

中国传统法律文化研究丛书



**A Research on Chinese Traditional
Criminal Investigation and Adjudication**

中国传统侦查和审判文化研究

王立民/主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

国家哲学社会科学基金资助项目
上海市人文社会科学基地华东政法大学外国法与比较法研究院资助项目

中国传统法律文化研究丛书

**A Research on Chinese Traditional
Criminal Investigation and Adjudication**

中国传统侦查和审判文化研究

王立民/主编
洪佳期 倪铁/副主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国传统侦查和审判文化研究 / 王立民主编. —北京:
法律出版社, 2009. 11
(中国传统法律文化研究丛书)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 0038 - 1

I. 中… II. 王… III. ①侦查—法制史—研究—中国
②审判机关—法制史—研究—中国 IV. D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 188892 号

中国传统法律
文化研究丛书

中国传统侦查和审判
文化研究

王立民 主编

责任编辑 田会文
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 13 字数 318 千

版本 2009 年 11 月第 1 版

印次 2009 年 11 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-0038-1

定价:29.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

2005年,在学术界同行的帮助和支持下,笔者主持承担了国家哲学社会科学基金项目:“中国传统法律文化研究——以审判文化和裁判文化为中心”。当时立项的想法是,在中国传统法律文化研究方面,我们对立法文化即法典(法律文献)文化方面的梳理和研究已经取得了许多成果,但是对中国传统法律的运作方面的文化研究,目前还没有很好地展开,因此,我们就从这个角度设计了课题。课题进行得很艰苦,期间也曾变换过一些课题组成员,但经过三年半时间的努力奋斗,最后终于顺利地完成了课题,我们的内心非常高兴,尝到了胜利之后的愉悦。完成的书稿有100余万字。经全国哲学社会科学规划办公室组织专家鉴定评审,对本课题予以一致通过,被正式批准结项,鉴定等级为良好。考虑到出一本书字数太多,故和课题组成员商量后,决定每一个子课题出一册书,共4册,合起来总的还是一个完整的课题成果。

本课题自立项之后,课题组曾召开过多次的研讨会,广泛收集资料,反复推敲编写体例和大纲,最终达

成了共识,即本课题要有所创新,必须在两个方面下工夫。第一,加深对中国传统法律文化的内涵研究,为此,本课题的第一部分对中国传统法律文化中的德、商、考试、监察、家与家族、孝与道、知识与信仰,以及法意识和法观念进行了阐述。第二,注重法律文化的框架体系的创新,为此,我们将中国传统法律文化分为审判文化、清官文化、侦查文化和行刑文化四大部分,予以展开研究,这在中国学术史上还是第一次。当然,这种划分,事实上也是为了研究的便利而进行的,是否合适还要由学术界一起来继续切磋讨论。

对中国传统法律文化的研究,从20世纪80年代开始在中国兴起以来,已渐成热点。有的学者从中国古代礼法文化入手,探索中国传统法律文化的特征;有的学者从中西方法律文化的差异入手,揭示中国传统法律文化的特殊意义;有的学者从法律学术(法学或律学)的形态入手,来阐述中国传统法律文化的衰亡与再生;也有的学者从中国古代法律名词、法学世界观、判例制度、自然法、儒家的道德伦理哲学以及法律范式等角度入手,来系统分析研究中国传统法律文化的内涵以及其现代法文化价值。

具体而言,在中国传统法律文化研究方面,我们已经取得了诸多成果,如梁治平的《寻求自然秩序中的和谐》(上海人民出版社1991年版)、张中秋的《中西法律文化比较研究》(南京大学出版社1991年版)、武树臣的《中国传统法律文化》(北京大学出版社1994年版)、何勤华的《法律文化史论》(法律出版社1998年版)和《法律文化史谭》(商务印书馆2004年版),以及徐忠明的《情感、循吏与明清时期司法实践》(上海三联书店2009年版)等,以书代刊的连续出版物有曾宪义主编的《法律文化研究》(中国人民大学出版社2005年起出版)和何勤华主编的《法律文化史研究》(商务印书馆2004年起出版)。本课题作为对中国传统法律文化的专题研究,一方面吸收了我国学术界在中国传统法律

文化研究方面的各项成果,同时又提出了一些自己的观点,以及对既有法典、文献、案例、事件、人物以及中国古代法律现象进行的新的诠释。我们的宗旨,就是希望通过对中国传统法律文化的这种研究,总结、吸收、借鉴、转化中国历史上一切有价值的法律文明成果,为我们现在的法治建设服务。

本课题自2005年在法律史学界同仁的支持与帮助下立项之后,考虑到本课题的内容的丰富,我们将其分成了4个子课题:由我和陈灵海副教授负责第一个子课题:《法律、社会与思想——对传统法律文化背景的考察》,王立民教授与洪佳期副教授、倪铁博士负责第二个子课题:《中国传统侦查和审判文化研究》,魏琼副教授负责第三个子课题:《中国传统清官文化研究》,孟祥沛副研究员负责第四个子课题:《中国传统行刑文化研究》。而整个课题的设计、调研、收集资料、撰稿、格式规范的统一,以及课题的推进,由我和陈灵海负责。

参加本课题研究的主要是华东政法大学法律史教研室的老师、法律史研究中心的研究人员、博士和硕士研究生,以及复旦大学、上海社会科学院的专业人员。虽然我们尽了自己的最大努力,但由于本课题内容比较丰富,横跨多个学科,资料繁杂,涉及立法文化、司法文化、监狱文化、礼法关系、民间法与习惯法、法律文本与考古文献、官吏体制(清官文化)、民众法意识等多个研究方向,需要全面展现与之相表里的中国传统社会政治结构、世界观、认识论和逻辑特征,以及传统中国的知识生产过程、人们的价值观、法律观和伦理特征等,甚至还要以价值中立的态度,努力发现中国传统法律文化中有价值的、有生命力的、能够超越中西隔阂的法律文化元素,等等,梳理整合都需要花费巨大的劳动,对有些问题尚不能很好地把握。加上本课题成员人数较多,各人的水平和知识积累参差不齐,因此,整个课题的成果肯定会存在一些不足。这些只能请广大读者予以谅解。

本课题除了得到国家哲学社会科学基金的资助之外,还得到了上海市人文社科基地建设资金、国家重点学科华东政法大学法律史学科建设项目资金的资助。同时,在课题研究中,我们也得到了全国各地的同行专家学者的帮助和支持。对此,均表示我们的一片谢意。

何勤华

华东政法大学

外国法与比较法研究院

2009年5月30日

目 录

总序 001

上编：传统侦查文化研究

第一章 传统侦查的滥觞 003

- 一、史前社会中侦查萌生的原初样态 004
- 二、雏形时期的中国传统侦查 009
- 三、滥觞时期的侦查评述 016

第二章 中国传统侦查模式的定型 020

- 一、成文法潮流催生传统侦查的制度化 020
- 二、传统侦查模式的定型 023
- 三、传统侦查模式定型的法律文化分析 029

第三章 传统侦查启动：“立案”与“不立案” 036

- 一、“立案”考辨 036
- 二、传统侦查中的“不立案” 040
- 三、传统侦查启动的特征解读 046

第四章 传统侦查启动格局 051

- 一、传统侦查启动体制中的告报 051
- 二、传统侦查启动体制中的自首 058
- 三、传统侦查启动体制中的“告奸” 062
- 四、中国封建社会的“官纠举”体制 069

第五章 中国传统侦查行为准则浅析 075

- 一、传统侦查行为的“法治”准则 075
- 二、传统侦查行为中的证据准则 077
- 三、传统侦查行为的逻辑准则 079
- 四、传统侦查行为有限公开准则 081
- 五、传统侦查行为的效率准则 082
- 六、传统侦查行为的协作准则 084

第六章 传统侦查措施类型研究(上) 087

- 一、中国传统侦查中的常规措施 087
- 二、收集实物证据的现场勘查措施 094
- 三、收集言词证据的常规侦查措施 101

第七章 传统侦查措施类型研究(下) 114

- 一、中国传统侦查中的刑事强制措施 114
- 二、中国传统秘密侦查措施 123
- 三、中国传统侦查基础性措施 130

第八章 中国传统侦查文化与传统社会 136

- 一、中国传统侦查文化与中国传统政治 136
- 二、中国传统侦查文化与中国传统经济 140
- 三、中国传统侦查文化与中国传统文化 144

第九章 比较视野下的中国传统侦查文化 148

- 一、中西方传统侦查文化嬗变之规律 148
- 二、中国传统侦查文化中的“兵刑渊源” 151
- 三、中国传统侦查文化中的“民本主义” 154
- 四、中国传统侦查文化中的“专制集权” 158
- 五、中国传统侦查文化中的“礼法合一” 162
- 六、中国传统侦查文化中的“工具主义” 164
- 七、中国传统侦查文化“重经验轻科学” 167

第十章 中国传统侦查的衰微 172

- 一、租界内的殖民化侦查 173
- 二、近代侦查的专业化 181
- 三、近代侦查的程序化 187
- 四、侦查近代化过程中的“警检一体化” 194
- 五、近代侦查的法制化 199
- 六、近代侦查的文明化 205
- 七、近代侦查的科学化 210

下编：传统审判文化研究

第十一章 传统审判文化概念及研究思路 223

一、“审判文化”与问题的提出 223

二、文献梳理和研究思路 227

第十二章 中国传统审判文化的特质研究 232

一、传统审判文化的思想基础 232

二、传统审判文化的基本精神 244

三、传统审判文化的价值取向 252

第十三章 中国传统审判制度与设施研究 259

一、审判制度概述 259

二、衙门、城隍与审判文化 274

三、传统审判制度的特点 283

第十四章 中国传统审判文化的裁判技术研究 289

一、裁判技术、裁判艺术与审判文化 289

二、裁判主体的研究 294

三、裁判原则的研究 302

第十五章 与其他传统审判文化的比较研究 317

一、中国与其他主要东方国家传统审判文化的比较 317

二、中国与西方国家传统审判文化的比较	325
三、形成中国与外国审判文化相似和相异之处的主要原因	334

第十六章 传统审判文化的现代转型 341

一、传统审判文化与社会变局	342
二、传统审判文化的现代转型之进程	351
三、传统审判文化的现代转型之历史借鉴	371

结语：传统审判文化的多元化与社会控制 385

参考文献 388

一、古籍、史料	388
二、现当代著作	390
三、现当代论文	398

后记 402

上编：
传统侦查文化研究

第一章

传统侦查的滥觞

马克思主义历史观认为,犯罪是对阶级社会中统治秩序的破坏,犯罪直接产生了刑罚、警察和监狱。而在法律意义上,侦查是为了执行刑罚和惩治犯罪而进行的专门性侦查活动。按照这一中国历史学和法学研究的指导性观点:在国家尚未建立的社会历史时期,没有国家,没有犯罪,没有刑罚,当然也就没有侦查活动。

但是,在远古时期的人类社会中,由于部落内部“成员的个人关系处于冲突状态,这样把那些危害行为确认为是对整个社会本身的危害从而给予定罪判刑”。^① 欲解决“伤害、杀人、盗窃、通奸、作恶事和破坏这类事情”以及乱伦、滥用巫术等行为的罪与刑,必然离不开专门调查活动的侦查。从侦查作为刑事调查活动的最一般意义来看,即使在没有阶级、国家和专职侦查人员的远古时期,也同样存在着粗朴的侦查

^① [美]霍贝尔:《原始人的法——法律的动态比较研究》,严存生等译,法律出版社2006年版,第274~275页。

活动。

一、史前社会中侦查萌生的原初样态

即使没有国家和阶级,前国家时代的社会也同样需要社会秩序,也同样要求对破坏社会秩序的行为进行惩治,也要求对这种行为进行侦查以决定惩罚。如果单从调查危害社会秩序活动的行为本质出发,我们可以发现:即使在没有国家的原始社会中,也会存在着盗窃取财、故意杀人或其他危害氏族组织和谐的争斗纠纷,当然也存在着由氏族组织进行的以查明事实为任务的侦查活动,它们可视为是侦查的先声。所以,侦查萌生于前国家时代的原始社会末期,随着生产力的发展和私有制萌芽而逐步得以“生根发芽”,并随着国家的诞生而获得正式“名分”。

(一)神话中的侦查起源

深刻地影响了人类世界的史诗巨著《圣经》以神话为载体向世人展示了人类历史上的第一次“审判”,并向人们展示了由中立的裁判者主导的第一场为决定惩罚的调查活动。据基督教经典《圣经故事·旧约全书·创世纪》^①(The Story of Bible·The Books of The Old Testament·Genesis)记载:亚当和夏娃听信蛇的谗言,偷吃了上帝禁食的伊甸园内的果实。上帝发现亚当因为赤身裸体而羞于见他,上帝首先对亚当进行了直接的讯问,亚当招认是夏娃给他吃的禁果。由此,顺藤摸瓜,根据线索找到夏娃,再进行讯问。通过对夏娃的讯问,上帝查明是蛇诱骗夏娃偷吃禁果。凭上帝的睿智和明察,我们可以推知:上帝会回到亚

^① 《圣经》是一部宗教经典,其中没有法学和侦查学上的概念定义、制度解释、学术观点等,它距离法律教科书的规范性甚远,只是在其教义和故事中含有对侦查制度建构和操作的一些启示。参见龙宗智:“为什么称《圣经》是一部诉讼法教科书——司法审判在两大文化中的意义比较”,载《法学》2003年第10期。

当和夏娃栖身的乐园中,查验禁果有无被偷吃以及禁果损失的详细数目,还可能会勘查伊甸园智慧树边的泥土地,寻找亚当夏娃留下的足迹和攀爬树的痕迹。有学者据此推测,“这是上帝对人间第一个违法者的第一次审讯,上帝无疑是侦查的鼻祖”。^① 凭借着对亚当和夏娃的一系列讯问以及对伊甸园禁果的勘查等行为,上帝被人们视为西方神话中的首位侦查者。

(二)前国家时代的侦查萌芽

与神话不同,在有记载的人类发展史上,我们并无法确知侦查萌生的具体时间,更无法确定最早负责侦查的组织和人员。但我们可以肯定:早在国家产生之前,调查侵害氏族秩序的侦查活动就已经出现了。在一些学者对原始样态的社会群体进行研究时,认为:“那些杀了一大批人的人可以在团体中立即增加他们的威信,而不是相反。但对于惯犯来说,却并非如此。他会成为社会的一个危害,因为他易于在任何时候杀死另一个受害者。作为一种危害,他自然就变成了公敌;而作为一个公敌,他将会成为共同攻击的目标。单个谋杀者是死人的过错,应由受害者亲属实施,屡教不改者成了公共的罪犯,应由团体的头领亲手处死以示惩戒。”^②对氏族公敌的惩罚是氏族整体的责任,在这个过程中,侦查活动必不可少。

中国文明起源较早,侦查的萌生可以追溯到原始社会末期,一些史料记载可为我们提供线索。公元前 21 世纪,中国还处于原始社会,部落之间的征战频繁,“黄帝时代,采用内行刀锯,外用甲兵的刑法”,^③刑罚随之萌生。刑罚不足以自行,还得需要执行刑罚的机构和程序。随

① 任惠华:《中国侦查史》(古近代部分),中国检察出版社 2004 年版,第 1 页。

② [美]霍贝尔:《原始人的法——法律的动态比较研究》,严存生等译,法律出版社 2006 年版,第 83 页。

③ 茅彭年:《中国刑事司法制度》(先秦卷),法律出版社 2001 年版,第 7 页。