

中国政法大学青年教师科研基金资助项目
教育部人文社会科学重点研究基地资金资助

教育部人文社会科学百所重点研究基地


清末新政中的

修订法律馆

——中国法律近代化的一段往事

陈煜 著

中国政法大学出版社

中国政法大学青年教师科研基金资助
教育部人文社会科学重点研究基地资金资助

清末新政中的修订法律馆

——中国法律近代化的一段往事

陈 煜 著

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

清末新政中的修订法律馆:中国法律近代化的一段往事 / 陈煜著.
—北京: 中国政法大学出版社, 2009. 1
ISBN 978-7-5620-3223-3
I. 清... II. 陈... III. 法制史 - 研究 - 中国 - 清后期 IV. D929.52
中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第004850号

书 名	清末新政中的修订法律馆:中国法律近代化的一段往事
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 邮政编码100088 zf5620@263.net http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社) (010)58908325(发行部) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
承 印	固安华明印刷厂
规 格	880×1230 32开本 12.5印张 310千字
版 本	2009年2月第1版 2009年2月第1次印刷
书 号	ISBN 978-7-5620-3223-3/D·3283
定 价	30.00元

声 明

1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

中国政法大学法律史学研究中心
博士文丛编委会

顾 问 张晋藩

主 编 朱 勇

执行主编 张中秋

编 委 (按姓氏笔画排序)

[美] 包 恒 刘广安 朱 勇

[日] 寺田浩明 李贵连 许章润

何勤华 陈景良 郑 定 林 乾

张中秋 张晋藩 范忠信 郭成伟

徐世虹 徐忠明 高鸿钧 崔永东

[韩] 崔钟库 黄源盛 曾尔恕

曾宪义 霍存福

《博士文丛》序

《博士文丛》是我国教育部人文社会科学重点研究基地·中国政法大学法律史学研究中心推出的丛书之一，它以优秀的法律史学博士论文为甄选对象。目的是及时反映和交流他们的研究成果，借以拓宽法律史学的研究领域，弘扬法文化，培养新的年轻的研究队伍。

近年来，一批优秀的法律史学博士生或潜心于某一专题的研究、或驰骋于中西法文化交流的广阔领域。他们的论文反映了学术根基之坚实和勇于创新的精神，尽管仍有这样那样的不足或瑕疵，但仍不失为法律史学宝库中的新贡献。我们希望源源不断的法律史学博士论文能够成为《博士文丛》的源头活水，使它朝着预定的宗旨不断地充实提高。

张晋藩

2005年4月30日

序

修订法律馆是清末修律时不可绕过的一个机构，在吾国法律发展史上留下惊鸿一瞥后又逐渐消逝于历史的烟尘。长久以来，但凡治中国法制史者，对该馆绝不致陌生，然而各类论著，多将论述重点集中于修订法律馆和所订新律的关系上，对该馆本身的修律准备、开办情况、内部组织、运行模式、人事关系以及该馆与外界的互动状况及其功业得失等问题，却大多语焉不详，令人在赞叹论者其他观点精深的同时，对修订法律馆专门问题有隔靴搔痒之叹。

而陈煜同志的这本论著，则是在其博士学位论文的基础上，精心修改而成，他的论文选择修订法律馆这个机构作专门的研究，在广泛搜寻了原始材料，精读了各家的论著以后，翔实地叙述了修订法律馆自开办到完成修律的整个过程，提出了许多富有新意的解释，令人对许多原来似是而非的修订法律细节有了更为清晰的认识，而且通过对一个修订法律机构的全方位考查，也加深了我们对吾国整个法律近代化过程“同情的理解”，可谓“小切口，大视野”。

通过研究修订法律馆，我们更能体谅到中国法律的艰辛历程，从而能够明白法律的近代化，其实只有阶段性而没有完全结束，修订法律馆当年面对的困难与经历的挫折，仍然是横亘在今天立法机构面前的难题。而当年法律馆最值得肯定的就是其顽强汲取新的法

律知识，最终在一个不那么良好的环境中，以极大的魄力用新知识武装立法者，成就了一个新的法律体系，这是今天最值得尊重的。然而法律馆依旧是西方化色彩过重的机构，它的种种经历，又留下了一个依然期待解决的“世纪难题”：法律移植与法律本土化怎么样才能适当结合？

当然，评论易而撰著难，个中酸甜苦辣也许只有论著作者自己心知，而作为其学位论文之指导老师，我能体会本论著写作之不易。毕竟，直接关于此机构的文字记载实属稀少，各类材料又太过零碎，要想复原一个生动的修订法律馆何其难哉！所幸陈煜同志能以较大的学术勇气，挑战这一学术难题，其志可嘉。当然，本论著仍有许多细节不够完善，较之于修订旧律，起草新律的过程部分稍嫌单薄；人事组织上并没有将修订法律馆整个人员关系全都体现出来；对于修订法律馆在民国的延续似乎仍可以作为清末修订法律馆的历史业绩，值得再续上一笔，而本书则略而未谈。凡此种种，都揭橥了：虽然本论著是我所看到的国内迄今为止叙述修订法律馆这一问题最为详实的一本，但是所谓学海无涯，在这一论题上，仍有大量的空间可待开拓，衷心希望作者继续努力，获得更大成绩。

得见弟子论文出版，不胜欣慰，援笔记之，是为序。

目 录

《博士文丛》序	(I)
序	(II)
引 言	(1)
第一章 清末新政中的修律准备	(8)
第一节 危机中的变革	(8)
第二节 变器与变道之间	(13)
第三节 君宪救国的热潮	(18)
第四节 帝国栋梁的眼光	(24)
小 结	(28)
第二章 从律例馆到修订法律馆	(29)
第一节 律例馆的兴衰	(29)
第二节 修订法律馆的开办	(38)
第三节 存留之间：官制改革前后的修订法律馆	(48)
第四节 挫折与新生	(56)
小 结	(69)
第三章 修订法律馆的组织设计与运行模式	(71)
第一节 修订法律馆的组织设计	(71)
第二节 修订法律馆的运作办法	(81)
第三节 修订法律的方式——微观视角	(121)

小 结	(159)
第四章 修订法律馆的组织群体	(161)
第一节 世间已无薛和赵	(161)
第二节 修订法律馆教父：沈家本	(181)
第三节 政法精英的加盟	(198)
第四节 修订法律馆中的外籍专家	(236)
小 结	(243)
第五章 冲突与妥协：修订法律馆与外界的互动	(245)
第一节 部院权力之争及法律事务往来	(245)
第二节 修律机构中的同质与异质	(266)
第三节 来自王公疆臣的压力	(297)
第四节 白票党与蓝票党：礼法之争	(310)
小 结	(321)
第六章 成就与遗憾：修订法律馆的功业得失	(323)
第一节 旧律的改造和新法的诞生	(323)
第二节 法学知识的传播和法律人才的养成地：京师 法律学堂	(341)
第三节 习惯调查的渊藪	(353)
第四节 未竟的遗憾	(360)
小 结	(368)
结 论	(370)
参考书目	(379)
后 记	(388)

引 言

一、本书写作缘起

修订法律馆是清末修律时不可绕过的一个机构，其所经历的一段时光也是吾国法律发达史上至为重要的转折阶段。长期以来，我们近代法制史研究关注的更多是清末修律的结果，对修律机构本身和修律过程往往语焉不详。笔者自 2001 年开始攻读法律史硕士学位学习以来，心里总是在琢磨：何以延续数千年备受世界瞩目的中华法系传统法制如今在制度层次上竟然会难觅踪迹了呢？这个问题困扰了我整整六年，期间笔者通过研究中国法律文化的变迁、民间法中体现出的传统韵味、本土资源发掘的可能性等方面，试图找到这个问题的答案，但收获寥寥，迄今无法给予自己一个满意的回答。于是，我将问题进一步具体化，企图通过对各个具体问题的研究，最终找到答案，因此这个问题就被缩小为“法律的近代转型这一个变化是怎么发生和发展的？”此中头绪很多，有没有某种事物，可以将清末新政以及之中变法修律的各个方面都尽可能折射进来呢？笔者经过仔细思考，发觉修订法律馆这个机构庶几可以承担这个使命。于是一项关于修订法律馆的专题研究就在笔者头脑中开始酝酿，尽管笔者深知这样做可能有将多维的修律过程线性化的危险，但却也可以理清发生发展的脉络。最要紧的，即如《金刚

经》所云：“应云何住，云何降服其心”，也就是扪心自问：“你这样做是否能说服你自己？”针对此问题，我开始收集有关资料，旨在考察清末修律的机构修订法律馆相关内容，勾勒法律馆的沿革变迁过程、机构组织形式、人员的配备、活动方式、修律贡献、内外权力斗争及其与其他机构的关系等一系列图景，得出一个全面立体的法律史，将这个意蕴丰富、承载了近代法制发展方方面面的机构从历史迷雾中凸现出来，并且将法律馆置于清末新政的大背景下，探索法制近代化过程中出现的诸多问题及其原因。若能在现有的成果上再往前深入一步，则笔者六年思考、三年博士研究生涯，便有了意义，这就是本书写作缘起。

二、主要研究现状

遗憾的是，尽管法律馆在我国法律发展史上占据着重要的地位，但国内外尚无专门研究法律馆的专著。提到法律馆的作品，都是侧重于法律馆某个部分而不及其余，但其中不乏佳作，试举数例如下：

李贵连先生的《沈家本传》第七章和第九章中，专章论述了法律馆的一些情况，作为首席修订法律大臣，沈家本自是对法律馆贡献最巨，成果最多，沈家本主持法律馆时期也是其毕生最重要之时期，故李著对沈在这一阶段事业的叙述详尽，资料翔实，甚显学术功力。此书也是本书主要参考资料之一。但李著侧重阐述沈家本的贡献及沈与其他大员的冲突和矛盾，对法律馆的其他成员以及法律馆的历史变迁、组织方式则略而未谈。^{〔1〕} 本书试图在这些方面

〔1〕 李贵连：《沈家本传》，法律出版社2000年版。

加以深入研究。

程燎原先生的《清末法政人的世界》一书第九章《“修订法律馆”的法政精英》，专章介绍了修订法律馆中的法政人员，提供了较为完备的人物索引，间或提及法律馆的成就，较为明晰，但对于修订法律馆与其他机构的关系以及如何周旋于复杂的官场实际情形，则一笔略过，不无遗憾。^{〔1〕}

张晋藩先生的《中国近代社会与法制文明》一书的第八章至第十一章，多围绕法律馆展开，该书内容丰富，对法律馆活动的背景及其内外冲突与矛盾多有细致的描述，例如部院之争与礼法之争，对修订法律过程中的主导思想也论述有力，如沈家本的思想，此四章节见制度、见思想、见人物，但因为此书视角是宏观视角，故对法律馆内部的组织机构、组织形态、组织功能考察得不够，本书力图在此细节方面再进一步深入。^{〔2〕}

眭鸿明先生的《清末民初民商事习惯调查之研究》一书第二章第二节，详细叙述了清末在法律馆主持之下，进行的民商事习惯的调查，作为编订法典的前奏，该书侧重于细节，提及关于法律馆一项重要的活动，可以看作是微观研究方面的一个范例。但因主题所限，该书仅仅叙述法律馆民事习惯调查的活动，对法律馆其余贡献，则未述及，亦甚可惜。^{〔3〕}

王健先生的《中国近代的法律教育》，也是一本重要的参考文献，它提供了许多材料及其来源，在法律馆的活动中，设立京师法律学堂是一项伟大的成就，王著对本书论及法律学堂部分给予很多启示。^{〔4〕}

〔1〕 程燎原：《清末法政人的世界》，法律出版社2003年版。

〔2〕 张晋藩：《中国近代社会与法制文明》，中国政法大学出版社2003年版。

〔3〕 眭鸿明：《清末民初民商事习惯调查之研究》，法律出版社2005年版。

〔4〕 王健：《中国近代的法律教育》，中国政法大学出版社2001年版。

美国学者任达的《新政革命与日本·中国，1898～1912年》一书，则主要考察新政与日本的关系，该著作为本书交代修订法律馆的新政背景不无裨益。

此外，研究近代法制史的专家如朱勇、韩秀桃、李启成、李显冬、张德美、张生、郭志祥等学者均有涉及法律馆的文章。此处不再一一列举。以上仅大略叙述学术研究现状，但遍检文献，虽屡有关涉，但详细研究法律馆组织沿革、变迁、功能、结构、组织模式的作品则暂付阙如，职是，本书具有很大的开拓空间，对笔者也是一个巨大的挑战。

三、考察对象与研究方法

本书试图摆脱了静态与动态、描述与分析、制度与思想、进步与局限等传统意义上法律史研究方式或对象，而是就一个具体的机构，用多种视角立体的考察，其中方法多样。也就是说在一个机构中，见制度、见思想、见人物、见文化。笔者认为修订法律馆，要考察历史、本体、运行三方面。所谓历史，重在描述法律馆的来龙去脉，首先解释法律馆成立之前清末新政的情况，继而说明法律馆是清末新政中为配合新政以及后期立宪运动而设立之机构，故而必须交代当时的政治、制度和文化背景，然后就法律馆的成立、隶属部门到最后单独分立做一个历史的梳理。所谓本体，着重介绍法律馆的组织设计、内部组织制度、组织类型、管理活动，侧重于解释法律馆是如何组织起来并参与活动的；所谓运行，着重叙述法律馆修律的过程和成果，法律馆内外权力斗争，法律馆与其他法政机构、其他部门机构的相互合作与斗争，社会上对法律馆机构和成就的评价等方面。而本书具体采用的方法则有组织社会学、比较法、法制现代化理论等方法。

其一为组织社会学方法，这是本书在方法论上对修订法律馆研究的一大创新之处。因为法律馆是近代重要的组织机构，故用组织的方法可以更好地明了这个机构的功能与结构。运用此法，要求对组织的内部和外部都有一个系统的研究，要涵盖组织的方方面面，如组织设计、组织目标、组织形式、组织类型、组织定位、组织结构、组织功能、组织活动、组织运行、组织规则、组织制度、组织管理、组织文化、组织环境、组织变革、组织发展、组织与社会角色、组织与社区、组织与其他团体等。在清末新政中，法律馆不妨可以看作是局部秩序中的权变性机构，正如埃哈尔·费埃德伯格所认为的组织现象的发生，“可以看作是在构建局部秩序过程中的一种权变性结构，总带有暂时性，而局部秩序，其相对自主的特点，构建着所有利益集团集体行动的能力，组织，既是一种容器，又是容器的内容，既是结构，又是过程，既是对人类行为的制约力量，同时又是人类行为的结果”。〔1〕只有用这种方法研究法律馆，才能更清楚理解法律馆馆员内部，以及法律馆与其他机构的冲突对抗，竞争与联合。

其二为比较法，讲求通过两方或多方的比较，获得一个全面的认识，避免夜郎自大、只缘山中。比较的类型主要有二：一为横向比较，从空间角度出发进行的历史比较研究，在研究法律馆时，可以与其他组织机构和模式加以比较；二为纵向比较，指从时间的序列出发，对不同历史时期的现象进行比较，研究法律馆必须与在其之前的律例馆相比较鉴别。此外还可以从宏观上和微观上进行比较，从正面和反面事实方向进行比较。通过比较更好的说明法律馆的一系列情况。

其三为法制现代化相关理论方法。该方法很难说是一种独立的

〔1〕 [奥地利] 埃哈尔·费埃德伯格著，张月等译：《权力与规则——组织行为的动力》，上海人民出版社 2005 年版。

方法，但该方法强调从一个整体历史的角度来看待法制的变迁。也就是说虽然不排除近代法律发展过程中出现过某种倒退和停滞，但是总体上近代化过程却是一直向前的，且有规律性，即具体到法律革命，基本上呈现出这样一个脉络，这就是张晋藩先生所论述的八个转型：从固守成法到师夷变法，从维护三纲到批判三纲，由盲目排外到中体西用，由专制神圣到君宪共和，由以人治国到以法治国，由义务本位到权利追求；由司法行政不分到司法独立，由以刑为主到诸法并重。^{〔1〕}法律馆处于现代化过程中，它的刺激—反映模式和馆员的行事做人都不可能避免带有这种现代化的特征，这是我们着重要考虑的。

四、研究的意义

本书基本上是一个纯粹学术的研究，不同于一般的部门法学，法律史学对整个法学研究、法制建设乃至政治体制改革的作用更为深远但也比较间接，通常需要很长时间才能表现出来。从这个意义上，本书的现实意义不可能如应用法学那么立竿见影，不能指望一篇论文真能“半部《论语》治天下”。但是即使是纯粹的学术研究，其现实意义也是深远的。韦伯在《学术与政治》里论道：“只有严格的专业化能使学者在某一时刻，大概也是他一生中唯一的时刻，相信自己取得了一项真正能够传之久远的成就。今天，任何真正明确而有价值的成就，肯定也是一项专业成就。因此任何人，如果他不能给自己戴上眼罩，也就是说，如果他无法迫使自己相信，他灵魂的命运就取决于他在眼前的这份草稿的这一段里所做的这个

〔1〕 张晋藩：《中国法律的传统与近代转型》（第二版），法律出版社2005年版。

推断是否正确，那么他就同学术无缘了。”〔1〕在这个学术已经高度专业化的年代，如果在某个细节问题上再深入一点，那么虽然表面上对整个社会无关紧要，但事实上对提升学术的品格，对学术转化为一种思想和技术，更具有操作层面上的意义。何况，前事不忘，后事之师。当日修订法律馆感到困惑的问题，今天又何尝不存在？当年修订法律馆的努力，今日又何尝不能借鉴？大而言之，笔者撰此论文，自然希望得“鉴于往事，有资于治道”的“求治”功效；如果不行，那么只要能对“法律的近代转型这一个变化是怎么发生和发展的”这一问题给出一个合理的描述和解释，即如世尊答须菩提曰：“应如是住，如是降服其心”（《金刚经》），那在笔者，也能心安了。

〔1〕 参见〔德〕韦伯著，冯克利译：《学术与政治》，三联书店2005年版，相关章节。

第一章 清末新政中的修律准备^[1]

第一节 危机中的变革

光绪二十六年七月二十一日（1900年8月15日），凌晨时分，紫禁城东门东华门外枪炮声声，联军士兵正在攻城。突然，以往戒备森严的紫禁城北门神武门开启，一行人拥数辆马车一路往北冲出德胜门，又北行八达岭官道。其中一辆车内坐着一老妇，布衣素装，神情肃穆，她就是西太后慈禧。她刚刚经历过一个疯狂的仲夏。先是义和团起于山东，继而浸淫入畿辅，很快京师遍地都是拳民，秩序开始失控，德公使日书记官遭戕。八国抗议，调兵入津，旋即攻破大沽炮台。慈禧闻报，联想此前洋人保护康梁逆党、干预废立皇储、庇护境内教民等种种情事，不禁出离愤怒，遂于五月二十五日下诏向八国开战。两月不到，联军兵临城下。太后回天无力，只得于此际仓惶出逃。^[2]

一路西行，满目凄凉，三日后抵河北怀来，县令吴永迎之，慈

[1] 关于新政，内容浩繁，因本书主题为修订法律馆，故不拟描绘新政全貌。本章叙新政主要围绕新政事关改革法律的部分做一简单叙述，以明修订法律馆成立前后的时代背景。

[2] 关于事情本末，可参见《清德宗实录》、《光绪朝东华录》（四）、李希圣《庚子国变记》、吴永《庚子西狩丛谈》等书。

禧太后放声大哭：“予与皇帝连日历行数百里，竟不见一百姓，官吏更绝迹无睹。今至尔怀来县，尔尚衣冠来此迎驾，可称我之忠臣。我不料大局坏到如此。我今见尔，犹不失地方官礼数，难道本朝江山尚获安全无恙耶？”〔1〕随后细述沿途苦况，吴永建议慈禧下罪己之诏，以挽回人心，收拾残局。太后从之，七月二十六日，太后颁诏，内云：“今见国家占危至若此，其将何以为心乎！知人不明，皆朕一人之罪，小民何辜，遭此涂炭！”〔2〕

笔者认为，正是此次出逃，使慈禧生平第一次真切地了解到民间疾苦。此前她居深宫，虽然览各地奏报，也略知外地情形一二，但无感性认识，并未意识到国家已到非变不可之地步。故到西安行在后，太后犹对诸臣工平日不对其汇报实情耿耿于怀：“老佛爷厉声诘责，谓外间种种情形，尔等平时何无一语奏闻，直是蒙蔽我母子耳目！”〔3〕十月初十日，两宫在西安行在发布上谕，已经有许诺更新政治之意。

光绪二十六年十二月初十日，两宫在西安又一次发布上谕，颁布改弦更张诏，决议改革。内云：

“世有万古不易之常经，无一成不变之治法。穷变通久见于大易，损益可知著于论语。盖不易者三纲五常，昭然如日星之照。而可变者令甲令乙，不妨如琴瑟之改弦。伊古以来，代有变革。即我朝列祖列宗，因时立制，屡有异同，入关以后，已殊沈阳之时。嘉庆道光以来，岂尽雍正乾隆之旧。大抵法积

〔1〕（清）吴永：“庚子西狩丛谈”卷三，载王树卿、徐彻编：《史说慈禧》，辽沈书社1994年版，第305页。

〔2〕《光绪朝东华录》（四），第4536~4537页。

〔3〕（清）吴永：“庚子西狩丛谈”卷三，载王树卿、徐彻编：《史说慈禧》，辽沈书社1994年版，第324页。

则敝，法敝则更，要归于强国利民而已。自播迁以来皇太后宵旰焦劳，朕犹痛自刻责，深念近数十年积习相仍，因循粉饰，以致成此大衅。现正议和，一切政事，犹须切实整顿，以期渐图富强。懿训以为取外国之长，乃可补中国之短，惩前事之失，乃可作后事之师。”〔1〕

一般认为，正是这份诏书奠定了随后十年清末新政的基调。该诏书首先陈明变法的理论上的可行性，随后，强调即将行的变法不同于此前康梁戊戌变法，彼为乱法。当然这样说是为太后自己扑灭戊戌变法的行为进行辩护，同时另一层意思是要群臣不必因戊戌风波而畏首缩尾，不敢投入新政事业。之后，该诏书又对中国政治状况做痛切自省：“我中国之弱在于习气太深，文法太密，庸俗之吏多，豪杰之士少。文法者庸人藉为藏身之固，而胥吏倚为牟利之符。公事以文牍相往来而毫无实际，人才以资格相限制而日见消磨。误国家者在一私字，困天下者在一例字。”〔2〕

在诏书的最后，两宫要求臣工提出新政建议，且不能敷衍塞责、人云亦云或抄袭了事，措辞严厉：

“着军机大臣、大学士、六部九卿、出使各国大臣、各省督抚各就现在情形，参酌中西政要，举凡朝章国故、吏治民生、学校科举、军政财政、当因当革，当省当并，或取诸人或求诸己，如何而国势始兴，如何而人才始出，如何而度支始裕，如何而武备始修。各举所知，各抒己见。通限两个月，详悉条议以闻，再由朕上禀慈谟，斟酌尽善，切实施行。自西幸太原，下诏求言，封章屡见。而今之言者，率有两途：一则袭

〔1〕《清德宗实录》卷四七六，中华书局1987年版（下同），第273~275页。

〔2〕《清德宗实录》卷四七六，第273~275页。

报馆之文章，一则拘书生之成见。更相笑易更相非，两囿于偏私不化，睹其利未睹其害。一归于窒碍难行，新近讲富强，往往自迷本始，迂儒谈正学。又往往不达事情。尔中外臣工，当鉴斯二者，酌中发论。”〔1〕

可见，变革的直接动因是这年的“庚子之乱”，当然这只是一个导火线，国内呼吁改革的声音早就有之。但当戊戌政变之后，慑于六君子惨死，内外臣工三缄其口。而国内危机并没有因西后及其党羽的高压政策而有所减缓。

首先是灾荒频仍。1900年，继前年旱灾以后，堪称首善之区的直隶旱情愈益严重，南部地区春夏秋三季亢旱。据直隶总督李鸿章奏报：献县、曲周、高阳、沙河、平乡、广宗、永年、肥乡、磁州、元城、大名、隆平、宁晋、饶阳等十五州县各有数十乃至数百村庄“成灾五、六、七分，及歉收三、四分不等，民情困苦异常”；安州、青县、静海、沧州、南皮、邢台、南和、巨鹿、任县、邯郸、成安、鸡泽、威县、新河、深州等十五州县也大面积受灾，出现了“畿辅荒旱，赤地千里，民不聊生”的悲惨景象。一直到1901年春夏间，旱灾仍然威胁着直隶许多地区，致使“贫民无计谋生，岌岌不可终日”，〔2〕这种情形一定程度上加剧了义和团运动的开展。

其次是教案不断。随着门户的开放，西方传教士深入内地，越来越多的人加入基督教队伍中，部分不良教民借西方传教士的庇护，为非作歹，危害地方，教民关系紧张。各地反洋教斗争不断。加之本身很多教士借助于不平等条约中的规定的特权，在地方飞扬

〔1〕《清德宗实录》卷四七六，第273~275页。

〔2〕参见池子华、李红英：“晚清直隶荒灾及减灾措施的探讨”，载《清史研究》2001年第1期。

跋扈，甚至凌驾于地方官头上作威作福，激起民变，酿成一桩桩教案。此种危机直到清末始终存在。乃至后来沈家本主持修律的理由之一便是怨于教案，沈在光绪三十三年奏进刑律草案时提到：

“教案为祸之烈，至今而极。神甫牧师势等督抚，入教愚贱，气凌长官，凡遇民教讼案，地方官暗于交涉，拙于因应，审判既失其平，民教之相仇益亟，盖自开海禁以来，因闹教而上贻君父之忧者，言之滋痛。推原其故，无非因内外国刑律之轻重失宜，有以酿之。”〔1〕

是教案直接成为变革因素之一，还牵涉进刑律的更改。

再次是民变愈烈。清末民变的年发生率越来越高，超过清代以前任何一个历史时期；同时这些民变有组织，有预谋，纵横相连，互为声援，通都大邑亦常见，人烟愈稠密，匪类愈繁滋；几乎到了无人不匪，无地无匪的地步；很多民变已经不满足于偷盗、抢劫这类低层次活动，还涉及到罢工、罢市、学潮、兵变，走私、贩毒，开场聚赌，纠党劫物，掳人勒赎，杀人放火，拘官戕官，直至武装反抗、革命排满，无所不有。〔2〕此外，海外有康梁余党正在积极运动保皇，国内有孙文领导革命组织发动起义，清政府无异处于火山口。

至于庚子之乱，则更是为新政启动加上了一重外来的压力，且不说之后的辛丑条约给清政府背上了沉重的外债，只变乱发生之后，中国就有大臣已经敏锐地察觉，改革已经迫在眉睫，再不能迁

〔1〕“修订法律大臣沈家本等奏进呈刑律草案折并清单”，载《大清法规大全·法律部·法典草案一》。

〔2〕参见马自毅：“前所未有的民变高峰——辛亥前十年民变状况分析”，载《上海交通大学学报》（哲学社会科学版）2003年第5期。

延不前了，其中关键的一点就是改革法律。资深中国问题专家，时任海关总税务司司长的英人赫德，曾经撰文：

“中国的大臣现在已经醒悟到，对外贸易的开展和发展，要求在许多新的方面进行立法，例如合伙关系、合同保险等等，并且为了摆脱在华外人享有领事裁判权的梦魇，中国有必要如同日本那样制定专门法律，建立专门法庭，培养法律专家，并引进新的司法程序。”〔1〕

观后来的法律馆之种种行为，似乎正是按照赫德预料的那样在进行。其起草新律、改革司法、建立学堂，很大程度上迎合了外人对于中国改革的期望。

总之，清末新政客观上正是在内外种种弊端积聚到一定程度，随着义和团运动和八国联军侵华战争的爆发、危机的全面显露而仓促开展。主观上则是慈禧太后经过庚子之乱，西狩途中目睹国家凋敝，又为了挽回失去的颜面，堵国内不满大臣之悠悠众口，示国外中国一改保守政策之政府形象，仓惶间同意变法。故而事前并没有一个长远规划，正因为开展得急，使得新政一切都带上了“急救章”的色彩，修订法律馆受此空气影响，自然也概莫能外。

第二节 变器与变道之间

光绪二十年甲午一役，宣告了洋务救国迷梦的破产。洋务派也重视模范列强，但是他们心仪的对象更多是西方表面化、物质化的

〔1〕 [英] 赫德著，叶凤美译：《这些从秦国来——中国问题论集》，天津古籍出版社2005年版，第116页。

东西：坚船利炮和工业技艺。他们在法律制度上，当然也主张变革，但只是需在纲常伦教下，稍变成法。如晚清重臣李鸿章在给丁日昌的一封信中，曾抒发感慨：“自强之策，当及早变法。勿令后人笑我拙耳，此等大计，世人无知而信之者。朝廷无人，谁做主张。及吾之生，不能为，不敢为，一旦死矣，与为终古已矣，微足下无以发吾之狂言”。〔1〕是洋务派为富国强兵，表现出了极强的开拓勇气。

甲午以后，维新派逐渐登上历史舞台。他们研究中国积弊，发觉光是引进西方技术工艺，依然只是“变器”而已，不足以从根本上救中国。欲挽民族危亡于狂澜，只有一条道路，就是“变道”。维新派党魁康有为为阐释变道，多次上书清帝。在《上清帝第五书》内，康奏上上、中、下三策，供皇帝抉择，上策为“择法俄日以定国是”，实际上是要皇帝仿效两国变政体，定宪法、开国会，设议院，行君主立宪；中策为“大集群才而谋变政”，实际上是要皇帝集思广益，刷新政治，并不改变官制政体；下策为“听任疆臣各自变法”实际是要皇帝维持洋务派兴邦的做法。〔2〕当然康最倾向依照上策变法。但此折并未上达天听。直到光绪二十四年正月二十九日，康有为方有机会展示其变法设想，此时康有为不再期望开国会，设议院，而是主张开“制度局”作为变法之原，实际上主张官制改革，此“制度局”包括十二个部门：法律局、度支局、学校局、农局、工局、商局、铁路局、邮政局、矿务局、游会局、陆军局、海军局。康不能明言十二局与中央六部之关系，又担心受六部之干扰，于是设想直接将制度局开在宫中，选公卿、诸侯、大夫及草茅才士二十人充总裁，议定参预之任，商榷新政，

〔1〕《李文忠公朋僚函稿》卷一〇，第22~23页。

〔2〕参见康有为：“上清帝第五书”，载汤志钧编：《康有为政论集》（上），中华书局1998年版，第208~209页。

草定宪法，此不啻于一个绕过中央六部的内阁。

在这十二局构想中，康对法律局言之甚详：

“外来人者，自治其民，不与我平等之权利，实为非常之
国耻。彼以我刑律太重而法规不同故也。今宜采罗马及英、
美、德、法、日本之律，重定施行；不能骤行内地，亦当先行
于通商各口，其民法、民律、商法、市则、舶则、讼律、军
律、国际公法，西人皆极详明，既不能闭关绝市，则通商交际
之势不能不概予通行。然既无律法，吏民无所率从，必致更滋
百弊。且各种新法，皆我夙无，而事势所宜，可补我所未备，
故宜有专司，采定各律，以定率从。”〔1〕

由此可见，在维新派的变法设计中，已经提到了起草新律的
建议，也就是说康的修改法律的主张已经不限于传统大清律例修
订方面，而是要制定各种部门法律，构筑现代法律体系。且在修
律方法和后来沈家本等制定的“模范列强，折冲樽俎”有异曲同
工之妙。更关键的是，康还专门提出要设立“法律局”这样一个
组织机构来组织修律。这些思路，对后来成立修订法律馆，注
重起草新律的思路，当有所关联。

同时，康对修法以收领事裁判权、区分民刑以同万国交通，
也早有认识，在《上清帝第六书》呈上七个月后，康又上一道
奏折《请开制度局议行新政折》，内云：“若夫吾国法律，与
万国异，故治外法权，不能收复。且吾旧律，民法与刑法不
分，商律与海律未备，尤非所以与万国交通也。今国会未开，
宜早派大臣及专门之

〔1〕 康有为：“上清帝第六书”，载汤志钧编：《康有为政论集》（上），中华书局1998年版，第214～215页。

士，妥为辑定，臣前所亟亟请开法律局为此也。请附于制度局并设之。”〔1〕对照后来沈家本在起草新律时的陈述的理由，可以察觉，维新派实为变革法律思想的先驱。

但是二十四年九月，戊戌政变的发生，使得一切变道思想于此搁置，中外臣工再不敢轻议更张，守旧势力控制朝堂。直到庚子事变之后，守旧势力或被联军索杀，或遭西后遣戍。变革逐渐成为政治言论主流。西后在西安行在所下的变法诏令，申明变道之意，较之康梁有过之而无不及：

“至今之学西法者，语言、文字、制造、机械而已。此西艺之皮毛而非西政之本源也，居上宽，临下简，言必信，行必果，我往圣之遗训，即西人富强之始基，中国不齿之务，徒学其一言一话一计一能，而佐以瞻徇情面之积习，舍其本源而不学，学其皮毛而又不精，天下安得富强耶！总之，法令不更，固习不破，欲求振作，当议更张。”〔2〕

从诏书上看，虽然诏书屡屡以“康逆乱法”名戊戌变法，但明眼人一眼即能看出，此次新政之构想，迥不出两年前康梁之旧。但是西后诏书下后，各地应者寥寥。谁都不明朝廷此次变法之真假，故都在静观其变。

于是半个月后，即光绪二十六年十二月二十五日，西后再以光绪帝口吻颁诏罪己，并重申十二月初十日的谕令，要求内外臣工激发忠良，实力推行，诏云：

〔1〕 康有为：“请开制度局议行新政折”，载汤志钧编：《康有为政论集》（上），中华书局1998年版，第352页。

〔2〕 《清德宗实录》卷四七六，第273~275页。

“……仰思宗庙之震惊，北望京师之残毁。士大夫之流离者数千家，兵民之死伤者数十万，自责不暇，何暇责人？所以谆谆告谕者，则以振作之与因循，为兴衰所由判，切实之与敷衍，即强弱所由分。固邦交，保疆土，举贤才，开言路，已屡次剴切申谕，中外各大臣其各禀遵训诰，激发忠忱，深念殷忧启圣之言，勿忘尽瘁鞠躬之谊。”〔1〕

为了表明自己变法的诚意，翌年三月，朝廷诏设督办政务处，任庆亲王奕劻、大学士李鸿章、荣禄、昆冈、王文韶、户部尚书鹿传霖为督办政务大臣，刘坤一、张之洞遥为参预。诏书并令：“各该王大臣等于一切因革事宜，务当和衷商榷，悉心详议，次第奏闻。”〔2〕是督办政务处为改革政治之特设机关，看来朝廷此次确要变法了。

于是督抚望风而动，光绪二十七年三月初七日，山东巡抚袁世凯率先提出新政意见十条，要点为充实武备、改进财政、开通民智、递减岁科乡试取中名额、增设实学、派遣留学生等。

但是对新政最具关键性的三折是随后江督刘坤一、湖广总督张之洞于五月二十七日、六月初四日、六月二十七日陆续奏上的陈述变法事宜的三个奏折（其主要内容见本章第四节），这就是对新政初期最具关键性指导意义的“江楚会奏变法三折”。果然，朝廷览奏后甚慰，八月二十日，慈禧太后发布懿旨：“据刘坤一、张之洞会奏整顿中法、仿行西法各条，事多可行；即当按照所陈，随时设法择要举办。各省疆吏，亦应一律通筹，切实举行”。此奏的批准，表明两宫“回銮”之前在西方列强面前塑造一个维新政府形

〔1〕（清）朱寿朋编：《光绪朝东华录》（四），中华书局1958年版（下同），第4615页。

〔2〕《光绪朝东华录》（四），第4655页。

象的目的已初步达到。从此，清末新政正式开始进入具体实施阶段。^{〔1〕}

江楚会奏变法三折的通过，使得此三折成为变法的纲领性文件，对于修订法律事业这项“变道”工作，带来的最直接影响是朝廷开始注视到法律领域之内的改革了。当然，此时的改革并没有康有为当年设想的宏阔。此后光绪二十八年二月，朝廷颁发诏旨：

“中国律例，自汉唐以来，代有增改，我朝《大清律例》一书，折衷至当，备极精详，惟是为治之道。尤贵因时制宜，今昔情势不同，非参酌适中，不能推行尽善，况近来地利日兴，商务日广，如矿律路律商律等类，皆应妥议专条，著各出使大臣查取各国通行律例，咨送外务部，并著责成袁世凯，刘坤一，张之洞慎选熟悉中西律例者，保送数员来京，听候简派，开馆编纂，请旨审定颁行。总期切实平允，中外通行，用示通变宜民之至意。将此各谕令知之。”^{〔2〕}

正是这道奏折，给予日后法律馆这个机构得以成立的机会；也正是这道奏折，使日后沈家本、伍廷芳得以从帝国万千官员中脱颖而出，成就了一番轰轰烈烈的修律事业。

第三节 君宪救国的热潮

正如后文我们将要分析的一样，如果没有君宪救国的热潮，修订法律馆将很难成为独立的修律机构，也许始终会附设在刑部之

〔1〕 参见李细珠：“张之洞与江楚会奏变法三折”，载《历史研究》2002年第2期。

〔2〕 《清德宗实录》卷四九五，第536～537页。

下；如果没有君宪救国的热潮，修订法律馆所修的法律可能会遭受更多的挫折，结果极有可能如其所修的《大清刑事民事诉讼法草案》一样，被束之高阁。

关于清末立宪的全过程，张晋藩先生的《中国宪法史》（吉林人民出版社 2005 年版）一书言之甚详，无烦笔者细述，关于近代宪政思想的展开，王人博先生的《中国近代的宪政思潮》（法律出版社 2003 年版）一书，脉络清晰，也无需笔者赘述。笔者所关心的，就是君宪救国给修订法律馆带来了何种变化。

新政开展四年后，朝廷惊讶于未能产生极有影响的效果，于是光绪三十一年秋，拟派大臣出洋考察政治，随后五大臣出洋，载泽、端方、戴鸿慈力陈立宪之利，无异于唯一的救世良方。之后在光绪三十二年七月，朝廷下预备立宪诏书，作为立宪初阶，从改革官制做起。在此过程中，修订法律馆的地位问题受到关注，在本书第二章中，我们将会了解到在刑部和新成立的大理院争夺修订法律主导权时，宪政中枢宪政编查馆不动声色地以宪政三权分立理论使得修订法律馆归于独立，同时又将核订法律之权收归己有，于是在修订法律馆头上又悬上了一柄达摩克利斯之剑。幸好在之后的道路上宪政馆与法律馆总是同舟共济，此剑并没有落下，所以终清之世，法律馆在宪政馆的庇佑下得保平安。这是君宪救国热潮对法律馆组织机构的影响。

君宪救国热潮对修订法律馆更重要的意义在于，从此之后，法律馆修订法律的活动，不仅仅是独立的新政变革，而且还是宪政运动的一个环节，法律馆应修何律，何时完成，何时颁布，都被列入了宪政筹备计划表中。所以后期的修订法律馆所从事行为，更像是宪政馆操控下的牵线木偶。

当然，修订法律馆对于宪政编查馆乃至对于清末新政同样发挥了重要作用，我们将在后文中陆续提到，修订法律馆从事的修律事业正是清末新政中核心的内容，同时作为立宪活动中的一环，修律

成果的好坏得失直接影响到立宪的进程。

光绪三十四年八月初一日，宪政编查馆奏进“宪政编查馆会奏遵拟宪法大纲暨议院选举各法并逐年应行筹备事宜折”，内云：

“故欲开设议院，必以编纂宪法为预备之要图，必宪法告成先行颁布，然后乃可召集议院。而宪法乃为国家不刊之大典，一经制定不得轻事变更，非如他项法律可以随时增删修改，故编纂之初，尤非假以时日，详细研求，不足以昭慎重。惟条文之详备，虽非旦夕所能观成，而闳纲所在，自应预为筹定，以为将来编纂之准则……综其大纲，预备自上者，则以清厘财政编查户籍为最要，而融化满汉畛域，厘定官制，编纂法典，筹设各级审判厅次之。”〔1〕

在此奏折之后，还附有一份九年筹备立宪清单，其中有关法律法典部分辑录于下：

“光绪三十四年	
修改新刑律	修订法律大臣、法部同办
编订民律、商律、	
刑事民事诉讼律等法典	修订法律大臣办
光绪三十五年	
颁布法院编制法	宪政编查馆、修订法律大臣同办
核订新刑律	宪政编查馆办
光绪三十六年	
编订户籍法	宪政编查馆、民政部同办

〔1〕《大清法规大全·宪政部筹备·立宪一》。

颁布新刑律	宪政编查馆、修订法律大臣同办
光緒三十七年	
编订会计法	宪政编查馆、度支部同办
核订民律、商律、 刑事诉讼律等法典	宪政编查馆办
光緒三十八年	
颁布户籍法	宪政编查馆、民政部同办
光緒三十九年	
实行户籍法	
实行新刑律	
颁布新定民律、商律、 刑事民事诉讼律等法典	宪政编查馆、修订法律大臣同办
光緒四十年	
颁布会计法	宪政编查馆、度支部同办
光緒四十一年	
实行会计法	
实行民律、商律、 刑事民事诉讼律等法典	
光緒四十二年	
宣布宪法	宪政编查馆办
颁布议院法	宪政编查馆办
颁布上下议院议员选举法	宪政编查馆办。”

于是法律馆遵照此清单，在光緒三十四年，会同法部修正新刑律。在为此事忙得焦头烂额之际，还要对民律、商律、诉讼律全面开工，所以客观上力有不逮，不得不将起草任务委诸于外国法律专

家。所以，此清单留给法律馆修律的时间非常有限，后期法律制定不良，除开其他种种因素外，时间紧张确为致命的因素。

不仅如此，宪政馆还要求各衙门定期汇报筹备宪政情况，宣统元年八月十四日，宪政编查馆对各衙门九年筹备未尽事宜逐一统计，法律馆未尽事宜则为：

“查该馆应办之事为修改颁布新刑律，颁布法院编制法，核定颁布民律商律刑事民事诉讼律等法典，均已列入宪政筹备原单，自应遵照年限按期筹办，此外惟新刑律未经颁布以前，先行编订现行刑律，为目前要图，业经臣馆会同法部议准，由该馆修订，应令查照原奏迅速办理。”^{〔1〕}

由此可知法律馆受催促之情形，不过这也带来一定的积极效果，最显著者使法律馆明确了一段时间内努力的方向，不至于如未独立前的那几年，修律步骤在沈家本、伍廷芳两大臣那里未能得到统一。在刑律未修订之前，所修的第一部近代法律竟然是作为程序法的《刑事民事诉讼法》，这实在是与中国素来的法律习惯相差太远。自宪政编查馆定筹备清单之后，法律馆无论是在翻译外国法律书籍、法典，还是进行法律调研、习惯调查，都有一个明确的目标，所以在本书第三章中，我们将能看到修订刑律时，法律馆这一期的各项工作就是始终围绕刑法展开的。

光绪三十四年两宫先后驾崩，宣统二年，受各地速开国会请愿团恳请以及国内革命形势的逼迫，朝廷被迫决定缩短宪政预备期，改为五年，宪政编查馆也随之重新修正了预备清单，其五年预备清单中，提及修订法律馆修订法律的部分有：

〔1〕《大清法规大全·宪政部筹备·立宪一》。

“宣统二年：

颁布新刑律

宣统三年：

颁布民律、商律、刑事民事诉讼律

宣统四年：

实行新刑律、民律、商律、刑事民事诉讼律。”〔1〕

而这一年九月初一日，资政院大会召开，其中一项议题即议决新刑律，经过三个月会期，到十二月初十日闭会前，新刑律仍有许多条文未及与议，尤其是许多涉及礼教条文遭到礼教派反对而暂且搁置。宪政编查馆于是向朝廷上奏，以立宪事关重大，要求朝廷按照宪政筹备清单所列日程表，先期颁行新刑律。朝廷准奏，于是一部并未议决的新刑律就这样出台了。而宣统三年，在民律、商律、刑事民事诉讼律都没有成熟的情形下，草案也应清单要求出台，可惜此年九月资政院大会召开时，武昌起义已经爆发，议员纷纷外逃，资政院会议草草收场，这些法律草案同样未及与议清廷即告覆灭。

所以由此可见，修订法律馆从组织机构的独立到所修法律（草案）的出台和颁布，在在都与君宪救国的热潮密切相关。假设没有君宪热潮的勃发，修订法律馆的修律活动，绝对不可能走得这么远。

〔1〕“宪政编查馆大臣奕劻等拟呈修正宪政筹备事宜折”（附清单），载故宫博物院编：《清末筹备立宪档案史料》（上册），中华书局1979年版，第90~92页。

第四节 帝国栋梁的眼光

沈家本、伍廷芳从一名普通的帝国官员一跃成为清末法律变革运动的实际主持者，除了他们本身的法律素养之外，与作为帝国栋梁的三大疆臣的伯乐识马之功是分不开的。甚至可以这样讲，时势造英雄，而把英雄推向历史前台的，正是这些帝国栋梁。从这一点来看，由沈、伍二公来主持修律又具有某种偶然性。而修订法律馆这个组织的成立，和沈、伍二公的苦心经营又是分不开的，故又可以这样说，这些帝国栋梁间接地造就了修订法律馆。

三督之所以在新政中享有如此大的话语权，与其较早地响应新政改革并提出可行措施是不可分的。早在戊戌年间，张之洞就撰写了系统的改革论著“劝学篇”，该书阐发的“中学为体，西学为用”的改革思想，在广大士大夫心中产生了共鸣，乃至朝廷亦以之为变法圭臬。在“劝学篇”中，张还提到了许多具体的改革措施。

当然更为关键还是后来陆续奏上的变法三折。该三折实际是“劝学篇”的补遗，李细珠研究员在将三折与张之洞个人的言论做一比较，绘成一表，如下：^{〔1〕}

《江楚会奏变法三折》	张之洞的变法思想主张
A1. 设文武学堂	Q. 设学、学制；X. 广开学堂；Z. 立学堂；ZJ. 多设学校。
A2. 酌改文科 A3. 停罢武科	Q. 变科举；ZD. 取士改革；ZJ. 科举改革。

〔1〕 李细珠：“张之洞与江楚会奏变法三折”，载《历史研究》2002年第2期。

A4. 奖劝游学	Q. 游学; ZJ. 游学各国。
B1. 崇节俭	
B2. 破常格	
B3. 停捐纳	
B4. 课官重禄	ZJ. 另置官禄。
B5. 去胥吏 B6. 去差役	Z. 裁汰冗员; ZJ. 尽革部吏。
B7. 恤刑狱	
B8. 改选法	ZJ. 更定选法。
B9. 筹八旗生计	
B10. 裁屯卫	Z. 折南漕; ZJ. 扫除漕弊。
B11. 裁绿营	Z. 裁额兵。
B12. 简文法	ZD. 省文法; ZJ. 停止题本、省减浮文。
C1. 广派游历	X. 多派游历人员; ZD. 派王大臣及大员子弟及京外官武官游历; ZJ. 亲贵游历。
C2. 练外国操	Q. 兵学; X. 练陆军、治海军; Z. 练陆军、练水师; ZD. 练兵; ZJ. 西法练兵。
C3. 广军实	X. 分设枪炮厂; ZD. 设枪炮厂。
C4. 修农政	Q. 农工商学; ZD. 农工设专官; ZJ. 设课农专官。
C5. 劝工艺	Q. 农工商学; X. 讲求工政; Z. 造机器; ZD. 农工设专官; ZJ. 各省推广制造局、鼓励工匠。
C6. 定矿律、路律、 商律、交涉刑律	Q. 矿学、铁路、农工商学; X. 造铁路、速讲商务; Z. 修铁路、开矿产; ZD. 修铁路; ZJ. 设矿务总公司、酌改律例。
C7. 用银元	Z. 制钞币银币; ZD. 用银元; ZJ. 专用银元。
C8. 行印花税	ZD. 行印花税筹饷; ZJ. 行印花税。
C9. 推行邮政	Z. 创邮政; ZD. 各省遍行邮政; ZJ. 推广邮政。

C10. 官收洋药	
C11. 多译东西各国书	Q. 广译。

说明：上表中 A、B、C 分别代表“江楚会奏变法三折”的第一、二、三折；Q 为“劝学篇”，X 为“吁请修备储才折”，Z 为“遵旨议覆各臣工条陈时务事宜折”，ZD 为“致东京钱念劬”，ZJ 为“致江宁刘制台发后转成都奎制台等”。

可以看出，自戊戌年至新政甫行之年，其对中国的改革始终思考关注着，所以在两宫下诏命臣工为新政建言时，三督能从容系统地提出如此全面的改革建议。

据萧功秦先生的研究，慈禧太后经庚子一役，回銮以后，“这位统治者对自己的能力和对国家的前途均丧失了信心……此后的改革决策中，她从来就不曾充当积极主动的角色，可以判定的是，从辛丑变法的诏书到预备立宪的改革，慈禧本人在重大决策上并没有主见，而只是在朝野的立宪声浪中随波逐流”。〔1〕不过这样一来，倒使得刘、张、袁三督在新政中说话的分量更重，真可称得上是一言兴邦。慈禧览奏之后，不久即下诏要求三督简派精通中西律例者，保送数员来京，参与修订新律的活动，本为商律的修订，但后来事态的发展则突破了商律的范围，直至开馆整顿律例、起草新法。

于是，三督谨遵上命，于光绪二十七年二月二十三日联衔保奏“精通中西律例者”，内云：

“查刑部左侍郎沈家本久在秋曹，刑名精熟。出使美国大臣四品卿銜伍廷芳，练习洋务，西律专家。拟请简调该二员，

〔1〕 萧功秦：《危机中的变革》，上海三联书店 1999 年版，第 139 页。

飭令在京开设修律馆，即派该二员为总纂。其分纂、参订各员，亦即责成该二员选举分任。伍廷芳并可遣派西国律师二三人，携以同来，拔茅连茹，汲引必当。近来日本法律学分门别类，考究亦精，而民法一门，最为西人所叹服。该国系同文之邦，其法律博士，多有能读我之会典律例者，且风土人情，与我相近，取资较易。亦可由出使日本大臣，访求该国法律博士，取其专精民法、刑法者各一人，一并延订来华，协同编译。如此规模既立，则事有指归，人有禀承，办理自易。迨开馆之后，即就目前所亟宜改订者，择要译修，随时呈请宸鉴施行，逐渐更张，期于至善。”〔1〕

这道奏折对修订法律馆的开张是关键性的，观早期修订法律馆的活动，于此奏得益良多。最为要紧的，是直接点明了由沈、伍主持其事，考虑他们一中一西，如合作得法，当收中西合璧之功效。

一个月后，即光绪二十八年四月初六日，圣旨终于颁下：

“现在通商交涉，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，悉心考订，妥为拟议，务期中外通行，有俾治理，俟修订呈览，候旨颁行，钦此。”〔2〕

于是，沈家本、伍廷芳膺时代重任，走向修律舞台，开启了他们人生旅途中黄金一页（尤其是沈家本，多年夙愿终于实现），也拉开了清末法律改革的大幕。

〔1〕《袁世凯奏议》卷一四，天津古籍出版社1987年版。

〔2〕《光绪朝东华录》（五），第4864页。

小 结

清末修订法律馆是在新政背景下得以成立和展开活动的。而新政开展，自有它演变的逻辑。就客观因素而言，十九世纪末、二十世纪初中国灾荒频仍，教案不断，民变愈烈，革命风涌，列强压迫，大清帝国实在已陷入风雨飘摇之中，改革已成朝野之共识。就主观因素而言，经过庚子变乱，太后西狩，亲身体会了民生凋敝和民间疾苦，又为挽回失去的颜面，平息改革派的怨愤，于是开始了清末最后十年的新政。

对于新政展开的思路，经历过变器与变道的发展历程，联想到戊戌时康梁的种种设计，朝廷于是开始在制度上有所更新。再加上朝廷重臣提出全方位改革建议，新政逐渐在全国范围内展开。此后，更是迎合世界范围内的立宪思潮，新政进入新的阶段。在新政前后两阶段中，法律馆修律事业也因之改变。此前动作缓慢，没有明确的计划，而君宪救国的热潮将法律馆卷入了宪政筹备体系中，按照宪政馆设定的要求，有计划有步骤又快速地进行修律活动，则终于因动作过快，影响了修律的质量。

而直接将修订法律大臣和修订法律馆推向历史前台的，却是帝国重臣，他们因为在新政中拥有很大话语权，一言以兴邦，举荐了法律馆领导人，从而使他们从帝国官僚中脱颖而出，开始修律的伟大事业。

第二章 从律例馆到修订法律馆

第一节 律例馆的兴衰

论者咸认为，修订法律馆是在刑部律例馆的基础上产生的。如一直参与清末修订法律事业的核心人物之一董康，^{〔1〕} 就曾经撰文说：“迨团匪乱后，两宫驻蹕，翌年派沈家本、伍廷芳为修订法律大臣，奏请将律例馆更名修订法律馆”，^{〔2〕} 而另一位重要的修律人士江庸的记载则稍稍有别，他认为的是将律例馆更名为修改法律馆，此当属其回忆时产生的偏差。^{〔3〕} 而三督会奏的奏折中，则仅仅提出另设修律馆，未提及律例馆。但不管何种称呼，有一点则毫无疑问，即修订法律馆直接承继了刑部律例馆的功能，从下文中我们还可以看到，修订法律馆的工作方式和组织结构，也是脱胎于律例

〔1〕 董康，1889年考中举人，次年中进士，并入清朝刑部工作，历任刑部主事、郎中；1900年义和团运动时，擢提牢厅主事，总办秋审，兼陕西司主稿（见董康：《书庸庵谈》，辽宁教育出版社1998年版，第120～124页）。1902年修订法律馆成立后，先后为该馆校理、总纂、提调。董自己曾言：“改革司法，基于修订法律，前清开馆迄今，鄙人无役不从。”参见董康：“前清法制概要”，载何勤华、魏琼编：《董康法学文集》，中国政法大学出版社2005年版，第233页。故董康的话自然具有较强的可信性，但作为回忆录，亦难免有夸张之处。

〔2〕 董康：“中国修订法律之经过”，载前揭《董康法学文集》，第461页。

〔3〕 江庸：“五十年来中国之法制”，载许章润主编：《清华法学》（第八辑），清华大学出版社2006年版，第245页。

馆，所以考察修订法律馆，不得不对它的前身——律例馆以及律例馆之前的法律起草/法典编订机构做一个系统的梳理。

最早的法典编订或者法律起草机构始于何时，已不可考。最初人类社会化程度较低，社会生活也比较简单，未必想到也不需要组织的力量来制定法律，所以远古时代，流传的是圣君贤人立法的故事，《尚书》中记载皋陶“方祗厥叙，方施象刑，惟明”。〔1〕是皋陶既制定法律，又执行法律。此后，《周礼》又有“司刑中士二人”、“司刺下士二人”之官兼管法令。〔2〕这些虽不能目为信史，但从中亦可反映古代制定法律的一些思路。至秦汉，类似律例馆的机构并未见诸史籍，大约彼时律令创制以后很少设专门机构加以修订，遇到要改律令时，是由王大臣会议商定，在司法过程中，遇到法令缺失时或引经决狱或奏请皇帝裁夺。当然此属笔者之推测，其细微处尚待研究。此处姑从黄本骥《历代职官表》中的记载。〔3〕至三国曹魏时代，有定科郎一职，查《册府元龟》载：“魏武初建国……又置定科郎，主定法令”。〔4〕是曹魏时代，已经有专门修订法令的官职。此后晋亦随之。〔5〕至南北朝时期，刘宋又有“增置删定郎，如魏之定科郎”，〔6〕是删定郎，也就类似于律例馆职官，观其名称，即可想见其功能在于“删定律条”，后来修订法律馆承袭此一功能，正是延续千年传统耳。

〔1〕《尚书·皋陶谟》。

〔2〕《周礼·秋官司寇》。

〔3〕参见（清）黄本骥编：《历代职官表》卷二，上海古籍出版社2005年版，第71页。

〔4〕（宋）王钦若等编：《册府元龟》卷六〇九，“刑法部·总序”。

〔5〕如《晋书·裴楷传》云：“贾充改定律令，以楷为定科郎。事毕，诏楷于御前执读，平议当否。”晋袭曹魏之旧，关于法律制定，仍有专门职官从事。

〔6〕（宋）王钦若等编：《册府元龟》卷六〇九，“刑法部·总序”。

至隋唐，中央官制成三省六部制，刑部下复有删定使一职，承载删定法律，并且解释法律的功能，如《册府元龟》载：

“严郢为京兆尹兼御史中丞，时（唐德宗建中四年三月）御史台奏：天下断狱，一切谓待谏报，以正刑名。唯除杀人罪当自徒以下结竟者，并徙置边州。郢奏曰：臣伏以徙置边州者流之异名，流罪者有三等，一例移配或恐未当，其死罪除杀人之外，有十恶重罪、造伪刻印并主典伪印及强盗光火等，若一切免死徙边，即於法太轻，不足惩戒，其徒罪条目至多，或斗殴争竞小有伤损，或夫妻离异不犯义绝，或养男别姓，或立嫡违式，或私行度关或相冒合户如此之类，不可悉数令一切徙边与十恶造伪同等，即轻重悬殊。又准刑部格，京城县杂愆犯百端触网留刑徒罪偏广。若皆送覆，系滞实多，其徒以下罪，非除免官当及杖者，宜准外州例州县量事处分。今若天下徒罪，悉申所司，皆从谏报，法司断结准式有程，州县禁囚动盈千百，计天下每月徒配必不啻五六千人，此则百姓动摇，刑章紊挠。又边州及近边犯死及徒流者复何以处之？伏请下删定使详覆，然后施行，从之。”〔1〕

至宋代，因为编敕与编例活动的广泛进行，法律修订机构也随之更趋成熟。有了专门的敕令所（另有编修敕令所，修敕局、详定编敕所等名），下设“提举、详定官、删定官”。分科的细化，说明敕令所承载的功能更多，业务更重。如宋史载：“乙亥，诏编修敕令所取靖康以前蔡京所乞御笔手诏，参祖宗法及今所行者，删修成书。”〔2〕是可见敕令所与下文所要述的修订法律馆在编订法典

〔1〕 参见《册府元龟》卷六一五，“刑法部·议谏第二”；另见《唐会要》卷四一。

〔2〕 《宋史·钦宗本纪》。

的功能上有一致之处。至于所内人员配置，见于史籍者，亦有：“编修敕令所提举宰相兼，同提举执政兼，详定侍从官兼，删定官就职事官内兼差，掌哀集诏旨，纂类成书”。〔1〕可见宋时朝廷高度重视编订敕令事宜，提举官由宰相兼任。当然，敕令所在宋代也不是一直稳定不变，也是常设常废。但每次废设，只是名称变化而已，其工作方式，则是一以贯之的。这样的组织结构和工作方式，恰为后来的律例馆提供了一个范本。

至明代，律例制法律体系进入一个新的时代。清承明旧，在律例、法律机构上多有继承，但是清代的律例馆追溯到明代，却未见有对应机构。难道明代不注重编例？并非如此。主要还在于明太祖定的意识形态上的限制。太祖经营三十年，终于制定出了《大明律》，他认为此法典“至纤至悉”，故“令子孙守之，群臣有稍议更改，即坐以变乱祖制之罪”。〔2〕在这种情形下，自然不便轻言改易。但是社会生活发展较快，一成不变的律自然不能与之相适应，故明代中期以后，“明朝君臣逐渐寻找出一条既不违背祖训又能解决现实问题的救济途径，即在律典之外修订条例。因此，修订以《问刑条例》为代表的各种条例便成为明朝中期以后最重要的立法活动。孝宗宏治五年，删定《问刑条例》。弘治十三年又定问刑条例经久可行者二百七十九条，作为辅律而行的常法。之后嘉靖二十九年、三十四年、万历十三年又多次修订条例”。〔3〕但是明朝修订条例，多是出于大臣的提请，尚没有形成成熟的制度。〔4〕比起宋

〔1〕《宋史·职官二》。

〔2〕《明史·刑法志一》。

〔3〕参见郑定、闵冬芳：“论清代对明朝条例的继承与发展”，载《法学家》2000年第6期。

〔4〕明代的修例活动，详看黄彰健编著：《明代律例汇编》，（台北）“中央研究院”历史语言研究所专刊之七十五，1979年版。明代尽管律例修订多次，但是没有例行的制度，也没有直接提出修订法律的机构。

代敕令所，明代这方面的机构记载阙如。大约是因事而设，事后旋废。其中一个重要的隐因，笔者推测，是因为明太祖的圣训带来的心理压力，使得明代君臣小心翼翼的回避这个敏感的话题。不过如此一来，倒带来了“例”的繁荣，继而采用律例合编的法典体例，并直接为继起的清王朝所吸收。而修例的体制，清王朝在采择何种经验时徘徊不定，直到乾隆时期，最终确立了类似宋代的修订法律体制，因此也就造就了律例馆这样一个常设的修律机构。

清代的律例馆，始设于顺治二年，时（帝）“命修律官参稽满、汉条例，分轻重等差”〔1〕，“特简王大臣为总裁，以各部院通习法律者，为提调、纂修等官”〔2〕。最初设律例馆，跟清初其他编书机构也无二致，最重要的有内廷三馆：一为武英殿修书处（属内务府）。康熙十九年（1680年）设武英殿造办处，雍正七年（1729年）改名为修书处。二为国史馆（属翰林院）。首开国史馆是在康熙二十九年（1690年）。三为方略馆。以上三馆在顺康时期都属于临时性的编书组织，书成即撤馆。雍乾以后，后两馆即成为常设机构。律例馆最初的性质实质上即是编订经国大典，不承担法律解释这样类似司法的功能，故而律典纂成即告撤销。康雍时期修改《现行则例》、《大清律例》也是特事特设，直到雍正四年，撰成《大清律集解》。此后，五年小修一次，十年大修一次，每次修订皆特简王大臣为总裁，以各部院通习法律者为提调官及纂修官。乾隆七年（1742年）并属刑部，总裁以本部尚书、侍郎兼任，提调官与纂修官以本部司员充任。〔3〕由于乾隆五年修律之后，确立了这样一个方针，即五年小修，十年大修，所以在修律例的间歇，律例馆从事的业务主要是将刑部最新判决例中有关例文进行部分修

〔1〕 《清史稿·刑法志一》。

〔2〕 张德泽：《清代国家机关考略》，学苑出版社2006年版，第108～109页。

〔3〕 参见沈起炜、徐光烈：《中国历代职官词典》。

改编成“通行章程”，待到修例时再分别纂入，故此时律例馆有必要作为常设机构存在下来。

但白寿彝等先生对嘉、道以后律例馆是否为常设机构提出了质疑，认为“嘉庆朝以后，又每十年修《宗人府则例》一次，相应开设‘则例馆’。又不定期开设修纂律例的‘律例馆’等，但均非常设，书成即闭馆”。〔1〕而据光绪年间在刑部任职的董康的介绍，则情况是这样的：“律例馆，在刑部北墙之北铁香炉，〔2〕从前以刑部司官出身历九卿兼领之。各部之则例，归其修订，后裁撤，并入刑部秋审处，凡律例十年一大修，五年一小修。提调一职，因是馆而保留也”。〔3〕董康的回忆，对律例馆的职能论述迨无疑问，但对其沿革，尤其是律例馆是否存在的问题上，则略有偏差。查《光绪朝大清会典》载有“律例馆，（常年由堂官设提调满汉各四人，任稽复律例之事。凡各司案件，有应驳及应更正者，呈堂交馆稽复）掌修律例，五年则汇辑，十年则重编”，〔4〕其中特别在其小字部分提到了“常年”二字，如果已经裁撤，那何来“常年”二字？又，黄本骥《历代职官表》载：“（清代）律例馆各官，总裁无定员，以本部尚书、侍郎兼之，提调官一人，纂修官四人，以本部司员充，收掌官、翻译官各四人，誊录官六人，以本部笔贴式充。”〔5〕是嘉、道、同光年间不仅有此机构，而且还有定额的编制。再看沈家本的自述：“……光绪庚辰以后，凡各司疑难之案，

〔1〕 参见白寿彝等主编：《中国通史》（第十七册），“关于清代官修官修图书制度与机构”部分，上海人民出版社1999年版。

〔2〕 此北铁香炉，当为一巷名，至今北京市宣武区还有一地名为香炉营，离西长安街较近，而当年刑部也是在天安门金水桥外广场西侧，故律例馆的方位因当为刑部最北角。

〔3〕 董康：“前清法律制度”，载前揭《董康法学文集》，第348页。

〔4〕 光绪朝《钦定大清会典》卷五七。

〔5〕 （清）黄本骥编：《历代职官表》卷二，上海古籍出版社2005年版，第64页。

一概交馆详核。”〔1〕光绪庚辰，即1880年，彼时依然有律例馆的存在。沈家本又述：“光绪戊子秋，余承乏律例馆。”〔2〕戊子，即1888年，律例馆依然在。再看沈家本在《雍正三年修律黄册跋》一文中所述“余承乏律例馆，首尾六载，壬辰秋，取是书……”〔3〕而壬辰，则是1892年，是光绪时期一直存在律例馆，何以董康认为“已裁撤，并入秋审处了”呢？

其实，只要考查董康活跃于刑部之时律例修订的情况即可明了。史载，光绪二十八年四月廿一日，“刑部奏：则例年久失修，拟先删定完善，再与各国法律互相参酌。”〔4〕而光绪二十八年，沈家本刚膺修律重任，开始校勘原有律例时，即说：“律例自同治九年大修之后，久未修改，迄今三十二年矣，其中应修之处甚多。近奉明谕删繁就简……”〔5〕故而在1870至1902这段时间内，律例馆并没有像往常一样对律例“十年一大修，五年一小修”。因此作为律例馆，在修改律例这个职能上几无发挥作用的余地。但是，诚如董康所说的：“主任修律者为律例馆，该馆向以九卿中会同刑部司员出身，素谙习律例长于听断者领之。各部则例概归其修订，如刑部侍郎缺额，即以是人充补。因刑部为刑名总汇之地，非专家不能整饬，部中满汉尚侍虽有六人，咸推是人为当家堂官，一切奏咨文稿，非经其书诺后，概不答署。沿为故事，不知始于何时。刑部事务之整齐甲于他部者，职是故也。此馆后经归并刑部，改用本部秋审处司员提调，位列诸郎员以上，以此职关系立法事业，固不容

〔1〕沈家本：“刑案汇览三编序”，载《历代刑法考·寄谕文存》，中华书局1985年版，第2224页。

〔2〕同上文，引上书，第2225页。

〔3〕沈家本：“雍正三年修律黄册跋”，载上书第2269页。

〔4〕《清德宗实录》卷四九八，中华书局1985年版，第586页。

〔5〕沈家本：“律例校勘记”，载《沈家本未刻书集纂》，中国社会科学出版社1996年版，第3页。

幸进之徒滥竽也。”^{〔1〕}而沈家本也谓“从前刑部遇有疑似难决之案，各该司意主义驳，先详具说帖呈堂，如堂上官以司议为是，由司再拟稿尾（复外省之语曰稿尾），分别咨行，若堂上官于司议犹有所疑，批交律例馆详核。”^{〔2〕}是律例馆还要复核案件适用法律是否正确，解答司法过程中遇到的法律疑难问题。所以张德泽认为：“除纂修律例之外，并有稽核律例的任务，凡各司案件有应驳者及应更正者，都交律例馆稽核。”^{〔3〕}正因为律例馆还承载着这样重要的功能，所以在替代此功能的机构出现之前，是不可能将其裁撤的。关于律例馆的具体的工作方式和产生的效用，我们下文将陆续交代，此处从略。

至于并入秋审处，并不意味着律例馆被裁并，而是因为其稽核律例的职能和秋审处有混同的地方。查秋审处的职掌，是核办地方“秋审”、京城“朝审”案件，先由刑部十七司出具审核意见，是该“情实”、该“缓决”、该“可矜”，还是该“留养承祀”，然后呈给刑部尚书核阅，刑部尚书往往不一定能拿捏得准，此时必须要借助刑部当家堂官的核查，才能最后过关，此当家堂官，往往兼充律例馆总裁。等到当家堂官把关以后，尚书才汇总“招册”（供词）分送九卿科道，以待会审。经会审情实，然后缮具黄册待皇帝御笔勾决，再予以执行。

而秋朝审案件的审查实际上是刑部最难处理的法律事务，里面牵涉到的法律问题专业而且繁杂，故而必须要有娴熟律例、并且知晓律例来龙去脉的人员才能膺此重任，除开当家堂官外，律例馆实际主管提调也是刑部里不可忽视的人物，后来修订法律馆中的重要

〔1〕 董康：“中国修订法律之经过”，载前揭《董康法学文集》，第460页。

〔2〕 沈家本：“刑案汇览三编序”，载《历代刑法考·寄簪文存》，中华书局1985年版，第2224页。

〔3〕 张德泽：《清代国家机关考略》，学苑出版社2006年版，第109页。

人物、法部郎中吉同钧撰文提及原刑部当家侍郎赵舒翹时，曾这样评论道：“（赵舒翹）十年升郎中，任提牢、秋审坐办、律例馆提调，盖律例馆为刑部至高机关，虽堂官亦待如幕友，不以属员相视”。〔1〕此语亦可证明彼时依然存在律例馆，且其地位尚比较高。所以为了方便起见，在没有修订法律任务时，律例馆人员进入秋审处帮忙处理案件是可能的。律例馆这个内部机构则始终保留，或者可以看成类似于今天某些部门合署办公一样。

但即便如此，律例馆没有修订律例的任务，终究与设立该组织本来的职能不符，故导致刑部工作人员在肯定律例馆地位以及律例馆人员素质的同时又忽视该机构的独立性，产生律例馆已被归并的错觉，不足为怪。

直到两宫回銮后，议决要修订法律，于是久未发挥本职才能的律例馆又赢得了重视。一跃成为刑部中，乃至在整个国家体制里都非常耀眼的机构。在修订法律馆独立之前，其所从事的行为，泰半延续以前律例馆修订律例的老路。到1907年法律馆分出，带走了一批精熟法律的人才，也带走了稽核律例的功能，作为原来刑部机构的律例馆就慢慢衰弱。总之律例馆在长期的演化发展过程中，一直起到了承当国家部分的立法的作用。它在1902年颁诏修订法律之后，其在国家机构的体系中获得了前所未有的地位。而官制改革后的法律馆因为离部独立，带走了稽核律例的功能，原先的律例馆逐渐式微，最终退出历史舞台。

〔1〕（清）吉同钧：“薛赵二大司寇合传”，载吉同钧：《乐素堂文集》卷三。

第二节 修订法律馆的开办

自光绪二十八年四月初六日，内阁奉上谕着沈家本、伍廷芳将《大清律例》修改以来，修律运动就已经开始启动。^{〔1〕}但是这份奏折刚下的时候，对修订法律馆这个机构的成立，尚未发生实质性的影响。为何？因为这道上谕仅仅要求沈、伍将现行律例按照交涉情形，悉心考订，妥为拟订，并未指出要成立一个专门的机构来从事此事。换言之，朝廷想法仅是将大清律例斟酌损益，与以往朝廷修例故事没有两样。而沈家本作为刑部左侍郎、刑部当家堂官，也由于此前他在刑部就曾经承乏律例馆，一直担任提调一职，^{〔2〕}计前后六年（1887～1892年），^{〔3〕}故而对此前修例的情况和程序比较熟悉，所以沈将律例馆作为以后修律的场所就自然而然了。

但是当沈家本在光绪二十八年（1902年）四月初六日接到圣旨的时候，伍廷芳尚在外国，正被派充出使美国、日本、秘鲁国大使。五月二十八日外务部才将上谕咨开到伍廷芳处，于是光绪二十八年六月初一日伍廷芳咨复外务部，称“查自海外通商以来，中外交涉日繁，各处办理情形不一，必须参酌中西律例定为画一章

〔1〕 奏折的内容见前第一章第四节。

〔2〕 前述律例馆一般是由刑部当家堂官主持，而1887年刑部当家堂官应为当时的刑部左侍郎薛允升，故薛允升当为律例馆总裁。但沈家本作为提调，是律例馆实际负责人。

〔3〕 根据沈家本自述“余承乏律例馆，首尾六载，壬辰秋，取是书与万历《大明律》，雍正五年刻本大清律，合校一过。”参见沈家本：“雍正三年修律黄册跋”，载《历代刑法考·寄篋文存》，第2269页。而壬辰年是1892年，另据张国华、李贵连合编之《沈家本年谱初编》（北京大学出版社1989年版，第39页）中所述，1893年秋沈被外放为天津知府，由此可见，其在律例馆任职时间当为1887年～1892年。

程，庶中外商民有所遵守。通商各口岸办理交涉各案，难免畸轻畸重，况铁路、矿务权利所在，尤关紧要，更当参稽各国办法，以免利源外溢，商务庶可振兴。现钦奉上谕，将一切现行律例，参酌各国法律妥为拟议，洵属务本要图，自当勉竭愚忱，悉心考订”。〔1〕惟时美国正在掀起新一轮排华运动，执意排斥华工，伍廷芳正忙于交涉，〔2〕所以清廷于光绪二十八年六月二十三日颁旨：伍廷芳着暂留使任，以四品京堂候补。但从上述伍廷芳咨外务部文，我们可以看出他对修律的初步设想，即本着参稽各国的办法，将现行律例拟定，而首要在制定事关交涉和通商方面的法律。其实早在 1898 年，伍廷芳即有改变成法、制定通商律例的建议，该年正月二十日，伍向朝廷上了一道奏折，内有：

“若夫法律，原以齐民。轻典重典，时为损益，伊古以来，帝王不相沿袭也。臣愚以为中西法律，固不能强同。然改重从轻，亦圣明钦恤之故……应请飭下部臣，采各国通行之律，折中定设，勒为通商律例一书，明降谕旨，布告各国。”〔3〕

这一思路从其归国后的所做的一系列行为中可以反映出来，但是和另一修订法律大臣沈家本的修律思路却不无齟齬。按沈之思路，当在 1892 年其尚在律例馆任提调时，已经有修改大清律例的初步设想了，他曾经在一篇文章中写道：

〔1〕 伍廷芳：“咨呈外务部文”，光绪二十八年六月初一日，载丁贤俊、喻作凤编：《伍廷芳集》（上册），中华书局 1993 年版，第 90 页。

〔2〕 伍廷芳：“致外务部函”，光绪二十八年六月初八日，载上书第 191～192 页。

〔3〕 伍廷芳：“奏请变通成法折”，光绪二十八年正月二十日，载上书第 47～48 页。

“若今日之条例多至一千八百数十条，或律重而例改轻，或律轻而例改重，或出于一时之惩创，或见于一案之处分，或一案定而多数之例因之以生，或一例兴而通行之例不能不废，夫立例以辅律，非以破律，过轻固近于纵，过重亦失之苛，苟未究乎定律之本原，而但凭一事一人之意见，恐有欲密反疏者。今之条例繁矣，其细已甚古人所讥，此不可以不亟思变通者也。”〔1〕

如今机会来了，其首先关注点必然也是这思考多年的问题，再加上他长期供职刑部，以前的当家堂官薛允升、赵舒翘的思想行为也对他有深刻影响。〔2〕故沈一旦有施行其夙愿的机会，删改旧例而不是模仿西律的做法自然就被他提到日程上来，此是后话，暂且不表。

回到伍廷芳上来，尽管伍廷芳也有初步设想，但当时朝廷面临最要紧的事情是通商交涉事宜，自庚子乱后，中外邦交随之一变，头两年忙于两宫回銮、“惩办战犯”、平定教案、恢复秩序。至此时局稍稍安定，对外通商交涉提到了议事日程，光绪二十八年九月二十五日上谕：“候补四品京堂伍廷芳着派充会办商务大臣并着会议各国商约事宜”〔3〕于是伍廷芳就于是年十月十九日交卸使任，即日返国，并十一月二十三日抵沪与吕海寰等接办会议商约事宜。

〔1〕 沈家本：“万历大明律跋”，载前揭《历代刑法考·寄篋文存》，第2263页。

〔2〕 薛允升、赵舒翘均为沈家本之前的旧律专家，刑部当家堂官，都亦有改革旧律的思想言论，关于这些思想言论，详见后面章节。

〔3〕 《光绪朝东华录》（五），第4943页。

作为修律大臣，沈、伍一开始思想上即有分歧，沈意在改造旧律，伍意在创造新律。当然在朝廷看来，无论新旧，修律只是应付时局、沟通中外的一种手段，我们也不必认为时人当时对修律的意义已经看得很深远，即使是沈、伍，又何尝清楚应该把中国法律引向何方？何况设想归设想，朝廷的需要才是第一位的，沈伍很多时候也是身不由己。所以我们看最初开始修律时，总是随朝廷的旨意去造就急就章，颇带有应急色彩，尤其是在修订法律馆开馆前的一年多时间里。

在伍廷芳还没有回到国内，光绪二十八年八月间，商约大臣吕海寰、盛宣怀等与英国商约大臣马凯议定了庚子之乱之后的第一个通商条约，其中在文本第十五节第十二款内，议定“中国深欲整顿本国律例，以期与各国律例改同一律，英国允愿尽力协助以成此举，一俟查悉中国律例情形及其审断办法及一切相关事宜皆臻妥善，英国即允弃其治外法权”。〔1〕这个律例首先就是关于通商方面的商律，于是等待伍廷芳的，首先是制定商律的问题。

翌年，即光绪二十九年三月二十五日上谕：“著派载振、袁世凯、伍廷芳，先定商律，作为则例，俟商律编成奏定后即行特简大员，开办商部。”〔2〕但伍廷芳当时尚在上海议定商约，未在京，于是载振屡屡给伍去函，商量先“将各国商律择要译录，以备参考之资”〔3〕。是可见，其时伍廷芳在上海所从事的修律方面的事业就是组织人员将各国商法翻译，然后择要摘取，作为制定大清商法的根据，这一做法后来在修订法律馆被广泛采用。

〔1〕《光绪朝东华录》（五），第4919页。

〔2〕《光绪朝东华录》（五），第5015页。

〔3〕参见载振等：“商部奏拟订商律先将公司一门缮册呈览恭候钦定折”，载《大清法规大全·实业部》卷九。

光绪二十九年四月二十七日，伍廷芳被朝廷补授鸿胪寺卿，五月初二日补授外务部臣。七月十五日商部成立，同日伍即被任命为商部左侍郎，十一月二十七日又调补外务部右侍郎，而外务部在清末属于各部之首，一般由军机大臣直接领导。这样伍廷芳从候补四品京堂到左侍郎，官秩在一年内从候补四品一跃而为正二品，速度不可谓不快，毕竟此外交、法律复合型人才在当时颇属难得。反观沈家本宦海沉浮数十年，方才得一侍郎头衔，更可见当时朝廷对外务人才的偏爱。不过这样也使得伍、沈二公地位相当，各自皆为西律、中律之内的权威人士，不至于在地位上或者在学术上一人沦为另一人的附庸（反观伍离去后，继任的俞廉三在修律的思想和举动方面无任何突出表现，几乎已成沈之附庸，实因为俞之法学才能有限所致耳），而是两人互相影响，虽也时有摩擦，却能最大限度地整合学术、思想资源，改造旧律，模范列强，折冲樽俎，会通东西。尤其是沈，从一个旧律专家进而成为清末修律中的会通派人士，乃至成为清末修订法律馆的灵魂人物，与伍廷芳自海外带来的新空气是分不开的。

不管如何，实际上此时虽然修订法律馆还没有正式挂牌开馆，但修律的事业已在进行之中。该年八月，伍氏参与的与美国、日本签订的商约之内，分别在第十五款和第十一款内做出与英国同样的承诺，即俟中国律例完善后，两国即放弃治外法权。^{〔1〕}十一月朝廷又颁旨催促商部赶紧定商律章程，于是在朝廷的不断严饬下，很快完成了商律《商人通例》和《公司律》的起草工作，光绪二十九年十二月初五日，商部尚书贝子载振领衔上了一道奏折：“奏拟订商律先将公司一门缮册呈览恭候钦定折”，内载：

〔1〕 参见前揭《光绪朝东华录》，第5083、5087页。

“……旋于七月十六日奉旨设立商部，伍廷芳复承简命补授臣部侍郎，于八月间来京，臣等与之共同筹议，当以编辑商律门类繁多，实非克期所能告成，而目前要图，莫如筹办各类公司，力怯曩日涣散之弊，庶商务日有起色，不致坐失权利，公司条例亟应先为商订，俾商人有所遵循，是以赶速先拟商律之公司一门，并于卷首冠以商人通例，于脱稿后函寄直隶督臣袁世凯会商在案……兹将商律卷首之商人通例九条暨公司律一百三十一条缮具清册，恭呈御览，如蒙俞允，即作为钦定之本应由臣部刊刻颁行，此外各门商律仍由臣等次第拟订奏明办理，现在伍廷芳奉旨调补外务部侍郎，臣等深悉该侍郎久历外洋，于律学最为娴熟……嗣后筹议商律一切事宜，仍随时与该侍郎会商以期周妥。”〔1〕

从这份奏折中，即可看出伍廷芳对制定商律所起的重要作用。《商人通例》和《公司法》经过朝廷认可，于该年底作为《钦定大清商律》颁布施行，因为这个法律是急救章，所以一出台就遭受纷纷物议，有学者分析，在《公司律》的一百三十一个条文中，“约五分之三内容仿自师法德国制度的日本，五分之二内容则仿自英国，使晚清公司律同时混合了英美法和大陆法的立法精神。因为主要是翻译搬抄外国的法令，公司律中也存在许多规定模糊的地方；同时，公司律中较少对中国传统商业行为进行规范和保护，本国商人从而难以有效配合，清政府初次进行的经济立法工作因为‘移植性’太强而难以顺利植入中国社会”。〔2〕这种情形后来屡屡

〔1〕 参见载振等：“商部奏拟订商律先将公司一门缮册呈览恭候钦定折”，载《大清法规大全·实业部》卷九。

〔2〕 邱澎生：“禁止把持与保护专利——试析清末商事立法中的苏州金箔业讼案”，载《中外法学》2000年第3期。

出现在修订法律馆出台的一系列法律草案中。但作为清末所修的第一部现代性法律，其筚路蓝缕的开创之功则功不可没，对于修订法律馆的意义则在于它给出了引进新律的一个模本，尽管不是很成功，但至少预示一种努力的方向。

那么另一修订法律大臣沈家本这段期间又在干什么呢？沈家本此时为刑部当家左侍郎，部务繁忙，然对于修订法律馆的筹办，也在尽心竭力。在伍廷芳还在外国时的光绪二十七八年四月二十一日，刑部上奏，则例年久失修，拟先删定完善，再与各国法律相互参酌，得到批准。这自然是律例馆的责任。沈家本就布置馆员，先从删定旧律例开始做起。而删定旧例，前已述及，自同治九年以后迄未再行，何如措手？馆员一时比较迷惘。沈家本这时做了一项准备工作，即刊行已故刑部尚书薛允升遗著《读例存疑》，他为此上奏朝廷道：

“据臣部郎中齐普、松武、饶昌麟、武瀛、恩开、耒秀、武玉润、张西园、罗维垣、戈炳琦、杨履晋、王廷铨，员外郎段书云、曾鉴、魏联奎、郭昭、连培型、史履晋，主事许世英、萧之葆、周绍昌等联名呈称：……如原任刑部尚书薛允升，律学深邃，固所谓今之名法专家也。该故尚书耄而好学，博览群书，谙习掌故，研究功令之学，融会贯通，久为中外推服，自部属荐升卿贰，前后官刑部垂四十年。退食余暇，积平生之学问心得，著有《读例存疑》共五十四卷……而诸书之中，尤以《读例存疑》为切要，于刑政大有关系。其书大致以条例不外随时酌中，因事制宜之义。凡例之彼此抵牾，前后歧异，或应增应减，或畸重畸轻，或分析之未明，或罪名之杂出者，俱一一疏正而会通，博引前人之说，参以持平之论，考厥源流，期归画一，诚巨制也……兹据该郎中等择要先将《读例存疑》一书共五十四卷缮写成帙，合词吁请代为进呈。

臣等逐卷查阅，见其择精语详，洵属有裨圣刑政，未便听其淹没。谨将原书进呈御览。现在臣部钦遵谕旨，开馆纂修条例，并请飭交律例馆，以备采择，庶编辑新例得所依据。”〔1〕

很显然，在修律之初，有前辈薛允升这样精当的参考书刊行，对于以后的修律工作，起了巨大的指导作用。薛书亦可看成是法律修订意见书，刑部同仁已经意识到这一点。

而沈家本在给此书做序时，也指出此书对于即将要进行的修订活动的价值：“今方奏明修改律例，一笔一削，将奉此为准绳，庶几轻重密疏罔弗当。而向之抵牾而歧异者，咸颯若画一，无复有疑义之存，司谏者胥得所遵守焉。”〔2〕待书修完，沈家本又对原大清律例进行校勘，大致是将律条例文列在前，如薛允升对该律例有疑或有修改意见，将薛的意见附在该律例后，逐一校勘。沈家本解释这项工作时说：

“近奉明谕删繁就简，自应乘此整顿庶务之时，详细考究，大加修改，兹将应修并，应修改，应移改，应删除各条，逐一录出。薛大司寇于此书用力数十年，其说最为精核，故备录其说而参以管见，将来修例时即以此书作蓝本也。”〔3〕

是沈家本在修订法律馆未开时，有一套修订旧律的旧法。其中借鉴薛允升的研究成果，不能不说是极其高明的一招。然而等到伍

〔1〕 刑部：“刑部奏底·进呈薛尚书遗书折”，转引自李贵连：《沈家本传》，法律出版社2000年版，第150~151页。

〔2〕 沈家本：“读例存疑序”，载前揭《历代刑法考·寄篋文存》，第2223页。

〔3〕 沈家本编订：“律例校勘记”卷一，载《沈家本未刻书集纂》，中国社会科学出版社1996年版，第3页。

廷芳于翌年（光绪二十九年）八月进京会同沈家本一起修律时，沈家本的系统修订大清律例的计划被打乱，等到重新拾起这项计划时，又是四年以后的事了。^{〔1〕}

伍廷芳到京后，十一月，即会同沈家本奏“酌拟大概办法”，大致有这么几条：

- “一、并遴选谙习中西律例司员，分任纂辑。
- 二、延聘东西各国精通法例之博士、律师，以备顾问。
- 三、调取留学外国毕业生从事翻译。
- 四、奏请朝廷拨专款以资办公，刊刻公章，以成专门独立部门。”

而当时的情况是刑部几无谙习西法之员，也没有留学归国人员从事立法与司法工作，至于资金也很有限。笔者以为，这些修律办法很可能是伍廷芳的主见，无论从奏折列衔的顺序上来看，还是从奏折所反映的修律机构设想来看，或是从各自的学术背景来看，都应该是伍氏的动议。而就沈家本此前的一系列行为来看，他此时所理解的修订法律馆其实就是律例馆，他理解的修律活动，其实还是仿同治以前的修律模式，或许有改重为轻，斟酌损益的新观念在里面，但最好的结果最多也是旧瓶装新酒。何况其时沈已经是刑部侍郎，修律馆就用原律例馆的班底，对他没有任何利益的损害，相反倒容易控制，用现代语言就是“都是咱们自己的人”。但对于伍就不一样了，伍其时是外务部右侍郎，以外务部右侍郎往刑部机构修律，总有点“客卿”之感，笔者猜度伍廷芳理解的修律机构必定

〔1〕 直到1908年，即光绪三十四年正月，在修订法律大臣沈家本等奏请编订现行刑律得旨允准后，大清律例才按照原先设想，系统的被改订。此前虽也有改动之处，均不够系统。

是一个全新的机构，且并不附属在刑部衙门，而且还有很多外来人员参与其事，与传统律例馆当有本质上的差异。但条件所限，最后也只能屈就了。

十二月，伍廷芳紧接着又会同沈家本上了一奏，认为要修订法律，首先急需要办的事情就是调员和译书两事，非调员无以摆脱旧时律例馆修律的遗迹，非译书无以知外国法律的现状，更难中外通行有裨治理。而调员、译书关键在要有资金，伍、沈遂请皇帝饬下户部拨给银两三万两，朝廷允准。^{〔1〕}

于是到光绪三十年四月一日，修订法律馆正式成立。地方依旧在刑部律例馆，但已易名为修订法律馆，^{〔2〕}虽附设于刑部，但与原律例馆究竟有别，与刑部在一定程度上还有一定的独立性。^{〔3〕}

〔1〕 见前揭《清德宗实录》卷五二四。

〔2〕 修订法律馆在时人的笔下或口头中往往简称为法律馆，比如光绪三十三年十一月间，学部奏“内阁中书范熙壬等仍饬赴东就学片”中就有：“臣部准法律馆咨称该馆奏调通晓法政人员一折，于十月二十日奉旨依议，钦此”。载：《政治官报》，光绪三十三年十一月二十三日，第六十三号。再笔者在第一历史档案馆查阅修订法律馆全宗时，发觉当年修订法律馆馆内人员修订法律时所用的稿笺纸印有“法律馆”字样，故法律馆与修订法律馆指的是同一个意思。本书中也时用“法律馆”来作为“修订法律馆”的简称。

〔3〕 沈家本在回忆中对开馆的时间存在偏差，比如：“计自癸卯岁奉命修订法律，于次年三月开馆”。参见沈家本：“妇女实发律例会说”，载沈厚铎主编：《沈家本未刊稿七种》〔《中国珍稀法律典籍集成》（丙编第三册 刘海年、杨一凡总主编）〕，科学出版社1994年版，第483页。但是考虑到在伍廷芳、沈家本于光绪三十一年三月二十日正式上奏朝廷的“删除律例内重法折”内有“自光绪三十一年四月初一日开馆以来”字句，而奏折显系正式文件，可信度较高，我们以处依奏折中所述时间为准，沈之时间或系误记。

作为一个机构的修律活动，至此开始登上清末修律的大舞台。^{〔1〕}

第三节 存留之间：官制改革 前后的修订法律馆

自光绪三十年四月一日开馆之后，法律馆在两大臣的领导下，陆续进行了一系列修订法律的活动，成绩斐然。其中，尤以光绪三十一年三月二十日，修订法律大臣伍廷芳、沈家本奏进堪为前期修律指导性纲领的“奏请变通现行律例内重法数端”一折，受到当时重臣之一的军机大臣、外务部尚书瞿鸿玕高度赞扬。董康曾经回忆道：“军机大臣瞿鸿玕常语人曰：‘年来臣僚，侈谈新政，皆属

〔1〕 张国华、李贵连两先生认为“修订法律的命令下达一年多以后，经费尚无着落，人员亦未集中，修律工作当然也就没有开始。”参见前揭沈家本：《沈家本年谱初编》，第84页。此话固不为错，但根据我们文中的分析，修律工作没开始并不在于经费和人员，而在于两大臣对修律的理解，如前所述，沈对修律的理解还是前代十年大修、五年小修的模式，他起初并没有想到改弦更张。所以他上奏刊刻薛允升书，并对照薛允升书校勘律例，也可看成是他所理解的修律工作的一环。至于机构设置，可能沈根本未想到要另设或者改变修律机构，他所催督的依旧是律例馆，至多只是在刑部强调律例馆的地位，将律例馆和秋审处分开，人员各自归位，再从刑部其他司处抽调人员填充律例馆。所以在伍廷芳未到京之前，基本还是按部就班的进行修订大清律例准备的。甚至笔者推测，伍廷芳当是以“中外通行”为理由说服沈家本重名机构，但是分设还是附设在刑部，则依然有争论，但因为新法人才短缺，客观上导致修律馆无法脱离刑部，所以不得不附设于刑部。又因为时间和资金的缘故，无法遽然另觅场所，所以就將原律例馆更名为修订法律馆。但就权力运作而言，修订法律馆还是具有一定的独立性的，只是由于总其事者之一为刑部左侍郎沈家本，使得这一独立性尚不明显。观后来修订法律馆从事派员学习，设立法律学堂等一系列过程，都隐含着修订法律馆离部独立的计划。只是后来随着伍的去职，一度中辍。限于目前材料的有限，笔者只能作如是猜测，精确内容更待进一步研究。直到官制改革以后，修订法律馆才有实质性的变化。

皮毛，惟法律馆此奏，革除垂千年酷虐之刑，于小民造福不浅也。’沈大臣感朝廷之嘉纳，督饬同僚，奋志进行。”^{〔1〕}如前所述，虽然沈、伍两大臣修律理念存在着一定差异，但在开馆后直至伍于光绪三十二年四月十九日因请假回乡修墓离去前这两年内，^{〔2〕}两大臣总体还是秉持公心，积极地投入到此项事业之中的。修订法律馆也成为内外朝议、王公百僚关注的焦点，其业绩容后详叙，此处专就机构的发展沿革展开讨论。

自伍走后，修订法律大臣惟余沈家本一人，则沈伍之间的分歧烟消云散，沈家本似可照原计划修订大清律例。但是很快，朝局的变化又打破了法律馆的平静，也为法律馆一变而为新式法律起草机构提供了契机。修订法律原为清末新政的一环，除修律外，新政尚有编练新军、整顿吏治、改革司法、兴办教育、整理财政、广开税源等方方面面。当修订法律在逐步进行时，其他各项新政也渐次兴办。跟修律直接相关的改革此前如光绪二十九年七月十六日商部设立，光绪三十一年十月八日巡警部设立，三十一年十一月初十日学部设立，三十一年十一月二十五日考察政治馆成立，尤其是考察政治馆的设立，和后来的修订法律馆有着更为密切的联系。当然事情还不止这么简单，在修订法律馆成立的当年，日俄发生战争，此一战争以昔日被视为蕞尔小国的日本战胜而告终，而且对手还是号称北极熊的第一专制大国沙俄帝国，这一事件大大刺激了国人，于是对于立宪的呼声越来越大。清政府在种种压力面前不得不加大新政改革力度，新政的性质遂发生了巨大的变化，从政治上的小修小补到对国体政体进行重新改革。这方面清廷尚无经验，便需借鉴日本

〔1〕 董康：“中国修订法律之经过”，载前揭《董康法学文集》，第461页。

〔2〕 伍廷芳请假回乡修墓，朝廷准奏：“赏伍廷芳修墓假三月。”参见前揭《光绪朝东华录》，第5514页。而三月过后，即七月底，伍并未回京销假，尽管其刑部侍郎的职位保留到官制改革时止，但回乡以后伍再未参与修律事业。

明治维新时的做法，派人出洋考察政治，继而朝廷于光绪三十二年七月十三日下诏预备仿行立宪，并将官制先行改革作为立宪初阶在诏书中一并宣布，^{〔1〕}八月十三日，上谕命筹设资政院，作为将来立议院的基础。紧接着九月份即开始了官制改革，史称“丙午改制”。官制改革，是对传统官僚集团利益的一次大调整，^{〔2〕}而原先的所谓宪政分权，却在实际权力的争斗中被淡化了。又因为权力的

〔1〕 清政府在预备仿行立宪诏书中是这样说的：“但目前规制未备，民智未开，若操切从事，徒饰空文，何以对国民而昭大信？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。”可见，官制改革是清末宪政改革的最重要也是第一个环节。参见光绪三十二年七月十三日“宣示预备立宪现行厘定官制谕”，载故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》（上册），中华书局1979年版，第44页。

〔2〕 丙午年间的官制改革，除开表面上堂而皇之的“立宪预备”的理由外，实质上是一场权力争夺的斗争。关于地方官制改革，本书不拟涉及，仅中央官制方面，位于中枢的汉族官僚，相借助此一时机裁撤军机处，改置责任内阁，组成政府，控制更多权力，尤以实力派官僚北洋大臣、直隶总督袁世凯为此派核心，而满族亲贵则鉴于太平天国运动后汉人大官僚成为实力派的现实，希望借此达到削弱汉族官僚，强化满人国本的目标。所以官制改革还夹杂着满汉权力之争。最后斗争下来，在各部尚书职位的分配上，形成“满六、汉四、蒙一”，因外务部尚书名为瞿鸿玕，而其实权则归诸于管部大臣军机领班庆亲王奕劻。满六为：度支部尚书溥颐、礼部尚书溥良、农工商部尚书载振、陆军部尚书铁良、理藩部尚书寿耆、外加外务部奕劻；汉四为：吏部尚书鹿传霖、邮传部尚书张百熙、民政部尚书徐世昌、法部尚书戴鸿慈；蒙一为：学部尚书荣庆。参见田东奎：“清末立宪中的满族因素”，载《政法论坛》2006年第5期。而各部门之间，则希望通过部院改革、裁并之际，扩大本部门实力，捞取更多人力、物质资源。之后在司法系统闹得沸沸扬扬的“部院之争”中，沈家本掌理的大理院和法部的行为也属于此次政争中的一环，符合当时官场普通逻辑。

重新分配，牵连出一大串纷争，^{〔1〕}也将法律馆卷入了这场政治涡流之中。

纷争过后，最终形成了十一部两院的中央文官体制，即改巡警部为民政部；户部改称度支部（以财政处、税务处并入）；礼部照设（以太常寺、光禄寺、鸿胪寺并入）；兵部改为陆军部（以练兵处、太仆寺并入）；刑部改为法部；设邮传部（负责轮船、邮政、电线、铁路事务）；工部并入商部，改称农工商部；理藩院改为理藩部；外务部、吏部、学部均照设，大理寺改大理院，都察院不变。其余部门，如宗人府、内阁、翰林院、钦天监、銮仪卫、内务府、太医院、各旗营、侍卫处、部军统领衙门、顺天府、仓场衙门等，均保留不动。^{〔2〕}官员的设置，除外务部堂官和制度照旧外，其他各部堂官均设尚书一人、侍郎二人，丞、参各若干人，且明确规定不分满汉。

虽然立宪政初阶的官制改革没有能实现它的目标，事实上立宪派期望实行的“责任内阁制”也已经流产，作为帝国官制的中枢，依然是直接听命于皇帝的军机处。但是改革至少有一点是成功的，

〔1〕 此又称为朗润园风波，据事件的亲历者、袁世凯的亲信张一麀回忆：“自预备立宪之疏上奏，先从编纂官制入手，而轩然大波起矣。先是，京朝士大夫皆以北洋权重，时有弹章，迨编纂官制局设于海淀之朗润园，孙宝琦、杨士琦为提调，周树模副之，编纂员十余人，皆各部院调人者，余与金君邦平从项城入都，故亦与焉。各员多东西洋毕业生，抱定孟德斯鸠三权分立之宗旨，立法机关即议院，资政院及各省咨议局章程皆当时所草……官制中议裁吏、礼二部尤中当道之忌，自都察院以至各部或上奏，或驳议，指斥倡议立宪之人，甚至谓编纂各员谋为不轨。同事某君自京来淀，告余曰：‘外间汹汹，恐酿大政变，至有身賚川资，预备届时出险者。’其严重可知。”参见张一麀：“朗润园风波”，载《古红梅阁笔记》，上海书店出版社1998年版，第45页。观前揭《清末筹备立宪档案史料》（上）第二编“清末筹备立宪各项活动情况”之“官制”中所收文件反映的状况，亦可知斗争之激烈。

〔2〕 参见奕劻等：“庆亲王奕劻等奏厘定中央各衙门官制缮单进呈折”，载《清末筹备立宪档案史料》（上），第462~470页。

即将“司法”、“审判”分离。后来参与修律的重要人物曹汝霖在评价改革时曾提到：“此次官制改革，唯一收获，只是司法独立。”〔1〕李贵连先生对此也有精到评述：“此次官制改革，并没有完成向以‘三权分立’为核心的近代政治体制的转变，但是法部、大理院的分工，资政院的设置，却是专制体制中所没有的异体，是中国近代政治体制改革的重要环节，触动了传统体制中最保守的东西。相对旧体制来说，还是一种进步。”〔2〕其实，关于司法独立，在清廷的上谕中只是轻描淡写的两句：“刑部着改为法部，专司司法。大理寺着改为大理院，专掌审判”。〔3〕就在九月二十日这个圣旨颁发后的次日，即命内阁学士戴鸿慈补授法部尚书，绍昌补授法部左侍郎，张仁黼补授法部右侍郎。以原刑部左侍郎沈家本改任新成立的大理院正卿，定品秩为正二品，隔日又以刘若曾为大理院少卿。沈积极参与新成立的全国最高审判机关的筹设中去，不想因为争夺司法权限等利益，部院之间还产生了一场轩然大波。这个事件就是令朝廷头疼的“部院之争”。当然部院之争内涵很丰富，远不止争权夺利那么简单，关于此点，后文还得详叙。惟对于修订法律馆这个机构而言，正面临着何去何从，是存是留的急切问题。

何以言之？让我们回到修订法律馆上来，上文我们提及，在光绪二十七年朝廷发布的修订法律的上谕中，并没有提到建立何种修订法律机构。那么如何修订，通过什么机构，全仰仗修订法律大臣自行筹划。朝廷及各部门衙门行文都是直接针对修订法律大臣的，而不会提到修律机构。所以在修订法律馆重组之前，普通官员观念里是只知有大臣而不知有馆。在刑部长官看来，修订法律馆实质上

〔1〕曹汝霖：《曹汝霖一生之回忆》，（台北）传记文学出版社1980年版，第45页。

〔2〕参见前揭李贵连：《沈家本传》，第231页。

〔3〕“裁定奕劻等复拟中央各衙门官制折”，载前揭《清末筹备立宪档案史料》（上），第471页。

和律例馆一样，只是刑部一个分支机构而已。但是随着修律事业的步步深入，修律馆的独立主体地位开始凸现，即它是一个附设在刑部律例馆内的修律机构，而不是严格意义上的刑部机构。换言之，只是借用了刑部律例馆的地方而已。当然在彼时，因修律人士，从大臣到属员，大多是刑部官员，所以也没人会细究这个馆的归属，现实也没有必要分得很清楚。

但是官制改革一下子将这个问题暴露了出来，因为沈家本被任命为大理院正卿，势必离开法部。而朝廷也没有说沈所兼摄的修订法律大臣一职如何处理。对此，张国华、李贵连先生在1989年时曾经认为：“这次改任，他（指沈家本）的刑部左侍郎之职自然取消，但仍然兼任修订法律大臣之职。”〔1〕但十年后，李在《沈家本传》中修正了这一观点，认为：“光绪三十二年官制改革后，刑部更名法部，沈家本刑部左侍郎之职自然撤销，同时又不在法部任职，加之为人忌恨，修订法律大臣职务实际被取消”。〔2〕如果李先生认为这“实际”一词，表明他很难再回到位于原刑部律例馆基础上的修订法律馆中去从事修律工作，这个判断自然正确。但是如果说从他职务的存在与否考虑，那么李就出现了偏颇。何以言之，因为清廷一开始就没有让刑部某机构去从事修订法律的意图。观奏折，只是任命了两个修订法律大臣去开展这项工作，而且大臣之一的伍廷芳当时还不是刑部官员，〔3〕只是为便利起见借用刑部的场馆和人员而已。所以是不是刑部官员，不影响修订法律大臣这项兼差的成立与否。再加上按照清代习惯，上谕是最有权威的文件。皇

〔1〕 参见前揭《沈家本年谱初编》，第128页。

〔2〕 参见李贵连：《沈家本传》，第249页。

〔3〕 伍廷芳直到光绪三十一年十月二十四日才调署到刑部右侍郎任，到光绪三十二年正月十七日才实任刑部右侍郎。自三十二年四月离京后，到该年十月，就奏请开刑部右侍郎及法律馆差缺。所以从正式就任刑部右侍郎至离开右侍郎缺，统共不过十个月，而伍共计担任修订法律大臣的时间则累计有四年零六个月。

帝没有发布停止该职的上谕，就意味着该职继续存在。只是由于沈家本新任大理院正卿以后，当务之急是将原本类同闲曹的大理寺改造成成为新式的全国最高审判机构大理院，所以需要为寻觅办公场所，建造衙署，争取大理院经费，选调司法人才，确定部门职权，划分司法权限等等事情而努力，又要忙于同法部争夺权力，所以就精力而言，沈无暇他顾，故无形中修订法律馆就被暂时冷落了。同时由于之后的部院之争，双方不睦，即使不是因为脸上的尴尬，单是为了避免“窃攘法权”的嫌疑，作为大理院领导人的沈也难再回到位于法部的修律机构中去。这样，原来修订法律馆的官员们一时间群龙无首，法律馆危在旦夕。同时官制改革，也造成了部门之间人才流动性增强。自中央官制决议改革以来，社会上纷传某部某院要裁员的消息，媒体也常常刊登部门裁员的消息。部院设立以后，各衙门纷纷裁汰冗员，于是人人自危，纷纷寻找出路，以期保住饭碗或者调到更好的单位中去。^{〔1〕}而另一方面，各衙门都愿意有一个新气象，于是到处招纳贤才。而原先修订法律馆的司员，因为多精于法律刑名之学，或者长于审判事务，故纷纷外调，所以馆事几乎陷于停顿。^{〔2〕}事实上自光绪三十二年九月二十一日沈家本被任为大理院正卿至光绪三十三年九月初五日他重新被任为修订法律大臣近一年时间内，馆事一直处于低迷状态。

作为修订法律馆的领导，而且在法律馆已经取得一系列成绩，并且手头还有未尽事业时，沈家本自然不愿意放弃修律事业。所不同者，在于以何种方式组织重组修律机构，以何种方式继续修律事

〔1〕 当时流传的消息很多，真伪皆有，参见光绪三十二年八月十八日、十九日前后的《申报》以及《盛京时报》等各大报。

〔2〕 沈家本在光绪三十四年正月奏上的“修订法律大臣沈家本等奏请编定现行刑律以立推行刑律基础折”中提到官制改革时，修订法律馆的“提调、总纂各员，有擢升外任者，有调赴他部者”说的也是这一情况，参见《清末筹备立宪档案史料》（下），第851页。

业而已。这一点沈的内心其实是有打算的。在大理院卿的任上，他先后做了两件事：

第一，调拨人才。因为沈原是刑部左侍郎，在刑部已四十余年，对部内人才可谓再熟悉不过，同时在长期的工作生活中，沈与部内属员必定也有私人友谊。而且作为原刑部领导和卓越的旧律专家，对于原属下以及审判专才也具有号召力。如沈家本在后来的一份奏折中曾经就提到：“从前臣家本在刑部侍郎任内所调多本部司员，情谊夙孚，故乐于从事。”〔1〕所以在光绪三十二年十月与次年二月，沈累计调进44人，其中主要是法部人员，甚至还有原来公派出国的考察人员，比如当时尚在日本考察裁判监狱、后来成为修订法律的骨干董康、麦秩严等人。〔2〕此外，光绪三十三年三月，沈还从民政部奏调了十二名干员，到沈于三十三年四月离任前，他已经奏调了八九十名专才。〔3〕沈这种选调人才的行为，被法部看成是“挖墙角”，也是导致部院之争的重要方面。但毫不怀疑的是，沈在为进行下一步修律做准备。

第二，继续经营京师法律学堂。筹办京师法律学堂，本是伍廷芳和沈家本在光绪三十一年三月二十日奏准的，到三十二年九月间，法律学堂开学，自是沈伍派人聘请的日本教习冈田朝太郎和松冈义正先后来华。作为学堂创始人，沈家本在该年九月又被任为管理京师法律学堂事务大臣。关于这个学堂的情况，同样留待后述，

〔1〕 沈家本：“修订法律大臣奏馆事繁重恳照原请经费数目拨给折”，光绪三十三年十一月十四日，载《政治官报》光绪三十三年十一月二十日，第六〇号。

〔2〕 沈家本在光绪三十三年四月十一日“调查日本裁判监狱情形折”中奏道：“嗣臣添擢大理，缔构伊始，佐理需人，电促该员等回国。”参见前揭《董康法学文集》，第641页。

〔3〕 参见光绪三十二年十月二十三日《盛京时报》、光绪三十二年十一月初六日《申报》光绪三十三年二月十三日《大公报》等资料，转引自张从容：《部院之争》，未刊稿。

在此需要指出的是，沈家本通过经营学堂，在身边团结起一大批富有法律学识的中外专家。这些专家不像以上调拨的人才，存在着影响部门关系或者利益的问题，而是形式灵活，一定程度上可以汇成一支超越部门之上的团体。且里面既有常年在刑司办案的老手，又有学理丰富的学术专才，便于结合实际，更好地促进法律教学。更为关键的是，这些教习后来大多成为修订法律的骨干，清末许多新修的法律草案很多直接出自他们之手。他们通过互相学习、广泛交流，使得原来旧学人士从新学人士身上吸取新知，新学人士从旧学人士身上增长“中国经验”。沈家本之所以从一个西曹老手一跃而成为后来会通中西的法律专家，与此莫不相关。

这两件事情对修订法律馆的影响是深远的：第一，显示了沈家本爱惜名器，为国惜才的肚量，日后方能聚集起一帮法学精英；第二，也是更为重要的是，它保存了潜在的修律力量，具有“固本”的意义，使得修订法律人才不随修订法律大臣的处境改变而流失。

所以在这段期间，尽管修订法律馆在组织上处于涣散状态，但是内核未动，正所谓“花落春犹在”；又犹如一颗火种，只要遇有机会，终会成燎原之势。不想因为继任的大理院正卿张仁黼的一道奏折，又使修律大臣沈家本陷入尴尬的境地。

第四节 挫折与新生

光绪三十三年四月十二日，朝廷下谕旨：“调沈家本为法部右侍郎，张仁黼为大理院正卿”，^{〔1〕}于是纷纷扰扰的部院之争至此告一段落。但是两人的积怨并没有完全消除，关于司法权限已有朝

〔1〕《光绪朝东华录》（五），第5669页。

命，无可再争。^{〔1〕}是以张就将注意点落到修订法律权的争夺上，于是在该年五月一日，上了一道折子，请派部院大臣会订法律，因此关于修订法律的机构该怎么组织这一问题重新提到了日程上来。

张的奏折内容丰富，我们就其关于“组织立法之机关”的论述来看，张认为：

“泰西各国三权分立，其立法一权莫不寄诸于议院，故能顺乎民情，合乎公理，而裁可之权仍在君主，既采舆论与公，亦无专断之弊，特中国政体不同，遽难仿行其法，然可稍取其意。彼公诸议院者，我则公诸于各部院堂官，皆得参预政务。臣愚以为修订法律，以之颁布中外，垂则万世，若仅委诸一二人之手，天下臣民，或谓朝廷有轻视法律之意。甚且谓某某氏之法律，非出自朝廷之制作，殊非所以郑重立法之道也。拟请钦派各部院堂官，一律参预修订法律事务，而以法部大理院专司其事，并选通晓中外法律人员，充纂修协修各官，将法律馆改为修订法律院，所有各员均系兼差，不作缺额，另议办事章程。如此则有议院之长，而无专断之弊。”^{〔2〕}

在这里面，张所谓的“委诸一二人之手”中的“一二人”很显然就是指的是现任修订法律大臣沈家本，而所谓的“某某氏之法律”，也系指“沈家本之法律”无疑。这两语是具有极大杀伤力的。而张氏提出的修订法律的组织是“修订法律院”，由各部院公同商

〔1〕 光绪三十三年四月初九日，上谕军机大臣等“本日大理院奏，司法权限，酌加厘定，开单呈览一折，着与法部会同妥议，和衷商办，不准各执意见。”载《清德宗实录》卷五七二，第568页。

〔2〕 张仁黼：“大理院正卿张仁黼奏修订法律请派大臣会订折”，载《清末筹备立宪档案史料》，第834页。

议，最后由法部、大理院总其成。很明显，张氏此奏的目的有二：一是剥夺沈家本的修订法律大臣的权力，二是给自己所领的大理院争取修订法律权。当然还有一层更为恶毒的用意，被沈家本领会了。

张氏的奏折上达朝廷，五月初五日，朝廷颁下谕旨，着法部大理院会同详核，妥拟具奏。^{〔1〕}在法部大理院尚未会奏前，沈家本自己就首先上了一折，折中首先认可张氏之言洵属切要之论，继而简单陈述了修律馆自开办以来的取得的成果，并交代尚存在的不足，即翻译外国法典书籍更应精确，以及调查更应筹备推广。然后叙述法律编纂之难，根据自己几年来编纂新刑律的经历，提出了自己的体会：

“以上各端，臣就才力所及，夙夜筹划，不敢习为敷衍，上负圣明。伏念修律事宜关系至巨，任其责者，必于古今中外法律本原，心知其意，始能融会群言，折衷一是。如是提挈纲要不得其人，但令寻常奏献之才，与夫法政速成之选，轻率从事，恐枝节而为顾此失彼，一知半解，扞格难通。”^{〔2〕}

为以后修律提供了一个意见。之后，沈家本诚恳的表明了自己的态度：

“臣学识浅薄，本未能胜此重任，加以近来精力日逊，每与馆员讨论过久，及削稿稍多，即觉心思涣散，不能凝聚，深惧审定未当，贻误匪轻。再四筹思，惟有仰恳天恩，开去臣修

〔1〕《清德宗实录》卷五七三，第581页。

〔2〕沈家本：“修订法律大臣沈家本奏修订法律情形并请归并法部大理院会同办理折”，载《清末筹备立宪档案史料》，第838页。

订法律差使，归并法部、大理院会同办理，广集众思，较有把握。”〔1〕

沈最后请求朝廷宽限三个月，将即将编成的新刑律总则稿本缮写清楚，并办理完一切交接事宜。奏折用词恳切，道理也很明白。李贵连先生认为此折表面上给人一种不争不抢、不屑一顾的印象，而实际上非常看重法律的草拟权。并认为批评如张仁黼辈的王公大臣可恨、可悲、可笑，“是他上奏请求开去修订法律差使的真实用意”〔2〕。笔者同意李先生的看法，即沈重视法律草拟权，否则不会要求宽限三个月完成新刑律草案总则。这就是董康所回忆的：“先草总则。适有法律馆归并法部之命，恐代者将草案废弃，奏请展缓一月交代，俾将总则缮呈。”〔3〕沈家本也是怕后来者不善修订，不懂法律，而徒将他和修订法律馆同人们数年的心血付之东流，这是一个热爱修律事业之人的常情，何况作为一名老者（沈时年已六十七岁），面对暮境将至，也愿“立言”、“立功”于当世（观辛亥后沈绝意仕途，终日在枕碧楼中理旧稿，可知沈毕生尊奉的仍是传统立德、立功、立言三不朽人生信条）。但是李先生其余的推断，笔者断不能苟同。

第一，李先生认为此折有“不屑一顾”的印象，须知此折并不是呈给张仁黼看的，而是呈给皇上皇太后看的，做为臣僚，安敢不屑一顾，必定是战战兢兢，揣摩人主之意，所以我们仔细看奏折，还是下笔诚恳，虽有愤懑之情，也深深隐含在了修订法律的公事中，而且请求宽限只是为了完成新刑律草案，也突出自己一心为

〔1〕 沈家本：“修订法律大臣沈家本奏修订法律情形并请归并法部大理院会同办理折”，载《清末筹备立宪档案史料》，第838页。

〔2〕 参见李贵连：《沈家本传》，第254～255页。

〔3〕 董康：“中国修订法律之经过”，载前揭《董康法学文集》，第461页。

公、鞠躬尽瘁的形象。

第二，李先生认为此折意在批评王公大臣的可恨、可悲、可笑，但即使沈满腹才华，也不可能在一个奏折上去批评跟他级别相同或者高于他的王公大臣，一个老成的官僚不可能在皇帝面前自矜自夸，炫耀才能，目中无人的。何况，之前的部院之争已经引起皇帝、皇太后不快，沈又何必再用此方法徒增皇帝恶感呢？

或许还有人认为沈家本是以退为进，因为朝廷在修订法律方面乏人，那是“事后诸葛亮”式的推测。笔者倒是认为，沈家本此时倒是真的想远离修订法律的是非，目的只有一个：避祸。而张仁黼折子中真正令沈战栗的，恰恰就是“委诸一二人之手”、“某某氏之法律”这两字句。

只要稍微了解一点历史的人都知道，历来皇帝最忌讳的大臣有两种，第一种是“大权独揽”之人，而第二种则是“功高震主”之人。“委诸一二人之手”另一层意思也就是立法大权委在了沈家本之手，意味着大权独揽，而“某某氏之法律”，一旦被社会传开，毫无疑问就是“功高震主”。沈氏宦海沉浮数十年，官场种种，耳濡目染，怎能不心知肚明？更何况沈氏熟读经史，^{〔1〕}就这简单道理，又怎么会参不透？五月十八日，沈家本的这道陈请开去修订法律大臣差使并请归并法部大理院会同办理一折上达朝廷后，朝廷准奏。^{〔2〕}那么等到沈三个月后办完交接事宜，修订法律事业应

〔1〕 观沈家本《日南读书记》、《借书记》、《明史琐言》诸书，可知沈氏对古代经史极为熟稔。

〔2〕 《沈家本年谱初编》中认为：“对沈家本的意见，清廷未作任何答复”，其理由是《清德宗实录》卷五七四中的上谕：“法部右侍郎沈家本奏，沥陈修订法律情形，请开去差使，归并法部、大理院，会同办理”。再查光绪三十三年五月十八日军机处“沈家本关于开去修订法律大臣差使并请归并法部大理院会同办理”一折的档案，也没有见任何批复。但从沈家本于光绪三十三年八月二十六日的奏折“修订

该再怎样开展？修订法律机关应该怎么设立？原有修订法律馆应该何去何从？这些问题随着沈的卸任在即，日益凸现出来。于是部院加紧研究应对计划，以期妥拟一个修律方略。

六月初九日，遵照朝廷旨意，由法部尚书戴鸿慈领衔，奏上“拟修订法律办法”一折，其中对于修律的人选和组织，折中认为：

“若夫编纂之事，委诸一二人，固觉精神不能专注，即增加数人，亦未足当此重任……非特设立法机关，不足以资修订。应请特开修订法律馆，以示全国法律之所从出，将来无论何种法律，皆须由法律馆编纂及提议改正，以期法律之统一。其组织之法，原奏（指张仁黼奏）请以法部大理院专司其事，自系为便于管理起见。臣等职掌攸关，何敢自宽其责。特事当创始，不厌详求，所有修订法律，除由臣等详慎办理外，应请钦派王大臣为总裁，其各部堂官，应如原奏请旨特派会订法律大臣，至各督抚将军有推行法律之责，亦应一律请旨特派参订法律大臣。此下编纂员等，应请设提调。一二三等纂修、总校、分校、内外调查、翻译、书记、会计各员，容臣等择优开单请派，仍以原官选充，酌定津贴，以资鼓励。”〔1〕

戴氏领衔会奏中关于修订法律的组织，是特开修订法律馆。与

法律大臣沈家本奏刑律草案告成分期缮单呈览并陈修律大旨”一折中，有这样的语句：“本年五月奏请将法律馆归并，请限三个月清理交代等因。仰蒙俞允钦遵在案”。参见《清末筹备立宪档案史料》（下），第845页。既已经“仰蒙俞允”，则自然朝廷准了沈家本的奏折。

〔1〕戴鸿慈等：“法部尚书戴鸿慈等奏拟修订法律办法折”，载《清末筹备立宪档案史料》（下），第841页。

张仁黼的建议不同的是，除了钦派各部院堂官会订法律外，还将各督抚将军等列为参订法律大臣，即参与立法的人员更为广泛。但无论是张的修订法律院还是戴的特开修订法律馆，都是由法部和大理院共同主持，都意味着将修订法律之权纳入自己手中。

戴折上奏后，朝廷旋下谕旨：“着考察政治馆议奏”。但惟时预备宪政活动正在紧锣密鼓的筹备中，七月初五日，考察政治馆改名为宪政编查馆后，首要任务是制定宪法大纲、九年逐年筹备清单以及办理其他立宪事宜，故忙得不可开交，竟无暇顾及法部戴鸿慈等的奏议。

尽管这一年来，因为官制改革、部院之争、人事纠葛、立宪纷议让修订法律大臣心力憔悴，无法专注于修律事业。但自从五月十八日沈家本奏折呈上之后，沈以及他所领导的修订法律馆就犹如处于一个暴风眼中，相对平静。因为该奏折已为朝廷允准，因此从五月十八日起至新刑律稿本缮写清楚并办理完交接事宜前（实际上不是确切的三个月时间），沈家本依然是修订法律大臣，修订法律馆依然在他的管理下，不属于法部，也不属于大理院。但等到前述事宜交接完毕，修订法律大臣一职就自动解除，法律馆也就自动归并部院。在没有最新方案出台的情况下，修订法律大臣和法律馆的结局就是如此。

当然朝廷的意见前后实际存在矛盾之处，因为一方面对于张的奏折，朝廷要求法部大理院会奏，而当法部大理院会奏毕，朝廷又要宪政编查馆议奏，说明朝廷一方面在修订法律问题上一直没有下最后的决心；但另一方面，朝廷又允准了沈家本的请求，而沈的请求中是同意将法律馆归并部院办理的。前后岂不出现了冲突？

对此，笔者的理解是：朝廷当时为了平息部院之争，消除法部

大理院等部院大僚对沈的妒忌心理,^[1]同时也为了保护此类不可多得的新政、司法人才,^[2]所以批准沈的奏折。但其重心在于开去沈的修订法律大臣一职。参而对于修订法律馆这一机构的归属,换言之即修律组织的建设,则并未同意沈的提议(变相未同意张的建议),是以仍要部院、考察政治馆先后奏议。而此期间沈家本还是按照原来方式修订法律,但是光绪三十三年八月二十六日,当修订法律大臣沈家本奏上“刑律草案告成分期缮单呈览并修订大旨”一折时,他就面临着兑现其五月十八日奏折中开去修订法律大臣的请求了。^[3]法律馆怎么办?问题又一次浮出水面,这一次,宪政编查馆再也不能拖延了。

就在沈奏上刑律草案九天之后,宪政编查馆终于拿出一个修订法律的方案。其中就修订法律的机构和人员方面,指出:

-
- [1] 修订法律馆开办以来,陆续取得的一系列成绩,以及沈家本本人卓越的法律才华,足使沈成为当时政界一颗耀眼的明星,风头甚至盖过其顶头上司法部尚书戴鸿慈以及同级别的大理院正卿张仁黼。笔者揣测彼时肯定也有其他官员对沈凭借修订法律崛起于政坛而心怀不满,而在言论上施以明枪暗箭。细细品读张、戴的奏折中对于修律大臣的评论以及各督抚对已修之律的奏议,不难体察此点。
- [2] 清末新政,涉及到立法司法领域,还是一个比较技术化的领域,非传统文学词臣出身之官员所能胜任。但在历来士大夫观念中,后者恰是为官的正途,前者反而容易招受物议。因为后者往往持论严正,有祖制方面的权威性和传统政治上的合理性,使得朝廷表面上也不便公然推翻。而新政终究要体现“趋新”的趋向,因此理论上对新政人才必须加以保护。另一个方面,因为主持新政工作的,是握有实际权力而又思想开明的大官僚,比如奕劻、袁世凯等等,他们也运用其影响力促使朝廷保护新政人才。观光绪三十三年丁未政潮的发生,似乎也有这方面的原因。
- [3] 但沈此时为了使自已主持的新刑律起草事业有时有终,八月二十六日上奏折时同时附片请展限一月,俟新刑律分则也缮写进呈后再除去修订法律大臣一职。参见“修订法律大臣沈家本等奏进呈刑律分则草案折”,载政学社印行:《大清法规大全》卷一二,法律部“法典草案二”。但后来随着宪政编查馆奏请朝廷同意继续由沈担任修订法律大臣,故沈实际上从二十七年被任命为修律大臣以来,一直未卸下此任。

“又所称行事之机关，请特开修订法律馆，以法部大理院专司其事，并请钦派王大臣为总裁，各部院堂官为修订法律大臣，各督抚为参订法律大臣各节。查编纂法典，与订立单行法不同，法典之大者，如民法、商法、刑法、民事诉讼法、刑事诉讼法诸种，考之各国成例，大率或千余条，少亦数百条，取材宏富，定例精严，非如单行法之可以克日成事。盖单行法不过为一事或一地方而设，法典则包含一切关涉全国之事。故各国编纂法典，大都设立专所，不与行政官署相混，遴选国中法律专家，相与讨论，研究其范围，率以法典为限，而不及各种单行法。诚以编纂法典，事务浩繁，故不能不专一办理，原奏所请特开修订法律馆，无论何种法律，均归编纂一节，范围太广，拟请仿照各国办法，除刑法一门，业由现在修订法律大臣沈家本奏明草案不日告成外，应以编纂民法、商法、民事诉讼法、刑事诉讼法诸法典及附属法为主，以三年为限，所有上列各项草案，一律告成。其余各项单行法，应仍由各该管衙门，拟具草案，遵照臣馆奏定章程，于草案成后，奏交臣馆，统归臣馆考复，请旨颁行，以期统一。其所请钦派王大臣为总裁一节，查修订法律馆之设，专为编纂法典草案起见，将来尚须由臣馆覆定，该馆似可毋庸再由王大臣管理，免致重复。又所请以法部、大理院专司其事一节，查立宪各国，以立法、行政、司法三项分立为第一要义，原奏亦谓立宪之精义，在以国家统治之权，分配于立法、行政、司法三机关。今若以修订法律馆归该部院管理，是以立法机关混入行政及司法机关之内，殊背三权分立之义。近世法学家，尝谓立法之事，必宜独立，若隶属行政或司法机关之内，必致徒循行政及司法上之便利，而有任意规定之弊，于法律之进步实多妨碍。臣等公同商酌，拟照原奏，变通办法，请将修订法律馆仍归独立，与部院不相统

属，所有修订法律大臣，拟请旨专派明通法律之大员二三人充任……”〔1〕

此外该方案中尚规定律典草案纂拟之后，讨论公布的程序，暂且从略。这道奏折无疑可以看成是后来整个修订法律事业的规划书，从修律组织、人员配备、修律内容、修律程序等各方面，都做了一个大致规划。从后来的实践上来看，基本上也是按照这个规划进行的。

宪政编查馆在所呈的折中，要求修订法律馆独立，排除部院、督抚的干涉，从而使修订法律馆的历史进入崭新的一页。同时宪政编查馆依旧不忘申明自己的权力，即考覆法律草案，咨请皇帝允准之权。这样，法律馆所定草案皆需宪政馆来审核，隐约着就将法律馆置于自己的权力干预之下。所以，无论是大理院、法部还是宪政编查馆，在议奏修订法律的方案时，背后都充满着强烈的权力斗争意味。只是由于宪政编查馆在清末政治中的显赫地位，其是由政务处大臣、军机领班直接领导下的新政核心机构，所以它所制定的这个方案具有举足轻重的作用。此折呈上后，朝廷立即准奏，同日颁布上谕：“着派沈家本、俞廉三、英瑞，充修订法律大臣，参考各国成法，体察中国礼教民情，会同参酌，妥慎修订，奏明办理”〔2〕

于是，争议多时的修订法律馆的组织 and 人事问题终于尘埃落定，修订法律馆第一次在正式文件中离部独立，沈家本紧接着奏调人员来馆办事，经过近一个月的筹备，光绪三十三年十月二十七日，修订法律馆终于重新开馆办事。沈家本也由兼充改为专任修订

〔1〕“宪政编查馆大臣奕劻等奏议覆修订法律办法折”，载《清末筹备立宪档案史料》（下），第850～851页。

〔2〕《清德宗实录》卷五七九，第662页。

法律大臣，尽管其法部右侍郎的位置仍保留着。但很明显，自此之后，沈的工作重心偏向于修订法律，法部的工作则只是循例而已。只到宣统三年他被开去修订法律大臣，才重新回到法部侍郎的位上。

其实从部院之争以来，各部院官僚大臣对一个核心的问题，往往存在着误解，即修订法律馆及修订法律的性质问题。张仁黼所主张法律馆改为修订法律院，所有各员均系兼差，不作缺额，另议办事章程。并认为如此则有议院之长，而无专断之弊，显然将法律馆类比为议院组织。而戴鸿慈主张的特开修订法律馆，钦派王公大臣会订法律，各督抚将军参订法律，也有某种公共集议的味道，类似于当年清初开国时各大臣会议修订《大清律例》时的方法，更像前面述及的官修书编纂机构，以王大臣为总裁。但不管怎么说，两者都有点将修订法律馆看成是立法机关的味道。只有在宪政编查馆的奏折中，庶几说清了修订法律馆的性质，如折中认为的“编纂法典，大都设立专所”，是将修订法律馆看作“编纂法典的专所”，但很遗憾的是折中后面一句话，即“今若以修订法律馆归该部院管理，是以立法机关混入行政及司法机关之内，殊背三权分立之义”。则很明显将修订法律馆作为了立法机关。何以一个奏折出现此种矛盾，我们固不排除说修订法律馆是立法机关，只是宪政编查馆为了否决戴鸿慈提出的由部院总司法律馆的提议而做的一种策略性的回应。因为其时舶自西洋的宪政理论，即使国人对此一知半解，但在政治生活中，俨然已经变成了一种强势话语，以至无论是张、戴还是宪政编查馆的奕劻等，在陈述修订法律的构想时，都尽量的套用宪政话语，以使奏折具有说服力。在此情况下，只有以子之矛陷子之盾，才能最终否定张戴的提议，故而宪政编查馆有意曲解三权，也是有可能的。但不管怎么样，却暴露了彼时国人对于修订法律馆以及立法机关等问题认识的分歧。直到今天，这个问题依然有讨论的必要。

李贵连先生认为：“修订法律馆作为晚清的立法机构（光绪三十三年离部独立），旧法之改造，主要新法草案之编纂，大率出自该馆。”〔1〕此说将修订法律馆认为是一个立法机构大致是正确的，因为就现代行政法观念来说，行政机关，是行政法上的行政主体，而机构，只是行政机关内部的一个构成部分，不具备行政主体的地位。在古代，则表现为是否有独立关防（公章），是否已经开府建衙。问题是等到光绪三十三年末修订法律馆离部独立之后，它已经具备了行政主体地位，那么能不能称之为立法机关呢。这一点还是要追溯到古代立法结构上去。

中国古代的立法权完全操诸君主，所谓“口含天宪”，所以没有近代意义上的立法活动，虽然也有官僚大臣参与过立法的讨论，但其权力实在太小。梁启超曾经指出过这一道理：“吾中国本无立法之事而无之、则无其无分权，更何待言。然古者犹有言：‘坐而论道，谓之三公；作而行之，谓之有司。’亦似稍知两权之界限者。汉制有议郎，有博士，专司讨议，但其秩抑末，其权抑微矣。”〔2〕梁启超并不否认古代也有立法起草机构，他将之名为“立法部”，但这“立法部”只是行政部门下属下的一个机构，并没有立法权，他继而论道：

“夫所谓分立者，必彼此之权，互相均平：行政者不能强立法者以从我，若宋之制置条例司，虽可谓之有立法部，而未可谓之有立法权也。何也？其立法部不过政府之所设，为行政官之附庸。而分权对峙之态度，一无所存也。唐代给事中，常有封还诏书之权，其所以对抗于行政官，使之得专其威柄者，

〔1〕 李贵连：“中国近代法律化简论”，载《比较法研究》1991年第3期。

〔2〕 梁启超：“论立法权”，载范忠信选编：《梁启超法学文集》，中国政法大学出版社2000年版，第14页。

善矣美矣！然所司者非立法权，仅能摭拾一二小故，救其末流，而不能善其本也。”〔1〕

所以在这样的权力结构下，古代是没有立法机构存在的余地的。即使遇到重大事件，皇帝会召集大臣讨论，但那也只是就事论事而已，在机构建设上是没有有什么创新的。梁启超又论道：“若近世遇有大事，亦常下大学士、六部、九卿、翰詹、科道、督抚、将军会议，然各皆有权，各皆无权，既非立法，亦非行政，名实混淆，不可思议。”〔2〕按照现在的法律观念看来，所谓立法权是相对于行政权、司法权而言的国家权力，是指有权立法的机关制定、修改、补充、解释或者废止法律、法规的权力。它是国家权力体系中最高的或最重要的权力。因为谁拥有立法权，就意味着它有权为社会的一部分和每个成员制定规则。就立法的实体性权力而言，立法权通常是指法律的制定权、批准权、修改权和废止权等。就立法的程序性权力而言，立法权包括提出法律案的权力、审议法律案的权力、表决法律案的权力和公布法律的权力。

而在我国传统上，自有编订法典、起草法典的机构始，皆附属于历代掌刑衙门，初无独立性，更无立法权。等到修订法律馆在光绪三十三年九月初五日正式独立，再到十月二十启用木质关防，开府建衙后，〔3〕其所有的权力依然只是法典的草拟，律例的修改，至多只是提案而已，其审议、表决、公布修订法律馆则均无权参与。故修订法律馆充其量只是一个法律起草部门（根据后面的研

〔1〕 梁启超：“论立法权”，载范忠信选编：《梁启超法学文集》，中国政法大学出版社2000年版，第14页。

〔2〕 梁启超：“论立法权”，载范忠信选编：《梁启超法学文集》，中国政法大学出版社2000年版，第14页。

〔3〕 参见《政治官报》光绪三十三年十一月初二日，第四二号。

究，最根本的法律也非修订法律馆起草），或者说是国家将制定、修改、补充、解释或者废止法律、法规的部分具体活动委托给修订法律馆去办理，将之当作是实行新政的一个工具，而绝对不能称它为立法机关。如此之前张仁黼所争的其实仅仅是法典编纂权而已。^{〔1〕}

小 结

综上，我们考察了修订法律馆这个机构的历史渊源及其发展历程，对于影响该机构的重要的人和事也做了梳理。可以看出，清末成立修订法律馆作为修律机构，起初是循旧例而办。清日之前，已有类似律例馆功能的机构，惟设废无常。至明代，则用王公大臣集议的办法制定出了大明律，作为世守之法，修律机构一度中辍。至清初，仿明代廷臣会议，创制法律，但专门开律例馆，设总裁将议定之法写入书卷，则颇有官修编书的色彩，其机构也象修书机构一样，临事而设，事毕即废。康、雍修律，同样如此。至乾隆定制，因律例“五年一小修，十年一大修”的缘故，临事而设的律例馆显然已不敷应用，遂将律例馆作为刑部一专门负责制定通行章程并修订律例的机构，一直延至同治年间。期间随着例文的复杂，律例馆还兼有解释法律之职能。同治以后律例修订的废弛，以至于律例馆多参与法律解释、经办秋审之事务，而与秋审处区分不明。至光绪二十八年下诏修订律例，经过两年多的筹备，光绪三十年四月一日律例馆方改为修订法律馆。惟一开始修订法律馆附设于刑部原律例馆，并无窒碍。直到官制改革之后，出现部院之争，修订法律馆一度涣散，但因修订法律大臣之力，修订法律馆才免于解体。同

〔1〕 参见张晋藩：《中国近代社会与法制文明》，中国政法大学出版社2003年版，第273页。

时，在这一过程中修订法律馆与修订法律大臣之间的区分开始凸现，继而引发部院官僚对修律机构和人事的争夺，最终修订法律馆在争夺中明确离部独立，光绪三十三年十月二十七日开馆办事。但不管处于何种时期，不管修订法律馆表现形态如何，其性质始终不变，即为法典草拟编纂机构，其所拥有的权力并非立法权，只是法典编纂和草拟权，与另一变法主导机构宪政编查馆的权力不能同日而语，这点决定了修订法律馆尽管也受到清政府高度重视，但因为有职无权（立法权），不可能对国家最根本的制度有决定性影响，所以尽管修订法律馆可以视作新政的马前卒，却难以成为影响新政发展方向的强势力量，更多表现为新政施行的工具而缺乏最终的主体意志。

第三章 修订法律馆的组织设计与运行模式

第一节 修订法律馆的组织设计

由上文可知，修订法律馆是由刑部律例馆更名而来，故最初修订法律馆依旧承袭律例馆的组织。而律例馆在清初是一个临时设立的制定法律的机构，最初不负担解释法律和稽核律例这样一类的司法及法律解释功能。清史稿谓：“又国初以来，凡纂修律例，类必钦命二三大臣为总裁，特开专馆。”^{〔1〕}是其组织和其他官办修书机构似无不同。

就官办修书机构而言，组织最完善者、最庞大者，莫过于乾隆年间为编纂大型图书“四库全书”而特设的“四库全书馆”，我们可以此作为修书机构的典型。《四库全书》馆设正总裁一人，总揽馆事，以副总裁襄助之。总裁之下，有总阅官，总理阅定各书之事；有总纂官，总理编书之事；有总校官，总理校定之事；有翰林院提调，武英殿提调官，管理提调两处藏书；有总目协勘官，管理协定全书总目之事。总纂官之下，有纂修官，分任编书之事。纂修官又分为四种：一曰校勘《永乐大典》纂修官，二曰校办各省送到遗书纂修官，三曰皇签考证纂修官，四曰天文算学纂修官。总校

〔1〕《清史稿·刑法一》。

官之下，有分校官，分任校定之事。分校官除了篆隶分校官之外，多由总纂官兼任。缮书处专掌钞书之事。有总校官，专掌校对脱误之事。有分校官，分任校对脱误之事。督促官，专掌督促编书钞书之事。翰林院收掌、武英殿收掌、缮写处收掌，分任三处书籍出入之事。监造官，专任刊刻印刷装订之事。^{〔1〕}

而我们看以专馆方式修律时，其组织机构最完善者，莫过于乾隆初年修订大清律例时的律例馆。兹据乾隆五年《大清律例》前所列监修衔名，我们可以了解律例馆中的岗位设置和编制状况：

- (1) 监理一人。
- (2) 总裁官十人。
- (3) 提调官六人。
- (4) 纂修官十二人。
- (5) 收掌官六人。
- (6) 翻译官十一人。
- (7) 满誊录官二十二人。
- (8) 汉誊录官十五人。
- (9) 武英殿监造八人。

律例修订与四库修书虽稍稍有异，但核心岗位则是一致的。监理实质上是朝廷所派大员责成编纂事务的官员，并不参与修律，只是名誉列衔。而这里的总裁官则基本上汇集了内阁与各部长官，其职责在于汇集各部门人员，集思广益，便于律例纂修出来与各部门则例无所扞格，主要负责组织工作。提调官则负责指挥调度纂修人员编纂工作，同时给予业务上指导。具体负责参订纂写律例条文的，则是纂修官，纂修官为主要编纂人员。收掌官则主要将已经编成之书一一辑录，并交人校对，同时督促编书钞书，帮同总纂官负

〔1〕 参见商务印书馆网页：<http://www.cp.com.cn/sk/sk2.cfm>。

责把握修律的进度。而翻译官则为技术人才，主要在于满汉之间的语言沟通。至于满汉誊录官则是誊录抄写人员，他们和校对一样，不属于修律核心人员。武英殿监造，则主要是将誊录缮清的律例进行制版刻印的人员。可以看出，这种修律机构，实际上是将王大臣集议完毕的内容纂集成书而已，而无起草法律的权力，法典编纂完成，机构即告撤销，类同编书机构。此点与后来的修订法律馆性质大为不同，但尽管修订法律馆后来拥有了法典编纂、法律起草的权力，但其中心任务还是编定法典，在表面上也是修书活动，所以纂修这一块的组织设计还是一本于之前的律例馆。

律文自乾隆五年纂定后，后世沿用不变。但此前之例文或有不适用于今，故例文常常改变。对于例文修改如何纂辑？若仍设专馆办理，则显然会造成冗官充塞，必然导致使律例馆成为闲曹。故“自乾隆元年，刑部奏准三年修例一次。十一年，内阁等衙门议改五年一修。由是刑部专司其事，不复简派总裁，律例馆亦遂附属于刑曹，与他部往往不相关会。”^{〔1〕}于是律例馆成为刑部内的一个机构，负责按期修订律例。此时律例馆的组织设计，自然较专设的律例馆来得简单，观《清史稿》载“别设律例馆，由尚书或侍郎充总裁。提调一人，誊修四人，（司员兼充。）校对四人，收掌二人，翻译、膳录各四人。（司员及笔帖式充。）掌修条例”。^{〔2〕}这样，律例馆正式编制就变成七个职位（总裁，提调，纂修，校对，收掌，翻译，誊录），共二十名人员。由刑部尚书或侍郎兼主管，而实际负责人则是律例馆提调，后来律例馆提调人数增加，则有帮办提调，协理提调，管理提调之别，大致相当于管理提调为律例馆之常务副主管，其他提调为副主管。

至光绪二十八年，朝廷钦命修订法律大臣负责修订律例之后，

〔1〕《清史稿·刑法一》。

〔2〕《清史稿·职官一》。

沈家本作为刑部当家侍郎与外务部侍郎伍廷芳主持修律，虽然做了一定改革，但在组织设计方面并没有根本革新。除了将律例馆改名为修订法律馆外，其余依然是延续律例馆的组织机构，惟独除去总裁一职，不再以本部尚书或侍郎主管，而以修订法律大臣负责。但正如前所述的，因为没有明定修订法律馆组织章程，又因为沈家本身兼刑部左侍郎及修订法律大臣两任，且伍廷芳实际到馆时间相对较少，同时修订法律馆依然在律例馆原地办公，使得在时人的眼光中，修订法律馆就是原律例馆，沈家本依然是以刑部侍郎兼修订法律馆总裁，修订法律馆的组织和权限，因此显得比较模糊。直到官制改革之后问题凸现出来，经过一番周折，方得以重新开张。可能经过这一番波折，使得修订法律大臣认为有必要制定章程，明定修律组织，所以在光绪三十三年九月五日朝廷谕旨颁下，重新任命沈家本为修律大臣后，沈开始了一系列修订法律馆的制度建设。制度化的修订法律馆，其实是从光绪三十三年十月二十七日开馆之后的一周，沈家本上奏“修订法律馆开馆日期并拟办事章程”折后才正式成立。

实际上新开的修订法律馆硬件条件极其简单，总共不过五六间房，差不多是一个小型四合院。笔者在第一历史档案馆修订法律馆全宗内发现一份用具清册，抄录于下：

法律馆各项器具册^{〔1〕}

大堂	八仙桌三张	杌凳二个
	书架一个	锡砚一块

〔1〕《法律馆各项器具册》，参见第一历史档案馆修订法律馆全宗，档案号 10，第 16 包。

	笔架一个	挂钟一架
	镜子一个	棉帘子一个
	地图三张	
东厢房	八仙桌二张	书架二个
	茶几一个	杌凳四个
	毯子一块	棉帘子一个
西厢房	书架二个	八仙桌二张
	圆桌面一个	竹帘子六个
	毯子一块	油布一块
	杌凳九个全带套	茶几一个
	盆架一个	蚊帐三个
	旧关防箱一个	
大堂东耳房	八仙桌一张	长桌一张
	板凳三条	布帐一架
书记室	八仙桌三张	竖柜一架
	长桌一张	板凳五个
	夹布帘子一个	竹帘子一个
	脚凳一个	洋灯一个
	布匣子三个	粗板凳五条
	书架一个	盆架一个
	板凳一个	真笔版机器一个
	铺板一付	磁盆一个
	印色盆两个	水牌两块
	墨砚两块	茶房长桌一张
	大桌一张	水桶一个
	铜盆一个	板凳六条

磁茶壶四把	洋铁壶二把
铜铁壶二把	茶碗十六个
盖碗四份带托	火筷子两双
火炉子五个	院内水桶二个
尿桶一个	

当然以上不可能是修订法律馆所有的用具，但有一点毫无疑问，即修订法律馆其实是一个很小的单位。在整个官僚体制中，以一如此简陋的机构完成了后来这么多修律成果，即使再不完善，我们也没有理由加以更多地苛责。

清史稿用寥寥数字叙述了修订法律馆的编制及成立状况：“修订法律馆大臣无定员（特简兼任）、提调二人，总纂四人，纂修协修各六人，庶务处总办一人，译员委员无恒额（并以谙法律人员充之）光绪三十三年设。”〔1〕可见修清史稿时的前清遗老并不认为沈家本奏折中所说的“光绪三十年四月一日”所开之馆是修订法律馆，其也认为真正意义上的修订法律馆是在三十三年才成立，这也证实了上文推断时人对三十三年重开前修订法律馆的认识并未脱离原来律例馆的印象是正确的。

清史稿所做的编制人数统计，系根据光绪三十三年十一月沈家本在奏折中所开的修订法律馆办事章程中所列人数而得，〔2〕那么我们来看一下这个章程：

〔1〕《清史稿·职官六》。

〔2〕事实上，修订法律馆编制随着修律事业的扩展而增加，各个时期都不一样。至宣统二年，单参与修订《大清现行刑律》的法律馆列衔人员即有44人，参见故宫博物院编：《钦定大清现行刑律》内附修律人员名单，海南出版社2000年，第5~6页。

第一条 馆中职掌分别三项如左：

一、拟定奉旨交议各项法律。

二、拟定民商诉讼各项法典草案及其附属法律并奏定刑律草案之附属法。

三、删订旧有律例及编纂各项章程。

第二条 馆中分设二科如左：

第一科 掌关于民律商律之调查起草。

第二科 掌关于刑事诉讼律民事诉讼律之调查起草 所有奉旨交议各件及各项附属法随时由二科分任。

第三条 馆中设译书处，掌编译各国法律书籍。

第四条 馆中设编案处，掌删除旧有律例及编纂各项章程。

第五条 馆中设庶务处，掌文牍会计及一切杂务。

第六条 设提调二人，禀承大臣总司馆中一切事宜。

第七条 每科设总纂一人，管理科务，纂修协修各四人，调查员一人或二人，分司科务。

第八条 译书处设总纂一人，译员不设定额。

第九条 编案处设总纂一人，设纂修协修各二人，分司其事。

第十条 庶务处设庶务总办一人，管理文牍会计等事，视事之繁简，得设委员数人，其余各科各处应设书记等员，由提调商同各科各处，禀承大臣酌定。

第十一条 仿照各部设咨议官之例，甄访通晓法政、品短学粹之员，分省延请不必到馆办事，专备随时咨商，俟选定后开单具奏，请旨施行。

第十二条 馆中修订各律，凡各省习惯有应实地调查者，得随时派员前往详查，其关于各地之成例，得随时咨商出使大臣代为调查，并得派员前往详查。

第十三条 馆员编订及调查各件，应随时刊印成书存馆备查，并得择要进呈。

第十四条 以上各条，列举纲要其余办事细则，由提调商同各科各处妥拟呈大臣核定施行。^{〔1〕}

这是重开后的修订法律馆首次提出自己的办事章程，从该章程中，我们可以明确知道修订法律馆的组织设计，已经具备了法律专门化的特征，与原来更多偏向于修书机构的律例馆不可同日而语。何以言之？

第一，就其组织的完善性而言，虽然修订法律馆同样是一个小型机构，但所谓“麻雀虽小，五脏俱全”，其所包含的组织内的部门化和组织的层次性较之前的律例馆更为合理，并且首次实现了组织的部门化分工。首先，就起草法典而言，它已经分设两科，将实体法典与程序法典分开纂次，突出了两类法律不同的特性。其次，就起草新法与改造旧法工作而言，它同样清楚地突出各部门的权利和义务，即两业务科主管起草新法，而另设编案处负责旧法的改造。再次，就组织的层次性而言，它注意到了职能部门和后勤部门的合作，注意到了法典起草部门和法律科研部门的配合，其中职能部门主要有两科（第一科、第二科）、两处（译书处、编案处），而后勤部门则是庶务处。而服务于法典起草和旧法改造部门的则有译书处，它做为一个科研部门和外面的咨议官同样可以给修订法律事业提供学术上经验上的支持。

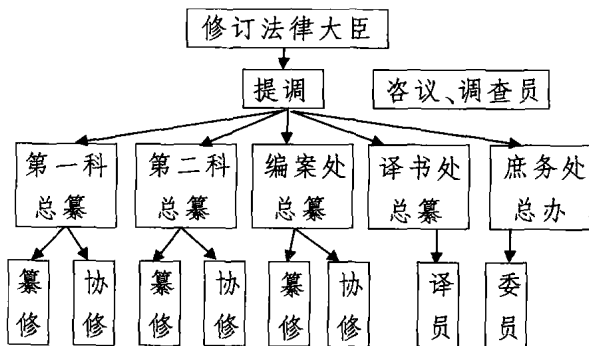
第二，就组织的具体机构而言，修订法律馆基本属于直线职能制组织结构。所谓直线型组织结构，指的是这种组织结构的指挥与管理职能基本上由修订法律大臣自己执行，机构相对简单、职权明

〔1〕《政治官报》光绪三十三年十一月二十一日，第六〇号。

确，但是对于修订法律大臣在管理知识和修订法律专业技能方面都有较高的要求。而直线职能制组织结构则是在“直线制”基础上增加职能管理人员，作为管理方面的参谋，庶几可弥补最高领导修订法律大臣法律知识和管理方面的不足。他们只能对下级机构的工作提出建议和进行指导，但没有决策权，也不能直接进行指挥和命令。这种结构模式的好处是取职能管理人员的参谋之长，而无修订法律权旁落之虞。在修订法律馆这个机构中，同样安排了参谋人员，这些参谋人员就是外聘的咨议官以及外国法律专家。比如光绪三十二年从日本聘来的刑法专家冈田朝太郎，担任法律学堂教习，同时作为调查员参与修订法律的工作，^{〔1〕}且是刑律草案及其他草案主要起草人，但是他始终不是修订法律馆的管理人员，其具备的只是建议指导的参谋作用，最后对形成草案起决定作用的依然是修订法律大臣。而这样的直线职能制的组织结构，在其形成的管理结构方面则呈现出高耸的结构，其特点是管理层次较多，管理幅度小，沟通渠道多。其优点是管理严密，分工明确，上下级容易协调；其缺点是管理层次多而增加了费用，信息沟通时间长。由于管

〔1〕 清末参与修律的日籍专家如冈田朝太郎、松冈义正、志田钾太郎、小河滋次郎等，其在修订法律馆的身份只是调查员，董康曾回忆道：“是年宪政编查馆颁布筹备宪法年限，经王大臣奏请将修订法律馆离部独立，复命法部左侍郎沈家本，大理院正卿英瑞（旋即病故），前陕西巡抚俞廉三，充修订法律大臣，添聘日本法学博士志田钾太郎，小河滋次郎，充调查员”。参见董康：“前请法制概要”，载前揭《董康法学文集》，第232页。之所以未聘任其担任总纂或纂修这类正式修律人员，基于两方面考虑：一是事关朝廷体制和国家尊严，草案不能明确以日人名义起草，而只能由其襄助；另一方面考虑则是修订法律权权力控制的需要，即使在这样一个半科研的立法起草单位，权力思维依然存在。

理严密，容易影响下级人员的满意度和创造性。^{〔1〕} 其结构如下图所示：



由图可知，修订法律馆的这种组织设计一方面便于修订法律大臣严密切控制法律馆，但同时也对修订法律大臣提出了比较高的能力要求；另一方面又为了防止修订法律大臣可能出现的变动，而采取了事先防范，即增大提调作为实际核心管理人员的管理范围，同时设咨议和调查员作为参谋，以备法律馆可能出现的知识上的不足。这样只要作为馆中最高领导的修订法律大臣能够重视属员的能力，爱惜人才，且自身又有卓越的知识水平和管理才能；只要所设

〔1〕事实上，修律的主要成果都是以修律大臣的名义上奏朝廷，下属的劳动成果很难独立受到嘉奖和表彰。比如清末修律的重要骨干成员法部郎中吉同钧在辛亥后就曾做叙事诗回忆自己的修律生涯，满腹牢骚：如以律馆宏开法条改正，既司总纂之官，兼荷编修之命，集历代之旧章，参外洋之新令，辞削冗繁，义求归并，合英法德而贯通，分民刑上而互证，哀成一代良规。藉作千秋法镜，书成归美沈俞，奏御则名徐庆，未升半级之阶，徒积一身之病。此书所谓的“书成”主要指其主要致力修订的《大清现行刑律》，归美沈俞，意指功劳全被修订法律大臣沈家本、俞廉三夺去，奏御则名徐庆，徐指当时军机大臣徐世昌，庆指军机大臣宪政编查馆领导庆亲王奕劻，大清现行刑律是以奕劻为首的宪政编查馆奏进颁行的。由此可知，修订法律馆内下级人员的创造性是受到限制的和满意度是有限的。

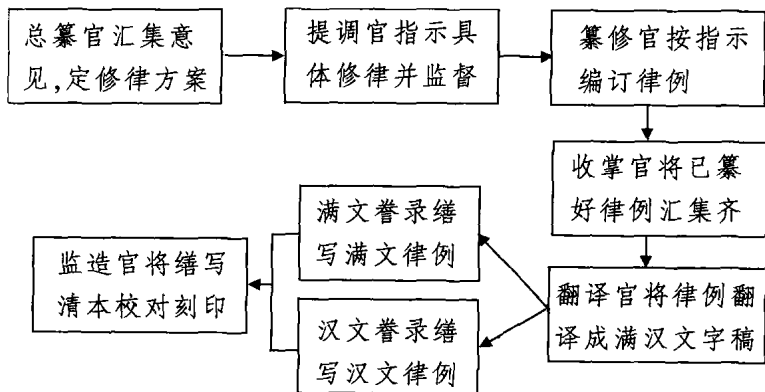
的提调及咨议调查员能够保持长时间的稳定性，那么修订法律馆就能实现良性发展。而后来的实践似乎证明前面两点条件都具备了，沈公的学识和爱才之心，提调董康等人的卓越法学素养，使得修订法律馆这艘小船，在波涛诡谲的晚清政海，还能左右穿梭，走得很远。

第三，就其组织的有效性而言，因为馆中彼此工作任务差异比较大，比如译书处译书工作人员和编案处纂修旧律的工作人员，可能已分属新旧两个思想阵营，所以分属不同的总纂管理，比起直接由修订法律大臣调和其间要有效得多。通常情况下，工作性质越接近，工作任务需要协调的程度越低，工作岗位的接近程度越大，则管理的幅度也就越大，应采用修订法律大臣面面俱到的管理模式，而现在情况正好相反，所以不能用扁平式管理，只能用高耸式模式，修订法律馆所制定的组织机构恰恰就是这种高耸式结构。在此后不足五年的时间里，修订法律馆起草制定删定了这么多成果，效率之高放诸整个二十世纪也是少见的，这不能不说此组织是极其有效的。

第二节 修订法律馆的运作办法

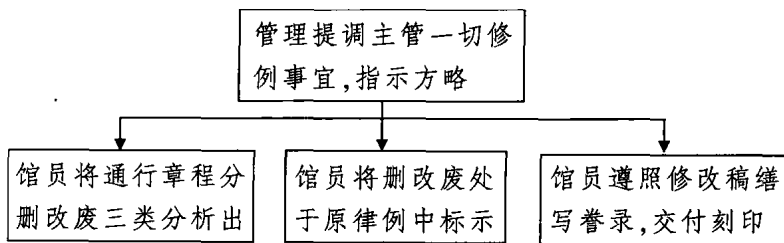
虽然修订法律馆早在光绪三十年四月一日就开馆办事，但如前所述，依然是延续律例馆的模式。而最初专设时律例馆类似于一修书机构，目标很单纯，就是修出《大清律例》，其管理模式是一种“扁平式管理模式”。且更加突出人的作用，而组织的要素体现得不是很明显。其工作流程如下图所示：

《大清律例》编纂流程图



至于后来归并刑部以后，律例馆除了承担修订律例以外，还分担了一部分司法职能，就是稽核律例，解释法律，工作相对比专设时复杂。但就修律这一本职工作上，其组织运作仍然很简单。因为律文不用大改，所以只是将历年所出现的例进行增删，该补的补，该废的废，而刑部每隔一段时间，会将这些变动的例文纂辑成册，名曰：刑部通行章程，等到满五年或者满十年时，对照章程再一一纂辑。具体的方式，我们将在下文“修订律例的方式”中再详细叙述，本节中，我们只是就整体“组织”角度，来看待律例馆的运作。同样，其工作流程可以用图显示：

刑部律例馆修订例文流程图〔1〕



所以不管是专设的律例馆，还是并入刑部后的律例馆，其组织性并不强。即使分科设置，彼此工作的性质差异也并不大，组织所欲达成的目标也很单纯，就是《大清律例》的完善。所以律例馆作为组织的作用并不突出，人员彼此也可以互相替代。直到光绪二十八年沈家本、伍廷芳被任命为修律大臣后，这一情况才开始慢慢变化。光绪三十年开馆之后，就开始修订新式的刑事民事诉讼法和新刑律的工作，工作性质和原来修订《大清律例》有了很大的差别，原有的人员知识体系和组织结构已不敷运用，所以伍廷芳、沈家本奏上的修订律例办法中，也已经有改造组织的味道。董康对沈、伍的办法是这么回忆的：

“复公同议定办法四种：（一）请支领办公经费，由户部月支银二万两；（二）派员至日本延聘顾问，并调查改革之历史及其成绩；（三）设立京师法律学堂，训练法律系各种科目，备施行新律之任使。（四）调留学各国之毕业生。”〔2〕

〔1〕 这个流程更适用于五年一修时，若大修，则还要将每一改动条文呈皇帝御览钦定后重新制版刻印。

〔2〕 董康：“中国修订法律之经过”，载前揭《董康法学文集》，第461页。

但是这个办法直到光绪三十三年九月初五日议定重开修订法律馆时，才真正上轨道。所以我们看修订法律馆的组织运作，无非从运营资金、人才储备、修律方案三个角度来考察，这也是修订法律馆这个组织能真正独立的基础。

一、运作资金

就运作资金来看。有充分的活动经费，是修订法律馆这个组织良性运作的前提条件。自伍廷芳于光绪二十九年十二月七日奏请派员拨款开始，修订法律大臣始终为着资金的问题而奔忙。晚清财政支绌，各部院都为了筹措经费而互相争斗。官制改革之后，财政问题一直没有得到很好解决。^{〔1〕} 由于款项难以到位，为便于统筹起见，各部院都通过考察政治馆奏请加拨各部门经费，其中内阁每年五万、翰林院三万、礼部六万、法部六万、理藩院九万、都察院三万、大理院八万（因属于新开衙门），但尽管加拨了经费，依然有人不敷出之虞。^{〔2〕} 而新独立的修订法律馆要开始运作，也必须加入到争取财政支持的部院行列中。

于是在光绪三十三年十月初二日，沈家本奏上的《奏拟修订法律大概办法》一折中，特别提到了经费的问题：

〔1〕 伍廷芳在修订法律馆成立之前，奏准拨款库平银三万两作为开办基金，但款项一直不足敷用，观修订法律馆馆员吉同钧在开馆后的一篇意见书中的陈述：“职等现在分纂中外刑律比较表，东西俱有成书，列表均不为难，惟西律浩繁，除法国旧例外其余各国法律俱无译本，似应广为译出，以备采择，惟领款无多，译费尚无所出，不得不暂从缓议，事关变法，必立定初基，此后方有条不紊”。吉同钧：“上修律大臣酌除重法说贴”，载吉同钧：《审判要略》（宣统庚戌仲冬）后附说帖。可知经费的紧张，连翻译费用都未有着落。益可见此后能译出大量的中外法律书籍，必须依靠更为有力的经费支持。

〔2〕 《申报》光绪三十三年六月十八日，转引自前揭张从容：《部院之争》（未刊稿）。

“馆中需用经费，宜先筹定也。开办用款，如建设馆舍，添购书籍，印字机等项，核实估计需用银二万两，常年用款如调查、翻译、薪水、纸张、印工饭食等项约计每年需银十万两，库储支绌，臣等固所深知，但使可从简略，詎取稍涉铺张？惟是立法事宜，关系全国，既非一手足之烈，亦非一朝夕之功。所有需用经费，均系再三确核，力求撙节，无可再减。拟恳天恩飭下度支部照数拨给，俾臣等有所藉手，用竣后开单奏销咨部备案。”〔1〕

从这一奏折来看，此前沈似乎向度支部请求拨款过，就开办修订法律馆，硬件建设需要用银二万两，而维持常年运营则需要十万两。但度支部没有同意，以“国库支绌”，并认为沈的要求太过夸张有“狮子大开口”之势，遂拒绝拨款。沈家本等于是上奏此折，并将之作为修订法律大概办法之一，请朝廷加以考虑。朝廷将此项要求再交度支部议复。度支部奉旨，在十一月初四日给予答复，内称：

“臣等伏查光绪二十九年十二月间准修订法律大臣奏请由部每年拨给经费银三万两，经臣部议复，以开办伊始，用款较多，嗣后此项经费，当按年递减，不得岁以为常，奏准行知在案。所请常年经费十万两，并无预算清单，为数亦未免过巨。近来经费支绌，新添各衙门经费，业已竭蹶不遑，然以各部院事务之繁，用人之众，每处不过数万两，现在庶政待兴，无事不需经费，若偶举一事，动需巨款，实属难于应付，且气禀称事，古有常经，似未便概以优给薪水为词，致滋靡费所有，此

〔1〕《政治官报》光绪三十三年十一月初二日，第四二号。

项常经费，拟请照前次修订法律成案，每年由部拨给三万两，由该大臣等撙节动用。至开办经费一节，本为前次修订法律所无，惟前修订法律，系用刑部法律馆，并未另行购造，此次所请建设馆舍、开办经费银二万两，核与前次情形不同，自应由臣部照数拨给，以资开办。”〔1〕

依度支部的考虑：以前伍廷芳、沈家本早在二十九年十二月间已经请求拨过款了，每年经费银三万两，现在只不过是將法律馆从刑部分出，无非是建造几间馆舍、添置数件器具而已，常经费何至于一下子增加七万两？何况，沈的理由只是优给薪水，而我大清官员是要禀承前代气节的，哪能动辄要钱？于是度支部只允给予开办经费银二万两，常经费银依然照原三万两支出，拒绝了沈的请求。拒绝理由似乎也是冠冕堂皇：第一，修订法律馆没有制订经费预算册；第二，希望修订法律馆考虑国家财政困难，节约用钱，并用精神力量鼓励属员，气禀称事。可见在度支部的意思中，修订法律馆与除了离部独立外，与过去没什么不同，无需增加经费。对于这样的议复，朝廷下答复：“奉旨，依议”。是以修订法律馆一开始就在资金方面遇到了挫折。

既然朝廷已经准度支部奏，似乎一时半刻也无可奈何，于是沈家本只能上奏：“馆事繁重，请仍照原请数目，每年拨给经费三万两。如所请行”。〔2〕李贵连先生可能依据《实录》中此条，认定“最后，沈家本不得不主动请求减少到三万两，才使法律馆得以运转”。继而断定：“这笔经费，既要支付高薪聘请的日本专家，又要高薪挽留任职法律馆的留洋学生，还要支付前往日本考察司法，以及国内派往各省调查民情风俗商事习惯人员费用，等等，即此已

〔1〕《政治官报》光绪三十三年十一月十日，第五〇号。

〔2〕《清德宗实录》卷五八二，第703页。

是焦头烂额。”^{〔1〕} 似乎法律馆岁营运银只有这三万。李先生还认为董康的回忆“法律馆经费，由户部月支银二万两”是误记，真实情况是“恐怕是岁支，而不是月支。”^{〔2〕} 从后面修律的种种迹象表明，修订法律馆的经费的确很紧张，似不敷足用，但认为法律馆运营仅凭这区区三万两的年收入即可支持，则断非其然。

事实上，沈家本上奏拨给经费三万两之后，很快在光绪三十三年十一月十四日又上一折奏明开馆日期，并拟定办事章程。在交代完修律之困难与任务之艰巨之后，沈还附带上了名为“修订法律大臣奏馆事繁重恳照原请经费数目拨给折”，这一折则是专门为了解决经费困难而上的。原折照录于下：

“奏为馆事繁重，恳恩飭部仍照原请经费数目按年拨给，以资措办恭折仰祈圣鉴事：窃准度支部咨称本部议复“修订法律大臣奏请拨修订法律经费”一片，于光绪三十三年十一月初四日具奏，本日奉旨，依议，钦此。抄录原奏咨行到馆，查原奏内称光绪二十九年间准修订法律大臣奏请由部每年拨给经费三万两，经臣部议复，以开办伊始，用款较多，嗣后此项经费，当按年递减，不得岁以为常，奏准行知在案。所请常年经费十万两，并无预算清单，为数亦未免过巨。近来经费支绌，新添各衙门经费，业已竭蹶不遑，然以各部院事务之繁，用人之众，每处不过数万两，现在庶政待兴，无事不需经费，若偶举一事，动需巨款，实属难于应付，且气禀称事，古有常经，似未便概以优给薪水为词，致滋靡费所有，此项常年经费，拟请照前次修订法律成案，每年由部拨给三万两，由该大臣等撙节动用各等语。

〔1〕 参见前揭李贵连：《沈家本传》，第270页。

〔2〕 参见前揭李贵连：《沈家本传》，第207页。

伏思部臣慎重库储，援案办理，臣等何敢再事渎陈，惟此次宪政编查馆奏请派大员修订法律，臣等猥以菲才，奉命专任所有编纂民律、商律、民事诉讼刑事诉讼律及附属各法，以三年为限，草案一律告成，在他国皆经数十寒暑之编纂，全国学者之讨论，方能折衷至当，纂辑成书，事体之繁博若此。迫以期限，竭蹶图成，实非偶举一事可比。臣家本等前修刑律，虽曾奏明拟聘洋员，卒以限于经费，未能以重金专聘，迄今疚心，此次修订民商各律，范围甚广，设仍因陋就简，无一外国法律专家随时咨问，仅恃翻译，何能自信？此项经费，用以延聘三四人计之，为数至巨，调用人员非多得通晓中外法政之人不足以资商榷，其取材不外内外各署刑官及留学各国毕业学生，从前臣家本在刑部侍郎任内所调多本部司员，情谊夙孚，故乐于从事，而真能专心致志者，人亦无多。此次臣等专任修律，在馆供差，人员分科治事，各有责成，而非如各署之有补缺升转保列京察酌派优差之可资鼓励，庸陋者未能滥任。明政者多不愿为，用人之难，众所共见，至调用留学各国毕业生。前数年未设新部，未改官制，招致尚易，近来各部院无不破格礼罗补官，至易人情不甚相远，舍彼就此，恐非有志功名者之所愿。而臣馆所办事宜，如调查起草翻译编纂，皆非素有学力而兼能刻苦者，难以胜任，又非若各署用人之可以兼收并蓄也。选择加严，而奖励无具，欲人之屏弃一切，累岁经营，恐不易言优给薪水，实系万不得已之办法，且亦不能较各署津贴加多，重禄劝士，古训昭然，何敢稍滋靡费？臣等修律宗旨，恪遵圣训，参考各国成法，体查中国礼教民情，非派员分赴各省各国，详细考察，所谓参考体查。墨守陈编，终难徵信，民商习惯，中外异同，因时因地之各殊见异闻异之不一，必先求了然于心，则损益变通，方免指摘冥行之谓。詎敢只图节省，稍涉敷衍？此项费用用数甚繁多。翻译各国法律书籍，臣家本

前仅修订刑律一门，已觉简册浩繁，译不胜译，今广之以民商各律，待译之书，多至数倍所需之费，即较前加增立法事，臣没以惜费之故，扞格难通，他如书记写资印刷纸张一切杂项，向视编译之繁简为增减，皆与前修刑律多寡不同，以上各端，均属实在情形。臣等拟请经费，委系再三确复，无可减省。谨将预算各项费用，缮单恭呈御览，仰恳天恩，飭下度支部仍照臣等原请经费数目，按年拨给，俾资措办缘由，谨缮折具陈，伏乞皇太后皇上圣鉴，谨奏。”〔1〕

在此折中，沈备述办事之艰难，针对度支部的观点，一一加以驳斥。

首先，针对度支部认为修订法律馆只是偶举一事（意指修订《大清律例》）的说法，沈认为如今的法律馆已非昔日之律例馆，不仅要修订旧律，而且还要肩负许多新律的起草工作，任务重，事情多，断非一事可以涵盖。

其次，针对度支部号召的要官员发扬奉献意识而不凭借优给薪水的提议，沈则认为以前凭借自己是刑部官员的老关系，又是在设于刑部的法律馆办事，所以可以凭借友谊来号召属员从事修律事业而不大计较报酬。如今用人不比往日，为慎重修律起见，不得不聘用外籍专家，他们与己本无交情可言，欲其为我所用，非重金礼聘不可。而各属刑官及留洋归国法律人才，本已是十分紧缺的专业人士，以前部门不多，因循办事，尚可以低待遇引进，如今各部院都在招兵买马，且本修订法律馆比起各部院衙门还有一个天然劣势，即本馆更多是一个科研机构，官员升迁途径少速度慢，不像别的部院常可以补缺保举升迁，作为属员的另外一种待遇，这样修订法律

〔1〕《政治官报》光绪三十三年十一月二十一日，第六〇号。

馆要想聚拢高素质人才，只剩一法，高薪罗致。

再次，针对度支部认为法律馆可能稍滋靡费一节，沈认为派员对内对外调研考察、翻译书籍以及其他相关费用的支出，属于合理使用经费，不能光顾节省，徒致修订法律质量降低。

总之，只有遵循古训“重赏之下，必有勇夫”，该省则省，该费则费，修订法律馆才能正常良性的运行。

为了预防度支部再以修订法律馆无经费预算单为由而拒绝请求，修订法律大臣还附带着奏上经费预算单，该单比较详细的给出修律馆各处室、各项工作所需用银数目：

1. 大臣办公经费并聘用外国法律专家三四员，提调二员，总纂、总办共五员，纂修十员，协修十员，分理文牍会计杂务各员，薪水每年约共需银四万七千六百两。以上各项细数，须俟开馆数日量事计资。现尚未确定，大致以聘用外国法律专家一项为最巨之款，此外均竭力求省，以杜虚靡。

2. 派员分赴各省各国调查民商习惯、各国现行法制，每年约需银三万两。各国立法之初，最重实地调查，所费至巨。中国现定民商各律，应以调查为修律之根柢，此事极有关系，碍难省费。

3. 翻译东西各国最新法律及各种参考书籍，计字给费，每年约共需银八千两。各国法学家穷年研究，学说日新，随时择要翻译，以供博采而免袭旧，购买东西各国最新法律及各种参考书籍，每年约共需银五千两。

4. 各国书籍以后出为贵，非随时求购致恐株守陈言，虚耗译费，刊印馆中编译书籍及调查各件，印刷工本费每年约共需银四千两。

5. 馆中饭食一切杂用，每年约共需银三千两，编译稿本，纂辑报告及办理文牍一切纸张，每年约共需银二千两。

6. 书记抄资每年约共需银一千七百二十八两。

7. 丁役茶役工食约需银四百八十两。

以上通共约计每年需银十万零一千八百零八两。^{〔1〕}

可见，沈家本这个奏折考虑比较严密，提出要求的理由也非常充分，对度支部之前据以拒绝的理由一一加以驳斥，并诚恳地阐释说明。在这种情形下，很快朝廷下旨：“着照所请该部知道单并发，钦此”。故而，最后的结果，是修订法律大臣争取到了经费。所以，李贵连先生所认为沈家本“主动减少到年支经费银三万两”，应该是沈在度支部议复拨款的请求后并得到皇帝允准后，而修订法律馆尚未制定出预算或草拟好前述“奏馆事繁重恳照原请经费数目拨给折”前，所做的一种应对策略。更何况在皇帝已经允准度支部的答复，如修订法律馆遽然请求改变皇帝的决定，必碍天威颜面，于争取皇帝的支持，有何裨益？只有在一切准备完毕，并先已备述修律之重要和困难后，再请求度支部拨款，成功的可能性才大。这也体现出了修订大臣作为组织领导人一贯的沉稳作风。

更确切的反映修订法律馆这个组织的资金运作方式的，莫如其《法律馆月份支出清册表》及《预算报告册》。

先来看《法律馆月份支出表》，如今藏于第一历史档案馆内的修订法律馆月份支出清册表记录了光绪三十三年十一月、十二月与光绪三十四年全年的月份经费支出状况。惟三十三年十一月份与十二月份的支出清册，已经残缺不全，仅列条目，而无具体收支。但光绪三十四年全年的每月支出清册保存完好。我们仅以光绪三十四年正月的支出数目为例：

〔1〕《政治官报》光绪三十三年十一月二十一日，第六〇号。

法律馆月份支出清册表 (以光绪三十四年正月为例)⁽¹⁾

额 支 共三千 九百八 十四两	公 费	大臣二人一千两
	薪 水	提调二员 四百两
		第一科各员 八百二十两
	共二千 九百五 十六两	第二科各员 一千一百二十两
		编案处各员 二百七十两
		庶务处 二百三十两
		书记处 一百十六两
(额支)	工 食	堂丁二名 八两
		门丁一名 四两
	共计二 十八两	茶役一名 四两
		更夫一名 四两
		信差二名 八两
活 支 共二千 三百三 十九两 三钱	调查	东洋调查各员 二百九十两八钱
	购书	《大清律》四十部 二百两
	译书	东西文译费 三百八十八两一钱
	工程	建造馆舍 续支一千两
		购置器具 二百十两
	印刷	修整印字机器 二十一两九钱
	杂项	笔墨纸张 四十二两
		茶叶油烛 十九两三钱
		火食 一百三两三钱
		煤炭 三十八两
各项杂支 三十三两一钱		
合计正月支出		六千三百二十三两三钱

〔1〕《法律馆月份支出清册表》，参见第一历史档案馆修订法律馆全宗，档案号10，第16包。

累计：光绪三十四年整岁收入：（二两平银库平银）十万五千一百六十八两五钱六分；支出：九万三百九十一两二钱一分，略有节余。

当然清册表中，每月支出不等，在六千五百两至一万两之间。就额支而言，包括三项：公费、薪水和工食。公费，即两修订法律大臣的工资，常年不变。薪水为法律馆修订法律人员的工资，各人固然不变，但总量每月均有变化，主要在于人员有增减。如二月份，编案处各员的薪水总额增加到六百七十两，显然二月份编案处又增加了新成员。而三月至该年年末，法律馆增加提调上行走一员，月薪为二百两。此外工食人员数量也略有差异。

而活支，则变化较明显，比如在该年七月，总支出陡然增加到银一万一百零一两七钱五分，除了在额支中增加了一名总核，需要支付薪水一百二十两外，在活支项目中的“购书”一项，就支出了二千四百六十九两六钱一分，较正月多了整整十倍还超出四百多两，何故？原因在于此月法律馆向德国邮购了一批书籍，无论是书价还是邮费，都大大高于购自国内或者购自日本书籍所需要的用费。

再来看《法律馆试办宣统四年岁入预算报告册》^{〔1〕}内开：本馆常年经费自光绪三十三年十一月十五日起扣算，一年由度支部拨送（二两平银）十万一千八百八两，合库平银九万五千二百九十二两二钱八分八厘，每年按二五八冬月分季具领。分为：

- | | |
|-----|----------------|
| 第一目 | 二万三千八百二十三两七分二厘 |
| 第二目 | 二万三千八百二十三两七分二厘 |
| 第三目 | 二万三千八百二十三两七分二厘 |

〔1〕《法律馆试办宣统四年岁入预算报告册》，参见第一历史档案馆修订法律馆全宗，档案号10，第15包。

第四目 二万三千八百二十三两七分二厘

这个预算报告册是宣统三年制定为翌年支取银两所用，但本年即爆发辛亥革命，翌年宣统退位，国祚变更。此报告册很明显地反映了自光绪三十三年十一月开始直至清室覆灭，修订法律馆的经费始终是拨到位的。

根据以上修订法律馆档案中提供的预算报告册和支出清册表，我们可以得出，法律馆一年即便再怎么节约，也不下于九万两，那么李贵连先生所认为的一年三万两经费，无论如何是难以维持整个法律馆运行的。即便如此，我们仍然不能说法律馆经费很充裕。比如聘用三位日本专家，据学者考证，聘用松冈义正，月薪为八百银元；聘用志田钾太郎，月薪为九百五十银元；聘用冈田朝太郎，月薪则为八百五十银元。^[1]而清代的度量衡制度主要是“库平银造制”，一锭银为标准制二两，与明代基本相同。一斤约等于国际标准制的六百克（五百九十七克多点）。这套度量衡制度如今在香港、新加坡等地还残存，如香港、新加坡等地黄金的计量单位“两”、“钱”就是用库平银造制的计量单位。一“两”相当于国际标准制三十七点五克，一“钱”相当于国际标准制三点七五克。^[2]一元银元重库平银七钱二分，含银量为百分之八十五。如此以上三位法学家的薪水换算成银子则分别为五百七十二两、六百八十四两、六百零二两，均高于修订法律大臣的工资。光三人一个月即要用去近一千八百两，一年则要花去两万多两。剩下其他这么

[1] 参见〔美〕任达著，李仲贤译：《新政革命与日本·中国，1898~1912年》，江苏人民出版社2006年版，第181~183页。

[2] 宣统二年四月十六日，度支部正式奏进“厘定币制酌拟则例折并单”，其中第四条规定：银币重量成色如左，一元银币，重库平银七钱二分，合纯银九成计六钱四分八厘。据此可以推算出银元与银两的换算值。参见《政治官报》宣统二年四月十七日，第九二二号。

多项目，都需要银子，可以想见法律馆并不是非常宽裕。

但不管如何，经过修订法律大臣的努力，经费还是源源不断的拨到修订法律馆，虽然还是得节约着用，但比起三十三年重开之前以及同时期其他某些部门，法律馆经费已经算是充裕的了，而如前所述，充裕的经费是法律馆运作的命脉。

正是在这样的情形下，法律馆在清末最后五年的修律活动中，先后修订出了刑民商诉讼等各种法律或者法律草案，从而改变了传统法律体系之主体部分，其首要的原因就在于经费的保障。同时，也证明了清政府的确非常看重修订法律馆的作用，在财政困难之际，依然对修订法律馆给予了足够的支持。

二、人员的配备

一个组织运作平稳与否，前提条件是要有充足的经费，此点已如上述得到了解决。接下来的关键问题是组织成员的得力与否，毕竟人是主体。通过组织整合，将最适合某种岗位的成员配备到此岗位上，人尽其才，会产生整体的组织效应。组织得好，则优于组织成员各自发挥出的能力的总和。在管理这个组织时，伍廷芳、沈家本都能合理配备人才，保障修订法律馆顺利运作。

修订法律馆重开以前，尽管修订法律大臣也陆续调用了一批人才，^{〔1〕}但因为处于预备立宪前后，又先后遭遇管制改革、部院之争，以至人心浮动，所以还没有真正形成团体观念。重开后，修订法律大臣借鉴此前修律过程中的经验和教训，开始了新一轮的人员

〔1〕 如董康在回忆前清修订法律的经过时曾提到：“调留学各国之毕业生，如江庸，王宠惠，丁士源，陈策，朱献文皆负优秀之物望者，亦蒙俞允，为延顾问。”参见前揭《董康法学文集》，第461页。惟董康是江清末修律作为一个整体来回忆的，所以期间的具体时间记忆不甚精确，但有一点毫无疑问，即在伍廷芳尚未离任前，已经向朝廷奏请调派精通东西法律的留学生了，只是前期人员归国者较少，但这个过程一直在进行，重开后更为重视此事。

调配工作。

在光绪三十三年十月初二日，修订法律大臣沈家本奏上的“修订法律大概办法”一折中，就提到了人员的问题：

“任用编纂各员，宜专责成也。宪政编查馆原奏内称分派提调纂修等员及延聘东西法律各家各节，应俟开馆后由该大臣的等拟具章程，奏明办理等语，臣等悉心酌核，拟设提调二员，由臣等督飭筹办全馆事宜，一俟慎选得人，开单请旨简派以昭郑重。此外纂修协修各员，容臣等甄择通才，奏调到馆，任用之。方以明定课程，优给薪水为主，总期有专责而无冗员，庶收指臂之助，聘用外国法学专家，未可轻率，自当妥订合同，以防流弊。至体察中国礼教民情，所包者断非臣等之孤陋所能自信，拟略仿礼学馆章程分省延聘咨议官待以宾师之礼，用资受教。”〔1〕

在这个办法中，修订法律大臣认为馆中人员的组成应分三个层次：

第一，应有统筹全局之才，这就需设提调，其对组织的作用是在修订法律大臣的督飭下，“筹办全馆事宜”。

第二，应有各职能部门的专才，这样任用之后才能形成“有专责无冗员”的组织人员结构。

第三，应有参谋顾问之才，他们对组织的作用在于“用资受教”。

〔1〕《政治官报》光绪三十三年十月八日，第一九号。

三个层次的人才地位是不一样的，第一个层次是日常管理人员，第二个层次是核心职能人员，第三个层次是技术辅助人员。

在制定办法后，沈家本即开始物色各层次的合适人员，先从提调开始，很快，在光绪三十三年十月二十日，沈即奏上“选保法律馆提调人员”一折，内称：

“伏思馆中事务繁重，需才众多，必有提纲契领之员，方能有条不紊。臣等悉心甄选，查有法部右参议王世琪守洁才优，德性坚定，所有核订办事规则，考查馆员勤惰，综理出入款项，责一手规画，必能措置裕如，众心悦服。候选道法部候补郎中董康，治律精专，勇于任事，所有详定编辑条例，审查翻译稿件，博核各国法典，责令壹意经营，必能殚见洽闻，折衷至当。以上二员，均为臣馆必不可少之才，合无仰恳天恩，逾格特予简派臣馆提调差使，该员等益深感激之忱，即臣等籍收匡襄之效，其有裨于馆事者，实非浅鲜。王世琪现任法部右参议，赞理司法事宜，正资得力，如蒙恩派充臣馆提调，拟请不开本缺，照常升转。部务需人，臣等亦所深悉，自应统筹兼顾，以其用尽其才。”〔1〕

自此，提调已经确立，即王世琪、董康。从奏调的两位提调的禀赋上，可知修订法律大臣在物色提调时也考虑到了提调的分工差异。即两人主管的业务各不相同，这样可避免领导馆务权限不明之虞。具体而言，王世琪主要分管修订法律馆内的行政事务，举凡核定章程、考核馆员、经费管理、后勤保障，都在其负责范围之内，用的是其行政才能；而董康则主要分管修订法律馆内的科研事务，

〔1〕《政治官报》光绪三十三年十一月初二日，第四二号。

举凡制定修律计划，审查译稿、稽核各国法典，都由他负责，用的是其学术才能。这两提调的选择，充分突出了修订法律馆是一个集行政、科研于一体的特别组织之特性。当然这一分工并不意味着王的法学才能或者董的行政才能就低，事实上王的法学才能也久为法部上司所赏识，〔1〕之所以如此配备，是看重各自的比较优势。〔2〕

在确定完提调人选之后，紧接着修订法律大臣又奏调编纂人员：

“伏念编纂法典，事务浩繁，凡参考各国成法，体察中国礼教民情，穷源竟委，义例纷如，非多得明达之才，不足以资商订。臣等公同考察，就平日所知，证以时论。查有：

大理院刑科推丞	许受衡
（大理院）民科推丞	周绍昌
署民政部参事	章宗祥
大理院推事	王仪通、姚大荣
（大理院）署推事	尚廉
民政部郎中	陆宗舆
前学部参事	陈毅
大理院推事	金绍城

〔1〕 一年以后，法部尚书戴鸿慈在保荐人才时，曾经这样评价王世琪：“臣部左参议王世琪谙练精详，气度深稳，以进士观政刑曹，究心法律，为尚书薛允升所契赏，历充秋审处坐办、律例馆提调。”参见戴鸿慈等：“荐举人才折”，载《政治官报》光绪三十四年三月十九日，第一七〇号。观王世琪曾任律例馆提调，便可知其法律素养较高。此后，王更是充任大理院总检察厅厅丞等职。

〔2〕 另有一层考虑，董康当时衔职为法部候选郎中，即在法部无专职，所以从事行政领导，恐资历尚浅。而王则已经有一定地位，属于法部专职人员，故担此任较之董更为合适。而正因为修订法律馆还是一个学术性机构，所以董以一候补郎中尚能担任提调，完全在于其较高的法律素养。

署大理院检察官	熙楨
法部员外郎	吉同钧
外务部主事	曹汝霖
农工商部主事	吴振麟
法部主事	顾迪光
内阁中书	范熙壬
知府用安徽试用知州	谢宗诚
拣选知县留学日本毕业生	许同莘
知州用优贡知县	严用彬
大理院行走法政科进士	李方、章宗元
大理院行走、分省知县、留学日本毕业生	江庸
大理院行走、留学日本学生	汪有龄
法政科进士	程明超
法政科举人	高种
留学美国毕业生	严锦荣
留学英国学生	王宠惠
留学法国学生	陈箴
留学日本学生	朱献文

以上各员并留学各生或法学精研，或才识优裕，均与臣馆办事相宜，拟请调归臣等分别任用，如蒙俞允，俟该员等到馆后各就所长，量才任事。取之既不拘一格，用之务各尽其能，期收群策群力之效，除查有应行续调之员，随时奏咨立案外，所有拟调通晓法政人员缘由，谨恭折具陈伏乞皇太后皇上圣鉴，谨奏。”〔1〕

〔1〕《政治官报》光绪三十三年十一月初二日，第四二号。

此奏呈上后，朝廷准奏，如此从管理人员到编纂人员，均有人选。惟其时修订法律馆还没有开张，章程也还没有制定下来，所以对编纂人员的职位分配还没有最后确定。不过钱、物均已有着落，于是一周后，独立的法律馆就顺利开张了。

这些人才中的绝大多数后来成为了清末修订法律的中流砥柱，我们来看后来法律馆在从事《大清现行刑律》中对犯奸一罪的“律文修改稿”内开列的衔名：^{〔1〕}

“修订法律大臣沈	六月十八日
修订法律大臣俞	六月十九日
第一科纂修	朱汝珍
编案处纂修	谢宗诚
庶务处总办	王式通 ^{〔2〕}
第二科总纂	汪荣宝
编案处总纂	吉同钧
提调	章宗祥
提调	董康
提调	王世琪
提调	罗维垣
总核	何汝翰
第一科总纂	许受衡
译书处总纂	周绍昌

〔1〕 参见“犯奸律文修改稿”，第一历史档案馆修订法律馆全宗，档案号10，第2包。据列名日期当为宣统元年六月。

〔2〕 “王式通”即为上文所说的“王仪通”，因此年已为宣统元年，帝讳“溥仪”，为避御讳，遂改名“王式通”。“公王氏讳式通，原讳仪通，清宣统初避御名改焉，字志龢，号书衡，又号撫庐。”参见署名为“瑞安孙敬撰”：“王公志庵先生传”，载王式通：《志庵文稿》。

编案处纂修

姚大荣

编案处纂修

许同莘

编案处协修

吴尚廉。”

可见，其中骨干力量基本都是彼时奏调进来的。当然也有一些人员并没有遂修订法律大臣的心意调入馆中，有两个原因：其一，前面述及，官制改革后，各部院都在进行人事建设，纷纷招揽人才。即使法律馆职位只是个兼职，依然有一些部院领导因为各种原因，不愿部门人才为他人所用。^{〔1〕}其二，有些人员，只是因为在国外已负盛名，法律馆闻名欲延揽于门下，但这些人才始终没有参与到修律事业中。^{〔2〕}但不管如何，修订法律馆就人员的配备上，

〔1〕 比如，前述修订法律大臣奏调内阁中书范熙壬、留学日本学生朱献文充修订法律馆馆员，不及一月，光绪三十三年十一月十五日，学部就奏上“学部奏内阁中书范熙壬等仍飭赴东就学片”，内称：“再臣部准法律馆咨称该馆奏调通晓法政人员一折于十月二十日奉旨依议钦此。查原奏所陈调内阁中书范熙壬，留学日本学生朱献文二员，均系于二十九年十一月经前学务大臣奏请派往日本游学，期以七年为率。奉旨允准在案。计该生等自出洋至今，甫及四年，尚未毕业，若遽奉调回国供差，势必半途辍学，查七年学期已历四年，为数逾半，学资已深，今忽改职业，前功尽弃，殊为可惜。若此风一开，纷纷改途见异思迁，必致游学数千人中竟无一高等及大学毕业之士，其有妨人才之成就，实非细故也。且遣派该生等出洋游学之原奏中声明系因教习之材，派出洋肄习专门以备教习之道，是该生等毕业之后，亦应从事教育以尽义务，方于国家不惜巨款以培师资之意相合。臣等现拟咨行该馆，仍飭令该生等前赴日本就学以符奏案，谨附片具陈，伏乞圣鉴”。同日朝廷俞允。参见《政治官报》光绪三十三年十一月二十三日，第六十三号。故范、朱并未很快往法律馆就职。直到宣统三年修订民律时，朱献文才加入修订法律馆。

〔2〕 最典型的例子就是王宠惠，遍查王宠惠的资料，未发觉其于清末修订法律有何关系。且王一直在外国留学，之所以为法律馆侦知，笔者推测因王于光绪三十三年间“将德国民法译为英文，为英美各大学通行之教本”，故名闻遐迩。而王于宣统三年，“辛亥革命之前两周，先生由欧返国。”故不可能参与修律。参见谢瀛洲：“王宠惠先生传略”，载王宠惠：《困学斋文存》，（台北）中华丛书委员会 1957

基本上汇集了当时国内最优秀的新、旧法学人才。

法律馆奏调进一些骨干力量后，随即开馆办事。但并没有停止人才引进，在此后的修律岁月中，法律馆始终高度重视组织的团队建设。翌年（光绪三十四年）的五月二十五日，为了筹划即将开始的法律起草调查活动，沈家本又奏“调员差遣片”，内称：

“再臣馆编纂民商各法期迫事繁，需人佐理，查有前任汝宁知府罗维垣曾充刑部律例馆提调，法律馆总纂，精专法学，融会贯通，翰林院编修朱汝珍曾充任法律馆纂修，前经学部派往日本研究法政，博考详征，学有心得，分省知府、前内閣候补中书朱兴汾家学渊源，通晓时政，以上三员，拟请调归臣馆差遣，以资得力。罗维垣系开缺另补之员，应照该省照章补用，朱汝珍升转，一切应由本衙门循资办理，如蒙俞允，即分别咨行遵照，谨附片具陈，伏乞圣鉴。”^{〔1〕}

在此后的调查、修订法律的活动过程中，此次调入的朱汝珍等发挥了重要的作用。以上所调的人员大多为第二个层次的人才，即编纂人才，这些人员是法律馆日常工作人员。此外，为了提高修订法律工作的质量，修订法律大臣还时时关注法律馆咨议、顾问、参谋人

年版，第187~189页。再一证据系董康在日记内陈述，其在1927年3月4日（二月初一日），在日本访问清末曾经在修订法律馆帮同起草法律、时任日本大审院部长的松冈义正，松冈曾对董言及其荷兰国际法院晤一中国学者，兼通德、法语，法律头脑至敏锐，仿佛未驻比公使，问董康何名。董曰公使中遽于法学者颇鲜，此必为评论德国民法之王宠惠君，其时充国际法院候补法官，乃世界法学家之前茅。松冈闻董言，“其始恍然。”参见董康：《书舶庸谈》卷二，辽宁教育出版社1998版，第26页。试想松冈在修订法律馆4~5年，如果王宠惠曾在馆中服务，何至于两人素不相识？则由此推及，此处奏调名单中亦有不实际到馆者。

〔1〕《政治官报》光绪三十四年五月二十八日，第二三八号。

才。外国专家另当别论，就本国法学人才而言，法律馆奏调咨议官最多的一次，是在光绪三十四年的十月四日。在奏折中，修订法律大臣说明调员派充咨议的目的：

“如蒙俞允，即由臣等分别照此后遇有应行筹议之事宜，随时咨访以资赞助。该员等于法制要端、风俗习惯，各当报告条陈，用备参考，立法事巨，总期广益集思，折衷至当，藉以仰副朝廷通变宜民之至意。”〔1〕

此次奏调的人才开单如下：

“内阁候补侍读	梁庆桂
翰林院编修	胡峻
翰林院编修	邵章
翰林院编修	陈敬第
翰林院编修	谭延闿
翰林院检讨	林步随
翰林院检讨	金邦平
翰林院检讨	唐宝锜
翰林院庶吉士	林世焘
掌安徽道监察御史	黄瑞麒
外务部郎中	陈懋鼎
吏部左丞	宝铭
民政部左参议	延鸿
民政部右参议	汪荣宝
民政部郎中	王守恂

〔1〕《政治官报》光绪三十四年十月初四日，第三七〇号。

度支部左参议	曾习经
礼部右丞	刘果
学部左丞	乔树枏
学部参事官	林荣
陆军部军学司司长	良弼
陆军部军法司司长	丁士源
法部左丞	曾鉴
京都高等检察厅监察长	徐谦
法部参事	潘元勅
法部员外郎	任廷颺
法部员外郎	麦秩严
法部员外郎	姚晋昕
法部主事	饶叔光
在任候补参议农工商部郎中	胡祥镕
邮传部佥事	陈毅
大理院推事	史绪任
开缺大理院总检察厅厅丞	张成勋
前民政部右参议	吴廷燮
候补四品京堂	陆宗輿
前刑部郎中	伍兆鳌
陕西潼商道	齐普松武
陕西陕安道	沈潜
甘肃新疆阿克苏道	杨增新
奉天候补道	齐福田
直隶试用道	王学曾
江苏奏留补用道	朱恩缙
广西补用道	汤鲁璠
直隶候补知府	张一麀

前河南候补知府	傅钟沅
奉天署义州知府	金衍海
补用知县	陈汉第
北洋法政学堂监督	黎渊。 ^{〔1〕}

以上当然不是修订法律馆所有的人才清单，但最核心成员都已涵盖在内。我们仔细考察修订法律馆的人员配备，会发现有三个特点：

第一，人员多系兼职。来自各个部院，即使没有实缺，也要挂一个候补、署理的名分。只有法政科进士、举人、留学外国的学生没有官衔，但亦多系在国外求学，实际尚未到馆。这个与修订法律馆机构性质相关。虽然已经离部独立，但实际上朝廷对法律馆的机构性质并没有界定清楚，在朝廷的观念中，修订法律馆是属于特事特设的一个组织，事情结束后迟早要裁撤或者归并掉的。故这个组织虽然也有类似于行政机关的建制，但却并没有很强的行政上下级划分，其主要任务是修订旧律、起草新律，与公共行政管理也无涉，所以无法像其他的行政主体一样定品秩，换言之，虽然在修订法律馆中，提调有管理总纂之职，但在大清帝国的官员品级中，总纂并不一定低于提调。如上文中担任第一科总纂的许受衡，其官秩为大理院刑科推丞，品级为正四品；而提调之一的董康，只是法部候补郎中，品级为正五品。^{〔2〕}是总纂还比提调高一品，所以不能用一行政单位来衡量法律馆；其上下级关系是更多是一种指导关系。那么是否可以视为一司法机关呢？的确，重开后的修订法律馆也继承了当年刑部律例馆某些司法解释职能，比如宣统三年八月十二日，法部就曾发片至法律馆，请求修订法律大臣议复广东提法使

〔1〕《政治官报》光绪三十四年十月初四日，第三七〇号。

〔2〕关于清代中央机关的文武品级，参见张德泽：《清代国家机关考略》，学苑出版社2006年版，第315～323页。

(由原提刑按察使改)提出的妇女犯流罪是否必须收习艺所办理等问题。^[1]是可证明法律馆除了修律外,还要进行法律解释,以配合司法部门的法律适用,是该机关又有准司法的特征。但修订法律馆却没有司法权限,这点早在宪政编查馆议复前述张仁黼、戴鸿慈等人的修订法律办法的奏折中就明显提到过了。那么修订法律馆是宪政编查馆一度提及的立法机关吗?我们在第二章已经分析过了,法律馆充其量也只不过有起草、建议权,不能算做一个独立的立法机关。如后来在馆中工作过的江庸曾经论道:“清代之有立法机关,自光绪三十三年设资政院始。”^[2]是馆员也不承认该馆是立法机关。

因此,很难将法律馆归为哪一类国家机关,更类似于一事业单位,所以无法按照馆内所设的科处定品级。即使招徕专职修律人员,也不可能长期将之留于馆中专用。何况馆员都是当时国内紧缺的法政人才,皆有政治抱负,若其头上没有官秩品级,又安能安心于修律工作?必须谋得一个官阶,方免后顾之忧。^[3]所以机构的性质决定了此中人员多系兼职。

[1] 参见宣统三年八月十二日,法部“为议复广东提法使电询妇女犯流罪应否收所习艺等因转咨修订法律大臣片”,第一历史档案馆修订法律馆全宗,档案号10,第8包。

[2] 江庸:“五十年来中国之法制”,载许章润主编:《清华法学》(第八辑),清华大学出版社2006年版,第245页。

[3] 较典型的例子是江庸,据江庸自述生平:“三十二年(1906年),清廷派遣各省提学使赴日考察学务,派充照料员。是年毕业,清北洋大臣袁世凯聘充北洋法政学堂教务长,未到校,学部调充普通司司员兼京师法政学堂教务长。修律大臣沈家本派充修订法律馆专任纂修,并聘任法律学堂教习。三十三年(1907年),大理院调充详谳处推事。三十四年应学部试,列举人。宣统元年(1909年),廷试第四归大理院以推事即用;充京师法政学堂监督”。可见江庸始应修律大臣沈家本之聘,任法律馆专职纂修,但未及一年,即调调充大理院馆员,至此,江才正式成为国家体制中之一员。

当然，人员多系兼职并不意味着对待修律事业就敷衍了事，即使是兼职，由于修律馆运作机制的灵活以及薪水的丰厚，依然能号召高素质人员发挥热情和才智参与到修律事业中。

第二，整合部门人才。法律关涉社会生活方方面面，修订法律馆主要制定的又是刑事民事等主要法典，非需要对社会生活有一个全面了解不可，而任何一个修律人员都无法做到这一点。修订法律馆之所以从各部调选人员来修律，除一开始人才比较紧缺只能依靠各部院之力以外，还有一个考虑，就是要使馆员尽可能代表社会生活的各个方面的利益来参与修律，而能最快知悉社会生活各方面动态，莫过于中央各部，这点沈家本心里清楚。还在刑部官员任上时，沈即在“顺治律跋”一文中针对当时修律的弊端发表看法：

“原疏所列修律之员，吏、户、礼、兵、工五部各一人。盖以刑部律例与五部多相关涉，必须五部之人方通晓五部则例，遇有修改，不至于与五部互相歧异。此前人办事精密之处。后来修律但用刑部之人，不复关照五部，于是刑部之例与五部之例往往歧异，援引遂多抵牾，竟至久同虚设。”〔1〕

即使是修订法律馆，也没有统一法制的力量。所以为了所修的法能更好的反映社会生活，为了使所修的法与各部院则例尽量不相抵触，同时也为了节省调查之费，最好的办法就是使馆员来自各个部院，整合多方面人才，集思广益。所以可以发现，提调来自原来司法部门，具有法律专业功底，总纂大多也是原先从事法律工作，但纂修协修咨议等员的来源几乎涵盖了各部院。

第三，融会东西新旧。以上第二点是就馆员的部门归属而言，

〔1〕 沈家本：“顺治律跋”，载前揭《历代刑法考·寄簪文存》，第2269页。

抛开部门差异。我们可以看得出，馆员各自的知识背景、思想意识处于不同的阵营，法律馆大有兼容并包的趋势，馆中既有旧式官员派充的，也有新派人士加入的；既有英美法系知识背景的，也有大陆法系知识背景的。这一切，都意味着关于修律道路的抉择，关于修律宗旨的确定，关于修律形式的安排，必然会产生妥协与斗争。同时也意味着清末修律正是在折冲樽俎、会通东西中前进。

三、修订法律馆修律宗旨与方案——宏观视角

对于一个机构而言，资金的到位和人员的配备，是这个机构得以运作的外在条件。而当将这些人组织起来后，如何使得他们就着已经设定好的组织目标而共同奋斗，则必须要倚赖一套修律宗旨与方案，这是内在的东西，控制着修订法律馆前进的方向。如果修订法律大臣是修订法律馆这艘船的舵手，则修律宗旨与方案则是舵手手中的舵。我们这里所指的方案，主要意味着宏观上、大体上的方案，不涉及到细节问题，至于修律细节，我们在阐述修订的方式时再详加讨论。而此处只是给修订法律馆运作提供一个制度框架。

自光绪三十年四月一日修订法律馆开馆以来，尽管宗旨时有变化，但每个阶段都有一个相对明确的宗旨。到光绪三十三年修订法律馆重开后，修订法律大臣带领属员，完善了修订法律馆的宗旨，还制定了一整套章程。是可见修订法律馆本身也在不断完善制度，在探索中成长。就整个修律过程而言，宗旨大致有三：

（一）改重为轻

这一修律宗旨，实际上并不是修订法律大臣首创，而是历来刑部当家堂官所剖切申明的，最著者为沈家本的前辈薛允升。薛早有改革古律之念，为此撰两书，系统陈述了自己改革律例的思想。《唐明律合编》针对是律的改革，而《读例存疑》的对象则是例的修改。因为清朝家法，祖制不可变乱，所以在薛允升时代，薛还没

有勇气直接批评指责《大清律例》，于是只能用“曲笔”的方法批评大清律例部分失之残苛，这表现在其《唐明律合编》褒唐而贬明。^{〔1〕} 后文我们还会详细阐释薛氏对清末修律的重要影响，此处意在申明实际上在清末修律运动启动前，改重为轻已经是刑部深通律例者们乃至疆臣大吏的共识，所以至光绪三十一年三月二十日，伍廷芳、沈家本奏上堪为清末修律前期纲领性文件的“奏请变通现行律例内重法数端”一折开始实质性修律时，没有经过像后来修订新刑律一样的波折，一切都是原先“十年大修”律例馆修例逻辑的推演。

当然修订法律馆甫一开馆，头绪纷繁，是将原来法律体系推倒重建还是大力翻修，也许修订法律大臣之间还有龃龉。是以伍沈的这份纲领性文件中，有这样的字句：

“当经臣等酌拟大概办法，并遴选谙习中西律例司员，分任纂辑，延聘东西各国精通法例之博士律师，以备顾问，复调取留学外国毕业生从事翻译，请拨专款，以资办公，刊刻关防，以昭信守各等因，先后奏明在案……臣等奉命考订法律，恭绎谕旨，原以墨守旧章，授外人以口实，不如酌加甄采，可默收长驾远馭之效。现在各国法律，既已得其大凡，即应分类编纂，以期克日成书，而该馆员等咸谓宗旨不定，则编纂无从措手，臣等窃维治国之道，以仁政为先，自来议刑法者，亦莫不谓裁之以义而推之以仁，然则刑法之当改重为轻，固今日仁政之要务，而即修订之宗旨也。”^{〔2〕}

我们所可注意者，在其中“馆员咸谓宗旨不定，则编纂无从

〔1〕 参见薛允升：《唐明律合编·自序》。

〔2〕 《光绪朝东华录》（五），第5324页。

措手”一语，因为从文件中可以看出，在这份奏折上奏之前，法律馆已经拟出了修订法律大概办法。但依然使得馆员认为编纂“无从措手”，是这个办法只是就资金、人员、大概需要先期完成的事项做了些规定，而在宗旨方面则附阙如。甚至可以想见，在这种与原先律例馆修例截然不同的修订法律模式启动时，彼时作为主要修律人员，又多是旧式官员的刑部司员一时半刻还不能接受，甚至有抵触情绪。于是在这个办法中提出的“改重为轻”，倒是可调和新旧，使具有不同修律思想人员都能接受的共同观念。对于新派而言，改重为轻符合其“模范列强”的观念，更符合朝廷提出的“参酌各国法律，悉心考订，妥为拟议”的修律思路，于是在此奏折中，提出之所以要改重为轻的理由即是：

“综而论之，中重而西轻者为多，盖西国从前刑法，较中国尤为惨酷，近百数十年来，经律学家几经讨论，逐渐改而从轻。政治日臻美善，故中国之重法，西人每视为不仁，其旅居中国者，皆藉口于此，不受中国之约束。夫西国首重法权，随一国之疆域为界限，甲国之人侨寓乙国，即受乙国之裁判，乃独于中国不受裁判，转予我以不仁之名。此亟当幡然变计者也。”〔1〕

因为中重而西轻，所以必须要改正为“中西一样轻”，这是其理由，而更深层次的理由则是只有中西一样轻，或许才能收回领事裁判权。而对于领事裁判权带给中国的耻辱，对于这些整日与司法打交道的刑部司员，再熟悉不过，则改重为轻希冀收回法权的苦心，新旧人士均能感同身受。而对于旧派而言，如前所述，改重为

〔1〕《光绪朝东华录》（五），第5324页。

轻远承中华法系之精华——《唐律疏议》之精义，近合《大清律例》修订之逻辑。且旧律精英编查历代刑法沿革，发觉最初刑法不似现世惨酷，如今之重，恰好是走入歧途，正好应乘修律之际回归正道。所以在“改重为轻”作为修律首要宗旨，在修律活动开展之日，成为法律馆全体人员一种共识，对于组织而言，恰好如“向心力”一般，将馆事围绕在这个宗旨下运转。后来无论是改定旧律，还是起草新律，“轻刑”标准始终是首要标准。但由于过分强调这一宗旨，结果在一些方面，出现了“物极必反”的效果，^[1] 导致新修的法律与社会生活严重，但反过来益可见此宗旨的强大指引力。

（二）模范列强

模范列强最初对于刑部律例馆出身的司员是一个比较模糊的概念。即使后来修律馆普遍人员对外国律例都稍明事理之后，仍有一

[1] 比如在光绪三十三年法律馆所起草的《大清刑律草案》中，将刑事责任能力确定为：年十二岁以下（不含十二岁）为绝对无责任能力，年十二（含十二岁）至年十六岁（不含十六岁）为相对无责任能力，年十六岁（含十六岁）至二十岁（不含二十岁）为减轻责任能力，二十岁（含二十岁）以上则为绝对责任能力。这一点较之《大清律例》所确定的责任能力要轻得多，比照今日刑法也要低得多。对此，高汉成先生评论：“因此，不管是与外国作横向比较，还是与中国古今作纵向比较，1907年《大清刑律草案》关于刑事责任年龄的规定都是不合适的。更不用揆诸当时的社会状况，清末的社会内忧外患、伏莽众多、革命党人蜂起，显然也不是什么太平盛世，草案的编纂者却要……祭起宽恤、轻刑的大旗，而且幅度之大，配套补救措施之疏，无怪乎有的签注要发出这样的疑问：草案要将大清王朝引向何方？而我们今天一些评论者，却一味地颂扬草案的编纂者的先进性，笔者不禁要问：如此历史借鉴，于今世何益。”此诚为至论。参见高汉成：“‘大清刑律草案’立法宗旨的错位”，载《环球法律评论》2006年第4期。但考究其原因，还在于对“改重为轻”这一首要修律宗旨的过分强调。

些馆员对此不以为然，甚至认为坏我大清者，非此莫属。^{〔1〕} 因为很多修律人士正是借模范列强为由改轻为重，导致局面变乱而不可收拾。但是尽管反对者有之，但模范列强作为清末修律宗旨，始终掌控着修律馆前进方向。原因很简单，不外三层：

第一，朝廷对于修订法律事宜所作的大政方针，决定了“模范列强”的修律宗旨。还得回溯到光绪二十八年四月初六日的那道奏折：“现在通商交涉，事益繁多，著派沈家本，伍廷芳将一切现行律例，按照交涉情形，参酌各国法律，悉心考订，妥为拟议，务期中外通行，有俾治理，俟修订呈览，俟旨颁行。”^{〔2〕} 我们在文中反复引用此折，正是因为此折可以看成是清末修律的总的指导方针，虽然文字简短，但“模范列强”的意思，在在可表，如“交涉”、“各国法律”、“中外通行”字眼，无一不在透露出朝廷期望仿西律而成大清法律，作为与西方交涉工具的心思。前文述及经过

〔1〕 最明显的例子当属编案处总纂吉同钧，吉对于事事步武列强，较为反感。在宣统三年，目睹大清政局形势江河日下，其曾经有一番沉痛的感慨，抨击修律“仿泰西之皮毛”，导致混乱局面。其言：“自上年变法令下，仿泰西之皮毛，舍本来之面目，初改大清律为现行律，继又改现行律为新刑律，表面虽看似新奇，而内容实归腐败，兹就显然可见者言之，自缘坐之法废而叛逆之徒不惮牺牲一身逞不轨之谋，故湖南广东相继焚烧衙署而大员被刺之事不一而足矣。自笞杖改为罚金，而富豪强梗之徒益复无所畏忌。故近来抗拒官府差诱拐奸占之案愈办愈多矣。自奴仆之制废而名分荡然，欺凌家主之风不可遏止矣。自开设娼寮并起意为婚者不治其罪，而风俗颓败，廉耻尽丧矣。自儒师与凡人同论，学堂中视师长如路人，桀骜嚣张之气酿成世变矣。自流徒免其实发而无数匪徒丛集犴狱之下，一旦有事，揭竿为乱者，不在草泽，而在萧墙矣。自各省设审判厅，而以未经历练之法官审断命盗大案，既无刑幕佐理，又不经上司复审，不知冤死几多良民矣。今日祸乱之根，虽由于政府昏浊，贿赂公行，不尽关乎法律，然刑罚轻纵审判偏谬，亦酿乱之一端也。余向充法律馆编纂，亦尝慨慕外国轻刑之制，思革重典，乃行之未及二年，而已流弊滋出，乃知不愆不忘，率由旧章，圣言真如着蔡而子产之火烈民畏诸葛之法行之，思询治乱国之药石，而非姑息养奸所能喻也。”参见吉同钧：“法律馆第五集课艺序”，载吉同钧：《乐素堂文集》卷五。

〔2〕 《光绪朝东华录》（五），第4684页。

庚子之乱，朝廷实际当政者对待洋人的态度上从排外到媚外，因为内心畏惧，震慑于洋人国力的雄厚，也为了洗刷过去的耻辱，平息内外不利舆论。当政者必须摆出断然的改弦更张之姿态，刷新政治，应对“三千年未遇之奇劫巨变”，最明显的政治表示，最直接的改革模式莫过于取法外洋。以至于庚子之后的清廷成为革命者眼中的“洋人的朝廷”。〔1〕而最初对于法律改革所设计的方针正是应对迫在眉睫的通商交涉。这意味按朝廷的原意，修订法律原不过堵外人之口舌，示政府之开明。但是政治宣言具有“放大作用”，朝廷的意思传达到修订法律大臣那儿，却又超出了原先所设定的范围，除开通商交涉上制定的商律以外，更是波及到社会生活一切方面的立法起草，都要踵武外国。于是有了后来的禁止刑讯章程、刑事民事诉讼章程、伪造外国银币治罪专条，都表现出了浓郁的西化色彩，招致了内外官僚的晓晓置辩。乃至于后来修订法律馆重开前，朝廷修正了其对于修律的指导方针，此即为光绪三十三年九月二十四日的上谕：“着派沈家本、俞廉三、英瑞充修订法律大臣，参考各国成法，体察中国礼教民情，会通参酌，妥慎修订，奏明办理”。〔2〕此折中，明显加入了“体察中国礼教民情”一语。可以想见，朝廷必定是因为之前修订法律馆所修之律，于现实社会颇多窒碍，受到内外反对之后，重新修改指导方针。但因所谓积重难返，模范列强已经成为馆员修律的习惯，再加上此折中仍有“参

〔1〕 其中以革命思想家陈天华《猛回头》、《警世中》两书，对“洋人的朝廷”批评最为激烈。书中写道：“这朝廷，原是个，名存实亡。替洋人，做一个，守土官长。压制我，众汉人，拱手降洋”，“四万万人都会死，各国纵有精兵百万也不足畏了”，“洋兵若来，奉劝各人把胆子放大，全不要怕他。读书的放了笔，耕田的放了犁耙，做生意的放了职事，做手艺的放了器具，齐把刀子磨快，子药上足……万众直前，杀那洋鬼子”。益可见，清廷事事步趋外洋，已经成为革命者革命的理由。

〔2〕 《清德宗实录》卷五七九，第662页。

考各国成法”字样，于是模范列强继续成为修律馆修律宗旨。乃至以后修律过程中出现的新旧之争中，旧派以“体察中国礼教民情”作为权威依据攻击新定之律不合国情，而新派则以“参考各国成法”作为自己的保护伞与之相抗，不能不说是政治话语在定修律宗旨方面起到了决定性作用。

第二，模范列强可降低修律的成本，快捷高效地完成修律事业。其实这里面存在误区，但是当修律开始的时候，为了急于作出业绩，也为了回应交涉对于新律出台的需要，模范列强倒是最简便、最快捷的方法。通过翻译各国法典，再对比我国律例，做一番更改，庶几能完成自己的使命。正所谓“取法乎上，得乎其中”，按理应模仿当时世界的老大帝国英国，但无论是心理认同感上还是实际距离上，英国毕竟离我国太遥远，即使出身于伦敦林肯法律学院的修律大臣伍廷芳也不坚持取法英国。而渐渐地，因各种原因，随着日本的影响越来越大，日本变法成为国人效法的楷模，堪为“上法”。〔1〕认为日本走过的路，将是我国富强要走的路，那么日本明治维新以后取法西洋，改正法律一系列修订法律的活动，也成为我国修律之鉴。相应的，日本的法律文本，也被认为是稍加改动即可为我所用。〔2〕所以在法律移植问题上，修订法律大臣并非没有考虑过与传统的适应性。正如张中秋教授所言：

〔1〕 修订法律大臣沈家本、伍廷芳在确定“改重为轻”宗旨时附带提到：“近日本明治维新，亦以改律为基础，新律未颁即将磔罪、枭首、藉没、墨刑先后废止。卒至民风丕变，国势日益，今且为东亚之强国矣。中日两国，政教同，文字同，风俗习尚同，借鉴而观，正可无庸疑虑也”，正是模范列强思路的典型体现。参见前揭《光绪朝东华录》，第5324页。

〔2〕 当然关于继受日本法律成果的原因是多方面的，关系政治、地域、种族、文化等，详可参见张中秋：“中日文化交流的选择比较”，载《政法论坛》2006年第4期。但体察修订法律大臣希望高效率制定新律的动机，其赴日考察需要的时间少，经费少，且语言文字障碍少是最直接的考虑。

“如果把问题引向深入，晚清的选择与中国法律文化传统也有某种内在联系。中国法律文化源远流长，但它是以刑法化的公法文化为基本特色，民商法既缺乏相应的基础复又受到刑法的抑制而未能发达起来，因此，传统上中国对各种社会关系的调控主要倚重刑法和刑法化的行政法规，这种情况至晚清也无根本变化。毫无疑问，这种法律文化传统必定影响晚清中国对域外法律文化输入的选择。站在法律移植的角度来认识，这正是千叶正士教授所说的‘法律文化同一性原理’的表现。”〔1〕

理论上修订法律大臣可能也明白此点，但在实际操作中“模范”往往变成“照抄”，又因为一些草案本身即由日本法律专家捉刀，导致了所修的一些新律并没有达到“中外通行”的目标，日后引出了不少是非。但不管怎样，出于功利的需要，“模范列强”也必然成为修律的宗旨。

第三，出于巩固加强修订法律馆这一组织和修订法律大臣权力、地位的需要。在举国“咸与维新”的时代潮流中，“西学话语”、“新学思潮”成为强势的话语和思潮。又因为欲使修订法律带来权力的巩固，必须提高修律的入门门槛，必须与传统大清律例大修小修有着根本区别。所以我们观察修订法律馆开馆后所修的第一部新式法律草案即为刑事民事诉讼法，内中不仅思路与传统诉讼迥异，且术语多与当时习惯不符。〔2〕固然，修订新律是一件开拓性的事业，经验难免不足，故而导致此弊。但深究修律大臣内心世界，未尝没有籍修律来增强自己权力的想法。修订法律事业越是技术化，修订法律大臣也就越难以被替代，修订法律馆在国家官僚机

〔1〕 张中秋：“中日文化交流的选择比较”，载《政法论坛》2006年第4期。

〔2〕 连清末以熟悉洋务，思想趋新的大僚袁世凯就新定《刑事民事诉讼法》也上奏折道：“新纂之法，内有扞格者数条”。参见《清德宗实录》卷五六六，第486页。

器中的地位也就越高。培根云：“Knowledge is power”，通常译作“知识就是力量”。在笔者看来，未尝不可说成是“知识就是权力”，人之所以为人们接受为其领导者，首先需要其服从者承认他确有专长，使他们对它具有信心，愿意接受他的领导，这就是专业知识产权。尤其是伍廷芳，当更有此念，因为常在国外，甫一归国，为确定其在法律馆的地位，为与另一法律大家沈家本分庭抗礼，通过模范列强、灌输西法，利用知识来巩固权力，当为人之常情。就法律馆与别的机关关系而言，通过法律馆的知识性垄断，使得其具有某种权力，也是修订法律大臣共同的目的。所以我们考察沈家本的人生轨迹可以发现，修订法律之前，绝无关于西方法律理论的著作，而之后卓然成为会通中西的一代大家，且在伍廷芳离职之后，并未尽变伍在时两人共同订立的宗旨，依然将“模范列强”这一宗旨全力灌输到修律当中。即使自己原来新律知识甚少，也及时“恶补”、“模范列强”，加强自己的新律素养，而不抱残守缺。与此间权力的争夺当不无关系。

总之，“模范列强”在以上种种因素作用下，成为清末修律馆活动的一条“铁律”。“他山之石，可以攻玉”，正因为秉承模范列强这一宗旨，使我国法律在体系上，一变三千年之传统，开始同世界接轨，从此再难回头。于我国家民族是福是祸，另当别论，但开法律近代化之渐，却实赖于此。

（三）调和满汉

清末修律中，一项重要的使命就是化除满汉畛域，平息排满浪潮。鉴于自甲午战争之后的清廷的积贫积弱，尤其是庚子前后腐败的政局，革命形势风起云涌。革命先驱孙中山先生于1894年组建兴中会时，用的口号其中就有“驱逐鞑虏”，而到1905年成立同盟会时，口号中依旧有这么一句，简言之就是“排满革命”，各个革命报刊和小册子，都在宣扬满洲政府之黑暗。此一宣传引出了一

个巨大的革命效应：就是将会党、华侨、广大现存体制下的失意者都联合在这一口号之下。对于高层次的知识分子，这一口号意味着“民族主义”；对于中下层人民，这一口号实际上是将民间长时间隐藏在心底的“反清复明”的情绪激发了出来。随着革命党不断发动起义，很快在社会上排满浪潮由思想变成了革命行动，尤以在光绪三十一年间，因为同盟会的成立，使得革命浪潮发展更为迅猛。朝廷犹如坐在一座火山口上，王公大臣们纷纷寻思解决之道，乘时兴起的立宪运动的重要目的之一即消弭排满言论，抵制革命思潮。两江总督端方即于光绪三十三年七月初即要求朝廷迅速颁布帝国宪法及皇室典范，希望藉此“俯从多数希望立宪之人心，以弭少数鼓动排满之乱党”。〔1〕而暂署黑龙江巡抚程德全的言论最具代表性，在陈奏预备立宪时，其专列一条即“请实行宪政以化满汉界限也”，认为可以借立宪以消除革命排满的异论：“盖立宪政体，向无种族之别，拟请明诏海内，自今后无论满人、汉人，皆一律称为国民，不得仍存满汉名目，先化畛域之名，自足渐消相斫之祸”。〔2〕是立宪之初，已有调和满汉关系之议，随后朝廷上谕即命内外各衙门妥议切实办法来消除满汉畛域。〔3〕时人金梁对此有一段简明扼要的记述：

“炸弹后（指1905年五大臣出洋考察时，革命党人吴樾掷炸弹事）朝命各省严禁革命排满之说，而湖南浏阳，江西

〔1〕 端方：“两江总督端方奏请迅速将帝国宪法及皇室典范编定颁布以息排满之说折”，载《清末筹备立宪档案史料》（上册），第47页。

〔2〕 程德全：“暂署黑龙江巡抚程德全奏陈预备立宪之方及施行宪政之序办法八条折”，载《清末筹备立宪档案史料》（上册），第257页。

〔3〕 光绪三十三年七月初二日，上谕着内外各衙门妥议化除满汉畛域切实办法，内有：“现在满汉畛域如何全行化除，着内外各衙门各抒己见，将切实办法妥议具奏，即予施行，钦此”。参见《清末筹备立宪档案史料》（下册），第918页。

萍乡会党先后举事，为官军所败。此为革命起事之始。旋谕禁京师开会演说及学生干预政治，又命妥议化除满汉畛域，筹划各省旗营生计，立变通旗制处，皆为消弭革命排满也。”〔1〕

于是光绪三十三年七月至三十四年三月间，各衙门馆员纷纷议奏如何调和满汉，成为主要的政治话题，修订法律大臣也不能例外。

在上谕颁布的一个月后，即光绪三十三年八月初二日，沈家本等奏上一折，即“旗人犯罪宜照民人一体办理”，其中首先声明立法之于政治的重要性，“窃维为政之道，自在立法以典民。法不一则民志移，斯一切索隐行怪之徒，皆得乘罅而蹈隙，故安民和众，必立法之先统一于法”。〔2〕是以申法律原本一秉大公之意，继而论说原来旗人“犯罪免发遣”的立法背景，强调法律本不在于维护一旗之制。之所以立法保护旗人，〔3〕在于一是旗人人口太少，二是旗人寓兵于民。犯罪免发遣只是仿照明代军人免遣之意，在最初是具有现实合理性的，只是现在时移事异（立宪时代，旗人生齿日繁，已无军伍乏员之虞），合理性不存在，所以要改变。“拟请嗣后旗人犯罪遣军流徒各罪，照民人一体发配，现行律例内折枷各

〔1〕 金梁：《光宣小记》之“革命排满”，上海书店出版社1998年版，第28页。

〔2〕 沈家本：“旗人遣军流徒各罪照民人实行发配折”，载前揭《历代刑法考·寄篋文存》，第2032页。

〔3〕 比较明律和清律，在《名例律》律文上最显著的区别就是旗人“犯罪免发遣”条：“凡旗人犯罪，笞杖各照数鞭责。军流徒免发遣，分别枷号，徒一年者枷号二十日，每等递加五日，总徒、准徒亦递加五日。流二千里者枷号五十日，每等亦递加五日。充军附近者，枷号七十日，近边者，七十五日，边远、沿海、边卫者，八十日，极边、烟瘴者，九十日。”（《大清律例·名例律上·犯罪免发遣》）这条因为置于总则性的律文《名例律》中，故分外醒目，历来论满汉刑制不平等者，皆以此条为据。故沈改革首先从此条刑罚异制改革开始。

条，概行删除，以昭统一而化畛域。”〔1〕

此处沈家本等虽然只是就“旗人犯罪免发遣”条文做出一个修改，但却意从一个个案发展成为法律改革的原则。其实这也是沈处世之道，喜欢慢慢的改良法律，尤其是从司法改善做起，一点一滴之功，收驾长驭远之效。可惜时代已容不得他缓慢前进，终于也把他卷入历史的车轮，此后的修律事件屡屡证明此点。

还是回到调和满汉这条原则上来，八月初二日奏上刑罚制度上满汉一体处罚之后，该年十二月初七日，沈等又奏“变通旗民交产旧制折”，因为修订法律馆无统一法制之责（此由宪政编查馆享有），故只能对属于自己职责范围内的法律修订和起草加以规范。而旗民交产等经济方面的问题，向由《户部则例》加以规范，而《大清律例》只是就违背则例之事定以处罚。但沈则认为此关乎旗民经济权利同等的问题，所以沈主张打破旗民不准交产的界限。沈奏出此折最关键的理论支持还是根据七月初二日的上谕，要化除“满汉畛域”，随后上谕交度支部议复，很快度支部做出了同意沈等的意见：“拟照该大臣等所奏办理，除臣部则例旗民交产各条，仍请飭下修订法律大臣删除，以归一律”。〔2〕是沈对调和满汉已经从刑制迈向民事方面的规定。

其实在沈家本八月初二日奏上折子以后，朝廷又颁发了一条上谕：“礼教为风化所关，刑律为纲纪所系。满汉沿袭旧俗，如服官守制，以及刑罚轻重，间有参差，殊不足昭画一。除宗室未有定制外，着礼部，暨修订法律大臣，议定满汉通行礼制刑律，请旨施

〔1〕 沈家本：“旗人遣军流徒各罪照民人实行发配折”，载《历代刑法考·寄篋文存》，第2032页。

〔2〕 “度支部奏议复修订法律大臣沈等奏变通旗民交产旧制折”，载《政治官报》光绪三十四年正月二十日，第一一二号。

行。俾率土臣民，咸知遵守，用彰一道同风之治。钦此”。〔1〕很明确地要求修订法律馆制订满汉通行的刑律，于是大规模的调和满汉的修订法律活动拉开了序幕。十二月初七日，在上“变通旗民交产旧制”折的同一天，沈家本等奏上“遵议满汉通行刑律折”，其中还用“立宪”时代话语声明：“方今中外交通，法律思想日趋新异，倘仍执旧律划分满汉之界，不惟启外人轻视之心，尤其与立宪前途诸多阻碍”。〔2〕虽未有多少新意，但却给修律提供了一个强有力的理由。最后提出五十五条修订意见：

“拟请嗣后旗人犯罪，俱照民人各本律本例科断，概归各级审判厅审理，所有现行律例中旗人折枷各制，并满汉罪名畸轻畸重及办法殊异之处，应删除者删除，应移改者移改，应修改者修改，应修并者修并，共计五十条，开列清单，恭呈御览，如蒙俞允，即由臣等通行内外衙门一体遵办，庶法权归于统一，足以彰圣主同仁之治，而宪政立有根基，亦可奠万年不拔之业矣。奏上，依议。”〔3〕

所以我们可以看出，“调和满汉”这一原则的确立，主要因革命排“满”启其端，立宪弭乱继其续，而以朝廷全力支持殿其后。但是很快这一原则因立宪思潮的进一步鼓动被放大了，政治的“放大”作用具体到一个法律领域时，“化除畛域”已经远远超出了“满汉”的界限。在修律活动中，馆中同人越走越远，慢慢由

〔1〕 沈家本：“修订法律大臣奏遵议满汉通行刑律折”，载《大清法规大全·法律部·变通旧律二》。

〔2〕 沈家本：“修订法律大臣奏遵议满汉通行刑律折”，载《大清法规大全·法律部·变通旧律二》。

〔3〕 沈家本：“修订法律大臣奏遵议满汉通行刑律折”，载《大清法规大全·法律部·变通旧律二》。

化除满汉畛域到化除中外畛域，到化除男女畛域，到化除主奴畛域，最后直至化除长幼尊卑畛域，大有启人人平等之势。这是在奉三纲五常为“传统宪法”的守旧者所不能忍受的，于是终于引发了一场持久而激烈的大论战。这实在是统治者原初始料未及，却也是修订法律馆在恪守“调和满汉”的表面意思，到追寻修法宗旨的深层含义（寻求立法解释）的一个逻辑必然。尽管在最高统治者眼里，修订法律馆对“一道同风”存在着误读。

总之，资金、人员和修律宗旨的有效整合使得修订法律馆得以良性运行，这是基于一个宏观视角而言的。就其机构设置与管理模式，我们之前在“修订法律馆的组织设计”一节也予以了讨论，同样立足于宏观层面。至于修订法律馆的日常管理和人物活动的具体内容，限于材料的缺乏，不可能悉数发掘。即如修订法律馆庶务处的工作，比如派人往市场采办木炭；派人往漯河采办麸料；^{〔1〕}对馆员分发薪水怎么支领；来往文牒怎么处理；等等。事务至细，无法悉知。即便考证清楚，也会流于琐碎，无关宏旨。所以本书下节拟就修订法律馆的主要业务——修订法律的方式做一个考察，冀以明修律的操作模式和过程。又所谓“管中窥豹，以见一斑”，从细微处，亦可侦知修订法律馆的日常管理情形。

第三节 修订法律的方式——微观视角

修订法律馆修律活动，概言之有二：一为修订旧律；一为起草新律。而为了配合这两种活动，又有一些辅助性的事务：一为翻译；二为比较列表；三为调查。或者说后三种行为同样是修

〔1〕 笔者细细翻阅修订法律馆全宗档案，发觉在第8包中发现科员纪凤瑞写给陈司长的信，要求添派人手，于漯河采办麸料，此时当为庶务处负责。

律工作中的一环。此外修律的动议和律文修成后的颁布与通过广义上也属于修律的一环，惟其中牵涉进复杂的人事关系，故留待后述。本节仅仅考察具体修订过程中的操作方式。另外修订旧律与起草新律实际上是交互进行的，并未有时间先后之分。我们为叙述方便故，暂别为二：

一、修订旧律

清末修律，原未有一整套明晰的方案。最初作为最高指示的光绪二十八年二月初二日的上谕对修律的规定也很笼统，其言：“中国律例，自汉唐以来，代有增改，我朝《大清律例》一书，折衷至当，备极精详，惟是为治之道。尤贵因时制宜，今昔情势不同，非参酌适中，不能推行尽善，况近来地利日兴，商务日广，如矿律路律商律等类，皆应妥议专条，著各出使大臣查取各国通行律例，咨送外务部，并著责成袁世凯，刘坤一，张之洞慎选熟悉中西律例者，保送数员来京，听候简派，开馆编纂，请旨审定颁发，总期切实平允，中外通行，用示通变宜民之至意”。〔1〕是在第一次对修订法律做出规定的上谕里，阐明两层意思：第一，要参酌时事整顿大清律例；第二，对于一些通商类，要妥议专条。那么妥议的专条最后要不要汇入《大清律例》，还是像原来一样归入部门则例，则诏书并没有说明。即使在下诏任命伍廷芳、沈家本为修律大臣的时候，也只是原则性的交代要中外通行、有裨治理。之后，英国等一系列国家与中国签订的商约中，也都有一条关于放弃治外法权条件的规定：“议定中国深欲整顿本国律例，以期与各国律例改同一律”。〔2〕是此处还是说“整顿律例”，至于这个字眼是不是意味着要重拟新律，笔者没有办法确定。但有一点毋庸置疑，即《大清

〔1〕《光绪朝东华录》（五），第4833页。

〔2〕《光绪朝东华录》（五），第4919页。

律例》在彼时始终为大清最重要法典，整顿或变通大清律例必成为修律的当务之急，至于起草新律，乃是随着对外交涉的需要才被提上日程。所以修律活动甫一开始，整顿大清律例，基本上是修律的代名词。

如前所述，对《大清律例》进行大规模修改，是刑部几代堂官的共识，之前，也已经有了这方面的知识准备，尤其以薛允升言之最详。故沈家本就任修订法律大臣后，在修订法律馆开馆当年，即召集同人刊刻薛氏《读例存疑》：

“甲辰岁（1904年，即光绪三十年），叙雪（刑部秋审处[律例馆]名为叙雪堂）同人为公刊《读例存疑》，余实任编辑之役，已行于世，其实，贖资之事，段少沧（即段书云，曾任秋审处提调，民国后官湖北省民政长）观察任之，校訾之事，许俊人（即许世英，民国元老）僉事任之，凡此同人不惜心力以董其成者，岂独有私于公哉。良以法家者言，非浅学所能道，世间传述之书既不多观，如此鸿篇巨帙，其饒遗我后人者，固非独为一人一家之事，而实与政治大有关系者也。”〔1〕

此序文当为后来所写，此中“政治”一词，当也涵盖修律在内。即沈家本在修订法律之初，即认定薛允升的《读例存疑》为修订大清律例的重要参考书。

其实早在律例馆还没有开馆时，沈家本就身体力行，如上文所述（详见本书第二章第二节），对照着薛的作品去做律例校勘的工作，最后汇订成五卷本，笔者揣测可能沈在做此工作时得到了启发，故而要将此书推介给全体馆员，作为修订律例时的圭臬。

〔1〕 沈家本：“薛大司寇遗稿序”，载前揭《历代刑法考·寄谕文存》，第2223页。

除此以外，开始修律时，修律形式是按照以前律例馆的办事模式。还是回顾一下前述律例馆的功能：

一是准司法的功能，即参与秋审，并稽核律例。对此清史稿对这一过程有一个简略记载：

“刑部各司，自岁首将各省截止期前题准之案，分类编册，发交司员看详。初看蓝笔句改，覆看用紫，轮递至秋审处坐办、律例馆提调，墨书粘签，一一详加斟酌，而后呈堂核阅。朝审本刑部问拟之案，刑部自定实缓。秋审则直省各督抚於应勘时，将人犯提解省城，率同在省司道公同会勘，定拟具题。刑部俟定限五月中旬以前，各省后尾到齐，查阅外勘与部拟不符者，别列一册。始则司议，提调、坐办主之。继则堂议，六堂主之，司议各员与焉。议定，刑部将原案及法司督抚各勘语刊刷招册，送九卿、詹事、科道各一分，八月内定期在金水桥西会同详核。先日朝审，三法司、九卿、詹事、科道入座，刑部将监内应死人犯提至当堂，命吏朗诵罪状及定拟实、缓节略，事毕回禁。次日秋审，凭招册审核，如俱无异议，会同将原拟陆续具题；有异，前期签商。若各执不相下，持异之人奏上，类由刑部回奏听裁。苟攻及原审，则径行扣除再讯。二百馀年来，刑部历办秋、朝审，句稽讲贯，备极周密，长官每以此校司员之优劣。”〔1〕

从上可知，律例馆提调需要做的工作是“墨书贴签”，即综合以前案卷上的意见，在此案适用法律方面给予意见，写在一张单子上，粘贴在案卷中再呈堂审批。这过程又有点类似于今天的法律

〔1〕《清史稿·刑法三》。

审，但是在这个过程中却又有积极的意义，即当律例馆在稽核律例时，发现律例有矛盾之处，或者应当因时制宜酌重酌轻，就将意见记录下来，呈堂讨论，最后上奏朝廷，如蒙俞允，即发下各衙门遵照通行。因此这个律例馆意见就成了一种章程，可以与例一同遵行，所以律例馆在准司法的行为中，还可以就法律的革新提出判断，有点类似于英美法系“法官造法”的意味。本书虽不拟深究秋审程序以及律例馆在秋审过程中发挥的作用，唯在意律例馆在此中办事的形式，即“墨书粘单”，这一做法完全被修订法律馆继承了过来，并运用到了修订法律的过程中。

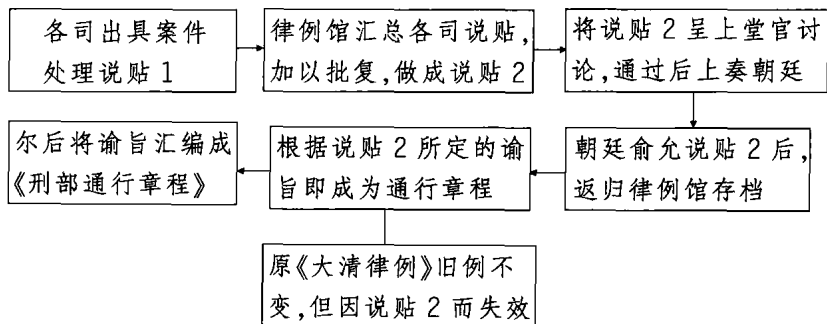
二是修订律例的功能，此功能和修订法律馆前后承继。我们看同治元年刑部“议复御史富稼条陈清理例案”一折中，对律例馆流程所做的说明：

“……至各司（指督捕司以外的其他刑部十八司）遇有疑难案件，例所不能赅载者，均由该司员缮具说帖，呈堂批交律例馆查案比核，即由该馆随时登记册档，以备查考。其因时制宜酌重酌轻之案，向由律例馆提调司员，悉心参酌拟稿，呈堂公同酌定，然后交司照缮，奏准通行在京问刑衙门及各直省遵照办理。此等新定章程，一经奏明奉旨，即与现行条例一律通行。律例馆暨各司分类挨次登记册档，随时随事查核引用……臣部……办理刑名全凭律例一书，律一定而不易，例因时而变通，有例者不用律，例所以补律之未备也。有新章而不用旧例，新章又所以穷旧例之变，而与时消息者也。……臣等悉心参酌，现拟通飭律例馆，秋审处，暨十八司司员，将道光年间以来存稿，按照号簿分年挨查，一次编列。如有遗失，即照堂行簿抄录补入，以凭稽考。其远年成案，并近年所定章程，曾

经奏准通行者，另立簿册照钞存案，以备引用。”〔1〕

此折中，就将律例馆“造法”的功能做了个简要叙述。其产生新例过程大致如图所示：

刑部律例馆定明章程流程图



上图即交代了律例馆平时在制定律例中的流程，很显然，此中的关键在于“说帖 2”，所谓说帖，即为一种建议书或意见书。对于各司而言，“说帖 1”大多是针对各自所处理的案件无确切之法可据时，对案件法律适用做出的咨询。“说帖 2”则是针对“说帖 1”所提出的问题进行的思考，它已超越于具体案件，而升华为一类案件。其建议书最后几句常常以这样的格式开头：“拟请嗣后凡……”，如果朝廷允准，那么此允准的谕旨就成了刑部的一个新规章，原有规章依旧在《大清律例》中，只是成为了具文，一切按说帖 2 定的新章执行。修订法律馆成立之后，此种流程在前期依

〔1〕 沈家本：“议复御史富稼条陈清理例案”，载前揭《沈家本未刻书集纂》，第 958 页。

然适用。举例言之，光绪三十一年修订法律馆“奏为酌拟变通窃盗条款”一折，即是因为议复两江总督刘坤一“恤刑狱”一条而做的说帖，此处刘坤一奏折即为说帖1，而法律馆奏折则为说帖2。最后说帖2达成的意见是“拟请嗣后凡窃盗应拟笞罚者，改拟工作一月，杖六十者，改拟工作两月，杖七十至杖一百，每等递加两万，徒罪以上仍照向章办理。此外以窃盗论、准窃盗论及各项因盗问拟者杖，并抢夺强盗案内拟杖者，俱准此。至各省习艺所如有尚未设立者，即将现犯照应得工作期限暂予监禁。仍令通飭各属一律从速举办，并将已立各所奏报，分咨刑部备查。”〔1〕此说帖后蒙允准，便成为通行章程，而大清律例此时尚未大修。因当时修订法律馆尚未离部独立，故此项章程与其他章程后来被汇编成册，成为“法部最新通行章程”之一条。〔2〕

上述“议复御史富稼条陈清理例案”一折还交代了律例馆大修小修的流程：“……再臣部律例全书，向来五年小修一次，十年大修一次。小修止就现定新例依类编入，大修则必将新纂、删改、增修各例详细酌定，恭录进呈，重新镌刻板片，印刷全书，颁发各省遵行。”〔3〕关于律例馆修例的流程，我们上一节曾经介绍过了，不再赘述。

可见，在律例馆修订旧例时，有两个关键词，第一就是“说帖”，第二就是“墨书粘单”，这两个方法后来在大修《大清律例》时，都是最主要的方式。

沈家本很重视说帖的价值，认为说帖是阐发意见，训练司法素养的重要形式。光绪三十三年，时沈家本已膺修订法律大臣一职已

〔1〕《光绪朝东华录》（五），第5328页。

〔2〕参见沈家本：“法部最新通行章程”，载《沈家本未刻书集纂》，第477~544页。

〔3〕沈家本：“议复御史富稼条陈清理例案”，载前揭《沈家本未刻书集纂》，第958页。

有六年，在整理旧故《刑案汇览三编》时，曾经提到“说帖”之于刑部事务的重要性及在当时不受重视的状况：

“从前刑部有疑似难决之案，各该司意主议驳，先详具说帖呈堂。如堂上官以司议为是，由司再拟，稿尾（覆外省之语曰稿尾），分别奏咨施行。若堂上官于司议犹有所疑，批交律例馆详核，馆员亦详具说帖呈堂。堂定后仍交本司办稿，亦有本司照覆之稿。堂上官有疑而交馆者，其或准或驳，多经再三商榷而后定，慎之至也。道光中，渐有馆员随时核覆不具说帖之事，去繁就简，说帖遂少。光绪庚辰以后（1880年），凡各司疑难案件，一概交馆详核。于是各司员惮于烦也，遂不复具说帖。馆员亦不另具说帖，径代各司拟定稿尾，交司施行，自是馆事日繁，而各司多不讲求，因有人才牢落之叹。虽经堂上官谆谆告诫，而积习相沿，未之能改。”〔1〕

在沈看来，衡量一个官员的法律才能，一个极佳的标准就是看其说帖说理是否透彻，思路是否清晰。否则按部就班，人才难免会有“牢落”之虞。接着，沈夫子自道，叙述自己在刑部时如何写具说帖，并交代为什么在法律事务中须有说帖：

“余官西曹三十年，癸未秋，在奉天司主稿，凡议驳之案，必先具说帖，或拟定稿尾，再请交馆。奉天管辖东三省，该省官吏多不知刑名事，每年应驳之稿，有多至百余件者。余固不敢惮烦，而同司僚友，亦互相讲求，颇获切磋之益。夫刑名关系重要，其事之蕃变，每千头万绪，其理之细密，如缘丝

〔1〕 沈家本：“刑案汇览三编序”，载《历代刑法考·寄簪文存》，中华书局出版社1985年版，第2224页。

牛毛。使身膺斯责而不寻绎前人之成说，参考旧日之案情，但凭一己之心思，一时之见解，心矜则愎，气躁则浮，必至差以毫厘，谬以千里。往往一案之误，一例之差，而贻害无穷，岂不殆哉！”〔1〕

从这段话可知，沈之所以强调说帖，除了突出司员个人素质以外，且兼有两种功能：一是为慎刑宪的需要，说帖一开始服务于司法活动，往往针对一案一事做出说明或提供建议，此为最直接的功能；二是为交流信息的需要，同僚司友可以借说帖传递信息，互相学习，这是说帖一个隐含的功能。观沈后来在修律过程中，大量运用这种形式，收集信息，集思广益，所以写具说帖也是修律中至关重要的一环。

考虑到沈对说帖所做的评论是在其编辑《刑案汇览三编》做序文时而发，而在沈看来，过去判例中最重要的就是说贴部分。再来看《刑案汇览》之于司法乃至立法上的意义。清代，我们的法律体系是以《大清律例》为主要法典的律例制体系，一个案例可能会导致一个法律制度的出台，这个法律制度非常具体，即以“嗣后凡……”的形式确定一个例文，所以编辑这一类的案例，对于日后查照成案进行判决具有很强的指导作用。同时，对于日后进行例文的小修大修，也是很重要的材料来源。故沈又道：“《汇览》（即指其编辑之《刑案汇览三编》）一书，固所以寻绎前人之成说以为要归，参考旧日之案情以为依据者也。晰疑辨似，回惑怯而游移定，故法家多取决焉。”〔2〕

〔1〕 沈家本：“刑案汇览三编序”，载：《历代刑法考·寄篋文存》，中华书局出版社1985年版，第2224页。

〔2〕 沈家本：“刑案汇览三编序”，载《历代刑法考·寄篋文存》，中华书局出版社1985年版，第2224页。

实质上，沈家本于光绪己亥秋日，即光绪二十五年（1899年）秋天即完成此编，何以在光绪三十三年冬，也就是在修订法律馆重开，他全面掌握了修订法律大权之后才将之刊刻呢？据其自述为：

“此编抄撮于京邸，编订于天津、保定（指沈被外放为津保两地知府的八年时间内，即1892~1900年）两郡署，见者谓宜公诸世。余方筹铸劓之资，旋值庚子之变，事遂中辍，忽忽又八九年矣。今日修订法律之命，屡奉明诏，律例已删除变通者，已陆续施行，新定刑法草案，虽尚待考核，而事机相迫，施行恐亦不远。此编半属旧事，真所谓陈迹故纸也。芟雉之功，待诸来日。”〔1〕

细读此语，似可窥沈心中隐情。沈之前陆续对《大清律例》部分条文已经或删或改，且获施行，沈对旧律修订似乎成竹在胸。但是对新定刑法草案，则微有不自信之意态，并不认为完善，且考核能否通过，还是未知之数，倘若没有通过，则下一步该如何？还得回到《大清律例》上来，即我们上文第二章中所说的继续其修订《大清律例》的事业。而大清律例的修订，沈一直是有一整套方案的，因其厕身司法机关数十年，对社会办案状况应已了然，故修订旧律应能适应社会实际需要。或者我们似可推测，沈在未雨绸缪，为了给即将开始的修订旧律工作提供一个经验性的内容参考，于是在这个时候抛出《刑案汇览三编》。也许针对新刑律发生的争论和延迟通过与沈推出《汇览》一事纯属巧合，但笔者毋宁相信沈之前对这一情形的发生已有估计。沈在这篇序文的最后两句话值得推敲：“此编半属旧事，真所谓陈迹故纸也。”既然是旧事，又

〔1〕 沈家本：“刑案汇览三编序”，载《历代刑法考·寄篋文存》，中华书局出版社1985年版，第2224页。

是陈迹故纸，而此时又当修订法律馆重开伊始，身为馆中第一领导，事务繁杂，何故撇下他事而顾及于此。可见沈此言当为反话。而实际上所要表达的正是对一味趋新的委婉的批评。正像该文中所说的：

“顾或者曰：今日法理之学，日有新发明，穷变通久，气运将至，此编虽详备，陈迹耳，故纸耳。余谓：理固有日新之机，然新理者，学士之论说也。若人之情伪，五洲攸殊，有非学士之所能尽发其覆者。故就前人之说而推阐之，就旧日之案情而比附之，大可与新学说互相发明，正不必为新学说家左袒也。”〔1〕

因此，就领导人的价值取向来看，沈家本并不暗于新学之士的新学理论而尽弃前人旧说和旧日之案，只是碍于新学潮流浩浩荡荡，所以结尾才说“真所谓陈迹故纸也”这样违心之语，而根本上“前人之说、旧日之案情”与新学说“互相发明”才是其真正所要表达的观点。

回到“说帖”上来，即使说帖有被“新学”人士视为旧形式，但因为作为首席修律大臣沈家本的支持（所谓“上行下效”），也因为此种形式本身的合理性（可阐明观点，集思广益；又可交流思想，传达信息），使得说帖已经突破原来司法领域，继而无论是在修订旧律，还是在起草新律的过程中都被大量采用，尤其是在前一领域内，发挥着至关重要的作用。

下面我们就通过具体实践，发微烛隐，勾勒修订法律馆修订律例的方式，抑可见“说帖”和“墨笔粘单”这些形式的广泛运用。

〔1〕 沈家本：“刑案汇览三编序”，载《历代刑法考·寄篋文存》，中华书局出版社1985年版，第2224页。

先是，在光绪三十四年四月一日，修订法律馆甫一开馆，沈即询问馆员有何修律建议。^{〔1〕}一个月后，修订法律馆中的旧律专家、时任刑部主事的吉同钧即向修订法律大臣上了一份重要说帖即“上修律大臣酌除重法说帖”，叙述了自己对改革《大清律例》的看法，或者可说是呈上了大清律例的修改建议稿。

这份说帖之所以重要，在于其直接导致了后来规定修律宗旨的“奏请变通现行律例内重法数端”一折的出台，但时间却比该折早了十个月。在吉同钧的此份说帖中，首先交代上此说帖的缘起：

“窃维《大清律例》一书，折衷至当，尽美尽善，惟近来风会所趋，交涉日繁，既奉谕旨，参酌各国法律，自应因时制宜，酌中定制以期推行无阻，然其变法之初，事同草创，办理为难。现在调查东西各国律例，参考互证，核其轻重异同之致有与中律不甚悬殊者，有与中律大相径庭者，有中律详而西律从略者，更有东西各国互相参差者，均须一一比较，然后取其所长，弃其所短，立定宗旨，期归允当。”^{〔2〕}

是吉同钧之想法已经突破了旧时修例的框架，而直接要对《大清律例》律、例作全面的修订，其修订的依据即为“中西互证”，目的是要达成“改重为轻”的结果。因当时修律宗旨还没有定下，吉此贴对修律活动带来的影响不可小觑。毕竟它第一次全面提到了修律的方案，有以下十条：

〔1〕 董康曾言：“年余，政府诘问，沈大臣征求众议”，记叙当为光绪三十年末之事。参见《董康法学文集》，第461页。惟前文述及，董文为其在民国期间对清末修律经历的回忆，故时间或有误记，但殆无可疑的是沈在修律工作全面展开前，必征询过馆员的意见。

〔2〕 吉同钧：“上修律大臣酌除重法说帖”，载《审判要略》（宣统庚戌仲冬）后附说帖。

- “一、缘坐之法宜改也。
- 二、凌迟梟首戮尸刑宜删除也。
- 三、死刑宜酌减也。
- 四、笞杖之刑宜酌改也。
- 五、关涉服制名分及职官宜另分门类也。
- 六、刺字之条宜删减也。
- 七、监禁之例宜推广也。
- 八、罪犯工作宜仿行也。
- 九、罚缓宜推广也。
- 十、钱债例宜增修也。”〔1〕

对照后来伍廷芳、沈家本奏上的“奏请变通现行律例内重法数端”一折，可以看出，该折删除的重法三条“死刑中的凌迟、梟首、戮尸，缘坐，刺字”，直接来源于吉贴中办法中的第一条、第二条、第六条。

然而在董康的回忆中，对自己在修订律例贡献的记载，则与此似乎矛盾：“沈大臣征求众议，康建议自宋以后，刑制日趋于重，若凌迟尤形残酷，今欲中外画一，须从改革刑制始，如蒙俞允，始知朝廷非虚应故事也。由康草撰改革刑制草稿，凡分三项：

- “（一）废止凌迟梟示。原拟凌迟梟示者，改为斩决；原拟斩绞立决，改为绞监候，入于秋审情实。情实者，秋后勾决也。通常斩监候，改为绞监候。
- （二）免除缘坐。

〔1〕 吉同钧：“上修律大臣酌除重法说贴”，载《审判要略》（宣统庚戌仲冬）后附说帖。

（三）废止刺字。”〔1〕

是可见，董康将修律过程中第一篇光辉文献的出台归功于己，我们该如何解释这个现象呢？

实际上很简单，历来论者将清末修律的功劳，往往都归于沈家本一人之手，至多加上伍廷芳，修订法律馆这个机构以及参与修订法律的其他人员都被沈给收纳了。诚然，沈在清末修律的十年中，的确是法律馆的灵魂，将法律馆 = 沈家本（伍廷芳）的思维在官本位的传统社会中也属正常，但所谓“独木不成林”，沈家本（伍廷芳）再勤奋，天资再卓越，也无法应付修律大事的方方面面，必须依靠集体，依靠馆中各个法律人才的智慧。这样一来，也许我们可以推测，修订法律大臣在阅读了吉同钧的说帖之后，同时其他馆员也陈述了自己关于修订《大清律例》的建议，修订法律大臣在汇总了各馆员的建议后，再召集馆员进行讨论，分别轻重，形成关于变通律例的最终意见，再交董康草拟奏折，完事之后进行润色，最后上奏朝廷。所以整个修律办法以及修订内容的出台，实质是一个集体行为。正如沈早先为同僚拟订秋审稿尾，而不具己名，后来沈将之汇集成编，取名《压线编》，寓秦仲明《贫女》诗所云“每恨年年压金线，为他人做嫁衣裳”一样，〔2〕其他人的行为，都归入在奏折内“臣伍廷芳、沈家本等奏……”这个“等”字中了。本书之所以要考证“修订法律馆”这个机构，也许就是要为隐没在历史烟尘中的修律者之具体修律贡献发一翻覆，表彰其百余年前为民族为国家所作重大贡献，也许力有未逮，但若能使来人知曾经默默修律者之辛苦，则吾人心愿已矣！

而事实上，在修订旧律的各个阶段，基本都是这种模式，即馆

〔1〕 董康：“中国修订法律之经过”，载《董康法学文集》，第461页。

〔2〕 沈家本：“‘压线编’序”，载前揭《沈家本未刻书集纂》，第1161页。

员针对某问题，呈上说帖，然后经堂议定，得出方案，上奏朝廷，改革律例。吉同钧作为旧律专家，对大清律例的研读领会，造诣之深，恐馆中微有人堪与之比肩。在进呈此贴后，该年八月吉又上一说帖“请减轻刑法说帖”，内中提出减轻刑法诸方案，除了重申其五月份说帖的宏旨外，还提到了要对“强盗”罪从轻处罚的意见。此贴文末，吉云：

“……职观近来各处所办案件，多有涉于严厉者，无怪外人藉为口实，不肯收回之外法权也。大人久长法曹，兼膺修律重任，似应酌古准今，折衷至当，先行告谕各司，一切案件宁从宽恕，勿任苛刻，然后徐议变通旧法，于以除繁重而归简易，则大局幸甚，职一隅之见是否有当，即请均裁。”〔1〕

很快，“甲辰八月上奉堂批，论强盗所见甚是。”〔2〕之后，在翌年四月初二日，沈家本、伍廷芳就奏上“变通窃盗条款折”（“议复江督恤刑狱折”），其中提出整改方案：“臣等共同商酌，拟请嗣后凡窃盗应拟笞罚者，改拟工作一月，杖六十者，改拟工作两月，杖七十至杖一百，每等递加两万，徒罪以上仍照向章办理。此外以窃盗论、准窃盗论及各项因盗问拟者杖，并抢夺强盗案内拟杖者，俱准此。”〔3〕很明显，这个方案是受吉同钧说帖之影响。

光绪三十三年吉同钧又呈上“谨减轻窃盗死罪说帖”，内云：

“今律窃盗一百二十两以上拟绞，秋审时五百两者入实，未至五百两者入缓，若盗仓库官银一百两以上，例即拟绞，秋

〔1〕 吉同钧：“请减轻刑法说帖”，载《审判要略》（宣统庚戌仲冬）后附说帖。

〔2〕 吉同钧：“请减轻刑法说帖”，载《审判要略》（宣统庚戌仲冬）后附说帖。

〔3〕 《光绪朝东华录》（五），第5382页。

审虽未至五百两，亦入情实等因，窃思圣王贵人贱物，似不应以财物断人生命，及遍考古今中外刑法，乃知法特救时弊之策，而至今正当亟筹变通者也。……今奉明诏修改法律，此等窃盗死罪，正可趁此时机奏明删除，采日本欧美之法以尊重人格，复三代之规以洗涤积弊，是以司法大臣应尽之义务也，司官不揣固陋，因论秋谏类及于此，伏乞采纳是幸。”〔1〕

这份说帖上呈之后，当时修订法律大臣、法部右侍郎沈家本批曰：“原本所论极是，修律时当采入之。”左侍郎绍英批曰：“援古证今，确当不易。”而法部尚书戴鸿慈则批：“考之古而悉合验诸今”。〔2〕此说帖观点后来在纂修《大清现行刑律》时得到采纳。

除吉以外，其余馆员同样用此法来陈述自己的修律建议或意见，或者对修订法律大臣所做的决议表示支持或反对。因此前所拟的《大清刑律草案》受到社会各界的广泛指摘，故修订法律大臣决定在新刑律得到论证通过之前，先修一部过渡性的法律，这就是后来的《大清现行刑律》。于是光绪三十四年正月二十九日，修订法律大臣沈家本等奏上“修订法律大臣沈家本等奏请编定现行刑律以立推行新律基础”一折后，即对开始对《大清律例》做全面修订。在这个折子中，沈提到了修订现行刑律的办法，共有四条：

- “一、总目宜删除也。
- 二、刑名宜厘正也。
- 三、新章宜节取也。
- 四、例文宜简略也。”〔3〕

〔1〕 吉同钧：“谨减轻窃盗死罪说帖”，载《审判要略》（宣统庚戌仲冬）后附说帖。

〔2〕 吉同钧：“谨减轻窃盗死罪说帖”，载《审判要略》（宣统庚戌仲冬）后附说帖。

〔3〕 参见《清末筹备立宪档案史料》（下），第851~852页。

这个办法不仅仅是要对传统《大清律例》内容进行大修，而且从体例形式上也有一番大的改革，故引起纷纷物议。针对这种状况，时任第二科总纂的汪荣宝即上了一道说帖“修订法律大臣编纂现行刑律删除总目议”，举历史与现实依据，有力地支持了修订法律大臣的论断，说帖全文如下：

“本年正月二十九日，修订法律大臣侍郎、沈家本等奏请编纂现行刑律具陈办法四事，其第一事情为删除总目，议者惑焉。愚以为修订法律大臣所见为事理之至当，无可非也。今律篇目承明旧，既按切事理，析为三十门，复曰缘职制总为六律，牵强割裂，本不可通。夫刑律所以断罪明罚，与会典纂叙各种行政法者，体例回目不同。行政法可以官司职掌，分列纲目，而刑律当以犯罪之事类为次序，不能与官司职掌一一比附，《周官》以六事分职，《唐六典》以一切令式分隶六司，均行政法之属，乃政书而非律书，律书之最古者莫如李槐《法经》，其书分贼盗囚捕杂具六篇，汉增户兴厩三篇为九章，魏承汉律之外增劫掠，诈伪，毁亡，告劾，系讯，断狱，请贼，惊事，偿赃九篇，为魏律十八篇，历晋、梁、北齐、周、隋代有因革，中惟隋开皇律名例、卫禁、职制、户婚、厩库、擅兴、贼盗、斗讼、诈伪、杂律、捕亡、断狱十二篇繁简得中，唐武德中定律，一准其目，世界称详允，宋用刑统，据王应麟《玉海》、傅霖《宋刑统赋解》、洪迈《容斋随笔》、沈括《梦溪笔谈》所引悉循唐律旧，第由是观之，分诸名律本为唐宋以前所无，明太祖吴元年命中书省定律令，准唐之旧，而增损之，始有吏律、户律、礼律、兵律、刑律、工律之称，假官司之分掌定犯罪之类别，以意为之，初非前制作之旧，第尔时政事统于六曹，假借标称取便记忆，虽非古法而有义例可言，若接诸今日情形，则分职设官已与明代绝异，京朝现行官

制自外务部以下，称部者凡十有一，吏户礼兵刑工之分类不足以概括一切，如故给事中等官，向以六事分职者，今已钦奉谕旨，撤去旧称而刑律标题，尚言曩轨之综核名实之义，良有未要，修订法律大臣所拟删除总目，复唐宋体裁之旧，兼以免律令歧出之嫌，实于古制今情两无永迁，且名例等三十门之篇目仍在，于律之大体初无繁忝之变更也。”〔1〕

此说帖益发坚定了修订法律大臣的信心，最终得宪政编查馆同意，带来了《大清现行刑律》形式方面的大变化。

此外，说帖运用的场合非常广泛，本书就不一一罗列。凡此意在说明，修订旧律时，各个环节都会有类似于建议书或意见书的说帖存在。在修律办法尚未出台之前，修订法律大臣召集馆员，询问修律方案及应修律例内容，馆员遂集思广益，出具说帖，从修律宗旨，到修律方案，到应修内容，到程序步骤，都有很好建议和意见。随后修订法律大臣综合馆员智慧，制定宗旨，确定办法，指示提调贯彻推行。在修订法律过程中，不断调整具体事项，此时，馆员出具说帖，对修订法律大臣提出批评意见或者支持论据，保证信息交流及时和科研探讨的深入。

至于“墨笔粘单”，则是在更加具体的文本修改时，所采用的普遍形式。清末修订旧律的巅峰之作莫过于《大清现行刑律》，该法律的精当与适应性，是其余诸修律成果所不能比拟的，当然此修律工作也是整个清末修律过程中做的最细致、最严密、准备最充分、经过时间也最长的一个，前后经过数稿。沈家本等在“修订法律大臣沈家本等奏请编定现行刑律以立推行新律基础”一折中，曾略述原委：

〔1〕 汪荣宝：“修订法律大臣编纂现行刑律删除总目议”，载《金薤琳琅斋文存》。

“光绪二十九年，臣家本在刑部左侍郎任内，奏请删订，嗣于三十一年先将删除一项，综计三百四十五条，分期缮单进呈。其修改、修并、续纂三项，未及属稿，适值更改官制，从前提调总纂各员，有擢升外任者，有调赴他部者，暂行中止，现在新律之颁布，尚须时日，则旧律之删订，万难再缓。”〔1〕

是修订法律馆尚未开设，即已经着手从事此项改革。而此次修订，也不是用整体修订法，而是将律文分解为各个篇目，如对“犯奸律文”做为一卷来修订，〔2〕将“职官律例”作为一卷来修订。兹取“职官律例”中的“奸党罪”来加以分析。〔3〕宣统元年七八月间，修订法律馆对“职官律例”进行修订。就“奸党罪”而言，首先作为修订法律的基础稿本，即《大清律例》卷六“吏律·职制”篇：

奸 党〔4〕

凡奸邪 将不该死之人 进谗言，左使杀人 不由正理，借引别事情以激怒人主，杀其人以快己意。者，斩。监候。

若犯罪，律该处死，其大臣小官，巧言谏免，暗邀市恩，

〔1〕 参见《清末筹备立宪档案史料》（下），第851~852页。

〔2〕 第一历史档案馆中保存着修订法律馆对“犯奸”律文的修订稿残本，内开：纵容妻妾犯奸，律文修改；亲属相奸，律文修改，修改一条；污执翁奸，律文修改；奴及雇工奸家长妻，律文修改，修改二条，删除一条；奸部民妻，律文修改；居丧及僧道犯，律文修改；良贱相奸，律文修改；官吏宿娼，律文修改，删除一条；买良为娼，律文修改，修改二条，删除二条。见修订法律馆全宗，全宗号10，第2包。

〔3〕 参见《修订法律馆对职官律例修改稿》，第一历史档案馆，修订法律馆全宗，全宗号10，第3包。

〔4〕 法典条文引自田涛、郑秦点校：《大清律例》（乾隆五十五年本），法律出版社1999年版，第154~155页。

以结人心者，亦斩。监候。

若在朝官员，交结朋党，紊乱朝政者，凡朋党官员皆斩。监候，妻子为奴，财产入官。

若刑部及大小各衙门官吏，不执法律，听从上司指奸臣。主使，出入已决放人罪者，罪亦如之。若有不避权势，明具实迹，亲赴御前，执法陈述者，罪坐奸臣。言告之人，虽亦以听从，致罪有出入，亦得与免本罪，仍将犯人财产均给若止一人陈奏，全给。充赏，有官阶者升二等，无官者量与一官，或不愿官者赏银二千两。

法律馆馆员要针对此条文加以修改。首先，时任第一科纂修的朱汝珍在该律文上方“墨笔粘单”，给出对此条文总体修改意见：

“案：立宪国必有政党，为世界各国所公认，若无政党，则虽有良法美意，不能得多数有势力者之赞成，便难实行。吾国人思想一若党则无不奸者，稽之历史亦往往而然，不知立宪国之政党党于主义，非党于私人，今所谓奸党者，党其私人非党于主义，故大相径庭也。然总希望中国前途有宗旨纯正、学识宏通之政党出现，实行立宪，今以奸党二字为律目，微觉不安，拟改为‘奸邪’二字，并将律文内朋党等字改削，将小注凡‘凡朋党官员’等字删除，仍俟钧定。”〔1〕

末了，朱汝珍在该单最后签上“珍注”二字，表明他即为此意见的责任人。其中“仍俟钧定”一语，即表明他在稿本上粘上此单所要呈上的对象即为修订法律大臣。朱修订意见所据的理由是

〔1〕 参见“修订法律馆对职官律例修改稿”，第一历史档案馆，修订法律馆全宗，全宗号10，第3包。

立宪国政党制度与“奸党”一词不协调，所以要去除朋党之条。

随即另一张批注单又粘在了此稿本上，朱汝珍的字清晰俊秀，为正体小楷，而此粘单上则为行书大字，上写“奸党此律，明代所创，薛尚书以为残刻，此义应否，亦之记酌。”体会此批注语气，再对照沈家本的笔迹，可知此为沈之意见。^{〔1〕}是沈家本内心同意此奸党律文为残刻律文，只是沈为人沉稳，揣度删除此律，又必招致非议，于是写下“记酌”二字，答复朱汝珍。

同时，另一馆员又在该律条上粘单云：“案：奸党诸律均系严惩官邪，历次修律均未敢擅议更改，惟缘坐现已奏明宽免，是以‘妻子与奴’等语节删，余悉仍旧。律目曰奸党，律文曰奸邪，曰交结朋党，紊乱朝章罪坐奸邪，紊乱并非以一党字为罪案，似不必忌避，必从而删改之，恐谤议又将峰起矣。”该粘单未落款，只书“谨记”二字。似乎也是对朱汝珍的意见的补充，但字体与朱、沈皆不相似，此意见比较保守，考虑到革新可能带来的压力，还对历来修律未何不及此条做出注解，笔者推测，该条作者当为编案处总纂吉同钧，吉在修律馆中的思想倾向于务实与保守，其工作又主要是修订旧律。所以可能性较大，但因笔者尚未查到吉氏之笔迹，所以在此故存此疑，俟日后有确切证据再补录之。

此外，同以上字迹（指笔者疑似吉同钧）相似的是另一张粘单，上云：“‘上司’二字应酌改，现在法部尚书在参与政务之列，无所谓上司矣”。^{〔2〕}

对此，修订法律大臣沈家本，又粘上一单，上书：“删语下注，刑部现改为法部，法部尚书系在参与政务之列，并无所谓

〔1〕 笔者认定此条为沈所批，乃是据前揭《沈家本未刻书集纂》扉页中附带的两页沈家本手迹影印图，据此笔迹比对法律馆修律稿本上的批注，则笔迹相同。

〔2〕 因光绪三十四年法部尚书戴鸿慈已参与军机，成为军机大臣，故谓之“参与政务”，并不直接掌理法部事务，故无所谓上司。

‘上司’，似不如将‘刑部’及三字一并节去，较为浑括。”

可见，整个修订旧律具体条文的过程均由一张张“墨书粘单”构成，墨书粘单并不是同时进行，而是一个馆员针对律条进行修改之后，将附有粘单的稿本转到修订法律大臣手中，修订法律大臣对该馆员粘单进行批注，给出自己的意见，另粘一单。再将稿本转到另一馆员手中，由另一馆员再次批注、粘单，完毕之后再转回修订法律大臣手里。如果有需要，继续进行这样的流转。

最后，综合上述“墨笔粘单”，沈家本等得出一个修改意见稿，云：“臣等谨案，律内斩候罪名应改绞候，缘坐之法新章已分别宽免，则律内妻子为奴，财产入官，仍将犯人财产均给充赏，并小注若止一人，陈奏全给等语，均应节删，至刑部现改为法部，法部尚书系在参与政务之列，并无所谓上司，似不如将刑部及三字一并节去，较为浑括，谨将律文开列于后”。

于是在此基础上形成的《大清现行刑律草案》中“奸党”律文就变成成为：

奸 党^{〔1〕}

凡奸邪 将不该死之人 进谗言，左使杀人 不由正理，借引别事情以激怒人主，杀其人以快己意。者，绞。监候。

若犯罪，律该处死，其大臣小官，巧言谏免，暗邀 市恩，以结人心者，亦绞。监候。

若在朝官员，交结朋党，紊乱朝政者，凡朋党官员 皆绞。监候。

若法部及大小各衙门官吏，不执法律，听从上司指奸臣。主使，出入已决放人罪者，罪亦如之。若有不避权势，明具实

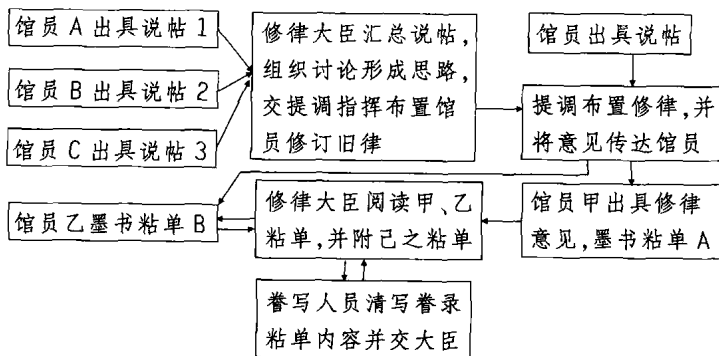
〔1〕 参见《大清法规大全·实业部》所附《核订现行刑律》。

迹，亲赴御前，执法陈述者，罪坐奸臣。言告之人，虽亦以听从，致罪有出入，亦得与免本罪，有官阶者升二等，无官者量与一官，或不愿官者赏银二千两。

其他律文篇目的修订，一秉于此，最后将各篇修改稿汇总，重新缮写眷清，上呈朝廷，即成为《大清现行刑律草案》，奏上后，朝廷命交宪政编查馆核订，宪政编查馆大刀阔斧，将“奸党”条文全部删除。草案经宪政编查馆核订后，就变成了《核订现行刑律》，再上呈朝廷，朝廷准奏，于是最后出来的《钦定大清刑律》^{〔1〕}中即无“奸党”之条。这就是律例修改的整个过程。

让我们再来对修订法律馆修订旧律的方式做一个总结，大致如下图所示：

修订法律馆修订旧律方式图



当然，此图亦是化繁为简之法，如前所述，馆员出具说帖之前，也已经历一番调查，比较古今中外法律思想与文本的活动，否

〔1〕《钦定大清刑律》是正式的法典名称，但时人口头上称此律为新刑律，区别于大清现行刑律。本书中《大清刑律》、新刑律指的都是此法典。

则也无法出具兼具实践性和学术性的说帖，关于此点，我们暂且留待制定新律这一修律活动中，在后者，这些辅助性措施发挥的作用更为明显。

二、起草新律

较之修订旧律的方式，起草新律就显得略为混乱，无严格的流程，也无详备的计划和完善操作方案。个中原因不难明白：第一，修订旧律尽管已经突破了原来“大修小修”的模式，但操作方法上并没有完全革新。原来在司法活动中发现弊端，产生新例，此一过程中常用的“说帖”和“墨笔粘单”完全可以为修订旧律所用，正所谓“旧瓶装新酒”。所以这方面旧律有原有修律经验可循。但是起草新律，则直接面对一个陌生的领域，即使是清初制定《大清律例》这一遥远的记忆，对于修律馆同人而言，也是十分模糊。再者，时宜事易，新律内容的新颖，为三千年传统世界所阙如。故新律起草几无经验可凭。第二，修订旧律，尽管也会涉及新生事物，但修律所依据的学术理论，依然是传统律例之学，尽管内容多有变化，但整体结构框架还是有机保留了下来，再兼之修律馆人员大多是从刑部官员转变而来，故对旧律的机理了解相对透彻，兼之很多馆员都通过各种渠道获取了新的法律知识，尽管不够精通，但在对修订旧律方面可以给予足够的学术支持。但是起草新律，所需的知识为源自西方的部门法理论以及宪政分权下的法学理念，这些对于修订法律馆人员多为十分陌生的事物。即使是出国游历以及研读西方法典，因为时间的仓促，所知的也仅是皮毛。因此，限于经验和学识两方面的缺乏，起草新律困难重重。

无奈之下，只有三种解决途径：第一，通过翻译西方法律文本，研读之后，依样画葫芦，这种修律方式可能带来的结果是可收自主建立全新法律体系之利，但会导致“画虎不成反类犬”之弊；第二，直接聘请外国新法人才，借助其西方近代法知识与其在本国

修订法律的经验，来起草中国新法，这样做可能带来的结果是可收快速迅捷地完成法律体系的“大换血”，完成时代需要迫切完成的修律任务，但会导致“换血不适”，并有外人“反客为主”之弊；第三，通过进行国外游历和国内调查，参酌世界最新法理，结合本国国情民俗，制定新法，这样做可能带来的结果是可收法律既富现代学理，又能通行中外之利，但会导致修订过程缓慢，难以满足时代急需之弊。

观十年起草新律过程，总的来看，似乎这三种解决途径是前后相继的，比如刚开始修订法律大臣伍廷芳、沈家本率员自主起草了第一部新律《刑事民事诉讼法草案》，在招受了几乎一致的不满后，草案被搁置，最后不了了之；随即聘请日本法家起草《大清刑律》（《新刑律》），最后招致广大督抚非议，磕磕绊绊地颁布于世，但基本未及很好地推行；之后开展广泛民商事调查，制订草案，未及颁行，清廷覆灭。如此，起草新律的过程带有了几许悲壮色彩。不过，这一过程恰恰反映了国人对于法律移植、法律近代化等内容认识的深化，在探索法律进化的道路中，国人不断调适，步步深入，可惜未及全然明白，国祚已亡，留下百年遗憾。当然，这三个过程表现出的三种思维模式，在整个起草过程中又是交织在一起，探索的过程又是充满矛盾的过程，于此，我们又不难理解为什么起草新律的过程较之修订旧律为混乱了。

为了揭橥起草新律的流程或方式，我们只能将原本充满变数的起草活动做一个类型化处理，归纳出一个基本的模式，大致分为翻译→法典比较→调查→起草这一系列步骤。

翻译活动贯穿清末修律活动始终，无论是修订旧律还是起草新律，都是必不可少的环节。就修订旧律而言，翻译最初的目的在于使得馆员可以对比中西，然后将律例改重为轻，这方面吉同钧的修律思路最为典型，他在修订法律馆开馆伊始提出的酌减重法的建议中即提出这样的论据：

“……尝考欧西各国刑律，其先严酷特甚，近世均归宽厚，而西律出于罗马法，最严厉当时有碎身投兽之刑，此外法国立抉眼之刑及铁衣束囚之法，英国法伤人者割其臂，殴人浸于海，与俄国之犁舌剖腹，其残忍皆中国所未有也。近来渐次消除，死刑只留斩绞二条，亦有用枪毙者，乃特别之法，其余俱监候作苦工而已。虽各国不必一律，要皆大同小异，试即英美德俄法日诸国较之，英国刑罚分七等，一曰绞、二曰禁锢终身、三曰禁锢作工、四曰鞭扑、五曰禁锢不作工、六曰罚学、七曰罚缓，美则绞死、监禁、罚赎与英相同而无鞭扑罚学二条，德之刑罚分斩首、惩役、禁锢、罚金、拘留数项，法之刑法初分十等，曰斩、曰绞、曰终身落縲继作苦工，曰限年月縲继作苦工，曰军、曰流曰徒，曰监禁、曰监收，曰罚银，近改从简，但有死刑、徒流、囚禁、罚金而已。俄初则有支解、斩首、剜刑、火灼、镕铜灌口、籍家罚银等刑，近亦改从宽简，仅留死刑终发遣作苦工监禁数项。日本始用唐明诸律，而参以中国法例，明治变法以后，改用西律，参考法德各国而定一王之制，其现行之刑分重罪，轻罪，违警罪为三等，共十四条，重罪有九：曰绞首、曰无期徒刑、曰有期徒刑、曰无期流刑、曰有期流刑、曰重惩役、曰轻惩役、曰重禁狱、曰轻禁狱。轻刑有三：曰重禁锢、曰轻禁锢、曰罚金。违警刑有二：曰拘留、曰科料。以上十四条谓之主刑，此外又有附加刑五条，曰剥夺公权，曰停止公权，曰监视，曰罚金，曰没收。改正刑法止留绞刑、惩役、禁锢、罚金、拘留、科料六项而已，此各国刑法之大较也……总之，就现在而论，死刑则中国重于外国，生刑则外国严于中国，今欲酌中外而定一通行之法，其中国有可尽用西法者，有可参用西法者，亦有绳以西法万不能行仍宜

遵守中法者，更有中律过重亟应改易者……”〔1〕

其他欲改轻律例者，大多是持中西比较中重西轻的论调，兹不备录。我们惟可注意者，在吉同钧以一中律传统司法官员，对外国刑制还颇为了解，这不能不倚仗翻译之功。

修订法律馆开馆之后，至光绪三十一年三月二十日伍廷芳、沈家本等奏上堪为修律宗旨的“修订法律大臣奏请变通现行律例内重法数端”一折时，在将近一年的时间内，法律馆主要的工作即是翻译外国法典。伍、沈奏折言：“各国法律之译成者，德意志曰刑法，曰裁判法，俄罗斯曰刑法，日本曰现行刑法，曰改正刑法，曰陆军刑法，曰海军刑法，曰刑事诉讼法，曰监狱法，曰裁判所构成法，曰刑法讲义解。校正者，曰法兰西刑法，至英美各国刑法。”〔2〕因当时最主要的工作是改订《大清律例》以及起草《刑事民事诉讼法》和新刑律，所以其翻译的重心在各国刑法，兼及诉讼法、裁判法、监狱法。从这些法典当中，斟酌损益，对旧律改重为轻；对起草新律而言，则第一阶段的成果，即依据此类法典，起草出《刑事民事诉讼法》和《大清刑律草案》。此后，光绪三十三年五月十八日，沈在“奏修订法律情形并请归并法部大理院会同办理”一折中，也有：

“……先后译成法兰西刑法、德意志刑法、俄罗斯刑法、和兰刑法、意大利刑法、法兰西印刷律、德国民事诉讼法、日本刑法、日本改正刑法、日本海军刑法、日本陆军刑法、日本刑法论、普鲁士司法制度、日本裁判构成法、日本监狱访问

〔1〕 吉同钧：“上修律大臣酌除重法说帖”，载《审判要略》（宣统庚戌仲冬）后附说帖。

〔2〕 《光绪朝东华录》（五），第5324页。

录、日本新刑法草案、法典论、日本刑法义解、日本监狱法、监狱学、狱事论、日本刑事诉讼法、日本裁判所编制立法论，共二十六种，又已译未完者，德意志民法、德意志旧民事诉讼法、比利时刑法论、比利时监狱则、比利时刑法、美国刑法、美国刑事诉讼法、瑞士刑法、芬兰刑法、刑法之私法观，共十种。”〔1〕

光绪三十三年十月初二，修订法律馆重开前修订法律大臣拟订修订法律办法一折时，曾提到：“拟一面广购各国最新法典及参考各书，多致译材，分任翻译”。〔2〕益可见对翻译的重视，且尚有为赶制新律“急救章”的味道在内。

随着新刑律草案总则、分则分别于光绪三十三年八月二十六日和十一月二十六日上奏朝廷，朝廷下宪政编查馆交各中央部院堂官、地方督抚、将军、都统签注意见，〔3〕以观新刑律草案可行性与否后，起草新刑律的过程暂时告一段落。随即修订法律馆即开始进行更大规模的起草新律的活动，包括国籍法以及民、商、诉讼各律。从光绪三十三年末至宣统元年正月，一年之内，修订法律馆所译的法律文件有：

“译日本商法全部

〔1〕 沈家本：“修订法律大臣沈家本奏修订法律情形并请归并法部大理院会同办理折”，载《清末筹备立宪档案史料汇编》，第838页。

〔2〕 《政治官报》光绪三十三年十月八日，第一九号。

〔3〕 从光绪三十四年到宣统二年，京内外各衙门陆续上奏对大清刑律草案的意见，这些意见统称“签注”，完整签注应该包括对草案发表整体看法的原奏折和附录的对草案总则和分则逐条发表意见的清单。这些“签注”，直接影响朝廷对新刑律的通过。关于签注的完整研究，参见高汉成：“签注视野下的大清刑律草案研究”，中国政法大学2005年博士论文。

译德国海商法
译英国国籍法
译德国国籍法
译奥国国籍法
译法国国籍法
译葡萄牙国籍法
译各国入籍法异同考
译比较归化法
译日本民法（未完）
译德国民法（未完）
译奥国民法（未完）
译西班牙国籍法
译日本票据法
译美国破产法
译美国公司法论
译英国公司法论
译亲族法论
译日本加藤正治破产法论
译罗马尼亚国籍法
译义大利民法（关于国籍各条）
译德国改正民事诉讼法（未完）
译日本条约改正后关于外国人之办法
译德国强制执行及强制竞卖法（未完）
译日本改正刑事訴訟法全部
译日本改正民事訴訟法全部
译日本现行刑事訴訟法全部
译日本现行民事訴訟法全部
译法国刑事訴訟法（未完）

译奥国法院编制法全部
译奥国民事诉讼法（未完）
译裁判访问录
译国籍法纲要及调查志田钾太郎意见书
译日本民事诉讼法注释全部
译日本民事诉讼法注释全部
译日本刑事诉讼论全部
译日本民事诉讼论全部
译德国高等文官试验法
译德国裁判官惩戒法
译德国行政官惩戒法
译国际私法。”〔1〕

从这一阶段的译著数目来看，它已经突破了前期仅仅注重翻译法典法条的限制。还注重翻译学理性著作，比如《各国入籍法异同考》、《比较归化法》、《美国公司法论》、《英国公司法论》，此外尚有一些法律意见书。虽然我们无法悉知翻译者的初衷和翻译的具体步骤、过程，〔2〕但可知此时翻译较第一阶段更为成熟。第一阶段翻译法典，供修订法律馆模仿所用，是“知其然”，而第二阶段还翻译各国法学家或者法律工作者对其本国法律的注释或说明书，则显示出修订法律馆已经初步吸收了前期机械模仿西方带来

〔1〕 沈家本等：“修订法律大臣奏筹办事宜折并单”（宣统元年正月二十六日），《政治官报》宣统元年二月二日，第四七一号。

〔2〕 笔者在第一历史档案馆搜索“修订法律馆全宗”内载所译文本，所获甚微，仅见法律馆翻译稿本的残本，有：白振民译，张孝移补校：《民事诉讼法》（第六编）。全宗号 10，第 10 包；施尔常译：《民事诉讼法》，全宗号 10，第 11 包；杨志询译，张孝移、汪有龄校：《民事诉讼法》，全宗号 10，第 12 包。这些译员当归属译书处，惟译文不全，且无序跋，无法勾勒动态过程。

“换血不适”的教训，^{〔1〕}开始翻译西方法律制定背后所依据的原理性内容，意味着不仅要“知其然”，还要“知其所以然”。

至宣统元年十一月底，修订法律馆又统计了一次修律成果，其中就译书部分，有以下数端：

“译德国民法总则条文
译德国亲属法条文
译德国商法总则条文
译奥国民法总则条文
译奥国亲属法条文
译瑞士民法总则条文
译瑞士亲属法条文
译法国民法总则条文
译法国民法身份证书条文
译法国民法失踪条文
译法国民法亲属条文
译日本冈松参太郎所著民法理由总则
译日本物权债权（未完）
译日本奥田义人所著承继法
译奥国民事诉讼律

〔1〕 光绪三十二年四月二日修订法律大臣伍廷芳、沈家本奏上“刑事民事诉讼法拟请先行奏办”一折后，朝廷颁发上谕要求中央各部院堂官、各地督抚签注。此后两年多时间内，各地督抚对草案提出了大量批评意见。光绪三十三年八月二日，法部奏进“覆议诉讼法拟请旨展限八个月以便详核妥议”一折。至三十四年九月，再次奏进“奏议刑事民事法律俟法律草案定义再行妥拟折”，故至光绪三十四年九月，该诉讼法草案最终尘埃落定，被搁置起来。此事当刺激修订法律馆同人，仅一味模仿而不知其机理，于修订法律尚嫌不足。故光绪三十四年至宣统元年，译书加入法律原理部分。

译德国改正民事诉讼法（未完）
译德国破产法条文（未完）
译德国强制执行法及牵制竞卖法
译日本法律辞典（未完）。”〔1〕

此时，正是《国籍条例》已完成，而民事法律正待起草之时，故翻译集中于民法方面，依然有法典有论著。

总之，起草新律前，翻译为必要的学术准备，最初通过模仿，继而通过比较鉴别，形成草案雏形。这是就起草新律的过程而言。除此以外，翻译带来的更为积极的影响，即是扩大了修订法律馆人员的视野，将一个个与中国迥然有异的法律世界呈现在修律人员的眼前。且这么多外国法典、法学著作在一二年之内陡然冒出，真有如现今所谓的“信息爆炸”之态，不难想象，对原先仅熟悉传统刑名律学之类的旧律专才以及对新律一知半解的修律人员会是怎样的刺激。继而为应付此“新法学”的刺激，修订法律馆馆员必须刻苦学习，与外聘的日本法学专家切磋，并借助附设的法律学堂，提高自身的新法学素养，逐渐使修订法律馆成为清末新法学的渊藪。

翻译提供了起草新法的素材，落实到具体的修律活动中，还要进行法典比较，这就是伍廷芳、沈家本在拟订修订法律主要办法时所提及的：“复令该员等比较异同，分门列表，展卷了然。各国之法律，已可得其大略”。〔2〕光绪三十年四月一日修订法律馆开馆之后，首先令馆员根据已经翻译出的材料做出《中外刑律比较表》，即如吉同钧所说的：“职等现在分纂《中外刑律比较表》，东西俱

〔1〕 沈家本等：“修订法律馆奏筹办事宜折并单”（宣统元年十一月二十日），载《政治官报》宣统元年十二月四日，第七九八号。

〔2〕 《光绪朝东华录》（五），第5324页。

有成书，列表均不为难”。^{〔1〕}一方面为应修改旧律“改重为轻”的需要，^{〔2〕}另一方面也为起草新律准备一个可靠的论据。

法典比较对修订法律馆而言其实并不陌生。昔日刑部前辈薛允升著《唐明律合编》以及后来的《唐明清三律合编》，就是法典比较的典范之作。虽此时尚未刊刻，但因薛氏后人于清末时将薛氏遗稿都交于沈家本加以整理，故沈对之想必十分了解。^{〔3〕}何况，薛氏之《读例存疑》在阐释一个问题时，常常兼引前人陆柬之所著《读律管见》、雷梦麟所著《读律琐言》、夏敬一所著《读律示掌》、沈之奇所著《大清律辑注》等律学著作，虽非法典，亦有法律比较之意。只是以往比较，都为纵向比较，比较的是我国各个历史时期法典条文的差异。而现在形势丕变，朝廷又明降谕旨：“参酌各国法律，悉心考订”，是中外比较之意，隐在其中，于是在修订新律过程中，先必须就中外刑法条文，做一比较列表。

修订法律馆为起草新律所做的完整的法典比较列表，笔者迄今未见。但观董康后来在1928出版的《刑法比较学》（上册）一书，

〔1〕 吉同钧：“上修律大臣酌除重法说帖”，载《审判要略》（宣统庚戌仲冬）后附说帖。

〔2〕 比如光绪三十一年四月初二日，修订法律大臣在“议覆江督奏恤刑狱折”内，主张将“窃盗罪”改重为轻，其依据的论据即为中外法典比较所得：“考今世各国刑法，窃盗之罪，法兰西处罚役；德意志处禁锢或十年以下之惩役；比利时处一月以上五年以下之禁锢；英吉利处五年以下惩役或二年以下之禁锢，附加苦役及黑牢；日本处二月以上四年以下之禁锢。其余各国大致相同。间有并科罚金者，非通例也”。参见《光绪朝东华录》，第5328页。

〔3〕 薛氏遗著《读例存疑》由沈家本于光绪三十三年交由律例馆出版，而《唐明律合编》则于民国十一年经由徐世昌加以刻版刊布，才为世人所知，但对于法律馆原刑部同人而言，则应不陌生，尤其是于薛氏有师生之谊的沈家本和吉同钧等人则更为了解。

似可见当年起草新律时，所用的比较列表方法。^{〔1〕} 试举一例，董康在该书第一编《总则》第一章《法例》第一条关于“效力以明文为断”所进行的法典比较如下：

“《暂行刑律》^{〔2〕} 第一条：‘行为时之法律，无明文科以刑罚者，其行为不为罪。’

（俄国）《刑法》第十六条：‘本法之条项，未揭明有社会上危险之行为者，依本法近似条项处断。’

（德国）《刑法》第一条：‘行为，在实施以前法律有明文者，方得处罚。’

（暹罗）《刑法》第七条：‘不论何种事实，于行为时，非依有效法律且应科以刑者，不得罚之。非法律所定之刑，不得科之。’

（波兰）《刑法》第一条：‘行为时，其行为于现行法应处罚者，负刑事责任。’

第二条：‘行为时之法律，与裁判时之法律有变更时，依裁判时之法律处断。但行为时法律之刑较轻者，适用较轻之刑。’^{〔3〕}

〔1〕 笔者深信人的知识结构具有相对稳定性，其从事学术或者工作的方法也有前后关联性。何况董康在此书的“凡例”中有一段话，记叙其自清末以来的修律情况，主要回顾其自《钦定大清刑律》（新刑律）起自民国后第一次修订刑律止的一个过程。其中最后一句话尤值得重视：“于本法寝馈既深，故编中兼用各案理由，以作解释。偶附管见，用备将来之采择焉。”于“本法”即指历次修订的“刑法”；“编”中，即指此《刑法比较学》一书，将“各案理由”即指将各个法典条文做一个比较列表。其目的是为了将要进行的刑法第二次修改做参考，其方法当延续清末修律中比较列表的形式。参见《董康法学文集》，第491页。

〔2〕 民国肇始，将清末颁布的《钦定大清刑律》，删去与国体相抵触各条，用以颁行，名为《暂行刑律》。

〔3〕 引文均参见《董康法学文集》，第491页。

因董康此书为《刑法比较学》，故而在列出刑律条文后，还进行学理阐释，其中在评述完《暂行刑律》中的条文后，又对唐、宋、周、汉律中关于此条内容进行比较。在各国法律比较完之后，又加入自己的价值判断。所以该书学术性较强。又因为董的目的是为以后修正刑律作参考，故其于取舍之间，叙述犹备。以上我们摘叙的，仅是“效力以有明文为断”各国的法律条文，董整本书均是按以上顺序逐次比较。

由此似可以推断，清末修订法律馆起草新律前，也有这样一个列表比较的过程，最简单的方式即如上所示。如果要对修律工作起进一步指导作用，则修订法律馆馆员还得在比较列表中的每一条文下以和整个比较列表后加具案语，俾最后起草律文时择善而从。我们可以从修订法律馆奏请定新章呈的折子中可以窥见此修律方式。

比如光绪三十二年四月初二日，修订法律大臣奏“伪造外国银币拟请设立治罪专条”一折中，即曾以法典条文比较以充论据：

“查各国法律，私铸一项均以本外国分别治罪。

如《法国刑法》：‘凡伪造改造金银货币处无期徒刑，伪造改造外国货币处有期徒刑。’

《俄国刑法》：‘凡私铸俄国钱币，无限公权全夺，罚作八年以上十年以下苦工，私铸外国钱币，无限公权全夺，罚作四年以上六年以下苦工。’

《英国刑法》：‘凡伪造货币，处终身徒刑，伪造外国货币，处五年至七年之徒刑或二年以下之囚狱。’

《日本改正刑法》：‘以行使之目的，将通用货币纸币伪造变造者，处无期或五年以上之惩役，将国内流通之外国货币纸币伪造变造者，处三年以下之惩役。’

是俄法英日各国治罪之轻重虽有不同，而私造外国货币均

较本国处刑为轻。”〔1〕

尽管，修订法律大臣最后建议使用的刑罚为“嗣后凡伪造外国银元行使，无论赃数次数多寡，为首及匠人均依《奏定私铸银币章程》处绞罪上减一等拟以流三千里，其为从及铸造未成之犯各于流罪上减一等问拟，所得流徒罪名仍照章收入习艺所工作。似乎此法此罚的诞生与以上法典比较无涉。但我们需知，此时《新刑律》尚未制定，修律人员所设定的刑罚还是传统刑罚，法典比较在此起的作用仅是“改重为轻”。而观光绪三十三年修成的《大清刑律草案》时，关于此条的处罚，设定在第十七章第二百二十五条：“凡伪造流通中国之外国通用货币者，处三等以上有期徒刑；行使自己所伪造流通中国之外国通用货币及意图行使而交付人者亦同；流通中国之外国银行券以外国通用货币论”。〔2〕该律文则主要择自于上列《日本改正刑法》条文，法典比较在起草中的作用于此可见一斑。

清末起草新法，大都是通过以上两道程序，首翻译，次比较，折冲樽俎，模范列强。有的草案甚至本身就是日本法律专家起草的，比如冈田氏的新刑律和志田氏的新商律。〔3〕但并不意味着修订法律馆对起草编纂法律的认识仅仅停留在翻译比较选择模仿这一层次上，从最初模仿外国的法律制度文本，到借鉴外国的修律经验和方法，修订法律馆在修律事业方面逐渐走向成熟。在经历了一系

〔1〕 参见《大清法规大全·法律部·新定专律》。

〔2〕 《大清刑律草案》，第十七章“关于伪造通用货币之罪”，第二百二十五条。参见高汉成：“签注视野下的大清刑律草案研究”文后附录，中国政法大学2005年博士论文。

〔3〕 自光绪二十九年由伍廷芳等撰拟商律之后，至光绪三十三、三十四年间，又对商律进行完善，遂请志田钾太郎起草商律草案，为与前伍廷芳等商律相区别，后一草案习惯又称“志田案”。

列挫折之后（如前所述新修的光绪三十二年《刑事民事诉讼法》、光绪三十三年《大清刑律草案》出台后成为众矢之的；聘用外国专家费用昂贵，只能缩小规模；委诸外国专家起草法案又广受国人指摘；等等，详见下文），修订法律馆同人应该明白，与其依靠外人，何如求诸于己？再加上已经有数年起草新律的经验，且联系到我国古圣贤明训“授人以鱼，不如授之以渔，授人以鱼只救一时之及，授人以渔则可解一生之需”，所以到修订法律馆重开后，慢慢地其模范列强的方式是吸收其方法而不是简单的“拿来主义”。终于在光绪三十三年十月初二，修订法律大臣拟订修订法律办法一折时，提到了调查一法，“参考各国成法，必先调查也，日本变法之初，调查编订阅十五年之久而后施行，就我国今日情势言之，较诸日本益形迫切，而事关立法，又何敢稍涉粗疏！”〔1〕此后，以调查为契机，开始修订新律会通中西的历程。

经过筹备，修订法律大臣于翌年五月二十五日奏上“谨拟咨呈调查章程”折，重申了调查是其他行为所不能取代的修律方式，尤其是对即将要制定的民商法而言：

“臣等自开馆以来，督同提调各员昕夕考求，悉心体察，凡关于东西各国法制，先以翻译最新书籍为取证之资，事虽繁重，尚有端绪可寻，惟各省地大物博，习尚不同，使非人情风俗纤悉周知，恐制定民商各法，见诸实行，必有窒碍，与其成书以后，多所推求，何如削简之初加以慎重。”〔2〕

是调查亦为形势所迫，不得不然。

总之，在主客观两重方面的因素之下，从光绪三十四年至宣统

〔1〕《政治官报》光绪三十三年十月八日，第一九号。

〔2〕《大清法规大全·吏政部·内官制二》。

三年，修订法律馆在全国进行了大规模的调查活动，主要以民情风俗、民商习惯为主，这些调查成果，对日后起草新律发挥了重要作用，但限于时间仓促，清末的民商律起草与调查成果结合得并不紧密，这一矛盾最终延续到民国，在清末调查的基础上再次进行大规模全国调查之后，重新起草民商各律时，才部分得以解决。关于调查细节，留待后文详叙。惟作为一种修律方式，调查日益深入到清末修律的过程中。

起草新律的最后一个步骤就是形成文本草案的过程。参照翻译过来的西方法典条文，对照法典比较列表，一定程度上参照中国固有风俗，再斟酌调查报告，修订法律人员开始起草律文。起草律文同样是凝聚了修订法律馆集体的智慧，根据修订法律馆第二科总纂汪荣宝宣统元年的日记，可以窥见《民事诉讼律》草案的修订大概。

宣统元年三月初八日，《汪荣宝日记》记载：“早起，冷水浴，到法律馆见沈、俞两大臣及提调诸君，到第二科视事，第二科现编民事诉讼草案，甫成一半云。”〔1〕此后，三月二十二日、三月二十四日、三月廿九日、四月初三日、四月初七日、四月初十日、四月廿一日、四月廿四日、五月十二日、六月初七日、六月十四日、六月廿一日、六月廿八日、七月十二日、七月十六日、七月十九日其都在从事《民事诉讼律》草案的修订。〔2〕七月十九日之后，修订法律馆工作重心转到新刑律草案的修订，故《民事诉讼律》草案的修订工作暂时搁置，宣统二年继续起草。

〔1〕汪荣宝：《汪荣宝日记》，宣统元年三月初八日，北京图书馆馆藏稿本。

〔2〕当然，并非除开这些日期汪就未从事民事诉讼律的修订工作，我们仅就汪明确记载有“修订民诉律”字样的日记内容做一个统计，因汪日记过于简略，经常只记载“……往法律馆”，再无下文，其往法律馆是否也修订了民诉律，不得而知。但有一点可以明确知道的是，当时工作的重心在修订民诉律，自然也兼及其他活动。

在汪宣统二年的日记中，汪还提及修订法律工作中遇到的困难：“归，以民诉律内所用术语多承袭东人名词，思酌量改易，阅渡部万藏法律大辞典及上野贞正法律辞典，并参考英字翻检经籍繁诂及复斟酌，率不能一一得确译之字，始叹制作之难”。〔1〕即当时民诉律起草中，因多抄袭日本法律名词术语，不合国人习惯，但又一时无法找到合适的中文术语，所以还得与馆中同人商榷斟酌。

果然，在宣统二年五月二十二日的日记中，汪写道：“早起，到修订法律馆与冈田博士商榷法律（诉讼律）名词，酌定数十语，属博士列表，用誊写板印刷，分飨同馆诸人”。〔2〕该年六月八日、六月九日的日记中，亦有这样的记载：“到部阅大清律诉讼、田宅、钱宅，新定民诉律内‘果实’二字代以旧律田宅律内‘花利’二字，似尚相当”，“以民诉律案尚多不惬之处，复加修改，自第一条至第五十二条，句斟字酌，又搜集经传及旧律内名词比附，译改如左：‘手形’原译‘票据’，今改‘券书’，本同《周礼·郑注》；‘辩论’改‘辩理’，见《大清律·诉讼》，‘相手方’改‘彼一家’，用《周礼·郑注》、《论语皇疏》意；‘检证’改‘检勘’，见《大清律·诉讼》”。从中亦可见修订法律人员在起草新律中试图适应国情民彝的苦心，同时从一个侧面我们也可知清末起草新律在如此短暂的时间能取得如此大成就，应该无愧于历史了。

小 结

本章我们考察了修订法律馆的组织设计与运行。就修订法律馆外观硬件而言，修订法律馆办公场所不过是一个一进的小四合院，馆内物品寥寥。就核心成员而言，只不过十余人（按修订法律馆

〔1〕 汪荣宝：《汪荣宝日记》，宣统二年三月二十日。

〔2〕 汪荣宝：《汪荣宝日记》，宣统二年五月二十二日。

章程中所设的大臣、提调、总纂、总办、纂修、协修人员数目来统计)。所以,表面上修订法律馆实在是一个很小的机构,但就组织设计而言,修订法律馆一套制度措施依然是比较完善的,其形成的组织结构为直线职能型结构,既能使修订法律权力集中于修订法律大臣之手,又可充分发挥参谋顾问人员的智慧和知识水平。这样的结构导致的管理模式为高耸式管理,但因为修订法律大臣自身的良好素质,克服了此管理模式中的某些弊端,使得馆中人员被良好地整合。就运行状况而言,因为修订法律大臣的不断努力,也因为修律工作的刻不容缓,修订法律馆的资金在财政困难的清末依然是有保障的,也确保了各类人员能及时参与到修律活动中,同时修订法律大臣制定的“改重为轻”、“模范列强”、“调和满汉”三大修律宗旨,始终指引着修律馆活动的方向。就具体的修律活动而言,又可分修订旧律和起草新律两大内容。如上文所述,限于修律经验和知识水平等条件,在短时间内,修订旧律的工作比起起草新律,准备地更充分,进行地更细致,所取得的成绩相应也更大。

第四章 修订法律馆的组织群体

第一节 世间已无薛和赵

本章笔者拟就修订法律馆的人员状况做一番梳理，不拟一一详叙人员个体的生平与贡献。因为本书的着眼点始终是修订法律馆这个组织，所以在叙述其中的人时，也侧重于分析这些人员在这个组织中的角色定位。^{〔1〕}就组织整体而言，人员可略分成先驱者、领导者、管理者、执行者、协助者、参谋者等各个角色。我们所要解决的问题是：这些人员个体以一种怎样的方式整合成一个集体？其来龙去脉究竟如何？个体与整体环境之间是怎样互动的？这样的互动对修律事业带来了何种影响？而且我们从前三章的分析中可以看到，修订法律馆并不是横空出世的，观其从刑部律例馆到修订法律馆的发展，无论在思想意识上、组织形态上还是工作方式上，都经

〔1〕当然笔者这么处理也实有不得已的苦衷，修订法律馆人员中大多数只在法典前衔名中开列姓名，并未留下相应文字材料，即使著有作品，也多与修订法律事业及修订法律馆甚少相关。故我们只能据此作品了解作者个人兴趣爱好及关注点，其他的活动（尤其是修律过程中参与的活动）则无法悉知。故本章依据的材料主要是个人回忆录、日记及相关史传中的只字片言，侧重于借此阐发修律馆的人员结构，往往在一派人员当中寻找一个典型，比如吉同钧，就代表修律馆中的法律保守主义者，其他法律保守主义分子人格，就为吉所吸收。如此可以清晰明了地观察修订法律馆内部派别和各自的修律旨趣。

历了一个前后相继、逐渐完善的过程。如果要追溯修订法律馆人员最初修律思想的来源，还得他们的前辈法家——刑部当家堂官薛允升、赵舒翘说起，尤其是薛允升。

关于薛允升之于晚清修律的意义，前文已略有所陈，此处再做引申，借以明薛氏对修订法律馆带来的思想、理论资源，并说明薛氏作为修订法律馆组织群体的先驱者、播撒修律火种的“普罗米修斯”的历史地位。

薛允升（1820～1901年），字克猷，号云阶。嘉庆二十五年（1820年）出生于陕西长安县，道光二十年（1840年）中举人，时年二十一岁。咸丰六年，薛三十七岁，中进士，以主事签分刑部，是以开始法律生涯。期间数度外调，至光绪六年（1880年）四月任刑部右侍郎，至光绪七年四月转为刑部左侍郎。光绪九年三月一度署刑部尚书，至光绪十九年（1893年）十二月升任刑部尚书。迄至光绪二十三年十一月贬官，担任刑部堂官凡十七年，连前共服官刑部共约三十四年。观其人生履历，初也是遵循当时“学而优则仕”的路径，通过科举一步步起家，并未受有系统法律训练（此点和后来的沈家本经历略有不同）。但自签分刑部，在以后三十余年的司法生涯中，薛忠勤任事，穷究律例，同时代的李岳瑞曾对之有如下记述：“尚书清矍瘦削，若不胜衣，而终日端正读书无倦容”。〔1〕是薛入仕后必对律例之学有一番勤苦的学习。正如前文所述，刑部是六部中比较特别的一个部门，欲成为当家堂官，并非仅凭人事即可，必得有专精学识，方能担此重任。而要成为一个合格的刑部堂官，非得既躬亲狱讼、具有丰富实务经验，又精于律例、具有较高理论素养，两者兼具方可胜任。如黄静嘉先生即认为：“在各部之中，刑部人员是一个特别专业化的团体（Profession-

〔1〕（清）李岳瑞：《春冰室野乘》。

al Group), 同僚中请求的资格是诉讼方面的经验以及律例方面的知识。”〔1〕薛允升同时代的官员胡思敬在论刑部事务时也曾说过:“唯刑部法律精, 例案山积, 举笔一误, 关系人生死。历朝重狱恤刑, 必简一曾任刑曹、熟秋审者为尚、侍。”〔2〕此即意味着刑部事务具有比较强的不可替代性。这种因为知识和经验形成的权力即“专家知识型权力”, 刑部当家堂官即成为这种权力的享有者, 其本身并不一定是刑部最高长官(尚书), 后者所拥有的是官僚品级体制中的“法理型权力”, 就行政管理方面, 后者高于前者, 但在司法事务、法律解释事务上, 前者又制约后者。因刑部主要的职责恰恰就在于司法事务和法律解释, 故部中的灵魂人物始终是刑部当家堂官, 这种灵魂人物的言行和思想往往成为部中其他馆员尤其是后辈低级官员效法的对象。薛允升即凭借其丰富的司法经验和卓越的法学素养, 对刑部以及后来的修订法律馆产生了长时间的影响。在薛逝世后, 其改造法律的理想更是通过其继承人沈家本得到传播, 继而成为现实。

在薛历任外官, 光绪六年(1880年)内调回刑部后, 薛的法学才华益为当世所识:“当时历任刑尚者, 如张之万、潘祖荫、刚毅、孙毓汶等, 名位声望加于一时, 然皆推重薛侍郎。凡各司呈书或请派差, 先让薛堂主持先署, 俗谓之开堂。如薛堂未书稿, 诸公不肯先署, 固由诸公虚心让贤, 而云阶之法律精通, 动人佩服, 亦可见矣。后升尚书, 凡外省巨案疑狱不能决者, 或派云阶往鞫, 或提京审讯, 先后平反冤狱, 不可枚举。”〔3〕就其治狱的方式方法而言, 薛氏慎用刑求, 耐心细致, 大学士孙家鼐曾这样评价:

〔1〕黄静嘉:“清季法学大家长安薛允升先生传——一位传统法学的殿后人物”, 载许章润主编:《清华法学》第五辑, 清华大学出版社2005年版。

〔2〕(清)胡思敬:《国闻备乘》卷一,“部务”。

〔3〕(清)吉同钧:“薛赵二司寇合传”, 载《乐素堂文集》卷三。

“（薛公）其鞠狱恒至夜分，一灯荧荧，胥役或倦引去。公平心静气，无疾言遽色，与囚絮絮对语，囚忘公为官，公亦若忘其与囚语也。故凡讼为公所鞠，无不输其情，虽死且德公。而公重民命，有疑狱必万分审慎，得其冤必力为平反，虽触权威忌不恤也。”^{〔1〕}

再就其为人风骨而言，薛不畏权贵，一秉大公。其执法如山最突出的一事，就是处理“太监李荃材、张受山等拒捕杀人案”，^{〔2〕}顶住慈禧太后宠奴大太监李莲英的说情以及背后太后的高压，坚持处死了为首的太监，为此与后者积怨，事后终因薛的疏忽导致被劾去职之结局。

有关薛的去职，在当时众说纷纭。《清史稿》对此记载也是寥寥数语：“二十三年，其从子济关说通贿，御史张仲炘、给事中蒋

〔1〕 孙家鼐：“皇清诰授光禄大夫紫禁城骑马重赴鹿鸣宴刑部尚书云阶薛公墓志铭”，转引自前揭黄静嘉：“清季法学大家长安薛允升先生传——一位传统法学的殿后人物”，载许章润主编：《清华法学》第五辑，清华大学出版社2005年版。

〔2〕 所谓太监拒捕杀人案，指的是光绪二十二年四月间，太监李荃材、张受山、阎葆维等一伙人到北京大栅栏庆和戏院看戏时，因与别人争座位发生口角，仗势横行，打散群众，砸毁戏院拒房。中成练勇局队长赵云起带人来弹压时，他们拒捕，李荃材砍伤了兵勇刘文生等二人，张受山杀死了队长赵云起。光绪皇帝闻知此事，降旨刑部“从严议处”。薛允升时任刑部尚书，待案子查清后，遂按照清朝的法律，拟就了对李荃材、张受山等人分别处以斩首和流放边疆的判决，呈奏皇帝待批。不料太监总管李莲英为罪犯说情，并请慈禧太后出面干预，力主从轻处理。光绪帝屈从太后旨意，改以“伤人致死”之罪重新议奏。但薛顶住压力，上疏言：“李荃材等一案，既非谋故斗杀，不得援此语为符合。且我朝家法严，宦寺倍治罪。此次从严惩治，不能仰体哀矜之意，已愧於心；倘复迁就定讞，并置初奉谕旨於不顾，则负疚益深。夫立法本以惩恶，而法外亦可施仁。皇上果欲肃清辇毂，裁仰闾宦，则仍依原奏办理。若以为过严，或诛首而宥从，自在皇上权衡至当，非臣等所敢定拟也。”疏上，仍敕部议罪。其时莲英遍嘱要人求末减，允升不为动。复奏请处斩张受山，至李荃材伤人未死，量减为斩监候。参见《清史稿·列传二百二十九·薛允升传》。

式芬先后论劾，允升坐不远嫌，镌三级，贬授宗人府府丞。次年，谢病归。”^{〔1〕}大意是薛之侄子薛济有不法行为，而薛允升“不知避嫌”为借口，大约中有袒护情形，而为李莲英及慈禧太后抓住把柄，罢去他尚书的职务，降三级。翌年，薛愤然以病辞官。对此薛的学生吉同钧曾引孔子“及其老也，血气既衰，戒之在得”之语，隐寓批评薛氏晚节不保。平心而论，时薛已七十八岁，老来爱犊之心，或有不免，且个中是非，薛也未必悉知。吉未免“爱之深则责之切”（观吉毕生服膺薛之学问，当敬爱故，不容有瑕疵也），还是参与查处此事的吏部官员何刚德之语较为客观：

“薛云阶尚书（允升）持躬廉朴，熟悉刑名，为法家之泰斗。时有一候选者，系六品捐职，喜结纳，与薛公子相往来。后因招摇日甚，御史谓其与公子冶游，并涉及请托词讼，封章弹劾。奉旨查办，所派之大臣，系吏部及都察院堂官，余与承审之役，在都察院集讯。御史风闻言事，本无佐证。该捐职上堂，只呼‘革员冤枉’四字，矢口无供；且烟瘾甚重，跪至一点钟，头上气如炊甑，屡次晕绝，实碍难熬审。薛公子系内阁中书，上堂递一亲供，无可穷诘。提其仆，供尤游移。连审数日，毫无端倪，同台御史竟指查为瞻徇。当时台谏催折大员，视为快事，一击不中，他御史便再接再厉，习为风气。承审中亦有同台之人，尤感左右为难之苦。适有一日复审，薛仆大闹癖气，当堂顶撞，乃答之二十，而案无头绪。于是同朝大官，啧有烦言，谓查办过于操切，卒以查无实据复奏。平心而论，冶游之事，薛公子不无嫌疑，而事过境迁，苦无佐证，不能据以定案。然当日台谏党争已深，势焰尤炽，非答仆却无以

〔1〕《清史稿·列传二百二十九·薛允升传》。

转弯也。余与薛尚书素无往来，有一日，与同召见，在板屋少候，见面互致久仰等语，备极殷勤。且畅谈大清律例与处分则例（因余官考功，是以及此），互相表里，毫发不能爽。津津有味，绝无介意，可见大臣风度，迥不可及。而朝纲未坠时，百政尚属清明，虽纤芥之隙，难逃指摘之严。及今思之，不禁神往矣。”〔1〕

是薛之罪过，乃受累于薛公子及其仆，同时御史风闻奏事，促使其然。其中不无妒忌之心理作祟，因薛同样因其经验、知识和风骨，俨然成为政治明星，联系到彼时清流浊流激烈斗争之世，一点瑕疵也会被放大。只是何刚德语中“法家之泰斗”、“大臣风度”之字眼更值得我们注意。即使是薛被罢尚书，其法律知识、人品风度犹为时人钦服，不啻成为当时各部之偶像人物。

综上，是薛在司法实践方面已成权威、立身行事堪称模范，则其关于律例改革方面的言论之后被奉为清末改订旧律的圭臬，也属水涨船高、自然而然的事。俗语谓“一言可以兴邦”，薛的学术论著、改革思想为后来的旧律改革做好了知识上的准备，其中最具有指导价值者非《读例存疑》莫属。

自光绪二十三年，薛为人齟齬，翌年辞官退隐之后，并未放弃其法律事业。在仕途遭受挫折，年近暮年，薛犹“壮心不已”，开始整理其旧稿，实现“立言”之夙愿。薛恒有抱负，其服官刑部之始，即留心律例之改革，对袭明之旧的大清律律文亦颇有微词，对例之抵牾更有深究：“国初治狱，俱用前明旧制，嗣后例款日益增多，迄今几至二千条，比之前明又多一倍，然均系随事纂定，并非出于一人之手，觐若画一，其难矣哉”。〔2〕最初薛留心律例，是

〔1〕 何刚德：《春明梦录·客座偶谈》卷上，山西古籍出版社1997年版，第69页。

〔2〕 薛允升：《读例存疑·自序》。

为了方便治狱引证的需要，于是薛在《读例存疑》的序文内记述道：

“余备员刑曹，前后三十余年，朝夕从事于斯。有可疑者，即笔而记之，拟欲就正有道。为日既久，遂积有数十册。凡彼此之互相抵牾，及罪名之前后歧异者，俱一一疏证而明通之。抉其可否，溯厥源流，兼引前人成说而参以末议。诚以法令为民命攸关，一或偏倚，即大有出入，且有生死互易者，故不惮繁复，详为之说，使业此者，知某条不可轻用，某条之本有窒碍，熟识于心，临事庶不致迷于向往。”〔1〕

但是渐渐地，薛的抱负更为高远，已不限于仅仅给司法官提供一个司法手册了，还要为改革古律提供一个“模本”。细读该序文，薛当是受到同治九年的修例事件刺激而使其著《读例存疑》的目标性更明确，主动性更强。序文中记叙：

“抑又有说焉：朝廷功令，凡条例之应增应减者，五年小修一次，十年及数十年大修一次，历经遵办在案。同治九年修例之时，余亦滥厕其间，然不过遵照前次小修成法，于钦奉谕旨及内外臣工所奏准者，依类编入，其旧例仍存而弗论。自时厥后不特未大修也，即小修亦迄未举行。廿年以来，耿耿于怀。”〔2〕

此处“耿耿于怀”四字颇值玩味。为何？作为同治九年修例的亲历者，薛当有所想法，其时薛已过知命之年（51岁），在刑部

〔1〕 薛允升：《读例存疑·自序》。

〔2〕 薛允升：《读例存疑·自序》。

服官已有 14 个年头，对于修例当已有完整的考虑，至少不赞成小修的做法。惟其时薛只不过刚刚升任郎中，不属于刑部堂官之列，人微言轻，自然其改革古律的计划得不到实施。其后薛仕途顺利，法学素养日益精进，也步入刑部当家堂官之列，更加加紧对律例的研究，但因国家多事，修例一直未能进行，而薛的卓越法律才华只用在一桩桩具体的案件处理上，消磨了诸多光阴。不排除薛因司法取得的成功而享受很大的成功感，但对于一个以法律为生命的法律人而言，这不是最终的追求。毕竟处理一个个案件之类的“具体法治”容易时过境迁，而修订律例则可永为“法镜”，乃至“千古流芳”，即如薛所言：“屡欲将素所记注者汇为一编以备大修之用，甫有头绪，而余又不在其位矣”。〔1〕当日人微言轻或者思想还不成熟，而两者刚刚同时具备，薛又被罢职。薛此时已七十八岁，人生油枯灯尽之日，不难想见其来临，惟大事无成，叫薛怎能不恨，怎能不“耿耿于怀”？

是薛对自己生平未能主持《大清律例》的大修，定引以为憾事的。所以他只能将毕生功业托付于人，来继续其法律生命。当他辞官后的三年间，他自己对主持修律已不抱希望，惟日日在京师宣南寓所完善《读例存疑》等旧著，如薛自云：“然此志犹未已也，后有任修例之责者，以是编为孤竹之老马也可；或以覆子云之酱瓿也亦无不可”。〔2〕是薛自比老马，寓后来者以此书作为识“大清律例”修订之途之意，末了，薛又自我解嘲，以此书比西汉扬子云之《太玄》而终为刘歆讥之为只配用来覆盖酱坛之无用之物。薛的复杂心情，于此毕现。

真是造化弄人，光绪二十五年，薛年已八旬，陕抚奏薛允升重

〔1〕 薛允升：《读例存疑·自序》。

〔2〕 薛允升：《读例存疑·自序》。

逢乡举，奉旨赏加二品顶戴，重宴鹿鸣。^{〔1〕} 光绪二十六年，薛八十一岁，尽其心力终于最终完成《读例存疑》。是年夏天，义和团运动起，薛自京回乡，并赴西安行在；十月因刑部尚书赵舒翹被祸，薛复被召用为刑部左侍郎，兼会办陕西赈灾事务；十二月补授刑部尚书，是薛在四年以后，又回到了尚书位上。此前薛离任期间，刑部旧僚并未疏远他们的老尚书，二十六年《读例存疑》甫成，刑部同仁即醴资筹将此书枣梨。笔者思此事当有两层目的：第一，薛氏此前的勤勉和精专久为同人所感佩，枣梨此书亦以慰藉老尚书数十年来的心血之功；第二，律例或许会有修订的那一天，此书亦可为参考之资，当然前者应该是最重要的理由。但此事刚开议，庚子之乱起，事遂中辍。此年，沈家本尚在保定知府任上，期间曾被八国联军拘禁，直到十二月二十六日，才被释放。^{〔2〕} 释放后，沈匆匆赶赴西安行在。二十七年二月，沈至西安，拜见到了正在彼处的旧日上级——薛允升。两位法律大家于此特殊境遇下终于又相见了，^{〔3〕} 这一次见面，对于沈家本以后修律事业的展开，对于薛允升毕生抱负的实现，都有着至为深远的意义。

薛和沈在西安见面具体谈了些什么，不得而知。惟据沈在为《读例存疑》所作的序中所述，我们可知，此次薛实有“托孤”之意。薛对自己多年心血凝结而成的作品，视若己子。虽此处重新被

〔1〕 “重逢乡举”指中举人满六十年，按薛于道光二十年（1840年）中举人，而此时为1899年，正好距薛中举时间为六十年。重宴鹿鸣又称重赴鹿鸣宴。清代科举制度中对考中举人满六十周年者的庆贺仪式。举人于乡试取中满周甲之期，再逢足科乡试，经奏准得赴为新科举人所设之鹿鸣宴。谓之重宴鹿鸣，以庆贺曾取中举人而享高寿，属于朝廷对老臣的奖励。

〔2〕 参见《沈家本年谱初编》，第65~68页。

〔3〕 光绪十九年（1893年）至光绪二十七年（1901年）八年间，沈家本一直在天津、保定知府的外官任上，期间曾于光绪二十五年九月应光绪帝召见回京一次，期间沈与薛是否曾见不得而知，但沈在蒙召见之后大病一场，是即使沈薛见面，也不可能深谈刑部事务。光绪二十七年的见面，对沈、薛非常关键。

任命为尚书，但薛时年已八十一，身体有疾，自知去日无多，虽壮心不已，究力不从心。于是将自己毕生作品，交沈代为保存并编辑枣梨。更深一层意思，是希望沈继承他的事业，实现其修律夙愿。且，此时太后已有刷新政治、推行新政之意，是薛对沈之后在修律舞台上大展拳脚存有一定预期，必当有英雄相惜之意。五月十四日，沈家本被任命为光禄寺卿，五月二十八日，沈被命先行返京，沿途安排帝、后回銮饮食路线等。临行前，薛流露出乞休之意，再谆谆以所著书托沈。八月二十六日，帝后启程回銮，薛亦随扈东行，在大梁又遇先行到此的沈家本，薛此时依然牵挂其《读例存疑》，沈遂与之约定回京后再商榷讨论是书。未想这是两人最后一次会晤。

不知薛临终之前是否举荐了沈家本，但颇为巧合的是，光绪二十七年十月初三日薛以疾卒于河南行次，次日光绪帝即发出谕旨：“以光禄寺卿沈家本为刑部右侍郎”，^{〔1〕}沈终于在宦海沉浮了三十年后当上了刑部堂官，是年，沈六十一岁。

薛终究未能见到自己的《读例存疑》刊印出版，也未能实现完善大清律例的心愿。但所幸其所托得人，沈后来基本上按照薛的思路完成了薛的夙愿。就修律馆修律活动继承薛的精神遗产方面，至少表现在以下几端：

第一，对于不适时的律例，进行删除。

光绪三十一年三月十三日，修订法律大臣奏请《先将例内应删各条分次开单进呈折》并清单，这是修订法律馆自去年四月一日开办以来，取得的最初修律成果。内容是将不适应时代或者已成具文的旧例删除，共计达344条。此项工作成为即将进行的大规模修订旧律的先导，如折中所云：

〔1〕《德宗景皇帝实录》卷四八八。

“其例内应删除一项，如定例系一时权宜今昔情形不同者，或经奏定新章而旧例无关引用者，或本条业已赅载而别条另行复叙者，或旧例久经停止而例内仍行存载者，凡此皆在应删之列，惟此次年久未修，考察倍觉不易，即此删除一项，统计共有三百四十四条之多，若必拘泥旧章，俟全书告成始行缮写进呈，不特卷帙繁多，编次有需时日，且删增并列，眉目转觉不清，似应酌量变通，以归简易，臣等共同商酌，拟请先将删除一项逐细摘出，分为三次，开单进呈，今将名例及吏户礼兵刑工、并比引各律例内拟请删除者共一百二十一，一百三十七，八十六条逐一加具按语，另行开列清单敬呈御览。”〔1〕

笔者自然无法在此将四百三十三条应删例文与薛允升《读例存疑》中所述意见一一比照，试举数例说明之：

一是无关引用与烦杂混乱者可删。比如《大清律例》之《户律·户役》篇中“人户以籍为定”条下的例文中，有“凡织造税务监督等衙门收用长随……”一条，〔2〕对此薛允升云：“此无紧要之事，纂入例内，殊嫌琐碎。至于陷主于过，应如何惩之处？亦未明晰，似应删除”。〔3〕在伍、沈这个折子后面的清单内，这一条例文果然被删除了。二是参差、歧异、不画一者可删。比如《吏律·职制》篇中“官员赴任过限”条中的例文中，有“外任汉军官员有升转来京……”一条，薛允升在此条例文后列举夏敬一《读律示掌》、《中枢政考》、《吏部则例》中的相关规定，得出结

〔1〕《大清法规大全·法律部·变通旧律例一》。

〔2〕为行文简洁故，《大清律例》中该条例文仅仅引开头一句，以明例文之所在。例文可见“独立存疑”、“大清律例”、“刑部奏删新律例”，载前揭《沈家本未刻书集纂》，下同。

〔3〕（清）薛允升：《读例存疑卷九·户律户役·人户以籍为定》。

论：“此专指汉军官员而言，盖恐其在外逗留，别处居住也。惟处分例，系统言旗员，此仅言汉军，似不赅备。至无故不即起程及中途逗留，吏部均有分别降留、革职明文，并非概照违制律治罪，与此例不符。再处分例有或在省在途别有钻营干预情事，及本员虽已到京，而家口仍在别处居住者革职等语，并无本员在别处居住之文，均应修改一律，以免歧误。文武官员赴任，吏兵二部均有定限，此门各例与处分例不无参差之处，窃专言文官，而不及武职，亦未赅括，似均应删除”。〔1〕而在此次删除律例的奏折清单内，此条也被删除。此外，尚有重复多余者可删，轻重失平者可删，烦杂啰嗦者可删，名存实无者可删，情势变更者可删，等等状况。华友根先生对此言之甚详，〔2〕此处不赘。

第二，改革严刑峻法，改重为轻。

在删除完四百余条例文之后，沈家本等又开始进行更大规模的修订律例活动，便是前述光绪三十一年三月二十日伍廷芳、沈家本奏上“奏请变通现行律例内重法数端”一折。如前所述，正是在这个奏折内，确定了前期修律宗旨“改重为轻”。此折带来的更大的影响是，即修律活动已经突破了先前大修小修只及例文不及律文的修律模式，而直接对律文进行修改。而且此折中奏删的重法，乃凌迟、枭首、刺配等酷刑，不啻为继汉代文景刑制改革之后的最大一次刑制改革。伍、沈在折中，对于废除凌迟、枭首、戮尸、缘坐、刺字等刑时，给出的理由大致有五：一是西方因此刑制不仁，故而要求享有领事裁判权以抵制，故欲收回治外法权，必须废除，所谓“西人每訾为不仁，其旅居中国者，皆藉口于此，不受中国之约束”。二是这些刑罚本是秦时或者辽、金等其他时代的苛政，

〔1〕《读例存疑卷七·吏律职制·官员赴任过限》。

〔2〕此七种应删的状况，为华友根先生归纳得之，参见华友根：《薛允升的古律研究与改革》，上海社会科学院出版社1999年版，第249~259页。

非圣人之道，所谓“感伤至和，亏损仁政”。三是这些刑罚也不是一开始就有的，而是有历史上的某种原因，并非法律发展的必然之路，更不必然成为法定之刑，现在所沿用者，乃是不察历史情境而因袭之，实为残忍，如折中所谓：

“查凌迟之刑，唐以前无此名目，始见于《辽史·刑法志》，辽时刑多惨毒，其重刑有车鞭炮擲诸名，而凌迟列于正刑之内，宋自熙宁以后，渐亦沿用，元明至今，相仍未改。梟首在秦汉时，惟用诸夷族之诛。六朝梁陈齐周诸律，始于斩之外，别立梟名，至隋而删除其法，自唐迄元，皆无此名，今之斩梟，仍明制也。戮尸一事，惟秦时成峽军反，其军吏皆斩戮尸，见于《秦始皇本纪》，此外无闻。历代刑志，并无此法。明律亦无戮尸之文，至万历十六年，始定此例，亦专指谋杀祖父母父母者而言，国朝因之，后更推及于强盗案件，凡斩梟之犯监故者，无不戮尸矣。凡此酷重之刑，固所以惩戒凶恶，第刑至于斩，身首分离，已为至惨，若命在顷忽，菹醢必令备偿，气久消亡，刀锯犹难幸免，揆诸仁人之心，当必惨然不乐，谓将以惩本犯，而被刑者魂魄何如，谓将以警戒众人，而习见习闻，转感召其残忍之。”

四是历史经验证明，即使不施行此类酷刑，也不必然就会导致犯罪增多，而酷刑连连，犯罪依然不断，足见化民之道，不在刑威。所谓“或谓此等重法，所以处穷凶极恶之徒，一旦裁除，恐无以昭炯戒。顾有唐三百年不用此法，未闻当日之凶恶者独多，贞观四年，断死罪二十九，开元二十五年，年方五十八，其刑简如此，乃自用此法以来，凶恶仍接踵于世，未见其少。则其效可睹矣。化民之道，固在政教，不在刑威也”。五是“祖宗之法不可变”的信条其实也不见得就一成不变，历史上已经有事例证明大

清律例也在发展变动之中，即折中所称：“窃思法律之为用，宜随时运为转移，未可胶柱而鼓瑟，昔宋咸平时删太宗诏令十存一二，史志称之，我朝雍正乾隆年间，修改律例，于康熙时现行条例，删汰不知凡几”。〔1〕

而薛允升对于废除和反对峻刑酷法，也早有改革之念。前述针对大清律律不可变的情形下，薛用曲笔，在《唐明律合编》中，褒唐而贬明，隐寓对继承明律的清律不满之意。在该书的序言中，遂有“虽历代典章，不相沿袭，而律为民命攸关，必当详慎周密，方可垂诸永久，事不师古，而私心自用，非良法也。”又有“昔人谓太史公改《左传》、《国策》为《史记》，而不及左、国，班固改《史记》为《汉书》，而不及《史记》，朱子改《通鉴》为《纲目》，而不及《通鉴》，公论自在天壤，安可诬也！余于明律之改唐律也，亦以为然。”〔2〕是薛比较唐、明律，希望清律改革回复到唐之平允。关于凌迟，薛对比唐明律，认为：“唐律并无凌迟及刺字之法，故不载于五刑中，明律内言凌迟、刺字者指不胜屈，而名例律并未言及，未知其故”。又引宋陆游之语云：“后读陆放翁奏状有云：‘伏读律文，罪虽甚重，不过处斩，五季多故，以常法为不足，于是始于法外特置凌迟一条，肌肉已尽，而气息未绝，肝心联络，而视听犹存，感伤至和，亏损仁政，实非盛世所宜遵也。’”〔3〕是薛对凌迟持反对态度可见。而后来伍、沈奏废除凌迟，所用的论据，竟然与薛相同，是可见薛书对修律的影响。关于刺字，薛认为此刑本非正刑，“晋天福中始创刺面之法，遂为缉奸重典，宋因其法，而后为尤甚。律云：‘盗贼曾经刺字，则非盗贼即不刺之法’近则条款极多，或刺臂，或刺面，其始终不过为盗

〔1〕 引文均出自“删除律例内重法数端折”，载《光绪朝东华录》（五），第5324页。

〔2〕 （清）薛允升：《唐明律合编》“序”。

〔3〕 （清）薛允升：《唐明律合编卷一·五刑》。

贼而设，继则非窃盗而亦刺面，且有刺地名及外遣改发等名目，到配后酌加枷号，更无论矣。是又在五刑之外者”。〔1〕此论据与伍、沈废除刺字的论据亦有相似之处。此外关于缘坐、戮尸，在薛《唐明律合编》中，亦有所论及。

是可见，薛在此书中，对废除酷刑、改重为轻的修律方案多有阐述，惟薛并未明言当删当废，但通过叙述各酷刑峻法的沿革，薛氏重在叙述这些制度本非一开始即存在，乃特殊历史时期为应付特殊事态而定，实非盛世所取，有违仁政之道，褒贬寓于行文语气之中。观伍、沈论点及所据的理由，虽不一定全因袭薛氏，但有一点毋庸置疑，即伍、沈观点必定受薛启发。

第三，主张男女同罪，处理同一。

薛曾经专门将妇女犯罪问题辑为一册，名曰：《妇女实发律例汇说》。在该书的前言部分，薛氏写到：“律例内妇女犯军、流、徒罪，均准收赎。情重者，始有实发之条。而实发者，又有为奴、不为奴之别。例文歧出，周知非易……窃思妇女以名节为重，实发系属不得已之发，本部历次通行，意至慎重，司讞者自应详加考究，鄙见所及业散见各批矣。其有与例意足相发明者，就现行例内分为实发为奴者二十一条，实发不为奴者九条，并有为奴不实发者一条，略汇前说，逐注条末，存以俟考。”〔2〕是薛氏已经观察到妇女犯罪的特殊性。于是在该册子内，薛对种种问题做了梳理，例如妇女实发二十一条之内有一例文：“父母纵容通奸，因奸情败露愧迫自尽者，妇女发驻防，给兵丁为奴。”对此律文，薛氏做出评论：“奸盗事同一律，而因盗致父母自尽者，现改为监禁，此条则仍行实发也。男女例本同科，而子孙致父母自尽者现改为充军，此条则仍系为奴也。罪名之参差实如诸作所议，第例中如此者甚多，

〔1〕（清）薛允升：《唐明律合编卷二十·起除刺字》。

〔2〕（清）薛允升：《妇女实发律例汇说》。

非大修不能画一。即如殴差哄堂，谋杀子妇，男子并无为奴之文，妇女均实发驻防，其理又安在也？”从薛氏的按语中，可知薛氏主张“男女同科”，并认为律例中像这样男女同罪异罚参差不齐的例文在在多有，“非大修不可”。后来沈家本在为薛氏此书作批语时，针对这一条文，批曰“此条似应变通，以归画一”。〔1〕是薛氏的意见为沈接受，影响到法律修订方面。光绪三十一年九月二日刑部奏上的“变通妇女犯罪收赎银数折”，其中有言：“献典昭垂，范围全国，固不能因中外而殊科，亦不能因男女而异制，中外法律之最不同者，以妇女收赎一条为最甚。”〔2〕虽不能肯定此次变更律例即直接受薛氏关于男女同罪思想的推动，但薛氏这种处刑方面的平等思想，还是影响了后面修律活动，包括旗民同罪、官民同罪、良贱同罪等方面的刑事改革。

第四，对《大清律例》区别分别情况进行删除、修改、修并、移改、续纂。

实际上薛氏此念即是对大清律例来一次律和例的大修活动。在本书第二章中，我们曾经提及，在修订法律馆于光绪三十年四月一日成立前后，沈家本偕同官员做的一项工作就是刊印《读例存疑》。该书刊刻以后，沈还专门对照着此书对《大清律例》进行了校勘，沈提及此项活动时曾说：“近奉明谕删繁就简，自应乘此整顿庶务之时，详细考究，兹将应修并、应修改、应移改、应删除各条，逐一录出。薛大司寇于此书用力数十年，其说最为精核，故备录其说参以管见，将来修例时即以此作蓝本可也”。〔3〕后来的确也是如此作为，试举一例，《大清律例》之《刑律》“谋杀祖父母父

〔1〕 参见“妇女实发律例汇说”，载《沈家本未刊稿七种》（《中国珍稀法律典籍集成》丙编，第三册，沈厚铎主编），第477页。

〔2〕 《光绪朝东华录》（五），第5407页。

〔3〕 “律例校勘记卷一”，载前揭《沈家本未刻书集纂》，第3页。

母”条，内有一例：“本宗尊长，起意谋杀卑幼，罪应绞候之犯，如与死者之子商同谋杀，致其子罪干凌迟者，将起意之犯拟绞立决”。〔1〕对此，薛氏认为：“此与助逆加功，均系绝无仅有之事，遇案应酌量惩办，似无庸载入例内。”而沈家本的意见则认为：“竟有此事，余曾在保定臬局曾办一案，系母子二人与奸夫谋杀亲夫者，奸夫乃本宗尊长也。戾气所钟，亦教化不行之故也，惟案情较重，奉旨即行正法，或请旨即行正法者，不一而足，势难一一纂入例内，此三条不如删之，以免挂漏”，〔2〕是沈以自己办案经验，同意薛的意见，而此条并不见于光绪三十一年四月十三日奏删的律例之内，似应认为是光绪三十三年修订法律馆重开后，沈着手全面修订大清律例时所定。

但在宣统元年八月二十九日，沈家本等奏进现行刑律告竣一折时，此条例文已被删除，是修律最终采纳了薛允升的意见，尤其是其《读例存疑》一书，更是被奉为修律的圭臬。在《读例存疑》刊刻后，光绪三十二年袁世凯为其做序时就已经指明了这一点：“先生既归道山，秋曹诸公奏呈御览，奉旨着交律例馆。方今圣朝修明刑制，将博采中外良法，定为宪典，悬诸不刊。是书所言，实导先路……光绪三十二年丙午春日，项城袁世凯序。”〔3〕宣统二年，在现行刑律已经颁布后，沈家本在一篇法律意见书中，也说“上年法律馆修改现行刑律，于《读例存疑》之说，采取独多，亦以律设大法，其随时纂入之例，苟与本律违忤，或律外加重者，概从删并”。〔4〕

〔1〕 参见薛允升《读例存疑卷三十二·刑律八·人命一》，惟为简洁故，《律例校勘记》内记载该条文仅用“本宗尊长”代指该例文。

〔2〕 “律例校勘记卷四”，载《沈家本未刻书集纂》，第159页。

〔3〕 《读例存疑》袁世凯“序文”。

〔4〕 沈家本：“故杀胞弟二命现行例部院解释不同说”，载《历代刑法考·寄篋文存》，第2135页。

综上所述，薛允升的律学著作给修订法律馆修订旧律提供了全方位的指导，在新定专律方面，也在某些原则上给予修订法律馆以启示。

再来看另一位刑部前辈当家堂官赵舒翘。赵的律学素养同样为刑部同人所叹服，但对后来修律馆的影响较薛允升则小许多，但对修订法律大臣沈家本的影响比较大。赵舒翘（1847～1901年），字展如，号琴舫，晚号慎斋。与薛允升同乡，亦为长安人氏。其仕途无论较之其前的薛允升，还是之后的沈家本，都要顺利得多，《清史稿》简略地叙述其简历：

“同治十三年进士，授刑部主事，迁员外郎。谳河南王树汶狱，承旨研辨，获平反，巡抚李鹤年以下谴谪有差。居刑曹十年，多所纂定，其议服制及妇女离异诸条，能傅古义，为时所诵。光绪十二年，以郎中出知安徽凤阳府。皖北水浸，割俸助赈。课最，擢浙江温处道，再迁布政使。二十年，擢江苏巡抚。捕治太湖匪酋叶子春，馀党股栗；复为筹善后策，弊风渐革。明年，改订日本条约，牒请总署重民生，所言皆切中。是时朝廷矜慎庶狱，以舒翘谙律令，召为刑部左侍郎。二十四年，晋尚书，督办矿务、铁路。明年，命入总理各国事务衙门，充军机大臣。”〔1〕

是赵在外断案有直声，且操守清廉，法部郎中吉同钧比较薛允升与赵舒翘时，即云：“若观其行事老成练达，涵养深沉，赵固不及薛，公正无私，操守清廉，薛允不如赵”。〔2〕是以赵既有较高的法学素养，又有很好的节操，在薛因为其从子牵连去位后，赵取代

〔1〕《清史稿·列传二百五十二》。

〔2〕吉同钧：“薛赵二大司寇合传”，载《乐素堂文集》卷三。

其位成为刑部尚书，翌年（1899年）竟入参军机，成为枢臣，可谓人生得意。

可惜天有不测风云，正当赵官运亨通之时，恶运开始袭来。导致赵覆灭的原因有两条：第一，附和慈禧太后废立主张，并在庚子事变时期屠戮教民；第二，庚子时随刚毅往河北涿州“视察”义和团，回京后劝说太后可援义和团为帮手灭洋。正是这两点，使得庚子之乱后赵被八国联军列为战犯之一，要求惩办，慈禧太后不得已下诏赐死翹舒。曾有西安士民数百人为之请命，可见赵很得民心，观赵之亡，在于其不够老成，太过单纯，又受刚毅胁迫，一定程度上为太后之替死鬼。^{〔1〕}沈家本对赵之死非常惋惜和愤懑，光绪二十七年春，当沈辗转来到西安行在，当得知赵的死讯后，还专程往长安县大元村赵的墓上去祭奠。做一首《大元村哭天水尚书》

〔1〕 关于赵舒翹的死亡，朝野有不同议论。时人李希圣云：“舒翹习律令，以刑部主事外任，五迁至尚书，颇自喜。大阿哥之立，大召对群臣，太后出诏书遍示之，皆失色。舒翹独前贺曰：‘赖社稷之灵，天下臣民有主矣，复何疑？臣犹恨其晚也。’太后大喜。其自涿州归，极知拳匪当肇祸，以附刚毅故，盛绳之，卒以此死。拳匪之杀白莲教也，狱不具，即反有迹，案律妇女不同谋，不缘坐，舒翹心知其冤，私窃叹，然不敢言，其于速化取容，天性也。”是赵心知义和团会成肇乱之源，但以刚毅竭力促成“连拳灭洋”故，不敢反对。参见李希圣：“庚子国变记”，载王树卿等主编，《史说慈禧》，辽沈出版社1994年版，第251页。又江庸曾回忆：“赵舒翹以刑曹简凤阳知府，不十年开抚江苏，所至有清名，迨官司寇入军机，则仰承上意，逶迤进退而已。赵与刚毅素昵，当拳匪初起，余在京师，孝欽欲遣刚赵出京察看，刚远朝密陈拳民志在灭洋，非叛逆可比，今以首受约，不如抚而用之，赵心知其谬，不敢直言，沈家本子悖有大毛村哭天水尚书诗：‘君独知其非，密陈不可恃’，赵对人言，诚知其非，然密陈不可恃，殆非事实。拳匪既不得逞，于使馆，日于城乡掠杀良民以快其意，一日虏大小男妇百余人诬为妖人交刑部处斩。司官以例须问取口供，乃能定罪。面请赵示。赵云，此天意，何问为？遂骈诛焉。乔茂萱？官刑部，盖目击其事，《驴背集》谓‘刑部鞠之’与所闻稍异。”是赵迫于义和团的势力，怨杀教民百人，不可避免留下污点。参见江庸：《趋庭随笔》，文海出版社（近代中国史料丛刊84~85），第4~5页。

诗，中有“警欬眷畴昔，浩落固如在；万恨何时平，千龄终已矣”〔1〕回想往昔在刑部谈笑风生，还历历在目，如今天人相隔，不胜唏嘘之叹。我们未见沈对薛的辞世有哀惋之辞，完全是佩服其学识之意，但对于赵，沈则心灵更为相近，何故？笔者怀疑，此固然与沈赵年龄相近（薛比沈大二十岁，乃长沈一辈，而沈则大赵六岁，属同辈人）。更重要的是，乃是沈与赵性格相近故，据时人称：“薛允升薨，〔2〕江苏巡抚赵舒翹内用为尚书。舒翹诛，直隶臬司沈家本内用为侍郎，皆刑部秋审处旧僚也。薛、赵、沈之治刑部也，薛主严，赵、沈主宽”〔3〕是赵、沈的行事风格相近。性格决定命运，后来沈为新刑律，遭各方责难，焦头烂额，终于去修订法律大臣之位，与赵颇有几分相似，惟时代不同，沈最终还能全身而退。至于赵的法律作品，传世的有其早期《提牢备考》一书，该书体现赵作为一名刑部提牢官员的细心敏锐，以及勤勉努力的一种良好的素质，这种精神感染着同人，且赵的法学素养，已广为时人称颂。设若赵不受诛，平稳过渡，则当光绪二十八年确定修订法律大臣人选时，赵的可能性要比沈大得多，无论在年龄上（赵五十五岁，沈六十一岁，赵显然较沈更为年富力强），还是在资历上（赵为刑部尚书，沈则为外放知府），沈可能都无缘修订法律大臣这个岗位。

不管怎么样，当沈家本在光绪二十七年十月初四日被任命为刑部右侍郎时，前任官长刚毅自尽，赵舒翹被诛，薛允升已逝，国内法界面临着前辈凋零的局面，世间已无薛和赵。昔人已矣，而年轻一辈尚未成气候（此时，旧律专家吉同钧方为刑部主事，资历太

〔1〕 参见前揭《沈家本年谱初编》，第79页。

〔2〕 按，此“薨”字当为“罢”字之误，薛允升其时被罢刑尚之职，但薛在赵死后，又被任为刑部尚书。

〔3〕 胡思敬：《国闻备乘》卷一《部务》。

浅；董康 35 岁，威望尚不足以独当一面；而新法学人物汪荣宝、章宗祥、曹汝霖等还在外国留学，且年龄不过二十余岁，更不可能膺修订法律大臣之重任）。种种机缘，导致了一旦朝廷需要确定主持修律的人物时，年过六十，又在刑部任职三十余年，司法经验丰富，律学素养深厚，且已经是刑部当家堂官侍郎沈家本就成了首选人物。且前辈薛允升还留下了一笔宝贵的法学财富，直接给沈家本预备了一本修律指导书（尽管随着“会通中西”要求的提高，薛的知识已不敷运用，但在修订旧律这一环节中，依然是不二权威），这一切都昭示着清末修律“沈家本时代”的到来。

第二节 修订法律馆教父：沈家本

沈家本，早在上个世纪，即为著名法律史家杨鸿烈先生所盛赞：“有清一代最伟大的法律学家不能不推沈家本了！他是集中华法系大成的一人，且深懂大陆英美法系，能取人之长，补我之短。……沈氏是深了解中国法系且明白欧美、日本法律的一个近代大法家，中国法系全在他的手里承前启后，并且又是媒介东方西方几大法系成为眷属的一个冰人。”〔1〕

自杨热烈讴歌之后，一度冷淡下来，但近十五年以来，沈家本

〔1〕 杨鸿烈：《中国法律发达史》，上海书店 1990 年版，第 1008 ~ 1019 页。

又成为研究的热点。论述其人其事其言其行之著作，几难枚举。^{〔1〕}本书不拟详述沈的生平和功业，这方面，学界已有成熟论著。^{〔2〕}本书所要考虑的，是沈对修订法律馆这个组织，究竟起到了什么作用，在之中担任了何种角色。如果说薛允开与修订法律馆这个组织无甚渊源，仅仅是修订法律的先驱者，那么沈则毋庸置疑的是修订法律馆的缔造者之一和至始至终的领导者。他完整的度过了十年的修律生涯，伴随着法律馆的盛衰起伏，是这个馆的灵魂人物，换言之，他是当之无愧的修订法律馆“教父”，在他身上，凝聚着整个清末修律的历史。

作为修订法律大臣，除沈外，尚有前期的伍廷芳，后来的俞廉三、英锐，再后来的刘若曾，同样是修订法律馆领导，为什么是沈，而不是其余诸人成为修订法律馆的灵魂？这得从组织领导这个特定角色上加以分析。

-
- 〔1〕“沈家本热”，有其必然性，因为其为中国法律史上承上启下式的人物，也是法律发展转折点上的人物，沈既是传统律学的集大成者或者说终结者，又是新法学的第一代学人或者说西方法学的最初系统传播者。甚至可以说沈是传统法的终结者，法律近代化的开启者。沈同时又集很多角色于一身，司法系统中，沈为法部侍郎；法律编纂系统中，沈为主要领导人；法学教育系统中，沈为管理法律学堂大臣；立法机关系统中，沈一度为副议长；法律学术殿堂中，沈还是法学研究家。这种种身份集中于一人，不可避免使其因为典型而成为法学研究中的“明星人物”，自1990年“沈家本法律思想国际学术研讨会”举行以来，关于沈的专著、书籍、论文不断出现，至2003年，在浙江湖州又举行了“沈家本与中国法律文化国际学术研讨会”，沈氏的影响更是漂洋过海，两次回忆都留下了论文集。于此几可见研究的广度与深度。
- 〔2〕国内迄今为止对此研究最为精深的，当属李贵连先生，李的一系列关于沈的研究论著，笔者以为代表了国内目前的最高水平。关于沈的生平与事功，参见李贵连：《沈家本传》，法律出版社2000年版；李贵连：《沈家本评传》，南京大学出版社2005年版；李贵连：《沈家本年谱长编》，台湾成文出版社1992年版。另参见黄源盛：“沈家本法律思想与晚清刑律变迁”，台湾大学法律学研究所博士论文，1992年。

就领导者特征而言，一个有效能的领导应具备的人格特征大致有八个方面：其一为高智能，能够带领组织解决复杂的问题；其二为拥有与组织任务相关的专业知识，能够知道组织基本的行为方法；其三为主导力欲望，有欲望并有控制组织的影响力；其四必须自信，要能在组织面临障碍和困难时，能坚持下去；其五必须有很好的精力，要能为内外各种繁杂事务劳心劳力而不厌倦；其六为具有较高的压力容忍度，能面临各种不确定性而不气馁；其七为保持诚信，确保其行为合乎道德，值得组织成员信赖和信任；最后为情绪成熟，能控制情绪并接受批评。

就领导者行为而言，一个有效能的领导应实行的主要行为大致有二：一是领导者处理与追随者关系的行为，重要是体恤追随者并给追随者以激励或奖惩；二是领导者处理组织工作、达成组织目标的行为，比如分派任务给追随者，事先规划、设定目标、决定步骤、推动员工完成任务等。

就领导者领导情境而言，一个有效能的领导者所需具备的情境有三：一为良好的领导者—成员关系，在这种情境下，追随者喜欢、信任并忠于领导者，自然领导效能就高；二为高度的任务结构，在这种情形下，每个追随者各司其职、各守本分，有明确的工作目标，自然效能就高；三为具有较多的职权，当领导者拥有高度职权，说明其领导者具有了较强合法性，其领导效能相对较好。^{〔1〕}

根据以上分析，我们可以知道，就领导情境而言，上述修订法律大臣面临的情境差别不大，就行为而言，伍廷芳、沈家本各有侧重，但效果不同，具体分析且看下节。那么剩下的差异就是领导者

〔1〕 参见〔美〕Jennifer M. George, Gareth R. Jones 著，吴玲玲审定：《组织行为》，台湾培生教育出版股份有限公司2004年版，第511~520页。需要说明是，这里提供的分析框架是针对普通组织而言的，对于修订法律馆这一特定组织，则对领导者素质中某些方面有所侧重，而领导者行为、领导情境依然适用。

人格特征的差异了。撇开道德因素不谈，领导者因为人格特征决定领导效能的，在于该人格特征和该组织性质、特性的契合程度。契合度高，则领导效果好，领导的角色也更为组织中的追随者认同，领导地位也就更巩固。

在第三章内，我们知道修订法律馆是一个法典起草编纂机构，同时也是一个学术性、专业性很强的机构，对领导者专业素养的要求尤高。在这种情形下，拥有与组织任务相关的专业知识这一人格特征，压倒了其他特征而成为该特定组织的领导者的首要特征。而上述的修订法律大臣中，具有较高法学素养的惟伍、沈二人，伍为新律专家，沈为旧律翘楚，中西合璧，一时瑜亮。其余俞、英、刘因该项人格特征不明显，故只能作为附庸，隐设在伍、沈的光环之下。当然英锐担任修律大臣旋即病故，刘若曾直到宣统三年才代沈成为修律大臣，很快遭遇鼎革，两者都时间太短，不足以在清末修律中留下很深印记。但俞却是自光绪三十三年直到清末一直担任修律大臣的，前后在馆共五年时间，而伍在馆仅仅两年，但影响了清末修律整个过程，都说明了伍的知识性人格特征对这个事业的重要作用。伍、沈都有着加强修订法律领导权的欲望，他们之间的权力之争依然留待下节再述。就沈家本作为组织的领导者而言，其在以下四个方面的努力，奠定了沈做为“修订法律馆教父”的不可撼动的地位。

第一，重视人才，体恤下属。

自沈被任命为修订法律大臣以后，便非常重视延揽各类法律人才。为了网罗群彦，沈往往在经济上、保举上以及学术上给予许多支持，修律馆骨干成员之一江庸在回忆中就曾提及：

“前清修订法律大臣沈公家本，实清季达官中最为爱士之人。凡当时东西洋学生之习政治法律归国，稍有声誉者，几无不入其彀中。法律馆于两大臣下，虽设有提调、总纂、纂修、

协修等名目，然薪俸之厚薄，则不以位置高下为标准。总纂薪金倍于提调，纂、协修之专任者，其薪金又倍于总纂。盖以初筮仕之学生，其资格不足以充提调、总纂。使之专力于编纂事业，非厚俸不能维系之也。”〔1〕

因为沈认为法律馆的成败，主要在于网罗人才，明定职司。在给朝廷的一次次上书中，也反复陈明人才对于馆事的重要性。在光绪三十三年法律馆开馆之前，沈奏请派提调法政人员的奏折中，曾提及：“伏思馆中事务繁重，需才众多，必有提纲契领之员，方能有条不紊”。〔2〕又说：“伏念编纂法典，事务浩繁，凡参考各国成法，体察中国礼教民情，穷源竟委，义例纷如，非多得明达之才，不足以资商订”。〔3〕在该年十一月十四日上奏开馆日期和办事章程折内，沈再一次提到：“惟有广罗英彦，明定职司，以专责成而免旷误”。〔4〕在同日奏进的请拨款项的奏折中，沈又提到了人才的重要性：“调用人员非多得通晓中外法政之人不足以资商榷”，〔5〕“此次臣等专任修律，在馆供差，人员分科治事，各有责成，而非如各署之有补缺升转保列京察酌派优差之可资鼓励，庸陋者未能滥任”。〔6〕是沈家本的考虑，在于修律是一项专业性极强的工作，而此人才实属稀缺，如不加以重视，则所修之律必不得优良之绩。故沈重视人才，既有其作为一个领导的长期战略眼光，也是当时修律

〔1〕 参见江庸：《趋廷随笔》，第4~5页。

〔2〕 沈家本：“修订法律大臣沈家本奏选保法律馆提调人员折并单”，载《政治官报》光绪三十三年十一月初二日，第四二号。

〔3〕 沈家本：“修订法律大臣沈家本奏选保法律馆提调人员折并单”，载《政治官报》光绪三十三年十一月初二日，第四二号。

〔4〕 《政治官报》光绪三十三年十一月二十一日，第六一号。

〔5〕 《政治官报》光绪三十三年十一月二十一日，第六一号。

〔6〕 同上。

情形下之不得不然。

沈体恤下属，除对于下属的经济、物质方面的体恤之外，^{〔1〕}还有精神方面的支持。一方面，沈乐于对下属的创见表示鼓励。在修律活动尚未大规模开展之前，妄议变通律文属于“变乱祖制”，此时刑部主事吉同钧向长官呈递《减轻刑法书》，遭到当时刑部尚书葛宝华的打压，而时任侍郎的沈家本则赞许其见识。如吉所云“……书上，果干尚书葛公之怒，侍郎沈公面加许可……其后葛公怀恨在心，补缺派差遇事遏抑，因此文拂其意旨，暗中下石以致沈于下僚者数年。”^{〔2〕}可想而知，在这种情形下，吉自然对沈有感激之心，观后来修律，尽管吉对沈的一些做法尚有微辞，但对沈之为人，一直颇为敬重。在沈的《寄籀文存》中，就收有与吉的说帖，字里行间隐有英雄相惜之意，固不全是私人感情，但沈之体恤，对吉当有很大影响。另一方面，沈还注意给下属提供出国培训的机会。光绪三十二年九月，沈和伍廷芳共同奏进派员赴日折，派遣董康、王守恂、麦秩严三人赴日调查研究，^{〔3〕}宣统元年八月还派第一科协修朱兴汾赴日考查，^{〔4〕}虽然这也是工作需要，但沈之注重培养人才，也是一种体恤。此外，体恤还表现在信任属员这方面，沈的法学才华自然毋庸赘述，而许多关键的文件，均是由董康、吉同钧等完成，沈对他们的工作十分信任。除此，体恤的其他例子尚如沈很友善，以平等态度对待群体成员，向群体成员解释他做某些事的理由。在说明了沈是一个平易近人、体恤下属的领导。其重视人才、体恤下属，乃养法律馆名器之举，这些努力使得

〔1〕 沈对下属的经济体恤，具体见本书第三章第二节“运作资金”部分。

〔2〕 吉同钧：《乐素堂文集》卷六。

〔3〕 《光绪朝东华录》（五），第5413页。

〔4〕 “钦差出使日本国大臣胡惟德咨复法律馆事”，见修订法律馆档案全宗，全宗号10，第10包。

十年当中，沈无论立于何种处境，皆能保证修订法律事业的运转。

第二，争取资源，热心馆事。

种种情形显示，沈是一个温和的人，一度流于怯懦、甚至连法律馆同事之一的第二科总纂汪荣宝，在沈宣统元年任资政院副议长时，就曾被传闻因沈之懦弱而要运动倒沈。^{〔1〕} 尽管消息并不确切，但沈之温和脾性，已为时所知。当然宣统年间，沈年逾古稀，气血已衰，又为资政院内的激烈争斗而心力憔悴。此事《资政院议场速记录》记载甚详，汪荣宝在日记中曾有一段记载颇堪玩味：“本日，资政院举行闭会式，全于十一时顷到院，十二时集议场行礼，军机大臣朗贝勒登台宣读闭会上谕，议长前跪受恭捧退置黄案上，序立致敬各退，同人合摄一影以为纪念。沈副议长自议场退出时，举足触地毯裂口，致倾跌伤鼻，血流甚多，未预摄影……”。^{〔2〕} 此记载的是宣统二年十二月十一日第一届资政院大会闭幕时，沈跌倒受伤之事，可能只不过是偶然事件，但我们可以隐隐推知沈已不堪资政院副议长一职的沉重压力，也反衬出就表象而言，沈似一颀硕老臣。但沈对于为修订法律馆这个组织争取资源上，则一反温和之态，处处力争权益，为法律馆修律事业尽力拓展空间。修订法律馆成立之后，为了未来修订的新律能切实推行，沈会同伍廷芳会奏设法律学堂，作为养成未来司法人员之所，同时也可援引之作为修律人才。在光绪三十二年四月伍廷芳离去后，沈一肩挑起修订法律馆领导之任。此后直至宣统三年二月二十二日沈卸任修订法律大臣一职前，沈始终在为法律馆争取资源而奋斗。

首先是争取人才，原来沈在刑部侍郎任上，修订法律馆人员大多为其属员，沈所争者仅仅是修订法律经费，为此他和伍廷芳共同联名上奏请拨资金。但至光绪三十二年九月二十日刑法改为法部，

〔1〕《民立报》宣统二年九月廿五日。

〔2〕《汪荣宝日记》，宣统二年十二月十一日。

大理寺改为大理院，沈被调任大理院正卿时，修订法律馆中的人事问题就突显出来，按照立宪体制的原则，法部专掌司法，大理院专掌审判，是以用人之权当为法部所有。但沈在上任伊始，却督同大理院同僚，仅用一个多月时间，即制定了《大理院审判编制法》，先发制人，对这一原则有所突破。该法共 45 条，该法大致规定了三个方面：一是规定了大理院对各类案件的审理权限；二是规定了四级审判机构内部的组织和管辖权限；三是对各级审判厅的筹建和用人权力也归属在大理院权限范围之内。^{〔1〕} 这个编制法案的出台引起了法部的紧张，因为审判和司法行政甫分之际，法部和大理院权限实际上并不明朗。作为最高审判机关的大理院，本无用人行政之权，沈的做法严格意义上来说的确有“扩权”之嫌疑，此编制法一出，挑起了著名的“部院之争”。法部很快做出了反应，在光绪三十二年十二月二十八日奏准法部官制，内容与大理院官制多有龃龉。此后部院争斗愈演愈烈（详见下章），至光绪三十三年二月三十日，^{〔2〕} 法部尚书戴鸿慈致梁启超的信中竟称：“而沈堂（指大理院卿沈家本）乃以阴柔手段，攘窃法权，一切用人行政区划审判区域事宜，不关白法部，亦并未会衔，径直上奏，惟留秋朝现审诸例案，推诸法部，自馀修律大臣法律学馆，皆归一人之手，法部不过问焉。”^{〔3〕} 此语从一个从一品的高官口中说出，针对的还是一个正二品的官员，^{〔4〕} 其愤恨和无奈已可想而知了，也说明沈之作为的确已经超出了大理院权限。但就沈这一方面而言，其“攘窃法权”之举，却是沈为了不使大理院因其先天不足而重蹈其前

〔1〕 相关法条参见《大清法规大全·法律部·审判》。

〔2〕 因本书所用历法均为阴历（农历），故二月有三十日。

〔3〕 参见戴鸿慈：“致任公先生书”，载丁文江、赵丰田编：《梁启超年谱长编》，上海人民出版社 1983 年版，第 380~381 页。

〔4〕 清朝官制，各部院尚书为从一品秩，而大理院正卿为正二品秩。参见前揭张德泽：《清代国家机关考略》，附表一。

身——沦为闲曹的大理寺的命运，是沈的一种策略。^{〔1〕}这在沈在光绪三十三年四月初九日奏上的酌定司法权限的奏折中可以知悉，沈在奏中称：“臣等恭承圣命，夙夜只惧，以衙门初设，既无经费可筹，而臣院承受之大理寺，夙称闲曹，又乏人才之可用，且中国积习，大都不愿为刑官，加之律例较繁，非平日极意讲求，临事亦不适于用”。^{〔2〕}而要网罗群彦，只有拥有用人权，是以沈不惜背负重压，而积极扩权。又如折中所称：“用人为行政之一端，臣等固所深悉，但各国法理昌明，学校林立，法律思想普及全国，其高等法学毕业之人，皆足备法官之登进，取才初不为难，故可司法省大臣专任其事，其试验之法，虽由司法省主持，而大审院及控诉院判事，实兼充试验委员，非谓裁判人员遂不及预闻用人之事也。今中国法学甫有萌芽，收效至速，亦在数年以后，势难悬事待人，臣等调用各部院人员，亦属不得已之事举，刑名判决关系至重，若不亲加试验，难期得力，设有贻误，咎将谁归？如云用人之权应归法部，此应俟各学堂法律人才造就著有成效，各省审判官俱由法部任

〔1〕 张从容认为，沈的行为“在此，大理院的扩权倾向较为明显，它超越了司法审判的权限，将权力扩大到司法行政事务，加之行动迅捷，在部院关系上显然占据了主动……此举反映了久居刑曹的沈家本的过人之处。他显然了解大理院的审判职能极为单纯，在没有宪法作为分权依据而仅凭笼统的官制改革方案和官制节略来划分权力的前提下，与法部相比，大理院明显处于弱势。况且大理院的权力来源在很大程度上需由法部让渡、需向法部争取，因此，如果大理院仅拘泥于审判事务，不涉足行政，刚刚诞生的大理院极有可能成为一个摆设。出于对改革走势和部院现实关系的清醒认识，沈家本拿出了积极的应对方案。以法律的形式确定大理院的地位，并且明确大理院的职责范围，显然是在策略上占了主动。”参见张从容：“晚清司法改革中的戴鸿慈——兼论传统官员的知识转型”，载中国政法大学法律史学研究中心编：《中华法系研讨会论文集》，2006年9月。

〔2〕 沈家本：“修订法律大臣沈家本等奏酌定司法权限并将法部原拟清单加具按语折并清单”，载《清末筹备立宪档案史料》，第827页。

用之后，臣院用人之事，亦同归之法部，今兹尚非其时。”〔1〕是沈又似在为自己窃取用人之权开脱，虽不符立宪体制，但却照顾到实际问题。以“实用理性”的角度来思考，立足于解决当下问题，是沈一贯的行事作风。沈当然也会高喊口号，但其做事，却始终是立足于可行性上的。〔2〕即如本书第二章中所云，此时沈尚兼修订法律大臣之职，管理修订法律馆，人已不在法部，而馆仍附设于彼，则如何开展修律事业？自然只能凭借其大理院正卿中的资源，将修订法律馆从法部移入大理院，便于操作。沈为此调用了一系列人才，并且创造了一种灵活的机制，即暂时不开去各人在原来部门的差使，一旦有升转提拔的机会，照样可以升转，等大理院补实任后再按相应规定办理。所以相当于大理院给这些人才一个保底的岗位，如此，人才自然愿就大理院之职而无虞失去提拔的机会。而这些人进了大理院后，恰恰被作为修订法律馆的骨干人员来使用，董康即为最显著的例子。〔3〕因为从前面修订法律馆章程中可知，修订法律馆实际上从事的是一种弹性工作制。沈这种务实作风、不断争取人才的举动，遂使政法英才咸入其彀中。

其次是争取经费，不管在大理院正卿任上还是在后来独立的修订法律馆领导任上，沈千方百计争取经费，在本书第三章中，我们可以看到沈与度支部的争斗，在其努力下，法律馆面对着清末财政异常支绌的情形，还能正常运行。

〔1〕 沈家本：“修订法律大臣沈家本等奏酌定司法权限并将法部原拟清单加具按语折并清单”，载《清末筹备立宪档案史料》，第827页。

〔2〕 比如沈为新律文的出台上奏理由时，往往都以收回“治外法权”作为论据，目的是用这种“帽子”打压反对党使其缄口。

〔3〕 在沈被任为大理院正卿时，董是以法部职员的身份在日本考察，后沈将董从日本召回，以法部候补郎中的身份在大理院任职，在沈的一个奏折内，曾提及此事：“嗣臣忝擢大理，缔构伊始，佐理需人，点促该员等回国”，见《董康法学文集》，第641页。

此外沈尚有为修订法律权，为所修草案得以通过而斗争，为其主管的京师法律学堂毕业学生争取一个美好的前途等行为，且留后文详叙，这里所要说明的，即沈这种不断的争取资源的做法，正是其热心馆事的体现。沈在人生最后几十年，将其全部精力和才华都投入到了修律的事业中。在修律事业遭受各种阻力时，沈往往奋起抗争，最激烈的争斗，就是围绕着新刑律的争论，虽然最后沈的主张没能贯彻，其一腔热情，却昭昭可见。沈之坚韧是得到属下肯定的，反观宣统年间沈去位后继任的修订法律大臣刘若曾在制定民律过程中的行为，竟被馆员看成畏首缩尾。汪荣宝在日记中这样记载：“五月十一日……到修订法律馆，子健告予亲属及继承法中问题甚多，仲鲁（刘若曾字）畏首畏尾，意主迁就，现拟将此两编提开，暂不具奏，委诸将来编纂云，甚矣！编订法典之难也。”〔1〕是可见，沈之领导的魅力远过于其余修订法律大臣。

第三，善于学习，注重沟通。

修订法律馆中群英荟萃，要在这个机构中领袖群伦，领导者必得时时如履薄冰，如临深渊。在这种带有极强科研性的机构中，专家型领导一旦技不如人，是很难继续担任下去的。所以客观上需要一个学习型领导，所幸沈正是这一类领导者。观沈在光绪二十六年前的著作，竟无一字提及现代法学，只有对传统律学的总结和深化。这种知识结构，是难以对新法修订起到领导作用的。沈作为领导者，对这种局面看得很清楚。为了使自己成为合格的专家领导，又为了加强自己在修订法律馆中的权力，乃至至于巩固其在整个晚清政坛的地位（沈的地位泰半来源于其专业知识），学习因之又成为集权的工具。

〔1〕 参见前揭《汪荣宝日记》，宣统三年五月十一日。

沈在旧律方面兴趣浓厚，“好知者不如乐知者”，观其所遗煌煌巨著，字里行间在在可见其对旧律的娴熟与兴趣，其对旧律的钻研在此自可略开不谈，何况知识的增长亦有知识结构的惯性在驱动，即使沈在任修订法律大臣后不再刻意学习旧律，其旧律素养照常与日俱增。但对于新律，沈则必须精心钻研，弥补知识盲点，方堪重任。沈于是亦从精读翻译过来的外国法典与论著着手，沈的勤勉是可想而知的。光绪三十三年，其自叙道：“计自开馆以来，殚竭愚悃，勤勉图成。”〔1〕又说：“（翻译）每成一种，臣与原译之员，逐句逐字，反复研究，务得其解。”〔2〕沈为了研习西方法学，还常常和馆内聘来的日本法学家切磋问道，比如沈在《死刑惟一说》这篇说帖中，曾多次引用到冈田朝太郎的话，是沈必先与冈田交流过，至少读过冈田的书。此外，沈在修律过程中所写的其他说帖，内中多有“查东西各国法律”的字句。尽管沈学习新法学在于为修律过程中出具意见书提供论据，更好地领导修律工作，带有很强的功利色彩。但不可否认，随着翻译的作品大量出现，新派法学人士陆续加入馆中，沈眼前的法律世界更为宽广。光绪三十二年，沈写的一首诗：“吾学于今世界新，普通卒業始为人。小同喜有传经子，裁制还须老斲轮”〔3〕很好的表达了沈学习新法的心境，是其学习精神也到了“乐知者”的地步。这种学习使其在将一些法律文件上奏给朝廷时，行文常常带有很强的新时代色彩。个中论据既有深厚的历史考据，又有现代西方宪政法律知识，有力地

〔1〕 沈家本：“修订法律大臣沈家本奏修订法律情形并请归并法部大理院会同办理折”，载《清末筹备立宪档案史料》，第837页。

〔2〕 沈家本：“修订法律大臣沈家本奏修订法律情形并请归并法部大理院会同办理折”，载《清末筹备立宪档案史料》，第837页。

〔3〕 转引自沈厚铎：“可怜破碎旧山河，对此茫茫百感多——试论沈家本先生诗歌中的忧国情报国志”，载《沈家本与中国法律文化国际学术研讨会论文集》，中国法制出版社2004年版，第74页。

支持了其论点。

沈在学习时，乐于将自己所学与属员相沟通。沟通既成为沈知识与信息的来源，又能在一定的程度上拉近与属员的距离，表现出一种“亲民”、“随和”的色彩。《历代刑法考·寄篋文存》中的“论故杀”、“故杀余论”，似乎是沈改订旧律过程中的二篇说帖，其中有馆员许受衡的意见、吉同钧的说帖，都意味着在故杀这个问题上，修订法律馆同人展开了学术上的交流。此外，沈好读书，也留心法律古籍，这一点，他和董康形成一种亦师亦友的关系，之后董始终追随沈完成修律事业，与沈之善于沟通以及两人之间共同爱好与旨趣当也有莫大关联。

第四，兼容并包，锲而不舍。

作为一个领导者，可以有自己的学术偏好，但表现出来的，应该是不偏不倚的态度。沈自然明白，在变法新政纷纷展开的时代，新法学知识术语已经成为时代的“强势话语”，如同吉同钧所描述的那样：“现今新学竞尚，士多见异思迁，剽窃外国法政学说，以为禄利之阶，遂至中国经史旧学渐就荒芜，而法律一门尤为广陵之散不绝如线”。〔1〕而沈在这种情况下，并没有停止对大清律例的研究和改订，固然和他原有知识背景相关，也与其开明的修律指导思想相关，会通中西作为一项原则太过抽象，具体落实到他对修订法律馆的管理上，则表现为兼容并包。在馆中，也分化为新法派和旧律派两个阵营，沈则将两个阵营有机整合在修订法律的事业中，不管是修订旧律还是起草新律，两派都参预其事，新派自然代表潮流趋势，而旧派，则保留富于理性的清醒。沈的目的是在不违法律近代化潮流之余依然能保持一些固有的优秀传统。沈的态度始终是择善而从，比如对于删除奴婢律例问题，沈主张：“方今朝廷颁行宪

〔1〕 吉同钧：“京师法律学堂开学演词”（光绪三十二年），载《乐素堂文集》卷五“法律门”。

法，不啻三令五申，凡与宪法有密切之关系者，尤不可不及时变通。买卖人口一事，久为西国所非笑，律例内奴婢各条，与买卖人口，事实相因，此条不图早革，与颁行宪法之宗旨，显相违背”。〔1〕是沈同意应照西方做法，废除奴婢。而对于西人自杀为重罪之说，沈则认为：“若西人自杀为重罪之说，在彼国之论者，已不以为然，如斯托伊克之说是也。而墨守宗教者，犹坚持此说也。揆诸情理，实有未安，人必所受苦难万不能堪而出于死，此最为可哀可矜之事，今不哀之矜之，而反加之以罪，仁人之心，必不出此”。〔2〕是沈对西人之法，亦持异议。故沈主持修订法律，并不存有新旧门户之见。但形势不容沈在精细的比较选择中修订法律，所以很多急就章并不能适应中国实际。而沈兼容并包最成功的成果还是《大清现行刑律》，正如吉同钧所说：“且夫新旧过渡之际，正聚讼纷纭之时，侈言新法而守旧者诟为丧心病狂，执言旧法而维新者鄙其顽固不化，修律大臣沈公适当其冲，因酌时势之宜，平新旧之争，而有修订现行律例之举”。〔3〕本是为了平定纷争而做的权宜，没想到却促成了清末最好的修律成果的诞生，不知道这算不算历史 and 沈家本开的一个玩笑。

而沈在兼容并包的同时，也时常面临着内外的矛盾，期间修订法律馆时有起落，修订法律大臣事有多寡，沈始终勤勤恳恳，锲而不舍，如《清史稿》所述：“补大理寺卿，旋改法部侍郎，充修订法律大臣。宣统元年，兼资政院副总裁，仍日与馆员商订诸法草案，先后告成，未尝以事繁自懈”。〔4〕是沈不仅在知识经验上具备了领导的资历，在心智情绪上，也有耐挫的禀赋，正是在这两种力

〔1〕 沈家本：“删除奴婢律例议”，载《历代刑法考·寄谕文存》，第2047页。

〔2〕 沈家本：“论威逼人致死”，载《历代刑法考·寄谕文存》，第2091~2092页。

〔3〕 吉同钧：“法律馆第三集课艺序”，载《乐素堂文集》卷五“法律门”。

〔4〕 《清史稿·列传二百三十》。

量的推动下，沈职掌修律事业十年，几乎伴随着修订法律馆始终。

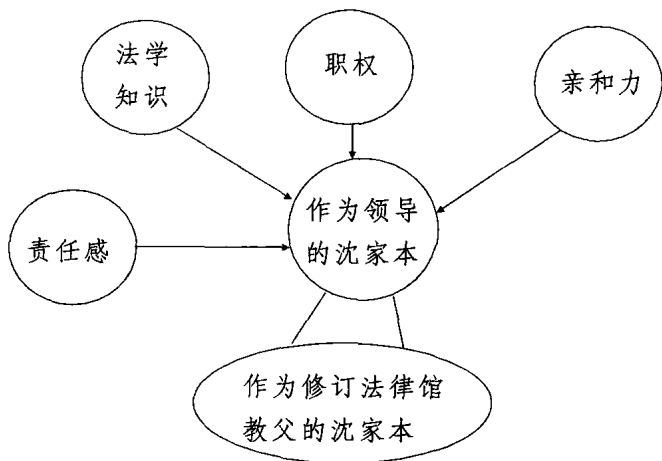
以上四点，促成沈成为一个极具魅力的领导者，法学知识丰富、责任感强、亲和力高，这些人格特质发挥了很大的作用。最后我们再来看看沈在清末十年中如何保持不坠的声威，换言之，他在修订法律馆这个组织内如何维护自己的权力，这个权力来源于什么地方？

就个人权力的来源而言，有两种途径。第一种是正式的权力来源，其中最重要的是职权。在修订法律馆存在的八年里，沈家本的修订法律大臣几乎是走到了最后的，这个头衔是朝廷赋予个人合法的权力来控制使用组织资源，以达成组织目标，是最权威的权力来源。只要有此头衔，即使属下内心再不服，也无以颠覆转而取而代之。但造成的危险是，如果领导者个人魅力值低，则修律馆会出现很强的离心力，造成行动效率低下的状况，宣统三年沈家本离职后的法律馆就是这种状况。反过来，如无此头衔，即使个人法律素养再高，再身孚重望，他仍旧不能成为修订法律馆的领导者，因为他缺乏合法性，且其人格一般是被修订法律大臣给吸收了，只能成为“地下组织领导人”，董康、吉同钧的法学才华高过俞廉三、刘若曾，但其始终没有成为馆中的权力者，就是这个道理；正式的权力来源尚有奖励权，此为给予下属加薪、晋升、赞美、提供高效的计划方案等权力。沈亦拥有此权，他可以保举属员晋升，给予属员相关俸禄和待遇，从而聚集起一批法学英才；正式权力尚有胁迫权（奖励权的反面），在修订法律馆中，此权力似乎比较淡化，因为人员多系兼职且属于弹性工作，但当属员期望从法律馆得到比较高的待遇时，它又可以有效地将馆员团结在修订法律大臣的周围；最后一种正式权力为信息权，修订法律大臣能控制更多的信息，沈处于修订法律大臣的位置上，可以奏请朝廷，从而获得最权威的信息，而其余馆员则无权上奏朝廷，只能从修订法律大臣那边知道信息，故在修律这个事业上说，沈因信息而对属员有吸引力。（比如

沈可以奏请派遣董康去日本访问，可以咨文驻日公使帮助安排访问事宜，上奏和咨文都是得到信息的方式，而董康则不具备这样的信息来源。)以上这四种正式权力来源，是各个修订法律大臣共有的。

第二种是非正式权力来源。其中首先为专家权，在任何一个群体内，有些人会因拥有技巧和专业才能而比其他人的表现来得好，专家权即一种来自卓越能力和专门知识的非正式权力。前已述及，在修订法律馆这样带研究性质的机构中，专家权恰恰是保有权力的最重要方面，这样一来，只有沈、伍才具备领袖群伦的威力；其次为参考权，因为受到喜爱、欣赏及尊敬而得到权力和影响力的人，便拥有参考权，具有高度合群、外向性、甚至责任感等人格特征的人，通常拥有此权会更多。相比伍廷芳而言，沈在刑部的时间更长，更为馆员熟悉，且保有谆谆长者之风，且沈的个性为沉稳和蔼，而伍的个性为坦率犀利，与伍处更多是佩服，未超越专家权范畴，而与沈处则更多是亲近、喜爱，如此沈的参考权值就要高于伍。最后为魅力权，此为一种来自于个人的人格、体能或其他能力的强烈参考权。当一个人能始终以组织的生命为生命，并能以知识和人格折服属员时，其在馆中的权力便牢牢奠定了，于是沈的魅力权显然压倒了伍的魅力权，尽管修订法律事业的蓝图最初是伍设计的，伍也难以超越沈家本而成为修律馆的不二“教父”。

修订法律馆领导权力来源并放大图



所以，沈家本以上述四个方面的行为，提升了其非正式权力值，又因为在数年的宦海沉浮中，始终保有修订法律大臣这一职权，使得沈综合权力值在馆中所有的成员中是最高的。又如图上所示，因为中国的传统政治文化是高度个人化，“似乎需要一个放大了的人物或象征，把信奉的人们团结在他的周围，并组成特别的关系网络，才能工作。”^{〔1〕}沈就成了修订法律馆中这个放大了的“人物”或“象征”，最终由一个领导者变成了“教父”，使得修订法律馆馆员围绕着他开展工作。

〔1〕 [美] 任达著，李仲贤译：《新政革命与日本·中国，1892～1912年》，江苏人民出版社2006年版，第5页。

第三节 政法精英的加盟

沈家本虽身为修订法律馆教父，但在晚清整个官僚体制中的地位并不显赫，官最高至侍郎，正二品衔，终身未预枢臣之列。以这样的身份而能在晚清政坛大放异彩，是时势使然。这个时势，就在于修订法律馆是处于新政的背景下，而修律恰恰是新政之极有分量的一端。观《清史稿》撰者为沈家本作传时，将之与孙家鼐、张百熙、唐景崇、于式枚四人列于一篇，不无深意。这四人同样均非枢臣，但和沈一样都成为清末政治明星，就在于他们在某个方面赫然成为新政代表人物。^{〔1〕}而沈的资本，除自身的原因，更在于其旗下有修订法律馆这么一个组织和馆中聚集起来的一大批政法精英群体。政法精英的加盟，又使修订法律馆这么一个小小的机构成为推动新政的急先锋，法律近代化的策源地，乃至后来民国司法官员的养成所。

一、沙丁鱼罐子中的鲑鱼——伍廷芳

在本书第二章中，我们已知虽然早在光绪二十八年四月初六日，伍廷芳即被任命为修订法律大臣，与沈家本共同主持修律事宜，但因为外交谈判和修订商律等事羁绊，一直到翌年（光绪二十九年）八月才到达北京，与沈会晤共商修律。自光绪三十年四

〔1〕 所以在他们的传后，有一个简短总评：“论曰：自变法议兴，凡新政特设大臣领之。百熙管学务，家本修法律，并邀时誉。景崇之主教育，谋沟通新旧；式枚之论宪政，务因时损益。而大势所趋，已莫能挽救。家鼐儒厚廉谨，常以资望领新政，每参大计，独持正不阿。贤哉，不愧古大臣矣！”参见《清史稿·列传二三〇》。

月一日修订法律馆开馆，此后的二年多时间内，伍一路狂飙，协同沈家本带领馆员，译书调查，兴学修律，为传统法律向现代法律的转型奠定了初基，也为修订法律馆规划了一个全盘的方略。直至光绪三十二年四月十九日，伍骤然离去，从此结束了其短暂而辉煌的清末修律生涯。

伍廷芳（1842～1922年），字文蔚，号秩庸。广东新会人，出身于商人家庭，幼时即接触西学，1861年毕业于香港圣保罗书院，因其精通英文，留香港任高等审判厅翻译。1874年留学英国林肯法学院，毕业后获得大律师资格，成为第一个获得外国律师资格的中国人，返港后伍任律师，并被港督轩尼诗聘为法官兼立法局议员，在任为维护华人利益做了大量的工作。1882年起充任直隶总督北洋大臣李鸿章的幕僚，协助其大兴洋务，负责法律及外交事务。1896年被清政府任命为驻美公使，出使美国、西班牙、秘鲁等国。^{〔1〕}伍较沈小两岁，其法律生涯与沈旗鼓相当，而思想旨趣则差异较大，这导致了伍的到来对沈而言，既多了一位修律同道，又多了一个组织中的潜在对手。针对外界而言，沈、伍同声相应、同气相求，为了法律馆和修律事业的前途，而进行斗争与妥协；针对内部而言，则两人因经历、学识、修律旨趣的不同，又不可避免地存在分歧，同样也伴随了权力之争。因本章主要叙述组织群体，故在只叙法律馆内部沈、伍的关系。

古语云：“天无二日，国无二君”，“卧榻之侧，岂容他人酣睡”，传统政治体制中的金字塔式结构最为稳固。第二章述及，在伍未到京之前，伍、沈各自忙于自己的事务，沈且以刑部侍郎与修订法律大臣之双重身份率同刑部司员为大修《大清律例》做准备，故此时权力之争并未显现。但当伍到京后，沈、伍之间关系就显得

〔1〕 伍廷芳的生平和功业，参见丁贤俊、喻作凤：《伍廷芳评传》，人民出版社2005年版，相关章节。

微妙起来。

还是在第二章，我们知道了修订法律馆筹设的原委。中国传统政治文化是高度个人化，光绪二十八年四月初六日的那道上谕也只是任命伍沈为修订法律大臣，并未明言以何种组织、何种方式来进行修律工作，这给予了修订法律大臣以很大的行为空间。但对沈而言，显然要占更大的优势，因沈其时为刑部堂官，按照祖制，对法律大修小修主其事者又是刑部律例馆，那么以原刑部律例馆充当修律的场所（组织），以刑部司员充作修律人员，按照薛允升的改革意见和眼下实际情况对大清律例进行改革，一切都是自然而然的事。既可便于沈控制组织，又可省钱省力。但伍氏的来临，却犹如在原先的沙丁鱼罐子当中加入了一条鲇鱼，使得原来按部就班如沙丁鱼罐子的刑部律例馆，因为伍廷芳这条鲇鱼的搅和，带来了一阵新空气，产生了“鲇鱼效应”^{〔1〕}，无论在组织建设上还是修律思路上都发生了巨大的变化。

首先，在组织建设上，伍必定不满意于修订法律的组织依然为刑部律例馆。这符合沈的利益，然对伍却非幸事。因为刑部律例馆人员均为沈的属员，既有上下级关系又有同事之谊，伍置于这一人群中，需要一个逐步磨合过程，如果做的稍有差池，极容易招致孤立被动局面，而沈即使有微有差错，属员的容忍度较之伍显然更

〔1〕“鲇鱼效应”原指在装运沙丁鱼时，因沙丁鱼不喜运动，仅在容器中进行呼吸，导致容器中水为一坛死水，终致沙丁鱼因缺氧而大量死亡，而在此容器中放入一条鲇鱼，因鲇鱼性活跃，不断搅动，带动沙丁鱼运动，使水成活水，避免沙丁鱼缺氧死亡。后此现象用于组织管理学中，比喻引进某类人才或机制，可以推动整个组织职能的转换，有利组织整体的发展。此之谓“鲇鱼效应”。

高，这里面有“权威惯性”的作用。^{〔1〕}这种局面导致了伍必须付出更多的努力才能巩固自己在修律馆中的领导地位，才能成为修律事业的主角。而伍尽管为外务部右侍郎，外务部居各部之首，又由亲王奕劻兼任尚书，是伍与刑部左侍郎官秩相当，但因修律组织设于刑部律例馆，伍到馆办事，是外务部官员到刑部办事，形式上即居于客卿之位，客观上也容易引起属员对其之轻视。故伍到后，必要求要创设一全新修订法律机构，组织上要力求“去刑部化”，淡化刑部司法衙门色彩，而使修律人员们认为自己是在一全新的机构中工作。就人员配备上也要求在刑部官员的基础上，遴选谙习中西律例的人员，转变修律人员结构，变单一的刑部司员为修订法律人员，削弱刑部官员的领导色彩而凸现“修订法律大臣”的领导地位。笔者推测伍、沈为此有所争论，沈虽不以为然，碍于新政背景，也不得不改弦更张，但态度必较伍为消极。限于主客观困难，伍的最低底线当为组织的名称和归属问题，即修订法律组织由律例馆演化而成为修订法律馆，虽以律例馆作为办公处所，但不隶属刑部管辖，只是附设于此。换言之，即刑部堂官无权管辖修订法律馆，也无权干涉修订法律人员的工作，仅仅只能在刑部事务上管辖作为刑部司员的修订法律人员。当然在实践中，并没有区分的很清楚，直到光绪三十二年沈不担任刑部（法部）侍郎时，沈自己才意识到这个问题，因此引发了争取修订法律权之斗争。

其次在修律思路上，本书之前强调，沈原本修律思路是循历来大修小修套路，至多在律中增加部分时代内容，并不打算破除整个传统法律体例框架。就沈看来，主观方面这是他的比较优势，对于

〔1〕 笔者所谓的“权威惯性”，即意指在一个组织中，如果组织领导者在长期的工作中已经树立起了很高的权威，那么即使当组织任务、工作性质发生了变化，该组织群体也会因为先前已建立起的服从权威的观念而深信领导者在新的工作、新的任务中也会一如既往的出色。

这种修律方式，显然较伍氏权威。客观方面是此时沈尚不清楚新律起草的方法，包括新律的内容和形式，在沈那里还是一个空白的概念。而对伍而言，伍的思路是仿照欧美，尤其是美国式的修律方法，毕竟自己曾有许多年的西方法律知识的积累和实务操作的经验，且当时客观上朝廷要求修律的直接目的是为了中外交涉、通行之需要。故沈原先的修律思路为“改旧”，而伍廷芳来后，修律思路为“创新”。

对伍氏而言，这也是伍氏增加修订法律权，提高其在修订法律馆组织中地位的重要举措。为了与已经是修订法律馆权威的沈家本相分庭抗礼，伍设计了增加个人权力的战术，^{〔1〕}一步一步地将自己的影响由表及里地渗入到修订法律馆成员中。

伍增加个人权力的第一步即界定组织的定位。伍到任后，强调修订法律馆不同于以往的刑部律例馆，而是一个新式的、独立的修订法律机构，为此，伍偕同沈上奏朝廷“请拨专款，以资办公，刊刻关防，以昭信守”。^{〔2〕}所谓请拨专款，以资办公，即证明伍要让修订法律馆成为一专门的修律机构，该机构要有独立衙门的地位，经费来源不通过刑部，而直接从户部划拨。还要刊刻关防大印，故即使修订法律馆附设于刑部律例馆，也有独立的行文权力。这一点在光绪三十三年法律馆最终离部独立后得以完全实现。组织的刑部色彩越淡化，其修订法律大臣的角色越凸显。

〔1〕 此增加个人权力的战术参考了 Jennifer M. George, Gareth R. Jones 著，吴玲玲审定：《组织行为》台湾培生教育出版股份有限公司 2004 年版，第 802 页。一书中提供的分析框架，该书中对组织中增加个人权力战术有：选定功能权和部门权的来源→认清谁拥有权力→控制议程→引进外来专家→建立联合及结盟，其结果是使经理人能成功的发展权力基础并从事政治，本处使用该框架时，针对法律馆这一特别组织做了改动。

〔2〕 沈家本：“奏请变通现行律例内重法数端折”，载《光绪朝东华录》（五），第 5324 页。

第二步，引导馆员认清谁拥有新政知识权力。还是要回到光绪二十八年四月初六日那道著名的修改法律诏书中的“按照交涉情形，参酌各国法律，悉心考订，妥为拟议，务期中外通行，有裨治理”的文字，圣谕煌煌，伍廷芳的到来，似乎就是为了填补原先刑部馆员对“交涉”、“各国”、“中外通行”等概念理解的不足。而对外事务，又是新政中第一要着，新政的缘起，正是在受外辱之后，面临内外压力为图自救而举行。前文提及，庚子后转排外为媚外，如此，带有“外”的事物成为最新事物，就法律改革而言，最冠冕堂皇的变革理由，就是为了收回治外法权，这一点稍可抑制守旧官僚以“变乱祖制，大逆不道”为依据而进行的哓哓置辩。因此，伍廷芳的优势在于其在表面上可作为熟悉新政的法律专家而非传统熟悉刑名的司法官员来参与工作。所以他一到来，就酌拟大概办法，组织人员翻译各国法典和法律书籍，其中就英美法律而言，伍更堪称精通，在伍、沈合奏的奏折中，伍写道：“至英美各国刑法，臣廷芳从前游学英国，夙所研究该二国刑法，虽无专书，然散见他籍者不少，飭员依类辑译，不日亦可告成。复令该员等比较异同，分门列表，展卷了然。各国之法律，已可得其大略”〔1〕是在馆员对修订新律做法还很模糊时，伍即可以做出“趋新”的指导，此后，伍氏又参照英美法的模式起草《刑事民事诉讼法》、奏变通单行条款等等，这一切都表现了与传统修律截然不同的特征，在新政的背景下，伍氏一系列动作很容易在馆员心目中形成其作为适应新政的法律改革权威的形象。同时伍深厚的外国留学背景、法律实务经验、参与洋务的资历，都有助伍增加新政知识权力。

第三步，控制修律的议程。光绪二十九年六月初四日，伍廷芳

〔1〕 沈家本：“奏请变通现行律例内重法数端折”，载《光绪朝东华录》（五），第5324页。

尚未到京，还在上海参与改订商约事宜时，伍即和沈向朝廷上奏“奏沪会审公廨情形黑暗请定章程”一片，内中对上海会审公廨黑暗，外人把持司法大权，侵犯华人权益之做法义愤填膺，寻思解决之道，片内称：

“上海租界繁盛甲于他处，似此因仍弊玩，不特地方难期安谧，抑与中国体制有关。况中西刑律差殊，外人夙所藉口，今于租界公共之地，复侵华官自理之权，流弊何所抵止。且无画一刑律，不中不外，小民受此荼毒，为之惻然。现臣廷芳已奉旨会同修订商律。租界华洋杂处，贸易词讼本在律中，应由臣廷芳体察情形，查核旧例，妥订办案简便章程。俟新律告成，奏请立案后即咨行督抚臣转饬江海关道，督率该会审委员，恪首定章，清厘界限。”〔1〕

是伍廷芳还在进行改订商约时，即已经对修订商律之后的法律改革有一番设计。至伍到馆后，即坚持贯彻自己的修律计划。笔者推测，他当是以新政的名义要求推行改律，其中部分思想和沈家本的法律改革思想是一致的，于是就有了三十一年三月的删除律例内重法，该年夏又相继变通刑法若干条文、变通窃盗条款、奏请停止刑讯、奏设法律学堂、该年九月奏定新刑律、奏流徒禁刑讯、笞杖改罚金，次年四月奏刑事民事诉讼法请先试办等一系列行为。个中奏徒流禁刑讯、笞杖改罚金一折，直接针对上海会审公廨不严格执

〔1〕 参见《伍廷芳集》，第230页。

行此前已经奏定的“禁止刑讯、拖累、变通笞杖办法”一事，^{〔1〕}重申慎刑之意，期以此中外通行。这一点与光绪二十九年伍在上海做的修律设计基本是合拍的。又禁止刑讯遭到了御史刘彭年的反对，朝廷让修订法律馆议复，伍、沈正好借机，提出先行编辑简明诉讼法的修律建议，于是自光绪三十一年夏至三十二年间，修订法律馆开始起草刑事民事诉讼律，这一点也和伍在上海拟订的修律计划中“应由臣廷芳体察情形，查核旧例，妥订办案简便章程”一致。所以可见，伍在馆中的两年多时间里，馆中修律活动，尽管并不全在伍的考虑范围内，但基本议程却始终在伍的掌控中。设想若按照沈的最初思路，对《大清律例》进行律与例的大修，伍即使不被边缘化，还能和沈分庭抗礼，掌握修律大权否？

第四步，引进外来法律专家。伍要贯彻自己的修律计划，势必改变沈的计划，伍、沈之间就有了分歧，为了说服沈及沈的支持者同意自己的计划，而不被沈及其支持者认为个中具有政治动机和自我图利的动机（尽管事实上伍的确有争取主动权的意思），伍就必须引进会被视为中立观察者的外来专家，从而利用这位专家的客观观点来支持自己的立场。虽然引进专家为弥补自己修律经验的不足，是伍沈共同的想法，但对于伍而言，还带有集中权力的色彩。若按照伍的意愿，其更愿引进的专家当为英美法律专家，因伍本人

〔1〕 光绪三十一年三月二十日，伍沈议复两江总督刘坤一等变法条奏，拟请变通笞杖办法，改为罚金，并请徒流以下不准刑讯，朝廷于次日下旨，要求各督抚遵照办理，而谕旨下后，各地执行不力。上海会审公廨不久就传来刑求杖责之事，于是伍沈对此又上一奏，重申慎刑禁刑讯之意。奏内称：“夫上海，我国之版图也；公堂，我国之官吏也。以我国之官吏，行我国之法令，揆诸公理，孰敢逾越，且将来新律告成，范围全国，凡领土之内，法权在所必行。正宜乘此时机，先于通商各口，试行裁判诉讼之法，以为基础。乃上海为各埠之领袖，竟至首先梗阻，殊出情理之外……上海通商最久，观瞻所系，总期行法得人，庶将来颁布新律，可以推行无阻，而收回治外法权，其端实基于此矣。”参见前揭《伍廷芳集》，第278～279页。

具有英美法教育背景，且在美任大使多年，得到英美专家的支持当更多。且伍早在光绪二十四年即曾向朝廷奏上“为清廷借才异地当以美国为宜片”，〔1〕是其“亲美”倾向较为明显。但限于前文所述资金、语言、文化传统等各种原因，最后伍沈引进的是日本法律专家冈田朝太郎、松冈义正等人。这些法律专家并没有完全支持伍，尤其是冈田，基本是按照其在日本时设想的改正刑法的思路来参与中国的刑法改革，但有一点毋庸置疑，即外来专家肯定不满意沈全面修改大清律例的计划，而是要在体例上、内容上来一番彻底的改弦更张。在总体的思路上，外来专家同样倾向于“趋新”，这一点与伍一致，虽然所趋之“新”与伍有异。但光凭此点，伍就有了对抗沈的理由。

第五步，建立联盟。伍为了加强自己在修律馆中的地位，急需建立联盟。于是在酌定办法中，提出“延聘东西各国精通法例之博士律师，以备顾问，复调取留学外国毕业生从事翻译”，〔2〕期望网罗一批新法律人才，为自己的联盟伙伴。但在这一点上，伍做的并不算成功。限于知识背景和个人脾性，更重要的是狃于当下馆员的法律观念和司法实践中的具体情况，伍依然是一个孤独的英雄。

虽未尽如人意，但是应当承认，伍的战术的确发挥了效果，伍的个人权力逐渐增大，从“客卿”的地位到了与沈并驾齐驱，表面上甚至风头盖过了沈。试看伍在馆内参与的修律活动，如下表所示：〔3〕

〔1〕 参见《伍廷芳集》，第50页。

〔2〕 沈家本：“奏请变通现行律例内重法数端折”，载《光绪朝东华录》，第5324页。

〔3〕 此表为程燎原先生所绘，笔者略作改动，参见程燎：《清末法政人的世界》，法律出版社2003年版，第191页。

修订法律大臣拟定、奏核法律、法规名称	时间
奏删除律例内重法（伍、沈）	光绪三十一年三月二十日
奏核议恤刑狱各条（伍、沈）	光绪三十一年夏
奏酌拟变通刑法（伍、沈）	光绪三十一年夏
奏变通窃盗条款（伍、沈）	光绪三十一年夏
奏停止刑讯请加详慎（伍、沈）	光绪三十一年夏
奏请专设法律学堂（伍、沈）	光绪三十一年夏
奏定法律学堂章程（疑为伍、沈）	光绪三十一年
奏请于各省课吏馆内专设仕学速成科（伍、沈）	光绪三十一年夏
奏订新律（伍、沈）	光绪三十一年九月
奏流徒禁刑讯、笞杖改罚金（伍、沈）	光绪三十一年九月
奏诉讼法请先试办（沈、伍）	光绪三十二年四月二日
奏伪造外国银币设立专条（沈、伍）	光绪三十二年四月二日
奏虚拟死罪改为流徒（疑为沈、伍）	光绪三十二年四月二日
奏议订商律续拟破产律（沈、伍与商部会奏）	光绪三十二年四月

中国政治文化中，很注重排名的先后顺序，从中可看出权力的大小和个人地位的高低。我们看直到光绪三十一年九月，法律馆奏上的修律奏折中，伍要排序于前。这段时间内，伍为外务部右侍郎，沈为刑部左侍郎，不属一部，而品秩相同。虽清廷官制以左为尊，但正如前所述，外务部在清末官场居各部之首，外右较之刑左，实难分高低。此时排名顺序，全凭在修订法律馆中的权力地位高低而排，是可证明伍氏权力得到了提升。其中奏上的带有总纲性质的删除律例内重法一折，更是出现“臣廷芳”的字样，是该折为伍、沈合奏、而由伍占主导地位迨无可疑。仔细体会伍沈行文风

格，伍比较直接坦率，沈则含蓄委婉；伍喜欢以自己的经历和西方法律规定为论据，而沈则习惯以历代法律比较为论据。当然后来，慢慢地法律馆同人都习惯以中西法律比较为依据，但伍的直接坦率的风格，则迥异于其他各任修律大臣。观上述奏折，基本上还是以伍氏风格为主。

是这样一条鲑鱼，在其短短的两年在馆生涯中，以其凌厉的风格，给修律馆规划了修订新律的方法和总体宗旨，为修订法律馆的发展指示了一条道路。在伍离去后，沈虽有重修大清律例之举，但基本按照伍设计的修律方法和宗旨，一直到最后沈的卸任。是伍在馆时间虽短，时人以及后人提及近代修律贡献时，常常以“沈伍”并称，是可明伍的创始人地位。

那么为什么伍在修律事业如日中天之际，却突然提出回乡修墓，继而在家不出，数月后上书请辞，永远退出修律舞台呢？换言之，为什么伍以其卓越的新律知识，而未能如沈家本一样，成为新政中典型人物呢？同样是时势与个性使然。

就时势而言，清末新政取法的对象是日本，而伍廷芳却隐以英美法为参照标准修订新法，其最典型的例子就是光绪三十二年修成的《大清刑事民事诉讼法草案》，该草案也是修律馆起草的第一部全新的法典，伍氏为此付出的心血也是最多的。关于以何种模式起草这一法典，伍、沈之间发生了激烈的争论，伍还遭到了修订法律馆下属董康的反对，沈甚至为此还专门咨询过北洋大臣袁世凯。袁的高级幕僚张一麀曾简单地记叙了此事：“修订法律馆大臣为伍廷芳、沈家本，伍拟刑事诉讼法草案用陪审制，沈不谓然，乃问诸北洋。先有刑幕娄椒生具复奏稿，项城嫌其过旧，以属余。余乃请偕金君邦平同具稿，金为述意，余属文，主用检察制，案乃定。董君

康自京之日本，过余，力言陪审制不宜于吾国。”〔1〕是伍为修此法遭遇的阻力之大可以想见。但最后该草案依旧按照伍的意愿修成了，还是规定了“陪审制”和“律师制”，草案奏上后，朝廷不敢贸然通过颁行，而是交内外臣工妥议复奏。而伍得到的反馈，却是一片哗然，内外都是驳斥和反对之声。此中争议和缘由详见本书下章，但这对于伍的自信心和自尊心却是第一次重大打击。因为此前伍沈合奏的奏折、建议基本上都被通过了，而当伍第一次全按照自己的意愿起草的第一部新法草案，却遭到如此对待，不可避免使伍觉得修律之难，超出自己的想象，自己的英美法知识，在中国现实国情面前，竟有“英雄无用武之地”之憾。

而这一事件对于其在修律馆中的地位当也有影响，当其因西方法学知识而带来的专家权受到挑战和物议时，无疑会削弱其权力。

再就个性而言，据苏亦工先生引张云樵的说法，光绪二十八年，伍氏“由美返国后，历任商约会办大臣、商部、外务部侍郎。若仅从职位名义说，其中任何一个都较公使更为显要；至于实际权力，恐未必如公使之能自作主张，尤其重要的伍氏不惯衙门陋习，与时流不合，因此任职不到半年，便请假三月回籍修墓……同年七月二十九日《香港华字日报》以《伍秩庸决意不出山》为题……虽两宫多次电召，伍秩庸决意不再北上。同年十月十七日《华字日报》北京专电：‘伍廷芳奏请开缺，奉旨允准’。〔2〕苏先生据此认为，伍氏的离职，有公务上不得志的因素在内。〔3〕这自然是原因之一，但更为根本的原因，是任职的调动，光绪二十九年七月二

〔1〕 张一麐：《古红梅阁笔记》“刑事诉讼法之确定”，上海书店出版社1998年版，第44页。

〔2〕 参见苏亦工：《伍廷芳与清末政治改革》，台北联经出版公司1987年版，第241～242页。转引自苏亦工：“重评清末法律改革与沈家本之关系”，<http://www.cass.net.cn/file/2005102750688.html>。

〔3〕 苏亦工：“重评清末法律改革与沈家本之关系”，<http://www.cass.net.cn/file/2005102750688.html>。

十六日伍调补外务部右侍郎，此后两年时间内，一直在此任上，直到光绪三十一年十月二十一日内阁奉上谕：伍廷芳着署刑部右侍郎。十月二十四日到任，至翌年三十二年正月十七日上谕正式调补伍任刑部左侍郎，^{〔1〕}是署理变成实授，于是便面临与沈的权力地位高低问题。此时沈为刑部左侍郎，地位高于伍。是以我们明白，此后，即使修律中的奏折是按伍的意思陈奏，但由于职权所定，两人合奏的奏折都将以沈衔名在前。

按照上节的分析，领导权力的正式来源首先是职权，现在职权上沈大于伍，所以同样是修订法律大臣，沈已占上风；而非正式来源上伍的英美法背景和因刑事民事诉讼法所遭受的挫折和威信降低，当会使伍产生“微斯人，吾谁与归”之“吾道已孤”英雄落寞的感慨。加之其不惯衙门的脾性以及宦海沉浮的耐挫力不够，均使伍的魅力权又小于沈，如此综合比较，伍在修律馆中的权力当大不如前。事实上，虽伍沈年龄仅差两岁，其思想却几分属两个世界，伍更有自由民主之理想，而沈一禀忠君爱民之大道，是以数年以后，清廷遭遇鼎革，沈从此闭门不仕，而伍却以垂老之龄开始了人生中最辉煌的一段政治生涯，则原先伍、沈在法律馆中的一些龃龉，自不难理解。

不管怎么样，伍虽然在修订法律馆的领导权力之争中最后败下阵来，但对法律馆及其修律事业却起了关键的作用。他象一条鲑鱼，钻进沙丁鱼罐子，带来空气和活力之后，悄然而退，从此法律馆及其修律事业开始了近代转型。

二、保守势力

修订法律馆修律人员来源大致分为两类：一类是原来刑部官

〔1〕 伍廷芳：“呈外务部文”所附“履历单”（光绪三十四年八月二十二日），载《伍廷芳集》，第296页。

员，尤其以秋审处和律例馆司员为主，另一类为修订法律馆开设后屡次从其他部门调入以及延聘的留学归国人员。这两类人员大致的特点是前者均为法律实务部门从业人员，谙练大清律例，熟悉司法实际情况，为务实派；而后一类人员则往往并没有法律实务经验，但熟悉新政其他各项业务，其理论水平也较高，尤其是外国法律知识与素养，还要优于前者。但两者却不能简单的以新旧来区别，前者并不都是旧派，而后者也有思想保守陈旧的。因为人员的知识构成、思想倾向不是一成不变的，比如董康，原为前一类人，后来经过出国考察并且努力学习，却成为新法学的中坚力量；而如陈毅，原为湖北候补知州，光绪三十一随同五大臣出洋考察宪政，归国后任学部参事、邮传部签事等职，曾著有《轨政纪要》等书。光绪三十三年十月二十日修订法律馆重开之前被调任到法律馆以资使用，属于通晓法政人员的新政人才，但其思想却比较保守，乃至清朝已经倾覆若干年后，陈仍对清逊帝溥仪忠心耿耿，三十年代溥仪出任伪满洲国傀儡皇帝，年号“康德”，陈在其著作中所用的纪年方法还是采用“康德×年”字样。^{〔1〕}是不能因人员的出身而定新旧。而修订法律馆中的新旧，更不能以进步、保守来作两分。现实的情况是往往保守中有激进，激进中亦不乏保守，所以我们此处所述修订法律馆中的“保守”与“激进”，只是相对而言的，不管是保守与激进，都和“进步”无涉，其评价的标准在于如何对待以《大清律例》为代表的传统法律文化上。

处在新政的背景中，“新”体现了时代崇尚的价值主流，法律馆自伍廷芳带来新律修订新思维之后，直到清逊位，“趋新”思维终究超越了“改旧”思维。尤其是光绪三十三年法律馆重开，随着一批新法人才的涌入，期望突破旧有的“缝补式”修律做法，

〔1〕 参见陈毅：《郇庐遗文》一书中的相关纪年方式。

抛弃《大清律例》的体例形式，而直接仿照西方制定全新的刑法、民法、诉讼法法典，一跃迈入分类明确的现代部门法体系，成为修订法律馆修律之大势所趋。

但是在这样的趋势下，依然有部分馆员不同意一味趋新的做法，而坚持要保留“大清律例”根本的体例形式和内容精粹，于是自然与修订法律馆其余人员发生矛盾，我们将这部分馆员称之为“保守势力”，其中最为典型者为吉同钧。

吉同钧（1854～1934年），字石生，陕西韩城人，光绪十六年（1890年）中进士后，分发刑部供职十余年，官至刑部主事，精通刑律。著有《现行刑律解释》、《秋审条款讲义》等书，清帝逊位后，其隐而不出，专事著述，后集成八卷，名为《乐素堂文集》。其在法律馆中，任编案处总纂，是《大清现行刑律》的主要修订者。因其旧律造诣精深，被京师法律学堂、京师法政学堂等校聘为讲习，主讲大清律，后人称他为“清末法学大师，与沈家本齐名”。〔1〕

吉同钧在刑部当差，得薛允升之教诲，平日钻研律例，颇有造诣，其在一篇文章中曾自谦道“惟供职刑曹二十年，受业于长安薛大司寇之门，律学稍有会悟”。〔2〕而观其做人风骨，则属于独善其身，刚正不阿，不善逢迎之人。他自叙道：

“会念供职刑曹十年，除因公画稿外，从未私往堂官宅门投刺请安，其谢得差、拜年节，不过堂上一揖而已。在我安守本分，在人群笑迂拘，知我者又或以简傲相规，谓非仕路所宜。

〔1〕 参见杜春和、耿来金整理：“吉同钧东行日记”，载《近代史资料》（总87号），中国社会科学出版社1996年版，第69页。

〔2〕 吉同钧：“京师法律学堂开学演词”（光绪三十二年），载《乐素堂文集》卷五“法律门”。

然性情所偏，不可转移，虽因此开罪上台，亦所不辞。”〔1〕

事实正如其所描述，吉实不适合官场，所以民国时他做自叙诗曾经自我解嘲：“未升半级之阶，徒积一身之病，则虽道府记名，丞参密保，衔邀二品之荣，诰命锡三朝之宝，无如一麾，终属虚悬，三载空劳，上考冯唐以郎署终身，贾谊则长沙卒老，仕路蹭蹬，名场潦倒，飘秋叶于风霜，笑冬烘之头脑”。〔2〕即记载其完成修律事业后，好不容易有一个得保二品荣誉的机会，却也因王朝鼎革而终成泡影。吉仕途的不顺还因为吉常愤世嫉俗，〔3〕而仕途不

〔1〕“吉同钧东行日记”（光绪二十六年三月初九日），载前揭《近代史资料》（总87号），第78页。

〔2〕吉同钧：“乐素堂主人自叙赋”，载《乐素堂文集》卷六“法律门”。

〔3〕吉同钧痛恨于晚清的吏治腐败，甚至到对自己上司堂官也颇有微词，比如光绪二十六年，他还在随大学士裕德去奉天查办内蒙古哲里木盟图什业图亲王被旗下逼死案件的行程中，一日阅《京报》所载刑部整饬吏治的报道，上有刑部堂官飭令司员，每日进署在秋审处画到，半月汇齐呈堂，借以观察司员的勤惰。对此，吉认为纯为形式主义，继而批判刑部堂官敷衍塞责。内有：“夫考察司员必须勤加面试，并令各作说帖，畅论公事呈览，则其律例之通否，才情之优绌，文笔之高下，心术之仁刻，既因面谈而悉其大概，再阅所作不难洞见底蕴。若仅以日日画到定为勤劳，则庸才皆可幸进，而真才反致淹没，日久奉为故事，反多一案牍之纠纷而已，盖面试之法，刚子良（刚毅）大司寇行之于前；说帖之考，赵展如大司寇行之于后，当时政简刑清，人才蒸蒸日上，实由于此。二公晚节虽差，然主持刑曹，清勤率属，其功究不可没。继起各堂无二公之吏事娴熟，精力又不足副之，无怪敷衍塞责，徒以画到为考察也。刑部如是，别部可知，京官如此，外官可知，此所以明诏整顿吏治，而吏治愈趋愈坏，皆由倡率之大臣昏庸偷安，不以君国为念耳。”参见“吉同钧东行日记”，光绪二十六年三月十一日，载《近代史资料》（总87号），第78页。本来这种签到制度也无可厚非，但在吉看来，则演化到昏庸偷安的地步。即吉律已已甚，而待人也严。古云“人至察则无徒”，照此看来，吉属于“举世皆醉我独醒”般“至察”之人，是故吉在馆中似甚孤立。反过来，吉这种略带孤僻的个性也能促使其面对修律馆大众的压力，而独秉持保守观念，倍感落寞之余，其心底当有以品节自砥，不流于俗的自豪感。

顺又导致其常常愤世嫉俗，这样恶性循环，使得吉不仅仕途蹭蹬，在法律馆中也益行孤立。这也解释了为什么吉旧律修养高于同辈，但在法律馆中并未因知识而增大权力。

吉虽不合于群，但并不昧于世界大势，他同样有变革法律的主张。作为薛允升的学生，其对薛的著作和思想必较熟悉，薛的“改重为轻”的修律思想，也对吉产生了重大影响。吉认为《大清律例》继承了古代优秀文化传统，但也融入了一些残痼的因素，所改者，当去残痼。吉为此论道：

“吾中国刑律萌芽于李悝、萧何，经两汉六朝因革损益，至唐而集大成，条文精密，刑罚平恕，为律书中极纯粹之本，即日本从前刑法，亦奉此书为模范，元明以来渐趋严厉，加入一切酷法如凌迟、梟示之类，前清沿明旧律，又加条例，历期迭次增添，至同治初年，多至二千余条，文繁刑重，识者病之。先师薛云阶有意删修而卒未逮，其时适值日本变法改律，一仿德法二国轻简之法，二大变旧章，比之中律，文简而刑又轻，故外人之游吾国者，规中国之刑法严厉而群相诟病，不受约束。”〔1〕

所以律例必须变革，一则古来已有改革之例，且本朝律例着实残苛；二是时势所迫，不得不然。

于是在修订法律馆开馆之际，吉就屡上说帖陈述变革方法与修订内容。四月一日开馆，五月份吉就陈上“上修律大臣酌除重法说帖”，八月上“请减轻刑法说帖”，次年又上“谨减轻窃盗死罪说帖”，这些说帖对修订法律大臣拟订修律宗旨、确定修律内容作

〔1〕 吉同钧：“论新刑律之颠末流弊并始终维持旧律之意”，载《乐素堂文集》卷六“法律门”。

用很大，本书前此已述，这说明吉对于修订法律，热情很高。当然他期望自己所学受修订法律大臣重视，借此也可提高其在修订法律馆中的地位。所以，就“改订法律”，吉和其他馆员一样，惟独将法律修改到什么程度，则吉与其他馆员出现了巨大的分歧。

早在在光绪二十八年修订法律大臣任命尚未下达之前，吉就对当时的新政变法有自己的观点：

“今谈时务者，均以力行新法为亟亟求治之本。夫法至今日，弊坏已极，诚当变矣。然变法则可，而谓必行西法则不尽然，非谓西法不善也。西法之善者皆探本中国圣人创制之遗意而出之。如西法之最善者，莫如兵制，议院，现所急急学步者亦首在此，然西人兵制，即周礼寓兵于农，唐初府兵之遗制；西人之上下议院，即《洪范》谋及卿士庶民，《王制》爵人刑人与众议之，《孟子》国人皆曰贤不可之遗制也。即其艺学、算法，亦皆本之易数，不过推衍板精耳。现以旧法多弊，拟加变通，取先圣所留贻可以救今日之积弊者，举而措之，化而裁之，斯可矣。董子所谓：‘琴瑟不调，改弦更张’是也，何必斤斤步人后尘哉！总之，徒法不能自行，其人存则政举。圣人复起，不易斯言。如谓西法善于中法，行之可以强国，彼波兰非行西法之国乎，何以骤亡于俄也？西班牙、葡萄牙亦行西法最初之国，何以奄奄不振也？如谓中法不足以强国，而汉唐最盛之时，西域匈奴各国均隶版图，元初扩地极广，今日俄国皆其臣虏；国初征高丽、缅甸、台湾，一时威振四夷。尔时何尝有西法乎！可见得人则法自我立，失人则法无不弊。今之讲行西法者，皆少年喜事更张，不知为治之本。虽曰才智过人，使其得志，不过一王半仙耳。余非守旧之人，然深惧若辈之乱天

下也，故为之说以待当道之采择焉。”〔1〕

由此观之，吉还保留着传统政治文化中“托古改制”、“为政在人”的观念，隐含着民族自尊心和自豪感。吉认为西方最善的东西本中国圣人之遗义，只是我们国人反倒忘了圣人之教。现在我们首先要做的应该将圣人之教恢复过来，在此基础上，采西方良法美意，方为法律改革之道。

这一思想伴随着吉同钧修律过程的始终。吉的优点在于他并不排斥新事物，观其所上所贴及相关文章中所用的论证方式，往往具引各国法律条文，并引用西方学术名家言论，来加以佐证其观点。比如在“上修律大臣酌除重法说帖”中，他比较的英、美、德、俄、法、日诸国的刑制，得出外轻中重，易招人物议，故必得废除中国律例内重刑。〔2〕这样的论证方法后来被伍沈采纳。而在“现行刑律讲义自序”中，吉则引英国哲人斯宾塞的言论，作为支持其法律具民族性观点的论据，文中谓：“西儒斯宾塞尔有言：一国之法律，必须与本国之历史及国体有同一之性质，否则实行之际，流弊不可胜防云云”。〔3〕可见，吉同样想让自己融入新政潮流中去，并且采用当时流行的话语来支持自己的论断，运用到修律的活动中去。

吉在修律之初，可能是法律馆中最为冷静之人。当其他馆员都在为即将开始的大规模法律改革兴奋不已、跃跃欲试时，吉则表现出极大的理性。他在最初所上的“酌除重法说帖”一文中，就有

〔1〕“吉同钧东行日记”（光绪二十六年三月十三日），载《近代史资料》（总87号），第79~80页。

〔2〕吉同钧：“上修律大臣酌除重法说帖”，载《审判要略》（宣统庚戌仲冬）后附说帖。

〔3〕吉同钧：《现行刑律讲义》之“自序·法部律学馆”。

“中外大相悬殊，若必尽师彼法，不特风俗民情势难强合，抑且水懦民玩，易启乱萌”之论断。同时对于有浓郁中国特色的法律制度的变革，吉主张慎重对待。在该说贴的第五条建议“关涉服制名分及职官宜另分门类也”条目中，吉又写道：

“中外风俗不能强同，考各国通例，如干犯祖父母、父母者，较凡人仅加一二等，若期亲以下尊属长与凡人一律同科，并无加重之文，危害皇族者，始较凡人加重拟死，其余无论大小官长均同凡伦，虽殴死亦不拟抵，夫妻平权，并无名分，其夫殴死妻，妻殴死夫均一律治罪，并无轻重之分，此等法律，在外详习为风气，若以施之中国，必然举国哗然，且于世道人心大有关系，中律于服制等项析及毫芒，不稍含混，虽其中无繁琐之处，然大纲严正，究不可稍为迁就，拟请将制服分为一门，如亲属相殴，相奸，相盗及一切干犯概行汇入此门，其殴置官长及职官有犯奸盗斗殴等项之类，亦如服制另分一门，国粹所在，万古不废，故他律可以变通，此二项则宜谨守不移，以为纲常名教之助。”〔1〕

是吉的法律观念，与19世纪德国历史法学派大家萨维尼的观

〔1〕 吉同钧：“上修律大臣酌除重法说贴”，载《审判要略》（宣统庚戌仲冬）后附说贴。

念有暗合之处，均认为一民族法律为该民族特有精神之体现。^{〔1〕}

但是此后发生的修律情形超出了吉的想象，当吉发觉伍廷芳来后着力修订新法，且还是先修《刑事民事诉讼法》这样的程序法典，而不是全面整修《大清律例》时，吉内心开始萌发不满。其后当修订法律馆请日人冈田起草《大清刑律》后（光绪三十三年新刑律草案），吉内心的不满就开始表面化，继而与馆中同人发生激烈的争论，吉自述：

“……于是又有新刑律之编，延用东人起草，举中国数千年之礼教规则名分化除殆尽，其表面之文法名词条类尽用外式，草案甫成，交修律大臣讨论，当时馆员十余人列座公议，鄙人首以不适实用面相争论，并上书驳斥，无如口众我寡，势力不敌，随即印刷散布。”^{〔2〕}

是可见吉的保守论调遭到了法律馆多数之驳斥，吉终究未能阻止新律的诞生。对于这一段往事，吉在清廷覆灭后，还耿耿于怀：

〔1〕 历史法派的核心观念，如许章润教授所评论的：“因为，所谓的法律，不外是特定地域人群的生存智慧与生活方式的规则形式，如其（萨维尼）所言：‘法律并无什么可得自我圆融自洽的存在，相反，其本质乃为人类生活本身。’而这个大写的人类生活，首先而且永远总是表现特定民族的生活。正是民族的历史所凝聚、沉积的这个民族的全体居民的内在信念与外在的行为方式，决定了其法律规则的意义与形式。经由漫长的历史之轮的砥砺，法律与民族情感和民族意识逐渐调适，契合不悖，融和无间，从而赋予法律以自在自为的功用与价值，而法的功用与价值，也在于表现和褒扬民族情感与民族意识。法律因而成为民族历史凝成的生活方式的规则形式。”见（德）弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼著，许章润译：《论立法与法学的当代使命》，中国法制出版社2001年版，“中文版序言”。吉同钧虽从未如此言明，但观其所有的言行，似乎都在强调这个观念。

〔2〕 吉同钧：“论新刑律之颠末流弊并始终维持旧律之意”，载《乐素堂文集》卷六“法律门”。

“……当光绪三十年后朝廷锐意变法，开馆修订法律，钦派大臣专主其事，鄙人奉派总纂之职，首倡保存旧律，而大臣及政府不以为然，一意主张改用外律，牢不可破，不得已调和，修改大清律为现行律，删繁就简，避重就轻，略换面目，仍存精粹，以为抵制之法。而新学派从中作梗，聘日人冈田翻译日本现行法，命名曰新刑律草案，而二三误国庸臣被其蒙惑，信为救时金钺，遽行人奏……”。〔1〕从中我们可以看出以吉为代表的保守势力与大多数馆员争论的焦点是在要不要“保存旧律”上。

也就是说，争论集中于将法律修改到何种程度上，吉的底线是保存旧律。如用杜牡之“丸之走盘”做比喻：“丸之走盘，横斜圆直，计于临时，不可尽知。其必可知者，是知丸之不能出于盘也。”〔2〕是吉认为修律内容再怎么更改，始终是在《大清律例》这个框架下进行。换言之，即法律内容是“丸”，而《大清律例》的体例和结构则为“盘”，当吉得知馆中其他激进人士竟然要“撤盘重建”时，他担心的事终于到来，盘子一旦撤掉，则不仅原先吉认为应该改革旧律之“坏丸”将不复存在，即使是毋庸修改百世不易的“良丸”也将化为乌有。于是吉开始为争取保存旧律而进行“一个人的战争”。那么为什么要保存旧律，吉的原因有三：

第一，即法律并不是一纸条文，最后还是要落实到具体运用上的，而一国的法律，只有适应一国的习惯，方能切于实用。不仅中律如此，世界各国法律莫不尽然。吉比较了中西各律，认为大清律为适应中国习惯的法，万不可废。此观点理论立足点还在于法律的民族性上，他为此论道：

“又尝综观外国法典，英律有成文法不成文法共一百二十

〔1〕 吉同钧：“答友人问新刑律之得失”，载《乐素堂文集》卷六“法律门”。

〔2〕（唐）杜牡：《樊川文集》卷一〇，《注孙子序》。

余篇，其刑有死刑徒刑囚狱苦役隘牢笞刑罚金数种，而死刑则止于绞；美律五千五百余条，其刑分死刑囚狱……而论者谓现在变法自强，当改用东西各国法律，反鄙薄大清律例，以为不适于用，不知外国法律行之外国则尽善，行之中国难尽通，夫以中国政教统一之邦，而直奉川陕各省犹有专条，蒙古有蒙古之例，回民有回民之例，苗蛮有苗蛮之例，彼此犹难强同，况中外风俗不同，宗教各异，而欲屈我之法就彼之范，岂非削足适履乎？且外国刑法，亦各不同矣。无论流徒禁役，各因所宜，即死罪一项，现在法学家均主张废除不用，然如瑞士荷兰地狭人少，教养普及，可不用死，德法则幅员较广，虽欲骤废死刑，而势有所不能，若英俄则更地大物博，不但死刑难废，即身体之刑亦不能废遽除，现于英有笞刑，俄有身体的决之刑，莫明徵也。夫笞杖为五刑之至轻，英俄尚不能全去，中国废之，近来已有窒碍，况其他重于此者乎？再外国均有习惯之法，虽政教日趋新异，而本国习惯之法，终不能废。大清律，即中国习惯之法也。废之是犹乘马驾车而去衔勒，如之何其可乎！”〔1〕

为此他批判那种鄙薄大清律，而欲尽引西法而废中法的行为是“削足适履”。

第二，大清律例中许多是中国独有的法律创造，并且与世界新法精神暗合。比如秋审之制，乃慎恤人命起见，又是在各省法律人才不足时予以弥补司法实践误判之良方，藉以求司法之公正。吉同钧对法律改革废止秋审，颇不以为然，议论道：

〔1〕 吉同钧：《现行刑律讲义》之“自序·法部律学馆”。

“……自刑部改为法部，一切法律舍旧趋新，删繁就简，举从前详细章程，概从芟荆，凡外省死罪其情轻者，改为随案酌缓，秋审止列清单，不入招册，去年奏请删除钦派复核及朝房会审各节，朝审亦改为秋审，本年又奏请删除先期复奏内阁具题，而黄册概归简易，其服册并情实声叙各案均不列入，又止列勘语，而各省外尾并法部后尾亦概从删削，此时会所趋不得不然，然历朝良法美意从此荡然无存矣……”〔1〕

是吉同钧认为类似这些制度都属于良法美意，现在改革竟然使这些东西荡然无存，可悲可叹！

第三，是吉同钧力倡保存旧律的最根本原因，也是其体认最深刻之处，即《大清律例》并不仅是一个王朝一个时代的东西，而是我中华民族历朝历代法律经验的总结，是祖宗先哲法律智慧的结晶，乃至为中华传统法律文化的精华。“盖大清之律非自大清创之，乃中国数千年之国粹，斟酌乎天理、民情、国体、土俗，又经数十朝因革损益，始有此尽善尽美之良法。”〔2〕“夫大清律者，非自大清起也，损益乎汉唐宋明之成法，荟萃乎六经四子之精义，根据于天理民彝，深合乎土俗民情，所谓循之则治，离之则乱者也。”〔3〕抛弃《大清律例》，等同于弃数千年国粹如敝屣，这在一个珍视传统的法律人士看来，是难以想象的。是以吉的保存旧律，还有一层保存国粹、为往圣继绝学的深意在內。

可惜吉的这一层深意在喧嚣的新政浪潮中如一豆萤火，修订法律馆难以减缓飞驰的新政之轮，终于众议决定照日本改订刑法模式起草新刑律，并由冈田亲自起草。此后有一段插曲，即新刑律在光

〔1〕 吉同钧：“秋审条款讲义序”，载《乐素堂文集》卷五“法律门”。

〔2〕 吉同钧：“答友人问新刑律之得失”，载《乐素堂文集》卷五“法律门”。

〔3〕 吉同钧：“律学馆第五集课艺序”，载《乐素堂文集》卷五“法律门”。

绪草案在光绪三十三年甫成上奏朝廷后，朝廷认为兹事体大，不便遽行通过，遂发下交内外臣工签注议奏。签注议奏要一段过程，在这段时间内，修订法律大臣沈家本等于光绪三十四年正月二十九日奏拟编定现行刑律一折，以立推行新律基础。^{〔1〕}沈在奏折中提出现行刑律是在《大清律例》的框架下，删除总目、厘定刑名、节取新章、简化例文而成，这恰与吉同钧修律的思路一致。于是接下来的一年多内，吉同钧以饱满的热情投入到编定现行刑律中去，至宣统元年八月二十九日，草成。吉对自己的这段修律经验颇为自负：“……既司总纂之官，兼荷编修之命，集历代之旧章，参外详之新令，辞削冗繁，义求归并，合英法德而贯通，分民刑上而互证，裒成一代良规。藉作千秋法镜……”^{〔2〕}并且吉自信此《现行刑律》当为一代良规。然而好景不长，原本吉以为是“千秋法镜”的现行刑律，施行未久，即为新刑律取代。新刑律尽管遭受了种种非议，磕磕绊绊，但终于在宣统二年十二月二十五日提前颁布施行了，于是吉的保存旧律的希望再一次粉碎在了残酷的新政潮流之前。

但是吉对旧律情有独钟至死不变，为了明己保守之志，他索性自号“顽固山人铁石吉同钧”，^{〔3〕}以示自己心如铁石，爱我所爱，无怨无悔，譬若程婴卫其赵氏孤儿。至清室逊位，民国肇兴，此后政治动荡，民生不安，吉追怀往事，更是将此种种归咎于法律馆弃旧从新，使先王之制沉沦。因此著文痛切谴责：

〔1〕《清德宗实录》卷五八六，第752页。

〔2〕吉同钧：“乐素堂主人自叙赋”，载《乐素堂文集》卷六“法律门”。

〔3〕吉的《乐素堂文集》中，每每见“韩城顽固山人铁石吉同钧”字样，虽此文集编定在民国时期，但我们也可以窥其保守态度。

“查现行律删去律文数十条，例文数百条，从前之缘坐、凌迟、枭示、戮尸、枷号、刺字、鞭责、铁杆、石墩、笞杖诸法尽行删除，又改死罪为流徒者数十项，以致法轻易犯，匪徒鸱张，良民被害，虽不能以革弊，然利弊参半，先王之遗制犹存有焉，若新刑律则三纲沦九法堕，其弊不可言矣，总之，康熙以后乾隆以前为刑法由重减轻时代，嘉庆以后光绪以前为刑法由轻加重时代。至光绪三十年以后刑法由重减轻而入于黑暗时代，易曰：‘穷则变，变则通，通则久’若变而入黑暗，安望其能久乎！此尧舜以来数千年未有之奇变，较诸商鞅、王安石之误国殃民又有甚焉，此贾太傅为第一可痛哭者也。”^{〔1〕}

是观吉同钧的改革思想和对旧律眷恋的态度，可知以他为代表的保守势力在修订法律馆中的角色和对修律事业的作用。毫无疑问，在修订法律馆中，他几乎属于一个“异类”，作为编案处总纂，他的知识和经验足以使他胜任此职，他在修订法律馆的权力斗争中最终是一个失败者。对比伍廷芳，两人共同的特征是法学才华横溢，个性孤高自傲，两人在不同层次的权力斗争中的失败，不全是知识和个性的原因，依然是新政的形势使然。

对于伍而言，其思想是完全趋新的，以后修律总的指导思想基本遵循了伍所设定的脉络。惟伍没有大陆司法经验，其取法英美的修律框架又难以适应时代所需，新政尚未达到可以如此改革的地步，何况在大部馆员思想甫接触近代新法学，还没有来得及消化吸收之际，伍氏的一系列疾风劲雨的起草新律的活动仅仅是倚仗其修订法律大臣的正式权力才得以展开，实际上无法得到大部馆员的真切认同，尤其是在其第一部新法律草案受到种种攻击之后更是如

〔1〕 吉同钧：《刑制论》卷六“法律门述古类”。

此。所以在得到馆员的支持上，必定败于既有丰富国内司法经验，又有开明思想且熟悉官场规则、个性沉稳的沈家本。对于吉而言，其思想也有趋新的成份，惟自伍廷芳带来新法学思潮冲击之后，加上宪政运动的飞速发展，新政对修律的要求已不仅仅囿于大清律例模式中，而随着原刑部出身的馆员由旧入新知识转型的完成和大量有留学背景的新法人才的加入，馆中的话语权已被新法人才控制。再加上政治体制改革的激烈（丙午官制改革就是一次比较激烈的政治体制改革），影响到修订法律领域，更是产生“放大效应”，使得馆员都认为加大修订法律的节奏和力度，乃是最高层政治权力主体所期望看到的结果，更是时代的主流，他们的新知识也能很快接受这种高节奏的修律气氛。受集体意识效应的驱动，不可避免的趋于激进。在这种状况下，吉尽管了解司法实践中实际需要什么样的法律，也知道新律未必适应于时。但新政形势发展得要比吉想象的快，是他以保守的态度，希望将群体往回拉到大清律例的模式中，自然是徒劳无功的，注定吉只能成为大多数馆员的对立面，成为一个维护旧律的“孤臣”。

一言以蔽之，伍之败在于超前于时势，而吉之败在于落后于时势。伍在当时形势尚无激进之需时过于激进，而吉在时势已然激进时流于保守，以故失败。但失败并不意味着错误，百年回眸，焉能说吉之保守没有对中华法律文化发展之路的长远考虑？焉能认为其所揭橥的弊端在今时未有显现？放宽历史的视界，其败只不过是其在修订法律馆内权力斗争中的一时之败，而在长时段的历史进程中，伍、吉的某些思想，都有着对法律发展之路的深谋远虑。

三、激进的法政新青年

修订法律馆在光绪三十三年重开之后，随着旧馆员知识的转型，新馆员陆续的调进，修订法律馆人员结构发生了巨大变化，即新法学人才占据了主导地位，激进的法政新青年成为馆中的主流群

体。此说并不意味着除了吉同钧这样的保守势力外，就是激进的法政新青年，之间也存在中间势力。但中间势力多为修律边缘成员，比如校对、刊刻、庶务、会计等人员，这些人尽管也有参与修律的，但对起草新律、改订旧律形成不了倾向性意见或建议。比如参与修订《大清现行刑律》的法部候补主事顾迪光可谓典型，他曾作诗自序在法律馆往事：

“……海天无际路漫漫，破浪乘风与欲栏，壮岁飘零悲作客，终朝闲散累为官……（余到京时，乃癸卯岁，五月至七月以主事分刑部，每日循例到部而已。）帝城日日驱车过，改订刑书目欲迷（先是，归安沈子惇法侍，山阴俞癸轩仓侍奉修订法律之命，俞公丁未秋北上与沈子惇开馆，经始比奏调人员，余名蒙列入，寻居忧，戊申二月始到馆，秋间请假葬亲，至是葬事毕入都回馆销假，余在馆自知不谙法律，专任校对，当定为一读一阅，余读时最多，岂但目迷，且舌枯唇焦神疲矣。时余降服已起复回部，己酉奉本部堂派充统计处额外调查员，旋派署举叙司调查员，惟每日校对各表，字小行密，犹废目力）。”〔1〕

可见顾自认为不谙法律，专任校对，是对应修何律，如何修律等核心议题是没有主张的。这类中间势力自然毋庸辨别其新旧派别。但是对于以上核心议题有所主张的人员，恰恰是修律主导人员，这样因为保守或者激进，还是形成了两个互有分歧的团体。修订法律馆中的激进法政新青年，以董康和汪荣宝最为典型，分别代表了两种类型的法政新青年。

〔1〕 顾迪光：“五十感怀兼以自寿且纪往事”（庚申），载《漱尘室集》卷四。

董康（1867～1947年）原名寿金，字授经（又作绶金、绶经），号诵芬主人，江苏武进人。光绪十五年（1889年）中举人，光绪二十四年又中进士，授刑部主事，戊戌变法后任刑部提牢厅主事，总办秋审兼陕西司主稿。至光绪三十三年，修订法律馆离部独立开办后，董被授以提调一职，之后一直到清亡，皆膺是职。

民国后历任大理院长、司法总长、财政总长，晚年任上海法科大学、东吴大学、北京大学教授等职。为我国近代著名法学家。董在光绪三十年修律馆甫开时，年37岁，最初“以校对，滥厕其间”。〔1〕光绪三十一年，在修订法律大臣伍廷芳、沈家本保奏下，董得以东赴日本调查法制刑政。翌年底，董归国，越明年，便被授以提调。在清末修律活动中，用董自己的话来说就是“前清开馆迄今，鄙人无役不从”，〔2〕是董在修订法律馆中占据极其重要的角色。而从董的履历中，亦可以看出董在修订法律馆中的权力斗争中是胜利者。按董在刑部任职，无论在资历、旧律知识水平，还是实际办案经验上，都要略逊吉同钧一畴，但董却因适应新政气候，短期到日本考察“镀金”，加之董自身刻苦钻研新旧法学，于是在学力背景上拥有了修律话语权，故深受修订法律大臣赏识，成为修订法律馆的管理人员。

董康的经历颇具有代表性，代表了修订法律馆一批新法学人才的成长经历。这类人的共同之处在于他们原先都是刑部司员，已有一定司法工作经验，对旧律也有一定的造诣。随着新政的开展，他们通过出国留学、考察或者在国内新兴的法学教育机构中接受近代法律教育，在新旧转型中普遍吸收新知，并在修律思路上倾向于模范列强起草中国新法。这样，既有实务经验、旧学功底，又有新知识，且思想趋新，使得这些人无论是在起草新律还是改订旧律的

〔1〕 参见董康：“中国修订法律之经过”，载《董康法学文集》，第461页。

〔2〕 参见董康：“前清法制概要”，载《董康法学文集》，第233页。

活动中都成为修订法律馆的骨干力量，典型人物除董康外，尚有王式通、〔1〕朱汝珍、〔2〕王守恂〔3〕等。这类馆员的行为旨趣大致为：

第一，刻苦学习新法知识，对欧陆法律模式顶礼膜拜。这类人因为是从刑部旧官员转化而成的新政人才，他们深知社会转型对于新知识的需求，凭借着敏锐的嗅觉，切实感受到要想加强自己在法律馆中的地位，必须对西方法学知识有一定的了解。而自己又没有留学背景，所以只有更为刻苦地抓紧一切机会接受新知。又其时他们都不过三十余岁，正是年富力强之时，完成转型尚不致十分困难，因此他们表现出的学习热情较之后来调进馆内的留学归国人员有过之而无不及。比如王守恂在光绪三十三年曾写有一首《读律》之

〔1〕王式通（1863～1961年），字志龢，号书衡，祖籍浙江绍兴。光绪十七年中式京师顺天乡试举人，候补内閣中书。光绪二十四年成进士，用主事，签分刑部，主稿云南司。平日多参稽律例，每有所得，遇有冤情，随事指摘，所平决无不厌服。光绪二十九年，补刑部山东司主事，充修订法律馆纂修。光绪三十二年，王式通被擢升刑部安徽司员外郎兼提调法律学堂，学部初立，即奏荐式通赴日本考察学务，调查法典，为订正法律之根本。式通在日逾半年，周諮博访，手书札记数十万言，光绪三十三年，就补大理院推事，以御史记名总办法律馆，兼充礼部礼学馆顾问官。光绪三十四年，擢推充任学部谘议官，宣统三年，署刑部总检察厅丞、大理院少卿。王著作有《志龢文稿》等。关于其生平，参见国史馆现藏《民国人物传记史料汇编》，第二十一辑。

〔2〕朱汝珍（1870～1943年），广东清远人。光绪十八年入广雅学院，光绪二十三年拔贡，以朝考一等钦点七品小京官，签分刑部江苏司行走，光绪三十年，甲辰恩科会试，以一甲第二名赐进士及第，授翰林院编修，三十二年被派选日本法政大学读法律，回国后先后任刑部主事，京师法律学堂教习，先后参与制定民法，商法，著有《中外刑法比较》等书。

〔3〕王守恂（1864～1937年），字仁安，天津人。光绪二十六年冬回京充刑部山西司主稿，光绪三十年充法律馆纂修，得研习东西洋各种法律书，编刑律奸非罪草案，编大清律名例与日本刑律总纲对照表并附说明书，光绪三十一年，受法律大臣指派，出洋考察刑律（未果），嗣调巡警部，奏留开办部务，光绪三十二年，奏补巡警部员外郎，升郎中，后改民政部郎中。著有《王仁安集》，关于王的履历，参见《王仁安集》相关内容。

诗：“万绪千条皆待理，区区法网亦何为？棋坪但坐旁观者，正是寒宵读律时。”〔1〕此中“万绪千条”，正是指修律活动中诸事纷繁，而“区区法网”一句大约是指原先囿于旧律知识，而今面对大量的新律知识，仿佛从前只是坐井观天。因此，即使天寒地冻，也必须学习，寒宵读律，此律必为西方法律。此诗似可反映出此一类人刻苦学习新法之况。在这种学习之后，他们逐渐对取法欧陆的日本修律模式有一强烈认同感，董康曾记述：“愚承归安沈寄簪知遇，令提调其事，尔时实为沈浸欧制最力之一人”，〔2〕即为此时这类馆员真实心理写照。在中国制定刑律的过程中，董亦提出：“《大清律例》自同治九年后，久经失修，审判必须兼及通行章程之已刊行及未刊行者，翻检为难。康主倡师日本新律纲领及改定律例，渐次颁行之先例，修正旧律以资过渡。”〔3〕因此，董康的修律思路，直接取法日本，这和当时整个新政都在“以日为师”是合拍的，因此董作为提调，也得到了广泛的支持。

第二，强烈反对礼教传统，主张推倒重建。这类馆员都从事过旧的司法实务，对于旧司法弊端有真切体会，再加上猛地置身于世界潮流中，吸收最新法学之后，再回眸国中司法和法典体制，更“觉今是而昨非”，于是对旧律有着更为激烈的批判。而中国传统法律最核心的特点就是“礼法结合”，因此他们对旧律批评的焦点就集中在这一特点之上，希望新修的法可以摆脱礼教束缚，成为纯粹的法律。董康就说过：“自欧风东渐，关于刑法之编纂，谓法律论与礼教论不宜混合。鄙人在前清从事修订，亦坚执此旨。”〔4〕又

〔1〕 王守恂：《王仁安集》之《仁安诗稿》卷七。

〔2〕 董康：“前清法律制度”，载《董康法学文集》，第360页。

〔3〕 董康：“新旧刑律比较论”，载《董康法学文集》，第483页。

〔4〕 董康：“刑法宜注重礼教之刍议”，载《董康法学文集》，第626页。

说他在当时“亦为排斥礼教最烈之一人。”〔1〕所以这一类人的趋新思想，并不因他们之前供职刑部、没有留学背景而不彻底，相反，比之后来进入馆内的留学归国人员，丝毫不亚于彼。董康在一篇回忆录中曾说明自己为什么主张推倒重建：

“惟从前以科举取士，用非所学，迨膺民社，丛脞环来，审判之权，操自胥吏幕僚，上级机关负复核之责，不过就文字，稽钩其瑕隙，内容无从研索也。余痛斯积弊，抱除旧布新主义，所拟草案，如《法院编制法》、《民律》、《商律》、《强制执行法》、《刑律》、《民刑诉讼律》，俱采各国最最新之制。凡奏折公牒及签注辩论，其中关于改革诸点，阳为徵引载籍，其实隐寓破坏宗旨。”〔2〕

是董之行为同样寓含深意，即此类人作为法律饱学之士，有感于旧律、旧法学门槛不高（事实上并非如此），胥吏幕僚以一地下身份，竟能对法律事务上下其手，殊堪痛恨。律例中虽屡有禁令，无如难禁这些人员之作祟，故只有对法律制度来一彻底换血，方能绝其复萌，同时也能提高自己作为正规法律人员的知识地位。何况，对于企盼建功立业的这些人才来说，推倒重建一新律，远比修补旧律可垂诸史册。故而，他们的修律的思想因为以上种种原因而趋于激进，很快和后来留学归国人员的修律思想相契合，成为法律馆修律活动的骨干人员。

再看汪荣宝。汪荣宝（1878～1933年），字袞父（袞甫），号太玄，江苏吴县人。光绪二十八年留学于日本早稻田大学法律科，回国后先后任职于民政部、宪政编查馆，光绪三十四年修订法律馆

〔1〕 董康：“前清法律制度”，载《董康法学文集》，第360页。

〔2〕 董康：“民国十三年司法之回顾”，载《董康法学文集》，第713～714页。

奏调咨议官时曾奏调入馆，代章宗祥充任修订法律馆第二科总纂，从事《现行刑律》、《新刑律》等法律的修订工作，为修订法律馆后期的重要人物，民国后长期任驻日公使，著有《法言义疏》、《清史讲义》等。汪所代表的是另一类法政新青年，这类人在行政开始之初均在外国留学，光绪三十二年丙午改制后，各衙门因为要开展新政而到处罗致人才，故向这些尚在国外的留学生加以青眼，欲网罗进该衙门彀中。这些人适逢其会，陆续归国，入各部院工作。他们在回国前一般都没有参与过司法实务，对旧律的造诣不如以董康为代表的原刑部司员出身的修订法律人员。但是其在纯粹的近代新法理论方面，则受过相对系统的教育，年龄上较之上一类的法政新青年更为年青，多为三十左右，故在修订法律馆中，这一群体可谓不折不扣的“少壮派”，除汪荣宝以外，尚有曹汝霖、〔1〕章宗祥、〔2〕陆宗舆、〔3〕江庸〔4〕等。其行为旨趣大致为：

第一，因无旧法律知识框架之束缚，故坚决主张模范列强起草

〔1〕曹汝霖（1877～1966年），字润田，上海人。早年留学日本东京法学院。光绪三十一年回国派商部行走，后历任外务部主事、员外郎、右侍郎等职，光绪三十三年奏调入法律馆任纂修。

〔2〕章宗祥（1879～1962年），字仲和，吴兴（今湖州）荻港人。早年中过秀才，清光绪二十五年（1899年）留学日本，获明治大学法学士学位。二十九年回国，在北京京师大学堂任教，清廷赐进士出身。曾任法律馆纂修官、工商部候补主事、民政部财例局提调、宪政编查馆编制局副局长等职。宣统元年（1909年）任北京内城巡警厅丞，曾参与审理谋刺摄政王载沣未遂案。二年任法律编纂局编修、内閣法制院副使。

〔3〕陆宗舆（1876～1941年），字润生（闰生），浙江海宁人。光绪二十四年留学日本，入日本法政大学速成科。光绪二十八年回国后任奉天洋务局总办兼管东三省盐务；交通银行协理、印铸局局长等职。光绪三十四年奏调到馆任咨议官。

〔4〕江庸（1878～1960年），福建长汀人。早年留学日本，清光绪三十二年（1906年）毕业于早稻田大学法制经济科，归国后授法政科举人。曾任清政府大理院推事、北洋政府京师高等审判厅厅长、司法总长及政法大学校长、朝阳大学校长等职。光绪三十三年奏调入修订法律馆任纂修。

新律。这类人员因都为留学归国人员，中国的国情以及司法实践如何，他们并不熟悉，他们归国伊始，就无一例外地期望以自己在外国所学知识来起草中国的新法，而取法的对象主要为日本，因法律馆中的这些人员大多数为留日人员。就思想情感上，对日本有较强的亲切感，比如1904年日俄战争爆发之时，曹汝霖尚在日本，见日本军士忠勇，全国团结，“慷慨仗义”，便“引起亲日感”，〔1〕这样其归国后主张参照日本制定法律，自属当然。而章宗祥在留学期间则更是编定了一本《日本游学指南》，热情赞成到日本留学“以言学校，则政农工商武备技艺等，无一不备，故欲游学外国，为吾国求未开之学问，其便益当无出于日本之右者矣”。〔2〕是章到法律馆任第二科总纂，主张照日改革法律也是自然而然。再观汪荣宝的日记，则其平日所观之法律书，多为日本法学作品。所以这类人主张模范日本起草新律，并没有经历过比较中西的过程，董康他们是“觉今是而昨非”，在汪等一类馆员看来则认为修律之路本来就应该是这样的，修律活动中的因要照顾旧律习惯引发的任何迁延，都足以使他们愤怒。再加上他们所学的知识结构，更是奉模范列强起草新律为不二法门，他们与第一类法政新青年思想演化过程虽殊，但其最后的主张则是一致的，在馆内外关于修律内容与方向的斗争中，他们都流于激进。

第二，因自认为适应时代潮流，故富有维护新律反对守旧的斗争精神。这类人普遍出生于十九世纪七十年代末，到修订法律馆大规模修律活动开展时，均属年青气盛，并且因为有留学经验，对外国宪政体制有着感性认识，他们必认为自己谙于新政体制。而他们归国后，在各部院堂官以及一般人士的眼中，他们均属新政人才。这种认识反过来又当强化他们“时代之子”的自我认同感。因此

〔1〕 参见《曹汝霖一生之回忆》，第27页。

〔2〕 转引自任达《新政革命与日本》，第64页。

他们的行事作风中，常常带有模仿西方政治行为的色彩，最显著的表现就是维护新刑律的斗争中。宣统二年资政院开会，在议决新刑律的过程中，出现了新旧两派，新派以沈家本为首，主张全面通过新刑律，而旧派则以劳乃宣为首，主张对关于服制礼教方面的条文要予以重订。两派在资政院子中展开激烈争斗，汪荣宝后来回忆道：“宣统初，资政院成，政局以刑律草案付议，院中老师宿儒哄然排触，顾不能言其大者，独就一二织细节目作色忿争，语多怪迂不中肯肇，余方年少气锐，升坛慷慨问铎骏发，听众称善”〔1〕正是这场斗争的一个写照。关于此事，笔者拟在下一章“修订法律过程中的冲突与妥协”中再予详述，本处仅举此过程中一个片断以觐这类法政新青年的斗争精神。宣统二年十二月初八日午后二时资政院开大会，议决新刑律关于“无夫奸”条，新派主张取消，而旧派主张保留，最后投票表决，新党全体失败。此时陆宗舆起立发言，认为这恰恰是国民思想陈旧，现代民主法制程度不足所致，汪荣宝立即附和，招致众怒，于是一哄而散。但是新派人士并不气馁，第二天以罢会作为抗议。第三天，汪荣宝、陆宗舆等新派人士聚会，提出解决方案“（一）变更议事日表，破坏刑律分则之再读；（二）将刑律总则付三读”〔2〕。我们看这类馆员的做法，颇具现代宪政体制下政党政治之做法。同时在基于共同的利益和知识背景，他们同声相应，与上一类以董康为代表的法政青年合流，成为修订法律馆中颇有势力的非正式组织。

所谓非正式组织，也称为组织中的小团体，是组织成员在共同工作的过程中，由于抱有共同的社会感情而形成的非正式团体。非正式团体对组织的影响是巨大的，尤其是当非正式组织的目标和组织整体目标一致时，则组织内就会出现极强的向心力，便于组织目

〔1〕 汪荣宝：《赵欣伯中华民国刑律论序》（丁卯），载《金薤琳琅斋文存》。

〔2〕 参见《汪荣宝日记》，宣统二年十二月初八、初九、初十日。

标的实现。反之，则组织离心力加强。若其中一非正式组织占据重要地位时，该非正式组织就会通过其力量影响正式组织的决策和发展方向。在正式组织原先目标定位并不十分明确时，非正式组织之力甚至可以主导个中某具体目标的达成。此种力量来源于非正式组织的特点：其一为很强的凝聚力，组织成员之间不仅仅是工作关系，还有着共同的情感，这一情感将他们牢牢凝聚在一起；其二为很强的心理协调性，导致在工作时，组织成员间容易协调通常会因各种因素产生的矛盾；其三为信息沟通的灵活性，非正式组织之间的信息传递要较正式组织来得快捷和有效。^{〔1〕}因此，“组织的效能，抑或组织卓有成效地引导其成员的行为服务于组织目标的能力，在很大程度上，而且可能完全全取决于根植在行动者系统之中的规则的非正式机制，行动者体统要远远大于一个具体的组织。”^{〔2〕}如此回顾前述修订法律大臣沈家本努力学习新法知识，兼容并包的行为，固然属于其加强领导地位之举，也是在这种有势力的非正式团体前的无奈之举。

而相似的政法留学背景为这类修订法律馆成员形成非正式团体奠定了最重要的条件，统计光绪三十三年和三十四年两次奏调入馆

〔1〕 举一例以证之，在法律馆中，非正式团体存在最为显著者为曹汝霖、章宗祥、陆宗輿、汪荣宝四人，汪的日记中频频出现与其余三人交往、宴饮、商讨的记述。而时人亦视此四人为一亲日集团：“留学生归国，大多偃蹇潦倒，独章宗祥、陆宗輿、汪荣宝及曹（汝霖）四人，大走红运。时上海林黛玉、陆兰芬、张书玉、金小宝四妓，亦鼎盛一时，名为四金刚，宦途中人遂以曹、章、汪、陆喻之为林、陆、张、金。”参见粤东闲鹤编著：“曹汝霖”，载《五四爱国运动资料》第4辑，科学出版社1959年版。

〔2〕 [法]埃哈尔·费埃德伯格著，张月等译：《权力与规则——组织行动的动力》，上海人民出版社2005年版，第150页。

核心人员的教育背景，有国外留学背景的有：^{〔1〕}

姓名	法政教育背景
严锦荣	美国哥伦比亚大学政法科
陈篆	法国巴黎法律大学
章宗元	美国加利福尼亚大学财政科
李方	英国康伯立舒大学法律科
金绍成	英国铿司大学法律科
马德润	德国柏林大学法律科
章宗祥	日本帝国大学法律科
曹汝霖	日本东京法学院
陆宗舆	日本法政速成科
吴振麟	日本帝国大学法科
范熙壬	日本帝国大学法科
江庸	日本早稻田大学法制经济科
许同莘	日本法政大学
汪有龄	日本法政大学

〔1〕 因修订法律馆管理模式属于松散型管理，人员流动性较大，且有委员、译员无定制的状况，所以系统查明修订法律馆所有成员（只要与法律馆关涉）的情况，在现有的资料下，几属不可能之事。仅举一例，笔者在第一历史档案馆修订法律馆全宗发现三部修订法律馆所译关于民事诉讼法方面的文本残稿，分别为白振民译《民事诉讼法论》（第六编）；施尔常译：《民事诉讼法》；杨志洵译：《民事诉讼法》（第二编）；此三人为修订法律馆译员，但关于法律馆的其他文献材料未见记载，即可证明，我们所了解的法律馆成员仅仅为馆内核心成员，至于此表中所列，也非法律馆所有具有留学背景的成员。此表根据前掲程燎原：《清末法政人的世界》中相关材料绘制而成。

张孝移	日本法政大学
高种	日本中央大学法律科
熊垓	日本东京法学院
程明超	日本京都大学法政科
朱献文	日本帝国大学法科
汪荣宝	日本早稻田大学法政科
朱汝珍	日本法政大学

从上表来看，我们可知修律核心人员大都有留学背景，这一点使得这一群体在修律主导方向上是趋于“维新”的，只有模范列强起草新律，他们才能真正学以致用，才能抢占在馆内的话语权，增加其角色的重要性。否则，以其资历和经验，是无法和馆内刑名老手吉同钧、罗维垣等人相抗衡的。基于此，这一群体联络一气，不断对修订法律大臣施加压力，促使修律路径朝着他们所希望的方向发展。

而在修订新律模范对象上，留日人员数量远过于留学英美人员。至于留学法德人员，因同为大陆法系模式，故而在“取法乎日”上，与留日人员没有本质矛盾。此外，其余重要成员比如董康、王守恂、麦秩严、王式通等原刑部官员，都曾出国作短期访问和考查，而其所去之国，都是日本。而他们在资历和经验上在法律馆已有一定地位，他们以“谙练国情”的本土派人士赞成新派模仿日本进行修律的主张，使得这一主张更具有说服力和可行性，乃至到最后，索性由日本专家起草新律，终究因不适合国情引起国内反对之声尘嚣其上、指摘纷纷，该小团体仍然延续此激进的修律模式，不得不说是这一逻辑推演的必然结果。

第四节 修订法律馆中的外籍专家

在伍廷芳到馆之后，伍、沈所拟的修律办法中有一条即为：“延聘东西各国精通法律之博士、律师，以备顾问”。〔1〕是为馆中所聘的外籍专家进行了角色定位：“顾问”。而修订法律大臣沈家本在光绪三十四年十月初十日所上的一封奏折中则称“另订旧在京师至日本法学博士冈田朝太郎、小河滋次郎，法学博士松冈义正分任刑法、民法、刑民诉讼法调查事件，以备参考”，〔2〕是将外籍专家定为“调查员”。但是无论是“顾问”还是“调查员”其身份都是“客卿”的角色，不在修订法律馆正式编制中。但是这些外籍专家在修订法律馆发挥的作用却是举足轻重的，许多划时代的法律草案都出自于他们之手。“调查员”怎么成为了“法律起草员”呢。为此当时在京师政学堂，聆听过这些专家讲座的吴朋寿一语道破天机：“惟以日本人冈田朝太郎、志田钾太郎、小河滋次郎等惟修订法律的调查员，显得滑稽，如谓调查各国的法律，而各国法律不难乎置一编，何须调查，但此是表面文章，而实质是请日本人为各种法律的起草，如冈田朝太郎起草刑法，志田钾太郎起草商法，小河滋次郎起草监狱法，皆是以日本人起草中国法律，想当时修订法律大臣亦知此事，碍于颜面，更关乎主权，故名为调查员，借图掩饰”。〔3〕

〔1〕“奏请变通现行律例内重法数端折”，载《光绪朝东华录》（五），第5324页。

〔2〕“修订法律大臣沈家本等奏议复朱福铨奏慎重私法编别选聘起草客员折”，载《政治官报》光绪三十四年十月十五日，第三七三三号。

〔3〕吴朋寿：“京师法律学堂与京师法政学堂”，载中国人民政治协商会议编：《文史资料选辑》，中国文史出版社2000年版。

当然，如第三章所述，修订法律大臣之所以如此定位外籍人员，尚有权力集中的因素。但是最关键的，还在于“新政”这一特定背景促使修订法律馆如此作为。行为者的普遍逻辑就是：主动个体与环境之间不断地相互作用，个体根据一定的规则对环境的刺激作出反应。笔者并不完全认同费正清先生主张的“西方冲击—中国反应”的中国近代化模式，但有一点则毋庸置疑，即清末新政是在内外交困中展开，西方对中国的历次冲击毫无疑问使中国感受到了巨大压力，在“自己的路”没有开拓之前，西方的冲击无疑是中国新政进行的“催化剂”，随之而来的西方的知识和经验则是新政行为合理性的来源。这样，各项新政中，如能以此作为论据，必会大大增加行为的说服力，这就是新政大环境的整体行动逻辑。法律改革是新政的一环，修订法律馆是新政机构的一支，自然难以摆脱整个大环境的影响，时人对此看得很明白，“其实各种新法皆取法日本，中国留学生皆优为之，只因清廷从排外转为媚外，认为外国人所作均是好的”。〔1〕是以这些外籍专家在修订法律馆中虽居客卿地位，却拥有话语权。又因前章中所述缘由，服务于修订法律馆的四位外籍专家均为日本法律专家。

其一为冈田朝太郎，1906年9月到华，来华前为法学博士，东京帝国大学教授，日本刑法学权威。之所以会聘请冈田，是因为此前其《刑法各论》、《刑法总论》已译介至国内，产生很大影响，是以法律馆不惜以八百五十银元聘任到馆。此后的十年间，冈田除了在修订法律馆以及袁世凯政府法律编查会任顾问外，还担任京师法律学堂、京师法政学堂等处教习，主讲“刑法”、“法院编制法”、“刑事诉讼法”等课程，著有《法学通论》、《日本刑法改正案评论》、《死刑宜止一种论》等讲义和专著，对我国清末修律和

〔1〕 吴朋寿：“京师法律学堂与京师法政学堂”，载中国人民政治协商会议编：《文史资料选辑》，中国文史出版社2000年版。

法律教育出力甚多。

其二为松冈义正，1906年底来华，来华前为东京帝国大学法学士，东京上诉法院推事。和冈田一样，来华前其《破产法》（明治三十二年讲义）也被译介至国内，松冈到任后，主要主持民法的修订，并在京师法律学堂主讲民法课程。^{〔1〕}

这两位专家的聘定，乃是因其早已名声在外，故为修订法律大臣奏请聘用而来。除此之外，修订法律馆还派馆员赴日考察刑法及司法各方面的情况，在这些馆员回复的报告中，修订法律大臣对日本其他领域的一流专家得以了解，又上奏朝廷重金聘进。小河滋次郎和志田钾太郎的到来正缘于此。光绪三十一年九月十七日，伍廷芳、沈家本奏进派员赴日考察一折，内称：“我国与日本相距甚近，同洲同文，取资尤易为力。亟应遴派专员前往调查，借得与彼都人士接洽研求。至诉讼裁判之法，必亲赴其法衙狱舍，细心参考，方能穷其底蕴。将来新律告成，办理乃有把握。然非得学有识通达中外之员，不能胜任。兹查有刑部候补郎中董康、刑部候补主事王守恂、麦秩严通敏质实，平日娴习中律，兼及外国政法之书，均能有所心得，拟请派令该员等前赴日本，调查法制刑政，并分赴各裁判所，研究鞠审事宜，按月报告，以备采择。凡该国修订之沿革，颁布之次第，以及民事、刑事之所以分判，并他项规则之关于刑政为译书内所未赅载者，俱可得其要领。此外，监狱制日本向分为六，其中建筑精审，劝惩得宜，久为泰西所称颂，非循历周访，绘画贴说，不能一目了然。尤应详细稽考，借助他山，事半功倍”。^{〔2〕}是此次调查，有明确的目的性，范围较广，其中有二处值

〔1〕 关于冈田等日本法学家生平，参见任达：《新政革命与日本》，第172～174、181～173页；王健：《中国近代的法律教育》，中国政法大学出版社2001年版，第195～196页。

〔2〕 《光绪朝东华录》（五），第5412页。

得注意：一是“与彼都人士接洽研求”，是董康等在日本必定与许多法学界、法律实务界知名人士多有过从。从而得以了解众多法学权威。二是“监狱制”，因为奏折中专门提及监狱问题，故董康等对监狱法律方面更为留心。而据岛田正郎研究：“一行抵日时，日方迎待者有司法省参事官齐藤十一郎、监狱局事务官小河滋次郎等，其中以小河滋次郎最为恳切，以所学倾腹相告，细诉监狱改良之方策。以后，小河赴北京任狱务顾问，即以此次迎待为因缘。”〔1〕董康后上报法律大臣，1908年5月13日，小河应清廷之聘，抵达北京，任狱务顾问，同时自次月起，任附设于法律学堂之监狱学专科之讲习。小河不负众望，起草监狱律，设计模仿监狱，在他的努力之下，京师模范监狱终于于宣统年间建成。〔2〕

至于志田钾太郎，则到馆最迟，在1908年底。是应私法编定在即的时势而来，光绪三十三年十一月，翰林院侍读学士朱福铤奏上“慎重私法编别选聘起草客员”一折，要求朝廷聘请日本著名民商法学家梅谦次郎为大清私法的起草员。对此朝廷下旨交修订法律馆议复，光绪三十四年十月初四日，修订法律馆回复朝廷：“臣等一再斟酌，以聘用外人至有关系，不得不加意慎重，遂于今年三月馆事初定后，派令臣馆提调大理院推事董康，前赴日本详细访查，该员在日本将及半载，深悉梅谦次郎为该国政府随时顾问必不可少之人，断非能轻易聘用。访有日本法学博士志田钾太郎为商法专家，名誉甚著，稟经臣等公同商酌，聘充臣馆调查员，电请出使

〔1〕〔日〕岛田正郎著，左秀灵译：“清末之狱制改革及大清监狱则例之编纂”，载（台湾）中华学术院编：《法学论集》（“中华学术与现代文化丛书”第九卷），1983年版，第156页。

〔2〕京师模范监狱现已不复存在，原址在现在北京宣武区自新路经济日报社一带，从现在残留的地名“自新路”、“半步桥”，当可想见当年此一带的状况。

日本国大臣胡惟德签订合同，约其来京”。〔1〕是可知志田钾太郎作为梅谦次郎的替代人选而来华。志田到馆后，很快筹备草拟全面的、完全现代的商法，以取代之前伍廷芳等草拟的《钦定大清商律》，最后志田完成的商法草案称之为《志田案》。此外，志田也在京师法律学堂、京师法政学堂任讲习，主讲商法学。

这些日本法律专家到馆后，也面临着争取权力的问题。不过他们知道，自己所具备的渊博的法律知识和精湛的立法技术正是其增加权力的资本，他们通过三项行为很快奠定了其在修订法律馆中的地位。

第一，起草新法。清末法律近代化过程中几部至关重要的法律及草案出自他们之手，其中虽有许多内容与社会不相协调，但他们提供一个立法框架则功不可没。冈田的《大清刑律》的主体部分，虽屡经变革，仍然保留在民国时代的刑法中，松冈的《大清民律草案》前三编虽然未及颁布清祚已亡，但在南京国民政府建立之前，始终是民法的基础。而志田庞大的《商律草案》，则被认为是一切后来编纂者不可缺少的参考资料。至于小河，不仅编定了《大清监狱律》，更主持了国家级的监狱改革。〔2〕关于这些法律成就，在下文的第六章中再加以介绍。在此要说明是，这些法律专家来馆后，几乎无一例外地坚持自己的修律思路，废除原来已经有的法律成果，尽管也有官员对此指摘不断（详见下章），而冈田等人卒能得以贯彻自己的意志，不得不说是新政的行动逻辑支持了他们，更足以说明其在修订法律馆的地位。

第二，传授现代法律知识及学习方法。他们都在修订法律馆附设的京师法律学堂任教习，冈田来华后从基础教起，主讲《法学

〔1〕“修订法律大臣沈家本等奏议复朱福铤奏慎重私法编别选聘起草客员折”，载《政治官报》光绪三十四年十月十五日，第三七三号。

〔2〕参见任达：《新政革命与日本》，第172～174、181～173页。

通论》，光绪三十三年将讲义汇集成册，在此讲义的序中，他传授了法学学习方法，兹录该序文如下：

“予主讲京师法律学堂，时为诸生讲述法学通论，始事于明治三十九年，阅岁甫毕，或以丛集成书为请，因增删一节付诸梓人印刷将竣，乃序而行之。予惟法学通论为之用，盖有二焉，为有志法学者计之，则入门之钥也，登高之梯也。为其余学者计之，则普通学之一也，参考学之一也，予为是书亦冀于斯二义，兼顾弗失，然惧其欲两得之而反两失之也，未敢侈言求全，有航允尔惟立法之为学精矣、博矣，思于一帙之中赅举大纲，甚或遗漏，则其文字之不得不简略者，亦因其所学者初读是书，庸或以不明废然却步，虽然是毋足虑其始所不了了者，姑付阙如，读至过半，将有仿佛窥见其大意者，及乎终篇，则必怡然自得，以为既入法学之门径，再读一过，且自以为解法学之大体矣，读三四次而疑问丛生，乃思取专门之籍学者之说，而参考钻研之，是谓善读书者，而于著述是书之本旨为不负矣。此书本为中国学生讲述，故间引中国法制以为譬喻，以无病大旨存而不削焉。明治四十年八月二十日冈田朝太郎自叙。”〔1〕

是可知冈田在传授知识时，注意联系中国实际，还善运用法学方法，如此，则无形中亦能加强自己的权威。

第三，对馆员加以业务指导。除了修律、教学之外，这些专家与修订法律馆馆员还常常切磋学问，对馆员业务加以指导。以汪荣宝日记中所载其与冈田交往的记载为例：

〔1〕 冈田朝太郎：《法学通论》卷九，修订法律馆光绪三十四年刊印。

“早起，到修订法律馆与冈田博士商榷法律（诉讼律）名词，酌定数十语，属博士列表，用誉写板印刷，分给同馆诸人。”〔1〕

“接续校改刑律案修正条文……访冈田博士，谈刑律事良久。”〔2〕

“旋往法律馆饭，冈田博士对于刑律案总则又有修正之处，余亦将所疑之点详加质询，据以修改字句。”〔3〕

“午刻到院，二时许开会再读刑律，自十七条至一百八十五条，无甚异议，一百八十六条籍忠寅议改营造物为建筑物，多数可决，高议员又倡议增入多众乘坐汽车船舰一款，第一百八十八条邵议员羲又嫌所有物范围太广，庚时讨论再三议决再付审查至二百〇四条，无异论，时已近十时，宣告展会，余往冈田博士家商榷顷间议决问题，至十二时顷而回。”〔4〕

“五时许访冈田博士质以关于司法权解释之异同，亦颇不了了之。冈田刑法专门，于其他公法未尝十分研究也。子健新自日本回，亦来访博士，共谈半小时。”〔5〕

由上述记载可以看出，在修订法律馆中，这些日本专家还充当“智囊”角色，甚至充当这些修订法律馆馆员老师的角色，传道、授业、解惑。在修订法律馆这样的带有浓厚学术性的半科研型机构中，这样的角色无疑可以提升其地位。同时，这些专家无疑也会与上述两类政法新青年心灵相契，成为后者小团体势力的外围力量，

〔1〕《汪荣宝日记》，宣统二年五月二十二日。

〔2〕《汪荣宝日记》，宣统二年十一月十六日。

〔3〕《汪荣宝日记》，宣统二年十一月二十三日。

〔4〕《汪荣宝日记》，宣统二年十二月初七日。

〔5〕《汪荣宝日记》，宣统三年七月初六日。

经过这样的整合，清末所修之律离传统越来越远，修订法律大臣虽对传统凋零心有不甘却也无力阻止“日式”法律近代化之滚滚潮流。

小 结

我们考察修订法律馆人员，主要是从各类人员在修订法律馆组织中的角色定位这一角度来进行，以此阐明各种角色对修订法律馆修律活动所起的作用。作为组织的先驱者，薛允升以及赵舒翘的修律思想直接影响了后来的改订旧律活动。因为他们的离去，所以使得刑部当家堂官出现空缺，于是客观上需要一名精通刑名，具有相当的官场资历和司法经验来填补这个空缺。这一情况使得沈家本适逢其时，以外官回任鸿胪寺卿继而为刑部左侍郎，是以成为后来修订法律馆领导的不二人选。

作为组织领导者，最重要的是伍廷芳和沈家本。但伍廷芳的作用更类似于修订法律馆转换职能的启蒙者。合各种条件言之，沈家本以一刑部旧官员最终超越了伍廷芳的地位，成为一个集体制内官僚与法学家于一体的领导人。沈审时度势，擢拔人才，兼容并包，其本人又不囿于旧日观念，而努力学习新法学知识，最终使自己成为会通中西的法学大家。加之其对组织的责任感、人际亲和力，并拥有正式职权，多种特征基于一人，使得沈在新政背景下，在政治权力的放大下，成为修订法律馆最终的教父。

至于修订法律馆早期领导之一的伍廷芳，凭借其卓越的法律才能和实务经验，一跃而成新政中的政治明星，他对于修订法律馆最重要的贡献是带来一种全新的修律理念和方法，设计出一个修律的蓝图，尽管在局部证明行不通，但是从长时段来看，伍的影响一直与修订法律馆相始终。但伍的思想在新政预备立宪阶段前却又属于过分超前，使社会难以接受这种激烈的修律变动，加之伍氏个性特

征在国内体制中动多窒碍，致使伍放弃了其修订法律馆领导者的身份，而漂洋过海。

作为修订法律馆的核心力量，则源自政法精英的加盟，其中不可避免地出现保守和激进派别之分，实际上是两种修律思路的斗争。作为保守主义分子，以吉同钧为代表，期望在保证大清律例的框架不变的情况下改变个中的某些方面，以此完成修律事业，其模式为改订旧律；而以董康和汪荣宝为代表的激进分子则主张撤换大清律例传统框架，而别以西方部门法体系为模式，分门别类起草新律。随着清末新政进入新的阶段和预备立宪的开展，后一种模式成为修律主流，但在修律过程中又流于激进。因为激进派别占据了法律馆组织群体的多数，而且外围还有日本专家的支持，故而形成极有实力的小团体势力，在此种情况下，修订法律大臣也不得不顺应小团体，而主要开展起草新律的活动，借以加强组织的向心力。但同时，保守分子的忧思也有其深刻的一面，即法律不仅仅是一种工具，还是长期积淀下的民族精神的反映，颠覆旧律会导致倾覆宗庙之虞。但是保守分子的呼声在高节奏的新政改革中被有意无意的忽略，群体总体呈现激进的情形。只有遭遇到组织外的强烈抵抗，修订法律馆组织才不得不进行妥协，于是又有以新修律思潮改订旧律的做法，在这一活动中，法律馆保守与激进派别“致中和”。因此，不同的修律目标和不同的修律思路，导致了法律馆内的斗争与妥协。

最后是作为顾问者的日本法律专家，其不具备正式的体制内权力，但因顺应革新法律的潮流，以及拥有修订新律所必须的知识和技术，慢慢突破原先所设定的顾问者角色，而成为修律的一支核心力量，也因此而导致组织招致外来的攻击与指摘。

所以修订法律馆组织群体内，虽个性各异，但是一切又根源于“新政”的需求。“时势造英雄”同样适用于修订法律馆中，纵观这一组织群体在清末体制中的升降荣辱，无不带上鲜明的时代印记。

第五章 冲突与妥协： 修订法律馆与外界的互动

第一节 部院权力之争及法律事务往来

一、部院之争与修订法律馆

从本书第二章中我们可知，修订法律馆自光绪三十年四月一日开馆时，并没有另设衙门，而是将原刑部律例馆改称修订法律馆，办公地点不变。修订法律大臣之后尽管制定了修律办法，但并没有制定修订法律馆章程。是可知即使是在修订法律大臣那里，“修订法律馆”作为一个组织机构，并没有得到重视。更何况其他各部院衙门，则更是以为修订法律馆就是从前的刑部律例馆，只不过名称上有变化而已。更何况传统中国政治运行是以领导人为中心的，既然领导人之一为现任刑部左侍郎，而修订法律馆馆员又多为刑部官员，所以修订法律大臣领导修订法律馆馆员和刑部长官领导刑部属员两者并没有明显的界限之分，一切似无窒碍，再去追究法律馆和刑部的关系为何，没有必要。所以在修订法律馆组织还在刑部之时，一般人的观念里只知道有大臣而不知有馆，即使是在光绪三十三年十月修订法律馆离部独立以后，仍有官员以为法律馆是法部

(三十二年由刑部改)下面的一个机构,^[1] 这可以看成是习惯性思维使然。

但是到光绪三十二年丙午官制改革时,随着伍廷芳的离去、刑部侍郎沈家本调任大理院正卿时,“事权不一”的矛盾开始凸现。原来沈既是刑部堂官又是修订法律大臣,属于事(修订法律大臣)权(刑部侍郎)统一,而现在沈虽然还是修订法律大臣,但没有刑部的领导权,怎么可能去领导修订法律馆中的刑部官员?但是沈又要完成自己作为修订法律大臣的使命,于是沈只能利用大理院卿的身份来重新组织修律,将修订法律馆从刑部分化出来。这样在人、财、物、权等方面势必和改制后的法部发生冲突,于是引发了一场热闹的部(法部)院(大理院)之争。

当然,部院之争并不是为了修订法律馆的归属而起,这样一个组织还不足以引起一场大纠纷。大不了沈在大理院中再开办一个修订法律组织,命名为“法律编查馆”或其他名称,原来的修订法律馆作废或者更回原名法部律例馆。关键是修订法律这个权力以及与之相关的其他权力对于提升部院在新政中的地位具有举足轻重的作用,因而才成为追逐的目标,而这一追逐也将修订法律馆卷入到一连串的纷争中。

其实,官制改革后的部院之争并不仅限于法部和大理院两家,各部院都欲在官制改革、政治体制转型的过程中,把握机会,争取到更多的资源,于是无论是旧改的还是新设的,都纷纷投入到争夺权力的斗争中。时人描述部院争权时写道:

[1] 如礼部在宣统二年十二月的“礼部奏尊拟礼学馆与法律馆会同集议章程”一折(并单)中,直接将臣部礼学馆与法部法律馆作并列。而观清末所有关于礼学馆的材料,未见礼学馆以一主体身份对外活动,是礼学馆似仍隶于礼部,而礼部官员也想当然认为法律馆当属于法部,可见此观念到宣统间依然存在。见《政治官报》宣统三年正月十四日,第一一七八号。

“旧制，京员签分入部者，其途有四，曰进士、曰拔贡、曰荫生、曰捐纳。非由此四途，虽枢府大僚欲位置一人，不能也。部务皆有成例，尚、侍欲以己意相高下，曹、郎得引例争之；曹、郎欲出入轻重于其间，胥吏援例以请，亦不能强辞辩也。其处理未协者，虽奏闻请旨，疆臣辄拒不受。自总署改外部，商部、警部、学部接踵而兴，用人行政本无轨辙之可循，移文提取动辄数十百万，指名奏调动辄数十百人。奔走小吏夤缘辐辏于公卿之门，投其意向所趋，高者擢丞参，次者补郎员，人不能责其徇私；朝三而暮四，此是而彼非，语言相轧，权力相倾，苟且相唯诺，人不能责其乱法。聚无数小人于一堂，其面目可憎，其齿牙距角可畏，于是造谋生事，外扰乱郡县，内攘夺六部之权。废科举、立学堂，则礼部之权归学部矣。尽裁天下绿营，练巡警兵，设四品厅丞理京师刑名，权位视古廷尉，则兵部、刑部之权为警部所侵矣。关卡厘税居司农岁入大半，商部曰‘此商务，当关白我’，是与户部争权也。庚子之变，外吏以保护教堂不力，被劾去位者凡数十员，事后稍稍开复，外部曰：‘此外人交涉，当照会使馆，由我定准驳’，是与吏部争权也。大理院兴，法部遂成闲曹，两衙门分争权限，咨会往来，辄相水火。天下一统而鞏轂之间先成乖离破碎之象，识者已知其不祥。后警部改为民政部，直无所不统，自署置官僚如吏部，自创办铺捐、车捐如户部，自练警兵如兵部，自开学堂如学部，把持讼狱如刑部，大治街道辟马路如工部，其实皆地方有司职守，古未闻以尚书亲民事者。”〔1〕

是可知部院争权，乃是体制转型时期部门行动的一般逻辑，如

〔1〕 胡思敬：《国闻备乘》卷二“新衙门争权”。

是法部与大理院的纷争，不足为奇。因本书所讨论的对象是修订法律馆，其主要职责为修订法律，修订法律又势必牵涉到各部院行为，故修订法律馆与各部院间或多或少都有法律事务往来，关于这点，我们在本节第二部分再加论述。而作为一个法典编纂和法律起草机构，修订法律馆又和司法审判衙门法部大理院关系最为密切，所以此处我们此处叙述的部院之争，特指法部与大理院之争。关于部院之争，学界已有不少研究成果，^[1]但是侧重点或是叙其本末经过对司法独立产生的作用，^[2]或是叙争论双方沈家本、戴鸿慈在这场纷争中的地位和作用。^[3]而本书研究部院之争，旨在于理清这场纷争对法律馆的意义。

先简述部院之争经过。光绪三十二年九月二十日，上谕：“刑部着改为法部，专任司法；大理寺着改为大理院，专掌审判”^[4]这是在采纳奕劻等主持官制改革大臣们的议奏的基础上形成的，唯独对后者的议奏有所省略，原奏谓“司法之权，则属于法部，以大理院任审判，而法部监督之……刑部为司法之行政衙门，徒名曰刑，义有未尽，拟正名为法部。”^[5]这一省略，造成司法中行政权

[1] 参见前揭张晋藩：《中国近代社会与法制文明》，中国政法大学出版社2004年版，第367~373页；张德美：《探索与抉择——晚清法律移植研究》，清华大学出版社2003年版，第278~283页；陈刚主编：《中国民事诉讼百年进程》（清末时期第一卷），中国法制出版社2004年版，第375~381页；此外，张从容博士还就此问题展开过专门研究，见其“部院之争：晚清司法改革的一个侧面”，中国政法大学2003届博士论文。此外还有其余涉及此问题的著作，兹不赘述。

[2] 叙述部院之争，往往意在揭示其对于近代司法独立产生的作用，是近代争取司法独立过程中的一个重要片断。上注所引之书多是从中立意。

[3] 这类叙述主要内容针对作为主体的人，以及在新政中的知识转型。代表作有前揭李贵连：《沈家本传》，法律出版社2000年版，第234~241页，前揭张从容：“晚清司法改革中的戴鸿慈——简论传统官员的知识转型”一文。

[4] 《光绪朝东华录》（五），第5579页。

[5] 《光绪朝东华录》（五），第5578页。

归属之不明确，从而给大理院造成可乘之机。

于是大理院成立后，沈家本率先着手拟订本院官制，并在很短的时间内制定了《大理院审判编制法》，该法除了规定大理院审判权限以外，还规定了各级审判厅的机构建设和权限问题，此举引起了法部的不满。于是法部于光绪三十二年十二月十八日上奏议法部官制折，折中隐约批评了大理院扩充法权的倾向，认为：

“比者法部专任司法，大理院专掌审判，明谕煌煌，固已厘然悉当，则凡司法官吏之进退，刑杀判决之执行，厅局辖地之区分，司直警察之调度，皆系法部专政之事，应由臣衙门随时奏明办理，至于直省刑事稿件，原议官制法部及大理院均有复核明文，盖以生命所关，倍当矜慎。改章伊始，不厌求详。拟由直省分达部院，经大理院复判后咨部核定，即由法部具折请旨施行。如有情罪未符仍咨回大理院自行驳正。如此，则司法审判各有主持，而事权不至淆乱矣。”^[1]

对此沈大为不满，之后在光绪三十三年春节间，爆发了法部曾鉴与大理院董康之间的“曾董之争”，^[2]于是部院矛盾开始表面化。光绪三十三年四月三日，法部单方面呈交部院司法权限划分折，提出十二项权限的清单，^[3]进一步限制大理院的权限。大理院随之做出反应，修正了十二项权限中的四条，^[4]此时部院之争

[1] “法部奏核议法部官制并陈明办法折并清单”，载《大清法规大全·吏政部·内官制二》。

[2] 参见张从容：“部院之争：晚清司法改革的一个侧面”，中国政法大学2003届博士论文。

[3] 参见“法部尚书戴鸿慈等奏酌拟司法权限缮单呈揽折”，载《大清法规大全·法律部·司法权限》。

[4] 参见“大理院奏厘定司法权限折”，载《大清法规大全·法律部·司法权限》。

达到白热化程度，其争论的焦点集中在司法行政权中的人事权、审判厅设置区划权和司法警察的调度权和审判权中的死刑案件复核权上。而主要是前者，法部认为这是其专属之权，大理院无权置喙。而大理院则认为在开办之初，从法部奏调人员、任命审判官员、接受其他部院交送案件、筹建各级审判厅、划分审判厅设置区划问题，也属适合国情而不得不为之事。部院之争终于因此而上达天听，朝廷震怒，下旨部院和衷商办，同时将大理院正卿沈家本和法部右侍郎张仁黼对调，寓“请君入瓮”之意，这一招震慑了部院，于是部院连日磋商，于光绪三十三年四月二十日奏上“法部大理院会奏遵旨和衷妥议部院权限折”，以维持司法行政机关制约司法审判结果而暂告一段落。但是之后的明争暗斗到清末也未停止，成为令枢臣大伤脑筋的一个问题。^{〔1〕}

因为其时惟一的修订法律大臣沈家本（伍廷芳已离去）是这场纷争的主要参与者，又因为争论涉及敏感的司法权限问题，这一切都影响到了修订法律馆，无论是组织设计、人事调配、修律权限、修律思路还是修律对象。

首先就部院之争对修订法律馆组织设计和人事调配问题的影响上来看，如第三章所述，部院斗争的结果，使得朝廷将此问题转给宪政编查馆来处理，宪政编查馆最后决议：修订法律馆机构独立，不隶属于部院任何一方，从而正式明确了修订法律馆的主体地位，也促使修订法律馆此后事权（编纂法典、起草新律权及人事调配权）的统一。至此，也使得修订法律大臣拥有了实际的职权，他可以不再凭借其他身份（比如大理院正卿或刑部侍郎），而直接从其

〔1〕 时至宣统二年二月初六日，时任职宪政编查馆的汪荣宝尚看见枢臣为此集议：“早起，续拟报律修正案语，三时许，到宪政编查馆，枢堂咸在，会议法部与大理院权限轆轳，此问题终不得要领而散……”。参见《汪荣宝日记》，宣统二年二月初六日。

他部院奏请调补人员充当修订法律馆馆员。而此前他以大理院正卿的身份从法部调配人员，来充大理院官员以及修订法律馆馆员，正是法部深恶痛绝，并认为这是沈“窃攘法权”、破坏司法独立的罪状之一。从中我们也可知沈之“修订法律大臣”名号在修订法律馆离部独立之前尚是个虚名，真正使这一名号拥有实权，还是在独立之后，而此事所以引发的契机，恰恰是部院之争。正所谓“塞翁失马，焉知非福”，沈尽管在部院之争中受到冲击乃至心力交瘁，却最终使修订法律馆成为一独立单位，也使他凭借“修订法律大臣”一职，居然成为清末新政的重要“代言人”之一。而其最高官职，不过为正二品。

其次就修律权限而言，法部在厘定官制时，也注意到对修律之权的争取。不得不承认法部官制改革力度很大，原来刑部下设十七清吏司，又有督捕司、秋审处、减等处、律例馆、提牢厅、赃罚库、赎罪处、饭银处及清档房、汉档房、司务厅、督催所、当月处等单位。如此机构划分，有论者认为：“最为纷乱”。^{〔1〕}所以官制改革时，改成“两厅八司制”：

“兹拟遵设承政、参议两厅，综辖部务，设参事四员襄理，更由各司派员会办，不设专缺，此其纲领也。外设八司，曰审录，曰制勘，曰编置，曰举叙，曰典狱，曰会计，曰都事，事则兼益其简烦，官则平均其职掌，仍飭各司按省按事酌量分股，各专责成，其事涉烦杂，难以类从者，设收发一所，以包括之，至应设之七八九品京官、录事，除由臣部笔贴式考

〔1〕 张德泽先生认为刑部各司处的分工，非常混乱，十七清吏司本是按省区分，但各司又有管别省的，而且还兼办其他部务，且各司承办各衙门的文移也十分纷乱，因此“这种混乱的分工，不会有好的行政效率”。参见张德泽：《清代国家机关考略》，第110～111页。

选改充外，量才委用，务令举能，其官无替厥职，而庶事不虞丛脞矣。”〔1〕

从中我们可以看到原来刑部司处，几乎全部加以更改。但在改制过程中，法部并没有忘记保留原来刑部律例馆的事务，尽管此时修订法律馆的归属问题尚未可知，但因修订法律大臣调任大理院正卿，其仍附设法部的可能性不容乐观。于是在改制之时，法部特意强调了其汇定法律的权限。在法部更改官制折中，遂有：

“……现在各部院改定官制，旧时法律当有变更，此衙门之法律与他衙门之法律互相抵触者，在所不免，且航路电矿工工商诸律，日有发明，若不求画一之规则，受治者必将无所适从，而舞文者转得任意出入，查美国官制，各部皆有法官偕同经理。立法诚善，但中国法学尚鲜专长，不必慕其名而在师其意，且与律例一书，有吏户兵工诸律之旨相合。拟请飭下各部院衙门将现行则例全咨法部，由臣等派员详细稽核，如应行例案由互相抵牾之处，会同该部院堂官酌量修改，以归统一，而免参差……”〔2〕

是直接将修订法律看成是自己不得不具备的权力和责任，甚至将统一法制的权力也纳为已有，于是在这一点上和宪政编查馆的职责发生冲突，导致宪政馆在修订法律这一节上与法部也有龃龉，转而变相支持法律馆。至于汇定法律具体是法部哪个机构负责，则是

〔1〕“法部奏核议法部官制并陈明办法折并清单”，载《大清法规大全·吏政部·内官制二》。

〔2〕“法部奏核议法部官制并陈明办法折并清单”，载《大清法规大全·吏政部·内官制二》。

新成立的参议厅，规定在《法部官制清单》第四条：

“参议厅设左右参议各一员，审定各司重要事务，纂修律例，条定新章，详核各司议驳稿件，调查中外法制，内地风俗，编纂通行条例，统计书表，撰拟章奏、文移及秘密函电暨律师注册事项，设参事二员，襄理厅务，选派各司熟悉例案司员会同办理，不作缺额。”〔1〕

由此可知，法部欲借改制之机，收回此前事实上已经旁落的修订法律之权，抵制修订法律大臣独揽修律权。但是在宪政编查馆的支持下，朝廷以三权分立为理由（法部不能集司法立法于一身），将编订法律的权力赋予给新独立的修订法律馆，所以法部的计划落空，并未得到“纂修律例，条定新章”之权。但毕竟作为渊源已久的司法机关，对国内法律适用情形了解颇深，因此尽管法部没有得到修订法律权，但对新设专条时有参与会订的机会，故此修订法律馆与法部在修订法律活动中还常有合作之举。至于大理院，在“法部大理院会奏遵旨和衷妥议部院权限”一折上奏之后，便明确了自己的地位，致力于审判活动，对修订法律不再染指，因此在修律权限上，与修订法律馆并无冲突。相反，在许多法律事务往来中，修订法律馆往往支持大理院，而与法部时有轳轳，固然与沈家本及其属员在部院之争中与法部的一段过节有关，而其根本，还在与它们之间存在着修律权限上的交叉和争夺。

与修律权限相关的，尚有法律稽核与法律解释权。自从将律例馆改名为修订法律馆后，依照惯性，原来由修订法律馆负责稽核法律和解释法律的这部分功能被修订法律馆继承了下来。所以后来即

〔1〕“法部奏核议法部官制并陈明办法折并清单”，载《大清法规大全·吏政部·内官制二》。

使修订法律馆离部独立，当时各部门还是习惯性将这部分功能置于修订法律馆权限范围中。此权限又和法部复核案件权有交叉之处，而因为法律馆负责修订清末刑民法典和某些单行法，所以法部遇到各地督抚对因案件的法律适用方面所咨询问题，不得不再咨询修订法律馆。尽管不乐意，但因为修订法律权主要归属于法律馆，此时此际，必须要做一定的妥协。在第一历史档案馆全宗中，即藏有一份宣统二年十二月二十二日法部咨行法律馆的咨文，内容为：

“法部为片行事：据黑龙江巡抚电称，现行刑律诈欺官私取财门内载各直省商民开设公司钱铺等项有侵亏倒闭者，计数论罪，数至万两以上者，发新疆当差，查与前颁破产律第六节有心倒骗者科罪仅至三年以下之监禁，轻重悬殊，现行律暨破产律均系钦颁，遇有此项讼案，应援用何律科断？请部颁示复等因前来。本部查现行刑律系由修订法律馆修订，破产律系前商部会同法律大臣奏准颁行，兹据该抚电称现行律载商民开设公司钱铺侵亏倒闭数至万两以上者，发新疆当差与破产律有心倒骗科罪三年以下之监禁轻重悬殊，遇有此项讼案，应援何律科断等语，本部未便率复。相应片请贵大臣核明声复过部，以便转咨该抚遵照可也。”〔1〕

由此可知，在修订法律馆离部独立以后，依然具有法律稽核与解释之权。在此权限上，法部与修订法律馆始终存在着冲突与妥协。

最能说明修订法律馆在部院之争中立场的，是在对宣统二年陕西“赵愔愔挟嫌杀二幼弟”一案的处理上。案犯赵愔愔，原与同

〔1〕 第一历史档案馆藏：《修订法律馆档案全宗》，全宗号10，第8包。

父异母弟赵九成（七岁）、赵火成（五岁）友善，但其继母冯氏（即九成、火成之生母）嫌弃赵懋懋，遂挑唆赵父将赵懋懋分出另度，某日赵父与冯氏外出，留九成、火成看家，懋懋因贫欲盗窃其父财物，为九成兄弟看见，称要告密，赵忿而杀二弟。^{〔1〕}案发后，陕抚将赵懋懋依旧例故杀期亲弟照故杀大功弟律从一科断，拟绞监候。案子报到大理院，大理院改照现行律期亲兄故杀弟流二千里。大理院的改判报到法部复核时，法部认为挟嫌故杀幼弟二命，情节较重，奏请依图产故杀胞弟例照凡例拟绞，交大理院另拟。大理院以部院取义各别，奏交法律馆妥议。于是沈家本遂作一说帖，认为大理院解释例文毫无疑义，拟仍照原判拟流，也就是说最后修订法律馆支持了大理院。法部得知修订法律馆处理结果，大为不满，一致拒绝在卷宗上签字同意，于是案件久悬不决。

正如时在任法部郎中的吉同钧所述：“此系宣统二年之案，当时大理院法部各抒意见，几至决裂，虽交修律大臣酌定，时修律大臣为沈子惇先生，系大理院长兼充修律大臣，乃偏袒大理院，驳改拟流，法部三堂均不画稿，致案久悬不决。”^{〔2〕}吉之言大抵不差，惟因属回忆，部分地方出现误记。因法部复核此案是在宣统二年十一月间，而在本年八月，上谕以修订法律大臣沈家本充资政院副总裁，^{〔3〕}原来沈的法部右侍郎一职由王垆署理。^{〔4〕}是沈虽不在法部任，但也未任大理院正卿，大理院正卿为定成。所以，沈偏袒大理院并不是因为沈为大理院正卿，而是另有其因：第一，此时距离改

〔1〕 案件经过参见沈家本：“故杀胞弟二命现行例部院解释不同说”，载前揭《历代刑法考·寄篋文存》，第2131页。

〔2〕 吉同钧：“调和部院核陕西杀弟案说帖”，载前揭《乐素堂文集》卷六“法律门述古类”。

〔3〕 《宣统政纪》卷四〇，第725页，宣统二年八月上。

〔4〕 《宣统政纪》卷四一，第739页，宣统二年八月下。

定的《大清现行刑律》装册呈览不过两月时间，^{〔1〕}而陕西巡抚处理此案是在此刑律颁布之前，故其处理的依据是刑部旧例，结果为拟绞监候，而大理院复判此案时，依据的是修订法律馆刚刚改订的新律，根据由重减轻的原则，改为拟流。而法部复核的结果依然是要照刑部旧律，这在修订法律馆看来，是对新修法律成果的置若罔闻。同时也是对由重减轻的刑法宗旨的一个破坏，出于维护新修法律成果的考虑，修订法律馆自然支持大理院。第二，此时修订法律馆议奏人为沈家本，虽刚从法部右侍郎卸任，但前章述及，自修订法律馆重开后，其在法部之职实为一兼职，其本职或者工作重心在已具备事权的修订法律大臣一职上，故沈此时并不以“法部共同体”观念自居。又因为之前部院之争中的一段过节，其在情感上也支持大理院。所以无论为维护新修现行刑律的理智考虑还是修订法律大臣个人情感驱使，修订法律馆在部院之争时都会左大理院而右法部。

当然法部并不愿就此而屈服于修订法律馆，平心而论，修订法律馆对“改重为轻”这一修律第一宗旨的把握有矫枉过正之嫌，涉及到此案则为新的现行刑律规定太轻。因泄私忿连杀幼弟二命居然仅处流刑，其刑之轻，放诸今日东西诸国，已令人骇异，何况百年前的清末。又自传统以来，“律设大法，理顺人情”的办案思路一直被司法人员奉为圭臬，即律有明文，仍可以天理人情加以裁量，达到个案公正。是以法部处以绞刑，也是有根有据。为此双方争斗不休，最后，据吉同钧回忆，“时同钧任法部郎中兼修律馆总办，并充大理院教习，调停其间，折衷办理，因具说贴呈请三面和

〔1〕《大清现行刑律》于宣统元年十二月二十四日经宪政编查馆核议奏请修改后颁行，至宣统二年九月初二日，修订法律大臣会奏刑律装册呈览，随即颁示中外。见《政治官报》宣统二年九月五日，第一〇五七号。

衷共济，其事始定”。〔1〕看来最后是出于与三单位都有关系之人的调停，最后才得以妥协。

再来观吉同钧处理此案的理由和结论：

“夫以父杀子较诸兄杀弟，其情轻自不待言，然以新律衡之，最轻尚处有期徒刑，工作十五年。今以兄之杀弟，而仅拟流二千里，折工作六年，已较父杀子减轻数等，而况所杀者非止一人，又况所杀者俱系十岁以下无知之幼弟乎！以如此残忍之徒而不与之纆首之罪，非但与经义不合，古律不合，旧律不合，即衡诸新定之律，亦轻重倒置也。总之，定案固当恪守律文，然果情罪重大，亦当酌量从严，俾归允当，在大理院解释例文照律文改流，虽系罪疑惟轻之义，然施诸挟嫌故杀一命之案则可，施诸故杀二命，非幼孩亦可，若赵愔愔一犯似乎另当别论，夫凡人谋杀十岁幼孩一命尚拟立决，胞弟虽较凡人为轻，然既惨毙二命，虽不能比照凡人拟以立决，似不可拘泥律文宽其死罪。大理院有解释律例之权，不可不恪守常法，而法部有执行宣告之责，不能不折衷至当。平心而论，此案赵愔愔被杀之二弟，一止七岁，一止五岁，有何干犯得罪之处，而忍心下此毒手乎！实属灭绝天伦，惨无人道，若不处以死刑，将来工作期满回家，未必不迁怒于其继母，复酿成逆伦之祸。法部议照例文拟绞，原系扶持伦理之意。但彼此既各持一是，似应折衷定拟，仍照原议拟绞，从宽酌入秋审缓决，免其实抵，庶几部院两得其平。而按诸古律新律亦酌吻合。”〔2〕

〔1〕 吉同钧：“调和部院核复陕西杀弟案说贴”，载前揭《乐素堂文集》卷六“法律门述古类”。

〔2〕 吉同钧：“调和部院核复陕西杀弟案说贴”，载前揭《乐素堂文集》卷六“法律门述古类”。

此说贴深究经义、古律、今律的立法意图，再联系到本案具体实际，最后引出一条部院权限分配的原则：“大理院有解释律例之权，不可不恪守常法；而法部有执行宣告之责，不能不折衷至当”。言下之意，虽然法部没有修律之权，但是为了照顾到实际执行，不能不对律量加以变通。很明显，作者还是倾向于法部一边的，最后的结果，是按照法部议决定案，但改为缓决执行，三单位在遵守律文与实际执行上寻求到了一个平衡点。

再次就修律思路以及修律对象而言，部院之争后，大理院、法部、宪政编查馆分别提出了修订法律的思路，其中关于修律组织的分歧第二章中已提及，兹不赘述，仅分析三机关修律思路中其他方面对修订法律馆的影响。

光绪三十三年五月初一日，大理院正卿张仁黼奏上的修律思路认为：第一要明定修律宗旨，即以支那法系为主，而要辅之以罗马、日尔曼法系之宗旨；第二要讲明法律性质，分清主法与助法，即实体法与程序法；第三要编纂成文法典，主张编纂刑民商以及刑事民事訴訟法典，其中特别指出编纂民法商法典时，当广为调查各省民情风俗所习为故常。^{〔1〕}同样，在这一日张还特别提出修订法律宜妥慎进行不能操之过急，认为：“臣愚以为今日之修订法律诚不可缓，而实行之期断不宜急。但使大其规模，宽其岁月，务求精详允备厘然，当于人心，然后择其易晓易从者，试行一二端，以渐推而广焉。即迟之十年二十年，亦不为晚，否则于民俗习惯未甚偃谐，而贸然颁行，将不维龃龉纷纭而已，诚恐治外无期，实先无以治内。”^{〔2〕}张在上此二奏折后，五月十八日，如第二章所述，修订法律大臣沈家本为避祸，上折恳请将修订法律馆归并法部大理院。

〔1〕《清末筹备立宪档案史料汇编》，第835～836页。

〔2〕沈家本：“大理院正卿张仁黼奏修订法律宜妥慎进行不能操之过急片”，载《清末筹备立宪档案史料》，第837页。

在奏折中，沈附带交代了修律思路，即重翻译，重调查。^{〔1〕}六月初九日，法部尚书戴鸿慈又奏上修订法律办法。在此折中，戴的修律思路有四：第一，主事之政策：采取各国之法，编纂大清国法律全典，于守成、统一、更新三主义兼而有之。第二，行事之机关：特开修律馆，归属法部大理院，并复以各部院派人参订。第三，议事之方式：应由修订法律大臣督同纂修员起草，在编成草案后，附加理由书，由会订大臣逐条议之，其余督抚、将军加以参订，并可随时特派大员来京会议。看同意人数多寡而定通过与否。第四，修律之预备：调查习惯，分配职务。^{〔2〕}法部奏上此折后，朝廷命交宪政编查馆复议，至九月初五日，宪政编查馆最后确定了修律思路：第一，组织上以单独的修订法律馆为修律机构；第二，法律馆所编订法律的范围为刑法、民法、商法、刑事诉讼法、民事诉讼法诸法典以及附属法为主，其余各单行法，仍由各该馆衙门拟具草案；第三，无论是何种机关制定的法律，都要交宪政编查馆考覆，日后送资政院集议。^{〔3〕}平允论之，大理院、法部、宪政编查馆三者的修律思路除开第三章所述的组织机构设置各有主要分歧外，就修律对象，三者又有分歧，法部和大理院在修律过程中主张编纂法典，强调民、刑、商及诉讼各法典，但对是否编纂其他单行法并不排斥，尤其是法部，更是主张一切法律法规都由特开的修订法律馆负责编订。很明显部院都愿意将一切法律的修订之权都集中于自己手中，而宪政编查馆则明确地将修订法律馆修律对象限制在几部特定法典当中，而将大量单行法的编纂权归诸于其他各衙门，同时也

〔1〕 参见沈家本：“修订法律大臣沈家本奏修订法律情形并请归并法部大理院会同办理折”，载上书，第837～838页。

〔2〕 参见戴鸿慈：“法部尚书戴鸿慈等奏修订法律办法折”，载《清末筹备立宪档案史料》，第839～842页。

〔3〕 参见戴鸿慈：“宪政编查馆大臣奕劻等奏议复修订法律办法折”，载上书第849～850页。

给自己留下了宪法性法律，各行政法等事关国家生活和根本体制的法律的编订权。而且要求所有法律都必须由宪政馆考覆，相当于拥有了法律草案的最终审定权，否定了法部议事之方式，可见在这个关于修订对象之争上，宪政编查馆最后通过权限的划分，达到了攫取权力的目的。

至于其他修律思路，各单位之间区别不大，表现在三个方面：一是法律形式上，一致同意法典化，要求主要以法典形式体现修律成果。法部、宪政编查馆更以时下流行的宪政言论以及西方法典化运动的事实作为自己的论据。而十九世纪正是西方法典化运动的高峰期，自十八世纪末到十九世纪上半期，欧洲理性主义哲学思潮风头正劲，这种思潮反映在法律领域，则增强了秉持理性主义的法学家的自信，认为“只要通过理性的努力，法学家们便能塑造出一部作为最高立法智慧而由法官机械地运用的完美无缺的法典”^{〔1〕}，试图使所有社会生活都涵盖在数部包罗万象的法典之中。这种思潮尽管在十九世纪后半期遭到历史法学派和意志论者的反抗，但文化的传播、文明的移植需要一个过程，文明的继受地得到信息总是比文明的发源地要慢上一段时间，所以等历史论和意志论在西方大行其道时，我们仍奉理性论、法典化为主臬，而前者重要人物萨维尼和叔本华辈在中国风行，已经是民国以后之事了。所以不难想象，在二十世纪初讨论修律思路时，就编纂体例和立法技术而言，模范列强的结果就是采用法典化形式了，何况这一点在成文法编纂发达的传统中国接受起来也非难事。二是在修律政策上，都同意仿照西法，参以国情民俗，编纂大清法律，这一点因是上谕所定，亦无异议。三是在修律预备上，都要求调查风俗习惯，研究实际情况。这些思路，后来为修订法律馆接受，在清末修订法律的实践中，都得

〔1〕 [美] 罗斯科·庞德著，曹玉堂等译：《法律史解释》，华夏出版社1989年版，第13页。

到了忠实的贯彻。所以关于修律思路，部院之争的结果是事务上“英雄所见略同”；^{〔1〕} 权力上宪政馆“后来居上”，修订法律馆虽因此得以独立，但最终的权力赢家还是宪政编查馆。自此，宪政编查馆通过考覆之权，在清末修订法律事务中担任了“最后一道防线”的角色。修订法律馆机构虽已独立，摆脱了部院，却遇到了宪政编查馆，无形中又戴上了一道“紧箍咒”，修订法律权限一定程度上反而受到削弱。所幸的是，两馆之间存在很多相似点和共同利益，如下节即将分析的那样，修订法律馆同时又得到了一张“护身符”，此护身符最终支持修订法律馆在磕磕绊绊中走完清末的修律历程。

二、修订法律馆与部门法律事务的往来

修订法律馆除开与法部大理院存在妥协与斗争外，与其他各部院也存在法律事务往来。只是修订法律馆无论是在衙门性质还是人员往来，都和前者联系更为密切，后人甚至将它们都归于“各类政法衙门”之列，^{〔2〕} 因为同为政法衙门，都是以法律为业，一重在起草法律，一重在司法行政，一重在审判案件，彼此又有很多交叉事务，故期间利益冲突更大。而修订法律馆与其他部院，则因性质不同纠纷亦少，其法律事务的往来大多不具备本质上的利益冲突，往来的法律事务大致有这么几个方面：

第一，法律修订事务。修订法律馆并不包揽所有法律的修订，

〔1〕 至于张仁黼主张施行新律不可操之过急，亦不可视之为书生迂腐之见，实反映一种稳健的法律改良思路，洵足为老成谋国之言。后来新律遭遇到的种种窒碍，未尝不是未遵循此理而致。笔者疑修订法律馆和宪政编查馆未尝不明此理，惟当时形势发展已成“时不我待”加上新旧意气之争超出控制，所有一切导致后者最终走上一条激进之路。

〔2〕 参见钱实甫编：《清代职官年表》（第四册），中华书局1980年版，第3088~3095页。

许多法律尤其关于某类事务的单行法是由该事务的主管单位起草编订的。其虽不是一个专门修律机构，但因对所管事务的熟悉，所以为专业与便利起见，修订这类法律就责成这些单位了，这些单位之中也有负责制定法律法规的专门机构。如光绪二十九年设立的商部，便设有律学馆作为编纂商事法典法规的专门机构，^{〔1〕}在光绪二十九年八月初六日，商部奏定“商部章程折”十二条，其中第二条载有：“一拟设立律学馆一所，商报馆一所，律学馆设总纂官二员，纂修官二员，均以臣部司员兼充，先行广购外洋商律各书，兼及路矿律、招工律、保险律、报律并各国通商条约，派定通晓中外文字者若干员，专司翻译，陆续译出，由总纂、纂修各官审慎采择，参以中国律例编成条款，奏请钦定颁行商报馆”。^{〔2〕}至光绪三十二年，商部改为农工商部，主管全国农工商各项事业，其组织机构内仍有法律法规编订的专门机构。光绪三十二年十二月初九日，农工商部奏上的“农工商部厘定章程并参仿各国农工商部官制厘定职掌暨分司各事办法”中第三条规定：“巨部拟设四司其目如左，农务司，工务司，商务司，庶务司”，而第六条则规定：“商务司职掌商律馆”。^{〔3〕}故改制后的农工商部专门负责法律事务的机构即为商务司商律馆。各部院中的法律事务机构在各自编订法律法规时，便存在着部院编订的法律法规与修订法律馆编订的法典是否协调一致的问题，又因修订法律馆所编的是基本法典，部院法规必须参照此法典而行，所以修订法律馆与各部院法律事务往来最重要的原因是消除部院间所编订法律的歧异。如宣统二年农工商部发给法律馆的咨文：

〔1〕 此处的律学馆是商部内的一个法律法规编订机构，不同于后来法部下设的律学馆，后者是一个法律教育机构。

〔2〕 《大清法规大全·吏政部·内官制二》。

〔3〕 《大清法规大全·吏政部·内官制二》。

“农工商部为咨行事：本部现在改订商律总则、公司等编，所有商人违反该律规定行为，不得不加以惩处，查罚则之规定，虽随时变迁，亦因地殊制，欧美各国，当法理萌芽时代，纯用放任主义。及学理逐渐发明，又用干涉主义，迨至现今，又采折衷主义，惟吾国立国情形究与各国不同，如日本所定五元以至千元之罚金，法国所定五十至五万佛郎之罚金，并惩处一月至一年之有期徒刑，举轻重悬殊之处分而混合以规定之行之吾国，万一司法官厅任情操纵，漫无准绳，不免有上下其手之弊，应否仍就吾国社会之情形，分别违律事由各定处分专款，庶因时制宜之中犹富就地制法之意，惟商律与其余诸律皆相辅而行，贵馆厘定法规关于此项问题，谅已斟酌尽善，相应咨行贵馆，希将各项罚则议案及议定之理由书检送本部参考，而归画一可也。”〔1〕

是即要求法律馆将己之成果交部以作参考，避免两歧。此外，在各部院法规编订完之后，常有交法律馆会奏妥订之事，借法律馆编订法律技术优势，以便使部门规章更加完善。如光绪三十三年修订法律馆即同民政部一同会奏酌定《违警律》草案，民政部就发给法律馆这样的咨文：“为恭录咨行事，本部会同贵大臣具奏酌定违警律草案，请飭宪政编查馆核定颁行一折单一件，于光绪三十三年八月十八日奉旨依议钦此。相应抄录原奏奏清单恭录谕旨，咨行贵大臣钦遵查照可也。须至咨者，计原奏清单一册，右咨法律大臣”。〔2〕从中可见，这部法律的出台有法律馆的协助支持。

第二，法律咨询事务。修订法律馆作为专门修律机构，还常常给其他部院提供法律咨询，这部分功能当为延续以前律例馆稽核、

〔1〕 中国第一历史档案馆藏，修订法律馆全宗，全宗号10，第10包。

〔2〕 中国第一历史档案馆藏，修订法律馆全宗，全宗号10，第10包。

解释律文的功能而来。如光绪三十三年外务部应出使墨西哥大臣之请，咨询法律馆，请查明墨西哥人继承华人遗产相关的法律问题，咨文内开：光绪三十三年四月二十日，外务部为咨行事，墨国胡使查询墨国人承受遗产一事：

- “一、按照中国现行习惯，华人所遗田地房屋等各项完产，并银钱欠帐各动产，墨人能承受全产或仅能承认财产之一部分？
- 二、不能承受全产，所有完产、动产，共合分若干额数，墨人能承受几份额数。
- 三、以上二条华人所遗之产业，无论该产业在中国何处地方，墨人均可承受与否？
- 四、若无遗书，华人所遗之各项产业，墨人亦能承受与否？”〔1〕

除开这类查明法律的业务之外，法律馆在对于部院修订的法律，也可提供相应的咨询，用签注的方式，给部院修订的法律提供建议或意见，如邮传部在宣统年间曾为路律签注催促法律馆“为咨催事：参议厅法制科案呈本部修订路律，所有公司编第九章共十七条全系罚例，前经咨送贵馆查照，并请从速核复在案，现各处签复陆续到部，须汇齐复订，以便咨送内阁法制院审查，相应咨催贵馆请速见复，以凭汇送可也。宣统三年十月二十三日。”〔2〕

由此可见法律馆在清末法律事务方面的权威性，同时通过这样的咨询，也便于法律馆对法律法规进行查漏补缺，完善法律法规。

第三，其他协助事项。法律馆除开与部院修订法律事务和法律

〔1〕 中国第一历史档案馆藏，修订法律馆全宗，全宗号10，第8包。

〔2〕 中国第一历史档案馆藏，修订法律馆全宗，全宗号10，第19包。

咨询事务上的往来外，在人员交流，部门间协助等方面，存在着许多联系。比如修订法律馆派员赴日考察法制，即由外务部派令出使大臣照会日本方面提供方便，从而使馆员顺利完成调查，如宣统元年九月十一日外务部的一篇咨文中所云：“钦差出使日本大臣胡咨复事：宣统元年八月十四日准贵馆咨派第一科协修朱兴汾赴日本调查司法事宜，当经本大臣即日照会日本司法省分别介赴各处考察，现朱协修考察事竣，请咨询回国，相应备文咨请贵馆查照”。〔1〕即记述修订法律馆馆员出国调查过程中部院给予的接洽事宜方面的协助。而修订法律馆聘请外籍法律专家，更需要外务部协助订立合同，如聘请志田钾太郎时，外务部即有驻日使臣胡惟德所发的咨文：

“钦差出使日本大臣胡，光绪三十四年八月二十二日。咨会事：查本年四月间，贵馆派提调董康赴日本聘请法学博士志田钾太郎充北京法律学堂教习兼法律馆调查员，当经前任李大臣照会日本外务文部两省在案，兹据外务大臣复称，该博士业经文部大臣准其应中国之聘，本大臣即与志田钾太郎订定合同，照缮四分份，除分别咨送各案外，相应将合同一份咨送贵馆，请烦查照各案，并希见复。”〔2〕

故修订法律馆许多业务，必须要其他部院的配合才能完成，此中更体现了修律过程中的妥协精神。此外，修订法律馆与各部院间还存在着密切的人员往来，许多馆员兼任着各部院差使，有的馆员甚至身兼数任，这样的人员结构，客观上有利于与部院之间的沟通，使修订法律馆能及时了解各部院所修法规的情况，一定程度上

〔1〕 中国第一历史档案馆藏，修订法律馆全宗，全宗号10，第10包。

〔2〕 中国第一历史档案馆藏，修订法律馆全宗，全宗号10，第10包。

亦可避免因对某一类事务不熟悉而导致“外行立法”的状况。

总之，修订法律馆作为一个专业性法律机构，在清末官制体系中，也面临着加强部门权力，提高部门地位的问题。同为政法衙门，修订法律馆与法部、大理院关系比较复杂，交织着妥协与斗争，更多体现为权力斗争的意味；而作为修订法律的权威机构，修订法律馆与其他部院的关系比较单纯，之中肯定也有互相争斗情形，但更多是修订法律馆为其他部院输出法律服务，而其他部院则予修订法律馆以配合与他项帮助，更多体现为部门沟通的意味。

第二节 修律机构中的同质与异质

清末法律编订机构，除修订法律馆外，以“馆”命名的，尚有宪政编查馆和礼学馆。最初设立时的构想，是三馆仅分工不同，而地位相似，为“议法之权衡”的机构；^{〔1〕}又皆无立法权，都可视为一修书机构。^{〔2〕}但是随着新政的展开，宪政运动的蓬勃发展，三馆的性质发生了很大的变化，其各自的地位和职权也不能等同视之。因都司编纂修订之职，故法律馆与此二馆联系颇为紧密，当然也存在着冲突与妥协。宪政馆与礼学馆各具丰富内容，但既然本书

〔1〕 最明显的例证是宣统元年二月，内阁侍读大学士甘大璋向朝廷奏宪政、礼学、法律三馆亟宜贯通一折，内有“该三馆为议法之权衡”之说，是甘将三者作为同一个级别的机构并列称之，为立法活动中三个修订机构，宪政馆主宪政性法律，法律馆主主要的法典，而礼学馆主礼治规范。见《政治官报》宣统元年闰二月六日，第五〇五号。

〔2〕 礼部在宣统二年复奏内阁学士甘大璋奏“宪政、礼学、法律三馆亟宜贯通”一折时，曾提及：“惟查礼制法律固属于臣部与法部，而纂修编订则专隶于臣馆与法律馆”，是礼部将法律馆与礼学馆等同看待，都仅作为纂修编订机构，且认为法律馆隶属于法部。见《政治官报》宣统三年正月十四日，第一一七八号。则礼部是以礼学馆之地位度法律馆，是一个认识上的误区。

主角是修订法律馆，故在此讨论此二馆，其意重在揭橥它们与修订法律馆之互动关系以及修订法律馆在修律过程中得到的支持与掣肘。

一、宪政编查馆

宪政编查馆的成立，是清末新政发展到一个新阶段的重要标志。此前，新政主要是在细枝末节上的零零碎碎的革新，至此以后，路径逐渐明确：在宪政的框架下展开新政。

宪政编查馆前身是考察政治馆，该馆的设立缘起于两道谕旨，光绪三十一年六月十四日，上谕：“方今时局艰难，百端待理，朝廷屡下明诏，力图变法，锐意振兴，数年以来，规模虽具而实效未彰，总由承办人员向无讲求，未能洞悉原委……”〔1〕。可见此前新政的开展不尽如人意，朝廷总结原因是未能洞悉新政之原委，继而该上谕提出一个解决之道：派人赴东西洋考察政治，择善而从。于是有了此后五大臣出洋考察政治之举。为了给新政承办人员提供长期指导，该年十月二十九日，朝廷又发一道上谕：“着即派政务处王大臣设立考察政治馆，延揽通才，悉心研究，择各国政治之与中国治体相宜者斟酌损益，纂订成书，随时进呈，候旨裁定”。〔2〕考察政治馆于焉设立，定位为一修书机构，兼具智囊角色，但因直接为政务处王大臣办理，故其设立伊始就接近了政事中枢，此点远非其余修书机构所能及。

待五大臣考察政治归来，经载泽、端方等大臣的剴切陈请，声明立宪有轻外患、弭内乱、固皇权等利处后，朝廷终于于光绪三十

〔1〕“派载泽等分赴东西洋考察政治谕”，载《清末筹备立宪档案史料》（上册），第1页。

〔2〕《大清法规大全·吏政部·谕旨》。

二年七月初三日下诏预备立宪，至此正式开始清末立宪运动。^{〔1〕}此后一年，朝廷主要忙于官制改革，至光绪三十三年七月初五日，领班军机大臣奕劻等奏：

“……预备立宪以来，天下臣民，喁喁望治，现在入手办法，总以研究为主，研究之要，不外编译东西洋各国宪法，以为借镜之资，调查中国各行省政治，以为更张之渐，凡此两端，皆为至当不易刻不容缓之事。拟请旨将考察政治馆改为宪政编查馆，以便切实开办……宪政编查馆应请旨由军机王大臣总理其事，仍设提调二员，即以原派之提调改充，专办编制法规统计政要各事项，嗣后遇有关系宪政及各种法规条陈，并请飭交该馆议复，以归一律。”^{〔2〕}

朝廷旋即准奏，考察政治馆就此改为宪政编查馆。此时的编查馆，和之前的考察政治馆性质没有大的变化，为一编译调查机关。

但是因为清末立宪运动的深入以及编查馆领导人奕劻的显赫身份，^{〔3〕}宪政编查馆权力逐渐膨胀，当然奕劻在此过程中主观上也带有揽权之倾向。果然，在宪政编查馆成立十天以后，奕劻等奏上

〔1〕 关于清末立宪运动过程，详参见张晋藩：《中国宪法史》，吉林人民出版社2004年版，第71~124页。

〔2〕 《光绪朝东华录》（五），第5715页。

〔3〕 奕劻（1838~1917年），爱新觉罗氏，满族镶蓝旗人，乾隆帝第十七子永璘孙。1884年起任总理各国事务大臣并封庆郡王，次年会同醇亲王奕譞办理海军事务，1894年封庆亲王，1900年与李鸿章同为议和全权大臣，与八国议和。总理衙门改外务部后，奕劻外务部总理大臣，位列朝班之首，1903年升任军机大臣，1906年充编纂官制大臣，1907年充宪政编查馆大臣并兼管陆军部，1908年以亲王世袭罔替。为晚清政坛重臣，且因自同治以来，世袭罔替亲王的只有恭亲王奕訢和醇亲王奕譞，至于皇室远支仅有奕劻一人，由此益可见奕劻在政坛的地位。在中国传统政治文化中，枢臣直接管理的部门因领导人身份而受重视，为政治常态。

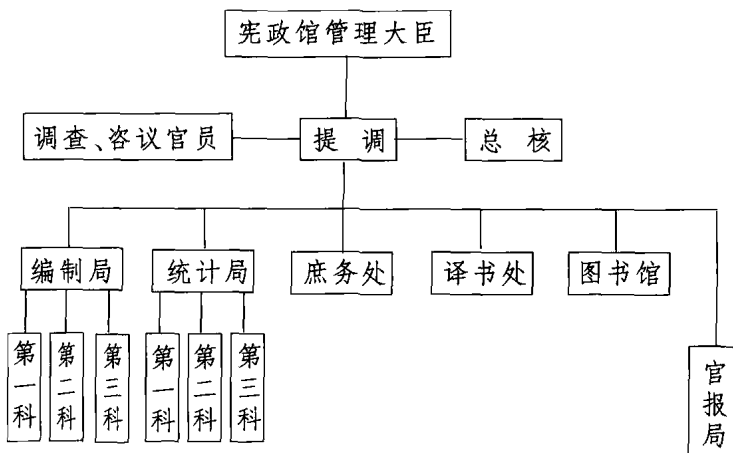
“宪政编查馆办事章程”折，内称：“臣等窃维上年考察政治馆之设，原以编查宪政为宗旨，惟事当开始，名义尚未指明，其范围亦难确定。今奉明诏宣布，薄海臣民，咸知臣馆为宪政之枢纽，责望之殷，当更过于前日”。〔1〕是宪政编查馆已经成为“宪政之枢纽”，主要主持两项事务：第一为统一法制，“臣馆职司编制，应一面调查各国宪法成例，拟具草案，一面于各部院、各省所订各项法制，悉心参考，渐谋统一方法”；〔2〕第二为统计国情业务，要求各部院、各省将其所管事务，列表咨送宪政编查馆，由馆“总汇各表，即以推知国家现势之情势若何”。〔3〕又根据“宪政编查馆办事章程”第二条：“本馆职掌分列如左：一、议复奉旨交议有关宪政折件，及承拟军机大臣交付调查各件；二、调查各国宪法；三、考核法律馆所订法典草案（法典指民法、商法、刑法、刑事诉讼法、民事诉讼法诸种而言），各部院、各省所订各项单行法（单行法指隶于一事之章程、不属法典之各法而言），及行政法规（如改订官制及任用章程之类）；四、调查各国统计，颁成格式，汇成全国统计表及各国比较统计表。”〔4〕宪政编查馆组织结构如图所示：

〔1〕“宪政编查馆大臣奕劻等拟呈宪政编查馆章程折”（附清单），载《清末筹备立宪档案史料》（上册），第47~51页。

〔2〕“宪政编查馆大臣奕劻等拟呈宪政编查馆章程折”（附清单），载《清末筹备立宪档案史料》（上册），第47~51页。

〔3〕“宪政编查馆大臣奕劻等拟呈宪政编查馆章程折”（附清单），载《清末筹备立宪档案史料》（上册），第47~51页。

〔4〕“宪政编查馆大臣奕劻等拟呈宪政编查馆章程折”（附清单），载《清末筹备立宪档案史料》（上册），第47~51页。



在此组织中，最高领导为宪政馆管理大臣，馆中设两提调，综理馆中一切事宜，在提调下设编制和统计两个业务局，设庶务处管理馆中后勤事务，配以译书处和图书馆两个研究机构作为辅助部门。其整个业务的核心是在两局完成的。两局设正副局长，编制局分为三科，第一科掌关于宪法之事，第二科掌关于法典之事，第三科掌属于各项单行法及行政法规之事；统计局也分为三科，第一科掌属于外交、民政、财政之事，第二科掌属于教育、军政、司法之事，第三科掌属于实业、交通、藩务之事。^{〔1〕}另外，在提调的直接管理下，还附设官报局，负责刊印最新皇帝谕旨以及大臣奏章和一些译作，供各部院衙门了解国情，并作为施行新政的参考。此外还有专管稽核各项奏章咨文牍及官报事件的总核两员，在提调的指挥下开展工作。

从上述组织结构图上，我们可以看出其组织管理模式与修订法律馆几乎是异曲同工的，就组织的完善性而言，它比起修订法律馆

〔1〕 参见《宪政编查馆办事章程》第三条、第四条、第五条，引文出处同上。

机构更为庞大，且业务部门划分明确，彼此可替代性较小。就组织的具体机构而言，和修订法律馆一样，也属于直线职能制组织结构。就管理模式而言，也和修订法律馆一样，实行的是“高耸式”管理模式。且其业务局科与修订法律馆业务科处在工作上还有很多交叉之处。因此从组织结构分析，宪政编查馆和修订法律馆具有同质性。

再来看宪政编查馆和修订法律馆工作的关联性。从上述“宪政编查馆办事章程”第二条第三款以及第四条中，我们可以得知，修订法律馆所订法典草案（民法、商法、刑法、刑事诉讼、民事诉讼）由编制局第二科考查核订。故编制局第二科的业务与法律馆业务有衔接性，一切法典草案要经由该科审订。这个前后相继的过程可以看作是清末立法的两个最根本环节。而在下一章我们将要论述的修订法律馆关于民商事习惯调查的活动中，宪政编查馆也有与之相关联的业务，甚至一定程度上，修订法律馆启动调查，是受宪政编查馆启发。“宪政编查馆办事章程”第十三条：“本馆调查各件，关系重要，得随时派员分赴各国各省实地考察，并得随时咨商各国出使大臣及各省督抚代为调查一切。”〔1〕为贯彻此条，光绪三十三年九月十六日，宪政编查馆又专门奏上“拟请飭令各省设立调查局并办事章程”一折附片及清单，内有：“臣等再四筹商，以为仅恃由京派员之法搜采，恐多缺漏，若委诸外省而无专员经理，期日必致迁延，惟有仿东西各国成法，令各省分设调查局以为臣馆编制法规统计政要之助，开办之始，必须事事先求其简明确实，断不可参以虚饰之词、敷衍之见，望由疏而至密，去伪存真，即由各省疆臣注重讲求，遴选妥员实地考察随时编列，汇交臣馆，

〔1〕“宪政编查馆大臣奕劻等拟呈宪政编查馆章程折”（附清单），载《清末筹备立宪档案史料》（上册），第47-51页。

俾中外联为一气，报告不为具文，于臣馆奏设应办之事，始有把握”。〔1〕此两章程颁行后，十一月十四日，修订法律馆出台的办事章程的第十二条，便也列有：“馆中修订各律，凡各省习惯有应实地调查者，得随时派员前往详查，其关于各地之成例，得随时咨商出使大臣代为调查，并得派员前往详查”。〔2〕可见，在调查一事上，修订法律馆与宪政编查馆思路有相通之处，惟独宪政编查馆调查范围比较广，而修订法律馆只是就其中的民商事习惯展开调查。下一章我们还会分析，修订法律馆在调查过程中，多得到宪政编查馆令各省设立的调查局的帮助，更能说明修订法律馆与宪政编查馆业务上联系的紧密性。

当然，仅凭借组织结构的相似性和工作的关联性，尚不足以说明法律馆和宪政馆就是同质机构，还得看馆中人员配备。在光绪三十三年十月二十日，修订法律馆从各部院奏调了一批人员充任馆务后，仅隔八天，宪政编查馆也如法炮制，奏上“调员分任馆务”一折并单，一次奏调了五十一名人员，并分配馆职。名单如下：

“军机处三品章京	王庆平
军机处三品章京	曹广楨
以上二员派充总核	
宗人府府丞	左孝同
该员拟派充总务处总办	
前民政部右参议	吴廷燮
该员拟派充编制局局长	

〔1〕《大清法规大全·宪政部·调查统计一》。

〔2〕《政治官报》光绪三十三年十一月二十一日，第六一号。

二品顶戴山西补用道
该员拟派充统计局局长

沈林一

前军机处二品章京
该员拟派充官报局局长

华世奎

农工商部主事署民政部参事
该员拟派充编制局副局长

章宗祥

农工商部员外郎
该员拟派充统计局副局长

钱承志

裁国子监司业
翰林院编修
试署学部总务司员外郎、法部主事
民政部主事
内阁中书
分省试用州同
以上六员拟派充总务处科员

荫 桓
黄瑞麒
杨熊祥
于宝轩
张志潜
傅岳棻

署民政部左参议参事
外务部主事
试署学部总务司员外郎吏部主事
以上三员拟派充编制局各科正科员

汪荣宝
曹汝霖
恩 华

民政部右参议
学部参事

延 鸿
林 荣

前学部参事

陈毅

以上三员拟派充统计局各科正科员

翰林院编修

胡大勳

翰林院庶吉士

朱国桢

法部郎中

董康

民政部员外郎

胡初泰

试署学部总务司员外郎、法部主事

陈曾寿

直隶候补知县

嵇镜

直隶候补知县

富士英

大理院奏调法政科进士

章宗元

法政科进士

程明超

法政科举人

施耀本

法政科举人

颜志庆

法政科举人

高种

大理院奏调留学日本大学毕业生

张孝移

大理院奏调留学日本大学毕业生

熊垓

留学美国法政毕业生

严锦荣

留学日本京都大学毕业生

廉隅

以上十六员拟派充编制局各科副科员

翰林院侍讲

宗室文斌

农工商部主事

吴振麟

陆军部军咨处第一司司长副参领

卢静远

内阁中书

张国淦

内阁中书

夏道炳

度支部奏调候选主事

刘泽熙

民政部六品警官

顾鼐

法政科进士	王建祖
法政科进士	嵇芬孙
商科进士	陆梦熊
商科举人	张鸿藻
法政科举人	钱应清
法政科举人	林蔚章

以上十三员拟派充统计局各科副科员

二品顶戴江苏候补道	严 璩
-----------	-----

该员拟派充译书处总纂

候选知府	傅范初
------	-----

该员拟派充官报局印刷科科员。”〔1〕

宣统元年四月初三日，宪政编查馆又奏调一批人员充任馆务，奏折如下：

“再臣馆职司宪政，责重事繁，兹当分年筹备期内尤属需人任事，查有丁忧候补四品京堂陆宗舆，毕业日本法政大学速成科礼部候补主事张则川，肄业日本法政大学法部主事蒲殿俊，毕业日本法政大学速成科拣选知县许同莘，留学日本法政大学毕业，进士顾德邻，留学德国法政大学毕业，举人马德润，委署内阁侍读殿济均属通知政体，娴习法律之员，合无仰肯天恩，俯准臣等调用，酌量派差，以裨馆务，为此附片陈

〔1〕“宪政编查馆奏调员分任馆务折并单”，载《政治官报》光绪三十三年十一月初三日，第四三号。

明，伏乞圣鉴，谨奏宣统元年四月初三日奉旨已录。”〔1〕

从以上两折名单中，我们也可以看出宪政编查馆馆员配备的特点：即人员多系兼职，且整合了各部院人才。而其中最为关键的，负责考核法律馆奏交法典草案的编制科成员中，有许多修订法律馆成员，如编制科正科员汪荣宝和曹汝霖，均兼任过修订法律馆总纂和纂修，编制局副科员董康，则任修订法律馆提调。其余如章宗祥、章宗元、许同莘、马德润、陆宗舆、陈毅、熊垓、张孝移、高种、程明超、严锦荣、吴振麟等，也多为修订法律馆的核心成员。如此，则不难明白这些人员兼充宪政馆和法律馆两馆馆员，则对自己参与修订的法律进行审核，最后的结果是“通过”则无可疑虑了。即使宪政编查馆仍有成员与法律馆修订法律的活动不直接相关，但两馆大多数人员互为双方的咨议、顾问馆员，这点也导致两馆有互相认同感。宪政编查馆在宣统元年四月曾经奏调一批人员充任宪政编查馆咨议官，此举似乎亦在模仿此前法律馆在光绪三十四年十月四日奏调人员充任咨议人员的做法，此点观其奏调理由即可一目了然：“必宏广取询，疏通耳目而验之，推行者乃无虚浮之弊，加以各省开办调查统计咨议各局，时须往复讨论，切实考求，自应查照奏案，亟为遴派，以收众擎而裨宪政，年余以来，臣等咨行各衙门各省，分别遵照，此后遇有应行筹议事宜，随时咨访，用资赞助，各该员于制度沿革情形习惯及京外现办新政事宜，各当报告条陈，以备参考，总期周爰，咨度通变宜民，上副朝廷预备宪政实事求是之至意”〔2〕尤其是最后数语，与法律馆奏调人员理由更

〔1〕“宪政编查馆奏调员分任馆务片”，载《政治官报》宣统元年四月五日，第五六二号。

〔2〕“宪政编查馆奏遴员派充本馆一二等咨议官缮单呈览折并单”，载《政治官报》宣统元年四月五日，第五六二号。

是如出一辙。此次宪政编查馆奏调人员名单如下：

“吏部左侍郎	唐景崇
学部左侍郎	严修
丁忧礼部右侍郎	张亨嘉
法部左侍郎	沈家本
丁忧农工商部左侍郎	唐文治
内阁学士	吴郁生
内阁学士	陈宝琛
候补三品京堂	孙宝琦
外务部左丞	张荫棠
吏部左丞宗室	宝铭
度支部左丞	傅兰泰
礼部右丞	刘果
学部左丞	乔树枏
大学堂总监	刘廷琛
法部左丞	曾鉴
奉天左参赞署黑龙江巡抚	周树模
奉天右参赞	钱能训
江宁布政使	樊增祥
江苏布政使	瑞澂
署安徽布政使	沈曾植
山西布政使	丁宝铨
四川布政使	王人文
甘肃布政使	毛庆蕃
新疆布政使	王树枏
广西布政使	余诚格
直隶提学使	傅增湘

署江宁提学使	陈伯陶
署河南提学使	孔祥霖
署陕西提学使	余 墜
湖北提学使	高凌蔚
署湖南提学使	吴庆坻
署广东提学使	沈曾桐
署云南提学使	叶尔恺
署贵州提学使	陈 驥
吉林交涉使	邓邦述
云南交涉使	高而谦
奉天民政使	张元奇

以上三十七员拟派为臣馆一等咨议官

外务部左参议	周自齐
度支部左参议	曾习经
陆军部左参议	许乘琦
邮传部左参议	李稷勛
学部候补丞参	袁嘉谷
掌印给事中	陈 田
大理院推丞	王式通
掌辽沈道监察御史	史履晋
掌新疆道监察御史	江春霖
丁忧四川道监察御史	谢远涵
前翰林院侍讲	丁仁长
前翰林院撰文	王同愈
翰林院编修	胡嗣瑗
翰林院编修	张启后
丁忧翰林院检讨	金邦平

度支部候补参议郎中	晏安澜
学部员外郎	范源廉
分部员外郎	陶保廉
江西巡警道	张 检
直隶候补道	严 复
直隶补用道	汪士元
江苏候补道	王仁东
山东奏调候补道	周学渊
山西巡警道	王为干
直隶候补知府	张一麇
候补同知日本使署二等书记官	林鯤翔
以上二十七员拟派为臣馆二等咨议官。”〔1〕	

如果将两馆馆员以及咨议顾问人员名单做一比较，可以发觉，绝大多数修订法律馆人员均与宪政编查馆有人事上的关联。比如修订法律馆第二科总纂汪荣宝，同时任职于宪政编查馆编制局，还任职于民政部，这样他的工作方式比较特别，从其日记反映的工作情况来看，往往隔三四天去一次法律馆，平日半日往民政部，半日往宪政馆，当然工作时间并不严格遵循此规律，日常不断的是到部工作。我们由此从另一个侧面可知宪政编查馆与修订法律馆的工作时间模式上也如出一辙，都是弹性工作制，先设立一个指标，譬如编订或核定某律文，馆员可以不必到馆中，而是选择在家改订法律，遇有疑问可以到馆咨询或与同事合作，每周仅仅需要往馆内述职一至二次，这种模式，与现代高校或某些科研机构颇为相似。

因此，无论是从组织结构，管理模式，还是从工作关联，以及

〔1〕“宪政编查馆奏遵员派充本馆一二等咨议官缮单呈览折并单”，载《政治官报》宣统元年四月五日，第五六二号。

人员配备，工作时间安排等方面，我们都可以看出宪政编查馆和修订法律馆内在的“同质性”。所谓“同质”，即性质趋同，就修律而言，表现在两馆对修律宗旨、修律思路、应修法律的形式等大部分修律事宜上达成广泛的共识。在法律馆因为修律招致纷纷议论时，宪政编查馆得以其特殊的地位，对法律馆施以援手，而使其不致沉沦于保守顽固势力的阻挠中。

宪政编查馆对法律馆的支持是巨大的，最显著者有二端：一是对于修订法律馆组织的独立的支持，已如前述；二是对于法律馆起草的新式法典草案的支持，尤其是对争议最大的新刑律《大清刑律》草案的支持上。据光绪三十三年九月初五日宪政编查馆确立的修律办法：“应修各项法典，先编草案，奏交臣馆考覆，一面由臣馆分咨在京各部堂官，在外各省督抚，酌立限期，订论参考，分别签注，咨复臣馆，汇择复定，请旨颁行”^{〔1〕}是在修律馆草成法典草案之后，要交宪政编查馆复核，同时还要交内外官员提出修改意见或建议，以供修订法律馆和宪政编查馆考订时作最终参考。其实此前也有将法案交内外臣工集议的做法，秉“兼听则明”之意，签注并非是立法必经手续，但签注无疑会对法典草案最终呈现何种模样产生很大的作用。故光绪三十三年由日籍专家冈田朝太郎主持起草的《大清刑律草案》出台之后，宪政馆即按照这种思路，将该草案发交内外官员签注。从光绪三十四年至宣统二年，内外官员陆续奏上刑律草案签注，提出大量的反对意见（详见本书下节），于是朝廷命修订法律馆与法部参照各地签注，加以修正，编成《修正刑律草案》。然而在这一修订过程中，法部并没有很大作为，《修正刑律草案》依旧是在法律馆主导下完成的。就签注对法律馆的影响而言，有关研究者在统计了原案和修正案后的差别之处后，

〔1〕“宪政编查馆大臣奕劻等奏议复修订法律办法折”，载《清末筹备立宪档案史料》，第851页。

认为：“我们看到，尽管签注形成了一股强大的压力，但对刑律草案的影响仍然是有限的。且不论签注的意见远不止《修正刑律案语》所提及的 471 位次，即使这些，被采纳的也不到五分之一。对草案总则的修改，更加有限，总共只有六处，这和签注的意见之大是极不相称的。签注的大量意见，被汇集在了附则之中，另案处理。这表明了修订法律馆对签注的两种态度，一是对反对意见尽量轻描淡写……二是对反对意见尽量不进入正文，以避免对刑律草案形成整体性的冲击。所以尽管对初草做了不少修改，但并没有危及初草所确定的宗旨、基本原则和总体方向”。^{〔1〕}对这样一个极其新颖的现代性法典修正草案，宪政编查馆经过核定，并没有做很大的改动，其总则分则及章节的总体框架均无变化，仅就部分条文做了修整，核定后的草案，付资政院表决时，依然引起了大规模争论，最终不待议定资政院即已闭会，闭会之后，宪政编查馆奕劻为了防止来年再议刑律又起纷扰，于是单独奏上刑律，加入附带礼制性法律规定的《暂行章程》五条，最终使刑律基本按照法律馆思路得以通过。因此在“新律几有根本推翻之势”时，^{〔2〕}正是宪政编查馆的努力，才挽狂澜于即倒。

最后再重申一下为何在清末修律的过程中，宪政编查馆能始终支持修订法律馆，乃至看起来宪政馆几乎就成为了法律馆的坚强后盾。总结其原因，有三个方面：

第一，如前分析，在组织结构，工作关联，人员配备上，两馆具有极大的相似和交叉之处。

第二，两馆有着类似的情感体验、认知模式和行为方式。作为清末新设机构，两馆均充当着“新政先锋”的角色。两馆所从事

〔1〕 高汉成：“签注视野下的大清刑律草案研究”，中国政法大学 2005 届博士论文。

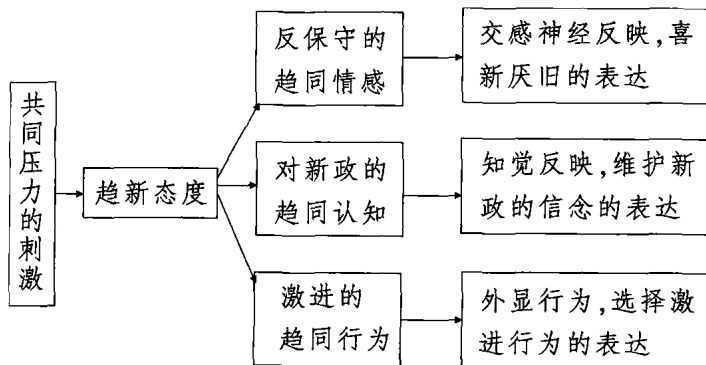
〔2〕 江庸：“五十年来中国之法制”，载《清华法学》第八辑，清华大学出版社 2006 年版。

的工作，都是此前传统政治活动中未见的，工作宗旨都具有极其强烈的“模仿列强”色彩，虽然“宪政”、“变法”都是清末强势话语，但在广大官员（民众）看来，清末新政本是内外交困背景下的无奈之举，他们所希望实行的只是如张之洞所提倡的“中体西用”的改革模式。而宪政馆法律馆的所作所为，在这些官员看来，无疑是“以夷变夏”的行为，偏离了“中体”，伦常纲教在宪政的面前有倾覆的危险，在其内心，当是更向往“贞观之治”而惊恐于“宪政之治”。只是因为抛开宪政，他们也想不到更好的更张办法，所以只能半信半疑的跟着宪政馆前进。但一遇到窒碍之处，他们依然会提出大量反对意见。是以宪政馆和法律馆一样，从成立之日起就面对着无穷无尽的攻击和反对声。^{〔1〕}两馆还因为模范列强而遭到同样的非议，如御史甘大璋所论的“……宪政编查馆偏重出洋学生但知趋步日本，不识中国数千年相承伦教之重哲学之微与国故民风之关系，法律馆一听客之所为，专赖所聘洋员录其国已成之法律，与我国伦教官制礼俗民情动多龃龉……”。^{〔2〕}在这种压力面前，两馆常常徘徊于激进与保守之间，最终和法律馆一样流于激进。因此，在保守的势力面前，两馆作为新生制度的创造者，与伦教官制礼俗民情不可避免发生巨大冲突，有着共同的“敌人”，犹如同一条绳子上的蚂蚱，彼此更容易理解和团结，心理上存在着

〔1〕 仅就是否要立宪而言，就有大量官员上奏反对，如光绪三十二年八月二十八日内阁中书王宝田等条陈立宪更改官制之弊，光绪三十三年二月二十二日江苏巡抚陈夔龙奏新政请勿庸扩充宪法或暂缓施行，光绪三十三年七月十七日章京鲍心增条陈护惜三纲振兴吏治等项不必泥言立宪，光绪三十三年七月十八日拣选知县举人褚子临等条陈宪政八大错十可虑，光绪三十三年十月外务部员外郎辜汤生陈言内政宜申成宪外事宜定规制并请降谕不准轻改旧章创行新政。分别参见《清末筹备立宪档案史料》（上册），第151~161、176~177、211~218、227~232、307~312页。

〔2〕 “礼部奏尊拟礼学馆与法律馆会同集议章程折”（并单），载《政治官报》宣统三年正月十四日，第一一七八号。

“同情”，对新政的认识也与保守势力迥异，而其行为模式则也是“趋新”行为方式。其心理模型如图所示：〔1〕



第三，两馆领导人个人有着较为和谐的关系。虽未见修订法律大臣沈家本和宪政编查馆大臣奕劻之间有多少私人交往，但就在感情倾向上，笔者推测两人是比较接近的。李贵连先生怀疑光绪三十二年秋开始的部院之争，就是清末丁未政潮中的一波。〔2〕这次政潮中，以瞿鸿玟、岑春瑄为一派，意在摧垮奕劻、袁世凯为另一派

〔1〕 此表借鉴罗森伯格和霍夫兰德的“态度中介示意模型”绘制而成，参见周晓虹：《现代社会心理学——多维视野中的社会行为研究》，上海人民出版社1998年版，第244页。

〔2〕 参见前揭李贵连：《沈家本传》，法律出版社2000年版，第259页。

的势力，^{〔1〕}此次争论还颇有点延续之前“清流”与“浊流”之争的意味，前者更注重官员品节，而后者更注重实务才能，当然本质上还是“为权力而斗争”。这样官员就面临着“站队”问题，沈虽未明显表示出自己的立场，但是此前沈曾上折弹劾过“瞿岑集团”

- 〔1〕 所谓丁未政潮，所谓“丁未政潮”是清廷上层的一次激烈的权利争夺，因为发生在光绪三十三年，农历丁未年，故称之为“丁未政潮”，以军机大臣瞿鸿机、林绍年并联合岑春瑄为一方，向奕劻父子及直隶总督袁世凯发动攻击，起初颇具声势，但由于奕劻与袁世凯在朝廷势力盘根错节，党羽众多，终于反败为胜，岑春瑄被排斥出京，瞿鸿机则被罢斥归里。清末官员陈夔龙在其《梦蕉亭杂记》中就记载有“丁未政潮”一条，叙此次政争原委：“辛丑公约签字后，两宫回銮。维时李文忠公（李鸿章）积劳病逝。项城（袁世凯）继任北洋。荣文忠（荣禄）居首辅，项城夙蒙恩遇，尚受节制。迨文忠逝世，遂以疆吏遥执政权。一意结纳近侍，津署电话房可直达京师大内总管太监处，凡宫中一言一动，顷刻传于津沽。朝廷之喜怒威福，悉为所揣测迎合，流弊不可胜言。癸卯，张文襄（张之洞）内召，两宫拟令人辅，卒为项城所挤，竟以私交某协揆代之。文襄郁郁，仍回鄂督任。继复推举某某人直枢廷，鞏下号称三君，均为其所亲昵。厥后议改官制，北洋所练大镇，应归陆军部直辖。不得已拨出第一、第三、第五、第六四镇归部。以直隶地方紧要，暂留二、四两镇自为督率。朝廷姑允之。以粮饷处羸余关系，与某尚书意见相违，竟尔凶终隙末。荣文忠歿后，善化（瞿鸿玟）主持枢政。项城初颇结纳之，嗣因商定中日和约，善化以外务部大臣资格先与日使交际一次，项城不悦，凡事阳推让，而阴把持，善化几无发言权。迨和约告成，两方遂成水火。善化得君最专，一意孤行。适内阁官制成，力排项城援引之某某等，一律退出军机；嗣以枢廷乏人，复召桂抚林赞虞（绍年）中丞为助。项城暨某某等闻之哗然，思有以报复。善化恃慈眷优隆，复拟将首辅庆邸一并排去。两宫意尚游移，诤言已传到英国，伦敦官报公然载中国政变，某邸被黜之说。适值慈圣宴各国公使夫人于颐和园，某使夫人突以相询。慈圣愕然。嗣以此事仅于善化独对曾经说过，并无他人得知，何以载在伦敦新闻纸中？必系善化有意漏泄。天颜震怒。项城探知原委，利啖言官奏劾。善化薄有清名，言路不屑为北洋作鹰犬，一概谢绝。重贿讲官某，上疏指参。善化竟不安其位而去。枢府乏人主笔，特旨召张文襄入辅，项城亦夤缘同时奉诏。时庆邸年老多病，屡经请假，复诏令醇邸在军机大臣上学习行走。然事无巨细，均由慈圣主持，诸臣但唯唯承旨而已”。参见陈夔龙：《梦蕉亭杂记》，北京古籍出版社1985年版，“丁未政潮”条。

中的要角岑春瑄，^{〔1〕}起意是光绪三十一年正月，岑以广西桂林府全州州同刘荫琛门丁李云甫、李松甫二人串役诈赃之名，将两人就地处斩，然后上奏朝廷，沈认为岑此一处理系草菅人命、破坏法律，因此上折参奏，措辞严厉，主张给予处分。而岑春瑄乃是自太后西狩之后崛起于政坛的一颗明星，此际圣眷正隆，处分之事最后不了了之，但此事必当会博得奕、袁的好感。且沈之任修订法律大臣还是由袁保举，袁也喜欢沈这种实心任事之人，影响到奕劻，自然也爱屋及乌，则其在各方面对沈都加以关照，提供支持也就不足为奇了。这方面的研究还有待于他日发现新材料，在此存疑待证。

以上种种，皆是说明在清末修订法律的机构中，宪政编查馆和修订法律馆是同质的机构。

二、礼学馆

在法律馆编订法律的过程中，还有一个机构，也曾经介入过法典编纂。这个机构就是礼学馆。但无论在组织机构的独立性、组织事务的多元化，还是组织在新政中地位重要性上，它都无法和宪政编查馆和修订法律馆同一而喻。

礼学馆创设缘起，在光绪三十二年，岑春瑄奏称：“奉行新政，必自兴学教民始，民之智能技术，可师仿他国，独至民德，则数千年文化之渐染，风俗之遗传，必就我所自有者修而明之，并请

〔1〕 岑春瑄，原名春泽，字云阶，云贵总督岑毓英之子，广西西林人。“庚子事变”期间，八国联军攻陷京师，慈禧挟光绪帝仓惶出逃，恰在此紧急时刻，岑春瑄及其所率马队自迢迢千里之外赶来救驾，并护送慈禧及光绪帝自雁北而太原，自太原而西安，颠沛流离，多着辛劳，被慈禧视作“恩人”，故宦途一帆风顺，由巡抚而总督，丁未入京，被任命为邮传部尚书。在两宫召对之际，岑氏面劾袁世凯勾结庆亲王奕劻狼狈为奸，贪污纳贿，扰乱朝纲，慈禧为之动容。由此而掀起了“丁未政潮”的狂涛巨澜。孔祥吉文。引文出处参见：http://www.singtaonet.com:82/arts/t20061226_429345_2.html。

开馆分门编订，为变政后士庶通行之礼”。〔1〕奏折上达朝廷后，朝廷命礼部学部议奏，光绪三十三年正月，礼部学部具奏，得出结果：“应如该督所奏，援古证今，分别增修，俾资遵守，以收纳民轨物之效，原奏所请徵儒开馆之处，拟由礼部附设礼学馆，详慎编纂”。〔2〕

是礼学馆最初是因岑春瑄奏请，为了不致千年礼教传统在新政中被“异化”，故而打算通过编订礼典，来收纳民轨物之效，因而设置。在礼部学部的看法，礼学馆是在礼部下面附设，故礼学馆一开始和法律馆一样，属于一个附设单位，但礼学馆直接由礼部管辖，这点则和法律馆不一样，因为法律馆是归修订法律大臣管辖，而非刑部管辖。此种差异造成了日后法律馆因修订法律大臣和刑部堂官角色分离而导致“归属危机”，终因此而成独立机构，与刑部脱离，而礼学馆则自始至终未能独立。所以我们看清末时期的文牍往来，从未见礼学馆有行文之权。

光绪三十三年四月，礼部奏上“筹办礼学馆大概情形并拟定章程”一折并清单，折中列出筹备思路：

“今臣等奉命设馆派员编纂，谨以通礼为宗旨，其门目仍以凶、吉、军、宾、嘉五者为纲，至外务部、陆军部、学部之所掌，无论已未奏行，均应由臣部咨行各该衙门，钞案送馆，择其可为典常者，依类编入，现在开馆伊始，拟请明降谕旨以肃海内之观听，并请俯准拨给款项以便在事之设施。臣等前奏请于臣部附设礼学馆，兹拟择本署偏北隙地建筑。所有起造房屋，购置器用一切开办经费，经臣部复实估计约需银二万两，以后常年经费统计纂修各员津贴及供事书手杂役工食并添置器

〔1〕《光绪朝东华录》（五），第5636页。

〔2〕《光绪朝东华录》（五），第5636页。

具图书纸张杂项等款撙节计算，大约岁需银三万两，相应请旨飭下度支部分别拨给以便开办。”〔1〕

观此筹办思路，与此前伍廷芳等筹办修订法律馆思路有几分相似之处，一年经费依旧是三万两，其定位也很明确，即修订礼书机构。再来看其办事章程：

“一、本馆钦奉谕旨设立，必须慎选僚属得人，而理拟遴派礼部官充当提调，司提点馆中一切事宜，并采访京外各官，不拘资格，惟以精于礼学，夙著闻望者，奏调到馆充当总纂分纂，其员数期于足数编辑，不预定额，此外又设总分校各员，仍以礼部官任之。

二、本馆专为修明礼教，而造端宏大，应将全书凡例先行编出，拟即奏调京外各官深通礼学者数员到署分门别类，妥订凡例，以后仍应随时修改，以求斟酌尽善。

三、本馆编辑宗旨，一以列圣钦定各书为主，其历代礼志以及唐宋元明国朝诸儒所辑礼书，旁及各衙门则例，成案，各省志乘风俗均应博考遐搜，折衷一是，庶几近遵王制，远亦不悖古义。

四、本馆编辑之始，必网罗古今荟萃众说，排比钩稽，以求至当，至成书体裁，则贵简要，期于易知易行。

五、本馆拟采访京外各直省官绅有识解宏通、熟精礼学者，仍仿照学部商部之例，奏派为修明礼制顾问官，遇事咨询，期于至当。

六、本馆在事人员，除提调校对系礼部官属，本有廉俸

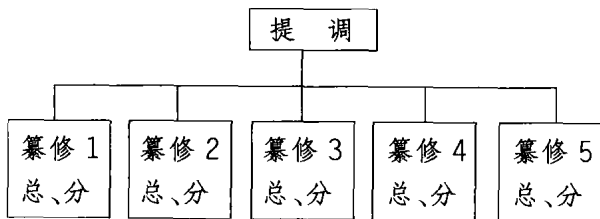
〔1〕“礼部奏筹办礼学馆大概情形并拟定章程折”（并清单），参见《大清法规大全·吏政部·内官制一》。

外，其余各官，亦不能多给薪水，俟全书告成，择优保奏酌予奖叙，此时拟仿京师各学堂教习之例，酌给薪水，统计编纂校对官十余员，人数既少，责成乃能专一，年限有定，款项不致虚靡。

七、本馆总校分校均于开馆后一年到差，敬谨校对进呈御览，毋得桀伪其缮写全书人员，拟届时考取举贡，择其文理优长，字体端洁者在馆当差，将来照各馆誊录例给予议叙。

八、礼学馆即在礼部附设，原冀稽查易周，兼可樽节经费，以期核实。”〔1〕

由此办事章程，我们可知礼学馆组织结构，如图所示：



由上图可知，礼学馆的组织结构极其简单，各个纂修之间目标任务比较接近，工作性质相同，可替代性强。也就是说纂修1和纂修2的从事的都是同质工作，不像修订法律馆译书处和编案处根本从事的是两种性质的工作，也不像宪政编查馆编制局和统计局也从事迥异的工作。礼学馆呈现出一种“扁平式”的管理结构，管理层次较少，而管理幅度大，便于管理人员与各总纂和分纂的沟通。与以上两馆正相反。所以就组织结构而言，礼学馆与法律馆异质。

〔1〕“礼部奏筹办礼学馆大概情形并拟定章程折”（并清单），载《大清法规大全·吏政部·内官制一》。

再就人员配备而言，其人员成分比较单一，都是礼部官员和京内外深通礼学的官员，注重馆员的礼学素养。因其目的旨在修订《大清通礼》一书，最初与修订法律事业无涉。是按此章程行事，法律馆和礼学馆并无瓜葛。当然，因为礼学馆奏准此章程较法律馆奏定章程早六七个月，所以等修订法律大臣于该年十月酌拟修订法律大概办法时，曾提到：“至体察中国礼教民情，所包者断非臣等之孤陋所能自信，拟略仿礼学馆章程分省延聘咨议官待以宾师之礼，用资受教”。〔1〕紧接着，在该年十一月修订法律大臣拟订的“修订法律馆办事章程”中的第十一条就规定：“仿照各部设咨议官之例，甄访通晓法政、品端学粹之员，分省延请，不必到馆办事，专备随时咨商，俟选定后开单具奏，请旨施行。”〔2〕很显然，这和礼学馆章程第五条有异曲同工之处，这算是礼学馆和法律馆最早的联系了。

尽管礼部较法律馆早拟出修礼思路和办事章程，但一直到光绪三十四年五月，仍未见任何动静，而法律馆则在三十三年十月底就已开馆办事了。于是有官员上书朝廷，认为礼学馆迟迟未能启动，乃是因为其无类似法律馆修订法律大臣这种领导人的缘故，于是要求专派大臣管理，设一类似“修订通礼大臣”这样的岗位，并将礼学馆与法律馆的工作连接起来。如掌辽沈道监察御史履晋就奏上“礼学馆宜专派大臣管理与法律馆会同商订”一折，内称：

“窃谓礼教者，致治之原，刑法者，防乱之具，古代圣王准礼以制义，即用礼以止刑，礼禁以未然之前，刑施于已然之

〔1〕“修订法律大臣奏拟修订法律大概办法折”，载《政治官报》光绪三十三年十月八日，第一九号。

〔2〕“修订法律大臣奏开馆日期并拟办事章程折并清单”，载《政治官报》光绪三十三年十一月二十一日，第六一号。

后，故法家出于理官，信赏必罚，以辅礼制。孔子曰齐之以刑，民免而无耻，齐之以礼，有耻且格。孟子曰徒法不能以自行。而西儒斯宾塞尔之《群学》谓群制与民品有交进之功，孟德斯鸠之《法意》亦兼有礼理法三义，是法典之设不外礼制之文，中外古今固同条而其贯也。今日欧风美俗所染日深，衿纓之士不读礼经，黉序之子竞谈新学，以逾闲荡检为自由，以尊己尊人为平等，以犯上作乱为民权，不但溃先圣之大防，亦且背西儒之学说。礼教不明良可慨已。前两广总督岑春瑄有见于此，奏奉谕旨开设礼学馆，惟自开办以来，未见进一草案。臣愚以为此事造端宏大，非博通古今洞明中外之才不足以成一代之盛业，示天下以宏规。若任一二乡曲腐儒，庸陋无识之辈，抱兔园册子草率成书，为世诟病，则礼教之精微尽失，益以启世俗菲薄之心，于世道人心所关匪细，顷见学部奏请新订法律与礼教有防一折，谓圣王因伦制礼，准礼制刑，凡刑之轻重等差，一本乎伦之秩序、礼之节文等语，深得明刑弼教之意，法律已专有大臣修订，尚不免受人指摘，良以无议院公议故，不能尽洽人心，礼教关风俗之汙隆，岂可不慎重将事，拟请简派深通礼意之大臣管理礼学馆，延聘通才会同修律大臣详细商订，并请飭下各省咨议局议事会公举学识宏通，留心时务之人来京与议，仿照东西各国议员立法之例，取决公论，俾纪纲法度互相维系，从宜从俗，立见实行，则礼教以兴，人心以正，亦与朝廷预备立宪庶政公诸舆论之意适相符合矣。”〔1〕

此折中的“顷见学部奏请新订法律与礼教有防一折，谓圣王因伦制礼，准礼制刑，凡刑之轻重等差，一本乎伦之秩序、礼之节

〔1〕“掌辽沈道监察御史履晋奏礼学馆宜专派大臣管理与法律馆会同商订折”，载《政治官报》光绪三十四年五月二十四日，第二三四号。

文”等语，系指光绪三十四年五月初七日，由张之洞主持的学部在签注修订法律馆所拟的新刑律草案时，鉴于新律与我国国情有违逆情形，所作的一个纠正。原奏中称：

“臣等窃惟修订法律国势所关，此次法律馆原奏所称列强竞峙，非藉法律保障不足均权势而杜覬觐一节，自系深明时局之论，原奏并称是编修订大旨，折衷各国大同之良规，而仍不戾乎我国历世相沿之礼教民情。是该馆博稽中外、参酌古今而尤兢兢注意我国礼教，果其所定各条皆能符合此旨，臣等尚复何言？惟臣部职司教化，明刑弼教理本相因，数月以来，悉心考核，查此次所改新律与我国礼教实有相妨之处，因成书过速，大都依据日本起草员所拟条文，故与中国情形不能适合。”〔1〕

自很有影响的学部首先对新刑律进行发难后，其余诸臣开始注意到新刑律与中国礼教脱节的事实，此时，原来一直处于相对冷落境遇的礼学馆开始受到关注，于是在此折中，大臣建议将礼学馆的制礼工作与法律馆的修律工作结合起来。这是让礼学馆参与制定法律事业的最初设想。此折奏上后，朝廷有旨，交会议政务处议复。

两个月后，会议政务处议复履晋此折，并不支持原奏意见。就原奏中的礼学馆需会同法律馆商定一节，会议政务处认为礼制、法律本为两种行为规范，不宜混同：“然则礼者，当举全国之人无贵无贱，而尽纳于轨物之中，与法律一门，仅禁止非理行为者，其范围之广狭固自不同，即其修订之条目，诸多歧异，该御史所请礼学

〔1〕《光绪朝东华录》（五），第5909页。

馆会同修律大臣详细商订一节，揆诸情事，似多窒碍”。^{〔1〕}就另派大臣管理礼学馆一节，也遭到驳回，“查礼学馆设立以来，业经礼臣奏陈办法，延聘各省顾问官绅与到馆纂修各员次第办理在案，自应责成礼部博访通儒，参酌古今，分设科员督飭认真妥慎修订。不得视为缓图延搁不办，似毋庸另派大臣管理礼学馆，以免倭卸。”^{〔2〕}最后就原先所指新律与礼教不谐之处，轻描淡写地做了开脱：

“至礼刑两事，一防于未然，一禁于已然，均为治民之大端，道齐之效虽有等差，弼教明刑理实一贯，今日修律大臣多采外国法律，于中国礼教诚不免有相妨之处，除学部曾经条奏奉旨飭修法律大臣会同法部再行详慎斟酌修改删并外，京外各衙门亦多有指摘，查方今教育之责，注重学部，应请飭下学部择其有关礼教伦纪之条随时咨会法部暨修律法律大臣虚衷商榷，务期于今而不戾古，庶几责任不纷而可以收补偏救弊之益，较为简要易行。”^{〔3〕}

很显然，会议政务处不主张将修律和制礼混为一谈，但又不便公开反对“礼法结合”的传统模式，所以将学部抬出来，隐含着“明刑”乃法律馆之职，而“弼教”则责成学部办理之意。此后，礼部虽然已经着手修订礼典，但礼学馆依旧未开。

随着内外大臣对新刑律的意见源源不断上奏朝廷，内容多指责

〔1〕 “会议政务处奏议复御史履晋奏礼学馆宜专派大臣管理与法律馆会同商订折”，载《政治官报》光绪三十四年八月一日，第三〇〇号。

〔2〕 “会议政务处奏议复御史履晋奏礼学馆宜专派大臣管理与法律馆会同商订折”，载《政治官报》光绪三十四年八月一日，第三〇〇号。

〔3〕 “会议政务处奏议复御史履晋奏礼学馆宜专派大臣管理与法律馆会同商订折”，载《政治官报》光绪三十四年八月一日，第三〇〇号。

新刑律与礼教传统有违，又加之两宫于光绪三十四年先后龙驭殡天，围绕着宪政、法律、礼制与国家关系的争论又起。于是宣统元年正月二十七日，上谕重申修律宗旨：

“……惟是刑法之源本乎礼教，中外各国礼教不同，故刑法亦因之而异。中国素重纲常，故于干名犯义之条，立法特为严重，良以三纲五常，阐自唐虞，圣帝明王，兢兢保守，实为数千年相传之国粹，立国之大本，今寰海大通，国际每多交涉，固不宜墨守故常，致失通变，宜理民彝于不蔽，该大臣等务本此意，以为修改宗旨。”〔1〕

这道谕旨是在新刑律遭受纷纷物议的情况下出台的，朝廷迫于公论，不得已重申“立法中当寓礼教”之意，这一道奏折，又给主张“礼法结合”的官员以新的论据。

果然，宣统元年二月初，内阁侍读大学士甘大璋奏上“宪政、礼学、法律三馆亟宜贯通”一折，内中对宪政、礼学、法律三馆未能很好配合，致使其成果与国情隔阂较多的状况进行了批评，并提出将三馆贯通合作共事的建议，折内载有：

“……现闻礼学馆但主纂书不明修礼，宪政编查馆偏重出洋学生但知趋步日本，不识中国数千年相承伦教之重哲学之微与国故民风之关系，法律馆一听客之所为，专赖所聘洋员录其国已成之法律，与我国伦教官制礼俗民情动多龃龉，该三馆为议法之权衡，宜如何慎重周详，岂可听其草率从事，又听其各不相谋，致修礼成无用之册，订律有非礼之条，即编成宪法，

〔1〕《政治官报》宣统元年正月二十八日，第四六八号。

势必视为不能实行之具文。拟请飭令宪政、礼学、法律三馆会同集议，提出礼教与宪政法律互有关系互相出入及所有妨碍所当损益各条别为议察，各据所学，引抉经心，参酌宪章，勘合律意，统归画一。始行决定以礼为规定宪法之依据，以律为维持礼教之大防。庶三馆贯通而立法乃并行不悖……”〔1〕

此折奏上后，朝廷着礼部法部会同集议后咨商宪政编查馆再行复核。但是很长一段时间，未见任何动静，法律馆依旧我行我素，而此后法部会同法律馆修订新刑律草案也未知会礼学馆。

无奈之下，宣统元年闰二月，礼部上奏“礼学开馆酌拟凡例进呈”等折并清单，宣布于宣统元年闰二月十七日开馆，添派博学硕儒陈宝琛为礼学馆总理，并制订了礼书凡例。〔2〕于是直到这个月十七日，礼学馆才开馆办事，从光绪三十三年四月礼部拟订礼学馆章程到宣统元年闰二月礼学馆开馆，期间用去了近两年，礼学馆可谓“千呼万唤始出来”。这与法律馆从筹设到开馆仅用月余时间（指光绪三十三年独立后的修订法律馆），真有天壤之别。从中亦可见在新政活动中，迫于时势要求，对修订新律的重视，比较起重定礼典，后者显然在清末新政中，已经失去了市场。从中我们亦可知，礼学馆与法律馆存在着质的不同，前者为传统的修礼机构，而后者为新兴的编律机构。一意在保守国粹，一意在引入新法。

当然，礼部礼学馆并不甘心被新政所遗忘，避免只是做安慰那些国粹派聊以自慰的摆设而已。在新政背景下各部院都在角力的权力场中，它也要分得一杯权力之羹。考察清末最后一段国家政治生

〔1〕“礼部奏尊拟礼学馆与法律馆会同集议章程折”（并单），载《政治官报》宣统三年正月十四日，第一一七八号。

〔2〕“礼部奏礼学开馆酌拟凡例进呈等折”（并清单），载《大清光绪新法令》第一函第四册。

活，礼部的地位可谓每况愈下，原来开科取士选拔人才权力因废科举而被学部所剥夺，时局的动荡又造成社会的“礼崩乐坏”，礼部几乎被视为与新政无涉的部门。在这种情形下，礼部礼学馆正好借甘大璋奏折的契机，意图从修订法律馆那边夺得一部分修订法律的权力。

终于在宣统二年十二月二十五日，沸沸扬扬的新刑律草案之争因资政院的闭会而告一段落，宪政编查馆奏请提前颁布之时，礼部奏进“尊拟礼学馆与法律馆会同集议章程”一折并单，折中埋怨了法部与法律馆修正新律草案时未曾知会礼学馆的做法，而要求在下一阶段修订民法的活动中须有礼学馆的参与：

“惟是上年二月奉旨之后，当时未经拟定集议章程，以致法律馆修正新刑律未与臣馆集议，即于十二月间会同法部具奏，其中有关礼教诸条臣馆未能稍参末议，不无遗憾。伏思刑律施行于犯罪之后，与礼教之关系已多，况民律则日用民生，在在与礼教相为表里，臣馆若不预闻，非特法律馆所编民律恐有与礼教出入之处，即臣馆所编民礼，必多窒碍。宣统三年即届核订民律之期，亟应拟定章程，两馆互相联络，共同商办，以免合则双美离则两伤之虑。”〔1〕

折后，附有《礼学馆与法律馆会同集议章程》四条：

“一、两馆官员应互相联络也。查礼学馆以总理主之下，有纂修校勘等员，法律馆以修订法律大臣主之下有纂修协修各员，应令两馆馆员互相联络，凡有应译之件，彼此往来，和衷

〔1〕“礼部奏尊拟礼学馆与法律馆会同集议章程折”（并单），载《政治官报》宣统三年正月十四日，第一一七八号。

商办，禀承总理修订法律大臣核定，遇有重要之端，由总理与修订法律大臣面商办理。

二、法律馆编出草案，底稿应一律分送礼学馆也。法律馆编纂各项草案，向系拟出初稿，先用腊印分送馆员共同讨论，应令法律馆于民律草案初稿拟出腊印分送时，照送礼学馆数份，以备研究集议。

三、两馆书籍案卷应准彼此检查也。礼学馆所存书籍案卷，皆关礼教而多与法律相表里，法律馆所存书籍案卷，皆关法律而亦时与礼教相贯通。两馆馆员如有应行参考之处，应令随时彼此检查以资印证。

四、议定之后应由礼部礼学馆法部法律馆会同具奏也，即系两部两馆遵旨集议之案，自应两部两馆会衔具奏，所有民律草案内有关礼教诸条，应由礼学馆法律馆会同集议后咨商宪政编查馆复核，再由礼部礼学馆法部法律馆会同具奏，以昭慎重。”〔1〕

此集议章程呈上后，朝廷准奏。因民法与礼教风俗民情关系密切，且编订在即，法律馆无可再争，于是与礼学馆达成妥协。最终，在清末修律的最后一年，礼学馆终于参与到了修律活动中，于是《大清民律草案》前三编总则、债券、物权由法律馆调查员松冈义正起草，而后两编亲属、继承则由法律馆高种、朱献文会同礼学馆起草。可惜草案未及交资政院审议，国变已起，礼学馆的修律事业归于消散。

综上，礼学馆与法律馆真正有工作关联不足一年，参与的修律活动也属寥寥，二者之间即使有冲突也随着时局纷乱而被冲淡，而

〔1〕“礼部奏尊拟礼学馆与法律馆会同集议章程折”（并单），载《政治官报》宣统三年正月十四日，第一一七八号。

法律馆也明白礼教民彝在婚姻继承中的地位，终究不能照搬日本法典，于是在两编内容上达成妥协。一切皆不足为奇。较之法律馆，值得我们注意的倒是礼学馆平淡无奇的修书工作和颇为坎坷的发展之路，或许这才是说明两馆乃为异质机构的最好注脚。

第三节 来自王公疆臣的压力

自修订律馆修成近代第一部新式法典草案——《刑事民事诉讼法》草案起，修订法律馆就陷入了铄金众口的包围中，其中一个重要的压力来源就是王公疆臣，其矛头则指向修订法律馆制定的种种法律草案，个中激烈程度尤以光绪三十二年完成的刑事民事诉讼法草案和三十三年的大清刑律草案为最。

光绪三十二年四月初，修订法律大臣伍廷芳沈家本奏上“刑事民事诉讼法拟请先行试办”折并清单，要求朝廷下诏试行该法。该折首先交代该法制定的缘起，是因为此前伍廷芳等议复江督刘坤一“恤刑狱”条时，曾经提及废除刑讯的建议，^{〔1〕}但伍氏此建议随后遭到御史刘彭年的非难，其中有一点理由即是：“臣等愚以为禁止刑讯，须俟裁判诉讼各法俱完备后，方可实见施行”。^{〔2〕}同时刘还认为中国自古民事诉讼与刑事诉讼不分，民事固不宜刑讯，而刑事不妨刑讯，只有待民刑诉讼法律修成后，方能真正在民事领域中禁刑讯。据此，修订法律馆顺水推舟，“拟编辑简明诉讼章程，先行奏明办理”。^{〔3〕}于是开始制定这个章程。但一年后完成时则命名为《刑事民事诉讼法》。

〔1〕 参见《光绪朝东华录》（五），第5357~5359页。

〔2〕 《光绪朝东华录》（五），第5357页。

〔3〕 《光绪朝东华录》（五），第5359页。

折中随后指明若不制定诉讼法，则无以解决华洋诉讼纠纷，更不用说收回领事裁判权，故诉讼法事关国运：“中国华洋讼案日益繁多，外人以我审判与彼不同，时存歧视，商民又不谙外国法制，往往疑为偏袒，积不能平，每因寻常争讼细故，酿成交涉问题。比年以来，更仆难数。若不变通诉讼之法，纵令事事规仿，极力追步，真体虽充，大用未妙，于法政仍无济也”。〔1〕折中接着指明新诉讼法草案内容上两个最重要的方面，即一是仿照英美法系设立了陪审制度，二是引进了律师制度。最后附上该草案，共5章，260个条文。朝廷旋即谕军机大臣等：“……该大臣所纂各条，究竟于现在民情风俗能否通行，着该将军督抚都统等体察情形，研究其中有无扞格之处，即行缕析条分，据实具奏。”〔2〕

很快，陆续有大臣上奏意见，几乎是一致地反对施行刑事民事诉讼法。如光绪三十二年九月十一日，广西巡抚奏：“新纂刑事民事诉讼各法，广西尚难通行，盖俗悍民顽，全恃法律为驾驭，闲以不测示恩威，若使新法遽行，势必谤张百出。未足以齐外治，先无以靖内讷。”〔3〕十一月初十，直隶总督袁世凯奏：“新纂刑事民事诉讼法，内有扞格者数条，请飭再议。”〔4〕翌年正月二十四日，河南巡抚张人骏奏，覆陈民刑诉讼法，碍难试办。〔5〕此外杭州、浙江、闽浙、陕甘等地的总督巡抚将军也都俱各上奏，内容都是鉴于新纂诉讼法与国情不符，故得出“碍难试办”的结论。

最终在光绪三十三年七八月间，清末重臣湖广总督张之洞的签注，宣告了这份草案的终结。该签注从三个方面，批驳了草案的

〔1〕《光绪朝东华录》（五），第5504页。

〔2〕《光绪朝东华录》（五），第5506页。

〔3〕《清德宗实录》卷五六四，第463页。

〔4〕《清德宗实录》卷五六六，第486页。

〔5〕《清德宗实录》卷五六九，第534页。

迷误。

第一，在立法宗旨方面。张之洞认为草案与“中法本原似有乖违者也”，“盖法律之设，所以纳民于轨物之中，而法律本原与经术相表里，其最著者为亲亲之义，男女之别，天经地义，万古不刊”。〔1〕而现在此诉讼法“父子必异财，兄弟必析产，夫妇必分资，甚至妇人女子责令到堂作证”，真是坏中国礼教之大仿。所以张认为该草案严重背离了应当坚持的立法宗旨：本于礼教。

第二，在立法目的方面。张认为此草案希望借此来收回治外法权的立法目的是幼稚的。其一，各国侨民之所以不守中国法律，并不全是司法裁判的不公，而是法律本身未尽完善。所以即使诉讼制度方面很完善，若无其他法律配合，一切徒然。其二，外人贪得无厌，即使诉讼法和其他法律完善了，他们也会吹毛求疵，百般抵制放弃治外法权。其三，根据日本经验，收回治外法权并不因为法律的进步，而实际是需以国家军事实力为后盾，“专视国家兵力之强弱，战守之成效以为从违”。〔2〕故而施行此法，立法目的是难以达到的。而因为此法过于迁就于外，若“贸然举行，而至承审官、陪审员以至律师、证人等无专门学问，无公共道德，骤欲行此规模外人貌合神离之法，势必良懦冤抑，强暴纵恣，盗已起而莫惩，案久悬而不结”〔3〕，非但法权难以挽回，国内秩序也会被搞坏。

第三，在法律原理方面。作为程序法的诉讼法应该为实体法服务，现在中国实体法还没有改定，先有诉讼法，是本末倒置，不仅会给以后修律带来麻烦，在实践中也不可行。

〔1〕 张之洞：“遵旨核议新编刑事民事诉讼法折”，载苑书义等主编：《张之洞全集（第三册）》卷六九，河北人民出版社1998年版，第1772页。

〔2〕 张之洞：“遵旨核议新编刑事民事诉讼法折”，载苑书义等主编：《张之洞全集（第三册）》卷六九，河北人民出版社1998年版，第1773~1774页。

〔3〕 张之洞：“遵旨核议新编刑事民事诉讼法折”，载苑书义等主编：《张之洞全集（第三册）》卷六九，河北人民出版社1998年版，第1774页。

作为清末南洋大臣，湖广总督，思想界的权威人物，张之洞在朝廷和百官中的地位都是极其崇高的，此前其“中体西用”论，已成为士大夫广泛共识，故他的这份签注极具冲击力。后来刘锦藻等在编纂《清朝续文献通考》时，曾将此签注原奏收录于内，并加案语：

“此因修订法律大臣所纂新诉讼法不合本国风俗，故有此奏，通篇议论通达，宗旨纯正，可为千古变法圭臬。西国法家有言，无论何国法令，须合本国人情，若舍己芸人，效颦学步，必貽削足适履之讥，不适用云云，正与此折所陈不谋而合。可见无论中外，法条虽殊，法理则同，修律诸臣若肯守此旨，何至新律草案一出，招令内外臣工纷纷驳斥，貽后来之流弊乎，备录于册，足见老成谋国，深心远虑，与新进少年喜事更张者异矣！”〔1〕

作此案语的作者本为遗老，故通篇赞扬张之洞之通达，不足为怪。但其看到新律与本国礼教民情风俗习惯相去甚远，在现实运用中颇多窒碍，招致内外反对，而此后法律馆并没有吸取教训，以致遗弊于后，亦不为毫无见地，后来新刑律草案出台，引起疆臣更大的反对，正足说明这一点。

诉讼法草案因疆臣的反对而遭搁置，法律馆也暂时停止制定诉讼律的举动，转而将工作重心转回到修订刑律上来。就在伍廷芳主持修订的诉讼法草案完成后，光绪三十二年九月日本法律专家冈田朝太郎到修订法律馆任职，他到任后，马上“改弦易辙，坦率地也完全不恰当地否定了该馆已经完成了七八成的刑法初稿，在沈家

〔1〕《清朝续文献通考》卷二四四（刑三），第9888页。

本和伍廷芳的同意下，重新草拟新的刑法”。〔1〕此处的刑法初稿，即此前由沈家本主持的《大清律例》修订稿，后来这一成果反映在《大清现行刑律》中，而冈田的到来使沈家本正在修订的刑法稿遭到搁置，转而起草一全新的近代新刑法。

光绪三十三年八月二十六日和十一月二十六日，起草一年的新刑律草案总则与分则相继上奏朝廷，宪政编查馆发下交王公疆臣签注讨论，提供意见。此后自从光绪三十四年五月起直到宣统二年底止，陆续有签注意见汇总到法律馆，这些意见照例是贬多而褒少。签注原奏和清单数量较大，无法在此一一备录，谨就各签注所反映的主要问题分类言之。

需要说明的是，尽管签注多为反对之辞，但就是否需要变法，新刑律草案能否代表时代发展的方向上，答案是肯定的。迄今为止未见到一份主张墨守成规、不变成法的签注奏折，众王公疆臣大都能体会修订法律馆人员编纂新律的苦心。如直隶总督杨士骧即奏：

“……现我国国会未开，立法机关尚未完全，而旧时刑律核与现今情事又渐不适以墨守，如海禁改为保护商律别辑专条之类，其应行酌改者正多。此项新刑律草案，经修订法律大臣采取各国成法，逐条详考沿革、论述大要，并著引用之法，纂定至为精博。”〔2〕

是直督主张修订近代新刑律，并认为法律大臣主持纂修总体上是“精博”的。其他官员对修订法律馆修新刑律期于收回领事裁判权的苦心也予以一定理解，如江西巡抚冯汝骥即声言：“自海禁大开，交涉日益，中西狱讼，往往以彼此刑律重轻，坐视夫法权之

〔1〕 参见前揭任达：《新政革命与日本》，第182页。

〔2〕 宪政编查馆编：《刑律草案签注》（宣统二年）。

丧失而莫可如何。事穷则变，亦不得已之势也。查新定刑律草案……用心良苦。”〔1〕

但在肯定新律是应时而制的同时，更多的则是对新刑律诸多方面的批判，矛头集中于以下几个方面：

第一，认为新刑律不符合礼教传统。所谓礼教传统，即长期以来被朝廷和百姓普遍奉行的（甚至已成习惯）亲亲、尊尊、男女有别的思想观念和修身、齐家、忠君的爱国行为模式。在法律面前，依然要讲究君臣之义、父子之亲、男女之别，依然要维护三纲五常，以家族主义为指归。而新刑律恰恰在许多方面，违反了这样的传统。这方面，照旧是张之洞主持之下的学部第一个跳出来反对，〔2〕措辞极为严厉，认为新律紊乱了伦常秩序：

“一、中国制刑以明父子之伦……新律草案则伤害尊亲属因而致死或成笃疾者或不科以死刑，是视父母与路人无异，与父为子纲之义大相刺繆者也。

二、中国制刑以明夫妇之伦……新律草案则并无妻妾殴夫之条，等之于凡人之例，是与夫为妻纲之义大相刺繆者也。

三、中国制刑以明男女之别……新律草案则亲属相奸与平民无别，对于十二岁以下男女为猥亵之行为者或处以三十元以上之罚金，行强者或处以二等以下有期徒刑……是足以破坏男女之别而有余也。

四、中国制刑以明尊卑长幼之序……新律草案则并无卑幼殴杀尊长之条，等之于凡人之例，是足以破坏尊卑长幼之

〔1〕《清末筹备立宪档案史料》（下册），第856页。

〔2〕张之洞于光绪三十三年七月二十七日被授予军机大臣，进京入参机务，旋即被任命管理学部事务。

序而有余也。”〔1〕

而两广总督张人骏则认为中国以家族为社会之根本，而新律没有很好地照顾到这个事实，如果贸然施行，则会引起很大的麻烦：

“以立法之内容言。西人用人格主义不用家族主义，日本新刑法亦然，我国不能援用。上征国史，下察民情，皆莫不以家族团体为国家之根本。……若忽将家族主义骤然攻破，则全国人民国家之观念既浅，家族之范围复弛，恐人心涣然更无术可以结合。”〔2〕

浙江巡抚增韞则认为弃礼教而概从西法，是削足适履的行为，实践中也行不通：“刑法变更可以与时为进止，不容削足而适履。纲常名教断难自弃，防闲除恶惩奸，尤宜加重刑典。若徒摹文明，概从宽滥，且恐法权未渥，内溃先形，驯至不可收拾”。〔3〕同样，直隶总督杨士骧也认为：

“夫中国治民之道，断不能离伦常而更言文明，舍礼制而别求教化。今徒骛一时之风尚，袭他国之名词，强令全数国民以就性质不同之法律。在执笔者以为，时令既趋于大同，法典宜取乎公共。不知师长去短则可，削足适履则不可。若以中国数千年尊君亲上之大防、制民遏俗之精义翻然废弃而不顾，恐法权未收，防闲已溃，必致奸匿放恣不可收拾。”〔4〕

〔1〕《光绪朝东华录》（五），第5909页。

〔2〕《清朝续文献通考》，第9924页。

〔3〕《清末筹备立宪档案史料》（下册），第856页。

〔4〕宪政编查馆编：《刑律草案签注》（宣统二年）。

这两种看法颇具有代表性，在督抚看来，数千年礼教传统，正是中国治民之宝，乃旧律之精华，舍此从人，无异于弃琬琰而取砾石。更重要的是，礼教于今已成习惯，新律骤然更张，恐于现实不适应，非但收不回治外法权，转而引起更多的动荡。此外，其他疆臣也侧重于论述新律违反礼教如果实行会带来的不良后果，如湖南巡抚岑春煊即认为：

“夫制定法律必有精神所专注之处，是为定律之宗旨。未有宗旨不明而法令能颁布施行者也。我中国法律缘于礼教为古今制法唯一之原则。…今危及帝室亦可罚金，毁尊亲属墓罪止徒刑，恶逆之罪不辑专章，强奸罪名不至于死。则忠孝之道衰、廉耻之防弛。世俗方兢嚣张，一溃更难收拾。”〔1〕

是督抚主张在新律中维护礼教传统，更多是为了防范社会失范之意，迨无可疑。

第二，认为新刑律有语言文法与名词术语悉仿日本。不仅有损国体，而且艰涩难懂，更严重的是会造成实际应用上的障碍。江苏巡抚陈启泰即批评新刑律语言晦涩的弊端：“至于采用日本名词，骤见之虽觉新异，细按之尚属简赅，惟语句艰涩，颇多费解，未必知愚共晓。虽中律亦有非注不明者，而草案实为尤甚，此非名词稍新之足病，实文义太晦而难明也。”〔2〕而对于因法律语言问题导致应用上的流弊一端，则安徽巡抚冯煦奏章陈述的更为明白：

“至于名词文法，似宜精益求精，不宜专采诸日本。日本人以西书之名词翻我国之汉字，有渊源故书而确有考据者，有

〔1〕 宪政编查馆编：《刑律草案签注》（宣统二年）。

〔2〕 《清末筹备立宪档案史料》（下册），第858页。

抚拾俗字而失其真义者。我国修订法律，取舍之间，应由权衡，典雅之字不妨相仍，桀骜之词概宜屏而不录。盖法律为诗书之补助，即刑罚亦系教育之一端。若条文词义与本国文学或相背戾，解释不易。奉行遂难。…即法律名词，宜因者因，宜创者创，亦非难能之事。若似中非中、似西非西之日本书法，断不可略相摹仿，使其浸入我国。倘更编诸法典，恐舞文弄墨之辈，有将利用此等文法自便私图，其流弊尤有不可胜言者。”〔1〕

因此，督抚反对新刑律照搬照抄日本语言文法，其最终的出发点也是因为其在社会上的可行性，害怕“若悬为禁令，不惟乡愚不能领会，即素习中文者亦苦于索解之难。万一引用之时或致误会，则所系更非浅鲜”〔2〕造成司法上的困难。

第三，认为新刑律刑罚轻重失衡，许多制度缺乏可操作性。在这一方面，督抚列举了大量事例，来证明新刑律与当下社会情势严重脱节，其中尤以江苏巡抚陈启泰的三点意见最为典型。陈认为新刑律有三失。其一为“失之太轻”：

“现行律例，死刑七百六十条，益以历年加重章程。法网虽云繁密，然凌迟枭示，业奉明诏免除，立决监候，又复层递降改，又足以示宽大之仁。况秋谳衡情，实予勾觉者，十不逮一，名为死刑，初未尝尽绝生机。东西各国死刑较少，中律改良，原不得不稍加删节。第通计草案处死刑者，仅四十六条，以视现行例章，相去不啻十数倍，甚至谋反叛逆强盗强奸，尚

〔1〕《光绪朝东华录》（五），第5972页。

〔2〕都察院签注原奏，转引自高汉成：“签注视野下的大清刑律草案研究”，中国政法大学2005届博士论文，第45页。

有不死之条。而各项之未遂罪，皆得以罚金了之，恐水濡民玩，犯法者更多矣。此失于太轻者一。”〔1〕

其二为“失之太混”：

“斡若画一，立法本无二门。故自斩绞以至笞杖，等级井然，刑止终于一，成例不介于两可。苟有出入，虽一杖一笞，吏议有所不恕。草案每条文于罪名之等级，往往设为某等刑至某等刑上下起讫，相去太远。易刑附刑，界说未明。即如第一百八十二条内云：处死刑、无期徒刑或一等有期徒刑。同一罪状而论刑则分三等，凡此之类，不胜枚举。其条文内又未将如何而得处何刑之处，酌为声叙。当此裁判人才缺乏，官吏于法律未尽熟谙，势必至高下任意，处断难平。此失于太混者一。”〔2〕

其三为“失之太疏”：

“比附加减之法，三代已有行之，非自秦汉以降始创也。诚以天下事变万端，有非法律所能赅载者，故特设此条为用法之准则，此正执简御繁之善法。虽曰援引比附，而仍不越乎正律之范围，犹是司法之向例，与立法迥乎不同，岂得指比附为司法而兼立法，与三权分立之义不符，竟可删除不用。况考诸外国法律，非无比较参照之办法。即草案内亦尚有准照某条适用之文。乃独于第十条著明：凡律例无正条者，不论何种行为

〔1〕《清末筹备立宪档案史料》（下册），第858页。

〔2〕《清末筹备立宪档案史料》（下册），第858页。

不得为罪。转似明导人以作奸趋避之路。此失于太疏者一。”〔1〕

第四，新刑律对收回领事裁判权没有实质性作用。虽然法律大臣奏陈修律其重要目的之一是为了收回领事裁判权，但地方督抚乃至修订法律大臣本人内心也并不认同此点，此只不过是修订新律提供一个论据而已，之前也许有防止极端顽固派阻挠修律而引此为抵制之用，但在朝廷明言立宪之后，这个问题几乎可以忽略。学部奏折照旧很明显地延续了张之洞此前议奏诉讼法草案时候的论调：“并非必须将中国旧律精义弃置不顾，全袭外国格式文法，即可立睹收回治外法权之效也。盖收回治外法权，其效力有在法律中者，其实力有在法律外者。”〔2〕其余如安徽巡抚冯煦以及都察院签注都有相同论调。只是强调这一点，实际上是批评修订法律馆过分注重“外交”的作用，而忽视了新律在“内治”上的作用，根本上还是怕新律不能适应社会现实。

此外，其他督抚在死刑问题、刑法与法律设施相配套问题、刑法与现代法律人才相适应问题、加减比附问题、罪责处断问题等诸多方面，对新律展开了严厉批评，其根本的结论是：新刑律太过超前，不便适用。疆臣们的签注意见给修订法律馆带来巨大的压力，许多疆臣甚至出离愤怒了，董康回忆道：

“时张文襄兼任学部大臣，其签注奏稿，语涉弹劾，且指为勾结革党。副大臣宗室宝熙，例须连署，阅之大惊，谓文襄曰：‘公与沈某有仇隙耶？此折朝上，沈某暨馆员夕诏狱矣！’文襄曰：‘绝无此意，沈某学问道德，素所钦佩，且属葭草戚

〔1〕《清末筹备立宪档案史料》（下册），第858页。

〔2〕《光绪朝东华录》（五），第5909页。

也。’宝曰：‘然则此稿宜论立法之当否，不宜对于起草者加以指摘。’遂由宝改定入奏，则此点获安全过去者，宝之力也。”〔1〕

是可见王公疆臣的压力几乎使修订法律馆倾覆于诡譎的清末政治风云中。这些王公疆臣的签注意见上奏朝廷后，朝廷发交修订法律馆和法部会同参照签注意见，对新刑律草案进行修正。修订法律馆采取变通的办法，对“有关伦纪一条，恪遵谕旨，加重一等。”〔2〕复交法部核议，法部尚书廷杰尚不以为足，增入附则五条：〔3〕

“第一条 本律因犯罪之情节轻重不同，故每条仿照各国兼举数刑以求之审判。但实行之前仍酌照旧律略分详细等差，另辑判决例以资援引而免歧误。

第二条 中国宗教尊孔，向以纲常礼教为重，况奉上谕再三告诫，自应恪为遵守。如大清律中十恶、亲属容隐、干名犯义、存留养亲以及亲属相奸、相盗、相殴并发冢、犯奸各条均有关于伦纪礼教，未便灭弃。如中国人有犯以上各罪，应仍照旧律办法，另辑单行法以昭惩戒。

第三条 应处死刑，如系危害乘舆、内乱、外患及对尊亲属有犯者，仍照臣馆第一次原奏，代以斩刑，俾昭炯戒。

〔1〕 董康：“中国修订法律之经过”，载《董康法学文集》，第461页。

〔2〕 奕劻：“奏为核订新刑律告竣敬谨分别缮具清单请旨议折”，载《钦定大清刑律》所附奏折。

〔3〕 宪政、法律两馆馆员汪荣宝在日记中记载道：“午刻，到修订法律馆，得睹刑律草案会奏稿，法部已允于明日具奏，惟于草案内加附则五条，大旨谓：‘阅，于伦纪各条悉依旧律办理’”，似此附则五条为法部之意见。参见《汪荣宝日记》，宣统元年十二月廿一日。

第四条 强盗之罪，于警察及监狱未普设以前，仍照臣馆第一次原奏，另辑单行法，酌量从重办理。

第五条 卑幼对于尊亲属不得援用正当防卫之例。”〔1〕

可见在疆臣的压力中，修订法律馆做了一定的妥协。虽说在宪政编查馆的庇护下，修正刑律草案基本上还是保留了修订法律馆原先所确定的宗旨、基本原则和总体方向，但修正案比起原刑律草案而言，已经在具体制度方面做了很大改动，疆臣的签注意见一定程度上扭转了草案的偏差和错误，使草案更切于国情而具可行性。

总结这些封疆大吏们的言论，可以发觉他们并不是非得形而上地坚持遵行礼教传统，乃至认为是千载不变的教条，有许多督抚宣扬礼教，更多是为了响应朝廷宣统元年正月二十七日的那道谕旨。〔2〕朝廷也许会为了贯彻一个理念而努力，而地方督抚则多会从法律的适用（实用）性这个角度上着眼，他们会在贯彻领会朝廷意图和有效治理所管地域这两者上寻找平衡点。而在此过程中，如果贯彻礼教有助于他们治理地方，他们当然要贯彻，本不在于它是否是立国之本还是民族精神，也不会深刻考虑法律的内在价值和其中所体现的文化内涵。故而疆臣的签注中，关涉礼教更多是在唱高调，真正意图还是落实到具体制度的改进上。他们本为治民之官，法律在他们看来，更多是一种“防民之具”。既然是工具，根本不在“华夷之辩”，而在于可行与否。其论礼教，论立法语言，论刑事制度，种种议论中，所援引的“华夷之辩”，依然是为了说

〔1〕 修订法律馆印：《修正刑律案语》。

〔2〕 见本章第二节“礼学馆”部分所载：“……惟是刑法之源本乎礼教，中外各国礼教不同，故刑法亦因之而异，中国素重纲常，故于干名犯义之条，立法特为严重，良以三纲五常，阐自唐虞，圣帝明王，兢兢保守，实为数千年相传之国粹，立国之大本，今寰海大通，国际每多交涉，固不宜墨守故常，致失通变，宜理民彝于不蔽，该大臣等务本此意，以为修改宗旨。”

明“可行与否”而已。法律馆和疆臣们的冲突即在于法律馆本着“折冲樽俎、模范列强”的理念在修律，而疆臣们则关注“此法能否行于现实之中国”这一实际问题上。

第四节 白票党与蓝票党：礼法之争

修订法律馆和法部在参考签注对新刑律草案加以修正之后，于宣统元年十二月奏进《修正刑律草案》，但于义关伦常诸条并未按照旧律修入正文，仅在附则中有所体现。该《修正刑律草案》交付宪政编查馆核复后，遭到该馆参议劳乃宣的强烈抵制，继而纠集同人，发起维护礼教的运动，最终制定出一个《新刑律修正案》交付资政院讨论。先是在宪政馆，后争至资政院，^{〔1〕}将自光绪三十二年《大清刑事民事诉讼法》草案颁发始引发的“礼法之争”推到顶峰。这场争论引起了社会的广泛关注，各大报纸纷纷予以曝光，许多人士都被卷进了争论，法律馆作为新刑律草案的起草者，自然被置于礼教派的对立面。

关于礼法论争的主要内容与经过，李贵连先生《沈家本传》专辟一章，言之甚详，无烦笔者赘述。^{〔2〕}本节撇开论争的细枝末

〔1〕 资政院是清末“预备立宪”时期清政府设立的中央咨询机构。光绪三十二年官制改革时，曾出台资政院官制，其后开始筹建，筹建始于光绪三十三年，光绪三十四年年以后陆续完成《资政院院章》，宣统二年九月初一日第一届资政院大会召开。资政院与近现代社会的国家议会有根本性的不同，它可以“议决”国家年度预决算、税法与公债，以及其余奉“特旨”交议事项等，新刑律草案就作为一个重要议案为资政院议决通过部分条文。但一切决议须报请皇帝定夺，皇帝还有权谕令资政院停会或解散及指定钦选议员。光绪三年，资政院第二次会议召开，但因辛亥革命事起，议员到者人数逐渐减少，故而草草收场。

〔2〕 参见李贵连：《沈家本传》，法律出版社2000年版，第257～356页。

节，仅就礼教派申明的原理和礼法两派在资政院中的党争，作一简述，以明法律馆在此过程中对外的妥协与斗争。

清末重臣张之洞于宣统元年九月辞世，使礼教派遭受重创，因张无论在权力上还是在学识、声望上，都为礼教派其他人所不及。但正所谓“沧海横流方显英雄本色”，劳乃宣的出现，使得法律馆又遭遇一强大的对手。劳乃宣，字季瑄，号玉初，自号矩斋，在礼法之争中遭受非议之后，又自号初叟，隐寓为维护名教坚韧不拔之意。浙江桐乡人，同治十年进士，先后任外官多年，光绪三十四年奉召进京，充宪政编查馆参议、政务处提调，钦选资政院硕学通儒议员，后简授江宁提学使，故又称劳提学。

劳乃宣品秩虽不高，但学识与资望素为人钦佩，且能始终不渝维护名教，赫然成为礼派领袖，当时人名“劳党”。新刑律终因其坚持，而加入无夫奸有罪条文，法律馆对其颇为忌惮，观其宪政馆同僚、法律馆馆员汪荣宝氏的日记，可知其在这次争论中的地位：“（宣统二年六月二十三日）余往宪政编查馆，劳玉初出示所撰新刑律驳论，均关涉礼教者，措辞甚厉”〔1〕，“（宣统二年七月六日）二时顷，到宪政编查馆，世相、吴侍郎在坐，论新刑律草案，劳玉初竭力反对，舌战良久，不得要领”〔2〕，“（宣统二年十二月二十七日）未刻，到宪政馆，礼部具奏以为法律与礼教相为表里，修订法律大臣宜与礼学馆相接洽，嗣后民律草成，须与礼部会奏，本馆又拟奏飭劳玉初赴任，请俟明年核复民律时飭该员来京参预，不禁为法典前途惧”。〔3〕以劳乃宣为首的礼教派重要成员除其本人外，尚有内阁学士陈宝琛、京师大学堂总监刘廷琛、德国人赫善心等，而法理派则有以修订法律大臣沈家本为首的法律馆绝大多数馆

〔1〕《汪荣宝日记》，宣统二年六月二十三日。

〔2〕《汪荣宝日记》，宣统二年七月六日。

〔3〕《汪荣宝日记》，宣统二年十二月二十七日。

员和宪政编查馆杨度、吴廷燮、日人冈田朝太郎等人。

从整个礼法争议过程看来，争论的焦点集中在以下几个方面：

第一，新刑律立法宗旨应以西方法律原则为主，还是以纲常伦理为主。

新刑律草案自然是以前者为主，这点引起了礼教派根本反对。首先，礼教派对法理派以收回领事裁判权为由，主张立法宗旨以西方法律原则为主进行反驳。劳乃宣列举了欧洲数国法律制度上的差异，证明若想一国法律悉与外人同是做不到的，他指出“是则外国人尊奉所居国法律，不必与其本国法律相同，确有明证也。今我中国修订刑律，乃谓收回领事裁判权地步，必尽舍其固有之礼教风俗，而一一模仿外国然后能行，不知各国法律彼此互异乎”〔1〕“……总之一国之律必与各国之律处处相同，然后乃能令在国内居住之外国人遵奉，万万无此理，亦万万无此事，以此为收回领事裁判之策，是终无收回之望也”〔2〕

然后，礼教派对法理派所强调的法律与道德不可混同这一观点，也进行批驳，主要是从现实国情因素上考虑。劳乃宣即言：“惟其视法律为全无关于道德教化之事，故一味模仿外国而与旧律义关伦常诸条弃之……法律与道德教化诚非一事，然实相为表里，必谓法律与道德教化毫不相关，实谬妄之论也。”〔3〕同时，他认为弃伦常而专仿外国的法律，是一时的浅见，实行起来有很大危害性。他对此论道：“今之专模外国，不以伦常为重者，特纽于一时之偏见，未睹他日之害耳。此等法律，使果实行，则名教之大防一

〔1〕 劳乃宣：“修正刑律草案说帖”，载《桐乡劳先生乃宣遗稿·新刑律修正案汇录》，第893页。

〔2〕 劳乃宣：“修正刑律草案说帖”，载《桐乡劳先生乃宣遗稿·新刑律修正案汇录》，第899页。

〔3〕 劳乃宣：“修正刑律草案说帖”，载《桐乡劳先生乃宣遗稿·新刑律修正案汇录》，第902~903页。

溃而不可收，恐陵夷胥渐人心世道日即于偷迨，患气既深，悔之晚矣。”〔1〕 内阁学士陈宝琛则认为在也许日后新刑律可适用于中国社会，但当此礼崩乐坏，社会已有失范之征兆时，更不能在法律中放弃礼教：“当此礼教舆论之力未有加于前时，而先自决藩篱，荡逾恣越之风岂可复遏，窃恐当法律甫革之时，遂无余地以事礼教之修明，舆论之成立，而一瞬之间一落千丈，于法律则明纵之而欲以礼教舆论逆挽之而不亦难乎！”〔2〕

最后，就是两派关于法律本身性质的争论。一是法理派认为民刑性质不同，刑法为强行法，而民法为任意法，任意法当从习惯而法文，但刑法则不应如此。因此，有关伦常纲纪之犯，乃是以往习惯，不当列入新刑律中，对此陈宝琛驳道：“夫自来定惯习之标准，或以由于人民之确信及永续之行之者，或以由于主权者与裁判官之认定，未闻其区别强制法与任意法也……不知民法揭从惯习而为法文，刑法则采取惯习而为法意，民法以一地方之惯习为惯习，故以明文揭之，以杜争，而刑法则以一国之惯习为惯习，定为律文之后，凡受治此法律者，无不悉受制裁，固不必以明文著之矣。且强制之法或原于惯习，固信而有徵也。”〔3〕 二是法理派并不认为法律必须与国民道德性质、程度相一致，而礼教派则认为法律的制定和实行都必须考虑国民道德性质和发展程度，这方面德国人赫善心可谓旁观者清。作为一个外国教习，他对修律模范外国的做法不以为然，他陈言：“盖惟有一独不二之策，大凡订律须按照国民之道德性质，如与自己国民之道德性质相悖，而欲其遵守者，则律不但

〔1〕 劳乃宣：“修正刑律草案说帖”，载《桐乡劳先生乃宣遗稿·新刑律修正案汇录》，第927页。

〔2〕 陈宝琛：“陈阁学新刑律无夫奸罪说”，载《桐乡劳先生乃宣遗稿·新刑律修正案汇录》，第955页。

〔3〕 陈宝琛：“陈阁学新刑律无夫奸罪说”，载《桐乡劳先生乃宣遗稿·新刑律修正案汇录》，第960页。

不得谓之公允，且不能存留矣”。〔1〕同时，赫氏又认为一个法律能不能称之善，不在于其是否本西方法律原则，而在于是否符合国民道德，如果能适应国民性，则称之为善，不必模仿西人，而国民性，则还是纲纪常伦的外放，“总而言之，凡订刑律须从自己国民之道德上小心构造，万不可注意于他事，如外国人之治外法权等事，万不可引以为权衡，大凡决一问题，只能问何以谓之善，如施之于我国之民善，则可谓之善矣”。〔2〕

第二，新刑律的精神究竟应该采国家主义，还是采固有家族主义。

宣统二年九月，资政院开院之后，宪政编查馆特派员杨度到发表演说，阐明新刑律的宗旨，此次演说被誉为“资政院开院三大演讲之一”。〔3〕杨度认为新律与旧律的区别在于前者依据国家主义，后者则依据家族主义。他继而讴歌国家主义的优点，抨击家族主义之弊端，指出中国必须在法律上消除家族的各种特权，国家和人民之间，是直接的权利义务关系。在以往家族主义的限制下，人民只知有家而不知有国，因此对国家兴亡不负责任，少数家长虽有责任，又力不从心，所以即使在家族中是慈父、孝子、贤兄、悌弟，在国家中也未必是忠臣良将。杨还不无偏激的认为，“中国之坏，就由于慈父孝子贤兄悌弟之太多，而忠臣之太少”。〔4〕如果现在新刑律中再加入关于家族主义的犯罪，不如仍用旧律。

〔1〕 赫善心：“德儒赫氏中国新刑律论”，载《桐乡劳先生乃宣遗稿·新刑律修正案汇录》，第974页。

〔2〕 赫善心：“德儒赫氏中国新刑律论”，载《桐乡劳先生乃宣遗稿·新刑律修正案汇录》，第978页。

〔3〕 开院时有三大演讲：“一为某议员弹劾庆亲王，一为刘蕤生报告预算案，一为杨哲子说明新刑律，俱滔滔作数万语，听者神旺，记者腕疲。”见易宗夔著，张国宁点校：《新世说》，山西古籍出版社1997年版，第43页。

〔4〕 参见杨度：“国家主义与家族主义之区别”，转引自《沈家本传》，第334页。

杨度的演说激起轩然大波，礼教派很快纠合同人，展开驳斥，以维护家族主义。劳乃宣首先以从法律的社会基础入手，认为不同的人民“生计”，造就不同的法律。他论道：“法律何自生乎？生于政体。政体何自生乎？生于礼教。礼教何自生乎？生于风俗。风俗何自生乎，生乎生计。”〔1〕然后劳指出东西方共有三种不同的生计：一是农桑，二为狩猎，三为工商。就农桑之国而言，劳指出：

“田有定地，居有定所，死徙不出其乡，一家之人，男耕女织，主伯亚旅，同操一业，而听命于父兄，故父兄为家督，而家法以立。农桑之国，风俗之大本也。其礼教政体，皆自家法而生，君之于臣，如父之于子，其分严而其情亲，一切法律，皆以维持家法为重，家家之家治，而一国之治矣。所谓人人亲其亲长其长而天下平是也。”〔2〕

相应的，狩猎之国，注重商法，而工商之国，注重兵法。每种法律，只能运用于其生计之国，如果用此法而治彼国，则必定有凿枘之嫌。同时，劳乃宣还举西方之例，证明即便是西方，也不是不注重于家，只是中国注重父子之义，而西方更注重夫妇之亲。中国为父子上下的家，而西方为夫妇平等的家，且西方法律也有仿照中国家法而改革的事例，如今我中国“乃欲举我国固有之家族制度而破坏之，亦可谓不善变矣”。〔3〕

而另一位礼教派人士林芝屏更是从经济政策、本国宗教、政治

〔1〕 劳乃宣：“新刑律修正案汇录序”，载《桐乡劳先生乃宣遗稿·新刑律修正案汇录》，第867页。

〔2〕 劳乃宣：“新刑律修正案汇录序”，载《桐乡劳先生乃宣遗稿·新刑律修正案汇录》，第867页。

〔3〕 劳乃宣：“新刑律修正案汇录序”，载《桐乡劳先生乃宣遗稿·新刑律修正案汇录》，第872页。

现象、人口繁殖四个方面来论证新律采国家主义之不适合中国。就经济政策而言，原先家族主义法律强调同居共财，今一旦抛弃，个人经济能力又不足以自立，则必使个人难以维持，滋生动乱；就本国宗教而言，孔子提倡的亲族伦理仍在适用之中，而国家主义与此相悖；就政治现象而论，现在正在预备立宪时代，国家主义基础尚未确立，骤然施行，于政治无裨益；最后就人口繁殖一事，认为施行国家主义，人口减退难以避免，于生产无益。^{〔1〕}

其实所谓国家主义还是家族主义，说到底还是一个社会基础问题。礼教派也不是非得坚持因小家而忘国家，只是担忧在家族还是社会基本单位时，一旦施行个人本位的国家主义，难以适应时势。他们常用的一词就是“青黄不接”，即旧的秩序已有松动，而新的秩序尚未建立。在不明将来的情形下，不如保守一点，尊重历史。陈宝琛有一语尽得其义：“盖社会之情形，率源于历史相沿袭，不藉其历史以为引导遽以新理想行之，必与社会不相副，与社会不相副之法律，无益有害。”^{〔2〕}

第三，《大清律例》中的“干名犯义”、“犯罪存留养亲”、“亲属相奸”、“亲属相盗”、“亲属相殴”、“故杀子孙”、“杀有服卑幼”、“妻殴夫、夫殴妻”、“犯奸”、“子孙违反教令”等维护礼教传统的法条，是否要全部列入新刑律，如何列入。

因为这些法律条文体现名教之精华，礼教派引用种种法学原理，最终都要回到这些制度上来，所以劳乃宣“修正刑律草案说帖”在阐明了礼教原理后，对这些制度如何规定都一一予以列举并说明理由。法理派可以不顾及礼教派的理论分析，但对这些具体

〔1〕 参见陈宝琛：“林氏辩明国家主义与家族主义不容两立说”，载《桐乡劳先生乃宣遗稿·新刑律修正案汇录》，第991-999页。

〔2〕 陈宝琛：“陈阁学新刑律无夫奸罪说”，载《桐乡劳先生乃宣遗稿·新刑律修正案汇录》，第954页。

条文的归宿，则无法回避。于是沈家本在回复劳乃宣时，仅仅就这些条文做事实阐述，何者该列何者该删，并不做理论分析。对于劳乃宣的新刑律的说贴中开列的条文，就“干名犯义”条，指出于诬告罪中详叙办法，不必另立专条；就“犯罪存留养亲条”，即使不编入草案，也不违反礼教，所以不列入；就“亲属相奸”、“亲属相盗、亲属相殴”、“杀有服卑幼”、“妻殴夫夫殴妻”，认为应在判决录中定刑罚等差，不列专条；就“犯奸”、“子孙违反教令”两条，沈认为欧洲没有法律明文，且更多关乎教育，不必规定于刑律之中。^{〔1〕}

对沈的答复，其余条文礼教派未再坚持，惟独对“子孙违反教令”和“无夫奸”两条，则坚决不肯妥协，其理由不外以此两条严重悖逆礼教，且于社会实情有窒碍，一旦施行，当造成社会道德沦丧，自决藩篱，是视此两者为洪水猛兽，其具体争辩过程兹不赘录。^{〔2〕}此两条文最后只能交付表决（子孙违反教令因资政院闭会，未及与议），又因为表决，造成更大的“党争”。因赞成此两者定罪入律的投白票，而反对者投蓝票，又称之为白票党与蓝票

〔1〕 参见沈家本：“沈大臣酌拟办法说帖”，载《桐乡劳先生乃宣遗稿·新刑律修正案汇录》，第929~935页。

〔2〕 董康回忆礼法之争时，针对无夫奸条时说：“新旧之争，关于此点，较前尤烈，所谓甚嚣尘上也。反对之领袖，为劳乃宣，被选为资政院议员。康因兼职宪政编查馆科员，政府遣派出席被咨询。无夫奸应否科罪，在个人意见，无所可否，惟负法律修订责任，不能不有所主张。资政院本借法律学堂作议场，与法律馆比邻，以政府员资格，时邀至法律股辩论，几于舌敝唇焦，幸股长汪荣宝为编查法律二馆同僚，曲予维护，勉强提出大会，届时逐条讨论，已逾办公时晷。至奸非罪章，先有政府员汪有龄，本馆总纂，剀切陈述本章之应趋向大同之宗旨，最后投票表决，以赞成者投蓝票，反对者投白票，议员多为文襄所招致，因之旧派从而操纵，结果白票居多数，政府员复有声明，议场闹散，秩序大乱。适值武昌起义，警信叠至，资政院自此辍议，故刑律仅是章而止，以后系用命令颁行也。”参见《董康法学文集》，第461页。

党。关于“无夫奸”条文的表决于宣统二年十二月初八日进行，此时距离第一届资政院大会闭会仅有三天。当天的议决过程极其漫长，达五小时之久，法律馆馆员在议席内者都反对“无夫奸”入罪，其中汪荣宝即与礼教派人士发生了激烈的冲突。据当日报载：

“……高凌霄谓，请将无夫奸有罪付表决，汪荣宝谓此系道德上罪过，不应以刑律制裁。康咏反对之，万慎乱乎乱叫不已。全场哗然，秩序又大乱。蒋鸿宾又反对汪荣宝之说，文和痛驳之。高凌霄又喧闹，陈敬第谓当平心静气讨论，并说明无夫奸万万不能有罪理由。康咏谓当列为报告罪。陈树楷谓此条立意甚佳，但中国人民程度不足，不适用。汪荣宝谓，程度既不足，何必需资政院。陈懋鼎谓，国会亦可不要。雷奋谓，刑法是一种公法，一方维持国家治安，一方保护个人自由，因其为公法，必须公诉后有罪，试问无夫妇女和奸，以何人为原告？其言极中肯。陈树楷、陈善同、李经畬、高凌霄、万慎皆反对之。汪荣宝继登台演说，约数十分钟之久。陈树楷、陶毓瑞、王绍勋等纷纷阻其发言。胡初泰欲登台发言，反对者又纷纷止住，胡谓本员今日尚未说话，随至台前谓，本员赞成礼教，然不可与法律混合，后面高凌霄、万慎等大哗，杂以笑声、呼号声、骂詈声，于是秩序愈乱，全场骚然，良久，秩序始定。”〔1〕

最后，议长宣布分两次表决无夫奸罪条文。第一次，主张有罪的用白票，获得七十七票，主张无罪者用蓝票，获四十二票，白票党获胜。第二次，主张将此条文纳入《暂行章程》者起立，结果

〔1〕《时报》宣统二年十二月十六日，第一版。

起立者多数。于是白票党在这一问题上全胜。此时礼教法理两派斗争达到白热化程度，多年以后，当事人董康回忆在拜会其时已任驻日公使的汪荣宝时，道：

“十时偕番头浅野赴下落合访汪衮甫公使，留午餐。衮甫昔年任法律馆总裁（纂），余任提调，今颁行之刑法，即余二人所改定提交资政院。时伊为议员，余为政府员，南皮方柄政，昧于大同趋势，屡事指摘，和之者众，余以一人鏖战其间，笔舌俱枯，议长以蓝白二票投匭，赞成者蓝票，衮甫为蓝票中勇将也。追话旧事，不胜慨然。”〔1〕

由此可见，礼教处于新政背景下，在新刑律议决过程中，坚持为礼教而斗争的行为，几乎属于“逆时”而动，但卒能引发这么一场激烈的争论，最后迫使新律做一定的修改。这很能说明一个问题：即在法律移植过程中，固有的民族性因素一定程度上总会使得它改变移植的方向和形态。

最后，在多次冲突后，新刑律草案最终改变原来附则五条，而成为《暂行章程》附录于草案正文以后：

“第一条 凡犯第八十九条、第一百零一条、第三百十二条、第三百十四条，处以死刑者仍用斩。

第二条 凡犯第三百五十二条第二项、第三百五十三条、第三百五十五条至三百五十七条之罪，应处三等以上徒刑者，得因其情节仍处死刑。

第三条 凡犯第三百七十条应处一等有期徒刑及第三百七

〔1〕 参见董康：《书舶庸谈》，第34页。

十一条至第三百七十五条之刑者，得因其情节，仍处死刑。

第四条 凡犯第二百八十九条之罪为无夫妇女者，处五等有期徒刑、拘役或一百元以下罚金。其相奸者同。前项之犯罪须待直系尊亲属告诉乃论其罪。若尊亲属事前纵容或事后得私行和解者，虽告诉，不为审理。

第五条 凡对尊亲属有犯，不得适用正当防卫之例。”〔1〕

即便如此，也不能说礼教派就获得了胜利，因为礼教的加入并没有改变新刑律是近代新型法典的事实。实际上争论谁胜谁负没有任何意义，每个争论者身上并没有贴着一成不变的“礼派”或者“法派”的标签，其所争者，以某一角度看来是此是而彼非，但以另一个角度则此非而彼是。在当时受欧风美雨侵袭下的激进分子，急切希望中国富强，希望中国迈进现代国家之列，故主张推倒重建，模范列强，法律不免粗疏，但毕竟竖立起近代法律体系的框架。而礼教派主张，虽然长久看，其坚持的许多制度最后都退出了历史舞台，但在其关注的当下，的确有此必要，尤其是在修律理念上，其主张法律当以民族固有文明为基础，主张文化的自主性，则即使放之现在，依然有其深远意义。当时的激进青年董康后来在反省变法修律的得失时，曾说过两段话，颇堪玩味：

“前清团匪事变，国家锐意修订法律，愚承归安沈寄簪知遇，令提调其事，尔时实为沈浸欧制最力之一人，亦为排斥礼教最烈之一人。改革后忝厕政府者十余年，服役社会者又十余年，觉曩时之主张，无非自扶藩篱，自溃堤防，颇忏悔之无

〔1〕《清朝续文献通考》卷二百四十六，“刑五”，“法部奏准附暂行章程五条”，第9917~9918页。

地也。”〔1〕

“自欧风东渐，关于刑法之编纂，谓法律论与礼教论不宜混合。鄙人在前清从事修订，亦坚执此旨。革易后服务法曹者十年，退居海上，服务社会又若干年，觉有一种行为，旧时所谓纵欲败度者，今于法律，不受制裁，因之青年之放任，奸宄之鸱张，几有狂澜莫挽之势。始信吾东方以礼教立国，决不容无端废弃，致令削足适履，叠承谆谆垂询，姑就下列两端，与诸公作法律案之商榷焉。”〔2〕

是法律馆此前身陷礼法之争时，自然容易偏执一端，且时间也不容许法律馆通盘考虑，仔细斟酌。等到昔日馆中人重新审视时，只可留作枉然之叹矣！

小 结

所谓冲突和妥协，就修订法律馆与部院关系而言，主要是修订法律的权限之争。尤其是与渊源比较接近的法部和大理院，它们在修律组织设计、修律思路、修律对象、人员配备等多方面存在着争夺，同时在许多方面又有着密切的合作，其互动的结果还是为了为本部门赢得更多的权力。至于修订法律馆与其他部门的交往上，因为修订法律的业务之需，存在着分工、协调、配合的关系，所以多表现为相互支持的一面。

而清末为编订礼制、法律专开的机构，除法律馆外，还有宪政编查馆和礼学馆。法律馆与宪政馆属于现代性科层制组织，其组织机构、管理模式、人员配备、工作关联有许多相似之处，两馆可以

〔1〕 董康：“前清司法制度”，载《董康法学文集》，第360页。

〔2〕 董康：“刑法宜注重礼教论”，载《董康法学文集》，第626页。

看成是新政中的同质机构；而礼学馆虽也曾参与到修律活动中，但因其参与的有限性，更因为其本身并非一独立机构，也非现代科层制组织，依然是传统编书机构，两馆为异质机构。这样，宪政馆可促进法律馆修订新律事业，而礼学馆在法律馆修订新律过程中，更多起了延缓作用。

法律馆除开与这些部院诸馆有冲突和妥协之外，还直接面临着疆臣的压力，法律馆修订新律，要由这些疆臣加以签注，签注意见和清单成为法律馆修正草案的主要依据，法律馆着重于尽快将现代法律大厦构造起来，疆臣则注重于新订法律是否可便于施行，是否适合国情。在进步与保守之间，他们并没有绝对的价值取向。

在修订法律的事业中，修订法律馆无时不陷于礼法纠缠中，礼法双方已经超越了部门界限和地域界限，甚至已经超越了认为法律仅为一种工具的观念。礼法双方的论据都有可采之处，也各有其疏漏。但在举国皆言趋新之际，礼教派能看到文化的民族性，从而在一定范围内将修订法律馆的修律活动拉回到中国问题当中，不至于在模范列强的道路上迷失自己。

总之，修订法律馆并不是封闭地进行修律事业，它与外界的互动，正是其获得活力的源泉。它与外界种种斗争，最浅层次上，是部门间权力和利益之争，比如部院之争以及与其他部门的互动；中间层次上，是理想与现实之争，最明显的表现就是疆臣考虑问题的出发点是现实适用，而修订法律馆则有高远理想，要为新政开出一个全新的法系，一定程度上却忽略了现实情况；最深层次上，是文化更新与保守之争，在礼教派看来，修律不仅仅是一种工具改革的问题，还涉及立国之基与民族精神方面，所以他们保守礼教，更多寓维护民族文化尊严、保国保教保种之意，而法律馆则更关注文化的大同，期望通过修律，改变文化传统，使中国更好的融入现代世界。第一种争斗随着王朝鼎革而归于消散，但后两种争斗迄今并未终结，当年修订法律馆面临的难题，依然是横亘在今人面前的百年迷思。

第六章 成就与遗憾： 修订法律馆的功业得失

第一节 旧律的改造和新法的诞生

作为清末新政中的修订法律机构，修订法律馆最大的成就就是编订出了一批法律。在经过了长期的准备工作后，法律馆对《大清律例》加以改造，编订了《大清现行刑律》，成为继乾隆五年之后修律故事的绝唱。同时，针对不断变化着的新事物、新情况，法律馆又不断起草新律，从单个条文到单行法，从参与起草法律到独立编纂法典，法律馆的努力最终成就了中国近代主要法律的转型。

一、旧律的改造

自光绪二十八年沈家本被任为修订法律大臣之后，就开始进行改造旧律的工作，目标是使《大清律例》经过改造后能适用社会的需要，也能堵住列强指摘之口。因此，从光绪三十年修订法律馆开馆到光绪三十四年奏准修订《大清现行刑律》期间，他进行了一系列准备陆续奏进修律建议折，对旧律进行局部的改革。

光绪三十一年三月十三日，修订法律馆将此前的工作成果呈上朝廷，即删除原例内各种不适于时的内容，凡是定例系一时权宜今昔情形不同的，或经奏定新章而旧例无关引用的，或本条业已赅载而别条另行复叙的，或旧例久经停止而例内仍行存载的，都在删除

之列，共计有三百四十四条旧例，而律文未动。^{〔1〕}三月二十日，修订法律馆奏请删除律例内凌迟、枭首、戮尸、缘坐、刺字等酷刑。^{〔2〕}同月，还奏请变通笞杖办法，改为罚金并明定章程，称凡律例内笞五十者以下者改为罚银五钱以上二两五钱以下，杖六十者改为罚银五两，每一等加银二两五钱，依次递加，至杖一百改为罚十五两而止。如无力完纳者，折为作工，罚一两折作工作四日，依次递加，至作工六十日而止。^{〔3〕}

光绪三十一年四月，修订法律馆又奏拟变通窃盗条款，规定自此之后，凡“窃盗应拟笞罚者，改拟工作一月，杖六十者，改拟工作两月，杖七十至杖一百，每等递加两月，徒罪以上仍照向章办理。此外以窃盗论、准窃盗论及各项因盗问拟者杖，并抢夺强盗案内拟杖者，俱准此。至各省习艺所如有尚未设立者，即将现犯照应得工作期限暂予监禁”。^{〔4〕}

光绪三十一年九月，修订法律馆重申罪在徒流以下的，禁止刑讯，而旧例应笞杖的，改为罚金的新章。^{〔5〕}

光绪三十二年四月，修订法律馆奏上“虚拟死罪改为徒流”折，将“戏杀改为徒罪，因斗误杀旁人并擅杀各项罪人，现律应拟绞者，一律改为流罪，均按照新章，毋庸发配，归入习艺所罚令作工，其现行例内，如误杀其人之父母兄弟等项，并擅杀二命以上，及谋故火器擅杀各项，不准一次减等者，酌加二年。如遇情有可原，或情节较重者，应俟临时酌量办理，其戏杀误杀擅杀并例罪

〔1〕 参见《大清法规大全·法律部·变通旧律例一》。

〔2〕 《光绪朝东华录》（五），第5324页。

〔3〕 “法部申明罚金定章并酌拟详密办法”，载《大清法规大全·法律部·变通旧律例一》。

〔4〕 《光绪朝东华录》（五），第5328页。

〔5〕 《光绪朝东华录》（五），第5412页。

不致死者，均于本罪上递减一等”。〔1〕

光绪三十二年九月，朝廷官制改革后，修订法律馆将重心放在起草新律上，期间法律馆还要应付部院之争，以及新修《刑事民事诉讼法》带来的一系列压力，故在改订旧律的步伐上有所减缓。虽然在三十二年闰四月二十一日沈家本呈上“禁革买卖人口变通旧律议”的修律建议，之后又上“删除奴婢律例”的建议，但朝廷并未做何回应，改订旧律的工作暂且搁置。此前所有申明的新章，都按照以往惯例被编入《最新法部通行章程》，颁行内外，加以适用。

但是光绪三十三年七月初二日的一道谕旨，又使修订法律馆重新审视旧律。这道谕旨即“着内外各衙门妥议化除满汉畛域切实办法”，〔2〕法律馆为了响应朝廷号召，于三十三年八月初二日上奏“旗人犯罪宜照民人一体办理”一折，内陈：“拟请嗣后旗人犯遣军流徒各罪，照民人一体办理，现行律内折枷各条，概行删除”。〔3〕九月初三日，朝廷便下旨命礼部暨修订法律大臣，议定满汉通行礼制和刑律。〔4〕遵此谕旨，法律馆又开始了修订旧律的活动，不过这一次重心在调和满汉。

到十二月初七日，改订完毕，修订法律大臣奏上“遵议满汉通行刑律”折并清单，该满汉通行刑律实际上是对大清律例内旗人专条分别进行移改、删除、修改、修并四款，共计五十条，其中删除律文一条“名例·犯罪免发遣”，删除例文四十条，移改例文一条，修改例文七条，修并例文一条。这是对《大清律例》的又一次重大修改。

〔1〕《光绪朝东华录》（五），第5524页。

〔2〕《清末筹备立宪档案史料》（下），第918页。

〔3〕《清末筹备立宪档案史料》（下），第942页。

〔4〕《清德宗实录》卷五七九，第658页。

所以在光绪三十四年正月启动《大清现行刑律》的编订之前，针对《大清律例》的改革已经进行了六年之久，但是这些改革都是零零碎碎的，未触及体例形式，也未增入新时代涌现的罪名。修订法律馆的意思是，要在日后所修的新刑律中再体现出新的时代内容，而以上的改革只是为了应付现实生活中的需要，在新刑律未颁布之前所做的权宜性变革。

笔者推测修订法律馆对新刑律遭受非议当有一定的心理准备，在修订法律大臣沈家本看来，实行新律是时势所趋迫无可疑，但是必得经过一番周折。所以光绪三十四年正月二十九日，围绕着新刑律的争论尚未大规模展开时，沈就奏请朝廷让法律馆接续此前改造旧律的工作，编订新刑律实行前的过渡性法典。沈首先从法律因革之道上分析，认为革难因易，且各项配套措施未备前，新律客观上不能很快实行：

“诚以惯习本自遗传，损益宜分次第，初非旦夕所能责望也。方今瀛海交通严同比伍，权力稍有参差，强弱因之立判，职是之故，举凡政令、学术、兵制、商务，几有日趋于同一之势，是以臣家本上年进呈刑律，专以折冲樽俎模范列强为宗旨，惟是刑罚与教育互为盈朒，如教育未能普及，骤行轻典，似难收弼教之功，且审判之人才、警察之规程、监狱之制度，在在与刑法相维系，虽经渐次培养设立，究未悉臻完善，论嬗递之理，新律固为日后所必行，而实施之期殊非急迫可以从事。”〔1〕

随后，沈举日本事例，叙述日本在行新刑律之前，也是先行改

〔1〕 沈家本：“修订法律大臣奏为拟请编定现行刑律以立推行新律基础折”，载《钦定大清现行刑律》所附奏折。

定传统律令，成效昭著，同样道理，我国也可模仿。其实这是修订法律馆一开始就预定的道路，只是后来经官制改革、聘请洋员参与修律之后，修律道路发生了一些偏差。而现在新律之颁布尚须待时日，则旧律之删订万难再缓。^{〔1〕}

于是法律馆以删除总目、厘正刑名、节取新章、简易例文四项原则，对大清律例进行了历史上最后一次，也是最大的一次改造。宣统元年八月二十九日，沈家本、俞廉三等上奏朝廷，宣布编订现行刑律告竣，同时奏请朝廷飭下法律馆与法部会同编辑同《现行刑律》配套的《秋审条款》，朝廷下旨将刑律草案交宪政编查馆核订，同时飭令编辑秋审条款。^{〔2〕}四个月后，宪政编查馆拿出了核订意见，对法律馆残留的保守之处进行纠正，并要求再增加新的罪条，比如宣统元年十二月法部议复邮传部奏请定窃毁铁路要件治罪专条。^{〔3〕}宪政编查馆经过核订，会同法律馆再行修改，宣统二年四月，两馆会奏颁行，同时在正律后附入《禁烟条例》十二条，《秋审条款》一百六十五条。到此，自光绪二十八年始至宣统二年止，经过漫长的九年，《钦定大清现行刑律》终于付诸实行。

《大清现行刑律》不同于新刑律，与原律例也有较大区别，其特点主要为：

第一，为适应新官制需求，删除了总目，即取消吏、户、礼、兵、刑、工六目，但依然和旧律一样，分为名例、职制、公式、户役、田宅、婚姻、仓库、课程、钱债、市廛、祭祀、仪制、宫卫、军政、关津、厩牧、邮驿、盗贼、人命、斗殴、骂詈、诉讼、受

〔1〕 沈家本：“修订法律大臣奏为拟请编定现行刑律以立推行新律基础折”，载《钦定大清现行刑律》所附奏折。

〔2〕 沈家本：“奏为编订现行刑律告竣缮具黄册恭候钦定折”，出处同上。

〔3〕 奕劻等：“奏为遵旨核议具奏修订法律大臣奏编定现行刑律告竣缮具黄册恭候钦定折”，出处同上。

赃、诈伪、犯奸、杂犯、捕亡、断狱、营造、河防共三十门，三百九十八条。与《大清律例》门数相同，但条文少了三十八条（大清律例原文共四百三十六条）。

第二，在混合律条中区别民刑性质，对纯属民事性质的，不再科刑；但非纯属民事性质的，照旧处罚。此为采纳了宪政编查馆的意见而设：“现行律内户役内继承、分产、婚姻、田宅、钱债各条，应属民事者毋再科刑……若婚姻内之抢夺、奸占及背于礼教、违律嫁娶，田宅内之盗卖、强占，钱债内之费用受寄，虽隶属于户役，揆诸新律俱属刑律，科罪不得委民事案件。”〔1〕

第三，将此前删除、修改的刑罚条文体现在律条中。改变传统五刑体系，将笞、杖、徒、流、死改为罚金、徒刑、遣刑、流刑、死刑。同时删除一些罪名条文，比如“犯奸”、“天文生有犯”等。

第四，在一定程度上注重人格的平等。删除如“良贱相殴”、“良贱相奸”在身份上不平等的条文，并将“奴婢”改为“雇工人”，同时将满汉一体的思路贯彻在律文中，取消满人特权。

第五，将新出现的罪，如毁坏铁路或电讯、私铸银元、妨害国交等作为新例，纂入律中。同时删除部分旧例。

第六，保留大量体现帝制秩序的条文，在卷首列入律目、服制图、服制、保留律文中的“十恶”、“八议”等条。

整部刑律整体风格与大清律例一致，属于后者之改良，尽管增入了适应时代的内容，但无论是体例上还是原则上，都与近代刑法典有一定的差距。

二、新法的诞生

当然，作为新政机构的修订法律馆，在时人眼里，其主要角色

〔1〕 奕劻等：“奏为呈进现行刑律黄册定本请旨颁行以资遵守折”，载《钦定大清现行刑律》所附奏折。

应该是近代新法的制定者。尤其是在朝廷宣布预备立宪之后，上至庙堂，下至江湖，都期待着揭开新法的面纱，改造旧律不过是此过程中的一个插曲罢了。法律馆制定的新法，有的在清末实际颁布实行，有的还停留在草案阶段，综计主要有以下数部：

(一)《大清刑事民事诉讼法草案》(光绪三十二年完成)

关于这部草案制定的缘起，前章已有交代。该草案最终因遭到督抚强烈反对而搁置，但其历史意义是巨大的，它是修订法律馆制定的第一部近代性法律，也是第一部打破二千多年诸法合体的法典体例之作，在实体法尚未制定出时，先行制定出这么一部程序法草案，从中亦不难看出深受英美法影响的伍廷芳的意思。该草案强调陪审制度与律师制度的适用，同时，采用刑民诉讼合编体例。本是作为一个简明诉讼章程而定，直接目的是为了给当时“禁止刑讯”的做法提供法律上的依据。^{〔1〕}可以想见，这个草案本为一急救章，此后遭到种种阻挠，自不奇怪。

该草案分总纲、刑事规则、民事规则、刑事民事通用规则、中外交涉案件处理规则，共五章二百六十条，另附颁行例三条。总纲主要规定了刑民诉讼共同适用的制度及其区别，另外规定了诉讼时限、诉讼场所、处罚措施等。刑事规则主要规定了逮捕、拘传、搜查、传唤、关提、拘留、取保、审讯、执行各刑及开释等程序。民事规则主要规定了传票、起诉、审讯、拘提、查报、监禁、查封、和解、诉讼费用等方面的程序。通用规则主要规定了律师、陪审

〔1〕 光绪三十一年夏，伍廷芳、沈家本议复“御史刘彭年奏禁止刑讯有无窒碍请再加详慎”一折时，提到“至该御史请于刑法及刑事诉讼法告成后，即将民法及民事诉讼法纂订，以成完备法律，洵属有条不紊。臣等俟刑律告竣后，即行分别编辑，陆续奏闻，再现在改革伊始，一切未能详备，必得诉讼法相辅而行，方能推行无阻，拟编辑简明诉讼章程，先行奏明办理”。参见《伍廷芳集》，第271页。

员、证人、上诉环节。中外交涉案件处理规则则规定涉外案件依当时对外条约审理。

该草案最显著的特点是仿效英美诉讼理念，却囿于传统民刑不分体例的束缚，理念上的超前和体例上的滞后，使该法典具有另类的色彩。

(二)《法院编制法》(光绪三十三年八月告竣，宣统元年十二月颁行)

法院编制法从起意到最后颁行，经历了一个比较复杂的过程。此事缘起光绪三十二年董康等受法律大臣沈家本之命赴日调查裁判监狱事宜，该年十二月，董康等回京述职，并将此次访问撰写成册，名为《调查日本裁判监狱报告书》。其时沈正新任大理院正卿，谋求司法独立之道，故于光绪三十三年四月十一日将此报告书呈上朝廷，为司法独立张目。其中就日本裁判情形，报告中列司法权归属、裁判所与检事局、通用规则、职员四个部分，所谓裁判所，其实就是法院之意。^{〔1〕}观后来成立的法院编制法，受此报告录影响很大。

此后，法部大理院陷入了激烈的斗争中，大理院制定了《大理院审判编制法》与法部官制存在着巨大矛盾，光绪三十三年四月法部单方面奏上司法权限清单，大理院对此不满，又拟订司法权限折，引起朝廷震怒，命部院妥议权限。部院遂于四月二十日妥订清单，申明权限，但“裁判独立”成为一个议而未决的问题。司法权与审判权之间的界限更成为司法改革不可回避的话题，这一切都需要一个详备的法案来最终明确。

而早在部院之争前，规范各级审判机关权限的《法院编制法》已经在制定之中，该法由冈田朝太郎主稿，曹汝霖译，沈家本、刘

〔1〕 参见董康：“调查日本裁判监狱报告书”，载《董康法学文集》，第638～651页。

若曾校订，部院之争加快了该法的出台。

光绪三十三年八月初二日，修订法律大臣沈家本向朝廷奏上“酌拟法院编制法缮单呈览”一折，说明编纂法院编制法的缘由及过程，^{〔1〕}末了请求将该草案交宪政编查馆复核。在宪政馆复核期间，光绪三十三年十月二十九日，法部奏进《各级审判厅章程》作为法院编制法正式实施前的过渡法律，调整各级审判厅的关系。经过宪政编查馆核定，宣统二年《法院编制法》终于颁布。是从缘起到最后出台，前后经过六年。

《法院编制法》是仿照日本《裁判所构成法》拟成，共计十六章，分别为审判衙门通则、初级审判厅、地方审判厅、高等审判厅、大理院，司法年度及分配事务，审判衙门之用语、判断之评议及决议、庭丁、检察厅、推事及检察官之任用、书记官及翻译官、承发吏、法律上之辅助、司法行政之职务与监督权、附则，共一百六十四条。该法案集中体现了司法独立的理念，参酌了西方既有的良法美意，实现了审检分离，规定了辩护制度和诉讼代理制度，是司法制度现代化的开端，也为此前沸沸扬扬的部院权限之争划上了一个句号。

（三）《钦定大清刑律》（宣统二年十二月颁布）

修订法律馆所修订的种种法典及法律草案中，这部刑律所引起的是非是最多的。据冈田朝太郎称，从此刑律的预备案起算，到宣

〔1〕 参见《清末筹备立宪档案史料》，第843页。

统二年颁布时至，期间共历七案，^{〔1〕}历时四年。

最后颁行的《钦定大清刑律》共五十三章四百二十一条，另附暂行章程五条。它一反已行二千多年的传统体例和原则，而采用现代性体例和原则。虽仍保留部分封建性内容，但根本上已迈入近代法典之列。它与旧律最大的不同点在于变通责任年龄，采共犯主义，除对元首及直系尊亲属犯罪外，废除阶级、一律平等，扩张刑之上下限，犹豫执行、假释、时效等方面。诚如沈家本在奏上新刑律草案折中所称，该草案坚持五大原则：更定刑名、酌减死刑，死刑唯一，删除比附，惩治教育。^{〔2〕}本此五原则，最后的法典呈现以下色彩：

第一，在体例上，根据当时世界通行标准，它分为总则和分则两编。总则共十七章规定了犯罪的构成要素和刑罚适用的一般原则，分则三十六章规定了具体的罪名和刑罚。

第二，在原则上，它吸收了一些近代性刑法原则，如正当防卫、罪刑法定、人格平等等原则。

第三，在刑罚体系上，改变过去五刑体制，而采用近代刑法体系，分为主刑与从刑两大类。主刑包括死刑、无期徒刑、有期徒刑、拘役、罚金五种，从刑为褫夺公权和没收财产两种。同时改变

〔1〕 预备案：由修订法律馆起草，光绪三十二年春脱稿，是年秋，因冈田朝太郎入馆，遂废此案，另纂新案。第一案：冈田主纂，三十三年八月脱稿，由修订法律馆奏进。第二案：宣统元年十二月，法部、修订法律馆在根据地方督抚的签注，修订而成，名《修正刑律草案》。第三案：宣统二年，宪政编查馆核订第二案时，以第一案为基础修正而成。第四案：宣统二年冬，宪政编查馆将第三案提交资政院，资政院法典股对第三案加以修改而成。第五案：资政院三读会通过第四案总则，分则未及议毕而资政院闭会，分则暂从第四案。第六案：宣统二年十二月，朝廷以上谕裁定第五案之分歧而予以颁布，这一案就为最后钦定大清刑律的定本，予以颁行。参见沈家本：《沈家本传》，第284页。

〔2〕 “修订法律大臣沈家本等奏进刑律草案折并清单”，载《大清法规大全·法律部·法典草案一》。

死刑执行方式，不再保留斩刑，而用绞刑和枪决。

第四，大量的条文减轻刑事处罚。将原来八百四十多条死罪减少到约四十条，并确立感化主义价值观，体现轻刑、人道的色彩。

第五，增加妨害选举、妨害饮料水、妨害交通、妨害安全信用名誉及秘密、妨害卫生、堕胎等新罪名。

第六，删除十恶、八议等体现浓厚封建色彩的罪条。

第七，保留了一些维护君主专制统治和传统礼教精神的刑法内容，如在律后附有服制与《暂行章程》。

该法典因其给朝野带来的巨大冲击力，而成为清末修律的代表作。

（四）《大清监狱律草案》（宣统二年完成）

小河滋次郎来华后，着手帮助中国进行监狱改革。光绪三十四年，开始起草监狱律。此前法部曾费时将刑部原提牢章程加以修改，以应时之需要。随后，为合新式法律的规制，法部知会法律馆，拟请小河氏制作监狱则例，小河氏在备忘录中提到：“余之任务为……清国起草监狱制度，及设计改筑监狱，余所起草之监狱制度，递交法律馆审查，在通过之前，于本年上奏，审查结果，与原案可能会有少许变更，但是相信大原则及大部分内容不会更改”。〔1〕

到宣统二年，《大清监狱律草案》完成。这是我国第一部仿效西方监狱制度制定的监狱法草案。该草案分总则、分则两编，共十四章，分别为总则，收监、拘禁、戒护、作业、教诲与教育、给养、卫生及医疗、出生及死亡、接见及书信、赏罚、领置、特赦减刑及暂释、释放，共二百四十一条。该草案的理论基础是教育刑

〔1〕 参见《日本刑事法评论》第二卷，第9期，第56页，转引自郭明：“中国监狱学史研究——清末以来的中国监狱学述论”，中国政法大学2005届博士论文。

论，实行教育改造原则，但是该草案法理与清政府当时的环境不相符合，故上奏后并未能通过。但却成为民国制定监狱规则的蓝本，对中国近代监狱制度的改良具有重要意义。^{〔1〕}

（五）《大清民律草案》（宣统三年八月完成）

修订法律馆办事章程中一项重要任务是修订民法。此事动议较早，光绪三十三年，在民政大臣善耆和宪政编查馆大臣奕劻的奏请下，法律馆即开始组织人力，同时聘请日本法学家松冈义正起草民法典。

因编纂民法典为我国立法史上旷古未有之事，此事引起了社会各界的广泛关注，清末较有影响的《东方杂志》在第四年（光绪三十三年）第六期上即载有一篇文章“论中国急宜编制民法”，文章呼吁：“今之所谓法治国者，大都合君臣上下而一出于法……究其大者，在上则为行政法，在下则为民法……我中国自预备立宪以来，朝庭之上，亟亟注重于行政一方面，于民间私法之一部分，迄今未议及，迨未知民法之关系于人民者，重且大……若民法者，定私法上权利义务之所在，其范围固有百利而无一害者也”。是可见朝野皆呼吁民法的出台。

笔者于第一历史档案馆藏修订法律馆全宗档案内觅得一份材料，疑似民政部给法律馆的行文，抄录于下：

“凡私法上之法律关系，须用法律明示，供民人知之，与使人民由之也，不然则易生无益之争议，而害及于国家之秩序

〔1〕 因笔者迄今未能看到《大清刑律草案》原文，所以本书中关于大清刑律草案的介绍系根据薛梅卿、叶峰：“浅谈〈大清监狱律草案〉的立法意义”，载《政法论坛》1987年第1期；以及参考以上郭明、岛田正郎诸文撰成，俟笔者日后觅得原文再做进一步研究。

也。夫规定私法上法律关系之结合，古来中国虽亦存在，然多散见于各处，于实际上既为不便，又多系不成文之法，终无法确知。加之（法）国家统一之政策上计，亦以编成一法典为最良之方法，此所由斟酌中国古来之习惯与近世之学理而编纂本草案也。

本草案虽规定私法上之关系，然关于商事者，则让诸商法，不规定于本草案中，原来民商二大法典之并存多数之立法例，虽亦如是，其学理上果正当与否，现尚为未决之问题。惟在中国民商二法典使之并存，于实际上颇为便利也。又本草案虽规定私法上之关系，然于公法上之关系并非完全不规定，公法上之法律关系有以规定于本草案为宜者，则收入本草案中，盖法典虽须尊重学理，然于实际上之便宜亦不得轻视也。此外私法上之法律关系，亦非网罗于本草案中，因立法上及实际上之便宜委诸特别法，条约及惯习等不少。

编纂民法典之次序，其三法例：一法国民法，首冠以法例，其第一编人事，第二编财产及所有权之变更，第三编所有权取得之方法，意大利民法略与法国同，日本民法第一编总则，第二编物权，第三编债权，第四编亲族，第五编继承，德国民法第一编总则，第二编债权，第三编物权，第四编亲族，第五编承继，瑞士首冠以法例，第一编人事法，第二编亲族法，第三编承继法，第四编物权法（虽无债权法，将来置诸第五编可想而知）本草案斟酌中国之习惯与诸国之民法第一编总则，第二编亲属，第三编继承，第四编债权，第五编物权，总则为各编共同之法例，列于首编，至于亲属及继承，是人事中之重大事件，其须重视之者，是中国古来之习惯，故以之为第二编，第三编，于民情亦相协，又债权法系为种种之法律关系之准则，其应用之范围颇广，故以为第四编，以物权为

第五编。”〔1〕

这份材料主张民商分立体例，主张仿瑞士之体例而变通之。〔2〕但是后来修订法律馆拟订的法典篇目次序则与之不同，参考的是1900年德国民法典，并结合中国传统法律的部分内容，包括总则、债权、物权、亲属、继承，共五编三十七章一千五百六十九条。其中前三编由松冈义正起草，后两编由修订法律馆会同礼学馆起草。该草案的前三编由俞廉三、刘若曾（此时沈家本已经去位）于宣统三年九月初五日上奏时，提及修订的四项原则：注重世界最普通之法例，原本后出最精之法理，求最适宜中国民情之法例，期于改进最有利益之法例。〔3〕为贯彻这些原则，修订法律馆一方面翻译最新民法典以及民法著作，一方面派员进行大规模的民事习惯调查（详见下节），惜乎时间太过仓促，翻译成果及调查内容没来得及被消化吸收。以此这部民法典草案更多具有“坐而论道”的性质。即使后两编是法律馆和礼学馆合纂的，其中也的确纂入不少关乎国情民彝的条文，〔4〕但其条文名目也多具有近代西方亲属继承法的色彩。该草案主要内容为：

第一编总则，共八章，分别是法例、人、法人、物、法律行为、期间及期日、时效、权利之行使和担保。它采取了西方资产阶级的一些民法原则，如私有财产所有权不可侵犯、契约自由、过失

〔1〕 中国第一历史档案馆：修订法律馆全宗，全宗号10，第7包。

〔2〕 其实关于仿何种体例，民政部的意见和后来修订法律馆的意见并无本质的区别，惟独在于民政部意见比较注重传统民法中亲属、继承部分，所以要求放在二、三编，而章节设置上，与德日区别不大，瑞士则在内容上的确比较强调亲属继承，所以我们姑且认定民政部是想仿瑞士民法典的。

〔3〕 《清末筹备立宪档案史料》，第911~913页。

〔4〕 关于习惯对清末制定民法的意义，参见刘广安：“传统习惯对清末民事立法的影响”，载《比较法研究》1996年第1期。

致人损害应予赔偿等；对根本概念和法律关系作了规定，如自然人的权利能力、行为能力、责任能力、住所、人格保护；法人的意义、成立要件、民事权利；意思表示、契约行为、代理、时效等。

第二编债权，共八章，分别是通则、契约、广告、发行指示券、发行无记名证券、管理事务、不当得利和侵权行为。它规定了当事人的权利义务、债权的标的、效力、让与、承认、消灭、债的形式等。

第三编物权，共七章，分别是通则、所有权、地上权、永佃权、地役权、担保物权和占有。它规定了各种财产权特别是私有财产权的法律保护，如规定：承租土地的佃农，“虽因不可抗力”，致“使用土地受妨碍”，或者“受益受损失”，也不得请求免除或减少租额。

第四编亲属，共七章，分别是通则、家制、婚姻、亲子、监护、亲属会和扶养之义务。它规定了亲属关系的分类、家庭制度、婚姻制度、未成年人和成年人的监护、亲属间的扶养等内容，主要是维护封建婚姻家庭制度。

第五编继承，共六章，分别是通则、继承、遗嘱、特留财产、无人承认之继承、债权人或受遗人之权利。它主要规定了自然继承的范围和顺序、遗嘱继承的办法和效力、没有确定继承人的遗产的处理办法、对债权人或受遗人的保护等内容。

尽管这部草案各篇之间存在着许多风格差异，但毕竟作为中国历史上第一部民法典草案，其开创之功同样不可抹杀。

（六）《大清商律草案》（宣统年间完成）

清末修订商律，法律馆并不是唯一主其事者，大量的活动是在商部（光绪三十二年以后改为农工商部）主持下完成的。但是修订法律馆在其中也占有重要的地位。其独自起草的商法典是光绪三十四年志田钾太郎起草的《大清商律草案》，也叫《志田案》。

此前曾有翰林院内阁学士朱福铤奏请将民法和商法合并并延聘日本民法大家梅谦次郎来华主持民商法典的修纂，但此建议遭到修订法律大臣的否定。修订法律大臣在奏折中声称：

“臣等伏查欧洲法学统系，约分德英法为三派，日本初尚法派，近则模范德派，心慕力追，原奏所陈确有见地，臣等自当择善而从，酌量编订。宗旨无论采用何国学说，均应节短取长，慎防流失，原奏又称日本修正民法时梅谦次郎曾提议合编，以改约期近，急欲颁行而不果。中国编纂法典之期后于各国，而采主义学说不妨集各国之大成，为民商法之合编等语。查自法国于民法外特编商法法典，各国从而效之，均别商法于民法，各自为编。诚以民法系关于私法之原则，一切人民均可适用，商法系关于商事之特例，惟商人始能适用。民法所不列者如公司、保险、汇票、运送、海商等类，则特于商法之中规定之，即民法所有而对商人有须特别施行者，如商事保证、契约利息等类，亦于商法中另行规定，凡所以保护商人之信用而补助商业之发达，皆非民法之所能从同，合编之说似未可行。”〔1〕

由此确定了民商分立的立法体制。又因梅谦次郎无暇来华，故法律馆后来聘志田钾太郎来从事商法起草工作。

《大清商律草案》，也叫《志田案》，光绪三十四年十二月开始起草，宣统年间未颁布施行。它是中国第一部比较完备的商法典草案，内容包括总则、商行为、公司法、票据法、海船法五编，共计一千零八条。其中总则包括法例、商业、商业登记、商号、营业

〔1〕“修订法律大臣沈家本等奏议复朱福铤奏慎重私法编别选聘起草客员折”，载《政治官报》光绪三十四年十月十五日，第三七三号。

所、商业帐簿、商业所用人、商业学徒、代办商共九章一百零三条；商行为包括通则、买卖、行铺营业、承揽运送业、运送营业、仓库营业、损害保险营业、生命保险营业共八章二百三十六条；公司法根据《公司律》编纂而成，共六编十六章三百一十二条；票据法根据海牙统一票据规则，并参酌德、日的票据法编纂而成，共三编十五章九十四条；海船法分为总则、海船关系人、海员契约、海损、海难之救助、海船债权之担保共六编十一章二百六十三条。

但是志田此案并未颁行，原因有两个：第一是志田此案并未根据中国国情纂订，虽然法律馆自三十四年之后即开始进行商事习惯调查，但效果并不理想（详见下节），且商事习惯报告录也未被志田有效的融入商法典的起草中。第二即农工商部也在从事此前《钦定大清商律》（光绪二十九年制定）的改定工作（从中亦可见部院权力之争），且此法律一直在施行，农工商部的行为客观上使得志田案能否被通过显得不那么重要。^{〔1〕}

虽然志田案未及颁布，但它确是中国第一部内容全面的商法典，为民国时期修订商事法律的必要参考。

（七）《大清刑事诉讼律草案》（宣统二年十二月完成）

该草案由冈田朝太郎起草，宣统二年十二月二十四日完成。该

〔1〕 商部（农工商部）制定起草了清末大多数商事法律法规，计有：光绪二十九年制定的《钦定大清商律》，该法典由《商人通例》和《公司律》两部分组成。前者共九条，带有总则性质，后者共十一节一百三十一条，是我国第一部公司法；光绪三十年五月颁布的《公司注册试办章程》，共十八条；光绪三十年六月颁布《商标注册试办章程》，共二十八条；宣统二年十一月提交资政院审议的《改订大清商律草案》，是农工商部在此前《钦定大清商律》的基础上改定而成，仍分总则和公司两编，前者包括商人、商人能力、商业注册、商号、商业账簿、商业使用人、代理商共七章八十六条，后者包括总纲、无限公司、两合公司、股份有限公司、股份两合公司、罚例六章二百八十一条。此外，该部还制定有《银行注册章程》、《大小轮船公司注册执照暂行章程》、《运送章程》、《保险规则草案》等。

草案共六编十五章五百一十五条。第一编总则，包括审判衙门、当事人、诉讼行为三章；第二编第一审，包括公诉、公判二章；第三编上诉，包括通则、控告、上告、抗告四章；第四编再理，分再诉、再审、非常上告三章；第五编特别诉讼程序，分大理院特别权限之诉讼程序和感化教育及监禁处分程序二章；第六编裁判之执行。这是我国第一部专门的刑事诉讼法草案，同样未及审议，而清祚已亡。

(八)《大清民事诉讼律草案》(宣统二年十二月完成)

该案由松冈义正起草，宣统二年十二月二十四日完成。共四编二十二章八百条。第一编审判衙门，包括事物管辖、土地管辖、指定管辖、合意管辖、审判衙门职员之回避拒却及引避共五章；第二编当事人，包括能力、多数当事人、诉讼代理人、诉讼辅佐人、诉讼费用、诉讼担保、诉讼救助共七章；第三编通常诉讼程序，包括总则、地方审判厅之第一审诉讼程序、初级审判厅之诉讼程序、上诉程序、再审程序共五章；第四编特别诉讼程序，包括督促程序、证书诉讼、保全诉讼、公示催告程序、人事诉讼共五章。它是我国第一部专门的民事诉讼法草案，但也未及审议颁行。

以上八种法典，均为由法律馆单独制定的法典，除此之外，法律馆还和其他部门合作，起草了若干新法，择其要者，大略有：

1. 《违警律》(光绪三十三年八月草案完成，三十四年四月颁行)。该法由民政部主稿，会同法律馆共同制定。为适应新政，仿照西方“警察国家”做法，朝廷设巡警部，筹定巡警律，官制改革时巡警部改为民政部，接续此项事业，于光绪三十三年八月完成《巡警律》草案。该律共分总则一章，罚则七章，四十四条，另有附则二条。后经宪政编查馆核定，改为十章四十五条，分别为总则、国家政务、公共危害、交通、邮电、秩序、风俗、身体、卫生、财产十章。三十四年四月颁行。此为我国第一部系统的关于社

会治安管理的法律。

2. 《国籍条例》（宣统元年制定，二年颁行）。该法案由外务部会同修订法律馆共同制定。其原意为了抵制印度尼西亚华侨被荷兰殖民者强制入籍而定，据董康回忆缘起为：“因南洋各埠。侨商数十万，不忍听其丧失固有国籍，规定未经政府许可出国籍者，仍以中国国籍论”。〔1〕因印尼华侨上书外务部请求保护，朝廷遂颁旨要求制定国籍法。

最后经宪政馆核定后的国籍条例共有五章，分别为固有籍、入籍、出籍、复籍、附条，共二十四条。另外还制定了《施行细则》十条，后附入（复）籍呈式、入（复）籍保结式、入籍甘结式、入籍执照式、出籍呈式、出籍甘结式。这部法律是因中国面临外力而制，正堪说明清末中国被进一步推入世界潮流中。

3. 《破产律》（光绪三十四年颁行）。该律由商部和修订法律馆共同起草，是中国历史上第一部破产法。它包括呈报破产、选举董事、债主会议、清算账目、处分财产、有心倒骗、清偿展限、呈请销案、附则，共九节六十九条，主要规定了破产的条件、呈报破产的程序、清偿债务的程序等。是清末制定商法中的一个环节。

除此以外，修订法律馆也参与核定新章、制定治罪条文和若干章程，与部院尚有许多法律事务往来，前章已叙，兹不赘述。

第二节 法学知识的传播 和法律人才的养成地：京师法律学堂

修订法律馆除了修订出若干近代法典，成就了近代法律体系当

〔1〕 参见董康：“中国修订法律之经过”，载《董康法学文集》，第461页。

中至关重要的部分以外，另外一项影响深远的成就就是促成了京师法律学堂的成立。

京师法律学堂，同样是应新政之需而设。光绪三十一年三月，修订法律大臣伍廷芳、沈家本鉴于所修的法律为“适用世界大同趋势”之法，而国内司法人员多为旧日申韩之士，为防止新法出而无行法人才，转使新法归于歇绝，于是未雨绸缪，奏请专设法律学堂。

其实早在新政甫行之际，光绪二十七年、二十八年，朝廷先后派罗振玉、吴汝纶率队赴日考察教育，以期归国为改进中国教育体制服务。尤其是后者，在日三个月，访问了四十四所学校，将考察情形详细辑成一报告，后呈上学务大臣张百熙、荣庆、张之洞等。张等据此仿照日本教育系统制定了《奏定学堂章程》，在光绪二十九年底予以颁行。章程容量极大，包括从京师大学堂到幼稚园各类学校的章程、考试、教师、教科书等，政法科大学也在其中之列。政法科大学分两门：政治门与法律门。该章程规定了法律学门所学科目，其主课为法律原理学、大清律例要义、中国历代刑律、中国古今历代法制考、东西各国法制比较、各国宪法、各国民法及民事诉讼法、各国刑事及刑事诉讼法、各国商法、交涉法、泰西各国法，其补助课为各国行政机关学、全国人民财用学、国家财政学等。^{〔1〕}对于学时、教材和教学方法，其规定为：“第四年毕业时呈出毕业课艺及自著论说以上科目外，如有欲听他学科或他分科大学之讲义者，均作为随意科目”，“各科学名目讲习法略解如下：大清律例要义，原书纂繁，讲授者以律为主，但须兼讲律法；中国历代刑律考，取汉律辑本、唐律疏议、明律及各史刑法志，撮要自行编纂；泰西各国法，罗马法、英吉利法、法兰西法、德意志法；其

〔1〕“大学堂章程”，载《大清法规大全·教育部·大学堂》。

余西学各名目注均见前，外国皆有其书，宜择善本讲授”。〔1〕

此为学务大臣对政法科大学堂法律门的最早规划，伍廷芳、沈家本设立法律学堂的奏折中吸收了其中的课程名目。除此以外，伍沈奏折中还提到了开办学堂的两个要点：一是筹备经费的问题，拟由户部拨给开办银三万两，以后日常经费由各个省集资；二是毕业学生的前途问题：“应将学律各员于毕业后，请简派大臣详加考验分别等差，其列优等者交部带领引见。按照原品级以道府直隶州知州、知县等官，请旨录用，庶几学适于用，用其所学，于时政殊有裨益”。〔2〕

至于为何不设法政学堂而要专设法律学堂，奏折中也解释得很明白：

“……奏定学堂章程内列有政法科大学，然须预备科及各省高等学堂毕业学生升入，现在预备甫设，计专科之成，为期尚远，进士、仕学等馆，其取义在明澈中外大局，于各项政事，皆能知其大要。法律仅属普通科学之一，断难深造，出洋游学毕业法科者，虽不乏人，而未谙中国情形，亦多扞格。伏思为学之道，贵具本原。各国法律之得失，既当研厥精微，互相比较。而于本国法制沿革以及风俗习惯，尤当融会贯通，心知其意。”〔3〕

是法律为专门之学，不仅与其他仕学有异，与“法政”也不可等同视之。又结合日本变法之初，也设司法速成科学学校，后来许多维新之士，都出身于此。所以伍沈拟设的法律学堂招收的学生也不是普通学生，而是已经入仕的各部属员，许多学生由各省提学使

〔1〕“大学堂章程”，载《大清法规大全·教育部·大学堂》。

〔2〕“奏请专设法律学堂折”，载《伍廷芳集》，第273页。

〔3〕“奏请专设法律学堂折”，载《伍廷芳集》，第273页。

选送，如光绪三十三年江宁提学使给江督的一份呈文即云：

“案奉宪台札，开准管理京师法律学堂事务大臣沈电，开京师法律学堂，定于十月内添置新班，除在京招考外，请贵省酌送已有实官人员来京肄业。堂舍不敷咨送人数，每省定在十名之内，均由提学司详加考验，不论官绅，以年轻质敏中文素优者为合格，本堂经费异常支绌，拟照学部定章量收学膳费，请将咨送员数或不送员先行电复等因，当经本部堂电询，宁苏学额能否两学使各送十名，复准电复，宁苏各送十名，宁缺勿滥，月收学费二元。膳宿自备等因，前来除咨行外，札司江苏教育总会并札飭各属一体选送，以凭考验，暨现行呈复请先电部照送十员，接奉批开，已如电复管理法律学堂沈大臣查照矣。”〔1〕

由此可知，京师法律学堂将招生指标下放给各省，由提学使考验。且从中可知学堂经费比较紧张，故要收取学费、住宿费。如前所述，法律馆尽管有资金保障，因要分出一部分办理学堂，故也不可能宽裕。在此情形下，法律馆犹能修律办学两不相误，百余年后世人思之，当何其敬佩先贤之开创之功！再有法律学堂整个教学风格也偏重应用法学教育，致力于培养实务人才，而不以追求法律学术为目标。

故为应付新型司法人才需求孔亟的情况，又有日本经验可参，于是修订法律大臣奏设法律学堂。这是我国第一个法律专门学堂（区别于法政学堂和法科大学）奏设的缘起。沈家本在官制改革期间，曾经写过一篇著名的论文“设律博士议”，内云：

〔1〕“江宁提学使详遵飭选考选官绅请咨送京师法律学堂肄业文”，载《政治官报》光绪三十三年十一月二十三日，第六三号。

“夫国家设一官以示天下，天下之士，方知从事此学，功令所垂，趋向随之。必上以为重，而后天下群以为重，未闻有上轻视之，而天下反重视之。然则设律博士，其所系甚重而不可无者也。法律为专门之学，非俗吏之所能通晓，必有专门之人，斯其析理也精而密，其创制也公而允。以至公至允之法律，而运以至精至密之心思，则法学安有不善者。及其施行也，仍以至精至密之心思，用此至公至允之法律，则其论决又安有不善者，此设官之微意也。议官制者，其主持之。”〔1〕

是沈家本对清代无专门传授法律及校释之官，而将之委于刑名幕友及胥吏的做法当有所不满，而希望在管制改革时弥补这一缺漏。笔者无法肯定该文与设立法律学堂有何联系，但是联系到此篇中议王安石变法的内容，是沈对于可能发生的有新法而无讲授和解释新法之人的情况有担忧之处，故而期望朝廷设律博士，除有为其新法的施行减少阻力原因之外，尚有为新设法律学堂毕业学生谋划前途之隐意。观后来沈的一系列作为，的确在为毕业学生前途命运处处留心。

不管如何，在筹设法律学堂过程中，两修订法律大臣达成了共识。光绪三十四年，沈家本在为冈田朝太郎《法学通论讲义》一书作序时，回忆起办学过程：

“余恭膺简命，偕新会伍秩庸侍郎修订法律，并参用欧美科条，开馆编纂。伍侍郎曰‘法律成而无讲求法律之人，施行必多阻阂，非专设学堂培养人才不可’。余与馆中同人，金

〔1〕 沈家本：“设律博士议”，载前揭《历代刑法考·寄簪文存》，第2060页。

题其议。于是奏请拨款设立法律学堂，奉旨俞允。择地庇材，克日兴废。而教习无其人，则讲学仍托空言也，乃赴东瀛，访求知名之士。群推冈田博士朝太郎为巨擘，重聘来华；松冈科长义正司裁判者十五年，经验家也，亦应聘而至。于光绪三十二年九月开学。学员凡数百人，昕夕讲贯，旬经三学期矣。吾中国法律之学，其将由是而昌明乎！”〔1〕

此说可证实法律学堂的开设，是法律馆同人共同的意思。那么法律学堂的归属问题怎么解决呢？本来学校事务应归学部管理，但伍沈在奏设法律学堂折中言明：“开办之始，暂由臣等经理，俟新律告竣，再行请旨派员，专司其事”。〔2〕此说含糊不清，并未言明归属，但既由修订法律大臣经理，且是与新律修订过程相始终者，我们未尝不能将之看作为修订法律馆的附属单位。

在伍沈的奏折经学部议奏同意之后，修订法律大臣便开始筹设法律学堂，于该年底制定出来《法律学堂章程》，该章程非常详尽的规定了法律学堂各项事务要领，共分设学总义章、学科程度章（附各员规条）、学堂考试章、寄宿舍规条章（附自修室规条）、全堂通行规条章、讲堂规条章、操场规条章、会食堂规条章、礼仪规条章、放假规条章、学堂禁令章、接待外客规条章、图书馆规条章、经费规条章、稽查出入规条共十五章。〔3〕根据该学堂章程，京师法律学堂以造就已仕人员精研中外法律，各具政治知识，足资应用为宗旨，并养成裁判人才，期收速效。全堂事务由修订法律大臣督同监督提调各员遵照章程参酌学堂现办情形核实办理。

〔1〕 沈家本：“法学通论讲义序”，载前揭《历代刑法考·寄籀文存》，第2233页。

〔2〕 “奏请专设法律学堂折”，载《伍廷芳集》，第273页。

〔3〕 “修律大臣奏定法律学堂章程”，载《大清法规大全·教育部·法律法政学堂》。文中提及的编制、课程内容均出自此章程。

法律学堂在人员编制上：设监督一员，教务提调一员，教员八员，掌书官一员，杂务官一员，斋务提调一员，监学官一员，检查官一员，还有若干办事人员。监督主持全学堂教育事务学规，稽察办事人员，裁定出入经费，若遇兴革改造之事，随时陈明修律大臣核定施行。教务提调主审量教法，修饰学规，稽查教员勤惰，考验学员优劣，有实施教育之责，约束学员之权，凡堂中应办要事，随时与监督商办。各教员分任学科，按程讲授，有实施教育之责，掌书官掌一切图书，均受成于教务提调。庶务提调管理修建房屋，置备器物，雇用工役，一切庶务，凡堂中应办要事，随时与监督商办。文案官专办文牒，会计官经理款项，杂务官管理雇用人役，一切堂室器物并各种杂务均受成于庶务提调。斋务提调专管考验学员品行及堂外寄宿舍一切事务。监学官稽查学员出入考察学员功课勤惰及一切起居动作，检查官照料学员注意一切卫生事宜，均受成于教务提调及斋务提调。

在课程安排上，分为两种：一种就是普通科课程，分三年授完。第一年科目为大清律例及唐明律、现行法制及历代法制沿革、法学通论、经济通论、国法学、罗马法、民法、外国文、体操诸门；第二年科目为宪法、刑法、民法、商法、民事诉讼法、刑事诉讼法、裁判所编制法、国际公法、行政法、监狱学、诉讼实习、外国文、体操；第三年科目为民法、商法、大清公司律、大清破产律、民事诉讼法、刑事诉讼法、国际私法、行政法、财政通论、诉讼实习、外国文、体操诸门，此外毕业时还要加上毕业论文。

另一种为速成科课程，分一年半授完，课程纯为法律专业课程：大清律例及唐明律，现行法制及历代法制沿革、法学通论、宪法大意、刑法、民法要论、商法要论、大清公司律、大清破产律、民刑诉讼法、裁判所编制法、国际法、监狱学、诉讼实习。毕业时不用写毕业论文，可见速成科纯为应法律实务人才之急需而设。

在师资配备上，最可看出法律学堂的运转，实质就是修订法律

馆原班人马在主事，所以京师法律学堂的开办，同样是修订法律馆一项巨大的成就。据曾经在京师法政学堂学习过的吴寿朋的回忆，各种人员配备如下：

“管理京师法律学堂大臣：沈家本、伍廷芳

教务提调：曹汝霖、董康

文案提调：许受衡、王仪通

庶务提调：周绍昌

教员：吉同钧、姚大荣、朱汝珍、钱承志、陈威、陆宗舆、稽镜、汪有龄、江庸、张孝移、高种、熊垓、廉隅、汪曦芝、薛锡成、马德润、吕烈煌、何廷式

日本教员：冈田朝太郎、志田钾太郎、小河滋次郎、松冈义正、岩井尊文

监学：吴尚廉、熙楨、张元节、林冶詰。”〔1〕

人员配备的特点，与法律馆人员配备特点相同，个中既有新律人才，又有旧律专家（如吉同钧、许受衡等）；既有本国官员，又有日本教习，这样的师资可谓当时中国第一流法学师资了。按照章程要求，法律学堂各教员认真从事法律教育事业，每科均编定讲义，这些讲义亦可谓当时法学知识的播种机，反馈到法律馆，给其修律事业提供了很强的学术支持。据汪庚年辑录的京师法律学堂笔记，共有二十二册，分别为：

“《法学通论（宪法、行政法）》、《刑法总则》、《刑法分则》、《民法总则（上卷）》、《民法总则（下卷）》、《民法物权

〔1〕 吴朋寿：“京师法律学堂与京师法政学堂”，载中国人民政治协商会议编：《文史资料选辑》，中国文史出版社2000年版。

法》、《民法债权法》、《民法债权法各论（亲属法、相续法）》、《商法总则》、《商法（会社法、商行为法）》、《法院编制法》、《刑事诉讼法》、《民事诉讼法、破产法》、《国际私法》、《国法学（上卷）》、《国法学（下卷）》、《平时国际法》、《战时国际法》、《监狱律、监狱学》、《手形法、船舶法》、《理财学》、《经济学》。”〔1〕

因此若论修订法律馆为清末法学重镇，很大程度上是因为其属下的京师法律学堂活跃的学术气氛所导致。同时，其聘请日本法学专家来华的理由，并不是直接以参加起草新律的名义聘请，而是以充当法律学堂的外教身份聘请，这样既可充实师资，又可实际请其起草新律而避免不必要的非议，法律学堂因此似又可看成修订法律馆人才储备库。

虽然修订法律大臣并不到学堂办事，但从《京师法律学堂章程》中涉及修律大臣的条文看，自人员经费到考核奖惩等大小事务，都需由修订法律大臣最终确定，〔2〕可见实际上为京师法律学

〔1〕 汪庚年：“汪辑京师法律学堂笔记”，转引自王健：《中国近代的法律教育》，中国政法大学出版社2001年版，第197页注释部分。

〔2〕 《京师法律学堂章程》中涉及修律大臣的条文有：

“应办事件均照定章办理，有为章程所未备者，应由监督随时陈明修律大臣裁夺施行。”（《设学总义章·第三节》）

“堂中各处办事有应在于联合之处，由监督随时陈明修律大臣外，每届年终，各处办事员应各具说帖指陈得失。”（《设学总义章·第四节》）

“监督主持全学教育事务，董理学规，稽察办事人员，裁定出入经费，凡兴革改造之事，随时陈明修律大臣核定施行。”（《职务总目·第二节》）

“教员管理员如有不守定章，习为敷衍者，应由修律大臣查明，教员辞退，管理员撤差。”（《职务通则·第四节》）

“各教员请假旷课，凡每日授课三时者，每学期旷课不得过三十时（每日以三时计算），每日授课二时一时者，每学期旷课不得过二十时（每日以二时即一时计算）如逾此限，由监督陈明修律大臣按照各学章办理。”（《教员规条·第十

堂的灵魂。而伍廷芳走后，这个灵魂人物就是沈家本。从沈《历代刑法考·寄篋文存》卷七中跋文中，可看出沈对收藏各种法律书籍以及鉴别各种版本颇有心得，与另一位精于此道的人士董康（绶金）可谓亦师亦友，他们都曾致力于丰富法律学堂藏书的工作，且沈还通过私人关系，为京师法律学堂搜罗书籍。^{〔1〕}当然沈家

节》)

“应办文牍由文案官拟稿监督庶务提调复核后，共同画押送呈修律大臣画行交回缮发原稿存案。”（《文案官规条·第二节》）

“所有外来文件函电由收文处书记生送呈监督庶务提调及文案官阅毕，即日送呈修律大臣阅过发回核办。”（《文案官规条·第五节》）

“各项帐簿均立正副二册，副册十日一结，正册一月一结，均送监督庶务提调察阅，月终造具四柱清册二分，一存本堂，一呈修律大臣查核，年终造总册报销，亦照月册办理。”（《会计官规条·第四节》）

“班长及副班长每一学期由学员公举一次，如办事勤慎，即行留任，并由监督陈明修律大臣酌予奖励。”（《班长规条·第五节》）

“毕业考试先期由修律大臣咨行学部，奏请简派大臣会同学部详加考验，由学堂汇造学员履历册，行检分数册功课分数册，各教员学科讲义，学员日课本（日记课卷算草画稿图等），呈送考试官考核听候择期按照所习学科分门考试，合格者照章奖励，给出身，分等录用，考列下等者，留堂补习一年，再行考试，分别按等办理，第二次若仍考列下等，即给以修业凭照，令其出学，考列最下等者，给以修业年满凭照令其出学。”（《学堂考试章·第七节》）

“堂中章程经修律大臣鉴定之后均应遵守，不得私意擅改，如实在窒碍之处，由堂中人员共同商改，呈由修律大臣裁定。”（《全堂通行规规章·第六节》）

“开学散学毕业由监督申请修律大臣到堂，学员行礼后应由监督带领谒见，修律大臣南向立，学员向修律大臣行三揖礼徐退。”（《礼仪规规章·第五节》）

“学员在外品性卑污，行止不端，既败同学之群，亦隳同学之望，由堂中各员严密访查得有实据者开除，追缴在堂所用学费，重者陈明修律大臣办理。”（《学员禁令章·第二十四节》）

“凡犯以上各条，轻者记过，开除仍追缴在堂所用学费者，陈明修律大臣办理。”（《学员禁令章·第二十五节》）

〔1〕 参见《沈家本年谱初编》，第179页。

本最关心的，还是法律学堂毕业生的前途。

自光绪三十二年京师法律学堂开学后，到光绪三十四年五月法律学堂速成科毕业有四十九名学生，宣统元年十二月法律甲班毕业一百零四名，宣统二年十二月法律乙班毕业三百六十三名，直到清末，共计有毕业生五百一十六人。^{〔1〕}

对于速成科和甲班毕业学生的奖励，鉴于历来愿做行政官的人多，而愿做司法官的人少，沈家本奏明比照仕学馆奖励章程酌量办理，凡甲班之考列最优等、优等者，照原官保奖升阶，并免第二次考试。（指法部公布的法官考试，直接由行政官阶升转为司法官员。）朝廷交学部议复，学部同意沈的办法，这对于毕业学生从事司法工作是一个不小的鼓舞。^{〔2〕}

宣统二年八月初五日，法部议准“京师法律学堂毕业学员改用法官办法折并单”，设定改官办法：

“如原系京官而品级不相当者，则仿大理院虚级升转之法，如中书科中书改作正七品推检之类；原系京官而改外者，则暂行借补，仍留原官原衔，如郎中等借补从五品推检之类；原系外官而品级不相当者，或借补而留原官原衔，如知府等之借补从五品推检之类；或应改正八品虚级法官而暂作为从七品者，如府经县丞改用从七品推检之类；原系外官而改内者各按本级递升递减，仍用虚级升转之法，如直隶州州同等作为候补正七品推检，府经县丞等作为候补从七品推检之类。”^{〔3〕}

〔1〕 参见《教育公报》第一年第十一册，第11~13页。

〔2〕 “学部奏京师法律学堂毕业各生酌拟奖励折并单”，载《政治官报》宣统二年五月二十二日，第九五六号。

〔3〕 “法部奏酌拟京师法律学堂毕业学员改用法官办法折并单”，载《政治官报》宣统二年八月二十日，第一〇四三号。

宣统二年十二月法律学堂乙班学生毕业，沈又呈请照甲班毕业学生给予乙班毕业生出身和奖励：

“乙班毕业考试及格各员，除给予副贡出身外，其原有官职在七品以上考列最优等者，各就原官应升之品级专以相当之司法官改用，考列中等者，按照原官改用。乙班改用法官并免第二次考试，仍按各员毕业考试等第分别奖以应升之品级。”〔1〕

但是这一次，遭到学部的抵制，学部认为应该参与法官考试，不能因官职高低而又不同，此前是因为法律人才极其紧缺，所以施行权宜之计。如今制度俱在，不能因为他们是法律人才而乱了章法，最后得出解决办法：“凡原官在七品以上者，考列最优等各员，经第二次考试合格后，准其以比原官升一级之法官补用，余悉照上年八月初五日法部复奏乙班毕业办法办理。”〔2〕朝廷最后同意学部的意见，否定了沈家本的做法。

平心而论，沈家本所建议的奖励办法的确与法院编制法以及法官考试办法相悖，但是作为法律学堂管理大臣，为壮大司法人才队伍，为学堂毕业生前途计，其一片护犊之心昭昭可见。

宣统三年，京师法律学堂开办丙班不久，“该学堂即行停办，丙班学生即归并京师法政学堂（1907年设立，属学部管），同时财政部所办之财政学堂亦停办，该学堂之学生亦归并到京师法政学堂。1912年（中华民国元年），京师法政学堂改名为北京法政专门

〔1〕“学部议复法律大臣奏法律学堂乙班学员改官办法折”，载《大清宣统新法令》，第四函第三十二册。

〔2〕“学部议复法律大臣奏法律学堂乙班学员改官办法折”，载《大清宣统新法令》，第四函第三十二册。

学校，分为政治、法律和经济三科”。^{〔1〕}至此，法律学堂最终融入了现代法政教育体系中。

总之，在修订法律大臣的争取和修订法律馆同人的教育下，京师法律学堂培养出了不少法律人才，如民国时活跃于司法界的王树荣、陆澄宙等人。同时，对于修订法律馆馆员而言，他们在法律学堂的活动，可达教学相长，互相交流之效果，对于其从事修律工作，也当大有裨益。法律学堂实际上是修订法律馆引才、用才、储才的又一个重要的舞台。

第三节 习惯调查的渊藪

光绪三十三年十一月，修订法律大臣在奏“馆事繁重恳照原请经费数目拨给”一折中，提到“而臣馆所办事宜，如调查起草翻译编纂”，^{〔2〕}是将调查看作是修律中不可或缺的一项业务或环节。而在其此前奏准的“修订法律大概办法”一折中，第一条办法也是“参考各国成法，必先调查也”。^{〔3〕}但是此处调查是广泛的，主要指调查外国修律的办法，以为他山之石。随着新刑律草案的出台，修订法律馆将工作重心逐渐转向修订民商律来。如何制定民商律，修订法律大臣在恳请度支部拨款时，便提到：“中国现定

〔1〕 吴朋寿：“京师法律学堂与京师法政学堂”，载中国人民政治协商会议编：《文史资料选辑》，中国文史出版社2000年版。

〔2〕 “修订法律大臣奏馆事繁重恳照原请经费数目拨给折”，载《政治官报》光绪三十三年十一月二十一日，第六〇号。

〔3〕 “修订法律大臣奏拟修订法律大概办法折”，载《政治官报》光绪三十三年十月八日，第一九号。

民商各律，应以调查为修律之根柢，此事极有关系”，〔1〕此处的调查，则更多是指我们即将要讨论的民商事习惯的调查了。〔2〕

修订法律馆之所以要开展习惯调查，除了本身制定民商律的需要，还受宪政编查馆调查活动的影响，光绪三十三年，署黑龙江巡抚程德全在陈奏管见时，对于开展宪政，制定宪法办法时，曾提到：“……调查国内习惯以资采用也，凡制定一国之法典，必外徵列邦之法律，内参本国之习惯，融会贯通乃克有成，良以积习相沿，挽回非易”。〔3〕所以在地方督抚看来，习惯调查对于制定法典意义巨大，甚至可以影响宪政的开展。

于是宪政编查馆便于光绪三十三年九月，奏拟请飭令各省设立调查局时，遂提到：

“惟是考察各省事实以为斟酌损益之方，较之考察外国规制尤为切要，倘于本国之设施固有之沿习未能一一得其真际，恐仍无以协综核定之宜，现在臣馆职司编制统计二局，亟当预筹京外通力合作之办法，以期推行尽利……中国疆域广袤，风俗不齐，虽国家之政令初无不同，而社会之情形或多歧异，现在办法必各省分任调查之责，庶几民宜土俗，洞悉靡遗，将来考核各种法案，臣馆得有所据依，始免两相抵牾。”〔4〕

〔1〕“修订法律大臣奏馆事繁重恳照原请经费数目拨给折”，载《政治官报》光绪三十三年十一月二十一日，第六〇号。

〔2〕关于清末民商事习惯调查的起因、过程和范围、问题、意义，更详尽的论述可参见睦鸿明：《清末民初民商事习惯调查之研究》，法律出版社2006年版。从事调查的尚有宪政编查馆和民间组织，本书仅就法律馆在此过程中的活动做一简单叙述。

〔3〕“署黑龙江巡抚程德全奏遵旨陈管见折”，载《政治官报》光绪三十三年十一月二十四日，第六四号。

〔4〕“宪政编查馆奏拟请飭令各省设立调查局并办事章程折附片及清单”，载《大清法规大全·宪政部·调查统计一》。

此后各省按照宪政馆的要求陆续设立了调查局，其调查的范围是全面的，属于国情调查，而其中有一项正是习惯调查。按照《各省调查局办事章程》章程第二条和第三条的规定，调查局应设法制统计两科分掌各事，法制科分设三股，其第一股的职权即是，掌调查本省一切民情风俗并所属地方绅士办事与民事商事及诉讼事之各习惯。^{〔1〕}后来修订法律馆许多民商事习惯实质上是在各地调查局法制科第一股的协助下完成的。

在宪政馆的影响下，法律馆更是明言地方习惯调查的重要，光绪三十四年五月，法律馆也奏进《咨议调查章程》，在该奏折中，提到：

“臣等自开馆以来，督同提调各员昕夕考求，悉心体察，凡关于东西各国法制，先以翻译最新书籍为取证之资，事虽繁重，尚有端绪可寻，惟各省地大物博，习尚不同，使非人情风俗纤悉周知，恐创定民商各法见诸实行，必有窒碍，与其成书之后多所推求，曷若削简之初加意慎重。”^{〔2〕}

根据法律馆《调查章程》，调查员必须具有一定资格，须以下三者具其一：一，曾在本国或外国法政学堂毕业生；二，现充法政教习者；三，熟悉刑律者。其人员或者由修订法律大臣就本馆人员派充，或者由修订法律大臣就各处通晓法政人员派充。调查员于应行调查之件，应按照法律馆询问事由及颁发表式办理，并且按照法

〔1〕“宪政编查馆奏拟请飭令各省设立调查局并办事章程折附片及清单”，载《大清法规大全·宪政部·调查统计一》。

〔2〕“修订法律大臣沈家本等奏谨拟咨议调查章程折并单”，载《大清法规大全·吏政部·内官制二》。

律馆所定期限迅速报告，如果力所不及，还可以随时商请咨议官协助办理（关于咨议官的人选，可参看本书第三章）。

可见，到光绪三十四年五月，随着民法编订的在即，民商事习惯调查已经刻不容缓。到宣统元年十一月二十五日，修订法律馆奏筹办事宜时，其中有条为：拟订调查民事习惯问题和拟订调查商事习惯问题。^{〔1〕}可知，修订法律馆此时已经拟订了调查中所提的问题，供调查员下各省提问。

因此，修订法律馆针对习惯调查，从人员配备、问题设计、时间安排上还是做了一番精心准备的。举一例以证之，在修订法律馆所拟的《调查民事习惯问题》的第三编“债权”之第一章“契约”中的“买卖契约”部分，就设计了如下的问题：

买卖契约

甲、彼此约定买卖一物，物价均未交割，中途有一人违约不买或不卖时，期处理之方法如何？

乙、约定买卖并付有定钱，中途有一人违约时，其定钱作何处理？

丙、买卖时应有一切用费（如夫马酒食等类），由买主卖主何人任之？

丁、买卖用费是否照实计算，抑有特定标准？（如买价若干须加用费若干之类）

戊、买卖经过一定期限，如未付价或价未清卖主可向买主索加利息或撤销买卖之约否？

己、买卖已成交后（指物价均已交割或物已交清价尚未付清时而言）买主如不合意，有无退换之事，其退换之方法

〔1〕“修订法律馆奏筹办事宜折并单”，载《大清宣统新法令》第二函第十一册。

如何？

庚、买卖已成交后，如买主因该物有缺损差异（如数量不足品质有异之类）与原约不符时，其退换之方法如何？

辛、退换货物有无一定期限？

壬、故将左揭各物出卖买主不知，致买卖无效时，卖主对于买主有何责任？（如加利退价或别议处罚之类）

一、抵押租借之物

二、官有或公有之物

三、寄存或遗失之物

四、盗窃之物

癸、定买之物如卖主已先抵押于人应由何人取赎？

子、定卖之物卖主再以卖人时，于前后买主有何责任？

丑、买卖已成定约，买主或卖主一人死亡，其继承人的撤销其约否？

寅、已定买之物，因天灾事变，致有损毁灭失时，其处理之方法如何？

卯、买卖时卖主如预约买回其价值如何预定？

辰、预定买回期限最长以若干年为限？

巳、预约买回之物，买主可于期未到时转卖他人否，如转卖后原买主于期到时得向后买主买后否？

午、买回之物其未买回以前所有修理保管一切费用，应算入买价中否？”〔1〕

由此可见，调查的问题是全方位、比较细致的。同时在《调查民事习惯问题》调查问题卷首，还加上《调查民事习惯章程》

〔1〕 修订法律馆印：《调查民事习惯问题》，光绪三十四年。

十条，对调查地点、调查襄助人员、调查时间、调查用语及其他应注意的事项做了扼要规定。看得出制作此问题时，商事习惯调查已经启动，且此文件较之《调查商事习惯问题》更为详尽，因为在章程第一条即云：“民事习惯视商事习惯为复杂，且东南西北自为风气，非如商业之偏盛于东南，拟派员分途前往调查，以期详悉周知，洪纤毕举”。〔1〕

此时社会对民商事习惯调查的方法也很关注，《东方杂志》就曾刊载其中的一家之言：

“调查我国之惯习，必先察其实际上之习俗如何，人民之观念如何，官吏之判决例如何，而后施行下之二种办法，或可得其真相也。（其一）取志书所载以为证也，各省皆有通志，又有府志、县志、厅志，皆为考察旧惯之一材料，其关于土地者，则有鱼鳞册实徵户册等，皆可据之以知关于土地之一切关系也。（其二）就各地人民所有之证书以观之，统治之主权薄弱，依官吏则不能望财产之安全，依裁判则不能得权利之确保，就私法之关系，为各人自卫之计，其惟互相私约之一法，故中国之法律行为，以作证书为一切之习俗。”〔2〕

据笔者所见材料，清末修订法律馆调查民商事习惯，商事习惯在先，且从商品经济比较发达的东南沿海开始，这样做笔者推测有法律馆深刻的用意，即商行为相对于民事行为，其普遍性要大一点，且以东南沿海，可做一个习惯调查试点，在本国尚未有习惯调查先例前，摸着石头过河，不可不说是法律馆审慎使然。于是光绪三十四年至宣统元年，法律馆派翰林院编修朱汝珍赴各省调查商习

〔1〕 修订法律馆印：《调查民事习惯问题》，光绪三十四年。

〔2〕 《东方杂志》，第四年（光绪三十三年）第三期。

惯。据法律馆在宣统二年所上奏折中称，这次商事习惯调查成绩斐然：“该编修遍历直隶、江苏、安徽、浙江、湖北、广东等省，博访周咨，究其利病，考察所得，多至数十万言，馆中于各省商情具知其要”。〔1〕在商事习惯调查告一段落之后，法律馆遂决心开展更大规模的民事习惯调查。

宣统二年正月，法律馆奏上“编订民商各律照章派员分省调查折”，称：

“窃维民商各律意在区别，凡人之权利义务而尽纳于轨物之中，条理至繁，关系至要，中国幅员广远，各省地大物博，习尚不同，使非人情风俗洞彻无遗，恐创定法规必多窒碍……而民事习惯视商事尤为繁杂，立法事巨，何敢稍涉粗疏？臣等公同商酌，拟选派馆员分往各省，将关系民律事宜详查具报，并分咨各省督抚，飭司暨新设之调查局协助办理，其商事尚需查之省分，并会考察报告，俟该员回京后即责成各省调查局造具表册，随时报告，庶资考证。”〔2〕

于是法律馆派纂修许同莘首先赴江苏开始进行民事习惯调查，继而广及各地，得出了大量报告，以供法律馆修律参考。

修订法律馆开展的民商事习惯调查，本是修订新律工作的一个环节，但由于时间仓促之故，调查成果并没有来得及被消化吸收，所以反映到法律中的地方并不多。但是习惯调查毕竟是一项创举，因前无古人，法律馆经验不足便在所难免，但其最大的意义却超过

〔1〕“修订法律大臣奏编订民商各律照章派员分省调查折”，载《政治官报》宣统二年正月二十八日，第八四五号。

〔2〕“修订法律大臣奏编订民商各律照章派员分省调查折”，载《政治官报》宣统二年正月二十八日，第八四五号。

了调查活动的本身。因为这是法律馆遵从理性思维模式，试图独立开展立法工作的一个起点，是期望以本土形式迈向法律之近代化的最初尝试。正如刘广安先生所云：“清末立法者对传统习惯的强调，则突出地反映了中国古代民法走向现代化初期的特点。”〔1〕

第四节 未竟的遗憾

以上粗略的勾勒了修订法律馆的主要业绩。在不足八年的时间内，又处在动荡不安的时局、纷繁复杂的斗争、新旧内外的交困中，修订法律馆能做出如此多的贡献，令人不得不佩服其行事之效率及馆员任事之忠谨和坚毅。对于前辈为造就新律、发扬法学所付出的苦心孤诣，我们当秉同情之了解态度，本不该再有所指摘。在八年中，法律馆肯定也有迷误，也有缺失，但我们与其指责其错误，不如反躬省思：法律馆一切种种，时邪？命邪？故本节用未竟之遗憾，对其事业进行些许反思。

对于最主要的修律事业而言，在法律馆的努力下，基本建立起了近代部门法体系中的主体部分。但是我们可以看到，清末新修的法律大部分还停留在草案的阶段，颁布的法律在施行中也遭遇到重重阻力。就法典而言，改定的《大清现行刑律》无论是术语还是在可适用性上，似乎都较新律更完善。我们试将以《大清现行刑律》为代表的旧律与以《大清刑律》和《民律草案》为代表的新的律做一对比，以明各自得失。

首先就编纂时间上，旧律从修订法律大臣甫设，到宣统年间编纂成功，前后用去七年时间，且原先已经有一定的成例，同时先驱

〔1〕 刘广安：“传统习惯对清末民事立法的影响”，载《比较法研究》1996年第1期。

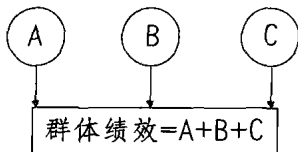
者薛允升还留有《读例存疑》可作为修改旧律重要参考，所以修改的旧律已经属于《大清律例》最成熟的修订版本。而新刑律自光绪三十二年冈田朝太郎入馆之后开始纂修，到宣统二年颁行，总共才四年，而历七案之多，且未多顾及中国民情习惯，自然不成熟。至于民律草案，直到宣统三年，礼部还在集议礼学馆与法律馆会同修订民律之事，可见亲属继承两编此时尚未启动，而前三编为松冈义正起草，虽说在修律之初曾经提及要合乎中国礼教民情，但彼时民事习惯调查尚未完成，等到完成时，距离民律前三编草成仅隔数月。是新律起草之仓促与旧律编订之从容，真有天壤之别。

其次就主纂人员上，旧律的主持人员是沈家本，以沈多年的学识和经验，再加上馆中众多的刑名专家，于国情有深刻了解，自然对旧律厘定驾轻就熟。至于适应时代要求，同样有新法政青年参与修订旧律，增纂新章，完全可以旧瓶装新酒，是以改定后的旧律在施行中未闻窒碍；而新律则截然不同，新律的主纂人员几乎都为洋员。如同时人所述：“新定法律草案出自日本律师冈田之手……稿既定，颁示各省，皆知其谬妄，决不可行”^{〔1〕}是日人不可能于中国有深刻了解，且囿于自己知识经验，必定使中国法律草案具有日式色彩。从而在法律领域内，新旧之分就体现出了“民族的”和“世界的”区别，而制度是具有惯性的，尤其在用法之人操作起来，如与固有习惯背离太远，新法必不能实际推行。

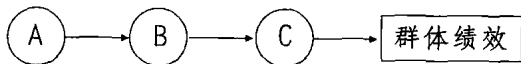
再次就工作程序上，旧律的修订体现出馆员的“集合式任务

〔1〕 胡思敬：《国闻备乘》卷四，“督抚趋时”。

互赖”的色彩，^{〔1〕} 这种任务模式如图所示：



也就是说，在修订旧律时，各馆员都是各领一块内容进行修订，且无顺序之分，每个馆员对最后的群体效绩都是分开独立的。所以假设 A 的工作没有做好，不影响 B 和 C 的修律工作。而修订新律的工作则体现出馆员的“连续式任务互赖”的色彩，这种任务模式同样如图所示：



这就是说，在起草新律时，各馆员之间的步骤有先后顺序，群体成员必须依照既定顺序来进行特定行为，起草新律的步骤本书第三章曾经交代过，A 为翻译编订外国法律，B 为调查本国民事习惯，C 为起草法典，所以前一项工作的好坏直接影响到后一项工作，如果 A 没有做好其工作，则 B 在调查时少了参照的对象，如果 B 没有调查好，C 必定不了解本国国情。在法律馆修律活动中，

〔1〕 所谓“任务互赖”，是指某成员执行的工作影响组织中其他群体成员作为的程度，而集合式任务互赖，则是指在此类任务互赖中，每一名成员对群体绩效的贡献都是分开独立的，而下文所述的连续式互赖，则是指群体成员必须依照既定的顺序来进行特定动作而产生的任务互赖的状况。参见前揭：〔美〕Jennifer M. George, Gareth R. Jones 著，吴玲玲审定：《组织行为》，台湾培生教育出版股份有限公司 2004 年版，第 474 ~ 475 页。

对于旧律的修订，图中的 A、B、C 同样出色，所以编订旧律达到传统修律的最高峰。而对于新律的起草，调查工作并未能做到位。比如民律草案，是在宣统二年年终才完成初稿，而按照调查章程规定，调查报告汇总在该年八月结束，则其报告为民律草案采用的几率是微乎其微的，算上分析报告中所显示的情况和数据的时间，到起草完毕，总共不超过四个月，如此短暂的时间，怎可能让 C 的工作做到位呢？所以可能的结果就是，即使有部分内容反映到了草案之中，也是极其片面的。

最后就修订理念上，改定旧律本着“删除总目、厘正刑名、节取新章、简易例文”四项原则，无论从语言上还是内容上，都比较好的融合了新旧，作为过渡法典，其正孚应用。反观新律，一本模仿列强、折冲樽俎理念，切切以与西方一致为己任，不仅在篇章体例上如此，在内容设计上如此，甚至连语言文字上也是如此。这不仅使中国官员适用不便，连外国人对此也颇为不解，德国人赫善心即认为：“余意以为中国修订法律须以大清律例为本，他国之律不过用以参考而已，倘中国修订法律不以大清律例为本，则真可为不知自爱者也”。〔1〕起草新律，本师法日本而远追德国，乃竟至被德人认为“不知自爱”，真不知当日法律馆衮衮诸公，读到此语会作何想。

是以新律的命运可想而知了，新刑律虽然最终在清末得以颁行，但未几，民国肇造，急需用律，此新刑律遂更名为《暂行刑律》，除将关于国体各条略行删除，继续使用。但行之三年，颇感不便。于是民国大总统袁世凯飭令法律编查会（由修订法律馆改名而成）加以修改，数年前还是法律馆中的政法新青年的汪有龄、章宗祥、董康，此次在修改意见中却作如是说：

〔1〕 赫善心：“德儒赫氏中国新刑律论”，载《桐乡劳先生乃宣遗稿·新刑律修正案汇录》，第 976 页。

“中国数千年来以礼教立国，昔人所谓‘礼之所去，刑之所取，则立法自必依乎礼俗。

一代之法典，缘一代之政体而生。事为昔人所无者，不妨自我而创法；为前代所有者，不妨与古为因。盖道以政而即齐以刑，而后治罪，不虞其缺略，则立法自必依乎政体。法之所受者罪犯，而刑之所施者法官。

中国教养未周，法学幼稚，以犯法者之日众也，则刑期似不宜缩短，以用法者之未习也，则刑等不应过宽。礼所谓‘用轻用重’，书所谓‘惟齐非齐’，则立法又必视乎吏民之程度。”〔1〕

读此语涵义，与劳乃宣等人之言辞何异？而此三子当日在礼法之争时均为法派勇将，何以短短三四年其思想竟有如此巨变？论者或以为此乃项城谋帝制之动而为，则何以前清帝制方兴时犹为抵制，而如今项城当国尚为共和时却有此一说？我们只能以当时国情来做解释，此时，董康升任大理院院长，章宗祥升任司法总长，汪有龄则为参政院参政，当日书生意气，而如今则需面临现实司法状况，高喊大同无益于国计民生。于是在这修正意见书中，对四个地方做了修改：一是于总则部分增入“亲族加重”一项；一是于直系尊亲属内加入“外祖父母”一项；一是采择补充条例，纂入正当防卫及无夫奸二条；一是尊长对于卑幼于奸非章，增“强制卖奸”之条，于略诱章著“强卖和买”之罪。是当日劳乃宣等人所岌岌争取的，于今都成为现实。

此举固可说是项城帝制自为前的准备举动，但笔者毋宁相信是

〔1〕 章宗祥等：“修正刑法草案理由书”，载《董康法学文集》，第2页。

习惯的力量将法律从理想中往后拉回到现实情形中。如此，则可知清末法律馆制定的新刑律之迷误。朱勇先生评价新刑律的适用性时曾提到：

“清末立法者吸收西方近代法律理论，希望借助变法修律，全面建立新型刑事法律体系，在刑事立法方面实现法律理性主义目标，具有法律发展史上的进步性，但同时，《大清刑律》在基本原则和基本制度方面，与当时中国的社会现实严重脱节，缺少生效、实施的社会基础，因而成为中国近代法律发展过程中的一个不理智的环节。”〔1〕

此语精辟，可谓得法律馆修律得失之中三昧。再如民律草案，同样，在民国初年，并未得到适用，1914年《大理院三年上字第三〇四号判例》规定：

“民国民法典尚未颁布，前清现行律除与国体及嗣后必行之成文法相抵触之部分外，当然继续有效。至前清现行律，虽名为现行刑律，而除刑事部分外，关于民商事之规定，仍属不少，自不能以名称为刑律之故，即误会其为已废。”〔2〕

可见，民法上参照的是现行刑律，当然十年之后，重新修订法律时，清代法律馆制定的新刑律与民法草案都成为重要的参考法典。不过那已是清末修律事业过去多年之后的事了。

再看法律馆编订的旧律，虽然我们上文分析了法典本身的成熟

〔1〕 朱勇：“理性的目标与不理智的过程——论‘大清刑律’的社会适应性”，载张生主编：《中国法律近代化论集》，中国政法大学出版社2002年版，第294页。

〔2〕 台湾“司法行政部”印行：《中华民国法制史料汇编》，1992年版，第32页。

性，旧是远胜于新的，但是改定的现行刑律行使甫一年，终究为新律所取代了。此现行刑律在施行过程中，未闻地方督抚提出不适，而激起如新刑律修改过程中产生的轩然大波。当然还可以这样解释，也就是说时人都知道它是过渡性的法律，处于暂行状态，所以也不去苛求。又因为宪政编查馆此前定下预备立宪期限，定于宣统二年颁布新刑律，次年实行新刑律，故宪政编查馆正是以此为由奏请颁行尚未完全议决的新刑律。所以现行刑律即便成熟，也牺牲在了筹备立宪清单上。

不过造成现行刑律最终离开历史舞台的根本原因，还不在此，所谓“青山遮不住，毕竟东流去”，即使现行刑律内容和体例再完善，它毕竟还是一部诸法合体的传统法典，即使旧瓶中装的是新酒，旧瓶还是在新政一片趋新的气氛中显得刺眼。且平心而论，此体例也不合于近代部门法体系发展的趋势，何况社会分工越来越细，社会节奏越来越快，传统的律例制，在时代面前，终究会显得疲于应付。就象一条老旧的船，尽管眼下还可以，但终究经不起可以预见到的未来可能来临的狂风巨浪。而新律，则似万吨巨轮，只是尚未航行到深海中，难免会担心遭遇暗礁，待到航至茫茫大洋之日，正是它乘风破浪之时。

其实这个矛盾存在于修订法律馆各项活动中。再看民商事习惯调查，似乎有有为自主立法做准备，摆脱法律殖民主义的意味，但是当时产生的隔阂也不少。比如修订法律馆馆员朱汝珍在开展商事习惯调查的时候，据《东方杂志》载：

“然法律馆近派编修朱汝珍，赴各省调查商事习惯，本月至上海，发问百余事，按照日本商法五编，分为五章。首总则，次组合及公司，以当日本之会社，次票据，以当日本之手形，次各种营业，以当日本之商行为，次船舶，以当日本之海商，核其所发问者，未免隔膜。而受问者亦殊少纸片对策之能

事，必厚意温词鼓舞，以颜面之所在，促令开答，问研究会之会，商人特推专员，兼聘法学家为顾问，一一求问题之所根据，而后徐会其经理之所得，以相印证，或者有相说以解之乐，今馆员无延访之实意，商人无酬对之特别组织，馆员视商人为万能之神圣，商人视馆员为一哄之过客，则交相为伪而已，于立法宜民之意，岂有毫发之补哉！”〔1〕

由此可见，习惯调查过程中，因囿于西学之新，而离我国商人实际太远，所以商事调查在清末成就是大打折扣的，反而是民间商会组织开展的习惯调查更为有效。〔2〕

所以就修订法律馆所修法律，旧律不合于时，新律不合于势，无论新旧，皆为时势所不容。修订法律馆本身是新政中涌现出来的代表性组织，但是却在发展旅途中常常陷入迷惘之境，几有无所适从之感。如何恰当地沟通新旧，是法律馆终清之世未能解决的难题，随着王朝的更迭，法律馆也遗憾地拉下了帷幕。

也许这一切，怨不得法律馆诸公，在帝国的官僚体制中，他们已经属于时代之骄子，法界之精英。其所从事的事业，也是一项全新的、充满挑战的事业。他们为新政，充当马前之卒，却惹一身尘埃是非，个中委屈堪与谁述？梁启超先生慧眼看破一切，他在新政之初时所论的时代特色，亦未尝不可视为法律馆面临的困迥的年代，并且正是这“过渡时代”将法律馆逼入了两难的境地：

“语其大者，则人民既愤独夫民贼愚民专制之政，而未能组织新政体以代之，是政治上之过渡时代也；士子既鄙考据词

〔1〕 参见《东方杂志》，第六年（宣统元年）第四期。

〔2〕 相关部分参见张家镇等编：《中国商事习惯与商事立法理由书》，中国政法大学出版社2003年版。

章庸恶陋劣之学，而未能开辟新学界以代之，是学问上之过渡时代也；社会既厌三纲压抑虚文舞弊之俗，而未能研究新道德以代之，是理想风俗上过渡时代也。语其小者，则例案已烧矣，而无新法典；科举议变矣，而无新教育；元凶处刑矣，而无新人才；北京残破矣，而无新都城。数月以来，凡百举措，无论属于自动力者，属于他动力者，殆无一而非过渡时代也。”〔1〕

当然，作为清末新政先锋的法律馆，的确留有此未竟遗憾。但若将修订法律事业看作是一项连续的事业，则情形又不尽然。民国元年，修订法律馆改为法律编查会，民国八年，又改为修订法律馆，继续从事清末法律馆未尽的事业。原来的馆员中，沈家本老年体衰，小楼编书，在留下一笔丰富的法学财富以后，于民国二年溘然长逝；伍廷芳老骥伏枥，心向共和，投身于革命洪流中；吉同钧等人心系旧律，隐而不出，为昔日大清律全盛致以数不尽的怀念和哀悼。更多的人，如董康、江庸、章宗祥、汪有龄等人，则继续从事修订法律的事业，他们依然成为了民国时的法律编查会和修订法律馆中的中流砥柱，最终造就了民国时期的六法体系。自此，从光绪三十年修订法律馆开始的改旧为新的修律活动，终成正果。如此，则其未竟的遗憾，当可稍稍释怀。

小 结

检视修订法律馆的贡献，在新法律、新法学、新方法三个方面。所谓新法律，即自光绪三十年开馆以来，陆续纂成了十数部法

〔1〕 梁启超：“过渡时代论”，载《清议报》第82期。

典和法律草案，其中还包括改定旧律的工作。改定旧律，是修订法律馆对《大清律例》所做的一次最大，也是最后的一次修改，至此，传统律例达到了最完善的境地。起草新律，则是以西方近代法律理念为指导，构筑新的部门法体系主体的全新创造，即使未能有效的施行，也已经在形式上最终告别了中华法系。

所谓新法学，即修订法律馆为引才、用才、储才，而奏设京师法律学堂，在这个学堂中，新法学得以传授和传播，一批旧官员被改造成新式司法人才，一批旧馆员受到新法学的荡涤，从而在知识结构上更加完善，又反过来使修订法律馆成为更能融会新旧学问，贯通中西法学的集实务科研于一体的机构。

所谓新方法，即吸收宪政中某些因素，在编订法律之前进行习惯调查，从中更好地知道风俗民情，将之反映到新修律文中，俾新律能在实践中畅行无碍。

当然，限于时势所趋和时间所迫，更限于社会生活的惯性，法律馆的所修之律与社会实际多有隔膜。旧律迫于时，新律迫于势，故而在适用过程中多有反复，直到民国初年，新旧纠缠，难以解决。而所有原因，归结到一点，皆为过渡时代的特性所致，这与其说是法律馆之迷误，毋宁说是时代之迷误。

结 论

在本书中，我试图通过考察修订法律馆来回答“法律的近代转型是怎么发生和发展的”这一问题，作为在中国法律近代化过程中起关键作用的组织，修订法律馆从它的产生背景，到历史沿革，到组织结构，到工作方式，到修律群体，到内外关系再到功业得失，在在都体现了清末新政这一特殊历史阶段的独特气质。正是这个组织，见证了法律近代转型的发生和发展过程，同时也是这个过程中涌现出的最重要典型。

首先，从它的产生的时代背景上看，修订法律馆产生于清末民族危机深重、朝廷救亡图存的大环境下。十九世纪末至二十世纪初，列强瓜分狂潮未已，国内自然灾害频仍，教案不断，民变蜂起，有识之士从各方面思索解救之道，“求变”遂成思想共识，所不同者，在“变器”与“变道”之间。经历过甲午之败，原先表面化、物质化的变革道路遭到怀疑，继而国人开始求“变道”之术，法律改革遂入变革视野。戊戌时，维新派直接提出设制度局来主持变革，个中“法律局”，当为设立专门修律机构的最初设想。至于法律局所修之律，也与此前《大清律例》之大修、小修迥然有异，而是起草近代部门法体系中之各种新式法律。后政变起，此种设想遂暂搁置。经庚子之乱，两宫西狩，为收拾残局，平息风潮，朝廷始行新政，作为新政中一项重要活动，法律变革由设想提到了具体操作层面。地方督抚受此前维新派变法思想启发，提出了修律思路。在新政初期，法律变革幅度并不大，其中虽也有起草新律的尝试，但是在这一阶段，法律变革主导潮流是“改旧”而非

“趋新”。直到光绪三十二年，朝廷开始预备立宪，法律变革才真正跃入近代化进程中。至于修律主持人员沈家本和伍廷芳，则一是由于其本身中西法学素养深厚，二是在权力集团中享有很高地位的督抚举荐，最终走上了修律舞台，继而开馆以变法。

其次，从它的历史沿革来看，修订法律馆前身是清顺治二年设立的律例馆。清代之前，时断时续，亦有类似机构。律例馆在清代性质也在变化之中。在顺治二年开设时，为一编书机构，设总裁将议定之法写入书卷，临事而设，事毕即撤。等到乾隆年间，《大清律例》成，此后，为应付十年大修五年小修的例文编纂，律例馆遂成为一常设机构，乾隆中期以后，律例馆并入刑部，同时兼有稽核律例的功能。同治九年之后，例文未加修订，故而律例馆和秋审处区分不明。光绪二十八年，朝廷始命修订法律，遂改律例馆为修订法律馆，初与以前无二致，但随着起草新律要求的不断提高，修订法律馆性质逐渐发生了变化，不再仅仅作为例文修订机构和准司法机构，而向着近代新法起草机构转变。这一个转变在立宪运动展开时得以完成，官制改革后，修订法律馆最终离部独立，成为新型科层制的立法机构，可以独立行使部分新法起草权，直至王朝鼎革。此后民国元年改修订法律馆为法律编查会，民国八年又改回为修订法律馆。到如今则由全国人民代表大会法律工作委员会来扮演类似当年修订法律馆的角色。所以就其历史沿革，呈现出其专业化日益加深的特色。

再次，从它组织结构来看，修订法律馆“麻雀虽小，五脏俱全”，有着一整套现代科层制结构组织，呈现出直线职能型结构。在其内部，有职能部门，有辅助部门，有后勤部门，职能部门中还可进一步分为新律起草部门和旧律改造部门，突破了以往类似编书机构的内部各部门之间工作区分度不大的传统律例馆结构。尤其是在预备立宪后，离部独立的修订法律馆更有着完善的办事章程、修律宗旨、管理模式，这一切都和近代中国政治转型中的传统科层制

度向现代科层制度转化的新政进程相一致。就工作方式而言，都是在改重为轻、模范列强、调和满汉的宗旨下，在编纂旧律和起草新律两方面逐步展开。但种种原因导致编纂旧律较之起草新律更为成功。

再次，从它组织群体来看，修订法律馆人数不多，内部关系还比较复杂。刑部前辈当家堂官薛允升及赵舒翹人虽已没，但留下修律的思路，成为修律先驱。沈家本由于其卓越法律学识、负责任和极富亲和力的个性以及对官场的谙练，最终在内部权力斗争中战胜伍廷芳成为修订法律馆“教父”。而伍廷芳则作为一个起草新律的开拓者，在给修订法律馆带来一阵新空气后飘然而去。作为修订法律馆的核心力量，源自政法精英的加盟，之中又有保守和激进之争，由于时代要求咸与维新，因政治话语放大到法律领域，激进战胜了保守，成为修订法律馆修订法律的主流。此外尚有外国法律专家的到来，他们在组织中最初只是顾问，但慢慢地因其具备当时“最先进”的修律理念而扩大了话语权。法律馆内部成员的荣辱沉浮，与整个时代要求是一致的。

再次，从它与外界的关系上看，修订法律馆本身是在法部与大理院争斗中因宪政编查馆的介入而直接离部独立的。它的成长无时无刻不伴随着与外部的冲突与妥协，其中中央有各部院，亦有参与编订法律的专门机构宪政编查馆和礼学馆，地方则有各地督抚。冲突最表面层次上体现为部门权力之争，各部门都在争取法律起草权，背后的目的是为本部门扩大利益；中间层次上则表现为理想与现实之争，在修订法律馆方面，着眼于模范列强制定最为先进和文明的法律，一跃融入到世界法律体系中去，但这种做法遭到了地方疆臣的普遍抵制，根本原因在于这种新律在地方难以很好适用；最深层次上则体现了文化的保守与更新两种思虑的斗争，在礼教派看来，法律不仅是防民之具，更是文化的载体，具有民族性，不能尽弃传统，这种斗争也是新政中难以平息的根本斗争。

最后，从它的功业得失来看，法律馆最引人注目的成就是起草了一批近代化的法律，改造了传统的《大清律例》。但正如前文所分析的，旧律不合于时，新律不合于势，所以总是出现两难局面。修律法律馆还创设法律学堂，调查民商事习惯，带来新法学和新方法，这些功绩泽被后世。但是不幸的是，修订法律馆处于过渡时代，种种一切都带有急就章色彩，最终没能完成法律近代化的使命，这个过程至今还在延续。处于激烈的社会变革中，修订法律馆在清末新政中的角色更多是一枚棋子，来去不全由自己。这跟世人多将法律作为一种工具的传统理念相关，尽管亦有人从中看到了民族国粹在法律变革时可能遭遇的危机，但在病急乱投医的时代，这个声音是微弱的，因此法律馆起草法律的活动，多是有着高远的理想，但却经历着不理智的过程。终于，在中西法律文化碰撞，新旧法律观念相冲突时，修订法律馆陷入了迷惘之中。最后不得不执其一端，依靠政治力量，形式上完成了法律体系的转变。

考察修订法律馆成长的整个过程，考察它的成败得失，我们亦可以发现法律变革中的一些规律：

第一，法律进化有其自身的规律，要和社会发展的程度相适应，否则即使法律起草机构再完善，起草理念再先进，起草人员法学素养再高，强行使法律迈入近代化或者现代化，无异于拔苗助长。清末新政中的法律馆修订法律的故事，即深刻说明了此点。如前所述，成长起来的法律馆，制定过一整套修订法律方案，既有旧法的改造，又有新法的起草。还订立了详细的办事章程，举凡资金的拨付，人员的配备，宗旨的画定，即使今天看来也是很完善的。它的修律理念秉承当时世界上最先进的法律理念，它的成员堪为彼时中国第一流法学人才，单从修订文本的数量来看，在短短数年之内，起草修订了12部法律，此外尚伴有开办学堂，进行习惯调查等活动，效率不可谓不高，但若是放在实践层面，放在社会大环境下，它又是低效率的。这些法律，大多未得到很好的施行。固然可

以说是因为清廷迅即灭亡所致，但最根本的原因还在于新修法律和社会发展程度不相合拍，正譬如在丧礼之上奏欢快乐章，非谓乐章不美，乃与丧礼不相和谐一样。而法律馆所修之律，恰恰如这首精雕细琢的乐章，文本虽美，却不为社会实际生活所认可。卒使法律馆遭到纷纷物议，陷于无休无止的争斗中，这实在非法律馆诸公之过。这更加昭示了法律并非法学家之法，法律的生命在于经验而非逻辑，逻辑再完善，如果与现实经验不相吻合，那么这个逻辑只不过是法律家脑海中的逻辑，这对司法者是如此，对法律起草者同样如此。不过这也是清末新政乃至立宪当中所涉的普遍误区，即萧功秦先生所认为的“制度决定论”。这种思想倾向最基本的特点是：“在肯定异质文化中的某一种制度功效的同时，却忽视了该种制度得以实现其效能的历史、文化、经济和社会诸方面的前提和条件。换言之，‘制度决定论’仅仅抽象地关注制度的‘功效’与选择该制度的‘必要性’之间的关联，而没有或忽视了实现该功效的种种条件的关联。一种制度可实施的可行性与实效性，又恰恰不能脱离这些条件。”^{〔1〕} 法律馆的活动正是在这种制度决定论的思想倾向支配下，一定程度上脱离了实际。

第二，法律变革活动从来就不是孤立的，在在受政治气候的影响，政治支持的力度决定了法律改革的深度。法律馆发展历程正好显示出这个道理，在宪政运动没有正式开展之前，尽管修订法律馆亦有成员试图将该馆变成区别于之前律例馆的新式法律修订机构的努力，但是并没有受到朝廷上下的重视。政治作用放大的效果，导致法律馆内部机构并没有发生根本变化，依然是附设于刑部之下，修律活动也没能够得到大幅度展开。但是到光绪三十二年预备立宪活动开始起，作为立宪初阶的官制改革首先使法律馆的归属问题暴

〔1〕 参见前揭萧功秦：《危机中的变革》，第156页。

露了出来，实际上这也是政治体制上的一次重大改革。继而在群言立宪的政治气候下，围绕者法律馆的性质、修律活动的性质、修律权力的归属、修律的思路等一系列问题，各方都经过了一系列冲突与妥协，最终促成了一个新型的近代科层制法律修订机构——修订法律馆的诞生。就修律馆的工作而言，此前起草新律因为不合社会实际而被搁置的命运（指《刑事民事诉讼法》），在立宪运动之后得到改观。《钦定大清刑律》的结局可谓典型，同样遭受督抚的多方责难，同样在现实施行上多有窒碍，但是在经过一系列争论之后，磕磕绊绊，朝廷最终以立宪之需通过了这部新刑律，与其说是该法律本身的精妙，不如说是政治作用起了决定性的推动作用，法律馆其他行为，法律馆在外部关系中屡遭挫折而终能全身而退，都是与政治的支持分不开的。所以新政力度有多大，法律馆就能走多远。

第三，法律变革过程中只有一方面不断输入世界最新法律文化，取人之长，一方面不忘本来民族文化之地位，会通东西，贯通古今，才能使的所修法律既合于时又合于势。法律馆在前一方面可谓楷模，它的修律理念无疑是十分先进的。其所引进的人员，均代表了当时国内最高的立法水平，放诸世界也不会逊色多少。法律馆馆员中，亦大半具有留学东西方法政学校的背景，正是这些新法学人才的努力，才保证了法律馆在短短数年中起草了这么多近代法律。同时他们带给中国更为深远的影响则是通过创办法律专业院校和进行法律习惯调查，引进了世界最新法律文化和法学方法，广泛传播了现代法律思想和制度，从而促使了中华法系的近代转型。但所谓誉满天下，谤亦随之。在修订法律馆过分强调前者时，对于本来民族之法律文化，除了部分馆员坚持强调外，则相对处于轻视的状态，这点导致了礼教派的激烈攻击。法律馆在对待法律的问题上，不可避免的存在“工具论”的倾向，而看不到法律的背后，渗透的是一个国家民族的个性。离开民族本位，再好的法律都是飘

浮在空中的烟云。事实正是如此，法律馆起草的法律在清代都没有能够得到很好的实行，只有等到多年以后，民国政府在将当年法律馆所修草案与中国实际很好地磨合了以后，这些法律才最终发挥了其应有的效应。当然，这跟过渡时代的历史局限有关，在岌岌以法律为弭乱轻患的工具的朝廷看来，追问法律的意义不合时宜。法律馆西方化色彩因此显得过重，于是留下一个尚待解决的课题：移植西方法律与法律本土化之间，如何取舍？如何结合？

最后，一国法律体系的健全，不能指望由某一个机关修订法律就能完成，法律近代化是一个复杂的过程，立法只是其中的第一步，做好自己的本职工作实际上就是对法律近代化的最大贡献。从这个角度来看，修订法律馆对整个国家生活发挥的作用是有限的但绝对不平凡。就起草法律权而言，在新政时期，各部门之间都存在着一定的争夺，这也是正常的现象。国家生活千姿百态，即使修订法律馆人员再多，法学素养再高，靠一己之力完成中国法律的转型，对它而言也是一个不可能的任务。所以明智的做法是凭借修订法律馆的技术和专业优势，给其他起草立法机构提供参谋指导，而不是面面俱到，一机关起草所有法律。如此体悟清末修订法律的工作，当时考虑还是非常恰当的。修订法律馆负责的是最基本的法典起草工作，而宪法行政法等根本法律，则由另外的机构来处理。这样裨使法律馆能力所能及，不辱使命。

所以法律馆最值得肯定的就是它善于吸取新知识，以新知识武装立法者的思路，这是今天最值得学习和尊重的。总之，作为清末新政的具体而微，交织于冲突与妥协中的修订法律馆在短短数年中，获得如此众多的法律成就，成为新法律和新法学的渊藪、近代法律人才的养成地、中西古今法律文化的交汇点，其对我国法律近代化的贡献是巨大的，也是独特的。当年修订法律馆在理想与现实、激进与保守两难境地中的那份焦灼，今人当也能感同身受。克罗齐认为“一切历史都是当代史”，柯林武德则承认历史学是一种

关乎人类心灵的学问，“与自然科学家不同，史家一点也不关心如此这般的事件本身。他只关心作为思想之外在表现的那些事件上，而且只是在它们表现思想时，他才关心它们，他关心的只是思想而已”。〔1〕此两种说法都未免绝对，但是有一点则毋庸置疑，即昨天发生过的事件会对现在产生影响，历史和现实在这种情境下没有必然的分界线，考察修订法律馆，同样可以回应今天法律起草修订中出现的很多问题。

就法律起草权的归属上，部门立法权应该如何划分，其中必然牵涉到部门的利益，现行的《立法法》对此只是做了原则性的规定，而具体起草权限，则并未明确。那么应有哪个部门起草何种法律更有效率，如何在效率和利益之间寻找一个平衡点，便是现在立法过程中值得思考的问题。清末起草法律权限的划分和在此之下的修订法律馆的得失，当可供现在参考。在适度照顾到工作量和专业性上，笔者认为今天法律起草权应当稍加集中于人民代表大会中某个机构，以打破各部门的法律起草权垄断，改变只及一点不及其余的面。

在部门法律资源的获得上，清朝政治延续了传统特色，即注重体制内的人脉资源。修订法律馆组织成员的构成，就能给现在起草法律以某种启示，为什么以一小小的机关能起草出这么多的新式法案？其中一个最大的原因就是“事得其人”，无论是领导人与外界的斡旋，还是主撰人广阔的眼界和素养，还是人员的出身来源，保证修订法律馆能全面地审视到整个社会生活，卒能使所修法律能不囿于一官一衙的局限，而具有普遍的意义。那么今天的法律起草，亦需要博通的社会视野和专精的法律才能相结合的法律精英来主持。

〔1〕〔英〕柯林武德著，何兆武、张文杰译：《历史的观念》，商务印书馆2003年版，第243页。

最后，在法律变革的理念上，修订法律馆的经验与教训都证明了只有现代与传统结合的最好的法律，才是人民最喜欢、社会最需要的法律。所以联系到今天法律修订活动，不在于口号式地高唱秉持先进理念，而在于使它既适应现实又具有前瞻性。当然在如何修律的道路上，必然会伴随着很多争论，法律馆当年踌躇困惑的问题，现在依然还在求解之中。当年法律馆开展习惯调查的活动，也应该是其试图沟通现代与传统的一个尝试。今天我们起草法律，同样必须立足中国实际，开展广泛调查，同时放宽视野，吸取外来文化，将之铸造成中国法律之魂。

总之，修订法律馆不仅仅是一个历史的组织，法律馆的成长发展与变革也不仅仅是一个组织的历史。今天我们法律起草部门所经历的一切焦灼，所遇到的一切挫折，所取得的一切辉煌，都是昔日法律馆于今天的某个“投影”，是我们起草法律工作的一种“自家记忆”，如同荣格所谓的“集体无意识”，是“我们原始祖先潜藏记忆的储存库，它由世世代代遗传下来，但却常常在不知不觉中影响我们行为的各种本能和原型组成”。〔1〕本书发掘修订法律馆这个组织，即是要找回这段自家记忆，来关照今天的法律修订组织和法律起草事业。整个法律近代化是一个连续的过程，只有阶段性而没有断然结束，因为社会是发展的、进化的，从这个意义上来说，修订法律馆的事业依然在继续。

〔1〕 参见杨韶刚：《精神追求：神秘的荣格》，黑龙江人民出版社2002年版，第24页。

参考书目

一、史料、汇编

1. 中国第一历史档案馆，修订法律馆全宗，全宗号 10，共 19 包。
2. 故宫博物院编：《钦定大清现行刑律》，海南出版社 2000 年版。
3. 《钦定大清刑律》，国家图书馆北海分馆（古籍部）藏。
4. 田涛、郑秦点校：《大清律例》乾隆五十五年本，法律出版社 1999 年版。
5. 《清会典》，中华书局 1991 年影印本。
6. 故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》，中华书局 1979 年版。
7. 《清实录》（《德宗景皇帝实录》、《宣统政纪》），中华书局 1987 年影印本。
8. 《大清法规大全》，政学社印行，台湾考证出版社 1972 年影印本。
9. 《李文忠公朋僚函稿》，国家图书馆北海分馆（古籍部）藏。
10. 何勤华、魏琼编：《董康法学文集》，中国政法大学出版社 2005 年版。
11. 汤志钧编：《康有为政论集》，中华书局 1998 年版。
12. 王树卿、徐彻：《史说慈禧》（内收《庚子西狩丛谈》、《庚子国变记》等书），辽沈书社 1994 年版。

13. 董康：《书舶庸谈》，辽宁教育出版社 1998 年版。
14. 张一麀：《古红梅阁笔记》，上海书店出版社 1998 年版。
15. 金梁：《光宣小记》，上海书店出版社 1998 年版。
16. 沈家本：《历代刑法考·寄篋文存》，中华书局 1985 年版。
17. 刘海年、韩延龙等整理：《沈家本未刻书集纂》，中国社会科学出版社 1996 年版。
18. 吉同钧：《乐素堂文集》，国家图书馆北海分馆（古籍部）藏。
19. 吉同钧：《审判要略》（宣统庚戌仲冬），中国政法大学图书馆古籍部藏。
20. 沈厚铎主编：《沈家本未刊稿七种》，科学出版社 1994 年版。
21. 丁贤俊、喻作凤编：《伍廷芳集》（上册），中华书局 1993 年版。
22. 王式通：《志庵文稿》，国家图书馆北海分馆（古籍部）藏。
23. 汪荣宝：《金薤琳琅斋文存》，国家图书馆北海分馆（古籍部）藏。
24. 汪荣宝：《汪荣宝日记》，天津古籍出版社 1987 年影印本。
25. 丁文江、赵丰田编：《梁启超年谱长编》，上海人民出版社 1983 年版。
26. 陈毅：《郇庐遗文》，国家图书馆北海分馆（古籍部）藏。
27. 何刚德：《春明梦录·客座偶谈》，山西古籍出版社 1997 年版。
28. 李岳瑞：《春冰室野乘》，台湾文海出版社 1967 年版。
29. 江庸：《趋庭随笔》，国家图书馆北海分馆（古籍部）藏。
30. 苑书义等主编：《张之洞全集》（第三册）卷六九，河北人民出版社 1998 年版。
31. 顾迪光：《漱尘室集》，国家图书馆北海分馆（古籍部）藏。
32. 胡思敬：《国闻备乘》，重庆出版社 1998 年版。

33. 王守恂：《王仁安集》，国家图书馆北海分馆（古籍部）藏。
34. 曹汝霖：《曹汝霖一生之回忆》，台湾传记文学出版社 1980 年版。
35. 《大清宣统新法令》，中国政法大学图书馆古籍部藏。
36. 《桐乡劳先生乃宣遗稿·新刑律修正案汇录》，台湾文海出版社 1969 年版。
37. 陈夔龙：《梦蕉亭杂记》，北京古籍出版社 1985 年版。
38. 范忠信选编：《梁启超法学文集》，中国政法大学出版社 2000 年版。
39. 钱实甫编：《清代职官年表》（第四册），中华书局 1980 年版。
40. 张家镇等编：《中国商事习惯与商事立法理由书》，中国政法大学出版社 2003 年版。
41. 台湾“司法行政部”印行：《中华民国法制史料汇编》，1982 年版。
42. 易宗夔著，张国宁点校：《新世说》，山西古籍出版社 1997 年版。
43. 修订法律馆印：《修正刑律案语》，中国政法大学图书馆古籍部藏。
44. 《袁世凯奏议》，天津古籍出版社 1987 年版。
45. 薛允升：《唐明律合编》，法律出版社 1999 年版。
46. 薛允升：《读例存疑》，台湾成文出版社 1970 年版。
47. 《大清商律草案》（志田案），国家图书馆北海分馆（古籍部）藏。
48. 《大清民律草案》，国家图书馆北海分馆（古籍部）藏。
49. 陆宗舆：《五十自述》，国家图书馆北海分馆（古籍部）藏。
50. 伍廷芳：《大清新编法典》，台湾文海出版社 1987 年版。
51. 《二十四史》，中华书局横排本 1999 年版。

52. (宋) 王钦若等编:《册府元龟》, 中华书局 1989 年版。
53. (清) 刘锦藻编:《清朝续文献通考》, 浙江古籍出版社 1988 年版。
54. (清) 黄本骥编:《历代职官表》, 上海古籍出版社 2005 年版。
55. (清) 朱寿朋编:《光绪朝东华录》, 中华书局 1958 年版。
56. [日] 冈田朝太郎:《法学通论》九卷(修订法律馆光绪三十四年刊印), 国家图书馆北海分馆(古籍部)藏。

二、论著、专书

1. 李贵连:《沈家本传》, 法律出版社 2000 年版。
2. 张国华、李贵连合编:《沈家本年谱初编》, 北京大学出版社 1989 年版。
3. 李贵连:《沈家本评传》, 南京大学出版社 2005 年版。
4. 程燎原:《清末法政人的世界》, 法律出版社 2003 年版。
5. 王宠惠:《困学斋文存》, (台北) 中华丛书委员会 1957 年出版。
6. 张晋藩:《中国近代社会与法制文明》, 中国政法大学出版社 2003 年版。
7. 张晋藩:《中国法律的传统与近代转型》(第二版), 法律出版社 2005 年版。
8. 张晋藩:《中国宪法史》, 吉林人民出版社 2005 年版。
9. 睦鸿明:《清末民初民商事习惯调查之研究》, 法律出版社 2005 年版。
10. 王健:《中国近代的法律教育》, 中国政法大学出版社 2001 年版。
11. 萧功秦:《危机中的变革》, 上海三联书店 1999 年版。
12. 张德泽:《清代国家机关考略》, 学苑出版社 2006 年版。

13. 丁贤俊、喻作凤：《伍廷芳评传》，人民出版社 2005 年版。
14. 白寿彝等主编：《中国通史》（第十七册），上海人民出版社 1999 年版。
15. 杨鸿烈：《中国法律发达史》，上海书店，1990 年版。
16. 张德美：《探索与抉择——晚清法律移植研究》，清华大学出版社 2003 年版。
17. 陈刚主编：《中国民事诉讼百年进程》（清末时期第一卷），中国法制出版社 2004 年版。
18. 周晓虹：《现代社会心理学——多维视野中的社会行为研究》，上海人民出版社 1998 年版。
19. 华友根：《薛允升的古律研究与改革》，上海社会科学院出版社 1999 年版。
20. 杨韶刚：《精神追求：神秘的荣格》，黑龙江人民出版社 2002 年版。
21. [法] 埃哈尔·费埃德伯格著，张月等译：《权力与规则——组织行为的动力》，上海人民出版社 2005 年版。
22. [德] 马克斯·韦伯著，冯克利译：《学术与政治》，三联书店 2005 年版。
23. [德] 弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼著，许章润译：《论立法与法学的当代使命》，中国法制出版社 2001 年版。
24. [英] 赫德著，叶凤美译：《这些从秦国来——中国问题论集》，天津古籍出版社 2005 年版。
25. [英] 柯林武德著，何兆武、张文杰译：《历史的观念》，商务印书馆 2003 年版。
26. [美] 任达著，李仲贤译：《新政革命与日本·中国，1898 ~

1912》，江苏人民出版社 2006 年版。

27. [美] Jennifer M. George, Gareth R. Jones 著，吴玲玲审定：《组织行为》，台湾培生教育出版股份有限公司 2004 年版。
28. [美] 罗斯科·庞德著，曹玉堂等译：《法律史解释》，华夏出版社，1989 年版。

三、期刊、专论

1. 北京政治官报局：《政治官报》（光绪三十三年至宣统二年）（全四十八册），国家图书馆藏。
2. 《申报》（光绪三十三年、三十四年）国家图书馆藏。
3. 《民立报》，（宣统二年），国家图书馆藏。
4. 《东方杂志》（光绪三十三年至宣统三年），中国政法大学图书馆藏。
5. 池子华、李红英：“晚清直隶荒灾及减灾措施的探讨”，载《清史研究》2001 年第 1 期。
6. 马自毅：“前所未有的民变高峰——辛亥前十年民变状况分析”，载《上海交通大学学报》（哲学社会科学版）2003 年第 5 期。
7. 李细珠：“张之洞与江楚会奏变法三折”，载《历史研究》2002 年第 2 期。
8. 郑定、闵冬芳：“论清代对明朝条例的继承与发展”，载《法学家》2000 年第 6 期。
9. 邱澎生：“禁止把持与保护专利——试析清末商事立法中的苏州金箔业讼案”，载《中外法学》2000 年第 3 期。
10. 田东奎：“清末立宪中的满族因素”，载《政法论坛》2006 年第 5 期。

11. 李贵连：“中国近代法律化简论”，载《比较法研究》1991年第3期。
12. 高汉成：“《大清刑律草案》立法宗旨的错位”，载《环球法律评论》2006年第4期。
13. 张中秋：“中日文化交流的选择比较”，载《政法论坛》2006年第4期。
14. 苏亦工：“重评清末法律改革与沈家本之关系”，载 www.cass.net.cn/file。
15. 郭明：“中国监狱学史研究——清末以来的中国监狱学述论”，中国政法大学2005届博士论文。
16. 薛梅卿、叶峰：“浅谈《大清监狱律草案》的立法意义”，载《政法论坛》1987年第1期。
17. 刘广安：“传统习惯对清末民事立法的影响”，载《比较法研究》1996年第1期。
18. 张从容：“部院之争：晚清司法改革的一个侧面”，中国政法大学2003届博士论文。
19. 江庸：“五十年来中国之法制”，载许章润主编：《清华法学》（第八辑），清华大学出版社2006年版。
20. 朱勇：“理性的目标与不理智的过程——论《大清刑律》的社会适应性”，载张生主编：《中国法律近代化论集》，中国政法大学出版社2002年版。
21. 高汉成：“签注视野下的大清刑律草案研究”文后附录，中国政法大学2005年博士论文。
22. 黄源盛：“沈家本法律思想与晚清刑律变迁”，台湾大学法律学研究所1992年博士论文。

23. 梁启超：“过渡时代论”，载《清议报》第82期。
24. 吴朋寿：“京师法律学堂与京师法政学堂”，载中国人民政治协商会议编：《文史资料选辑》，中国文史出版社2000年版。
25. 粤东闲鹤编著：“曹汝霖”，载《五四爱国运动资料》第4辑，科学出版社1959年版。
26. 杜春和、耿来金整理：“吉同钧东行日记”，载《近代史资料》（总87号），中国社会科学出版社1996年版。
27. 沈厚铎：“可怜破碎旧山河，对此茫茫百感多——试论沈家本先生诗歌中的忧国情报国志”，载《沈家本与中国法律文化国际学术研讨会论文集》，中国法制出版社2004年版。
28. 张从容：“晚清司法改革中的戴鸿慈——兼论传统官员的知识转型”，载中国政法大学法律史学研究中心编：《中华法系研讨会论文集》，2006年9月。
29. 黄静嘉：“清季法学大家长安薛允升先生传——一位传统法学的殿后人物”，载许章润主编：《清华法学》第五辑，清华大学出版社2004年版。
30. [日] 岛田正郎著，左秀灵译：“清末之狱制改革及大清监狱则例之编纂”，载《中华学术与现代文化丛书》之第九卷《法学论集》，（台湾）中华学术院编1983年版。

后 记

论著告一段落时，我突然想起傅斯年说过的一句话：“上穷碧落下黄泉，动手动脚找东西。”最初我看到这句话时，觉得不过是傅的一句戏谑之语，直到我动手写这篇论文时，方对此语有更深切的体悟。为此论文，我翻阅了全部的《政治官报》和第一历史档案馆修订法律馆全宗，查阅了我所能找到的所有修订法律馆人员的材料。可惜，全宗档很多是残缺的，许多馆员的材料淹没无闻，即使有，也大多与修律无关紧要。以此虽然我努力想要拼接出修订法律馆立体的图景，但依然陷入史料缺乏的困境中，所以此论著现在所呈现出的样态绝非我当日开笔时所期望的那样，这不得不说是令人遗憾的事。只能宽慰自己：还有时间，以后再慢慢完善。

论著写成之际，我得感谢我的导师张晋藩先生、张中秋老师、张仁善老师。我这几年的专业学习中，始终受到了这三位张教授的无私关怀和悉心指导，大恩难以言谢，只能心里默默提醒自己：要永远努力，不负恩师的栽培。

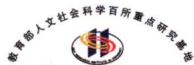
当然，还有我的父母，他们辛苦培养了我，在外求学十年，一直没能报答他们，向来十分愧疚，这份歉意和温情，深埋我心，只有在以后的岁月中，愈加奋发努力来偿还。

毕业以后，人事沉浮，岁月蹉跎，待到博士论文出版之际，回想当年读博期间与良师益友切磋论学情景，宛如昨日，而今则风流云散，不禁唏嘘不已。年少抛人容易去，客舍似家家似寄。在对法律史的探索中，你我注定都是人在旅途。

陈 煜

2008年10月

教育部人文社会科学重点研究基地 中国政法大学法律史学研究院简介



中国政法大学法律史学研究院是教育部所属的国家级人文社会科学重点研究基地，其前身是中国政法大学中国法律史研究所，创始人为中国政法大学终身教授张晋藩先生。现研究院名誉院长为张晋藩先生，朱勇教授任院长，张中秋教授任常务副院长。研究院现设有法制史、比较法史、法文化史三个研究室和资料室、网络室、办公室、信息交流部。

1985年以来，在张晋藩先生的带领下，研究院（所）承担并完成数十项国家级、省部级科研项目，发表了一大批具有较高学术价值和影响的研究成果，如《中国法制通史》（10卷本），其中获奖成果20余项。目前研究院专职研究人员主持的各类在研项目20余项，获得课题经费300余万元，其中国家级重大项目有“清史·法律志”等。研究院专职研究人员已出版学术著作100余部、教材30余部、工具书10余部，发表专业学术论文600余篇，其中在国外/境外发表论著30余篇（部）。

二十余年来，研究院的法律史学研究已形成鲜明特色，同时承担了博士后、博士（包括留学生）、硕士研究生以及本科生的教学和培养工作。研究院始终以学术为己任，经常举办各种形式的学术活动，每年至少主办一次高水平的国际/国内会议。研究院现有学术年刊、博士文丛和学术文库三个出版系列，并与国内外多家学术机构开展交流与合作。中国政法大学法律史学研究院将团结学界同仁，群策群力，努力将其建设成为国内领先、国际一流的法律史学研究基地。

ISBN 978-7-5620-3323-3



9 787562 033233 >

ISBN 978-7-5620-3323-3/D · 3283

定价：30.00元