



## 从清末检察制度的创立谈法制变革的阻力

刘国媛 蔡 杰

**摘 要：**清末法制变革的倡行者尽管在司法改革的必要性上形成普遍共识，但是对司法权是否应当独立于君权这一关键问题的认知却存在歧义。检察制度在清末得以顺利创立的主要原因在于检察制度的相关内容既与权力争夺的重心关联不大，也不触及传统的伦常纲教，同时还有利于君主利用司法权的分散来操控司法。从清末检察制度创立可以看出，法制变革的最大阻力来自利益相关者对自身利益的维护，如何协调与平衡法制变革相关者之间的利益关系是决定法制变革成败的关键。法制变革的顶层设计必须警惕利益相关者之间的利益纷争对法制变革的阻力，而设计者对自身利益与改革目标两者之间得失权衡所表现出的态度是至关重要的。

**关键词：**清末检察制度；法制变革；历史启示

检察制度诞生于西方，在中国首创于清末，是清末立宪与修律中司法改革的一个重要成果。分析清末检察制度创立过程中各种力量所发挥的作用，不仅应将检察制度的创立置于清末司法改革的范围内来考察，而且应置于清末立宪与修律的大背景下来考察。

### 一、思想与认知对清末司法改革的作用

由于数千年君主专制的深刻影响，在清末中国人的权利意识以及对于司法改革的认知从总体上看尚停留在很低的水平，但对于立法决策者以及对立法决策可以产生直接影响的人来说，在司法改革的必要性上已形成了普遍共识。这一普遍共识的形成一方面由于列强侵略使得满清王朝的统治内外交困，通过变法来救亡图强的呼声自洋务运动以来不断高涨；另一方面也是由于越来越多的中国人随着西学东渐的日益深入，逐渐了解西方国家包括司法文明在内的法制文明，由此引发了对中国传统司法的反思。

鸦片战争以来，中国的国家主权和领土完整遭受严重破坏，其中，最明显标志着中国主权丧失并在一定程度上直接促成清末变法与修律的是列强在中国攫取治外法权。刑罚野蛮和司法腐败则是列强攫取治外法权的最重要借口。领事裁判权的确立使中国饱受欺凌和屈辱，以致出现“外人不受中国之刑章，而华人反就外国之裁判”（赵尔巽等，1995：2878）的现象。面对“数千年来未有之变局”和“数千年来未有之强敌”，如果不进行变法，“则战守皆不足恃，而和亦不可久也。”（赵尔巽等，1995：9244）通过仿效列强国家的法律进行变法来收回领事裁判权是促成包括司法改革在内的清末法制变革的一个重要原因。

以中国法律落后为借口，使用武力或以武力相威胁攫取治外法权，是赤裸裸的侵略行径。与此同时，相对于当时的西方各国，中国传统法律与司法存在诸多弊病是不争的事实。清末的传统中国是一个君主专制的权力本位国家，惩治犯罪的手段主要依靠严刑酷罚，且法外用刑现象大量存在。司法机构的设置以及司法活动都是围绕如何更好地维护

君主专制统治这一核心来进行的,地方行政长官兼理司法,司法中的刑讯逼供现象尤为突出。

以众所周知发生在浙江余杭县的杨乃武与小白菜案为例,杨乃武与小白菜能最终得以昭雪,与英国人创办的《申报》对该案的跟踪报道是密不可分的。该案发生不久,《申报》便跟踪报道,不仅揭露其中许多疑点,而且对余杭官员通过严刑逼供来获取口供结案的做法进行了批判:“余杭之案使果为冤案而不为上司所伸,则枉政可谓至极矣。”(陈玉,2003:43)《申报》对该案的报道和评论引发了巨大的社会反响,为了平息舆情,清廷派浙江学政胡瑞澜复审此案。胡瑞澜出于官官相护反而变本加厉进行刑讯逼供,《申报》又对刑讯逼供的全过程进行了详细的披露和批评,该案件引发了当时很多中国人对传统司法制度的反思和对西方司法制度的关注。

自19世纪70年代开始,越来越多的中国人出使或留学列强诸国,他们中许多人对所在国的法律和司法有比较深入的了解,回国后积极宣扬并倡导学习西方法律。严复翻译了孟德斯鸠的名著《法意》(即《论法的精神》),对于中国人认识西方的三权分立和司法独立意义重大。随着西学东渐和对西方国家的法律认识逐步加深,越来越多开明的中国官员与知识分子积极呼吁仿效西方进行司法改革。

相对于在司法改革的必要性上形成普遍共识而言,对司法改革目标的理解却存在歧义。清末司法改革的目标主要有两个:一是文明司法,在删除酷刑、民刑分离的基础上废止刑讯逼供和改良监狱环境;二是司法独立。清末倡行司法改革的官员和知识分子对这两个目标的理解与认同总的来看是比较一致的,主要的分歧在于司法权相对于君权是否应当独立。例如,梁启超对于三权分立的理解是君主统领之下的立法、行政、司法三权互不统属:“行政权则政府大臣辅佐君主而掌之,立法权则君主与国会(即议院也)同掌之,司法权则承君主之命而掌之,而三权皆统一于君主焉……故三权分立,则国家将有不能统一之患,故三权决不可分,而亦不可不分,惟于统一之下而歧分之,最为完善。”(梁启超,1989:73)

在清末修律活动中,很多大臣对司法独立的必要性与主旨有较清晰的认识。主持修律的沈家本指出司法独立对于仿行宪政具有重要意义:“窃维东西各国宪政之萌芽,俱本于司法之独立。”(故宫博物院明清档案部,1979:843)出使日本的考察宪政大臣李家驹在给朝廷的奏折中明确指出了司法独立包含司法机构独立和司法官独立裁判两大要义,在阐述司法独立原则形成的历史与重要意义的基础上,他总结道:“司法独立,厥要有三:凡组织裁判所及裁判方法,皆须以法律规定,一也;以法律保持裁判官之地位,不得无故罢免,二也;按照宪法,使人民有受裁判官裁判之权,三也。三者缺一,不得谓之司法独立。”(张晋藩,2003:362)尽管在清末官员中认同这类观点的不在少数,但是谁都不敢公开跨越司法权应当统制于君权这一雷池。在实践中,司法独立大致是沿着梁启超的思路进行的,即君权统制之下的司法权与立法权、行政权相分离。在司法改革目标上的这种偏差,既是清末检察制度得以顺利创立的重要原因,也是导致清末检察制度存在重大缺陷的重要原因。

## 二、清末检察制度顺利创立的主要原因

梁启超曾指出:“唤起吾国四千年之大梦,实自甲午一役始也。”(梁启超,1989:113)自唐朝以来一直师法中国的东邻国家日本在明治维新后迅速崛起,并相继在甲午战争中击败中国、在日俄战争中击败俄国,这促使中国各种力量朝着有利于变法的方向迅速发展,朝野上下在只有通过变法才能救亡图强这一点上形成普遍共识,也使得清政府决心重点仿效日本法律进行变法,并且聘请日本学者冈田朝太郎、松冈正义、小河滋次郎、志田钾太郎等参与修律并到京师法律学堂充任教员。志田钾太郎在介绍与分析西方诸国检察制度的基础上,针对中国的现实情况,提出了中国创立检察制度的建议:“中国改良司法,是以设立检察制度为一大关键”,设立检察官,可避免中国封建传统纠问式诉讼的弊端,“于法律保障人民权利之义,关系重大”;中国设立的检察官,不能走过去言官即御史的老路,两者有根本区别;中国的检察制度,适宜采用欧洲大陆主义(张培田、张华,2004:239)。清末检察制度的创立也大致遵循了这一思路。

1906年11月2日,庆亲王奕劻上呈中央各部官制改革清单,11月6日清廷颁布上谕,批准官制改革清单,改刑部为法部,主管司法行政,改大理寺为大理院,专掌审判。同年12月,沈家本上呈《大理院审判编制法》,获准颁行。《大理院审判编制法》首次创立了中国的检察制度,规定了检察机构的设置与

检察官的职责。其中第12条规定：“凡大理院以下审判厅局，均须设有检察官，其检察局附属该衙署之内，检察官于刑事有提起公诉之责。检察官可请求用正当之法律，检察官监视判决后正常施行。”《大理院审判编制法》中有关检察制度的规定只有6个条文，其内容粗糙，操作性差，对检察机关与大理院、法部的关系以及上下级检察机关之间的关系也未厘清，并且，该法规定的只是大理院及京师下设机构的设置等问题，其适用范围仅限于京师。尽管如此，《大理院审判编制法》是中国历史上最早的有关检察制度的规定，为后来出台的《各级审判厅试办章程》及《法院编制法》奠定了基础。

1907年12月4日颁行的《京师高等以下各级审判厅试办章程》共分总纲、审判通则、诉讼、各级检察厅通则、附则五章，进一步扩充了检察制度的内容。1910年2月7日颁行的《法院编制法》不仅标志着中国传统司法的近代转型，还意味着检察制度由地方性试行制度正式成为全国通行制度，其中第十一章“检察厅”和第十二章“推事及检察官之任用”反映了清末的检察制度在立法层面已完全确立。

仅仅从清末创立检察制度这一单独的问题来看，清末检察制度的创立过程相对于其它许多制度而言是比较顺利的，如果再考虑到检察制度完全是舶来品，这一过程甚至可以称得上是“非常”顺利。但是，如果我们对清末立宪与修律的过程做一个通盘考量，特别是深入探究其它引起巨大争议的制度背后各种政治力量所发挥的作用及其动机，我们就能明白清末检察制度得以顺利创立的真正原因。

纵观清末的立宪与修律，争议最大的法制变革基本集中在两个方面：一是事关权力再分配的法制变革，二是事关有悖传统伦常纲教的法制变革。其中前一个方面的争议在形式上主要表现为不同政治力量的暗中角力，但实际上这种斗争对法制变革的成败起着决定性的影响；后一个方面的争议在形式上主要表现为礼教派与修律派在朝野的激烈辩论交锋，但其争论焦点基本上都是属于无关法制变革宏旨的争议。

清末的立宪与修律主要是基于满清王朝内忧外患的统治危机，立宪与修律必须由清廷来发起与主导，因而对于以君主为首的满族统治者来说，立宪与修律的理想目标自然是既能够化解统治危机又不至于触及以君主为首的满族统治者的根本利益。满清王朝对立宪与修律的如意算盘与国内其它积极倡行立宪和修律的政治力量的目标之间势必存在严重冲突。特别是自太平天国运动以来，汉族官员在地方督抚中占支配地位，权势与影响也迅速扩大，意图借立宪与修律的契机进一步入主中央各部，而清廷预备立宪从改革官制入手，其意在维护君权、确保满族在掌握中央权力的同时进一步分散和削弱地方督抚的权力。这样一来，君主权力的界定和满汉官员之间的权力分配势必成为法制变革的焦点问题。

1906年9月1日，清廷发布上谕，宣示仿行宪政的根本原则是“大权统于朝廷，庶政公诸舆论。”（故宫博物院明清档案部，1979：44）所谓的朝廷实际上就是以君主为首的满族贵族的朝廷。1908年8月27日，清廷颁布《钦定宪法大纲》，以根本大法的形式规定君主总揽统治大权，立法、行政、司法、军事、外交等诸项权力都受制于君权。满族统治者的这种做法无疑激化了清政府内部满汉官员之间的矛盾与对立，由各省咨议局所发动的声势浩大的速开国会请愿运动以及在资政院第一次会议上通过的速开国会案和弹劾军机大臣案，可以视为这种矛盾与对立的隐性表现；武昌起义爆发，袁世凯等汉族官员实际控制的北洋军进一步逼迫满清王室退位，可视为这种矛盾的总爆发。

在清末法制变革中真正引起朝野大争议的是事关伦常纲教的变革，其中又以《大清新刑律》引发的争议最为激烈。在起草《大清新刑律》的过程中，负责修律的沈家本、杨度等人主张大力引进西方法律理论与法律制度，以“国家主义”取代传统的“家族主义”作为修律的指导思想，这引起了张之洞、劳乃宣等维护礼教官员的强烈反对，并形成了几次声势浩大的论战。值得注意的是，清廷发布《修改新刑律不可变革义关伦常各条谕》为这场争论的走向定下了基调：既要积极研习与吸收西方刑法的精要，又不能跨越中国传统纲常伦理的底线（故宫博物院明清档案部，1979：858）。结果是双方形成了妥协，1911年1月奏请公布的《大清新刑律》的附则部分吸纳了5条体现礼教派意见的“暂行章程”。《大清新刑律》的修订过程一方面反映了君主在修律中的主导地位不可动摇，另一方面也反映了不管对法制变革的争执多么激烈，只要法制变革和争执双方的切身利益关联不大，这种争执终究只是表面文章，争执双方的妥协与退让也容易实现。在编订民律草案时，清廷分别委任日本学者松冈义正起草总则、物权、债权三篇，修订法律馆

会同礼学馆起草亲属和继承两篇,事先就把可能引起的这类无关痛痒的争论化解了。

至此,检察制度在清末得以顺利创立的原因就不难理解了:检察制度的相关内容既与权力争夺的重心关联不大,也不触及传统的伦常纲教。与此同时,检察制度的创立从某个角度来看甚至可以说合乎中国传统君主专制的统治策略。为了防止官员滥用司法权从而危及君主专制统治,唐代创立了由刑部、大理寺、都察院三部门的官员会同审理重大疑难案件的制度,至明清更是形成了由中央多部门共管共同参与会审的一套完整的制度。《钦定宪法大纲》明确规定:“君主总揽司法权”,司法官员的任命权最终操之于君主。在肯定君主总揽司法权的前提下创立检察制度,与中国传统的会审制度在关键点上相似,由不同部门的官员分别执掌司法权可以使司法官员相互牵制,从而有利于君主对司法的最终操控。

### 三、部院之争及其调处反映出的实质问题

在清末法制变革前,刑部作为最高审判机构,职权包括:负责审核地方上的重案并向皇帝题奏,审理发生在京师的徒刑以上的案件,有权决断流刑案件(须送大理寺复核),审理地方上的上诉案件与秋审案件,审理朝廷官员违法的案件及皇帝指派的钦案,此外刑部还掌管司法行政和主持修订律例。根据1906年的中央各部官制改革方案,刑部的职权大大压缩,主要职责是司法行政。如果遵照西方的制度设计,司法与司法行政各自的权限本应是很容易厘清的,然而1907年法部与大理院的权限之争表明,法制变革的利益相关者为了自身利益,很可能会简单事情复杂化,最终导致法制变革偏离既定目标。

大理院和法部在成立之初都有很明显的扩权倾向,大理院积极介入司法行政事务,并试图在大理院与京师各级审判厅局之间建立起直辖关系,带有明显的行政意味;法部则以监督审判为名,试图保留它本不应享有的司法审判权。部院之争首先由法部发起,1907年5月14日,法部就厘清与大理院的权限专门上奏(故宫博物院明清档案部,1979:824-827),提出司法权与审判权应当分立,法部认为,法部负责司法行政,职权应由司法权与行政权组成,因而在其拟订的司法权限清单中,不仅法部的司法权对大理院的审判权存在诸多制约,而且法部的行政权也包含对检察机关有统属权,各级检察机关隶属于法部,负责监督审判活动,同时各级检察机关和审判机关均应接受法部监督。

大理院随即上折予以回应,在奏折中,大理院对法部拟订的权限清单中的几条予以辨正,其中关于检察机关的隶属关系大理院是这样回应的:“钦奉懿旨,大理寺著改为大理院,专掌审判。原拟各部院等衙门执掌事宜及员司名缺,仍著各该堂官自行核议会同军机大臣奏明办理……至检察总厅职掌,实与审判相关,盖各国之有检事官,籍以调查罪证,搜索案据。其宗旨在于护庇原告权利,与律师之为被告辩护者相对立,而监督裁判特其一端。该检事官厅,大都附设于裁判衙门,故大理院官制清单,列入检察各官,职是故也。”同时,大理院在奏折中还对法部染指审判事务表示担忧:“法部只能监督裁判处理,其司法上行政之事务,不能干涉其裁判权是也。若夫大理院自定死刑之案犹须咨送法部核定,似与原定官制节略及各国办法均不相符,窃恐貽笑外人,而治外法权之收回,迄无效果。”(故宫博物院明清档案部,1979:827-830)

清廷的回复与处理极其简明:调大理院正卿沈家本为法部右侍郎,法部右侍郎张仁黼为大理院正卿,法部与大理院会商后提出修正方案。清廷这一做法使部院之争遂归于平息,二者很快在会商后拟订出一个权限清单,并将其纳入后来奏进的《法院编制法》中。

透过部院之争不难看出,审判权、检察权、司法行政权从根本上都受制于君权,君主对部院之争的调处并不是根据司法改革的目标以及法部与大理院奏折中所陈述的理由,而是凭借君主所惯用的驭臣之术,法部与大理院的权限也并未真正厘清。在部院之争前后,检察机关相对于法部与大理院所处的明显弱势地位并无改变,检察机关也没有人事上的独立性。尽管如此,通过这场部院之争,检察机构的司法属性得到了确认,所承担的审判监督职责也确定下来。尤其值得一提的是,无论是法部奏折还是大理院奏折都肯定行政权不得干预司法权。随后颁布的《法院编制法》为法官与检察官独立行使职权提供了制度保障,其中规定:大理院作为全国最高的审判机关,不得指挥审判官所掌握各案件之审判;审判官与检察官不得“于职务外干与政事”,并不得担任中央和地方议员以及政党员、政社员、报馆主笔、律师;非因

法定事由,法部对于审判官与检察官不得有勒令调任、借补、停职、免职及减俸等事;行政官员及检察官“不得干涉推事之审判。”

#### 四、清末检察制度创立的启示

清末清检察制度的创立为我们认识法制变革的阻力推动法制变革提供了诸多有益启示。

首先,制度的变革通常是多重力量共同作用的结果,由于观念认知差异和原有制度下的利益结构将被打破,各种力量间的冲突与协调往往是艰难而复杂的过程。法制变革的最大阻力来自利益相关者对自身利益的维护,如何协调与平衡制度变革相关者间的利益关系是决定制度变革成败的关键因素。

清末的司法变革是一个复杂的过程,当时的中国,要在既定政治框架下实施全面司法改革的各项条件并不成熟,改革仓促启动。通过制度模仿甚至直接移植,以实现司法独立并最终收回领事裁判权,这是清末司法改革的目标。然而,任何建设新制度的改革都是对旧制度的破坏和对传统势力的挑战,因而必定会招致既得利益者的反对。制度变革涉及政治资源的再分配与相关机构权力、利益格局的重新洗牌。清末的司法变革相对于其它领域的法制变革来说比较顺利,其中最重要的原因是司法变革与相关者的利益预期之间并不存在重大冲突,尤其是检察制度的创立有利于司法官员间相互牵制。当然,这种顺利只是就检察制度创立的过程而言的,就检察制度的内容来看,由于检察制度相关者对自身利益的关注从而导致其中尚存在诸多缺陷,其中最大的缺陷是包括检察权在内的司法权仍从根本上受制于君权,司法独立的改革目标并没有实现。此外,审检合署的机构设置固然是借鉴的国外的做法,但和当时执掌大理院的沈家本对自身利益的关注也不无关系。

其次,任何一种制度的变革都不可能完全摆脱传统的影响,即使是完全从外国移植过来的制度,对该制度的认知以及该制度的实施仍然会深深受制于传统。法制变革应当充分考虑到传统对变革者思维与行为方式的深刻影响,这种影响很可能导致法制变革偏离既定的目标甚至是南辕北辙。

清末的检察制度虽移植于国外,但是传统的影响在检察制度创立的过程中也是极其明显的。部院之争在很大程度上可以视为中国古代官场斗争的翻版,“这一过程又是典型的权力场域介入司法场域,改变权力资本分配方式的个案。”(郑定、杨昂,2004:341)而部院之争的解决手段更是体现了传统君主驾驭臣下的帝王之术。只因任大理院正卿的沈家本对法部提出的司法权限清单有不同意见,朝廷就将其与法部右侍郎对调。清廷并没有真正面对与审查司法改革的相关争议,也未遵循司法独立的原则和要求来评判与解决这一争议,而是将部院之争视为大臣之间的权力之争。盛宣怀当时感慨道:“大理院与法部因争权限事,屡烦两宫之劳顾。昨忽以沈、张对调,乃请君入瓮之意。事固高妙,而臣下之办法愈难,政治终无起色。”(李贵连,1989:78)清廷最高统治者对部院之争的调解手段充分反映了其对玩弄政治权术的倚重和对追求改革目标的轻视,这一策略运用到部院之争或许起到了平息纷争的效果,但是当其运用到预备立宪上则是完全失败了,从某个角度来看满清王朝的最终覆亡恰恰是由此引发的。

最后,法制变革的顶层设计需要正确认识改革的目标并有实现目标的决心,必须警惕制度变革相关者间的利益纷争对制度变革的影响,而设计者所表现出的态度至关重要。

成功的制度改革,既需要合理的改革方案和改革思路,也需要平衡改革相关者之间的利益关系,解决改革相关者之间的矛盾冲突。在这个过程中,制度设计者能否客观公允地进行制度变革是至关重要的,因为这不仅在很大程度上决定法制变革是否符合既定目标,而且也为其他人对待法制变革的态度起着重大的示范作用。

#### 参考文献:

- [1] 陈玉(2003).晚清报业史.山东画报出版社.
- [2] 恩斯特·卡西尔(1985).人论.甘阳译.上海:上海译文出版社.
- [3] 故宫博物院明清档案部(1979).清末筹备立宪档案史料(下).北京:中华书局.
- [4] 李贵连(1989).沈家本与法律现代化.北京:光明日报出版社.

- [5] 梁启超(1989). 各国宪法异同论. 北京:中华书局.
- [6] 梁启超(1989). 戊戌政变记·改革起原. 北京:中华书局.
- [7] 张德美(2003). 探索与抉择:晚清法律移植研究. 北京:清华大学出版社.
- [8] 张晋藩(2003). 中国近代社会与法制文明. 北京:中国政法大学出版社.
- [9] 张培田、张 华(2004). 近现代中国审判检察制度的演变. 北京:中国政法大学出版社.
- [10] 赵尔巽等(1995)清史稿·李鸿章列传. 许凯点校. 吉林:吉林人民出版社.
- [11] 赵尔巽等(1995). 清史稿·刑法志. 许凯点校. 吉林:吉林人民出版社.
- [12] 郑 定、杨 昂(2004). 还原沈家本:略论沈家本与晚清司法场域之变迁(1901—1911). 政法论坛, 1.

## The Resistance of Legal Reform from the Perspective of the Establishment of Procuratorial System in Late Qing Dynasty

Liu Guoyuan (Doctoral Candidate, Wuhan University)

Cai Jie (Professor, Wuhan University)

**Abstract:** Although proponents have reached an agreement on legal system reform in Late Qing Dynasty, they hadn't reach a consensus on whether jurisdiction should be independent from monarchical power. The reasons why procuratorial system has been established successfully in that time were as follows: the contents of procuratorial system have nothing to do with power struggle and ethics. To some extent, procuratorial system was conducive to monarchy at that time. Throughout the establish processes of procuratorial system in Late Qing Dynasty, the greatest resistance for legal reform was conflicts of interests. Coordinate the relationship of interests has become the determinant factor of legal reform. The top-level designers of legal reform should reconcile the conflicts of interests and balance the reform target with self-interest well.

**Key words:** procuratorial system in Late Qing dynasty; legal reform; historic enlightenment

■ 作者简介: 刘国媛, 武汉大学法学院博士生, 中南财经政法大学法学院兼职教授; 湖北 武汉 430072。

Email: 1944782706@qq.com。

蔡 杰, 武汉大学法学院教授, 博士生导师。

■ 责任编辑: 李 媛

