

法与司法的演进 及改革考论

张培田 著

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法与司法的演进及改革考论/张培田著. - 北京:中国政法大学出版社, 2002. 11

ISBN 7-5620-2299-2

I. 法… II. 张… III. 司法制度-体制改革-研究-中国
IV. D926

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 096555 号

书 名 法与司法的演进及改革考论
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 固安华明印刷厂
开 本 880×1230 1/32
印 张 10.25
字 数 260 千字
版 本 2002 年 12 月第 1 版 2002 年 12 月第 1 次印刷
印 数 0 001-3 000
书 号 ISBN 7-5620-2299-2/D·2259
定 价 22.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803
电子信箱 z5620@263.net
网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

☆☆☆☆☆

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题, 请与出版社联系调换。

目 次

中文目次/1

英文目次/1

序论 中西近代法文化演进态势之对比/1

第一节 中国传统法文化的总体没落/1

第二节 西方近代法文化的崛起/4

第三节 中西近代法文化机制比较/7

第一部分 审判制度

第一章 司法审判民主化的理论与实践/19

第一节 陪审制和参审制的差异/20

第二节 古代陪审/23

第三节 现代英国陪审制变化/28

第四节 陪审制在英联邦以外国家的变化/33

第五节 参审制的确立与发展/36

第六节 参审制陪审制在其他国家的并用/41

第七节 陪审制与参审制之评价/45

第八节 小结/52

第二章 人民审判制度的形成/55

第一节 工农审判制度的初建/55

第二节 抗日民主政权司法审判的发展/63

第三节 人民政权审判制度的演变/71

第三章 新中国审判体制的定型/78

第一节 新审判机制抉择的理论基础/79

第二节 新审判制度的确定/88

第四章 新中国审判制度的变通/104

第一节 反右斗争对人民审判制度的冲击/104

第二节 司法审判大跃进的变通/117

第三节 审判制度文明进步中的浩劫/127

第二部分 检察制度

第五章 检察制度本源刍探/145

第一节 检察的概念及性质/145

第二节 检察制度的起源/148

第三节 检察制度在文明发达国家中的演进/155

第四节 西方国家检察制度进化趋势及特点/160

第六章 检察制度在中国的起源/162

第一节 检察体制之选择/162

第二节 检察机关之设置/165

第三节 检察官任职保障/171

第四节 检察官职权/176

第五节 小结/180

第七章 民国检察制度的演变/182

第一节 北洋时期检察体制的变化/182

第二节 国民党一党专政时期检察制度的演变/195

第三节 有关检察制度存废的论争/205

第八章 中国检审并立体制的确立/208

第一节 根据地人民民主政权检察制度源流/208

第二节 建国初期人民检察体制的选择/218

第九章 人民检察制度在中国的扭曲/241

第一节 反右扩大化对检察制度的干扰/241

第二节 检察工作的“大跃进”/250

第三节 从合署办公到废弃检察机关/255

第三部分 司法教育及考试制度

第十章 司法教育比较及我国改革论考/263

第一节 中外司法教育之差异/263

第二节 我国司法教育存在的问题及改革的建议/269

第十一章 中国司法考试制度建构论考/282

第一节 司法考试制度模式建构/282

第二节 司法考试管理体制选择/284

第三节 司法考试方式的确定/285

第四节 司法考试合格者执业资格授予的品行考核/289

第五节 例外的司法官遴选条件及范围之确定/291

4 目 次

第六节 司法考试制度建构应当主要注意防止和克服的弊端/294

后论 中国司法改革论考/298

一、中国司法改革的方向、目的和价值体系/298

二、中国的司法改革的文化选择/300

三、中国司法体制和模式的改革与定位/303

四、司法改革的方式、方法与步骤/308

五、司法改革需要避免或克服的弊端/309

后记/312

CONTENTS

Introductory chapter : The comparison to modern culture of Legel system inside Western and China /1

Section 1 The Chinese traditional culture total to decline of Legel system /1

Section 2 The western modern cultural to rising of Legel system /4

Section 3 The comparison to Legel system to western and china/7

Chapter I The democratization's theories and fulfillment of the judicatory judge/19

Section 1 Difference on jurors system and people's assessors/20

Section 2 Ancient to juror/23

Section 3 Modern England's variety of jurors system/28

Section 4 The other national variety of jurors system/33

Section 5 Establishment and development of people's assessors/36

Section 6 People's assessors and jurors system on The other national/41

Section 7 Evaluation to people's assessors and jurors system /45

Section 8 Conclusion/52

Chapter II Formation by The people's Trial system of China/55

Section 1 The Initial Judiciary system in The Chinese soviet Union/55

2 CONTENTS

Section 2 Development of The Judiciary System in the Anti Japanese Democratic Government/63

Section 3 Improvement of The Judiciary System in Liberation War/71

Chapter III New Judiciary System in China/78

Section 1 Theories choice of New Judiciary System/79

Section 2 Certain in New Judiciary System/88

Chapter IV Deformed in New Judiciary System/104

Section 1 Damage of The Anti - Rightist Campaign on The Judiciary System/104

Section 2 "The great Leap Forward" of Adjudication/117

Section 3 Further Hits on The Judicary System/127

Chapter V Institutional origins of The Procuratorial System/145

Section 1 Concept is with the kind of The Procuratorial System/145

Section 2 Origins of The Procuratorial System/148

Section 3 The Evolution of Procuratorial System in developed Countries/155

Section 4 Tendency and Characteristics of Procuratorial Evolution in Developed Countries/160

Chapter VI The form of The Prosecutorial System in China/162

Section 1 Choice of The Procuratorial System at late Qing dynasty/162

Section 2 Structure of The Procuratorial Origin at late Qing dynasty/165

Section 3 Security of The Public Prosecutors at late Qing dynasty/171

Section 4 Powers of Public Prosecutors at late Qing dynasty/176

Section 5 Conclusion/180

Chapter VII Procuratorial System's Evolution of The Republic of China/182

Section 1 Evolution of The Warlord Dictatorship Period/182

Section 2 Evolution of The Procuratorial System at The Kuomintang Dictatorship Period/195

Section 3 Disputer on using Procuratorial System at The Kuomintang Dictatorship Period/205

Chapter VIII Establishment of The People's Procuratorial System in China/208

Section 1 Origin of The People's Procuratorial System in China/208

Section 2 Formation of The People's Procuratorial System in The Early 1950's/218

Chapter IX Hindered Development of Procuratorial System in China/241

Section 1 Interference form The Anti-Rightist Campaign on The Procuratorial System/241

Section 2 "The Great Leap Forward" of Procuratorial Works/250

Section 3 Abolishing Procuratorial Organs/255

Chapter X Comparison of Judicial education and China/263

Section 1 The difference that Chinese and Foreign judiciary is Educational/263

Section 2 Our country the problem that judiciary education and reform the suggestion/269

Chapter XI The considers of construct of judiciary examines System in China/282

Section 1 Construct of judiciary examines System in China/282

4 CONTENTS

Section 2 The choice of manage the system of judicatory examines System in China/284

Section 3 The way certain of judicatories examine System in China/285

Section 4 The personal conducts investigate of judicatories examine System in China/289

Section 5 The exception of The judicatories examine System in China/291

Section 6 The preventing and overcome of The irregularities /294

Conclusion; Peform of Chinese judicatory System/298

1. The direction, purpose that Chinese judicatory reform is with the value /298

2. The culture choice that Chinese judicatory reform/300

3. The mode that Chinese judicatory reform/303

4. The way that Chinese judicatory reform/308

5. The preventing and overcome of The irregularities of judicatory reform/309

Back matter/312

序论 中西近代法文化演进态势之对比

第一节 中国传统法文化的总体没落

世界古代文明发展史上，中华民族历经奴隶制和封建制社会的演进，形成了维持小农自然经济生态环境的有效运转机制——以中华法系为核心的传统法制体系。

由于“农业是整个古代世界的决定性的生产部门”，^{〔1〕}由于中国古代人们在特定的自然地理环境中逐渐积累和选择了以家为单位以宗法血缘关系作社会等级组合的调控方式，突出维持以农立国的生存法则，因而中国古代从隋唐直至明清前期，不仅在生产和技术方面而且在法文化机制结构方面，都基本处于世界领先地位。以至于“在近代以前时期所有文明中，没有一个国家的文明比中国更发达、更先进”^{〔2〕}

在中国四千年文明发展中，大一统的法文化结构，以家法宗族法为依托，以官僚法制作支撑，极力维护极端专制的君主法统，顽固地保障和促进自然经济的发展，使行“中国在东亚大陆地缘政治中具有特殊地位，外来‘挑战’和‘威胁’在文化上最后都同化于中国”，并构成“钟乳石沉淀”^{〔3〕}的文化基因，反过来控制着整个

〔1〕 恩格斯《家庭、私有制和国家的起源》。《马克思恩格斯选集》第四卷第145页。

〔2〕 《大国的兴衰》第7页。

〔3〕 罗荣渠《中国早期现代化的延误》，《近代史研究》1991年第1期。

社会系统的运转。

中国古代文明建立于小农自给自足的自然经济环境中，其法文化结构无不带有小农文明惰性的烙印，因此，这种农业自然经济的惰性，使得宗法等级体制为核心的法文化以家国相通、亲贵合一形式展开，构成极端专制的等级统治机制。极端专制的等级统治虽适应了小农自然经济发展的极限，但却扼杀桎梏了人们的智慧和创造，挥霍和浪费了社会的财富，表现出极大的随意性。即使在所谓圣君贤相的开明专制年代，这种随意性也未得到自觉收敛。这样一来，随着两千余年封建专制统治的循环演绎，保守的惰性十足的腐朽的法律意识、法制心理、法律习惯及法律制度日积月累，束缚着人们的思想和行为，阻碍着中国社会经济及整个社会的进步发展。正如英国著名经济学家亚当·斯密 1776 年在分析中国古代社会时指出：

中国，一向是世界上最富的国家。其土地最沃，其耕作最优，其人民繁多，且最勤勉。然而，许久以前，它就停滞于静止状态了。今日旅行家关于中国耕作、勤劳及人口状况的报告，与五百年前客居于该国的马可·波罗的报告，殆无何等区别。若进一步推测，恐怕在马可·波罗客居时代以前好久，中国财富就已达到了该国法律制度所允许之极限。^{〔4〕}

亚当·斯密指出的“法制制度所允许之极限”，揭示了中国传统法文化对社会经济的阻碍，是中国社会由盛而衰的一个基本原因。在传统法文化调控下，劳动力和资源财富适应小农经济分散和狭隘的要求，被束缚于土地及租税赋役，而重农抑商又压迫着民间商业走上官商结合经营的崎岖道路，再加上宗法制度和专制对异端的排

〔4〕《国富论》上卷第 85 页，郭大力、王亚南合译本。

斥和对“人欲”的镇压，残酷地消耗着中国开拓海外市场和进行原始积累的能力。所以，即使中国古代也曾出现过繁盛的商业和手工业，也因传统法文化的钳制而始终徘徊于自给自足的自然经济水平。

正是在这个意义上，马克思研究资本主义前社会中商业对旧生产方式究竟在多大程度上起着解体作用时强调：“这首先取决于这些生产方式的坚固性和内部结构。并且，这个解体过程会导向何处，换句话说，什么样的新生产方式会代替旧生产方式，这不取决于商业，而是最决于旧生产方式本身的性质。”〔5〕

把这里所说的“生产方式”扩大为以经济政治制度为内容的法文化结构观察分析，可以更系统更全面地看到，中国古代文明衰落或长期“停滞于静止状态”而不能实现社会变革的飞跃，不能跳出封建文化的巢臼，其根源在于中国古代社会长期形成的保守封闭的小农经济宗法基础法文化系统的桎梏。中国古代社会从宋元到明清的社会生产力不管怎样发展都不能突破封建生产关系的束缚和阻碍，农民的反抗和起义终不能形成政治体制的改革，反封建的思想被钳制得几近销声匿迹，凡此等等，都归结到传统法文化结构的坚固。这种坚固性是中华民族自古以来调处与自然界和社会运转的经验总结的结果，其中包含着民族发展积累的精华与糟粕，带有浓郁的小农自然经济和宗法等级统治的特征。

中国传统法文化在小农自然经济最佳环境中产生、发酵，极大地适应和促进自给自足的社会存续，形成封闭保守的坚固系统，有机地发挥着维持和再生原有社会生态系统的整体效应，对中国古代农业文明社会向更高型态的社会转变产生了巨大的阻碍和破坏作用，呈现出整体的没落趋势，导致了文明发展的恶性循环。在这样的法文化机制调整和控制下，由封建专制随心所欲和官僚的腐

〔5〕《资本论》第3卷，《马克思恩格斯全集》第25卷第370页。

败经常引发的社会动荡此起彼伏，“显示了中国内忧外患的老综合症”。〔6〕

第二节 西方近代法文化的崛起

西方法文化发端于古希腊和罗马，在奴隶制时代曾创造出朴素的自然法思维方式和规范简单商品生产最一般行为的罗马法体系。但从古罗马帝国晚期（公元5世纪）到公元14世纪末的一千多年间，整个欧洲处于“黑暗时代”，其标志是既毁灭古典文化的精华——人类创造力的最高峰，又毁灭了公众品德的精华。〔7〕

在中世纪的欧洲封建社会，“政治和法律都掌握在僧侣手中，也和其他一切科学一样，成了神学的分支，一切按照神学中通行的原则来处理。教会教条同时就是政治信条，圣经词句在各法庭中都有法律的效力。甚至在法学家已经形成一种阶层的时候，法学还久久处于神学的控制之下”。〔8〕

由于基督教原罪论的观点经奥古斯丁和托马斯·阿奎那发展，为维持“封建阶梯”的等级统治提供了理论依据，因而从5世纪至14世纪末，各封建国家相继采纳并维护神学理念。自教皇尼古拉一世到教皇英诺森三世，整个欧洲处于神学理念的严格控制之下，凡不符合教义的思想和行为均被视作异端进行镇压，甚至发展到世俗权力及其法律的产生也必须经教皇认可的地步。如英诺森三世于1212年公然废黜英国约翰王位，解除英国臣民对英王效忠的誓约，

〔6〕 费正清《伟大的中国革命》第113页，国际文化出版公司1989年中译本。

〔7〕 彼特拉克语，《大英百科全书》第660页，1974年第15版。

〔8〕 《马克思恩格斯选集》第3卷第390页。

把英国王位转授给法兰西国王。〔9〕

至于对一般平民百姓及知识界追求真理的人们的钳制和迫害，则于宗教裁判所的镇压和教阶制度的严控事例中具体反映。如罗马天主教宗教裁判所判决焚烧捍卫哥白尼日心说的科学家布鲁诺，以及虽否认罗马教皇权威但仍坚持排斥异端的日内瓦教皇加尔文对发现血液循环原理的西班牙科学家塞尔维特判处火刑，典型地暴露了宗教统治的野蛮专制和残酷。

中世纪欧洲教会法与君主法和领主法在维持封建统治方面有着共同的利益，发挥着共同的作用，但又因各自利益的差异而出现对立及斗争，形成教会法、君主法及领主法并存的文化体系。这样就为日后罗马法复兴及整个新型法文化的崛起奠定了前提。

伴随着文艺复兴和宗教改革运动，罗马法复兴运动相继在意大利和德、法、荷、英等国展开。由于罗马法精辟地总结调整简单商品生产的最一般的行为规则，是“纯粹私有制占统治的社会的生活条件和冲突的十分经典性的法律表现”，〔10〕“凡是中世纪后期市民阶级还不自觉追求的东西”在罗马法中“都已经有了现成的了”，〔11〕所以“当工业和商业进一步发展了私有制（起初在意大利随后在其他国家）的时候，详细拟定的罗马私法便立即得到恢复并重新取得威信”。〔12〕罗马法的注释及运用备受当时法学家和法官的推崇。在罗马法“注释家所不承认的原则，司法者必不予考虑”〔13〕的社会环境中，维护封建统治的教会法、君主法和领主法结构逐渐受到冲击和排斥。

到资产阶级推翻封建主统治的大革命全面展开之际，建立新的

〔9〕《世界历史词典》第272页，上海辞书出版社1985年版。

〔10〕《马克思恩格斯全集》第20卷，第454页。

〔11〕《马克思恩格斯全集》第21卷，第550页。

〔12〕《马克思恩格斯选集》第1卷，第70页。

〔13〕《外国法制史》，北京大学出版社1988年版，第130页。

民主制度为核心的法文化首先提上了议事日程。宪法的颁行和宪政制度的确立虽然因英国式的君主立宪而与美国及法国的共和制宪有所不同，但在实质上都肯定了“主权在民”和“三权分立”的机制结构。英国宪法性文件确定的“国王不能为非”原则，与美国宪法遵循《独立宣言》弘扬的“社会契约说”精神，在权力制衡建构上具有基本的一致性。英美的财产法、契约法和侵权行为法对私有财产神圣不可侵犯及契约自由原则的捍卫，同法典法系国家民商立法虽采取了不同的立法体例和形式，但在内容上却大体吻合。即便是英美法系国家的对抗式或抗辩式诉讼，也大都维护着类似于实行职权式诉讼的大陆法系国家在司法审判中的法制基础；罪行法定，法不溯及既往，无罪推定及罪不株连等原则，已被近代西方所有资本主义国家所接受。

近代西方资本主义法文化机制的确立，不仅使西方社会的人们摆脱了中世纪封建制扼杀人性的桎梏和束缚，极大地为人性的解放奠定了前提，更深远的意义则是把人们的思维方式自觉确定到功利主义为核心的理性控制之中。“资产阶级在它已经取得了统治的地方把一切封建的、宗法的和田园诗般的关系都破坏了。它无情地斩断了把人们束缚于天然首长的形形色色的封建羁绊，它使人和人之间除了赤裸裸的利害关系，除了冷酷无情的‘现金交易’，就再也没有任何别的联系了”。^[14]正是在这种“公开的、无耻的、直接的、露骨的”追求自我生存发展的功利的价值取向引导及其法文化机制保障下，以私有制为基础的自由竞争充斥整个社会，同时要求政治制度、经济制度和社会制度诸方面有机制衡，避免公共权力为专制利用而粗暴地干涉自由竞争。随着自由竞争的不断深化，近代工业革命得以顺利推广，反过来又不断要求市场的扩大，以满足自由竞争者的日益增长的需求。这样一来，“资产阶级在它的不到一

[14] 《马克思恩格斯选集》第1卷第253页。

百年的阶级统治中所创造的生产力，比过去一切时代创造的全部生产力还要多，还要大”。^{〔15〕}而且，近代西方资本主义社会法文化机制的建立，维护和促进生产资料的集中，鼓励和推动西方资本主义的海外扩张和掠夺。从16世纪到19世纪中叶，崛起的西方列强先后渗透到美洲、非洲、亚洲等地，对落后的国家或民族采取殖民奴役的统治方式，引发了一系列文化冲突。其中，法文化冲突因其社会调节选择的优劣，不仅在表面直接反映，而且也在更深层次间接但猛烈地体现出来。中西近代法文化冲突，正是在西方崛起而中国衰落之际，伴随着殖民侵略进行的。

第三节 中西近代法文化机制比较

人类历史上任何不同区域不同民族的文化冲突，都有着其冲突的根据，中西近代法文化冲突也不例外。然就文化冲突的最一般根据而言，区域文化或民族文化的差异，是导致其冲突的基本的直观的原因。在文化冲突研究中，只有把握其冲突的最一般根据，也即分辨其差异，并通过对一般差异的把握去进一步了解其构成差异的原因，才能真正客观地科学地剖析文化冲突，从中提示其规律。

中西近代法文化冲突，表面上似乎在于西方法文化崛起同中国传统法文化衰落的对比，但实质上乃是因为这两种法文化之间有着根本的质的区别。为清晰起见，下面简要归纳中西近代法文化之初的机制结构诸特征，草拟图示：

〔15〕《马克思恩格斯选集》第1卷第256页。