

 使用大字体察看本文

阅读次数: 342

## 民国政府完善司法考试制度的经验及其现实价值

董跃

### 【摘要】

当今我国创制统一司法考试制度，除了总结现有经验，参照国外有益做法外，还应当以史为鉴，撷其精华，充分借鉴我国民国时期完善这一方面立法上的经验。特别是民国历届政府经过数十年的探索，在应试免试资格、司法考试内容方式、典试委员会组成等方面的规定，都已臻于成熟，而这几方面也恰是今日立法的焦点所在。将其加以整理评析，对今日的司法考试制度改革无疑有着重大的现实价值。

【关键词】民国司法考试制度；应试免试资格；司法考试内容方式；典试委员会组成

我国实行统一司法考试的决定业已公告，但这一制度的具体实施方法尚在拟订之中。司法界、学界言及此事，多从两处着眼：一是全面总结过去十余年初任法官、检察官和律师资格考试的经验；二是借鉴国外有益做法。此二端自是立法

当务之急。然而我国近代法制史上，民国历届政府的司法考试制度的相关立法也走过了一条从发轫至成熟的道路。其成败利弊，皆已留痕汗青。因此对民国政府完善司法考试制度的经验进行整理评析，既可丰富法律史相关分支之体系，又可温故知新，以史为鉴，撷其精华，对统一司法考试制度的拟订有所裨益。

从立法史来看，民国司法考试制度走过了一条曲折反复、不断完善的历程。比较有代表性的相关立法有南京临时政府时期的《法官考试令草案》及《律师法草案》，北京政府时期的1912年《律师暂行章程》、《律师考试令》、《律师考试规则》及《甄拔律师委员会章程》，武汉国民政府时期的1926年《法官考试条例》。南京国民政府前期的1927年《律师章程》、1930年《考试法施行细则》、《高等考试司法官律师考试条例》及《法官初试暂行条例》等。后期的1941年《律师法》、1945年修订后的《律师法》和1942年《专业职业及技术人员考试法》等。

其中，尤为值得我们注意的是1930年12月27日由国民政府考试院颁行的《高等考试司法官律师考试条例》。该条例名义上为司法官与律师两类人员的考试法规，但通篇绝大多数均规定司法官考试问题。仅在第9条第2款提及：“有司法官初试及格证书者，得依法充任律师。”结合该法的其他一些规定——将司法官考试分为初试、再试两步，初试合格者，欲充当司法官，还需进行学习，学习期满后进行了复试，复试合格者经简拔，方可充任司法官——我们不难看出，当时的考试院立法者，已经产生将法官、检察官和律师三种法律职业的资格考试合而为一的设想，并将其付诸实施。因此从历史的角度来看，我们今天的改革并不是无源之水、无本之木。

通览这三十余年十余部与司法考试相关的法律法规、政策条例的内容，不难发现，当年的一些争议颇大、变更不断的焦点也恰是今日理论界实务界的聚讼之处，如报考人员及免试人员的资格限制、考试管理机构的设计和考试的内容形式等等。下面本文就对这些方面一一加以评介分析。

### 一、应试资格

民国司法考试立法对于充任司法官、律师的人员，无论是在需要考试的时代抑或只需通过甄拔的时代，无论是须考试者抑或可免试者，有一点资格要求始终如一，从未动摇，即必须在高等院校法科专业进行过系统法学学习者。对于这一问题，当时有两种迥异的呼声。第一种观点认为民国初行西方法制，法律

学科间双方兴未艾阶段，法政人才亦是稀缺资源，故应将门槛放低，允许各类人才报考。第二种则截然相反，认为现有尺度仍嫌过宽，因为当时“法政之学”不仅包括法学、政治学，还涵盖经济学等；对此学科问题，民初学者王锡奎曾撰文表示疑义：“夫政治与法律，虽不同科，相去尚不甚远；单纯习经济科者，与法律学不相联系属，当然不能入司法一途。”<sup>①</sup>从民国后期相关立法来看，显然是后一种观点占了上风。自1930年《高等考试司法官律师考试条例》开始，应司法考试者的专业背景即被明确限定在“法律、政治学科”，而其他与法学关系相对较远的学科不再被涵盖其中。

除了始终坚持严格的专业背景要求外，民国政府完善应试资格的动态变化主要呈现为由宽到严，由重学历到重经历。由宽到严体现在几个方面，除了学科背景外，主要是体现在学历上。最初在1912年的《律师暂行章程》中规定经历了一定程度的法政之学教育，即可获得律师考试（免试）资格。而对于教育机构的界定，并不十分明确。该章程承认的教育机构包括中国的国立、公立、私立大学或专门学校，外国的大学或专门学校，范围十分广泛。结果使一些不具备法律素质甚而并未受过真正高等教育者，也可滥竽充数，混迹于司法队伍。之后1916年、1921年先后修订的《律师暂行章程》中，对1912年章程的资格条件已做了多处限制，如在公立、私立大学和专门学校前面加上“司法部、教育部认可”的前提；对国外大学毕业者，必须同时获得中国驻该国使馆或留学生监督处证明书。而1930年《高等考试司法官律师考试条例》中对于同等学历者，还要求必须先通过“检定考试”。可见此时的要求已经非常缜密严谨，顾及到各个方面，使那些在学历上名不符实之徒失去了钻营的机会。

除此之外，还有一些在其他诸如学习成绩、外语水平方面的限制。如1921年的《律师暂行章程》及《甄拔律师委员会章程》就要求欲申请免试者需在所在学校取得优良成绩；无论在国内外哪类大学学习，至少掌握一门外语。

资格限定的另一大变化即由重学历到重经历。就其表现而言，历届政府的司法考试相关立法中，无论是考试资格还是免试资格，主要限于三个方面：正式学历者；从事法律学科的教学者；具有一定司法工作经历者。具备其中条件之一者，或兼具交叉条件者，即可获取考试资格，或者免试而直接获得律师资格。在这三项条件中，第一项条件，即经过学校教育获取正式学历者，一直被视为获取律师资格的“正途”，受到特别的重视。<sup>②</sup>但是法律职业具有自身的特殊性，单纯的通过学校教育，没有对社会的深入了解，没有对诉讼程序的切实体验，仍不具备从事法律职业的素质。因而改变司法考试资格方面单纯重学历、轻经历的传统，成为民国时期改革司法考试制度的重要方面。南京政府自20世纪30年代始的一系列立法活动，对应试资格作了一定的修改。在1930年《高等考试司法官律师考试条例》中，增加对应试者实践资格的认可，如第二条第四款规定：“确有法律专门学术技能或著作、经审查及格者。”第五款规定：“曾任司法机关委任官及与委任官相当职务三年以上者。”

相形之下，我国现已中止的三种分立的司法考试比民国时期对应试者资格的要求要宽松的多。不仅非法学学科毕业生可以报名，甚至大专生，也可以参加考试，而且一些司法机构人员仅是通过一些走过场的函授、培训拿到了“文凭”，其中有很多还是教育部不认可的，就可以堂而皇之的应试。如果说，在三项考试发轫之时，我国法学人才尚属稀缺状况，与民初仿佛，故行此标准，广纳各界精英入行，情有可原。但是在改革开放二十年后，特别是“依法治国”精神入宪五年有余，我国法治建设早已一阳来复，达到前所未有的繁荣阶段，每年都能培养出上万名拥有本科以上学历的专业人才的今天，还将门槛放得如此之低，就不能不引起人们的注意与思索了。

## 二、免试检核资格

与考试选拔平行的一项制度即免试检核，其资格的变革趋势与应试资格相同，也是从宽到严、从重学历到重经历。在民初之时，凭学历即可免试取得律师资格，但在1941年、1945年《律师法》中就取消单纯以学历获取律师资格的规定。再有就是对于司法行政人员经历的排除。北洋政府及初期的南京政府司法考试立法都规定对于符合一定条件的担任司法行政职务者给予甄拔资格，但是事实上司法行政人员属行政系统，在职业素质上侧重于行政，而非法律。南京政府后期显然注意到了这一点，因此在1941年《律师法》中不再规定司法行政人员可以免试获取律师资格，而将由于职业原因免试获得律师资格的范围限定于法官、检察官，在一定程度上较为有效的保证了律师从业人员的职业素质。

对于从事法学教育人员，对其免试资格的限制也是日趋严格，一是抬高学校的级别，免试者必须是国立大学或司法部、教育部认可的公、私立大学及专门学校的教师；二是限制教授的专业，如1933年修改后的《甄拔律师委员会章程》规定教师免试者“所讲课程限于民、刑事法律；若所讲课程为其他课目，仍不具备甄拔资格。”三是限制授课期限，如1912年《律师暂行章程》规定讲授《律师考试章程》内主要科目之一满一年者，均可免试，径自取得律师资格。而1921年、1923年的章程中则都规定授课期限须满

五年。

免试资格之范围，貌似不属司法考试立法的直接内容，实际却起着牵一发而动全身的作用。现在对于统一司法资格的免试授予范围的确定，想必是令立法者头痛的难题。从这次新修订的《法官法》、《检察官法》中增加关于从业经历年限的要求这一立法倾向来看，以往在授予律师资格问题上对法学硕、博士的“优惠”显然也不合时宜。而授予那些资历深厚、学理精深、成绩卓著的法官、检察官以统一司法资格亦应当是顺理成章之事。西法暂且不论，单是与民国相比，我国在这一领域仍是空白。促进法律职业的独立化、统一化、流动化，并不是单纯鼓励高素质人才从学界与律师界流向司法界，同样也应支持相反的流动。

### 三、试题科目与形式

在司法考试科目的设置上民国立法还呈现以下几个变化趋势：第一，注重与当时的政治形势相配合，要求应试者须具有国民党政权的所谓“政治素质”。如1926年《法官考试条例》笔试科目开篇即是“三民主义”与“五权宪法”。1930年《高等考试司法官律师考试条例》规定初试之第一试科目也包括“党义”，其内容有“三民主义”、“建国大纲”、“建国方略”及“中国国民党重要宣言及决议案”四项。第二，注重对于行政办公能力的考察。在1926年《法官考试条例》中，设有“拟公判请求书”、“民刑事判决书”、“公程式”三项对法官文书写作的考核科目。此后1930年考试条例设立的合二为一的考试科目中，也有“公文”这一科目。第三，注重对应考人社会经验的考察。一般以面试的形式进行，科目的名称被称为“普通社会状况”或“应考人经验”。第四，全方面考察应试人，科目设置涵盖面广。我国自古有重文传统，而司法官、律师又需有很强的书面表达能力以应对诉讼中的文书往来。故而“国文”一项始终是民国司法考试的必设科目，只不过民国前期大多以文书写作为考核形式。后期南京政府又增设了“论文”一项，以专门考察应试者的国文功底及逻辑思维。外语也一直是重要的考核内容。此外，民国时期的司法考试立法还设立过诸如“宪法史”、“行政史”一类的科目，增强对应试者背景知识的考察。

值得特别关注的还有1930年考试条例的“再试”条文。国内有的学者认为，这是在资格考试方面区别等级，使律师与司法官在与职业相关的知识结构和能力方面的不同演绎为资格上优劣等级，不仅不能实际反映两种职业的区别，也不符合民国法律本身所标榜的自由、平等原则。<sup>③</sup>这种观点实有一叶障目之嫌。根据1930年《高等考试司法官律师考试》第十六条规定：“再试及格者，授予再次及格证书，依法任用”，实际上通过学习、复试者获得的就已不再是司法官资格，而是正式的任命！由此我们不难看出当时立法者的深意：恰是出于对律师和司法官知识结构以及能力的不同要求，才须将司法考试分为“初试”、“再试”。初试及格证书是资格证书，在这一基础上，人员进行分流，欲充任律师者，应依律师有关法律申请律师执业；而欲做司法官之人则必须再经过特别针对这一职业的学习、考试，以期达到对司法官更为复杂的要求。

由是观之，我国现有的律考科目设置经过十几年的锤炼已日臻完善，颇富形式主义的初任检察官、法官考试虽侧重不同，也有可取之处，我们不应简单的将三种考试的科目拼凑到一起便万事大吉了。参考民国时的立法经验，增设对于政治素养、文书写作、专业外语的考试是必要的。尤其是入世在即，我国法律体系必将与国际接轨，因而恢复2000年律考中已删去的外语考核更是大势所趋，而且还应当逐步增大比例，并向专业外语倾斜。对于法官、检察官的任用选拔，仿效1930年条例，由司法机关按组织人事程序在有统一司法资格的人员中组织再学习和二次考试也是有必要的。至于面试的设置，亦应有所考虑，可先在选拔司法人员的二次考试中设置，再逐步推广到资格考试中。

### 四、典试委员会组成

民国武汉、南京政府管理司法考试的专门机构——典试委员会的人员组成，一般来自两个方面：司法界和理论界，由高级司法行政官员、资深司法官与学界专家组成。纵览国民党政权在这一方面的立法，可以发现呈现两大趋势：一是对委员会的重视程度加强。主要表现在对典试委员会委员长的任用上。广州、武汉政府时期，委员长是由司法行政委员会遴选，呈报国民政府简派，人事权实际是在司法行政委员会手中。南京政府时期，典试委员长是由“国民政府特派”，人事权收回到了最高行政机关手中，无形中抬高了典试委员会的地位，也表现了国民政府对委员会的重视。二是学界人士在委员会中的地位升高。在广州、武汉政府的立法中，司法行政委员会、大理院、检察厅的官员是主要的候选对象，而对学界人士只是含糊的称之为“具有相当法律学识人员”，并且是放在类似于补阙的位置上。而在南京政府时期，则明确称学界人士为“富有法律学识、及经验之专家”，在法条中将其放在了与“曾任或现任简任法官及司法行

政人员”并驾齐驱的位置上。显示出南京政府对于法学界人士在司法考试中的作用与地位的重视。

我国以往的司法考试体制是三家分立，现在欲三考合一，依照前人的经验，三家联合成立统一的司法考试管理机构势在必行。而且利用这次改革，应当大量吸纳法学界成就斐然、德高望重的专家，以保证考试命题的学理水平。同时，也可以更好的使司法实践与法律高等教育相结合。

此次统一司法考试改革，在引起巨大震动与反响的同时，有人提出，这意味着司法界与学术界的新一轮“权力划分”。此种说法不无道理，但未免将问题尖锐化了。司法界与学界应是相辅相成、水乳交融的关系，正所谓“合则两利，分则两伤”。这次改革，恰是两界弭平鸿沟、相互接轨的最有利时机。本文回顾历史，摘章寻句，点评古今，也是意欲为此次改革略尽绵薄之力。深望未来的统一司法考试能博稽古今，汇通中西，在律师考试已取得的辉煌成就基础上，更上层楼。笔者于此馨香祝之矣。

#### 【注释】

①王锡奎：“对于<法院编制法施行法>（草案）之商榷”，载《民国经世文新编·法制二》，台湾文星书店1962年。

②③徐家力：《中华民国律师制度史》，中国政法大学出版社1998年版第100页，86页

中国法律文化 | About law-culture | 关于我们

中国法律史学会 主办 中国社会科学院法学研究所 承办  
电话：64022187 64070352 邮件：law-culture@163.com  
地址：北京市东城区沙滩北街15号 邮编：100720