

中国民事诉讼法制 百年进程

民国初期 第一卷

总主编 陈刚

本卷主编 邓继好

民初民事诉讼法制现代化研究

诉讼程序浅释

山西省息讼会办法

民事诉讼条例详解

民事诉讼施行条例

百弊丛书(节选)

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

国家重点学科华东政法大学法律史学科建设项目

上海市人文社科建设基地华东政法大学外国法与比较法研究院建设项目

中国民事诉讼法制 百年进程

民国初期
第一卷

总主编 陈刚

本卷主编 邓继好



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

中国民事诉讼法百年进程·民国初期·第一卷/陈刚
总主编; 邓继好分册主编. —北京: 中国法制出版社,
2009. 5

ISBN 978 - 7 - 5093 - 1244 - 5

I. 中… II. ①陈…②邓… III. 民事诉讼法 - 法制史 -
中国 - 民国 IV. D925.102

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 074149 号

中国民事诉讼法百年进程 (民国初期·第一卷)

ZHONGGUO MINSHI SUSONG FAZHIBAINIAN JINCHENG. MINGUO CHUQI

DI YI JUAN

主编/陈 刚 邓继好

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2009 年 6 月第 1 版

印张/17.75 字数/399 千

2009 年 6 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 1244 - 5

定价: 45.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66026587

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

总序

一套丛书的“总序”，往往是洒洒万言。我却欲用最直接、最简洁的文字写就本套丛书的“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、伍庭芳主持修律及拉开中国法制现代化之序幕，时至今日已逾百年。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，顾尔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）。此建议的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

说明：《中国民事诉讼法制百年进程》丛书的编写活动始于本人在湘潭大学工作期间。斗转星移，本人现在华东政法大学从事教学研究工作，出于尊重历史考虑，未对本丛书“总序”中有关本人所属单位的表述进行修改。特此说明。

感谢华东政法大学校长何勤华教授将本卷（民国初期·第一卷）纳入其主持的“国家重点学科华东政法大学法律史学科建设项目”和“上海市人文社科建设基地华东政法大学外国法与比较法研究院建设项目”。

《中国民事诉讼法制百年进程》丛书总主编
华东政法大学法律学院教授 陈刚

2009年3月20日

(181) 孙立杰、陈刚 著 杨立杰、陈刚 著 (1)

(281) 绪论 (2)

(103) 第二章 民初民事诉讼法制现代化的背景与路径 (11)

(444) CONTENTS 第三章 民初民事诉讼法制现代化的集团推动力 (28)

(804) 第四章 民初现代民事诉讼法制观念的生成与发展 (44)

(374) 第五章 民初现代民事诉讼原则的确立与展开 (67)

(084) 第六章 民初民事诉讼审判制度的泥守与权变 (86)

民初民事诉讼法制现代化研究

(1912 - 1928) 杨立杰、陈刚 著 (1)

(第一章) 绪论 (2)

第二章 民初民事诉讼法制现代化的背景与路径 (11)

第三章 民初民事诉讼法制现代化的集团推动力 (28)

第四章 民初现代民事诉讼法制观念的生成与发展 (44)

第五章 民初现代民事诉讼原则的确立与展开 (67)

第六章 民初民事诉讼审判制度的泥守与权变 (86)

第七章 民初民事裁判执行制度的继受与新创 (119)

第八章 结语 (144)

诉讼程序浅释 阎锡山 编著/王重阳 点校 (151)

序 (152)

第一编 本论 (154)

第二编 附录 (173)

山西省息讼会办法 王晓 点校 (178)

民事诉讼条例详解 金绶 著/康志 点校 (181)

第一编 总则 (186)

第二编 第一审程序 (361)

第三编 上诉审程序 (444)

第四编 抗告程序 (466)

第五编 再审程序 (473)

第六编 特别诉讼程序 (480)

民事诉讼施行条例 (534)

百弊丛书 (节选) 王钝根 编纂/邓继好 点校 (535)

(11) 章二第

(82) 章二第

(44) 章四第

(70) 章五第

(86) 章六第

(119) 章七第

(144) 章八第

(121) 章八第

(123) 章一第

(124) 章二第

(173) 章二第

(871) 章二第

民初民事诉讼法制现代化研究 (1912 - 1928)

杨立杰^①陈刚^②著

第一章	绪论
第二章	民初民事诉讼法制现代化的背景与路径
第三章	民初民事诉讼法制现代化的集团推动力
第四章	民初现代民事诉讼法制观念的生成与发展
第五章	民初现代民事诉讼原则的确立与展开
第六章	民初民事诉讼审判制度的泥守与权变
第七章	民初民事裁判执行制度的继受与初创
第八章	结语

① 杨立杰，法学博士，律师。主要研究方向：民事审判理论与实务。

② 陈刚，法学博士，华东政法大学教授。主要研究方向：民事诉讼法学。

第一章 绪论

中国传统法制，立足于自给自足的农耕经济、皇帝集权的专制政体以及家族本位的宗法社会，在长期的历史发展过程中形成了独树一帜、与众不同的精神品格和文化魅力，呈现出浓厚的民族色彩。其影响，对内有力地维系着中国的政治、经济和社会结构，使之绵历两千余年，“屹然独立于天地间，经久而不替”；^①对外则曾一度为日本、朝鲜、越南等周边国家所效仿，在东亚地区形成以礼法文化为基本特征的儒家法文化圈，被誉为“中华法系”，并与印度法系、伊斯兰法系、罗马法系、英大法系并称为世界五

大法系。

然而长期以来，由于政治、经济和社会环境变化缓慢，中国传统法制基本维持着其原有面貌，很少变化。但是18、19世纪，随着资产阶级自由、民主与人权思想的兴起，欧洲各国法制纷纷改弦更张，面貌为之一新，而中国传统法制却依然停留在中世纪，墨守陈规，不思更新。“可断言者，中国传统法制实自法国大革命以后，始大幅度落后于欧陆各国。”^②

1840年以后，中国被迫打开国门，走向世界，社会空

① 张金鉴：“中国法制特有之精神”，何勤华、李秀清，《民国法学论文精粹（基础法律篇）》，法律出版社2003年版，第264页。

② 那思陆：《清代中央司法审判制度》，北京大学出版社2004年版，第222-223页。

前变化。在西方现代法制文明强有力的碰撞、冲击与挑战之下，中国传统法制愈发显露出其调适不灵、难以因应的落后一面。中日甲午海战，“高度西洋化、近代化之日本战胜了低度西洋化、近代化之中国”。^① 举国震惊的同时，人们终于认识到中国传统体制的严重不足，一时间“朝野士大夫无不企慕泰西之法治思想，以为挽救吾国当代颓势，舍欧美最新之法而莫属”，^② 变法图强逐渐成为社会上下的普遍共识和强烈呼声。1902年，内外交困的清政府被迫下诏修律，在“务期中外通行，有裨治理”的方针指导下，仿照大陆法系的架构大规模改革传承已久的固有法制。辛亥以后，继起的民国政府继承了晚清修律的成果，并继续以“模范列强”、“会通中西”的姿态推进各项法制的创设与改进。自晚清修律起，中国法制开始逸出相对封闭、独立发展的既有轨途，逐步融入到世界法制现代化潮流之中，以择取西方现代法制为进路，由传统向现代艰难转型，迄至今日，虽逾百年而未有已。

回顾中国法制现代化“激荡的百年史”，民初民事诉讼法制的变革无疑是其中至为重要的一环。一方面，“以法制历史言，从晚清到民初北京政府时代，中国社会历经急遽的变迁，在法制方面的反应十分深刻。”^③ 民事诉讼作为一项与社会经济、百姓生活最为密切相关的法律制度，其体现尤其丰富与明显；另一方面，民初在民事诉讼审判领域所做的努力，不仅将清末法制改革所取得的“纸面上的成果”大部分付诸实践，“使得民事诉讼完全走出了长期以来被认为是‘不应该有’的阴影”，“从根本上改变了法律体制的性质”，^④ 基

① 蒋廷黻：《中国近代史》，团结出版社2005年版，第124页。

② 孙彼得：“我国之法治精神”，何勤华、李秀清，《民国法学期刊精粹（基础法律篇）》，法律出版社2003年版，第259页。

③ 黄源盛：“民初大理院司法档案的典藏整理与研究”，载《政法法学评论》1998年第59页。

④ [美] 黄宗智：《法典、习俗与司法实践：清代与民国的比较》，上海书店出版社2007年版，第28页。

本满足了社会发展对纠纷解决的需要,而且为南京国民政府制定“六法体系”、最终完成中国法制的早期现代化奠定了基础。透过民初民事诉讼法制的研究,既可以开拓了解民初政治、经济、社会面貌的新视野,也有助于揭示我国近代史上法制变革与社会变迁之间的互动关系。

当前,我国正在全面建设社会主义和谐社会,建立健全与和谐社会相适应、支撑和谐社会发展的民事纠纷解决机制已经成为民事诉讼法制现代化的首要任务。为了完成这一任务,学习、借鉴国外的先进制度固然重要,而从本国历史发展的经验教训中汲取营养则更加不可或缺。诚如日本民事诉讼法学者中村英郎先生所强调的,“民事诉讼制度是历史的产物,若要正确地把握该项制度及其理论,就必须对之加以历史性的认识。”^①因此,研究民初民事诉讼法制更为直接的意义在于,可以帮助我们把握民事诉讼法制的历史渊源、属性特征及其未来的发展趋向,为我国今后的民事审判方式改革、民事诉讼法完善以及民事诉讼法制理论发展提供历史的借鉴。

此外,虽然民初政局跌宕、战事纷扰,但包括民事诉讼在内的司法制度却能够在混乱动荡的时局中保持清末以来法制现代化的连续性,并有所发展、进步,与民初社会百弊丛生的各项事业相比,足可谓成绩彰显。对此,梁启超曾予以高度评价:“十年来,国家之举措,无一不令人气尽,稍足以系中外之望者,司法界而已。”^②显然,对于我们今天所从事的转型期法制建设而言,民初作为社会急剧变迁的“过渡时代”,其现代化探索的过程本身就极具经验价值与参考意义。

然而,由于各种因素的影响,民初民事诉讼法制现代化问题长期没有得到学界的足够重视,过往研究中虽有所触及,但大多只是

① [日] 中村英郎:《新民事诉讼法讲义》陈刚等译,法律出版社2001年版,中文版序。

② 梁启超:“法律评论创刊号题辞”,载《法律评论》1923年第(1)期。

零散的描述性介绍,研究远未展开,全面、系统的专门性论著尚不得而见。因此,对这一课题进行深入客观的专题研究,有助于填补该领域的空白,无疑是具有学术开拓性意义的。

有鉴于此,本文以“民初民事诉讼法制现代化”为题展开研究,力求通过对相关史料的爬梳、整理与分析,从观念、制度、实践等方面考察这一时期民事诉讼法制变革的曲折进程,勾勒其变化的大概面貌,揭示其发展的必然规律,总结其改革的成败得失,进而凸显其对于我国民事诉讼法制发展的深刻历史启示。

一、论题解说

(一) 民初的历史分期

民初是一个相对模糊的概念,对其历史分期,学界尚无明确统一的认识。在本文的研究中,所谓民初,是指起始于1912年元旦中华民国成立,迄至1928年底南京国民政府名义上统一中国之前的这一历史时段。^①从政权的角度看,则主要包括南京临时政府时期和北洋政府时期。这一时期,在辛亥革命的洗礼下,民主共和思想深入人心,宪政法治观念广为流布,法制现代化的重点“在于宪政体制的探索与变革”。^②在司法制度方面,则始终围绕三权分立的现代西方宪政精神,以司法独立为原则展开各项诉讼审判制度的创建与完善。但同时,这一时期又是典型的军阀政治时代,在民主共和的表面之下是军事专制独裁,政权争夺激烈,兵祸连年不断,社会中尤

① 也有学者以1927年南京国民政府成立作为民初下限的界点,如张生所著《民国初期民法的近代化——以固有法与继受法的整合为中心》即是(参见张生:《民国初期民法的近代化——以固有法与继受法的整合为中心》,中国政法大学出版社,2002:1)。笔者认为,南京国民政府的成立并未立即即改变民国以来由北洋军阀政府所主导的法制发展路向,特别是司法诉讼领域“暂仍旧惯”,变化不大。1928年形式上统一中国后,国民党开始在全国实施其党国政治体制,推行“司法党化”,法制建设始进入另一个历史阶段。从法制发展的阶段性考虑,民初的下限应以1928年为宜。

② 朱勇:《中国法制通史:清末民国卷》,法律出版社1999年版,绪言。

其是广大农村地区传统因素依然占据着主导地位，法律进步与司法发展受到诸多客观因素的制约，只能在夹缝中艰难进行。

从政权的角度来看，本文所论的“民初”，主要包括南京临时政府和北洋政府。至于这一时期出现的其他政权，如护国军政府、护法军政府、广州大元帅大本营、广州和武汉国民政府等，在推动民事诉讼法制现代化探索和发展方面建树无多，其稍有作为者仅广州军政府颁行《民事诉讼律》和武汉国民政府改革司法制度两项，亦因施行范围狭小而影响不著，故除非必要，均略而不论。

另外，需要说明的是，近代中国民事诉讼法制现代化是一个连续的过程。这一过程由清末修律肇其端，以南京国民政府制订“六法体系”总其成，而民初则在中间起着承上启下的作用。因此，把时间范围限定在民初，并不意味着将其他两个时期完全排除在本文的研究之外。相反，基于它们之间的继承性和连续性，将会在行文过程中不时论及。

（二）民事诉讼法制现代化的涵义

民事诉讼法制现代化，就其概念的内在逻辑来看，蕴含着“现代化→法制现代化→民事诉讼法制现代化”这样一个属种关系。由此可见，如何界定民事诉讼法制现代化的涵义，取决于对现代化以及法制现代化概念的认识与理解。^①

现代化的内涵极其纷繁复杂，且其概念存在着某些不确定和难以统一的因素，但人们普遍承认：现代化是指人类社会自工业革命以来业已经历或正在进行的历史转变过程。在这一过程中，原有社会形态的固有结构被渐次突破，包含社会、政治、经济、文化等人

^① 我国近代法史研究中，存在着“现代化”与“近代化”、“法制现代化”与“法制近代化”的概念混用问题。本文把近代化视作现代化的早期阶段或者早期现代化，除行文中一律采用“现代化”的概念之外，并以这一理解为前提使用“近代化”、“法制近代化”的相关文献。有关概念的辨析，可参见刘笃才：“法制现代化研究与20世纪的法制变革”，载《辽宁大学学报（哲学社会科学版）》2000年第28（6）期，第38页。

类思想和行为的各个领域都发生了革命性的巨变。^① 法制现代化作为现代化在法制领域的生动体现,则是指与社会现代化相伴而生的传统法制向现代法制的历史变迁。但在法制现代化的具体内容或构成要素上,国内法学界却众说纷纭,多有不同见解。如吕世伦、姚建宗认为,“从总体上看,法制现代化包括法律精神现代化、法律制度现代化以及法律技术手段和物质设施的现代化,而其中法律精神的现代化,又是整个法律体系现代化的关键。”^② 谢晖则认为,“法制现代化具有四个要素,即法律规则的现代化、法律观念的现代化、法律运行的现代化和法律组织(公法组织)的现代化。这四者之间具有紧密的相关性,在法制现代化进程中,四要素形成一个有机共进的结构体系,任何一个要素被忽视,都必然会使其他要素深受其累。”^③ 而蒋立山把法律现代化^④划分为法律制度现代化、法律运作体制现代化和法律文化现代化三个不同部分,认为后发型法律现代化国家中,由于与社会现代化的制约关系不同,“法律现代化的不同部分的变化速度不同,即有的属于快变因素,有的属于慢变因素,

① 参见公丕祥:《法制现代化的理论逻辑》,中国政法大学出版社1999年版,第10页。

② 吕世伦、姚建宗:《略论法制现代化的概念、模式和类型》,南京师范大学法制现代化研究中心,《法制现代化研究》(第1卷),南京师范大学出版社1995年版,第5页。

③ 谢晖:《价值重建与规范选择——中国法制近代化沉思》,山东人民出版社1998年版,第81-82页。

④ 这里出现了“法律现代化”与“法制现代化”两个概念的关系问题。谢晖认为法律现代化不同于法制现代化,前者是指规范的现代化,后者则还包括除规范以外的组织、观念、行为、监督等,前者只是后者的规范前提(参见谢晖:《价值重建与规范选择——中国法制现代化沉思》,山东人民出版社1998年版,第58页)。而从蒋立山的分析来看,他所使用的“法律现代化”却并非仅限于规范或制度的层面,而是被赋予了观念、行为甚至文化等更为丰富的内涵(参见蒋立山:《法律现代化——中国法治道路问题研究》,中国法制出版社2006年版,第11-13页)。显然,这里蒋立山使用的“法律现代化”与谢晖使用的“法制现代化”,除了用词不同外,所要表达的概念内涵并无质的区别。这种概念使用上的混乱与矛盾,无疑与学者个人在语词理解和偏好上的差异直接相关。本文在不致产生歧义的情况下,混用这两个概念。

各部分容易出现相互脱节的现象。”^①上述观点可谓见仁见智，却也不乏共性，即思想、行为、规范构成了法制现代化不可或缺的三个基本要素。对这一共性可以换用另一套较为通俗的话语系统来表达，即法制现代化是法律观念、法律制度和法律实践的现代化。当然，我们还应看到，正是学者们视角多样、各有侧重的众多论述，一方面增进了人们对法制现代化的宏观理解和把握，另一方面也为微观的部门法制现代化研究奠定了良好的理论基础。

从人们对现代化和法制现代化的普遍共识出发，我们认为民事诉讼法制现代化，是指民事诉讼法制从观念、制度以及实践等多个层面由传统向现代的历史转型。然而，“对于现代化这样一个动态性的概念，任何使它获得确定性的企图都不可能获得完满的成功，因为它是一个过程，是一种连续，是当代世界正在持续着的一种变化，从全球意义来说，这一变化远未完成，对这个变化过程的满意的解释恐怕还有待于后世。”^②因此，为使论题的研究框架更加清晰、研究路向更为明确，在对民事诉讼法制现代化作出初步的、粗线条的界定后，有必要进一步从以下几个方面来理解和把握其概念的涵义。

① 参见蒋立山：《法律现代化——中国法治道路问题研究》，中国法制出版社 2006 年版，第 11-13 页。

谓“传统”与“现代”之分,^①以及二者之间的转换与更替。^②同时,因为这一历史进程是持续不断的,民事诉讼法制现代化的内容总是随着历史的发展而变化,“传统”与“现代”的划分也就只具相对的意义,今天所追求的“现代”到了明天可能就会成为需要扬弃的“传统”。

第二,民事诉讼法制现代化是世界性和民族性的有机统一。现代化首先是一种世界性的发展潮流,几乎没有哪个国家、哪个民族可以拒之门外。对置身其中、从一开始就处在落后位置的传统民族与国家而言,这更多地意味着法制现代化,包括民事诉讼法制现代化主要是一个学习、借鉴和移植西方国家先进法律制度的过程。现代化同时也是一个高度民族性的发展过程,每一个国家和地区都必须从自己民族的实际出发选择相应的发展道路和模式。法国启蒙思想家卢梭早就说过,“除了一切人所共同的准则而外,每个民族的自身都包含有某些原因,使它必须以特殊的方式来规划自己的秩序。”^③而美国学者布莱克在论及俄国和日本的现代化时也曾指出,“即使一个民族全部照搬一种外国宗教或法律制度,其结果也必然会受到实行这些制度的环境的很大影响。”^④民事诉讼作为纠纷解决的一种具有极强民族性的“地方性知识”,其现代化过程既是民族传统不断扬弃与逐渐重塑的过程,也是外来制度逐步适应和融入本土民族文化的过程。

① 现代化理论研究中,“传统——现代”两分法的历史观与“西方中心主义”内在相连,含有某种独断论的因素。但鉴于法制现代化过程中传统法制与现代法制之间显而易见的历史差异性,我们应当在唯物史观的基础上,借鉴采纳传统与现代这对概念工具的有益成分,以反映现代法的创新意义(参见公丕祥:《法制现代化的概念架构》,法律科学1998年,第89(4)期,第9-10页)。

② 公丕祥:“法制现代化的概念架构”,载《法律科学》1998年第89(4)期,第9页。

③ [法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆1987年版,第71页。

④ [美]C.E.布莱克等:《日本和俄国的现代化》,周师铭等译,商务印书馆1984年版,第23页。