

中国民事诉讼法制 百年进程

清末时期 第一卷

全书总主编 陈刚

本卷主编 陈刚

宗室觉罗诉讼章程

法院编制法

大理院审判编制法

大清民事诉讼律草案

刑事民事诉讼暂行章程

大清刑事民事诉讼法草案

中国法制出版社

中国民事诉讼法制 百年进程

(清末时期·第一卷)

总 主 编 陈 刚

本卷主编 陈 刚

中国法制出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国民事诉讼法制百年进程(清末时期·第一卷)/陈刚主编.
—北京:中国法制出版社,2004.10

ISBN 7-80182-383-4

I. 中… II. 陈… III. 中国民事诉讼—法制
—百年进程 IV. D913.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 016493 号

中国民事诉讼法制百年进程(清末时期·第一卷)

ZHONGGUO MINSHI SUSONG FAZHI BAINIAN JINCHENG
(QINGMO SHIJI·DIYIJUAN)

主编/陈 刚

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/880×1230毫米 32

印张/16.875 字数/394千

版次/2004年10月第1版

2004年10月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80182-383-4/D·1349

定价:30.00元

北京西单横二条2号 邮政编码 100031

传真:66062741

市场营销部电话:66012216

编辑部电话:66032924

读者俱乐部电话:66026596

邮购部电话:66033288

总 序

一套丛书的“总序”，往往是洒洒万言。但我欲用最直接、最简洁的文字写述本套丛书的“总序”。之所以如此，是因为读者完全可以从本套丛书所收录的内容上准确无误地判断出其出版价值及意义。个人认为，推出《中国民事诉讼法制百年进程》这套丛书，旨在增进理论界、实务界对近百年来我国民事诉讼法制发展状况的了解，通过整理、汇编、说明文献资料的方式，努力搭建公开、平等的学术平台，增加学术积累，满足立法及实务之需，促进本学科的可持续性发展。因此，本套丛书追求的最大价值不在于证明编纂者的创造，而在于渴望读者们、利用者们的发现。

自光绪二十八年四月丙申（1902年5月13日）清政府下诏沈家本、伍廷芳主持修律及拉开中国法制现代化之序幕，时至今日刚逾百年。中国法制现代化的百年进程，既是中华固有法制和法律思想全面走向衰败以及西方现代法制、法律文化逐渐本土化的过程，也是我国民事诉讼法制及其理论不断走向独立、成熟和体系化的过程。全面认识和评价这一过程，对于今天的立法者、司法者和研究者都具有十分重要的理论意义和现实意义。但我国目前尚未有全面总结中国民事诉讼法制现代化百年进程中的立法成果、理论成果的文献资料集，而弥补这一空白当属民事诉讼法学者应为的一项学科基础建设工作。

本套丛书的编纂者们希望能为填补这块空白提供力所能及的贡献，即便我们知道从事文献资料的提供工作确实是件“损多益少”的事情。虽然推出本套丛书的主要目的是搭建学术平台，但出于一

些众所周知的科研要求上的考虑，还是收录了若干篇编纂者们撰写的论文。

编纂者们原本设想按照时间顺序并集中相关内容推出本套丛书。然因资料收集上确有困难，加之出版上的技术性考虑，故而只能采取成稿一卷就出版一卷的方式。在整体规划上，本套丛书大致由下述各卷组成（需要指出，为便于读者利用本套丛书，以及便于新资料的补充，以下各卷并不意味着仅是单卷。例如《清末时期卷》现分为卷一、卷二，今后还有可能出版卷三）：

清末时期卷

民国初期卷

国民政府初期卷

抗战时期卷

民国后期卷

革命根据地卷

建国初期卷

社会主义建设时期卷

当代卷

租界及涉外卷

特别卷（伪政权卷）

编纂者建议，《中国民事诉讼法制百年进程》的引用缩语是《民诉百年》（卷）。此建议提出目的有二：一是尊重编纂者们的劳动；二是有利于指出编纂者们的错误。

感谢湘潭大学诉讼法研究中心对出版本套丛书提供的各项大力支持。

《中国民事诉讼法制百年进程》丛书总主编

湘潭大学法学院教授 陈刚

2004年4月2日

目 录

总 序	陈 刚 (1)
-----------	---------

· 导 论 ·

清末民事诉讼法制现代化背景研究	何志辉 (3)
第一章 传统民事诉讼法制的基本特征	(3)
第二章 清末民事诉讼法制现代化的内部动力	(18)
第三章 清末民事诉讼法制现代化的外部刺激	(27)
第四章 清末民事诉讼法制现代化的思想认识	(40)
第五章 清末民事诉讼法制现代化的社会载体	(50)
第六章 清末民事诉讼法制现代化的参酌取舍	(70)
第七章 清末民事诉讼法制现代化的历史反思	(86)

· 程序法制篇 ·

清末民事诉讼立法进程研究	陈 刚 何志辉 张维新 (101)
第一章 《大清刑事民事诉讼法草案》的形成	(102)
第二章 《大清刑事民事诉讼法草案》的争议概况	(109)
第三章 《大清刑事民事诉讼法草案》的命运	(121)
第四章 《刑事民事诉讼暂行章程》的过渡	(128)
第五章 《大清民事诉讼律草案》的形成	(132)
诉讼法驳议部属	赵 彬/纂辑 陈 刚/点校 (139)

第一章 总纲	(139)
第一节 刑事、民事之别	(140)
第二节 诉讼时限	(141)
第三节 公堂	(142)
第四节 各类惩罚	(143)
第二章 刑事规则	(145)
第一节 逮捕	(145)
第二节 拘票、搜查票及传票	(148)
第三节 关提	(150)
第四节 拘留及取保	(151)
第五节 审讯	(152)
第六节 裁判	(156)
第七节 执行各刑及开释	(157)
第三章 民事规则	(159)
第一节 传票	(160)
第二节 讼件之值未逾五百圆	(161)
第三节 讼件之值逾五百圆者	(162)
第四节 审讯	(163)
第五节 拘提图匿被告	(165)
第六节 判案后查封产物	(166)
第七节 判案后监禁被告	(169)
第八节 查封在逃被告产物	(171)
第九节 减成偿债及破产	(174)
第十节 和解	(178)
第十一节 各票及讼费（附讼费表）	(180)
第四章 刑事民事通用规则	(182)
第一节 律师	(182)
第二节 陪审员	(186)

第三节 证人	(193)
第四节 上控	(194)
第五章 中外交涉案件	(195)
附《颁行例》	(197)
民事诉讼法 [日] 松冈义正/讲授 张家慧、张维新/点校	(198)
例 言	(198)
绪 言	(199)
第一章 民事诉讼之本质	(199)
第一节 权利之行使及权利之侵害	(199)
第二节 保护权利之手段	(200)
第三节 公力保护	(204)
第二章 民事诉讼之意义	(204)
第一节 实质的民事诉讼之意义	(206)
第二节 形式的民事诉讼之意义	(212)
第三章 民事诉讼之主体	(216)
第一节 国家	(216)
第二节 当事者	(218)
第四章 民事诉讼之手段	(219)
第一节 私权之确定	(220)
第二节 私权之执行	(227)
第五章 民事诉讼之目的物	(230)
第六章 民事诉讼之行为	(232)
第一节 诉讼行为	(232)
第二节 执行行为及求此之行为	(233)
第一编 总论	(236)
第一章 民事诉讼法之意义	(236)
第一节 广义之民事诉讼法	(236)
第二节 狭义之民事诉讼法	(238)

第二章 民事诉讼法之内容	(238)
第一节 诉讼关系	(238)
第二节 执行关系	(238)
第三章 民事诉讼法之效力范围	(239)
第一节 关于人之效力范围	(239)
第一节 关于地之效力范围	(240)
第三节 关于时之效力范围	(241)
第二编 诉讼关系	(242)
第一章 诉讼主体	(242)
第一节 国家	(243)
第二节 裁判所	(243)
第三节 当事者	(267)
第二章 诉讼要件	(284)
第一节 诉讼要件之意义	(284)
第二节 诉讼要件之种类	(287)
第三节 诉讼要件之效力	(288)
第三章 诉讼行为	(288)
第一节 诉讼行为之意义	(289)
第二节 诉讼行为之要件	(290)
第三节 诉讼行为之种类	(291)
第四节 诉讼行为之外部关系	(298)
第三编 诉讼手续	(305)
第一章 诉讼手续之主义	(305)
第一节 口头审判主义及书面审判主义	(305)
第二节 公开审判主义及不公开审判主义	(307)
第三节 直接审理主义及间接审理主义	(308)
第四节 不干涉审理主义及干涉审理主义	(309)
第五节 当事者诉讼进行主义及职权诉讼进行主义	(311)

第六节 当事者处分主义及裁判所职权主义	(312)
第七节 当事者双方审理主义及一方审理主义	(314)
第八节 当事者同等主义及当事者不同等主义	(315)
第九节 口头辩论一体主义及诉讼行为同时主义	(316)
第十节 证据分离主义及证据结合主义	(317)
第十一节 自由心证主义及法定证据主义	(318)
第二章 诉讼手续之种类	(319)
第一节 要口头辩论之诉讼手续及不要口头辩论之 诉讼手续	(319)
第二节 本人诉讼及辩护士诉讼	(320)
第三节 通常诉讼及特别诉讼	(322)
第三章 通常诉讼	(322)
第一节 第一审诉讼手续	(322)
第二节 上级裁判所手续	(336)
第三节 再审手续	(341)
第四章 特别诉讼	(342)
第一节 督促手续	(343)
第二节 证书诉讼	(344)
第三节 为替诉讼	(344)
第四节 假差押诉讼	(345)
第五节 假处分诉讼	(346)
第六节 破产诉讼	(346)
第七节 人事诉讼	(347)
第五章 并合诉讼	(348)
第一节 因当事者之行为之并合诉讼	(348)
第二节 因裁判所之行为之并合诉讼	(350)
第四编 执行关系	(351)
第一章 执行主体	(351)

第二章 执行要件	(352)
第三章 执行行为	(353)
第四章 执行手续	(354)

·司法制度篇·

清末司法制度现代化进程研究	陈 刚 何志辉 张维新 (363)
第一章 清末司法制度现代化的契机与目标	(363)
第二章 官制改革与《大理院审判编制法》的出台	(366)
第三章 司法独立与部院权限之争	(371)
第四章 地方审判厅试办章程及其普适性尝试	(381)
第五章 《法院编制法》出台前的过渡发展	(391)
第六章 《法院编制法》的出台与内容	(398)
第七章 《法院编制法》的历史意义	(406)
调查日本裁判监狱报告书	王仪通/撰 张维新/点校 (414)
大理院审判编制法	张家慧/点校 (423)
大理院奏审判权限厘定办法折	(423)
第一节 总纲	(425)
第二节 大理院	(427)
第三节 京师高等审判厅	(428)
第四节 城内外地方审判厅	(428)
第五节 城隍局	(429)
各级审判厅试办章程	张维新/点校 (431)
法部奏酌拟各级审判厅试办章程折	(431)
第一章 总纲	(432)
第二章 审判通则	(433)
第一节 审级	(433)
第二节 管辖	(433)

第三节 回避	(433)
第四节 厅票	(434)
第五节 预审	(435)
第六节 公判	(435)
第七节 判决之执行	(437)
第八节 协助	(437)
第三章 诉讼	(438)
第一节 起诉	(438)
第二节 上诉	(439)
第三节 证人 鉴定人	(440)
第四节 管收	(441)
第五节 保释	(441)
第六节 讼费	(442)
第四章 各级检察厅通则	(444)
第五章 附则	(446)
法院编制法释义	王士林/编纂 罗筱琦/点校 (447)
序	(447)
例言	(448)
宪政编查馆奏核订法院编制法并另拟各项暂行章程折	(449)
第一章 审判衙门通则	(453)
第二章 初级审判厅	(460)
第三章 地方审判厅	(461)
第四章 高等审判厅	(466)
第五章 大理院	(468)
第六章 司法年度及分配事务	(472)
第七章 法庭之开闭及秩序	(477)
第八章 审判衙门之用语	(482)
第九章 判断之评议及决议	(483)

第十章 庭丁	(487)
第十一章 检察厅	(487)
第十二章 推事及检察官之任用	(494)
第十三章 书记官及翻译官	(501)
第十四章 承发吏	(504)
第十五章 法律上之辅助	(506)
第十六章 司法行政之职务及监督权	(507)
附则	(509)
法官考试任用暂行章程	(511)
司法区域分划暂行章程	(513)
初级暨地方审判厅管辖案件暂行章程	(515)
检察厅调度司法警察章程	(517)
第一节 总纲	(517)
第二节 逮捕人犯	(518)
第三节 搜查证据	(520)
第四节 护送人犯	(522)
第五节 取保传人	(523)
第六节 检验尸伤	(523)
第七节 接收呈词	(524)
第八节 附则	(524)
法官分发章程	(526)

导

论

清末民事诉讼法制现代化背景研究

何志辉*

中华法制文明源远流长，其独特的制度特征和精神品格，在世界法系图谱中大放异彩。自夏商周至春秋战国时期，奴隶制法律文明开始转型为封建制法律文明。自秦汉至隋唐以来，封建法制文明逐步定型，礼法合流而融汇一体，展现出传统法律文化的恢弘气势。

但自 19 世纪中期以来，随着西方列强的侵略与掠夺不断加深，中华法系出现危机，政治、经济、社会、文化等领域都发生剧变，近代中国被迫卷入世界范围的现代化大潮之中。至 20 世纪初期，清朝统治者迫于内忧外患的种种危机与压力，不得不放弃成规，变法修律，在固守本土与汲取外来文化之间参酌中外，艰难探索，小心抉择。

在清末变法修律的最后十年里，传统民事诉讼法制走向现代化的艰难进程，无疑是清末变法修律的一大重要内容。它不仅是中华法系传统民事诉讼法制全面瓦解的进程，也是西方民事诉讼法制不断东渐、融入本土的进程。虽然这一进程历经周折，未成正果，但给后人留下了十分珍贵的法制遗产和经验教训，值得探讨和反思。

第一章 传统民事诉讼法制的基本特征

民事关系与民间纠纷的存在，是民事诉讼法制发展的前提。尽

* 何志辉，男，湘潭大学法学院讲师，澳门科技大学法学院博士研究生。

管古代中国社会以自然经济和宗法伦理占统治地位，民事关系比较简单，但民间纠纷无从避免，需要相应的诉讼制度。

学界一般认为西周时期已有民事诉讼与刑事诉讼的区分。《周礼·秋官·大司徒》曰：“凡万民之不服教而有狱讼者，与有地治者听而断之”，郑玄注：“争罪曰狱，争财曰讼”。《周礼·秋官·大司寇》又曰：“以两造禁民讼，以两剂禁民狱”，郑玄注：“讼谓以财货相告者，狱谓以罪相告者”。由“夏官”、“地官”办理民事诉讼为“听讼”，由“司寇”办理刑事诉讼为“折狱”。然而有学者认为《周礼》关于“狱”、“讼”之分并非指制度而言，而是表述个别案件的用语，传统观念下的“狱”与“讼”与近代西方意义上的刑事诉讼和民事诉讼，有着完全不同的指导思想和价值内涵。^①也有学者认为，从总体看传统法律的形式主义要素十分稀薄，“程序法一直没有独立于实体法之外，其内部分化也很不充分，根本不存在几种诉讼程序并立的现象”。^②

具有规范意义的传统诉讼法制，最早体现在战国时期李悝《法经》之“捕法”和“囚法”中，但属于刑事诉讼内容。自商鞅变法以来，封建诉讼法制继续沿袭这一传统，逐渐形成“诸法合体、以刑为主”的混合法格局，民事诉讼附庸于刑事诉讼之下。封建法制发展到最完备的时期是在唐朝。《唐律疏议》关于“斗讼”、“捕亡”、“断狱”诸条虽然比较完备，却属刑事诉讼内容，民事诉讼规范相对稀少。宋朝诉讼法制大体沿袭唐朝，在具体制度上略有发展，而基本模式与性质并无改观。元朝初次在正式法律中出现“诉讼”一词，其诉讼法制无论是内容还是形式，都呈现出新的特点。据《元史·刑法志》记载，“诉讼”篇已独立成篇，不同于唐律“斗讼”诸篇，程序法与实体法、民事诉讼与刑事诉讼初步出现分离趋势，如对民事

① 关于这一考证分析见，（日）滋贺秀三：《清代中国の法と裁判》，创文社1984年，第9页。

② 季卫东：《法治秩序的建构》，中国政法大学出版社1999年，第55页。