宋代司法审判中的鞫谳分司

□李文静

宋代的司法制度和理念在整个中国古代法制史上独具特色。它在继承西周、汉、唐以来优秀司法成果的基础上，对古代的司法制度又有很大的创新，其中最具特色的当属司法审判中的鞫谳分司理念和制度。

鞫谳分司简单地来说，就是案件的审理（鞫）和判决（谳）相分离。鞫司只负责案件事实的审理，而谳司仅负责查找适用的法律条文，最后由长官在此基础上做出判决，在这个过程中，鞫司和谳司不得会见沟通，违者重罚。这种审、判的相对独立和分离是一种审判理念的创新，它始自宋初对马步院的改造，到北宋中期以后，宋代朝廷上下形成了鞫谳分司的观念，并在宋代的司法制度和审判实践上得到了比较全面的落实。

鞫谳分司的理念

这一理念是宋初统治者“事为之防，曲为之制”的治国方针在司法审判领域中的体现。太祖皇帝深知对臣下的权力进行约束的重要性。其对国家政治权力的设置无不着眼于对臣下权力的约束和限制。这一治国方针在宋初制定下来之后，被以后的历任皇帝所继承和遵循。在政治实践中，有宋一代正是通过完善而严密的制度安排，对各级官员的权力进行分割和约束，“设官分职、分割事权”，使官员之间、部门之间互相监督、互相牵制，以听命于朝廷。

除了基于分权、限权的需要，宋代的统治者还认为“庶政之中，狱讼为切”，刑事案件的审判事关“人命”，关系重大。五代十国时期地方长官独揽司法大权、滥杀无辜从而造成了政权的动荡乃至更迭。基于这样的历史教训，保障刑事案件审理的公平和公正也就成为宋初统治者十分重视的问题。鞫谳分司这种“分命它官”的理念，其主要目的就是“以尽至公”，防止专断司法、恣意滥权、草菅人命。同时，这种理念也符合传统社会“慎刑恤狱”“明德慎罚”的要求，在最大限度上避免枉法裁判的发生。

可以说，鞫谳分司首先是一种司法理念。这种理念表现在司法审判的实际中，就是司法权力的分割和制约。它贯穿于整个宋朝，也贯穿于整个司法系统的职权分工和审判实践之中。

鞫谳分司的制度设计

宋代鞫谳分司理念落实在制度设计上，表现为中央及地方司法机构的设置和职能划分。宋代中央司法机构包括大理寺、刑部和御史台。其中，大理寺是最高审判机关，御史台是最高审判监督机关，刑部是最高复核机关。大理寺和御史台内部组织机构的职权划分比较明显地体现了鞫谳分司的司法理念。

大理寺下设左断刑、右治狱两个主要业务部门。左断刑职责有三：第一，对地方审理完毕并已做出拟处理意见的案件（宋代州县对一些案件只有审理权，没有判决权）做出判决；第二，审理地方官犯罪的案件；第三，对右治狱推鞫（审问）完毕的案件进行议法断刑（判决）。左断刑内部机构分设为断司和议司。断司又称鞫司，“评事司直与正为断司”；议司又称谳司，“丞与长贰为议司”。右治狱负责审讯朝廷职官犯罪案件，审理明白后请左断刑予以“议法断刑”，做出判决。右治狱内部也分设为左、右推和检法案两大机构。左、右推负责推鞫（审问），而检法案则负责检断左、右推审问的案件，并供检应用条法。从机构设置上可以看出，大理寺各部门的职能划分体现了鞫谳分司的司法理念和要求。

御史台是最高的审判监督机关。凡是官吏违法渎职案件，一般由御史台预先侦讯后再送大理寺审判。此外，御史台还负责审理一些疑难案件。宋代初期，御史台内部职权的划分为：审问、侦讯由言事、按察使轮治，检详法律由检法官负责。元丰六年后，审问、侦讯由言事御史负责，而定罪量刑则由言事御史和察事御史等共同商议决定。因此，御史台内各部门的职能划分上也在一定程度上体现了鞫谳分司的理念。

宋代地方的司法机关在层级上分为路、州（府、监、军）、县三级。其中州一级司法机关的设置最为明显地体现了鞫谳分司的要求，也是宋代鞫谳分司的典型代表。州级司法机关主要负责审核判决县级司法机构上报的案件，主要司法官有录事参军、司理参军、司法参军和司户参军。具体来说，在州一级，除人口少的州，可以单设司理参军或司法参军之外，一般两者必须同时设置。在职能分工上，司理参军、司录参军为鞫司，司法参军、通判及知州为谳司。宋代典籍记载司理参军“掌狱讼勘鞫之事”“专鞫狱事”“专于推鞫研核情实”，即司理参军负责审问推鞫，司法参军负责检断所适用的法条，供通判、知州依法判决时参考之用。端拱元年朝廷下诏“诸道州府，不得以司理参军兼莅他职”，因此，在州一级，就形成了最为彻底的鞫谳分司的职能划分。此外，北宋时期的开封府和南宋时期的临安府作为京畿之地的行政机关，其内部的司法机构在设置上也将鞫、谳分开。开封府的刑事案件审理机构为左右军巡院。该院设置左右军巡使二人、判官二人。左右军巡院和司录参军为鞫司，法曹参军与知府为谳司。

由于县级机构行政编制较为简单，审理的案件也限于轻微刑事案件和民事争讼，因此鞫谳分司在县一级机构设置上表现不明显。但是至迟到南宋中期，县级机构已经在机构设置上实现了鞫谳分司的原则，具体来说，鞫谳分司的职能划分是直接落实在推司和编录司等胥吏阶层上。

鞫谳分司在司法实践中的运用

鞫谳分司是宋代审、判分离的一种概括性表达和尝试性探索，在具体的司法实践中，鞫谳分司在不同的司法部门的具体运用情况不尽相同，贯彻的程度也有差异。同时，其在宋代的不同时期也有一些调整。总体来说，宋代鞫谳分司在中央和县级有所体现，但不完全，而在州一级司法审判中贯彻得较为彻底。而这一层级刑事审判在具体运行过程中又逐渐形成了鞫司、检法司（法司）和谳司三个不同的职能分工。其中，鞫司指司理参军，其任务是审问推鞫具体案情。而检法司专门负责供检法条，谳司依据鞫司和检司提供的案情和法律条文做出最终判决。

宋代法律还对鞫谳分司的制度设计提供了法律保障。首先，宋代法律规定鞫司在案情推问审理结束之前，不得与检法司商议。同样，检法司只负责检出一切与之相应的法律条文，而不得参与谳司的最终判断和判决。违者将会受到严厉的惩罚。其次，法律允许当事人就未执行鞫谳分司的情形提起诉讼。最后，法律赋予鞫司和谳司独立进行司法行为权力的同时也对他们的这种权力进行监督，防止产生司法专断。参与审判的全体司法官吏要共同承担判决错误的责任。上述有关司法人员如果对判决有异议，应当及时申请知州更正。如果其意见不被知州采纳，则可以将其异议直接呈递给路级提刑司，这种做法时称“议状”。如果以后发现该判决属于重大误判，事前写有议状的官员，可免除被连带处罚。如果提刑司因此而发现并纠正了原来的错误判决，提交议状者可以得到相应的奖励。

宋代敕令格式不断增多，编敕日益频繁，法律规范和条文逐渐变得臃肿庞杂甚至相互矛盾，使得士大夫官员要想全面系统地掌握法律规定变得异常困难。随着社会的发展，宋代士大夫官员更加注重对法律精神的把握，而不愿意沉陷于琐细的法律规定中。此外，三年一迁的任职惯例使得官员也不可能对当地法律实践和判例有深刻和系统的把握。以上原因最终导致了胥吏阶层逐渐成为士大夫官员的重要辅助人员，他们依赖对法律条文和司法实践及惯例的掌握，常常把持司法审判，左右最终的判决。针对此，宋代发布了一些诏令严格规范和限制他们的权力。高宗时曾下令“诸州法司吏人，只许检出事状，不得辄言予夺”。

宋代的鞫谳分司理念和制度在中国古代司法制度史上具有重要的意义，它标志着宋朝司法文化和审判艺术达到中国古代司法制度发展史上的顶峰。鞫谳分司能够在很大程度上防范司法专断和权力滥用，保障司法正义，遏制司法腐败。元朝攻灭宋代以后随即废除了这一极具特色的司法制度，而继元朝之后的明清二代也没有承继宋代创立的鞫谳分司制度。

中外制度史

唐太宗钓鱼执法

□张晓政

腐败是伴随封建社会的一大顽病痼疾。腐败愈演愈烈，必然导致王朝崩溃倒台。因此，历代有识之君都将反腐工作放在重要位置，并想出不少别出心裁的惩防措施。唐太宗也不例外。

唐太宗即位之初，一方面，由于隋末唐初连年战乱的影响，官员贪污受贿问题仍然十分严重；另一方面，行贿受贿又具有很强隐蔽性，很难被发现。唐太宗想出了一个办法，密令左右向大臣行贿，以此判断受贿之人。不幸果真有一人中招，受绢一匹。唐太宗勃然大怒，下令将其处死。民部尚书裴矩获知事情来龙去脉后，向唐太宗进谏：“为吏受赂，罪诚当死。但陛下使人遗之而受，乃陷人于法也，恐非所谓‘道之以德，齐之以礼’。”

“道之以德，齐之以礼”出自《论语》。孔子曾强调：“道之以政，齐之以刑，民免而无耻；道之以德，齐之以礼，有耻且格。”意思是单纯用政令律法予以约束，百姓虽然遵法却会失去廉耻之心；只有用道德引导、用礼教感化，百姓才会真正归服。

唐太宗的做法，用现在的话说，就叫“钓鱼执法”，也就是执法者在当事人原本没有违法意图的情形下，以欺骗手段诱使其做出违法行为，然后对其进行惩处。

钓鱼执法的危害是极大的。首先，执法部门之所以挖空心思导演钓鱼执法，根本原因在于利益驱动。当执法部门由公共管理、服务部门蜕变为逐利部门，必然会严重损害公权力的形象与公信力。其次，钓鱼执法以对程序正义和实体正义的双重践踏，直接破坏了公众对法律的信守和法治的信仰。再次，钓鱼执法本质上是执法部门对权力的滥用，这意味着公众随时可能被陷于危险境地，必然导致人人自危，对公权力产生强烈的对立情绪。最后，钓鱼执法为欺骗手段披上了堂而皇之的外衣，造成公众与执法部门以及公众之间的相互猜疑，最终将导致社会道德滑坡，产生严重的社会信任危机。

正是看到钓鱼执法的巨大危害，尽管已经知道这个馊主意是唐太宗所出，裴矩仍然顶着压力向唐太宗进谏。所幸唐太宗立刻醒悟过来，召集五品以上文武官员，当众表扬裴矩：“裴矩能当官力争，不为面从，倘每事皆然，何忧不治！”同时宣布取消以此方法试探官员。

但其实说起来，唐太宗并非钓鱼执法的首创者。在他之前，隋文帝杨坚也用过这一招。当年隋文帝同样苦于大臣多赃污，于是私使人以钱帛遗之，如有受之者则“立斩”。唯一不同的只在于，当隋文帝出此下策时，并没有大臣像裴矩那样勇敢地站出来向他进谏。

为何同样使用钓鱼执法，却有不一样的结果？这就不能不说到隋文帝与唐太宗不同的治政理念。

贞观四年，唐太宗曾问房玄龄、萧瑀：“隋文帝何如主也？”房、萧二人回答：“隋文帝勤于为治，虽性非仁厚，亦励精之主也。”唐太宗却说：“你们虽知其一，不知其二。隋文帝不明而喜察，不明则照有不通，喜察则多疑于物，事皆自决，不任群臣。天下至广，一日万机，虽复劳神苦形，岂能一一中理！群臣既知主意，唯取决受成，虽有衍违，莫敢谏争。此所以二世而亡也。”接着又说自己：“朕则不然。择天下贤才置之百官，使思天下之事；关由宰相，审熟便安，然后奏闻。有功则赏，有罪则刑，谁敢不竭心力以修职业，何忧天下之不治乎！”

应当说，隋文帝亦为一代雄主，但猜忌多疑不能不说是他性格中的一大缺点，刚愎独断更是他作为君主的致命之处。由于自认明察秋毫，隋文帝对大臣一是不信任，事无巨细皆由自决；二是异常苛责，大臣稍有过失即加以重罪，特别是经常于殿廷上杖打大臣，时有大臣因廷杖而死。在这种情形下，即使看到隋文帝有所失误，群臣又哪敢开口进谏？可笑的是，隋文帝有时因妄杀大臣而后悔，又反过来责怪群臣“不谏”。伴君如伴虎，这句话用在隋文帝身上，可谓恰如其分。

相比之下，唐太宗在君臣和谐、同心合力上做得就强多了。唐太宗即位之初，听说景州录事参军张玄素有重名，即命召见，问以政道。张玄素同样以隋亡教训为鉴，说：“隋主好自专庶务，不任群臣。群臣恐惧，唯知禀受奉行而已，莫之敢违。以一人之智决天下之务，借使得失相半，乖谬已多，下谀上蔽，不亡何待！陛下诚能谨择群臣而分任以事，高拱穆清而考其成败以施刑赏，何忧不治？”唐太宗听进张玄素忠告，恪记“兼听则明，偏信则暗”，充分发挥群臣智慧与积极性，上下齐心，共同造就了“贞观之治”的盛况，也使自己成为一代明君。顺便说一下，还是这个张玄素，有一次进谏，竟然称唐太宗不如隋炀帝、等同桀纣。面对如此激烈言语，唐太宗仍然反躬自省“玄素所言诚有理”，下令予其赏赐。如此心胸，天下焉能不治！

由此我们就可以很好地回答上述问题了。同样使用钓鱼执法，隋文帝明为反腐，实则将之作为驭下的手段，自然不会去反省，也没有大臣敢于进谏。唐太宗初衷为反腐，待裴矩指出其中弊端后，则欣然接受，当即改正。进而，再以隋文帝为对比，不难发现，贞观年间名臣云集、君臣无间，根本原因就在于唐太宗举重若轻、放手诸臣的治政风格，以及从谏如流、不耻纠错的宽广胸怀。这一点，魏征看得最清醒。当唐太宗有一次表扬魏征勇于直谏时，魏征回答，假使唐太宗对直言谏语恶而不闻、拒而不受，又有谁敢开口冒犯龙颜？并以“善恶太明”的萧瑀为例：“瑀违众孤立，唯陛下知其忠劲，向不遇圣明，求免难矣！”

确实，裴矩关于君勿陷臣于法的劝告对唐太宗的影响是很大的。这件事过后不久，有人上书唐太宗“请去佞臣”。唐太宗召问道：“佞臣为谁？”此人回答：“陛下可与群臣言，假装生气以试之。有执理不屈者，直臣也；畏威顺旨者，佞臣也。”唐太宗不以为然地说：“君，源也；臣，流也。浊其源而求其流之清，不可得矣。君自为诈，何以责臣下之直乎！”

说到这里，就不能不提到向唐太宗进谏的裴矩。这个裴矩，原是隋室旧臣，为隋炀帝所器重，而他也处处以隋炀帝喜好为坐标，百般逢迎；孰料唐代隋后，特别是在唐太宗时期，却仿佛完全变了一个人，由佞转直。这个现象甚至引起了司马光的注意与无限感慨。司马光在裴矩谏太宗这件事上评论道：“古人有言‘君明臣直’，裴矩佞于隋而忠于唐，非其性之有变也。君恶闻其过，则忠化为佞；君乐闻直言，则佞化为忠。是知君者表也，臣者影也，表动则影随矣。”用现在的话说，就是有什么样的领导就会有什么样的下级，领导好谀恶谏，则下级必然争拍马屁、不说实话；领导从善如流，则下级就会敞开心扉、知无不言。因此，当我们倡导鼓励干部群众说真话时，领导干部首先要有听真话的勇气和胸怀，特别是对于批评意见，哪怕言词再激烈，也应当有闻过则喜、虚怀若谷的气量与风度。

有所思

土地流转与英国信托制度的早期形式

□徐华娟

信托制度肇始于中世纪英国的“尤斯（uses）制”（用益制），是当时人们转移地产的手段。“尤斯”即用益，意为“为他人的利益而占有财产”，当事人分别是占有财产者——受托人和请托财产者——托管人或受益人。二者关系是占有财产的不享受收益，享受收益的不占有财产。其实质是人们为规避封建土地制度以及与土地制度有关的法律而发展起来的土地转让制度，是英国农业发展史上最具法律意义的土地流转，现代信托的雏形。

在中世纪的英国，土地不仅是安身立命之本、经济收入的主要来源，而且伴有相应的政治和司法权力、军事义务、封建头衔和名号等。因此，为了维护自身利益并加强对土地的控制，以国王为首的统治者确立了土地分封方式和以长子继承制为主要特征的土地传承规则。虽然这样的规定在维护封建统治秩序方面起到了不可低估的作用，对土地领主个体而言却有许多不利影响。首先，封建土地保有制主要维护了封君的权利，而其封臣所承担的义务明显多于其享有的权利。他们不仅要遵照封建等级秩序（feudalism），即遵照封君与封臣之间达成的契约（封君要保护向他行过臣服礼的封臣，封臣在委身于封君时要宣誓效忠）去履行与所封受的土地相伴的军事义务，还要向封君缴纳各种杂税。其次，由于法律规定领主地产在其死后须由长子继承，则事实上剥夺了领主通过遗嘱处置地产的自由。随着经济的发展，地产领主自由遗赠、转让土地的愿望日益强烈，想方设法规避封建土地保有制和继承规则的束缚，渴望按照自己的意愿将地产托管于他人并受益。由此便在其地产上产生了土地保有与土地用益的信任与契约关系。

“尤斯制”的首次使用在诺曼征服后不久。到 12 世纪有许多按尤斯的原则安置土地的例子。如一个叫雷金纳德·波尔的人委托罗杰·莫布雷将一块地产的收益捐给惠特比修院子。这种使人们如愿自由地安置财产的“尤斯制”，到 13 世纪已经广泛使用。1224 年，某处陪审团的文件记载，有个叫罗伯特的人启程去圣地之前把他的土地委托给兄弟威都，由威都为了罗伯特儿子们的用益而照顾这块土地。1233 年，陪审团发现某人为了其年方 7 岁的幼弟彼德的用益，先后两次将土地的占有权转让给其他人。这些事例都包含了地产信托管理的核心理念，体现着委托人与受托人之间的托管需求和受托责任。通过对委托管理土地的事例可以归纳出委托管理地产主要有这样几个原因：第一，委托人远行前的地产托付、为妇孺弱小寻求监护、为亲属提供资助等；第二，出于赎买和拯救灵魂的需要，将土地委托给教会，生前受益，死后地产归教会；第三，规避封建法律法规，连同土地所承载的相应封建义务和责任一起转给他的上一级封君暂时保管，然后再转让给实际目标受益人。另外，土地领主转让土地还有其他形式，比如，土地领主只需把地产托付给受托人，让受托人再把地产授予自己或其妻子。毫不夸张地说，土地委托管理的转让方式是英国人在特殊的社会背景下为满足自己的实际需求，运用其聪明才智创造出来的产物。

但很显然，它的产生和发展却使国王失去在这些土地上本应享有的巨额封建附属权利。早在“长腿”爱德华一世时期就曾颁布一系列法令，试图控制因土地的转让而丧失巨额收入的趋势。1279 年《没收条例》规定：凡将土地让与教会者须得到君主或诸侯的许可，否则将没收土地。这正是上文提到的促使基督教徒规避国王封建法令而创造“尤斯制”的原因之一。尽管有国王法令的限制，但并没有阻止和放慢“尤斯制”发展的脚步。在土地委托管理的契约关系中，常常会发生各种各样的纠纷，委托人对因土地转让而产生的信用关系的细节很茫然。于是，人们就开始用立法和司法手段来解决，议会介入进来，曾在 14 世纪通过立法进行控制，对利益进行管理，对尤斯（用益）给予保护。15 世纪中后期大法官庭开始专门处理托管纠纷案。大法官庭为去世的委托人指定的受益人提供救助，但仍有一些问题没有解决。比如，遇到委托人去世，受托人私自变卖受托地产等情况该如何解决。对此，大法官庭 1465 年作如下规定：如果受托人变卖受托地产，则该受托人的义务由购买者继续承担，除非购买者是在不知情的情况下以该地产的真实价值购得此地产。

15 世纪时尤斯制度已经十分普遍，这就意味着国王和封建领主失去很多土地上的收益。对国王来说，他不仅要自己谋生，也要为管理国家花一些钱，那些附着在土地上的封建附属权利就是他巨大的经济来源，破坏这些封建附属权利就会使国家的税收严重减少，直接减少他的经济收入。可是，15 世纪较弱的王权几乎不可能对损害他利益的尤斯（用益）作出制度安排。1489 年，亨利七世试图着手解决这个问题，颁布了一部很温和的成文法，但只对托管双方未立遗嘱的情况下如何处理责任关系作了规定。1504 年的一部成文法也是处理对债权人的欺诈。而真正将尤斯制度确立下来并得到普通法保护则始于亨利八世 1536 年颁布的《用益法》(Statute of Use)及其后议会通过的《遗嘱法令》。

在《用益法》中，将“用益（use）”“信托（trust）”“确信（confidence）”并列。凡提到用益，都可将其与信托并用，也可单用 trust，以表示信任或信托。可见，到《用益法》颁布时，信托和用益这两个词表达的意思并没有严格的分界，只是由于历史传承，并且因为 use 一词更能表现将财产转让给别人使用的意思。《用益法》承认用益权合乎普通法，现在产生的用益与以前的用益将在各方面都被视为一样；宣告土地的受益人同时是法定土地所有人，对法定的土地所有人可以实施没收或课税。《用益法》通过对受托人采取诉讼的形式来保护受益人的权利。法案还保证国王的封建附属权利，特别是监护权。取消了遗赠的权利。《用益法》承认用益，为信托的独立发展提供了契机。但对遗赠权利的取消却带来了一系列骚乱。为解决这一问题，亨利八世在 1540 年颁布《遗嘱法》（The Statute of Wills），又于 1542 年对《遗嘱法》作了进一步解释。允许地产领主对其 2/3 的土地实施托管。虽然不是全部，但这样的妥协对于地产主来说已经足够了。至此，国王与其封臣在双方都作出妥协的基础上达成一致，关于围绕土地转让所涉及的封建财产权利的拉锯战总算告一段落。

《用益法》开创了近现代英国信托法律制度发展的契机，为信托法律制度的发展奠定了基础。值得一提的是，1540 年设立了监护法院，一方面保护了国王的封建附属权利，另一方面使土地拥有者重获期盼近一个世纪的遗赠的大部分权利。英国各个社会阶层的利益都在一定程度上得到了照顾，这对整个社会的稳定和进一步发展是非常有利的。1635 年萨班奇诉达斯顿案的解决最终确立了独立发展的信托制度。直到 1925 年，英国颁布《财产法》，废除了《用益法》，从此，所有的用益都可以采用信托的方式予以设立。将用益转化为信托是英国人对世界法律体系的最重要的贡献之一，不但活跃了经济，而且发展到今天它已经成为经济发展的杠杆，成为经济生活以及金融行业不可或缺的完美设计。