

部院之争： 晚清司法改革的交叉路口

张从容摇著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

摇图书在版编目(悦孕)数据

摇部院之争 :晚清司法改革的交叉路口 轶从容著 北京 :北京大学出版社 圆园园远

摇(法史论丛)

摇 晕怨愿京京京京京京京京京京京

摇 I 摇部...摇 II 轶张...摇 III 援司法制度 原体制改革 原研究 原中国 原清后期摇
IV 援法史论丛

摇中国版本图书馆 悦孕数据核字(圆园园远)第 圆园园远号

摇书 名 :部院之争 晚清司法改革的交叉路口

摇著作责任者 :张从容摇著

摇责任编辑 :苑摇媛摇谢海燕

摇标准书号 : 晕怨愿京京京京京京京京京京京

摇出版发行 :北京大学出版社

摇地 址 :北京市海淀区成府路 圆缘号 摇员园缘

摇网 址 : 晕京京京京京京京京京京京

摇电 话 :邮购部 远缘缘缘缘摇发行部 远缘缘缘缘摇编辑部 远缘缘缘缘
出版部 远缘缘缘缘

摇电子邮箱 : 晕京京京京京京京京京京京

摇印刷者 :

摇经销者 :新华书店

远缘毫米 远缘毫米摇员远开本摇员缘缘印张摇圆园园千字

圆园园远年 远月第 员版摇圆园园远年 远月第 员次印刷

摇定 价 :圆园园元

未经许可 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有 侵权必究

举报电话 远缘缘缘缘缘缘摇电子邮箱 : 晕京京京京京京京京京京京

序

近代中国司法改革是一个艰难、复杂的过程。19世纪末 20世纪初的中国，在既定政治框架下实施全方位的司法改革，其各项条件并未成熟。基于收回领事裁判权、兼顾推动法律进步的双重目的，近代司法改革仓促启动。通过制度模仿，实现司法独立，最终收回领事裁判权，这是清末统治者启动司法改革的目标路线图。实现司法独立，既是司法改革的核心，也是司法改革的硬指标。

在清末宪政改革过程中，清政府对于司法改革寄予厚望。到 19世纪末 20世纪初，以分权为核心的宪政体制，已得到朝野各界的认同。对于仍然以皇权、中央集权为政权体制核心的清政府而言，立法、行政二权的分立，既无必要，亦无可能。立法权的独立，势必直接造成皇权的缺损，“大权统于朝廷，庶政公诸舆论”的原则即难以实现。因此，立法权的独立成为清末宪政改革中不容触及的论题。在立法权被冻结的政权体制方案中，宪政改革、分权精神的核心内容只能体现于行政、司法分立。更何况，列强各国提出的建立“改同一律”的法律体系、放弃领事裁判权的承诺，又与司法独立紧密相关。

制度变革，涉及政治资源的再分配，涉及相关机构权力、利益格局的重新洗牌。各机构对于实施改革方案的态度和行为，既以对改革目标和改革方案的理性判断为基础，也受由于资源再分配、权力利益格局重新洗牌导致自身地位潜在变化的影响。改革原则的确定和改革方案的制定，体现了改革主导者对于新制度的构想和预期。而制度的变革效果，需要实施者对于改革意图的领会和改革原则的确认，并在具体的行动上给予配合。一次成功的制度改革，既需要合理的改革方案和改革思路，也需要解决改革过程中出现的问题，尤其是需要平衡改革相关者之间的利害关系，解决改革相关者之间的矛盾冲突。通过权力利益的博弈，最大限度地接近改革的目标。

清末司法改革，是在清政府的主导下设计、论证的，而具体方案的实施，则受到实施者对改革本身态度的影响。清政府既有推进司法改革的决心，也有实施司法独立的诚意。只是，清政府如何在如何界定司法独立，如何通过破除现有体制，兼顾与原体制相关各机构的利益以及新体制相关机构的职能，

实现司法独立的原初设计,表现出较为曲折的过程。贯穿清末司法改革过程中的相关机构的权力利益之争,尤其是法部、大理院关于司法行政、司法审判权力的划分,突出表现了改革过程中方案与实施、整体与局部、局部与局部的权力利益博弈,表现了改革方案实施的曲折经历,也表现为制度变革过程中传统力量的二次狙击。

张从容读博士期间,专注于清末司法改革,对于清末法部、大理院基于司法独立、政治资源重新分配、相互职能分工等命题进行了专门研究,并在此基础上,完成其博士论文“部院之争 晚清司法改革的交叉路口”。值此正式出版之际,欣然作序。

朱摇勇

圆园一四年

CONTENTS 目录

绪论 问题、材料与方法	员
一、问题的提出	员
二、关于材料	源
三、关于方法	远

第一章 部院之争的制度背景	员
第一节 “恤刑狱”的改革	员
一、“恤刑狱”的提出	员
二、“恤刑狱”的措施	愿
第二节 仿行宪政下的“司法”	愿
一、中国式的“三权分立”	愿
二、司法独立的三层含义	猿
三、歧义的“司法”	愿
第三节 中央司法机关的变革	缘
一、集权体制下的三法司	缘
二、三权分立下的法部与大理院	缘
本章小结	愿

第二章 部院之争始末	苑
第一节 部院筹设之难	苑
一、办公场所	苑
二、经费	苑
第二节 部院之争的经过	苑
一、《大理院审判编制法》与法部官制之间的矛盾	苑

CONTENTS 擢目擢录

擢擢擢擢二、董曾之争	愿
擢擢擢擢三、两份清单	愿袁
擢擢擢擢四、和衷妥议	怨圆
擢擢擢擢五、从《各级审判厅试办章程》、《法院编制法》 到《死罪施行详细办法》	怨缘
擢擢第三节擢部院之争三大臣	愿远
擢擢擢擢一、沈家本	愿苑
擢擢擢擢二、戴鸿慈	愿员
擢擢擢擢三、张仁黼	愿源
擢擢本章小结	愿圆
<hr/>	
第三章擢部院之争的焦点问题及其解决	愿猿
擢擢第一节擢人才与人事权问题	愿猿
擢擢擢擢一、人才之争	愿猿
擢擢擢擢二、用人权之争	愿圆
擢擢第二节擢案件交接问题	愿员
擢擢擢擢一、部院现审案件交接	愿员
擢擢擢擢二、大理院与民政部的案件交接	愿猿
擢擢擢擢三、其他各类案件交接	愿远
擢擢第三节擢司法区域划分问题	愿猿
擢擢第四节擢司法警察问题	愿缘
擢擢第五节擢死罪案件复核权问题	愿苑
擢擢擢擢一、刑部的重案复核权	愿愿
擢擢擢擢二、《大理院审判编制法》中对于重案 复核权的肯定	愿远
擢擢擢擢三、三份权限清单对比分析	愿员

CONTENTS 目 录

四、《法院编制法》的规定	11
五、《死罪施行详细办法》	12
本章小结	13
<hr/>	
结论	14
<hr/>	
附录一 部院之争大事记	15
附录二 本书图表索引	16
参考书目	17
后记	18
补记	19

绪论 问题、材料与方法

一、问题的提出

清末的十年新政,乃是目前学界探讨的热点。这十年新政,大体可以分为两个阶段。第一阶段,从 1901 年清廷宣布“新政”至 1905 年五大臣出洋考察之前。这一时期以张之洞、刘坤一提出的“江楚会奏变法三折”为总纲领,只对传统体制进行了局部的改革。第二阶段,从 1905 年清廷宣布“预备立宪”至 1911 年清亡。这一时期,清廷受到日俄战争的强烈刺激,派遣五大臣出洋考察,经过反复权衡,最终选择了学习日本经验、仿行宪政的道路。清廷以官制改革为切入点,以“三权分立”为号召,对传统政治体制进行了前所未有的变革。传统司法制度也由此开始了艰难的近代转型。本书所要探讨的部院之争正发生在仿行宪政、官制改革及司法改革的背景之下。

就笔者收集到的资料显示,目前国内学者对于部院之争的研究,主要见于如下著作(以出版时间为序):

张晋藩《中国法制通史》第九卷第九章第 1047—1051 页。^①

李贵连《沈家本传》第 103—104 页。^②

李俊《晚清审判制度变革研究》第 181—182 页。^③

此外,尚有若干论文和评论。^④

通史及传记对部院之争的关注,引起了笔者的研究兴趣。^⑤就已有的研究来看,关于部院之争的过程之表述基本上是一致的,即光绪三十三年四月初三日(1907 年 5 月 1 日),法部上奏了法部与大理院权限划分的清单,并得到朝廷批准。六日之后,大理院针锋相对地提出了不同意见。清廷盛怒

① 张晋藩总主编、朱勇主编:《中国法制通史》,第九卷《清末·中华民国卷》,法律出版社 2009 年版,第九章的撰稿人为高浣月。

② 李贵连:《沈家本传》,法律出版社 2000 年版。

③ 李俊:《晚清审判制度变革研究》,中国政法大学法制史专业 2004 届博士论文。

④ 李俊:《试析清末部院司法权限之争》,载《江汉学刊》2005 年第 1 期。贺卫方所作《沈家本传·序》中亦曾对部院之争有过简短的点评。

⑤ 见张从容:《部院之争初探》,载《现代法学》2005 年第 1 期。

之下,不得不出决断,一面责令双方和衷商办,一面将大理院正卿沈家本与法部侍郎张仁黼对调。四月二十日(缘月猿日),部院拿出“和衷妥议”方案,并得到朝廷批准。所谓“部院之争”由此平息。就某些细节而言,相关著述还存在着不一致的地方。^①或许是囿于通史与传记的著述旨趣,《中国法制通史》与《沈家本传》对部院之争的过程只进行了简要的描述,而《晚清审判制度变革研究》对部院之争虽有专目讨论^②,但具体分析依然不够详实。就材料来看,以上著述引证的资料主要是法部尚书戴鸿慈与大理院正卿沈家本就部院权限划分而上的两份奏折^③,以及部院最终达成的和衷妥议方案^④,而《沈家本传》与《晚清审判制度改革研究》则对戴鸿慈就部院之争向远在日本的梁启超请教求援的信件予以了相当的关注。

就目前所见的研究成果来看,学者们均将光绪三十三年四月初三至四月二十日间所发生的部院权限之争称为“部院之争”。此可谓狭义的部院之争。实际上,部院因权限划分而引起的争端始于官制改革之初,对部院之争所涉及事项进行了结的《死罪施行详细办法》则迟至宣统二年(1910年)才正式颁布。故而,须将部院之争的时限进行拓展,才更符合历史的真相。这一时段所发生的部院权限之争,可以称为广义的部院之争。狭义的部院之争只是厘清部院权限过程中的一个事件而已。

就狭义的部院之争而言,由于涉及晚清重臣沈家本与戴鸿慈,因此可以说是一个非常精彩的故事。在短短的十八天时间里,部院之间的权限纠葛,由暗而明,由潜藏而骤起,继而在高压手段下风平浪静。光绪三十三年四月初三日,法部尚书戴鸿慈在未与大理院协商的情况下,就官制改革以来一直无法解决的部院权限划分问题拟定了方案,单独上奏,并且得到了清政府的允准。照理说,对这一结果,大理院只能接受并且服从。清末新政以来,大量的法律法规就是以各部院大臣上奏、皇帝允准的形式颁布实行的。它们

^① 如《中国法制通史》认为部院之争的主角是法部侍郎张仁黼和大理院正卿沈家本,而《沈家本传》则认为部院权限之争发生在法部尚书戴鸿慈与大理院正卿沈家本之间,相关奏折由二人所上,《晚清审判制度变革研究》与后者相同。就笔者目前看到的资料而言,尚未发现由张仁黼上奏的主张法部权限的奏折。因关于部院权限划分的奏折署名无法部尚书戴鸿慈,且目前尚未发现与之相反的证据,故笔者亦认为部院之争的主角仍应为沈戴二人。

^② 前揭李俊:《晚清审判制度变革研究》,第185—186页。

^③ 即光绪三十三年四月初三日《法部奏酌拟司法权限折并清单》和四月初九日《大理院奏厘订司法权限折并清单案语》。两折见于《大清法规大全·法律部》卷四《司法权限》,政法社印行,台湾考正出版社,1986年影印本,第151—152页和第153—154页。

^④ 即光绪三十三年四月二十日《法部大理院会奏遵旨和衷妥议部院权限折并清单》,前揭《大清法规大全·法律部》卷四《司法权限》,第155—156页。

现多收录于《大清法规大全》及其续编中。法部奏折抄交大理院后,大理院正卿沈家本并未照单全收,而是于六日之后,针锋相对地提出了修正方案,对法部所列权限清单逐条予以反驳。这意味着部院矛盾升级与彻底公开,而且也让此前做出批准决定的清廷脸面无存。但是部院权限划分毕竟关系到司法改革的大局,清廷光火之余,也十分为难。经过仔细权衡,清廷使出了其惯用的平衡术和高压手段,一方面严旨责令法部与大理院“和衷商办”、“不许各执意见”,另一方面将大理院正卿沈家本与法部侍郎张仁黼对调。部院大臣们“惶悚莫名”,连日磋商,于四月二十日拿出“和衷妥议”的方案,随即得到清廷的确认。部院权限之争暂告一段落。在晚清日薄西山之际,这个有幸被记载下来的故事,充满了矛盾与张力:重臣之间的不和,针锋相对的奏折,朝廷的无奈与专横,系于权力争夺的个人命运,妥协以及在妥协的背后暗暗涌动着的对于权力的渴望之流……而其背后,似乎还隐藏着更多的情节。仅透过这个故事,我们已看到了垂死王朝及其臣子们充满活力、励精图治的一面。正如本书将要揭示的那样,部院之争起于官制改革之初,但并未止于部院达成“和衷妥议”之时。实际上,在四月二十日之后,部院权限之争由明转暗,部院之间的角力仍然在继续^①,它所提出的司法行政权与司法审判权的划分问题直到清亡前夕才在制度文本上有了一个了结,部院之争的故事也终于有了一个形式上的结局。而从整个官制改革的角度来看,它不仅是部院之间的权限之争,还关系到下一步司法改革的走向。因此,在笔者看来,部院之争的生动性与连贯性,使它成为观察晚清司法改革的绝佳视角。

既有研究对部院之争虽然着墨不多,但至少已反映出两个必须深究的问题:

其一,部院之争的真相有待进一步揭示。从时间上来看,既有研究所关注的部院之争发生在光绪三十三年四月初三至四月二十日之间。但是,至少从戴鸿慈致梁启超的信件就可看出部院之间的纠葛实际上可以追溯到官制改革初期。^②部院之争的具体内容,也不仅仅局限于两份权限清单提到的用人权与死刑复核权。细绎史料,我们可以发现,部院之争的事项要宽泛得多,还包括部院与各部门之间案件交接、司法区域划分以及司法警察等

^① 详见正文相关分析。

^② 戴在该信中将沈家本自官制改革以来的种种作为概括为“以阴柔手段,攘窃法权”。详见丁文江、赵丰田编:《梁启超年谱长编》,上海人民出版社,1983年,愿月版,第174—175页。

事项。

其二,对部院之争本身的认识有待进一步深化。毫无疑问,在晚清新政的背景之下,部院之争已经超越了一般意义上的部门利益与权限之争,而涉及到审判独立在宪政改革、官制改革和司法改革三个层次上的实现问题。从仿行宪政来看,部院之争涉及到行政权与司法权分立的问题,就官制改革而言,部院之争一方面涉及到法部和大理院的机构转型问题,一方面涉及到部院之间的关系问题,就司法改革而言,只有划清司法行政机关与审判机关的权限,司法行政机关不再染指和干涉审判事务,才是彻底的、真正的审判独立。部院权限的划分还涉及京师及全国司法改革的领导权,因此它对司法改革的全局也有重要影响。

时隔近百年,部院之争的魅力未减反增,它在我们的重新审视中,有了新的意义:它的来龙去脉尚有待进一步验证,它所提出的关于审判独立的话题直到今天仍然鲜活。部院之争的核心在于“如何划分司法审判权与司法行政权”,对于这一问题的回答直接关系到“在何种程度上实现审判独立”,也即“如何在宪政的框架下建设中国的司法体制”,所以,部院之争的独特之处正在于它超越了一般意义上的权力之争,而具有制度建设的积极内涵。它所提出的问题贯穿了司法改革的整个过程,也是衡量司法改革成效的重要标尺。在笔者看来,无论是作为事件的部院之争,还是作为问题的部院之争,都可视为晚清司法改革的十字路口,晚清司法改革经由它而进行了近代以来最为初步的路径选择。

二、关于材料

在后人看来,历史的真相因为时空的间隔,总是显得扑朔迷离。发生在百年前的部院之争也是如此。就目前所见资料而言,要还原部院之争的所有细节,几乎是一件不可能的事情。笔者所能做的第一步,就是尽可能地搜罗所有与之相关的信息,试图重构整个事件。本书所引征的资料大致上可以分为原始资料和著述论文,已如附录所示。这里,笔者拟对来自第一历史档案馆的原始档案和三份报纸作一简要说明。原因在于:其一,重构部院之争的细节,这些资料乃是最基本的素材;其二,在近代法制史研究中,这些资料尚未得到应有的重视。^①

^① 就资料搜集来说,它们也是笔者花费时间最多、获益最大的部分。

第一历史档案馆珍藏了大量明清档案,在经历了近百年的风风雨雨后仍然散发着持久的魅力。其中很多档案如同 1915 年比利时国王致大清皇帝的国书一样,没有得到人们应有的重视。^①就近代法制史研究而言,第一历史档案馆无疑是一个资料宝库。笔者就清末司法改革这一主题查阅了会议政务处档案(全宗号 猿)、宪政编查馆档案(全宗号 怨)、刑法部档案(全宗号 员)、大理院档案(全宗号 远)及顺天府档案(全宗号 圆)。本书所引用的资料,主要是会议政务处和刑法部档案。反映京师地方司法状况的京师高等审判厅、检察厅档案(全宗号 源)正在整理之中,惜未得见,实在遗憾。这些原始档案大多尚未整理出版。会议政务处最初叫督办政务处,设于 1906 年,是统汇办理新政的机关。其档案不仅有各臣工的条陈及议复折件,而且还有各有关衙门咨送的大量文件副本。^②刑部、法部档案与大理院档案只收录了一部分司法改革方面的资料,绝大多数是刑部、法部所审理的案件档案。^③仅就司法改革而言,会议政务处档案与刑、法部档案和大理院档案所收集的资料相比,数量更多,内容更全。由于第一历史档案馆的资料基本上只能手工摘抄,本书利用的只能是其冰山一角。

《申报》、《大公报》和《盛京时报》是本书主要参考的三份报纸。清末报业已相当发达。^④清末新政的进程,是当时各报报道的热点。由于时报很多,综合考虑地域、影响程度以及查找和复制便利等因素,本书选择了北方的《大公报》、《盛京时报》和南方的《申报》。^⑤报纸资料的贡献主要有二:其一,报纸对于司法改革的迭日跟踪报道可以在细节上重构部院之争的史实(如董曾之争,未见于亦不可能见于档案和其他正式文本之中,而这一事件说明了部院成立以来,不仅长官之间意见相左,而且部院司员之间亦形成了广泛对立),而且报纸长于报道具体事件和事态发展过程,比档案更为生动;其二,时报资料可以与档案及其他资料相互补充,相得益彰。当时较为重要的朝臣奏章均择日由时报登载,尤其是那些未被常用资料汇编收录的

① 这一份国书竟然逾一百年未曾开启。详情参见鸽子:《隐藏的宫廷档案——1915 年光绪派大臣考察西方政治纪实》,民族出版社 2003 年版,第 1—猿页。

② 秦国经:《中华明清珍档指南》,人民出版社 1995 年版,第 缘页。

③ 大理院全宗内只收录了两份资料,一份是宣统二年、三年法部等有关请假等人事问题的片、印结等,一份是大理院有关刑民事各案的奏稿及囚粮清册等(无日期)。

④ 详情可参见陈玉申:《晚清报业史》,山东画报出版社 2004 年版。

⑤ 这三种报纸均已有的影印本。

奏折具有更高的史料价值。^①

上述两种原始资料,与其他方面的基本史料,如《大清法规大全正编》、《大清法规大全续编》、《清实录》、《光绪朝东华录》及《清史稿》等相互印证,比对使用,基本上可以较为全面地勾勒出部院之争的时代背景,还原部院之争事件的细节,基本上能揭示出清末司法改革的基本样貌。

三、关于方法

研究方法的选择,与写作意图和研究对象本身的特性密切相关。

已有研究成果侧重对部院之争本身的介绍,尚未有足够的篇幅对部院之争的背景、细节及其所提出的具体问题予以深入检讨。有鉴于此,本书的写作旨趣即在于利用现有资源,对部院之争进行尽可能深入的挖掘,透过具体事件,对发生于晚清的司法改革进行深入探讨,尝试对制度转型过程中带有普遍规律性的现象进行总结。这一“窥斑见豹”的企图主要建立在部院之争事件本身的特殊性之上:部院之争提出了司法行政权与司法审判权的划分问题,近代司法机关之间的分工问题,乃至司法体制近代化的根本性问题。可以说,它所提出的问题贯穿了司法改革的始终,而这个问题也正是近代司法体制改革的核心与灵魂,即如何彻底实现审判独立?

事件不可能孤立地存在,它总是处于各种社会关系之中,并与各个具体事件犬牙交错。就部院之争而言,作为故事本身,它所能展现的内容毕竟十分有限,而一旦追究起其形成、发展和结局背后的原因来,制度、权力、利益、传统、知识等诸多因素与晚清动荡不安的时局交织在一起,想要说个明白倒也不是一件容易的事儿。^②而要进一步深究部院之争在晚清司法改革中所起的作用及其蕴含的历史意义,更须细细分析。因此,本书拟将部院之争这一发生于晚清司法改革过程中的事件,置于晚清新政的背景之下,从其所处的社会背景及与其关联的各个方面对其进行多角度的透视。虽然这种方法也可能会不尽如人意,但至少可以避免单一角度观察和分析的片面性和可能导致的简单化。同时,这种方法即使不能在所有分析中都

^① 事实上,由于信息来源广泛,报纸也是深入把握时人政治意识的重要渠道。这是笔者特别关注报纸的又一原因。

^② 有学者曾怀疑部院之争是晚清丁未政潮中的一波,但苦于没有充分的证据。见前引李贵连:《沈家本传》,第 100 页。在笔者翻拣的材料中,也没有发现相关材料。

加以贯彻,但笔者希望至少能以这种视角来理解部院之争和晚清的司法改革。

为此,本书将从重建背景、事件重构、内容分析与历史评价四个角度或方面着手,进行逐层解析。首先,将部院之争置于时代背景之下,既要了解官制改革之前已进行的司法改革的具体内容,也要了解官制的总纲领给司法改革预留的改革空间究竟有多大,这是对这一事件进行整体性解读的前提。其次,尽可能地还原和重构部院之争发生的前因后果,及其提出的具体问题,了解部院究竟为何而争,而这些争议又是以何种方式解决的?结果如何?再次,揭示部院之争在整个司法改革进程中的作用和历史地位。最后,总结部院之争对于当下的历史启示。这四个方面可进一步归结为事实重构与价值分析两个层面。部院之争作为事件,是一个可供深入探讨的点,它所提出的审判独立问题则是贯穿司法改革始终的线,而对部院之争的历史分析是否可以对司法制度的近代转型进行面的解释,进而有助于对近代以来制度转型的整体性认识,正是本书努力的方向和目标。

就部院之争的事实研究而言,首要的是分析部院之争产生的原因,否则一切事实的堆砌都将失去意义。本书第一章即从仿行宪政、官制改革和司法改革三个依次递进的层面,对部院之争的制度背景作了必要的分析,认为由于受到“大权集于朝廷”的集权指导思想的制约,官制改革方案本身即存在重大缺陷,皇权之下的传统司法体制与西方宪政制度嫁接和纠结在一起,部院关系自始就没有理顺。这是部院之争的制度性原因。

本书第二章重构了部院之争的历史过程。大理院与法部均经历了艰苦的重建,其间,大理院与法部对于权限问题都相当敏感。部院通过《大理院审判编制法》与《法部官制》,对权力明争暗夺,而董曾之争,使部院矛盾激化并且公开化。在改革之初,沈家本在业务上、知识上和人事上均有着他人难以企及的优势,大理院的改革因此进行得有声有色。相比而言,法部的改革则因循、迟缓,在部院关系上,大理院占了上风。法部心有不甘,反弹比较激烈。尚书戴鸿慈试图打翻身仗,甚至不惜向远在日本的梁启超求援。在做了充分准备之后,法部就正在与大理院交涉的权限划分事项单独上奏,并得到清廷允准。对此,大理院并未善罢甘休,沈家本随即就法部所上奏折加具案语,予以修正,提交给清廷最高决策层裁决。清廷大为震怒。在经历了人事调整之后,部院就权限划分问题暂时达成妥协方案。此后,大理院逐步退出司法行政事务,法部取得了全国司法改革的领导权,与此同时,法部承担的部分审判职能也被逐步削除。直至1906年《法院编制法》颁布,部院之

争所提出的主要问题才基本上得到解决。由此可见,部院权力之争的产生、发展以及矛盾的激化是多种因素共同造成的,这些因素既包括前述制度性因素,也包括部院的现实条件、长官的个人恩怨、部院司员的利益考虑以及观念上存在的对立等各种非制度性因素。部院之争的暂时平息所依赖的是朝廷的高压政策和局部的人事调整,而这正是中国解决制度性矛盾的惯用手段,也是自上而下的改革本身所具有的特点。因此,部院权限的彻底划分必须假以时日,绝难一蹴而就。

部院究竟为何而争?第三章将部院争议事项归纳为人才与人事权、案件交接、司法区域划分、司法警察和死罪案件复核权四个方面。部院围绕著这些问题,从成立之初即展开了业务上的争夺与权力上的扩张,而这四个方面均涉及到司法行政权与司法审判权如何划分的问题。部院的争夺无形中严格界定了司法行政权与司法审判权的边界。部院之争的结果,就是将大理院的司法行政权和法部的司法审判权逐步剥离掉,随着改革的逐步深入,这些问题渐次得到解决。

至于部院之争的历史价值,初步看来,在于它首次在制度建设和实践层面上提出了“审判独立”这个命题。而这,对于近代司法制度转型而言,至少在两个方面有着极为重要的意义:首先,在法部控制司法大权的前提下,“审判独立”的提出关系到司法改革的基本方向;其次,在奉行中央集权的体制下,“审判独立”则关系到三权分立的政体建设。而透过部院之争及其解决的过程,可以看到,在集权体制下,由于审判权或明或暗地受制于司法行政权,审判独立的实现必定是一个长期而艰苦的过程。

晚清司法改革,是一个不断扬弃传统司法制度和大量移植西方司法制度的过程。部院之争也充斥着中外两种司法制度和知识传统之间的冲突、并存与磨合、对接。因此,研究部院之争时,尤其是分析它的原因与价值时,须有比较法学的开阔视野与研究方法。本书所说的比较方法,首先体现在对相关概念的辨析上。如部院之争所涉及的核心概念——“司法独立”和“司法权”,在不同国家、不同政治架构下,有着不同涵义。而在清末官制改革方案中,它们的含义与孟德斯鸠原著中的含义完全不同,经由日本的过滤与传递,又经过了中国式的改造。本书姑且将其称为中国式的“司法独立”与“司法权”。不了解这一点,就会误读相关资料,就会被诸如《大理院编制法》宣称“司法独立”的条文所迷惑,误以为在官制改革三个月后,司法独立原则就已体现在法律明文中了。实际上,《大理院审判编制法》中的“司法独立”与“审判独立”大相径庭,因为它在明确大

理院法律地位的同时,确认了法部凌驾于大理院之上的重案复核权。作为法规的制定者,沈家本及大理院自然有着难言的苦衷,因为此前官制改革方案所确定的底线不得逾越。

本书运用的比较方法,还包括动态比较。如“司法权”这一概念,在日本司法改革的不同阶段,有着不同含义。在清末司法改革的六年中,司法权的含义与构成也发生了变化,最显著的就是法部的审判权从有到无,逐渐剥离。再如,清末借鉴了日本的司法改革经验,但并没有完全照搬,加之中国特有的国情,中国的司法改革进程与日本相比,虽然有着极大的相似性,但是差异仍然非常明显。司法改革的实践说明:别国的经验可以借鉴,但中国的问题还得自己解决,法律文本的移植是不可能取代制度建设的,尽管文本移植也是不可或缺的。

在本书中,较之上述的概念比较、动态比较更为重要的是,本书力图采取一个比较法学的视野和立场。如果这仅仅是一种态度,而不是一种研究方法的话,那么笔者认为,它比机械的对比更为重要。这是因为,从总体上来说,清末司法改革是在传统司法制度与近代司法制度两个维度上展开的,是一个不断从传统走向近代的过程。所以,在制度层面,它就是一个传统与近代的混合体。我们在理解和研究这一时期的种种改革时,就必须将它们放在传统与近代两个角度的同时观照之下,才可能对这一从传统而近代的改革有更为清晰的认识。

清末司法改革并没有完全废除原有司法制度,相反,原有的司法体制成为改革的重要依托,如四级审判机构就是在州县、府、督抚和刑部的架构基础上建立起来的,而刑部对于重案的复核制度也在改革之初就基本上被保留下来。另外,日本和德国的司法制度作为被移植的对象,成为改造原有司法制度的样板。因此,在司法改革过程中颁布的各种法律法规以及各项制度,从早期的《大理院审判编制法》、中期的《各级审判厅试办章程》到后期的《法院编制法》,从划分民刑诉讼到规范诉讼状纸,都是中西两种司法制度不同程度的混合体。虽然在清亡之前,清廷大体上完成了审判独立的制度建设,但是即便如此,我们仍然能够看到传统司法制度的“因子”在转型期的各项制度中顽固地存在着。就本书的研究题材——部院之争而言,也只有将其放入三权分立、司法独立及中西对比的广阔视野中加以考量,才有可能取得成功。上述的种种比较,也应该在这一视野中才有生命力,否则将是呆板的、毫无意义的。

有了比较法学的视野,即使在没有直接对照的场合,中西两种不同的知

识传统与制度背景也会将它们的气息弥漫开来。当人们回顾百年前的司法改革历程时,会强烈地感受到它们的存在,以及它们在整个制度变迁中的意义。或者,这也可以算作是作者无意间发现的偷懒办法吧:读者可能会因为笔者的提示,以自己的知识储备去填补笔者拙于表达之处,从而省了笔者的麻烦。

第一章 摇部院之争的制度背景

1900年,危机四伏的大清帝国挣扎着试图迈进近代的门槛,在反复权衡之后,它最终走上了改革的不归路。在最后的灾难降临之前,清王朝试图以保守的改革重建政府体制^①,由此开始的晚清新政大致上可以分为两个阶段。第一个阶段是从1901年颁布变法上谕到1905年派五大臣出洋考察宪政之前,其间的改革未能触及封建专制体制,张之洞与刘坤一联名所上的“江楚会奏变法三折”(以下简称“三折”)是这一时期改革的张本。第二个阶段是从1905年五大臣回京至1911年清帝逊位,改革的主题是仿行宪政及预备立宪。相应地,晚清司法改革也可分为两个阶段。第一阶段“恤刑狱”的改革是“中体西用”思想在司法改革中的初次实践。中国传统司法制度与西方司法制度之间存在的差距成为官方认可的改革理由。这一时期以改革司法体制内的弊端为主要任务,而有关移植西方司法制度的尝试尚未成为主流。第二个阶段的仿行宪政则从官制改革入手,重新架构起中央及地方国家机关,全面移植了西方大陆法系国家的司法制度,传统司法机关的分工、职掌、权限及其相互关系都发生了巨大的改变。仿行宪政、官制改革及此前的司法改革构成了部院之争所依托的制度背景,这也是本章将要讨论的重点。

第一节 摇“恤刑狱”的改革

清末新政的两个阶段有着很大不同。第一个阶段的改革的总体目标是为了加强和巩固专制制度,所以只能在旧体制内部进行改良,具体表现为清除体制内的积弊,不可能触及专制制度本身。而第二个阶段则是以实现资产阶级君主立宪制为改革目标,矛头所向即是专制制度。具体表现为重建政治体制。就司法改革而言,第一阶段的主要任务是清除司法制度中的旧弊,而第二阶段则要重建整个司法体制。这两个阶段存在着内在的关联性。

^① [美]费正清、赖肖尔:《中国:传统与变革》陈仲丹等译,江苏人民出版社1990年版,第198页。

第一阶段“恤刑狱”的改革既是日后司法改革的序曲,也暗示了后者可能选择的路向。

由于中西方文明在同一时间断面上表现出巨大的差异,中国在改革的道路上选择以敌为师,走仿效西方的道路无疑是明智的。而一旦与西方法律“改同一律”,就能收回领事裁判权,又成为移植西方法律制度的主要动力。因此,清政府在残酷的现实逼迫下终于放弃了“祖宗成法不可变”的说辞,选择改革,也就不可避免地走上移植西方政治法律制度的道路。在“如何变”这个问题上,从自身利益考虑,它必然首先选择对原有体制冲击最小的改革方案,走一条稳妥的、循序渐进的发展道路。只有当情况恶化,原有改革方案不足以应付新出现的问题时,对原有体制产生较大冲击的方案才有可能出台。因此,在新政初期,受到朝廷青睐的是改良色彩浓厚的“三折”方案,因为它只对现有体制的边缘地带进行改革,并未触及专制制度;而当新政效果不明显,内忧外患进一步加剧时,清廷才不得不寄希望于仿行宪政,着手对专制制度本身进行改革。即便如此,清廷选择的也是对其最为有利的君主立宪制。“由边缘到中心”正是自上而下政治改革的共同特点。

在两种政治体制模板下,“恤刑狱”与仿行宪政下的司法改革正体现了这种由局部而整体、从量变到质变的过程。新政初期,“恤刑狱”的重点虽然只限于革除旧弊,但其立论基础之一即是:与“优越”的西方司法制度比较,中国传统司法制度存在着诸多弊端,不得不变,不得不向西方学习。中西对比和“中劣西优”的结论是展开改革的逻辑前提。所以,“恤刑狱”的最大价值在于它以开放的视界,将中西对比引入司法改革,找到了改革的西方样板,并且直接使传统司法制度“变”了。原先铁板一块的传统司法制度一旦被撕开了口子,其后的改革就顺理成章了。在仿行宪政方案出笼之后,“恤刑狱”的局部改革自然被全盘改革所代替,两个阶段之间的衔接直接而顺畅。

循序渐进,由边缘到中心,由量变到质变正是晚清新政的真实写照,也是晚清司法制度改革行进的轨迹。故对晚清司法制度进行回顾时,不可忽略初期的“恤刑狱”,以及“恤刑狱”在司法改革全程中的开创性地位。

一、“恤刑狱”的提出

光绪二十六年十二月初十日(1900年12月13日),流亡西安的慈禧太后以光绪皇帝的名义发布了一道上谕,命军机大臣、大学士、六部、九卿、出使各国大臣及各省督抚,“各就现在情形,参酌中西政要”,“各举所知,各抒

所见,通限两个月,详悉条议以闻”,然后再“斟酌尽善,切实施行”。^① 这道上谕标志着清末新政正式开始。

上谕颁布之后,在各省所上的条陈改革的奏折中,以张之洞与刘坤一联衔的“江楚会奏变法三折”^②影响最大。第一折强调人才的培养,第二折着重对内政的整顿,第三折则重在对“西用”的拓展。这一整套系统详尽、稳健可行的改革方案得到了清廷的认可。光绪二十七年八月二十日(光绪二十七年八月二十日),以慈禧太后的名义颁布的懿旨称: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。^③ “三折”于是成为新政改革的总方案,清末新政正式进入具体实施阶段。

“三折”以张之洞“中体西用”思想为基础,在改革思路上,主张先从西方的皮毛学起,再学习其精华。^④ 在具体内容上,“他们的会奏系统详备而具体,且切实可行,因而成了晚清最后十年新政的范本。这个会奏是他们以自己的见识和目力对中国当时严酷之时势的洞察而提出来的。三折并没有提出前所未见的新见识,但它几乎包容了自冯桂芬《校邠庐抗议》以来洋务派的改革主张,也包含了改良派除民权、立宪之外的大部分主张。两者的交融就是其意义和价值所在。在它的背后,是张謇、汤寿潜等参与炮制会奏的客观事实,这表明此前的洋务派到这时不仅接受了改良派的主张,而且在某种程度上也接受了改良派的指教。这不是愿不愿意的问题,而是不以人们意志为转移的抉择”^⑤。

在法律制度的变革上,“三折”主要从立法与司法制度两个方面提出了设想,在以整顿中法为主要内容的第二折中提出了“恤刑狱”以改革传统司

^① 中国第一历史档案馆编:《光绪宣统两朝上谕档》,第 四册,广西师范大学出版社 1995 年版,第 194—195 页。

^② 第一折为光绪二十七年五月二十七日(光绪二十七年五月二十七日)所上《变通政治人才为先遵旨筹议折》,第二折为同年六月初四日(光绪二十七年六月初四日)所上《遵旨筹议变法谨拟整顿中法十二条折》,第三折为同年六月初五日(光绪二十七年六月初五日)所上《遵旨筹议变法谨拟采用西法十一条折》。其中关于法律改革的内容主要集中在第二折。三折全文可见于苑书义、孙华峰、李秉新编:《张之洞全集》,河北人民出版社 1995 年版,第 173—175 页。

^③ 前揭中国第一历史档案馆编:《光绪宣统两朝上谕档》,第 四册,第 195 页。

^④ 张之洞在致鹿传霖的信中说:“欲救中国残局,惟有变西法一策。精华谈何容易,正当先从皮毛学起,一切迂谈陈话全行扫除。”见《致西安鹿尚书》,前揭苑书义等编:《张之洞全集》,第 174—175 页。

^⑤ 陈旭麓:《近代中国社会的新陈代谢》,《陈旭麓文集》,第一卷《近代史两种》,华东师范大学出版社 1995 年版,第 175—176 页。

法制度中的积弊。在以采用西法为主要内容的第三折中提出了延聘外国著名律师来华充作教习,并由其协助编纂新法律。这两个主张都是建立在中西对比和对中国现实状况所进行的冷峻分析基础上的。

“恤刑”的原意是慎用刑法。具体而言,其一是指审判公正,用刑不滥;其二是指减轻刑罚。^①这也是清官廉吏们的一贯主张。在张刘二人看来,传统司法黑暗、低效、落后,迫切需要改革。“……州县有司政事过繁,文法过密,经费过绌,而实心爱民者不多,于是滥刑株累之酷,囹圄凌虐之弊,往往而有,虽有良吏,不过随时消息,终不能尽挽颓风”。相比之下,西方司法制度的优越性显而易见。“盖外国百年以来,其听讼之详慎,刑罚之轻简,监狱之宽舒,从无苛酷之事,以故民气发舒,人知有耻,国势以强”。不仅如此,中西司法制度存在的巨大差距,还成为西方列强劝诱中国人入教的理由之一。“外国人来华者,往往亲入州县之监狱,旁观州县之问案,疾首蹙额,讥为贱视人类,驱民入教,职此之由。”由于中外实际情况有所不同,“外国案以证定,中国案以供定”;“中国遽难仿照”,但对于中国现有制度,仍可进行相应改革,即“明慎用刑”。具体来说,“恤刑狱”可采如下九项措施:

一是“禁讼累”。“每有诉讼,差役、家丁必索讼费”,往往“任意诛求”,故“差役不革,此弊不除”。故“必须裁去吏役,方能杜绝”。

二是“省文法”。按照定例,法律对于承审官超出例限的处分太严,因而导致承审官待犯人已认供才将命盗案件上报,而盗案一旦超过例限,亦要严惩,因此导致“各省无一实报人数者”。而上控案件,“往往有讼棍主持,意图攀累讹索,图告不图审,以致被告羁系日久,而原告总不到案”,“情尤可恶”,故“请明定例章,如上控案已经批发,而两月后并不到案者,除照例注销外,并将上控之人通缉治罪”,当然,对于架讼之人也要严办。

三是“省刑责”。这一条针对的是刑讯取供。“敲扑呼号,血肉横飞,最为伤和害理,有悖民牧之意。地方官相沿已久,漠不动心。夫民虽犯法,当存哀矜,供情未定,有罪与否,尚不可知,理宜详慎。况轻罪一瞥,当时如法惩儆,日后仍望其勉为良民,更宜存其廉耻”。因此建议“请以后除盗案、命案证据已确而不肯认供者,准其刑吓外,凡初次讯供时及牵连人往,断不准轻加刑责,其笞杖等罪,应由地方官体察情形,酌量改为羁禁或数日或数旬,不得凌虐久系”。

四是“重众证”。外国据证定罪,“众证既确,即无须本犯之供”。其原因

^① 《辞源》(修订本)第二册,商务印书馆 1982年版,第 574 页。

在于“问案有专官”可以“从容研求”，且“监禁不苦，故有确证者，即不肯狡供”。同时还有警察负责收集证据，证人不受管押，故而证据多，“证人易”。而“中国州县事繁，素无警察，刑罚较严，出入甚巨，旁人多不肯作证，本犯自必图幸免，此刑求拖累之所由来也”。虽然例文规定只要“众证明白，即同狱成，不须对问”，但现实中，则“往往翻控，非诬问官受贿，即诋证人得赃，以故非有确供，不敢详办。于是反复刑求，则有拷掠之惨，多人拖累则有痍毙之冤”。解决办法是区别所犯是否为死罪分别处理。死罪必须有供词，而军流以下罪名则可据证定罪。“拟请以后断案，除死罪必须有输服供词外，其军流以下罪名，若本犯狡供，拖延至半年以外者，果系众证确凿，其证人皆系公正可信，上司层递亲提覆讯，皆无疑义者，即按律定拟，奏咨立案，如再京控、上控均不准理。夫既非死罪，又有众证，兼有覆勘，即使本犯不肯输服，不过意有不足，断不能全然颠倒，据此定案，则全案应讯人等，可以省释谋生。”

五是“修监羁”。州县监狱与羁所，“狭隘污秽，凌虐多端，暑疫、传染多致痠毙，仁人不忍睹闻，等之于地狱。”故建议“令各省设法筹款，将臬司、府、厅、州、县各衙门内监、外监大加改修”，同时“明定章程，各处羁所务须宽整、洁净，不准虐待，亦不准多押”。

六是“教工艺”。即“令天下各州县有狱地方……修工艺房一区，令其学习，将来释放者可以谋生，改行禁系者，亦可以自给衣履”。

七是“恤相验”。命案须有相验，可借鉴四川“行之已三十年”的“三费局”（招解费、相验费、夫马费）的做法，“三费”“由绅民粮户捐出，民甚便之”，“宜令各州县就地筹款，务以办成为度，仍责令州县轻骑简从，不准纵扰，违者严参。”

八是“改罚赎”。除法律规定的命盗案、窃贼、地痞、恶棍、伤人、诈骗、讼棍不准罚赎外，户婚田土家务钱债等类案件，“除按其曲直审断外，其曲者按其罪名轻重，酌令罚缴赎罪银若干，以为修理监狱经费”。“举贡生监职员封职、犯事，罪不至军遣者，除褫革外，并罚缴修理监狱经费，看管数月，免其刑责”。对于盗匪各案，“拟请以后除军罪皆系重情照旧发遣外，其流、徙两项，由地方官酌量情节，详报咨部，令缴赎罪银若干，以为监狱经费，改为羁禁几年，较本例所定年限少减，则该犯有羁管之实，而沿途省解送之烦，似亦两有裨益。”

九是“派专官”。在修监羁的同时，派任专官专司“察各属监狱之事”，“监狱不善凌虐未禁者，准其据实禀明督抚臬司，比照滥刑例参处，稽察府监，责成本道司法监，由督抚随时委员稽察”。

张刘认为，“去差役则讼累可除免，宽文法则命盗少讳延，省刑责则廉耻

可培养，重众证则无辜少拖毙，修监羁则民命可多全，教工艺则盗贼可稀少，筹验费则乡民免科派，改罚则则民俗可渐敦，设专官则狱囚受实惠。”^①

作为地方大员，张刘二人对司法体制中存在的弊端予以了充分揭露。这也说明清末司法体制中存在的问题已严重到了非改不可的地步。在危亡之际，司法制度如果因循守旧，故步自封，不仅为外人所耻笑，成为外人攫取领事裁判权的重要口实，而且也不能继续实现其在整个封建专制体制中的职能。这正是张刘二人说服清廷的重要理由。张刘二人的见解是建立在传统的“尚德缓刑”的价值取向之上的，他们所提出的各项改革措施也并未超出传统办法，其中略具新意的“教工艺”已在各省有所实行，只是“行之不广”。此外，他们还认识到禁绝各种弊端的法例，形同虚设。“以上各弊，例禁无一不周备，而州县无一能奉行”。为使新法能得到贯彻执行，他们强调必须“酌改例章”，同时“量筹经费”，对违规者“绳以处分”，“事事皆有确实办法”，才能收到实效。至于新的定章是否会因体制中国有的积弊而成为新的具文，则是二人无暇顾及的了。

在立法方面，张刘二人提出延聘西洋人士参与制定商律、刑律、矿务律、铁路律等新律，以弥合中国与西方法律之间存在的差异，并藉此为中国挽回利权。

中国的矿产与铁路“久为外国垂涎”，由于中国对此“尚无定章”，“外国情形未能尽悉”，因此列强“乘机愚我，攘利侵权”，而这种情形在《辛丑条约》签订后更加严重，“各国必接踵而来，各省利权将为尽夺，中国无从自振矣”。而商业交往的扩大，“互市以来，大宗生意全系洋商，华商不过坐贾零贩”。外国对本国商号“多方护持”，其商律详明，洋商可以集千百家而为公司，以致“势力雄厚”，而中国“素轻商贾，不讲商律”，并“视集股为畏途”，故而“不能与洋商争衡”。另外，在华洋讼案中，中方也处于劣势。所以，制定商律势在必行。

由于刑律中西不同，“猝难改定”，但是张刘认为，重大教案之外的“交涉杂案及教案尚未酿成大事者”，应酌定一交涉刑律。因此，张刘建议：“拟请由总署电致各国驻使，访求各国著名律师，每大国一名，来华充当该衙门教习，博采各国矿务律、铁路律、商务律、刑律诸书，为中国编纂简明矿律、路律、商律、交涉刑律若干条，分列纲目，限一年内纂成。由该衙门大臣斟酌妥善，清旨核定，照会各国，颁行天下，一体遵守”。

^① 前揭苑书义等编：《张之洞全集》，第 753 卷—754 卷，页 10。

张刘二人还对立法之后的审判做了初步的设想。“四律既定,各省凡有关涉开矿山、修铁路以及公司、工厂、华洋钱债之事及其他交涉杂案,悉按所定新律审断,两造如有不服,止可上控京城矿路商务衙门或在京审断,或即派编纂律法教习前往该省会同关道审断,一经京署及律法教习覆审,即为定讞,再无翻异”。与此同时,张刘二人十分重视人才的培养。“京城学生毕业,并须随同洋员学习审判此等案件,学成后即派往各口充审判官,随时添选学生接续学习,以期多储人才,取用不竭,各洋教习既为我编纂四项新律,兼能教授学生,即可长留在京,以备咨访,而资教授。”张刘认为“果能及早定此四律,非特兴利长之先资,实为防患之要著矣”。^①

与立法方面的建议相比,“三折”中的司法制度因为触及到了政治体制,其改革方案是相对保守的,这与当时的政治环境密切相关。在戊戌维新被镇压不久的1898年,清政府宣布实行新政,并要求内外臣工献计献策,当时朝廷大臣大多持观望态度。在这种情况下,朝臣们不可能提出更为激进的方案。就“三折”而言,其出台已让张、刘等人煞费苦心。如果没有张之洞、刘坤一等人处事观物的老到练达与久历宦海的沉稳,如果没有张謇等智囊的参与,在当时复杂的政治背景之下,提出切实可行而又稳健的改革方案,几乎是不可能的。^②而“三折”最终被清政府接受,成为新政第一阶段的纲领,除了时机恰当之外,更为重要的是“三折”先从皮毛学起,然后渐及精华的策略,适应了自上而下改革的要求,没有对封建君主专制构成根本性的威胁,风险较低。

就具体内容而言,“恤刑狱”表现出很强的保守性。中国传统法律的残酷性,尤其是刑罚的残酷性历来为西方各国所诟病,并成为他们攫取领事裁判权的主要口实。但“恤刑狱”对此并未太加在意。虽然其中的省刑责、重众证与修监羈针对的是刑讯逼供与瘐毙,但并未触及刑罚本身,以赎罪银取代流、徙的“改罚缓”,也并非出于流徙刑本身的残酷性,而是出于筹措监狱经费的考虑。我们还注意到,“三折”在措辞上也极为谨慎。他们一方面将

^① 前掲苑书义等编:《张之洞全集》,第 813 页。

^② “三折”的出台是一个精心设计的过程。张之洞对时局始终保持着敏锐的观察,在通过可靠渠道了解了最高决策层的真实态度之后,才与各省督抚会商,起初打算采取联衔会奏的方式提出变法方案。后因得知清廷不赞成各省联衔会奏的形式,遂决定只与刘坤一联衔上奏。此后,张、刘二人组织了张謇、沈曾植、汤寿潜、郑孝胥、梁鼎芬、黄绍箕等幕僚起草了折稿。定稿修改完毕后,张之洞又对上奏的时机进行了精心的选择。关于“三折”出台的详细经过,可参阅李细珠:《张之洞与江楚会奏变法三折》,载《历史研究》1994年第 1 期。

西方法律制度作为中国传统法律制度的参照物,说明后者存在的诸多问题亟待解决,另一方面又再三强调改革所利用的只是中国传统法律资源,如改革思想出于“明慎用刑”,改革方案“皆中国古典旧章,与西法无涉”。这与张之洞的“中体西用”的主张实际上还有些距离。与其说这是“中体西用”思想的反映,不如说是张刘等人为了说服清政府接纳他们的主张而采取的话语策略。百日维新带来的心理阴影尚未消散,中国的改革,需要的不仅仅是学识、勇气和魄力,更需要来自最高权力的支持。朝臣们都明白,虽然清廷有决心进行改革,但要说服他们接受具体的改革方案、并使之真正付诸实施并不是一件容易的事情。尤为重要的是,所谓“从皮毛学起”的做法恰恰符合清廷的心意。如果没有清廷的支持,贸然提出激进的改革方案,不仅会招惹众怒,而且可能触怒清廷,重演百日维新的悲剧。老练的朝臣们审时度势,把脉问诊,开出的药方温和而又务实。就这样,晚清的司法改革得以启动,并为日后的改革铺下了路石。

二、“恤刑狱”的措施

“三折”提出后约半年,清政府下达了修律的谕旨。光绪二十八年四月初六日(光绪二十八年缘月缘日),迫于列强要求将中国法律与西方“改同一律”的压力,清廷宣布:“现在通商交涉事益烦多,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,有裨治理,俟修定呈览,候旨颁行。”^①这一谕旨开启了中国法制近代转型的百年历程,司法制度的改革和规模宏大的修律正是这一历程的双轨,并行不悖,相辅相依。

修律大臣们首先革除了西方列强极为反感的酷刑。修律大臣主张首先删除戮尸、缘坐和刺字三种酷刑。^②此折很快得到清廷的批准。^③在删除酷

^① 前揭《大清法规大全·法律部》之《谕旨》,第 523 页。

^② 光绪三十一年三月二十日(光绪三十一年源月源日),《修订法律大臣奏请变通现行律例内重法数端折》中称:“方今改订商约,英美日葡四国均允中国,修订法律首先收回领事裁判权,实变法自强之枢纽。然则刑法之当改重为轻,固当今之仁政之要务,修订之宗旨也。现行律例款目极繁而最重之法应先删除者有三,曰凌迟枭首戮尸,曰缘坐,曰刺字。”见前揭《大清法规大全·法律部》卷三《变通旧律例二》,第 523 页。

^③ 同日上的谕中称:“现在修订法律,嗣后凡死罪至斩决而止,凌迟及枭首、戮尸三项著即永远删除。所有现行律例内凌迟斩枭各条俱改为斩决,其斩决各条俱改为绞决,绞决各条俱改为斩监候入于秋审情实,斩监候俱改为绞监候,与绞候人犯仍入于秋审分免实缓办理。至缘坐各条除知情者仍治罪外,余著悉予宽免。其刺字等项亦著概行革除。”见前揭《大清法规大全·法律部》之《谕旨》,第 523 页。

刑的同时,修律大臣还提出了司法改革方案。他们的方案是在修正“三折”中“恤刑狱”的基础上提出的。对于张之洞与刘坤一所提出的“恤刑狱”九项措施,修律大臣沈家本与伍廷芳以法律专家的眼光予以审度,先后两次提出意见,并得到清廷的批准。

修律大臣在“重众证”、“修监羈”、“派专官”三个方面基本上认可了张、刘二人所提出的主张,为将之付诸实施,还细化了实施方案。对于“重众证”,张刘认为可据众证定罪的是军、流以下罪名,而修律大臣将之改为流、徒以下罪名,更符合表达习惯。在“修监羈”一项中,修律大臣认为张刘对于监狱存在的积弊“抉摘无遗”,应“如所奏请”。不仅如此,他们还建议“飭下各省设法筹款,将臬司、府、厅、州、县等各衙门内监外监一律大加修改,地面务须宽敞,房屋务宜整洁,一洗从前积弊。并优加口食及冬夏调理各费,以示体恤。禁卒人等尚有凌虐情弊,即行从严惩治。羈所务宜宽整洁净,不准虐待,亦不准多押,违者比照凌虐罪囚及淹禁律分别加等治罪。其臬司提案候审者归入待质公所。此外,如差带、官店、食铺、班房等名一律严行禁绝。”在“派专官”一项中,增加了统计考核,由“同通将每月每次稽察各县监羈有无淹禁滥押及凌虐情弊,逐一详细注明,按半年申报该督抚臬司查核。倘该同通稽察不实及徇隐不举者,即据实一并参处,仍令年终汇报刑部以备稽察。”^①

光绪三十一年三月二十日(癸卯年 源月 圆日),修律大臣们还在“恤刑狱”的基础上提出了禁止刑讯拖累、变通笞杖办法、清查监狱的改革方案,并得到朝廷允准。^②其中变通笞杖办法来自“改罚鍰”,禁止刑讯拖累与“省刑责”、“重众证”,清查监狱与“修监羈”在内容上都有着直接的关系。当然,修律大臣并没有完全照抄张刘原奏,而是有所取舍。如张刘原奏的“改罚鍰”,建议对笞杖罪酌令罚缴赎罪银,除军罪照旧发遣外,流、徒以下各罪罚令缴赎罪银若干,作为修理监狱经费,并改为羈禁若干年。修律大臣只将笞、杖刑改为罚金,并未涉及流、徒刑。^③至此,“恤刑狱”中所提出的九项建议,绝大多数均迅速转化为司法改革的具体措施。清廷还发布上谕,要求各督抚对各府州县严加考核,“倘有阳奉阴违再蹈前项弊端者,即行从严参

① 刘锦藻:《清朝续文献通考》卷二百四十四,浙江古籍出版社 1994 年版,总第 1221 页。

② 前揭《大清法规大全·法律部》之《谕旨》,第 122 页。

③ 前揭《大清法规大全·法律部》卷三《变通旧律例二》,第 122 页。

处”。^① 尽管如此,该方案的实际执行效果并不理想。半年后,即九月十七日(癸卯月 癸卯日),《修律大臣奏轻罪禁用刑讯笞杖改为罚金请申明新章折》内称:“各省州县实办奉行固多,而阳奉阴违视为具文者仍属不少”。该折将“风气开通”的上海作为典型,认为其会审公堂“仍蹈从前积习,尚用严刑”。作为“各埠之领袖”的上海尚且如此,其他地方亦可想而知了。朝廷随后“飭下各省督抚督同臬司严飭所属州县,嗣后审理案件,凡罪在徒流以下者,照新章不准刑讯,旧例罪应笞杖者,照新章改为罚金”。^②

在新政第一阶段,除了“恤刑狱”之外,司法方面的制度建设主要是《刑事民事诉讼法草案》的修订。与“恤刑狱”的各项措施得到朝廷的认可与批准形成鲜明对比的是,《刑事民事诉讼法草案》遭到了朝臣们的强烈反对,最终流产。光绪三十二年四月初二日(癸卯年 源月 癸卯日),也就在出洋考察的五大臣们即将返京复命之时^③,修订法律大臣沈家本等奏进《刑事民事诉讼法草案》(以下简称《草案》),奏请先颁试行。修律大臣就该《草案》说明如下:

其一,颁行诉讼法的必要性在于西方各国刑事、民事诉讼均有专律,中国传统法律将诉讼断狱附于刑律之中的做法已不能适应时代发展。而日本颁行刑事民事诉讼法的实际效果“使各国侨民归其矜束”,并促成了治外法权的收回。在这一点上,中国应该向日本学习。

其二,在立法体例上,将两大诉讼法合为一体。欧美的相关诉讼立法,“款目繁多”,与中国情形不能完全吻合,因此,采取了编订“简明诉讼法”的办法,将刑事诉讼法与民事诉讼法合为一体。

其三,诉讼法对陪审制度和律师制度进行了规范。而这两项制度正是整个《草案》的亮点所在。修律大臣们认为它们是“各国之通例”,“而为我国亟应取法者”,并提出了实现这两项制度的具体步骤与方法。陪审制度的实行可先由各省会并通商钜埠及会审公堂依法试办,地方僻小,准其暂缓。实行陪审制度,可使“裁判悉秉公理,轻重胥协舆论,自无枉纵深故之虞”。经法律学堂培养、考试合格的学生或刑幕可为律师,并给予相应官阶。“国家多一公正之律师,即异日多一习练之承审官也”。

① 前揭《大清法规大全·法律部》之《谕旨》,第 523 页。

② 前揭《大清法规大全·法律部》卷三《变通旧律例二》,第 523 页—524 页。

③ 出使考察政治大臣载泽、端方等先后于光绪三十二年六月初三日(癸卯年 苑月 癸卯日)、六月二十一日(癸卯年 苑月 癸卯日)先后回京。

就具体内容而言,《草案》共五章二百六十条。第一章总目,下分刑事民事之别、诉讼时限、公堂、各类惩罚四节;第二章刑事规则,下分捕逮、拘票搜查票及传票、关提、拘留及取保、审讯、裁判、执行各刑及开释七节;第三章民事规则,下分传票、讼件之值未逾五百圆者、讼件之值逾五百圆者、审讯、拘提图匿被告、判案后查封财物、判案后监禁被告、查封在逃被告产物、减成偿债及破产物、和解、各票及讼费十一节;第四章刑事民事通用规则,下分律师、陪审员、证人、上控四节;第五章中外交涉案件。最后附有颁行例三条。该草案吸收了西方近代诉讼原则,如平等原则、公开审判原则、辩护原则等,并引进了西方审判制度中的律师制度和陪审制度。

早日与西方法律“改同一律”,从而收回领事裁判权既是晚清修律者们的重要指导思想,也是他们争取朝臣们支持并最终说服清廷的主要策略。这一点在《草案》中表现得十分明显。修律者对各国通行的陪审制度与律师制度大为推崇,并进行了移植,认为其为“我国亟应取法”,还一再声明陪审制和律师制既为“我法所未备,尤为挽回法权最要之端”。^①《草案》的内容与中国传统诉讼制度几乎没有相似之处。对于这一与传统法制完全不同的诉讼草案,清廷的态度是交由朝臣们讨论,再做定夺,其于同日发布的上谕称:“法律关系重要,该大臣所纂各条究竟于现在民情风俗能否通行,着该将军督统等体察情形,悉心研究,其中有无扞格之处,即行缕析条分据实具奏”。朝臣们反对意见较为集中的正是修律大臣极力推崇的律师制度与陪审制度,《草案》最终亦因这两项制度与中国国情风俗不合而被搁置。^②

《草案》的流产和“恤刑狱”改革措施的频频出台形成了鲜明的对比。我们不禁要问,为什么两者命运相差如此之远?这须从两个方面加以理解。

首先,“恤刑狱”着眼于清除旧弊,《草案》则旨在创建新制。在新政初期,在保持原有封建专制体制不变的前提下,清除旧弊比创建新制更为重要,也更易为当局接受。而且,“恤刑狱”所针对的只是司法制度中的某些具体方面,而《草案》则是全局性的,只有当朝臣们在主要问题上认识一致时,才有可能不受指责,因此,它获得普遍认可的难度要大得多。

其次,“恤刑狱”的主张与具体措施都未超出传统司法改革的范围,易于为朝臣们所认可,且此前已颁布过类似的例章,虽然实行效果不佳,但

① 前揭《大清法规大全·法律部》卷十一《法典草案一》,第 557 页—558 页。

② 前揭刘锦藻:《清朝续文献通考》卷二百四十四《刑三》,总第 237 页。

至少是安全的,并且可以在短期内见到成效。而《草案》所规定的陪审制度与律师制度,由于缺少先期的舆论准备与人才准备,其在当时的中国欠缺扎根的土壤,也不可能在短期内奏效。而更重要的是,它们还对传统司法权提出了挑战,对兼理司法事务的各级行政机关的权威性构成了巨大的威胁。这恰恰是专制制度所不可容忍的。《草案》引起各地督抚们的反对也是意料中的事。各级行政官吏是新政措施的执行者,改革必须争取到他们的支持。清政府将之交给朝臣们讨论的用意正是在此。正如前文所述,改革是一个从边缘到中心的渐进过程,对传统制度的改革越是逼近核心,就越艰难。不独新政初期如此,在仿行宪政时期,有关司法改革的各项具体措施频频出台,但《民事诉讼法》与《刑事诉讼法》最终仍然胎死腹中。

总之,在官制改革前所进行的司法改革,由于受到体制的限制,只能对传统法律制度做局部调整。“恤刑狱”的各项措施之所以能得到批准与实施,一是因为受到列强要求改法修律的外来压力,二是因为“恤刑狱”本身也符合中国传统的“仁政”思想,可以为传统法律体制所包容,又没有触动统治者的根本利益。因此这些改革只是对中国传统法律制度表露于外的部分进行整治,实质上是治标不治本,治流不治源。即便如此,由于这些措施仍然会触动一些既得利益者,如为刑求而草菅人命的地方官、趁火打劫的胥吏书役等,改革的推进绝非易事,朝廷三令五申地要求废除刑讯就是明证。刑罚滥酷、监狱黑暗、严刑逼供不仅仅是立法的问题,也不仅仅是监狱管理或取证方式的问题,而是与整个体制密切相关。积弊既久,革除愈难。

在官制改革之前,从“恤刑狱”的提出到采取相应的改革措施,传统司法制度正经受着来自西方国家法律制度的敲打:沿用已久的刑律正在经历着删改,其最终目标是与西方刑法“改同一律”;司法改革虽然未全部启动,但日本改革司法制度、收回治外法权的成功经验时时鼓舞着改革者们大胆地对旧体制提出挑战。就整个清末新政而言,这些改革,只能是一个低调的序曲。1905年,随着五大臣出洋考察和“预备立宪”国策的确定,实现君主立宪制成了改革的总目标。清政府在仿行宪政的大旗下,以官制改革作为切入点,以“三权分立”为模式,对国家政权进行了重构,传统政治体制为之一变。伴随着权力的重新分配,诞生了近代意义上的中央司法行政机关和最高审判机关——法部和大理院,随之而来的,是纠缠不清的部院权限之争。

第二节 摇仿行宪政下的“司法”

官制改革^①给清末的中国带来了前所未有的震荡。

自鸦片战争、洋务运动以来,以郑观应、王韬等为代表的早期维新派已提出过要学习西方先进的政治制度,而以康有为、梁启超为首的资产阶级改良派试图通过百日维新在中国实践君主立宪制。由于百日维新的最终失败,至少在日俄战争之前,所有试图对封建专制进行改革的资产阶级理想全部归于破灭。1905年开始的新政,只对封建专制体制进行了修补式的改良,因而在推行数年之后,收效并不显著。日俄交战,日胜俄败的战果极大地刺激了中国人对于君主立宪制的幻想。于是,酝酿已久的立宪思潮以庞大的声势,由海外而国内,既在民间广泛传播,也深刻地影响了各级官员,并在朝野形成内外呼应、相互为援的立宪派。^②实行宪政成了国人最强烈的呼吁,一时间,“制度决定论”甚嚣尘上。^③清廷派出五大臣出洋考察宪政,终结了关于如何达致富强的争论,学习西方、仿行宪政成了清廷自救的唯一选择。随后进行的官制改革,则终结了要不要进行君主立宪的争论,将清末新政引入到具体改革的层面。以三权分立模式重新架构国家政权,对于延续了两千多年的封建帝制而言,无疑是“中国

^① 查阅有关官制的论著,“官制”一词有广义与狭义两种理解。从狭义上来说,官制即为官僚制度。王亚南认为官制包括三个门类,其一是官职、官品、官禄的确定;其二是官吏权责的划分;其三是官吏任用的程序。见氏著《中国官僚政治研究》,中国社会科学出版社,1985年版,第143页。王超所著《中国历代官制与文化》(上海人民出版社,1993年版)一书也持此说。从广义来说,“官制”是关于国家政权的构成形式及其设官分职的管理制度。它包括两方面的东西。一是国家的管理体制及构成该体制的各级各类政府机构的名称、性质、地位、内部机构、官员编制、职责范围、办事规范、管理方式及历史沿革。二是官吏的培养、考选、任用、职责、品秩、俸禄、考核、监察、奖惩、退休等制度。见邓德龙:《中国历代官制》,武汉大学出版社,1996年版,“前言”第1页。对照清末官制改革的具体内容,无疑应对“官制”一词作广义上的理解。

^② 关于立宪思潮的兴起、立宪派的形成,可参阅侯宜杰:《二十世纪初中国政治改革风潮——清末立宪运动史》,人民出版社,1993年版,第104—105页。

^③ 萧功秦认为,这种“制度决定论”思想倾向的最基本特点是在肯定异质文化中的某一制度的功效的同时,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“功效”与实现功效的种种条件的关联。一种制度实施的可行性与实效性,又恰恰不能脱离这些条件。对于来自西方的宪政制度而言,它的形成是有特定的历史背景与条件的,而这些条件与背景,在当时的中国并不具备。参见萧功秦:《危机中的变革——清末现代化进程中的激进与保守》,上海三联书店,1993年版,第151—152页。

帝制时代最为激进的一场改革”。^① 所以,无论是在力度上,还是在成效上,昔日的戊戌维新都不可与之同日而语,虽然 1906 年后的改革遵循的原则正是康梁当年曾经宣扬过的主张。

值得注意的是,仿行宪政在借鉴日本官制改革经验的基础上,对三权分立进行了相应的变通,可以称得上是“中国式的三权分立”。不仅法部与大理院是这种制度安排的产物,而且重新理解那个时代所谓的“司法”、“司法权”和“司法独立”,也必须回到这一制度背景中。

一、中国式的“三权分立”

日本是中国实行三权分立的榜样。日本的三权分立,与孟德斯鸠所言之三权分立有很大不同。明治维新时的立宪政体,实质上只是一种现代性形式的政治符号而不具有真正限制君权的实质意义,尽管采取的是立宪政治的形式,但本质上仍然是权力集中运作的绝对主义国家。日本学者信夫清三郎指出:“天皇制把近代立宪主义嫁接在源自古代世界的神权的、家长式的观念上了。然而,这种立宪主义是形式上具有束缚议会权力的伪装的立宪主义。伊藤博文的立宪君治是用立宪主义来伪装神权的家长式的本质。”^② 同样地,对于东方专制主义历史更为悠久的中国而言,维护皇权与实行集权的需要就更为迫切。清政府所能接受的改革也只能是以让渡部分权力为代价,换取皇权的稳固。这正是当初清政府被说服宣布立宪的重要原因。^③ 这决定了晚清官制改革有一个不可动摇的底线,即:改革不可对皇权构成实质性的威胁。

清廷牢牢抓住大权不放,一方面可以保住其在改革中的领导地位,控制改革的方向与力度,另一方面试图通过改革加强中央集权,收回被地方督抚侵蚀的权力。因此,在预备立宪方案中,与皇帝分庭抗礼、对皇权构成威胁的议会被暂缓议行,而改为资政院,以咨询机关的面貌出现,分割皇权并可能将皇帝架空的责任内阁制也被取消。三权之中,唯一可以让渡并且不会

^① 徐忠明:《晚清法制改革引出的两点思考》,氏著《法学与文学之间》,中国政法大学出版社 2002 年版,第 300 页。

^② [日]信夫清三郎:《日本政治史》第三卷,上海译文出版社 1985 年版,第 100 页。

^③ 载泽等考政归来,积极动员清廷实行立宪。在《出使各国大臣奏请宣布立宪折》和《奏请宣布立宪密折》中,载泽等认为“立宪政体利君利民,而独不使于庶官”及“皇位永固”、“外患渐轻”和“内乱可弭”这种解说对说服最高决策层有着重要作用。此两折见中国史学会编:《辛亥革命》(四),上海人民出版社 1981 年版,第 009—100 页。

对皇权构成直接威胁的只有司法权了,这正可称得上是“中国式的三权分立”。

1906年 8月 1日,清廷发布了《宣示预备立宪先行厘定官制谕》,确定了“大权统于朝廷,宪政公诸舆论”的方针。^①第二天,负责厘定官制的班子成立,由载泽、戴鸿慈、袁世凯等共同编纂官制,奕劻、孙家鼐、瞿鸿禨总司核定。^②源日,编制官制大臣召开了第一次会议。远日设立编制馆,开始进行紧张的工作。官制改革不仅涉及到国家权力的再分配,而且也涉及到所有官员的利益,随即发生了许多“饭碗的辄轹问题”^③,对于如何及在多大程度上对旧体制进行改革,朝廷内部围绕着各种方案进行了激烈的争论。^④

以日本为榜样,仿行宪政的实质就是“大权统于朝廷”,故在编制官制之前,编纂官制大臣们就奏陈了五条官制改革宗旨。其一是“参照君主立宪国官制厘定”,只改行政司法,其余一律照旧;其二是官制方案要做到“官无尸位,事有专司,以期各副责成,尽心职守”;其三,实行君主立宪制,三权分立,议院一时难以成立,先从行政、司法厘定;其四,钦命官、阁部院大臣、京卿以上大臣作为特简官,部院所属三四品官作为请简官,五至七品为奏补官,八九品为委用官;其五,设集贤院、资政院安置改革后的冗员。^⑤循此,相关官制改革方案相继出台。

为了确定一个可行的官制方案,清政府制定了一个详密的程序,即“按照陆续筹议,详加编定,由起草课撰拟草案,次由评议课评议之,再由考定课加以考核,经审定课审定后,呈由编制大臣等一律署诺,然后送往总司核定处删改具奏”。而其所拟的官制,“大抵以据端制军等原奏,斟酌而成。”^⑥因此,进入清政府决策视野的全套官制方案,主要是四个,即作为底本的端方与戴鸿慈联名所上方案(以下简称端戴方案),其二是由编制官制大臣载泽

① 前揭故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》,第 290页。

② 《派载泽等编纂官制奕劻等总司核定谕》,前揭故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》,第 292页。

③ 李剑农:《戊戌以后三十年中国政治史》,中华书局 1959年版,第 227页。

④ 前揭故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》中辑录了部分意见,参阅该书第 291—292页。

⑤ 《编纂官制大臣奏厘定官制宗旨折》,前揭《大清法规大全·吏政部》之《附厘定官制草案》,第 292—293页。

⑥ 《立宪纪闻》,前揭中国史学会编:《辛亥革命》(四),第 55—56页。

花了一个多月的时间拟制的以设立内阁为中心的方案(以下简称载泽方案)其三是经总司核定大臣奕劻等核定的方案(以下简称奕劻方案)其四是清政府最终裁定的方案(以下简称裁定方案)。^①前三个方案多少带有一些理想成分在内,而裁定方案则反映了清政府对现实与自身利益的多重考虑,也反映了决策层内部不同集团之间的力量对比关系。从开明程度而言,四个方案呈现出逐渐收缩的态势。四个官制改革方案的内容对照

① 就目前有记载的官方资料来看,在最后的裁定官制产生之前,较有影响的是端戴方案、载泽方案和奕劻方案,但是这并不排除在最终方案产生之前,还有其他的方案。光绪三十二年七月十六日(光绪三十二年 怨月 源日)《申报》称接到编纂官制王大臣会议改官制专电,当日会议确定了中央官制与地方官制。就中央而言,改革办法是:并内阁、政务、军机、吏部为内政部,礼部、太常寺、太仆寺、光禄寺、鸿胪寺为典封院,刑部、大理院、步军统领为法律院,内务府、上驷院、奎卫卫为供备院,户部改财政部,裁工部。这是目前发现的上谕颁布之后第一个官制改革方案。八月初三日《申报》称初一日接到专电,裁并部院已议定,共分十部:(一)内务部;(二)外务部;(三)学部;(四)农工商部;(五)财政部;(六)理藩部;(七)交通部;(八)海军部;(九)陆军部;(十)司法部。至吏部因选制未及暂留,并已于初三日具奏。八月初十日(怨月 源日)《申报》报道:王大臣议定中央官制事宜。此次王大臣与袁端二大臣会同议定中央官制,俟各省简派大员晋京商妥后即当颁发明文。兹将所议大概录左。内阁:总理全国一切政务,如日本之内阁,然将军机政务处并入,设总理大臣一员,副总理大臣四员。内务部:管理内政事宜以吏部并入。外务部:惟将各司更改并拟添设各科。财政部:以户部财政处并入,更改各司,添设各科。海部:暂缓设立。学部:照常办理。法部:专管全国法律,以刑部并入。交通部:管理全国铁路、邮政、轮船事宜。巡警部:暂缓裁撤,将来并入内务部,此条现尚未决定。农工商部:管理全国农工商事务,以工部商部并入。集贤院:如各国之元老院,设头二三等顾问大臣,以大学士等官充之。集议院:如各国上议院,以都察院并入。典礼院:管理国家一切典礼事宜,设一品大臣一员,总理其事,以礼部、光禄、太常、鸿胪三寺四衙门并入。大审院:管理全国朝审、现审案件事宜,设三品大臣一员,总理其事,以大理寺并入。理藩院:惟将各司更改添设各科。翰林院:设二品大臣总理。因此,我们可以推断从七月十六日召开第一次会议至九月二十日颁布正式官制方案的两个多月时间内,大臣们所讨论的官制方案应该不止这里提到的六个。各个方案之间的差别是显而易见的。官制方案的确定让朝臣们伤透了脑筋。不仅如此,每一种方案既关涉国家改革,同时也关涉朝臣们的既得利益和将来利益。因此,官制改革必定招致权力的争夺战。《清末筹备立宪档案史料》中收录了这一期间大臣们对于改革方案的议论,综观各种意见,其中虽不乏忧国意识,但也有为数不少的朝臣们出于切身利益而或赞或弹。官制方案对于旧制度的冲击亦是相当之大。光绪三十二年八月初六日(光绪三十二年 怨月 源日)《申报》报道:自立宪谕下,政府新旧两党时有冲突。前日外间喧传有裁汰内竖消息。闻此言系旧党,传出盖意欲藉此煽惑官闾,以冀阻挠宪政也。于是内竖闻之均诣太后前泣诉,求老佛爷保护,太后答近日各大臣会议未闻有此,当询及之。次日,召见袁官保,即以此事为问,官保力陈并无此说。退至会议处,遂昌言内竖之不可裁,以杜旧党之煽惑。同日《申报》还说:会议官制全任袁端二大臣主议……大约不数日内改定官制谕即当明发矣。但中央官制迟了一个半月后才发布,由此可见官制方案出台的艰难。八月初一日(怨月 源日)《申报》转载了大阪《朝日新闻》的观点:清国政府目下对于改革官制令委员十二人调查一切,关于本件有最难问题者:(一)中央集权;(二)平满汉之界;(三)经费所自出;(四)废置宦官。曾经有过立宪经历的日本人对清末官制改革可谓洞若观火。

见下表。^①

表一 摇官制改革方案对照表

部院次第	端戴方案	载泽方案	奕劻方案	裁定方案
员	内务部(以巡警部改)	外务部	外务部	外务部
圆	财政部(以户部改,财政处并入)	民政部(由巡警部改设)	吏部	吏部
猿	外务部	财政部(户部财政处改设)	民政部(由巡警部改设)	民政部(由巡警部改设)
源	军部(以兵部改,并入练兵处)	陆军部(由兵部练兵处、太仆寺裁并)	度支部(由户部改)	度支部(由户部改)
缘	法部(以刑部改)	海军部(归陆军部办理)	礼部(并入太常光禄鸿胪三寺)	礼部(并入太常光禄鸿胪三寺)
远	学部	法部(以刑部改)	学部	学部
苑	商部	学部(仍旧)	陆军部(由兵部改,太仆寺并入)	陆军部(由兵部改,练兵处、太仆寺并入,办理海军部军谘府)
愿	交通部(新设)	农工商部(商部工部归并)	法部(由刑部改)	法部(由刑部改)
怨	殖务部(以理藩院并入)	交通部(仍旧)	农工商部(由商部改)	大理院(由大理寺改)
员园	会计检查院(新设)	理藩部(由理藩院改)	邮传部(由工部改)	农工商部(由工部商部改并)
员员	行政裁判院(新设)	吏部(仍旧)	理藩部(由理藩院改)	邮传部(新设)
员圆	集议院(以都察院改)	资政院(由政务处改)	集贤院(新设)	理藩部
员猿	宫内部(以内务府改,以太仆寺太医院、奎仪卫归并)	典礼院(由礼部改)	礼部仍旧	礼部仍旧
员源	枢密院(以政务处改)	大理院(由大理寺改)	审计院(新设)	都察院
员缘	改大理寺为都裁判厅(俟司法独立后)	都察院(仍旧)	资政院(由政务处改)	资政院(由政务处改)

^① 端戴方案整理自《出使各国考察政治大臣戴鸿慈等奏请改定全国官制以为预备立宪折》，奕劻方案整理自《庆亲王奕劻等奏厘定中央各衙门官制缮单进呈折》，裁定方案整理自《裁定奕劻等核拟中央各衙门官制谕》，分别见前揭故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》，第猿苑—猿愿页、第源园—源员页、第源员—源圆页。载泽方案则根据《立宪纪闻》所载整理，详见前揭中国史学会编：《辛亥革命》（四），第员愿—员愿页。

(续表)

部院次第	端戴方案	载泽方案	奕劻方案	裁定方案
员远		集贤院(新设)	行政裁判院	审计院(新设)
员苑		审计院(新设)	大理院(由大理寺改)	删集贤院
员愿		行政裁判院(新设)	军谘府	删行政裁判院
员怨		军谘府(新设)	都察院	未设以前归陆军部办理

从四个官制方案的对比中,可以看出这一决策过程有这样两个特点:

其一,传统体制在很大程度上得到了保留。端戴方案将传统六部裁撤两部(吏部与工部),这无疑会对原有行政体制产生很大冲击。而在后面三个方案中,中央六部均得到保留,只在名称和具体分工有些许变化。

其二,裁定方案基本上否定了前三个方案对于行政权进行监督与制约的机制。端戴方案在中央九部外,设立了会计检查院以监督检查全国及地方财政事务,还设立了行政裁判院以受理官民诉讼、惩戒处分及弹劾官吏。^①载泽方案与奕劻方案均保留了行政裁判院与会计监督机构(即审计院),而裁定方案则不设行政裁判院,只保留了审计院。值得一提的是,直至奕劻方案,十一部六院(资政院、集贤院、审计院、行政裁判院、大理院、都察院)一府(军谘府)的设计^②,对行政权进行监督的意图仍然表露得比较明显。或许我们可以做出这样一个判断:在裁定方案做出之前,对行政权进行限制的方

① 《出使各国考察政治大臣戴鸿慈等奏请改定全国官制以为立宪预备折》说道:“各国设此(指行政裁判院)于司法行政之外,上图国家公益,使行政官吏不敢逾法,下保人民权利,使举国民族不致受损……拟请设立行政裁判院,置正卿、少卿各一人,专理官民不公之诉讼,及官员惩戒处分,凡内外百僚之办事无成效者,并有弹劾之责。”前揭故宫博物院明清档案部:《清末筹备立宪档案史料》,第 猿园-猿园页。

② 奕劻方案并未将集贤院与行政裁判院删去。笔者所见最早提到奕劻方案将集贤院与行政裁判院删去的文字当是《宪政初纲》中的《立宪纪闻》。参见前揭中国史学会编:《辛亥革命》(四),第 愿页。前揭侯宜杰所著《二十世纪初中国政治改革风潮——清末立宪运动史》,第 愿页与韦庆远、高放、刘文源著《清末宪政史》(中国人民大学出版社 员999年版)第 愿页均有奕劻等人将集贤院与行政裁判院删掉的说法,但未注明出处,故不知其根据何在。然奕劻等人在《总核大臣奏厘定京内官制折》中明确说到与该折同时上呈的还有内阁官制清单一件,各部官制清单十二件,各部官制通则清单一件,各院官制清单六件,军谘府官制清单一件,阁部院官制节略、法部节略、资政院节略各一件,共二十四件。前揭《大清法规大全·吏政部》卷二十三《附厘定官制草案》中选录了其中的集贤院、资政院、行政裁判院与审计院官制草案。由此可见,奕劻方案不仅没有将行政裁判院与集贤院删去,而且还为之制定了官制草案。广州孙中山文献馆所藏奕劻等撰《厘订官制参考折件汇存》则收录了所有二十四件清单,亦可为一明证。

案一直是占上风的。只是到了最后关头,裁定方案否决了对行政权进行的制约。

就裁定方案来看,“中国式的三权分立”大致如下:

(一) 资政院

裁定方案只是以极为简短谨慎的用语明确了各部分工,此前各个方案中频频使用的“三权并峙”,“三权分立”并没有出现,这既维护了大清帝国的脸面,也防止授柄于人、滋生口实,当然,没有明确指明改革的性质,也多少透露出清廷面对改革时的不自信。

在西方,议会是体现人民主权的机构,具有立法权、监督权等一系列权力,与行政、司法三足鼎立。在清末立宪官员的心目中,议会的主要功能是“通下情”,其中,端方的认识较具有代表性。他认为,在君主立宪制下,由责任内阁“代君主而负责任”,因此“君主固安”。而要使国家安定,得“行政之善”,知“人民之怨与不怨”,使大臣的行政与人民的意向相符,必须设立议会。由于预备立宪,议会之设必须分步骤进行。端方参考了日本曾设公议所、待诏局和集议院“以为国会基础”的作法,在其所上《请改定官制以为立宪预备折》中,提出将都察院改为集议院,在“国会既难骤开”之际,“以为练习之区”,并负责议决财政预算决算。^①

对于议会,清政府并不是没有考虑,因为按照三权分立的架构,议会是不可缺少的重要内容。但出于集权的考虑,在官制改革的五条宗旨中,即以“现在议院遽难成立”之故,官制“先从行政司法厘定”,资政院的主要功能只是安置改革裁撤下来的冗员。与此前端方等人倡建的作为议会“练习之区”的集议会有很大的区别,因此,端方等人筹设集议会进行积极议政的计划基本上就此搁浅。奕劻方案进一步明确了资政院“设立之意即为将来立宪预备”。裁定方案对资政院的暧昧态度颇值得玩味:它一方面肯定了奕劻方案中的资政院之设,但并未明确设立资政院的目的在于“议会之预备”。实际上,清廷的用意在于:设立资政院可博三权分立之名,而“博采群言”的定位又将其变为一般的咨询机构,从而避免了不设议会可能激起的反对。

(二) 军机处与内阁

清朝政治制度最大的特点是皇帝对全国政务实行绝对控制,君主集权

^① 《端忠敏公奏稿》卷第六 苑苑页,《近代中国史料丛刊》第十辑第 怨册,台北文海出版社 苑苑年版。

专制发展到最高阶段。在中央实行的内阁与军机处双轨辅政制度^①就是贯彻皇权绝对统治的重要保证。不仅如此,清朝还发展起一系列控制地方政权的制度,铁板一块的政治运行体制将中国传统的中央集权发展到了极致。“中国式的三权分立”最终并未设立责任内阁,而是保留了军机处,与此同时,原有参预政务大臣的范围则有所扩大。

在君主立宪制下,君主一般将行政权让渡给责任内阁行使。前三个方案在设立责任内阁制这一点上是一致的。载泽方案是在端戴方案的基础上斟酌而定的。两个方案的主要内容是撤销军机处,设立责任内阁。以载泽方案而言,它主张内阁设总理大臣一人,左右副大臣二人,各部尚书均为内阁政务大臣,参知政事。下设提调、副提调各一人及制诰、庸勋、编制、统计、印铸五局。各部设尚书左右侍郎各一人(外务部例外,仍只设管部大臣一人),下设承政厅、参议厅、参事、郎中主事、七品小京官、录事等员,以各部事务之繁简,以定缺额之多寡。此为各部通则,凡陆海军部、吏部以外各部,皆通用之。至各部名称次第,则首为外务部,次为民政部,以巡警部改设,并将步军统领衙门所掌事务及户礼工三部所掌有关民政各事并入;次财政部,以户部财政处改设;次陆军部,以兵部练兵处及太仆寺裁并改设;次海军部,暂归陆军部办理;次法部,以刑部改,并以户部现审处所掌事务,并归复核;次学部,仍旧;次农工商部,以商部工部归并设立;次交通部;次理藩部,以理藩院改;次吏部。此外,并改政务处为资政院,尊礼部为典礼院,改大理寺为大理院,而都察院则仍旧贯。又设集贤院、审计院、行政裁判院及军谘府等。共计十一部七院一府。

奕劻方案也主张设立内阁及内阁总理大臣,其对各部做的调整较小,将财政部改为度支部,交通部改为邮传部,罢典礼院名目,仍设礼部,删去集贤院与行政裁判院。其中央官制则由由十一部五院一府组成。^②

在设立阁部院官制问题上,载泽方案与奕劻方案相差不是很大,直至裁定官制出台前,设立责任内阁制一直是主流意见。这种设计虽然不排除袁奕等人揽权的私心,但也切中了中国封建集权体制的要害。奕劻将之归纳为“权限不分”、“职任不明”、“名实不符”,故而提出上述“分权以定限”、

^① 清初沿用了明代的内阁制,但机要事件由议政大臣议奏,内阁大学士如非议政大臣则无法与闻。雍正七年(1729年),设立军机处,作为辅佐皇帝工作的主要事务部门,直至清末设立内阁总理大臣时才废止。原有的内阁则被分工处理大量日常性的例行公事。

^② 《立宪纪闻》,前揭中国史学会编:《辛亥革命》(四),第 85 页。

“分职以专任、”“正名以核实”的阁部院改革方案。^①

奕劻对设立责任内阁制的原因进行了详细的解说。^② 责任内阁制度可说是整个方案中的亮点。但是清廷出于防止大权旁落及皇权削弱的考虑，保留了军机处，不设责任内阁制，前三个方案的主张在最后关头均被否决。^③ 不仅如此，裁定方案还特别强调了军机处的重要性：“军机处为行政总汇，雍正年间本由内阁分设，取其近接内庭，每日入值承旨，办事较为密速，相承至今，尚无流弊，自毋庸复改。内阁军机处一切规制，著照旧行”。与此同时，裁定方案对奕劻方案中各部尚书为内阁当然政务大臣的规定，稍稍作了让步，“其各部尚书为内阁，均著参预政务大臣，轮班值日，听候召对”。^④

“大权统于朝廷”的方针在裁定方案中得到了坚决的贯彻。与前三个方案相比，裁定方案更为保守。这也透露出一个重要的信息：在集权问题上，清廷是不肯轻易放松的。

（三）法部与大理院

上述四个官制改革方案对于法部与大理院的设计基本上是一致的，它们都吸收了日本司法改革的经验，改刑部为法部，掌管司法行政，并监督裁判事务，改大理寺为大理院（或都裁判厅），作为最高审判机关。可见，在中央，“司法权”由法部与大理院分享，因此，在这个意义上来说，法部与大理院

① 前揭故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》，第 594—595 页。

② 详见《阁部院官制节略清单》，前揭故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》，第 595—596 页。

③ 在制定官制草案过程中，是否设立责任内阁引起了广泛的争论。争论的原因主要有三个，一是出于对传统君权的维护，如御史张瑞荫、吏部主事胡思敬等认为内阁权重，如因用人有失，必然会出现权臣，将对君权产生致命的威胁，军机处万不可废。二是认为实行责任内阁时机未到，持这种观点的主要是御史赵炳麟等人。三是出于对于权力争夺的考虑。袁世凯主张设立责任内阁，虽然亦出于改革旧弊的良好愿望，但更主要的还是出于对于自身利益的考虑。他企图在责任内阁中担任副总理大臣，掌有实权。而反对设立责任内阁的载沣、瞿鸿禨等人主要是出于防止袁世凯窃权的动机，他们自身对于责任内阁并没有太深的恶感。这就使得官制改革在新旧观念与权力争夺中变得更加复杂。袁世凯主张设立责任内阁对于促进立宪来说，无疑是进步的，也正因为这个原因，袁在舆论界树立了开明官僚的形象，并获得好评。当时，制定官制实际上操纵在袁的手中。他试图与奕劻组阁，操行政大权，并借内阁代皇帝负责，防止将来光绪执政对其出卖戊戌维新之举进行报复。新官制草案刚出，他就让张百熙具疏密保奕劻为总理，他为副总理。参见前揭侯宜杰：《二十世纪初中国政治改革风潮——清末立宪运动史》，第 595—596 页。袁对于责任内阁副总理大臣权位的觊觎，一方面威胁到反袁派的既得利益，另一方面又有可能使清廷无法对他加以控制。正是基于这样的考虑，最高决策层决定不设立责任内阁制。

④ 前揭故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》，第 595 页。

可统称为“司法机关”^①，而这，也正是“中国式的三权分立”的又一特色。

在清廷看来，行政司法分立就表现在法部与大理院这两个“司法机关”与其他行政机关的分立上。正如奕劻所言：“司法之权则专属之法部，以大理院任审判，而法部监督之，均与行政官相对峙，而不为所节制”。^②在裁定官制方案中，对于法部与大理院的规定只有二十七个字：“刑部著改为法部，专任司法。大理寺著改为大理院，专掌审判”。^③这二十七个字的真正内涵，恰是引致日后部院之争的重要原因之一。法部与大理院之设，涉及到这样两个方面的问题：首先，法部与大理院在新的官制中的地位如何？其次，部院各有哪些权限？它们之间的相互关系如何？

我们先来看一下法部与大理院在新官制中的地位如何。

记载各部职掌的《清会典》对中央各部门是按照吏、户、礼、兵、刑、工的传统体例进行排列的，部门次第反映了其重要程度。同时，按照清朝官制，部权重，而院寺权轻，故而一般而言，部列于院寺之前。据此，我们可以在官制改革方案依部门次第来判断各个部门在国家机构中的地位高低及其升降。下面将奕劻方案与裁定方案作一对比，观察新的“司法机关”尤其是大理院在整个官制中的地位。

奕劻方案与裁定方案基本上是按照上述规则来安排部院次第的。就奕劻方案而言，十一个部是掌握国家行政大权的部门，而五院则是位卑权轻的部门。从十一部的排列顺序来看，以吏、户、礼、兵、刑、工六部的顺序为基干，再加上新增加的部门，原先六部的先后顺序都没有任何变动。裁定方案亦如是。所不同的是，在奕劻方案中，大理院位列五院之末，而裁定方案对此有所改进，将法部与大理院并称，两者同为“司法机关”的用意表露得比较明显。可见，在这两个官制方案中，值得注意的是大理院的地位。奕劻方案将之置于五院之末，至少说明其对最高审判机关缺乏应有的重视与尊重，而裁定方案则将大理院与法部并列，以新的“司法机关”的面貌出现，并与其他行政机关形成对峙之势，大理院地位有所提高。但是，大理院列于法部之后，法部“专掌司法”，大理院“专任审判”的分工，使大理院更像法部下属的一个负责审判事务的机构。因此，裹挟在法部阴影中的大理院并没有因此

① 关于“司法机关”与“司法权”的辨析，将在下文中交待。实际上，将法部与大理院称为“司法机关”与日后法部主张是吻合的。

② 前揭故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》，第 190 页。

③ 同上书，第 190 页。

而获得最高审判机关应有的地位,而更像是法部的附属机构。这与它作为最高审判机关应有的地位无疑是有一定距离的。

就法部与大理院的相对地位而言,法部的地位更高。一者,法部尚书为参与政务大臣,而大理院正卿则无权入阁议政;二者,法部的行政级别比大理院高。法部尚书为从一品,大理院正卿为正二品,仅与各部侍郎相当。

下面再来看一下部院的分工与相互关系。

就分工而言,法部的职权比大理院要复杂得多。大理院只是较为单纯的审判机构,法部则兼具司法行政权与审判权。其司法行政权所及范围,正如《法部职掌节略》第一条所称:“法部管理民事刑事牢狱并一切司法上行政事务,监督大理院、直省执法司、高等审判厅、地方审判厅、乡谳局及各厅局附设之司直局,调度警察事务”。这一点和日本司法制度极为相似,即法部作为司法行政机关,对各级审判机关有司法上的监督之权。而且,《法部职掌节略》还重申了法部不能干涉审判权这一立宪国家的通例。^①但是,与此同时,《法部职掌节略》将原来刑部享有的司法审判权赋予了法部,法部负责复核秋朝审案件、各省死刑案件及负责恩赦特典事务,这一安排与前述规范矛盾,而这种设计的目的在于“以示生杀大权操于君上之意”的考虑。^②正如不设内阁一样,清廷的改革方案对三权分立的国家体制进行了相应的变通,而这种变通恰在体制内部形成了矛盾,必然要在日后引发部院之间的冲突。

法部与大理院的相互关系集中体现在两个方面:其一是法部如何对大理院进行监督,其二是法部对于审判权的分享有无侵越大理院的职权?这两个问题涉及到部院业务的交叉点,在官制改革之初无法立即给出答案,须到改革的实践中去找。部院之争或者可以看作是对这两个问题的持续追问。值得注意的是,正如四个官制改革方案所显示的,司法改革正是在这样一种“收”而不是“放”的环境之中进行,因此,法部与大理院之间的关系如何厘正,并不是一个纯粹理论上的问题。

虽然“中国式的三权分立”对西方三权分立进行了变通,是一个相对来说较为保守的改革方案,但它与集权体制相比仍然有许多新的特点。第一,军机大臣减少,各部尚书均充参预政务大臣,责任权限加重,有向责任内阁过渡的意图。第二,各部堂官只设尚书一名,侍郎二员,不分满汉,侍郎为尚

^① “法部及执法司只能监督裁判,处理其司法上之行政事务,其审理事宜一任之审判官,不能干涉其审判权”。前揭《法部职掌节略》奕劻等:《厘定官制参考折件汇存》。

^② 《法部职掌节略》奕劻等:《厘定官制参考折件汇存》藏于广州市孙中山文献馆。

书的辅佐官,名额有所减少,打破了过去满汉各半和尚、侍平等的体制,各机构设置趋于一致。第三,确认了三权分立的原则,行政、司法开始分离。第四,尚、侍成为专职,可以加强责任心,集中精力办理部务;准备增设资政院、审计院、海军部和相当于总参谋部的军谘府,陆军和海军分开,军政和军令分开,向世界各国体制看齐,将使国家体制趋于完善。^①

官制改革方案基本上是一个行政主导的方案。这主要表现在以下四个方面:

其一,行政权的重新配置是官制改革方案的重点。中央各部门的合并、新设,各个部门的重新排名,都围绕着重新分配与划分行政权力,相比而言,审判权并未得到同等程度的重视。

其二,官制改革方案有意识地否定了西方式的行政权力监督机制,行政权力膨胀,改革权在很大程度上集中到皇帝手上。前三个方案中均有行政裁判院的设计,而裁定方案则果断地将行政裁判院删掉了。在清政府看来,以行政裁判的方式对行政机关进行监督,是对中央集权的冲击与弱化,故仍然依赖传统的御史言官弹劾的监督机制,将对百官的监督权直接操控在皇帝手中。

其三,行政权力在改革过程中扮演的是平衡而非判断是非的作用。在“大权统于朝廷”原则的指导下,各部院有关改革的具体事项均须请示皇帝才可最终定夺。另一方面,由于不设内阁,中央各部都直接向皇帝负责。清廷对体制中存在的积弊缺乏了解,而了解具体情况的部院之间又缺乏协调,一般而言,只要各部院所上奏折没有违背清廷的底线,都会得到批准。表面上看,大权握于清廷之手,但实际上清廷并不具备领导和指挥改革的能力,缺乏未雨绸缪的远见和深刻的洞见,瞎指挥就不可避免。遇到矛盾和问题时,皇权的解决之道就是尽量加以协调,“头痛医头,脚痛医脚”。一旦协调也难以奏效,则会转而依赖强制性的行政命令、人事调整等高压手段。这样,改革极有可能偏离正轨,是非之争往往会演变成利益之争。

其四,官制改革方案使大理院受制于法部,并与法部之间形成了类似于上下级之间的行政性关系。先后出台的各个官制改革方案并没有赋予大理院以应有的地位。大理院的排名直到最后的裁定方案才与法部放在了一起,而此前的三个方案都将大理院置于边缘位置。而且,法部还明显地凌驾于大理院之上,“司法之权专属之法部,以大理院任审判”的架构将审判机关

^① 前掲侯宜杰:《二十世纪初中国政治改革风潮——清末立宪运动史》,第 181—182 页。

置于司法行政机关之下,审判只是“司法”之下的一个具体职能而已。对法部而言,虽然《法部官制节略》中已声明法部是行政机关,并非裁判机关^①,但它还是分享了本应专由大理院行使的部分审判权。

大理院与法部之间关系的设计确是“大权统于朝廷”方针的认真贯彻,却损害了审判独立。更为严重的是,这种设计还以其含混遮蔽了整体设计存在的审判不独立的弊病:从表面上来看,“司法权”是由法部和大理院这两个“司法机关”行使的,其他行政机关并没有染指。这与真正意义上的司法独立相差甚远。而这正是清廷所要的“司法独立”。可是,法部对审判权的分享不可避免地会造成司法体制的混乱。“最得立宪之本原”的“司法分立”实质上是一个不甚清晰的方案。^②这使得“司法”、“司法权”、“司法行政权”、“司法独立”等概念出现了歧义,造成了认识上的混乱。法部握有审判权、大理院地位过低与审判独立原则是相违背的。因此,在日后的改革中,摆正部院关系,重新认识司法独立成了一个重要的课题。部院之争也正导因于此。

二、司法独立的三层含义

司法独立思想是近代宪政思潮的重要内容,其在中国的传播最早可以追溯到林则徐、魏源等人对西方政制制度的介绍。^③从思想渊源上来说,新政时期的立宪派所鼓噪的正是数年前康梁派不断申述的改革理想。官员接受并鼓吹司法独立思想,则是在立宪运动兴起后,尤其是在派五大臣出洋考察政治前后。新政开始后,仍受清廷通缉的康梁派尤其是梁启超为了借助考政大臣之力继续对清末新政发挥影响,交接朝中立宪派,甘愿替考政大臣捉刀代写奏折。因此,朝臣们在某种程度上成了康梁派的政治代言人。康梁派代写的奏折数量和具体内容已难详考,虽然据说数量巨大^④,但是一来

^① 《法部官制节略》对法部(即文中所称司法部)的定位是这样的:“各国所谓司法独立机关者,为裁判所,而非司法部。司法部者,只管司法上之行政事务而不及于裁判。诚以法部大臣与各部大臣同为内阁大臣,即为行政部长官,而断非裁判所之专官”。

^② 《御史吴筠奏厘定外省官制请将行政司法严定区别折》内称:“中外有识之士,皆谓此次厘定官制,惟司法分立之一事,最得预备立宪之本原”。前揭故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》,第 180 页。

^③ 司法独立思想在中国的早期传播情况可以参阅郭志祥:《清末与民国时期司法独立研究》(上),载《环球法律评论》2004年春季号。

^④ 据徐佛苏所言,仅梁启超一人代宪政馆及各衙署各王公大臣所秘撰之宪政文字,约计有二十余万言。参见丁文江、赵丰田编:《梁启超年谱长编》,上海人民出版社 1983 年版,第 120 页。另见耿云志、崔志海:《梁启超》,广东人民出版社 1985 年版,第 108 页。

康梁派不可能代写所有的奏折,二来清朝有一套严密的奏折制度,奏折是官员们参与政事的重要途径与方式,一旦得到钦准后即具有法律效力,非同儿戏。^①故而,奏折中所陈述的内容也基本上反映了上奏官员们的主要观点。正是基于这一判断,下面主要以官员们的奏折为素材,来分析在仿行宪政背景之下,朝臣们是如何体认司法独立的。

与改革的实际需要相契合,晚清主张立宪的官员们对于司法独立的认识,经历了一个不断深化、由表及里的过程。他们的认识大致可以归纳为以下三个方面:其一是对司法独立的基本含义与功能的认识;其二是如何进行机构改革;其三是如何划分司法权与行政权,尤其是司法权与司法行政权。具体来说,即是部院权限如何划分,才能实现审判独立。随着改革的展开,官员们对于司法独立的认识由观念到制度设计,进而到具体操作,不断深化。

(一)“司法独立”在宪政层面上的含义

在主张立宪的官员们看来,司法独立指的是司法权与立法权、行政权分立,尤其是司法权与行政权分立。如端方考察政治回国后,在其所上《请定国是以安大计折》^②中极力鼓吹三权分立的好处,在阐述了君主立宪制之下的责任内阁与议会制度后,对司法独立是这样介绍的:

此外制度其等于责任内阁与议会之重要者,又有司法之裁判所据一定之法律,以裁判刑事民事之诉讼,乃以此保护人民之生命财产。而其所重要者,则司法权独立于行政之外,不受行政官吏之干涉。

端方等在《请改定官制以为立宪预备折》^③中,则从西方国家及日本的经验出发,认为:

司法与行政两权分峙对立,不容相混,此世界百余年来之公理而各国奉为准则者也。盖行政官与地方交接较多,迁就瞻徇,势所难免,且政教愈修明,法律愈繁密,条文隐晦,非专门学者不能深知其意,行政官既已瘁心民事,岂能专精律文,故两职之不能相兼非惟理所宜然,抑亦

^① 有关清朝奏折制度的详细介绍,可参见(台)庄吉发:《清代奏折制度》,台北故宫博物院,1983年版。

^② 此折并见故宫博物院明清档案部:《清末筹备立宪档案史料》,中华书局,1983年版,第147—148页。端方是清末极力鼓吹立宪的满族贵胄。在其考察政治回国后,连连上奏,对清政府确定预备立宪的基本国策产生了直接的影响,其所提出的许多建议也为此后的改革所采用。

^③ 前揭《端忠敏公奏稿》卷六第147—148页。

势所当尔。

有些官员通过中西对比来认识司法独立,并以此说明西方司法独立与中国传统行政兼理司法的优劣。清政府依准修律大臣沈家本、伍廷芳的奏请,于1904年12月派刑部候补郎中董康等三人到日本考察监狱和裁判所,董康等人回国后提交了考察报告《裁判所访问录》。沈家本在为《裁判所访问录》一书所作序言中写道:

西国司法独立,无论何人皆不能干涉裁判之事。虽以君主之命、总统之权,但有赦免而无改正。而中国则由州县而道府、而司、而督抚、而部,层层辖制,不能自由。^①

与西方的三权分立形成鲜明对比的是中国长期以来实行的集权式政治体制。《庆亲王奕劻等奏厘定中央各衙门官制缮单进呈折》^②对这一积弊进行了揭示:

以行政官而兼有立法权,则必有藉行政之名义,创为不平之法律,而未协舆情。以行政官而兼有司法权,则必有循平时之爱憎,变更一定之法律,以意为出入。以司法官而兼有立法权,则必有谋听断之便得,制为严峻之法律,以肆行武健,举人民之生命权利,遂妨害于无穷。

该折以这种认识为基础,提出了“分权以定限”的改革方案。

身在刑曹多年的沈家本对于行政兼理司法的弊害有着更为深切的体会,他认为行政兼理司法的弊害有四:其一是州县的任职者来自科举与捐纳,对于法律“非浅涉所能领悟”,而地方之事甚繁,“而尽责之州县”,由于“学无专精,官无专职”,行政司法兼顾实已超出了个人的能力范围。其二是做行政官易,做司法官难,于是“奸胥劣幕遂得因缘作弊”,审判大权落于胥吏书幕之手。其三是本为慎重刑狱的勘转之制,由于地方官“惮于解审”,报至刑部的案件只占很小比例,“层层牵辖,转令朝廷成宪等于弁髦”。其四是行政兼理司法授外国人以口实攫取领事裁判权。外国以中外司法制度之不同,在中国行使领事裁判权,侵犯了中国司法权,并且贻害无穷。基于以上

^① 《大理院正卿沈家本奏陈调查日本裁判监狱情形折》,光绪三十三年四月二十六日(1907年12月)《申报》。此折并见沈家本:《裁判所访问录序》,《寄簪文存》卷六。

^② 前掲故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》,第154页。

四个方面的原因,沈家本得出“司法独立为及今刻不可缓之要图”的结论^①,在他看来,只有实行司法改革,确立新的司法制度,才能改变中国长期以来行政兼理司法而产生的弊病。

不仅如此,为了说服“墨守先型”的守旧分子,消除他们对西法的隔阂与排斥,沈家本以中国古代的相关制度来比附司法独立,认为“西法之中,固有与古法相同者”。就司法而言,“大司徒所属之乡、遂大夫诸官,各掌乡、遂之政教禁令,而大司寇所属之乡士、遂士、县士分主国中遂、县之狱,与乡、遂诸大夫分职而理,此为行政官与司法官各有攸司,不若今日州县行政司法混合为一,尤西法与古法相同大者”。^②

在晚清主张立宪的官员们看来,实现司法独立既可收回领事裁判权,也可杜绝内政中的弊病。这无疑是司法独立的两大功能。在当时的朝臣们的奏稿中类似的陈述屡见不鲜,可说是官员们的共同认识。其中尤以御史吴钫的论述最为充分:

夫国家主权所在也,法权所在,即主权所在,故外国人之入他国者,应受他国法堂之审判,是谓法权。中国通商以来,即许各国领事自行审判,始不过以彼法治其民,继渐以彼法治华民,而吾之法权日削。近且德设高等审判司于胶州,英设高等审判司于上海,日本因之大开法院于辽东,其所援为口实者,则以中国审判尚未合东西各国文明之制,故遂越俎而代谋。更以东三省近日情形而言之,长春以南遍地有日人,长春以北遍地有俄人,既遍住日、俄之人民,势将设日俄之法院,民习于他国之法律,遂忘其为何国之子民,法权既失,主权随之,言念及此,可为寒心。夫及今而改良审判,其收效亦须十余年,溯甲午至今,曾几何时,添开口岸已十余处,此后十余年中,虽内政竭力整顿,外权且日进而无穷。若复因循苟安,坐待法权之侵夺,则逃犯不解,索债不偿,赴槩多门,人心大去,无论治外法权不能收回,恐治内法权亦不可得而自保矣。是司法制度之不可不分立,关乎外交者一也。

臣观自古治乱之故有二,一则由于民财之穷尽,一则由于讼狱之不平……泰西各国百年以来,皆病行政官之专横,而改设法堂公判之制,由是民气渐靖,治化日隆。中国审判向由州县兼司,簿书填委,各弊丛

^① 前揭《大理院正卿沈家本奏陈调查日本裁判监狱情形折》,光绪三十三年四月二十六日(1907年 远月 远日)《申报》。

^② 同上。

生非延擱多时,即喜怒任意,丁役视为利藪,乡保借为护符。往往一案未终而家产荡尽,一差甫出而全村骚然,遂致驱民入教,干涉横生,民教相仇,变起不测,匪徒乘机煽惑,酿为劣阶,是国家欲藉州县官以宣德达情,而州县官以滥用法权,反致民离众畔。推原其故,则以州县事繁,既须抚字催科,而又劳形诉讼,跋前踖后,两所无居,贤者竭蹶不遑,不肖者恣睢自逞。且审判一事须平日熟谙法律,而案情万变,悉待推求,行政官以日不暇给之躬,用之于非素习之事,必致授权幕友,假手书差,枉法滥刑,何所不至。又以层层节制,顾忌良多,未免曲徇人情,无独立不挠之志。若使司法分立,则行政官得专意爱民之实政,而审判官惟以法律为范围,两事即分,百弊杜绝。^①

司法独立作为西方宪政制度的重要内容,是以“世界公理”、“各国准则”的姿态走入朝臣们的视野的。在他们看来,司法独立所具备之种种优点,正是传统司法所不具备的。实行司法独立,不再授他人以口实,从而收回领事裁判权,是实现司法改革的必然逻辑。尽管他们也认识到中外司法制度不同只是列强攫取领事裁判权的一个借口而已,但仍希冀以主动改革的方式,尽力挽回遭到列强们不断蚕食的国家主权。

(二) “司法独立”在官制改革层面上的含义

晚清仿行宪政的改革在很大程度上学习和模仿了日本的明治维新^②,所谓“中国今日欲加改革,其情势与日本当日正复相似,故于各国得一借镜之资,实不啻于日本得一前车之鉴,事半功倍,效验昭然”^③。日本已经完成的宪政经历在制度上给晚清提供了一个可以直接模仿的对象。因此,在官制改革方案中,从具体制度到实施途径,也多以日本为模式。

为实现司法独立,就必须进行相应的机构改革。在中国传统政治体制之下,行政司法不分,在中央,刑部、大理寺、都察院虽号称“三法司”,但它们在主理司法事务的同时,也具有诸多行政职能,而其他行政机关则亦握有一

^① 《御史吴筠奏厘定外省官制请将行政司法严定区别折》,前揭故宫博物院明清档案部:《清末筹备立宪档案史料》,第 185 页—186 页。

^② 对这一问题的解说可参阅罗华庆:《清末“预备立宪”为何模仿日本明治宪政》,载《北方论丛》1995 年第 1 期;及罗华庆:《清末“预备立宪”对日本明治宪政模仿中的保留》,载《河北学刊》1996 年第 2 期。

^③ 端方:《请议定官制以为立宪预备折》,前揭《端忠敏公奏稿》卷六第 27 页。

定的司法权。^①就司法方面的职权而言,三法司中,刑部权限最大,故《清史稿》对其有“部权特重”的评语。三法司均兼有司法行政权与审判权,并且在审判、复核等程序上相互牵制,从而使最高审判权始终掌握在皇帝手中。按照三权分立的原则对这种司法体制进行改革,就必须有专门负责司法事务的部门。对此,端方等人的意见是将刑部改为法部,掌司法行政,以改革后的大理寺行最高裁判所之责。

刑部掌司法行政,亦旧制所固有,然司法实兼民事、刑事二者,其职在保人民之权利,正国家之纪纲,不以肃杀为功,而以宽仁为用,徒命曰刑,于义尚多偏激。臣等以为宜改名曰法部,一国司法行政皆统焉。司法之权,各国本皆独立,中国急应取法。所由各省执法司、各级裁判所及监狱之监督,皆为本部分支,必须层层独立,然后始为实行。

大理寺之职颇似各国大审院,中国今日实行变法,则行政与司法两权亟应分立,而一国最高之大审院必不可无。俟司法独立之后,改大理寺为都裁判厅,以当其职。^②

至于地方审判制度,则在全国建立四级裁判机构,实行四级三审制。在前述《请改定官制以为预备立宪折》中,端方等人建议在全国设立四级裁判所和巡回裁判所,并在各级裁判所内设检事局,实行审检合署。

臣等谓宜采各国公例,将全国司法事务离而独立,不与行政官相丽,取全国各县划为四区,区设一裁判所,名曰区裁判所,其上则为一县之县裁判所,又其上则为一省之省裁判所,又其上则为全国之都裁判厅,级级相统,而并隶于法部。区裁判所则以一裁判官主之,而县裁判所以至省裁判所、都裁判厅则以数人之裁判官主之,而置一长焉。各裁判所皆附设检事局,区置检事一人,县以上数人,以掌刑事之公诉。凡民间民事刑事小者各诉于其区,大者得诉于其县,其不甘服判决者,自区裁判所以至都裁判厅均得层层递诉,而以都裁判厅为一国最高之裁判。犹恐边省人民控诉不易,则于陕西、甘肃、云南、贵州诸省设巡回裁判焉,略如汉代绣衣直指之制,以平天下之疑,其官制不与行政各官同,

^① 其他中央各部门如议政衙门、内阁、军机处、吏部、户部、礼部、兵部、工部、理藩院、通政使司、八旗都统衙门、步军统领衙门、五城察院、宗人府、内务府等都掌有一定司法职权。具体参见那思陆：《清代中央司法审判制度》中的相关内容，台湾文史哲出版社，咸宜年出版。

^② 前揭端方：《请议定官制以为立宪预备折》，《端忠敏公奏稿》卷六第 284 页，第 284 页。

其升转事权分析,两无牵涉,在上者既能各行其是,小民自食其赐。^①

其后奉命纂修官制改革方案的载泽等将端方此折作为蓝本,加以“斟酌”^②,交给总司核定官制的奕劻等人。奕劻等对于司法机构的设计是:司法之权则专属法部,以大理院任审判,而法部监督之,均与行政官相对峙,而不为所节制也。^③

这一方案随后得到清廷确认:“刑部著改为法部,专任司法。大理寺著改为大理院,专任审判”。^④对于传统司法体制来说,这无疑是一个巨大的变化,原先由中央三法司分享的司法权,转而由法部与大理院分担。对此,《清史稿·刑法志》有载:“迨光绪变法,三十二年,改刑部为法部,统一司法行政。改大理寺为大理院,配置总检察厅,专司审判。于是法部不再掌现审,各省刑名,划归大理院覆判,并不会都察院,而三法司之制废。”“三法司之制废”不仅意味着司法权专属特定的司法机构,也意味着皇权通过三法司的分工与制衡来控制司法权的能力有所下降。虽然日后的实践证明皇权并不愿意轻易放弃对司法权的控制,但每每走在现实前面的制度设计,毕竟为当时热衷于司法改革的人们描绘了一幅充满希望的蓝图。

与中央司法机构的改革相关联,四级审判机构的设计得到普遍的认可,并首先在京师设立。光绪三十二年十月二十七日(1906年11月10日)大理院奏准的《大理院审判编制法》第一次以立法的形式明确表述了司法独立原则:自大理院以下及本院直辖各审判厅局关于司法裁判全不受行政衙门干涉,以重国家司法独立大权而保人民身体财产。^⑤该法规定在北京设立京师高等审判厅、京师城内外地方审判厅和城谳局。此后的相关立法,包括次年法部奏准的《各级审判厅试办章程》及宣统元年(1909年)奏准的《法院编制法》明确规定全国审判机关由初级审判厅、地方审判厅、高等审判厅和大理院构成,继续沿用了四级审判机构的基本框架。奕劻等在拟定地方官制时,将司法与行政分立作为改革的准则,在地方“分设审判各厅以为司法独

① 前掲故宫博物院明清档案部:《清末筹备立宪档案史料》,第 360—361 页。

② 《立宪纪闻》,前掲中国史学会编:《辛亥革命》(四),第 36 页。

③ 《庆亲王奕劻等奏厘定中央各衙门官制缮单进呈折》,前掲故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》,第 360 页。

④ 《裁定奕劻等核拟中央各衙门官制谕》,前掲故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》,第 360 页。

⑤ 前掲《大清法规大全·法律部》卷七《审判》,第 352 页。

立之基础”^①，各省应就地方情形，分期设立高等审判厅、地方审判厅和初级审判厅。^②

中央官制改革方案确定以后，司法独立似乎已成为人们的共识，司法改革也确实按照先中央后地方的次序渐次展开。但这个过程绝不是波澜不兴的。由于暂不议及立法机关的设立问题，故中央和地方的改革均着力于行政与司法机构。三权分立在这种情境之下主要表现为司法与行政的分立。这对于行政司法合一的传统政治体制而言，尤其是对各级行政机关而言，无疑是一个巨大的冲击。而如何剥离行政机关原先承担的审判职能，协调行政机关与审判机关之间的关系，使司法审判权获得真正的独立，正是下一步司法改革的关键所在。四级裁判机构的规划仅仅是实现司法独立的第一步，只有彻底的权限划分才能将司法独立最终落到实处。

（三）“司法独立”在司法改革层面上的含义

设立专门的司法机关，实行司法独立，就是将原先属于行政机关的审判权削减掉。围绕着权力这个中心，在中央，引发了部院之争；在地方，官制改革方案受到抵制，地方督抚们极力反对剥夺其原先拥有的司法权力，其中以张之洞的态度最为强硬。司法独立遭到了行政权力的顽强抵抗。

清政府在裁定公布中央官制的同日，下谕命令奕劻等与各省督抚会商地方官制。^③奕劻等提出的两个地方官制改革方案均坚持了行政与司法分立的原则，即设立各级审判机构，受理诉讼。清政府意图通过改革地方官制去除自身体制上的弊病，然而这对于地方官员尤其是大权在握的督抚们来说，就是要分割他们手中的权力。因此，他们之中强调“财力不足，程度未及”而主张缓行者有之^④，公开反对者亦有之。

对于在各省府县设立审判厅，大臣们大都以司法人才不足而主张缓办，或逐渐推行。^⑤公开反对改革地方官制的有两位总督，陕甘总督升允“全行反对，请俟各省举行后再议”，湖广总督张之洞也“全行反对，不主张更张”。其中尤以张之洞对司法独立的公开反对最为引人注目。张之洞首先电告清廷，以民情浮嚣、物力匮乏为由，请求“旧制暂勿多改”，只可“就现有衙门认

① 《总司核定官制大臣奕劻等奏续订各直省官制情形折》（附清单），前揭故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》，第 520 页。

② 同上，见其所附清单第三十四条。

③ 前揭故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》，第 520 页。

④ 《立宪纪闻》，前揭中国史学会编：《辛亥革命》（四），第 184 页。

⑤ 前揭侯宜杰：《二十世纪初中国政治改革风潮——清末立宪运动史》，第 185 页。

真考核,从容整理”。继之以二份电奏,论驳设立高等审判厅以专司审理案件之事。他说,如果实行司法独立,而督抚却无权过问,就会有人强行西方法律,对革命党人“曲贷故纵”,不过数年,就会“乱党布满天下,羽翼已成,大局倾危,无从补救”。^①张之洞以防止革命、维护清朝统治为说辞,其真意所在却是要维护督抚们的司法权力。时评指出“鄂督之争司法权也,清议哗然尤之。夫以鄂督之公忠明达,岂不知三权鼎立为今日国家学之通义哉?顾弗顾公论而为此器器争者,彼诚见夫兵权、财权既已尽失去,则疆臣益无以自主,而一事皆无可为”,只是“未敢显言之以触枢臣之怒,故不惜行回其说,冀危辞以耸听耳。”^②可谓一针见血。

地方官制在督抚们的反对与阻挠之下,迟迟无法出台。直至半年后的光绪三十三年五月二十七日(1907年 苑月 苑日),编制官制大臣们经反复斟酌,决定先从东三省试点,并在“风气渐开”的直隶和江苏两省择地先为试验,然后再推广到全国。^③清廷于同日对这一方案予以允准,并发布了《各直省官制先由东三省开办俟有成效逐渐推广谕》^④,同时要求各省“由该督抚体察情形,分年分地请旨办理,统限十五年一律通行”。同年十月,法部奏准《各级审判厅试办章程》^⑤,此后,各地审判机构进入实质性的筹备阶段。

张之洞等人反对司法独立的理由与动机较容易辨识,我们可以将之理解为疆臣们在极力维护与挽回自己渐已丧失的大权,而发生在中央的法部与大理院之间的部院之争则不仅仅是权力之争,观念上的冲突与矛盾也是原因之一。

清末主张立宪的官员对于司法权的理解与典型的三权分立框架下的“司法权即是审判权”是有所不同的。为此,下文将予以详细说明。

“司法权即是审判权”在清末官员的奏疏中也曾出现过,主要是用来表述三权分立思想的。《庆亲王奕劻等奏厘定中央各衙门官制缮单进呈折》^⑥

① 光绪三十二年十二月初三日(1906年 员月 员日),光绪三十三年一月十二日(1907年 圆月 圆日)《时报》转引自王开玺:《清统治集团的君主立宪论与晚清政局》,载《北京师范大学学报》1989年第 缘期。

② 蛤笑:《论政府中央集权之误》,载《东方杂志》1907年第 圆期。

③ 《总司核定官制大臣奕劻等奏续订各直省官制情形折》,前揭故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》,第 缘卷—缘页。

④ 前揭故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》,第 缘卷—缘页。

⑤ 前揭《大清法规大全·法律部》卷七《审判》,第 员卷—员页。

⑥ 前揭故宫博物院明清档案部:《清末筹备立宪档案史料》,第 源卷—源页。

中就说：

以行政官而兼有立法权，则必有藉行政之名义，创为不平之法律，而未协舆情。以行政官而兼有司法权，则必有循平时之爱憎，变更一定之法律，以意为出入。以司法官而兼有立法权，则必有谋听断之便利，制为严峻之法律，以肆行武健，举人民之生命权利，遂妨害于无穷。

《编纂官制大臣奏厘定官制宗旨摺》^①中说：

立宪国通例俱分立法、行政、司法为三权，各不相侵，互相维持，用意最善。立法者，议院公议全国通行之法律，而奏请君主裁定颁行之事也；行政者，阁部按法律命令而施行国家之政务也；司法者，裁判官裁判臣民有无违背法律命令之事也。三权分立而以君主大权统之。

“以意为出入”和“有听断之便利”的只能是审判官。这段话几乎可以看作是孟德斯鸠名言的中国清末版。^②“裁判官裁判臣民有无违背法律命令之事”自然也只能是审判官的分内之事。因此，在这个意义上来说，司法独立指的就是裁判独立。

但是，在设计官制方案时，日本模式的影响就显现出来了。司法权已不可简单地理解为审判权。它的具体含义要由相关机关的具体权限来确定。

在同一份奏折中，奕劻等对于中国三权分立的设计是这样的：

首分权以定限。立法、行政、司法三者，除立法当属议院，今日尚难实行，拟暂设资政院以为预备外，行政之事则专属之内阁各部大臣。内阁有总理大臣，各部尚书……司法之权则专属之法部，以大理院任审判，而法部监督之，均与行政官相对峙，而不为所节制。

^① 前揭《大清法规大全·吏政部》卷二十三《附厘定官制草案》第 323—325 页。

^② 孟氏有云：“当立法权和行政权集中在同一个人或同一个机关之手，自由就不复存在了，因为人们将要害怕这个国王或议会制暴虐的法律，并暴虐地执行这些法律。如果司法权不同立法权和行政权分立，自由也就不存在了。如果司法权同立法权合而为一，则将对公民的生命和自由施行专断的权力，因为法官就是立法者。如果司法权同行政权合而为一，法官便将拥有压迫者的力量。如果同一个人或是由重要人物、贵族或平民组成的同一个机关行使这三种权力，即制定法律执行公共决议权和裁判私人犯罪或争讼权，则一切便都完了”。见孟德斯鸠著，张雁深译：《论法的精神》，商务印书馆 1962 年版，第 154 页。严复翻译《法意》约在 1899—1902 年间。张雁深：《关于译本的简单说明》前揭《论法的精神》，第 105 页。1902 年，梁启超对孟氏理论予以专文介绍。参见氏著《法理学大家孟德斯鸠之学说》，氏著《梁启超法论文集》，中国政法大学出版社 1992 年版，第 105 页。

这一方案来源于早些时候端方所上的《请改定官制以为立宪预备折》。^①在端方看来,“中国今日欲加改革,其情势与日本当日正复相似,故于各国得一借镜之资,实不啻于日本得一前车之鉴,事半功倍,效验昭然”。故而整个官制改革方案包括司法改革效仿日本也就在情理之中了。《裁定奕劻等核拟中央各衙门官制谕》^②肯定了其在司法制度上的设计,并且确定了中央司法改革的总纲领:

刑部著改为法部,专任司法。大理寺著改为大理院,专掌审判。

这也就是被称为“最得预备立宪之本原”^③的司法改革方案。结合日本司法改革的实践,“司法独立”在这里指的是由法部掌管司法事务(包括司法行政与司法审判),并行使司法行政权,大理院独立行使审判权,由法部对大理院实行监督,以防止大理院专断。但问题也恰恰出在这里。这样一个安排是经不起三权分立理论的拷问的。人们不禁要问:既然以三权分立为口号,那么法部到底是什么性质的部门?一方面,法部尚书作为内阁参与政务大臣,法部自然是行政机关,而另一方面,法部又是“司法机关”,因为“司法权专属之法部”。法部既是行政机关又是司法机关,那么如何保证行政权力不对司法进行干涉呢?又如何实现行政与司法分立?实际上,这一方案分明是对孟德斯鸠标准模式的变通,司法权与行政权的分立并不彻底。

与裁定方案同时出台的《法部职掌节略》对法部作为行政机构的性质,明确规定如下:“各国所谓司法独立机关者,为裁判所,而非司法部。司法部者,只管司法上之行政事务而不及于裁判。诚以法部大臣与各部大臣同为内阁大臣,即为行政部长官,而断非裁判所之专官”。^④但法部拥有审判权也是事实。据此,法部的职权,主要有以下两项。其一是司法行政权,即“管理民事刑事牢狱并一切司法上行政事务,监督大理院、直省执法司、高等审

^① 据载,中央官制方案正是以端方的奏折为底本的。参见前揭中国史学会编:《辛亥革命》(四),第 453 页。端方在该折中提出了中央司法制度的设计方案:刑部掌司法行政,亦旧制所固有,然司法实兼民事刑事二者,其职在保人民之权利,正国家之纲纪,不以肃杀为功,而以宽仁为用,徒命曰刑,于义尚多偏激,臣等以为宜改名曰法部,一国司法行政皆统焉。司法之权,各国本皆独立,中国急应取法,所有各省执法司法、各级裁判所及监狱之监督,皆为本部分支,必须层层独立,然后始为实行,是为第五部。

^② 前揭故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》,第 194 页。

^③ 《御史吴钊奏厘定外省官制请将行政司法严定区别折》,前揭故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》,第 194 页。

^④ 前揭奕劻等:《厘定官制参考折件汇存》。

判厅、地方审判厅、乡谳局及各厅局附设之司直局,调度警察事务”。其二是司法审判权,即对全国死刑案件、重刑案件的复核权及办理秋朝审及恩赦事务。裁定方案确定由法部统揽“司法权”,实际上这个“司法权”已不再指审判权,而是司法审判权与司法行政权的总和,司法审判权由大理院行使,司法行政权由法部行使,审判权受司法行政权监督。与此同时,法部还在实际上行使着一部分审判权。在这一模式下,首先,就法部自身而言,它集审判权与行政权于一身,根本谈不上两权的分立;其次,就法部与大理院的关系而言,既然法部掌握了重案、死刑案件的复核权,大理院的审判独立根本无法实现。这个表面上邀尽时誉的设计方案隐藏着极为深刻的矛盾。

导致这一方案出台的原因,必须从当时官制改革所面临的现实情况及基本目标中寻找。改革前,中央各部门几乎都程度不同地享有司法上的权力,包括司法行政权和司法审判权。^①改革的目标就是要将中央其他各部门在司法上的权力集中赋予法部与大理院,从而实现由专门的司法机关处理司法事务,“司法独立”正是在这一层意义上来说的。

“司法之权专属之法部,以大理院任审判,而法部监督之,均与行政官相对峙”,将大理院置于法部的监督之下,以法部来制约大理院,这是设计者在揣度圣意后做出的明智设计。他们在“大权统于朝廷”的总方针下,不仅要防之又防,对于审判权也不能掉以轻心。具体的方案是:检事局隶属于法部,检事局与大理院合署办公,并对大理院行使监督职能;法部对大理院审判的案件进行复核,秋朝审案件划归法部审理。“如是则中央集权之势成,而政策统一之效著”^②。至此,“司法独立”的含义发生了微妙的转换,与前述“司法独立即为审判独立”的意义相差甚远。在这样的“司法独立”之下,是不可能真正的审判独立的。

赋予法部这一司法行政机关以审判权,与审判独立相悖,必然造成司法制度上的混乱。但是法部又不愿轻易放弃,部院权限之争势难避免。法部根据裁定方案的授权,将司法行政权拆分为“司法权”与“行政权”,极力争取本

^① 除三法司之外,在中央有诸多机关负有司法职能。吏部、户部、礼部、兵部、工部、通政司参加九卿会审,一般案件题本由内阁票拟,军机处负责重要的案件承旨,内阁、军机处、九卿詹事、科道均与三法司一同参加秋审大典,宗人府主管皇族案件,理藩院经办外藩案件,八旗佐领负责旗人案件。参见前揭那思陆著《清代中央司法审判制度》中的相关介绍。

^② 《庆亲王奕劻等奏厘定中央各衙门官制缮单进呈折》,前揭故宫博物院明清档案部:《清末筹备立宪档案史料》,第 98 页。

不属于自己的审判权。而大理院则以审判独立原则予以回击,据理力争。^①部院之争遂由部门权力之争演变成一场争取审判独立的斗争。司法独立进入了更为艰难也更为关键的阶段。在司法权与其他行政权力分离之后,在法部与大理院之间如何实现司法行政权与审判权的分立。随着司法改革的逐步深入,司法独立的深层内涵也逐渐得到更多人的理解与支持。因权力斗争而导致的权力配置不合理的问题日益突显出来。法部在审判事务上的权力被逐步剥离乃至完全剥离已势在必行。在预备立宪推行数年以后,官员们对于三权分立及司法独立的认识和改革之初相比已大相径庭。1908年,李家驹考察日本司法制度归国后,在奏章中说道:

司法独立之制,创始于法兰西……厥后欧洲大陆诸国迭相仿效,司法独立制度遂为各国通行不易之规。其所以必须独立者,盖立宪制度之精义,在防官吏专断之流弊,保人民自主之权。行政官兼司法裁判,往往有所瞻徇,流于偏私,其极也,官吏肆行威福,而国家丛为怨府,驯致招乱,故欧美各国斤斤于司法独立一事,诚有鉴于此也。

所谓司法独立,亦有二义。凡行使司法权以裁判所为机关,与立法机关、行政机关分立,不相统摄,故谓之独立,此一义也。凡司法官裁判案件,悉依法规所定,自行判断,不受上官指挥,故谓之独立,此又一义也。

司法独立,厥要有三:凡组织裁判所及裁判方法,皆须以法律规定,一也;以法律保持裁判官之地位,不得无故罢免,二也;按照宪法,使人民有受裁判官裁判之权,三也。三者缺一,不得谓之司法独立。^②

……盖司法独立,则裁判事务悉委诸裁判官,司法大臣不得干预。然其中自有辨者,则司法权与司法行政之关系也。裁判民事、刑事之权,谓之司法权,而关于司法之行政事务,则谓之司法行政,司法大臣虽不得干预裁判,而有监督行政之权,此司法独立之性质也。^③

受既有体制约束,即便在此时,“司法”二字,仍然是一个意义极不确定的概念。尽管如此,它仍然可以说是对此前有关司法独立认识的总结:司法

^① 详细分析见第二章,此处不赘。

^② 《政治官报》,宣统元年八月初九日(1909年8月10日)第六八四号,奏折类,第191页。转引自前揭李俊:《晚清审判制度变革研究》,第200页。

^③ 《考察政治大臣李家驹奏考察日本司法制度并编日本司法制度考呈览折》,前揭故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》,第188—189页。

独立即是审判独立,司法独立既是裁判所的独立,也是司法官个人的独立,司法独立受法律保障,司法行政权不得干涉司法权(即审判权)。同年十二月宪政编查馆在上奏《法院编制法》的奏折中表达了同样的意思。^①

司法独立在宪政层面上来说,就是司法权与行政权、立法权分立;在官制改革的层面上来说,就是从中央到地方,司法机关与行政机关分立,各司其职,各尽其责;在中央司法制度层面上来说,就是划清部院权限,分清部院职掌,摆正部院关系。晚清对于司法独立的认识正是随着这三个层次改革的展开而逐步深化的。

三、歧义的“司法”

由于各国历史发展状况不同,现代司法制度的诞生也经历了一个相当漫长的过程,并不是一蹴而就的。由于要摆脱中世纪以来神权政治的影响,现代司法制度的建立至少需要三个方面的条件,一是政治权威的世俗化;二是司法体系的统一化;三是司法职能的专一化。^②在欧洲,就主要国家英国和法国而言,从15世纪开始,王权的扩张使中央集权得到加强,从而实现了权威的世俗化,扩张后的王权又逐步推动了司法统一的实现。而资产阶级革命以议会主权原则和三权分立取代了王权专制主义,使司法权最终脱离行政权的控制而独立。18世纪,随着三权分立原则在各国宪法上得以确认,并产生出司法独立的政治实践,现代的司法制度才真正诞生。^③从思想渊源上来说,西方各国的政治架构在很大程度上得益于17世纪中叶孟德斯鸠所提出的三权分立理论。孟氏认为三权分立是理想的政治制度,只有行政、立法和司法分权,并互相制衡,才能使公民的自由得到保障。^④孟氏所言“司法权”即是审判权。这一学说被新兴的资本主义国家广泛采用,成为西方各国构建政治制度的基本模型。各国又都根据各自的国情对这一模型做了相应的变通,三个权力之间存在着一定程度的交叉,纯而又纯的三权分

^① 《宪政编查馆奏核定法院编制法并另拟各项暂行章程折并清单》,前揭《大清法规大全·法律部》卷四《司法权限》,第1513-1515页。

^② 胡伟:《司法政治》,三联书店(香港)有限公司1995年版,第15页。

^③ 前揭胡伟:《司法政治》,第15-16页。

^④ 张雁深:《孟德斯鸠和他的著作》,载孟德斯鸠著,张雁深译:《论法的精神》,商务印书馆1995年版,第100页。

立机制在实践中是并不存在的。^①就司法权而言,英国上议院既是议会的组成部分,又是事实上的最高法院;而在法国和德国等大陆法国家,法院的司法行政事务在很大程度上要受到司法行政机构的控制。^②但是审判独立,既为西方各国所共同遵守,亦是三权分立政治体制不可动摇的底线。

对于日本和中国这些学习和移植西方政治制度的后发国家而言,政治制度的现代化是通过改革而非自发的、内生的方式实现的,因此,它们的政治现代化过程在速度与效果上与西方各国迥然不同。西方各国经历数个世纪的缓慢发展和试错过程而建立起来的制度,对于后发国家而言,往往必须在短短的几十年内建设完成。移植本身必然带来水土不服的问题,使制度的贯彻与执行需要更长的时间。在改革伊始,大规模的制度建设往往与原有制度和实践脱节,这是再普遍不过的现象。如何顺利实现新旧制度的更替,如何克服制度与实践脱节的“两张皮”现象,是自上而下的改革必须解决的问题。当政者所制定的改革方案,以及他们领导改革的魄力与胆识,成为决定改革是否成功以及他们能否继续领导新型国家的试金石。清廷与日本都是在西方列强的环逼之下不得已而走上改革道路的,但其命运却迥然不同,导致这种差异的原因值得深究。

晚清司法改革师从日本,日本司法独立的实现过程可作为观察晚清的参照系。具体说来,日本的司法改革基本上是分三步走的,其司法独立的过程实际上就是司法权不断摆脱行政权控制的过程。第一步是设立司法省,总揽司法行政与司法裁判。这是出于实现天皇集权的需要,由行政权对司法权进行控制。“明治四年(即1871年),设司法省,下辖明法寮、检事局、裁判所等。司法卿兼司法裁判所长,是司法权未能在行政权之外全然独立。”^③第二步,司法机关与行政机关分立,行政权以较隐蔽的方式对司法权发挥影响。“明治八年设大审院,不受制于内阁”^④,但同时,在各法院内设检事局,实行审检合署制,任务是侦查犯罪、支持公诉、监督判决的执行,必要时也可向法院提出有关民事案件的意见,但不得干涉法院的审判工作。^⑤

① 梁启超在1898年即已论及孟德斯鸠的三权分立在各国的具体实践是有一定差异的。参见梁启超:《各国宪法异同论》,载梁启超著、范忠信选编:《梁启超法学文集》,中国政法大学出版社1999年版,第4页。

② 陈瑞华:《论司法权的性质——以刑事司法为范例的分析》,载《法学研究》1999年第3期。

③ 《日本维新三十年史》,第六编《司法史》,上海广智书局光绪二十九年版,中国政法大学图书馆特藏部。

④ 前揭《日本维新三十年史》,第六编《司法史》。

⑤ 何勤华主编:《外国法制史》,法律出版社1999年版,第1页。

司法机关由法院与检事局构成,而检事局受制于司法行政部门——司法省。第三步是检察机关从司法机关中退出,以行政机关的角色对法院进行监督。1875年颁布的《检察厅法》,规定按法院审级设置独立的检察厅,不再与法院合署办公,检察官不再是司法官,而是国家行政官吏。随着检察机关的退出,司法机关仅指审判机关,司法权也与审判权成为同义语。日本司法独立的过程,实际上就是行政权力渐渐从司法领域撤退、司法权越来越向审判权靠近,直至二者合一。

从日本的实践可以看出,司法体制本身决定了司法权的内容与范围,审判独立实现的程度也因此而有所不同。在第一阶段,司法权由司法裁判权和司法行政权构成,由司法省统一行使,根本谈不上审判独立。在第二阶段,司法权由司法审判权与司法检察权组成,审判独立已基本上得到实现。在检察机关不干预审判权正当行使的前提下,检察机关是否为司法机关并不影响审判独立的实现。但检察机关作为司法机关必然会带来诸如检察权的定性问题(因为检察机关实质上受制于司法省)、司法独立是否包括检察权独立等问题。在第三阶段,司法权则与审判权同义,司法独立也与审判独立同义。

从晚清官员们对司法独立的理解来看,由于观察角度不同,“司法权”一词明显地存在着歧义。其一是孟氏经典理论中的理解,则“司法权”即为审判权。朝臣们介绍三权分立理论时,多采此说。如“以行政官而兼有司法权,则必有循平时之爱憎,变更一定之法律,以意为出入,以司法官而兼有立法权,则必有谋听断之便利,制为严峻之法律,以肆行武健,举人民之生命权利,遂妨害于无穷”。^①又如,“立宪国通例俱分立法、行政、司法为三权,各不相侵,互相维持,用意最善……司法者,裁判官纠判臣民有无违背法律命令之事也”。^②

日本第一阶段的司法改革和清末官制方案所说的“司法权”,即“司法权”越司法行政权,垣司法审判权提供了关于司法权的第二种理解。正如沈家本在申辩大理院权限时所说:“……原以法部与臣院同为司法之机关,法部所任系司法中之行政,臣院所掌系司法中之审判,界限分明无可疑义”。^③

^① 前揭《庆亲王奕劻等奏厘定中央各衙门官制缮单进呈折》,故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》,第 192 页。

^② 前揭《编制官制王大臣奏厘定官制宗旨折》,《大清法规大全·吏政部》卷二十三《附厘定官制草案》,第 232 页。

^③ 前揭《大理院奏厘订司法权限折》,《大清法规大全·法律部》卷四《司法权限》,第 155 页。

这一理解可说是对官制改革方案的深刻领会,实际上,其后的司法改革也正是在这一理解的基础上进行的。正如日本的经验所显示的那样,随着改革的深入,法部作为司法机关的色彩逐步淡化,而作为行政机关的特点渐渐突显出来。这一过程也是法部所享有的审判权及凌驾于大理院之上、影响审判独立的各种权力被剥离的过程。

其三是法部的理解。在法部看来,它是一个司法行政机关,但同时又执掌了部分审判权,因此,司法行政权越“司法权”垣行政权。在这里,“司法权”就是审判权。这一等式,试图将官制方案临时赋予法部的部分审判权固定下来,作为司法行政权的一部分。以三权分立的观点来看,这显然是说不通的。这个等式唯一能够成立的理由在于它是对当时法部权限的一种描述,而并不是改革的方向。实然与应然之间的差别是很明显的。法部正是以当时的状态加上对司法行政权似是而非的分解来为自己享有审判权辩护,完全是出于扩权的需要。

基于以上出现在官制改革过程中对于“司法权”的不同认识,“司法独立”也有了不同的内涵。按照孟氏经典理论,司法权就是审判权,则司法独立就是审判独立。而在清末官制改革中,由于对三权分立作了相应的变通,司法独立的含义主要有两层:第一层是指司法机关(即司法行政机关与司法审判机关)的司法事务不受其他行政机关干涉,即广义的司法独立;第二层是指司法行政机关不得干涉审判事务,即审判独立,可称之为狭义的司法独立。可见,对清末司法改革而言,只有实现了审判独立,“司法独立”才是彻底的。

相形之下,“司法权就是审判权”、“司法独立就是审判独立”的理解更为彻底,也更易深入人心,它是司法改革的最终目标。官制改革方案不仅与孟氏所言司法独立存在差异,也使大理院与法部出于各自权益的考虑而对司法权作了不同解释。部院之争主要是第二种与第三种意见之间的争论,但由于法部将司法行政权拆解为司法权加上行政权,实质上涉及到以上三种对于“司法权”的理解,造成了认识上的混乱,使得“司法权”歧义丛生。

值得注意的是,随着司法改革的深入,法部的审判权限及其凌驾于大理院之上的权限被逐步剥离,于是对“司法权”的认识也越来越接近孟氏经典理论的理解。前述李家驹考察日本司法制度后对司法独立的认识就表现出了明显的进步。1904年,在颁布《法院编制法》时,立法者们认识到:“凡从前法部与大理院权限未清之处,自此次《法院编制法》颁布以

后,即应各专责成。拟请嗣后属于全国司法之行政事务,如任用法官、划分区域以及一切行政上调查执行各项暨应钦遵筹备事宜清单筹办者,统由法部总理主持,毋庸会同大理院办理;其属于最高审判暨统一解释法令事务大理院钦遵国家法律办理,所有该院理审死罪案件,毋庸咨送法部复核,以重审判独立之权。”^①司法行政权与司法审判权截然分立,互不相混成为改革的新目标。

以上就是部院之争前后人们对司法权的不同理解。百年之后,我们仍然要问:“司法”二字究竟应作何解?当我们将司法大臣、司法权、司法行政权、司法审判权、司法独立罗列起来时,可以发现,无论在当年,还是在今天,要对“司法”下一个定义仍然是十分困难的。比较合理的解释是:由于司法机构的设置不同,由于司法结构自身存在的多样化,“司法”一词必须放在特定的制度背景与情境之中才能有一个正解。而在晚清变革、制度尚未最终定型之际,实然的含义和应然的含义,当时的含义和将来的含义,再加上基于不同立场与利益考量,“司法”一词存在歧义是不可避免的。^②

下面,我们将目光投向晚清中央司法机构的变革,看一下仿行宪政之下的司法改革给传统中央司法机关所带来的冲击与变革。

第三节 摇撼中央司法机关的变革

裁定方案在三权分立的体制下,改刑部为法部,专掌司法,改大理寺为大理院,专任审判。对刑部与大理寺这两个传统中央司法机关来说,它们必须完成机构转型和职能转换。刑部、大理寺与法部、大理院在旧与新两种体制下的地位与职权及其相互关系的变化,可为理解部院之争提供更为具体的制度背景。

一、集权体制下的三法司

传统中国在政治体制上实行君主专制的中央集权制,因而司法上的集

^① 《宪政编查馆奏核定法院编制法并另拟各项暂行章程折并清单》,前揭《大清法规大全·法律部》卷四《司法权限》,第 151 页。

^② 1905 年,在奕劻等人所撰《法部职掌节略》中即已注意到“司法部”中的“司法”二字,与裁判无涉。“各国所谓司法独立机关者,为裁判所,而非司法部。司法部者,只管司法上之行政事务而不及于裁判。诚以法部大臣与各部大臣同为内阁大臣,即为行政部长官,而断非裁判所之专官。”前揭奕劻等:《厘定官制参考折件汇存》。

权乃是皇权专制的固有性格与要求。^① 为了实现这一目标,清代在中央设置了刑部、大理寺与都察院三法司,并在配置司法权力和相关职能上,进行了精心的设计。

刑部是中央司法审判职能的主要承担者,是皇帝掌握下的全国最高司法审判机关,号称“刑名总汇”。其主要职能可分为六大方面:第一,核拟全国死刑案件;第二,办理秋审、朝审事宜;第三,审理京师现审案件^②;第四,批结全国军流遣罪案件;第五,处理相关司法行政事务;第六,主持修订律例。^③ 都察院“凡重辟,则会同刑部、大理寺以定讞,与秋审、朝审”,即都察院在司法审判上的任务主要是参与会讞和秋审。会讞,即对京师和全国死刑案件与刑部、大理寺一同复核,但真正主办的是刑部。在秋审中,都察院除参加会审大典和会题会奏外,还独自承担复奏与勾到两项职责。大理寺“掌天下之刑名,凡重辟则率其属而会勘。大政事下九卿议者则与焉,与秋审、朝审”,其主要职能与都察院类似,亦是参与会讞,即京师死刑案件的会审和外省死刑案件的会覆,其形式是传阅刑部拟好的定拟意见,会签会题。三法司之间如此分工,其设计宗旨是在中央一级司法审判机关之间形成刑部审判,大理寺复核,都察院监察的格局。但实际上,这一沿袭明朝的制度却由于刑部权力的加重和大理寺权力的衰微而形同虚设:“……外省刑案,统由刑部核复。不会法者,院寺无由过问,应会法者,亦由刑部主稿。在京狱讼,无论奏咨,俱由刑部审理,而部权特重。”^④三法司在司法审判职能上的分工与差异如下表所示。

表二 摇清代三法司司法审判职掌对照表^⑤

刑部	都察院	大理寺
复核各省徒罪以上案件	会同复核各省死罪案件	会同复核各省死罪案件
审理京师徒罪以上案件	会同审理京师死罪案件	会同审理京师死罪案件
会同复核各省秋审案件	会同复核各省秋审案件	会同复核各省秋审案件
会同复核京师朝审案件	会同复核京师朝审案件	会同复核京师朝审案件

^① 徐忠明:《包公故事:一个考察中国法律文化的视角》,中国政法大学出版社 2004 年版,第 284 页。

^② 京师徒罪以上案件均由刑部审理,称为“现审”。现审案件由刑部十七司轮流签分。其余笞杖罪案件由步军统领衙门、五城察院自行审结。参见前揭那思陆:《清代中央司法审判制度》,第 184 页。

^③ 郑秦:《清代司法审判制度研究》,湖南教育出版社 1995 年版,第 106—107 页、第 107 页。

^④ 《清史稿》卷一四四,《刑法志》三。

^⑤ 此表据前揭那思陆:《清代中央司法审判制度》第 184—185 页的相关内容绘制。

从上面的分析可以看到,刑部在三法司中事务多,权力大,地位高,以致出现“部权特重”的局面,这既是明代以来加强集权主义政治体制的结果,也是清代三法司关系的基本特点。^①由于三法司之间有着繁复的制约关系,会审制度涉及机关多,以致中央司法程序极为繁琐,这不仅造成效率低下,而且加重了三法司尤其是刑部的负担。

从上表中可以看出,就审判事务而言,刑部的事务是最为繁重的。刑部的主要职责是复核各省徒罪以上案件、审理京师徒罪以上案件及与都察院、大理寺一起会同复核秋朝审案件。清制规定:各省徒罪以上案件均须咨报刑部查核或奏闻皇帝裁决。无关人命的徒罪案件应咨部查核,有关人命的徒罪案件应咨部核复,遣军流罪案件应咨部核复。^②刑部如认为案情明确、拟罪妥当,并无不合之处,即可咨结,咨请督抚执行。至于死罪案件,则依案件之轻重,或专本具题,或专折具奏,奏闻皇帝。^③奉旨“刑部核拟具奏”的案件,由刑部单独复核,奉旨由三法司核拟具奏的案件,虽由三法司会同复核,亦由刑部主稿,拟定判决意见具题,俟皇帝裁决。相比之下,大理寺和都察院只是参与审理与核复。无论是在会同审理京师死罪案件时,还是会同复核各省死罪案件、各省秋审案件和京师朝审案件时,均由刑部担纲。

刑部、大理寺与都察院在职掌司法审判的同时,亦同时具有司法行政职能。三法司在司法行政事务上的分工与职能也体现了刑部权力大而集中的特点。兹分述如下:

刑部所属机构很多,其中十七司(督捕司除外)及秋审处职司司法审判,其余大部分机构(如清档房、汉档房、司务厅、督催所、当月处、减等处、提牢厅、赃罚库、饭银处、赎罪处等)从事繁杂的司法行政事务。这些事务有些只限于内部行政,有些则面向全国。如办理各种造册汇题(即各种司法统计),

^① 前揭郑秦:《清代司法审判制度研究》,第 145—146 页。简言之,在唐宋三法司的分工体系中,大理寺是最高审判机关,刑部是最高司法行政机关,御史台是最高监察机关,宋代虽曾有审判院之设,但刑部与大理寺之间的关系与地位同于唐。明朝中央司法机构则因宰相制度的废除与六部地位的相应提高,改变了以往大理寺主审的格局,刑部跃居为主审机关,大理寺则变为复审复核的慎刑机构,而都察院作为法律监督机构的主要职能一直没有太大变化。

^② 徒罪案件按是否有关人命而有不同程序。一般来说,无关人命的徒罪案件,督抚批结后按季汇齐,咨报刑部查核。有关人命的徒罪案件,督抚审结后,专案咨部核复,年终汇题。遣军流案件,原则上在督抚审结后,专案咨部核复,年终具题。参见前揭那思陆:《清代中央司法审判制度》,第 103—104 页。

^③ 嘉庆十三年(1808 年)后,斩绞罪案件及寻常凌迟斩梟斩决案件,俱专本具题,重大凌迟斩梟斩决案件,俱专折具奏。前揭那思陆:《清代中央司法审判制度》,第 104 页。

考核各省命盗案犯的处理,管理狱政,督察赃款收缴,管理考核本部的司员以下官员(郎中、员外郎、主事等),管理本部书吏、书手、禁卒、杂役等,管理并筹集秋审经费等。^①此外,刑部还负责颁发刊刻通行全国的案例、事例、章程等,并承担法律修订事务,因此,它还兼具一定的立法职能。在刑部所承担的各项事务中,尤以法律修订和监狱事务最关紧要。

都察院主要由其下的当月处、督催所、经历厅、都事厅掌管收文、督催、管辖吏役、掌缮本及满官册籍等司法行政事务。

大理寺主要由档房和司务厅掌缮写题本与奏折、收送文书等司法行政事务。^②

可见,都察院与大理寺的司法行政事务主要限于部门内部,其职权与影响力远在刑部之下。

刑部位于中央三法司之首,位高权重。在司法审判方面,刑部对于全国军流遣罪有审结的权力,受理京师徒罪以上案件,同时主办秋朝审;在司法行政方面,刑部负责面向全国的司法行政事务。与此同时,刑部还兼有删修条例的立法职能。虽然三法司之设有令其相互制约而更有利于中央集权之意,但由于刑部事务繁重,职能多,权力相对集中,大理寺与都察院几成闲曹,对刑部行使制约与监督都十分困难。

至于三法司之间的关系,则须置于清朝的整个政治架构中来理解。清朝以六部为中央政府的基干部分,刑部的地位高于大理寺与都察院是这一体制的必然结果。具体到三法司在司法事务上的权力配置,则有横向与纵向之分,并且有所交迭。其目的只有一个:将司法大权集中到皇帝手中。

在中央这一层面上,实行职能与职权相分离,权力配置呈横向分布,参与司法事务的机关很多,但几乎每个机关都不享有对于案件审判的所有权力。^③以三法司为例,刑部主审,大理寺复核,都察院监察,这种按事

① 前揭郑秦:《清代司法审判制度研究》,第 185 页。

② 前揭那思陆:《清代中央司法审判制度》,第 185—186 页。

③ 清代各省及京师案件中的大多数由三法司复核或审理。但除三法司外,其他各部院也享有司法审判权,对于特定案件,各部院衙门或主审,或会同审理。如宗人府主管皇族案件,理藩院经办外藩案件,八旗都统衙门负责审理旗人案件,吏部、礼部、兵部、工部、通政司,与三法司一起参加九卿会审,内阁、军机处、九卿詹事、科道均与三法司一同参加秋审大典;一般案件题本由内阁票拟,军机处负责重要案件的承旨。此外,步军统领衙门、五城察院、内务府、总理各国事务衙门等部门亦都有一定的司法审判权。参见前揭那思陆:《清代中央司法审判制度》,第 185—186 页。

分职的设计旨在三法司之间实行内部牵制,即使“部权特重”的刑部也不享有完全独立的审判权。所有重大案件的决断权最后都集中到皇帝手中。而从地方各级政府到刑部,权力配置实行纵向分布。兼理司法事务的县、府、司、院四级地方政府和中央的刑部,通过“逐级审转复核制”,形成了严格的层级管辖体系,依五刑轻重不等,分别承担相应案件的审理、复核、上报、判决与执行。

具体来说,第一审级^①的州县统管境内的一切刑名案件。对于民事案件、轻微刑事案件和治安案件,即应处笞杖以下刑罚的自理案件,有权决断。而对于应判处徒刑以上的一般刑事案件和重大刑事案件,州县的具体职责是调查、初审,依律拟罪,然后报送上司复审。

第二审级的府负责复核州县上报案件,做出看语,上报按察司。

第三审级的省按察使须对徒刑案卷进行复核,对军流遣罪人犯进行复审,所有案卷一概上报督抚。

第四审级的督抚对徒刑案件有决定权,对军流案卷进行复核,对死刑人犯进行复审,并向皇帝具题。

第五审级的刑部负责审理京师徒罪以上案件,复核各省徒罪以上案件,批结全国军遣流罪案件。对于死刑立决案件则会同大理寺、都察院具题,等待皇帝的最后裁决,对于死刑监候案件则通过办理秋审、朝审并由皇帝亲裁。

按照逐级审转复核制的流程和三法司的横向分工,徒罪以上的重大案件,自州县而至中央刑部,再由刑部根据案件情节和性质对之进行分流。总的来说,死刑的决断权集中到皇帝手中,流军遣的决断权集中到刑部手中。逐级审转复核制既使各级地方机关承担起管辖各种案件的职责,又有利于抓大放小,将发生在地方的大案要案通过刑部集中到中央,因此,皇帝可以轻易地实现对全国各地大案重案的掌控。在中央一级的横向分工与从地方到中央的纵向审转制中,刑部处在一个丁字形的交接处。它下接地方各衙门,上达皇帝,同时又是中央审判活动的主要承担者。

与此同时,为进一步对司法事务进行管理,皇帝还通过汇题汇奏的形式对全国的司法审判进行控制和监督。这些汇题汇奏的工作也绝大部分由刑部承担。第一,死刑案件的年终汇题。全国每一件死刑案件都要专案具题,

^① 严格说来,清代逐级审转复核制下的“审级”与基于司法独立而建立的级别管辖意义上的“审级”是完全不同的。此处仅为表达方便的借用。

由皇帝裁决,但年底仍须汇题。由刑部办理,分省造册,于第二年三月底前进呈御览。第二,徒流军遣案件的年终汇题。这四类案件年终均由刑部向皇帝汇题,以便皇帝查核监督。第三,刑部现审案件的按季汇题。现审案件是刑部直接审理的京师案件。刑部须将笞杖类案件按季汇题,徒刑以上案件则每月汇奏一次。第四,其他司法行政事务的汇题。刑部对于司法审判事务的汇题是必不可少的法律程序,事无巨细都要向皇帝报告,这可使全国的司法审判事务置于皇帝的监督之下。此外,皇帝还通过奏折制度监督司法。这一制度兴于康熙中叶,经雍正而得以完善。奏折由具奏人直达皇帝,省却了题本的繁琐程序,并且更加机密。通过密奏,皇帝可对全国的司法活动实行严密的控制与监督。^①

总之,刑部不仅在三法司中位高权重,而且在整个司法体制中连接着地方与中央,扮演着桥梁和纽带作用,在实现皇帝对全国司法的监督方面也有着不可替代的作用。因此,《清史稿》谓其“部权特重”,确是的评。

二、三权分立下的法部与大理院

《清史稿》对于官制改革后的司法制度和司法机构是这样描述的:“迨光绪变法,三十二年,改刑部为法部,统一司法行政。改大理寺为大理院,配置总检察厅,专司审判。于是法部不掌现审,各省刑名,划归大理院覆判,并不会都察院,而三法司之制度。题本改为折奏,内阁无所事事。秋朝审专属法部,其例缓者随案声明,不更加勘,而九卿、科道会审之制度。京师暨各省设高等审判厅,都城省会及商埠各设地方及初级审检厅,改按察使为提法司”。^②中央官制改革方案使法部与大理院成为专门承担司法职能的机构。司法独立的逐步实现也正是从这两个部门的自身转型开始的。

由于大理寺几成闲曹,在戊戌维新时期,它就曾作为骈枝被裁撤。光绪元年苑月,源曰,光绪谕内阁,裁撤詹事府、通政司、光禄寺、鸿胪寺、太仆寺、大理寺六衙门,归并到内阁及礼兵刑各部办公。^③戊戌维新失败后,慈禧下令废除了前项举措,恢复了原先的制度。^④对司法制度而言,这是一次既不彻

① 前揭郑秦:《清代司法审判制度研究》,第 103—104 页。

② 《清史稿·刑法三》,《历代刑法志》,群众出版社 1988 年版,第 230 页。

③ (清)朱寿朋编、张静庐等校注:《光绪朝东华录》,中华书局 1958 年版,总第 104 页。

④ 翦伯赞等编:《戊戌变法(一)》(中国近代史资料丛刊),上海人民出版社 1954 年版,第 240 页。

底亦不成功的改革。

官制改革提上议事日程之后,清廷主要参考了日本司法改革模式,对中央司法体系进行了设计。总的说来,这些方案将司法权拆解为司法行政权与司法审判权,并且由前者对后者进行监督与限制,反映到部院关系上,则以法部作为中央司法行政机关,大理院作为名义上的最高审判机关,法部与大理院共同分享审判权,并由法部对大理院进行监督与钳制。这在最早的端戴方案中表达得最为明显:

刑部……臣等以为宜改名曰法部,一国司法行政皆统焉。司法之权,各国本皆独立,中国急应取法。所有各省执法司、各级裁判所及监狱之监督,皆为本部分支,必须层层独立,然后始为实行……大理寺之职颇似各国之大审院,中国今日实行变法,则行政与司法两权亟应分立,而一国最高之大审院必不可无。应该俟司法独立之后,改大理寺为都裁判厅,以当其职。^①

该折所附中央官制清单对法部与大理院的关系定位如下:

都裁判厅摇以大理寺改,直隶法部

省裁判所

府县裁判所

区县裁判所摇自省裁判所以下直隶于执法司

以上各裁判所暂受法部及各省督抚统辖,俟司法完全独立之日再行更定,惟现时行政各官不得兼任。

很明显,审判被纳入了“司法”之中,作为“司法”的一支而存在。在端戴设计的地方官制中也有同样明确的表述。^②该方案虽然认为“司法与行政两权分峙独立,此世界近百余之公理,而各国奉为准则者也”,但对于四级审判机关的关系则是这样安排的:

臣等谓采各国公例,将全国司法事务离而独立,不与行政官相丽,取全国各县划为四区,区设一裁判所。其上则为一县之县裁判所,又其上则为一省之省裁判所,又其上为全国之都裁判厅,级级相统,而并隶

^① 《出使各国考察各国政治大臣戴鸿慈等奏请改定全国官制以为立宪预备折》,前揭故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》,第 760 页。

^② 同上书,第 760 页。

于法部。^①

很显然,端戴方案参考了日本司法改革第一阶段的做法,将审判权置于司法行政权的统辖之下。由于法部是司法机关而非行政机关,故大理院服从于法部与司法行政分立的原则并不矛盾,正是通过法部这一兼具行政与司法双重属性的特殊机关,行政机关对审判机关的控制有了合理性。

奕劻方案对法部与大理院关系的设计与端戴方案无甚差别,它对部院关系是这样表述的:

司法之权则专属之法部,以大理院任审判,而法部监督之,均与行政官相对峙,而不为所节制。^②

对于法部的性质与职权,奕劻方案所附《法部职掌节略》作了详细说明,从这份节略中可以看出,当时对于法部的行政机关本质有着明确的认识,但为了制约审判权,“不得不”对“司法为独立机关”进行相应“变通”。变通的办法有二,其一是大理院的案件“直达于法部”,高等审判厅、地方审判厅及乡谳局的案件分汇于各省执法司,最后总汇于法部;其二是由法部执掌所有死罪案件的复核权。这种设计与此前刑部的职权何其相似!这一方案本身就是对刑部原先职权的保留,而这种安排在满足了清廷集权需要的同时,还博得了三权分立与权力制衡的美名。《法部职掌节略》在对法部性质及职权的说明中,将官制方案的意图表露无遗:

谨按各国所谓司法独立机关者,为裁判所,而非司法部。司法部者,只管司法上之行政事务而不及于裁判。诚以法部大臣与各部大臣同为内阁大臣,即为行政部长官,而断非裁判所之专官。

司法部权止于监督裁判所及调度检察^③事务并管理一切司法上之行政而已,初未干涉裁判事宜,此立宪各国所同。即俄国之仿行此制亦四十年于兹矣。中国司法之权向掌于行政官,现当厘定官制,预备立宪,自应以司法为独立机关,方符立宪各国公例。而创办伊始,不得不

^① 《出使各国考察各国政治大臣戴鸿慈等奏请改定全国官制以为立宪预备折》,前揭故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》,第 144 页。

^② 《庆亲王奕劻等奏厘定中央各衙门官制缮单进呈折》,前揭故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》,第 144 页。

^③ 在晚清奏折和《大清法规大全》中,“检察厅、检察官”亦写作“检查厅、检查官”,为统一起见,本书按照现在的表达习惯将其全部改为一致,并未对原文存在的不同表达进行区分,特此说明。

稍为变通。

京师之大理院直达于法部，各省之高等审判厅、地方审判厅、乡谿局均分汇于执法司，而仍总汇于法部。

其大辟之案则由大理院或执法司详之法部，以及秋朝审大典均听法部复核。此外，恩赦特典则由法部大臣具奏，均请旨施行，以示生杀大权操场于君上之意。如此则司法官可保其独立之性质，行政官仍不失其监督之权。

裁判机关与法部之间的分工是：裁判机关对案件做出判决，法部及各省执法司对所有的判决进行核定，并做出终审判决。因此，司法行政机关以对审判活动进行监督的名义掌握了终审权，审判机关并没有终审权，这正是所谓“司法官可保独立之性质，行政官仍不失其监督之权”。审判机关降格为司法机关中负责具体审理职能的部门，没有终审权，就连最高审判机关大理院也概莫能外。虽然《法部职掌节略》也一再强调“惟法部及执法司只能监督裁判，处理其司法上之行政事务，其审理事宜一任之审判官，不能干涉其审判权”。但上述变通之法，实际上已使审判独立成为不可能。

裁定方案对新设立的司法机构是这样安排的：

刑部著改为法部，专任司法。大理寺著改为大理院，专掌审判。^①

看似言简意赅的裁定方案对部院关系的表述仅此数语，且又语焉不详，令人费解。而一旦将这三个方案联系起来看，清廷在法部与大理院关系的设计上试图以法部制约大理院，从而控制司法权的用意并不难领会。由于裁定方案在部院的分工上与奕劻方案保持了一致。因此，奕劻方案及其所附《法部官制节略》、《法部官制》、《大理院官制》就成了日后大理院、法部核订本部门官制的基础。^②

然而，正是裁定方案本身存在的矛盾成为日后部院之争的直接原因之一。

首先，法部的定位十分模糊。从《法部职掌节略》来看，法部是行政机关，而这与所谓“司法之权则专属之法部，以大理院任审判，而法部监督之，

^① 《裁定奕劻等核拟中央各衙门官制谕》，前揭故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》，第 194 页。

^② 《裁定奕劻等核拟中央各衙门官制谕》中规定：原拟各部院等衙门职掌事宜及员司名缺，仍著各堂官自行核议，悉心妥筹，会同军机大臣奏明办理。前揭故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》，第 194 页。

均与行政官相对峙,而不为所节制”自相矛盾。法部既是行政机关,又是司法机关,身兼二任,又如何做到与行政官相对峙呢?唯一合理的解释只能是法部是一个兼具行政与司法双重属性的机关。这种设计无疑是十分荒谬的:法部集司法权与行政权于一身,而其存在的目的恰恰是为了实现司法权与行政权的分立。

其次,大理院名实不符。裁定方案规定:“司法之权专属之法部,以大理院任审判,而法部监督之”,如果仅以此来说明大理院作为最高法院的地位尚嫌不足的话,那么且看奕劻方案所附《大理院官制》第一条的规定:大理院设于京师,为全国最高之审判院。^①这就最明白不过:既然是全国最高审判机构,大理院对于其管辖范围内的案件享有终审权也就顺理成章。但实际上,如上所述,包括大理院在内的所有裁判机关对于案件均无终审权。这使大理院徒具最高审判机关之名,而无其实,大理院的境地因此十分尴尬。

所以,官制改革方案对于法部的定位,在很大程度上保留了传统司法体制下刑部的职能,也充分实现了“大权集于朝廷”的意旨。这给日后的司法改革留下了祸根。一方面,大理院的审判权被架空;另一方面,法部职权太大。部院之间形成了难以调和的矛盾。当司法改革逐步走向深入,作为最高审判机关的大理院,不可能坐视无法享有终审权的局面,与此同时,附着在法部这一司法行政机关之上的审判职能被一点点地剥离掉也是大势所趋。因此,部院权限的划分不仅仅涉及到部门之间的分工与合作,它还直接关系到审判独立的实现问题。部院之争也正是在这个意义上与其他部门之间纯粹的争权有所不同。

新成立的部院,面对的正是要在如此矛盾的指导方案下进行司法改革的艰巨任务。部院有两个必须解决的重大问题:一是各自角色的自我转变,二是划分两者权限,协调两者之间的关系。

我们先从机构设置这一最为表象的方面进行观察,看一看新旧两种体制下,法部与大理院如何实现角色转换?也就是说,刑部转变为法部,大理寺转变为大理院,它们究竟发生了哪些变化?下面以刑部官制和法部官制、大理寺官制和大理院官制为依据进行对比。

^① 前揭奕劻等:《厘定官制参考折件汇存》。

表三 大理寺各机构与职掌分布表^①

大理寺	机构		职摇摇掌
	司法行政	档房摇	掌缮左右寺之题本与其奏折,收在京衙门之文书。
		司务厅	掌治吏役,收外省衙门之文书,汇送注销之案与印刷之卷。
	司法审判	左寺摇	掌分核内外之刑名,分掌顺天府部分州县、直隶省部分州县并奉天、山东、江苏、安徽、浙江、四川、广东、贵州等省刑名。与刑部签掣承办司分会讞八旗五城现审之件。
右寺摇		掌分核内外之刑名,分掌顺天府部分州县、直隶省部分州县并山西、河南、江西、福建、湖北、湖南、陕西、甘肃、广西、云南等省刑名。与刑部签掣承办司分会讞八旗五城现审之件。	

表四 大理院各机构及职掌分布表^②

大理院	机构		职摇摇掌
	刑科	第一庭	审判特交及国事案件,并详核京内外大辟重案。
		第二庭	审判宗室及官犯案件。
		第三庭	掌不服京师高等审判厅判结之院控案件。
		第四庭	掌不服各直省高等审判厅判结之院控案件。
	民科	第一庭	掌宗室民事词讼及不服京师高等审判厅判结之院控案件。
		第二庭	掌不服各直省高等审判厅判结之院控案件。
详讞处		掌覆判外省死罪案件,并驳审拟稿。	

在旧体制下,大理寺兼有司法行政与司法审判事务,在部、院、寺、监所构成的中央各机构中,位卑权轻;而大理院则一改往日大理寺可有可无的“闲曹”形象,一跃而成为最高审判机关。大理院不再承担原来的司法行政职能,而成为专门的审判机关,内部机构分刑民二科,刑科下设四庭,民科下设二庭,各庭按级别管辖、地域管辖和特殊管辖的原则分掌各类案件,基本上遵循了近代诉讼与审判的基本原则。就大理院的受案范围而言,后续的1906年《法院编制法》和《死罪施行详细办法》分别对之作了相应调整(详见后文,此处不赘。)当然,由于裁定方案自身存在的缺陷,大理院作为最高审判机关还有一个循名责实的过程,所以,内部机构设立之后仍须进一步加以完善。

① 此表据前揭那思陆:《清代中央司法审判制度》,第 194—195 页及《大清会典事例》卷一零四三绘制。档房与司务厅职司司法行政,左右寺职司司法审判。

② 此表据光绪三十三年四月三十日(1907年 远月 5日)《法部大理院奏为核议大理院官制并清单》绘制。该折并清单见前揭《大清法规大全·吏政部·内官制二》,第 243—244 页。另,光绪三十三年六月十九日(7月 15日),大理院奏设详讞处。见前揭(清)朱寿朋编、张静庐等校注:《光绪朝东华录》,总第 246 页。

表五 刑部各机构及其职掌分布表^①

机构	职掌	
清档房	掌守册档,掌缮清字汉字奏折。各司已结未结之案,三月一奏。掌本衙门旗员之升补。	
汉档房	掌缮清字汉字之题本。	
司务厅	掌治吏役,收外省衙门之文书,记其号而分于司,解犯到,移司以收禁。	
督催所	掌催十八司题咨现审之件,而督以例限。月终汇奏各司现审之案,岁终汇题各省命盗之案。现审案内应实发云贵两广烟瘴充军者及窃盗蒙古牲畜者,由督催所定其应发之地。	
当月处	掌监用堂印,收在京衙门之文书以付于各司,现审则呈堂而分司。命案应部验者则往验之,送题本于内阁传抄。	
刑部	直隶清吏司	掌核直隶省及察哈尔左翼刑名之事。
	奉天清吏司	掌核奏天府及盛京、吉林、黑龙江刑名之事。
	江苏清吏司	掌核江苏省刑名之事。
	安徽清吏司	掌核安徽省刑名之事。
	江西清吏司	掌核江西省刑名之事。
	福建清吏司	掌核福建省刑名之事。
	浙江清吏司	掌核浙江省刑名之事。
	湖广清吏司	掌核湖北、湖南两省刑名之事。
	河南清吏司	掌核河南省刑名之事。凡热审则定其期,以咨行于各省。
	山东清吏司	掌核山东省刑名之事。
部	山西清吏司	掌核山西省及察哈尔右翼与迤北各城刑名之事。凡各省年例咨报之件,则察而汇题。各省奏咨之件,则俱于每年十月截数,咨报本部与军机处,限十二月初咨齐。
	陕西清吏司	掌核陕西、甘肃、新疆三省刑名之事。掌给囚粮。
	四川清吏司	掌核四川省刑名之事。掌刑具,辨其轻重大小,给发各司常用刑具。
	广东清吏司	掌核广东省刑名之事。
	广西清吏司	掌核广西省刑名之事。朝审则具题稿。掌给囚衣。
	云南清吏司	掌核云南省刑名之事。掌堂印之封启。
	贵州清吏司	掌核贵州省刑名之事。掌本衙门汉员之升补。
	督捕清吏司	缉捕正身旗人与八旗旗下逃亡家奴。
	秋审处	掌核秋朝审案件。
	减等处	凡有恩诏,则总各省及现审案件汇而核之。

^① 此表据前揭那思陆:《清代中央司法审判制度》,第 151-153 页绘制。在刑部各机构中,其中十七司及秋审处职司司法审判,其余机构均从事司法行政。

(续表)

机构	职摇摇掌
律例馆	稽核律例之事,凡各司案件有应驳及应更正者,呈堂交馆稽核。掌修条例。
提牢厅	掌管狱卒,稽查南北所之罪囚。支取、散给衣粮药物。
赃罚库	掌收储现审赃款及其支放之事。
饭银处	掌收储饭银及其支放之事。
赎罪处	掌官员赎罪。
盛京刑部	掌讞盛京旗人及边外蒙古之狱,掌秋审。

表六 摇法部各机构及其职掌分布表^①

机构	职摇摇掌
承政厅	稽察各司重要事务,总办秋朝审实缓,进呈册本兼核恩赦减等事宜,掌本部所辖之京外各职员进退,并区划各审判厅局辖地,调度司直及司法警察事项。
参议厅	审定各司重要事务,纂修律例,条定新章,详核各司驳议稿件,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。
审录司	掌朝审、录囚、复核大理院各裁判厅暨直隶、察哈尔左翼、两广、云贵刑事民事各项案件。
制勘司	掌勘定秋审实缓,宣告死刑,暨四川、河南、陕西、新疆、乌里雅苏台、科布多刑事民事各项案件。
编制司	掌京外奏咨减等、盗犯定地编发、给官兵为奴事项暨奉天、吉林、黑龙江、山东、山西、察哈尔右翼、绥远城、归化城刑事民事各项案件。
恤宥司	掌恭办恩旨恩诏赦典颁降条款,清理庶狱,暨江苏、安徽、江西、福建、浙江、湖南、湖北刑事民事各项案件。
举叙司	掌请补各司员外缺,功过事故,京察奏留及法部应行监督各衙门厅局请简、请补、升降各官缺及考验法官、书记、律师、法律毕业各员事项。
典狱司	掌直省监狱习艺所、罪犯名册、衣粮费用、编纂牢狱之规则、统计书表事项。

^① 此表据光绪三十二年十二月十八日(1906年1月18日)《军机大臣奕劻等覆奏法部官制并陈明办法大要折并清单》绘制。该折并清单见前揭故宫博物院明清档案部:《清末筹备立宪档案史料》,第198—202页。由于身负复核案件、监督审判的职能,因此,在法部各司中设有针对各地的次级机构“科”。审录司设有直隶科、京畿科、广东科、广西科、云贵科、朝审等;制勘司设有河南科、陕西科、四川科、秋审;编制司设有奉天科、吉林科、山东科、西蒙科;恤宥司设有江南科、安徽科、闽浙科、湖广科。在中国第一历史档案馆法部档案目录中,法部下辖的机构还有看守教练所、堂房、律学馆、宪政筹备处、钦派查办处等。此处重在说明法部的主要职能,其余从略。

(续表)

机构	职摇摇掌
会计司	掌本部出入经费,一切预算决算款项、赎金及纳赎收赎罚金、充公赃物、财产罪犯习艺成绩、贩卖讼费及各项统计书表、报告事件。
都事司	掌翻清泽汉、誊缮专折、值日递折递牌、典守堂印、誊缮汇奏速议核议各省折件。
收发所	掌收发定罪人犯,京外来往文件、折奏、逾限之统计书表,赏罚书手、皂差、禁卒、宣告各项示谕,收发、修造刑具暨阖署工程各事项。

法部的近代转型是从缩小规模、削弱权力开始的。与刑部相比,法部有两处明显变化:其一是机构大规模精简。由于法部不再承担复审各省刑民案件,原有的十七清吏司基本上裁撤,主要办事机构只有两厅八司一所,相对于原先的三十多个部门来说,规模大大缩减。与此相应的是人员大缩编。八司参事均不设额缺,而是选派司员会同办理。法部官制所定各司员缺如下:尚书一人,左右侍郎二人,承政厅左右丞各一员,秩正三品;参议厅左右参议各一员,秩正四品;审录司、制勘司、编制司、恤宥司、举叙司、典狱司、会计司、都事司八司各设郎中三员,员外、主事各四员,收发所设员外、主事各二员。故小京官二十六缺,八品录事五十三缺,九品录事三十缺,分隶两厅八司一所。加上为宗室专设的额缺,即原设宗室郎中一缺、员外郎二缺,主事一缺于额设八司员缺外作为宗室专缺附于八司一所,并添设宗室七品小京官八九品录事各二缺,原设宗室七品笔帖式一缺改为此次添设之宗室七品小京官^①,共计 107 缺人。而据《大清会典事例》卷二十、卷五十七,原刑部尚书以下、笔帖式以上有品秩的职官共 147 缺人,另外还额设书吏 120 缺人,共计 267 缺人。法部裁员几达半数,相当一部分人员丢掉了饭碗,可谓是大手笔。

其二是职能的转换。先前“部权特重”的刑部同时握有司法行政权和司法审判权,两权并重,改革后的法部虽然仍身兼司法与行政两种属性,但其在司法审判上的职能已不能和往日的刑部同日而语。原先承担审判事务的十八清吏司已正式退场,除了官制改革予以特别保留的朝审、秋审和恩诏之类的事宜外,法部已不再直接过问审判事务了。

新旧机构之间的不同是由其设置原则决定的。刑部与大理寺作为集权下的司法专门机构,兼具司法行政与司法审判职能,其内部机构是按照便于皇权控制和行政管理的原则进行组织的,行政色彩浓郁。大理寺各房、厅、

① 前揭刘锦藻:《清朝续文献通考》卷一百二十五《职官十一》。

寺和刑部各司、处、厅、库、所,只是分掌部分司法行政职能与部分司法审判职能,这种内部分工的目的是削弱刑部与大理寺在处断案件及司法行政方面的决定权,从而实现皇权对于司法权的集中与专断。而以“三权分立”原则重建中央司法体制后,司法行政机关与司法审判机关有着相对明确的分工,大理院与法部的内部机构基本上是按照各自单一的职能进行构建的,尽管法部还兼有部分司法行政事务。

处在司法改革十字路口的大理院与法部,表现出十分鲜明的转型期特色。

其一,从部院分工及相互关系来看,新成立的部院既要承担新体制所赋予的职权,也要履行原先旧机构的相关职能,具有很强的过渡性。大理院虽然雄居全国四级法院的顶端,掌理全国司法审判事务,但名不副实,且受制于案件复核制度,它所判决的重罪死罪案件仍须交由法部复核。由于案件复核、秋朝审制度仍然继续实行,法部也仍然承担着以前刑部的部分职能。因此名为中央司法行政机关的法部实际上分享了部分司法审判权。部院如此分工,明显违背了司法独立原则,亦与设置部院的宗旨相悖。大理院受制于法部是不争的事实。按照三权分立原则进行的官制改革,其发展趋势必然是法部的权力逐步削弱,大理院的权力逐步得到落实。

其二,转型带来的问题使部院从设立伊始就存在着深刻的矛盾。刑部与大理寺在向法部与大理院的转型过程中,自身及其相互之间的关系发生了深刻变化。对于法部而言,在转变为单纯的司法行政机关的同时,必将失去司法审判权这半壁江山,其职权呈收缩之势。而大理院则一跃而为最高审判机关,在三权分立的国家架构中独占一权,地位崇高。权力上的此消彼长,将法部与大理院推到了矛盾中心,制度设计与改革现实之间的矛盾转化为部院之间的权力斗争。

部院之间的紧张关系,源于既定方案“大权统于朝廷”的需要,而与司法独立、审判独立的改革方向相悖。在新旧体制交替时,法部与大理院将逐步确立各自在新的政治体制中的位置,部院之间的关系也将进行微妙的调整。同为“司法机关”,法部与大理院的建设还涉及到双方之间的业务交接与分工配合,刑部原先承担的审判职能要由法部交由大理院来行使,大理院的筹建也离不开法部的积极配合。部院之争正发生在法部与大理院重建、千头万绪亟待梳理之际。就法部而言,它要尽量争取包括司法审判权在内的更大权限,而大理院则要在实质意义上拥有最高审判机关的地位与威望。在犬牙交错的权力斗争中,无论是法部还是大理院,都有着难以遏制的扩权

冲动。

从集权体制到分权体制,司法权如何实现与行政权的彻底分离,仅就晚清与日本的实践而言,有两种做法。其一是日本的“分步分离法”。司法审判权先由司法省统辖,待时机成熟后,才由新成立的大审院独掌审判。也就是说第一步是将司法权从行政权中分离出来,第二步是将审判权从司法行政权中分离出来。虽然彻底的审判独立来得相对晚些,但避免了机构之间的矛盾,无疑是较为稳健的做法。其二是清政府的“一次完成法”。清政府司法改革方案的大理院之设,试图将司法改革的任务一次性完成,表现出较强的速成心理。君主立宪制作为君主专制和宪政分权的中间状态,在集权与分权上本身即有着难以调和的深刻矛盾,而清政府对于分权的忌惮和对集权的追求,使其不可能在分权问题上走得太快太远,不设议会、不设内阁的做法即是明证。因此,部院之设,体现了分权原则,而对于部院分工与职权的规定,则又违背了审判独立原则。如果说实现审判独立是宪政改革的最终目标之一,那么,清廷看似一步到位的司法改革方案也必须同时面对行政权与司法权的分离和司法行政权与审判权的分离这两个问题,而这两个问题不可能一次解决,实际上仍然必须分两步走。部院的同时存在意味着两者之间的权力角逐将自始至终伴随司法改革的全过程。因此,和日本的官制及司法改革方案相比,清政府的方案既不够成熟,也不够彻底。

很显然,清政府在勾勒总体改革方案的同时,并未充分了解并重视部院之设可能带来的矛盾。根据官制改革的总体设计,官制方案中的未尽事宜,由各部院大臣斟酌决定^①,这也就意味着部院关系的调整在很大程度上取决于部院之间的单独角力。因此,部院关系存在着极大的不确定性,这直接影响了司法体制内部的权力分配,而且还决定了日后司法改革的方向与速度:如果大理院在权力之争中占了上风,司法改革将向着审判独立方向以较快的速度前进,而如果占上风的是法部,那么,司法行政权在相当长的一段时间内将左右和控制审判权,审判独立的实现将是一个较慢的过程。我们相信,只要坚持三权分立原则,司法改革前进的大方向必然是审判独立,但其间偶然发生的事件——特定的环境,特定的问题,特定的人,特定的解决方

^① 《裁定奕劻等核拟中央各衙门官制谕》称:“原拟各部院衙门职掌事宜及员司各缺仍著各该堂官自行核议,悉尽妥筹,会同军机大臣奏明办理。”官制方案“如有未尽合宜之处,仍著体察情形随时修改,循序渐进,以臻完善。”前揭故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》,第 1 卷,第 100 页。

法与态度——在一定程度上也会成为影响历史进程的重要因素。而以此角度对事件中的人及人所影响的事件进行反观,可能会对近代司法制度的转型过程有更进一步的理解。如果我们将部院之争置于这个视野中来加以观察,这个事件本身及其对整个历史进程的影响,都会获得一种新的解释而更有价值。

本章小结

就部院之争的制度背景而言,主要有三个层次:其一是宪政改革,其二是官制改革,其三是司法改革。从仿行宪政的角度来看,部院之争是一个划分权力的问题,它涉及到三权中的行政权与司法权之间的关系,就官制改革而言,部院之争是一个机构转型的问题。它一方面涉及到由刑部到法部、由大理寺到大理院的机构转型,一方面涉及到部、寺及部、院之间的关系,就司法改革而言,部院之争涉及的是法部与大理院的职权问题。一百年前的国人,对于司法独立的认识与实践,也正是在这三个层面上展开并渐次深入的:司法独立既是宪政意义上的司法权与行政权、立法权分立,也是官制改革要实现的目标——从中央到地方,司法机关与行政机关分立,各司其职,各尽其责,也是司法体制建设的重要任务——划清部院权限,分清部院职掌,摆正部院关系。从宪政层面经官制再及于司法制度的这场改革由表及里,对传统司法制度进行了较为彻底的改造,而启动这场改革的正是部院之争。而且,部院之争还旗帜鲜明地提出了近代司法改革的重要命题和精神——审判独立。因此,部院权限之争不仅是晚清司法改革的重要内容,也是观察司法独立实现过程的绝佳视角。这正是本书选题的原因所在。

从时间上来说,部院之争的制度背景自然还应包括在新政前期进行的“恤刑狱”改革,它与 1905 年开始的司法改革在制度前提上有着很大不同。前者以保持专制制度为前提,而后者则以“三权分立”的仿行宪政为号召。但就司法改革而言,两者仍然存在着一定的连续性。一方面,1905 年后,原先“恤刑狱”的改革仍然在继续,虽然已不再是主要内容;另一方面,将新政时期的司法改革作为一个整体来看,1905 年前后的司法改革构成了一个从边缘到中心、由量变到质变的过程,司法改革质的变化也只有在仿行宪政的前提下,才有可能发生。

对制度背景进行描述的另一个目的在于试图解释部院之争产生的制度性根源。官制改革方案对“三权分立”进行了变通,保留军机处、缓设资政院

及赋予法部过多的权限都是为了更好地实现中央集权。就司法制度而言,法部与大理院作为中央司法机构,构成了新的司法体制,法部与大理院须以司法独立为原则重新架构司法体制。官制方案所设计的司法体制是将司法权授予法部,令法部同时兼具司法机关与行政机关的双重角色,大理院则分任审判职能,法部对大理院行使监督权。这也就是“中国式”的“司法独立”。“司法权”被设定为司法行政权与司法审判权,司法行政权由法部掌控,司法审判权由法部与大理院分享,并且由法部监督大理院,而法部对大理院进行监督的方式之一就是在实质上行使凌驾于大理院之上的审判权与监督权。大理院作为最高审判机关,有名无实,审判独立并没有得到坚持和贯彻。这一方案既不彻底,更不成熟,仅是为了实现集权而设计的权宜之计。这种错位的设计还造成了“司法权”一词的歧义,从孟德斯鸠的经典理论、官制改革方案和法部职权角度出发,分别可以得出不同理解。这也正是部院之争的原因之一。另外,部院在成立后,还要完成自身的机构转型。在这一过程中,由刑部到法部,由大理寺到大理院,其职权与分工的变化是巨大的。部院权限划分对于新的司法体制的建立与中央司法机构转型都有着极为重要的意义。官制改革方案中违背审判独立的设计与日后司法改革的方向形成了深刻的矛盾,这一矛盾成为部院之争不可避免的制度性因素。

第二章 摇部院之争始末

筹建部院是晚清司法改革的第一步。晚清财政支绌,新政举步维艰,部院筹设之初即受到诸如办公场所与经费等物质条件的制约。这是部院之争所依托的物质条件。部院之争并非一个独立的突发的事件,它随着部院矛盾的不断深化,有一个从发生、发展到高潮再逐步平息的连续过程。它的起伏跌宕均与整个司法改革的进程息息相关。而事件中的人——晚清重臣沈家本、戴鸿慈和张仁黼——的立场、地位、学识和胸怀,也对部院之争产生了微妙的影响。在对已搜集到的各种材料进行筛选和甄别的基础上,本章试图从物质条件、事件和人三个角度重构部院之争的整个过程,对其来龙去脉做一个虽非全景式但力求细致的描述。

第一节 摇部院筹设之难

光绪三十二年九月二十一日(1906年10月27日),清政府在颁布中央官制改革方案的第二天,对各部院大臣进行了调整和任命,其中有:法部尚书戴鸿慈,左侍郎绍昌,右侍郎张仁黼,大理院正卿沈家本。^①按照中央官制改革方案的规定,“刑部着改为法部,专任司法,大理寺着改为大理院,专掌审判”,大理院以大理寺为基础,法部以刑部为基础,分别进行筹建,而当务之急就是解决办公场所与经费的问题。

一、办公场所

大理寺原为闲曹,人、财、物各方面的条件都很差,与部权特重的刑部相比,职权小,地位低,连参与会审之类的事务也只是虚应故事,对此,沈家本说道:“(大理寺)沿袭既久,名实渐乖。讯讞已等虚文,会听只循故事,重以经费支绌,振作难期,虽有贤能,未由展其尺寸,官之失职,有自来矣”。^②大

^① 按清朝九品十八级官制,各部尚书为从一品,侍郎为正二品。大理院卿为正二品,仅与各部左右侍郎相当。

^② 前揭(清)朱寿朋编、张静庐等校注:《光绪朝东华录》,总第3232页。

大理院成立后,沈家本请求朝廷首先在办公处所与经费上给予支持。法部则因有以前刑部的家底,条件相对稍好。根据官制改革方案的安排,部院还须落实京师各级审判厅与检察厅的办公场所,因此,对于大理院与法部而言,筹建工作工程浩大。

九月二十七日(庚子年 八月 庚子日),大理院与法部奏请赏给衙署及公所,以资办公。^①不久,大理院的办公处所部分就刑部署内改设^②,并奏准将原工部颐和园衙门改为大理院。^③亦有报道称法部曾奏准将此衙署改为法部公署^④,并派员验收接管^⑤,但最后部院公同商奏将之改为大理院衙署。^⑥“工部衙署本由裁并之太常寺改造,约计房屋一百五十余间,而零星分布,仅敷当日工部四司之用”,大理院正式接手审判事务后,“工部衙署既无羁禁罪犯之区,而案既交收亦未便寄禁于法部”,因此大理院拟改建部分房屋,以便“分羁男女犯人”。^⑦

次年五月,大理院成立,随即设立了民科二庭与刑科四庭,并添铸了印信。^⑧最高审判机关的内部机构适应诉讼类型的要求而做相应的划分,在中国历史上尚属首次。根据当时仍然适用的《大清律例》,大理院受理的案件中,刑事案件自然占多数。刑庭与民庭在数量上的差别正是这种现实的反映。“重刑轻民”的旧传统在新的体制下继续延伸,或者说,旧传统在发生全面变革之前,必然会在新的体制中有所反映。

法部和大理院建立后,紧接着就要着手筹建京师各级审判厅。光绪三十三年九月,京师地方审判厅和高等审判厅、检察厅一齐在原大理寺旧公所办公,地方审判厅当时已择定疆务学堂房舍开办,高等审判厅就大理寺旧址

① 前揭(清)朱寿朋编、张静庐等校注:《光绪朝东华录》,总第 225 页。

② 光绪三十二年十月初一日(庚子年 八月 庚子日)《盛京时报》。十月初三日《申报》亦作了相同的报道。

③ 据光绪三十二年十月十五日(庚子年 八月 庚子日)《申报》报道:工部裁撤后,农工商部拟将工部衙署改为内城工艺局,沈家本则欲将之归并入大理院,并抢在农工商部之前征得朝廷同意。

④ 光绪三十二年十月二十日(庚子年 八月 庚子日)《申报》。

⑤ 光绪三十三年正月十九日(庚子年 九月 庚子日)《大公报》。

⑥ 光绪三十三年三月十九日(庚子年 十月 庚子日)《盛京时报》。

⑦ 《司法奏底》,一函二十二册,现藏于北京大学图书馆。

⑧ 光绪三十三年五月廿六日(庚子年 四月 庚子日)《大公报》报道:大理院拟定庭印篆文。大理院以本院各庭庭所业经成立,亟应添铸印信,以资遵守,兹已拟定各庭处印信簿看守篆文,计刑科四庭,曰大理院刑科第一庭之印,曰大理院刑科第二庭之印,曰大理院刑科第三庭之印,曰大理院刑科第四庭之印。民科二庭曰大理院民科第一庭之印,曰大理院民科第二庭之印。并应添铸典处所印信各一颗,请飭礼部赶紧铸造,以便行用,已具折奏准矣。(本书所引用当时报纸,在标题与正文之间加◎以示区别,◎亦是当时报纸通用的分隔标记。下同,不赘。)

改作，而检察厅尚未有着落。^① 两个月后，各级审判厅已组织完全，预备定期开办，办公地点如下：

- (一) 高等审判厅设立于刑部街大理寺旧署；
- (二) 内城地方审判厅设立于灯市口街路南；
- (三) 第一初级审判厅设立于地安门内黄花门；
- (四) 第二初级审判厅设立于东单牌楼栖凤楼；
- (五) 第三初级审判厅设立于西四牌楼报子胡同；
- (六) 第四初级审判厅设立于崇文门外清化寺街；
- (七) 第五初级审判厅设立于骡马市大街潘家河沿。

总检察厅设立于大理院内，各级检察厅设立于各级审判厅内。^②

法部还颁布告示，声明各级审判厅处所，晓谕百姓“嗣后尔等如有诉讼事件均准用本部奏定状纸，遵照各厅揭示专条，分别审判呈诉。各厅审判刑民事案件悉遵《大清律例》及本部所定试办章程办理”。^③ 至此，京师作为全国“首善之地”，完成了对审判厅与检察厅的初步建设，这对于全国司法改革来说具有示范作用。

二、经费

晚清财政支绌，法部和大理院在成立之初就必须为争取充裕的开办经费而伤脑筋。

光绪三十二年十月初四日（~~1906~~年 10月 4日），沈家本上奏要求朝廷向大理院拨款。他认为大理院开办之初，“以调用人员，建立法庭为亟，而筹款尤为先着。旧日大理寺常经费只六百金”，“无裨实用”。除另筹的款外，大理院请求朝廷先行拨付相应款项，以备开办：“所有臣院开办经费、员司津贴、书记杂役工食及制备器具并茶水、煤炭、心红、纸张等项，撙节计算大约需银二万两”，请求饬下度支部照数拨给，“俟三四月后办有规模，再行酌量请给常款，以持永久”。朝廷批准了他的要求。^④ 可是，时至十二月中旬，大理院仍然在为款项不足之事发愁，之前大理院曾向法部索款，遭拒，再向度支部寻款，亦是空手而归。两部拒绝的理由均是无款可拨，为此，时报

① 光绪三十三年九月十六日（~~1907~~年 9月 16日）《大公报》。

② 光绪三十三年十一月初三日（~~1907~~年 11月 3日）《大公报》。

③ 《法部设立各级审判厅检察厅告示》，载《政治官报》“示谕告示类”，光绪三十三年十一月初七日第四十七号。

④ 前揭（清）朱寿朋编、张静庐等校注：《光绪朝东华录》，总第 322 页。

称大理院堂官“异常焦灼”。^①

为了筹措经费,法部与大理院曾多次会奏或单独请款,但亦都因国家财政困难,即使奏准各项经费,也不能全部到位。根据报章报道,当时主要的几次请款情形如下:

光绪三十三年二月,法部大理院“会衔奏请由度支部拨给法部十六万两,大理院十二万两以资办公”,奉旨交由度支部议奏。^②度支部议定法部常年经费每年六万两,大理院每年八万两。^③

光绪三十三年六月,法部“奏拨特支经费三万两作为修理衙署,改筑监狱,移设刑场之用,并请拨给常支经费二十四万两为官员津贴、役卒工食并扩充律学馆及改良监狱后一切衣粮器用之资,恤囚之费”,其中特支经费奉旨允准,而常支经费则要听候酌给。^④

由于款项难以到位,为便于统筹起见,各部门遂通过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。^⑤就法部与大理院而言,这一数额与它们开办所需的数额仍然有很大的差距。

光绪三十二年十月二十七日(光绪三十二年 癸卯月 癸卯日),由大理院上奏的《大理院审判编制法》获得清廷批准执行。随之而来的任务即是筹建京师各级审判厅。这对于本来经费就已十分紧张的大理院与法部而言,如果不能争取到更多的开办费用,将一事无成。光绪三十三年七月,法部在京师拟设高等审判厅以及初等审判厅共八所,职官二百三十三员,警兵吏役一百七十七人,常年所需经费为二十二万余两,“按职官五成吏役十成发给,预算共需银十二万两,开办经费造厅署购买器物书等项共需银八万两”^⑥,但“度支部以库款奇绌,一时颇难筹措”。

对于接踵而来的巨额费用,大理院唯有想方设法,或缩减开支,降低薪

① 光绪三十二年十二月十四日(光绪三十二年 癸卯月 癸卯日)《盛京时报》。另据光绪三十二年十月十五日(光绪三十二年 癸卯月 癸卯日)《盛京时报》报道:“近闻法部堂官以本部一切应办事件需款甚繁,已经奏准请拨经费银五十万两”。十月二十日该报又报道说“闻奉旨加拨银五十万两”,飭由度支部发给大理院与法部。从这两则消息尤其是“加拨”之说来看,朝廷似乎在极短时间内先后拨给大理院和法部经费共一百万两。这显然与事实不符,也与清政府当时的财力不符。疑应是共拨给部院经费五十万两。而且从其后部院的相关奏折来看,这一款项很可能并未实际支付。

② 光绪三十三年二月二十七日(光绪三十三年 癸卯月 癸卯日)《大公报》。

③ 光绪三十三年六月十九日(光绪三十三年 癸卯月 癸卯日)《大公报》。

④ 光绪三十三年六月十六日(癸卯月 癸卯日)《大公报》。

⑤ 光绪三十三年六月十八日(癸卯月 癸卯日)《申报》,同年六月二十二日(癸卯月 癸卯日)《大公报》。

⑥ 光绪三十三年七月廿四日(癸卯月 癸卯日)《大公报》。

酬,或以他款充用。光绪三十三年四月,大理院决定“所有办事司员津贴均照原定额数二成给发”。^①同年九月,大理院连日会集检察厅及高等、初等审判厅厅丞商议经费事宜,因每年拨款仅有十二万两,而三厅民事、刑事人员以及检察、侦察经费常年开支之数已达二十万两,尚未将监狱之费计算在内,因此,决定“此次初创即力从简便,人手俟筹有的款再行扩充”。^②次年三月,大理院因监禁现审人犯的两处看守所“恤囚向无专款,俱由办公经费及罚金项下核实开支”,而“经费有常出入,恒难相继,或间有支绌之时”,故奏请将原按例须存库的没赃官物用作“衣履、棉絮、煤炭、灯烛、药饵、菜蔬以及朝夕琐屑之需”,“虽为数无多,而涓滴归公,亦可少济实用”。^③

经费支绌是官制改革中的普遍现象。庚子以后,财政收支规模急剧扩大,严重的入不敷出,地方财政全面亏空,财政赤字迅速上升,传统解协饷制度日趋崩溃。巨额的战争赔款,练兵和新政使本已捉襟见肘的国家财政雪上加霜。于是清王朝不得不向各地方强行摊派。^④新政所需费用惊人已是人所共知,中央政府原有及新设各部的办公经费都大大增加,此外还有各种名目津贴。据度支部光绪三十三年十一月的统计,开办各衙门每年所需经费约一百二十二万六千八百余两,“出入相抵,颇有不足之势。”度支部计划制作详细的预算表向朝廷呈报,“以便设法筹拨或通饬撙节,悉听政府之指挥”。^⑤言下之意,度支部将奉旨支付各项经费,而政府则应当量入为出。但此时的政府又有何能耐筹措如此之巨的款项呢?经费有限而事有缓急,清廷似乎只能靠东拼西凑甚或增纳捐税的办法来勉强应付了。

新政固然有一个比较完整的社会政治改革方案,但是它的推行远远超出了当时的国力。这反过来制约了新政推行的效果。以法律馆为例。光绪三十三年十月初二日(癸卯年 癸卯月 苑日)沈家本、俞廉三、英瑞三人奉旨主持的法律馆开馆,沈家本奏请开办经费二万两,常经费十万两。当时度支部的回复是“近来库款支绌,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,无事不需资费,若偶举一事,动需巨款,实属难于应付,”并且“未便动辄以优给薪水为词,致滋靡费”,因此比照前次法律馆开办的成案,只由部拨常经费三万两,另外二万

① 光绪三十三年四月十四日(缘月 癸卯日)《大公报》。

② 光绪三十三年九月十一日(癸卯月 癸卯日)《申报》。

③ 前揭《大清法规大全·法律部》卷三《变通旧律例二》,第 癸卯页。

④ 周育民:《晚清财政与社会变迁》,上海人民出版社 癸卯年版,第 癸卯-癸卯页。

⑤ 光绪三十三年十一月二十二日(癸卯月 癸卯日)《申报》。

两开办经费照拨。^① 为了筹措法部与大理院的常经费，清政府甚至通过要求盐商加捐来解决。^② 为此，时报感叹曰：“呜呼，吾国多一新政，即多一靡费，恐新政未有成效而财政已将不支矣。”^③

经费不足还导致部门争款。光绪三十三年十一月二十四日（癸卯月 癸酉日）《申报》在“部臣争款述闻”综述了当时的情形：

农工商部与民政部◎已裁之工部内有各省解部之水利银两一项，民政部以本部需款孔棘，水利银两应归本部应用，而农工商部大不以为然，以为工部事宜归并本部，水利银两亦应归本部需用云。

法律馆与度支部◎修律大臣以修订法律需款繁浩，请拨常经费十万两，创办经费三万两，度支部不允，奏减三万两在案。现法律大臣仍请依照前议拨足十万两之数。

经费不足，“巧妇难为无米之炊”，司法改革大受影响。下文所录为法部请求拨款建设地方审判厅的奏折，司法改革之难可见一斑。

窃臣部于本年三月十八日会同内务府具奏将西长安街门外制造库一所拨改地方审判厅，奉旨依议，欽此。旋经内务府派员移送臣部接收在案。查京城地方审判厅自光绪三十三年奏设以来，每月民刑案件平均计自统在二百余起，系租赁民房办公，逼迫湫隘，窒碍良多，现既蒙恩赏给地址，亟应筹筑，以便官民。惟建筑之法，言人人殊，或谓规摹洋式，备列国之观瞻，或谓轮换法庭，杜小民之玩视，二者费既不资，亦均未得其要。半载以来，臣督同该厅丞并庭员往复讨论，事求核实，酌定建筑准式，谨略陈于下：曰垣墙，曰法庭，曰办公室，曰看守所，曰接待外人处所，曰诉讼人候质处所，以及各庭两旁储存稿案并录事书手缮稿写供，茶（“茶”后一字原文不清楚，似为“寮”字）、更夫、厨房人等支应侍候各处所，统为筹划，均系万无可省，计须筑围墙一百一十五丈，建大小房屋二百七十余间，共核计实需银七万两。臣部各款可专备建筑是厅者，仅有上年节存开办审判经费及罚金余款，除前已奏明拨银七千两帮

① 《度支部议覆法律大臣奏拨经费片》，光绪三十三年十一月十八日（癸卯年 癸卯月 癸酉日）《申报》。

② 光绪三十三年十一月初十日（癸卯月 癸酉日）《大公报》报道：拟筹法部大理院常经费◎日前军机大臣以法部大理院需款浩繁，常经费向无的款可筹，请飭各省督抚劝谕盐商协捐常款，定于明春三月实行。现在正拟定奖赏盐商之章程。

③ 光绪三十三年七月十一日（癸卯月 癸卯日）《申报》。

助内务府添盖库外,余现款四万两,尚不敷银三万两,不得不仰恳天恩,饬下度支部拨款兴筑。臣等非不知模范监狱既已专折请款,不宜又以是厅上烦圣廑,惟彼系收效于事后,此系剖决于事前,皆为慎重刑狱起见,实系无可偏废,庶为圣主所垂。原应亦计臣所共谅,如蒙俯允,臣等即行文度支部,只领以便早日派员鸠工。十一月十一日(年份未详,应为光绪三十四年。笔者注)。^①

在法部、大理院及京师各级审判厅、检察厅的筹设过程中,物质条件尤其是经费和办公处所的选设是个瓶颈,以致在部院之间也存在着一定程度的争夺。作为两个关联性很强的部门,部院之间的配合与协作对于改革的推进有直接影响。司法改革从解决处所与经费问题开始,就一路磕磕碰碰地走来。

第二节 部院之争的经过

部院之争并非一个孤立的、偶然的和突发的事件,就冲突本身而言,它有一个形成、发展和矛盾激化的过程,也有一个解决和风波渐息的过程。部院之间的权力之争,也经历了几个回合的较量。从事件的发展来看,部院之争大体上可以分为五个阶段。

一、《大理院审判编制法》与法部官制之间的矛盾

晚清司法改革在很大程度上借鉴了日本的经验,因此,对于即将到来的改革,晚清官员们已有了一定程度的了解,并且对之充满期待。沈家本在光绪三十二年十月初四日(1906年11月13日)的奏折中,认为今后的司法改革要仿行东西方各国成功经验,并指出司法改革的任務主要有:“法庭宜先设也,监狱学宜讲求也,高等裁判及地方裁判所与谳局宜次第分立也,裁判人才宜预为储备也”。^②但是真正的改革绝非设想的这样简单。在解决积弊的同时,新的问题与矛盾也渐次出现。部院之间的矛盾正是在部院筹建过程中逐步形成并激化的。

部院由原来的刑部与大理寺分别改建。在第一章中,我们分析了大理

^① 《法部奏请拨地方审判厅公署经费折》,前揭《大清法规大全·法律部》卷七《审判》,第175页。

^② 前揭(清)朱寿朋编、张静庐等校注:《光绪朝东华录》,总第122页。

院与大理寺、法部与刑部在职能上、机构设置上存在的巨大差别,原先的条件基本上无法满足新机构的要求,因而筹建工作十分繁重。不仅如此,部院还要逐步承担起司法行政与司法审判的职能。对大理院来说,它既要与原先承担审判职能的法部、民政部、步军统领衙门等机关进行案件交接,还要在筹建京师各级审判机关的事务中身先士卒。法部作为全国司法行政机关,对整个司法改革负有领导责任,它既参与了案件交接工作,也参与了筹建各级审判机关的工作。

就部院自身建设而言,大理院遇到的困难更大一些,而法部有原来刑部的家底,条件相对优越一些。大理院的前身大理寺“几等闲曹”,每年的办公经费只有六百金,人、财、物各方面的条件与最高审判机关的要求相差太远。沈家本接手大理院工作后,将筹建工作进展得有声有色。除了筹措经费、裁撤冗员、调用新人等措施外,大理院还积极派员出外考察以广见闻^①,扩充教育以储人才^②,培训新人以提高其素质。^③

根据官制改革方案,审判机关受制于司法行政机关,故所谓的“司法独立”只是审判机关有权独立审理案件,并不能对案件做出具有既判力的判决。在此前提下,大理院虽然身为最高审判机关,但在审判事务上享有的权力是非常有限的。正如前文所述,官制改革方案将大理院与法部放在了司法改革的十字路口,司法改革是向左还是向右,在很大程度上取决于它们之间的角力。身其中的大理院显然很明确地认识到自身的处境:如果在司法改革中不采取主动,它很可能连有限的权力也会被剥夺。部院虽已成立,分工尚未明确,这对大理院和法部而言,都是扩权的好机会。大理院尽量在

① 光绪三十三年四月二十六日起(癸卯年 远月 远日)《申报》分期刊载了《大理院正卿沈家本奏陈日本裁判监狱情形折》及清单,详细介绍了日本裁判监狱制度的历史沿革与内容。根据该折可知,沈家本于光绪三十一年九月在修订法律大臣任上奏派刑部候补郎中董康等人“赴日本调查裁判监狱事宜以为将来试行新律之参考”,董康等四人于光绪三十二年四月始成行。沈家本初任大理院正卿时,大理院“缔构伊始,佐理需人”,故董康等人于该年十二月间先后回国。沈家本非常重视派员出洋考察。据光绪三十二年十月二十六日(癸卯年 癸月 癸日)《盛京时报》,沈刚上任即着手派员出洋考察裁判监狱事宜。

② 光绪三十三年正月十六日(圆月 圆日)《大公报》报道:大理院沈子敦正卿以京师法律学堂虽已开办,惟该学堂尚欠扩充,兹拟于二月间将副备取各生一律传到,再行出示招考自费生一班以宏教育。

③ 对于新员的培训范围较广,甚至连狱卒亦在培训之列。光绪三十三年正月十三日(圆月 圆日)《大公报》报道:大理院正卿沈家本现拟招募狱卒数十名,飭令附入法律学堂演说监狱大义及看守规则,以期改良监狱。另据正月二十五日(猿月 怨日)《大公报》报名条件是:年龄在三十以内,不吸洋烟及无他项嗜好,能写认五百字者。可见招募看守所狱卒的条件要求不高。故对他们进行相应的培训既是必要,也说明沈家本等人对于新式司法制度的理解与追求。

不违背既定方案的前提下,努力争取在司法改革上的领导权和其他事务上的发言权,以期在新的司法体制巩固并占有重要一席,持续地发挥自身的影响力。在沈家本的领导下,大理院积极主动地投入到自身建设和制度建设中去。自身筹建工作已如前述,在制度建设方面,大理院表现出强烈的扩权冲动,其成立后不久颁行的《大理院审判编制法》即为一明证。在积极着手拟定本院官制的同时^①,大理院以极快的速度制定了《大理院审判编制法》。该法于官制改革方案出台后的一个多月后,即十月底颁行。该法的内容主要有三点:一是确定了大理院的职权,二是规定了四级审判机构内部机构和级别管辖,并规定了各级审判机关将案件报司法行政机关复核及备案的程序,三是将筹建京师各级审判厅纳入大理院职责范围之内。前两点基本上是对既定方针的贯彻,而在第三点上,大理院积极扩权的倾向表露得十分明显。

根据《大理院审判编制法》,作为“全国最高之裁判所”^②,大理院的职权主要有二:一为最高审判权。该法第二十二条规定:大理院于左列事项有审判责任:第一终审案件,第二官犯,第三国事犯,第四各直省之京控,第五京师高等审判厅不服之上控,第六会同宗人府审判重罪案件。此外,大理院还有司法解释权,第十九条规定:大理院之审判于律例紧要处表示意见,得拘束全国审判衙门。

《大理院审判编制法》规定各级审判机关附设检察局,并置有一定员数。京师设大理院、高等审判厅、城内外地方审判厅和城谳局四级审判机构,分别管辖相应案件,各级审判机关“各有界限”。^③为与官制改革方案相一致,各级审判机关审理的案件须报司法行政部门复核及备案。在“取中国旧制详加分析”的基础上,该法明确了法部及执法司对大理院、高等审判厅、地方审判厅、乡谳局审理案件的复核与管理程序,即“京外一切大辟重案均分报法部及大理院,由大理院先行判定,再送法部复核”;由高等审判厅判审之案“内则分报法部及大理院,外则咨执法司以达法部,其死罪案件并分报大理

① 据光绪三十三年正月十九日(猿月猿日)《大公报》报道:大理院官制已拟定,不日即将入奏。惟前拟之诉讼法各省先后议驳,大致仍不外刑讯二字,沈正卿颇觉进退维谷。同年三月七日(源月夙日)《大公报》又报道:大理院官制业已定妥,送呈军机处阅看。从这两则消息可以看出:首先,送呈大理院官制比《大理院审判编制法》晚;其次,在沈家本任内已将大理院官制拟定,可能因为部院权限之争及诉讼法一直备受指责等原因而未能奏定。故大理院官制直至部院之争结束后,方由法部与大理院共同奏定。

② 《大理院奏审判权限厘定办法折》,前揭《大清法规大全·法律部》卷七《审判》,第552页。

③ 同上。

院”地方审判厅审理的徒流案件定拟罪名后“内则径达法部并分报大理院，在外则详由执法司以达法部，死罪案件在内在外俱分报法部及大理院”；乡谳局审理的案件拟结后造册，“在内则分报法部及大理院，在外则详执法司以备考核”。^①《大理院审判编制法》第七条还规定了司法独立原则：自大理院以下及本院直辖各审判厅局关于司法裁判全不受行政衙门干涉，以重国家司法独立大权而保人民身体财产。与前述复核程序联系起来看，这正是“中国式的三权分立”下的司法独立，即它是建立在司法行政机关对审判机关进行制约的基础上的。而这，在官制改革方案中，恰恰就是“司法独立”的表现。

以上均是大理院对既定方针的贯彻，虽然该法所规定的“司法独立”与审判独立有着巨大的差距，但方案既定，大理院也不可能对其作实质性的修改。正如《大理院审判编制法》所规定的那样，不仅不能改变审判权受制于司法行政权的格局，而且还必须忠实地贯彻它，执行它。各级审判机关拥有的只是被司法行政权挤扁了的审判权，即使是“全国最高之裁判所”的大理院也概莫能外。在这样逼仄的空间里，大理院可以争取的，只能是既定方案未曾言及的内容，于是它主动地争取着司法改革的领导权。为此，大理院对即将展开的各级审判厅的筹建工作表现出了极大的热情。

首先，大理院提出了与法部分工负责筹建京师内外的各级审判厅的具体方案。大理院认为，各直省审判厅的筹建，在地方官制制定后，“由法部咨商各督抚次第筹建”；而京师各级审判厅，则由大理院“会同法部逐渐设法成立”，即法部负责地方各级审判厅的筹建工作，大理院领导京师各级审判厅的筹建工作。

其次，为确保大理院在京师各级审判机关中的领导地位，《大理院审判编制法》提出了一个极为重要的概念，即“大理院直辖审判厅局”。根据该法第二条和第十四条的规定，大理院直辖审判厅局包括京师高等审判厅、京师内外城审判厅和京师分区域谳局，大理院在行政事务上对各直辖审判厅局进行管理与领导。据此，大理院将京师各级审判机关纳入其直辖范围内。至于筹建工作，自然也是其职责范围内的事务了。设立直辖厅局，虽然也有

^① 《大理院奏审判权限厘定办法折》前揭《大清法规大全·法律部》卷七《审判》，第552—553页。

业务上的考虑^①，但更多的还是出于领导与管理的考虑。

其三，大理院对京师地方审判厅与城谳局的司法管辖区域作了粗略的划分，即于内外城设立地方审判厅，循巡警分厅之旧于内外城分设九所城谳局。

大理院在行政事务上的主动出击，不可避免地无法部职权有所交叉。上述行政事务，从严格意义上来说，似应由主管司法行政事务的法部来负责。但既然京师一地的各级审判机构均为大理院的直辖厅局，其筹建、司法区域划分等事项由大理院负责亦无可。当然，大理院并未就此与法部协商，因而从某种意义上来说，这是一部更多地体现大理院意图的审判机构组织法^②，表现了大理院明显的扩权倾向。但我们不能仅停留在表面上来看，正如前文提及的，大理院之所以积极要求在行政事务中争取主动，是因为它作为最高审判机关名实不符，其审判权已受到很大限制，如果在行政事务中也一无建树的话，则它在司法体制中的地位将名存实亡。

随着司法改革工作逐步展开，各种问题渐次浮出水面。大理院对所有问题采取了“分级处理”的办法，即“急事先办”。大理院认为划分四级审判机关的级别管辖与区域管辖是当下急需筹办的，至于“宗室案件应否会同宗人府审讯，法部复核死罪应否由臣院会衔以及提督衙门应否只管缉捕不理讼狱，民政部之巡警厅与城谳局若何分别权限并设司法警察若干，高等审判厅以下应设员缺若干”等问题，须“统俟臣等熟商妥协再会同各衙门陆续请旨施行”。^③

在大理院奏定《大理院审判编制法》后不久，法部亦于同年十二月二十八日（光绪二十六年元月庚辰日）奏准了法部官制，明确了法部的权限。在该奏折中，法部认为作为“司法衙门”，其职权并非“管理刑名、稽核案件”，而是综理“各部省之法制”，监督大审院、控诉院、地方裁判所和区裁判所。就具体权限而言，则“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”。另外，对于“各直省刑事稿件”，法部则有复核权。在该折中，法部还沿袭以前刑部审定律例的做法，要求各部院衙门将现行则例全咨法部，由其汇订，“以归统一”。法部官制第一条将法部权限表述为：法部管理全国民事刑事监狱及一切司法行政事务，监督大理院、直

^① 《大理院审判编制法》第七条规定：大理院直辖审判厅局各关于证据事件须调查者，可随时逕由本院会商民政部所辖巡警厅，使巡警单独或协同本院以下直辖检察官调查一切案件。

^② 前揭李俊：《晚清审判制度变革研究》，第 298 页。

^③ 《大理院奏厘定审判权限折》，前揭《大清法规大全·法律部》卷七《审判》，第 584—585 页。

省执法司、高等审判厅、地方审判厅、城乡 谿局及各厅局附设之司直局、调查警察事务。其余各项权限则内化为其内部机构的权限，由审录司、制勘司、编置司、宥恤司、举叙司、典狱司、会计司、都事司分别执掌。

《大理院审判编制法》与法部官制在大理院与法部的权限规定上存在着交叉，部门间争权的迹象表露得比较明显。但由于缺乏统一的立法机关加以协调，两者都得到了清廷的批准，成为以后部院各执一词的依据。

部院筹建过程中的摩擦亦见诸报端，光绪三十三年二月十六日（~~癸卯~~年 猿月 圆日）《盛京时报》报道：

法司衙门力争权力◎大理院自议订新章以来，极力推广权力。顷闻大理院与法部议商拟将中下级之裁判亦俱移归本院，法部本允，并闻大理院所调法部人员亦多经法部挽留云。

以《大理院审判编制法》与法部官制为依据，部院双方在权限划分上虽然有过多次协商，但是达成一致意见则十分困难。随着京师各级审判厅筹建工作的展开，部院之间的矛盾终于公开化了。

二、董曾之争

据现有资料来看，部院冲突的激化与公开化发生在光绪三十三年春节期间。光绪三十三年二月二十五日（源月 苑日）《盛京时报》报道了如下一则消息：

法部大理院冲突已平◎法部大理院之冲突萌芽于秋审处之团拜。缘正月二十日法部秋审处诸员借湖广会馆作团拜，是日曾君鉴与董君康大起冲突。因此法部与大理院诸人各有意见，遂有江苏会馆议之冲突。今闻法部堂官已将高等裁判地方裁判等事俱让归大理院主持，于是风潮平息矣。

根据这则消息，部院至少有过两次激烈的争吵。一次发生在法部曾鉴与大理院董康之间。曾鉴于光绪三十二年十二月二十五日（圆月 苑日）被任命为法部右丞，次年十一月初二日（~~癸卯~~月 远日）被任命为法部左丞。^①董康原为法部郎中，光绪三十二年四月，经沈家本奏派赴日本专门考察审判与监狱制度。因大理院筹建，急需用人，沈家本于该年十月将其从日本提前召

^① 目前尚未发现有关曾鉴的相关介绍，从其所任职务来看，应是法部重用之人。

回,并调入大理院。^①显然,沈家本对董康非常赏识,并对其寄予厚望。^②正月二十日法部秋审处借湖广会馆作团拜,该年因不往私宅拜年,所到人员应多且齐^③。如报道所言,曾鉴与董康之间的争吵不仅十分激烈,而且影响亦不会小。所以将董曾之争视为部院之争的公开化,应不为过。继之而起的是发生在江苏会馆的争吵,这次冲突应发生在见报日前不久。两次争吵之后,法部对大理院做了妥协,将高等裁判厅与地方裁判厅的筹办事宜交给大理院主持。该消息以“冲突已平”为标题,实际上仅是法部与大理院就“高等裁判地方裁判”之事进行的一次较量而已。春节期间发生的冲突表明部院之争已经公开化,并引起舆论关注。此后所发生的一切表明,这两次争吵仅仅是部院开始公开叫阵、摩擦不断的开端而已。

光绪三十三年二月十七日(猿月猿日),《申报》遂有如下报道:

法部大理院之意见◎大理院欲将中下级裁判暂归大理院管理,法部不允。谓此系司法上之行政,应归法部,不应归大理院,大理院只管裁判而已,虽司法独立,然大理院只能自己独立,不能管中下级之裁判,亦须独立。(注:此句不通顺,原文照录。)所谓裁判署层层独立也。议者皆谓法部之言为是。

此则报道对于两者争议之事说得并不是很明白,但从上下文及《大理院审判编制法》中有关规定可以看出,大理院希望能够主持筹建高等及地方裁判厅。

部院司员之间大起冲突的背后是长官意见不和。据《大公报》报道,“法部三堂初接任时,因沈子敦大理系刑部熟手,故一切公事皆就沈商酌,现

^① 《大理院正卿沈家本奏陈调查日本裁判监狱情形折》,载光绪三十三年四月二十六日(灵年远月远日)《申报》。

^② 董康在中国近代法制史上有着不可忽视的地位。灵年部院之争发生时,董康正值中年,刚从日本考察审判和监狱制度回国,受到沈家本的重用。董康(灵—灵年),江苏武进人,字绶金、授金。光绪十五年进士。历任法律馆提调、刑部主事、大理院候补推丞。灵年,赴日本留学,学习法律。民国后,历任法律编修会副会长、北京政府大理院院长、中央高等文官惩戒委员会委员长、全国选举资格审查厅厅长、司法总长、财政总长等职。后任上海法科大学教授,同时兼任北京法科大学教授。灵年起,历任广东高等法院院长、伪华北国民临时政府议政委员会常务委员、汪伪国民政府政务委员会会员等职。抗战胜利后,曾被国民党通缉,灵年卒于北京。见董康著、王君南整理:《董康东游日记》之《点校说明》,河北教育出版社,年版。

^③ 光绪三十三年正月二十九日(灵年猿月猿日)《申报》有这样一则报道:“今岁法部、民政部、学部皆不拜年。惟团拜积习尚未能免除,此以外有到私宅拜年者,罚酒一席,推举发之人为首座。京师酒肴甚贵,一席所费必须十余金,法部人员又多贫慳,故咸乐以是为借口,罕有敢犯者。”

因权限上之问题，法部与大理院两处堂宪颇有意见”。^① 另一方面，部院司员相争亦有出于饭碗的考虑，升迁与薪俸是当时司员们最看重的两个因素。新旧衙门升迁迟速有别，各衙门薪俸水平不一，为招徕干才，各部院又各出奇招，因而在中央一级官员之中，引起了极大震动。御史徐定超曾对此有过痛切陈述与剖析，并请求清廷统一官制与薪俸待遇。原折书录如下：

各部院为庶政总汇之区，虽经王大臣粗定，官制尚须斟酌，期臻妥善，乃新设各衙门自为风气，旧衙门各员有二三十年不得补缺者，新衙门则一二年即可补缺，徒开奔竞之门，流品杂进，在各该大官任官惟能，若受爵王室，感恩私门之事，臣可保其必无第。从前都人士虽多不肖，尚知钻营之耻，今则美其名曰“运动”，虽大庭广众，信口而谈，毫不知耻，世风变而愈下。说者谓新设各署须用专门人员，然则陆军度支各署须专门者，较农邮等部尤甚，安得如许人才而用之？新署所谓各员，稍具普通学识，即诧为奇才，旧署谨饬安分之士，往往不与吏部签分。又，不之及皓首沈沦，莫此为甚！固不可以资格而固贤才，亦不可以贤才而废资格，应将官缺规制酌改由吏部主持，此官制之宜改者也。

各署廉俸不一，朝廷特发津贴，作正开消。然外务部、农工商部、邮传部款项较充，津贴独优，度、民、陆等部次之，内阁、翰林院等又次之。若步军统领衙门仅给十成养廉，并无津贴，外务部储备使才，与各国国有交接，应仍旧外，其余若陆军部等军书旁午事倍于农邮等部，应统归一律，由度支部均匀按月津贴，此廉俸之宜均者也。^②

在此情境之下，我们相信，董曾之争既为部门利益，亦为个人饭碗，既有意见不和，又有意气之争。总之，董曾之争外化了部院积聚已有的矛盾，法部与大理院之间从长官到司员之间的关系彻底恶化。

三、两份清单

部院之间的矛盾公开化之后，时报议论颇多。^③ 随后便有沈家本与戴鸿

^① 光绪三十二年十一月十九日（~~宣统元年~~ 猿日）《大公报》。

^② 光绪三十四年四月十三日（~~宣统元年~~ 猿日）《申报》。

^③ 光绪三十三年三月初七日（~~宣统元年~~ 猿日）《申报》登载了一篇论说，题为《法部与大理院之权限问题》，开首即提到：法部与大理院争议权限问题，因之大起冲突，各报载之详矣。可见部院之争是当时报纸关注的焦点问题之一。

慈将调往他任的传言。^①处于风波中心的当事人又该如何行事呢？目前，我们尚未发现足以说明沈家本态度的相关资料，但法部尚书戴鸿慈对此事的态度与举措，则有书信等为证。部院之争给当时的重臣们所带来的巨大心理压力和在朝臣内部引发的剧烈震荡由此可见一斑。

戴鸿慈对此事颇为焦虑，无奈之下试图寻求外援。光绪三十三年二月三十日（源月 癸日），即在董曾之争后不久，戴鸿慈致函远在日本的同乡梁启超求援。这封求援信披露了不见于官方文档及当时报刊的重要信息，尤其是对法部堂官戴鸿慈的心态有着生动的揭示。戴鸿慈将沈家本在预备立宪以来的种种作为概括为“以阴柔手段，攘窃法权”，并“以一人之责任，兼三权而有之”。现将信中相关部分摘录于下：

自去年七月宣布预备立宪之旨，其后组织内阁，以各部为行政大臣，拟以察院改为立法部，以刑部改为司法省。嗣因察院御史不肯听裁，遂罢议立法一部，而刑部遂为司法衙署。惟枢密诸员，未明新学，故颁谕之始，即已含混不分疆界（谕云，以刑部改为法部专任司法，大理寺改为大理院专任裁判。）致令部院诸员，纷纷争议，互起冲突，山阴尚书（原脚注：山阴尚书，指浙江山阴人、刑部尚书葛宝华。）力主和平，甘居退让，而沈堂（大理院卿沈家本）乃以阴柔手段，攘窃法权，一切用行政区域划判区域事宜，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，自余修律大臣法律学馆，皆归一人之手，法部不过问焉。夫修律者，立法部之义务也，司法调度司法警察者，司法省之义务也，秋朝现审者，大审院之义务也，今以一人之责任，兼三权而有之（秋审大理院仍旧办事，不过令法部复核耳。）其不丛弊者几何。且以修律一事，即令公诸司法省，尚未符今日立宪国体制，何况立法者此人，执法者此人，委任检察局员各级审判局员者亦此人。窃恐宣布之后，译诸报章，为环球立宪国所指笑。是以不揣固陋，提议翻案，走蒙各堂采择，将调度、警察两事（修律尚未敢言）实行入告，奉旨依议，是两署皆有得旨遵办明文（院奏在前），会议数次，莫衷一是。而员司已各怀意见，城府甚深，不能复议。目下所援引为依据者，仅《日本现行法典》一部（内附裁判所构成法），其余欧西各国如何划分权限，尚未明晰。素仰我公热心为国，又复惠教谆谆，不以鄙人顽钝，不用擅发函电，冒渎神

^① 光绪三十三年三月初六（癸卯年 源月 癸日）《申报》专电栏目声称：内廷确实消息，沈家本调法部尚书，戴鸿慈调民政部尚书。

明,伏乞将两署权限详细解释,援引欧西(日本已有)各国现行法律为典据,其留学生之擅法律学及裁判专门者,乞将衔名住址籍贯开单列示,俾呈堂察阅,以充他日各级裁判之选。再地方审判,拟由直隶、奉天、江苏三省先行试办,应如何区划地段,能否代为画策?方今考验人员无及格者,开局费用如何筹拟?日本改良之始,经济困难必视我国为尤甚,其开办从何处着手?足下薄海闻人,必有以开其鄙塞,伏惟勿吝赐教。^①

从这封信中可以看出,部院之争的起因甚至可以追溯到官制改革谕旨颁布之前,而且它与沈戴二人之间的个人恩怨也有关系。^②梁在致好友徐佛苏的信中认为“大理院前经入奏,将一切用人行政区划审判区域修律各事,皆作为该院权限,恰恰倒置也”;“此事之曲,却不在法部,而在大理院”,“此事以学理断之,而已足矣”,并声言要帮助法部。^③

光绪三十三年四月三日(缘月 朔日),戴鸿慈经过一番筹划,单方面呈交了部院司法权限划分的折稿,即《法部尚书戴鸿慈等奏酌拟司法权限缮单呈揽折》。该折奏准后,发交大理院,身为大理院正卿的沈家本既不同意清单对大理院权限所做的过多限制,也不满法部单独上奏的做法,在六日后,就法部清单加具了案语,针锋相对地提出了大理院对于权限划分的意见。两份不同的清单引起了最高统治者的高度重视。部院之争终于闹上了朝堂。

在法部看来,法部官制和原来公布的法部节略在申明法部权限方面,“大端已具”,但在实践中,法部与大理院之间就司法权问题而产生的牵连纠葛,对司法改革产生了消极影响,故不得不予以解决。该折最引人注目的地方在于法部对于司法行政权的解释。法部将司法行政权拆解为司法权与行政权,对法部权限进行了扩大解释,并以清单的形式就法部与大理院之间的

① 梁启超:《与佛兄书》,载前揭丁文江、赵丰田编:《梁启超年谱长编》,第 744—745 页。

② 详见下文分析。

③ 前揭丁文江、赵丰田编:《梁启超年谱长编》,第 745 页。徐佛苏在回忆梁启超的文章中提及部院之争时曾说:“尤可笑者,例如当年之法部与大理院两署,常争论权限,又皆无精当之主张,而两署皆分途秘求梁先生代为确定主张及解释权限,甚至双方辩释之奏议公函,均出于先生一人之手,而双方各自诩主张之精辟。”见前揭丁文江、赵丰田编:《梁启超年谱长编》,第 745 页。就目前所能发现的材料而言,只能断定戴曾向梁求援而梁亦应允这一事实,至于梁是否代拟折稿或所拟折稿是否被法部采用,则有待进一步证实。就梁阅信后的态度来看,梁很可能拟写了折稿,不过内容可能仅限于说理部分。至于权限的细致划分,尤其是死刑复核权,戴在此信中只字未提,梁亦不太可能超越命题作文的范围。况且,死刑复核权内容较为复杂,亦非梁所擅长。所以,梁极有可能是戴鸿慈所动员的智囊之一。至于徐佛苏所言大理院也向梁启超求援,因缺少直接证据,故难以判断。

权限划分列举了十二个具体的细目。

法部对于司法行政权是这样理解的：

夫所谓司法者与审判分立，而大理院特为审判中最高之一级，盖审判权必级级独立，而后能保执法之不阿，而司法权则必层层监督，而后能防专断之流弊。考之东西各国，莫不皆然，此之谓司法行政权。由此析之，即分二义，一为司法，即王大臣原奏法部节略所称，大辟之案，由大理院或执法司详之法部，以及秋朝审大典，均听法部复核，此外恩赦特典，则由法部具奏等语。此臣部所有司法权之明证也。一为行政，即王大臣原奏官制清单第一条所开，法部管理民事刑事牢狱，并一切司法上之行政事务，监督大理院、直省执法司、高等审判厅、地方审判厅、乡谿局，及各厅局附设之司直局，调度检察事务等语。此臣部所有行政权之明证也。由行政权复析之曰区划权，曰调度权，曰执行权，曰任免权，即臣等核议官制奏称，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，皆系法部专政之事等语也。

在这里，法部试图从理论上为自身权限找到依据，这一企图在行文中表现得非常明显。但是法部在此犯了两个错误。

其一，法部首先将司法权等同于司法行政权，然后再将“司法行政权”拆解为“司法权”与行政权两个部分。从逻辑上讲，“司法权 越司法行政权 越司法权 垣行政权”的等式违反了同一律，因而是不能成立的。

其二，就当时所移植的日本司法制度模式而言，“司法权 越司法行政权 垣司法审判权”的理解大致是可以成立的。而法部所谓的“司法行政权 越司法权 垣行政权”，不仅对于“司法权”及“司法行政权”的理解与其本意相差太远，而且令人无法理解“司法权”的确切含义究竟是审判权还是监督权，“行政权”与“司法行政权”之间的关系也令人费解。

正如第一章所讨论的，由于官制改革方案及《法部职掌节略》赋予了法部不应有的审判权，才使得法部将司法行政权拆分为“司法权”加行政权的解释成为可能，而且初看起来似乎有根有据。在中国式的司法独立体制之下，司法权是由司法行政权与司法审判权两个部分组成的，法部拥有司法行政权，并且与大理院分享一部分司法审判权。法部先将法部权限固定为司法行政权，再将官制方案赋予它的“司法权”（审判权）纳入其内，试图说明“司法权”（审判权）是它固有的权力。它唯一合理之处就在于它是对法部职权的直接描述，所以很能迷惑人。因此，法部所奏呈的权限得到清廷的批

准也就不足为怪了。

据此 法部将其与大理院一直协商的有关事项进行了列举 对部院之间的权限划分类出清单如下：

夫司法一语之中 端绪之繁如此 而每一权之中 又各有其事项。现今臣部现审既交大理院接收 则臣部复核之事 即相因而至 民刑案件 各有轻重 大理院占最高裁判之一部分 则各级审判即待渐次设立 而接收民政部之预审 以及向来问刑衙门之现审 皆臣部所应预筹。司直一官 现拟改为检察 大理院中附设之检察总厅 本隶于臣部 而对于大理院为监督之机关 故王大臣原奏大理院官制清单第十二条 有总司直承法部尚书之命之明文 此外审判官自推丞以至推官 俱有会商请简会同奏补之语 是在在皆有彼此相涉之关系。此中认真经理 辄相龃龉 过事牵就 又虞放弃。臣等忝列膺重寄 不敢自负委任 仅就司法权限悉本王大臣原奏 兼采东西各国之长 择其切要者 逐条缮具清单 恭呈御览 请旨遵行。庶臣部有所率循 而法权可收统一之效 臣部幸甚 大局幸甚。

一、大理院自定死刑之案 咨送法部核定 将人犯送法部收监 仍由大理院主稿会同具奏。其秋后人犯于完案后 移送法部监禁 朝审册本由法部核议实缓 再由法部及钦派大臣复核 黄册专由法部进呈。

二、外省秋审事宜 仍照向章办理。

三、大理院自定军遣流徒之件 由大理院定稿后咨送法部查照例章办理。

四、大理院自定专案军流以下之件 由大理院自行具奏咨报法部备案。

五、高等审判厅、地方审判厅成立后 其死罪案件 分详部院 由大理院复核后 咨送法部核定 由法部主稿会同大理院具奏。其遣军流徒以下案件均详法部办理。

六、速议之件 外省奏请奉旨后 专由法部核议。如情罪不符者 咨交大理院 俟供勘到院后 援律驳正 仍由法部具奏。

七、汇案死罪之件 外省具奏奉旨交法部议奏者 应令各省将供勘分达部院 由大理院覆判 限十日咨送法部核定 即由法部具折覆奏。如有情罪未协者 仍咨大理院驳正。

八、外省寻常军流以下咨案 应由法部复核 笞杖等 造册报部。

九、大理院官制，因检察总厅隶于法部，及请简请补员缺，皆须会商，即应会同法部具奏。其推丞及总检察，由法部会同大理院请简，推事及检察，由法部会同大理院奏补。

十、各级审判厅官制员缺，及分辖区域设立处所，由法部主稿会同大理院具奏。

十一、法部监督各级审判厅、检察厅，由法部议定处分。

十二、死刑由法部宣告，令该管检察官监视行刑。其检察厅未成立以前，暂由法部派员会同原审官监视行刑。^①

法部的单方面入奏，使大理院失去了与之协商的机会，而该奏折允准之后，大理院几乎毫无回旋余地。在此情境之下，身为大理院正卿的沈家本，如果选择一条明哲保身的路径，接受朝廷的安排，那么，不仅此前的大理院内部改革和部院争权变得毫无意义，而且大理院也失去了其作为最高审判机关应有的尊严和地位，司法改革很可能会迷失方向，甚至有重新滑入行政统辖审判权的老路。可以想见，当时的大理院能否为审判独立而争，能否为自身尊严而战，在很大程度上取决于沈家本个人的勇气和胆识。所幸的是，沈家本不甘示弱，顶着巨大压力，对此做出了勇敢而不失分寸的回应。此举虽不至惊世骇俗，亦令法部与清廷大感意外。

沈家本在奏折中，首先阐明了对法部与大理院分工的认识，并说明司法独立是实行宪政的需要：

恭绎谕旨，原以法部与臣院同为司法之机关，法部所任系司法中之行政，臣院所掌系司法中之审判，界限分明可无疑义。司法独立，为异日宪政之始基，非谓从前刑部现审办理不善，故事更张也。

接着，大理院陈述了筹办大理院之难：

臣等恭承简命，夙府祗惧，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，故自去年十月以来，仅就素所深知者，于法部及各衙门前后奏调七八十员，以为开办之基础，绸缪数月，粗有端倪。

^① 《法部尚书戴鸿慈等奏酌拟司法权限缮单呈揽折》，前揭《大清法规大全·法律部》卷四《司法权限》，第 5553—5554 页。

大理院认为司法权限是“最难分析者”，“法部固以司法行政为职权，而臣院亦为司法之审判，其事皆有维系之故，即其权遂有互相出入之虞，宪法精理以裁判独立为要义，此东西各国之所同也”。“死罪必须法部复核，秋朝审必须法部核定，权限不清”，这与大理院“专掌审判”是相互矛盾的。但若将法部在此之上的职权“一切解去”，则“亦非事理之平”，因为，在裁判人才稀缺、外省刑政分立尚有待时日的情况之下，“沿用旧制”亦是不得已之举。大理院在这一点上能“见谅于法部”。

对于司法行政权应由法部行使这一点，大理院是予以肯定的。但大理院认为，“东西各国”，“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，故可由司法省大臣专任其事。”即便如此，大审院及控诉院判事，也兼充试验委员，并非“不预闻用人之事”。而中国人才短缺，司法改革不可能“悬事待人”。因此，大理院从各部院调用人才，实属不得已之举。而且“刑名判决关系至重”，如果大理院“不亲加试验，难期得力”。所以“应俟各学堂法律人才造就卓有成效，各省审判官俱由法部任用之后”，大理院用人之权，“亦归之法部”，“今兹尚非其时”。大理院希望在这一点上，能得到法部的谅解。

大理院还对法部未与其协商就单独入奏的作法表示了反感。“臣院与法部各堂官往返晤商，欲将彼此权限酌量定拟，合词请旨遵行。乃商未就绪，而法部已自行具奏”。法部清单已奏准，全部推翻业已不可能，大理院就法部已奏准的十二项权限清单表明了基本的态度，对于“已经商定者，及商而未定者，其中尚无窒碍各条”，“自当钦遵办理”；但对于第一条、第五条、第六条及第九条表示了异议，在法部清单每一条之下，加具案语，提出了修正意见。兹录于下：

一、大理院自定死刑之案，咨送法部核定，将人犯送法部收监，仍由大理院主稿会同具奏。其秋后人犯于完案后，移送法部监禁，朝审册本由法部核议迟缓，再由法部及钦派大臣复核，黄册专由法部进呈。谨案各国裁判制度，皆以大审院为全国最高裁判之地，定拟各案，惟死罪送交司法大臣执行，如情罪或有可原，则由司法大臣奏请减免，并无驳审之权。即厘订官制王大臣奏呈法部节略所称，法部只能监督裁判处理，其司法上之行政事务，不能干涉其裁判权是也。若大审院自定死刑之案，犹须咨送法部核定，似与原定官制节略及各国办法均不相符，窃恐贻笑外人，而治外法权之收回，迄无效果。臣等现拟通融办法，凡

臣院审定死罪之案,抄录经供奏底连折稿送由法部复核,会画以后,本系臣院自审及京师地方审判厅以上审理之案,查外省秋审人犯,必须各省自拟实缓,先行奏闻,则京师各审判衙门定拟秋审人犯,亦应由臣院审拟实缓,咨由法部核办,黄册则由法部进呈。

六、速议之件,外省奏请奉旨后,专由法部核复,如情罪不符者,咨交大理院,俟供勘到后,援律驳正,仍由法部具奏。谨案外省重大案件,如奉朱批法部速议具奏者,自应由法部核议。若情罪不符,既咨交臣院驳正,则具奏之日,亦应会同臣院,以备对明垂问。

七、汇案死罪之件,外省具奏奉旨交法部议奏者,应令各省将供勘分达部院,由大理院复核,限十日咨送法部核定,即由法部具折覆奏。如有情罪未协者,仍咨大理院驳正。谨案汇奏之件,既由臣院覆判,则检查例案及查核减等等项,恐需时日,拟于供勘到后,以二十日为限,咨送法部覆奏。若由臣院驳正者,仍须会衔具奏。

九、大理院官制,因检察总厅隶于法部,及请简请补员缺,皆须会商,即应会同法部具奏。其推丞及总检察,由法部会同大理院请简,推事及检察,由法部会同大理院奏补。谨案光绪三十二年九月二十日钦奉懿旨,大理寺着改为大理院,专掌审判,原拟各部院等衙门职掌事宜及员司名缺,仍着各该堂官自行核议,会同军机大臣奏明办理等因。钦此。臣等数月以来,业经核议竣事,今谓会同法部具奏,显与慈谕不符,似应仍遵原旨,由臣院会同军机大臣奏明办理。至检察总厅职掌,实与审判相关,盖各国之有检事者,藉以调查罪证,搜索案据。其宗旨在于护庇原告权利,与律师之为被告辩护者相对立,而监督裁判特其一端。该检事官厅,大都附设于裁判衙门,故大理院官制清单,列入检察各官,职是故也。至推丞推事等官,以今日开办伊始,应由臣院请简奏补,以一事权而免贻误。异日法学材多,法院编制法纂定颁行,自可部院会商,共同奏请。若检察厅丞及检察官,职任与审判相维系,而所司多行政事务,应俟官制奏定后,会同法部请简奏补。^①

在该折中,大理院的态度看起来近乎息事宁人,它认为改革过程中存在的大理院与法部权限出入的情形是不可避免的,因而双方应本着互谅的心

^① 大理院在奏折中表示对法部清单中的第一、第五、第六、第九项有异议,并加具案语提出了处理意见。但对照法部所奏清单,实际上应为第一、第六、第七、第九项。《大理院奏厘订司法权限折》(并清单案语),前揭《大清法规大全·法律部》卷四《司法权限》,第 555 页—556 页。

态,就具体问题协商。由于法部所奏已得到允准,所以肯定法部的重案复核权成为大理院讨价还价的底线。大理院只能在此前提下,为自己争取权力,以尽可能地向审判独立原则靠近。身为全国最高法院,大理院有着无法言说的无奈。

至此,大理院与法部的争论点集中在两点上:其一是行政权,其二是审判权。

就行政权而言,主要表现为人事权、行政区划权和司法警察的调度权。部院都承担着司法改革的任务,相互之间又有着天然的、千丝万缕的联系,随着筹设工作的深入,双方的矛盾也一步步地加深。大理院未与法部充分协调即从法部奏调干员、任命审判官员、接收民政部案件、筹建各级审判厅、划分司法区域等行为,在法部看来,均已冒犯了法部的专有权力——司法行政权。而在大理院看来,这些事项是筹备工作必不可少的事,大理院在筹备过程中行使一部分行政权力也是迫不得已的事。实际上,如果以“法部职掌司法行政,大理院掌审判”来划分它们在筹备司法改革中的权限,那么,大理院除了进行自身筹备工作之外,将无事可做。而且大理院作为最高审判机关积极参与司法改革,也并不是一件坏事。问题的关键并不在于大理院的参与,而在于大理院参与之后分割了法部的权力与权威,这才是真正令法部不能容忍的。

就审判权而言,大理院在既定方针之下不可能走得更远。大理院没有也不可能对法部的重案及死刑案件的复核权表示异议,相反,还在《大理院编制法》中对此加以确认。^①大理院认为由法部行使裁判权违背了裁判独立原则,是不能接受的。但考虑到新旧两种司法制度的衔接,同意法部像以前的刑部一样行使一部分重案及死刑案件的复核权,但要求大理院对于经其复核的案件有与法部一样的署名权。大理院此举并非仅为一个虚名。重案及死罪案件由法部复核,已是对传统司法制度的妥协了,如果大理院连最终署名权都没有的话,则大理院无异于沦为法部的办事机构,最高审判机关的地位将尽皆丧失,又何谈审判独立?所以,大理院争名事微,争地位、争审判独立才是关键。而法部则在法部官制中将重案复核权发展为对大理院审

^① 大理院之所以在制定本院官制之前奏准《大理院编制法》,原因就在于大理院官制制定后,要由官制改革王大臣审核,如果其内容不被认可,则可能会被否决,身为修律大臣的沈家本深知这一点的。而新法可由修律大臣直接奏准颁行,在程序上更为简便一些。大理院奏准《大理院审判编制法》无疑是借重了沈家本作为修律大臣与大理院正卿的双重身份。况且,大理院创设伊始,明确它在国家各机关中的地位比进行内部建设更为重要。

理案件的驳审权,显得咄咄逼人。

四、和衷妥议

法部与大理院针锋相对的奏折,引起了最高决策层的高度重视,但两宫对于这两份奏折也无从下手,莫衷一是。已被允准的法部奏折遭到大理院的奏驳,不仅有损清政府的颜面,也让清政府终于明白划分部院权限之难。清廷非常恼怒,在沈家本的奏折后面批谕,下令大理院与法部“和衷商办,不准各执意见”。^① 两宫于四月十二日(缘月 圆日)召见军机,同日调大理院正卿沈家本为法部右侍郎,调法部右侍郎张仁黼为大理院正卿^②;次日召见了沈家本和军机;四月十四日召见了张仁黼和军机。^③ 很显然,清廷了为了解决部院权限之争,颇费了一番思量。

人事变动改变了部院对立的紧张格局,在部院之间建立了一种微妙的平衡。沈家本调任为法部右侍郎,虽然在品级上未有改变,但毕竟置身于戴鸿慈手下,与昔日独当一面、可以单独奏事的大理院正卿在地位上有较大差距。而张仁黼则恰恰相反,地位不降反升。这一人事改变,不仅有杀鸡骇猴、让大理院与法部换位思考的意味,而且张仁黼曾为戴的部下,部院之间的纠葛遂演变成昔日的上下级之间的对话。张与戴的关系亦可视为部院关系的注脚:大理院虽然是全国最高法院,但其位次仍在法部之下;法部作为司法行政机关对于大理院的审判活动进行限制与监督也是理所当然的。这一人事变动的另一重深意是:沈家本地位的暗降明不降,在一定程度上削弱了他在部院事务中的影响力。当年盛宣怀(当时丁忧在上海)派驻北京刺探政情的陶湘,曾将这次争吵密报于盛:“大理院与法部因争权限事,屡烦两宫之劳顾。昨忽以沈张对调,乃请君入瓮之意。事固高妙,而臣下之办法愈难,政治终无起色。”^④

在经历了人事变动的“惶悚莫名”和连番召见之后,部院“连日晤商”,于四月二十日(缘月 猿日)达成一致意见,就原先部院相争的权限清单重新加以厘定,将法部原先奏呈的清单酌改了四条,并续增了一条,重列清单呈上:

① 《清实录》卷五百七十二。

② 前揭(清)朱寿朋编、张静庐等校注:《光绪朝东华录》,总第 缘页。

③ 光绪三十三年四月十三日(缘月 圆日)、四月十四日、四月十五日《大公报》。

④ 《辛亥革命前后·盛宣怀档案资料选辑之一》,上海人民出版社 缘年版,转引自前揭李贵连:《沈家本传》第 圆页。

一、大理院自定死刑案件,先行鈔錄紅供奏底,咨送法部復核,有無簽商於三日內片覆大理院,再由院備稿送部會畫,定期具奏,系立決人犯即送交法部收監,以便執行處決。秋後人犯於定案後,送由法部監禁。朝審冊本由法部核議實緩後,並照舊章奏請欽派大臣復核,黃冊專由法部進呈。

六、速議之件,外省奏請奉旨後,專由法部核議。如情罪不符者,咨交大理院,俟供勘到後,援律駁正,仍由法部繕折會同大理院具奏。

七、匯案死罪之件,外省具奏、奉旨交法部議奏者,應令各省將供勘分達部院,由大理院復核,限二十日咨法部核定,即由法部具折覆奏。如有情罪未協者,仍咨大理院駁正後,再行咨部繕折會同大理院具奏。

九、大理院官制擬會同法部具奏後,所有附設之總檢察廳丞及檢察官由法部會同大理院分別開單請簡請補,其刑科民科推丞應由部院會同妥商,將大理院審判得力人員開列清單,由部會院請簡,推事以下各官,即由院會部奏補,以收得人之效。

另加一條摺外省奏到部文後,即遵照新章,將死罪案件供勘分別咨達部院,听候大理院覆判,法部核定,如未經奉到部文之先,業已交部核議者,仍由法部照常辦理,以免參差。^①

由於大理院的據理力爭,在重罪及死罪案件的復核權上,和衷妥議方案不得不考慮大理院的意見,對大理院的權限稍稍予以擴大。大理院所爭得的僅僅是案件終審時的署名權。法部對於重案及死刑案件的復核權並沒有絲毫改變。而在人事權上,法部控制了大理院的人事任命權,並且將參與制定大理院官制。

這一場較量正是學界所說的部院之爭,也即本書緒論中所說的狹義的部院之爭。在多事之秋的丁未之年,大理院與法部的權限之爭,以維持行政司法機關制約司法審判的結果而暫時告一段落。一場風波之後,大理院並沒有爭得太多的權限,與審判獨立之間的差距仍然有相當一段距離。大理院根據“裁判獨立”原則據理力爭所得到的僅僅是共同署名權,恰似拿大炮打了一個蚊子,收穫太小,付出太多。而這,正是“大權統於朝廷”的指導思想所導致的必然結果。在既定方案所設計的由司法行政機關對審判權進行制約的大前提下,在法部的權限清單已獲允准的前提下,大理院不

^① 《法部大理院會奏遵旨和衷妥議部院權限折》(并清單), 同揭《大清法規大全·法律部》卷四《司法權限》, 第 525 頁—526 頁。

可能另辟蹊径,只能在法部原奏清单所定的狭小空间内展开。完全摒除法部对于审判权的染指,彻底实现审判独立,在当时只能是一个天真的幻想。退一步而言,大理院这样的要求都已招致如此大的争议,如果它胆敢提出完全排除司法行政机关对审判权的制约的要求,沈家本面临的就不是调任之类的命运安排了。

对于尚处于转型期的法部与大理院而言,职能上存在交叉与重叠是不可避免的。由于在部院及各级审判厅筹建阶段,大理院不可避免地要参与相关活动,如奏调本院人员,与民政部商讨司法警察及预审厅等事项。而与此同时,法部由于保留了原先刑部的一些权力,如主持会审,复核重案和死刑案,也要承担一部分审判权。正如前文所述,审判独立在当时不可能一蹴而就,必须分阶段地进行。严格依照各自职掌来划分权限,实现司法审判权与司法行政权完全彻底的划分,在当时也是不可能做到的。

清廷处理部院之争的方式在当时即引发物议。“调沈家本之补法部侍郎也,朝廷以沈在大理院时于独立审判持之甚坚,乃调法部以弭部院之冲突。然意见之是非可以调停而解除之,政体之是非不可混合而两全之。”^①部院之争提出的问题是体制问题和组织问题,而清廷仍然依赖于传统的局部的人事调整和平衡术,其结果必然只能是在表面上平息事端,而问题并没有得到真正解决。正如我们在和衷妥议方案中看到的那样,最为核心的审判独立问题反而被搁置了。在清廷的导演下,部院之争变成了对权力的重新分配和平衡。

这种决策的背后是清廷出于自身集权的考虑。如前所述,在中国式的三权分立之下,司法权是由司法行政权和司法审判权构成的,即由法部与大理院构成司法机关,并与其他行政机关形成对峙,其他行政机关无权干涉司法活动。这与此前的传统政体相比自然是一个进步,但这一构造,也使司法行政权有了制约审判权的最好理由和掩护:法部对大理院的制约是为了防止专断的流弊。实际上,司法行政权的本质是行政权,它制约审判权的最终目的,是为了实现皇权对司法的操控。所以,在“司法独立”的幌子下,审判独立无法实现。正因为如此,大理院提出“裁判独立”,而非“司法独立”,才真正命中了问题的要害,剑锋直指集权体制,并且掀起轩然大波。

部院之争虽然没有为大理院争得更多的权力,但它在法制史上的意义

^① 《沈家本曷为而入法部乎》,《申报》光绪三十三年四月二十七日(1907年 远月 苑日)。

十分重大。它将司法改革从“司法权与行政权的分立”推进到“司法行政权与审判权的分立”这一层次,并且在一定程度上撕破了“中国式的司法独立”的虚假面具,将人们的注意力引向“裁判独立”这一根本性的问题上来。自此以后,如何划分司法行政权与审判权之间的界限、如何实现裁判独立成了司法改革不可回避的问题。

部院之间的风波看似平息了,改革仍然在继续。

五、从《各级审判厅试办章程》、《法院编制法》到《死罪施行详细办法》

和衷妥议方案出台之后,司法改革的各项筹备工作划归法部主持,大理院在行政事务上的权力大大削弱。法部在与大理院的争斗中取得了一时之利,掌握了领导权,借助部门优势,实现了行政权对审判权的控制。处于十字路口的司法改革,自然倾向于以行政权制约司法权。但另一方面,我们也看到,既有大理院之设,就意味着法部的司法审判权逐渐被削弱,直至最终退出审判领域乃是大势所趋,法部对司法改革领导权的掌控并不能改变这一点。不仅如此,法部还必须领导司法改革向着司法独立的方向努力。综合这两个方面来看,法部对领导权的掌握为行政权力向司法领域渗透提供了便利,造成了司法系统内部的行政色彩相对浓厚的结果。于是,中国的司法体制在晚清时即显示出了这样一种表与里的相悖:从整个体制和内部结构来看,司法独立是可能的,也是可以实现的,司法独立拥有一副非常漂亮的外壳,而大理院就是这个外壳最为耀眼的装饰,但从精神实质上来说,这副外壳的内部却可能由于行政权力的渗透而千疮百孔,司法独立仍然步履维艰。

在部院成立后,法部与大理院在晚清新政这个舞台上进行了充分的表演,司法改革的效果也因法部与大理院权力大小的变化而不同,司法改革如同一幅色彩斑驳的画面,法部和大理院在各自的影响范围内,留下了浓淡不均、深浅不一的印记。

和衷妥议后,大理院主要集中精力完善自身建设,将重点放在审判案件上。张仁黼在其署理大理院期间^①忙于对大理院进行内部调整,完善审判制度。由于新式审判无据可依,张仁黼打算调取天津审判厅的成案,以做参

^① 光绪三十三年七月初五日张仁黼调任吏部左侍郎。大理院正卿著英瑞补授,英瑞未到任之前著张暂行兼署。上谕见光绪三十三年七月初六日(愿月 朔日)《申报》。

考^①添设陪审官^②与法部商议确定如下事项:其一,刑事案件与民事案件的分类标准与裁判依据;其二,实行公开宣判;其三,审判官可以视情形要求诉讼人交付保证金或提供保证人。^③张仁黼还打算设立裁判学馆,用以培植法官。后来又奏设了详谏处,专司外省命案,^④并为高等审判厅及内外城审判厅奏请经费。^⑤如此种种,不一而足。

与大理院专注于内务不同,法部在第二阶段即由京师向地方推进的司法改革中担负起领导者的角色。

与中央一样,清末地方司法改革是官制改革的一部分。地方官制改革方案延续了由司法行政机关制约审判机关的思路。光绪三十三年五月二十七日(戊辰年 苑月 苑日),地方官制改革方案颁布。在司法制度方面,它规定各省设提法司,置提法使,管理司法行政,监督各级审判厅,调度检察事务,并规定设立高等地方和初级审判厅。^⑥提法使与各级审判厅的关系也就是法部与大理院关系的翻版。在具体操作层面上,清政府走了一条较为稳妥的路子,即“先试点,后推广”。同日,清廷发布了《各直省官制先由东三省开办俟有成效逐渐推广谕》,择定由东三省开始进行地方官制改革,“风气渐开”的直隶、江苏择地先行试办。

在地方官制颁布以前,新式审判实际上已经试办,其中成绩显著者当首推时任直隶总督的袁世凯。袁世凯于光绪三十三年六月初十日(苑月 癸日)上奏汇报了天津试办审判的情形。^⑦据袁奏折所称,袁世凯于光绪三十三年二月率先在天津成立各级审判厅,设立该审判厅的依据有二,一是中央官制改革谕旨中设立法部与大理院,实行“司法”与审判分立的精神;二是《大理院审判编制法》规定的四级审判机构,其“设在外省者,曰高等审判厅,曰地方审判厅,曰乡谏局,各有限制,秩然不紊”。袁在试办过程中采取了先定章程后设审判厅的做法。他于光绪三十二年底即饬令天津府县组织

① 光绪三十三年五月二十三日(苑月 圆日)《申报》。

② 光绪三十三年六月二十二日(苑月 癸日)《申报》报道“大理院添设陪审官”,其文如下:大理院张正卿到任以后,力求整顿,对于审判一事尤为留心。现已议定,遇有应讯之案,派正审官一员,陪审官四员。如正审官讯断失平或有见不到处,准陪审官接话询问案情缘由,商酌办理,并即随时回堂详核再办以重人命。

③ 光绪三十三年六月二十五日(愿月 猿日)《申报》。

④ 光绪三十三年七月初八(愿月 员日)《申报》。

⑤ 光绪三十三年七月十一日(愿月 辰日)《申报》。

⑥ 《总司核定官制大臣奕劻等奏续订各直省官制情形折》,前揭故宫明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》,第 缘苑页、第 缘苑页。

⑦ 前揭(清)朱寿朋编、张静庐等校注:《光绪朝东华录》,总第 缘苑页。

谙习法律之人及法政学校毕业生草拟章程,几易其稿,最终编定章程。依此章程,在天津府设立高等审判厅,在天津县设立地方审判厅,在天津城乡“匀设乡谳局四处”。在各厅担任审判工作的人员有三个来源:一是留学日本的法政毕业生之成绩优异者,二是平时对审判案件研习有素者,三是原县发审各员之考选优异者。这些人员经考试甄别后,分别派充。诉讼审判程序参照日本的做法,分为民事诉讼与刑事诉讼。对于刑事诉讼,特设预审官,对案情复杂者先行预审。并设立书记生,“写状录供,整理公牒”;设立承发吏,“收受民事诉状,递送文书传票”;设置司法巡警,执行“搜查、逮捕、执行、处刑”事项。此外,设待质所以居留证人,设管收所收管尚未定罪但不可保释之人犯。同时对诉讼费用及承发吏的规费也作了相应规定,“费省而事便”。天津试办新式审判并不是实行全面的改革,而是尽量利用已有的条件,如以地方府县兼各厅长之职,这是因为“报案移文既用守令印信,一切布置建筑不能使府县不任责成”。

袁世凯在新式审判方面的改革令人耳目一新:案件由专门的审判厅审理并判决,有别于传统的行政机关兼理司法,审判人员的专业化强化了审判机关与其他行政机关的区别;区分民事诉讼与刑事诉讼,适用不同程序,民事“立法不妨从宽”,刑事则“推鞠不可不慎”,并设立预审官,这与“民刑不分”的传统司法特征形成了很大反差。

天津试办新式审判厅非常成功。自其成立以来,“试办数月,积牍一空,民间称便”,就连外国人也有许多到堂呈诉而请求审断的,他们“于过堂时则脱帽致敬,于结案时则照交讼费,悉遵该厅章程”。^①这一前所未有的现象,不仅令袁深信此后司法独立之进步改良“尚非难事”,而且也大大地鼓舞了国人。通过改革司法制度收回领事裁判权这条路看来是走对了。在中央法部与大理院为权限之事大为争执之际,在地方官制改革因督抚们反对而使司法独立难以推行之时,袁世凯在天津试办新式审判成功,不仅坚定了清廷继续进行司法改革的决心,而且也在全中国设立各级审判机构提供了经验。

^① 天津试办审判的成效也见诸报端。光绪三十三年二月二十五日(猿月 癸卯日)《盛京时报》“各省要闻”栏目有一则报道,兹录于下:天津开办审判厅之效果◎二十日下午四时,有俄国人毕来伊夫与毛起林钱债纠葛,约同毛起林亲往审判厅,遵例买状纸粘贴印花呈请公判。取呈处以其为外国人,囑令暂候,俟请部长示再取。该洋人言:“中国已开文明公堂,我等自然直接告状。嗣由部长派李仲涓大令会同会审官及书记官审讯。该洋人到堂时鞠躬侍立,颇善华语。当审得毛起林实有短欠伊款情事,经李大令判令,毛起林两日缴清。该洋人鞠躬陈谢,并言届时再来亲领。撤回各国领事裁判权,此其权兴与乎?此则消息可作为袁之奏折之补证。”

与依据。

司法制度改革所带来的新气象不仅只在天津才能感受到。在京师,由于大理院成立较早,在沈家本的努力之下,审判上的革新虽然不如天津的力度大,但也颇引人注目。光绪三十三年三月十八日(源月 猿日)《盛京时报》有如下报道:

大理院裁判之文明◎大理院开办后,除由内外两厅及提署新送各案处,只法部移交现审案件五十余起,沈子敦正卿终日在本署督飭各司员认真裁判,随到随结,并原被告过堂时亦免去长跪叩头循节,以振民气而养民耻,故近日往该院呈现诉者无不口碑载道云。

部院成立之后,在全国设立各级审判厅就成为司法改革的重中之重。地方尤其是天津试办审判的经验,为由京师向地方推行的司法改革提供了可供效仿的样板。就京师而言,光绪三十三年十一月《法部奏陈开办京师各级审判厅情形折》^①对人事权、司法区划权和案件移交等事宜作了相应规定,声明京师各级审判厅的筹备工作由法部负责,而在先前的《大理院审判编制法》中,京师各级审判厅局的筹设工作是大理院的职权范围。这意味着大理院将不再负责具体的筹备工作,法部得以在司法行政事务中独当一面。由京师而全国,法部接下来的工作就是将全国各级审判厅局的筹备工作纳入议事日程,并见之于行动。先前颁布的《大理院审判编制法》虽然涉及到各级审判厅局的筹设,但其效力只及于京师一地,且过多反映了大理院的意图,法部于是在天津审判章程的基础上^②,参考了《法院编制法》草案^③,于光绪三十三年十月二十九日(癸月 源日)奏准了《各级审判厅试办章程》。^④

① 前揭(清)朱寿朋编、张静庐等校注:《光绪朝东华录》,总第 缘 缘 缘 缘 缘 缘 页。

② 《法部奏酌拟各级审判厅试办章程折》中评价天津新式审判章程曰:“当法律未备之时,为权宜开办之计,调和新旧,最称允协,洵足为前事之师。前揭《大清法规大全·法律部》卷七《审判》,第 缘 缘 缘 页。

③ 《法部奏酌拟各级审判厅试办章程折》中提及该章程参考了《法院编制法》草案,并力求与之保持一致:“复取修律大臣沈家本奏呈法院编制法草案详加参对,务期损益适中,悉臻妥善。”前揭《大清法规大全·法律部》卷七《审判》,第 缘 缘 缘 页。《各级审判厅试办章程》还直接引用了《法院编制法》草案中的条文。其第六条规定:“各级审判厅管辖之民刑案件依《法院编制法》草案第二、第三、第四三章办理。第二十九条规定:“法庭秩序依《法院编制法》草案第十一章各条办理。前揭《大清法规大全·法律部》卷七《审判》,第 缘 缘 缘 页,第 缘 缘 缘 页。虽然《各级审判厅试办章程》最终会被《法院编制法》所取代,但是正式立法援用法规草案的做法,在立法史上也实属罕见。

④ 该折末尾有“臣等日与编纂各员及该厅丞等迭次讨论重加考正,并将草案抄交臣院逐条详覆,意见亦复相同”之句,故该法虽在《大清法规大全》及《光绪东华录》中均署名为法部所奏,但极有可能是法部与大理院共同会奏的,或者至少得到了大理院的认可。

该章程分总纲、审判通则、诉讼、各级检察厅通则和附则五章，共一百二十条，对审判原则、民事刑事诉讼程序做了全面规定，为在全国建立四级三审制提供了法律依据。由于该法面向全国，部院关系不属于该法调整的范围，但在部院之争中得以巩固的“以司法行政机关制约审判机关”的思路在该法中继续贯彻，集中表现在第九十七条关于检察院的规定中。该条规定：检察官统属于法部大臣，受节制于其长。对于审判厅独立行其职务，其职权如左：（一）刑事提起公诉；（二）收受诉状请求预审及公判；（三）指挥司法警察官逮捕犯罪者；（四）调查事实收集证据；（五）民事保护公益陈述意见；（六）监督审判并纠正违误；（七）监视判决之执行；（八）查核审判统计表。这样，法部通过对检察院系统的领导而实现对审判系统的制约。此外，该法还对部院曾经争执过但未有确定方案的司法警察及区域划分问题作了明确规定。这里已看不到大理院的半点影响，大理院似乎已全然退出所有与司法行政相关的事务。法部领导着全国的司法改革工作，它提出立法建议并且获准通过实施，大张旗鼓地展开对全国司法系统的改造，法部在司法体制中的地位日益巩固。我们有理由相信，在妥议方案公布后半年的时间内，法部无论是在京师，还是在全国，都已取得了筹备各级审判厅的绝对领导权。

光绪三十四年八月一日（~~1908~~年 愿月 愿日），清廷批准了宪政编查馆与资政院奏呈的《宪法大纲》、《议院法要领》、《选举法要领》和《逐年筹备事宜清单》。其中，《钦定宪法大纲》确定了三权分立的国家政体，以宪法的形式限制了君权，明确了建立君主立宪制的奋斗目标^①，而《逐年筹备事宜清单》作为筹备立宪的总体规划方案，使预备立宪进入到实质性阶段。清廷责成内外臣工按照清单依限举办，每届六个月汇报一次筹办成绩。^②《逐年筹备事宜清单》罗列了由中央各部院分头负责的事项，法部的主要任务，一是修改新刑律，与修订法律大臣同办；二是筹办各级审判厅，与各省督抚同办。

相应地，法部于宣统元年闰二月二十七日（~~1909~~年 源月 圆日）奏呈了分期筹办清单。法部首先报告了自光绪三十三年十一月间创设京师各级裁判厅局以来已经完成的改革事项包括：奏请并交宪政编查馆核议《各级审判厅试办章程》和《各省提法司衙门官制》，奏准试办《京师诉讼状纸简明章程》、

^① 《钦定宪法大纲》和《逐年筹备事宜清单》全文见于前揭《大清法规大全·宪政部》卷四《筹备立宪一》，第 圆政一—圆政四页和第 圆政四—圆政五页。

^② 《九年预备立宪逐年推行筹备事宜谕》，前揭《大清法规大全·宪政部》卷首《谕旨》，第 圆政一—圆政二页，并见前揭故宫明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》，第 圆政页。

《司法警察及营翼地方办事章程》。接着,法部臚列了分期筹办司法行政的清单。法部的筹办事项计有如下十三项:

- (一) 筹设京师各级审判厅、检察厅;
- (二) 修改、筹办实施新刑律;
- (三) 规划司法统计事宜;
- (四) 编订并奏请实施法官惩戒章程;
- (五) 筹办京师模范监狱;
- (六) 编订并奏请通行审判厅试办章程;
- (七) 推广诉讼状纸;
- (八) 编订并奏请实行、修改法官进级章程、法官补缺轮次表;
- (九) 编订并奏请颁布司法警察职务章程;
- (十) 编订并奏请颁布监狱规则监狱官吏惩罚规则;
- (十一) 编订并奏请颁布、实行登记章程(注 指权利登记制度);
- (十二) 奏请简放各省提法使;
- (十三) 编订并奏请颁布、实行法官考试章程任用章程官俸章程。^①

可见,法部对于全国的司法改革已有一个较为详细具体的通盘考虑,按照这份清单,全面的司法改革将渐次展开。

法部在该份奏折中还诉说了其所面临的困境:自改定官制之后,法部“新旧兼营,事同创始。既苦于权限之难清而有时扞格,复绌于财政之不逮而无力扩充。以审判甫谋分立,法学尚少专家,新律正待折衷,政俗犹拘故步”,故而“朝夕惴惴,深恐以畏难自阻,致蹈因循”。“权限难清”当指部院权限划分一事,而“因循”恰是此前慈禧痛斥戴鸿慈的说辞。在奏折末尾,法部又再次重申:“各国立宪政体均以三权分立为要义,臣部改制方新,一张一弛之间,岂敢稍存矜张之见?然或因法权所系,未容以放弃自安,或因政体攸关,又难以简陋自隘”。对照同一时期邮传部、农工商部、民政部、吏部、学部、礼部及大理院所奏逐年筹备折件,均无此等表白。法部这番话无非表达了两层含义:其一,司法改革困难重重,法部此前的“因循”亦有不得已的苦衷;其二,既然朝廷将司法改革的重任交与法部,法部唯有下定决心,排除部门私利,尽力完成任务。表面上看,法部是在为将来工作可能出现的疏忽请求清政府的理解,而实际上,曲意承欢的表象难掩法部终于走出了部院之争

^① 《法部奏统筹司法行政事宜分期办法折》,前揭故宫明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》,第 1048—1050 页。

的阴影、重掌大权的得意之情。《逐年筹备清单》再次肯定了法部的重要地位，是法部重又振作的机会。但从另一个角度来看，“朝夕惴惴”的说法亦非虚言，此前部院之争所引起的变故影响深远，至少在朝臣们的心理上形成了难以去除的印记。清末政局动荡，派系纷争，朝臣们的恩宠荣辱往往朝得夕逝，故而戴鸿慈有此心态，亦不足怪矣。

《逐年筹备事宜清单》对大理院所须承担的筹备事项未加规定。大理院于宣统元年三月初八日（~~1911~~年 源月 國日）自行提出了本院的筹备事宜，计有三项：其一是建筑法庭、改造看守所，其二是遣员出洋实地练习，其三是编刻判决录。而这三项能否举行，“胥视款之有无为断”。^①由于缺少合法性依据，经历了部院之争以后，大理院迅速退出司法行政领域，将其注意力集中于自身建设和审判事务。

宣统元年颁布的《法院编制法》肯定了此前改革的成果，并且明确规定了法部与大理院的职权范围，奏请该法颁布的奏折中声明“凡以前法部大理院权限未清之处，自此次法院编制法颁行以后，即应各专责成”，并重申了法部与大理院的权限：“拟请嗣后属于全国司法上之行政事务，如任用法官、划分区域以及一切行政上调查执行各项既应钦遵筹备事宜清单筹办者，统由法部总理主持，勿庸会同大理院办理，其属于最高审判暨统一解释法令事务即由大理院钦遵国家法律办理，所有该院现审死罪案件勿庸咨送法部复核，以重审判独立之权。”^②该法的目的在于落实审判厅“级级独立”和检察厅对审判厅行使“层层监督”之权。因此，必须排除其他行政权对司法领域的干预。同日颁布的谕旨重申了审判独立原则：“嗣后各审判衙门，朝廷既予以独立执法之权，行政各官即不准干涉”。但是，传统司法体制存在的多头司法、司法权分散的状况显然无法立时清除，如宗室案件、蒙古死罪案件和秋朝审案件都是特例。

宗室案件的受理分为三种情况，其一，民事两造俱属有爵宗室者，由宗人府自行办理，其二，其余案件分别归审判机关受理。具体而言，宗室觉罗与旗民涉讼案件由高等审判厅审理，刑事案件，凡宗室有犯在流遣以上，由大理院审判，徒罪以下及觉罗有犯均由高等审判厅审理，不服者可上诉于大

^① 《大理院奏筹备关系立宪事宜折》，前揭故宫明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》，第 106 页。

^② 《宪政编查馆奏核定法院编制法并另拟各项章程折》，前揭《大清法规大全·法律部》卷四《司法权限》，第 106 页。

理院。^①至于秋朝审案件,因为新刑律尚未颁布,秋朝审照旧由法部办理。^②蒙古死罪案件仍然由理藩院参与审理,直至宣统二年,废除秋朝审之后,法部才不再染指司法审判。^③而蒙古死罪案件由于其特殊性,直至宣统二年仍然由理藩院主稿大理院复判。^④

《法院编制法》的颁布基本上终结了部院之间对于权限问题的争执,部院权限划分也有了切实的依凭。

部院之争时曾对死罪复核权进行过激烈的争执,而和衷妥协方案以列举的形式所确定的死罪复核基本程序,只是出于平息部院矛盾、平衡权力的权宜之计,并不符合审判独立原则。对此敏感问题,奏准《法院编制法》的奏折中只言及大理院现审死罪案件“勿庸咨送法部复核”,而其他各类死罪案件应该如何复核,尚无答案。由于应对此做出详细规定的《刑事诉讼法》一直未能颁行,所以,死罪复核办法一直付诸阙如。法部于宣统二年(1910年)提出了处理办法,宪政编查馆奉旨对之进行核复,于二月二十九日(源月愿日)奏准了《死罪施行详细办法》。^⑤它不仅将大理院与法部在死罪复核方面的权限予以细化,而且建立了审判监督制度,并且重新界定了大理院的受案范围。它解决了《法院编制法》遗留下来的问题,在诉讼律尚未颁布时,起到了部分代替诉讼法的作用,向审判独立又前进了一步。《死罪施行详细办法》可以说是晚清关于审判独立问题的最后文件。一个月后,宪政编查馆将《死罪施行详细办法》及《法院编制法》颁布时的特旨内容择要抄奏,咨行会议政务处,再次强调了当下须着意遵行之事。第一历史档案馆会议政务处全宗中收有宪政编查馆的如下咨文,日期均为宣统二年三月二十八日(缘月苑日):

奏准宪政编查馆具奏大理院现审死罪均由总检察厅依法起诉等办法由
奏准宪政编查馆抄奏京外高等以下审判厅原判错误由检察厅提起再

^① 宗室与觉罗都属皇族,远近不同。清第一代皇帝太祖之父的本支是宗室,伯叔兄弟是觉罗。参见张德泽:《清代国家机关考略》,学苑出版社 1995 年版,第 152 页。关于清末宗室案件审理的问题,详见下一章介绍。

^② 《宪政编查馆奏核订法院编制法并另拟各项章程折》,前揭《大清法规大全·法律部》卷四《司法权限》,第 155 页。

^③ 《宪政编查馆奏核复修订法律大臣奏变通秋审复核旧制折》,前揭《大清法规大全续编·法律部》。

^④ 《大清法规大全续编·法律部》卷二《变通旧律例》。

^⑤ 《宪政编查馆奏核议法部奏酌议死罪施行详细办法折》,前揭《大清法规大全续编·法律部》卷二《变通旧律例》。

审由

猿宪政编查馆抄奏外省未设审判厅地方遣流以下案件均应分别报部由

源宪政编查馆抄奏京外已设审判衙门已未判决案件仍应按月汇报由

缘宪政编查馆抄奏审判各厅所订遣流等案分别按月按季汇报法部由

述宪政编查馆抄奏向由各衙门奏交院审各犯统改奏交为咨交等办法由

苑宪政编查馆抄奏大理院现审死罪案件毋庸咨送法部复核以清权限由

愿宪政编查馆抄奏服制情轻应夹签声叙量减等办法由

怨宪政编查馆抄奏直隶各级审判厅司法行政监督权限以法院编制法为准则^①

这九项咨文中,第七项与第九项是对《法院编制法》中相关规定的强调,其余七项来自《死罪施行详细办法》。宪政编查馆将上述九项文件于同一天咨交会议政务处,不是没有用意的。如前所述,在《法院编制法》颁布之后,就大理院和法部的权限而言,有了一个明确的划分,但对于死罪复核的具体程序,还欠缺一个细致的执行方案。宪政编查馆一面制定详细办法,一面重申《法院编制法》中确定的基本原则,即大理院掌审判之事,法部掌司法上行政之事,力求在《法院编制法》与《死罪施行详细办法》之间进行衔接,巩固此前的改革成果。至此,清末关于司法行政与审判权界限问题有了一个较为彻底的解决方案。虽然秋审仍由法部主办,蒙古死罪案件仍由理藩院主稿大理院覆判,但总的来说,从 1905 年 9 月设立法部与大理院至 1909 年《死刑施行详细办法》出台,在不到五年的时间里,晚清政府基本上构建了一个较为完整的近代司法制度的框架,并且在细节处也多有建树,传统司法制度向近代的转型可谓快速。

在部院达成和衷妥议方案之后,部院之间似乎已再无争执。实际上,对照和衷妥议方案与《死刑施行详细办法》,就可以看出,法部在司法审判领域的权力已基本撤除。难道法部在这一过程中就没有再为自己部门的利益争辩过吗?按常理推断,由于部院因为权限之争已引致朝廷震怒和人事调动,故部院都不至于再将权限之争公开化,但部院以其他形式或通过其他途径

^① 第一历史档案馆会议政务处全宗(全宗号 7000),九项咨文的顺序号均为 7004,文件号依次为 7004.1、7004.2、7004.3、7004.4、7004.5、7004.6、7004.7、7004.8、7004.9。

为部门争权,仍然是可能的,尤其是法部,在扩张权力方面有着得天独厚的便利条件。笔者在第一历史档案馆中发现了《法部尚书戴鸿慈关于司法官制的说帖》^①,证实上述推断是合理的。该说帖标明日期为宣统元年闰二月十二日(1911年 源月 圆日),在《法院编制法》颁布之前。此一说帖是戴鸿慈为回应御史徐定超关于厘定司法官制的奏折而作。徐定超的奏折曾就各省案件的复核、总检察厅长是否由部院会同请简、司法统计、设地方提法司等事项发表过意见,涉及到部院在这些事项上的分工与职责分配。^②徐定超基本上倾向于主张由法部在这些事务中起主导作用,因此,戴鸿慈在其说帖中基本上同意了徐定超的意见,并对其大加赞扬。

在该说帖中,戴鸿慈不再强调司法行政权由司法权与行政权构成,他对于部院关系的认识与两年前相比已大不相同:

谨按立宪各国司法省监督四级裁判所,调度各级检事局,为司法上行政机关,大审院专任裁判,受理地方裁判所以上之上诉案件,为司法上裁判机关,大审院长仅监督本院事务,至总检察长为监察大审院而设,与该院居对等地位,惟司法大臣得奏请敕任。此东西各国通行公例,职权所在,毫不相混也。我国既采司法独立之制,法部自应有监督大理院之权,复核官制王大臣原奏清单内业已载明。

在戴鸿慈看来,法部具有监督大理院的职权,这是自官制改革之始就确定下来的原则与制度,虽然司法独立,但大理院仍受法部司法行政权的监督。以此为据,法部在死罪复核上仍有凌驾于大理院之上的权力。对于各省案件的复核,法部同意徐定超所言“由院覆判咨部核定具奏,如情罪未协,仍咨院驳正,再行覆部会奏,往返咨移有稽时日”,认为“嗣后应以复核责之法部,毋庸会稿,各省亦毋庸分达以省烦牍而资捷速”,至“大理院案件无论已结未结,由该院按月咨报法部,会同具奏”。

和衷妥议方案规定总检察厅丞由法部会同大理院请补,刑科民科推丞由部院会同妥商。徐定超认为,“总检察厅之于大理院有监察纠正之权”,如果由大理院卿参与会保则不能保证其独立检察。戴鸿慈也称“总检察厅隶于法部,对于院有辅助及匡救之责”,称赞徐的见解“于设官相维之意洞见本

^① 法部档案全宗(全宗号 源卷源圆号) 顺序号 圆源源

^② 徐定超的奏折即《御史徐定超奏司法官制关系宪法始基应加厚正统一折》,日期为宣统元年二月二十七日(1911年 猿月 愿日),收录于前揭故宫明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》,第 愿源—愿源页。

原”。戴认为“ 检察厅为司法行政官 ,应统属于法部 ”,故“ 嗣后总检察厅丞专由法部预保临时开单请简 ”,并且进一步提出 ,该厅内之检察主簿也一并由法部奏补。另外 ,总检察厅经费原由大理院支领 ,现既然该厅改归法部专管 ,则由法部于大理院所分罚金内提出该厅经费 ,按季支发。

在司法统计上 ,徐定超认为大理院与法部的统计表“ 重见复出 ”,“ 不啻有二司法部 ”,参照各国办法 ,应由法部汇办。大理院的统计仍然可以自行办理 ,另录一份咨送法部。

在早先的地方官制改革方案中 ,就已规定提法司直隶于法部而节制于督抚 ,负责筹设各地各级审判检察机关。徐定超建议提法司应在三年内一律设立。法部对此表示赞同。

我们暂时撇开徐定超的立场不说 ,单就他所提的各项建议而言 ,第一项涉及审判事务 ,其余三项均涉及司法行政事务。在司法行政事务上 ,他主张总检察厅丞由法部单独请简、司法统计由法部统一汇办 ,早日设立提法司以筹备各地审判检察机关 ,这些事项表面看起来并没有对大理院不利的地方。一旦联系部院之争的全过程来看法部对徐的建议的表态 ,就并非如此简单了。因总检察厅与大理院合署办公 ,部院此前已就相关人事权进行过争执 ,和衷妥议方案规定总检察厅丞及推丞的任命由部院会同办理 ,旨在部院之间达成平衡 ,而法部独揽任命权 ,则打破了这一平衡 ;司法统计由法部汇办本是情理之中的事情 ,但徐所言大理院参与统计 ,致使“ 有二司法部 ”,可能才是真正打动法部的地方 ;至于建议三年内在地方完成提法司的改设 ,实质上是要将法部对于大理院的监督模式扩展到地方 ,并且通过直隶于法部的提法司将法部的权力从京城伸展到全国。这些建议在强调法部权力的同时 ,对于大理院则是无形的压力。而徐定超对于审判事务即各省案件的复核程序问题 ,主张由法部独揽案件的复核权 ,完全将大理院排除出各省案件的终审程序 ,就重又退回到过去刑部主审案件的老路上去了。其时 ,《各级审判厅试办章程》已颁布 ,《法院编制法》草案已形成^① ,法部无视这些已有

^① 《法院编制法》第十六章《司法行政之职务及监督权》对司法监督权作了详细规定。第一百五十九条对于监督权的内容规定如下 :其一是“ 有废弛职务及侵越者应加儆告使之劝慎 ”,其二是“ 有行止不检者应加儆告使之悔改 ”。这两项权力只及于审判员与检察官 ,丝毫不涉及对案件的监督与复核。前掲《宪政编查馆奏核定法院编制法并另拟各项章程折》,前掲《大清法规大全·法律部》卷四《司法权限》,第 511 页。虽然戴鸿慈作此说帖时《法院编制法》仍为草案 ,但其内容与颁布时应该相差不大。因此 ,可以推断戴是在明知《法院编制法》立法原意的前提下 ,仍然附和徐定超的意见 ,并且力申法部的权力。

的司法改革成果 居然以“省烦牍”、“捷速”为由赞成取消大理院对各省案件的复核权。这说明法部仍然不甘心退出审判事务。如果说此前部院为权限划分之事而短兵相接尚且情有可原 那么 在司法改革的大方向业已确定之后 御史和法部的唱和 分明是分权与宪政潮流下的一股暗流。他们罔顾全局 逆流而动 仍然对审判权念念不放 孜孜于扩大部门利益 这已不仅仅是个人见识所致 而是传统集权体制与意识在一朝得势之后必然产生的反弹。由法部的表现联系张之洞反对司法改革、反对分割督抚大权来看 从中央到地方 司法制度的近代转型遇到了传统体制的顽强抵抗。作为地方表率的地方司法行政机关尚且如此 各地政府的阻挠与反对又何足为怪呢？

尽管如此 晚清的司法改革仍然是卓有成效的，《各级审判厅试办章程》、《法院编制法》及此后的《死罪施行详细办法》的相继出台就是明证 它们的存在说明晚清至少在制度层面上实现了审判独立。晚清结束前 由部院之争所引发出来的司法行政权与审判权的划分问题有了一个较为圆满的结局。由于诸多大臣们的反对与阻挠 诉讼律一直未能颁布 部院之争的成果也未能以诉讼律的形式表达出来 这不能不说是一个遗憾 而作为中央司法行政机关的法部 始终未曾放弃对审判权的觊觎。这令我们看到 在建立近代司法制度的过程中 仍然充满着明争暗斗 在一路西向的航程中 仍然充满着暗礁和暗流。

下面让我们将目光投向事件中的人。部院之争的主角乃朝中重臣，参加者亦众 其中既有殚精竭虑者 亦不乏慷慨激昂者 但因为资料缺乏的原因 本书只能拣选部院长官作为观察对象 以期勾勒一个大致完整的图景。

第三节 部院之争三大臣

光绪三十二年九月二十日（~~癸卯年~~ 庚戌年 八月 远日）清廷发布改革中央各衙门官制谕 次日即任命了各部院尚书。法部尚书为戴鸿慈 左侍郎绍昌 右侍郎张仁黼。同日谕令沈家本为大理院正卿 秩正二品 刘若曾为大理院少卿 秩正三品。^① 同日任命的戴鸿慈、沈家本即为日后部院之争的主角 张仁黼亦因部院之争而调任大理院正卿 有关部院之争的最后妥议是在戴与张之间达成的。他们既是部院之争事件的主导者 也是清末司法改革的领导

^① 前揭（清）朱寿朋编、张静庐等校注：《光绪朝东华录》总 卷一 卷四四页。

者。部院之争固然与本书第一章所提及的制度背景有着因果关系,但是,部院之争的参与者,这三位重臣本人的立场与智识无疑也对部院之争的发展走向有着决定性的作用。正是基于这种认识,本节对三位大臣的生平与其在晚清的活动作一简要介绍,从而将部院之争置于人物关系之下加以考察。

一、沈家本

沈家本(1841—1896年),字子惇,别号寄谿,浙江归安(今吴兴)县人。自幼诵读诗书,“好深湛之思”,并“于周官多创获”。^① 1859年,沈家本“援例以郎中分刑部”,从此开始了他的学律生涯。1862年乡试中举,此后科考连连受挫。由于沉湎于科举,沈家本为此耗费了大量的时间与精力。与此同时,在刑部为郎的他“博稽掌故,多所纂述”^②,成为出色的法律专家,“以律鸣于时”。1868年,沈家本四十三岁时终于考取进士,仍然留在刑部任职,此后他将主要精力放在研究法律之上,历充奉天司正主稿及秋审处坐办、律例馆帮办及提调等。沈家本的律学造诣及在审判实务中表现出来的才干,得到时任刑部尚书潘祖荫的赞叹。^③ 1874年,沈家本简放天津知府,“治尚宽大”。^④ 四年后调任保定知府。当时,地方教案纷起,外国传教士常借此勒索。时有清军路过府辖清苑县,毁某法国天主教堂。事发后,清政府准备赔银五万两,并同意其在府城中清河道址重建教堂,以求息事宁人。而教士得寸进尺,无理要求扩展路基,清政府迫于压力,准备应允。惟沈家本独持《保定府志》,据理力争,教士无理以对,词穷而退。时人称道他“于外交上能守正不阿”。^⑤ 1876年,升通永道,旋擢山西按察使。但未及赴任侵略军已攻入保定,并逮捕了几名清朝官员,沈家本身列其中。不久,这几个官员被处决,沈家本在被囚禁了四个月获释,幸免于难。^⑥ 1879年圆月,沈家本抵达当时两宫暂避之地西安,朝廷命以三品京堂用,授光禄寺卿,随即又调回刑部,升刑部右侍郎,再迁刑部左侍郎。次年,因袁世凯、张之洞的

① 前揭《清史稿》卷四百四十三,《列传》二百三十。

② 同上。

③ 前揭《清史稿》卷四百四十三,《列传》二百三十。又,沈家本《墓志铭》中有载:时吴县潘文勤(即潘祖荫)为尚书,公尝为同舍郎某拟稿进。文勤诧其不类平日所为,诘之。某以实对。文勤叹曰:吾固知非沈君不办此也。转引自前揭李贵连:《沈家本传》,第 52 页。

④ 前揭《清史稿》卷四百四十三,《列传》二百三十。

⑤ 闵尔昌:《碑传集补·吴兴沈公子惇墓志铭》,转引自马作武:《清末法制变革思潮》,兰州大学出版社 1987 年版,第 152 页。

⑥ 前揭李贵连:《沈家本传》,第 52—53 页。

保举 沈家本与伍廷芳一同被任命为修订法律大臣。已过花甲之年的沈家本终于迎来了他从政生涯的辉煌时期。1905年官制改革后 沈家本任大理院正卿 负责大理院的筹建与运作 不久即因部院之争调任刑部右侍郎 仍兼任修订法律大臣。1906年 沈家本兼任资政院副总裁。1907年 清廷免去其资政院副总裁与修订法律大臣职务 调任其为法部左侍郎。同年 奕劻内阁成立 沈家本法部左侍郎一职自然免去。数月后 袁世凯内阁成立 沈家本入阁充司法大臣。南京临时政府成立后 法部事务由王庞惠接替 沈家本退出政界 不久辞世 享年七十三岁。

沈家本在清末最后十年 因“修法律”而“邀时誉”。^① 法史学家杨鸿烈评价他：“沈家本是深了解中国法系、且明白欧美、日本法律的一个近代大法官。中国法系全在他手里承先启后 并且又是媒介东方西方几大法系成为眷属的一个冰人”。^②

沈家本与伍廷芳一起主持修订法律馆 首重翻译各国法典及文献 至1907年 远月已先后译成法兰西刑法、德意志刑法、俄罗斯刑法、和兰（今荷兰）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、狱事谭、日本刑事诉讼法、日本裁判所编制立法论 共二十六种 已译未完者有德意志民法、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。^③

在翻译外国法律、法学著作的同时 沈家本更为突出的成就在于删改旧律 起草新律。仅《大清法规大全·法律部》所载 沈家本在清末十年间为修订法律之事所上的奏折大致可以分为以下五个门类 第一类是“新定专律”，有《修订法律大臣奏伪造外国银币拟请设立治罪专条折》 光绪三十二年四月初二日（1906年 源月 圆缘日）具奏 奉旨依议。第二类是“变通旧律例”，有（一）《修订法律大臣请先将例内应删各条分次开单进呈折》 光绪三十一年三月十三日（1905年 源月 圆日）具奏 奉旨依议；（二）《修订法律大臣奏请

① 前揭《清史稿》卷四百四十三《列传》二百三十。

② 杨鸿烈：《中国法律发达史》，上海书店 1986年版，第 186页。

③ 此据《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》，前揭故宫明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》，第 186—187页。

变通现行律例内重法数端折》,光绪三十一年三月二十日(癸卯年 源月 圆原日)奉谕旨;(三)《修订法律大臣奏遵议满汉通行刑律折附片二并清单》,光绪三十三年十二月初七日(癸卯年 员月 员园日)奉旨知道了;(四)《修订法律大臣奏轻罪禁用刑讯笞杖改为罚金请申明新章折》,光绪三十一年九月十七日(癸卯年 员月 员缘日)奉旨依议;(五)《修订法律大臣奏编辑秋审条款片》,宣统元年八月二十九日(癸卯年 员月 圆日)奉旨依议。第三类是“法典草案”,有(一)《修订法律大臣沈家本等奏进呈诉讼法拟请先行试办折并清单》,光绪三十二年四月初二日(癸卯年 源月 缘日)奉上谕:着该将军督抚都统等体察情形,悉心研究,据实具奏;(二)《修订法律大臣沈家本等奏进呈刑律草案折并清单》,光绪三十三年(癸卯年)(注:无月日)具奏;(三)《修订法律大臣沈家本等奏进呈刑律分则草案折并清单》,光绪三十三年(癸卯年)(注:无月日)具奏。第四类是“司法权限”,有《大理院奏厘定司法权限折并清单案语》,光绪三十三年四月十二日(癸卯年 缘月 圆日)军机大臣面奉谕旨:着与法部会同妥议,不准各执意见。第五类是“审判”。有《大理院奏审判权限厘定办法折》,光绪三十二年十月二十七日(癸卯年 员月 圆日)奉旨依议。

被《大清法规大全》收录的奏折即有如此之多,且既有对旧律的删改,亦有新律的制定,既关乎立法,亦关乎司法,既涉及实体法,亦涉及程序法,而这些并非沈家本所上奏折的全部,更非其活动的全部记录。^①沈家本长期在刑曹历练,修订法律大臣一职使其终于有机会将平生所学投入到融会中西法律的事业中去,他的才华在修订法律的过程中得到了充分展示。他在晚清法制改革中的核心地位是毋庸置疑的。此外,沈家本还筹设了京师法律学堂,从光绪三十二年起到宣统三年止,京师法律学堂“毕业生近千人,一时称盛”。^②作为一名律学家,沈家本著述颇丰,身后留下了大量文献,成为后人研习传统法律的重要参考。^③

一直以来,人们最津津乐道的正是沈家本在主持修律、法律教育以及法学著述方面的成就,而忽视了他对晚清司法改革的贡献。他任大理院正卿的时间并不长,仅有七个月^④,但他在大理院开创伊始,进行了大刀阔斧的改

^① 沈家本主持立法的详细情况可参阅李贵连:《沈家本年谱初编》,北京大学出版社 癸卯年 第 缘缘—圆园页。

^② 前揭《清史稿》卷四百四十三,《列传》二百三十。

^③ 详见前揭李贵连:《沈家本传》,第 猿缘—猿愿页。

^④ 沈家本于 癸卯年 员月 苑日任大理院正卿,次年 缘月 圆日调任法部侍郎。

革,筹措经费,请拨衙署,裁调人员,吸引人才,派员考察,进行内部机构改革,筹建监狱,建立了近代史上第一个最高审判机关——大理院。正因为有沈家本的努力,大理院才得以有效运转;也正因为沈家本的坚持,才会有部院之争,审判权才会向强大的司法行政权提出“独立”的要求,并且指明了司法改革应该坚持的方向。沈家本在筹建大理院、倡导审判独立方面的功劳同样是卓著的。

就部院之争所涉及的司法独立问题,沈家本的认识也远远高出戴张二人。在划分部院权限的奏折中,沈家本从实际情况出发,认为现时将权限划分清楚既不可能,亦无必要。这是他不拘泥于既有方案限制、审时度势的做法,可惜不能见容于戴张等人。而沈家本对于司法独立的认识与坚持,也是戴张二人所不能及的。为了坚持审判独立,他确实用心良苦。在他即将调离大理院之前,曾进呈了派员考察日本裁判所和监狱的总结报告。在其所上奏折中,对司法独立进行了全面阐述,指出行政官兼任司法的四大害处:州县素昧律例,尚无专精,如盲者登途,方位莫辨,其害一。奸胥劣幕遂得因缘作弊,愚弄本官,失审判大权,其害二。勘转之制,本为慎重刑狱,上官故意驳诘,地方官惮于解审,视成宪若弁髦。其害三。日本近在辽左,又开法院,侵夺主权,亦以审判不同予以口实,其害四。沈家本认为,“职是四者,则司法独立为及今刻不可缓之要图”^①,明确地提出了实现司法独立是当下改革的重中之重。在随折所进清单中,详细报告了日本司法权的定位、裁判所与检事局的组织结构与职责、诉讼规则、职员等,全面地汇报了日本司法制度的主要内容。

在部院之争闹得不可开交的时候,沈家本向清廷奏陈日本裁判监狱情形,并不只是简单地汇报工作和交差,而是另有深意。此前,沈家本就审判独立已向清廷痛切陈词未果,而此举或许正是他的最后努力,他试图以日本为榜样来提醒和激励清廷以审判独立为原则,以制度建设为重,妥善地平息部院之争。

清末十年,也是沈家本人生的最后十年。他以对中国法律深切的认识,不固守旧章,以开放的胸怀和远大的眼界,博采众国之长,试图为中国制定先进完备的法律,以期早日收回领事裁判权。与此同时,他还身体力行,在任大理院正卿期间,不畏权势,坚持审判独立。他的所作所为为刚刚诞生的

^① 前揭《大理院正卿沈家本奏陈调查日本裁判监狱情形折》,光绪三十三年四月二十六日(光绪卅年 远月 远日)《申报》。

大理院赢得了应有的尊严与地位。他对于中国传统法律制度与西方法律制度的认知与体悟,他对于审判独立的执着与坚持,亦不是一般朝臣所能比肩的。晚年的沈家本在精彩纷呈的历史画卷上,留下了浓墨重彩的一笔。

二、戴鸿慈

戴鸿慈(1851—1914),字光孺,号少怀,广东南海县人。1871年进士,授翰林院庶吉士,于1874年、1875年分别外放,督学山东与云南。1879年,充日讲起居注官。同年迁翰林院侍讲学士,后督学福建,再迁内阁学士。1881年擢刑部左侍郎,次年转户部右侍郎。1884年,戴作为五大臣之一出国考察政治。出国后不久即被任命为礼部尚书。1885年为法部尚书、参与政务大臣。1886年,被赏一等第三宝星,充报聘俄国专使大臣。同年,以尚书在军机大臣上行走,后擢协办大学士。1894年卒,谥文诚。

作为一名封建官僚,戴鸿慈面对晚清危殆之时局,时时发抒个人主张。中日战争爆发后,戴鸿慈坚决主张武力抵抗,并弹劾李鸿章等人。平壤失守后,他上书提出筹进取,化呆兵为活兵,侦言情,广开言路,听取臣下意见;严督责,整顿军纪,严明赏罚等三项建议。疏入不报。中日议和时,戴鸿慈上书奏言“能战然后能和”,反对割地赔款。^① 1895年《马关条约》签订后,戴鸿慈与文廷式率先反对和约,“俄而御史争之……各省之公车会试京师者亦联名具疏”^② 是为“公车上书”之引。戴随后上善后十二策,希望朝廷能改良政治,增强国力。1896年赴西安行在,上《敬陈治本疏》,条举八事。疏入奉旨留览。同年冬,随西太后还京。针对教案烦杂之状,提出设立宣谕化导使,专门处理民教纠纷,并由外务部编辑外交成案,广为颁发宣讲。戴鸿慈还提议以报纸作为“开民智”的重要手段,请求设立报局,各省设官报,以“宣上德抒下情为宗旨”,但“格部议不行”。^③ 时设会议政务处,“有奉旨交议事件,三品京堂以上与议”。戴鸿慈奏请推行阁部、九卿、翰林、科道皆得各抒己见,属官则呈堂代递,可有“收群策”、“励人才”、“折敌谋”、“息群谤”之效。此疏下政务处采择。从戴所上奏疏来看,他政见较为开明,亦能时时提出个人建议,但被拒者多,被采择者少。

1896年,戴鸿慈的政治生涯出现了转折点。在国内立宪呼声日益高涨

① 蔡冠洛编:《清代七百名人传》,中国书店,1985年版,第235—236页。

② 文廷式:《闻尘偶记》,载《近代史资料》,1985年第1期。

③ 前揭蔡冠洛编:《清代七百名人传》,第235页。

之际,他作为钦命五大臣之一,出使各国考察政治。五大臣出洋考察是中国近代史上一个重大事件。它是清政府放眼世界,欲图以敌为师进行改革的序曲。近代以来统治阶级内部不断探索争论的富强之术,至考察政治大臣出访各国后才算得到了一次清算,进行了一次总结。^①戴荣膺任命,百感交集,“自惟文学进身,未谙外务,闻命之下,弥均悚惶。惟竭一得之愚,深思五善之益。感惧交集,夜不成寐”。^②戴鸿慈此行“历十五邦,凡八阅月,归国”。^③考政大臣一职,使戴一时间成为朝野立宪派们瞩目和追捧的政治明星。立宪派们深知考政大臣作为慈禧的耳目,归国后的奏陈对最高决策层有着巨大的影响力和说服力。而考政大臣们也以十分敏感的政治触觉,觉察到活跃于朝野的立宪派们有着巨大的能量,并乐于与他们交接。故而,出国考察前,戴鸿慈在上海就曾与张謇、赵凤昌等立宪派领袖有过接触,“晤谈竟夜”。^④次年六月,戴归国抵天津,曾专程拜访当时主张立宪的袁世凯,两人“坐谈良久,谈及筹立宪准备及改官制,命意略皆符合”。^⑤可见在戴鸿慈上书奏陈立宪及官制改革方案之前,与朝中立宪派如袁世凯等人已经声气相通。戴鸿慈返京后连续被两宫召见,面奏出访情况。他详言立宪之利,并称宜从官制改革入手。^⑥在他与端方同上的《请改定官制以为预备立宪折》提出了中央官制改革的一揽子方案,主张在中央实行责任内阁制,划分中央与地方权限,并建议进行法律改革,设立修订法律馆,编纂法典,翻译各国法律条文及案例。他还主张向德国学习,改革军事制度,并认为教育是富强之本。该折较为全面地提出了改革官制的总体构想,后被作为中央官制改革的底稿。^⑦

出国考察政治的经历为戴鸿慈开辟了坦荡的仕途。戴鸿慈归国后不久即被任命为厘订官制大臣、玉牒馆副总裁。戴与载泽等人将袁辑的《列国政要》一百三十三卷、《欧美政治要义》十八章会同进呈。官制改革方案出台

① 前揭侯宜杰:《二十世纪初中国政治改革风潮——清末立宪运动史》,第 256 页。

② 钟叔河主编,蔡尔康、戴鸿慈、载泽著:《李鸿章历聘欧美记·出使九国日记·考察政治日记》,岳麓书社 1995 年版,第 74 页。

③ 《清史稿》卷四百三十九,《列传》二百二十六。

④ 前揭钟叔河主编,蔡尔康、戴鸿慈、载泽著:《李鸿章历聘欧美记·出使九国日记·考察政治日记》,第 74 页。

⑤ 同上书,第 74 页。

⑥ 前揭《李鸿章历聘欧美记·出使九国日记·考察政治日记》,第 74 页。

⑦ 《立宪纪闻》中记载:“编制官制大臣所拟的官制,大抵依据端方与戴鸿慈等人的原奏。可参见前揭中国史学会编:《辛亥革命》(四),第 75—76 页。”

后,他被任命为法部尚书、参与政务大臣,位列公卿,实现了传统官僚的人生理想。不久他的《出使九国日记》得以印行。他因“负知新之誉”^①而获得其他臣僚们无法具备的地位与优越感,在时人心目中树立了知新、开明的重臣形象。时报直呼其为“戴相”。^②1906年与唐绍仪、梁敦彦等人一起被广东地方自治研究会公举为该社名誉社长。^③在法部任上,戴对法部的权限划分与内部职掌进行了规制,“悉心规划,首以申明权限为入手办法”,“其次厘订职掌”。^④部院之争一度困扰着戴鸿慈,他曾向当时流亡海外的同乡梁启超求援。^⑤在朝廷的干涉之下,法部最终与大理院达成妥议方案。此后,作为法部长官,戴鸿慈上奏了《法部酌拟各级审判厅试办章程折》,使得京外各级审判厅得以举办,又奏《法部拟定京师模范监狱折》,采英美改良监狱之制,于京师筹办模范监狱。1909年,戴鸿慈充报聘俄国专使大臣途中,一路详考东北政事,返国后提出发展垦殖、振兴林业,开发建设东北,加强边防的报告。清廷将该奏折下东三省总督、农工商部和邮传部筹议施行。^⑥

综观戴鸿慈的一生,可谓少年得志(二十岁即为进士),仕途平稳。在晚清诸臣中,算得上是一个较为开明的官员。晚年因出使各国与主张立宪而走上政治生涯的高峰。然而,虽因出洋考察政治而获“知新之誉”,戴鸿慈对西方政治法律制度的了解却是有限的。历八月,游十五邦,戴鸿慈等人获得的更多是对西方政治法律、文化风俗的感性认识,他们开始以中西比较的视野来重新审视中国的国情^⑦,并在很大程度上认可了立宪派的主张。归国后他们提出的改革方案成为清廷改革的重要依据。但若就戴鸿慈对于部院之争的处理而言,则既称不上“忠清亮达”,亦算不上“学识闳通”了。^⑧在致梁启超的信中,戴诋毁沈家本“以阴柔手段,攘窃法权”。^⑧姑且不论沈家本的手段是否果真如此,为求得梁的帮助而阴损自己的同僚,并非“忠亮”之本色也。就“中学”而言,戴以“文学进身”,自然可谓“学识闳通”,但在部院之争

① 前揭《清史稿》卷四百三十九,《列传》二百二十六。

② 前揭侯宜杰:《二十世纪初中国政治改革风潮——清末立宪运动史》,第155页。

③ 前揭蔡冠洛编:《清代七百名人传》,第140页。

④ 前揭丁文江、赵丰田编:《梁启超年谱长编》,第140页。

⑤ 前揭蔡冠洛编:《清代七百名人传》,第140页。

⑥ “故比较对于内,则满盈自阻之心日长,比较对于外,则争存进取之志益坚。然则谋国者亦善用其比较而已。”见《清史稿》卷四百三十九,《列传》二百二十六。

⑦ “忠清亮达,学识闳通”是上谕对戴鸿慈的评价。见(清)郑荣等修,桂站等纂:《广东南海县志》卷十四《列传》,(台)成文出版有限公司印行。

⑧ 详见前揭丁文江、赵丰田编:《梁启超年谱长编》,第140-141页。

中,他的无奈与无措,说明他对西方法律制度的认识仅仅停留在一知半解的程度上。

虽不擅西学,但戴亦深知司法独立乃大势所趋。他对于司法独立的具体态度,除了前述相关奏折外,《申报》尚有如下一则报道:

法部尚书戴鸿慈被参原因◎法部尚书戴鸿慈平素办公颇为勤勉,只与某侍郎及左丞曾鉴稍有意见,其故由革职科布多赞参大臣瑞洵发军台时,曾左丞屡向戴尚书言瑞洵案关系重大,定罪以前极宜请示军机,戴尚书以司法权为独立,坚持不可,曾左丞持议甚坚,而某侍郎左袒曾鉴,以致大起冲突,所卒唆使某侍御列款纠参,亦可谓意气用事者矣。又闻参折上后,戴尚书忽然头部生疮,请假多日,刻经同乡某医疗治,外间传言尚书患疮因被参气郁所致。^①

无论出于何种动机,戴鸿慈对请示军机处的做法加以抵制,坚守了应有的立场。而因部院权限划分问题而与大理院的董康大起冲突的曾鉴则似乎是个比较坚定的集权主义者。戴此次被参与沈家本调离大理院竟是出于同样的原因!新旧权力交替之间涌动着暗潮,人与人之间,制度与实践之间都有着耐人寻味的关系。

三、张仁黼^②

张仁黼,字劭予,河南固始人。光绪元年进士,选翰林院庶吉士,次年授编修,入直上书房。光绪三年出督湖北学政,充日讲起居注官。光绪四年补国子监司业。光绪五年擢鸿胪寺卿。光绪六年,充四川正考官。光绪七年,义和团起义期间,奉命在河南治团练,次年,赴西安行在,擢顺天府尹,不久改授左副都御史。回京后再迁兵部侍郎,充江西正考官,历学部侍郎,光绪八年,署工部右侍郎,旋调补法部右侍郎。光绪九年,补大理院正卿,不久转授吏部侍郎,充经筵讲官。光绪十年,丁母忧,未几,卒。^③

光绪元年,法国侵略越南,张仁黼与同为编修的朱一新等奏请“严海防以杜狡谋”,“能战然后能和”。^④次年在湖北学政任上,由于措置得当,使“士

① 《申报》光绪三十四年五月二十五日(光绪三十年远月圆日)。

② 清史资料中对于张仁黼的介绍不多,其生年亦不可考,仅就手头可以找到的资料略加整理而成。

③ 前揭《清史稿》卷四百四十一,《列传》二百二十八。

④ 前揭蔡冠洛编:《清代七百名人传》,第源圆页。

风为之一振”。^① 1855年，张仁黼与李文田等人奏请起用恭亲王奕訢，被采纳。1856年被召赴西安行在。当时财政支绌，有加丁口税之议，张仁黼力陈不可，亦被采纳。

1856年，张仁黼被任命为顺天府尹。但张奏请恳求收回成命。他认为：府尹职守，今昔异宜，昔重持正，今重外交，臣不习洋务，举措失当，恐误大局，请飭李鸿章举通晓外交之人请简。

1856年，河南以“添营筹饷”要求加征地丁银，于是改变了原来的征粮办法，将每丁地银一两改完制钱二千四百文，而当时河南银价每两换制钱一千文，因此改银为钱，实际上比原来增加了一倍，暗中竟加至二千八九百文，加上官吏胥役“层层婪索”，实际上比原额增加了一倍半到两倍。当年二月，孟县百姓纷纷持农具至县署要求减少地丁银。知县孙寿彭处理不当，以致激起民变，武陟、温源、原武和济源民变亦起，黄河以南各县也“蠢蠢欲动”，并声言要破坏铁路。五月，张仁黼上书奏陈河南百姓艰苦情况，认为“养兵所以卫民，非为殃民之具，练兵所以定乱，非为召乱之端”。因增加粮饷而激成民变，若不能实时平乱，外国人将“借口代剿，添兵占地，别生枝节”。再者，此举亦是因小失大，国家“何取岁增三四十万之款而因此酿成巨患，致坏大局乎？”所以恳请“飭将河南省钱粮仍照向章办理”。这一建议得到朝廷批准，不久，河南巡抚张人骏奏“地丁银仍照向章征收，民赖以安”。^②

1856年，日俄战争后，两国在华盛顿议和，朝廷命各衙门就“如何因应，将来东三省应如何善后办法”各抒己见。张仁黼与尚书长庚等合上密折，他们认为，日俄两国“既已言和，利在两国，害在中国”，现在“我处万分危急之时，坐待分争，听客所为，事机一失，终难挽救”，提出如下建议：其一，抓住时机，“速派老成熟于交涉之大员前往美都会同驻美使臣商度与日俄两国讨论参订”，这比事后再谈要好。其二，目前虽为日俄两国间的直接谈判，但不久后两国必将分别与中国会谈，因此，应派大员前往密为窥察，并为将来的续议、抵制做准备。其三，令出使日俄大臣侦探日俄两国的意图，令其他各驻外使节了解各国对于此次议和的政策、态度。其四，最紧要者，应“酌派得力人员分赴各国考察各项政治，为将来办理善后之地，因应之方莫急于此”。以上各条在其后的措置中“多见施行”。^③

① 前揭蔡冠洛编：《清代七百名人传》，第 185 页。

② 同上书，第 185—186 页。

③ 同上书，第 185 页。

部院之争中，张仁黼任法部右侍郎，后与沈家本对调，出任大理院正卿。法部与大理院关于部院权限的妥议方案就是在戴鸿慈与张仁黼之间达成的。张出任大理院正卿不到一个月就提出由法部与大理院主事，钦派大臣会订法律。在该奏折中，他提出四点建议，其中“主事者一，成之者三”。“主事者一”是指组织立法之机关。东西各国三权分立，立法权属于议院，中国政体不同，不能仿行，但可以将立法之事公诸群臣，以取议会立法之意，而现在“委诸一二人之手”；“殊非郑重立法之道也”；“拟请钦派各部院堂官一律参预修订法律之事，而以法部大理院专司其事”。此乃“主事者”。“成之者三”为：第一，明订法律宗旨。立法以保全国粹为重，而后参以各国之法，“中国文教素甲全球，人人皆知尊君亲上，人伦道德之观念最为发达，是乃我之国粹”，所以中国立法应以支那法系（即中国法系）为主，而辅之外国法律。第二，讲明法律性质。立法要区别法律性质，即区别国内法与国际法、成文法与不成文法、公法与私法、主法与助法。其中关乎撤去领事裁判权之根本的是国际私法与国际刑法，而修订法律之最紧要者，在于主法与助法。第三，编纂法律成典。修订法律应研究编纂之法，法典不可不备。如今，《法院编制法》寂寂无闻，《民法》与《民事刑事诉讼法》制定先后顺序倒置，商律中未定法人制度，海商之法更待补葺。民法商法修订之始，皆当广为调查各省民情风俗，使法律能够“便民”。此外，张仁黼还提出“造就法律人材”，使“治法治人二者相因为用，然后可收修订法律之效”。^①虽然我们不能完全排除张仁黼作为朝廷重臣在主观上确实有造就治法的美好愿望，但这场编纂权之争，矛头直指沈家本，意在解除沈家本的修订法律之权，实是部院之争之余绪。

张仁黼在立法上亦有奏言：“立法之要，规模不可不闳，推行必宜有渐”。他认为日本成功立法的经验说明编订法律应当循序渐进，先调查后立法，先试验后推广，“乃能蔚然成一代之规模”。而我国“调查未久，商榷未精，龃龉桎引，其收效尚未可知，而困难甚于畴曩”，修订法律本欲撤去领事裁判权，然而国势兵力、人民教育程度及人才等方面的条件均不具备，即使法律精允，也不是件容易的事。所以“修订法律诚不可缓，而实行之期则断不可急”。否则“未当于人心而贸然以试，诚恐外国属人主义势力日益扩张，而吾

^① 《大理院正卿张仁黼奏修订法律请派大臣会订折》，前揭故宫明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》，第 8 页。

国属地主义处理愈形桎梏。有司奉行不善，反使外人得以借口，为患甚大”。^①

《清史稿》还记述了张仁黼的一则故事，其个性可见一斑。“仁黼内行修，不自标异。当被命治河，却例馈节省金，同官惧，谓将兴大狱。仁黼忽索取金，众始安，然颇怪其失操。已而河南巡抚上言绅士助学校金，不受将叙，数与之同，朝士益服其清不绝物云。”^②在官场上，个性张扬者，标新立异者均为异类，不容于同僚，容易成为众人攻击的对象。此则故事虽带有一定的传奇色彩，但也透露出张仁黼老于官道，懂得周旋，拒金、索金、助金，既显其廉，又以“清不绝物”、两面讨好的手法安抚了同僚，张仁黼果然深谙官场自处之道。

沈、戴、张三人作为晚清位列朝班的重臣，仕途经历大体相似。身处晚清风雨飘摇之中，他们对于时局之艰难都有着身为臣子与士大夫的双重体会。作为臣子，他们寄希望于国家的改革，并且对于自身肩负的职责都有强烈的责任感；作为浸淫于传统文化之中的士大夫，他们对于传统都有一份难以割舍的情怀，因此时常徘徊在改革与传统之间。置身官场数十载，他们也深深地感受到在权力转移与重新分配的当口，保有更多的权力对于各自的部门及自身都大有裨益。因此，他们对三权分立、司法独立、审判独立都做出了有利于自身利益的解释也就不足为怪了。

在部院之争前后，戴、沈二人的关系很值得玩味。二人之间的私人矛盾并未在报刊上公开过，相反，在部院之争后甚至有戴力荐沈继任其为法部尚书的消息。^③但在戴鸿慈致梁启超的私人信件中透露的信息，或可揭示这两位重臣之间关系更为真实的一面。

在这封信中，戴鸿慈认为沈家本在官制方案未定之时即觊觎法部尚书之位，与原刑部尚书葛宝华争权，语气颇为不满。沈在任大理院正卿期间，又“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，准留秋朝现审诸例案，推诸法部，自余修律大臣法律学馆，皆归一人之手，法部不过问焉”，“以一人之责任，兼三权而有之”。虽然戴为了求得梁的帮助，未免会有夸大之词，但信中流露出的对沈的不满，还是超越了一般意义上的意见不和。梁与戴同为广东人，且梁身在域外，或

① 前揭蔡冠洛编：《清代七百名人传》，第 源袁—源源页。

② 前揭《清史稿》卷四百四十一，《列传》二百二十八。

③ 光绪三十四年七月三十日（~~光緒~~年 愿月 圆日）《盛京时报》。

许这种同乡之谊和地理上的距离更易令戴流露真情吧。在戴的眼中,沈家本简直就成了一个试图将立法、司法、行政大权统揽于手中的野心家,这不仅与时人对沈家本的评价相距甚远,也透露出戴对沈的真实心态:既妒其才,又慑其能,试图“翻案”,却又苦于无援。^①沈对戴的态度,目前尚未有直接的材料可供分析。但既然戴对沈持有成见,想必沈亦不会将戴引为同类。不仅如此,从戴的信中还可以看出,由于谕令本身“含混不清”,部院官员们早在官制改革方案甫一出台时,即已“纷纷争议,互起冲突”,官员们在新的利益格局前迅速结成新的联盟,而沈与戴显然分属于对立的阵营。

戴曾为考政大臣,周游世界,考察各国政治,回国后又力陈立宪,在确定立宪国策这一点上来说,可谓是有功之臣。这样雄厚的政治资本使他顺利地当上法部尚书一职。但他毕竟是文学进身,曾在刑部任职一年(光绪四年至光绪五年)的经历不足以支撑他在法部展开卓有成效的改革,且因迟迟未能制定法部官制而遭到慈禧的训斥。^②在他与大理院交涉的过程中,也时时显得力不从心。而沈家本自从光绪四年被任命为修律大臣后,迎来了他政治生涯的辉煌时期。当时亦有传闻沈认为法部尚书一职“操券可得”。^③虽是传闻,但从沈家本的资历和地位来说,任法部尚书亦不是非分之想。戴鸿慈为葛宝华打抱不平的真正原因除了出于同僚之谊外,还在于身为法部尚书的他也感受到了来自沈家本的威胁。沈家本起于刑曹,因修律大臣一职而备受清廷垂青,仕途上的跃升令人艳羡。而他自修律以来积极进取、希望有所作为的姿态又激怒了部分朝臣,其中是否有戴鸿慈,不得而知。在主政大理院后,沈家本除了兼顾修订法律之事外,对于大理院的筹建投入了大量精力,并充分发挥他修律大臣与大理院正卿双重身份的影响力,将筹建大理院的工作进行得卓有成效。戴在错综复杂的司法改革面前倍感无奈与无助,这与沈家本的游刃有余恰恰形成了鲜明的对照。沈家本不仅在司法改革中处处领先,而且早在部院之争前,他已着手修订以规范各级法院审判权限为重要内容的《法院编制法》了。^④

① 前掲丁文江、赵丰田编:《梁启超年谱长编》,第 742—743 页。

② 光绪三十二年十二月二十日(光绪三十四年 圆月 圆日)《大公报》、十二月二十三日(光绪三十四年 圆月 缘日)《申报》。

③ 光绪三十三年六月十二日(光绪三十四年 苑月 苑日)《盛京时报》。

④ 据沈自述,《法院编制法》草案在光绪三十三年八月初二日奏上之前,至少经历了八个月时间的编订。因此,从时间上来说,至少在光绪三十二年底,沈家本就已着手修订该法了。那时,部院之间仍就双方权限划分往来晤商,尚未形成激烈冲突。见《修订法律大臣沈家本奏酌拟法院编制法缮单呈览折》,前掲故宫明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》,第 782 页。

就地位而言 戴鸿慈作为法部尚书 秩从一品 且是参与内阁会议的参政大臣 而沈家本作为大理院正卿只是正二品 并非参政大臣 其所兼任的修订法律大臣地位虽高 但毕竟只是一个临时的差使 而非正式官职。能力上的相形见绌使戴鸿慈无法找到心理平衡 地位、品级上的悬殊则加重了这种失衡感。戴鸿慈在致梁启超的信件中用语刻薄 正是这种失衡心态的反应。

可想而知 前有相互间的成见 后有部院之间自然形成的对立 戴与沈分别主持部院工作时 互持异议是难免的。部院关系本来繁杂 公事之间的矛盾、个人之间的恩怨、地位与能力的反差造成的心理失衡 纠缠在一起 两人关系亦进一步恶化。在戴致梁的信中 戴对沈的用词满含愤忿 若非如此 部院协商也不会因“员司已各怀意见 城府甚深”而至“不能复议”的地步 若非如此 戴也不会不顾与沈的同僚之谊 而撇开大理院单独上折 主张扩张法部权力。二人交恶是引发部院之争的直接诱因之一。也正因为部门利益与个人恩怨交织在一起 公私难辩 部院之间愈发不可能以协商方式就权限问题达成一致 最后只能由朝廷以高压手段来解决。

至于张仁黼 在部院之争前后 始终与戴鸿慈保持同一阵线。戴在致梁的信中亦提及在与大理院争权的过程中 他“以不揣固陋 提议翻案 走蒙各堂采择” 张亦是其中积极响应者。其后 部院之间能保持相对平和的关系 一方面与戴张之间曾经存在上下级关系有关 另一方面也与大理院正卿易人频繁有关。^① 张仁黼主政大理院后不久 即与法部联手向沈家本发起了法典编纂权争夺战。^② 这场争执并非空穴来风。在致梁启超的信中 戴鸿慈早已对沈家本“以一人之责任 兼三权而有之”颇为不满。部院之争解除了大理院及沈家本的司法行政权 那么下一个目标自然就是立法权了。实际上 沈家本调任以后 部院矛盾已经化解 若出于公心 戴鸿慈本不必穷追猛打。戴此种行径 只可谓出于私者远大于出于公者也。董康在回忆沈家本律修时曾提及沈“为人齷齪”(即为人忌恨)^③ 其“人”大抵指的是戴张及其同党。

部院之争刚平息 沈刚调离大理院至法部任侍郎 戴、张立刻行动起来 趁沈家本势弱之时提出法典编纂权问题 取胜之心昭然。由于沈家本的坚

① 从 1906 年至 1908 年 沈家本、张仁黼、英瑞和定成先后任大理院正卿。

② 有关法典编纂权的争夺 参阅前揭李贵连：《沈家本传》第 104—105 页。

③ 董康语 转引自前揭李贵连：《沈家本传》第 105 页。

持,部院之争虽然没有彻底解决审判独立问题,但大理院至少提出了这样的问题与要求,并且努力过,奋争过。也正因为大理院的努力与坚持,日后的司法改革才有了一个较高的起点。而法典编纂权之争,作为参与者的法部与大理院,则丧失了其应有的品格,沦落到对权力进行分赃的地步。张于光绪三十三年五月一日(癸卯年 远月 癸日)在奏折中提出“钦派各部院堂官一律参预修订法律之事,而以法部大理院专司其事”。沈家本迅速做出反应,于五月十八日(远月 癸日)上奏,表示赞同张氏的请求,对修律情况进行交代后,请求开去修订法律差事。六月九日(苑月 癸日),戴鸿慈会同大理院正卿张仁黼会奏修订法律办法,建议特开修订法律馆,由法部、大理院专司其事,同时钦派王大臣为总裁,特派各部院堂官为会订法律大臣,各地总督、巡抚、将军为特派参订法律大臣。九月五日(癸月 癸日),宪政编查馆大臣奕劻等针对部院会奏,上奏了修订法律办法,认为“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”,否定了部院的提议。其后谕旨规定修订法律馆脱离法部大理院,沈家本亦解去法部兼职,专任立法,草拟立宪法典草案。^①

部院之争和法典编纂权之争,这两个事件之间不仅有着必然的联系,而且也反映了在权力的魔棒之下,许多官员在很大程度上丧失了基本的判断能力,他们所力求实现的就是本部门利益和权力的最大化。部院尤其是法部扩权愿望如此强烈,以致提出分享立法权的要求。相形之下,像沈家本那样既具学识专长,又不丧失立场的官员少而又少。但是沈家本毕竟孤掌难鸣,“以一人之谔谔,不敌千夫之诺诺”。^②在部院联合起来,乘势穷追猛打,索要立法权的强大声势之下,无论是出于愤怒,还是出于自保,他只能将付出诸多心血的修订法律馆拱手相让,其心境可想而知,以至在两宫召对时一言不发。^③司法改革乃至整个宪政改革寄望于戴张这样的大臣,后果可想而知。

沈戴张三人背后的智囊团也是不容忽视的。当时,可以充为智囊的人

① 前掲李贵连:《沈家本传》,第 104—105 页。

② 《沈家本何为而入法部乎》,《申报》光绪三十三年四月二十七日(癸卯年 远月 苑日)。

③ 三十三年六月十三日(苑月 癸日)《大公报》刊载如下报道:沈侍郎之境况◎沈侍郎于去年改官制时以为法部尚书操券可得,乃仅掌大理院,即与法部处处留难。及争权限一事竟奏,明诏诘责,遂调法部,已觉进退维谷,又有张仁黼奏请改订法律之折,沈遂自行奏请开去法律大臣、法律学堂差使。拟俟交代清楚,决计乞休,不再干预国事云。六月二十五日(癸卯年 愿月 猿日)又有报道:谕飭注意改良法律◎沈侍郎家本拟请开缺已誌本报,兹于十九日法部堂官召见,两宫对于法律改良一事再三严飭并谕和衷共济不准互生意见,致误大局。闻沈则未发一言云。

大概有如下两种人：其一是在京师法政学堂学习毕业的部院司员，其二是留洋归来或对国外司法制度进行过考察的人。这两种人都因为掌握了新型法律知识而成为当时最受欢迎、最有朝气和活力的人才。他们运用所学知识，致力于解决实际问题，并提出富有建设性的方案。从人才这一点而言，大理院的条件自然要更为优越一些。沈家本本人身为律学家，对西方法律制度与法制思想的了解与包容程度是戴鸿慈无可比肩的，这使得他在运用人才资源上更加得心应手。沈家本承命修律以来，法律馆奏调的留洋毕业学生和聘请的外国专家，都是沈可借重的资源。就司法制度而言，沈家本曾奏派董康等人对日本的裁判与监狱制度进行了为期八个多月的专项考察，他们回国时适逢部院之间为权限问题闹得不可开交。董康等人对于日本司法制度的新认识无疑可以给予沈家本及时的帮助与启迪。

法部虽然不具备沈家本那样的优越条件，但也网罗了一批人才，他们成为法部重建的生力军。无论是留学回国人员，还是新任部院司员的专业人才，往往以建言的方式表现自己的专业水准与见识，这无疑是获得长官注意与重用的最佳路径。见诸报端的有两次，兹录于下：

其一，光绪三十三年正月十六日（~~癸卯年~~ 圆月 圆日）《大公报》报道：曾留学东瀛、近又法政毕业的欧阳颖上书法部堂官，指出：“法部之立，原仿外国司法省以改良。一切调度司法派遣审判之大权悉宜操于法部。夫调度派遣首在得人”，并提出相应建设法部及法律制度的建议。^①

其二，光绪三十三年四月十一日（缘月 圆日）《大公报》报道：法部丞堂上行走之麦惠农向戴尚书献议，所拟办法共计有十条：（一）实行区划审判；（二）请款；（三）派员调查各省民事及刑事；（四）推广法律学馆；（五）改良秋审旧制；（六）划一诉讼状式；（七）分定责任；（八）裁缺人员；（九）司法员不准兼差；（十）速编白话法律报。

在清末预备立宪过程中，留学归国的毕业学生是极为活跃的一群，他们所掌握的西方政治法律知识成为登进仕途的重要资本。地位的上升使他们拥有一个较大的展现自身才华的空间。见诸报端的虽只寥寥数条，但从部院奏调大批人员、留学毕业生日益受到重用的消息中，不难推断他们一定也

^① 欧阳颖所提的建议主要有以下三点：（一）设慎选司，无记名投票方式选出慎选司各员；（二）设司法学堂；（三）因为人民程度不同，应设新旧两种法律，凡国民之士农工商有恒产者，除犯十恶及常赦所不原外，俱依新法律问拟；凡国民之游手好闲无恒业恒产及犯十恶常赦所不原者，悉由旧法办理，俟教养有成再为统一法律。

是部院之争的积极参与者。维护部门利益、各为其主,既出于属员们最起码的忠诚,也出于他们施展抱负、以获重用的企盼,当然,这其中,还包含了各自对于谋生即饭碗的考虑。前引时报所载董曾之争及部院团拜时互起冲突,乃至形成“风潮”,正是法部与大理院集体卷入纷争的最好证明。这说明,部院之争不仅仅发生在堂官沈戴张三人之间,在他们背后,既有静静地参与谋划之人(甚至包括远在海外的梁启超等人),也有跃上前台,攘臂出袖、大吵大闹的诸多司员。

本章小结

部院之争是在多重因素的共同作用下发生的。中央官制改革方案没有理顺部院关系,审判独立无法实现,固然是部院之争产生的制度性原因。而财政支绌、物资经费的匮乏,戴鸿慈对沈家本的个人成见,以及部院属员的推波助澜,这些因素与部院权限划分之间,也存在着相互加剧的复杂关系。公私两方面的因素纠缠在一起,部院权限纠葛遂成死结。

清廷回避了制度建设本身应该遵循的原则,以局部人事调整和平衡术等高压手段责令部院和衷妥议。由于和衷妥议方案与审判独立之间仍有较大差距,部院之间对于权限的争执并未因此而停止,而是由明转暗,司法行政权与审判权之间的拉锯战仍在继续。地方审判制度改革的开展,将司法改革从中央向地方延伸,部院关系成了地方提法司与各级审判机关之间关系的样板,以司法行政权制约审判权仍然是司法改革的基本思路。但是,既然以三权分立作为司法改革的口号与原则,改革也已展开,就不再依法部的意志为转移了。在法部的领导下,全国司法改革渐次展开。随着《各级审判厅试办章程》、《法院编制法》及《死罪施行详细办法》的相继出台,法部的司法审判权正一点点丧失,而这一过程也正是晚清审判独立逐步实现的过程。

第三章 部院之争的焦点问题及其解决

在对部院之争始末进行重构之后,本章试图对部院之争的焦点问题进行梳理,着重分析这些问题是如何一步步地得到解决的。

部院之争的焦点问题大致上可以归纳为司法行政权与审判权两个方面。在改革之初,由于权限不清,大理院从事了很多司法行政事务,法部则根据中央官制改革方案享有一定的审判权。具体来说,在司法行政权方面,主要有人才与人事权问题、案件交接问题、司法区域划分问题、司法警察问题,审判权方面则是死罪案件复核权问题。部院之争的过程也就是将大理院的司法行政权和法部的审判权逐步剥离掉的过程。两者相比而言,大理院退出司法行政事务比较迅速与彻底,而法部审判权的剥离过程则费尽周折。

第一节 人才与人事权问题

部院成立后,大理寺原有人员不堪任用,需要引进大批法律专才。根据《大理院编制法》,京师各级审判厅局归大理院直辖,其筹备过程中也需引进大批人员。这些审判人员均由大理院从各部院主要是法律人才比较集中的法部奏调。法部转型之初,也面临着人才紧缺的问题,大理院抽调大批干员的行为引致法部不悦,而随后大理院对审判人员的任命,则更使法部有职权被侵越之虞。因此,在大理院与法部之间,既有人才之争,又有人事权之争。

一、人才之争

机构改革,意味着人事关系将发生大变动。自从议改中央官制以来,裁撤部院人员的消息就频频见于报端。光绪三十二年八月十八日(1906年7月缘日)《申报》报道说:“本馆接刑部改司法衙门专电,刑部改司法衙门,司员留六十人,余改外用也。八月二十三日又报道:‘本馆接法部议定权限及更动员司专电。法部……原设十八司留五司,每司留郎中二缺,员外四缺,主事十六缺。如此大幅度地裁员缩编,这些消息所引起的震动可想而知。”

部院设立之后,各衙门裁员成为不可避免的大趋势,眼看着先前的各种

传言即将变成现实,司员们异常紧张。各部人员均纷纷运动,或为了保住饭碗,或为了谋得更好的职位。同年十月十七日(癸卯月 圆日)《盛京时报》有如下报道:

裁缺司员之运动力◎近因裁并,各署大小司员等业经降旨,除由各衙门咨调外,仍由吏部设法安置,以示体恤。兹闻各衙门裁撤之司员等已经奏调者不过十分之一,而吏部所拟安置章程亦未能速办,故刻下各司员等均拟运动咨调。

在此情形之下,各部院一方面大刀阔斧地裁撤冗员,一方面尽量抢占先机,以优越的待遇吸引人才。

司法改革需要一大批掌握新型法律知识的干才。部院成立后,立即着手裁撤冗员,引进新人。大理院及各级审判厅成立之初,其主要任务是进行内部改革与管理,接手原为各行政部门审理的案件乃是下一步的工作,因此,各级审判机构对新式法律人才的需要并不是十分迫切。^①法部原为刑曹,集中了一批经历过长期磨炼、熟悉传统律例的专才(他们当中已有相当一部分具备在京师法政学堂学习的经历),大理院遂从法部奏调了大批干才。对于人才同样短缺的法部而言,大理院的奏调无疑使法部不悦,并进而引发人才之争。

大理院初设之时,非常缺乏专才。其前身大理寺,在部权特重的司法体制中,“沿袭既久,名实渐乖,讯讫已等虚文,会听只循故事,重以经费支绌,振作难期,虽有贤能,未由展其尺寸,官之失职,有自来矣”。^②为此,沈家本充分发挥了他在刑部长期历练和作为法律专家的优势,从各部门(主要是法部)罗致专才到院。在其任内,大理院有过两次较大规模的调员行动。第一次发生在沈家本上任后一个月。十月二十三日(癸卯年 癸卯月 愿日)的《盛京时报》报道了这一消息:大理院调司员四十一人,内阁一人,农工商部二人,其余三十八人从法部调入。另据《申报》,这四十一人是:法部郎中英秀、乐善、联惠、荣宽、顾绍钧、陈毅、董康,员外郎成允、治良、桂恩、熙楨、刘

^① 晚清掌握新型法律知识的主要有两类人,一是法政学堂培养出来的人,二是留学归国人员。应修律大臣沈家本与伍廷芳的奏请,京师法政学堂于癸卯年 癸卯月至 癸卯月间开办,与部院的成立差不多是同一时间。至于留学毕业的法科学生虽不乏其人,但未谙中国情形,亦多扞格。因此,这两类人在部院成立之初暂时无法充分发挥作用。有关清末法律学堂的开办情形,参阅王健:《中国近代的法律教育》,中国政法大学出版社 圆园园年 版,第 员愿—员愿页。

^② 前揭(清)朱寿朋编、张静庐等校注:《光绪朝东华录》,总第 缘圆页。

嘉斌、王景睿、王仪通、刘敦谨、唐烜、施绍常、冯受祺，主事许受衡、周绍昌、萧之葆、麦秩严、汪忠杰、陈棣堂、吴尚廉、胡睿、胡蓉第、许凤、蔡瑞年、吴正声、周凤翔、段维，农工商部员外郎徐燠芝，主事吴和翀，候补署正吉同钧，内閣中书金恩科，法部笔帖式花良阿，春绪、奎秀、扎拉，前农工商部笔帖式增琦。^①

第二次是在光绪三十三年二月，共调入四十四人，仍然主要来自法部。这四十四人是：法部郎中宗室文良、孙宗麟；员外郎梁秉鑫、欧阳颖；主事姚大荣、蒋德椿、李传治、杨登甲、谭廷扬、蔡（中缺一字）昌、王之杰、全沛丰、弼敬、余和坝、秦曾尉、刘丕显、谭文蔚、王尊五、邹国伟、韩永成、杨绳藻、萧文华、聂梦麟；前工部郎中沈家彝、萧敷训；主事曾仪进、徐际怡、王桐荫、王克忠、杨津、增钺、李在瀛、恽福鸿；陆军部主事蔡玮；民政部署主事林炳华、翰林院庶吉士陈善同、候选主事文需、前光禄寺署正黄中毅、分省补用知府秦曾潞、日本早稻田大学毕业生张孝移、法政大学毕业生廖维勋，候选通判赵燮彦、江苏候补知县朱祖诚、候选知县张延熙。^②

对于两次调用的专才，沈家本都请求给予相对优厚的待遇，除要求饬下法部及各衙门，将该员等调归大理院任用外，还奏请援照学部及从前巡警部成案，“遇有升转仍因其旧，俟大理院奏补实任后再行照例办理”。^③也就是说，暂不开去他们在原来部门的差缺，一旦有升转的机会，仍然照旧执行，等大理院奏补实任以后再按照吏部的相应规定办理。实际上，对于这些人员，大理院只是挂个号，只要他们在原来的部门得到升迁机会，就可以不来大理院。

沈家本在调用人才方面可谓不拘一格，他所看重的是才能，而非虚名，为此他本人难免受到非议。光绪三十三年三月初八（~~光緒三十三年~~源月 圆日）《大公报》对于大理院调用人员有过如下简短的评论：

大理院此次所调各员多研究法律品行端方之人，唯其中有吉同钧、文需者平日声名不佳，且两员前在法部皆以审判不公狱遗降调，今裁判虽乏人才，何至兼收并蓄如此？论者谓此事颇为沈大理盛德累云。

① 光绪三十二年十一月初六日（~~光緒三十二年~~ 圆月 圆日）《申报》。

② 光绪三十三年二月十三日（~~光緒三十三年~~ 猿月 圆日）《大公报》。

③ 大理院在奏调上述人员的奏折中说：“请援照学部及巡警部成案，毋庸开去差缺，遇有升转仍因其旧，俟臣院奏补实任后再行照例办理”。见光绪三十二年十一月初六日（~~光緒三十二年~~ 圆月 圆日）《申报》。

官员受惩罚可能出于多种原因,沈家本选拔人才,并未仅仅拘泥于“品行端方”之类的道德判断,更看重的是才能与学识,这正是他作为专家和一般公众之间存在的差别。事实证明,他的判断是正确的。无论是吉同钧,还是文需,就现有资料来看,在清末的修律和审判事务中均有上乘表现。^①

光绪三十三年三月,大理院从法部接手了原来刑部的现审案件,人手不够,因而又请求从民政部调入“学识俱优,长于听断”预审人员。^②他们是:正审官汪守珍、汪世杰;陪审官高祖佑、魏倬、张曾启、汪维成,检察官程继元、孙宝瑚,记事官舒翔、黄兆熊、陈鸿年、白坤十二人。此外,因承担的审判事务日益繁多,大理院还随时奏调人员襄理院务。见诸报端的有专折奏调郎中伍兆鳌^③、奏调陆军部主事蔡玮^④、奏调预审厅数员^⑤等。至次年四月沈家本离任之前,从各部院奏调的人员共有七八十人之多。^⑥

与此同时,大理院对于本院原有人员,在严加甄别的基础上,予以留用。这一工作相对于从其他部门奏补人员来说,难度更大一些。十二月四日(员月 夙日)《盛京时报》报道:

大理院颇加整顿◎近因大理院有司法裁判之专责,闻该堂官已于日前考试各司员,将文理优者仍在本院当差,巡次者均咨吏部选就外用,并将旧额尽行裁撤,犹有停补免试之说,刻已奏准实行云。

经过考试,大理院仅留用了三十余人,其余人员一概咨送吏部按照原品改归外官,分发各省补用。^⑦调、留之外,大理院还通过招考的方式来录取录

① 吉同钧(夙源—夙城)陕西韩城人,光绪十六年进士,曾任刑部主事,为清末法学家。在吉同钧所著《审判要略》的跋文中,他人言及吉同钧“乃文章巨手”,曾任律学馆、京师法律学堂、京师法政学堂和大理院讲习所的律学教习。相关介绍可参见俞江:《倾听保守者的声音》,载《读书》1999年第 1 期;《近代史资料》总 180 号。他于光绪三十三年二月十三日由法部奏调入律学馆,故未至大理院。据 夙源年 夙月 夙日《大公报》报道,文需调入大理院后被任命为刑科第三庭试署推事。另据 夙源年 员月 夙日《大公报》所载《述春阿氏冤狱近情》一文,在清末春阿氏谋夫案的审理过程中,其他承审官一味迎合长官意志,不意追查真相,文需“不厌精详,侧击旁求,探本逐末,始知杀人者自有在,实非春阿氏柔弱女子所敢为所忍为也。”关于文需的其他资料,尚有待继续查找。

② 光绪三十三年三月十八日(夙源年 源月 夙日)《申报》。

③ 光绪三十三年二月二十一日(夙源年 源月 夙日)《大公报》。

④ 光绪三十三年二月二十八日(夙源年 源月 远日)《大公报》。

⑤ 光绪三十三年三月初九日(夙源年 源月 夙日)《大公报》。

⑥ 《修订法律大臣沈家本奏酌定司法权限并将法部原拟清单加具案语折》,前揭故宫明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》,第 180 页。

⑦ 光绪三十二年十二月初三日(夙源年 员月 夙日)《申报》。

事、书记等专业人员。^①

与大理院“先调入,后裁撤”的作法不同,法部的内部整顿是从甄选司员、裁撤冗员开始的。在戴鸿慈的主持下,法部于光绪三十二年十月二十二日(癸卯年 癸月 苑日)开始考试各司司员,以“如何审判案件”作为择员去留的标准,逐日传考司员,以免滥竽充数。选拔工作持续了一个多月。^②由于和其他部门相比,法部在内部整改上缺乏效率,受到慈禧的严厉批评,戴鸿慈因此得咎,颜面扫地。^③在这一压力之下,法部会同军机大臣以最快的速度将法部官制于光绪三十二年十二月十八日(癸卯年 员月 猿日)奏交,并得到批准。^④所以迟至十二月二十五日(癸月 苑日),尚书之下的四名主要辅官才得到朝廷任命,他们是:法部左丞定成、右丞曾鉴、左丞参余肇康、右丞参王世祺。由于堂官到任较迟,故裁撤书吏的事务拖至十二月仍未进行。^⑤农历新年之后,法部方对吏治大加整顿,进行人员分流。光绪三十三年正月十九日(癸卯年 猿月 猿日)《大公报》报道:

法部裁吏先声◎法部戴少怀尚书近密谕各司官云:本部书吏刑皂狱卒人等盘踞多年,素为人民所切齿,急宜迅速裁撤以符新制。现在本部官制既定,君等宜躬亲庶政,不得假手书吏,否则查出定不姑宽,勿谓

① 光绪三十二年十月二十六日(癸卯年 癸月 员日)《盛京时报》报道:邮传部大理院拟欲招考书记,以便缮写公事,不日即将出示招考云。光绪三十三年正月二十六日(癸卯年 猿月 员日)《大公报》报道:大理院考取之录事业经复试于前日揭晓,共取一百余名,先传五十名入法律学堂,肄业六个月后到院办公,名次列后者须第二次传到。

② 光绪三十二年十一月初一日(癸卯年 癸月 员日)、十一月二十九日(癸卯年 员月 圆日)《盛京时报》。

③ 光绪三十二年十二月二十日(癸卯年 圆月 圆日)《大公报》报道:两宫催法部改制◎探闻日前法部尚书戴少怀尚书于召见时,两宫垂询改定本部官制事宜。略谓主持立宪改官制者为卿为最先,何以各部院改制次第入奏,而法部尚如此延缓,是何道理云。戴尚书碰头而下,于次日至部,催促与议官制司员赶速拟稿呈堂入奏云。同年十二月二十三日(癸月 缘日)《申报》的报道更加详细:戴尚书召见被斥◎立宪事宜最初提倡者官则法部尚书戴鸿慈,外官则桂抚林绍年。下诏立宪先从改订官制入手,大抵从二人之言为多。闻日前戴尚书召见时,慈颜不预,申斥云:采纳立宪听卿言,诂官制已改,一利未举,弊端已萌,卿初言立宪只言其利,不言其弊,是何意乎?且各部改订官制员缺事宜,他部皆有头绪,或已经具奏者,惟法部旷日弥久,徒事敷衍,迄无端绪,急宜认真议订,从速具奏云云。戴尚书磕头而退。

④ 《军机大臣奕劻等覆奏核议法部官制并陈明办法大要折》,前揭故官明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》,第 源员—源猿页。

⑤ 光绪三十二年十二月初四日(癸卯年 员月 苑日)《盛京时报》载:裁撤书吏之消息◎因裁撤各衙门书吏化私为公,以除积弊,惟有度支部及法部等衙门仍未裁撤,近开(疑应为“闻”)尚书与某司员议商,俟到任后,此次定要实行裁撤云。

言之不预也云云。

因为“旧有各员直连法律二字且不解，实难敷衍迁就”，故戴鸿慈决定对其“严加裁汰”，分别情况，“或年轻新就捐班，或年老颓唐太甚者，一律开差”，但“仍给原俸，以资体恤”；“其稍堪造就者即饬入律学馆肄业”。^①

从其他部门调入人才亦是法部充实自身的一个快捷方式。官制确定之后，光绪三十三年正月，法部从各部门奏调了曾鉴、鹿学良、恩润、善佐、周绍易、段书云、吴枋、罗维垣、党蒙等九人为丞参。法部还吸取邮传部用人的教训，由各部门开单请旨简放，并不奏委，尽量避免部门间争夺人才。^② 二月，又奏调了曾留学欧美的毕业生王宠惠、张煜全，并奏调了秋审处人员三十名^③，农工商部主事章宗祥亦被调入委以重任，“襄理一切”。为充实律学馆，又于二月十三日（猿月 缘日）具折奏准添派徐谦等十八人办理馆务。^④

人才短缺必然导致争才现象，法部与大理院之间本不和谐的关系开始趋于紧张。

首先，大理院一直未能接手现审案件，从客观上来说，影响了法部的改革进程。沈家本与戴鸿慈早在光绪三十二年九月二十七日（癸卯年 癸月 癸日）就已会奏，大理院于三个月后接收刑部的现审案件。与此同时，法部在新任各司堂官到任前，停讯了所有的案件。^⑤ 三月时限即将届满时，法部积极派员清理本部新陈案件，未讯结案件亦拟均移交大理院审判。^⑥ 但由于大理院条件仍然不具备，因此，接收现审案件的时间又延至光绪三十三年三月初一日（癸卯年 源月 缘日）。而法部在改定官制后，新定各司员缺已经奏明，因为尚须代管现审案件，因此，各官缺只能在大理院接收现审案件后才能更补。^⑦ 也就是说，因为大理院的原因，法部内部人事任命不得不推迟。人员不到位，改革自然也就难见其效。这一情形的出现并非大理院刻意为之，但由于在部院交接过程中的一系列不愉快的出现，法部迁怒于大理

① 光绪三十三年二月初三日（猿月 缘日）《大公报》。

② 光绪三十三年正月初六（圆月 缘日）《大公报》。

③ 光绪三十三年二月初四日（猿月 缘日）《大公报》。

④ 光绪三十三年二月十四日（猿月 缘日）《大公报》。这十八人是：徐谦、张家骏、麦鸿钧、刘钟林、张煜全、王宠惠、严锦荣、陈篆、关应麟、吕慰曾、吴德耀、吴乃翼、颜绍泽、邵从恩、何贵笙、陈寿平、马振德、吉同钧。

⑤ 光绪三十二年十月初三日（癸卯年 癸月 癸日）《申报》报道：法部此次厘定官制刑部改为法部，堂司各官互相调换裁并等事，所有各司案件均皆停讯，一俟新任堂官接印后方能接办。

⑥ 光绪三十三年正月十九日（癸卯年 猿月 员日）《盛京时报》。

⑦ 光绪三十三年二月初六日（猿月 缘日）《大公报》。

院也就不难理解了。

其次,官制改革过程中,新旧法律、新旧知识、新旧人员杂陈其间,各部院堂官都深深懂得“为政在人”的道理,因此,都很重视人才引进。中央官制改革谕旨授权给各部院进行内部机构改革,员司名缺是各部院堂官自行核议权限范围内的事,因此,大理院和其他部院一样纷纷奏调新人入院。大理院两次大规模奏调的人员主要来自法部,这些人才也为法部所急需,自然引致法部不悦。此外,导致法部与戴鸿慈不悦的原因还有:

第一,大理院在奏调人员问题上未与法部进行充分协商,法部对调员一事几无发言权,法部深切感受到来自大理院的压力。在法部看来,昔日的刑部虽然风光不再,但如今的法部毕竟也执掌着司法行政大权,且对大理院有监督之责,尚书品级比大理院正卿高,居然得不到大理院的充分尊重,法部的权威与地位正受到来自大理院的挑战。

第二,部院在人员方面的竞争实际上也是戴鸿慈与沈家本之间个人能力与智识的竞争。沈家本在刑部任职多年,对刑部家底了如指掌,可以肯定地说,他从法部所奏调的人员应该都是业务精熟、才堪重用的干才。而戴鸿慈此前只在 1895 年至 1896 年间在刑部有过短暂的任职经历(时任刑部左侍郎),他在法律知识及刑部业务上的熟悉程度自自然不可与沈家本相提并论。戴鸿慈因出洋考察而获得了充分的政治资本,回国后积极主张立宪,条陈官制改革方案,被时人目为开明的立宪派,声誉日隆,沈家本则“以律鸣于时”,自 1894 年被任命为修律大臣,成为当时中国缺之不可的法律专家。官制改革后,修律大臣和大理院正卿这两个角色使沈家本多年的政治抱负得以施展,深厚的法律素养有了用武之地,修律和司法改革两个方面的成就都令时人侧目。因此,就声望而言,两人可谓不相上下,就实务而言,沈更有底气。沈家本在修律与司法改革上所发挥的作用及影响力,深为戴所忌恨。知此一层,前引戴鸿慈在致梁启超信中对沈家本“以阴柔手段,攘窃法权”的评语中所包含的愤恨与无奈,也就不难理解了。

就这样,法部与大理院之间展开了人才大战。对于被奏调的人而言,能被大理院选中未尝不是一件幸运的事。“专司审判”,使他们在审判方面的专长能在大理院施展,这无论对保住现在的饭碗来说,还是对将来的升迁而言,都大有裨益。而若继续留在法部,专长得不到发挥的结果就是可能会被

新人代替,因为法部也在进行内部整顿,不堪任用的人都在裁减之列^①,尚能尽早将自己的去处定下来,在司员们是非常迫切之事。^②针对大理院奏调法部司员,法部也想出了对策,即充分利用人事政策,尽量留住这批人员。

光绪三十三年三月,法部为避免人才流失,作了三条规定^③:

其一,虽然吏部对于司员补缺已有章程在案,但法部出于“为事择人”起见,将“不分题酌通补,其空缺未补者亦为悬缺择人起见,仍归酌补,俟补齐额定各缺之后,再有缺出,遵照吏部新章办理”。

其二,法部实缺人员经各衙门奏调者不少,其中以大理院奏调最多,“大理院职司审判,创立伊始,不能不取材于法部,但令仍占原缺,则以本部之员办他署之事,势必多数派署,与明定职掌之义不符”,故“凡经各衙门奏调的法部人员一律开去原缺,仍留资俸,咨送奏调衙门差遣,将来补缺之日一体接算,以昭平允”。

其三,各衙门奏调人员中“愿留部办事者”,“归入此次奏补奏署”,由法部咨明奏调各衙门,“毋庸兼差,俾得专心职守”。

由于大理院从法部奏调人员最多,所以这三条办法基本上是专门针对大理院的。大理院为吸引人才,曾经许诺,凡奏调人员,只要他们在原来的部门得到升迁机会,就可以不来大理院。而法部将其他部院调任的人员在法部的实缺一律开去,避免了法部人员两边观望。与此同时,法部还对留任法部的人员提供了诸如不分题酌一律通补、立刻安排职位的待遇。这一措

① 法部改革整顿的消息亦频见报端。光绪三十二年十一月初一日(庚申年 癸卯月 癸丑日)《盛京时报》载:戴尚书整顿法部◎探闻戴尚书鸿慈常川进署,于十月二十二日起考试各司之司员,逐日同棹研究各司案件应如何判案为去留之分别。近日已然考过数司,视此法部颇加整顿以免滥竽充数云。十一月二十九日(庚申年 癸卯月 癸丑日)《盛京时报》载:法部考试司员◎刑部衙门自改法部之后,所有大小司员尚无一定位置,顷由该堂官议商拟将各司员分别考试律例,以定去留,刻正逐日传考,俟考试后必有一番更调云。光绪三十三年正月十九日(癸卯月 癸丑日)《大公报》载:法部裁吏先声◎法部戴少怀尚书近密谕各司官云:本部书吏刑皂狱卒人等盘踞多年,素为人民所切齿,急宜迅速裁撤以符新制。现在本部官制既定,君等宜躬亲庶政,不得假手书吏,否则查出定不姑宽,勿谓言之不预也云云。光绪三十三年二月初三日(癸卯月 癸丑日)《大公报》报道:法部澄清吏治◎法部原系刑部改建,奏调咨调各员虽无法律专门之学,亦颇知法律为何事。旧有各员直连法律二字且不解,实难敷衍迁就。昨戴少怀尚书奏请将旧有各员严加裁汰,或年轻新就捐班,或年老颓唐太甚者一律开差,仍给原俸,以资体恤。其稍堪造就者即饬入律学馆肄业。已奉旨依议。

② 光绪三十三年三月,法部司官实缺开去有六十余员之多。见光绪三十三年三月二十六日(癸卯月 癸丑日)《盛京时报》。由此可见司员们早先的担心并不是多虑。

③ 《法部奏改补员缺分别补署并详陈办法折》,前揭《大清法规大全·吏政部》卷二十下《内官制二》第 744—745 页。此折折尾只有光绪三十三年奉旨依议字样,月日并未具明,折内有“本月十五日大理院业将现审未结各案陆续接收清楚”之语,此前法部大理院商议于三月初一日接收案件,十五日应可接收完毕。故据此推断此折应为光绪三十三年三月十五日之后奏准。

施果然有效。光绪三十三年四月二十七日(远月 苑日)《申报》报道，

法部奏补员缺不分题酌通补，俟足额后再照吏部奏定新章办理。又大理院奏调各员均开底缺，各司员因此颇多观望云。

“不分题酌一律通补”对法部人员来说，自然是好消息，而经大理院奏调的人员均开除底缺，实际上也就动摇了他们去大理院任职的决心。在大理院官制尚未出台，任命还是一个未知数的时候尤其如此，而法部的任命近在眼前，这一诱惑自然十分吸引人。

光绪三十三年五月，法部颁布了司员任职清单。戴鸿慈决定依照上述办法施釜底抽薪之计，将原大理院奏调人员一律奏补实缺。因大理院曾有言在先，凡所奏调司员有升迁机会，则可不调至大理院。^①法部正是利用了这一点，对于部分干员以实缺奏留。光绪三十三年五月初二日(远月 颿日)《大公报》有如下报道：

法部奏补司法清单◎法部已将本部实缺郎中、员外、主事奏补，新设各司其实授员名如左：

审录司郎中善佺、魏联奎；员外郎寿昌、刘敦谨；

制勘司郎中戈炳琦、德恒；员外郎汪世杰、长昫；

编制司郎中英勋、孙文翰、石镜潢；员外郎王贻典、朱仁寿；主事平安、齐斌；

宥恤司郎中德山封(山封二字合为一字，上下结构)；员外郎张丕基、鹤年；主事恩沛；

举叙司郎中鲍琪豹；员外郎徐孝丰、赵廷璜；主事耆年；

典狱司郎中德隆、连培型、王国镛；员外郎桂连；主事忠喜；

会计司郎中陈毅、袁廷彦；主事张权；都事司郎中普庚、沈锡珪；员外郎宗奎；主事霍隆武；

收发所员外文淦、景晟；主事文龄；

宗室专缺郎中文良、宗室专缺员外郎溥阳、宗室专缺七品小京官世奎；

^① 光绪三十三年五月初八日(远月 颿日)《申报》报道：法部选补各缺业经出奏，闻该部得力人员经大理院奏调过多，某丞拟一并全行奏留，戴尚书之意恐一经奏留，大理院势必再调，是显示以两署不和之象。不如即将各员一律奏补实缺，则大理院自必无言云云。此等调停之法不知于国事有裨益否？然以旧时刑部之人，而即可为精通法律之员，其得力已可想见，何庸断断相争焉？

升补借补及试署各员名如左：

审录司试署郎中李继沆、员外郎文喜、主事德斌、胡裕培、朱连新、文同书；

制勘司试署郎中刘喜斌、员外郎萧之葆、继兴；主事王之杰、吴建三、欧阳睿、饶叔光；

编置司试署员外任扬、续麟；主事谭文蔚、陈棣棠；

宥恤司试署郎中张其鎡；员外陈康瑞、李步沆；主事王之范、沈似爌、黄毓麟；

举叙司试署郎中续昶、宗彝；主事方克猷、何联恩；

典狱司试署员外桂坤、何奏箴；主事英厚、麦秩严；

会计司试署郎中桂恩、员外文永、绍明、冯汝琪；主事张鋈衡；

都事司试署郎中奎绵；员外寿福、崇芳；主事荫康、奎彰；

收发所试署主事(缺字)安；

笔帖式试署七品小京官如左：清安、寿山、达三、存志、荣祺、铭廉、思椿、文润、福祥、惠炜、联洽、广升、荣勋、固琇、同海、培元、恩兴、阿休。

中国近代第一批中央司法行政机关的工作人员就这样得到了任命。这份名单中的刘敦谨、陈毅、文良、萧之葆、王之杰、谭文蔚、麦秩严、桂恩等八人是原来大理院要求奏调的。戴鸿慈可谓说到做到，按部就班地实施了委以重任挽留人才的计划。法部的举动虽是在大理院的刺激之下做出的，但如果戴对沈奏调法部人员的做法目之以“阴柔手段”的话，那么他的这些做法也未必高明多少。清廷并未制定统一的人事政策，对各部院调员的奏折，往往不分青红皂白一概允准，这无形中加剧了人才的争夺。大理院与法部充分利用人事政策，各使奇招，从各自的立场来说，倒也无可厚非，但双方闹得如此不可开交，不仅有失风范，也加深了业已存在的矛盾。

二、用人权之争

如果说大理院补缺冗员，奏留干才，调取外部人员尚属大理院的职权范围的话，那么，大理院接下来将要对法官（包括审判官与检察官）的任命，在法部看来则着实侵犯了法部的权力。法部的依据主要是两个。其一，按照日本的做法，法官（包括审判官与检察官）的人事权掌握在司法省手中；其二，官制王大臣早先拟定的大理院官制草案对于法官的任命也是这样规定的：

第十六条 摇刑科、民科推丞、总司直俱由法部尚书会商大理卿开单请简。

第十七条 摇推官及司直、一、二、三等书记官由法部尚书会同大理卿奏补，录事由大理卿委用。^①

也就是说，大理院的审判长、审判员和三等书记官、总检察厅的检察长、检察官均由部院会商人选，但以法部的意见为准，大理院只对录事有全权任命权。光绪三十二年十二月十八日（~~1906~~年 11月 18日），法部就曾提出“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。”^②“司法官吏之进退”，亦即法部于光绪三十三年四月初三日（~~1907~~年 4月 3日）《法部奏酌拟司法权限折》中所言的“任免权”，它既然是法部“专政之事”，自然容不得大理院染指。因此，在此折所附权限清单中，法部根据大理院官制草案提出：

大理院官制，因检察总厅隶于法部及请简请补员缺皆须会商，即应会同法部具奏，其推丞及总检查由法部会商大理院请简，推事及检察由法部会同大理院奏补。

言下之意，大理院无权单独任命审判官与检察官。

四月九日，沈家本在回应法部的权限清单时，对于这一条是这样争辩的：

第一，由法部行使对于大理院人员的任免权，时机尚不成熟。用人权固然是法部行政权的内容之一，但“东西各国”“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，故可由司法省大臣专任其事”，通过考试、选拔、任用的方式来进行。与此同时，审判机关并非与任用审判官之事毫无关系，而是也有参与决定之权，“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，非谓裁判人员遂不预闻用人之事也”。中国目前的现状是“今中国法学甫有萌芽，收效至速亦在数年之后，势难悬事待人”，因此，大理院调用各部院人员“亦属不得已之举”。而且，对于审判人员的选用，专业性很强，“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？”从长远来看，由法部行使用

^① 《大理院官制》，前揭《厘订官制参考折件汇存》。

^② 《军机大臣奕劻等覆奏核议法部官制并陈明办法大要折》，前揭故官明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》，第 285—286 页。

人权,则“应俟各学堂法律人才造就着有成效,各省审判官俱由法部任用之后,臣院用人之事亦同归法部”,而现在则“尚非其时”。

第二,大理院从各部院调用人员,是以中央改革官制谕旨为根据的。谕旨规定:“原拟各部院等衙门职掌事宜及员司名缺,仍著各堂官自行核议,悉心妥筹,会同军机大臣奏明办理”。^①现在员司名缺之事经过几个月的核议,业已“竣事”,若再会同法部具奏,则与此前谕旨不相符,所以仍然应该按照原谕旨的要求,由大理院“会同军机大臣奏明办理”。

第三,对现在及将来人员的任用提出了具体的方案。大理院认为改革之初,由大理院任命审判官的办法是合适的,“以一事权而免贻误”;“异日法学材多,《法院编制法》纂定颁行”,再由法部与大理院共同行使任命权。另外,由于检察总厅职司调查罪证、搜索证据和监督裁判等行政事务,职责与审判相关,而且附设于大理院内,因此,在大理院官制草案中,列入了检察各官。他们的任用,应在大理院官制奏定后,由大理院会同法部请简奏补。

很显然,大理院在用人权方面力求掌握主动。大理院为自己的行为提供了很充分的理由。在大理院看来,之所以由其自行甄选审判官、任命审判人员,一是因为中央官制改革谕旨有规定,二是这种作法只是过渡措施,将来条件具备了,再由法部行使任命权。但是大理院试图扩大人事权的倾向仍然是很明显的,最典型的莫过于它对总检察厅人员人事权的规划,试图掌握总检察厅人员任免权的意图表露得非常明显。大理院之所以要这样做,不外是因为总检察厅与大理院之间存在监督关系。由此可见,大理院与法部在人事权问题上互不相让,双方的态度都很坚决。

部院“和衷妥议”的结果是:

大理院官制拟会同法部具奏后,所有附设之总检察厅丞及检察官由法部会同大理院公同妥商,其刑科民科推丞应由部院会同妥商,将大理院审判得力人员开列清单,由部会院请简,推事以下各官即由院会部奏补,以收得人之效。^②

“和衷妥议”方案在这个问题上表面上采取了折衷,实际上偏向法部。

首先,它规定了大理院官制不再由大理院堂官会同军机大臣办理,而是

^① 前揭故官明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》,第 194 页。

^② 前揭《大清法规大全·法律部》卷四《司法权限》,第 154 页。

会同法部奏明。《大理院官制》的核定权不在军机大臣而在法部，标志着法部对大理院人事权的全面掌握。

其次，在任用权上，“和衷妥议”方案表面上试图在部院之间搞平衡，实际上通过对各类人员任命权的分割，将大理院的权限尽可能地缩小。总检察厅丞及检察官的任命以法部为主，刑科、民科推丞由部院会商决定，推事以下审判官的任命以大理院为主。所以，在检察官与推丞的任命上，法部的权限更大，而大理院仅在推事的任免上权力稍大。

光绪三十三年四月三十日（~~光緒三十三年~~ 远月 朔日），即在部院“和衷妥议”后的第十天，部院共同制定的《大理院官制》出台了^①，随后大理院各庭推事得到任命。光绪三十三年六月十二日（苑月 朔日）《大公报》对此做了报道。

大理院拟补员缺大理院官制业经具折奏定，将拟补试署之二项员缺照录于左：

- （一）拟补刑科第一庭推事二员，乐善、顾绍武；试署二员许受衡、余和坝；
- （二）拟补刑科第二庭推事一员 联惠；试署三员：王仪通、史绪任、汪忠杰；
- （三）试署刑科第三庭推事三员 文霏、唐烜、金绍城；
- （四）拟补刑科第四庭推事一员 荣宽；试署二员：王景睿、梁秉鑫；
- （五）试署民科第一庭推事三员 周绍昌、李传治、蒋德椿；
- （六）试署民科第二庭推事三员 姚大荣、治良、蔡桐昌；
- （七）试署看守所所长弼敬；
- （八）试署典簿厅典簿王全绶、黄中毅；
- （九）拟补都典簿徐埭芝；
- （十）拟补典簿德兴；
- （十一）试署主簿花良阿、赵燮彦。

对于总检察厅厅丞和大理院推丞等高级法官，法部采取了更为慎重的办法，即由法部预保，听候记名简用。光绪三十三年七月十九日（愿月 朔日）《大公报》报道了当时法部对总检察厅厅丞和大理院推丞的预保情形。

法部预保总检察厅厅丞◎大理院官制设有总检察厅厅丞一员，秩从三品，有监督裁判检察案证之责，职司重要，亦比照丞参人员一律预

^① 前揭《大清法规大全·吏政部》卷三十下《内官制二》，第 393—394 页。

行保荐，听候记名简用。兹将预保各员照录于左：法部左参议黄均隆、法部右参议王世琪、记名副都统治格、前江西广饶九南道玉贵、前安徽凤颖六泗道张成勋、前广东雷阳道段书云。

预保大理院推丞◎法部具奏大理院官制设有刑科推丞民科推丞各一人，分掌刑事民事审判事务，秩正四品，应比照各部丞参行保存记名，以昭慎重。兹有大理院刑科第一庭推事许受衡、刑科第二庭推事史绪任、刑科第一庭推事乐善、民科第一庭推事周绍昌、刑科第二庭推事王仪通、刑科第一庭推事顾绍钧等六员均堪胜推丞之任。拟请飭交军机处记名，准以刑科民科推丞简用等语。已奉旨允准。

两个月后，朝廷下达了对于刑科推丞、民科推丞及总检察厅厅丞的正式任命：大理院刑科推丞着许受衡补授，民科推丞着绍昌补授。大理院总检察厅厅丞着张成勋补授。^①

京师地方各级审判厅的厅丞和检察厅检察长也由法部预保，光绪三十三年八月初三（怨月 圆日）《申报》报道：

法部预保裁判人才◎法部尚书戴鸿慈等前日具奏预保堪任京师高等审判厅厅丞、检察厅检察长、地方审判厅厅丞人员，请旨记名，计江苏道监察御史史履晋、法部都事司郎中奎绵、法部审录司郎中魏联奎，均堪胜高等审判厅厅丞之任。法部承政厅参事麦鸿钧、陆军部郎中李焜瀛、军机处存记道严璩，均堪胜高等检察长之任。法部举叙司郎中续昶、给事中王金镛、法部宥恤司郎中成允、法部承政厅参事徐谦、法部制勘司郎中刘嘉斌、法部典狱司郎中连培型，均堪胜地方审判厅厅丞之任。

法部还向高等及地方审判厅派任裁判官，光绪三十三年八月二十八日（圆月 缘日）《申报》报道：

高等地方裁判官派人◎前日法部派出高等裁判员六人，地方裁判员二十人，检察厅员六人，是晚又续派地方裁判高等裁判各三人，惟初级裁判之员未派。

随着法部向各级审判厅局派出人员，大理院完全丧失了对各级审判厅局的人事权。中国近代意义上第一批法官和检察官的任命过程可谓费尽

^① 光绪三十三年八月十三日（圆月 圆日）《盛京时报》。

周折。

光绪三十三年十月初三日(癸卯年 癸卯日),御史赵炳麟奏请将司法人员均定为终身官,并给予优厚待遇,此折交政务处议奏。^① 政务处于十一月十一日(癸卯年 癸卯日)复奏,认为该法虽然“法至美意至善”,但时机尚未成熟。因缺乏法学人才,不得不兼用“昔日资深谙练之人”,司法人员“出身本来各异”,“则出路自难强同”。加上“各署薪俸未能一律,若使概从优厚,则库帑有所不支”。如果不给予司法人员调迁其他部门的机会,则其他部门的人员对于任职司法将持观望态度,因此“欲重法律专门之学,而转致英才裹足之忧”。政务处认为“应俟将来分科学堂毕业各项专门学生较多,再行照此任用”。^② 此条奏也遭到部院司员的反对。因为法部、大理院及各级审判厅均按所定津贴减成发给,其待遇不如外务部和农工商部优越,故各司员希望能在部院补缺然后外放,因此,对于赵的条奏赞成者少。^③ 赵的建议最终因为过于超前、不合时宜而未果。

光绪三十三年十一月,法部在汇报筹办京师各级审判厅工作的奏折中对于任用法官之事是这样总结的:

再,司法关于人民之利害安危,关系甚重,故任用法官较之别项人才,倍宜审慎。其有熟谙新旧法律及于审判事理确有经验者,自应酌加遴选,以备临事之用。除由臣部各司择其素称得力品秩相当之员分派各厅外,其余或系奏咨调用,或由臣等札委,此项人员不分京外实缺及候补候选,均经采访确实并次第传见,详细甄核,拟由臣等量能器使,先行派厅委任,仍分别办事行政,俟一月后果能勤慎尽职,再行开列衔名,奏请予限试署,并咨明吏部立案,以昭慎重。^④

法部以分派、奏咨调用、札委等方式任命了审判人员,这一工作与司法区划、案件移交等项一起作为法部工作的实绩,说明筹办京师各级审判厅的工作,已在法部的领导下进行得有条不紊。

法官队伍的专业化与精英化是司法独立的重要保证,而法部在法官的任命上则表现出很强的行政色彩,即非专业化色彩。先是法部提出了法政人员、部院人员相互升转的方案,而《法院编制法》则规定通过司法考试是进

^① 光绪三十三年十月初七日(癸卯年 癸卯日)《申报》。

^② 前揭(清)朱寿朋编、张静庐等校注:《光绪朝东华录》,总第 缘圆一—缘圆四页。

^③ 光绪三十三年十一月十八日(癸卯年 癸卯日)《申报》。

^④ 前揭(清)朱寿朋编、张静庐等校注:《光绪朝东华录》,总第 缘圆一—缘圆四页。

入法官队伍的最低标准,法部又以高级法官须同时兼顾司法行政事务为由,坚持由法部任命高级法官。这样,高级法官并非来自基层,而是来自于法部的任命,法政仍然归于一途。宣统元年九月十八日(1911年10月18日),法部奏准了《京师审判检察各厅员缺任用升补暂行章程》。^①该章程对法官人选作了限制,规定只有“正途出身或法律专长者”,才可以作为法官人选,“其他捐纳佐杂各员”不在选用范围内。该章程还规定了法部与大院院人员可以相互升转,法部的理由是“臣部各司职掌与各厅类多相辅而行之事,若令部厅各员互为升转,则考核例案者可以收实地经练之功,历任裁判者亦足补参订刑章之益,核之民政部部厅迁调之法,取其正复相同。故此现拟章程请将厅员与部员互相升转,并准其一体京察截取保送,显以示登进之阶,即隐以寓激扬之用。”

表七 摇部院升转与法政升转对照表

原摇摇职	升摇摇职
实缺员外郎	总检察厅检察官、地方检察厅检察长
实缺主事 摇	高等审判厅推事、高等检察厅检察官、地方审判厅推事请升
实缺小京官 摇	地方检察厅检察官、初级审判厅推事、初级检察厅检察官、地方审判厅所长请升
高等审判厅推事、高等检察厅检察官、 地方审判厅推事	各司郎中 摇
地方检察厅检察官	各司员外郎
初级审判厅推事、初级检察厅检察官 地方审判厅所长	各司主事 典狱司主事
总检察厅检察官、地方检察厅检察长 高等审判厅推事、地方检察厅检察官 地方审判厅推事、地方检察厅检察官	分别以知府直隶州知州截取保送
初级推事、检察官 地方看守所所长	以直隶州知州截取 以直隶州知州
各厅典簿 主簿三年 录事	法部七品小京官转补或以初级推事、检察官 典簿 从九品升至正九品,正九品升至八品,或升主簿

^① 前揭《大清法规大全·法律部》卷七《审判》,第 552 页—553 页。

同年十二月初二日(光绪四年 丑月 癸卯日),法部又对该章程中未尽事宜作了补充,规定了详细的审判检察厅职官补缺轮次表式。^①这一办法打通了部院升转及法政升转之途,自然会受到部院人员的欢迎,但对审判独立而言,则有害无益。它与此前赵炳麟所奏司法官终身制无疑是背道而驰的。将两件事联系起来看,清末司法改革实际上对“是否实现法官精英化与专业化”这一问题做出了否定回答。部院升转、法政升转制的出台,法官与行政官之间建立了微妙的联系,法政混同,也是司法行政权对审判领域渗透成功的重要标志。法部的这一人事安排,将大理院及各级审判厅的行政事务纳入其行政管辖范围内。不仅如此,法政两途相通,使有法律专门之学的人有机会登进仕途,但也不可避免地使法律专业成为一个急功近利的晋升渠道。法部对部院人员及法政人员互为升转的安排,无疑是其司法行政权大肆扩张的结果。

随着《法院编制法》的颁布,司法考试渐渐成为任用法官的主要渠道。宣统元年十二月二十八日(丑月 癸卯日),宪政编查馆奏准《法院编制法》的同时,奏准了《法官考试任用暂行章程》,要求京外已设各级审判检察衙门,应于次年举行第一次司法考试后,定期将各该衙门所有实缺、候补、调用各员认真甄别,按照该章程所定科目补考,分别汰留。针对各司法衙门初设的实际情况,还作了过渡性的安排,如下:凡非推事及检察官者,未经照章考试,无论何项实缺人员,不得奏请补署法官各缺,其现有各项候补推事及检察官由该堂官查验,以其是否“通晓法律、长于听断”为依据奏请任用。至于现悬各缺,如无前项人员,仍然须“钦遵定章任用”,即须经司法考试才能担任法官。^②

由于《法官考试任用暂行章程》和《法院编制法》只规定了通过两次司法考试才能成为推事及检察官,至于审判厅厅丞及检察厅检察长则未规定具体的任命方式。宣统二年二月二十七日(光绪四年 源月 远日),法部提出:各省高等审判厅厅丞、高等检察厅检察长属请简之官,而且兼有行政职务,“非深通法律、富于经验者不能胜任”,故应由法部择员预保,临时请简,各督抚也可以向法部推荐人选,由法部考核后奏请简放。至于其余推事、检察各

^① 《法部奏酌拟各级审判检察厅人员升补轮次片》,前揭《大清法规大全·法律部》卷七《审判》,第 514 页—515 页。

^② 《宪政编查馆奏核定法院编制法并另拟各项暂行章程折》,前揭《大清法规大全·法律部》卷四《司法权限》,第 515 页。

官的任命,则仍然按照宪政编查馆原奏,“非经考试不得任用”。^① 法部任命各省高级法官,“深通法律”至多只是条件之一,相比而言,所谓的“富于经验”可能更为重要。法部掌握高级法官的任命权,无疑是司法行政权对审判机关进行渗透的另一个重要途径。

清末在推行司法考试过程中,还颁布了一系列规章,使通过司法考试任用法官没有流于形式,这有利于法官队伍的专业化,是值得肯定的。《大清法规大全续编·吏政部》卷十三《考试法官》中,收入宣统二年集中颁布实施的相关规定有:宣统二年正月二十四日(庚戌年 猿月 缘日)《法部奏任用法官须经考试折》、《宪政编查馆咨覆法部考试任用法官各事宜应遵章举办项目奏明通行各省文》、宣统二年三月十七日(源月 圆日)《法部奏酌拟法官考试任用施行细则折》、四月初四日(缘月 员日)《法部奏考试法官指定主要各科应用法律章程折》、五月初七日(远月 员日)《宪政编查馆会奏酌拟各省法官变通回避办法折》、六月二十九日(愿月 源日)《宪政编查馆法部会奏议复内阁侍读学士延昌奏举行法官考试请飭改定规则折》、七月二十六日(愿月 猿日)《法部奏新疆法官考试实多窒碍拟请援照广西成案量予变通折》、八月初五日(怨月 愿日)《宪政编查馆奏议复御史石镜潢奏法令解释纷歧致适用未能划一折》、十月初一日(员月 圆日)《法部奏本届京师录取法官暂拟变通办法改为验放折》、《法部奏酌拟法官填写亲供给发执照办法折》、十二月二十四日(员年 员月 圆日)《法部奏厘定法院书记官承发吏考试任用章程折》。从这些规定可以看出,当时对于法官考试任用的规定,至少在制度层面上来说是十分全面的、详细的。

根据《考试法官主要科应用法律章程》,司法考试的内容主要有现行各项法律和暂行各项章程。

现行各项法律包括《法院编制法》、《大清商律》、《违警律》、《结社集会律》、《国籍条例》、《禁烟条例》。附件有《宪政编查馆会奏汇案会议禁革买卖人口旧习酌拟办法折并单》、《宪政编查馆奏核议法部酌拟死罪施行详细办法折》。

暂行各项章程包括《法官考试任用暂行章程》、《司法区域分划暂行章程》、《初级地方审判厅管辖案件暂行章程》、《高等以下各级审判厅试办章

^① 《法部奏各省筹办审判各厅拟请俟考试法官后一律成立折》,前揭《大清法规大全续编·法律部》卷五《审判》。

程》、《筹办外省省城商埠各级审判厅补订试办章程》、《编制大纲筹办事宜》、《司法警察职务章程》、《营翼地方办事章程》。

司法考试的内容以最新的法律法规为主,其中第二项内容“暂行各项章程”均是法部奏定的法规。^①

从上面的分析可以看出,法部在全面掌握司法行政权之后,在领导全国司法改革的同时,也不失时机地扩大自己的人事权,这是另一种意义上的“争权”。在《法院编制法》颁布以后,法部通过对高级法官的任命,使法官队伍的专业色彩降低,行政色彩加强,这是由法部掌握审判机关人事权的必然结果。法官的非专业化与行政化与传统的行政兼理司法有着共通之处,或者可说是传统制度在近代法制转型中的折射。显然,这样的人事制度会对审判独立产生消极的影响。因此,在中国式的“三权分立”体制下,审判权在很大程度上受到司法行政权的影响与制约。

第二节 部院案件交接问题

大理院成立后,按照审判独立的要求,原先承担审判事务的衙门均应将案件移交给大理院。其中主要有原刑部的现审案件、民政部的预审案件、户部的现审案件以及步军统领衙门的案件。在部院之争中,引起法部不满的主要是大理院对刑部的现审案件和民政部预审案件的接收,而其他几类案件的接收则进行得较为顺利。

一、部院现审案件交接

部院成立后,即着手进行部院案件交接与权限划分事宜。光绪三十二年九月二十七日(1906年10月18日),即中央官制颁布后的第七天,新任命的法部尚书戴鸿慈与大理院正卿沈家本会奏,因为大理院尚未成立,无法接手案件,所以刑部原办现审案件,仍由法部暂时办理,三个月以后,再由大

^① 笔者在广州孙中山文献馆见到当时所编的《考试法官主要科应用法律章程汇编》,线装,长1.5公分,宽1公分。除了上述章程所规定的各项法律外,还收录了《法部奏酌拟法官考试任用施行细则折并单》和《法部奏考试法官指定主要各科应用法律章程折并单》。这也应该是中国第一本司法考试复习用书。

大理院交接。^①十月初,法部与大理院对部院权限进行了初步划分^②,由法部专司司法,大理院专司审判事宜。^③法部在新任各司堂官到部任前,停讯了所有的案件。^④但是由于大理院的条件不具备,现审案件迟迟不能移交。三个月的时限即将届满时,法部积极派员清理本部新陈案件,未讯结案件亦均移交大理院审判^⑤,并拟于光绪三十三年正月底由大理院派员接收所有裁判事宜。^⑥但接办现审案件的事一直拖到次年三月初一日。据光绪三十三年三月十九日(癸卯年 缘月 员日)《盛京时报》报道,当时部院会奏现审案件交代日期的情形是:

查臣部(指法部)现审各案自二月初七日汇奏月折以后,迄今又届二旬。叠经督饬司员勤加整理,计已完结者约有三十余起外。各衙门续送之案近复不少,合计现在审讯尚未拟结,皆其中官犯二起,人犯二名,宗室现审三起,旗民二十七起,人犯五十一名。此外秋后斩绞、待质人犯仍由臣部严行监禁,以后自三月初一日起一律改归大理院,已奉旨依议云。

现审案件交接是部院分工的必然要求,虽然法部对于现审案件的交接

① 前揭(清)朱寿朋编、张静庐等校注:《光绪朝东华录》,总第 缘页。

② 实际上,早在议改中央官制的时候,对于部院之间的权限就有过初步的划分,光绪三十二年九月初四日(癸卯年 缘月 圆日)《申报》即有如下报道:法部改定权限◎法部所有权限在监督大理院并各省之各厅局检察院调度检察事务管理刑事民事牢狱并一切司法上行政事务,其旧时所管之平反重辟及问刑等事则悉分掌于大理院,法部不过调度之而已。但在实际操作中,由于涉及到许多实际问题,部院之间遂权限难清。对此,沈家本早有思想准备。同日《申报》亦报道曰:两官垂询刑部划分权限办法◎前刑部值日,两官召见沈侍郎家本,垂询新律之事,并问及刑部专司法律不理现审案件,究竟有无流弊。沈侍郎对:刑部已未完结之案件极为紧要,宜从缓商定划分权限办法云云。

③ 有趣的是,光绪三十二年十月十二日(癸卯年 员月 圆日)《盛京时报》称此为“法部专司法律之事,所有一切审判事宜均归大理院”,十月十五日(癸卯年 猿日)又称“凡有关于司法之事均归法部,其一切法事宜统归大理院管理”(“一切法事宜”似有不通,应是漏掉一字)。此报对于法部与大理院的分工表达不是很清楚,说明当时的报界对于司法改革本身认识模糊。而这一模糊认识最终可能来源于法部与大理院的权限一直未能界定。该报于光绪三十三年三月二十八日(癸卯年 缘月 圆日)《盛京时报》又报道说“法部与大理院之交涉顷已清楚”,具体办法是“遇有案犯送交大理院裁判判定后送回法部处治”。

④ 光绪三十二年十月初三日(癸卯年 员月 员日)《申报》报道:法部此次厘定官制,刑部改为法部,堂司各官互相调换裁并等事,所有各司案件均皆停讯,一俟新任堂官接印后方能接办。

⑤ 光绪三十三年正月十九日(猿月 猿日)《盛京时报》。

⑥ 光绪三十三年正月十六日(圆月 圆日)《盛京时报》。

也颇有微词^①，不过总的来说，进行得还算顺利。大理院因属初创，头绪纷繁，接收现审案件的条件一直十分欠缺，接收时间一再延后，而法部人员因为仍然要替大理院管理案件，新的人事安排无法立即实行。^② 不仅如此，即使在“和衷妥议”后，由于各裁判所尚未成立，裁判人员颇乏其人，从法部接收现审案件之事仍然不得不延搁。新上任的正卿张仁黼与法部商议，所有重要现审案件仍由法部审理，暂缓划分权限。^③

二、大理院与民政部的案件交接

民政部内外城预审厅的前身是光绪二十八年（~~庚戌~~年）创设的内城工巡局。光绪三十一年（~~庚戌~~年）成立外城工巡局，下设发审处，沿五城理讼之例^④，办理词讼事宜。光绪三十一年九月，巡警部成立后，将内外城工巡局发审处改为内外城预审厅，归部直辖。次年九月，民政部成立后，改为该部管理。民政部预审厅掌京师内外城民事、刑事案件，办理词讼事宜，除寻常违警罪可由各分厅讯结外，其民事、刑事诉讼之案皆归讯断。有关民事重要案件，须随到随结，如遇流徒以上重大案件，须先由预审厅讯明情由，再咨送刑部办理，因此，它相当于京城地方的初级司法机构。^⑤ 大理院成立后，所有审判事宜归大理院，因此，原有的民政部预审厅将被裁撤，有关案件应移交给大理院。

光绪三十二年十月初，大理院正卿沈家本与少卿刘若曾取得一致意见，准备与民政部商议划清权限，接手案件，方案是将所有内外城之预审厅一律裁撤，一切审判事宜均归大理院节制。^⑥ 次年正月，民政部也就预审划归大

^① 光绪三十三年二月三十日（源月 癸卯日），戴鸿慈在致梁启超的信中说到沈家本“惟留秋朝现审诸例案，推诸法部”，从其语气中可见他对于继续承担现审任务并不是非常情愿。

^② 光绪三十三年二月初六日（猿月 庚卯日）《大公报》。

^③ 此前虽已与法部进行案件的交接，但重要案件延缓，亦是张慎重之举。相关报道见光绪三十三年四月二十五日（远月 缘日）《大公报》。

^④ 都察院下设五城察院，为稽察京都地方之机构，分中、东、南、西、北五城，每城设一衙门，简记为五城。其有权处理杖罪以下案件，徒罪以上案件，则送刑部定案。参见前掲张德泽：《清代国家机关考略》，第 523—524 页。

^⑤ 参见朱光华：《清民政部简述》，载中国第一历史档案馆编《清代档案史料丛编》第九辑，中华书局 1982 年版，第 102—103 页。

^⑥ 光绪三十二年十月初六日（~~庚戌~~年 癸卯月 癸卯日）《盛京时报》。

大理院事宜举行了会议。^①大理院与民政部很快进行了交涉,并就权限划分达成一致意见:大理院一成立,就将预审厅改为司法处,原预审厅事宜归地方裁判所办理^②,并将京城地方划分为十四个区,分为中、东、西、南、北五区,每区设裁判所。裁判所暂时先审理徒、流以上案件,有关钱债细故及户婚田宅等案,仍由民政部及步军统领衙门暂先讯结,等数月后大理院组织完备,再统归大理院审理。^③根据《大理院审判编制法》,京师各级审判厅局都是大理院的“直辖厅局”,因此,在各级审判厅局未成立以前,由大理院代为接手案件自然是大理院职权范围内的事情,名正言顺。大理院虽然就接收民政部案件一事着手较早,但是由于京师各级审判厅局成立较晚,故预审厅的案件只能缓交。^④

法部认为,民政部的预审案件和刑部的现审案件一样,应由法部办理有关交涉及交接事宜,提出“接收民政部之预审,以及向来问刑衙门之现审,皆臣部所应预备”^⑤,而“和衷妥议”方案对此并未做出明确规定,因此,民政部案件接收工作曾一度停止,大理院的态度与此前相反,不愿再接管民政部案件,于是预审厅事宜仍归法部管理。^⑥

光绪三十三年十一月初六日(癸卯年 癸月 癸日),京师地方各级审判厅一律开办,案件交接遂在法部的安排下进行。民政部飭令各预审厅于当日一律停审,并将现审未结各案于十一月初十日分别移交内外地方审判厅接收,寻常违警罪犯仍由巡警各分厅讯结。^⑦对于案件交接的具体事项,法部作了详细安排,规定如下^⑧:

① 光绪三十三年正月二十八日(癸卯年 癸日)《大公报》报道:民政部于二十四日大开会议,系为筹画预审司法一切事宜办法。是日到者丞参以下并有本部司员王守恂、延鸿、陆宗舆、汪荣宝、胡初泰、汪守珍、汪世杰暨内外总厅各员咸集与议。昨将各员所议情形一并呈奏由徐菊人尚书核议。正月二十九日(癸卯年 癸日)《大公报》则报道说:民政部接准大理院公函,请派专员会议一切预审司法事宜,以便划清权限各等语。现经徐尚书议定,派委部员王守恂、延鸿、陆宗舆、汪荣宝、胡初泰、汪士杰等六员前往会议,并飭内、外两厅再行派员。已咨复大理院矣。

② 光绪三十三年二月十一日(癸卯年 癸日)《大公报》。

③ 光绪三十三年三月二十八日(癸卯年 癸日)《盛京时报》。

④ 光绪三十三年二月十四日(癸卯年 癸日)《大公报》,光绪三十三年二月十一日(癸卯年 癸日)《申报》。

⑤ 《法部尚书戴鸿慈奏酌拟司法权限缮单呈览折》,前揭故宫明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》,第 188 页。

⑥ 光绪三十三年六月初四(癸卯年 癸日)《申报》。

⑦ 《民政部裁撤预审厅由》会议政务处全宗(档号 1000)顺序号 1000,文件号 1000。

⑧ 《奏陈开办京师各级审判厅情形折》,前揭(清)朱寿朋编、张静庐等校注:《光绪朝东华录》,总第 1000 页。

(续表)

序号	案由	侦破部门	案犯姓名	犯罪情节
缘	伙劫营饷	稽查缉捕总局	郭宗起、安保、刘文胜、唐永亭、杨占奎、牛金锋	共十余人分持枪械、火把、稍马口袋至圆明园正蓝旗抢得夹碎银两七百余两。
远	逆伦	稽查缉捕总局	温德、温尚、犯妇温孙氏、地保薛文明	温德因其父温向贵通奸其妻未成，商同其嫡堂兄温尚谋毙亲父。
苑	持枪抢劫	稽查缉捕总局	张得胜、张桂、郭永桂、孙永同	四人均在本庄投充巡警，因贫起意持枪抢夺，得财。
愿	迭次持枪伙劫	稽查缉捕总局	杨老海、束茂林、刘凤鸣、崔凤、赵奎、卢文清、程旺	数次伙同持洋枪、刀械打劫。

该表说明：

光绪三十一年巡警部设探访队，光绪三十二年民政部设稽查缉捕局，宣统元年正月将缉捕探访归并一局，定名缉探总局，专司侦探、缉捕事宜。

内外城巡警总厅，原称内外城工巡局，巡警部成立后，将原设内外城工巡局改为内外城巡警总厅，由部直辖，民政部成立后，两总厅改隶该部直辖。它是管理京师内外城警务及其地面事宜，踞路警卫及稽查一切事项的京城地方公安民政的行政执行机关。光绪三十二年，并内城五分厅为三分厅，外城四分厅为两分厅。以上参见前揭朱光华：《清民政部简述》，第 147—148 页、第 148 页。

三、其他各类案件交接

除了现审案件和民政部预审案件，须办交接的还有宗室案件、户部衙门案件及步军统领衙门案件。

(一) 户部案件

户部现审处于乾隆十三年(1748年)设立，掌审办八旗户口、田房之讼事，须刑讯者，会同刑部办理。^① 部院成立后，户部现审处的案件是由法部出面接收的。光绪三十二年十月初二日(1906年 11月 17日)《盛京时报》对此作了报道：

衙署归并事宜◎刑部改设法部，闻户部现审处事应划归法部以统一事权，现户部现审处已清理案档日内即请法部派员接收。^②

^① 张德泽：《清代国家机关考略》，学苑出版社 2005 年版，第 197 页。亦可参见前揭那思陆：《清代中央司法审判机关》，第 152—153 页。

^② 同日《申报》对此亦作了相同的报道，文字完全相同，可能是摘自同一份京报。

就现在的资料来看,有关户部案件的接收很顺利,尚未发现有部院不协之处。

在京师各级审判厅成立之前,由法部接收的案件均转交大理院承办,在京师各级审判厅成立后,就划归各级审判厅办理。但是,笔者在查阅档案的过程中了解到,由各级审判厅承审的案件,又可能重新转归大理院审判,案件级别管辖的执行遇到一些阻力。如户部所辖仓场衙门^①就认为京师第二初级审判厅办案不力,要求以后仓场衙门案件仍然由大理院承办。该折奏准后,由仓场衙门咨送大理院。下面抄录的就是这份咨文^②:

臣等近年凡遇仓匪舞弊及车夫窃米等案,奏定新章,送交刑部从重惩办。原以若辈最为仓储领户之害,所以奏请交部审办,以昭严重而儆效尤。部臣亦能力顾大局,遵照办理,言出法随,咸知畏惧,是以匪徒敛迹,仓务渐就肃清。上年十一月间(此处缺一字)平仓开放内务府甲米,有车夫沙平儿用铁探子(俗名喇叭),在装车米袋内逐车偷米,当由监(此处缺一字)督同仓役,登时人赃及贼具一并获案,讯不讳,送交巡警厅转交第二初级审判厅办理。乃该厅讯结覆称,据沙平儿供认,在仓外瞥见米车袋开漏,从旁捡取,铁探子亦系路旁捡拾,无罪可科,应即释放等因。臣等察阅之下,不胜诧异:人情诈伪,久已习惯,且系车夫窃米已成积贼,断无直认不讳,一无狡赖之理。该审判厅官竟不准情度理,亦不行查该仓,参考情伪,且不查看来人贼赃、贼具获自何处,即信其一面之词,均就捡拾得来无罪可科,遂行释放,无论中西审判从来无此办法。倘日后臣衙门缉获要匪亦任该厅轻弃例章,任意办理,宵小何所忌惮?不惟仓储无以整顿,即国法亦从此陵夷矣。惟有据实奏陈,恳请天恩俯允,嗣后遇有臣衙门案件仍照咨部奏章咨送大理院审办,以期无枉无纵,而重刑章,免滋流弊。臣等为整顿仓务起见,是否有当,理合附后具陈,伏令对鉴,谨奏。总督仓场衙门为咨呈事。本仓场附奏。嗣后仓场衙门所办案件咨送大理院办理一片于光绪三十四年正月十八日奏,奉旨依议。钦此。^③

^① 户部仓场衙门,掌漕粮之积储及北运河运粮事务。有关户部仓场衙门的简要介绍,可参见前揭张德泽:《清代国家机关考略》,第 5 卷,1 页。

^② 会议政务处全宗(档号),顺序号 1510,文件号 520。

^③ 此事亦见于时报。《申报》三十四年正月二十四日(光绪三十四年 正月 二十四日)报道如下:仓督奏巡警审判厅讯犯纵忽,害仓坏法,以后获米犯,请改交大理院讯办。奉旨依议。

仓场衙门要求变更司法管辖权的原因有二。其一是仓场衙门对第二初级审判厅审理案件的过程与方式不满意。仓场衙门检举第二初级审判厅“不准情度理，亦不行查该仓，参考情伪，且不查看来人贼赃、贼具获自何处，即信其一面之词，均就捡拾得来无罪可科，迳行释放，无论中西审判从来无此办法”。其二是仓场衙门对案件的处理结果不满意。在它看来，审判厅应该严办此类案件。然而第二审判厅将被告判为无罪释放，是“轻弃例章，任意办理”，如果任其发展，将使“仓储无以整顿”，“国法亦从此陵夷”。实际上，按照审判独立原则，如何审理案件是审判机关的职权，审判机关也有权对案件独立做出判决，仓场衙门作为一般行政机关，并无法律监督之职权，不应就审判事务提出异议。但其不仅提出了此等异议，还得到了朝廷的允准。

这份咨文生动地揭示了各级审判厅局设立之初开展工作的艰难。

其一，从变更级别管辖的方式来看，它是由行政机关提出，朝廷批准，再咨行大理院遵照执行的，整个过程完全受行政权支配。在此前提下，毫无审判独立可言。

其二，仓场衙门要求变更管辖权，除了上述两个原因外，还有一个原因，就是京师仓场内的偷米案件事关重大，应引起足够的重视。一件小小的偷米案件，因其发生地在京师仓场，而改归大理院审理，如果以此为标准来设定级别管辖的话，那么几乎京师所有治安案件均可以种种理由划归大理院审理，大理院作为最高审判机关，如何能够应付得了？而且，京师的级别管辖也会因此失去意义。

其三，新成立的地方审判厅未得到行政部门的支持与官员的信任，审判机关任重道远。变更司法管辖权的最终原因在于审判机关的威信尚未建立起来，审判独立原则没有得到真正贯彻。虽然没有充分的材料证实仓场衙门与第二初级审判厅对案件的判断孰对孰错，但在整篇咨文中，可以看出仓场衙门对第二初级审判厅的态度是极为不屑的，认为它“轻弃例章，任意办理”。这种态度有两种可能，一是第二初级审判厅确实处理草率，二是仓场衙门因对处理结果不满意，而迁怒于第二初级审判厅。无论是哪一种情况，司法管辖权的变更对新成立的京师各级审判厅局而言都是一种极大的压力。它们在审判独立的道路上任重道远，既要搞好自身建设，又要处理好纷繁复杂的案件。可见，审判独立的最终确立与司法改革乃至整个政治体制改革进程相关，而不仅仅是审判机关的事。

（二）宗室案件

宗室觉罗的地位非普通民人可比，其案件由专门机关审理，在法律适用上享受格外优待。清初宗人府负责审理宗室觉罗案件，乾隆以后，宗人府的司法审判权逐渐缩小，须会同户部与刑部申办。^① 清末改定刑律，满汉通行，宗室仍行其原有定制。^② 在官制改革以前，宗室与民人涉讼案件，一般由刑部派员赴宗人府会审，是为“会府”；觉罗案件则由宗人府派员赴刑部会审，是为“会部”。官制改革后，宗室案件均改归大理院办理。光绪三十二年十月二十七日（~~光绪~~宣统元年 癸卯月 癸巳日）奏准的《大理院审判编制法》第二十二条规定：大理院有权会同宗人府审判重罪案件^③，沿用了以前刑部与宗人府会同办理宗室刑事案件的做法。但是对于宗室民事案件的管辖，随后拟定的《法院编制法》草案也没有做出具体规定。按照日本的做法，宗室民事案件由控诉院（即高等审判厅）受理。但是高等审判厅无会府之权，且各国亦无此例。故法部认为，在全国裁判体制尚未普遍建立之际，如果将宗室案件送交各级审判厅申办，则“深恐职司太微，不足以昭慎重”。因此，光绪三十三年十月二十九日，法部在奏准《各级审判厅试办章程》的同时，建议将宗室觉罗民刑诉讼仍划归大理院特别裁判，并得到允准。^④ 因此，宗室案件由大理院会同宗人府审理，仍沿会府、府会之例，只是以大理院代替了原先的刑部。在京师地方各级审判厅成立后，宗室案件仍不归审判厅审理，而是送大理院审理。此事亦见诸报端。^⑤

宣统元年十二月二十八日（~~光绪~~宣统元年 癸卯月 癸巳日），宪政编查馆奏准《法院编制法》。在该奏折中对于宗室案件做出了新的安排。该折认为，宗人府参与案件会审有名无实，且有损国家司法权的统一，亦非朝廷预备立宪之本意。日本皇族的诉讼案件一向归控诉院审理，宫内并不参与，虽然在审级上与民不同，但可享法定裁判之权利。这对于统一司法权至为重要。盛京宗室觉罗案件已归当地审判厅管理，作为京师，亦应事同一律，对旧制作相应

① 前揭那思陆：《清代中央司法审判机关》，第 159—162 页。

② 《修订法律大臣奏遵议满汉通行刑律折》，前揭《大清法规大全·法律部》卷三《变通旧律例二》，第 159—162 页。

③ 前揭《大清法规大全·法律部》卷七《审判》，第 159—162 页。

④ 《法部奏宗室诉讼仍由大理院裁判片》，前揭《大清法规大全·法律部》卷七《审判》，第 159—162 页。

⑤ 光绪三十三年十一月二十八日（~~光绪~~宣统元年 癸卯月 癸巳日）《盛京时报》报道：宗室讼案不归审判厅。法部审判厅业以开办，闻定义民事、刑事均归该厅管理，惟宗室讼案不归审判厅，仍送大理院以示区别。

变通 将宗室案件交由审判衙门依法独立审判,不再与宗人府会审。而且宗室觉罗案件归大理院审判,而大理院为最高终审衙门,宗室因此失去上控权。对照日本的做法,提出如下方案:对于民事两造俱属有爵宗室的案件,由宗人府自行办理,其余宗室觉罗与旗民涉讼案件则由高等审判厅审理,刑事案件,凡宗室有爵犯在流遣以上由大理院审理,徒罪以下及觉罗有犯均由高等审判厅审理,不服该厅之判断者皆得上控于大理院。这一方案保留了宗人府对于裁决民事两造均为有爵宗室案件的权力,同时将刑事案件区别轻重分别由大理院与高等审判厅分别审理,基本上符合近代司法审级管辖的基本原则。如此折衷的办法,在宪政编查馆看来,乃“庶于崇隆法权之中,仍寓优待属籍之意,既使宗藩枝叶得法律之保障而益尊,抑令朝廷法官因独立之精神而益重”。^①

此折奏准后,有关细则须由宪政编查馆订明请旨。宣统二年五月二十七日(庚戌年 苑月 猿日),宪政编查馆拟定《宗室觉罗诉讼章程》六章并附则,共三十七条,奏明请旨。同日奉上谕,“宗室觉罗案件即照此定章办理,其在新章以前未结之案概由宗人府分别咨交各该衙门审讯,至有爵宗室与有爵宗室民事仍由该府审理,并着该堂官另据拟章程奏请施行外,其宗室觉罗刑事案件定案时由大理院咨行宗人府、法部查核后,由大理院具奏”。^②

六月十四日(苑月 辰日),又奉上谕:“所有新定宗室觉罗诉讼章程,着俟新定法律实行及将来皇室大典并民刑事诉讼法颁布后,再行会同奏明实行,现在宗室觉罗诉讼一切事宜着暂行,仍照向章办理,毋庸按照新章更改,该衙门知道”。由于清亡以前所谓的“皇室大典”和“民刑事诉讼法”均未能颁布,因此,《法院编制法》关于宗室案件审理的规定与《宗室觉罗诉讼章程》均未付诸实施,宗室觉罗案件仍照《法院编制法》颁布前的“向章”审理,即由大理院与宗人府会同审理。

(三) 步军统领衙门的案件

步军统领衙门设于清初,专管满洲、蒙古、汉军八旗步兵。其职掌除防守、稽查、门禁、缉捕、编查保甲等外,还有断狱、接收民人京控案件。凡八旗步兵及巡捕五营马步兵拿获之违禁、犯法等一切案件,均由步军统领衙门审

① 前揭《大清法规大全·法律部》卷四《司法权限》,第 554 页。

② 前揭《大清法规大全续编·法律部》之《谕旨》。

断。该衙门有权自行审断杖罪以下案件,徒罪以上案件经审讯后送刑部定拟。^①步军统领衙门还办理旗人案件。凡八旗满洲、蒙古、汉军之犯奸案件,流罪以下,亦由步军统领衙门审理定结;其因奸致死者,由步军统领会同三法司满堂官审明定拟,用满文折具奏定结。^②在拟定官制改革方案时及各级审判厅设立之后,步军统领衙门曾有将撤之传闻^③,但可能因两宫认为“其有捕盗办案之责,甚为得力”的缘故,而将之保留。^④

步军统领衙门奏交之案凡奉旨交刑部审讯者,皆由刑部承审。光绪三十三年十月二十九日(1907年11月)源日,法部建议该类案件均改归大理院办理。^⑤其间经历了京师各级审判厅的筹建,移交工作进行得不是非常顺利。直至光绪三十四年正月,经由法部接手,才将此类案件交接清楚。据报道,步军统领衙门与法部将审判厅的权限作了划分:凡城内刑、民各诉讼案件统归审判厅讯办,其地面一切斗殴、娼财等事仍由步军统领派兵严缉,至城外各营汛未设审判厅之处,遇有诉讼之事,仍由各营汛讯结。宗室觉罗及各省京控者,仍由步军统领衙门审理。^⑥

光绪三十三年十二月,法部制定了《营翼地方办事章程》^⑦,该章程共十六条,对各级审判厅设立后京师营翼地方^⑧的各类案件移交做出了相应规定。其大略如下:

凡京师营翼地方既已设有各级审判衙门,凡呈词口喊各案,步军统领衙门内不再受理;步军统领衙门本有地面缉捕之责,今后拿获动凶斗殴、拐带、娼、赌及命盗各案,由步军统领衙门录取大概供词,即分别解送各级审判厅;各营翼发生并拿获各案件,须报知步军统领衙门通知该管检察厅相验;当场拿获之案,由步军统领衙门与检察厅会同踏勘,人犯录供后解送检察厅;如遇有通缉各案,由检察厅通知步

① 前揭张德泽:《清代国家机关考略》,第 235—236 页。

② 刘子扬:《清代地方官制考》,紫禁城出版社 1995 年版,第 104 页。

③ 光绪三十三年九月廿一日(1907年10月)《大公报》。

④ 光绪三十二年十月初七日(1906年11月)《盛京时报》。

⑤ 《法部奏宗室诉讼仍由大理院裁判片》,前揭《大清法规大全·法律部》卷七《审判》,第 1952 页。

⑥ 光绪三十四年正月初七日(1908年1月)《大公报》。

⑦ 前揭《大清法规大全·法律部》卷五《司法警察》,第 1501—1502 页。

⑧ 步军统领衙门设步军统领一员,左右翼总兵各一员,佐统领以统帅将弁,管理京师地方。左翼总兵统步兵营巡捕南、左二营各汛官,右翼总兵统步兵营巡捕北、右二营各汛官。参见前揭刘子扬:《清代地方官制考》,第 104 页。“营翼地方”应是对两翼各营管辖地面的统称。

军统领衙门转饬营翼协拿；五营地面词讼，除南营外，在京营审判尚未设厅前，流徒以上各案犯，送地方审判厅。凡宗室犯罪不论轻重及宗室与平民涉讼之事，仍由步军统领衙门咨送大理院会同宗人府讯办。

大理院自光绪三十三年三月初一日开始接收案件，至二十九日，头一个月的情形如下：法部移交现审及民政部步军统领衙门奏咨各案共计收到七十三件，已完三十一件，未完四十二件。^①这是大理院作为全国最高审判机关，第一个月的工作记录。

从以上各类案件的接收来看，清末对于各衙门案件的接收缺乏统一管理，法部与大理院都曾出面接收案件。刑部现审案件由法部直接向大理院交接；民政部预审厅案件先由大理院接收，后又改为法部统筹；户部案件与步军统领衙门的案件由法部出面接收并交由各级审判厅办理；大理院对宗室案件的介入较早，在《大理院审判编制法》中即已对宗室案件的审理作了规定，法部对此并无异议。

从大理院在成立之初，就试图将各类案件的交纳入自身权力范围内，故表现得比较积极，但由于京师各级审判厅局尚未成立，大理院自身的条件也不具备，因此，大理院与其他部门商妥的案件接收计划因为现实条件的限制，而被耽搁了。部院存有争议的刑部现审案件与民政部预审厅的案件就属于这种情况。在法部看来，接收案件本身属司法行政事宜，应由法部统筹，大理院接收各类案件的行为是对法部司法行政权的冒犯。而在大理院看来，它是全国最高审判机关，筹建京师各级审判厅亦在其规划之中，因此，由大理院接收各类案件并无不妥。实际上，案件无论是由法部接收，还是由大理院接收，最终都是要划归各级审判厅审理。司法改革有赖于大理院与法部的配合与分工协作。大理院积极从事各级审判厅的筹备工作与各类案件接收，从司法改革总体上来说，无疑可以为法部分忧。但由于法部与大理院的争权意识都很强，双方已丧失了良好合作的基础，于是部院在权限问题上锱铢必较，各自划定地盘，动辄剑拔弩张。因此，对部院而言，接收案件本身并不重要，重要的是对其背后的权力进行争夺。

^① 前揭《司法奏底》。

第三节 大理院司法区域划分问题

《大理院审判编制法》勾画出了京师四级审判厅的蓝图：在大理院之下，设高等审判厅、地方审判厅及初级审判厅城谳局。各级审判厅之间主要依据案件情节轻重实行级别管辖^①，同级的地方审判厅与城谳局则涉及到地域管辖问题，必须进行司法区域划分。大理院对于划分司法区域一事极为重视，认为在各级审判厅筹建之初，“非确定各审判官之事权则责无所属，非预筹各审判所之区域则事无所归”^②，于是，大理院遂以最高裁判所的姿态积极筹划司法区域划分之事。而法部则认为司法区域的划分应是法部职权，应由法部主持进行。^③故而，司法区域划分亦成为部院相争的事由之一。

在大理院看来，各级审判厅应“次第建设”。各直省审判衙门应在地方官制厘定之后由法部会同各省督抚筹设，在京师，则地方审判厅为重要，基层审判厅城谳局次之。地方审判厅设立于内外城，刑事案件徒流以上及民事案件二百两以上者以该厅为始审，“则重罪案件有所归宿矣”；基层审判厅城谳局依循巡警厅区域的划分方法，在内外城设立九所。凡刑事无关人命之徒罪以下、民事二百两以下者以该局为始审，“则轻罪案件有所归宿矣”。至于高等审判厅，大理院认为“外国俱与大审院相附丽，俟臣院择定衙署后再行斟酌定义”。大理院准备在得到朝廷批准后，“会同法部将京师地方审判厅及城谳局逐渐设法成立”。与此同时，大理院希望在其有能力接收法部现审案件后，再就宗室案件应否会同宗人府审讯等问题会同各衙门会奏。

《大理院审判编制法》提出了一个非常重要的概念，即“大理院直辖审

^① 根据《大理院审判编制法》四级审判机构构成四级三审制如下：大理院为全国最高之裁判所，管辖宗室官犯、抗拒官府及特交案件，地方审判厅初审之案又不服高等审判厅判决者可上控至大理院为终审。高等审判厅不受理初审案件，轻罪案犯不服乡谳局并不服地方审判厅判决者，得控至该厅为终审，凡重罪案犯不服地方审判厅之判决者，得控至该厅为第二审。地方审判厅管辖自徒流以至死罪及民事讼案银价值二百两以上者，讯实以后，径自拟结，按月造册报告。《大理院奏审判权限厘定办法折》，前揭《大清法规大全·法律部》卷七《审判》，第 115 页。

^② 《大理院奏审判权限拟定办法折》，前揭《大清法规大全·法律部》卷七《审判》，第 115 页。

^③ 《法部尚书戴鸿慈等奏酌拟司法权限缮单呈览折》所附清单第十二条：各级审判厅官制员缺，及分辖区域设立处所，由法部主稿会同大理院具奏。

判厅局”。根据该法第二条之规定,大理院在京直辖审判厅局是高等审判厅、京师城内外地方审判厅和京师分区域谳局。第十四条规定了各直辖厅局在行政事务上归大理院领导。据此,京师各级审判厅局的行政事务直接纳入大理院的统辖之下。该法第十条还规定:凡大理院以下之审判厅局,其设立、裁撤及更移管辖地段须会商法部,随时奏闻请旨施行。也就是说,大理院可以负责各厅局之筹建,但必须与法部会商。

对司法区域的划分大理院不仅积极谋划,而且比法部更为积极主动。沈家本主动会同戴鸿慈筹议该项事务,并调取民政部内外城总厅分厅区域地图作为参考。^①次年三月,沈家本还就裁判所的设立做出了相应安排^②,把大理寺旧址改作地方裁判所,銮仪卫旧址改为高等裁判所,并将京城划分为十四个区,按地段分为中、东、西、南、北五个区,每个区设立裁判所,“暂先经审徒流以上人犯,其钱债细故及户婚田宅等案,仍咨照民政部及步军统领暂先讯结”。^③

部院“和衷妥议”之后,法部在司法改革中的领导地位逐步确立并得到巩固,各级审判厅的筹建工作转而由法部主持。光绪三十三年十月二十九日(1907年11月11日),法部奏准的《各级审判厅试办章程》第七条规定:“各级审判厅管辖之区域暂依内外城各巡警分厅辖地区划之”。这一规定虽然在内容上沿袭了原先由大理院与民政部交涉的结果,但由法部在该章程中加以重申,则意味着司法区域划分的权限在法部而不在大理院。光绪三十三年十一月,法部在《奏陈开办京师各级审判厅情形折》^④内对于人事权、司法区划和案件移交事宜作了相应处理,其中对划分司法区域一事总结如下:

第一,内城设初级审判厅三所,外城设初级审判厅两所,查照民政部所分区域分别管辖民刑案件;

第二,营汛分辖地面尚未设审判厅的,笞杖案件由该管衙门拟结,徒流以上罪名案件,送交地方审判厅审理;

① 光绪三十二年十二月二十九日(1906年12月29日)《申报》。

② 光绪三十三年三月初二日(1907年3月2日)《申报》报道:大理院设立裁判所之办法。大理院沈正卿前拟设立预审厅及裁判所现闻业已定议,将预审厅九处分隶九门,每厅设知事一员,以员外主事等员充补,裁判一员,以法律学堂毕业生充补,总裁判一缺,以郎中充补。

③ 光绪三十三年三月二十八日(1907年3月28日)《盛京时报》。

④ 前揭(清)朱寿朋编、张静庐等校注:《光绪朝东华录》,总第12卷,第12页。

第三 顺天府辖境较宽,凡在民政部所分区域内涉讼,无论民刑案件,均归新设各审判厅办理,大兴、宛平两县均应停止审判;

第四 大兴、宛平两县所辖地方与顺天府属地方,应如何分别设立审判厅,由顺天府会同直隶总督咨商法部核办。在未设审判厅以前,由顺天府尹在大兴、宛平辖地不在内外城区内者先行酌派审判官。

第四节 摇司法警察问题

戴鸿慈在致梁启超的信中还谈到大理院在司法警察事务上的所作所为令法部不满。^①就目前见到的资料而言,大理院与法部均试图掌握司法警察的调度权,具体来说,部院的分歧表现在立法与交涉事务两个方面。

在立法上,大理院与法部都主张对司法警察的调度权,并先后制定了相应的法规。《大理院审判编制法》第七条是这样规定的:

大理院及直辖各审判厅局关于证据事件须调查者,可随时迳由本院会商民政部所辖巡警厅,使巡警单独或协同本院以下直辖检察官调查一切案件,平时亦可由本院会同该厅委派警察官为司法警察官以备侦探之用。

根据该条规定,审判机构内部不设司法警察,调查证据时,由民政部巡警厅进行配合,由巡警单独或协同检察官一同调查案件。因此,司法警察的调度事宜由大理院与民政部协同进行。而在光绪三十三年十二月二十八日(癸卯年 圆月 癸巳日)奏准的法部官制,则声明警察之调度,为法部专政之事。《法部官制清单》第三条规定:调度司直及司法警察事项归承政厅办理。^②这与《大理院审判编制法》的规定无疑是矛盾的。

大理院曾就司法警察事宜单独与民政部进行接洽。光绪三十三年二月十六日(猿月 圆日)《申报》报道了大理院与民政部就司法警察分权事宜进行洽谈,将司法警察事务分设为六个问题进行筹划,由内外总厅拟定方案后,再与大理院进行协商。这六个问题是:(一)颁定违警罪规则;(二)大

^① 前揭丁文江、赵丰田编:《梁启超年谱长编》,第 猿怨—猿员页。

^② 《法部奏核议法部官制并陈明办法折》,前揭《大清法规大全·吏政部》卷二十六《内官制二》,第 猿员页。

理院与司法警察之关系；(三) 审定司法警察服务规则；(四) 巡警厅与审判厅之位置及其区域；(五) 违警罪与轻罪之界限；(六) 相验办法。在此过程中，法部并非完全置身度外，对于司法警察事宜也时有参与。上述六个问题中的第四项“巡警厅与审判厅之位置与区域问题”就是在民政部与法部大理院的共同协商下确定的。^① 但总的来说，主导整个接洽事宜的还是大理院。法部深感其“专政之事”为大理院所染指，司法警察一事亦成为法部与大理院权限划分的问题之一。

《大理院审判编制法》与《法部官制清单》均已奉旨依议，于是部院各执一词，各不相让，立法上的矛盾无疑增加了解决问题的难度。因此，戴鸿慈在致梁启超的信中提到，“……是两署皆已有得旨遵办明文（院奏在前），会议数次，莫衷一是。而员司已各怀意见，城府甚深，不能复议”。“和衷妥议”后，司法警察事宜也转归法部主持，大理院不再染指该项事务。光绪三十三年十月二十九日（癸卯月 源日），法部奏准的《各级审判厅试办章程》第九十七条、第一百条、第一百零八条规定，司法警察作为检察厅的辅助机关，由检察官调度，而检察官受制于法部。^② 《大理院审判编制法》中有关司法警察的规定因此而成具文。

同年十二月，法部制定了《司法警察职务章程》。《司法警察职务章程》共八节，二十四条，规定了司法警察的主要职务为逮捕人犯、搜查证据、护送人犯、取保传人、检验尸伤和接收呈词。司法警察的调度权由巡警厅与检察厅共同行使。司法警察人员有协助检察厅执行检查之责任，巡警厅长于执行检察任务时，与检察厅长官有同等职权，但如果系检察厅所及办者，必听任检察官办理。司法警察人员当执行检察任务时，应受检察厅长官和巡警厅长官之调度、指挥。该章程确立了由检察厅调度司法警察的制度。宣统二年四月初四日（癸卯年 缘月 夙日），法部、民政部会

^① 光绪三十三年二月二十七日（源月 怨日）《申报》报道：议定警察与裁判分立问题。警察与裁判分立问题已经民政部与法部、大理院会议订定章程划分权限，警察区域即作为裁判区域，如一巡警分厅界内设一中级裁判所，一巡警分区界内设一城隍局，两两对峙，至内外城总厅则与大理院为对待云云。现原有之内外原预审厅一律裁撤，俟大理院择定所局衙署成立后即可实行矣。

^② 该章程第九十七条规定：“检察官统属于法部大臣，受节制于其长，对于审判厅独立行其职务”。其职权之一就是指挥司法警察官逮捕犯罪者。第一百条规定：“检察厅之辅助机关如左：司法警察官，营翼兵弁，地方印佐各员”。第一百零八条规定：“检察官应由法部发给执照，遇有现行犯，事关紧急时，得指挥巡警兵弁搜索逮捕”。参见前揭《大清法规大全·法律部》卷七《审判》，第夙夙页—夙夙夙页。

奏《检察厅调度司法警察章程》^①,进一步明确了检察厅对司法警察的调度权。法部认为:“司法警察为辅助司法之机关,无论何等官厅,但执行此项事务时,即得称为司法警察,而指挥调度之责任则在检察厅”。^②《检察厅调度司法警察章程》在《司法警察职务章程》原有八节的基础上,扩充为八十条,是适用于各省营汛有关司法警察事务的新章程。该章程对司法警察各项职务进行了详细的规定,并突出了检察厅在调度司法警察过程中的领导与指挥地位。由于检察厅隶属于法部,故法部最终间接掌握了司法警察的调度权。

第五节 摇死罪案件复核权问题

以上各节对部院之间的争端进行了分项讨论,总的来说,这些事项大都可以归结为司法行政权之争,即大理院介入司法行政事务时与法部之间产生的矛盾。法部以司法行政与审判应“各专责成”为理由,并动用它作为司法行政部门所能调动的各种资源,在“和衷妥议”后,渐渐掌握了司法改革的领导权,而大理院则基本退出司法行政事务,不再插手大理院之外的司法改革事宜。与大理院很快退出司法行政事务相比,法部退出司法审判领域则经历了较为困难的过程,部院在死罪案件复核权问题上一直难以达成一致的解决方案。

官制改革方案最先肯定了法部的重案复核权,法部官制草案与法部职掌节略对此都有规定,这无疑是由于当时中央集权的需要。清廷以“民智未开”、条件未备为由暂缓设立行使立法权的议会,从而将行政权与立法大权掌握在自己手中。在司法权方面,采取了日本的模式,并没有给予审判权完全独立的地位,而是由法部对大理院进行制约与监督,这正是清廷所能理解和接受的“司法独立”。这种模式一方面易与传统司法制度衔接,另一方面也尽可能地将审判权纳入君权控制之下。因此,法部的重案复核权在制度上来源于传统司法,在法理上则来自这种对于司法独立的独特理解。

刑部对于重案的复核有一套完整的运行机制,其目的是为了实

^① 前揭《大清法规大全续编·法律部》卷四《司法警察》。

^② 《法部会奏详订检察厅调度司法警察章程折》,前揭《大清法规大全续编·法律部》卷四《司法警察》。

官制改革后,重案复核权转由法部行使,法部实际上成为凌驾于大理院之上的最高审级,这与审判独立无疑是相违背的。司法改革之初,这一制度体现在诸如《大理院审判编制法》等新出台的法规中。随着司法改革的展开,法部的重案复核权势必要被废止,但这个过程是极其艰难的,要改变它必然要克服来自朝廷与法部的双重阻力。部院之争中,大理院高举“裁判独立”的大旗,从主张自身对死罪案件的具名权开始,向法部的死罪案件复核权提出了质疑。虽然这一次短兵相接的较量并没有从根本上废止法部的重案复核权,但毕竟揭开了向法部夺回审判权的序幕,“裁判独立”原则成为重新考量部院关系的准则。不久之后起草的《法院编制法》草案已明文规定大理院为最高审判厅^①,可惜《法院编制法》直至两年后才颁布。随其后出台的《死罪施行详细办法》从死罪案件的审理与执行程序、死罪案件的审判监督程序、遣流以下案件的执行与奏报制度等各个方面完善了死刑案件的法律程序,明确了审判机关、法律监督机关各自的职责,有关重案复核权问题的争论才最终在制度上有了一个交代。

一、刑部的重案复核权

刑部的重案复核权是传统司法制度的重要内容,其目的是为了实现在中央集权。

在传统五刑所对应的罪名体系中,笞杖主要用于民事案件和刑讯,徒、流、死刑则是惩治刑事犯罪的手段。^②一般来说,处笞杖刑的犯罪行为被称为轻罪,处徒、流、死刑的则被称为重罪。^③相应地,轻罪案件由督抚以下的官员审结,重罪案件则须遵循复杂的逐级审转复核程序。徒刑案件须至督抚,流刑以上案件至刑部,死刑案件最后直至皇帝。正如《清史稿》所总结的:各省户婚田土及笞杖轻罪,由州县完结,例称自理。徒以上解府、道、臬

^① 前揭《法院编制法最初之稿》,第六十条规定:大理院为最高审判厅。

^② 前揭郑秦:《清代司法审判制度研究》,第 57 页。

^③ 在清末司法改革中,虽然已认识到民事诉讼与刑事诉讼的诸多不同,但这种基于五刑体系而对案件进行分级管理的方法与相应观念基本上保留了下来。光绪三十二年十月二十七日(1906年 11月 10日)奏准的《大理院奏审判权限厘定办法折》就是一个典型的例证。该折在谈到将要在京师设立的地方审判厅和城谳局时说:拟于内外城设立地方审判厅,凡刑事徒流以上、民事二百两以上者俱以该厅为始审,则重罪案件有所归宿矣;京师乡谳局拟正名为城谳局,循巡警分厅之旧于内外城分设九所,凡刑事无关人命之徒罪以下民事二百两以下者俱以该局为始审,则轻罪案件有所归宿矣。前揭《大清法规大全·法律部》卷七《审判》,第 57 页。

司审转,徒罪由督抚汇案咨结。有关人命及流以上,专咨由部汇题。^①在逐级审转复核中,徒刑案件在督抚审结后,报刑部复核,而流、军、遣案则须由刑部批结,刑部的批文才是具有法律效力的判决,如前所述,刑部基本上掌握了流、军、遣刑的决断权。^②

相比而言,死刑的审理与复核程序要复杂得多。清朝的死罪案件大致上可以分为两大类,其一是过失杀、误杀和职务上的犯罪应处死刑者,此为杂犯死罪,其死刑并不执行,而是照例减等改为徒五年,即“准徒五年”。另一类即占死刑中的绝大多数的人命、强盗案件,一般依情节分别斩绞,因而习惯上将之称为“命盗重罪”或“命盗斩绞重犯”。^③地方的命盗案件,由州县开始初审,然后按管辖级别,逐级审转复核,经州县、府、按察司,直到督抚,由督抚向皇帝具题,经过内阁票拟,进呈御前,照例奉旨由刑部、大理寺、都察院三法司核议具奏。核议工作主要由刑部承担,督抚在向皇帝具题的同时,已将死刑案件的副本“揭贴”咨交刑部,由分管各省案件的各司进行核拟。

京师的死刑案件由刑部直接审理,题奏皇帝,然后也经三法司核议。死刑案件的处理结果有以下三种:判凌迟与立决的,立即执行;监候,缓期执行,外省案件入次年秋审,京师案件入次年朝审,有可能免死,杂犯死罪可改徒刑。三法司核拟案件,就督抚的处理提出立决或监候的明确意见,由刑部领衔,都察院大理寺会签,以三法司的名义向皇帝具题,皇帝“批红”后,即为最终判决。死刑的决断权最后全部集中到皇帝手中。

在此,我们可以看到,刑部的重案复核权有两个表现,其一是通过复核,对全国流、军、遣刑案件拥有决断权,其二是在死刑复核程序中处于中枢地位,是死刑案件判决的拟定者。

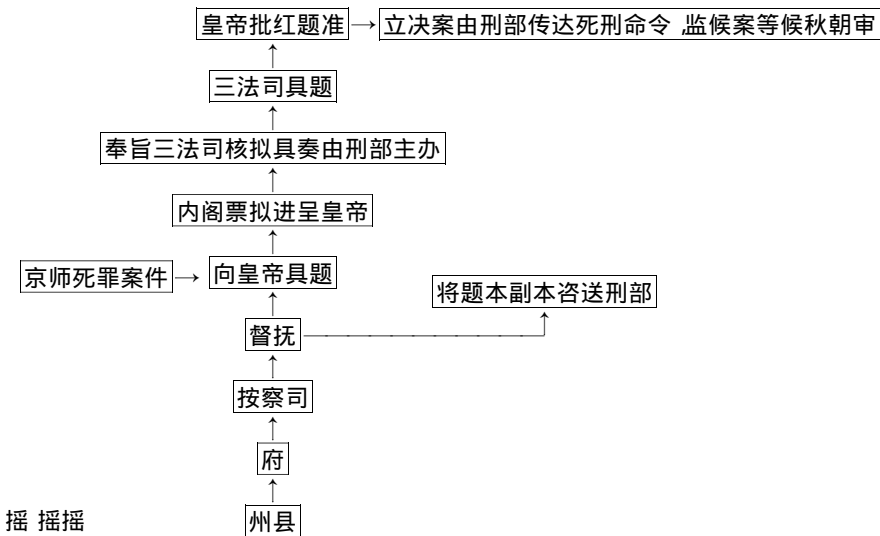
死刑案件处理程序如下表所示:

^① 前揭《清史稿》卷一百四十四《刑法一》。

^② “军遣”即“充军”与“发遣”,是从流刑中派生出来的。清代充军有附近、近边、边远、极边、烟瘴五等,一般称为“五军”。发遣指的是将罪犯发往尚阳堡、宁古塔、齐齐哈尔、科布多、伊犁、乌鲁木齐、巴里坤等地,给披甲人(即驻防军队)为奴。

^③ 前揭郑秦:《清代司法审判制度研究》,第 198—200 页。

表九 摇死刑案件处理程序图



摇摇摇

二、《大理院审判编制法》中对于重案复核权的肯定

法部重案复核权从制度上沿袭了刑部的职权,又在法部节略和法部官制草案中得到确认,因此在官制改革之初,并未受到任何人公开的质疑,包括专掌审判权的大理院。《大理院奏审判权限厘定办法折》根据法部节略和法部官制草案的规定,在规范京师四级审判厅的级别管辖时,提及大理院及各级审判厅审结的案件应报法部及执法司。内容如下:其一,外省所有大辟重案分报法部与大理院,由大理院判定后,送法部复核;其二,京师高等审判厅判决的案件,分报法部及大理院,外省高等审判厅判决的案件通过各省执法司汇至法部;其三,京师地方审判厅审理的徒、流案件定拟罪名后直接报法部并分报大理院,外省地方审判厅则经由执法司汇至法部。^①

因为该法只涉及大理院等四级审判机构的权限划分,法部的重案复核权只体现在相关程序中,其内容并未做进一步说明。该法对法部的死刑复核权与法部节略保持一致,即大辟之案均须先经大理院判定,再由法部复核。至于徒流案件,虽未明确说明必须经由法部复核,但从“在内则径达法

^① 《大理院奏审判权限厘定办法折》,前揭《大清法规大全·法律部》卷七《审判》,第552—553页。

部并分报大理院,在外则详由执法司以达法部”的用语,以及此后部院之间对此并无争议这一点来看,基本上可以肯定,这些案件仍然须由法部复核。显然这些程序参照了以前刑部的重案覆核的运作机制。

法部与大理院对于重案的复核权与四级三审终审制是有矛盾的。对于死刑案件而言,不论是由地方审判厅还是高等审判厅审理,也不论这些案件是否上诉,均须上报到大理院与法部,由大理院复审,法部复核。而对于徒、流、军、遣案件而言,则均由法部复核。各级审判厅实际上对几乎所有的案件都没有决断权。在这一点上,《大理院审判编制法》只是重现了以前的审转复核制。《大理院审判编制法》虽然明确地提出“自大理院以下及本院直轄各审判厅局,关于司法裁判全不受行政衙门干涉,以重国家司法独立大权而保人民身体财产”,这里的“行政衙门”显然不包括法部,因为法部是“司法机关”,它对各类案件的复核正是中国式的“司法独立”所要求的。

三、三份权限清单对比分析

如前所述,光绪三十三年四月初三日(1907年 缘月 源日),法部单方面上奏了一份划分部院权限的清单,并得到批准。在这份权限清单中,已将此前与大理院有过争议但不甚重要的事项略去,将重点集中在重案复核权和人事权两个方面,其中关于重案复核权的条款计有八项。重案复核权和人事权是法部控制大理院最重要的权柄,只要在这两个方面限制了大理院,大理院就基本丧失了与法部抗衡的力量。法部显然试图采取“抓大放小”,以局部带动全局的策略。大理院于四月九日对部院权限中存有异议的各项进行了批驳,提出了加具案语的清单。在清廷的高压之下,部院遂于四月二十日将“和衷妥议”清单奏上,并得到批准。“和衷妥议”方案于是成为划分部院权限的主要依据。现对这三份清单进行逐项分析。^①在法部所提出的有关重案复核权的八个条款中,有些是大理院未表示反对的,有些则是大理院要求变更的,主要集中在关于死罪案件复核权的三个条款上。下文将分别述之。

^① 这三份清单及奏折的具体内容见《法部奏酌拟司法权限折并清单》、《大理院奏厘订司法权限折并清单案语》、《法部大理院会奏遵旨和衷妥议部院权限折并清单》,前揭《大清法规大全·法律部》卷四《司法权限》,第 555 页—556 页、556 页—557 页、第 557 页—558 页。

（一）部院无异议各项

在这八项中 除了第一、六、七条外^① 其余各项均是大理院表示可以接受的。

第二项关于秋审事宜 第五项与第八项是关于法部与大理院在复核外省死罪案件及军遣流徒案件上的权限划分 第三、四两项是对大理院自定案件的处理程序。为明确起见 按法部清单中的顺序号照录。

第二项摇外省秋审事宜 仍照向章办理。

法部此条指的是秋审方面的事宜 仍然按照原先的制度执行。秋审制度是传统司法制度的重要内容。地方各省奉旨监候秋后处决的案件入于秋审。秋审先由州县造册并对案犯进行审录 再转至司 人犯则押入臬司狱中 臬司主持全省秋审事宜。经督抚等官员审录后向皇帝具题。各省秋审本上后 照例奉旨“三法司知道” 由刑部主持全国的秋审程序。刑部经审核案卷后 核拟各案的实缓矜留。择定八月某日后 于天安门外金水桥西 由九卿、詹事、科道共同参加 举行秋谳大典 即会审。会审后 由刑部领衔以参加会审全体官员的名义向皇帝具题 分省逐次办理。案件奉旨缓决、可矜、留养承祀 秋审程序即告结束。奉旨情实的案犯 还要经过复奏与勾决的程序 官犯、常犯十次未勾改缓 服制二次未勾改缓 缓决三次可减等。与情实相比 缓决自是对死刑案犯的宽大处理 但在具体执行中 缓决往往成为一种变相的长期徒刑 有缓十余年甚至二十年者 这成为致使犯人瘐毙的重要原因。^② 第一历史档案馆中的原始资料提供了长期缓决的真实记录 笔者所见如光绪三十年刑部秋审处的《各省秋审缓决二十次以上拟准减等清单》^③、宣统元年《法部奏查办秋审缓决二十次以上人犯减免稿》^④等。由此可以发现 秋审博取“矜慎人命”美名的代价是案犯们长期无休止的牢狱生活 以及他们在生理与心理上所受的严重摧残。尽管如此 秋审毕竟有“国之大典”之誉 不可能立刻被废止。所以 在部院之争前 秋审制度仍然被完全保留下来。官制王大臣拟定的“法部节略”规定秋审事宜由法部承办 因

① 大理院在奏折中表示对法部清单中的第一、第五、第六、第九项有异议 并加具案语提出了处理意见。但对照法部所奏清单 实际上应为第一、第六、第七、第九项。前揭《大清法规大全法律部》卷四《司法权限》和前揭故宫明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》中所收录的部院奏折均一致 疑此乃大理院笔误之故。故根据实情将之改正。

② 以上关于秋审的介绍参考了郑秦：《清代司法审判制度研究》，第 166—167 页。

③ 刑部档案（全宗号 1523），顺序号 1015。

④ 法部档案（全宗号 1523），顺序号 1015。

此，法部提出秋审事宜“仍照向章办理”，并没有引起大理院的异议。

第三项摇大理院自定军遣流徒之件，由大理院定稿后咨送法部查照例章办理。

这一条指的是大理院对军、遣、流、徒案件有判决权，而在定稿后咨送法部“查照例章办理”，对应的应该是刑部以前所遵循的程序。刑部曾负责审理京师徒罪以上现审案件，其中的寻常徒流军遣案件，在刑部审结后，按季汇题。这一条规定指的就是大理院可以对军、遣、流、徒案件进行判决，但汇题之事交由法部按季办理。

第四项摇大理院自定专案军流以下之件，由大理院自行具奏咨报法部备案。

所谓“专案”根据《清史稿》的解释，“案系奏交，情虽轻，专案奏结”。^①“奏交案件”即皇帝与闻的案件，其奏报程序自然特殊，即凡奏交案件，下到刑部审理后，即使情节轻微，也要专案奏结。如步军统领衙门对京城治安负有责任，凡笞杖罪以下案件可自行处断，徒以上案件交由刑部处理，并且对某些案件还有直接奏交皇帝的权力。步军统领衙门奏交的案件有两种：其一，步军统领衙门受理各省民人之呈控冤抑案件，案件受理后，经该衙门核实其情节，情事重者，则专折具奏，请皇帝定夺，事轻者则咨回原籍审办；其二，步军统领衙门办理旗人案件，其因奸致死者，由步军统领衙门会同三法司满堂官审明定拟，用满文折具奏定结。另外，一些特殊案件，如宗室案件、职官案件、旗人案件、蒙古案件、叩阍案件均须向皇帝专案奏闻。皇帝裁决的结果可能有：法司定拟判决之裁决，法司再行覆审之裁决，九卿会审之裁决，另行处置之裁决。^②法司再行覆审之裁决与九卿会审之裁决也都须以专奏形式向皇帝具题。在大理院承继了原来刑部审理专案的职能后，有关专案审理后由大理院自行具奏，这也是情理之中的事。

第五项摇高等审判厅、地方审判厅成立后，其死罪案件，分详部院，由大理院复核后，咨送法部核定，由法部主稿会同大理院具奏。其遣军流徒以下案件均详法部办理。

这一条规定针对的是来自地方的死刑案件和重罪案件。虽然在《大理

^① 《清史稿》卷一百四十四，《刑法一》。

^② 前掲那思陆：《清代中央司法审判制度》，第 1 卷，第 1 页。

院审判编制法》中也做了与此相同的规定,但时至部院之争,这一条可能是大理院最不情愿做出让步的一项。这一规定,实际上取消了大理院对于地方审判厅和高等审判厅死刑案件的终审权。同时,对于地方审判厅审理的死罪案件,最多可能会经历四次审理,这实际上与以前的死刑案件的逐级审转复核制没有实质性的区别。在这里,我们可以看到传统司法制度在新的四级三审制中固执地存在着,并从实质上否定了四级三审终审制。而对于由地方上报的军、遣、流、徒以下案件,也须报部。这一条规定实际上切断了大理院对下级法院各种案件的复审权与最后终审权。

第八项摇外省寻常军流以下咨案,应由法部复核,笞杖等造册报部。

“外省寻常军流以下咨案”指的是有关人命的徒罪案件及流以上案件,须专咨由部汇题。^①法部继续行使这一职权。而对于笞杖等案件,也延续了以前的做法,由地方各级审判厅造册报部备查。

以上法部所列各项,即清单中第二、三、四、五、八项,其中有部院已经商定者,也有商而未定但无关大碍者,大理院表示均可以接受,作为部院划分权限的共同底线。实际上,仅从这五项就可以看到,大理院只对其自定军遣流徒之件和奉旨审理的军流以下专案有最终的决断权,其对外省重案死刑案均无决断权,这与大理院最高审判机关的地位显然是极不相称的。法部凌驾于大理院之上,仍然行使着原先刑部的职权,大理院不仅没有能够获得最高的审判权,甚至连应有的案件管辖权都没有。由于先前官制王大臣所定法部节略、法部官制清单和大理院官制的相关规定,以及后来的《大理院审判编制法》对以上规定的重新确认,大理院不可能以审判独立或大理院应享有最高审判权为由将先前的这一切全部推翻,而只能是尽量争取。^②简而言之,这五项条款,实际上已经违背了审判独立原则。大理院并没有全然反对,并不意味着大理院是全盘接受的。大理院确实有着太多的无奈,不得不做一些让步,何况法部的奏折已经得到清廷的允准。

^① 前揭《清史稿》卷一百四十四,《刑法一》。

^② 大理院的这一态度可能有着难言的良苦用心。审判独立在因袭已久的传统司法体制内,不可能一蹴而就。如果大理院一味坚持审判独立和大理院的终审权,试图推翻先前官制王大臣所定拟的法部官制草案、法部节略及大理院官制中有关规定,不仅会徒劳,而且会引起更多人的反对,从而连保守的改革都无法实现。尽管大理院委曲求全,同意了诸多与其职权与地位不相符的规定,仍然遭到法部强有力的回击,仅由此我们就可以看出,假如大理院表现得更加激进一些,大理院及沈家本可能会受到守旧势力和既得利益者的联合绞杀,司法改革将会更加困难。而且,就制度改革而言,一步到位也是不可能的,只能摸索着前进。以后的司法改革实践也正说明了这一点。

（二）部院存异议各项

下面来看一看大理院与法部存有分歧的第一、六、七三项。这三项有一个共同点，即针对的是法部与大理院在死罪案件复核过程中的权限问题。这三条分别对应的是大理院自定死刑案件、速议之件和汇案死罪之件。从条文来看，法部主张对这三类死刑案件行使高于大理院的复核权。而大理院对法部的复核权本身并未提出异议，它所要求的是：既然大理院在这些案件中担当审判的职能，具奏时应与法部共同会奏，即会衔署名权。我们将三份清单中的相关各项对照分析一下，不难体会法部的固执、大理院的困境和清廷的保守。

援大理院自定死刑案件

法部清单：

一、大理院自定死刑之案，咨送法部核定，将人犯送法部收监，仍由大理院主稿会同具奏。其秋后人犯于完案后，移送法部监禁，朝审册本由法部核议实缓，再由法部及钦派大臣复核，黄册专由法部进呈。

大理院案语：

谨案各国裁判制度，皆以大审（理）院为全国最高裁判之地，定拟各案，惟死罪送交司法大臣执行，如情罪或有可原，则由司法大臣奏请减免，并无驳审之权，即厘定官制王大臣奏呈法部节略所称，法部只能监督裁判处理，其司法上之行政事务，不能干涉其裁判权是也。若大审（理）院自定死刑之案，犹须咨送法部核定，似与原定官制节略及各国办法均不相符，窃恐貽笑外人，而治外法权之收回，迄无效果。臣等现拟通融办法，凡臣院审定死罪之案，抄录红供奏底连折稿送由法部复核，会画以后，系立决人犯，即送交法部收监，以便执行处决，系秋后人犯，俟会奏后移送法部监禁。至朝审册，本系臣院自审及京师地方审判厅以上审理之案，查外省秋审人犯，必须各省自拟实缓，先行奏闻，则京师各审判衙门定拟秋后人犯，亦应由臣院审拟实缓，咨由法部核办，黄册则由法部进呈。

“和衷妥议”方案：

大理院自定死刑案件，先行抄录红供奏底，咨送法部复核，有无签商于三日内片覆大理院，再由院备稿送部会画，定期具奏，系立决人犯即送交法部收监，以便执行处决。秋后人犯于定案后，送由法部监禁。

朝审册本由法部核议实缓后并照旧章奏请钦派大臣复核,黄册专由法部进呈。

这一条针对的是大理院自定死刑案件的审理程序。按照《大理院审判编制法》的规定,大理院对下列案件有权管辖:第一终审案件,第二官犯,第三国事犯,第四各直省之京控,第五京师高等审判厅不服之上控,第六会同宗人府审判重罪案件。法部要求由其对大理自定的死罪案件进行核定,京师死罪案件入于朝审的^①,其朝审册本也由法部核议实缓,黄册专由法部进呈。而大理院则认为,由其审定的死刑案件,交法部复核、会画,秋审人犯应由法部与大理院会奏。朝审案件因为是由大理院自审的死刑案件和京师地方审判厅以上审理的案件,比照外省秋审人犯的处理办法,由大理院审拟实缓,由法部核办,黄册由法部进呈。“和衷妥议”方案则对法部与大理院的意见进行了折衷:大理院自定死刑案件的处理程序按照大理院的意见办理,而朝审案件则按照法部的意见办理。

速议之件

法部清单:

六、速议之件,外省奏请奉旨后,专由法部核议。如情罪不符者,咨交大理院,俟供勘到院后,援律驳正,仍由法部具奏。

大理院案语:

谨案外省重大案件,如奉朱批法部速议具奏者,自应由法部核议。若情罪不符,既咨交臣院驳正,则具奏之日,亦应会同臣院,以备圣明垂问。

“和衷妥议”方案:

速议之件,外省奏请奉旨后,专由法部核议。如情罪不符者,咨交大理院,俟供勘到后,援律驳正,仍由法部缮折会同大理院具奏。

根据《清史稿》,“速议之件”指的是“死罪系谋反、大逆、恶逆、不道、劫狱、反狱、戕官,并洋盗、会匪、强盗、拒杀官差,罪干凌迟、斩、梟者”等案情严

^① 朝审是对京师死刑案件的复核程序。京师刑事案件由刑部直接受理,即现审案件。其中,斩绞重罪案件须由三法司会审,而后具题。如奉旨监候则纳入朝审。朝审由刑部审录确定实缓,直接向皇帝具题。朝审的会谳大典一般于秋审前一天在天安门金水桥前举行。其他程序,如汇题、复奏、勾决均与秋审大体相同。参见前揭郑秦:《清代司法审判制度研究》,第 55 页。

重,需要及时处理的案件,其处理程序是“专折具奏,交部速议”。^①即由刑部对速议之件进行最终处理。法部试图保留其对速议之件的最终处理权,而将覆审的任务交给大理院办理,将大理院视为其下级办事机构,只令其承担具体审判事务而不能具名。大理院并没有主张对速议之件的终审权,而只是要求作为审理机关与法部会衔具奏。“和衷妥议”方案采纳了大理院的主张,速议之件由大理院驳正者,由法部缮折,会衔大理院具奏。

稽察汇案死罪之件

法部清单:

七、汇案死罪之件,外省具奏奉旨交法部议奏者,应令各省将供勘分达部院,由大理院覆判,限十日咨送法部核定,即由法部具折覆奏。如有情罪未协者,仍咨大理院驳正。

大理院案语:

谨案汇奏之件,既由臣院覆判,则检查例案及查核减等等项,恐需时日,拟于供勘到后,以二十日为限,咨送法部覆奏。若由臣院驳正者,仍须会衔具奏。

“和衷妥议”方案:

汇案死罪之件,外省具奏、奉旨交法部议奏者,应令各省将供勘分达部院,由大理院复核,限二十日咨法部核定,即由法部具折覆奏。如有情罪未协者,仍咨大理院驳正后再行咨部缮折会同大理院具奏。

“汇案死罪之件”指的是由督抚汇奏的外省死罪案件,以前报刑部议奏,由大理寺和都察院参与会谏。实际上,这些案件基本上由刑部主持定拟,大理院与都察院会谏都只是一种形式。与大理院自定死罪案件、速议之件一样,法部要求对于几乎所有死刑案件的最终决定权,就如同以前的刑部一样。于是法部安排大理院承担审理的任务,审理结果由法部具奏,若发现情罪未协,仍然发还大理院重新审理驳正。很明显,在这里,大理院又一次扮演了法部下属机构的角色。

大理院对法部的终审权并没有表示反对,它只是提出了两点要求,其一是延长审理时间,其二是经由大理院驳正的案件,在具奏时,法部应与大理院会衔。

^① 前掲《清史稿》卷一百四十四《刑法一》。

源补充条款

“和衷妥议”方案增加了一条关于适用以上各条新款的规定，内容如下：

外省奉到部文后，即遵照新章，将死罪案件供勘分别咨达部院听候大理院覆判，法部核定。如未经奉到部文之先，业已交部核议者，仍由法部照常办理以免参差。

也就是说，“和衷妥议”方案对在此之前已经交由法部核议的案件没有溯及力。

为简明起见，将部院之间对于重案复核权的争议及“和衷妥议”方案列表如下：

表十 摇部院之争主要内容及解决方案对照表

争议事项	法部意见	大理院意见	“和衷妥议”方案
大理院自定死刑案件	由法部核定。	法部无驳审权，将红供奏底连折稿送法部复核，会画。	抄录红供奏底咨送法部复核，有无签商限三日内片覆大理院，由院备稿，送部会画。定期具奏。
朝审	法部核定实缓，黄册由法部进呈。	由大理院核议实缓，法部核办，黄册由法部进呈。	由法部审拟实缓，奏请钦派大臣复核，黄册由法部进呈。
速议之件	外省奏请奉旨后，专由法部核覆，情罪不符，咨交大理院，援律驳正，由法部具奏。	咨交大理院驳正者，大理院应会同具奏。	咨交大理院驳正者，由法部缮折，会同大理院具奏。
汇案死罪之件	外省具奏交法部议奏者，应令各省将供勘分达部院，由大理院复核，限十日咨送法部核定，由法部具折覆，如有情罪未协，仍咨大理院驳正。	以二十日为限，咨送大理院驳正者，仍须会衔具奏。	以二十日为限，由法部具折覆奏。情罪未协者，咨大理院驳正后，咨部缮折，会同大理院具奏。

从以上各项来看，大理院所争取的，只是对经其审理的案件的会衔具奏权。大理院并未否定法部对死罪案件的复核权，恰恰相反，确认和保留法部这一职权成为划分部院权限的基本前提。正因为如此，大理院要求与法部对死刑案件“会衔具奏”，才能体现其作为最高审判机关应有的地位与尊严，如果连共同具名的权力都没有，大理院将彻底沦为法部的附属机构，完全丧失了独立的地位，又何谈审判独立呢？我们从法部肆无忌惮地将其会奏权取消，来反观大理院在当时各部院中的地位与处境，就略知一二了：大理

院徒有最高审判厅之名。它虽自比日本的大审院,只是一厢情愿,在法部眼中,却并非如此。在这种情况下,如果大理院不尽力争取,将再次沦为“闲曹”。

就死刑案件复核权而言,其本质是审判权,但在法部的坚持之下,它成了法部对于大理院及各级审判机构的审判活动进行监督的特殊权力。这一权力之所以特殊,是因为它可以完全凌驾于最高审判机关——大理院之上,甚至成为大理院之上的第五审级,究其实质,则是司法行政权得以凌驾于审判权之上。虽然大理院在案语中强调“法部只能监督裁判处理,其司法上之行政事务,不能干涉其裁判权”,但是,出于制约之初衷,秉承刑部之旧制,法部在死刑案件复核权上具有不可动摇的优势,大理院只能在极为狭小的空间据理力争,最终争得微小的胜利。这种成绩与司法独立相比,也许太微不足道,但如果大理院不去争的话,那么,它身为最高审判机关,却始终要匍匐在法部的阴影之下,其尊严何在?威信又何在?最高审判厅尚且如此,又怎能成为地方各级审判厅的表率呢?如此一来,审判独立又从何谈起?因此,大理院作此一搏,所付出的代价虽然巨大,但至少让人们不可小视大理院的独立地位与其冲破传统体制的强大力量,也使日后的司法改革在审判独立的建设上更加自觉。从法部在部院之争中所占据的强势地位来反观大理院的举动,我们不能不为沈家本个人的勇气和魄力而扼腕。

“和衷妥议”秉承朝廷之意旨,暂时平息了部院之间的争端。朝廷在此事中的态度也颇值得玩味。首先,在这件事情上,朝廷可以说是丢尽了脸面,故而恼羞成怒。法部与大理院在争权过程中所依据的都是朝廷认可的方案,此其一。法部关于权限划分的奏折先由朝廷批准,已经具备了法律效力,但并没有得到大理院的服从。大理院逐条批驳,有理有据,要求朝廷收回成命,改弦更张,朝廷这才意识到问题的严重性和自身在司法改革中的无能,此其二。其次,在问题的解决上,朝廷的态度可说是各打五十大板,以求息事宁人。法部与大理院在这件事情上表现得都很坚决,也各有道理,故而“和衷妥议”方案对法部和大理院的意见进行了折衷,不惜增加案件处理程序,来平衡部院权力。沈家本与张仁黼的对调,虽然也可说是出于换位思考的考虑,但更大的可能是将反对朝廷成命的沈家本节制起来,以减少将来可能发生的冲突。再次,“和衷妥议”的方案与真正的审判独立原则相差很远,只是为大理院争得了一些会奏署名权。由此可见朝廷对于审判独立的态度并不是非常积极。审判独立与中央专制、集权毕竟相左,朝廷在大理院与法部之间,自然倾向于维护法部的利益。“和衷妥议”方案在原先法部的上下

级之间达成,也正可以更好地体现法部的利益。清廷的无能、保守与自保心态在这件事情的处理上表露得极为生动与具体。司法改革是不可能寄希望于这样的政府而取得辉煌成就的。此后的改革之所以还能有所建树,一方面是因为在全社会的压力之下,清廷不得不出台了预备立宪方案,推进了包括司法改革在内的各项改革,另一方面也因为清廷一旦走上司法独立这条路,仿佛列车上了轨道,只要前进,就没有办法改变方向了。从这个意义上说,部院之间的争吵比“和衷妥议”方案本身更有价值。因为前者向传统体制提出了审判独立的要求,而“和衷妥议”方案只是以模棱两可的态度回应了这一要求,对传统体制并未进行实质性的变革。

尽其折衷之能事的“和衷妥议”方案令部院之间的权限之争暂时平息下来,但它也只是令部院暂时有了一个引为依据的办事规则,并没有根本解决部院权限划分问题,而且它也丝毫未能左右司法改革向着审判独立的既定方向前进。在清末司法改革的过程中,日本起了一个非常重要的榜样作用。这主要表现在两个方面。其一是日本由弱变强的治国经验是促使清政府决意实行君主立宪制的重要原因之一,日本预备立宪的具体步骤成了中国亦步亦趋的榜样,相应地,在中国传统的专制制度受到摒弃的同时,日本的所有政治法律制度获得了制度上的优越性;其二是,不仅大批留学日本人员回国后受到重用^①,而且日本教习充斥法政学堂^②,日本法学专家直接参与制定重要法律^③,在知识传播上所占据的优越性使日本法律被直接移植到中

① 由于预备立宪以日本为学习榜样,因此从日本留学归国毕业生普遍受到重用,他们在清末宪政中也发挥了重要的作用。从相关史料来看,他们往往以群体的形式出现,在宪政运动的方方面面都表现得极为活跃,对司法改革也不例外。光绪三十三年二月十四日(1907年 猿月 圆日)《盛京时报》报道了如下则消息:留学生电争司法独立◎张香帅(指张之洞)反对司法独立以来,政界及学界不以为然者为数不少。顷留东学生亦联名电争。内有云:世界无议会之立宪国或可以有,然司法不独立之立宪国万国皆无,香帅素为督抚长者学识声望仰如泰山,率先他省选派学生出洋留学,东西文物利器悉心考查,取长补短,用意无微不至,且立宪大旨已经颁布,香帅亦极力赞成,惟怪达识如香帅尚拘情面,反对司法独立,苟司法而不独立,胡为立宪基础?咄咄怪事等语。

② 从1905年开始,大批日本教习来到中国,担任从小学到大学的教职。1905年,人数不下五六百名之多。据担任过天津北洋师范学堂总教习的中岛半次郎的记述,1905年在中国执教的外籍教员共 猿人,其中除 猿人是其他国籍者外,其余 猿人均为日本教习。法政学堂聘请了较多的日本教习。据不完全统计,1905年,在京师法政学堂任教的日本教习有 5人,在京师法律学堂任职的日本教习为 7人。以上参阅汪向荣:《日本教习》,中国青年出版社 1984年版,第 7页-78页,78-79页。

③ 如冈田朝太郎于 1905-1906年、1906-1907年分别参与了《大清新刑律》与《法院编制法》的制订,志田钾太郎、松冈义正参与《民律》的制定,参见谢振民编著,张知本校订:《中华民国立法史》,中国政法大学出版社 1987年版,第 78页、第 79页。

国。在这一过程中,虽然中国的立法者尽量调和中西,根据中国的实际情况对相应制度做一定的变通,但是由于日本的法律在制度上和知识上的双重优势,立法者往往比实践者看得更远,也比实践者走得更快。在现实中所遇到的类似部院之争这样纠缠于新旧体制之间的权力之争,不可能对立法产生根本性的改变。因为日本现成的法律制度已经指明了改革的方向,并且提供了一套完整的制度。这集中体现在《法院编制法》的制定与出台上。

四、《法院编制法》的规定

早在部院之争前,规范各级审判机关权限的《法院编制法》已在制定之中。该法的制定由沈家本主持,由日本法律专家冈田朝太郎博士“帮同审查”。^① 经过八个多月的几易其稿,光绪三十三年八月初二日(癸卯年 怨月 怨日),《法院编制法》草案终于出台,并交宪政编查馆核订。^② 但是宪政编查馆直至宣统元年十二月二十八日(癸卯年 圆月 苑日)才将厘定后的《法院编制法》奏准颁行。^③ 此时,按照《钦定逐年筹备事宜清单》的要求,各省正分期筹设各级审判厅,《法院编制法》的出台恰逢其时。在司法独立从中央向

^① 在《修订法律大臣沈家本奏酌拟法院编制法缮单呈览折》中,沈氏自述该法的制定过程是先由馆员考察相关制度的沿革,并比较中外之异同,“分门纂辑”,并令冈田氏“帮同审查”。前揭故宫明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》,第 愿 页。中国政法大学图书馆特藏部收有《法院编制法最初之稿》,该稿封面上用毛笔写有“冈田朝太郎创稿,曹汝霖译,沈家本、刘若曾同订”的字样。其在稿中的名称为“审判厅检察厅构成法草案”,此应为冈田氏的命名。该稿与宪政编查馆奏定的《法院编制法》对比,各章名称并无大的变化,但顺序排列则大不相同。见本章附表。该稿虽然内容很完备,但从形式上来说,仍然十分粗糙,如第十一章尚未命名,稿内保留了诸多从日本书直译的用语,如“手形”、“言渡”等。对比该稿与最终定稿,或许在《法院编制法》的制定过程中,冈田氏的作用并不仅仅是“帮同审查”,而是先由他制定初稿,再由沈家本等人对之进行加工整理,使之更合乎中国国情。沈在奏折中可能未便于将具体制定过程详述,以免受诟病。

^② 光绪三十三年七月初五日(癸卯年 愿月 苑日),奕劻等奏请改考察政治馆为宪政编查馆,“专办编制法规,统计政要各事项”,“遇有关系宪政及各种法规条陈”,均由该馆“议覆”。同日清廷颁发了将考察政治馆改为宪政编查馆的谕旨。见《庆亲王奕劻等奏请改考察政治馆为宪政编查馆折》,《考察政治馆改为宪政编查馆谕》,前揭故宫明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》,第 源 页。

^③ 此前的诉讼法在制定过程中由于受到地方督抚的强烈反对而告流产,因此,对于《法院编制法》清廷采取了相当谨慎的态度,专门派出李家驹考察日本司法制度,并编成《日本司法制度考》。李氏的奏折对司法行政权与审判权进行了界定,并提出审判独立宜切实筹办的建议。参见《考察宪政大臣李家驹奏考察日本司法制度并编日本司法制度考呈览折》,前揭故宫明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》,第 愿 页。由此可以看出,司法行政权与司法权的划分问题是李此次考察的重点之一。李考察归来对于厘定《法院编制法》一定大有帮助。四个月后,宪政编查馆终将厘定后的法律文本奏呈。

地方推行的过程中,在经历了部院之争和关于地方司法独立问题的讨论之后,审判独立虽然没有立刻成为完全付诸执行的制度,但人们已逐渐认识到,实行审判独立,审判权与行政权相分离,审判权与司法行政权相分离已是大势所趋。宪政编查馆在奏呈《法院编制法》的奏折中,重申了司法独立原则,认为审判权与司法行政权应互不干涉,审判机关与司法行政机关应各专责成,并以此为依据重新明确了部院权限:

《法院编制法》兹既特颁法典,则行政司法各官权限皆有一定,法部及大理院以下京外各级审判检察厅均应一律钦遵办理,若仍听其牵连纠葛,不惟审判权难收级级独立之实效,而不能保执法之不阿,抑且司法权徒拥层层监督之虚名而或易滋专断之流弊,是宜于定制颁行之始切实声明:凡从前法部大理院权限未清之处自此次《法院编制法》颁行以后即应各专责成,拟请嗣后属于全国司法之行政事务,如任用法官、划分区域以及一切行政上调查、执行各项暨应钦遵筹备事宜清单筹办者,统由法部总理主持,毋庸会同大理院办理,其属于最高审判暨统一解释法令事务,即由大理院钦遵国家法律办理。^①

将法部与大理院定位为司法行政机关与最高审判机关后,该奏折对死罪案件的审理程序作了规定,基本上排除了法部在审判上的职能,规定大理院所有现审死罪案件,毋庸咨送法部复核,在目前各级审判厅尚未全部筹建完毕之前,外省未设审判厅地方,应汇奏专奏死罪案件,暂准由大理院覆判具奏咨报法部施行,等各直省各级审判厅成立后,则删除大理院覆判各节,依照四级三审终审制的原则进行审理。

至此,法部所要求的对于重案及死刑案件的复核权已经毫无存在的根据了。部院之间纠缠已久的关于死刑案件的审理及复核权虽经“和衷妥议”,但程序变得极为复杂,而在《法院编制法》奏定之后则变得非常简单。案件基本上按照四级三审制的原则进行受理与审判,在各级审判厅未备的情形之下,死罪案件交由大理院覆判。虽然早在光绪三十二年十月颁行的《大理院审判编制法》中已经确定了四级审判机构,但是由于司法行政权对于审判权的干预,并没有实行严格意义上的四级三审制,审判衙门只有审理权,但并没有终审权。《法院编制法》的颁行,不仅确立了审判独立原则,而

^① 《宪政编查馆奏核定法院编制法并另拟各项暂行章程折》,前揭《大清法规大全·法律部》卷四《司法权限》,第 555 页—556 页。

且为四级三审终审制的实行扫除了障碍。

五、《死罪施行详细办法》

《法院编制法》的全面贯彻是和四级审判机构的全部设立息息相关的。在各级审判厅未能全部设立之前,它的某些规定只能是纸上谈兵。对于此前部院间纠缠不休的权限之争,《法院编制法》虽然划清了两者之间的界限,提供了解决方案,但它毕竟是一部组织法,不可能对有关诉讼程序的细节问题进行详细规定。而此时,诉讼律仍在编订之中,各种案件尤其是死罪案件的审理与执行无法可依。为解决这一问题,宣统二年正月(光绪二十八年 圆月 圆日—猿月 圆日),宪政编查馆在法部所拟方案的基础上,奏定了《死罪施行详细办法》。^①该办法的内容主要有四大方面,即:死罪案件的审理与执行程序,死罪以下案件的审判监督程序、遣流以下案件的施行与奏报制度和重新厘定的大理院审判权限。

(一) 死罪案件的奏报与执行程序

该办法在死罪案件的奏报与执行程序上借鉴了外国刑事诉讼制度。根据外国刑事诉讼制度,死罪案件宣告后,检察官要将诉讼记录向司法大臣汇报,未得到司法大臣命令前不得执行死刑。审判权与行政权在死罪案件上的界限是:审判各官的职权,止于按律定罪,定罪后一切上奏、施行、审察事务,则纯属行政范围。该办法以此为依据,结合当时各级审判厅未及全部设立,大理院仍然复判地方死罪案件的现实,对死罪案件的审理与执行程序作了如下规定:

其一,大理院现审死罪案件均由总检察厅起诉,大理院审判后移交总检察厅,即日解报法部,五日后大理院具奏请旨声请饬下法部施行,奉旨后由大理院咨报法部。监候人犯,照例办理,立决人犯,即日札令总检察厅行刑,由法部按月汇案奏闻。

其二,大理院复判外省未设审判厅地方专奏汇奏死罪案件,于具奏时声请饬下法部施行,奉旨后即日送由大理院咨报法部,由法部行文各该省分别照例办理,毋庸经由总检察厅。

其三,京外高等地方审判各厅所定死罪案件,在京由各该检察长呈报法部,在外由各该检察长或监督检察官缮呈提法司申报法部。监候人

^① 《宪政编查馆奏核议法部奏酌议死罪施行详细办法折》,前揭《大清法规大全续编·法律部》卷二《变通旧律例》。

犯,在京由法部汇案办理,在外由该省提法司照例分别实缓申报法部照例核办,立决人犯,应请旨行刑者,由法部具奏,奉旨后札行各该检察厅办理。

如果说《法院编制法》只是从组织法的角度对审判权与司法行政权作了一个原则性的界定,那么这些规定则从诉讼程序上明确了审判机关与司法行政机关的职权及其界限。至此,死罪案件的终审权由初级以上的各级审判厅掌握,法部只负责奏报等程序上的事务以及执行事务。从理论上来说,死罪案件的判决还要经皇帝批准才能正式生效,但是,随着部院分工的明确和职责的加强,“经皇帝批准”将越来越流于形式。

(二) 审判监督程序

法部原奏称“外国刑事制度,死罪案件申报于司法大臣,察其情有可矜者,得随时奏请特赦,察其引律及其事实有违误者,得令原检察官或上级检察官提起非常上告及再审”,遂根据《法院编制法》第一百六十二条之规定^①,要求对大理院所定死罪案件进行监督,“如有引断及事实上发见疑误之处,即按照《法院编制法》得加询问,俾其陈述意见”。大理院判决案件中如有法部所提及之“应请赦宥者”,以及“如服制情轻,应夹签声叙由立决量减监候及例内载明请旨定夺并援案两请应行随案减等者,均与东西各国司法大臣奏请特赦之权相符”,故均参照各国司法大臣奏请特赦之制,由大理院判定后,咨报法部专折具奏。京外高等地方审判厅死罪案件如有应请赦宥及发见疑误之处,也照此办理。可见,虽然《法院编制法》早已否定了法部对于案件的复核权,但法部仍然希望能以这种方式对审判事务进行干预。

宪政编查馆对法部的上述主张进行了批驳,指出法部复核案件既无效果也无必要,同时借鉴外国非常上告及再审制度,建立刑事案件的审判监督制度。

宪政编查馆认为:“……向例纠正违误之法,谨恃由部核覆,而其实不过凭一纸之供勘,即有往复驳诘之处,究竟案件无从查悉,则纠正诚恐无多”,其态度非常明确,对以往法部核覆案件的效果进行了否定,并且进一步指出,实行四级三审制、合议制,检察厅独立行使职权,以及将来实行的

^① 《法院编制法》第一百六十二条规定:“审判衙门及检察厅各员关于法律及司法行政事宜,如法部及有监督权之审判官或检察官有所询问,应陈述其意见。前揭《大清法规大全·法律部》卷四《司法权限》,第 585 页。

律师辩护制度,“即使违误身受冤抑者,已不患无伸理之途”,何况“各该检察官于刑事各案起诉有权,莅庭有权,上诉有权,监察执行又有权,果能各尽责任,何难审判公平?东西各国所以采确定判决之制,而绝无流弊者,职此之由”。近代司法制度已经为审判公平提供了一系列的制度保障,法部核覆案件、往来驳诘既无根据,亦无必要。

对于刑事案件的审判监督,宪政编查馆建议采取外国的非常上告与再审制度,认为二者可以弥补判决确定制度可能产生的漏洞。上告与非常上告均由于适用法律错误而提起,再审则是因为认定事实错误而提起。由于大理院是最高终审衙门,对其审理的案件无法提起非常上告,故非常上告程序主要适用于京外高等以下审判厅。而再审程序则适用包括大理院在内的所有审判衙门。由于非常上告与再审制度有待《刑事诉讼法》加以规定,故该办法在法部所拟方案基础上,“先举纲要,以便实行”,对于死罪以下(包括死罪)案件的非常上告程序和再审程序分别规定如下:

京外高等以下审判厅所定死罪以下刑事案件判决确定后,其上告审级之检察厅如果查有原判误断为有罪,或原判失之过重,并且在上诉期内原检察厅应该上诉而未上诉的,可提起非常上告,如该检察厅未及自行提起,法部堂官可在查明后,随时命令该检察厅提起。

大理院以下审判衙门所定死罪以下刑事案件判决确定后,原检察厅或上级检察厅查有事实上极端错误,可提起再审。若各该检察厅未及自行提起,法部堂官可在查明后,随时命令各该检察厅提起,该案被告或被告亲属也准呈由该管检察厅请求提起。

应行再审案件,如果原系大理院判决的,仍由大理院另分他庭审判,原系高等审判厅判决者,可由上级审判衙门或本厅他(注:原文如此,“他”后似缺一字。与下文对照,应为“庭”字。)审判,原系地方初级审判厅判决的,得由上级或本厅他庭或就近同级审判厅审判,原系初级审判厅判决的,得由上级或就近同级审判厅审判。

检察厅及法部对死罪以下所有案件均有权提起非常上告及再审,从而承担起审判监督责任。

宪政编查馆还尽量排除了法部对于恩赦之事的参与权。宪政编查馆认为,除“恭逢恩诏,大典应由法部办理及有特旨赦免者”两种情况外,法部不得办理有关赦免事务。其他恩赦事宜应该由法部如何办理,留待核议《刑

事诉讼律》时再加以规定。对于法部认为与恩赦事宜相似,应由其办理的“服制情轻,应夹签声叙由立决量减监候及例内载明请旨定夺并援案两请,应行随案减等者”,宪政编查馆认为引律减等毕竟是“断罪当然之事”,仍由各审判衙门依法办理,故此项案件,是大理院现审或覆判的,由该院奏请;是京外高等地方审判厅判决的,按此次奏定的办法分别呈报法部。与此同时,宪政编查馆还指出法部对于《法院编制法》第一百六十二条的理解有误:“《法院编制法》第一百六十二条所定系专指关于法律及司法行政事宜而言,引断及事实上发见疑误之处,自不在本条询问陈述范围之内”,以此消除了法部通过对这条文的扩大解释来行使对于大理院的审判事务进行干预的企图。

(三) 遣流以下案件的执行与奏报制度

宪政编查馆认为有关死罪施行的办法既然已经确定,则遣、流以下各罪的施行办法亦须制定。传统制度存在着重大缺陷,“例准各该衙门依限行文配发,旧例除候部覆外,并无别项限制,且徒罪多归外结,汇咨已成具文,笞杖向无奏咨专案,兹既统收罚金,追缴尤贵捷速,若施行必待部覆,诚恐迁延拖累,贻害无穷”,为此提出方案如下:

大理院、京外高等地方审判各厅所定遣、流案件,移交各该检察厅依法执行。应发者由该厅行文,按月汇报法部存案。徒罪案件,分别按季汇报法部存案。各初级审判厅判决刑事案件,于年终汇报法部备案。

外省未设审判厅的地方,所有遣、流以下案件应该咨候部覆的,由各督抚咨报大理院,等大理院核定并且咨达法部后,再由法部转咨施行。例归外结之案,无论罪名轻重,也应由法部下令执行。

总的说来,大理院和京外高等地方审判各厅判决的案件,由检察厅负责执行,并报法部。外省未设审判厅的地方,案件的执行要服从法部的命令。

(四) 调整大理院管辖范围

宪政编查馆认为,大理院作为最高审判衙门,其第一审权限范围过宽,一二年后直省审判厅逐渐成立后,大理院受理的上告终审案件会越来越多,加上大理院原有的覆判案件,推事员额有限,案牘无穷,“势必有所不遑之日”,故建议参照日本大审院仅管辖皇族之犯重罪及国事犯案件,将大理

院的管辖范围确定为以下四类案件：其一是宗室犯在流遣以上案件，其二是犯谋反、谋叛、谋大逆各罪案件，其三是特旨交审重要官犯案件，其四是未设审判厅地方京控案件。

该办法还对原由大理院作为专案审理的奏交之案，也作了相应的调整：

原由各衙门奏交大理院审理的，统改奏交为咨交。以前例归民政部 and 步军统领衙门奏交之案，分别由内外城巡警总厅和步军统领衙门迳行咨送京师地方检察厅起诉，并由地方审判厅判决。各衙门无司法警察权的，遇有发觉例奏应交审办之案，亦应迳咨该管检察厅分别起诉。

这实质上取消了案件的奏交制度，一律改为由地方检察厅起诉，地方审判厅判决，减轻了大理院的负担，也理顺了诉讼关系。

综上所述，该办法所列四点主要有两大重要贡献：一是通过明确死罪案件的审理与执行程序，进一步明确了司法行政机关与审判机关的职权，维护了审判独立原则。二是建立了审判监督程序，将检察机关对审判活动的监督纳入了正轨，排除了司法行政机关对审判活动的非法干涉。当然，遣流以下案件的奏报制度与大理院权限的重新厘定对于司法改革也有非常重要的意义。故宪政编查馆所奏定的《死罪施行详细办法》不仅仅涉及死罪施行问题，而是适应司法改革的要求，对此前《法院编制法》未能规定的内容进行了补充与修正。在《刑事诉讼律》与《民事诉讼律》未及颁布的时候，这一办法与《法院编制法》一起，对于完善四级三审终审制，实行审判监督制度，巩固审判独立原则，无疑是大有裨益的。因此，对于《死罪施行详细办法》需要进行重新评价与认识。

直至清亡，《民事诉讼律》与《刑事诉讼律》均未能颁布，故《法院编制法》与《死罪施行详细办法》实际上既是各级审判机构遵循的程序法，也是划分各部门权限的重要依据。如果我们将最早规范诉讼程序与部门职能的《大理院审判编制法》与最后这两个文件对比一下，就能看到在短短的六年间，中国的司法制度发生的变化堪称巨大。不仅如此，就司法制度改革整体而言，从部院分立到《死罪施行详细办法》的出台，清末基本上建立了四级三审制，明确了审判机关与司法行政机关的职能分工，建立了审判监督制度，规范了刑罚的执行与奏报制度。可以说，晚清司法制度的近代化虽然远未

完成,但基本上搭建了一个总体框架。在这一过程中,部院之争鲜明地提出了审判独立的命题,引发了关于审判权与司法行政权界限划分的关键议题,使此后审判独立进程进行得更为自觉,更为彻底。

本章小结

在司法改革伊始,百端待理,大理院与法部不可能将所有权限细节都划分清楚。一来官制改革方案不彻底,法部被赋予审判权,并节制大理院,违背了审判独立原则;二来法部与大理院在业务上的关联性,使部院之间不可能在短时间内将权限细节划分清楚。改革有赖于部院的积极配合,分工协作。但是部院之争还是不可避免地发生了。在由专制制度向君主立宪制度转型的当口,清廷在三权分立设计上的缺陷直接体现为部院之间的争斗,司法改革也因此而处在艰难转型的十字路口。

大理院与法部均属初创,在权力分配尚未定型之时,权力的争夺对于它们之间将来的关系格局有着直接影响。因此无论是大理院还是法部,在权力问题上是一致的,即尽力扩大本部院的权限。就大理院而言,它一方面在司法改革中采取主动,将诸如人事、司法警察、司法区域划分等司法行政事务纳入本院管辖范围内,另一方面试图在行政上控制京师各级审判厅。就法部而言,则一方面紧紧抓住司法行政权不放手,另一方面以行使司法监督权为由,在死刑案件的复核程序上,凌驾于大理院之上。如果以是否坚持司法改革的审判独立方向来评断部院之争的话,我们看到,无论是大理院的做法还是法部的做法实际上都有偏离审判独立的危险。尽管沈家本对审判独立本着“勿求形式,但求精神”的态度,但他在司法改革中的所作所为,尤其是试图以大理院统辖京师各级审判厅、在大理院与京师各级审判厅之间建立紧密且牢固的行政关系,在力图排斥了法部的行政干预的同时,实际上也走上了行政干预司法的危险道路。由于最高决策层缺乏掌控全局的能力,体制改革的方向、速度与效果往往在很大程度上受部门权力、长官个人能力和影响力等因素影响。正如我们在部院之争中看到的那样,当制度改革更多地依赖于大臣之间的角力而非对正确方向的理性探求与追寻,更多地依赖于政治伎俩的施用而非制度的建立与完善,行政干预司法的危险就始终存在。

从时间上来看,大理院在司法改革过程中比较早地占有优势,而法部的

行动相对来说比较迟、慢。沈家本无论在知识上、视野上和资源调动的能力上,均超出戴鸿慈。部院和衷妥议是一个转折,此后,去职的沈家本失去了对司法改革的发言权,由张仁黼主政的大理院基本上丧失了对司法改革的领导权与影响力而成为法部的应声虫,法部取而代之取得且日益巩固了对全国司法改革的领导权。权力争夺中取得胜利的司法部以极为明显的反弹将大理院逼向死角,在部院关系上赢得了优越地位。其后的司法改革基本上走上了一条由司法部主导、行政权力逐步渗透进入审判系统的道路。一方面,司法部继续在审判领域扮演着最高裁判者的角色,其退出审判领域的过程慢之又慢,难之又难。另一方面,审判系统内部充斥了法部的影响,司法部利用其对审判系统的间接控制来强化这种渗透力,尤其是检察厅与审判机构合署办公和“政法一途”与“部院互转”的人事政策对于审判独立而言不啻为一剂毒药,审判官不独立,须仰行政官之鼻息而求得生存与发展,审判独立就是一句空话。可见,从清末开始,中国审判系统浓厚的行政色彩就有了基本的底色。

与此同时,我们也观察到另一个饶有趣味的现象:部院风波毕竟明确提出了审判独立的改革主题,司法部虽然赢得了部院之争中暂时的胜利,它也不可能走回过去刑部“部权特重”、统揽审判权与司法行政权的老路上去了,它要领导的正是三权分立架构下的司法改革,这一改革的方向只能是逐步削减乃至消灭司法部在审判事务上的权力。在司法部不得不日渐退出审判领域的同时,它利用各种资源加强了对审判领域的渗透。而且,与大理院迅速彻底地退出司法行政领域相比,司法部的审判权却经历了一个极为艰难的剥离过程。从《各级审判厅试办章程》到《法院编制法》再到《死罪施行详细办法》,记录了司法部一步步地退出审判领域的过程。在《各级审判厅试办章程》中,我们看到的仍是司法部对于审判权力充满自信地分享;《法院编制法》虽然明确了部院权限,但并没有提供一个可操作的程序,加上诉讼律迟迟无法颁布,司法部与检察厅在诉讼事务中的具体职权并不明确;而《死罪施行详细办法》则明确了司法部与检察厅在审判监督程序、奏报与执行程序上的职权,最终解决了这一问题,使以审判独立为原则的诉讼制度得到基本完善。

附表：

表十一 摇《法院编制法最初之稿》与《法院编制法》篇目对比表

章次	法院编制法最初之稿	法院编制法
第一章	审判厅总则	审判衙门通则
第二章	乡谳厅	初级审判厅
第三章	地方审判厅	地方审判厅
第四章	地方审判分厅地方巡警厅地方巡审司及巡审官	高等审判厅
第五章	高等审判厅高等审判厅分司及高等预审厅	大理院
第六章	大理院大理院分司及大巡理司	司法年度及分配事务
第七章	检察厅	法庭之开闭及程序
第八章	承审官及检察官	审判衙门之用语
第九章	书记课会计吏及翻译	判断之评议及决议
第十章	执达吏	庭丁
第十一章	未命名	检察厅
第十二章	审判厅之用语法庭之开闭及其秩序	推事及检察官之任用
第十三章	审判之评议及言渡	书记官及翻译官
第十四章	司法年度及休假	承发吏
第十五章	法律上之共助	法律上之辅助
第十六章	司法行政之职务及监督权	司法行政之职务及监督权
附则	一条	一条

简要说明：《法院编制法最初之稿》共 员章 员苑条，冈田朝太郎拟稿，曹汝霖译，沈家本与刘若曾修订后交宪政编查馆审查的草案共 员缘章 员苑条，而宪政编查馆奏定《法院编制法》共 员远章 员源条。这一图表实际上存在着两个遗憾。一是未能找到日本 员苑年 的《裁判所构成法》，二是未发现沈氏草案，故只能将《最初之稿》与奏定之稿进行简单对比如上。如果能将四个文件加以比对，则可以更深入地了解与分析当时国人在移植日本法律制度时是如何进行操作的，日本法律在多大程度上影响了中国的立法。

结摇摇论

清廷仿行宪政是以日本为榜样,对“千年未有之大变局”进行的积极应对。一直以来,学界关于清廷立宪改革的评价,基本上是以“充满欺骗性”和“骗局”之类的说辞作结的,对此笔者并不苟同。所谓“欺骗”,大致上有两种可能,一种是“自欺而欺人”,另一种是“揣着明白装糊涂”,纯属愚弄民众。那么,让我们从主客观两个方面来看一看,这两种可能性是否存在。

从主观上来说,三权分立的君主立宪对于专制皇权来说,是动摇其根本的改革。清廷对君主立宪的认识,与镇压百日维新的~~1898~~1898年相比,可谓是一百八十度的大转变。虽然出于不得已,但毕竟是亲自动进行的大手术,即使是病急乱投医,其求得治愈的主观愿望也是积极的和真诚的。不仅如此,清廷对于立宪改革本身的态度慎而又慎,从派员考察国外立宪国家到择定立宪模式,改革官制,甚至预备立宪本身也都带有很强的规划性。如此积极的、真诚的、慎重的和有计划的改革最终未能成功挽救清廷的统治是有着多方面原因的,如果仅以成败论英雄,以结果来评价动机,对清廷来说,是有失公平的。日本改革成功在前,在最终的结果到来之前,谁又能一口断定清廷就一定不能成功呢?所以清廷并未自欺。正因为如此,当清廷进入立宪改革的轨道之后,它就失去了对于未来命运的掌控,只能走一步看一步,尽量争取事态向好的方向发展。如果说它“揣着明白装糊涂”,也可能高估了老大王朝的预测能力和它对于改革本身的掌控力了。从改革伊始,到大幕垂落,清廷基本上是被时势牵着鼻子走,它所能主动采取的行动,无非是利用权力来加强权力,正如它在部院之争中所表现得那样。从头至尾,它都并不具备欺骗者应有的自如与从容。所以从主观上来看,清廷并不具备欺骗的故意。

而从客观上来看,清廷确实确实进行了一些卓有成效的改革,而这些改革对于专制皇权而言,都是革命性的,是在其统治目标下所能进行的最大限度的主动变革了。当然出于自保的考虑,由上而下的改革都不可避免地带有程度不一的保守性。清廷也不例外。但保守并不等于欺骗,无能也不等于虚伪。笔者认为,清廷当局在内忧外患之下不得已祭起改革的大旗,意图挽狂澜于既倒,甚至试图通过改革收回被侵蚀的中央集权,重振国威。虽然

时不相予,但这毕竟是老大帝国在走向终点前的最后一搏,在国之将亡的衰败与沧桑之中透着些许活力与锐气。清廷对于这场改革至少在态度上来说,是认真的,是投入的。清廷的改革并不具备欺骗性,相反,它是在王朝面临存亡危机之际的真诚变革。本书所探讨的部院之争也不是一场骗局之下的小小权力把戏,而是晚清帝国的改革者在司法改革的十字路口富有活力、甚至不乏激情的道路之争、方向之争,它决定了未来司法改革的方向和力度,并因此而具有划时代的意义。

晚清政府出于“大权统于朝廷”的考虑,对三权分立进行了相应的变通。就司法制度而言,日本的榜样作用无时无刻不影响着改革的方向与步骤。但这种影响只能是一个逐步渗透的过程,中国的司法改革不可能因为有了日本这个榜样而变得轻而易举。部院之争以仿行宪政、官制改革和司法改革的时代背景为依托,在制度层面上提出了审判独立的重要命题。划清部院权限的过程,实际上也就是审判独立在晚清中国的确立过程,部院之争因此而成为观察晚清司法改革的绝佳视角。

制度转型意味着重新洗牌,意味着权力的重新分配。纷扰的政治局势之下发生部门之间的争权事件,本是不足为奇的。百年之后,如何看待大理院与法部之间的争权行为?它与一般意义上的权力争夺又有何不同呢?对部院之争又应如何评判呢?

部院之争的发生,缘于中央官制改革方案的不合理。清廷出于“大权统于朝廷”的集权考虑,规定了由法部统揽司法权,法部负责司法行政事务,大理院负责审判事务,法部对大理院行使监督权。在这种方案之下,“司法独立”只是其他行政机关无权过问法部与大理院的司法事务,而法部对大理院事务的制约则是理所当然的事情。因此,司法权被划分为司法行政权与司法审判权,分别由法部与大理院掌管。法部虽是中央司法行政机关,但对大理院拥有司法监督权,并且对全国重罪案件享有复核权,即行使一部分审判权,所以法部兼有行政机关与司法机关的双重属性。大理院在名义上是国家最高审判机关,但必须接受法部监督,其判决可能被法部驳回再审。这种设计,并不是彻底的三权分立。理由有三:

其一,从宪政层面上来看,法部是一个性质不明的机关,它本质上应该是一个行政机关,但却被设计成一个司法机关,司法权与行政权由一个部门行使,没有实现分立;

其二,从官制层面上来看,法部对大理院行使监督与制约的权力,扭曲了中央司法行政机关与最高审判机关之间应有的关系;

其三,从司法改革层面上来看,法部握有审判权,并且享有重案复核权,与大理院的职权存在冲突。在所谓“司法独立”的名义下,司法行政权可以正当地制约审判权。因此,审判权并没有获得真正的独立,而是被包裹在“司法权”的硬壳之中。官制改革方案在实现将司法权集中于中央的同时,却严重违背了审判独立原则。在此制度背景之下,部院之争不可避免地产生了。

部院成立之初,都有很明显的扩权倾向。大理院积极介入司法行政事务,并试图在大理院与京师各级审判厅局之间建立“直辖”关系,带有明显的行政意味,法部则以监督审判为名,试图保留它本不应享有的司法审判权。从时间上来看,沈家本所领导的大理院在改革中行动较早,无论在内部机构整顿、人才调动,还是在案件的交接上,都采取了主动,而戴鸿慈主政下的法部在改革上则显得相对迟缓些,亦不太得法。部院妥议之前,大理院在部院关系上较占优势,尤以《大理院审判编制法》的出台为突出表现。在此阶段,沈戴二人的个人能力、学识和行事作风决定了部院改革成效上的差异。从戴鸿慈单独上折对部院权限进行界定开始,法部的反弹比较激烈。戴鸿慈所提出的以人事权和死刑审判权为核心的权限划分方案,使大理院陷入被动。清廷将部院之争理解为典型的权限之争,出于息事宁人的考虑,在保留法部重案复核权的前提下,责令部院之间达成“和衷妥议”方案,对大理院的相关权力进行了确认。虽然大理院作为最高审判机关仍然名实不符,虽然实际操作仍然困难重重,但经此事件,审判独立原则被提上议事日程,它既是划分部院权限的标准,也成为司法改革不可逆转的方向。由于清廷的平衡术和高压政策,加上改革时机不成熟,大理院在这场争议中落败,迅速地退出了对司法改革的领导,在部院关系上也渐处劣势。法部不仅在部院关系上取得了基本胜利,掌握了全国司法改革的领导权,而且进一步巩固了其在新的政治体制中的地位,尤其是部院人员相互升转方案的出台和政法人员归于一途的人事制度设计,使中国的法院系统建设从一开始就带有极为强烈的行政色彩。随着司法改革向地方深入和九年筹备立宪计划的制定,审判独立原则作为司法改革的重要准则得到进一步的肯定,并通过《各级审判厅试办章程》、《法院编制法》予以明确体现。尤其是《法院编制法》的颁布,将部院权限划分作为重要任务,将法部的权限确定为司法行政权,法部不得行使审判权,基本上解决了部院权限划分的主要矛盾。《死罪施行详细办法》又进一步规定了审判监督程序及各类案件的奏报制度,确定了法部在审判监督及案件奏报等环节上的职权,使法部与大理院之间建立了以审判

独立为核心的合作与监督的关系。至此,部院权限之争终于有了一个较为圆满的结局。

部院之争与其他部门之争相比而言,最大的不同在于它影响了日后司法改革的方向和结果。从理论上来看,大理院与法部之间势均力敌的角力,决定了日后司法改革的两种可能方向。其一是法部彻底压倒大理院,大理院沦为法部的办事机构,有其名而无其实,司法改革重回以前行政兼理司法的老路上去;其二,大理院获得决定性的胜利,但在审判机构内部至少在京师审判机构内部存在着浓厚的行政化色彩。按第一个方向发展下去,如果清廷国祚绵长到有足够时间将所有改革完成的话,那么中国的司法改革很可能会走日本的道路,即分步骤地完成审判权与行政权的分离工作,先将司法权与行政权分离,再将司法行政权与审判权分离,最终实现审判独立。而按第二个方向发展下去,司法行政权与审判权之间在较早阶段实现分离,但是由于审判系统内部存在着浓厚的行政性色彩,审判独立的实现也需走两步,第一步是将外部司法行政权与司法审判权分离,第二步则使内部司法行政权与审判权分离。无论是哪一种可能性,来自内部或外部的行政权力都会对审判独立形成干扰,审判独立的彻底实现都不是一件轻而易举的事情。第一种方案虽然较为稳健,但司法行政权有可能在相当长一段时间内存留在司法审判系统内,并且难以肃清。第二种方案风险较大。在三权分立的政治架构之下,尤其是在由政府主导的制度改革过程中,审判权难以和行政权相抗衡,大理院以一院之力抵制来自掌握整个行政系统包括司法行政机关的压力,其落败的命运几乎是注定的。这两种方案,都有缺陷,都不是最终的和彻底的解决方案,司法改革不可能一蹴而就。部院之争发生之时,中国近代司法改革实际上站到了十字路口。究竟是向左走,还是向右走,现实的抉择又是什么呢?

我们看到,在法部与大理院的这场较量中,并没有完全的获胜者:大理院毕竟交出了司法改革的领导权,并且在重案复核上暂时接受了法部的领导,而法部虽然取得了司法改革的领导权,但其在审判事务上的权力则随之逐步削减。经此一役,法部取得了一时之优势,但与此同时,也明确与重申了大理院作为最高审判机关应有的地位与尊严。更为重要的是,部院之争提出的“审判独立”这一改革主题,超越了部门利益,指出了司法改革的正确方向。这意味着,无论部院在权力纷争中取得何种优势,都不可能再走行政兼理司法的老路,行政权与审判权之间必须保持一定的距离,无论是法部的外部行政行为,还是大理院的内部行政行为,都不能干扰审判活动。可以想

见,如果没有部院之争,晚清司法改革不可能推进到这一层面。而这,正是部院之争对于整个司法改革最为重要的贡献。

乐观地看,部院角力,一方面否定了大理院构建行政色彩浓厚的法院系统的设想,即消除了内部司法行政权对审判权的干预,另一方面也逐步解除了法部在审判事务上的权力,即消除了外部司法行政权的干预。但与此同时,我们还应该看到,在这场自上而下的改革中,由于缺少强有力的中央权力的协调与统筹,内部、外部司法行政权与审判权之间的确很难彻底划清界限。法部通过法官遴选、制定人事政策等方式对司法机构进行渗透;在法院内部,由于法官人才未备和法院内部行政管理必然带来的负面影响,要实现落实到个案层面和每个法官层面的审判独立并非易事。内部司法行政权力和外部司法行政权力都有可能对审判独立构成负面影响。而逐步肃清这两种权力对于审判领域的侵蚀,正是今后司法改革的方向和任务,即至今天依然如此。

下面须对部院在晚清司法改革中的所作所为进行一番评价。不同的评价标准,可能会得出不同的结论。大理院和法部既然是司法改革的承担者,我们不妨从是否坚持司法独立与能否扮演好改革者的角色两个方面来看。

若以是否符合审判独立来作为褒贬部院行为的标准,那么,无论是大理院对司法行政事务的介入,还是法部坚持拥有重案复核权的做法,都是悖于审判独立原则的。法部对于重案复核权在内的审判权的觊觎,明显地违背了审判独立原则,这是比较容易做出的评断。至于大理院,在裁判独立的大旗下,试图以内部行政权力控制京师各级审判机关的做法则较为隐蔽,其弊害不易发觉。实际上,大理院对相关司法行政事务的介入,侵入了法部职权的范围,引起了法部的不安,而其试图统辖京师各级审判厅,在大理院与京师各级审判厅之间建立紧密且牢固的行政关系的设想,极易以内部行政权干预乃至辖制审判活动,并使审判体制内部出现高度行政化的危险。一旦法院体系内部的行政直辖关系建立起来之后,其消极影响将更难清除。尽管我们可以体谅处于夹缝之中与威权之下的大理院与沈家本有着难言的苦衷,此乃“先求壮大自身,再图独立”之举,我们也可以和沈家本一样,用“勿求形式,但求精神”的说辞为此举辩护,但是,对于司法改革中存在的和将来可能出现的各种危险,我们都应该保持相当的警觉,至少不能视而不见。

若从部院作为改革承担者的角度来看,又如何评价部院的行为呢?

自从官制改革方案出台之后,部院就担当起中央乃至地方司法改革的重任。清廷所设计的改革方案有缺陷自然是引发部院之争的重要原因,但

从改革和制度重建的角度来看,改革本身就是“摸着石头过河”,制度设计不合理,法部与大理院的权限划分不明确,职权有所重合,是任何改革都不可避免的正常现象,更何况颓废的清政府本身就缺乏领导政治体制改革的勇气、魅力和能力呢。如果后续的改革能从大局出发,如果部院能在此后的改革中超越部门利益的考虑,以司法独立原则作为划分权限的指导思想,如果部院长官们能消除成见,坦诚相对,精诚合作,不以扩大权限为第一要务,那么,就可以在很大程度上修正设计方案中的不合理之处。但是,无论是法部,还是大理院,在现实中的做法均与此大相径庭。于是我们看到,制度设计不合理引发了连锁反应,财政支绌限制了部院改革的手脚,利益之争扰乱了改革者的心志,个人成见令部院长官失去了冷静协商的耐心。传统、权力、利益、制度、知识、偏见等纠缠在一起,部院关系难以协调,部院之争一波三折。从官制改革方案出台,到部院之间权限的最终划定,其历程可谓艰难,这在很大程度上影响了改革的进度与效果。

部院之争作为晚清司法改革过程中发生的一个事件,其历史价值之一在于它提出了司法改革的核心问题——审判独立。按照中央官制改革方案的设计,只有所谓的“司法独立”,而没有审判独立。大理院的据理力争,审判独立问题以部院争权的形式突显出来,并成为司法改革的不可回避的敏感问题。部院权限的划定随着司法改革的推进而不断厘清。法部的审判权被逐步剥离,基本上修正了官制改革方案中存在的三个问题。在宪政层面上,司法行政权与司法权有了一个明确的界限,实现了分立;在官制层面上,法部与大理院完成了各自的转型,并且建立了合作、监督而非制约的正常关系;在司法改革的操作层面上,法部职掌司法行政权,大理院行使最高审判权,各司其职,互不干涉,共同发挥着建设近代司法制度的作用。因此,可以说,随着大理院与法部权限问题的逐步厘清,审判权才终于冲破“司法权”这个硬壳,审判独立原则也才最终得到确立。

从部院之争这一事件来看审判独立在中国的确立过程,可以得出如下三个基本印象:

其一,从思想认识上来说,人们对三权分立与司法独立的领悟是一个不断演进的过程。从官制改革初期至部院权限划定,人们对于司法独立的认识经历了从较为模糊到逐步清醒的过程。部院之争在这个过程中扮演了重要的角色,它令人们清醒地认识到“司法独立”与审判独立无论在理念上还是在制度上,都是存在距离和差别的。意识决定了行动,思想认识决定了实际措施的具体内容与水准。部院之争以冲突的形式使审判独立理念得到最

大程度的传播,并直接影响了改革的水平与速度。

其二,司法制度的移植是不可能一蹴而就的,只能分阶段逐步推进。晚清的司法改革虽然在很大程度上借鉴了日本的经验,但中国有中国的问题,不可能全盘照搬日本模式。受中国国情与政府改革目标的制约,改革者们必须在中西两种司法制度与知识体系之间进行选择与构建,如何解决好二者之间的衔接与磨合,就是一个颇值得考量的问题。司法改革必须对制度转型进行合理设计,即从旧制度到新制度之间,要有一个合理的过渡时期。在这个时期,新旧两种制度会有一个相当长的并存时期。这种并存,一是因为新制度在设计时就已对旧制度进行了保留,二是因为旧制度本身还具备一定的功能,是整个司法制度不可或缺的部分。对法部重案复核权的确认,属于第一种情况。《大理院审判编制法》对法部的重案复核权从程序上作了相应规定,使近代的“级别管辖”与传统的重案复核制并存。法部主办秋朝审事务,属于第二种情况。直至1906年废除秋朝审制度,法部才不再从事任何审判事务。因此,司法制度的移植是一个不断除旧布新的过程,司法改革也因此表现出很强的阶段性。

其三,司法改革必然会受到传统势力的层层阻挠。任何建设新制度的改革都是对旧制度的破坏和对传统势力的挑战。新出现的、要求独立的审判权,必然使皇权与传统行政权力感到不安与压力。而司法改革一旦走上审判独立的道路,它所触动的既得利益者,就必然包括皇帝、法部与中央其他各部院、法部属员、地方督抚及各级行政官员。凡是以前拥有审判权或通过掌握审判权而获得利益的任何部门与个人,都有可能成为司法改革的阻力。和衷妥议的结果即为明证:大理院并不是输给了气势逼人的法部,而是输给了皇权和整个行政权力体系。这也正是导致一切司法改革举步维艰的重要原因之一。

总之,晚清中国的司法改革与司法制度的移植是一个艰难曲折的过程,而所有的艰难与曲折几乎都根源于集权体制。仿行宪政以“大权统于朝廷”为纲领,对西方三权分立的政治体制进行了相应的变通,在司法制度上试图通过法部对大理院的控制,从而将司法大权集中于皇帝之手。从思想认识上来说,这种设计以中国式的“司法独立”置换了审判独立,掩盖了集权的本质,使人们对“司法独立”及审判独立的认识平添了许多障碍。从制度改革上来说,给法部以司法审判权与司法行政权,这种做法并没有贯彻三权分立原则,不仅如此,大理院作为最高审判机关也名不副实。对传统司法制度的保留,降低了改革的底线,司法改革必须将剥离法部的审判权,重新确认大

理院的应有地位作为重要任务。由部院之争来看晚清的司法改革,或许我们可以得出这样一个结论:在集权体制下,审判独立的实现必然是一个长期的、艰辛的过程。

部院之争已经过去整整一百年了,在这个事件中生动展现的人和由这个事件而串起的问题,提醒我们,这样的活剧可能每天都在上演着。在今天,审判独立的任务尚未最终完成,来自法院内部和外部的各种行政权力对于审判事务的干预,其情形都和一百年前的故事有着或多或少的相似或遥远的交集。审判独立之途正可谓“路漫漫其修远矣”!当今的中国人,仍然需要以极大的勇气上下求索。部院之争中的人与事,它所显示的方向与结果,对于当下的司法改革来说,其所蕴含的启迪仍然意味深长。

附录一 摇部院之争大事记

光绪三十二年

九月二十日(癸卯年 八月 远日)

清廷宣布中央官制,设法部与大理院,以法部掌司法,以大理院任审判。

九月二十一日(八月 苑日)

任命各部院堂官,任命戴鸿慈为法部尚书,任命沈家本为大理院正卿。

十月初二日(八月 苑日)

法部接收户部现审处案件。

十月初四日(八月 望日)

大理院上奏要求朝廷拨给经费二万两及办公场所。已与法部协商,三个月再交接刑部原现审案件。

十月初,大理院正卿沈家本与少卿刘若曾取得一致意见,准备与民政部商议划清权限,接手案件,方案是将所有内外城之预审厅一律裁撤,一切审判事宜均归大理院节制。

十月二十二日(八月 愿日)

法部开始考试各司司员。

十月二十三日(八月 愿日)(见报日)

大理院奏调司员四十一人,其中三十八人从法部调入。

十月二十七日(八月 朔日)

大理院奏定大理院审判权限,奏准《大理院审判编制法》。大理院有最高审判权与法律解释权。京师设四级审判机关,由大理院直辖,同时保留了法部的重案复核权。

《大理院审判编制法》第二十二项规定:大理院有权会同宗人府审判重罪案件。宗室民事案件的管辖,尚未有明确规定。

十一月十七日(癸卯年 九月 员日)

大理院上奏裁并大理寺应办事宜,并停支常经费。

十二月中旬(癸卯年 九月 圆日——十月 圆日)

大理院筹款无着。

十二月十八日(癸卯年 月 猿日)

宪政编查馆奏准《法部官制》,明确法部的职权范围是“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”。另外,对于“各直省刑事稿件”,法部有复核权。

十二月二十日(癸卯年 圆月 圆日)(见报日)

戴鸿慈因官制改革迟缓而受到两宫斥责。

十二月二十五日(癸卯年 圆月 苑日)

法部尚书之下的四名主要辅官得到朝廷任命,即法部左丞定成、右丞曾鉴、左丞参余肇康、右丞参王世祺。

光绪三十三年

正月(癸卯年 圆月 猿日—猿月 猿日)

法部奏调曾鉴、鹿学良、恩润、善佺、周绍易、段书云、吴钊、罗维垣、党蒙等九人为丞参。

民政部就预审划归大理院事宜举行了会议。但由于京师各级审判厅局成立较晚,故预审厅的案件只能缓交。

正月二十日(猿月 源日)

大理院董康与法部曾鉴为部院权限事而争吵。

二月(猿月 源日—源月 源日)

法部大理院会衔奏请拨给法部十六万两,大理院十二万两以资办公。度支部议定法部常年经费每年六万两,大理院每年八万两。

法部奏调王宠惠、徐谦等人办理部务。

沈家本主动会同戴鸿慈筹议京师司法区域划分事项,并调取民政部内外城总厅分厅区域地图作为参考。

二月十三日(猿月 圆日)(见报日)

大理院从各部院共调入四十四人,仍然主要来自法部。

二月十六日(猿月 圆日)(见报日)

大理院与民政部就司法警察分权事宜进行洽谈,将司法警察事务分设为六个问题进行筹划,由内外总厅拟定方案后,再与大理院进行协商。

二月三十日(源月 源日)

法部尚书戴鸿慈致函梁启超求援。

三月初一日(源月 猿日)

原刑部现审案件一律由大理院接手。

三月十五日(源月 圆日)后

法部为防止人才流失,奏准了改补员缺的办法。

三月十八日(源月 猿日)(见报日)

大理院调入十二名预审官。

四月(缘月 圆日—远月 圆日)

由于经费紧张,大理院决定所有办事司员津贴按照原定额数二成发放。

四月初三日(缘月 源日)

法部上奏司法权限折,提出十二条权限划分清单。同日奏准。法部的司法行政权得到进一步明确,其在重案及死罪案件的复核权凌驾于大理院的审判权之上。

四月初九日(缘月 圆日)

大理院对法部权限清单提出修改意见,要求分享人事权,肯定了法部的重案复核权,但要求经其覆审的死刑案件,应由大理院与法部一同署名。同日军机大臣奉旨着大理院与法部会同妥议,和衷商办,不准各执意见。

四月十二日(缘月 圆日)

沈家本调任法部右侍郎,张仁黼调任大理院正卿。

四月二十日(缘月 猿日)

部院和衷妥议方案得到清廷允准。该方案增加了案件复核的程序,对部院主张加以折衷。

四月三十日(远月 圆日)

法部与大理院共同制定《大理院官制》,明确规定大理院是全国最高审判衙门,规定了大理院的职掌及各庭员缺。

五月初二日(远月 圆日)(见报日)

法部奏补实缺郎中、员外、主事。

五月二十七日(苑月 苑日)

地方官制改革方案颁布。据此,各省设提法司,置提法使,管理司法行政,监督各级审判厅,调度检察事务,并规定设立高等地方和初级审判厅。司法改革在东三省及江苏、直隶等地试办。司法改革开始向地方推行。

六月初十日(苑月 圆日)

袁世凯上奏天津试办新式审判经验。

八月初二日(怨月 怨日)

修订法律大臣沈家本奏呈《法院编制法》草案,交由宪政编查馆核复。

十月初三日(癸月 愿日)

御史赵炳麟奏请将司法人员均定为终身官,并给予优厚待遇,折交政务处议奏。政务处认为实行该法时机尚未成熟。

十月二十九日(癸月 源日)

法部根据天津试办审判的章程和《法院编制法》草案,奏准了《各级审判厅试办章程》。该章程对审判原则、民事刑事诉讼程序做了全面规定,为在全国建立四级三审制提供了法律依据。该法还对部院曾争执过但未有确定方案的司法警察及区域划分问题作了明确规定。对于宗室觉罗案件,规定民刑诉讼均划归大理院特别裁判。宗室案件由大理院会同宗人府审理,仍沿会府、府会之例。在京师地方各级审判厅成立后,宗室案件亦不归审判厅审理,而是送大理院审理。

十一月(癸月 缘日—癸丑年 员月 猿日)

法部在《奏陈开办京师各级审判厅情形折》内汇报了对于人事权、司法区划和案件移交事宜的处理结果。

十一月初六日(癸月 源日)

京师地方各级审判厅一律开办,案件交接由法部负责。民政部飭令各预审厅于当日一律停审,并将现审未结各案于十一月初十日分别移交内外地方审判厅接收。

十一月(癸月 缘日—癸丑年 员月 猿日)

法部奏准了开办京师各级审判厅的具体情况。该折对于人事权、司法区划权和案件移交等事宜作了相应规定,说明京师各级审判厅的筹备工作由法部负责,这也意味着大理院已从行政事务中退出,不再负责具体的筹备工作了。

十二月(员月 源日—圆月 员日)

法部制定了《营翼地方办事章程》,对京师营翼地方的各类案件移交作出了相应的规定。

法部制定《司法警察职务章程》。

光绪三十四年

正月初一至初七日(圆月 圆日至 愿日)

法部接手将步军统领衙门案件交接清楚。

正月十八日(癸丑年 圆月 猿日)

户部所辖仓场衙门认为京师第二初级审判厅办案不力,要求以后仓场衙门案件仍然由大理院承办。

八月一日(愿月 圆日)

《九年筹备事宜清单》规定法部的主要任务是修改新刑律和筹办各级审判厅。

宣统元年

二月二十七日(夙~~宣~~年 猿月 愿日)

御史徐定超上奏要求厘定司法官制,主张保留法部在审判上的权力。

闰二月十二日(源月 圆日)

法部尚书戴鸿慈针对徐定超的奏折发表意见,赞成徐的意见。

闰二月二十七日(源月 愿日)

法部奏呈了预备立宪分期筹办事宜清单,包括筹设京师各级审判厅检察厅、修改筹办实施新刑律和规划司法统计事宜等十三项。

三月初八日(源月 圆日)

大理院上奏本院预备立宪事宜。计有三项:其一是建筑法庭、改造看守所,其二是遣员出洋实地练习,其三是编刻判决录。

九月十八日(夙~~宣~~年 夙月 猿日)

法部奏准了《京师审判检察各厅员缺任用升补暂行章程》。该章程对法官人选作了限制,规定只有“正途出身或法律专长者”,才可以作为法官人选,该章程还规定了法部与大理院人员可以相互升转,法政归于一途。

十二月初二日(夙~~宣~~年 员月 愿日)

法部规定了详细的审判检察厅职官补缺轮次表式。

十二月二十八日(夙~~宣~~年 圆月 苑日)

宪政编查馆奏准《法院编制法》,将之作为划分部院权限的主要标准。要求大理院掌审判,法部掌司法行政,两者均不得侵越权限,法部的重案复核权至此废止。

对宗室案件的管辖做出了明确规定。对两造俱属有爵宗室的民事案件,由宗人府自行办理,其余宗室觉罗与旗民涉讼案件则由高等审判厅审理;刑事案件,凡宗室有爵犯在流遣以上由大理院审理,徒罪以下及觉罗有犯均由高等审判厅审理,不服该厅之判断者皆得上控于大理院。

宣统二年

正月(庚申年 圆月 庚日—猿月 庚日)

宪政编查馆在法部所拟方案的基础上,奏定了《死罪施行详细办法》。

二月二十七日(源月 远日)

《法部奏各省筹办审判各厅拟请俟考试法官后一律成立折》奉旨依次。提出:各省高等审判厅厅丞、高等检察厅检察长属请简之官,应由法部择员预保,临时请简,各督抚也可以向法部推荐人选,由法部考核后奏请简放。其余推事、检察各官的任命,仍然按照宪政编查馆原奏,非经考试不得任用。据此,法部掌握了高级法官的任命权。

二月二十九日(源月 愿日)

法部奏准了《死罪施行详细办法》,规定了死罪案件的审理与执行程序、死罪以下案件的审判监督程序、遣流以下案件的施行与奏报制度,并重新厘定大理院审判权限,细化了大理院与法部的分工。

三月二十八日(缘月 苑日)

宪政编查馆咨交会议政务处关于审判事务的九项咨文,细化法部、检察厅及大理院在审判事务上的具体权力。

四月初四日(缘月 颡日)

法部、民政部会奏《检察厅调度司法警察章程》,明确检察厅对司法警察的调度权。

五月二十七日(苑月 猿日)

宪政编查馆拟定《宗室党罗诉讼章程》六章并附则,共三十七条。

附录二 本书图表索引

表一 官制改革方案对照表 图 6

表二 清代三法司司法审判职掌对照表 图 6

表三 大理寺各机构与职掌分布表 图 6

表四 大理院各机构及职掌分布表 图 6

表五 刑部各机构及其职掌分布表 图 6

表六 法部各机构及其职掌分布表 图 6

表七 部院升转与法政升转对照表 图 6

表八 光绪三十三年四月、五月、六月大理院受理民政部移交破获案件
略表 图 6

表九 死刑案件处理程序图 图 6

表十 部院之争主要内容及解决方案对照表 图 6

表十一 《法院编制法最初之稿》与《法院编制法》篇目对比表 图 6

参考书目

一、基本史料

- 员媛《大清法规大全》,政学社印行,台湾考正出版社 员媛年影印本。
- 圆媛《大清法规大全续编》,中国政法大学特藏部藏。
- 猿媛(清)朱寿朋编、张静庐等校注:《光绪朝东华录》,中华书局 员媛年版。
- 源媛《申报》(影印本),上海书店影印,员媛年印刷。
- 缘媛《盛京时报》,《盛京时报》影印组辑印,沈阳七二一二厂 员媛年印刷。
- 远媛《大公报》(天津版),人民出版社出版,西安新华印刷厂 员媛年印刷。
- 苑媛《东方杂志》。
- 愿媛《清会典事例》,中华书局 员媛年版。
- 怨媛《清实录》德宗朝,中华书局 员媛年影印本。
- 员媛(清)郑荣等修,桂站等纂《广东南海县志》卷十四,《列传》,(台湾)成文出版有限公司印行。
- 员媛第一历史档案馆法部档案(全宗号 源媛员媛),会议政务处全宗(全宗号 猿媛),刑部档案(全宗号 员媛)、法部档案(全宗号 源媛)
- 员媛《清史稿》。
- 员媛《法院编制法最初之稿》,中国政法大学图书馆特藏部藏。
- 员媛《考试法官主要科应用法律章程汇编》,广州孙中山文献馆藏。
- 员媛奕劻等:《厘订官制参考折件汇存》,广州孙中山文献馆藏。
- 员媛中国史学会编:《辛亥革命》(四),上海人民出版社 圆媛年版。
- 员媛故宫明清档案部:《清末筹备立宪档案史料》,中华书局 员媛年版。
- 员媛刘锦藻撰:《清朝续文献通考》,浙江古籍出版社 圆媛年版。
- 员媛蔡冠洛编:《清代七百名人传》,中国书店 员媛年版。
- 圆媛董康著、王君南整理:《董康东游日记》,河北教育出版社 圆媛年版。
- 圆媛文廷式:《闻尘偶记》,《近代史资料》 员媛年第 员期。
- 圆媛钟叔河主编、蔡尔康、戴鸿慈、载泽著:《李鸿章历聘欧美记·出使九国日记·考察政治日记》,岳麓书社 员媛年版。
- 圆媛丁文江、赵丰田编:《梁启超年谱长编》,上海人民出版社 员媛年版。
- 圆媛《端忠敏公奏稿》,《近代中国史料丛刊》第十辑第 怨册,台北文海出版社 员媛年版。
- 圆媛中国第一历史档案馆编:《光绪宣统两朝上谕档》第 圆册,广西师范大学出版社

灵~~2018~~年版。

圆~~2018~~张晋藩书义、孙华峰、李秉新编：《张之洞全集》，河北人民出版社 灵~~2018~~年版。

二、著作

圆~~2018~~张晋藩总主编、朱勇主编：《中国法制通史》第九卷《清末·中华民国卷》，法律出版社 灵~~2018~~年版。

圆~~2018~~张晋藩：《中国法律的传统与近代转型》，法律出版社 灵~~2018~~年版。

猿~~2018~~袁(美)阅~~2018~~布迪、悦~~2018~~莫里斯著、朱勇译：《中华帝国的法律》，江苏人民出版社 灵~~2018~~年版。

源~~2018~~杨鸿烈：《中国法律发达史》，上海书店 灵~~2018~~年版。

缘~~2018~~郑秦：《清代司法审判制度研究》，湖南教育出版社 灵~~2018~~年版。

远~~2018~~那思陆：《清代中央司法审判制度》，台湾文史哲出版社 灵~~2018~~年版。

苑~~2018~~贺卫方：《司法的理念与制度》，中国政法大学出版社 灵~~2018~~年版。

愿~~2018~~瞿同祖：《瞿同祖法学论著集》，中国政法大学出版社 灵~~2018~~年版。

怨~~2018~~高道蕴、高鸿钧、贺卫方编：《美国学者论中国法律传统》，中国政法大学出版社 灵~~2018~~年版。

圆~~2018~~徐忠明：《法学与文学之间》，中国政法大学出版社 圆~~2018~~年版。

圆~~2018~~徐忠明：《包公故事：一个考察中国法律文化的视角》，中国政法大学出版社 圆~~2018~~年版。

圆~~2018~~孟德斯鸠著、张雁深译：《论法的精神》，商务印书馆 灵~~2018~~年版。

圆~~2018~~梁启超著、范忠信选编：《梁启超法学文集》，中国政法大学出版社 圆~~2018~~年版。

圆~~2018~~袁(美)费正清、刘广京编：《剑桥中国晚清史(灵~~2018~~—灵~~2018~~年)》，中国社会科学出版社 灵~~2018~~年版。

圆~~2018~~袁(美)费正清、赖肖尔：《中国：传统与变革》，陈仲丹等译，江苏人民出版社 灵~~2018~~年版。

圆~~2018~~袁(美)任达著、李仲贤译：《新政革命与日本——中国，灵~~2018~~—灵~~2018~~》，江苏人民出版社 灵~~2018~~年版。

圆~~2018~~陈旭麓：《近代中国社会的新陈代谢》，《陈旭麓文集》第一卷《近代史两种》，华东师范大学出版社 灵~~2018~~年版。

圆~~2018~~侯宜杰：《二十世纪初中国政治改革风潮——清末立宪运动史》，人民出版社 灵~~2018~~年版。

圆~~2018~~萧功秦：《危机中的变革——清末现代化进程中的激进与保守》，上海三联书店 灵~~2018~~年版。

圆~~2018~~李剑农：《戊戌以后三十年中国政治史》，中华书局 灵~~2018~~年版。

圆~~2018~~韦庆远、高放、刘文源：《清末宪政史》，中国人民大学出版社 灵~~2018~~年版。

圆~~2018~~王人博：《宪政文化与近代中国》，法律出版社 灵~~2018~~年版。

周育民：《晚清财政与社会变迁》，上海人民出版社 1994 年版。

许纪霖、陈达凯主编：《中国现代化史》第一卷，上海三联出版社 1993 年版。

罗志田：《权势转移：近代中国的思想、社会与学术》，湖北人民出版社 1999 年版。

马作武：《清末法制变革思潮》，兰州大学出版社 1997 年版。

钟叔河：《走向世界 近代中国知识分子考察西方的历史》，中华书局 1994 年版。

苏力、贺卫方主编：《20 世纪的中国学术与社会》（法学卷），山东人民出版社 1997 年版。

王亚南：《中国官僚政治研究》，中国社会科学出版社 1985 年版。

王超：《中国历代官制与文化》，上海人民出版社 1989 年版。

邓德龙：《中国历代官制》，武汉大学出版社 1990 年版。

张晋藩：《中国官制通史》，中国人民大学出版社 1990 年版。

郭松义、李新达、李尚英：《清朝典章制度》，吉林文史出版社 1994 年版。

〔日〕信夫清三郎：《日本政治史》，上海译文出版社 1985 年版。

《日本维新三十年史》，上海广智书局光绪二十九年版，中国政法大学图书馆特藏部。

汪向荣著：《日本教习》，中国青年出版社 1984 年版。

李贵连：《沈家本年谱初编》，北京大学出版社 1989 年版。

李贵连：《沈家本传》，法律出版社 1994 年版。

王健：《中国近代的法律教育》，中国政法大学出版社 1995 年版。

张德泽：《清代国家机关考略》，学苑出版社 1995 年版。

刘子扬：《清代地方官制考》，紫禁城出版社 1989 年版。

谢振民编著、张知本校订：《中华民国立法史》，中国政法大学出版社 1994 年版。

庄吉发：《清代奏折制度》，台北故宫博物院 1989 年版。

秦国经：《中华明清珍档指南》，人民出版社 1989 年版。

《隐藏的宫廷档案——1851 年光绪派大臣考察西方政治纪实》，民族出版社 1994 年版。

陈玉申：《晚清报业史》，山东画报出版社 1993 年版。

三、论文（未征引部分略）

李细珠：《张之洞与 江楚会奏变法三折》，《历史研究》1994 年第 1 期。

李俊：《试析清末部院司法权限之争》，《江汉学刊》1995 年第 1 期。

李俊：《晚清审判制度变革研究》，中国政法大学法制史专业 1994 届博士论文。

罗华庆：《清末“预备立宪”为何模仿日本明治宪政》，《北方论丛》1995 年第 1 期。

罗华庆：《清末“预备立宪”对日本明治宪政模仿中的保留》，《河北学刊》

民国第 2 卷第 1 期。

王开玺：《清统治集团的君主立宪论与晚清政局》，《北京师范大学学报》1984 年第 2 期。

陈瑞华：《论司法权的性质——以刑事司法为范例的分析》，《法学研究》1994 年第 2 期。

朱光华：《清民政部简述》，中国第一历史档案馆编《清代档案史料丛编》第九辑，中华书局 1984 年版。

后摇摇记

毕业论文的写作终于结束了,这标志着三年学习生活的终结,也意味着新一轮的学习即将开始。

三年北上求学的经历弥足珍贵,能得到诸位导师的指导,是一生的幸事。张晋藩先生的言传身教与谆谆告诫,让我深刻地领悟到问学之路漫长而艰辛,没有付出的辛劳,就没有收获的甜蜜。我的导师朱勇教授一直以来在学习上、生活上给予我诸多指导与关心。同时,郭成伟教授、怀效锋教授在中国传统法律研究领域的深厚造诣也使我受益匪浅。谨向诸位导师表示衷心的感谢!

本书的写作,从选题、资料的收集到谋篇布局、最后定稿,都得到朱勇教授的悉心指导,这是本书得以顺利完成的重要原因。北京大学法学院李贵连教授在百忙之中给我解答了关于沈家本研究方面的问题,使我在查找资料方面省去了不少时间。我还得地利之便,经常向中山大学法学院徐忠明教授讨教。他不仅慷慨地借阅藏书,还不吝赐教,使我受益良多。

时间过得很快,在中国政法大学学习的日子,充实而愉快,是这三年以来最为美好的记忆。西安政治学院周健教授、安徽大学法学院周少元教授、司法部法学研究所韩秀桃副研究员、中山大学法学院徐忠明教授、任强副教授、中国政法大学法学系张生教授、中信实业银行监察部音正权博士、中央财经大学法律系刘双舟博士、中国人民保险公司法律部张勇博士、中国政法大学法史研究中心张德美博士、顾元博士等诸位师兄和李靓师姐、夏扬师弟在学习和生活上都曾给予我无私帮助与关怀。此外,我还要感谢同班好友史飏、史立梅、谭甄、张长虹、魏晓娜在我读书期间对我的各种帮助。

在论文写作过程中,中国政法大学图书馆戴守义馆长、中山大学近代史研究中心曹天忠副教授、王禄斌副教授、暨南大学图书馆古籍部罗志欢老师、中国第一历史档案馆的工作人员在资料查找方面为我提供了便利条件,在此谨致诚挚谢意!

借论文答辩之机,我还要向参与论文评阅与出席答辩的各位老师表示衷心感谢!

最后,向我的父母致以深深谢意!我奔波于京广两地,兼顾工作与学

习,父母给了我最大的理解与支持。春节期间,父亲将论文初稿读了两遍,并仔细地作了批注,像改我儿时的作文一样;母亲则在电话里尽可能详尽地描述她的生活细节,为的是让我放心。父母最大的愿望是我生活得愉快,在学业上有所收获,他们的祝福令我的生活永远阳光普照。

生机勃勃的夏季就要来临,我知道,一切都刚刚开始。

圆年 源月 远日

于暨南大学苏州苑住所

补摇摇记

本书交付出版之前,笔者重新核对了所有注释,补充了阴阳历法的日期对照,并就原文进行了文字调整,结构和主要观点并无大改。特此说明。

本书能够顺利出版,得益于中国政法大学刘广安教授的推荐和北京大学李贵连教授的大力襄助。在此,谨向两位老师深表感谢。

二〇一〇年 一月 二〇日