

您的位置: 首页 >> 阅读文章

阅读文章

Selected Articles

使用大字体察看本文
阅读次数: 209

近代中国对司法独立的价值追求与现实依归

韩秀桃

内容提要: 司法独立来源于西方近三百年政治革命和文化发展的结晶,是现代司法的核心理念。中国传统司法向来司法行政合一,司法权既无法获得独立,也没有必要的权威。近代已降,面对西方的冲击,在清末新政改革中,传统司法按照西方司法独立的制度框架开始了艰难的近代转型,这一转型成为民国时期法律变迁和司法改革的主脉。本文立足于对司法独立在近代中国的历史发展进程的全面考察,认为近代中国在对司法独立进行价值追求的过程中,逐渐抽空其内在的生命,转而崇拜其外在的空壳,并将这个空壳视为真实的存在,以便于使其依归于中国的现实,实现其一种本土化的选择目标--从理想到现实的转换、从价值理念到工具理念的嬗变。

关键词: 司法独立/近代中国/价值理念/现实选择

司法独立最早是作为一种观念被用来对抗王权的肆意妄为和对民众权利进行切实保护的,其后这种观念在限制王权、保护民权的法律规范中得以体现,并最终以宪法为根据实现其在国家政治制度上完整的建构。回顾其历史发展进程,可以看出,司法独立制度的本身就是一部司法权充分发展的历史,它与权力分立、民主政治是分不开的。中国传统的政治体制下司法、行政向来二者合一,司法权既没有获得充分的独立,也没有必要的权威,完全依附于专制的皇权而存在。因此,建立在三权分立基础上的司法独立与中国传统的司法理念是格格不入的。近代已降,晚清政府在西方的坚船利炮面前被迫选择了以仿行宪政为核心的新政改革,而仿效的对象正是打败自己的对手。这就决定了近代中国在参照西方的政体模式建立现代民族国家的过程中,必须要事先确立一个标准以取舍西方的诸种制度,而这种取舍又是以传统政治资源为依托。具体而言,将立法权、司法权从行政权中分立出来,实行以司法独立为核心的司法改革,对于近代中国而言是作为“救国之因”而不是“治国之果”而存在的。这使得西方化的司法独立的价值取向及其所揭示的制度功能,在近代中国既没有得到充分的理性知识的熏陶,也无法解决政体上的制度性缺损,其结果只能就靠于现实的社会条件。这也是司法独立自传入中国的那一刻起就备受争议的社会根源。于是,对其进行历史的回顾和经验的追思就显得格外的重要。

一、近代中国司法独立的发展历程

建立在三权分立、相互制衡基础之上的司法独立思想,自从其被美国的政治实践变为现实性的制度以后,其制度性的优势到十九世纪中叶已经普遍被西方世界所接受。相比之下,近代中国人对此的认识却是出于无奈之举。“司法独立,而后国家乃有法治之可言。法治非郅治,不得已而出于此途。”[1]而这种不得已而为之的选择,同时也就剥离了司法独立的价值内涵,转而将其变成一种工具性的制度。可以说,司法独立从其传入中国古老土地那一刻起,就是在一种“文化性误读”的状态下被引进的。[2]它之所以被引进,完全是出于一种功利的被动性的需要,这一现状决定了近代中国在引进司法独立思想和制度的时候,对其所具有的内在价值可以先不去管,只求其外在之形。其结果是虽然在表面上遵循了司法独立的原旨,但形式与内容却严重悖离,其后果使得近代中国在最初引进司法独立的过程中,对其现实性几乎没有作出评判,完全出乎理想的安排或者是纯粹理论上的推理与分析。从历史阶段性上看,近代中国的司法独立大体经历了以下五个不同的发展时期。

(一)清朝末年:联想型的司法独立

更多▲

特聘导师

法学所导航

走进法学所

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

博士后流动站

学友之家

考分查询

专题研究

五四宪法和全国人大五十周年纪念专栏

最新宪法修正案学习与思考

公法研究

电信市场竞争政策

证券投资基金法

法律与非典论坛

高度集权、皇权专制的晚清政府决议仿行宪政、进行新政改革就意味着它必须按照西方的政体原则来创建一套新的机制。具体到司法体制而言,即是按照三权分立的政体架构,把立法权、司法权从行政权中分离出来,建立起符合西方法治原则的新的司法体制。从思想来源上看,晚清司法改革的思想及其在此思想指导下所建立的司法独立体制,是在国门洞开、西方法学知识大量传入的情况下,逐渐形成一种社会思潮。司法独立的理念从清末思想界逐渐到为统治高层所认可,从认识的阶段性上说是处于一个从“盲眼”到“独眼”的过渡时期:[3]当时官方或者知识界对于纯粹西方化的三权分立和司法独立的理解,仍然是基于自身的体认和现实的逼迫。尤其是司法主权的丧失,和伴随着治外法权而来的西方司法文明,动摇了人们一系列根深蒂固的传统司法观念,并对清政府司法制度的合理性产生了怀疑。那些亲身目睹西方司法制度的留学人员和在国内亲历洋人法庭审判实情的普通官员,其经历和感悟无疑有助于他们把西方的一套司法理念和制度当作活生生的参照物来批判晚清已经运转不灵的司法体制。这样就决定了司法独立被引入近代中国的初衷,首先是被当作解决几千年中国传统的司法行政合一体制下效率低下、司法腐败的一剂良方。换言之,近代中国司法独立的实践价值并不是来源于对现实社会政治经济条件的考量,而是出于对济世存真方法的追求而存在。这一认识状况和实践价值取向使得清末新政执政者,一开始就从分权、宪政的理想出发,把建立独立的司法体制、实行司法独立视为推行宪政的基础改革工程,认为司法独立即是立宪国之要素,又是法治国之精神所在;并且想当然地认为只要实行宪政改革、推行司法独立,就可以像西方一样尽快富强起来,以摆脱被动局面。这种联想型司法独立改革的重大特征就是执政者在关注西方诸国宪政体制这一目标时并没有对实现这一目标作细致的理解,表现出不顾现实条件而推行诸项司法改革措施,其结果只能是徒具外形而实质未变。如在九年筹备立宪清单中,在既无适当经费又无合适人才且无配套法律的情况下,要求全国各“州县于二年之间悉将各级审判厅期成立”,[4]于是“法官多用旧人;供勘则纯取旧式,刑讯方法,实未革除;律师制度,尚未采用,虽规模初具,亦徒有其名而已。”[5]实际上,上述建立完整的新式法院体系直到民国结束也未实现。

(二)民国初年:理想化的司法独立

经过清末近二十年的政治思想宣传,尤其是许多留学海外知识分子的亲身经历,民国初年的政治环境大为改变,表现在民主共和观念已经深入人心,建立资产阶级民主共和国已经成为全社会的一个基本共识。实行三权分立、摒除人治、推行法治是民主共和政体国家建设的题中应有之义。正因为此,以孙中山为代表的革命党人在建设中华民国的过程中提出了“首重法律”的建国方针。也就是说,新生的民国要通过法律手段来重新整合晚清统治者留下来的破败的社会局面,进行社会秩序构建。但当革命者满怀希望将自己矢志奋斗的法治理想蓝图精心描绘的时候,他们显然没有对新生的中华民国所赖以存在的社会政治基础给予充分的考量。于是,在法治理想向现实社会迈进的过程中,种种的艰险和阻碍层出不穷。而且这种种问题,已经远远超出了司法制度本身的范围,进入了一个更加宽泛的社会领域。[6]因为辛亥革命只是在政治框架上打破了传统的权力结构,但是新的政治秩序并不是建立在一种稳定而既成的社会秩序之上,相反法律所赖以发生作用的社会环境和文化背景在相当大的程度上仍然保持着它的原貌,于是对传统的依赖和就靠也就成了一种必然选择。如在《中华民国临时约法》确定政权体制时,革命派原本希望以责任内阁制代替总统制来限制袁世凯权力以确保民主共和的实现,于是强化立法机关的职权,并加强立法机关对行政机关的限制和约束,因而造成了权力机构之间的不对等,破坏了三权之间的制约机制。作为国家的根本法,这种因人设制、因事设制的做法,对约法的权威无疑产生了重要的影响,更是给整个民国时期各派政治势力玩宪法与国会于股掌之间开了一个恶例。同时《临时约法》有关司法独立的规定同样存在一些先天性的缺陷,如只规定了法院行使审判权,而未规定是司法权,这就从制度上对法院独立行使审判权的一种限制,为其他机关尤其是行政机关由此借入司法审判打开了方便之门。片面强调了法官的独立性,并规定了行政长官对法官选任的权力等等,皆表明了民初司法独立构建过程中对法治理想的追求与适应现实条件过程中的无奈。

(三)北洋政府:形式上的司法独立

民国已降,宪政共和思想、民主法治原则已经成为各个时期的当政者藉此换取社会普遍认可的“招牌”。虽然北洋政府时期是一种典型的是军阀政治统治,所信奉的军事实力和强权,而且每一次政权的更迭都是军事上成败的结果。但任何一个当政者都无法再从“皇帝”身上寻找其存在的合法性,唯有挂出“宪法”的招牌,宣称实行宪政共和和民主法治才能够换取社会层面的认同和支持。宪政体制下,司法独立乃是必然内涵,这使得在整个北洋时期尽管政权走马灯式的更换不停,但对于司法独立却是不能不提的,至少在形式上是如此。只是以建立民主共和国为目标的三权分立思想此时已经退化为以实现军事独裁为鹄的专制思想,司法独立的形式与内容严重地悖离。如在袁世凯授意下制定出的《中华民国约法》首先确立了变三权为一权的政体模式。手握重兵的强权势力当然不能公开地对抗尊重民主共和的誓言,于是将这种势力合法化就成了当务之急。按照这一政治目标,袁记约法从根本上将司法独立所赖以存在和发展的政治基础--民主代议制和三权分立理论做了釜底抽薪式的破坏:即绝对地扩大行政权(即大总统的权力),严格限制立法权和司法权。尽管如此,形式化的司法独立制度在袁记约法中仍然得以体现,以便符合民国的称号。如保障人民享有广泛诉权、实行法院的独立审判、法官的资格和法官的任职保障以及公开审判等。但是,即便

是这一形式上的司法独立,在实践中还受到袁世凯政府以及后袁世凯时期的大小军阀执政者裁撤地方及初级审判庭、实行兼理司法制度和军事审判等制度的严重损害。1923年,在历经十一年的制宪历程之后,民国第一部正式的宪法《中华民国宪法》颁布实施。虽然从条文上看,该宪法从形式到内容更加符合民主共和的宪政框架,如对于司法独立规定不仅强调三权之间的分立,还强调相互之间的制衡;即明确规定司法权的法院专属性,又规定法官独立审判,从而在中国近代史上第一次规定了完整意义上的司法独立制度。但由于它的制订者大都是一些“用选票换支票”议员,使其一开始就背负着贿选的骂名,实施仅一年即被废止。

(四)国民政府(1925-1927):革命式的司法独立

1925年到1927年的国民政府,又称为广州武汉国民政府,其历史背景是建立在改组后的国民党基础上的第一次国共合作,其政权性质是反帝反封建的革命联合政府。随着北伐战争的胜利推进和工农运动的蓬勃开展,沿用清末法律的状况已经不能适应国民革命的需要,司法制度与国民革命之间出现了矛盾。正是在这一背景下,1926年广州国民政府成立不久,就专门成立了“改造司法委员会”,制定了《改革司法说明书》,从革新旧式司法观念、革新司法人员和创建新型司法制度三个方面推动司法改革。到武汉国民政府成立时,最终形成了以贯彻党治理论、保障国民革命、维护工农利益的新司法制度。在倡言“革命”的政治时期,司法改革已经不是出于建立宪政民主的需要,而是一种对革命性的司法工具的追求。在这一司法模式下其革命性主要体现在以下四个方面。一是改组后的中国国民党具有最高立法权和司法权。从立法权上看,中国国民党代行国家最高权力机关的职权,国民党的党纲以及国民党全国代表大会讨论通过的政纲和各项决议,具有最高的法律效力。中国国民党全国代表大会及其中央执行委员会是国民政府的最高立法机关。正是在这一时期,制定了民国第一批以政治价值作为定罪量刑依据的法律法规。如《党员背誓罪条例》、《国民政府反革命罪条例》等。从司法权上看,国民政府的司法活动都是在国民党的严格组织领导和制度框架内开展工作。二是党员义务的法律化。国民政府制定专门条例以法律的形式来严惩背叛革命誓言的行为,把对国民党党员义务要求上升为法律责任。凡是犯有背誓罪的党员公务人员,在处罚标准上要加重一级,而且对党员的刑事处罚不需要经过司法程序,而由国民党中央执行委员会组织的法庭来判决。三是废止司法党禁,实行司法党化,明确规定“非有社会名誉之党员,兼有三年以上法律经验者,不得为司法官。”四是确立法院的集体领导体制,实行参审陪审制,在内部强化国民党的领导,在外部根据当事人不同的身份来确定不同的审判制度。革命式的司法模式,其最大的特色就是将司法附着于政治之上,并赋予其实现政治革命目标的使命。而当法制改革成为政治革命必要一环的时候,对法制变革本身的考量也就变得不那么重要。

(五)国民政府(1927-1949):专制下的司法独立

南京国民政府是国民党内以蒋介石为首的军事实力派通过军事镇压而建立起来的党、政、军合一的政权,这一时期的立法和司法活动具有浓厚“党治”、“军治”和个人独裁专制的色彩。从中国当时的国情来看,孙中山建国三时期的理论构想无疑具有一定的历史意义。但孙中山的匆匆离世为蒋介石、胡汉民曲解上述理论提供了借口,并将其发展为所谓的“训政保姆论”,从而为实现国民党一党专制、蒋介石的军事独裁埋下了祸根。在此背景下,国民政府甫经成立司法党化也随之被强化。正如司法院院长居正在1935年所说的:在“以党治国”大原则统治着的国家,司法党化应该视作“家常便饭”。[7]即便是到1947年宣布实行所谓“宪政”时期,国民党的一党专制和蒋介石的军事独裁的本质都没有发生任何质的变化。因此,从《中华民国训政时期约法》到《中华民国宪法》,南京国民政府关于司法权的制度性规定都是在党治和军事专制的框架中来建构的。具体到司法党化的实践,包括四个方面:一是法律所未规定之处,应当运用党义来补充。二是法律规定太抽象空洞而不能解决具体问题,应当拿党义去充实它们的内容。三是法律已经僵化,应该拿党义把他活用起来。四是法律与实际社会生活明显地矛盾而又没有别的法律可据用时,可以根据党义宣布该法律无效。至于如何实现上述的目标,其做法包括:令法官注意研究党义,适用党义;以运用党义判案作为审查成绩之第一标准;在法官考试,设置党义科目和运用党义判案为试题;法官训练所应极力扩充范围,并增加“党义判例”、“党义拟判实习”等科目;注意研究党义在司法中之运用;编纂《判解党义汇览》等。[8]如从法官的考选和法官党员化上来看,在法官考试中,有关党义党纲方面的题目占60%以上。[9]更有甚者,国民党中央执行委员会可以直接保送党务人员,在不经任何考选的情况下,直接进入法官训练所学习,然后派给司法实职。目的在于使“党务工作人员,充分取得服务于司法界之机会,成为党治之下之良好司法人才。”[10]在法官初试合格后再送往法再教育。这样,经过甄录试中的党纲党义测验、法官训练所中的党纲党义学习,外在一个党员的司法官考试,完全将国民党的基本纲领融汇于法官的记忆中。可以说,这些做法也是司法党化之于司法的最极端的办法,即将司法完全控制于国民党之下,这正好又与国民党推行一党专制和军事独裁的政治策略是一致的。

二、近代中国司法独立的实践经验

立足于近代中国社会变迁的大环境,考察以司法独立为核心的司法改革,追思司法独立在近代中国的发展历程,可以得出这样一个基本的结论:近代中国在对司法独立进行价值追求的过程中,逐渐抽空其内在的生命,转而崇拜其外在的空壳,并将这个空壳视为真实的存在,以便于使其依归于中国的现实,实现其一种本

首先,司法独立是在近代中国大变迁的社会环境中被催生的,并被赋予了不是维护旧有的社会秩序而是建构新秩序的历史重任,这注定了近代中国的司法独立选择了一条似乎是误入歧途式的发展进路。前近代的中国是个典型的传统型国家,期间尽管也出现了许多新的变迁,但基本上属于“适应性变迁”,即“可以在很大程度上为既有的政治体系所适应,而不能从根本上突破既有的政治体系中的制度和逻辑前提”,这种变迁“可以带来一系列具体的变化,但是却不能改变政治制度的基本规范和基本象征”。[11]这种适应性的变迁一直持续到鸦片战争前夕。但这种状况在被马克思称之为启动中国现代化的“不自觉的工具”--西方扩张的冲击之下,中国传统社会发生了“三千年未有之大变局”。社会已经发生了如此大的变化,但建构其上的种种制度,包括法律制度却没有随着发生相应的变化。强权之下,真理是没有发言权的。抱残守缺式的“适应性的变迁”已经不能满足变化了的社会现状,这正是“革命性的变迁”的前奏--撇开现实的社会条件,试图通过制度的建构来重新整合现有的社会资源。这时与传统法律体系相异甚远的新的法律制度的建立,已经不是出于对现有秩序的维护,而是一种对传统的破坏。法律作为一种社会现象,不是独立存在的,而是深深根植于社会发展的过程之中,却无力改变这种过程;试图用法律来改组社会,无异于打算通过社会成分的再分配来改组我们的世界。[12]晚清及民国时期法律与现实社会的搁与不协调,尤其是与民国的感情冲突以及由此而引发的社会公众对法律的不信任,使得新生的法律制度几乎没有多大的施展空间。于是旧有的秩序是破坏了,但新的秩序却始终未能如愿。因此,近代中国的司法独立在破坏传统法律制度之下的社会既有秩序的同时,也正在失去其赖以存在和发挥作用的基础。对新秩序的构建,即便不是全无收获,也是一种在与旧有社会规则相互为用情况下的点点出新而已。

其次,司法独立是在一个高度集权、皇权专制和缺乏司法权威的情况下被引入近代中国的,一开始所接触到的是一种强烈的对法律的漠视和对司法的恐惧的社会氛围,这似乎又注定了它在上述的发展进路中更添艰难和曲折。这是司法独立在近代中国的先天之缺陷。在传统的司法体制下,法律只有在推行极端化的“以法治国”的秦代获得过真正“权威”,而司法在很大程度上是劝谕教化和刑杀威吓的代名词。行政、司法、立法三者合一而集权于皇帝或者各级官吏之一身,权力性的制约和程序性的监督被弹性的伦理规则,以及发自官吏内心的道德修养与儒家品性和罢官免职所替代。正如曾任北洋司法总长的林长民所言,民国十余年来基于司法独立而实行的法治是不得已而为之的选择,是为古代士子所不齿的法家的法制,只是在民国建立以后出现了所谓的“举国无维”的情况下才被迫实施的。[13]民国初建,共和肇兴,民主与法治思潮的勃兴。此时虽然传统的司法已不复存在,但“传统的司法”体制下所形成的种种“司法的传统”,[14]以及这种传统之下的习惯性做法和意识却没有即刻消失,相反却顽强地生存下来,并牢牢地控制着绝大多数社会成员的司法观念。不仅如此,即便是民国司法之象征的司法部,其成员也大半来自旧时的法部和其他衙门机构。[15]更有甚者,从袁世凯的帝制自为、张勋复辟、皖奉军阀的独断专横以及蒋介石集党政军三权合一集权与专制模式上,还隐约能够看到传统的印记。而在兼理司法制度之下,刑讯逼供、任意司法似乎与古时的衙门也有许多相同之处。从制度到观念上的种种羁绊,使得司法独立在近代中国的发展始终是步履维艰,前进的勇气逐渐被现实的羁绊所磨灭。司法独立犹如漂浮在近代中国社会层面上的浮油,始终没有与中国社会形成水乳交融之势。[16]于是对传统的复归,似乎更符合社会的需要,在司法独立的躯壳之下,兼理司法制度虽是几经变革,但却畅行于整个民国时期。“司法的传统”之于现代的司法独立的影响足见一斑。

第三,司法独立在近代中国的强力出现与传统政体制度下司法权式微的现状相映照,不仅没有取得独立的地位,甚而始终被外来的领事裁判权和内在的行政权尤其是武力和军权的恣意介入,其近代化的蹒跚发展之路又多了一丝悲壮和无奈。这是司法独立在近代中国的后天之不足。从晚清新政改革司法制度开始,司法权往往受制于行政权以及其他外来的干涉,表现为司法权并不是掌握在司法机关的手中,至少不是完全属于司法机关。在清末司法改革中法部与大理院的权限之争,其实是传统的皇权(行政权)与现代的司法权之争。辛亥以还,司法权更加式微而不振,攘于外人者百分之几十,委之行政官者百分之几十,剥夺于军人、豪右、盗贼者又百分之几十,所谓真正之司法机关者,其所管辖曾有何?有力之人处心积虑,更随时利用或摧残之。司法得习保其独立者实在无多。[17]再者,政治格局因军阀与派系间的争夺而处于极不稳定状态,以至于政权更替频繁,司法改革难以建立在一个持续而始终如一的政治和经济基础之上。如此情形之下,司法权不仅仅是式微,可以说是纷扰杂乱。以司法体系的最高长官司法总长的任命为例,民国北京政府统治的十六年间,就有三十六次变动,其中在职二年以上的只有一人,就职不足三个月的却多达十五人。[18]“一朝君子一朝臣”的历史剧在民国的政治舞台上始终演得热火朝天,对于司法官的制度性保障,往往让位于军政当权者一己之私利。而“法官既失保障,则司法独立破毁无余。人民对于司法之信赖,亦将不可得而期”。[19]古希腊历史学家修昔底德说道:“公理只有在双方相等时才谈得上,强者做他们能做的一切事情,弱者受他们必须受的苦难。”[20]先天不足是发展基础的缺乏,后天乏力是发展条件的却损。如此的情景,作为弱者的司法权,只能作它应该做的事情,受它应该受的苦。

第四,司法独立在近代中国的推进是在其“画饼充饥”式的实践模式中进行的,不仅其内在的配套条件严重缺损,其外在的支撑因素更是捉襟见肘,庄严的司法大厦在岌岌可危之下惨淡经营,神圣不存,权威不在。基于司法独立原则的司法是现代民主法治国家文明有序运作的穹天支柱。于内,它需要刚性的制度、正当

的程序、公平的法官。于外,它需要适足的经费、正义的信仰、法权的观念。这些配套条件和支撑因素的缺损,必将直接引起国家法治支柱的坍塌。纵观近代以来的司法独立所受到的种种磨难,这根支柱即便是没有坍塌,也已经是玩命苦撑了。清末司法独立实践中所存在的司法经费、司法人才、传统习俗、治外法权和配套法律等诸多障碍,不独是清末所有而是贯穿于整个民国时期的问题,以至于上述障碍在民国行将结束也没有基本解决。在这样的社会条件下,司法独立在近代中国,即便是委曲求全,也难保其身。如制度与人才方面,一方面有关司法独立的制度自清末到民国一直是断断续续而不能终其事,更有许多特别的审判组织法规和审判制度参杂其间。即便是制定了法律,"但它无非是一种行政机关的工具,而宪法更是如美国的党纲一般富于变化"。[21]司法人才在清末几乎是清一色的外国法律产品的使用者,民国已降也仍然占半数以上,这样不仅是法律与社会之间的搁,司法人才与社会之间也是严重的不适应。再如司法经费一项,清末新政,国库枯竭已成为一种既成事实,大理院与京师审判检察厅不用说有适足的经费保障,就连像样的司法公署也迟迟未能建成,甚至租用民房来审案。民国政府甫经成立,曾制定初级审判检察厅的年度开办经费近七千元,而当时的整个司法部年度经费不足五十万元,泱泱大国凡一千七百余县,如此经费犹如杯水车薪,所以会出现老百姓集资来建法庭的独特景象。[22]寰宇之下,可能再也没有如此做法了。军阀争战时,仅有一点国库收入大都随着呼啸的炮火而灰飞烟灭。所以屡屡出现法庭为生存而以案勒索或私自收费,更有甚者,地方上的军政长官藉经费之口而迫司法屈从。[23]辗转周折之下,直到1936年国民政府才议定了第一个将司法经费列入国库开支的法律案。经费的制约使得司法独立最为关键的基层法庭系统的建设根本无法完成,南京国民政府曾宣称用三年时间全部完成,但直到1947宣布实行"宪政"时也只是完成了一半。[24]如此一来,民国法治大厦一片残垣断壁的景象也就不足为怪了。

第五,司法独立在近代中国被抽空其内核以后,被刻意地加上了许多违背其原旨的东西,于是法院不再独立,法官不再独立,相反在政治至上的旗帜下各种"主义"盛行,法治从慈禧太后、光绪皇帝王冠上的饰物,到北洋军阀们腰带上的点缀,再到国民党"党国一体"机制上的外套,成为真正的治世之具。从洛克、孟德斯鸠再到汉密尔顿,司法独立从理论到实践,都是一个与政治密切相关的议题,从分权的角度看它几乎就是个政治问题。司法独立的这一属性决定了在近代中国必定是时运不济,因为无论是分皇帝的权,还是分军阀们的权,抑或是分政客的权利,对于皇帝、军阀、政客而言绝对是件十分痛苦而不情愿的事。但情急之下或是形势所迫,点缀与装饰还是需要的。司法独立以及民主法治的驱壳是决不能丢弃的,只是把这个驱壳内重新装上一些自己愿意看到的東西。清末立宪在帝国万世一系永尊戴和皇权不可侵犯的大框框内,以审判案件关系重要为据而要求审判衙门总揽司法权,但司法审判的依据却是上述框架中的法律。袁记约法一改临时约法三权分立的政体架构,无限扩大总统的权力,而司法权却一再萎缩,其制度性优势只是在有限的范围内发挥着作用。政治上愈挫愈勇的孙中山目睹军阀们视国家与法律为玩物的卑劣行为,提出了党治理论以希强化党内的组织来对抗军阀的暴虐和反复无常。没想到这一特殊时期的策略在孙中山语焉不详的情况下,被其后继者无限的扩大,提出所谓"国父之外无领袖,三民主义以外无信仰"极端化的党治思想,"离开三民主义不能立法", [25]司法当然也是必须要彻底的党化。五权分立实质上是"五职分工"而已,训政的思想基础是建立在人民因无知而不会行使自己权利的前提下,于是训政纲领中将"政治保姆"国民党的权力法律化,三民主义成为南京国民政府的最高信仰并可以弥补立法与司法上的缺陷,把袁世凯下令禁止法官参加政党的规定又复归从前, [26] 1935年"五五宪草"中甚至将国民政府最高法院的设置问题排除在根本法之外。总括到一点,司法权在中国传统的政治词典中是属于不能分立的权力,既然要司法独立,那么法院和法官的独立只能是在符合皇帝、军阀或者国民党的希望和要求之下才可以,否则决没有存在的道理和发展的机会。

三、评价近代中国司法独立的理论基点

追思百年来司法独立在中国的历史命运,从严复翻译孟德斯鸠《法意》开始算起,三权分立和司法独立思想被系统的介绍到中国将近一个世纪。从清末的改法修律到民国时期的大规模法律改革运动,有关司法独立的误读和曲解比比皆是,甚至出现了"司法独立害民"的言论。[27]司法独立这一西方法治明珠,在中国近代的社会土壤中,正是在误读和曲解中开始它的本土化变迁。更为重要的是,如果说司法独立思想及其实践是作为一种建构主义的法制发展模式输入中国的话,在百年后的今天,这一建构理论实际上已经或多或少地成为一种历史经验。如果说司法独立强势介入近代中国司法是割断中国传统司法发展历史进程的话,那么在今天看来这一短短的百年司法史已经足以让人们进行逻辑性的总结。割断历史是要付出代价的,但代价并不总是无偿的,总结这段曾被割断而又缓慢进步的司法发展历史则是从这种代价中寻找补偿的最佳路径。因此,回顾司法独立在中国的历史发展进程时,与其用一个人性的制度架构来进行解释,还不如说这是一种历史的"暗合":人为地解释无法说明历史发展过程中客观必然性,更无法阐释这必然性背后所蕴含的某种价值追求和精神意蕴。虽然这有一些历史宿命论的色调,但对于近代中国社会而言,在一个"双向互动的历史语境"中,强调它的必然性显然比那些出于想象中的历史性构想更具有说服力。这就是百年中国司法独立历程的真实而客观的一条规律。对此,应当坚持以下三个基点。

首先,必须明确评价近代中国司法独立发展历程的前提条件。对于历史事实的评判,在尊重历史客观性的基础上必须有一个主观的先验性的标准。就近代中国的司法独立而言,其标准不外乎三个方面。一是近

代法律发展过程中的二律背反规律。中国法制近代化,不能从其发展的目的--法律制定者的立法意图来论证。相反,应当更多地关注实现这一过程的有效手段,可能其立法本意并非如此,但其客观现实恰恰又是如此。正如在晚清的政治现代化过程中一样,光绪、慈禧虽然算不上政治现代化的领导者,但其结果却不幸符合了现代化潮流,因为他们无意地“败坏”了旧体制,客观上为创立新体制提供了理由。“君主们不太成功的改革,在影响方面却是成功的。”[28]晚清修律、民国法律的创制、北洋时期的法律发展和南京国民政府法律体系的构建,应该说大都是一种非法律的因素在促使这些法律的颁布。也就是说,立法的目的可能不是出于促进法律发展的需要,但其结果正是符合并促进了法律自身的发展。二是近代以来司法改革的价值取向。近代以来诸多的法律改革,其主旨都是基于一种实用主义的思路:救亡图存、收回法权。为此要力争使中国的法律至少在形式上“中外通行”以实现与西方“接轨”,这使得法律成了应急之作,而非社会之需。随之,立法不是社会的反映,而是要求社会作出回应。三是如何关注历史的局限性。历史都有其的局限性。柯文把它称之为历史发展过程中的“代际逻辑”,即“在任何给定的一代中所能发生的变化都是有限度的,而这种限度是任何人物--无论多么卓越--都无法超越的。这是历史变迁进程中的否定方面。就正面来说,每一代人都为世界改变这种限制贡献了某些新东西,并就此为下一代人改变这种限制提供了可能性。”[29]近代法制的发展历程也大体走过了这样的一条代代相因又代代迭相发展的道路。[30]早期国际法的传入,是近代的中国人第一次真正接触到西方法。随着洋务运动开始的大规模译介西方政法著作,西方先进的政治法律思想也相继传入中国,并成为维新志士的思想武器。新政的主持者也没有抛弃这一武器,相反在朦朦胧胧中走得更远。尽管如此,民国的革命者仍然觉得这一步伐太慢,所以只能完全推倒重来。建构显然没有破坏那样容易,于是在武力和金钱的双重压力下,宏大的理想被一点一点地压缩成纷乱的现实。完全的否定之后,需要的是矫枉过正的补救。司法独立就这样在理想与现实之间作了一次完整的轮回。

其次,必须充分肯定近代中国司法独立框架下的司法发展。在“文化性误读”状态下被引进近代中国的司法独立,虽然命运多舛,但却生存下来。虽然屡受排挤,但却没有一个统治者敢于公开的完全把它排挤出自己的政治领域。因为,司法独立传入近代中国从一开始就被作为救国于危难之良剂而为社会时贤和主政者所敬重,并成为民国已降民主共和的象征,在不自觉中按照卢梭所提出的“有法律者为共和,无法律者为专制”这样一个标准,坚称“民主法治不存,共和国不在”,这为司法制度的建立和发展提供了历史性的契机。实际上,近代中国在任何一个时期的任何形式和规模上的司法改革,都是将西方社会司法独立原则作为一种参照,并按照司法独立的框架来构建近代中国自己的司法体制。因此,近代以来的种种改革传统司法制度的规范设计和实际操作,无不是以司法独立作为一种判断其是否合理的一个准据。这样,近代尤其是清末和北洋政府时期,社会对于公正、合理的司法制度期望,使得上至社会精英下至普通民众都格外关注西方化的司法独立制度在当时中国的实现程度。虽然限于中国社会整体经济社会发展水平较低,司法独立在社会认知和实践层面都有限,但作为一种法制化社会的基本标志和实现民主共和的正当性根据,其意义不容置疑。正是基于司法独立的要求,从清末到南京国民政府时期,在司法组织、审判程序、律师制度、司法人员的考选和司法官的素养,以及整个社会的法律意识的勃兴等都有较以往更大的进步。正如梁启超在1924年所讲“十年来国家机关之举措,无一不令人气尽。稍足以系中外之望者,司法界而已。”[31] 1926年法权调查委员会在调查报告中也总结说,民国以来的法律制定最为费心,而司法制度最为满意的是新式法院和法官素质。[32]1927年《法律评论》的一篇评论也说道,“民国肇始,十有六年,政治则萎靡窳败,教育则摧残停顿,军政则纪律荡然。言及国是,几无一不令人悲观。其差强人意、稍足系中外之望者,其惟我司法界。”[33]应当说这种进步既是司法独立本身所具有的制度性优势之体现,更是近代的中国人在困境中反思,在苦难中奋进的结果,表明近代的中国人在走出传统的中世纪之后对人类自身秉赋与理性的思考。伴随着这一思考的是近代法制的进步。在近代中国历史发展进程中,司法独立也经历了历史与现实的检验和再检验,对渣滓不断地扬弃,对精粹不断地保留,从而实现了近代法律的进步与发展。

再次,必须关注近代中国司法独立所给予的历史启迪。将孟德斯鸠的三权分立理论付诸实践的美国总统汉密尔顿曾严肃地说道:法院的重要性与它经常所处的地位是不相称的。虽然法院在保障宪法和保护人民的权利方面意义非凡,但与立法、行政部门相比,司法部门既无军权,又无财权,不能支配任何的社会力量和财富,不能采取任何主动的行动。因而它既无强制,又无意志,只有判断,而且其判断亦需借助于行政部门的力量。[34]司法权是三权中最弱的一个,无法与其它二种权利相比拟。而近代以来的司法权式微的现状也正印证了上述的理论判断。所以近代中国司法独立是在一种毫无保障的情况下推进的,即无法像立法权那样获得政府和社会的尊重,也无法期望会得到像行政权一样广泛而无节制的权力。同时,从法律发展进程中的三种指导力量来看, [35]历经三百年西方文明进化历史的司法独立原则在近代中国社会的推行,既缺乏哲学的理性和历史的逻辑以使其价值与理念为中国社会所接受,也没有习惯的导引而是将其生成和发展的历史语境整个地弃置到一个陌生的境况中。发展的力量来自本能的反应,而发展的阻力则是习惯的使然,二者皆无可厚非。在这一点上,司法独立在近代中国的发展历程,典型地反映了中国法律近代化的关键问题和疑难之点。因为对于中国社会而言,西方法律精神与中国法律传统不完全是个简单的优劣、是非问题,毕竟“先进并不必然合适”。[36]近代以来司法独立的改革在理论与经验两个层面都在昭示我们,无论是出于民族中心主义式的误读,还是基于理想化、浪漫式误读,亦或是兼而有之,对于司法独立及其在近代中国的命运,既不应感到彻底的悲哀而痛心疾首,以至于感言海涅所说的“播下去的是龙种,收获的可能是跳蚤”的悲壮局面。也不应觉得它美妙如歌而独唱天下,从而又走回到清末的知识界、思想界所理解的那

样“只要引进司法独立,中国的种种司法问题就可以迎刃而解”。这是一种对历史的苛求。而对历史的苛求与对历史的无知一样是愚笨和可笑的。所以,史学大师们才会有“同情的理解”和“移情的手法”。司法独立,更像一首美妙的协奏曲,它需要的不是高歌猛进式的大起大落,而是需要各种乐器之间有序与和谐的演奏。

注释:

[1]林长民为《法律评论》发刊之题辞。载《法律评论(合刊)》,第一年第一至第八期,1924年5月10日出版。

[2]关于文化误读,有学者的定义为:按照自身的文化传统、思维方式,用自己所熟悉的一切去解读另一种文化时所产生的误解。产生文化误读的原因缘于个人的文化背景以及受这种文化背景所决定的思维上的视域,具体表现在两个方面:一是基于民族中心主义而产生的对待异文化有偏见地贬低;二是对异文化充满理想化的浪漫式的幻想。参见乐黛云、[法]勒·比松主编:《独角兽与龙--在寻找中西文化普遍性中的误读》,北京大学出版社1995年版,第110~113页。

[3]此处借鉴吴孟雪先生形容欧洲人在16世纪到十九世纪,即明清时期对中国的认识及其变化的过程时,认为欧洲人对中国的认识经历了从“盲眼”到“独眼”、“双眼”乃至“独具慧眼”的变化过程。(参见吴孟雪:《明清时期欧洲人眼中的中国》,中华书局2000年版,第4页)实际上,近代以来直至现代,中国的知识界、思想界对司法独立的认识,大体也是要经历一个从“盲眼”到“独眼”、再到“双眼”乃至“独具慧眼”的变化过程。

[4]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1052页。

[5]杨鸿烈:《中国法律发达史》(下册),上海书店1990年版,第919页。

[6]民国元年司法总长伍廷芳与沪军都督陈其美围绕姚荣泽案件的审理所展开的争论以及由争论所引发的问题最具典型性。参见韩秀桃:《民国元年的司法论争及其启示--以审理姚荣泽案件为个案》,载《法学家》2003年,第2期。

[7]居正:《司法党化问题》,载《东方杂志》,第三十二卷第十号,第6~21页。

[8]同[1]。

[9]《法律评论》,第八卷第六号,1931年11月16日出版。

[10]《法律评论》,第十二卷第十八期,1935年3月3日出版。

[11]周积明:《关于中国早期现代化启动的一点思考》,载《新华文摘》2001年,第2期。

[12][英]罗杰·科特威尔:《法律社会学导论》,潘大松译,华夏出版社1989年版,第22页。罗杰·科特威尔先生从法律社会学的观点出发,否认法律的独立性,认为法律与哲学、宗教、道德一样都不是独立存在。相关的阐述请参见陈金钊:《论法律的独立性及其意义--评罗杰·科特威尔的〈法律社会学导论〉》,载《山东大学学报》2000年第5期,第112~118页。

[13]同[11]。

[14]有学者认为,“法律传统”是“传统法律”在漫长的历史演变过程中凝结而成的一种法律文化。“传统法律”作为一个在过去一个特定时限内的法律其整体在现代条件下已经不复存在。但“法律传统”却从过去沿袭传承至今,成为现代人们法律生活的一个有机组成部分。详见公丕祥:《法制现代化的理论逻辑》,中国政法大学出版社1999年版,第346~351页。

[15]根据对1912年7月26日组成的以许世英为总长的司法部人员组成情况的统计,在总共47名成员中,属于前清法部和其他衙门的官吏共24人,另有3人任职不详。即旧有人员占大多数。参见《司法部长官及荐任官职官表》,载《中华民国法令》,第二十三号,中华书局1912年版。

[16]潘大松:《中国近代以来法律文化发展考察》,载《社会学研究》1989年第2期,115~121页。

[17]前引林长民为《法律评论》发刊之题辞。

[18]据台湾学者展恒举先生统计,从1911年10月27日张知本就任武昌军政府首任司法部长,到1928年2月25日王荫泰任北洋政府最后一任司法总长,正好是三十六人。其中任职两年以上的有2人(章宗祥、朱深),任职一年以上不足两年的有3人(许世英、董康、程克),任职三个月以上不足一年的有12人,其余19人的任职时间皆不满三个月,最短的任职时间是8天。参见展恒举:《中国近代法制史》,台湾商务印书馆1973年版,第121~127页。

[19]参见平平:《人地不宜与法官保障》,载《法律评论》,第八卷第十二号,1931年12月28日出版。

[20]转引自[美]威尔·杜兰:《哲学的故事》,金发荣译,三联书店1997年版,第31页。

[21][美]费正清:《剑桥中华民国史》,上海人民出版社1992年版,第78页。

[22]《司法部批营西京郊第五区议会移请在蓝靛厂设立西郊初级审判厅呈附组织办法》,载《中华民国法令》,第二十号,中华书局1912年版。

[23]《令禁兼理司法县知事籍案勒索》(1919年4月28日),载《东方杂志》第十六卷第六号。

[24]司法院院长居正在1935年元旦发表的《一年来司法之回顾与前瞻》一文中曾记述道:“新式法院设立未普遍,致使司法独立精神未能贯彻”,这是司法上的缺点。“查十八年,(指1929年-引者注)训政时期司法工作六年计划,原定首二年间应设县法院一千三百六十七所,第三年后改为地方法院;六年间应增

设地方法院一千七百七十三所,增设高等法院一所,高等分院四十二所,最高分院四所。少年监狱四十七所,普通监狱一百七十四所,累犯监狱二十二所,肺病及精神病监二十一所。这是本党在训政时期完成司法独立之计划。可是,目前情形也很感到缺憾,大抵因为国家财政困难,所以许多计划不能按期举办,及至二十三年底止,现有县法院三十七所,地方法院一百二十九所,高等法院二十四所,高等分院三十八所少年监狱一所,普通监狱九十二所。比较原来计划,相差甚巨。”转引自阮毅成:《所期望于全国司法会议者》,载《东方杂志》第三十二卷第十号,第22~33页。

[25]胡汉民:《三民主义之立法精神与立法方针》(1928年12月5日立法院成立就职典礼上的讲话)。

[26]1914年2月15日,大总统袁世凯颁布命令,禁止司法官参加任何政党。参见“中外大事记”,载《法政学报》第二卷第二号,1914年2月25日出版。

[27]章宗祥为《法律评论》发刊之题辞。载《法律评论(合刊)》,第一年第一至第八期,1924年5月10日出版。

[28][美]兰比尔·沃拉:《中国:前现代化的阵痛--1800年至今的历史回顾》,廖七一、周裕波、靳海林译,辽宁人民出版社1989年版,中译本序,第3页。

[29][美]柯文:《在传统与现代性之间--王韬与晚清革命》,雷颐、罗检秋译,江苏人民出版社1998年版,第8页。

[30]张晋藩教授对此有精彩的评价。他说,中国法制的近代转型,不是沈家本主持的十年修律之功,而是半个多世纪输入西方法律文化的积累;不是沈家本一人之力,而是自林则徐、魏源到孙中山几代人的努力;不是简单的法律条文的移植,而是几代中国思考、探索以至流血牺牲的结果。参见张晋藩:《中国法律的传统与近代转型》,法律出版社1997年版,第472~474页。

[31]梁启超为《法律评论》发刊之题辞。载《法律评论(合刊)》,第一年第一至第八期,1924年5月10日出版。

[32]参见《法权会议报告书》,第二编第一章和第五章,载《东方杂志》第二十四卷第二号,第119~166页。

[33]直夫:《司法之前途》,载《法律评论》,第四年第三十二期,1927年2月6日出版。

[34]参见《联邦党人文集》第七十八篇,载法学教材编辑部西方法律思想史编写组编:《西方法律思想史资料选编》,北京大学出版社1983年版,第377~378页。

[35][美]本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆1998年版,第38页。法律发展进程中的三种指导力量,即哲学的、历史的和习惯的。哲学赋予其理性,历史赋予其进程,而习惯赋予其行为。

[36]前引《中国法制通史》第九卷,第572页。朱勇先生认为:与自然科学不同,法律作为一种包含人文内容的制度与文化,既要体现代表最新水平的进步性,同时也应具备与特定社会协调的兼容性。

来源:中国民商法律网(原载于《中国法学》2003年第4期)

相关文章:

[司法独立与近代中国](#)

韩秀桃

[返回](#)

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址:北京市东城区沙滩北街15号 邮编:100720

[RSS](#)