

法律继受中的“制度器物化”批判

——以近代中国司法制度设计思路为中心

李启成^{*}

内容提要：在帝制中国，君遵君道，臣尽臣道，相互合作，共同构成“治道”。它只有职能分工，不存在权力分立。司法是各级官府的核心职能，用“司法官兼理行政”比“行政官兼理司法”归纳官府职能更准确。在近代法律继受过程中，改革者将传统衙署归于行政范畴，新设各级审判衙门，考选合格的法官行使司法权。这种忽略固有治道的制度创设具有明显的“制度器物化”特征。继受主体缺乏国族自觉，直接导致近代司法权威难以真正确立，妨碍从功能和精神层面进行理想的法律继受。

关键词：制度器物化 国族自觉 司法权威 法律继受

1906年清廷在中央设立法部和大理院分掌司法行政和审判，在地方筹设独立于官府的各级审判厅，这意味着中国司法近代化正式展开。到民国时期，政府虽在司法改革具体目标上有差别，但基本认同分权思想，继承了晚清将传统官府定性为行政机构的认识，在原有衙署外新设审判机构，以新式法官行使司法权。换句话说，近代中国尽管有或大或小的政治变动，但晚清所确立的这个司法革新模式仍一以贯之。有意思的是，在近代中国司法改革发端的晚清，还有与主流模式并不一致的思路。先看下面三则材料：

1903年初，司法改革尚待启动，在京师编书局供职的孙宝瑄受梁启超介绍边沁《政法论》一文的启发，结合他对传统治道的洞悉，萌生了以司法权为核心的改革设想：“人民之立法、行法、司法三权结合而成国，亦宇宙之公例，何必于三者外更议增加，是蛇足也。若虑无所统一……即以司法为主权，统兼立法、行法未为不可……故鄙意见院属立法之一部，宰相属行法之一部，国君当属司法之一部。凡国内立法官由人民选举，行法官由宰相选

^{*} 北京大学法学院副教授。

本文系国家社会科学基金一般项目“《资政院第二次常年会议记录》辑佚与研究”和北京市社会科学基金项目“晚清资政院研究”的阶段性成果，亦是作者在哥伦比亚大学法学院中国法研究中心作为爱德华访问学者的研究主题，一并致谢。

用，司法官当由国君选任……遇立法、行法二部互争不下时，国君可命司法官判决之。”〔1〕

1910年底，直隶总督陈夔龙上折，认为以新设审判厅负责司法审判事务，实施中颇多窒碍，故提出新的思路供朝廷参考。他主张保留知府为初级行政官，以州县官衙署建设审判厅，以其公费代替审判厅经费：“行政区域不妨稍广，俾施措易于见功；而行法区域必宜从小，庶诉讼得以便利。查各省府厅州县向分二级，今宜留知府以统各属，专办行政事宜，裁厅州县之员缺，仍留厅州县之治名，每属设地方审判分厅，并附设初等审判厅于其内，即以厅州县之衙署为之……仍留厅州县之名，百姓忘于改制之繁，而庶事已奏灵通之效……以厅州县之衙署为审判各厅，以厅州县之公费为推检及佐治各员薪俸，一转移间，行政、司法各已独立，经费不假另筹。”〔2〕

1911年8月，两江总督张人骏因新式审判厅运作不尽人意，向朝廷建议：地方审判厅由州县衙门改设，州县官另建较简易之衙署并兼任检察官：“司法独立为宪政要端，自不能不依限实行，但行法首重宜民，若于民情习惯不能相洽，必致滋生事端，求安反扰。中国郡县之制行已一二千年，乡民心目中只知州县衙门为其本管官衙，应行服从。若于州县之外别设法庭，乡民少见多怪，必致别生疑虑……近来各处新设审判厅，每滋纷扰，是其明证。乡曲愚氓，难以理喻，惟有顺其习惯，使之不觉，自然默化于无形。窃谓各直省府厅州县地方审判厅，皆宜以原有州县衙门改设，而别给州县官以屋舍，乡民涉讼仍在州县衙门，必无不服……州县为地方行政官……若将检察官一职皆令州县官兼任，则既可省设官之费，而民情尤易相安。”〔3〕

这三则材料并非稀见，却未引起学界注意，但它们至少提供了这样的信息：在晚清司法改革启动前后，尽管主流做法是在原有官府外新设审判厅配合预备立宪，仍有人认为可从固有治道中发掘精华，从而更有效地达到预备立宪之目标。他们断定固有治道并非与当时改革所追求的目标完全对立：进行具体制度设计时，改革者要考量固有治道之内涵，发掘其优长，而不是机械地效颦步趋。前述三人的具体意见虽有差异，但其主张有一共同点：全新创设审判机构未必能保证其权威，必须借助固有官厅的地位，如陈夔龙和张人骏都建议把州县衙署作为法院的审判场所，即是将官府对百姓的权威移用于新审判机构。张人骏更主张州县官兼任检察官，法官可裁决检察官提交来的案件，以提升法官在百姓面前的威严。

这三则材料最大的意义并不在具体规划本身，而是它们所提出的问题：以西式司法独立为目标的改革不意味着在具体制度设计方面放弃思考、简单照搬照抄，而要充分照顾相沿数千年之久的治道及其所塑造的民性民习。作为制度的法，有推动社会演进的“法教”功能，但同时“法教”亦有其限度。〔4〕继受而来的新法律制度因受制于继受国的民性民习，致使效果与在其母国时迥异。在照搬域外的思路下，传统治道即便没被视为新式制度的对立面，至少也是漠不相关。晚清决策者如何接受此种忽略传统治道及其影响下的民性

〔1〕 孙宝瑄：《忘山庐日记》上册，上海古籍出版社1983年版，第615页以下。

〔2〕 故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》上册，中华书局1979年版，第546页。

〔3〕 同上书，第594页。

〔4〕 参见王伯琦：《近代法律思潮与中国固有文化》，清华大学出版社2005年版，第74页。

民习之制度设计模式？此模式又是怎么被视为理所当然？它与近代中国司法转型步履维艰且结果不尽人意有无内在联系？从这个为诸多研究者所忽略的角度来反思近代中国的司法变革，乃本文主旨所在。

一、晚清新设审判机构的根据

19世纪下半叶，中国即有了一些关于司法独立思想和制度方面的知识传播，这为20世纪初清廷司法改革做了一些知识准备。庚子国变后，清廷决意变法图强。作为前期变法的纲领性文献，《江楚会奏变法三折》的宗旨之一便是“采西法以补中法之不足”，其中有较翔明的法律和司法改良之举措，但并无一语涉及到司法独立。^{〔5〕}

晚清司法改革以司法独立为目标，主要为收回领事裁判权、仿行宪政所需。^{〔6〕}清廷于1906年9月下预备立宪之谕，明确指出预备须从改革官制入手，这种决断非常顺理成章。盖官制因政体而生，政体既由专制而立宪，官制必随之改革。立宪政体及其与之相适应的官制，在中国无“旧章”可循，改革者自然只能借鉴异域的通常做法，即以三权分立原理为据来革故鼎新，逐步形成新官制。在这个宏观背景下，司法独立遂因此成为晚清朝廷司法改革的目标，接下来即需具体规划如何推行。

（一）固有官府的定性：“行政兼理司法”

改革具体到操作层面，牵涉到诸多机构和相应人事职位的变动，朝廷不能不慎重其事。这集中体现在让臣工以上折进言的方式表明朝廷在决策时能集思广益。《清末筹备立宪档案史料》一书有“官制”专栏，共搜录档案资料93件，其中奏折和条呈73件，上谕20件。在73件奏折和条呈中，司法领域的共有12件。晚清筹备立宪以三权分立为指导原则，但同为三权之一，为什么绝大多数臣工所上折呈谈及司法较之行政和立法少得多呢？个中原因，主要是传统衙署在分权理论中被朝廷归入行政范畴，在立宪政治下，议会天然要对行政进行制约，较之新创建的司法系统，两者都跟官制改革中的利益再分配更为密切相关。

在新官制方案正式出台之前，朝廷应御史王步瀛之请令臣工各抒己见。^{〔7〕}该书收录这一时期30名官员所上奏折和条呈33件，其内容跟司法改革相关的有6件。主张司法独立并在行政官署外新设各级审判衙门的只有2件，分别为考察政治大臣戴鸿慈和出使德国大臣杨晟所上奏折；建议由原衙门仍旧行使司法权而不宜过度更张的有4件，分别是户部员外郎闵荷生、翰林院撰文李传元、御史胡思敬和叶芾棠所上奏折。尽管该书所搜录的档案并非齐全，但至少可见在官制改革上谕明发之前，尚有不少官员对在传统官府外设立新式审判机构的改革持反对意见。

在1906年10月清廷公布中央官制改革上谕后，该书收录了官员所上折呈40件，其中涉及司法者6件，分别为军机章京鲍心增、考察宪政大臣李家驹、在籍编修邵章、直隶总督

〔5〕 参见苑书义等主编：《张之洞全集》第二册，河北人民出版社1998年版，第1407页以下。

〔6〕 参见韩涛：《晚清大理院：中国最早的最高法院》，法律出版社2012年版，第11页以下；李启成：《领事裁判权制度与晚清司法改革之肇端》，《比较法研究》2003年第4期，第16页以下。

〔7〕 参见前引〔2〕，故宫博物院明清档案部编书，第432页。

陈夔龙、出使大臣张荫棠和两江总督张人骏所上，都是赞同新设审判机构，只有陈夔龙和张人骏提出自己的一些改进设想。清廷官制改革上谕明确表达了朝廷建立新司法机构以推进司法独立的明确态度，对晚清司法改革的走向很关键。因该上谕是对总司官制编纂大臣奕劻等上奏所作的裁定，其内容较简略，故考察该上谕关于司法改革背后的理由和思路，必须重点分析奕劻等所上奏折。

中央衙门本有专门法司之设置，谕令将刑部改为法部负责司法行政，大理寺改为大理院专掌审判，除部院具体权限划分有所争执外，关于大方向和思路的争议较少。而地方原是各官署层层节制，正印官总揽一切，现今司法要独立，不乏争议。故奕劻等奏折中这段话值得特别注意：“分设审判各厅以为司法独立之基础……国家因仍明制，分设布政、按察两司，亦复各有专官，截然不紊。自州县身兼其事，始不免凭恃以为威福，今日为外人藉口，而自失其权者，正坐于此……如虑行政官一日不兼司法，号令难施，则不知行政处分之权，尚为地方官所有，况地方保卫，自有警政担其责成。又有虑及法官独立，将有枉法以行其私者，又不知法者，天下之公，岂容其意为左右；且监督之官，检查之法，一切具在，正不必鳃鳃过虑。现在法部、大理院，既经分设，外省审判之事，自应由此划分权限，别立专司，俾内外均归一律。此各省审判各厅不能不按级分立者也。”〔8〕

上谕裁可该折，表明朝廷已确定在固有官府外新设各级审判机构来行使审判权，顺理成章的方案就是：按照泰西三权分立学说，国家机构有行政、立法和司法之别；中国从古至今无分权学说，当然无从产生建立在分权理论基础上的国家机构；中国固有的各级官府属行政机构，从而无专门的立法和司法机构。朝廷欲仿行宪政，首先就需按照分权原则改组国家机构，进行官制改革。其最要者是设立资政院和各省咨议局，为立法机构之预备；建设大理院和各级审判厅为专门司法机构，负责案件之审判。随后推选议员、考试法官，充实于各该新机构之中，从而保证新机构能顺利运作，立法权和司法权得以与固有的行政权相配合，从而切实推进预备立宪。在这个方案里，有一个核心前提，那就是中国固有官署，尤其是地方官署在分权学说框架内的定性问题，即它们主要是不是行政机构。奕劻在前述奏折里以委婉的方式为其定性，即其所言“州县身兼其事……如虑行政官一日不兼司法”等，这实际上告诉世人，传统地方官是“行政兼理司法”。

身膺法律和司法改革直接领导重任的沈家本对筹建独立司法机构发挥了重要作用，故很有必要考察沈氏对该问题的论证。他首先断定传统地方官“行政兼理司法”的定性，进一步分析此制度的危害，从而完成在行政衙署外筹建新司法机构的论证。在沈氏看来，当时在地方“行政司法混合为一”〔9〕是“行政官兼理司法”，其危害有四：一是行政官员没有专门的法学知识，二是胥吏易营私舞弊，三是上诉制度流于虚设，四是有碍于收回领事裁判权。〔10〕这种弊端进一步归纳为两点，即对内不能公正审理案件，对外不能维护国权。

〔8〕 前引〔2〕，故宫博物院明清档案部编书，第504页。这段文字从很大程度上是在回应张之洞反对司法独立电文，张氏电文见后，读者自可覆按。

〔9〕 沈家本：《寄谕文存》，商务印书馆2015年版，第206页。

〔10〕 参见沈家本：《调查日本裁判监狱情形折》，载《调查日本裁判监狱报告书》，北京农工商部印刷科1907年铅印本，第2页以下。

在沈氏论证中，推行西式司法独立与在固有衙署外筹建新式审判机构是一个问题。换言之，只须论证司法独立之必要，筹建新机构就为事理之当然。在晚清论证司法独立是否应行、可行的根本，就是判断司法独立的“籍贯”问题，即它主要是中西问题还是古今问题。如它主要是中西问题，那即属制度继受范畴，当然就要重点关注继受国的传统与现实，需继受者超越具体条文和制度的简单因袭，更多从作为系统的文化社会环境及其所限定的功能等诸多层面进行审慎考虑，创制更合适的具体制度。如它主要是古今问题，改革者就应重点考虑古今之间的变与常，尤其是变，从而确定在具体制度上何者当因、何者应革。沈氏抓到了该根本性问题，通过撰写《历代刑官考》等著述，从设官分职的角度论证了古代专设刑官的合理性，^{〔11〕} 据此追寻司法独立之源，判定司法独立乃我国固有之良规，从而将中西问题转换为古今问题，证明司法独立在今日不仅应行，而且可行。其论证是否能真正从学理和事实两方面充分讲通，不是沈氏关注的重心，只是将之作为一种为证成既定决策的论证策略，试图堵住反对者之口。他作为朝廷中少有的技术官僚，主要聚焦于司法独立如何在技术层面上进行操作，即如何筹建独立的司法机构、法官的培养与选拔等。

其实，他自己很明白，这种“托古改制”式的论证只是为减少变法改制的阻力而不得不为的策略。为了防止这种论证可能带来的副作用，沈家本在《裁判访问录序》中即点出了司法独立在西方的精义，概括了它与中国现制之基本差异，进而指出学习西法之正途：“西国司法独立，无论何人皆不能干涉裁判之事。虽以君主之命，总统之权，但有赦免而无改正……方今世之崇尚西法者，未必皆能深明其法之原，本不过藉以为炫世之具，几欲步亦步，趋亦趋。而墨守先型者，又鄙薄西人，以为事事不足取……中国今者方议改裁判之制，而礼教风俗不与欧美同。即日本为同洲之国，而亦不能尽同。若遽令法之悉同于彼，其有阻力也固宜然。我法之不善者当去之，当去而不去，是之为悖。彼法之善者当取之，当取而不取，是谓之愚。夫必熟审乎政教风俗之故，而又能通乎法理之原，虚其心，达其聪，损益而会通焉，庶不为悖且愚乎……是在讲究斯法者，勿求之于形式，而求之于精神，勿淆群言，勿胶一是，化而裁之，推而行之，斯变通尽利……古今中外之见，又何必存哉。”^{〔12〕}

这段话可以代表沈氏对司法独立的真正认识水平，是其多年学习和思考的结晶。他之所以时而强调司法独立乃“固有良规”，时而肯定它属“彼法之善”，是因应现实之所需、所急而“行权”。作为手段的论证虽差异很大，但其所欲达到的目标则一，即在晚清创设新机构以推进司法独立。既然这个目标先已存在，他关于制度继受要“损益而会通”等告诫就很可能沦为高明的标榜，难以落实。

沈氏是传统士大夫且长期在刑曹任职，熟谙固有司法模式，又适逢其会成为晚清司法改革的重要主持者，自然成为中国司法近代化的奠基人。他对传统地方官“行政兼理司法”定性的强调在当时和后世都产生了巨大影响。尽管后人不大认同司法独立乃我固有良规的论断，但能理解他那“托古改制”的苦心。其实，他并没有深入论证为什么传统地方官就

〔11〕 沈家本在《历代刑官考序》明言：“有一官即有一官之职分，故任是官者，必皆能各尽其职分，而后国家乃非虚设此官。稽之于古，未闻无是事而虚设一官者，亦未闻设一官而可以不事其事者；未闻任是官而不必问是官之职分当如何乃克尽者，亦未闻任是官而不必问职分之相当不相当可以漫居是官也。此理之易晓者也。”见前引〔9〕，沈家本书，第198页。

〔12〕 前引〔9〕，沈家本书，第205页以下。

是“行政兼理司法”而不是相反。假若传统地方官不是“行政兼理司法”而是“司法兼理行政”，那可能就会采取新设各种行政机构而不是新设审判机构的方式在晚清推进司法改革了。可见，被沈氏基本视为同一的司法独立和新设审判机构，实际上只是相关但绝非同一的两个问题。以分权视野来观察传统地方官，究竟是归于行政官序列还是司法官范畴，实在值得结合固有治道进行深入考量。

朝廷决策者将施行司法独立视为筹备宪政、收回领事裁判权的核心要目，本没什么问题，但在这样一个广土众民、有极其深厚文化传统的国度，究竟该采取什么具体制度以实现司法独立，理应深入广泛地探讨。但实际上，如沈家本那样的佼佼者都没能充分认识到该问题的重要性，遑论他者。随着日本司法模式对晚清司法改革的压倒性影响，强化了决策者设立新机构以推进司法独立的思维模式，完全以取消或回避问题的方式取代了对该问题的思考及回答。

（二）司法制度继受与日本影响

晚清司法制度变革，本质上是一种外来制度继受。既然是继受，则继受主体先要对继受对象有一定认知。迥异于我国传统的域外司法制度，国人对其认知过程非常漫长，虽早在鸦片战争前后已有些简介，但难免郢书燕说，之后进展缓慢。直到甲午、戊戌前后，因政治革新之需，才形成一短暂高潮，认知较前有所提升。

在这一阶段，中国对域外司法制度的认知主要由外国来华人士、驻外使节、留学生以及那些出入租界的国人所传播，尚无明显的排他性抉择。司法独立制度发端于英，渐及于欧陆诸强，流风所被至于美国，颇有后来居上之势，而日本则继受了法、德等国的司法制度。此时，美国在国际事务中的地位较今日为逊，其司法制度亦非特别显赫于当时。即便如此，国人亦不乏关注者。如曾留学美国的章宗元于1902年前后有《美国宪法》、《美国民政考》等书，较为系统地介绍了美国司法制度。他逐条翻译了《美国宪法》，并用“案语”阐述自己的理解和评判。观察他关于司法权的四则案语，足见其对美国司法有较准确的理解。^[13] 沈兆祜在《新学书目提要》、顾燮光在《译书经眼录》都有评介。^[14] 可见当时中国人尚未将哪个国家锁定为主要学习对象。

日本因与中国同文同种且地属东邻，对晚清法政改革必然产生重大影响，日俄战争获胜更增强了它对清廷的吸引力。即便如此，1905年清廷派大臣出洋考察宪政，还是将重心放在欧美诸国。但到朝廷决策预备立宪、官制改革直至清亡，日本政法模式却成为清廷变法改制最主要的模范对象。有学者经详细比对考察政治大臣戴鸿慈和端方所进呈的《欧美政治要义》与有贺长雄的《国法学》，断定《欧美政治要义》的原作者就是有贺长雄，而“清政府预备立宪的整体思路与重要环节、步骤的设计，乃至宪法拟订、官制编纂，与考政大臣奏陈的主张相似。”^[15]

清廷新设大理院和各级审判厅的规划，决定于官制草案的厘定和《法院编制法》的纂拟。在清廷专门设立的官制编制馆，其成员多为日本法政留学生和到日本考察过的官绅。

[13] 参见《美国宪法》，章宗元译，上海文明书局1902年版，第33页以下。

[14] 参见熊月之主编：《晚清新学书目提要》，上海书店出版社2007年版，第439页以下，第258页以下。

[15] 孙宏云：《清末预备立宪中的外方因素：有贺长雄一脉》，《历史研究》2013年第5期，第99页以下。

该馆以孙宝琦、杨士琦为提调，分设各课。金邦平、张一麐、曹汝霖、汪荣宝为起草课委员，陆宗輿、邓邦述、熙彦、陈毅为评议课委员，吴廷燮、黄瑞麒为考定课委员，周树模、钱能训为审定课委员。其中负责官制起草的金邦平、曹汝霖、汪荣宝和评议课委员陆宗輿都在早稻田大学学习过；陆宗輿、邓邦述、陈毅、黄庭瑞、周树模等都随五大臣出洋，考察过日本宪政。^[16]据张一麐回忆：“编纂官制局设于海淀之朗润园……各员多东西洋毕业生，抱定孟德斯鸠三权分立宗旨……对于司法独立，说帖尤多。”^[17]曹汝霖讲“此次修改官制，惟一收获，只是司法独立。”^[18]此次官制改革之成果见于1906年10月拟定的《各部官制通则》和1907年6月出台的《各省官制通则》，确立了在原有的行政衙署外设立由大理院、高等审判厅、地方审判厅和初级审判厅组成的四级三审司法新体制。^[19]

为了更好地推行君宪，清廷于1907年再次派员考察日英德三国君宪事宜，到日本的达寿和李家驹被任命为宪政编查馆提调，而考察英国和德国君宪的汪大燮和于式枚却未获进入该机构任职的机会，“这等于明白宣示，当时的立宪要以日本为师法对象”。^[20]司法作为立宪之一部，自不例外。在清廷出台《各省官制通则》3个月后，沈家本即督率修订法律馆同僚赶出了《法院编制法》草案并上奏。沈氏奏折扼要叙述了编制经过，其中日本法学者冈田朝太郎出力不少，“令法律学堂日本教习法学博士冈田朝太郎，帮同审查。该教习学识宏富，于泰西法制靡不洞彻，随时考证，足资甄择。”^[21]该法律草案经宪政编查馆审查，于1910年初颁行。这是清廷第一次以法典形式正式确立四级三审制新司法制度。将它与日本当时的《裁判所构成法》相比较，不论是篇章结构还是具体条文，皆非常相近。^[22]

从清廷宣布预备立宪国策后，在司法制度改革新方面受日本的影响越来越大。刚开始还有几分参酌各国法律之气象，不久即全盘“以日为师”了。尽管与欧美国家相比，我国与日本同文同种，日本自明治维新以来已收富国强兵之效，更成功收回了领事裁判权，学习日本进行司法改革有许多便利，但全盘“以日为师”使改革者忽略了两国的国情差异。这主要体现在两方面：一是疏于了解日本维新之前的司法状况；二是对固有治道缺乏有意识深入探究的动力，不能发掘其中有助于司法改革之积极要素。本文将在后面专门论述第二点。

关于第一点，最直接的证据来自晚清人士考察日本法政的文字记录。泛观这类为数不少的材料，基本上没能涉及日本维新之前的司法状况，即便偶有提及也是一两句话带过，大致不出因其法律不完全、行政兼理等原因而不适应现今文明社会等，将考察重心放在日本人对欧美司法的考察和他们的司法革新举措上。^[23]如受沈家本之派，董康、王仪通等赴日考察裁判和监狱情形。回国后，他们撰写了《调查日本裁判监狱报告书》，随即刊刻行世。

[16] 参见[日]曾田三郎：《立憲國家中國への始動——明治憲政と近代中國》，思文閣2009年版，第104页。

[17] 张一麐：《古红梅阁笔记》，上海书店出版社1998年版，第45页。

[18] 曹汝霖：《曹汝霖一生之回忆》，台湾传记文学出版社1970年版，第43页以下。

[19] 参见前引[2]，故宫博物院明清档案部编书，第470页，第510页。

[20] 彭剑：《清季宪政编查馆研究》，北京大学出版社2011年版，第25页。

[21] 故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》下册，中华书局1979年版，第843页。

[22] 参见李启成：《晚清各级审判厅研究》，北京大学出版社2004年版，第79页以下。

[23] 参见刘雨珍等编：《日本政法考察记》，上海古籍出版社2002年版，第55页，第64页，第87页以下，第112页，第135页，第283页，第329页以下，第363页，第404页。

关于日本维新前的司法，仅云：“考维新以前，裁判制度，同于中国，俱以行政官兼任。”〔24〕

由于中国改革者对日本维新之前的法律和司法没兴趣进行深入探究，影响所及，即相对忽略了法律与社会的适应性问题。日本维新前，因封建之影响，“尚无统一而独立的司法制度”。因固有司法相对落后，日本在废藩置县后推行新司法制度，阻力自然较小。即便如此，日本自明治维新伊始到司法独立制度较完全的确立，亦用了二十多年。〔25〕晚清中国因文化、政体和面临的使命与日本相近，推行司法改革“以日为师”自有许多便利，但改革者亦应考虑到中日两国国情的巨大差别，关注固有治道，尤其是我国已有形成数千年之久、颇成系统且尚称完备的法律和司法体系，应充分留意新制度和社会之间的适应性问题。

二、固有治道与司法职能

自秦汉开始，君主集权于上，选拔贤能为官以教民治民的模式未发生根本性改变。该模式谈不到权力分立，亦没有权力分立意义上的司法权，更无司法独立的理念和相应的制度。历代圣君贤相名儒公卿着眼于王朝长治久安，集中关注和探讨的是治理天下之道，即“治道”。

牟宗三借鉴孙中山政权和治权划分理论，认为古代中国只有治道而无政道，“有政道之治道是治道的客观样态，无政道之治道是治道的主观样态，即圣君贤相之形态”；“言治道惟是自‘在上者’言……在上者涵盖愈广，而治道亦随之而愈广大精微。故中国以往对于治道的讲论，已达极端微妙之境界。”〔26〕传统中国政法思想和制度设计都围绕治道而日渐发达和成熟。

（一）君道与臣道

自秦始皇一统天下，废封建建设郡县，中国的基本政治架构大致成型，即皇帝选拔贤能为官，通过官员来治理百姓，这是韩非“明主治吏不治民”思想在制度上的落实。但法家的主张是一种物化的治道，只能为政治架构确立大致框架。帝制中国更需要儒家德化的治道，来维持其良性运转，提供正当化根据。西汉中期以后，外儒内法成为政治架构的思想依据。韩愈将其特征归纳为：“君者，出令者也；臣者，行君之令而致之民者也；民者，出粟米麻丝，作器皿，通货财，以事其上者也。”〔27〕在帝制中国，治道的原动力在君主，直接推行者是各级官吏，最后风吹草偃及于百姓，整个社会藉以获得秩序。故君主和官吏的素养优劣直接决定了治道之良窳。一方面，良好治道的形成须君臣通力合作，故治道所要求于君臣的素养有诸多相通之处；另一方面，君主和官吏因各自位分不同，其道遂异：君有君道，臣有臣道。

早在春秋时期，齐国贤相晏婴即讲：“君人执信，臣人执共。忠、信、笃、敬，上下同

〔24〕 前引〔10〕，沈家本文，第1页。

〔25〕 参见林明德：《日本近代史》，台湾三民书局1996年版，第95页。

〔26〕 牟宗三：《政道与治道》，载《牟宗三先生全集》第10册，台湾联经出版事业股份有限公司2003年版，第29页以下。

〔27〕（唐）韩愈：《韩愈集》，岳麓书社2000年版，第146页。

之，天之道也。”^[28]但素养非天生，有待于学而后明，故探讨治道的前提是要有“学”。自庙堂表彰儒家后，君臣欲济世，必先明道，从经术中“学”。故伊川先生讲：“道不行，百世无善治；学不传，千载无真儒。”^[29]顾炎武于明清天崩地裂之际，以数十年之功撰著《日知录》，自信“有王者起，将以见诸行事，以跻斯世于治古之隆”，其体例颇有讲究：分上中下三篇，上篇经术，中篇治道，下篇博闻。^[30]他深信，经术乃治道之前提和基础。

先看君道。在帝制中国，治道之原动力出之于君，且经由官、民归宿于君。“中国过去所谈的治道，归根到底便是君道。”^[31]惟其极端重要，故历代先哲对君道的探讨尤其尽心。从汉初贾谊《治安策》、陆贽之《陆宣公奏议》、司马光编《资治通鉴》到海瑞《治安疏》、孙嘉淦《三习一弊疏》等，无一不是对君进言，以明君道为首务。如海瑞上疏，开篇即斩钉截铁地指出“正君道、明臣职、求万世治安”为“天下第一事”，其原因在于，“君者，天下臣民万物之主也。惟其为天下臣民万物之主，责任至重，凡民生利痍一有所不闻，将一有所不得知而行，其任为不称”。^[32]

综观这类探讨，君道之核心内容大致可分三层：第一，君非天生圣贤，有讲求君道之必要。君虽贵为天子，位在官民之上，但不能率性妄为。理想之君由其“以天下之心为心”而表现为“与民同其好恶”，退而求其次亦须敬天法祖，约束一己之欲求。第二，君道之要在修身。君需不断修身才有可能成为圣君，造福天下苍生。没有不断的修身，君不能自为圣贤、自封圣贤。故《四书》之首的《大学》明言：“自天子以至于庶人，壹是皆以修身为本。”^[33]第三，君之修身，重在养其爱民、亲贤之心。“聚古今之精英，实治乱之龟鉴”^[34]的《陆宣公奏议》明确讲：“自昔王业盛衰，君道得失，史册尽在，粲然可征。与众同欲靡不兴，违众自用靡不废，从善纳谏靡不固，远贤耻过靡不危。”^[35]张居正讲得更直接：“讲学、亲贤、爱民、节用，又君道所当先者。”^[36]这些名臣关于君主修身养心之讲论，有助于王朝之长治久安，一般都能得到君主的认可。

再观臣道。君主一人居于臣民之上，不管其资质如何，都不能独治天下，必须用一套制度和伦理体系来选官、治官。从民中选拔出来的官吏，不论职位高低，皆为君主之臣，为臣即有为臣之道。臣道首先要求臣在客观上尽其职分。臣要尽其职分，即先要明其具体内容和目标。君主出于治吏之需，经历代斟酌损益，已有较完备的制度设施予以规范，明清会典及其事例为集大成者。臣道还要求臣在主观方面恪尽职守，即将伦理内化于心以自觉尽其职分。这就需一套较完整的官员伦理。这套官员伦理，其细目见于卷帙浩繁的各种官箴之中，它最核心的价值是忠。

作为帝制中国的重要价值观念，忠的对象是君主个人还是作为王朝代表的君主，历来

[28] 《左传·襄公二十二年》

[29] (宋)程颢、程颐：《二程集》上册，中华书局1981年版，第640页。

[30] 参见(明)顾炎武：《日知录校注》上册，陈垣校注，安徽大学出版社2007年版，第24页。

[31] 徐复观：《中国思想史论集续篇》，上海书店出版社2004年版，第308页。

[32] 参见(明)海瑞：《海瑞集》上册，中华书局1962年版，第217页。

[33] (宋)朱熹：《四书章句集注》，中华书局1983年版，第4页。

[34] (宋)苏轼：《苏东坡全集》下册，中国书店1986年影印版，第568页。

[35] (唐)陆贽：《奉天论前所答奏未施行状》，载《陆宣公奏议注》卷二，(宋)郎晔注，十万卷楼丛书本。

[36] (明)张居正：《谢召见疏》，载《张太岳先生文集》卷三十七，万历四十年唐国达刻本。

不乏争议。治道虽要求君主以天下之心为心，“以天下治天下”，君上无为而臣下有为，但这只是一种“理想”状态。实际上，不论人君修为如何，他毕竟是一个人，更是天下一人，注定了他不能完全消解自己在政治上的主体性，必同时具有双重身份，即作为君主的人和作为王朝代表的君。作为个人，难免按照一己主观之好恶行事，如此既久，遂不以为非且视为理所当然、分所当为。这就与作为王朝代表的君主应持之行为发生冲突。如此，忠自然就有了两种不同的解释：到底是为君主个人尽忠抑或是为王朝、苍生尽忠。纵观史乘，尽管臣下在事实上多选择向君主个人尽忠，以换取较可靠的现实利益，但自从儒家成为主流思想之后，臣民尽忠的对象应是作为王朝代表的君主。换言之，即臣下应对苍生社稷负责，对皇帝尽忠的重要表现方式是，当君主为私欲私情所蒙蔽而行为有所差池之时，采取不同方式向皇帝进谏，促使其回归正轨。“格君心之非”，向君主上疏进谏就成为臣道的重要内容。海瑞对传统治道有切己体认，明确指出明臣职是正君道的先决条件，“养君之道，宜无不备，而以其责寄臣工，使尽言焉。臣工尽言而君道斯称矣。”^[37] 历代名臣奏议都有大量进谏性文字。故臣道主要包含恪尽职分和进谏尽忠这两方面内容。

在帝制中国，君遵君道，臣尽臣道，二者相互合作，共同构成传统治道。它具有下述特征：第一，帝制中国政治原动力和归宿皆为君主，故君道是治道的最重要部分，相应地臣道需服从和服务于君道。第二，君道之实现必寄寓于臣道，即让“臣下有为”而“君无为”，以达“无不为”之效果。第三，臣道要求臣下有为，要求臣工恪尽职分和进谏尽忠。

在这个治道中，不可能有权力的截然划分。首先，因君主是政治之主体，其权力无所不赅、无远弗届。正因君权无限，才有“无为”之君道。其次，就臣道而言，虽包含臣下间的职能分工，如明清中央六部职掌各别，地方布政、按察两司管辖有差，但历代大臣之所以为“大”，原因之一就是其职掌并不限于具体事务，是“君子不器”在现实政治中的实现。陈平所归纳的宰相职掌多为后世称引，足见一斑：“宰相者，上佐天子理阴阳，顺四时；下育万物之宜；外镇抚四夷诸侯；内亲附百姓，使卿大夫各得任其职焉。”^[38] 这个为文帝“称善”的回答，认定宰相之职权乃上下内外无所不包。再次，臣道之内涵包括臣下须进谏以规劝君主行君道，进言之范围并无明确限定。帝制中国的治道，根本不需要分权，最多只有因治理事务之繁剧和官员权力太大以防尾大不掉而有一定分工而已。

（二）作为官府核心职能的听讼断狱

君主所发布的法令需各级官吏推行于民间，共同维护统治秩序。在官吏群体里，州县官被称为亲民官，地位尤其重要。帝制中国士大夫有关论述极多，清代谢金銮讲得尤其透彻：“天下真实紧要之官，只有两员，在内则宰相，在外则县令。学者果有修己治人之术，痼瘕在抱，不为宰相，必为县令。盖宰相所措置者在天下，而县令所措置者在一方。至于目击生民之疾苦，亲见其利害，则宰相有不如县令者矣。”^[39] 其职掌，以清代为例，《清史稿·职官三》云，“知县掌一县管理，决讼断辟，劝农赈贫，讨猾除奸，兴养立教。凡贡士、读法、养老、祀神，靡所不综。”在这些职责中，最重要的是维持秩序和征收赋税。要

[37] 前引 [32]，海瑞书，第217页。

[38] （汉）司马迁：《史记》第六册，中华书局1959年版，第2061页以下。

[39] （清）谢金銮：《居官致用》，载（清）徐栋辑：《牧令书》卷一，道光戊申刻本，第52页。

维持好秩序，就要负责教化百姓、听讼断狱。^[40]因教化之功在平时累积，其效果可通过征税和诉讼而体现，故可说州县官最重要职责是“钱谷”和“刑名”。孙宝瑄即据官场“常识”讲：“三代以后，官家与民所交涉之事，以敛赋税、决狱讼二者为最大。”^[41]今有学者研究指出：“承平之时，除灾荒救治外，地方政务大多以刑名钱谷为要项。”^[42]

孟子善治必须人法兼重之论为很多帝制中国士大夫所崇奉。征税是朝廷得以存在的经济前提，当然很重要，故历代皆有较严密的赋税法制。除有良好法制外，征税还须州县官在执行时有抚恤、教养之意，至少不能因征税而破坏秩序。如吕坤在乡间居病期间担任乡官，向巡按条陈地方利弊时即剴切陈词：“夫有美意而无良法，则美意反为恶意；有良法而无良吏，则良法反成弊法。”^[43]袁枚在回答门生关于如何做好州县官时，明确指出征税与教化息息相关：“钱谷役侵者多，民负者少……催科中寓抚字也。”^[44]

州县官除收税外，更需在辖地代表君主承担教化百姓之责。在传统治道中，讲究自上而下，以风吹草偃的方式化民成俗。作为民之父母，州县官所承担的教化职责至重。官箴书告诫尤多，如清代人讲，“只一‘亲’字，则内外上下诸弊皆绝。州县乃亲民之官，为之者别无要妙，只一‘亲’字认得透，做得透，则万事沛然，无所窒碍矣。”^[45]事实上，州县官不一定都能善体天理人情，做到教化得当；民乃蚩蚩者氓，未必皆能教化。教化不行，民与民间自有争竞。争竞不已，则可能向官府兴讼，故裁决争讼成了州县官的重大职责。

教化与争讼之关系，大致可分两层。第一，君主和各级官吏治民，以教化为主、为先；教化因人因时因事而穷，遂有争讼。教化大行自然会减少讼争。历代都有大儒出任州县官，极力教化百姓，力争将讼端消弭于无形。如明道先生任晋城县令时，“民以事至邑者，必告之以孝弟忠信，入所以事父兄，出所以事长上……诸乡皆有校。暇时亲至，召父老而与之语。儿童所读书，亲为正句读。教者不善，则为易置……乡民为社会，为立科条，旌别善恶，使有劝有耻。邑几万室，三年之间，无强盗及斗死者。”^[46]反过来说，争讼少则是风俗醇厚的表现，争讼多则意味着民风浇薄。很多文献把某地某时段内诉讼多定性为民众“好讼”、“健讼”之结果，赋予其贬义，朝廷和官府反复向百姓告诫“兴讼”之危害，以“息讼”来教化百姓，其主要道理即在于此。第二，君主及各级官吏裁决民间争讼，固然要着眼于解决眼前的讼争，更需尽可能根除讼争之源，使得涉讼两造不再争讼。止争才是目的，定分须服从和服务于止争。换言之，朝廷和官府决讼是另一种教化。

决讼与教化之关系紧密如斯，足见其重要。且教化功夫多在平时，其效以积累而致，

[40] 瞿同祖运用清代的《钦颁州县事宜》和黄六鸿的《福惠全书》等资料，对于州县官职责有类似结论：“除了维护治安这一首要职责外，最重要的是征税和司法”。至于二者孰轻孰重，大致取决于州县官“处理问题的态度和方法，究竟他是从司法还是从政府税收的角度考虑问题。”瞿同祖：《清代地方政府》，范忠信等译，法律出版社2003年版，第31页。

[41] 前引〔1〕，孙宝瑄书，第670页。

[42] 关晓红：《从幕府到职官：清季外官制的转型与困扰》，三联书店2014年版，第111页。

[43]（明）吕坤：《吕坤全集》上册，王国轩等整理，中华书局2008年版，第257页。

[44]（清）袁枚：《小仓山房诗文集》第三册，上海古籍出版社1988年版，第1527页。

[45] 前引〔39〕，谢金銮文，第55页。

[46] 前引〔29〕，程颢等书，第632页。此文乃弟为兄所撰“行状”，难免让人觉得有溢美虚词，但鉴于明道、伊川兄弟皆为理学家，讲究“诚”，律己以严，待人以恕，不至于在行文中公然作伪；当时党争剧烈，也不会作伪予人以攻击之口实；伊川先生撰此文时，相关当事人多健在，自不容其作伪。故该文基本事实当较可靠。

非立时可见，上司考核较难；争讼乃非常事件，能否妥当裁决，实效立竿见影，上司易于考察。在各类职掌之中，州县官在刑名方面受到处分或升迁的概率较大。清代律例更规定，只有正印官可审理词讼，其任专，其责亦重。州县官“在司法方面，稍有疏失、过犯，便有种种处分，甚至是其下属佐贰、杂职、幕友、门丁、书吏、衙役的过犯，仍要知县负其总责，而受失察或纵容的处分。”^[47]州县官能妥当裁断案件，尤其那种别人不能很好裁断的疑难案件，是他作为父母官爱民实政之最形象表现，进而声誉鹊起，有助于升迁，故州县官尤为重视处理争讼。到清代，刑名幕友地位较高，出现了像汪辉祖那样的名幕，与官府重视讼案这个大背景有关。

州县以上的各级地方官府职能具有相当高的同质性。除应付上级官府之监督与督促下级官府之外，保证司法公正（主要是审转）是其核心职能。历代官员重视判案的言论在典籍中俯拾皆是，兹不赘述。

司法是历代地方官府的核心职能，在朝廷职能中也是如此。受法家指导、甚至连皇帝都以“昼断狱，夜理书”闻于后世的秦王朝自不待言，从汉到清，儒家思想影响逐步渗透到法律和司法活动之中。承担司法职能的机构，在中央逐步发展出成系统的专业司法机关，即三法司。除此之外，如有重大疑难命案，基本上所有中央机构都可参与到审判活动中。到清代，更发展出了针对死刑监候案件的秋审制度，它以制度化的形式将朝廷所有重要官员和机构都纳入到此类案件的定拟过程中。清廷核心机构军机处和内阁更可常规参与到重大司法活动中。^[48]降及晚清变法改制，对新政贡献很大的袁世凯于1906年为薛允升《读例存疑》作序，尚云：“刑者，生人之大命，王者之大政，一有出入，无以为平。”^[49]

关于司法在帝制中国官府职能中的重要性，谢冠生认为用“司法官兼理行政”来描述更准确：“中国旧时之地方司法组织，以行政官掌理讼狱，表面观之，似有蔑视司法之嫌。但立法用意，并不如是，或者恰恰相反。”其理由有三：一则，从地方官职责来分析，“历代以来，地方亲民之官，其最主要的职责，厥惟听讼断狱……故中国古代之司法组织，与其谓为以行政官兼理司法，毋宁谓为以司法官兼理行政之更切实际。在当时人之心目中，地方官除为人民排难解纷，平亭曲直，诛锄强暴，安定社会，其他庶政，皆末节矣。”二则，从官吏断狱错误处罚之严足见国家的重视程度。“国家既如此重视司法，故对治狱不直者，科责至重，无论失出入，皆有严厉之惩处。”三则，从断狱的要求亦可见之，“必先求妥，而后求速，方为尽司法之能事也。”^[50]谢氏这一“司法官兼理行政”的论断，可谓卓识。

在晚清为是否要学习西方推行司法独立之初，张之洞即予以坚决反对。他认为仿行宪政固然必要，国会亦可速开，但在地方新建审判机构以推行司法独立则万万不可。其理由除了推行司法独立妨碍镇压乱党、保有督抚大权等现实考虑外，更重要的一层是，这种在传统官府之外另设法院并以法官坐堂问案的做法与历代相沿之治道相悖。张之洞少年高第，仕而为清流、为学政，更历任多年封疆，对传统治道有深切体认。他指出：“每省设高等审判厅，行政、司法各有专职一节，尤所未喻……假使万一采用其言，则以后州县不亲狱讼，

[47] 张伟仁辑著：《清代法制研究》，我国台湾“中央研究院”历史语言研究所专刊之七十六，第164页。

[48] 参见那思陆：《中国审判制度史》，上海三联书店2009年版，第248页以下。

[49]（清）薛允升：《读例存疑重刊本》第一册，黄静嘉编校，台湾成文出版社有限公司1970年版，第55页以下。

[50] 参见谢冠生：《弁言》，载汪楫宝：《民国司法志》，商务印书馆2013年版，第3页以下。

疆臣不问刑名。昔孔圣知本，专论听讼；鲁庄胜齐，惟恃断狱。若州县不审判，则爱民、治民之实政皆无所施，以此求治，未见其可。”^[51]张之洞这段话，学者多引证其反对司法独立的重点文句，而忽略了其态度背后的思想根源，即传统治道对司法之极度重视。“孔圣知本，专论听讼；鲁庄胜齐，惟恃断狱。”它们分别出自于《大学》和《左传》。不论是作为古本的《礼记·大学》还是程朱所改定的《大学章句》，皆引《论语》所载孔子听讼一语，以阐释儒家修齐治平中的本末关系。^[52]《左传》载：庄公十年，齐伐鲁，曹刿与鲁庄公论战，当庄公言及“小大之狱，虽不能察，必以情”时，曹刿评价此乃“忠之属也”。《正义》解释为：“以情审察，不用使之有枉，则是思欲利民，故为忠之属也。”^[53]在上位者能为百姓考虑，百姓当然愿意保卫居上位者，故曹刿断定弱鲁能胜强齐。

总之，帝制中国发展出了高度发达的治道，即君主作为治道的主体，不能独治天下，须从民间选拔贤能为各级官吏，以临下治民维护秩序。君臣须通力合作，各循其道，尽其职分。君主应努力修身纳谏以尽力克服一己之私，无为而无不为；臣下在尽其本职之外，更有义务对君主不当言行诤谏尽言。故这不可能产生权力分立，最多因治理事务之繁剧和治官治吏之需有一定职能分工。从直接亲民之州县到中央官署，甚至在君主那里，听讼断狱都是其核心职责。自晚清开始模范列强，仿行宪政，进行大规模深层次的变法改制，倘若决策者能在改制之时，不为列强尤其是日本新制所宰制，能心平气和探究固有治道，即便以权力分立为视角，也不会将传统官府断然定性为“行政兼理司法”而纳入行政系统内，通过筹建独立于各级官府的新式审判衙门来推进司法独立。也有可能产生一些新的制度选项来推动中国自身的司法独立，如将传统官府定性为“司法兼理行政”，通过新设各类行政衙门并将其行政职能逐步剥离出去，让地方官成为各级首席司法官。即便这有种种困难，不能成为现实，但至少也可为时人和后代在创建制度时提供启发和思考。在追求断案的公平和效率之外，还应提升司法在整个社会的权威。在中国固有治道体系中，司法审判和裁决由君主和各级正印官承担，故极具权威。新式审判衙门和承担审判任务的法官能否保有权威，与整个近代中国司法改革和法律转型之路密切相关。

三、晚清民国时期的司法权威

自晚清开始确立以新筹设的各级审判机构专辖审判事务，并由新式法官具体负责案件审理的司法模式后，出现了耐人寻味的现象：与帝制中国的司法相比，不论是司法机构还是司法人员的权威都在下降。

晚清中央设立大理院、地方筹建各级审判厅专掌审判伊始，即有人担忧司法权威不再，提出了当时中国实现司法独立在制度层面的改进举措。除机构设置外，法官遴选方式也关乎司法权威。晚清朝廷确立了考试选拔办法，考试内容以新式法政知识为主，辅以传统律

[51] 苑书义等主编：《张之洞全集》第11册，河北人民出版社1998年版，第9560页。

[52] 参见《礼记正义》下册，北京大学出版社1999年版，第1598页以下；（宋）朱熹：《四书章句集注》，中华书局1983年版，第6页。

[53] 《春秋左传正义》上册，北京大学出版社1999年版，第240页。

例。法政新知多来自日本，故应试考生主要是法政留学生，还有少数刑名幕友等。^[54] 瞿同祖曾据《缙绅全书》统计，清代知州由科举正途出身者约一半，知县将近70%，其中进士居多数。^[55] 进士都参加过殿试，被尊为“天子门生”。州县官裁决案件具有权威，除制度因素外，跟其“尊贵”出身很有关系。将州县官与新式法官相比较，其出身高下立见。在晚清，应考者只要通过法官考试，然后分发到审判厅或检察厅学习较短时间即可出任正式法官。浙江巡抚增韞于1910年11月上奏：“以人民生命财产极为重要之端，托之资格不一无历练之人，临事张皇，全体哗然，虽有神圣不可侵犯之法律，亦将见轻于民矣……昔日州县重寄，一切移之法官，若所入不足自存，不独不能保持独立之地位，而流弊亦且不可胜言。”^[56] 邮传部主事陈宗蕃亦有类似担忧：“以此托民生，寄民命，授以民事、刑事之柄，予以判决、判覆之权，诸事草创，端绪茫然，讼庭初开，毫无历练，诚恐非独不能企各国司法独立之盛轨，且较之中国旧日司法未独立者，流弊更无穷也。”^[57] 曾深度参与晚清法制改革的吉同钧入民国后反思：“自各省设审判厅而以未历练之法官审断命盗大案，既无刑幕佐理，又不经上司复审，不知冤死几多良民矣。”^[58] 不论上述诸人立场保守或激进，至少可证实，新式法官的权威尚未确立。

清亡后，民国政府依旧面临该难题，且更严峻。因当时中国有数千年的皇权历史，皇权神圣观念在一般民众心中根深蒂固。晚清预备立宪，于1908年将《钦定宪法大纲》颁行，它规定皇帝总揽司法权，通过委任审判衙门遵钦定法律行使。^[59] 各级审判厅及其法官行使司法权的依据是皇帝授权，其司法权威可借神圣皇权得到强化。民国成立，主权在民代替了主权在君，审判厅及其法官行使司法权的主要依据本应是宪法。但整个北洋时期，没有一部正式生效的宪法，其他宪法性文件也没什么权威。宪法自身不具权威，更不能保证由其授权的审判厅及其法官的权威。

问题还要解决。许世英于1912年出任司法总长，提出司法改革方案。他认为，中国须在追求司法独立道路上坚定地走下去，才能真正克服眼前不满人意的司法现状，但在设置新司法机构时，必须考虑到人、财等诸多困难情形，调整晚清设置审判厅的冒进倾向，改为分期分区域逐步设立。在大多数未设立地区，选拔合格人员充任专审员，使司法、行政逐渐分离。等到条件具备，再把新式审判机构渐渐推行全国。^[60] 随后梁启超短期出任司法总长，于去职前夕，据其观察和思考，提出司改建议。他不认同许世英将司法现状不满人意的原因归于大转型过程中的应有现象，而是“前此改革太骤，扩张太过。锐进之余，乃生反动……今当矫枉，宜勿过正”。^[61] 尽管两人司改主旨有别，但他们都观察到司法现状

[54] 参见李启成：《宣统二年的法官考试》，台湾《法制史研究》第3期（2002年），第206页以下。

[55] 参见前引〔40〕，瞿同祖书，第35页以下。

[56] 前引〔21〕，故宫博物院明清档案部编书，第882页。

[57] 同上书，第883页以下。清末民初在舆论界甚有影响的黄远庸即与陈宗蕃交好，对陈氏该条陈评价甚高，认为它是朴实有心人写的朴实文。参见远生：《陈宗蕃条陈司法独立书后》，《丛志日刊》一九一〇年十一月初四日，第7页以下。

[58] 吉同钧：《律学馆第五集课艺序》，载《乐素堂文集》卷五，北平杨梅竹斜街中华书局铅印本。

[59] 参见上海商务印书馆编译所编纂：《大清新法令》第一卷，商务印书馆2010年版，第119页。

[60] 参见许世英：《许总长司法计划书》，《司法公报》第1年第3期（1912年12月）。

[61] 梁启超：《司法总长梁启超呈大总统敬陈司法计划十端留备采择文》，《政府公报》1914年5月9日，第720号，第21页以下。

让人不满意，重要表现之一是新式司法机构和法官的权威成问题。许世英曾感慨：“吾国司法方在萌芽，基址未致巩固，非常之原，又为黎民所惧。闻人且侈为平议，矧在庸流？通都尚胥动浮言，矧为僻壤？况法律知识未尽灌输，骤语以宪法之条文、共和之真理，鲜不色然骇者。至于法院，则更多不识其名。”〔62〕梁启超亦云：我国推行司法独立之制“亦既经年，乃颂声不闻，而怨吁纷起……人民不感司法独立之利，而对于从前陋制，或反觉彼善于此……法庭之信用日坠，而国家之威信随之，非细故也。”〔63〕

不论是较稳健的许氏司改主张，还是被目为更保守的梁氏司改方案，以及受此影响出台的审检所制度、县知事兼理司法制度等，都没能明显提升民初的司法质量，人们对司法依旧很不满意。故在1927年第一次国民革命成功后，国民政府在“党治”理论指导下，即开始了部分摒弃司法独立精神的“司法党化”。近代中国司法改革不已，改来改去其效果皆不如人意，甚至予人每况愈下之感，其中原因除了整个社会转型难度太大，是否还有司法制度设计方面的内在原因呢？笔者认为答案是肯定的。

北洋时期除较少数区域有新式审判厅负责司法事务外，在绝大多数地方曾短暂推行过审检所制度，后由县知事兼理司法制度取代。在审检所制度下，设专审员或帮审员负责案件之审判，由县知事承担检察事务。该制度本是许世英以司法独立为旨归，为未设法院各县将来创设法院的过渡举措，但在施行过程中必然遇到专审员或帮审员与县知事的权力配置问题，这是此制度“兴勃亡忽”的根本原因。〔64〕县知事兼理司法制有回归传统州县官坐堂问案之形，但其神却与传统迥异。“兼”即表示县知事的本有职权不包含司法在内。在传统治理道里，州县官坐堂问案乃天经地义，不可能有“兼”的问题存在。该制度是袁世凯应梁启超建议而予以施行。〔65〕梁氏之所以建议施行此制，源于他眼见新式审判厅、审检所在民众中缺乏威信。〔66〕他希望运用传统州县官的权威，以县知事兼理司法的形式来缓解人们对现有司法制度的不信任。这种新旧杂糅、名不正言不顺的兼理制度不能唤起人们对司法的信任，也不能真正树立司法权威。因为在兼理制度下，尽管法令赋予了承审员一定的司法权，但作为县知事的佐理属员，承审员只不过是从小国家领取俸禄的刑名师爷。

清末民初的所有政法改革都以推动立宪而获得正当性根据，其间两次帝制复辟，主事者皆不敢撇开立宪回归专制，他者更遑论矣。每经过一次政治大变动，当权者更明白认识到立宪作为政法意识形态的威力，尽管内心多未必以为然，但口号却喊得更高更响亮。在这种氛围中，思不出其位就成为常态。即便有人像梁启超那样，看到了司改后司法机构和法官在民众中的权威下降，也只能在通常所认为的司法独立架构下展开批评或提出相应的改进举措，而没能反思在传统官府外新建各级审判厅是否真正有助于司法独立这一理念的实现。筹建新式审判厅并由法官行使司法权这一本属具体举措范畴的制度选项，已与司法

〔62〕 前引〔60〕，许世英文。

〔63〕 梁启超：《政府大政方针宣言书》，载《饮冰室合集》第四册，中华书局1989年版，第121页以下。

〔64〕 唐仕春：《北洋时期的基层司法》，社会科学文献出版社2013年版，第69页。

〔65〕 梁启超：《司法总长梁启超呈大总统详陈司法改良各办法恳特颁明命一力主持等情请钧鉴文》，《政府公报》1913年12月31日，第597号，第35页以下。

〔66〕 1913年底梁启超在“复魏祖旭书”的信函中讲：“改革以来，法官尊严不立，法庭威信不行，来函所称赣省各处法院精神形式较旧日州县衙署且有过之，斯则益予反对者以口实，大为司法前途之累。”丁文江等编：《梁任公先生年谱长编（初稿）》，中华书局2010年版，第360页。

独立乃至整个立宪连为一体，渐渐演变成一种根深蒂固的思维定式和极具力量的意识形态。政治不上轨道，兼理司法制度本身名不正言不顺，整个北洋时期不仅没能建立起司法权威，反而离一般民众的期望越来越远。

结语：法律继受中的“制度器物化”特征及其根源

尽管固有治道中没有权力分立与制衡的观念和相关制度设计，但在帝制中国，与近代司法最相近似的“刑名”事务却是各级官府的核心职能。用近代权力分立系统下的语词来描述这一现象，“司法官兼理行政”较之“行政官兼理司法”更切合实际。欲树立司法权威，固有治道中有相当的资源可予参酌运用，完全新起炉灶未必能有效树立起司法权威。因权威的树立，尤其是制度权威的树立需要长时间的经验积累，非朝夕可为功。如能吸收那些已经数代人千锤百炼累积起来的相关经验，当可收功倍之效。可惜司法改革者没能充分注意及此，导致固有治道与近代司法革新基本没有正面关联。即便偶有联系，尚属负面，即固有治道与权力分立和制衡凿枘不投而成为近代制度革新的障碍。晚清、民国持续进行改革，司法现状却难以令人满意，司法权威长时期没能有效树立。尽管原因较复杂，但这跟司法革新没能从固有治道吸取养分有关。

近代司法革新如此，整个法律领域又何尝不然。中国法律近代化是中国近代社会转型的一方面，而中国近代社会转型又是分阶段逐步演进的。梁启超于20世纪20年代应《申报》馆之约，著有“五十年中国进化概论”一文。他总结了之前五十年间中国历史演进之特征，即近代中国向西方学习先后经历了器物、制度和文化的三个阶段。梁氏的归纳在细节上不无可议，但与近代中国向西方学习轨迹大体吻合。近代中国第一次大规模学习西方制度的时间集中在自甲午到新文化运动间的二十年，在这个阶段，“都是觉得我们政治法律等等，远不如人，恨不得把人家的组织形式，一件件搬进来，以为但能够这样，万事都有办法了。”〔67〕这一时期的制度变革成为中国近代法制的最重要奠基阶段，以后的演变终归“丸不能出于盘”。

中国人学习西方所经历的器物、制度和文化的三个阶段，并非泾渭分明：在接受器物阶段也有零星的制度和文化的介绍，在制度继受阶段不免还有前一阶段学习器物时的特征。近代中国人在继受制度时带有前一阶段模仿器物方面的惯习，笔者将这种惯习称为法律继受中的“制度器物化”，即继受主体在继受制度时，长期沿袭了前一阶段学习器物的思维模式，即将制度当成一孤立、静止的器物来看待，从而将制度物化。中国近代司法革新，即带有这种“制度器物化”的特征。其重要表现是机械照搬域外，尤其是日本的具体制度设计，而基本忽视制度所要发挥的功能乃至其背后所承载的文化精神。经此种机械照搬，由继受而来的新制度明显产生不了该制度在其母国所具有的良性功能，反而引发意想不到的副作用。继受主体先是强撑；待强撑已是势所难能，遂轻率改换门庭，病急乱投医；或另觅继受对象，将原先的继受过程再来一遍。或者将眼光转向传统，择其与继受制度多不相容之部分遽尔恢复，美其名曰矫枉过正，以粉饰其苟且简陋之习。影响所及，不论是继受

〔67〕 梁启超：《饮冰室合集》第五册，中华书局1989年版，第43页以下。

新制还是传统旧制，皆因此蒙上恶名，为国人所鄙弃。久而久之，渐成积重难返之势，白纸上画新图，遂成为不二之选择。这种种现象在近代中国一再出现，县知事兼理司法即为其著者。

关于法律继受，大致可分制度、功能和精神三个层面。其中，制度继受最容易，功能抉择较难，精神层面的融汇更是难上加难。换言之，即成功进行法律制度继受，继受主体先需把握制度背后的精神，接着侧重从功能层面思考，最后根据继受方的具体情况灵活创设合适新制度。继受主体在进行具体的制度设计时，切忌胶柱鼓瑟、照抄照搬，而要充分考量具体制度在其母国所发挥的功能及相关条件，在所属文化系统中发掘其精神内涵。

在法律继受初期，因继受主体对继受对象缺乏较深入系统了解进而产生寻新猎奇的心理，出现程度不同的制度器物化倾向，本为一常见现象，不足为怪。但这种制度器物化倾向基本贯穿了近代中国之始终，且有愈演愈烈之势。如以复兴中华法系作为重要目标的国民政府，其引以为傲的立法事业就是六法全书之出台，《中华民国民法》更为其代表。吴经熊曾这样评价该法典：“我们试就新《民法》从第一条到第一二二五条仔细研究一遍，再和《德意志民法》及《瑞士民法》和‘债编’逐条对校一下，倒有百分之九十五是有来历的，不是照账誊录，便是改头换面。”关于其原因，吴氏认为立法者煞费苦心，进行了艰苦细致的选择工作，只不过是特殊社会情势导致条文偶合，“刚好泰西最新法律思想和立法趋势，和中国原有的民族心理适相吻合，简直是天衣无缝。”^[68]蔡枢衡不认同吴氏的解释，他认为此种情况恰恰反映了近代中国法律与社会不相适应，乃“殖民地半殖民地风景”之表现，深层原因是法律和法学缺乏民族自觉。^[69]蔡氏对近代中国法制和法学的批判，因其坚实的理论基础和对社会状况的尖锐洞察，无论在当时还是今日看来都非常深刻。

包括司法制度革新在内的近代中国法律继受过程中的制度器物化现象之所以长期存在，且势头并未随继受主体对继受对象的认识逐渐深入而消减，其背后确实有极其浓厚且普遍的社会思想意识根源。蔡枢衡实际上已概括性点出近代中国法律和法学缺乏国族自觉。其实，缺乏国族自觉不单单存在于近代法律和法学领域，还广泛存在于近代中国的方方面面。帝制中国在周期性的王朝衰落期遭遇列强，无力进行有效抵御，在多次丧权辱国后，被迫学习西方，开始近代转型。在这转型过程中，因列强过分迷信武力和中国自身难以近代化以寻求自保，^[70]随着中国民族危机日深，国族心态日渐失衡，自卑与自大这同一心理的一体两面，交互激荡，愈趋极端。持自卑心理者多主张不加抉择充分西化，持自大心理者多坚持固有传统。前者不免惟洋是从，后者沦于抱残守缺。法律改革者多有自卑心理，且急于求成，最好毕其功于一役，故在选择继受对象时，侧重最简单省事的最新具体制度和条文的照搬，根本不愿也无暇无力从制度在母国所发挥的功能及所属文化系统之内在精神层面加以审慎考量，遂不免择焉不精。反对论者则多有自大心理，对改革者照搬制度和条文不以为然，多从该新制度、新条文在继受国所生之消极后果角度予以激烈批评，但因他们对继受对象的了解一般较改革者为逊，只能诉诸情感或以有限的经验立论，故多语焉不详。

[68] 参见吴经熊：《法律哲学研究》，清华大学出版社2005年版，第172页以下。《中华民国民法》颁布时共五编1225条，参见居正等编：《新订国民政府司法例规》第一册，1940年版，第647页以下。

[69] 参见蔡枢衡：《中国法理自觉的发展》，清华大学出版社2005年版，第28页以下。

[70] 参见郭廷以：《近代中国的变局》，台湾联经出版事业股份有限公司1987年版，第93页以下。

因国族自觉意识的匮乏，故不论是法律改革者还是反对者，都难以平心静气探究本国固有传统和继受对象在其母国所发挥功能及相关条件，更遑论其背后成系统的文化，只能进行最表层、最简单的条文照搬和制度模仿，难以在功能和文化精神层面进行较高层次的制度继受，制度器物化遂成为近代中国法律继受的明显特征。

近代中国法律继受的制度器物化在司法领域的最集中表现，就是从条文上照搬、具体制度上模仿列强（尤其是日本），根本没有深入考察固有治道之得失，将传统官府归入行政范畴，在对传统官府略作变革之后，新建各级审判衙门，以经考试合格并略加培训的法官来行使司法权。这种完全没能借助固有资源来进行的制度建设，是近代中国司法权威难以有效确立的重要原因。

尽管如此，近代中国在行政官署外新建法院系统并以新式法官行使司法权的模式在晚清被确立之后，经民国延续至今，已成新传统。往者已逝，来者可追。法史研究既要直面过去，又需关照现在和未来。故本文对该模式及其背后的法律继受制度器物化特征的批判，并非是要颠覆此种新传统，而是藉此指出在法律继受依然进行且变得越来越重要的当下，必须超越制度器物化阶段——继受主体进行条文照搬和具体制度的简单复制，而应重点从作为具体制度的继受对象在其母国所发挥功能及其条件的分析入手，充分考量其所属文化系统之精神，结合本国传统及其影响下的相关国情，灵活设计具体的制度设施。换言之，继受主体须超越机械制度移植，从功能和文化系统的深层次来处理法律继受问题。要做到此点，最关键的是继受主体须具相当的国族自觉。如此，方有可能促进法律转型之顺畅。

Abstract: In imperial China, there was no separation of powers, but only some functional divisions of labor between various government organs. Hearing cases was the core function of bureaucracy at each level. Therefore it is more accurate to describe bureaucrats in imperial China as judicial officials concurrently in charge of administrative affairs, rather than administrative officials concurrently in charge of judicial affairs. Reformers in modern Chinese history established new courts and select judges by examinations to improve judicial independence. This kind of institutional design ignored the traditional Chinese way of governance and had the distinct characteristic of materialization of institution. The reformers' lack of national self-consciousness had directly impeded the establishment of judicial authority and the transplantation of law at the functional and spiritual level in modern China.

Key Words: materialization of institution, national self-consciousness, judicial authority, transplantation of law
