

晚清时期国人对法院组织的认知

侯欣一*

内容提要：《南京条约》的签订，标志着中外关系史上不平等条约时代的到来。在中外、主要是中西交往规模逐渐扩大的背景下，国人通过各种渠道开始了对源自于西方的现代法院组织的认知。认知由点到面，大致形成了直观感受、法院组织功能、法院组织价值和操作知识等四个层面。一种文明的器物、公断是非的工具、审判独立以及法院组织法、民事诉讼法及刑事诉讼法之体用集合分别对应着上述四个层面。这些认知，作为一种思想资源或深或浅地影响着现代法院组织在中国的创制及运行。换言之，国人对法院组织的认知水平，以及将这种认知水平发展成一套自主的话语体系，用以适应公、私两域生活方式转变的能力决定着法院组织这一舶来品在古老中国的生存状况。

关键词：法院认知 法院功能 独立审判 法院组织 诉讼程序

传统中国司法与行政合一，并无专门的法院组织。签订于1842年的中英《南京条约》标志着中外关系史上不平等条约时代的到来，国门由此洞开。此后，来华从事贸易、传教、外交等西方人士陆续增多，并逐渐由东南沿海向内陆扩展，越来越多的国人与西方人有了接触和交往的可能；与此同时，清廷也开始向东西方各国派出观察者、驻外使节和留学生。伴随着脚步的远行，国人的观念和思考的边界不断被拓展，法院组织逐渐进入了国人的视野。这些远行者们借助文字将自己对法院乃至现代司法制度的最初感受及思考记录下来，并由点到面铺展开来，形成了中华民族对西方法院的最初认知，最终推动了法院组织在中国的创制。

晚近以来，学界对法院组织在中国的创制过程、最初的运行状况、与中国社会的契合及游离等问题表现出了浓厚的兴趣，发表、出版了一批有分量的研究成果。^{〔1〕}但研究大都从制度史层面展开，少有从观念史层面进行。即便有，也是从外向内，观察包括法院组织在内的西方

* 天津财经大学法学院教授。

本文为国家社科基金重点项目“中国政法制度形成过程研究”（AFX18-004）的阶段成果。

〔1〕 参见李启成：《晚清各级审判厅研究》，北京大学出版社2004年版；欧阳湘：《近代中国法院普设研究：以广东为个案的历史考察》，知识产权出版社2007年版；何志辉：《近代澳门司法：制度与实践》，中国民主法制出版社2010年版；张勤：《中国近代民事司法变革研究：以奉天为例》，商务印书馆2012年版；侯欣一：《创制运行及变异：民国时期西安地方法院研究》，商务印书馆2017年版等。

法政知识是如何在中国流布的。本文则从观念史入手,并由内向外,以国人对西方法院组织的自主认识为切入点,尝试从直观印象、组织功能、制度价值和操作知识四个层面就国人对西方法院组织的认知及接受程度进行梳理,深化学界对中国法院制度的研究。

一、大致相同的直观感受:一种文明之器物

国人对西方现代法院组织的认知,始于直观感受。接触之初,由于缺乏统一译法,初识者只能依赖既有的知识称呼自己眼中的法院,如察院、按察司、刑司、判断处、裁判所、审判厅等。伴随了解的增多,特别是西方法政知识在中国的传播,初识者对法院的称谓逐渐从具象到抽象,如从判断处、刑司、裁判所、审判厅、审案堂、审院,过渡到律政院、法庭、法堂和法院等。

(一) 不同类型观察者眼中的西方法院

第一,当事人眼中的西方法院。1847年,在福建厦门一家外国洋行做翻译的林钺,^[2]乘坐洋行的商船,不远万里来到美国纽约,意外地侧身于两起诉讼当中。出国前,林钺得知有英国商人在广州购买了一艘中国商船,并以赴爪哇岛贩运奇货获利为由,招募了26名广东潮州人为船工。林到美国后意外发现该船竟然停靠在纽约港,船和船工则成了展览品。中西之间的长期隔阂使此时的美国人对中国商船和华工充满了好奇。英人以此招揽生意,卖票诱人上船参观,日竟获银钱数千。有船工向林钺泣曰,立契时承诺系前往爪哇岛贸易,并以八月为限,限满听任去留。“而后船经其地而不入,众方知苦,然而悔已晚矣。”船工稍有不满意便受鞭笞,求死不能。显然,英人立契时有欺诈嫌疑。林钺经人指点,为被骗同胞觅得“鲁姓法家”(律师),欲向当地“察院”起诉。英人闻讯后恶人先告状,反诬华人船工作乱谋杀船主,致使华人船工七人被当地官府羁押于牢中。

案件开庭后,林钺与“鲁姓法家”一起参与了诉讼。法官讯问船工:“尔等何故谋杀船主,从实招来,法不容许。”“时余坐于旁列,遂向前代译始末情由,并于十九人中择一人为证,即将文凭当堂译明。而鲁姓亦坐于堂右,指驳英人,井井有条。只见英人战兢汗下,莫措一词。而土官究之其弊,将七人当堂释放,观者欣声雷动。”^[3]

察院不日判云:“拐带汉人,船无执照,而众有文凭,其伪可知。况鞭笞平民,罪不容道。姑念众等贫无依倚,罚英人以金作赎刑,即日配船,送众归国,使游子无冻馁之悲,家室无悬望之苦。虽一切工资,不须白吞。毋违,特示!”^[4]

英人败诉,气急败坏,又与他人串通,诬陷林钺等盗窃其财物。此时,与林钺一道从中国来美之人已往他处劳作,无人为其作证。“夷官遣役来拘。”次日晨,林钺同察院衙役一道前往当地水手头领雷即声之家寻求保护。“雷之女慰其父兄,代余鼎力。至午,官亦知其详,准其父以三百金保余在外候讯。而后,初同行者自西省而归”,鲁法家再次为林钺做辩护,亲自

[2] 林钺,生于1824年,原籍福州,长于近代中国最早的对外通商城市厦门。此时的厦门华洋杂处,但儒家思想仍然在公共生活和私人生活中占据着绝对的统治地位。林钺家境一般,稍通中学,又自学英文,就职于洋行,与各国水手多有交往,属典型的“港口华人”。

[3] 参见林钺、斌椿、志刚、张德彝:《西海纪游草·乘槎笔记·诗二种·初使泰西记·航海述奇·欧美环游记》,岳麓书社1985年版,第46页。

[4] 同上。

向审判人员“剖译曲直，其事使明”，〔5〕英人再次败诉。

异国他乡，林钺参与的两起诉讼均以胜诉告终。这是目前已知的国人在近代西方国家最早参与的诉讼，也是国人对西方现代法院和审判制度的较早记载。林钺属典型的港口华人，略懂洋务、略识西人，但依然坚守着儒家伦理，视“洋人”为“番”“夷”，因而对自己的境遇充满疑惑：为何美国法家、察院会向着华人？按照当时国人的逻辑，英人与美人均属蛮夷，理应相互帮衬。

第二，游历者眼中的西方法院。1866年，清朝海关总税务司英国人赫德向总理各国事务衙门主管、恭亲王奕訢建言选派官员出洋考察，了解西方社会。奕訢为此上奏清廷：“查自各国换约以来，洋人往来中国，于各省一切情形日臻熟悉；而外国情形，中国未能周知，于办理交涉事件，终虞隔膜。臣等久拟奏请派员前往各国，探其利弊，以期稍识端倪。”〔6〕最终选派年过六旬的旗人官员斌椿出访英、俄等国。斌椿自幼熟读儒家经典，老成持重，任职总理各国事务衙门后，因与西人多有接触，对西方世界产生了一种本能的好奇。

这是近代中国官方组织的第一次出洋考察活动，斌椿因故有中土西来第一人之称。考察活动历时四个月，斌椿处处留心，撰写了《乘槎笔记》一书，随行的译员张德彝则撰写了《随使英俄记》《航海述奇》等游记，真实记录了清廷官员第一次直面西方世界时的复杂感受。游记中留下了观访英国法院审判的文字：“又至判断处，其承审者十二人，昂然上坐，两造立于左右四五步外。事有不平，悉听十二人评断。断之不决，另请十二人。无有刑讯。虽系武断乡曲，尚不失于公道。”〔7〕

1876年，工商业者李圭赴美国费城参加世界博览会。在美期间他广泛参观，详细记录：“西国词讼，无论巨细，许绅民萃集观听，并许新报馆人至公堂记载，咸使闻知。若是，岂复有诸弊？即欲高下其手，亦有所不能矣。”〔8〕

第三，外交使节眼中的西方法院。1876年，郭嵩焘正式出任清廷派往西方世界的首任公使，开馆伦敦。郭嵩焘接受过系统的儒学教育，出国前任职于总理各国事务衙门，参与处理过多起教案，对西方近代法制略知一二。缘此，东西文明的差异在他身上表现得更为明显，他对西方文明的态度也更为复杂。郭嵩焘是外交官，为确保清廷利益，出国后他悉心观察和体味英国的各种典章制度。1877年，他参访“审案堂”（即法院），用白描的手法对英国法庭进行记录：承审四人，堂下“张案如弓，外抱稍高。其下列坐三四人，亦张案外抱，则小官之录供者。又下则小讼师之刺取案由者，坐皆外向，无案。再下列长案向上，其前三四层，皆讼师也。后为民人，亦列案数层。”〔9〕审判过程中，律师“代之质辩，惟告以近理之词，使据以为言”。他还较为详细地记载了自己所见的陪审制度：

“西洋律法，凡死刑以上，刑司延请绅士十二人公议之，其所延绅士多少咸集，于中派十二人，以其名诏囚。囚曰：‘某某与吾为夙怨。’则随改派，复诏之囚。乃集讼师具事状，详录供词以授之十二人，其名曰纠里。纠里会议有参差，出告刑司曰：‘某某议不合，以某事

〔5〕 参见前引〔3〕，林钺等书，第47页。

〔6〕 同上书，第68页。

〔7〕 同上书，第529页以下。

〔8〕 王韬、李圭、黎庶昌、徐建寅：《漫游随录·环游地球新录·西洋杂志·欧游杂录》，岳麓书社2008年版，第272页。

〔9〕 郭嵩焘：《伦敦与巴黎日记》，岳麓书社1984年版，第176页。

疑。’刑司因复申论其所疑者，再交之。议毕，刑司始具状上之内部，内部以告于其君，科定罪名，下之舍利福而行刑焉。”〔10〕

郭嵩焘的副手刘锡鸿与郭政见不一，任职期间不断向清廷报告郭嵩焘数典忘祖的“恶行”，但在私人日记中，刘也客观地表达了对英国法院审判之好感：“其推鞠之法，两造各请律师六人代质。刑司据台上坐，律师环台下坐。台上有所诘驳，则台下检案卷起立辩答，无跪审刑讯之事。”〔11〕

十年之后，薛福成被派往西方，出任驻英、法、意、比四国大使。任职期间，薛福成同样参观了所驻国的法院，留下了深刻印象。他将法院称为刑司，言明刑司审判时“延状师申辩，无威吓逼勒之虞，无掳掠银铛之苦”，但效果奇佳，“顽梗潜消，民多知耻，其收效之捷，有如此者”。〔12〕

第四，学习者眼中的西方法院。1894年中日甲午海战爆发，北洋水师惨败。接踵而来的“庚子事变”更使大清帝国颜面尽失，内外交困。为自救，清廷不得不放弃祖宗之法不可更改的古训，于1902年推行新政。1906年清廷特派五大臣出国考察政治。考察团分兵两路，载泽、尚其亨、李盛铎率65名随员考察日、英、法、比四国；戴鸿慈、端方率随员35人，考察美、德、奥、俄、荷、意、瑞士、丹麦、挪威九国，考察用时七个多月。既然是政治考察，自然少不了法院组织，如戴鸿慈在日记中记载了参访德国高等法院的观感：

“午一时，往观裁判所。此普鲁士王国裁判，属之内部，柏林止此一所。自高等法堂至小法堂皆在焉。先观小法堂，上坐者五：中为正法官，次为陪法官二人，又次则书记官一人、政府所派检查官一人。旁一栏设有几，被告者坐之。面法官者，为辩护士位。其余四人，率司书记者也。廷丁往来传递案卷及伺候观客。室前，即听审栏。入观者随意，惟严整勿哗而已。次观高等法堂，规模稍广。”〔13〕

这些初识者在学识、阅历、写作动机以及对待中西文明的态度等方面差异较大。有些感受是在毫无相关知识和心理准备的情况下与西方法院正面对撞后留下的，林钺即是如此；有些初识者在书写之前，已通过阅读对西方现代法院有了点滴了解，郭嵩焘、戴鸿慈等可归为此类。但不管是哪一种，毕竟都是第一次直面法院这一全新的机构，属名副其实的直观感受。

（二）以“文明”凝练感受

国人对西方现代法院的最初感受主要集中于法庭布置、审判方式等直观方面。究其原因，不外乎西方现代法院中的法庭布置，陪审、律师辩护等审判方式与传统中国衙门审案，主官一人定夺，反差过于巨大。西方现代法院审案过程中的说理、无刑讯、被告可以自证清白，以及允许聘请他人代理伸张权利的做法，给初识者留下了深刻印象，引发了他们的浓厚兴趣。

如果非要选择一个词汇来概括初识者的感受，“文明”一词最为贴切。

第一，艰难之过程。对中国历史稍有了解的人都知道，用“文明”概括西方法院，对彼时的国人来说具有划时代的意义。在传统中国士大夫看来，中国特有的礼仪和礼义是文明的专属标志。中西交往之初，国人一直视洋人为蛮夷，根源即在于此。林钺、斌椿等人尚不具备平等对待异质文明的自觉。斌椿访问伦敦，英国王太子和维多利亚女王分别接见了他们，并询问斌

〔10〕 前引〔9〕，郭嵩焘书，第177页。

〔11〕 刘锡鸿：《英轺日记》，载郭嵩焘等：《郭嵩焘等使西记六种》，生活·读书·新知三联书店1998年版，第253页。

〔12〕 参见丁凤麟、王欣之编：《薛福成选集》，上海人民出版社1987年版，第620页以下。

〔13〕 蔡尔康、戴鸿慈、载泽：《李鸿章历聘欧美记·出使九国日记·考察政治日记》，岳麓书社2008年版，第390页。

椿，“伦敦景象较中华如何？”“敝国土俗民风，与中国不同，所见究属如何？”斌椿如实回答：“中华使臣，从未有至贵国者，此次奉命游历，始知海外有此胜境。”〔14〕在同时代的官员中，郭嵩焘属少有的开明之士，驻外期间他详细观察，最终总结出了西方列强的治国之道：对内“西洋立国二千年，政教修明，具有本末”；〔15〕对外“近年英、法、俄、美、德诸大国角力称雄，创为万国公法，以信义相先，尤重邦交之谊，致情尽理，质有其文，视春秋列国殆远胜之”，〔16〕即开始承认西方各国亦有着自己的文明传统，可以与之相处。尽管如此，郭嵩焘仍然固守着中华文明独一无二的观念。在他看来，西方的法院固然有其值得肯定乃至值得称道的地方，但这种肯定只能将其置于器物层面才能成立。

到了薛福成时代，情况才开始发生真正变化。他不仅公开承认西方文明有优点存在，且认为西方文明是一种足以和中华文明并列的文明：“及至欧洲，与各国外部交接，始知其应付各事，颇有一定准绳；周旋之间，彬彬有礼，亦尚能顾交谊，不肯显露恃强凌人之意，亦不显露矜智尚术之意。非特英、法也，各国皆然；非特外部也，各员皆然。”〔17〕

第二，一种超前的认知。这一点极为重要，意义不容低估。1872年清廷选派幼童赴美留学，为中国最早有组织的向西方派遣留学生的行为。清廷原本希望通过15年时间的学习，让这批幼童系统完整地接受西式教育，成为各科专才服务国家。然而，1881年清廷发现这些幼童的思维方式日渐西化，遂强行将他们征召回国。对于此事，各方评价不一。曾与留美幼童有过实质接触的美国人罗伯特认为，这些幼童“在留美期间，他们对文明社会已深切体会。也许，中国政府招他们回国正拟将开明的种苗拔除，则此实为自取败亡之举”。〔18〕显然，此时的罗伯特仍固执地坚持单边主义的思维方式，即认为只有西方文明才是现代文明。也就是说，到1870年代，放眼寰宇能够平等对待异质文明者尚不多见。

此后，“法院”代表着器物文明，属现代政治文明的表象特征，开始成为一些国人对西方法院组织的基本认知，同时也是许多国人坚持在古老的中国创设法院组织的恒定视角与理由。

二、对法院功能的初步理解：公断是非

晚清时期，国人对西方现代法院认知的第二个层面是功能方面，时间相对较晚，且一直未能有效展开。究其原因中西两种文化的差异过大。传统中国官员断案以案件事了为主要目的，国人利用既有的知识很难推导出公断是非的结论。

（一）西方传教士的铺垫

现有史料表明，明万历年间已有来华的传教士向国人译介西方法院知识，其做法是将法院知识混杂在某一国家的历史地理类书籍中一并介绍。〔19〕如英国传教士麦都思撰写的简明教材

〔14〕 前引〔3〕，林鍼等书，第525页。

〔15〕 前引〔9〕，郭嵩焘书，第39页。

〔16〕 同上书，第91页。

〔17〕 薛福成：《出使日记续刻》，载前引〔11〕，郭嵩焘等书，第313页。

〔18〕 参见高宗鲁译注：《中国留美幼童书信集》，珠海出版社2006年版，第10页。

〔19〕 万历四十二年（1614），与意大利传教士利玛窦一起来华的传教士庞迪我出版中文作品《七克》，书中涉及到西方审判制度方面的内容；天启三年（1623），意大利籍传教士艾儒略出版中文书籍《职方外记》，概述西方主要国家的历史和地理，对欧洲各国的司法制度亦作简要介绍。以上资料由中南财经政法大学李栋教授提供，特此致谢。

《地理便童略传》即属此类。该书以问答的方式谋篇布局，分期刊登于杂志《察世俗每月统计传》上。该杂志1819年第五回专题介绍英吉利国，在回答了“英吉利国在何方，其人数多少，其国朝政如何”等问题后，第四十五问为“其国内如何审事”。“答曰：在其国有人犯罪，必须处治他，但不得乱拿，有证据就可以拿解到官府前问罪。要审之时，则必先招几个有名声的百姓来衙门听候，官府选出六个，又犯罪者选出六个，此十二人必坐下，听作证者之言，又听犯罪者之言，彼此比较、查察、深问、商议其事，即合意，则十二人之首，可说其被告之人有罪否，若真有罪，则审司可宣刑罚；若该人无罪，则审司可放释他也。”〔20〕

此时儒家文明仍然牢牢地控制着公共生活领域，《周礼》《通典》《通志》《文献通考》《会要》等历代政书中记载的知识依旧充盈着各级官员和知识界的头脑，构成他们有关王朝制度特别是政体方面的基本知识。既有的知识极大地限制了他们对西方现代法院组织功能的思考。尽管，晚清时期一些国人通过阅读和亲历，明了西方法院审判实践中的一些“另类”做法难度不大，但若让他们真正理解西方现代法院与中国传统衙门的差异究竟何在，则绝非易事。

不妨以《美理哥合省国志略》一书为例进行观察。1838年，美国传教士裨治文用中文撰写的《美理哥合省国志略》在新加坡出版，书中对美国的法院和审判方式作如下介绍：“人犯既齐，察院在本犯地方，择衿者以助审，衿者则以十二人至二十四人为额，多则二十五人，少则十一人，如是犯之亲戚、兄弟、朋友，固不能为；即先知有此事者，亦不能为。审时衿者听原告、被告之词，照察院之例，出而会议，遂定曲直。众衿者将情由写明，交于察院，各散回家，察院观何是何非，即照例定罪。”〔21〕

六年之后即1844年，广东人梁廷枏以此书为基本资料出版了国人撰写的第一部美国通史《合省国说》，对美国的审判方式作专题介绍，有关陪审制度的文字如下：“每届审期，必择其地衿者先未知有此事者二十四人或半之，多不过二十五人，少亦必得十一人，就所见，以例权其曲直，所见合则笔于爰书，呈察院，令先散出，而后察院采以定断焉。事小未控理者，则别设若干人，使预为随事处息，如中国之保甲然。”〔22〕1842年，魏源编写的《海国图志》一书亦正式刊行，该书对中国、日本近现代历史进程影响较大。书中对美国的陪审制度作如下介绍：“人犯既齐，察院兼择本地衿者以助审，衿者少则十二人，多则二十四人。除本犯之亲友兄弟外，即先知有此事者，亦不能预。即审后，出而会议，遂定曲直。众衿者将情由写明，送呈察院而退，察院观其何是何非，照例定罪。”〔23〕

这些文字表述相差无几，时间上前后相连，彼此间渊源关系清楚，揭示了《合省国说》《海国图志》中有关美国陪审制度方面的知识均来源于裨治文的《美理哥合省国志略》一书，真实地反映了《美理哥合省国志略》一书的传播速度和影响力。此外，还可以知道梁廷枏、魏源等对美国法院的关注，主要是审判方式等技巧性问题，而非法院组织的功能或意义。〔24〕

到1870年代，伴随着中西交往规模加大，情况开始有所改观。1880年代初，德国传教士

〔20〕 参见熊月之：《西学东渐与晚清社会》，上海人民出版社1995年版，第115页。

〔21〕 张施娟：《裨治文与他的〈美理哥合省国志略〉》，浙江大学博士论文2004年版，第73页。

〔22〕 梁廷枏：《合省国说》，载氏著《海国四说》，中华书局1993年版，第75页。

〔23〕 魏源：《海国图志》，中州古籍出版社1999年版，第391页。

〔24〕 当然，在《合省国说》中，梁也注意到了美国司法制度中的分权制约问题，如“察官专司案牍，按制臧断。则事归审理，则不令与议国事；而会议国事者，亦不复能出兼审诘也”，只是缺乏深刻的认知。参见前引〔22〕，梁廷枏书，第75页。

花之安撰写的《自西徂东》一书出版，书中一再强调，“公断是非”是西方现代法院组织的主要功能，希望引起国人的注意。“其法，凡审讯之期，刑官之外另有陪审人员，且国家状师、民间绅耆，俱得赴案备录口供，采访证据，公断是非。若属小事，无证据者，即行释放；至于案情重大，仍着管押，俟期再审，务令真情共得。如是官无受贿之弊，民无枉屈之冤。”〔25〕

（二）由表及里的认知过程

与此同时，经历了最初的好奇之后，清廷派出的驻外使节亦开始了对所驻国的细致观察，对法治在西方文明中的重要性有了基本把握，朦朦胧胧地意识到法院组织的作用是公断是非。如郭嵩焘认为，西洋法度，务在公平，无所歧视，此间监牢收系各国人民之有罪者，亦一体视之，“国家设立科条，尤务禁欺去违，自幼受学，即以此立之程。使践履一归诚实。而又严为刑禁，语言文字一有诈违，皆以法治之，虽贵不贷。”〔26〕

1880年代末出使美国、西班牙的崔国因对美国体制的特点进行总结：“总统之位如传舍，部臣之置如弈棋。而其国不乱者，则以立政之权归议院，守政之权归察院。议院之绅举自民，不由总统。察院必老成朔望，始充是职；受职以后，则终其身于位而不迁移。故其人皆无所希冀，亦无所阿附。此两院者，实美国之根柢纲维，其长治久安者此也。”〔27〕

谈到国人对现代法院功能的认知，黄遵宪的《日本国志》必须提及，该书的命运也颇具代表性。〔28〕黄遵宪（1848—1905），广东梅州人，早年在家乡读书。黄遵宪的父亲黄鸿藻在北京户部任职。1876年，黄遵宪参加顺天府考试，被录取为举人，并以五品衔授知县职。次年，受同乡、清廷第一任驻日公使何如璋的邀请，赴日出任参赞。黄在日本任职四年，接触到西方现代法政学说，“心志为之一变，以为太平世必在民主”，领悟到“所当师四夷”“中国必变从西法”。为此，他广泛游历，参与各种集会，结交各方人士，搜集资料200多种。此后，黄又出使美国、英国，对日本和英美等国的宪制有了更为全面的认识。1887年，黄撰写完成《日本国志》一书，凡40卷，50万言，详细记录了日本明治维新后创制的各种典章制度，其中的《刑法志》部分不仅系统地介绍了日本国的法律制度，特别是司法制度，还记录了黄遵宪对西方宪制的理解：

“泰西素重法律，至法国拿破仑而益精密。其用刑之宽严，各随其国俗以立之法，亦无大异。独有所谓《治罪法》一书，自犯人之告发，罪案之搜查，判事之预审，法庭之公判，审院之上诉，其中捕拿之法、监禁之法、质讯之法、保释之法、以及被告辩护之法、证人传闻之法、凡一切诉讼关系之人、之文书、之物件，无不有一定之法。上有所偏重，则分权于下以轻之；彼有所独轻，则立限于此以重之，务使上下彼此，权衡悉平，毫无畸轻畸重之弊。窃其意，欲使天下无冤民，朝廷无滥狱。呜呼！可谓紧密也已。余闻泰西人好论‘权限’二字，今读西人法律诸书，见其反复推阐，亦不外所谓‘权限’者。人无论尊卑，事无论大小，悉予之权，以使之无抑；复立之限，以使之无纵，胥全国上下同受治于法律之中，举所谓正名、定分、息争、弥患，一以法行之。”〔29〕

显然，在黄遵宪看来，明治维新后日本所刻意仿行的泰西法治，核心要义一是保护个体民

〔25〕 参见〔德〕花之安：《自西徂东》，上海书店2002年版，第19页。

〔26〕 参见前引〔9〕，郭嵩焘书，第434页。

〔27〕 崔国因：《出使美日秘国日记》下册，岳麓书社2016年版，第616页。

〔28〕 参见李长莉：《黄遵宪〈日本国志〉延迟行世原因解析》，《近代史研究》2006年第2期，第45页以下。

〔29〕 黄遵宪：《日本国志·刑法志（一）》，载陈铮编：《黄遵宪全集》下册，中华书局2005年版，第1322页。

众的权利，二是限制公权力。而要实现这两点，就必须也只能借助合理设置、运行良好的法院组织。

《日本国志》完成后，黄遵宪将其提交给总理各国事务衙门，希望尽快出版引起各方对日本新近变化的关注。遗憾的是，此时清廷朝野上下根本不屑于了解日本这个“蕞尔岛国”，书稿被一压多年。1895年甲午海战爆发，中方惨败，丧权辱国、割地赔款。广州民间书局羊城富文斋方将此书刊印，一经出版便洛阳纸贵。

（三）中西法律文化的交往与冲突

法院的功能是公断是非，而绝非简单地息讼止争。这一认知的形成也与经验的积累有着一定的关系。发生于20世纪初的开平煤矿股权案是近代中国与西方司法交往史上的重要案例。开平煤矿坐落于河北唐山，1877年由直隶总督李鸿章奉旨创办，性质为官督商办。创办之初即仿效西制，制定《开平矿务招商章程》，采取股份制模式，产权较为清晰。加之管理规范，产品销路好，到1899年煤炭产量已接近80万吨，^[30]成为当时中国经营最好的大型企业。

1892年，清廷任命张翼为开平煤矿新督办。张翼为传统官僚，缺乏经营能力。他见煤矿效益不错，便想扩大经营规模，举债购置了新的机器，并修建了铁路。1898年，英国墨林公司的墨林来到中国，一番考察后打起了兼并开平煤矿的主意。他通过关系很快与德国人德璀琳熟识，而德璀琳与清廷中的一些要员私交甚好。墨林通过德璀琳说服张翼，以开平矿务局的全部资产作抵押向社会募集新资金，发行债券白银100万两。^[31]不久，义和团运动爆发，煤矿被八国联军占领，张翼亦被拘禁。德璀琳又怂恿张翼授权他有保全公司、便宜行事之权。张翼为寻求洋人庇护，被迫同意授权德璀琳“或借洋款，或集外国资本，将唐山矿务局作为中外矿务公司”。^[32]于是，德璀琳与墨林公司拟定了一个卖约，将开平矿务局的所有资产和权益都转付、卖予、移交、过割给了墨林公司。后者再将其转付、移交给由墨林新注册的英国开平矿务有限公司。新公司的资本定为100万英镑，分为100万股，每股一英镑。开平矿务局之旧股（一股白银百两）每股按照一定比例折换成英国有限公司之新股。1901年2月19日，在外国律师顾勃尔的见证下新公司与张翼最后签订了“移交约”和“副约”两项合同，将开平矿务局的一切资产和权益移交给英国开平矿务有限公司。经过一番令人眼花缭乱的资本运作，开平矿务局就这样被墨林所占有。张翼得知真相后，不断向墨林施压欲讨还开平煤矿产权。不久清廷得知此事，将张翼革职，并严饬限期收回开平矿务局。^[33]

中西交往之初，纠纷均通过外交途径加以解决，本案初起时亦如此。但英方坚持称在开平矿权上必须首先明确一个既定的事实，即“现在的有限公司是一个英国公司，按照1900年7月30日签订的卖约，双方明确同意组建一个英国公司，接收前矿务局的产业”，并试图说服中方，新公司一定会缴纳税款，保证中方权益。^[34]中方的态度同样强硬，称断不承认所谓的英国公司，并要求立即将之注销。^[35]英方认为注销中英有限公司根本不可能。照法律说，只有股东自己才能注销，而且必须在大多数股东的赞同下才能注销。外交渠道走不通，张翼征求

[30] 参见熊性美主编：《开滦煤矿矿权史料》，南开大学出版社2004年版，第2页。

[31] 同上书，第5页。

[32] 同上书，第76页。

[33] 同上书，第116页以下。

[34] 同上书，第223页以下。

[35] 同上书，第225页。

各方意见特别是英国律师的意见后，决定就开平矿权的归属赴英国向法院起诉，控告被告违约，尝试通过司法途径解决问题。张翼为此专门聘请了英国律师，还携带知晓英国法律的严复作为随从。1904年12月3日，张翼与德瑾琳等一同来到英国伦敦，以天津开平矿务局督办的身份向英国高等法院皇家法庭起诉新公司。此案是近代国人为维护自己的权益，第一次前往西方国家向法院提起诉讼，一时成为舆论焦点。

1905年1月，英国高等法院开庭审理开平矿案，整个庭审持续15天。法庭上，张翼的律师作了长篇控诉，张翼、德瑾琳、墨林等按照法庭的要求出庭作证。关于此案的结果，绝大多数国人认为张翼并无胜诉的可能，但法庭最后却判决张翼胜诉。判决的理由是：原属开平矿务局的资产先易手墨林、再至中英矿务有限公司的过程中，所谓注册100万英镑的本金并未到位，且通过多次转让，带有洗钱性质。

本案的发生足以表明，到20世纪初，一部分国人对于西方法院的态度已有所改变，开始尝试利用西方法院维护自己的权利。1905年3月1日出版的《外交报》指出，据此案观之，可知欧人法官办事，无稍偏袒。但是，由于英国国内司法判决并无在海外的执行权，本案的判决还只是一种法律上的胜诉。

（四）公域与私域的纠结

在传统中国，国人并不缺少对公平和公正的向往，但囿于血缘、地缘和等级的限制，国人对公平和公正的追求无法超越公域和私域的界分，无法超越等级的壁垒，很难产生具有普遍意义的思考成果；加之独立审判机关的缺失，即便是对个案诉讼抱有公平和公正的追求，也大多与断案者个人品行及智慧联系在一起，较少从制度层面将其与审判组织进行关联性思考，更遑论将审判组织能否明辨是非、公断是非与形塑完善的人格、建设良好的社会、优良的政治制度等诸多问题进行延伸式思考。这一切决定了，大多数国人仅通过阅读和走马观花似的观察，很难真正理解独立的法院组织功能究竟何在。

伴随着中西交往的增多，一些初识者的观念悄然发生着变化。1880年代出访过欧洲的钟天纬云：“中国欲参公议，必先自重律法始；欲重律法，必先崇奉国家大律师始。盖大律师者，国家执法之人，即皋陶之士也。其余保护律法者，尚有讼师及巡捕两端。有讼师为民伸诉，则曲直一禀大公。而民无冤狱；有巡捕以代保甲，则奸宄无所托足，而路不拾遗。”^[36]即在钟天纬看来，唯有公断是非，才能“公道常伸”。1890年代，驻英参赞宋育仁观察了英国法院的审判之后，进一步强化了法院的作用是“以争止争，……是非必辩也”的结论。^[37]

然而，或许是传统的惯性过于强大，那些偶有心得的初识者，其心得也大都若隐若现。王韬和郑观应便是很好的例证。在中国近代，王韬被称为西经中译和中经西译的第一人，郑观应则是近代中国最早形成系统维新改良思想的理论家。因此，两者在近代中西法制文明交流史上占有重要的地位。王韬和郑观应均通晓西文，有同西人长期交往的经历，又曾前往暹罗、西贡、新加坡、香港、澳门以及日本、英国做过实地考察。此外，两人都极力鼓吹学习西方，革故鼎新。不仅如此，说到审判制度，两人的态度也都极为相似。王韬云：“西律之最善者，在于设立证人，两造是非，必待证人以决之。又必众议佥同。案情至于万无可疑，然后定讞。……故

[36] 钟天纬：《中国近日讲求富强之术当以何者为先》，载薛毓良、刘晖楨编：《钟天纬集》，上海交通大学出版社2018年版，第280页。

[37] 参见宋育仁：《泰西各国采风记》，载前引[11]，郭嵩焘等书，第393页。

从无仇家诬陷以至冤不能明。”^[38]郑观应的见解为：“今宜令各省、府、县选立秉公人员，或数十人，或数百人，每遇重案，轮班赴署。少者数人，多者十余人，与审官听讯两造之供词，以及律师之辩驳。审毕，审官以其案之情节申论明白，令陪员判其是非曲直，视陪员可否之人数多寡，以定从违。”^[39]王韬的话出自1860年代，郑观应的话则出自1890年代。显然，在王韬和郑观应看来，解决中国司法问题的关键是改良审判方式，即王、郑对司法问题的关注一直停留在审判技术层面，至于是否需要设立独立的法院，尚未纳入他们的视野。

三、被灌输的法院价值：独立审判

国人对西方现代法院认知的第三个层面是价值层面。与前两者相比，价值层面认知的取得较为艰难，且只能借助西方法政之学方能展开。

（一）西人之灌输

在明万历年间西方法院知识在中国已有零星介绍，但真正具有观察价值的传播则始于1800年代。西法东渐包括两个层面：一是将西文中承载的西方政治法律知识转换成汉语进行表述，形成一套特定的话语体系；二是国人对这套话语体系的理解和接受。鸦片战争前后，一些传教士开始尝试将包括法院知识在内的法政知识从一般意义上的西学中独立出来进行译介，形成了所谓的法政之学。^[40]

1830年代，传教士郭实腊率先于国内创办中文杂志《东西洋考每月统计传》致力于西学的传播，法政知识是其中重要的内容。1838年，该杂志连续发文介绍英国的政治体制。先是三月号刊登《自主之理》一文，“我中国人慕英吉利国名，而未知其国家政体如何。余要解其意，又解不详尽，欲说其治，又说不畅达。故引人信启之言，申明大略”。所谓“自主之理”，即日后国人熟知的民主制度。“自主之理”的“要义在于‘依法治国’，并借助一套有效的司法机制予以维护”。^[41]而这套司法机制运行的有效办法为，“其审问案必众人瞩目之地，不可循私情焉。臬司细加诘讯，搜根寻衅，不擅自定案，而将所犯之例，委曲详明昭示。解送与副审良民。比人即退和厢，商量妥议，明示所行之事有罪无罪，按此议定批判。遂将案之节特著撰，敷于天下，令庶民自主细辨定拟之义不义否”。“副审良民”日后被翻译成陪审员。同时强调“此国之宪，不能稍恃强倚势，肆意横行焉。设使国主任情偏执，藉势舞权，庶民恃其律例，可以即防范。倘律例不定人之罪，国主也弗能定案判决矣”。^[42]

同年四、五、六月号又连载《英吉利国政公会》一文，介绍英国政治制度的核心“国政公会”，即议会。“国政之公会，为两间房，一曰爵房，一曰乡绅房”，掌国政于手中，权势强盛。^[43]在中西文尚未形成统一译法的背景下，爵房、乡绅房的称谓可谓传神。

八月号再登载《批判士》一文，专门介绍英国的司法制度，特别是其陪审制度：“臬司独

[38] 王韬：《重订法国志略》卷十七，《刑律志》，光绪十六年淞隐庐铅印本。

[39] 郑观应：《盛世危言·律法》，辛俊玲评注，华夏出版社2002年版，第214页。

[40] 另，1868年美国传教士林乐知于上海创办《万国公报》，加大对英美法知识的传播。据统计，1874年至1895年间，《万国公报》共发表介绍英美法知识文章30多篇，其中涉及司法制度的有两篇，即“泰西司狱新法”“司狱新法”，前者发表于1879年第五百四十卷，后者发表于1882年第六百八十八卷。

[41] 参见王健：《西方法学邂逅中国传统》，知识产权出版社2019年版，第29页。

[42] 参见爱汉者编：《东西洋考每月统计传》，黄时鉴整理，中华书局1997年版，第339页。

[43] 前引[42]，爱汉者编书，第365页。

一人操权，或擅自恃势，援引断狱，得以意为轻重，任情固执，或偏憎偏爱，瞻顾情面，屡次累无辜者。故必从重定拟，认真查办。惜哉，小人间居为不善，无所不至。见君子而后厌然，掩其不善而著其善。有所忿愤，则不得其正；有所恐惧，则不得其正；有所好乐，则不得其正；有所忧患，则不得其正。故鉴空平择中衡难矣。然党听则朋，偏听则暗焉。臬司无偏无党，止知执法从事鲜矣。故欲除冤屈之弊，而立公道之理，只容按察使按例缘由汇疑通详察核，细加诘讯，搜根寻衅，推穷义类，究其精微完，就将情节明说一遍，招众者细聆其言焉。然自不定罪，却招笃实之士数位，称谓批判士，发誓云：谓真而不出假言焉。此等人侍台前，闻了案情，避厢会议其罪犯有罪无罪否，议定了就出来，明说其判决之案焉。据所定拟者，亦罚罪人，终不宽贷。设使批判士斟酌票拟不同，再回厢商量、察夺，未定又未容之出也。英吉利、亚墨理加比，合邦各国操自主之理，亦选等批判士致定案。由是观之，宪不定罪而民定拟之。倘数位酌核妥议，不可厚于此而薄于彼，虽各有其意见，然公平审判乃宜矣。况十目所视，十手所指，其严乎。批判士不俸禄，并无供职，亦不趋炎附势，指望做官。是以不畏人而宜恭敬上帝，暗室屋漏，周览天下矣。如此民畏法而悦然服矣。”〔44〕

这组文章意义重大。与早期的同类文章相比，这组文章特点鲜明：一是引导中国读者将关注的目光投放到法院这一特殊的组织之上，强调英国“其审问案必众人瞩目之地，不可循私情焉”。二是引导中国读者将对裁判人员道德层面的关注转移到对审判制度的关注上来。如“批判士”对审判人员的刚性制约，以及“批判士”独立的意义，“批判士不俸禄，并无供职，亦不趋炎附势”。三是不再满足于对西方法院审判方式等操作层面的介绍，而是将对法院的关注切入到制度的价值层面。如法院能独立审判，“倘律例不定人之罪，国主也弗能定案判决矣”。四是借助分权学说，将法院与司法制度挂钩，将司法制度与政体挂钩，试图一点点地突破国人固有的政体知识。

（二）新知识群体的出现

郭实腊等人的努力，效果仍然不佳。法政之学是一种全新的知识系统，如欲在古老的中国得到接受和认可，必须有待新的知识群体出现。

第一，设立专门学校。为了扩大对外交往，1862年8月24日清廷创办外语学校——京师同文馆。同文馆隶属于总理衙门，初办时规模极小，设有英文、法文、俄文三个语种，从旗人中挑选适龄学童30人分为三个班，聘任能够熟练使用中英文的英国传教士包尔腾，美国传教士傅兰雅、丁韪良等为教习。后又陆续增设德文、日文等语种，以及算学馆，教授天文、算学，培养更多的洋务人才。教学之余，同文馆的师生翻译了清廷亟需的《万国公法》（译者丁韪良）、《法国律例》（译者比利干）、《政治经济学》（译者汪凤藻）等一批法政类书籍，〔45〕向国人传递一种全新的知识，明了西方世界的秩序构成规则。

张德彝毕业于该校。1866年张作为“东土西来第一人”斌椿的随员首次出访欧洲，在英期间张陪同斌椿参观了英国的“判断处”，留下了“尚不失公道”的印象。1868年，张再次陪同总理衙门章京志刚等出使美国，互换新增续的条约。此后若干年间，张又多次出访西方。他借助所学的西学知识，逐渐意识到“判断处”之所以能“不失公道”，当与其体制有关，并

〔44〕 前引〔42〕，爱汉者编书，第406页以下。

〔45〕 参见〔美〕马士：《中华帝国对外关系史》第3卷，上海书店2000年版，第508页以下。

有一套相应的制度作为保障。西方各国凡掌理刑名之官与地方官员，分为两途，截然不同。按察司一官，体制甚尊，上无统属，“虽君主亦不得擎其权”，^[46]地方官与民间公举之员意见不合，互相诤讼者，“亦有专理官员互诤之按察司断其曲直，其他概不与闻”，“各按察司皆经考取而后授职。其俸薪按照当差年限逐渐加增，国家不能褫革之权，亦不能调任别部。如按察司被人控告，应候别员审理，或留或革，一从公断”。^[47]显然，张德彝将自己对法院的认知与司法权专属勾连在了一起。

第二，法政留学生。到1870年代，始有华人留学西方学习法政。广东新会人伍廷芳系华人留学西方、系统学习现代法学知识的第一人。伍廷芳，1842年出生于新加坡，三岁时回到故乡。稍长到香港进教会学校读书，中学毕业后在香港高等审判厅任译员，与现代法院组织有了直接接触。1874年，32岁的伍廷芳“以为欲救国危，非赴欧美研精法学，举吾国典章制度之不适者，改弦更张之不可”，^[48]自费前往英国，入林肯法律学院学习法律。林肯法律学院位居英国四大法学院之首，教学极为规范。三年的学习，使伍廷芳对英国的法律制度有了深入、系统的理解。此后，走英美立国之道，走以法治国之道，成了伍廷芳政治生涯中矢志不移的信念。1877年，伍廷芳获法律博士学位及大律师资格，同年回香港执律师业，为英国殖民地中第一位华人大律师。

1902年，伍廷芳出任清廷修律大臣，与沈家本一道推动中国传统法律体系、司法制度现代化转型，展示出了特有的专业水准。仅举一例加以说明。传统中国司法实践中刑讯泛滥，修律开始后，清廷上下要求停止刑讯的呼声极为高涨。对于刑讯，伍廷芳本人坚决反对，强调刑讯当废，但同时又指出要想废止刑讯，必须对司法制度作整体修改，并建议在刑事审判中采取西方的分权制衡体制，否则光有决心，解决不了问题。1905年，他上奏朝廷：“外国不用刑讯者，以其有裁判诉讼各法也。凡犯人未获之前，有警察、包探以侦之。犯人到案以后，有辩护人陪审员以听之，自预审至公判，旁征于众证，不取供于犯人，供证确凿，罪名立定。”^[49]显然，他对西方现代法院组织作用及价值的理解更为精准。

此时，在英国留学的严复亦通过对西方法政著作的学习和亲身观察，得出了设立独立的法院组织并使其良好运作，是近代西方国家富强、社会良善的重要原因。他把自己的心得分享给郭嵩焘：“犹忆不佞初游欧时，尝入法庭，观其听狱，归邸数日，如有所失。尝语湘阴郭先生，谓英国与诸欧之所以富强，公理日伸，其端在此一事，先生深以为然，见谓卓识。”^[50]

（三）对独立审判价值之推崇

纵观国人对法院组织价值层面的认知，有两点必须提及：

第一，国人对独立审判价值的认识源自于西人之灌输。西人对此并不忌讳，《东西洋考每月统计传》杂志出版说明中公开强调：“当文明几乎在地球各处取得迅速进步并超越无知与谬误之时，即使排斥异见的印度人也已开始用他们自己的语言出版若干期刊，唯独中国人却一如既往，依然故我。虽然我们与他们长久交往，他们仍自称为天下诸民族之首尊，并视所有其他

[46] 参见张德彝：《五述奇》上册，岳麓书社2016年版，第124页。

[47] 同上书，第126页。

[48] 参见光英：《伍廷芳事略》，载《广东文史资料》第53辑，广东人民出版社1962年版，第47页。

[49] 伍廷芳：《奏停止刑讯请加详慎折》，载丁贤俊、喻作风编：《伍廷芳集》上册，中华书局1993年版，第268页。

[50] 严复：《孟德斯鸠法意》上册，商务印书馆1981年版，第224页。

民族为‘蛮夷’。”〔51〕

为了让国人真正理解独立审判之价值，经过不断摸索，到1870年代，西方传教士不仅懂得了必须从民主体制入手介绍西方各国的政体，还形成了一套相对成熟的话语体系，即民主国和专制国的对立。1875年，传教士林乐知在《万国公报》上刊登文章云：“本馆常译泰西各国事迹，而论及民主国矣，且论各国章程与公议堂等事矣，惜华人未住居西国，未读西国书籍，安知何为民主国乎？又安知各国章程及公议堂之谓乎？”为此指出：“西方立宪国家，章程大同小异，即其中之重要者言之，不过分行权柄而已。其权柄之所必分者。欲行之有利而不相悖，有意而不相害也。”〔52〕这段文字消除了国人对西方各国政体的国别差异性认识，使一些零散的知识上升为一种系统理论，影响颇大。

第二，国人对法院组织价值的认知始终是与宪制问题关联在一起进行思考的。认知的进路有二：一是先行掌握法政之学中的政体知识，再从政体入手将关注的视线逐渐下移到立法机关、行政机关和司法机关，尽可能地思考彼此之间的关系。二是从法院组织入手一步步向上推演出司法制度，挖掘法院组织与司法制度的关联，然后再将司法制度置身于政体的范畴内进行观察，最后得出分权的理念，认识到法院的价值贵在独立审判，在于对立法机关、行政机关的制衡。如宋育仁经过观察和思考，得出如下结论：“外国官制，各司其事，各有其权，无尊卑管辖分际，但以位之轻重，限其权之大小。”〔53〕

清末民初，许多国人是出于爱国之情感、强国之需要而接受西方制度的。同理，近代许多国人亦是出于对西方制度的推崇，进而接受现代法院组织的。到19世纪末，身居国内的梁启超已能借助阅读，辅之于自己的思考，从政体层面对法院组织的价值有所领悟。1899年，梁启超作《各国宪法异同论》一文，阐释自己对独立审判价值之理解：“行政、立法、司法三权鼎立，不相侵轶，以防政府之专恣，以保人民之自由。此说也，自法国硕学孟德斯鸠始倡之。孟氏外察英国政治之情形，内参以学治之公理，故其说遂为后人所莫易。今日凡立宪之国，必分立三大权。行政权则政府大臣辅佐君主而掌之，立法权则君主与国会（即议院也）同掌之，司法权则法院承君主之命而掌之。而三权皆统一于君主焉。”〔54〕

此后，类似的言论不断涌现，并被反复提及。20世纪初，伴随着宪制思想在国内的流布，独立审判在认知上已不再是个问题。邹代钧和载泽的识见足以佐证。邹代钧（1854—1908），湖南新化人，舆地学家，随驻英公使刘端芬一起赴英国游历，写有《西行纪程》一书，书中对英国审判的描述可谓精到：“律法皆两院所定，刑官惟据之论断。刑官之属，各分曹理事，以听命于其长。其曹颇多，如户口、婚姻、土田、商务之类，各掌其曹，各习其律，不相为谋也。听讼之法，两造各有名律者一人，名曰讼师，刑官一人中坐，佐二人左右坐，绅者十二人左右旁坐。绅者不必直律，由刑官礼聘，但先列十二人之名质之，两造均可，然后聘也。先由两造之讼师互诘两造，刑官从而断之。佐与绅者皆曰平允，即论定。绅者所见或异，则从多者。刑官之属不能平直，则诉之上议院，以论定之。盖泰西通例：刑官非国王所得而臣，以国王有罪，刑官得而论之。”〔55〕1906年，晚清重臣载泽完成政治考察，曾言：“至裁判之权，

〔51〕 前引〔42〕，爱汉者编书，第12页。

〔52〕 [美] 林乐知：《译民主国与各国章程及公议堂解》，《万国公报》第340卷，1875年6月12日。

〔53〕 前引〔37〕，宋育仁文，第371页。

〔54〕 梁启超：《各国宪法异同论》，《饮冰室合集·文集》第2册，中华书局2015年版，第355页。

〔55〕 邹代钧：《西征纪程》，载前引〔27〕，崔国因书，第168页。

君主及各部大臣皆从无干与”，“惟其独立，不受制于政府，故能保卫民庶，不使为人臣、勋贵、官吏所强迫、抑制”。〔56〕

四、功利性获取的操作知识：法院组织法和诉讼程序法体用结合

国人对法院认知的最后一个层面是操作知识。所谓操作知识，即有关法院设立运行方面的知识。操作知识认知形成的时间较晚，源自于晚清预备立宪的现实需要，而非学理层面的递进。

（一）获取的方式

近代国人对法院操作知识的获取，大致有三种途径：

第一，实地考察。清末新政推行之初，修律大臣伍廷芳即向清廷建言，法院组织极为复杂，欲创建并使其运行良好，需进行实地考察。“至诉讼裁判之法，必亲赴其法衙狱舍，细心参考，方能穷其底蕴。将来新律告成，办理乃有把握。”〔57〕

考察分为官方和民间两类。官方又分为清廷和地方官府派出两种。近代中国由官方组织的出洋考察，目的地先是欧美诸国。囿于路途遥远，花费昂贵，因而走马观花者居多。1900年前后，以日本为参照从而变法自强的主张在国内逐渐占据主流，考察的目的地随之改为以日本为主，且目的性极强。而极强的目的性则既促使考察变得极为细致，同时也极为功利。

先说地方。1900年后，一些较为开明的地方主政者为抢先机，不断派人前往日本进行考察，其中以直隶总督袁世凯最为积极。〔58〕段献增撰写的《三岛雪鸿》（1905）、金保福的《扶桑考察笔记》（1907）等即是此类成果。〔59〕

再说中央。五大臣出洋考察政治是中国历史上官方组织的第一次出洋考察政治活动。为了更好地理解所考察的知识，载泽等聘请了法政学名家埃喜进行讲解，载泽的日记对此有记载：三月初九晚讲法堂（法院），初十看法堂（法院）、法学院、警察法堂等。〔60〕考察形成各类书籍67种，146册；戴鸿慈等回国后编写了《欧美政治要义》4册、《列国政要》32册、《续列国政要》32册。考察活动中仅购买相关书籍资料，就花费白银二万余两。〔61〕

1907年9月，清廷再派学部侍郎达寿赴日本，邮传部侍郎于式枚赴德国，外务部侍郎汪大燮赴英国考察政治。宪政编查馆为他们专门开列了考察科目：宪法史、比较各国宪法、议院法、司法、行政和财政，共计六项。考察期间，达寿先后向穗积八束、有贺长雄、太田峰三郎等日本法政名家虚心求教，用时10个月。达寿后被调派回国，其工作由驻日公使李家驹接替。汪大燮回国后将自己的心得和收集的资料编撰了《法庭沿革史》《司法考略》等14种著作，作为考察成果。

针对司法制度进行的专项考察最值得关注。1905年，沈家本派刑部候补郎中董康、候补员外郎熙楨、主事麦秩严等赴日本调查司法和监狱制度，为即将进行的司法制度改革作最后准

〔56〕 前引〔13〕，蔡尔康等书，第599页。

〔57〕 伍廷芳：《奏订新律折》，载前引〔49〕，丁贤俊等编书，第276页。

〔58〕 参见侯欣一：《清末法制变革与日本影响》，《法制与社会发展》2004年第5期。

〔59〕 参见刘雨珍、孙雪梅编：《日本政法考察记》，上海古籍出版社2002年版。

〔60〕 参见前引〔13〕，蔡尔康等书，第616页。

〔61〕 参见柴松霞：《出洋考察与清末立宪》，法律出版社2011年版，第123页。

备。考察团在日期间得到了正在日本法科大学读书的熊垓和先期在日本考察学务的刑部员外郎王仪通的协助。考察团参访了多家裁判所、监狱，并到司法省及监狱学会听其讲演，历时半年之久形成《调查日本裁判监狱报告书》。其中，与法院相关的知识有：司法权、裁判所种类（区裁判所、地方裁判所、控诉院、大审院及检事局）、通用规则（审问公开、警察权、法服、用语、评议、司法年度、休假）、职员（判事、检事、书记、执达员），书后附有松冈义正的《日本裁判沿革大举》一文。该《报告书》于1906年5月由北京工商部印刷科铅印发行。

1910年，第八届世界监狱改良大会在美召开，主办方邀请清廷派代表与会。清廷选派京师高等审判厅检察长徐谦、奉天高等审判厅厅长许世英以及大理院刑科第三庭推事金绍城等与会。会议期间，徐、许、金等与各国与会代表广泛交流，会后又顺访了欧美的18个国家，对各国的法院制度作专题调查。回国后，徐谦、许世英通过法部代奏《考察各国司法制度报告清单》，金绍城则撰写了《十五国审判监狱调查记》。徐、许、金均接受过现代法政教育，又都从事司法工作，对法院的理解远非他人可比，因而调查报告对西方各国法院组织的观察更为具体和详细。

民间的考察多为自发，其动机主要是为了探讨日本迅速崛起之原因。《日本变法次第类考》为这方面的重要成果之一。该书由安徽阜阳人程恩培编撰，1902年出版，系黄遵宪《日本国志》后国内第一部系统介绍日本明治维新后所创制的典章制度方面之专著，包括裁判所、民事诉讼法、刑事诉讼法、行政诉讼等司法制度方面的内容。^[62]为撰写此书，程恩培于1894年和1901年两度赴日本进行考察。

借助这些书籍，朝野上下对西方现代法院运行知识有了更多的了解。

第二，学理上的领悟。1885年胡礼桓出版《英例全书》。该书系英文《人人自为律师：普通法与衡平法原则手册》一书的改译本。该书《卷一》集中介绍了英国的司法制度，包括衙门审司、上衙告法、陪审判断、府署权衡、府署公论、判债缴收、枉押释放等章节。仅涉及陪审制度方面的内容即细分为“陪员资格、陪员近例、陪员陪审、审时暂歇、免作陪员、客籍罪案、殴赫陪审、赂使枉判、笼络陪员、陪员无责、陪员判罪、审时猝病、存疑待决、误判控票”等，可谓详尽，且操作性极强。1897年，传教士李提摩太将英国人哲美森所著的《华英谳案定章考》译成中文，并由上海广学会刊印单行本，广为流布。《华英谳案定章考》不仅对英国的审判组织和审判制度进行介绍，还对比了英国审判制度与清朝相关制度的差异，便于国人理解。此外，《日本裁判所构成法》《日本裁判所编制立法论》《奥地利裁判所编制法》等著作、法规，也分别于1907年和1909年由修订法律馆翻译完成，上述作品和法规深化了国人对现代法院制度的理解。

第三，开办高等法学教育。传统中国缺乏正规的法学教育，1900年后，为了适应即将推行的新政需要，国人中一些具有前瞻眼光者纷纷东渡日本学习法政之学。他们中的一些人利用自己刚刚掌握的专业知识，留心观察包括法院在内的各种机构的运行状况，学以致用。如1907年，留日学生孟傅琴、唐文源、王皋、罗邦俊、李鸣鹿、刘庭春、赵世清等“课余考察，积数月之久，博观详记”，编著了《日本各政治机关参观详记》一书，对日本各级审判机关作了详尽记录。^[63]与此同时，国内亦陆续开办了一批法政学堂或法律学堂，开设了“法院编制

[62] 参见程恩培：《程恩培集》，黄山书社2010年版。

[63] 收录于前引[59]，刘雨珍等编书。

法”的课程，并陆续出版了专用教材。专门课程的开设不仅加大了相关知识的普及，而且进一步提高了国人对现代法院的认知。

（二）操作知识内容

第一，法院职权。法院的职能是裁断诉讼。但诉讼有很多类型，是否都应由法院处理，清廷决策者对此尚不完全清楚。1906年，载泽利用在日考察政治之机会，专程拜访日本宪法学家穗积八束：“问：司法裁判与行政裁判之关系如何？此各国不同，英美即盎格鲁撒克逊民族之国，行政裁判与司法裁判无区别。对行政处分之诉讼，亦为寻常裁判所之管辖。最下级者，则地方官亦受理诉讼，大审院不分司法、民事及行政诉讼，悉归其管辖。英美派之国如此，如比、意等国亦同此制。法国则用三权分立之主义，对行政处分之诉讼，不属司法裁判所之管辖，专于行政部内为裁判，如郡长、知事一面办理行政，一面受理行政诉讼而裁判之。其最高行政之裁判所为孔塞油笛他即附属内阁之参事院，是为最终审理行政裁判之所。凡法国派之国俱用此制。德奥派之国，则司法裁判与行政裁判严为区别。行政诉讼不属司法裁判所之管辖，又不在行政署为裁判，而特设行政裁判所。其组织略仿大审院、控诉院、寻常裁判所之制，以行政官及他种官吏组织之，于其所审判行政诉讼，此即折衷英、法二派之制度。日本仿之，亦于司法裁判所外，特设行政裁判所，是为特别裁判所。论其利害，则以德奥之制为宜。盖司法裁判是为裁判民事、刑事之所。行政之事甚繁杂，其法律命令之解释适用自为专门。行政法与民法之法理有大异处。若使司法裁判所审理行政诉讼，便有以民法之法理为裁判之虞。二者兼长，其人甚难，故当以特别裁判所为要也。”〔64〕

清末民初审判厅职权的设定当与此有关。

第二，法院建筑。传统中国衙署公廨的建筑有专门仪规。西洋建筑与中国传统建筑外观反差巨大，令初识者目不暇接，因故未对法院建筑给予特别关注。20世纪初，清廷决定筹设审判机关，法院建筑和法庭布局由此成了问题。“各国关于法院之建置莫不踵事增华，度宏规而大起。比利时小国也，而布卢塞尔之法院至费比金四千四百万。意大利贫国也，而罗马之法院至费意金一千五百万。他如美德法及匈牙利诸国，其法院莫不宏杰瑰丽，盖公共营造物之体制应尔也。”〔65〕

负责筹建新式审判机关“大理院”的官员态度颇为谨慎，一再宣称法院建筑“窃维法权之尊重，实国体所攸关，形式之完全，亦精神所由寄”。〔66〕清廷为此“迭经分咨出使各国大臣，将东西各国大审院最新图式，咨送到院，藉供参考”。〔67〕纵观这一时期国人对法院建筑的认知，大致可以归纳为以下几点：外形上庄重大气，不能有碍观瞻；建筑质量坚固；空间上必须与政府分开，以申司法之权。总之，须呈现出全新气象。

第三，法庭布置和审级差异。法庭是体现法院功能最主要的地方，其布局既要满足现代审判之需要，又要符合法治之精神，时人为此一再强调“法庭之规矩系中外之观瞻”。西方现代

〔64〕《北洋法政学报》第68期，1908年，载史洪智编：《日本法学博士与近代中国资料辑要》，上海人民出版社2014年版，第230页。

〔65〕金绍城：《十五国审判监狱调查记》，谭苦盒整理，凤凰出版社2015年版，第291页。

〔66〕参见《大理院奏筹备关系立宪事宜折》，《政治官报》第545号，1909年5月6日，文海出版社1965年影印版，第20册。

〔67〕参见《大理院奏建造法庭开工日期并呈进图式折》，《政治官报》第1225号，1911年3月31日，文海出版社1965年影印版，第44册。

法庭审判时的人性化做法，如允许被告坐、立，以及专门为旁听者安排的旁听座椅，与传统中国衙门审案时刻意渲染的恐惧氛围形成了强烈反差，令人印象深刻。一些参访过日本新式法院的游历者，特意将自己见到的法庭样式描绘下来，以备揣摩和思考。此外，一些国人还注意到了审级之间的差异，不妨转引一则国人的访日观感：

“初十日晨八时，到控诉院。晤院长谷川乔太。据云，大审院、地方裁判所均相毗连，移时可以导观。全国大审院一、控诉院七、地方裁判所四十九、区裁判所三百一十。区裁判所一人审，决小事。地方裁判所三人审，决大事。不服，告知控诉院。再不服，告知大审院。控诉院主实在，五人审。大审院主法律，七人审。裁判所管讼事，此外尚有出張所，管非讼事。诉讼法分民事刑事，名虽异而实则同也。导观判事室，一案如折扇式，中坐判案官五人，约中一人作主，有疑与四人商之。右坐检事，左坐为书记。问官帽前低后高，周围起花，后系两带，长两尺许，向前垂肩，如纱帽然。其服黑色，领缘紫色，宽边起花。对面辩护士也，衣冠如问官式。原被告立于辩护士后，而闭口，不言则坐。对面置长凳数条，约可坐数百人，此民人来观听者，检事宣问必起立，辩护士对答亦起立，惟问官不起立。余等参观，坐问官后也。乔川君云：初设裁判时，辩护士往往唆讼舞文，近日改良。凡裁判定案后，应释应禁，司法省主之。辩护士能言而不能断，裁判官能断而不能行。是亦杜弊之一法也。是日所判者，为借财质押事，系二审。至大审院，晤书记横田国臣，观裁判室。此日无事，其下较控诉院多设一案。问之则曰，报馆听报处。横田云，凡官犯及国事犯，不经地方裁判，本院直受理之。……导观东京地方裁判所，判案分三处，盖案多，民人观者亦多。参观一处，问官三人坐。是日所判为盗窃事。一人立于木栏中，供认偷窃炮兵工厂，各物不讳。说毕，辩护士依法代辩，译着云：辩护士谓此人到堂供认不讳，且系初犯，亦似情有可原，此即左袒之一说也。”〔68〕

第四，法律支撑。依法设立、依法运行是现代法院制度的基本要求。1907年日本著名法学家梅谦次郎在《顺天时报》上刊发《条约改正与法典编撰》一文，向国人介绍日本近代法制变革的经验，涉及到法院组织方面的立法经验有：“裁判所构成法凡三，其第一为《大审院诸裁判所职制章程》，虽鞠仿外国制度。际草创，多不整备者，行政官兼司法官者，未几止之，而裁判官之保障未定。其第二为《裁判所官制》，十九年新出，以裁判官为终身官。就其职者，不得变迁之，非犯罪惩罚则不得罢之。又定裁判官资格考试以采之。其第三为《裁判所构成法》，二十二年成。至是其制愈完，保障已固，资格已重矣。”〔69〕

法院设立之初，终审法院的作用最为关键；此外，法院设立后能否正常运行，则取决于法官制度设计是否合理，因而都必须单独立法。早在1880年代末，即有游历者注意到了这些问题，如傅云龙在《游历美利加图经》一书中云：“诸法院律政院审司及下属各法院审司，如品行端方，即令久于其任，薪俸勿减。”〔70〕而崔国因说：“因查美国察院，审司之员，其人必向为律师，素端品行，又年过五旬，方准充当。充当之后，如无过失，则终其身。此等人大抵不侮嫫寡，不畏强御。素有直名者。其俸与各部长同，故亦不求迁调。而惟各行其志。凡所讯断，一秉至公，犹有古道存焉。”〔71〕

〔68〕 刘端璜：《东洋考政录》，载前引〔59〕，刘雨珍等编书，第113页。

〔69〕 《顺天时报》1907年4月4日、5日、6日、7日，载前引〔64〕，史洪智编书，第208页。

〔70〕 傅云龙：《游历美利加图经》下册，朝华出版社2019年版，第996页。

〔71〕 前引〔27〕，崔国因书，第172页。

不仅如此,一些国人还懂得了法院组织的设立及合理运行需实体法和程序法并行,体用结合:“然而司法一端以法院编制法为体,刑民诉讼法为用。专言司法制度则有体无用,而制度不完,故兼采诉讼法之程序以期体用之俱备。以公判前之手续言之,则有若搜查证据,开始预审,提起公诉,召唤证人、鉴定人等是也。以公判时之次序言之,则审理依原则必用公开,而原被两造须开口辩论,但犯人之口供亦止作为证据之一种,而审判官有自由心证之权。若夫刑讯之事则固文明诸国所绝对禁止,虽闭塞如土耳其,而实行废止刑讯已三年矣。迨判决之后复宣读判词,使本人听之,且告以上诉之期间。而关于命令决定之件亦得为抗告,故无冤抑不申之虞。而其统一全国法律之权则操诸大审院,以其为全国司法之最高机关也。至于管辖必明其分界,吏员尤贵乎得人。监督权既有司法与司法行政之分,而每一司法年度又须将事务之分派、推事之配置、代理之次序预为订定,而后可以有备无患,秩秩然有条而不紊焉。”〔72〕

第五,辅助制度。独立审判是现代法院必须坚守的宗旨,但审判须在公开和对抗中进行,因而须有其他组织的合作与制衡,即法院组织并非孤立的存在。金绍城的认知可谓代表:“若夫三审之制度明而案无延滞,独立之精神具而权不旁挠,法庭之秩序严而讼者整肃,此皆审判官所宜注意者也。而且设陪审以期审判之公,用律师以求下情之达,有检察以为之耳目,有警察以为之稽查,而搜查证据审理案件之事皆可呼应灵通。”〔73〕

上述这些认知,对我们理解清末民初法院组织在中国的创制过程不无帮助。

结 语

通过上面之梳理,可以得出如下结论:

第一,认知形成之时间。法院是异质文明的产物,无论国人主观上是否愿意,要想对法院组织形成一套系统而准确的认知,都绝非易事。在国人对法院组织认知的形成过程中,1840年、1880年和1900年是三个重要的节点。1840年前,尽管现代法院知识在中国已有传播,但这种传播是由西方传教士对国人的单向输入。1840年之后,特别是第二次鸦片战争以后,伴随着条约时代的到来,国人中的一些有识之士亦加入对西方法院知识的译介之中,开启了自主认知的新时代,由单向输入变成了双向输入。但认知依然建立在中国故有的知识基础之上,王韬就颇为典型:“都中衙署林立,余曾入而观其审事鞫狱,刑官特令人延余上坐。既毕一二案牍,乃辞而出。盖其谏事也,与众金同,一循中国古法,叹为醉风之未远焉。”〔74〕

1880年前后,来华的传教士和清廷内部的洋务派都加大了对西方法政类图书的翻译工作,并逐渐由最初的以国际法为主,向民商法、刑法乃至法院组织法等部门法延伸。加之驻外使节的实地观察,国人对西方现代法院的认知在若干点上有了明显的突破,且这些突破不再从中国固有知识出发,而是建立在法政知识的新知识体系之中。但此时儒家文明依然牢牢地控制着整个社会,因而,这种认识仅在沿海地区某些与西方人交往密切的知识界中流布。

20世纪初,新政推行,形势急转直下。社会各界对法院组织表现出了浓厚的兴趣,出现了一种“我们称之为中西二分二元论的意识形态,儒学终于在相当程度上退出了公共领域。

〔72〕 前引〔65〕,金绍城书,第291页。

〔73〕 同上。

〔74〕 前引〔8〕,王韬等书,第128页。

一方面在家族内部和原有的社会整合中，儒家伦理仍然有效，维持着绅士对乡村和家族的统治和君臣关系；另一方面在公共领域，西方现代价值成为正当性基础”。〔75〕于式枚对此有形象表述：“当光绪初年，故侍郎郭嵩焘尝言西法，人所骇怪，知为中国所固有则无可惊疑。今则不然，告以尧舜禹汤文武周孔之道，汉唐宋明贤君哲相之治，则皆以为不足法，或竟不知有其人，近日南中刊布立宪颂辞，至有四千年史扫空之语。惟告以英德法美之制度，拿破仑华盛顿所创造，卢梭边沁孟德斯鸠之论说，而日本所模仿，伊藤青木诸人访求而后得者也，则心悦诚服，以为当行。前后二十余年，风气之殊如此。”〔76〕

第二，动因。现代航海技术发明之前，地理空间的隔绝使中西彼此之间存在着许多误解。国人对西方法院组织的认知缘起于西方传教士的灌输，目的是为了改变国人的观念，进而改变中国传统的司法制度。为此，他们不断尝试各种方法，有时居高临下耳提面命，有时又颇有耐心。如1864年美国传教士丁韪良写道：“没有哪个伟大的民族曾遭受如此误解，他们被讥为麻木不仁，只因为我们缺少有效的方法把我们的观念灌输给他们，或者把他们的观念传输给我们。”〔77〕

至于国人对法院知识的传播，动因则较为复杂：有好奇；也有学理层面的求知，即从传统律令体系向法政知识体系新旧更新的原因；还有变法图强的启蒙需要。1861年、1864年，伍廷芳等在香港先后创办中文报纸《中外新报》和《华字日报》，鼓吹开启民智，“外观于世界潮流，内察乎国民程度，知非自强不足以自保，非开通民智无以图强，乃决意创办本报，期以世界知识灌输于国人，以国内政俗告于侨胞。使民智日开，而意奋其爱国之念，此办报之唯一宗旨也”。〔78〕

当然，动机中还包含着从集权到分权、从专制到民主的政治改革诉求，这一点在梁启超等人的言论中表现得较为明显。

20世纪初，包括设立法院在内的新政改制被许多国人视为拯救国运的最佳方案。在此背景下，国人对法院的认知终于有了强大的现实需求。诚如美国学者柯文所言，法政知识只有从沿海地区影响到广大的内地之后，才具有合法性。多元的动因和目的提醒着我们，如欲对此过程进行解释，视角不能单一，否则再努力都会导致结论的轻薄。

第三，内容。近代国人对法院组织的认知内容丰富而庞杂，既有关于法院建筑、法庭布局、法袍、判决书等器物层面的，也有审级、物证、法官、资金、检察、警察等与法院运行不可或缺的技术层面的，更有法院价值、功能等形而上的思考，构成了一个相对独立的知识系统，并形成了一些较为成熟的话语体系：如文明与落后、集权与分权、传统与近代、民主与专制等，具有较强的解释力。换言之，现代法院知识在中国的传播，并非一个简单的从西文翻译成中文的过程，亦绝非一个单纯的从律令知识体系转换成法政知识体系的学术问题，还涉及到民族富强和政治体制等诸多复杂背景。

〔75〕 金观涛、刘青峰：《导论：为什么从思想史转向观念史》，载金观涛、刘青峰：《观念史研究：中国现代重要政治术语的形成》，法律出版社2009年版，第17页。

〔76〕 于式枚：《出使德国考察宪政大臣于式枚奏立宪不可躁进不必预定年限折》，载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306页。

〔77〕 [美] 丁韪良：《翰林文稿》，转引自[美] 史景迁：《改变中国：在中国的西方顾问》，广西师范大学出版社2014年版，第154页。

〔78〕 参见张礼恒：《西方到东方：伍廷芳与中国近代社会的转型》，商务印书馆2002年版，第45页。

第四,影响。晚清时期国人对法院组织的认知是通过西方传教士灌输、自主学理探究和实地参观速成三种方式形成的,又以最后一种为主。如此状况导致了以下两种结果:

一是被动接受的多,但真正理解的少。裁断纠纷是任何一个国家都得从事的工作,因而让国人从日常生活的角度接受法院组织相对容易,但要从理念层面、价值层面真正理解,并在此基础上找到与中国国情、中国现有体制的契合点,即如何将这套知识加以落实,则要复杂得多,也困难得多。其中,既有文字转换过程中可能出现的信息遗漏问题,如公断是非与解决纠纷含义就绝不相同,也有新旧知识本身的差异问题。

二是实践中易导致不同时期、不同的主政者对认知内容各取所需。现代法院组织源自于西方,而西方两大法系包括每一个不同的国家,在法院组织方面又客观存在着一定的差异,何况传播者的动机原本就不尽相同,客观上使晚清时期国人对法院组织的认知不乏矛盾之处。于是,我们注意到后人在运用这些知识时,有意无意地根据自己的需要各取所需,各取所需的结果又不可避免地造成法制实践中法院制度的多变。这一点既令人感慨,又让人无奈。

Abstract: The signing of the Nanjing Treaty marked the advent of the unequal-treaty era in the history of Sino-Western relations. Against the background of the gradual expansion of intercourse between China and the West, Chinese people began to learn about the organization of modern Western courts through various channels. From parts to the whole, these cognitions can be roughly divided into four levels, that is, intuitive feeling, organizational function, institutional value, and operational knowledges. Corresponding to the above four levels of cognition are the following four functions, that is, an implement of civilization, a tool for the judgment of right or wrong, judicial independence, and a set of laws that included court organization law, civil procedure law, and criminal procedure law. These cognitions, as an ideological resource, had either deeply or shallowly affected the creation and operation of the modern court system in China. In other words, the Chinese people's cognitive level of the court, and the ability to develop this cognitive level into a mature discourse system and to adapt to changes in public and private lives, determined the survival state of the court as an exotic product at that time in this ancient country.

Key Words: cognitions of the court, function of the court, judicial independence, organization of the court, judicial proceeding
