

中国诉讼法史

The History Of Chinese Procedural Law 李交发 著

中国检察出版社

中国诉讼法史

李交发 著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

中国诉讼法史 / 李交发著. —北京: 中国检察出版社,
2002. 10

ISBN 7 - 80185 - 018 - 1

I. 中... II. 李... III. 诉讼法 - 历史 - 中国
IV. D925. 02

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2002) 第 077739 号

中国诉讼法史

李交发 著

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: www.zgjccbs.com

电子邮箱: zgjcbs@vip.sina.com

电 话: (010) 68650027 (编辑) 68650015 (发行) 68636518 (邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市印刷厂

开 本: A5

印 张: 10.625 印张

字 数: 296 千字

版 次: 2002 年 11 月第一版 2002 年 11 月第一次印刷

书 号: ISBN 7 - 80185 - 018 - 1 / D · 1013

定 价: 25.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

目 录

上篇：制度篇

第一章 诉讼机关	(3)
一、刑事诉讼机关	(3)
二、民事诉讼机关	(24)
第二章 起诉制度	(34)
一、起诉形式	(34)
(一) 自诉	(34)
(二) 举告	(37)
(三) 自首	(40)
(四) 官纠举	(43)
二、起诉原则	(51)
(一) 奖励告发 惩处不告	(51)
(二) 限制起诉 反对诬告	(57)
(三) 禁止匿名信告发	(73)
三、起诉制度的基本特征	(77)
第三章 拘传、逮捕、囚禁制度	(83)
一、拘传	(83)
(一) 拘传的法律规定	(83)
(二) 拘传的限制	(85)
二、逮捕	(87)
三、囚禁	(94)
(一) 囚禁人犯的法律规定	(94)

(二) 囚禁人犯所带械具	(100)
(三) 配带械具的限制	(104)
第四章 证据和勘验制度	(106)
一、言证	(106)
(一) 言证制度	(106)
(二) 言证的限制	(110)
二、物证	(113)
三、书证	(117)
四、勘验报告	(125)
第五章 审讯制度	(137)
一、两造到庭 法官讯问	(137)
二、证人到庭质对	(146)
三、刑讯逼供辞	(150)
第六章 判决与上诉制度	(171)
一、判决制度	(171)
(一) 先议后判制	(171)
(二) 先判后议制	(177)
(三) 先议后判再议制	(180)
二、上诉制度	(184)
(一) 正常上诉制度	(184)
(二) 非常上诉制度	(192)
第七章 司法官法律责任	(204)
一、违法不受讼和受讼的法律责任	(204)
(一) 违法不受讼的法律责任	(204)
(二) 违法受讼的法律责任	(206)
二、违法审讯的法律责任	(209)
(一) 违法拷讯的法律责任	(209)
(二) 拷囚过数的法律责任	(210)
(三) 对不应拷讯者行拷讯的法律责任	(212)

(四) 对妇女违法拷讯的法律责任	(213)
(五) 不用法定刑具拷讯的法律责任	(214)
三、违法判决的法律责任	(216)
(一) 不依律判决的法律责任	(216)
(二) 出入人罪的法律責任	(220)
四、违法执行判决的法律责任	(224)
(一) 执行死刑不复奏的法律责任	(224)
(二) 违时令行刑的法律责任	(226)
(三) 违法执行非死刑的法律责任	(227)

下篇：理论篇

第八章 刑事民事诉讼有分之理论	(233)
一、中国古代很早就出现刑事、民事诉讼相分离	(233)
(一) 历史文献记载	(233)
(二) 出土铭文记载	(236)
二、刑事民事诉讼有分的理论基础	(239)
(一) “德”之释义	(240)
(二) “德”——传统诉讼总的理论基础	(243)
(三) “和”——民事诉讼的理论指导	(247)
(四) “中”——刑事诉讼的理论指导	(248)
三、值得指出的几个问题	(251)
(一) 古代刑事诉讼盛于民事诉讼	(251)
(二) 古代刑事民事诉讼有分处于世界 最早发达阶段	(252)
(三) 刑民诉讼虽然有分，但又交错发展	(255)
第九章 传统诉讼宽严之理论	(257)
一、法宽与刑严	(257)
二、执法时宽时严	(260)

(一) 宽严理论的惯性伸张	(262)
(二) 宽严实践的凹型标显	(265)
三、宽严相济	(271)
第十章 传统诉讼轻重之理论	(278)
一、施刑轻重之基本发展态势	(278)
(一) 商周之际轻重之态	(278)
(二) 儒法轻重之争与汉唐趋轻之态	(280)
(三) 宋明清用刑“重其所重、轻其所轻” 特殊之态	(289)
二、轻重理论阐释	(294)
第十一章 传统家族法诉讼理论	(298)
一、诉讼依据	(298)
(一) 存在依据	(298)
(二) 法律依据	(301)
二、诉讼主体与客体	(307)
(一) 诉讼主体	(307)
(二) 诉讼客体	(310)
三、诉讼运行机制	(312)
(一) 诉讼程序	(312)
(二) 惩处手段	(315)
(三) 与国家法诉讼之关系	(318)
四、诉讼价值	(322)
(一) 积极价值：有效地调整基层社会关系、 稳定社会秩序	(322)
(二) 负面价值：窒息诉讼意识	(327)
主要参考文献	(330)
后记	(334)

上篇

制 度 篇

第一章 诉讼机关

中国是一个法律起源早，诉讼历史很长的国家，早在距今约5000年前的黄帝时代起源了法律，4500年前的尧舜时期产生了诉讼。^①《尚书·尧典》记载：“帝曰：‘吁！鬻讼，可乎？’”根据《十三经注疏·尚书正义》解释：“吁，疑怪之辞，言不忠信为鬻，又好争讼。”说明在尧帝时期起源了诉讼的历史，而且，当时的诉讼是不被提倡的，所谓“可乎！言不可。”如果这种“讼”是为争财之求公平的民事诉讼，那么同样在《尧典》中也出现了惩处做坏事的“奸”的刑事诉讼。诉讼的产生，必然要求形成一套诉讼的程序与措施，因此，诸如诉讼机关、提诉制度、审讯制度、判决制度也随之设立。随着历史的发展，诉讼制度也愈后愈发展。 3

一、刑事诉讼机关

刑事犯罪的解决需要设置刑事诉讼机关，或刑事诉讼官吏。《尚书·舜典》曰：“帝曰：皋陶，蛮夷猾夏；寇贼奸宄。汝作士，五刑有服。”同书《大禹谟》也说：“帝曰：皋陶……作士，明五刑。”皋陶是尧舜时期的大臣，舜帝任命为司法官“士”^②禹帝时仍然担任国家司法官，“故皋陶为唐虞时代之司法长官，实为我国法官之始祖”。^③由于古代司法机关名称与职官名称的同

① 茅彭年《中国刑事司法制度》，法律出版社，2001年版，第17页。

② 古代司法官称理官或士，《唐律疏议·名例》记载：“尧舜时，理官则谓之士；而皋陶为之。”汉代马融解释“士”为狱官之长。

③ 徐朝阳《中国诉讼法溯源》，台湾商务印书馆，民国62年，第16页。

一，故“士”即为我国古代最早的诉讼机关。其职责主要是对犯“寇贼奸宄”罪“明五刑”，^①施用“五刑”时，要把握贯彻这样一条重要的刑罚原则：刑罚不实行株连，不累及子孙后代，对于过失犯罪从宽处刑，对故意犯罪则要虽小必刑，对疑罪虽重则从轻，为了防止错杀无辜，宁可不要或不按常典办事。^②又由此可见，尧舜时期的“士”是中国历史上最早的刑事司法机关。

夏商时期刑事司法机关较之尧舜禹三代时期有所发展，主要标志是有了地方和中央诉讼机关的区别。可以认为夏朝地方设置的诉讼机关为“士”或“理”，中央诉讼机关为“大理”。由于“士”本为军事机关，兵刑合一，因此，“士”既理军政又理诉讼，^③只不过也受理民事诉讼。而中央诉讼机关“大理”，却只“掌管全国性重大案件的审判。”^④商代地方诉讼机关称为“士”、“蒙士”，^⑤中央诉讼机关则为“司寇”，下设“正”与“史”。当然，商代地方诉讼机关除主要审理刑事案件外，也受理民事诉讼。而中央诉讼机关则只审理重大疑难案件（刑事案件）。《礼记·王制》记载：“成狱辞，史以狱成告于正，正听之；正以狱成告于大司寇，大司寇听之棘木之下。”由此可见，商代中央诉讼机关设置显得比夏代复杂。^⑥西周时期诉讼机关制度化程度加强，据《周礼·秋官·司寇》记载，西周在“设官分职”中“掌邦禁”、“刑邦国”的“刑官之属”，中央机关多

① 五刑指墨、劓、腓、宫、大辟。

② 在皋陶与大禹的一次关于如何用刑罚的对话中，皋陶说：“罪弗及嗣……宥过无大、刑故无小，罪疑唯轻……与其杀不辜，宁失不经。”事见《尚书·大禹谟》。

③ 《汉书·刑法志》记载：“大刑用甲兵，其次用斧钺，中刑用刀锯，其次用钻凿，薄刑用鞭扑。”

④ 张晋藩总主编《中国法制通史》第一卷《夏商周》，法律出版社，1999年版，第117页。

⑤ 商代实行诸侯分封制度，地方统治有畿内、畿外区别，畿内统治区设“士”和“蒙士”为司法官，畿外统治区则由各诸侯指派司法官形成诉讼机关。

⑥ 也有学者认为商代“史”、“正”属地方诉讼机关，如茅彭年在《中国刑事司法制度·先秦卷》认为：“史”、“正”是地方司法审判官，处理地方的各类案件。

达二百人，地方机关多达近三千人。中央诉讼机关称司寇，有大、小司寇之分，下属有士师。大司寇的职责是“掌建邦之三典，以佐王刑邦国、诰四方：一曰刑新国用轻典，二曰刑平国用中典，三曰刑乱国用重典。以五刑纠万民：一曰野刑，上功纠力；二曰军刑，上命纠守；三曰乡刑，上德纠孝；四曰官刑，上能纠职；五曰国刑，上愿纠暴。”^① 小司寇职责是直接审理案件，即“以五刑听万民之狱讼，附于刑，用情讯之。”“以五声听狱讼，求民情：一曰辞听，二曰色听，三曰气听，四曰耳听，五曰目听。”“以八辟丽邦法，附刑罚。”^② 士师亦“掌国之五禁之法，以左右刑罚。”^③ 西周为了使刑事诉讼得以顺利进行，在诉讼过程中的各个环节上都有了明确的职能分工，在司寇之下设置了“以辨罪之轻重”的司刑；以“三法”进行审讯的司刺；^④ 有保全盗贼犯罪工具、赃物等证据的司厉；有“收教罢民”令其改过自新的司圜；^⑤ 有专门拘禁五刑罪犯的掌囚；等等。地方诉讼机关，按照乡、遂、县、都的行政区域的划分，分别设乡士、遂士、县士、方士等，他们的职能都在各自辖区内“纠其戒令，听其狱讼。”^⑥

秦朝统一全国后，设在中央的诉讼机关称廷尉。《汉书·百官公卿表》记载：“廷尉……掌刑辟。”唐代颜师古说：“廷，平

① 《周礼·秋官·司寇》。

② 《周礼·秋官·司寇》。

③ 《周礼·秋官·司寇》。

④ 《周礼·秋官·司寇》载：“司刺：掌三刺、三宥、三赦之法，以赞司寇听狱讼。壹刺曰讯群臣，再刺曰讯群吏，三刺曰讯万民。壹宥曰不识，再宥曰过失，三宥曰遗忘。壹赦曰幼弱，再赦曰老旻，三赦曰蠢愚。以此三法者求民情、断民中，而施上服、下服之罪，然后刑杀。”《礼记·王制》亦曰：“司寇正刑明辟。”

⑤ 郑玄注曰：罢民是“恶人不从化，为百姓所患苦而未入五刑者也。”掌管监狱的司圜的机关的职责：“收教罢民。凡害人者弗使冠饰，而加明刑焉，任之以事而收教之。能改者，上罪三年而舍，中罪二年而舍，下罪一年而舍。其不能改而出圜土者，杀；虽出，三年不齿。凡圜土之刑人也，不亏体；其罚人也，不亏财。”见《十三经注疏·周礼·司寇》。

⑥ 《周礼·秋官·司寇》。

也，治狱贵平，故以为号。”^①《太平御览》卷二三一弓说：“尉，罚也，言以罪罚奸非也。”《汉书·刑法志》也说：“廷尉，天下之平也，壹倾，天下用法皆为之轻重，”可见廷尉是审判刑事案件的机构。其主要职责，一是审理皇帝所指定的“诏狱”，二是审理地方上送的重大疑难案件。其属员有正和左右监等司法官。地方诉讼机关为郡、县两级，郡守是郡内掌管诉讼的长官。据《睡虎地秦墓竹简·法律答问》记载：“‘辞者辞廷’。今郡守为廷不为？为殿（也）。”“辞”，讼也。意为诉讼者向廷提起诉讼。郡守算不算“廷”？法律解释回答：算“廷”。郡内还没有专司刑狱的“决曹掾”和“断狱都尉”。^②《睡虎地秦墓竹简·语书》真实地记载了南郡郡守腾在发给本郡各县的文告中反复强调：如果各县有犯罪行为，县令、丞以下的官员明明知道而不加以检举，这是公然违背君上的大法，包庇邪恶的人；如果知而不敢处罪，就是不正直，这些是大罪。对于这些大罪，我要派人去巡视检查，既要依法论处犯罪者，也要严厉处分县令、县丞。这就有力说明了郡守兼掌刑狱之事。县令、长是县内执掌诉讼事宜的长官，《后汉书·百官志》载：县令、长“皆治其民……禁奸罚恶，理讼平贼。”县丞是县令、长的副贰佐辅，其主要职责是处理诉讼案件。《后汉书·百官志》称“丞署文书，典知仓狱。”《睡虎地秦墓竹简·封诊式》记载了一些县丞主持司法审判的案例，如“告子爰书”记载某甲告自己亲生子某丙不孝，请求官府处死刑，当即逮捕到案。“丞某讯丙，辞曰：‘甲亲子，诚不孝甲所，毋它坐罪。’”又“出子爰书”说到孕妇某甲与某大女子丙斗殴，致使甲流产，甲控告于县，县丞在审理过程中命

① 《汉书·百官公卿表》颜师古注。

② 张晋藩总主编《中国法制通史》第二卷《战国·秦汉》，法律出版社，1999年，第192页。刘海年在1985年第一期《中国法学》发表《秦的诉讼制度（上）》一文，指出秦朝在郡守之下设有治理刑狱的“断狱都尉”，其根据于《汉旧仪》中“汉承秦（制），郡置太守治民，断狱都尉治狱，都尉治盗贼甲卒兵马”的记载。

令下属检验甲送来的重要证据“胎儿”。在县丞之下，还设有承办诉讼案件的狱掾和令史。^①

汉代承秦制，中央主要诉讼机关仍为廷尉。《汉书·百官公卿表》：“廷尉，秦官，掌刑辟。”《后汉书·百官志》：“廷尉……掌平狱……凡郡国献疑罪，皆处当以报。……掌平决诏狱。”其下设左右廷尉平，其职责也“以平决刑狱为己任。”^②在汉代还值得注意的是，在内廷设置了主刑事诉讼的“三公尚书”。^③汉代地方诉讼机关设置在郡、县和诸侯王国。其中诸侯王国建制仿效中央一套职官制度。郡守职责之一是“决讼断辞”、“诛讨暴残”。^④正如严耕望所言：郡守“以典刑狱、缉盗贼、制豪强为要务。”^⑤县令、长和县丞等官，审理狱案、案察奸宄。

魏晋南北朝时期虽属战乱频仍，政权林立的动荡分裂时期，但各个时期的政权都做出了加强、健全诉讼机关的努力。如设置在中央的曹魏政权的廷尉，孙吴政权的大理，西晋东晋政权的廷尉，^⑥北魏政权的廷尉，北齐政权的大理寺，北周政权的司寇，南朝时期的廷尉，以及“主军事刑狱的都官曹等。地方大都实行州、郡、县三级兼管刑狱的制度。”

隋唐时期，全国重归大一统，诉讼制度得以高度发展，并且日臻成熟完备。中央司法机关实行三法司分工制，大理寺、刑

① 刘海年《秦的诉讼制度（上）》，《中国法学》，1985年第一期。

② 陈光中、沈国峰《中国古代司法制度》，群众出版社，1984年版第3页。

③ 《汉书·成帝纪》颜师古注：四年春，罢中书宦官后，初置尚书员五人，其中“三公曹，主断狱事”。《后汉书·光武帝纪》注引《汉官仪》曰：“成帝加三公尚书，主断狱事。”

④ 《北堂书钞·设官部》引《汉官解诂》。

⑤ 《汉代地方行政制度》，载《史语所集刊》第25本，第145页。

⑥ 西晋在初期以三公尚书为中央诉讼机关，职责是“典科狱，申冤讼”，见《晋书·刘颂传》。继而以吏部尚书“领刑狱”，再以“廷尉，主刑法狱讼。”见《晋书·职官志》。

部、御史台为中央主要诉讼机关。大理寺为中央专门审判机关。^① 隋朝大理寺的职责“掌决正刑状”。唐朝大理寺主掌审判事宜，一是负责审理中央百官犯罪和京师徒刑以上的案件；二是负责审理由刑部移交的地方死刑案件。唐朝大理寺的职掌与隋朝相比较，机构扩大，分工具体明确，都严格地规定在基本法律之中。根据《唐六典·大理寺》记载：大理寺长官“掌邦国折狱详刑之事。”大理寺副长官少卿对诸司马官所送犯徒刑以上，九品以上犯除、免、官当，庶人犯流、死以上罪，“详而质之，以上刑部。”杖刑以下则“决之”。属官大理正“掌参议刑狱，评正科条之事”。还负责对“断罪不当者”，以法正之；对官吏犯罪弃市者进行“监决”。属官大理丞“分判寺事，凡有犯皆据其本状以正刑名。”属官司直“掌承制出使推覆，若寺有疑狱则参议之。”属官评事“掌出使推案”。大理寺官吏包括正副长官在内共 285 员。^②

8

刑部属尚书省六部之一，^③ 为司法行政部门，也享有较大的司法审判权，“掌非违得失事”，“按复大理及天下奏讞”；以及复核大理寺流刑以下、地方徒刑以上案件，受理狱囚的申诉。唐朝刑部在隋朝基础上，职责规定更明确，机构更庞大。根据《唐六典·刑部》记载：刑部正副长官尚书、侍郎各一人，职责

① 《隋书·百官志中》记载隋朝大理寺官吏为：除卿、少卿各一人外，“正、监、评各一人，律博士四人，明法掾二十四人，槛车督二人，掾十人，狱丞、掾各二人，司直、明法各十人。”隋炀帝时进行改革：“大理寺丞改为勾检官，增正员为六人，分判狱事。置司直十六人，降为从六品，后加至二十人。又置评事四十八人，掌颇同司直，正九品。”事见《隋书·百官志下》。

② 《唐六典·大理寺》载：“卿一人，少卿二人，正二人，丞六人，主簿二人，录事二人，府二十八人，史五十六人；狱丞四人，狱史六人，亭长四人，掌固十八人，问事一百人；司直六人，史十二人；评事十二人，史二十四人。”

③ 隋初刑部为都官，主刑名，文帝开皇三年都官尚书改为刑部尚书，这为中国古代刑部之设的起源。隋炀帝时又进行改制，改刑部为宪部郎。刑部机关设尚书、侍郎各一人为正副长官，下设都官、比部、刑部、司门四曹。各曹又有官设。事见《隋书·百官志下》。

为“掌天下刑法及徒隶、句复、关禁之政令。”下设刑部、都官、比部和司门四司。刑部司以郎中为长官，员外郎为副长官，职责是“举其典宪，而辨其轻重。”都官司以郎中为长官，员外郎为副长官，职责为“掌配、设录簿，录俘囚以给衣粮、药疗，以理诉竞、雪免。”比部司以郎中为长官，员外郎为副长官，职责为“掌诸司百僚俸料、公廩、赃、赎。”司门司以郎中为长官，员外郎为副长官，职责为“掌天下诸门及关出入往来之籍赋而审其政。”唐朝刑部一部四司官吏多达一百九十一人。^①

御史台虽以辅佐丞相、总理国政为首务，但其承担的司法职能却是十分重要的，它“典正法度”、“纠察不法”。并且，“监司不纠，亦得奏之。”^②隋朝御史台为中央监察机关，设御史大夫为长官、属员有治书侍御史、侍御史、殿内侍御史、监察御史、录事、主簿等。唐朝御史台机构扩大，编制多达一百三十六人。^③如果按《新唐书·百官志》的说法，御史台的人数则更多。其主要职责为：御史大夫“掌邦国刑宪典章之政令，以肃正朝列。”御史台丞辅助之。侍御史归属台院，其主要职责是“会百僚，推鞠狱讼。”殿中侍御史归属殿院，“掌殿廷供奉之仪式，”即主管百官上殿的序列、班次等事务。监察御史归属察院，执掌“分察百僚，巡按州县、纠视刑狱，整肃朝仪。”值得

9

① 《唐六典·刑部》记载：“刑部尚书一人，侍郎一人。郎中二人，员外郎二人，主事四人，令史十九人，书令史三十八人，亭长六人，掌固十人。都官郎中一人，员外郎一人，主事二人，令史九人，书令史十二人，掌固四人。比部郎中一人，员外郎一人，主事四人，令史十四人，书令史二十七人，计史一人，掌固四人。司门郎中一人，员外郎一人，主事二人，令史六人，书令史十三人，掌固四人。”

② 《隋书·百官志上》。御史台由秦汉时期的御史大夫府发展而来，到东汉专设御史台，专司纠举，地位日显重要，至隋唐时期，其制度趋于完备，成为中央三大法司机构之一，而且采用一台三院设置，其诉讼职能越来越重要，唐以后一遵如此。

③ 《唐六典·御史台》记载：“大夫一人，中丞二人。侍御史四人，主簿一人，录事二人，令史十五人，书令史二十五人，亭长六人，掌固十二人。殿中侍御史六人，令史八人，书令史十人。监察御史十人，令史三十四人。”

指出的是，御史台真正具有诉讼职能是从唐太宗贞观末年开始的。据《通典·职官六》记载：“旧例，御史台不受诉讼，”只行“闻风弹事”，至贞观末年“乃奏于台中置二狱，以自系劾。”虽到开元年间又一度废罢，但不久又恢复诉讼职能，“多受辞讼，推履理尽，然后弹之。”在唐代，御史台还有一个重要的参与重大案件会审的职能，即唐代有影响的“三司受事”和“三司推事”制度。《通典·职官六》有如是描述：侍御史“与给事中、中书舍人同受表理冤讼，迭知一日，谓之‘三司受事’。其事有大者，则诏下尚书刑部、御史台、大理寺同按之，亦谓此为‘三司推事’”。^①

10

唐代地方诉讼机关设置于州、县两级，州是地方最高诉讼等级，刺史是地方最高司法官，其主要职责之一是“录囚徒”，对“不孝悌，悖礼乱常，不率法令者，纠而绳之，”同时，上奏“狱讼之枉疑”案件。^② 刺史之下设有专掌刑事诉讼的官吏司法参军，《通典·职官十五》载其职责是司“律令、定罪、盗贼、赃贓之事”。史籍详载其事者是《唐六典·三府督护州县》：司法参军“掌律、令、格、式，鞠狱定罪，督捕盗贼，纠逖奸非之事，以究其情伪而制其文法。赦从重而罚从轻。使人知所避而迁善远罪。”另外，唐代在两都地区所设的府，如京兆、河南等府，在边疆地区所设的都护府，如安东、安南等府，其长官府尹、都护均有等同刺史的司法权力，并且在两都府尹之下也同样设置司法参军，职掌刑事诉讼事宜。县一级县令“审察冤屈，躬亲狱讼，务知百姓之疾苦，”下设司法、典狱处理具体诉讼案件。^③

另外，在唐代还值得指出的是设在地方的监察机关道，具有

① “三司受事”在《唐六典·御史台》中称为“三司理事”：“凡三司理事，（侍御史）则与（门下省）给事中（中书省）中书舍人更直到朝堂受表。”“三司受事”或“三司理事”也称为“小三司。”

② 《唐六典·三府督护州县》。

③ 《旧唐书·职官志》。