

目 录

第一章 导论	(员)
一、中国刑事诉讼制度近代化的历史必然性	(员)
二、清末刑事司法改革的基本过程与特点	(缘)
三、研究清末刑事司法改革的意义	(员)
第二章 在华领事裁判权的确立及其对中国刑事诉讼制度 摇摇近代化的影响	(员)
摇摇一、中西传统法文化和诉讼制度的差异	(员)
二、清末中西刑事诉讼制度的冲突	(猿)
三、西方列强攫取领事裁判权与清末的刑事诉讼制度 摇摇改革	(猿)
第三章 清末政体改革与近代刑事司法机构的出现	(缘)
一、光绪末年的新政改革与近代警察机构的出现	(缘)
二、宪政改革与近代刑事司法机构的出现	(猿)
第四章 刑事诉讼法的制定及其价值	(员)
一、《刑事民事诉讼法》的制定与夭折	(员)
二、《各级审判厅试办章程》的制定和实施	(猿)
三、《刑事诉讼律草案》的制定及其历史意义	(猿)

第五章 近代刑事诉讼法学理论的引进与刑事诉讼制度	
摇摇近代化	(员源)
摇摇一、近代刑事诉讼法学理论体系的引进	(员缘)
二、沈家本的刑事诉讼法学观	(员远)
三、近代刑事诉讼法学的理论体系	(员缘)
四、清末刑事诉讼法学理论与刑事诉讼法律的修订	
摇摇	(员远)
第六章 清末刑事司法改革的启示	(员源)
一、清末刑事司法改革的成与败	(员源)
二、清末刑事司法改革的经验	(员源)
三、中国刑事司法传统与司法改革	(员远)
参考文献	(员远)
附录	
清史稿·刑法志一百十九(清朝刑事司法制度) ...	(员远)
大清刑事民事诉讼法草案(光绪三十二年)	(员远)
大清各级审判厅试办章程(光绪三十三年)	(员缘)
大清大理院审判编制法草案(光绪三十二年)	(员远)
大清法院编制法(宣统元年十二月二十八日颁行民国	
摇四年六月二十呈准重刊摇第一百二十一条条文系十四	
摇年十一月二十八日修正)	(员远)
大清刑事诉讼律草案(宣统二年)	(员远)
后摇摇记	(员远)

《诉讼法学文库》总序

诉讼法制是现代法治的重要内容和标志之一，也是依法治国的重要保障。我国法制建设的历程已经证明，诉讼制度是否健全与完善，直接决定着实体法律的实际效力：没有相应的诉讼制度作为依托，实体权利只能是“镜中花、水中月”；没有完善的诉讼制度予以保障，实体法律将无法如其所愿地实现其追求的立法目的。更为重要的是，诉讼法制的完善程度如何，还直接反映和体现着一个国家、一个民族进步、文明、民主和法治的程度，是区分进步与落后、民主与专制、法治与人治的标志。在现代法治国家，诉讼制度作为法治的一个重要环节，受到了前所未有的重视。美国联邦最高法院法官威廉·道格拉斯曾谈到：“权利法案的大多数规定都是程序性条款，这一事实绝不是无意义的。正是程序决定了法治与恣意的人治之间的基本区别。”^①

我国1999年宪法修正案正式确立了“依法治国，建设社会主义法治国家”的治国方略，为推进我国社会主义民主、法制建设，完善我国司法体制，提出了新的纲领和目标。而社会主义市场经济的初步发展则培育了公众的权利观念，并由此对司法公正提出了更高的要求。在此大背景下，通过增设新的诉讼制度以充实公民实体权利的实现途径，通过完善现行诉讼制度以保障实

^① 转引自季卫东著：《法律程序的意义》，载《比较法研究》总第10期。

体法律的公正实施，从而推进依法治国，加快社会主义民主与法制建设的步伐，已经成为我国法治建设的关键所在。

诉讼制度的构建，与人们对诉讼原理的认识和把握有着密切的关系。诉讼原理是人类在长期的诉讼实践中，在大量经验教训的基础上总结出来的、对有关诉讼活动的规律性认识。诉讼原理在诉讼制度的构建及运作中发挥着高屋建瓴的作用。只有正确认识和准确把握诉讼原理，才能构建较为完善的诉讼制度，才能推动诉讼活动向良性运作的状态发展。我国在改革与完善诉讼法律制度时，对于人类经过长期理论与实践探索获得的原理性认识，不能不予以重视，也不能不认真加以借鉴、吸收。

我国诉讼的立法和实践曾十分严重地受到“左”倾思潮和法律虚无主义的影响，诉讼规律和诉讼原理长期被忽视、被冷落。由此造成的后果之一是：司法机关和诉讼制度的功能被狭隘化。例如，刑事司法机关和刑事诉讼法律仅仅被视为镇压敌人、惩罚犯罪并通过镇压敌人、惩罚犯罪来维护社会秩序的功能单一的工具，忽视了司法机关和诉讼法制所具有的制约国家权力使之不被滥用和保护包括犯罪嫌疑人、被告人在内的公民基本人权的作用。对诉讼原理、诉讼规律认识的片面和浅陋，已经严重地制约了我国诉讼法制发展的步伐，而且直接对公正、文明地进行诉讼活动产生了非常消极的影响。要扭转这一局面，必须在宏观法律观念上作一个大的转变，同时大力借鉴、吸收法治发达国家丰富的研究成果和宝贵的实践经验，加强对诉讼原理、诉讼规律的研究。

对诉讼原理的正确认识是诉讼立法科学化的前提条件。正确把握了诉讼原理，可以帮助我们全面地认识司法机关的功能，并对各种不同的诉讼模式、规则进行正确的取舍，从而在一定的诉讼原理的指导下构建更为科学和更适合“本土资源”的诉讼模式、规则。由此制定的法律，将具有更强的民主性、文明性和科

学性。反之，如果不能正确把握诉讼原理，对于存在着内在价值冲突的各种可供选择的立法方案就可能难以作出正确的选择，立法活动就可能要多走许多弯路，甚至要付出沉重的代价。

对诉讼原理的正确认识对于司法活动同样具有重要的积极价值。对诉讼原理的正确把握可以在一定程度上弥补立法的不足。法律永远是抽象的。要将抽象的法律适用于具体的案件，就必须有科学的观念作为指导。对基本诉讼原理的正确认识，将有利于指导人们对司法活动中必然存在的种种法律适用问题作出科学的解释，从而使法律文本本身存在的不足得到补救。在现代社会，由于法律的稳定性与现实生活千变万化之间的落差只能通过赋予司法人员自由裁量权的途径予以调和，因此，对基本诉讼原理的认识，还直接决定着司法人员在行使法律赋予的自由裁量权时，能否作出符合公正标准的决定或者裁判。

要贯彻“依法治国，建设社会主义法治国家”的治国方略，保障诉讼活动公正进行，也必须认真研究诉讼原理，把握诉讼规律。当前，我国已有不少学者开始探索一些诉讼原理性的问题，如诉讼法律观、诉讼法哲学、诉讼目的、诉讼职能、诉讼价值、诉讼法律关系等，并已取得了一定的研究成果，这有力地推动了人们法律观念的变化，并对立法和司法活动发挥着积极的影响作用。但总的看来，我国诉讼法学界对诉讼原理问题的研究距离立法、司法实践的需求还有很大差距，还需要继续深入。尤其是现有的研究成果一般只是就诉讼的某一方面进行探讨，缺乏对一般性诉讼原理的全面、系统的探讨。因此，随着我国法制进程的推进，探讨一般性诉讼原理已经成为我国诉讼法学界必须研究的课题。

中国政法大学诉讼法学研究中心是以诉讼法学为研究领域的国家重点学术研究机构，系 1994 年 5 月经教育部专家评审并批准的法学类六个普通高等学校人文社会科学重点研究基地之一。该

中心以中国政法大学诉讼法学部分专家、学者为专职研究人员，同时聘请国内外一些知名诉讼法学专家、学者作为兼职研究人员。中心主任由樊崇义教授（博士研究生导师）担任，著名法学家陈光中教授（博士研究生导师）为名誉主任，著名民事诉讼法学专家杨荣新教授（博士研究生导师）担任中心顾问，知名中青年学者宋英辉教授（博士研究生导师）任中心常务副主任，知名中青年学者卞建林教授（博士研究生导师）、陈桂明教授（博士研究生导师）、马怀德教授（博士研究生导师）、张树义教授为兼职副主任。中心的学术研究的范围和布局涵盖整个诉讼法学，下设四个研究机构和研究方向：刑事诉讼法学研究室、民事诉讼法学研究室、行政诉讼法学研究室和证据法学研究室。中心研究内容、结构和研究人员的合理组合，乃是中心优势互补之特色的鲜明体现。该中心在整体科研水平和参与重大决策的能力，以及科研成果、人才培养、国内外学术交流、资料信息和参与国家立法等方面，均居全国同行的领先地位。按照教育部的要求，该中心正以学术研究为核心，深化科研体制改革，实行全面开放，注重高层次人才培养，加强学术交流，引导和推动诉讼法学的发展，为建设全国一流，乃至世界一流的重点研究基地而努力拼搏！

为吸引更多的诉讼法学者致力于诉讼原理的研究，同时也为了能够促使诉讼原理研究及时对立法、司法、学理研究等多个领域产生积极的影响，并对司法实际工作有所帮助，中心特意组织力量进行此项题为“诉讼法学文库”的大型丛书的编辑出版工作。“诉讼法学文库”是中心的一项长期出版项目，面向国内外专家、学者开放，凡以诉讼原理、诉讼规律为内容且有新意、有深度、有分量的专著、译著，以及对公安、司法工作有指导意义，对立法工作有参考价值的其他诉讼法学著作均可入选。

随着我国刑事诉讼对人权保障的日益关注，刑事辩护越来越成为诉讼法学研究关注的焦点问题。目前我国的刑事辩护现状不

尽如人意，制度上的缺陷、实践中的障碍，都妨碍了辩护律师积极作用的发挥。对于我国的辩护制度存在哪些缺陷，应当如何加以完善，学界的研究已经汗牛充栋。但是如何在现有制度下充分发挥辩护律师在犯罪嫌疑人、被告人合法权益保障方面的作用，如何从辩护的角度尽可能制止公安司法机关的违规操作，防止冤假错案的发生，却是目前的诉讼法学研究所欠缺的。因为研究这一问题首先要求研究者有丰富的刑事辩护经历、足够的面对现实考验的勇气以及不达目的不罢休的耐力。在刑事辩护走入低谷的今天，从事刑事辩护业务本身就与风险两个字紧密相连。

《无罪辩护》是研究如何在现存的制度环境中寻求刑事辩护效果最大化的一本专著。作者作为一名多年从事刑事辩护业务的律师，以十个亲身办理的真实案例，说明了无罪辩护在中国具有一定的艰难性，但同时也具有极大的可能性，资料翔实，令人信服，可读性极强。另外，作者还通过自身的实践发现了目前我国刑事诉讼立法与司法中存在的一些问题，并对这些问题进行了深入的分析，论点鲜明、论证有力，理论紧密联系实际。本书充分体现了一名法律实践工作者对实现我国刑事辩护法治化的强烈责任感和热忱期盼，对推动我国刑事辩护走出低谷以及我国刑事司法的正当化具有重要的理论价值和现实意义。

中国政法大学诉讼法学研究中心主任

樊崇义

二〇一〇年 愿月于北京

序摇摇言

尤志安是我的学生，他硕士研究生毕业已五年多，现在正在为攻读博士学位准备条件。在我指导下，他经过多年的努力，终于在前一时期独立完成了《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》的学术专著。我为他的持续努力和一如既往的精神感到欣慰和由衷的高兴。通观全书，他的学术专著具有以下精彩之处：

第一，它具有时代性的特征。他的专著结合鸦片战争之后，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，研究作为上层建筑组成部分的法律制度，开始由封建性法制向资本主义法制转变的过程，并通过分析这一法律变革的进程，透视刑事诉讼制度的近代化所取得的突破和发展。与此同时，又分析了清廷、北洋政府由于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；同时，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。作者对于这段漫长而又纷繁的刑事诉讼制度的变革，做出了正确的阐述和评价。

第二，该学术专著注重相关资料的收集整理，表现出作者严肃的治学态度。众所周知，中国近代史料具有多、乱、散、杂的特点。本书以辩证唯物主义和历史唯物主义为指导，结合近代刑事诉讼理论和刑事司法改革的实际，广泛地收集有关资料，在挖掘、整理大量史料的基础上，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和刑事司法实践的背景、

路径、流程、内容、结果等，进行了较为深入的、规律性的探析，真实地展现了这一历史时期刑事诉讼制度变革和刑事司法实践进程的图景，加深了人们对中国传统法制走向近代化的理性认识。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，对中国近代刑事诉讼制度变革和刑事司法实践过程所反映出来的规律和经验教训，做了颇有现实借鉴价值的论述。

第三，本书对清末的刑事司法改革的重要价值，特别是对中国刑事司法制度的近代化起到的开拓作用做了客观的评价。对其间所存在的问题也做了严肃的批评。在此之前，中国一直沿用司法与行政不分的封建性的司法体制。在此之后，却发生了重大变化。清末仿照近代资产阶级三权分立的政治原则，初步建立了相对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很快宣告失败，但这次改革毕竟奠定了中国刑事司法制度近代化的基础。乃至民国成立以后，中国刑事司法制度近代化的过程，依然在清末司法改革的基础上得以继续前进，甚至可以说，民国时期的刑事司法制度建设，是在完成清末制定的框架和目标基础上的进一步发展。即使在中华人民共和国成立以后，大规模引进前苏联法律制度的情况下，没有司法制度近代化的经验作为基础，很难想象能够建立起符合中国国情的较为现代化的司法制度。因为，引进外来司法制度都要实行“本土化”，而清末司法改革所倡导的基本原则，如司法独立、控审分离等都是必须遵循的。所以，研究清末的刑事司法改革，对于了解中国刑事司法制度近代化过程有着极为重要的借鉴意义。

应当指出，人们的需求推动社会的发展，社会的发展是永无停止的，法律的发展也必须适应这一过程，它只会产生阶段性的成果，而不可能终结其自身的演化过程。我国的刑事司法改革的

进程将随着党和国家“依法治国”方略的深入人心，公民法治意识的不断增强，公民政治民主权利日益得到保障的情况下，进一步的发展和变化。目前，我国刑事诉讼改革与刑事司法实践面临着重大挑战，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事诉讼原则、制度和证据规则将得以确立。从这种意义上来讲，本书的出版则为此做出了一件非常有意义的铺垫工作和创新工作。

在本书即将付梓之际，援笔为序，以为砥砺。

中国政法大学教授摇博士生导师

郭成伟

二〇一〇年 愿月于北京

第一章 导论

一、中国刑事诉讼制度近代化的历史必然性

中国刑事诉讼制度近代化，是指建立与中国近代化相适应的刑事诉讼制度的过程。中国近代化，亦称中国早期现代化或现代化，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，主要表现有三个方面：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，近代化也可以叫做资本主义近代化。^① 中国刑事诉讼制度的近代化，既是中国近代化的整体需要之一，也是中国近代化中政治制度近代化的一个重要环节。

中国刑事诉讼制度近代化的经济基础，必须是适应资本主义生产需要的工业化机器生产。鸦片战争结束后不久，中国的近代工业开始出现。最早出现的近代企业是英、美、法等资本主义国家在五口通商地区为其商品输出和宗教文化侵略服务开办的。1843年，英国传教士在上海开办墨海书馆；1845年，英国人在广州黄埔开办柯拜船坞，美国传教士在宁波开办美华书馆；1850年，英国人在上海创办《字林西报》；此后，英、美又在上海、

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》，1999年第1期。转引自 孙占元：《中国近代化问题研究述评》，载《史学理论研究》，1999年第1期。

厦门接连开办几个传播修理厂、印刷厂、药房、打包厂等。这些企业雇佣了中国工人，中国最早的一批近代产业工人出现了。^①第二次鸦片战争后，洋务运动兴起，中国人开始开办自己的企业。1865年，曾国藩在安庆设立军械所；1869年，李鸿章在上海设立三所洋炮局。以此为标志，中国近代军事工业开始出现。从19世纪70年代开始，洋务派开始创办民用企业，其中包括采矿、冶炼、纺织等工矿业以及航运、铁路、邮电等交通运输事业。在洋务派创办官督商办企业的同时，中国社会还出现了一些商办企业，标志着中国近代民族资本工商业也出现了。这些企业雇佣了大量的产业工人，资本主义生产关系出现了。

经济基础的近代化，既是刑事诉讼制度近代化的前提条件，也是刑事诉讼制度近代化的根本动力，它一旦出现，就会对刑事诉讼制度的近代化提出历史要求。鸦片战争前后，英、美等资本主义国家为了保护其经济利益，要求清政府在外交和商务上以平等的条件对待西方各国；但是，由于中国仍然实行封建主义的法律制度，不可能满足西方国家的要求。西方国家对中国的法律制度进行了激烈的批评，尤其是对野蛮落后的刑事诉讼制度进行了更加尖锐的批评。中西法律制度的差距，是西方列强在华攫取所谓的“领事裁判权”的客观原因之一，而取消所谓的“领事裁判权”，则是清政府实行新政，改革法律制度，包括建立近代化的刑事诉讼制度的重要原因。另一方面，民族资本主义经济的发展，也对刑事诉讼制度近代化产生了直接影响。随着洋务运动的兴起和发展，一些已富裕和积极参与洋务运动的开明的士大夫，日益增加了对西方资本主义近代生产方式、科学技术乃至社会政治和经济制度的了解，也痛感中国的落后。他们主张更多地向西方国家学习，不但要学习西方资本主义国家的科学技术，同时也

^① 李侃等著：《中国近代史》，中华书局1959年12月第1版，第140页。

要求实行某些政治、经济方面的改革，希望中国能够变成一个独立富强的国家。甲午战争之后，一些爱国的民族企业和工商界人士，痛感战败之辱，发出了“实业救国”的呼声。与此同时，代表民族资产阶级的知识分子群体，主张维新变法，掀起了一场以改革封建专制制度，仿效西方资本主义政治制度的维新变法运动。百日维新虽然失败了，但它提出了改革落后的封建法律制度，建立近代化法律制度的要求，并为此后清末改制，确立近代化刑事诉讼制度奠定了思想基础。

在刑事诉讼制度近代化过程中，经济基础并不总是一种推动性因素。在民族资本主义经济艰难发展的同时，传统的自给自足的小农经济仍然一定程度地在广大地区存在着。民族资本主义经济发展的曲折性和不平衡性，注定了中国刑事诉讼制度近代化也是一个艰难曲折的过程。在清政府制定出第一部诉讼法草案时，即遭到了不少代表封建势力的官僚阶层的反对。即使在中华民国宣布成立之后，刑事诉讼制度近代化的过程也并非一帆风顺。有关刑事诉讼法规的制定和实施，由于封建势力的阻挠和客观条件的限制，导致这种近代化过程变得复杂和艰巨。

在刑事诉讼制度近代化过程中，政治制度的变化是一个关键性的因素，没有相应政治制度的保证，或者在政治制度没有实现近代化的情况下，刑事诉讼制度近代化就不可能完成。西方资本家和早期洋务运动先行者虽然为刑事诉讼制度近代化奠定了初步的经济基础，但他们都没有能力完成刑事诉讼制度近代化的任务，因为他们没有促成相应政治制度的近代化。只有作为上层建筑的政治制度开始近代化，刑事诉讼近代化的进程才能启动。因此，当以君主立宪为核心的清末改制到来时，具有近代化意义的刑事诉讼法草案才得以面世。但是，由于清政府的君主立宪是一场骗局，随着清政府的覆灭，刑事诉讼制度近代化的任务就落到了中华民国政府头上。中华民国成立后，在形式上建立起了民主

共和国的政治制度。但是，由于辛亥革命的胜利成果被代表帝国主义和国内买办豪绅阶级的北洋军阀窃取，虽然刑事诉讼制度近代化的进程仍然在缓慢前进，但北洋军阀统治下的中华民国政府不可能真正完成刑事诉讼制度近代化的任务。只有当代表民族资产阶级的南京国民政府成立后，刑事诉讼制度近代化的任务才得以完成。

从世界范围内来看，西方资本主义国家的刑事诉讼制度，都是在资产阶级夺取政权，建立国家后，通过制定专门的刑事诉讼法典确立的。法国资产阶级革命于1789年胜利，于1791年制定了世界上第一部具有近代意义的刑事诉讼法典。德意志帝国于1871年成立，其刑事诉讼法典于1873年开始施行。日本在明治维新后，于明治十三年颁布了仿照法国刑事诉讼法制定的治罪法。美国于1776年独立后，于1787年制定了联邦宪法，并于1789年颁布了“权利法案”，确立了以正当法律程序为核心的近代刑事诉讼制度。英国在“光荣革命”后，建立了资产阶级国家，虽然没有专门的刑事诉讼法典，但资产阶级法学家和法官根据资产阶级政治制度的要求，发展出了具有近现代意义的刑事诉讼制度。

近代刑事诉讼制度与资本主义的民主制度有密切关系。资本主义民主制度主张主权在民、权力制衡、平等、自由、法治等，刑事诉讼制度近代化也必然要贯彻这些政治主张。主权在民，要求在刑事诉讼中保护人权，尊重当事人权益，实行陪审制；权力制衡，要求司法独立，控诉职能和审判职能分离；平等，要求诉讼主体的法律地位一律平等，为了在实质上保障平等，实行无罪推定原则，建立辩护制度；自由，要求不得任意限制公民人身自由，采取强制措施必须依法进行；法治，要求所有诉讼主体必须尊重法律，尤其是要尊重刑事诉讼法，违反刑事诉讼法的行为无效。因此，刑事诉讼制度近代化是由资产阶级的民主制决定的，

也就是说，资产阶级的民主制为刑事诉讼制度的近代化规定了一系列明确的标准。

综上所述，中国刑事诉讼制度近代化，就是建立与近代资本主义经济基础相适应的，符合资产阶级民主制需要的刑事诉讼制度的过程，也就是刑事诉讼制度资本主义化的过程。

值得指出的是，清末虽然没有建立起近代化的政治制度，其刑事诉讼制度也没有按照近代化的要求完全建立起来，但是，清末的刑事司法改革却是按照近代化的要求进行的，这一时期的改革，为中国刑事诉讼制度近代化奠定了非常重要的理论基础。因此，这一时期的刑事司法改革，对中国刑事司法制度近代化过程有着极为重要的影响。

二、清末刑事司法改革的基本过程与特点

据《清史稿·志一百十七》记载：“光绪二十六年，联军入京，两宫西狩。忧时之士，咸谓非取法欧、美，不足以图强。于是条陈时事者，颇稍稍议及刑律。二十八年，直隶总督袁世凯、两江总督刘坤一、湖广总督张之洞、会保刑部左侍郎沈家本、出使美国大臣伍廷芳修订律，兼取中西。旨如所请，并谕将一切现行律例，按照通商交涉情形，参酌各国法律，妥为拟议，务期中外通行，有裨治理。自此而议律者，乃群措意于领事裁判权。”^①自此，涉及官制、军事、财政、教育和法律的所谓“新政”改革全面开启，史称“清末改制”。在这种大背景下，刑事司法改革开始启动。

（一）清末刑事司法改革的急迫性

清末改制的根本动因是为了挽救统治危机。当时，清政府面临内忧外患，义和团和八国联军先后攻入北京，清政府逃往西

^① 《清史稿·志一百十七》，刑法一。

安，统治地位摇摇欲坠。为了挽救统治危机，清政府不得不改变原来宁可割地赔款也不进行任何革新与改良的顽固立场，在西安提出“世有万古不易之常经，无一成罔变之治法”，“大抵法积则弊，法弊则更”，要求“军机大臣、大学士、六部九卿、出使各国大臣、各省督抚，各就现在情形，参酌中西政要，举凡朝张国故、吏治民生、学校科举、军政财政，当因当革，当省当并，或取诸人，或求诸己，如何而国事始兴，如何而人才始出，如何而度支始裕，如何而武备始修，各举所知，各抒所见，通限两个月，详悉条议以闻”。^① 这道上谕发出后，引发了大小臣工的变法奏疏。当年，刑部也奏请开馆修例。

咸丰四年，清廷再下诏：“中国律例，自汉唐以来，代有增改。我朝《大清律例》一书，折中至当，备极精详。惟是为治之道，尤贵因时制宜，今昔情势不同，非参酌适中，不能推行尽善。况近来地利日兴，商务日广，如矿律、路律、商律等类，皆应妥议专条。著名出使大臣，查取各国通行律例，咨送外务部，并著责成袁世凯、刘坤一、张之洞，慎选熟悉中西律例者，保送数员来京，听候简派，开馆纂修，请旨审定颁行。总期切实平云，中外通行，用示通变宜民之主意。”^② 根据这道谕旨，袁世凯、刘坤一、张之洞上疏奏称，西方各国“其变法皆从改律入手”，为此推荐沈家本、伍廷芳主持修律馆，“就目前新政宜改订者，择要译修”。^③ 不久，清政府颁发上谕：“著派沈家本、伍廷芳，将一切现行律例，按照交涉情形，参酌各国法律，悉心考订，妥为拟议，务期中外通行，有裨治理。”^④ 从此，晚清修律

① 《清德宗实录》卷四七六。

② 《清德宗实录》卷四九五。

③ 袁世凯：《会保熟悉中西律例人员沈家本等听后简用摺》，天津社科院历史出版社研究所编《袁世凯奏议》，卷十四，天津古籍出版社 1995 年版。

④ 《清德宗实录》卷四九八。

开始提上日程。^①

从清末刑事司法改革的大背景来看，这种改革与其他的法律改革，包括今天的司法改革有很大的不同。其他的法律改革，只是为了修改和完善法律制度本身，而不直接涉及政治问题乃至统治危机问题。既然清末刑事司法改革的目的在于挽救统治危机，这种改革就应当服从于最高政治目的的需要。从这个角度来说，清末的刑事司法改革并不关注改革后的刑事司法制度本身是否合理，具体的制度是否完善，其重点就是改革，而不是要建立的具体制度本身。因此，这次改革显得非常急迫，给人以匆匆忙忙、大干快上的感觉。这种特定历史环境形成的急迫性，给清末的刑事司法改革以及后来的中国刑事司法制度近代化过程带来了双重影响：

一方面，由于急于改革，当时的改革者就没有时间具体探讨一些法律制度是否适合中国的国情，而是采用了照搬或者“全面移植”其他国家尤其是日本法律制度的做法，这就使得改革进程看似较为激进，大量的具体问题却并未得到应有的考虑。当然，由于刑事司法改革远比民商事法律制度改革复杂，因而也引起了一些争论。但这并没有妨碍改革者推行其较为激进的方案，比如，在《刑事民事诉讼法草案》受到阻碍，不得已颁布了《各级审判厅试办章程》之后，改革者依然制定了《刑事诉讼律草案》，只是后来因为清朝灭亡而没有颁行。而《刑事诉讼律草案》几乎照搬了当时日本的刑事诉讼法。正是因为这种急迫性，使得在建立新的法律制度过程中问题丛生。但是，这些具体问题清朝政府已经没有时间解决，而是在中华民国成立之后，花费了将近 10 年的时间才得以基本解决。

^① 张晋藩：《中国法律的传统与近代转型》，法律出版社 1987 年 9 月第 1 版，第 1 页。