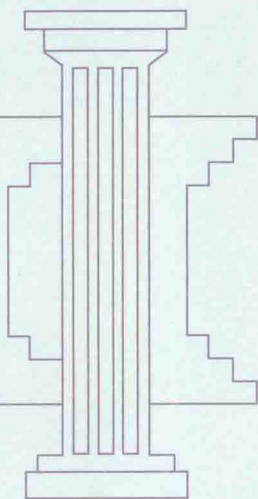


清末民国法律史料丛刊·京师法律学堂笔记

主编 何勤华

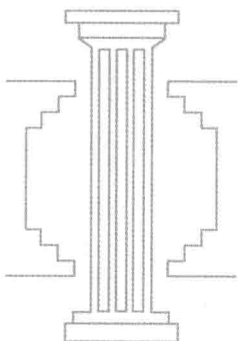
民事诉讼法

「日」松冈义正 口述 熊元襄 编 李凤鸣 点校



上海人民出版社





〔日〕松冈义正 口述 熊元襄 编 李凤鸣 点校

清华大学（国法律史料丛刊·京师法律学堂笔记

主编 何勤华

民事诉讼法

上海人民出版社



图书在版编目(CIP)数据

民事诉讼法/(日)松冈义正口述;熊元襄编;李
凤鸣点校. —上海:上海人民出版社,2013

(清末民国法律史料丛刊. 京师法律学堂笔记)

ISBN 978-7-208-11353-4

I. ①民… II. ①松… ②熊… ③李… III. ①民事诉
讼法—法的理论 IV. ①D915.201

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 069802 号

责任编辑 赵蔚华

封面装帧 王晓阳



清末民国法律史料丛刊·京师法律学堂笔记

民事诉讼法

[日]松冈义正 口述

熊元襄 编

李凤鸣 点校

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路193号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

上海商务联西印刷有限公司印刷

开本 635×965 1/16 印张 16 插页 4 字数 162,000

2013年12月第1版 2013年12月第1次印刷

ISBN 978-7-208-11353-4/D·2252

定价 40.00 元

京師法律
學堂筆記

总 序

探究近代法律文明的根源与脉络,已成为我们理解并提升自身价值的借镜,为此我们一直努力着。近十年来,我们已陆续点校出版“中国近代法学译丛”、“华东政法学院珍藏民国法律名著丛书”、“大清新法令”、“新译日本法规大全”等诸多清末民国时期的著作,这些点校作品大多以当时的法学译著、专著及法典为主,而包括清末民国时期法律讲义、辞书等在内的基本法律史料则因分布较为分散、查阅难度较大,以及数量庞大等原因而迟迟未能着手整理。因着机缘际会,华东政法大学外国法与比较法研究院于2011年仲夏从私人收藏者手中购得两千余册藏书,其中以民国时期出版的法律书籍为主,这使我们有机会将此类法律基本史料较为完整地展现在读者面前。

“清末民国法律史料丛刊”包含京师法律学堂笔记、朝阳大学讲义等清末民国时期的“法律讲义”,以及“法律辞书”与“汉译六法”三大系列。

大学的法律讲义是近代法律学科发展的重要基石。在中国法律近代化的过程中,众多学者孜孜以求,为法学之发展付出大量的心血和精力。清末民初,随着留学生的派出与西方学术的引进,法律教育也为之耳目一新。这些讲义中所探讨的许多基本

学术问题,并未因时光流逝而丧失其价值。相反,这些问题对于当代法学教育工作者而言,仍然意义重大,具有不可替代的参考作用。

法律辞书的编纂汇集了民国时期法律学者的群体智慧和力量,选入本丛刊的民国二十三年三月由大东书局出版的《法律大辞典》即为汪翰章、罗文干、戴修瓚、郑天锡、张映南、张志让、陈瑾昆、翁敬堂等十余位著名法学家的倾心合力之作。该辞书收录了中外重要的法律名词、中外法学家与立法者的生平简介、各种法律制度及相关重要事件,并对通用术语附有英文、德文、法文、意文、拉丁文等5种语言,成就了西方规范化学术成功嫁接到中国传统法律资源的典范。

清王朝的迅速灭亡以及随后十余年中国政局的动荡大大延缓了中国建设近代国家法制框架的进程。至南京国民政府成立,国内政局大体得以稳定。南京国民政府在详细参酌中外立法的基础上,短短数年间,建立了中国近代法的完整体系。“汉译六法”的出版对这一体系的形成功不可没。其所述者,或可激活我们对现代外国法学研究核心问题的深思凝虑。

清末及民国时期大学法律教育的基础讲义、法律辞书以及“汉译六法”奠定了中国近代在接受西方法律传统的同时构建自身法学知识谱系及其价值内涵的文本基础。本丛刊遴选出的书卷各本受制于一己之认识,偏颇难免,然我们秉承开放心态,尽可能纳入诸种重要作品,力求达至开放性及代表性之旨意。

囿于出版年代久远及书籍保管不善,这些法律史料已不便直接翻阅,藏有这些史料的图书馆也多将其作为特藏书,给借阅者加以

诸种限制。如本丛刊的出版能为广大读者带来查阅、研习之便利，那将是对我们精心整理这些文献的最大回馈。

是为序。

何勤华

华东政法大学外国法与比较法研究院

2013 年 12 月 1 日

点校者序

《民事诉讼法》系京师法律学堂笔记系列之第十六册，为清末法制改革时，日本法学家松冈义正在京师法律学堂讲授之笔记，编辑者熊元襄。本次点校采用的底本为民国三年版本。

熊元襄(1883—1924)，安徽宿松人，与丛书其他编辑者熊元翰、熊元楷系同胞三兄弟，其中熊元翰为长兄，熊元襄最幼。熊元襄少慧，系清宣统元年己酉科拔贡朝考一等生，京师法律学堂最优等第一名毕业。曾任司法部刑事司第二科主任，代理刑事司司长。熊氏有赴日经历，其时调充日本留学生监督处总务主任。此后，曾派充安徽高等审判厅厅长、安徽高等检察厅厅长等职。

熊元翰(1873—1950)，光绪二十八年举人，初任吏部主事，后考入京师大学堂法科，并以优异成绩毕业。曾任京师地方审判厅推事、民二庭庭长等职。

熊元楷(1881—?)，光绪三十三年丁未补行丙午科优贡生，京师法律学堂最优等毕业。历任江苏吴县第二初级检察厅监督检事，直隶第二高等检察分厅、上海地方检察厅检事，法官考试监试委员等职。

丛书编辑者之一熊仕昌，安徽凤阳人，生平不详。^①

^① 熊氏三兄弟之生平履历，源于熊元襄先生之孙熊良工提供之《熊氏家谱》，关于熊仕昌，源于熊良工之口述。熊良工先生现为安徽省宿松县实验中学教师。

丛书口译者汪有龄(1879—1847),浙江杭州人,毕业于日本政法大学。曾任清政府商部《商务官报》编辑、京师法律学堂练习、司法部次长、法律编查会副会长、大理院推事、朝阳大学校长等职。民国著名大律师。

一、古代中国诉讼法之难生

我国古代向无成熟的诉讼法和诉讼法学,虽然三代时即有“汝作司徒”“汝作士”这一似乎不经意的民刑诉讼有分的制度安排,以及“争罪曰狱”“争财曰讼”的有意识的分类。关于诉讼机关、审判程序、执行程序的制度也载诸法典,且渊源有自,其流甚古。但是,我国古代并没有单体的诉讼法典,诸法合体的思维并没有使我们认识到使之法典化的重要性。

在成文法国家,部门法的法典化是该部门法学的研究与实践走向成熟的标志之一,制度与规范的有机组合以形成系统化的内在结构,需要法学的成熟。我国历史上的诉讼制度,如关于诉讼机关、管辖、起诉、审判、执行等,并没有逻辑化、科学地进行制定和组合,只是零星地规定于刑律和其他一些审判衙门自定的规则中。古代中国,也许有层出不穷的诉讼法条款、规则、判例、注释和学说,但这些样态多系片断式、就事论事的规定或见解,不能表现出有机的整体形态。故仅从形式而言,我国古代的诉讼法也没有脱离母体长大成人,究其实,它只是刑律的一个部分,就一些具体制度而言,它或许还只是零散的游离态的原子。

实际上,我国源自三代的民刑分立的制度,即使不考虑是否真

实存在,其后的发展也无足观者。非但没有得以进一步发展,反而还表现出合二为一的形态。何况,三代之制,在司法实践中,是否确有其实,还有文献不足征的遗憾。笔者以为,相对应“细故”的诉讼,也许只是“中故”、“重故”,这些也许只是官僚体制下案情轻重的划分,而不是事物性质的分类。虽然,地方最高级官衙和中央机关对案件的复核有分工,但这只能说明机关职能的事务分配需要,而不必然反映审判机关内部机构和审理模式的分立,更别说司法理念上的区别了。民事诉讼和刑事诉讼相混沌的状态,表明我国古代诉讼法还处于粗胚的阶段,诉讼法学的研究还只是萌芽的随机或无心初露。毋庸讳言,其他的诉讼制度,也是如此。

我国古代诉讼法,相应规则主要集中于刑律的“诉讼”与“断狱”两篇。其中的规则,其旨在对违反这些行为规定相应的刑事制裁,目的在于对官员违反规则危及统治秩序的行为进行控制,以保障皇权的稳定。这是法家所言“明主治吏不治民”的原理在诉讼制度上的体现。在诉讼程序上,我国古代也设置一系列规则,但这些规则,其主流在于发挥上级权力制约下级权力的功能,保障民众私权之目的,只是其主流的反馈。因此,这些程序规则,很多只是官衙内部的操作规程,只发挥着唐代法制中律令格式中“式”的功能,也就是说,这些并不是今天意义上的诉讼法,形似而神不备。何况,一些程序,其目的惟在于增加当事人诉讼的难度,实际上只是程序障碍,与程序正义理念风马牛不相及。也许有人会说,古代只能那样,古代皆是如此,毋庸过于自责。但是,我们是否应该思考不同社会“古代”的长度?而且,历史应该反思,应该对比,更应该评价。正因如此,我们才会知道帝制的无道而建立民主;正因如此,人才能作为主体

的人而存在。存在的是真实的,但存在的不是永远合理的。遗憾的是,古代,我们缺乏这种“批判法学”的精神。我们承认愿赌服输的规则,我们却不去关注司法中的程序正义。诸如此类,导致诉讼法的难生,或者说,法学的难生。

二、熊辑民事诉讼法

清末的法制改革,使我国古代法学走出了中世纪,西方现代法学开始在中华法系的旧壤生芽抽枝。我国古代公法一统、实体法本位等固有形态开始向公私法并重、实体法与程序法并重的模式转型,破天荒地出现了刑律、民律、诉讼律等新兴的法律部门。在诉讼立法上,引进日本移植欧陆法学的成果,开始了诉讼法学现代化的历程。《大清刑事民事诉讼律》的制定,虽因保守派的阻碍而未施行,其后的《大清民事诉讼律》草案虽未及颁行,清廷即遭覆亡之宿命。然而,关于陪审制度、律师制度、上诉制度等具体制度的讨论,却使诉讼法学失语的旧王朝一新耳目;关于公开审判、司法独立、自由心证等基本原则的出场,也使我们这笨重的老大帝国眼前一亮。凡此种种,皆表明我们开始走向法学的新时代。

1880年,法国人毕利干翻译出版了《法国律例》,其中的《民律指掌》即是法国民事诉讼法的汉译。1905年前后,关于民事诉讼法专著,较为醒目即有十数种之多。^①我国的民事诉讼法学的研究,可以说,开始了从无到有的突破性进展。熊元襄所辑的《民事诉讼法》即为其中

^① 何勤华:《中国法学史》(第三卷),北京:法律出版社2006年版,第476页。

颇值关注的一种。该书于宣统三年出版后,民国元年至三年,连续三次再版,可谓领一时之盛。熊氏民法为松冈义正的讲课笔记,其时京师法律学堂,为我国现代法学起步之重镇,聘请了数量可观的外籍法学家来此任教,他们所传授的多系法学前沿有足称道的基本知识。受此浸染,熊氏民法的特殊性可见一斑。^①其主体内容如下:

关于民事诉讼,熊氏民法阐释了其本质、意义、主体、手段、目的物和民事诉讼的行为等诸问题。熊氏认为,民事诉讼,乃本国家公力以保护私权之手续。私权之被关注,在古代中国的义利观中,向来无足称道。清末变革中,公私观念的革新,从民事诉讼法学的引介中可见其风貌。

其次,熊氏论述了民事诉讼法的意义、内容、效力范围等问题。熊氏分民事诉讼法为广义与狭义两种形式,这种分类使诉讼法与司法机关组织法等有了显明的区分。民事诉讼法在本质上为公法,^②其内容可分为诉讼关系和执行关系两大类。关于诉讼关系,熊氏介绍了诉讼主体之国家、裁判所、当事者等现代诉讼法理论问题,颇值时人思考。如当事者能力,诉讼代理人问题,实为旧时中国难以关注的陌生物。^③实际上,诉讼法中诸多的具体制度,在时人看来皆为新鲜话题,如诉讼免跪、禁止刑讯等,似乎都让人百思不得其解。因为,如果这样,那还有王法吗?

熊氏随后介绍了诉讼手续的相关问题。笔者认为,其中关于诉

① 此处言熊氏,只为行文之便,因为此著系集体智慧的结晶,然因为熊氏所辑,即以其借代。

② 其时百年以前,学者皆谓民法为私法。

③ 古代中国也有相应的规定,如责任年龄、控告、讼师等相关规范,但未作为问题研究,也未有理论上系统的概括和探讨。

讼手续之主义的内容,^①在当时之中国,尤有开风气之先的价值。即在当前的诉讼法革新中,其字里行间,也有诸多令我们汗颜的意蕴。熊氏之主义,计有:口头审判主义、公开审判主义、直接审理主义、不干涉审理主义、当事者诉讼进行主义、当事者双方审理主义、当事者处分主义、当事者同等主义、口头辩论一体主义、证据分离主义及自由心证主义等。熊氏在将之与其各相对相反之主义相互比较利弊的同时,从其意义、历史等方面进行了概括式的梳理,阅读其间,令人深思。关于诉讼之手续,熊氏探讨了通常诉讼与特别诉讼等诸类型的各自内容与特点,言简意赅,有理论分析,有例举,通俗易懂。

最后,熊氏用简单的笔墨,勾勒了执行关系的基本问题,如执行主体、要件、行为、手续等。主次分明,详略得当。虽然,就当前的诉讼法学研究而言,熊氏的介绍皆为常识,然即便如此,当前学界,对于常识还有诸多迷惑不解之处。如证明责任问题,调审分离问题,诉讼结构问题等。因此,历史并没有当然过去。

三、跨时空的阅读

翻捻着发黄发脆的书籍,笔者心中油然而生温情和敬意,整理百年前的著述,仿佛穿越了时空,我在和另一个空间的哲人对话。其人之所思、所著、所喜、所悲,娓娓道来,一一浮现,萦绕不去。想见那时的风貌,那时的风物人情,我觉得自己如同立身于清末法制转型的刹那,感同身受其人之苦痛与愉悦。法制现代化,如从清末

^① 当今话语,应理解为诉讼法原则。

算起,已历百年之久,我国目前已建置了完备庞杂的法制体系,我们也有了令人瞩目的经济实力,然而,我不知道,我们是否已全部走出了中世纪。阅读旧著,或许为其幼稚,或许为其无奈,我们可能油然而生优越感。然而,我见青山多妩媚,料青山见吾应如是,我们的努力,果真无愧于逝去的痕迹吗?

就民事诉讼法而言,保护私权,处分主义,平等原则,当事人进行主义,凡此种种,皆系从身份到契约的自由之果。然而,面对当前司法改革的胶着状态,我们对历史是否应有更多的尊重和理解?就民事诉讼法的修改而言,一再而三,我们的话语是否已然达致共识,是否接受了社会正义实现的一般原理?这些,我们都该扪心自问。

诚然,我们有我们的传统,有独特沉重的历史包袱,有令人自豪的民族精神,有积重难返的社会症结,有欲理则乱的社会现实。这些,皆可以成为我们固守不愿更张旧制的理由。我们的民众法治意识淡漠,我们甚至很愚昧幼稚。然而,这些可以使我们心安理得地一蹶不振甚而举步不前进而“吾从周”吗?非也。包袱沉重,故应弃解;积重难返、欲理则乱,故须有的放矢,求其肯綮;愚昧幼稚,故须发凡启蒙,促其成立。也许有人说,这非诉讼法学可单独奏效。然而,是不为也,非不能也。法治的建立,需要一点一滴的进步,每一个公民,都有促其进步的责任,民事诉讼法学者,也责无旁贷。如举证问题、再审问题、既判力问题、审判委员会问题、独立审判问题、当事人主义问题、处分原则问题等等,直到现在,其间纠结依然难解难分。这些问题,可能都涉及理性人的回归,然而,我们是否一味地枯等当事人长大?什么是我们的贡献?至少,不同审级一统江湖式的案情类型管辖及其审理规程,我们是否可以有更理性的设计?那种只存在级别差异的同质性、克隆式法庭模式,怎会仅因一个“国情”了得?

阅读历史,笔者的感受,涛卷潮涌。笔者觉得,法学者的研究,在于追求真理,以寻找正义实现的方式,法学的研究,不在于时髦和热点,而在于真正的贡献。作为法律史研究者,笔者常常会接触一些弃历史如敝屣的法学人,他们所表达的“实用主义”的心态,也许代表了不少人的看法。这些,无疑会令一些法律史学人心动神摇。虽然,这些并没有使我觉得冷落,却陡然在我心里激起一阵悲凉。梳理当前民事诉讼法学讨论的一些宏大叙事式理论问题,我总觉得有似曾相识之感,总想着在哪儿看过。有时,甚至哑然失笑:我们有些研究,可能做的只是近代法学著述的白话文翻译工作。也许这很苛刻,然而,不是吗?^①学术史的梳理,不仅仅意味着认识过去,还意味着认识我们自己。在认识中,培养我的真诚、理性与谦虚的学术品格,促我们正常地生长。

出于阅读历史所应有的敬意,点校者在不影响现代语法规范的情况下,尽量保持著作的原貌。对于古代含义独特、现代汉语难以进行直接置换的词汇,如果不影响理解,而且,不违反现代汉语的禁止性规定,皆不作更改。其中有些日语词,如阅读上下文即可知晓其意的,不作注释。作为点校者,不失同情的了情,但苦于学殖与能力的不足,其中难免的错误,祈读者谅解并告知我,以助我进步。

李凤鸣

于南京洗字阁

2012年5月8日

^① 当前民事诉讼法学的研究较之近代,无论在广度和深度上,已不可同日而语,但是,原地踏步、闭目塞听式研究,也不在少数。

凡 例

一、本丛书为“清末民国法律史料丛刊”之“京师法律学堂笔记”。由熊元楷、熊元襄、熊元翰编辑。

二、原书为竖排，现改为横排。原文中“如左”、“如右”之类用语，相应改为“如下”、“如上”等。

三、原书所用繁体字，现统改为简体字。异体字在不损原意的情况下，径改之。

四、原文无标点符号或标点符号使用不规范者，一律以现在通行之标点代之。

五、原书文字有脱讹倒衍者，点校者予以更正，并加注释说明。

六、原书对外来语之翻译文字，如国名、人名，一律保持原貌，加注释说明。

七、原书中有些字、词在现代汉语中依然保留其义项者，如“发见”、“豫审”等，一律不作改动。

八、原书无段落划分或段落划分不清者，在点校、勘校时做适当划分。

九、原书所引之事实、数字及其他相关资料确有错误者，加注释说明。

十、所有注释一律采用脚注，每页重新编号。

例 言

本编为日本松冈义正所讲授，钱唐汪有龄所口译。编者以讲堂笔记为主，而参以讲者之著书。

本编所述，皆讲者所实验。讲者官东京控诉院部长十五年，阅历宏富，故言之独详。东人说东法，夸者什九。好而不知其恶，谓为尊内可也，容亦识有未逮。讲者义不媚法，抑扬适如其分，是非取舍，灿若烛照。东来师说，此为纯正。

本编所根据，皆日本现行法。间引他国法，则冠以其国名。

编中援引法令，多用省文。如称宪法曰宪，裁判所构成法曰裁判所，明二四敕三为明治二十四年敕令第三号之省文。明二五递令三为明治二十五年递信省令第三号之省文。其他皆准此例。

讲者为我法律馆起草民诉法委员会之一员，故本编形式虽出日本法，而其精神直贯注我国民诉法草案之全部。允足为研究新法者之重要材料。

本编内容，诉讼与执行并重。讲者因亟图回国养病，故第四编仅说明执行法大要。编者本拟旁采他书，补其不备。因上梓期迫，姑仍其旧。参考补充，当俟再版。

编者识