

理念、制度与实践

中国司法现代化变革研究(1912—1928) 吴永明/著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

理念、制度与实践

中国司法现代化变革研究(1912—1928) 吴永明 / 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

理念、制度与实践:中国司法现代化变革研究 1912—1928/
吴永明著. —北京:法律出版社,2004.12
ISBN 7-5036-5224-1

I.理… II.吴… III.司法制度—研究—中国—
1912—1928 IV.D926

中国版本图书馆CIP数据核字(2004)第120247号

©法律出版社·中国

责任编辑/刘伟俊

装帧设计/唐源羚

出版/法律出版社

编辑/法学学术出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶松

开本/787×960毫米 1/16

印张/18 字数/267千

版本/2005年1月第1版

印次/2005年1月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939687

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalawbook.com

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65193110

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816/2908

中法图西安分公司/029-85388843

书号:ISBN 7-5036-5224-1/D·4941

定价:28.00元

序

张宪文

吴永明博士在江西师范大学任教。他在教学研究中对中国司法制度产生了浓厚的兴趣，曾赴北京中国人民大学法学院作访问研究，并一度从事律师工作。2000年考入南京大学攻读中国近现代史博士学位，继续作司法制度的研究。他以中国司法现代化变革(1912—1928)为题撰写博士论文，获得了较好的研究成果和学术评价。今欣闻他的博士论文将由法律出版社出版，谨向他表示热烈的祝贺。

法律是一个社会体现统治者意志，并由一定的司法机构强制执行的行为准则，它起着维护统治者政治统治和稳定社会秩序的作用。古代中国已经逐步形成了一系列较为严密的维护专制政权的法律制度和司法体系。王朝法制的主旨，是保护封建王朝的利益和压制人民的反抗，它并不把广大人民的利益放在首位。近代中国，随着封建专制制度的日趋没落和社会的转型，西方先进的司法观念、理论、制度，开始输入进来，对中国根深蒂固的司法传统形成了巨大的冲击，中国司法领域的方方面面进入全面变革的时期。

然而，人们观念的改变，旧制度的破除与改造，新制度的建立与创新，非一朝一日所能实现的，是要经过一个艰难的历史演变过程。它要随着整个社会制度的更新而不断演进。现代社会的本质是法治社会，它必须实施以法治国，运用法律制度稳定和完善社会秩序，而现代法治的出发点是保障广大人民的根本利益。司法制度的核心，要体现人人在法律面前平等的原则。司法独立和司法公正以及司法威权原则，是现代司法制度的生命，也是现代司法制度的根本标志。中国自晚清至民国时期，司法制度经过了一个曲折艰难的变革、创新过程。从大的历史环境观察，政局不

断动荡,社会秩序不稳定,人民生活极为不安,但是,现代文明所蕴涵的自由、平等、人权、法治等精神,已逐步深入人心,并成为人们不断追求的理想和目标。这一时期司法制度的变革和逐步走向现代法治,仍然是有成效的。

吴永明博士的学位论文,全面、深刻地探讨了这一时期司法变革的历史进程。司法观念的进步,是民初司法变革的思想基础和理论基础。论文考察了传统司法观念向现代司法观念的转型,并以较大的篇幅论述了现代司法机构的建设以及司法官的考选与培养,通过对案例的实证分析,以研判司法程序的革新和现代司法程序的初步运用。论文客观地评述了民国前期司法变革的成就与不足,从而使我们看到社会变革的艰巨性与复杂性。

法律史的研究,是介于历史学和法学之间的边缘学科。研究者不仅需要扎实的史学功底,而且需要具备丰富的法学理论知识,这就对研究者提出了更高的要求。民国时期司法变革的研究,就近现代法制史学领域而言是较为薄弱的课题。吴永明博士勇于探索,并取得了一定的学术成就,是值得赞赏的。既然是一项探索性的研究,不足之处在所难免,还望史学界、法学界的朋友给予批评指正,以促进学术研究的不断进步。

2004年11月20日

于南京大学中华民国史研究中心

目 录

| | |
|---------------------|--------|
| 序 | (1) |
| 前言 | (1) |
| 一、选题的学术意义和价值 | (1) |
| 二、国内外研究概况 | (2) |
| 三、研究的主要对象和方法 | (11) |
| 四、研究的突破与创新 | (14) |
| 绪论 中国传统司法的基本形态 | (16) |
| 一、法哲学理念 | (16) |
| 二、主要特征 | (22) |
| 三、机构设置 | (27) |
| 第一章 民初司法观念的现代转型 | (34) |
| 第一节 辛亥革命前传统司法的丕变 | (34) |
| 一、现代司法在欧美的发轫及普适性原则 | (34) |
| 二、西法的东渐与传播 | (45) |
| 三、清末司法改制:内外交迫下的选择 | (54) |
| 第二节 民初司法观念的现代转型 | (65) |
| 一、革命党人的法治理想与实践 | (65) |
| 二、继受与新创:共和初期的司法举措 | (72) |
| 三、现代司法观念的流布 | (77) |
| 第二章 司法机构的组织建设(上) | (88) |
| 第一节 曲折进行的审判机构建设 | (88) |
| 一、发展中的顿挫:袁世凯时期的法院建设 | (88) |
| 二、恢复中的增长:袁世凯之后的法院状况 | (96) |

| | |
|--------------------------------|-------|
| 三、行政兼理司法机构考察 | (102) |
| 第二节 检察机关的确立与变化 | (111) |
| 一、检察制度的确立与职能 | (111) |
| 二、从审检对峙到配置机关制:存废争议中的机构变化 | (116) |
| 第三章 司法机构的组织建设(下) | (124) |
| 第一节 新监建设与狱政改良 | (124) |
| 一、新监建设概况 | (124) |
| 二、狱政管理与职员任命 | (132) |
| 三、感化与改造制度的实施 | (137) |
| 四、出狱人保护事业的开展 | (147) |
| 第二节 律师制度的初建与发展 | (149) |
| 一、南京临时政府律师制度的勾画 | (149) |
| 二、《律师暂行章程》与律师业的发展 | (153) |
| 三、由宽趋严:律师资历与应守义务 | (158) |
| 第四章 司法官的考选与培养 | (165) |
| 第一节 考选的规定与实施 | (165) |
| 一、选任方式与资格限定 | (165) |
| 二、司法官考试之实施 | (172) |
| 第二节 业务培养 | (177) |
| 一、培养机构 | (177) |
| 二、业务学习 | (180) |
| 第三节 任职与薪俸待遇 | (187) |
| 一、任用与考成 | (187) |
| 二、官等与薪俸 | (193) |
| 三、司法官现实生存分析 | (197) |
| 第四节 司法官之修养 | (201) |
| 一、职业规范与准则 | (201) |
| 二、个案透视 | (206) |
| 第五章 程序革新与实践:以刑事诉讼为中心的讨论 | (213) |
| 第一节 程序新制的初成 | (213) |
| 第二节 刑案的侦查与公诉 | (219) |
| 一、刑事案件的侦查 | (219) |

| | |
|------------------------|-------|
| 二、提起公诉 | (224) |
| 第三节 大理院判例分析 | (229) |
| 一、大理院权限与地位 | (229) |
| 二、坚守正当程序:大理院判例分析 | (232) |
| 第六章 司法现代化变革之评议 | (242) |
| 第一节 司法变革的成就 | (242) |
| 第二节 变革的不足及其原因 | (250) |
| 一、司法变革的缺憾与不足 | (250) |
| 二、阻碍变革诸因素分析 | (254) |
| 结语 | (262) |
| 参考文献 | (266) |
| 后记 | (277) |

前 言

一、选题的学术意义和价值

中国古代司法,其制度历经递衍变迁,自成一系,忠实地反映了农耕文明的政治、经济与社会生活,具有浓厚的民族色彩,也与源自西方的现代司法迥然相异。

1840年后,在西方列强坚船利炮的威逼之下,晚清帝国被迫洞开国门,走向世界。随着不平等条约的接踵而至,国家主权的大量丧失,变法图存成为朝野应对时局的惟一选择。辛亥革命后,共和国更是以法治为号召,立说创制。中华法系由此展开规模庞大的改革,并以西方现代法制为蓝本,逐步完成现代转型。

迄自清末延至民国的司法变革,无疑是中国法制现代化进程中最重要的一环。一方面,为了配合建立一个新的共和政府体制,参酌西方先进国模式的现代司法制度开始在中国建立,法治在中国的生成发展有了一定基础;另一方面,除了政局混乱与社会动荡之外,此一时期政治法律思潮也处于一个新旧交替相互激荡的阶段,新式司法制度的建立与完善,面临着最严峻的考验。因此,研究此一时期中国的现代司法建设,对于了解近代中国法制变革与政治、社会、经济等各方面的联系,可谓助益良多。

然而,由于各种因素的影响,对于20世纪初期司法现代化变革问题,并未得到学界应有的重视,研究也没有深入开展。可以说,这一问题在现代法制史领域中尚属一片待开垦的处女地。

与此同时,20世纪初期司法变革的经验教训,对目前我国正在开展的司法现代化建设,也有历史借鉴作用。

基于这些历史与现实意义的思考,本文以“理念、制度与实践:中国司法现代化变革研究(1912—1928)”作为选题进行研究,希望通过对此一时

期司法观念的转变、组织机构建设、审检制度改良，以及法律职业专门化等方面的考察，来梳理变革进程的概貌，分析其成败得失，从而为当代中国的司法现代化提供历史的镜鉴。

二、国内外研究概况

对于中国司法制度的相关研究，国内外学术界出现两头热、中间冷的现象，即古代中国的司法制度（尤其是明清司法）研究相当深入^①，同时，当代中国的司法改革研究也成为显学^②，而对民国转型时期尤其是1912—1928年司法变革的研究则至为薄弱。在过去的一个世纪里，关于此期司法现代化的研究，经典著作很少，即使是一般性的介绍分析，成果也屈指可数。以下分四个部分来对这一问题进行阐述，即民国时期研究的历史回顾、大陆和台湾的研究现状、海外研究简介、结论与分析。

（一）民国时期研究的历史回顾^③

民国前期的司法改良问题，并未成为当时学人研究的热点，专门成果也不多见。1919年，大理院编辑出版《中华民国大理院革新概论》（中英文对照本），对前清光绪末年开的大理院改革作了一个简介，涉及该机构

^① 这方面的代表著作有：[美]黄宗智：《民事审判与民间调解：清代的表达与实践》，中国社会科学出版社1998年版；[美]孔飞力：《叫魂：1768年中国妖术大恐慌》，上海三联书店1999年版；[日]滋贺秀三等：《明清时期的民事审判与民事契约》，法律出版社1998年版；陶希圣：《清代州县衙门刑事审判制度及程序》，台湾食货出版社1972年版；杨雪峰：《明代的审判制度》，台湾黎明文化事业公司1978年版；那思陆：《清代州县衙门审判制度》，台湾文史哲出版社1982年版；《清代中央司法审判制度》，台湾文史哲出版社1992年版；瞿同祖：《中国法律与中国社会》，商务印书馆1947年版；陈光中、沈国峰：《中国古代司法制度》，群众出版社1984年版；熊先觉：《中国司法制度简史》，山西人民出版社1986年版；郑秦：《清代司法审判制度研究》，湖南教育出版社1988年版；梁治平：《清代习惯法：社会与国家》，中国政法大学出版社1996年版；等等。

^② 这方面的代表著作有：任允正、刘兆兴主编：《司法制度比较研究》，中国社会科学出版社1996年版；苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年版；肖扬主编：《当代司法体制》，中国政法大学出版社1998年版；贺卫方：《司法的理念与制度》，中国政法大学出版社1998年版；王利明：《司法改革研究》，法律出版社2000年版；左卫民、周长军：《变迁与改革：法院制度现代化研究》，法律出版社2000年版；谭世贵：《中国司法改革研究》，法律出版社2000年版；等等。

^③ 本部分研究综述，主要根据南京图书馆特藏民国时期书刊、南京大学图书馆馆藏民国时期法学杂志、杨家骆编：《民国以来出版新书目提要》（南京中国辞书馆1936年版，南京图书馆特藏）、《期刊索引》第3卷第3期“法学论文专号”（1935年1月31日版）、北京图书馆编：《民国时期法律总书目（1911—1949）》（书目文献出版社1990年版），综合而成。

的沿革、主要人事变动等内容^①。1924年,为配合“各国来华调查法权委员会”的工作,司法部法权讨论委员会秘书处编辑出版《考查司法记》,内容有河北、山东、河南、山西、江苏、安徽、江西、浙江、湖北、湖南10省的司法现状,并附有考查后建议^②。1926年,陶汇曾著《中国司法制度》出版发行,全书共9章,包括司法机关的种类、组织、权限,司法官吏的任免及保障,司法审判与司法援助的实施,司法行政、司法监督与检察制度等,惟内容太过简略^③。1928年,曾任司法总长的姚震编著《整顿司法概要》,介绍当时整顿司法的具体措施和工作,主要包括制定人权条例、修改诉讼程序、修改各级法院办事章程、拟定司法职员考绩章程、重申律师回避办法等^④。1933年,耿文田编著之《中国之司法》出版,全书分四编,第一编绪论,概述司法及司法权的定义、分类、活动、司法权与其他各权之关系等;第二编本论,叙述中国司法制度史、历代司法机关及其沿革;第三编要论,论述撤废在华领事裁判权问题;第四编余论,论述司法与三民主义的关系等^⑤。还有汪澄之著《中国司法问题》^⑥、王用实编著《二十五年来之司法行政》、朱焕彪著《检察制度之我见》也出版发行^⑦。在监狱改良方面,王元增著《监狱学》、《监狱规则讲义》^⑧,芮佳瑞著《监狱制度论》、《监狱法论》^⑨,陆人骥著《感化教育》^⑩,以及赵琛著《监狱学》^⑪等书在制度、法律领域有所论及。

此外,关注这一时期司法变革的专业论文,主要有张一鹏撰写的《中国司法制度改进之沿革》、董康的《民国十三年司法之回顾》、王世杰的《大理院与习惯法》、余启昌的《民国以来新司法制度施行之状况及其利弊》、王宠惠的《二十五年来中国之司法》、杨幼炯的《中国司法制度之纵的观察》、黄右昌的《中国司法改革之理论的基础》、居正的《二十五年来司法之

① 大理院编:《中华民国大理院革新概论》,北京编者刊,1919年版。

② 法权讨论委员会编:《考查司法记》,编者刊,1924年版。

③ 陶汇曾:《中国司法制度》,上海商务印书馆1926年版。

④ 姚震编著:《整顿司法概要》,1928年版,出版地不详。

⑤ 耿文田编:《中国之司法》,上海民智书局1933年版。

⑥ 汪澄之:《中国司法问题》,上海三民书店1929年版。

⑦ 以上二书之出版地、时间不详,南京图书馆特藏。

⑧ 二书均由京师第一监狱出版发行,前者为1924年版,后者出版年月不详。

⑨ 二书均由商务印书馆1934年出版发行。

⑩ 陆人骥:《感化教育》,商务印书馆1934年版。

⑪ 赵琛:《监狱学》,上海法学编译社1933年版。

回顾与展望》、王用费的《二十五年来审检制度之变革》等^①。在章士钊任司法总长时，曾通电要求各省审检厅条陈司法改良意见书，《法律评论》杂志择此机会约稿，“深望各省法院将上项条陈抄寄一份，以便代为披露而收集思广益之效”，并从第82期起陆续刊发“司法改良意见书”，对司法界关于司法革新的意见与建议多有记载。《法学杂志》第8卷第4期、第5期及第9卷第5期还分别开辟《司法制度专号》、《检察制度专号》，惟内容多系南京国民政府时期司法制度的比较研究，对此前司法变革内容涉及无多。

综而言之，上述论著往往以介绍司法的基本制度为主，涉及面较广，但也存在详实分析与论述不够的缺憾。

（二）1949年以来的研究状况^②

新中国成立后，尽管民国前期法制与司法制度的建设在中国法制史上占有重要的地位，但学术研究“尚属薄弱环节”^③，仅有一些零星回忆散见于各地出版的文史资料选辑中^④。

十一届三中全会后，特别是1979年在长春召开的全国法律史学术讨论会，并在此次会议上成立中国法律史学会之后，法律史学的研究走向繁荣，一批重要的法制史研究成果相继出现^⑤，有关法律史学的研究论文也

① 分别见《法学季刊》第1卷第1期，《法学季刊》第2卷第3期，《法律评论》第168期，《法律评论》第244期，《中华法学杂志》第1卷第1期，《中华法学杂志》第1卷第5、6期合刊，《中华法学杂志》第1卷第5、6期合刊，《中华法学杂志》新编第1卷第2期，《中华法学杂志》新编第1卷第2期。

② 本部分大陆学界的研究现状，主要根据《近代史研究》，人大复印资料《中国近代史》、《中国现代史》、《法理学、法史学》、《诉讼法学》附录目录收集资料综合而成。此外还参考曾宪义、郑定主编：《中国法律制度史研究通览》，天津教育出版社1989年版；张晋藩主编：《中国法制史研究综述（1949—1989）》，中国人民公安大学出版社1990年版。

台湾地区的研究现状，主要通过台湾“国家图书馆”馆藏书刊目录索引中获得线索，收集资料综合而成。在资料收集过程中，得到台湾辅仁大学刘文宾教授、中研院近代史所朱泂源研究员、日本大阪外国语大学石黑亚维博士的大力协助，特此致谢。

③ 张晋藩：《中国法制史研究综述（1949—1989）》，第458页。

④ 如《文史资料选辑》（上海）第12辑（1961年）、《广东文史资料》第5辑（1962年）、《广东文史资料》第8辑（1962年）、《广东文史资料》第11辑（1963年）、《广东文史资料》第16辑（1964年）等刊载的回忆文章。

⑤ 其中代表性著作有张晋藩、曾宪义主编：《中国法制史》第1卷，中国人民大学出版社1981年版；蒲坚主编：《中国法制史简编》，北京大学出版社1983年版；钱大群编著：《中国法制史教程》，南京大学出版社1987年版；武树臣：《中国传统法律文化》，北京大学出版社1994年版；张晋藩总主编：《中国法制通史》（十卷本），法律出版社1998年版；等等。

为数不少^①。在这股法制史的研究热潮中,有关民国法制的研究也由此步出沉寂,得以逐渐展开。

1986年,张国福出版《中华民国法制简史》^②,可谓中国内地学界研究民国法制之先声。在其后的十余年内,大陆出版的有关民国法制史的著作大致有以下几种:余明侠主编的《中华民国法制史》;邱远猷、张希坡主编的《中华民国开国法制史》;朱勇主编的《中国法制通史·清末民国卷》;等等^③。同时,在探讨中国宪政运动史的相关著作中对民国法制也多有论述^④。此外,对于民国时期苏区革命根据地法制史的研究,由于张希坡等学者的不懈努力,也取得了很多成果^⑤。

有关的学术论文,也开始在各类刊物登载。其中代表性的文章有,唐上意的《南京临时政府的立法建制》,李锺、林启彦的《辛亥革命时期的共和宪法》,虞和平的《民国初年经济法制建设述评》,张学继的《民国初年的制宪之争》,李贵连的《二十世纪初期的中国法学》,饶东辉的《民国北京政府的劳动立法初探》,李学智的《民国初年的法治思潮》等^⑥。另外,关于临时约法和孙中山五权宪法思想也得到较深入研究^⑦。

对大陆学界民国法制史研究的概况进行综合考察,可以发现研究的兴趣点主要集中在以下几个方面,即南京临时政府的立法与建制,临时约

① 据曾宪义教授研究表明,截止到1990年,公开发表的法制史论文在千篇以上。见曾宪义:《中国法制史学的十年回顾与前瞻》,载《法律学习与研究》1990年第8期。

② 张国福:《中华民国法制简史》,北京大学出版社1986年版。

③ 以上各书分别由中国矿业大学出版社1994年出版;首都师范大学出版社1997年出版;法律出版社1998年出版。

④ 如张晋藩、曾宪义:《中国宪法史略》,北京出版社1979年版;徐矛:《中华民国政治制度史》,上海人民出版社1992年版;王永祥:《中国现代宪政运动史》,人民出版社1996年版;殷啸虎:《近代中国宪政史》,上海人民出版社1997年版。

⑤ 如张希坡、韩延龙:《中国革命法制史(1921—1949)》(上、下),中国社会科学出版社1987年版,1992年版;张希坡:《革命根据地法制史》,法律出版社1997年版;等等。

⑥ 分别载《近代史研究》1981年第3期;《近代史研究》1982年第2期,《近代史研究》1992年第4期;《近代史研究》1994年第2期;《中外法学》1997年第2期、第5期;《近代史研究》1998年第1期,《近代史研究》2001年第4期。

⑦ 如张亦工:《中华民国临时约法起草人辨正》,载《历史研究》1983年第3期;张国福:《关于中华民国临时约法的起草日期和主稿人问题》,载《北京大学学报》1984年第1期;张希坡:《应当恢复中华民国临时约法的条文原貌》,载《法学家》1997年第2期;江振良:《孙中山法治思想谈》,载《中山大学学报》1987年第3期;耿云志:《孙中山宪法思想刍议》,载《历史研究》1993年第4期;陈光中:《孙中山先生之民权主义法制思想》,载《政法论坛》1995年第2期;等等。

法的制定与实施,广州、武汉时期国民政府的法律制度,苏区根据地法制建设,民国宪政运动考察,以及部分政界人物法思想和部分专门法研究。对其司法制度的建构及运作,坊间所能寻觅到的作品,只有徐家力著《中华民国律师制度史》等为数不多的几本^①。而专以民国前期司法变革为考察中心的学术著作付之阙如,仅有少数学者在论文中稍稍论及。如邱远猷对南京临时政府的司法制度进行了一定的探讨;贺跃夫则围绕着新发现的孙中山轶文“中国之司法改革”^②,对中山先生在辛亥革命前后的司法改革思想进行分析;乔丛启选择大理院为考察对象,探讨北洋时期的大理院裁判;何勤华则以直隶高等审判厅编辑的《华洋诉讼判决录》^③为中心,探究领事裁判权、华洋诉讼与近代中国社会之关系;杨丹伟以北京政府收回治外法权的努力为例,来考察近代中国法权交涉的历史;夏锦文分析民国时期所处的社会环境,从宏观上考察当时司法独立所遭遇的尴尬与矛盾;贺卫方在“全国外国法制史研究会”第13届年会上提交的论文“司法独立在近代中国的展开”,则从一个比较法的角度对中国司法及其近代历程进行梳理^④。此外,还有少数文章对民初的个案进行研究,如姚荣泽案、宋教仁案、陈其美案等^⑤。

台湾学界对于近代中国法律变迁重要意义的学术探讨要早于大陆学界。罗志渊说:“近代中国的变法是意义重大而影响深远的事:举凡法律、政治、经济、社会、教育文化,乃至其他典章制度,莫不受到严重影响。惟其如是,乃有不少的志士、仁人、专家、学者,从不同的角度,以观察、推

① 中国政法大学出版社1998年版。

② 孙中山:《中国之司法改革》,载《中山大学学报》1984年第1期(附英文原文)。

③ 直隶高等审判厅编:《华洋诉讼判决录》,中国政法大学出版社1997年影印本。

④ 见邱远猷:《南京临时政府的司法改革》,载《法学杂志》1983年第3期;贺跃夫:《辛亥革命时期孙中山司法改革思想浅析》,载《广州研究》1986年第3期;乔丛启:《北洋政府大理院及其判例》,载《中外法学》1990年第6期;何勤华:《〈华洋诉讼判决录〉与中国近代社会》,载《中外法学》1998年第1期;杨丹伟:《法权交涉的历史考察——以民国北京政府为例》,载《江海学刊》2000年第6期;夏锦文、秦策:《民国时期司法独立的矛盾分析》,载《南京社会科学》1999年第5期;贺卫方:《司法独立在近代中国的展开》,载何勤华主编:《法的移植与法的本土化》,法律出版社2001年版。

⑤ 见杨大春:《论辛亥革命时期中国刑事审判制度的革新——以姚荣泽案为中心》,“纪念辛亥革命90周年国际青年学术研讨会”(长沙)提交论文;何磊:《从洪述祖案看北洋时期的“司法独立”》,载《北京档案史料》1986年第4期;莫永明:《陈英士被刺司法案述略》,载《学海》1992年第2期。

敲、辨析、论断这一演进的背景、起源、发展、结果。”^① 不过,有关 1912—1928 年司法制度的研究,依然“是一个重要但却乏人探讨的课题”,成果不多^②。

进入 20 世纪 90 年代后,一批分析晚清及国民政府初期法典化的论著出现,司法制度的变革历史也开始受到部分学者重视。他们在如下几个方面进行了努力:

司法档案的典藏整理与研究。1994 年 12 月,在台湾“中国法制史学会”年会上,黄静嘉做了“中国第二历史档案馆民国时期之司法档案(1912—1949 年)目录辑要”的主题报告。以此为因缘,政治大学黄源盛博士之后五度前往中国第二历史档案馆,与馆方人员洽商“合作开发大理院档案”并获成功。目前已整理出《大理院民事判例全文汇编》及《大理院刑事判例全文汇编》(未刊稿)^③。

对地方司法制度建设展开个案研究。朱法源以《我国司法现代化的个案研究:广西司法的初期现代化(1907—1937)》为题,对三桂大地司法组织及其制度的演变大要进行研讨,“从中足以发现广西司法仍无法完全分立于行政之外”。^④ 张玉法的《民国初年山东省的司法改革》,分北京政府时期和国民政府时期两个阶段来考察,认为前者“是承袭清末的新制度,即继续建立司法制度的系统,俾与行政系统分立”,后者“初在省、县两方面建立行政、司法分立制度,但县级因限于经费,不久又有行政与司法合一的趋势。”总体来看,“从清末实行司法改革,经北京政府时期到国民政府时期,是不断在这些方面努力的。”^⑤

对刑事诉讼法变革之研究。陈光宇在《清末民初刑事诉讼法制概说》一文中,“从新法制之厘订讲起,……说明近代整个刑事诉讼制演变经过之始末。”并总结出清末民初刑事诉讼制度的特色在于四级三审制度、行政司法分立并兼行县知事审理诉讼、预审制度以及覆判制度^⑥。黄源盛则

① 罗志渊编著:《近代中国法制演变研究》,台湾正中书局 1986 年版,自序。

② 参见黄源盛:《民初法律变迁与裁判(1912—1928)》,台湾政治大学法学丛书(47),2000 年版,序。

③ 参见黄源盛:《民初大理院司法档案的典藏整理与研究》,载台湾《政大法学评论》第 59 期(1998 年)。另参见黄源盛前引书。

④ 朱文载台湾《科际整合学报》1991 年第 1 期。

⑤ 张文载《社会科学战线》1997 年第 3 期。

⑥ 陈文载台湾《中华法学》第 2 期(1992 年)。

以大理院刑事判决遵循的程序准则为考察中心，“置重心于大理院判决中刑事程序法实证的检讨，并大量援引民元以迄三年（1912—1914年）大理院判决原文，将该判决中较具代表性与特殊性，且与诉讼法上原则性有关者，分类择其要旨，加以浅释，同时分析其所运用刑事法则的实态，借以明其演进的轨迹与承转的因果关系”，从而使学人对近代中国刑事诉讼的生成与开展有一个清晰的了解^①。

此外，林明德著文“阐明清末民初司法制度的变迁，改革的实态，具体而言，乃在析论光绪末年以后至民国初期司法制度变革的梗概及其意义”^②；欧阳正也“以司法独立的宪政理念与争取法权自主的实用心态，作为考察的基点”，对于1927年之前的中国法律与司法制度的发展，“进行一个基本而且概观的考察，俾有助于了解当时法律与司法改革所面临的主要困难症结。”^③黄源盛则利用档案资料的优势，著长文对民初大理院、大理院民事习惯判例进行系统的论述，“力图填补民国初期司法史上的空白。”^④

综合来看，目前台湾关于民初司法制度的研究，成果较大陆学界丰富。不过，其研究结论并不尽然一致，且就研究的前瞻性而言，其关注的焦点仍在档案资料较齐全的大理院，缺乏对民初整个司法制度建构及其运作的实证考察与分析。

（三）海外研究简介

民初的司法变革，并未引起海外汉学界的广泛注意。相对而言，荷兰学者范登佛克（van der Valk）和美国学者基顿教授（Pro. Gerge keeton）是涉及这一领域研究相对成功的二位。

范登佛克注意到民初律令不足的困难情形，并进而考察大理院在维护各类法益及统一法律适用上所发挥的重要功能。1949年，他将大理院1915—1916年的解释例翻译成英文出版发行，在译本序言中，范登佛克还

① 参见黄源盛：《民国初期近代刑事诉讼的生成与开展——大理院关于刑事诉讼程序判决浅释（1912—1914）》，载台湾《政大法学评论》第61期（1999年）。另参见黄源盛前引书。

② 林明德：《清末民初的司法改革》，载《台湾师范大学历史学报》第26期（1998年）。

③ 欧阳正：《民国初年司法制改革》，载台湾《社会科学学报》第8期（2000年）。

④ 黄源盛：《民初大理院（1912—1928）》，载台湾《政大法学评论》第60期（1998年）；《民初大理院关于民事习惯判例之研究》，载《政大法学评论》第63期（2000年）。另参见黄源盛前引书。

对大理院的组织结构与运作方式进行了较详尽的分析和介绍^①。基顿教授从研究近代中国的不平等条约与国际地位入手,于1969年出版专著,对国民政府建立前之中国司法情形,大量引述《调查法权委员会报告书》的内容,颇具参考价值,成为当时探讨中国治外法权的一部力作^②。

黄宗智的《民事审判与民间调解:清代的表达与实践》,也引用了民国时期(1911—1930)河北顺义县的128件民事案件,进行比较研究,其结论是“比较民国和清代的案件记录,就可以看到民事裁判的实践在县城和村庄这一层次的基本延续。”^③另外黄氏还出版了《法典、习俗与司法实践:清代与民国的比较》一书,对民初的民事权利争讼进行了一定的探讨^④。

除此而外,围绕民初司法展开讨论的著作几乎没有。即便有若干专门研究近代中国发展与变迁的论著,惟其对法制状态的论说,仅止于一般性的描述,参考价值并不显要^⑤。

专题论文也只有罗伯特·贝彦(Robert Bryan)撰写的、以介绍当时中国民法理论体系为宗旨的“An Outline of Chinese Civil Law”^⑥;以及哈尔德·奎理(Harold Quinley)撰写的“The Chinese Constitution”,还有瑞萨威斯基(V. A. Riasanovvsky)的“The Modern Civil Law of China”^⑦,和爱里森·韦恩·科纳(Conner, Alison Wayne)论述有关民国律师制度及法律职

① [荷]范登佛克(van der Valk), *Interpretations of the Supreme Court at Peiking (Years 1915 and 1916)*, University of Indonesia(1949)。

② [美]基顿(Pro. George Keeton), *The Development of Extra-territoriality in China*, Howard Fertig(1969 rpt.)。

③ [美]黄宗智:《民事审判与民间调解:清代的表达与实践》,中国社会科学出版社1998年版,“导论”。

④ [美]黄宗智:《法典、习俗与司法实践:清代与民国的比较》,上海书店出版社2003年版。

⑤ 主要有 William Yung, *The Political Institutions of Modern China*, Martinus Nijhoff(1964); Tan Chun & H. S. Bhatia ed., *Legal and Political System in China*, v. 1, Deep & Deep(1974); Jerome Ch'en, *China and West*, Hutchinson(1979)。

⑥ 罗伯特·贝彦(Robert Bryan): *An Outline of Chinese Civil Law*, 上海商务出版社刊行(1925)。

⑦ 前文载 *Chinese Social and Political Science Review*, v. 9n. 1(1925), pp. 88—98; 后文载 Harbin(1927)。