

# 司法与行政的有限分立

## ——晚清司法改革的内在理路

公丕祥

【摘 要】面对近世西域分权思想的传入及其对传统中国法律与司法制度的冲击，晚清统治集团把革新司法权力运行体制与方式，推进以司法与行政相分立为核心的司法体制改革，作为施行预备立宪的基本思路和策略选择。在国权统一的模式下，晚清统治集团推行有限度的司法与行政之分立。然而，中央官制改革方案对于法部与大理院之间司法权限的界定并不清晰，遂引发了后来影响广泛的法部与大理院之间围绕司法权限而展开的激烈争论。这场部院司法权限之争，深刻地反映了司法独立理念与行政支配司法理念之间的价值冲突。晚清司法改革标志着新的近代型司法制度的出现，体现了近代中国法制与司法文明的历史进步。

【关键词】晚清；司法改革；官制改革；法院编制法

【作者简介】公丕祥(1955—)，男，山东省蒙阴县人，南京师范大学法学院教授，博士生导师，法学博士(南京 210024)。

【原文出处】《法律科学》(西北政法大学学报)(西安),2013.4.40~33

民初一位法律人曾经撰文，以司法独立制度之演进为参照系，对晚清法制与司法改革作了精当的评价，指出：“盖今世列强，无论其国体何若、政体何若，而三权分立实已垂为定制。中国旧时三权混合为一，以皇帝一人握至高无上之权力，其关于司法事件类置于行政范围以内，由行政官员自由办理。迨清季末年，居然觉悟仿列强通例，司法由行政内分出，遂为司法独立之动机。”<sup>①</sup>这一论述确乎揭示了晚清司法改革的内在理路。贯穿于晚清司法改革运动全过程之中的一条重要线索(在一定意义上可以说是主线)，乃是对于司法独立的不懈探索与追求。本文试图对晚清司法改革进程中的司法与行政之分立的路径选择及其意义作一初步的探讨，以期深刻把握晚清司法改革的要义。

### 一、外域分权学说的传入及其回应

古代中国的政治生活遵循皇权至上的原则，皇帝集立法、行政、司法诸权力于一身，因而在各级体

制中，行政与司法合一化是古代中国司法制度的一个基本特点。而在近代西方，权力的分立化是政治生活的运行准则。司法独立机制早在中世纪中后期(从12世纪起)就开始逐步形成。司法权逐步摆脱国王的控制，国王把他的司法权逐步转交给各种法庭；而随着大学培训出来的罗马法专家和宗教法的人数不断增多，兴起一种公认的法律职业，从而促进了司法职能与行政职能之间的分离<sup>②</sup>。被认为是英国司法制度现代化发端者的1689年《权利法案》，剥夺了国王用以干涉司法的法律赦免权和中止权。洛克较早地提出了分权学说，主张立法权、行政权 and 对外权，应该分别由议会和国王行使，如果立法权和行政权只交给一个机关行使，既立法又执法，就会损坏法治。孟德斯鸠也认为，要实行法治，就必须使立法权、行政权和司法权三权分立，否则就没有政治自由，国家就会腐败。这与其说是阐述了立法权、行政权与司法权之间分立的基本原则，莫如

说更重视司法权对于行政权的独立性,认为如果司法权同行政权合二为一,法官便将握有压迫者的力量。近代古典自然法学家的分权思想对于近代西方政治与司法制度的建构起到了重要的作用。当这一分权学说传入中国以后,在近代中国思想界及政治生活中掀起波澜,推动了近代中国司法制度的变革与转型<sup>③</sup>。

早期维新思想家以及戊戌变法思想家们在设计君主立宪的改良模式时,充分注意到了分权学说及其制度构造的独特价值。郑观应对于泰西各国的议院制度评价甚高,认为“上院以国之宗室勋戚及各大臣当之,以其近于君也。下院以绅耆士商才优望重者充之,以期近于民也。凡有国事,先令下院议定,详达之上院。上院议定,奏闻国主。若两院意见符合,则国王决其从违。倘彼此参差,则或令停止不议,或覆议而后定。故泰西政事举国咸知,所以通过上下之情,期措施之善也”<sup>[1]119</sup>。不仅如此,他还肯定了近代西方陪审员的产生方式。此谓:“陪审公正人员,亦向择于众百姓中,凡仕官、教读、乡勇,及不谙文字本有职守者,皆不预其列。”<sup>[1]152-153</sup> 仕官不得被公举为陪审人员,这表明了行政与司法的分离要求。因之,郑观应以及那个时代的维新思想家的一个重要政治主张,就是设立议院,君民共主,这实际上是对传统中国权力结构模式的一种批判性挑战。由此,这些思想家们对近世西方在议会政治下的司法运行机制亦多有美言。比如,王韬对英国近代政治体制及其司法状况给予高度认同,指出:“英国之所恃者,在上下之情君民之分亲,本固邦宁,虽久不变。观其国中平日间政治,实有三代以上遗意焉。”“其民亦奉公守法,令甲高悬,无敢或犯。其犯法者,但赴案录供,如得其情,则定罪系狱,从无敲扑笞杖,血肉狼藉之惨。其在狱也,供以衣食,无使饥寒,教以工作,无使嬉惰,三代以来所未有也。国中所定死罪,岁不过二三人,刑于止绞而无从梟示。叛逆重罪,止及一身,父子兄弟妻孥皆不相累。民间因事涉讼,不费一钱,从未有因讼事株连,而倾家失业,旷日费时首,虽贱至隶役,亦不敢受贿也。”<sup>[1]139-140</sup> 康有为更是明确地把西方分权政制作为维新变法的政治蓝图,强调:“近泰西政论,皆言三权:有议政之官,有行政之官,有司法之官。三权立,然后政体

备。”<sup>[1]211</sup> 严复极力主张司法机关应与行政机关相分开,独立进行审判,指出:“所谓三权分立,而刑权之法庭无上者,法官裁判曲直时,非国中他权所得侵官而已。然刑权所有事者,论断曲直,其罪于国家法典,所当何科,如是而止。至于用刑行罚,又系政权之事,非司法之官之职也。吾国行杖监斩,皆刑官为之,此乃立宪政体所无之事。”<sup>[2]419-420</sup>

在晚清预备立宪与司法改革的进程中,统治集团十分重视司法机构的设置以及司法权力的运作问题。出使各国考察政治与宪政的诸大臣们,在考察期间很留意西洋诸国及日本政体中关于司法制度的安排构架。载泽等人在考察英国与法国情形的奏折中分述道:在近代英国,“大抵英国政治,立法操之议会,行政责之大臣,宪典掌之司法,君主裁成于上,以总核之。其兴革诸政,大都由上下两议院议妥,而后经枢密院呈于君主签押施行。故一事之兴,必经众人之讨论,无虑耳目之不周,一事之行,必由君主之决成,远虑事权之不一。事以分而易举,权以合而易行,所以百官承流于下,而有集思广益之休,君主垂拱于上,而有暇豫优游之乐”。尽管在英国,“以地方之人,行地方之事,故条规严密,而民不嫌苛,以地方之财,供地方之用,故征敛繁多,而民不生怨。而又层累曲折以隶于政府,得稽其贤否而奖督之,计其费用而补助之,厚民生而培民俗,深合周礼之遗制,实为内政之本原”。但是,“惟其设官分职,颇有复杂拘执之外,自非中国政体所宜,弃短用长,尚须抉择”。<sup>[3]11</sup> 可见,载泽等人对英国政制于中国政体的相宜性是持有保留意见的。此外,根据载泽等人对法国情形的考察,在近代法国,“查法兰西为欧洲民主之国,其建国规模非徒与东亚各国宜有异同,即比之英、德诸邦,亦不无差别”。“大抵欧洲各国政治,悉根原于罗马旧制,言政法者必先言罗马,犹中国学者必首推周秦。罗马为古昔强国,其立法之原,最富于统治之力。法国地近罗马,政法实得其遗传,而又经拿破仑第一之雄才大略,综揽洪纲,以沈毅英惊之资,手定立国治民之法,公私上下权限分明,数十年来虽屡经变革,卒易世及为选举,而其理法条目遗意相承,无或称异。是其所变者,官家之局,其不变者,立法之精,故观其现行成法,大权仍集于政府,居中驭外,条理秩如。其设官分职,则

三权互相维系,无轻重偏倚之嫌,其地方自治,则都府秉成中枢,有指臂相联之势。比之英吉利,一则人民先有自治之力,而后政府握其纲,一则政府实有统制之规,而后人民贡其议,施之广土众民之国,自以大权集一为宜。且法自大败于德以还,凋丧之余,不三十年复臻强盛,其作民气以培国力,实根于政治之原理,良非倖致。至其学术之精实,工艺之良巧,蒸蒸日上,与英、德本并驾齐驱。惟汰侈之风,自路易十六以来,相沿未革,习俗使然,无关政治。”<sup>[3]14-15</sup>总的来看,载泽等人对法国政制是予以肯定的。而戴鸿慈一行出使俄国考察之际,恰遇俄国1905年民主革命爆发,因而此行考察奏折对这一革命及其给俄国政制带来的影响甚为关切。是谓:“且现值俄国政府组织宪政之时,中国尤应格外注意,已属该驻使于此项条议不厌详求。查俄国幅员最广,素以雄力横视环球各国,猜忌之萌,已非一日,其政体久以专制著称。从前兵力盛强,民间虽怀有追求立宪之心,尚不敢存暴动非常之想,战败之后,始有种种要求。当时迫于事势,不能不由政府允许,近则筹借国债,增练新兵,政府威权又稍稍复振,而议院所求各事未能事事允行,是以上下相持,颇滋疑沮。臣等曾与该国外首相维持接谈,据称该国预备立宪已逾百年,究之民间知识犹未开,一时甚难合度,大抵此次宣布,在政府不能不曲从舆论,而断不能满其所欲,深虑乱事难以消泯。此俄国现筹立宪之实在情形也。”<sup>[3]17-18</sup>

在诸出使各国考察政治大臣们的考察报告中,论及近代西方三权分立体制和司法独立问题最为详尽透彻者,当数达寿的考察报告。与上述诸考察大臣的身份有所不同,达寿是以考察宪政大臣的身份赴日本行考察之职的(因为此时的晚清预备立宪进程已经启动)。达寿在奏陈考察日本宪政情形时,按照主权不可分割的学说对孟德斯鸠的“三权分立”思想进行评析,指出:“旧时宪法之精神,在于三权之分立。三权分立之说,在昔孟德斯鸠本有误解,彼之所言,谓国家立法、行政、司法三大权,宜各设特别之机关而行使之,互相独立,不受牵制。是说由今观之,不能无弊。何也?夫所贵乎国家者,以有统治之权力也。统治权系惟一不可分之权,若其可分,则国家亦分裂矣。故擘分国家主权为三事,而使分

任之者,各自为其权力之主体。此种理论,实为国权统一之原则。”<sup>[4]84-85</sup>达寿以国权统一原则排拒三权分立原则,并以日本为例进行论证,提出了以君权为中心的否定司法独立的国权统一模式。很显然,在达寿那里,国权统一模式下的司法权之性质,尽管司法机关不受其他机关之节制,天皇亦不能干预司法机关的活动,但是司法机关所适用的法律本由君主所定,法官是以君主的名义在执行法律,因而司法机关和法官皆直属于君主,司法权归根结底要受到君主权力的制约,司法权力之独立是有限的。达寿将这种权力运作模式称之为“大权政治”,以与议院政治、分权政治相分别。按照达寿的解释,“大权政治者,谓以君主为权力之中心,故其机关虽分为三,而其大权则统于一。其对于内阁也,得以一己信任之厚薄,自由进退其大臣。其对于议会也,则君主自为立法之主体,而议会不过有参与之权;议会虽有参与之权,而君主实仍操裁可之柄。其对于裁判所也,其裁判权虽寄予裁判所,而大赦特赦减刑复权之事,仍属天皇之自由。此大权政治之大概也。”<sup>[4]85</sup>达寿最后考察比较论证的结论是:“大权政治,不可不仿行。”<sup>[4]88</sup>尽管如此,在国权统一与大权政治的模式下,司法权力的有限独立毕竟得以体现,较传统的司法依附于君权的绝对主义君主专制模式下的司法权性质,无疑有了历史性的进步。

## 二、官制改革的取向

在内外压力之下,参鉴国权统一或大权政治之权力配置模式,推进君主立宪之进程,改革传统的政治、法律与司法模式,已经成为摆在晚清统治者面前的一项重要任务。为了达此目标,必须先行改革官制,进而奠定预备立宪的基础。光绪三十二年七月十三日,清廷发布《宣示预备立宪先行厘定官制谕》,谓:“时处今日,惟有及时评断甄核,仿行宪政,大权统于朝廷,庶政公诸舆论,以立国家万年有道之基。但目前规制未备,民智未开,若操切从事,涂饰空文,何以对国民而昭大信,故廓清积弊,明定责成,必从官制入手。亟应先将官制分别议定,次第更张,并将各项法律详慎厘订,而又广兴教育、清理财务、整饬武备,普设巡警,使绅民明悉国政,以为预备立宪基础。著内外臣工,切实振兴,力求成效。俟数年后规模初具,查看情形,参用各国成法,妥议

立宪实行期限,再行宣布天下,视进步之迟速,定期限之远近。”<sup>[43]</sup>同年七月十四日,清廷又下谕:“昨已有旨宣示,急为立宪之预备,飭令先行厘订官制,事关重要,必当酌古准今,折衷至当,织悉无遗。著派载泽等,公同编纂,悉心妥订,并派庆亲王奕劻等,总司核定,候旨遵行,以昭郑重。”<sup>[3463]</sup>

清廷推行立宪、改革官制之举,也招致一些质疑。比如,光绪三十二年八月二十二日,内阁学士兼礼部侍郎文海在一份奏折中列举了推行立宪、改革官制、变法修律的六大错误,即诸出使各国考察政治大臣的立宪奏请,并无裕国便民之计,似有剥夺君主之权;欲去军机大臣而设大总理以为立宪之地,是欲学日本明治维新之前权在大将军之制,败坏国家,莫此为甚;数千年圣君贤相订定之良法,积久尚多弊端,而欲行立宪诸臣等并无悉心考究、分别损益,而是派令少年多人,名曰起草,名曰评议,据为典要,恐误大局不可收拾;今主议者欲尽去旧法,仅图一己维新之名,而以中国之法度,欲比照各国之法度,且不知风土人情各异,不可同日而语也;今既变法而欲速成,不论事情利弊,竟逞一己之见,臣民恐惧,内外不安;自庚子后,我国臣民卧薪尝胆,励精图治,由此循序,救弊补偏,自能振兴,然而改革官制,致已整顿者作而复辍,未整顿者弃而不顾,所谓庸人自扰,志士灰心也。“夫此六大错也,人所共知也……所有厘定官制馆应请即行裁撤。”<sup>[440-41]</sup>又如光绪三十二年八月二十八日,内阁中书王宝田等人也呈上奏折,条陈立宪更改官制之弊,即所谓四大谬、六可虑、四端不可不防之患。<sup>[442-46]</sup>其中,该奏折对官制改革非议道:“六官之制肇于羲轩,而大备于成周,下洎汉、晋,以迄宋、明,绵络百代,而官制终未能稍更。至我朝龙兴,混一区宇,而内外官吏之设一循旧制,诚以汤割夏而反夏政,武伐商而反商政,其于国之大经大法,虽时移世易,而有不能一违者,先后圣千载同符,固如是其慎重也。故此六官之设,实总天下万事万物之本,有一无备,不可以国。至其为制之宏阔深远,虽历代修之,而不能究其义,竟其功。而士大夫之官于此,自非学识渊博,而又久于其任,专治其事,虽日勤于职守,亦不能言其制之利害之万一也。今议者不此之察,乃取四千年相承不变之官制一举而改易之,使五六不更事少

年,假托西法,逞其狂悖,用夷变夏,乱国法而坏人心,其为患固未知所终也。”<sup>[444]</sup>如此等等。

然而,清廷推行立宪、改革官制之决心已定。光绪三十二年九月十六日,庆亲王奕劻等在《奏厘定中央各衙门官制缮单进呈折》中确定了官制改革的基本要义,即谓:“窃维此次改定官制既为预备立宪之基,自以所定官制与宪政相近为要义。按立宪国官制,不外立法、行政、司法三权并峙,各有专属,相辅而行,其意美法良,则谕旨所谓廓清积弊,明定责成,两言尽之矣。”<sup>[3463]</sup>该奏折认为,今日积弊难清、责成不定的主要原因在于权限之不分,职任之不明和名实之不副,进而“上稽本朝法度之精,劳参列邦规制之善为主义”,把首分权以定限、次分职以专任、以正名以覈实从而达致清积弊、定责成、渐图宪政成立作为官制改革的指归,并且附上《各部官制通则清单》、《阁部院官制节略清单》等两份中央官制改革清单。根据该奏折和清单,晚清司法机关设置发生了较大的变动,亦即:“刑部为司法之行政衙门,徒名曰刑,犹嫌维漏,故改为法部,以次于陆海军部。”“行政裁判院所以纠正官权之过当,大理院平反重辟,审决狱,成为全国最高之法院。”<sup>[3470]</sup>同年九月二十日,清廷下谕,从总体上(但亦有局部调整)允准了奕劻等奏请的关于中央官制改革方案<sup>④</sup>。是谓:“仰维列圣成宪昭垂,法良意美,设官分职,莫不因时制宜。今昔情形既有不同,自应变通尽利,其要旨惟在专责成,清积弊,求实事,去浮文,期于厘百工而熙庶绩。军机处为行政总汇,雍正年间本由内阁分设,取其近接内廷,每日入值,承旨办事,较为密速,相承至今,尚无流弊,自毋庸编政。内阁军机处一切规制,著照旧行。其余各部尚书,均著充参预政务大臣,轮班值日,听候召对。外务部、吏部均著照旧。巡警为民政之一端,著改为民政部。户部著改为度支部,以财政处并入。礼部著以太常、光禄、鸿胪三寺并入。学部仍旧。兵部著改为陆军部,以练兵处、太仆寺并入,应行设立之海军部及军谘府未设以前,均暂归陆军部办理。刑部著改为法部,专任司法。大理寺著改为大理院,专掌审判。工部著并入商部,改为农工商部。轮船、铁路、电线、邮政应设专司,著名为邮传部。理藩院著改为理藩部。除外交部堂官员照缺旧外,各部堂官均设尚书一员、侍郎二

员,不分满汉。都察院本纠察行政之官,职在指陈阙失、伸理冤滞,著改为都御史一员,副都御史二员。六科给事中著改为给事中,与御史各员缺均暂如旧。其应行增设者,资政院为博采众言,审计院为核查经费,均著以次设立。其余宗人府、内阁、翰林院、钦天监、銮仪卫、内务府、太医院、各旗营、侍卫处、步军统领衙门、顺天府、仓场衙门,均著毋庸更改。原拟各部院等衙门职掌事宜及员司各缺,仍著各该堂官自行核议,悉心妥筹,会同军机大臣奏明办理。此次斟酌损益,原为立宪始基,实行预备,如有未尽合宜之处,仍著体察情形,随时修改,循序渐进,以臻至善。”<sup>[4]471-472</sup>

在这一新的政治架构下,虽然法部专任司法,大理院专掌审判,但仍然受制于内阁军机处,而内阁军机处作为行政总汇,直接承旨办事,执掌行政大权,司法审判之权最终辖于君主。因之,司法与行政的分离是不彻底的,司法权的运作未能脱离以君权为中心的国权统一或大权政治之模式。

### 三、司法与行政之分立的构想

通过此次官制改革,司法与行政之分立毕竟向前迈出了一大步。司法与行政的有限分立,乃是晚清法制与司法改革的重要目标之一,也是官制改革所关涉的关键问题之一。

光绪三十二年七月初六日,出使各国考察政治大臣戴鸿慈在一份奏折中,专门论及了司法与行政的分立问题。在讨论中央官制改革构想时,该奏折强调由刑部改为法部之必要性,指出:“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。所有各省执法司、各级裁判所及监狱之监管,皆为本部分支,必须层层独立,然后始为实行。”<sup>[5]372</sup>这份奏折还讨论了地方司法与行政的分立问题,强调裁判不宜与地方官合为一职。是谓:“司法与行政两权分峙独立,不容相混,此世界近百余年来之公理,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。行政官既已痒心民事,岂能

专精律文,故两职之不能相兼,非惟理所宜然,抑亦势所当尔。中国州县向以听讼为重要之图,往往案牍劳形,不暇究心利病,而庶政之不举,固其宜矣。臣等谓宜采各国公例,将全国司法事务离开独立,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。区裁判则以一裁判官主之,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、新疆、四川、云南、贵州诸省设巡回裁判焉,略与汉代绣衣直指之制,以平天下之疑。其官制不与行政各官同,其升转事权分析两无牵涉,在上者既能各行其事,小民自食其赐。”<sup>[3]379-380</sup>

按照这一奏折建议的构想,在地方司法与行政实行分立的基础上,第一,拟在中国建立一个由四级审判机关组成的“垂直领导”式的裁判所(法院)系统;第二,拟应建立案件管辖和上诉、申诉等制度;第三,检察机关附设在审判机关之内,专司刑事公诉之职;第四,为了方便诉讼,在边疆省份建立巡回裁判制度。

应当说,在当时的社会条件下,能够提出这样的司法改革与发展构想,确乎是殊多不易的。光绪三十二年七月二十八日,出使德国大臣杨晟在一份奏折中极力赞同大权政治体制下的立法、行政、司法三权之间的相对分立模式,指出:“考各立宪国制度,莫不本立法、司法、行政三权鼎立之说为原则,而执行机关权在行政,其立法、司法两种性质纯一,故机关组织不如行政之复杂。然究三者相互之关系,实不能有绝对独立之行为,更不能不防冲突,谋联合,必以大权统治权贞固其统一之精神,而敏活其运动之机轴。”在大权政治体制下,“司法之权,义当独立,则司法之官,必别置于行政官厅之外。惟此十数年间,类多执行之事,凡百制定,岂能一一吻合法理,而司法官特别尊重不可侵犯的资格,亦恐难

于多得。是其职制可定,而权限伸缩,在立宪以前与立宪以后,无妨斟酌时宜,稍事变通,务使今日无阻滞行政之虞,而仍不失其独立之意。及公明大著,足坚天下信法之心,将不威而自严,优崇不在形式也。要之因革之际,精密明确,殆未易言,势难尽泯学者之理论。而此次上谕大权统于朝廷,庶政决于舆论二语,已全揭一代宪法之精神,即为今日预备之标准,而更张官制,遂得根据斯意以定权限之范围,他日即更有废置分合,终不出此纲维之外。”<sup>[3]389-390</sup> 基于上述言论,这份官制改革大纲历数了司法与行政两权混合不分之种种弊端,指出:“今之论者,莫不知司法、行政两权混合之非,推究百弊,胥便于此。”“中国历代以来,刑名皆有专职,然皆隶属于行政官节制之下,惟于京师设卿贰以领天下刑名,则地广万里,案积如山,一凭纸上案情以决轻重,案难合例,情已失真。加以士大夫不习律学,一切案牍皆出于幕书之手,虽刑官失出入,处分极严,而规避亦极巧,其有意缘法为奸者勿论矣,其关于司法之行政事件为法所未规定者,又勿论矣。”<sup>[3]391-392</sup> 在此基础上,这份奏折提出了在官制改革中司法与行政相分立的若干具体设想。其一,拟明确司法权力的主要特征。“夫以行政官兼司法权,无论弊与不弊,要难兼尽其职,故东西各国莫不于行政官之外,别设各级裁判所,以专理刑事、民事。不特此也,更有行政裁判,以裁判行政违法处分,有惩戒裁判,以裁判官吏不法行为,有权限争议裁判,以裁判官吏争议之事,有检事局,以检察判决之适当不适当,执行不执行。而管理司法上之行政事件,则归司法省。其他关于军事,关于特别事件,如军法会议、捕获、审检、裁判等,尚不在此例。”<sup>[3]391</sup> 其二,拟明确司法与行政的功能范围之区别。“司法权之区别,学者论说甚多,而要外以刑事、民事为其最明白之界限,实纯一司法事件也。于此二者之外,则与行政范围互相出入矣,既与行政范围相出入,若司法官尺寸绳墨,不问无定之事实,而一一苛以铸定之法文,则束缚行政之运用,若仍以行政官处分之,又有瞻徇失平者,故不得不特别设立行政裁判官以救二者之弊。”<sup>[3]391-392</sup> 其三,拟明确司法官的特殊要求。“夫司法官既与行政官对立,复受国家法律特别保护,甚至君主不得轻易迁转其职。”<sup>[3]392</sup> 其四,拟设立独

立的检事局。与其他关于检察机关附设于法院内部的想法不同,这份奏折主张设置独立于裁判机关的检察机关。是谓:“有罪免革,尚须经各项官长会议而证明之,其严重如此,则又不能不有视察之法,故设检事局,使与裁判所平行,不相统辖,有深意矣。而检事局视察所不逮者,更有惩戒裁判所断之,可谓密之至矣。”<sup>[3]392</sup> 其五,拟明确司法官专以据法判事为职任。“司法官不统辖地方,专以据法判事为职任,凡关于司法上应执行之事务,与执行之规则,如构成法、诉讼法、监狱法以及号令警察逮捕罪犯,传集证人等事,皆非司法官所能自定自理者,故悉以司法省总其事,而监管地方官行之。”<sup>[3]392</sup> 其六,拟建立权限争议解决机制。上述机关“其相互关系如此密切,则权限之争议在所不免矣,裁判争议,或就相近之高等裁判所,或由特选之高等官吏临时集会而成,皆视事之大小为断。惟各省行政官与行政官争权,则取决于行政府之集议,日本所谓阁议是也。”<sup>[3]392</sup> 其七,拟建立合议制度。“凡属以上诸端,必用合议制度。裁判所等级愈高,则裁判官员数亦愈多。更有评定、判事等官,陪审、听审等法,必详必慎,必公必允,与行政官每一职专责成一人者不同,此其大区别也。”<sup>[3]392</sup> 其八,拟建立司法与行政相分立的完备的司法组织系统。“夫法者,国民性命、财产所寄托者也,其不得不慎,不得不改,何待踌躇。然积习相沿,为时已久,修改旧律,纂订新例,虽岁月从事,而明确完备,殆未易言,优具法官资格之士,亦恐难足内外之用。请先从下级裁判着手,令于每县设一普遍裁判所,选官三人任之,其下置书记、判事等职,专理刑民事件,而以地方官暂行检事局之职,添设检事书记官一员以佐之,典狱之官兼受裁判所、检事局监督。凡判决之事,地方官不得过问,而司法上之行政事件,地方官亦不得推诿。其普通裁判所之下设立初级裁判所,于各今以地方人组织之。查各省地方向有团保等名目,绅衿富室往往公同处理今人争端,甚有议罚者,即重要案件,亦多有先经绅耆而后赴官者,故初设初级裁判所,成立颇易。此等裁判,但取其能得两造实情,不必苛求其能深谙法律,以其无处断执行之权故也。然后于每府设高等裁判所,以理各县裁判所不能决之事,而行政裁判事件,权限争议裁判事件,则会同知府判

定。又于省会设立上级裁判,类如各国控诉院,专审府县上控之案,凡案非经府县已审不服者,不得受理,以侵府县之权。再仿各国大审院之制,立最上级之司法官于京师,以统天下司法权,其司法上之行政事件,仍属刑部。如是则权限分明,而仍相助为理,地方官得专心民政,司法官得专心研究法律,而两事皆治矣。俟宪法完备,官制完备,一切法律完备,人才完备,然后分别设立各项各级裁判,以求精密。”<sup>[3392-393]</sup>可见,这个官制改革大纲,给我们勾画了一幅晚清司法改革的蓝图,其间包涵着近代的司法理念与精神,构架了近代的司法制度与机制,确乎难能可贵。

当然,以司法与行政的有限分立为取向的晚清法制与司法改革之举措,亦遭到了保守势力的非议。比如,光绪三十二年八月初三日,户部员外郎闵荷生在一份呈折中主张,“吏、户、礼、兵、刑、工六部,请一仍旧,略增事任,以存古制宜今时而已”;“刑部职掌邦禁,有诘奸、刑暴之义,大理寺所事,暨审判、裁判,已在其内”。<sup>[3406]</sup>又如,光绪三十二年八月十三日,掌浙江道监察御史王步瀛对风闻官制改革拟裁减户部、刑部人员一事,专门向清廷呈送奏折表示异议。此谓:“窃维内政以户、刑二部为最先,是以州县幕友必专延钱谷刑名,而督抚属员最重在布政、按察,自余如学校兵备尚在其次。盖非民庶而富,无由立教,而非以刑辅政,则干戈迭兴,此周礼大司徒、大司寇执掌为最繁。而祖宗入关以来,参考旧制,户部设有十四司,刑部设有十八司,郎中、员外、主事各员缺,数倍于他部也。乃道路传闻,钦派厘定官制王大臣,有将改户部为财政部,十四司并作十司,改刑部为法部,十八司且并作五司之说。夫本朝宪法莫重大清会典,恭查会典所载,户部掌天下土田户口财谷之政,平准出纳,以均邦赋。刑部掌法律刑名,以肃邦盗。是户部不必专言财政,而财政已在其中,刑部亦不必别言名法,而法已在其内。今议者不使官无尸位,事有专司,而汲汲仿效他人,变易名称,作小朝廷举动,臣愚窃有所未喻。……则户部十司,刑部五司之说,均有所难行。若每司又只用一实缺郎中,员外、主事员缺亦裁,是户刑二部得力办事之人必少于旧日数倍,事多而人少。书曰:无首业睦,股肱惰,万事坠。其殆今之谓矣。”<sup>[3424]</sup>又如,

光绪三十二年八月二十九日,江西道监察御史叶芾棠在“官制不宜多所更张”的奏折中,对改刑部为法部的拟议之制不予认同,指出:“刑部之名,意多偏激,故欲改刑部为法部。臣惟国家制度皆谓之法,其范围甚广,其头绪甚繁,若以责之一部,恐有兼顾不及之势。即以刑论,今刑部堂司各官其勤劳常倍于他部,纵以现审判归大理,而一年京外案件之应归该部考核者,牍积如山,非专治断难周密,则刑部之名可不必改也。”<sup>[3446]</sup>此外,该御史亦赞成设立行政裁判院,认为“纠弹不法,下通民隐,剔弊除奸,宜仍归于都察院,则行政裁判院可无庸设”。<sup>[3447]</sup>如此等等,不一而足。

然而,清廷还是下决心把推行司法与行政的有限分立作为官制改革的重要目标和措施之一。光绪三十二年九月十六日,奕劻等人在关于中央官制改革的奏折中,分析了时下官制积弊的原故之一在“权限之不分”,指出:“以行政官而兼有立法权,则必有籍行政之名义,创为不平之法律,而未协舆情。以行政官而兼有司法权,则必有徇平时之爱憎,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。而法律寢失其本意,举人民之权利生命,遂妨害于无形。”<sup>[3463]</sup>由此,奕劻等人把“分权以定限”作为厘定官制的首选指归与举措。此谓:“立法、行政、司法三者,除立法当属议院,今日尚难实行,拟暂资政院以为预备外,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,亦均为内阁政务大臣,故分之为各部,合之皆为政府,而情无隔阂,入则参阁议,出则各治部务,而事可贯通。如是则中央集权之势成,而政策统一之效著。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。此三权分立之梗概也。此外有资政院以持公论,有都察院以任纠弹,有审计院以查滥费,亦皆独立不为内阁所节制,而转足监督阁臣。此分权定限之大要也。”<sup>[3464]</sup>

在这里,这份晚清官制改革纲要给出了在很大程度上具有变革性意义的司法改革与发展的基本路径:在中央集权之势成的体制下,以立法、行政与司法的诸三权分立,作为官制与司法改革的基本准则;司法与行政相对峙,而作为司法机关的法部与

大理院各司专责,前者拥有司法之权且监督后者,后者则行使审判之权;司法亦与立法相分立,否则前者有可能利用听断之便而参预立法,致使法律丧失其本意,给人民和社会造成无形之害,这一见识是颇有特殊意味的。所以,随后不久的清廷上谕确立了“法部专任司法、大理院专掌审判”的司法权运行体制,产生了久远的影响。

#### 四、部院之争的司法理念冲突

按照奕劻等人拟定并经清廷允准的清末官制改革方案,虽然司法与行政是彼此分立的,但是广义上的司法之权却被赋予法院和大理院这两个彼此联系、且又分工制约的司法机构。法部由原先的刑部改造而来,筹组相对简单容易一些;大理院则由大理寺演变而来,行使原由刑部和大理寺共同执掌的审判之权,担负全国最高法院的重任,与原先的大理寺和刑部相去甚远,实系新增之机关。因此,抓紧筹设专掌审判的大理院,便成为推进以司法与行政相分立为取向的晚清法制与司法改革的重要步骤。而要筹设大理院,必先厘定大理院的审判权限并且划分法部与大理院之间的权限。对此,清廷改革中央官制的上谕仅为原则性的意见:“刑部著改为法部,专任司法。大理寺著改为大理院,专掌审判。”何谓司法?何谓审判?司法与审判之间的关系如何?法部如何监督大理院?在这里,均语焉不详。正是这一司法权限之界定并不清晰的原则性意见,引发了后来的影响广泛的法部与大理院之间围绕司法权限而展开的激烈争论。

光绪三十二年九月二十一日,清廷下谕,“法部尚书著戴鸿慈补授,左侍郎仍著绍昌补授,右侍郎著张仁黼补授”;“以沈家本为大理院正卿,定正卿秩正二品”,“以刘若曾为大理院少卿,定少卿秩正三品”。<sup>[55580]</sup> 沈家本上任后的当务之急是筹设大理院。鉴于大理院尚未正式开张,为了使原先由刑部审理的案件不致受到延搁,同年九月二十七日,沈家本与戴鸿慈联衔具奏,“臣等当以大理院一时未能成立,刑部原办现审案件,碍难久为延搁,仍由法部暂时办理,以三月为限。届时查酌情形,再行交代。并请赏给衙署及公所,以资办公”。<sup>[55586]</sup> 然而,问题的关键在于,如何理解法部与大理院的各自性质及其职权?此一问题自官制改革方案出台之日就是

很不明确的。作为奕劻等人的中央官制改革方案附件之一的《法部节略》,界定了法部的性质及其职权。<sup>[55589-60]</sup> 尽管《法部节略》意识到立宪各国公例意义上的司法独立,意指裁判之权由裁判官专门行使,而法部只是负责司法上之行政事务,但是,在预备立宪时期,不得不对司法独立稍加变通。按照这一创办伊始的变通后的权力安排,一方面,法部负责管理司法上之行政事务,属于行政机关,因而是内阁之组成部分;另一方面,法部亦行使对大理院的监督之权,负责核定大理院所作出的判决,并且具奏恩赦特典,从而显示生杀大权操之于君主之手。因之,法部便兼有司法行政与审判监督之双重职责。由此,大理院的独立审判之权便不可避免地受到了本应作为行政机关的法部的侵蚀。对此权力格局,深谙法理的沈家本是颇为清醒的,他要为刚刚诞生的大理院之独立审判地位而竭尽全力。

光绪三十二年十月四日,大理院上奏,极力论证筹设大理院的基本要义,阐明大理院的运作机理。在这里,大理院的奏折虽然没有涉及权限问题,但是却极力认证作为全国最高之裁判所的大理院设置的极端重要性,将之视为“改良裁判,收回治外法权之要政”,称“此举为变法之发轫,立宪之基础”,在此基础上提出了仿行外洋规制推进司法改革、建立新式司法组织系统的初步构想及其拟应具备的诸方面条件,并且列出筹设大理院必需应急解决的调用人才建立法庭和筹集开办专款的两大任务。<sup>[55586-5587]</sup> 这份奏折的字里行间,表达了沈家本主持大理院工作的积极有为的进取精神,以期在新的司法架构中发挥更大的作用。

这在随后不久的《大理院奏审判权限厘订办法折》(光绪三十二年十月二十七日)中集中地反映出来。这份奏折实际上是对与官制改革方案同时出台的《法部节略》的某种回应。它紧紧抓住分权定限这个关键,强调“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。官制节略,既变通日本成法,改区裁判所为乡谿局,改地方裁判所为地方审判厅,改控诉院为高等审判厅,而以大理院总其成,此固依仿四级裁判所主义,毋庸拟议者也,惟每级各有界限,



必须取中国旧制,详加分析,庶日后办理事宜,各有依据”。<sup>[4389]</sup>因此,该奏折对大理院、高等审判厅、地方审判厅、乡谳局这四个层次的审判机构的权限作了明确清晰的界定,其中涉及与法部的权限划分,突出大理院专司审判而与法部截然分离的司法与行政相分立的司法改革取向,并且对高等审判厅以下的次第筹设、循序施行提出了基本构想。<sup>[4389]</sup>显然,按照这一司法权力运行图的设计,大理院、高等审判厅、地方审判厅和乡谳局等四个层级的审级关系清晰明了,权力界分确定精当,受案范围尽合法度,案件流程转接有序;并且在这里,审判机关与行政机关之间的权属界定泾渭分明,互不侵扰,大理院与法部彼此分离但又相互协调。这一制度构架,把域外制度范型与本国司法资源有机结合到一起,确乎达致了再造审判权限制度机制的应有境界,亦即“分之则各成独立,合之则层递相承,所谓分权定限、责有悠归者也”。不仅如此,该奏折还从当时的司法国情现状条件出发,坚持实事求是,突出重点,突破难点,在百端待理之中,择取目前所急需筹办者,紧紧把握审理重罪与轻罪案件的审判机构建设这个关键,提出了京师地方审判机构筹组的司法构想。按照这一构想,除了根据外国通例,高等审判厅与大理院相附丽,应俟大理院择定衙署后再行斟酌定议以及各直省审判衙门,应俟官制厘定由法部咨商各督抚次第筹设之外,京师词讼自以地方审判厅重要,乡谳局次之。因之,“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。”<sup>[4389]</sup>按照这一审判机关筹设之构想,逐渐循序成立京师地方审判厅及城谳各局,这样,“庶三月以后,法部现审各案得所交代。至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,民政之巡警与城谳局若何分别权限,并应设司法警察若干,高等审判厅以下应设员缺若干,统俟臣等熟商妥协后,再行会同各衙门陆续请旨施行”。<sup>[4389]</sup>这一区分轻重缓急、循序渐进、积极稳妥的司法改革路线图,充分反

映了以沈家本为代表的晚清开明改革派的睿智与经验。

沈家本在呈报这份奏折的同时,还奏呈了《大理院审判编制法》(光绪三十二年十月二十七日)。这部法案乃是这份奏折的规范化的表达,把“大理院专任审判”这一清廷裁定官制方案对大理院的权属定位更加具体化、制度化。这部法案共五节、45条。第一节总纲计16条,设定了大理院的直辖厅局、内部构成、新章遵行、审判权能、裁判独立、证据调查、事务办理、合议与独任审判、机构裁撤、员数配备、检察制度、行政事务、送达执行等诸多事项。其中,著为重要者有三个方面:一是规定京师高等审判厅、京师城内外地方审判厅和京师分区域谳局作为大理院在京直辖审判厅局(第2条),大理院扩权倾向明显;<sup>[4390]</sup>二是规定大理院及其直辖审判厅局的司法裁判,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(第6条),这显然是在强化“大理院专任审判”的应有独立性和尊严;三是规定大理院直辖审判厅局的行政事务由大理院办理,各该厅局长官负有指挥督理之责(第14条),大理院摆脱法部的行政控制的意向亦为昭然。第二节大理院计9条,规定了大理院长官之权责、事务分派、审判效力、定案机制、审理方式、案件管辖、合议审判、一审案件预审等事项。其中,与法部关系著为密切者有两端:一是规定大理院长官指挥大理院一切事务,并监督院中行政事务(第17条),这就排却了法部对大理院事务的干预;二是规定大理院之审判,于律例紧要处表示意见,得拘束全国审判衙门(第19条),这就明确了大理院判决对于全国审判机关审判活动的拘束力,旨在突出大理院作为“全国最高之裁判所”的法律地位和审判权威性。第三节京师高等审判厅计16条,设定了该厅的司法地位、组织构成、管辖范围、合议审判和附设检察机关等事项。其中,第27条规定高等审判厅置厅丞一员,指挥厅内一切事务,并监督行政事务,这亦同样具有排除行政机关对审判机关活动干扰的司法取向。第四节城内外地方审判厅计8条,设定了地方审判厅的司法地位、内部构成、民刑案件管辖事项、拘押场所、破产案件审理、合议庭组成、附设检察局等事项。其中,亦有专条规定了地方审判厅长的权限,意

在抵御行政衙门的干涉。第5条城隍局计6条,设定了独任审判与审判监督、民事案件管辖、刑事案件管辖、代理审判、附设传问所和检察局等若干事项。<sup>[4455-457]</sup>可见,在当时的社会历史条件下,这部法案通篇彰显了司法与行政截然分离的司法独立理念与原则,显示了作为大理院正卿的沈家本的捍卫司法尊严、维护司法权威的近代司法法治精神,殊为难能可贵,实是令人钦佩<sup>①</sup>。

光绪三十二年十二月十八日,军机大臣奕劻等人呈送《奏核议法部官制并陈明办法大要折》,对法部的权限作了全面广泛且扩张性的规定。此谓:“窃惟理刑一官关系重大,现今易名法部,其范围更广,其组织更难,由旧以入新,似因而实创。”“司法衙门乃总汇而实行之,使举国之人胥受治于法律之内,故内而各部省之法制归其综理,外而大审院、控诉院、地方裁判所、区裁判所,一切受其监督,因非徒管理刑名稽核案件已也。”<sup>[4491]</sup>显然,比之裁定官制改革方案关于“刑部改为法部,专任司法,监督大理院”的司法权力定位,上述法部官制的奏折对法部权限之设定无疑大得多。不仅如此,该奏折亦对法部与大理院的彼此权限作出了倾向于法部的规定。更有甚者,这份关于法部官制的奏折,试图因袭过去刑部行使详核律例之权力,把汇订法律的权限也归之于法部,而不是当下主持变法修律事务的修订法律馆以及后来的宪政编查馆。

这样,通过行使稽核各部院衙门的现行则例、汇订法律而以归法制统一的权力,法部似乎超然凌驾于其他各部院衙门之上,当然也就远在大理院之上。这在《法部官制清单》第1条的规范表述中再一次得到了确证:“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、直省执法司、高等审判厅、地方审判厅、城乡城隍局及各厅局附设之司直局调查检察事务。”<sup>[4240]</sup>而法部的上述庞大的权力领域,则通过“二厅、八司、一所”的精密完备的组织系统加以实施。亦即:“法部设承政厅、参议厅凡二厅,设审录司、制勘司、编置司、宥恤司、举叙司、典狱司、会计司、都事司凡八司,设收发一所。”(《法部官制清单》第2条)<sup>[4240-241]</sup>这些厅、司、所又各有其具体的职权范围,这显然比专任审判的大理院之权力范围广泛得多。因之,关于法部官制之奏折和《法部

官制清单》对于法部以及隶属于法部的承政厅、审录司、制勘司、编置司、宥恤司等分支部门的权限设定,与《大理院奏审判权限厘订办法折》和《大理院审判编制法》赋予的以大理院为首的审判机关系统的权限,每每有或重合或交叉或并行之处,亦就难免产生权限争端。

当光绪三十三年四月初三日法部尚书戴鸿慈呈报《奏酌拟司法权限折》之时,部院之间的权限之争便不可避免地公开爆发了。在这份奏折中,法部极力扩充自身的权限,并且为这一权力扩张寻求理论上的依据。首先,该奏折将法部之职责与推进国家法治联系起来,强调必须细分法部权限,否则不利于法治进程。其次,该奏折不客气地暗指法部与大理院之间的权限冲突,致使改革变法进程阻力重生,因而厘订法部司法权限问题亟应加以解决。再次,亦是至关重要的,该奏折试图对司法权与审判权加以区分,并且将司法行政权之内涵析分为司法与行政双重含义,又将行政权区分为区划权、调查权、执行权、任免权等若干层面,从而为设置法部之广泛的权力范围提供了学理准则。诚然,从现代意义上讲,司法有广义与狭义之分,狭义的司法专指审判,而广义的司法之界域,除了审判之外,还涵盖检察、侦查、司法行政诸领域。在这里,法部的奏折将司法与审判区别开来,揭示了司法权与审判权的各自权力属性及其特征,认为审判权之行使以审级关系的独立性为依归,而司法权之运作则以上下级之间的监督关系为准绳。这里的司法和司法权,显然系指除审判之外的较为宽泛意义上的司法和司法权的概念。从这个意义上讲,该奏折的上述区分及其界定,不无一定的道理。但是,这份奏折企望通过将司法行政权析分为司法权与行政权,来确证法部既拥有司法权又享有行政权之正当性,这就产生了逻辑上的矛盾。因为这里的司法行政权中的司法权,与审判权具有相通的意蕴。如前所述,根据《法部节略》之设定,其大辟之案则由大理院或执政司详之法部,秋朝审大典均听法部复核,而恩赦特典则由法部大臣具奏。由此,法部便与大理院一样行使审判权(尽管是部分审判权)。按照审判权的独立性之原则,法部行使司法行政权中的司法权,应当体现“级级独立”之要求,否则,就难以保证“执法之

不阿”。

不过,这份奏折区分了司法权与审判权,而与审判权相对而言的司法权的属性,是以“层层监督”为其运行的基本特征,这显然与司法行政权中的行政权之属性相通。因之,在这份奏折中,出现了两个不同意蕴和属性的司法权:第一种意义上的司法权,与审判权相近,具有审判权的“级级独立”的特性;第二种意义上的司法权,则与行政权相通,具有行政权的“层层监督”的属性。这显然是一个矛盾。即便如此,该奏折依然振振有词,毫不犹豫地申明法部的权责之所在,特别是在与大理院的权限边际上突显法部的司法权(审判权)和行政权。按照这一权限扩张之理路,这份奏折所附上的法部司法权限清单,在“兼采东西各国之长,择其切要者,逐条缮具清单”<sup>[4]392</sup>的名义下,更是把法部之司法权(审判权)和行政权以十二权限清单的形式淋漓尽致地表达出来,并且以此为基础对法部与大理院的权限作出了相应的划分。

戴鸿慈这份得到清廷允准的极度扩张法部司法权限的奏折及其清单,引起了沈家本的高度重视。光绪三十三年四月十二日,亦即戴鸿慈的上述奏折呈上并经清廷允准的九天之后,沈家本向清廷呈送《奏厘订司法权限折》(并清单按语),理直气壮而又有理有节地阐述了部院权限关系之要义,有针对性地提出了修正意见。沈家本的奏折开宗明义,把划分部院权限上升到坚持司法独立、筑牢宪政奠基之高度,坚定地认为大理院执掌司法审判之权,而法部则以司法行政为职权。在陈述筹设大理院之艰辛之后,沈家本深入分析了产生部院权限冲突的直接原因,认为冲突之形成实为权限未清之故。就司法审判权而言,按照法部官制和法部关于司法权限之奏折的权限设定,大群之案需报法部覆核,秋朝审大典亦需报法部核定,这样原先裁定官制改革方案关于大理院专任审判之权限设定,就形成法部与大理院共同分享审判权的审判权力配置格局,原先完整的审判权专有行使的权限安排,被分割为分别由两个部门行使,审判权一分为二,这势必产生部院在司法审判权问题上的权限冲突。沈家本的这一分析,确乎指明了问题的关键所在。法部在审判权问题上的权限扩张之举,不仅与裁判独立这一东

西各国所共通的要义相悖,也与清廷裁定官制改革方案对于大理院专任审判的权力设定不相吻合<sup>⑥</sup>。

不仅如此,大理院的这份奏折还对法部独享司法行政权限问题提出了商榷。一方面,该奏折充分肯定法部行使司法行政权的正当与合理性,另一方面,尽管司法人事权为司法行政权的组成部分,本属法部行使,但是在特殊的情势下,作为全国最高裁判机关的大理院毫无用人之权,这显然不利于司法人才队伍的建设与发展,亦与当下繁重的司法裁判任务不相适应。只有当法律人才培养造就卓有成效,各省审判官俱由法部任用之时,大理院的用人之权方可回归法部,而目前尚不具备这一条件。此谓:“用人为行政之一端,臣等固所深悉。但各国法理昌明,学校林立,法律思想普及全国,其高等法学毕业之人,皆足备法官之登进,取人初不为难,故可由司法省大臣专任其事。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。今中国法学甫有萌芽,收效至速,亦在数年以后,势难悬事待人。臣等调用各部院人员,亦属不得已之举。刑名判决关系至重,若不亲加试验,难期得力。设有贻误,咎将难归。如云用人之权应由法部,此应俟各学堂法律人才造就著有成效,各省审判官俱由法部任用之后。臣院用人之事,亦同归之法部,今兹尚非其时。此则法部所宜见谅于臣等者也。”<sup>[4]394</sup>

此外,大理院的这份奏折还对法部自行具奏之举颇有微词。这是因为,法部关于司法权限的奏折所列出的十二条司法权限清单,大理院与法部之间尚在“往返晤商”、“酌量定拟”过程之中。其中,有的问题双方已经商定,而有的问题彼此尚未确定,本当部院形成统一意见后“合词请旨遵行”,但是,在双方“商未就绪”的情况下,“法部已自行具奏”。即便如此,沈家本仍然从晚清司法改革的全局出发,既向清廷申明法部司法权限清单中“尚无窒碍各条,臣等自当钦遵办理”,又向清廷据理力争,对该清单中存有窒碍的第1、6、7、9条提出修正意见,强调“凡此四条,或与法权有关,或与事实不便,臣等再四筹维,必重加厘订,始无窒碍”。<sup>[4]394-395</sup>在这里,兹将法部原拟司法权限清单中沈家本加具案语表示不同意见者分述如下:

关于第1条,法部原拟司法权限清单的表述是:“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。”<sup>[4392]</sup>对此,沈家本指出,法部在重罪案件审判权限上赋予其驳审之权的做法,不仅与各国裁判制度之通则办法不合,而且与官制改革方案和《法部节略》对于法部权限之设定安排不符,这种以行政权干涉裁判权之举,亦会影响收回治外法权的努力。是谓:“各国裁判制度,皆以大审院为全国最高审判之地。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。窃恐贻笑外国人,而治外法权之收回迄无效果。”<sup>[4395]</sup>由此,沈家本提出了“稍加厘正”的“通融办法”,即:“凡臣院审定死罪之案,钞录红供奏底,连折稿送由法部覆核会画以后,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。”<sup>[4395]</sup>可见,这个变通办法的“稍加厘正”,依然体现了沈家本在有限的制度空间内对于审判独立的执着追求。在死刑案件审理问题上,突出大理院的审定之权,而排拒法部的驳审之权;在朝审册本问题上,则突出审判机关的应有的审判权限,尽量压缩法部染指审判权的范围。

关于第6条,法部原拟司法权限清单提出“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,仍由法部具奏”。<sup>[4392]</sup>在这里,对于外省奏请的情罪不符的重大案件,大理院仅有援律驳正之权,而无和法部一样的向清廷的具奏之权。对此,沈家本指出:“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。”<sup>[4395]</sup>显然,这一修正意见旨在于为大理院争取这类案件的向清廷的会奏之权,而这种会奏之权实际上也是大理院行使审判权的一种方式。因之,该条的“融通办法”的实质性意义,乃是维护大理院作为全国最高审判机关的应有的司法地位。

关于第7条,法部原拟司法权限清单设定“汇案死罪之件,外省具奏奉旨交法部议奏者,应令各省将供勘分送部院,由大理院复核,限10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”。<sup>[4392]</sup>该条清单意在约束大理院的审判权之行使。对此,沈家本不甘示弱地回应道:“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20日为限,咨送法部覆奏。若由臣院驳正者,由法部会同大理院奏补。”<sup>[4395]</sup>在这里,沈家本遵循审判规律,对交由大理院覆判的汇案死罪之件之审理时限,由法部设定的10日修正为20日,并且重申对于交由大理院援律驳正的情罪未协案件,大理院亦享有会奏权。这显然又是在极力维护大理院所拥有的审判之权。

关于第9条,法部原拟司法权限清单对大理院的人事权作出限定,即谓:“大理院官制,因检查总厅隶于法部,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,由法部会商大理院请简,推事及检察,由法部会同大理院奏补。”<sup>[4392]</sup>司法人事权乃是司法行政权的重要内容。法部作为专任司法行政上之事务的机关,行使司法人事权,本当无可厚非。但是问题在于,法部的做法走得太远且过份了,视大理院的全国最高审判机关之地位于不顾,对大理院的有限的用人权进行重重限制。对此,沈家本据理力争,毫不相让。首先,大理院行使用人权,符合谕旨。这是因为,光绪三十二年九月二十日的裁定官制改革上谕明确规定:“大理寺著改为大理院,专掌审判。原拟各部院等衙门职掌事宜,及员司各缺,仍著各该堂官自行核议,会同军机大臣奏明办理。”因之,“臣等数月以来,业经核议竣事。今谓应会同法部具奏,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”,“似未便再会法部”。<sup>[4395,394]</sup>其次,大理院单独具奏对推丞及总检察、推事及检察等官的请简请补员缺,此乃大理院应有

的权限范围。这是因为,“至检察总厅职掌,实与审判相关,盖各国之有检事官籍以调查罪证,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”。当然,随着情况的变化,“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,虽与审判相维系,而所司为行政事务,应俟官制奏定后,会同法部请简奏补”。<sup>[4]395</sup>第三,大理院使用人之权,有益于选拔人才,量能任用,形成激励群才成长之局面。“至臣院推丞推事等官,必须得力人员、经臣等试验有素,而后量能任用,方足以鼓舞群材。若以他衙门之堂官,而定此衙门之员缺,情形既未必周知,而以本衙门之庶僚,更听他衙门之任用,鉴别恐难于允当。似应仍由臣等请简奏补,以专责成”。<sup>[4]394</sup>

由此可见,大理院奏折与法部奏折之交锋,基本上围绕审判权和人事权这两个问题而展开。对于法部极度扩张自身审判权和行政权的做法,沈家本针锋相对,据理辩驳,时而放眼全球,引证近世司法文明之准则,时而把握法度,着眼收回治外法权之大局,又时而紧扣国情,申明遵照君主谕旨之必须,既体现了锐意改革、不畏权势的政治勇气,又显示了有理有据、融通权变的司法智慧。但是,此举还是刺激并且激怒了清廷。光绪三十三年四月十二日,清廷下谕:“著与法部会同妥议,和衷商办,不准各执意见。”<sup>[4]395</sup>同日,清廷又采取组织措施,下谕:调沈家本为法部右侍郎、张仁黼为大理院正卿。<sup>[5]569</sup>因之,这场部院司法权限之争,以清廷下谕责令部院和衷妥议和两位争论主角互换职位的方式,发生了戏剧性的变化。按照清廷“会同妥议,和衷商办,不准各执意见”的要求,法部与大理院“连日晤商,共同妥定”,于光绪三十三年四月二十日呈上《会奏遵旨和衷妥议部院权限折(并清单)》。分析这份“和衷妥议”之后的部院司法权限清单,可以看出,除法部原奏司法权限清单内八条部院均无异议之外,针对大理院奏折对法部原拟清单第1、6、7、9条所提出的意见予以修正。

综上所述,发生在100余年之前的这场部院司法权限之争,最终以法部胜出、大理院依附于法部之结局而告结束。尽管这场争论以法部和大理院之间的司法权力配置安排为主题,似乎属于清末官制改革的技术层面上的问题,但是这一争论背后所蕴涵着的司法价值取向之争,却是颇令人玩味的。实际上,围绕着司法行政权与司法审判权之行使主体的争议,深刻地反映了司法独立理念与行政支配司法理念这两种司法理念之间的价值冲突。推行司法独立,这乃是近代以来东西各国司法文明的发展进步的大势所趋。晚清法制与司法改革的基本目标之一,在于通过推行司法独立,改造传统政治与司法权力的运行结构,使之与世界政治与司法文明发展沟通接轨,进而收回被西方诸列强所攫取的领事裁判权,维护国家司法主权,实现国家法权统一。由于晚清法制与司法改革以“盖不易者三纲五常,昭然如日星云照世”<sup>[3]111</sup>为最高指导原则,以“皇位永固”、“外患渐轻”、“内乱可弥”<sup>[3]174-175</sup>为基本策略取向,因而这一变革的努力始终服务于巩固清皇朝的一统江山,推行司法独立的价值取向最终要以“国权统一”、“大权统于朝廷”的大权政治原则与体制为依归。所以,法部提出的部院司法权限清单方案,尽管声称要遵循司法独立这一东西各国司法准则,并且仍然以界分司法行政权与司法审判权为权限清单方案的基础,但实际上的司法权限配置方案,却集中反映了大权政治原则与集权统治原则的司法需求。尤为值得注意的是,该清单方案在行政与司法之分立的基础上,进一步论证司法行政权与司法审判权之分立的必要性,坚持以司法行政权为主导,由此法部广泛介入大理院的司法审判活动之中,并且掌握重罪及死罪案件的最终复核权。因之,法部权限清单方案必然胜出大理院权限清单方案。

### 五、《法院编制法》的价值意义

应当看到,尽管沈家本在这场部院之争中未能实现其主张,但是他所致力于推行的司法与行政相分立的晚清法制与司法改革,毕竟开始启动,进而逐步冲决了传统中国行政与司法合一的制度模式,开始确立司法独立的运作架构。时人对此多有肯定。光绪三十二年十二月二十一日,御史吴枋在《奏

厘定外省官制请将行政司法严定区别折》中评价道：“中外有识之士，皆谓此次厘订官制，惟司法分立一事，最得预备立宪之本原，莫不延颈企足以待法院编制之成立。”他又从收回治外法权、安定内政两个方面，进一步论证司法制度不可分立的道理所在。<sup>[382-824]</sup> 光绪三十三年四月十一日，沈家本在关于调查日本裁判监狱情形的奏疏中述言：“伏查司法独立与立宪关系至为密切。日本开港之初，各国领事俱有裁判之权。逮维新以来，政府孜孜于裁判统一，不数十年，率使侨民服从其法律之下。论者谓，国力之骤张鉴于立宪，其实司法独立隐收其效。方今厘定官制，钦奉懿旨。以法部专任司法，大理院专掌审判。此为司法独立之朕兆，亦即制定宪法之权舆。”他具体分析了行政官兼任司法的种种弊害，进而强调：“司法独立为及今刻不容缓之要图。”<sup>[7242-243]</sup>

在清廷看来，“令各省分期筹设各级审判厅，即为司法独立之基础，而编制法院编制法所以明定等级，划分职权，尤为筹设各级审判厅之准则”<sup>①</sup>。如前所述，官制改革推行之后，作为大理院正卿的沈家本曾先后奏呈《审判权限厘订办法折》、《大理院审判编制法》等重要奏折，试图对大理院、高级审判厅、地方审判权、乡谳局的审判权限作出设定，以便分权定限，专有责成。后来，法部与大理院围绕司法权限问题展开激烈论争。因之，当部院之间的司法权限之争以“和衷妥议”的方式缓解之后，拟定法院编制法的工作便加快提上了议程。光绪三十三年八月初二日，修订法律大臣沈家本奏酌拟法院编制法草案。开单请飭下宪政编查馆详加考核。这部法院编制法草案，凡十五章，计 140 条，“举凡机关之设备及其职掌、权限，规定綦详”。<sup>[4925]</sup> 法部在制定《各级审判厅试办章程》时，每每参照法院编制法草案。按照《逐年筹备事宜清单》的安排，法院编制法应于宣统元年颁行。经过反复修改核议，宣统元年十二月二十八日，宪政编查馆呈送《奏核订法院编制法并另拟各项暂行章程折》详尽地说明制订法院编制法之意义、法院编制法草案的修改之处及其理由、法院编制法颁行后相关法律之以归划一、抓紧制定诉讼律和律师单行法、法院编制法施行后法部与大理院之间的司法权限、保障审判独立与公正等事

项。所以，宪政编查馆的这份奏折至为重要，有助于更加深刻地认识法院编制法之宗旨及其制颁之意义所在。其中，该奏折对法院编制法颁行以后法部与大理院之间的司法权限关系作了精当明确的析分。即谓：“抑臣等进的者，法院编制兹特颁法典，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。若仍听其牵连鞲，不惟审判权难收级级独立之流弊。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。”<sup>[4925]</sup>

基于此，该奏折对先前部院之争涉及的或未涉及的司法权限事务，依据法院编制法作了更为明晰具体的界定区分：一是规定属于全国司法之行政事务，如任用法官、划分区划以及一切行政上调查执行各项，《逐年筹备事宜清单》中与司法相关的应予筹办者，均由法部总理主持，毋庸会同大理院办理。属于最高裁判暨统一解释法令事务，即由大理院遵照国家法律办理，所有大理院现审死刑案件，毋庸咨送法部复核，以重审判独立之权。二是规定凡京外已设审判厅的地方，无论何项衙门，按照法院编制法的规定无审判权者，一概不得收受民刑事诉讼案件；若有不服各该厅判决的上控案件，应查照诉讼律及奏定审判诉讼章程予以审结，亦均毋庸复核解勘，致涉纷歧。凡外省尚未设立审判厅的地方，均应汇奏、专奏死罪案件暂准由大理院照章覆判，具奏咨报法部施行；一俟各直省府厅州县地方初级审判厅成立以后，均应遵照定律定章审结，届时再将现行法律章程中设定的关于覆判各节一概删除。三是规定鉴于大清新刑律尚未颁行，秋朝审案件亦应照旧由法部办理。四是规定部院之间的司法权限既定，则审判权限拟应专有责成，由此应变通旧制，将宗室觉罗案件归由审判衙门遵照法律独立审判，毋庸由宗人府会审。具体言之，如系民事案件，两造俱属有爵宗室者，由宗人府自行办理，其余宗室觉罗与旗民涉讼案件，由高等审判厅审理；如系刑事案件，凡宗室犯有流遣以上，由大理院审理，而徒罪以下及觉罗有犯案件，均由高等审判厅审理，不服该厅裁判者，皆得上控于大理院。该奏折强调，上述司法权限各端，“实均为司法行政分权最要最急之

务”。<sup>[4]425-426</sup> 不仅如此,直省创设各级审判厅,凡属司法行政监督权限,必须以法院编制法为准绳。既然司法权限已不相统属,行政官与司法官即不得互相侵越,倘有故违法院编制法者,由法部查明,据实纠参。尤为重要的是,审判得失不仅事关人民生命财产,亦为将来收回治外法权之所系,因而审判人员任用至为关键。“现在财政困难,各直省不惜增加数百万之负担,以筹设数十百之审判衙门,原为清理讼狱,保持公安起见。倘以庸暗陋劣之员滥竿充数,则经费掷之于无用,各该厅且将为酿祸之媒”。<sup>[4]426</sup>

不难看出,法院编制法之意义,不仅仅在于设置了各级司法审判组织运行的基本准则,而且更重要的在于进一步厘清司法行政权与司法审判权之界分关系,强调司法审判权仅由审判机关行使,任何其他机关均不能违法侵越,藉以突出国家司法权之独立这一预备立宪的本旨。由是,在宪政编查馆奏呈核订法院编制法的当日,清廷即下谕颁行该法。此谓:“立宪政体必使司法行政各官,权限分明,责任乃无诿卸,亦不得互越范围。自此次颁布法院编制法后,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。从前部院权限未清之处,即著遵照此项奏定各节,切实划分。”<sup>[4]376</sup>

此外,该上谕还对审判衙门建设提出明确要求:第一,督促法部会同各省督抚率提法司,在颁行法院编制法之后,按照《逐年筹备事宜清单》,抓紧筹设各级审判厅,所需司法经费即由法部会同度支部随时妥筹规划,以期早日观成。第二,该上谕要求严把用人关,强调“考用法官,尤关紧要”,法部官员“务须破除情面,振刷精神”,遵照有关章程办理。第三,该上谕对审判活动的公平与廉洁亦给予高度关注,申明:“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。该审判官吏等遇有民刑诉讼案件,尤当恪遵国法,审断持平。设或不知检束,或犯有赃私各款,一经觉察,必当按律治罪,以示惩儆而维法纪。”<sup>[4]376</sup>

由此,部院司法权限之争最终以清帝上谕确认司法行政权与司法审判权之严格分立、不得互越的形式而告结局,这颇具戏剧性的意味,但亦深具历史意义。于是,以司法独立为特征的政治权力分立

化的格局开始出现在近代中国法律与司法体系之中。尽管司法与行政的分立依旧以皇权为终极根据,因而是彻底的,但是它标志着新的近代型司法制度的出现,体现了近代中国法制与司法文明的历史进步。

## 六、简短的结语

晚清司法改革是在新的复杂的国内外环境中展开的。面对着近代西方法律与司法文化的尖锐挑战,传统的法律与司法准则和体制逐渐丧失往昔的制度优势。晚清统治集团特别是主持修律变法工程的有识之士们致力于从体制和制度上推进司法与行政的分立,藉以确立晚清司法改革的基本理路。因之,作为这场司法改革运动的关键性举措,晚清的中央官制改革,从根本上触及了传统司法体制的司法与行政合一、司法依附行政的固有特性。然而,要革新司法与行政不分、行政凌驾于司法之上的传统司法体制,确乎是一个异常艰难的过程。尽管钦定官制改革方案已经明确专任司法之上行政事务、大理院专掌司法上之司法审判事务,然而部院司法权限之争,把这本较为模糊且原则性的司法权限安排方案搞得更加复杂,“和衷妥议”方案下的司法权限之调整,蕴涵着的乃是传统司法体制的惯性和顽强的生命力。直至《法院编制法》的正式颁行,遂使司法与行政的分立以及司法审判权力的独立运作,成为晚清统治集团的最终抉择(尽管这还停留在纸面的法律之上),司法独立原则通过创制性立法而制度化、法律化了。诚如修订法律大臣沈家本在奏呈法院编制法草案所言:“窃维东西各国宪政之萌芽,俱本于司法之独立,而司法之独立,实赖法律为之维持,息息贯通,捷于形影,对待之机,固不容偏废也。”<sup>[8]43</sup> 司法与行政相分立这一司法独立体制在晚清法律上的确认,打破了行政而兼司法的传统司法体制,对近代中国的司法发展及其现代化进程产生了广泛而久远的深刻影响。

## 注释:

①参见张一鹏:《中国司法制度改进之沿革》,载《法学季刊》第1卷第1期,1922年2月;转引自何勤华、李秀清主编:《民国法学论文精粹·诉讼法律篇》(第5卷),法律出版社2004年版,第451-452页。



②参见《不列颠百科全书》(第4卷),中国大百科全书出版社1999年版,第525-526页;程汉大主编:《英国法制史》,齐鲁书社2001年版,第334-368页。

③贺卫方对近代中国司法独立机理的历史演化作了深入探讨。参见何勤华主编:《法的移植与法的本土化》,法律出版社2001年版,第35-73页。

④有的学者对若干官制改革方案作了详细的列表式的比较分析。参见张从容:《部院之争:晚清司法改革的交叉路口》,北京大学出版社2007年版,第25-29页。

⑤其后不久,大理院在光绪三十二年十一月的一份奏折中,进一步强调“改寺为院,明定责成,储裁判独立之精神,为宪法执行之基础”,由此对原由大理寺办理的京师及各直省永远枷号人犯之事宜,在改寺为院的情况下应否依然办理的问题,提出了看法,认为“此系司法中行政之事,而非裁判上应有之权。臣院既以审判为专司,似不应兼及行政,致使权限不分”。参见朱寿朋编:《光绪朝东华录》(第5册),中华书局1984年版,总第5608页。

⑥沈家本是一位现实主义者。他清醒地认识到,诚然,审判权力不应分割行使,大理院专掌审判,此乃司法独立所必需。但是,目前大理院尚在筹设过程之中,审判人才缺乏,法部不再担负相关审判事务而完全由大理院承担起全部的审判任务,恐难行其事,因而斟酌情形,仍然沿用旧制为宜。此谓:“然谓法部必一切罢去,亦非事理之平,盖裁判人才未经预备,而外省刑政分析尚难预期,斯不得不斟酌情形,沿用旧制。此臣等所能见谅于法部者也。”参见《大理院奏厘订司法权限折(并清单按语)》(光绪三十三年四月十二日),载怀效锋主编:《清末法制改革史料》

(上卷),中国政法大学出版社2010年版,第394页。当然,这一权宜之计,决非法部扩张其审判权的正当理由。

⑦《宪政编查馆奏核定法院编制法并另拟各项暂行章程折》(宣统元年十二月二十八日),载怀效锋主编:《清末法制变革史料》(上卷),中国政法大学出版社2010年版,第425页;并参见《修订法律大臣沈家本奏酌拟法院编制法缮单呈览折》(光绪三十三年八月初二日),载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,第842-845页。

#### 参考文献:

- [1]丁守和.中国近代启蒙思潮(上卷)[M].北京:社会科学文献出版社,1999.
- [2][法]孟德斯鸠.法意(上册)[M].严复,译.北京:商务印书馆,1981.
- [3]故宫博物院明清档案部.清末筹备立宪档案史料(上册)[M].北京:中华书局,1979.
- [4]怀效锋.清末法制改革史料(上卷)[M].北京:中国政法大学出版社,2010.
- [5]朱寿朋.光绪朝东华录(第5册)[M].北京:中华书局,1984.
- [6]张从容.部院之争:晚清司法改革的交叉路口[M].北京:北京大学出版社,2007.
- [7]李贵连.沈家本传[M].北京:法律出版社,2000.
- [8]故宫博物院明清档案部.清末筹备立宪档案史料(下册)[M].北京:中华书局,1979.

## The Limited Separation of Judicature and Administration: The Inner Approach of Judicial Reform in the Late Qing Dynasty

Gong Pixiang

**Abstract:** While facing the introduction of the decentralization thought in the modern western countries and its impact on traditional Chinese law and judicial system, the ruling group of the late Qing dynasty, launched the reform of the judicial power operation system and pushed forward the division of the judicial and administrative as the core of the judicial system reform, which were taking as the basic ideas of the preparatory constitutional enforcement and selection strategy. In the unified mode of all authorities, the ruling group of the Qing dynasty implemented a limited judicial and administrative division. However, the central official reform plan did not make clear of the authorities between the law department and the judicial authorities, then a fierce debate was launched between these organs, which profoundly reflects the concept of judicial independence and the philosophical value of administrative dominating the judicature conflicts, and it also marks the emergence of new types of modern judicial system, embodies the historical advancement of modern Chinese legal system and its judicial civilization.

**Key words:** the late Qing dynasty; judicial reform; feudal official reform; the court formation law