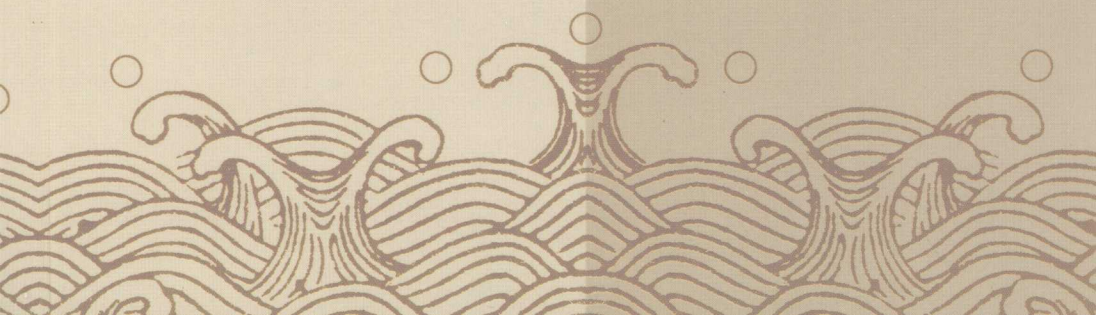


中国审判制度史

上海三联书店

那思陆 著

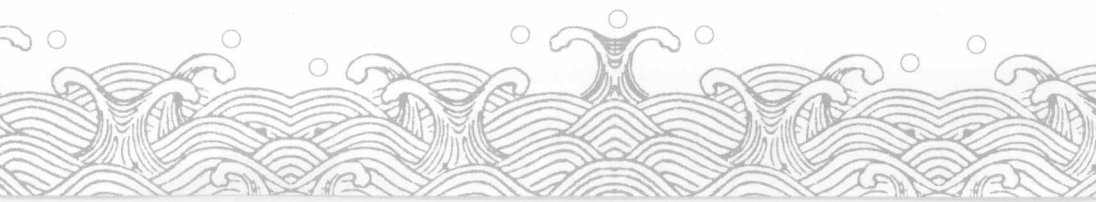


那思陆 著

中国审判制度史



上海三所书店



图书在版编目(CIP)数据

中国审判制度史/那思陆著. —上海:上海三联书店,
2009.4

ISBN 978-7-5426-2886-2

I. 中... II. 那... III. 审判—司法制度—法制史—
研究—中国—古代 IV. D925.02

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 137514 号

中国审判制度史

著 者 / 那思陆

责任编辑 / 王笑红

特约编辑 / 李典蓉 孔 晶

装帧设计 / 鲁继德

监 制 / 李 敏

责任校对 / 张大伟

出版发行 / 上海三联书店

(200031)中国上海市乌鲁木齐南路 396 弄 10 号

<http://www.sanlian.com>

E-mail: shsanlian@yahoo.sh.cn

印 刷 / 上海叶大印务有限公司

版 次 / 2009 年 4 月第 1 版

印 次 / 2009 年 4 月第 1 次印刷

开 本 / 640×960 1/16

字 数 / 260 千字

印 张 / 19.5

ISBN 978-7-5426-2886-2/D.131

定价:35.00 元

自序

一个中国法制史研究者的自述

胡适之先生四十岁的时候，写了一本书——《四十自述》。我今年五十四岁了，应该可以写自述啦！

一九六六年，我在台湾省立新竹中学读高一的时候，有一次我到新竹地方法院去旁听一件有关民事债务纠纷的审判，那件案子的原告是我的初中老师余子明先生，余老师为人方正，一丝不苟。那是我第一次看到法院真实的审判，我印象很深。那时候才知道“法院之肃穆，法官之威严”，心生“有为者亦若是”。我对法律有兴趣就是那时候开始的。

我对历史有兴趣也是在高一那一年开始的，当时买了一本胡适之先生写的《中国古代哲学史》。我对中国古代哲学的初步了解，就是靠这本书。高二那一年，我选择了社会组（乙组及丁组），一九六九年高中毕业，参加大专联考，我报考丁组（法学院及商学院），考取政治大学法律系，从此开始了我的法制史研究之路。

当时政大法律系的师资阵容是很坚强的，记忆所及，教过我课程的教授有：李元簇教授（刑法），林纪东教授（宪法），陈朴生教授（刑事訴訟法），姚瑞光教授（民事诉讼法），郑玉波教授（债编总论），杨与龄教授（强制执行法），丘宏达教授（国际公法），刘铁铮教授（国际私法）等。这几位教授学养极佳，我受益良多。大学期间，我参与社团活动很多，多少影响了课

业，毕业时学业成绩平平。

大三那年，戴东雄教授教我们中国法制史这门课，用的教材是戴炎辉教授撰写的《中国法制史》。当时，自己也买了几本中国法制史的教材及著作，有陈顾远教授的《中国法制史》，徐道邻教授的《中国法制史论略》和陶希圣先生的《清代州县衙门刑事审判制度及程序》，其中有关中国古代审判制度的介绍，让我产生了很大的兴趣。这几位教授写的有关中国法制史的论著，广度够而深度则有所不足，我自认在审判制度（审判法）史上有发展空间。

一九七五年我服役归来，开始上班工作。那一年八月，台湾志文出版社出版发行了徐道邻教授的《中国法制史论集》，这本书对宋代的审判制度有突破性的创见，令人赞叹。一九七八年我考取中兴大学法商学院（现已改制为台北大学）法律研究所。我的指导老师是林咏荣教授，硕士论文题目是《清代州县衙门审判制度》。研究所期间，有一位兼任教授对我十分爱护，他就是台大政治系缪全吉教授，缪老师知道我计划写的硕士论文题目后，他主动邀我去南港中央研究院历史语言研究所拜访张伟仁教授，参观了张教授的图书室，并了解他的研究计划。那一次参访使我对清代内阁大库三法司题本有了初步的认识，始知“宫殿之美”，加深了我后来对清代中央司法审判制度的兴趣。

一九八〇年五月，法商学院法律研究所对我的硕士论文举行口试，口试委员五位，他们是：林咏荣教授（中国法制史）、曹鸿兰教授（刑事诉讼法）、城仲谟教授（行政法）、缪全吉教授（中国政治制度史）和傅宗懋教授（中国政治制度史）。前三位是中兴大学法商学院的教授，第四位是台大政治系教授，第五位是政大政治系教授。真正属于法制史专业的只有林咏荣教授，缪全吉教授和傅宗懋教授是相关专业，其他两位既非法制史专业也非相关专业，由此可知极难找到法制史专业的教授。

那次口试，我印象很深。有一位口试委员询问我：“你研究清代法制有什么用？”我的答复内容已经记不清楚了，我只记得我的答复十分强硬，

让那位老师很是不满。事后,从所办公室得知,那位口试委员只给了我七十分,刚好及格。但是我的论文口试成绩仍有八十三.六的分数,少数法学界的人对中国法制史有成见,由我的例子,可见一斑。口试时,缪老师对我的硕士论文,赞誉有加。他说:“你的硕士论文有博士论文的水准。”这句话激励了我继续研究中国古代司法审判制度的信心与决心。

班上同学共有十二位,至少有七、八位都考取了律师,有不少人放弃了硕士学位,没有提出硕士论文。我自知考试能力欠佳,研究能力尚可。我在一九七八年之后,就完全放弃律师高考及司法官特考。一九八六年,空中大学设立,一九八八年八月,我应聘至空中大学社会科学系(法律类)担任讲师,从此进入学术界,正式从事我的中国法制史的研究。

真正影响我研究清代中央司法审判制度的人是张伟仁教授,当时他在台大法律系授课,我并没有上过他的课。一九八三年九月,他出版了《清代法制研究》三大册,这是他研究清代内阁大库三法司题本的一部巨著,这部书不同于传统的中国法制史著作,内容严谨,几乎每一段文字都有出处,可以说是“言必有据”。其中第一册内的两篇论文(约十万字),更是研究清代法制所必读。

一九八九年四月,我第一次到北京,参访了第一历史档案馆,约略了解了该馆的档案情况。一九九〇年五月,我第二次到北京,有一位朋友送我一本郑秦先生著的《清代司法审判制度研究》,这本书有六篇文章,有四篇是关于清代中央司法审判制度的,有两篇是关于清代地方司法审判制度的。郑先生于一九八七年在中国政法大学中国法制史博士研究生毕业,获法学博士学位,据悉,是中国第一批法学博士。这本书促使我加紧脚步,撰写升等副教授论文《清代中央司法审判制度》。一九九二年三月,这本书在台北文史哲出版社出版发行了。

这本升等论文在升等过程中,有一些波折,在程序审查上不公正,在实质审查上极不合理,我先提出申复,申复不成,再提出申诉。申诉得到平反,我升等成功,这在当时的大学校园里是少见的。从此之后,校务缠

身,不得安宁。

一九九七年春季,政大法律系黄源盛副教授鼓励我,再接再厉,写明代中央司法审判制度。我接受了他的建议,我开始搜集、阅读有关明代中央司法审判制度的史料。早在一九七八年,澳洲墨尔本大学历史系杨雪峰教授,就在台湾黎明文化事业公司出版了一本《明代的审判制度》,杨教授这本书把中央与地方司法审判制度合在一起谈,而且常比附现代欧陆法制,我获得启发,但并不满意。我决定写一部《明代中央司法审判制度》,作为我的升等教授论文。

一九九八年九月,笔者应政治大学法律系之邀,代课一年,于法律系二年级开设“中国司法制度史”一学年,此次开课首开风气之先,或为海峡两岸之首次开设本课程。笔者任教一年中,教学相长,启发甚多。一九九九年七月,我开始撰写空大教科书《中国司法制度史》,二〇〇一年二月及二〇〇二年二月,各开课一学期。《中国司法制度史》就是本书的前身。

二〇〇二年六月,台湾正典出版文化公司出版发行我的升等教授论文《明代中央司法审判制度》,这一次升等的过程很平顺。二〇〇三年八月,我通过升等教授。

我的父系祖先是满族,我的母系祖先是汉族,《清代中央司法审判制度》的撰写,对我的父系祖先有个交待。《明代中央司法审判制度》的撰写,对我的母系祖先有个交待。我自认诚实对待两个民族的法制史,两本书基本上都是事实判断,很少价值判断。

在二十多年的法制史研究生涯中,我对于法制史的定位常常加以思考。随着年龄的增长,对这个问题的思考渐趋成熟,也有一些的想法。法制史究竟是史学?抑是法学?历史是已发生事实的记录,史学则是研究已发生事实的学问。法学则是另一种复杂的学问,可以分为:上游为立法的范畴,下游则是法律适用的范畴。行政的理想原则是依法行政,司法的理想原则是依法审判。法制史的研究兼有法学的上游与下游。由国会所通过的法律表面看来是规范,但内容则是价值,可以说是一套有逻辑性

的价值系统。理想的审判希望依照高度逻辑性的规定,透过电脑就可以进行审判,但这是不可能的任务。审判包含了事实认定及法律适用两个不同的层面,前者是要认定历史的真相,法官在事实认定错误时,后者(法律适用)即必定错误。

史学是研究事实的学问,法学是研究价值的学问。史学关注的是真假(真)的问题,法学关注的则是善恶(善)的问题。真善美三者之中,真为第一,善为第二,美为第三,此一排序,并非无因。

法史学是史学的一支,因此也是研究真假的学问,所以答案是一元的,因为事实只有一个。法学可以说是研究上位价值(规范)与下位价值(规范)的学问。因此答案是多元的,这在国会立法过程中可以很明显地看到,而在法院法律适用时,答案也会是多元的。以三段论法为例:

大前提:杀人者,(应)处死刑、无期徒刑或十年以上有期徒刑。

(抽象的法律价值)

小前提:张三杀人。(具体的个案事实)

结 论:张三(应)处死刑、无期徒刑或十年以上有期徒刑。(具体的个案价值)

三段论法的结论并未脱离大前提的范围,但并不像法院作出的判决那样具体。法院的判决除了要适用该法律之外,尚须考量其他法律中所规定的来衡量具体的刑度。国会所订定的法律呈现出抽象的法律价值,判决则呈现出具体的个案价值。

法史学与法理学、法哲学不同。法史学所关注的是真假(实然)的问题,法理学与法哲学所关注的对象则是善恶(应然)的问题,两者无必然之关系,因此研究方法也不同。傅斯年曾说过:“史学就是史料学。”这样的看法可能会使人对史学望之却步,觉得史学似乎缺少趣味与精彩。但是因为史学与法学关注的重点不同,因此有不同的研究方法。把三者混为

一谈的作法,我抱持着怀疑的态度。

我并不主张法史学者只作史料研究而不作价值判断,而是主张要有节制地作价值判断,但主要仍要以事实判断为主。因此,史学的根本是事实判断(一元的),法学的根本是价值判断(多元的)。

我相信价值自由(value free)乙词,价值应是多元的、自由的。因此法学者会有各种不同的法律意见,而法官会有不同的判决意见。法官的判决必须要作出事实认定与法律适用,两者都是高难度的工作,想要达到至善(公平正义)的境界,凡人担任的法官似乎不太可能达成,只有全知全能的神(如果有的话)才可能做到。

近年来台湾政界出现了不少的奇谈怪论,“(建立)台湾主体性”一说即为其一。而此说究竟是史观或是理论?论者一直说不清楚。我对各种史观都抱持着怀疑的态度。所谓的“(建立)台湾主体性”根本是一项政治主张,也就是价值判断。阐述个人政治意见,本来就是国民的权利,政治主张本来就是多元的价值判断,无所谓“绝对正确”。这种政治主张真正的目的是为台湾独立提供理论基础,就像“西藏独立”政治主张一样。这个政治主张从一九九七年开始出现,它并不是学术性的史学主张或理论,如果以学术的外衣包裹着政治主张,将玷污历史的纯净。从历史事实可以知道,台湾是中国的一省,因此在历史上没有所谓的主体性。但未来台湾的发展究竟为何,则仍有待各种条件的成就。在特殊的时空环境下提出这样的政治主张,将政治主张与历史研究混为一谈,其实是鱼目混珠的作法。历史的真相不会被有心人遮掩而改变。对于以“(建立)台湾主体性”提供台独理论基础的作法,我相当不以为然。

在此我公开表态,我反对“台湾独立”,我认为“台湾独立”在事实上不可能,在价值上不妥当,多说无益,让未来见证一切吧!

本书书名为《中国审判制度史》,也可以称为中国审判法史或中国诉讼法史,是中国法制史的一个分支。它与中国民事法史、中国刑事法史、中国行政法史、中国少数民族法史都是中国法制史的部门史。中国审判

自序

制度史是一门近年来新兴的学术,本书的撰写只是为这门学科作一点“学术播种”的工作,这门学科未来会有无限宽广的发展空间。

中国审判制度史研究中国历史上有关审判制度的历史。因史料所限,本书的论述起自秦代,终于清代。周代以前,暂时阙而不论。本书的体例架构因属初创,未必妥适,惟未来仍可作为研究者的参考。

本书撰写过程中,承台大历史系杨芝华同学、张培玲同学及政大历史系李典蓉同学协助本人口述抄录,又本书改名修订过程中,承政大法律研究所陈郁如同学协助,在此一并致谢。

那思陆

二〇〇四年八月三日

于台北市新生南路寓所

目 录

自 序	(1)
第一章 绪论	(1)
第一节 序言	(1)
一、欧陆法制的移植与省思	(1)
二、中国传统法制的重新研究	(4)
第二节 中国审判制度史的定义与性质	(5)
第三节 中国审判制度史的研究目的	(6)
一、中国历史上的审判制度的重现	(7)
二、中国历史上的审判制度的解释	(8)
三、中国历史上的审判制度的借鉴	(9)
第四节 中国审判制度史的研究方法	(10)
一、研究中国审判制度史的史学方法	(10)
二、研究中国审判制度史的法学方法	(11)
第五节 研究中国审判制度史的史料	(12)
第二章 总论——中国古代三法司的形成、确立与发展	(15)
第一节 中国古代三法司的形成(汉代至魏晋南北朝)	(17)
一、廷尉	(17)

中国审判制度史

二、御史台	(18)
三、三公曹尚书和二千石曹尚书	(20)
四、魏晋南北朝的变化	(21)
第二节 中国古代三法司的确立(唐代至宋代)	(22)
一、刑部	(23)
二、御史台	(24)
三、大理寺	(25)
四、宋代的变化	(26)
第三节 中国古代三法司的发展(元代至清代)	(30)
一、刑部	(31)
二、都察院	(32)
三、大理寺	(33)
四、清代的变化	(34)
第四节 小结	(36)
第三章 秦代的审判制度	(41)
第一节 序言	(41)
一、立法沿革	(41)
二、审判制度的统一	(45)
第二节 地方审判制度	(46)
一、地方审判机关	(46)
二、地方审判程序	(48)
第三节 中央制度	(53)
一、中央审判机关	(53)
二、中央审判程序	(54)
第四章 汉代的审判制度	(56)

第一节 序言	(56)
一、立法沿革	(56)
二、尚书台的设置与司法审判	(57)
第二节 地方审判制度	(59)
一、地方审判机关	(59)
二、地方审判程序	(64)
第三节 中央审判制度	(70)
一、中央审判机关	(70)
二、中央审判程序	(73)
 第五章 晋代的审判制度	(76)
第一节 序言	(76)
一、立法沿革	(76)
二、晋代律学的兴衰	(78)
第二节 地方审判制度	(79)
一、地方审判机关	(79)
二、地方审判程序	(81)
第三节 中央审判制度	(83)
一、中央审判机关	(83)
二、中央审判程序	(85)
 第六章 唐代的审判制度	(87)
第一节 序言	(87)
一、立法沿革	(87)
二、三司推事的建立	(91)
第二节 地方审判制度	(93)
一、地方审判机关	(93)

二、地方审判程序	(97)
第三节 中央审判制度	(104)
一、中央审判机关	(104)
二、中央审判程序	(108)
第七章 宋代的审判制度	(112)
第一节 序言	(112)
一、立法沿革	(112)
二、宋代审判制度的特色	(116)
第二节 地方审判制度	(118)
一、地方审判机关	(118)
二、地方审判程序	(122)
第三节 中央审判制度	(132)
一、中央审判机关	(132)
二、中央审判程序	(138)
第八章 金代的审判制度	(143)
第一节 序言	(143)
一、立法沿革	(143)
二、金代审判制度的发展与演变	(146)
第二节 地方审判制度	(149)
一、地方审判机关	(149)
二、地方审判程序	(152)
第三节 中央审判制度	(154)
一、中央审判机关	(154)
二、中央审判程序	(156)

第九章 元代的审判制度	(160)
第一节 序言	(160)
一、立法沿革	(160)
二、蒙汉分治与民族歧视	(163)
第二节 地方审判制度	(166)
一、地方审判机关	(166)
二、地方审判程序	(172)
第三节 中央审判制度	(174)
一、中央审判机关	(174)
二、中央审判程序	(176)
第十章 明代的审判制度	(180)
第一节 序言	(180)
一、立法沿革	(180)
二、明代审判制度的历史分期	(185)
第二节 地方审判制度	(187)
一、地方审判机关	(187)
二、地方审判程序	(189)
第三节 中央审判制度	(201)
一、中央审判机关	(201)
二、中央审判程序	(211)
第四节 明代审判制度的弊病	(221)
一、司礼监	(221)
二、东厂	(222)
三、锦衣卫	(223)
第十一章 清代的审判制度	(226)

第一节 序言	(226)
一、立法沿革	(226)
二、清代审判制度的分期	(230)
第二节 地方审判制度	(232)
一、地方审判机关	(232)
二、地方审判程序	(233)
第三节 中央审判制度	(242)
一、中央审判机关	(242)
二、中央审判程序	(249)
征引书目	(259)
附录:民国初期的法律与司法制度	(263)
壹 宪法的制定	(265)
一、《中华民国临时政府组织大纲》	(265)
二、《中华民国临时约法》与《国会组织法》	(267)
三、民国二年的《中华民国宪法草案》(《天坛宪草》)	(268)
四、《中华民国约法》	(269)
五、民国十二年之中华民国宪法(即《曹锟宪法》)	(270)
貳 法律的编纂与制定	(272)
一、民国建立后法律的适用—清末法律的沿用	(273)
二、法律编纂草拟机关	(274)
三、民事相关法律	(276)
四、刑事相关法律	(279)
叁 司法制度与诉讼法规	(281)
一、法院编制法的修定与三级三审制	(282)
二、二元化的诉讼制度—新式法庭与	

目 录

县知事兼理司法事务	(283)
三、特别法院	(285)
肆 结语	(287)
附录【中华民国临时约法】的内容	(289)