



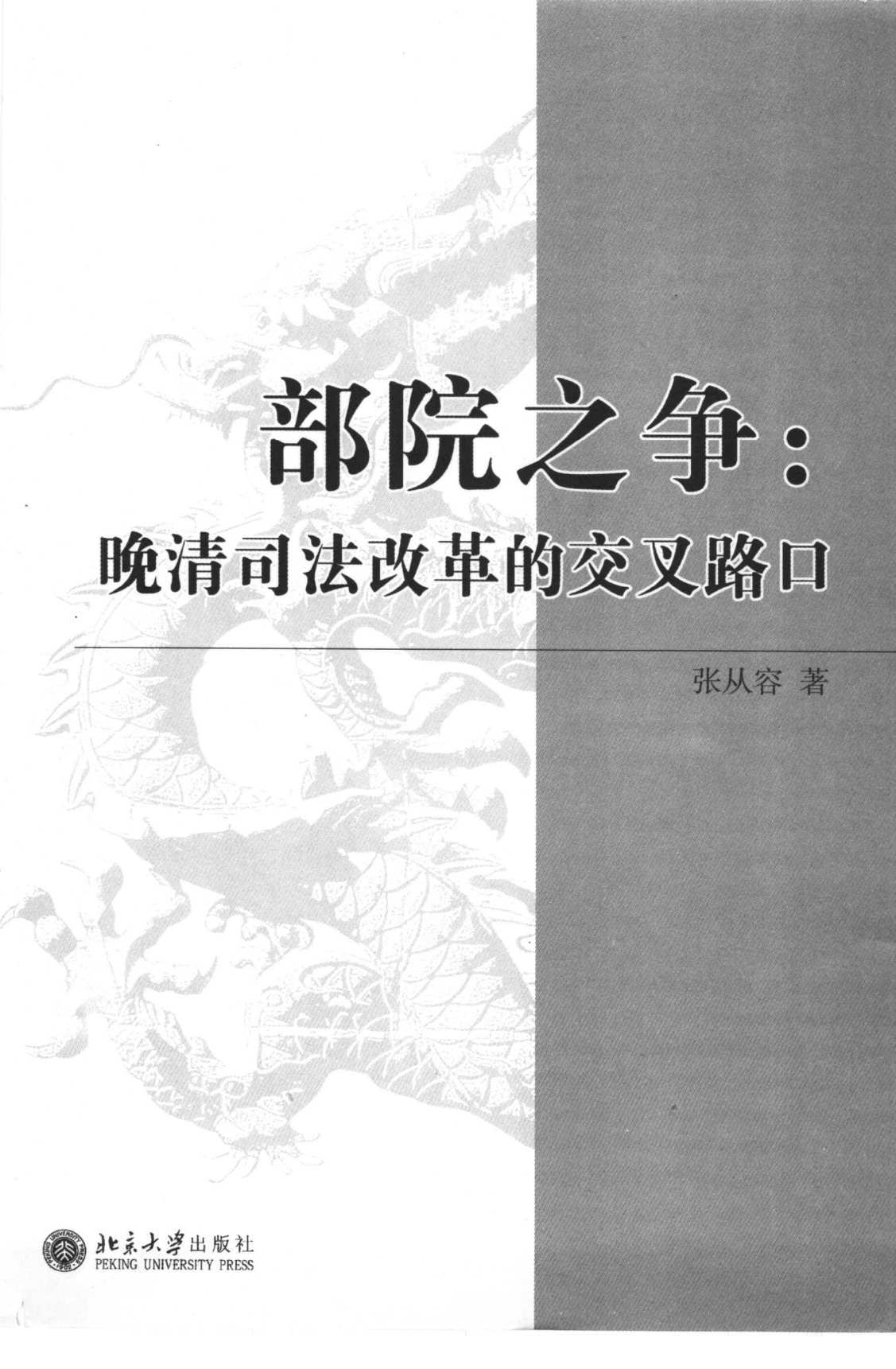
部院之争：

晚清司法改革的交叉路口

张从容 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



部院之争： 晚清司法改革的交叉路口

张从容 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

部院之争:晚清司法改革的交叉路口/张从容著. —北京:北京大学出版社,2007.6

(法史论丛)

ISBN 978-7-301-12153-5

I. 部… II. 张… III. 司法制度-体制改革-研究-中国-清后期
IV. D929.52

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第072368号

书 名: 部院之争:晚清司法改革的交叉路口

著作责任者: 张从容 著

责任编辑: 苑 媛 谢海燕

标准书号: ISBN 978-7-301-12153-5/D·1765

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 北京汇林印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650毫米×980毫米 16开本 13.25印张 222千字

2007年6月第1版 2007年6月第1次印刷

定 价: 22.00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:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

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 勇

2006.7

CONTENTS 目 录

绪论 问题、材料与方法	1
一、问题的提出	1
二、关于材料	4
三、关于方法	6

第一章 部院之争的制度背景	11
第一节 “恤刑狱”的改革	11
一、“恤刑狱”的提出	12
二、“恤刑狱”的措施	18
第二节 仿行宪政下的“司法”	23
一、中国式的“三权分立”	24
二、司法独立的三层含义	35
三、歧义的“司法”	48
第三节 中央司法机关的变革	52
一、集权体制下的三法司	52
二、三权分立下的法部与大理院	57
本章小结	68

第二章 部院之争始末	70
第一节 部院筹设之难	70
一、办公场所	70
二、经费	72
第二节 部院之争的经过	76
一、《大理院审判编制法》与法部官制之间的矛盾	76

CONTENTS 目 录

二、董曾之争	81
三、两份清单	83
四、和衷妥议	92
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》	95
第三节 部院之争三大臣	106
一、沈家本	107
二、戴鸿慈	111
三、张仁黼	114
本章小结	122
第三章 部院之争的焦点问题及其解决	123
第一节 人才与人事权问题	123
一、人才之争	123
二、用人权之争	132
第二节 案件交接问题	141
一、部院现审案件交接	141
二、大理院与民政部的案件交接	143
三、其他各类案件交接	146
第三节 司法区域划分问题	153
第四节 司法警察问题	155
第五节 死罪案件复核权问题	157
一、刑部的重案复核权	158
二、《大理院审判编制法》中对于重案 复核权的肯定	160
三、三份权限清单对比分析	161

CONTENTS 目 录

四、《法院编制法》的规定	171
五、《死罪施行详细办法》	173
本章小结	178
<hr/>	
结论	181
<hr/>	
附录一 部院之争大事记	189
附录二 本书图表索引	195
参考书目	196
后记	200
补记	202

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1902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1906年清廷宣布“预备立宪”至1912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):

1. 《中国法制通史》第九卷第九章第297—298页。^①
2. 《沈家本传》第234—241页。^②
3. 《晚清审判制度变革研究》第81—86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14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1999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2000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》2001年第4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》2001年第6期。

之下,不得不做出决断,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(5月31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为法部尚书戴鸿慈,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81—85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》,政学社印行,台湾考正出版社1972年影印本,第1809—1810页和第1811—1814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1814—1815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8月版,第379—381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涉到“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1906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35)、宪政编查馆档案(全宗号9)、刑部档案(全宗号16)、大理院档案(全宗号62)及顺天府档案(全宗号28)。本书所引用的资料,主要是会议政务处和刑部档案。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41)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1901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——1906年光绪派大臣考察西方政治纪实》,民族出版社2000年版,第1—3页。

② 秦国经:《中华明清珍档指南》,人民出版社1994年版,第54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事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2003年版。

⑤ 这三种报纸均有影印本。

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259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纽结在一起,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1910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