

容 简 介

本书是一部系统研究司法独立在近代中国历史发展进程的学术专著。作者采用历史叙事手法,运用法律社会学的分析框架,从总结中国传统司法的特性及其在近代的危机入手,深入探讨晚清社会对于司法独立的思想认识和司法改革实践中的诸多障碍,并以此为起点着重考察了民国时期围绕司法独立所进行的理论架构和制度设计,提出了司法独立作为西方法治一种价值理念在近代中国转变成一种工具理念的变迁过程,以及这一变迁对近代中国司法发展和当代中国的司法改革与司法现代化所具有的历史意义。

本书适用于大专院校法学、历史学专业的教师和学生,同时也适合公检法司等实践部门的工作人员阅读。

(比较法学丛书)

司法独立与近代中国

韩秀桃 著

清华大学出版社

北京 2003

图书在版编目 (CIP)数据

司法独立与近代中国/ 韩秀桃著 .—北京:清华大学出版社,2003

(比较法学丛书/ 高鸿钧、贺卫方主编)

ISBN 7-302-07209-4

. 司... . 韩... . 司法制度 - 研究 - 中国 - 近代 . D929 .5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 079297 号

出 版 者: 清华大学出版社 地 址: 北京清华大学学研大厦

[http:// www .tup com .cn](http://www.tup.com.cn) 邮 编: 100084

社 总 机: 010-62770175 客户服务: 010-62776969

责任编辑: 方 洁

印 刷 者:

装 订 者:

发 行 者: 新华书店总店北京发行所

开 本: 140×203 印张: 15.5 字数: 359 千字

版 次: 2003 年 9 月第 1 版 2003 年 9 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 7-302-07209-4/ D·83

印 数: 1~ 000

定 价: 元

“比较法学丛书”总序

初民社会,各族群独处一隅,几与外界隔绝,孤立中遂滋生某种自信,或称谢“上帝选民”、“天之骄子”,或自谓“吾道独真”、“惟我德馨”。后偶与外族接触,亦对“非我族类”,多投以白眼,甚至极尽嘲讽之能事,必欲歼灭而后快。各族群习俗、法律各异。史存多妻多夫之族,前者对“男人奢侈”之放纵,令后者匪夷所思;后者对“女人放荡”之纵容,使前者难以理解。同样,禁忌食人之族对“自餐骨肉”之风深恶痛绝,而奉守食人之俗者,对前者浪费“美味佳肴”之举却大惑不解。族群间乌眼鸡般互视野蛮,互斥异端,互为排斥,互相攻讦。史卷中人类血淋淋之格斗厮杀惨景,实多出于文化封闭,心理排外。

法,作为习俗结晶、文化符号之一种,其演进标志人类族群进化之轨迹:由隔离而接触,由孤立而群合,由独行而协作,由排斥而共存。然文化因族群而殊,习俗因族群而别,法律因族群而异。古希腊陶片放逐与古罗马陪审制,中世纪神明裁判、共誓涤罪与近代罪刑法定、无罪推定,伊斯兰法一夫多妻制、三休制与天主教教会法一夫一妻制、禁止离婚制;印度寡妇殉葬与西方领主初

夜权,英美对抗制与欧陆纠问制,中国古代德主刑辅与伊斯兰教政教合一,美国三权分立与英国议会主权……凡此种种,或带有文化类型之印记,或标示族群生活之差异,或反映社会演进之扬弃。差异由接触而知,由比较而显。各族法律,或貌合而神离,或形殊而神似。同名异物,存名实之辩;异名同物,厘表里之别。

由是比较法生焉。西有希腊先哲首开先河,中有战国法家初执牛耳。纵观古代,法之比较虽发轫早而源流长,然仍显稚嫩。其零散而缺系统,偶然而非恒常,实用而欠学理,自发而无筹划,难于自成一体,独立一门。作为学术科目之比较法,实始于近代。西元十八世纪,法国孟德斯鸠氏,少习法律,壮则弃官,潜心法学,遍历奥、匈、意、德、荷诸国,考辨诸族习俗,比较古今法律,于风物人情中寻法意,由地理环境中探精神。氏所撰《法意》一书,为近代比较法学奠基之作。其人其事颇具传奇色彩,遂为后世传为佳话。迨至西元十九世纪,比较法学于英、法、德诸国蔚然成风,或设讲席以授业,或创专刊以传道,或建学会以交流。西元一九零零年,首届国际比较法大会开于巴黎,标志比较法学进入国际化之阶段。然此阶段之比较法学,西方中心论、欧洲文化优越论之类种族主义、文化帝国主义,溢于言表。西人比较之意旨,多为彰显西方两大法系之“文明”、“先进”,形衬非西方法律之“原始”、“落后”。尔后,种族偏见渐弱,然

至今残迹犹存。西元二十世纪中叶以来,比较法学著述之丰,前所未有;功用之广,遍布立法、司法;学理之通,惠及法学各科。

吾华夏民族,得益农桑,泽被礼义,“郁郁乎文哉”。凡器物技艺、典章制度无不优于比邻诸邦,其辉煌文明于古时卓树一帜。然优而生骄,尊而滋傲,国人遂目比邻为蛮貊,视异族为夷狄,或夜郎自大、目空四海;或坐井观天、管窥蠡测。以至有“地生羊”、“小人国”之讹,有“番国佛朗机”其人好食小儿”之谬。其中不乏搜奇钓异,以娱视听;道闻途说,以炫机巧。考其究竟,实多因古时山隔水阻,交通滞塞,言语不通,鲜有接触。故直至盛唐,国人眼中之“西天”不过印度,亦不足为怪。其时西人眼中的中国,亦如烟如雾,若迷若幻。

列强自西徂东,国门洞开,当务之急,救亡图存。始办洋务,复议变法,西学东渐,“夷律”汉译。五大臣赴洋考察,虽得欧法皮毛,犹存借鉴之诚;众学子负笈旅欧,任中西文化参差,亦竟比较之力。数十年间,西法如潮涌入,吾华夏几千年法统,竟成一曲挽歌!法学遂兴,然非汉家故物;比较因起,实多舶来新宪。修订法律馆、法律学堂、各大学法学院以及中国比较法学会,相继建立。沈家本、伍廷芳、梁启超诸前辈倡行修律立宪,为中国近代比较法之先行者也。后有诸多学人相继其业,其中影响较大者,当推吴经熊、王世杰、钱端升、李祖荫诸氏。

王世杰与钱端升之《比较宪法》、李祖荫之《比较民法》影响一代学人,至今仍饮誉海内。东吴法律学研究院之《中国法学杂志》,虽未冠比较之名,实为比较法学之论坛也,其影响远及美国。此足见比较法学兴隆之一斑。亲历其时长辈学人,忆及当年盛况,颇多感慨,其情其景,宛在眼前。

自西元二十世纪五十年代,千山万水,不成障碍,黄种白种,弗为隔阻,孰料意识形态之藩篱竟难以逾越。资社判分,互为仇讎;中西两立,几断音讯。当此之际,比较法学之命运自不待言。迨至七十年代重启牖户,恍如隔世;再度开眼,宛若梦醒。今是昨非,议补天之计;劫余思生,虑长治之道。民主法治之论,遂成治道共识;自由人权之题,遽为时尚话语。法学园地,比较法学焕发新姿。廿年之间,硕果累累。迻译比较法学专著多种,其中影响较大者,为德国学者茨威格特与克茨之《比较法总论》、法国学者达维德之《当代法律体系》、日本学者大木雅夫之《比较法》及美国学者埃尔曼之《比较法律文化》等诸种。“外国法律文库”、“当代法学名著译丛”以及“宪政译丛”丛书数部,其卷帙浩繁,实属空前,中有数种关涉比较法学。另有国人比较法学总论或专论著作数部,篇中亦不乏真知灼见。吾辈研习比较法学多年,虽生性愚钝,初无建树,然夙怀为其勉效微力之愿。故联络学界同道,不避浅陋,新辑比较法学著译数部,缀

成“比较法学丛书”。意在博稽古今,察鉴中外,为比较法学添枝加叶。清华大学出版社胡苏薇女士与方洁女士,为丛书策划出力,同道著译诸君通力合作,编者深怀谢忱。

丛书付梓之日,赘言志之。是为序。

高鸿钧 贺卫方

辛巳年九月(西元二零零一年十月)于北京

序

司法独立是近代西方三权分立政权体制的核心之一。独立于政党、独立于政治的司法体制,至少能在形式上保持法律的公平、公正,在社会上建立超然于政治之外的法律秩序。清末新政,仿效西方宪政,引进近代西方分权体制,司法独立作为一种制度,开始被移植进入中国政治体制之中。

司法独立能否切实实施,本质上不是一个法律问题,不在于法律制度本身是否健全,不在于法律规定本身是否合理,而在于国家政权是否接受分权、制衡体制。在传统中国的政治体制中,君权至上,权力一元。对于以权力制约原则为基础的分权体制,既没有理论上的探讨,更没有制度上的尝试。在这样一种社会背景下,推进司法独立,必然是困难重重。20 世纪前半期司法独立的遭遇,证明了其艰难性。清朝末年年开始推进法律改革,司法独立被迅速提上日程,并从建立机构、制定法律、地方试办等方面,大力推行。北洋政府时期,军阀混战,武人专制,但宪政作为一种观念得到较为广泛的宣传,宪政作为一种制度,以一种新的方式被实践。司法独立也在政权统治者探寻建立一种新的司法体制过程中得以不断摸索。南京国民政府建立后,立法、司法、行政、考试、监察各项权力行使,均贯穿国民党“党治”原则,司法独立在更狭窄的空间摸索、试验。近代中国在司法体制方面,更多的是对于与司法审判相关的各项具体制度的探索和试

验,历届政权均缺少对于宪政核心之一的司法独立精神、司法独立制度的真正接受。

从清末新政到 1949 年南京国民政府被推翻,在四十多年时间里,与宪法政治相关的各项制度在形式上渐次建立,包括国会立法、政府行政、法院司法,从相关法律法规中,也能看到权力分立、相互制衡的规定。但实际上,无论是立法独立,还是司法独立,均没有真正实现。原因何在?是当权政治家们在政权体制设计方面存在政治视野上的局限,还是政治智慧的不足;是因为他们在追求权力和利益方面道德品质的恶劣、低下,还是因为社会利益集团的压力;是因为当时社会“民智未开”、条件未备的现状,还是其他更加令人难以接受的原因:司法独立不适当当时中国国情!这些问题、这些原因,均值得重新发掘史料,从中发现历史真相。

韩秀桃同志在三年博士学习期间,专注于近代中国司法独立问题的研究。其博士论文从传统到变革,从理论到制度,初步理清了近代中国司法改革的基本脉络和发展规律。其中一些专题探讨丰富了近代中国司法独立研究这一大课题。

朱 勇

2003 年 5 月

前 言

中国传统法律在进入近代以后,随着社会政治经济条件以及内外政治环境的变化,表现出愈来愈强烈的不适应,并在西方法制文明的冲击之下开始了艰难而曲折的近代化转型。中国法制近代化是一个全方位的法律变迁与发展的过程。其中,法律变迁是传统社会整体化变迁的一个组成部分,法律发展又是整个社会近代化进程的重要内涵。在这一变迁与发展的过程中,传统法律所赖以存在并作为其调整对象的社会秩序已经发生了根本性的变化,而新型的法律制度及其相应的社会秩序尚在构建之中,从而构成了一种典型的变革社会中的法律秩序。法律之于社会的惟一纽带是司法,而司法除了正义与公平、安全与自由的内在价值以外,其终极目标也正是在于建立起法律所期望的一种秩序。司法的这种独特的品性,为解构传统法律的近代转型,以及基于这一转型所产生的变革社会中的法律秩序提供了极佳的视角。毫无疑问,司法独立是司法诸制度中的最亮点,它来源于西方近三百年政治革命和文化发展的结晶,是西方现代法治的核心理念,同时又为中国传统社会所独缺,因此在近代将这一西方化的制度引入并嫁接到传统政体上的时候,其种种的冲突性的问题和不适应的现象也较为典型地反映了近代法制变迁过程的冲突与不适。

本书采用历史叙事的手法,立足于基本的近代司法史料,充分运用法律社会学的分析框架,从传统司法的特性及其在近代

的危机入手,以建构合法性的司法和创建新型的法律制度为切入点,考察了清末司法独立思想的传入以及以司法独立为重点的近代化的司法改革,并以改革中所出现的问题为线索,探讨了民国以降在推行司法独立道路上在不同历史时期所进行的理论架构和制度设计,以及在这一探索过程中的种种艰辛和努力、理想和无奈,从而提出了近代司法独立作为西方的一种价值理念在民国特定的社会背景下转而成为一种工具理念,以及与这嬗变相关的近代司法发展,实现了西方的司法传统与中国传统司法的对接与变革——司法独立的本土化选择。全书共分为三大部分,包括导论、正文和结语。

导论部分,从近代中国变革的社会背景入手,在介绍司法独立历史渊源的基础上,提出本书研究内容,即以司法独立为线索,探讨变革社会与司法转型在建构社会秩序过程中的互动关系;同时在回顾评价有关近代史研究范式的基础上,着重阐述了本选题的研究进路和思想趣旨以及理论目标。正文共八章,包括三个方面的内容。首先,总结了中国传统司法的特性并对其进行宏观的解说,考察了传统司法在近代所受到的冲击和危机,以及为了消弭危机而进行的合法性司法的构建。其次,从清末新政中的司法改革入手,以司法独立思想在近代中国的传入与理解为研究背景,重点分析了以大理院筹设为核心的晚清司法与行政分立的改革之路及其发展进程,总结了以司法独立为核心的晚清司法改革实践中的主要障碍,并以此作线索为探讨民国时期司法独立原则在实践中所遇到的种种问题作了铺垫。再次,从理论和制度两个角度着眼,将思想性分析与实践性研究相结合,在宏观方面探讨了民国司法独立的理论架构及其相关的宪法性依据,在微观方面重点分析了民国初年的个案以探究其中的冲突,并着力考察了兼理司法制度的背景、内容以及相关的

制度和问题,以及武汉国民政府时期的党治思想及其在司法制度上的体现和南京国民政府在立法急进的同时强化以党治为核心的司法党化的政治实践,以此来求证司法独立在民国时期的发展理路。在结语部分,本文立足于近代中国社会变迁的大环境,确立了评价司法独立在近代中国历史命运的前提条件,并在历史追思和实证考察的基础上,得出有关司法独立在近代中国的发展历程的基本结论:近代中国在对司法独立进行价值追求的过程中,逐渐抽空其内在的生命,转而崇拜其外在的空壳,并将这个空壳视为真实的存在,以便于使其依归于中国的现实,实现其本土化的选择目标——从理想到现实的转换、从价值理念到工具理念的嬗变。并从这个基本结论出发,对当下中国的司法改革和司法现代化提出某些预示性的价值关怀。

目 录

“比较法学丛书”总序	1
序	7
前言	9
导论 问题与方法	1
一、论题的解说 : 历史的维度	3
二、论题的解说 : 法理的视角	14
三、研究方法的追问	27
第一章 中国的司法传统及其危机	43
一、传统司法的解说	45
二、传统司法的危机	67
三、建构合法性的司法: 作为对危机的回应	81
第二章 晚清司法独立思想的传入及其实践	88
引子: 晚清思想观念转变的契机	89
一、认识司法独立	92
二、清末司法独立改革的实践	109
三、清末司法独立实践中的障碍分析	123

四、晚清法律变革中的进与退	141
第三章 民元司法论争:秀才与兵的对话 ——以审理姚荣泽案件为个案	148
一、理想向现实迈进的时代	149
二、论争的过程	157
三、论争的实质及其启示	172
第四章 理想与现实之间:民国司法独立的理论架构	180
一、民国初年	181
二、袁世凯时期	192
三、后袁世凯时期	205
四、三次司法改革计划	213
五、在理想与现实之间选择	225
第五章 传统的回归:民国兼理司法制度研究	230
一、兼理司法制度概况	231
二、县知事兼理司法制度	246
三、对县知事兼理司法制度的评价	266
四、制度的确立及其背离	279
第六章 政统与法统的分离:北洋时期的司法发展	288
引子:问题的缘起	290
一、大理院造法与司法统一	301
二、司法考试与法官专业化	308
三、法政教育与法学社会化	313
四、辩护制度与律师职业化	319

五、收回法权运动与司法主权	326
第七章 司法党化:国民政府(1925—1927)司法改革	333
一、党治理论的提出及其实践	334
二、司法党化的理论和实践	340
三、司法的政治使命	355
第八章 南京十年:五权、训政与嬗变中的司法权	360
一、五权体制与司法权	362
二、立法院与六法体系	375
三、一党专制、训政约法与司法权的嬗变	383
四、司法独立的“体”与“用”	403
结语 司法独立及其在近代中国的本土化变迁	411
一、评价的前提条件	413
二、近代中国对司法独立的价值追求和现实依归 ——一种本土化的选择	418
三、历史的启迪与历史性的机遇	428
参考书目	458
后记	465

TABLE OF CONTENTS

“ Comparative Law Series ” General Preface	1
Preface	Zhu Yong 7
Foreword	9
Introduction: Questions and Ways to Find Answers	1
1 . xplanation of the Thesis (first part): the Dimensionality of History	3
2 . xplanation of the Thesis (second part): the Perspective of Jurisprudence	14
3 . Close Question on the Research Methods	27
Chapter 1 . The Tradition of Judiciary in China and its Crisis	43
1 . nterpretation on Traditional Chinese Judiciary	45
2 . The Crisis of Traditional Judiciary	67
3 . reation of Legitimate Judiciary: Responses to the Crisis	81