

帝制中国晚期的废除刑讯运动 (1870—1905)

——以《申报》为起点

孙家红*

摘要：刑讯在古代中国的司法审判中颇引人注目。近代以降，中西方法律不断发生接触、冲突和融合，随着一些新兴国家逐步废除刑讯，中国的司法刑讯引起了国内外人士的强烈批判，引发了一场要求废除刑讯的社会运动。尽管中国的旧式司法刑讯具有其合理性，但已不足应付新的挑战。《申报》作为现代新兴媒体，得社会风气之先，对刑讯不断提出严厉批评。在日本明治维新政府废除刑讯后，率先提出废除刑讯的主张。1905年4月经过修订法律大臣郑重建议，清政府最终从制度上废除了刑讯。但在刑讯废除后，欲在中国建立一套全新的司法审判和证据体系，仍面临诸多挑战。

关键词：刑讯 申报 法律改革 近代中国

长久以来，中国古代的刑讯给中外学者留下深刻而突出的印象。围绕这一议题，在诸般文学描绘与历史记述，或民间传说与学术讨论之间，往往真相与假相并存，正解与误解同在，呈现出一种纷繁复杂的法律和社会图景。一个重要的事实是：刑讯作为一项重要的司法侦查手段，在古代中国被长期“合法”地加以使用。然自第一次鸦片战争以降，随着中国与列国之间接触和碰撞逐渐深入，尤其在晚近一些国家通过改革废止刑讯的时代背景下，中国的刑讯问题日益突出，受到中外人士越来越多的关注和诟病，乃至在中国某些地区的社会舆论中引发一场废除刑讯思潮，并最终在国家立法和司法实践中产生了深刻影响。

一、中国古代刑讯的规制与理念

虽然本文主旨在于探究 1870—1905 年间中国的废除刑讯运动，但我们实有必要廓清一些长期蒙罩在中国刑讯问题上的迷雾——尤其是一些误解和偏见，以平和之心态深入探寻中国古

* 作者简介：孙家红，中国社会科学院法学研究所副研究员。

基金项目：本文系国家社科基金《光绪三十二年〈刑律草案〉整理与研究》（项目编号：14BFX144）、中国法学会一般课题《沈家本法律思想与清末法律改革成因得失研究》（项目编号：CLS2013C99）及教育部人文社会科学青年项目《中国古代讼师和讼师秘本再研究》（项目编号：09YJC820005），及法国国家科学研究中心项目《Legalizing space in China: the Ming and Qing code and the making of the Chinese territory》（LSC）之阶段性成果。

代关于刑讯的规制与理念，因为这不仅有利于我们认清中国古代刑讯的真相，更会为我们客观评价近代中国废除刑讯运动的历史意义，奠定坚实可靠的认识基础。

首先，我们应该认识到，刑讯和刑罚是两种性质不同却具有密切关联的法律行为。以往在很多专业或非专业人士的意念中，经常会将二者混淆不清。尤其很多西方汉学研究者每当谈到“中国酷刑”的问题，往往会将“可怕的刑讯”（Terrible Torture）和“残酷的刑罚”（Cruel Penalty）混为一谈，似乎二者并没有分别，并据此认定中华旧律长期处于落后和野蛮状态。然而，如果我们能够审慎对待这一极具专业性的法律问题，便很容易发现刑讯与刑罚的区别：在某些案件发生或者某些纠纷被起诉到官府后，刑讯作为重要的司法手段，往往应用于司法侦查过程中。与此同时，刑讯尽管是重要的司法侦查手段，但只是司法官员百般司法技艺中的一种。换句话说，并非所有的案件或诉讼都必然应用到刑讯，刑讯也绝不是司法侦查活动的全部内容。比较而言，刑罚只是一系列司法活动的结果，是定罪量刑后随之而来的惩戒措施。因此，在时间顺序上，刑罚必然晚于刑讯发生。尽管中国古代在民事、刑事和其他部门法之间没有明确的法律分类，甚至时常发生以刑讯代替刑罚的情况，但从司法程序的完整性来看，我们实有必要将刑讯和刑罚进行明确区分，将之归属于前后不同的司法阶段。

在浩如烟海的历史记录中，我们已经无法测知中国古代开始运用刑讯的最初时间起点，但可以肯定：这必然属于一个历史悠远的法律传统，以致在无数世代、不计其数的法律人员身上，成为一种挥之不去的司法积习。我们不无惊奇地发现，在中国古史记录中，关于各类刑讯活动的记述，往往与约束或批评刑讯的意见同时并存——这是一个值得关注的现象。更进一步说，或许自刑讯首次引入司法活动，关于约束和限制使用刑讯的观点便同时产生了。我们目前所能见到的关于刑讯的最早一条记录，大约存在于《礼记·月令》当中。其中言：仲春之月“勿肆掠”〔1〕。这里的“掠”，便是刑讯之意。据前人考证，大约在西周法律中，便有了限制使用刑讯的规定——不仅在仲春时节，对于“大逆不孝罪甚之徒”不得公开施以刑讯；其他时间，不论犯行如何，皆不得任意刑讯（笞捶）。〔2〕

揆诸古史，我们看到：一方面，关于刑讯的记录代有增加，刑讯的花样层出不穷；另一方面，随着刑讯在司法活动中被广泛应用，关于刑讯的规范也在不断丰富。秦朝法律深受法家学说影响，严刑重法，考掠无度，成为后世王朝的反面教材。随后的汉朝，则对秦“密于凝脂，繁于秋荼”的法律进行了空前严厉的批判，但汉代刑讯泛滥的情况实未发生根本改观，以致后人往往给汉朝以刑讯著称的官员们奉上“酷吏”的名号。秦汉以后，不仅刑讯的应用日益普遍，其种类更是花样翻新。南朝梁、陈之际，创行“测罚”之法，对于“赃验显然而不款”者，在一定时日之内予以禁食，并结合鞭、杖等手段，进行锻炼考验。凡能在规定时间内经受此种刑讯者，即可被判无罪，否则即判有罪。沈家本认为此种刑讯做法虽不免残酷，但终归有所节制。及至隋朝再次统一，大规模清理前代刑讯之法，删其苛惨，进行立法规制（如“考囚不得过二百”）。唐朝则在吸收前代法律改革成果的基础上，制定了成熟的刑讯规范，将传统中国节制刑讯的思想发挥得淋漓尽致。例如其中规定：

诸应议、请、减，若年七十以上，十五以下及废疾者，并不合拷讯，皆据众证定罪，违者以故失论。

诸应讯囚者，必先以情，审察辞理，反复参验；犹未能决，事须讯问者，立案同判，然后

〔1〕 陈澧：《礼记集说》，第三卷，月令第六，中国书店1994年版，第132页。

〔2〕 沈家本：《历代刑法考》，刑法分考十七，考囚，中华书局1985年版，第501页。

拷讯。违者，杖六十。

诸拷囚不得过三度，数总不得过二百，杖罪以下不得过所犯之数。拷满不承，取保放之。

若拷过三度及杖外以他法拷掠者，杖一百；杖数过者，反坐所剩；以故致死者，徒二年。

即有疮病，不待差而拷者，亦杖一百；若决杖笞者，笞五十；以故致死者，徒一年半。若依法拷决，而邂逅致死者，勿论；仍令长官等勘验，违者杖六十。

诸拷囚限满而不首者，反拷告人。其被杀、被盗家人及亲属告者，不反拷。被水火损毁者，亦同。拷满不首，取保并放。违者，以故失论。^{〔3〕}

上述法文，从刑讯的适用条件、适用对象，施用限度，以及法律后果（尤其是非法刑讯的法律后果）等方面进行了严格规定，为后世王朝提供了模范样本。

然而，历史是复杂的，有时看似极为矛盾的现象，却往往并行发生。唐律中关于刑讯的约束性条款，集合了以往无数世代的律学成就，沈家本评价其“拷囚之法最有节度”。^{〔4〕}但与此前朝代相比，唐朝的“酷吏形象”也十分突出。诸如史书所载，著名酷吏来俊臣和索元礼创制的“凤凰晒翅”、“驴驹拔橛”、“仙人献果”、“玉女登梯”等刑求手法，其创意之新颖、手法之毒辣，极端体现了唐人关于刑讯的刁钻智慧。唐代以后，刑讯之法更是层出不穷，此起彼伏。即如辽代的“鞭烙”、元代的“鞭背”都曾被特别记录于“青史”之中，成为后人挞伐的对象。

通过以往研究，我们至少可以获得两条经验：其一，在灵活夸张的文学作品和严谨系统的正史记载之间，后者往往比前者更值得采信；其二，在冰冷的法律条文和鲜活的司法实践之间，后者则比前者更能反映实际状况。官方正史所记载的案例材料及所承载的法律信息，并不能够满足我们这些挑剔的学术研究者。在这种情况下，若能找到原始的司法档案，以及司法官员的审判记录或司法笔记，相信会极大丰富我们的研究视野，给我们提供更多的“内幕信息”。具体到刑讯问题来说，宋元以后留下数量庞大的官员司法记录——此处笼统称之为“官箴书”，虽然这些记录只是当时全部司法活动的冰山一角，但其中刻意或不经意间记录下来的“事实”，大致能够反映出当时官员关于刑讯的主流观点。

这些官箴书的作者们认为，刑讯不仅不能代替刑罚^{〔5〕}，更不应成为司法侦查行为的首选，只能是在其他非刑讯手段已经穷尽的情况下，不得已而用之。刑讯只是司法手段之一，绝不应该成为司法目的。即使按照官方确定的规范进行刑讯，也不必然保证获致案情的真相，有时非但不能实现公平正义，反可能给被刑讯者造成难以治愈的创痛。尤为要紧的是，正如前面路温舒所言，刑讯之下，极有可能使陷于“囚徒困境”的犯罪嫌疑人被屈打成招，导致冤狱。基于这样一些认识，他们一方面根据自身司法实践，不断总结和提炼关于刑讯的心得体会，另一方面，不断从其他一些模范司法官员身上——或者他们的著述中学习刑讯经验，形诸文字，付之枣梨，传诸后世。透过这些官箴书，我们很能了解他们对于刑讯的审慎态度，谨此略举四点：

首先，提升个人司法素养。正如《吕刑》所言，“惟良折狱，非佞折狱”，作为刑讯活动的决策者和主导者，各级长官的素质禀赋、心性情绪，在每个案件的司法过程中都十分关键。官箴书的作者们提倡，对于任何案件皆应保持平和心态，绝不可急躁草率。就像圣贤经典所教导的那样，要“哀矜勿喜”，要“爱民如伤”。换句话说，作为一名合格的司法官员，不应该因为发现罪犯犯行而沾沾自喜，而要能够设身处地为当事人着想，对于任何生命的损伤或逝去，均

〔3〕 长孙无忌等：《唐律疏议》卷二十九，断狱，法律出版社1999年版，第592—595页。

〔4〕 同前引〔2〕，第512页。

〔5〕 陈襄：《州县提纲》卷三，捕到人勿讯，商务印书馆，民国丛书集成本。

应表达尊重，感到同情。他们同时主张在刑讯过程中，尽量少用威猛的刑讯手段，更不要自恃聪明，武断判案，尤其不应借用刑讯来发泄私愤。总之，作为一个良好的司法官员，在刑讯过程中，应该具有良好的修为和心态，行为克制。其次，防止刑讯权力旁落。在刑讯现场，往往除主导刑讯的长官外，还必有执行刑讯的胥吏或者衙役。虽然他们同为官方参与人员，但是由于长官与胥吏、衙役的身份地位、文化素质和认识水平有所不同，兼之各种复杂的社会关系、人情因素，导致彼此间难免发生利益分歧。在这些官箴书作者笔下，地方长官与胥吏、衙役的关系是如此紧张，以致他们不断告诫那些现任长官或即将成为长官者，一定要提防身边的胥吏、衙役，防止他们在刑讯过程中讹诈当事人钱财，避免使原本正义的司法活动沦为胥吏、衙役的谋利工具。因此，每一个案件、每一个环节都必要严防死守。再次，整饬刑讯工具。中国古代自有刑讯以来，便存在对刑讯工具进行规制的内容。在这些规制下，“合法的刑讯”与“不合法的刑讯”作为矛盾双方，长期并存。在具体司法实践中，“不合法的刑讯”往往表现在两个方面：其一，使用不合规格的刑具；其二，不按照刑讯规程进行操作。以往古史所记载的“酷吏”，便往往是在这两方面下功夫，无所不用其极。但是，作为循良官员，首先应在官方规制下进行刑讯，使用官定的刑讯工具，遵守官定的刑讯流程。不仅如此，即便同为刑讯之具，因处于不同状态，或以不同方式施打，效果也会不一样。比如拶指、夹棍，若在湿透的状态下施刑，可能会比干燥时严重一倍。^{〔6〕}官箴书的作者们特别提醒，长官一定要对刑具加意整饬，注意保存和修缮。最后，差别性对待。法理上的绝对平等主义，在中国古代法律中并不存在。相反，根据“尊尊，亲亲，男女有别”的礼制原则，对案件当事人的法定权利和义务上进行差别对待，非常普遍。对于具有不同身份、地位、性别、年龄的案件当事人，在刑讯中给以差别对待，早为当时立法者和司法者所注意。然在司法实践中，情况可能更为复杂，基于不同的施刑部位或不同的案情，如何有效使用刑讯，仍需不断摸索。官箴书的作者们告诫，在刑讯过程中一定要“慎用三木”，尽量不要使用拶指或者杖腿，因为这会给受刑者留下终生疾患。有些人则建议，对于一些涉及亲谊的案件，尽量不要使用刑讯，以免伤害亲谊。诸如此类。

我们将官箴书中关于刑讯的指导意见和官方法律规定进行对比，发现官箴书中关于刑讯的指导意见较为具体，在完善刑讯操作规程方面，其积极意义不容小觑。更为重要的是，官方成文法律对于司法官员来说，往往只是一种“外部压力”，即使存在一定的奖惩机制，却很难在官员心中形成一种“内在自觉”。这些关于刑讯的积极经验通过编纂成书或辗转抄录，在一代又一代官员群体中流布传播、发挥影响，不仅为其他官员树立榜样，更有可能内化为官员司法素养的一部分，在刑讯活动中被自觉遵守。一旦这些官箴书中的刑讯知识内化为官员主观行动，其所能发挥的功用可能要比官方制定再多的成文法律都更有效。

综上，官箴书的作者们虽然认可和接受刑讯之举，但为了追求圣贤们所树立的“祥刑”宗旨，他们对于刑讯的使用充满了警惧，希望能对刑讯加以节制。他们警惧的理由实际是很复杂的：有的从现实制度规定出发，意识到刑讯并不总是有效的司法手段，不仅会对当事人造成伤害，遗留病患，自身的官位俸禄也可能受到质疑；有的则从“阴鸷”或“报应”思想出发，认为刑罚本身即为不祥之物，如果运用不当，不仅影响现世的境遇，更会影响自己的阴德，乃至子孙后代的前途命运。但是我们不无遗憾地说，这里绝没有任何一种意见是从当事人角度，主张维护被告和原告的合法权利。

〔6〕 李渔：《慎狱自言·论刑具》，载贺长龄、魏源等辑：《皇朝经世文编》卷九十四，刑政五，治狱下，清道光年间刊本。

二、从批评到废止：1870—1905

一种诉讼制度或司法理念在一个国家行之愈久，愈不容易使人发现其根本问题，中国古代对于刑讯的态度便是如此。长久以来，纠问式刑讯和“以供结案”的司法设计，为各级长官所恪守，除了一些颇具理性的司法官员、知识精英对于刑讯枉滥的危害有所警惕外，很少有人从刑讯的合理性、必要性等角度进行反思。然自晚清以降，中国被迫与新兴列强发生日益广泛的政治经济联系，法律层面的相互碰撞与日俱增，长期闭关锁国的状况也开始缓慢地发生变化。

19世纪40年代以来东西方世界的接触碰撞，不仅深刻地影响了中国，也深刻地影响了世界。但中国与西方世界在法律层面上的深度接触，远非始于此时。我们在16世纪中后期一些东来传教的葡萄牙人手稿中，发现很多关于中国法律的内容。^{〔7〕}这些手稿的记录者，有的因为涉入海盗案件，曾被逮捕入狱，成为封建王朝刑讯活动的亲历者。在这些手稿中，葡萄牙人对明代中国的司法审判给予了十足的赞美。他们认为：当时中国除了缺乏一种合适的宗教信仰外，还拥有当时世界上最堪完备的司法制度。反观三百年后——19世纪40年代以降，西方人士对中国法律却给予了空前的严厉批判。我们不禁要问：这三百年间，中国法律从明至清不断丰富成熟，但为什么三百年后西方人对于中国法律的评价会如此颠倒？毋庸置疑，这三百年间之所发生的巨大评价反差，绝不仅仅是法律方面因素导致的。上述葡萄牙人的私人记录长期沉睡于里斯本的图书馆，很少为世人所知，尤其罕为中国人士知晓。所以，这些葡萄牙人关于中国法律的记述评价对于当时中国，其实并未产生多大影响。然自三百年后西方的“不速之客”再次东来，中国法律沦入截然相反的评价环境，并最终深刻影响了中国人对于自身法律传统、法律制度的信心和评价。从此，落后、野蛮和残酷似乎就成为中华传统法律的“典型特征”。

继两次“鸦片战争”（1840—1842，1856—1860）后，上海作为中国新兴贸易城市迅速崛起。随着列强势力不断涌入，上海很快取代原来圈定的国际贸易口岸——广州，成为中西方文化交流接触的前沿阵地。一时之间，上海的政治地位虽无法和“首善之区”京师相提并论，但它作为向国人展示西方世界的最重要窗口，永远比京师更超前、更敏锐地感受着中西方文化的波澜激荡。1842年中英南京谈判之际，英国的代表显然意识到中英法律制度之不同，因而将“领事裁判权”列为一个重要议题，并加以攫取。其后，英、美等国租界范围陆续划定，并逐渐建立相对独立的司法行政体系。及至1868年上海会审公廨成立，租界内的司法活动备受瞩目，中国古老的刑讯活动以空前直接的方式袒露于世人面前。

1872年4月30日，《申报》创刊发行。它虽然不是上海地区第一家新型平面媒体——在时间上略晚于1861年11月发行的《上海新报》，但长期被视为中国近代史上发行时间最长、影响最大的一份报纸。不仅如此，它还是中国历史上第一份由外国人主办、由中国人主持笔政的报纸，因此它俨然成为中国最早一批媒体人的实验场所，开通知识精英们抒发政见、引领风气的言论平台。通过对1870年代以来《申报》内容的梳理发现，其中大量充斥着对于刑讯的批评性意见，并且最早提出了废除刑讯的主张，成为当时中国废除刑讯运动的舆论急先锋。

同治十二年十一月十七日（即1874年1月5日），该报以《中西问答》为题，先是严厉批评了轰动一时的名伶杨月楼案中刑讯行为，进而概要介绍了英国法律经验。其言曰：

〔7〕 费尔南·门德斯·平托著：《葡萄牙人在华见闻录——十六世纪手稿》，王锁英译，澳门文化司署、东方葡萄牙学会、海南出版社、三环出版社1998年版。

西国不但无刑讯，即定案亦不加刑。此西国律例也。数百年前，西国亦有贪酷之官，肆其酷以遂其贪者，后闻于朝，英皇恐其害民，遂改定律例。若非死罪，仅有罚无刑，今惟严禁之囚，在禁滋事，始用藤鞭，略以示辱而已。国之刑典，如此其宽，未闻犯罪之人多于中国，可见治国亦不必尚刑也。^{〔8〕}

这篇批评刑讯的文章，其批评的角度明显不同既往。此前在《申报》上，实也刊登过不少批评刑讯的文章，但基本都囿于固有法律范围抒发议论，希望尽量节制和规范刑讯，使刑讯回到官方规制上来。这篇文章则不仅对残酷的刑讯行为公开表示批评，更大胆引入西方国家法律经验，并以这种西方经验为参照，将一贯标榜“尚德缓刑”的中国司法俨然归入“尚刑”行列。该文作者显然已不再满足批评刑讯行为的残酷一面，而是直接从刑讯制度的存在合理性、必要性上提出质疑。

上面这篇文章的批评不仅深刻，而且有些骇俗，势必要承担一定的政治和道德风险。然而《申报》主笔们意犹未尽，不断尝试着他们的冒险行为，1874—1875年间陆续发表了多篇抨击刑讯的政论文章。在这些文章中，他们或借具体案件（如杨月楼案、杨乃武与小白菜案）揭发刑讯之残酷，或以专论形式阐述刑讯制度危害，甚至直白揭批“刑讯之下无实情”，根本上否定刑讯的有效性。他们指出：刑讯制度不仅会对案件当事人造成伤害，实际上已经严重危害到中国自己的司法主权——因为中国存在刑讯，致使很多来华的洋人不愿接受中国的司法审判。因而欲求国家振兴，收复主权，必要从根本上废除刑讯制度。与此同时，他们还认识到，在法律架构上将“口供”作为结案必备要件的司法制度设计，是刑讯得以长期存在的制度根源。若不改变这样的司法审判制度，刑讯便无法根除，刑讯的危害也必将长久存在。更进一步，他们主张废除刑讯后，将英、美等国的律师制度和陪审制度作为中国司法改革的理想目标。

《申报》发表的一系列批评文章，在当时社会上引起极大反响。其中揭露的残酷刑讯景象，以及前所未有的凌厉批评，使地方当局大失颜面，引起官方强烈反对。地方当局对于《申报》不满，大约自该报公开披露杨月楼案中刑讯问题便已开始。但由于《申报》地处租界，不受清政府司法管辖，无奈之下，地方当局别出心裁，另创一家新媒体（《汇报》），专门针对《申报》的批评言论针锋相对地进行反宣传。对于此举，《申报》在同年11月21日《书墨痴生来信后》一文中说得很明白。其中言道：

《汇报》之设，实基于以绅控优一案（即杨月楼案——笔者注）而已。当时因本馆指陈刑讯之惨，以故地方官挟怒而另设一报，以谋抗我也。然则刑讯既行，而民底遂堕，本馆切念此理，故彼时不憚为民申陈。然而自行堕去民底，而犹欲民银出以设新报，俾垂久远厥行，而民人岂甘心凑银以成之乎？^{〔9〕}

可见，《申报》馆并未因地方政府的压力而屈服，而是公然揭发地方官员创设《汇报》的“险恶”动机。此后，《申报》对于刑讯的批评并未消歇，继续刊文主张废除刑讯，希望政府能够早点认识到刑讯之害，决然废除。具体情况，暂不赘述。

1875年9月，日本拟废除刑讯的消息传到上海^{〔10〕}。按照当时思维，由于中日之间国情民俗的相近性，这样的消息应该为《申报》的主笔们提供一定舆论支持。但遗憾的是，一方面，日本自明治维新之后，一系列变法改革措施并未引起中国人士普遍而及时的关注。在他们心目

〔8〕《申报》，第520号，1874年1月5日。

〔9〕《申报》，第789号，1874年11月21日。

〔10〕《申报》，第1038号，1875年9月14日。

中,日本仍不过是“蕞尔小国”,一贯地“舍己从人”,并不值得提倡和学习。另一方面,就在日本废除刑讯前后,《申报》馆因为主张废除刑讯,正面临空前压力,似乎也没有余力对于日本废除刑讯之举进行仔细研究。光绪元年八月十八日(1875年9月17日)《申报》刊登一篇名为《刑讯辨》的专论,开篇即点出当时所处之严峻局势:“或有谓本馆不用刑讯之说为非者,斥之曰妄人,曰邪说。”^[11]这样的话语足以彰显《申报》废除刑讯的主张非但没能获得社会谅解,反而引来不小的麻烦,甚至有人以“妄人”、“邪说”攻之。无独有偶,同年10月11日《申报》又特意在醒目位置刊登一文——《论本馆作报本意》,以阐明其办报理念,廓清谣言。其中摘引当时社会上不少“负面评价”,诸如有人批评《申报》“偏袒他国”,有“以取谋国之嫌”,或批评《申报》馆“惟一味夸助西人,以轻藐华人”^[12],用语十分尖刻,俨然将《申报》冠上“汉奸”的名号,抛置于道德的深渊谷底。很明显,这与该报一贯批评刑讯和提倡学习西方法律制度有直接关系。

1876年8月9日《申报》刊登专论——《论日本近废刑讯》,历述日本废除刑讯的过程与成效,并以西方人之语气抒发观感和疑惑:“日本东瀛小国,尚能变通,而中国为文雅之邦,何以各官讯案,非用重刑不能得供?”^[13]1879年2月7日《申报》对日本废除刑讯的效果做了进一步报道,篇幅虽短,却字斟句酌,言道:“日本刑律向与中国无甚悬殊,自改归西法后,刑讯之风已不数觐。兹接该国来信,……日本左相出示晓谕,国中永免梟首之条,谓可以逐天麻云。”^[14]不仅高度评价了日本废除刑讯之举,更显示出《申报》主笔们主张中国废除刑讯的兴致丝毫未减。

自日本废除刑讯以来,《申报》主笔们对于中国刑讯至少拥有了三个批评维度:其一,传统的司法角度。这与传统官箴书的作者们比较相似,批评残酷、冤滥的刑讯行为,希望节制施用刑讯,遵守官方轨范。其二,西洋的成功经验。通过介绍西方国家(主要是英国和美国)的法律经验,希望废除刑讯,模范列强,建立西洋式律师制和陪审制。其三,日本的先行示范。在当时人看来,日本与中国国情较为相似,通过介绍日本法律改革(废除刑讯)的成功经验,希望中国能够将刑讯废除。概括言之,自19世纪70年代中后期至二十世纪最初几年,将近三十年的时间里,《申报》主笔们对刑讯制度挞伐的思路无外乎以上三种。尽管他们的批评一直没有得到官方正式的积极响应,反而经常招致非难和攻击。然而由于他们对于刑讯弊端的持续揭露,随着《申报》等新媒体的广泛传播,废除刑讯的主张逐渐深入人心,一旦时机成熟,必然会有合适的人物接过废除刑讯的历史使命,给古老而“落后的”中华法系把脉开刀。

于今反思,刑讯之所以长期存在,一方面,由于中国古代形成了独特的司法审判制度和证据规则。在此传统之下,罪犯口供成为结案的必要条件。如果没有罪犯口供,理论上任何案件都无法结案。因而,刑讯长期被视作获得口供的有效手段,并且似乎“屡试不爽”。另一方面,在旧式五刑体系下,笞杖类刑罚在府县之类地方官员的自主量刑范围内,为刑讯在地方司法过程中普遍运用提供了极大的制度便利。因此,若欲废除刑讯制度,必要从根本上改变中国传统的司法审判制度和证据规则——这显然是件艰巨而繁难的系统法律改造工程。《申报》废除刑讯的主张在短期内不可能大奏其效,也就再自然不过了。但不可否认,随着《申报》作者们不断批判鼓吹,刑讯制度的法理根基已经不那么坚不可摧了。

[11] 《申报》,第1041号,1875年9月17日。

[12] 《申报》,第1061号,1875年10月11日。

[13] 《申报》,第1316号,1876年8月9日。

[14] 《申报》,第2081号,1879年2月7日。

在日本正式废除刑讯近三十年后，中国经历了甲午中日战争（1894—1895）、戊戌变法（1898）、庚子之役（1900）等一系列重大变故，包括废除刑讯在内的法律改革终于被提上日程。经过近半个多世纪的中西法律碰撞，很多知识分子（包括一些朝中大臣）实已深刻认识到刑讯的危害，必欲除之而后快。因此我们看到：在光绪二十七年（1901）名噪一时的“江楚会奏变法三折”中，废除刑讯已被列为变法要点。次年清朝中央政府发布改革的谕旨后，地方大员最先反馈上来的意见便是废除刑讯。

1902年5月13日，沈家本、伍廷芳正式被朝廷委任为修订法律大臣，主持变法修律的世纪工程。经过近两年的筹备组织，1904年5月15日修订法律馆正式开馆办公。次年4月24日，沈家本、伍廷芳二人联名上奏“删除律例内重法”，得到最高当局首肯，将枭首、凌迟等残酷刑罚在制度上予以废止，引起中外极大关注。就在同一天，沈家本和伍廷芳再次上奏，提请废除刑讯^[15]，而于次日便得谕旨允准。^[16]也许最高当局变法改革的心情太过迫切，上述动议未经政务处会议讨论，便以谕旨形式发布出来，以致一些保守的御史和疆吏们简直无法接受，连上奏章，表示反对。最高当局为求变法措施顺利推行，乃将沈家本和伍廷芳原上奏折连同一些御史的反对意见移交政务处会议，欲从程序上补足其法律效力。1905年8月政务处会议达成统一意见，不仅通盘肯定了沈、伍二人废除刑讯的建议，还提出办理警察、开办法律学堂、筹备民事刑事诉讼法等措施。由此，废除刑讯正式成为晚清改革的“题中应有之义”。

在废除刑讯的谕旨发布后，我们连续看到一些有趣现象。诸如刑部议拟先从日本聘请律师，同时派员到日本学习法律，待学成回国，再辞去所聘日本律师。^[17]随后又电请驻日公使协助考察日本的催眠术，以作将来讯犯取供时使用。^[18]但为了弥补刑讯废除后的制度缺失，这些都不能算是根本之计。因为在旧的司法刑讯废除后，最为核心也最为急迫者，当属制定新的民事和刑事诉讼法，从根本上建立一套全新的司法审判体系。正如三十多年前《申报》的作者们所设想，在其后沈家本和伍廷芳联名上奏《刑事民事诉讼法草案》中，英美等国的律师和陪审制成为法律移植的首选。

按照一般立法顺序，实体法的出台必先于程序法，因为后者是针对前者的实行操作而制定的法律规范。如果没有前者，后者也就无的放矢。在清末变法改革过程中，我们看到系属程序法的刑事和民事诉讼法（草案）在时间上却先于实体法（如刑法、民法）出台。之所以出现这种独特的法史现象，通过前面追溯《申报》对于刑讯的批评性意见及其源流，我们似乎可以理解：自1870年代起对于刑讯的批评和废除刑讯的主张已然化成一股舆论潮流，不管这股潮流来自外国列强的批评压力，还是来自中国内部的自我反省，最终衍化积聚成一股强大的社会变革潜能。自清廷发布变法诏旨，打开法律改革的闸门，废除刑讯的主张便首先冲决而出。但平情而论，刑讯废除后，亟待建立起一套崭新的司法审判制度，而这种程序法先于实体法出台的颠倒次序本身，未尝不是一种牵掣制度构建的力量。

众所周知，在光绪三十二年（1906）《刑事民事诉讼法草案》出台后，反对的声浪此起彼

[15] 沈家本：《议覆江督等会奏恤刑狱折》，原载《法律馆奏折汇存》，间引自李贵连《沈家本年谱长编》，山东人民出版社2010年版，第121页。

[16] 从当时所上奏章的表述逻辑看，法律改革者的意见难言成熟。其中有谓“徒流以下罪名，概不准刑讯”，对于部分未经讯问证实的案件当事人，俨然先入为主地冠以“徒流以下罪名”（即笞或杖），仍准刑讯，明显有将刑讯和刑罚混为一谈之嫌。

[17] 《申报》，第11504号，1905年4月29日。

[18] 《申报》，第12020号，1906年10月15日。

伏,乃至将该草案暂行搁置。尽管如此,废除刑讯的主张在法理上已经取得胜利,却是一个不争的事实。然而,虽然废除刑讯在法理上取得胜利,并不意味着废除刑讯的效果必然理想。在1905年废除刑讯的谕旨发布后,中央朝廷和最高司法当局三令五申,要求各级司法审判机关废除刑讯,但不少地方和部门仍以种种理由违抗此令。有的官员即便表面认同和接受,司法实践中的刑讯行为仍是屡禁不止。即便在舆论上最早提出废除刑讯的上海,废除刑讯的阻力仍然不小,甚至主办“华洋诉讼”的会审公廨也迟迟未能根除刑讯。作为“首善之区”的京师,更未能成为废除刑讯的良好榜样。只有甫经设省的奉天,公开宣称废除刑讯,并且已有不少外国人接受新式的司法审判,但这种官样文章,总是让人难以尽信。

三、结论

百余年后,我们对19世纪70年代至20世纪初期这场由新式媒体《申报》发起的废除刑讯的舆论运动及其社会反响,似可稍加反思。

首先,刑讯作为传统中国司法活动的重要组成部分,所牵涉的不仅仅是刑讯行为本身,而是一整套的司法审判体制和证据规则。对于“口供”的极端重视,是古老中国根深蒂固的司法传统,因而欲从概念认知上将之进行彻底否定并非易事。在一贯以行政权力作为主导的中国,仅以立法或行政命令废除刑讯其实不难,但接下来面临的巨大难题,却是要从根本上建立起一套全新的司法审判体制和确立新的证据规则。所以,清末《申报》废除刑讯的主张之所以历经二三十年而无法被官方认可接受,与其归罪于司法官员们贪图刑讯之便,谋取私益,毋宁说是古老而庞大的中华法系尚没有做好制度转型的准备。

其次,清末废除刑讯的谕旨发布后,效果不甚理想,自有其特殊的时代背景。中国古代虽然在立法、行政和司法三权之间存有一定的界限,但很明显,立法和司法二权皆是行政权力之附属品。在以行政为绝对主导的权力格局下,法律的权威并不仅仅来自立法的公允持平和司法的公平正义,更来自法律背后的行政威权。正所谓“杀人立威”,刑讯本身也是一种“立威”手段。因此,清末废除刑讯的谕旨虽然发布,但以行政为主导的权力格局并未发生根本变化——甚至有更为强化之势,立法权和司法权不仅无法独立行使,且和行政权力交织在一起。地方各级长官在审理讼案时,往往兼具行政者、司法者双重身份,仍需以刑讯手段树立威权。尤其晚清末世,在旧的秩序没有瓦解的情况下,政府欲维持正常运作和加强社会治理,立法和司法两权仍只能雌伏于专制行政权力之下,因而刑讯也就很难避免。

最后,刑讯制度的一个重要弊端,在于将未经证实的犯罪嫌疑人——甚至包括原告——皆当罪犯看待,施加一定的折磨手段,以图获得案情真相。在古代中国,尽管不乏有人意识到刑讯和刑罚之间的区别,将司法侦查和定案拟罪视作两个前后不同的司法阶段,但是普遍发生的刑讯行为经常会混淆二者之间界限。即便在修订法律大臣沈家本和伍廷芳二人所上的废除刑讯的奏章中,我们仍可发现这种混淆的苗头。因此,在刑讯被废除后,不仅要技术上提高司法侦查的手段水平,更需要明确民事责任和刑事责任的区别,明确将犯罪嫌疑人和罪犯进行区分。不仅如此,废除刑讯之实质,在于从根本上保护人权。我们必须承认,在任何案件或者诉讼进行当中,不论原告还是被告,都自有其不容剥夺、践踏之基本人权。显然,这种观念或意识一时之间是不可能形成的,遑论晚清变革时期,即便对于今天的中国人来说,也很难说已经被每个人完全接受。所以,回望百余年来中国的法律改革进程,包括废除刑讯这样的问题在内,我们必须承认:法律文明和社会进步从来都是一个缓慢演进的过程。