

司法卷

清代法律史专论

第二卷

制度、司法与变革

清代司法审判制度研究

清代刑名幕友研究

论清代涉外案件的司法管辖

从冕宁县档案看清代民事诉讼制度

清代上控制度研究

清代司法检验研究

秋审条款研究

清代州县司法中的刑讯问题研究

主编◎张晋藩
副主编◎顾元

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

司法卷

清代法律史专论

第二卷

制度、司法与变革

主编◎张晋藩

副主编◎顾元

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

制度、司法与变革:清代法律史专论. 司法卷 / 张晋藩主编. —北京:法律出版社, 2014. 10
ISBN 978-7-5118-6762-9

I. ①制… II. ①张… III. ①法制史—研究—中国—清代②司法制度—法制史—研究—中国—清代 IV.
①D929.49

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 193035 号

制度、司法与变革——清代法律史
专论(司法卷)

张晋藩 主编

责任编辑 易明群 李峰云
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 720毫米×960毫米 1/16

版本 2015年1月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 43.5 字数 867千

印次 2015年1月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-6762-9

定价(全3册):298.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

清代法制史概论(代序)

清朝是中国封建社会的末代王朝,经历了二百六十余年由盛到衰的历史发展过程。在这期间,封建经济取得了超越前代的发展,典章制度也获得了显著的成就。清朝所处的历史地位,决定了其法制历史的价值。

清朝的封建法制辗转传承,相当完备:表现在法律体系上,由刑事、民事、行政、诉讼、经济等各个部门立法组成了完整的法律体系;表现在法律内容上,不仅涉猎广泛,而且更加符合社会的实际和民情;表现在司法制度上,程序严格,审级明确,会审和死刑复核进一步制度化、法律化。特别是为适应统一多民族国家的需要,还在边陲少数民族聚居地区因族因俗制宜制定了一系列民族法律,加强了国家统一的司法管辖和国家的稳定。因此,剖析清朝的法制史,有助于了解整个封建法制历史的一般规律性。

清朝是以满洲贵族为主体的政权,从天命元年(1616年)建立后金政权时起,就表现了满洲族对于法制建设所特有的见地,开始了由习惯法向成文法的过渡,并沿着“参汉酌金”的路线实现着汉满法文化的融合,在后金国制的基础上,出现了三院六部的新体制和“十恶”入律的新的法律内容。顺治元年(1644年)入关以后,全面扩展了“参汉酌金”的路线,完成了有清一代的政治、法律制度的创设。

中国悠久的法文化传统表现了中华民族的理性思维和伟大的创造力,其中,也蕴藏着少数民族的贡献。中国历史上,多次建立了少数民族的地方政权,还出现了元朝的集中统一的国家管理,但或因年代久远,或因统治的时间短暂,遗留下来的法制史料缺乏完整性。只有以满洲族为主体的清朝法制,从关外一隅发展到整个中国,史料详备,脉络清晰,是研究中国法制史和少数民族法制史的圭臬。

道光二十年(1840年)鸦片战争前夜,西方殖民主义国家已经把侵略的触角伸进这个古老的东方大国的疆域。当时除林则

徐痛感睁眼看世界、了解外国情势的紧迫性之外,整个清朝朝野上下依旧沉浸在闭目塞听、因循旧章、歌舞升平的氛围之中。1840年第一次鸦片战争爆发,腐朽昏聩的清朝被英国侵略者打败。此后,西方殖民主义国家一次次发动侵华战争,一次次强迫清政府签订不平等条约。

如果说维持与外界的隔绝状态,是保存清朝固有的经济、政治、文化机构的必要条件,那么在西方殖民主义国家以炮火轰开闭关锁国的国门以后,不仅西方的商品如潮水般涌入这个广大的市场,西方的文化(包括法文化)也同其他商品一样,迅速涌入中国。在这样的历史背景下,因循守旧的局面也随着封闭环境的破坏而遭到冲击。

面对西学东渐的新形势,一部分爱国士大夫与开明官僚,也在思考着庞然大物般的清朝为什么会如此不堪一击?西方国家战胜中国难道仅仅源于船坚炮利?在国家管理体制上究竟出了什么毛病?中国要雪耻图强在思想文化上应该如何准备?经过不断地、痛苦地反思,逐渐把思路集中到采西学以变革图存上。

在中国近代史上,救亡图存是一条主线。就内部而言,矛盾的焦点集中在国家体制上。随着西学东渐的深化,改良派与维新派逐渐懂得了西方国家的强盛之由不仅在船坚炮利、科学技术的先进,更重要的是在民主与法治学说指导下建立的资产阶级民主法律制度的优胜。以儒家学说为基石的传统法律文化,已经不能适应时代的发展和满足人民救亡图存的需要。因此,先进的中国人把希望寄托在采用西方的民主政治上。于是,西方的法学著作和各种法律也进入了人们的视野。以严复为代表的维新派翻译的西方法学著作,不仅成为维新派变法维新的理论武器,也使他们意识到改革中国传统法制的走向。

义和团运动以后,清朝已经不能照旧统治下去了,被迫宣布变法革新,实行预备立宪。在这个背景下,变法修律、改革司法,也提上了议事日程,中国法制的近代化由此开始。中国法制的近代化,有其历史必然性,它所追求的目标是富国强兵、救亡图存。在中国法制近代化的历程中,西方的民主法制思想起了先导的作用,而初步掌握了西方民主法制思想的中国的政治家与思想家则起了鼓动进步的历史潮头的作用。中国法制近代化的路径是外源式的,这在当时也是不二的选择。移植来的西方法律改变了中国固有的法律体系,但有的缺乏与本土国情密切结合,成为与社会生活无关的纸片。

法律的近代化是一个历史的进步的过程,它只有阶段性而没有终结。晚清只是揭开了中国法律近代化的序幕而已。

清朝距今为时不远,它在法制建设上所提供的历史借鉴具有极为现实的意义。而遗留下来的官书档案资料又浩如烟海,对其认真地加以整理总结,对于传承法律文化遗产具有重要价值。

张晋藩

2014年11月3日

作者小传

郑 秦

男,1943年生,北京市人。2001年因病去世。1965年毕业于北京政法学院,先后任职于地方政府机关、企业、文化事业单位。1978年考入中国人民大学中国政治制度史专业,后获历史学硕士学位。1985年考入中国政法大学法制史专业博士研究生,1987年获法学博士学位,留校任教。历任中国政法大学讲师、副教授、教授及校图书馆副馆长、成人教育学院院长。郑秦在中国法律史尤其是清代法制史学术研究上有相当建树,其代表作品为《清代司法审判制度研究》。

高浣月

女,1961年生,现任中国政法大学校党委常委、副书记,教授,硕士生导师。1986年留校工作,1995年获法学博士学位。历任学校人事处长,副校长。多年来从事于中国法律史、法律文化的研究。代表性作品为《清代刑名幕友研究》《中国司法制度史》《两宋法制通论》等。曾获国家优秀图书奖,司法部“九五”优秀科研成果二等奖,北京市和江苏省人文社科优秀成果二等奖,2002年教育部优秀教材二等奖。

强 磊

男,1949年生。现任北京市人大代表,民建北京市委常委,科教委员会主任,北京商业管理干部学院教授。享受国务院政府特殊津贴。曾任北京市政协第九届、十届委员。1989年毕业于中国政法大学法制史专业,获法学博士学位。主要从事劳动法、商法和中国法制史的教学研究,也是我国恢复律师制度后最先从事律师工作的学者之一。参与我国《劳动法》和《工会法》立法工作。主要兼职:香港城市大学客座教授,国土资源部国家土地监察专员,北京市高级法院监督员等。主要著作:《论清代涉外案件的司法管辖》《律师学》《中华人民共和国劳动法教程》等。

李艳君

女,1963年生,汉族,辽宁省锦州市人,先后就读于辽宁师范大学、北京师范大学和中国政法大学。现为云南省大理大学教师,硕士生导师。主要研究方向为中国法制史。现主持国家社科基金课题一项、云南省基地课题一项、大理大学课题一项。出版学术著作一部,主编教材一部,参编学术著作两部。发表学术论文近三十篇。博士学位论文《从冕宁县档案看清代民事诉讼制度》获中国政法大学优秀博士论文奖(2009年)和北京市优秀博士论文奖(2009年)。

张 翊

男,1976年生,安徽芜湖人。2009年毕业于中国政法大学,获法学博士学位。现为南京师范大学法学院博士后研究人员,浙江工业大学法学院副教授,硕士生导师。主持教育部人文社科研究项目“清代上控制度研究”(10YJC820148)。主要研究方向为法律史、诉讼文化与原理。

吕 虹

女,西北政法大学副教授,硕士生导师。西北政法大学法学专业学士,法律史专业硕士,中国政法大学法律史专业博士,长期从事法律史教学及研究工作,教授中国法律制度史、外国法律制度史、罗马法等法学专业课程,研究方向为中国法制史,并公开发表《唐代证据制度研究》《传统司法检验制度成熟之因素论略》《论中国司法检验制度的几个特征》等多篇专业论文。

宋北平

男,1963年生;在湘务农、从教,粤港从政、从商;现为北京政法职业学院法律语言应用研究所所长、专家工作室首席专家;博士后合作导师,中国人民大学法学院客座研究员;全国人大常委会法制工作委员会立法用语规范化咨询专家,最高人民法院优秀裁判文书评审专家,天津市人大常委会立法咨询专家委员会委员,中国行为法学会法律语言研究会常务副会长兼秘书长;代表性学术著作《秋审条款源流考》《法律语言规范化研究》。

金大宝

男,1979年生,安徽六安人,中南大学法学院讲师。1998年至2005年就读于安徽大学法学院,先后获得法学学士、硕士学位。2006年考入中国政法大学法学院,师从朱勇教授研习法律史学,2008年赴台湾东吴大学、政治大学研习交流,2009年6月毕业,获法学博士学位。先后于《安徽大学法律评论》《人民法院报》《中西法律传统》《中国法制近代化论集》等刊物发表学术论文数篇,参与编写教材两部。主要研究领域为中国法律史学。

简目

- 清代司法审判制度研究 / 郑秦 001
- 清代刑名幕友研究 / 高浣月 131
- 论清代涉外案件的司法管辖 / 强磊 209
- 从冕宁县档案看清代民事诉讼制度 / 李艳君 285
- 清代上控制度研究 / 张翅 383
- 清代司法检验研究 / 吕虹 459
- 秋审条款研究 / 宋北平 525
- 清代州县司法中的刑讯问题研究 / 金大宝 603

详 目

清代司法审判制度研究 / 郑秦 001

前 言 / 003

第一章 清代专制集权的政治体制与司法制度 / 006

第二章 刑名幕吏制度与清代的司法活动 / 059

第三章 清代的死刑审判程序与秋审制度 / 080

第四章 清代民事案件的审理与调处息讼制度 / 106

结 语 / 129

清代刑名幕友研究 / 高浣月 131

前 言 / 133

第一章 刑名幕友形成的历史过程 / 135

第二章 刑名幕友的地位与任务 / 136

第三章 刑名幕友办案的方法 / 156

第四章 刑名幕友的来源与心理素质 / 177

第五章 学幕与师爷秘本 / 182

第六章 刑名幕友对清朝法律文化的影响 / 195

结 语 / 206

论清代涉外案件的司法管辖 / 强磊 209

前 言 / 211

第一章 中英南京条约签订前的涉外法制 / 213

第二章 清政府涉外司法管辖权的丧失 / 243

第三章 中国领事裁判权的收回 / 259

第四章 走向司法文明的改革 / 273

从冕宁县档案看清代民事诉讼制度 / 李艳君 285

第一章 清代地方司法审判机构 / 287

第二章 起诉与受理 / 296

第三章 堂讯、堂断与执行 / 319

第四章 上控 / 354

第五章 当事人及法官在民事诉讼中的思想行为 / 364

清代上控制度研究 / 张翅 383

导 论 / 385

第一章 上控制度的历史演进 / 391

第二章 清代上控制度的启动 / 399

第三章 清代上控制度的法律规制与运作 / 408

第四章 清代上控制度的功能 / 445

清代司法检验研究 / 吕虹 459

前 言 / 461

第一章 尸骨检验与格图 / 465

第二章 活体检查与保辜 / 490

第三章 现场勘验 / 496

第四章 物证检验 / 505

第五章 余论 / 512

结 语 / 523

秋审条款研究 / 宋北平 525

引言——解读秋审条款 / 527

第一章 条款名称的辨异和门类的嬗变 / 530

第二章 条款官颁的张弛和私刻的盛行 / 539

第三章 条款的产生和发展 / 558

第四章 条款的制定 / 574

第五章 条款的适用 / 586

结 语 / 601

清代州县司法中的刑讯问题研究 / 金大宝 603

导 论 / 605

第一章 清代的刑讯：制度的发展与观念的演变 / 610

第二章 清代州县司法中使用刑讯的客观必然性 / 630

第三章 清代州县司法中的非法刑讯问题 / 651

第四章 清末刑讯制度的废止 / 670

清代司法审判制度研究

郑 秦

前 言

第一章 清代专制集权的政治体制与司法制度

第二章 刑名幕吏制度与清代的司法活动

第三章 清代的死刑审判程序与秋审制度

第四章 清代民事案件的审理与调处息讼制度

结 语

前 言

公元1644年(清顺治元年、明崇祯十七年),清朝确立了在全国的统治。八旗铁骑涤荡了明朝的腐朽。同时,为适应作为全国性政权的需要,清朝统治者没有“狃于满洲旧俗”,迅速接受了中原王朝的政治“正统”和中原文化传统。新兴的、富有生气的清朝使中国的封建专制制度又延续了260多年。

清军进占北京的第一天,顺治元年五月初三日,多尔衮即以顺治皇帝的名义发布诏令:五月初二日昧爽以前大小罪行“悉行宥免”,又谕“自后问刑准依《明律》”;之后,在同年十月顺治帝的即位诏和其他的诏令中,其对此又多次加以重申,表明了清朝直接继承了明朝的“法统”和对法制的重视。而明朝的法制又是秦汉以来法制的发展,清承明制,使绵延两千多年的中国古代法律体系最终走向完成阶段。

因此,我们通过对清代法律制度的研究,可以加深对清代以至整个中国古代社会的理解。在清代国家的法律体系中,司法审判制度作为程序法、组织法保证以刑法为主体的法制的实施,研究司法审判制度的目的就是揭示“活动着的法”——司法实践的特点和规律,而不仅仅是就法律条文来了解法。清代司法审判制度,概括起来,有以下几方面的特点。

第一,清代诉讼法律规范编纂的多样性。古代专制集权主义统治者制定法律强调的是它的镇压作用;至于采用什么样的程序镇压,相对来说是较为次要的。另外,在专制权力的政治体制下,司法审判是各级官府的一种行政职责,主要依靠官吏的“虚衷详慎”的审断,而无须做过多的程序性规定限制。所以,历代的法律体系中并没有专门的诉讼法典,律文中的诉讼条款也比刑罚条款少得多。《明律》突破了《唐律》“斗讼”门的框架,专辟“诉讼”门,是立法史上的一个进步。《清律》没有改变《明律》的门类但又不拘

泥于《明律》,“诉讼”门原有的律文已经容纳不下清代司法审判活动的要求,于是《清律》采取了变通的做法,在“诉讼”门、“断狱”门及其他门类的各条“律”文后,纂修了大量因时制宜的“条例”,丰富了诉讼法规的内容。除了《大清律例》定期作这样的修订外,清代还颁布了前所未有的、大量的行政性法典——《会典》、《会典事例》、《吏部则例》、《户部则例》、《处分则例》、《钦定台规》等,其中补充了许多有关司法审判的法律规范,特别是从行政法的角度规定了司法组织、法官责任等内容。清代有关诉讼法律条款的大量编制,说明清代国家专制权力下司法审判制度的发展。

第二,清代司法审判制度的完备性。除了旗人理事厅会审、蒙藏等少数民族区域司法审判等少数制度外,清代基本的司法审判制度确实没有什么“独创”,它仅致力于使既有的制度完备化。比如,刑事案件的逐级审转制度、三法司会审制度、死刑复核制度(秋审)、各级司法管辖制度、民事案件调处息讼制度,以及统管地方行政、司法、文化的政权组织制度、长官审判负责制度,甚至刑名胥吏制度等,我们都可以在清代以前寻找到“根源”,但发展到清代,其中许多制度才真正完备,才可以称其为“制度”。

第三,清代司法审判制度的统一性。首先是司法审判权力的高度集中:内外各级衙门集中于长官,各省集中于督抚,全国集中于皇帝。其次是全国司法管辖的统一:司法审判统一由各级政权机关管辖,包括军队在内的其他国家组织原则上都无司法审判权,即使是满族旗人。宗室觉罗(皇族)享有种种司法特权,其最终的司法管辖也要归于刑部。再次是边疆少数民族地区司法审判制度的灵活性与统一性相结合:而以统一性为根本前提,清朝在少数民族地区制定有不同于内地的法律——《理藩院则例》、《回律》、《番例》等。这些法规在确认北京朝廷最高审判权的原则下,承认一般民、刑案件由各民族自己审理,而死刑和重大案件的终审权在中央。这样,清朝在全国广大的范围内实现了历史上空前的法制统一,通过中央所确立的司法审判制度有效地在全国行使国家的专制权力。

第四,清代司法审判制度的复杂性。清代的中央专制集权国家建立在小农经济基础上,各级官府都因此带有相当的保守性、分散性,对于国家统一制定的司法审判制度总习惯于为我取舍,因循守旧。清代国家地域辽阔,社会风俗民情、经济发展差异都很大,虽是统一下达的法制,但在不同的地区,在许多情况下也容易形成各自为政的局面,出现了许多原本不是法定制度的“制度”。还有刑名幕友、胥吏对司法审判事权的操纵,讼棍架词唆讼的活动,“成案”类推比附的广泛适用,各省“发审局”组织的出现,班房私禁和毙毙人犯的严重程度,“就地正法”的产生和扩大,民事案件调处的放任和鱼肉乡亲的家族乡里制度,等等。这些情况使得司法审判制度在实际上要比规定上复杂得多,其中有官方认可的,也有禁而不止的;有已经修订为国家条例和地方性法规的,也有虽经多年遵行而不见成文的。这正是专制权力之于法制的弊病。

对于清代司法审判制度的这些基本特点,笔者的研究工作第一要说清“什么是”,第二要回答“为什么”;也就是说,不但要原原本本地描绘出清代司法审判制度一般的状况,而且还应进一步探讨其特点。这样无疑对研究工作提出了很高的要求。笔者执笔之初即感到了这一点,不知能否胜任?

本文在篇章结构上,以清代司法审判组织和管辖、刑事重罪审判、民事审判先后为序。在论述过程中,笔者注意将清代司法审判制度放在清代专制权力极端强化的总的政治体制和社会背景中考察。为了不使制度和法律条文的叙述过于干涩,本文大量引用了清代档案的原始史料以及清人笔记、野史和抄本。当然,《律例》、《会典》等官书更是本文的主要依据。

第一章 清代专制集权的政治体制与司法制度

专制制度要求人民诚惶诚恐地崇拜专制权力,除了历史的、时代的限制性及其内部制约而外,专制权力似乎可以为所欲为,专制君主也往往为此而自我陶醉。但是我们不难发现,只要不是昏庸的、忘乎所以的、过于迷信权力的专制君主,都还在不同程度上重视建立健全自己的法制,并不使专制权力与法制绝对对立。专制权力制定了法,而法又反过来维护了专制权力。正因为法制作用的重要,在中国历史的发展上,才形成了一个与专制制度相适应的完整的法律体系。从李悝《法经》到汉《九章律》、《唐律》、《明律》、《清律》,代代相因,法制的继承与稳定是中国古代中央集权专制制度(封建社会)长期性的一个重要原因。

清代社会高度发展的专制权力早已经制度化、法律化了。在清代多民族的统一国家内,确立了空前巩固的从地方各省、边疆各民族区域到中央的,以皇权为核心的专制政治体制。司法审判是各级政权的一项主要职能,有力地支持了清代专制政治体制。本章拟论述司法制度在清代专制政治体制中的作用和意义。

(一) 皇权与司法

1. 皇权消涨对于国家法制的作用

清代国家的政治体制从皇帝到州县官、到“外藩”世职,构成了金字塔式的专制权力结构,各级都在自己的权力范围内执行其司法职责。皇帝诏令是国家最高的法律渊源,皇权作为最高层次的专制权力是整个专制国家法制的最终“保证”。专权和独裁是封建政治制度的实质。它要求国家的一切政治生活,包括司法活动,都适应于它,服从于它。或者说,封建法制本身也就是专制权力的一个组成部分。在中国传统社会最后的一个“盛世”,康雍乾时代,能够实现国家法制的“护法尊神”仍然是皇权,这是一个不可改变的历史事实。生活在现代社会的人们有充分理由谴责一