



2012年度司法部国家法治与法学理论研究项目

(编号: 12SFB5009)

中国近代司法改革视野下的 司法行政制度研究

ZHONGGUO JINDAI SIFAGAIGE SHIYEXIA DE
SIFA XINGZHENG ZHIDU YANJIU

杨晓辉 尹巧蕊 梁 翠 著



中国政法大学出版社



2012年度司法部国家法治与法学理论研究项目

(编号: 12SFB5009)

中国近代司法改革视野下的 司法行政制度研究

ZHONGGUO JINDAI SIFAGAIGE SHIYEXIA DE
SIFA XINGZHENGZHIDU YANJIU



杨晓辉 尹巧蕊 梁 翠 著



中国政法大学出版社

2017·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

中国近代司法改革视野下的司法行政制度研究/杨晓辉, 尹巧蕊, 梁翠
著. —北京: 中国政法大学出版社, 2017. 6
ISBN 978-7-5620-7596-7

I. ①中… II. ①杨… ②尹…③梁… III. ①司法制度—体制改革—研究—中国—近代 IV. ①D929. 5

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第132133号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908437(编辑室) 58908334(邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	880mm×1230mm 1/32
印 张	8.25
字 数	200 千字
版 次	2017 年 6 月第 1 版
印 次	2017 年 6 月第 1 次印刷
定 价	39.00 元

本书是由杨晓辉主持的“2012年度司法部国家法治与法学理论”
专项任务研究课题：《中国近代司法改革视野下的司法行政制
度研究》的最终成果，项目编号为：12SFB5009。



001 绪 论

010 第一章 中国近代司法行政机构的设置及其权限

010 第一节 中国古代的司法行政制度

022 第二节 近代司法行政机构的变迁

032 第三节 司法行政机构的权限厘定

047 小 结

050 第二章 收回领事裁判权

051 第一节 收回领事裁判权与近代法律改革的启动

059 第二节 近代司法行政机构的任务

075 小 结

077 第三章 近代监狱改良

077 第一节 近代监狱改良之肇始

085 第二节 考察西方监狱文明

098 第三节 监狱管理体制的转型

117 第四节 新式监狱的筹建

133 小 结



135 第四章 近代监狱官制度

- 135 第一节 近代监狱官地位
- 142 第二节 近代监狱官管理制度
- 151 第三节 近代监狱官选任制度
- 165 小 结

167 第五章 新式审判机构的筹设

- 168 第一节 清末各级审判厅的筹办
- 185 第二节 民国时期法院的筹建
- 197 小 结

199 第六章 近代司法官制度

- 200 第一节 近代法律职业人才的缺失
- 209 第二节 近代司法官管理制度
- 214 第三节 法官的考任
- 237 小 结

242 结语 离异与回归

253 参考文献

258 后 记

绪论



一、问题的提出

司法行政制度是一国司法制度的重要组成部分。简而言之，司法行政制度就是以司法行政权的确立和运作为核心，以司法行政为要素，在司法活动中与其有关的行政管理法律制度。司法行政制度有广义和狭义之分。广义的司法行政制度是指国家对司法行政事务的管理体制和司法行政活动的总称，包括国家专门机关以及政府的司法行政机关依法实施的司法行政管理和依法履行司法职能的制度。狭义的司法行政制度主要是指司法行政机关依法对司法行政事务实施行政管理的制度。^{〔1〕}本书所讲司法行政制度是指其狭义概念。

司法行政制度是伴随着司法和行政分立的，是以为司法提供保障和服务为目的的制度性产物。司法行政权与其他权力的配置和关系构成司法行政制度的外在基础。司法行政制度具有维护司法权的正常行使，保障和规范司法活动正常进行的重要功能。本课题正是从司法行政制度的功能出发，探讨在近代司法改革过程中，司法行政机构的权力配置以及其为推动和实现司法改革所做的贡献。

〔1〕 董开军主编：《司法行政学》，中国民主法制出版社2007年版，第49页。



国家明确划分行政权、立法权、司法权是近代资产阶级革命的产物，而审判权、检察权与司法行政管理权的细化更是民主与法制化进步的结果。中国古代没有这样的划分，国家的一切活动，行政、立法、司法、军事、监察，都操纵在国王（皇帝）手中。国王（皇帝）是最高行政长官，立法权、司法权、行政权（包括司法行政管理权）、监察权都蕴含在行政权之中。

中国古代政府虽无分权的观念，但也有职能的分工。这种职能分工，从秦汉至清，首先在中央一级逐渐形成，完善了刑部、大理寺、都察院（明以前称御史台）“三法司”的中央司法体系。三法司制度从萌芽到终结前后历经两千年，其内涵随着朝代的更替、政治体制的变革而有着巨大的变化。

光绪三十二年（1906年）七月十三日，清政府发布《宣示预备立宪先行厘定官制谕》，从而开始了清末官制改革。清政府主要参考日本司法改革模式，对中央司法体系进行了设计。“迨光绪变法，三十二年，改刑部为法部，统一司法行政。改大理寺为大理院，配置总检察厅，专司审判。于是法部不掌现审，各省刑名，划归大理院覆判，并不会都察院，而三法司之制度。题本改为奏折，内阁无所事事。秋朝审专属法部，其例缓者随案声明，不更加勘，而九卿、科道会审之制度。”^{〔1〕}由此，刑部改为法部，^{〔2〕}专任司法。大理寺改为大理院，专掌审判。^{〔3〕}

按法部所奏官制，法部管理全国民事、刑事、监狱及一切

〔1〕《清史稿·刑法三》，收录于高潮、马建石主编：《中国历代刑法志注译》，吉林人民出版社1994年版，第1057页。

〔2〕刑部为司法之行政衙门，徒名曰刑，犹嫌挂漏，故改名法部，以次于陆海军部。“庆亲王奕劻等奏厘定中央各衙门官制缮单进程折”，故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》上册，中华书局1979年版，第470页。

〔3〕“裁定奕劻等复拟中央各衙门官制谕”，故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》上册，中华书局1979年版，第471页

司法行政事务，监督大理院、直省执法司、高等审判厅、地方审判厅、城乡谳局及各厅局附设之司直局调查检察事务。主要办事机构有两厅八司一所。从机构设置而言，同清朝的刑部比较，法部的机构和人员编制都有缩小。从职能上讲，刑部兼有司法行政权和审判权，但法部的审判职能已被缩减，除了保留朝审、秋审和恩诏之类事宜外，法部不再直接参与审判事务。

在清末预备立宪过程中，清政府对司法改革寄予厚望。预备立宪是中国首次全面引入西方宪政理论与实践，而宪政体制的核心为分权制衡。近代国家的第一要求为法治政治，而实现法治政治的方法则为权力分立，即把国家的权力分作立法、行政、司法三种，分属于三个机关，用各权力的制衡以确保人民的权利，并预防专制政治的出现。^{〔1〕}但对于仅希望通过立宪以达到外争法权，内保皇权，大权仍统于朝廷的清政府而言，行政权与立法权的分离既无必要，也未到时机。因此，三权之中，司法权与行政权的分离成为其唯一可行的领域。为此，在设置法部与大理院两个重要的司法机构的过程中，清末在司法权、司法行政权以及审判权方面，也做了一些理论上的探讨与准备。民国时期，司法行政部门或归行政院，或归1928年成立的司法院。司法行政权在民国时期归属问题的反复与争议，可以从侧面反映出司法行政权在司法改革中的意义。

随着官制改革——大理院与法部的设立，清末结束了司法领域在传统基础上的“略为变通”，以西方司法为导向的司法改革正式启动。中央机构进行变革，地方必然要随之而动，各级审判机构的设立开始纳入近代司法改革的日程。而各级审判厅的设立，无疑需要具备相应学养的法官的充实。同时，因实现

〔1〕 萨孟武：《政治学与比较宪法》，商务印书馆2013年版，第366页。



宪政、收回领事裁判权以及修律的需要，作为刑罚执行机关的监狱的改革也必然被提上日程，并将其与改良法律、审判放在同等重要的位置。由此，监狱管理体制、相关立法以及监狱官均成为近代司法改革的重要组成部分。

司法改革从官制始，大理院与各级审判厅的建立意味着行政与司法的分立，由此而产生的机构的设置、经费的筹措、人才的培养是制约近代司法改革的首要问题。中国在抗战前期，可以说司法建设多表现为法庭与法官的数量建设，以求法庭与法官数量的增加，有学者将其称为“司法的法庭化”和“司法的法官化”。^{〔1〕}同时还有监狱的建设与改良，监狱官的培养。以上任务无疑隶属司法行政权限，因此，近代司法改革的背景与历程决定了司法行政制度在其中的作用和地位。故而，本书拟从此视角入手，对近代司法行政机构的设立及其权限厘定，收回领事裁判权对司法改革的影响，监狱改良，监狱官的选任，审判厅的筹设以及司法官的选任等几个方面，探讨近代司法行政制度的发展及其在司法改革中的作用。

近代司法改革面临的最大问题就是如何应对中国强大的司法行政合一的传统，而司法审判权和司法行政权的冲突一定程度上是这一核心矛盾的反映。因此，从近代司法行政制度入手，了解这种冲突的性质、机理、根源和形式，对于现代法治国家与和谐社会的建设，以及司法改革的推进，都具有实际的借鉴意义。

中国传统司法文化别具一格，是中国传统司法经验积累与智慧的结晶。因其积淀深厚，也就不会因制度的迅速变革而轻易退出历史舞台。近代对司法行政制度的设计，既有中国司法

〔1〕 江照信：《中国法律“看不见中国”——居正司法时期（1932~1948）研究》，清华大出版社2010年版，第21页。

改革过程中对西方制度的引进，又有对传统的回归，其中蕴含着国人对中国司法体制设计的理想与妥协。

二、相关研究与资料

近代司法改革问题一直是中国大陆、台湾地区以及海外汉学界颇为关注的问题，而且研究成果丰硕。但就笔者所及，目前学界对近代司法行政制度的研究还有待深入。目前学界对这一问题的研究主要隐含在近代司法制度的相关研究中。在几乎所有研究近代司法制度的著作与论文中，近代司法行政制度都是其无法回避的一个问题。这些成果可以让我们对近代司法行政制度有一定的了解，但也仍然存在以下问题：①目前学界对大理院、司法院这些近代司法机构的研究已经颇为深入，独对近代司法行政机构缺乏系统研究，这不能不说是近代司法制度研究的一个缺憾。②对近代司法行政机构的职责及其在近代司法改革中所承担的责任缺乏必要的研究，无法对其中所隐含的中国式的司法理念做深入的理论分析，从而对近代司法体制的建设也就无法做全面客观的评价。

就资料而言，近年出版的有关近代司法改革的研究成果和资料汇编为我们的研究提供了有益的帮助。其中，《清末筹备立宪档案史料》《清末法制变革史料》《清末、民国司法行政史料辑要》《民国监狱资料选》《董康法学文集》《为什么要重建中国法系——居正法政文选》《王宠惠法学文集》《民国司法史料汇编》等是我们主要参照的资料。尤其是《民国司法史料汇编》，共计50册，收录了民国时期各类司法史料，包括大理院、最高法院、司法院的判例，大理院和司法院的解释例，均完整无缺。并且此书还收录了民国各时期出版的司法法规、司法考察记、司法院职员录等。就本研究而言，其中收录的《司法例



规》《改订司法例规》《增订司法例规》是我们的主要研究资料。该例规收录了民国时期颁布的所有关于司法各项例规，经修正的法令也有注明。另外，《考查司法记》《全国司法会议记录》《全国司法行政检讨会议汇编》等分册也是重要的参考资料。这些参考资料省却了笔者许多查阅资料的麻烦。

1914年，时任司法总长章宗祥主持修订《司法例规》，其出发点在于：“近自承乏法部，以为此部当古司寇之职，为六官之一。当兹凡百方在创兴，事例日就完密，虽法规自有全书，而所司宜备专籍。特囑本部参事厅并遴派部员，排比搜抉，勒著是编，名曰‘司法例规’，以备一官之专习，而资庶翼之励精。庶几衡量诚悬不欺长短，规矩诚设无紊方圆云尔。”其后增订时，司法总长张耀曾亦说：“务缮法者也，至于守而勿乱，则有所司之所务焉。夫法之始也，患其乱事，及其后也，又唯乱法之患。是亦可为味叹者！”而江庸为司法例规题词为“守而勿失”，徐谦题词“施治之具”。^{〔1〕}从编纂目的及题词中，亦可一窥中国司法之理念及司法行政机构之功能。

三、研究结构

本书包括绪论、六章内容和结语，其主要内容如下：

第一章：自清末司法改革成立专门的司法行政机构——法部开始。它同大理院之间基于司法独立、政治资源重新分配、相互职能分工等问题展开了激烈的争论，并且这种权限之争一直伴随着近代司法行政机构。同时，由于对“司法行政权”认识的不确定，民国时期司法行政部的归属在司法院与行政院之间几经反复，体现了中国法律现代化中理性的一面以及西方司

〔1〕 殷梦霞、邓咏秋选编：《民国司法史料汇编》第22册，国家图书馆出版社2011年版，序言。

法制度和自身司法与政治文化背景的冲突与博弈。

第二章：随着“有条件放弃治外法权条款”赫然载诸四国商约，已然全面展开却受到重重阻力的修律活动旋获转机。以沈家本为首的怀“法律救国”的思想者，将收回领事裁判权推到前台，带动近代法律改革，因而影响到整个中国的法制演进路径。近代法律改革以西方法律为模范，又仿日本改革模式，为收法权，加速前进，日渐走进了表象化的陷阱。虽然回顾近代司法改革，有论者将司法主权同法制建设走向并列，认为20世纪初中国在如此重大的抉择面前缺乏最基本的利益研判，^{〔1〕}但在一个贫弱的国家刚刚被唤醒之时，而且还是一个曾经有着辉煌历史的民族，民族自信与主权的恢复无疑是最为迫切的问题。因此，借助固有的强大行政力量，观念先行，进行自上而下的改革，将注意力集中在与“国际接轨”的目标上，而较少关注中国政治与社会的自身逻辑与特殊性，^{〔2〕}成为近代法律改革的宿命。

第三章：就监狱改良而言，国人走出国门，参观监狱，参与监狱会议，最重要之意义在于对监狱观念的转变。中国古代狱政思想中虽有悯囚观念，对保障罪犯的基本生活有一定的意义，但是，囿于刑罚观念，古代监狱的黑暗、残酷、弊政并没有出现根本性改变。当中国人在近代走出国门，又恰逢西方监狱改良兴起之时，虽然他们对西方监狱描述不无夸大之辞，但这种夸大也恰能反映西方新式监狱对他们感官和思想上的双重冲击。不同文明之间之所以能够交流，在于人类价值追求的共性，中西文明差异虽大，但某些方面可以理解为殊途同归。因

〔1〕 安国胜：《外国在华领事裁判权史稿》，中国政法大学出版社2014年版，第382页。

〔2〕 于明：《司法治国》，法律出版社2015年版，第4页。



此，近代对监狱改良投入了极大的热情，监狱管理体制转型，建立新监狱，改良旧监狱，完善相关法规，在其中充盈着国人改造旧制度，拯救国家的理想与豪情。

第四章：清末民初时期，因为监狱改良的意义，监狱官成为备受改革者重视的职业。所谓“改良监狱，尤在看守得人”，“改良刑法之实际在监狱改良。监狱之内容，则在管理法，实行管理法，则在管理及看守之得人，是则不易之理也”。^{〔1〕}因此，近代对监狱官的专业素养与品行均有较高要求，一改过去对狱卒的轻视，严格选任，身份地位均有所提高。理想的监狱官吏，应身兼军人、法律、宗教三者之素养，方为合格也。^{〔2〕}

第五章：清末启动司法改革，就其直接目的而言，在于收回领事裁判权。故而，立法建制偏重于抄袭西方法制，冀以满足在华拥有领事裁判权国家的要求，而实现新式法律的前提与基础是独立审判机构的建立。中国固有司法事务，虽设有专职司法机构，而事实上行政司法不分。自清末大理院设立，其后京师高等地方审检厅、各省高等审检厅渐次设立，司法行政始行分离。因此，自清末开始的各级审判厅的筹建就成为近代司法建设的重点，法院数量的增大亦成为近代法制进步的重要标志，是实现行政司法分离目标的基础。而经费的匮乏，人才的不足，政局的动荡，又使“普设法院”成为最为艰巨的任务，也是司法行政机构最重要之职责。

第六章：由于在价值判断体系和社会内在精神上的巨大反差，民国初期的社会变革特别是法制变革，是在缺乏对西方体

〔1〕“考察司法制度报告书”，汪庆祺编，李启成点校：《各省审判厅判牍》，北京大学出版社2007年版，第469页。

〔2〕“调查日本裁判监狱报告书”，何勤华、魏琼编：《董康法学文集》，中国政法大学出版社2005年版，第668页。

制的整体把握的情况下机械模仿，而不是在深刻反省自身的基础上进行的。因此，对于建立陌生制度的操作，就只能启用有经验、有技能且品行高尚的人。故而，为选择优秀司法官，清末至民国的司法官考试均采取了笔试和口试相结合，多次选拔，层层筛选的形式。这样既能全面考察应试者多方面的综合素质，又可通过严格的程序，多次把关，选拔到具有社会经验、人文素养以及实际问题的解决能力的真正合格的司法人才。



第一章

中国近代司法行政机构的设置及其权限

近代以来，司法制度是一个广受热议的问题，司法独立一直是司法改革的追求，而行政权对司法权的侵蚀被认为是司法独立最大的障碍。中国有司法行政合一的传统，司法被视为大行政权的一个部分。因此，行政权更是近代司法改革中重点防御的对象，而司法行政权的归属与权限，成为直接关系司法独立能否实现的关键因素。

第一节 中国古代的司法行政制度

中国古代专职法司^{〔1〕}的设置主要在中央，夏代有大理，商周设司寇。秦汉建立大一统的中央政权以后，中央在九卿之下设置廷尉，并由御史大夫掌管监察，也兼理贵族和官员犯罪的审判。后几经变革，至隋唐基本在中央形成了以大理寺、刑部、御史台为核心的三法司，而御史台在明清后被都察院取代。

三法司制度从萌芽到终结，前后历经两千年，其内涵随着

〔1〕 范忠信：“专职法司的起源与中国司法传统的特征”，载《中国法学》2009年第5期。范忠信认为中国从来没有过西方自古至今意义上的司法职能及司法机构，只有相对而言以审判并制裁犯罪为主要职责的国家机构。对于这样的机构，范忠信称其为专职法司。除专职法司外，中国古代政治体制中还有许多兼职法司。中国司法传统正是“专职法司”和“兼职法司”共同创造的传统。

朝代的更替、政治体制的变革而有巨大的变化。

一、先秦时期的司法行政制度

在西周宗法政治体制下，各级行政官既是相应宗法群体的宗子，也是同级行政管辖区域的最高司法官。

在中央，形成以周天子为首的司法机构。“周天子”作为天下大宗，既是周王朝统治区域的最高行政官，也是最高司法官，亲自裁决全国重大案件及诸侯之间的争讼。“三公”作为周天子的辅官，以行政官员的身份，辅佐周天子审理、复核各类重大案件。而大司寇则是专职的最高司法官，以审理各类重大案件、处理全国司法事务为职责。^{〔1〕}《周礼·秋官·大司寇》记载：“大司寇之职，掌建邦之三典，以佐王刑邦国，诰四方。”在中央司法机构中，除了周天子、三公、大司寇之外，还设有小司寇、士师、司刑、司圜、掌囚等职官，分别掌管不同司法事务。

在诸侯国，诸侯本人掌握本国最高司法权；同时，设立专职司法官，辅佐诸侯管理司法事务，并主持审判。诸侯国的专职司法官，称作“司败”“司寇”“大理”等。^{〔2〕}

先秦时期的司法事务内涵较大，包括一切与审判相关的事务，如侦查、审判、刑罚执行等。

二、秦汉至明清“三法司”的形成、发展、完善

秦汉至明清司法行政机构的发展体现于中央“三法司”的形成过程。

中国古代中央司法机构的发展经历了一个从“一法司”到

〔1〕《礼记·王制》：“大司寇以狱之成告于王，王命三公参听之。三公以狱之成告于王，王三宥然后制刑。”

〔2〕朱勇主编：《中国法制史》，法律出版社2008年版，第32页。