

SUN YAT-SEN UNIVERSITY
LAW REVIEW

中山大学法律评论



中山大学法学院主办

第11卷 | 第1辑 Vol.11, No.1

主 编 谢进杰
Editor-in-Chief Jinjie Xie

本辑主题

比较法与时空条件下的司法

- ◎ 民国妻告夫妨害婚姻诉状的文化解释
- ◎ 乡村司法的现代转型与发展悖论
- ◎ 戴着镣铐舞蹈
- ◎ 通过判决塑造认同
- ◎ 可能与限度
- ◎ 萨维尼、霍姆斯和占有的法经济学分析
- ◎ 社会转型与人权
- ◎ 论侵权法律实践中纯粹经济损失及其救济
- ◎ 监护人责任归责原则
- ◎ 人民陪审制度的职能异化及其克服
- ◎ 文书提出命令申请与审理程序
- ◎ 汽车保险消费者权益保护问题研究
- ◎ 实用工具主义法学：第四大法律理论？

中山大学法律评论

中山大学法学院主办



ZHONGSHAN DAXUE FALV
PINGLUN

第11卷 | 第1辑 Vol.11, No.1

主 编 谢进杰
Editor-in-Chief Jinjie Xie

GUANGXI NORMAL UNIVERSITY PRESS
广西师范大学出版社

· 桂林 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

中山大学法律评论. 第 11 卷. 第 1 辑 / 谢进杰主编.
桂林: 广西师范大学出版社, 2013.11
ISBN 978-7-5495-4737-1

I. ①中… II. ①谢… III. ①法学—研究—文集
IV. ①D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 295849 号

广西师范大学出版社出版发行

(广西桂林市中华路 22 号 邮政编码: 541001)
网址: <http://www.bbtpress.com>

出版人: 何林夏

全国新华书店经销

广西大华印刷有限公司印刷

(广西南宁市高新区科园大道 62 号 邮政编码: 530007)

开本: 787 mm × 1 092 mm 1/16

印张: 22.5 字数: 310 千字

2013 年 11 月第 1 版 2013 年 11 月第 1 次印刷

定价: 55.00 元

如发现印装质量问题, 影响阅读, 请与印刷厂联系调换。

中山大学法律评论

Sun Yat-sen University Law Review

第11卷 | 第1辑 Vol.11, No.1 (2013)

主 编 谢进杰

编 委 巢志雄 陈毅坚 丁建峰 杜 金 梁丹妮 廖艳滨

刘 诚 毛 玮 王承志 王欢欢 杨 彪 张 亮

编 务 赵一灵

学术委员会

蔡彦敏 郭天武 黄建武 黄 瑶 李挚萍 刘 恒 马作武

慕亚平 任 强 王红一 谢石松 谢晓尧 徐忠明 杨 鸿

杨建广 杨小强 于海涌 张民安 周林彬

邮 箱 sysulawreview@126.com; lawrev@mail.sysu.edu.cn

网 址 http://law.sysu.edu.cn/Category_67/Index.aspx

地 址 中国广州市新港西路135号 邮 编: 510275

微 博 新浪“中山大学法律评论” 博 客: <http://sysulr.fyfz.cn>

主 办 中山大学法学院

襄 助 中山大学法学院方圆学术基金

组 编 中山大学法学理论与法律实践研究中心

中山大学法学实验教学中心

稿 约

孙中山先生创办中山大学，以博学、审问、慎思、明辨、笃行为训，立灌输及研究高深学理与技术并因应国情力图推广其应用为旨，勉励学者诸君立志要做大事，不可要做大官，肩责之道，勉术学问，琢磨道德，爱惜光阴，发奋读书，研究为人类服务之各种学问，非学问无以建设。《中山大学法律评论》为中山大学法学院创办自1999年，秉承学术为天下公器，谨遵孙中山先生之激励，倡导学术自觉，追求学术品质，立志为学问，力求为法学学术及法治进步贡献点滴。本出版物设主题研讨、论文、评论、阅读经典等固定栏目及笔谈、论坛、争鸣等机动栏目，实行初审与同行专家匿名审稿制和一票否决制，对来稿不限制体裁和篇幅，不考虑作者身份和背景，特别看重思想原创、关注现实、观点独到、论证严密、问题意识强烈，重视学术水准和学术规范，一切从学术出发。竭诚欢迎持续赐稿。来稿请遵照本出版物注释体例和投稿要求，以文稿标题为主题的电子邮件，一律发送至sysulawreview@126.com抄送lawrev@mail.sysu.edu.cn，且附有内容提要、关键词和英文标题。我们将认真对待每一篇来稿，对来稿组织严格的审稿程序并在审稿期限内回馈审稿意见及是否用稿的通知。

为贯彻学术标准及学术质量至上，公正对待每一篇来稿，为作者和读者奉献经严格审查的高质量文稿，本出版物提倡匿名投稿制。所有来稿请一律隐去作者信息，确保不出现姓名、单位、学历、职称、职务、地址、基金项目和注释中的“拙著”、“拙文”等任何表明作者身份与背景的信息，请勿以投稿程序以外的方式影响审稿。我们将对每一篇来稿组织匿名评审程序以后，按照您投稿的电子邮箱回复审稿意见，并在通知决定用稿时方才请您补充文稿所必要的作者信息与通讯方式。我们坚信，这是对任何一篇来稿、对广大作者和读者的最为真诚的负责和崇敬，恳请每一位投稿作者鼎力支持，敬请广大作者和读者对所刊发的文稿进行关注。

本出版物发表的著述观点均属作者本人，不代表本书立场，作者应保证对其来稿享有著作权且尚未发表，译者应保证译本获得授权许可且未侵犯原作者或出版者权利。除来稿声明保留外，视为同意本书拥有以非专有方式向第三人授予所发表作品电子出版权、信息网络传播权和数字化汇编、复制权，以及向各种文摘类刊物推荐转载的权利。欢迎对所收录文章的转载、摘登、翻译和结集出版，但应尊重原作者著作权利，且注明系转自本出版物及原作者、译校者署名并进行通知。

目 录

- 003 民国妻告夫妨害婚姻诉状的文化解释
——以广东新会档案为例(丁艳雅)

- 041 乡村司法的现代转型与发展悖论
——以鄂西南锦镇人民法庭为中心(张 青)

- 060 戴着镣铐舞蹈
——典型司法案件的法社会学镜像(张 训)

- 079 通过判决塑造认同
——欧盟法院与欧洲认同(姚尚贤)

- 104 可能与限度
——比较法在司法裁判中的运用(余煜刚)

- 133 萨维尼、霍姆斯和占有的法经济学分析
(理查德·艾伦·波斯纳)

161 社会转型与人权

——以孟买为住房权而斗争为例(杰西·霍曼)

203 论侵权法律实践中纯粹经济损失及其救济(朱晓峰)

233 监护人责任归责原则

——基于《侵权责任法》第32条的解读与思考(傅强)

253 人民陪审员制度的职能异化及其克服

——以民事诉讼为视角(蔡彦敏)

270 文书提出命令申请与审理程序

——以日本民事诉讼为视角(三木浩一)

301 汽车保险消费者权益保护问题研究(谢小弓)

325 实用工具主义法学:第四大法律理论?

——萨默斯法律思想解读(张文臻)

Table of Contents

Symposium

Comparative Law and Judicial Practices across the History and the World

- 003 A Cultural Interpretation on the Legal Complaints of the Charges of Adultery for the Wives against their Husbands in Republic of China: A Case Study of Criminal Archives in Xinhui
Ding Yanya
- 041 The Modern Transformation and Development Paradox of Rural Justice: An Empirical Study on Jinzhen People's Tribunal in Southwest Hubei
Zhang Qing
- 060 Dancing in Fetters: Reflection of the Typical Judicial Cases in the Perspective of Law & Sociology
Zhang Xun
- 079 European Court of Justice and European Identity: Reaching Identification via Judgments
Yao Shangxian
- 104 The Use of Comparative Law in Judicial Judgment: Possibility and Limitation
Yu Yugang

Articles

- 133 Savigny, Holmes, and the Law and Economics of Possession
Richard A. Posner; Yu Ziliang(Trans.)
- 161 Visions of Social Transformation and the Invocation of Human Rights
in Mumbai: The Struggle for the Right to Housing
Jessie M. Hohmann; Wu Xiaowei(Trans.)

Comments

- 203 Study of Pure Economic Loss in the Practice of China's Tort Law;
Facts and Problems
Zhu Xiaofeng
- 233 Rules of Determining Guardianship Liability: An Interpretation of
Article 32 of Tort Law of PRC
Fu Qiang
- 253 The Distorted Function and the Solution to the People's Assessor
System: From a Perspective of China's Civil Procedure
Cai Yanmin
- 270 Petition and Procedure for the Documents Production Order: From a
Perspective of Japan's Civil Procedure Law
みきこういち; Zhang Huimin(Trans.)

Academic Debate

- 301 The Plights of Consumers' Protection: A Case Study of Automobile
Insurance in China
Xie Xiaogong

Reading of Classic Works

- 325 Can Pragmatic Instrumentalism Be the Forth Legal Theory?:
Interpretation on Summers' Legal Thoughts
Zhang Wenzhen

主题研讨——比较法与时空条件下的司法

Symposium: Comparative Law and Judicial Practices across the History and
the World

民国妻告夫妨害婚姻诉状的文化解释

——以广东新会档案为例

丁艳雅^[1]

提 要： 民国法律规定夫妻互负贞操义务、配偶互有告奸之诉权，第一次终止了传统社会对妇女存在的不平等待遇。那么，民国女性配偶在司法实践中又是如何诉诸法律维护其婚姻的呢？本文选取了民国广东新会妻告夫妨害婚姻的诉状作为考察对象，以诉状的话语为载体，试图从文化的角度解释民国社会转型时期女性诉状中的以下言说特征：现代法律诉求与传统婚姻形式的共存；多重重复叙事模式的运用；诉诸法律、法情结合，礼治秩序下的道德观与法治秩序下的女权意识等意识形态的竞合，传统的非道德化控诉与现代的据法争讼等诉讼策略的并举；女权符号下的生存伦理诉求；最后，基于相对整齐划一的诉状模式，追问了诉状的作者是谁；进而揭示了民国转型时代诉状话语的变化与社会变迁之间的关系，同时也表明传统法律的让位并不等于传统社会的让位。

关键词： 叙事结构；传统婚姻形式；复调叙事；生存伦理；诉状作者

[1] 作者丁艳雅，女，中山大学法学院副教授，法学理论与法律实践研究中心研究员，中山大学法学博士，研究领域为法律史、比较法律文化、民国司法等，代表作有《美国联邦最高法院大法官任命过程中的政党因素》、《探寻法治的真谛》、《法官选任方式与程序之比较研究》等，E-mail: lpsdy@mail.sysu.edu.cn。本文是在笔者博士学位论文中一节内容的基础上修改而成，特此感谢博士论文导师徐忠明教授对论文的悉心指导！

在传统中国以男权为中心的社会中,虽然实行一夫一妻的婚姻制度,但妻之外可以纳妾;传统社会的贞操义务,也只是单方面对妻子而言的。^[1]到了民国时期,实行的是现代的一夫一妻制,“纳妾不再被承认是婚姻的一种形式”^[2]。1931年《民法·亲属编》施行后,“有妻纳妾,即属与人通奸”^[3],应受1935年刑法第239条的处罚,即“有配偶而与人通奸者,处一年以下有期徒刑,其相奸者亦同”。至此,中国第一次在法律上肯定了夫妻之间互负贞操的义务。1935年刑事诉讼法第213条第二款则第一次认可了配偶互有告奸之诉权,从而终止了过去对妇女存在的不平等待遇。那么,在司法实践中,女性配偶又是如何诉诸法律维护其婚姻的呢?笔者在查阅民国广东新会^[4]的刑事档案中,发现了妨害婚姻案卷共有23件,其中妻子(妾)控告丈夫通奸或重婚的有16个案卷。司法档案,是记录过去司法状况的载体,其中必然会沉淀其相应时代的文化特征。本文尝试从文化的角度,拟对民国广东新会女性配偶告夫通奸或重婚等妨害婚姻的诉状进行深描,以期解释民国社会转型时期女性诉状中的叙事及其蕴含的文化意义。

一、民国新会妻告夫妨害婚姻诉状的叙事结构

民国新会妻告夫妨害婚姻诉状的叙事结构,可从如下二则妻告夫妨害婚姻诉状的实例深入展开剖析:

诉状一:莫何氏告莫锡文、余氏

为重婚遗弃,妨害婚姻,谨请传拘侦讯,依法起诉,按律严惩,以维风纪事。窃氏前经父母之命,凭媒于民国十五年十月六日嫁与被告莫锡文结婚,氏自适夫家,产下三子壹女,谨遵妇道,冀夫妇情洽,同偕白

[1] 赵凤喈:《中国妇女在法律上之地位》,上海:商务印书馆,1940年,第73页。

[2] [美]白凯:《中国的妇女与财产:960—1949年》,上海:上海书店出版社,2003年,第164页。

[3] 赵凤喈:《中国妇女在法律上之地位》,上海:商务印书馆,1940年,第126页。

[4] 新会地处珠江三角洲西南部,毗邻港澳,是有名的“华侨之乡”,也是中国著名政治活动家、启蒙思想家梁启超和中国杰出外交家、法学家伍廷芳的故乡。

发,詎被告重行结婚,匿居别处,视氏为眼中钉,形同陌路,对氏所生儿女绝不抚养,使氏生活无着,濒危绝境,屡若自杀了此残生,嗣经戚友劝阻,以儿女为重,始茹苦存维,经数度向其交涉,被告不独置若罔闻,且被横遭虐待痛殴,查氏前被被告等在古井墟虐待殴打经呈请八区署调解有案,目无法纪,被告等在古井墟权利号双栖匿不见面,其重婚遗弃罪证明确,实触犯刑法第二百三十七条妨害婚姻及国法第二百九十四条遗弃之罪,为此沥陈诉请钧处,乞飭警拘传到案以维风纪,实感恩便,谨状。〔1〕

诉状二:汤瑶顺告李鸿惠等

为丈夫通奸遗弃发妻,复被翁姑虐待诈欺,恳请拘传被告到案,按律治罪事,窃氏于民国二十七年旧历十二月初十日凭媒聂基蓝姆介绍与被告李鸿惠在新会城……正式结婚,当时系举行旧式婚礼,由被告李鸿惠等用花红大轿迎归家中,有送嫁人陈六姑等为证。自结婚后,氏谨守妇道,向安无异,詎料自会城沦陷,氏随被告等逃难归七堡家乡不久,被告等折回会城,竟断绝氏伙食,迫氏寝睡厅角,强取氏妆嫁之棉胎被铺,朝夕无理谩骂,置氏于死地然后快,当时在无可如何中,迫得暂时归宁母家,冀待其有所悔悟,又经氏父母迭次送氏回家,而被告李鸿惠匿不见面,反遭翁姑李贤乾李林氏拒绝,及诱取氏妆嫁金器首饰,使氏无安身之所,氏吞声忍气,历尽艰苦,于兹六年有余,今县土重光,氏随父兄来城寻觅,方知被告李鸿惠与被告陈风香通奸,双栖于田心巷合隆坊二号,氏见该被告后向其理论,不独仍无悔悟,反遭拒氏不纳亦不供给伙食,致使氏暂归兄家中,窃以被告李鸿惠陈风香丧尽天良,互相通奸及遗弃发妻,为法所不容,而被告李贤乾李林氏助予虐待媳妇,无所不用其极,窃且查李贤乾夫妇前经因虐待长媳黎氏次媳陈氏前后改嫁,今又欲循故技,行其旧恶,更见其人面兽心,罪不容诛,若不严惩治罪,无以清败类,而障女权,迫得状诉钧长鉴察,恳赐传拘被告等归案,按律治罪,实为恩便。谨状。〔2〕

〔1〕“刑事告诉”,“莫何氏告莫锡文、余氏案”,1—2744,民国三十六年(1947),广东新会档案局。

〔2〕“刑事告诉”,“汤瑶顺告李鸿惠等案”,1—782,民国三十五年(1946),广东新会档案局。

民国新会妨害婚姻的诉状,大都如同上述实例一样,其叙事结构可分解为三部分:首部、主体及尾部。诉状首部由“诉由”(即所犯妨害婚姻的具体罪名)与诉求构成;主体部分主要说明案情事实、相关证据以及所犯法条;诉状的尾部与首部相互呼应,强调或重申其首部的诉求。诉状的首部与尾部较为简单,诉状的主体部分内容较多,可将其解构为以下几个部分:婚姻的正当性(以传统结婚仪式为依据)——自我的合道德性(以传统道德为标准)——对方被告的非法性(以新式法律为依据)与非道德性(传统与现代道德的结合)——诉前的先期救济方式(传统方式与现代方式的并举)——司法维权的声言及法律依据(现代法律)。

以下为了叙述的方便,依据诉状首部的诉由、主体部分的内容与尾部的诉求将其中12份女性诉状的结构与内容制成下表:

广东新会女性提起妨害婚姻之诉状(自诉或告诉)的叙事结构
分解表^[1]

序号	归档号、案由、原被告姓名、职业、结案年份	首部诉由	主体部分的内容构成					尾部诉求
			结婚形式的正当性	自我的合道德性	被告的非法性与非道德性	诉讼之外寻求解决方式	权利话语证据法律依据	
诉状一	案号:2798 案由:妨害家庭及婚姻 原告:卢美华 被告:容伯雄 经商 民国二十七年	有配偶与人通奸,更占产遗弃	窃氏夫容伯雄与氏结婚一十八年	没有描述德性	性情陡变,避匿不面,生活费用断绝供给已历两年,骗氏返乡后分文不给,务欲使氏限于无自救力而置氏于死地而后已 氏知识薄弱,被其所欺蒙	氏屡与被告争论	1.占骗财产证据:强将氏持有美华堂所占同永唐三百元及美记堂所占公裕祥隆记二千元股份谬登司法日报,诬窃遗失,有股部影片与报纸为证;2.与人通奸证据:二十七年四月迁入户籍表家属栏内注明【妻容卢氏返乡妾容郑氏】等字样,触犯刑法第二百三十九条;3.遗弃证据。刑法第二百九十四条第一项	侦查起诉,处以应得之罪,以伸法纪,而儆奸贪,实为公便

[1] 此表依据民国广东新会刑事档案部分妨害婚姻案卷制成。

续表

序号	归档号、案由、原被告姓名、职业、结案年份	首部案由	主体部分的内容构成					尾部诉求
			结婚形式的正当性	自我的合道德性	被告的非法性与非道德性	诉讼之外寻求解决方式	权利话语证据法律依据	
诉状二	案号: 548 案由: 妨害婚姻 原告: 阮陈氏 被告: 阮隆经商 民国二十九年	遗弃及重婚	窃氏于民国二十三年由父母做主嫁与被告阮隆为妻	历经数十年育生儿子一人, 夫妻之间向安无异	去年九月将氏遗弃, 以言诱骗将氏母子二人搬出乡外住宿, 本年三月间将氏母子伙食断给, 母子二人衣食无着, 幼儿周日啼哭, 后屡催交伙食, 坚不理睬; 同月发现被告与梁姓女子结婚, 返家与被告交涉, 则以恶言相骂, 促氏刻即别去, 倘再多言, 则遭毒打等语, 并即将氏推出门外, 氏觉被告良心尽丧, 迫归返母家, 而致母子分离	搬出乡外居住, 氏亦经坚认; 发现被告与梁姓女子结婚, 氏返家与被告交涉		传集侦查以维法纪