

本书的出版得到教育部

人文社会科学研究项目(07JA820012)的资助

中外司法改革 对社会变革影响比较研究

法官选任
监狱转型

北洋政府大理院

德国吕特案

自决隐私权

军事权力

诉讼答辩

司法改革

主编◎曾尔恕



中国政法大学出版社

D916

20132

本书的出版得到教育部

人文社会科学研究项目（07JA820012）的资助

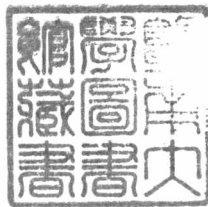
阅 览

法官选任
监狱转型
北洋政府大理院
德国吕特案
自决隐私权
军事权力
诉讼答辨
司法改革

中外司法改革

对社会变革影响比较研究

主编◎曾尔恕



中国政法大学出版社

2012·北京

图书在版编目(CIP)数据

中外司法改革对社会变革影响比较研究 / 曾尔恕主编. — 北京: 中国政法大学出版社, 2012. 9

ISBN 978-7-5620-4497-0

I. ①中… II. ①曾… III. ①司法制度-体制改革-影响-社会变革-对比研究-世界 IV. ①D916②D5

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第222493号

- 书 名 中外司法改革对社会变革影响比较研究
Zhongwai Sifa Gaige dui Shehui Biange Yingxiang Bijiao Yanjiu
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
58908325(发行部) 58908334(邮购部)
- 编辑统筹 综合编辑部 010-58908524 dh93@sina.com
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880mm×1230mm 32 开本 10.75 印张 250 千字
- 版 本 2012 年 10 月第 1 版 2012 年 10 月第 1 次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4497-0/D·4457
- 定 价 34.00 元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

目 录

清末与当代司法改革及其对社会变革影响之比较

姜小川 ► 1

清末民初中国监狱转型略论

王志亮 ► 82

民国初年的法官选任制度及其影响

李 超 ► 108

中国近代司法改革的影响

——以北洋政府大理院为中心

李 倩 ► 127

面向 21 世纪的日本司法制度改革

曾尔超、赵立新 ► 146

社会变革之中权利的司法保护：自决隐私权

曾尔超、陈 强 ► 170

德国吕特案判决五十年来的社会影响

曾尔超、高仰光 ► 183

2 ◀ 中外司法改革对社会变革影响比较研究

论美国司法审查视域下的总统军事权力

顾 元 ▶ 206

宪法发展与社会变迁

——美国最高法院的解释

胡晓进 ▶ 241

宪政民主还是民主宪政？

——试论美国最高法院与民主

胡晓进 ▶ 262

司法推动下的英国女性财产权利保障

——以二战后英国女性之婚姻住所权利的
拓张为核心

崔林林、夏金梅 ▶ 274

英国诉讼答辩的发展与现代法律职业化

张秋实 ▶ 286

浅论英国最高法院

张玮麟 ▶ 307

清末与当代司法改革及其对社会变革影响之比较

姜小川*

一、清末的司法改革

(一) 清末司法改革的背景和原因

1. 清末司法改革的背景

(1) 外患不断，内忧频发。17 世纪以后，在中国的专制制度发展到“康乾盛世”鼎盛之时，西方英、法等国已先后完成了经济、政治和民族国家的现代化，并以坚船利炮为后盾打开中国的国门。在 1840 年爆发的鸦片战争中，清军的百万之众没能抵御英国区区几千远征军，清廷被迫签订《南京条约》，割让香港岛。1856~1860 年的第二次鸦片战争，英法联军攻入北京，掠劫并火烧咸丰皇帝的出生地——“万园之园”圆明园，中国首都首次失守，咸丰皇帝仓皇出逃热河。清廷又被迫于 1858 年和 1860 年先后与俄、美、英、法分别签订《天津条约》和《北京条约》。割地、赔款、采矿及驻军等使中国法律和司法主权一步步沦丧。马克思在《鸦片贸易史》中这样揭露了列强利用鸦片贸易对中国的蹂躏：“连英国人蒙哥马利·马丁都这样写道：可不是吗，同鸦片贸易比起来，奴隶贸易算是仁慈的。我们并没有摧残非洲人的肉体，因为我们的直接利益要求保持他们的

* 中央党校政法部教授，博士生导师。

生命；我们没有败坏他们的品格，没有腐蚀他们的思想，也没有扼杀他们的灵魂。可是，鸦片贩子在腐蚀、败坏和毁灭了不幸的罪人的精神世界以后，还折磨他们的肉体；每时每刻都有新的牺牲者被献于永不饱和的摩洛赫之前，英国杀人者和中国自杀者竞相向摩洛赫的祭坛上供奉牺牲品。”^{〔1〕}接踵而来的是，1871年俄国出兵伊犁；1875年英军入侵云南；1883~1885年法国侵略中国；1894~1895年惨败于日本的甲午战争，使中国历时35年以军事为核心的洋务运动中建成的号称亚洲第一的北洋海军覆灭，赔偿日本2.3亿两白银，丢掉了台湾，造成中华民族永远的伤痛。从此，“外人在中国所得的权力，不但十分确定，并且由商业性质变为政治性质”^{〔2〕}。1900年，八国联军入侵北京。次年清廷又与列强签订了丧权辱国的《辛丑条约》，以当时4.5亿中国人为标准，赔偿4.5亿两白银，如果加上利息则近10亿两。而清政府当时全年的财政收入还不足1亿两。《辛丑条约》标志着自《南京条约》开始的中国半殖民地半封建社会形态确立。

外患不断之际，内忧频频发生。自19世纪初发生的遍布5省，历时9年的白莲教起义和后来居然攻进皇城的天理教起义后，从1841年起，又因鸦片战争先后爆发广州抗英战役、三元里抗英斗争、台湾抗英斗争、广州反入城斗争等。而晚清遭遇的最大内忧当数太平天国起义。1850年洪秀全在广西金田起兵，后定国号“太平天国”。随后，太平军势如破竹，占据江南半壁江山14载，形成系统的革命纲领和初步的法制。虽然朝廷最终依靠汉人，尤其是曾国藩的湘勇予以了剿灭，但国家元气因此大伤。1894年，中国第一个资产阶级革命团体

〔1〕《马克思恩格斯选集》（第2卷），人民出版社1973年版，第23~24页。

〔2〕周甦生语，参见华友根：《中国近代法律思想史》（下册），上海社会科学出版社1998年版，第100页。

“兴中会”成立，从此，孙中山率领的革命党人虽屡战屡败，但持之以恒，直至最终辛亥革命的成功。

(2) 多方努力，重振大清。鸦片战争后，清政府为救国图存不懈努力，概括而言，主要经历了洋务运动、戊戌变法和“新政”三个历程。其中，洋务运动主要是振兴经济，戊戌变法变革政治体制，“新政”则是一场旨在维持既有君主专制体制的全面改革。

面对一种比奴隶贸易还残忍的鸦片贸易，所有有良知的中国人都在思考这样一个问题，为什么中国这样一个天朝大国会败在“西夷”面前？人们直观看到的是枪炮军舰不如对方，于是，有了魏源《海国图志》中提出的“师夷长技以制夷”，以及以曾国藩、左宗棠、李鸿章等清廷中握有实权的一部分大官僚为代表，以“中体西用”为理论基础，以学习西方科学技术，引进西方近代文明为内容，以富国强兵为目的的洋务运动。遗憾的是，中国并没有因此走上富强之路，甲午之战的惨败不仅意味着洋务运动破产，而且说明单纯学习西方的经济、技术而不考虑其政治体制仍无法自强。于是，有了以康有为、梁启超为代表的资产阶级所倡导的君主立宪制的实施。1898年6月，光绪皇帝接受康有为、梁启超等人的建议，颁发《明定国是诏》，开始了以维新变法自强为宗旨的“戊戌变法”。但由于这次变法的目的不是完善和改良封建制，而是要用资产阶级的君主立宪政体取代在中国实行两千五百余年的君主专制政体，且康有为急功近利，竟然与谭嗣同等人密谋采取武装包围颐和园的方式，发动废除慈禧太后的宫廷政变。当年9月21日，64岁的慈禧太后抢先发动政变，幽禁光绪帝，处决谭嗣同等“戊戌六君子”，康有为、梁启超等被迫流亡国外。历时103天的“百日维新”旋即夭折。1899年，以农民为主的义和团反帝爱国运动爆发，清政府保守的满族亲贵希望借义和

团的力量驱逐洋人。由于清政府的介入，这场席卷中国北方的排外运动很快升级为中国与各国列强之间的全面战争。1900年，八国联军侵入北京，6000 洋兵从天津大沽口上岸直扑北京，满清的八旗兵腐朽不堪，全国 60 万以汉人为主的绿营兵也望风披靡。慈禧太后和光绪皇帝一路颠沛流离，逃至西安。为救亡图存，1901 年 1 月，慈禧宣布变通政治，实行“新政”，即在维持既有君主专制体制下而进行的全面改革，只是因八国联军的撤出而进展有所延缓。

2. 清末司法改革的原因

(1) 经济发展要求有适应新型社会关系的法律制度。受鸦片战争的影响和外国资本主义的刺激，中国封建自给自足的自然经济逐渐解体，代之以由洋务运动而起的近代工业和商业。在 19 世纪末，全国已有买办 10 000 人以上^[3]，买办商业资本成为促进商品进出口的重要力量。经济形势的变化，必然带来社会关系的变化，而建立在原有经济基础之上的法律制度，因其重农抑商、家族本位、维护官僚特权等精神与近代经济发展相悖，无力调整这种新型社会关系。倒是许多殖民地、半殖民地国家对西方列强在政治、法律制度方面的优越性的认同或仿效，给予清政府以启示，以“自强”、“新政”为中心的法制改革因此展开。

(2) 官吏贪腐、朝廷衰败迫切需要政治体制全面改良。清末，吏治腐败到不可救药。不仅官吏更加贪婪残暴，“贪以腴民之脂膏，酷以干天之愤怒”，而且出现了历史上不曾有的君臣间的主奴关系，大臣们以“多磕头少说话”为信条，以阿谀逢迎，因循苟且为能事^[4]。“贪污行贿，任用私人，以及毫不知耻的

[3] 黄逸峰：“关于旧中国买办阶级研究”，载《历史研究》1964 年第 3 期。

[4] 转引自张晋藩：《中国法律的传统与近代转型》，法律出版社 1997 年版，第 343 页。

对于权势地位的买卖”遍及中国，两广总督李翰章竟规定了一个买卖职官的价格表^[5]。司法官员虽然缺乏律例知识，却精通贪索敛财之道，只重贿赂多少，不问案情是非，冤狱之多，民气难伸。“风气所趋，各省皆然。一家久讼，十家破产，一人沉冤，百人含痛，往往有纤小之案，累年不结，颠倒黑白，老死囹圄，令人闻之发指。”^[6]就连英国人赫德都看出，中国政府制度年代老朽，已失去效能。外任官多放纵与贪腐；而京官则职务重叠，有心工作但力不从心^[7]。同时，朝廷衰败无能。对外不能抗强权、御外辱，甚至卖国求荣；对内不能致安宁、序民人，改善民生。银价太昂，钱粮难纳；盗贼太众，良民难安；人口剧增，天灾横行。清廷疲于应付此起彼伏的危机。试图在官僚阶层注入新鲜血液或者通过局部的改革改变这种状况显已无望，政治体制的根本改变迫在眉睫。

(3) 对外思想文化交流成为司法改革的催化剂。鸦片战争后，一方面，大批西方传教士来到中国传教，1876年在中国的新教传教士有473人，1889年达1296人，到1910年超过了5000人^[8]。他们翻译出版报刊书籍，仅1810年到1867年期间，新教徒在中国从事的非宗教著作总数达108种^[9]，到19世纪末，已达几百种。同时，西方国家出版机构的传播、在华设立

[5] 孙中山《中国的现在和未来》一文，转引自李伟：“寻找30岁之前的孙中山”，载《三联生活周刊》2011年第40期。

[6] (清)曾国藩：“备陈民间疾苦疏”，载王昉原校编：《曾文正公全集》（影印本），商务印书馆1853年版。

[7] [英]赫德：“局外旁观论”，见《筹办夷务始末》（同治朝）卷四十，第14~15页。

[8] [加]许美德等：《中外比较教育史》，朱维铮等译，上海人民出版社1990年版，第65页。

[9] [美]费正清编：《剑桥中国晚清史》（上卷），中国社会科学院历史研究编译室译，中国社会科学出版社1985年版，第638页。

法律学校、商人和顾问频频来华、使节的互派等，使得西方近代文化，尤其是法律文化大量输入，西方国家的政制和司法制度也潜移默化地影响着中国。另一方面，国人也通过持续半个多世纪的对外交往，逐步摆脱了排外思想。随着 1861 年总理各国事务衙门（1901 年迫于西方列强的压力改组为外务部）的设立，1872 年清政府首派 30 名公费留学生赴美国，1890 年又派第二批 88 人赴欧洲留学。中国早期改良派也开始创办报纸^[10]，翻译西方近代法律、法学著作和论文，宣传人权、平等、法治等观念。清廷覆灭的前十几年中，翻译日、法、英的书籍至少 1599 种，占晚清百年译书总数的 69.8%，超过此前 90 年译书的两倍^[11]。随着西学东渐，传统法观念的主导地位逐渐被西方法文化所冲击或替代，“觉得我们政治法律等，远不如人，恨不得把人家的组织形式，一件件搬进来”^[12]。这一切为中国将要进行的“新政”和司法改革搭建了理论平台，聚集了知识力量。

（4）列强对领事裁判权的允诺是司法改革的直接动因。自唐迄清，中国一直拥有独立的司法主权，处理涉外案件坚持“诸化外人，同类自相犯者，各依本俗法；异类相犯者，以法律论”^[13]的原则。鸦片战争后，列强借口程序上与中国传统的刑民不分、审判不独立等诉讼机制不配套，实体上中国法律的惩

[10] 改良派创办的报纸主要有：《时务报》、《湘江新报》、《国闻报》、《清议报》、《新民丛报》等。

[11] 参见吴小如主编、刘玉才等编著：《中国文化史纲要》，北京大学出版社 2001 年版。

[12] （清）梁启超：“五十年中国进化概论”，载李兴华等编：《梁启超选集》，上海人民出版社 1984 年版，第 833～834 页。

[13] 《唐律疏议·名例》第 48 条“化外人相犯”，中华书局 1983 年版，第 133 页。

罚重于西方而在中国攫取领事裁判权^[14]。1843年的《中英五口通商章程》第13款规定，英人、华民交涉词讼，英国领事有权“查察”、“听讼”，“其英人如何科罪，由英国议定章程、法律，发给管事官（即领事）照办。华民如何科罪，应治以中国之法”^[15]。1844年的《中美望厦条约》，又将领事裁判权扩大到在中国的一切民事事件。其后，英、法、俄、德、美、日、奥匈、意大利、比利时、西班牙、葡萄牙、丹麦、挪威、荷兰、秘鲁、墨西哥、智利、瑞典、瑞士、巴西等二十多个国家先后通过不平等条约获取了在华的领事裁判权。1853年9月，英法美三国驻沪领事趁小刀会起义之机，擅自在租界内成立了工部局和巡捕房，窃取了违警案件和轻微刑民案件的审判权。各国为了行使所获得的领事裁判权，还纷纷在先前由领事组成法庭的基础上，在中国设立正式法院，仅法国在华的领事裁判法院就有17处；英国在领事法院之外，于1904年在上海设立高等法庭；美国也根据1906年国会通过的立法，在领事法院之外，成立了与联邦区法院地位相等的驻华高级法院。

由于领事裁判权采取“被告主义原则”，外国领事对本国在华侨民作为原告的案件仍然不能插手。于是，除领事裁判权外，又有了观审制度和会审公廨制度。1864年，清朝上海道先与英领事在其租界内成立了“洋泾浜北首理事衙门”，共同处理租界

[14] 领事裁判权是指一国驻外领事馆依据本国的法律，对居住在他国的本国国民行使司法管辖权的一种制度。该制度最早实行于13世纪定居在东方的欧洲国家的商人，以后不断扩大。至19世纪，西方资本主义国家通过不平等条约，把领事裁判权制度强加于亚非国家。第二次世界大战后，该制度在世界范围内被废除。领事裁判权是建立在不平等基础上的享有国单方面的特权，是治外法权在半殖民地国家的畸形发展。在完全独立的国家不会容许别国获得领事裁判权，而在完全的殖民地国家，其本身实行的就是宗主国的法律，不存在领事裁判权的必要。

[15] 王铁崖：《中外旧约章汇编》（第2册），三联书店1982年版，第109页。

内的案件。1868年，又与英美领事议定了《上海洋泾浜设官会审章程》，原“洋泾浜北首理事衙门”遂改为“上海公共租界会审公廨”，即由一名清朝官员主持租界内的钱债、斗殴、窃盗案件。凡是涉及外人的案件，应由领事或领事派员会审。随后，厦门、武汉、哈尔滨等租界相继设立会审公廨。但外国侵略者不断扩大其权力，对纯属华人的案件也派员出庭会审，甚至擅自讯断。

领事裁判权的确立和会审公廨的设置，造成了“外人不受中国之刑章，而华人反就外国之裁判”^[16]的反常现象，意味着中国的司法主权受到侵犯和列强强加于中华民族以耻辱，而且，领事裁判权客观上容留和庇护了不少满清政府的反对者，而这令清政府寝食不安。1902年，张之洞以兼办通商大臣身份，与各国修订商约。《中英续议通商行船条约》第12款规定：“中国深欲整顿本国律例，以期与各西国律例改同一律，英国允愿尽力协助，以成此举，一俟查悉中国律例情形及其审断办法及一切相关事宜皆臻妥善，英国即允弃其治外法权。”^[17]日、美、葡等列强也均允诺待清政府司法“皆臻完善”后，即可放弃领事裁判权。当时的清政府对此允诺充满幻想，误以为只要变法修律，大致实现与西方国家法律制度的同步，就能收回领事裁判权，排除外患。故下诏：“中国律例，自汉唐以来，代有增改。我朝《大清律例》一书，折衷至当，备极精详。惟是为治之道，尤贵因时制宜，今昔情势不同，非参酌适中，不能推行尽善。况近来地利日兴，商务日广，如矿律、路律、商律等类，皆应妥议专条。著各出使大臣，查取各国通行律例，咨送外务部。并著责成袁世凯、刘坤一、张之洞，慎选熟悉中西律例者，

[16] 故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》，中华书局1979年版，第821~822页。

[17] 王铁崖：《中外旧约章汇编》（第1册），三联书店1982年版，第42页。

保送数员来京，听候简派，开馆纂修，请旨审定颁行。总期切实平允，中外通行，用示通变宜民之主意。”^{〔18〕} 据此，在直隶总督袁世凯、两江总督刘坤一、湖广总督张之洞的联名保奏之下，刑部左侍郎沈家本、出使美国大臣伍廷芳被任命为律例馆（后更名为修订法律馆）主事。1902年4月清政府颁发修律上谕：“现在通商交涉事益繁多，著派沈家本、伍廷芳，将一切现行律例，按照交涉情形，参酌各国法律，悉心考订，妥为拟议，务期中外通行，有裨治理。俟修订呈览，候旨颁行。”^{〔19〕} “中国修订法律，首先收回治外法权，实变法自强之枢纽。”^{〔20〕} 一场以收回领事裁判权为直接诱因的“一揽子”司法改革计划由此拉开了序幕。

（二）清末修律

清末司法改革的直接动因虽是收回领事裁判权，但从根源上讲，还需溯至清末的“新政”和修律。“新政”是一场全方位的政治改良，清末修律是在政治改良的氛围中进行的。1901年，清政府颁布《新政改革上谕》，此后至1905年又颁布一系列“新政”上谕，“新政”的内容集中在：①改革军制，组练新军；②振兴商务，奖励实业；③废除科举，育才兴学；④官制改革，裁撤冗员；⑤建设法制，举办警政。“新政”的实施，需要法律的认可和保障，修律不仅因此成为重中之重，而且也是司法改革的前提和保障。修律包括立宪和制定部门法律。

1. 清末立宪

1901年1月29日，逃亡西安的慈禧太后为缓解与列强的关系，缓和国内反清反满的情绪，继续限制光绪皇帝的权力，挽

〔18〕 《清德宗实录》卷四九五。

〔19〕 《清德宗实录》卷四九八。

〔20〕 （清）沈家本：“删除律例内重法折”，（清）沈家本：《历代刑法考》（第4册）《寄穆文存》卷一《奏议》，中华书局1985年版。

救危亡之局势，一反常态，以光绪皇帝名义下诏变法：“世有万古不易之常经，无一成罔变之治法。盖不易者三纲五常，昭然如日星之照世；而可变者令甲令乙，不妨如琴瑟之改弦……大抵法久则弊，法弊则更”，“法令不更，锢习不破，欲求振作，须议更新。”^[21] 同年4月，特设督办政务处为综理“新政”的机构，任命两年前坚决反对戊戌变法的顽固派大臣庆亲王奕劻、大学士李鸿章、荣禄，以及户部尚书鹿传霖等为督办大臣，两江总督刘坤一、两湖总督张之洞也以督抚身份“遥为参领”^[22]。然而，“新政”实施5年，虽然也做了一些事，但效果很不理想，对于最重要的开国会、立宪法却迟迟回避。时逢1904~1905年的日俄战争，强大的帝俄败于不起眼的日本，国人认为这是日本的立宪战胜了帝俄的专制，而中国“新政”未能立竿见影，原因在于没有立宪。江苏主张立宪的名士张謇在《致袁世凯书》中指出：“不变政体，枝枝节节之补救无益也。不及此日俄全局未定之先，求变政体而为揖让救焚之迂图无及也。……日俄之胜负，立宪专制之胜负也。今全球完全专制之国谁乎？”^[23] 加之当时有所发展的报业的呼应，立宪之声嚣然遍天下。1905年6月，晚清政府遂派出载泽等五大臣，分赴他国进行考察政治。1906年7月，五大臣回国，均认为立宪可使“皇位永固”、“外患减轻”、“内乱可弭”^[24]。如果说，1901年清政府虽提出了改良政治和立宪，但因基于策略的考虑而不甚积极的话，那么，此时国事已非，便不得不发布“仿行宪政”的《宣示预备立宪谕》。但这仅仅是预备立宪，因为，立宪需要准

[21] 《光绪朝东华录》（五），中华书局1958年版，总第4655页。

[22] 《大清光绪新法令·谕旨》第1册。

[23] 潘树藩编：《中华民国宪法史》，商务印书馆1935年版，第4页。

[24] 参见张枏、王忍之编：《辛亥革命前十年间时论选集》（第4卷），三联书店1978年版，第27~30页。

备，这包括改革官制和法律、清理财政、整顿军队、建立武备、设立警察以维护国内秩序等，并对尚未开化的民众予以启迪，次第更张。即使如此，预备立宪还是在国内外引起了强烈的反响^[25]，以致流亡海外的康有为、梁启超不禁高呼：“伟哉，此举”，甚至一厢情愿地表示不修旧怨，愿与清廷合作。当然，反对立宪之声也不绝于耳，其中，既有中央官员，如内阁中书王宝田、御史刘汝骥等，也有地方官员，如江苏巡抚陈谢龙等。其中，以内阁大学士文海在奏折中直指立宪的六大不是较具代表：其一，五大臣以考察政治之命始，却以建议立宪终，属于偷梁换柱；其二，立宪者建议裁撤军机大臣，设置内阁总理，君权旁落，大有回归日本立宪前藩镇割据之嫌，“败坏国家，莫此为甚”；其三，中国法制纷繁详尽，立宪者动辄评议，属于剑走偏锋；其四，中国与西方各国风土人情各异，不能照搬法度；其五，变法求速成，违背了立法宜缓不宜急的客观规律；其六，预备立宪无视“新政”之成就，且对“新政”已有起色之筹饷、练兵之举全部废弛，造成浪费。^[26]反对归反对，其终究不影响《宣示预备立宪谕》的实施，只是动作大小、进展快慢而已。1906年9月改内官制，1907年4月发布外官制。同年，宪政编查馆草拟宪法大纲，至1908年8月，以《大日本帝国宪法》（即1889年2月11日公布的“日本明治宪法”）以及1850年《普鲁士宪法》为蓝本，颁布了旨在肯定君主独裁制的《钦定宪法大纲》。让人意想不到的，立宪的思路几乎承袭了10

[25] 这其中，以主张从速立宪的广西提学史李翰芬的奏折颇具代表：“方今时局艰危，事机日亟，外人每以宪政之成否占中国之存亡，若必预备于十数年前，施行于十数年后，虽缓急不容不审，而收实效觉过迟……先预备，后施行，年复一年，不免有苟且因循之患。即施行，即预备，乃以收倍道兼进之功。”

[26] 参见陈夏红：《政法往事——你可能不知道的人与事》，北京大学出版社2011年版，第99页。

年前的戊戌维新变法，不仅如此，之前五大臣出洋考察宪政的报告，居然是熊希龄赴日请回当年变法的主角梁启超以及同在日本的杨度执笔。

《钦定宪法大纲》作为中国近代第一个宪法性文件，只是规定了以后起草宪法原则和依据的纲领，并非正式的宪法。《钦定宪法大纲》颁布两个月后，光绪皇帝和慈禧太后相继去世，不满3岁的溥仪登基，其父载沣担任摄政王，继续推行预备立宪。并根据1908年7月22日光绪帝批准的《各省咨议局并议员选举章程》和1908年10月14日颁行的《资政院章程》，分别于1909年仿西方的议会制度选举成立了相当于地方议会的咨议局。1910年又成立了向议会制过渡的相当于临时国会的资政院，以期通过立宪赢得民心。但因《咨议局章程》和《资政院章程》的出发点仍然是维护专制的皇权，所以，注定其不可能挽救清政府灭亡的命运。虽然清政府迫于体制内外的压力，宣布预备立宪的期限由原来的9年（至1917年）改为5年（1913年），但1911年10月10日，辛亥革命意外爆发。为了应对突如其来的革命，晚清政府仅用3天时间就炮制出《宪法重大信条十九条》，并于1911年11月3日匆忙颁布，只因为时已晚，无助于挽救清朝垂危的统治。《宪法重大信条十九条》作为宪法的重要条款，具有当然的法律效力，且在内容上不同于抄袭日本明治宪法的《钦定宪法大纲》，而是采用接近于英国的虚君立宪制，实行责任内阁制，削弱皇权，扩大国会权力。当然，上述效力和内容上的前后变化，并非完全出于清廷自愿。前者起草之时，君权尚未全衰；后者出台之际，民权已至革命程度，而清廷此时已顾不得考察大臣所提英国法“颇为复杂拘执之处，自非中国政体所宜”的弊端。但不管怎样，预备立宪所进行的机构和官制的改革，为司法改革提供了组织上的准备。