



Wanqing Xingshi Sifa Gaige
Zhengtixing Tanjiu

晚清刑事司法改革 整体性探究

尤志安◎著



中国政法大学出版社

013047182


D925.2
50



晚清刑事司法改革 整体性探究

尤志安◎著



 中国政法大学出版社

2013·北京

D925.2
50

图书在版编目(CIP)数据

晚清刑事司法改革整体性探究/尤志安著. --北京:中国政法大学出版社, 2013. 4

ISBN 978-7-5620-4641-7

I. ①晚… II. ①尤… III. ①刑事诉讼—司法制度—体制改革—研究—中国—清后期 IV. ①D925.202

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第064329号

- 书 名 晚清刑事司法改革整体性探究
- 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 邮编100088
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
58908325(发行部) 58908334(邮购部)
- 编辑统筹 第六编辑部 010-58908524 dh93@sina.com
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880mm×1230mm 32开本 9.75印张 235千字
- 版 本 2013年4月第1版 2013年4月第1次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4641-7/D·4601
- 定 价 32.00元
- 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。

序言

尤志安同志是我指导的论文博士。他经过多年的艰苦努力，克服了身体上的病痛，排除了各种困难，终于在2012年获得了中国政法大学法学博士学位。他这种自强不息的拼搏精神，是值得充分肯定的。这也是他能够获得学业上成就的重要原因。

他多年从事法院的立案与审判及执行工作，积累了丰富的经验，又加上他在晚清刑事司法改革研究方面有成果、有基础，所以，我同他研究，最终确定他的博士学位论文的题目为《晚清刑事司法改革整体性研究》。他花费大量精力，广泛收集各类档案资料与文献内容，最后完成了近二十万字的学术论文，并在学校组织的博士学位论文答辩会上获得全票通过。这是值得庆贺的一件喜事。愿他继续努力，以期获得更大的学业成就。

他的论文是具有重要的理论意义与实践指导价值的。通过他的研究，揭示了晚清这场近代化刑事司法改革的整体运行规律，即刑事司法改革必须以理念的改革为指导，以体制上的改革为依托，以立法上的改革为手段，以行刑制度的改革为保障，进行整体的、循序渐进的改革。而不能“单打一”式的，或者“零敲碎打”式的进行。这正是这场刑事司

法改革的重要理论贡献与现实指导价值所在。

在这场改革期间，引进了西方先进的诉讼理念与人权原则，改变了以往刑罚威胁主义与恐怖主义的各项原则，从而推动了刑事司法改革指导思想上的转变。在体制上完成了刑事司法审判权与刑事司法行政权的两权分离，确立了大理院独立审判的制度，各级检察厅依法提起公诉与行使法律监督权的制度，法部则更多地行使司法行政管理权的各项制度。这为各个司法机关独立行使宪法赋予的职权，而又相互监督制衡提供了体制上的保障。与此同时，晚清政府又制定了《大清刑事民事诉讼法（草案）》、《大清刑事诉讼律（草案）》、《大清民事诉讼律（草案）》，为这场改革提供了重要的法律依据。最后，晚清政府对行刑制度作了全面改革，确立“死刑唯一”的绞刑制，废除了以往各种残酷的死刑制。在监狱管理上，将行刑的侮辱与报复性措施，改变为感化与改造相结合的各项措施，从而从整体上推进了这场刑事司法改革。这让人们又认识到刑事司法改革的重要性、艰巨性与长期性。为此，要付出长期的不懈的努力。

在本书出版之际，我有感而发地写下这篇序言，并预祝该书成功出版并发行，为广大读者提供重要的精神食粮。

郭成伟

2012年10月27日

目 录

| | |
|---------------------------------------|----|
| 序 言 | I |
| 导 论 | 1 |
| 第一章 晚清刑事司法改革的背景 | 15 |
| 第一节 中西传统法文化和刑事司法制度的差异 | 15 |
| 一、传统中国的刑事司法制度 / 16 | |
| 二、传统西方刑事司法制度及其近代化 / 24 | |
| 第二节 在华领事裁判权的确立及其对中国刑事司法制度近代化的影响 | 31 |
| 一、在华领事裁判权的概念和由来 / 33 | |
| 二、西方列强攫取领事裁判权的过程 / 34 | |
| 三、晚清中西刑事司法制度的冲突 / 42 | |
| 四、晚清试图取消领事裁判权的努力与刑事司法改革 / 48 | |

第二章 刑事司法理念的变革及近代诉讼法学的诞生 52

第一节 刑事理念的变革 53

一、人权原则的确立 / 53

二、程序正义代替单纯的实体真实 / 58

三、法律的国家主义代替法律的家族主义 / 62

四、司法独立代替司法与行政不分 / 66

第二节 晚清诉讼法学的诞生 70

一、沈家本的刑事诉讼法学理论 / 71

二、刑事诉讼法学理论体系的出现 / 75

三、晚清刑事诉讼法学理论的形成 / 84

四、刑事诉讼法学理论与刑事诉讼律草案 / 98

第三章 晚清政体改革与近代刑事司法机构的出现 103

第一节 光绪末年的新政改革与近代警察机构的

出现 103

第二节 预备立宪与近代刑事司法机构的出现 106

一、预备立宪及其各项改革 / 106

二、近代刑事司法机构的建立 / 110

第三节 晚清司法改革——以中央的司法改革

为中心 132

一、司法改革的原因 / 136

二、司法改革的内容 / 153

三、司法改革的影响及其作用 / 162

| | | |
|------------|--|-----|
| 第四章 | 晚清刑事诉讼法的制定与刑事诉讼制度法典化····· | 187 |
| 第一节 | 《大清刑事民事诉讼法（草案）》的制定与 夭折····· | 187 |
| 第二节 | 司法组织法的制定和实施····· | 200 |
| 一、 | 《大理院审判编制法》 / 200 | |
| 二、 | 《各级审判厅试办章程》 / 201 | |
| 三、 | 《法院编制法》 / 210 | |
| 第三节 | 《刑事诉讼律（草案）》的制定及其历史 意义····· | 211 |
| 一、 | 《刑事诉讼律（草案）》的制定与基本 内容 / 211 | |
| 二、 | 《刑事诉讼律（草案）》规定的刑事诉 讼制度的特点 / 221 | |
| 三、 | 《刑事诉讼律（草案）》在中国刑事 诉讼制度近代化过程中的影响和 作用 / 222 | |
| 第五章 | 行刑制度的变革····· | 225 |
| 第一节 | 变革死刑行刑制度····· | 225 |
| 一、 | 从废除残酷死刑到死刑唯一 / 226 | |
| 二、 | 从公开刑到秘密刑 / 232 | |
| 第二节 | 狱政制度的近代化····· | 238 |
| 一、 | 狱政改革的指导思想——从报复主义 到感化主义 / 240 | |
| 二、 | 培养合格的监狱官吏——“监狱官 吏养成论” / 245 | |

4 晚清刑事司法改革整体性探究

三、制定监狱法规 / 250

四、从犯罪习艺所到模范监狱 / 256

五、将幼年犯与成年犯区别对待 / 262

结 语 晚清刑事司法改革的启示 264

一、晚清刑事司法改革的特点 / 264

二、晚清刑事司法改革的成与败 / 273

三、晚清刑事司法改革的经验 / 283

四、中国刑事司法传统与司法改革 / 290

主要参考文献 299

导 论

一、中国刑事司法制度近代化的转型

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司法制度的过程。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，也是中国近代化中政治制度近代化的一个重要环节。

（一）经济基础

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。

〔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](http://www.pep.com.cn/200212/ca38632.htm)，2003年10月10日。

1843年，英国传教士在上海开办墨海书馆；1845年，英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年英人在上海创办《字林西报》。此后，英、美又在上海、厦门接连开办几个船舶修理厂、印刷厂、药房、打包厂等。这些企业雇用了中国工人，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。1861年，曾国藩在安庆设立内军械所；1862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。中国近代民族资本工商业也出现了。这些企业雇用大量的产业工人，资本主义生产关系出现了。

（二）生产方式

经济基础的近代化，既是刑事司法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。一方面，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地批评。中西法律制度的差距，是西方列强在华攫取所谓“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。随着洋务事业的兴起和发展，一些已富裕和积极参与洋务

〔1〕 李侃等：《中国近代史》（第4版），中华书局1994年版，第38页。

事业的开明的士大夫，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，建立近代化的法律制度的要求，并为此后晚清改制，确立近代化的刑事诉讼制度奠定了思想基础。

（三）政治制度

在刑事司法制度近代化过程中，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在一定程度上和广大地区存在着。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，因为他们没有引起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晚清改制到来时，具有近代化意义的《刑事诉讼律（草案）》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。只有当南京国民政府成立后，刑事诉讼制度近代化的任务才逐步得以完成。

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，建立资产阶级国家后，通过制定刑事诉讼法确立的。法国资产阶级革命于1789年胜利，1808年法国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1879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，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衡，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要受法律制裁。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，就是实现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，晚清虽然没有建立起近代化的政治制度，其刑事司法制度改革也不彻底，但是，晚清的刑事司法改革，却是按照近代化的要求进行的，这一时期的改革，为以后中国刑事诉讼制度近代化奠定了非常重要的基础。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、研究晚清刑事司法制度改革的意义

晚清的刑事司法改革，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不分的传统司法制度。在此之后，一切都变了。根据近代资产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很快宣告失败，但就是这次改革，奠定了中国刑事司法制度近代化的基础。民国成立以后，中国法律制度近代化的过程，就是在晚清司法改革的基础上得以继续前进的，甚至可以说，中华民国时期的刑事司法制度建设，只不过是完成晚清制定的框架和目标而已。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，

如果没有晚清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，因为引进前苏联的司法制度，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、控审分离等等。所以，研究晚清的刑事司法改革，对于了解中国刑事司法制度近代化过程有着极为重要的意义。

揭开尘封的过去，并不仅仅为了叙述那段历史。晚清的刑事司法改革，对于中国今天的司法改革依然有强烈的启发意义。改革是为了改变传统，甚至与传统决裂。我国今天的刑事司法改革，仍然面临着封建残余流毒的影响。仅从这一点来说，研究晚清的刑事司法改革，就足应引起人们的高度重视。因为晚清的刑事司法改革是在封建势力的阻击下艰难前进的。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？他们留给了我们什么？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，晚清应当是起点，这是毫无疑问的。但今天的现代化过程是否已经完成，则可以讨论。就今天的刑事司法制度来说，刑事诉讼程序中的一些基本原则，如控辩对等、禁止双重危险等基本原则也没有完全确立，一些基本的制度，如强制措施、证据制度等也并不完善。而晚清的改革者在某些方面已经提出了逻辑上相对较为完善的方案。因此，就改革的制度层面来说，晚清的改革与今天的改革是存在历史联系的。而更为重要的是，改革要形成新的传统，我国的刑事司法传统一直被认为是大陆法系的，而这正来自于晚清改革奠定的基础。我国刑事司法制度的大陆法系传统，因为引进前苏联的司法制度一度被中断，而在改革开放之后，尤其是加入世界贸易组织之后重新被提起。

那么，对于今天的改革来说，如何审视和对待这种我国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，本书只从刑事诉讼制度的视角进行研究，这是考虑到：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司法改革的全貌。晚清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，但当时的问题，在今天来看，基本上已经解决了。而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，研究其与今天我国司法制度的关系，并从中得到对今天的司法改革的有益启示，则是笔者考虑的第三个方面。

三、本书的选题与立意

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中国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，选择了晚清刑事司法改革作为本人博士学位论文的题目。

另外，笔者认为，在清末刑事司法改革这个问题上，以往的研究比较薄弱，有待进一步充实。

有学者从整体的高度对于包括晚清在内的整个近代中国刑事司法制度的变革做了十分有益的研究，如：郭成伟教授等著的《清末民初刑法典化研究》^{〔1〕}一书，对于中国近代刑事

〔1〕 中国人民公安大学出版社 2006 年版。

法律制度观念的变化、理论的引进以及由清政府至南京临时政府、北京政府直至南京国民政府的整个近代中国刑事诉讼法典化的进程进行了十分详尽的研究，不但涉及法典本身所规定的制度内容及其优劣问题，还涉及法典在司法实践中的具体施行状况，并指出了中国近代刑事诉讼法典化的价值与经验所在。李春雷的博士论文《清末民初刑事诉讼制度变革研究》^{〔1〕}，以晚清政府、北洋政府及南京国民政府的刑事诉讼制度为对象，对于理念、法典法规、近代刑事诉讼原则、制度、机构等方面，作了比较详细的考察及研究，并指出了清末至南京国民政府时期刑事法律制度的继承与发展关系。

此外，还有不少学者对于清末的法制变革尤其是司法改革进行了专门性研究，其中有些成果是关于清末刑事司法制度的，如：何勤华：《中国近代刑事诉讼法的诞生与成长》^{〔2〕}，王立民：《清末审判方式的改革》^{〔3〕}，陈瑞华：《二十世纪的中国刑事诉讼法学》^{〔4〕}，贺卫方：《司法独立在中国近代的展开》^{〔5〕}，李交发：《清末法制改革：诉讼制度与诉讼文化》^{〔6〕}，徐忠明：《晚清法制改革的逻辑与意义》^{〔7〕}，韩秀桃：《司法独立与近代中国》^{〔8〕}，张从容：《晚清司法改革的一个侧面：部院之争》^{〔9〕}，卞修全：《立宪思潮与清末法制改革》^{〔10〕}，李启成：《晚清各级

〔1〕 中国政法大学2003年博士学位论文。

〔2〕 载《政法论坛》2004年第1期。

〔3〕 载《法制与社会发展》1999年第4期。

〔4〕 载李贵连主编：《二十世纪的中国法学》，北京大学出版社1998年版。

〔5〕 载何勤华主编：《法的移植与法的本土化》，法律出版社2001年版。

〔6〕 载《郑州大学学报》（哲学社会科学版）2005年第5期。

〔7〕 载《法律史论集》（第2卷），法律出版社1999年版。

〔8〕 清华大学出版社2003年版。

〔9〕 中国政法大学2003年博士学位论文。

〔10〕 中国社会科学出版社2003年版。