



远观译丛

陈夏红·主编


现代性的磨难

20 世纪初期中国司法改革
(1901—1937)



[美]徐小群 著

杨明 冯申 译

 中国大百科全书出版社



远观译丛

陈夏红·主编

现代性的磨难

20 世纪初期中国司法改革 (1901—1937)

[美]徐小群 著

杨明 冯申 译

中国大百科全书出版社

图书在版编目 (CIP 数据)

现代性的磨难：20 世纪初期中国司法改革(1901—1937)/(美)
徐小群著；杨明，冯申译.—北京：中国大百科全书出版社，2018.8

(远观译丛)

书名原文：TRIAL OF MODERNITY: JUDICIAL REFORM IN
EARLY TWENTIETH-CENTURY CHINA, 1901-1937

ISBN 978-7-5202-0167-4

I. ①现… II. ①徐… ②杨… ③冯… III. ①司法制
度-体制改革-研究-中国-1901-1937 IV. ①D929.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 231141 号

策划人 郭银星

责任编辑 李 静

责任印制 魏 婷

封面设计 乔智炜

出版发行 中国大百科全书出版社

地 址 北京市阜成门北大街 17 号 邮政编码 100037

电 话 010-88390093

网 址 <http://www.ecph.com.cn>

印 刷 北京君升印刷有限公司

开 本 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

印 张 26.75

字 数 324 千字

印 次 2018 年 8 月第 1 版 2018 年 8 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-5202-0167-4

定 价 79.00 元

本书如有印装质量问题，可与出版社联系调换。

总序

大洋彼岸的回声

想编这样一套丛书的想法由来已久。自多年前到荷兰游学，出于研究需要，查阅了大量英文写成的有关中国法律的文献。阅读的过程，失望与希望并存。说失望，是发现，由于语言、文化等因素，有一些用英文写成的有关中国法律的文献，或流于浅层次的泛泛介绍，或充满西方式的傲慢与偏见，并不尽如我们在惯性思维里对西方学者的预期与推崇。而说希望，是发现，亦有为数不少的文献，选题新颖，论证严密，评析问题入木三分，既顾及中国的传统与现实，亦能够用最现代化的法治标准，去衡量中国法治发展的成败得失；既有理性的批评与建议，亦有客观的褒扬与赞许。尽管现在国人的英文水平较之以往有提高，文献检索能力也随之进步，数据库技术的发展消除了获取这些原文的障碍，但从传播效果最优化的角度，我觉得这些佳作，依然有翻译成中文并在国内出版的必要。

这个想法，首先得到中国大百科全书出版社社科学术分社社长郭银星女士的鼎力支持。2013年初，我回国探亲，忙里偷闲与郭银星聚餐，聊及这个选题，双方一拍即合，并在各自的领域内，做了最大的努力。

我与郭银星相识已有十多年，在出版领域算是挚友，此前我们已有一些合作。比如在我的建议下，中国大百科全书出版社重版曹汝霖的回忆录《曹汝霖一生之回忆》；《高宗武回忆录》出版过程中，我亦参与校阅；我们更大规模的合作，便

是辛亥革命 100 周年之际，由我与杨天石教授编辑的《辛亥革命实绩史料汇编》四卷本。这套丛书出版过程延宕甚久；出版之际，辛亥革命百年纪念已经落幕。但这套书出版后，依然获得一些好评，尤其是很荣幸地获得“2011 凤凰网年度十大好书”的称号。而这套远观译丛，则是我们最新的合作成果。

选择与中国大百科全书出版社合作，完全是基于该社在法学学术出版领域卓越的声誉和口碑。据我所知，中国大百科全书出版社在法学领域最早期的成果，是 20 世纪 80 年代初期的《中国大百科全书·法学》。百科全书作为国家学术思想的门户，其重要性毋庸置疑，尤其是中国经过多年“文革”浩劫，亟待重建知识体系的情况下。中国大百科全书出版社由此创建，而亦以此成名。《中国大百科全书·法学》编撰过程中，当时国内老中青三代法学家尽数参与其中，济济一堂；这本书出版后，一时洛阳纸贵，也成为当时法学院师生不可或缺的参考书。而 90 年代中后期，中国大百科全书出版社与福特基金会合作，由江平先生出任主编，隆重推出“外国法律文库”，将德沃金的《法律帝国》《认真对待权利》、伯尔曼的《法律与革命》、哈耶克的《法律、立法与自由》、贝卡利亚的《论犯罪与刑罚》、哈特的《法律的概念》、戴西与莫里斯的《论冲突法》、奥本海的《奥本海国际法》、凯尔森的《论法律与国家的一般理论》、拉德布鲁赫的《法学导论》等西方学界脍炙人口的法学名著，悉数译介到国内。这些书籍的出版，对于当时的法学界来说，其意义自不待言。如今随着法学出版格局的进化，译介甚至原版影印的作品越来越多，但中国大百科全书出版社在法学领域的这些贡献和创举，至今散发着绵延不绝的影响力。

远观译丛想法的产生，不能不提及一些同类作品。最为著名的当然是刘东主持编辑的海外汉学丛书。这套书从文史的角

度，将海外学人研究中国的佳作“一网打尽”。而在法律领域，除了早年王健编辑的《西法东渐：外国人与中国法的近代变革》，尚有高道蕴、高鸿钧以及贺卫方等编辑的《美国学者论中国法律传统》。除了译作，后来也出现一些研究外国学者论中国法的作品，这里面最重要的一本当属徐爱国教授的《无害的偏见——西方学者论中国法律传统》。我之所以有想法编译这套远观译丛，无疑是受到以上作品的启迪，理当在这里表达敬意与谢意。

但是，上述译作大都局限在比较法或中国法律传统的框架内，重理论而轻实务，重理念而轻实践，文史气息浓郁，对具体的部门法则涉及不多。这或许是远观译丛与前述作品的最大区别。在我看来，中国法律传统固然值得盘点，但在中国大转型的节骨眼上，更为重要的则是对我们现行法制建设的成败得失作出理性的分析评判。正应了那句老话：“兼听则明。”我们有必要将域外学者对中国法律制度的具体评述译介到国内，为法治的现代化更上一层楼，增加必要的参考资料。这些中国法治事业在大洋彼岸的回声，势必会给读者带来耳目一新的感觉。这么说，并不是说前述对中国法律传统的盘点不重要，而是希冀在这些工作的基础上更进一步。

说到中国法治的现代化，这无疑是一个更长久的历史过程。清末开启中国法治现代化进程，绵延至今已有一个多世纪。大约115年前，即1902年，刚从义和团运动及八国联军侵华之后回过神来的晚清政府，在与西方列强修订商约过程中，被迫启动修律新政，为挽救这个摇摇欲坠的王朝，不得不服下一剂废弃祖宗成法的猛药。此举一下子将畅行中华帝国千余年的传统律法体系几乎连根拔起，亦将中国带上了法律现代化的不归路。正所谓“开弓没有回头箭”，中国在法律现代化的道路上，因应国际政治形势的演变，先学欧美，再学苏联，

复归欧美，一波三折，大方向却始终如一。在这个过程中，中国的法律体系可以说是一个“全盘西化”的过程。这个“西”既包括日本、德国、法国，也包括英国、美国，当然更不能漏掉苏联。周大伟先生尝言，中国现代化的过程便是三院诞生的过程。这里的三院便是医院、法院、法学院，此言颇得我心。现在是对持续近百年的法治“全盘西化”作一盘点的时候。在盘点之前，我们有必要听听域外学者对我们现有的法律成果作何评说。师夷长技以自强也好，师夷长技以制夷也罢，中国法治现代化的伟业，我们只能一步一个脚印，筚路蓝缕，群策群力，以愚公移山的精神艰苦奋斗下去。

在我心目中，这套书预期的读者，将不仅仅是法科学生，而更多的是各个部门法领域的专家、学者及研究人员，还有实务部门的实践者和决策者。我之所以这么说，完全是由这套丛书的格局与气象决定的。在阅读译稿的过程中，我常常惊讶于原文作者直面中国法律实践的学术敏感，以及他们发现问题、归纳问题、提出问题以及解决问题的能力。这里面给我冲击最大的，既有《中国知识产权法》中，从中国传统文化角度解读“山寨”现象的新观点，亦有《中国破产法》中，对1906年《大清破产律》的比较研究。我不敢说每部入选图书都是佳作，但这样的列举势必挂一漏万，因为这样的闪光点实在是比比皆是。

这套丛书能够以现在这个样子呈现在读者面前，不能不归功于一个优秀的翻译团队。这个团队年轻而富有朝气，大部分成员为“八〇后”，基本都在中国、日本、德国、荷兰、奥地利等国内外法学院，受过完备的法律教育及扎实的学术训练。这也是为什么我们首辑包括《中国民法》《中国刑法》《中国刑事司法》《中国公司法》《中国知识产权法》以及《中国破产法》中，能够收录包括日语、德语、英语在内的重要文献。

这既保证我们能有国际化的视野，也保证我们可以尽最大的能力，使得这些优秀的作品能够以尽可能完美的方式，呈现在读者面前。

毫无疑问，对于我们这个年轻而朝气蓬勃的翻译团队来说，无论是在专业素养上，还是在人格养成方面，翻译并出版这套丛书，都是一个极为宝贵的锻炼机会。在这个协作的过程中，我们逐渐学会有效沟通、制定规则、执行规则、维护权利、履行义务、践行诺言、承受压力等。在这个组稿、翻译、定稿的过程中，我们既完整地展示出各自的能力，亦发现自身颇多值得完善的地方。对于每个参与者来说，这套丛书出版的意义，绝不仅是署有自己名字的译作出版，而更多的意义在出版物之外。我希望这套丛书的出版，对于所有参与者来说，不是我们这些参与者学术人格训练和养成的终结，而只是开始。

坦率地说，翻译本身不仅仅挑战译者的外语能力，更考验译者的中文水平。就翻译三目标“信、达、雅”而论，能够“信”而“达”已属不易，“雅”更是一个值得恒久努力的目标。什么是美好的汉语？这个问题仁者见仁、智者见智，但能够做到清楚、通顺已经很不容易。只有在翻译的过程中，我们才能真切地看到自身的汉语水平。这套丛书译稿不断更新的过程，也是我们对自我的母语水平不断审视并提高的过程。但即便如此，用一句俗套但绝非客套的话来说，恐怕翻译的讹误之处在所难免，还请读者们不吝赐教。

第一辑七本分册的出版，只是远观译丛的起步。这套丛书将保持开放性、持续性，会通过各种方式继续进行下去。下一步，我们除了继续围绕不同学科或者特定主题选译优秀论文外，亦将会引进合适的专著，目前这方面的工作已经起步。此外，我们诚挚地期待并邀请更多的同行加入这个团队，将更多的佳作介绍给国内的读者。

作为这套丛书的主编，在这里，请允许我诚挚地感谢中国大百科全书出版社尤其是社科学术分社社长郭银星女士；感谢本丛书所收论文的作者或原出版机构等版权持有方的慷慨授权；感谢本丛书各位分卷主编耐心细致的组织工作；感谢各位译者认真负责地翻译；当然，最后更要感谢并期待来自各位读者的意见和建议。

是为序。

陈夏红

2015 年于荷兰马斯特里赫特大学

2017 年定稿于京郊昌平慕风斋

中文版序言

本书发源于我 1997 年在英文学术期刊 *The China Quarterly*（《中国季刊》）上发表的一篇关于民国时期司法独立的论文。而那篇论文的初衷则是探讨民国时期律师执业的司法环境，因为 1912 以后出现和发展的中国律师界是我 1993 年在哥伦比亚大学完成的博士论文所讨论的自由职业者群体之一（基于该论文的专著于 2001 年由剑桥大学出版社出版，其中文版《民国时期的国家与社会》，由北京新星出版社 2007 年出版）。在研究这些问题的过程中，我注意到，在学术界没有一本关于民国时期司法制度的专著。绝大部分发表的学术论著关注的是中国帝制时期或者中华人民共和国时期的法律和司法，而对民国时期则语焉不详。这一学术状况促使我开始研究这个课题，最后写成本书。从 2008 年本书的英文版由斯坦福大学出版社出版至今，不少关于民国时期的法律与司法的中英文学术论著已经相继问世。鉴于本书依然是这一领域里的一本重要著作，其史料和研究方法，或其论述和历史分析，也许对使用中文的学界同人还有参考和启发，我授权由中国大百科全书出版社出版它的中文版。

我在书名中使用“现代性”这个关键词，并不意味着我认同这一概念而无视学术界对它的批评和对把“现代”与“传统”对立起来的学术思维之批评。实际上，本书正是以批评的眼光检视关于现代性的话语对中国的冲击及其背后的国际权力关系。读者将看到，我意在揭示：（1）关于现代性的话

语如何俘虏了 20 世纪初期中国的改革者，并推动他们根据这个观念来行动。(2) 为了达到符合现代性而必须具有的标杆所做出的努力是如何在取得成绩的同时，导致了充满悖论的结果和在司法制度内以及地方社会上错综复杂的诸多问题，从而产生了接连不断的挫折和磨难。这就是本书书名“现代性的磨难”所指。同样，“司法现代性”一词，是“西方式司法制度和司法实践”的简称。

我对这一课题发生兴趣，因为它不仅将填补一个学术空白，而且具有很大的现实意义。民国时期的司法改革与中国从邓小平时代以来的司法改革有许多相同之处。在很大程度上，当前还在进行中的司法改革，是经过了毛泽东时代的中断以后，对民国司法制度和司法实践的回归（和超越）。当然，这两个时期有根本性的不同，比如中国与世界各国之关系，或中国目前的国民经济和司法财政状况与民国时期的状况，都不可同日而语。但是这两个时期的司法改革遭遇了很多类似的问题和困难。在许多方面，各种矛盾在两个时期之间的表现和根源是相似的，甚至是相同的，表现在诸如党的领导与司法独立之间，政府制度内部行政系统与司法系统之间，中央政府与省级和以下各级政府之间，“上有政策”与“下有对策”之间的关系上，更不用说地方社会各种利益集团和势力对实现司法公正的干扰和破坏，等等。我希望，本书不仅能引起研究中国法律和司法历史的学者的兴趣，也能引起研究当代中国政治、社会、经济和文化的学者以及改革家们的兴趣。

我在 20 世纪 90 年代末和 21 世纪初为本书做史料研究的过程中，访问了中国第二历史档案馆，江苏省档案馆，上海川沙县档案馆、松江县档案馆、宝山县档案馆和上海市图书馆近代文献室。上述机构的工作人员为我提供了符合政策规定的专业服务，我在此一并表示感谢（我要特别感谢葛霞、黄展和

刘竞竞的敬业精神，并希望他们会看到本书)。我感谢本书所属丛书的主编陈夏红发起这一翻译项目；我也感谢杨明和冯申承担了本书的翻译工作并在短期内完成。我对全书的翻译稿进行了校订，并对中文史料引文进行了还原，因此我对本书的文字内容负全部责任。本书使用的档案资料中民事刑事案件所提到的当事人的姓名，在中文版里是根据英文版中的汉语拼音而音译的，我故意没有还原为档案中的中文原名，以保护当事人之后人的隐私，特此说明。

徐小群

2014年9月

目 录

总序 大洋彼岸的回声·····	1
中文版序言·····	1
导论·····	1

第一部分 来自中央的改革展望

第一章 西方模式与中国实践：新政十年·····	27
第二章 司法现代性和规范化：北洋时期·····	59
第三章 党国体制和司法改革：南京政府·····	97

第二部分 省级机关与司法财政

第四章 江苏省级机关与司法改革·····	137
第五章 中央、省级和县级的司法财政·····	176

第三部分 县级司法程序

第六章 县级司法职能的社会环境·····	225
第七章 地方社会的权力与司法·····	265
第八章 监狱改良与县旧监·····	297

第四部分 规范化改革与非规范的实践

第九章 就地正法：惩治盗匪之实践·····	333
第十章 诉愿的实践及诬告经济学·····	362
结 论·····	392
参考文献·····	399

导 论

方今暴日以中国为“非”“现代式”国家，向世界宣传，以图蒙蔽列强，得遂宰割之愿；我国正需以国际舆论之援助，而国际舆论所援助者，则“现代式”之国家也。所谓“现代式”国家者，非仅谓其国家能统一独立，保护自国之人民，履行国际之义务，而是否为“法治”国，亦为其主要条件之一。我如自毁“法治”，无异予日人国际宣传以实证！影响所及，岂仅国家之名誉扫地已耶！

——师连舫，《法律评论》，1932年6月5日^①

师连舫的上述文字反映了世界近代史作为西方崛起的历史之逻辑。西方国家认为非西方国家尚处于原始、传统和前近代的状态，野蛮而落后，因此对其进行征服和统治是合理的。非西方国家要想摆脱殖民地半殖民地的束缚，必须证明其自身已经成为“现代式”之国家，从而“有资格”来实行民族自决。日本即是一例。在20世纪30年代初，日本早已成为“现代式”之国家，或者说已经相当的西化，可谓“准白人”民族，并由此加入了帝国主义俱乐部。^②而司法的现代性（以西方模式构建司法制度和进行司法实践）是衡量一个国家是否已经

^① 《法律评论》，1932年6月5日，第3—4页。师连舫（1910—1971），时任内政部部长（《民国人物大辞典》，第698页）。

^② 博茨曼（Boisman），2005年，第8页。（所引英文著作名见参考文献，后同）

发展成为现代国家的重要标准之一。明治维新之前，日本的刑罚野蛮残酷，西方国家以此为由和日本签订了不平等条约。因此，明治维新开始后，日本首先改革的就是司法制度和刑罚。19世纪末，经过刑罚制度的改革，日本已经成为准现代国家，并成功地修订了不平等条约。^① 20世纪30年代初，为了将中国大陆变为其殖民地，日本采用了和西方殖民国家同样的话语逻辑。师连舫的文章尖锐地指出，中国必须对付西方和日本的话语权，并解决中国当前最紧要的任务，即改革自身的司法制度，从而成为一个现代国家和国际社会的平等一员。

值得注意的是，清末新政时期（1901—1911）和北洋时期（1911—1927），在有关司法改革的官方文件中，改革派官员谈到西方模式时，频频使用“世界各国”“东西各国”“万国”或“各国”等词汇。这些用词实际上指的是西方国家和日本。在改革派看来，西方和日本就代表着世界，具有普世性。尤其是在南京政府的十年（1927—1937）之前，西方和日本等同于世界是中国官方改革言论的标准用法。自鸦片战争以后，中国不断被西方国家侵犯，这种经历使国人形成了关于近代世界的独特概念，即近代世界是一个俱乐部，而只有具备现代性的国家才能成为其会员。西方等同于世界的观念正是这一概念的反映。有识之士皆希望中国能够实现现代化，从而有资格加入这个现代世界。南京政府十年间，国民党政府虽然对所谓的西方模式的普世性提出过些许异议，却仍然致力于追求司法制度的现代性，并把它视作中国加入世界体系的入场券。司法改革的实质就是变旧法旧律为新律新制，这样中国才能够“有资格”实施司法主权，从而废除治外法权。这就是20世纪初中国司法改革的历史语境之国际维度。

^① 博茨曼（Botsman），2005年，第8页。

司法改革有三项指导原则，即法治，司法独立和正当程序。法治意味着法律面前人人平等，即便是政府官员也要承担法律责任。司法独立是指各级司法机关独立于行政机关之外，同时法官独立审判，不受任何权威的影响。^①正当程序是指要保证被告的权利，同时要依照法律规定和公开程序，公平公正地审理民事纠纷和刑诉案件。

在上述三原则的指导下，自晚清至南京政府的前十年，司法改革始终包括这样一些内容：（1）分别制定刑事和民事的实体法和程序法；（2）在全国范围内建立三审终审制的多级法院体系；（3）建立一支包括检察官、法官和监狱管理人员在内的，训练有素、纪律严明的司法官队伍；（4）通过刑事和民事诉讼法确立正当程序，并受到具有职业资格的律师界的制衡；（5）对罪犯采取人道的刑罚，改革监狱制度以期符合西方刑罚与犯罪学的理论与实践。

司法改革会带来前所未有的制度建设和变革，这些也是构建现代国家所必需的。不仅如此，改革的目标及其背后的原则也会重构关于国家司法职能的基本概念。中国传统的治国之道认为，动用法庭和刑罚是治理国家和社会的最后手段，意味着政府德治和教化的失败；对普通百姓来讲，无论是作为民事原告还是刑事被告，对簿公堂都意味着个人道德的败坏。然而，到了新政改革时期，由于受西方的影响，传统的法律和司法观念已经为之一新。司法机关的职责以及司法程序的目的就是调处纠纷、惩罚奸恶，这是现代国家职能的必要组成部分。清代官员的传统看法认为诉讼是坏事，衙门里案件积压也是百姓好讼和讼棍唆讼的结果。但到了1901—1937年间，官方已不再

^① 徐小群 (Xu), 1997年。

持此态度。^① 虽然代写诉状的所谓的“讼师”“讼棍”仍然存在，案件积压的情况在各级衙门中也仍然是现实而且重要的问题，然而这些问题不再被归咎于提起刑民诉讼的百姓，而是被归咎于司法机关不足和司法人员的失职。总之，司法现代性被认为是一剂良药，可以解决司法过程中的所有问题。

本书旨在检视司法的现代性对于中国国家和社会究竟意味着什么，也就是它对各级行政官员和司法官员，知县及其属吏，民事诉讼当事人和刑事诉讼被告，以及地方精英和普通百姓来说，有何实际意义。本书探讨的问题包括，当中央政府计划司法改革时，产生了哪些新观念和新制度，又有哪些观念和制度发生了变化？省级和县级官员对改革计划是如何接受和回应的？行政机关和司法机关如何行使各自的职能，彼此之间如何互动，又如何与地方社会互动？另外，改革对地方社会有多大影响，对其社会关系和地方权力关系产生何种变化？当司法程序变得越来越便于使用，作为中国人，精英也好，百姓也罢，他们如何利用司法程序来争夺资源和控制权？总之，本书将探讨，在改革过程中，当国家的改革愿望与地方社会的固有逻辑遭遇时双方的行为——国家要努力实现司法的现代性，并为此渗透、规范和改革社会，而地方社会则对国家的努力加以抗拒和寻求变通。^②

不言而喻，即使在最有利的情况下，司法改革也是一项艰巨的任务，会遇到很多问题和困难；它也会不可避免地产生意料外的后果。官方法律传统（法律和司法实践）和民间法律文化（诉讼策略和行为）使得司法改革的推进更为艰难；在这样的背景下，虽然 1901—1937 年间的改革没有完全达到中

① 关于清朝对讼师的态度，见麦柯丽（Macaulay），1998 年。

② 本书将显示，法庭是仅次于税收的重要竞技场，在那里，普通人不得不频繁地和国家制度打交道，而地方权势集团也在不断与国家机构进行角力。