



上海市学术著作出版基金

清末检察制度及其实践

谢如程 著



上海世纪出版集团



上海市学术著作出版基金

博士文库

清末检察制度及其实践

谢如程 著

世纪出版集团 上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

清末检察制度及其实践/谢如程著. —上海:上海人民出版社, 2008

ISBN 978-7-208-08308-0

I. 清… II. 谢… III. 检察机关-司法制度-研究-中国-清代 IV. D926.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 196520 号

责任编辑 张晓玲

清末检察制度及其实践

谢如程 著

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

上海商务联西印刷有限公司印刷

开本 639×965 1/16 印张 37.75 插页 4 字数 501,000

2008 年 12 月第 1 版 2008 年 12 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-08308-0/D · 1506

定价 58.00 元

清末检察制度及其实践

序

王立民*

在中国古代,行政与司法不分,也没有专门的检察机关。尽管自秦起就出现了御史制度,但其与现代意义上的检察制度大相径庭。光绪三十二年(1906年),清廷实行中央官制改革,从此正式揭开了引入、创建西式司法制度的序幕,开始了影响深远的清末法制变革。同年,清廷颁行《大理院审判编制法》,首次实现检审分离,正式确立了检察制度。宣统三年(1911年),辛亥革命爆发,清政府随后退出历史舞台,其检察制度也随之被民国检察制度取代。

自清末正式确立检察制度至今,时间已过一百余年。在法律史研究方面,尽管目前已有论著对清末检察制度有所涉及,但让人感到遗憾的是,这些为数不多的论著往往只是研究清末检察制度的有关片断,并未见有系统、全面地揭示清末检察制度的确立、清末检察机关的职权、清末检察厅与审判厅和法部等有关机构相互关系等方面的成果。至于清末检察厅的执法实践问题,则几乎无人论及。可以说,完整地研究清末检察制度及其实践问题,是当前中国法律史研究中的一个盲点。

本书的撰写和出版,激活了这一盲点。

本书的作者谢如程博士,曾在人民法院从事审判工作六年,之后到高校深造。取得法学硕士学位后,又在人民检察院工作了近十年。他

* 华东政法大学副校长、教授、博士研究生导师、历史学博士、中国法律史学会执行会长。

有丰富的司法实践经验,对司法制度及其运作有较为深刻的认识和体会,对法治实践问题也有一定的研究。他在攻读法律史博士之前,就有专著《论法治的实践理性》问世,因此,他对这一司法制度史研究任务还是有相当的基础。作为他的博士论文指导老师,我很高兴地看到他能够比较全面地梳理清末检察制度及其实践问题,顺利地撰写完成其学位论文,并通过了论文答辩,在这一基础上,出版这部著作。

我认为,本书以下几方面值得充分肯定。

一、内容全面。本书依据大量的史料,以近四十万字的篇幅,深入考察了清末检察制度的确立进程,系统地分析了清末检察厅侦查、预审、勘验(检验)、调度指挥司法警察等职权,全面研究了清末检察官之间的代理制度、回避制度、业务培训制度等,并对清末法部、提法司及督抚对检察厅的控制、清末检察厅与审判厅的协作与监督、清末检察厅监督管理监狱(看守所、习艺所)等相关制度与实践进行了分析研究。同时它还全面考察了清末检察官的选任、免职,检察官等级与职务保障、清末检察厅书记官、承发吏等辅助人员,检察厅监督管理制度及实践等问题。最后,本书立足检察厅执法实践,逐一研究了清末检察厅办案形成的数十件批词,并结合批词之外的资料,对清末检察厅的若干重大执法实践情况和问题进行了总结、分析,以上内容的结合,更显全面、系统。

二、注重实践。从本书的研究写作的思路及方法上来看,其采用了分层研究的写作方法,主要从制度、实践、理念及规律多个层次对相关问题进行研究撰写,使整部著作层次分明。尤其突出的是,本书以反映立法、执法实践的奏折公文及大量的检察厅批词等文献为基础而展开研究,有很强的可读性,立体型的“有血有肉”的清末检察制度跃然纸上。与许多法律史著作相比,这种关注制度及其实践的研究方法在书中体现得比较成功。

三、史论并重。在处理史与论的关系方面,本书“有史有论、史论并重”,“既做拼图派,又做评图派”,这样既尊重了客观史实,不影响读

者根据史料自行作出评判,又能参考作者观点而有所启发。在史论并重之下,论文真正做到了论从史出,史中带论,史论结合。

清末检察制度及其实践这一选题涉及面广,史料的收集与取舍工作也有一定的难度,要写好它确实不是一件易事。尽管本书难免存在不足,可能出现疏误之处,一些观点也还值得进一步斟酌,但它确是一部值得推荐的高质量学术著作。

是为序。

2007年5月于华政园

内容摘要

光绪三十二年(1906年),清廷实行中央官制改革,从此揭开了引入、创建西式司法制度的序幕。同年,颁行《大理院审判编制法》,首次实现检审分离,正式确立了检察制度。宣统三年(1911年),辛亥革命爆发,清政府随后退出历史舞台,其检察制度也随即被民国检察制度取代。

自清末正式确立检察制度至今,时间已过百余年,但对1906年至1911年期间的清末检察制度及其实践的情况与问题,直到今天,在学界仍未有系统的研究、阐述:清末时期检察制度究竟是怎样确立的?其建立过程中遇到了什么困难挫折?清末检察厅有哪些职权?检察厅与法部、审判厅、监狱、律师在业务工作中的相互关系如何?清末检察官制度有哪些内容?清末检察厅执法实践及其理念如何?清末检察制度及其实践对今天有何启示性价值?如此等等。

本书在收集整理大量清末检察制度史料的基础上,试图解答这些问题,填补此项研究空白。

除引言和结语外,正文分为十章。

第一章,“中国检察制度溯源”。首先对检察制度作了界定,比较分析了中国古代御史制度与现代意义上检察制度的重要区别。接着,对清末引进明治时期日本检察制度的动因和经过进行了深入考察,并对

清末部院权限争议中涉及检察厅职权问题进行了探讨,在此基础上,充分肯定了清末引进现代检察制度的重要意义。

第二章,“清末检察制度的确立”。详尽地分析了清末确立检察制度的立法进程,按照时间顺序考察了《大理院审判编制法》、《各级审判厅试办章程》、《法院编制法》中关于检察制度的内容,对清末检察机关筹办过程中存在的立法准备不足、专业人才的缺乏、物质保障的不足等实际困难及其解决方法进行了分析,总结了在条件艰苦情况下仍能成功设置部分审检厅的几点经验,此外,还对清末检察制度确立过程中的检察厅人员编制问题、司法区域划分及案件管辖问题进行了专门研究。

第三章,“清末检察机关的职权”。结合清末检察厅执法实践所形成的史料,系统地分析了清末检察厅的侦查、预审、勘验(检验),调度指挥司法警察,收状、刑事起诉、上诉和参与民事诉讼、监察判决执行的职权。此外,结合《宗室觉罗诉讼章程》的有关规定,对清末宗室觉罗刑事诉讼中检察厅职权遭受皇族特权影响这一特定情形进行了研究。

第四章,“清末检察厅的履职机制”。国家机构的职权要得以全面、充分落实,就必须有一整套具有较强操作性的工作机制和制度,为此,本章全面整理研究了清末检察厅的强制措施职权及其他具体权力、检察官之间的代理制度、回避制度、业务培训制度、议事制度,以及上下级检察厅相互关系模式、检察工作规范化建设及检察厅外部保障机制,此外还分析了清末检察厅业务机制存在的缺陷。

第五章,“清末的司法独立与检察厅独立行使职权”。本章分析了清末时期有关大臣对司法独立的认识,对司法独立原则的确立与落实情况进行梳理,同时,探究了清末检察厅被划入广义上司法机关、被列入“司法独立”主体范围的理由,此外,还对清末实行司法独立之困难作了评价:尽管司法独立是一个渐进的过程,应有可能实现司法独立,但

因集权统治等因素,清末司法独立必然无法彻底实现。

第六章,“清末检察厅的性质、地位”。根据对有关资料的客观分析,可以看出:清末检察厅是国家利益的代表;清末各级检察厅在机构性质上是清末时期这一特定法制语境下的“司法行政机构”,在职权性质上属于“司法行政权”;清末检察厅还是审判厅的辅助机构。

第七章,“清末检察厅的重要外部关系”。本章首先对清末法部、提法司及督抚对检察厅的控制进行了专门研究,得出了清末法部、提法司实质上是检察厅的上级机构、其对检察厅事务有全面调度权的基本认识,并对提法司调度检察事务的能力基础、提法司等控制管理检察机关运作的实践进行了考察,进而从利弊两方面进行了评判。接着,分析研究了清末检察厅与审判厅的协作与监督关系,提出了清末检察厅与审判厅职权互相独立、在职权独立基础上互相协作、检察厅单向依附于审判厅等主要观点,并对清末检察厅监督审判厅的依据及实践运作进行了考述和肯定。最后,对清末检察厅监督管理监狱(看守所、习艺所)的制度与实践,以及对清末检察厅与律师(官代书)的关系进行了一定的分析研究。

第八章,“清末检察官制度”。本章从考察清末“检察官”称谓起源入手,对清末检察官的选任、免职,检察官的等级与职务保障,以及清末检察厅的书记官、承发吏等辅助人员的有关制度进行了研究。在此基础上,对清末司法职务保障、司法官等级等问题进行了阐释。任何公权都应受到必要的监督,检察机关当然也不应例外。本章最后对清末检察厅长官监督检察厅的权力来源、检察厅内部监督管理制度、检察厅外之司法行政监督,以及检察官履行职务时诉讼上的制约制度、检察官(厅)业绩考核制度等进行了整理、研究。

第九章,“我国清末检察制度与日本明治时期检察制度的比较”。

本章主要是从微观方面考察清末检察制度的法律移植来源。通过比较,得出了“清末检察制度几乎是日本明治时期检察制度的翻版”的基本看法,并对这一法律移植现象的原因进行了概括。

第十章,“清末检察厅的执法实践及执法理念——对检察厅批词与重大执法事件的研究”。本章首先立足执法实践,逐一研究了清末检察厅办案形成的数十件批词,概括、评价了清末检察厅批词的内容特点、写作风格、说理方法等问题。接着,结合批词之外的资料,对清末检察厅的若干重大执法实践情况和问题进行了分析,对其敢于执法、讲究执法策略等实践和理念作了褒扬,并对其“不出户庭”、办案粗心、实行刑讯等不良做法和理念进行了一定的分析和批判。

总之,尽管清末检察制度的创设及其实践中有其值得肯定的地方,也取得了一定的成功,但不能给予其过高的评价。而从发现和遵循检察工作规律或司法规律的角度看,则确实有一些比较突出的经验、问题,对此应予以必要的关注。

关键词:清末 检察制度 实践

目 录

序	1
内容摘要	1
引言	1
第一章 中国检察制度溯源	14
第一节 中国古代的御史制度与现代意义上的检察 制度大相径庭	14
第二节 清末引进日本明治时期检察制度的基本过程	23
第三节 清末部院之争与检察制度	33
第四节 清末顺利引进检察制度的多种原因与重大影响	37
第二章 清末检察制度的确立	52
第一节 清末检察制度的确立过程	52
第二节 清末检察机关筹办过程中的实际困难及其解决	71
第三节 清末检察制度确立过程中的其他具体问题	91
第三章 清末检察机关的职权	131

第一节	侦查、预审、勘验(检验)	131
第二节	调度指挥司法警察	161
第三节	收状、刑事起诉、上诉	180
第四节	参与民事诉讼、监察判决执行	205
第五节	清末宗室觉罗刑事诉讼中的检察厅职权	228
第四章	清末检察厅的履职机制	252
第一节	清末检察厅的强制措施职权及其他具体权力	252
第二节	检察官之间的代理制度	256
第三节	检察官回避制度	257
第四节	检察厅业务培训教育制度——以奉天省高等 审检厅为例	262
第五节	检察厅议事制度	264
第六节	上下级检察厅相互关系模式	266
第七节	清末检察厅的工作制度	268
第八节	清末检察厅的外部保障	273
第九节	清末检察厅业务机制的若干缺陷	275
第五章	清末的司法独立与检察厅独立行使职权	282
第一节	清末对司法独立的认识	282
第二节	清末司法独立原则的确立与落实	285
第三节	作为广义上司法机关的清末检察厅被纳入司法 独立的主体范围	287
第四节	清末实行司法独立的困难	290
第五节	清末审检厅实行司法独立的相对性与渐进性	291

第六章 清末检察厅的性质、地位	297
第一节 清末检察厅是国家利益的代表	297
第二节 清末检察厅是“司法行政机构”，清末检察权在 性质上属于“司法行政权”	300
第三节 清末检察厅是审判厅的辅助机构	304
第四节 对清末检察厅性质与独立性的评判	307
第七章 清末检察厅的重要外部关系	311
第一节 清末法部、提法司及督抚对检察厅的控制	311
第二节 清末检察厅对审判厅的协作与监督	332
第三节 清末检察厅对犯人羁押机构的监督管理	359
第四节 清末检察厅与律师(官代书)的关系	367
第八章 清末检察官制度	386
第一节 清末检察官选任制度	386
第二节 清末检察官的等级与职务保障	417
第三节 清末检察厅辅助人员的配置及管理	433
第四节 清末检察官(厅)的监督管理制度	447
第九章 我国清末检察制度与日本明治时期检察制度的比较	474
第一节 比较	474
第二节 清末时期检察制度几乎是日本明治时期检察 制度的翻版	481
第十章 清末检察厅的执法实践及执法理念——对检察厅	

批词与重大执法事件的研究	485
第一节 对清末检察厅批词的逐一分析	485
第二节 清末检察厅批词的说理方法与行文风格	499
第三节 值得肯定的清末检察厅执法实践及理念	506
第四节 清末检察厅的不良执法实践及落后理念	516
结语	531
主要参考文献	536
附录一 清末部分检察制度相关法令及重要奏折目录	544
附录二 部分清末检察法令全文	546
后记(一)	585
后记(二)	588

引言^[1]

一、选题意义

(一) 从世界范围来看,当代中西方检察制度有较大差异,这充分表明了研究检察制度课题的重要价值,而对清末检察制度及其实践的研究则有追根溯源的重要意义。

检察机关是国家机器的重要组成部分,检察权是重要的国家权力。当今世界上大多数国家,对审判权与审判制度持有相对统一的认识并采取了基本一致的制度设计。但在检察制度领域,情况则远非如此。总览当今中国与世界其他国家的检察制度,可以看到互相之间虽有共性,但中国检察制度的个性特色较为明显。在大陆法系国家,检察机关往往设于法院内。在英美法系国家,检察机关往往只是公诉机关,检察权在国家权力体系中属于行政权,检察机关不能和司法机关(法院)、政府相提并论。而根据我国现行宪法的规定,我国检察机关是国家的法律监督机关,其代表国家追究犯罪提起公诉的职能,只是其多种监督职能中的一种。可见在检察制度方面中西方相互之间的差异非常大。在人类社会逐步走向法治的时代,各国检察机关的性质地位及其职权却有如此大的差异,本身就是非常值得引起关注的问题。研究这个问题,对于博采各国文明,促进我国依法治国目标的实现有十分重要的意义。

中国历史上的检察制度是清末法制变革过程中从西方引入的,因此,研究清末时期我国最初的检察制度及其实践,具有重要的学术价值,有追根溯源的重要意义。

(二) 当前我国学界关于检察制度有着严重的意见分歧,研究检察制度在中国的起源及初步发展,对于客观评判当前有关检察制度的各种观点有积极的意义

近几年,我国进行了一场关于取消和削弱法律监督权(检察权)的争论。我国学界关于检察机关的性质地位等有关问题,如检察机关的侦查权、自身接受监督制约等问题,均有不同看法,意见分歧很大。有学者认为我国检察权是行政权。^[2]有的学者甚至认为应当取消检察机关的设置。^[3]与之相反,一些同志则认为,检察机关定位为国家的法律监督机关,是准确的;为了维护社会公平正义,在当前不但不能削弱检察职权,反而应当强化其法律监督权。^[4]

上述论争的影响很大。在 2005 年 4 月第六届全国检察理论研究会(南京会议)上,最高人民检察院贾春旺检察长到会并作重要讲话,要求大力加强检察理论研究,研究解决关于检察权的有关问题,以回应学界关于中国检察制度的不同看法。这一要求在 2006 年第七届全国检察理论研究会得到重申,加强检察基础理论研究被作为一项重要工作。^[5]尽管上述一些争议问题随着 2006 年 5 月《中共中央关于进一步加强人民法院、人民检察院工作的决定》(即中央第 11 号文件)的正式下发而得以解决,^[6]但在认识上的不同意见却仍在继续。^[7]这一情况表明,检察制度相关问题是学界在当前乃至今后相当一段时间的一个研究热点。

实际上,从历史上看,不论是清朝末年还是民国时期,对检察机关的存废,都出现过分歧和斗争。1915 年袁世凯政权更是撤销了占全国三分之二的地方审判厅和地方检察厅,撤销了全部初级审判厅和初级检察厅。1928 年前后的民国时期,又采取了裁撤检察机关的一系列举措。1935 年的全国司法会议,围绕如何贯彻修改后的刑事诉讼法,主张废弃检察制度和主张保留并改善检察制度的两派,在这次会议上以提案为形式,展开了激烈的争议。^[8]检察制度作为重要司法制度之一,在历史实践中出现反复,有关观点针锋相对,这充分反映了研究检察制