

四川省哲学社会科学重点研究基地四川思想家研究中心资助

思想与法典：

沈家本所期许的大清刑事诉讼图景

康黎 著



中国政法大学出版社

思想与法典

康黎 著

沈家本所期许的大清刑事诉讼图景

四川省哲学社会科学重点研究基地
四川思想家研究中心资助



中国政法
大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

思想与法典: 沈家本所期许的大清刑事诉讼图景 / 康黎著. -- 北京: 中国政法大学出版社, 2013. 8

ISBN 978-7-5620-4927-2

I. ①思… II. ①康… III. ①刑事诉讼-司法制度-研究-中国-清代IV. ①D925.202

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第183118号

- 书 名 思想与法典: 沈家本所期许的大清刑事诉讼图景
SIXIANG YU FADIAN: SHENJIABEN SUO QIXU DE DAQING XINGSHI SUSONG TUIJING
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088 信箱8034 分箱 邮政编码100088
邮箱 academic.press@hotmail.com
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010)58908437(编辑室) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880mm×1230mm 32开本 8.625印张 200千字
- 版 本 2013年8月第1版 2013年8月第1次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4927-2/D·4887
- 定 价 29.00元

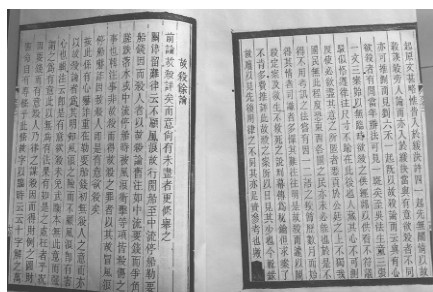
- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

谨以此书纪念

沈家本先生逝世一百周年



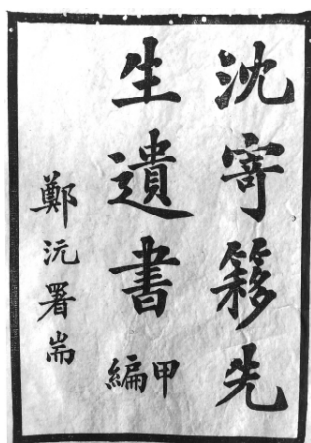
沈家本 (1840—1913)



《寄簪文存》旧书稿



沈氏著作《寄簪文存》封面



《沈寄簪先生遗书》目录（部分）

《沈寄簪先生遗书》封面



清代审案场景



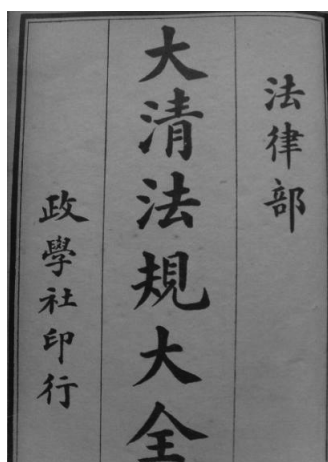
清末示众刑



晚清的菜市口刑场



清代北京菜市口行刑场面



晚清法制的重要文獻：《大清法規大全・法律部》



清末刑事訴訟改革奏摺（片段）

“迴殊”的图景：清季中西刑事诉讼之对照 （代序）

刑事诉讼制度在很大程度上表征着一国的司法文明，也是衡量人权保障水平的重要标尺，故而各国对此无不重视。在我国，一直以来，刑案也总能引起官民的广泛关注。无论中国古代的戏剧小说还是当代荧屏热播的古装剧，我们常能见到其中关于刑案审断的场景刻画。

就清朝刑事诉讼状况而言，清人李宝嘉所著小说里有过十分形象生动的描绘。他在其代表作品《官场现形记》第十五回就描述了一幕清代建德知县庄大老爷开堂接案的场景：

此时通班衙役两旁站齐，大堂上灯笼火把照耀如同白昼。庄大老爷坐定之后，告状的一班乡民，把个大堂跪的实足。庄大老爷皱着眉头，哭丧着脸，向底下说道：“我想你们这些百姓真可怜呀！本县是一县的父母，你们都是本县的子民。天下做儿子的受了人家欺负，那做父母的心上焉有不痛之理！今日之事，不要说你们来到这里哀求我替你们伸冤，就是你们不来，本县亦是一定要办人的。”庄大老爷的话还未说完，堂下跪的一班人一齐都叫：“青天大老爷，真正是小人们的父母！晓得众子民的苦处！你老吩咐的话，都是众子民心上的话，真正是青天

老爷！也不用小人们再说别的了。”〔1〕

而对于庄大老爷的升堂问案，他用这样的文字写道：

老爷这里又把官媒婆传了上去，把惊堂木一拍，骂了声：“好个混帐王八蛋！我老爷把重要贼犯交你看管，你胆敢将他凌虐至死！到我这里，谅你也无可抵赖。我今天将你活活打死，好替兰仙偿命！”说罢，便吩咐差役将他衣服剥去，拿藤条来，替我着实的抽。两边衙役答应一声，立刻走过七八个似狼如虎的人，伸手将媒婆衣服剥去，只剩得一件布衫，跪在地下，瑟瑟抖个不了。老爷又喊一声“打”，便有一个人提着头发，两个人一边一个，架着他的两只膀子，一个拎着一根指头粗的藤条，一五一十，一下下都打在媒婆身上。五十一换班，打的媒婆“啊呀皇天”的乱叫，不住的喊“大老爷开恩”。老爷也不理他。看看一口气打了整整五百下，方才住手。〔2〕

李宝嘉的另一部谴责小说《活地狱》更是痛陈直指清代判案衙门为“活地狱”：

谁是阎王？坐在堂上能打得人，枷得人，那个官就是阎王。你看他把惊堂木一拍，好不惊人！不要等到开口，人已经被他吓昏了。谁是小鬼？一个衙门里头，小鬼却多得很：头一个原差，是无常鬼。票子一到，链条一套，拉了就走，拖了就跑。未曾提审，先往待质所里一送。有钱的只好花上几文，家里的人就准进去探望，商量着替他打点；无钱的只好坐着呆等。所

〔1〕（清）李宝嘉著，阚健点校：《官场现形记》，安徽文艺出版社2003年版，第145页。

〔2〕（清）李宝嘉著，阚健点校：《官场现形记》，安徽文艺出版社2003年版，第132～133页。

以这待质所，有个外号，叫做“望乡台”。一座衙门里，又有一座“公生明”牌坊，提审的犯人，都要打那底下走过。到了这个时候，什么公生明，明明是不公不明，拉人到枉死城罢咧。大堂之中，公案之上，本官是阎罗天子；书吏是催命判官；衙役三班，好比牛头马面；板子夹棍，犹如剑树刀山。不要等到押下班房，禁在牢狱，这苦头已经够吃的了。哎，上有天堂，下有地狱！阴曹的地狱，虽没看见；若论阳世的，只怕没有一处没有呢！所以我说它的厉害，竟比水火刀兵，还要加上几倍，正是这个缘故。〔1〕

以上所引虽属文学作品，但它却是我国清季刑事诉讼图景的现实反映。这正如近代维新人士郑观应评论清朝刑事诉讼所说，“若夫人非险狠，则公堂对质每多嗟嚅；人若奸顽，则虽三尺当前，犹能诡辩。使无律师以代伸委屈，则审官每为所愚。中国之问官，司审既于律法非所素娴，而所用之刑名幕支，又于律学不轻传授。生死系其只字，枉直视其片词。稍有依违，则官司之前程难保；若无贿赂，则在讼之受屈必多。则何如明张其词，按律辩论之为得也”〔2〕。同治、光绪年间，曾闹得朝野震动、家喻户晓的“杨乃武案”便是这种诉讼体制的产物。

而观之与此同时代的西方，其刑事诉讼却呈现出另一番“迴殊”的图景，这尤其给晚清出使西方的中国使臣留下了深刻印象。

光绪二年（1876年），刘锡鸿作为郭嵩焘的副使被派遣出驻英国。在体验了9个月有余的英伦社会生活后，刘锡鸿写下了

〔1〕《中国近代文学大系·小说集》（1840～1919）第五卷，上海书店1991年版，第524页。

〔2〕夏东元编：《郑观应集》上册，上海人民出版社1982版，第501页。

《英轺私记》一书。在书中，他记述了伦敦讯案时的情况：

……其推鞠之法，两造各请律师六人代质。刑司据台上坐，律师环台下坐。台上有所詰驳，则台下检案卷起立辩答，无跪审刑讯之事。^{〔1〕}

光绪三十一年二月十九日（1905年3月24日）下午，清末出洋考察宪政大臣戴鸿慈在参观德国柏林裁判所时，也看到了在国内未曾见过的法堂：

上坐者五：中为正法官，次为陪法官二人，又次则书记官一人、政府所派检查官一人。旁一栏设有几，被告者坐之。面法官者，为辩护士位。其余四人，率司书记者也。廷丁往来传递案卷及侍候观客。室前，即听审栏。入观者随意，惟严整勿哗而已。^{〔2〕}

通过以上清季中西刑事诉讼之对照，可以发现，我国大清刑事诉讼并无类似西方的专门法庭，审案地点而多设在官府衙门的大堂，大堂上端坐着的问官往往是自称为“老爷”、并未受过法律专业训练的如“县令”之流的行政官，大堂两侧肃穆而立的是凶神恶煞般、手持杀威棒的府丁衙役，堂下则是自称“小的”或“蚁民”的原、被告及证人，西方之陪审员、检察官和律师并未出现于此。在《大清律例》“无供不能定案”的规则下，问案官员希冀的是“人犯的快快如实招供”，为此他一身兼任西方法官和检察官两种角色，当然在遇到困惑时还会不时求

〔1〕（清）刘锡鸿：《英轺私记》，湖南人民出版社1981年版，第117页。

〔2〕（清）戴鸿慈：《出使九国日记》，湖南人民出版社1982年版，第123～124页。

教于幕后同台听审的“刑名师爷”。整个审讯过程，原、被告和证人都必须跪着接受所谓“官爷”的问话，他们毫无人格尊严可言，动辄遭到问案官员的责骂训斥甚至刑讯凌辱。这显然与讲求“专业司法”、“控审分立”、“律师辩护”、“无罪推定”等刑事诉讼理念的西方近代化国家形成了强烈反差。而正是中西之间的这种“律法迥殊”，成为了西方列强攫取中国领事裁判权的口实。这也反过来促使晚清政府及以沈家本为首的法律改革派开始对大清法制进行反思，大清刑事诉讼图景的重构也从此开启。

康黎

2013年5月11日于成都

目 录

“迥殊”的图景：清季中西刑事诉讼之对照（代序）// 1

第一编 “中外通行”：沈家本关于大清刑事诉讼图景之思

绪 论 // 3

第一章 沈氏关于刑事诉讼基本原则的思想 // 11

一、关于司法独立原则 // 11

二、关于直接、言词原则 // 18

三、关于控辩平等原则 // 19

四、关于辩护原则 // 19

五、关于审判公开原则 // 21

第二章 沈氏关于近代法律职业建构的思想 // 22

一、主张建立近代警察与检察制度 // 22

二、主张职业法官的悉心培养与严格选拔 // 25

第三章 沈氏的刑事审判法思想 // 31

一、审判机关的设置及其权限划分 // 32

二、主张建立三审制 // 35

三、主张采用陪审制 // 37

四、对“独任制”和“合议制”的论述 // 39

五、主张采用“告劾式”的诉讼模式 // 39

六、主张建立巡回审判制度 // 40

第四章 沈氏的刑事证据法思想 // 41

一、被告人口供的获取 // 41

二、证人证言的采证 // 47

三、质证与判断规则 // 51

第五章 沈氏的死刑程序法思想 // 54

一、死刑的核准程序 // 54

二、死刑的执行方法 // 58

三、死刑的执行场合 // 63

第六章 沈氏刑事诉讼法学思想之评价 // 68

一、沈家本刑事诉讼法学思想的特点 // 68

二、沈家本刑事诉讼法学思想的爱国性和进步性 // 77

三、沈家本刑事诉讼法学思想中的封建性 // 82

第二编 美好期许：法典呈现的大清刑事诉讼图景之画

——沈家本主持拟定的刑事诉讼相关法典草案条文点校

引言 // 87

一、大清刑事民事诉讼法草案（光绪三十二年）// 89

二、大清大理院审判编制法（光绪三十二年）// 125

三、大清各级审判厅试办章程（光绪三十三年）// 131

四、大清法院编制法（宣统元年）// 148

五、大清法官考试任用暂行章程（宣统元年）// 170

六、大清司法区域分划暂行章程（宣统元年）//	173
七、大清初级暨地方审判厅管辖案件暂行章程（宣统元年）//	175
八、大清法官考试任用暂行章程实施细则（宣统二年）//	177
九、大清刑事诉讼律草案（宣统二年）//	185
参考文献 //	253
后 记 //	256

◎第一编

“中外通行”：沈家本关于大清刑事诉讼图景之思