

中国

古代司法行政化研究

陆侃怡
著



中国政法大学出版社

作者简介

陆侃怡：北京工商大学法学院讲师，中国人民大学法学博士，中国政法大学博士后。研究方向为法制史、刑法学。出版《中国刑罚的转化机制——以新旧五刑转化为视角》等学术专著2部，发表学术论文多篇，主持或参与多个省部级课题。

中国

古代司法行政化研究

陆侃怡
著



中国政法大学出版社

2020·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

中国古代司法行政化研究/陆侃怡著.—北京:中国政法大学出版社, 2020.7
ISBN 978-7-5620-8126-5

I. ①中… II. ①陆… III. ①司法—行政—研究—中国—古代 IV. ①D929.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2020)第 123462 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 010-58908586(编辑部) 58908334(邮购部)
编辑邮箱 zhengfadch@126.com
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 880mm×1230mm 1/32
印 张 10.75
字 数 260 千字
版 次 2020 年 7 月第 1 版
印 次 2020 年 7 月第 1 次印刷
定 价 59.00 元

第一章 导 论 … 001	
一、研究背景 … 001	
二、国内外研究现状 … 004	
三、主要内容和分析框架 … 016	
第二章 早期国家的中央司法机构：世俗化 … 021	
一、夏商朝时期：神判 … 021	
二、西周时期：人判 … 027	
第三章 传统政治体制变迁下的中央司法机构： 司法权的嬗变 … 035	
一、封建制度初期：司法权的壮大 … 037	
二、三公九卿制时期：司法权的机遇和危机 … 045	
三、三省六部制时期：平衡和挑战 … 071	
四、二府三司制时期：一次尝试和回归“传统” … 089	
五、元朝时期：司法权的“惯性” … 099	
六、内阁六部制时期：司法权的“内耗” … 107	
七、小结：新旧国家机构的转化：君权和政府权的博弈 … 124	

第四章 传统中央司法机构职能的变迁：

审判权的量变和质变 … 131

- 一、秦汉时期：一法司 … 134
- 二、魏晋南北朝时期：二法司 … 143
- 三、隋唐时期：三法司 … 149
- 四、宋元时期：审判权的转移 … 171
- 五、明清时期：审判权的“质变” … 194
- 六、小结：审判权的消弭 … 223

第五章 传统法律职业群体的困境：

两种权力间的挣扎 … 232

- 一、秦汉时期：机构专门化 … 233
- 二、魏晋南北朝时期：官员专业化 … 239
- 三、隋唐时期：科层制下的平衡 … 247
- 四、宋朝时期：司法官的职业化趋势 … 257
- 五、明清时期：司法官的“工具化” … 270
- 六、专业而不“职业” … 317

结 语 … 324

参考书目 … 334

一、研究背景

在十八大以及十八届三中、四中全会提出全面推进“依法治国”的背景下，国家开始全面对法律适用的整体过程进行改革，这个过程包含了从立法、司法到法律执行的各个方面。与之前所进行的针对个别、具体制度的内部调整不同，目前我国正逐步将“法治”提升到一个全新的高度——将法律治理视为国家治理体系中的重要支柱之一。^{〔1〕}相较于立法，司法运行最贴近公众生活，是法律适用效果的集中体现，更是社会各个阶层化解各自矛盾的最前沿。“司法公正，是现代政治民主、进步的重要标志，也是现代国家经济发展和社会稳定的重要保证。呼唤司法公正，评价司法公正与否，是任何文明社会公民的正当权利，坚持公正司法是对法权的一种制约，是实现社会公平正义的基本要求。”因此，一个国家司法运行的效果将是检验该国法律发展水平的重要指标。英国著名哲学家培根曾有个著名的比喻，将一国司法公正比作水的源头，认为其一旦受到

〔1〕 十八届三中全会报告中提道：“全面深化改革的总目标是完善和发展中国特色社会主义制度，推进国家治理体系和治理能力现代化。”

污染，危害程度将大大超过犯罪本身。^{〔1〕} 故在此种背景之下，司法体制改革将是实现依法治国理念的起点和关键。司法制度的任何更改（哪怕是微小调整）都有可能引发法律整体运行的“蝴蝶效应”，从而对整个法治建设产生重要的影响。

现有的司法改革不但涉及法律本身的实体或程序问题，而且也是全社会范围内一次价值理念的重大转变。此次改革对司法系统外部职能、内部分工、人事财务制度等具体制度都有所调整，同时也需要理顺司法系统整体（包括法院、检察院乃至司法部）与其他国家机构之间的关系。为此，陈光中先生精辟地总结道，对于司法改革的总体布局分为两个层面：第一个层面是处理司法机构与外部权力之间的关系，视为司法机构应当去地方化；第二个层面是处理司法机构内部的关系，视为司法机构去行政化。^{〔2〕} 面对当下司法改革面临的种种机遇和挑战，西方司法制度固然有部分经验可循，但也需要清醒地认识到，中国司法机构所面临的独有困境——司法机构去行政化，这是西方司法发展史不曾有过的局面。为此，当我们积极找寻对策的同时，也需要去研究中国当代司法机构这种独有困境究竟是如何形成的。

故当考察中国古代司法机构变迁的这段历史时，有两个前提必须予以说明：第一，中国传统法律意义上的司法权内容与当代语境下的司法权并不完全吻合。前者通常体现为审判权与复核权的组合，两者一致才能形成一种具有司法意义的判决，并且这两种权力的连接方式并不是司法程序，而表现为一种类

〔1〕 原话是：“一次不公正的审判，其恶果甚至超过十次犯罪。因为犯罪虽是无视法律——好比污染了水流，而不公正的审判则毁坏法律——好比污染了水源。”

〔2〕 参见陈光中、魏晓娜：“论我国司法体制的现代化改革”，载《中国法学》2015年第1期。

似“行政审批权”。司法行政权体现出当时对司法官的纵向（上下级）管理，以便能够与其他行政机构的管理保持一致。审判权、监督复核权、司法行政权体现为一种国家最高权力下的内部分工与制约。后者（现代语境下的司法权）体现为一种以审判权为核心的运转体系：即便对于判决的矫正也同样采用审判技术和严格的程序；司法行政权的存在是为了保证审判权的更好运转，故体现为一种审判权之下的配合。第二，由于是在特殊语境下展开对传统司法权的研究，故对古代中央司法机构的讨论绕不开对传统政治体制和权力运行的理解。对此，必须同时考察司法机构整体变迁的政治背景和规律。因为司法权在中国古代社会从来不是一种终局性的权力，而仅仅是国家治理中的一种技术性分工；它的变迁一直受到政治权力运行规律的深刻影响。司法权作为古代社会治理的重要手段和关键环节，被深深地镶嵌在国家机构科层式运行的齿轮之中。

从纵向来看，正如一国法律史总是深深地嵌入到该国的文明史当中一样，难以孤立而又割裂地分析——中国古代司法机构行政化的过程同样也是在漫长的历史演进中自然形成的。当我们开始着手进行司法机构的“去行政化”改革、期待它能以更公正的面貌承担现代社会的基本角色时，有必要以更为宏大的历史视野去关注、研究此主题背后隐藏着的更为深刻的原因和规律：中国司法机构是什么时期与西方司法机构在发展上出现了分野？司法机构是如何伴随着封建体制的发展完善而被纳入政府机构行政化运行的板块当中？当政府运行出现“科层化”的趋势时，司法系统的内部运作又出现了怎样的变化？这些对中国现有的司法机构产生了怎样的影响？从横向来看，司法机构作为法律运行最直接的形式，是整个国家法治运行的“晴雨表”；但决定一个国家法治运行水平的却不仅仅是司法机构，而

是往往与一个国家的民主化程度、政府机构的权力运行息息相关。

受制于专业分割的限制，部门法专业的学者更关注短期内某个具体制度的瑕疵和完善，这当然有助于提高整体法治的水平，但任何成熟的研究都是宏观和微观有机结合的。中国历代以来，包括司法机构在内的政府机构变迁无疑为本书研究“中国特色”的司法机构变迁规律提供了丰富的资源和独特的视角。依托官方典籍、民间笔记、法律文书等各类史料，让我们有可能在较大的研究口径下观察到司法权（机构）一步步在封建政治体制的大背景下萌芽、生长、壮大、完善并最终变形的发展轨迹和规律，这些恰恰是许多被部门法制度研究“遗忘的角落”。

二、国内外研究现状

针对古代司法机构行政化的主题，就目前国内的研究而言，基本对各个朝代的司法机构都有涉及，但是更多是从法律史的角度给予关注。当然这为本书的形成提供了大量分析材料，也是本书形成的重要基础。

（一）法律制度史方面

通常，法史学界对各种法律现象的研究仍然以断代史为主，以政治朝代为基本背景。这一方面为本书的写作提供了丰富的史实材料，但另一方面也为完整、连续研究古代司法机构变迁留下了较大的空白，使得司法机构在不同朝代的变迁略显突兀，缺乏动态的观摩视角。

学者胡留元、冯卓慧所著的《夏商西周法制史》一书，根据后世史料记载以及现有的考古成果展示了上古三代时期的法制状况。其中对西周大司寇及其属官的介绍尤为详细，可以看到西周时期中央政府已经呈现出较为完善的官制。但同时限于

史料的相对短缺、后世记载的混乱，在一定程度上可以推断上述时期大司寇以及属官的设置仅仅是根据《周礼》记载的完善形式，有可能在实践中并未完全实行。该书为上古三代时期司法机构的内部设置以及职能划分提供了初步的史料，最为重要的是它描述出了该时期社会治理的普遍面貌以及在国家形成的最初阶段，中华文明中宗教、律法、王权之间与西方社会不同的模式。从“事鬼神”的夏商到“敬天保民”的周朝，世俗权力的强大，使传统律法从一开始就褪去了大部分宗教色彩，国家对世俗事务的关注成为权力存在的第一要务。由此，“人”成为整个国家政治治理的中心。这个中心既包含治理的对象，更包含治理的主体——官员——而不是律法成为权力架构的支点。此种权力设定模式对后世司法机构内部所呈现的首席长官权力集中的传统具有决定性的作用。学者刘海年所著的《战国秦代法制管窥》一书是研究秦代法制的重要文献。该书以一个史学家的严谨勾画出在封建君权制初建的秦代，在法家的治国指导之下，中央司法机构司法职能的具体内容。例如，中央的廷尉从一个军事官员正式成为专职司法官员，整个司法机构从形式上朝着专业化的方向发展；司法实践确立了“以吏为师”的宗旨，地方与中央在司法事务的处理上开始有了规范化的交流（从地方政府上报的《法律答问》中可以看到）。学者南玉泉所写的《楚国司法制度探微》一文，依据最新的考古成果，主要展示了战国时期南方楚国的司法状况：虽与当时的中原各国有所不同，但是仍然沿袭了以长官为核心的机构建制。出于战争的特殊背景以及国家组织的不断完善，楚国对司法事务的处理并没有局限在所谓的司法机构，而是可以随着君主意志或者高级官员的意志“越级”加以处理。当然，这并不是楚国特有的现象，即便是经历“变法”的秦国也同样存在高级（非专职司

法) 官员“干涉”或者依照职权处理案件的传统。从该时期各国的司法状况而言,或许可以从另一个侧面窥视出中国古代的司法边界,即无论是价值判定或是刚性的制度设计,审判权在政治治理中可以具有弹性地在司法和行政领域游走,而最终决定处理方式的并非律法而是出于最高权力的需要。针对审判事务,司法机构并无绝对的垄断权;离权力中心越近的官员越具有广泛的管辖权以及处理权。

学者孙家洲主编的《秦汉法律文化研究》一书中,利用已有的考古以及史学成果,联系当下的社会需要和实践,从旧的司法制度中不断寻找新的研究视角。例如,对当时社会舆论和官方应对的机制等展开研究。该书其中一章是关于皇帝旨意与国家法律之间的关系问题,是本书观察司法机构行政化的一个重要窗口。在古代的治理技术中,“行政化”背后的价值逻辑是皇权赖以生存的“权力集中”,而司法机构本身的职业化(专业化)则是近代国家政府运行的基础和特征之一,两者之间的互动以及博弈就决定了司法行政化的广度和深度。在该章中专有一节是对中央廷尉处理的特殊案件——诏狱的研究。该节对诏狱名称的由来、诏狱的管理、诏狱的审理程序以及特征作了深入分析。得到的结论主要有:①关于诏狱管辖权:一般都是涉及政治的大案要案;②就审理的基本程序:虽同为审理,但其审理需经高级官僚的廷议而后定罪量刑,并非完全由专职司法官进行;③就判决的结果:必须上报皇帝核准同意。从司法行政化的角度而言,它在形式上是后世明清会审制度的滥觞。从西汉“巫蛊案”、唐代“房遗爱谋反案”,到宋代“阿云之狱”、明初“三大案”、〔1〕清末“四大案”〔2〕等都说明历代以来针对

〔1〕 胡惟庸谋反案、郭恒贪污案、蓝玉谋反案。

〔2〕 杨乃武和小白菜案、张汶祥刺马案、名伶杨月楼冤案、太原奇案。

重大案件多少都有“政治问题法律化的习惯和趋势”——具有“法律工具化”特征。

学者曹旅宁所著的《秦汉魏晋法制探微》一书主要描述了该时期的司法状况。所谓“汉承秦制”，是指汉代初年对于秦法的继承相当全面，其中包括廷尉职能的继承。由于当时政府尚未有专门的立法机构，故作为专职审判的廷尉也参与国家立法，并且与地方审判机构保持了有效的复审关系，使得地方与中央的司法职能划分日渐规范，整个国家开始建立上通下达的司法运作体系。学者胡仁智所著的《两汉郡县官吏司法权研究》一书，更为详细地描述了当时基层司法机构的实际运行情况以及与中央廷尉之间的关系。司法机构行政化的特征和规律，基于纵向的权力关系（中央对地方）是一个重要的视角。当时中央已经存在专职司法官廷尉，地方司法事务的处理却以行政长官兼理的形式存在。但如果抛开权力运行的横向枝节，地方长官（例如郡一级）对应的是皇帝本身而不是中央某个事务处理机构（例如廷尉），即“三法司”仅仅是“中央司法机构”而非“最高司法机构”。由此可以看出，在古代政治架构中，司法审判仅仅是皇权（皇帝）处理众多政务中的其中一类，并非终极意义的判定标准——司法权从本质上而言是一种手段而非目的。学者李俊芳所著的《晋朝法制研究》一书，在“晋朝司法制度”“法官的设置与任用”两章中涉及了晋朝司法机构设置以及基本职能。关于司法制度，该书作者将晋代司法制度放置到现代诉讼法学的分析框架下，描述内容包括诉讼管辖、起诉制度、逮捕制度和审判制度等，颇有创新意义，使我们更容易将传统司法制度与当下司法体系形成直接对比。当然这也存在一定的风险，即古今关于司法、行政、审判等基本概念的不一致令此类对比可能存在误差。例如，关于古代诉讼是否具有严格的审级

等问题就可能令后期的讨论存在偏差，因为现代诉讼理论中对审级有着比较严格的界定。在该书中将当时的司法官总结为廷尉、治书侍御史、黄沙狱治书侍御史、太子家令、尚书官员等，一方面显示出当时政府机构转型中的复杂乃至混乱，另一方面也表示政府机构设置开始由“最高长官”为中心向“机构本身”为中心转化。其中作者特别提到了尚书官员与廷尉之间的关系，论证秦代以来廷尉职权不断受到尚书官员侵蚀的基本观点。从尚书官员与皇权的紧密程度以及机构设置的特征来看，尚书官员更加具备行政科层的特征，由此也可以认为尚书机构的设置是中国司法机构行政化的重要特点之一。

学者邓奕琦所著的《北朝法制研究》一书对北朝各主要政权的法制状况展开了比较全面的研究。该书从五胡十六国仿汉制建立司法制度开始，历数拓跋鲜卑之习惯法下的司法机关，到北朝孝文帝法制改革前后的司法机构变化，直至北朝不断推进法律儒家化的进程而超越南朝政权的法律成果。作者在书中总结道，由于面临战乱、政权更迭等现实，故整个北朝司法机构在仿汉制的同时也具有浓厚的军事化色彩，这给司法系统带来的直接后果便是司法监察权的扩大。学者李书吉所著的《北朝礼制法系研究》一书更多从礼法关系上阐述了北朝法制的特征。该书以孝文帝的政治改革为切入口，描述了改革之前北魏的国家形态和政治治理。作者认为当时的国家正处在由部落联盟向王权统治过渡的时期，具体官制来源复杂，主要包括四个方面，分别为：本族传统的职司、具有奴隶社会性质的官制、承袭秦汉制的官制、仿制魏晋制的官制。该书从思想变迁的角度入手，通过对“崔浩之狱”的分析，得出就整个北魏政权而言，其儒家化过程始终是一致的结论。由此，北魏的法律思想史可以孝文帝时期为界：之前主要以纬缜为主流，其后则以义

理之辨为主流。虽然这并非从制度上直接说明北朝儒家化对司法机构行政化产生了何种影响，但从当时主导的法律思想和政治理念的变迁也可从旁窥视出：整个政府机构的设置不断向君权一元化的统治模式靠拢。故对促进该种目的不够显著的制度、机构设置、运行模式就容易被边缘化或者淘汰。最后，作者也在该书末尾提出了“中华法系奠定于北朝”的基本观点。这说明儒家化的礼法融合成了贯穿后世法律与政治治理的强大力量，而伴随这一力量的另一面则是对一元制权力格局的坚定维护。如果对中华法系本质功能的理解出于上述观点，就可以看到古代司法机构发展中存在某种无法调和的矛盾——审理技术乃至专业化程度不断进步，但却与近代司法角色渐行渐远的发展路径。

描述唐宋时期法制状况、司法机构的著作很多。学者陈灵海所著的《唐代刑部研究》一书颇具代表性。该书不仅以详实的史料展示了唐代刑部内部结构、组成人员、执掌职能等传统内容，还用了较大的篇幅展示刑部与其他部门之间的运行关系，并且总结了唐代刑部设置运行的特征和得失。作者在评价刑部的机构设置以及权力运行的形态时，提出了唐代之后该类机构的设置犹如“叠床架屋”，复杂且重叠，一旦开启了此类模式，其本质上就会出现效率下降的观点。对于该书，可以看到对传统国家机构（或者司法机构）的研究，部分学者已开始尝试引入多种学科工具和角度进行观察和分析，而不仅仅满足于史料的收集和整理。

关于宋代司法机构研究的相关著作主要有：学者屈超立所著的《宋代地方政府民事审判职能研究》，王云海主编的《宋代司法制度》，戴建国、郭东旭合著的《南宋法制史》，郭东旭所著的《宋朝法律史论》《宋代法制研究》和《宋代法律与社

会》，薛梅卿、赵晓耕主编的《两宋法制通论》，王晓龙所著的《宋代提点刑狱司制度研究》以及肖建新所著的《宋代法制文明研究》等。这些研究不但从当时的律法文本出发，较为全面地展示了两宋时期中央司法机构的内部组成以及职能运作，并且利用既有的司法档案，揭示了宋代基层司法机构的运行实践。有宋一代，世风日开，形成了“天子与士大夫共治天下”的局面。较之唐代，宋代司法机构出现了“审断分离”的专业化趋势，律法亦已成为士大夫不可或缺的政治修养。某种程度上可以推断，宋代中央司法系统无论在政治地位，或是组织机构、人员配备上都到达了一个高峰。上述论著在观察宋代司法制度的同时，也开始逐步注意到宋代社会结构整体变化与政府机构设置之间的某种关系，初步具备了法社会学的视角。无论中外学者怎样判断“唐宋转型期”的内涵和外延，对古典中国（宋朝）进入了一个更为“民主化”时期的观念基本都能够达成一致（此处的“民主”并不是指近代意义上的民主，而是指在一元化皇权的体制下，公众对于政治参与的程度）。此时大理寺、刑部、御史台之间对司法权的分割至少在形式上显得相对平衡，虽已经有复审机构，但审判权依旧保留着一定的技术独立性。由此，可以认为唐宋时期是古代司法机构行政化的一个临界点。

元代法律史的研究长期以来是中国法制史中的薄弱环节。故本书关于元代司法机构的相关内容更多需要从史学成果中收集。《〈成吉思汗法典〉及原论》^{〔1〕}集合了法学与社会学的研究视角，对失传六百多年的《大扎撒》进行整理研究。该书以国家基本制度、社会管理秩序为背景，其中一章较为详细地论述了元代的基本诉讼制度。与前朝相比，元代司法机构从中央

〔1〕 内蒙古典章法学与社会学研究所编：《〈成吉思汗法典〉及原论》，商务印书馆 2007 年版。

到地方都有着很大变化。例如，元代一改汉人政权的传统，在中央一级废除大理寺，仅保留刑部的设置。于是，大理寺的审判职能就部分转移到了刑部；同时基于当时的民族宗教政策，朝廷对司法事务采取“分而治之”的原则，审判权分散于各个不同的事务管理机构。审判权在内部运行上则继承了游牧民族集中议事的传统，行省一级对于重大案件等政务的处理形成了“合署共押”制度，这显然部分超出了传统审判的技术范围。地方上，元朝尝试着在维系蒙古人的统治与借助汉人的管理技术之间保持平衡。故虽蒙古人官员达鲁花赤为总管理人，但审判事务的实际处理人则为一众汉人儒官，所以在司法实践中，儒家的审理模式就不得不与蒙古族的合议传统相融合。由少数民族学者奇格所著的《古代蒙古法制史》是一本专注于蒙古政权法制的文献，研究的时期横贯了约孙时期、成吉思汗大扎撒时期、元朝时期、北元时期和清朝时期。其中关于大扎撒时期、元朝时期的裁判制度研究为本书提供了重要的史料素材。总体而言，相比唐宋等朝代，元代史料相对缺失令学界难以对司法机构作进一步研究分析（尤其是实证式的研究），所以该时期是研究古代司法机构的一块短板。

学者那思陆著有《明代中央司法审判制度》（以下简称《明代》）、《清代中央司法审判制度》（以下简称《清代》）二书。在《明代》一书中，作者将当时的中央司法体系以最大外延的形式涵盖进来，不仅包含传统的刑部、大理寺、都察院等“三司”，而且包含了内阁、司礼监、东厂、锦衣卫等机构，较为全面地将传统政治权力布局下的司法权展现了出来。作者以夯实的史料描述了上述各个司法机构的沿革、组织、职权等，并且以全书一半以上的篇幅动态地描述了上述司法机构的运行模式。作者运用现代诉讼法理论将明代中央司法机构的诉讼程序依照