

法律溯源丛书 | 主编 张晋藩

蜕变

——
中国传统刑事司法的近代化

尤志安◎著



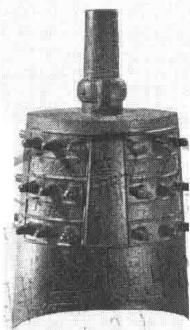
中国政法大学出版社

法律溯源丛书 | 主编 张晋藩

蜕变

——
中国传统刑事司法的近代化

尤志安◎著



中国政法大学出版社

2017·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

蜕变：中国传统刑事司法的近代化/尤志安著. —北京：中国政法大学出版社，2017. 5

ISBN 978-7-5620-7447-2

I. ①蜕… II. ①尤… III. ①刑法—司法制度—研究—中国 IV. ①D924. 04

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第086201号

- | | |
|-----|--|
| 书 名 | 蜕变——中国传统刑事司法的近代化
TUIBIAN ZHONGGUO CHUANTONG XINGSHI SIFA DE JINDAIHUA |
| 出版者 | 中国政法大学出版社 |
| 地 址 | 北京市海淀区西土城路 25 号 |
| 邮 箱 | fadapress@163.com |
| 网 址 | http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社) |
| 电 话 | 010-58908633(第七编辑部) 58908334(邮购部) |
| 承 印 | 固安华明印业有限公司 |
| 开 本 | 880mm×1230mm 1/32 |
| 印 张 | 9.5 |
| 字 数 | 222 千字 |
| 版 次 | 2017 年 5 月第 1 版 |
| 印 次 | 2017 年 5 月第 1 次印刷 |
| 定 价 | 33.00 元 |

General Preface 总序

中国是世界著名的文明古国之一，法制的历史不仅悠久而且辗转相承历 4000 余年而迄未中断，其连续性、系统性、典型性为世界法制历史之最。因而被公认为中华法系，自立于世界法系之林，其影响及于东方世界。

中国古代的法律体系发展至唐代已经成熟和基本定型，内含刑法立法、行政立法、民事立法、经济立法、诉讼立法等内容，成为诸法并存的相当完备的法律体系。不仅如此，在古代重伦常关系的国情影响下，调整尊卑伦常秩序的礼的规范不断入律，形成了“德礼为本，刑罚为用”的互相结合的法制特殊的发展规律，成为中华法系的主要表征。

在 4000 多年的中国法制历史中，蕴涵了古圣先贤杰出的理性的法律思维，并且综合了儒法墨道诸子百家的学说为一炉，构建了中国法制发展深厚的文化基础。

在 4000 多年的法制历史中，也凝聚了治国理政的丰富经验，成为一座宏大的智库，为我们建设法治中国储备了最丰富的资源。

中国古代是以农立国的政治经济文化发展不平衡的统一多民族的大国，在这样的国情背景下，中国法制历史的发展与国

情息息相关，带有深刻的国情烙印，形成了独立的发展传统。但历史的发展是不能斩断的，尽管世易时移，固有的国情的因子仍与当代中国有着千丝万缕的联系。所以，要尊重法制历史的传统。

总之，中国法制历史有着极其深厚的法文化的积淀，也有着在治国理政上可为当代借鉴的史鉴价值，而且还为我们建立当代的中华法系提供参考。

基于此，我们编辑了“法律溯源丛书”，选取法制史学杰出的青年才俊的著作，编辑成书，期望在法学这个春生的花圃中，植下一株新葩，借以弘扬中华传统法文化，开启一个新的智库之门，以有裨于依法治国的宏大事业。本书以青年的法制史学者为主要对象，但也不限于此，切盼法史界的学者共同维护滋养这株新葩，使她茁壮成长。

张晋藩

2016年12月3日

中国刑事诉讼制度的近代化，是指建立与中国近代化相适应的刑事司法制度的过程。中国近代化，亦称中国早期现代化，是指近代中国资本主义化的历史进程。

近代化是经济、政治、思想、文化等的综合产物，主要表现为三个方面：一是在生产力发展方面，即手工操作向机器生产的变化；二是在生产方式方面，由封建主义向资本主义的变化；三是在政治方面，由封建专制向资产阶级君主立宪及民主共和的变化。近代化的核心和本质是资本主义化。所以，近代化可以叫做资本主义近代化。^{〔1〕}中国刑事司法制度的近代化，既是中国社会近代化的整体需要之一，也是中国政治制度近代化的一个重要环节。

清末的刑事司法改革，对中国刑事司法制度近代化起着开拓性的作用。在此之前，中国一直沿用司法与行政界限不清的传统司法制度；在此之后，一切都变了。根据近代资产

〔1〕 关于中国近代化问题，参见孙占元：“中国近代化问题研究述评”，载《史学理论研究》2000年第4期。转引自 <http://www.pep.com.cn/200212/ca38632.htm>，最后访问时间：2003年10月10日。

阶级三权分立的政治原则，清朝末年出现了独立的司法机构体系，制定了控诉与审判职能相分离的诉讼程序。尽管当时的改革显得粗浅和草率，而且因为清政府的灭亡其很快宣告失败，但就是这次改革，为中国刑事司法制度近代化奠定了基础。“中华民国”成立以后，中国法律制度近代化的过程就是在清末司法改革的基础上得以继续前进的。即使在中华人民共和国成立以后，在大规模引进苏联法律制度的情况下，如果没有清末当时奠定的近代化的司法制度作基础，也很难想象能够建立起较为现代化的司法制度。因为引进苏联的司法制度，依然要遵循所谓近现代司法制度最基本的原则，如司法独立、控审分离等。所以，研究清末的刑事司法改革，对了解中国刑事司法制度近代化过程有着极为重要的意义。

揭开尘封的过去，并不仅仅是为了叙述那段历史，清末的刑事司法改革，对于我国今天的司法改革依然有着强烈的启发意义。因为清末的刑事司法改革是在封建势力的阻挠下艰难前进的，那些改革者是如何突围的，新旧制度是如何衔接的，他们遇到了哪些具体的困难，他们又提出了怎样的方案；另外，我们今天的改革与当时的改革有无历史上的联系，这种联系中存在哪些规律和特点，他们给我们留下了什么，我们能从他们那里得到什么，大量的问题，需要通过研究那段历史来寻找答案。

笔者认为，就中国刑事司法制度的近代化或现代化的过程来说，清末应当是起点，这是毫无疑问的；但到今天其现代化过程是否已经完成，则值得讨论。就当下的刑事司法制度来说，刑事诉讼程序中的一些基本制度，如强制措施、证

据制度等并不完善，而清末的改革者在某些方面已经提出了相对较为完善的方案。因此，就改革的制度层面来说，清末的改革与今天的改革是存在历史联系的。我国的刑事司法传统属于大陆法系，这正是清末改革奠定的基础。对于今天的改革来说，如何审视和对待我国刑事司法制度近代化以来所接受的传统，也是一个必须考虑的问题。

刑事司法改革涉及的问题较多，本文只从刑事诉讼制度的视角进行研究，因为：其一，研究刑事诉讼制度，诉讼主体是较为重要的一个方面，对诉讼主体，如审判机关、检察机关、侦查机关等职能部门的研究，可以较为全面地反映刑事司法体制方面的问题；其二，对于诉讼制度，包括诉讼程序的研究，可以深入地探讨司法过程中的具体问题。也就是说，这两个方面，基本上可以较为全面深入地反映刑事司法改革的全貌。清末的刑法改革也是相当重要的一个内容，在当时也引起了相当大的争议，但当时的争议问题，在今天看来，基本上已经解决了。而刑事司法制度方面的改革则不同，从近代化的角度研究当时的刑事司法改革，研究其与今天我国刑事司法制度的关系，并从中得到对今天刑事司法改革的有益启示，则是笔者考虑的第三个方面。

从现实的角度来说，笔者曾经从事多年的法院工作，在此期间，深切地感受到刑事法律尤其是刑事司法对于维护社会秩序、保障人权的重要性。由此，笔者对于近代以来传统刑事司法的近代化问题产生了浓厚兴趣，在导师郭成伟教授的指导之下，选择了清末刑事司法改革作为本人博士学位论文的题目。

笔者经过初步研究认为，清末复杂的社会背景以及内外环境的变化，产生并催化了清末的刑事司法改革。其整体表现为以当时的物质条件为基础，以理念变革为先导，以体制改革为依托，以法典化为手段，以行刑制度变革为保障推进刑事司法改革的历史过程。由此，认真地总结和评价清末这场刑事司法改革活动，对当今社会具有重要的借鉴意义。

本书的核心内容有以下两个方面：

第一，从内容上看，本书是对清末刑事司法改革的整体性研究。

首先从刑事理念的转变入手，其次是刑事司法制度改革的制度层面即相关配套机构及制度的变革，再次是立法层面即各种法典、法规的制定与颁布，最后是执行层面即行刑制度的进化。

从刑事理念的变革看，清末时期西方先进的刑事理念传入中国，人权主义、正当程序、法律的国家主义以及司法独立是其中的代表性理念，先后为国人所接受，并成为这场刑事司法改革的精神先导。

从刑事司法改革的制度层面看，这一时期的成果十分丰硕：首先，以司法独立为理念，变大理寺为大理院，作为全国的最高法院，专事审判；其次，建立近代检察制度，实行审检合署的原则及组织机构，代替了以往直属于皇帝的御史制度及督察院，体现了国家主义及法律至上的原则；最后，改刑部为法部，专事司法行政，改变了传统的审判与司法行政界限不清的局面。

从立法层面看，清末时期制定、颁布了一系列刑事司法

法典及单行法律法规：《大清刑事民事诉讼法》《大清刑事诉
讼律草案》《大理院审判编制法》《各级审判厅试办章程》
《法院编制法》等，既有诉讼法典，也有司法组织法规。

从行刑制度的变革来看，清末政府接受了西方近代以来
先进的刑事理念尤其是人权原则，不论是死刑制度还是狱政
制度，都朝着文明、人道的方向发展，逐渐与西方先进的制
度理念接轨。

还需说明的是，本文的研究对象——刑事司法制度是一
个比较宽泛的概念，其范围要大于所谓的刑事诉讼制度，其
中既包括了刑事诉讼的制度层面，也包括了刑事诉讼的理念
层面；既包括了对刑事犯罪的追诉制度，也包括了对已决犯
的行刑制度；既涵盖了刑事诉讼制度本身，还涉及了相关配
套的制度及机构。

第二，从本书所使用的材料上看，其包括了新近整理问
世的成果，并且因于其中发现了某些材料，故对以往学界的
观点进行了修正。比如笔者在使用《各省审判厅判牍》^{〔1〕}时
发现了新的材料，对以往学界的观点进行了有益的补充。

学界普遍认为，《大清刑事民事诉讼法》（以下简称《刑
事民事诉讼法》）制定之后，因为遭到以地方督抚为代表的
保守势力的反对而废置不用。《清史稿》中也记载：“……刑
民诉讼律，酌取英、美陪审制度。各督抚多议其窒碍，遂
寝。”^{〔2〕}另一方面，因为清王朝的迅速灭亡，故而该法典根
本未及实施。但是，有新的材料证明，即便如此，《刑事民事

〔1〕 该材料由李启成点校整理，由北京大学出版社 2007 年出版。

〔2〕 （清）赵尔巽等：《清史稿·志一一七》，中华书局 1976 年版。

诉讼法》制定之后，并非完全成为具文，其在一些发达地区是可以作为法律依据的。上海审判厅曾经发布通告，对于该省所辖之审判厅及检察厅所适用的各种法律依据作出了规定：

……查苏省各审判、检察厅也已逐渐推广收受案件，所有应用各项法律亟应早示一定办法，以免分歧。前经本都督开列此案交省议会公议，由议会议决，拟照原案所开《商法草案》《破产律》《刑律草案》、第一次《民刑事诉讼律草案》各种，均由各厅采取应用。至民法尚未有完全草案，其已编之前三编可以查取应用，其未有草案者，应暂本省习惯及外国法理为准，俟将来调查编订议决公布后，再行飭遵等因到厅。奉此合行通告，仰各诉讼当事人知悉，以后各级审判厅审理民、刑案件，均据前项议决法律为断……〔1〕

很明显，至少在当时上海所辖的各审判厅及检察厅，《刑事民事诉讼法》是完全可以作为法律依据而适用的。并且，在清末修律活动中制定的其他法律，如《商法草案》《破产律》及《民律草案》的前三编等，也可以作为案件处理依据。虽然笔者并未收集到材料能够证明《刑事民事诉讼法》在当时全国其他各省也得以实施，但此例足以证明，《刑事民事诉讼法》在其制定后还是曾经被应用于法律实践的。因此，

〔1〕 汪庆祺编，李启成点校：《上海审判厅应用各种法律通告》，载《各省审判厅判牒》，北京大学出版社2007年版，第288页。

认为该法典废置不用、未及实施的观点，是有商榷余地的。^{〔1〕}

此外，《各省审判厅判牍》中还有不少关于地方审判机构、检察机关、警察机构、地方监狱制度及律师制度的材料，比较全面地反映了清政府在这场声势浩大的司法改革中所作的一系列工作与努力，从正面证明了这次改革并非完全是清政府装点门面之举，而是出于自我挽救的现实性改革。

至于本书的不足，主要是理论基础还有待进一步提高。笔者多年来从事法院工作，有着比较丰富的司法实践经验，但是，从事理论研究是笔者的弱势，因此，对于清末刑事司法改革的认识可能比较肤浅。加之中国法律近代化又是一个极其艰辛、复杂的历程，其中也有很多曲折，对此内容的研究本身也有相当的难度，笔者选择这样一个题目来写作博士学位论文，是一个不小的挑战，故本文也不可避免地存在某些舛误。在此，敬请各位同仁批评指正。

尤志安

2017年4月

〔1〕 李启成本人在点校《各省审判厅判牍》时，对该问题也予以指出。参见该书之导读部分。

总 序	1
序 言	3
第一章 传统刑事司法制度考察	1
第二章 刑事司法理念的转化	33
第三章 中国近代诉讼法学的诞生	52
第四章 近代刑事司法机构的架构	85
第五章 刑事訴訟法典的初创	171
第六章 行刑制度的变革	210
结 语 传统刑事司法近代化的启示	249
主要参考文献	283

第一章



传统刑事司法制度考察

日本学者滋贺秀三曾以诉讼形态为素材，对中国和西方的法文化进行了精到的比较研究。从其研究成果来看，中西法文化的差异表现在三个方面：

第一，从法律所调整的主要社会关系来看，欧洲的法律主要以私法为基底和根干，即主要调整平等主体之间的民事关系；而中国的法一方面主要是刑法，另一方面是官僚制统治机构的组织规则、行政的执行规则以及针对违反规则的罚则。

第二，从法与国家权力之间的关系来看，在欧洲，法与国家权力在不同程度上是相分离的。因而，法律界具有相对独立的地位，法学家可以理性地进行学术研究，法官独立审判形成司法判例。可以说，欧洲法的历史一半是法学的历史。但在中国，法仅仅作为来自国家权力的成文制定法而出现，作为“律学”的法学并不发达。这是因为，在西方，法学是“关于正义的学问”，而“律学”则是“关于刑罚上下轻重的学问”，律学尽管在技术上可以精细繁琐，但作为一个整体却局限在一个狭窄的范围内，在中国文明中所占的比重，就无法与西方的法学相比。

第三，从法在社会中的作用来看，西方国家的法律在社会中占有重要的作用，但在中国，行政权力和纲常伦理相结合，对中国的社会关系起着重要的规范和调整作用。这些差异给中西诉讼制度带来了巨大不同。

总而言之，欧洲与中国在法文化上具有非常大的差异，“纵观世界历史，可以说欧洲的法文化是极具独特性的。而与此相对，持有完全不同且最有对极性的法文化的历史社会似乎就是中国了”〔1〕。

一、中国传统刑事司法制度的特征

在封建时期的中国，法似乎更注重行政管理，法来自行政管理并服务行政管理。法的概念不像西方那样，来自诉讼并服务诉讼。所谓的诉讼，也主要是通过行政机关来处理，因而也没有发展出西方那样相对独立且实行迥异于行政管理的诉讼制度和原则，这与近代以来司法独立的理念格格不入。

另外，同刑法的发达相比，诉讼法相对落后，其有关规定主要散见于刑事法律或行政法规之中。不存在民事诉讼与刑事诉讼的严格区分，二者在审判组织及设用程序上有相当的重叠。可见，传统中国的诉讼制度是以国家权力为中心的，而对于人权的保护，则降低到了次要的层面。但是，中国的诉讼制度，并非是粗陋不堪的，从某种程度上说，甚至是极为精致繁巧的，它自成体系，独树一帜，有着鲜明的特色。

（一）采取诸法合体的编纂形式，不存在独立的诉讼法典

首先，程序法没能完全独立于实体法之外，没有系统的诉讼法典。中国至战国起历朝历代都十分注重刑法典的编纂，视

〔1〕〔日〕滋贺秀三：“中国法文化的考察——以诉讼的形态为素材”，载《比较法研究》1988年第3期。