

中国立宪评论丛书



求变

中国近代人物

宪制思想评论

(II)

周叶中
江国华 主编



中国政法大

中国立宪评论丛书



求变

中国近代人物

宪制思想评论
(II)

周叶中
江国华 主编



中国政法大学出版社

2015 · 北京

- 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。

图书在版编目（C I P）数据

中国近代人物宪制思想评论. 2, 求变/周叶中,江国华主编. —北京:中国政法大学出版社, 2015.1

ISBN 978-7-5620-5720-8

I. ①中… II. ①周… ②江… III. ①宪法—思想史—中国—近代 IV. ①D921.02

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第276676号

出版者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话 010-58908586 (编辑部) 58908334 (邮购部)
编辑邮箱 zhengfadch@126.com
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 720mm × 960mm 1/16
印 张 32.25
字 数 545 千字
版 次 2015 年 1 月第 1 版
印 次 2015 年 1 月第 1 次印刷
定 价 79.00 元

目 录

| | |
|-----------------------------|-----|
| 总 序 | 1 |
| 沈家本：法学匡时为国重，高名垂后以书传 | 1 |
| 杨 度：欲救中国，非立宪不可 | 13 |
| 达 寿：大权政治，立宪救亡 | 34 |
| 汤寿潜：重法官正以重民命 | 48 |
| 袁世凯：凡一国之盛衰强弱，视民德民智民力之进退为衡 | 63 |
| 蒲殿俊：树国根本，公庶政于舆论 | 80 |
| 罗 纶：保路立宪求共和，兴文布教造人杰 | 100 |
| 孙中山：除专制，建共和；重大同，崇博爱 | 115 |
| 黄 兴：无公则无民国，有史必有斯人 | 134 |
| 陈天华：立宪政体即国民参与政治政体 | 154 |
| 邹 容：一国之政治机关，一国之人共司之 | 172 |
| 章炳麟：共和国家，以法律为要素；法存则国存，法亡则国亡 | 183 |
| 宋教仁：作公民保障，为宪法流血 | 200 |
| 唐绍仪：涉外维邦国，北南议共和 | 216 |
| 张 勋：民主竟如何？世论渐回公已歿 | 229 |
| 蔡 锷：要与先生横铁笛，一时吹作共和声 | 238 |
| 徐 谦：司法独立之精义，在以法律保障人民 | 261 |

| | |
|-------------------------|-----|
| 徐世昌：不知立宪之政体者，必不足与言新律之发明 | 278 |
| 曹 锟：法统重光梦，待留身后时 | 297 |
| 陈 炽：合君民为一体，通上下为一心 | 306 |
| 冯国璋：国家海禁开，东方大事起 | 316 |
| 段祺瑞：三造共和，八勿治国 | 332 |
| 樊耀南：开民智促民主革命，制宪法与独裁割袍 | 350 |
| 林长民：数度参拟宪草，一炬照引乾坤 | 363 |
| 宋育仁：托古改制，君民共主 | 376 |
| 谭延闿：治国烹鲜非两事 | 388 |
| 黎元洪：共和国体，首重民意；民意所寄，厥惟宪法 | 400 |
| 李家驹：立宪制度之精义，在防官吏专断之流弊 | 418 |
| 董 康：法律是与民共信之物 | 437 |
| 赵炳麟：欲固国本，必达下情；欲达下情，必行宪法 | 448 |
| 唐继尧：护国讨袁南天一柱，治滇兴教东陆独尊 | 461 |
| 伍廷芳：非共和无以免生灵之涂炭 | 477 |
| 熊希龄：多应怜故国，我愧作余民 | 490 |
| 后 记 | 509 |

沈家本：法学匡时为国重，高名垂后以书传

题记：

可怜破碎旧山河，对此茫茫百感多。
漫说沐猴为项羽，竞夸功狗是萧何。
相如白璧能完否，范蠡黄金铸几何。
处仲壮心还未已，铁如意击唾壶歌。

——沈家本《梦中作》



沈家本画像〔1〕

一、生平简介

沈家本（1840年8月19日~1913年6月9日），字子淳，别号寄蓀。清末法学家、政治家。浙江归安（今湖州吴兴）人。进士出身。

沈家本生于浙江省归安县的书香门第。其父沈丙莹为道光二十五年（1845年）进士，曾任刑部主事、郎中等职，谙熟律例。沈家本5岁随父至北京，禀承父学，以父荫补入刑部。同治四年（1865年），25岁的沈家本举

〔1〕 图片来源于 <http://f.hiphotos.baidu.com/baike/c0%3Dbaike80%2C5%2C5%2C80%2C26/sign=7d76059bbe3eb13550cabfe9c777c3b6/267f9e2f07082838e24cf567b899a9014c08f104.jpg>.

乡试，此后却连年失意科场，直到光绪九年（1883年）方中进士，留刑部补官。历任郎中、奉天司主稿兼秋审处坐办、律例馆帮办提调、协理提调等职，专营案牍、奏献之学，“以律鸣于时”。

光绪十九年（1893年）冬，出任天津府知府。光绪二十三年（1897年）夏，调任保定府知府。光绪二十六年（1900年），升署直隶按察使。尚未成行，义和团事起，八国联军入保定，沈家本因曾为一教案力争，受诬告曾助“拳匪”，遭拘留入狱数月。

光绪二十七年（1901年）十月，沈家本获释后返回北京，擢升刑部右侍郎，历任修订法律大臣兼大理院正卿和法部右侍郎、资政院副总裁等职。宣统三年（1911年）任法部左侍郎和袁世凯内阁司法大臣。民国二年（1913年）6月9日，刚刚整理完《枕碧楼丛书》的沈家本，谢世于北京金井胡同枕碧楼，是年74岁。

二、立宪主张

人格平等是现代法的应有之义，现代民、刑等部门法无不贯彻人格平等原则。沈家本奉旨“参酌中西”以修律，人格平等原则是他无论如何都无法迈过的，是他立宪主张中的一个重要部分。同时，收回领事裁判权作为晚清司法改革的直接原因，也让司法审判独立的思想成为其立宪主张的重要组成部分。^{〔1〕}

（一）司法独立

光绪二十七年（1901年），处于内忧外患中的慈禧太后在西安匆忙发布“变法”上谕，宣布实施“新政”。然新政实施以来，虽经慈禧的多次切责，又得官僚的趋奉迎合，但正如军机大臣瞿鸿机所言，这些言论“侈谈新政，皆属皮毛”^{〔2〕}，风声大，雨点小，有敷衍，无实效。在这种局面下，才有了五大臣的出洋考察。光绪三十二年（1906年）夏天，五大臣陆续回国，均主张“改行立宪政体，以定人心，而维国势”，认为实行君主立宪有三大利：

〔1〕 参见李贵连：《沈家本评传》，南京大学出版社2005年版。

〔2〕 刘厚生：《张謇传记》，龙门联合书局1958年版，第130~135页。

一曰皇位永固，二曰外患减轻，三曰内乱可弭。^{〔1〕}在他们的劝说下，慈禧终于在光绪三十一年（1905年）七月三十日下达预备立宪、先行厘定官制的谕旨。钦赐立宪就在这样的局面下出台。在官制改革中，沈家本被任命为大理院正卿。大理院为近代式最高法院，大理院正卿即大理院的最高长官。从这个意义上说，沈家本可谓中国第一任最高法院院长。^{〔2〕}尽管改制后的大理院卿的地位有所提高，但仍然低于各部尚书，仅与各部侍郎相当。作为全国最高审判机关，大理院这一近代国家机构从一开始就被最高决策者置于行政机构之下。这种定位，多少反映了近代中国人追求司法独立的艰难。沈家本在担任大理院正卿后，做的第一件事就是筹设大理院。他在以大理院的名义所上的奏折中，论证了大理院建置的必要性：“大理院之设，诚为改良裁判，收回治外法权之要领。”要求借鉴外国的规制：“今欲仿而行之，则法庭宜先设也，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，裁判人才宜豫为储备也。”同时认为：“开办之初，以调用人员，建立法庭为亟。而筹款尤为先著……大约需银两万两。”^{〔3〕}其后，沈家本又上奏《审判权限厘定办法折》，确定全国审判的四级三审制，以及各级审判权限。在明分各级审判权限之后，又拟定《大理院审判编制法》，对大理院以及京师各级审判厅局的设置和权限加以规范。^{〔4〕}

官制改革以前，清朝的中央司法机关主要由刑部、大理寺和都察院组成，即所谓“刑部主审，大理寺复核，都察院监督”；而在实际上，这三个部门均兼有司法审判与司法行政等多重职能，并且在审判、复核的程序上相互牵制，从而使最终的审判权掌握在皇权手中。光绪三十二年（1906年）九月二十日颁布的中央官制改革上谕规定：刑部著改为法部，转任司法；大理寺著改为大理院，专掌审判。^{〔5〕}这极简单的24个字却意味着中央司法机关将由传统集权体制下的职能混合模式向“分权”体制下的职能单一的模式转化：对于法部

〔1〕（清）载泽：“出使各国考察政治大臣载泽奏请宣布立宪密奏”，载故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》（上册），中华书局1979年版，第173~175页。

〔2〕李贵连：《沈家本评传》，南京大学出版社2005年版，第129页。

〔3〕（清）朱寿朋：《光绪朝东华录》，中华书局1958年版，第120页。

〔4〕李贵连：《沈家本评传》，南京大学出版社2005年版，第133页。

〔5〕“裁定奕劻等核拟中央各衙门官制谕”，载故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》，中华书局1979年版，第471页。

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，其职权变化呈现收缩之势；而大理院则一跃成为最高审判机关，在“三权分立”的国家架构中独占一权，地位崇高。

由于清廷在分设法部和大理院时只笼统规定法部专任司法，大理院专任审判，对二者的职责范围如何，权力边界何在等具体问题没有任何明确的解释，加之司法独立于近代之中国并无先例可循，时人对西方相关制度的了解也多流于制度层面，甚少知其深厚内涵及渊源传统，终致各人对司法独立众说纷纭、各持己见，部院之争一触即发。

其实，部院之争的焦点集中在大理院官员的荐选，亦即人事权问题。沈家本以现时中国法律教育尚未发达为由，反对法部干预大理院官员人选，坚持大理院官员由大理院堂官请简请补；而法部则以用人权属于司法行政之范围为由，主张由其遴选大理院官员。单纯以西方三权分立的法理来考量，沈家本主张由大理院自行决定大理院和各级审判厅法官的人选确实背离了立宪精神，偏离了三权分立学说，有违司法独立之义；也就是由这个角度，梁启超批评沈氏“将一切用人行政区划审判区域修律各事”都纳入大理院权限，“恰恰倒置”。^{〔1〕}但就现有资料来看，我们不但不会认为沈家本因为权力而反对司法独立，反而会得出他对司法独立积极给予肯定且力促其行的结论。

沈家本认为：“中国行政司法二权，向合为一。今者仰承明诏，以臣院专司审判，与法部截然分离，自应将裁判之权限等级，区划分明，次第建设，方合各国宪政之制度。”^{〔2〕}对于全国审判机构的设置以及各级审判权限，建议仿效国情与中国相似的日本，参考中国旧制，上《审判权限厘定办法折》，规定中央设大理院，作为最高国家审判机构，地方设高等审判厅、地方审判厅、乡谿局，实行四级三审制。同时进呈《大理院审判编制法》，该法首次确定了中国的司法独立原则：自大理院以下及本院直辖各审判厅司，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。^{〔3〕}对大理院及京师各级审判厅局的设置和权限加以规范，将京畿地区原有审判体制改为京师分区乡谿局、京师城内外地方审判厅、京师高等审判厅和大理院

〔1〕 丁江文、赵丰田：《梁启超年谱长编》，上海人民出版社1983年版，第381页。

〔2〕 （清）朱寿朋：《光绪朝东华录》（五），中华书局1958年版，第5599页。

〔3〕 参见政学社编：《大清法规大全·法律部》（石印本），政学社1910年版。

四级。到光绪三十三年（1907年）底，京师地区独立的审判机构高等审判厅、地方审判厅和乡谳局基本建成，并开始按照新的审判模式处理案件，其中仅京师地方审判厅每月即处理案件200起。

光绪三十三年（1907年）八月初二，沈家本上《酌拟法院编制法缮单呈览折》：“凡机体之设备，审级之制度，官吏之职掌，监督之权限，一一赅载，名曰法院编制法。”^{〔1〕}随着法律法规的健全及各省地方官僚迎合朝廷预备立宪，尽管面临资金困难、人才缺乏、观念滞后等种种难题，各级地方审判厅逐渐设立，并在各级审判厅内设各级检察厅，实行审检合署，逐步剥夺了地方行政长官的司法权，进而改变了行政司法合一的局面。

（二）人权平等

除了积极推动清末司法独立外，沈家本的人权平等思想在清末也产生了巨大的影响。他根据天赋人权学说，对当时盛行的人口买卖与蓄奴现象进行了猛烈的抨击，并于光绪三十二年（1906年）提出了《禁革买卖人口变通旧例议》和《删除奴隶律例议》两个奏折。在《禁革买卖人口变通旧例议折》中，他指出：《大清律例》“律文虽有买卖奴隶之禁，而条例复准立契价买”，不仅造成“法令参差”，而且使得蓄奴盛行。由于奴隶“律比蓄产”，既没有独立的法律地位，他们的人身权和生存权，也缺乏法律的保护。他痛心道：“以奴隶与财物同论，不以人类似之，生杀悉凭主命。……贫家子女，一经卖入人手，虐使等于犬马，若待甚于罪囚。呼吁无门，束手待毙，残酷有不忍言者。”^{〔2〕}鉴于“现在欧美各无买卖人口之事，系用尊重人权之主义，其法实可采取”^{〔3〕}，因此应该“择善而从”，“嗣后无论满汉官员军民等，永禁买卖人口。如违，买卖者均照违制律治罪”。^{〔4〕}他还酌拟了十条办法以便实施，即：“契买之例宜一律删除”、“买卖罪名宜酌定”、“奴婢罪名宜酌改”、“贫民子女准作雇工”、“旗下家奴之例宜变通”、“汉人世仆宜酌量开豁”、“旧时婢女限年婚配”、“纳妾只许媒说”、“发遣为奴之例宜酌改”、“良贱为婚姻之律宜删除”、“买良为倡优之禁宜切实执行”。^{〔5〕}上述办法虽带有改良

〔1〕 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843页。

〔2〕（清）沈家本：《寄谕文存·卷一·禁止买卖人口变通旧例议》，商务印书馆1976年版。

〔3〕（清）沈家本：《寄谕文存·卷一·禁止买卖人口变通旧例议》，商务印书馆1976年版。

〔4〕（清）沈家本：《寄谕文存·卷一·禁止买卖人口变通旧例议》，商务印书馆1976年版。

〔5〕 张晋藩：《中国近代社会与法制文明》，中国政法大学出版社2003年版，第277~278页。

主义的不彻底性，但无疑是重大的变革，是沈家本思想中最具民主光彩的部分，也是中国近代人权思想史上的一抹重彩。

稍后，他在《删除奴婢律例议》折中针对禁革买卖人口一事的反对意见，再次强调：“不知奴亦人也，岂容任意残害？生命固重，人格尤宜尊，正未可因仍故习，等人类于畜产也”。〔1〕又呈请：“方今朝廷颁行宪法，叠奉谕旨，不啻三令五申，凡与宪法有密切之关系者，尤不可不及时通变。买卖人口一事，久为西国所非笑，律例内奴婢各条，与买卖人口事实相因，此而不早图禁革，而颁行宪法之宗旨，显相违背，自应由宪政编查馆速议施行。至于此事办法，则本馆前议具有自可查照，酌核办理。”〔2〕这份奏折是沈家本挑战传统礼教习俗的体现，亦是其为社会最底层争取最基本人权的坚持。

三、立宪实践

沈家本光绪二十七年（1901年）获释返回北京后，擢升刑部右侍郎，任职刑部期间，广泛收集我国古代法律史料，并对之做了系统整理和考订。经由三十多年的刑部任职经历及对中国古代法律的潜心研究，在清末的法律大变革浪潮中受张之洞、劳乃宣、刘坤一举荐，正式踏入历史前台，被清廷任命为修订法律大臣，并主持了一系列修律活动：参照近代西方法学理念，删改旧律，包括禁止刑讯、废除重法、删减死罪条目、改革行刑体制、删除奴婢条例、禁止人口买卖、统一满汉法律、完善秋审制度等；主持修订《大清律例》、《大清现行刑律》，使得中国绵延几千年的旧刑法体制在改良基础上焕发新的活力；参考泰西刑法，参与制定了《大清新刑律》、《大清刑事民事诉讼法》等法典；与此同时，组织翻译了大量的西方法学著作和法律文献。

（一）改革旧律

在孟德斯鸠、卢梭等人“天赋人权”、“权由天界”学说的影响下，沈家本不仅萌生“人格主义”人权思想，而且还形成了法律上的平等意识。在我国的传统纲常中，官员和贵族等统治阶级一直享有“八议”、“赎法”等法律特权。沈家本对此深恶痛绝，他首先对旧律中八议的特权和收赎规定进行抨

〔1〕（清）沈家本：《寄筵文存·卷一·删除奴婢律例议》，商务印书馆1976年版。

〔2〕张晋藩：《中国近代社会与法制文明》，中国政法大学出版社2003年版，第278页。

击，指出“凡人皆同类，其人而善也者，茂林翘秀也；其人而恶也者，丛拔荒芜也。〔1〕法之及不及，但分善恶而已，乌得有士族匹庶之分？士族之恶者，戮之，苟当其罪，何至使人离心？匹庶之善者，戮之，苟不当其罪，其嗟叹岂少也哉？……是使人但知士族匹庶之分，而不复知善恶之分矣，此大乱之道也。至八议赎法之法。皆必其情之可原者，亦非尽人而有之。……法立而不行与无法等”。〔2〕因此，“八议之条……实在可删之列，存之律中，徒滋疑惑而已”。〔3〕他在《明律目笺一》中再次阐明：“法律为人人遵守，既定而颁行之，则犯罪不论新旧，断罪自当一律，不得再有参差，致法律失信用之效也。”〔4〕可见，沈家本认为，人在法律面前是平等的，没有富贵和贫贱之分，只有善恶之别。无论身份是“士族”还是“匹庶”，只要是为恶的人，就应该罚当其罪。如果犯罪之人因为所谓的身份贵贱而受到的惩罚不同，就会使人们背心离德。沈家本以善恶为标准来论述法律面前人人平等，具有很大的进步意义。在善恶标准下，“八议”、“赎法”这两项制度顿时失去其合理性。经过充分的舆论准备，他终于在自己主持修订的《大清新刑律（草案）》中取消了行之有效的“八议”规定。由于“八议”是封建等级特权法的重要标志，“八议”之废，意味着中国法律向近代化的转型。正如沈家本在《进呈〈修订刑律草案〉折》中所说：“立宪之国，专以保护臣民权利为主。现行律中，以阶级之间，如品官制使良贱奴仆区判最深，殊不知富贵贫贱，品类不能强之使齐，第同隶巾并幪，权由天界，于法律实不应有厚薄之殊。”

其次，他抨击传统旧律中良贱同罪异罚的规定。我国传统律法中明确规定了良贱在法律上的不平等地位，如“略买良人为奴婢者，杖一百，流三千里”，“若冒认良人为奴婢者，杖一百徒三年”。良贱之间门户不当，禁止通婚，“凡家长与奴娶良人女为妻者，杖八十”，“若妄以奴婢为良人，而与良人为夫妻者，杖九十”。特别是良贱相犯，严格执行同罪并罚。例如，“奴婢殴良人者，加凡人一等”，“良人殴伤他人奴婢者，减凡人一等”，“奴婢殴家长者，皆斩”，“奴婢殴家长之期亲及外祖父母者，绞”，“若奴婢雇工人违犯家

〔1〕 常纛：“论沈家本修律中的人权思想”，载《太原经济管理干部学院学报》2004年第1期。

〔2〕（清）沈家本：《历代刑法考·刑制总考三》，中华书局1985年版。

〔3〕（清）沈家本：《历代刑法考·明律目笺一》，中华书局1985年版。

〔4〕（清）沈家本：《历代刑法考·明律目笺一》，中华书局1985年版。

长及期亲外祖父母教令，而依法决罚，邂逅致死，及过失杀者，各勿论”。〔1〕沈家本在《禁止买卖人口变通旧例议》中特别指出：“官员打死奴婢，仅予罚俸，旗人故杀奴婢，仅予枷号，较之宰杀牛马，拟罪反轻，亦殊非重视人命之义。”

同时，他主张旗民犯法一体同科，并允许交产。《大清律例》确认旗人享有政治、经济、司法各方面的特权，旗人犯罪不交由一般司法机关审理；若需要处以刑罚，依照法律规定旗人也可以通过“减等”、“换刑”等特权减轻刑罚。沈家本认为，旗人刚入主中原时，人数偏少，而军队主要是由旗人组成，所以为了维持军队的运行、保证国家的安定，旗人应享有一定的特权。但是时间一久，旗人数量已众，军队人员充足，如果再维持这种特权导致“法不同而民志疑”，为了民和众安，应该统一法制。因此，他在修律时，把八旗子弟的案件审查权交由相应司法部门，同时也废除了“减等”、“换刑”等特权制度。清皇室入关后，所有的八旗子弟都不用参加生产活动，所有的费用由政府负责，旗地、旗房不准民人典买，否则买卖双方都要依照律例治罪，交易的财产由政府没收。沈家本认为，要让天下太平，就应该让人民自谋生计，而国家理应为他们提供资源交换的渠道；加之八旗子弟人数不断增多，长期由国家供养已造成了沉重的财政负担。在他的拟定之下，经户部核定，删除了旧律中不准旗民与民人交产的条款，允许旗人房地与民人相互买卖，旗人在外省居住营生，允许随便置买产业。

（二）力推新法

自大理院设立之初，法部和大理院对司法权限的划分就极为重视。光绪三十二年（1906年）九月二十七，作为大理院正卿的沈家本与法部尚书戴鸿慈联衔具奏：“以大理院一时未能成立，刑部原办现审案件，碍难久为延搁”，〔2〕商定仍由法部暂时办理，以三个月为限，届时查酌情形，再行交待转由大理院审办。光绪三十三年（1907年）四月初三，法部尚书戴鸿慈、右侍郎张仁黼共同上《酌拟司法权限缮单呈览折》，对部院的司法、审判权限进行划分。他们强调：“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。盖审判权必须独立，而后能保执法之不阿，而司法权则必层层监督，而后能防

〔1〕 张晋藩：《中国近代社会与法制文明》，中国政法大学出版社2003年版，第279页。

〔2〕 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510页。

专断之流弊。”〔1〕故亟须对司法行政权进行界定。在该奏折中，戴鸿慈和张仁黼具体指出，法部的司法行政权，大而言之包括司法权和行政权两者。前者即所谓：“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。”后者即如原定官制办法所规定：“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、直省提法司、高等审判厅、地方审判厅、乡谳局及各厅局附设之司直局，调度检查事务。”细分之，则包括区划权、调度权、执行权和任免权四者，这样，所有“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”〔2〕，均应属法部行政权范畴。并对法部和大理院的司法权限进行了划分，提出了十二条办法〔3〕，得到清王朝的批准。法部的司法权包括：“大辟之案，由大理院或提法司详之法部，以及秋、朝审大典，均听法部覆核；此外，恩赦、特典，则由法部具奏。”法部的行政权包括：“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、直省提法司、高等审判厅、地方审判庭、乡谳局及各厅局附设之司直局，调度检查事务。”具体包括区划权、调度权、执行权和任免权四种，这样，“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”，都属于法部行政权的范畴。

沈家本于光绪三十三年（1907年）四月初九上书朝廷，对法部的办法提出批驳〔4〕，认为“死罪必经法部复核，秋、朝审必须法部核定”，侵夺了大理院的审判权，与大理院“专掌审判之本意”不符，而且规定大理院自定死刑案件，送法部复核，“恐貽笑外人，而治外法权之收回，迄无效果”。至于大理院和各级审判厅的用人权也应等法律教育发达，胜任审判的“人才造就”之后，才能全交法部掌管。对于部院权限之争，清廷谕批：“著与法部会同妥议，和衷协商，不准各执意见”〔5〕，并在四月十二下诏将沈家本和张仁黼对调：“调大理院正卿沈家本，为法部右侍郎；法部右侍郎张仁黼，为大理院正

〔1〕（清）戴鸿慈等：“法部尚书戴鸿慈等奏酌拟司法权限缮单呈览折”，载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824～825页。

〔2〕陈柳裕：《法制冰人——沈家本传》，浙江人民出版社2006年版，第113页。

〔3〕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824～825页。

〔4〕政学社编：《大清法规大全·法律部》（石印本），政学社1910年版。

〔5〕《清实录》卷五七二，中华书局1987年版。

卿。”法部和大理院在四月二十共同上《遵旨和衷妥议部院权限折》^{〔1〕}，对部院之间的4条权限之争达成一致意见，其中的第2、3条基本上采纳了大理院的意见，第1、4条采用了折中的办法，进一步扩大了大理院的职权。妥议后的司法权限为稍后编成的《法院编制法》所吸收。在宪政编查馆奏呈《法院编制法》的奏折中，重申了司法独立原则，明确了部院权限：“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。”^{〔2〕}宣统二年（1910年）二月初七，清王朝正式颁布《法院编制法》并下谕：“立宪政体必使司法行政各官权限分明，责任乃无倭卸，亦不得互越范围。自此颁布《法院编制法》后，所有司法之行政事务，著法部认真督理，审判事务著大理院以下审判各衙门各按国家法律审理。以前部院权限未清之处，即著遵照此次奏定各节，切实划分。……嗣后各审判衙门，朝廷既予以独立执法之权，行政各官即不准违法干涉。”^{〔3〕}《法院编制法》是中国第一部全国性的法院组织法，赋予大理院以最高审判权，使行政与司法分离的制度、司法机关独立行使审判权的原则正式确立下来。随着《法院编制法》及所附章程的逐渐实施，部院权限之争宣告终结。宣统二年（1910年）三月十六，在沈家本的强烈提议下，清廷又废止了秋审、朝审死刑犯的会审制度。至此，总督、巡抚、布政使和中央九卿等行政官员参与复核会审死刑案件的制度得以废除。

正是由于沈家本对司法独立有独到、清醒的见解，在部院之争中，不遗余力地争取拓展大理院的职权，才使得大理院的职权得到了扩大，并将争到的权能写进了其主持修订的《法院编制法》中，进而推动了清末司法独立原则的确立。

〔1〕 政学社编：《大清法规大全·法律部》（石印本），政学社1910年版。

〔2〕 政学社编：《大清法规大全·法律部》（石印本），政学社1910年版

〔3〕 《大清宣统政纪》卷二十八（影印本），中华书局1987年版。

四、历史评价

尽管在清末修律中，我们很难找到沈家本有关立宪主张的专门论述，但纵观其一生，其对宪政有着精到的体悟，对司法改革均保持着全盘考虑。沈家本主持修律期间，正值清王朝垂死前抛出“预备立宪”，虽然历史已经证明那个时代的中国欲在封建体制下实现近代宪政根本不可能，往来志士也都无功而返，但值得我们注意的是，沈家本在主持修律过程中把法律制度改革融入了宪政框架中进行思考，坚持探索法理，主张融会中西，为中国封建法律向资本主义法律的嬗变和中西方法律的融合起到了承前启后的作用。他所提出的司法独立的问题，直截了当地将司法独立与宪政联系起来。他从实施宪政的角度论证了司法独立的重要性：“东西各国宪政之萌芽，俱本于司法独立”，“司法独立，为异日宪政之始基”〔1〕。沈家本在进呈调查日本裁判监狱情形，具折阐述司法独立时说：“伏查司法独立与立宪关系至为密切。”〔2〕这样有关司法独立与宪政的思想，不由引起我们这样的思考：司法独立乃宪政应有之主张。沈家本从宪政角度对司法独立进行思考：把宪政的理念和精神，贯穿到中国法律制度的建设中去，法律制度建设始终要把确认和维护人权作为出发点，把国家权力纳入宪法和法律约束之中，这在当今中国仍然有着积极意义。

毋庸讳言，沈家本是中国近代伟大的法学家，而其伟大之处在于他凭着渊博的学识、坚持的精神、韧性的斗争突破了清廷可容范畴，中国法律也由此挣脱出封建传统的牢笼。自百年前“百日维新”始，追求宪政和构建宪政一直是国人目标，自修订法律馆设立始，中国法律向西方化的模式靠近，虽然根深蒂固的封建文化，及其塑造出的顽固守旧的文化心理使西方化的改革举步维艰，但不管怎样，在沈家本等人韧性而迂回的斗争中，清末十年法律改革在中国法律史上产生了里程碑式的影响——中国传统法律体系自此解体，新的法律体系形成，并开始向着现代化的目标前进。我国著名的法律史学家杨鸿烈如是说：“沈氏是深了解中国法系且明白欧美日本法律的一个近代大法

〔1〕 故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》（下册），中华书局1979年版。

〔2〕 李贵连：《沈家本评传》，南京大学出版社2005年版，第242页。

家，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。”〔1〕

文/严晗

参考文献

- [1] 杨鸿烈：《中国法律发达史》，上海书店出版社 1990 年版。
- [2] 李贵连：《沈家本评传》，南京大学出版社 2005 年版。
- [3] 李贵连、俞江：“论沈家本的人格平等观”，载《环球法律评论》2003 年第 3 期。
- [4] 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。
- [5] 陈柳裕：《法制冰人——沈家本传》，浙江人民出版社 2006 年版。
- [6] 丁江文、赵丰田：《梁启超年谱长编》，上海人民出版社 1983 年版。
- [7]（清）朱寿朋：《光绪朝东华录》（五），中华书局 1958 年版。
- [8] 政学社编：《大清法规大全——法律部》（石印本），政学社 1910 年版。
- [9] 王人博：《宪政文化与近代中国》，法律出版社 1997 年版。
- [10] 《大清宣统政纪》卷二十八，中华书局 1987 年版。
- [11] 张晋藩：《中国近代社会与法制文明》，中国政法大学出版社 2003 年版。
- [15] 贺卫方：《超越比利牛斯山》，法律出版社 2003 年版。
- [16] 张晋藩：《二十世纪中国法治回眸》，法律出版社 1998 年版。
- [17] 王世杰、钱端升：《比较宪法》，商务印书馆 2004 年版。
- [18] 李刚：《大清帝国最后十年》，当代中国出版社 2008 年版。
- [19] 张晋藩：《中国宪法史》，吉林人民出版社 2004 年版。
- [20] 韦庆远、高放、刘文源：《清末宪政史》，中国人民大学出版社 1993 年版。

〔1〕 杨鸿烈：《中国法律发达史》，上海书店出版社 1990 年版，第 872 页。