

■ 中国法律史学文丛 ■

中国近代民事司法变革研究

——以奉天省为例

张 勤 著



创于1897

商务印书馆
The Commercial Press

中国法律史学文丛

中国近代民事司法变革研究

——以奉天省为例

张 勤 著



創刊1897

商務印書館

The Commercial Press

2012 年 · 北京

图书在版编目(CIP)数据

·中国近代民事司法变革研究:以奉天省为例/张勤著.

—北京:商务印书馆,2012

(中国法律史学文丛)

ISBN 978-7-100-09335-4

I. ①中… II. ①张… III. ①民事诉讼—司法制度—
体制改革—研究—辽宁省—近代 IV. ①D927.310.511.02

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 167171 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

本书得到广东省哲学社会科学

“十一五”规划 2010 年度项目

李嘉诚基金会、汕头大学出版基金资助

中国法律史学文丛

中国近代民事司法变革研究

——以奉天省为例

张 勤 著

商 务 印 书 馆 出 版

(北京王府井大街36号 邮政编码 100710)

商 务 印 书 馆 发 行

北京瑞古冠中印刷厂印刷

ISBN 978-7-100-09335-4

2012年8月第1版

开本 880×1230 1/32

2012年8月北京第1次印刷

印张 14 1/4

定价: 39.00 元

总 序

随着中国的崛起,中华民族的伟大复兴也正由梦想变为现实。然而,源远流者流长,根深者叶茂。奠定和确立民族复兴的牢固学术根基,乃当代中国学人之责无旁贷。中国法律史学,追根溯源于数千年华夏法制文明,凝聚百余年来中外学人的智慧结晶,寻觅法治中国固有之经验,发掘传统中华法系之精髓,以弘扬近代中国优秀的法治文化,亦是当代中国探寻政治文明的必由之路。中国法律史学的深入拓展可为国家长治久安提供镜鉴,并为部门法学研究在方法论上拾遗补缺。

自改革开放以来,中国法律史学在老一辈法学家的引领下,在诸多中青年学者的不懈努力下,这片荒芜的土地上拓荒、垦殖,已历30年,不论在学科建设还是在新史料的挖掘整理上,通史、专题史等诸多方面均取得了引人注目的成果。但是,目前中国法律史研究距社会转型大潮应承载的学术使命并不相契,甚至落后于政治社会实践的发展,有待法律界共同努力开创中国法律研究的新天地。

创立已逾百年的商务印书馆,以传承中西优秀文化为己任,影响达致几代中国知识分子及普通百姓。社会虽几度变迁,世事人非,然而,百年磨砺、大浪淘沙,前辈擎立的商务旗帜,遵循独立的出版品格,不媚俗、不盲从,严谨于文化的传承与普及,保持与学界顶尖团队的真诚合作始终是他们追求的目标。遥想当年,清末民国有张元济(1867—1959)、王云五(1888—1979)等大师,他们周围云集一批仁人志士与知识分子,通过精诚合作,务实创新,把商务做成享誉世界的中国品牌。

抗战风烟使之几遭灭顶,商务人上下斡旋,辗转跋涉到重庆、沪上,艰难困苦中还不断推出各个学科的著述,中国近代出版的一面旗帜就此屹立不败。

近年来,商务印书馆在法律类图书的出版上,致力于《法学文库》丛书和法律文献史料的校勘整理。《法学文库》已纳入出版优秀原创著作10部,含盖法史、法理、民法、宪法等部门法学。2008年推出了十一卷本《新译日本法规大全》点校本,重现百年前近代中国在移植外国法方面的宏大气势与务实作为。2010年陆续推出《大清新法令》(1901—1911)点校本,全面梳理清末法律改革的立法成果,为当代中国法制发展断裂的学术脉络接续前弦,为现代中国的法制文明溯源探路,为21世纪中国法治国家理想追寻近代蓝本,并试图发扬光大。

现在呈现于读者面前的《中国法律史学文丛》,拟收入法律通史、各部门法专史、断代法史方面的精品图书,通过结集成套出版,推崇用历史、社会的方法研究中国法律,以期拓展法学规范研究的多元路径,提升中国法律学术的整体理论水准。在法学方法上致力于实证研究,避免宏大叙事与纯粹演绎的范式,以及简单拿来主义而不顾中国固有文化的媚外作品,使中国法律学术回归本土法的精神。

何 勤 华

2010年6月22日于上海

目 录

导论 研究趋势、方法和材料	1
第一节 学术史回顾	2
一 “新政”和司法改革	2
二 民国初期的司法	5
第二节 研究方法	10
一 意识形态—制定法研究法	10
二 案例研究法	12
三 比较研究法	15
第三节 研究材料	16
一 辽宁行政和司法档案	17
二 其他原始文献	23
第四节 主要观点概述	27
一 法院系统和调解机制的官僚化	28
二 民事诉讼的形式化	29
三 习惯的现代化	30
四 两性不平等差距的缩小	34
 第一章 州县衙门及其司法职责	 35
第一节 旗民司法管辖权的变迁	35
一 从“旗民分治”到“旗民合治”	35

2 中国近代民事司法变革研究

二 实施状况	38
第二节 州县衙门司法人员剖析	44
一 知县	46
二 幕友	51
三 代书	53
四 书吏和衙役	58
第三节 结语：国家、官僚政治和清代司法	67
第二章 变革前的民事诉讼制度	70
第一节 样本概述	72
一 案件类型	72
二 审理知县	74
第二节 起诉	77
一 抱告	77
二 呈控、喊控、禀控	81
三 受理日期的限制	83
第三节 审理	84
一 不准	84
二 差传和关传	90
三 堂讯	94
第四节 和息	99
一 概述	99
二 三种类型	100
第五节 判决	107
一 判决格式	107
二 判决依据	113

三 具结.....	123
四 执行.....	125
第六节 结语.....	126
 第三章 新式法院的建立.....	129
第一节 清末“新政”期间的新式法院建设.....	131
一 提法司和新式法院的创设.....	131
二 司法官专业化程度.....	134
第二节 民国初期新式法院和司法公署建设.....	137
一 新式法院改组和审检所的短暂设立.....	137
二 张作霖时期的司法机构和变迁.....	139
三 司法官专业化程度.....	146
第三节 推动司法变革的影响因素.....	148
一 奉系军阀统治下的地方政权建设和司法变革.....	148
二 收回治外法权和司法变革.....	152
第四节 司法官惩戒制度的形成.....	155
一 惩戒组织.....	156
二 惩戒事由和惩戒处分方式.....	157
三 惩戒程序和惩戒原则.....	159
第五节 新式法院辅助人员的专业化.....	162
一 书记官.....	162
二 承发吏.....	166
第六节 结语.....	170
 第四章 民事诉讼程序.....	172
第一节 民事诉讼法的知识史考察.....	173

4 中国近代民事司法变革研究

一 近代西方民事诉讼法的输入·····	173
二 《大清刑事民事诉讼法草案》·····	176
三 《大清民事诉讼律草案》·····	178
四 《民事诉讼条例》·····	185
第二节 法院体系和管辖·····	188
一 初级审判厅和简易庭·····	188
二 地方审判厅、县知事兼理司法法庭、司法公署·····	190
三 高等审判厅·····	194
四 大理院·····	198
第三节 诉讼程序·····	200
一 普通诉讼程序·····	201
二 上诉程序·····	211
三 再审程序·····	217
四 特别程序·····	219
第四节 民事诉讼程序基本原则·····	223
一 概述·····	223
二 基本原则·····	224
第五节 结语·····	226
第五章 法律职业·····	228
第一节 资格和义务·····	232
一 律师资格·····	232
二 律师义务·····	234
第二节 律师公会·····	237
一 概况·····	237
二 基本职能·····	242

第三节 职业操守和惩戒·····	245
一 律师受惩戒行为的构成·····	246
二 裁判机构和程序·····	249
三 惩戒处分的种类和实践·····	251
四 比较法视野下的惩戒制度·····	253
第四节 结语·····	260
 第六章 习惯和地方司法裁判·····	 262
第一节 典权制度的基本特征和国家法律调整·····	265
一 典权制度的基本特征·····	265
二 国家制定法调整·····	269
第二节 清末时期的典习惯与司法裁判·····	272
一 典主先买权·····	273
二 宗族成员先买权·····	275
第三节 民国初期的典习惯与司法裁判·····	277
一 典主先买权·····	278
二 七、八月通信,大小雪交价·····	279
三 伐树留根·····	281
第四节 习惯的适用机制·····	283
一 习惯与契约·····	283
二 习惯与制定法·····	286
三 习惯确立的证明机制·····	287
第五节 结语:成因和意义·····	290
 第七章 离婚诉讼和司法裁判·····	 295
第一节 婚姻的成立·····	296

一 婚姻成立之礼俗·····	296
二 订婚的法律意义·····	304
第二节 清代离婚法的基本特征·····	307
一 “七出”和“三不去”·····	307
二 “义绝”制度·····	309
第三节 《大清民律草案》和大理院判例解释例中的离婚法·····	312
一 《大清民律草案》中的离婚规定·····	312
二 大理院判例解释例中的离婚法·····	315
第四节 离婚诉讼和地方司法裁判·····	321
一 协议离婚·····	324
二 判决离婚·····	326
第五节 结语：评价·····	335
第八章 乡村组织与基层调解·····	338
第一节 清代基层调解的基本形态·····	340
一 乡约调解·····	340
二 其他调解人·····	343
第二节 近代乡级政权的早期变迁：自治活动中的乡镇和 区制的出现·····	345
一 清末民初的乡镇自治·····	345
二 区制的出现·····	350
第三节 区村制和区长评议制度·····	353
一 区村制大概和性质·····	353
二 区村制和调解的制度化、官僚化·····	358
三 调解方法和特征·····	361
第四节 结语·····	369

余论 变革的动力和遗产·····	371
第一节 地方政治和法律现代性的探寻·····	373
一 地方政治和地方精英·····	373
二 法律现代性的探寻·····	375
第二节 民初司法变革的遗产·····	380
一 新式法院·····	381
二 民事诉讼法·····	382
三 典习惯和法典化·····	383
四 离婚法·····	384
五 基层调解·····	386
参考文献·····	388
案例索引·····	403
附录:知县、司法官、书记官履历·····	408
后记·····	438

图 表 目 录

表 1.1:海城县知县出身统计一览表	48
表 1.2:宽甸县衙各房书吏数目统计一览表	63
表 2.1:宽甸县民事案件年度和月份分布一览表	73
表 2.2:民事案件分类一览表	75
表 2.3:案件处理方式分类表	86
表 2.4:和息方式细分表	100
表 2.5:民间调处调解人分类一览表	100
表 3.1:清末奉天省各级审判厅名称和创设时间一览表	133
图 3.1:1916 年和 1926 年全国各省新式法院比较	145
表 3.2:惩戒事由和惩戒处分方式对应关系表	158
表 4.1:《法国律例》和《法国六法》民事诉讼法部分译文对照表 ..	174
表 4.2:德日民诉法和《大清民事诉讼律草案》《民事诉讼条例》 结构比较表	179
表 4.3:营口地方审判厅简易庭民事案件分类表	190
表 4.4:营口地方审判厅简易庭民事案件处理分类表	190
表 4.5:营口地方审判厅一审民事案件分类表	192
表 4.6:营口地方审判厅一审民事案件处理分类表	193
表 4.7:营口地方审判厅上诉审民事案件分类表	193
表 4.8:营口地方审判厅上诉审民事案件处理分类表	194
表 4.9:奉天高等审判厅上诉审民事案件处理分类表	195

表 4.10:奉天高等审判厅民事案件上诉类型分类表	196
表 4.11:奉天省知县兼理司法各县初级管辖案件上诉区域划分表	197
图 4.1:奉天省法院结构示意图	200
表 5.1:奉天律师公会会员情况一览表	241
表 7.1:《大清民律草案》第 1362 条和《日本民法典》第 813 条比较	313
表 7.2:大理院依据《大清现行刑律》所作与离婚有关判决例	316
表 7.3:宽甸县民初离婚诉讼处理分类表	323
表 7.4:原告主张离婚理由和法庭裁判理由分类表	327
表 8.1:复县各区区长履历(截至民国十四年 6 月)	355
表 8.2:海城县各区区长履历(截至民国十二年 12 月)	356
表 8.3:第四区区长评议民事案件分类统计表	362

导论 研究趋势、方法和材料

“万事开端最紧要”(the most important part of anything is its beginning),罗马古典时期的法学家盖尤斯(Gaius)以此评论来强调他的有关罗马法起源的研究工作的重要性。^① 其实,以同样的评论来强调中国近代法研究的意义一点也不为过。如果把光绪二十八年(1902年)4月清廷下诏沈家本、伍廷芳主持修律,作为中国近代法的源头的話,近代法也已经历了一百余年的历程。^② 回顾总结已走过的历程,尤其是最初的起步阶段,是十分必要的。在本书的导论部分,首先通过学术史的回顾,阐述本领域中的重要研究问题,强调研究中国近代法及其实践的重要意义。无论是从更好地了解二十世纪前期中国的国家和社会,还是从了解中国法发展脉络和未来展望来讲,对这一阶段法制状况的关注都具有特别意义。导论的第二部分主要考察法律史研究的基本方法。将依次介绍和讨论意识形态—制定法研究法、案例研究法、比较法研究法三种主要方法的优劣,并联系本书的研究实际,探讨完善研究方法的可取之道。第三部分将讨论本书所依据的主要原始资料,对这些材料的来源、特性、长处和短处逐次剖析和评价,其中重点探讨司法档案在法律史研究中的作用和所蕴含的巨大研究潜力。在最后部

① Donald R. Kelley, "Ancient Verse on New Ideas: Legal Tradition and the French Historical School," *History and Theory* 26, no. 3 (1987): 326.

② 本书所指的近代法,约对应于英文的 modern law,在中国的语境下,跟现代法所指向的内容基本一致,因此两词不作严格意义上的区分。

分,将围绕二十世纪初期奉天省(今辽宁省)在民事司法领域的制度和实践,归纳总结其主要特征。这些主要特征可归纳为四点:法院和民间调解的官僚化趋势,民事诉讼程序的形式化,习惯在司法实践中的现代化,在离婚诉讼领域,男女两性的日趋平等化。

第一节 学术史回顾

“义和团”拳变和八国联军的入侵(1898年10月—1900年12月)使清廷痛定思痛,走上了以制度变革为主要内容的改革之路,这种改革的最终目标是试图建立一个宪政政府。通过对“新政”时期司法改革研究现状的回顾,我们发现以往的研究侧重于对当时新修订的一系列法律内容及这些新法律引起争论的研究,而未充分关注到这些法律是否被实施以及如果被实施,它们的实施效果如何等问题。而考察民国时期的司法研究现状,笔者发现学者们较多地关注到了最高法院大理院在实现从帝国法向近代法转变过程中所扮演的重要角色,以及对二十世纪三四十年代国民党民法典和地方司法实践关系的研究,但对民国初期的地方司法活动却缺乏应有的关注。针对目前的研究现状,笔者相信,从一个省的区域角度出发,本书的研究将展示出法律表达和法律实践之间细致而又复杂的关系,本书的研究还将阐述在清末和民国初期这一历史的转型时期,法律和司法的现代性是如何被当时的地方政府和精英们所理解和实践的。

一、“新政”和司法改革

在经历了“义和团”拳变的困扰以及八国联军入侵后所签订《辛丑条约》的羞辱之后,光绪二十六年12月10日(1901年1月29日),光绪皇帝在慈禧太后的安排下发布谕令,表示要更法令、破痼习、求振作、

议更张,宣布实行变法,上谕道:“世有万古不易之常经,无一成不变之治法。”“盖不易者三纲五常,昭然如明月之照世;而可变者令甲令乙,不妨如琴瑟之改弦。”“各就现在情形,参酌中西政要,举凡朝章国故,吏治民生,学校科举,军政财政,当因当革,当省当并,或取诸人,或求诸己。”^①要求大小臣工就改革各抒己见,以推行变革。变法诏的下达标志着后来所称的“新政”的开始。这样在满清统治的最后十年里,一系列的变革措施被推行开来,这些变革措施涉及政治、军事、财政、教育、交通、法律等各个方面。就清末“新政”的研究现状而言,在英语世界自卡梅伦(Meribeth Cameron)在二十世纪三十年代初发表她的研究成果后,已有大量的研究作品问世,其中不乏优秀之作。^②

“新政”的一个重要内容是法律改革,主要包括修订新律和司法改革两方面。相关的较早的研究当推梅杰(Marinus Meijer)于1950年出版的《近代中国刑法导论》一书。^③正如该书的书名所表示的那样,梅杰的研究侧重于刑事法律方面。在书中他详细考察了修订法律馆的

① 《清实录》第五十八册,卷四百七十六《光绪二十六年十二月上》,中华书局1987年版,第273—274页。

② Meribeth Cameron, *The Reform Movement in China, 1898 - 1911* (Stanford: Stanford University Press, 1931). 其他的总体性的研究包括了 Mary Wright's *Introduction in China in Revolution: The First Phase, 1900 - 1913* (New Haven: Yale University Press, 1968), 和 Chuzo Ichiko, "Political and Institutional Reform, 1901 - 1911," in *Cambridge History of China*, vol. 11, part 2, ed. John K. Fairbank and K. C. Liu (Cambridge: Cambridge University Press, 1980), pp. 375 - 415. 其他一些研究则侧重“新政”的某一方面,如 Roger Thompson 的对省谘议局的研究,见 *China's Local Councils in the Age of Constitutional Reform, 1898 - 1911* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995); Douglas R. Reynolds 的日本模式对“新政”影响的研究,见 *China, 1898 - 1912: The Xinzheng Revolution and Japan* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1993); 和 Kristin Stapleton 对都市改革的研究, *Civilizing Chengdu: Chinese Urban Reform, 1895 - 1937* (Cambridge, Mass.: Harvard University, 2000), chapters 2 - 5, pp. 46 - 180.

③ Marinus Meijer, *The Introduction of Modern Criminal Law in China* (Batavia: De Unie, 1950).