

论中国司法近代化进程中的耻感情结

张仁善

内容提要 中国近代司法改革是在强烈的耻感情结触动下展开的。耻感包括“外耻感”和“内耻感”：外耻，是国人在西方列强攫取在华司法特权、被人欺负后引发的羞辱感；内耻，是国内司法弊端丛生、明显滞后于近代司法文明，国人自我观照后产生的羞愧感。为消弭外耻而进行的外交抗争等民族主义运动，是司法主权意识觉醒的原动力；通过外耻倒映内耻，促使国人不断进行反省，拿出知耻而后勇的气概，做出司法改革的顶层设计，并取得了一定成效，是理性筹划的结果。受制于政局动荡等诸多因素的制约，这些司法成效距设计者的初衷尚有很大距离，但在司法近代化篇章中已写下了浓墨重彩的一笔。

关键词 司法近代化 耻感情结 领事裁判权

张仁善，南京大学法学院教授 210093

“民族主义”是贯穿中国近代史的主线。基于民族主义立场，一部中国近代史，几乎算得上是“耻感”的历史，就连近代以来深为知识分子企羡的清华学堂，因为是利用美国返还的向中国多索的庚子赔款支持下置办的，也被视为“是耻辱的状况和惭愧的心情中建立的”^[1]。中国司法近代化，也是在强烈的耻感情结触动下展开的。所谓“耻感”，可从两个层面加以理解：一为受到别人无理欺负，倍感羞辱，这是外耻；二是自身落后，积弊日久，感到羞愧难当，这是内耻。近代“救亡图存”的中心议题是废除不平等条约，主要目标是实现关税自主和收回治外法权。中国司法近代化，大致围绕收回治外法权这条线路逐步展开的，是在祛除内耻、消弭外耻的运动中进行的，体现了中华民族知耻而后勇的意志和品质。

一、司法外耻的感知

鸦片战争以降，司法主权随着国家主权的沦丧而丧失。例如1843年英国通过与中国签订《中英五口通商附粘善后条款》、《中英五口通商章程：海关税则》，在有关“英人华民交涉词讼”条款中规定：华洋遇有交涉词讼，“英人如何定罪，由英国议定章程、法律，发给管事官照办；华民如何科罪，应治以

本文为司法部重点课题“民国司法制度”(13SFB1002)阶段性成果之一。

[1]梁实秋：《清华七十》，《老清华的故事》，[南京]江苏文艺出版社1998年版，第200-201页。

中国之法”。从此,西方国家开始获得在华领事裁判权^[1]。其后,西方列强跟随英国纷纷攫取在华领事裁判权,相继有近二十个国家获得在华司法特权。于是,“中国主权不能完全行使于中国领土之内,而外国法权则居然畅行于中国,法权蹂躏殆尽,国家体面,扫地无余矣”^[2];有人谈到其弊害,则曰:“禹畛几为洋场,为害甚于洪水”^[3]。两次鸦片战争后,大清国势每况愈下,至甲午战争、义和团运动后,随着《马关条约》、《辛丑条约》的签订,民族危机日益加深,尤其是《辛丑条约》的签订,除了国人人均一两的本金赔款外,国家司法主权更是丧失殆尽;这在对义和团肇事者的惩罚上尽露无遗。《辛丑条约》第二款(一),完全按照列强的要求,惩办鼓动、支持及纵容义和团的朝廷大员,并将上年夏间凶惨案所有承认获咎之各外省官员,分别惩办^[4]。此份名单,完全由列强开列,清廷不敢稍作庇护。如赵舒翘,为官公正清廉,百姓拥戴,士民曾为之请命,朝廷亦不敢宽宥,死得可谓悲壮。

司法主权的严重丧失,中国朝野震动巨大,尤其在国人逐步了解到欧洲除土耳其外,亚洲除中国、暹罗外,其余国家均无领事裁判权后,有志之士无不视为奇耻大辱,逐步认识到司法主权独立的重要性。清末,最早受命为修律大臣的沈家本就讲,“国家既有独立体统,即有独立法权,法权向随领地以为范围”^[5],首次系统阐述了治外法权与领事裁判权的区别,指出国家有独立体统,就应有独立法权,司法主权应遵循属地主义。列强一方面以条约限制中国法权的行使,一方面设立法庭,在中国领土之上行使其法权,无疑侵蚀我国主权,妨害我国主权独立。

进入民初,随着国人对司法主权在国家主权中的地位的认识不断提高,中国朝野之士尤其是法界精英对领事裁判权本质的认识也不断深入,注意从司法主权与国家主权关系切入,从法理角度揭露领事裁判权的不平等性及对中国司法主权的危害性,认为这是中国的国耻,并通过与列强交涉,呼吁列强予以撤废,以尊重中国的司法主权。例如,1920在北京成立的“法权讨论委员会”曾对领事裁判权对主权的危害性进行过言简意赅的概括:侵害中国主权,紊乱中国治安秩序,轻视中国人民权利及妨害经济及一切文明事业之发达,其中以侵害中国主权居首^[6]。1921年华盛顿会议上,负责交涉领事裁判权问题的中国代表,著名法学家、时任大理院院长的王宠惠当场指出领事裁判权最应该反对的地方,第一条就是:“领事裁判权制度伤害中国主权,中国人民视为国耻”。王宠惠还引用长期担任中国海关总税务司的赫德氏所著《中国纪闻》一书中的言论,佐证自己的观点:“领事裁判权条约,虽或足以使中国官吏避免多少繁难的责任,然中国人实常以此为耻辱,增加忿恼,其结果更足贬损中国国家之价值,一方使中国人轻视自己的本国政府与本国官吏,一方对于不受本国统辖之外人,发生嫉视与厌弃之心。”^[7]其他法界精英也指出,列强将领事裁判权施行于中国境内,是中国的国耻,“明明是主权的损失,不能长期容忍”,必须废除^[8]。

在司法管辖及程序运作方面,法律精英也列举出领事裁判权的种种害处,如:同一地方设置数个

[1]参见王铁崖编:《中外旧约章汇编》第1册,〔北京〕生活·读书·新知三联书店1957年版,第35-36、42页。

[2]中国国民党中央执行委员会编:《撤废领事裁判权运动》,1929年10月编辑出版,第17页。

[3]吴炳文:《领事裁判权问题》二,《领事裁判权》,〔上海〕商务印书馆1923年版,第37页。

[4]参见1901年《辛丑和约》;《光绪朝东华录》第四册,光绪二十六年十二月丙辰条,〔北京〕中华书局1958年版,总第4607页。

[5]《修订法律大臣沈家本奏刑律草案告成分期缮单呈览并陈修订大旨折》,光绪三十三年八月二十六日,军原,故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》(下册),〔北京〕中华书局1979年版,第846页。

[6]参见法权调查委员会编:《列国在华领事裁判权誌要》,1923年编,〔台北〕学海出版社1999年初版,第56-57页。

[7]《华盛顿会议太平洋远东问题委员会于1921年11月25日在全美联合宫开第六次会议记录》,〔北京〕《法律评论》第3年第4期,1925年8月2日出版。

[8]参见周鲠生:《领事裁判权问题》,〔上海〕《法学季刊》第1卷第2期,1922年4月出版。

重复的法厅,其间关系复杂,使谙习法律之人及普通人民,均无所适从;法律失其确定之效率^[1];领事官本为行政官吏,法律的精神薄弱,而政治的观念较强,判案时总不免有偏袒本国人民之倾向;其结果致令中国人受不公平的裁判;外国人民独立于我国法权之外,不受一般法庭管辖,可以引赴其轻视之念,伤我国司法权之尊严;外人在中国境内惹起之民刑案件,有时须送到几千里远的地方领事处判理,犯人之押送,既费手续,案中必要的证人证据都很难达到;中国人不懂外国法律,诉讼情形,遇有与外人交易涉讼,须在外因领事法庭控告,不免以情形隔阂之故,居于不利地位。诸如此类,非废除不可^[2]。

在司法行政层面,国人也通过事实揭示领事裁判权的阴暗面。例如,作为列强在华领事裁判权延伸的租界地所设的租界法庭及监狱,理论上应该具有西方近代文明属性,却一样充满司法黑幕。这正好给我国朝野提供了反驳领事裁判权存在的有力证据。如上海租界的会审公堂,“已不啻一外国官署,且为一极端非法之司法机关,而其所发生之种种弊端,与夫黑暗情形,有非吾人所能堪受。”法界人士呼吁:收回法权,非先收回上海公堂不可,否则租界内华人的生命财产,“将无宁息安全之望矣。”^[3]南京国民政府最高当局也指出,“百年来中国司法权不行于外国租界,租界竟成为犯罪者的渊藪,由此以破坏中国法律的威信与尊严,损害中国人民守法的习惯。而租界里面的法庭和监狱,对人命法律的轻视,对诉讼程序的玩忽,比之中国的法院与监狱,其缺点更不胜枚举,其惨酷黑暗,即在中国改良司法制度与监狱制度以前,亦所罕见。由此可见不平等条约对于中国司法的影响,不独损害中国人民的正义与人权,亦且破坏世界人类的公理与人道。”^[4]可见,标榜法治主义的西式法庭,并未恪守法治原则,同样存在司法弊端。

总之,在国人看来,“领事裁判权是殖民主义的产物,强权压迫的结果,是反司法、反文化的,它的设立,完全系属列强政治侵略及经济压迫之工具,毫无司法理由与法律根据矣。且其本身即系违反司法原则的。其所以成立者,纯系军舰大炮压迫之功,完全系政治侵略品。”因此,“文明国有立即撤废领事裁判权之义务”^[5]。在国际法意义上,以别国司法不良为由,限制别国主权的行使,也“与国际法平等对待之原则大相背谬者也”^[6]。即便在1943年司法主权基本收复后,国民政府官方总结历史教训时,也不遗余力地对领事裁判权之弊端予以公开谴责和批判:“最可痛心的就是本为中国领土,而中国的国法不得行施,中国的军队不得通过。足见不平等条约之为害,不只是使我国将不国,而且使我民亦非民。真使我们中国人格丧尽,廉耻扫地。”^[7]当局对领事裁判权表现出强烈的痛恨和愤怒,将西方列强的侵略本性进一步昭示于国民,激起更强烈的民族主义热情。

二、消弭司法外耻的外交抗争

清末以来,朝野对司法外耻的感知强烈,消弭外耻情感逐渐被付诸对外抗争行动之中。1902年

[1]《华盛顿会议太平洋远东问题委员会于1921年11月25日在全美联合官开第六次会议记录》,〔北京〕《法律评论》第3年第4期(总第109期),1925年8月2日出版。

[2]参见周鲠生:《领事裁判权问题》,〔上海〕《法学季刊》第1卷第2期,1922年4月出版。

[3]郝立舆:《上海公共会审公堂今昔情形之比较》,〔北京〕《法律评论》总第53期“周年纪念号”,1924年6月29日出版。

[4]蒋介石:《中国之命运》第三章《不平等条约影响之深刻化》第一节《不平等条约对政治和法律的影响》,〔重庆〕正中书局1943年出版。

[5]欧美国际法学院会员周纬:《文明国家有立即撤废领事裁判权应有之义务》,〔沈阳〕《法学新报》第122期,1930年5月18日。

[6]郝立舆:《领事裁判权问题》,〔上海〕商务印书馆1930年版,第71-72页。

[7]参见蒋介石:《中国之命运》第三章《不平等条约影响之深刻化》第一节《不平等条约对政治和法律的影响》,〔重庆〕正中书局1943年版。

(光绪二十八年)清政府与一些列强在上海修订各国商约,英、日、美三国均有中国律例与外国一律、中国司法状况有所改善后即应允放弃在华领事裁判权的承诺,并体现在一系列条约之中。如1902年9月5日(光绪二十八年八月初四日)《中英续议通商行船条约》第12款商定:“中国深欲整顿本国律例,以期与各西国律例改同一律,英国允愿尽力协助,以成此举。一俟查悉中国律例情形及其审断办法,及一切相关事宜皆臻妥善,英国即允弃其治外法权。”这是自1843年以来,列强在领事裁判权问题态度上的首次松动。朝廷随即任命刑部左侍郎沈家本、出使美国大臣伍廷芳等为修律大臣,谕令将一切现行律例按照通商交涉情形,参酌各国法律,妥为拟议,“务须中外通行,有裨治理”。当年,刑部也奏请开馆修律^[1]。在各方力量的催促下,清政府遂派修律大臣创设修订法律馆,招揽留学生分科治事。聘请日本专家担任修律及司法改革顾问,派遣地方吏员赴日考察司法状况,清末修律运动勃然兴起,司法近代化开始起步。清末与列强签订收回治外法权新约之事,由于政局不靖、政权更替倏忽,清政权并未能完成司法主权的收复任务。进入民国后,历届政府更迭频繁,但对争取司法主权独立的信念未曾动摇,外交行动持久不绝。实质性的外交努力,则始于第一次世界大战以后。

第一次世界大战后,中国相继得到收回司法主权的时机。如1919年巴黎和会上,北京政府代表团正式提出,在中国颁布刑法、民法主要法典,以及地方审、检厅完全成立后,列强放弃在华领事裁判权。可惜,这次会议关注的焦点更多集中在山东问题上,对该提案未予理会^[2]。不过,在此期间,德国、奥地利、匈牙利、俄国等,还是声明放弃在华领事裁判权,算是争取司法主权的“小胜”。其他相关国家仍保留此项特权。

1921年华盛顿会议前后,北京政府在治外法权上的态度渐渐强硬。1921年华盛顿会议上,中国代表团成员王宠惠专门负责与列强交涉撤废在华领事裁判权问题。11月25日王宠惠将撤废领事裁判权建议提交大会。这是中国法律人第一次在国际外交舞台上列数领事裁判权对中国主权的危害,揭露领事裁判权侵蚀中国主权的本质,并提出具体的撤废动议。在中国代表的强烈要求下,12月10日会议决议成立“中国法权调查委员会”,拟在会后三个月来华调查。但因为多种原因迟迟未能成行。1925年“五卅”惨案后,中国国内民族主义意识迅速增强,司法界利用这次机会,不断鼓动宣传。1926年1月12日“中国法权调查委员会”方始来华,在北京召开第一次会议,会后经过考察,9月16日形成《中国法权调查报告书》正式向国联提交^[3]。主要列强审议报告后,总体态度还是“渐进放弃”在华司法特权,这明显与中国的民族主义思潮无法同步。其间收回司法主权活动取得的最大成效就是,由司法部设立“收回沪廉委员会”,组成临时法院,接管上海公司租界的会审公廨。改组临时法院,宣告了公共租界法权的基本收复。

1927年4月,南京国民政府建立以后,民族主义运动不断高涨,既给予国民政府压力,也增强了国人的信心和决心,收回治外法权与实现关税自主运动已经成为“中国国民所一致要求的亦是中国国民革命最重要的目标”^[4]。1929年中国实现了关税自主。1929年12月,国民政府单方面宣布:自民国1930年1月1日起,凡侨居中国之外国人,应一律遵守中国政府依法颁布之法令章程,并由主管机关拟定实施办法,以资适用。至于上海公共租界临时法院暂行章程,也于1929年年底期满,经中外多次

[1]参见《光绪朝东华录》第五册,光绪二十八年四月丙申条,〔北京〕中华书局1958年版,总第4864页;《清史稿》卷142,《刑法志》一。

[2]《撤废领事裁判权运动》,第55-56页;郝立舆:《领事裁判权问题》,〔上海〕商务印书馆1930年版,第83页。

[3]超麟:《帝国主义又一个骗局:法权会议》,〔上海〕《向导》第143期。

[4]蒋介石:《中国之命运》第三章《不平等条约影响之深刻化》第一节《不平等条约对政治和法律的影响》,〔重庆〕正中书局1943年出版。

会商,签订新协定,基本收回。至此,国民政府对收回司法主权充满信心,相继采取一系列实际行动,宣示了捍卫司法主权的决心。如1930年改组上海临时法院为上海特别法院,收回了租界地的司法主权,取得了收回司法主权的关键性胜利。1930年9月5日行政院奉国民政府令,通令直属各机关:“嗣后政府各机关,遇有对外发生纠葛,如进行司法手续,不得向各国在华法庭起诉,即或需向其本国法庭进行法律手续时,亦应由原订合同经手人后机关,呈经主管院部核准后,以原经手人代表原订合同机关,事后以该机关名义起诉,不得以国民政府代表或中华民国代表名义起诉。”^[1]行政院的通令坚决果断,不承认列强在华法庭,禁止中外诉讼案件中方人士向列强在华法庭起诉,不向外国人利益妥协。

在诸多力量的合力推动下,国民政府坚持不懈,努力交涉,争取列强方面的配合,同时加快国内司法改革步伐,以便在外交谈判中争取主动。至1936年,司法改革取得长足进展,下一步的司法改革计划也在酝酿之中。不过英、美等主要列强并未因中国司法改革成效显著而立即放弃领事裁判权。1937年抗日战争全面爆发,许多司法改革计划被迫中止。1941年12月7日太平洋战争爆发,领事裁判权一下子成为列强在华利益博弈的筹码。这时,中国司法改革程度高低,已不是英美等列强考虑的重点,而是试图通过调整对领事裁判权的态度,争取更多中国军民的支持。日本先期已经宣布放弃在华司法特权,以拉拢更多的亲日分子。英美感觉到来自日本的竞争力,为与之抗衡,争取、鼓励中国军民合力抗日,1942年10月10日,美、英终于联合宣布放弃在华领事裁判权的意愿^[2]。1943年1月11日,签订《中美新约》《中英新约》,美、英两国放弃领事裁判权,交还租界,废止《辛丑条约》及其附件,放弃内河航行权等。1943年5月20日,两个条约同时生效。主要列强在华领事裁判权在条约上的撤销,成为中国人民政治生活中的一件大事,标志着中国司法主权的基本独立,一洗百年来在自己国土上没有独立司法主权的外耻。

三、司法内耻的观照

近代中国基于主权层面上的耻感情结,促使国人在诸多场合,尤其是外交场合,争取列强撤废领事裁判权,收回治外法权,实现民族独立。但在民族情绪高涨之际,一批法律先知并未为民族主义情绪所迷醉,深谙“人必自侮,而后人侮之”的古训,既从国际公理或主权角度揭露列强真实意图,又突破天朝大国无所不有、无所不能及无所不优的传统窠臼,把中国当时司法状况,置于国际舞台作横向考察,从司法主权视角,观照自身存在的司法弊端,明了其与现代司法文明潮流相逆态势,并引以为耻。

清朝是满族取代汉族建立起来的封建王朝。由于汉化步伐快,汉化程度高,在礼法合一思想指导下,清朝以明朝为榜样,建立起高效完备的司法体系。清朝前期及中后期,统治者基本都能在既有司法程序内依法处理刑事案件。例如,死刑案犯审结、处决等,均要经过“朝审”或“秋审”的会审程序,最后报奏皇帝,由最高统治者“勾决”后,方能执行死刑;只有在特殊时期,才会将该权力下放给地方大员。如“太平天国”时期,出于平乱需要,赋予封疆大吏“就地正法”权。太平天国平定后,就地正法权收归朝廷,地方大员对辖区内不安定分子的随意处置权受到抑制,适逢杨乃武与小白菜案件发生(同治十二年——光绪三年,1873—1877年),借机宣泄不满者不乏其人。朝中不少司法权要对地方大吏颇为忌惮,因而发生了是否启动由刑部提起复审程序的激烈争吵。该案经提审、改判,最终还杨乃武、小白菜以清白,过程一波三折,偶然性很大,事后还有地方吏员对此结果并不信服,甚至怀疑件作鉴定

[1]《各国在华法庭——正在收回法权未便承认》,〔沈阳〕《法学新报》第136期,1930年9月22日出版。

[2]Wesly R. Fishel, *The End of Extraterritoriality in China*, New York: Octagon Books, A Division of Farrar, Straus and Giroux, 1974, p.217.

的可靠性^[1]。但这至少说明,在同、光之交,都察院的司法监督职能正常发挥,最高统治者尚能尊重司法权威,发现明显错误后,同意启动纠错程序,给予司法以应有的尊重。又如,清代惯例,凡死刑,必须经三法司全堂画押签字,缺一个签字,都不能定讞。光绪初年,大理寺少卿王家璧在参加会审的法司13人均已画押、判定严劾成禄的吴可读(柳堂)斩立决时,仍坚持己见,认为不应判死刑,拒绝画押,避免了对吴可读的死刑执行,最后对吴降等处罚,改斩为流^[2]。于此可见,清朝司法祖制尚得以勉强维系。

光绪中期以后,正常的司法程序不断受到最高统治者的干扰和破坏。慈禧垂帘听政后期,变更清朝祖制之事频频发生,开了清代藐视司法权威的先例。兹举数例为证:

案例一,光绪五年(1789年),慈禧太后派太监去太平湖的醇王府,护军依例禁止太监从中门进府;太监归报西太后被护军殴骂之情。病中的西太后大怒,邀请慈安太后前来,哭诉被人欺负情形,发狠说,“不杀此护军,则妹不愿复活”。慈安答应为其做主,立交刑部,面谕兼南书房行走的刑部尚书潘祖荫,比拟斩立决。一时舆论大哗。刑部及诸多高官均认为:太后要杀就杀,既然交到刑部,必须依法。潘祖荫比较正直,将司法官意见报告慈安,慈安转告西后,西后招来潘祖荫,斥其无良心,“泼辣哭叫,捶床床骂”。潘祖荫回署,对司官痛哭,就这样,还是对护军“曲法拟流”。从此,太监携带他人随意出入,概无门禁。慈安死后,刑部“一听宫中唆使”。案例二,光绪二十四年(1898年),未经刑部审理,即将“六君子”绑缚市朝斩首。“六君子”之一的刑部老职员刘光第,起初以为是提审,还安慰康广仁,后发现果真未审即杀,痛骂道:“未提审,未定罪,即杀头耶?何昏聩乃尔。”^[3]案例三,光绪二十九年(1903年),慈禧太后未经法司审理,下令于狱中残忍杖、勒毙记者沈荇^[4]。慈禧听政后期一系列擅断乱法行径,开启了清代执法滥刑、藐视司法先例:“旧制,司法本为独立,亦自慈禧始破坏之。”^[5]从此,司法失序愈演愈烈。

对涉外案件的处置失当,也使清朝司法程序紊乱的实景昭然中外。例如,义和团运动前后,清廷及地方吏员对系列“教案”等涉外案件的处理,并不符合司法程序,坐实了中国司法弊端,强化了列强持有“领事裁判权”立场。一些地方官吏为了应付列强要求惩办杀戮传教士的中国人,企图按对等原则,杀死几名传教士就胡乱抓几名民人充数,予以法办,以期平息列强抗议。被捕者之中,不少是无辜民众,并非涉案凶手,完全违背了近代罪刑法定原则及正当程序原则。此类不分皂白、滥杀无辜之举,竟为外国人制止。外国人认为,即使抓不到元凶,也不应滥杀无辜。又如,“沈荇案”也决定了“苏报案”走势,巩固了会审公廨的司法管辖权。1903年,“沈荇案”案发生后,中外媒体跟踪聚焦,清廷不依司法程序处置犯罪嫌疑人的酷虐行径尽呈于世。紧接着即有“苏报案”审理管辖权之争。最终,清朝官员只能移就会审公廨,按照公廨法定程序审理结案。频发的干扰司法的恶行,既受外人指责,也为国内有志之士引以为耻。颇受中外谴责的1904年王维勤及1905年幅株哩的“凌迟案”^[6],更是加深了外国人对中国刑罚惨无人道的印象,清末修律者也大多认为残忍落后,应该废除。

进入北京政府时期,中国司法状况虽有改进,但司法改革的实效并未根本提升,司法持续腐败的状况无实质性改观。1926年1月“中国法权调查委员会”来华,按预设的北京、山西、武汉、上海及东北等线路实地考察,9月形成各委员签字的正式报告,即向国际组织提交的《调查法权委员会报告书》。

[1]参见刘体仁:《异辞录》卷二,上海书店1984年影印,第13-14页。

[2][3]参见黄濬:《花随人圣庵摭忆》一,〔太原〕山西古籍出版社、〔太原〕山西教育出版社1999年版,第219-220页,第239、240-241页。

[4]参见罗家伦主编:《国民日报汇编》第一一第四期,〔台北〕中国国民党中央委员会党史史料编纂委员会1968影印初版;黄濬:《花随人圣庵摭忆》一,〔太原〕山西古籍出版社、〔太原〕山西教育出版社1999年版,第241页。

[5]《德宗遗事·十二》,《陶庐主人随笔录》、《南屋述闻》(外一种),〔北京〕中华书局2007年版,第181页。

[6]参见〔加〕卜正明、〔法〕巩涛、〔加〕格里高利·布鲁:《杀千刀:中西视野下的凌迟处死》,张光润等译,〔北京〕商务印书馆2013年版,第2-5页。

尽管列强对一个主权国家的司法进行调查纯属干涉别国内政,但该报告关于中国司法弊端的描述基本符合实情:政权操于军人之手,而军人因处于有力之地位,得任意总揽行政、立法与司法事务,几致行政、立法、司法三权有失其界限之倾向;中国国库空虚,以致政府有时对于司法与警察官吏之薪俸不能发给;法律与司法制度之系统渐受破坏,缘各地之不承认中央政府者,自立法律及自设法院也;新法律与司法制度之扩充及发达因之滞碍;军人干预司法;法律适用不统一;新式法院过少^[1]。报告中反映的现象有些就发生在国际代表在华考察期间,如1926年中国法权调查委员会在华期间,军阀枪杀记者林白水案等等,都坐实了中国司法在程序的正当性、实体的正义性及案情的透明性等方面的种种弊端,较诸西方近代司法,都相当滞后。而且这些概述也得到中国代表的认可,尴尬而无奈。

至南京国民政府时期,法界人士在检讨司法改革进程及成效时,成就感并无提升,对司法前景无法乐观。例如,1935年孙晓楼先生梳理二十年来中国司法业绩时就发现,1926年各国因撤废领事裁判问题组织法权调查委员会来华调查司法,调查报告书中曾指摘中国司法的几大缺点还没有改正。1935年,司法院参事吴昆吾在《中国今日司法不良之最大原因》一文中又指出,近十年来的司法状况与以前相比,反有退步,表现有:一是审判权不统一,二是法令之适用不一致,三是诉讼延迟,四是判决不能执行,五是初审草率,六是下级法官受人指摘,七是新式法院过少,县长多兼理司法,八是新式监狱过少,看守所拥挤污秽,且黑幕重重^[2]。吴昆吾所列举的八点可以涵盖法权调查报告书所列诸点。对此,孙晓楼认为,按吴参事的地位来观察中国司法现状,一定比外国人更为透彻;而外国人在十五年前指摘中国司法的几大缺点,还不足以包括吴氏最近所列举的八大缺点,“岂非反证中国司法的愈办愈糟,现在的缺点,比外国人在八年前看到的还多么!”^[3]。另外,相对于北京国民政府时期,南京国民政府还产生了一些新的有碍司法权独立的因素,如当年中国法权调查报告中没有提及的“司法党化”就曾甚嚣尘上。以上,均可视为司法内耻。

四、祛除司法内耻的顶层设计

自“戊戌变法”迄至民国,司法内耻感情结对中国各界特别是法界触动很大,人们逐步认识到,不消除国内种种司法弊端,无颜对外争胜,亦无助内部图强,司法改革动议及设计由此不断被催生。

1. 对清廷上下的触动

“戊戌变法”前后,清廷连续出现的司法擅断,既受外人谴责,也为国内法界之士的所不耻,触动了司法改革的神经。朝廷上下倡言司法改革的呼声日渐增强,推动司法改革的进行。

1901年9月20日(光绪二十七年八月十九日),两江总督刘坤一、湖广总督张之洞等上奏朝廷,提出一揽子包括司法改革在内的变革方案^[4]。1902年,朝廷即任命沈家本、伍廷芳为修订法律大臣,主持修律,谋划司法改革,由此开始了中国司法近代化进程。直隶总督袁世凯等也力主修订法律,支持司法改良,他还派辖下基层官员赴日考察学习先进司法模式,回国试验,并创设新式监狱。

朝廷负责对外交涉的大员在与列强谈判中,直接要求列强将放弃领事裁判权条款写进和约。1902年9月5日(光绪二十八年八月初四日)《中英续议通商行船条约》(《马凯条约》)中即有协议:“中国深欲整顿本国律例,以期与各西国律例改同一律,英国允愿尽力协助,以成此举。一俟查悉中国律例情形及其审断办法,及一切相关事宜皆臻妥善,英国即允弃其治外法权。”尽管用词如“与各西国律

[1][北京]《法律评论》第182期增刊,1926年12月26日印行。

[2]吴昆吾:《中国今日司法不良之最大原因》,[上海]《东方杂志》第32卷第10号,1935年5月19日印行。

[3]孙晓楼:《改进我国司法的根本问题》,[上海]《法学杂志》第8卷第4期,1935年8月1日印行。

[4]参见《光绪朝东华录》第四册,光绪二十七年八月癸丑条,[北京]中华书局1958年版,总第4727页。

例改同一律”之类,敷衍特征明显,但好歹在条约上就领事裁判权的撤废问题达成初步约定。这不能不归功于策划“东南互保”的一批地方实力派在维护地方稳定、保持对外正常商业交往等活动中的积极作为获得英国等列强一定程度的认可,从而在谈判中争取到的利益。中英条约签订后,其他国家依样而画,中国首次获得了列强放弃在华司法特权条约上的允诺。

清末修律的实际主持者沈家本,目睹清末酷刑泛滥,司法腐败。他在任保定府知府、升署任直隶按察使、署山西按察使时,被列强怀疑纵容义和团毁坏洋人财物,1900年曾经被洋人拘禁四个月之久(农历九月初一——十二月十五日),并未受到洋人虐待,亲身经历洋人司法程序,其感触尤深。尽管他从未出过洋,却提出振聋发聩的修律前提和原则:在华外人不愿受中国法律约束,反而“予以不仁之名,此亟当幡然变计者也”,通过修订法律,收回治外法权,“实变法自强之枢纽”,酌加甄采各国法律,“可默收长驾远驭之效”^[1]。他提出的经典名言“我法之不善者当去之,当去而不去,是谓之悖。彼法之善者当取之,当取而不取,是谓之愚”^[2],更是闪烁着智慧之光。另一位伍廷芳将西方的西法理念及实践,直接引入司法改革。

清朝驻外代表或派出的考察团成员,则通过在域外的见闻,提出革除司法弊端对于收回治外法权的重要性。如驻日代表杨枢就结合自己在日本的切身感受,指出日本之所以早于中国顺利收回治外法权的原因在于法律的修缮:“查日本从前法律,与中国同而与欧美异。故通商各国亦向日本索有治外法权。迨日本颁布宪法之后,通商各国,方允将条约更正,可见修律,乃今日切要”,旨在为中国修律、司改提供借鉴^[3]。1910年(宣统二年)12月,法部派人出国考察各国司法制度及监狱管理。参加出国考察的京师高等检察厅厅长徐谦及奉天高等审判厅厅丞许世英呈称:“方今世界法制,固已趋于大同,彼行之欧美各国无不宜者,或不致行之中国而不宜者。况我国因条约之关系,于法权之行使,本多障碍,尤当亟亟改良,始望有修正条约之一日”^[4],认为欧美各国的司法制度在中国也有实行的可能性,中国要修正条约,收回治外法权,就必须司法改良。概言之,清末无论是封疆大吏,还是修律主官,大多会把革除内部司法弊端与收回治外法权直接关联起来。

2. 对民初司法行政当局的触动

民国肇兴,政体更新,司法当局主官逐渐认识到革除司法弊端对于收回治外法权的重要性。司法总长许世英就提出,中国“欲挈中外而纳于大同,其必自改良司法始……对于旧日积习,贵有螫手断腕之谋。对于改良前途,贵有破釜沉舟之概。庶司法独立,可实见诸施行,而领事裁判权,终有拒回之一日”^[5]。曾任司法部长、大理院院长等职的王宠惠,详知国内司法实情,在代表中国参加华盛顿会议时接受记者采访,说出了他对外交努力与国内司法实情的感想:“以中国近数年来,变乱频仍,百度废弛,且开会中,正当战事发生,其中央无主,及全国纷乱之情形,皆为外人所目击。身当折冲之尊者,其困难不可言喻。观于建议案所希望改良者,除法典公布外,多半属于政治上之责任,外人初意以为在此非常状态之下,论及撤销治外法权,自以用外人参与司法为必经之阶级。经再三辩争,方从删去。要之,外交之得失,视内政为转移,此则无俟吾人之赘言矣。”^[6]一句“外交之得失,视内政为转移”,个中滋

[1]沈家本:《删除律例内重法折》,《寄簪文存》卷八,《沈家本全集》第四卷,〔北京〕中国政法大学出版社2010年版,第611页。

[2]沈家本:《裁判访问录序》,《寄簪文存》卷八,《沈家本全集》第四卷,〔北京〕中国政法大学出版社2010年版,第752页。

[3]《光绪朝东华录》第五册,光绪三十一年正月癸巳条,〔北京〕中华书局1958年版,总第5288页。

[4]《法部代表委员会徐谦等考察各国司法制度报告书折(并单)》,《法政杂志》第1年第7期,〔上海〕《法政杂志》社1911年7月25日出版。

[5]《司法许总长司法计划书》,〔上海〕《法政杂志》第2卷第10号,1913年出版。

[6]《法权会议代表王君宠惠之谈话》,〔北京〕《法律评论》第179期,1926年12月5日出版,第6-7页。

味只有身临折冲樽俎现场者方能体会。曾任司法总长、后任法权研究会会长的张耀曾也说：“我国司法制度及实行情形，若无切实改良，与外人以满足，则撤销领事裁判权，实少希望也，改良司法，则在我国。”^[1]与中央司法当局相呼应，地方司法当局对收回司法主权与主动司法改革的关系也有足够的重视。一线的司法实务组织，也加入了倡议司法改革、推动收回治外法权的行列。如北京律师公会曾向“国宪起草委员会”提出《统一司法权案》：“改良司法，为收回之外法权切要之图，亦即保障人民权利当务之急”，批评当局“虽力图整顿，不惟仍无进步，且每为世所诟病”^[2]。

总之，民初呼吁废除司法积习，进行实质性的司法改革，以便与国际接轨，获得国际承认，进而实现司法主权独立，逐步成为社会共识。这就突破了狭隘的民族主义界限，即并非一味排外，而是知耻后勇，自我奋改革新。争取司法权独立的行动在外、内两条战线同时展开：外交前线有一批职业外交家在各种场合据理力争，要求列强尊重中国司法主权；内部也在紧锣密鼓地对照西方司法模式，有步骤地改良司法。当时中国司法条件差到何种程度，不妨看看1925年为迎接“中国法权调查委员会”来华调查，司法当局所拟定的“注意事项”：(1)法庭内应备当事人、证人坐席，随时令其休息，以待再讯（应个别问者不再此限）；(2)法庭内应多设旁听席，至少须能容二十人以上；(3)候审室应多设坐具，并置备茶水，勿任候审人在室外随意行立窥探；(4)开庭务按传审所定之时间行之；(5)法院推检书记官吏警制服应加意整洁；(6)刑事判词须将原本附卷，不可换用油印或铅印；(7)各项行政及诉讼卷宗，须妥为整理；(8)法庭侦查室、候审室、监所房屋，如有不敷，或过于狭小者，应设法腾挪使其敷用；(9)法院监所房屋，务令清洁，如有破损，或歪漆剥落之处，应分别修理或油饰，厨房厕所沟渠附近，尤应特别注意；(10)厅内什物器具，务必安置齐整，并注意清洁；(11)监所职员及看守所丁人等，应一律着用制度，并注意清洁；(12)民国十三年全国迄本年(1926)六月以前，民刑案件种类收件数及涉外案件，须择要编程表册；(13)监所必要表册，须编制齐全^[3]。这里之所以要列出上述清单，旨在说明当时中国的法庭规模、庭审步骤、监所状况、法警衣着以及司法场所的清洁卫生等，都没有正规标准，还要临时准备，以便让外人观摩、检查和评估。由此反推，若非国际组织行将来华，诸多规划设施不知猴年马月方得备齐！中国司法的硬件水平之低下，由此可见一斑。所幸的是，当局已经知道自身不足，为减少家丑外扬，还愿意提前做好“迎评”攻略，尚不失自知之明。

3. 对南京国民政府司法改革顶层设计者的触动

南京国民政府前期，政局相对稳定。日益勃兴的民族主义运动、媒体舆论的鼓动及法律学人的法理论证等，给予国民政府压力和动力，并演化为信心与决心。为了祛除司法内耻，中央政府不断提出司法改革的顶层设计，前提仍是围绕收回治外法权这个大目标。

执掌司法的王宠惠在《司法改良之方针》中说，司法院“同时对内又负有促进法治国之责任，对外又须应付领事裁判权之撤销，有此种种原因，则主其事者，第一当熟知各国司法之状况，第二当熟筹本国司法之改良，二者盖相因而又相成者也”^[4]，要求作为司法中枢的司法院要内外兼顾，筹划司法改良。1932年，新任司法行政部部长罗文干接受采访，回答“对于收回领事裁判权有何意见”时说，“在华领事裁判权应行取消，原则上各国均经承认，我国应继续据理力争，同时努力于国内司法

[1]张耀曾：《法权讨论会张会长演说录要——安庆律师公会法政同学会欢迎会演讲，1922年12月6日于安徽省教育会》，[北京]《法律评论》第70期，1924年10月26日出版。

[2][北京]《法律评论》第3年第12期，1925年9月20日出版。

[3][司法部对于撤销领事裁判权之准备]，[上海]《法学季刊》第2卷第6期。

[4]王宠惠：《今后司法改良之方针（一）》，载[北京]《法律评论》第6卷第21号，1929年3月3日。

整顿,若徒托空言,必无补实益”^[1],把内部的司法整顿与外交上对司法主权的据理力争相结合。位居南京国民政府司法要津最久的居正,1934年在回顾上年的司法状况及展望未来时也说:今后的希望,自然第一件急务是要从速实行撤废领事裁判权以实现法权之完整,“一方固有赖于改良司法完成各项法典间塞外人之藉口,以为进行之基本步骤;而当实施之际,外交折冲亦属重要。至完成法典又属立法范围,改良司法尤以财政充裕为根本,故撤废领事裁判,必须外交、财政、司法、立法各方面通力合作而后能成功。”^[2]在谈到司法内部改革与对外司法主权抗争关系时又说:“辛亥革命以还,中国所以未能进于法治之域者,由于内有专制主义之残余,司法未能完全脱离行政而独立,外有不平等之条约之束缚,帝国主义藉口于所谓领事裁判权,破坏中国法权之完整。国民政府之司法建设,即在于祛除此两大障碍,而恢复完整之法权与建树独立之司法”,因为中国还不是“法治”国家,收回治外法权,必须从内部革除司法障碍^[3]。

法律学界人士也多有理性思考和建设性建议,一方面强烈谴责列强破坏中国司法主权的危害性,一面也为司法改革与国际接轨贡献方案。有学者指出:“今日之政府不固,军士横暴,生命财产,既无日不处于危险之中,而法典凌乱,司法腐败,所以为生命财产保障之具者,又不可恃,如是而欲博得外人之信托,殆属难能之事。故以学理言,以利弊言,领事裁判权应即收回者也;以事实言,其能否收回,则又难言者矣。吾人苟欲收回领事裁判权,必须努力振作,自求改进,使外人无不足于我,而后无辞以拒吾之要求。”^[4]换言之,治外法权应该收回是一回事,能否收回是另一回事;在“法典凌乱,司法腐败”状态下,收回是有困难的,必须自我振作改进。还有人认为,我国既然认定要完全撤销领事裁判权,对内外人一律适用我国正规的司法制度,就要研究对于此事之实行,我国应有什么样的准备,“我国政府里的人,正式对外国说话,当然说的冠冕堂皇,说我国现在已经编成了近世式的法典,已经设立了独立的各级法院,已经改良了监狱,他们官场的外交词令如此,自不足怪,但是我们平心论事,他们所说的那些改革进步之举,究竟不免多半是纸上的官样文章,与事实都隔得尚远的,真讲到我国司法的实况,对于实行撤销治外法权的准备,我们对世界还是很觉得愧颜,而要大家加一番发愤去做。”^[5]他们呼吁司法界同仁,应实行整顿司法,谋领事裁判权之废除,不平等条约的解除,以复兴优秀光荣的民族^[6]!

总结这段历史,最值得称道的是,在耻感情结触动下,一批先知先觉者在对外竭力捍卫国家司法形象、争取司法主权独立的同时,能保持清醒的头脑,不断进行自我反省,寻求司法改良的方法,做出司法改革的顶层设计,并取得了一定成效。受制于近代社会的诸多原因,这些成效距设计者的初衷尚有很大差距,但在中国司法近代化的历史篇章中已足够出彩。

[责任编辑:钱继秋]

[1]《罗文干谈改良司法意见》(1932),〔南京〕《法律评论》第9卷18号,总第434期,1932年2月7日出版。

[2]参见居正:《一年来司法之回顾与前瞻》,〔南京〕《中华法学杂志》第5卷第8、9合刊号,1934年9月。

[3]《十年来之司法建设——为国民政府成立十周年纪念》,〔南京〕《中华法学杂志》新编1卷5、6号合刊,1937年2月1日正中书局版。

[4]吴炳文:《领事裁判权问题》二,载《领事裁判权》,〔上海〕商务印书馆1923年版,第45—49页。

[5]周鯁生:《领事裁判权问题》,〔上海〕《法学季刊》第1卷第2期,1922年4月出版;同见东方杂志社编:《领事裁判权》,〔上海〕商务印书馆1923年版,第28页。

[6]林廷柯:《整顿司法与复兴民族》,〔南京〕《法轨期刊》第2卷第1期,1935年出版。