

《中西法律传统》

Legal Traditions of the West and China

2021年第3期(总第18卷)

我国检察制度近代之引进

张福坤

摘要 | 中国近代法制变革,宣告了中华法系的解体。设立检察机关是清末法制改革的一个重要组成部分。近代检察机关职权配置主要参照大陆法系尤其是日本检察制度;其中,检察诸项权力中检察侦查权是一项体现着检察机关的质的规定性的权力,尤其清末确立的“检警一体”侦查权配置模式使检察官在审前程序中居于核心地位。

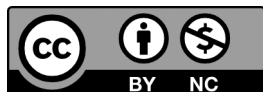
关键词 | 检察机关;创设;职权配置;审前程序

作者简介 | 张福坤,法学博士,西南政法大学刑事检察研究中心研究员、硕士研究生导师;重庆市永川区检察院检委会委员,四级高级检察官,研究方向:中国法律史。

Copyright © 2021 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



中国社会进入近代以后,社会经济政治条件发生重大变化,国内外的政治环境也发生变化,加之西方法制文明的冲击,使得中国传统法律无法适应社会的需求。在此情形下,中国传统法律曲折的近代化转型拉开序幕。中国法制近代化进程是一个法律全方位变迁与发展的过程,其中包括检察权的变迁。清末法制改革的一个重要组成部分就是检察机关的设立,从此,新的检察制度开始试行。然而为什么进行法制改革?《续文献通考》用一句话来概括,说为了“司法之独立”。笔者认为,这里讲的“司法独立”绝不仅仅意味着现代意义“三权分立”之下的“司法独立”,更多的是为了中国的司法权相对于西方列强治外法权的独立。

一、清末检察机关的创设过程

(一) 清末法制变革之影响

1840年中英鸦片战争是一块历史界碑,铭刻着古老的中国在坚船利炮乘载的西方文明的威逼下步入近代的分界,甲午战败、辛丑条约、日俄战争致使中国社会呈现出历史转型的端倪。1898年6月至9月以康有为、梁启超为代表的资产阶级改良派发动了一场惊天动地的变法维新运动,史称“戊戌变法”,从此开启了中国法制近代化的历程。中国检察制度的立法是基于各国列强在司法领域对清政府司法主权的破坏,除了检察制度的确立,还有一系列的立法活动,如果考察其直接的动因便是收回治外法权的动力使然。“清

季迄今,变迁之大,无过于法制。……清季变法,首在司法制度,其起源则以修改商约。外人不嫌于吾国法律,不得已,而变通法律,以期从同。《光绪政要》光绪三十年《伍廷芳、沈家本奏疏》:光绪二十八年四月初六日,奉上谕:现有通商交涉,事益繁多,着派沈家本、伍廷芳将一切现行律例,按照交涉情形,参酌各国法律,悉心考证,妥为拟议,务期中外通行,有裨治理等因。……方今改订商约,英、美、日、葡四国,均允中国修订法律,首先收回治外法权,实变法自强之枢纽。”^[1]

总的来说,清末政治层面的预备立宪和法律层面的司法改革相辅相成,以改革中国传统政治体制和法律制度为基本内容的中国式变法成为历史的必然。1905年清政府宣布“预备立宪”,光绪三十二年七月十三日(1906年9月1日)颁布宣示预备立宪先行厘定官制谕:“我朝自开国以来,列圣相承,谟烈昭垂,无不因时损益,著为宪典。……时处今日,惟有及时详晰甄核,仿行宪政,大权统于朝廷,庶政公诸舆论,以立国家万年有道之基。但目前规制未备,民智未开,若操切从事,涂师空文,何以封国民而昭大信。故廓清积弊,明定责成,必从官制入手,亟应先将官制分别议定,次第更张,并将各项法律详慎厘订,而又广兴教育,清理财务,整饬武备,普设巡警,使绅民明悉国政,以预备立宪基础。”^[2]它对清末立宪活动具有总纲性意义,表明清末变法绝不仅仅是修律,而是涉及政治体制改革。

作为仿行宪政的预备措施,司法改革无疑也纳入预备立宪的轨道之中,成为预备立宪的重要组成部分。首任法部尚书戴鸿慈认为,新政的实质是将国家统治之权力分为立法、行政和司法三机关,尤其表达了司法、行政两权应该彼此独立,不应混同的观点。光绪三十二年九月二十日又颁发上谕:“朕钦奉慈禧端佑康颐昭豫庄诚寿恭钦献崇熙皇太后懿旨,前经降旨宣示立宪之预备,飭令先行厘定官制,……刑部著改为法部,责任司法;大理寺著改为大理院,专掌审判;工部著并入商部,改为农工商部;轮船、铁路、电线、邮政应设专司,著名为邮传部;理藩院改为理藩部。”^[3]这一上谕拉开了晚清司法独立的序幕,司法独立思想在这个时候也获得了政治上的合法性,作为上谕的直接产物,大理院作为全国最高审判机关得以设立。正是基于

有分权制衡的理念,新型司法制度重新建构的历程开启,而审判制度的确立,使得检察制度的引进成为必然。

(二) 清末对日本检察制度的学习与引进

晚清重臣张之洞和刘坤一最早了解西方司法实践,对于中国如何学习采纳西方法律制度有清楚的认识。其中张之洞1884年任两广总督时,兴办洋务,雇用大量西方专家作为幕僚,因此,从那个时候开始就得到了关于西方司法实践的认识。光绪二十七年他们在联衔会奏变法的奏折中即详细提出了方案,主张聘请外国法律专家参与中国制定新法草案。“方今环球各国,日新月异,大者兼擅富强,次者亦不至贫弱,究其政体学术,大率皆累数百年之研究,经数千人之修改,成效既彰,转相仿效。……今蒙特颁明诏,鉴前事之失,破迂缪之谈,将采西法以补中法之不足,虚己之衷,恢宏之度,薄海内外,无不钦仰,翘首拭目,以观自强之政。”^[4]同时规定了外国法律专家的聘请条件,如:“惟所有各国律师,必须确系律学著名曾办大事之人,不妨优给薪水,庶各国闻名敬服,知中国矿、路、商各律及交涉、刑律,系其订定,不致争执妄驳,方为有益。此项教习,其合同内须议定归矿路商务大臣节制,并随时与该衙门提调商办。一面于该衙门内设立矿律、路律、商律、交涉、刑律等学堂,选职官及进士、举、贡充当学生,纂律时帮同翻译缮写,纂成后随同各该教习再行讲习律法,学习审判一两年。”^[4]按照设想,聘请来的外国律师除了编纂法律,还要帮助中国培养法律人才和担任司法审判。

清末新型司法制度是移植的产物,而日本明治维新是清末朝野直接能看到变法自强的成功事

[1] 柳诒徵:《中国文化史》(下册),中华书局2015年版,第1428-1429页。

[2] 上海商务印书馆编译所编纂:《大清新法令1901—1911》(点校本)(第一卷),商务印书馆2010年版,第37页。

[3] 上海商务印书馆编译所编纂:《大清新法令1901—1911》(点校本)(第一卷),商务印书馆2010年版,第39页。

[4] 怀效锋:《清末法制变革史料》上卷,中国政法大学出版社2010年版,第21-28页。

例, 检察制度几乎是日本明治时期检察制度的翻版。日本较早接触西方政治法律制度, “因此日本检察制度的起源, 依通常的比较一致的观点, 系从法国移植而来”^[1]。日本检察制度的法律规定表明了检察官以国家代理人的身份维护公益和追诉刑事犯罪, 检察权国家追诉主义及起诉垄断主义的特色。当然, 日本检察制度虽然是从学习法国而来, 但在一段时间内, 尤其是伊藤博文时期, 对德国检察制度也进行了移植。清政府 1905 年派官员对日本裁判所附设之检事局进行了全面的考察。“检事局者, 对于裁判所为独立之官厅, 而附置之于一裁判所。于检事局置一人若数人之检事使处辨第一章总则所述之事务(裁判所构成第十八条第三十三条第四十二条第五十六条)。第一, 區裁判所之检事局之事务。得使其地之警察官、宪兵、将校、下士、及林务官、处辨之。司法大臣所认为应当者则得使區裁判所、判事、司法官试補及郡市町村代理检事。(裁判所构成法第十八条), 盖因是區裁判之事务简易。而其检事局之检事。置一人已多。不置则于处辨事务辄生违误。所谓许检事以外者使处辨检事之事务(裁判构成法第十八条)。……”^[2]日本实行检审合署制, 各法院附设检事局, 检事局设相应人数的检事, 检事对法院独立。

清政府依据派出的大臣考察各国司法制度情况的同时, 在从 1906 年到 1911 年间, 清廷还注重有意识地将外国法学专家引进来讲授相关法律制度。对中国影响比较大的专家有冈田朝太郎、志田钾太郎、松冈义正、小河滋次郎和岩井尊文等。这些外国法学家根据自己的研究专长讲授各种知识。对于检察制度方面, 志田钾太郎就通过分析中国的现状, 提出了检察制度的有益建议。比如, 他认为“中国改良司法, 实以设立检察制度为一大关键。盖中国旧日司法机关虽不能独立而惯用压制手段, 纵有上诉之阶级大半发回原衙门覆审, 无人立于原告官及当事人之地位。小民经官府挫折之下何所陈诉冤抑, 故审判上之弊端几于不可究诘。现在州县仍不能免即有一二为言官所弹劾, 要不免挂一漏万且言官仅得诸风闻亦不能确知其情形, 又于法律保障司法官之宗旨不能相合。故今日司法官制使检察官为起诉机关, 同时又以平等之资格监督审判, 于法律保障人民权利之意

关系甚大, 学者当于起源处着眼无为一家之说所囿也”^[3], 可见, 检察制度唯有模仿学习大陆法系的法律制度。

(三) “部院之争”与检察制度

按照 1906 年清末官制改革方案, 一个重要的内容就是将大理寺和刑部的职能进行分离, 改刑部为法部, 只负责司法行政工作而不再进行案件审判; 改大理寺为大理院专管审判, 从而实现司法独立于行政机构的现代性要求。但是这一改革并没有明确法部和大理院之间的具体权限, 对什么是司法? 什么是审判? 在司法与审判之间是一种什么样的关系? 法部如何监督大理院? 这些问题都没有说清楚, 甚至广义的司法权还是赋予法部和大理院这两个彼此联系又分工制约的司法机构, 例如, 法部仍然和前清的刑部一样, 掌控死罪及重罪案件的最终复核权, 导致法部和大理院在司法权限上相互交叉, 由此引发清末“部院之争”。官制改革方案中对法部的定位是兼具有司法行政与审判监督之双重职责。这一定位必然一定程度上侵蚀大理院的独立审判地位。

当时法部尚书戴鸿慈, 大理院正卿正是沈家本。沈家本在大理院的筹建过程中, 注重竭力维护大理院的独立审判地位, 极力论证大理院是“收回治外法权”之要政, 并在《大理院奏审判权限厘定办法折》中对各级审判机构予以明确界定, 意图表明审判机关与行政机关之间权属分明, 与这份奏折同时上报的还有《大理院审判编制法》, 将大理院权属定位制度化, 里面也专门规定了检察制度事项。沈家本上奏的核心理念就是司法行政分离。而法部扩张性的权力主张是, 对司法权与审判权进行划分, 将司法行政权视为司法权与行政权的结合, 力证法部既拥有司法权又拥有行政权的正当性。光绪三十二年, 法部大臣戴鸿慈

[1] 裘索:《日本国检察制度》, 商务印书馆 2003 年版, 第 3 页。

[2] 李贵连、孙家红:《法政速成科讲义录》(第 3 卷), 广西师范大学 2015 年版, 第 166 页。

[3] [日] 冈田朝太郎口述, 张智远笔述, 清末首任京师高等检察厅检察长徐谦鉴定, 检察制度研究会编辑:《检察制度详考》, 民国元年(1912 年)出版, 第 251—252 页。

主张检察机关代表司法行政权对审判权进行监督,从而告别过去审判官既行使司法行政权又要行使审判权的局面;实现司法行政权与审判权的分立,制约审判官滥用审判权。光绪三十三年四月,法部呈报《法部奏酌拟司法权限折》^[1],对自己观点加以论述。其中,法部不仅把司法行政权扩大成为司法监督权,大理院附设的总检察厅隶属于法部,监督大理院。对此,大理院通过《大理院奏谨就司法权限酌加厘订折并清单》^[2]予以反对,针对法部原拟的司法权限清单,其对大理院的人事权予以控制,“大理院官制,固检查总厅隶于法部,及请简请补员缺皆须会商,即应会同法部具奏。其推丞及总检察,由法部会商大理院请简,推事及检察,由法部会同大理院奏补。”^[3]大理院反驳认为,检察总厅有侦查权、有监督审判之权,检察厅应附设于裁判衙门,检察厅各官应列入大理院官制之中。最后,部院权限之争,惊动并触怒了朝廷,朝廷采用政治平衡手段予以平息,后法部和大理院各自妥协后呈《法部大理院会奏遵旨和衷妥议部院权限折》,检察机关人事独立仍未实现。

1910年2月7日即宣统元年十二月二十八日,清廷颁布《法院编制法》,并下谕内阁:“自此次颁布《法院编制法》后,所有司法之行政事务,着法部认真督理,审判事务着大理院以下审判各衙门,各按国家法律审理。从前部院权限未清之处,即着遵照此次奏定各节,切实划分。其应钦遵逐年筹备事宜清单筹办,各级审判厅,并责成法部

会同各省督抚,督率提法司切实筹设。应需司法经费,着该部会同度支部随时妥筹规画,以期早日观成。至考用法官,尤关重要,该部堂官务须破除情面,振刷精神,钦遵定章举办。嗣后各审判衙门,朝廷既予以独立执法之权,行政各官即不准违法干涉。”^[4]

(四) 清末检察制度引进时与传统监察制度的调适

清代乃三法司体制,刑部是最高审判机关;大理寺古制是最高审判机关,但清代主要职责改为复核刑部拟判的死刑案件;都察院是法纪监督机关亦即清代的总监察机关,国家政务的全部无不受其监察,司法职权只是其职权的一个方面。御史监察制度是古代中国就如何监督制约权力形成的独特智慧。传统监察权与行政权、司法权之间并没有绝对的界限,古代监察御史职权广泛,既有弹劾百官的监督权,又有纠举百僚的刑事追诉权。由于清末修律的基本思路是向西方司法制度方向演进,故而随着清末修律促使中华法系解体;与此同时,随着君主立宪改良运动的展开,几千年以来皇权至上理念得到彻底改变,传统御史制度也同中华法系一起走到了尽头,作为专制象征的传统监察制度成为变革的对象,司法性的“检察权”从传统监察权中逐步分离。

近代西方基于人民主权、权力分立与监督制约理念,确立了以议会监察为主要形态的监察体制。清王朝在宣布预备立宪后,遂进行中央官制改革,传统都察院监察体制必然要改革,于是都

[1] 法部提出《法部奏酌拟司法权限折》认为,“夫所谓司法者,与审判分立,而大理院特为审判中最高之一级,盖审判权必级级独立而后能保执法之不阿,而司法法则必层层监督而后能无专断之流弊,……司直一官,现拟改为检察,大理院中附设之检察总厅本隶属于臣部,而对于大理院为监督之机关。”详见上海商务印书馆编译所编纂:《大清新法令 1901—1911》(点校本)(第一卷),商务印书馆 2010 年版,第 369 页。

[2] “法部所任系司法中之行政,臣院所掌系司法中之审判,界限分明,可无疑义。司法独立为异日宪政之根基,非谓从前刑部现审办理不善故事更张也。……谨将法部原拟司法权限清单加具按语,恭呈御览。……至检察总厅职掌,实与审判相关。盖各国之有检事官,藉以调查罪证、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。至推丞、推事等官,以今日开办伊始,应由臣院请简奏补,以一事权而免贻误。异日法学材多,法部编制法纂定颁行,自可部院会商,公同奏请。若检事厅丞及检察官职任虽与审判相维系,而所司为行政事务,应俟官制奏定后,会同法部请简奏补。”详见上海商务印书馆编译所编纂:《大清新法令 1901—1911》(点校本)(第一卷),商务印书馆 2010 年版,第 371—374 页。

[3] 怀效锋:《清末法制变革史料》上卷,中国政法大学 2010 年版,第 194 页。

[4] 宣统元年 12 月 28 日《颁布法院编制法谕》,转引自黄源盛:《中国法史导论》,中国政法大学 2010 年版,第 388 页。

察院存废问题成为改革的关注点之一。三权分立的政治体制要求建立“民告官”的行政诉讼制度以保障民权，早在宣布预备立宪之前，考察宪政的戴鸿慈就建议设立独立于司法与行政的行政裁判院，因都察院之职责与行政裁判院在整饬吏治方面有重复之处，应撤销。而《宣布预备立宪先行厘定官制谕》指出，“都察院在指陈缺失，伸理冤滞，著改为都御史一员，副都御史二员。六科给事中著改为给事中，与御史各员确均暂如旧。”^[1]可见还是保留了都察院。清廷最终发布的官制改革方案有《都察院整顿变通章程》和《行政裁判院官制草案》。尽管如此，都察院的职能却开始分化，《都察院整顿变通章程》裁减了都察院的规模，裁撤左都御史、左副都御史员额，裁撤六科，剥离都察院参与会审等司法职能，将其司法监督职能剥离出去，大大削弱了其权力。清廷在保留都察院的同时，因“唐有知献纳使，所以申天下之冤滞，达万人之情状，与御史并列。今各国行政裁判院，凡行政各官之办理违法，致民人身损害者，该院得受其呈控而裁判其曲直。”^[2]于是设立了行政裁判所。此后，都察院的监督职能由兼具司法与行政监督逐步转向单一的行政监督，司法监督则由专门的检察机关负责。再后来，传统都察院监察模式又以平政院肃政厅的载体出现在民初的政治构架中。

二、清末检察制度的确立及检察机关的职权配置

随着清末司法改革的推进，司法组织制度的立法及新式司法组织体系开始建立。1906年改刑部为法部，大理寺改为大理院。同年九月，清政府军机处、法部、大理院会奏：“远师法德，近仿东瀛，

其官称则参以中国之旧制，亦既斟酌中外得所折衷。查推官之名肇自有唐，相传甚古，然历代皆属外僚，不系京职。考宋时大理有左右推事之称。拟改推官为推事。司直官称，亦缘古制，惟名义近于台谏，拟改总司直为总检察厅丞；改司直为检察官。”^[3]检察官正式得名，在机构称谓上，先称检事局、司直局，后统一为检察厅。光绪三十二年十一月，清廷为了预备立宪，大理院即上奏《审判权限厘定办法折》，同年十二月，《大理院审判编制法》颁行，从内容来看，首次规定建立检察制度，确立了司法独立之原则，实行四级三审制，据此，现代检察制度正式确立，中国近代检察制度从此诞生。按照法律规定，大理院内部实行“检审合署”制，在大理院及以下各级审判厅内附设总检察厅和高等、地方、初级检察厅，实行四级三审制^[4]，检察官的考试、任用与任职保障，与法官相同，检察权被认为是司法权之一部分。

关于检察机关设置，《大理院审判编制法》第十三条规定：各检察局亦须置有一定员数；第三十一条规定：高等审判厅内，附设检察局，置检察长一员；第三十九条规定：各地方审判厅各检察局附设于该厅之内，检察局须置检察长一人。^[5]即大理院内设总检察厅，设厅丞一员；高等审判厅和地方检察厅各设检察局，分别设检察长一员；最下面设置的是各城隍局检察局。

关于检察职权，《大理院审判编制法》第七条规定：“大理院及直辖各级审判厅局关于证据事件须调查者，可随时径由本院会商民政部所辖巡警厅，使巡警单独或协同本院以下直辖检察官调查一切案件，平时亦可由本院会同该厅委派警察官为司法警察，以备侦探之用。”^[6]第四十五条规定：“各城隍局内附设检察局。城隍局内之检察局，其管辖

[1] 怀效锋：《清末法制变革史料》上卷，中国政法大学2010年版，第194页。

[2] 怀效锋：《清末法制变革史料》上卷，中国政法大学2010年版，第367页。

[3] 闵杉编：《中国检察史资料选编》，中国检察出版社2008年版，第27页。

[4] 除个别案件外，原则上每一诉讼事件可受三次的审判，即初级案件经地方以至高等审判厅，地方案件经高等以至大理院，法院的级数有四，审判的次数字有三，所以称四级三审的制度。参见吴绶征：“中国司法制度的改造”，载《东方杂志》1936年4月第33卷第8号。

[5] 闵杉编：《中国检察史资料选编》，中国检察出版社2008年版，第3-4页。

[6] 闵杉编：《中国检察史资料选编》，中国检察出版社2008年版，第3页。

地段内警察须听其指挥。”^[1]这两条明确了检察机关享有对辖区内司法警察的调度权与指挥权。第十二条规定:“凡大理院以下审判厅、局,均须设有检察官。其检察官附属该衙署之内。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当施行。”^[2]由此确立了检察官行使提起公诉的职权,也明确了检察官拥有对审判结果执行情况进行监督的职权。这是我国最早的检察制度规定。

为了建立省级以下法院系统,光绪三十三年十月二十九日,清政府在法部《奏酌拟各级审判厅试办章程折》(并章程)的基础上正式颁布《各级审判厅试办章程》^[3]以应及时之需,该章程在内容上有总纲、审判厅通则、诉讼、并专设检察厅通则,明确了法院职能、诉讼程序以及检察官职责。《各级审判厅试办章程》实际是清末唯一正式公布的具有近代诉讼法性质的法规^[4],在《大理院审判编制法》的基础上进一步完善检察制度的内容,对清末检察制度的发展有着重大意义。为了使各地在筹建审判厅时有法可依,宣统元年(1910年),法部又拟定了《各省城商埠各级审判检察厅编制大纲》《各省城商埠各级审判厅筹办事宜》等法规,遂而通行各省一体遵行。该试办章程实际上是刑事、民事诉讼法未制定之前的替代性法律。

与《大理院审判编制法》相比,《各级审判厅试办章程》内容更趋完善,专设了“检察通则”一章,规定了各级检察厅的通则,对检察官的职

权范围及办案程序都有了进一步详细规定,并且确立检察系统上下一体机制。第97条更加详细地规定了检察官的诉讼职权:“一、刑事提起公诉,二、收受诉状请求预审及公判,三、指挥司法警察逮捕犯罪者,四、调查事实搜集证据,五、民事保护公诉陈述意见,六、监督审判并纠正其违误,七、监视判决之执行,八、查核审判统计表。”^[5]其中第一款对检察厅行使公诉职权做了规定,第三款进一步明确了检察官拥有调度与指挥司法警察逮捕犯罪嫌疑人的职权,第五款规定了检察厅参与民事诉讼职权,第六至八款明确了检察厅(官)的审判监督权及履行监督的方式。此外,确立了检察上下一体机制。如第98条规定:“凡属检察官职权内之司法行政事务,上级检察厅有直接或间接监督之权。”第102条规定:“各级检察厅联为一体,不论等级之高下、管辖之界限,凡检察官应行职务均可由检察长官之任命委任代理。”^[5]

为加快各级审判厅的筹备建设进程,制定《法院编制法》势在必行。光绪三十三年(1907年)《法院编制法》的颁布和实施,标志着检察制度的法典化。^[6]《法院编制法》完全参考的日本《裁判所构成法》,因此参考了日本检察制度的设置和运行方式,沿用了《大理院审判编制法》《各级审判厅试办章程》的有关内容,在确立审判厅内附设检察厅的前提下,构建了一个详细完备的近代检察制度。一是重申了审检独立原则;^[7]二是规定了与各级

[1] 闵钊编:《中国检察史资料选编》,中国检察出版社2008年版,第4页。

[2] 闵钊编:《中国检察史资料选编》,中国检察出版社2008年版,第3页。

[3] 对于《各级审判厅试办章程》的颁行,法部奏《酌拟各级审判厅试办章程折》中说:“窃臣于本年八月初二日,议复各省复奏民刑诉讼法,拟请展限详核妥拟折内声明,各级审判厅开办在即,先由臣部督饬司员,编纂试办章程,奏请施行等因在案。数月以来,悉心考究各国审判办法,其程途要,非一蹴可几。惟查升任直隶总督袁世凯奏定天津府属审判厅试办章程,当法律未备之时,为权宜开办之计,调和新旧,最称允协,洵足为前事之师。第天津开一省之先,而京师实各省之准。此次办法,系乎全国司法机关,其规定自应更求完密。既于该章程所试行者采用独多,复取修律大臣沈家本奏呈法院编制法草案,详加参对,务期损益适中,悉臻妥善。兹拟编次之法,以总纲居首,释民刑之定义;次审判通则,明司法之权能;次诉讼通则,详呈诉之方法;次检察通则,尽补助之作用;而以附则终之。”详见闵钊、谢如程、薛伟宏:《中国检察制度法令规范解读》,中国检察出版社2011年版,第29页。

[4] 张晋藩:《中国法制通史》第九卷,法律出版社1999年版,第296页。

[5] 闵钊编:《中国检察史资料选编》,中国检察出版社2008年版,第10页。

[6] 刘清生:《中国近代检察权制度研究》,湘潭大学出版社2010年版,第47页。

[7] 《法院编制法》第94条规定:检察厅对于审判衙门应独立行其职务;第95条规定:检察官不问情形如何不得干涉推事之审判或掌理审判事务。详见闵钊编:《中国检察史资料选编》,中国检察出版社2008年版,第16页。

审判衙门相对应的检察机关组成；^[1]三是明确了检察官的诉讼职权范围。^[2]

三、清末检察官在审前程序中的核心地位

侦查是追诉犯罪的重要手段，在中国传统刑事司法领域中，审判前的犯罪调查活动由审判官兼任，侦查职能与审判职能交织在一起。清末司法体制改革中，大理院和检察厅组建，与之相适应的，司法警察制度也建立起来，检察官领导侦查权，侦查活动得以诉讼化。也就是说，自检察官代表国家行使公诉权的制度在清末建立以来，侦查就成为检察机关作出公诉决定前的重要前置程序，侦查权成为和公诉权置于同样地位的检察机关的重要职权之一。检察侦查作为刑事案件提起公诉的首要阶段，其主要的功能在于过滤犯罪，同时能够搜集并保全证据。同时，检察官可以指挥调度司法警察（官），这种被称为“检警一体”的侦查权配置模式，在近代中国一直延续并呈现扩大趋势。而在此模式下，检察官居于核心地位。

（一）清末“检警一体”模式的确立

清末检察制度建立后，在侦查权的行使中，还设置以侦查罪犯、搜集证据、逮捕人犯为职责的司法警察制度，在侦查过程中，检察官拥有指挥调度司法警察实施侦查之权，但是，机构上检察官和司法警察互不隶属，警察机构是国家机构的重要组成部分，警察职能的实现以警察权的行使为保障。在外部，检察官

可以调度司法警察，形成了所谓“业务指导、组织分立”的检警一体模式，这种权力在近代不断处于扩大趋势；同时，立法者通过分立司法警察和检察厅署、设置调度指挥司法警察的程序、赋予司法警察紧急情况下的侦查处分权等方面制约检察官的侦查指挥权，以保证“检警一体”的侦查权力内部的平衡。具体来说，检警一体模式的确立的过程如下：

近代司法机关组织法以及刑事诉讼法为检察侦查权运作提供了必要的法律依据。《大理院审判编制法》搭建了以检察官行使侦查权为中心的侦查制度，建立起“检警一体”的侦查程序粗略框架。但该法仅赋予检察官有限的侦查权，更多的侦查权由大理院及其直辖的各审判厅享有，但侦查过程中的“检警一体”雏形初步形成，至少赋予基层检察机关在侦查过程中“检警一体”的指挥权。^[3]虽然检察官的侦查权极其有限，也没有建立其侦查权行使的配套规范，但检察官一开始便介入调查，并获取了指挥警察进行侦查的权力。《各级审判厅试办章程》赋予检察官更多的侦查权限，明确了侦查指挥的对象范围、职权内容、调度程序，进一步固化了检警一体的侦查权配置模式。^[4]光绪三十三年由法部颁布的《司法警察职务章程》是清末第一部比较完整的关涉检察厅指挥司法警察的法规。其详细规定了检察官对司法警察官、司法警察^[5]的侦查指挥优位权。^[6]《法院编制法》继续赋予

[1] 《法院编制法》第85条：各审判衙门分别配置检察厅如下：一、初级检察厅；二、地方检察厅；三、高等检察厅；四、总检察厅。地方及高等审判各分厅、大理分院，分别配置地方及高等检察分厅、总检察分厅。详见闵钊编《中国检察史资料选编》，中国检察出版社2008年版，第15页。

[2] 《法院编制法》第90条规定：检察官之职权如下：一、刑事。遵照刑事诉讼律及其他法令所定实行搜查处分、提起公诉、实行公诉并监察判断之执行。二、民事及其他事件。遵照民事诉讼律及其他法令所定为诉讼当事人或公益代表人实行特定事宜。详见闵钊编：《中国检察史资料选编》，中国检察出版社2008年版，第15页。

[3] 第45条规定“城隍局内之检察局其管辖地段内警察须听其指挥。”

[4] 《各级审判厅试办章程》第四章，“各级检察厅通则”，第九十七条、第一百条、第一百零八条均有规定。如该法第100条明确规定了“司法警察官、营翼兵弁、地方印佐各员”是检察厅的补助机关，协助其办理侦查等刑事诉讼事务。

[5] 按《司法警察职务章程》第1条之规定，司法警察包括巡官、巡长和巡警。

[6] 该章程第二条规定，只要是司法警察在检察厅的检察人员在执行公务的时候都有协助执行公务的责任和义务；该法第三条规定，巡警厅长官作为司法警察的直接领导，在执行检察事务时与检察厅长具有同样的职权，但是如果是检察厅所及办者务必听任检察官办理；该法第四条规定，司法警察在执行检察公务时，必须听从检察官的调度指挥；该法第五条规定，凡检察厅需用司法警察人员时，应先知照巡警厅转饬办理。转引自倪铁：《中国传统侦查制度的现代转型——1907—1937年侦查制度现代化的初期进展》，华东政法大学2008年博士学位论文，第86页。

检察官侦查职权,其中第十一章中,明文规定“各检察厅检察官得调度司法警察,检察厅调度司法警察章程,由司法部、内务部会同呈准施行”。^[1]将“检警一体”模式拓展至全国各级检察厅。在1910年《大清刑事诉讼律草案》中,搜查和预审合二为一,检察官对整个“侦查处分”程序拥有控制权,这就扩大了“检警一体”中检察官的实际控制力。

宣统二年(1910年)清廷颁布《检察厅调度司法警察章程》^[2],是从中央层面对检警关系作出全面、完整规定的立法,从此,检警模式走向成熟。章程在文本上确定检察官指挥调度司法警察之权;继而强调了检察官指挥司法警察权的正当性,即指出,检察官拥有此等权力是由于“检察官厅者,代表国家,保护公益。”。章程规定了司法警察人员范围^[3](第1条),司法警察执行检察事务的具体职责(第2条),检察官调度司法警察的手续、方式(第5条);规定了检察厅调度司法警察的保障,如设立方便调度的警察驻厅制度(第13条),驻厅警察由检察厅保障经费考核成绩(第14条),检察官有权对司法警察惩戒(第77条);规定了司法警察与检察官在执行同一检察事务职权时,检察官调度权力行使的优先性(第3条);司法警察协助检察官检验尸伤(第64条)等等。制定该章程目的在于“脉络贯通,化除畛域,于司法得呼应灵便之机关,于行政收相助为理至效力。”^[4]该章程对司法警察的来源与职权,以及检察官与司法警察之间的联系等方面做出的细致规定,是“检警一体”成熟的标志。此后,北京政府及南京国民政府的检警方面的规定,就是以此为蓝本做出改变的。

(二) 检警一体模式下检察官的地位

检察制度从它创立的那一刻起,就包含了侦查这一基本内容。侦查成为检察官提起公诉与否而预做准备的重要程序,后来作为一个单独的诉讼程序分立出来,并走向独立。在侦查权力的配置中,检察官指挥警察进行侦查活动,成为大陆法系国家侦查权力配置的规律性模式。近代中国刑事诉讼制度基本上是移植西方刑事司法体制的结果,在侦查权力配置方面也不例

外。也许正是基于“检警合一”的示范效应,在清末司法改革中,引入了西方检察制度,并将之与新建的警政制度相契合,建立起了“检警一体”的侦查体制。近代中国,检察官和司法警察官行使侦查职权时要遵循厅票制度。此外,近代中国还一度实行预审程序,按近代法律的规定,预审中主要进行的是调查事实、搜集证据的活动,预审程序是以断定案件是否应当起诉为目的,因此,在预审程序中可以实施讯问被告、勘验等侦查行为,甚至按照1911年《刑事诉讼律(草案)》的规定,预审程序中可以实施发现证据及犯人的一切必要处分。从这个角度看,预审程序可以补充侦查程序的不足。但是由于在近代中国是由审判官员执掌预审,实际上又有可能架空检察官的侦查职权。故1911年《刑事诉讼律(草案)》修改为以检察官作为预审职权的执掌者。有研究者指出:“立法关于刑事审判前程序的设计,尤其是关于侦查权的配置,直接决定着一个国家追诉犯罪的实际能力。”^[5]预审程序的最终被废,表明近代立法者认为由检察官专门、独立的负责搜集证据的活动才更有利于查清犯罪事实。从职权的角度看,检察官在近代中国刑事审前程序中居于最重要的地位。近代中国的刑事诉讼法主要奉行国家弹劾主义,检察官代表国家行使犯罪侦查权和起诉权,司法警察虽然在遇有现行犯等紧急情况下可以独立实施侦查行为、不受厅票的制约,但是在检警一体的模式下,通常要受检察官的指挥,辅助检察官进行侦查行为。可以说,整个近代中国刑事审前程序主要是围

[1] 《大清法院编制法》,第十一章,“检察厅”,第一百零四条。

[2] 闵杉编:《中国检察史资料选编》,中国检察出版社2008年版,第20-26页。

[3] 司法警察人员范围:一、区长;二、区员;三,警务长;四,巡官;五,巡长;六,巡警。

[4] “法部会奏详订检察厅调度司法警察章程折”,载《国风报》第一年第16期,宣统二年六月十一日,第71-72页。

[5] 宋英辉、吴宏耀:《刑事审判前程序研究》,中国政法大学2002年版,第18页。

绕检察官的职权行使而构建的，检察官在其中居于核心地位。

四、结语

习近平总书记强调“一个国家选择什么样的治理体系，是由这个国家的历史传承、文化传统、经济社会发展水平决定的”^[1]。同理，中国检察制度产生和发展具有独特的历史文化和制度背景。任何制度的变迁，包括某一项制度的创立与消亡，都可以在此前此后的历史事实中找到关联。由于检察制度是西方输出中国与中国政治、法律发展所产生的社会内在需求相结合的“混血儿”。因此我们在考察梳理检察制度时应该注意检察制度的“西方性”与“中国性”。考察历史文明，可以看到，我国检察制度引入时，虽然借鉴了西方检察制度的有益内容，并进行了适应本土化需求的改革，但是并非完全抛弃了中国传统文化中的精华。西方资本主义国家有长度几百年的法治历史，中国拥有几千年传统文化资源，均积累了人类社会有益的成功经验。作为法制文明载体的检察制度自清末引入中国后，不仅需要与本土融合，还需要与中国社会相融通，才能切实发挥其应有的作用。尤其是国家监察体制改革和司法责任制改革大背景下，检察制度建设面临新的机遇和挑战，更需要从历史传统资源中找到借鉴和依据。

中国传统侦查领域，法律在主体建置和职权方面有相当的立法规范加以规定。在司法与行政不分的传统权力分配格局中，“控审合一”使得

侦查权完全依附于司法权，司法权又依附于行政权。从某种意义上讲，传统侦查启动的主体是传统官僚体系的各级官员。中国古代的衙门有直接的广义上的侦查权，比如宋代的提点刑狱司。清末法制改革，把侦查权从普通行政权中抽离出来，并分配给新设的各级检察厅局。^[2]《大理院审判编制法》规定了以检察官侦查权为中心的侦查制度。在赋予检察官现代侦查权的同时，也将传统侦查权部分残余留给法官。由此，在一开始的清末刑事司法实践中，却存在法官绕开检察官，主动侦查的现象。法院失去侦查权经历了一定的过程，现代侦查权与司法审判权之间的界限越来越明显。总体上，中国近代侦查权力呈现二元配置的格局，即一方面警察拥有广泛的侦查权，另一方面侦查存在于公诉的规定之中即将侦查配置于检察官的主导之下。新中国起初规定只有公安和检察院享有侦查权。1979年之后，侦查主体逐步扩大至国安、军队保卫部门和监狱等主体。从清末检察制度建立以来，侦查权就成为检察机关的重要权能之一。在近代中国侦查权力的配置中，一直仿行大陆法系国家侦查权力配置的固有模式，在侦查程序中，检察官有权决定侦查行为的实施和强制措施的采取。尽管近代中国一度实行预审程序，试图通过预审程序来补充侦查程序的不足。但从由检察官专门、独立的负责搜集证据的活动更有利于查清犯罪事实的角度，最终还是将预审权交给检察官。因此，从职权的角度看，检察官在近代中国刑事审前程序中居于最重要的地位。

[1] 2014年2月17日，习近平总书记在省部级领导干部专题研讨班上的讲话。

[2] 应旭斌：《近代中国侦查权独立的历史考量》，载《犯罪研究》2014年第4期，第8页。