



中国法律“看不见中国”

——居正司法时期(1932—1948)研究

江照信 著

清华大学出版社



中国法律“看不见中国”

——居正司法时期（1932—1948）研究

江照信 著

清华大学出版社
北京

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

中国法律“看不见中国”:居正司法时期(1932—1948)研究 / 江照信著. -- 北京:
清华大学出版社, 2010. 8

(法意 / 许章润主编)

ISBN 978-7-302-23482-1

I. ①中… II. ①江… III. ①司法制度—法制史—研究—中国—1932—1948

IV. ①D929.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 155470 号

责任编辑:李文彬

责任校对:王荣静

责任印制:孟凡玉

出版发行:清华大学出版社

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座

<http://www.tup.com.cn>

邮 编:100084

社 总 机:010-62770175

邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 装 者:三河市金元印装有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:155×230 印 张:15.25 字 数:203 千字

版 次:2010 年 8 月第 1 版 印 次:2010 年 8 月第 1 次印刷

印 数:1~3000

定 价:25.00 元

产品编号:036774-01

凝练法意

“法意”主编者言

法律是一种规则体系，同时并为一种意义体系。任何规则必蕴涵有一定的法理，载述着一定的道德关切，寄托着深切的信仰。凡此种种，一言以蔽之，曰法意，它们构成了规则的意义世界，而为法制之内在基础。

任何法制的生长与运作，必伴有相应的法意。在法律移植的情形下，甚至滥觞于相应的法意，法意因而为法制的先导。法制恒定而恒变，法意因而表现出自己的时代特征与地域色彩。反之亦然。不过，就人类迄今为止有限的历史来看，诸如公平正义，仁爱诚信，安全、自由、平等、人权、民主与宽容等基本价值与信仰，构成所谓世道人心，关乎人的生存和尊严，却恒定而不变，万古而常青。这是人世生活本身的要求，也是合理的人间秩序的固有品质。既然一切法制和法意均源于生活本身，分别表述了生活的规则性存在和意义性存在，那么，法律之道即生存之道，法意即生活的意义，而生活的意义主要即在此世道人心。

晚近中国对于西方法律的大规模移植，意味着对其背后的知识、学理乃至道德和信仰因素的有选择继受，同时也是一个将它们与中国人文善加调和的过程。此一建设现代中国法制和法意的过程，迄今而未止。百年间现实法制建设的顿挫，“有法不依”现象的普遍

存在,反映的不仅是规则的无效,同时并彰显了意义的危机,世道人心的紧张。由此,对于基本法理的阐释,关于规则的道德关切和信仰因素的追索,总之,对于“法意”的深入研究和进一步考问,依然是一个问题,甚至是一个更为急切的课题。

“法意”由清华大学“法治与人权研究中心”筹组,旨在庋集汉语法律学术资料,积累汉语法律思想成果,阐释法律的意义世界,对于上述问题作出现时代的回应。所收内容覆盖法哲学、比较法、宪政和人权等领域;体裁不拘,包括专著、文集、译著和选辑。经此劳心劳力,盼能涓滴汇流,聚沙成塔,增益中国文明的法律智慧,建设中国现代法制,最终塑育中国人理想而惬意的人世生活与人间秩序。或许,这也是当下法意的意蕴之一,而为编者馨香祝祷者!

许章润

2003年6月30日

于清华明理楼

目 录

第一章 绪论	1
第一节 问题之提出	1
第二节 相关研究与档案资料	12
第三节 文章结构	14
第二章 “三年来之最高法院”:1932—1934 年	17
第一节 中国法律“看不见中国”与法庭及法官数量困局 ...	17
第二节 居正整理最高法院之举措	33
第三节 司法居正原则之确立:“稳妥”与“迅速”	39
第四节 最高法院西南分院事件:中枢司法权威危机	47
第五节 弹劾居正案:个人信任危机	53
第六节 小结	63
第三章 “司法党化问题”:1935 年	65
第一节 司法民族危机:法律与政治	65
第二节 司法党人化:徐谦、王宠惠与司法革命化	75
第三节 司法党义化:居正与司法民族化	80
第四节 居正司法特赦模式:党义决狱与“国民感情”	94
第五节 小结	111
第四章 “建立中国本位新法系论潮”	115
第一节 全国司法会议召开及司法界崛起	115
第二节 中华民国法学会成立及纲领	132

第三节	中国本位新法系论潮 1936—1942 年：“中国固有”	137
第四节	中国本位新法系论潮 1943—1948 年：“重新建立”	154
第五节	小结	171
第五章	结论	175
附：居正著作	《为什么要重建中华法系》	184
参考文献		223
后记		233

第一章 绪 论

第一节 问题之提出

近年来以中国政法大学出版社(二十世纪中华法学文丛)、法律出版社(东吴法学先贤文丛)及清华大学出版社(汉语法学文丛)为代表,出版了系列民国法学丛书,内容多是法学文集整理,而且在认识的层面上促成一种共识,即视民国时期为中国现代法律发展的黄金时期,大致上又可以法律形式上的发达和法学人物及其作品的数量为标志。这个时期共有近四十年的时间,其间无论法律形式还是法律职业均已成形,多少可以看作是一个中国现代法律体系的形成时期^①。然而,以李贵连(1989,2000,2005,2010)、黄源盛(2000)、黄宗

^① 按谢振民、张知本所论:“我国法制代相沿袭,损益可知。惟自清末变法,大陆、英美两法系侵入,遂有显著之革新。至最近数年,所有现代法治国应具备之法律均已先后制定”[见谢振民著;张知本校订《中华民国立法史》(上海:正中书局,1948),页1“例言”]。民国法律发展近四十年(1912—1949)的事实,与美国法律体系形成所用的时间大致相当,可以算是一个时间上的巧合,或者说,在一个国家或者地区内四十年左右的时间可以形成一种现代法律的形式。请参见 Charles M. Haar, *The Golden Age of American Law—The “Formative Era of American Law” Depicted in the Writings of the Men Who Shaped the Structure of Our Legal System* (New York: George Braziller, Inc., 1965)。该书封面页及前言第一页,引罗斯科·庞德语:“美国法律的形成时期”,指 1820—1860 年之间四十年时间。

智(1994,1996,2001,2007,2009)为代表,讨论民国法律变迁,定格在30年代之前;30年代后,尤以“九一八”事变之后,危机与乱局同时存在,促使当下学术研究出现一段被忽略的民国法律史。另一方面,对于中华民国近四十年法律史的研究,迄今仍大多集中于对制度与法律的考察,而对于人的写作用力较少。已经出版的法律人物研究的专书,寥寥可数,而且多集中在三个人物:沈家本,伍廷芳及王宠惠^①。

自民国纪年以来,王宠惠五次出长民国司法^②,又以1912年,1928年,1948年三次明显具有划时代的意义^③。需要注意,以王氏在30年代前频繁任职的事实,很大程度上,仅限于时间在数量上的意义,即民国以来20年司法发展的历史,更可以王氏司法部长任职的频繁说明司法状况不尽如人意。事实上,在居正1932年初任职司法之前,在20年的民国法律史上,出现了24位单个的个人一次或者数次

① 其中以李贵连著《沈家本传》(北京:法律出版社,2000)与《沈家本评传》(南京:南京大学出版社,2005),Linda Pomerantz-Zhang, *Wu Tingfang (1842—1922): Reform and Modernization in Modern China History* (Hong Kong: Hong Kong University Press, 1992),余伟雄著《王宠惠与近代中国》(台北:文史哲出版社,1987),段彩华著《民国第一位法学家:王宠惠传》(台北:近代中国出版社,1982),林济著《居正传》(武汉:湖北人民出版社,1993),张小林:《覃振传》(北京:中华书局,2005)为近来有关近代法律史人物专著写作较佳者。唯李著二书为法学史专家写法律人物,以法学内部视角写作,内容多关涉人物与法律变迁的关系,相对于其他有关史家写作之法律人物(包括有关居正的传记),更能彰显法史的意义。

② 按汪辑宝著《民国司法志》(台北:正中书局,1954年,页114-126)及谢彬著《民国政党史》(北京:中华书局,2007年,页129-168):王宠惠氏在民国十七年司法院创立前,曾三任司法总长:1912年3月—6月,1921年12月—1922年7月(未就职,由董康、罗文干代理部务),1924年1月—8月(未就职,由次长薛笃弼代理),但实际任事未足3个月时间。民国十六年,南京国民政府设司法部,王出任司法部长,但于12月复由魏道明代理部务。民国十七年十一月成立司法院,王任首位院长,民国二十年始,由秘书长谢冠生代理院务,直至居正任职,此间王宠惠实际于司法界任事共不足三年的时间。

③ 1912年为民国政府初创,继伍廷芳(任临时政府司法总长)后任司法总长。1928年司法院初设,任司法院长。1948年7月,国民党政府宣称实行宪政,创设大法官会议之制,王宠惠继居正辞职后任司法院长。

担任司法总长(院长)的状况^①,司法中枢从一开始,就没有形成稳定的权力中心,以及由此而来中枢司法权威长时期缺失。司法中枢领袖人物的变更频仍,又足以使整个司法制度的稳定性与连续性受到影响,这种影响带来的有碍于司法功能实现的后果,可以1926年各国调查中国司法现状的总结报告书作为概括^②。

民国二十一年一月十一日(1932年),居正正式职掌司法院,至民国三十七年六月三十日(1948年)卸职,居正任职司法院十六年半^③,这正是民国纪年开始至北京政府时代终结33任司法总长任职时间的

① 在居正任职司法前的20年中,曾经有过24位司法总长(部长):伍廷芳,王宠惠,许世英,梁启超,章宗祥,张耀曾,江庸,林长民,朱深,董康,徐谦,王正廷,程克,张国淦,薛笃弼,章士钊,杨庶堪,马君武,卢信,罗文干,姚震,蔡元培,魏道明,朱凤和。按汪辑宝著《民国司法志》(台北:正中书局,1954年,页114-145,附录部分 民国司法大事年表),刘寿林编《辛亥以后十七年职官年表》(北京:中华书局,1966年,页73-88,国务院各部总次长参事司长年表),谢彬著《民国政党史》(北京:中华书局,2007年,页129-168,附录一 中国内阁更迭史)及中国第二历史档案馆编《中华民国史档案资料汇编》第五辑第一编政治(一)(南京:江苏人民出版社,1979—1986,页79,司法院职官表)。

② 按居正(1942):《收回法权之切要》(载罗福惠、萧怡编《居正文集》下册,武汉:华中师范大学出版社,1989年,页688):“民国十五年,各国司法考察团来华视察司法,其报告仍指摘四点,即(一)民刑法典未臻完备。(二)新式法院监所数量过少。(三)司法经费无保障。(四)军人干涉司法。”另《法权会议报告书》全文载于《东方杂志》第二十四卷第一、二号合刊。

③ 按居正于1948年7月1日新旧司法院长交接日致词云:“训政时期创立司法院是他(王宠惠),行宪时期改组司法院又是他,我在中间搞了十六年多,实在搞不好。今日付托得他,亦可论因缘凑巧,一定作到法治修明,人民乐利。”(见谢幼田整理:《居正日记书信未刊稿》第三册,桂林:广西师范大学出版社,2004年),虽属自谦之语,至少说明居正任职司法处于一个理论上由训政转入宪政的时期,即不论如何,这一个时期可以认为是一个制度转型的时期。

总和^①，在中国大陆不足四十年的民国历史上，其意义不仅在于其时间上的事实，而在于与其他任何司法界的人物相比，居正及其思想，更可能具体表征司法的连续性、进程与司法的社会意义。居正司法16年又6个月，与以往历届司法总长比，在民国法律史上，为一个最为稳定而且连续的时段，因而我们大致可以在特定的历史情境里对居正司法作为一个历史时期进行研究。本文将民国元年至民国二十年的差不多二十年时间(1912—1931)，称为前居正司法时期，民国二十一年至三十七年六月止为居正司法时期(1932.1—1948.6)，这样的划分，仅依时间与人物的事实，可以清晰划出两个不同的时间段，本文主题分析即建立此一区分之上。

按照目前已出版的有关居正的传记文字^②，居正自1876年11月出生湖北广济，1951年11月在台北逝世，中间可以两个时间点划分出三个明确的时段：1876年11月至1905年夏，耕读时期(29年)；

① 按李公权：《在台任职最久的司法部长》(陈伯中编辑：《郑彦棻八十年》，载传记文学丛刊，台北：传记文学出版社，1982年，页45-46)所言，“中华民国开国以来，历任司法部长……加以考查，计自民国元年元月元日起，由第一任伍廷芳至三十三任罗文干，计十六年又六个月二十天的时间，是北京政府时代，平均每任部长的在职时间，只有半年零一天不足；最长的一位是第五任章宗祥，在职两年四个月十天；最短的一位是第九任江庸，在职仅十八天。都由于当时国事动乱，政局不稳使然……(1927年)四月十八日，国民政府开始在南京办公，司法部长从第三十四任姚震起，至四十六任张知本止，是由十六年六月二十日至三十九年三月十六日，计时只差三个月四天，就满二十三年……播迁来台，而司法部长只有十三任，平均每任的在职时间，约一年九个月，比起北京政府时代，长约四倍；最长的一位是四十四任谢冠生，由抗战到胜利，在职十年十一个月又十六天，是民元以来司法部长最长的一位；最短的一位是第三十九任王宠惠，在职仅一个月又十一天。不过王宠惠任司法部长六任之多(第二、十四、十七、二十三、三十六、三十九等任)，合起来亦达十年十一个月，几与谢冠生相等”。按此，在事实上，居正司法时期存在一个民国史上最为连续稳定的司法中央权威构成，即居正(司法院长1932—1948)与谢冠生(司法行政部长1937—1948)的结合，而所谓司法的进展以及成绩，很多都是由于二者合力的结果。又，居正司法时期之长时段同时可与最高法院院长任职状况相参照，如按罗文干著《狱中人语》：“以言大理院院长，民国以来，在任最久者为董绶经，前后不过四年”(载沈云龙教授主编：《纪念中华民国建国六十周年史料汇刊》卷五十，台北：文海出版社，1971年，页37-38)。

② 有关居正的传记，目前有两本专书：赵玉明(1982)：《菩萨心肠的革命家：居正传》(台北：近代中国出版社)；林济(1993)：《居正传》(武汉：湖北人民出版社)。此外，《居正传记资料》(台北：天一出版社)辑有已出版的大量有关居正生平的文章。

1905年9月至1931年12月,始于东赴日本求学终于首次当选司法职务,为革命时期(27年);1932年1月始任,至1948年7月1日辞司法院长职务,为司法时期(16年半。1948年后任监察委员,可视为司法职务的延续,则司法时期可包括近20年)。按郭芳美著《居正与中国革命:1905—1916》一文^①,正是以1905年为界,将居正司法前的个人活动,两分为前革命时期与革命时期。前革命时期包括了居正1905年秋远赴日本前二十九年的攻读科名及在乡为农的日子,这一段时期可以归纳为耕读时期。本文将1932年视为另一个时间点开始居正司法时期,与此前任何阶段明显区分。需要注意,革命时期与司法时期是否应当视为重合或者独立,不会产生界限混乱的问题。因为将1932—1948年视为司法时期,不仅对于居正本人的研究而言,同时对于整个司法制度的考察而言,这个时期可以完全以居正连续任职司法院长这一事实为标准,从而使时段的划分产生意义。这样,对于居正的研究本身而言就存在了三个明确区分的时期:耕读时期,革命时期,司法时期。

1932年,居正任职司法院,是年居正已56岁。相对于此后16年半的司法时期,居正此前的知识、经历及政治态度,足够为其司法提供一种经验与原则,因此可能影响居正司法时期在法律与社会整合过程中的功能与意义^②。

耕读时期生活,居正先生自著《梅川谱偈》,有详细记述^③。在耕

① 郭芳美:《居正与中国革命:1905—1916》(台北:政治大学历史研究所硕士论文,1979年)。

② 有关司法在社会整合中的角色,可以参见 Aharon Barak, *The Judge in a Democracy* (Princeton, N. J.: Princeton University Press, 2006)。该书作者认为,法官(或者说司法),最基本的任务之一就是“弥合法律与社会之间的裂隙”(“bridging the gap between law and society”)。

③ 居正先生本人所著《梅川谱偈》,有单行本(1949;1975),或收录在全集中[《居正先生全集》上册(陈三井、居蜜 1998:87-154);《居正文集》下册(罗福惠、萧怡 1989:509-573)],记其个人事迹由初生至1948年。

读经历对其影响的方面:如张文伯^①所述,“先生出身农家,始终不妄稼穡艰难,且以得终老田园为乐……平居布衣一袭瓜帽一顶,或临池操觚,或蒔花种菜,身处庙堂,意在湖山,不知者以为田野老人。忆其初任司法院长时,晨兴便骑马郊游,继即便服徒步到院,门警睹状固不知其即为院长,竟挽住他不准进去,及经旁人指明,又不胜惶恐,先生温语慰之,并传令嘉其尽职,亦一佳话”^②。如牟宗三所言:“我第一印象,便觉此老不同凡响,一无官气,二无党气,而正面的意思,便觉得一个老居士在眼前……而当时身为院长之尊,亦只是平平的,身居庙廊、而神游山林,此是英雄本色,亦惟有真豪杰始能有此境界”^③。如徐复观言,“这种素直简朴的农村的气息,也许就是当时的开国精神”^④。

在革命时期,尽管在日本法政大学法政速成班政治科成绩差强人意,“居正毕业成绩为丁等”^⑤,但两年的大学生活,使居正一方面有充分的时间社交,1905年11月由宋教仁主盟加入同盟会,为此后20多年政治与革命经历奠定组织和意识形态基础;另一方面,居正开始成为一个政治革命的忠实信仰与倡导者。按照居正自己的回忆^⑥,在

① 张文伯,江苏人,曾官至司法行政部民事司长,著有《庞德学述》,1929年与居正相识。

② 见李翊民等编:《居觉生先生全集》下册(台北:出版者不详,1954),页20。

③ 见李翊民等编:《居觉生先生全集》下册(台北:出版者不详,1954),页36。

④ 见李翊民等编:《居觉生先生全集》下册(台北:出版者不详,1954),页33;徐同时认为居正先生的逝世,意味着“辛亥革命精神之坠失”(见同书,页22)。

⑤ 郭芳美:《居正与中国革命 1905—1916》,页35。有关居正在日本法政大学学习“法律”可能对后来司法产生影响的方面,本文认为联系并不甚大。这首先是因为居正在日本“读律未成”(居正署:《三年来之最高法院》,南京:最高法院,1934),“修业虽完只速成,一年半载学无名。也知读法须深造,重入神田日本营”(居正:《梅川谱偈》,见陈三井、居蜜 1998:99)。居正政治班毕业后,入日本大学本科法律部,旋因革命中断学业。其次,居正任职司法以前,并未有任何法律或者司法任职经历,以至于在司法时期,居正常自谦于“谬承重任”(居正,1934),“陨越多矣”(陈三井、居蜜 1998:136)。最后,由于司法院院长属政务官,而非司法官,尤其在三四十年代动荡时局下,居正政治科出身任职司法的事实,对于司法制度在此期的发展而言,反而比其所受法律训练与所得法律知识更有意义。

⑥ 参见《梅川谱偈》,民国纪年前七年(1905)至民国二十年(1931)(陈三井、居蜜 1998:97-124)。

积极革命的二十多年时间,承担过多种革命者角色:(1)革命报人,从事笔政,在新加坡与缅甸参与革命党与保皇党的政治论争,赢得舆论声誉,使自身成为革命意识形态的代言人^①。(2)位居党内中枢,1914年,孙中山组建中华革命党,“入党者须宣誓服从孙先生,并于誓约签名之下,亲盖指模……迄开成立大会,任余为党务部长”^②。这种历史的处境,使居正成为名副其实的国民党“元老”,因此,“政党”与“党性”问题与司法问题因为居正不可避免地在民国法律进程中产生联系^③。(3)战争参与者及领导者,最著名者如1916年在山东统领中华革命军东北军,此次实为居正首次独自承当领袖职务,虽不足三个月时间^④,对居正个人而言,使居正在军事与政治的两个层面上同时得到权力意义上的强化。(4)在孙中山逝世后的五年内,国民党内部权力的冲突与重组,使居正因莫须有罪名受羁两年(1929年冬—1931

① 《梅川潜偈》民国纪年前五年(1907),居正离开日本,途经香港至新加坡,参与革命党与保皇党文字论战一个月,保皇党败走。这使居正第一次作为主笔,借助以报纸为媒介的公共领域,赢得个人声誉(居正随后,借势于缅甸创办《光华日报》)。1914年,居正于日本受命经理《民国》杂志)。这一方面可以为居正本人坚定信仰,另一方面,以报纸、杂志为媒介所形成的公共领域,影响居正对于权力斗争,政治交流及宣传的理解,以致后来,居正司法时期的明显特征,在于着重司法公共领域与话语的建构,如发起中华民国法学会(1935),重编中华法学杂志(1936),维持营运朝阳大学(1937—1951)等等,都能表明革命时期从事笔政对于日后司法的影响。

② 《梅川潜偈》民国三年。1914年,居正出任党务部长,比其民国初建担任内务部长,及后来历次担任国民党中央委员职务,其意义对于居正司法而言最为重大。1914年,不仅使居正可以成为孙中山先生最为信赖者之一,而且使居正本人后来固守“党义”、“党性”,有深厚的历史情愫。居正任职司法,在理论上阐明与维护司法党化,大可显示出其党性之笃。

③ 参见第三章居正论“司法党化问题”相关诸观点。

④ 参见郭芳美:《居正与中国革命1905—1916》第七章“山东兴兵讨袁”;按王子壮氏所记“民国五年居先生领导之东北革命军,起义于潍县,蒋(介石)先生为参谋长”[“中央研究院近代史研究所”编印:《王子壮日记》(手稿本)(台北:“中央研究院近代史研究所”,2001)第三册,页213]。又按李宗仁氏所言:“居氏是党国元老,为人正派,敢作敢为。对于蒋先生的态度一向不卑不亢……据居告我,民国二年‘二次革命’前,中山先生派他出任山东民军总司令,蒋先生曾活动想到居氏司令部任参谋长,为居所拒绝,不克如愿。嗣后,民国十八、十九两年全国反蒋运动进入高潮时,居亦尝有反蒋论调,深为蒋先生所忌,一度被软禁于上海”[李宗仁口述;唐德刚撰写:《李宗仁回忆录》(上海:华东师范大学出版社,1995年),页727]。

年10月)^①。此间,居正至少在两个方面认识上的变化,足以影响到后来的司法时期:一是对于司法(军法)制度,尤其是监所有切身所感,与各国考察中国司法报告书相印证,可能影响到其后来任职司法时对军法的态度^②,以及改革司法的深度问题。二是居正在狱中开始研读佛经,而且形成了习惯^③,以致其后来的法理论述及司法实践多受其修读佛学的影响^④。

概言之,在耕读与革命两个时期,居正在学识与政治经验两个方面都形成了强烈的特征,这样的特征可以简单以“党性”来概括^⑤,二者为后来居正司法提供了稳定的意识形态与支持动力。居正作为党

① 参见《梅川潜偈》中华民国十八年(1929),十九年(1930),二十年(1931)所记(陈三井、居蜜 1998:122-124)。

② 居正任职之始,即首提军人干涉司法问题:“二十年来,我国司法能保持独立精神此尚可告慰者,唯以军事审判机关常侵犯司法权限,至法院时有不能依照法定程序实行审判及执行判决之苦。”见《民国日报》1932年1月13日记者访谈“居正谈整理司法,将组公务员惩戒委员会”(陈三井、居蜜 1998:425)。居正之努力,亦很快得到响应,1932年10月“军令部重申禁令严禁军人干涉司法”(见《中华法学杂志》第三卷第十号,页122)。事至1942年,居正谈及军人干涉司法为阻碍中国收回法权之理由时,称“至言军人干涉司法,则更早无此事”(见居正(1942):《收回法权之切要》,载罗福惠、萧怡 1989:688),可见于中国收回法权前,居正一直关心军人干涉司法问题。此外按谢幼田整理《居正日记书信未刊稿》,1945年9月10日,居正在中央训练团军法人员训练班讲座,求其“温舒,尚德,缓刑”。

③ 按居正1945年后日记,每日大都以“读经”始(谢幼田,2004)。

④ 这一点可以居正从事司法后诸多论述中看出来,如居正(1947):“法治前进观”(见陈三井、居蜜 1998:341-343)一文:居正认为修明法治,当务之急,是研究一种从根救起的办法,而其办法即是居正所主张的四法界(事法界、理法界、事理无碍法界与事事无碍法界)之修明,最终达一个真法界,法治前进,处处都是坦途;又见居正(1936):“死刑存废论”(见陈三井、居蜜 1998:277-278),惓惓于废除死刑。按谢冠生(1950)《追怀居觉生先生》一文所记,1931年除夕两人初次相见,“一见如故人,略事寒暄,即与余谈死刑存废问题……后月余,先生将之洛阳,复命余撰死刑存废论,置行篋中,谓将及时建议。卒以频年战乱,方且大刑用甲兵,无暇及此事。但有司戴狱,有大辟者,先生必每反复推蔽,多方以求其生。遇有提议减刑大赦者,尤必倾全力以助成之。三十三年之减刑令,三十五年之大赦法案,皆发自先生之意为多”(载谢冠生著《蓂笙堂文稿》,台北:商务出版社,1973年,页124-126)。

⑤ 本文之所以用“党性”一词概括人物与司法之间的联系,有两个基本的原因,一在于主张慎重对待“政党”与“党性”的问题。要知道,大约只有政党与法治在中国现代性进展的方面,是全新而不可或缺的方面;一在于使我们对于法律、司法及法治的思考放在具体的情境中,而“党性”的问题不仅可以提供这样的情境,而且使我们的思考同时必须受到如此的限制。

人,一直积极参与党务之治理与营运,自1931年12月始至1947年12月止,居正共七任国民党中央执行委员会常务委员,尤在1936年居正作为国民党中央委员,身兼政职(2)与党职(8)共10种^①。也就是说,在居正司法期间,政治与党性之关联以及二者与司法之间很容易交流与互动,这种状况无论如何都会影响到居正司法时期司法制度总体的发展特征与角色。

事实上,居正任职司法院长,仍然延续着民国时期中央司法人事的一贯模式:法政出身,党人,民族主义者^②。可以将民国时期的27位司法界领袖(加上王用宾(1935—1937),谢冠生(1937—1948)两位司法行政部长)进行比较考察,即很容易得出这样一个人事上的模式。这个简单的模式,虽然并不代表司法状态或优或劣,但这里传达出一个清楚的信息,即事实上整个司法中枢人事一直偏向于党人化。

另一方面,与其他25位司法界领袖相比,居正又可以视为司法中枢人事模式或者类型化的一个例外,而这样的例外,不仅仅在于其任

① 按王奇生:《党员、党权与党争:1924—1949年中国国民党的组织形态》(上海:上海书店出版社,2003年),页157、160、162。

② 请参见谢彬著《民国政党史》(北京:中华书局,2007年),以及孤军社编《孤军杂志社政党专号》,载沈云龙主编《近代中国史料丛刊》第九十一辑(台北:文海出版社,出版日期未详),内附由清光绪中期至民国十二年十月中国政党系统沿革及主要成员表,司法界人物屡属政党中枢之事实,清晰可辨。在这一点上,如伍廷芳于民国元年任临时政府司法总长,据张玉法先生对民初政党的研究,伍曾挂名于十一个政治党派[见张玉法:《民国初年的政党》“中央研究院近代史研究所”专刊(49),台北:“中央研究院近代史研究所”,1985年,页463-527]。如王宠惠(国民党等),梁启超(进步党等)等人,虽然属不同党派(或虽不属任何党派,如江庸),但均主张宪政,“同归于民主立宪之主张”(孤军社,11),主张民族主义,即如梁启超(1902):《现今世界大势论》所论,“今日欲救中国,无他术焉,亦先建设一民族主义之国家而已”(载夏晓虹辑:《饮冰室合集集外文》下册,北京:北京大学出版社,2005年,页1271),司法制度与政党制度至少在这个民族主义目的是趋同的(可参见罗志田著《民族主义与近代中国思想》,台北:东大图书公司,1998年)。事实上,不论法治观点激进与否,亦不论党派观点如何,民国时期形成了一个以民族主义为目标的司法界核心人物群体。尤以梁启超、王宠惠为代表的法律改良派,占据了前居正司法时期的大部分司法总长任期,这种意识形态实际上为整个乱局中的司法制度奠定了认识共识,中枢及动力。也可以说,法政与党人之联系,在民国时期可能是中枢司法界民族主义者最为明显的特征。如袁世凯所谓“法政学校系制造乱党机关”[见张知本(1936):《中华民国法学会之使命》载《中华法学杂志》新编第一号,页10],可以视为一例佐证。

职时间上的短长,而更在于惟居正是具有长期的党务与政治经验之后始掌司法,这与先前司法界人物大多是纯粹的法学家或者法律实务专家不同,居正作为“党国元老,法界泰斗”^①,首先是一名政治家,然后才是一位司法者。可以说,这种基于个人身份或者经验与政治意识形态而产生的效应,对民国时期法治与政治两个方面同样是必须的,或者是急需的,这一点,可以从与前居正司法时期之政治与司法状况的对比中明显表现出来^②。

大致而言,在前居正司法时期,由于人事上的变动剧烈,不可能产生对司法的良好信任和预期,从而影响到司法本身的进展。司法与法律发展所需要的稳定性与连续性,即使时时受到战争的威胁,惟有在居正司法时期才可以勉强维持。在居正司法时期,司法制度在空间维度上的进展,以基层法院数量为标志,表现在法庭数量由沿海向内地及边疆的增长以及司法制度在数量上的绝对增长^③,因此使司法制度能够在空间上具有足够规模,司法制度开始形成相对闭合的行为系统^④和稳定的人员结构,从而确立司法制度自我维系的基础。

居正在任职司法院长期间,曾兼任最高法院院长(1932.1—1935.7),司法行政部部长(1934.10—1935.1),中华民国法学会理事长(1935.9—1948),朝阳大学董事会董事长(1936—1948),就其影响

① 按《居正日记书信未刊稿》第七册,页350,中华宪法学会即以此称谓居正。

② 这里需要注意司法部长及司法院长,是一政务官而非司法官(梁启超 1936:34-35)。司法总长若缺乏政治智慧与经验或者由此而来的政治影响力,纯有法律知识,这可能与政务官本身之含义有所偏差。在前居正司法时期,表现出明显的法律形式主义以及法律更多表现在学术上的进展、理想型与外向性,即或多或少与司法领袖缺乏政治智慧相关。居正司法时期,表现在居正作为政治家的问题意识上,促进司法之应变能力及务实的精神,注重问题的实质解决、实用主义及强调法律的内向性,服务于本国国情,具体言之,即居正司法“妥速”原则的确立、司法党化及建设中国新法系运动(详见下文各章论述)。

③ 这一点,我们可以从有关司法的统计数字可以看出,详见第二章法庭数量统计表。

④ 有关观点见 Niklas Luhmann; translated by Klaus A. Ziegert; edited by Fatima Kastner et al., *Law as a Social System* (Oxford; New York: Oxford University Press, 2004), 76-141, Chapter 2 “The Operative Closure of the Legal System”。