

「動態制度史」研究如何可能？—— 評介《明代中央司法審判制度》

邱澎生*

那思陸，《明代中央司法審判制度》，台南：正典出版文化公司，2002年6月，469頁。精裝本，新台幣420元。

那思陸教授長期鑽研傳統中國司法審判制度，在這部《明代中央司法審判制度》出版之前，那教授已出版了三部傳統中國審判制度史專書，¹另外，還發表過多篇有關審判制度史論文。²這部《明代中央司法

* 中央研究院歷史語言研究所助研究員

1 那思陸，《清代州縣衙門審判制度》（台北：文史哲出版社，1982）。那思陸，《清代中央司法審判制度》（台北：文史哲出版社，1992）。那思陸、歐陽正，《中國司法制度史》（台北：空中大學，2001。註：該書共計十一章，那先生負責撰寫該書的第一章至第十章）。

2 那思陸先生撰著這類議題的單篇論文出處如下：〈清代內閣與軍機處司法審判上的職掌與職權〉，《國立空中大學人文學報》，創刊號，1992，頁89-105；〈中國審判法史的研究方法〉，《滿族文化》，第18期，1993，頁29-36；〈清代臺灣案件的司法審判機關〉，《國立空中大學社會科學學報》，第6期，1998，頁185-208；〈清代台灣案件的司法審判程序〉，《政大法學評論》，第60期，1998，頁29-84；〈秦代的司法制度〉，《國立空中大學社會科學學報》，第7期，1999，頁163-176；〈中國古代三法司的形成、確立與發展——兼論三法司職權與地位的變化〉，收入林文雄教授六秩晉五華誕祝壽論文集編輯委員會編，《當代基礎法學理論：林文雄教授祝壽論文集》（台北：學林文化公司，2001），頁41-71；〈明代內閣與司法審判〉，《法制史研究》（台北），第2期，2001，

審判制度》，除了展現作者長期研究審判制度史的深厚功力外，還因為加入了散見於《明實錄》的較多反映制度實際運作與變遷的奏疏文字與案例內容，而使全書能夠超越那類難免側重靜態描寫的「典章制度史」格局，讓司法審判史研究真能接近足以呈顯司法「遊戲規則」實際操作與不斷演化的「動態制度史」。我將針對本書主要內容與特色做些簡介，並由此種「動態制度史」研究風格引申出我個人一些淺見，以就正於方家。

《明代中央司法審判制度》全書共分六章，除〈緒論〉與〈結論〉外，第二章名為〈明代中央司法審判機關〉；第三至第五章則分別為〈明代中央司法審判程序〉之一、之二、之三，依序討論三類司法「審判程序」：直隸及各省案件覆核程序、京師案件審理程序、特別案件審理程序。全書架構簡明直截，作者此處其實沿襲他十年前撰寫《清代中央司法審判制度》的體例，基本上是以「審判機關」和「審判程序」兩大部份來組織其所謂「審判制度史」的寫作。同時，作者也藉《明實錄》為主要取材來源而加入數量更多的奏疏時議與具體案例做討論，³使本書能超越一般「典章制度史」的研究範式，而帶有更多「動態制度史」的分析手法。以下依序簡介全書各章主要內容。

第一章為〈緒論〉，作者主要討論明代立法沿革，並略述其如何看待明代審判制度所發生的關鍵性變遷，他稱此為「歷史分期」。在立法沿革方面，《大明律》、《大明令》、《御製大誥》、《諸司職掌》、

頁31-60；〈明代三法司與司法審判〉，《國立空中大學社會科學學報》，第10期，2002，頁161-182。

3 作者在本書引用的奏疏時議與案例經過，主要來自《明實錄》，但偶亦使用《春明夢餘錄》與筆記小說等素材，如轉引收錄於《玉鏡新譚》中的魏忠賢謀逆案件「爰書」（頁361-371），文長十頁，即很特別。但《明實錄》仍是作者討論「制度」與「奏疏時議、案例要旨」關係的最主要素材，相信《明實錄類纂（司法監察卷）》（劉重來、徐適瑞、鄭家福等編，武漢市：武漢出版社，1994）這類資料書，應給予作者不少檢索上的便利。不過，在使用這套《明實錄類纂》資料書時，仍要留意一些材料收集方面的問題，這方面提醒可參考：邱仲麟，〈評李國祥、楊昶主編《明實錄類纂》〉，《近代中國史研究通訊》，第18期，1994，頁176-182。

弘治《問刑條例》、嘉靖《問刑條例》、萬曆《問刑條例》、萬曆《大明會典》幾部書籍，是作者特別看重的立法彙編（頁19-25）。至於在「歷史分期」上，作者則以明孝宗弘治十三年（1500）做為明代司法審判制度發生關鍵性變遷的分水嶺。自弘治十三年之後，京師重大案件可由「三法司」（刑部、都察院、大理寺）會審的事例，出現了「由特例變成爲定制」的現象，使得明代司法審判制度在既有「平行的兩組司法審判系統」之外，「增加了另一組司法審判系統」，三法司會審「逐漸成爲京師重大案件的重要審判方式」，這是「明代司法審判制度上的重大變革」（頁15）。至於何謂「平行的兩組司法審判系統」？作者在本書第三章將對這個關鍵術語做仔細的界定。

第二章討論中央司法審判機關，作者區分爲狹義和廣義兩大類：「三法司是狹義的中央司法審判機關，三法司之外的其他兼理司法審判的機關屬於廣義的司法審判機關」（頁59）；至於所謂「兼理」性質的廣義司法審判機關，則主要包括以下五大類：內閣、司禮監、東廠、錦衣衛、其他機關；「其他機關」則包括有以下十四種：宗人府、吏部、戶部、禮部、兵部、工部、通政使司、六科、五軍都督府、巡城御史、順天府、巡按御史、臨時組成多官會審、欽差大臣派赴外省審案。以錦衣衛爲例，其所以算是廣義司法審判機關，即因其「雖無法司之名，卻有法司之實」（頁122）。作者對司法機關的總結性觀察是：「明代中央之司法審判權並非三法司所獨占，而係分散於中央各部院，依京師、直隸或各省案件之類別與性質，各部院得分別行使其司法審判權」（頁173）。⁴

在綜述完明代中央司法審判機構之後，作者續將分析層次移至「司法審判程序」，由第三章到第五章，都是討論明代中央司法審判程序。第三章探討中央司法機關如何對全國各省官員審理送呈之案件進行「覆

4 限於篇幅，我無法在此對全書諸多精彩論點做較完整的介紹，此處略舉作者討論審判機關的一個例子，如作者比較唐代與明代刑部職掌的結論即很引人注意：《大明會典》所定明代刑部四項職掌，「其文字雖與《唐六典》規定（唐代）刑部四項職掌幾乎完全一致，但其實質內容大不相同」（頁36）。其他諸例仍多，掛一漏萬，無能列舉，尚祈有興趣的讀者自行查讀全書。

核」的審判程序，第四章說明京師司法官員如何對其所直接管轄的案件進行「審理」的程序，第五章則分梳了包括發生於中央或地方的四類「特別案件」的審理程序：宗室案件、職官案件、京控案件、叩闈案件。各章依內容特殊性而在分析架構上略有不同，以下分別簡介之。

第三章探討明代中央司法機關進行的「覆核、恤刑、慎刑」三種程序。首先在覆核程序部份，主要指的是上級司法單位對下級司法官員所做判決進行的案情詳實程度與法條適當與否的審查，其流程大體如下：各省案件須先經「州縣初審、府覆審、按察司覆審、巡按御史覆審」；而地方長官將案件呈送中央政府時，則由通政司彙錄後，奏聞皇帝，再發交「三法司」覆核。⁵進入三法司覆核程序時，作者則以「平行的兩組司法審判系統」這個自創的關鍵詞句描述其間細緻的區別與分工：「大體言之，明代中央三法司有平行的兩組司法審判系統，分別覆核直隸及各省刑名案件」（頁211-212），這個司法審判系統的第一組，「是由刑部及大理寺組成，以覆核民人案件為主，兼及職官案件。刑部職司第一次覆核，大理寺職司第二次覆核」；另一組司法審判系統，則「是由都察院及大理寺組成，以覆核職官案件為主，兼及民人案件。都察院職司第一次覆核，大理寺職司第二次覆核」（頁212、231）。⁶而三法司覆核案件時所公開依據的標準，則主要是《大明律》及《問刑條例》的成文法律規定，以及三法司官員針對具體個別案件加重或減輕法條規定罪刑而擬定的參考意見（時稱「參語」）。但有時律、例之間會出現不同

-
- 5 作者對「覆審、覆核」二詞的使用是很有講究的，前者指的是「人犯到庭的審理」，後者則指的是「人犯不到庭的書面審理」（頁211）。此處強調「覆審、覆核」二字的區別，其實也具體反映作者對審判制度動態變遷的措意，如他對大理寺職能變遷的觀察即是：「（洪武末年輯成）《諸司職掌》所定大理寺覆審程序，基本上沿用至弘治末年。正德初年以後，京師人犯俱不到大理寺，言詞審理變為書面審理，大理寺之覆審變為覆核」（頁317），緊接著，作者即由《明實錄》和《春明夢餘錄》中引用了景泰六年、弘治十七年與嘉靖年間五份反映此制度運作與變遷的奏議要旨（頁318-320）。
- 6 作者也注意到：「從《明實錄》等史料中可以發現，同一案件，皇帝如認為原發交審理之刑部審理不當時，皇帝也可將該案件移交都察院審理，反之亦然。在明代中央的司法審判，皇帝可以在刑部及都察院兩組司法審判系統中，自由的交互運作」（頁274-275）。

定罪程度的矛盾，形成法條適用上的困難，作者對此問題有以下看法：「有明一代，律、例效力孰高孰低問題，始終未獲解決。這項爭執至清初順、康、雍時期仍然存在，直至乾隆時始獲解決」，乾隆諭令：「有例，則置其律」，確認例之效力高於律（頁218-220）。

在「平行的兩組司法審判系統」流程的末端，大理寺對覆核案件可有兩種不同處理方式：一是凡罪名合律者，一般徒、流罪刑案件，大理寺即回報刑部或都察院，「如擬施行」；二是重刑死重案件，大理寺則以題本送交司禮監收受後轉呈皇帝親覽，之後，再回報刑部或都察院。對後者情形的題本，皇帝其實多半並不親覽，而主要是由司禮監秉筆太監代為處理後，再「發交內閣票擬」；但有一些情形，則並不發交內閣票擬，而是皇帝將其「留中不發」，或是皇帝自行批發，此即所謂的「內批」（頁240）。透過票擬權的行使，內閣大學士乃得以審核三法司定擬之判決是否妥切與適法（頁241）。通常這個覆核程序的最後一道流程，即是將三法司定擬的司法審判題本連同內閣大學士的票擬，一併奏聞皇帝，皇帝則以「批朱」或「批紅」，裁決批示於題本之上。「宣德以後，多數題本授權司禮監太監代為批朱，僅少數題本由皇帝親批」，司禮監太監的權勢乃凌駕於內閣大學士之上（頁241）。

在「覆核程序」之外，明代中央司法審判還有「恤刑程序、慎刑程序」兩種重要制度的演變過程。作者此處所定義的「恤刑程序」，主要是指是三法司官員奉旨前往直隸及各省，就當地各類人犯之覆審，他稱此為「狹義的審錄」（頁251）。⁷這種狹義的審錄制度，主要是要解決「直隸及各省案件長期拖延不決、人犯長期監禁」的普遍弊病，也就是明代人常稱之為「淹禁」的問題（頁252）。成化七年(1471)以前，皇帝差官審錄直隸及各省罪囚尚「無固定年份，並非定制」；之後，才開始制度化，正式發布了「五年審錄」的敕令，只是當時在事實上仍未必定如期舉行，直到嘉靖十五年（1536）之後，朝廷發給恤刑官「審錄關防」，這才益形制度化（頁255）。但是，這個定期差遣恤刑官審錄的制度，

7 與此相對，涉及地方送呈案件的「廣義的審錄」，則還同時包括了各地提刑按察司或巡

作者認為其實是「疊床架屋，亦容易引起審錄官與原問官之矛盾與衝突，並非妥適作法」，與原有的按察司及巡按御覆審職權「難免扞格」。此制度到了清代乃廢棄不用（頁257、259）。至於「慎刑程序」則主要指的是對各省及直隸應秋後處決死罪人犯正式執行前的皇帝「差官審決」，此制度也是不斷變遷，永樂年間曾規定「各布政司死罪重囚，至百人以上者，差御史審決」（《大明會典》卷211，〈都察院〉三），而經正統四年（1439）的改變之後，弘治二年（1489）則將差官審決秋後處決人犯一事，改由各省巡按御史、都布按三司以及分巡分守道等官員「共同爲之」；南北直隸之審決，則由刑部主事、巡按御史以及都司府衛「共同爲之」（頁264）。作者認為：弘治二年敕令的作用，不僅確立了不再由中央另派官員審決而改由各省原有之巡按御史爲之，還使各省巡按御史成爲兼具「審理」與「審決」雙重身份的主事官員，將「秋審」與「秋決」合而爲一；而其制之與清代之不同者，只在於當時仍無「秋審」之名而已（頁264）。

第四章將京師案件審理程序區分爲「審前程序、初審程序、會審程序、恤刑程序、慎刑程序」幾個面向做討論。作者在本章續對前述「平行的兩組司法審判系統」做了更進一層的討論，他指出：這個「平行的兩組司法審判系統」在洪武末年制定《諸司職掌》時，即已確定，弘治以後雖略有變動，刑部權力變得愈來愈大，轉使都察院「奉旨審理京師案件之情形」逐漸減少，但無論如何，「迄至明末，都察院仍可單獨進行京師案件的司法審判」，「平行的兩組司法審判系統」基本上仍然維持不變（頁343）；不過，弘治年間以後，「三法司會審」這個原本並不見諸《諸司職掌》規定的事例，開始由永樂時代尙爲「典制外的產物」，變成正式明載典章的制度，成爲「明代中央司法審判制度的第三組司法審判系統，審理情節重大的京師案件」（頁360）。同時，作者還對「審前程序」的陳告、檢驗、拘拿、緝捕、監禁、審訊等流程做了不少討論，其中也包含了對錦衣衛各種「晝夜用刑、全刑」拷訊方法的描寫

按御史就各省案件所爲之覆審，以及大理寺就各省各類人犯之覆核（頁251）。

（頁299-302）。至於作者所謂的京師案件「恤刑程序」，則主要指的是三法司每年夏季或冬季、春季就京師各類人犯所舉行的會審（當時稱為熱審、寒審或春審，但其中仍以熱審最為重要），以及任命司禮監太監為主審官、三法司官員陪審的五年「大審」（頁383-385、387）。與對地方案件進行恤刑程序的用意相似，京師案件的「熱審」或五年「大審」恤刑程序，主要也是要解決人犯長期監禁無法定罪執行的「淹禁」問題（頁378）。而無論是熱審或五年大審，至清代則皆廢棄不用（頁385、386）。至於慎刑程序，在此章則指的是對京師定案應秋後處決的死罪人犯進行「多官審錄」的制度，也就是每年在節氣「霜降以後」欽定日期所進行的「朝審」，這事實上也即是清代定型化的「秋審」（頁392）。

第五章討論四類「特別案件」的審理程序：宗室案件、職官案件、京控案件、叩闕案件。宗室案件與一般民人案件審理情形不同，「宗室享有特權，其逮問須先奏聞皇帝，其審理常由皇親會議」；大體言之，除犯謀反、謀大逆及謀叛罪外，宗室犯其他罪行之刑罰或懲處，「較一般民人為輕」（頁405、408）。作者將職官案件分為文職官、武職官所犯案件做討論，三品以上文武職官員屬「八議」中的「議貴」範圍，不僅「在實體法上有其特殊待遇，在程序法上亦有其特殊待遇」；而中下層文職官員所犯案件則「多係由刑部或都察院審理，奏聞皇帝裁決」（頁413、415）。至於武官犯罪，洪武年間原在五軍都督府設有斷事官，掌理武職官員案件，但建文與永樂之後，則「移由刑部及都察院審理」；但直隸與各省武職官員案件的審理，則仍由各省都指揮使司下設的「斷事司」以及直隸各衛指揮使司下設的「鎮撫司」初審完結後，「奏聞皇帝，送刑部或都察院覆核」（頁418）。京控案件主要是由六科給事中輪值收受直隸及各省軍民人等赴京師呈控之訴訟，明代《問刑條例》後來發展出不少例文來規範京控案件的進程序（頁422-424）。叩闕案件則是指軍民人等向皇帝申訴冤枉，主要可分赴宮門叫訴冤屈以及迎攔皇帝車駕申訴兩類（頁427）。

作者在結論部份，則針對明代中央司法審判制度，綜攝了十項「特點」，並析論了七項「缺失與弊病」。十項特點包括：皇帝直接管領三

法司，從而擁而最高的司法審判權；由三法司組成「平行的兩組司法審判系統」；刑部的編制與職權逐步擴大；都察院的編制不斷變動；大理寺經過元代九十年廢置撤消後再次於明代永樂十九年（1421）之後逐步確立恢復設置，但職掌已與唐、宋大理寺有很大差異，權力漸小；三法司會審制度在弘治年間之後確立，並為清代所承襲，此種會審制度「有合議制的精神。執行上未必理想，但立意是好的」（頁439）；內閣得以票擬權參與司法審判，內閣大學士若能取得皇帝信任，即能「取得生殺予奪之權」（頁441）；司禮監代理皇帝批朱而得介入司法審判；東廠為偵緝衙門，得奉旨參與會審大獄；錦衣衛以握有審訊權而不斷擴充司法職權，特別是錦衣衛下屬之北鎮撫司，專理審理皇帝交付調查訊問的職官「詔獄」，成化年間之後，北鎮撫司權力愈不受其他司法機關節制，足使不少三法司官員心生畏懼而不敢變更平反審訊冤獄，讓錦衣衛與北鎮撫司「等於有了準擬罪權」（頁445）。十項特點其實也大致寓含了七項缺失與弊病，此處不再贅述。

總結看來，作者將明代中央司法審判制度做了極詳盡的說明與分梳，而其使用的一些關鍵術語，則對現代讀者理解當時紛雜的制度變動，常有以簡御繁的說明功效。如《明史》〈刑法志〉所謂的「刑部受天下刑名，都察院糾察，大理寺駁正」、「布政、按察司所擬刑名，其間人命重獄，具奏轉達刑部、都察院參考，大理寺詳擬」，⁸現代讀者不太容易理解其間運作實情，但透過擬構「平行的兩組司法審判系統」這樣的術語，再經作者的說明，則有如撥雲見日般，讓人能夠豁然理解此種司法審判制度運作的基本架構。而透過對明代司法審判制度的全盤掌握，作者也得以發現並校對《明史》志書方面存在的一些矛盾與錯誤，如同樣是解釋「番異」，《明史》〈職官志〉說的是「有牾律失入者，調他司再訊，曰番異」，但在同書〈刑法志〉中卻又明載：「若亭疑讞決，而囚有番異，則改調隔別衙門問擬」，作者比對此種矛盾而做了以下說明：「調他司再訊」或「改調隔別衙門問擬」，兩者均係「調問」，

8 《明史》（台北：鼎文書局，1982），卷94，〈刑法志〉二，頁2305、2306。

所謂「番異」是指人犯翻供、告訴冤枉而言，因此，他的考察結論是：〈職官志〉所定義的「番異」是錯誤的，〈刑法志〉所說的「番異」及「調問」是正確的，因為「必先有人犯番異，方有改調隔別衙門問擬」（頁315）。透過對明代司法審判制度究係如何運作的全盤掌握，使作者不僅能夠對相關史料之間的曖昧與矛盾處給予較合理的說明，更能妥適地處理那些眾多紛雜而又難免繁瑣的典章制度史料，使讀者能夠較清楚而全面地看到明代中央司法審判制度究竟如何實際運作以及如何變動調整的樣態。這是本書最大的優點，也是作者長期關注傳統中國審判制度史的另一部具體研究成果，值得學界重視。

讀畢全書，我則不禁想到「制度變遷」方面的問題。既然明代中央司法審判制度在三法司會審、刑部擴權、錦衣衛介入等不少方面都出現了長期變遷的過程，那麼我們是否能夠理解這些制度變遷的內在動力到底為何？任何制度都很難長期不變，在持續運作中總難免受到個人或群體的衝擊；可是，既係現實存在之制度，則多少又都會對個人與群體產生某種程度的拘束力，能夠制約身處其間人們的行為。然則，這樣一個制度制約人而人又改變制度的互動現象，究竟是如何呈顯在明代中央司法審判制度的長期變遷過程中呢？正如我在本文伊始即已指出的：那思陸教授此書使用了較多能反映制度實際運作與動態變遷的奏疏與案例，使全書能夠超越那類難免側重靜態描寫的「典章制度史」格局，而讓司法審判史研究變成爲更能呈顯各種司法「遊戲規則」實際操作與不斷演化的「動態制度史」。但是，再深一層看，也許還可以把這個問題繼續往前推：「動態制度史」的研究如何才能發展的更深入？我在此所說的「深入」，抽象地說，即是要把「制度」理解爲人的行動受到特定方式制約的「遊戲規則」，而不是紙面規定的典章制度；具體地說，則是要能滿足以下兩個標準：一是要能全面描述人如何既受「新生制度」的制約而又衝擊影響「既有制度」的動態過程，二是要嚐試去說明這個引發人與制度相互影響的內在動力到底為何。

制度與人之間究係如何交互制約與影響？人類歷史上如何出現某些較能合理調整「私利、公利」可能矛盾的政治、經濟與社會制度？這些本來即是極富現實意義的研究課題。從實際應用的角度看，如何讓國

家一切行政走向「依法為治」(rule of law)並能兼顧保障個人自由與社會政治穩定?或是如何促成經濟發展又能同時保證私有產權安全並避免貧富差距過於懸殊?這些都涉及不同社會的既有制度究係如何自我調整改良或是惡質化自我敗壞的「制度變遷」問題。著名經濟史家諾斯(Douglass C. North)即以探究經濟史上的「制度變遷」而聞名,他側重「產權與經濟組織、政府與法律、意識型態與非正式限制」三方面因素的綜合探究,希望藉此能發現經濟制度如何長期演化的複雜過程。⁹這套討論人類歷史上經濟制度變遷的架構,為研究者提供了可供廣泛比較與續做修正的研究範式。相較於此,以我有限閱讀經驗看來,目前學界對法律史上制度變遷的探討範式,則似乎比較單薄。¹⁰我不禁在想:若以那教授費心探究的明代中央司法審判制度變動過程為例証,是否也能豐富「制度變遷」這方面課題的討論呢?這引起我很大的興趣。

「動態制度史」的研究方式要如何繼續發展才能豐富我們對制度變遷相關課題的理解?這當然不是我目前個人能力所及,也不是一篇書評所能試圖回答的大問題。但是,我仍想舉出兩個例証來做點粗淺的討論:一是皇帝行使最高司法審判權造成凌駕司法審判官員專業知識的問題,二是刑訊掠問的逼供刑求問題,這兩類問題的確都存於明代司法審判制度中,但我要問的是:如何才能將此兩類問題帶入更細緻的討論,以使制度與人之間交互制約與影響的動態歷程能夠更充份地呈顯出來?

沒錯,明代皇帝在制度上握有最高司法審判權,但不同皇帝的個性

⁹參見:道格拉斯·諾斯著,劉瑞華譯,《經濟史的結構與變遷》,台北:時報文化出版公司,1995,頁11-15。道格拉斯·諾斯著,劉瑞華譯,《制度、制度變遷與經濟成就》,台北:時報文化出版公司,1994,頁43-46。

¹⁰以昂格(Roberto Mangabeira Unger,註:此處我取大陸學界對此君的譯名)的作品為例,他雖然強調「法律職業社團」是否多元以及「法律知識性質的認知方式」是否具備超越的神聖性等兩個範疇可作為法律體系長期演化的重要標準(羅貝多·溫格著,王佳煌譯,《現代社會的法律:社會理論的批判》,台北:商周出版公司,2000,特別見頁64-79),但是,他對自己用來對照西方「法治」法律體系的中國法律發展經驗卻理解太少,很難讓有素養的讀者信服其分析範式的有效性。

有別、所處政治局勢的差異，以及其他種種因素的匯集，當然也難有完全相同的行使最高司法審判權方式，不能一概而論。明思宗即經常對司法案件有自己的特殊見解，從而直接改變或是間接影響了當時內閣票擬以及三法司官員的審判，明末著名官員李清（1602-1683）對此有極具體的描寫：「上於閣臣擬票及刑部諸招，間不適意，則或抹或叉。閣臣必繇淺之深，刑部亦繇輕之重，然上意淵微，原未可測，乃附會者之過耳」；在崇禎皇帝這類強勢行使最高司法審判權風格的作用之下，李清觀察到當時不少刑部官員在審理案件時不僅畏縮、趨避，甚至有人竟藉此居奇而勒索涉案人金錢：「時刑部諸司官蓄縮尤甚，刻者加一等以防駁，巧者留一等以待駁，一駁則重，再駁則更重。甚有假此勒索，動云上意不測者。噫！律例蕩然矣」。¹¹明宣宗雖未留下這類對司法官員判決「間不適意，則或抹或叉」的記錄，但在他行使最高司法審判權之際，則曾發生下面一樁駁改刑部官員判刑結果的事例：大興縣民張三驢假借公事服役之便，向同里居民陳售顯斂財，而引發雙方互毆，陳售顯母親現場見狀，不暇多顧，即「抱未晬幼男奔救，失足跌仆地，傷幼男死」，陳售顯「遂告三驢擊殺之，三驢不能自明」；刑部官員審理後，將張三驢「論絞罪」，並將判決呈報皇帝。明宣宗閱讀這件刑案文卷後的反應是：「嬰兒在懷抱，非與鬥者，安得擊殺？宜復覈之」。而經刑部官員再重新詢問案發當時「其親隣及旁見者」，結果是：「皆云（幼兒）實跌傷死，非擊傷也」，刑部官員乃將此案依《大明律》相關條文規定而改判為：陳售顯「誣人死罪未決，當流；三驢科斂取財，當徒」。明宣宗接到刑部上呈新判決後，即頒布上諭訓責刑部侍郎樊敬等人，文中有云：「爾等職司刑罰，而往往輕率如此！下人受枉必多矣！朕蓋慚見卿等，卿等寧不自慚乎？」史官如此記載此次事件：樊敬等接獲上諭後，「皆頓首」。¹²明宣宗應是很重視司法審判品質的皇帝，正史記載：「宣宗夜讀《周官》〈立政〉：『式敬爾由獄，以長我王國』，慨然興歎，

11 [明]李清，《三垣筆記》，頁25。

12 《明宣宗實錄》（台北：中央研究院歷史語言研究所，1961），卷81，頁1884。

以為立國基命在於此。乃敕三法司：『朕體上帝好生之心，惟刑是恤。令爾等詳覆天下重獄，而犯者遠在千萬里外，需次當決，豈能無冤？』因遣官審錄之。¹³這裏既可以明顯見到明宣宗對司法審判的高度興趣，也可以約略分析這種皇帝對司法審判的興趣背後，其實既帶有避免司法不公激起民怨以維持政權穩定的政治精算考量，也藏著一套「上帝好生之心，惟刑是恤」對法律體系運作的特定價值觀念。

明代皇帝行使最高司法審判權的例子當然可以再舉更多，其中也不乏一些慘酷懲處無辜官員的詔獄，這和明宣宗那種基於案情疑竇而駁回官員審判結果的情形（所謂「嬰兒在懷抱，非與鬥者，安得擊殺？宜復覈之」），完全不能等同而語；而明思宗經常對司法官員所呈判決「間不適意，則或抹或叉」的舉動，也有這位皇帝身處明末動亂時局而懷疑整體官僚體系能力的急切圖治大背景在。因此，若要討論明代皇帝的最高司法審判權問題，當然應該就事論事，區別不同皇帝對司法審判的不同興趣，分辨不同皇帝因為身處不同情境而如何對既有審判制度做出回應，這樣兼顧人與制度的互動，應該也是「動態制度史」研究可以繼續努力的方向。

再以刑訊問題為例，明代皇帝將官員發下詔獄，並經常任由錦衣衛殘酷刑訊，這也都是惡名昭彰的史實。全國中央與地方各級審判衙門中官員與衙役非法刑求涉案民眾的行為應是經常發生的行為，然而，何種情況不得用刑？以及如何用刑用到恰到好處？這似乎也成為一些官員認真思考的問題。十六世紀呂坤（1536-1618）在刑部侍郎任上，即撰寫了一篇後來流傳甚廣的〈刑戒〉，他勸告司法官員在不得已而想用刑訊問之際，要謹記以下八類稱為「戒刑」的守則：「五不打、五莫輕打、五勿就打、五且緩打、三莫又打、三憐不打、三應打不打、三禁打」，¹⁴大意即是要同時考慮受刑求人的體質、身份、性別，以及臨受刑之際

13 《明史》，卷94，〈刑法志〉二，頁2310。

14 [明]呂新吾（呂坤）〈刑戒〉：所謂「五不打」是「老不打、幼不打、病不打、衣食不繼不打、人打我不打」；所謂「五莫輕打」是「宗室莫輕打、官莫輕打、生員莫輕打、上司差人莫輕打、婦人莫輕打」；所謂「五勿就打」是「人急勿就打、人忿勿就打、人

是否酒醉、疲累，甚至還要顧及受刑人的職業性質，並配合施刑時的季節變化。與呂坤同時的著名官員袁黃（1533-1606）也有類似提法，他甚至將考慮如何用刑與研讀《易經》相比擬：「用刑如用《易》，隨時變易，難為典要。有同犯一事而其情不同者，則當原情以斷，不可一例刑之也；情同，又須審人強者、弱者、壯者、瘠者，與夫慣受刑及不曾受刑者，皆當因其人而輕重之。此外，又當審時，如大寒、大暑之時，與溫和之時不同，清晨虛腹，晚間百脈俱定，與晝不同，行刑者皆當各辨」。¹⁵這些都不是勸官員一律不得用刑的空話，而是當時可以付諸實用的某種刑罰「理論」。明代不少皇帝與官員用刑慘酷，這當然是事實，但是，這種簡單初步的印象，並不會讓我們深入看到當時司法審判與法律變動的全體樣態，我們應該繼續探問：為何會產生呂坤、袁黃這類斟酌考量刑罰如何可以恰到好處的思想？這種思想究係如何與當時的司法審判制度互相影響？諸如此類的課題，應也是「動態制度史」研究可以繼續努力探究的地方。

當然，以上我所舉的兩方面例証也仍然不能深入回答「制度變遷」的大問題，我在這篇書評所做的討論，只是藉由提出這類例証，試圖衍伸那思陸教授《明代中央司法審判制度》這部專書的既有成果，從而約略說明並鼓吹我此處所提出的「動態制度史」研究概念。明清法律發展史的現有研究成果仍然存在不少關鍵課題有待補強，像是一些專門討論明清法律思想史的專書，竟連影響清朝律例註釋學甚鉅的王肯堂《律例

醉勿就打、人隨行遠路勿就打、人跑來喘息勿就打」；所謂「五且緩打」是「我怒且緩打、我醉且緩打、我病且緩打、我不見真且緩打、我不能處分且緩打」；所謂「三莫又打」是「已撈莫又打、已夾莫又打、要枷莫又打」；所謂「三憐不打」是「盛寒酷暑憐不打、佳辰令節憐不打、人方傷心憐不打」；所謂「三應打不打」是「尊長該打，為與卑幼訟，不打；百姓該打，為與衙門人訟，不打；工役鋪行該打，為修私衙，或買辦自用物，不打」；所謂「三禁打」是「禁重杖打、禁從下打、禁佐貳非刑打」（收入陳弘謀輯，《從政遺規》，《官箴書集成》第四冊，合肥：黃山書社，1997，頁253-254）。

15 [明]袁黃，《寶坻政書》（收入《了凡雜著》，影印明萬曆三十三年(1605)建陽余氏刻本，收入《北京圖書館古籍珍本叢刊》，北京：書目文獻出版社，1988，子部·叢書類，第80冊），頁805。

箋釋》相關法學思想都未予以介紹，這多少表明了現今明清法律發展史研究的有待努力。王肯堂的法學知識，有許多是承繼其父親王樵（1521-1599）的法律家學，而王樵所撰《讀律私箋》一書則更是王肯堂《律例箋釋》的基礎。這種父子相傳並發皇法律知識的例証，在明清時代還有許多，學界對此也理解有限。王樵曾經如此回憶他任官刑部的讀書情景並綜述他長期研讀法律的心得：「予在刑部，治律令，如士人治本經。後兩任巡撫，皆得其力。治獄之難，在得情。嘗譬之醫，治律如按方，鞫事如診病。有人方書雖明，而不中病，如人明法而不能得情。則所謂明，竟亦何用！又有人精於法，而易入於刻，法非使人刻也，倚法以削，則入於刻而不自知。故用心又以仁恕為本」。¹⁶ 這種以法律書籍類比儒家經典的勤奮認真讀書方式，以及詳審案情與法律適用之間可能落差的嚴肅莊重態度，恐怕不是前述明宣宗找到審判失誤而予以冷嘲怒諷的刑部官員可以比擬（所謂「朕蓋慚見卿等，卿等寧不自慚乎？」），更不是那些害怕明思宗駁回判案結果而「蓄縮尤甚」的刑部官員所能想望。未來「動態法制史」如何能夠同時處理這些不同心態刑部官員與皇帝或其他各級司法官員在司法審判上的複雜互動關係？將是很大的挑戰。而當我們有愈來愈多這類動態法制史具體研究成果出現，並且能夠耐心而細緻地針對具體問題展開良性論辯，則此時距離發現傳統中國法律「制度變遷」內在動力的研究目標，或許將會稍近一些。

16 [明]王樵，《方麓集》（影印文淵閣四庫全書本，台北：台灣商務印書館，1983，冊1285），卷6，〈西曹記〉，頁225-229。