



南京大学法学院
社会转型与法治发展丛书

近代中国的主权、 法权与社会

张仁善/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



南京大学法学院
社会转型与法治发展丛书

近代中国的主权、 法权与社会

张仁善/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

近代中国的主权、法权与社会 / 张仁善著. —北京:
法律出版社, 2013. 5

(南京大学法学院社会转型与法治发展丛书)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4967 - 0

I. ①近… II. ①张… III. ①法制史—研究—中国—
近代 IV. ①D929. 5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 099859 号

南京大学法学院社会
转型与法治发展丛书

近代中国的主权、法权
与社会

张仁善 著

责任编辑 董 飞
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720×960 毫米 1/16

版本 2013 年 9 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

印张 18.75 字数 256 千

印次 2013 年 9 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4967 - 0

定价:42.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

主权问题尽管不是近代中国法律变革的全部动因,但至少是一个外在的、最直接的动因。1843年,列强依据不平等条约,获得在华领事裁判权,中国司法主权随之沦丧;至1943年,司法主权基本收回,期间恰好百年。从1902年(光绪三十二年)以英国为代表的西方列强对中国签下一纸承诺:“中国深欲整顿本国律例,以期与各西国律例改同一律,英国允愿尽力协助,以成此举。一俟查悉中国律例情形及其审断办法,及一切相关事宜皆臻妥善,英国即允弃其治外法权”,其他列强随后纷纷仿效。其理论逻辑是:因为中国司法状况不好,中国必须给予西方人领事裁判权;只要中国法律改革与西方国家法律一致,经英国等西方国家检验合格,感到满意,就愿意放弃在华司法特权。从此,这一承诺仿佛成了悬挂在清廷及后继政府额前的“胡萝卜”,当政者信心满满地认为:只要积极修律,改革司法,令列强满意,拼命“埋头拉磨”,到达终点,即可饱享“胡萝卜”的甘甜美味。从此,中国几乎所有的法律改革活动都贴上了撤废列强在华领事裁判权、收回治外法权的标签。中国也在列强“皮鞭”的抽打和“胡萝卜”的诱惑下,踏上法制近代化征程。

从1902年至1949年,中国法制近代化历时近50年。20世纪以降,随着近代民族国家观念的形成、民族

主义运动的勃兴,以及“救亡图存”反帝爱国旗帜的高扬,中国法律变革脚步也随着爱国主旋律迈动。耐人寻味的是:1943年,主要列强同意放弃在华司法特权时,并非因为中国的立法和司法令其满意;1949年,中国收回主权(包括司法主权),也不是法律创制和司法改革的成果所致。50年的法律变革成果,伴随着战略大决战中,得胜方的一声“废除”令下,化作碎叶废片,着落无所,剩下孤零花果,飘落一隅,延续“法统”余脉。大陆地区法律则转向到一个全新的模式。20世纪前50年,中国法律近代化的轨迹:以西化为起点,又以西化中止为终点。动因:以收复主权而始,以主权收复而终。从起点到终点,呈“○”形轮回。

何以近代中国花费50年时间移植的西方法律制度和司法体系,未能在大陆生根开花,反在我国台湾地区伸展余绪,发扬光大;何以由“六法全书”为代表的完整光鲜的法律体系,未能把中国导向法治化国家,反与法治化目标渐行渐远;何以曾经享誉世界法坛的一批法律精英,曾怀揣法治理想,并为之奋斗不息,却无力撑起一片法治的天空,时局剧烈震荡之际,劳燕分飞,各寻归宿;何以司法主权彻底收复、新政权建立后,人民主权被国家主权所取代,集体权力超越了人民个体权利;何以当下中国的法律并未完全与西方一致,司法状况也不能完全令西方人满意,却实实在在地拥有司法主权?这就不能不关注主权、法权与社会的关系。

世上无单一的文明样式,也就无单一的法律文明进路。由历史“长时段”视野观之,社会变迁才是法律变革的根本动因,这也是作者的一贯观点。但在某一区间,政治、军事等“事件”也可对法律变革产生巨大影响,主权在近代中国法律变革中的影响尤为明显。在不少新潮近代史学者看来,研究主权问题可能过气老调,再谈无味,因为它总是跟救亡图存、反帝爱国等主流革命史线索联系在一起,呈单维面向。其实从主权、法权与社会等多维向度看,主权问题仍有很大讨论空间,研究中国法律近代化,主权问题永远无法绕开。

对当下中国而言,主权与法权、本土法律文化与西方法律文化的关系如何处置最为恰当;近代国人在处理主权、法权与社会的关系历练中积累了哪些经验和教训;西方强国又动辄挥舞“民主”、“人权”的大旗,摆出以

西方规则“号令天下,谁敢不从”的架势,我们又当作何应对?对此,中国“法律人”有义务予以足够的关注和深层次思考。考察并反思近代中国的主权、法权与社会,无疑将有助于我们对相关问题看得更清楚,认识更透彻,心里更有底,应对更淡定。

选择一个能打动自己并从容研究的论题,在基金项目几成研究选题“指挥棒”的当下甚尤为难得。我带着几分冲动和激情完成的这本书,竟得到南京大学法学院985工程三期基金项目“及时雨”般的资助、法律出版社的慨然枣梨,此等机缘,可遇不可求。

董飞先生认真细致得近乎苛刻的编辑态度,令人敬佩,谨致谢忱。

南京大学法学院图书馆副馆长曹明老师,在资料使用上提供了诸多方便,在此一并感谢。

张仁善

2012年8月13日 于金陵御沁园

插图次序

第一章 司法主权意识的觉悟 001

传统中国的公堂审判 003

上海公共租界中央捕房大门 006

公共租界的会审公廨 008

1919 年巴黎和会现场 015

法权讨论委员会委员长 张耀曾 017

1943 年 11 月,王宠惠参加开罗会议,与蒋介石夫妇
及罗斯福、邱吉尔等合影 024

第二章 收复司法主权的法理抗争 031

1918 王世杰、周鲠生、杨端六等巴黎留学时的合
影。 038

1921 年 10 月 30 日,王宠惠与施肇基、顾维钧、伍朝
枢等参加华盛顿太平洋九国会议 040

1943 年中美、中英分别在华盛顿、重庆签订“新约”,
美、英同意放弃在华领事裁判权 057

南京国民政府庆祝废除不平等条约的活动 058

第三章 司法内省与改革尝试 059

近代最早的监狱之一:江宁习艺所 061

南京国民政府首都监狱正门 081

南京国民政府江苏高等法院暨“首席检察官”
办公旧址(苏州市道前街) 082

谢冠生 096

第四章 法律精英的理想与贡献 117

沈家本 121

伍廷芳 121

张知本 122

王世杰 123

周鲠生 123

梅汝璈 123

倪征燠 123

沈钧儒 131

顾维钧 135

王宠惠 135

《开罗会议宣言》部分中文原件 138

1945 年中国代表在《联合国宪章》上签字 139

杨兆龙 141

钱端升 141

第五章 司法主权压力下的“立法秀” 142

董康 145

劳乃宣 145

《大清新刑律》 146

《中华民国法规大全》 150

第六章 司法改革的“推手” 160

《北洋法政学报》 161

《政法学报》 161

《现代司法》 162

东吴大学《法学季刊》 162

《新法学》(创刊号)	163
《法学杂志》(司法制度专号上、下)	165
《中华法学杂志》(司法制度专号)	166
三五法学社《法学季刊》	167
创刊人江庸题署的《法律评论》合订本(1923年创刊)	169
《法律评论》周年纪念刊	170
《法学杂志》(检察制度专号)	173
《法政杂志》	182
《新法学报》	192
《现代法学》	196

第七章 法律与社会的平衡 197

着西式礼服、婚纱的新婚夫妇	202
着西式礼服、婚纱的新婚夫妇	204
中年男子与他的1妻12妾	217

第八章 司法文化的冲突 229

《法政杂志》(“宪法专件”栏目)	235
中华法学杂志(宪法专刊)	236
吴经熊	244
张君勱	245
民国时尚女性和新式夫妇	249
缠足的传统女性	251
朱氏宗祠	254

结语 民族自觉决定法律话语权 258

英国籍毒贩什肯·阿克毛·沙伊克	259
缅甸籍糯康在接受法庭审讯	260

目 录

序言 001

第一章 司法主权意识的觉悟 001

- 一、曾经独立的司法主权 002
- 二、近代司法主权的沦丧 004
- 三、司法主权意识的懵懂与觉醒 009
- 四、司法主权意识的觉悟 014
- 五、实质分析及功能评估 024

第二章 收复司法主权的法理抗争 031

- 一、领事裁判权本质之剖析 031
- 二、领事裁判权危害之揭露 041
- 三、撤废领事裁判权正当性之激辩 046
- 四、收复司法主权法理基础之奠定 054

第三章 司法内省与改革尝试 059

- 一、司法当求自立 059
- 二、探寻司法改革路径 069
- 三、司法改革的障碍 088
- 四、司法人才培养的误区 108

第四章 法律精英的理想与贡献 117

- 一、角色转型 117
- 二、良法创制 124
- 三、宪政追求 128
- 四、司法改良 132
- 五、主权捍卫 134
- 六、人生抉择 140

第五章 司法主权压力下的“立法秀” 142

- 一、“立法秀”的开场 142
- 二、“立法秀”的高潮 147
- 三、“立法秀”的落幕 150
- 四、强势法律基于强势国力 157

第六章 司法改革的“推手” 160

- 一、司法改革的先声 161
- 二、司法改革方案的布展处 167
- 三、司法改革走向的风向标 179
- 四、司法主权的守望者 187

第七章 法律与社会的平衡 197

- 一、政治层面的家族制度变革 198
- 二、立法层面的家族制度变革 203
- 三、社会层面的家族制度变革 207
- 四、司法层面的家族制度变革 211
- 五、寻求法律与社会的平衡 223

第八章 司法文化的冲突 229

一、主权独立与司法独立文化的冲突 229

二、文本制度与司法效应文化的冲突 235

三、精英文化与政治文化的冲突 241

四、精英文化与社会文化的冲突 249

结语 民族自觉决定法律话语权 258

参考文献 262

第一章 司法主权意识的觉悟

按照近代国际法原理,国家是国际法主体。主权是国家存在的要件之一,是国家作为国际法主体固有的不可或缺的属性。主权原则是国际法最重要的基本原则。据此原则:首先,国家各自根据主权行事,不接受任何其他权威的命令强制,也不容许外来的干涉。其次,在一个主权国家内,不得有别国或任何其他权威行使主权的任何权利。国家主权具有排他性,那些根据强加于人的不平等条约,在别国领土内行使领事裁判权的事实,是最露骨的对国家主权原则的破坏。再次,主权国家只有根据自愿,它的主权的权利的行使才可以受到限制。最后,主权的完整性是不容侵害的。没有任何权威可以剥夺或削减国家的主权。国家主权的权利的任何放弃不能凭空假定或臆断。^①司法主权隶属于国家主权,国家主权丧失,司法主权将无所依附。

近代国人的司法主权意识随着民族主义意识的形成和发展,经历了懵懂、觉醒到觉悟的过程:懵懂,使得他们在西方列强的威慑下将司法主权拱手相让;觉醒,促使国人初步认识到司法改革的必要,并提出司法改革动议;觉悟,促使他们把收回司法主权与自觉筹划司法

^① 周鲠生:《国际法》(第1册),商务印书馆1976年版,武汉大学出版社2009年再版,第49页、第149~151页。

改革与创新相结合,试图将救亡图存的民族主义意识内化为法治意识,促进司法近代化进程。近代中国司法改革的动机主要为了收回司法主权,新中国的建立,标志国家主权(包括司法主权)的收复,这是近代民族主义运动结出的硕果,然而,司法近代化进程也就此中止,出现了动机与结果的背反,形成畸形的中国司法近代化轨迹。一个国家民族真正拥有司法主权,必须有强大的国力为支撑;良好法律有效实施,则是国家民族强大的重要保障。

一、曾经独立的司法主权

作为中华法律文明的一部分,传统中国的司法体系长期形成了一套坚定的理念信条和成熟的操作流程。传统中国司法权的构成颇为严密,司法主体由国家层面的司法机关和司法官员、社会层面的乡村社区准司法主体以及家族家庭层面的族长家长等组成。司法权的根本特征有:行政权与司法权的结合,国家与社会的结合,国家与家族的结合。司法模式赖以存在的基础有:集权政治;自然经济;血缘社会;儒、法为主兼容佛、道的文化氛围。民事纠纷解决方式非常独特,如纠纷发生前的道德教化,包括乡规民约的制定宣传、设立申明亭、宣讲“广训”等形式的普法教育;家族内部则通过制定家规族训等方式倡导三纲五常、忠孝节义、和睦乡里、遵纪守法、安居乐业等生活准则。纠纷发生后,注重调解、劝和、息讼、忍让、抑制教唆词讼等。司法裁决中,强调情、理、法的统一,取得了一定的积极社会效应,诸如:塑造礼法秩序,维系熟人社会;消除纠纷隐患,有利于社会稳定;降低当事人诉讼成本,免于费心、费力、费钱的周折;节约国家司法资源,减轻纳税人负担;凸显司法的人性化。传统司法模式也存在致命缺陷,集中表现为:行政权与司法权混合,易于因人断案;司法擅断,法律期待性不确定;司法程序不透明。

传统中国对司法不公有一整套防范机制,从先秦的“五过之疵”,到隋唐律中的“职制律”,以至明清时的“吏律”,都对司法不公有所规制。配合相关律令制度,道德规范方面的要求也很严格。即使王朝发生更迭,出现周期性循环,也会通过自身调节加以修复,从未引发司法文明的根本性

变革。作为世界最悠久法律文明体系之一的中国法系,以其顽强的生命力绵延不断,雄踞世界东方,放眼世界,难觅比肩者。



传统中国的公堂审判

外国人在华犯法,中国法律早有处理条文。唐律即有“诸化外人犯罪,同类相犯,依本俗法论处,异类相犯依律论”^①的规定。该规定具有一定领事裁判权性质,但它是在国家主权完全独立前提下的主动让渡。宋以后至明清,中国司法主权一直保持完整,相关法律规定较隋、唐更为严密,以往让渡出去的部分司法主权重新收回。《大明律》、《大清律例》均规定,凡化外人有犯,无论同类异类,“并依律拟断”,司法主权再未旁落外国人之手。外国人在华犯罪,一律依中国法律制裁,却无人敢对中国司法横加指责,拒不服从。鸦片战争爆发前一百年,福建爆发“福安教案”,抓了很多传教士,为首的被斩首,他的四个同伴被处绞。与此同时,其他省份也有教案发生,绝大部分传教士被责令居留澳门,然后择机回国。在驱逐传教士的同时,信众和传教士的很多财产都一律没收。还有传教士给皇帝上奏,如一个叫戴进贤的人,给乾隆皇帝的奏折中,称乾隆为“圣明的

^① 《唐律疏议》卷6,《名例》6。

皇帝”，称自己为“远臣”，反复强调他对中国法律的尊重，以及对法律判决的服从和理解，只是乞求皇帝考虑到他的年老体弱，允许他留在广州（皇帝很快下旨恩准）。反映在中西方政治、文化交往中，有一种基本的平等，“外国人在中国必须遵守中国法律这一点，即便是外国人，也视为理所当然。几乎没有人提出异议。实际上，这一切只有在帝国享有完全的主权或主权没有受到巨大威胁的前提下，才有可能发生”。^①

二、近代司法主权的沦丧

1839年“林维喜案”案后，中国司法主权才开始被颠覆。1839年7月7日，英国水手在香港尖沙咀殴打华民林维喜，次日死亡，英国拒绝交出凶手，接受中国法律制裁。双方引发冲突，直至鸦片战争爆发，^②中国战败，割地求和，丧权辱国。司法主权随着国家主权的沦丧而丧失，自1839年以后，西方国家不断借口中国法律和司法如何不行，千方百计想摆脱中国法律束缚，以前不成问题的中国法律，现在却成了国际问题。1843年，英国通过与中国签订《中英五口通商附粘善后条款》、《中英五口通商章程：海关税则》，在有关“英人华民交涉词讼”条款中规定：华洋遇有交涉词讼，“英人如何定罪，由英国议定章程、法律，发给管事官照办；华民如何科罪，应治以中国之法”。从此，西方国家开始获得在华领事裁判权。^③ 1858年续订《中英天津条约》将领事裁判权规定更详尽，第15款约定：“英国属民相涉案件，不论人产，皆归英官查办”，规定了英国人有某种犯罪行为时，允许西方人员根据自己的法律体系，在领事人员处被起诉。雍正乾隆年间，清朝对教案的处理经过了严肃而审慎的法律过程，留下了复杂、详密的案卷，可到了道光年间，原先的法律被废止了，再后来，中国的法律对于外国人完全成了一纸空文。租界和治外法权相继出现。造成这种变化的“最重要原因当然是主权的丧失”。^④

① 参见格非：“主权与话语政治”，载《读书》2010年第1期。

② 参见吴孟雪：《美国在华领事裁判权百年史》，社会科学文献出版社1992年版，第35页。

③ 参见王铁崖编：《中外旧约章汇编》（第1册），生活·读书·新知三联书店1957年版，第35～36页、第42页。

④ 参见格非：“主权与话语政治”，载《读书》2010年第1期。

1844年5月,美国通过《中美五口通商章程:海关税则》(《望厦条约》),也获得该项司法特权。第21款规定:“嗣后中国民人与合众国民人有争斗、词讼、交涉事件,中国民人由中国地方官捉拏审讯,照中国例治罪;合众国民人由领事等官捉拏审讯,照本国例治罪;但须两得其平,秉公断结,不得各存偏护,致启争端。”^①美国在中国口岸设置领事的努力起初在美国国内受到一定阻碍,迟至19世纪50年代中期,美国当局才批准承认在口岸设立领事服务,^②但美国在华领事裁判权的建立,其重要性十分广泛,是中美各种关系中最关键之处。条约中政治上的附带意见具有文化上的关联性,随着领事裁判权机制的运行,为美国今后在华的文化活动提供了更多的便利和特权,如第18款规定:“准合众国官民延请中国各方士民人等教习各方语音,并帮办文墨事件,不论所延请者系何等样人,中国地方官民等均不得少有阻挠、陷害等情;并准其采买中国各项书籍”。对美国官员或公民来说,雇用中国学者和各方面人员具有合法性。西方人、中国人之间可以在贸易领域之外产生联系,较低阶层的外国人和中国之间可以互相沟通。《望厦条约》的第18条和第21条,是美国人踏上中国领土的里程碑,“如果不足以成为里程碑的话,至少也是路标和里程提示牌”,该条约保护了美国人的利益,他们可以在既有条件下获得所有诉求,对美国而言,它开启了一个新时代。^③而后的数十年中,先后有17个国家获得条约上的在华领事裁判权。于是,“中国主权不能完全行使于中国领土之内,而外国法权则居然畅行于中国,法权蹂躏殆尽,国家体面,扫地无余矣”。^④

① 参见王铁崖编:《中外旧约章汇编》(第1册),生活·读书·新知三联书店1957年版,第54~55页。

② Warren I Cohen, *America's Response to China: An Interpretation History of Sino-American Relations*, John Wiley & Sons, Inc., 1971, p. 9.

③ George H. Danton, *The Culture Contacts of the United States and China: The Earliest Sino-American Culture Contacts, 1784-1844*, Columbia University Press, 1931, pp. 110-111.

④ 中国国民党中央执行委员会编:《撤废领事裁判权运动》,中国国民党中央执行委员会1929年版,第17页。