

法史
论丛

晚清 各级审判厅 研究

李启成 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

D929.52/6

晚清 各级审判厅 研究

李启成 著



RBC65/04

首都师范大学图书馆



21677625



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

晚清各级审判厅研究/李启成著. —北京:北京大学出版社, 2004. 6
(法史论丛)

ISBN 7-301-07395-X

I. 晚… II. 李… III. 审判机关—研究—中国—清后期
IV. D929.52

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 038187 号

书 名: 晚清各级审判厅研究

著作责任者: 李启成 著

责任编辑: 李 霞

标准书号: ISBN 7-301-07395-X/D·0881

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村 北京大学校内 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱: zpup@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

排 版 者: 北京高新特打字服务社 51736661

印 刷 者: 三河新世纪印刷厂

经 销 者: 新华书店

650mm×980mm 16 开本 16.375 印张 245 千字

2004 年 6 月第 1 版 2004 年 6 月第 1 次印刷

定 价: 20.00 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, 翻版必究

序

行政与司法合一,是传统中国法的特点之一。在晚清法制改革之前,古代中国的审判,一般称为臬狱。各类案件都由知县、知府等行政官员,在州、县、府、道等衙门审理。司法审判不过是行政的一个环节,一种手段。因此,古代既无审判厅之名,也没有职业法官。由晚清法制改革而带来的各级审判厅的设立和职业法官的产生,可以说是中国司法审判史上承先启后、翻天覆地的变革。从此以后,审判厅、法院、推事、法官、审判员以及专职裁判机构和职业裁判人员,以何种手段解决争讼,都融入中国社会,直至今日。

但是,在对将近一百年的晚清法制变革的研究中,晚清审判厅的研究,几乎成了盲点。远者如杨鸿烈先生,他的《中国法律发达史》向被法史界推重,道及晚清各级审判厅,则寥寥数行而已。国外,如著名的《剑桥中国晚清史》,根本就不提及晚清各级审判厅。20世纪80年代以来,中国法史研究有长足进步,称得上硕果累累。然而,对晚清各级审判厅,或则阙如,或则寥寥数语。这种状况,实在令人感到遗憾。

本书的撰写和出版,填补了中国法史研究中的这一空白。李启成博士,通过几年努力,依据大量第一手资料,重现了晚清各级审判厅——同时又是中国最早的地方法院——成立和活动的全过程。传统的州县衙门审判为什么要改革?清政府为什么会在20世纪初决定成立审判厅?各级审判厅是怎么成立的?在这几年里,全国设立了多少审判厅?审判厅的法官是怎么产生的?新法官是怎样审理案件的?判决书是怎样制作的?它与中国古代判决书有无区别?各级审判厅在运作过程中,遭遇哪些困难?诸如此类问题,本书都依据资料,一一做了比较准确的回答。总之,本书是迄今为止可以让人一窥中国最早法院详情的学术专著。

晚清各级审判厅是在当时“立宪”大背景下启动和运作的。“宪政”是舶来品。按照西方国家的宪政精神,宪政国家实行三权分立,司法审判权独立于行政和立法之外,不受行政、立法等权力的干预。

晚清统治者从西方拿来了立宪,并且煞有其事地在立宪清单中规定了各级审判厅成立的时间。但是,我们不要忘记,这种“立宪”是大清皇帝皇位与世系的“君上大权独揽”的立宪。这种“立宪”与西方的立宪不可同日而语。因此,各级审判厅设立时,统治者虽然高唱司法审判独立;执行这种决策的一些官员和学者,诸如沈家本等,也曾真诚的努力为司法审判的独立奔走,新成立的各级审判厅在其运作过程中,也不同于原来的州县衙门。然而,它们维护封建专制统治的工具性如旧,司法审判从属政治权力的性质依然不变。也就是说,各级审判厅并未独立。这是在专制皇权依然故我的状态下,各级审判厅的必然归宿。

审判独立需要宪政保障。没有宪政,不可能产生真正意义上的司法审判独立。晚清各级审判厅的产生和运作尽管有种种困难,但最根本、最大的困难,就是晚清的立宪不是真正的立宪。有真正的宪政,才有可能有真正的司法审判独立。这大概是晚清各级审判厅给我们的教训吧!

李贵连

2003年9月5日

CONTENTS 目 录

前 言	1
第一章 清代传统地方司法	14
第一节 清代传统地方司法审判制度	14
一、清代地方司法机构概述	14
二、清代地方司法的重要特征	15
第二节 清朝地方司法审判中的刑讯问题	19
第三节 清朝地方司法中的幕吏问题	24
第二章 筹设各级审判厅之原因	32
第一节 领事裁判制度的存在——筹设各级 审判厅的主因	32
一、列强在华领事裁判权的确立	32
二、领事裁判权与晚清教案	35
三、领事裁判权对清王朝的统治构成直接威胁 ——以《苏报》案为例	37
第二节 传统司法体系在近代中国的困境	47
一、晚清就地正法制度——非常态司法制度对 晚清司法和社会的影响	47
二、西方司法审判思想在近代中国的输入	51
三、对传统司法体系的批判——跨文化交流引 起的新问题	54
第三节 近代社会的变迁与司法审判制度的变革	55

CONTENTS 目 录

第三章 各级审判厅的设立及其运作	58
第一节 各级审判厅在天津的试办	59
第二节 各直省省城商埠各级审判厅的设立	64
一、大理院的建立——筹设各级审判厅的前提	64
二、各级审判厅试办章程	66
三、京师各级审判厅的设立	68
四、东三省各级审判厅的设立	70
五、法部“三章程”的出台	75
六、《法院编制法》及各项暂行章程的颁布	79
七、各直省省城商埠各级审判厅的设立及其 内部设置	81
第三节 关于设立特种司法审判机关的提议	86
一、设立商事裁判所建议的提出及分析	86
二、设立权限争议裁判所的提议	91
第四章 法官考试	94
第一节 天津试办各级审判厅举行的法官试验	96
第二节 宣统二年法官考试	97
一、宣统二年法官考试的进行	97
二、宣统二年法官考试的内容	103
三、宣统二年法官考试的结果	113
四、宣统二年法官考试的影响	116
第三节 京师和东北的在职法官考试	119
一、奉天法官考试	120
二、京师法官考试	122

CONTENTS 目 录

第五章 各级审判厅的判决书研究	124
第一节 从判牍考察各级审判厅的诉讼程序	128
一、影响各级审判厅运作的程序法概述	128
二、各级审判厅审理案件的程序——结合“批词”和“判词”进行考察	135
第二节 从判词考察各级审判厅的实体审判	155
一、各级审判厅可能适用的实体法	155
二、各级审判厅的实体法运用问题——以《判牍》中的判词为对象进行考察	160
第六章 各级审判厅所遭遇的困境	174
第一节 行政干预对各级审判厅的影响	176
第二节 领事裁判权与各级审判厅的运作	183
第三节 各级审判厅所面临的经费和人才问题	185
一、各级审判厅的司法经费问题	185
二、各级审判厅的合格人员缺乏问题	188
第四节 律师辩护和陪审制度的缺乏	192
一、律师辩护思想的输入和争论	192
二、晚清的陪审思想	199
结 语	204
参考书目	210
附 录	221
后 记	249

前言

一、选题的意义

自20世纪初晚清法律改革,近代中国开始大规模移植和继受西方法。此次改革乃中华法系亘古未有之奇变,传统法律和法制逐步被扬弃,而代之以与传统差异极大的产生于欧陆社会文化背景之中的法律体系。其影响之深远,在一个世纪之后的今天,中国社会情况虽然发生了巨大的变化,但这种对欧陆法律的继受仍然在继续着,直接对我们的日常生活产生持续的影响。所以,近代法的研究,尤其是作为中国法近代化开端的晚清法律改革的研究具有重要的学术意义。

学界对晚清法律改革的研究多注重立法方面,其研究不断深化,一个重要的表现就是研究的领域从立法综述走向具体专题的分析,如我国台湾学者对晚清资政院的研究。^①相对于晚清立法研究而言,晚清司法审判制度改革方面的研究则比较薄弱,其中的各级审判厅研究基本上还是一片没有拓荒之地。

晚清地方司法改革最主要的成果是在各直省省城商埠筹设各级审判厅,即高等审判厅、地方审判厅和初级审判厅。这些审判厅设立之后,由其推事独立审理民刑案件,取代了传统中国实行了数千年的行政官兼理司法案件的审判模式。民国取代了清王朝,但总体说来继承了这种独立司法的做法,并一直继续进行晚清未能完成在全国普遍筹设各级独立司法机构的事业,且取得了一定的成绩。建国之后,全国普遍建立了各级法院进行民刑案件的审理并一直延续到今天。所以,作为其肇端的晚清各级审判厅是中国司法审判史上值得深入研究的大事。

^① 台湾大学政治研究所硕士研究生姚光祖先生以资政院会议记录为中心,对资政院创设的背景、过程、运作以及对晚清宪政的作用进行了深入的研究,形成了洋洋二十万言的学位论文,填补了海峡两岸对资政院进行系统深入研究的空白。

尽管晚清筹设各级审判厅并由其推事们独立审理民刑案件,取得了不小的成就,其成果也多为民国所继承,但民国学界对晚清司法改革的关注多集中于中央的大理院,是从立法层面而非司法实践层面进行考察的,所以其对各级审判厅的论述是笼统而模糊的,且不乏主观推论贯穿于研究之中。民国去晚清未久,晚清各级审判厅问题未能引起法制史学界的关注^①,即使偶有提及,由于在资料方面缺乏仔细的考证,其结论就值得推敲。较早论述各级审判厅的文章是民国元年《东方杂志》刊载的《十年以来之中国政治通览》之司法编。作者首先指出其撰写该文的目的之一是“以为研究最近法制史者之参考”,但其基本是按照《法院编制法》的内容来论述各级审判厅,作者将当时近十年中国司法的发展分为三个时期:一是修改旧律;二是以成立各级审判厅为中心的司法独立改革;三是民国成立之后的司法改革。对于晚清各级审判厅,作者则认为,“第二期因欲伪为立宪,遂不得不为司法独立。爰有法院离行政衙门之设置。然因官吏擅作威福之习惯,及司法人才之缺乏,而希望行政官意旨及纳贿嫌疑者到处发觉,以遗司法不能独立之口实。”^②但对于各级审判厅的具体筹设范围和过程以及其实际运作,更重要的是对推事们制作的判词和批词等资料没有进行整理和研究,其指出的问题虽然存在,但其结论失于简单化,难免偏颇。到民国二三十年代,著名法律史学者杨鸿烈先生在《中国法律发达史》中提到,“宣统元年颁布各省省城商埠审检厅编制大纲,是为司法与行政分立之始。然京师以外,未及推行。即以京师法院而论,当创办伊始,法官多用旧人,供勘则纯取旧式,刑讯方法,实未革除。律师制度尚未采用,虽规模初具,亦徒有其名而已。”^③杨氏在此并没有注明资料的出处,据笔者推测,当来自江庸在《申报》发表的《近五十年来中国之法制》。^④其实,司法独立观念早在19世

① 如瞿同祖先生就是一个例子,其作为民国著名的法史学家,其研究重点在于传统中国法,尤其是清代传统法制,对晚清、民国则没有涉及。参考《瞿同祖法学论著集》,中国政法大学出版社1998年版。

② 阙庵:《近十年来中国政治通览》之司法篇,载《东方杂志》第九卷第七号,第75页。

③ 杨鸿烈:《中国法律发达史》下册,上海书店1990年版,第919页。

④ 江庸:《五十年来中国之法制》,见《最近之五十年——申报五十周年纪念(1872—1922年)》,上海申报馆发行,1922年。

纪中叶随着领事裁判权的确立就开始输入中国,晚清司法改革筹设大理院和各级审判厅乃该观念第一次上升到制度建构层面。各级审判厅的筹设并非限于京师,到宣统二年底,各直省省城商埠都建立了各级审判厅。这些审判厅的推事们大多具有专业知识,在宣统二年法官考试之后更是如此,其在独立审理案件的过程中,参考法规(草案),结合西方法理,分别发展出了一套民事诉讼程序和刑事诉讼程序;其制作的作为审理结果的判词,较之传统,在形式和内容方面都有质的提高。所以,尽管创立伊始处于传统包围之中,难免有诸多不尽如意的地方,但不能说是“徒有其名”。

另外,诉讼法学界和法理学界也有人提及各级审判厅问题。限于学术领域,这些学人共同的缺陷是遽下结论而忽略据以得出结论的资料。如曾任民国中央大学诉讼法教授的耿习道氏在谈到晚清四级三审制时捎带提及了各级审判厅,“清季司法易制,审检对立,民刑案件分庭受理,于京师设置大理院……于各省设高等审判厅,掌理地方管辖第二审案件、初级管辖第三审案件;于各高等厅下分设地方审判厅及初级审判厅,分别案情轻重,以凭受理,并于各级审判厅配设各级检察厅”^①。限于资料,耿氏对于为什么要设立各级审判厅,究竟设立了哪些审判厅,审判厅是如何完成案件审理的等重要内容完全没有提及。蔡枢衡氏作为民国三四十年代著名的法理学家,出于研究司法现状并提出改良方案之目的,提及了晚清各级审判厅问题,如晚清筹设各级审判厅的主要原因在于收回领事裁判权的需要,各级审判厅在审理案件的过程中出现了类似法律规则与社会情形严重脱节的问题等方面,其判断虽基本符合情况,但对产生此结论所依据的材料是缺乏的,至少是不充分的,因而缺乏说服力。^② 楼桐孙先生也间接评判了各级审判厅的成绩,“我国设有法院,历史未久,为一种新的制度。但依一般观察,在各种新政中,如议会、警察等,当推法院成绩,比较最为优良。然因经费及人才种种关系,以视欧西各国司法机

^① 耿习道:《中国之司法》,1932年,第1、22页。

^② 参见蔡枢衡:《中国法治诸问题》、《司法革命诸问题》,见氏著《中国法理自觉的发展》,河北第一监狱,1947年,第161—166、205—210页。

关的组织相去甚远”^①。对于为什么有此成绩,经费和人才问题到底在多大程度上限制了法院的发展等问题则没有进一步分析。

通过民国有代表性的学人对晚清审判厅的考察来看,法制史学界对晚清各级审判厅缺乏足够的关注,诉讼法学界和法理学界虽附带有所提及,偶尔还根据直觉作出结论,但其据以得出结论的材料严重缺乏,其结论自然没有太多的说服力。所以,整个民国学界对晚清各级审判厅的研究根本谈不上什么起步。

建国伊始就宣布废除清末到民国的“伪法统”,加之阶级斗争观念的影响,使法学研究受到了很大的限制,受到严重削弱的法制史学界把有限的注意力主要放在了传统法领域,就关注传统法这一点而言,与台湾当时的法制史研究有现象上的相似之处。从20世纪80年代开始,有学者开始注意研究近代法。一度被遗忘的各级审判厅又开始出现在法制史著作中。在国内法制史学界有代表性的学术成果,如张晋藩先生总主编的十卷本的《中国法制通史》把大理院和各级审判厅并列,作为晚清审判机关改革的重要内容,并简单考察了高等审判厅的设立过程、范围及其内部设置,对于地方审判厅和初级审判厅根据法律条文作了简略的介绍,还提到了袁世凯在天津试办审判厅的情况。尽管其对晚清各级审判厅的筹设、相关的制度建构以及各级审判厅在中国司法审判中的地位诸问题缺乏深入的分析和研究,但还是目前法制史学界对于晚清各级审判厅较为详细的论述。^②

① 楼桐孙:《法学通论》,正中书局1940年版,第122页。

② 张著对各级审判厅进行了宏观面上的概括,“高等审判厅设于京师和各省省城,光绪三十三年最先在天津和北京设立,而后东三省、江苏、山西、河南等地都陆续开办。高等审判厅设厅丞一员,总理全厅事务。内设刑事、民事审判庭。审判庭实行合议制。地方审判厅于京师、直隶府、直隶州各设一所。地方审判厅设有厅长或厅丞,并根据具体情况酌设刑事、民事庭。审判采取合议制与独任制相结合的原则。一审案件由推事一人独任审判。如果案情复杂,经当事人请求或依审判厅职权,由三人组成合议庭审判。二审案件一概由合议庭审理。初级审判厅原称乡谳局,《大理院审判编制法》中改称城谳局,《各级审判厅试办章程》和《法院编制法》则改称初级审判厅。它是当时的基层审判机关,设于各县内,数量不定。初级审判厅实行独任审判。清末地方审判厅最先由袁世凯在天津试办。光绪三十三年二月初一日(1907年3月)天津设立了我国第一个高等审判厅和地方审判厅,后又在城乡设立四处乡谳局。据说各级审判机构试办数月‘积牍一空,民间称便’一改以往诉讼久拖不决的情形。”(见张晋藩主编:《中国法制通史》第九卷,法律出版社1999年版,第300—301页)著者以为高审厅仅设于“京师和各直省省城”,则明显疏忽了有的商埠所设立的高等分厅,如天津是作为商埠设立的高等分厅,而不是作为省城设立的高等厅。

近年法制史学界出现了少量研究晚清司法改革的论文,如贺卫方先生的《司法独立在近代中国的展开》^①,罗昶、高其才的《近代中国的司法改革思想》^②和郭志祥的《清末与民国时期的司法独立研究》^③等,其研究重点在于对晚清以来的司法改革思想作宏观叙述以及进行价值评估,晚清各级审判厅乃至整个晚清司法改革都只是其考察的一个阶段。专门写晚清司法改革的论文还不多,韩秀桃博士的《清末官制改革中的大理院》^④是重要的研究成果,但其研究集中于大理院,对各级审判厅则没有深入的考察。所以,整个大陆法制史学界对晚清各级审判厅虽有所提及,但也只是停留在概述的阶段,真正的研究还远未开始。

自晚清移植西方法开始,学界对中国法的研究自觉不自觉地运用了比较的方法。比较的结论不论是强调法律发展阶段上的差异,还是法律发展的路径差别,但不可否认这种比较本身在很大程度上限制了学界对中国法研究的视野。所以,自民国以来的很长一段时间内,有相当多的法制史学家把中国法制史的研究兴趣和重点集中在中国传统法领域,以“中华法系”来总括中国传统法律体系的独特性,这种研究思路对台湾法制史学界一直有相当大的影响。比较有代表性的是陈顾远先生在《中国法制史概要》一书中所阐述的,“中国固有法系有其卓尔不群之精神,独树一帜于世界各大法系之林中”^⑤。这种研究路数不可避免地忽略了对中国近代法的研究。^⑥陈氏本人也意识到了这个问题,他在给林咏荣先生所著的《中国法制史》写的跋言中就对此作了检讨,“愚著每一问题,皆断自清末,民国法制概行

① 何勤华编:《法的移植与法的本土化》,法律出版社2001年版,第35—73页。

② 载《现代法学》1999年第6期。

③ 载《环球法律评论》2002年第1期和第2期。

④ 载《法商研究》2000年第6期。

⑤ 陈顾远:《中国法制史概要》,台湾三民书局1964年版,第7页。

⑥ 比较典型的还有戴炎辉先生的《中国法制史》(台湾三民书局,1966年),戴氏此书乃利用西方法学研究传统中国法的成功之作,他从法源、刑事法、诉讼法、身份法和财产法五个方面剖析了传统中国法,但也基本没有涉及晚清各级审判厅这个领域。其后类似的还有张金鑑先生所著《中国法制史概要》(台湾正中书局,出版时间不详)和李钟声先生的《中华法系》(台湾华欣文化事业中心,1985年)。

割爱。”^① 被陈氏视为“足为余著之补益”的林著《中国法制史》，虽然在一定程度上转移了台湾法制史学界专注于传统法的研究路向，但其对晚清各级审判厅的论述仅略略数语，还谈不上对其进行研究。^② 之后，台湾学界开始有学者专门开展对近代法的研究，比较有代表性的是展恒举先生、罗志渊先生和黄源盛先生。展氏于1973年出版了《中国近代法制史》一书，专门对晚清以来的近代法进行研究，该书也仅有两处提到晚清各级审判厅：其一是在谈及晚清地方官制改革时指出清廷于光绪三十三年计划“分设审判厅，增易佐治员，命由东三省先行开办，直隶江苏亦择地先为试办，其余各省请旨办理，统限十五年一体通行”^③。一是在论及司法机关脱离行政而独立之时提到，“其（指大理院）下设高等、地方及初级审判厅，嗣改为最高法院、高等法院、地方法院三级三审制”^④。可以看出，就各级审判厅而言，展氏的论述，较之林氏，并没有实质性进展。罗氏于1974年写作出版了《近代中国法制演变研究》，在论及清末司法机关的演进时，只谈及《法院编制法》，未能对各级审判厅进行研究。^⑤ 黄源盛先生开辟了近代法研究中的许多领域，但更多的集中于民国司法审判制度的研究，对于晚清各级审判厅的论述只是作为研究的学术背景提出，虽然其对筹设各级审判厅的各种法规作了比较详尽的论述，较之以往的台湾学界是一个突破，但其局限性也就在于此，即以立法的角度对司法审判进行研究，其结论值得推敲。如黄氏也提到，“宣统元年，颁布《各省城商埠各级审判厅编制大纲》，是为司法与行政分立之始。然京师以外，并未及推行……虽规模初具，亦徒有其名而已。”^⑥ 其材料

① 林咏荣：《中国法制史》，台湾三民书局1960年版，陈顾远跋言。

② 本来林氏对整个法制史的研究本于法律之变迁，且“恒以政治势力、经济基础、社会背景为依归，学术思潮为之引导”，但对于晚清地方司法审判制度的研究则反是，仅谈及其四级三审制：“清末，改采四级三审制，所谓四级即大理院及高等、地方、初级审判厅是也。”（见氏著《中国法制史》之第六章“审判之程序及责任”）

③ 展恒举：《中国近代法制史》，台湾商务印书馆1973年版，第74页。此段对各级审判厅的论述是清朝廷改革地方官制的上谕原文，详见《清朝续文献通考》之宪政考。

④ 展恒举：《中国近代法制史》，第106页。

⑤ 罗志渊：《近代中国法制演变研究》，正中书局1974年版，第398—399页。

⑥ 黄源盛：《民初大理院》，见氏著《民初法律变迁与裁判（1912—1928）》，台湾国立政治大学法学丛书（47），2000年，第22页。

和观点都直接来自江庸的《五十年来中国之法制》，缺乏新的突破。

欧美学界也注意到各级审判厅，如有国际影响由费正清教授主编的《剑桥中国史》，在其晚清部分谈到了各级审判厅，认为它“是打算按照中央政府的大理院的模式设立的独立地方司法机关”。这种对各级审判厅性质的评判从字面上看尚属准确，但将它与大理院一起置于晚清行政制度改革的范畴，并认为晚清筹设各级审判厅是晚清地方官制改革中为削弱督抚权力而采取的“仅有的一件重要的改革”^①，则有失偏颇。尽管设立各级审判厅有集权中央、削弱督抚权力的意思在里面，但主要的还在于追求改良的司法，为收回领事裁判权创造条件。单纯从中央与地方权力斗争的角度来考察各级审判厅则根本不能对其性质和意义作出准确的评估，更与客观事实相悖。正是由于作者以这种思路来看待晚清各级审判厅，故不可能对其进行详细考证基础上的深入研究。徐晓群(Xu Xiaoqun)在论文《民国时期司法独立的命运》中谈到晚清的司法改革，提到“截止到清朝灭亡，全国共建立高等审判厅、地方审判厅和初级审判厅 345 所，每个审判厅都配有独立的检察厅。按照西方和日本模式建立的新的法院系统和进行的大规模立法为民国时期所进行的司法改革奠定了基础，并且二者是在同一个方向前进。”^②结论虽然大致正确，但各级审判厅到底都在哪些地方设立，其审理案件遵循的是什么程序，在中国司法审判史上到底占据什么位置等问题都没有涉及。

综合国内外对晚清各级审判厅的研究现状，学界对之仅有一些概述性的看法。就是这些概述性的看法，要么基本没有什么根据，要么就是对筹设审判厅的相关法律文件的内容进行文字上的阐述，因此这种看法难免存在偏颇、片面甚至错误之处。

学界对晚清立法的研究相对比较深入，但法律要在社会生活中真正能够起到规范和引导的作用才是完全的法律，此种作用欲充分

① [美]费正清、刘广京主编：《剑桥中国晚清史(1800—1911年)》下册，中国社会科学出版社 1985 年，第 456 页。

② *The Fate of Judicial Independence in Republican China, 1912—1937*, Xu Xiaoqun, *China Quarterly*, Volume 0, Issue 149 (Mar., 1997), 4.

展开的重要前提条件之一是法律能够与整个社会的经济状况、社会意识和大众心理等因素大致吻合。司法审判则有机结合了法律规定和社会状况,在某种程度上是法的生命力所在。所以,对司法审判制度的研究有助于“发现”实际的法,具有重要的学术价值。

传统中国法律体系是义务本位的,是专制政体之下的法律,背后所体现的法律意识主要是为专制服务的纲常伦理。这种义务本位的法律与晚清移植的来自欧陆日本的社会本位法律虽然在现象上有类似之处,如团体对于个人的优先、法律与道德的关系等等,但二者精神实质上的差别是巨大的。晚清仍然是农业经济、封建宗法伦理占主导地位,故移植的新法令显然与整个社会意识和大众心理差距极大。到民国时候,新法已经在近代中国移植了几十年,但二者的脱节情况依旧存在,“(法典)与现实社会的情况相较,仍超前有相当一段距离,尤其是近几年来,一般的社会意识,似乎要拉回到唐律时代,而法典则是立在时代的尖端。”^① 晚清法律改革过程中发生的礼法之争就是法律与社会脱节这个问题的展开。礼教派一个暗含的观点就是要让法律迁就于社会现实;法理派坚持自己观点的主要理由则是收回领事裁判权达到图强自存之目的,也就潜在地支持了法律改造社会现实的观念。就法律与社会现实的关系而言,基本上是双向互动的,法律欲获得真正的生命离不开社会现实的支撑,同时又具有一定程度地改造社会现实的功能。故无论是礼教派还是法理派都只是片面强调了此关系的一个方面,因此这种争论得以持续并与晚清相始终。

晚清各级审判厅的法官们在审理案件时有没有可能解决当时存在的法律超前于社会现实的问题呢?晚清移植的新法虽来源于西方以及学习了西方的日本法,但从整个人类文明的发展而言,它始终包含了文明发展的结晶,在不同的文化体系内还是有其共通之处的。所以当时的法官们有可能解决此一矛盾。其解决之道总会在新法规和社会现实之间流动,如果更接近新法规一方,可以将其认为是以法

^① 王伯琦:《法律上学说与实务的距离》,见《王伯琦法学论著集》,台湾三民书局1999年版,第223页。

律改造现实的方式裁判案件；如果较接近于社会现实，则是以法律迁就现实的方式进行裁判。从理论上而言，法官在此过程中要发挥较大的作用。

法官在司法审判中的作用因社会发展的不同历史阶段而异。在封建专制时代，法律的本质是命令，是义务，司法难免具有恣意、专断和非理性的特征，法官的威权对于当事者来说即是法律。出于对专制擅断的矫枉，罪行法定原则得以确立，法律逐渐与道德分离，法律的中心聚焦于立法，法官的作用被严格限制在通过三段论的逻辑推理仅仅宣告判决上面。此种机械的法官宣示论在 19 世纪末 20 世纪初得到了改变，其据以改变的一个基本事实则是法律，尤其是立法的速度与社会发展难以保持一致，法官机械地适用法律难免会与社会发展情况脱节从而不利于社会的发展，与社会意识脱节的“合法”判决常常会有失公平，而司法相对于立法具有更大的社会适应性。因此，司法被赋予充当法律规则与社会情况之间的调适器。这一阶段的法官必须以自己的法学修养和对社会情况的判断，根据法律精神选择性地适用法律，作出能促进（至少不能阻碍）社会发展而又能保有实质公正的判决。故迄今为止法官在审判中的作用经历了法官至上、法律至上和法律之下能动司法三个阶段。

晚清移植的法律主要是西方法律发展到社会本位的立法，与此相适应，处于法律之下能动司法阶段的法官必须恰当地运用裁量权裁判案件。所以，对各级审判厅的法官群体进行考察就变得更有必要。这些法官是通过什么样的选拔机制选拔的？他们受到的是什么样的教育？等等，就成为不可回避的问题。

晚清成立各级审判厅的动机对于各级审判厅审理案件也有一定的影响，其在哪些地方设立？在设立和运行的过程中遭遇了些什么样的困难？这些法官们在审理案件的过程中遵循的是一种什么样的程序？有没有发展出一套固定的程序？和传统的行政官审判案件有哪些程序上的区别？他们究竟是以什么样的方式在适用那些既存的实体法？他们审理案件的模式对民国乃至当今有没有影响，有多大的影响？等等诸如此类的问题，都是研究晚清各级审判厅所需要解