

由沈家本到謝冠生 ——對清末新政以來司法史 (1901-1971) 的再思考*

江照信**

本文呼籲重新思考晚清修律以來法律史研究的重要意義，並對如何研究 20 世紀中國法律發展的整體進程與意義提供建言。筆者主張以「人」為中心，重新書寫 20 世紀頭 70 年（1901-1971）的司法史，並將致力於解釋一種新的研究進路：即在以沈家本為中心的由晚清修律到民初裁判變遷的近代法律史研究（以李貴連、黃源盛為代表）之外，通過解讀民國政治領袖（如蔣介石）與司法領袖（如民國任職最久的司法院長居正、民國任職最久的司法行政部長謝冠生）的日記，建構並擴展以人為中心的民國法律史書寫。畢竟，對於民國政治領袖如蔣介石日記（1915-1972）與司法院長如居正日記（1945-1951）、曾任大陸地區司法行政部長、臺灣地區司法院院長的謝冠生日記（1933-1971）的整理與研究，會為從整體上理解民國司法史，提供一種更可依賴的內部視角。因此，我們需要注意研究日記中的法律史，討論司法改革所涉及到的隱含的政治決策過程，並理解制度以及改革政策究竟是如何形成的。

關鍵詞：七十年變法、蔣介石日記、居正日記、謝冠生日記、
20世紀中期法律史

* 筆者衷心感謝三位匿名評審專家與《法制史研究》編輯委員會中肯細緻的評審意見。筆者特別感謝布朗大學榮休教授謝定裕先生對於本文稿的細緻閱讀與指正。所有批評與建議對筆者如何繼續思考與研究本文的主題，都提供了非常多的幫助。當然，本文寫作目的在於引發關於本文主題的學術討論，文中各種觀點肯定會有不當甚至錯誤之處。這均屬於筆者的個人文責，與他人無關。

** 山東大學法學院副教授、香港中文大學香港亞太研究所中國法制研究計劃名譽研究員。

引言

關於晚清以來法律史的研究，如果僅僅止於規範、制度、實踐的研究，很容易陷入西方中心主義的理論與邏輯中。理由之一是，這種研究可以完全不用理會中國歷史中的人物、整體進程、意義或者精神。若需要更進一步理解以中國為中心的法律史，則需要更細緻地考察其中的人物、進程與意義。或許可以說，法律史研究上的整體觀點，至少包括兩個層面：一個層面是規範、制度、與實踐，以及由此產生的各種史學研究上的範式；另一個層面是人物、進程與意義，以及由此產生關於中國法律整體發展歷程的深層知識。本文寫作目的，就是希望能夠引起大家換一種思路來探究晚清修律以來的法律史，並希望討論如何以人物為中心去研究 20 世紀中國法律發展的整體進程與意義。筆者寫作的另一個初衷，是為了引起更好的討論與批評，尤其希望大家能把清末、民國大陸地區、戰後臺灣地區在 20 世紀 70 年的發展歷程做成更加合理而有效的聯繫。在筆者看來，目前在大陸以及海外的中國法律史學術研究，太過於重視清代與清末了；在臺灣地區的研究又太受困於獨立話語體系的形成。這樣，就大大壓縮了 20 世紀民國變法（legal change），承前啟後的整體歷史進程與意義。從這一意義上來看，若希望對目前認識上的分歧有所矯正，人物尤其是領袖人物（leading persons），會成為確立上述這 70 年法律發展進程之間合理聯繫的一個可靠研究視角。

近年來，關於晚清、民國法律人的研究，學者如陳新宇已在號召去重新發現消逝的民國法律人，即如其所呼籲的「尋找法律史上的失蹤者」。¹侯欣一的新著《百年法治進程中的人和事》，明確呼應陳新宇的史學主張。²對於此點，筆者不僅贊成，並進一步主張以「人」為中心，來

1 參見陳新宇，《尋找法律史上的失蹤者》（桂林，廣西師範大學出版社，2015；北京，商務印書館，2019 增訂版）一書。陳著一經出版，在中國大陸地區便成為一部法學類暢銷書，由此可見著者的智慧與著作本身的學術與社會價值。本文作者向讀者推薦陳新宇新著，《陳說新語》（北京，九州出版社，2020）一書。兩本書放在一起閱讀，就會對陳著所謂「尋找法律史上的失蹤者」有更好的瞭解。

2 參見侯欣一，《百年法治進程中的人和事》（北京，商務印書館，2020）。

重新書寫 20 世紀法律史。事實上，關於清末民初以司法為中心的法律史研究，以李貴連（清末修律）、黃源盛（民初中央司法裁判與變遷）、徐小群（以修律與變法為前提下的基層司法）為代表，³學者們大致已經給讀者提供了一個比較全觀的視角與觀念。但從以人物為中心的法律史觀念來看，如陳新宇《尋找法律史上的失蹤者》所記人物雖然在時間上（清末至人民共和國）以及身分上（實務者與學者）的散漫與差別，但在整體上確實能以人物為視角，為大家提供解讀法律史由清末修律到民國變法發展進程的一個更為開闊的視角。不過，也正是因為如此，陳著、侯著書中明顯未能如李貴連、黃源盛兩位先生圍繞足夠有影響力的人物為核心（以研究沈家本〔1840-1913〕為中心的清末修律以及民初變法研究）從而深入研究國民政府時代的變法歷程，因而陳著、侯著為本文有意倡議的史學認識與方法討論留下了可續發揮的餘地。

但到底如何才能可以完成這方面的討論，本文致力於解釋一種研究的進路：即在以沈家本為中心的由晚清修律到民初裁判變遷的近代法律史研究（以李貴連、黃源盛為代表）之外，通過解讀民國政治領袖（如蔣介石〔1887-1975〕）與司法領袖（如民國任職最久的司法院長居正〔1876-1951〕、民國任職最久的司法行政部長謝冠生〔1897-1971〕）的「頂層人物」日記，繼續建構並擴展以人為中心的民國法律史寫作。總體上來講，「頂層人物」留下長時段、無間斷的日記，內容與意義其實要比一般歷史人物與法律人物零散的個人隨筆式紀錄要寬廣與深刻的多。畢竟，對於民國政治領袖所撰寫如蔣介石日記（1915-1972）⁴與司法院長居正日記（1945-1951）⁵，以及曾任大陸地區司法行政部長、臺灣地

3 李貴連，《沈家本傳》（南寧，廣西師範大學出版社，2017）；黃源盛，《民初法律變遷與裁判：1912-1928》（臺北，國立政治大學，2000）；Xiaoqun Xu, *Trial of Modernity: Judicial Reform in Eaerly Twentieth-Century, 1901-1937* (Stanford, Calif.: Stanford University Press, 2008).

4 《蔣介石日記（手稿本）》（美國史丹佛大學胡佛研究所圖書檔案館藏〔Palo Alto, Cali.: Hoover Archives, Stanford University〕）。

5 謝幼田整理，《居正日記書信未刊稿》（8冊，桂林，廣西師範大學出版社，2004），其中前6冊為1945-1951年日記；上海圖書館編，《上海圖書館皮藏居正先生文獻集錄》（9冊，桂林，廣西師範大學出版社，2007），其中第4至9冊為日記篇（1945-1951）。

區司法院院長的謝冠生日記（1933-1971）⁶，這些史料的整理與研究，會為從整體上理解民國法律史，研究由訓政時期到行憲時代的 40 年司法進程（1928-1971），提供一種可靠而值得依賴的內部視角。這對於民國法律史以及民國法律由大陸轉入臺灣的歷史寫作的重要性，意義不言而喻。這批日記至少可以說明，臺灣地區刻下行之有效的中文法制傳統，至少是始於清末修律而經由民國變法而漸成臺灣一地的法制正統。因此，我們需要注意研究日記中的法律史，討論司法改革所涉及到隱含的政治決策過程，並理解制度以及改革政策究竟是如何形成與發展。更為重要者，即我們可以把 1901 年清政府宣諭變法修律作為一個起點，終點擴展到 1971 年的臺灣地區「以中國為中心」的 20 世紀中期司法變革。這樣的一種分期，基於政治與法律頂層日記史料，可以有助於我們更完整地瞭解清末與民國變法運動的進程，而這一變法進程影響所及不僅僅止於大陸，而且及於臺灣，並一直影響臺灣地區。

當然，需要注意，筆者並非主張僅僅依靠這批日記就可以重新寫作 20 世紀數十年的中國法律史，或者基於日記即可解構中國法律史，而是希望在對司法檔案以及各種其他史料充分掌握與研究的基礎之上，充分解讀與利用這批珍貴的人物史料，探索新的法律歷史進程與意義的可能性，並由此促進對於 20 世紀中國法律史的整體認知與反思。簡言之，在明確認知日記作為法律史料可能存在局限性的前提下，我們不妨可以嘗試在「頂層」人物日記中發現中國法律史。

蔣介石日記手稿本存於美國史丹佛大學胡佛研究院，2006 年始向公眾陸續開放。學者研究中國近現代史與中國外交者，紛紛利用蔣氏日記，而法律史學者獨不置可否，實在不勝可惜。無論如何，蔣氏日記加上司法人物日記，對於我們寫作一個完整的 20 世紀中國法律史，一定是意義重大的。那麼，在對於人物及日記有所把握的前提下，如何解釋以人物為中心的法律史，本文將從以下幾個方面進行簡要討論。需要提示者，本文寫作止於問題的提出與可能的分析思路，目的僅在於促進一種拓展視野的學術對話與批評，並為未來研究的可能性爭取盡可能多的建議。本文第一部分介紹作者對於 20 世紀法律史研究分期問題的基本看法。本

6 謝冠生日記、自著年譜、家書及其他資料，分別藏於洛杉磯、臺北謝氏後人家中。

文所提出討論的問題，是關於在這一歷史進程中的「人物」應作如何理解，以及應如何討論「以人為中心」的法律史。第二部分寫作重點介紹本文之所以作出上述分期的關鍵史料，即謝冠生日記。對於法律史寫作而言，民國日記至為重要，但司法領袖人物日記重要性無疑又加一層，因為謝冠生作為民國任職最久的司法行政部部長（1937-1948）與臺灣地區任職最久的司法院正／副院長（1950-1971），其日記完整記錄下 1937 至 1971 年由大陸轉去臺灣的司法政策與制度與發展歷程。本文第三部分是筆者對於三種日記（蔣介石、居正、謝冠生日記）目前所能閱讀的內容的簡要報告。本文第四部分解釋通過日記解讀法律史的幾個可能途徑。第五部分寫作則在於提醒大家更應注意 20 世紀中期的法律史，因為在那個時間段，尤其是在二戰後中國國勢崛起之後，才算得上中國近現代法律轉型的真正開啟。也只有這個時間段，才與當下大陸與臺灣的以行憲與法治為中心的法律改革聯繫最為密切。本文第六部分是簡單的小結，提出問題，敬候讀者的批評與指教。

一、七十年變法 ——討論的一個認識起點

本文寫作的目的，在於探討如何基於民國最高政治人物及司法人物日記之上，重新解讀民國法律史，並為當下中國大陸司法改革提供可以鏡鑒的資源。關於本文寫作的意義，大致會有如下兩個方面：（一）放寬法律史的視野，由歷史連續性看民國司法史，深度檢討民國司法改革的制度設計、實踐及進程問題，並基於此思考民國司法對於目前司法改革的啟示意義；（二）僅就民國司法史的寫作而言，擴展對於人物檔案史料的利用，更加周全地理解中國司法改革的長歷史進程、問題及意義。但學者很容易質疑，這種寫作史學的方法到底多大程度上能夠等同或者優於其它通行既久的研究方法（如司法檔案研究、如規範研究，如制度研究，如思想研究）？筆者的看法是，這種以人物為中心的歷史寫作，可以整合各種以往的研究，並融入一種以人物精神與理念所表達出來的中國法律的共同精神。從這一視角來看，晚清修律可以視為一種精神，代

表人物為沈家本。民國法律民族化運動則為民國變法的基本精神，⁷司法人物代表可以分為立憲派（如梁啟超〔1873-1929〕）與辛亥派（如居正）之別。⁸

在完成〈民國沒有反沈派〉一文之後，筆者日漸覺得清末修律代表人物雖為沈家本，但精神領袖實乃梁啟超。沈家本修律之所以能夠成功，原因可能有其內心隱含對梁啟超維新與立憲精神之認可，因而沈氏盡招「梁啟超派」法律人物匯聚其麾下，而如董康（1867-1947）、汪榮寶（1878-1933）、章宗祥（1879-1962）、曹汝霖（1877-1966）、江庸（1878-1960）等協助清末修律最有力的人物，均明確視梁啟超為領袖。⁹因此，在修律梁氏立憲派幫助之下，沈氏由一位純粹舊律學家而迅速一變為貫通中西法學者也。也就是說，清末以來所謂沈家本派可能並不存在，而實際存在者，卻是修律之梁啟超派。這也能側面說明，為何梁啟超回國即能首先任職司法部長，而且任期雖然短暫，但其實際影響力卻貫穿北洋政府時代（1913-1928）司法發展進程，司法界明確以梁為領袖，而又以 1914 年梁啟超司法改良文中之倡議為基本意識形態。或許可以說，清末以來，沈家本派實際是不存在的，而能成派者只會是梁啟超立憲派。或者最低程度上來講，由清末修律至北洋政府時代終結（1901-1928），從人物上來講，應該存在一個清末變法修憲運動中的沈（家本）梁（啟超）修律派應該是沒有太大爭議的。

需要注意，民國司法代表人物可以有很多，如王寵惠（1881-1958）可以兼具立憲派與辛亥派的法律精神，如謝冠生則可視為立憲派與辛亥派兩者法律精神由大陸轉去臺灣地區的最終傳承者。1971 年謝冠生於司法院院長任上逝去之後，繼任者或者無任何大陸司法經歷（如田炯錦〔1899-1977〕、黃少谷〔1901-1996〕），或者非大陸人士（如戴炎輝

7 關於民國法律民族化運動的一個整體觀點，請參見拙作〈法律民族化運動：關於民國司法改革的一個整體觀點〉，《師大法學》2019：1／總第 5 輯（上海），頁 283-308。

8 參見拙文〈民國沒有反沈派——立憲派司法與辛亥派司法〉，《法制史研究》24（臺北，2013），頁 241-261。

9 參見拙文〈民國沒有反沈派：立憲派司法與辛亥派司法〉最新版（加入關於董康與梁啟超關係的論證），收於李在全主編，《近代中國的法律與政治》（北京，社會科學文獻出版社，2016），頁 151-169。

[1908-1992]、林洋港 [1927-2013]、施啟揚 [1935-2019]、翁岳生 [1932-])，以迄於今。換句話說，清末修律以來所形成的一支近代中國法律傳統，從人物上來看（制度上是另一回事），大致上停格於1971年，代表性事件即最後司法辛亥派謝冠生的逝世。

「變法」一詞，如果我們可以認為這一詞語在「政治變遷」(political change) 之外，尚且含有「法律變遷」(legal change) 意義的話，我們可以將維新變法後的70年法律變遷史在總體上稱為「七十年變法」，由此我們可以為晚清修律、民國法律變遷、戰後臺灣日治法律中國化的進程與意義，確立其彼此之間在整體上的聯繫。

基於上述思考，在筆者看來，20世紀中國司法界至少存在一段「七十年變法」(1901-1971)的歷史，即由清末修律到民國法律民族化運動，¹⁰變革歷程雖然一直具有持續性，但意識形態已經發生改變，也就是清末修律強調「中西一律」與民國變法側重「重建中華法系」¹¹的差別。雖然從表面上看，兩者並沒有巨大差異（即兩者都具有司法民族主義的精神），但實際表現在司法界及整個法律界的意識形態上，則清末與民國實已發生了根本的不同（以法律為中心的中國變法 vs 以中國為中心的法律改革）。¹²簡單來說，清末修律有個西方範式作為引導，可這個西方範式在清末法律人那裡，拿不起也放不下（最典型表現在清末禮法之爭，重點在如何邯鄲學步）¹³，而民國尤其是進入30年代後的法律人不

10 關於法律民族化運動的論述，參見拙文〈法律民族化運動：以民族主義解讀民國司法史〉，收於孫笑俠主編，《復旦大學法律評論（第三輯）》（北京，法律出版社，2016），頁283-312。關於民國司法由大陸轉去臺灣的「以中國為中心」的行憲司法進程，請參見我的JSD博士論文：Zhaoxin Jiang, “China’s Constitutional Court (1948-1971): A Contextual Analysis Based on Diaries” [中國憲法法院（1948-1971）：基於日記的情境分析] (JSD diss., University of Wisconsin-Madison, 2021)。

11 有關民國時期重建中華法系思潮的論述，參見拙著《中國法律“看不見中國”——居正司法時期（1932-1948）研究》（北京，清華大學出版社，2010），第4章。

12 關於變法意識形態上的轉化的論述，可以參見拙文〈司法民族主義（1922-1931）：司法的政治參與、進程與意義〉，《清華法學》2017：1（北京），頁134-150。

13 觀點可以參見陳新宇《尋找法律史上的失蹤者》中的〈誰在阻撓《大清新刑律》的議決？——章宗祥回憶辨偽及展開〉、〈從禮法論爭到孔教入憲——法理健將汪榮寶的民初轉折〉、〈向左轉？向右轉？——董康與近代中國的法律改革〉三篇文章。

僅能拿得起這個範式，而且也能將其適當地放下，理由就在於民國法律民族化運動（最典型表現在重建中華法系運動，重點在自我認同與創新），用現在的話來說就是「中國特色」（Law with Chinese Characteristics / the Chinese Legal Exceptionalism）。因為在民國，即便在國內政治動亂的時代，中國成為了兩次世界大戰的戰勝國，即使不論西方法律模式效力的減損（如德國納粹體制下的「惡法亦法」問題以及美國法律上的行政國家的崛起），中國這種國際地位的轉換也要求中國不得不以中國為中心進行法制上的創新。換句話說，清末與民國的差別在於法律的政治與社會基礎同時都變了，因而法律民族化運動只是這種變化所帶來的一個結果而已。

二、新史料——民國日記與謝冠生日記

本文思考的重心在於民國。基於對民國司法十多年的研究，筆者認為民國的司法歷史，由於主權問題及民國國家建構所涉及到的各種問題，令民國司法的進程不僅僅反映在制度及理念轉型方面，而是更加突出地表現為司法的政治參與，因而我們看到民國這段司法史，整體上可以視為一種法律民族化運動。司法的價值取向與重心在於國家與國權。在此視角之下，政治與司法之間的互動必然會影響到民國司法的發展進程。在此意義上，關於蔣介石日記與居正、謝冠生日記及其他相關個人史料的整理與研究，應該能夠提供足夠多的關於民國法律的新認識，至少可以修正以及補充以往學者對於民國司法發展進程的既定看法。

謝冠生，浙江嵊縣人。關於其日記，平心而論，是筆者歷盡周折最近始能發現並已確定保存狀況的重要司法文獻。按謝冠生自撰《篋筌堂文稿》卷二〈年譜自序〉一文：「余自十二歲始作日記，至今未輟。其在民國廿二年以前者，類多散佚，因就記憶所及，仿年表例，逐年追記補充。」¹⁴按照上文所記，謝冠生至少應自 1933 至 1971 年保留有近 40 年

14 謝冠生，《篋筌堂文稿》（臺北，臺灣商務印書館，1973）卷 2，〈年譜自序〉，頁 142。

的完整日記。因為謝氏一直任職中樞司法界，因此，謝冠生日記整體上可以視為一份非常珍貴而特殊的民國司法史料。

作為大陸任職最久的司法行政部長（1937-1948）與臺灣任職最久的司法院院長（1958-1971），謝冠生對於民國司法的意義，我們可以先從下表得出一個大致的輪廓。

歷任司法院院長	教育背景	起止時間	謝冠生任職經歷
王寵惠	耶魯大學法學博士	1928-1931	司法院參事、秘書長、代理司法院院長
居正	日本法政大學	1932-1948	司法院秘書長、司法行政部長
王寵惠	耶魯大學法學博士	1948-1958 (大陸／臺灣地區)	公務員懲戒委員會會長、司法院秘書長、司法院副院長
謝冠生	巴黎大學法學博士	1958-1971 (臺灣地區)	司法院院長

從上表我們可以看出，在 20 世紀中期，影響民國司法進程最為重要的三位人物就是王寵惠、居正與謝冠生。王寵惠、居正兩位司法院長參與司法改革、設計與實施的進程，很大程度上均依賴於謝冠生於台前幕後的襄助或直接的負責設計與實施。王寵惠與居正的文字史料均已公開出版，但因為兩位的文字多關乎政治，而較少涉及司法，因而作為司法專家的謝冠生之日記史料對於民國司法史研究而言，意義與價值均非常重大。

由於謝氏資料一直未予公開，國內外對於謝冠生的學術研究幾乎為零。又因為缺乏謝冠生史料以及研究，關於民國司法史上的很多重要的研究議題，宏觀議題如司法改革、司法設計及司法的政治與社會角色；具體議題如司法判例制度、司法解釋、憲法解釋、員額制改革、司法行政改革、戰時司法、戰後復員、漢奸審判、東京審判、實驗法院、巡迴法院、獄政改革、司法定位、公務員懲戒、大法官會議制度以及關於王寵惠、居正司法時期各種司法決策過程的理解，我們均缺乏可信可靠的內部視角和歷史依據。概言之，因謝冠生與民國司法制度進程與司法領袖人物至為密切的關係，其日記與個人史料因此而具有非常特殊而珍貴

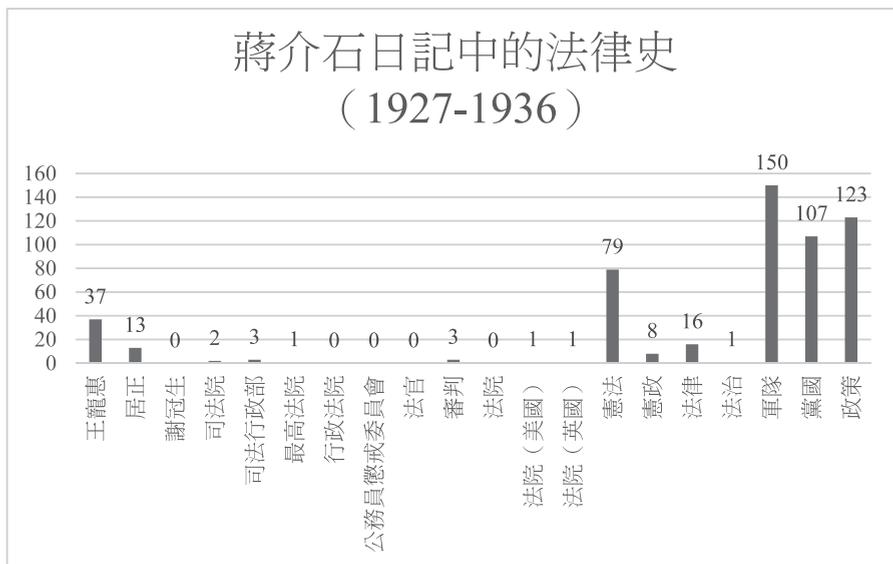
的意義。

事實上，筆者自 15 年前寫作歷史學博士論文始注意有謝冠生日記存在起，經歷各種努力與訪查，現已經確定謝冠生日記、年譜及私藏個人檔案分別保存於洛杉磯與臺北。尤其自 2018 年始我已經有幸閱讀日記原件（1945-1958 年日記），確認其日記（1933-1971）保存非常完整。日記每天幾乎都有記錄，內容豐富（但自 1953 年後日記內容相對減少很多），行書字體，字跡相對清晰，易於閱讀辨認。儘管有些部分稍有破損，因謝氏後人視日記為最珍貴的傳家之寶，保護管理至為妥善，乃為我們留下一份至為寶貴的民國司法史料。

三、續寫民國法律史——一個初步整理

目前，按照筆者在胡佛檔案館抄錄蔣介石日記整理之後所形成的檔案摘錄筆記，在 1927 至 1936 年，蔣介石與司法人物及司法制度之間的聯繫，大致可以反應在下圖。當然，需要注意，表中所列資料僅為筆者閱讀日記自我取捨並記錄下來的資訊，內容並不完整。簡單言之，蔣之對於政治與軍事之關注遠超對於法律之關心，但於法律範圍之內，對於人物（如王寵惠、居正）與憲法又是蔣介石訓政時期最為關注的重心。那麼到底如何解讀蔣介石與法律人物之間的關係，以及由此產生對於司法制度所發生的推動或者阻卻作用，將會是以日記為基礎進行探究的一個起點。¹⁵

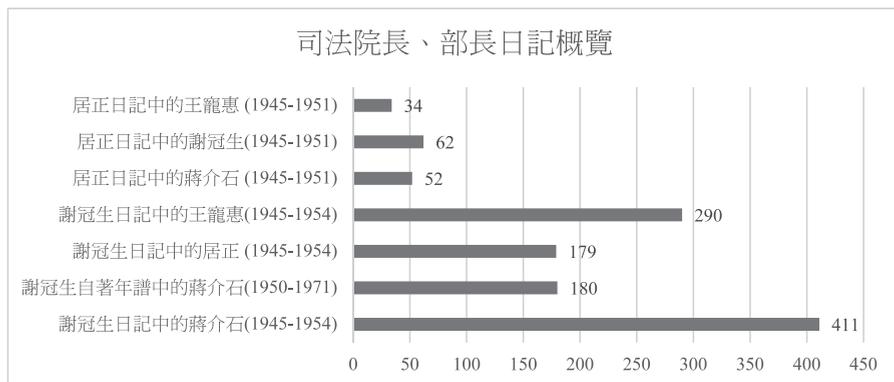
15 按：1937 至 1945 年間關於法律因為戰爭阻斷，紀錄相對更加零散，統計困難而且資料本身的意義也成疑問，因此本人僅舉例目前所抄錄的抗戰前十年資料。另外，有關抗戰十年間的日記，出版較全面者，可以參考國立政治大學人文中心主編，《民國二十六年至三十四年之蔣介石先生》（13 冊，臺北，編者自印，2016）。



從上圖的統計可以看到，在國民政府成立的最初十年裡，蔣介石對於法律的注意，一般集中於憲法或者憲制（憲政）方面，而與法律人物的交流大多體現在其與王寵惠（居正雖任司法院院長最久，蔣介石日記卻很少談及其與居正的交流）之間的互動方面。這很容易理解。因為蔣對於約法／憲法的關注，自然會令其對作為憲法學術權威的王寵惠有所青睞，因而兩者之間的聯繫相應會影響到國民政府期間制憲或者憲法運動的進程。如蔣介石 1929 年 12 月 27 日所記：「到政治會議，通過廢除領事裁判權案，定明年元旦發表。晚宴王亮疇，為其由歐回來洗塵也。以黨治國，責任內閣，和平統一，憲法會議，監察責任（澄清吏治，審計財權，偵查貪汙，審查法令），必使官吏盡其職責，遵奉命令，使法令有效也。」然而，需要注意，如蔣介石在其 1930 年 12 月 31 日日記後附「師友姓名錄」中所示，在其一眾或師或友人物中，王寵惠、居正均未廁身其中，而且該名錄中亦無一法律人。又如蔣介石 1931 年 4 月 28 日所記：「王寵惠、孫科皆受展堂主使，改組派離間，希望在粵另組政府，以倒中央，故其赴滬不回。余以鎮靜處之。」當然，這只是我們以日記閱讀為基礎，寫作以「人」為中心的法律史的開始。雖然我們不可以隨意推測，但人物之間關係的微妙變化，會影響到法律發展的穩定進程，由此

繼續也會影響到法律本身的效力。如閱讀所有 1950 年之前的蔣氏日記之後，大致可以看出，以王寵惠、居正為代表的法律人對於蔣介石政府時代的法律與政治變革是失望的。如蔣介石 1949 年 10 月 27 日所記：「桂系……對於廣州之失陷，其罪責完全推置余一人之身，何不幸如此，而亮疇之怨憤與哲生相同，更出意外也。」又如居正 1949 年後所記：「權集一人日已深，談何容易要更新。除非陸判親來到，換了頭顱又換心」。¹⁶但在 20 年左右的時間（1927-1949）裡，以蔣介石與王寵惠之間的互動、蔣介石與居正的互動為中心，到底可以如何思考民國法律發展的進程？或許需將更多注意力集中到司法人物日記的閱讀與分析方面。

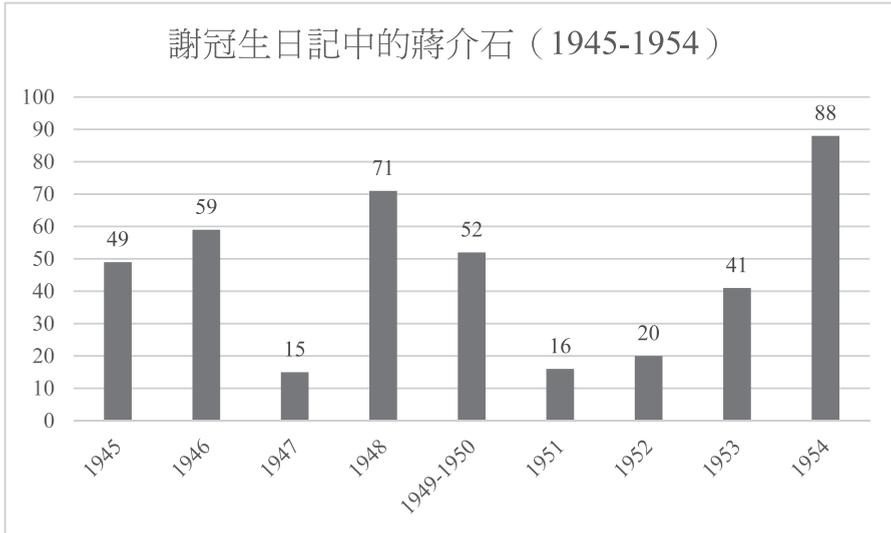
由於居正日記留存下來的只有七年時間（1945-1951），內容相對較少，因而謝冠生日記的意義相對更為重要。不過，因為居正日記集中在抗戰勝利後的司法復員及司法創新時期，這讓日記本身意義增加很多。在下圖中，筆者按照自己的閱讀筆記，把記錄相關司法人物之間的互動以及司法人物與蔣介石之間的互動，以日記提及相關人物的次數表示出來（按：筆者統計謝冠生日記的時間範圍比居正日記稍稍擴大到 1945 至 1954 年之間的十年）。



依上圖所示，我們會看到一個數量非常大的司法與政治人物之間的互動。也就是說，因為存在這種數量上足夠多的有效互動，我們依照日

16 詩見《居正日記書信未刊稿》冊 8，〈政黨〉，頁 209。其中，陸判之典故源自蒲松齡（1640-1715）《聊齋志異》〈陸判〉故事。

記解讀政治與法律的關係，解讀民國法律發展的進程，方能提高其研究意義。這種研究意義，在謝冠生日記方面表現尤為突出（如下圖所示）。



因而，從上述圖表來看，基於蔣介石與司法日記之以人物為中心而寫作的民國法律史，至少可以給我們提供一種新的可能性，一方面有利於建立歷史與當下司法改革之間的意義聯繫，一方面則有助於我們從整體上確立對於 20 世紀中國法律史的基本見解。也就是說，我們通過對於日記的解讀，至少可以去判斷清末修律至民國法律民族化運動進程的總體效果為何，瞭解清末修律於何時結束，而民國變法又是如何收尾。基於這樣的判斷，我們又會理解當下中國的法律改革，有多少是可以認真吸取清末至民國的變法經驗。本文即是基於這樣的思考，在目前已有的閱讀範圍內，提出個人的看法，並希望能夠促成關於民國法律史一些新的對話與看法。

四、以人物為中心——一個可靠的視角

關於人物日記對於研究司法的意義，可由如下幾個方面來理解。大致而言，因為中國大陸司法改革日益深化與細化，民國司法史自然會成為非常重要的借鑒資源。但問題在於到底如何方能有效建立民國司法與當下司法改革之間的聯繫。從目前政府支持的專案計畫及學者個人的研究而言，途徑基本有以下三種。

一、制度上的聯繫，比如最近的案例指導制度與民國判例之間到底在何種程度上是可以溝通的。關於這一點，學者（如前輩學者武樹臣、楊一凡；當今主要研究者如張仁善、陳新宇、聶鑫）已經有較長時間提倡與研究。¹⁷但到底在何種程度上，民國判例相對於傳統判例制度是延續或屬於創造性轉型的，同時又可以成為現在案例指導制度可以學習的榜樣？目前學術研究並沒有給予清晰明確的答案。這裡的原因，有學術上對於英美判例法傳統固有的見解與隔閡，也有對於民國司法史瞭解上的短缺。畢竟中國歷史上有沒有判例法與當下如何借鑒判例法是兩個截然不同的問題。在民國司法理解的方面，居正、謝冠生日記史料的整理與利用，會在很大程度上有助於解除學術上的疑慮，並有利於促進解決司法改革缺乏歷史積澱與創新範式的問題。

二、司法機構上的聯繫。這一方面，屬於頂層設計的問題，同樣也是一個司法定位的問題。民國歷史與當下的司法機構體系，有一個非常大的不同之處，就是在司法權力等級的頂點位置，民國有司法院，制度設計上是一個大司法模式。這一機構設計，是包含了民初司法部的行政權力，大理院的裁判權力，修訂法律館的法律起草權力，最高行政司法裁斷權力，最高司法懲戒權力以及負責中華法學的整理、檢討與創新（如

17 在這一方面，前輩學者楊一凡、武樹臣對於判例制度研究之一貫與積極提倡，最堪為典型。參見楊一凡、徐立志主編，《歷代判例判牘》（12冊，北京，中國社會科學出版社，2005）；楊一凡編，《古代判牘判例新編》（20冊，北京，社會科學文獻出版社，2012）；楊一凡主編，《清代判牘案例彙編》（甲、乙編各50冊，北京，社會科學文獻出版社，2019）；武樹臣主編，《判例制度研究》（2冊，北京，人民法院出版社，2004）。

中華民國法學會)。關於這一點，民國司法作為一種大司法模式到底在何種程度上能有助於目前以最高法院為中心的司法改革，司法人物日記資料應能提供可靠的資訊與思路。

三、意義上的聯繫。這包括規範意義（如司法獨立的規範構成）與實踐意義（如在多大程度上司法能夠承擔足夠的政治與社會角色）。在這一點上，我們需要注意民國司法與清末司法有很大差異。清末司法改革迫於條約壓力，對於改革模式選擇上只能對於西方模式亦步亦趨，小心謹慎。在實際的規範設計與實踐過程中，有很多遷就於西方中心主義的作法。民國則非常不同，民國成立，很快就進入一戰促成的中國入世進程。一戰後，中國在民國成立十年之內成為戰勝國。國家與國民心態，在信心與創新信念方面，與清末迥然有別。尤其一戰後至二戰勝利，在司法方面，民國司法改革轉而實實在在以中國為中心進行規範與實踐探索與創新，一些措施如司法部與最高法院併入司法院、檢察廳與法院合併、法院執掌公務員懲戒權、初級法院改革、實驗法院、審級改革、監犯移墾、護憲機關設計、司法解釋與憲法解釋，諸如此類，均體現出民國司法改革與清末截然不同的司法意識形態。關於這一點，謝冠生日記及個人史料會有足夠的資訊，令後人有機會得以判斷民國司法特有的意義與歷史。中國現在進行的司法改革，若欲借鑒民國司法，至少應需要注意這些民國司法人物文字所顯示出的精神與理念，由此做出對於司法改革更深層次的思考。

最後，僅僅從理論方面來講，最近歐美從事司法制度研究的一些重要學者提出了一種「舉足輕重的法院」(consequential courts)的理論。¹⁸大致而言，這一理論致力於「開啟比較司法學領域的新對話」，又提醒大家注意於「法官與法院在政府、政治與政策中所承擔的實質功能」。與理論上的全球進展相比，具體到中國司法制度的研究，我們明顯能夠看到

18 見 Diana Kapiszewski, Gordon Silverstein, and Robert A. Kagan, eds., *Consequential Courts: Judicial Roles in Global Perspective*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2013). 相關研究請見 Erin F. Delaney and Rosalind Dixon, eds., *Comparative Judicial Review* (Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2018); Christine Landfried, ed., *Judicial Power: How Constitutional Courts Affect Political Transformations* (Cambridge: Cambridge University Press, 2019.)

很多相形見绌之處。鑒於目前司法理論在全球範圍內的日益擴展與深化，通過對於民國司法制度發展史的整體性研究，我們應該參與這種理論上的對話，並有助於形成關於司法制度進程與意義的中國學術話語。

五、二十世紀中期法律史 ——放寬民國法律史與史料的 視野

蔣介石日記、謝冠生日記（目前謝氏日記已對筆者個人開放 14 全冊，橫跨 1945 至 1958 年）內容豐富，卷帙浩繁，因此，論證民國政治人物與司法人物日記中的法律史到底應當如何研究與寫作，以及在多大程度上這一批珍稀史料會改變我們對於民國司法史的看法，這些探究都將有助於我們放寬歷史的視野。在司法院院長日記及蔣介石日記未開放之前，對於民國司法「頂層設計」的理解幾乎是沒有可靠的內部視角。有了這批日記，我們就可以從內部視角思考民國司法的定位問題，至少我們可以獲得一種基於日常視角的有關司法「頂層設計」的瞭解與知識重建。如上文所提及的，民國的司法改革自始至終一直與現代國家建設密不可分（亦即法律民族化運動），也正因為如此，民國司法「頂層設計」的經驗，對於現代中國司法改革的推進具有舉足輕重的啟發意義。僅蔣介石日記一種資料，已經可以足夠提供很多線索，供我們思考民國司法改革時政策究係如何做出。司法院長日記，則更進一步可以提供司法界如何回應政策上的激勵，由此作出各種頂層的設計。

此外，基於對於日記的解讀，我們對清末、民國法律史的認知可以至少擴展二十年，去瞭解大家不太關注也很難瞭解的民國司法由大陸轉向臺灣的一段 20 世紀中期中國法律發展史的另一個面向。在這一段時期，那些轉去臺北的清末以及民國的法律人，仍然積極致力建設「以中國為中心的」法律體系。即使僅僅基於對於清末民國所養成的中國法律人的尊重（這本來也是整體 20 世紀中國法律史的一部分）以及審視「去中國化的臺灣法律史」，我們也需要放寬我們的視野，去瞭解最後的司法立憲派與辛亥派人物，如日記中的王寵惠、居正、謝冠生，同時瞭解清

未修律與民國變法最終的一種結局會是如何發展的。

基於這一種思考，我們至少可以從如下兩個方面續寫清末以來的法律變革：（一）由制度改良到憲法解釋。以司法審查與大法官會議（1948）為例，二戰後的中國為何成為全球司法發展過程當中未受到應有關注的領跑者。這一命題看上去似乎不可思議，而事實上卻的確如此。¹⁹自清末以來改革的中國，至二戰結束初期（1948）會成為世界範圍之內率先確立憲法審查制度（即大法官會議）的國家，這比德國（1951）早了三年，比義大利（1955）早了七年。惟有依據這批日記，這一段歷史才可以有信實的史料給予支撐。這主要包括：1.司法能力建設，即如何推進司法制度（以法庭化為代表）的建設進程。在民國整個時期，司法改革遇到數量化危機²⁰之際，政治人物與司法領袖如何交流與對話，從而形成繼續改革的動力；2.員額制改革以及整體上的評估（以司法職業化、即法官化為代表），日記中的司法界是如何形成獨特的民國司法職業精神；3.抗戰司法及司法復員：本部分還會關注於日記中到底存在多少記載，能夠表明戰後東京審判、戰犯處置之中方決策究係如何做出；4.憲法解釋問題：民國司法日記（包括蔣介石日記與司法院長日記）有非常多事涉最高法院解釋、司法院解釋及大法官解釋的由一元到多元化解釋制度發展進程相關紀錄。

（二）如何重寫臺灣司法史：民國大陸司法制度究係如何轉入臺灣地區。至今為止，海峽兩岸因為政治與學術的原因，沒有任何學者足以客觀地為中國人寫作一份民國司法制度在 1949 年之後是如何轉入臺灣地區並發生制度與社會轉型的力量。因為謝冠生日記的存在，學術界對於 20 世紀 50、60 年代大陸司法制度以及人物轉入臺灣地區的歷史進程，因之會得到最有力的解讀依據，從而相應也會為更整體的臺灣法律史寫作提供更多可靠而且權威的素材。需要注意，民國 30、40 年代以居正為

19 我的“The Untold Leader of Judicial Review: China’s Constitutional Court (1948-1971) and the Innovative Constitutionalism,” *International Journal of Constitutional Law* (forthcoming). 就是基於這批日記，所寫作的大法官會議由大陸向臺灣地區發展的一段歷史（1948-1971）。

20 數量化危機，係指民國司法改革在整個進程中因缺乏足夠數量的法官與法庭而產生的制度發展困境。可以參見拙著《中國法律“看不見中國”》第 2 章第 1 節相關論述。

中心的政治家司法時代（辛亥派司法）的文化建設思路，延續至 70 年代的臺灣地區，以謝冠生為代表，一直以中華法系的討論為契機，論證司法制度發展的中國模式。總之，這一段歷史的寫作，意義自然匪淺。

六、小結

按照筆者對於民國司法史既有研究以及目前司法理論研究的大致掌握，本文希望能夠把民國司法制度的發展進程放入更大的對話語境。按照完整的 20 世紀中國法律史的寫作思路，筆者希望對於蔣介石日記、謝冠生日記及其他個人史料的整理與利用，能夠更加有助於解讀民國法律史，同時能夠為當下與未來中國司法的改革、設計與定位提供可靠的歷史資源。從總體上來說，政治人物（如蔣介石）與司法人物（如謝冠生）日記在 20 世紀中期關於司法維繫、改革策略以及人事安排的討論與實施等諸多內容的紀錄，可以為治民國法制史者提供極為重要的史料。這種以人物為中心的法律史，意義可能在於：（一）以人物為基本視角，從整體上建構民國司法的制度發展歷程與歷史意義；（二）寫作完整的 20 世紀法律史，為中國當下法律改革（尤其是司法改革）提供足夠有益與有深度的歷史鏡鑒。儘管目前作出結論為時尚早，但至少基於這些資料的寫作，會有助於重新審視 20 世紀清末、民國司法的人物、進程與意義。

總之，本文提出關於「以人物為中心的法律史」、「七十年變法」、「20 世紀中期法律史」的一些基本看法，並提出「頂層人物」日記作為一種重要法律史史料的可能性與可靠性問題。筆者期待讀者的批評，並能夠啟發學術上的討論，思考清末修律以來經由民國進入臺灣地區這段 70 年法律發展進程及其重要意義究竟為何。畢竟，這一個 70 年，是 20 世紀中國法律史發展進程不可或缺的一部分。

徵引文獻

一、文獻史料

《蔣介石日記（手稿本）》，美國史丹佛大學胡佛研究所圖書檔案館藏（Palo Alto, Cali.: Hoover Archives, Stanford University）。

上海圖書館編，《上海圖書館藏居正先生文獻集錄》9冊，桂林，廣西師範大學出版社，2007。

國立政治大學人文中心主編，《民國二十六年至三十四年之蔣介石先生》13冊，臺北，編者自印，2016。

楊一凡、徐立志主編，《歷代判例判牘》12冊，北京，中國社會科學出版社，2005。

楊一凡主編，《清代判牘案例彙編》甲、乙編各50冊，北京，社會科學文獻出版社，2019。

楊一凡編，《古代判牘判例新編》20冊，北京，社會科學文獻出版社，2012。

謝幼田整理，《居正日記書信未刊稿》8冊，桂林，廣西師範大學出版社，2004。

謝冠生，《篋笥堂文稿》，臺北，臺灣商務印書館，1973。

二、近人研究

（一）中文

江照信，《中國法律“看不見中國”——居正司法時期（1932-1948）研究》，北京，清華大學出版社，2010。

江照信，〈民國沒有反沈派——立憲派司法與辛亥派司法〉，《法制史研究》24，臺北，2013，頁241-261。

江照信，〈民國沒有反沈派：立憲派司法與辛亥派司法〉，收於李在全主編，《近代中國的法律與政治》，北京，社會科學文獻出版社，2016，頁151-169。

- 江照信，〈法律民族化運動：以民族主義解讀民國司法史〉，收於孫笑俠主編，《復旦大學法律評論（第三輯）》，北京，法律出版社，2016，頁283-312。
- 江照信，〈司法民族主義（1922-1931）：司法的政治參與、進程與意義〉，《清華法學》2017：1，北京，頁134-150。
- 江照信，〈法律民族化運動：關於民國司法改革的一個整體觀點〉，《師大法學》2019：1／總第5輯，上海，頁283-308。
- 李貴連，《沈家本傳》，南寧，廣西師範大學出版社，2017。
- 武樹臣主編，《判例制度研究》2冊，北京，人民法院出版社，2004。
- 侯欣一，《百年法治進程中的人和事》，北京，商務印書館，2020。
- 陳新宇，《尋找法律史上的失蹤者》，桂林，廣西師範大學出版社，2015；北京，商務印書館，2019增訂版。
- 陳新宇，《陳說新語》，北京，九州出版社，2020。
- 黃源盛，《民初法律變遷與裁判：1912-1928》，臺北，國立政治大學，2000。

（二）英文

- Delaney, Erin F., and Rosalind Dixon, eds. *Comparative Judicial Review*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2018.
- Jiang, Zhaoxin. "China's Constitutional Court (1948-1971): A Contextual Analysis Based on Diaries" [中國憲法法院（1948-1971）：基於日記的情境分析]. JSD diss., University of Wisconsin-Madison, 2021.
- _____. "The Untold Leader of Judicial Review: China's Constitutional Court (1948-1971) and the Innovative Constitutionalism." *International Journal of Constitutional Law* (forthcoming).
- Kapizewski, Diana, Gordon Silverstein, and Robert A. Kagan, eds. *Consequential Courts: Judicial Roles in Global Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- Landfried, Christine, ed. *Judicial Power: How Constitutional Courts Affect Political Transformations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.
- Xu, Xiaqun. *Trial of Modernity: Judicial Reform in Eearly Twentieth-Century, 1901-1937*. Stanford, Calif.: Stanford University Press, 2008.

Seventy Years after the New Policies Reform: Rethinking the History of Justice from Shen Jiaben to Xie Guansheng (1901-1971)

JIANG Zhaoxin*

This article's main purpose is to invite discussion on a person-centered approach to assess the Chinese legal history of the 20th century. To be more specific, building upon the recent studies of legal changes during the late Qing and the Republic of China that have focused on the figure of Shen Jiaben 沈家本, this article interprets the diary entries of political leaders (such as Chiang Kai-shek 蔣介石) and of the highest judicial leadership (such as Ju Zheng 居正, the longest-serving President of the Judicial Yuan 司法院; and Xie Guansheng 謝冠生, who was both the longest-serving Minister of Judicial Administration in mainland China, and then the longest-serving President of the Judicial Yuan in Taiwan). The voluminous and long-running nature of these diaries opens a new vantage point for legal historians to understand and analyze the dynamics underlying the wide array of major decisions and policy formation that determined the course of judicial reform in the mid-20th century. Therewith, this article invites more scholarly attention to the seven decades of China-centered legal history (1901-1971) and to the handwritten diary entries which have not been available to researchers until very recently.

Keywords: Seven Decades (1901-1971) of Legal Reform, Chiang Kai-shek Diaries, Ju Zheng Diaries, Xie Guansheng Diaries, the Chinese legal history of the 20th century

* Associate Professor, Law School, Shandong University; Honorary Fellow of the China Legal Studies Program, Hong Kong Institute of Asia-Pacific Studies, The Chinese University of Hong Kong.