



近代司法判决丛编

李贵连 主编

王朝末日的
新式审判

各省 审判厅 判牒

汪庆祺 编
李启成 点校



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



近代司法判决丛编

李贵连 主编

王朝末日的新式审判

各省审判厅 判牍

汪庆祺 编

李启成 点校



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

各省审判厅判牍/汪庆祺编;李启成点校. —北京:北京
大学出版社, 2007. 4

(近代司法判决丛编)

ISBN 978 - 7 - 301 - 12030 - 9

I . 各… II . ①汪…②李… III . 判例 - 汇编 - 中国 -
清后期 IV . D929.52

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 049195 号

书 名: 各省审判厅判牍

著作责任者: 汪庆祺编 李启成 点校

责任编辑: 谢海燕

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 12030 - 9/D·1727

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: zpup@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 出版部 62754962

编辑部 62752027

印 刷 者: 三河市新世纪印务有限公司

经 销 者: 新华书店

730mm×980mm 16 开本 33 印张 589 千字

2007 年 4 月第 1 版 2007 年 4 月第 1 次印刷

定 价: 48.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 侵权必究

举报电话: 010-62752024; 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

《近代司法判决丛编》总序

为适应 20 世纪 90 年代以来学术界对近代法研究的需要,近十年来,学界与出版机构合作,发掘出版近代法资料,虽然尚不能说已成风气,但亦已出现喜人的成果。其中,自 1997 年以来《二十世纪中华法学文丛》、《汉语法学文丛》中的相关著作,都是研究中国近代法不可多得的经典之作。这些旧作的重新出版,对推动中国近代法的研究,功不可没。现在我们与北京大学出版社合作,推出这套《近代司法判决丛编》,以期能对近代法研究走向深入有所帮助。

近代中国处于一个天翻地覆的时代,经历了中国社会的第二次大转型。在由帝制专制转为民主宪政的过程中,社会和法律都经历着几千年所没有的大变革。在这样的大变革中,司法判决,特别是地方的司法判决,是观察社会法制变迁最直观的材料。职是之故,多年来,我们一直致力于搜集和研究这方面的材料,以期对近代中国社会法制的变迁有比较真实的认识。

第一批推出的是《各省审判厅判牍》、《塔景亭案牍》和《民刑事裁判大全》三部地方司法判决汇编。清末推行司法独立后成立了各级审判厅和检察厅,《各省审判厅判牍》是由他们制作的批词和判决汇集。其中所搜集的,当然不可能是当时的全部判决和批词,但是我们从中已能看出中国最早地方法院运作的面貌。《塔景亭案牍》的作者许文潜,初为清朝江苏

句容县知县,后为民国句容县知事。他的案牍反映了一个县在近代中国由帝制向共和的变迁过程中,社会和法制所发生的变化。《民刑事裁判大全》以审判程序为纲目,辑录国民政府早期江苏省各法院的司法判决和裁决三百五十多则,于研究此一时期法制的实际运作甚有助益,更是我们今天了解早期国民政府司法审判程序的重要资料。

尤其值得一提的是,我于1995年在日本东京东洋文化研究所发现《各省审判厅判牍》藏本;国内图书馆虽有藏本,但数量极少,利用不便。因其史料价值较高,两年后,台湾政治大学黄源盛教授将复印本携归台湾,并将复印本相赠,嘱相机出版,以惠研究同道。今日出版,亦以告慰老友!

最后,我希望能见到更多的近代中国司法判决资料的整理和出版,促进近代法研究走向深入。

李贵连

2006年12月

于北京大学近代法研究所

点校说明

1. 本书原版于1912年,由于出版的仓促,原版在“判牍门”的编排次序上明显混乱,此次点校,按照原版目录中的次序进行了重新编排,在保持与原版内容一致的基础上,方便读者阅读和检索。

2. 原文中异体字及不规范字,均直接改正。

3. 原文中明显错字者,将原字放在“()”之内,正字置于“[]”之内。

4. 原文明显有脱漏之字句的,将脱漏之字句置于“[]”之内。

5. 原文明显有多余之字句的,将多余之字句置于“[]”之内。

6. 原文中有点校者认为可能有错误、缺漏脱失之处,以脚注的方式指出,供读者参考。

7. 对原版书中出现的人物,点校者能够查到相关资料的,以脚注的方式列入,供读者参考;无法查找或没有太大意义的,付之阙如,望读者见谅。

晚清地方司法改革之成果汇集

——《各省审判厅判牍》导读

一、晚清省城商埠各级审判厅的设立和运作

中国政府主动移植西方法律制度文明始于戊戌维新,其迅速失败使得一些相关的改革流于纸面。移植来的法律制度真正在中国大地上实践,肇端于晚清法律改革。这也是晚清法律改革能够吸引国内外众多法律史学者兴趣的原因之一。晚清变法十年间,从新政修律到预备立宪,立法变革取得了丰硕的成果。作为大陆法系成文法主要部分的“六法”,晚清都有相应的法律或法律草案。大多数的法律史学者就是从这个立法层面所取得的成果开始研究晚清法律改革的。但随着研究的深入,有一些问题是法律史学者所不能绕过的:究竟这些来自西方,尤其是日本的新法律在晚清中国能不能得到实施?如果已有一定的实施,那具体的实施情况怎么样?在实施的过程中,有没有中国“具体语境”与外来法律不相适应的问题?如果有,当时的人们,尤其法官们是怎么处理的?对这些问题的回答不仅有助于搞清历史真相,深化中国近代法研究,即便是从实用层面上看,它对当下的法律实践也不无借鉴意义。

司法改革,作为晚清法律改革一部分,所取得的主要成就是按照大陆法系的法院体系设立四级三审的新式司法审判机构——大理院和各级审判厅。光绪三十三年(1907年)清政府中央官制改革,设立了大理院。此最高独立审判机构的出现,标志着传统上作为行政附庸的司法体制向以西方模式为导向的独立司法体制迈出了第一步。对于新式独立司法机构在全国范围内的设立,清政府有一个比较成熟的规划:为了与预备立宪这个清末基本国策相配套,囿于合格司法人才和经费,政府计划先于京师和地方省城商埠设立各级审判厅和检察厅,然后再遍设于全国。前一阶段原先预计到光绪三十九年(1913年)^①完成,后一阶段则要持续到光绪四十二年(1916年)。后由于预备立宪的期限缩短,筹建审判厅的步伐也有所加快,省城商埠各级审判厅和检察厅在宣统二年(1910年)基本建立,到宣统三年

^① 实际上光绪皇帝死于1908年,即光绪三十四年。

(1911年)清廷灭亡,全国其他地区基本上没有设立各级审判厅。所以晚清所设立的地方各级审判厅仅限于各直省省城商埠,其实际审理案件的时间大多不过一年左右,实际运行时间最长的东三省各级审判厅,也不过四年左右。^①

晚清省城商埠设立的各级审判厅,作为新式审判机构,具有以下几个特点:

其一,保障司法独立。司法独立原则乃是西方法律文明中的产物,它是作为西方政权设计之基石的三权分立原则在司法领域内的具体表现。权力分立的原则为欧洲启蒙思想家洛克、孟德斯鸠等所倡导,并逐渐被西方国家采纳为宪政之基石,晚清政府改革官制即将创设三权分立原则指导下的政府机构作为新政之要图^②,其创设理念中就包含了对司法独立的推崇。司法独立大致可以分为外部独立和内部独立,外部独立指的是司法裁判权力由法官团体排他性地行使,不受行政、立法等一切其他部门的干涉;内部独立主要指的是承审案件的法官只受法律的约束,不受其他任何干预。清末所筹设的省城商埠各级审判厅是基本遵循了该原则的,这也是各级审判厅之所以区别于传统问案衙门的最主要之点。

其二,划分民刑诉讼。社会愈进步,职务分工愈精细。司法愈进步,法院内部职务的划分亦愈多。民刑诉讼的划分及民事刑事分庭审判制度的确立,是各级审判厅设立上的革新。晚清各级审判厅中除初级审判厅采取不分庭的独任制外,地方审判厅和高等审判厅都设立了独立的民庭和刑庭,并规定了各自不同的审理模式,即刑事诉讼采干涉主义,以摘发真实及检察官依职权进行公诉为原则,而民事诉讼采取不干涉及由当事人自由进行诉讼为主义。刑事诉讼(亲告罪略有区别)的当事人为国家与被告,而民事诉讼以原告和被告为当事人。这种不同的诉讼模式更可显示民事和刑事案件在审判精神上的分别,乃晚清地方司法改革所取得的最重大的成就之一。

其三,就各级审判厅的人员构成而言,除了附设于各级审判厅的检察厅外,一般都包括推事、预审推事、候补推事、学习推事、书记官、翻译官和承发吏等。

推事是专门负责案件审理的正式法官。预审推事是专门负责办理预审事

① 详参李启成:《晚清各级审判厅研究》之第三章“各级审判厅的设立及其运作”,北京大学出版社2004年版。

② 如《总核大臣庆亲王奕劻及载泽等奏厘定官制折》云:“按立宪国官制,在立法、行政、司法三权并峙,各有专属,相辅而行。其意美法良,所谓廓清积弊,明定责成,两言尽之矣。盖今日积弊之难清,实由于责成之不定。推究厥故,盖有三端:一则权限之不分。以行政官而兼有立法权,则必有藉行政之名义,创为不平之法律,而未协舆情。以行政官而尽有司法权,则必有谋听断之便利,制为严峻之法律,以肆行武健,而法律丧失其本意。举人民之权利生命,遂妨碍于无形。此权限不分,责成不能不定一也。立法、行政、司法三者,除立法当属议院,今日似尚难实行,拟暂设资政院以为预备外,行政之事,则专属之内阁……司法之权,则专属于法部,以大理院任审判,而法部一监督之权。”见《大清光绪新法令》,商务印书馆宣统元年(1909年)版,第20册,第97—99页。

务的推事,一般在地方审判厅以上才有,因为预审仅限于严重的刑事案件,初级审判厅没有对此类案件的管辖权。有的审判厅,如京师地方审判厅是由厅丞于各厅推事中临时选任人员派充预审推事,不设专缺;有的审判厅,如奉天各级审判厅则专门设立预审推事一职。^①不过多数审判厅在刚建立时由于合格人员的缺乏,没有专门设立预审推事,由地方审判厅的合议庭庭长派该庭推事办理预审事务。^②在宣统二年考试法官之后,大部分审判厅专门设立了预审推事为专官,使之与推事区分开来。^③候补推事为已取得正式的推事资格但没有实际的职缺来充任推事的人员,按照《法院编制法》的规定,在地方以下审判厅当推事遇有事故时,准用各该厅候补推事代理。^④学习推事是在法官考试制度确立之后产生的,按照《法官考试任用暂行章程》的规定,法官考试第一次合格者,应行实地练习,照章分发初级审判厅充任学习推事,但是也有第一次考试成绩最优者分发到高等以下审判厅充任学习推事。^⑤候补推事和学习推事的名目则直接从日本借鉴:“日本试验之法,第一次合格者名曰判、检事试补,即中国之学习;第二次合格者名曰预备判、检事,即中国之候补。其有试补期内多有执书记之任以资练习者,若预备则无之。”^⑥

书记官是各级审判厅设立的掌录供、编案、会计文牒及其他一切事务的办事官员。于各级审判厅开庭审判时,应遵守审判长的命令执行职务。书记官分都典簿、典簿、主簿和录事诸等级。书记官从依法部所定之考试任用书记官章程考试合格人员里录用。书记官长,在初级审判厅称为监督书记,于地方审判厅和高等审判厅称为典簿,于大理院称为都典簿。其中都典簿、典簿、主簿为奏补官,录事为咨补官。^⑦

在京师和各商埠地方审判厅还特设有翻译官,由法部及提法司酌量委用。^⑧在实际中也有不设专门的翻译官,由审判厅临时雇佣的情形。

承发吏是通过法部任用考试承发吏章程所规定的考试合格者,可以由法部及提法司任命,也可以授权地方审判厅厅丞委任,但须缴纳相当之保证金。

① 徐世昌:《酌拟奉省提法司衙门及各级审判厅检察厅官制职掌员缺折》,见《退耕堂政书》,卷十。

② 《法院编制法》,第二十条。

③ 参考第一历史档案馆馆藏法部档案:《广西、云南、贵州法官官册》(31704)、《河南、陕西、甘肃法官官册》(31705)、《奉天、吉林、山东、山西法官官册》(31706)、《江苏、江西、福建、湖南法官官册》(31707)里都有预审推事名单。

④ 《法院编制法》,第五十一条。

⑤ 《酌拟法官考试任用暂行章程》,第七条。

⑥ 《宪政编查馆奏考核提法使官制折》,见《大清宣统新法令》,第十册,第47页。

⑦ 参考《法院编制法讲义》,商务印书馆宣统三年版。

⑧ 《法院编制法》,第一百四十二条。

承发吏受审判厅之命令,送达文书、执行判决、没收物件,于当事人有所申请之时,实行通知、催传等事情。承发吏没有固定的俸禄,这一点不同于其他的司法官吏,但其收入来源分两部分:一是按照职务章程所定,分别酌给津贴,一是当事人所纳之酬金。关于承发吏是否如旧式差役有营私舞弊之嫌,则“未敢谓其绝无,是则在司法官之善为制驭”^①。

省城商埠各级审判厅和检察厅设立之后,接管了那些原来由各级行政官员裁判的民刑案件。自19世纪60年代开始,中国近代的法学教育肇端,到晚清新政,仿行立宪,近代中国的法学教育因之蓬勃发展,不仅留洋习法政成为留学风潮中的主要景观,就是在国内,法律学堂或法政学堂林立,在那些已创设和正在创设的综合性大学里面也设立了法科,如作为北京大学前身的京师大学堂。^②留洋学法政的人数迅速增加,国内法学教育的迅速发展,为即将成立的各级新式法院培养了司法人才。早在光绪年间,清学部即组织了留学生考试,一些法政留学生因优异成绩被政府授予法科进士、举人头衔。这些人很多成为各级新式法院的骨干。到宣统二年(1910年)秋,清法部组织了中国近代第一次全国范围内的法官考试,录取了三百多名法官,分发到各级审判、检察厅,从而给刚成立的各级新式司法机关输送了一批合格的司法专门人员。^③法官考试制度的确立,诚如陈瑾昆^④先生在民国初年所评判的那般,“现章司法官,均严行考试。此为司法界之特色。司法界人才,较他界整齐,当推此为唯一原因。此种良美制度,固别无置之余地”^⑤。与之前的行政长官委托刑名幕僚相比,此种独立司法机构中经各类考试选拔的法官,在审理案件方面所

① 《法院编制法讲义》,商务印书馆宣统三年(1911年)版,第71—72页。

② 有关京师大学堂的法科所进行的法学教育,参考李贵连主编:《法学百年——北京大学法学院院史》,北京大学出版社2004年版。

③ 关于此次考试具体情况,参考李启成:《宣统二年法官考试》,载台湾中国法制史学会主编:《法制史研究》第三期,2002年,第197—226页。

④ 陈瑾昆,1887—1959年,字克生,湖南常德人,日本东京帝国大学法学士。民国资深民法学家,1917年任奉天高等审判厅推事、庭长,1918年任修订法律馆纂修,1922年任司法部参事,1924年任大理院推事兼庭长,同时兼任北京大学、朝阳大学、中国大学、司法讲习所讲师、教授。1929年后,他因不满当局腐败、干涉司法审判,辞去参事、庭长官职,专任北京大学等大学教授,兼任律师职务。1933年任国民政府司法行政部民事司司长,北京大学法律系讲师。1949年中华人民共和国成立,任全国政协委员、中央人民政府法制委员会副主任委员、政务院政治法律委员会委员、最高人民法院委员。1952年,任中央法制委员会法规审议委员会主任委员。1953年,任最高人民法院顾问,并任中国政治法律学会理事,参与制定《中华人民共和国婚姻法》(1950年)、《中华人民共和国土地改革法》(1950年)和《中华人民共和国宪法》(1954年)。著有《民法总则》、《民法通义总则》、《民法通义债编总论》、《民法通义债编各论》、《刑事诉讼法通义》、《刑法总则讲义》、《刑事诉讼实务》(与李良合著)等。

⑤ 陈瑾昆:《就改进司法计划略陈鄙见书》,载《法律评论》,第82、83期合刊,第8—9页。

发生的变化主要由他们所制作的各种批词和判词体现出来。

二、《各级审判厅判牍》之编辑

李贵连教授于1995年在日本东京大学东洋文化研究所大木文库发现《各省审判厅判牍》(以下简称《判牍》)一书,因当时不准复制而作罢。两年后,李贵连教授到台湾,与黄源盛教授聊及此事。后黄教授访日,将该书复印寄来,并给了一些整理费用。此时,笔者正在李教授门下攻读博士学位,李教授于是将该书交给笔者整理、点校。在这个过程中,深感材料之可贵,遂索性以“晚清各级审判厅研究”作为我博士论文题目。因搜集博士论文资料,我发现国内也仅有少数几家图书馆藏有此书印本,但使用起来非常不便。这些因素综合在一起,促成了我们将《判牍》点校出版的想法。

宣统三年(1911年)发生了国体变更,后来者并没有对传统作彻底地否定,晚清所积累的司法经验和立法成就多为民国所继承。民初供职于上海法学编译社的汪庆祺在全国范围内搜集清末省城商埠各级审判厅和检察厅的各种判牍,择其精华,编辑成《各省审判厅判牍》一书,洋洋洒洒四十多万字。从编者所撰的“凡例”里我们知道,此书编纂时间为1911年冬到1912年春,将近半年时间,最后于1912年印行出版。汪庆祺其人,从《判牍》序言里知道他是上海法学编译社的社长,其详细生平则不得而知,笔者查阅了很多近代人物辞典,也不见有关于此人的记载,经过互联网查询,才找到一点儿蛛丝马迹。1906年11月他作为赞助者之一参与创办《月月小说》,并一度担任主编。关于他的其他情况就不得而知了。

汪庆祺为何会在民初不憚其烦来编辑《判牍》呢?想来最主要的原因在于他看到了那个时代有此需要。当《判牍》编辑印行之时,民国甫肇,临时大总统曾下令:现因民国法律未经议定和颁布,故凡前清法律,只要条文与民国国体不相抵触,皆可以暂行沿用。于此可见民初法律的不完善程度。司法官裁判案件,在没有明确法律依据的情况下,如果没有司法经验的积累,尤其是案例来参考,不仅会破坏法律的统一性与特定的预期,而且对当事人权利的保护也会因法官一己之见而歧异。而司法经验的累积又非朝夕所能为功,但当时的情境又需要速成,因此将前清各级审判厅运作所遵循的主要规则、推事们所制作的批词和判词以一定的选择标准作系统的编纂,岂非有功于司法界和学术界的好事?

其实,从潘绍基为《判牍》所作序中即可了解到,作为当时的法官,他本人即面临“苦旧者既不适于时用,而新者所译,又系他国条件,不切事情,遇有疑难,颇费裁判”的特殊境况,曾向其表兄汪聘麇厅丞求助。汪氏存稿尽管是其从事检察工作的经验累积所荟,但在基层法院法官潘氏看来却是“公牍为多,判词鲜少,是又限于阶

级,为位所局,仍难资以引用”。希望有人编辑此类能为司法官直接提供参考的书籍。《判牍》之编辑印行,就是在很大程度上应此种需要而产生的。东明黄河法政河务研究所法政科教员费县元赵元熙在其所作之序中认为,“南洋法政学社诸法学家,本法理之思想,为新法之预备,将各省审判厅已发现之批词、判牍、公牍之类,不殚手续,广为搜罗,精心研究。取其法理详明,体裁精新,读之可以因象求义,因义求神,旨趣错落,妙谛无穷者,汇集成编……以为将来之司法官之资助材料,与审判厅之组织方法。则是编之有功于法界者,岂浅鲜哉?”这基本上如实反映了《判牍》编辑印行在当时的初衷和其意义所在。

三、《各省审判厅判牍》之内容

《判牍》的第一部分内容为清末省城商埠各级审判厅检察厅制作的批词。批词在传统司法中是官府对于呈控案件是否予以受理的书面批示。批词除了明白告知当事人准理与否之外,也需要阐述其作出该裁决的理由,名幕王又槐说得相当透彻,“批发呈词,要能揣度人情物理,觉察奸刁诈伪,明大义,谙律例。笔简而该,文明而顺,方能语语中肯,事事适当,奸顽可以折服其心,讼师不敢尝试其技。若滥准滥驳,左翻右覆,非冤伸无路,即波累无辜,呈词日积而日多矣!善听者,只能剖遍是非于讼成之后;善批者,可以解释诬妄于讼起之初。”既然批词的作用如此之巨大,因此州县官在撰写批词时当非常注意。即便对于那些不予受理的批词,也“必须将不准缘由批驳透彻,指摘恰当,庶民心畏服,如梦方醒,可免上控。此等批词,不妨放开手笔,畅所欲言,但须字字有所著落,不可堆砌浮词也。果能批驳透彻,即有刁徒上控,上司一览批词,胸中了然,虽妆饰呼冤,亦不准矣”^①。在传统州县官所制作的司法文书里面,批词占了相当大的比重。如樊增祥所作批词,仅搜集在《樊山判牍》里的就有1088则。^②由于讼师以批词之好坏作为衡量、揣测地方官能否之重要标准,而樊氏所作批词,“能尽摘纰漏,动中窃要,使无情者不得肆其倚张,而冤抑者,先有伸理之望”^③,故能做到在其辖区内案无留牍。

尽管批词在传统司法中地位重要,但其撰写需要专门的律学知识,州县官在这方面往往并非所长,故批词的实际制作人多是受州县官委托的刑名幕僚。像上述樊增祥那样亲自撰写批词的还是少数。批词没有固定的格式,写批词的

① 王又槐:《办案要略》,群众出版社1987年版,第69—70页。

② 参考樊增祥:《樊山判牍》(正编)、《樊山判牍》(续编),上海大达图书供应社1934年版。

③ 樊增祥:《樊山判牍》(续编),编者序。

方式,也因人而异,有的是在原告面前当场写就,有的是在与幕友讨论后作出。^①到晚清各级审判厅成立后,批词则由检察官和推事亲自撰写。因为按照规定,对于诉讼案件的准驳权根据案件本身的性质分别由检察厅和审判厅行使。《判牍》一书共收批词 232 则,其中明确由各级检察厅所作批词 90 则,由各级审判厅所作批词 127 则,查不清审检厅出处的 15 则;大理院和总检察厅所作批词 24 则,高等审判厅和检察厅所作批词 60 则,高等审判分厅 1 则,地方审判厅和检察厅所作 103 则,初级审判厅检察厅所作批词 44 则。批词涉及区域计有京师、直隶、陕西、贵州、云南、浙江、江苏、安徽、江西、四川、广西等 11 省,涉及各级审判厅、检察厅 32 个。就地方而言,除边远地区付之阙如外,腹地省份,如奉天、河南、湖北、湖南、广东等没有收录进来;就各级审检厅而言,晚清司法改革筹设各级审判检察厅,截止到宣统二年(1910 年)底,共设审判厅 175 所,由于晚清《法院编制法》采取的是审检分厅对立的设立原则,故设立的各级检察厅也应为 175 所,合计各级审检厅 350 所。从《判牍》所收录批词所涉及的区域和审检厅数目来看,还是有其局限性的。《判牍》所收录的批词在编排方面没有明确的规律可循,大致是按照撰写批词之推事或检察官所属机构随机编排的。

《判牍》的第二部分为判词,是本书的核心内容,大致占了全书篇幅 3/5,共收录各级审判厅推事们所制作的判词 195 则,其中初级审判厅 15 则,地方审判厅 147 则,占总数的 75.4%,高等审判厅 30 则,制作审判厅不详的有 3 则。判词所涉及的区域包括京师、安徽、江西、云南、直隶、江苏、贵州、浙江、奉天、广西、广东、吉林、四川、湖北,也是没有边远地区,腹地则缺乏河南和湖南,但较批词所涉及的区域为稍广。从判词的制作主体来看,其中高等审判厅有 8 个,地方审判厅 17 个,初级审判厅 8 个。截止到宣统二年(1910 年)底,清政府筹设了各级审判厅的数目分别为高等审判厅(包括分厅)25 个,地方审判厅(包括分厅)62 个,初级审判厅 88 所^②,制作该判词的各级审判厅数占清末所设各级审判厅数的百分比依次为 32%、29%、9%。从制作判词的具体审判厅来看,在高等审判厅中,收录判词最多的是云南高审厅(10 个),其次为安徽高审厅(6 个)和奉天高审厅(6 个);在地方厅中,最多的是新领地审厅,达 15 个,收录判词在 10 个以上的还有安庆地审厅、保定地审厅、江宁地审厅、宁波地审厅等;在初级审判厅中,河北清苑初审厅所收录的判词最多,达 6 个。从上述数据可以看出,《判牍》所收录判词在地域上较之其收录的批词为广,但在所涉及的各级审判厅数量方面,也有程度不同的局限性,这一点在初级审判厅表现得更为明显。

① 参考魏同祖:《清代地方政府》,法律出版社 2003 年版,第 196 页。

② 《直省省城商埠各级审判厅一览表》,载李启成著:《晚清各级审判厅研究》,第 221—224 页。

关于如何看待《判牍》一书所收录的批词和判词的代表性,首先我们必须考虑到编者编辑此书的目的是为民初司法官提供司法经验方面的参考和借鉴,故编者并非是把其搜集到的所有批词和判词都罗列进来,而是按照自己的判断,只将那些质量较高的编排成书。而晚清筹设各级审判厅,本就有经费和人才方面的巨大困难,尽管为保证司法官的质量,在宣统二年(1910年)进行了中国历史上首次全国规模的司法官考试,但并非所有的司法官都经历了类似的甄别考试,况且司法官水平的高低并不完全取决于考试所设立的门槛,还与其历练和进一步的研习有绝大的关系,加上晚清社会地域之间的巨大差异,更使得各级审判检察厅的司法官水平参差不齐。司法官水平的差异就使其制作的批词、判词有很大的差别。以特定的眼光来观察,有的司法官制作的批词、判词质量较高,因此入选的较多,反之亦然。《判牍》中所收录的批词和判词是考察晚清地方司法之革新问题的新材料,不可否认具有重要的学术价值,但也要看到,它并非完全准确地反映晚清各级审判厅审理案件的实际情况,而是存在一定选择上的偏差。

《判牍》中收录的判词,编者大致按照《大清现行刑律》的编排方式进行了归类,依次分为户婚、田宅、钱债、人命、族制、市廛、窃盗、斗殴、诉讼、赃私、诈伪、奸拐、杂犯、禁烟等十四门,每门之中所包含的案件不等,较多的为杂犯、奸拐、户婚、窃盗等门,其判词分别为28、25、23、23个,最少的为禁烟门,仅3个判词。《大清现行刑律》是清政府在预备立宪之时,苦于新律颁行条件不成熟,而原有的《大清律例》在新形势下已经不适于用的情况下,对《大清律例》进行修改、修并、移并、续纂等工作的基础上颁行的,其编排结构、立法精神乃至法律用语都与《大清律例》相类,是晚清各级审判厅所能适用的几个主要成文法规之一。《大清现行刑律》不仅如其名称所标示,主要包含的是刑事法规,但其间也有众多的民事规条。和《大清律例》相比,其较大的变化在于:户役内的承继、分产,以及婚姻、钱债、田宅等纯属民事范畴者,不再科刑。^①到民初,尽管其刑事部分随着《暂行新刑律》的颁布而失效,但这些民事条文依然有效。^②

① 《大清现行刑律》卷前奏疏。

② 如大理院解释例第677号即强调此点,“民事现在继续有效之现行律载:‘京城官地井水,不许挑水之人把持多家,任意争长价值,及作为世业,私相售卖’等语,兹就民事言,该律例对于官地井水营业者,明禁其有分段专售之权,以此类推,私地井水,虽所有者可以自由营业,而把持售卖,则为贯彻律例,保护一般市民之精神,亦当然应认其同归禁阻。是法有明文,即令习俗相安,仍未便显然悖反。此种贯行,即不能认为权利,而予以积极之保护。”(周廉昌、王醉乡编:《大理院解释例》,下册,上海大通书局1928年版,第2页)尽管该解释例强调的是习惯与成文法之关系,但字里行间无不透露出《大清现行刑律》民事部分的法律效力。

尽管晚清各级审判厅实行的是民刑分离的审理原则,但《大清现行刑律》依然作为其审理案件的主要实体法律依据而发挥作用,因此,编者将搜集精选之后的判词按照《大清现行刑律》的编排方式进行整理,是有其合理性的,也是民初绝大多数司法官所乐意并容易接受的。

《判牍》第三部分为公牍。公牍在古代指的是朝廷、官府通常所使用的公事文书,亦简称公文。它在古代是备受重视的,朝廷与官府之间,上级官府与下级官府之间,其重要联系渠道之一就是这种公牍。《判牍》中所搜集的公牍有57则,大致包括两类:一类是提法司(主要是其长官提法使)、督抚、法部对各级审判检察厅所发布的指示、命令以及对其请示疑问之处所作回答。这些公牍都需要各级审判检察厅遵照执行。但晚清各级审判厅的设立和运作是按照西方司法独立之原则和精神进行的,本来司法独立即须处理司法权与行政权、司法审判和司法行政之间的复杂关系,况且,在晚清时期,近代中国首次推行司法独立,时人对于司法独立之理解尚有诸多歧异,即便能够达成共识,一下从传统的行政兼理司法体制突然转向建立在分权基础上的司法独立,权力、利益、情感方面的纠葛可谓千丝万缕,部院权限之争就是一显著之例。筹设各级审判厅多由法部和各省督抚协调并分任其责,提法使则秉承法部和督抚的命令而具体实施;已经筹设的各级审判厅要顺利运作,也离不开法部、督抚和提法使的监督和配合,其疑问也需要向它们请示并从此得到解答。《判牍》中所搜集的这类公牍在晚清这个成文法多不完备,其往来关系亦尚未形成惯例得以定型的情况下,对于准确理解并把握各级审判厅与上述衙门的复杂关系有极大的帮助,从而可以进一步探讨各级审判厅的具体运作。下面试举一例。

民教之间的矛盾、仇视问题一直困扰着晚清政府。由于它直接与外国人相联系,处理稍有不慎,即可能酿成难以收场的事端。晚清教案层见叠出就是其重要表现。民教之间的“教”实际包含两类人:外国传教士和入教的中国人。民教之间起了争执,如果当事一方是外国传教士,倒有中外约章所规定的“领事裁判权”条款所规范;如果当事一方是入教的中国人,即所谓的教民,由于其与外国传教士有相同的信仰,往往能得到外国传教士的保护,俨然成为国内的特权阶层。民教矛盾的发生在很多情况下都是教民倚仗洋人的保护而横行鱼肉乡里所致。教民是中国子民,他们与当地士绅民众发生纠纷,理所当然归中国官府裁判,但考虑到其可能引起教案的复杂性,清朝官府对于这类纠纷的处理可谓慎之又慎。当晚清在省城商埠筹设了各级审判厅之后,对于这类具有一定特殊性的案件,政府是否放心把它交给各级审判厅审理,审判厅是否有能力处理此类案件,都是一些尚待解决的问题。晚清政府究竟是如何解决这个问题的?通过阅读《判牍》一书所收录的公牍——《前清法部为民教诉讼办法

事咨商外务部文》和《前清外务部为民教诉讼办法咨覆法部文》——就会有确切的答案。在湖北省城商埠各级审判厅成立之后,试署交涉使施炳燮、署提法使梅先义以“民教讼案情形极为繁杂,其中且关于外交,不能杜外人之干预,应付稍有未宜,不免别滋交涉”为由,希望别定办法,即仍然由行政衙门处理民教纠纷。湖广总督据此咨商法部。法部以司法独立之义,认为各级审判厅有此类案件的司法管辖权;由于此问题与外交有密切关系,法部又咨商外交部。最后外交部大致同意了法部的意见,认为“行政衙门划分权限但以华洋为准,不以民教而殊,可不必另定章程,显分界限”。据此可以看出,晚清各级审判厅对于通常的民教纠纷是有管辖权的。

《判牍》所收公牍的另一类是谕示类公文,是各级审判检察厅针对其当事人、诉讼相关人所公开发布的告示,需要他们遵循的规定。这类公牍是辛亥年间江苏光复之后,新的中央政府尚未成立之前,因革命而带来的国体变更,一方面前清政府所制定的规范各级审判厅运作的法规,如《各级审判厅试办章程》、《法院编制法》、《大清现行刑律》等在新政权下尚处于不确定状态;且前清政府这方面的法规存在不完不备状况。在这个过渡阶段,苏省各级审判厅要处理纠纷,必然要向其辖区内的百姓晓谕其现今所遵循的各项规程。《判牍》所搜集的这类公牍多为上海审判厅所“谕示”,涉及审判厅适用法规、讼费、律师、上诉等诸多内容,对于了解此种过渡时期的苏省、尤其是上海的司法有一定的帮助。试看下面一例:

现今学术界多以为,晚清所制定的一些法律草案,如《刑事诉讼律草案》、《民事诉讼律草案》、《大清民律草案》等,因为清政府迅速灭亡,还未来得及实施,民初很长一段时期内都未能施行;其中诉讼律草案只是到1921年经过修订法律馆修正才以条例形式公布,大清民律草案也只是对第二次民律草案多所影响,其本身并未得到真正施行。参考此种谕示类公牍之一的《上海审判厅应用各种法律通告》,就会发现上述说法并不一定准确,至少有再思考的必要。在苏省光复后,关于各级审检厅运用法律情况,苏省都督程德全曾将此案交省议会公议,经议决,“商法草案、破产律、刑律草案、第一次民刑事诉讼草案各种,均由各厅采取应用。至民法虽尚未有完全草案,其已编之前三编可以查取应用,其未有草案者,应暂依本省习惯及外国法理为准,俟将来调查编订议决公布后,再行飭遵”,并以通告的形式,谕令各当事人知晓并遵循。

《判牍》第四部分为章程,大致包含三个方面的内容:一是有些地方各级审判厅所颁布的章程;二是晚清各地成立的法学研究机构,尤其是司法研究机构的组织章程;三是晚清法部所颁布的通行于全国各级审检厅的章程。需要指出的是,这些章程绝大部分是晚清颁行的,但编者考虑到为民初司法官之参考

所用,也辑录了少量民初颁行的章程,如《江苏律师总会章程》等。

晚清政府筹设各级审判厅,乃是中国历史上以司法独立原则建设地方司法机构的首次尝试,所能适用的成文法规本就有限,加以中国疆域广阔,地区差别巨大,所以各地审判厅需要在不违背中央法令的情况下根据该地区之特点,将中央法规进行地方化和具体化,以资遵循。这就是一些地方审判厅制定相关章程的背景,如《直隶省各级审判厅暂行章程》、《河南省城地方审判厅章程》等是也。有些国际上的先进做法,尽管中央法令没有明确规定,但在地方先行试验也是朝廷所允许和鼓励的,比如奉天高等审判厅附设幼年审判庭是也,其具体做法则见于《奉天高等审判厅幼年审判庭试办简章》。

晚清政府模范列强,推行法律和司法改革,新式法学教育的迅速发展,在各级审判厅陆续设立之后,以推事和检察官为主体的司法人员对司法问题的研究产生了浓厚的兴趣,同事之间相互交流司法经验以砥砺切磋更有助于各级审判厅之健康发展,对于那些法律知识较为欠缺的承发吏、庭丁等在推检的监督下学习法学基础知识无疑也是有益的,因此在各级审判厅内部成立了一些司法研究和培训机构,如云南的司法研究会、奉天的律学课和浅学会等。有关此类机构的章程也为编者归类搜集进来。

关于晚清法部所颁布的关于筹设各级审判厅章程,除了常见的《各级审判厅试办章程》和《法院编制法》之外,如《清法部奏定京外各级审判厅及检察厅办事章程》、《清法部奏定提法司办事划一章程》等,虽可散见于《大清法规大全》之“法律”部分或《大清光绪新法令》、《大清宣统新法令》等书中,但编者择要收录于《判牍》之“章程”中,也省去了查找之繁。

《判牍》第五部分为规则,编者共搜集此类规则 11 则,主要包括各级审判厅检察厅公布的办事规则、看守所规则、学习推事修习规则、典簿所办事细则、各级检察厅调度司法警察章程施行细则等,另外还搜集了《邮传部厘定邮政扣押人犯信件章程》。其中各级审判厅检察厅办事规则主要是就程序方面进行规范,一方面可以看作是《各级审判厅试办章程》和《法院编制法》的具体化和地方化,另一方面则是补充诉讼律草案之不备。至于此种规则是否得以施行以及在多大程度上施行则需要进一步考察与研究。因为《上海各级审判厅办事规则》第二条明确规定,“本规则与民、刑诉讼律草案同时施行。”而在整个晚清乃至民初,民、刑诉讼律草案都没有生效施行,据此仅可断定该规则未能施行,但其他地方,如四川、直隶等地审检厅颁布的办事规则,则没有类似规定。想要搞清该问题,还需要发掘进一步的资料来佐证。看守所、典簿所等机构都是作为各级审检厅的下属机构而存在,其办事细则当为各级审检厅办事规则的进一步细化。奉天高等审判厅制定的《各级学习推事修习规则》是针对那些通过