



晚清华洋商事纠纷研究

On Sino-foreign Commercial Disputes
of the Late Qing Dynasty

蔡晓荣 著

中華書局

014037099

D922.295

14

后期资助项目

晚清华洋商事纠纷研究

On Sino-foreign Commercial Disputes of the
Late Qing Dynasty

蔡晓荣 著



D922.295
14



中华书局

ZHONGHUA BOOK COMPANY



北航

C1725186

图书在版编目(CIP)数据

晚清华洋商事纠纷研究 / 蔡晓荣著. —北京: 中华书局, 2013.12

ISBN 978 - 7 - 101 - 09874 - 7

I. 晚… II. 蔡… III. 对外贸易—经济纠纷—法制史—研究—中国—清后期 IV. D929.52

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 291604 号

书 名 晚清华洋商事纠纷研究

著 者 蔡晓荣

责任编辑 张荣国

出版发行 中华书局

(北京市丰台区太平桥西里 38 号 100073)

<http://www.zhbc.com.cn>

E-mail: zhbc@zhbc.com.cn

印 刷 北京天来印务有限公司

版 次 2013 年 12 月北京第 1 版

2013 年 12 月北京第 1 次印刷

规 格 开本 /700 × 1000 毫米 1/16

印张 20 插页 2 字数 300 千字

印 数 1-2000 册

国际书号 ISBN 978 - 7 - 101 - 09874 - 7

定 价 60.00 元

目 录

导 论	1
一 问题的提出	1
二 学术史与资料综述	4
(一) 相关学术史回顾与检讨	4
(二) 资料综述	13
三 概念界说与写作原则	14
(一) 概念界说	14
(二) 写作原则	16
四 研究方法、写作思路及本书框架	17
(一) 研究方法与写作思路	17
(二) 本书框架	17
第一章 公行制度时期的“行欠”纠纷及五口通商后华洋商事纠纷之 日益彰显	20
第一节 公行制度时期的“行欠”纠纷与中英交涉	20
一、“行欠”问题缘起	21
二、清政府预防和解决“行欠”纠纷的主要措施	24
三、涉外民商纠纷“外交化”在近代初曙的实践误区	26
第二节 五口通商后华洋商事纠纷之日益彰显	28
一、五口通商之后华洋商事纠纷迭起之缘由	29
二、洋商肇讼行为之种种	40
三、华商的“洋化”趋向及华洋商事纠纷的异化	44
四、“畏讼”与“健讼”:商事纠纷中华洋商人诉求策略的 对位分析	54
小 结	59
第二章 晚清华洋商事纠纷主要样态考察	61
第一节 商事交易类纠纷	61

一、定货纠纷	61
二、商欠纠纷	65
三、围绕着货物质量所产生的纠纷	67
四、委托购售纠纷	68
第二节 土地房产类纠纷	70
一、土地买卖与转租纠纷	72
二、房产买卖与出租纠纷	75
第三节 票据类纠纷	76
一、票银兑付纠纷	79
二、票据遗失纠纷	82
三、伪票纠纷	82
第四节 海商类纠纷	83
一、租船纠纷	86
二、船只装运纠纷	88
第五节 其他几类重要华洋商事纠纷	91
一、保险纠纷	91
二、破产纠纷	94
三、合股纠纷	97
四、抵押贷款纠纷	99
五、洋行与买办之间的纠纷	102
小 结	106
第三章 国家权力架构内的华洋商事纠纷解决范式	107
第一节 外交途径的“交涉型”理案模式	109
一、普通华洋商民之商事纠纷直接通过交涉理处	110
二、晚清政府为一方当事人的华洋商事纠葛通过交涉解决	113
第二节 上海租界会审公廨华洋商事讼案理案模式	115
一、上海租界会审公廨的设立及其对华洋商事案件的理处	116
二、上海租界会审公廨理案机制的惰性及审判障碍	124
三、对上海租界会审公廨华洋商事讼案审判实践的 几点解析	129
第三节 “司牙孜”制度与中俄边贸纠纷的会审	134

一、“司牙孜”制度筹设之缘起	134
二、“司牙孜”制度裁决中俄边贸纠纷之大略	136
三、“司牙孜”制度的效果及其历史意义	139
第四节 清末各级审判厅的华洋商事纠纷审理模式	139
一、晚清司法改良与各级审判厅的设立	140
二、审判厅理案与华洋商事诉讼的新变化	141
第五节 西方在华司法机构对华洋商事讼案的审理	146
一、西方在华司法机构设立之概况	146
二、西方在华司法机构对华洋商事讼案的受理与审判	148
三、西方司法机构理案模式对华洋商事诉讼的双重效应	154
第六节 晚清华洋商事纠纷和诉讼的“泛外交化”	157
小 结	160
第四章 华洋商事纠纷之解决在民间系统的运作——以华商组织和 外籍律师的参预角色为中心	162
第一节 晚清华商组织和洋商组织之概况	162
一、晚清华商组织之流变	162
二、晚清在华洋商组织之一般概况	165
第二节 从排纷止争到“停交”抵制:传统商业行会对 华洋商事纠纷之介入	168
一、排纷止争:传统商业行会应对华洋商事纠纷的一般策略	168
二、“停交”抵制:导因及运作机制	170
三、“停交”抵制的经济透视:西商东渐背景下的市场 仇恨和民间壁垒	175
四、“停交”抵制的法律解读:本土商事习惯法的袭承与延伸	177
第三节 晚清商会对华洋商事纠纷的司法参预	181
一、商会理处华洋商事纠纷之柔性司法职能	182
二、华洋商事诉讼中商会与官方系统的互动	186
三、商会参预华洋商事纠纷的历史意义及其限度	189
第四节 外籍律师参与华洋商事纠纷的职业活动及角色定位	191
一、外籍律师在中国执业之概况	192
二、外籍律师在华洋商事纠纷与诉讼中的多维角色	194

三、华洋商事诉讼中外籍律师行为模式再考察:一个职业本位的视角	198
小 结	203
第五章 华洋商事纠纷与晚清法律变迁	205
第一节 华洋商事纠纷与晚清的民商立法活动	205
一、华洋船碰纠纷与防碰章程的制定	206
二、华洋商标侵权纠纷与商标法规的制定	217
三、华洋版权纠纷与版权法的制定	224
四、华洋商事纠纷与其他民商法律法规的制定	231
第二节 华洋商事纠纷和诉讼与晚清司法诉讼制度的转型	243
一、新的诉讼法律的制定和完善	244
二、律师制度和陪审制度的引进	247
三、审案方式的变革	251
第三节 华洋商事纠纷与晚清商事习惯法嬗变	255
一、习惯法与商事习惯法	255
二、华洋商事纠纷对中国固有商事习惯法的冲击	258
三、西商东侵下的晚清商事习惯法嬗递	260
第四节 华洋商事纠纷与晚清商人法观念更新	266
一、民商立法观念的萌动	267
二、私法理念的培塑	270
三、权利观念和诉讼观念的激扬	274
小 结	276
余论:涉外商事纠纷与晚清法律移植再反思	278
一 华洋商事纠纷在民间的运作实践:民商事法律移植的现实取向	282
二 民间商人组织:商事法律移植过程中不可或缺的助力	284
三 商事习惯法:法律移植背景下的取舍和“扬弃”	285
参考文献	290
附 录	310
后 记	312

导 论

一 问题的提出

1840年鸦片战争以降,中国数败于西方的船坚炮利。随着西方学者所谓的“条约制度”(treaty system)的逐步形成,西人蜂拥自西而徂东,或传教通商、或淘金冒险,其动机各异,华洋纠纷亦因之迭起。与西商东渐相伴而生的华洋商事纠纷,当为华洋纠纷中的重要一种。在诸多有关中国近代经济史、外交史、社会史的通论性著作中,对其也或多或少有所触及,惟论者受其研究旨趣和研究视野所限,多将其征引为列强对中国进行经济掠夺和法权破坏的佐证。就法史学界而言,近年来有关晚清法制变革与法律移植、中国法制现代化、中西法文化冲突和比较的研究可谓硕果累累,但鲜有学者把研究视野投向晚清华洋商事纠纷这一领域,并就此来详细探讨其与近代中国法律变迁之间的互动关系,以及它所体现出的中西法律文化冲突的丰富内涵。推究其故,学界对此领域的疏略可能由以下几个原因造成:1. 华洋商事纠纷和诉讼多发生在普通华商和洋商之间,所能肇成的对外交涉难以与教案相埒,也远逊于其时发生在华洋间的刑事凶杀案件,故多为治史者所忽视。2. 对相关法律问题缺乏应有的知识准备制约了治史者对该领域的深入探研。3. 法史学界的同仁因各自学术取径和学术理路的歧异,加之相关史料挖掘不深,也未能对该研究领域给予应有的重视。因此,历史学界和法史学界在研究上的上述偏差及若干薄弱点,也就为本文的进一步思考提供了广阔的学术空间。

笔者之所以将研究时段定于晚清这一“时域”,主要考虑到该时段作为中国历史上一个变动至为剧烈的时期,社会发展在法律层面出现了一些前所未有的特质。首先,在欧风美雨的侵袭之下,拥有几千年历史的中华法统随着社会的流转变迁而步入近代化的艰难嬗递期;其次,该时期华洋之间在商事领域的纠纷,开始凸现许多新的因子,如商标侵权、版权涉讼、保险纠葛、船碰索赔,以及在票据、房地产等诸多领域,均出现了许多新奇特点。其解决模

式也呈现出多样化的趋势。这些商事纠纷及其解决模式,无论是对之后中国的涉外商事纠纷,还是对国内民间商事纠纷的产生和解决,都起着一种示范和先导作用。

在千头万绪的华洋纠葛中,笔者又把研究对象锁定在“商事”上,主要考虑到以下几个因素:1. 在晚清的华洋纠纷与交涉中,“教案”的地位固属举足轻重,但以往学人在该方面已经做了详尽备至的研究。^① 2. 华洋间的凶杀、抢劫及其他重要刑事案件,在法律层面虽也对晚清的法律制度造成了不小的冲击,然详究之却不难发现,沿海各埠及内地,恶性刑事案件不时发生,或酿教案、或滋交涉,虽关乎法权,其影响所及,却多以政治和外交为主。3. 通商各埠及租界各地,华洋间就婚姻、家庭、继承等关乎身份问题的民事纠纷偶或有之,但终归微乎其微。而似为“钱债细故”的华洋商事纠纷,其频发数量之多、散布面积之广,以及在法律层面对近代中国所带来的冲击,则并不逊于前者。

缘于以上认识,笔者首先提出以下问题:在晚清中外经济交流扩大化的历史背景之下,华洋商民在商事活动中基于何种行为模式产生了哪些纠纷?其类型在当时特定的历史境遇和纵向历史脉络中呈具了哪些变化?华洋商民之间既然有纠纷,那就自然有防止和解决纠纷的场所、机构、程序以及有关的规则,那么这些纠纷在国家司法权架构内存在哪些解决范式?在不同理案模式下,华洋商事诉讼的实体和程序规则有何异同?在商人组织和外籍律师的参预下,纠纷的解决在民间系统又是如何运作的?民间系统的运作路径与国家司法权架构内的涉外民事司法又是如何形成互动的?它们除了反映出外交失败背景下西方列强对弱势中国的欺凌压迫外,还可以在法律层面反映出中西对极状态中的哪些历史内涵?

其次,在中国法制演化史上所形成的自创一格的“中华法系”,曾在历史

^① 可参见王文杰:《中国近世史上的教案》,福建协和大学1947年版;顾长声:《传教士与近代中国》,上海人民出版社1981年版;四川省哲学社会科学联合会等编:《近代中国教案研究》,四川省社会科学院出版社1987年版;张力、刘鉴堂:《中国教案史》,四川省社会科学院出版社1987年版;林文慧:《清季福建教案研究》,(台北)台湾商务印书馆1989年版;戚其章、王如绘编:《晚清教案纪事》,东方出版社1990年版;唐瑞裕:《清季天津教案研究》,(台北)文史哲出版社1993年版;蔡蔚群:《教案:清季台湾的传教与外交》,(台北)博扬事业文化有限公司2000年版;赵树贵:《江西教案史》,江西人民出版社2005年版;邓常春:《晚清四川教务教案视野中的官绅民教及其互动(1860—1911)》,四川大学2005年博士学位论文;郭亚全:《晚清天津教案考察和研究》,南开大学2008年博士学位论文,等等。

上大放异彩,并成为世界公认的五大法系之一。^① 在历史的推移和王朝的更迭中,中华法统虽代有损益,但“诸法合体”、“政刑不分”的旧法律结构形式却始终未变。历史的步伐蹒跚地迈入近代以后,中国因积弱不振,列强蹈虚而入,“数十年间,西法如潮涌入,吾华夏几千年法统,竟成一曲挽歌”。^② 从1904年开始,晚清政府启动了大规模的修律活动,从而开始了中国传统法制的近代转型。关于晚清修律活动的研究,以往学者留下了许多重要成果。对晚清修律的历史动因,中外学者也进行过深入的探讨。如美国学者麦柯丽(Melissa Macauley)指出:“基于欧美原则之上的法律改革将是废除不平等条约中部分条款最迅捷的路径,在这种坚定信念的推动下,并且在一个理想化的理念,即:建立一个受到认可的法律职业是构筑一个‘现代’官僚政治国家最可靠的途径的激发下,中国的官员们在20世纪初期开始了大规模的法律改革。”^③ 简括而言,学界把晚清法律变革的主要动因归纳为以下几点:其一,收回领事裁判权的良好初衷;其二,由于中国固有经济基础和社会结构的变化,旧法体系已难以调整已经发生变化的各种社会关系;其三,欧日近代法典编纂运动的冲击;其四,西方法学理论和学说在中国的引进和传播,等等。^④

当然,也有学者在撤废领事裁判权这一宏观思维框架内,注意到其时广泛存在的涉外诉讼这层外在因素,但视点仍是落在一些重大涉外刑事案件上。以上观点,自不乏真知灼见,在法史学界似乎也已渐成共识。然浅见以为,于晚清法律变革而言,其导因虽不一而足,但当时的涉外纠纷,尤其是广泛存在的华洋商事纠纷,也是一个极为重要的但往往被人们忽略的促发因素。

基于此,笔者再次思考以下问题:华洋商事纠纷的产生和解决模式与晚清法律变迁有着哪些历史勾连? 即从法律制度层面看,其对清末的民商立法和司法诉讼制度的转型产生了哪些推进作用? 从法观念层面言,其又如何促进了中国传统法观念,尤其是商人法观念的更新? 此外,倘若借用法社会学

① 即中国法系、印度法系、回回法系、罗马法系、英吉利法系,而以中国法系为最古。参见林咏荣:《中国法制史》,(台北)大中国图书公司1976年第6版,第5页。

② 高鸿钧、贺卫方:《比较法学丛书·总序》,见[美]H. W. 埃尔曼:《比较法律文化》,贺卫方等译,清华大学出版社2002年版。

③ Melissa Macauley, *Social Power and Legal Culture: Litigation Masters in Late Imperial China*, Stanford University Press, 1998, p. 326.

④ 参见李贵连:《沈家本传》,法律出版社2000年版;黄源盛:《法律继受与近代中国法》,(台北)元照出版有限公司2007年版等。

“法律多元”的分析进路,我们又可再次追问,其对晚清商事习惯法之嬗变,又产生了哪些张力?这些为以往学者鲜有涉猎的问题,均是历史学界和法史学界中富有挑战性且极为诱人的课题,对该问题进行深入的研究,无疑也是一件颇有学术意义的基础性工作。

历史的发展是立体而全面的,揭示晚清时期华洋商事纠纷和诉讼之间复杂的社会内容,及其对近代中国方方面面的影响,无疑有助于我们更为清楚地体认近代中外经济交流过程中涉外商务活动的历史内涵,并对中国法制近代化的历程增添一些新的认识。

二 学术史与资料综述

(一) 相关学术史回顾与检讨

1. 1949 年以前的研究

晚清时期,华洋交涉愈滋愈繁,一旦措置不当,即成外交纠葛。为了在与西方驻华官员交涉时有所凭借,清廷曾多次收集交涉成案,汇编成册,以供各所官员在处理华洋交涉时有所资鉴。^① 1913 年,李金杜辑有《司法交涉案》一书,该书收有光绪三十四年(1908 年)至民国元年间,作者亲自办理之部分涉外司法案件的相关公文、公函,及外事判词等。^② 1915 年,姚之鹤在以往例案汇编的基础上,广采其他华洋诉讼案例,辑成《华洋诉讼例案汇编》一书,选录的案例上迄道光二十二年(1842 年),下至民国初年。该书除辑有大量关于华洋诉讼的中外约章和典型例案外,还在前序一节对华洋诉讼做了较多学理上的诠释。另外该书对所引各案也多加以按语。^③ 但总体而言,这些案例汇编尚非严格意义上的学术论著。

稍后,随着中国政府和民间撤废领事裁判权的呼声越来越高,在 20 世纪二三十年代出版的一系列关于领事裁判权的论著中,对华洋诉讼问题又有了

① 这类汇编有清同治年间刊印的《华洋涉讼录》,1872 年由津海关总署主持编印的《办理华洋各案》,1886 年又汇成《通商章程成案汇编》。1901 年北洋洋务局在前书的基础上加以损益,再次编撰成《约章成案汇览》。前述各书所辑案例虽也有华洋钱债纠纷,但大多涉及的是违反中外条约规定的内地游历、走私军火和其他违禁物、偷逃海关稽税,以及凶杀抢劫等重大刑案。

② 参见李金杜辑:《司法交涉案》,关东印书馆 1913 年版。

③ 参见姚之鹤编:《华洋诉讼例案汇编》,上海商务印书馆 1915 年版。

不同程度的探讨。其间具有代表性的论著主要有周鲠生的《领事裁判权》(上海商务印书馆 1923 年版)、郝立與的《领事裁判权问题》(上海商务印书馆 1925 年版)、顾维钧的《外人在华之地位》(民国外交部图书处 1925 年版)、黄秩庸的《领事裁判权讨论大纲》(上海青年协会书局 1926 年刊行)、吴颂皋的《治外法权》(上海商务印书馆 1929 年版)、梁敬鎔的《在华领事裁判权论》(上海商务印书馆 1930 年版)、左舜生的《领事裁判权与中国》(中华书局 1931 年版)、王德昭的《各国在华领事裁判权制度》(重庆独立出版社 1933 年版),以及孙晓楼、赵颐年编著的《领事裁判权问题》(上海商务印书馆 1936 年版)等书。所惜以上论著多为因应领事裁判权之废而著,故所引例案及探论重心主要为华洋刑杀要案,对于中外商民在商事交易和商业经营中所产生的纠纷与诉讼,则着墨不多。

2. 建国后历史学界的相关研究

长久以来,历史学界和法律史学界的学者秉承本学科的学术理念和研究传统,在各自的学术空间里进行作业。对于历史上与法律问题联系相对密切的一些课题,主流史学界或许认为这属于法史学界的领域,故而鲜有治史者问津。上世纪 90 年代以来,随着社会史研究的逐渐兴起,尤其是部分具有历史学背景的学者对法律社会史研究路径的倡导,^①清代刑部档案与各地保留相对完整的民间纠纷与诉讼文书,和存续至今的若干判牍菁华,引起了部分历史学者的极大研究兴趣,一批相关研究成果开始问世。综其要者有:赵晓华从社会史的角度考察了晚清的讼狱制度;王跃生以刑科档案为资料,从婚姻冲突的角度对清代社会底层的婚姻状况进行了考察;张小也以国家与基层社会在法的领域的互动为视角,考察了清代的民事诉讼及民事法秩序,并进而论及了明清时期官、民与法之间的关系;卞利对明代徽州的民事纠纷与民事诉讼进行了细致的研究;付海晏以民国北平铁山寺案为中心,探讨了该时期革命、法律与庙产之关系。此外,付海晏还通过对鄂东地区数百件司法档

^① 如张小也在对中国法律史的学术史进行梳理检讨的基础上,强调社会史视角对拓展法律史研究学术空间具有重要的学术意义。她主张对“法”进行社会史的研究,从国家制度、民间秩序以及二者在实践中的结合三个层次来进行思考。参见张小也:《官、民与法:明清国家与基层社会》,中华书局 2007 年版,第 28 页。付海晏认为,法律史不仅仅是研究具体法律制度、体系、学说的学科,还与国家或社会本身的历史互相交叉、互相影响。从这样的理解出发,法律社会史的概念从内容上包括文本、制度与实践三个层次,从研究方法而言,应当是注重法律史与社会史的有机结合,最终实现整体史的研究。参见付海晏:《中国近代法律社会史研究》,华中师范大学出版社 2010 年版,第 3 页。

案的考察,展现1929—1949年间该地区法律秩序的变化,探讨司法与社会之间的互动关系,等等。^①

在社会经济史领域,随着商业行会史、商会史以及商人商业史研究的进一步拓展,商人组织的柔性司法职能与明清商事纠纷问题,也得到了学界更多的关注。如彭南生就商业行会对同行间或本行与他行间的纠纷调解和理处有过一定的论及;徐鼎新、钱小明对上海总商会自成立到1929年间的各种政治和经济活动进行过详细考察;马敏、朱英等对清末商会对民间商事纠纷的调解、处理等“理案”行为有过深入研究;虞和平、郑成林、付海晏等对清末民初商事裁判与裁判组织流变亦进行过细致的研究;以及陈亚平从法律视野对清代商人社会地位的考察,范金民等对明清商事纠纷与商业诉讼的研究等,均是其代表性成果。^②

在上述研究成果中,除彭南生、徐鼎新、钱小明、马敏、朱英、范金民等人的论著对商人组织参预解决涉外商事纠纷的实践活动有过篇幅不多的旁及外,其他论著基本未涉及本课题之主旨;但从某种程度上说,以上大多数论著在研究方法上已打破学科之间的隔绝状态,实现了法律史、经济史和社会史等多种学科资源的综合利用,是以往传统史学研究中的一种新尝试和突破。

当然,该时期史学界关于领事裁判权制度和会审公廨的研究也出现了一

① 参见赵晓华:《晚清讼狱制度的社会考察》,中国人民大学出版社2001年版;王跃生:《清代中期婚姻冲突透析》,社会科学文献出版社2003年版;张小也:《从分家继产之讼看清代的法律与社会——道光、光绪年间陕西相关案例分析》,《清史研究》2003年第2期;张小也:《明清时期区域社会中的民事法秩序——以湖北汉川汴汉黄氏的〈湖案〉为中心》,《中国社会科学》2005年第6期;张小也:《从“自理”到“宪律”:对清代“民法”与“民事诉讼”的考察——以〈刑案汇览〉中的坟山争讼为中心》,《学术月刊》2006年第8期;张小也:《官、民与法:明清国家与基层社会》,中华书局2007年版;卞利:《明代徽州的民事纠纷与民事诉讼》,《历史研究》2000年第1期;付海晏:《革命、法律与庙产——民国北平铁山寺案研究》,《历史研究》2009年第3期;付海晏:《中国近代法律社会史研究》,华中师范大学出版社2010年版;付海晏:《变动社会中的法律秩序——1929—1949年鄂东民事诉讼案例研究》,华中师范大学出版社2010年版等。

② 参见彭南生:《行会制度的近代命运》,人民出版社2003年版;徐鼎新、钱小明:《上海总商会史(1902—1929)》,上海社会科学院出版社1991年版;马敏、朱英:《传统与近代的二重变奏——晚清苏州商会个案研究》,巴蜀书社1993年版;朱英:《清末苏州商会调解商事纠纷述论》,《华中师范大学学报(人文社会科学版)》1993年第1期;马敏:《商事裁判与商会——论晚清苏州商事纠纷的调处》,《历史研究》1996年第1期;马敏:《商人精神的嬗变——近代中国商人观念研究》,华中师范大学出版社2001年版;郑成林:《清末民初商事仲裁制度的演进及其社会功能》,《天津社会科学》2003年第2期;虞和平:《清末民初商会的商事仲裁制度建设》,《学术月刊》2004年第4期;付海晏:《清末民初商事裁判组织的演变》,《华中师范大学学报(人文社会科学版)》2002年第2期;陈亚平:《清代法律视野中的商人社会角色》,中国社会科学出版社2004年版;范金民等:《明清商事纠纷与商业诉讼》,南京大学出版社2007年版等。

批成果,主要有吴孟雪的《美国在华领事裁判权百年史》(社会科学文献出版社1992年版)、康大寿、潘加德的《近代外人在华治外法权研究》(四川人民出版社2002年版)、李育民的《近代中国的条约制度》(湖南师范大学出版社1995年初版,湖南人民出版社2010年修订版)等;论文有马长林的《晚清涉外法权的一个怪物——上海公共租界会审公廨剖析》(《档案与历史》1988年第4期)、张铨的《上海公共租界会审公廨论要》、《上海公共租界会审公廨论要(续)》、《上海法租界会审公廨》(分见《史林》1989年第4期、1990年第1期、1994年第2期)、李育民的《近代中国的领事裁判权制度》(《湖南师范大学社会科学学报》1995年第4期)、郭卫东的《近代中国利权丧失的另一种因由——领事裁判权在华确立过程研究》(《近代史研究》1997年第2期)、陈策的《上海公共租界法权变迁问题研究——基于会审公廨、临时法院和特区法院的考察》(复旦大学历史系博士学位论文,2009年)等。以上论著,在论述近代中国领事裁判权制度或中西会审制度时,对华洋诉讼,尤其是华洋间的刑事讼案,也有一定涉及。

3. 建国后法史学界的相关研究

建国后有关中国近代法制史的研究多集中于对清末的修律活动及近代法制改革等问题探讨上。^①自20世纪80年代中国大陆学术界掀起文化研究“热潮”以来,从文化角度来解读中国传统法律,并据此进一步进行中西法律

^① 比较重要的论著有:李贵连:《沈家本与中国法律近代化》,光明日报出版社1989年版;李贵连:《近代中国法制与法学》,北京大学出版社2002年版;张德美:《探索与抉择——晚清法律移植研究》,清华大学出版社2003年版;何勤华、李秀清:《外国法与中国法:20世纪中国移植外国法反思》,中国政法大学出版社2003年版;黄源盛:《法律继受与近代中国法》,(台北)元照出版有限公司2007年版等。论文主要有公丕祥:《清末法制改革与中国法制现代化》,《江苏社会科学》1994年第6期;王敏:《论清末修律的方法与意义》,《南京师范大学学报》1997年第3期;艾永明:《清末修律的“中外通行”原则》,《法学研究》1999年第6期。另外张晋藩主编的《中国法律的传统与现代化》(中国民主法制出版社1998年版)、《20世纪中国法治回眸》(法律出版社1998年版),何勤华主编的《法的移植与法的本土化》(法律出版社2001年版)等书所辑各文中,亦有论者对晚清的法律改革活动,进行了见仁见智的探讨。

文化的比较研究,成为法史学界的研究“热点”之一。^①再者,对清代民法和习惯法的研究近年来在法史学界也保持着一种持续升温的态势,极具代表性的著作有张晋藩的《清代民法综论》(中国政法大学出版社1998年版),以及梁治平的《清代习惯法:社会与国家》(中国政法大学出版社1996年版)。其中,张晋藩的研究偏重于从国家制定法的角度来考察清代的“民法”问题,而梁治平则从法律社会学立场出发,探讨了清代习惯法的渊源、背景、流变,习惯法的性质、形态、功用,以及习惯法与国家法的关系和习惯法研究在社会理论上的意义。梁治平的研究有着重要的方法论的意义,甚至在某种程度上“显示了中国法律史研究‘范式’的转移和变革”。^②

此外,本文想着重介绍一下何勤华的一项研究成果。何勤华依据直隶高等审判厅所编的华洋诉讼民事判决书、民事决定书、刑事判决书材料,点校出版了《华洋诉讼判决录》(中国政法大学出版社1997年版)一书。^③在该书前言部分,何氏依据所辑判决材料,仔细考究以下几个问题:1. 清末民初司法制度的实际运作;2. 清末民初司法审判适用的主要法律渊源;3. 纠正了此前学界流行的部分片面观念,认为当时中国人与外国人发生刑民纠纷时,法院并非一律偏袒洋人,大多数案件的审理比较公允、合理。再如,领事裁判权的运作在清末民初已经发生了较大变化,凡民刑案件中洋人控告华人者,或部分华人告洋人及洋人互控案件,领事一般不直接参与审理;4. 就判决材料透视了清末民初在民事和刑事诉讼中的其他一些具体问题。笔者以为,何氏之研究极富开拓性,除具有较高的史料价值,在方法论上亦颇具启发意义。它是迄今为止笔者所看到的,建国后对华洋诉讼问题进行系统探讨的最为重要的研究成果之一。

另,与本课题相关的研究成果还有强磊的《论清代涉外案件的司法管

① 至上世纪90年代,已有一批有影响的论著问世,颇具代表者如梁治平所著《寻求自然秩序中的和谐——中国传统法律文化研究》(上海人民出版社1991年版,中国政法大学出版社1997年修订版)。梁治平主编的另一书《法律的文化解释》(三联书店1998年第2版),则充分调动了社会学、人类学、解释学、心理学、语言学、历史学等学科的知识和方法,将其整合成一个分析概念——“文化解释”。另有武树臣等著的《中国传统法律文化》(北京大学出版社1994年版)、公丕祥的《法律文化的冲突与融合》(中国广播电视出版社1993年版)、何勤华等人的《中西法律文化通论》(复旦大学出版社1994年版)、张中秋的《中西法律文化比较研究》(南京大学出版社1999年第2版)、崔永东的《中西法律文化比较》(北京大学出版社2004年版)等。

② 徐忠明:《思考与批评:解读中国法律文化》,法律出版社2000年版,第146页。

③ 该书收录的华洋诉讼案件,起自民国三年(1914年),终至民国八年(1919年)。

辖》(辽宁大学出版社 1991 年版)、李贵连的《近代中国法制与法学》(北京大学出版社 2002 年版)、李启成的《晚清各级审判厅研究》(北京大学出版社 2004 年版)等,以上著作对中国近代涉外司法之症结,即领事裁判权及其与晚清法律变革之关系均有一定的探论。复次,洪佳期所撰《上海公共租界会审公廨研究》(华东政法大学博士学位论文,2005 年)详尽考察并剖析了晚清至民初上海租界会审公廨之设立、机构组织、审判实践及其法权变迁。吕铁贞所著《晚清涉外经济法律制度研究》(知识产权出版社 2008 年版)和《近代中国外商投资法律制度研究》(法律出版社 2009 年版)二书,创设并界定了晚清乃至近代涉外经济法制的一切主要方面,在该两书末章,作者还从制度层面对该时期涉外经济司法有过一定的述论。而唐伟华与黄玉合著之《清代广州涉外司法问题研究》(中国社会科学出版社 2009 年版),则通过还原清前期涉外司法活动的历史场景,从动态的、微观的角度考察清代涉外司法的体制及其内在精神。

4. 台湾学者的相关研究

经笔者初步检索,1949 年以来,台湾学者关于领事裁判权及其撤废的研究著作主要有:钱泰的《中国不平等条约之缘起及其废除之经过》(台北国防研究院 1961 年版)、王世杰、胡庆育的《中国不平等条约之废除》(台北中央文物供应社 1967 年版)、陈国璜的《领事裁判权在中国之形成与废除》(台北嘉新水泥公司文化基金会 1971 年版)等。以上著作就中国近代不平等条约及其紧密攸关的领事裁判权问题,均有一定的深入剖析。

此外,台湾上海租界问题方面的资深学者吴圳义所著《清末上海租界社会》(台北文史哲出版社 1978 年版)及其所编《上海租界问题》(台北正中书局 1981 年版)二书,对晚清上海租界内华洋关系及华洋纠纷问题有过一定的涉及。台湾法律史学家黄源盛所著《法律继受与近代中国法》(台北元照出版有限公司 2007 年版)有相当篇幅讨论晚清法律变革与法律继受问题。台湾年轻学者杨湘钧的《帝国之鞭与寡头之链——上海会审公廨权力关系变迁研究》(北京大学出版社 2006 年版),从地理、人文、法律文化等层面,探究会审公廨的生成背景,并以会审公廨为载体,观察其所呈现的华洋政体权力的变迁以及华洋政体与租界华民间权力关系的变迁。邱澎生的《商人团体与社会变迁——清代苏州的会馆公所与商会》(台湾大学历史学研究所博士论文,1995 年),不仅考察了清末苏州商会理处商事纠纷案件的实践活动,对

苏商总会与苏州地方政府的“洋务局”协作解决华洋商事纠纷之活动也有些微涉及。

5. 西方学者的相关研究

在为数不多的涉及中国法律的西方汉学著述中,学者们比较注重对中国法律传统的探研。^①近年来,这种状况有所改变,部分学者开始从不同的学术维度,甚至借用法社会学的分析方法,对清代的法律及民间纠纷和诉讼问题进行考察,代表性著作首推黄宗智的《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》(上海书店出版社2001年版)。^②该书通过对四川巴县、顺天府宝坻、台湾淡新共628件档案文书的分类研究,“得出的一个主要结论是:法律制度的实际运作与清代政府的官方表达之间有很大的差距”,意即作者所指称的“‘实践’与‘表达’之间的‘背离’”。^③该书的另一个亮点是提出了“第三领域”^④这一新概念,虽然这一概念在学界曾引起广泛争议,但总的说来,这是一部颇多创意的著作,尤其是该书所体现的中国法律制度的经济史、社会史、文化史研究进路,给当时乃至当今的法律史学界和历史学界带来了深远的影响。^⑤英国学者S. 斯普林克尔的《清代法制导论——从社会学角度加以分析》(张守东译,中国政法大学出版社2000年版)则运用法社会学的分析方法,对清代法律制度的结构及运作进行了独到的分析。还有美国学者美丽莎·麦柯丽(Melissa Macauley)的 *Social Power and Legal Culture: Litigation*

① 美国汉学家德克·布迪(Derk Bodde)与克拉伦斯·莫里斯(Clarence Morris)合著的《中华帝国的法律》(朱勇译,江苏人民出版社1995年版)堪为外国学者研究中国古代法律的杰作之一。该书第一篇对清代的法典及其编纂、刑事制度、司法制度和清代的重要案例汇编《刑案汇览》进行介绍;第二篇则从《刑案汇览》中精选了190个案例详加评析;第三篇结合上篇之案例分析,细微地考察了清代法律的司法解释问题。此外,高道蕴、高鸿钧等编的《美国学者论中国法律传统》(清华大学出版社2004年增订版)一书共辑入美国学者安守廉、高道蕴等人关于中国传统法律问题的论文15篇,所辑各文就早期中国法律的性质、唐宋时期的法典编纂与解释问题、清代与民国时期的政治与法律三个大的方面进行了各具洞见的探讨。

② 是书乃在第一版(原书名《民事审判与民间调解:清代的表达与实践》,中国社会科学出版社1998年版)基础上稍加损益而就。

③ 黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践·重版代序》,上海书店出版社2001年版。

④ 这个“第三领域”可以作如是理解,即黄宗智把清代民事纠纷的处理分成三个领域:村社邻族的非正式调解、州县衙门的正式审判、介于两者之间的第三领域。正是在这一领域,民间调解与官方审判发生交接、互动。而大量的纠纷案件,是在这个第三领域获得了解决。参见黄氏前揭书第107页。

⑤ 黄氏以其著作为例,对中国法律制度的经济史、社会史、文化史研究在方法论上的具体阐释,可参见黄宗智:《中国法律制度的经济史、社会史、文化史研究》,《北大法律评论》1999年第2辑。