

晚清司法改革之真实记录

——《各省审判厅判牍》简介

李启成*

晚清法律改革在中国法律近代化过程中占据着重要地位,中国主动对西方法律制度文明的移植始于戊戌维新,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很多法律史学者兴趣的原因之一。

不可否认,晚清变法十年间,从修律到预备立宪,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,尤其是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,而且对当下的法律实践也不无借鉴意义。

要回答上述问题,重点在于对资料的发掘和整理。晚清距今

* 法学博士,厦门大学法学院教师。



不过百年,作为有丰富历史传统的中国,非常注重资料保存,但由于近百年的中国社会多数时候处于动荡不安之中,所以资料的散佚情况相当严重。笔者这几年一直致力于晚清司法改革的研究,留心搜集此方面的资料,由国内少数几家图书馆保存下来的《各省审判厅判牍》就是其中相当重要且具系统性的一种资料。

司法改革作为晚清法律改革的一部分,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。这一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司法独立体制迈出了第一步。

清政府对新式独立司法机构在全国范围内的设立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,尽管受司法人才和经费的限制,政府仍计划先于京师和地方各省城商埠设立各级审判厅和检察厅,然后再遍设于全国。后由于预备立宪期限缩短,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)都已基本建立。但直到宣统三年清廷灭亡,全国其他地区也还基本上没有独立司法机关。所以晚清所设立的地方各级审判厅仅限于直隶及各省省城商埠,其实际审理案件的时间大多不过一年左右,实际运行最长的东三省各级审判厅,也不过四年时间左右。

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。宣统二年秋,清政府法部组织了近代第一次全国范围内的法官考试,录取了300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。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考试选拔的法官,在审理案件方面所取

得的进步不仅仅是前述形式上的革新。法官审理案件的高质量主要由他们所制作的各种批词和判词体现出来。

宣统三年发生的国体变更,后来者并没有对传统作彻底的否定,晚清所积累的司法经验和立法成就多为民国所继承。民初,在上海法学编译社供职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》(以下简称《判牍》)一书,洋洋洒洒 40 多万字,于民国元年(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,看来多半是湮没于历史尘埃之中了。《判牍》编辑的主要目的是希望后来的司法官能借鉴晚清各级审判厅所积累的司法经验。东明黄河法政河务研究所法政科教员费县人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?”^①这基本上如实反映了《判牍》编辑印行在当时的意义。

就《判牍》之内容来看,其包括了清末省城商埠各级审判厅、检察厅的批词、判牍、公牍及一些有代表性的章程和规则。其中判牍是其核心内容,大致占了全书篇幅 2/3。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,故凡清末法律改革中制定的法律和法律草案,只要条文与民国国体不相抵触,皆可以暂行沿用。于此可见民国初年法律的不完善程

^① 汪庆祺编:《各省审判厅判牍》,赵元熙序,上海,上海法学编译社,1912。



度。司法官裁判案件时,如果没有明确的法律依据,又无案例可供参考,那么这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不利。因此,在“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”^①的情况下,《判牍》之编辑印行,就不只是作为司法官判案的辅助材料而存在了,而是有助于审判官学识和素养的提高。进而言之,对整个清末法律改革成果在新政权下的承继也有重大意义。

现在读《判牍》,有助于全面了解清末司法改革的实际情况,而不是仅看几部法规之后的抽象评判。如果只是翻翻清末司法改革方面的法规,虽然也能够对之作性质上的评判——传统司法体制向西方司法体制的第一次转型,但不能明了此次改革的多姿多彩的细节,从而无法对之做出中肯的评估,也必将妨碍对民国司法和清末司法改革关系的认识和评判。

《判牍》向读者展示了清末在司法领域出现的一个新的强势话语体系。考察清末各级审判厅制作的判词,我们发现司法领域中传统话语体系的核心语词(如礼、纲常、义、利、慈、孝等)正在逐渐为一些新的核心词语所替代。这些新的词语不仅在批词、判词等古代司法文件中的出现频率越来越高,而且在促使判决的正当性和合法性方面也开始起着举足轻重的作用。以这些异域移植而来的法学新名词为核心(如权利、义务、所有权、契约等),逐渐形成了一套新的强势话语体系。

举例言之,重庆地方审判厅就曾批示过这样一个案子:妾在丈夫死后,没有与嫡妻商量妥当,卖了两人共有的房产,妻告到审判

^① 汪庆祺编:《各省审判厅判牍》,潘绍基序,上海,上海法学编译社,1912。

厅,审判厅认为该妾“不特卖人所不欲卖,亦复侵人所有权”,^①因此过错在妾,准予受理该案;又如广西梧州地方审判厅有一案:丈夫死后,迫于家计,二婆在大婆同意之后改嫁,大婆还因此收了二百两财礼银,然而大婆却诬告二婆被人诱拐,审判厅在查明事实后认为,“(二婆覃李氏)既非居丧嫁娶,复非背夫私逃。(大婆)覃莫氏亦愿收回财礼银二百毫,则覃李氏之改嫁已为覃莫氏所认可。但财礼银两系二人契约行为,李氏既愿当庭将银给领,应准双方履行契约。”^②从而判决二婆无罪。

正是这些新名词,成了判决获得正当性的关键依据,在很大程度上取代了那些传统语词。新名词产生于法律文本的翻译,并在新法律或草案中得到运用和传播。法官接受了此种专业化训练之后,便成为这些新名词的主要载体,他们在制作司法文书时刻意运用这些词汇,也使其得到了进一步的传播。更进一步,与其相应的新法律体系和新思想观念也会随之扩散开来。这种语词传播和扩散的过程同时也是一种新的话语权力形成的过程,如此日积月累,一个新的司法强势话语体系便因而渐次成型。

《判牍》还向读者展示了一种新的判词结构。中国古代的判词,不论是司法官依法判决的“审语”还是仅供上司参考的“看语”,一般而言,虽在内容上也包括了事实、分析和裁判结果三部分,但是在结构上却没有明确的分野,需要读者自己去发现和分析。但是《判牍》中所收录的判词则明显不同,基本上都明确分为案件事实、判决理由和判决主文三部分。虽然总括每个部分的用语可能

^① 参见汪庆祺编:《各省审判厅判牍》,批词类,上海,上海法学编译社,1912。引文着重号为笔者所加。

^② 参见汪庆祺编:《各省审判厅判牍》,判词类之“奸拐门”,上海,上海法学编译社,1912。



微有差别(如“判决理由”一项,有时称为“证明理曲之缘由”,有时称为“援据法律某条及理由”等),但由于段落的划分和用语提示,这就使得其和古代判词相比具有不可同日而语的明晰性。

此种结构的变化,其意义不仅在于结构自身,更重要的在于它表明了判词所服务对象的变化。传统中国的判词从骈判发展到散判,再由结构不明晰的散判发展到此种三段式的散判,不仅使得判词所表达的案件事实和判决结果之间逻辑关系得以强化,而且也使得判词本身更易懂,更易于阅读和传播;同时,这也意味着判词的功能的变化:它不再是单纯地为了满足上司检阅和存档的需要,而更重要的是转向说服当事人以及因此判决而受影响的人们,甚至于普通民众;另一方面,这种变化反过来也会影响制作判词的法官。他们因此需要努力提高自己的判词的说服力,采取更通俗易懂的形式判决,这都有助于提高判词的整体水平。

《判牍》所辑录的判词还生动地表明:虽然清末社会动荡不已,民生凋敝,矛盾激化,司法经费和人才匮乏,但由于进行了从中央到地方、从省城商埠逐渐扩展到城镇和乡村的有计划、有步骤的改革,司法仍然在一定限度内维护了社会公正,保护了个人权利。详而言之,由省城商埠各级审判厅审理的案件,绝大部分发生于宗族内部,既有杀人、斗殴等比较严重的刑事案件,也有婚姻、继承方面的民事纠纷,还有一些极为轻微的“细故”(如口角纠纷等)也闹上法庭。这些“细故”,在传统州县官审理案件时,多通过宗族内部调解解决。审判厅成立以后,这种纠纷很快便成为其裁决对象。对于这种现象,从社会史的角度可以认为是随着社会的发展,宗族的作用有所降低。但从司法层面来看,则可以证明独立的司法审判机构与传统上兼理司法的行政衙门相比,更好地履行了司法职能。因为,在可以自由选择裁决机构的情况下,老百姓之所以愿意把那些原属于宗族解决的“细故”提交到审判厅去解决,必定是因为审

审判厅对案件的裁决比宗族内部的解决更公正有效。另外,《判牍》中也有一些案例表明,省城商埠各级审判厅成立以后,很多原由各行政衙门久拖未决的案件也移交给了各级审判厅处理,结果绝大多数审判厅都及时对这些案件进行了审理,从而免了诉累之虞。再如保定当时乃直隶省城,在审判厅成立前,其管辖之下的定州县令更换频繁,案件得不到及时审理。审判厅成立后,其重要任务之一就是迅速审结这些案件。其中有农民因贫而伪造假银之案,“黄令国宣、章令乃身先后卸事,吕令调元到任接交,适省城各级审判厅成立,照依法令,将犯卷汇案移送地方检察厅起诉到厅。”该审判厅当即判决该犯徒两年半。^①姑且不言其判决结果如何,仅就免去了诉讼拖累这一事实而言,其本身就是司法公正的重要体现之一。

《判牍》所辑录的判词,也反映了运用传统惯习与“现代”法理裁决案件在空间上的差异。比较江苏和贵州的各级审判厅的判词,总体而言,前者更多地运用了“现代”法理,后者则更乐于引用传统惯习。其原因主要在于二者的社会差异。江苏地处沿海,尤其是境内有开埠最早的上海,经济发达,受西方社会影响大;贵州乃内陆山区,经济落后,受西方社会的影响微弱。此种社会差异直接导致了判词论证方式和内容的不同。所谓“公正”,在通俗意义上往往与特定地域人们对正义的“直觉”有关。在清末中国,以上海为代表的沿海地带,人们对公正的感觉更适合用“现代”法理来表达,而在贵州等内陆地区,以礼义为核心的道德伦理则能更好地传达人们公正的感觉。这就导致了江苏和贵州两地的判词在形式和内容上的差异。在清末这个存在极明显等差的社会,各级审判

^① 参见汪庆祺编:《各省审判厅判牍》,判词类之“赃私门”,上海,上海法学编译社,1912。



厅实行这种有区别的判决论证,能够更大程度地满足人们的公正感觉,从而较好地实现了社会公正,所以《判牍》编者精心选辑的判词,充分注意了各地域判词数量上的均衡。

《判牍》中所收录的判词还告诉我们,清末的司法改革相对于清末新政的其他部分更为成功。之所以如此,或许是因为司法改革与宪政、地方自治相比,距离国家权力核心较远,统治集团容忍程度更高,其运作空间也相对宽松一些。清末新政,对立宪、自治以及军队如何改革争执不下,但对司法改革中独立审判厅的设立,以考试方式选拔法官,法官行使独立的审判权,法官自主制作判词等诸多方面,基本上都没什么争议。所以《判牍》的判词也有助于我们了解清末司法改革的实际情况,其判词的公正性也佐证了清末司法改革的部分成功。

但司法改革方面的相对成功并没有使清政府摆脱灭亡的困境。到清廷灭亡前夕,也就仅仅是在各省级商埠建立了各级审判厅,其主要影响力也不超出这些区域。在其他地区,仍然是依靠传统制度进行治理。在一个缺乏独立司法传统和私权保护意识的国度,存在行政主导的强大压力,通过改革所建立的独立司法体系要进行正常的运作尤其艰难。即使是在没有外力猛烈破坏的情况下,其功效也要在一个较长的时段里才能够凸显。值得庆幸的是,随着辛亥年国体的变更,清末司法改革的方向和取得的成果并没有为历史所抛弃,绝大部分在民国还得到了继续。

《判牍》一书,是清末司法改革成果的结晶,揭示了清末改革所建立的司法体系在维护公正、保护权利方面所取得的成绩。清末成功的司法改革不能解决政治危机,这注定了司法在随后的社会剧变中日益被边缘化的地位。然而,这种沿袭至今的边缘化地位或许对现今司法改革的展开也还可成为一个契机:毕竟它与敏感的政权问题关涉不那么紧密,独立司法体系的构建和运行就有可

能存在一个较广的运作空间和较大的回旋余地。

对《判牍》一书的研读还可以启发法学界重新思考现今的研究方法。《判牍》一书编辑印行后,很快成为民初法官们裁判案件的重要参考资料。较之对法律条文进行逻辑推理的“律学径路”,此种研究案例的“例学径路”对司法实际运作的影响更大,也更有生命力。中国的例学传统发展到明清有了重大的变化。清朝对成案以律学的方式进行整理,结果是形成了数以千计的“例”,附于“律”后,与其一起构成了传统中国最后一部刑法典——《大清律例》。“例”是从一个或多个案件里面找到一个或多个关节点,然后针对此关节点规定具体的法律规则,可以类推适用于其后的案件。所以就抽象程度而言,“例”应该是介于“成案”和“律”之间。此种“例”在刚产生之时,对于司法官员裁判案件,非常简便易行。但案件情伪百出,随着时间的推移,“例”的数量会越来越多,最终导致例文本身繁而杂,不适于用。正是基于这些原因,清末的法律大家(如薛允升、沈家本等),提出了修订律例的主张,认为法律当简明扼要、切合实用。此种“律学径路”对“例学”的侵入导致例学本身走上了末路,这意味着司法所需要的更多是经验的积累而非单纯逻辑的演绎和归纳,是对实际运作的动态过程的把握而非条文解释的静态推理。

法律史研究的重要任务之一是对历史上发生过的法律现象进行合乎事实的解释和重构。此种解释与重构仅靠法律文本的逻辑推理是远远不够的。如果法律史的研究只是运用某种法律理论模式来解释法律条文,而不愿对历史资料进行发掘、研究等艰苦工作,忽视对具体经验的积累,那只会扼杀法律史本身的生命力,进而在法学领域愈趋边缘化。如果整个法学研究都是如此,那么法学的繁荣最多也只能是一种虚假的繁荣。《判牍》对于研究晚清司法改革,乃至整个近代法律史的重要资料价值即在于此。