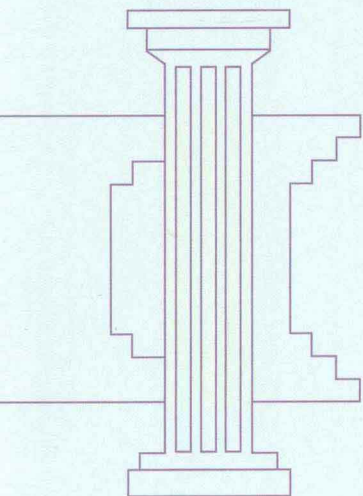


清末民国法律史料丛刊·京师法律学堂笔记

主编 何勤华

法院编制法

〔日〕冈田朝太郎 口述 熊元襄 编 张进德 点校



上海人民出版社



清末民国法律史料丛刊·京师法律学堂笔记

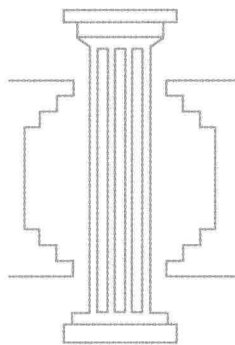
主编 何勤华

法院编制法

上海人民出版社



「日」冈田朝太郎 口述 熊元襄 编 张进德 点校



图书在版编目(CIP)数据

法院编制法/(日)冈田朝太郎口述;熊元襄编;
张进德点校. —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 978-7-208-11881-2

I. ①法… II. ①冈… ②熊… ③张… III. ①法院—
组织法—研究 IV. ①D916.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 258777 号

责任编辑 曹怡波

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

法院编制法

[日]冈田朝太郎 口述

熊元襄 编

张进德 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 13 插页 4 字数 130,000

2013年12月第1版 2013年12月第1次印刷

ISBN 978-7-208-11881-2/D·2382

定价 32.00 元

京師法律
學堂
英文
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

—

晚清新式法学教育的发端，几乎是与变法修律活动同步展开。沈家本在为冈田朝太郎的《法学通论讲义》题写的序言中曾经提到：“余恭膺简命，偕新会伍秩庸侍郎修订法律，并参用欧美科条，开馆编纂。伍侍郎曰：‘法律成而无讲求法律之人，施行必多阻阂，非专设学堂培养人才不可。’余与馆中同人金甌其议。于是奏请拨款设立法律学堂，奉旨俞允。”^①从中，我们完全可以窥见开办法律学堂的初衷。1906年9月，应修律大臣沈家本、伍廷芳等人的奏请，清政府创办了京师法律学堂，它是中国历史上第一所专门的官办法律学堂^②。此后，法学教育蓬勃发展，法学很快成为晚清高等教育中的显要学科。据统计，1909年全国有法政学堂47所，在读学生12282人，分别占学堂总数的37%和学生总数的52%^③。

无论晚清的变法修律还是法学教育，日本法无疑都是扮演了最

① 沈家本：《寄簪文存》卷六，“法学通论讲义序”。

② 中国历史上开办讲授近代法律的第一个教育机构是1895年创办的天津中西学堂，它也是中国第一所近代性质的大学，设立之初即有法科，时称“律例学门”。参见刘伯穆：“中国的法学教育——现状、问题与方向”（1923年国际律师协会第三届年会论文），载王健编：《西法东渐——外国人与中国法的近代变革》，中国政法大学出版社2001年版。

③ 汤能松等编：《探索的轨迹——中国法学教育发展史略》，法律出版社1995年版，第135页。

为重要的参照角色。考察清末立法,在法律体系、法典结构、法律术语以及条文内容等方面都是大量移植了日本的同时期立法。而日本法律学者,则是在其中起到了至关重要的桥梁作用。早在1902年,在刘坤一、张之洞与袁世凯的联名奏折中就首次提出应当聘请日本法律博士帮助中国编纂现代法典,理由在于,“近来日本法律学分门别类,考察亦精……该国系同文之邦,其法律博士,多有能读我会典律例者,且风土人情,与我相近,取资较易。”^①自1906年始,清政府聘请了一批日本法律学者来华,在帮助立法修律的同时,还在法学教育之中充当了重要角色。据统计,1909年,在华从事法政教育的日本教习共有19人,仅次于理科教育与实业教育的教习数量^②。而冈田朝太郎,便是其中最为突出的一位代表人物^③。

二

冈田朝太郎,生于1868年5月29日,卒于1936年11月13日。1882年,进入东京外国语学校修习法文。1891年7月,毕业于东京帝国大学法科(法学士),又入大学院专攻刑法。1893年,东京帝国大学法学院设立专门的刑法讲座,他受聘为第一任专任讲师。1894年,升任东京帝国大学助教授。1897年,受日本政府派遣赴德国、法国和意大利留学,在德国期间曾师从著名刑法学家李斯特教授

① 故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》(上),中华书局1979年版,第265页。

② 汪向荣:《日本教习》,中国青年出版社2000年版,第176页。

③ 清政府最初选定聘请的日本法律学者有四位,即冈田朝太郎(刑事法)、松冈义正(民事法)、志田钾太郎(商法)和小河滋次郎(监狱学)。他们四人既帮助立法修律,又承担法律教育工作。四人之外的其他日本学者,往往只担任法律学堂的教习,而不承担立法工作。参见李贵连:《近代中国法制与法学》,北京大学出版社2002年版,第98—99页。

(Franz Von Liszt, 1851—1919)。1900年7月归国后,冈田升任东京帝国大学教授;同年11月,兼任日本“法典调查会”整理委员。1901年6月29日,冈田获颁东京帝国大学法学博士学位。1906年9月29日,冈田应清政府的礼聘,来华出任修订法律馆调查员并兼任法律学堂的教习,曾参与起草《大清刑律》、《大清刑事诉讼律》、《大清法院编制法》等法律草案;另外,历任京师法律学堂、京师大学堂、京师法政学堂和朝阳大学的教习,其中在京师法律学堂担任总教习。1914年,为袁世凯政府草拟《修正刑法草案》,这是冈田在中国期间最后一次参与立法。1915年9月,冈田解约返回日本,仍受民国政府修订法律馆之托从事相关工作;并辞去东京帝国大学教授职务,转任早稻田大学、明治大学等学校的兼职教授^①。

冈田朝太郎是日本近代著名法学家,作为深具西方法律文化视野的代表人物,在刑事法律方面造诣颇深。在日本明治维新以后的法律变革中,冈田博士可谓是传播西方先进法律文化的一座桥梁,将西方的刑法原则引入日本,推动了日本的刑法改革和刑法学研究。在法律研究方面的主要著作有:《日本刑法论》、《刑法讲义》、《法学通论讲义》、《日本刑法改正案评论》和《宽政改革》等等。冈田还是日本古川柳研究专家,以“三面子”、“虚心”等笔名编著有《柳樽》、《万句合》等古诗文集。此外,冈田另著有《罗马史迹考》等史学著作。冈田在中国的九年期间,直接参与了清末修律,为中国法制

^① 另外,有此一说:冈田朝太郎是“帝大七博士”之一,早在日本明治三十八年(1905年)日俄讲和谈判之际,他因同户水宽人等教授力主对俄采取强硬路线就被东京帝国大学罢免。参见杜钢建:《沈家本与冈田朝太郎——中日法律文化交流史话之一》,《云南大学学报(法学版)》1993年第2期。

的近代化发挥了巨大作用。在修律过程中,他与沈家本等作为法理派的代表人物,同礼教派进行了不懈斗争。由其主草的新刑律草案,废除了“无夫奸”、“妻殴夫”、“子孙违反教令”等诸多反映封建礼教的内容,曾经引起巨大的礼法之争。冈田在中国讲学期间,极力传播当时西方最新的人权法治观,为培养近代中国首批接受西方法律文化影响、具有开明法治思想的法律专门人才作出了重要贡献。

熊元襄则是冈田朝太郎担任总教习期间的京师法律学堂的优秀学员。熊元襄,字燮恒,号师蓬,安徽宿松人,生于 1883 年 9 月 17 日,卒于 1924 年 8 月 20 日(皆农历)。他出身藏书世家,1909 年于京师法律学堂最优等第一名毕业。历任宣统时期法部佥事、法部刑事司代理司长,后东渡日本任清政府留学生监督处总务科长,归国后任法部刑事司司长兼甄拔律师委员会委员等职。至民国时期,历任京师地方检察厅厅长兼京师法官再试典试委员会审查员、安徽省审判厅厅长、安徽省检察厅厅长等职。

1909 年,熊元襄与同为京师法律学堂毕业的熊元瀚、熊元楷等兄弟共同筹措资金,在北京琉璃厂西头、商务印书馆对门电话南局 121 号的北京棉花上六条创办了安徽法学社,这是当时国内第一个传播西方法学原理和法律制度的民间出版组织。该社一方面会编辑发行法律书刊,另一方面还会广泛开展法律学术研讨活动。熊氏兄弟曾将自己担任审判官、检察官工作期间的判决、命令、批答、意见书以及工作心得体会编著为《熊氏判牍》、《熊氏判决》向社会发行。当然,在安徽法学社发行的书刊中,影响最为深远者当属 1911 年出版的二十二册《京师法律学堂笔记》。该套丛书,系由熊氏兄弟将他们在京师法律学堂学习期间的听课笔记,结合立法资料及其他

相关著作整理、编辑而成。这些课程,系由日本法学专家冈田朝太郎、松冈义正、志田钾太郎、小河滋次郎、岩井尊文等人主讲,由浙江钱塘汪有龄口译。该套丛书至民国时期,曾于1912年至1924年间再版三次,成为广为流传的学校教科书和司法业务参考书。二十二册《笔记》之中,冈田朝太郎讲授了其中的六册:《法学通论》、《法学通论 宪法》、《刑法总则》、《刑法分则》、《刑事诉讼法》和《法院编制法》。

三

晚清时期的《大清法院编制法》,是规定审判厅和检察厅的组织及权限的一部法律。以现代法的视角加以审视,《大清法院编制法》的内容并不限于时下《人民法院组织法》的范畴,还涵盖了《人民检察院组织法》、《法官法》、《检察官法》的内容^①,甚至还包括了《民事诉讼法》和《刑事诉讼法》的一部分内容。《大清法院编制法》在当时是十分重要的一部立法。在筹备立宪初期,法部三大臣就曾指出,立宪“预备时期者,整顿内政,草定宪法及编纂法典(民法、商法、刑法、裁判所构成法、民刑诉讼法)是也”^②。可见,法院编制法是几部基本法律之一。另据当时的一种主流观点,“此法(即法院编制法)实为宪法之副法也。盖宪法者,规定一国统治权之存在及其作用之大典。而国家之统治权,分为立法、司法、行政三大权。

① 当时的司法体制实行审检合署制,即将检察厅设立于审判厅内部。

② 《法部会议立宪阶段说帖》,中国第一历史档案馆,“刑、法部全宗”,第153号档案。“裁判所构成法”系当时日本法上的概念,清末立法改用了“法院编制法”的称谓。

法院编制法者,即规定司法权之活动者也。”^①基于其“宪法之副法”的重要地位,晚清诸家法律学堂都将“法院编制法”列为学员必修的一门主干课程。

《大清法院编制法》于1909年12月28日(西历1910年2月7日)正式颁行。在钦定颁行之前,该法的草案曾历经三稿。第一稿是由冈田朝太郎于1906年底至1907年间参照日本1890年《裁判所构成法》初拟的《法院编制法草案》,且由曹汝霖翻译、沈家本和刘若曾同订;第二稿是经修订法律馆修改草案之后由沈家本向清廷的奏进之稿,此稿在文字表述方面改动较多,但实质内容无大变动;第三稿是经宪政编查馆修改后的核定稿,此稿修改主要也是集中于文字表述方面^②。总体而言,钦定稿较之于冈田朝太郎的最初草案,虽然有些文字改动,但在实质内容方面,除略有删减之外,几乎没有增加和改变的内容。

熊元襄编辑完成的这本《法院编制法》讲义,建立在冈田朝太郎在京师法律学堂的授课内容基础之上,冈田当时的授课又是以他所草拟的《法院编制法草案》为基础。该书出版于1911年,彼时《大清法院编制法》已经颁行,因此熊元襄又将正式立法的内容融入其中,以资对照。该书是围绕立法背景、立法目的以及立法条文等方面展开的一本著作,大量运用了法解释学和比较法学的研究方法。将其定位为比较法著作,理由有二:其一,《大清法院编制法》主要出自冈田之手,该法在体系和内容上大量移植了日本《裁判所构成

① 曹善同编:《直隶法律学堂讲习科讲义》之《法院编制法》,“绪论”,1909年印行。

② 针对《大清法院编制法》草案的细致考察,详见吴泽勇:《清末修订〈法院编制法〉考略——兼论转型期的法典编纂》,《法商研究》2006年第4期。

法》的规定；其二，冈田在授课过程中旁征博引，充分展现其对西方法学原理的熟识，介绍了诸多西方国家的相关法律制度和法律文化。

关于晚清乃至民国《法院编制法》对日本法的移植，何勤华教授曾经在立法体系和法律术语方面进行过详尽的考察。在立法体系方面，《大清法院编制法》的模仿程度较为明显。另外在该法的法律术语方面，只有极少数在移植中国之后有所改变，主要包括将日本的“判事”改为“推事”、“言渡”改为“宣告”、“裁判长”改为“审判长”、“民事部”改为“民庭”、“刑事部”改为“刑庭”、“司法省”改为“司法部”、“执达吏”改为“承发吏”、“执行犹予”改为“缓期执行”等等；绝大多数术语则是原封不动进行了照搬，包括“司法”、“行政”、“检察官”、“庭丁”、“书记”、“辩护士”、“公诉”、“预审”、“审判”、“法庭”、“民事”、“刑事”、“罢免”、“审问”、“法科”、“议员”、“惩戒”、“监督”、“管辖”、“制服”、“合议”、“评议”、“公务员”等等^①。《大清法院编制法》对日本法的移植，为后世也带来了极大的影响。单就立法本身而言，民国4年6月，北京政府对《大清法院编制法》予以修正字句后重新颁行，于民国5年2月又略作修正，其后大半个民国时期都是实施这部立法^②；民国21年，南京政府改《法院编制法》为《法院组织法》，进行局部修改后于同年10月28日公布，民国24年7月

① 何勤华：《西方模式的选择与中国司法的现代化》，《华东法律评论》（第1卷），法律出版社2002年版。

② 民国初年的两次修改，主要是修改了一些称谓，另外删除了“初级审判厅”和“各省提法使监督本省各级审判厅及检察厅”的规定。参见谢振民编著、张知本校订：《中华民国立法史》，正中书局1948年版，转引自最高人民检察院研究室编：《检察制度参考资料》（第二编），1980年于北京，第13页。

1 日起实施。另就法律术语和具体制度而言,对日本法的移植直到今天仍然发挥着巨大的影响力,诸多术语甚至早已融入了中国法的血液。

四

《大清法院编制法》共 16 章 164 条,基本章目与主要内容如下^①:

章 次	章 名	条 目	主 要 内 容
第一章	审判衙门通则	第 1—13 条	规定四个级别的审判衙门及其在审理案件时的合议制或独任制适用
第二章	初级审判厅	第 14—16 条	规定初级审判厅的机构设置与管辖权限
第三章	地方审判厅	第 17—24 条	规定地方审判厅的机构设置与管辖权限
第四章	高等审判厅	第 25—32 条	规定高等审判厅的机构设置与管辖权限
第五章	大理院	第 33—45 条	规定大理院的机构设置与管辖权限
第六章	司法年度及分配事务	第 46—53 条	规定司法事务与人员配置的分配程序
第七章	法庭之开闭及秩序	第 54—68 条	规定公开审判与法庭秩序
第八章	审判衙门之用语	第 69—71 条	规定审判案件适用中国语言文字的原则
第九章	判断之评议及决议	第 72—80 条	规定案件判断的评议与决议程序

^① 冈田先生所拟《法院编制法草案》的体系,详见熊元襄编辑:《法院编制法》,安徽法学社 1911 年印行,第 6—7 页。

续表

章次	章名	条目	主要内容
第十章	庭丁	第 81—84 条	规定庭丁的任职情况
第十一章	检察厅	第 85—104 条	规定检察厅的机构设置、检察官的职权范围及其活动规则
第十二章	推事及检察官之任用	第 106—127 条	规定推事与检察官的选任条件、选任程序及任职保障
第十三章	书记官及翻译官	第 128—143 条	规定书记官与翻译官的配置规则及职权范围
第十四章	承发吏	第 144—153 条	规定承发吏的配置规则及职权范围
第十五章	法律上之辅助	第 154—156 条	规定审判衙门、检察厅及其书记官、承发吏的职务辅助
第十六章	司法行政之职务及监督权	第 157—163 条	规定审判衙门、检察厅的司法行政职务及其监督机制
	附则	第 164 条	

在史学界,1910 年的《大清法院编制法》通常被誉为“清末司法改革的里程碑”。该法设定的诸多原则和制度,彻底打破了中国旧有的传统司法体制,是开启中国近代司法体制的标志,甚至在极大程度上充满了现代法的色彩。与 1906 年颁行的《大清大理院审判编制法》相比,该法更加系统、更加全面地呈现了司法独立与司法公正的近现代法理念,是将晚清司法改革推向高潮的重要标杆。但是,《大清法院编制法》在晚清时期实际并未得以全面推行。其第 164 条规定:“本法自颁行后,各省应遵照逐年筹备事宜清单所定年限,一体施行。”而根据逐年筹备事宜清单的安排,从“筹备各省省城及商埠等处各级审判厅”到“乡镇初级审判厅一律成立”,尚需八个

年次^①。虽然该法在清末更多只是停留在纸面,但对后继的民国司法体制产生了实实在在的深刻影响。在此,我们撷取《大清法院编制法》中极富开拓意义的几方面原则与制度,结合冈田先生在《法院编制法》讲义中的论说,作些浅要的介绍。

第一,系统地体现了司法独立的理念。冈田在《法院编制法》讲义的“绪论”部分,大篇幅地讨论了司法权的概念与属性以及司法独立的涵义与意义,并将司法独立置于宪政层面进行论说:“近世所谓立宪国者,非指有宪法之国而言,亦非指有成文宪法之国而言,乃谓其国之政体,于立法、行政及司法上各有独立之机关也。”^②他甚至论及司法独立的极端情况,即宗室涉诉的案件,也不宜实施亲裁制度而应由独立的司法机关予以审判,为此还列举了著名的“德国老风车的故事”^③。司法独立在《大清法院编制法》中的展现,主要包括四个方面:(1)各级法院之间的独立。该法奉行四级三审制,第一章明确了审判权限法定原则,第二章至第五章分别规定了初级审判厅、地方审判厅、高等审判厅和大理院的审判权限,各级审判厅都是在法定范围内独立行使职权,而没有上级领导下级的约束机制。(2)法官的职务保障。该法在第123条、125条、126条对法官的薪俸保障和职务保障等进行了规定。(3)法院的行政长官不得干涉审判。该法第十六章规定了法院行政长官对司法行政事务的监督职能,但同时在第163条中规定:“本章所载各条,不得限制审判上所

① 张培田、张华:《近现代中国审判检察制度的演变》,中国政法大学出版社2004年版,第12页。

② 熊元襄编辑:《法院编制法》,安徽法学社1911年印行,第12—13页。

③ 熊元襄编辑:《法院编制法》,安徽法学社1911年印行,第21页。