

事实与逻辑

清末司法独立解读

李鼎楚 著

广州大学人权研究中心人权研究系列 ②
人权研究博士文库

主 学术顾问：罗豪才 董云虎
编 李步云 郭道晖

本书获湘潭大学学术著作出版资助
湖南省哲学社会科学成果评审委员会2008—2009年度立项课题
湖南省法学研究基地出版资助

事实与逻辑

李鼎楚 著

清末司法独立解读

广州大学人权研究中心人权研究系列
人权研究博士文库

● 学术顾问：罗豪才 董云虎
主 编：李步云 郭道晖

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

事实与逻辑:清末司法独立解读 / 李鼎楚著.
—北京:法律出版社,2010.12
(人权研究博士文库)
ISBN 978-7-5118-1656-6

I. ①事… II. ①李… III. ①司法制度—研究—中国
—清后期 IV. ①D929.52

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 260732 号

广州大学人权
研究博士文库

事实与逻辑:清末司法独
立解读

李鼎楚 著

责任编辑 田会文
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 6.5 字数 165 千

版本 2010 年 12 月第 1 版

印次 2010 年 12 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-1656-6

定价:18.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

“人权研究博士文库”是由广州大学人权研究中心主持编辑出版的。这个中心成立于 2004 年 7 月,是直属广州大学、专司人权研究的科研机构。2007 年,经广东省教育厅批准,该中心成为广东省高校人文社会科学重点研究基地,这在全国尚属首例,这也充分体现了党和国家对人权理论研究的重视。编辑出版这套丛书,是该研究中心的诸多任务与成果之一。

“人权研究博士文库”就其命名,有两个关键词:人权研究与博士文库。前者是其内容,后者为其形式。

改革开放 30 年的实践表明,人权观念已经获得了广泛认同和传播。2004 年“国家尊重和保障人权”的重要短语载入宪法。这是历史的进步,是中国人权事业发展的重要标志。今天,全社会都在贯彻以人为本的科学发展观,国家更迫切需要年轻一代中国学者在人权理论学科建设和研究方面做出重要贡献。青出于蓝,人们喜见老一辈学者为人权研究开辟的道路,现今已有许多青年学者接踵而

至。其中有些博士论文也以人权为主题,做出了颇有理论深度和现实意义的研究成果。我们编辑出版“人权研究博士文库”,就是期望后起之秀能有发表和传播其学术见解的机会,有为我国人权研究事业施展才华和抱负的平台。

近年对人权理论的研究方兴未艾,出版了一些研究人权的专著和人权法学教材,有些高校还建立了人权研究中心,开设了人权法学课程,人权已开始成为一门“显学”。抚今追昔,令人欣慰。值得指出的是,当代中国人权理论研究紧密结合中国社会发展实践,关注社会基层住房、医疗、教育、就业、司法公正等领域中存在的理论与制度障碍等方面的问题,开始进行颇有深度的专题探索和思想掘进。同时,它们也从理论上对中国人权建设事业的成就和经验进行了充分的阐述。收入本文库的首批博士论文的选题,就多有这种特点。

我们希望今后会有更多更好的人权专著出版,使我国人权理论和人权保障事业能迈上政治文明建设的新台阶。我们也相信年轻一代的学者们能够开拓视野、坚持解放思想,为我国人权事业的发展做出应有的贡献。

李步云 郭道晖

2008年8月

序 言

“司法独立”作为一种体制,在当今已实践于世界诸国。它作为一项司法的原则,也被当代中国所认同。然而,它的历史并不悠久,特别是在中国,从概念的知晓到制度的创设也仅仅一百多年的历史。这一百多年来,它深受国人的青睐与崇尚,却又饱受政治的左右与摧残,始终显现出发育不良的症兆。这一症兆可能根植于深厚的政治传统,也可能与它成长历程中遭受的重重挫折有关。今日有幸看到李鼎楚博士著述的《事实与逻辑:清末司法独立解读》一书,主要就是为我们讲述“司法独立”在中国萌芽时期的故事,为我们呈现作为清末国人理想和制度事实中的“司法独立”衍生时的状态与情境。

“司法独立”的话语源于清末国人对西方的政制的精研与观察,它最初在中国的倡导只能算一种“救亡”的偏方。当西方的列强在中国的领地建立起由他们主宰的“领事裁判权”时,“治外法权”就成了历来自尊的中国人的伤痛。为了应对侵略者不适用古老中国的法律和司法制度的借口,大清帝国

艰难地做出了法律及司法现代化的选择,司法独立也就成为“以夷制夷”的权宜之策。这一传统士大夫惯用技巧,往往对内治民效果显著,而对外“制夷”却显得幼稚。加之当时外患的加深,“亡国”甚于“亡权”,所以尽管士大夫们大声疾呼,且言之凿凿,但是这一传统意义上的“方术”并未被朝廷接纳。

幸运的是,立宪运动的开启再一次将“司法独立”推向舆论的高潮。在“立宪”语境之下,国人对“司法独立”的认识提升了一个层次。司法独立从开初的御外之术,成为内部体制改革之举。“司法独立”与立宪体制的勾连,使其获得了更正当的理由,从而也有幸使它回归其本来面目,并且在立宪运动中自上而下地付诸行动。此时,关于“司法独立”有不少的精辟之言,也不乏有效之行。如其言曰:“司法独立非尊重法官乃尊重法律”;“司法为独立机关,而行政官吏但能奉法而行,一有诡失,国家执法以绳其后,人民据法以发其私”等等。可见其认识不可谓不真切或深刻。如其行动有,将行政权与司法权的分立,中央设立专门的司法机关大理院,地方筹建各级审判厅;举国兴办法政教育,培养司法人才;朝廷举行法官考试等等,其思路不可谓不明晰,其行动不可谓不快。但是,这些的言行的本身,也显露出自身的弊端,它的背后更是隐匿着诸多深刻的无法调和的矛盾。从而也就注定“司法独立”的宿命:随着立宪运动而生而兴,也随着立宪运动而衰而亡。

正是基于上述认识,我认为本书从事实和逻辑两条线索对清末司法独立的探索,有其独到的一面,也不乏敏锐之处。因为立宪、救亡等复杂语境,赋予了“司法独立”多重的意旨,但它又面临旧制的顽强抵抗。难免会使当事者对它的所想、所言、所行之间形成巨大的落差。叔本华曾说:“人虽然能够做他所想的,但不能要他所想要的。”所以,从逻辑的一面,我们可能发现隐藏在“司法独立”的言辞和行为的面具下真实的想望。从事实的一面,我们还可能知晓隐藏在“司法独立”的大词大话下和运动式的行动中更真实的困境。毕竟“司法独立”的提出与想望是清末

彼时彼境下的逻辑,这个逻辑可能形成一层迷雾,把真正的事实遮蔽。“司法独立”改革的基本情状,同样可能戴上诸多的面具,把不同的人们真实心理紧紧罩住。本书的价值所在,也许就是作者力图驱散这层迷雾和揭下诸多的面具,呈现“司法独立”萌芽时期的真实面孔。

本书从选题看,是对中国“司法独立”在过去的一个细节研究,但在当代中国法学从概念、学说制度都缺乏源头与胚胎探索的时候,它的意义是不言自明的。正如我们不能完全了解自己一样,中国人也并非足以了解中国。刘东先生曾说:“任何人都不会仅仅因为生而为‘中国人’,就足以确保获得对‘中国’的足够了解。”特别是今天的中国人未必了解过去的中国,包括“司法独立”在中国的过去。对过去的了解,我们永远只能通过昔日的“轨迹”来了解,但我们的成功之处却在于“我们对过去的了解还要比它本身愿意告诉我们的更多。”(马克·布洛赫语)这也是本书作者探索清末“司法独立”时收获的一个成果。

最后我还想表达的是,对历史现象的研究主要是一项理解性的工作,按照19世纪德国著名的历史学家罗德伊森的见解:“理解之所以可能,因为历史材料里所表现出的前人言行,与我们今日的言行性质上是根本相类似的。”但愿人们不要把这种对中国过去法律制度的研究看成一种消遣。我也坚信:本书作者对遥远的历史故事之所以感兴趣,绝不是因为把它当作无关痛痒的精神奢侈品。

是为序。

汪太贤*

2010年9月15日

* 汪太贤(1963-),男,法学博士,西南政法大学教授,博士研究生导师,西南政法大学行政法学院院长。

前 言

宪政、法治与人权,这些概念在现代社会中早已被公认为同一谱系,难以分而别论。司法独立对于构建宪政、实现法治以及保障人权意义重大,这是学术界不争的观点。清末开启了中国司法独立的历史。因此,研究中国司法独立问题可以从研究清末司法独立着手。而且,问题的源头总有着不同寻常的研究意义。

要获得意义,就必须先能理解。而理解,则需要通过解读来实现。历史事实之所以难以理解,往往在于缺乏一种解读后的逻辑呈现。逻辑是我们理解的模式,是我们所理解内容的形式与载体。因此,事实理解关键在于逻辑展示。我们的问题便在于,研究清末司法独立,是在历史的事实中发现逻辑,理解意义,借鉴于今。

近现代法治理论中,司法独立本身即具有政治领域与法律领域的双重意义。在此基础上,我们可以离析出三个分析层面:国家主权层面、政府职权层面与社会生活层面。首先,司法独立对于国家主权,意在解决公权力的来源与合法性问题,属政治

哲学范畴。其次,从政治制度范畴看,司法独立制度的设置乃出于对国家机关之效能与防止集权滥用之弊端的考虑。最后,在社会生活层面上,司法独立起着凭借法律保障民众权利的作用,它主要属于司法领域。

据上,本书将清末司法独立分为三个层面进行考察:思想层面、制度层面与实效层面。第2章与第3章于思想层面论述,在宪政背景下中国司法独立的思想启动以及文化认同与选择。宪政与司法独立在理论上的关系是分析的重点,经分析得出结论:清末司法独立与宪政从未在国家主权领域获得一种实质性联系。第4章从权力角逐看待制度形成,它是司法独立制度落实到中国最真实的动力。在落实过程中反映出一些根本性问题,如“法权一体”、“司法组织”和“司法受制”,而其中所体现的“权力争斗”而非“权力对抗”的倾向必然会影响今后中国司法独立的趋向。第5章通过引证大量时人言论以及数据统计分析,由实情考察司法独立在清末的实效,并在结论中提出一种“圆盾”之倾向而非“刀把子”之倾向的司法独立更有利于保障人民的权利。

可以看出,上述三个层面的前后顺序安排,体现了从思想到制度再到实效的进程,是论证上一种由必要性至可行性的演进,这表明了对问题分析的深入。同时,三个层面又有各自的倾向:思想层面倾向于文化观念考察,制度层面倾向于政治考察,实效层面则倾向于社会考察。它们试图全景式地展现出清末司法独立问题。

在对清末司法独立问题的解读上,究竟是逻辑(“三权理论”或自身观念认同)指引事实发展,还是事实不断修正逻辑呢?其实,在学术研究中,事实与逻辑所表达的客观性与主观性是变动不居的,主观与客观、事实与逻辑间的决定论因而莫衷一是。从这一意义上看,我们应该警惕任何一种对于清末司法独立的绝对的评判。虽然,在事实与逻辑之间研究清末司法独立问题,并不能给人们一个定论,但不代表这样的研究没有意义。它真正的意义可能更在于,视角的开放、思路的打开与问题的拓展所带给我们的对当下这一问题的启示。

目 录

第1章 引论/1

一、问题与立场/1

二、回顾与反思/3

三、构想与求新/5

第2章 清末司法独立思想的端倪、动因及途径

——至预备立宪前夕的考察/7

一、端倪：自西徂东的新观念/8

（一）端倪出现的三个阶段或时期/8

（二）演进过程中的特点/13

二、动因：自身需求与外来逼迫的共同作用/14

（一）社会经济变革的需求/15

（二）刑狱黑暗腐败的反省/16

（三）思想界国家意识的觉醒/19

（四）治外法权的催化/20

三、途径：从被动接受到主动引入的蜕变/21

（一）传教士的“精神侵入”/22

（二）出洋官员的桥梁作用/23

2 事实与逻辑:清末司法独立解读

(三)留学生们的言传身教/25

第3章 清末官方主流思想对司法独立的理解与选择

——以预备立宪期间官员的言论为中心/28

一、一种直观的宪政逻辑:“制度崇拜”的司法独立/30

二、“清弊救亡”:宪政神话下的“司法专官”论/35

三、认同与选择:立宪主义“大权政治”下的一项措施/47

四、小结:未曾迈进国家主权的领域/58

第4章 清末司法独立制度构建中的两场“斗法”

——试析当局人在权力重置中的阶层意识与角色扮演/62

一、新的观察点:从理论认知的确立过渡到制度中的权力分配/63

(一)突破宪政“三权理论”的分析框架/63

(二)历史解释中最真实的权力角逐/64

(三)从必要性到可行性的转向/66

二、削权与踞权:中央当权者与地方督抚的较量/68

(一)当家者的“诡计”:地方官制改革中的司法独立设置/68

(二)看家人的拖沓与要挟:督抚对司法独立制度的冷漠与反对/77

(三)“标新取宠”的另一派:袁世凯试办天津审判厅/86

三、司法领域内部的争权:法部与大理院的龃龉/94

(一)内讧的经过:以三部法规和三份奏折进行勾勒/94

(二)大权的“如来佛之掌”:部院的行政化倾向与清廷的“平衡术”/102

(三)在朝与在野的专家们:知识精英的意气与品性、论道与践行/106

四、问题以及趋势:当家人、看家人和专家们的影响/111

第5章 清末司法独立操作中的实情与实效

——以权利保障为中心/115

一、旨趣与方案:清末司法独立实效解读/116

(一)可行性分析的深入:从制度文本转化为现实操作/116

(二)警觉目的论的泥潭:解释“大事件”与“历史描绘的精细化”/117

(三)一种真实的局限:定位清末司法独立实效考察的有效范围/118

二、“同情”与“移情”：考察抑制实效的困难/120

(一) 匮乏的困窘：人、财与法律/120

(二) 传统的窒碍：无奈的思维惯性/128

(三) 外来的“绊脚石”：领事裁判权的侵害/131

三、“自评”与“他评”：案件处判的实情实效/134

(一) 案件处判概况及其问题/134

(二) 裁判者：权力运用与权威形成/138

(三) 当事人：纠纷中的权利诉求与保障/143

四、“短板效应”：配套审判的相关运作/147

(一) 司法独立中的人事：法官选任、惩戒与法政教育/148

(二) “护身符”与“利剑”：法官保护与行政裁判/156

(三) 法律人与普通人的沟通：陪审与律师辩护制度/161

五、“圆盾”与“刀把子”：司法独立倾向于何？/167

结语 评判与拓展/171

一、事实与逻辑/171

二、三种评价：权力、权舆与权宜/173

三、转变：视角决定评判/175

四、问题的拓展/176

主要参考文献/178

后记：怀着感恩之心行在路上/186

第1章 引 论

彰往而察来。

——《易·系辞下》

疑今者察之古，不知来者视之往。

——《管子·形势》

近代史之所以重要，在于它讲述着我们自己的故事，是我们自身生活的记录，是那些未曾放弃的未曾停息的努力的记录，是那些仍然牵制着人类的步伐、困扰着人类心灵的问题的记录。^{〔1〕}

——阿克顿：《自由与权力》

一、问题与立场

宪政、法治与人权，这些概念在现代社会中早已被认为同一谱系，难以分而别论。司法独立对于构建宪政、实现法治以及保障人权意义重大，这是学术界不争的观点，此处不再赘论。同时，司法

〔1〕 [英]阿克顿：《自由与权力》，侯健、范亚峰译，商务印书馆2001年版，第10页。

独立之于研究又是一个复杂的问题:仅就其性质与属性而言,它既是一种观念,又是一项制度;它既属于政治层面,又属于法律层面;它既能充当国家根本权力配置体系中的基本要素,又能在琐细的生活个案中切实地保障个人权利……

对于中国的司法独立,问题似乎又有更为复杂的一面:除了历史中古今之别的问题,还有文化上中西差异的问题。值得我们庆幸的是,清末的一些有识之士已经开始对这些问题进行探讨与实践。可以说,清末开启了中国司法独立的历史。因此,研究中国司法独立问题可以从研究清末司法独立着手。而且,问题的源头总有着不同寻常的研究意义。

逻辑上,“历史在照亮着昔日的同时也照亮了今天,而在照亮了今天之际又照亮了未来”。〔1〕然而,事实中,历史将过去关闭在一扇永不能自行开启的大门之后,昔日的光辉并不能自动地透过那扇厚重的大门,普照至今。历史事实,就如同柯文所说,“事实俱在,但它们数量无穷,照例沉默不语,即使一旦开口又往往相互矛盾,甚至无法理解”。〔2〕

我们要获得意义,就必须先能理解。而理解,则需要通过解读来实现。历史事实之所以难以理解,往往在于缺乏解读后的逻辑呈现。逻辑是我们理解的模式,是我们所理解内容的形式与载体。因此,事实理解关键在于逻辑展示。

我们的问题在于,研究清末司法独立,是在历史的事实中发现逻辑,理解意义,借鉴于今。然而,事实与逻辑并非一种单向的决定关系。我们所形成的逻辑,将不断被事实修正,这样的逻辑才能成立。反复如此,这样的理解才能深化。事实一成不变,其如何修正逻辑?这就需要研究者展开一种多元视角,立体地观察事实,不武断地定性事实,不局限在单一的逻辑中。因此,本书把“事实与逻辑”作为问题提出,其目的也在于

〔1〕 [美]卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆2002年版,第31页。

〔2〕 [美]柯文:《在中国发现历史——中国中心观在美国的兴起》,林同奇译,中华书局2002年版,前言第41页。

表明一种研究的立场。

基于这种研究立场,本书应尽力避免过重于主观色彩的论述。需要指出的是,文中一些语词的选用,如“诡计”、“标新取宠”等,并不意图表达出感情色彩。它们只是一种中性描述,其中所突出的不是褒贬之义,而是一种与众不同的实际状态。它们往往有特定的含义,具体可详见文中相关部分的说明。

二、回顾与反思

近年来,研究清末问题的学术成果非常丰硕,尤以立宪问题和法制改革最为集中。就选题视角来看,司法独立为立宪问题之一大宗,法制变革亦以司法独立为地位最突出的一项。因此,直接涉及清末司法独立问题的学术研究颇多,它们主要可以分为三类情况:

(1)以整个近代甚至包括现代的中国司法独立进程为对象的宏大研究。其中主要的学术成果有:韩秀桃的著作《司法独立与近代中国》,^[1]郭志祥的文章《清末与民国时期的司法独立研究》,^[2]夏锦文的文章《世纪沉浮:司法独立的思想与制度变迁》^[3]等。这些著论往往以考察司法现代化为视角,强调宏观的理论性。因为他们研究的视阈覆盖整个中国近现代,所以对清末的着力程度不如对民国以及此后的阶段深入。这样,对清末司法独立进程的描述与理论分析也就略显不充分。

(2)针对清末司法独立进程中某一个方面的微观研究。如李启成的著作《晚清各级审判厅研究》,^[4]张从容的著作《部院之争:晚清司法改

[1] 韩秀桃:《司法独立与近代中国》,清华大学出版社2003年版。

[2] 郭志祥:“清末与民国时期的司法独立研究(上)”,载《环球法律评论》2002年春季号;郭志祥:“清末与民国时期的司法独立研究(下)”,载《环球法律评论》2002年夏季号。

[3] 夏锦文:“世纪沉浮:司法独立的思想与制度变迁”,载《政法论坛》2004年第1期。

[4] 李启成:《晚清各级审判厅研究》,北京大学出版社2004年版。

革的交叉路口》,^[1]李超的博士论文《清末民初的审判独立研究——以法院设置与法官选任为中心》^[2]等。这些学术成果详于史料考证,大大弥补了前述宏大研究缺乏精细化的不足,但在理论的综合分析与问题阐述深度上又略有缺陷。

(3)对清末法制变革或其中一方面进行问题化的研究。如王浩的博士论文《清末诉讼模式的演进》,^[3]李俊的博士论文《晚清审判制度变革研究》,^[4]卞修全的著作《立宪思潮与清末法制改革》^[5]等。这些研究往往以一套理论框架为背景,突出了问题意识的理论化建构,在一定程度上补充了上述微观研究的不足之处。然而,这样的研究不是集中关注司法独立问题本身,而只将其视为构成问题的一个方面。这对司法独立来说,是一个“外在的”而非“内在的”视角,不利于对清末司法独立自身理论问题的深入挖掘。

在广泛阅读大量的前人相关学术成果后,可以发现,对清末司法独立问题的研究还存在以下几个应进一步完善与补充的方面:

(1)对清末司法独立与立宪的关系问题仍需深入考察。一般观点停留在立宪思潮启动司法独立制度进程,司法独立运动是宪政实践的一个步骤的结论式判断上。但是立宪思想是如何启动司法独立的?司法独立又是如何推进宪政实施的呢?这些具体的细节问题还须详析。

(2)对清末司法独立制度建构过程中的中央与地方争斗问题还需重点关注。前人的学术研究在此没能予以应有的重视。清末司法独立制度的形成,体现了权力的角逐与妥协。在中央,部院之争的结果很大程

[1] 张从容:《部院之争:晚清司法改革的交叉路口》,北京大学出版社2007年版。

[2] 李超:《清末民初的审判独立研究——以法院设置与法官选任为中心》,中国政法大学2004年博士学位论文。

[3] 王浩:《清末诉讼模式的演进》,中国政法大学2005年博士学位论文。

[4] 李俊:《晚清审判制度变革研究》,中国政法大学2000年博士学位论文。

[5] 卞修全:《立宪思潮与清末法制改革》,中国社会科学出版社2003年版。