

传统 审判

制度近代化研究

Study on The Modernization of Traditional Judicial System

传统审判制度的总体回顾

传统审判制度近代化动因

晚清近代审判制度的雏形初具

民初(1912—1928)新式审判制度的倡行

传统的回归——县知事兼理司法制度

南京国民政府审判制度的日趋成熟与审判标准的二元化

张熙照 / 著

吉林人民出版社

传统 审判

张熙照 / 著

Study on The Modernization of Traditional Judicial System

制度近代化研究



吉林人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

传统审判制度近代化研究 / 张熙照著. — 长春: 吉林人民出版社, 2009.5
ISBN 978-7-206-06167-7

I. 传… II. 张… III. 审判—司法制度—研究—中国—近代
IV. D925.02

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 069133 号

传统审判制度近代化研究

著 者: 张熙照

责任编辑: 杨九屹

封面设计: 孙浩瀚

责任校对: 赵洪涛

吉林人民出版社出版 发行 (长春市人民大街 7548 号 邮政编码: 130022)

印 刷: 吉林省海德堡印务有限公司

开 本: 880mm×1230mm 1/32

印 张: 7.25 字数: 215 千字

标准书号: ISBN 978-7-206-06167-7

版 次: 2009 年 5 月第 1 版 印 次: 2009 年 5 月第 1 次印刷

定 价: 20.00 元

如发现印装质量问题, 影响阅读, 请与印刷厂联系调换。

序

小时候没有太多的娱乐活动，总是喜欢跟外婆一起去我们县城里的剧院看戏，看的多半都是关于官员审案的戏，比如《杨三姐告状》、《九品芝麻官》、《铡美案》、《打龙袍》、《陈州粳米》等，对于剧中那些刚正不阿、秉公断案的父母官颇多钦佩，甚至立志成为那样的人。再大一点，上了小学，认识了亲戚家的穿着制服的法官，并且知道了法官是专门断案的，不由得肃然起敬。但是，他们与剧中断案的父母官有什么区别这一问题始终困扰着我这个懵懂少年，无奈之下，就想当然地以为，反正法官没有县长大，那他们大概都是县长的部下吧。

上了高中，在政治课上，老师讲了西方的三权分立，于是，自认为对当今的法官与行政官员到底有什么区别，他们之间的关系如何这样的问题有了初步了解。但是，对于现代审判制度是如何演化而来的，其具体过程如何的问题，一直是最感兴趣的。我曾经找遍了所能去的所有书店，但是关于“传统审判制度近代化”这方面的专著寥寥，对这一过程进行全景式描绘的更是空白，于是，我萌发了填补这一空白的想法。然而光有想法而不付诸行动，理想就会变成空中楼阁，因此，我开始收集、整理大量档案、史料、著述等资料，在参考这些资料的基础上开始了我的所谓研究。

首先，从总体上概述了自有皋陶断狱至清末沈家本修律以来，历经四千多年而自成体系的传统审判制度，全面、系统地描述了传统审判制度行政司法合一、审判理念多元、民刑不分、调处息争、无讼是求以及刑讯逼供等方面的特质。

在对上述情况进行具体分析后，进而发现近代中国社会是急剧变动的时期，西方民主政治和法治原则，开始注入这片古老的大地。历时数千年而形成的传统思想、观念、制度以至生活方式等都发生了天翻地覆的变化。就传统审判制度而言，旧有的皇权专制、朝纲独断的政治体制下的审判权与行政权合一、引礼入刑的审判理念多元以及以有罪推定为前提的刑讯逼供等审判理论、方式、原则，已经与社会发展的潮流严重不符，受到上自开明知识分子，下至普通百姓的质疑和批判，成为众矢之的。

正是这种尴尬与窘困，最终演化为晚清政府在风雨飘摇之际所进行的宪政改革以及作为宪政核心内容的司法改革。于是，外患内忧交加下的传统审判制度陷入困境、收回领事裁判权的驱动、会审公廨对传统审判制度的冲击与挑战以及审判理念的进步等几个方面，成为传统审判制度近代化的具体动因。

审判制度近代化的第一步，主要体现在建立新型审判制度观点的提出、制定实施新法、构建新型审判机构、审判独立原则的确立、民刑分立审判方式的确立、审判公开原则的引入、证据作用的重视、律师和检察官机制的介入等几个方面。清末，新式审判制度雏形初具，然而，成效未彰，清室已亡。

中华民国南京临时政府成立，新式审判制度随之倡行。民初虽然贯彻了司法独立、公开审判、程序公正等审判原则，但由于动荡的政局以及经费、人员的不足，在基层又恢复了县知事兼理司法的制度，使审判制度近代化的进程出现了反复。

南京国民政府建立之后，在民初审判制度的基础上，借鉴了西方许多国家（主要是大陆法系）的先进法制成果，在极短的时间内，快速、高效地制定了具有近代法意义的《六法全书》，使得各项审判有了成文法依据。从审判依据的渊源、结构、立法技术以及新式法院的设立、法官选任条件等角度看，南京国民政府运行的审判制度是日趋成熟的。但同时我们还应注意到，由于当时的特定情况，这种日趋成熟主要停留在法典、制度层面，而在审判实践中，

序

审判标准因人而异、因时而异，附旧的甚至是与法典相悖的审判依然大量存在，审判还没有最终形成系统的付诸实践的制度，与近代化所要求的进程还有很大差距。

限于资料占有的有限性，本书对于传统审判制度近代化的所谓研究主要侧重于清末至南京国民政府时期，对传统审判制度的总体性回顾，只是辅助完成近代化全景式描绘的完整性。

霍姆斯曾说，法律的生命从来不是逻辑，而是经验。从这个意义上说，经验的总结尤为重要，而对不同历史时期传统审判制度近代化过程中进退反复的规律进行经验性总结，也不失为有意义的尝试。

作 者

2009 年 2 月于沈阳

目 录

绪 论

- 一、论题的解说及选题意义····· 1
- 二、研究现状与评析····· 3
- 三、资料收集与运用····· 5
- 四、研究方法与突破····· 7

第一章 传统审判制度的总体回顾

- 一、传统审判制度的“神判”风格····· 10
- 二、礼法结合——审判理念的二元化····· 12
- 三、地方审判权力的一元化····· 15
- 四、地方审判民刑不分，重刑轻民····· 17
- 五、有罪推定前提下的刑讯逼供····· 19
- 六、无讼是求，调处息争····· 31

第二章 传统审判制度近代化动因

- 一、外患内忧交加下的传统审判制度陷入困境····· 38
- 二、收回领事裁判权的驱动····· 43
- 三、会审公廨对传统审判制度的冲击与挑战····· 50
- 四、审判理念的进步····· 58

第三章 晚清近代审判制度的雏形初具

- 一、倡议新型审判制度····· 65

二、新型审判机构的设置	66
三、审判独立原则的确立	78
四、民刑分立审判方式的确立	83
五、审判公开原则的引入	86
六、对证据作用的重视	87
七、律师和检察官机制的介入	90
 第四章 民初（1912—1928）新式审判制度的倡行	
一、以独立审判为核心颁布新法	96
二、倡行新式审判制度的最高载体——大理院	98
三、民初法官的任职要求	100
四、司法不党	104
五、律师职业化与指定辩护制度	105
六、民初新式审判制度倡行的样板 ——姚荣泽案的审理	116
 第五章 传统的回归——县知事兼理司法制度	
一、县知事兼理司法制度实行的社会背景	131
二、县知事兼理司法制度的形成	137
三、县知事兼理司法制度评析	144
 第六章 南京国民政府审判制度的日趋成熟 与审判标准的二元化	
一、立法和司法日趋成熟	159
二、新式法院的普遍设立	174
三、立法对旧有传统的保留及法官对传统规则的运用	179
四、南京国民政府审判独立的反复——司法党化	182
五、特别审判制度	187
六、军法审判及普通刑事案件	194

目 录

结束语.....	201
参考文献.....	205
后 记.....	223

绪 论

一、论题的解说及选题意义

“近代化”是一个宽泛而容易引起歧义的概念，不同的研究者往往会有不同的理解。因此，有必要先对这一概念进行解释。首先应明确，所谓“近代化”，指的是哪一历史阶段的现象。在有关论著中可以看到，对这一概念有两种不同的理解。一是按史学界对历史阶段的划分，将近代作为不同于现代的一个阶段，赋予近代化以不同于现代化的含义；另一种则把近代化与现代化合为一体，称之为“近代化”或“现代化”。这类概念本来就没有如同自然科学的概念那样严格的含义，两种用法均无不可，关键是看研究的对象及研究需要。以本书而言，为了便于概念的统一，笔者认为以采取第二种用法为宜。其次要弄清楚，所谓“传统审判制度”主要指自皋陶断狱以来至清末沈家本修律之前，在中华大地上大约留存了四千年的中华法系当中的审判制度；本书主要分三个阶段（晚清、民初、南京国民政府时期）研究传统审判制度近代化的进退反复。所谓“晚清”主要指从1902年的“新政”到1912年中华民国南京临时政府建立之前的这一阶段；所谓“民初”主要指1912年至1928年南京国民政府形式上统一中国为止；所谓“南京国民政府时期”主要指1928年至1949年国民党败走大陆。所谓“审判制度近代化”包含着传统审判制度向近代演进过程中的一些趋势：

1. 审判独立原则的确立。审判独立是一种以突出审判的至上权威性为特征的审判原则，作为系统的理论审判原则，主要形成于

近代。近代以前，由于实行审判独立的种种条件（如宪政民主、三权分立等）尚不具备，不可能产生真正意义上的审判独立，所出现的有关学说也不系统。只是到了17世纪以后，随着一些国家向近代的过渡，审判独立才成为一种历史趋势。尤其是在孟德斯鸠三权分立的学说提出后，经过欧洲思想家和法学家们的阐释，逐渐形成系统的理论。英、法、美等较早实现近代化的国家相继走上宪政之路，制定了作为国家最高准则的宪法，并在民主的基础上实行分权原则，所有权力都受法律约束，从而消除了凌驾于法律之上的最高权力。其他后起国家也大体如此。从古代中世纪的君主之治、寡头之治到法律之治，是历史发展的趋势，它反映了法的地位和作用的变化，是衡量法制文明程度的尺度之一。

2. 审判公开。中国传统的审判方式是不公开进行的。封建时代，人民处于受统治的地位，一般没有旁听审判的权利，即使偶尔有之，旁听者也只不过作为被恫吓的对象。特别是涉及官僚贵族犯罪的案件，严格地只限于上层官员中审讯和判决，普通百姓根本没有旁听的资格。法庭除了审判官、行刑者以外，就是案件当事人，没有旁听者，更不设旁听席。庭审时，不准任何人进入法庭旁听，是一种十足的秘密审判。这种传统审判方式的要旨在于以官方自身的权威来断定是非曲直，惩罚犯罪或平息纠纷，因而其审理过程是无须社会监督的。汉代以前的“读鞠”与“乞鞠”只是由罪犯的家属参加，并没有改变其非公开的性质。近代以来，随着西方资产阶级民主思想与人权思想的传播，以反对封建司法专横为目的的公开审判原则逐步确立，最终成为西方近代审判制度的基础性原则。清末以来推行公开审判是传统审判制度近代化的一项重要内容，它改变了中国古代“刑不可知，则威不可测”的法律神秘主义，是审判制度近代化的又一重要标志。

3. 民刑分立审判制度的确立。民刑不分，率以刑责，也就是将刑事犯罪与民事过失等同对待，均以刑罚手段进行处置，这是传统中国自然经济条件下社会分工不明显的产物。刑事案件是指对

社会有严重危害的犯罪案件，而民事案件则多为平等主体之间的利益纠纷，对二者一视同仁，均处以刑罚，既不利于真正惩罚犯罪，维持社会治安，又不利于对普通民众自身权益的切实保护。随着近代中国社会的发展变化，特别是在近代中西法文化的碰撞和交流中，中国传统民刑不分的审判方式遭到越来越多人的质疑，而民刑分审的思想认识逐渐为法界人士所接受和倡导，最终在各级审判厅推行。

4. 抗辩式审判制度的确立。在中国传统的审判方式中，没有出现律师制度，属于纠问式审判，当事人没有抗辩的机会，其是非曲直甚至是生死存亡完全由长官意志决断。也没有检察制度，审判的横向监督权基本处于缺位状态。清末审判方式改革强调了律师辩护介入审判，允许律师担任刑事案件的辩护人和民事案件的代理人，被告人有权对自己所受到的控诉进行辩护，并随时可以自己选任或由法定代理人作为其选任辩护人。同时，在审判制度近代化的过程中检察制度被移入，在一定程度上对审判机构起到监督作用，实行审检并立。律师和检察制度的引入，使传统审判制度的纠问式近代化为抗辩式。

审判制度本身就意味着公正、公平，其现实性目标就是构建和谐的社会秩序，而构建和谐的社会秩序在当下又是热门话题，这就意味着关于审判制度的研究对于现实社会的意义是极其重要的。本着追根溯源的态度，审判制度研究的起点当然是要考察其前世今生的演变轨迹，对于传统审判制度近代化的研究恰好能满足这一现实需要，这也正是笔者研究的旨趣所在。

二、研究现状与评析

有关传统审判制度近代化研究的专题论著，尚未出现。关于审判制度某一阶段性的研究成果只有：李启程著《晚清各级审判厅研究》，北京大学出版社2004年6月第一版；李俊所撰《晚清审判制度变革研究》（2000年博士论文）。

与审判制度近代化某一侧面有关的论著主要有：瞿同祖著《清代地方司法》；张晋藩著《中华法治文明的演进》；张晋藩著《二十世纪中国法制回眸》；李贵连著《沈家本传》；王立民著《古代东方法研究》；郭成伟等著《清末民初刑法典化研究》；郭建著《中国古代法官面面观》；王健编《西法东渐——外国人与中国法的近代变革》；张德美著《探索与抉择——晚清法律移植研究》；王申著《中国近代律师制度与律师》；公丕祥著《法制现代化的理论逻辑》；梁治平著《清代习惯法：社会与国家》；韩秀桃著《司法独立与近代中国》等。这方面的文章也相对较少，主要有：李贵连《晚清“就地正法考”》，载《中南政法学院学报》1994年第1期；曹心宝《略评民国初年（1912—1928）的司法制度》，载《哈尔滨学院学报》；张生《民初大理院审判独立的制度与实践》，载《政法论坛》2002年第4期；杨大春《论辛亥革命时期中国刑事审判制度的革新》，载《苏州大学学报》2001年10月第4期；韩秀桃《司法党化：国民政府（1925—1927）司法改革初探》，载《安徽大学法律评论》2001年第1卷；李启程《领事裁判权制度与晚清司法改革之肇端》，载《比较法研究》2003年第4期；马长林《晚清涉外法权的一个怪物——上海公共租界会审公廨剖析》，载《档案与历史》1988年第4期；范进学《废除南京国民政府“六法全书”之思考》，载《法律科学》2003年第4期；柴荣《论民国时期的民法思想》，载《河北学刊》2007年1月第27卷第1期；韩秀桃《民国时期法律家群体的历史影响》，载《榆林学院学报》2004年第2期；蒋秋明《国民政府基层司法建设述论》，载《学海》2006年第6期；郭志祥《清末和民国时期的司法独立研究（下）》，载《环球法律评论》2002年夏季号；武乾《论中国近代判例制度》，载汪汉卿、王源扩、王继忠主编《继承与创新——中国法律史学的世纪回顾与展望》，法律出版社2001年版；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，等等。

在这些相关的研究成果中，与审判制度近代化这一命题最为接近的当属韩秀桃的《司法独立与近代中国》、李俊的《晚清审判制度变革研究》与李启程的《晚清各级审判厅研究》。韩秀桃的研究主要是侧重于司法独立；李俊关于审判制度变革研究所选的时间段仅限于晚清之前，对于民初及南京国民政府时期并未涉及；李启程的研究主要以法院设置和法官选任为中心。他们站在不同的视角、不同的时间段，研究成果颇丰，但从整体、宏观上对传统审判制度近代化的研究尚属空白。

三、资料收集与运用

撰写史学论文最关键的问题是资料的收集与运用。首先，由于所选论题尚属法制史学研究领域的空白，可资借鉴的现成研究成果很少。又由于所选论题的时间跨度较长——最早追溯到皋陶断狱，而且绝大部分集中于近代，^①涉及的资料十分庞杂，很多时候需要深入到故纸堆（主要指解放前的报刊、档案、书籍等）中寻找。现将所用资料分类如下：

第一类：古代至近代的一些案例、判牍。如汉代的春秋决狱案例、明代《鹿洲公案·偶纪上》记载的案例、清代《学治臆说·亲民听讼》、《钦颁州县事宜·听断》记载的案例及《绝妙判牍》、《吴中判牍》、《各省审判厅判牍》等。从某种意义上说，古代至近代的案例、判牍是对传统审判制度活的再现，可以更加生动、具体地展现传统审判制度的原生状态。

第二类：晚清的一些奏折。如《复奏海防事宜疏》、《沈家本奏刑律划案告成分期缮单呈览并陈修订大旨折》、《请定国是以安

^① 近代报刊、书籍都是用新闻纸印刷，新闻纸的造纸技术是近代化了的，被机器打造的纸浆中，纤维不似古代手工造纸的纸浆纤维那样长，所以保存的时间不如古代手工生产的纸那样长久，这种例子在古籍阅览室可以见证。近代报刊、书籍、档案资料等泛黄、掉渣的现象很严重。由于长时间接触这些报刊书籍，笔者曾经多次上呼吸道感染，高烧不退，由此可见收集资料之不易。

大计折》、《端忠敏公奏稿》、袁世凯的《奏报天津地方试办审判情形折》、《考察各国司法制度报告书》、《刑部奏复位上海会审公堂刑章折》等。通过对这些奏折的解读，可以使我们了解晚清主流思想在应对危机与挑战时对传统审判制度近代化的影响。

第三类：近代以来政府纂修的史书和私人撰写的论著。如《光绪朝东华录》、《光绪政要》、《清史稿》、《德宗景皇帝实录》、《皇朝经世文新编续集》、《魏源集》、《出使九国日记》、《易言》、《崔东壁先生文集》、《无闻集讼论》、《弢园文录外编》、《治外法权》、《民法要义》、《法律哲学研究》、《中华民国刑法》、《民法亲属释义》等。官修史书是统治者意志体现的最好载体，可以集中反映当时的大政方针，便于我们从宏观上把握传统审判制度近代化的客观情况。私人撰写的论著又可以使我们从细微处发现正史的不足，从而对传统审判制度在民间实践的具体情况有更接近于事实本真面目的了解。

第四类：近代以来一些相关的法律法规。如《大清法规大全》、《大清光绪新法令》、《大清新法律辑览》、《刑事民事诉讼法》、《县知事审理诉讼暂行章程》、《法令辑览》、《地方审判厅刑事简易庭暂行规则》、《易答条例》、《法院编制法》、《法院组织法》、《县司法处组织暂行条例》、《中华民国宪法》、《中华民国刑法》、《中华民国刑事诉讼法》、《中华民国训政时期约法》等。近代以来不同时期法律、法规的内容最能体现审判制度近代化的纵向发展脉络，是审判制度近代化不断进退反复过程的真实写照，从中我们可以挖掘出许多有用的材料。

第五类：近代以来的报刊、档案、政府公报。如《政治官报》、《法学会杂志》、《法学季刊》、《法学丛刊》、《东方杂志》、《法律评论》、《申报》、《广州民国日报》、《盛京时报》、《湖南司法旬报》、《南京临时政府公报》、《政府公报》、湖南省档案馆馆藏档案、曲靖市档案馆馆藏档案、湖北省档案馆馆藏档案、南京第二历史档案馆馆藏档案、上海市档案馆馆藏档案等。

第六类：前人与今人的学术成果。如瞿同祖著《清代地方司法》、张晋藩著《中华法治文明的演进》、李贵连著《沈家本传》、王立民著《古代东方法研究》、郭成伟等著《清末民初刑法典化研究》、韩秀桃著《司法独立与近代中国》、李俊著《晚清审判制度变革研究》、李启程著《晚清各级审判厅研究》等。尽管有些论著与本论题联系不是十分密切，但是它们却是法制史学最基本的理论读物，比如瞿同祖著《清代地方司法》、张晋藩著《中华法治文明的演进》、李贵连著《沈家本传》等，在选题进行之前通读这些经典，可以提高学术涵养与本书的理论水平。

除收集、整理上述六类资料外，还包括近代的英文报刊、著作。如《The Shanghai Problem》、《British Parliamentary Papers (China 2)》、《See A. M. Kotenev》、《Its Mixed Court and Council》、《North - China Daily News》等。

四、研究方法与突破

由于中国是个幅员辽阔，民族和社会构成复杂，并有着深厚文化积累的国家，完成一个大的历史转折所需要的时间往往比其他国家要长，古代两次大转折（春秋战国时期和魏晋南北朝时期）都是用了三四百年的时间才完成的。近代也是如此，从鸦片战争到1949年，虽然经过了上百年的时间，但是无论是文化的调整还是社会体系的更新都远远没有完成。特别是政治上屡次发生政权更迭，且经常出现几个政府并存的局面，在这种环境下出现的审判制度近代化，其进程必然是曲折复杂的。这也为学术研究带来了诸多困难与不便。为此，本文采用了例证法、比较法、计量分析法等。运用例证法列举了所收集到的大量案例、判牍、奏折、论著、档案资料等，并以此来论证所持观点；运用比较法对古今中外审判制度进行横向与纵向的对比，使得观点更为清晰明了；运用计量分析法对文献、档案中的具体数字性概念进行量化分析，例如，根据南京国民政府不同时期新式法院数量的变化可以洞察兼理司法制度在基

层存在的程度。

在吸收、借鉴前人重要研究成果的基础上，利用上述资料、方法，本书的观点力争破旧立新。

所谓破旧，主要指在传统审判制度的概述、治外法权、近代审判制度的架构、近代化的动态展示及南京国民政府审判制度等几个方面。比如，在对传统审判制度进行回顾时，并没有像大多数学者那样，对于传统审判制度近代化进制度从头至尾进行纵向梳理，而是抓住传统审判制度在其演化发展过程中自成体系、变化缓慢这一特性，对传统审判制度四千年以来的样貌进行全景式描绘。另外，对被人忽视的传统审判制度的“神判”风格，在运用案例佐证的基础上进行了论述。在第二章笔者不仅论述了传统审判制度近代化的动因，而且在翻阅大量史料、核查英国人戴维·沃克编撰的《牛津法律大辞典》的基础上，厘清了长期以来混淆不清的治外法权与领事裁判权质的区别。在吸收晚清审判制度变革等研究成果的基础上，并没有停留在变革这一层面，而是根据文章整体需要，主要从近代审判制度架构这一角度来谈晚清这一阶段——近代审判制度的雏形初具。在第四章突破了静态分析、论述，运用案例对近代新式审判制度倡行进行动态展示。关于南京国民政府的审判制度这一命题，少有问题，偶有学者对于个别现象进行论述，比如法官在这一新旧鼎立的时期，如何斡旋于传统与习惯之间（笔者概括）等问题进行论述。本书在第六章尝试性地对南京国民政府审判制度的日趋成熟与审判标准的二元化进行了初步论述。

所谓立新，主要是指本书从近代化这一宏观视角对传统审判制度及其在近代的发展变化规律进行论述，并且力图对传统审判制度进行纵深、宏观的整体性研究。从大的过程来看，虽然从发展趋势上讲，审判制度近代化的几个时期——晚清、民初、南京国民政府的审判制度变化有一定的历史连续性，都朝着近代化的方向演变，但从具体过程看，却多次出现中断、退化与反复，而每次中断、退化与反复都是由各种纵横繁复的因素引起的，这无疑给整体把握传