



A Study of Judicial Resources
in the Trial System of Modern China
(1906 - 1928)

娜鹤雅
著

旧谱新曲

近代中国审判制度中的
司法资源研究



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



更多法律电子书尽在 docsriver.com 商家巨力书店

版权信息

旧谱新曲：近代中国审判制度中的司法资源研究/娜鹤雅著. —北京：北京大学出版社，2022. 1

ISBN 978-7-301-32687-9

I. ①旧… II. ①娜… III. ①审判—法制史—中国—近代
IV. ①D925.02

中国版本图书馆CIP数据核字（2021）第216296号

书 名 旧谱新曲：近代中国审判制度中的司法资源研究

JIUPU XINQU: JINDAI ZHONGGUO SHENPAN ZHIDU ZHONG DE
SIFA ZIYUAN YANJIU

著作责任者 娜鹤雅 著

责任编辑 刘文科 沈秋彤

标准书号 ISBN 978-7-301-32687-9

出版发行 北京大学出版社

地 址 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址 <http://www.pup.cn> <http://www.yandayuanzhao.com>

电子信箱 yandayuanzhao@163.com

新浪微博@北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书

电 话 邮购部 010-62752015 发行部 010-62750672 编辑部
010-62117788

未经许可，不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有，侵权必究

举报电话：010-62752024 电子信箱：fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题，请与出版部联系，电话：010-62756370

目 录

[版权信息](#)

[序](#)

[序](#)

[引言](#)

[第一章 清朝末年的司法费](#)

[第一节 司法费的诞生](#)

[第二节 司法费之司法收入](#)

[一 讼费](#)

[二 状纸费](#)

[三 罚金](#)

[四 其他收入](#)

[第三节 司法费之司法支出](#)

[一 按察司与提法司](#)

[二 发审局](#)

[三 监狱](#)

[四 审判厅筹备处及审判研究所](#)

[第四节 司法支出之审检厅费](#)

[一 审检厅准备费](#)

[二 审检厅运营费](#)

[三 审检厅费的来源](#)

[第五节 各省审检厅费的筹措之方](#)

[一 审检厅费的足与不足](#)

[二 地方变通之策](#)

[第二章 北洋政府时期的司法费](#)

[第一节 北洋政府的国库收支](#)

第二节 司法费收支

第三节 司法费整备

一 审检厅废止与司法费削减

二 司法收入的整理

三 经费流用

第三章 清朝末年的司法人员

第一节 司法人员之必要人数

一 京师各司法机关

二 地方各省审检厅

三 省城及商埠审检厅

第二节 司法人员选拔与任用

一 司法官考试实施前人员选任

二 司法人员的培育

第三节 司法官考试与录取

第四章 北洋政府时期的司法人员

第一节 中华民国成立与司法人员改组

一 中华民国成立与清末留任司法旧员

二 京师司法人员改组

三 地方司法人员改组

第二节 司法官考试严格化

一 甄拔司法人员考试

二 司法官考试

第三节 审检厅裁撤与司法人员供需

第五章 清朝末年的审判制度

第一节 清代审判制度

一 清代常规审判制度——逐级审转复核制

二 清末新式审判制度——四级三审制

第二节 清末刑事审判程序

一 京师刑事审判程序

二 顺天府刑事审判程序

三 地方刑事审判程序

第六章 北洋政府时期的审判制度

第一节 民国初年审判厅状况及整备

一 民国初年审判厅状况

二 司法机关整备与审判厅裁撤

第二节 北洋政府时期刑事审判程序

一 京师刑事审判程序

二 地方刑事审判程序

第七章 覆判制度的适用

第一节 覆判的制度设计

第二节 清末覆判制度适用

一 覆判制度的实施

二 覆判制度与审判程序

第三节 北洋政府时期覆判制度的发展

一 民初一般刑事审判程序

二 北洋政府建立之初的覆判制度（1914年以前）

三 1914年之后的覆判制度

结语

参考文献

序

高见泽 磨^[1]

本书以司法资源为视角，描绘了中国近代法史，尤其是清末至中华民国前期司法制度形成的历史。

司法资源，是指国家司法活动中投入的必要的资源，本书以财源和人才作为主要研究对象。在绪论开头之处，本书即对资源和司法资源进行了说明，但未给出精细且确定的定义。这是一种明智的学术态度，也将本书引向了成功。

无论是在读后形成的印象中，还是在读前就已持有的先入为主的观念中，清末民国前期都被读者认为是因财力与人才不足而未能全面构建起近代司法制度。从大体上来看，这一认识并没有错。本书的贡献之一，即是通过史料对该认识进行了证实，但本书的贡献不止于此。

资源，就广义而言，包括一切可资利用的人、物、事。若以此观点来看，仅仅指出财力与人才的不足是不够的，在当时人们所花费的精力以及所付出的努力也是资源的一种。而对此做出了实证性的论述，是本书的第二点贡献，这与第一点贡献同等重要。例如，本书对于传统能否作为资源的问题，做出了可能性的回答。本书论及县知事兼理司法与覆判，初见给人以回归传统的印象，甚至可以描述成与近代司法独立难以相容的制度，但这同时也可以看作是在有限财力和人力境况下的一种苦心的设计，而传统为此提供了选择。“税”是国家财政必要来源的基础，在清代至近代中国史中颇有意思的

是，“税”不足时用“费”，“费”不足时用“捐”（或其他与之相当的物）。本书在描述确保财政来源的努力中，亦可看到这一传统。此外，在本书中我们还可以看到，为了应对艰难状况所采用的权宜措施的制度化的过程。

在本书中，“审判制度”与“司法”主要是由司法官及其手下工作的书记官等来负责，“律师”并非作为研究的直接对象。关于中国近代律师制度的研究，学界已积累了相当的学术成果，若能与之结合起来阅读，将有助于更好地理解本书。

本书作者于2005年4月作为东京大学东洋文化研究所访问研究员进行了为期一年的研究，在此期间将其硕士论文《清末就地正法研究》（中国人民大学清史研究所）翻译成日文，并作为东京大学研究生院法学政治学研究科博士课程入学考试的审查论文进行了提交（该博士课程审查论文原则上要求是日语或英语论文）。经过论文评价以及笔试和口试，作者最终被东京大学研究生院录取并进入法学政治学研究科学习。而本序言的执笔者是作者在东京大学东洋文化研究所担任访问研究员时的接收教员，也是其在博士课程阶段的指导教员。自2006年4月起，作者即开始开展其博士课程毕业论文的研究，至2011年3月最终以博士论文《清末民国前期近代审判制度形成过程研究——以“司法资源”为视角的考察》获得了法学博士学位。对日本有所了解的读者，大概能从2011年3月这个时间想到东日本大地震，虽然东京在这次大地震中未受到严重损害，但东京大学却未能如期举行该年度学位授予仪式。这一遗憾的心情，对于2011年3月毕业并取得学位的人们而言是共通的。此后，作者入职中国人民大学法学院执教。而本书是作者在其博士论文基础上，进一步充实后的成果。

正如本书引言中学术综述部分所言，中国近代法史研究是自20世纪80年代开始才日渐活跃起来的。清末以前的中国法制史（在中国大

概一般称作中国法律史)是法史学的重要分野,正如继受了律令制度与礼制的日本一样,清末以前的中国法制史对于法学和历史学而言都是不可或缺的研究领域。此外,中国法是以经济关系和家庭关系为中心,加上来自实务的需要,对于外国人而言中国法的研究亦是重要的研究对象。而与之相比,清末至中华民国时期或者说中国近代法史就成为了研究相对薄弱的领域。在本世纪初,年轻研究者才开始积极对此进行研究,或者说是从这个时期开始才有了成果的产出,而作者正是这些研究者中的一个。

本书在第三章对日本司法人才制度略有涉及。从中可以看到,即便是近代日本,司法资源与近代法律制度构建之间也存在着紧张关系。对于中国和日本而言,西方近代型法的构建目的之一在于不平等条约的改正,其中涉及作为主权国家独立的实质化,因此时间要素也成为一项重要的资源。1894年,在中日甲午战争前夕,日本与英国缔结了《日英通商航海条约》,为了撤废治外法权,日本须在5年内完成西方近代型法律尤其是民法典的制定。对于日本而言,这一方面促进了民法典的编纂,但另一方面也迫使日本在未等到欧洲法律新进展尤其是德国民法典制定的情况下就进行了立法。虽然时间因素在本书中未加明示,但从本书描绘的当时肩负构建司法制度的人们的各种努力与苦恼中,亦可见到时间的重要性。此外,本书还描述了中国近代法史中检察制度的薄弱。出于维护治安的需要,警察制度须投入必要的资源,但当时的审判制度采用的是职权主义与纠问主义,审判程序是由法官主导推进,这种境况之下的检察制度就变得相对次要了。在日本近代法史初期,也存在着上述类似的情况。就国家财政整体而言,军事费造成了巨大负担,而在建设现代国家所需的各项事业中,除司法外,还包括警察、教育、卫生、产业等多个方面,对此本书在谈及军费问题时也有所涉及。

本书以实证的方式展示了中国近代法史，尤其是其前半史，从与近代保持独立的亚洲诸国以及殖民体制下形成近代法体系的国家地域进行比较研究的角度来看，本书是一部重要的学术成果。

2021年3月21日

序

高見澤 磨^[2]

本書は、「司法資源」の観点から中国近代法史、とくに清末から中華民国前期の司法制度形成の歴史を描くものである。

司法資源とは、国家の司法活動に投ぜられる、または、必要とされる資源であり、本書の主たる対象は、財源と人材とである。資源や司法資源についての説明は本書緒論冒頭において行われている。しかし、細部にいたるまでは確定的な定義を与えていない。このことは、賢明な学術的態度であり、本書を成功に導いている。

読者が読後に受ける印象にしても、あるいは本書を読む前に持つ先入観にしても、清末・民国前期においては、財力の不足と人材の不足とから、十分な近代的司法制度を形成することができなかった、というものであろう。大筋ではそれは誤りではない。本書の功績の第一は、そうした状況を、史料を用いて実証的に示した点にある。しかし本書の功績はこれに尽きるものではない。

資源とは、広義には、利用可能な人・物・事象の全てである。そうした観点に立ったとき、財力の不足と人材の不足を指摘するだけでは足りない。その場にいた人々の工夫や努力もまた資源となる。この点をも実証的に描いたことは、本書の功績の第二であり、それは第一の功績とほぼ同等のものである。例えば、伝統は資源となりうるか、という問いにも回答の可能性を示している。本書において論じられる県知事兼理司法や覆判は、一見すると伝統復活の印

象を与え、近代的な司法の独立とは相容れない制度として描くこともできるが、他方では、限られた人材や財力の中でのやむを得ざる工夫であって、伝統が選択肢を提供しているとみることもできる。また、必要とされる財源の基本は「税」であるが、清代から近代に至る中国史の興味深い点は、税で不足するときには「費」を用い、それでも足りない場合には「捐」（またはそれに相当するもの）を用いることである。本書が描く財源確保の努力の中にも伝統を見いだすことができるであろう。さらに、苦しい状況に対処するための便宜の措置が制度化していく過程を見いだすであろう。

本書の「審判制度」や「司法」は、主として司法官およびその下で働く書記官等によって担われるものであり、「律師」は直接の対象ではない。しかし、中国近代律師制度については、学界に相当の学術成果の蓄積があるので、これと合わせ読むことで、本書をより理解できることと思う。

著者は、2005年4月から1年間、東京大学・東洋文化研究所の訪問研究員として研究を行い、その間に自身の修士論文（中国人民大学・清史研究所）「清末就地正法研究」を日本語訳し、東京大学・大学院・法学政治学研究科・博士課程入学試験受験のための論文として提出した（同博士課程において、審査のために提出する論文は原則として日本語または英語と定められている）。この論文に対する評価と筆記試験・口述試験の成績とにより入学が認められた。序執筆者は、著者が訪問研究員であったときの受入教員であり、博士課程における指導教員である。2006年4月からは同博士課程において博士学位請求論文作成のために研究を進め、「清末・民国前期における近代裁判制度形成過程の研究-「司法資源」の視覚からの考察」を以て2011年3月に博士（法学）の学位を取得している。日本のことを知る読者は、2011年3月という言葉から、東日本大震災を想起する

であろう。東京の被害は大きくはなかったが、学位記授与の典礼は行われなかった。残念な気持ちは、2011年3月に卒業や学位取得を果たした人々にとって共通のものであろう。その後中国人民大学・法学院に職を得て教壇に立っている。本書は、博士論文を基礎にさらに内容を充実させたものである。

中国近代法史研究は、本書緒言の「学術綜述」にあるように、1980年代頃から少しずつではあるが、活発に行われるようになった。清末以前の中国法制史（中国では中国法律史という言い方が一般的かもしれない）は、法史学の重要な一分野であり、日本のように律令制度や礼制を継受した場合には、法学・歴史学いずれにとっても不可欠の研究分野である。また、中華人民共和国法研究については、経済関係や家族関係を中心に、実務の要請もあり、外国人にとっても重要な研究対象である。これらと比べると清末から中華民国の時期のいわゆる中国近代法史は研究蓄積の薄い分野であった。著者が日本に留学した今世紀初頭は、若い研究者が中国近代法史を積極的に研究を始め、あるいは成果を挙げ始めた時期であり、著者もそのひとりである。

本書は、第三章で日本の司法人材の制度について若干触れている。このことから日本近代においても、司法資源と近代法制度形成との緊張関係をうかがうことができる。中国や日本にとって西洋近代型の法整備の目的のひとつは不平等条約改正であり、主権国家としての独立の実質化とも関わって、時間という要素もまた重要な資源であった。1894年、日清戦争直前に日本はイギリスとの間で日英通商航海条約を締結、治外法権撤廃のために5年間に西洋型の近代法制とくに民法典を制定することが必要となった。このことは法典編纂を促進したという側面とヨーロッパにおける新たな法の進展、とくにドイツ民法典制定を待つことなく立法することを迫られたと

いう側面とを有する。こうした時間の要素は、本書においては、明示はされていないものの、本書によって描かれる司法制度形成の責めを負った人々の各種の努力や苦悩から時間の重さを知ることができる。また、中国近代法史における検察制度の弱さも描かれている。治安を維持するために警察制度に資源が必要であり、また、裁判制度が職権主義的で糾問主義的であって裁判官の主導で手続が進む場合には、検察の重要性は相対的に低くなる。このことは日本近代法史においても、その初期には類似の状況があった。国家財政全体で言えば、軍事費は大きな負担となり、また、近代国家として整備しなければならない項目は司法以外にも、警察・教育・衛生・産業など多岐にわたった。この点についても本書は軍費との関係で言及されている。

本書が実証的に示した中国近代法史、とくにその前半史は、独立を保った他のアジア諸国や植民地体制下で近代法形成が行われた他の地域との比較を考える上でも重要な学術成果である。

2021年3月21日

引言

司法资源

何为资源？《国语辞典》将“资源”解释为：“资材之源，如言物的资源、人的资源。”^[3]《辞海》将“资源”解释为：“资财之源，一般指天然的财源”；亦指“一国或一定地区内拥有的物力、财力、人力等各种物质要素的总称”^[4]。恩格斯在《自然辩证法》中称：“政治经济学家说：劳动是一切财富的源泉。其实，劳动和自然界在一起，它才是一切财富的源泉，自然界为劳动提供材料，劳动把材料转变为财富。”^[5]可见，资源不仅是指客观存在的自然资源（如土地），作为社会资源的人的劳动投入亦被看作资财之源。而人的劳动投入，既包括看得见的物质形态的资源如人力资源、财力资源等，也包括看不见的资源如管理资源、智力资源等。^[6]

资源，亦被认为是一个经济学概念，经济学中的“资源”被定义为“生产过程中所使用的投入”^[7]。20世纪60年代，以罗纳德·科斯和理查德·A.波斯纳为代表的西方法律经济学者，开始以经济学效率观点分析法律形成、架构与运作方式，经济学中的“资源”概念被运用到法学领域，司法资源成为人们关注与讨论的对象。^[8]关于司法资源的定义，目前并无统一的解释。有学者将司法资源定义为在制度和规则履行过程中在带给当事人或行为者利益或成本的同时所消耗的人力成本、物质成本以及机会成本^[9]；有学者认为司法资源包括法院所拥有的法律资源、体制资源、物资资源、人力资源以及公信力资源等^[10]；也有学者认为司法资源是以司法程序解决社会矛盾的物力、财力、人力等物质要素的总称。^[11]

不仅在当代，司法资源问题，在近代中国也是被关注的焦点。

近代关于司法资源的讨论，是源自清末中国近代化司法改革的开始。步入近代以前的中国，其统治机关被划分为若干层级，中央机关根据统治行为划分出的事务内容的不同被细致地进行了区分，不同的中央机关拥有不同的职权范围，但越接近地方，尤其是基层，机关的职权越具有统括性。因此，在地方，从州县到省，各级行政长官不仅要掌管所管辖地区的行政事务，同时对作为统治重要一环的司法审判也具有兼管的职责。传统中国的这一制度模式，被称为“行政兼理司法”。以州县为例，作为州县最高行政长官的州县官不仅掌管着地方土地、税收、水利、吏治、教化、治安等一切事务，更是全州县唯一的正式“法官”，并且集司法侦查、起诉、审判于一身。在“行政兼理司法”的模式下，传统中国从皇帝到督抚再及州县官，“基本是一人国家，一人政府，一人衙门，是上下‘一套班子’的权力结构”，纳税人只需负担一套班子的行政经费即可。^[12]但自近代以来，中国面对着“三千年未有之大变局”，出于维护统治与废除领事裁判权的需要，开始仿照西方国家预备立宪，推行近代化的司法改革。近代化的司法改革带来的是司法的专业化与职业化，从司法机关、司法人员，到审判程序都脱离了原有的行政框架而“另立门户”。但在行政体系之外重造审判体系，无疑会带来司法资源的紧张，这主要表现在清末民初新式司法机关筹设与运作中投入的司法经费与司法人员的不足。对此，1909年山东时任巡抚孙宝琦与前任巡抚袁树勋就山东审判厅筹办事宜联名上奏中有所体现^[13]：

查司法独立为吾国现行财政一大变更，自非通盘筹划，则事倍而功或不半，财伤而民亦愈劳，臣树勋业于本年五月内详细奏陈，以为此项各级审判成立，按照《法院编制法》所设各员，每一州县岁需俸薪一项，已在三万两左右，合全国各府厅州县计，

岁费约五千万两，建筑尚不在内，国家无此人才，抑亦无此财力。

近代审判体系的重造，除了造成司法资源紧张外，还必然会造成新旧审判制度/程序间的矛盾与冲突。而矛盾与冲突的发生，不仅影响到制度/程序应有机能的发挥，妨碍司法公正的实现，更会损害到制度/程序乃至司法机关的权威。1913年江苏省都督程德全在给总统袁世凯的上呈中，对江苏省司法机关现状提出了尖锐的批评，批评除涉及司法经费与司法人员外，还论及新式审判机关司法公正与司法权威的问题^[14]：

江苏自光复以后，省议会议决本年司法经费至百八十万之巨，各县审检厅成立至百四十处之多。问其官吏，则法政速成之人才，殆已搜索罄尽；问其经费，则议案有其名而实际无着，大都向县知事挪借以度日；征其成绩，则人民之不服裁判及呼冤控诉者，其踵相迎，其趾相接，而一般剧匪巨盗翻且欣欣然有喜色而相告曰：某处审判厅成立，吾侪永无就戮之日矣，某处检察厅成立，吾侪永无就逮之日矣。

学术综述

清末民初关于司法资源的认识与讨论，为民国所延续，作为近距离的观察者，甚至是中国近代司法改革的亲历者，民国学者亦多认为司法经费与司法人才不足是阻碍中国近代司法改革的原因所在。蔡枢衡称：“顾司法改革之困难，其初在才财二难，至今似亦未变其性质。”^[15]楼桐孙在《法学通论》中指出：“我国设有法院，历史未久，为一种新的制度。但依一般观察，在各种新政中，如议会、警察等，当推法院成绩，比较最为优良。然因经费及人才种种关系，以视欧西各国司法机关的组织，相去仍远。”^[16]此外，张一鹏、李浩儒等

人也持相同观点。^[17]然而，限于民国学者研究多为概述性论述，缺少细致的解读与分析，近代中国司法资源状况如何并不十分清楚。

关于近代司法转型的研究，真正起步于20世纪80年代。自20世纪80年代以来，以张晋藩、岛田正郎、黄源盛、韩秀桃、徐小群、李启成等为代表的学者，分别从法律编修、司法独立、法院设置等视角展开研究，取得了相当数量的研究成果。^[18]在这些研究成果中，徐小群开始注意到民初北洋政府时期的司法财政问题。这部发表于2008年的关于中国20世纪初司法改革的英文著作^[19]，对于民国时期的中央、江苏省以及江苏各县司法财政状况进行了专章讨论，认为近代中国司法机构和司法程序的全面转型面临着两个历史性问题的制约，其中之一即是司法机构和程序规范化所带来的财政开销问题。^[20]继徐小群之后，唐仕春通过地方志研究亦表明，北洋政府时期基层法院的筹设与裁撤等政策制定的背后无一不受到司法经费匮乏的影响，而司法经费来源的地方化亦使法院运作受制于地方行政机关而难以实现司法独立。^[21]

在司法财政之外，司法人员的近代化也为研究近代司法转型的学者们所关注。李启成详述了清末宣统二年（1910年）法官考试的情况。^[22]李超对宣统二年（1910年）法官考试中甘肃和新疆的情况进行了补充，并具体阐述了民初北洋政府时期历次司法官考试情况。^[23]吴永明对民初司法官的考选与培养进行了分析考察。^[24]李在全对清末民初法官来源群体代表即清末旧员与民初新知做了个体分析，并探讨了司法官群体的形成与人事变动。^[25]侯欣一对民国时期西安地方法院包括司法官在内的各类人员进行了研究表明西安地方法院核心人员逐渐具有了专业知识和技能，已区别于传统社会地方衙署官员。^[26]此外，学者们还对民国司法官考试制度模型设计与运作、司法官和司法人才的培育与养成、司法官的考绩惩戒与素养、司法官的生活待遇与薪俸等问题进行了考察与研究。^[27]而上述关于司法人员的研究，更多地是

为我们描画出近代中国司法人员职业化与精英化的历程，基本没有关注到司法人员作为司法资源的存在。不过，也有学者敏锐地注意到相对于司法财政的严峻，司法人员不足具有改善与逆转的可能。李启成认为，“随着法政教育的发展和法官考试制度的完善，逐渐以法政毕业生取代那些来自传统司法体系的人员，在晚清建立一个法官职业团体是可能的”^[28]，但可惜的是李启成对此观点未深加论证。唐仕春的研究则对法院普设所需司法人员数与当时法政毕业生人数进行了比较，指出民初法政毕业生数量大体可以满足当时全国司法人员之需，这对于自民国以来学界关于中国近代司法改革“缺钱少人”的“共识”是一种反思。然而，唐仕春在书中亦言：法政毕业人数够不够用并不必然意味着法政毕业生能顺利进入到司法人员序列，法政毕业生自身的素质以及择业去向的多样化，使得司法人才缺乏问题还是存在，只是不再成为阻碍司法与行政分离的主要因素。^[29]究其对司法人员不足的反思，仍旧没有脱离自21世纪初以来学界关于司法独立的讨论。那么，除了司法独立的视角外，我们是不是还有更多的视角去重新审视与思考清末民初的司法近代化呢？

司法资源与资源相同，在人类社会总归是有限的。司法资源的这种有限性即稀缺性，不仅决定了司法制度要如何使用和配置司法资源^[30]，还决定了司法制度要如何在对公正的无限追求与司法资源的有限性之间作出权衡，使有限的司法资源最大限度地实现司法公正。^[31]本书关注与讨论的，正是近代中国司法资源与司法公正的问题。这一讨论源自清末民初限于司法资源制约，近代司法机关筹设不完全，尤其县一级司法仍采县知事兼理司法，这意味着刑事审判程序必然存在传统与近代两种形态。对于这一过渡性刑事审判程序，从目前研究来看阐释得并不充分，研究多是强调新旧调和的特征，对新旧审判制度及审判程序如何过渡衔接少有论及，从而使得清末民初审判程序实态不甚明了。^[32]另外，以行政兼理司法为特征的传统刑事审判程序与以