

# 宋代录问制度考论

陈佳佳

**摘要:** 宋代的法律在中国法律史上达到了一个新的高度,其制度设计堪称精妙。鞠谳分司制度实现了“审”与“判”的分离,是司法分权制衡加强中央集权和儒家慎刑恤狱思想的集中体现。案件经审案官推鞠结案,由不需要回避的其他官员提审犯罪嫌疑人进行录问,录问翻异则案件推倒重来,选未涉案的其他官吏再次推鞠,录问无翻异则检法议刑由谳司审定结案。这种案件经推鞠官审结,在没有检法议刑之前由其他司法官吏提审犯罪嫌疑人对案件进行核实复审的制度是宋代重要且独有的司法制度。录问制度不仅适用于刑事案件,也适用于民事案件。虽然录问制度在当时的历史环境下存在许多弊端,但从历史角度看,对于防范滥施刑讯和及时纠正冤假错案具有一定的积极意义,不失为民本思想的一种体现。

**关键词:** 录问; 宋代; 翻异; 司法制度

宋代的法律在中国法律史上发展到一个新的高度,有学者认为“在中华法制文明史上,两宋是继唐之后成就最辉煌的时代”<sup>[1]</sup>(P.316)。“就制度来讲,这一段时期,确实是举世无双,其中最值得称述的有两项:一是鞠谳分司,一是翻异别勘”<sup>①</sup>。南宋初年,宋廷刚刚南迁,政局混乱,社会管控与司法刑狱大不如前,有部分官员重拾旧制,对南迁之前的司法刑狱制度进行了评议和整理,其中最主要的就是“鞠谳分司”制度。宋高宗绍兴二十六年(1156)吏部郎中汪应辰在上《论刑部理寺谳决当分职札子》中对中央司法中的“鞠谳分司”进行了评价:“国家累圣相授,民之犯于有司者,常恐不得其情,故特致评于听断之初……鞠之与谳者,各司其局,初不相关,是非可否,有以相济,无偏听独任之失。此臣所谓特致详于听断之相也……官各有守,人各有见,参而伍之,反覆详尽。”<sup>[2]</sup>(P.2852)录问是“鞠谳分司”审判方法的重要环节,是司法审判能否“反覆详尽”的节点所在,在“翻异别勘”中起着承前启后的作用,是案件能否继续推进的关键,在宋代司法制度中具有重要意义和作用。

## 一、录问的适用范围

录问起于五代。后唐天成三年七月十七日敕文:

诸道州府,凡有推勘囚狱,案成后,逐处委观察、防御、团练、军事判官,引所勘囚人面前录问。如有异同,即移司别勘,若见其本情,其前推勘官吏,量罪科责。若无异同,即于案后别连一状,云所录问囚人,与案款同,转上本处观察、团练使、刺史。如有案牒未经录问,不得便令详断<sup>[3]</sup>(P.401)。

宋初,太宗淳化四年(993)十一月,知制诰柴务成上言:“应差官勘事及诸州推鞠罪人,案成,差官录

作者简介:陈佳佳,西南政法大学法制史学2013级博士研究生。

<sup>①</sup> 徐道邻《中国法制史论集》第114页,台湾志文出版社1976年版。20世纪70年代我国法学家徐道邻先生先后完成了《宋朝刑事审判的复核制》、《翻异别勘考》、《鞠谳分司考》、《宋律中的审判制度》等十余篇关于宋代法制的论文,对宋代司法中特有的鞠谳分司制度和翻异别勘制度加以详细的论述。

问。”<sup>[4]</sup> [P. 6589] 宋代继承了这一制度并在此基础上不断细化完善,使录问成为宋代司法制度中的重要内容之一,这项优秀的司法制度随着南宋的灭亡也随之消亡。

录问是宋代独有的“鞫讞分司”审判制度的重要环节,鞫,即审理案情;讞,即检法议刑。宋代在案件的审理中坚持“审”、“议”分离,将审判程序中的两个环节交由不同的官员负责,审理案情的官员无权过问检法,检法官也无权过问审讯,两者独立行使职权,相互牵制,是谓“狱司推鞫,法司检断,各有司存,所以防奸也。”<sup>①</sup>案件的审理可以细分为四个环节,即:推问勘鞫、差官录问、检法议刑、长官定判。真宗大中祥符五年(1012)诏“比来因公事勘断人,经年遇赦,多过阙诉枉。自今宜令制勘官,每狱具则请官录问,得手状伏辨,乃议条决罚。如事有枉滥,许诣录问官陈诉,即选官覆按。如勘官偏曲,即劾罪同奏;如录问官不为申举,许诣转运、提点刑狱司,即无得诣阙赴诉。”<sup>[5]</sup> [P. 1763] 遂确立了案件审结就由录问官进行录问的定制。

### (一) 录问在刑事案件的适用

从现有的研究成果来看,录问是可能被判徒以上刑的刑事案件的必经程序,“宋代继续沿用这个‘录问’的制度……就是凡是有徒以上的刑狱,在‘推勘’(包括刑讯的审问)完毕之后,必须经过‘录问’”<sup>[6]</sup> [P. 138]。“罪至死、徒者,法当录问”<sup>[4]</sup> [P. 6622]。对于可能判处徒刑以上刑罚的案件,录问是必经程序,不可以省略,就是皇帝下诏办理的案件也不能省去录问环节。仁宗嘉祐四年(1059)“有御营卒桑达数十人,酗酒斗呼,指斥乘舆,有司不之觉。皇城使以旨捕送开封府推鞫,案成,弃达市。纠察刑狱刘敞移府问所以不经审讯之由,府报曰‘近例,凡圣旨、中书门下、枢密院所鞫狱,皆不虑问。’敞曰‘此岂可行耶?’……上乃以敞章下开封府,著令。”<sup>[7]</sup> [P. 10385] 至于笞杖刑,“实际上都是些轻微的类似违警法一类的过失”<sup>[6]</sup> [P. 133] 这类轻微刑事案件,由法官判后当即执行。可见,只有严重的、可能判徒刑以上刑罚的刑事案件才会启用录问程序。

### (二) 录问在民事案件的适用

在中国古代的“纠问式”诉讼模式下,民刑不分。但是到了宋代有所变化,开始了民刑有别的诉讼程序。《续资治通鉴长编》记载,真宗景德三年(1006)八月,“诏开封府:今后内降及中书、枢密院送下公事,罪至徒以上者并须闻奏。先是,御史台言‘开封府前勘天清寺僧契,如及故左丞吕余庆孙男归政,止节略札子闻奏,致不绝词讼。乞自今分割田宅及僧人还俗事,亦令结案录问,方得闻奏。’上曰‘岂止僧归俗与私家分财邪?’”<sup>[5]</sup> [P. 1420] 真宗的意思是说,民事案件要录问后才可以闻奏,更何况乎刑事案件呢。从这段记载来看,在宋代,僧归俗与私分财产等民事案件的审理中也有录问程序。

录问制度具有防范滥施刑讯和纠错雪冤的功能,刑事案件中有冤假错案和滥施刑讯,民事案件中亦会出现,录问的司法监控功能不但需要作用于刑事案件,也需要作用于民事案件。民事案件的审判结果一般不会有刑罚的出现,但是在案件的审理过程中会有刑讯,“宋代官府在审理民事诉讼案件时,可以对于妨碍民事诉讼秩序者施以责戒、枷项、笞杖等方式的惩处。”<sup>[8]</sup> [P. 91] 《名公书判清明集(卷五)》“揩擦关书包占地”记载在判例中涂改伪造契约文书的案例:徐晔族弟徐应辰事不干己,到官府强辩,官府查明徐应“辄将祖上关书揩擦一行,填作二保土名四字,占人一亩之山,湊外段园山作一行,欲行包占”。官府“当厅令书铺辨验,揩擦改写,字迹晓然,又且外段园山四字,与簿上土名全不应,只欲以二保两字,占人一亩之山”<sup>[9]</sup> [P. 159]。被官府判勘杖一百。又如南宋嘉定年间,莫如江勾结莫如山,符同作套,妄状论扰王行之,意在昏赖欺骗。官府的判词指出“官司岂可视契照关约为文具,而听其妄状,论扰善民,以启昏赖欺骗之风也哉?”<sup>[9]</sup> [P. 159] 于是照条科坐,莫如江、莫如山各勘杖百。

宋代的财产纠纷中重叠交易的现象也不少见,所谓重叠交易即一物两卖,实际上是一种经济犯罪行为

<sup>①</sup> 参见《历代名臣奏议》(卷二一七)南宋司法官员周林奏《推司与法司议事》札子说“狱司推鞫,法司检断,各有司存,所以防奸也。”上海古籍出版社1989年版(影印本),南宋司法官员汪应辰与周林对当时的司法运行机制进行了总结。

为。《名公书判清明集(卷九)·重叠》中有一案例,淳佑元年(1241)王益之家园屋、地基既典卖于徐克俭又典卖给舒姓人家,典型的重叠交易引起的诉讼,官府判词指出“又法:诸以己田宅重叠典卖者,杖一百。牙保知情与同罪。”<sup>[9](P.304)</sup>可见不管是民事案件的审判还是经济案件的处理,刑讯都是存在的,遵循“事为之防,曲为之制”的宋人必会在制度层面上对可能破坏社会治理的现象加以防范,录问的防范滥施刑讯和纠错的功能也会被用在民事案件中,只不过在“重刑轻民”的时代,民事案件中的录问环节没有像徒刑以上刑事案件那样被严格要求,所以史料记载不多,但是不能说没有。从而可以推断,录问不是刑事案件所独有,作为一个固有的制度,其作用在于防范滥施刑讯和纠错,在有宋一代,其被严格运用到刑事案件中,“诏应勒鞫徒以上罪,乞不结案及审讯覆奏断遣,已申奏者,以违制论。”<sup>[5](P.11089)</sup>只是民事审判中没有做强制规定而已。

### (三) 录问在县级机关的适用

宋代继承了唐代的规定,太宗至道元年(995)诏“杖罪以下,县长吏决遣。”<sup>[4](P.6359)</sup>南宋孝宗淳熙三年(1176)二月七日,诏“自今县狱有尉司解到公事在禁,若令、丞、簿全阙去处,即仰本县依条申州,于合差官内选差无干碍官权摄。其徒罪以上囚,令、佐聚问无异,方得结解赴州。”<sup>[4](P.7121)</sup>徒以上刑的案件,县级有预审权,即县级审理刑事案件,只判笞杖刑的,县级官府直接判定;发现可能判徒以上刑的,县级官府只作为初审,并不作出判决,要将案件解送到州府,先交州府“司理院”初审,传集证人,核实犯罪事实,谓之推鞠。推鞠完毕,由长官委派不需要回避的官员对囚犯录问。

州府审理县级解送案件,一则是审理案件本身,二则是对县级司法的监督,如果县级审案定罪不当要受到惩罚。仁宗宝元二年(1039)屯田郎中、知阆州张保之言:

县司解送公事,若犯死罪只作徒以上或本犯徒却作死罪解送赴州,州司勘正,县司官吏乞申明合与不成故失入罪论。事下法寺,众官看详:诸县申解公事,州与县解罪名差互不同者,县司官吏依令文更不问罪;或解徒以上,到州推勘,却至杖罪及平人,即从违制失定罪;如挟私故意增减,即以故入人罪论。从之。<sup>[4](P.6915)</sup>

县级初审送到州府的案件,如果定性与州府不同,若不是故意把无罪的人定为有罪或轻罪定为重罪,则以“违制失定”罪<sup>①</sup>论处,如果是故意为之,就要以故意出入人罪论处。淳熙六年(1179)刑部言“昨干道重修法,增立县以杖、笞及无罪人作徒、流罪,或以徒、流罪作死罪送州者,杖一百。若以杖、笞及无罪人作死送州者,科徒一年。缘县狱比之州狱,刑禁事体不同,止合结解送州,故县不坐出入之罪。今欲依干道重修法科罪,如系故增减情状,合从出入法施行。从之。”<sup>[4](P.6253)</sup>可以看出在此条之前,无论故意与否,只要县级官吏把轻罪误判为重罪的都要受到惩罚,修改之后的规定与仁宗宝元二年的规定相似了。

从这些材料看,宋代对县级司法审判十分重视,“狱贵初情,初情利害实在县狱。”<sup>[4](P.6621)</sup>县级司法官吏经过初审解送到州府的案件不但关乎其政绩,判决有误者还会有牢狱之灾。所以县衙经过预判的徒以上刑事案件要经历一个自我纠错的程序,这就是“聚问”,“其徒罪以上囚,令、佐聚问无异,方得结解赴州。”<sup>[4](P.6621)</sup>“聚问”就是录问在县级司法的表现形式。

### (四) 录问在京畿的适用

京畿为皇城所在,地位特殊,录问的启动与实施有别于地方州府,其适用主要有以下三大块。

一是开封府为案件初审机关。开封府做为当时府中之冠是京畿地区的管理者,兼有中央机关和地方机关双重特点,其初审案件的录问官由御史台官担任,真宗咸平三年(1000),诏开封府死罪“选朝官录问”<sup>[4](P.976)</sup>,次年“诏御史台差朝官录问军巡院大辟罪人,不得与本院官相见”<sup>[4](P.7223)</sup>。真宗朝设置在京纠察刑狱司后,开封府案件由在京纠察刑狱司差官录问,“凡在京刑禁,徒以上即时以报;若理有未

① 根据唐律要杖一百。

尽或置淹恤,追覆其案,详正而驳奏之。凡大辟,皆录问。”<sup>[7] [P. 3831]</sup>

二是御史台为案件初审机关。御史台是中央监察机构,“群臣犯法,体大者多下御史台,小则开封府、大理寺鞠治焉”<sup>[7] [P. 4985]</sup>。御史台审理的案件差其他部门官员录问,“御史台狱流、死罪,令给、谏以上录问”<sup>[4] [P. 7223]</sup>。真宗朝由在京纠察刑狱司差官录问,神宗朝废在京纠察刑狱司,改由刑部差官录问。高宗绍兴元年(1131)诏“见领旧纠察司职事内合审录问者,归刑部右曹。”<sup>[4] [P. 6243]</sup>

三是大理寺为案件初审机关。大理寺负责审理的京师刑事案件,真宗朝由御史台和在京纠察刑狱司共同差官录问,“报御史台差官同纠察司就寺审复”<sup>[5] [P. 7621]</sup>。元丰改制,罢在京纠察刑狱司,录问官遂由御史台差派。哲宗元符元年(1098)九月,依御史中丞安惇请求,大理寺若有重密案件上殿奏裁者,不得辄请求不结案审录及不复奏,必须依条差官录问,“若系机密,即令所差官或差亲近臣僚并就勘所审录”<sup>[5] [P. 11961]</sup>。绍兴元年(1131)规定“大理寺狱,由刑部右曹和御史台差官共同录问。”<sup>[4] [P. 5987]</sup>

## 二、录问的适用程序

宋代州府一级的司法配置较为完善,现以州府为例分析宋代录问的适用程序。《夷坚志》中有这么一则“叶通判录囚”的故事:

淳熙初,衡州有公吏三人,坐枉法罪至死。宪司檄衡山丞贵溪叶璟录问,皆承伏,遂受诛。叶回县,便得心疾,遂以寻医解官归乡。自是朝夕咕囔,若与人辨对状。遇饮食杯酒,必令家人办具四分。迨宿卧,亦设四榻。否则被箠击索命债。药或稍醒,则责之曰:“汝辈既称冤枉,当我录问时何不翻异?况自有勘官,何预我事?”虽不能答,然终不舍去。如是二年,一家不胜愁苦。一日顿苏,呼妻子告之曰:“三囚已寻著原勘官,知道无预我事,要辞去。只覓盘缠三十贯,可使烧之。”妻子即如戒,仍备酒肉发遣。叶豁然无恙。后参选,改京秩,知清江县,继通判郢州。绍熙二年初故<sup>[10] [P. 1287]</sup>。

淳熙年间,衡州有三名官吏犯枉法罪,可判处死刑,路一级的宪司命衡山县丞叶璟对这三名囚犯进行录问,录问时三名囚犯没有喊冤翻异,后被判处死刑受诛。

### (一) 录问程序的启动

州府的录问一般由宪司决定,宋人称转运为漕司,安抚为帅司,提点刑狱为宪司。“叶通判录囚”的故事是以南宋的淳熙年间为背景,“宪司檄衡山丞贵溪叶璟录问”,即提刑司征召衡山县丞进行录问。提刑司创立于北宋淳化二年(991)五月,当时是作为转运司的下属出现,名称为纠察州军刑狱公事。淳化三年(992)四月改为提点刑狱。淳化四年(993)十月诸路的提点刑狱司被废除。真宗景德四年(1007)七月又恢复了太宗朝被废除的诸路提点刑狱司,真宗朝提点刑狱司作为路级常设的司法监察和司法审判机构,掌管着各种民事、刑事案件的审判与复核,并监督州县案件的审理。仁宗天圣六年(1028)正月提刑司再次被废除。仁宗明道二年(1033)十二月再一次恢复了诸路的提点刑狱司。这以后提点刑狱司作为一路的最高司法机关的地位不断加强,哲宗元符元年(1098)六月尚书省言“大理寺修立到‘大辟或品官犯罪已结案,未录问,而罪人翻异,或其家属称冤者,听移司别推。若已录问而翻异称冤者,仍马递申提刑司审察。若事不可委本州者,差官别推。’诏从之。”<sup>[5] [P. 11873]</sup>哲宗元符元年诏以后宋代地方司法权开始集中于提刑司。

### (二) 录问官的选派

“叶通判录囚”中,案件的主审地在衡州,录问官是异地衡山县的县丞叶璟。在宋代,为了案件的公正审理,案件的录问多选择异地官员进行。大中祥符九年(1016),“秘书丞韩庶言‘诸州鞠狱,多以勘官所部僚属录问,虑有冤滥,不能明辩。望於邻州选官。’从之。”<sup>[5] [P. 2006]</sup>所选官员的级别为州幕职官或县长官,“三十日,峡路转运使崔迈言‘川峡之民好讼……仍乞县令之中容选清强差使。’诏逐路转运司今后应勘事,只差勘官一人。如公案了当,依旧例请录问官、检法官一员。”<sup>[4] [P. 6322]</sup>县丞是县长吏的副手,地位高于主簿和县尉,有协助县长吏审理案件的职责,高宗时刘行简上《乞令县丞兼治狱事疏》认为

县级官署的刑狱之事宜交给县丞专门办理,以缓解县长吏的事务压力。宋代县丞经常奉监司、郡守之命被檄外出办事,办理的事项包括平决狱讼等。

### (三) 录问的实施

案件审结后由一位未参加庭审、依法不必回避的官员核查案状,再次提审被告人,读示罪状,核对供词,询问被告人所供是否属实,“令实则书实,虚则陈冤”,必要时还可以提审证人。录问时,要求录问官亲自录问,录问完,让囚犯自己把案件事实写下来,如果囚犯不会写字,就由主典官根据囚犯的口述代写,写完再向录问官宣读,囚犯认为无冤无滥,即签写“属实”,转入检法议刑程序;如果有冤情,则可以翻供。对于重大死刑案件,还要“聚录”,即由多名长官一起录问,以防作弊。真宗咸平五年(1002)“遂州观察支使陆文伟言,诸州大辟案上,委本判官录问,或有初官未详法理,虑其枉滥,非朝廷重惜民命之意也。乃诏自今并须长吏、通判、幕职官同录问详断。”<sup>[5] [P. 1156]</sup>聚录时,“委长贰点无干碍吏人,先附囚口责状一通,覆视狱案,果无差殊,然后亦点无干碍吏人,依句宣读,务要详明,令囚通晓,流庶几伏辜者无憾,冤枉者获伸。”<sup>[11] [P. 1449]</sup>有些死刑案件因牵涉人员太多,聚录一次之后,还要从邻州选官,再录问一次。真宗大中祥符三年(1010)“诸州大辟罪及5人以上,狱具,请邻州通判、幕职官一人再当问讫之,决之。”<sup>[5] [P. 1657]</sup>

### (四) 录问对“翻异别勘”的影响

#### 1. 录问未翻异

案件由推勘官审结,上级派与案件无关,不需要回避的“无干碍官”进行录问。录问时,当事人没有翻异,如“叶通判录囚”中“叶璟录问,皆承伏,遂受诛”,案件进入检法议刑阶段。司法参军根据审结的事实,检出适用的法条,推官或者签书判官厅公事等幕职官根据案件事实和检出的法条做出拟判,然后由州级官员集体审核,签署画押,最后由州长吏定判。定判后,长吏须向犯人宣读判决书,问犯人是否服判,犯人若服判,案子就算结绝。

#### 2. 录问翻异

如果录问时或行刑前,当事人喊冤推翻原先供词,就要将案件移到本机关其他部门或其他司法机关重新审理,称之为“翻异别勘”。“翻异别勘”又分为“移司别勘”即“别推”和“差官别推”即“移推”,“移司别勘”是指囚犯翻异喊冤,把案件移到同一机关的其他部门来审,“差官别推”是指囚犯翻异喊冤,由上级机关将案件移到其他机关审理或委派其他机关官员来审理。

“翻异别勘”起源于唐代,唐穆宗长庆元年(821)敕“应犯诸罪,临决称冤,已经三度断结,不在重推限……闻以奏。”<sup>[3] [P. 401]</sup>后唐延续了这一制度,后唐天成三年(928)七月十七日敕“诸道府,凡有推鞠囚狱……录问。如有异同,即移司别勘”<sup>[3] [P. 401]</sup>。宋代从建国之初就在实施这个制度,宋太祖建隆二年(962)九月“或因罪人翻异别勘雪活,即覆推官理为雪活。”<sup>[4] [P. 6413]</sup>宋代从中央到地方州府一般都有多个平行的司法机构,如州设有录事参军主管的州院和司理参军主管的司理院(大州又分左、右司理院),开封府设左、右军巡院和司录参军主管的府院,刑部分左、右治事,大理寺分左、右推,这种机构设置为“翻异别勘”提供了可能性。如大理寺狱“有翻异即左移右推,右移左推”<sup>[4] [P. 7142]</sup>,开封府“囚自翻变者,并皆移司推勘,左军则移右军,右军则移左军,府司亦然”<sup>[5] [P. 4581]</sup>。

太宗雍熙元年(984)开封府刘寡妇告继子王元吉毒害她。本案最初由右军巡院判官宋廷熙推鞠,王元吉不肯招供,移至左军巡院(移司别勘),判官韩昭裔因受刘氏贿赂,刑讯逼供,王元吉屈打成招。府中录问翻异,移至司录司(移司别勘)再审。司录司推鞠发现有冤情,但难以下判,又因本案累月未决,遂奏请圣裁,太宗亲自过问,送御史台再审(差官别推),终真相大白。“差官别推”通常有两种形式:一为令差官到原审机构重审,一为将案件移送至其他机构重审,后者更为常用。案犯在录问翻异后,首先要“移司别勘”,移司推定后再录问,若继续喊冤不认罪,就由上级司法机关“差官别推”,原审机关就无权过问这个案子了。无论是“移司别勘”还是“差官别推”,再审时,原先参与案件审理的官员都要回

避,同时,与当事人之间存在亲属关系,或故旧关系,或师生关系,或上下级关系,或发生过个人恩怨的,也都必须回避。

### 3. 录问决定“翻异别勘”的种类

“翻异别勘”有“移司别勘”和“差官别推”之分,录问的实施决定“别勘”的种类。哲宗元符元年(1098)六月尚书省言“大理寺修立到‘大辟或品官犯罪已结案,未录问,而罪人翻异,或其家属称冤者,听移司别推。若已录问而翻异称冤者,仍马递申提刑司审察。若事不可委本州者,差官别推。’诏从之。”<sup>[5] [P. 11873]</sup> 这一年朝廷正式规定,翻异称冤如果在录问以前,由各州府移送本司法机关的其他部门重审(移司别勘),如果在录问以后翻异,则由各州府申报提刑司,再由提刑司斟酌派员覆审(差官别推)。

录问时翻异是归为“已结案,未录问”还是归为“已录问”。徐道邻先生《翻异别勘考》说“犯人的翻异,即否认已招的口供,看是在‘录问’之前,或者是在‘录问’之后。所谓‘录问’者,就是在审问结束,犯人画供之后,须要在另外一位法官面前,承认他的供词,如果是在录问时翻供,案子就由本州或本府的另外一个法院去重新审问,在严格的术语里,这叫做‘别推’,或‘移司别推’。如果犯人翻异,在录问之后,多半是在临刑的时候,这叫做‘称冤’,犯人的家属也有‘称冤’的权利,那就得由州府的上级机关,所谓‘监司’,即转运使,安抚使,提举司等,指派其他州府的官员,前来重审,或提到其他州府的法院去重审。在术语里,这个叫做‘移推’,或者‘差官别勘’。”<sup>[6] [P. 157]</sup> 可知,徐道邻先生的“录问之后”翻异是不包括“录问时翻异”的。那么录问时翻异可归入哲宗元符元年诏中的“已结案,未录问”。

一个案件可能要经过数次录问<sup>①</sup>,假如案件录问时翻异,重新审理后还要经过一次录问,这次录问没有翻异,则进入检法议刑,如果依然翻异,仍要推倒重新审理,审完后还要录问,直至没有翻异才能进入下个环节。可知:案件在推鞠阶段和第一次录问时翻异,应“移司别勘”;案件在第一次录问完成后到行刑前的任何时间(包括检法议刑、拟判、翻异重审后的再次录问时)翻异,应“差官别推”。

高宗绍兴三十二年(1162)枢密院检详刑房文字许枢言“若犯徒流罪,已录问后,引断翻异,申提刑司审详。如情犯分明,则行下断遣。或大情疑虑,推勘未尽,即令别勘。然近者翻异,多系滑吏犯赃、奸民犯盗之类,未至引断,只于录问,便行翻异,使无辜之人,滥被追证,乞自今如有似此等类,即从前项引断翻异,申提刑司审详指挥施行。从之。”<sup>[4] [P. 6347]</sup> “滑吏”与“奸民”“未至引断,只于录问,便行翻异”,按当时法律的一般规定,“滑吏”与“奸民”是在“录问前”<sup>②</sup>翻异,本应“移司别勘”,但是为防止“滑吏”与“奸民”利用先“移司别勘”再“差官别推”的程序拖延时间,等待大赦,“且人之犯罪至重者死,数有翻变,或遇赦免,则奸计得成。纵不遇恩,止是一死。”<sup>[4] [P. 6590]</sup> 所以做了特殊规定,即如果有这样的情况发生,直接上报提刑司,由提刑司决定“差官别推”。

### 三、录问在司法实践中的作用

#### (一) 防范滥施刑讯

宋代司法审判中的录问是防范滥施刑讯重要措施。“对于滥施刑讯的防范,宋朝有一项加强的措施,就是把犯人的口供,由另外一人予以证实,即所谓‘录问’是也。”<sup>[5] [P. 138]</sup> 滥施刑讯是造成冤狱的主要原因,也是司法腐败的重要表现。宋代的司法审判关于刑讯做出了许多具有历史进步意义的规定。如刑讯不是审案的必经程序,法官听讼时先用“五听之法”<sup>③</sup>,如果“事状疑似,犹不首实者,然后拷掠”<sup>[12] [P. 592]</sup>。宋律在此基础上又进一步规定“如是勘到宿食行止与元通词款异同,或即支证分明及赃

<sup>①</sup> 翻异别勘的次数决定了录问的次数,宋代翻异别勘的次数有限制。北宋初年《宋刑统》采用唐穆宗长庆元年敕令的规定,实行三推制。三推之限也有两个特殊规定:一是犯罪嫌疑人告本推官收受贿赂,推勘不平,枉断其罪,可重推;二是犯罪嫌疑人的确凿证据证明是被冤枉的,亦可以重推。《宋会要辑稿》刑法三之八六载“孝宗乾道七年(1171)诏‘诸路见勘公事,内有五次以上翻异人,仰提刑司躬亲前去审理,具案闻奏。如仍前翻异,即根勘实情节,取旨施行。内有合移送大理寺者,即差人管押赴阙。’至此确立了‘翻异别勘’以五次为限的制度,五推之后,即由提点刑狱司亲审,乃至皇帝敕断。”

<sup>②</sup> 如前问所述,“录问后”不包括“录问时”,那么“录问后”之前的所有阶段称为“录问前”,这个“录问前”就应该包含“录问时”。

<sup>③</sup> 《周礼·秋官·小司寇》记载“以五声听狱讼,求民情,一曰辞听;二曰色听;三曰气听;四曰耳听;五曰目听。”

验见在,公然抗拒,不招情款者,方得依法拷掠,仍须先申取本处长吏指挥。”<sup>[3](P.400)</sup>囚犯不招供,有刑讯必要时,也要按程序申请长官同意才可动刑。唐律规定行刑时须“长官同判”,宋太宗雍熙三年(986)又令“诸州讯囚,不须众官共视,申长吏得判乃讯囚”<sup>[7](P.4961)</sup>,废除了“长官同判”的条件限制,只需长吏批准即可施行刑讯。对刑讯的过程也做了严格规定,“诸拷囚不得过三度(拷囚每讯相去二十日),数总不得过二百,杖罪以下不得过所犯之数”、“其拷囚及行罚者,皆不得中易人”<sup>[3](P.397)</sup>,如刑讯致人死亡“自今诸道敢有擅掠囚致死者,悉以私罪论”<sup>[11](P.1506)</sup>,“今后如或有故者,以故杀论。无故者或景迹显然,支证不谬,坚持奸恶,不招本情,以此致死,请减故杀罪三等。其或妄被攀引,终是平人,以此致死者,请减故杀罪一等”<sup>[3](P.400)</sup>。

宋律对刑讯规定的如此详细,无非是为了“今后按鞠罪人,不得妄加逼迫,致有冤诬。”<sup>[4](P.6389)</sup>但在实际执行中,仍是滥施刑讯,冤狱不断,如真宗景德四年“黄梅县尉潘义方在刑讯朱凝时,遣狱卒以牛革巾湿而蒙其首,躁则愈急,凝不胜楚痛,即自诬受赃。”<sup>[5](P.1257)</sup>又如仁宗六年(1046)“强至,初为婺州浦江令,时有民与其母税邸舍于道,客有过者,暴病未及闻县而死。县尉希功,往执其母榜之,其子惶恐,即自诬杀客。”<sup>[13](P.1567)</sup>宋代史料中这样的刑讯致冤的案不胜枚举,再如著名的王元吉案的“鼠弹箠”刑,太宗感叹“京邑之内,乃复冤酷如此,况四方乎?”<sup>[7](P.4986)</sup>

为防范刑讯逼供致人自污,宋代的录问制度起到关键作用,推官推鞠案件结束,就由其他不需要回避的职官再次提审囚犯,对证口供,如有刑讯致冤屈,录问时则翻异喊冤,案件就要推倒重来,另派其他不相干官员审理,即“移司别勘”,如再翻异,则“差官别推”。可见,录问在司法程序上是防范滥施刑讯的有效措施。

## (二) 及时纠错雪冤

录问的另一个重要作用是纠正推鞠的错误,严格的说是案件审理未发生法律效力阶段的纠错机制,即案件未完全走完推鞠、议刑、拟判、长官定判的整个审判程序时引发的重审。案件在最终定判之前可能经历数次录问,每次录问都是对案件的一次纠错,所以才有“移司别勘”后的“差官别推”。京畿地区的一些案件经原审机关审理后还要送更高级别的中央机关进行录问从而保证案件的质量。仁宗大中祥符五年(1012)四月九日诏:“凡经纠察司申奏下御史台禁勘的大辟罪人,须‘委御史台于郎中以上牒请录问’”<sup>[7](P.2713)</sup>后,还要于“中书舍人以上,丞郎以上再录问。”<sup>[7](P.2715)</sup>有些案件甚至经历更多翻异和录问才最终定判,“近见蓬州贾克明为杀人前后禁系一年半,七次勘鞠,皆伏本罪,录问翻变。”<sup>[7](P.6513)</sup>录问翻异后的再审实现了对前面推鞠的纠错。

在录问时,若发现案情存在疑点,被告人可能含冤,录问官有责任驳正,否则要负连带责任,“置司鞠狱不当,案有当驳之情,而录问官司不能驳正,致罪有出入者,减推司罪一等。即审问或本州录问官者,减推司罪三等。”即出现错案之后,录问官按比推勘官罪减一等的原则问责。如果录问官能够及时驳正错案,则可获得奖励,“驳正死罪一人,命官减磨勘二年,吏人转一资;二人者,命官转一官,吏人转二资;三人者,命官奏裁,吏人转三资。如驳正徒、流罪者,各累及七人比大辟一名计数推赏。”古人相信人命关天,因而驳正死刑判决,获得的奖赏最厚。同时,对于那些必须依法“差官别推”而不“差官别推”的审判官员,则要依情节而治罪,“诸勘鞠公事,妄作缘故陈乞移推,及州县未结绝,非冤抑不公,而监司辄移者,各杖八十。诸罪人翻异或家属称冤,应申提点刑狱司差官别推而辄移属县者,徒二年。若无出入,减三等。”<sup>①</sup>

## 四、历史意义及局限

### (一) 皇权维护的需要

宋代司法审判中的录问制度对于抑制滥施刑讯,减少冤假错案,及时纠正错误提高案件审理质量具

<sup>①</sup> 参见(宋)谢深甫等《庆元条法事类》卷七三,“推驳”、“移囚”。宋代对录问官的奖赏大于推勘官,惩戒却不及推勘官,客观上造成了刑狱淹延。

有积极的意义。但究其根本,这种司法分权、权力制衡的制度设计主要目的在于维护封建皇权的专制统治,保证皇帝的最高权威。从现代的分权制衡之法治思想来看,早在一千多年前的宋代能有这样的高明设计,确实是我等后人的骄傲资本,“录问”、“鞫讞分司”、“翻异别勘”等等精妙的制度设计对于当代的法治建设依然有着借鉴意义。也许在当时,这种司法分权制衡在实际社会效果上部分实现了民本思想的初衷,但是这种制度的设计倒不是为了民本思想的实现,更多是为政治源头的治吏,由于宋代皇权的拥有者天生的“慎内”,使得其治吏与监管更胜于中国历史上其他封建王朝。

赵宋王朝这种天生的恐惧与不信任根源于当时的大环境,兵强者为王的五季乱世,礼崩乐坏,宋太祖赵匡胤在后周“主少国疑”之际,“黄袍加身”,宋太宗赵炅在“烛影斧声”中即位,在一个缺乏信任的时代又用非正当性的手段取得政权注定了人性恶的一面要被放大,把事情想到最坏,不给乱臣贼子任何机会篡权谋位,即使当时外患不断,也要“安内”重于“攘外”。外敌压境可以纳绢纳贡、称臣称侄,尚且可以苟活,内贼作乱,则死无葬身之地,所以治内更甚于御外,遂“事为之防,曲为之制”成为赵宋王朝的祖宗家法。军事上,“杯酒释兵权”,尽收兵权于皇帝,枢密院掌令不带兵,三衙带兵不掌令,将帅奔波于换防,以至“兵不识将,将不识兵”。教育上,大兴科举,破除门阀之弊,使朝廷代有新人出。用人上,重文轻武,严禁结党,就是派兵打仗等武人之事,也是文官作监军,负责“积核”在外将士的“功罪赏罚”,能与“统帅分庭抗礼”。政治上,两府三司削弱相权,使大权握于皇帝。司法上“录问”、“鞫讞分司”、“翻异别勘”案件审理层层把关,各机关相互制衡。总之,诸多表象皆出自“事为之防,曲为之制”的祖宗之法。说到根上都是政治的需要,分权制衡之原则体现在有宋一代的方方面面。

## (二) 儒家慎刑恤狱的体现

慎刑恤狱是儒家思想在我国古代司法领域的反映,体现了仁义文化中的“忠”和“恕”的精神内核,对培养社会成员宽恕仁慈的品格,恢复受害者与侵害方之间的紧张关系,促进社会和谐具有巨大意义。唐代在汉朝“德主刑辅”的基础上,确定“德本刑用”的指导精神,完成了礼与法的有机融合,标志中华法系走向成熟。宋承唐制,继续以“礼法合流”为指导思想,德主刑辅、慎刑恤狱等传统法律思想在宋代仍居于主导地位。以“录问”、“翻异别勘”为内容的宋代司法制度是儒家慎刑恤狱的重要表现。太宗说:“朕以庶政之中狱讼为切。钦恤之意,何尝暂忘。”<sup>[7] [P. 6511]</sup>宋初,太祖、太宗经常亲自虑囚<sup>①</sup>,“宋兴,承五季之乱,太祖、太宗颇用重典,以绳奸匿,岁时躬自折狱虑囚,务底明慎,而以忠厚为本。海内悉平,文教寝盛,士初试官,皆习律令。其君一以宽仁为治,故立法之制严,而用法之情恕。狱有小疑,覆奏辄得减宥。”<sup>[7] [P. 4961]</sup>

皇帝不仅亲自虑囚疏决疑事冤狱,还要求地方长吏及时虑囚。太平兴国六年(981),太宗下诏曰:“诸州大狱,长吏不亲决,胥吏旁缘为奸,逮捕证佐,滋蔓逾年而狱未具。自今长吏每五日一虑囚,情得者即决之。”<sup>[7] [P. 4969]</sup>据记载宋仁宗曾先后审核罪状(录囚)40多次。同时,统治者十分留意改善囚犯的条件,“天宝二年五月,帝以暑气方盛,深念縲系之苦,乃下手诏‘两京诸州,令长吏督狱椽,五日一检视,洒帚狱户,洗涤桎械。贫不能自存者给饮食,病者给医药,轻系即时决遣,毋淹滞。’”<sup>[11] [P. 1413]</sup>可见录问制度能够在宋代不断发展和完善是儒家恤狱思想的必然要求,

## (三) 士大夫阶层济世情怀的表达

以录问为代表的一系列司法制度的发展和完善离不开“工吏事,晓法律”的宋代士大夫阶层的有力推动,同时也是其治世之道。宋朝是中国历史上文化名人最集中的朝代,短短几百年间涌现了太多后人耳熟能详的名字:苏轼、司马光、王安石、范仲淹、包拯、寇准、陆游、辛弃疾、朱熹等,这些人是宋代的脊

<sup>①</sup> 马作武在《法学评论》1995年第4期发表的论文《“录囚”、“虑囚”考异》中称:宋代虑囚之制因袭于唐,有时也叫录囚。宋代虑囚可分两类,一由君主采取的对囚犯实施普遍原有或赦免的措施;一由地方长官履行的改良狱政、清理狱案的职责。



梁,同时也是诸多社会制度的践行者。范仲淹主张慎选司法官吏,请求朝廷下诏规定“天下按察官专切体量州、县长吏及刑狱法官,有用法枉曲、侵害良善者,具事状奏闻,俟到朝廷,详其情理,别行降黜。”<sup>[5] [P. 3670]</sup> 包拯对监司提出要求“在乎察官吏之能否,辨狱讼之冤滥……事权至重,责任尤剧,苟非其人,则一路受蔽。”<sup>①</sup>王安石提出加强对审判机构的监督“有司用刑不当,则审刑、大理当论正;审刑、大理用刑不当,即差官定义;议既不当,即中书自宜论奏,取决人主。此所谓国体。岂有中书不可论正刑名之理。”<sup>[7] [P. 5007]</sup> 他们秉着“先天下之忧而忧,后天下之乐而乐”的政治理想和社会抱负,践行“录问”、“鞠谏分司”、“翻异别勘”等精妙的司法设计,并在实践中不断完善,可以说宋代的司法制度也是当时的士大夫们实现治国平天下抱负的有效途径。

#### (四) 录问制度的局限

宋代通过录问程序及时纠察冤狱,还真相于大白的案例比比皆是,太宗朝的王元吉案、仁宗朝的前权石州军事判官冯元吉案都有赖录问得以昭雪。案件虽最后得到公正判决,但经历了漫长的程序,如蓬州贾克明为杀人案“前后禁系一年半,七次勘鞠,皆伏本罪,录问翻变。赖陛下英明,经赦不放,差转运副使蒋坚白、提点使臣董循再同推勘,方得处断。”<sup>[4] [P. 6587]</sup> 再加上有宋一代一直遵循着“事为之防,曲为之制”祖宗之法,机构设置重叠,处处牵制掣肘,尤其到了后期,冗官冗员现象严重,司法刑狱更甚,案件往往久拖不决,刑狱淹延,致“证佐之人,追呼拘系,率被其毒”<sup>[4] [P. 6588]</sup>。以现代司法的公正和效率价值关系来看,这种“迟来的正义不是正义”。

宋代的各项司法设计十分精妙,但是在人治之下的法制,法律终究还是帝王统治人民的工具而非人民权利的保障,当触犯到至高无上的皇权时,法律规定也就成了摆设,如仁宗嘉祐四年(1059)御营卒桑达数十人酒后闹事,当众指责朝廷,由于案件涉及皇权,开封府推鞠案成,没有经过录问程序就执行了死刑。再者,录问制度本身也有一定不足,录问官为逃避不为驳正之责,犯人一有不服,即草率驳正前推,移司重审,“后勘官见累勘不承,虑其翻诉不已,狱情一变,或坐失入之罪,故为脱免”<sup>[4] [P. 6521]</sup>,从而导致翻异别勘次数增加,刑禁淹延。在录问制度的具体实施层面,录问的实施偏重形式,缺乏对其实质性的监管,孝宗乾道四年,臣僚言“民命莫重于大辟,方锻炼时,何可尽察,独在聚录之际,官吏聚于一堂,引囚而读,示之死生之分,决于顷刻,而狱吏惮于平反,摘纸疾读,离绝其文,嘈其语,故为不可晓之音,造次而毕,呼囚书字,茫然引去,指日听刑,人命所干轻忽若此。”<sup>[11] [P. 1455]</sup>

但是从历史的角度看,两宋在中国法制史上是继唐之后成就最辉煌的朝代,司法制度在前朝的基础之上不断改善,日臻完善。录囚制度对公正司法程序、稳定社会秩序、保障基本人权都起到了举足轻重的作用,这种制度设计中体现出的民本思想和分权理论值得我们深入思考,酌古御今。

#### 参考文献:

- |                                     |   |
|-------------------------------------|---|
| [1] 张晋藩《中华法制文明的演进》,中国政法大学出版社1999年版。 | [6] 徐道邻《中国法制史论集》,台湾志文出版社1976年版。                                 |
| [2] 黄淮、杨士奇等《历代名臣奏议》,上海古籍出版社1989年版。  | [7] 脱脱《宋史》,中华书局2014年版。  |
| [3] 窦仪等《宋刑统校证》岳纯之校证,北京大学出版社2015年版。  | [8] 屈超立“理性与智慧:中国法律传统再探讨”载《中国法律史学会2007年学术研讨会文集》,中国政法大学出版社2007年版。 |
| [4] 徐松《宋会要辑稿》,中华书局1957年版。           | [9] 佚名《名公书判清明集》,中华书局1987年版。                                     |
| [5] 李焘《续资治通鉴长编》,中华书局2004年版。         | [10] 洪迈、夷坚志《夷坚三志己卷第四(十三事)》,中华                                   |

<sup>①</sup> 参见《包拯集·天章阁对策》。包拯很重视司法人员的挑选,视之为关系到国家安危存亡的大事,只有那些有才能、公直、廉明的人才能充任。

书局 2006 年版。

[11] 马端临《文献通考》,中华书局 1986 年版。

[12] 长孙无忌、李绩等《唐律疏议》,上海古籍出版社

2013 年版。

[13] 和凝《疑狱集·折狱龟鉴校释》,郑克、杨奉琨校释,复旦大学出版社 1988 年版。

## The Detailed Discussion on the System of Luwen of the Song Dynasty

*Chen Jiajia*

**Abstract:** The law of the Song Dynasty, with its exquisitely crafted judicial system, reaches the acme of the history of ancient Chinese law. The JuYanFenSi system achieves the separation of “trial” and “judgment”. It is the epitome of strengthening centralization through the separation of judicial powers and the ideas of cautious administration of punishment and sympathy with prisoners by Confucianism. The case was adjudicated by examining judges. The officials who are not involved in judicial challenge will perform the process of Luwen. The case was overturned if suspects withdrew a confession through Luwen and the other officials not involved in the case made further trial. If there is no overturning of case after Luwen, the judges determine punishment and close the case. This system of other judicial officers bringing suspects to trial for re-examination before the establishment of punishment was determined by law enforcement department is a key and unique judicial system of the Song Dynasty. Apart from criminal cases, this system also applies to civil cases. Although the Luwen system has many drawbacks in the historical environment of that time, it has some positive significance for the prevention of torture and timely correction of miscarriage of justice. Thus, it is an embodiment of people-oriented thinking.

**KeyWords:** Luwen; Song Dynasty; Overturn Original Confession; Judicial System

(责任编辑 晨 晖)