

# 《大清新刑律》编纂过程中的 立法权之争

陈新宇\*

---

**内容提要：**以《大清新刑律》的编纂为视角，晚清新政中的立法权之争可分为两个阶段，第一阶段是修订法律大臣与法部、大理院关于法律起草权之争，第二阶段是宪政编查馆与资政院关于法律考核权与议决权之争。立法权之争的背后受到法政机构权力之争和礼法之争双重因素的影响。在权力之争中行政权虽然势大并试图控制立法权，但双方在一定程度上仍能够自我克制。论争明确了法政新机构的职能与权限关系，基本维持了晚清预备立宪的秩序，具有积极意义。法政机构的论争可以出现妥协结果的原因，在于更高权威的存在与法政新机构中关键人员的一身多职。

**关键词：**立法权 行政权 《大清新刑律》

---

## 引言

在晚清的制度变革中，从立法权的角度看，有两个奏折最为关键。一个是光绪二十八年二月二十三日（1902年4月1日）刘坤一、张之洞和袁世凯的《会保熟悉中西律例人员沈家本等听候简用折》，〔1〕一个是光绪三十二年九月十六日（1906年11月2日）《庆亲王奕劻等奏厘定中央各衙门官制缮单进呈折》。〔2〕前者提出“变法皆从改律入手”，使得原已式微的传统立法职权转变为国家改革的重要权力，后者提出“立法、行政、司法三权并峙，各有专属”，立法权正式成为预备立宪国家三权鼎立中的一种法定权力。这种近代立法权转型的背后折射出制度的变迁和观念的转换，体现出西方学理与中国政治之间的复杂结合，聚焦为中国模式的立法权之争。本文将通过考察中国第一部近代刑法《大清新刑律》的编纂历程，来探讨这场重要的论争。

---

\* 清华大学法学院副教授，清华大学法学院近代法研究中心主任。

本文是笔者主持的国家社科基金项目“《大清新刑律》新研究及资料汇编”（13BFX015）、中国法学会项目“近代中国的法政论争研究”（2015D019）的阶段成果。

〔1〕 天津图书馆、天津社会科学院历史研究所编：《袁世凯奏议》上册，天津古籍出版社1987年版，第475页。

〔2〕 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462页以下。

《大清新刑律》的编纂历经了晚清新政设立的三个法政机构的参与，分别是修订法律馆、宪政编查馆和资政院，这种境遇在清末诸多立法之中可谓绝无仅有。新刑律编纂穿行在这些法政新机构错综复杂的关系之中，这种特殊的关系影响了新刑律的编纂样态，反之法典编纂工作也对这些新机构的职能与关系产生重要影响。法典编纂与权限之争的密切互动，以往研究未曾注意。因此，对《大清新刑律》编纂的深描，可以动态地展现出立法权的觉醒和与行政权区分权限的过程，是观察权限之争的最佳视角。

## 一、《大清新刑律》的编纂历程与负责机构

### （一）《大清新刑律》七法案

《大清新刑律》凡七案，包括被废弃的预备案和重新起草、赓续编纂的六个法案，其概况用表格展示如下：

序次	时间	负责机构	备注
预备案	光绪三十二年（1906年）	修订法律馆	废弃不用
第一案	总则：光绪三十三年八月二十六日（1907年9月30日） 分则：同年十一月二十六日（12月30日）	修订法律馆	共53章，凡387条，后附《律目考》。
第二案 （修正刑律草案）	宣统元年十二月二十三日（1910年2月2日）	修订法律馆、法部	53章，正文凡409条，并有《附则》5条。
第三案	宣统二年十月初四日（1910年11月5日）	宪政编查馆	53章，正文凡405条，并有《暂行章程》5条。
第四案	宣统二年十二月初六日（1911年1月6日）	资政院（法典股）	53章，正文凡405条，删除《暂行章程》。
第五案	总则：宣统二年十二月十日（1911年1月10日）	资政院（第一次常年会议）	省略三读通过总则
第六案 （钦定大清刑律）	宣统二年十二月二十五日（1911年1月25日）	宪政编查馆、资政院	53章，正文凡411条，并有服制诸图和《暂行章程》5条。

1906年9月，冈田朝太郎受聘为“北京法律学堂教习兼钦命修订法律馆调查员”，来华参与法律改革，其中一项重要的立法任务就是起草《大清新刑律》。在其来华之前，修订法律馆已经有一个预备案，但他发现其主要参考1880年日本旧刑法而成，不符合时代发展潮流，在征得沈家本和伍廷芳同意后，决定废弃该案，另起炉灶。由冈田朝太郎主事，董康、章宗祥、汪荣宝等参与编纂的《大清新刑律》采用总则、分则的立法体例，确立罪刑法定、刑罚人道主义的理念精神，体现出一定的礼法分离色彩，对“出礼入刑”、“明刑弼教”等礼法一体观念有重大修正。在其编纂过程中，围绕关于礼教与法律的关系问题，形成了礼教与法理两派针锋相对的论辩，学界称之为“礼法论争”。论争包括四个维度，即特定行为

是否应该入罪化（例如无夫奸、子孙违犯教令）、特定行为的量刑轻重（例如内乱罪首犯、伤害尊亲属致死或者笃疾是否一律处死）、特定主体是否享有普通法律权利（例如子孙对家长能否有正当防卫权）、特定主体是否需要设置专门罪名（例如在通奸罪之外另设亲属相奸罪、在伤害罪之外另设亲属相殴罪、在杀人罪之外另设故杀子孙罪）。从第一案到第六案，其法案数量之多，尤其是集中体现礼教内容的特别条款《附则》和《暂行章程》的存废更迭，正是双方论争激烈程度的折射。<sup>〔3〕</sup>

## （二）负责《大清新刑律》的法政三机构

从负责机构上看，《大清新刑律》的编纂可分为两个阶段，预备案、第一案和第二案主要是修订法律馆负责，第三案至第六案是宪政编查馆和资政院负责。

修订法律馆源自清代刑部的律例馆。从律例馆的历史发展来看，体现出两个趋势：一个是职能上从立法转型为司法兼具立法，一个是性质上从特设机构变为常设机构。该馆乃顺治二年（1645年）为修律（《大清律集解附例》）所设，律成而裁撤。在乾隆五年（1740年）律文定型后，清廷不再专门修律，改为修订条例，一事一例成为立法常态。立法模式从原来钦命大臣为总裁、专门开馆办事、各部共同参与，转变为刑部单独主持。律例馆在乾隆七年（1742年）成为刑部的附属机构，负责定时修例，具体方法有修改、修并、移改、续纂、删除等，原三年一修，后改为五年汇辑、十年重编，与修律一样，例成而裁撤。清代这种定时修例的立法惯例一直维系到同治九年（1870年），因内外交困而不再进行。从嘉庆朝到光绪朝，律例馆在原来“掌修条例”的立法职能基础上，增加了“稽覈律例”，即“凡各司案件有应驳及应更正者，呈堂交馆稽覈”的司法职能，并成为其首要职能。律例馆由原来的“例成即裁撤”变为“常平”，即成为常设机构，可见其职能应是平时考核疑难案件，特定时间组织修例。<sup>〔4〕</sup>光绪二十八年四月初六（1902年5月13日），清廷接受刘坤一等人的推荐人选，发布上谕，“著派沈家本、伍廷芳将一切现行律例，按照交涉情况，参酌各国法律悉心考订，妥为拟议。务期中外通行，有裨治理”，<sup>〔5〕</sup>沈家本与伍廷芳成为修律工作的负责人。光绪三十年四月一日（1904年5月15日），按照《会保熟悉中西律例人员沈家本等听候简用折》中“开设修律馆”的提议，沈家本奏请将律例馆改为修订法律馆，开始改造旧律，同时翻译西法，为起草新法做准备。<sup>〔6〕</sup>

〔3〕 参见陈新宇：《〈钦定大清刑律〉新研究》，《法学研究》2011年第2期；陈新宇：《礼法论争中的冈田朝太郎与赫善心——全球史视野下的晚清修律》，《华东政法大学学报》2016年第4期。

〔4〕 参见《皇朝通典·职官三》；《清史稿·刑法志一》；《清史稿·职官志一》；乾隆朝《钦定大清会典》，卷六八；嘉庆朝《钦定大清会典》，卷四四；光绪朝《钦定大清会典》，卷五七；〔日〕织田万：《清国行政法》，李秀清、王沛点校，中国政法大学出版社2003年版，第187页；陈煜：《清末新政中的修订法律馆》，中国政法大学出版社2009年版，第33页以下。有清一代的五朝会典，康熙、雍正两朝会典没有律例馆的专门介绍，乾隆朝会典仅有一句“律例馆以满汉司官提调纂修，五年一编辑”，嘉庆、光绪朝会典才有其职官构成、职能方法等比较详细的介绍。后两朝会典比较，光绪朝会典首先增加“稽覈律例”的司法职能，其次才继承嘉庆朝会典“掌修条例”的立法职能，可见其已经以司法功能为先。对照沈家本所说“从前刑部遇有疑似难决之案，各该司意主议驳，先详具说帖呈堂……若堂上官于司议犹有所疑，批交律例馆详核”，（沈家本：《刑案汇览三编序》，载沈家本：《历代刑法考》，中华书局1985年版，第2224页）可见该馆以处理疑难案件为主。从立法向司法的职能转化，应该是律例馆成为常设机构的重要原因。

〔5〕 上海商务印书馆编译所编纂：《大清新法令（1901—1911）》第一卷，李秀清、孟祥沛、汪世荣点校，商务印书馆2010年版，第16页。

〔6〕 参见李贵连：《沈家本评传》，中国民主法制出版社2016年版，第66页以下；陈煜：《清末新政中的修订法律馆》，中国政法大学出版社2009年版，第47页。

宪政编查馆的前身为考察政治馆，该馆乃光绪三十一年十月二十九日（1905年11月25日）清廷为配合载泽等五大臣出洋考察各国政治所设。<sup>〔7〕</sup> 光绪三十二年七月十三日（1906年9月1日），清廷宣布预备立宪，确立了仿行宪政的政治改革目标。<sup>〔8〕</sup> 在此背景下，光绪三十三年七月初五日（1907年8月13日）颁布上谕，著改考察政治馆为宪政编查馆，“专办宪政”。<sup>〔9〕</sup> 其乃模仿日本明治初年的宪法取调所和后来日本内阁的法制、统计等局而设，定位是“宪政之枢纽”。该馆由军机王大臣管理，设提调二员综理馆务，下设编制、统计两局，总核二员，庶务、译书、图书三处，附设官报局。该馆负责“统一法制”，具体职能有四项：（一）议覆奉旨交议有关宪政折件及承拟军机大臣交付调查各件；（二）调查各国宪法，编订宪法草案；（三）考核法律馆所订法典草案，各部院、各省所订各项单行法及行政法规；（四）调查各国统计，颁成格式，汇成全国统计表及各国比较统计表。<sup>〔10〕</sup>

资政院是晚清立宪时作为未来议院基础所设的机构，光绪三十三年八月十三日（1907年9月20日），清廷颁布上谕：“立宪政体，取决公论，上下议院实为行政之本。中国上下议院，一时未能成立，亟宜设资政院，以立议院基础。”<sup>〔11〕</sup> 资政院设总裁二人，总理全院事务，以王公大臣著有勋劳、通达治体者，由特旨简充；副总裁二人，佐理全院事务，以三品以上大员著有才望学识者，由特旨简充。资政院议员分为钦选和互选两类，年龄要求年满三十岁以上，以三年为任期，任满一律改选。前者由宗室王公世爵、满汉世爵、外藩（蒙回藏）王公世爵、宗室觉罗、各部院衙门官四品以下七品以上者（但审判官、检察官及巡警官不在其列）、硕学通儒、纳税多额者组成，后者由各省谘议局议员组成，各以一百名为定额。资政院的具体职能有六项：（一）议决。资政院负责议决国家岁出入预算、国家岁出入决算、税法及公债、新定法典及嗣后修改（不包括宪法）、其余特旨交议等事件；（二）复议。资政院议决事件，若军机大臣或各部行政大臣不以为然，得声叙原委事由，咨送资政院复议；（三）咨问。资政院于各衙门行政事件及内阁会议、政务处议决事件，如有疑问，得由总裁、副总裁咨请答问。若军机大臣或各部行政大臣认为必当秘密者，应将大致缘由声明；（四）奏陈。军机大臣或各部行政大臣，如有侵犯资政院权限或违背法律等事，得由总裁、副总裁据实奏陈，请旨裁夺；（五）核议。各省谘议局与督抚异议事件，或此省与彼省之谘议局互相争议事件，均由资政院核议。议决后由总裁、副总裁具奏，请旨裁夺；（六）核办。各省人民于关系全国利害事件有所陈请，得拟具说帖，并取得同乡议员保结，呈送资政院核办。资政院于人民陈请事件，若该管各股股员多数认为合例可采者，得将该件提议作为议案。其关于行政事宜者，应咨送各该衙门办理。<sup>〔12〕</sup>

从立法的应然状态来看，《大清新刑律》由修订法律馆起草，宪政编查馆考核和资政院

〔7〕 参见《设立考察政治馆谕》，载夏新华等整理：《近代中国宪政历程：史料荟萃》，中国政法大学出版社2004年版，第40页。

〔8〕 参见上引夏新华整理书，第51页。

〔9〕 参见前引〔5〕，上海商务印书馆编译所编纂书，第43页。

〔10〕 参见前引〔2〕，故宫博物院明清档案部编书，第47页以下。该馆于光绪三十四年十二月增设参议和考核专科，宣统元年四月遴派谘议官，完备其组织体制。参见刘汝锡：《宪政编查馆研究》，台湾师范大学历史研究所1997年硕士论文，第15页。

〔11〕 前引〔7〕，夏新华等整理书，第80页。

〔12〕 参见《资政院院章》，载《资政院议场会议速记录》附录，李启成点校，上海三联书店2011年版，第719页以下。

议决, 实然状态中虽然基本沿此脉络, 但呈现出一种更加复杂的状态。从上表可知, 第二案乃由修订法律馆与法部共同负责, 第六案乃由宪政编查馆与资政院共同负责, 正是这种机构之间的关系张力引发了晚清新政中立法权之争。论争可分为两个阶段: 第一阶段是修订法律大臣与法部、大理院关于法律起草权之争, 第二阶段是宪政编查馆与资政院关于法律考核权和议决权之争。

## 二、修订法律大臣与法部、大理院之争

光绪三十三年(1907年)修订法律大臣与法部、大理院关于法律起草权之争乃由大理院正卿张仁黼首先发难, 法部尚书戴鸿慈附和紧逼, 修订法律大臣沈家本采取守势, 以退为进, 最终宪政编查馆大臣奕劻协调折衷双方意见, 确定修订法律方法, 才平息这场争论。

法律起草权之争的焦点在于修律机制和修订法律馆的归属问题。光绪二十八年(1902年)沈家本奉命修律之时, 正在刑部左侍郎任上, 他利用下属机构律例馆为基础开展修律工作, 无论是从该馆的历史职能, 还是从现实的条件因素,<sup>[13]</sup>皆是自然而然、顺势而为之事。在这段期间, 沈氏个人作用凸显, 修订法律馆的工作重心甚至围绕其职务变化而转移, 形成了类似“有治人而无治法”的局面。证明这种“人存政举”现象的一个重要历史细节, 就是当光绪三十二年(1906年)官制改革时, 修订法律大臣沈家本从刑部左侍郎转任大理院正卿, 冈田朝太郎在这段期间中断《大清新刑律》的编纂工作, 转而起草《法院编制法》,<sup>[14]</sup>这显然是为了配合沈氏的工作。从隶属关系看, 修订法律馆实质上已经脱离法部, 成为由修订法律大臣支配的独立机构。因此, 当原已式微的传统立法职权(修订律例)在政治变革背景下被重新唤醒, 成为一种国家改革的重要权力(修订法律), 当预备立宪中官制改革带来机构调整与权力重组的契机, 加上此前戴鸿慈、张仁黼主持的法部和沈家本主持的大理院因为司法权限问题已经发生过激烈的部院之争,<sup>[15]</sup>权力争竞、历史机遇与宿怨分歧, 使得论争一发而不可收拾。

### (一) 法部、大理院的意见: 部院主导的修律机制

张仁黼认为修订法律最主要的任务是“组织立法机关”。在这一主旨中, 他通过中西比较, 认为中国修律可以借鉴西方议院博采舆论、集思广益之意, 反对集权于沈家本等个别修订法律大臣之手, 主张建立由法部、大理院专门负责, 各部院堂官共同参与的修律机制。其意见具体表述如下:

“东西各国三权分立, 其立法一权莫不寄诸议院, 故能顺乎民情, 合乎公理, 而裁可

[13] 修订法律馆最初的办公场所乃用律例馆旧址。参见董康:《中国编纂法典之概要》, 载董康:《董康法学文集》, 何勤华、魏琼点校, 中国政法大学出版社2005年版, 第469页。

[14] 参见[日]冈田朝太郎:《清国ノ刑法草案二付テ》, 《法学志林》第12卷第2号, 明治四十三年(1910年), 第120页。

[15] 官制改革中, 刑部著改为法部, 负责司法, 大理寺著改为大理院, 负责审判。法部试图将司法行政权解释为司法权(审判权)和行政权, 大理院在拥有审判权的同时, 试图控制司法官吏的任免权和审判区域划分权, 引发激烈辩论, 朝廷以政治手腕平息纷争, 将大理院正卿沈家本和法部右侍郎张仁黼的职务对调, 最终部院双方协商, 达成妥协。参见李贵连:《沈家本传》, 法律出版社2000年版, 第234页以下; 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1-3章。

之权仍在君主，既采舆论之公，亦无专断之弊。特中国政体不同，遽难仿行其法，然可稍取其意。彼公诸议院者，我则公诸群臣，近来各部院堂官，皆得参与政务。臣愚以为修订法律，以之颁行中外，垂则万世，若仅委诸一二人之手，天下臣民，或谓朝廷有轻视法律之意。甚且谓为某某氏之法律，非出自朝廷之制作，殊非所以郑重立法之道也。拟请钦派各部院堂官，一律参预修订法律事务，而以法部大理院专司其事，并选通晓中外法律人员，充纂修、协修各官，将法律馆改为修订法律院，所有各员均系兼差，不作额缺，另议办事章程。如此则有议院之长，而无专断之弊。”<sup>[16]</sup>

戴鸿慈赞成张仁黼关于修律机制的意见。在具体方案上，他主张特开修订法律馆，钦派王大臣为总裁，各部院堂官请旨特派会订法律大臣，各督抚、将军请旨特派参订法律大臣，下设提调、一二三等纂修、总校、分校、内外调查、翻译、书记、会计各员，延聘中西法律名家等。<sup>[17]</sup>该方案比张仁黼稍为丰富，该馆具体办事人员也是专任而非兼任。张、戴所主张的这种集体修律机制，尽管有所谓仿效西方议院博采舆论之意的现代诠释，但实质更接近传统编纂律典专门开馆办事，各机关共同参与的模式，颇有“王政复古”的特质。除此之外，张仁黼还表达了“明订法律宗旨”、“讲明法律性质”、“编纂法律成典”的意见，戴鸿慈还表达了对编纂法律“主事之政策”、“议事之方式”的看法。

#### （二）修订法律大臣的应对：以《大清新刑律》为缓兵之计

相比张仁黼、戴鸿慈洋洋洒洒的长篇宏论，沈家本回应的篇幅显得短小精悍。深谙官场规律的他以隐忍退让来减轻官场同行的嫉恨，<sup>[18]</sup>但字里行间，又流露出舍我其谁的气概。其一方面赞成张仁黼的意见，以能力不足请辞修订法律大臣之职：“臣学识浅薄，本未能胜此重任，加以近代精力日逊，每与馆员讨论过久，及削稿稍多，即觉心思涣散，不能凝聚，深惧审定未当，贻误匪轻。再四筹思，惟有仰恳天恩，开去臣修订法律差事，归并法部、大理院会同办理，广集重思，较有把握。”另一方面则含蓄地指出修律工作中主事者的重要性：“伏念修律事宜关系至钜，任其责者，必于古今中外法律本原，心知其意，始能融会群言，折衷一是。如提挈纲要不得其人，但令寻常定讞之才与夫法政速成之选，轻率从事，恐枝节而为，顾此失彼，一知半解，扞格难通。”<sup>[19]</sup>

同时他以事实说话，罗列其在翻译、调查、编纂三个方面取得的成绩，并表示仍大有拓展的余地，即“翻译之宜再讲求也”，“调查之应筹推广也”，“编纂之尚待详覈也”。需要特别指出的是第三个方面。该处所举的唯一例证就是尚在编纂中的《大清新刑律》。一个容易被忽视的重要历史细节是，该律成为沈家本以退为进，争夺法律起草权的重要筹码。

沈家本提到《大清新刑律》“所有总则一编，由臣妥拟后，即拟缮具清单，恭呈御览。此外分则各编，初稿已具，必须悉心推勘，方可成书”，其奏请朝廷给三个月时间办理善后交接工作，获得批准。<sup>[20]</sup>该律为什么不是以整体全部，而是将总则与分则分别两次上奏？其答案应与这场修订法律馆归属之争密切相关，当年亲历者董康回忆：“先草总则，适有法

[16] 参见前引〔2〕，故宫博物院明清档案部编书，第834页。

[17] 同上书，第841页。

[18] 参见前引〔4〕，陈煜书，第60页以下。

[19] 参见前引〔2〕，故宫博物院明清档案部编书，第838页。

[20] 同上。

律馆归并法部之命，恐代者将草案废弃，奏请展缓一月（应为三月）交代，俾将总则缮呈，奉旨依议”，<sup>[21]</sup>提供了重要线索。

在总则已具规模，分则尚需时日的情况下，<sup>[22]</sup>修订法律大臣先奏请朝廷宽延时限，然后上奏总则，再呈分则，这种三步走的策略有三点好处：第一可争取时间，使得已有的修律重要成果得以面世，避免人走茶凉，胎死腹中；第二能扳回局面，相对于改造旧律、翻译与调查工作，在预备立宪时期制定新法乃修订法律大臣能力、业绩最重要的表现，在此之前光绪三十二年（1906年）的《大清刑事民事诉讼法草案》是当时修订法律馆唯一上奏的新法，但因为地方督抚反对而成废案，《大清新刑律》总则的上奏可以从一定程度上证明其仍能胜任该职；第三可减少争议，由通则性条款构成的总则引发的争议，要比规定具体罪名与刑罚的分则要小得多，在局势尚未明朗的情况下，先以总则上奏不妨可看成是一种投石问路。

在同僚舆论压力面前，实施避其锋芒的拖字诀正是沈家本政治智慧的体现。在预备立宪如火如荼的形势下，修订法律大臣与法部、大理院这场论辩的三个月后，光绪三十三年八月二十六日（1907年9月30日）沈家本如期上奏《大清新刑律》第一案的总则（凡87条），并表明新刑律已经编定完成，分则将续行呈进。<sup>[23]</sup>此前负责“统一法制”的宪政编查馆已经在七月份成立，立法格局已经明朗，清廷显然已不愿意临阵换将。恰如时人所谓，“知斯职非沈家本不能胜任”。<sup>[24]</sup>在这种背景下，宪政编查馆对这场论争做出了居中的决定。

### （三）宪政编查馆的决定：二元制的法律起草权体系

光绪三十三年九月初五日（1907年10月11日）的《宪政编查馆奕劻等奏议覆修订法律办法折》<sup>[25]</sup>是预备立宪时期关于立法问题的纲领性文件，可谓当时的“立法法”。该折的核心是确立了一种宪政编查馆掌控的二元制法律起草权体系。

首先，在法律的类型上，将成文法分为法典与单行法两种，这种分类法来源于日本。“法典乃配列极复杂之法律关系而编纂之以成一部国法者，如日本之宪法、民法、商法、刑法、裁判所构成法、民事诉讼法、刑事诉讼法，以及中国之大清会典、大清律例之类，皆得以法典名之”，“单行法独立于法典之外，较为单纯之国法是也。如日本之法例、国籍法、登记法，与中国之公司律、破产律等皆属焉”。<sup>[26]</sup>《宪政编查馆办事章程》第2条关于法律

[21] 董康：《中国修订法律之经过》，收入前引[13]，董康书，第462页。此处董康关于时间的记忆与实际略有出入，应为三个月。

[22] 《大清新刑律》第一案的体例是“条文+案语（包括理由、沿革和注意）”的方式，由冈田朝太郎与中国委员共同完成。依据现有资料，具体分工是冈田负责条文与理由，中国委员（董康）负责沿革部分。冈田回忆其在明治四十年（1907年）八月上旬完成全部条文与理由书。（参见前引[14]，冈田朝太郎文，第121页；胡思敬：《国闻备乘》，上海书店出版社1997年版，第77页）考虑到案语其它内容的工作和修订法律大臣沈家本的审阅，若要在八月下旬即上奏法典全部，确实时有不逮。沈家本在八月二十六日上奏总则后，申请展期一个月呈进分则（参见《修订法律馆为刑律分则草案告成缮具清单折》，收入高汉成主编：《大清新刑律立法资料汇编》，社会科学文献出版社2013年版，第22页），但实际上要到十一月才上呈分则，可以间接证明分批进呈的合理性。

[23] 参见前引[2]，故宫博物院明清档案部编书，第845页以下。《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》的时间是光绪三十三年五月十八日（1907年6月28日），总则完成基本符合其申请的三个月时间。

[24] 前引[13]，董康书，第462页。

[25] 参见前引[2]，故宫博物院明清档案部编书，第849页以下。

[26] 冈田朝太郎口述、熊元翰编：《法学通论》，何勤华点校，上海人民出版社2013年版，第20页。

的类型就采用了这一分类,<sup>[27]</sup>并落实到该馆提出的修订法律方法之中。

其次,与法律两种类型相对应,修订法律馆与各部院、各省各司其职。修订法律馆获得了法典的起草权,负责编纂刑法、民法、商法、民事诉讼法、刑事诉讼法等法典及附属法,各部院、各省获得了单行法的起草权。理由是法典关系全国,单行法只涉及一事或一地,两者比较,法典内容宏富,条文数多,体例精严,各国通例多设立专门机构负责。

复次,修订法律馆是修订法律大臣负责的与部院平行的独立机构。“修订法律馆仍归独立,与部院不相统属,所有修订大臣,拟请旨专派明通法律之大员二三人充任”。这使得原来部院试图控制修订法律馆的愿望落空。其理由是立宪实行三权分立,修订法律馆若由部院管理,是将立法机关混入行政、司法机关之内,不符合立宪原理。在这里宪政编查馆巧妙而牵强地偷换了概念,将法典起草机构等同于立法机关。<sup>[28]</sup>

第四,确定法律编纂的程序。法典编纂的程序是修订法律馆起草后奏交宪政编查馆,由其分咨中央各部堂官与地方督抚签注,再咨覆宪政编查馆,由其汇择核定,请旨颁行。在资政院成立及其制度完善后,不再分送各部、各省讨论,而是送资政院集议(预设各部、各省明通法政人员均列院中),再咨覆宪政编查馆,汇择核定,请旨颁行。与法典相比,单行法编纂的程序相对简单,只是由各部院、各省起草后奏交宪政编查馆考覆,请旨施行。这种安排源自《宪政编查馆办事章程》第14条,“本馆拟订及考核之件,除法典及重大事项应由资政院议决外,其余各件呈由军机大臣阅定,即奏准施行。”<sup>[29]</sup>无论法典还是单行法,宪政编查馆皆掌握最终的考核权。

#### (四) 论争结果

这场修订法律大臣与法部、大理院关于法律起草权的论争,经宪政编查馆的调停决断,解决了制度与人事的纠葛,得告一段落。

对于修订法律馆而言,其获得了体制的名分,成为独立的法典起草机构。随着光绪三十三年十一月十四日(1907年12月18日)《修订法律馆办事章程》的出台,其完成了制度化的建构,实现了转型。首先,确定职掌。修订法律馆的具体职能有三项:(一)拟订奉旨交议各项法律;(二)拟订民商诉讼各项法典草案及其附属法,并奏定刑律草案之附属法;(三)删订旧有律例及编纂各项章程。其次,明确编制分工。该馆由修订法律大臣领导,提调总司馆务,两科调查、起草现代法典及其附属法和交议各件,编案处删订旧法和编纂章程,译书处编译各国法律书籍,咨议官提供专家意见,庶务处负责日常工作。<sup>[30]</sup>

[27] “法典指民法、商法、刑法、刑事诉讼法、民事诉讼法诸种而言”,“单行法指隶于一事之章程,不属法典之各法而言”。参见前引[2],故宫博物院明清档案部编书,第49页。

[28] 如果说此前张仁黼主张设“立法机关”时尚未有设立议院的计划,只是仿效议院而设立“修订法律院”的话(《大理院正卿张仁黼奏修订法律请派大臣会订折》是光绪三十三年五月初一日,同年八月十三日才有《设资政院谕》即设资政院为议院基础的谕旨),《宪政编查馆奕劻等奏议覆修订法律办法折》已经是同年九月初五日,资政院作为立法机关已经明了,因此在这里宪政编查馆将“立法机关”与“法典起草机构”等同很可能是有意为之。还需要指出,法典与单行法皆属于成文法,何以单行法就可以由各部院、各省等起草而不违背宪政编查馆所谓的立宪原理,可见其逻辑存在矛盾,究其做法的本质,更像是政治的平衡术。

[29] 前引[2],故宫博物院明清档案部编书,第50页。

[30] 上海商务印书馆编译所编纂:《大清新法令(1901—1911)》第二卷,荆月新、林乾点校,商务印书馆2011年版,第113页以下。

对于修订法律大臣沈家本而言,其得以留任要职。尽管朝廷遵循了部院的建议增派了俞廉三和英瑞担任修订法律大臣(后者未到任),但沈家本仍然可以作为舵手继续主持修订工作,从而确保了晚清修律的连续性,使得原有删修旧律、制定新法的成果不至于戛然而止或者另起炉灶。对于法部和大理院为代表的中央部院而言,尽管其控制修订法律馆的目的没有实现,但仍然取得了单行法的起草权。实际上在论争之前,这种各部负责起草单行法的现象已经存在,例如光绪二十九年(1903年)商部的《商律》(由《商人通例》和《公司律》构成)<sup>[31]</sup>、光绪三十二年(1906年)商部的《破产律》<sup>[32]</sup>,因此宪政编查馆的决定乃是对既定事实的追认。在确定权限之后,又陆续有光绪三十四年(1908年)民政部和法部的《报律》<sup>[33]</sup>、民政部的《违警律》<sup>[34]</sup>、民政部的《结社集会律》<sup>[35]</sup>,宣统二年(1910年)民政部的《著作权律》<sup>[36]</sup>,宣统三年(1911年)法部的《监狱律草案》<sup>[37]</sup>等单行法出台。

但从《大清新刑律》的编纂看,法部成为部院中“特殊的一个”,其不仅负责起草单行法,还参与了法典的编纂。本来按照既定的修律程序,《大清新刑律》的第一案在经过中央各部院和各省督抚签注后,应直接交由宪政编查馆考核,但大学士张之洞主管的学部上奏指出:“新定刑律草案多与中国礼教有妨”,“拟请飭下修律大臣将中国旧律与新律草案详慎互校,斟酌修改并以维伦纪而保治安”,朝廷乃要求“修订法律大臣会同法部按照所陈各节,再行详慎斟酌、修改删并,奏明办理。”<sup>[38]</sup>随后对两广总督、安徽巡抚的意见,皇帝朱批乃依样画葫芦。<sup>[39]</sup>将奏请争议事项交给相应职能的机构处理,一方面既是传统君权行使的惯例,另一方面也是此前法部不愿放权的影响。<sup>[40]</sup>这种修订法律大臣和法部合作的模式得到宪法性文件的追认。光绪三十四年八月一日(1908年8月27日)九年预备立宪的《逐年筹备事宜清单》关于第一年事项中就有“修改新刑律。修订法律大臣、法部

[31] 上海商务印书馆编译所编纂:《大清新法令(1901—1911)》第四卷,洪佳期等点校,商务印书馆2011年版,第170页以下。

[32] 同上书,第191页以下。该律由商部起草,咨送修订法律大臣沈家本、伍廷芳会同商定。

[33] 上海商务印书馆编译所编纂:《大清新法令(1901—1911)》第三卷,韩君玲、王健、闫晓君点校,商务印书馆2011年版,第33页以下。

[34] 同上书,第8页以下;《酌定违警律草案折》,收入王家俭:《清末民初我国警察制度现代化的历程(1901—1928)》附录,台湾商务印书馆1984年版,第148页。该律由民政部会同修订法律大臣沈家本起草。

[35] 前引[33],上海商务印书馆编译所编纂书,第39页以下。该律由宪政编查馆会同民政部办理。

[36] 上海商务印书馆编译所编纂:《大清新法令(1901—1911)》第十卷,何勤华、任海涛、李远明点校,商务印书馆2011年版,第40页以下。

[37] 怀效锋主编:《清末法制变革史料》上卷,李俊等点校,中国政法大学出版社2010年版,第348页以下;《前修律大臣大理院正卿沈奏请实行改良监狱折》,《东方杂志》1907年第7期,第354页以下;《法部奏议覆实行改良监狱折》,《东方杂志》1907年第12期,第558页以下;[日]岛田正郎:《清末之狱制改革及大清监狱则例之编纂》,左灵秀译,收入薛梅卿等编:《清末民初改良监狱专辑》,中国监狱学会1997年版,第451页以下。该律由沈家本提议法部编纂,法部聘请日本学者小河滋次郎起草。

[38] 参见前引[22],高汉成主编书,第187页以下。

[39] 同上书,第191页,第197页。

[40] 需要指出,学部原本只是奏请由修订法律大臣处理此事,并无法部。如果发挥历史的想象力,可以认为之前双方关于法律起草权之争给朝廷留下深刻印象,法部有如“会哭的孩子有奶吃”,在朝廷看来毕竟起草法典与单行法只是具体分工的不同,加上新刑律关涉礼教,争议颇大,需高度重视,谨慎对待,因此有意与无意之间,就有了这道要求修订法律馆与法部合作的谕旨,进而形成处理此事的惯例。

同办”。<sup>[41]</sup>这就是《大清新刑律》第二案，即《修正刑律草案》由修订法律馆与法部共同负责的来由。因此，法部的参与不同于一般部院和地方督抚以签注方式提供评议意见，此类意见只是供立法者参考，能否被采纳取决于立法者，而法部则是拥有实质性修订法律的权力。根据朝廷谕旨的要求，“凡我旧律义关伦常诸条，不可率行变革，庶以维天理民彝于不敝，该大臣务本此意，以为修改宗旨，是为至要”，<sup>[42]</sup>《修正刑律草案》最明显的变化就是增加了集中体现礼教内容的《附则》五条，其出自法部郎中、旧律专家吉同钧之手。但第二案中双方的这种“合作”，却颇有“道不同不足与谋”之特质，诚如董康所记：

“奉论（疑为谕）修订法律馆会同法部修改。顾法部对于此事，只知持反对态度，于律之内容概不过问，本馆屡次催询，亦置不覆，遂汇齐各省签注。逐条修正后，缮具定本，并会衔奏稿，送部运署，稿之前半，详述对于签注从违之理由。而稿之后半，留空纸十余行，为法部自抒意见之地步。”<sup>[43]</sup>

由此可见，采用法典正文外另加特别条款（《附则》五条）的编纂体例，乃法政机构权力之争与礼法之争的双重产物，朝廷的介入使得双方不得不携手共事，但旧派人物为主的法部与新派人物为主的修订法律馆在理念上的分歧，使得合作实际上无法正常沟通，加上时间紧迫等因素，<sup>[44]</sup>最终只能采取拼图式的方式，即正文由修订法律馆负责，《附则》五条由法部负责。

宪政编查馆无疑是这场权限之争的最大赢家。一方面通过二元制的法律起草权体系，不但平衡了修订法律大臣与部院之间的权力，而且提高了立法的效率，另一方面通过分权而实行集权，以超然的立场实现了其“统一法制”的目标。在《修正刑律草案》完成后，《大清新刑律》的编纂回到既定的轨道，交由宪政编查馆考核和资政院议决。围绕着对立法权的支配问题，馆院之间或明或暗，发生了法律考核权和议决权之争。

### 三、宪政编查馆与资政院之争

宪政编查馆与资政院之争源自两者的特殊关系。从起源上看，晚清官制改革最初的方案只有资政院而无宪政编查馆。在该方案中，行政方面拟设置内阁总理大臣，建立责任内阁

[41] 前引〔7〕，夏新华等整理书，第129页。这个预备立宪清单出自宪政编查馆，此处表述正是该馆对朝廷做法的确认。在清单颁布之后，直隶总督、东三省总督巡抚、浙江巡抚、江苏巡抚、湖广总督、山东巡抚、江西巡抚、山西巡抚、都察院、闽浙总督、河南巡抚、陕西巡抚的签注，朝廷皆转给修订法律大臣与法部共同处理（参见前引〔22〕，高汉成主编书，第197页以下），湖南巡抚、贵州巡抚的签注中尚未发现朝廷意见（参见前引〔22〕，高汉成主编书，第217页），但从常理上推测很可能也是如此。

[42] 前引〔2〕，故宫博物院明清档案部编书，第858页。

[43] 董康：《中国修订法律之经过》，收入前引〔13〕，董康书，第463页。董康该处所记与《汪荣宝日记》对照，事实可信。汪荣宝担任修订法律馆第二科总纂，是《修正刑律草案》主要负责人，其宣统元年十二月廿二日日记有：“午刻到修订法律馆，得睹《刑律草案》会奏稿。法部允于明日具奏，惟于草案内加《附则》五条，大旨谓关于伦纪各条，悉依旧律办理”（汪荣宝：《汪荣宝日记》，韩策、崔学森整理，王晓秋审订，中华书局2013年版，第103页），可以证明修订法律馆与法部双方的合作实际上是各行其事。

[44] 按照吉同钧说法：“调和其间，以为逐条改正，不惟势有不能，亦且时有不给”。见吉同钧：《论新刑律之颠末流弊并始终维持旧律之意》，载吉同钧：《乐素堂文集》卷七，中华书局1932年版，第6a页。

制,立法方面拟设立资政院为预备议院,<sup>[45]</sup>责任内阁由原来旧制的内阁与军机处改并,<sup>[46]</sup>资政院由晚清新政所设的督办政务处改并。<sup>[47]</sup>但朝廷最终裁决的方案是内阁与军机处维持不变,否定了责任内阁制。朝廷虽同意设立资政院,却未认可由督办政务处改并的方案,<sup>[48]</sup>只是将督办政务处改名为会议政务处。<sup>[49]</sup>

在责任内阁制被否定的情况下,光绪三十三年七月初五日(1907年8月13日)奕劻等转而奏请将考察政治馆改为宪政编查馆。<sup>[50]</sup>在政务处仍然保留的情况下,资政院需要专门设置,在此过程中宪政编查馆发挥了关键作用。光绪三十三年八月十三日(1907年9月20日)朝廷发布谕旨,“著派溥伦、孙家鼐为该院(资政院)总裁,所有详细院章,由该总裁会同军机大臣妥慎拟定。”<sup>[51]</sup>军机大臣作为宪政编查馆的主管,该馆的馆员汪荣宝、章宗祥、曹汝霖等是资政院相关制度规章(如《资政院院章》、《资政院议员选举章程》、《宗室王公选举章程》、《各部院衙门选举章程》等)的起草者,汪荣宝更是其中的核心人物。<sup>[52]</sup>在资政院成立后,宪政编查馆共有14名馆员成为资政院的钦选议员,分别是作为各部院衙门官议员的林炳章、刘泽熙、赵炳麟、胡初泰、汪荣宝、吴廷燮,作为硕学通儒议员的劳乃宣、章宗元、陈宝琛、沈家本、严复、陆宗舆、沈林一、陶葆廉。<sup>[53]</sup>

尽管宪政编查馆将其与资政院的关系界定为“一司编纂,一主赞定,庶政府尽提议法案之责,而国民有参豫立法之机,立宪之基将由此以巩固”,<sup>[54]</sup>但该馆作为行政机关来主导立法机关资政院的设立,不免会从自身行政属性的立场出发,试图控制与削弱资政院的立法权。在这场宪政编查馆与资政院之争中,宪政编查馆在规范层面上宣扬行政权的优越性,限缩资政院的立法范围,在具体立法中试图规避将《大清新刑律》交付资政院议决。资政院采取守势,据法力争。双方在人事上的重叠性,使得分歧得以控制,才达成一定程度上的妥协。

### (一) 宪政编查馆的主张:行政权掌控立法权

#### 1. 立宪政策:大权政治之国是政府操纵议院

宣统二年二月二十九日(1910年4月8日)宪政编查馆上奏《酌拟行政事务明定权限办法折》,强调行政权对立法权的优位性。其将立宪国家分为议院政治之国和大权政治之国,前者是议会操纵政府,后者是政府操纵议会。中国君主立宪的宪法采用大权政治主义:“窃维君主立宪政体,统治权属诸君上,而立法、司法、行政则分权执行,视为立宪要义……两年以来……立法、司法两大端基础已具,若于行政机关不亟设法整理,匪惟不利推行且恐滋生弊端。敬为我皇上缕析陈之。一曰行政权将为立法权所操控也。三权分立固为宪政之精神,而君主立宪国则以君主统治大权冠诸其上,三权之中惟司法机关孑然独立,其互相维系而处以对待地位者,则立法与行政二者而已,然征诸事实则二者对待各不相下,

[45] 参见前引〔5〕,上海商务印书馆编译所编纂书,第675页。

[46] 同上书,第679页。

[47] 同上书,第693页。

[48] 同上书,第38页。

[49] 同上书,第39页。

[50] 参见前引〔2〕,故宫博物院明清档案部编书,第45页。

[51] 前引〔7〕,夏新华等整理书,第80页。

[52] 参见赵林凤:《汪荣宝评传》,南京大学出版社2012年版,第115页以下。

[53] 参见前引〔10〕,刘汝锡文,第107页。

[54] 参见前引〔2〕,故宫博物院明清档案部编书,第48页。

必有一焉隐握运用之权始剂于平。其在议院政治之国，则议会操纵政府，其在大权政治之国，则政府操纵议会，不于此则于彼，东西各有明证矣。我国宪法既采大权政治主义，则于议院政治绝不兼容，故造端之始三权机关必须同时设立不可偏废，否则立法之基先具，既有以磨砺其才增进其识，而行政机关袭故蹈常，不能相副，虽有人才无从历练，优劣相形，势必成以立法权操纵行政权之局，而君主立宪主旨将破坏而不可收拾矣。”<sup>[55]</sup>

因此，面对资政院已经谕旨设立，即将开会的局面，宪政编查馆未雨绸缪，提出作为“厘定官制、清理财政、编制法令”标准的《行政纲目》，其目的一方面是明确行政权限，另一方面也是以此界定资政院与谏议局的立法权限，<sup>[56]</sup> 此举获得朝廷同意。

## 2. 限缩资政院的立法范围

对比官制改革的最初方案，《资政院官制草案》和后来宪政编查馆主导制定的《资政院院章》，可发现资政院的立法范围被限缩。前者第12条“资政院应议事件”第二项为“新定法律事项”，后者第14条“资政院应行议决事件”第四项则为“新定法典及嗣后修改事件，但宪法不在此限”。除了宪法问题之外，资政院立法范围最大的变化是由“法律”变为“法典”。《资政院院章》这一重要细节变化，曾引来梁启超的质疑：

“此第四款所列‘法典’二字当作何解释乎？此资政院权限广狭之第一大问题也……吾实所甚不解也。以中国通行文义论之，则宪典、令典皆作法律之通名，故大清会典可以大清法规之意义解释之，则法律与法典义盖无择。虽然，若就今世法学上通行之术语言之，则法律与法典其范围广狭大相径庭。‘法律’之语源本于罗马语之‘周士’JUS，‘法典’之语源本于罗马语之‘哥狄克士’CODICE。法律可以包法典，法典不能包法律。法典者，与单行法对举者也。故今世术语，惟民法、商法、刑法、民事刑事诉讼法、法院构成法及成文之宪法以系统组织的方法编纂成帙者，始命之曰法典。其他者不名法典。今章程所谓议决新定法典及嗣后修改事件者，不知此系指此种编纂成帙之法典乎，抑指普通法律兼法典单行法悉纳其中乎？若惟指编纂成帙之法典也，据九年筹备案所列，则法院构成法去年既已颁布，新刑律今年亦既颁布。民律、商律、民事刑事诉讼律则宣统三年始行核订。则今年资政院开院竟无一法律可资议，则参与立法权之谓何？不宁唯是，除宣统三年以外，后此各年，则诸法典核订已了，资政院亦更无容喙之余地矣（九年筹备案于核订诸法典条款则宪政编查馆修订法律大臣同办，并无资政院字样）。信如是也，则国家何贵有此资政院以为装饰品而所谓为议院基础者，更何所取义也。吾意当时拟此章程者，其荒谬当不至是。然则本条所谓法典解为普通法律，当无过甚。然第二十一条第二十四条第五十二条皆有‘法律’字样，同一事物名称曷参差而他处皆言法律独此处言法典，则又何也。且本条第三款复云议决税法及公债事件，税法亦法律之一种。若第四款之法典与法律同义，则税法自

[55] 《宪政编查馆酌奏拟行政事务明定权限办法折》，载上海商务印书馆编译所编纂：《大清新法令（1901—1911）》第八卷，林乾、王丽娟点校，商务印书馆2010年版，第256页。该折提到行政权不加以整理的四个弊端，除了上述行政权将为立法权所操纵外，还有行政之统系及责任不分明、国家行政与地方行政界限不明、行政事类不分则财政无从清理。该折的这些提议来自李家驹，可见《考察宪政大臣李家驹考察日本官制情形请速厘定内外官制折》，载前引〔2〕，故宫博物院明清档案部编书，第534页以下。

[56] 参见前引〔55〕，上海商务印书馆编译所编纂书，第259页。该《行政纲目》出自李家驹之手，汪荣宝宣统二年二月二十日日记载：“五时顷诣肃邸，邸出李柳溪（李家驹）所拟《行政纲目》”，见前引〔43〕，汪荣宝书，第130页。

包于其中，何必更赘言之。然则两义皆无一通也。平心论之，谓当时拟章程之人有意将旧章之法律改为法典，以剥夺资政院立法权之一大部分，恐未必然，特用字不知所择耳？殊不知坐是之故，可以起他日无穷之争论，而资政院或且缘此而成废物，孔子所谓名不正则言不顺者。其此之谓乎。呜呼，无使我不幸而言中也。”<sup>[57]</sup>

梁启超从古典文义、现代涵义、立法状况、体系解释等角度展开分析，发现“法典”无论采用扩大解释还是狭义解释，皆存在矛盾，百思不得其解。管见以为，其答案在于此前宪政编查馆为了调停修订法律大臣与法部、大理院之争，于光绪三十三年九月初五日（1907年10月11日）出台的《奏议覆修订法律办法折》。该折将法律分为法典与单行法，单行法只需由宪政编查馆考核即可，无需提交资政院。从这个角度上看，《资政院院章》由留学日本、熟悉现代法学的汪荣宝等人起草，在资政院的立法范围中列明“法典”而非“法律”，并非立法者一时笔误而是慎重考虑、多方博弈的结果，其维持了宪政编查馆立法政策的一贯性。因此从该条的立法原意来看，资政院的立法范围只是法典而不包括单行法。

梁启超尽管因为信息不对称，无法窥得该条变化的原因，但其担心该款规定会引发争议，甚至影响到资政院的立法权却并非多虑。关于此款的理解，资政院议员陶峻便认为，“院章十四条四项仅云新定法典及嗣后修改事件，此各项法律章程之所以未经本院议决也”。<sup>[58]</sup>宪政编查馆提调宝熙（宝瑞臣）也曾试图利用该款来限制资政院的立法权，否认资政院有议决单行法的权力，汪荣宝日记中便有对该细节的记载：“宣统二年九月二十四日十一时顷，到宪政馆。宝瑞臣言资政院照院章仅能议决法典，范围甚窄。今各衙门奏交各种单行法止能作为特旨交议事件，不能谓凡法律必须资政院协赞。余谓法典与法律不可如此强加分别，院章“法典”二字即是法律之意，对命令言之，非对单行法言之也。”<sup>[59]</sup>

资政院于宣统二年九月一日（1910年10月3日）开会后，到九月二十四日以前，有《地方学务章程》、《著作权律》、《修正报律》等单行法作为议案提交资政院议决，<sup>[60]</sup>宝熙此举应是对此情况的反应。作为《资政院院章》的起草者，宪政编查馆编制局正科员汪荣宝牵强地将“法典”扩大解释为“法律”，从而化解此问题，值得称道。汪荣宝在宣统二年四月当选为资政院钦选议员，这一身份的添附，很可能是其能够站在资政院立场（当然也更符合宪政原理）的角度考虑问题的重要原因。

### 3. 规避资政院对《大清新刑律》的议决

在实践层面上，宪政编查馆试图绕开资政院，不将《大清新刑律》交付议决。当年的亲历者汪荣宝在日记中就留下两则重要的证据。

证据一：“宣统二年六月十六日本年颁布新刑律，余谓当由馆奏交资政院协赞，刘仲鲁、达穉甫等竭力反对，伯屏援院章抗论刑律系属新定法典，应行交议，争论久之，不得要领。”<sup>[61]</sup>

证据二：“宣统二年八月二十四日五时顷杨哲子、胡伯平同来，宪政馆同人对于刑律草案分新旧两派，各持一说，争议不已。主张新说者均欲赶紧定稿出奏，不交资政院议决。

[57] 沧江（梁启超）：《资政院章程质疑》，收入志伊斋：《庚戌资政院议案章》第四卷，上海征文社印行，文海出版社影印，第28页以下。

[58] 前引[12]，李启成点校书，第152页。

[59] 前引[43]，汪荣宝书，第192页。

[60] 参见前引[12]，李启成点校书，第23页。

[61] 前引[43]，汪荣宝书，第174页。

余虽赞成新案，而以资政院有议决之权，若不交议，即为违法。今当第一次开院即开政府规避院议之端，殊与立宪精神不合，持论颇与仲和诸君异同。哲子、伯平述仲和意以资政院议员中有法律知识者尚鲜，交议恐致破坏，劝余深思熟虑。余坚持初议，与二君反复辩论，二君亦无以难，允再设法运动交议之事。”〔62〕

宣统元年十二月二十三日（1911年1月23日）清廷发布谕旨：“修订法律馆会同法部具奏修正刑律草案告成缮单呈览一折，著宪政编查馆查核复奏，钦此。”〔63〕《大清新刑律》开始交付宪政编查馆考核。在第一则证据中，刘仲鲁即宪政编查馆提调刘若曾，达穉甫即宪政编查馆提调达寿，皆为宪政编查馆的高层官员，伯屏即资政院秘书长金邦平。当汪荣宝提出按照程序应交付资政院议决时，遭到宪政编查馆高层的反对，金邦平则站在资政院立场，援引《资政院院章》所赋予的权限进行抗争。在第二则证据中，杨哲子即宪政编查馆参议杨度，胡伯平即宪政编查馆编制局副局长胡初泰，仲和即宪政编查馆编制局副局长章宗祥，三人皆是新派（法理派）人物。在宪政编查馆考核新刑律过程中新旧两派发生激烈争执，新刑律受到劳乃宣等旧派（礼教派）人物的强烈反对，新派人物担心将来该律在资政院无法获得通过，再次有了规避院议的动议。

宪政编查馆两次试图阻挠议决的举动，可以看成是《修正刑律草案》以来法政机构权力之争和礼法之争的再现。第一次是法政机构权力之争，宪政编查馆试图排除资政院，独掌法典的核定权；第二次是礼法之争，新派为了达到其立法目的，试图借助行政权来阻止立法权的行使。在此过程中，作为宪政编查馆馆员和新派人物的汪荣宝敢于反抗上司的违法行径，维护宪政秩序的表现大值称道。与之前解释院章的举措相似，其兼任资政院钦选议员的身份很可能是其不同于章宗祥、杨度等同为新派人物而主张交付资政院议决的重要原因。

这两次是否交付资政院议决的分歧无法调和，最终以宪政编查馆的最高领导军机大臣决定交付资政院而暂告一段落，“宣统二年八月二十六日饭后月华贝勒（按：军机大臣毓朗）、那相（按：军机大臣那桐）到馆披阅文牒并决议将刑律草案提出于资政院，四时顷散。”〔64〕

## （二）资政院的反应：力争立法机关权限

### 1. 督促《大清新刑律》提交议决

宣统二年九月初一日（1910年10月3日）资政院正式开会，在同年十月初六日的会议上，议员刘曜垣梳理当时的立法状况，提出新刑律应尽快交议：“新定法典，其重要之部分如公法中之行政法、诉讼法、刑法，私法中之民法、商法等，均未提出。其中因多未编成者，固无足怪，至于已核订之新刑法，犹未提出，将来我们资政院还有数十日会期，而刑法对于国民之生命财产自由等权利，关系十分重要，修正时须如何了。现在所提出者，仅民法一小部分之著作权，商法一小部分之运输规则、保险规则等，无怪人疑及资政院立法范围之太狭，所以各省谘议局有申明资政院立法范围之陈请。本议员请议长咨请宪政编查馆速将新刑律奏请交议，其未编成之民法、商法、诉讼法等赶紧编成提出议决，如此则资政院才能成议院基础。”〔65〕

〔62〕 前引〔43〕，汪荣宝书，第192页。

〔63〕 前引〔22〕，高汉成主编书，第587页。

〔64〕 前引〔43〕，汪荣宝书，第193页。

〔65〕 前引〔12〕，李启成点校书，第152页。

宣统二年十月初四日（1910年11月5日），即在资政院开会一个多月后，宪政编查馆终于完成《大清新刑律》的考核，上奏朝廷，“谨将刑律正文并此次修改与原案有出入者，加具案语暨《暂行章程》，分别缮单，恭呈御览，付乞敕下资政院归入议案，于议决后奏请钦定，遵照筹备清单年限颁布施行”，<sup>[66]</sup>第三案与第二案相似，同样采取法律正文加特别条款（《暂行章程》）的方式。刘曜垣当时可能尚未见到奏稿，因此有询问督促之举。宣统二年十一月初一日（1910年12月2日），千呼万唤始出来，《大清新刑律》终于列入资政院的议事日表之中，<sup>[67]</sup>开始其在资政院的讨论表决之程。

## 2. 审查与起草《申明资政院立法范围》议案

刘曜垣对立法状况的不满和对法典编纂的催促，在关于资政院立法范围问题讨论的大背景之下，资政院常年会议和特任股员会曾各自两次进行专门商议。

在宣统二年十月初六日（1910年11月7日）的资政院常年会议上，资政院的陈请股提出地方谘议局联合会的《陈请申明资政院立法范围》说帖，经议员们讨论后，议长溥伦决定将该说帖交给特任股员会进行审查，为了避嫌，特别选任非宪政编查馆馆员的议员。<sup>[68]</sup>这份说帖主要有两项提议，一个是资政院的立法权限应包括参与权和承诺权，所谓法律乃取广义，包括法律与命令两种；一个是宪政编查馆与资政院应划分权限，前者负责编制法律，后者负责议决法律。<sup>[69]</sup>

该特任股员会由18名议员组成，他们是润贝勒、全公、赵椿年、曹元忠、吴士鉴、喻长霖、书铭、籍忠寅、孟昭常、雷奋、方还、江谦、汪龙光、邵羲、陶葆霖、罗杰、李文熙、牟琳。宣统二年十月初七日，经特任股员互选股员长与副股员长，润贝勒当选股员长，雷奋当选副股员长。同年十月初九日特任股员会开会，议决结果是该说帖不能成立为议案，其审查报告书内容如下：

“议长公鉴。本月初九日为审查各省谘议局陈请申明资政院立法范围案，开特任股员会审查，得此项陈请书所举条件一系申明本院应有参与及承诺之权，一系申明本院既已成立，宪政编查馆责司编制，而本院责在赞定，应将权限分清等语。查院章第十四条‘本院应行议决事件第四款：新定法典及嗣后更改事件’，又第十五条‘前条第四款所列修改法典事件，资政院亦得自行草具议案’，据此可知新定法典及嗣后修改事件均由本院议决，则参与之权已经确定，可无疑义。至承诺之权，本院既可自行草具修改法典之议案，则所有现行法典，本院有视为必应修改者，即可提议修改。是以前所颁行之法典，无庸本院追认乃为有效，而本院权限固自无亏。此无庸申明者一也。至谓宪政编查馆职司编制，本院责在赞定，系遵照光绪三十三年奏案办理，本无疑义，亦不待本院申明而后有效。此无庸申明者二也。本股员会以为，此项陈请书所具条件及理由均无成立议案之必要。惟资政院立法范围之待申明者，如解释院章、引申义例及划分法律命令界说之类，实为本院切要之举。应请议长咨询本院决定，重行指定起草员草具议案，依法律案手续提出。会议本股员会意

[66] 前引〔22〕，高汉成主编书，第590页。

[67] 参见前引〔12〕，李启成点校书，第298页。

[68] 同上书，第149页以下。依据《资政院分股办事细则》第13条：资政院为审查特别事件，得议决选定特任股员；第14条：特任股员会通常以六人为额，但视所附事件，得由本院议决增至十二人或十八人。

[69] 参见《陈请申明资政院范围议案》，载《直省谘议局议员联合会报告书汇录》，邱涛点校，北京师范大学出版社2013年版，第110页以下。

见相同，多数表决，特此报告。”〔70〕

特任股员会一方面依据《资政院院章》相关条款和有关谕旨，认为资政院已经具有立法参与权与承诺权，与宪政编查馆也各有所司，权能有分，所以该说帖的主张无庸讨论。但另一方面也承认资政院立法范围问题的重要性，认为亟需“接着说”，因此建议将其作为法律类议案提出。在这种背景下，宣统二年十月十七日的资政院常年会议上，议员们一方面表决通过该审查报告书的结论，否定该说帖作为议案的效力，另一方面也表决赞成其提出同名新议案的建议，并由议长指定原来的18名股员组成特任股员会，起草《申明资政院立法范围》议案。〔71〕

宣统二年十月二十日，特任股员会开会表决通过了副股员长雷奋关于指定额外股员办理修正院章、解释院章和引申院章三种草案的提议，指定其和李文熙、孟昭常、牟琳、籍忠寅、邵羲担任额外股员，分任起草，准备等草案出台后再开会讨论。但一直到资政院闭会，该特任股员会不曾再开会，亦未提出报告书。〔72〕

### （三）论争结果

宪政编查馆的考核权与资政院的议决权之争，主要聚焦两个问题，即规范层面上关于《资政院院章》立法权限条款的解读及具体立法中关于《大清新刑律》是否应交付资政院议决。

在第一个问题上，双方都采取了审慎克制的态度。宪政编查馆不再坚持《宪政编查馆办事章程》和《奏议覆修订法律办法折》中关于资政院只是议决法典而无单行法的规定，将资政院议决事项中“法典”一词扩大解释为“法律”，使得一部分单行法得以进入资政院讨论。但是也要看到，宪政编查馆可以通过界定规范性质的方式，将之认定为命令，从而“合法”地规避资政院的议决。例如该馆关于《谕议局章程》性质对资政院的答复，“是命令、非法律”。〔73〕在此前提之下，资政院对法律的议决权不免要打个折扣。

资政院的表决结果体现了对《资政院院章》既有立法权限条款的尊重，也间接含蓄地提出更为根本性的问题，即《资政院院章》应该进行修正、解释和引申，背后的目的在于维护资政院的权限，避免宪政编查馆的干预。这一议案的起草后来不了了之，很可能在于其关系到资政院与宪政编查馆权限分配的宪政问题，而该类事件又是属于宪政编查馆负责的范围，〔74〕因此从起草普遍性规范的方式入手寻求变革，成功可能性不大。资政院的议员们转而通过具体个案，解释、引申院章来寻求突破，例如弹劾军机大臣事件。〔75〕

在第二个问题上，经过军机大臣的决断，《大清新刑律》得以在资政院进行讨论表决。在新刑律首次开议时，政府特派员、宪政编查馆参议杨度曾说：“资政院是立法机关，协赞立法

〔70〕《审查陈明资政院立法范围议案》，载《资政院第一次常年会会议录·特任股员会》，中国社会科学院法学研究所藏本，不著出版日期，第85页以下。

〔71〕前引〔12〕，李启成点校书，第236页以下。

〔72〕参见前引〔70〕，中国社会科学院法学研究所藏书，第119页。

〔73〕参见前引〔69〕，邱涛点校书，第238页。

〔74〕《宪政编查馆办事章程》第二条职掌即有“议覆奉旨交议有关宪政折件”。

〔75〕该事件就是针对军机大臣侵犯资政院权限，试图利用《资政院院章》第21条对其发起弹劾。该条为：军机大臣或各部行政大臣如有侵犯资政院权限，或违背法律等事，得由总裁、副总裁据实奏陈，请旨裁夺。前项奏陈事件，非有三分之二以上至同意，不得议决。关于弹劾军机大臣案的全面介绍，参见李启成：《近代宪政视野中的晚清弹劾军机案》，《法制史研究》2006年第9期。

的时候,对于政府提出《新刑律》,何者宜存,何者宜去,都有独立之权限,算是中国有历史以来,是第一法典之改良,是资政院协赞法典之第一次,为从来未有之盛典”。〔76〕但是这种独立性,实践中仍然受到宪政编查馆的掣肘,议员易宗夔对此就有预见,“《新刑律》将来通过上奏,如有人说还是照旧律为好,我们所议决的必又归于无效,我们若不把这个事弄清,本院以后可以不必开议了。”〔77〕果不其然,按照程序的规定,《大清新刑律》应在资政院议决后,由资政院与宪政编查馆共同上奏。〔78〕但是因为新刑律的礼法论争过于激烈,一直到资政院闭会时,新刑律只是省略三读通过了总则,分则并未议完。〔79〕而且在最具争议的“无夫奸是否入罪”问题的表决上,新派遭受惨败。〔80〕在这种情况下,宪政编查馆第三次出现了规避资政院的举动,准备单独上奏其原案。汪荣宝在宣统二年十二月十一日(1911年1月11日)的日记中记载了这一重大变故:“六时顷,以金伯屏招饮石桥别业往赴,遇仲和,云:馆议将以新刑律原案颁布,不复与资政院会奏。余闻之愕然,殊为宪政前途危惧。”〔81〕

寥寥数十字,汪氏内心的震惊不安,跃然纸上。宪政编查馆此举的原因主要有两方面。首先,按照预备立宪清单,新刑律应于本年颁布,宪政编查馆作为宪政中枢机构,需要确保目标的实现。〔82〕从该馆角度上讲,既然资政院尚未议完,宪政编查馆自身又有考核法律之权,那么以该馆原案取而代之乃自然而然。其次,在资政院议决中,宪政编查馆原案中关于某些争议性条款,如无夫奸问题的意见被否定,不排除馆中新派试图借此机会实现逆袭。笔者推测,作为宪政编查馆编制局副局长的章宗祥(仲和),很可能是其中的推手。〔83〕该馆行为的背后,仍然综合了法政机构权力之争和礼法之争的双重因素。

面对资政院的立法权可能无法实现的危局,第二天汪荣宝便积极地斡旋谋划,他游说宪政编查馆提调达寿倾力维持,约集资政院议员合议善后事宜,他与陆宗舆、吴廷燮、杨度等拟订由资政院与宪政编查馆会奏总则,宪政编查馆单奏分则的办法,试图谒见军机大臣面陈没有成功,转而再与宪政编查馆提调宝熙商议此办法。〔84〕在汪荣宝的不懈努力下,该方案最终获得宪政编查馆馆议同意,付诸实施。宪政编查馆在关键时刻克制自己的权力,显示了对资政院必要的尊重,〔85〕经皇权裁断认可,〔86〕这场宪政编查馆考核权与资政院议决权之争终于得以妥协处理,《大清新刑律》引发的宪政危机得到化解。

〔76〕前引〔12〕,李启成点校书,第308页。

〔77〕同上书,第504页。

〔78〕《资政院院章》第16条:资政院于第14条所列事件议决后,由总裁、副总裁分别会同军机大臣或各部行政大臣具奏,请旨裁夺。

〔79〕参见前引〔12〕,李启成点校书,第714页。

〔80〕同上书,第666页以下。无夫奸问题在资政院历经两次表决,首先蓝白票表决,结果是无夫奸应入罪;其次起立表决,结果是无夫奸应写入法典正文而不是《暂行章程》。

〔81〕前引〔43〕,汪荣宝书,第233页。

〔82〕同上书,第233页。

〔83〕首先,有先例,在宪政编查馆审核新刑律时,章宗祥就认为资政院议员法律知识不足,反对交付院议;其次,有权力,章宗祥身为编制局副局长,该局是馆内负责法律事务的部门,对此具有话语权;第三,有迹象,馆议的意见是章宗祥最先告诉汪荣宝,其很可能是参加馆议之人。

〔84〕参见前引〔43〕,汪荣宝书,第233页。

〔85〕同上书,第238页;《资政院为议决新刑律总则缮单会陈请旨裁夺折》、《宪政编查馆为新刑律分则暨暂行章程未经资政院议决应否遵限颁布缮具清单请旨办理折》,参见前引〔22〕,高汉成主编书,第698页以下。

〔86〕参见前引〔22〕,高汉成主编书,第697页。

## 结 论

从《大清新刑律》的编纂历程这一“片面但深刻”的角度展开考察，晚清新政中的立法权之争可分为两个阶段，分别是第一阶段修订法律大臣和法部、大理院关于法律起草权之争，第二阶段宪政编查馆与资政院关于法律考核权与议决权之争。从典型事例来看，如第一阶段中修订法律馆与法部分工合作编纂《修正刑律草案》，第二阶段中宪政编查馆曾经三次试图规避资政院对《大清新刑律》的议决，立法权之争的背后乃受到法政机构权力之争和礼法之争双重因素的影响。前者为主，乃在制度转型之下法政机构利用近代政治的话语修辞进行权力争竞，借用梁启超的话讲，就是“同一条文，政府据之以削减国会之权限，同时国会即据之以自扩充其权限，而各皆持之有故，言之成理，比比然也。”<sup>[87]</sup> 后者为辅，乃在法政智识转型之下新派试图借助其隶属机构的权力实现其立法理念，排除旧派的干预影响。法政论争明确了法政机构的职能与权限关系，使得立宪理论与规范章程得以付诸实施，值得充分肯定。

从分权角度看，负责《大清新刑律》的三个法政新机构，无论是职能还是人事，皆不能做到完全分立。例如作为行政机关的宪政编查馆对法律的考核权和作为立法机关的资政院对法律的议决权就存在重叠性，再如沈家本、汪荣宝等，皆一身多职。<sup>[88]</sup> 但对此不能简单地予以否定，需从理论和比较视野，结合中国的语境加以深入分析。

首先，纯粹分权学说只是一种“理想型”的理论，<sup>[89]</sup> 三权分立学说的典范人物孟德斯鸠就认为“如果行政机关没有制止立法机关越权行为的权利，立法机关将要变成专制”，因此，“行政机关应通过它的‘反对权’来参与立法”。<sup>[90]</sup> 这一理论影响了美国的开国元勋，<sup>[91]</sup> 形成了美国宪法的“制约与平衡”原则，即三个政府部门的分立或独立并不是绝对的，而是相互制约、平衡的，落实到具体条文上，就是国会有权立法，但总统有权加以否决。<sup>[92]</sup> 从这个意义上说，宪政编查馆对经过资政院议决的法律有否决权，<sup>[93]</sup> 并非没有法理依据。其次，宪政编查馆仿效的近代日本内阁法制局，就具有立法甚至司法的职能，其下设行政、法制和司法三部，行政部负责命令的起草、审查，法制部负责法律的起草、审查，司法部

[87] 梁启超：《中国国会制度私议》，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2000年版，第288页。

[88] 沈家本是修订法律大臣（主管修订法律馆）、宪政编查馆一等谏议官、资政院副议长暨钦选议员；汪荣宝是修订法律馆总纂、宪政编查馆编制局正科员、资政院法典股副股长暨钦选议员。

[89] [美] M. J. C. 维尔：《宪政与分权》，苏力译，生活·读书·新知三联书店1997年版，第13页。

[90] [法] 孟德斯鸠：《论法的精神》上册，张雁深译，商务印书馆1995年版，第160页，第163页。

[91] 汉密尔顿指出：“行政部门对于立法部门的法案，能够断然或有条件地予以否认，最有资格的政治权威都承认，乃是对后者侵犯前者权力的不可缺少的屏障。”[美] 汉密尔顿、杰伊、麦迪逊：《联邦党人文集》，程逢如、在汉、舒逊译，商务印书馆2009年版，第337页。

[92] 参见沈宗灵：《美国的政治制度》，商务印书馆1980年版，第18页以下。沈先生认为美国总统是事实上的主要立法者，见该书第66页。

[93] 《资政院院章》第17条：“资政院议决事件，若军机大臣或各部行政大臣不以为然，得声叙原委事由，咨送资政院复议”。需要指出，在这里笔者只是从整体上强调行政机关在立法上对于立法机关的制衡，《宪政编查馆办事章程》（包括《修订法律办法折》）与《资政院院章》关于宪政编查馆的考核权规定不同，前者具有修改法律的权力，后者则是消极性的否决权。

负责恩赦特典、裁判所官制和行政裁判。<sup>[94]</sup> 建立强大的行政权，正是日本近代立宪成功的重要因素。第三，人事上的一身多职，固然会遭到诸如“从前宪政编查馆科员多以法律馆人员兼充，彼等一面在法制院起草，一面又在宪政编查馆审查，往往坚执成见，排除异己。去年刑律草案竞争激烈，未能秉公讨论，妥慎厘定，致大不利人口，可为前鉴”<sup>[95]</sup> 的批评，但从立宪的角度上看，无论是资政院的立法范围由“法典”变为“法律”，还是宪政编查馆与资政院合奏总则，这种兼职性的人事安排能够缓和法政机构之间的冲突，使其行为更加符合宪政原理，这正是法政论争可以达成妥协的重要因素之一，具有积极意义。出现妥协的另外一个重要因素则是更高权威的存在，如第一阶段中宪政编查馆对于修订法律大臣与法部、大理院之争的调停，第二阶段中皇权对于宪政编查馆与资政院之争的裁断。

清廷虽然最终覆灭，但晚清新政立法的主要成果为民国所继受，权力之争也没有像民国初期那般水火不容，最终诉诸武力解决。当时这场法政之争能够基本维持预备立宪的秩序，完成立法任务，具有积极意义。回顾清末这场法政之争，有两点重要的启示。一是立法过程中，修订法律馆、宪政编查馆与资政院分别象征的科学、效率与民主三种价值之间，需要协调好关系；二是转型政治中，权力在分立之下应以克制与妥协来维持适当的平衡。

---

**Abstract:** Viewing from the perspective of the compilation of the New Criminal Law of the Qing Dynasty, the power struggles between legislative and executive authorities in the political reform of Late Qing Dynasty can be divided into two stages. At the first stage, there were the scrambles for the law drafting power between chancellors responsible for the law revision, the Legal Ministry and the Supreme Court. At the second stage, there were struggles for the power of law assessment and the power of final judgment between the Constitutional Compilation Bureau and the Primary Congress. The struggle for legislative power was influenced by both the struggle between legislative and executive institutions and the struggle between the School of Feudal Ethics and the School of Law. In the struggle, both sides had shown a certain degree of self-restraint, although the executive authority was quite powerful and once attempted to take control over the legislative domain. The power struggle clarified the functions and authorities of legislative and executive institutions, basically maintained the order established during the preparation for constitutionalism in the late Qing Dynasty and therefore was indeed of some positive significance. The compromise that had been reached in the power struggle between legislative and executive authorities could be attributed to the existence of a higher authority and to the fact that the key figures in the struggle held positions in both the legislative and the executive institutions.

**Key Words:** legislative power, executive power, New Criminal Law of the Qing Dynasty

---

[94] 参见康有为：《日本变政考（外二种）》，姜义华、张荣华编校，中国人民大学出版社2011年版，第203页。

[95] 参见前引[2]，故宫博物院明清档案部编书，第587页。