

辛亥革命后基层审判的转型与承续^{*}

——以民国元年上海地区为例

王志强

摘 要：民国元年上海的审判模式，随着法庭及诉讼参与者权责的重新配置，逐步从传统的超能动主义向中立主义转型，其主要动力是清末以来的法政知识、人才和舆论的准备。但这一新体系尚未获得系统性制度和资源的支撑，尤其是民事审判中的权责配置，仍部分保留了旧有模式。因此，民事案件中沿袭了帝制时代注重情理和当事人合意等特色。上海的变化是大都市的代表性例证，超前于其他地区，但体现了此后民国时期司法变革的基本大势。

关键词：审判模式 超能动主义 中立主义

作者王志强，复旦大学法学院教授（上海 200438）。

辛亥革命实现了两千年未有之政治体制的变革，也颠覆了旧有的司法审判模式。承清末法制改革余绪，不少地区的司法机构渐次与其他国家权力部门分离。在上海地区，1911年11月，司法署成立，受理民刑事案件。1912年1月，上海地方审判厅及其附属的第一初级审判厅开始正式运作。与帝制时代相比，民国之初的审判活动中，基层司法机构的审判方式、风格和人员有何具体变化？是否在某种程度上承续了旧有模式？关于民国早期法制的既有研究，对中央立法及大理院等中央司法机构运作的状况，关注较为集中，^①但对革命之后各地基层司法的运作实态，则着墨尚少。

^{*} 本文承李贵连教授鼓励，陈新宇、孙家红、李启成、韩涛、俞江、姜源等惠予指点，陈明华提供资料查阅的便利，胡爽承担研究助理工作，复旦大学985项目（2011SHKXZD014，2011SHKXZD015）给予资助，匿名审稿人提出中肯修改意见，一并致谢。

^① 参见谢振民编著：《中华民国立法史》，南京：正中书局，1937年；张国福：《中华民国法制简史》，北京：北京大学出版社，1986年；黄源盛：《民初法律变迁与裁判》，台北：政治大学，2000年；张生：《民国初期民法的近代化》，北京：中国政法大学出版社，2002年；黄源盛：《晚清民国刑法史料辑注》，台北：元照出版有限公司，2010年；黄源盛：《民初大理院与裁判》，台北：元照出版有限公司，2011年。

民国肇基之时的司法档案,存世且易为利用的非常有限。^①与《各级审判厅判牍》和《塔景亭案牍》等法庭公牍相比,1912年上海地方审判厅厅长黄庆澜编辑的《上海地方审判厅司法实记》(简称《司法实记》)及其续编《上海法曹杂志》(简称《法曹杂志》)断代更清晰。当时《申报》、《新闻报》等媒体中“琐闻”、“华洋琐案”等专栏报道选择性较强,绝大多数案件的处理缺乏完整记叙。而《司法实记》收录的判词数量比较完整,对案件参与人和裁判者的记载较详细;尤其是有关案件处理法律理由的论述,具有其他文献难以替代的作用。^②

同时,辛亥革命后在上海地区建制规范的各级审判机构、活跃于诉讼中的律师群体、司法官的新式教育背景、司法独立的诉求,以及由此而生的审判模式变化,代表了大都市变革的新气象,并成为民国时代司法发展(至少在制度和学理层面)的方向。因此,上海司法在该时期的变化可能超前于其他地区,但仍具有大都市的代表性,并与此后数十年中国现代法制发展的轨迹基本吻合。在此意义上,民国元年上海地区的审判状况,具有一定的代表意义。

本文以《司法实记》及其续编为中心素材,以上海这一开埠较早、受西方影响较显著的城市为地域范围,以帝制时代的状况为参照,描述民国元年地方和初级审判厅等基层审判相对传统模式的转型和承续,并探讨其具体表现、背景及成因。

一、模式转型:从超能动主义到中立主义

在清末到民国初年的判牍中,新式话语体系和论理结构是形式上引人注目的变化。^③民国元年,上海司法裁判形式上的变化非常显著,既有研究已有论及。^④本文着重从审判模式的角度探讨该时段基层司法实践的转型。

① 例如,在浙江龙泉司法档案中,有民国元年案约60件,但绝大多数未经实体性判决,有堂谕者仅1件。

② 《司法实记》中对庭审过程的反映有其不足。例如,1912年7月(除特别说明外,后引案例均属该年度,仅注月份)鲍德钧诉王查氏案的判决(黄庆澜编:《上海地方审判厅司法实记》(简称《司法实记》)第7册,“地方厅民事判词”,上海:南华书局,1913年,第11—14页;为免冗繁,本文引用该书时均省略篇目名称,径注页码),如果与《新闻报》报道相对照,会发现二者侧重各有不同。《新闻报》对庭审过程的内容报道较丰富,有不少律师辩论的细节,为判决书所未载(《断离不正式之婚姻》,《新闻报》1912年7月11日,第3张第2版)。不过,报道对其争执的法律主张要点语焉不详,甚至连当事人姓氏和被告律师都有错讹。

③ 参见李启成:《晚清地方司法改革之成果汇集——〈各省审判厅判牍〉导读》,汪庆祺编:《各省审判厅判牍》,李启成点校,北京:北京大学出版社,2007年,第16—18页。

④ 参见周圣:《〈上海地方审判厅司法实记〉中的民事案例浅析》,硕士学位论文,复旦大学,2010年,第8—9、38页。

法庭与诉讼参与者的权责配置，构成审判模式的核心要素。^①帝制时代的基层审判以地方长官的高度权责集中为特征。在命盗等重大刑事案件中，经过受害人或家属的举报，其他所有职责，包括勘验、侦察、逮捕、举证、讯问、拟判，直至执行判罚，完全由行政与司法职能合一的官方承担，并且名义上都在知县一人的主持下完成。刑案必须限时侦破和审结，然后自动进入审转复核程序，以保障审判的公正性。^②在民事案件中，当事人以冤屈的受害人身份提出诉求，此后的证人传唤、证据鉴别、事实认定、救济方式和程序选择等各方面任务，也都由知县主持处理。^③如果刑案审理中发现民事纠纷，则官方通常会主动裁断。^④在这一模式中，承担法庭职能的基层官府集中履行各种权力和职守。因此有学者将其总结为“官僚型法”（bureaucratic law）或“压制型法”（repressive law）。^⑤但这一概括未能充分体现政府承担职责的方面，例如错案追究、刑事定案的诸证一致标准等严格要求。^⑥相应地，诉讼参与者固然较为被动，但一方面，他们可以反复上控而不受既判力之约束，在刑案中可翻供而要求重审；另一方面，他们在程序上承担的责任也相当少，理论上只要支付有限的费用，提出诉求的过程中也较少受形式和技术性要求的约束。这一审判模式的核心特色是法庭（即政府）完全主导，诉讼参与者被动配合、权责皆弱。与现代的司法能动主义相比，这一模式中法庭的作用更为积极，可称为超能动主义。

民国元年上海的审判实践显示，这种传统模式当时已被根本改变，法庭与诉讼

-
- ① 在概念上，这里基于功能主义的立场界定“审判”（judging, adjudication），涵盖在功能上由官方认定和惩治重大犯罪、解决民事纠纷的各种活动。否则，如果基于现代西方司法中立主义者的立场，认定司法与行政的区别“在于双方与法庭的关系，一种基于争议问题而形成的关系。没有争议的问题，法官无须处理”（Mirjan R. Damaska, *The Faces of Justice and State Authority*, New Heaven: Yale University Press, 1986, p.88），则帝制时代的中国恐怕即无完整意义上的“审判”可言。
- ② 参见滋贺秀三：《清朝時代の刑事裁判》，载氏著：《清代國家の法と裁判》，東京：創文社，1984年，第3—91頁。
- ③ 参见王志強：《清代巴県錢債案件の受理と審判》，田邊章秀訳，夫馬進（編）：《中國訴訟社会史の研究》，京都：京都大学出版會，2011年，第833—838頁。
- ④ 参见中国第一历史档案馆、中国社会科学院历史研究所编《清代地租剥削形态》（北京：中华书局，1982年）和中国第一历史档案馆编《清代土地占有关系和佃农抗租斗争》（北京：中华书局，1988年）所收录刑科题本各案。
- ⑤ Roberto M. Unger, *Law in Modern Society*, New York: The Free Press, 1976, pp. 86-109; Philippe Nonet and Philip Selznick, *Law and Society in Transition*, New Brunswick: Transaction Publishers, 2001, pp. 29-52.
- ⑥ 参见李凤鸣：《清代州县官吏的司法责任》，上海：复旦大学出版社，2007年；王志強：《清代刑事司法中的事实判定与国家权力结构》，《“明清中国的法律与社会”国际学术研讨会论文集》，南京，2011年，第150—151页。

参与者的权责配置发生了重大变化。

从法庭方面而言,其努力追求独立,角色则日趋中立。首先,法庭力图强调其独立地位。《司法实记》编者、上海地方审判厅厅长黄庆澜是这一理念的坚守和笃行者。他上书都督府,对行政侵夺司法权力表示强烈不满,激辩司法与行政权限厘清的必要性。^①这一理念,不仅为黄庆澜等基层司法官所宣扬,也得到上级审判机关的身体力行。在4月徐长根因索取欠款殴死陈阿毛一案中,被告辩护人在书面抗告中提出正当防卫等理由。地方审判厅将抗告文件等提交上一审级。江苏省高等审判厅审查后认为:“适用实体上之决定,即系干涉下级厅之裁判,非司法独立之精神。且于将来该案设遇控告,本厅将不免有回护之嫌,尤非立法上设立控告之本意。”^②高等审判厅拒绝干预下级司法机构的审理活动,不仅基于审级等理由,而且强调越俎干预的实质是违背“司法独立之精神”。

其次,刑事无罪、免诉等否定公诉的判决出现,显示法庭地位的逐渐中立化。8月王荣甫被控强奸案中,法庭认为证据不足以认定为强奸,判决其与共同被告王张氏均无罪。^③地方厅第92—95号、第108号判决则裁决刑事被告免诉。^④在审检分离体制下,同样作为公权力行使者,审判厅不再简单地替检察厅背书,而是日渐中立地行使裁决权。

同时,审判机构有意限缩自己的职权。法庭不再主动纠举和直接处罚刑事犯罪。刑事案件均由地位独立的检察厅负责调查、预审和举证,其职能与审判机构分离。审判厅即使发现犯罪,也不直接惩处。例如,6月金陈氏被劫案内涉及另一命案,审判厅在给检察厅的文牒中指出:“至该案案内包含吴小老虎格毙一案,其加害者究属何人,并是否认为加害人之正当防卫行为,现贵厅(指检察厅——引者注)既未正式提起公诉,本厅自应遵照不诉不理,合并声明。”^⑤同月,在许福良诉许信良案中,作为地保的证人所为不端,推事指出,其“为虚伪之陈述,已入刑事范围,本应移送检察厅核办”。^⑥

对刑事案件中产生的民事争议,如果当事人未经特定程序主张立案,法庭也不再处理。8月的一件批词指出:“查民事发生刑事,应先理刑事,其民事诉讼仍可独立进行,不得认为附带私诉。此案,杜阿毛犯罪事实系因婚姻起衅,刑事发生在后,

① 参见《司法实记》第4册,“文牒”,第43—44页。

② 《司法实记》第5册,“地方厅刑事判词”,第16页。

③ 参见《司法实记》第8册,“地方厅刑事判词”,第38—43页。无罪判决还可参见《司法实记》第6册,“地方厅刑事判词”,第36页。

④ 参见《司法实记》第7册,“地方厅刑事判词”,第27页;第8册,“地方厅刑事判词”,第7页。

⑤ 《司法实记》第6册,“文牒”,第30页。

⑥ 《司法实记》第6册,“初级厅民事判词”,第20页。

其范围只能限于犯罪实施行为。至婚姻成立与否问题，应另行提起民事诉讼，与本案不能牵合。”^①在另一件刑事侮辱案件中，被告与被害人因债务纠纷起衅，法庭认为，“该被告之民事纠葛，未在本厅呈诉有案。且案由侮辱，另为一事，该沈才无附带私诉之可言。余子山既不认有此债务，本厅未便违不干涉之原则为之审理。应将该款发还，令其自向有权审判衙门呈诉”。^②

此外，审判过程中，法官不再干预案件争点之外的事务。在3月蒋陈氏诉蒋沈霸占遗产案中，被告对立嗣问题提出异议，判词强调“此案所争者在财产，嗣续一层，并非本案之争点”。^③

在诉讼参与者方面而言，突出的变化是辩护人和检察官等新角色的出现，以及一般当事人权责的普遍加强。

在庭审中，重要的新兴主体是辩护人，特别是在中国官方庭审中新近亮相的律师。^④据《司法实记》，1—8月，在上海地方审判厅判决的105件民事案件中，有49件有律师辅佐或代理出庭，其中30件，原、被告双方都聘有律师。1912年9月后，《法曹杂志》收录的地方审判厅判决数量虽不完整，但仍可看到律师出庭的情况。例如，在9月的6件民事案件中，3件有律师出庭，2件双方均有律师代理；11—12月的18件案件中，14件有律师代理，8件双方均有律师。同时，还多次出现了一方由两名律师代理的现象。此外，在地方审判厅审理的民事案件中，还多次出现了非律师身份的公民代理。在初级审判厅判决的民事案件中，律师出庭的频率则要低得多。例如，5—8月第一初级审判厅判决的74件民事案件中，仅有7件有律师出庭，1件双方均有律师，1件被告方聘有两名律师。

刑事案件中的律师等辩护人更引人注目。根据当时地方施行的前清《刑事诉讼律草案》第316条、318条，对某些特定被告或性质的案件，如被告人未选任辩护人，或辩护人未出庭，审判长有权在当地律师、学习检察官、学习推事中，为其选任辩护人。3月，地方审判厅曾致函上海律师公会，商请其委派律师出庭，为刘得胜等强盗案进行辩护。^⑤不少刑事案件中，除律师被选任为辩护人外，还有推事分别

① 《司法实记》第8册，“地方厅刑事批词”，第1页。

② 《司法实记》第6册，“初级厅刑事判词”，第8页。

③ 《司法实记》第3册，“地方厅民事判词”，第19页。

④ 民国元年初期，已有华人律师在华洋案件中代理华人，在会审公廨等法庭出庭。参见《巢律师上堂辩护之锋芒》，《申报》1912年1月27日，第7版；参见张丽艳：《通向职业化之路：民国时期上海律师研究》，博士学位论文，华东师范大学历史系，2003年，第36页。

⑤ 参见《司法实记》第3册，“文牍”，第22页。但在该案判词中所列举的出庭人员和事实证明论述中，并没有看到律师的踪迹。参见《司法实记》第3册，“地方厅刑事判词”，第1—2页。

作为“选任律师”出庭辩护的情况。在8月王荣甫强奸幼女案中,地方审判厅判词中明确写道:“本厅公开审理,并选任辩护人为被告人出庭辩护”;^①该辩护人为沈尔昌,时为该厅推事。在推事被委任作为律师出庭辩护的情况中,年资较浅的(帮办)推事任桐和汪纶在1912年至少各有8次和6次。此外,起诉检察官危道济也有3次作为选任律师出庭。据《司法实记》,5—8月,在地方审判厅判决的82件刑事案件中,有22件明确记载有律师或辩护人出庭辩护。其中,推事出庭辩护的11件。

在刑事案件的辩护中,由法庭委派的律师有的相当敬业,其辩护也卓有成效。在4月的朱杏生杀人案中,作为法庭任命的义务辩护人,^②“巢(堃)律师上堂申辩约四小时之久”,^③最后被告被减轻处罚。^④

除辩护人外,刑案中的检察官也是传统体制中所没有的新角色。刑事案件都由检察厅负责起诉。其同样责有专司,对民事纠纷,会移送审判厅。^⑤检察官与法庭推事均为国家权力的代表,但二者在角色上完全分离,改变了刑事审判中的传统格局。

对于庭审中的一般当事人而言,其权利明显增强,需要承担的职责和受到的限制也随之增加。刑事被告和民事诉讼的当事人都可延请律师或其他人代理出庭,这是其诉讼权利增强的显著表现。而另一方面,其责任和约束也明显增多,许多帝制时代的隐性负担和相当弱化的形式要求,都被明确强化。

当事人的责任首先体现在缴纳讼费。帝制时代,官员们不能公开主张有偿听讼,但又无法承担审理民事案件的庞大费用,因此在相当程度上导致官员厌讼,并催生衙役腐败。^⑥晚清开始施行的讼费制度矫正了民事司法中理念与实践的这种背离,开始向民事诉讼当事人收取诉讼费用。^⑦民国元年上海的审判中,收取讼费这一做法得

① 《司法实记》第8册,“地方厅刑事判词”,第40页。

② 当时报道曾误其为被害人方面所聘,但被告人之母朱龚氏在三天后登报鸣谢中予以澄清;参见《敬谢巢律师再造之恩》,《新闻报》1912年4月7日,第2张“广告”。

③ 参见《敬谢巢律师再造之恩》,《新闻报》1912年4月7日,第2张“广告”;《命案定断》,《申报》1912年4月4日,第7版;《命案判决》,《新闻报》1912年4月4日,第3张第2版。

④ 参见《司法实记》第4册,“地方厅刑事判词”,第14—18页。

⑤ 例如,3月林洪等损毁他人财物案,“同级检察厅验得居荣贵所受伤痕系属误擦,并查明毁损物件所值甚微,毋庸提起公诉,认为民事,移送到厅”。《司法实记》第3册,“地方厅民事判词”,第4页。

⑥ 参见王志強:《清代巴县钱债案件的受理と審判》,夫馬進(編):《中國訴訟社会史の研究》,第839—843頁。

⑦ 参见邓建鹏:《从陋规现象到法定收费——清代讼费转型研究》,《中国政法大学学报》2010年第4期。当时上海地区讼费征收的具体标准,参见《司法实记》第1册,“示谕”,第11—12页。

到普遍执行。除了公益事务,^①在其他民事案件的判词中,都普遍可以看到负担讼费的要求。^②上海还规定,传唤证人的费用应由举证方当事人承担。^③

其次,民事案件的当事人必须满足更多的形式性要求。原告必须提出明确的诉讼主张,而非申诉冤情后笼统地恳求法庭做主。同案民事当事人之间,如果存在不同的民事法律关系,也应分别提出主张。上诉阶段的形式要求尤为严格,时间、事项和书状形式上的瑕疵,都会导致案件被拒绝受理。案件不能再不受时限地反复上控。在4月费增祥案中,法庭对委任人提出的上诉批复道:“查此案现已经过法庭控告期间,既无刑诉第三百六十四条之情形,自不能有回复上诉权之理。”^④上诉理由不合法定,也不能受理。7月,王章氏因判决未执行提出的上诉被驳回,“上诉原则,专为救济下级审判衙门之违法偏颇,故必以不服下级之判断为理由,乃合法律。该氏一再进禀,并未声明不服原审衙门判断,仅以判断之结果未见实行为理由,核与上诉法律不合”。^⑤8月,原告代理人文超律师提出抗告,法庭认为其并不具备特定条件:“试问此项抗告,《民诉律》曾于何条特别规定?既非为《民诉律》之特别规定,本厅依律驳回,正所以杜诉讼迁延之弊……殊不知此项抗告,必依《民诉律》特别规定始得为者,自不得提起。抗告纯取列举主义,正所以防止当事人之滥用也。”^⑥书状形式问题也成为批驳的重要理由,甚至遭到严斥:“若再以不合方式之状词,无理取闹之言论来厅尝试,是该民自蹈《刑律》第一百五十一条之罪,毋谓本厅不先为该民告也。”^⑦

此外,当时上海的判词都强调“某案业经言辞辩论终结,本厅判决如左,……”。双方公开辩论,在事实和法律上提出各自的主张,成为判决的必要前提。这既是当事人的权利,也成为民事案件当事人的义务。

民国元年的上海司法实践中,法庭与诉讼参与者权责配置出现的上述变化,使审判模式逐步向中立主义转型。审判中的权责被重新分配,法庭追求自身独立,逐步处于中立的听断地位,控辩双方当庭辩论,辩护人特别是律师介入所促成的两造对抗性,检察官在刑案中的公诉身份和调查责任,都分担了旧式审判中官府权力

① 3月黄荣桢诉徐顺卿抗阻军费案中,“两造均为公益起见,并非伸张个人权利,自应免缴讼费”(《司法实记》第3册,“地方厅民事判词”,第16页)。

② 1912年元月期间,讼费在判决后征收。但由于征收中出现了诸多的问题,自公历2月1日(农历12月14日)起,讼费由原告预缴,传票、通知、送达等各种费用,按照讼费之半征收,也由原告预缴,称为“保证金”。如原告胜诉,则全额返还,由法庭向被告方追缴(《司法实记》第1册,“示谕”,第18页)。

③ 参见《上海各级审判厅办事规则》第84条,《司法实记》第1册,第15页。

④ 《司法实记》第4册,“地方厅刑事批词”,第3页。

⑤ 《司法实记》第7册,“地方厅民事批词”,第6—7页。

⑥ 《司法实记》第8册,“地方厅民事批词”,第4—5页。

⑦ 《司法实记》第4册,“地方厅民事批词”,第5页。

和责任,加强了审判机构作为中立裁决者的地位,逐步使其不必、也不能包揽所有的事项。讼费制度明确了民事审判是一种有偿的公共服务,使审判机构不应当、也不愿意主动介入民事纠纷。民事案件当事人必须更严格地满足各项形式要求,为法庭更快捷地审断案件提供了便利。这些变化,都深刻改变了帝制时代官员以超能动模式进行审判的状况。

司法的“超能动主义”与“中立主义”,在概念上,与父母官型和竞技型、政策实施型和纠纷解决型等概念界分有一定类似性。^①本文使用这组概念,一方面可避免两分法的简单化,因为还可有“能动主义”等中间概念,以描述二者之间的过渡性类型;另一方面也基于“超能动主义”更能体现官方的积极主导性,而“中立主义”这一概念更为现代法学所习用(相对于“竞技型”),也可避免理解上的歧义(相对于“纠纷解决型”)。

二、转型动力:法律人士及其理念

中立主义模式在辛亥革命后上海地方审判机构中的各种体现,有些在清末司法改革中已露端倪。当时各地已试办审判厅,推行讼费制度。^②不过,在清末,地方审检分立并未完成,律师这一加强对抗制、推动司法转型的关键力量尚未出现,庭审中的辩论、判决中的形式主义倾向也并不明显。

民国元年上海地方审判的转型,其动力来自何处?清末法律改革为民国初年的变化提供了法律文本准备,使当时的制度运作能够找到形式上的部分依据。但当时法律存在各种问题,并不足以承载如此深刻的司法转型。

首先是法律的不稳定和相互矛盾。1911年10月18日,江苏临时省议会决议:“现拟照原案所开商法草案、破产律、刑法及刑、民诉讼法各种,均即由各审判厅采取应用。民法前三编,旧政府亦已编有草案,可以查取。其未有草案者,原案拟暂依本省习惯及外国法理为准,办法亦极平允。”^③这是地方性规范。而到1912年3月10日,根据大总统令,明确要求“所有从前施行之法律及《新刑律》,除与民国国

① 关于这两组概念,分别参见滋贺秀三:《中国法文化的考察——以诉讼的形态为素材》,王亚新译,滋贺秀三等:《明清时期的民事审判与民间契约》,北京:法律出版社,1998年,第15—16页;Mirjan R. Damaska, *The Faces of Justice and State Authority*, pp. 71-180.

② 参见李启成:《晚清各级审判厅研究》,北京:北京大学出版社,2004年,第58—93、221—224页。

③ 《司法实记》第1册,“公牒”,第1—2页。准用法律的这一基本要求,在都督府谕令《江苏都督程 颁发本厅应用法律训令》和审判厅的告示《本厅应用各种法律通告》等法律文件中一再重申(参见《司法实记》第1册,“公牒”,第2页;“示谕”,第14—15页)。

体抵触各条应失效力外，余均暂行援用，以资遵守”。^①但民律、破产律、民事及刑事诉讼律都还停留在草案阶段，清末均未施行，故不应援用。因此，6月上海地方审判厅在纯泰钱庄破产案中引用破产律，法部认为不妥，专门电令该厅：“暂照通行商惯例；若无商惯例，即按照《各级审判厅试办章程》第四十一条办理可也。”^②法部于7月进一步强调，未经前清及民国中央政府正式颁行的法律和草案不应适用，上海地方审判厅因此向江苏都督呈文提出：“今中央政府以命令变更本省议会议决之法律案，法律之应用，殊觉无所适从。”^③在9月罗子樵诉徐菊案中，控告方律师直接诉称：“《民律》未经施行，不能适用”，而判决中则反驳称：“夫各国法理尚可参考，独于本省议会议决之法律，反不可参考乎？”^④此后，《民律草案》似乎是作为法理被继续参照援用。^⑤可见，相关法律的效力处于不确定的状态。正是在这种背景下，上海地方审判厅曾于10月上书江苏都督，希望其敦促中央政府尽快颁行民、刑事等各种基本法律，以敷实用。^⑥

同时，即便有前清的制度安排作为基础，但也只具备了基本架构，仍须进一步细化实施。例如，《法院编制法》中审判和检察二厅及其人员的有关规范，奠定了审检分立的基本框架。^⑦但审检分立等重要制度的具体运作，直到民国之初，才在地方行政与司法官员的共同努力下推动完成。^⑧

此外，还有些领域无法可依。作为中立主义模式的主要特色，律师制度在当时并没有得到详细的规范性安排。^⑨律师的出现，主要是靠律师群体组织的努力。1911

① 《临时公报》，1912年3月11日，转引自张国福：《驳正南京国民政府〈六法全书〉中的一个错误事实》，《中外法学》1991年第2期；又参见黄源盛：《民元〈暂行新刑律〉的历史与理论》，《民初法律变迁与裁判》，第195页。

② 《司法实记》第7册，“文牒”，第3页。

③ 《司法实记》第7册，“文牒”，第4页。

④ 黄庆澜编：《法曹杂志》第9期，“裁判录上”，上海：南华书局，1913年，第141—142页。

⑤ 11月凌晋奎诉邢吴氏案，地方厅判决“参照《民律草案》担保物权之规定”（《上海法曹杂志》（简称《法曹杂志》）第11期，“裁判录上”，第20页）；同月蒋沈氏诉卞春波案，判决“参照《民律》所有权之规定”（《法曹杂志》第11期，第23页）；12月印兰生诉龚承绪案，第二初级厅判决中引用《民律》第480条（《法曹杂志》第12期，“裁判录下”，第24页）。

⑥ 参见《法曹杂志》第10期，“文牒上”，第103—105页。

⑦ 参见谢振民编著：《中华民国立法史》，第1215页。

⑧ 参见《司法实记》第1册，“公牒”，第28—33页。当时审判厅运作的基本依据是地方立法《上海各级审判厅办事规则》；其中第2条规定“本规则与民刑事诉讼律草案同时施行”（《司法实记》第1册，第15页），对照前述江苏省议会施行民刑事诉讼律草案的议决规定，此《规则》很可能写定于民国。

⑨ 参见黄宗智：《法典、习俗与司法实践：清代与民国的比较》，上海：上海书店出版社，2003年，第36—37页。

年12月26日(旧历11月7日),江苏律师总会成立,并制定行业自律性章程,规范各项律师活动;^①1912年1月初,在南京任命陈则民等32名律师,授权其受聘出庭辩护。^②其中许多律师很快就活跃在上海的法庭上。

法律体系的种种缺陷维持了相当长的时间。但民国元年上海审判模式的基本转型,特别是司法机构的设立、律师的大量出现,却在短期内得以完成,其间革命和共和体制固然发挥作用,但更主要的推动力,应是承续清末以来的改革成果,特别是仰赖当时的一批具有现代法律知识和理念的专业人士。

清末的法科留学生(特别是留日学生)以及此后的本土法政学堂教育,为当时的法律知识体系输入了西方法学因素。根据《司法实记》附载的《职员表》及其他工具文献,在当时上海地方审判厅的主要组成人员中,黄庆澜曾赴日本考察,庭长谢健、推事郑宝菁、录事王言纶等都曾留学日本,推事郑宝菁、汤应膏、典簿胡洪雅、主簿汪永思、录事周树藩、候补录事姚庚寿、译员黄国瑞、看守所所长吴运昌等人都曾就学于法政学堂等各种国内法科教育机构。^③编者黄庆澜将《德国刑法典》译文连载编入《司法实记》和《法曹杂志》,并在《法曹杂志》中设“译丛”专栏,译介各国法律、立法草案及司法制度,可见其对西方法学的推重。

除司法官员外,当时活跃于上海法庭的具有西学背景的律师,也推动了审判模式的转型。^④在这些律师中,巢堃、江镇三、林行规、陈则民、狄梁孙和金泯澜都曾赴日本或英国留学,秦肇煌是浙江法政学堂优等毕业生。^⑤巢堃的律师广告中声称其“习刑学于张公门下,毕业于外人法校”,外语谙熟,能够“承办各级中外审判厅之民刑案件,修订英法德日汉文种种书状、契约,调查各国法典约章、公法、私法,兼任西洋律师帮办译务”。^⑥巢堃在当时庭审活动中非常活跃,据当年4月的媒体报道,自1月上海地方审、检二厅成立至4月初的3个月间,他出庭辩护各种案件已

① 参见《司法实记》第1册,“公牒”,第18页。

② 参见《金闾新纪事》,《申报》1912年1月8日,第1张后幅第3版;《设立律师公务处》,《新闻报》1912年1月8日,第2张第1版。

③ 关于人员的学历情况参见《司法实记》第1册,“上海地方审判厅职员表”;徐友春主编:《民国人物大辞典》,石家庄:河北人民出版社,2007年,第1623、2361、2706页。

④ 参见孙慧敏:《中国律师制度的建立:以上海为中心的考察》,《法制史研究》2001年第2期;陈同:《近代社会变迁中的上海律师》,上海:上海辞书出版社,2008年,第110—123、168—174、315—317页。

⑤ 参见《巢堃大律师宣言书》,《新闻报》1912年1月24日,第2张“广告”;《秦肇煌大律师广告》,《新闻报》1912年3月17日,第3张“广告”;徐友春主编:《民国人物大辞典》,第403、812、1437—1438页;程燎原:《清末法政人的世界》,北京:法律出版社,2003年,第246、361、367、370页。

⑥ 《巢堃大律师宣言书》,《新闻报》1912年1月24日,第2张“广告”。

达 30 余件。^①如果缺乏这批具有西式法学素养的律师人士有力参与，很难想象在上海的基层审判中能看到中立模式的有效展开。

作为更宏大的背景，清末至民国初年，朝野各界人士积极鼓吹西方法治，法政学校广泛兴办，法学书籍大量出版，掀起了全面引进西方法治的思潮。^②而辛亥革命后，随着政体变革带来的观念革命，江苏都督程德全、庄蕴宽等地方官员对司法模式改革的认可和推动，^③也是司法模式转型得以在上海顺利展开的要素之一。1 月 8 日，江苏都督程德全以六言韵文形式发布告示：“起诉则由检察，断案则归审判。推事独立执法，检察陈述意见……审判检察各厅……执法无稍偏倚，判断惟期公平。严守独立宗旨，他人不得与闻。”^④这种支持和倡导，汇入舆论的洪流，推进了西方法治理念的传播和实践。

尽管由于各种机制和条件限制，由传统模式向中立主义的转型在实践中受到诸多掣肘，未能、也不可能在当时毕其功于一役，但在西方法政知识、人员和舆论准备的合力下，上海的基层审判毕竟开风气之先，有力地推动了这一转型的进程。

三、未竟的转型：民案中风格沿袭和民刑殊途

尽管辛亥革命后上海地方审判出现了结构性变化，但与帝制时代相比仍有不少类似点。在形式方面，批词沿袭传统形式较多，有的批词措辞严厉，^⑤完全是帝制时代遗风。此外，还可看到卖弄文笔的骈体批判。^⑥在实体内容方面，判词所体现的在民事审判中重视情理及当事人合意的特点，直接体现了当时审判活动与帝制时代的类似性。

以《司法实记》为例，既有研究的统计显示，在明确说明法律渊源的地方和初级审判厅 41 件民事判词中，情理所占比例最高，达 17 件，习惯和法理次之，而成

① 参见《命案定断》，《申报》1912 年 4 月 4 日，第 7 版；《命案判决》，《新闻报》1912 年 4 月 4 日，第 3 张第 2 版。

② 参见李学智：《民国初年的法治思潮》，《近代史研究》2001 年第 4 期；孙慧敏：《从东京、北京到上海：日系法学教育与中国律师的养成》，《法制史研究》2002 年第 3 期。北方的法政学堂也不断涌现，如北洋法政学堂、共和法政讲习所夜班等（参见《大公报》1912 年 4 月 15 日，第 1 张“广告”；1912 年 4 月 17 日，第 1 张“广告”）。

③ 参见 Xiaoqun Xu, *Trial of Modernity: Judicial Reform in Early Twentieth-Century China, 1901-1937*, Stanford: Stanford University Press, 2008, p.128.

④ 《关于司法问题之简示》，《申报》1912 年 1 月 9 日，第 2 张第 2 版；《新司法之韵示》，《新闻报》1912 年 1 月 9 日，第 3 张第 1 版。

⑤ 如“所请不准，并斥！”（《司法实记》第 2 册，“地方厅民事批词”，第 4 页）

⑥ 如《司法实记》第 6 册，“地方厅民事判词”，第 8 页；《司法实记》第 7 册，“地方厅民事批词”，第 11 页。

文法被引用最少,仅4次。^①这种以情理等非成文法律渊源为判决依据的状况,承袭了帝制时代审理民事案件的风格。

民事案件的审理中另一个与帝制时代类似的现象,是裁判者重视以当事人合意方式解决纠纷。在1—8月地方审判厅判决的105件民事案件中,有40件基于当事人合意,其中27件判词中有“就当事人意思判决”等字样。^②在个别案件中,即使处理方案已由当事人认可,法庭仍要求以传统的甘结方式,由某方当事人承诺接受判决。^③在初级审判厅,基于当事人合意作出判决的现象也比较普遍。^④此外,还有数个案件通过和解方式结案。^⑤

民事案件的双方当事人如果达成合意,纠纷就能得以解决。如判词所称:“查审理民事案件之习惯,本可就当事人之意思,取决原被。既经同意,自应准如所请。”^⑥但这些合意是否为当事人自愿达成,颇值得怀疑。在不少判词中可以看到裁判者对当事人反复开导、说服的明确记述。^⑦显然,合意往往在法庭的劝谕压力下达成。

① 参见姜源:《从〈司法实记〉看清末民初民事司法审判的法律渊源及对现代司法审判的启示》,复旦大学曦源项目论文,2010年,第12页。该统计严格以“法律”和“情理”等字样为标准。

② 在这些判决中,法官们往往强调“两造均已允洽,少之(诉讼关系人——引者注)与亲族会亦皆乐从”(《司法实记》第8册,“地方厅民事判词”,第11页);“两造均各遵服”(《司法实记》第8册,“地方厅民事判词”,第22页);“原告亦已应允”(《司法实记》第8册,“地方厅民事判词”,第2、4、6页);“两造及公证人均已妥洽”(《法曹杂志》第11期,“裁判录下”,第12页)。

③ 如“仍取结状存查”、“具甘结存案”(《司法实记》第5册,“地方厅民事判词”,第41页;《司法实记》第7册,“地方厅民事判词”,第21页)。这种结状在当时上海地方审判厅有专门的状式,用于民、刑事案件的甘结,并收取费用(参见《司法实记》第1册,“示谕”,第9页);其费用与其他状式费用相同,为当十铜元20枚。作为一种“关系他人权利义务之文书”,其具有法律效力,还受到刑法保护。4月,地方审判厅民庭审理一件财产纠纷案,“谕令王关金、王月田各具不准至王沈氏家吵闹甘结”。王关金损毁结状,被移送检察厅。经公诉和审理,依《刑律》相关罪名,但鉴于被告人“委系乡愚,并愿认罚”,从轻处罚罚金40元(参见《司法实记》第4册,“地方厅刑事判词”,第14页)。

④ 初级厅民事判词中常提到,“均(亦)愿遵断”(《司法实记》第7册,第10、14页),“两造各无异词”(《司法实记》第7册,第23页),“两造允洽”(《司法实记》第8册,第27页),“彼此合意”(《司法实记》第8册,第41页),“得双方之同意”(《司法实记》第7册,第28页)。

⑤ 如地方审判厅民事93、94、96号案件(《司法实记》第7册,“地方厅民事判词”,第24、27页);初级厅93、96、108、109、110、111号案件(《司法实记》第7册,“初级厅民事判词”,第20、24页;《司法实记》第8册,“初级厅民事判词”,第19页)。

⑥ 《司法实记》第1册,“地方厅民庭判词”,第2页。

⑦ 例如,“又经本厅再三晓谕,戚芝山始允减让了案”(《司法实记》第4册,“初级厅民事

除了通过这种“再三晓谕”的方式要求双方达成合意，在家族内的财产纠纷案中，法庭常以亲族戚谊为理由，劝导甚至直接要求当事人息争止讼，将纠纷交由家族调解处理：“仰该族长先以理喻，如再不悛，再行呈诉核办，此时姑勿兴讼”；^①“仍请凭分产时在场亲族调处了事，毋滋讼累，致害感情”；^②“且汝兄弟三人，虽皆失怙，尚有祖母在堂，汝等皆宜奉养。所有田产，亦应听罗氏主张。察核诉词，无非为求分家产不遂所欲起见，殊为不合。着即安分度日，毋得控诉滋戾。”^③

在判词主文中，甚至还出现了要求亲族协议以解决纠纷的情况，而不是由法庭直接判定权利义务关系：“所有顾洪氏赡养费用，顾全华邀集亲族，公同议定，以慰嫠寡。”判决理由中，强调这样处理的目的是“以全亲谊”。^④另一件判词：“并邀同公亲，将方单上注明‘和平了结’。”判决理由是“自应和平了结，以敦睦谊”。^⑤在双方争执不下、法庭不得不判决的情况下，判词中仍不忘教谕一番：“各遵断结，此后弟兄仍归旧好，不得再有争执”；^⑥“尤当顾念本宗，不宜自处凉薄”。^⑦透过这些判词，可以感受到帝制时代知县听讼时教谕式调解的余绪。^⑧

相比民事案件，在刑事案件中，情理的考量不突出，但并不完全阙如。6月顾坤全杀奸案非常典型。被告之妻与人通奸，经被告多次规劝无效。被告激于羞愤，回家捉奸，在扭打中将奸夫杀死。明清时代律典均规定，登时杀奸者无罪。但民国元年施行的各版刑律都未将这一情节归于正当的杀人或正当防卫。判词指出：“顾坤全在奸所杀奸，在前清时代适用之旧刑律，固在勿论之列。然现今新律颁行，法令已改，被告人自不能以不知法令，谓非故意杀人。”^⑨法庭也没有采纳辩护人提出的被告在扭打中杀人系正当防卫的意见。但是，主审推事郑宝菁等显然充分考量了这些背景，指出：“惟审按该被告虽不知法令，而情节固属可怜；义愤所生，其心术亦极可悯。自应酌量于杀人律上分别减轻，庶于惩治杀人不法之中，仍寓刑法人格主

① 判词”，第4页）；“再三晓谕，始各俯首无词，情愿了案”（《司法实记》第4册，第9—10页）；“故本厅酌判赔偿，以了此案，免得久累，亦是体恤尔等之意，宜各息讼为是”（《斟酌定断》，《申报》1912年10月7日，第7版“琐闻”）。

② 《司法实记》第2册，“地方厅民事批词”，第4页。

③ 《司法实记》第3册，“初级厅民事批词”，第2页。

④ 《司法实记》第4册，“初级厅民事批词”，第2页。类似处理，参见《司法实记》第4册，“地方厅民事批词”，第3页；《法曹杂志》第12期，“裁判录上”，第29页。

⑤ 《司法实记》第6册，“地方厅民事判词”，第45—46页。

⑥ 《司法实记》第8册，“初级厅民事判词”，第38—39页。

⑦ 《司法实记》第3册，“地方厅民事判词”，第28页。

⑧ 《司法实记》第8册，“地方厅民事判词”，第35页。

⑨ 参见滋贺秀三：《清代诉讼制度之民事法源的概括性考察——情、理、法》，范愉译，滋贺秀三等：《明清时期的民事审判与民间契约》，第21页。

⑩ 《司法实记》第6册，“地方厅刑事判词”，第5—6页。

义之意。”^①他们引用了《中华民国暂行新刑律》第 13 条、第 54 条及杀人罪本律第 311 条，^②以不知法令和情节较轻的理由，将判罚从杀人罪法定最低刑的一等有期徒刑（即 10—15 年有期徒刑）累减三等，减为四等有期徒刑（即 1—3 年有期徒刑），并最后判决有期徒刑 2 年。

与其他具有义愤情节的案件相比，这一案件的减轻幅度明显较大。8 月，同样由刑庭推事郑宝菁主审的吴诸氏等共同杀人案中，判词指出：“惟法律贵于宽大，犯罪首重原因。此案吴诸氏之顾全名节，吴志元、吴香团之各报亲仇，张阿大、陈阿根之激动义愤，以致构成杀人之罪，按其情节，不无可原”，但最后的判罚，并未引用刑律第 54 条，而是“科以杀人本律最轻主刑，用示惩处不法之中，仍寓维持人道之意”。^③因此，完全没有减等，仅是按杀人罪法定最低刑一等有期徒刑基础上作出判罚，五名被告中，两人被判监禁 12 年，另三人被判一等有期徒刑的最高年限 15 年。虽然同样明显减轻，与前述顾坤全案的判罚相差悬殊。本夫杀奸这一情节，显然成为法官大幅度减轻判罚的理由。可见，刑事裁判中，由于制度的变化，情理考量在法官裁量权的遮蔽下展开，而不像民事判词中，直接诉诸事理人情。

民国元年上海地方审判模式出现了向中立主义的转型，却仍沿袭了帝制时代的风格。为什么法官在民事案件中如此重视情理和当事人合意，而不愿引用成文法及现代法理？与民事案件重视情理不同，法官在刑事案件判词明确引用刑律条文，放弃了帝制时代的比附，这种差别的原因又何在？根本上说，这种沿袭表象的背后，反映的正是传统审判模式的遗存和转型过程中的诸多局限。

在民事案件中，由于当时资源和责任分配，推行中立主义模式的局限性相当突出。一方面，大多数民事案件当事人既缺乏法律知识，又没有职业律师代理，严格形式主义可能对其造成很大的不公正。根据前述统计，在 1912 年上海地方审判厅判决的民事案件中，一半以上没有律师出庭，三分之二以上的案件至少有一方没有律师辅佐或代理。虽然当事人有权延请律师出庭代理民事案件，但当时上海地区的律师收费不菲。^④律师费用需当事人自行承担，判决中也未见任何由败诉方负担律师费的事例。民国元年的上海法庭已不愿再承担帝制时代的官府责任，但由于很多当事人没有能力承担律师费用，也就难以填补这大片的责任空白地带。因此，帝制时代催

① 《司法实记》第 6 册，“地方厅刑事判词”，第 6 页。

② 参见《中华民国暂行新刑律》第 13 条：“不知法令不得为非故意，但因其情节，得减本刑一等或二等。”第 311 条：“杀人者，处死刑、无期徒刑，或一等有期徒刑。”

③ 《司法实记》第 8 册，“地方厅刑事判词”，第 16 页。

④ 根据当时的律师收费规则，到庭辩护、办理案件者，每次收费 10 元；缮具诉状，每纸最多 5 元；商讨案情，每小时不超过 3 元，不足一小时按一小时计；买卖契约律师证明，千元以下不超过 5%，千元以上不超过 3%；其他契约证明，不超过 20 元。参见《司法实记》第 1 册，“公牒”，第 22—23 页。

生情理裁决和当事人和解的动因依然存在。如果严格按法律文本和形式主义要求，事实往往难以确认，并可能进一步激化矛盾。诉诸情理和当事人和解，成为惯性选择。

另一方面，当时上海基层审判厅审理的案件数量庞大，相对于法官的数量和资源而言，构成相当大的压力。目前没有 1912 年地方审判厅民事案件数量的统计资料，但在 1914—1917 年，上海地方审判厅处理的民事案件在 1100—2300 件之间。^①如果这一数据大体可靠稳定，那么 1912 年地方厅民庭 3—4 位推事同时工作时，人均年处理案件就达到 300 件以上。同时，这些法官还兼理第一初级审判厅的事务，“合计每日收状，多则三、四十，少亦二十余纸”。^②数量之大，可以概见。而且，虽然当时已推行讼费制度，但从结果上看，上海基层审判机构收缴的讼费数额相当有限，地方厅月讼费收入至多不过二百余元，少时仅几元；而初级厅至多也不过三十几元。^③当时仅地方厅月需经费就超过 1700 元。^④迫于经费压力，不得不“将地方厅推、检以上各员，按原定公费数目暂且八成支发，并分别互换兼任城内第一初级审、检两厅事务”。^⑤一些审判官抱怨“案情纷纷，手续繁多，往往一案辩论至一、二十次而始得判决者。各推事等讯理批判，分任办理，已觉日不暇给”。^⑥在这种压力下，法庭有时还需派员实地调查相关事实，恐怕确实难堪其负。^⑦

在理想型中立主义模式的民事诉讼中，职业法官在权力上收缩，同时将相应的诸多调查、举证和辩论等职责转移给当事人及其律师，以便自己专注于裁断。在普通法中，甚至将部分裁判权也让渡给非专业的陪审团，因此得以维持较小的法官规模；而在欧陆，其法官的规模较大，资源丰富，可以更多地参与案件审断。而帝制时代，在超能动型模式下，当时官员在形式上提供的是廉价的解决民事纠纷的“服务”。证人传唤、证据审查、事实认定、救济方式和程序选择等，都要由审判的主持

① 参见 Xiaoqun Xu, *Trial of Modernity: Judicial Reform in Early Twentieth-Century China, 1901-1937*, p.140.

② 《法曹杂志》第 11 期，“文牍中”，第 3 页。

③ 上海地方审判厅、第一初级审判厅的讼费收入，参见《司法实记》第 3 册，“示谕”，第 4—10 页；第 4 册，“示谕”，第 3—9 页；第 5 册，“示谕”，第 4—8 页；第 6 册，“示谕”，第 1—5 页；第 7 册，“示谕”，第 1—7 页；第 8 册，“示谕”，第 1—5 页；《法曹杂志》第 9 期，“文牍”，第 119—123 页；第 10 期，“文牍下”，第 149—152 页；第 11 期，“文牍中”，第 42—45 页；第 12 期，“文牍中”，第 46—51 页。在京师地区的讼费收入与此大略相仿，参见《司法公报》（第 2 年第 7 号），“杂录”，北京：司法部，1913 年，第 1—2 页。

④ 参见《法曹杂志》第 11 期，“文牍中”，第 3 页。

⑤ 《司法实记》第 1 册，“公牍”，第 29 页。

⑥ 《法曹杂志》第 11 期，“文牍中”，第 3 页。

⑦ 例如，“本厅派吏前赴宝山县属大场乡调查……”；《司法实记》第 7 册，“地方厅民事判词”，第 16 页。

者处理,而且官员及其所代表的官府都不能以营利为目的。由于资源、考绩与职责并不匹配,因此官员并不致力于在逻辑上区分双方都确认的事实和有争议的事实,并以此为前提依照证据确认事实、作出裁决,而是基于大体的评估,提出某种解决方案,但求当事人能够接受、纠纷能够平息。^①

在民国元年上海的民事审判中,法庭收缩权力后,当事人因条件限制,未能全面承担起相关职能,仍需法庭经常扮演积极介入的角色。在讼累和资源的压力下,与帝制时代的状况类似,基层法官往往无法承担起完全查清事实真相的艰巨任务。为了尽快地实现案结事了,法官有时选择延续帝制时代的做法,以情理劝谕息争,乃至常常依此作出判决。

同时,由于当时社会结构、家庭和性别观念等还未发生根本变化,因此在涉及宗族家庭事务的案件中,运用旧式道德和方式处理依然有合理性。2月,江苏都督陈其美批倪思九呈词:“既属旧谊,宾主应自和平清理。况该商于商界中颇具时望,务望两造各全体面,迅速了结,似不必再行提起诉讼也。”^②作为“无讼为怀”的典型,该批词被媒体正面报道,可见当时社会舆论对以传统方式和解息争的态度。

刑事裁判的状况与此有所不同,与前代相比,情理考量在判词中显得不再突出。这有其特定的制度背景。传统模式下,刑案的情理考量既有事实调查阶段的移情就法等做法,也包括法律适用阶段的比附加减等技术。而中立主义模式下,法庭已将事实调查的权力让渡给检察官及警方,无法、也不必在此阶段再做情理考量。在法律适用阶段,帝制时代基于罪刑严格对应的律例形式,裁判者的裁量权在形式上相当有限,因此,如果他们认为情法不得其平,则往往需要诉诸情理的论证,并通过一系列技术方式进行调整,最终实现情理允协的目的。^③但1912年后,无论根据当时所适用新刑律的哪个版本,^④大多数罪名都有数种或数等刑罚可供裁量选择,

① 参见滋贺秀三:《清代州县衙门における訴訟をめぐる若干の所見》,《法制史研究》第37号,1987年,第43页。

② 《琐闻》,《申报》1912年2月27日,第7版;《陈都督无讼为怀》,《新闻报》1912年2月27日,第3张第1版。

③ 参见王志强:《清代刑部的法律推理》,《法律多元视角下的清代国家法》,北京:北京大学出版社,2003年,第74—91页。

④ 根据《司法实记》中的文牒和示谕,在1912年3月前,所适用刑法的标准版本是“《刑律草案》(第一次)”(《司法实记》第1册,“公牒”,第2页;“示谕”,第14—15页),即修订法律馆拟定的草案第一稿。3月18日,经省议会议决,改用1911年资政院议决案(《司法实记》第3册,“文牒”,第1页),即在资政院辩论的第五案(参见陈新宇:《〈钦定大清刑律〉新研究》,《法学研究》2011年第2期)。4月30日,经临时参议院议决,《暂行新刑律》正式颁行(参见黄源盛:《民元〈暂行新刑律〉的历史与理论》,《民初法律变迁与裁判》,第197—198页)。5月,江苏都督府提法司刊印发行了法部删定的版本(《司法实记》第5册,“示谕”,第1页)。6月初,这部法律在上海正式施行。

而且,除死刑和无期徒刑外,某一等刑罚内还包括一定的量刑幅度,^①所以法官的裁量权已远超帝制时代。《暂行新刑律》第54条的酌定条款,进一步扩大了这一裁量权限。在不少案件中,被告人都因法官认定其“情轻”而得到减轻刑罚的裁决。^②帝制时代裁判者追求情法之平的情理取向,对于民国时代采用新法的法官们而言,完全可在法定裁量权框架内实现。因此,刑案审判的模式转型中,法庭的权责平衡保持相对稳定,由传统模式向中立主义的过渡较民事审判更为顺畅。法庭得以置身于调查职责之外,又得以享受法典赋予的裁量权,因此对考量情理的需求大为降低。

余 论

民国元年,以西方法政知识、人员和舆论准备为主要动力,帝制时代政府超能动主义的模式逐渐淡化,中立主义模式在上海地区初具气象。法庭逐步处于中立的审断地位,律师和检察官参与的对抗式庭审逐渐成型,民事案件当事人必须缴纳讼费,更严格地满足各项形式要求。这并非灵光一现的暂时现象,而是与其他大都市变化同步的代表性例证,也体现了此后相当长的时期内中国司法变革的基本大势。

在民国初年的北京地区(时称“京师”),刑事审判中的审检分离、法庭角色中立化、当事人获得律师等辩护人帮助和辩论原则等状况,都在当时的裁判文书中得到反映,^③特别是出现了不少全案无罪、驳回公诉的判决,突出体现了审判的中立主义倾向。^④民国元年上海基层审判中的变化与此一致,正是当时受西方影响较深的大都市司法变革的一个例证。

与同时期的欠发达地区相比,当时上海的基层审判模式则具有一定程度的超前性。从政府超能动的传统模式向中立主义的实质性转换,在民国之初的大部分地区还未能铺开。在民众的角度,诉状措辞与帝制时代的伸冤型诉求往往如出一辙。^⑤许多地区都还未设立审判厅,在县知事代理司法的体制下,由政府主导的传统式“集讯断结”风格,在民事审判中依然较为普遍。律师在内地的审判活动中也未见踪迹。

① 地方厅刑事判词中所援引的《刑律》条款内容,自6月的第57号判词开始(《司法实记》第6册,“地方厅刑事判词”,第1—3页),与《中华民国暂行刑律》的条款对应相符。

② 例如,一等有期徒刑为10—15年,五等有期徒刑为2个月至1年。

③ 例如,《司法实记》第1册,“地方厅刑庭判词”,第3页;第7册,“地方厅刑事判词”,第44页;《法曹杂志》第11期,“裁判录下”,第43页。

④ 参见熊元翰等编:《京师地方审判厅法曹会判牍汇编》(第1集刑事,上、下编),天津:商务印书馆天津印刷局,1914年。

⑤ 全案无罪的判决,参见熊元翰等编:《京师地方审判厅法曹会判牍汇编》上编,第3—6、16—18、38—41、112—120、124—129页;驳回公诉,参见第129—133页。

⑤ 例如,“为此冤迫,叩乞县知事作主,垂怜民苦”(《谢银元诉谢祥昌案·诉状》,1912年12月,龙泉司法档案M003-01-08615,第4页,浙江龙泉市档案馆藏)。

如果将《司法实记》中的判词与同年代、同省份的句容县案牍相对比,不难看出,二者之间在文书格式、法律引用和理由论说等各方面均有重大差别。^①作为年资老迈的旧式官员,以前清县令身份出任当时句容县民政长的许文濬,其知识背景与当时上海地方审判厅各位司法官的新式教育背景有鲜明反差,这是二者判牍差异的基本原因,也印证了审判模式转型的主要动力所在。

但另一方面,民国元年上海基层审判模式的变化,代表了此后民国时期司法发展的总体方向。此后的民国法典全面采纳和推行了这一模式。辩论原则、律师参与、形式和程序主义、民事讼费、审检分立和刑事公诉等各项内容,都在民事和刑事诉讼法典中得到更全面和具体的规范。^②

同时,在实践中,经过北洋后期的短暂波折,到国民政府时期,新式司法系统的建设全面铺开,至1933年,全国有一半地区建立了形式上独立的法院体系。法律教育兴盛,律师的数量大增,检察官和律师的地位突出。^③在1932年以江苏省吴县案牍为主编辑的《民刑事裁判大全》中,可清晰地看到中立主义倾向具体而丰富的表现。^④因此,上海在辛亥革命后的短时期内发生的审判模式转型,实际上是此后多年民国司法发展的方向。

然而,单纯依靠西式理念建构的体系毕竟还没有在中国土壤上获得有力的系统性制度和资源的支撑。由于当时司法过程中的权责分配机制和客观条件的制约,民事纠纷无法完全在中立主义框架下得到公平解决,因此,民事审判沿袭了帝制时代的风格,重视情理和调解的倾向仍普遍存在。而刑事审判中情法之平的考量,则掩藏在扩张后的法官裁量权之下。所以,总体上而言,在民国元年的上海审判中,刑事和民事领域都出现了向中立主义模式的转型,只是民事方面程度上不如刑事领域,承袭传统风格比较明显。这一现象,在沿袭旧体制的其他地区自然相当突出。^⑤在此

① 参见许文濬:《塔景亭案牍》,俞江点校,北京:北京大学出版社,2007年。俞江根据该书有关判牍的实体内容判断,第8—10卷应为1912年至1913年9月之间的判词(参见俞江:《〈塔景亭案牍〉导读》,许文濬:《塔景亭案牍》,第5页)。

② 参见谢振民编著:《中华民国立法史》,第1216—1217、1223—1245、1249—1268页。

③ 参见黄宗智:《法典、习俗与司法实践:清代与民国的比较》,第38—43页。特定地区的状况,如民国时期江苏省的司法系统建设,参见Xiaoqun Xu, *Trial of Modernity: Judicial Reform in Early Twentieth-Century China, 1901-1937*, pp.132-137.

④ 参见《民刑事裁判大全》,上海:上海法学编译社,1932年。

⑤ 例如,浙江龙泉1912年的一件堂谕中,强调当事人合意,要求“各具甘结了案”(《季有祥诉季有为案·堂谕》,1912年8月,龙泉司法档案M003-01-16316,第3页,浙江龙泉市档案馆藏)。同年龙泉的一件批词中,官员强调旧道德的合理性,并以此劝谕当事人:“专制倒,共和兴,政体虽更,伦常不变。据称季肇歧等系该公民及门弟子,而竟联名具控师长,无论是否诬告,律以《春秋》为尊者讳之义,均为有所未安。此等浇风,真堪痛恨。但肇歧等虽不修弟子之职,而该公民要当守夫子之道。”(参见《连正

后的民国时代，仍然有体现，但程度已有所不同，例如调解的广泛实施以及情理的少量援用。^①随着西式法律教育的推广和法律体系的完善，在中央政府辖区内，司法形式主义和程序主义不断加强。但对普通人而言，严格技术化的运作并未赢得充分的社会认同。^②这成为司法的两难处境，其余绪至今犹存。

变与不变之间，实际上存在着另一重更深刻的关系。在传统的全能政府模式下，审判机构实行实质的中立主义，必然带来诸多问题。社会民众对司法作为国家权力的代表实行善治的期待，往往无法在司法高度技术化的运作中得到满足。这种国家权力运行模式与具体司法形态的密切关联性，不仅在历史上深刻存在，也值得当前中国司法改革的研究者和实践者深入体察。

〔责任编辑：刘 鹏 责任编审：张芝梅〕

-
- ① 刘诉季肇歧案·批词》，1912年11月，龙泉司法档案 M003-01-09474-1，第7—8页，浙江龙泉市档案馆藏）。
- ① 对1934—1935年全国范围民事案件调解的相关研究，参见赵建蕊：《民国时期的民事调解制度——以〈民事调解法〉为中心》，硕士学位论文，中国政法大学，2007年，第23—30页。对民国时期四川新繁县民事案件的抽样研究显示，有三分之一的案件是由调解或和解结案，传统的方式发挥了重要作用。参见刘昕杰：《以和为贵：民国时期基层民事纠纷中的调解》，《山东大学学报》2011年第4期。关于情理的运用，参见尹伟琴：《论民国时期基层法院判决依据的多样性——以浙江龙泉祭田纠纷司法档案为例》，《浙江社会科学》2010年第5期。
- ② 参见 Xiaoqun Xu, *Trial of Modernity: Judicial Reform in Early Twentieth-Century China, 1901-1937*, pp. 312-315. 关于当时不同辖区司法运作的比较研究，参见王志强：《民国时期的司法与民间习惯——不同司法管辖权下民事诉讼的比较研究》，《比较法研究》2000年第4期。

the dominant logic guiding the behaviors of local states, and have led to their selective fulfillment of their functions.

(6) Project System: A New System of State Governance *Qu Jingdong* • 113 •

As an incremental part of the new dual system, the project system aims to break the shackles of the existing bureaucratic system as represented by the unit system through such ways as special transfer payment of state revenues, so as to mitigate the differentiation effects caused by the market system and to increase the investment in people's livelihood and public services. The new system of state governance established with the core of project system is conducive to the formation of a hierarchical central-local governance mechanism, and has brought about a number of unexpected outcomes to the grassroots society. The collective debt at the grassroots level, sectional interests and systemic risks concurrent with the project system will have important implications for the sustained development of the society.

(7) Trust Pattern of Urban Chinese Citizens and the Impact of Social Capital: A Case Study of Guangzhou City

Zou Yuchun, Ao Dan and Li Jiandong • 131 •

This study uses the data on Guangzhou drawn from a 2009 survey on Social Network and Occupational Experiences in Chinese Cities, changes the analytical unit from the general "Respondents" to "Respondents-Trust," and uses the Logistic Regression Model to analyze the trust pattern. We have found that there exist hierarchical variations in an individual's trust both of a natural person and of the institution; an individual's trust of a natural person is less than that of the institution. Meanwhile, the social capital of the "New Year Greeting Network" plays a positive role in the trust of family members, the social capital of the "Social Eating Network" is more likely to have negative effects on the trust of the institution, and the social capital of the "Employment Network" plays a positive part in the trust of the institution.

(8) Transformation and Inheritance of China's Grassroots Court Trials since the 1911 Revolution: With the Example of Shanghai in 1912

Wang Zhiqiang • 149 •

With the reallocation of duties and responsibilities on the parts of the court and litigation participants, the court trial mode of Shanghai in 1912 also witnessed a shift from a traditional supra-activist one to a neutralist one, largely motivated by the wealth of legal-political knowledge, talents and opinion amassed since the fall of the Qing dynasty. However, this new system did not win any systemic support either from the institution or from resources. In particular, the allocation of duties and

• 207 •

responsibilities in civil trials partially inherited the old model. As a result, some features that used to appeal to reason and the will of litigation participants of the imperial times were retained in civil trials. These changes reflect the main trends of judicial reforms during the period of Republic of China.

(9) Literary Theory Crisis and an Effective Interpretation of Literary Texts

Sun Shaozhen • 168 •

Low efficacy or ineffectiveness in the interpretation of literary texts is threatening the legitimacy of literary theories. Western literary theories usually pursue philosophical universalism with high abstractness and even transcendentalism, while ignoring the specificity and uniqueness of literary texts. The dualistic opposition between the subject and the object in traditional philosophy does not correspond to the subject-object-form structure in literary texts. Western literary theories are also defective in that they take definitions and scheme of ideas as a guideline in methodology, such that some extremists even deny the existence of literature. The key to an effective interpretation of literary texts lies in the recognition that literary texts are a solid three-level structure: higher-level images, mid-level sentiment strings and lower-level normal forms. The task of literary text interpretation is to recreate the specific and unique codes that used to go unnoticed in literary theories through a multi-level specific analysis.

(10) The US' Drug Diplomacy toward Turkey in the Cold War Context: 1965-1975

Zhang Yong'an • 185 •

From the mid 1960s, in order to combat the growing domestic drug problem, the US government began to persuade its alliance Turkey to give up poppy growing, which has sparked a decade of diplomatic disputes between the two countries. The US' Cold-War strategy is a crucial constant that influences and frames US-Turkey relations during this period. Meanwhile, the US' drug diplomacy toward Turkey was often intertwined with this strategy, thereby posing a serious challenge to the alliance relations between the two countries. Due largely to Turkey's "non-cooperation" in the anti-drug problem, the US government made some changes in its drug diplomacy across different periods of time, i. e. from exerting unilateral pressure to building a multi-lateral system, and then to making economic compensations in exchange for Turkey's ban of poppy growing. However, as the anti-drug cooperation was highly "asymmetric," the cooperation between Turkey and the US became rather vulnerable and unsustainable. These changes are an important manifestation of the conflicts between drug consuming countries and drug producing countries, and reflect the evolutions of US' relationship with its alliances in the thawing Cold-War context.

• 208 •