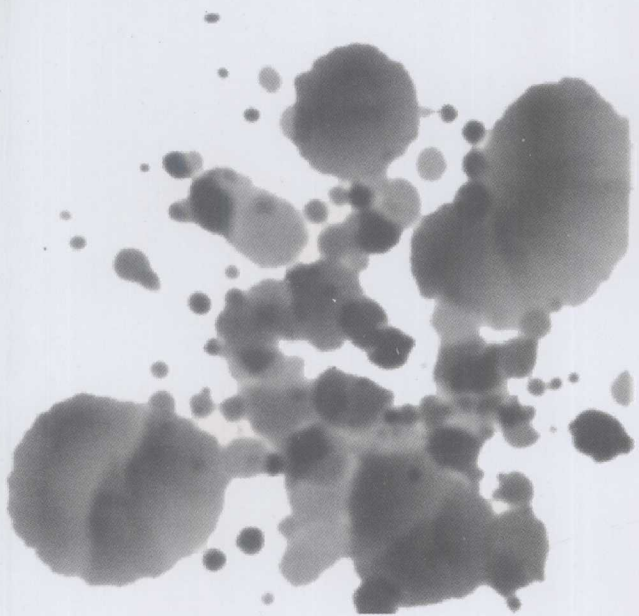


伦理司法

中国古代司法的观念与态度

罗昶 著

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA



伦理司法

中国古代司法的观念与制度

罗昶 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

伦理司法:中国古代司法的观念与制度 / 罗昶著. —北京:法律出版社, 2009. 3
(中国司法研究书系)
ISBN 978 - 7 - 5036 - 9242 - 0

I. 伦… II. 罗… III. 审判—司法制度—研究—中国—古代 IV. D925.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 014630 号

中国司法
研究书系

伦理司法——中国古代司法
的观念与制度

罗 昶 著

责任编辑 王旭坤
装帧设计 贾丹丹

© 法律出版社·中国

开本 A5
版本 2009 年 3 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 北京北苑印刷有限责任公司

印张 16.125 字数 428 千
印次 2009 年 3 月第 1 次印刷
编辑统筹 独立项目策划部
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/010-63939840

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 - 5036 - 9242 - 0

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总序

我的法社会学研究主要集中在对中国问题的关注上,中国习惯法与中国司法是两个主要的领域。

中国习惯法方面我已经出版了《中国习惯法论》、《中国少数民族习惯法研究》、《瑶族习惯法》等著作,呈现在大家面前的这一“中国司法研究”书系则是我关于中国司法思考的主要成果。

司法是运用法解决个案纠纷,将法适用于具体案件的过程。司法既是使书本上的法落实转化为具体行动中的法律的过程,同时也是一个对法进行宣示,使民众形成具体的法认知的过程。司法所担负的功能除了将社会纠纷消解在法程序之中外,还负有适用法、发展法的社会职能,对公民权利的保障具有重要意义。司法是中国法治建设中的核心环节,法治的关键在于法律的实施和实现,司法使法有了真正的意义。

随着中国法治建设的深入和法学的发展,我认为,中国的法学研究面临转向,由面向立法的法学转向面向司法的法学,法律实施、法律适用、法律效力、法律实效等日益成为法学研究的重点。中国法学不

仅要关注“有法可依”问题,更要探讨“有法必依”问题,研究如何使“纸面上的法”成为“行动中的法”,真正在社会生活中发挥法律的作用。司法的地位由此凸显出来。法学研究应当适应这一变化,探讨这一变化。

本着这样的思路,我对中国司法产生了浓厚的兴趣,并进行了较长时间的关注和思考。在探讨中国司法过程中,我主要有以下基本认识:

1. 通过微观认识宏观。微观研究强调对个体和小群体的考察,关注个体的自由和活力,人们总是处在创造、改变他们的生活世界的过程中。微观研究固然存在结论普适性、理论一般性等问题,但是微观研究范围较小、对象明确,具有较强的应用性、灵活性和单一性,微观研究有助于摆脱既有的规范信念。个体是整体的一部分,通过具体的个案样本分析中国司法的一般规律,发现中国司法的整体状况,探讨中国司法的结构,能够避免宏大研究的抽象、空泛,具有直观性、丰富性和说服力。

2. 通过实证把握制度。中国司法研究可以采用规范研究、历史研究、比较研究、哲理研究等方法,但是采用实证研究方法更有其特殊意义。要了解中国社会的司法的状况,仅仅局限于法律条文远远不够,不能仅仅停留于制度、规范的静态研究阶段,必须掌握第一手资料,进一步对其在社会生活中的存在形式与状况,即事实问题、实效性问题的考察、实证的分析,规范的价值判断应该以实证分析为基础,实证为理论创新和制度变革提供契机,通过实证研究解释司法制度、认识中国司法发展中的问题,从而推进当代中国的司法改革和完善。

3. 通过历史观照现实。一切现实活动都是历史,从本质上来说,历史与现实是息息相关的。历史是过去的现实,现实是未来的历史。人类从事每个时段的司法实践,无不需要以已经具备的历史条件作基础,无不需要借鉴有关的历史经验。当代中国司法是历史的产物,也是历史的一部分。研究中国司法形成和转变的历史,就在于其与现实有着复杂的关联,可以为现实提供资鉴。通过历史能够更清晰地观照当代中国司法的现实。同时,在古今关联中继承中国优秀司法传统,汲取精神营养,总结出某些规律性的认识。

4. 通过社会理解司法。认识司法不能离开中国社会,司法是社会的产物,社会发展决定中国司法的性质和特点,社会结构、社会环境制约中国司法的功能和作用。因此,应当探寻司法中的中国社会、中国文化特质,通过社会认识司法。同时,也要通过中国司法理解中国社会、认识中国社会。司法解决社会纠纷、恢复社会秩序、实现社会正义,其在当代中国社会控制中具有越来越重要的地位。

“中国司法研究”书系就是上述认识的初步体现。我和合作者们经过几年的努力,对中国司法的观念与制度、规范与运作进行了较为全面的田野调查和理论思考,希望认识中国司法更客观的事实,把握中国司法更内在的联系。

《基层司法——社会转型时期的三十二个先进人民法庭实证研究》根据2004年“中国十佳人民法庭”评选活动中各地人民法庭的事迹介绍材料,从法庭概况、外部关系、法庭人员、法庭运行等方面对全国32个先进人民法庭进行了实证研究,从面上对我国的人民法庭进行了全面研究。人民法庭主要设立在农村社区,对农村纠纷的解决、法律在农村的实施、农民的权利保障具有重要意义。《基层司法——社会转型时期的三十二个先进人民法庭实证研究》对我们认识中国司法与处于社会转型时期中国社会的关系有新的启发。

《乡土司法——社会变迁中的杨村人民法庭实证分析》是一部以田野调查方法全面描述和分析我国人民法庭个案的著作。我们以参与式观察获得的材料为基础,从内在视角对北方某省的杨村人民法庭进行了法庭的组织分析、法官的角色分析和法庭案件审理过程的制度运行分析,以一个个案的形式探讨了人民法庭的内部结构、外部关系、自身运行、整体特点。《乡土司法——社会变迁中的杨村人民法庭实证分析》细致展示了杨村人民法庭的全貌,有助于我们思考社会变迁对基层司法的影响以及人民法庭、司法本身在社会变迁中的功用。

《政治司法——1949~1961年的华县人民法院》以1949~1961年北方某省华县人民法院为样本,利用该时期诉讼档案、文书档案及其他资

料,结合对老法官的访谈等,考察了审判机关、司法人员、审判工作等基层司法运作状况,表明司法为国家实现社会控制的手段之一。这一时期特殊的政治、经济、社会形势,以及以阶级性为核心的法的特征、司法所扮演的阶级统治工具(尤其是专政工具)角色及其承担的强政治使命决定了,政治性乃是此一时期司法的核心属性,影响深远。《政治司法——1949~1961年的华县人民法院》对我们理解当代中国司法制度的确立、完善当代中国司法制度提供了有益的观照。

《伦理司法——中国古代司法的观念与制度》从观念与制度两方面对中国古代社会最主要的人判形式——国家审判进行了系统的探讨。严格执法、经义决狱、屈法伸情等中国古代审判观念明显受到中国社会固有伦理观念的影响;中国古代的国家审判制度的审判机构、审判官吏、审判管辖、证据制度、普通审判程序、复审与死刑复核制度、判决的执行等也以伦理思想为指导而形成和发展。《伦理司法——中国古代司法的观念与制度》对我们把握中国古代审判的具体内涵进而从更广阔角度认识当代中国司法有一定意义。

《多元司法——中国社会的纠纷解决方式及其变革》从社会事实出发,对中国古代汉族的神判进行了探讨;对中国古代汉族人判形式之一的社会审判形式如宗族审判、村落审判、行会审判、秘密社会审判等进行了全面的讨论;分析了少数民族的纠纷解决方式;讨论了近代中国的司法改革思想、领事裁判权与近代中国法制变革;对中国律师执业中的关系因素、法官法律适用中的关系因素进行了具体分析,并总结了当代中国法律适用的平衡性问题。《多元司法——中国社会的纠纷解决方式及其变革》对我们完整地中国社会的多元解纷机制及其发展、认识中国司法中的文化因素提供了新的视角。

这五本书构成的“中国司法研究”书系,呈现了这样一些特点:

第一,大司法。这五本书视野开阔,对国家、社会的各种解决社会冲突的方式进行了探讨,以发现不同形式的“司法”;“神判”、“人判”、“社会审判”、“国家审判”全景式地展示了中国司法,民间性解纷机制与以国家

暴力强制为后盾的官方行为同在研究范围之内,体现了我们尊重事实、尊重生活和开放、包容的学术姿态。

第二,真司法。这五本书立意鲜明,描述了人民法庭、基层人民法院的真实运作状况,分析了影响当代中国司法的关系等社会因素,旨在寻求中国司法的实际面目,探究中国司法的“活水之源”,揭示中国司法的内在联系。这五本书是我们求真问题、寻真现象、思真答案的体现,求真务实是我们的学术追求。

第三,中国司法。这五本书主题明确,集中讨论了中国司法,“乡土司法”、“基层司法”、“政治司法”、“伦理司法”、“多元司法”反映了中国司法的特质,揭示了中国司法的多样性和复杂性。我们致力于中国司法与中国社会关系的探讨,为中国司法的发展和完善进行基础性的建构,表现了我们对于生于斯、长于斯的这块土地、这个社会的一种学术责任和情怀。

我认为当代中国司法是中国社会政治、经济、文化发展的产物,有其自身的内在规律和基本价值,具有明显的中国特点。基层司法为中国司法的典型形态,代表了中国司法的具体实貌,体现了中国司法的基本特征,反映了中国司法的主要内涵。由于中国社会变迁的阶段和特点所限,中国司法生长于乡村社会并扩展至城市社区,总体上具有乡土司法的特质。当代中国司法是中国古代司法的延续和发展,仍然受到伦理观念、伦理思想的深刻影响,承继了中国古代伦理司法的核心理念。中国司法反映出浓厚的政治色彩,全面表现了政治司法的功能和特性。

在我看来,中国司法在司法理念、司法目的、司法功能、司法体制、司法技术、司法效果等方面具有明显的中国特色。中国司法重视当事人的诉求,强调当事人之间的合意,突出协商性正义的追求。中国司法承担着重要的社会功能,在维护社会秩序、实现社会和谐方面具有积极作用。中国法官是社会的普通一员,本身即为民众的组成部分之一,而不是法律贵族和职业精英;他们积极参与社会生活,充分运用社会经验解决纠纷。中国法官的管理制度、考核制度、奖惩制度、福利制度亦独具特点。

中国司法适应中国社会需要、解决具体中国问题,然而当代的中国问

题具有世界背景,因而我们应当具有国际视野,需要思考与外国司法的沟通,注重外国人的理解和接受,注意在全球交流中的一致与共识,为解决全球问题贡献中国司法的力量,为外国司法、人类司法提供中国经验、中国智慧。中国司法需要重视制度的竞争力,在现代社会的实践中加强中国司法制度的传播和推广。

在中国司法的调查和研究中,我们秉持尊重和理解立场,将纠纷解决、司法审判视为中国人生活方式的组成部分,追求认识社会控制和社会秩序的内在规律,重视民众和法官的自我创造,避免以有限的知识评判具体的中国司法制度和实际的中国司法运作,防止学术研究中的过于自信现象,提醒自己作为知识分子的使命和局限性。

我希望我们的调查和研究能够促进知识增量,“中国司法研究”书系能够增进对中国社会司法、审判的了解和理解。在我看来,学术的发展以知识增量为基础,一项研究如果在知识上没有提供新的内容就属重复劳动,就缺乏学术意义和创新价值。学术研究应当解决一定的问题,作出一定的贡献,成为以后相关研究的基础和前提。

在“中国司法研究”书系中,我们提出了一些核心性的概念,进行了理论方面的初步思考,但这离全面的理论创新和系统的理论建构还有相当大的距离。我们需要持续的努力和长期的积累。可以自豪的是,我们在不断前行。

当然,我们的努力是初步的,我们对中国司法的探讨并不系统,认识也可能是片面的,需要进行进一步的更为宏观和深入的思考。不过,从另外角度考虑,或许有局限才真正有价值。

高其才 谨识

二〇〇八年十二月六日

148 \ (不) 去府部刑 章三第

148 \ 今 目公, 一

148 \ 公府刑部, 二

148 \ 罪重, 三

148 \ 刑部刑部, 四

148 \ 罪宜刑部, 五

148 \ 刑部刑部, 六

148 \ 疑案义强 章四第

148 \ 合案案并, 一

148 \ 疑案义强, 二

148 \ 去府部刑, 三

导言 / 1

上卷: 中国古代司法观念 章五第

第一章 司法与司法公正 / 25 \ 疑案义强, 一

一、司法 / 25 \ 疑案义强, 二

二、司法公正 / 28 \ 疑案义强, 三

148 \ 疑案义强, 四

第二章 严格执法(上) / 49

一、良善之法 / 50 \ 疑案义强, 章六第

二、平等执法 / 54 \ 疑案义强, 一

三、依律断狱 / 65 \ 疑案义强, 二

四、罪罚相当 / 70 \ 疑案义强, 三

五、罪疑从轻 / 78 \ 疑案义强, 四

六、法司专权 / 80 \ 疑案义强, 五

148 \ 疑案义强, 六

第三章 严格执法(下) / 84

- 一、公布法令 / 84
- 二、便民诉讼 / 86
- 三、重视证据 / 90
- 四、反对刑讯 / 96
- 五、听狱宜速 / 98
- 六、集体公断 / 103

第四章 经义决狱 / 106

- 一、礼法结合 / 107
- 二、经义决狱 / 116
- 三、权时执法 / 124

第五章 屈法伸情 / 144

- 一、君主守法问题 / 147
- 二、肆赦问题 / 152
- 三、肉刑问题 / 155
- 四、“存留养亲”问题 / 160

第六章 良吏司法 / 161

- 一、良吏司法 / 161
- 二、良吏条件 / 171
- 三、良吏知法 / 179
- 四、良吏守法 / 180
- 五、良吏权限 / 185
- 六、监督良吏 / 188

下卷：中国古代司法制度

第七章 审判机构 / 193

- 一、最高审判官——皇帝 / 194
- 二、中央审判机构 / 203
- 三、京畿地区审判机构 / 214
- 四、地方普通审判机构 / 218
- 五、特别审判机构 / 227

第八章 审判官吏 / 233

- 一、审判官的选拔、任用 / 233
- 二、审判官的职权 / 239
- 三、审判官的待遇 / 247
- 四、审判官的回避 / 250
- 五、审判官的考核 / 254
- 六、审判官的责任 / 257
- 七、审判官的幕吏 / 262

第九章 审判管辖 / 279

- 一、级别管辖 / 279
- 二、地区管辖 / 285
- 三、专门管辖 / 289

第十章 证据制度 / 295

- 一、盟誓 / 296
- 二、口供 / 297
- 三、证人证言 / 300
- 四、物证 / 307
- 五、书证 / 311

六、勘验、检查笔录 / 315

第十一章 普通审判程序 / 329

一、告诉与受理 / 330

二、庭审组织 / 356

三、到庭人员 / 360

四、审判程序 / 368

五、审判方式——拷讯 / 382

六、民案调处 / 393

七、判决与宣告 / 405

八、审判期限 / 429

第十二章 复审与死刑复核制度 / 435

一、复审制度 / 436

二、死刑复核制度 / 448

三、死刑案件复奏制度 / 454

四、审判监督制度 / 457

第十三章 判决的执行 / 461

一、生命刑的执行 / 461

二、体刑的执行 / 474

三、自由刑的执行 / 478

四、财产刑的执行 / 488

五、身份刑的执行 / 490

六、刑罚的赦免 / 491

主要参考文献 / 495

后记 / 503

导 言

我们生活在历史之中,不仅昨天属于历史,今天和明天也同样为历史的一部分。历史记载和解释作为一系列人类活动进程的现象,历史昭示对形成未来的进程有影响的事件。作为人类生活经验的记忆,历史意识是联结时空的纽带;借助历史意识,我们才能有效地组织起生活,才能把昨天、今天和明天有序地联结在一起。

鉴古以知今,对人类的以往活动记录的把握能帮助人们面对现实、预测未来。当一个民族成为能够从历史中不断汲取力量、不断思考、不断反省、不断创新的民族,这个民族就会充满活力,引领人类社会的发展和进步。

一个时代的终结并不意味着其影响的结束,昨天的观念、制度会以各种形式在今日发挥作用。当代中国建构合理的司法制度,需要总结中国古代社会司法、审判的观念和制度。

中国有着悠久的历史、文化传统,法律方面也形

成了独树一帜、具有广泛影响的中华法系,而关于解决纠纷的司法、审判的观念和制度为其中颇具特色的组成部分。^① 这些是我们民族记忆的有机组成部分。

中国古代司法的观念包括严格执法、经义决狱、屈法伸情、良吏司法等方面;中国古代的司法制度涉及审判机构、审判官吏、审判管辖、证据制度、普通审判程序、复审与死刑复核制度、判决的执行等内容。

通古今之变,知更替兴衰。总结这些观念和制度,对于当代中国的司法制度的完善、司法公正的实现无疑具有一定的启发和借鉴价值。

二

中国古代社会的学者讨论司法、审判和司法公正,有其独特的视角。荀子提出“君制变”、“臣谨修”和大儒“统类”,即臣下应谨守法令,君主掌握法令的变革权,大儒以礼义“知类”、“统类”通过造法以应变。《慎子》认为:“以力役法者,百姓也;以死守法者,有司也;以道变法者,君长也。”而晋代的刘颂在上惠帝的疏中更明确地说:“君臣之分,各有所司。法欲人奉,故令主者守之;理有穷塞,故使大臣释滞;事有时立,故人主权断。”他认为,对具体案件的审断,司法官吏必须依律办事,严格执法,做到“主者守文,死生以之,不敢错思于成制之外以差轻重”。若有少数案件,“事无正据,名例不及”,法律明文又没有规定,则由“大臣论当,以释不滞”。这就是说,只有中央主管司法、审判的大臣有一定的解释、变通之权。至于超出法律之外的“非常之断、出法赏罚”,那就“唯人主专之,非奉职之臣所得拟议”了。刘颂深刻地揭示了影响中国古代司法、审判公正的三个方面的因素:司法官吏、大臣、君主,他严格区分了君臣在司法公正方面各自的职责:“主者守文”、“大臣释滞”、“人主权断”。在刘颂看来,这样“君臣之分,各有所司”,是防止“法渐多门”,做到“法一”和执法必严、司法公正的基本条件。因此,中国古代社会强调司法、审判官吏严格执法、大臣经

^① 蔡枢衡先生认为:“从历史上看实际是先有裁判,然后才有裁判规定标准的刑法,最后才有为正确适用刑法服务的司法制度。”参见蔡枢衡:“历史上定罪和处刑的分工”,载《法学研究》1980年第4期。

义决狱、皇帝屈法伸情以实现司法、审判的公正。

司法、审判首先要求司法、审判官吏严格执法。“信赏必罚”，“法不阿贵”，这是公正执法、公正司法的必然要求。荀子强调严格执法，信赏必罚。他说：“庆赏刑罚必以信”，要求做到“无德不贵，无能不官，无功不赏，无罪不罚”。法家的商鞅提出“壹刑”的主张，为实现严格执法创制统一刑罚的标准，适用刑罚时不分贵等亲疏。唐朝的魏徵认为“夫刑赏之本，在乎劝善而惩恶，帝王之所以与天下为画一，不以贵贱亲疏而轻重者也”，必须做到“一断以律”，赏不遗亲远，罚不阿亲贵。要想真正做到严格执法还应做到“刑平而公”，而要做到“刑平而公”，关键在于严厉制裁违法犯罪的贵戚、大臣，对此宋代王安石提出：“大臣、贵戚、左右、近习，莫敢强横犯法，其自重慎或甚于闾巷之人，此刑平而公之效也。”

同时，司法、审判要求依法办事。中国古代早在夏商时期就要求断狱者依据刑书，判断而定罪，不得徇私舞弊。《吕刑》中规定：“明启刑书，胥占”；“勿用不行，惟察惟法”。意为审狱者须熟知刑书，不要用已废除的法令；明察事理，以现行法定罪的唯一标准。春秋时期依律断法观念有所发展，据《邓析子·转辞》记载，邓析提出过“事断于法”的主张，即要求以法作为判断人们言行是非曲直的标准。后来法家反对“礼治”，主张“法治”的思想正由此发展而来。在中国古代社会人们主张严格执法、司法，反映在运用刑罚方面则表现为强调定罪量刑必须以公布的礼、法作为标准和依据，使罪名与刑罚相当，春秋时期郑国的子产即为其中的代表。基于此，不少思想家、政治家反对族刑、象刑。

仅仅有司法者、执法者的严格执法、刚正不阿、大公无私并不能完全保证法律的公正性即赏罚的公平合理性，从而实现司法、审判的公正和合理。中国古代社会还要求司法官吏对法律有足够的理解、对案件有充分的了解、对问题有深刻的观察、分析、概括的能力，因而，司法者、执法者必须忠于职守，兢兢业业，竭尽自己的全力工作。为此，需要进行程序规范和制度建设。

从公正、公平出发，中国古代社会还要求司法官吏公布法令、便民诉

讼、重视证据、反对刑讯、集体公断、听狱宜速等,思想家、政治家、法吏对此有不少论述。“一其宪令”,“布之百姓”。这是“法治”和公正的前提。韩非子认为,要使吏民守法,首先应该让吏民知法:“明主言法,则境内卑贱莫不闻知也。”因此必须将制定的法令“布之于百姓”这样既可以防止司法官吏徇私舞弊,使“官不敢枉法,吏不敢为私”;又能“使民以禁而不以廉止”。而丘浚认为审理案件“必备两造之辞,必合众人之听,必核其实,必审其疑”。要让被告人把话说完,“不可以盛怒临之”,“不可以严刑加之”,“输其情则真伪可得而见”,突出证据的重要性。

中国古代社会不但努力通过司法、审判官吏严格执法这一正规制度的途径,追求司法、审判的公正,还尽可能地通过大臣解释法律,扩展法律的适用范围,调动法外资源,弥补司法制度的缺漏,真正实现实体的司法、审判的公正和公平,体现了古代司法智慧的圆熟。礼法结合、经义决狱和权时执法便是这种智慧的体现。

孔子认为对法律的制定和运用必须以礼为指导,“礼乐不兴则刑罚不中,刑罚不中则民无所措手足”。中国古代社会重视经义决狱,以儒家思想为断狱指导思想,要求司法、审判官吏在审理案件过程中,用儒家经义作为分析案情、认定犯罪的理论依据,并按经义的精神解释和适用法律。根据儒家“重志”的主张,董仲舒认为断狱应当“原心定罪”,“必本其事而原其志”,“志邪者不待成”,“首恶者罪特重”,“本直者其论轻”。明代的丘浚主张以经义原则指导审判。他指出,“吏胥不通经,不可以掌律令”;“言刑者必与礼并”,“行罚者必主于经义”;并且强调,定罪量刑时既要依法,又要合乎“礼义”;当礼义与法律发生矛盾时,要根据礼义的原则处理。

与此相联系,中国古代社会的儒臣、学者还重视权时执法对于司法、审判的重要性,提出法律适用应当审时度势,权衡处之。如春秋时期郑国的叔向提出“议事以制”,即根据犯罪的主、客观情节的轻重而定罪处刑;“不为刑辟”,即不预先规定罚罪之法,反对的主要是将定罪处刑的办法条款化、固定化,而坚持司法、审判官员在礼的指导下享有较大自由度的定罪量刑制度。与此相联系,不少人就与权时折狱有关的复仇、父子相隐等