中国传统司法理念与司法文明

主编　陈晓枫

WUHAN UNIVERSITY PRESS
武汉大学出版社

本书系国家司法文明协同创新中心成果

中国传统司法理念与司法文明

主编　陈晓枫

安徽师范大学图书馆
藏书

WUHAN UNIVERSITY PRESS
武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国传统司法理念与司法文明/陈晓枫主编. —武汉：武汉大学出版社,2017.10

ISBN 978-7-307-16633-2

Ⅰ.中… Ⅱ.陈… Ⅲ.司法制度—中国—学术会议—文集 Ⅳ.D926-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 256745 号

责任编辑:陈 帆　　责任校对:汪欣怡　　版式设计:汪冰滢

出版发行：**武汉大学出版社**　(430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件：cbs22@whu.edu.cn 网址：www.wdp.com.cn)

印刷：虎彩印艺股份有限公司

开本：720×1000 1/16 印张:13 字数:177 千字 插页:1

版次：2017 年 10 月第 1 版 2017 年 10 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-307-16633-2 定价:49.00 元

版权所有，不得翻印;凡购我社的图书，如有质量问题，请与当地图书销售部门联系调换。

前　言

文明的司法形态通常包括文明的理念、制度和司法过程。一种优秀的文明总是从理念的创新发源，推行演进为制度体系更新和社会实现状态。人们在制度中、案例中解读出来的文明，归根结底是对理念创新的认知和认同。如果文明不能仅仅解释为一个定格的描述，那么综括理念与进程的文明镜像，就是一种恰当的叙述。中国历史上出现过许多创新性的司法理念，推动了司法制度乃至司法组织体系的改革，不仅在当时代巩固了社会所需要的稳定秩序，而且沉淀下来成为中国司法文明的历史文化底蕴。这是应该予以深入挖掘的宝贵文化财富。出于这样的判断，武汉大学司法文明协同创新中心“中国特色司法制度”研究团队举办了“中国传统司法理念与司法文明”的学术论坛。许多著名学者与青年才俊共聚一堂，研论中国传统司法理念、中国传统司法的智慧、中国古代决狱断狱的主流价值观，以及中国近代以来司法制度革新中的理念变迁，所研所论都坚持了学术创新的追求，研究结论具有较高的学术价值。

编者按照中国传统司法理念概说、中国古代司法理念、近世中国的司法理念转换、民元时期的司法理念与当代沉积四个部分，将本次论坛的研究成果汇集成书，以就教于广大读者和业界方家。

司法文明协同创新中心研究员

陈晓枫

2017 年 9 月

目　录

一、中国传统司法理念概说

古代司法研究需要探讨的一些重大学术观点问题 …… 杨一凡（3）
司法应该如何公开
——传统法律的智慧 …… 赵晓耕　时　晨（10）

二、中国古代司法理念

决狱平，平于什么？ …… 陈晓枫（27）
于公历史形象与汉代司法决狱中的阴德观 …… 钟　盛（43）
从“一断于法”到“春秋决狱”
——论秦汉之际的司法价值变迁 …… 周　鹏（60）
从《史记·酷吏列传》的历史叙事探析司马迁的法律理念 …… 陈银玲（76）
宋慈与中国古代司法审判理念发展探析 …… 周东平　李勤通（92）

三、近世中国的司法理念转换

治外法权与晚清法律改革再议
——以《外国在华领事裁判权史稿》为中心的展开 …… 高汉成（107）
清代司法裁判中的优遇士人理念 …… 夏令蓝（122）

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com

四、民元时期的司法理念与当代沉积

试析清末至民国刑事司法文明的变革 …… 春　杨　杨舒然（145）
儒教文明中的一体化司法文化理念
——以民国时期司法院功能变迁为例 …… 余　超（163）
“实益均衡”的司法表达
——从民初大理院司法实践展开 …… 黄雄义（177）
民事庭审中心主义制约因素分析
——司法理念的视角 …… 李兰图（189）

一、中国传统司法理念概说

古代司法研究需要探讨的一些重大学术观点问题

杨一凡*

摘　要：中国法律史学正处于一个重要的转折时期。创新法律史学，重述中国法律史，是今后若干年内法史学者肩负的历史重任。长期以来，司法制度和司法思想研究一直是法史研究的薄弱环节，虽然近十年来古代司法研究已取得显著进展，但当今古代司法研究仍存在一些严重缺陷，并可归纳为八个方面的学术观点问题，需要法史学界就此进行重点探讨。

关键词：古代司法研究；司法文献；学术观点问题

中国法律史学正处于一个重要的转折时期。创新法律史学，重述中国法律史，是今后若干年内法史学者肩负的历史重任。如何正确地认识和阐述中国古代司法制度和司法文化，是创新法律史学面临的重大课题。

长期以来，司法制度和司法思想研究一直是法史研究的薄弱环节。近十年来，古代司法研究较前些年取得了显著进展。如果说前二三十年间，学者还着重是从批判和肃清流毒的角度去研究古代司法，不少作品把中国古代司法制度描绘得漆黑一团的话，那么，如今越来越多的学者，已从研究中华司法文明发展史的视角，力图以实事求是的治学原则，探讨中国古代司法制度

---

* 杨一凡，中国社会科学院法学所研究员，博士生导师。此文是他在会议上的发言提纲。

和传统司法文化。学界对古代司法研究的广度和深度，都向前大大推进了一步。

然而，当前的古代司法研究，仍存在一些严重缺陷，主要表现在：其一，由于各种原因，人们对司法文献资料的了解和利用不够。不要说散藏在史籍和各种档案中的大量司法资料有待进一步整理和研究，就是已出版的不下于400种古代司法文献集，绝大多数还未被充分利用，特别是对于司法指南类文献、判牍文献涉及不够。研究古代司法思想和司法制度，至少应对代表性的司法文献有个大体了解；研究某一司法专题，也应尽量穷尽资料。现在发表的研究古代司法的成果，大多数没有达到这个要求，因而往往出现这样那样的不实之论。其二，丰富的司法文献向以前一些有关表述古代司法制度的传统观点提出了挑战。这里，我提出八个问题，供大家思考。

（1）“司法行政合一”通常被认为是中国古代司法制度的基本特征之一，并予以负面的评价。这种评价是否客观，值得思考。其一，说古代司法审判都是“司法行政合一”，并不完全符合事实。古代地方府、州、县的司法与行政机构是合一的，但府以上到中央的司法机构却不一定是这样，如隋、唐设有大理寺，明、清设有刑部、大理寺，专主司法审判和复核；明清两代各布政司和军中还设有专门的司法机构，统称其为“司法行政合一”就欠妥当。其二，对地方官府的司法与行政合一，应就这种机制形成的原因和作用作出正确的分析。就县级机构而言，当时各县管辖的人口有限，商品经济也还不发达，县官的主要职责是理讼和征收钱粮，每县只设数额有限的官员和吏员，在这种情况下，无论是从国家的财力还是从老百姓的承受能力来看，都不可能也没有必要分设行政与司法、立法机构。其三，就多数朝代知县的审判权限而论，主要受理人命重事、诈伪和奸、盗等重大案件，对刑事案件只有判处笞、杖刑的权力；对于徒罪以上案件，则只能拟出审判意见，供上级官府复审。至于流罪以上案件，决定权在中央司法机构，死刑案件还需经中央司法机构复审乃至皇帝批准。毫无疑问，古代地方层级衙门行政兼理司

法的做法，不符合现代法治的精神，但在当时的条件下却有其合理性，是若干代人智慧的产物。我们在阐述古代司法制度时，应客观地阐述史实，正确评价它的历史作用及其局限性，只有这样才能正确地说明这一制度的来龙去脉，以及为什么在现代社会中不可继续沿用。

（2）如何正确认识古代刑法在法律体系中的地位，也是司法研究中必须解决的重要问题。一些成果在阐述包括司法制度在内的中国法律史时，仍摆脱不了“以刑为主”的思维定式。这种思维影响了对法律体系的全面研究，也影响了司法研究中对民事诉讼制度的探讨。历代在阐述其法律制度时，使用的都是“德主刑辅”一词，尚未见到哪个朝代说自己的法律是“以刑为主”。“以刑为主”论在明清法制研究方面表现得尤为突出，比如把明清法律体系概括为“律例法体系”。明清法律以六部分类，例也有吏、户、礼、兵、刑、工六例。“律例”是指刑律和刑例而言，用“律例法体系”表述“刑事法律体系”是恰当的，但用以概括一代法律体系就不够全面。“律例法体系”论忽视了明太祖颁行的《大明令》《诸司职掌》《大明集礼》等11种基本法律并非刑事法律的史实，忽视了弘治朝之后以《明会典》为“大经大法”的史实；忽视了《大清通礼》、六部则例并非都是刑事法律的事实；忽视了《大明律》《大清律》分别是明清《会典》的构成部分，忽视了嘉庆、光绪《会典》把《大清律》收入《会典事例》这一史实。从“以刑为主”的思维模式中解放出来，正确认识刑法在法律体系中的地位和功能，是正确研究古代司法必须理清的具有指导意义的重要问题。

（3）古代判例制度曾是一个时期研究的热点。中国古代是否施行判例制度？也需通过学术争鸣予以澄清。“判例”一词在中国是清末才出现的，在此之前，古代法律中没有“判例”这一法定用语。中国历史上从未形成现代西方那样的判例制度。今人法史著述中所说的“判例”，是对古代司法审判中可援引作为判决依据的这类案例的现代表述。中国古代实行的成文法制度，除元代等极少数王朝有过以成案为据判决的情况外，绝大多数朝代严禁在司

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com

法审判中援引成案。把判例制度说成是古代中国的一种基本司法制度，则有失偏颇。

已发表的30多篇论文中，除1篇外，都把清代成案的性质界定为“判例”，有些论文还把清代成案说成是“法律形式”。“成案”一词，古代通常是用以指称已办结的公文卷宗，也指办理的行政诸事务的先例或诉讼中判定的案件。清代文献中使用的“成案”的内涵也是如此。从现见的一百多种清代成案集看，成案大体分为两种类型，一类是行政公务类成案，通常采用公文的形式，另一类是以刑案为主的司法成案。把成案局限于司法成案本身就是不正确的。关于清代成案的性质，我和刘笃才教授合写的《历代例考》中已有详细阐述，① 不再赘述。现存清代成案集收入的司法成案以数十万件计，这还是原有成案的一部分，且同一类成案前后内容多变。如果把成案界定为“判例”，岂不是什么都成了“判例”，在司法实践中又如何适用？

有的学者把清代成案的性质界定为“判例”，是与不清楚“成案”“通行成案”两者性质的区别有关。清朝在特定时期曾行用过一些通行成案，这是统治者在来不及修例的情况下设置的。定例者，法也；案者，事也。通行成案虽借用了“成案”之名，但它是通过一定的立法程序产生的，属于定例的范畴。在研究清代成案时，决不可混淆“成案”与“通行成案”的区别，进而推断出清代成案是“判例”的结论。把成案界定为“判例”的观点显然很难成立。

（4）从先秦到明清，中国古代的刑法思想不断发展演变。我在20多年前，曾就“明代三部代表性刑事法律与统治集团的法律思想”② 这一命题进行探讨，深感明代刑法思想较前代已有了重大变化。明代制定的《大明律》《大诰》《问刑条例》这三部刑事法律，以“重典治国”“明刑弼教”、律例相互关系理论为立法的主要指导思想。随着时代的变迁，刑法思想也在不断

① 杨一凡、刘笃才：《历代例考》，社会科学文献出版社2012年版，第375~406页。

② 参见韩延龙主编：《法律史论集》第2卷，法律出版社1999年版，第520~591页。

变化和创新。比如，律例相互关系理论就是明清立法和司法最具特色的指导思想。现在的中国法律思想史，从古到今，翻来覆去就是“德主刑辅”“礼法结合”“慎刑”“恤刑”那几条，好像历时两千多年，古代中后期的刑法思想是照葫芦画瓢，没有多少新意，这是否符合历史实际？很有必要结合司法制度的变化，深入挖掘、论述新发展的刑法思想和司法文化。

（5）多年来，一些著述把“皇帝独揽司法权”表述为古代司法审判制度的一大特征。查阅现存的判牍资料，可知这种观点存在偏颇或不全面之处。在不同历史时期和不同的朝代，因君主是否贤明、吏治是否清明以及朝廷的政治局面是否正常，法律的实施情况千差万别，应结合当时的历史实际对其司法状况作出恰如其分的评价。诚然，历史上也存在暴君和奸吏滥用刑罚、草菅人命、冤狱层出的问题。但在国家机器正常运转的情况下，君主复核的案件，主要是死刑案件或案情特别重大的案件，其目的是为了防止量刑轻重失宜，错杀无辜。我在编辑《清代秋审文献》① 的过程中，查阅了至少 4 万件以上的死刑案件，深感古代设立君主复核重案制度对于防范冤案有积极意义。因此，不能不加分析地把君主行使的这种案件复核权都斥之为“君主专制”“皇帝独揽司法权”，而应以实事求是的态度予以评判。

（6）在现今的著述中，似乎已无人说“民刑不分”是中国古代司法制度的特征，但却未见到以充分的论据证明这一传统观点不能成立的论述。就明、清而论，明代省一级设有专门审理民事案件的机构“理问所”，明代中央由通政司受理重大民事案件；清代由户部受理重大民事案件。在我编的《清代成案选编》甲编②中，就收有清代户部审理的大量民事案件。关于民事审判制度的研究，有待进一步深入。

（7）古代律学文献以注重实用为基本特色，以注律和正确适用刑罚为基本内容，属于司法指南类文献的范畴。“律学”作为一门学问，其用语是唐

① 杨一凡编：《清代秋审文献》，中国民主法制出版社 2015 年版。

② 杨一凡编：《清代成案选编》甲编，社会科学文献出版社 2014 年版。

代以后才出现的。古代律学并没有浓厚的理论色彩。现在的一些著述，把律学视为法理学、法律思想史著作进行阐述，有的甚至说先秦时期就出现律学，有关结论和研究方法有反思的必要。

（8）一些著述在论述中国古代司法制度史时，往往引用个案或少数案件，概括古代司法审判的状况，或不加区分地把历代司法都描绘为君主专横、官吏“一任刑罚”、冤狱泛滥；或毫无根据地下结论说，某一时期司法制度实施得较好，某一时期实施得不好。研究法史，讲究尽可能穷尽资料。如果说明代以前法律文献大多失传，在通过辑佚后仍然搜集不到充分资料的情况下，只能运用已有资料进行论述的话，那么，清代的司法指南文献、判牍案例文献有数百部，有大量的案例存世，仅采取用个案分析和评价司法制度的做法，就显得不那么严谨和有说服力。

还有一些著述对古代司法制度的阐发存在突出的望文生义的问题。如有些著述对于秦汉的“廷行事”、唐代的“法例”、宋元的“断例”的论述，多有主观臆测成分，理据不够坚实。另外，近些年来，“习惯法”“民间法”研究久盛不衰。有的著述认为，古代的民事诉讼主要是依据“习惯法”审理的。不可否认，中国历史上某一历史时期、某一地区，如元统一中国前、清入关前和少数民族地区曾适用“习惯法”，但不能把“民事习惯”与“习惯法”两个概念混为一谈，更不能把“习惯法”泛化，说古代中国民事诉讼普遍适用“习惯法”。中国古代除朝廷颁行法律外，地方官府也颁布法令。在国家法律、地方法律之外，还存在民间规约这一地方法制的补充形式。明清时期，汉族地区实现了习惯规约化。经过多年的搜集和辑佚，至今仍有极其丰富的地方法律和民间规约存世，但却很难找到“习惯法”。研究中国古代的民事诉讼制度，应当从当时的实际出发，无须生搬硬套西方的法律用语。一些著述给中国古代的民间规约和“民事习惯”硬贴上“习惯法”“民间法”的标签，这种做法并不科学。我们应当在研究古代民事诉讼制度和民间纠纷调解机制时，注重地方法律和民间规约的研究。

古代司法文献就其内容而言，主要是两种类型：一是规范、指导狱讼活动和总结司法经验的文献，我们称其为司法指南类文献；二是判牍和古人编纂的案例集。要实事求是地阐述中国古代司法思想和司法制度的发展，必须重视基本史料的整理和研究，必须坚持司法指南文献、判牍案例文献结合研究，才能比较全面地揭示古代司法制度实施的真相，揭示传统司法文化中可供现代借鉴的精华。

司法应该如何公开

——传统法律的智慧

赵晓耕　时　晨*

摘　要：司法公开是一个内涵极为丰富的概念，司法公开所依据的具体制度设计，按照法院的层级，主要分为四个层次。传统法对于此问题的回应不仅是积极的，而且是卓有成效的。司法公开也存在一定的理念困境。中国传统的法律给司法公开提供了一种视角，不仅关涉司法公开的手段，更重要的是厘定司法公开的边界和准确定位司法公开的内涵。

关键词：司法公开；司法的作用；理念困境；传统法的智慧

一、引言：司法的公开与司法的作用

司法公开是一个内涵极为丰富的概念，从反面看，这也说明对于司法公开给出严谨的定义是相对较难的，一般而言，学界以类似“定义域”或者“定义束”的方式来列举，什么是司法公开或者什么属于司法公开，并为此

* 赵晓耕（1960—　），男，汉族，北京市人，法学博士，中国人民大学法学院教授、博士生导师，中国人民大学法学院刑事法律科学研究中心副主任，中国人民大学刑事法律科学研究中心刑事法律史研究所所长，中国人民大学法律文化研究中心副主任，研究方向为中国法律史、比较法律文化、台湾法；时晨（1990—　），男，汉族，辽宁抚顺人，中国人民大学法学院博士研究生，研究方向为中国法律史。

寻到了大至人权、社会契约，细到诉讼和法院组织的一整套制度体系和理论体系作为支撑和依据。在具体制度中，制度选择什么样的表述方式，选择何者作为侧重点，则随着制度的种类、国别和时间等演变而有所变化。例如，在相对较早的文件表述中，联合国大会1948年12月10日通过了《世界人权宣言》，第10条明确规定，“人人完全平等地有权由一个独立而无偏倚的法庭进行公正的和公开的审讯，以确定他的权利和义务并判定对他提出的任何刑事指控”①，这与1976年《公民权利和政治权利国际公约》中的表述基本一致，该公约的表述为“公开的审讯”，并进一步解释了如果因道德、公共秩序或者国家安全以及顾及诉讼当事人正常生活的利益需要时，可以不需公众和记者出席而审判，但除却少年儿童犯罪或者儿童因离婚而致监护权移转的案件。这实际上是将一部分民事的司法活动也纳入司法公开的视野之内。②具体到我国，宪法使用的表达方式是“审理案件一律公开进行”，刑事诉讼法与宪法措辞完全相同，只是将“审理”改为偏重刑事的“审判”，民事诉讼法措辞为“审理民事案件应当公开进行”，而行政诉讼法则更为简洁，只强调“公开审理行政案件”。这与2009年最高人民法院发布的《关于司法公开的六项规定》的逻辑如出一辙。司法者似乎在试图让公众接受这样的逻辑：只要司法机关做到了立案公开、庭审公开、执行公开、听证公开、文书公开

① 引自《世界人权宣言》，联合国官方网站，http：//www.un.org/zh/universal-declaration-human-rights/index.html，最后访问时间2016年6月15日。需要特别指明的是，该文件的英文文本系：Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal，in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him. 问题在于，hearing既可以指公开审讯以前的聆讯，也可以指提出证据和质证的过程，还被约2 447 543篇论文用于指代“开审”，此或许指开庭审判，但笔者实在难以理解这为何就只能是开庭审判而不是开始审判。因而从英文文本看，这至少可以指上述过程的公开。但同为联合国作准语言的汉语文本中，这里则只翻译为“审讯”，笔者认为虽然这并不能完全表示公安、司法机关的办案人员以言词的方式直接向犯罪嫌疑人、刑事被告人进行讯问，了解案情，以查明犯罪事实真相的过程，但是至少更加倾向于此，而这则明显与审问、讯问等刑事诉讼专业术语有着很大的差距。

② 参见《公民权利和政治权利国际公约》第14条第1项，联合国官方网站，http：//www.un.org/chinese/hr/issue/ccpr.htm，最后访问时间2016年6月15日。

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com