到后世伦理对“士”阶层的德才要求（“推十合一”）并根据这一要求去造字呢？

其实，“士”也许是一个极为简单的象形字，象戈、戟^②之类“十”字形兵器，垂直立于地面（地面象以“一”）之形。上古酋邦时代，持戈戟侍立于酋长身边的人，就是“士”^③。这种“士”，大约就是后世所言“侍卫”或“卫士”^④。

“侍卫”或“卫士”为何后来演化成了专职法司？这大概跟“司寇”本来系军官后来演化成了专职法司的情形一样。

在《周礼》中，“士”不是一个具体的职务，而是司法类职务的总称，都属于“秋官司寇”系统。有“士师”、“乡士”、“遂士”、“县士”、“方士”、“讶士”、“朝士”、“都士”、“家士”等名目。几乎所有“士”都与执法听讼有关：“其附于刑者，归于士”^⑤。“士师掌国之五禁之法，以左右刑罚”，“乡（遂、县）士”的职责是“各掌其乡（遂、县）之民数而纠戒之，听其狱讼”，“方士掌都家，听其狱讼之

① 《国语·鲁语上》。

② “戟”是一种中国独有的古代兵器。实际上戟是戈和矛的合成体，它既有直刃又有横刃，呈“十”字或“卜”字形。

③ 也许“士”字先写作“土”。后来为了与指代土地的“土”区分开来，才把底下一横变短了。

④ 直到今天，中国象棋里面，都是“士”或“仕”侍卫于最高领袖“将”或“帅”周围。

⑤ 《周礼·地官司徒》之“调人”、“司市”。

辞”，“诤士掌四方之狱讼”，“朝士掌建邦外朝之法”^①等等。

“士”本指“侍卫”或“卫士”，原系“武士”或“军士”。他们之所以能演化成执法官，与他们的特殊角色位置有关。“卫士”在首领身边，最受信任，最容易被委以逮捕罪犯、审讯罪犯、执行刑罚的责任^②，这大概就是“士”逐渐演变为“专职法司”之总称的原由了。这又一次诠释了“兵刑同源”。

不过，到了“士”逐渐成为一个社会阶层（贵族之末，四民之首）的总称的时候，作为专职法司的“士”就必须有更加专门名称，于是“士师”或“理官”就成了这一通称了。《论语·微子》：“柳下惠为士师。”《孟子·公孙丑下》：“为士师，则可以杀之。”所以，“皋陶为士”或“皋陶为李”的事实，在《春秋元命包》中直接表述为“尧得皋陶，聘为大理，舜时为士师”了。春秋时齐国设“士”，卫国设“大士”，战国时齐设“士师”，都是刑政之官。王莽时曾一度将国家司法之官称为“作士”。^③

（三）“理”（“大理”）的起源与职司旨趣

中国古代的专职法司又称为“理”或“理官”，其最高者称为“大理”；后世的“大理寺”系由此而来。“理”，本指“纹理”、“条理”。《韩非子·解老》：“理者，成物之文也。长短大小、方圆坚脆、轻重白黑之谓理。”后来引申为按照“纹理”、“条理”把事情处理好，故《说文解字》：“理，治玉也。顺玉之文而剖析之。”就是引申为“治理”、“整理”、“修理”、“审理”等意义上的“理”。“理，谓察理刑狱也”^④。后来，干脆把专门职司“审理”、“听理”、“处理”案件的官员叫做“理”。“理”于是就成了专职法司的称谓了。据说，早在尧舜时代或夏朝就有了“大理”之职官名：“咎繇为理”^⑤，“皋陶为大理”^⑥，“士，夏曰大理，殷曰司寇。”^⑦《韩诗外传》卷二：“晋文公使李离为理。”^⑧《管子·小匡》：“弦子旗为理。”楚昭王曾任用石奢为“理”^⑨。司马迁《报任安书》有“遂下于理”之语。战国时期，齐国的司法官叫“大理”^⑩，卫国的司法官似乎也叫做“大理”^⑪，楚国的司法官叫“廷理”，均系由此而来。《史记·天官书》：“斗魁四星，贵人之牢，曰大理。”按照汉人的观念，天上有星宿负责天国执法，曰“大理”。不知这“大理”之星与“荧惑”之星是什么关系，是不是同一组星？汉景帝时，一度更廷尉为“大理”，武帝时又复为廷尉。曹魏初称

① 《周礼·秋官司寇》。

② 明朝以“锦衣卫”（亲军）办理钦定大案要案，正是这一传统的流风余韵。

③ 《唐六典》卷十八，《大理寺》。

④ 《唐六典》卷十八，《大理寺》。

⑤ [汉]刘向：《说苑·政理》。

⑥ 《史记·五帝本纪》；汉人刘向《说苑·君道》。

⑦ 汉人郑玄注《尚书·皋陶谟》及《周礼》所谓帝舜命“皋陶作士”条。

⑧ 《史记·循吏列传》：“李离曰：理有法：失刑则刑，失死则死。公以臣能听微决疑，故使为理。”

⑨ [汉]刘向：《新序·节士》。

⑩ 一般法史著述均言战国时齐国的法官叫“大理”，不知据什么史料而知。

⑪ [汉]刘向：《说苑·政理》：“卫灵公问于史鳅曰：‘政孰为务？’对曰：‘大理为务。听狱不中，死者不可生也，断者不可属也。故曰大理为务。’”