



JOURNAL OF JUSTICE

第七辑 (2012)

徐昕 主编



# 近代司法专号

Modern History of Judicial System

罗金寿 执行主编



厦门大学出版社  
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社  
全国百佳图书出版单位



JOURNAL OF JUSTICE

《司法》第七辑



# 近代司法 专号

Modern History of Judicial System

徐昕 主 编

主 办 北京理工大学司法研究所  
江西师范大学政法学院

本辑执行主编 罗金寿

## 编辑委员会

常 怡 陈瑞华 范 愉 傅华伶 贺卫方 季卫东

梁治平 龙宗智 王亚新 徐 昕 於兴中 张卫平



厦门大学出版社 国家一级出版社  
XIAMEN UNIVERSITY PRESS 全国百佳图书出版单位

**图书在版编目(CIP)数据**

司法. 第7辑, 近代司法/徐昕主编. —厦门: 厦门大学出版社, 2012. 12  
ISBN 978-7-5615-4483-9

I. ①司… II. ①徐… III. ①法制-中国-文集②司法制度-中国-近代-文集  
IV. ①D920. 0-53②D929. 5-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 281206 号

厦门大学出版社出版发行

(地址: 厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编: 361008)

<http://www.xmupress.com>

[xmup@xmupress.com](mailto:xmup@xmupress.com)

沙县方圆印刷有限公司印刷

2012 年 12 月第 1 版 2012 年 12 月第 1 次印刷

开本: 787×960 1/16 印张: 30 插页: 2

字数: 518 千字 印数: 1~1 000 册

定价: 55.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



# 编者按

清末及民国是中国司法由传统向现代转型的时期。清末通过颁布《各级审判厅试办章程》和《法院编制法》等法律,在司法机构、审判方式等方面推行改革,引入西方国家盛行的审判原则和制度,坚持司法独立。尽管这些司法改革并未完全落实,但司法与行政已开始分离,现代司法制度的基本框架形成。至南京国民政府时期,随着《中华民国国民政府组织法》、《中华民国训政时期约法》的公布实施,南京国民政府开始按照五院政府模式建立和完善新的司法体系。以司法院为最高司法机关,统一行使司法权,建立了一整套现代化的司法机构,全面确立了民事、刑事和行政三大审判制度。

清末及北洋政府时期的司法,法学界一直有所关注。近年来部分学者又将目光投向南京国民政府时期的司法。但总体而言,近代司法及其转型的研究远远不够。《司法》第七辑推出“近代司法”专号,一方面,旨在还原历史真相,另一方面,还希望近代司法转型为当下中国的司法改革提供直接的参考。全书共发表主题研讨论文1篇,评论8篇,并附录学位论文评阅意见,论文4篇,评论3篇,民国经典文献10篇。

## ●主题研讨:苏报案

《1903年:上海苏报案与清末司法转型》是蔡斐的博士论文。此文聚焦于1903年震惊中外的上海苏报案,以“小叙事、大视野”的研究路径,通过完整叙述和详细分析案件,讨论了苏报案涉及的种种问题,揭示了苏报案与清末司法转型的关系,并透过此案论及中国百年司法改革。

作为资料,本书收录了王亚新、汤维建、范愉、潘剑锋、齐树洁教授对蔡斐的博士论文的“盲评”意见。总体上,五位学者对该文评价较高,也指出了论文的一些不足。本文发表前,作者进行了修改,部分吸收了论文评阅意见。



喻中肯定此文为上乘之作的同时,在义理、考据、辞章三方面对该文进行了批评。在“义理”方面,喻中不赞成“传统司法与先进司法”的区分法。在他看来“个案推动说”与“冲击—反应”模式、“中国中心观”几乎没有可比性。虽然该文考据翔实,但政治、经济、社会、文化诸方面的材料还显不足。此外,论文辞章华丽,有些语言却欠审慎精准。

湛洪果认为,蔡文在翔实的资料基础上出色地还原了苏报案的前因后果,利用各种理论解读苏报案与司法转型的关系,但论文存在以下不足:(1)从论文中并不能发现某种融贯一致的理论方法和阐释进路,其结果是论文提出许多一般性的结论和命题;(2)由于理论框架与分析对象之间的脱离,导致作者始终无法清楚地告诉我们,苏报案与清末司法转型的内在勾连到底何在。他认为,作者试图从苏报案中建构某种决定司法转型必然性的脉络,这基本上是一个不可能完成的任务。因为无论如何,苏报案都不过是司法转型一个例证而已,它无法成为司法转型的某种成因或变量。而按照司法服务的主要目标不同,将司法划分为三种类型:事实性司法、法律性司法和政治性司法,这三种类型的区分能更清楚地展示一个国家司法转型的动力、方向与未来。

曾令健认为,蔡文是关于苏报案研究的一部难得的代表性作品,其观点、论述及方法均值得深入理解与审慎评价。蔡文笔触细腻,文风飘逸,将一些有解释力与学术意义的情节及片段挑选、拼结、整合起来,最终形成围绕苏报案而构筑出的事件群。这些事件群又被用以呈现该时期的法律、政治与社会。蔡文是运用布莱克的案件社会结构理论考察苏报案的有益尝试,具有某种开拓意义。蔡文经由追问、假设与比较,希望通过叙事将苏报案引向更开放、广袤的层面。为了从叙事研究走向更具张力的理论探讨,该文引入了一些既有的学术概念与理论,同时也尝试了对苏报案的司法—政治学分析予以突破。倘若蔡文在个案研究与理论提升之间再加磨砺,或许更能体现出苏报案这一关键性个案研究的学术价值。

王斐弘认为,蔡文还原了“立体的”庭审场景,以“两造:原告与被告之间”,“律师:人员及法庭内外的对抗”以及“第三方:法官及其背后的权力角逐”作为分析的架构,揭示苏报案与清末司法转型的关联。在他看来,“文化分析”是苏报案研究的另一条重要进路。

虽然认为蔡文是一篇较好的博士论文,何永军还是“鸡蛋里挑骨头”,在标题、摘要、研究对象、问题、结构、学科与研究方法、“司法是一种变量之和”、“个案推动说”六方面,指陈此文的诸多不足。

冯磊认为,蔡文在选题、叙述、方法上是一篇“非典型”法学博士论文。阅



读上极富有快感，“个案推动说”也极富学术见地和勇气。然而，再完美的论文也有瑕疵，该文在理论上有过度阐释之嫌。苏报案作为建构司法转型方向的典型个案，有先天缺陷。

邓长春就蔡文的“小叙事”进行评论，认为但凡文章，用途有三：说理、论事、叙事。而以叙事的功用最为基础，史文也不例外。蔡文在这点上极力倡导“小叙事”，可谓眼力独到。蔡文以徐昕之语“小叙事、大视野”概括之，此与费孝通的“小城镇，大问题”、埃里克森的“小地方，大问题”、步德茂的“小事件，大结论”以及黄仁宇的“大历史观”等研究方法又是一脉相承。善叙事者，还应抱有开放思维，绝不拘泥既有事实，而多做发散思考。蔡文多处设问，句句皆中正鹄。

庄和灏认为，蔡文的关键在于，“苏报案”历史能否在司法层面得以重新并且合理地构建，抑或说是某种程度的还原。而这事关蔡斐最终研究的成败。该文在结构、清末司法转型动因的相关提法、史料扩充及其具体运用等方面有进一步完善的空间。

## ● 论文

龚汝富、吴永丽考察近代以来江西地区“包揽词讼”案，敏锐地发现，古之“讼棍”已还魂成今之“讼托”。由于制度构建的残缺和传统人际勾串的痼疾，近百年来，被传统制度摒弃在外的讼师、讼棍包揽词讼的现象，正以司法黄牛和土讼、讼托等新角色融入新的司法体制，腐蚀现代司法制度的内在构造。民国年间，法官、律师、讼棍、劣绅相互勾结，以讼渔利，民众笼罩在各种包揽词讼的黑幕中，严重损害司法的公信力。

江照信以数字解读民国司法志，提供了一种解读民国司法史的视角。通过此文，作者希望为读者提供解读历史的方便，使读者形成自己的判断。

罗金寿考察了抗战时期重庆的房屋租赁纠纷的解决。抗战时期，重庆市人口激增，房源紧张，房租高涨，房租纠纷频发。国民政府制定了一系列法令，规定租金标准，限制房东退租，强制空房出租，界定房屋被炸时出租人与承租人的权利和义务。重庆市政府专门成立房租评定委员会，以解决房租纠纷，但效果并不好。后房租纠纷移归法院处理。房租纠纷适用简易程序，调解前置。

中国近代侵权纠纷的解决，无论从实体法适用还是程序法运行，都在一定程度上体现了特定时代和特定群体之特色。成文法和传统习惯在司法实务中并行适用。但成文法和民事习惯本质上属于两种法律体系，并行适用必定会





产生一定的矛盾和混乱。徐振华对此进行分析,并论及近代侵权司法的历史对当代法制建设的启示。

近代比较法研究,充斥着“古今中西”话语的交相资用,常陷入“格义附会”的误区,扭曲中西方法律文化的本质与精义。一方面,语言的隔阂及文化的保守,使得翻译术语失真的客观事实与引介诠释转义的主观愿景都不可避免,固守传统法律思想话语的本能铸就了“格义附会”的保守面相;另一方面,富强的功利主义心态、法律现代化的现实需求,导致学者难以克制“中国问题意识”,消弭中西法律文化差异的普世取向奠定了“格义附会”的激进格调。这矛盾的两方面,共融于国人面对西方法治文明而产生的自尊自卑交织的民族情感之中。黄涛涛、马腾对“格义附会”现象的剖析,有助于深入理解并客观评价近代的比较法研究,并对“法律现代化”的误区与困境有更深入的认识与警醒。

中国近代基层政治由传统的乡族自治向现代民主宪政意义上的地方自治转型,肇始于清末,历民国而不辍。南京国民政府基层政治转型是中国近代基层政治转型历时最长、成效相对最彰的时期,对中国基层政治转型进行了摸索性实践。曾绍东对南京国民政府基层政治转型的研究进行综述,以期深化对南京国民政府乃至中国近代基层政治转型的认识,为现代基层民主政治建设提供历史参照和学术智慧。

1948年上海舞潮案,是一起女性集体暴力抗议事件。王丹评述了马军的《1948年:上海舞潮案》一书,认为该书以文献和口述史的方式,“多棱镜”地折射了民国的宪政状况、行政运作、司法程序以及经济、民生和媒体的诸多镜像,而这一历史的瞬间不经意间产生了某种叠印和富含关切的联想。

民国时期,社会急剧转型,学人思想独立,《现代司法》《中华法学杂志》《法令周刊》等众多法学刊物创办,出现了许多至今仍有相当参考价值的文献。鉴于这些文献不容易看到,本书精选10篇文章:黄佑昌的《中国司法改革之理论基础》;阮毅成的《现阶段的中国司法问题》;吴祥麟的《中国检察制度的改革》;张知本的《五权宪法中的司法建设问题》;梅仲协的《改革吾国司法现状的几点意见》;王宠惠的《今后司法改良之方针》;谢冠生的《战时司法问题》;赵琛的《对于少年犯罪之刑事司法政策》;张达善、王全杜的《科学行刑的理论和实际》;王锡三的《裁判无效史观》。因个别论文的著作权人无法联系,请看到后与《司法》编辑部联系。

本书是我作为江西师范大学兼职教授献给母校的一份礼物,也是北京理工大学司法研究所(IAJS)与江西师范大学政法学院合作的首期成果。北京理工大学司法研究所“立足司法,推动法治,影响社会”为目标,将努力成为



中国司法研究的中心和中国司法改革的思想库。江西师范大学政法学院积极推动法学学科建设,加强对外合作,并筹建司法研究所。今后,北京理工大学司法研究所将与江西师范大学政法学院在课题研究、人才培养、法学讲坛、学术会议等诸多方面密切合作,共同为中国司法制度的研究和建设贡献一份微薄的力量。

徐 昕

2012年8月12日





## Contents

## 目 录

## 编者按

## 主题研讨：苏报案

- 1 1903年：上海苏报案与清末司法转型/蔡斐
- 189 《1903年：上海苏报案与清末司法转型》评阅  
意见书/王亚新、汤维建、范愉、潘剑锋、齐树洁
- 193 读《1903年：上海苏报案与清末司法转型》/喻 中
- 198 转型阵痛中的被动司法  
——评蔡斐博士论文《1903年：上海苏报案与清末  
司法转型》/谌洪果
- 204 帝国司法的黄昏  
——《1903年：上海苏报案与清末司法转型》  
中的叙事、审判与政治/曾令健
- 216 还原与解构：百年沉淀的清澈  
——评蔡斐《1903年：上海苏报案与清末  
司法转型》/王斐弘
- 227 蔡斐博士论文商兑/何永军
- 234 司法转型的建构与推动  
——读蔡斐博士《1903年：上海苏报案与清末  
司法转型》/冯 磊



- 240 小议叙事之妙义  
——读《1903年：上海苏报案与清末司法转型》/邓长春
- 245 记忆的历史轨迹  
——评蔡斐博士《1903年：上海苏报案与清末  
司法转型》/庄和灏

### 论文

- 249 魂兮归来：从讼棍到“讼托”  
——基于近代以来江西地区“包揽词讼”  
案考察/龚汝富、吴永丽
- 260 民国司法志：解读先由数字始/江照信
- 275 陪都时期重庆的房屋租赁纠纷解决/罗金寿
- 287 护持与变通  
——论中国近代侵权纠纷之解决/徐振华

### 评论

- 302 近代比较法研究的“格义附会”现象分析/黄涛涛、马腾
- 316 南京国民政府基层政治转型研究综述/曾绍东

### 书评

- 340 宪政方权輿 舞潮现其形  
——评马军先生的《1948年：上海舞潮案》/王丹

### 民国文存

- 352 中国司法改革之理论的基础/黄佑昌
- 361 现阶段的中国司法问题/阮毅成
- 375 中国检察制度的改革/吴祥麟
- 388 五权宪法中的司法建设问题/张知本



- 401 | 改进吾国司法现状的几点意见/梅仲协  
407 | 今后司法改良之方针/王宠惠  
412 | 战时司法问题/谢冠生  
415 | 对于少年犯罪之刑事司法政策/赵琛  
427 | 科学行刑的理论和实际/张达善、王全杜  
445 | 裁判无效的史观/王锡三  
461 | 《司法》杂志稿约

# CONTENTS

## Editor's Note

## Topic Discussion: Su—pao Case

- 1903; Shanghai Su—pao Case and Judicial Transformation in Late Qing Dynasty ..... Cai Fei(1)
- Review on“1903; Shanghai Su—pao Case and Judicial Transformation in Late Qing Dynasty” ..... Wang Yaxin  
Tang Weijian  
Fan Yu  
Pan Jianfeng  
Qi Shujie (189)
- Review on“1903; Shanghai Su—pao Case and Judicial Transformation in Late Qing Dynasty” ..... Yu Zhong(193)
- The Judicial Passivity in the Painful Transformation of Justice ..... Zhan Hongguo(198)
- The Depression of the Empire's Justice  
——The Narrative, Trial and Politics in “1903; Shanghai Su—pao Case and Judicial Transformation in Late Qing Dynasty” ..... Zeng Lingjian(204)
- Reconstruction and Deconstruction; the Clarification of the Centuries Precipitation ..... Wang Feihong(216)
- Review on “1903; Shanghai Su—pao Case and Judicial Transformation in Late Qing Dynasty” ..... He Yongjun(227)
- Construction and Impetus of Judicial Transformation ..... Feng Lei(234)
- The Beauty of Narrative ..... Deng Changchun(240)
- The Historical Trajectory of the Memory ..... Zhuang Hehao(245)

## Articles

- The Returned Soul: from Legal Pettifogger to “Litigation support”  
——Based on the Study of Jiangxi’s “Monopolize Lawsuits” Cases in the Modern Times ..... Gong Rufu  
Wu Yongli (249)
- Republican Judicial History: To Begin with Facts of Numbers ..... Jiang Zhaoxin(260)
- House Rent Disputes in Chongqing during Provisional Capital Period ..... Luo Jinshou(275)
- Conservation and Flexibility: Resolution of Infringement Disputes in China’s Modern Times ..... Xu Zhenhua(287)

## Commentary

- An Analysis of Forced Analogies and Far-fetched Comparisons in the Research on Comparative Law Theories in the Republic of China ..... Huang Taotao, Ma Teng(302)
- Review on the Grassroots Political Transition of Nanjing National Government ..... Zeng Shaodong(316)

## Book Review

- Constitutionalism Sprang up as the Taxi Dancers Riot Taken Place  
——Review on the Shanghai Taxi Dancers Riots Case in 1948 by Ma Jun ..... Wang Dan(340)

## **Judicial Literatures in the Republic of China**

### The Foundations of Chinese Judicial Reform

Theory ..... Huang Youchang(352)

### Some Judicial Problems in Contemporary

China ..... Ruan Yicheng(361)

The Reform of Chinese Procuratorate System ..... Wu Xianglin(375)

Judicial Construction in Five Rights Constitution ..... Zhang Zhiben(388)

### Some Suggestions on the Judicial Improvement of

China ..... Mei Zhongxie(401)

Guidelines of Judicial Reform onwards ..... Wang Chonghui(407)

The Problems of Justice during the War ..... Xie Guansheng(412)

Judicial Policies in Treating Juvenile Offenders ..... Zhao Chen(415)

### The Theory and Practice of Scientific

Execution ..... Zhang Dashan, Wang Quandu(427)

Historic Review of Sententia Nulla ..... Wang Xishan(445)

**Instruction for Soliciting Contributions** ..... (461)



# 1903年：上海苏报案与清末司法转型

蔡 斐\*

## 苏报案重要人名一览表

陈 范	《苏报》馆馆主，《苏报》主办人
章士钊	《苏报》主笔
蔡元培	《苏报》撰稿人，爱国学社总理
吴稚晖	《苏报》撰稿人，爱国学社学监
章炳麟	《苏报》撰稿人，《驳康有为论革命书》作者
邹 容	《苏报》撰稿人，《革命军》作者
沈 荃	“勤王运动”的领导之一，后遭清政府处决
奕 劻	清政府庆亲王
张之洞	清政府内阁大学士
端 方	清政府湖广总督
魏光燾	清政府两江总督
恩 寿	清政府江苏抚台
袁树勋	清政府上海道台
俞明震	清政府候补道台
金 鼎	清政府武昌知府
汪懋琨	清政府上海知县
梁 诚	清政府驻美公使
张德彝	清政府驻英公使

\* 西南政法大学新闻传播学院讲师，法学博士。本文为蔡斐的博士学位论文。



- 胡惟德 清政府驻俄公使
- 古 纳 美国驻沪总领事  
康 格 美国驻华公使  
满思礼 英国代理驻沪总理事  
霍必澜 英国驻沪总理事  
萨道义 英国驻华公使(接任焘讷里)  
焘讷里 英国代理驻华公使  
蓝斯唐 英国外交大臣  
吕 班 法国驻华公使  
德尔卡塞 法国外交部长  
拉塔尔 法国驻上海总领事  
福开森 美国商人,苏报案清方斡旋人  
濮兰德 上海公共租界工部局秘书  
莫理循 英国《泰晤士报》驻华记者
- 翟理斯 苏报案主审法官、英国驻沪副领事(有文译为“迪比南”)  
德为门 苏报案主审法官、英国驻沪副领事(接任翟理斯)  
孙建臣 苏报案清方谏员  
邓文培 苏报案清方谏员(接任孙建臣)  
黄煊英 苏报案清方谏员(接任邓文培)  
古 柏 苏报案原告律师  
哈华托 苏报案原告律师  
博 易 苏报案被告律师(被告被捕时)  
雷 满 苏报案被告律师(初审时)  
琼 斯 苏报案被告律师(正式审判时)  
爱立斯 苏报案被告律师(正式审判时)  
李德立 苏报案证人  
西 蒙 苏报案证人





## 内容摘要

本文从1903年上海苏报案这一关键性个案出发，以“小叙事、大视野”的研究路径，通过完整叙述和详细分析个案，借助相关研究理论和分析框架，开阔视野，层层剥笋，厘清和展示当时传统司法与先进司法之间种种矛盾，进而论证清末司法转型的必然性，并延伸出其他相关学理讨论。

全文总共分成三大部分：第一部分为绪论，主要介绍选题理由、研究现状、史料类型及研究方法。第二部分是主体部分，共四章。第一章介绍苏报案的过程；第二章分析苏报案的社会结构；第三章讨论苏报案中的若干问题；第四章阐述苏报案与清末司法转型之间的关系。第三部分为结语，主要论证苏报案及清末司法转型发生的必然性，并通过苏报案来谈百年司法改革。

绪论部分主要介绍选题理由、研究现状、史料说明及研究方法。本文试图从1903年上海苏报案来讨论清末司法转型的必然性，因此首先确定了选题理由，即将苏报案作为关键性个案，强调从个案出发。方法上，以“小叙事、大视野”为研究路径，具体就是通过“深描”与“复调”的叙事策略，并汲取社会科学研究中新法律史、假设—演绎法、事件路径等方法来深化对个案的理论拓展。同时对苏报案的研究现状及本文应用的史料进行了总结。

第一章还原了苏报案的过程。1903年初，上海《苏报》因倡言革命，推介《革命军》、《驳康有为论革命书》，引起清政府的关注。后来，以苏报案必须在公共租界审理为前提，上海公共租界工部局查封了《苏报》馆，抓捕章炳麟、邹容等人。事件发生后，立即引起中外媒体的广泛关注。清朝政府为了达到严惩章、邹等人的目的，一直寻求通过外交途径将苏报案的被关押者“引渡”，以摆脱租界会审公廨的审理。尽管不少外国驻华公使、驻沪领事也同意清政府的要求，但由于租界工部局的坚持和沈荃案的影响，案件最终在会审公廨审理。苏报案前后开庭数次，时间跨度长达半年。庭审之后，由于外方不同意清朝政府拟定的判决，中外双方又展开了长达半年的反复交涉，致使该案直至1904年5月21日，才最终结案。

第二章分析了苏报案的社会结构。依据布莱克的案件社会结构理论，文