

# 中国近代刑事诉讼 制度变革研究

(1895—1928)

李春雷 著

**图书在版编目 (CIP) 数据**

**中国近代刑事诉讼制度变革研究 (1895—1928)/李春雷著. —北京: 北京大学出版社, 2004. 8**

**(刑法与刑事诉讼论丛)**

ISBN 7-301-07603-7

I. 中… II. 李… III. 刑事诉讼-司法制度-体制改革-研究-中国-近代 IV. D929.5

**中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 063791 号**

**书 名: 中国近代刑事诉讼制度变革研究 (1895—1928)**

**著作责任者: 李春雷 著**

**责任编辑: 陈新旺**

**标准书号: ISBN 7-301-07603-7/D·0923**

**出版发行: 北京大学出版社**

**地 址: 北京市海淀区中关村 北京大学校内 100871**

**网 址: <http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱: [pl@pup.pku.edu.cn](mailto:pl@pup.pku.edu.cn)**

**电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027**

**排 版 者: 北京高新特打字服务社 51736661**

**印 刷 者:**

**经 销 者: 新华书店**

**650 毫米×980 毫米 16 开本 18 印张 260 千字**

**2004 年 8 月第 1 版 2004 年 8 月第 1 次印刷**

**定 价: 30.00 元**

---

**未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。  
版权所有,翻版必究**

## 序 一

19 世纪后,伴随西方列强的资本输出和殖民扩张,中国源远流长的传统法律文化受到西方工业文明和新型法律文化的冲击,开始进入了广泛而深入、激烈而复杂的法律改革历程。其中,我国传统的刑事诉讼法律制度,在这一西风东渐的历史时期更是经历了一种前所未有的大变革。但迄今为止,中国近代刑事诉讼制度的变革研究还是一个非常薄弱的领域,国内外学界尚无专文或专著论及此题。即使有所涉及,研究者也多从已经颁行的刑诉法律文本入手,大量未予颁行但又非常重要的法律、法规草案却被忽视,更无人将近代刑事诉讼制度变革进程中的清末与民初这两个紧密相联的历史时期进行连续性的深入研究。

李春雷同志撰写的《中国近代刑事诉讼制度变革研究(1895—1928)》一书,以翔实的史料为依据,结合现代诉讼法制原理,将考察的视角放在历史连续性和文本关联性上,对中国近代刑诉制度的变革做了一个远景化、立体式的勾勒,向我们揭示了这一变革的艰辛历程与丰富内容。作者认为,总体上,中国近代刑事诉讼制度变革过程中,虽新旧杂陈、矛盾不断,但已在曲折中定方向,混沌中见分明。它是中国传统刑事诉讼制度近代化的一个缩影,也是深化中国近代法制史研究的重要学术课题。有鉴于此,作者在挖掘、整理大量史料的基础上,通过立法实践与司法实践的对比,通过制度层面研究与思想层面研究的呼应,对这一历史时期刑事诉讼制度变革的背景、路径、流程、内容、结果等,进行了较为深入的、连续性的探析,并站在近代化的角度,对变革的利弊得失进行了辩证分析与评判,以期真实地展现这一历史时期刑事诉讼制度变革进程的图景,加深我们对于中国传统法制走向近代的理性认识。

作者重点介绍和分析了我国传统刑事诉讼制度近代变革的过程、特点及其经验和教训,其根据是充分的,其观点也是站得住脚的。比如,作者以确凿的史实为依据,指出这一时期的刑诉变革,在变革的路径方面,于内在精神上采用了承继固有、继受外来的融通中西之

序  
一

路 ;于外在途径上则选择了远法德国、近采日本的道路 ;在变革的理念方面,发生了诉讼法依附实体法到实体、诉讼不容偏废,从蔑视践踏人权到注重保障人权的重大变化 ;在新型刑诉原则方面,无罪推定原则、原被告诉讼地位平等原则、公开审理原则、真实发现原则、程序法定原则开始引入并得到发展 ;在追诉制度方面,由检察制度的引进、“公诉”与“私诉”的划分而带来对传统告诉制度的重大变革与发展 ;在审判制度方面,抗辩式审理的理论与实践得到较大发展,被告人的权益有了较好的制度保障 ;大理院创制的判决例和司法解释例制度,不仅成为实现外来法律资源本土化的最便捷途径,亦成为各级司法机关重要的裁判根据。对这些变革内容及其根源的介绍和阐释,对于现代刑事诉讼法律制度的发展与完善是很有意义的。

研究这样一个论题是需要下力气的。因为它需要作者首先要搜集、占有、消化大量史料,并做好细致的梳理与分析工作。同时,还需要作者拥有较为丰富扎实的现代刑事诉讼法学的知识。事实证明,作者在这两方面都做得令人较为满意。总体而言,本书寓论于史,资料翔实,分析独到,文笔流畅,既是一部颇见功底的论著,又是一部开创中国近代刑事诉讼制度研究新领域的论著。尽管书中个别观点和提法仍有待于进一步推敲与研析,但其独特的学术价值和较高的现实借鉴意义都是毋庸置疑的。

欣闻本书即将出版,由衷高兴。期望李春雷在今后的科研工作中继续努力,不断推出更多、更好的作品。

陈光中

2004 年 7 月 28 日于中国政法大学

## 序 二

在发端于清末的近代法律变革进程中,刑事诉讼制度的近代化取得了一定突破与发展。然而,无论是清廷还是北洋政府,统治阶级的性质决定了其为维护既得利益和专制统治,形式上接受而实质上违反法治原则的必然性。这使得这一时期刑事诉讼制度的建构与发展,充满艰辛和曲折。对于这段漫长而又纷繁的刑事诉讼制度变革历程,如何正确地阐述并恰如其分地评价呢?截至目前,国内外学界尚无专文亦或专著论及这一意义重大却又颇为棘手的课题。青年学者李春雷同志在其博士论文基础上修改完善的《中国近代刑事诉讼制度变革研究(1895—1928)》一书,则首次对这些问题进行了艰难而有益的探索,提出了一系列新颖、独到的见解。

李春雷在硕士学习期间就对中国法律制度的发展与变革产生了浓厚的兴趣,硕士毕业后,他仍然没有放弃这一学术爱好,并一直在搜集相关资料。在确定博士论文选题时,我鼓励他结合自己的兴趣特长,选择对中国法制建设有重要影响的课题来做。他以《清末民初刑事诉讼制度变革研究》为题,完成了一篇较为出色的博士论文。

中国近代之史料,具有多、乱、散的特点。李春雷在广泛搜集、深入挖掘、细心整理大量史料的基础上,以历史唯物主义和现代刑事诉讼理论为指导,经过鉴别真伪、去芜存精,通过立法实践与司法实践的对比、制度层面研究与思想层面研究的呼应,对这一历史时期刑事诉讼制度变革的背景、路径、流程、内容、结果等,进行了较为深入的、连续性的探析,并站在近代化的角度,对变革的利弊得失进行了辩证分析与评判,真实地展现了这一历史时期刑事诉讼制度变革进程的图景,加深了我们对于中国传统法制走向近代的理性认识。综观全文,作者做到了史论结合、论从史出,实现了理论与实际的统一、观点与材料的统一。其资料是翔实的,其论证是严谨的,其总结的中国近代刑事诉讼制度变革进程中的经验与教训,也是颇有现实借鉴意义的。

春雷在本书中提出,清末民初时期刑事诉讼制度变革的特点之

一,便是其成果的突出性。确实,清末之际,随着西学东渐,经过政治改革与修律活动,固有的中华法系逐渐势微以致解体。在大陆法系的影响下,新修订的法律在体系、原则、内容上,都别开生面,崭露新容。在主持修律的沈家本等人的推动下,《京师高等以下各级审判厅试办章程》奏准颁行,经修订后成为全国各地新式审判机构审理案件的准据。从整体上看,《京师高等以下各级审判厅试办章程》兼具法院组织法与民刑诉讼法的性质,是中国法制历史上第一部从体制到程序全面变革传统审判制度的法律。在中国传统狱、讼分理的基础上,开始实行崭新的民、刑分庭告诉、分别审理制度;审判机关与检察机关得以在一定程度上独立于行政机构之外司法;新式的回避、告诉制度也进一步完备和规范。在章程颁行的前后,民、刑合一的《大清刑事民事诉讼法》草案以及民、刑分立的《大清刑事诉律》草案也先后拟就,虽因种种原因未能颁行,但其在承继固有、继受外来的思想指导下,以德、日为鉴的修律路径却为南京临时政府所认同,并被民初历届政府所沿承,其原则与内容也被长期大量援用,从而成为中国近代刑事诉讼制度变革征程中迈出的关键一步,为以后的刑诉变革打下了基础,积累了经验。民初时期,虽时局纷扰,社会动荡,但清末刑诉法制改革的重要成果被继起的历届民国政府所保留,刑诉制度在清末基础上得以继续存在与发展。在修订新法条件尚未成熟的情况下,南京临时政府“有条件援用清末法律”,北洋政府更是对清末的诉讼法草案进行了较长时间的援用,并在继承与总结经验的基础上,对清末诉讼法草案作出修改,于1921年颁行了《刑事诉讼条例》,而且还制定颁布了相关特别法规与实施细则。纵观这一时期的刑事诉讼制度变革,虽然兵荒马乱,但改革的历史进步性、成果的前后相继性,仍然非常明显。

社会的发展是永无停止的,法律的现代化也只有阶段性而没有终结性。总结近代刑事诉讼制度变革的经验与教训,对我国当代刑事诉讼制度的发展与完善有着重要的借鉴意义。当前,随着“依法治国”方略的深入人心,公民法治意识不断增强,公民权利、人权保障受到了社会各界的普遍关注。我国刑事诉讼法的再次修改工作已经正式启动,一系列加大人权保障的刑诉原则、制度和证据规则将得以确立。从这种意义上讲,即使今天,我们对刑事诉讼制度的发展与完善,仍然是在近代变革的基础上执著前行。

春雷是我带的博士研究生。在本书即将付梓之际,援笔为序,以为砥砺。

郭成伟

2004年8月6日于中国政法大学

## 前言

1840年鸦片战争之后,中国海禁大开,社会经济结构、阶级结构、文化意识都发生了重大变化,作为上层建筑组成部分的法律制度,也开始由封建法制向资本主义法制转变。在这一宏大的法律变革进程中,刑事诉讼制度的近代化取得了一定突破与发展。然而,无论是清廷还是北洋政府,统治阶级的性质决定了其为维护既得利益和专制统治,形式上接受而实质上违反法治原则的必然性。这又使得这一时期刑事诉讼制度的建构与发展,充满艰辛和曲折。

笔者将研究的重点锁定于“中国近代刑事诉讼制度变革”这一领域,有以下几点原因:

第一,以往这一领域研究的薄弱性。

在以往的法律制度研究中,中国近代刑事诉讼制度的变革研究还是一个较为薄弱的领域,迄今为止,学界尚无专文或专著论及此题。即使有所涉及,研究者也多从已经颁行的刑诉法律文本入手,大量未予颁行但又非常重要的法律、法规草案却被忽视,更无人将近代刑事诉讼制度变革进程中的清末与民初这两个紧密相联的历史时期,进行连续性的深入研究。实际上,任何改革的成果都是多次努力探索的结晶,只是从历史的“切面”入手而忽视其必要的连续性,仅重视颁布实施的部分“应用文本”而忽视大量因种种原因未能颁行的“立法文本”,法律制度改革的全貌势难关照;其各项具体原则、规定等演变的整体进程,亦难以窥见。在清末刑事诉讼制度的变革中,因清廷的覆亡而未及颁行的刑事诉讼法律草案及其相关法律文件,被南京临时政府和北洋政府长期、大量援用,北洋政府颁行的《刑事诉讼条例》更是在清末刑诉律草案基础上损益而成。因此,这一时期刑诉变革进程中前后相继的连续性、刑事诉讼法律“应用文本”与“立法文本”的关联性,非常突出。本文将考察的视角放在这种历史连续性和文本关联性上,以期对其间刑诉制度的变革有一个远景化、立体式的认识,更清晰、准确地把握其发展变化的规律。



## 第二,刑事诉讼制度对国家与个人的极端重要性。

在中国传统司法实践中,虽然至迟于西周时期民、刑诉讼程序就已出现,但总体来看,“重实体、轻程序”的趋向非常明显。在任何一种司法裁判过程中,无论是审案官员、控辩双方还是普通民众,所关注的往往是裁判的结果,而不太重视司法裁判的过程、步骤和方式。甚至在一些情况下,司法官员出于效率和实用的考虑,还会故意地通过牺牲程序来保证某种预期的结果。这是“重权力、轻权利”的典型表现形式。这种对国家权力的畸形重视以及对个人权利的极度轻视,显示出这是一个“重国家,轻两造”、重“犯罪控制,轻人权保障”的专制社会。在此情况下,处于弱者地位的被裁判者不具有人的尊严,其本身也都不成其为目的,而不过是用来实现国家管理的手段,其弊端、其危害可想而知。而在关乎刑事被告人自由甚至生命的刑事诉讼程序中,这种危害的严重性更是不言自明。一直到近代清末修律之前,这种状况几乎未有任何改观。而在近代西方资本主义国家,在旧的身份共同体关系的解体与资本主义新秩序的确立这一历史过程中,有两项制度起到了神奇的作用。一个是社会或私法领域里的契约,另一个是国家或公法领域里的程序。世界文明发展的历史证明,自由的历史基本上是奉程序保障的历史,正是程序决定了文明与落后、稳健的法治与恣意的人治之间的根本区别。相对于中国历史上长期保有专制传统而极度缺失民主与人权的状况,刑事诉讼制度对个人的重要性更是异常突出。西方一些学者所论的“刑事诉讼的发展史就是人权保障的历史”的理论,在新旧嬗递的中国近代得到了明显的验证。鉴于此,本文将考察的重点放在该制度于清末民初这一重大历史转型时期的变化与发展。

## 第三,中国近代时期刑事诉讼制度变革成果的突出性。

清末之际,随着西学东渐,经过政治改革与修律活动,固有的中华法系逐渐式微以至解体。在大陆法系的影响下,新修订的法律在体系、原则、内容上,都别开生面,崭露新容。在主持修律的沈家本等人的推动下,《京师高等以下各级审判厅试办章程》奏准颁行,经修订后成为全国各地新式审判机构审理案件的准据。从整体上看,《京师高等以下各级审判厅试办章程》兼具法院组织法与民刑诉讼法的性质,是中国法制历史上第一部从体制到程序全面变革传统审判制度的法律。在中国传统狱、讼分理的基础上,开始实行崭新的民、刑分

庭告诉、分别审理制度,审判机关与检察机关得以在一定程度上独立于行政机构之外;司法新式的回避、告诉制度也进一步完备和规范。在章程颁行的前后,民、刑合一的《大清刑事民事诉讼法》草案以及民、刑分立的《大清刑事诉讼律》草案也先后拟就,虽因种种原因未能颁行,但其在承继固有、继受外来的思想指导下,以德、日为鉴的修律路径,却为南京临时政府所肯认,并被民初历届政府所沿承;其原则与内容也被长期、大量援用,从而成为中国近代刑事诉讼制度变革征程中迈出的关键一步,为以后的刑诉变革打下了基础,积累了经验。

民初时期,虽时局纷扰,社会动荡,但清末刑诉法制改革的重要成果,被继起的历届民国政府所保留,刑诉制度在清末基础上得以继续发展。在修订新法条件尚未成熟的情况下,南京临时政府“有条件援用清末法律”<sup>①</sup>北洋政府更是对清末的诉讼法草案进行了较长时间的援用,并在继承与总结经验的基础上,对清末诉讼法草案作出修改,于1921年颁行了《刑事诉讼条例》,而且还制定颁布了相关特别法规与实施细则。纵观这一时期的刑事诉讼制度变革,虽然兵荒马乱,但改革的历史进步性、成果的前后相继性都非常明显。

总体而言,近代刑事诉讼制度变革过程中,虽新旧杂陈、矛盾不断,但已在曲折中定方向,混沌中见分明。它是中国传统刑事诉讼制度近代化的一个缩影,也是深化中国近代法制史研究的重要学术课题。有鉴于此,笔者在挖掘、整理大量史料的基础上,通过立法实践与司法实践的对比,通过制度层面研究与思想层面研究的呼应,对这一历史时期刑事诉讼制度变革的背景、路径、流程、内容、结果等,进行了较为深入的、连续性的探析,并站在近代化的角度,对变革的利弊得失进行了辩证分析与评判,以期真实地展现这一历史时期刑事诉讼制度变革的全方位图景,加深我们对于中国传统法制走向近代的理性认识。

每一时期开始前,在前一期已有其序幕;当其结束后,在后一期也会留下一些尾声。对于中国近代时期的刑事诉讼制度变革,无论其经验亦或教训,都值得后来人作出深刻的反思。笔者期望本文对这一连接着历史与未来、国家与个人的重要课题的研究,能够对当前刑事诉讼制度的发展与完善以后示和借鉴,这也是本书写作的初衷。

# CONTENTS 目 录

|                             |    |
|-----------------------------|----|
| <b>第一章 传统刑事诉讼制度回溯与反思</b>    | 1  |
| 一、中国传统刑事诉讼制度的沿革             | 1  |
| 二、传统刑事诉讼制度的特征及其成因探析         | 9  |
| <b>第二章 近代刑事诉讼制度变革的背景与路径</b> | 16 |
| <b>第一节 变革的背景与动因</b>         | 16 |
| 一、变革的背景                     | 16 |
| 二、变革的动因                     | 21 |
| <b>第二节 变革的路径</b>            | 25 |
| 一、承继固有,继受外来                 | 25 |
| 二、远法德国,近采日本                 | 29 |
| <b>第三章 刑事诉讼理念的变革</b>        | 37 |
| 一、从司法行政不分到“司法独立”            | 37 |
| 二、从法律的家族主义到法律的国家主义          | 41 |
| 三、从诉讼法依附实体法到实体、诉讼不容偏废       | 46 |
| 四、从蔑视践踏人权到注重保障人权            | 49 |
| <b>第四章 刑事诉讼法典的艰难制定与颁行</b>   | 55 |
| 一、清末刑事诉讼法律草案的制定与搁置          | 55 |
| 二、北洋时期《刑事诉讼条例》的颁布与实施        | 64 |

## CONTENTS 目 录

---

|                                  |    |
|----------------------------------|----|
| <b>第五章 新型刑事诉讼法律原则的引入<br/>与发展</b> | 68 |
| 一、无罪推定原则                         | 68 |
| 二、原被告诉讼地位对等原则                    | 73 |
| 三、公开原则                           | 79 |
| 四、当事人本人参与诉讼原则                    | 83 |
| 五、真实发现原则                         | 85 |
| 六、国家干涉原则                         | 86 |
| 七、程序法定原则                         | 89 |

---

|                                               |     |
|-----------------------------------------------|-----|
| <b>第六章 由检察机关的新设而引发的告诉<br/>制度的变革</b>           | 91  |
| <b>第一节 中国传统的御史制度</b>                          | 91  |
| 一、御史制度的产生与发展                                  | 91  |
| 二、御史机构的职能及地位                                  | 92  |
| <b>第二节 近代检察制度的引进与发展</b>                       | 96  |
| 一、检察制度的引进与曲折发展                                | 96  |
| 二、检察机构的设置                                     | 99  |
| 三、近代检察官制度的内容                                  | 102 |
| 四、传统御史制度与近代检察制度的异同                            | 104 |
| <b>第三节 从告诉的国家垄断到“公诉”与“私诉”<br/>        的划分</b> | 106 |

# CONTENTS 目 录

---

|     |                     |     |
|-----|---------------------|-----|
| 第四节 | 变“一步走”为“三步分”的新型追诉制度 | 111 |
| 一、  | 侦查                  | 111 |
| 二、  | 预审                  | 115 |
| 三、  | 起诉                  | 124 |
| 第五节 | 强大的追诉者——检察机关的法律监督权  | 128 |

---

|     |                    |     |
|-----|--------------------|-----|
| 第七章 | 律师制度的引进与被告人辩护权利的发展 | 131 |
| 第一节 | 被告人诉讼地位的主体化        | 131 |
| 第二节 | 被告人辩护权利的确立与发展      | 137 |
| 一、  | 传统刑事司法制度中的“讼师”     | 137 |
| 二、  | 律师制度的引进及其辩护职责的发展   | 139 |

---

|     |                 |     |
|-----|-----------------|-----|
| 第八章 | 刑事审判制度的变革       | 147 |
| 第一节 | 审判独立原则的确立及其曲折发展 | 148 |
| 一、  | 审判机关的独立         | 148 |
| 二、  | 审判官员的独立         | 158 |
| 第二节 | 四级三审制度的存改之争     | 166 |
| 第三节 | 庭审制度的变革         | 172 |
| 一、  | 民众参与审判的理论与实践    | 172 |
| 二、  | 直接审理制度的进一步发展    | 179 |
| 三、  | 从“罪从供定”到“自由心证”  | 183 |
| 四、  | 由审理的纠问式到控辩式     | 191 |

## CONTENTS 目 录

---

|                                 |     |
|---------------------------------|-----|
| 第四节 对传统“逐级审转复核制”的继承<br>与发展      | 196 |
| 一、我国传统的“逐级审转复核制”                | 196 |
| 二、清末民初的覆判、复审制度                  | 201 |
| 第五节 兼理司法法院与特别法院制度对普通<br>审判制度的冲击 | 219 |
| 一、县知事兼理司法制度                     | 220 |
| 二、特别司法制度                        | 224 |

---

|                                    |     |
|------------------------------------|-----|
| 第九章 裁判与执行制度的变革                     | 227 |
| 第一节 裁判制度的变革                        | 227 |
| 一、裁判依据的调整——民初判例和司法解释<br>例的创制及其法律效力 | 227 |
| 二、裁判“理由”的阐明                        | 240 |
| 第二节 执行制度的变革                        | 248 |
| 一、执行的一般原则                          | 248 |
| 二、具体刑罚的执行                          | 250 |

---

|      |     |
|------|-----|
| 结语   | 261 |
| 参考书目 | 267 |

## 第一章 传统刑事诉讼制度回溯与反思

“研究中国法律传统的目的,是为了正确认识法律如何在发展中不断地完善自己,以及它在社会的进步当中所处的位置和价值,从而把握法律发展的客观规律。”<sup>①</sup>中国近代刑事诉讼制度是传统诉讼法制的创造性转换。因此,欲探讨中国刑事诉讼制度近代化的曲折历程及其经验、教训,就必须深入系统地考察作为其历史背景和起点的中国传统刑事诉讼制度。

### 一、中国传统刑事诉讼制度的沿革

作为中华文明重要组成部分的法制文明,经历了长达数千年的发展演变,逐渐形成了特色鲜明、自成体系并对周边民族产生重大影响的中华法系。就刑事诉讼制度而言,根据法律文献和地下文物的发现,证明早在西周时期,甚至更早的尧舜时代的司法实践中,刑事诉讼与民事诉讼就已有所区别<sup>②</sup>,只是二者分中有合,“一直缺乏

① 张晋藩著:《中国法律的传统与近代转型》,法律出版社1997年版,第2页。

② 关于民刑诉讼的区分问题,近代以来,学者各持己见,争论不已。但总体上看,持二者有分者居多。

民国时期的徐朝阳非常肯定地指出:“民事诉讼与刑事诉讼,在先秦以前已有区别,非自近世始。”半个世纪以前,陈顾远先生则在《中国过去无“民法法典”之内在原因》一文中批驳中国古代法律“民刑不分”论时,严密论证了中国古代司法中存在刑事诉与民事诉讼的划分。所谓程序法上之民刑不分,即否认讼狱有其划分之论。谓小曰“讼”,婚姻田土之事属之;大曰“狱”,贼盗请贼之事属之,非因争财争罪而别,乃由罪名大小而殊。但无论如何,两事在历代每有管辖或审级不同,各有诉讼上之相异。例如汉代,刑事审则由乡而县令而郡守而廷尉,乃四级审也。民事审则由乡而县令而郡守(或国相)而州刺史,虽亦为四级,其最后审则为州刺史,非廷尉也。又如唐代,刑事审,例由发生之县推断之,再上而州而刑部、大理寺也;民事审,例由里正等审讯之,不服者申详于县令,再不服者申详于州刺史,不及于刑部、大理寺也。且里正等以仲裁调解为主,而人民不敢告官,实际上仅兴讼于县而止。虽曰婚姻田土之事,如经有司审理,依然在刑事范围之内,得为刑讯而判罪焉。惟管辖既不尽同,审级又非一致。纵非如今日民诉刑诉之截然划分,亦不能谓无或然之区别。其在程序法上不能有民诉、刑诉之并立者,当然由于实体法上无民事、刑事划分之观念所致。

明确的概念划分。”<sup>①</sup>纵观其数千年的发展沿革,我们可以将其划分为以下四个历史阶段进行考察。

### (一) 夏、商、西周——传统刑事訴訟制度的渊源期

在中国历史上,曾经有过许多关于古代刑官的传说。民国时期的法学家徐朝阳认为,在我国虞舜时代,“刑法即已发生,记载明确,毋庸置疑”。而关于诉讼法规,则“文籍无征。夏商之世,亦无明文,是否其时之诉讼法规为不文法,抑年代久远,书缺有问,无得而稽。至其明确之记事,仿自周代,而纂成专编者,又自战国时魏之李悝始。”<sup>②</sup>然而,经过对大量史料的悉心考证和对不同见解的比较分析,茅彭年教授却认为,根据《尚书·舜典》记载,“帝曰:皋陶,蛮夷猾夏,寇贼奸宄,汝作士,五刑有服”到了舜帝时期,“刑”与“罪”也已出现:“象以典刑,流宥五刑,鞭作官刑,扑作教刑,金作赎刑。”据此,茅教授认为中国古代的诉讼早在尧、舜时代就已出现,只不过当时的诉讼尚属于初创阶段,有如象形。同时,后人根据《唐律疏议·名例》中“尧舜

梁启超曾于《先秦政治思想史》一书中论道:“初民社会之政治,除祭祀鬯争以外,最重要者便是狱讼。而古代所有权制度未确立,婚姻从其习惯,故所谓民事诉讼者殆甚稀,有讼皆刑事也。”徐朝阳则对其大加批驳:“在最初社会之状况,诚如任公所云。然至周代,所有权制度既已树立,婚姻亦有一定制度,人民于民事之诉讼,亦逐渐多,法律上有区分民事诉讼与刑事诉讼之思想,亦当然之结果也。周礼所载天官地官之管辖各特定民事事件,以有关刑事者移送秋官之属审理,既如前述,可得知矣”(参见徐朝阳著:《中国诉讼法溯源》,商务印书馆1933年版,第15页)。

张晋藩教授结合法律文献和地下文物考证后认为,我国古代至少自西周时起,就已存有刑事诉讼制度并与民事诉讼制度有了初步析分,但两者一直缺乏明确的概念划分。民事诉讼在大多数情况下是依附于刑事诉讼的,二者分中有合,表现为同一个法庭,同一个法官,基本上按照同一种程序,既审理刑事案件,又审理民事案件。诉讼当事人在刑事附带民事诉讼中,无须对民事诉讼作专门起诉,因为在对被告进行刑事制裁的同时,也判决了应当承担的民事责任(参见张晋藩著:《中国民事诉讼制度史》,巴蜀书社出版1999年版,第9—10页)。何勤华教授通过对民初《华洋诉讼判决录》中所录民、刑案件判决分析后认为,直至民初,“民事诉讼和刑事诉讼虽然已经分开,但这种分开是不彻底的。”(参见直隶高等审判厅书记室编辑,何勤华点校:《华洋诉讼判决录》,中国政法大学出版社1997年版,第12页)茅彭年教授也基本上持此观点,认为“中国的诉讼与刑事司法起源于尧、舜时代,距今已有约4500年的历史”(参见茅彭年著:《中国刑事司法制度》(先秦卷),法律出版社2001年版,第17页)。

不过,季卫东却认为:“尽管人们常喜欢引‘讼谓以财货相告者’、‘狱谓以相告罪名者’的说法来证明我国古代已有民刑诉讼程序之别,但实际上无论是‘讼’还是‘狱’都不是指制度而言,只不过是表述个别案件的用语而已”(参见季卫东:《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社1999年版,第59页)。

① 张晋藩著:《中国民事诉讼制度史》,巴蜀书社出版1999年版,第10页。

② 徐朝阳著:《中国诉讼法溯源》,商务印书馆1933年版,第1页。



时,理官则谓之为士,而皋陶为之”等文字记载,也认为早在帝舜时代,皋陶就开始了在中国大地上的“造律”和“治狱”,是中国历史上第一个专门办理案件的法官,其奉行的“与其杀不辜,宁失不经”的刑事政策也为后世传诵与秉承。法律史学家张晋藩教授认为,“处于氏族社会末期的黄帝、尧舜时代,强制性的法律规范完全有可能产生。古文献中有关法的记载,不应因传疑而漠视,需要结合地下文化遗存的发现,进行全面的研究。总之,夏朝是国家的既定形态,国家的起源是先于夏的,中国法制历史的上限也应该是先于夏的。”<sup>①</sup> 仔细研读茅彭年教授在其所著《中国刑事司法制度》(先秦卷)中所提供的大量史料,结合考证严谨、疏议细密的《唐律》所论,笔者以为,中国传统的诉讼制度萌芽早在尧舜时代就已出现一说,具有一定的参考价值,但到目前为止,毕竟尚无相关原始证据加以佐证,故对之确切论断的时机尚未成熟。

“形成于公元前 21 世纪左右的夏朝,是第一个阶级王朝,也是中华法制文明的发轫阶段。”<sup>②</sup> 关于夏朝的刑与法,《左传·昭公六年》有明确记载,“夏有乱政,而作禹刑。”夏朝的法律,习惯法居主要地位,其刑事诉讼程序和刑法内容同在刑法规范中体现,如“协用五记”,就规定了五级三审制及各级审判的管辖范围;“念用庶征”确定了证据定罪的原则,两者都与刑事诉讼程序相关。在审理案件中,当遇到疑难情节时,断案者常常选择善于卜筮的人用龟甲、蓍草占卜。虽然神示证据色彩依然浓厚,但由原始的“触”审判制度转变为证据审判制度,显然是诉讼史上的一大进步。“至商代,随着文字的成熟、青铜文化的兴盛和奴隶制大国的形成,法制文明也进入了新的发展阶段。”<sup>③</sup> 较夏而言,商王朝的生产力要更加发达进步。《礼记·祭文篇》记有“殷人贵富”,《表记篇》则更有殷人以增加财务为急而不顾廉耻的“胜而无耻”的明载。经济的发展使商王朝的刑事司法制度进一步完备。据《礼记·王制》记载,“成狱辞,史以狱成告于正,正听之;正以狱成告于大司寇,大司寇听之棘木之下;大司寇以狱之成告于王,王命三公参听之;三公以狱之成告于王,王三又(宥),然后制刑。”其三

① 张晋藩著:《中华法制文明的演进》,中国政法大学出版社 1999 年版,第 20 页。

② 同上书,第 14 页。

③ 同上。