

認識、接納與引進：歐陸法制對晚清政府法律改革的影? (1906-1911)

著者	何志輝
雑誌名	東アジア文化交渉研究 = Journal of East Asian cultural interaction studies
巻	9
ページ	453-463
発行年	2016-03-31
その他のタイトル	Cognized, Accept and Imported : Impact of Civil law System on the Late Qing Government Legal Reform, 1906-1911
URL	http://hdl.handle.net/10112/10125

認識、接納與引進：歐陸法制對晚清政府法律改革的影響 (1906-1911)

何 志 輝*

Cognized, Accept and Imported: Impact of Civil law System
on the Late Qing Government Legal Reform, 1906-1911

HE Zhi Hui

This paper examines the impact of civil law system on modern China legal reform. The adoption of the civil law system in modern China began in the late Qing Dynasty. In order to reform the judiciary, the Qing government transplanted the western laws on a large scale, especially the laws of Japan. There were a number of factors involved: foreign, social, cultural, political, and legal. On the whole, it can be summarized as two major aspects. On the one hand, the western civil law codes had apparent advantages, and Japanese law system has achieved great success, caught a high degree of attention of the Chinese intellectual circle at the time. On the other hand, through a wide range of translation, introduction and education, civil law system was widely noticed and exerted a great influence, with the help of Japanese legal experts were hired by the late Qing government. The late Qing efforts to adopt the continental law system had an important and far-reaching impact on the development of legal system of Republican China by the initiatives of Nanjing government.

Keywords: Modern China, Civil law system, Japanese law, Legal reform

* 何志輝，澳門科技大學法學博士、日本關西大學文化交涉學博士。澳門科技大學法學院副教授，西南政法大學法學研究所、中國人民大學法律文化研究中心研究員。主要研究澳門法與比較法律文化，現已出版《澳門法制史研究》、《明清澳門的司法變遷》、《從殖民憲制到高度自治》、《近代澳門司法：制度與實踐》、《治理與秩序：全球化進程中的澳門法》、《外來法與近代中國訴訟法制轉型》、《華洋共處與法律多元》等8部專著，另有主編、合著、參著近10部。聯繫方式：heliulaw@126.com

一、緒論

源遠流長的中國文化，與異質性的其他文化從來不乏交流。以極具異國情調的“西方”而論¹⁾，中西交流最早可溯至先秦時期。自葡萄牙人來華通商與澳門開埠後，以澳門為橋樑而推行的中西文化交流在明清之際達到新高潮²⁾。但在制度文明尤其是法律制度方面，中國與西方長期匱乏實質性的互動。造成這種局面的原因主要在於，以唐律為代表的中華法系成為世界封建法律文明的最高峰，受其影響的明清律則是中華法系發展到爛熟階段的產物，這種倫理型法文化在整體上曾經領先於歐洲中世紀各國，進而使人們對“大航海時代”尤其是工業革命以來歐洲資本主義崛起的狀況也無動於衷——明末來華耶穌會士利瑪竇向朝廷奉獻的一幅世界地圖之刻意把中國置於中央，恰是對其時中國一直以天朝大國自居之心態的文化映射。

19世紀以來，在中國仍沉迷于“萬邦來朝”之文化幻境而不覺落伍的同時，被東方國家普遍忽略的西方世界正在急速東擴，基於逐利本性的殖民擴張全球化即將撒開彌天大網，隨之而來的則是英美法制與歐陸法制兩大法系的逐漸成型³⁾。雖然二者在西方世界的分野甚為明晰，但在近代中國輸入及傳播之初並未分出彼此，而是作為籠統和整體的“西方”文明映入國民的眼簾。鴉片戰爭的爆發成為“千古未有之大變局”，它不僅急遽驚醒泱泱大國的天朝迷夢，也幾近徹底地掰彎中華法系的發展軌道。自此往後的晚清七十年，便是這兩大法系共同以“西方”之名在堅船利炮後盾下的東漸史。這場史無前例的東漸既是它們共同面對東方世界的制度“入侵”，也是它們彼此想方設法爭奪在華影響力的文化“暗戰”，並成為歐美列強紛紛攫取在華領事裁判權並通過租界司法、劃分勢力範圍的較量內容之一。

在相當一段時期內，近代中國思想界對於整體意義上的“西方”法制並未放在學理層面上加以辨識，而是以從“師夷長技”到“中體西用”的實用態度盡可能汲取其中的制度養分，因此近代中國對“西方”法制的早期接納是曖昧不明且內生齟齬的。至於清政府對“西方”法制的態度，則一直未有給予像對西方器物文明那樣的關注。這種局面至“庚子事變”發生後遽然生變，以張之洞、劉坤一等為代表的地方督撫促成朝廷最後一搏的“新政”，而英國試圖修約而率先拋出“允棄治外法權”的誘餌更使之全面啟動，一場旨在通過“改歸一律”挽救統治危亡的修律運動遂開啟20世紀中國法制發展的序幕。

作為近代中國法制轉型之始的清末修律，使長期以來關於“西方”法制的整體認識從感性轉向相對理性，但在究竟接納怎樣的“西方”及如何接納方面頗費周折。光緒三十二年（1906）修訂法律大臣沈家本、

-
- 1) 有研究指出，中國文化史上的“西方”概念因時而易，大致在明中葉前指中亞、印度、西亞，略及非洲；晚明清時期指歐洲；近代以來“西”的地理概念淡出，政治文化內涵加重並且比較明顯地定格為歐美文化。參見張國剛、吳莉葦：《中西文化關係史》，北京，高等教育出版社，2006年版，第3頁。
 - 2) 明清澳門作為中西文化交流的橋樑，承載了中西之間的器物文明與精神文明的雙向交流。相關介紹參見：鄧開頌等主編：《澳門歷史新說》，石家莊，花山文藝出版社，2000年版，第160-178頁。
 - 3) 英美法系與大陸法系的比較是比較法學基本問題之一，相關經典著述可參見：[法]勒內·達維德：《當代主要法律體系》，漆竹生譯，上海，上海譯文出版社，1984年版；[德]K·茨威格特、H·克茨：《比較法總論》，潘漢典等譯，北京，法律出版社，2003年版；[美]葛蘭頓·戈登·奧薩魁：《比較法律傳統》，米健等譯，北京，中國政法大學出版社，1993年版；[日]大木雅夫：《比較法》，範愉譯，北京，法律出版社，1999年版；沈宗靈：《比較法研究》，北京，北京大學出版社，1998年版；等等。從法律文化層面展開的若干比較，可參見[法]勒內·達維德：《英國法與法國法：一種實質性比較》，潘華舫等譯，北京，清華大學出版社，2002年版；[美]H·W·埃爾曼：《比較法律文化》，賀衛方等譯，北京，清華大學出版社，2002年版；等等。

伍廷芳主持擬訂的《刑事民事訴訟法草案》，以其時在“西方”最具影響的英美訴訟法制為藍本，卻在各地督撫大員的竭力抵制和攻訐之下被迫擱置⁴⁾。自此往後幾年間的修律活動，遂由效仿英美法制而迅速轉向追隨歐陸法制，並從此奠定著近代中國法制發展的文化基調。然而，在此轉向背後究竟存在哪些誘導性的政治因素和文化因素，這一迅速轉向的過程又是通過哪些技術性或策略性的手段得以實現，值得在學理層面繼續探究，對當下中國法制建設亦具啟發。本文僅擇其外在因素申論之，不妥之處祈請方家指正。

二、仿效日本：朝野上下對歐陸法制的重識

作為“西方”法制之一的歐陸法制，是歷史最悠久、分佈最廣泛、影響最深遠的大陸法系之基幹⁵⁾，由羅馬法、教會法和商法等淵源構成一體，以法國、德國等歐洲國家法和受其影響而“脫亞入歐”的日本法為主要代表。

日本在明治維新期間，通過“脫亞入歐”擺脫中華法系的影響，並以全面移植歐陸法制而向大陸法系靠近。明治八年（1875），日本設立刑法草案調查部，編纂方針是“以歐洲大陸各國的刑法為基礎，參酌本邦的時勢人情，以編修出寰宇普通的成文法典”⁶⁾。1876年以來，日本在實體法制建設方面走過一段彎路：先是聘請法國專家立法，因法律草案不合固有傳統而遭否定；後再改請德國專家立法，模仿德國法而取得成功，從此便牢牢附庸於大陸法系。其在訴訟法制建設方面同樣如此，以裁判所（法院）制度為例，從司法獨立原則到具體運作規則，亦無不是全面參酌歐陸訴訟法制的文化產物。

不過，帶動近代中國取法日本熱潮的誘因則是中日甲午戰爭。是役以天朝大國戰敗求和而告終，朝野上下震驚之餘而有“今之言政者，莫不范於日本之制”的風習⁷⁾。光緒三十一年（1905）三月，使日大臣楊樞奏請朝廷諭令留日學生講求外國法政之學，以備修改法律及收回治外法權。在他看來，中國與日本地屬同州，且政體民情最為相近，故宜取法日本。留學日本的法政學生對日本變法自強的經驗亦多推崇。如東京法政大學速成科的留學生楊度等人致函端方時，指出日本自強得益於近三十年的維新變法，提議應在中國普及法政思想和養成法政人才，“仿日本法政速成科例，設法政講習社，使人人皆可開法政普通知識”⁸⁾。留日學生蕭仲祁等人也有同樣感受，更著力申明法政教育對收回治外法權之意義，提醒“中國今日萬不能視此為緩圖”⁹⁾。這些留日學生陸續歸國後，有一部分供職於在修訂法律館或後期機構如憲政編查館、資政院，在法律起草或審議過程中有著不容忽略的影響力。這也使清末立法成果在篇目結構、法律條文乃至法律術語等方面，留下近代日本法程度不一的種種痕跡。

促使朝廷下定決心仿效日本的因素，則是光緒三十一年（1905）以中國東三省為主戰場的日俄戰爭結束，日本在日俄戰爭中竟以小勝大。這場戰爭不僅成為日本崛起的標誌，也在近代中國國民心中成為立憲壓倒專制的象徵；不僅對近代東亞地區國際關係之重構產生深遠影響，更對近代中國思想的流變產生尤為

4) 關於此次立法嘗試之前因後果，參見何志輝：《外來法與近代中國訴訟法制轉型》，北京，中國法制出版社，2013年版。

5) 參見[美]約翰·亨利·梅裏曼：《大陸法系》（第二版），顧培東等譯，北京，法律出版社，2004年版。

6) 參見華夏：《日本法制的近代化與日本法的西洋化》，載《比較法研究》1990年第3期。

7) 載澤：《日本法規大全·序》，宣統元年南洋公學排印本。

8) 《出國遊學生等致端方函紮》（一）“楊度等函”，《清代檔案史料叢編》第14輯，北京，中華書局，1990年版，第279-281頁。

9) 《出國遊學生等致端方函紮》（一）“蕭仲祁等函”，前引《清代檔案史料叢編》第14輯，第281頁。

痛切的刺激。日本以新興小國戰勝老大帝國沙俄，在當時朝野上下看來正是立憲國戰勝專制國的“最明白的證據”¹⁰⁾。急於擺脫危機的清政府對日本之崛起既畏且羨，痛定思痛之餘決定效仿其變法自強的經驗，如模範列強進行立法的思想及聘請外國專家幫助立法的舉措等即為明證。至於因《大清新刑律》激發論爭而致上諭有謂“折中各國大同之良規，兼采近世最新之學說，而仍不戾乎我國曆世相沿之禮教民情”，其參酌思想更與當年日本可謂一脈相承。

總之，對近代中國而言，日本維新不過數年即躋身列強之一，其成功具有強大的示範效應。相比遙不可及的英美法制或歐陸法制，改從日本模式顯然更具親和力與可行性。這不僅是因為中日兩國有相似的法族意識，也因為有相似的現代化動因，即旨在收回領事裁判權和挽救危亡。正是基於相似的法族意識，修律大臣沈家本明確地指出：模仿外國法律當以日本經驗最為典型，因“日本舊時制度，唐法為多。明治以後，採用西法，不數十年遂為強國”¹¹⁾。沈氏這一認識折射的也正是近代中國對日本變法圖強經驗的普遍看法。故此，日本近代法制經驗之被清廷所重視，自在情理之中。清政府自1902年發佈上諭以來的修律工作，尤其是《大清新刑律》論爭期間形成的“折中各國大同之良規，兼采近世最新之學說，而仍不戾乎我國曆世相沿之禮教民情”上諭，則是對日本經驗教訓的再現。

三、譯介新知：修律機構對歐陸法制的宣揚

在清末修律前後，歐陸法制及學說的陸續譯介極具衝擊性，對中國傳統法制的解體與近代法制的形成產生著實質影響。

清末修律之前，近代中國對外國法的譯介即已傾向歐陸法制方面。早在鴉片戰爭期間，林則徐為抵禦英國侵略而最早主持翻譯了瑞典法學家滑達爾(Vattel)《國際法》的部分內容並以《各國律例》名義刊行。譯介外國法的活動雖因鴉片戰爭失敗而暫停，但重啟於洋務運動時仍是以國際法為先導。據梁啟超等人統計，自洋務運動至戊戌變法的三十多年間，即有十八種外國法著述被譯介和傳播¹²⁾，除《萬國公法》、《法國律例》等八種國際法類、三種軍法類、四種其他類作品，還有《西法洗冤錄》等三種司法審判類作品。值得注意的是，戊戌變法以前譯介的外國法成果以歐陸國家法制及法學居多，但沒有一種來自日本。在日本仿效歐陸取得巨大成功後，隨著清朝首任駐日使館參贊黃遵憲對明治維新的介紹與推崇¹³⁾，日本法制及其學說才漸次得到國人重視，譯介日本法的活動則在變法修律期間驟然增長。

修訂法律大臣沈家本、伍廷芳正式主持修訂法律館事務以來，為“模範列強”而開展大規模的譯介外國法活動，分期分批完成了各國法典和著作數十種的翻譯工作。就作品的來源分佈情況看，譯介“西方”法制的重心在於近代歐陸法制，主要分佈在德國、法國和奧地利等國家。以開館以來譯介訴訟法制成果為

10) 李劍農：《中國近百年政治史：1840-1926年》，上海，復旦大學出版社，2002年版，第207頁。

11) 朱勇主編：《中國法制通史》(第九卷)，北京，法律出版社，1999年版，第291頁。

12) 轉引自李貴連：《近代中國法律的變革與日本影響》，載《比較法研究》1994年第1期。

13) 黃遵憲自光緒三年(1887)隨何如璋出使日本，撰有被譽為日本“明治維新史”的《日本國志》和《日本雜事詩》等著述，成為近代中國最早主張向日本學習的代表，相關介紹參見李貴連：《近代中國法律的變革與日本影響》，載《比較法研究》1994年第1期。

例，據光緒三十一年（1905）第一次統計¹⁴，歐陸法制方面僅有《德意志裁判法》等少數幾種。光緒三十三年（1907）第二次統計，歐陸訴訟法制方面已增譯《德國民事訴訟法》、《普魯士司法制度》等，以及已譯未完的《德意志舊民事訴訟法》、《比利時監獄則》等多種，英美法制方面僅有未譯完的《美國刑事訴訟法》。宣統元年（1909）正月第三次統計¹⁵，歐陸法制方面已有《德國改正民事訴訟法》（未完）、《法國刑事訴訟法》（未完）、《奧國法院編制法》、《奧國民事訴訟法》（未完）、《德國裁判所懲戒法》等譯介成果。至同年十一月第四次統計，歐陸訴訟法制譯介包括《奧國民事訴訟律》、《德國強制執行法》和《德國改正民事訴訟法》等著述。

至於對日本法制的譯介，更是修律中期以來的工作重心。僅以上述四次統計關於訴訟法制的譯介情況而論，第一次統計時已譯介《日本刑事訴訟法》、《日本監獄法》、《日本裁判所構成法》等多種；第二次統計時已譯完《日本裁判構成法》、《日本監獄訪問錄》、《日本監獄法》、《日本刑事訴訟法》、《日本裁判所編制立法論》等多部；第三次統計時則有《法律名詞》（以現擬民訴草案所有名詞為標準）、《日本改正刑事訴訟法》、《日本改正民事訴訟法》、《日本現行刑事訴訟法》、《日本現行民事訴訟法》、《裁判訪問錄》、《日本民事訴訟法注解》、《日本刑事訴訟法論》、《日本民事訴訟法論綱》等多種。至於第四次統計時，修訂法律館實際上已按日本司法與訴訟法模式完成了相應的法典草案，因此這次不再有日本訴訟法制方面的譯介作品。關於日本訴訟法學的譯介，其時也遠比英美及歐洲訴訟法學更具規模，引一時風習者先後有法學編譯會組織翻譯的日本學者谷野格《刑事訴訟法》（1907年）和陳時夏翻譯的日本學者松室致《刑事訴訟法論》（1910年）等。《法學會雜誌》等專門刊物也陸續創辦和發表相關文章，其中1906年創刊的《北洋法政學報》還在第50至66冊連續刊登了日本學者石光三郎的《日本刑事訴訟法法理》¹⁶，對近世中國普及歐陸訴訟法制頗具學理性影響。如是種種刊物及文章，一時如雨後春筍。由此可見，修律期間對於歐陸法、尤其是日本法的譯介蔚為大觀。有學者初步統計，其時從日本直接翻譯的法學書籍約有二百多種，占清末全部引進法學書籍的一半以上。雖然歐洲開始留意近代中國大量從日本翻譯西學的狀況，並有英美學者專門撰著《版權考》之類著作對此現象予以批評¹⁷，但仍無礙於日本法及由此觸及的歐洲國家法制在近代中國的傳輸，且對清末修律最終轉向大陸法系有著莫大的直接影響。

在思想界和修律者的共同努力下，對歐陸法制的譯介活動不局限於法典及著作翻譯，還開始深及原理探究與文化比較的層次。僅以程式法制而論，一批蘊涵著歐洲資產階級司法理念的大批法律術語¹⁸，如權利、公訴、控訴、代理、辯護、對質、裁判所、代言人、辯護人、陪審員等，正是在廣泛傳播的過程中反復傳遞著歐陸法制的近代觀念。這些在後世耳熟能詳的法律語詞，闡述了近世西方的司法制度和原則，折射出近世西方分權體制下的憲制觀念與精神，蘊涵著近世西方資本主義的文化精神。變法修律遂成歐陸法制在近代中國大力傳播的契機，亦成西法東漸史上意味深長的文化圖景。

14) 沈家本：《寄簞文存》卷一，《刪除律例內重法折》。

15) 參見《東方雜誌》1909年3月號。

16) 李貴連：《二十世紀的中國法學》，北京，北京大學出版社，1998年版，第91頁。

17) 田濤：《清末翻譯外國法學書籍評述》，載《中外法學》2000年第3期。

18) 關於近代外來法律辭彙的統計考察，參見前引李貴連：《二十世紀的中國法學》，第31-32頁。

四、立憲考察：朝廷重臣對歐陸法制的體驗

為遵循上諭變法的意旨，修律工作須妥善處理參酌西法與調適舊律、模範列強與固守國粹的關係。雖然短短十年修律實為內憂外患之形勢所迫，但在選擇可資借鑒的具體變法模式上，朝廷還是作出了一番自主的考察與決策¹⁹⁾。

考察各國政治的主張，在光緒二十七年（1901）即有張之洞、劉坤一等人提過，他們認為“論今育才強國之道，自應多派士人出洋遊學為第一義”²⁰⁾，以知悉列強何以強盛、可否成為朝廷鏡鑒，從而有助於修律者對外國法制獲得直觀認知。鑒於此，修訂法律館一面組織人員翻譯外國法律，一面不斷要求朝廷派員出國考察。在他們看來，出洋考察各國法政不應止於日本，還應環顧歐美諸國。為使變法修律有所依憑，出洋考察外國法制遂成接納西方法制的又一重要管道。

光緒三十一年（1905）六月，朝廷為配合預備立憲而發佈《派載澤等分赴東西洋考察政治諭》，決定派鎮國公載澤、戶部侍郎戴鴻慈、兵部侍郎徐世昌、湖南巡撫端方等五大臣分赴東西洋各國考察憲制，“考求一切政治，以期擇善而從”。五大臣奉旨遵循“心地純正，識見開通”原則，選拔了一支曾留學外國或熟知西洋的隨員隊伍，由於8月下旬出發之際發生壯士吳樾試圖阻止此行的炸彈事件²¹⁾，朝廷改派李盛鐸、尚其亨取代徐世昌、紹英，延至11月中旬啟程，分別考察日本、美國、德國、英國、丹麥、瑞典、挪威、法國、奧匈帝國、俄國等十三國的政治情形²²⁾，歷時七個多月，至翌年（1906）五月歸來。所謂考察雖是跑馬觀花，列強之法制文明、蓬勃氣象仍給這些長期沉醉於帝國幻境的大臣以強烈的震撼，更在當時社會激起巨大的波瀾。贊成者如《時報》發表評論，稱考察立憲可定變法維新之國是，可養大臣之政治常識，可振臣民望治之精神；而斥責者如《民報》載革命黨人文章，稱其“假考察政治之名，以掩天下人之耳目”²³⁾。

為迎合朝廷急於立憲之情，五大臣在考察報告上可謂煞費心思²⁴⁾。由於朝廷安排此行的真實用意五大臣臨行之前已明確論知，即考察仿行立憲是否有礙君權，俟調查結局後“若果無妨害，則必決意實行”²⁵⁾，以平息國內日趨高漲的革命運動，因此他們在考察中特別留心契合清政府政體風格的德國和日本。在陸續發回的奏摺中，他們對所至列國之狀況各有比較。在他們看來，以工業立國之美國，雖“規劃之周詳、秩序之不紊”，但“純任民權，與中國政體本屬不能強同”。英國特色在地方自治之完密，但其複雜的設官分職，“自非中國政體所宜”。法國自戰敗於德後“不三十年復臻強盛”，但其“為歐洲民主之國”，而建國規模與其他國家大有區別。俄國正值政府組織憲政之時，但民智未開，成效難見。相比之下，惟有日本和德國的立憲制度值得重視。例如，戴鴻慈在考察德國的奏摺中指出，德國以威定霸不及百年，而陸軍強名幾震歐海，日本維新以來事事取資於德，行之三十載遂至勃興，而中國近多歎羨日本之強，“不知溯始窮原，

19) 張德美：《探索與抉擇——晚清法律移植研究》，北京，清華大學出版社，2003年版，第351頁。

20) 《江楚會奏變法折》之《江楚會奏變法第三折》。

21) 故宮博物院明清檔案部編：《清末籌備立憲檔案史料》（上），北京，中華書局，1979年版，第3頁。

22) 參見陳丹：《清末考察政治大臣出洋研究》，北京，社會科學文獻出版社，2011年版。

23) 《怪哉！上海各學堂各報館之慰問出洋五大臣》，載《民報》（第一號）。

24) 五大臣出洋考察情形，有載澤《考察政治日記》、戴鴻慈《出使九國日記》等史料可證。參見前引《清末籌備立憲檔案史料》（上），第6-18頁。

25) 前引《清末籌備立憲檔案史料》（上），第1頁。

正當以德為借鏡”²⁶⁾。載澤在考察日本的奏摺中對日本更是推崇，稱該國“立國之方，公議共之臣民，政柄操之君上，民無不通之隱，君有獨尊之權”²⁷⁾，其以三島之地而至抗衡列強，實亦未可輕量。在他們看來，英、德、日均為君主立憲政體，英國之強盛已為當世所共睹，日、德亦不過數年間即崛起為強國，立憲之成效可見一斑。而考究中國的政治傳統、民風民俗，與日本及德國尤多相似，故認為“固當急於師仿不容刻緩者也”²⁸⁾。五大臣考察歸國後，在強烈的危機感和憂患意識下，向朝廷提出《奏請以五年為期改行立憲政體折》，認為天下大計全賴憲法，救危之方則在立憲，立憲政體利君利民“而獨不便於庶官者也”²⁹⁾，主張立憲當如維新派所言的“遠法德美，近采日本”，兼取列強之所長³⁰⁾。

光緒三十二年（1906）七月，清廷再次發佈上諭，要求比較各國“仿行憲政”之政體，“以立國家萬年有道之基”，並再次派出大臣分赴各國考察憲政。這次考察進一步強化了效仿日本和預備立憲的決心。光緒三十四年（1908）七月，赴日考察大臣達壽上奏，介紹日本立憲情形。該奏摺不僅向朝廷闡述欽定憲法、協定憲法和民定憲法的區別，且認為挽救時局之路在於立憲，建議以欽定憲法列記君上大權、以法律限制臣民權利自由、收回軍隊統率大權，試圖藉以打消清廷對立憲的疑慮³¹⁾。同年八月，憲政編查館上奏《會奏遵擬憲法大綱暨議院選舉各法並逐年應行籌備事宜折》，提出“憲法為國家不刊之大典，一經制定不得輕事變更”³²⁾。這正是清廷頒佈《欽定憲法大綱》的初衷。從《欽定憲法大綱》規定“君上大權”、臣民的權利義務、國家機關的職權等基本內容的情況看，尤其是“憲法大綱只列君上大權，純為日本憲法的副本，無一不與之相同”³³⁾，這次仿行立憲的產品，採納的是光緒十五年（1889）《大日本帝國憲法》的模式。因日本憲法直接以1850年普魯士憲法為藍本，故《欽定憲法大綱》雖直接仿自日本，考其最終源頭則在德國。

在朝廷派員考察列國立憲的同時，考察歐陸訴訟法制也成為修律的準備工作。在訴訟法制領域，東西洋法制皆受關注，尤以日本訴訟法製備受矚目。先是光緒三十一年（1905）九月，基於應否恢復刑訊問題之爭的影響，修訂法律館修律大臣沈家本、伍廷芳等奏請派刑部候補郎中董康等人赴日，調查該國“法制刑政，以備采擇”。該份奏摺有如下幾點值得注意：其一，修律應當參酌中外，派員出洋考察勢在必行，“至訴訟裁判之法，必親赴其法衙獄舍，細心參考，方能窮究底蘊。將來新律告成，辦理乃有把握”。其次，他們認為取法日本最為可行，一者日本“屢遣人分赴法、英、德諸邦，採取西歐法界精理，輸入東瀛，然後薈萃眾長，編成全典。舉凡訴訟之法、裁判之方，與夫監獄之規則形制，莫不燦然大備”，其仿效歐陸訴訟立法的經驗值得朝廷借鑒；二者“我國與日本相距甚近，同洲同文，取資尤易為力，亟應遴派專員前往調查，借應遴派專員前往調查，借得與彼都人士接洽研究”。隨後，他們強調派員“非得有學有識、通達中外之員，不能勝任”，以便擔當考察大任，“凡該國修訂之沿革，頒佈之次第，以及民事、刑事之所以分判，

26) 前引《清末籌備立憲檔案史料》（上），第9-10頁。

27) 前引《清末籌備立憲檔案史料》（上），第6頁。

28) 前引《清末籌備立憲檔案史料》（上），第10頁。

29) 《辛亥革命》（四），第24頁。

30) 前引朱勇主編：《中國法制通史》（第九卷），第70-77頁。

31) 前引《清末籌備立憲檔案史料》（上），第25-41頁。

32) 《大清法規大全》卷四《籌備立憲一》，台北，考正出版社，1972年版，第208頁。

33) 王世傑、錢端升：《比較憲法》，北京，中國政法大學出版社，1997年版，第348頁。

並他項規則之關於刑政為譯書內所未載者，俱可得其要領”³⁴⁾。經清廷准允後，董康等一行四人於該年底赴日。光緒三十三年（1907）八月，改組後的法部又派麥鴻鈞等人赴日，考察其審判制度及監獄改良等事。

總之，受朝廷委派出洋考察各國立憲之所得建議及主張，仍是以仿效歐陸法制為基本主張，這不僅對清末立憲產生了重要影響，也為歐陸法制在近代中國的進一步傳播奠定了思想基礎。至於董康等人赴日本考察司法制度，則直接推動了朝廷在訴訟立法與司法改革方面的步伐，成為近代中國法制全面轉向歐陸法制的內在因素。

五、習法成風：新式人才對歐陸法制的授受

與傳統科舉教育或律學教育不同，近代中國主要通過海外留學與國內辦學的方式養成法政人才。19世紀後期留學歐美研習法政者並不多³⁵⁾，“庚子事變”後局面為之一變。為盡速培養新式法政人才，洋務派代表張之洞等人倡言出洋留學政策。張氏早期著《勸學篇》指出：“出洋一年，勝於讀西書五年”，“入外國學堂一年，勝於中國學堂三年”³⁶⁾。因留學不僅使人增長見識，更能加速新式人才之養成，他們還建議朝廷將留學經歷與入仕政策相關聯³⁷⁾。科舉制度被廢後，另謀仕途的士子改學法政，以順應1906年朝廷宣佈預備立憲以來急需法政人才的時勢，留學風潮更形活躍。

鑒於日本維新成功，朝野上下普遍傾向遊學日本。日本方面亦對同化中國深謀遠慮，便趁勢在各類教育機構中積極開設方便留學的法政課程。除須經入學考試的正規大學教育途徑（如東京大學、早稻田大學及法政大學等）外，日本法政大學校長梅謙次郎又創設無須考試的法政速成科教育，早期留日學生如曹汝霖等人還借速成科校址開辦門檻更低、規模更大的法政速成班³⁸⁾，僅在1904年至1908年五期招生中即養成

34) 張國華、李貴連編：《沈家本年譜初編》，北京，北京大學出版社，1989年版，第106頁。

35) 鴉片戰爭尤其是洋務運動以來，陸續有人自費或官費留學歐美，大多成為清末法政舞臺上的重要人物。留學英國的代表人物伍廷芳，長期活躍於法政及外交舞臺，任職修律大臣時更以銳意進取著稱。饒有意味的是，其妻弟何啟也畢業於該院並獲律師資格，歸國後在香港從事律師職業，兼以民權思想啟蒙當世；其子伍朝樞承繼衣鉢，亦在該院研習法政。在清末民初的法政舞臺上，伍氏家族堪稱一道風景。留學美國的早期法政人才，以張仁康為代表。他在哥倫比亞大學攻讀法政，曾為紐約州執業律師，據理反擊各界排華者，使州議會通過特別法案，准其加入美國律師公會，遂為美國第一個華人律師，亦為反對種族歧視、爭取華裔公民權的先驅。早期留學歐洲的代表人物，主要有畢業於法國的馬建忠（1879年獲學士學位），因推崇法國民主政治，宣導中國設議院、行改革，對近世法政思想界產生較大影響。但就整體規模而言，這一時期具有西學背景的十分少見。關於清末法政人之留學歐美，參見程燎原：《清末法政人的世界》，北京，法律出版社，2003年版，第1-34頁。

36) 張之洞：《勸學篇》外篇《遊學第二》。

37) 據光緒二十七年（1901）張之洞、劉坤一合奏：“擬請明定章程，自今日起，三年以後，凡官階、資序、才品，可以開坊缺、送禦史、升京官、放道員等，必須曾經出洋留學一次，或三年或一年均可。凡未經出洋者，不得開坊缺、送禦史、升京官、放道員等。”參見《張文襄公全集》卷54。

38) 曹汝霖早年留學日本東京法學院，回國後曾參與丙午官制草案的修訂，官制改革後在新成立的外務部擔任主事，1907年11月經沈家本奏調到修訂法律館辦事，同時在憲政編查館任編制局正科員。在籌備立憲時期，曹汝霖與汪榮寶、章宗祥、陸宗輿四人“每逢新政，無役不從，議論最多，時人戲稱為‘四金剛’”。參見曹汝霖：《曹汝霖一生之回憶》，台北，傳記文學出版社，1980年版，第46頁。

畢業生一千多人³⁹。儘管速成科因招生較濫而受輿論批評，但並未影響這些畢業生歸國後在新政事務（包括修律）中的活躍表現⁴⁰。

除大規模留學日本外，歐陸國家亦在相當程度上獲得重視。因日本崛起得益于追隨歐陸法制，且曾派遣數百學生分赴歐陸國家學習，朝野上下從中受到啟發，留學對象因此兼及歐陸國家。光緒二十九年（1903）九月上諭指出，近來遊學日本尚不乏人，但泰西各國甚少，“著各省督撫選擇明通端正之學生，籌給經費，派往西洋各國講求專門學問，務期成就真材，以備任使”。此後各省多次派員遠赴法、德等國深造，學習政法者大大增加⁴¹。這些學子對歐陸國家的認識更趨理性，且多認為國富兵強與其法制相關⁴²，歸國後對歐陸法制的譯介及傳播更是不遺餘力，為歐陸法制在近代中國的傳播提供了更多管道。

由於海外留學養成人才代價高昂，而推行新政仍有大量缺口亟待填補，朝廷決定及時籌辦學堂教育。在宣統二年（1910）私立學校開禁之前，法政學堂皆為官辦（即“官立法政學堂”），通常由朝中大臣或督撫奏報設立、政府出資；民間法政講習所之類，無法構成法政教育的主體⁴³。光緒三十一年（1905），朝廷諭令開設京師法律學堂，附屬修訂法律館，旨在培養新式法律人才，以輔佐新政、分治地方。翌年9月，京師法律學堂正式開學，沈家本受命為管理京師法律學堂事務大臣，聘請岡田朝太郎博士等外國法學家授課，並支持其出版《法學通論講義》等作為學堂基礎教本。這是近代中國第一所中央官辦的法律專門學校，以“會通中外”為指導方針，以新式教育方法培養人才，使近世中國法政事業邁開關鍵一步。受其影響，各地紛紛開辦各類法政學堂或速成學堂，新式教員也大多聘自日本學者，或選用留日歸來的優秀人才，講授內容則以日本法制為主、兼及歐陸法制。

通過海外留學與國內辦學養成的新式人才，雖仍難免受舊式官僚習氣的浸染，未必真正有志倡行西方法制精神⁴⁴，但畢竟湧現出相當一批能力卓越、識見高明、敢於擔當的法政脊樑。正是這些不可或缺的仲介角色，給近代中國帶來有別往昔的多元文化景觀，一面加速中華法系的不斷解體，一面推動近代中國法制發展向大陸法系步步靠近。

39) 參見李貴連：《近代中國法制與法學》，北京，北京大學出版社，2002年版，第85頁。

40) 關於近代中國人留學日本攻讀法政及其對中國法制近代化的影響，參見王健：《中國近代的法律教育》，北京，中國政法大學出版社，2001年版。

41) 前引程燎原：《清末法政人的世界》，第31-33頁。

42) 例如陳籙在法國留學之初，眼見法國法律教育發達，“獨為歐美列邦所未及”，故希望轉道改學法政。後經端方允許，獲允入讀巴黎法學院研習法律，成為近代法政領域的佼佼者。他對歐陸法政教育的看法，亦對近代中國法政教育頗多啟發。參見《出國遊學生等致端方函紮》（四）“陳籙函”，載中國第一歷史檔案館編：《清代檔案史料叢編》（第14輯），北京，中華書局，1990年版，第359頁。

43) 值得指出的是，興辦法政教育的主導力量是朝廷和地方重臣。從派員出洋學習，到法政學堂創設，朝廷及地方重臣都起着關鍵作用。出洋學習如為官派，當然取決於官方意見；如為私費，也須督撫和政府審批。前引程燎原：《清末法政人的世界》，第15頁。

44) 其時無論出洋留學法政專業，還是入讀國內法政學堂，不少人往往為仕途計，勉力而學法政。然學法雖易，入仕則難，誠如時人之所言：“國家設官有限，豈得人人而盡官之。即有一二人廁身政界者，非為年資所限，即為事勢所阻，設施無幾，志趣漸非，甚可惜也。”參見《湖北法政學堂監督邵太史訓辭》，載《申報》1908年6月5日。

六、幫同立法：外籍專家對歐陸法制的引進

作為清末新政第一要務的變法修律，是一項因窘迫情勢而急遽展開的系統工程。隨著修律工作的必要性和重要性日趨凸顯，其複雜性和專業性也遠超朝野最初的預期。欲在最短時間內實現“改同一律”，惟有冀望於外國專家指導和參與立法，便捷之道則是仿效日本當年聘請外籍專家幫同立法⁴⁵⁾。

禮聘洋人幫同立法的構想，源自光緒二十七年（1901）六月張之洞等人聯奏《江楚會奏變法三折》，其中有言提請總理衙門致電各駐外使節，“訪求各國著名律師，每大國一名，來華充當該衙門編纂律法教習”，且付優厚薪水以示禮遇⁴⁶⁾。光緒二十八年（1902）二月，袁世凱等人聯銜保奏修律大臣時建議朝廷“取其專精民法、刑法者各一人，一併延訂來華，協同編譯”⁴⁷⁾。

禮聘洋人幫同立法的提議，在修律工作全面展開之後，終於獲得朝廷的認可和支持⁴⁸⁾。但與張之洞等人最初的建言不同，修訂法律大臣沈家本在主持修律期間，決定正式聘請幫同立法及講授法學的外國專家全部來自日本：一是著述“最鳴于時”而被譽為日本法學界之巨擘的東京帝國大學教授岡田朝太郎博士，主要負責起草刑法和法院編制法；二是以“律學著名”的商法學專家志田鈿太郎，負責起草商法；三是出任司法裁判長達十五年的東京控訴院部長松岡義正，負責起草民法和訴訟法；四是作為“日本監獄家之巨擘”的小河滋次郎，負責起草監獄法。他們一面協助修律或起草法典，直接襲用日本或轉道襲用歐陸法制的各類法律草案陸續出臺⁴⁹⁾；一面擔任法律教習和著述文章，還介入因修律所致“禮法之爭”這類思想論戰⁵⁰⁾，使更具學理性質的歐陸（包括日本）法制文明在近代中國產生更大範圍的影響。

當然，禮聘洋人幫同立法並非萬全之策，所聘專家一概來自日本更有新弊，因其多以留日學生協助工作，遇事動輒照搬日本經驗。以官制改革而論，其時因地方官制草案襲取日本，即受張之洞等人非議：“此乃出自東洋學生二三人之偏見，襲取日本成式，不問中國情形，故堅持司法獨立之議。”⁵¹⁾ 禦史趙炳霖則稱“臣聞此次編定官制，雖經簡親王、大學士、軍機大臣、政務大臣、各部尚書及直隸總督等公同編定，然主事者不過一二人，而主筆起草亦只憑新進日本留學生十數人。”⁵²⁾ 時任大學堂總監劉廷琛則指出，日本維新以遞進而始精，熟審先後緩急之序，以為次第施行之本；反觀其時清政府之修律舉措，不僅“時與地不合其宜”，更嚴重的是修律活動“大抵出自一二人之手，並未博稽眾議，體察輿情；或抄錄各國成文，或摭拾學堂講義，首尾非不完具，無如地格難通，閉門造車，不能出而合轍”⁵³⁾。諸如此類的指責在“禮法之爭”

45) 相關研究參見李貴連：《近代中國法制與法學》，北京，北京大學出版社，2002年版，第96-109頁。

46) 李貴連：《沈家本傳》，北京，法律出版社，2000年版，第265頁。

47) 天津圖書館、天津社會科學院歷史研究所編：《袁世凱奏議》（卷14），天津，天津古籍出版社，1987年版，第97-126頁。

48) 李貴連：《晚清立法中的外國人》，載《中外法學》1994年第4期。

49) 關於此點，有研究者以《法院編制法》修訂始末為據，指出法典風格與立法人員的知識背景的關係。因為該法從初稿起草到最後頒行，起關鍵作用的是一個日本學者（岡田朝太郎）和四個留日學生（曹汝霖、汪榮寶、章宗祥、陸宗輿），這些人的知識背景有力地解釋了這部《法院編制法》的日本法風格。詳見吳澤勇：《清末修訂〈法院編制法〉考略》，載《法商研究》2006年第4期。

50) 關於清末修律及“禮法之爭”，參見前引李貴連：《近代中國法制與法學》，第110-137頁。

51) 苑書義等編：《張之洞全集》（第11冊），石家莊，河北人民出版社，1998年版，第9576-9577頁。

52) 《禦史趙炳霖奏新編官制權歸內閣流弊太多折》，前引《清末籌備立憲檔案史料》（上），第443頁。

53) 《續清文獻通考》卷三九八《憲政六》，《大學堂總監劉廷琛奏陳時弊折》。

期間更形激烈。

撇開權力鬥爭諸因素不談，僅就立法技術性及其實踐性而言，源自“禮教派”的這些指責並非全無根據。事實上，由日本專家幫同起草的《大清新刑律》等法律文本，往往因過度模仿日本而被當時諷為“日本律”，其單一性與局限性不言自明。這些經由日本專家幫同立法的文本，既過於脫離近代中國社會實際，則難以奢望它們被真正付諸實踐。據此可見，西法真傳易授，而本國傳統難察，立法規模雖具，而實踐效果難料。這一困境，顯然是整個修律活動置於此劇變時期無從擺脫的。

綜上所述，近代中國對歐陸法制的接納肇端于清末修律後期，並非一時興起，更非權宜之計，其背後的諸種因素決定了修律後期的路徑轉移：一方面是基於日本仿效歐陸取得成功的示範效應，這是當時乃至民國初期社會各界仍被相當一部分人認可的心理動因；一方面則通過譯介和教育方式、進而經由外籍專家幫同立法的方式，使歐陸法制獲得廣泛傳播和深入普及，並最終內化為修律後期的立法成果，並由此延續和全面貫徹于中華民國南京政府統治時期的法制建設活動之中。