



外来法与近代中国 诉讼法制转型

Foreign Law and the Transformation of
Procedure Legal System in Modern China

何志辉 / 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

. 014005595

D925. 102
06

外来法与近代中国 诉讼法制转型

Foreign Law and the Transformation of
Procedure Legal System in Modern China

何志辉 / 著



D 925.102
06



北航

C1693443

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

外来法与近代中国诉讼法制转型/何志辉. —北京:
中国法制出版社, 2013. 10

ISBN 978 - 7 - 5093 - 4827 - 7

I. ①外… II. ①何… III. ①民事诉讼法 - 研究 - 中
国 IV. ①D925.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 227277 号

责任编辑 王佩琳

封面设计 蒋怡

外来法与近代中国诉讼法制转型

WAILAIFA YU JINDAI ZHONGGUO SUSONG FAZHI ZHUANXING

著者/何志辉

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/640 × 960 毫米 16

版次/2013 年 10 月第 1 版

印张/21.5 字数/264 千

2013 年 10 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 4827 - 7

定价: 48.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 010 - 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 010 - 66038139

市场营销部电话: 010 - 66033296

邮购部电话: 010 - 66033288



北航

C1693443

014002232

中国外交的未来 坚持对外开放

中国外交出版社

本书获澳门基金会资助，谨此致谢

著：韩志国



中国对外翻译出版公司
CHINA FOREIGN TRANSLATION AND PUBLISHING HOUSE

序

蛰居澳门的志辉博士，潜心从事澳门法制史研究，在鲜有人至的领域拓荒多年，陆续取得了让人欣喜的成果。这部《外来法与近代中国诉讼法制转型》虽与澳门法制史无关，却因为横贯法史学与比较法，兼具解释性和描述性，辨识西法东渐的影响，勾勒诉讼法制的转型，探微索隐，言微论宏，让我们同样欣喜。

书稿的首要特点，在问题意识的清醒。书稿所涉的基本问题，是“外来法”、“诉讼法制”与“近代转型”的内在关联。近代中国法制转型，必然涉及外来法的影响。但长期以来“外来法”被笼统言说，既不辨其分英美法系、大陆法系，也不察其有各自兴衰、彼此竞逐。书稿开篇即道破此点，且以一章篇幅谈近代中国遭遇的外来法，考溯各自的源流和特质，再现各自的楔入和渗透，使读者明晰近代中国所见的外来法，绝不是平面化和一体化，而是立体型和多样性的。

由此而成特点之二，是研究视野的开阔。开阔需要左右看得宽，也需要向前望得远。书稿所涉的外来法，本身各有源流，传入又有先后，影响更有深浅，先英美、再欧陆、后日本，视野随对象而纵横捭阖，次第展开的便是近代世界法律地图，呈现出异样的“宽”。书稿站在百年前世纪之交的历史高地，回望是中华法系的千年繁衍，前瞻是法制现代化的百年遽变，显示出非常的“远”。“宽”与“远”使书稿兼有现场感和历史感，相信会给读者留下鲜明的印象。

书稿特点之三，是“法”、“史”结合的融洽。法史研究不能厚“史”而薄“法”，更不能顾“史”而忘“法”。在这方面，书稿较好地兼顾了“法”与“史”，在厘清诉讼立法和司法改制的线性历史的基础上，认真解析相关的法律文本，对勘中外，考溯古今，把外来法对近代中国诉讼法制转型的影响作了层层剖析。譬如第三章谈英美法影响下的诉讼法草案，第四、五章谈欧陆/日本法影响下的

法院编制法和诉讼律草案，既宏论其立法宗旨和价值取向，更对文本进行条分缕析，具体而微地论证书稿所作的基本判断。这些判断作为一家之言，读者未必尽皆赞同，但其论证本身是有启发意义的。

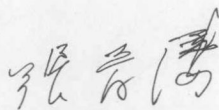
以上几点是就阅读印象而言。至于实质内容，书稿的最大特点在于“全”。不同于泛泛之论的全，书稿围绕近代中国语境下的诉讼法制转型，全面探讨了它所涉及的诉讼立法和司法改制。关于前者，既研究了规范诉讼程序的立法史（例如《刑事民事诉讼法草案》、《诉讼暂行章程》和两部诉讼律草案），又研究了规范法院组织的立法史（例如《大理院审判编制法》、《各级审判厅试办章程》和《法院编制法》等）。关于后者，既探讨了理念层面的认识历程，又探讨了制度层面的变革历程。书稿在这方面整合出诉讼法制转型的“全”，应当说是一种有益的探索。

此外，从后记约略可知，书稿延贯了十年，不离不弃，反复增删；而史料日渐丰赡，新知汲取及时，这就使之保持活力，论题虽旧，识见却新。至于文字表述上，其风格凝练，气质典雅，下笔摇曳多姿，读来颇有意蕴。

当然，具有优点必定意味着还有缺点，这部书稿也莫能例外。譬如，书稿以“官制改革”为分水岭，认为之前的诉讼立法取道英美，之后的诉讼立法转向欧陆而袭取日本，仅有法律文本对勘的证据还是不够的，如果更详细地搜求背景资料（包括草案的执笔者、加工及审订过程），或许更有说服力。至于文本对勘和法理分析，也存在陷阱或误区，因为同一部法律草案由数十条或数百条构成，不会所有条款都同源一体，完全可能出现此条采择英美、彼条追奉德日的情况，可能出现此条机械移植、彼条大肆篡改的情况，如果采取定量研究的方法，逐条统计分析，或许更有可信度。而诉讼立法与司法改制转型所涉的诸多细节，其实也大可深究，耐心雕琢。散见各处的微言宏论，也并非都言之成理。读者可自作判断，权当一家之言。正所谓“学海无涯”，围绕外来法与近代中国诉讼法制转型这一主题，仍有相当辽阔的荒地，亟待学界同仁的开垦。

我跟志辉接触不多，但他的内敛沉潜，让我印象深刻。法史研究需要的，也正是这种气质。在物欲横流的消费社会，还有人愿以青春相许，一头扎进故纸堆里，对我们这代人来说，的确有发自内心的欣慰。法史学问之薪火相传，端赖这样一批年轻晚辈的加盟。衷心期望作者继续努力，为法史研究再献新篇。

职是之故，欣然读之。有所感触，援笔记之。是为序。

A handwritten signature in black ink, consisting of three characters: '张景涛' (Zhang Jingtao). The style is cursive and fluid.

癸巳年序于万柳颐园

引言

外来法与中国法的关系，是法史学与比较法共同关注的宏大问题，由此衍生的一种路径是兼有解释性的整体研究^①，一种路径是侧重描述性的专题研究^②。本书旨在通过点（诉讼法制）、线（转型进程）、面（近代中国）结合的考察方式，集中探讨外来法与近代中国诉讼法制转型的一系列问题：在鸦片战争以来至封建帝制覆亡之前的近代中国，英美、欧陆及日本诉讼法制如何相继楔入中国社会，且在历史因缘之下发生着程度、范围和效果皆不一的历史影响，最终又是如何促成中国传统诉讼法制的近代转型，以及这场转型在本质上能否视为中国诉讼法制的现代化，等等。这些问题虽然都早已成为历史，

① 关于近代以来中国法制转型/现代化的整体研究，主要参见张晋藩：《中国法律的传统与近代转型》，法律出版社1997年版；张仁善：《礼·法·社会——清代法律转型与社会变迁》，天津古籍出版社2001年版；何勤华、李秀清：《外国法与中国法——20世纪中国移植外国法反思》，中国政法大学出版社2003年版；张德美：《探索与抉择——晚清法律移植研究》，清华大学出版社2003年版；公丕祥：《中国的法制现代化》，中国政法大学出版社2004年版；曹全来：《国际化与本土化——中国近代法律体系的形成》，北京大学出版社2005年版；黄源盛：《法律继受与近代中国法》，台湾元照出版有限公司2007年版；刘敏主编：《中国部门法制现代化》，法律出版社2008年版；叶秋华、王云霞、夏新华主编：《借鉴与移植：外国法律文化对中国的影响》，中国人民大学出版社2012年版；夏锦文主编：《冲突与转型：近现代中国的法律变革》，中国人民大学出版社2012年版；等等。

② 以诉讼法制这一专题而论，近年所见的研究成果同样丰富，主要参见韩秀桃：《司法独立与近代中国》，清华大学出版社2003年版；陈刚主编：《中国民事诉讼法制百年进程》（清末时期），中国法制出版社2004年版；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；李春雷：《中国近代刑事诉讼制度变革研究》，北京大学出版社2004年版；尤志安：《清末刑事司法改革研究——以中国刑事诉讼制度近代化为视角》，中国人民公安大学出版社2004年版；李启成：《晚清各级审判厅研究》，北京大学出版社2004年版；郭成伟等著：《清末民初刑法典化研究》，中国政法大学出版社2006年版；方立新：《传统与超越——中国司法变革源流》，法律出版社2006年版；沈国琴：《中国传统司法的现代转型》，中国政法大学出版社2007年版；韩涛：《晚清大理院：中国最早的最高法院》，法律出版社2012年版；等等。

且迄今为止学术界已有大量研究成果各作解说，但正如西哲克罗齐所言“一切真历史都是当代史”的昭告^③，它们仍然是值得高度关注和再度解析的“真历史”。

基于本书主题，这里需要预先设定“诉讼法制”的范畴。所谓法制，既是静态法律制度结构和动态法律实现过程的统一，也是实体法与程序法之实证规范、秩序体系与时代精神的统一。在成文法体系中，程序法又被称为形式法，具有很强的技术性。所谓诉讼法制，归属于程序法范畴，同样可从实证规范、秩序体系及时代精神等方面加以展开。作为程序法之主干，诉讼法制既可自成体系，亦与实体法相互依存。据其所涉范畴之宽窄，可作狭义与广义的不同理解。狭义是指统治者通过立法程序制定的规定司法机关和当事人进行诉讼活动的方式和程序，确定诉讼中权利义务关系的全部法律规范的总称；广义则包括诉讼法律的结构、规范、思想、理论、方法、程序、技术、传统以及司法实践等许多方面，是关于诉讼法权关系和诉讼程序活动的法律制度和文化系统，是外在结构形式和内在实体内容的有机统一，是静态诉讼规范和动态诉讼过程的有机统一，也是诉讼法律实证和诉讼法律价值的有机统一。本书所涉“诉讼法制”是就广义而言，具体到近代中国诉讼法制转型的特定语境，则包括诉讼立法（过程与文本）与司法改制（理念与制度）两大方面。

同样需要预先交代的，则是作为整体背景性质的中国诉讼法制文明的演进史。中华法制文明源远流长。自夏商周至春秋战国，是法律文明从奴隶制迈向封建制的第一次转型。自秦汉至隋唐引礼入律，封建制法律文明逐步定型，尤以唐律为中华法系发展的巅峰之作，以恢弘气势向世界展示其独特风采。宋元明清之法制文明，莫不沿其脉络而袭其体系，于斯大体略作损益。学界研究中华法系，长期承袭 20 世纪初对中国律例结构之认识，以“诸法合体、民刑不分”等语摹其格局，状其特质。此种认识固有历史理据，亦有认识偏差。因为引礼

^③ [意大利] 克罗齐：《历史学的理论和实际》，傅任敢译，商务印书馆 1982 年版，第 2 页。

入律而致伦理与律法圆融一体，由此形成混合法文化色彩，是就主要法典的编纂形式而言；至于封建法律体系，却是由刑法、民法、诉讼法、行政法、经济法等法律部门构成，是诸法并用而民刑有分的^④。在此文明大系之中，诉讼法制虽不如实体法诸领域（尤其是刑法）丰盈，亦有其令人瞩目之处。

考中国诉讼法制之源，学界多以西周为始。《周礼》谓“凡名之不服教而有狱讼者”（《周礼·秋官·大司徒》），郑玄注“争罪曰狱，争财曰讼”；又谓“以两造禁民讼，以两剂禁民狱”（《周礼·秋官·大司寇》），郑玄注“讼谓以财货相告者，狱谓以罪相告者”，且由夏官、地官办理民事诉讼为听讼，由司寇办理刑事诉讼为折狱。据此可见，其时已有刑事诉讼与民事诉讼之分^⑤。规范意义上的诉讼立法，始于战国魏文侯相李悝《法经》，其中“囚”与“捕”二篇即涉刑事诉讼程序。

自商鞅变法至秦汉以降，“诸法合体、以刑为主”之混合格局逐渐形成。至唐律演为中华法系之巅峰，如“斗讼”、“捕亡”、“断狱”各篇，诉讼立法更为周详。宋沿唐律，略有损益，模式及性质并无改观。元朝始将“诉讼”独立成篇，其结构有别于唐律“斗讼”诸篇，在民事诉讼制度上尤有创设，如规定推官专管刑狱，正官专理词讼，对民事诉讼当事人一般不许羁押，军官巡检、出使人不得接受民词，且有“诉状”格式、老幼废疾代理等制度。明律深受唐律影响，立法技术更臻成熟。清王朝继承唐、明律典精华，通过前期大规模修律活动（主要有三次），陆续颁行顺治律、雍正律与乾隆律，《大清律例》得以定型，修例制度亦成定制，诉讼立法随之发展，体例内容更趋完备，然刑事诉讼与民事诉讼终未分立^⑥。

就整体而言，鸦片战争前之历朝虽各有律典及司法建制，而诉讼

④ 参见张晋藩：《中华法制文明的演进》，中国政法大学出版社1999年版。

⑤ 有学者认为此处“讼”、“狱”非指制度，乃属表述个别案件之用语。相关分析参见[日]滋贺秀三：《清代中国の法と裁判》，创文社1984年版，第9页。

⑥ 关于中国古代诉讼制度研究，参见张晋藩主编：《中国民事诉讼制度史》，巴蜀书社1999年版；李交发：《中国诉讼法史》，中国检察出版社2002年版；李文玲：《中国古代刑事诉讼法史》，法律出版社2011年版。

法附庸于实体法，民事诉讼又附庸于刑事诉讼，且保持其内在结构、基本精神和运行机制的连贯性。不仅诉讼法制始终附庸于实体法制，二者还共同附庸于封建专制下的政治体制和价值体系，进而形成共生互养的文化生态圈。是以在学界看来，中国古代“程序法一直没有独立于实体法之外，其内部分化也很不充分，根本不存在几种诉讼程序并立的现象”^⑦，法之形式主义要素稀薄，庶几可视为中华法系之特质。此特质是帝制中国君权天下的自然演绎，作为历史存在有其客观的合理性；但因其迥然有别于近代西方诉讼法制之对法治精神的彰显，难以将此附庸状态进行技术性剥离或所谓“创造性转化”。

与此同时，秦汉以降的中外文化交流亦有悠久历史，但迟至 16 世纪才在法文化领域有较具规模的接触与碰撞^⑧。步入 19 世纪后，帝制中国仍在“万邦来朝”的迷梦中故步自封，则再无推进法制的动力，既不知固有法统之积弊渐深，亦不察国际形势之风云诡谲。其时，万里之外的英国，已顺利完成工业革命并跃居世界头号殖民帝国，其诉讼程序与司法制度经 19 世纪 30 年代以来的法律改革运动，已发展到相当成熟的阶段。大洋彼岸的美国，则在拓展海外市场的同时致力推进法治，在诉讼法制与司法制度上也有建树。不独英美如此，欧陆亦在崛起。由《法国民法典》掀起的法典化浪潮，至 19 世纪末遍及欧洲大陆，东洋日本亦“脱亚入欧”，欧陆法系得以与英美法系分庭抗礼，影响近世中国日趋明显。

中英鸦片战争的爆发，是帝制中国被动卷入近代西方国家对外殖民扩张、开辟全球市场之漩涡的历史必然。正如西方学者所言，“必须明白，中国的变革和现代化肇端于十九世纪西方列强四处扩张以建

^⑦ 季卫东：《法治秩序的建构》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 55 页。

^⑧ 关于中西文化交流或关系史，学界研究成果甚多，详见方豪：《中西交通史》，岳麓书社 1987 年版；沈福伟：《中西文化交流史》，上海人民出版社 1988 年版；张国刚、吴莉苇：《中西文化关系史》，高等教育出版社 2006 年版。但对中西法文化关系史相对较少介绍，近期成果参见田涛、李祝环：《接触与碰撞：16 世纪以来西方人眼中的中国法律》，北京大学出版社 2007 年版；马小红、史彤彪主编：《输出与反应：中国传统法律文化的域外影响》，中国人民大学出版社 2012 年版。

立西方为中心的世界秩序这样一个背景”^⑨。由此带给传统中国社会的冲击，可谓“三千年未有之大变局”^⑩。随着西方列强侵略与掠夺的不断加深，天朝大国终从迷梦中愕然惊醒。惶恫睡眠所及之处，政治、经济、社会、文化诸领域无不遽然生变。非但中华法系遭遇前所未有的挑战，整个近代中国亦被卷入殖民扩张全球化的洪流，自此步入半封建半殖民地的艰难窘境。

其时，就寰球法律谱系的影响而言，“西法”是毫无疑问地占据着话语权和制高点。虽然中华法系仍然延续和发展至自身的顶峰，且在地理空间意义上覆盖最广，但域外影响仅及于东亚诸国^⑪；伊斯兰法系的文明程度不能比肩西法，也因为阿拉伯世界的衰微而局促于有限之地；非洲、南美洲和澳洲更因为被殖民而不曾发育出独立自洽的法系。有着悠久法治传统的英国在率先完成工业革命后，在法律文明程度上也不断出现质性发展，并深刻地影响着曾受其殖民统治美国的法律发展；而法国在大革命之后实现了法制发展的脱胎换骨，以崭新的法典法体系显示出行将席卷欧洲大陆的影响力^⑫。就此而言，英、美、法国确乎是名副其实的“列强”，其法制（包括诉讼法制）也理所当然地具有居高临下的文化势能。不过，中华帝国对此寰球法律谱系长期茫然不察，鸦片战争之后也懵懂莫辨西方诸国法统谱系的异同，遂长期以笼统的“西法”话语统摄和指代之。

面对列强环伺的岌岌危局，朝野上下有识之士，皆发愤图强以救残破河山。一场后世名曰“现代化”的改制，由少数睁眼看世界的先驱驱开其端绪，苦心孤诣而渐开民智深入人心。迭经太平天国起义、第

⑨ [美] 兰比尔·沃拉：《中国：前现代化的阵痛——1800年至今的历史回顾》，廖七一等译，辽宁人民出版社1985年版，第1页。

⑩ 李鸿章：《复议制造轮船未裁撤折》（同治十一年五月）。

⑪ 参见杨鸿烈：《中国法律对东亚诸国之影响》，中国政法大学出版社1999年版。

⑫ 关于19世纪世界法律体系，比较法学领域已有非常丰富而深入的研究。该领域导论性质的经典之作，主要参见：[法] 勒内·达维德：《当代主要法律体系》，漆竹生译，上海译文出版社1984年版；[德] K. 茨威格特、H. 克茨：《比较法总论》，潘汉典等译，法律出版社2003年版；[美] 格伦顿、戈登、奥萨魁：《比较法律传统》，米健等译，中国政法大学出版社1993年版；[日] 大木雅夫：《比较法》，范愉译，法律出版社1999年版。

二次鸦片战争、中法战争、中日战争、八国联军之役^⑬，庶几沦为“洋人之朝廷”的清政府，也终于意识到统治危机的严峻，意识到变法修律的迫切。至20世纪前十年，为舒缓内忧外患所致危机，朝廷不得不放弃成规，在模范列强的基础上变法修律，却又纠结于固守本土文化与汲取外来文化之间。传统诉讼法制之近代转型，便在史无前例的巨变情境中急遽展开。立宪思潮推动下的诉讼法制变革^⑭，既涵摄司法体制的重构和司法队伍的重塑，亦包含诉讼立法的尝试和诉讼制度的践行。

从文化冲突角度看，这场诉讼法制转型肇端于鸦片战争带来的冲击，但正式启动则迟至20世纪最初十年的“新政”。在此期间，包括诉讼法制在内的中华法系与外来法制之间隔阂日甚，后者却倚仗坚船利炮而混合成单向度的“西法”势力，造就了近代中国史上之所谓“欧美法系侵入时期”^⑮。不过，持续输入的“西法”本身也不是铁板一块，因应各自国内的政治形势与法律发展状况，输入近代中国社会的时段不同，对中国诉讼法制转型产生的影响不一。这就需要仔细辨识不同阶段的“西法”，而不能再像近代中国那样将其笼统化和简单化。由此展开的外国法与中国法之关系，主要线索便是中国法对于外国法的认知和取舍，其中引发的基本话题则是取舍过程所演绎的法律移植问题。

大致而言，从英国发动鸦片战争到英国率先承诺放弃“治外法权”期间，对近代中国诉讼法制构成冲击并刺激其转型的，也正是其时日臻成熟的英美诉讼法制。但这一冲击并非基于异质文化本身的扩散能力，而毋宁说是基于它所仰赖的政治和军事力量。换言之，英美诉讼法制之影响近代中国，是与英美国家率先展开军事侵略与文化殖民密切相关的。从中国诉讼法制自身的发展趋势看，尽管近代英美诉讼法制确有其相对优势，但这种优势未必就最合适、也未必皆可满足

^⑬ 参见[美]徐中约：《中国近代史》（上），计秋枫等译，香港中文大学出版社2002年版。

^⑭ 参见卞修全：《立宪思潮与清末法制改革》，中国社会科学出版社2003年版。

^⑮ 参见杨鸿烈：《中国法律发达史》（下），商务印书馆1930年版，第868页以下。

近代中国社会的法律需求。因此，英美诉讼法制作作为资本主义文明体系具有的进步性，和作为殖民主义扩张体系具有的攻击性，使近代中国在诉讼法制转型之初屡屡陷入困境，即普世技术的引入与民族情感的排拒，会始终存在于近代中国社会并产生强大的表面张力。职是之故，取道英美成为近代中国诉讼法制转型的最初尝试，其成果《刑事民事诉讼法草案》却迅速招致各地督抚的攻讦。

至于欧陆法制对近代中国社会的影响，因应其主要国家（法国、德国及受其影响的日本）的情况而更显复杂。总体而言，法国作为率先完成法典法体系的欧陆法系代表，在19世纪后期中国社会的文化影响力虽然存在，却因自身政局变动及在中国殖民扩张势力远不及英美，其影响力实际局限于近代启蒙思想者的言说。晚出的德国和日本就情况明显不同。德国及受德国影响甚深的日本以其宪制上的独特性，尤其是日本藉维新变法而崛起的示范性，契合着近代中国关于“立宪”以图救亡的吁求。至此人们就不难看到，何以莘莘学子普遍热衷留学欧陆尤其是日本，何以被译介的“西法”来源从侧重欧洲到侧重日本，也就不难理解取道英美遭遇挫败之后的风向，何以如此轻快顺畅地转向欧陆国家，且变成几乎全盘仿效跻身欧陆之列的日本。所以，从“官制改革”关于司法权的分立开始，几乎同步铺开而次第竣工的诉讼法制建设，无论是中央层面（例如《大理院审判编制法》及《法院编制法》）或地方层面（例如《天津府属试办审判章程》及《各级审判厅筹办章程》）的法院组织规范，还是暂行性质（例如《诉讼暂行章程》）或作为定制（例如《大清刑事诉讼律草案》及《大清民事诉讼律草案》）的诉讼程序法制，都呈现出鲜明的日本法制特色，其间亦杂陈着依稀可辨的源自德国或法国的西方文化痕迹。

如果把封建帝制的终结视为近代中国的终结，那么现代中国（民国时期）及当代中国（新中国成立以来）诉讼法制的发展如何？整体而言，近代中国启动的诉讼法制转型并不彻底，更未取得彻底的成功；其后续转型事宜及历史遗留问题，自然就落到了现代中国法制建设者的肩上。英美诉讼法制的式微与欧陆诉讼法制的勃兴，在民国之初已然成为基本态势。从北洋政府到南京国民政府的诉讼立法及司法

改革,绝大部分都在承受欧陆法制的支配性影响,表征之一便是“民国时代编纂法典不过完成清代未竟之业而已”^{①⑥}。尽管中国法学教育层面不乏现代英美法的余地(尤以东吴法学院之英美法教育及其推动的司法实践最负盛名),但北洋政府之对清末诉讼法制的扬弃,尤其是南京国民政府之对“六法全书体系”的缔造^{①⑦},确乎表明欧陆法制在现代中国的持续影响和全面渗透。

中华人民共和国成立以来,外来法制与中国法制的关联再次波动。基于国际国内形势及意识形态的原因,全面仿效苏联社会主义的法制建设运动急遽展开。随着“六法全书体系”的废弃和“司法改革运动”的推行^{①⑧},现代欧陆法制及原本稀薄的英美法制之文化影响被悉数清理。鸦片战争以来延宕百年的“西法”沦为禁区后,当代中国法制由此朝苏联化方向全速转型,且与苏联及其他社会主义国家构成20世纪寰球法律谱系中的社会主义法系。镶嵌其中的当代中国诉讼法制,亦因之呈现与中华法系或西方两大法系迥异的特质。至20世纪90年代苏联解体与东欧剧变,中国法制全盘苏联化的后遗症也昭然于世。经由“建设有中国特色社会主义法治”的政治宣导,由此启动了对全盘苏联化的文化检讨,进而促成对“西法”再度关注的思想解放。

置于这一新近发生的历史情境,当代中国诉讼法制建设逐渐风生

^{①⑥} 前引杨鸿烈:《中国法律发达史》(下),第1032页。

^{①⑦} “六法全书”源于日文汉字,是明治维新初期日本移译法国民法、商法、刑法、治罪法、诉讼法及宪法的统称,最早于1890年编成《日本六法全书》出版。1907年《新译日本法规大全》在中国编译出版,是对日本六法全书的全译本。1911年该书出至第16版,名为《日本六法全书》,“六法全书”之说始兴,且用于指称整个成文法体系。民国初期,“六法全书”指宪法、民法、商法、刑法、民事诉讼法和刑事诉讼法六种法律的汇编;南京国民政府初期决定“民商合一”,所谓“六法”实际只有五法,但基于行政法日趋占有重要地位,遂补阙而列入“六法”。相关介绍参见[日]团藤重光:《法学的基础》,有斐阁1996年版,第57页以下;[日]实藤惠秀:《中国人留学日本史》,谭汝谦等译,三联书店1983年版,第298页;以及李龙主编:《新中国法制建设的回顾与反思》,中国社会科学出版社2004年版,第19-20页。

^{①⑧} 关于新中国初期废除“六法全书”之进程及1952—1953年司法改革运动的得失,参见前引李龙主编:《新中国法制建设的回顾与反思》,第19-51页、第110-124页。关于废除“六法全书”之历史文献,参见董必武:《董必武法学文集》,法律出版社2001年版,第14页以下。

水起^{①9}。无论是三大诉讼法的修订或新颁，还是从审判方式入手的司法改革，都在相当程度上因缘于“西法”被重新瞩目而形成的影响。虽然这种状况势必导致强势文化的支配，但随着法律全球化进展而来的对普世价值的认同，异质文化楔入当代中国社会不再像往昔那样纠结。这是一个被乐观主义者称为“走向权利的时代”，虽然随后的诉讼法制建设（包括诉讼立法和司法改革）仍可能出现曲折，但总趋势必将是取长补短的多元共生与持续发展。

至此，我们大致明晰中国诉讼法制文明的演进，实际是不同阶段因缘际会而发生的制度变迁和文化转型。循此回溯到一百余年前中华帝国晚期，便是本书主题所涉种种问题的历史场域。

^{①9} 新中国刑事诉讼、民事诉讼及司法制度建设历程，参见郭成伟主编：《新中国法制建设50年》，江苏人民出版社1999年版，第79-408页；杨一凡、陈寒枫、张群主编：《中华人民共和国法制史》，社会科学文献出版社2010年版，第150-159、188-200、475-518页。

目 录

引 言 / 1

第一章 遭逢变局：诉讼法制的外来冲击 / 1

一、风起西洋：英美诉讼法制的楔入 / 2

（一）近代英美诉讼法制源流 / 2

（二）领事裁判权的楔入基础 / 9

（三）租界司法：实践及其影响 / 22

二、从欧陆到日本：后来居上的渗透 / 32

（一）近代欧陆诉讼法制源流 / 32

（二）近代日本诉讼法制蜕变 / 51

（三）示范效应：因立宪而崛起 / 62

第二章 吁求变革：面对危亡的集体回应 / 65

一、西法杂陈与认知层面的铺垫 / 65

（一）开眼看世界：从分权入手 / 65

（二）译介新知与出洋考察 / 76

（三）作育新人与礼聘洋师 / 86

二、变法上谕与修律工作的筹办 / 94

（一）世纪新梦：上谕修律 / 94

（二）肩负使命的修律大臣 / 102

（三）修律机构之成立与曲折 / 109

第三章 取道英美：修律之初的诉讼立法 / 113

一、启动修律：从诉讼立法出发 / 114

（一）《刑事民事诉讼法草案》之诞生 / 114

（二）立法初衷中的价值取向 / 119

（三）从理念到制度：通盘影响 / 125