

中国民事诉讼法制 百年进程

总主编 陈刚

清末时期
第三卷

本卷主编 谢文哲

清末《民事刑事诉讼暂行章程》草案考论
民事诉讼法原论

1877年德意志帝国民事诉讼法

迈向统一的1877年《德意志民事诉讼法》

日本民事诉讼法学演进之概述

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

清末时期
第三卷

总主编 陈刚

本卷主编 谢文哲



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. 清末时期·第3卷/陈刚
主编; 谢文哲分册主编. —北京: 中国法制出版社,
2009. 7

ISBN 978 - 7 - 5093 - 1337 - 4

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 112392 号

中国民事诉讼法百年进程 (清末时期·第三卷)

ZHONGGUO MINSHI SUSONG FAZHI BAINIAN JINCHENG.

QINGMO SHIQI · DI SANJUAN

责任编辑/郭善珊

封面设计/王志平

主编/陈 刚 谢文哲

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

版次/2009 年 7 月第 1 版

印张/14 字数/301 千

2009 年 7 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 1337 - 4

定价: 36.00 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。但我欲用最直接、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、伍庭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，故此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：《中国民事诉讼法制现代化百年进程》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。

《中国民事诉讼法制百年进程》丛书总主编
华东政法大学法学院教授 陈刚

2009年3月4日

目 录

CONTENTS

总 序	(1)
-----------	-----

清末《民事刑事诉讼暂行章程》草案考论	谢文哲 (1)
--------------------------	---------

附：民事刑事诉讼暂行章程	(19)
--------------------	------

第一编 总 则	(21)
---------------	------

第二编 民 事 案 件	(34)
-------------------	------

第三编 刑 事 案 件	(48)
-------------------	------

第四编 上 诉 及 再 审	(69)
---------------------	------

第五编 私 诉	(80)
---------------	------

第六编 裁 判 之 执 行	(83)
---------------------	------

民事诉讼法原论

..... 欧阳葆真、朱家璧 著/李喜莲、谢文哲 校	(98)
----------------------------	------

绪 论	(106)
-----------	-------

第一编 总 则	(115)
---------------	-------

第二编 通常诉讼手续	(164)
------------------	-------

第三编 特别诉讼手续	(210)
------------------	-------

第四编 强制执行 略论	(226)
-------------------	-------

1877 年德意志帝国民事诉讼法	蓝冰 译 (259)
------------------------	------------

第一编 总 则	(262)
---------------	-------

第二编 第一审程序	(297)
-----------------	-------

第三编 上 诉	(335)
---------------	-------

第四编 再 审	(345)
---------------	-------

第五编	证书诉讼与票据诉讼	(348)
第六编	婚姻事件与禁治产事件	(350)
第七编	督促程序	(359)
第八编	强制执行(略)	(361)
第九编	公示催告程序(略)	(361)
第十编	仲裁程序(略)	(361)
迈向统一的1877年《德意志民事诉讼法》		蓝冰 (362)
日本民事诉讼法学演进之概述		陈刚 (414)

清末《民事刑事诉讼 暂行章程》草案考论

谢文哲*

引 言

戊戌政变后不到三年，承继百日维新事业并在某些方面走得更远的变革再次出现于京师，波及于全国。史家把这次变革称为“清末新政”。“清末新政”的主要内容或表现之一就是变法修律，这开了中国法制现代化的先河。在清末法制改革中，修订法律馆一共拟订了几部诉讼法草案？一般法史著作中提到的无外乎《刑事民事诉讼法》、《民事诉讼律》、《刑事诉讼律》。但也有个别学者指出，应

* 作者简介：谢文哲（1973-），男，河南南阳人，法学博士，华东政法大学法学博士后流动站研究人员，华东政法大学法律学院教师。研究方向：民事诉讼法学。

是四部，除了上面提到的三部之外，还包括《民事刑事诉讼暂行章程》。^①至于后一部草案的详细内容或具体规定是什么，至今未见公开。华东政法大学陈刚教授处收藏有一本《民事刑事诉讼暂行章程》书册（以下简称陈藏本），他小心翼翼地将其交给我，一再鼓励我研读后进行点校并写点什么出来。我不揣简陋，试着做了，便有这篇自知与教授期望仍相去甚远的文字。下文将首先回顾总结清末新政中的法制改革概况，以期把握清末诉讼立法的大致背景；接下来对陈藏本进行品鉴，以期弄清其真伪、刊印年代、文本性质、价值；后面部分围绕《民事刑事诉讼暂行章程》草案本身一些问题进行考证或论述，以期交待章程草案的拟定情况、主要内容、特点及历史意义等。文后附上点校的章程草案，以便读者阅读和从事研究参考。

一、《民事刑事诉讼暂行章程》（书册）应为北洋政府统治时期或更早以前刊印的

记得陈教授交给我《民事刑事诉讼暂行章程》书册时，告诉我说，这是民国时期所印制的清末的法律文献资料。初见，这是一本纸张发黄、平装的旧书，扉页与封底尚全，书页完整，只是扉页上污迹斑斑的，书边角有破损，明显开裂的右侧已被另外加装了两只订书钉。该书颜色虽暗，但手感轻，别有一番特殊的、安然从容的气韵。书的扉页正中竖着题有“民刑事诉讼暂行章程”，其中“民刑”二字并排，书名字体为行草体，一看就是毛笔书写上去的，而

^① 参见徐立志：《沈家本等订民刑诉讼法草案考》，载张国华主编《博古通今学贯中西的法学家——1990年沈家本法律思想国际学术研讨会论文集》，陕西人民出版社1992年版，第453页以下；该《沈家本等订民刑诉讼法草案考》文又见于杨一凡总主编：《中国法制史考证·甲编第七卷·清代法制考》，中国社会科学出版社2003年，第642—655页；徐立志：《中国近代法律援助制度的产生与发展》，载韩延龙《法律史论集》（第4卷），法律出版社2002年版，第184页以下。陈刚、何志辉、张维新：《清末民事诉讼制度现代化的形成与展开》，载陈刚总主编：《中国民事诉讼法制现代化百年进程·清末时期·第1卷》，中国法制出版社2004年版，第128—132页；吴泽勇：《〈民事刑事诉讼暂行章程〉考略》，载《昆明理工大学学报（社会科学版）》2008年8卷1期。

不是印刷上去的。书内所用纸张为土纸，表面粗糙，没有光泽，易撕裂，风尘感、残缺美十分突出。书内文字为竖版宋体繁字，字迹深入纸背，有明显的凹凸手感，从纸的正面还可以清晰地看出背面的印字凸感，许多字印得并不精细完整，墨未印实之处随处可见，我以为应属铅印了。书内页上端为横置波纹细线压顶，远边是竖行的书名和页码。书内置目录、正文及阅读提示三部分。全书文字、线条及目录与正文之间仅有的一副麒麟图案均为墨色。仅凭上述品鉴，我认为该本《民事刑事诉讼暂行章程》应为原件真品。

该书表面未注明刊于何代、出于何人，大概应不是公开发行的出版物。在该书的封面左侧靠下端有朱色印铃，尚可识曰“司法部参事厅”，印型呈长方形，字迹为横细竖粗的楷体。邀对印铃有研究的人士鉴别称，该印铃留存时间和书存世时间相当。我以为“司法部参事厅”应是该书的刊印或收藏的机构。是故弄清楚司法部参事厅的由来和存续期间便可大致推断该书的成书或刊印年代了。

据查证，司法部的称谓和设置始于民国时期，仅民国政府中央设有司法部。1911年10月10日，辛亥革命在武昌府城首义成功。11月6日，湖北军政府设司法部，部长为张知本。司法部下设民事司、刑事司、监狱司、总务司以及政法学堂和参事室。司法部是中华民国正式成立前执行司法任务的临时机构。1912年1月1日，孙中山在南京宣布中华民国临时政府正式成立，并就任临时大总统。根据此前脱离清政府宣布独立的各省（除华北、东北等地省份外）都督府代表会议所通过的《中华民国临时政府组织大纲》的规定，临时大总统以总统府作为办事机构，下辖陆军、海军、外交、司法、财政、内务、教育、实业、交通等9个行政部。1912年1月发布的《中华民国临时政府中央行政各部及其权限》^①进一步明确，各部设总长一人，次长一人。次长辅佐总长，整理部务，监督各局职员。

^① 《临时政府公报》1912年1月31日第3号。

次长由大总统简任，次长以下各员，由各总长按事之繁简，酌定人数。司法部于1912年1月成立，总长伍廷芳，次长吕志伊。但在紧张战争环境和“南北议和”的特殊条件下，仓促成立的司法部实际运作不畅。到了1912年3月13日，通过“南北议和”窃据了民国最高权力的袁世凯任命唐绍仪为国务总理，在北京组织第一届内阁，内阁共10个部，司法部总长为王宠惠。司法部下属三司，即民事司、刑事司、监狱司，此外部属其他官员还有参事4人，以参事厅为办事机构。司法部的职权是管理民事、刑事、诉讼登记、公证、监狱、幼年犯感化、出狱人保证、犯罪预防、督促法典完成、监察法令执行及其他一切司法行政。从1925年7月至1928年10月期间，国民党所建立的中央政府开始逐步掌控国家，此即初期的国民政府。到了1928年10月3日，国民党中央政治会议议定五院制的《国民政府组织法》，从此进入了一个新体制的时期。在新体制下，国民政府的内部机构，先后成立有秘书处、副官处、参事处等。参事处设参事14人，由政府简任，参事处设参事会议。根据国民政府参事会议规则，参事会的职权如下：政府咨询、办理特交事件、各参事建议提案审查、参事处收支经费审查、参事处职员成绩考核及其他重要事项。至于行政各部，1925年国民政府刚成立时，仅有军事、外交、财政3部，后来陆续增设交通、司法、内政、工商、农矿等部，以及教育行政委员会、建设委员会、侨务委员会、蒙藏委员会、禁烟委员会等。其中司法部的职权如下：管理民、刑事，非讼事件，人口户籍登记，监狱及出狱人保护事务，并其他一切司法行政。初期国民政府的司法行政，最初在大理院内设司法行政事务处掌理，后演变为司法行政委员会、司法部。根据上述交待可知，司法部的设置始于民国时期，并一直延续为各时期中央政府负责司法行政的不可替代的重要部门。民国各时期在司法部下均设参事之职位，参事工作机构初为参事室，从唐绍仪内阁开始的整个北洋政府统治时期即从1912年到1928年间为参事厅，到初期国民政府以及以后国

民党政府统治期间为参事处。

另外，以下资料也可印证笔者关于司法部参事厅存续期间的看法：一是中国国家图书馆馆藏的“CJ-30 司法公报月刊”，从 v. 1, no. 1 - v. 3, no. 3 (1912. 10 - 1914. 12) 到 no. 28 - no. 250 (1915. 1 - 1928. 5)，15 卷，均注明由北京司法部参事厅编印。二是《民事诉讼法草案》一书，由司法部参事厅编印，刊印时间为 1914 年。^①三是《俄罗斯票据条例》（普通古籍）一书，标注有司法部参事厅编，王之相译，刊印时间民国 10 年，即 1921 年。^②

综上所述，笔者认为，陈教授所言《民事刑事诉讼暂行章程》一书为民国时期所刊印，具体说是北洋政府统治的民国时期刊印的，是基本可信的。如果结合书的内容和时代考虑，司法部参事厅尚能如此重视这么一部在后世人看来相当简略粗疏的由没落清王朝拟定的法律草案而予以刊印，说明了当时的统治者及其司法部参事厅在法制理念和所面对的社会及制度环境上十分接近于过去的旧王朝，并且当时的可供参考的法律文献资料相当缺乏。由是认为，刊印《民事刑事诉讼暂行章程》之时应为北洋政府统治的初期阶段，而紧随清王朝之后的袁世凯当政期间的司法部参事厅作此事的可能性尤大。当然，前面的考证分析结论假设了一个前提，即司法部参事厅刊印了此书册。如果司法部参事厅是作为收藏保管单位而盖印的话，则表明此书册刊印时间必定更早一些，甚至不排除是清末。

二、《民事刑事诉讼暂行章程》（文本）系清末制订的法律草案

从书中文本用语和所涉及的官职及相关法律判断，该《民事刑事诉讼暂行章程》本身应为清末的产物。例如，书中第 1 页上，章

① 参见 www.ulib.org/cgi-bin/udlegi/ULIBAdvSearch.cgi?listStart=380&&&subject1=Law&perPage=20，登录时间 2009 年 1 月 28 日。

② 参见 <http://copies.sinoshu.com/copy2061417/>，登录时间 2009 年 1 月 28 日。

程的第1条内容为：“各级审判衙门已按《法院编制法》既经编制者，民事、刑事案件均由该审判衙门审判；其未经编制者，暂照现行例办理，但诉讼程序应适用《法院编制法》及本章程之规定。”在第14页上，章程的第45条内容为：“帝室缙麻以上之亲为证人者，就其所在讯问之。国务大臣、总督、巡抚为证人者，于其官厅所在地讯问之。若驻在别处，于其所在地讯问之。资政院议员为证人者，若于开会期内驻在开会地，于其地讯问之。”在第48页上，章程的第156条的内容为：“司法警察官及司法警察吏执行职务应遵宣统二年四月初二日法部奏定《检察厅调度司法警察章程》办理，若该章程规定与本章程规定有抵触者，应以本章程规定为断。”在第120页上，章程的第377条内容为：“谕知死刑者，其确定及执行于当未实施《大清刑律》、《大清刑事诉讼律》以前，暂遵照旧章办理。”这其中的“法院编制法”、“帝室”、“国务大臣”、“总督”、“巡抚”、“资政院”、“宣统二年”、“大清刑律”、“大清刑事诉讼律”等名词概念具有鲜明的时代印记，当这些名词概念一起集中出现于一个文本中时，对中国法律史有所了解的人都可以作出这样的判断。

清末新政中变法修律，开创了中国法制现代化的先河。这一时期清政府修订的法律草案很多，而实际颁行的法律文件屈指可数。稍作查证，显然《民事诉讼暂行章程》不在清末实际颁行的法律文件之列，初步认为其是晚清政府所准备和起草的一件法律草案稿。

三、陈藏本有力地支持了关于清末修订有四部诉讼法草案的观点

根据前文中的介绍，在清末法制改革中，修订法律馆拟订的诉讼法有1906年完成的《刑事民事诉讼法》、1910年完成的《民事诉讼律》和《刑事诉讼律》。除此之外，涉及民事诉讼制度的其他法律或草案主要还有1906年颁布实施的《大理院审判编制法》、1909年颁布

实施的《各级审判厅试办章程》和1910年颁布的《法院编制法》。一般法律史著作提及清末的民事诉讼立法，就限于这几部法律或草案。但是，也有如本文首个注释中提到的那些学者撰文指出，沈家本主持修订法律馆期间还于宣统二年（1910年）主持制订过一部诉讼暂行章程草案。其中，中国社会科学院法学研究所的徐立志研究员首先发现这一遗漏，发表有《沈家本等订民刑事诉讼法草案考》一文（以下简称徐文）。徐文也引起了注重考据的河南大学法学院的吴泽勇博士的关注，他在对相关文献、档案重新进行爬梳的基础上，撰写了《〈民事刑事诉讼暂行章程〉考略》（以下简称吴文）一文。在这些文章的轮番冲击下，清末修订有四部诉讼法草案的看法渐渐引起法史学界和诉讼法学的注意。只是关于该诉讼暂行章程草案的详细内容或具体规定是什么，至今未见公开。据悉中国社会科学院法学研究所图书馆收藏有《民事刑事诉讼暂行章程》草案（以下简称法学所藏本），为本文的写作，笔者曾嘱托在该所工作的友人帮忙前往调阅，但几经波折，难以查到。幸有徐文和吴文列出法学所藏本的章节目录，经比对发现，与陈藏本完全一样。因此，一方面，法学所藏本和陈藏本之间形成互相印证，陈藏本的存世价值和意义自不待言；另一方面，作为我国诉讼立法领域的重要文献资料，陈藏本的公开和点校出版，以一种实实在在的方式，补强了学者们对清末诉讼暂行章程草案的考证，有力地支持了关于清末修订有四部诉讼法草案的观点。此正是本文花上篇幅品鉴和考据陈版本之意义所在。

四、诉讼暂行章程的拟订情况

（一）起草动因

大凡立法及其准备活动都有一个必要性或动因的问题。修订法律馆拟订诉讼暂行章程的动因何在？以一种简单化的思路解释之，无非是现实社会有需要而又缺这个东西罢了。清末预备立宪，决定

模仿西方建立近代司法机构，实行司法与行政分立，先是于天津试办地方审判机构，接着在北京建立地方各级审判机构，至宣统元年（1909），各地审判机构陆续建立和开展审判活动，但当时国家并没有可资遵循的诉讼程序法。之前，本来为适应改革的即时之需，尤其是适应废除刑讯后审理案件的需要，按照修律大臣所提出的从删改旧法到制定新法的“两步走”方案，修订法律馆已拟订过一部《刑事民事诉讼法》，不过由于未能得到朝廷大臣及封疆大吏的支持；清最高统治者也认为草案所确立的各项制度与传统的诉讼体制区别太大，难以为社会所接受，因而将之搁置。

除了上述说明之外，诉讼暂行章程草案的起草动因还与《法院编制法》的出台有关。宣统元年十二月二十八日（1910年2月7日），由修订法律馆起草，宪政编查馆核定的《法院编制法》告成。宪政编查馆在奏请颁行该法时，指出鉴于该法一时难以颁行，建议先取“万不容缓”内容，制订“诉讼暂行章程”：“《法院编制法》之制定，固为改良审判之用，而诉讼律不同时颁布，则良法美制恐亦牵掣难行。现距诉讼律告成施行之期尚远，而《法院编制法》立待施行，臣等公同商酌，拟请飭下修订法律馆，将诉讼律内万不容缓各条先行提出，作为诉讼暂行章程，并会同法部查明中国诉讼积弊，奏明请旨严禁。”^① 这里的“诉讼律”，指当时修订法律馆正在修订的《刑事诉讼律》和《民事诉讼律》。按照清廷的筹备立宪计划，这两部法律应在光绪三十四年“编订”，宣统三年“核定”，宣统五年“颁布”，宣统七年“实行”。^② 所以“施行之期尚远”，宪政编查馆为此提出先行制订诉讼暂行章程。此后，关于该诉讼暂行章程的信息就不时在大臣的奏章中出现。^③

① 《大清法规大全·法律部·司法权限》。

② 《清德宗实录》卷595。计划后有变化。

③ 参见吴泽勇：《民事刑事诉讼暂行章程》考略，载《昆明理工大学学报（社会科学版）》2008年8卷1期。

（二）修订始末

修订法律馆何时开始着手起草诉讼暂行章程，历史档案资料中并无确切记载。据考证，最早饬令修订法律馆制订诉讼暂行章程的官方文件是前文提及的宪政编查馆奏进《法院编制法》的奏折，那时已到宣统元年年底。既然宪政编查馆和修订法律馆之间存在上下级意义上的关系，我推测，该奏折一下，修订章程的准备工作就应启动。宪政编查馆在宣统二年二月二十九日奏进的《核议法部酌拟死罪施行详细办法折》中提到：“臣馆上年奏进《法院编制法》时曾请飭下法律馆将诉讼律内万不容缓各条先行提出，作为诉讼暂行章程，并声明应按照奏定各节另订详细办法者，由法律馆于拟定诉讼暂行章程时分别拟定，等语。是死罪以下各案件施行之法即已包含其内……以上办法均应择要规定于诉讼暂行章程，如蒙俞允，即由臣馆咨行法律馆迅将此项章程分别拟定，奏交臣馆覆核，请旨遵行。”^①可见，到宣统二年二月，诉讼暂行章程的拟订准备已经就绪，或者说诉讼暂行章程已在拟订中了。

据第一历史档案馆清宪政编查馆档 100 号宣统二年（1911 年）发文表载“十月初二日，法律，诉讼暂行章程，发法律馆”，可以推测修订法律馆送审核稿的时间不晚于九月。另据第一历史档案馆清末宪政编查馆全宗第 9 号档案载宣统二年（1911 年）十二月二十四日，沈家本奏进筹办事宜的奏折中说：“臣馆拟定之诉讼暂行章程并律师单行法，当务之急，亟待实行。臣当悉心斟酌，将民刑诉讼事宜择要编辑，并拟定律师试验章程及律师律，并送法部，一俟商定，即行会奏。”可见，宣统二年年底，该章程大体定稿，只待与法部商定后，就奏进朝廷。

据清法部档 32209 号载，十二月初四日，修订法律馆将草案咨送法部：“本年各直省省城及商埠应设审判各厅，年内均须成立，所

^① 参见吴泽勇：《民事刑事诉讼暂行章程》考略，载《昆明理工大学学报（社会科学版）》2008 年 8 卷 1 期。