

# 乾坤挪移玄机深

## 晚清官制改革中的“改寺为院”

韩 涛\*

**摘 要** 晚清大理院是“预备立宪”背景下、官制改革过程中以大理寺为基础改设的最高司法审判机构,在中国司法制度史上意义非凡。不过,这一“改寺为院”的路径设计并不合理。在“三法司”中,刑部才是实质上的全国最高司法审判机构,大理寺仅为慎刑机构,并非改设最高司法审判机构的最佳选择。然而,朝野之倡言、功能之比附、名称之相近、操作之易行,为“改寺为院”提供了舆论、制度、语义与实践基础;对日本亦步亦趋的模仿,则将刑部定格在司法省的位置,阻断了“改部为院”的思路;而集权管控,实现“大权统于朝廷”的官制改革目的,则是清廷最终决定“改刑部为法部,改大理寺为大理院”的内在动因。这一司法机构改革的路径设计,导致大理院与法部之间权限纠葛不断,严重影响了司法改革的进程,致使最高司法审判机构位居行政机构之下,为司法独立埋下了观念障碍。所有这些,均对中国的司法理念与司法制度产生了深远影响,或多或少地制约着今天的司法构造与司法运作。

**关键词** 大理寺 大审院 大理院 刑部 改寺为院 官制改革

### 一、问题的提出

光绪三十二年九月二十日,“预备立宪”上谕颁布两月多后,清廷颁布裁定中央官制改革方

\* 复旦大学法学院副教授。本文为2010年国家社会科学基金青年项目“晚清中国司法构造与运作原理研究——以晚清大理院为中心”(批准号:10CFX008)的阶段性成果,并受复旦大学“卓学计划”第三批项目“晚清司法的多维观照”的资助。特此说明,并致谢忱。江照信、史大晓二学兄曾审阅教正,并帮助翻译、斧正英文摘要,一并致谢。当然,文中所有可能的错误,均由本人负责。

案上谕,其中规定:“刑部著改为法部,专任司法;大理寺著改为大理院,专掌审判。”〔1〕这一上谕,拉开了晚清司法改革的序幕,引发了近代司法领域中的一系列重大变革。作为这一上谕的直接产物,专门的全国最高司法审判机关——大理院设立。这是中国最早的近代意义上的最高法院,它的设立,标志着传统司法体制的解体和近代司法体制的发轫,在中国法律史上具有深远影响。

对于晚清中央司法机构改革的结果,特别是作为最高司法权载体的大理院的产生,晚清朝野将其视为“三权分立”之肇端、“预备立宪”之始基,予以高度评价:“改寺为院,明定责成,储裁判独立之精神,为宪法执行之基础。”〔2〕“大理院之设,诚为改良裁判、收回治外法权之要政……此举为变法之发轫,立宪之基础。”〔3〕“此为司法独立之朕兆,亦即制定宪法之权舆。”〔4〕“中外有识之士,皆谓此次釐定官制,惟司法分立一事,最得预备立宪之本原。”〔5〕

不仅如此,对于晚清中央司法机构改革的具体路径,论者也多有溢美,誉之为不容置疑的明智之举:“今改刑部为法部,大理寺为大理院,……此制之绝无可议者也。”〔6〕“曩者改刑部为法部,总理司法行政。改大理寺为大理院,专掌审判事务。颇有明见。”〔7〕

然而,事实果真如此么?仔细看来,晚清中央司法机构改革的结果——中央最高司法审判机构大理院的诞生,固然有着非常重要的积极意义,毋庸置疑。但其诞生的具体路径——“改寺为院”,却并非毫无可议之处。

且看光绪三十二年之大理寺与刑部:

大理一官,实始于皋陶作士……沿袭既久,名实渐乖,详谏已等虚文,会听祇循故事。重以经费支绌,振作难期,虽有贤能,未由展其尺寸。官之失职,有自来矣。〔8〕

臣院承受之大理寺,夙称闲曹。〔9〕

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

〔2〕 北京大学图书馆古籍特藏室:《司法奏底》,一函二十二册,第14—9册(铅笔编号),“大理院谨奏为旧日大理寺应办事宜酌量裁并暨应领常年经费暂行停支摺”。

〔3〕 北京大学图书馆古籍特藏室:《司法奏底》,一函二十二册,第14—1册(铅笔编号),“大理院谨奏为院务重要酌拟大概办法恳恩飭部拨款以资开办摺”。

〔4〕 董康辑:《调查日本裁判监狱报告书》卷首“调查日本裁判监狱情形摺”,北京农工商部印刷科铅印,光绪丁未五月排印,页2。

〔5〕 故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料(下)》,“御史吴枋奏釐定外省官制请将行政司法严定区别摺”,中华书局1979年版,页822。

〔6〕 《申报》,1907年2月18号,第12149号,第四版,“民政部两厅官制说帖”。

〔7〕 《申报》,1910年11月23号,第13577号,第二版,“论说”,“中国中央官制改革案(续)”。

〔8〕 北京大学图书馆古籍特藏室,见前注〔3〕。

〔9〕 上海商务印书馆编译所编纂:《大清新法令(1901—1911)(第一卷)》(点校本)《大清光绪新法令·司法·司法权限·大理院奏谨就司法权限酌加釐订摺并清单》,李秀清、孟祥沛、汪世荣点校,商务印书馆2010年版,页371。

刑部为刑名总汇之区,关系最重。且有审判命盗及奏交各大案,与其余问刑衙门,轻重迥殊。<sup>[10]</sup>

外省刑案,统由刑部核覆。不会法者,院寺无权过问,应会法者,亦由刑部主稿。在京讼狱,无论奏咨,俱由刑部审理,而部权特重。<sup>[11]</sup>

让我们再将目光投向宣统二年之法部与大理院:

自改定官制以来,法部与大理院曾因争夺权势,互起冲突。刘仲鲁少卿现为宪政编查馆提调,闻暗中布置,将权力付之大理院,法部乃益退处于无权。近日廷尚书奏将用人之权归诸法部,然亦不过如吏部之专司注册,徒有其名,直一闲曹而已。故法部堂司及一切书吏皂役,咸以无事可办,大为忧虑云。<sup>[12]</sup>

自《法院编制法》编定后,法部已形同虚设。日来朝廷尊重司法独立,每逢重要案件又强半批于大理院知道,而不关照法部。法部遂无事可办,乃发明一种预备抵制之法。于本署中派出司官十人为议员,连日开会集议抵制大理院办法。一俟议案成就,即请廷尚裁可奏闻,以冀稍挽权利。<sup>[13]</sup>

法部自与大理院分权后,一切司法事权全归大理院掌握,故法部各堂官意颇不悦。刻闻廷尚书与左右堂议商,本部政事清闲,各司员几同虚设,不可不为之筹一出路。<sup>[14]</sup>

自法部与大理院划分权限后,法部之承政、参议两厅几于无所事事,现闻该部各堂拟即将其裁撤。其审录、制勘、编制、宥恤等四司,向系校勘各省案件,现已划分司法权限归大理院核稿,故亦须归并。探闻刻下之所注重者,惟统计、会计、编查数处而已。<sup>[15]</sup>

法部堂宪现因本部公事较简,拟裁并四司,并将冗员酌量淘汰,以昭核实。<sup>[16]</sup>

法部任用宾尚书日前奉枢府谕交,饬将该部冗员靡费实行裁并。近来屡次到部,与左右各堂会商。闻已拟定办法,系将本部八司并作四司,各司员中有近于冗滥者,概行裁去,仅留十分之四,约于本月内外即可决定发表。<sup>[17]</sup>

大理院兴,法部遂成闲曹。<sup>[18]</sup>

大理院与法部将司法行政权限划清后,所有校勘各案均归大理院办理。现定正卿以本院为司法独立衙门,事权较前繁要,拟将本院官制略加修订,酌添官缺若干,并拟奏调法部司员熟

[10] 薛允升:《读例存疑点注》(卷四十八)《刑律上》,胡星桥、邓又天主编,中国人民公安大学出版社1994年版,页828。

[11] 赵尔巽等撰:《清史稿》(卷一百四十四)《刑法三》,中华书局1976年版,页4206。

[12] 《申报》,1910年3月26号,第13335号,第一张,第五版,“紧要新闻”,“告朔饩羊之法部”。

[13] 《申报》,1910年3月31号,第13340号,第一张,第四版,“紧要新闻”,“法部将发现争权之议案”。

[14] 《申报》,1910年4月8号,第13348号,第一张,第四版,“紧要新闻”,“法部司员将获特别权利”。

[15] 《大公报》,1910年5月1号,第2787号,第二张,第一版,“北京”,“法部官制改革述闻”。

[16] 《大公报》,1910年6月5号,第2822号,第二张,第一版,“北京”,“法部裁员并司”。

[17] 《大公报》,1910年6月28号,第2845号,第二张,第一版,“北京”,“法部将实行裁汰”,“谕交疑为谕文”之误。

[18] 胡思敬:《国闻备乘》(卷二)《新衙门争权》,中华书局2007年版,页74。

习情形者襄同办理。刻正筹画一切,日内即行具奏。〔19〕

大理院定镇平京卿以本院责任重要,案件积压,究非慎重之道,拟将刑科民科各添设一庭,以资清理各项讼案,免致日久稽延。〔20〕

可见,由于官制改革方案的这种路径设定,晚清中央司法机构改革中,当政者将一个位高权重、实际具有最高法院功能的机构刑部,不断剥夺司法审判权力,削弱成了无事可办,需要淘汰冗员、裁撤机构的“闲曹”;而将一个位卑权轻、实际并无最高审判功能的“闲曹”大理寺,不断扩充司法审判权力,塑造成了繁忙不堪,需要补充员缺、添设机构的最高法院。某种程度上,等于在刑部与大理寺之间实现了单向的权力转移。这对于政治体制和国家机构而言,表面上,不过是一个“闲曹”转变为另一个“闲曹”,但实质上,光绪三十二年至宣统二年之间,在审判权力的辗转搬运过程中,改革者却遭遇重重阻力,陷入争权夺利、纠葛龃龉的漩涡,浪费了无数的智慧,付出了沉重的代价。〔21〕

如此看来,这种类似“乾坤大挪移”式的司法机构改革,不是近乎“折腾”么?晚清的官制改革方案,为什么不直接将具有最高法院之实的刑部改为大审院(大理院),而偏要选择将并无最高法院之实的大理寺改为大审院(大理院)这样一条大费周章的路径呢?在官方奏摺中,清廷着重论证了设置独立的最高司法审判机构——大审院(大理院)的必要性,却并未充分论证采取“改寺为院”这一路径的缘由。或许,其间有更为深层的玄机需要解读。目前国内研究,尚未就此问题展开深入讨论。学者们评价晚清中央司法机构改革时,一般只侧重于对其最终结果的品鉴,而往往忽略对其具体路径的考量。〔22〕

本文拟借助第一手资料,穿越历史的积尘,返回历史现场,重新审视当初“改寺为院”的官方缘由,追问其利弊得失,分析隐藏在其背后的深层玄机,以期对遮蔽在奏摺中的官方话语下的、晚清中央司法机构改革中的博弈权衡及其影响,进行微观扫描与深入反思。

## 二、“改寺为院”的官方理由

那么,在清廷裁定的中央官制改革方案中,为什么要将“大理寺”而不是其他机构改为“大理院”呢?

个中缘由,清廷在裁定中央官制改革方案上谕中,并未予以说明〔23〕;而总司核定官制大

〔19〕《申报》,1910年3月1号,第13310号,第一张,第六版,“京师近事”。

〔20〕《大公报》,1910年6月10号,第2827号,第二张,第一版,“北京”,“大理院清理讼案之计画”。

〔21〕张从容博士在《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)中,对部院之间的权力纠葛有深刻的检讨。

〔22〕阅读所见,张从容博士在《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)中,对晚清预备立宪、司法改革背景下,中央司法机构改革方案的不合理之处有所反思。

〔23〕光绪三十二年九月二十日《裁定奕劻等覈拟中央各衙门官制谕》只是直接下令:“大理寺著改为大理院,专掌审判。”对于缘何而改,并无任何论述(故宫博物院明清档案部编,见前注〔1〕,页371)。

臣奕劻等在《奏釐定中央各衙门官制缮单进呈摺》中,也未予以阐释<sup>[24]</sup>;在同摺所附的《阁部院官制节略清单》中,仍未予以解说<sup>[25]</sup>;而在随摺上呈的作为“各院官制清单六件”之一的《大理院官制草案》中,亦未予以揭示<sup>[26]</sup>。

详查之下,唯有光绪三十二年七月初六日,出使各国考察政治大臣戴鸿慈、端方二人《奏请改定全国官制以为立宪预备摺》中的论述,或许可以作为注解:“大理寺之职颇似各国大审院,中国今日实行变法,则行政与司法两权亟应分立,而一国最高之大审院必不可无。应俟司法独立之后,改大理寺为都裁判厅,以当其职。”<sup>[27]</sup>

可见,在戴鸿慈、端方二人看来,中国欲实行立宪,必须将行政与司法两权分立,故为司法权创设载体、设立独立于行政机构的最高司法机构势在必行。鉴于清廷的“大理寺”与东西立宪各国的最高司法机构——“大审院”的职能非常近似所以主张将大理寺改造为与东西立宪各国大审院相似的最高司法机构,以符合三权分立之精神、司法独立之奥义。

不过,在戴鸿慈、端方最初的设计中<sup>[28]</sup>,由大理寺所改设的最高司法机构的名称却并非“大审院”,亦非“大理院”,而是“都裁判厅”。“都裁判厅”一词,鲜见于当时其他文献,仅在《奏请改定全国官制以为立宪预备摺》中集中出现5次<sup>[29]</sup>：“大理寺之职颇似各国大审院……,应俟司法独立之后,改大理寺为都裁判厅,以当其职。”<sup>[30]</sup>“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。”<sup>[31]</sup>“县裁判所以至省裁判所、都裁判厅,则以数人之裁判官主之。”<sup>[32]</sup>“其不甘

[24] 光绪三十二年九月十六日《庆亲王奕劻等奏釐定中央各衙门官制缮单进呈摺》则直接说:“以大理院任审判。”根本未明言大理院由大理寺改设,更谈不上说明改设原因(故宫博物院明清档案部编,见前注[1],页464)。

[25] 光绪三十二年九月十六日《庆亲王奕劻等奏釐定中央各衙门官制缮单进呈摺》所附《阁部院官制节略清单》仍未明言,只是直接论断说:“大理院平反重辟,审决狱,成为全国最高之法院。”(故宫博物院明清档案部编,见前注[1],页470)。这里需要附带指出的是,该句断句有误,应为:“大理院平反重辟,审决狱成,为全国最高之法院。”

[26] 《大理院官制草案》中只是说:“先列说帖,后附职官表。今以大理寺改。”仍未有只言片语涉及改设理由(《东方杂志》临时增刊《宪政初纲》(第3卷)，“官制草案”栏,上海商务印书馆光绪三十二年十二月出版,页70)。

[27] 故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料(上)》,“出使各国考察政治大臣戴鸿慈等奏请改定全国官制以为立宪预备摺”,中华书局1979年版,页375、376。

[28] 据夏晓虹教授考证,戴鸿慈、端方二人所上之《奏请改定全国官制以为立宪预备摺》,实为梁启超捉刀之作(夏晓虹:“梁启超代拟宪政折稿考”,载陈平原主编:《现代中国》(第十一辑),北京大学出版社2008年版,页2144。夏晓虹:“梁启超代拟宪政折稿考”,载夏晓虹:《梁启超:在政治与学术之间》,东方出版社2014年版,页1752)。

[29] 故宫博物院明清档案部编,见前注[27],页376(1次)、380(4次)。

[30] 同上注,页375、376。

[31] 同上注,页379、380。

[32] 同上注,页380。

服判决者,自区裁判所以至都裁判厅,均得层层递诉”〔33〕“以都裁判厅为一国最高之裁判。”〔34〕详绎文义,当是变通日本《裁判所构成法》〔35〕中最高司法机构“大审院”的中国创制〔36〕。

其实,细读摺中所述改“大理寺”为“都裁判厅”的理由,的确有点儿耐人寻味。以语义分析的角度来看,从基本的文法逻辑而言,既然“中国今日实行变法,则行政与司法两权亟应分立,而一国最高之大审院必不可无”,而恰好“大理寺之职,颇似各国大审院”,那么,“改大理寺为大审院,以当其职”,应是顺理成章、水到渠成、呼之欲出的推论。然而,奏摺先是以“大理寺”与“大审院”之相似切入,煞有介事地对比一番,临阵之际却虚晃一枪,出人意料地得出“改大理寺为都裁判厅”的论断。由于“都裁判厅”一词,摺中并无铺垫,亦未曾直接论及其与“大理寺”、“大审院”之关系,陡然凭空出现,这就不免令人有莫名其妙之感。或许是注意到了这一点,在总司核定官制大臣釐定的中央官制改革方案中,将其更改为“大理院”。自此,“大理院”成为晚清最高法院的标准称谓,“都裁判厅”一语,从晚清官员的立宪话语系统中消失,犹如昙花一现。

然而,尽管如此,由于日后戴鸿慈担任编纂官制大臣、端方亦遵旨派员入京参议,且最终裁定的官制改革方案,基本上以二人的设计为底本:“其所拟官制,大抵依据端制军等原奏,斟酌而成。”〔37〕所以,摺中的论述——“大理寺之职颇似各国大审院,中国今日实行变法,则行政与司法两权亟应分立,而一国最高之大审院必不可无”,当可视为清廷中央官制改革中改“大理寺”为“大理院”的官方理由。

### 三、“改寺为院”质疑之一:大理寺真的像大审院么?

然而,晚清官制改革中“改寺为院”的理由真的充分吗?——当时清廷的“大理寺之职”,真的与东西立宪各国“大审院”的职能,颇为类似么?

#### (一)晚清大理寺的职能——历史的流变

让我们穿越历史的积尘,先看看晚清大理寺的前世今生:

大理寺是中国古代掌管刑狱的中央国家机构,正式得名于北齐,为后世历朝相沿不改。虽然其间职能有所流变,但其与中央司法审判事务,却始终有着不解之缘。

〔33〕 同上注,页 380。

〔34〕 同上注,页 380。

〔35〕 南洋公学译书院初译,商务印书馆编译所补译校订:《新译日本法规大全》(第一卷)《裁判所构成法》,何佳馨点校,商务印书馆 2007 年版,页 193、218。

〔36〕 既然《奏请改定全国官制以为立宪预备摺》实由梁启超捉刀代笔,则其中“都裁判厅”一词,似为当时旅居日本的梁启超效法日本的发明。“都”应为“总”的意思,与“都察院”之“都”用法相同,“都裁判厅”意为“总裁判厅”。至于其为何舍弃“大审院”而用“都裁判厅”一词,个中情由,尚不得而知。

〔37〕 “更改京朝官制大概情形”,《东方杂志》临时增刊《宪政初纲》(第 3 卷)、“立宪纪闻”栏,上海商务印书馆光绪三十二年十二月出版,页 6。

“大理”本是古代中央司法审判长官的名称,在早期的历史演进中,一度与中央司法审判机构混称,曾有“士”、“大士”、“理”、“大理”、〔38〕“司寇”、“大司寇”、〔39〕“司败”、〔40〕“廷尉”〔41〕等诸多称谓。

最早的中央司法审判长官与机构相传称为“士”或“大理”。“尧舜时,理官则谓之为‘士’,而皋陶为之。”〔42〕“当尧之时,舜为司徒……,皋陶为大理。”〔43〕舜时,“皋陶为大理,平民各伏得其实”。〔44〕“皋陶作士以理民。”〔45〕

夏代的中央司法审判长官与机构称为“大理”,商代称为“司寇”,西周称为“大司寇”。〔46〕春秋战国时期,中央司法审判长官与机构的名称在沿袭“司寇”之称的同时,呈现出多元化的态势:齐国称为“大理”〔47〕,楚国称为“司败”〔48〕或“廷理”〔49〕,鲁国称为“大司寇”〔50〕,秦国称为“廷尉”〔51〕。

秦汉官僚体制建立后,中央司法审判长官与机构沿袭“廷尉”之名〔52〕,但“大理”之名亦曾短期存在。西汉景帝、哀帝年间〔53〕,均曾将“廷尉”改为“大理”,后又复原。

魏晋南朝时期,中央司法审判长官与机构一般仍称为“廷尉”,间或称为“大理”。魏武帝曹操为魏王时,假献帝之名,改“廷尉”为“大理”〔54〕,执掌天下狱讼。魏文帝曹丕称帝之初,复改“大理”为“廷尉”〔55〕。吴国与曹魏大体相同,初设“大理”掌司法,后又改称“廷尉”〔56〕。蜀国

〔38〕 沈家本:《历代刑法考》(第四册)《历代刑官考上》,邓经元、骈宇骞点校,中华书局1985年版,页1957、1958、1965、1979。

〔39〕 同上注,页1958、1964。

〔40〕 同上注,页1965。

〔41〕 同上注,页1966、1976、1978、1979、1980、1981、1982。

〔42〕 长孙无忌等撰:《唐律疏议》(卷一)《名例》,刘俊文点校,法律出版社1999年版,页2。

〔43〕 刘向:《说苑校证·君道》,向宗鲁校正,中华书局1987年版,页911。

〔44〕 司马迁:《史记》(卷一)《五帝本纪》,中华书局1959年版,页43。

〔45〕 司马迁:《史记》(卷二)《夏本纪》,中华书局1959年版,页77。

〔46〕 沈家本,见前注〔38〕,页1958、1964。

〔47〕 许维遹撰:《吕氏春秋集释·审分览·勿躬(下)》,中华书局2009年版,页453:“臣不若弦章,请置以为大理。”

〔48〕 沈家本,见前注〔38〕,页1965。

〔49〕 张觉等撰:《韩非子译注》(第十三卷)《外储说右上》,上海古籍出版社2012年版,页378、379。

〔50〕 司马迁:《史记》(卷四十七)《孔子世家》,中华书局1959年版,页1915:“其后定公以孔子为中都宰……由中都宰为司空,由司空为大司寇。”

〔51〕 班固:《汉书》(卷十九上)《百官公卿表第七上》,中华书局1962年版,页730:“廷尉,秦官,掌刑辟。”

〔52〕 沈家本,见前注〔38〕,页1967。

〔53〕 班固:《汉书》(卷十九上)《百官公卿表第七上》,中华书局1962年版,页730。

〔54〕 萧统编:《文选》(卷六)《魏都赋》,李善注,中华书局1977年版,页102:“魏武帝为魏王时,太常号奉常,廷尉号大理。建安十八年始置侍中、尚书、……大理。”

〔55〕 陈寿:《三国志》(卷二)《魏书二·文帝纪》,中华书局1959年版,页76:“黄初元年十一月癸酉,……改相国为司徒,……大理为廷尉。”

〔56〕 沈家本,见前注〔38〕,页1979。

则与魏吴不同,一直称为“大理”。〔57〕晋与南朝宋、齐均仿效曹魏,称为“廷尉”。南朝梁初称“大理”,后又改称“廷尉”。〔58〕

及至北齐,改“廷尉”为“大理”,并附加“寺”字,作为官署名称〔59〕,将官署与长官名称正式区分开来,“大理寺”因而得名,千载相沿。自此,中央司法审判机构与中央司法审判长官不再混称。

值得注意的是,秦汉以来,随着中央行政体制的变化,中央司法机构出现分化之势,廷尉(大理寺)的司法审判权力开始为其他机构所侵夺。秦代御史府、汉代御史台均有审判特殊案件的权力。汉成帝之后,尚书台的“三公曹”、“二千石曹”等开始参与司法审判事务。南北朝时期,尚书台的司法审判权力日益扩大,三公曹、二千石曹、都官曹、比部曹等均有部分司法审判之权。〔60〕

隋唐之后,随着“三省六部制”的形成,中央司法机构完成了汉魏以来由一而三的演化,大理寺独掌中央司法审判权的局面被正式打破,逐渐形成大理寺、刑部、御史台三足鼎立的局面。大理寺掌审判,刑部主覆核,御史台掌监察,重要案件由三者会审。宋承唐制,变化不大。

延及明朝,中央司法机构由大理寺、刑部、都察院组成,正式确立“三法司”体制〔61〕,且三者职掌发生重大变化:刑部掌审判,大理寺掌驳正,都察院掌纠察,相互制约,以期公允。自此,大理寺的司法审判权被严重剥夺,沦为慎刑机构〔62〕,“居庙堂之高”则势位日衰,“处江湖之远”则声威不振,民众对其无知无畏。《古今谭概》中的一则笑话,或许可作旁证:“江晴录以大理属使滇,至普安驿,供亿不具。左右欲笞其吏,江曰,‘翰林科道,人闻而惮之。若大理寺,远方之人且谓与‘报恩寺’、‘大慈寺’等。其官属亦善世、主持之类耳,恶乎笞!’”〔63〕

有清一代,承袭前朝,大理寺与刑部、都察院合称“三法司”〔64〕。然而,与明代一样,清代的大理寺,已经由唐宋时期的中央司法审判机构,蜕变为慎刑机构,偏离了司法审判活动的核心,在“三法司”中的地位一落千丈,在司法审判活动中的权力日渐削弱。名义上,大理寺“掌平

〔57〕 晋陈寿:《三国志》(卷四十)《蜀书十·刘琰传》,中华书局1959年版,页1002:“言有违错,慈恩含忍,不致之于理。”晋常璩:《华阳国志》(卷六)《刘先主志》,中华书局1985年版,页84:“先主怒,縶之于理。”

〔58〕 沈家本,见前注〔38〕,页1979、1981。

〔59〕 杜佑:《通典》(卷二十五)《职官七·大理卿》,中华书局1984年版,页151:“北齐曰大理寺。”

〔60〕 沈家本,见前注〔38〕,页1980、1983。

〔61〕 张廷玉等撰:《明史》(卷九十四)《刑法二》,中华书局1974年版,页2305:“三法司曰刑部、都察院、大理寺。……踰年,四辅官罢,乃命议狱者一归于三法司。……十七年建三法司于太平门钟山之阴。”李默:《孤树哀谈》(卷三)《太宗下》,明刻本,载刘俊文总纂:《中国基本古籍库》,电子版,页87:“我朝以刑部、都察院、大理寺为三法司。国初时,三法司在太平门外。”

〔62〕 张廷玉等撰:《明史》(卷七十三)《职官二》,中华书局1974年版,页1783:“大理寺之设,为慎刑也。”

〔63〕 冯梦龙编著:《古今谭概·雅浪部·大理寺》,栾保群点校,中华书局2007年版,页325。

〔64〕 赵尔巽等撰:《清史稿》(卷一百四十四)《刑法三》,中华书局1976年版,页4206:“世祖入主中原,仍明旧制,凡诉讼在外由州县层递至于督抚,在内归总于三法司。”允禩等纂:《钦定大清会典》(乾隆朝)卷三《吏部·官制一·京官》,光绪十九年上海图书集成印书局印,页8:“刑部、都察院、大理寺为三法司。”钱大昕:《恒言录》(卷四)《仕宦类·三法司》,中华书局1985年版,页94:“今以刑部、都察院、大理寺为三法司。”

天下之刑名。凡重辟，则率其属而会勘。大政事下九卿议者则与焉，与秋审、朝审。”〔65〕实质上，中央司法审判权力为刑部主掌。刑部号称“天下刑名总汇”，“外省刑案，统由刑部核覆。不会法者，院寺无权过问，应会法者，亦由刑部主稿。”〔66〕大理寺不过是虚应故事，画诺签字而已。尤其是到了晚清，大理寺更是几近形同虚设：“沿袭既久，名实渐乖，详谳已等虚文，会听祇循故事。重以经费支绌，振作难期，虽有贤能，末由展其尺寸。官之失职，有自来矣。”〔67〕“大理掌郡国疑狱，处当以报，历代皆为实职。……明因旧制，与刑部、都察院为三法司，讯疑狱，尚有事权。今名因明制，实则亦为废官虚署矣。”〔68〕正因为如此，大理寺被视为骈枝，在戊戌变法中，一度被裁撤，并入刑部〔69〕。在光绪三十一年官制改革讨论中，亦多有裁撤之议：“日昨政府王大臣议及，刑部自减轻刑律，办理各案极为允协，所有大理寺势同虚设，应即奏请裁撤。俟议妥后，当见实行。”〔70〕“政府王大臣近日屡次会议改定官制裁并衙署各节，……惟都察院、大理寺一律裁撤，因所议甚为繁冗，意见时有纷歧，是以迟迟迄未定议云。”〔71〕

可见，在中国司法制度史上，作为资格最老的中央司法审判机构，大理寺的审判权力一直在不断削弱：三代时期，多以“大理”为名，独掌审判；秦汉至于魏晋南北朝，多以“廷尉”为名，审判之权已经有所削弱；北朝至于隋唐宋时期，正式以“大理寺”为名，与刑部、御史台分掌司法审判，名义上尚为最高司法审判机关。然而到了明代，与刑部、都察院并称“三法司”，独立审判权力被刑部剥夺，嬗变为慎刑机构。清承明制，刑部位高权重，控制全国最高审判权，大理寺无独立审判权，基本上形同虚设。

总之，晚清预备立宪、官制改革前夕，大理寺权责有限：“掌平天下之刑名。凡重辟，则率其属而会勘。大政事下九卿议者则与焉，与秋审、朝审。”〔72〕其中“会”、“与”、“与”三字，均说明，大理寺只是审判活动的参与者，并非实际主持者。虽然仍然位列中央“三法司”之一，但其主要是慎刑机构，而非审判机构，参与会审的只是“重辟”、“大政事”等重大案件。“大理寺为所谓五寺（大理、太常、光禄、太仆、鸿胪等五寺）之一，除在秋审及朝审时与刑部和都察院会同审理刑名案件之外，别无职守。”〔73〕“今按：旧制，大理寺之职务甚为简单，唯以慎重重刑大辟之裁判，特设置之耳。故虽废之，于其实际，固无所窒碍也。前年，与他无用官厅同时行裁撤，亦由于此。”〔74〕

〔65〕 昆冈等纂：《清会典》（光绪朝）卷六十九《大理寺》，中华书局 1991 年影印本，页 639。

〔66〕 赵尔巽等撰：《清史稿》（卷一百四十四）《刑法三》，中华书局 1976 年版，页 4206。

〔67〕 北京大学图书馆古籍特藏室，见前注〔3〕。

〔68〕 康有为：《康南海官制议》（卷三）《中国汉后官制》，文海出版社 1974 年印行，页 5455。

〔69〕 赵尔巽等撰：《清史稿》（卷一百十五）《职官二》，中华书局 1976 年版，页 3309。

〔70〕 《申报》，1905 年 10 月 18 号，第 11676 号，第二版，“政府决议裁撤大理寺（北京）”。

〔71〕 《申报》，1905 年 10 月 25 号，第 11683 号，第四版，“会议归并职官办法（北京）”。

〔72〕 昆冈等纂，见前注〔65〕。

〔73〕 服部宇之吉主编：《清末北京志资料》，张宗平、吕永和译，吕永和、汤重南校，王国华审订，北京燕山出版社 1994 年版，页 103、104。

〔74〕 （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，页 217。

## (二)“东西各国”大审院的职能——未来的定位

那么,在清廷的视野中,“东西各国”的大审院、中国欲仿行筹建的大理院的性质与职能又是如何呢?

首先,“东西各国”大审院(大理院)是立宪政体下“三权分立”、司法独立的产物。作为清廷的参照坐标,“东西各国”都是实行“三权分立”的立宪国家,大审院(大理院)是最高司法权的依托、实现司法独立的载体,是其权力架构中不可或缺的重要机构。“考立宪国制度,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、司法两权性质纯一,故机关组织不如行政之复杂。……司法之权,义当独立,则司法之官,必别置于行政官厅之外。……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。……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。”〔75〕“司法之权,各国本皆独立,中国急应取法。……中国今日实行变法,则行政与司法两权亟应分立,而一国最高之大审院必不可无。”〔76〕“改寺为院,明定责成,储裁判独立之精神,为宪法执行之基础。”〔77〕“此为司法独立之朕兆,亦即制定宪法之权舆。”〔78〕“以大理院为全国最高之法院者,即为全国审判官与一切行政官对峙分立之基础。”〔79〕“今者朝廷采择宪政,司法分权,臣院既为最高法廷,自应兼采中西,改良裁判。”〔80〕“宪法精理,以裁判独立为要义,此东西各国之所同也。臣院为最高之裁判,环球具瞻,以征其信用。”〔81〕“臣院为司法独立最高之裁判院,无非采取列邦之章制,为宪法之预备。”〔82〕“臣院专掌审判,析司法而别行政,意以三权分立,为预备立宪之始基。”〔83〕“大理院:查该院为全国最高法院,乃立宪国实行宪政重要之地。”〔84〕

其次,“东西各国”大审院(大理院)是全国最高法院。“东西各国皆以大审院为全国最高之裁判所,而另立高等裁判所、地方裁判所、区裁判所,层累递上,以为辅翼。”〔85〕“各国裁判制

〔75〕 故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料(上)》,“出使德国大臣杨晟条陈官制大纲摺”,中华书局1979年版,页389、390、393。

〔76〕 故宫博物院明清档案部编,见前注〔27〕,页372、375、376。

〔77〕 北京大学图书馆古籍特藏室,见前注〔2〕。

〔78〕 《申报》,1907年6月6号,第12257号,第十版,“要摺”,“大理院正卿沈家本奏陈调查日本裁判监狱情形摺”。

〔79〕 故宫博物院明清档案部编,见前注〔5〕。

〔80〕 北京大学图书馆古籍特藏室:《司法奏底》,一函二十二册,第14—11册(铅笔编号),“大理院谨奏为审判及检察各法关系重要拟仿臣院调用司员开会研究以资练习而维法权摺”。

〔81〕 上海商务印书馆编译所编纂,见前注〔9〕,页371。

〔82〕 《申报》,1908年8月8号,第12758号,第三—四版,“紧要新闻”,“大理院奏覆各级审判及刑讯情形”。

〔83〕 “大理院奏陈办事情形并申明旧章摺”,《政治官报》,第333号,文海出版社1965年版,第13册,页107。

〔84〕 故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料(上)》,“宪政编查馆会奏覆核各衙门九年筹备未尽事宜摺·附覆核各衙门九年筹备未尽事宜清单”,中华书局1979年版,页76。

〔85〕 北京大学图书馆古籍特藏室,见前注〔3〕。

度,皆以大审院为全国最高审判之地。”〔86〕“大理院处裁判所之最高级。”〔87〕“大审院为第三审之合议制,乃最高之裁判所。”〔88〕“大审院为最高之裁判所,用合议体之组织。凡不服下级裁判所之裁判者,则受理之,而为其最高、最终之裁判。”〔89〕“大理院平反重辟,审决狱成,为全国最高之法院。”〔90〕“大理院设于京师,为全国最高之审判院。”〔91〕“于京师置大理院,为全国最高之裁判所。”〔92〕“大理院特为审判中最高之一级。”〔93〕“大理本古官,……与今日东西各国大审院、帝国裁判所、最高法院等之审理终审事件者,阶级相等。顾名思义,乃全国唯一之最高法庭。”〔94〕“大理院为全国最高裁判,一切民刑讼案,均经该院臣就近指示。”〔95〕“大理院者,审判之极地也。”〔96〕“臣院为全国最高审判衙门,自开办至今,日本之游历来华者入院参观,络绎不绝。”〔97〕。“该院既为最高审判机关,无论民刑各科俱用合议。”〔98〕“大理院系最高终审衙门,一经断定,即无处上控。”〔99〕“大理院为最高终审衙门,微论终审案件不能提起非常上告,即特别权限之第一审并终审案件,亦无再行提起非常上告之理。”〔100〕

再次,“东西各国”大审院(大理院)具有专属的、排他性的最高审判权。“西国司法独立,无

〔86〕 上海商务印书馆编译所编纂,见前注〔9〕,页373。

〔87〕 《申报》,1907年6月7号,第12258号,第二版,“评论”,“沈家本曷为而入法部乎”。

〔88〕 董康辑:《调查日本裁判监狱报告书》,北京农工商部印刷科铅印,光绪丁未五月排印,页4。

〔89〕 “日本宪法说明书”,《政治官报》,第72号,文海出版社1965年影印版,第4册,页540。

〔90〕 故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料(上)》,“庆亲王奕劻等奏釐定中央各衙门官制缮单进呈摺·附阁部院官制清单”,中华书局1979年版,页470。该句原为:“大理院平反重辟,审决狱,成为全国最高之法院。”断句有误。

〔91〕 “大理院官制草案”,《东方杂志》临时增刊《宪政初纲》(第3卷),“官制草案”栏,上海商务印书馆光绪三十二年十二月出版,页71。

〔92〕 北京大学图书馆古籍特藏室:《司法奏底》,一函二十二册,第9册(铅笔编号),“法部等衙门谨奏为酌拟京内外各级审判厅职掌事宜及员司名缺分缮清单摺”。

〔93〕 故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料(下)》,“法部尚书戴鸿慈等奏酌拟司法权限缮单呈览摺”,中华书局1979年版,页824。

〔94〕 故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料(下)》,“修订法律大臣沈家本奏酌拟法院编制法缮单呈览摺”,中华书局1979年版,页844。

〔95〕 “法部奏酌覆御史俾寿奏请停止刑讯摺”,《政治官报》,第327号,文海出版社1965年影印版,第12册,页516。

〔96〕 故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料(下)》,“御史徐定超奏司法官制关系宪法始基应加釐正统一摺”,中华书局1979年版,页863。

〔97〕 “大理院奏筹备关系立宪事宜摺”,《政治官报》,第545号,文海出版社1965年影印版,第20册,页328。

〔98〕 “宪政编查馆奏核订法院编制法并另拟各项暂行章程摺(并单)”,《政治官报》,第826号,文海出版社1965年影印版,第30册,页49。

〔99〕 同上注,页50。

〔100〕 “宪政编查馆奏核议法部奏酌拟死罪施行详细办法摺”,《政治官报》,第879号,文海出版社1965年影印版,第32册,页6970。

论何人,皆不能干涉裁判之事。虽以君主之命、总统之权,但有赦免,而无改正。”<sup>[101]</sup>“故西人所谓裁判权者,虽属司法之一端,而独立不羁。”<sup>[102]</sup>“惟是大理院职权,专司审判。”<sup>[103]</sup>“臣院职司审判,专以保持法纪,综理论狱为事。”<sup>[104]</sup>“臣院既以审判为专司,似不应兼及行政,致使权限不分。”<sup>[105]</sup>“大理之独立,实本司法独立之原则而来。司法权之独立,非特行政衙门不能侵越,即君王亦不能曲徇。”<sup>[106]</sup>“自大理院以下及本院直辖各审判厅局,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。”<sup>[107]</sup>“其属于最高审判及统一解释法令事务,即由大理院钦遵国家法律办理。……所有该院现审、死罪案件,毋庸咨送法部覆核,以重审判独立之权。凡京、外已设审判厅地方,无论何项衙门,按照本法无审判权者,概不得违法收受民刑诉讼案件。”<sup>[108]</sup>

最后,“东西各国”大审院(大理院)具有统一解释法律权。“(明治)八年,置大审院,统一法律之解释。”<sup>[109]</sup>“大审院行裁判时,就法律所表之意见,乃因一切诉讼之事,羁束其下级裁判所。”<sup>[110]</sup>“学者谓终审在法律点,而大理院之设,专为解释法律。”<sup>[111]</sup>“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(按之中国情形,须请旨办理)。”<sup>[112]</sup>“其属于最高审判及统一解释法令事务,即由大理院钦遵国家法律办理。”<sup>[113]</sup>“大理院卿有统一解释法令必应处置之权,但不得指挥审判官所掌理各案件之审判。”<sup>[114]</sup>“大理院各庭审理上告案件,如解释法令之意见与本庭或他庭成案有异,由大理院卿依法令之义类,开民事科或刑事科或民刑两科之总会审判之。”<sup>[115]</sup>“大理分院各庭审理上告案件,如解释法令之意见与本庭或他庭成案有异,应函请大理院开总会审判之。其分院各该推事应送意见书于大理院。”“大理院及分院割付下级

[101] 沈家本:《历代刑法考》(第四册)《寄簪文存·卷六·裁判访问录序》,邓经元、骈宇骞点校,中华书局1985年版,页2235。

[102] 上海商务印书馆编译所编纂:《大清新法令(1901—1911)(第二卷)》(点校本)《大清光绪新法令·官制·京官制·法部奏改补员缺分别补署并详陈办法摺》,荆月新、林乾点校,商务印书馆2011年版,页119。

[103] 北京大学图书馆古籍特藏室:《司法奏底》,一函二十二册,第14—10册(铅笔编号)，“大理院谨奏为臣院现考录事各员拟取定后送入法律学堂肄习律例并监狱各学以资造就而备任使摺”。

[104] 见前注[97],页331。

[105] 北京大学图书馆古籍特藏室,见前注[2]。

[106] 《申报》,1907年2月18号,第12149号,第四版,“民政部两厅官制说帖”。

[107] 上海商务印书馆编译所编纂:《大清新法令(1901—1911)(第一卷)》(点校本)《大清光绪新法令·司法·审判·大理院审判编制法》,李秀清、孟祥沛、汪世荣点校,商务印书馆2010年版,页381。

[108] 见前注[98]。

[109] 董康辑:《调查日本裁判监狱报告书》,北京农工商部印刷科铅印,光绪丁未五月排印,页2。

[110] 南洋公学译书院初译,商务印书馆编译所补译校订,见前注[35],页203。

[111] “法部代奏会徐谦等考察各国司法制度报告书摺(并单)”,《政治官报》(第47册),第1321号,文海出版社1965年影印版,页160。

[112] 上海商务印书馆编译所编纂:《大清新法令(1901—1911)(第一卷)》(点校本)《大清光绪新法令·司法·审判·大理院审判编制法》,李秀清、孟祥沛、汪世荣点校,商务印书馆2010年版,页382。

[113] 见前注[98]。

[114] 同上注,页54。

[115] 同上注,页54、55。

审判厅之案件,下级审判厅对于该案,不得违背该院法令上之意见。”<sup>〔116〕</sup>

### (三)大理寺与大审院(大理院)——“颇似”抑或“迥非”

经过对大理寺历史源流的梳理和大审院(大理院)未来定位的考察,回头来看,“大理寺”与“大审院(大理院)”,真的“颇似”么?

从性质上看,大理寺是以君主专制国家为前提、中央集权理论为基础、三司会审制度为保障的中央“三法司”中的慎刑机构。而大审院(大理院)则是以立宪国家为前提、“三权分立”理论为基础、司法独立原则为保障的近代最高司法审判机构。

从职能上看,作为三司会审制中的慎刑机构,大理寺主要负责平反重辟、会审重案、参与秋、朝审,并无独立的审判权;而作为四级三审制下的最高法院,大审院(大理院)则专掌审判,独立不羁,具有独立的最高司法审判权和统一解释法令之权,主要负责审判特别权限案件,终审不服高等审判厅判决与裁定的上告、抗告案件,统一解释法令。

不言而喻,无论就性质而言,还是就职能而言,“大理寺一职”与“大审院(大理院)”均存在明显差异。虽然在“三法司”体制下作为慎刑机构的大理寺也有部分审判权,与执掌最高司法审判权的大审院(大理院)具有某些相似性,但这种相似,尚不足以达到“颇似”的程度。

对于大理寺与大审院(大理院)的明显区别,首任大理院正卿沈家本说得非常清楚:“从前大理寺之设,在平反重辟,以贰邦刑。凡参覈之文、会听之事、虑囚之掌、清狱之司,载在《会典》一书,至为赅备。兹复禀承懿训,改寺为院,明定责成,储裁判独立之精神,为宪法执行之基础。职司重要,迥非丽法议狱之常。”<sup>〔117〕</sup>

可见,在沈家本看来,大理寺与大审院(大理院)的性质、职掌截然不同。二者并非如出使各国考察政治大臣戴鸿慈、端方等所言的“颇似”,而是判然有别的“迥非”:“臣等恭奉恩纶,专司审判,是臣院职掌业已明定,责成与旧日大理寺应办事宜较然有别。”<sup>〔118〕</sup>

不仅如此,在实践中,沈家本也以行动诠释了这种区别——而且,这种区别,也为当时媒体上的有识之士所认同。改寺为院之后,“大理寺各司员多有赴沈大理宅求见,并有将大理寺循例公事呈堂画行者”<sup>〔119〕</sup>。他恪守权限,婉言拒绝,受到当时舆论的赞扬:“沈公答以:‘我系大理院卿,非大理寺卿。大理寺公事请勿来问’等语。该寺司员间有不谓然者。其实,现今大理院之事务,与昔日大理寺之事务,性质迥不相同。沈公之言乃正论也。”<sup>〔120〕</sup>

对于大理寺与大审院(大理院)的明显区别,大理院的伴生衙门法部,也有着明确的认识。在官制草案说帖中,法部对大理寺与大审院(大理院)的关系进行了比较:“大理寺掌平反重辟,以贰邦刑,其制似近于各国之最高裁判所矣。然大理寺不过为三法司之一,考《会典》,大理寺卿有诣刑部暨都察御史会听重辟之责,是大理寺祇有会议之权,而无独立之性质。揆之各国最

〔116〕 同上注,页55。

〔117〕 北京大学图书馆古籍特藏室,见前注〔2〕。

〔118〕 北京大学图书馆古籍特藏室:《司法奏底》,一函二十二册,第14—8册(铅笔编号)。“大理院谨奏为考试大理寺司员笔帖式分别留院及咨送吏部改用摺”。

〔119〕 《大公报》,1906年11月17号,第1570号,第三版,“要闻”,“沈京卿恪守权限”。

〔120〕 同上注。

高裁判所为全国最高裁判之独立机关,又异也。”<sup>[121]</sup>

可见,在法部看来,大理寺之职与“东西各国”最高裁判机关大审院(大理院)相比,虽然似有相似之处,但差异更加明显,故而谈不上与之“颇似”。

总之,“东西各国”大审院(大理院)是“三权分立”的产物,独掌最高司法审判权,职在审判案件,统一解释法令,而晚清大理寺既无独立审判权,更无统一解释法令权,二者相比,差异大于相似。晚清官制改革中“改寺为院”的官方理由并不充分,而且颇为可疑。

#### 四、“改寺为院”质疑之二:谁更像大审院?

既然“大理寺之职”与“东西各国”大审院、未来中国大理院相比,与其说是“颇似”,不如说是“迥非”,那么,清廷既有中央国家机构中,究竟哪一个才与“东西各国”最高法院——大审院(大理院)更为类似呢?

有清一代,中央国家机构中负责司法事务的主要是号称“三法司”的刑部、都察院、大理寺。“三法司”是中央司法机构,均或多或少具有部分司法审判权力。然而,延及晚清,大理寺形同虚设,而都察院则主掌监察,与最高司法审判机构最为类似的,似乎只有刑部:“外省刑案,统由刑部核覆。不会法者,院寺无权过问,应会法者,亦由刑部主稿。在京讼狱,无论奏咨,俱由刑部审理,而部权特重。”<sup>[122]</sup>“往昔之刑部,乃我国最高之裁判所。”<sup>[123]</sup>

实际上,在清代“三法司”中,刑部主掌审判,是皇权控制下的全国最高司法审判机关,这已是学界共识。“刑部是皇帝掌握下的全国最高司法审判机关,号称‘刑名总汇’。……刑部主持全国最高级别的审判和管理全国性的司法行政事务,在这种意义上,可以称为‘最高司法审判机关’。”<sup>[124]</sup>“清朝承袭明代三法司体制,设刑部、大理寺、都察院三机关,号称‘三法司’。刑部为皇帝之下的中央最高审判机关,其权力远甚于明代。……大理寺本是古制上的最高审判机关,但清时地位大大下降,主要职责是复核刑部拟判的死刑案件。……不过,大理寺在复核死刑、参与秋审朝审时只是陪衬。”<sup>[125]</sup>“清代的刑部是皇帝掌握下的全国最高司法审判机关,号称‘刑名总汇’。……大理寺属于自古以来传统的司法机关——廷尉、大理体系,但其地位却日益下降,演变至清代几乎没有一点实权了。”<sup>[126]</sup>“整个清朝司法体制中,大理寺位卑权轻,并不是司法核心。刑部才是中央司法审判职能的主要承担者,也是皇权掌握下的全国最高司法审判机关,号称‘刑名总汇’。”<sup>[127]</sup>“大理寺是最高审判覆核机关……都察院号称‘风宪衙门’,是

[121] “法部官制草案”,《东方杂志》临时增刊《宪政初纲》(1906年第3卷),“官制草案”栏,上海商务印书馆光绪三十二年十二月出版,页29。

[122] 赵尔巽等撰:《清史稿》(卷一百四十四)《刑法三》,中华书局1976年版,页4206。

[123] 《申报》,1907年4月19号,第12209号,第三版,“论说”,“法部与大理院之权限问题”。

[124] 张晋藩总主编:《中国法制通史》(第八卷),法律出版社1999年版,页324、325、327。

[125] 范忠信、陈景良主编:《中国法制史》,北京大学出版社2010年版,页366。

[126] 郑秦:《清代司法审判制度研究》,湖南教育出版社1988年版,页27、32。

[127] 迟云飞:《清末预备立宪研究》,中国社会科学出版社2013年版,页328。

司法检察和审判监督机关。……按照三法司的职权划分,刑部掌审判,大理寺掌覆核,都察院掌监察。但实际上刑部权力最大,几乎独揽审判大权,大理寺和都察院并无审判实权。刑部为最高司法审判机关。”〔128〕

对于刑部与“东西各国”大审院(大理院)的相似性,民初学者有清醒的认识。在回顾辛亥革命前十年的司法状况时,指出:

清室司法制度,大概沿袭明制,以刑部、都察院、大理寺为三法司。刑部掌全国之司法行政,若遇重罪,或皇帝所特交者,则又会同都察院、大理寺,或由尚书、侍郎,率其属以审判而定讫焉。大理寺惟于死刑,在京有会审之职务,在外有会覆之责任。既无单独审判之行为,亦不涉及行政事件。至都察院,则惟于司风纪、矢言责之外,有会审重犯之一职,非纯粹之司法机关也。故清室旧制,可谓以刑部任中央司法行政,而兼任重罪及最高之审判,大理寺为重罪之辅助审判厅。〔129〕

对于刑部与东西各国大审院(大理院)的相似性,冷眼旁观的日本学者也有明确的洞察。他们认为,与大理寺相比,刑部更加类似于大审院:“历来三法司之一刑部,从其名称便可知主要不是司法行政事务,而是审判(关于重罪)事务。大理寺只参与秋审、朝审而已,全无审判权。”〔130〕同时,对晚清“改寺为院”的方案,提出了委婉质疑:“然而,此次改革中,改二者之名称,确定权限,刑部改称法部,以司法行政及监督法院为其职守。大理寺改称大理院,规定相当于最高法院即日本之大审院。”〔131〕

对于刑部与东西各国大审院(大理院)的相似性,官制改革的亲历者法部更有深刻的体察。光绪三十二年,官制改革伊始,法部在官制草案说帖中,即已一阵见血地指出:“中国刑部之制,以审理讼狱、考核例案为专职,而以司法之政务为兼掌,其制略似各国最高裁判所,而非各国之所谓法部。”〔132〕

可见,与签字画诺、形同虚设的大理寺相比,无论从性质,还是职能而言,总揽晚清最高审判权力、主掌晚清最高审判职能的刑部,都与扮演近代最高法院角色的“东西各国”大审院(大理院)更加相似。

## 五、“改寺为院”质疑之三:为何不“改部为院”?

那么,晚清的中央官制改革,为什么不从实际功能的相似性出发,将“刑部”改为“大审院(大理院)”呢?

这一疑问并非异想天开,更非无端假设。

〔128〕 谢蔚:《晚清法部研究》,中国社会科学出版社2014年版,页23。

〔129〕 阙庵:《十年以来中国政治通览·下编·各论·司法篇》,《东方杂志》第九卷第七号(1913年第9卷第7号)(纪念增刊),页75。

〔130〕 服部宇之吉主编,见前注〔73〕,页154。

〔131〕 同上注。

〔132〕 见前注〔121〕。

考诸史籍,最早主张将“三权分立”理论、“司法独立”思想付诸中国变法实践,旗帜鲜明地倡言设立最高司法审判机关的有识之士,当属南海圣人康有为。而早在光绪二十九年正月出版的《康南海官制议》中,康有为就明确提出了仿效立宪各国,改“刑(户)部”为“大审院”,“大理寺”为“法部(大审院)”的设想:“六部之中,唯刑与户职司尚存,留此以为大审院可也。”<sup>[133]</sup>“大理寺可升为法部,或以充各国大审院,总覆天下重囚及官刑。此最切于用矣。”<sup>[134]</sup>

虽然康有为并未排除改“大理寺”为“大审院”的可能,但在其设计的官制改革方案中,显然更加倾向于将“刑部”改为“大审院”。

为了论证“刑部”改为“大审院”的正当性,康有为还寻流溯源,指出,清代刑部即古代之“大理寺”,“刑部”之名,实为隋唐之误,亟应拨乱反正,正名为“大理部”:

若刑部之名,实隋唐之误。古者谓之大理,其名义至公。国家设法,理以保护人,安有设刑网以待民哉!唐时尝名为“宪部”,尚为有理。后改为“刑”,行之千年,人皆忘之。一观其名,而惨刻无恩,以网待民之意已布露焉。何不仁哉!其本源出于刘歆之伪《周官》,开口即曰:“掌邦刑,以刑邦国。”苏绰因之,曰“司刑大夫”,而隋名曰“刑部”。今当亟正其名曰“大理部”,乃不失古者以理待民之意。<sup>[135]</sup>

作为具有实际政治经验、广博学识、敏锐眼光的思想家,康有为对官制改革的研究,在当时达到了前所未有的深度,其官制改革思想的意义不可小觑,其改“刑部”为“大审院”的主张,更是不应忽视。

无独有偶,光绪三十一年十一月,丙午官制改革前夕,亦有中央大员提出改刑部为大审院的主张:“北京专电云,某尚书近递封奏一件,请将礼部归并学部,兵部归并练兵处,刑部改为大审院。奉旨留中。”<sup>[136]</sup>

“留中”的意思是,皇帝扣下奏摺,留在宫中,不表态,不批示,也不交议。这是皇帝针对不愿允准,但又没有足够理由驳斥的奏请的一种常用处理方式。清廷这种不置可否的消极、暧昧态度,耐人寻味之余,是否也说明“刑部改为大审院”的主张,具有一定程度的合理性,因而令其颇费思量呢?

相映成趣的是,与此同时,对于“刑部”改为“法部”,当时已有不少直接或间接批评:“今细绎中央政府官制、地方官制、内外司法官制、地方自治官制四大纲,祇于各易新名,实系不如旧制。……兵、刑之改为军、为法,职掌如旧,名称取新,辞不雅驯,事同儿戏,徒滋扰乱。”<sup>[137]</sup>“夫本朝宪法莫重《大清会典》,恭查《会典》所载,……。刑部掌法律刑名,以肃邦盗。……刑部亦不必别言名法,而法已在其内。今议者不实使官无尸位,事有专司,而汲汲仿效他人,变易名

[133] 康有为:《康南海官制议》(卷十)《存旧官》,文海出版社1974年印行,页176。

[134] 同上注,页177。

[135] 同上注,页176。

[136] 《申报》,1905年11月29号,第11718号,第二版,“本馆接到某尚书奏请改革各部官制专电”。

[137] 故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料(上)》,“翰林院侍读学士周克宽奏更改官制祇各易新名实不如旧制摺”,中华书局1979年版,页419、421。

称,作小朝廷举动,臣愚窃有所未喻。”<sup>[138]</sup>“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,纵以现审归大理,而一年京外案件之应归该部考核者,案积如山,非专治断难周密,则刑部之名可不必改也。”<sup>[139]</sup>

虽然清廷之前曾郑重其事、不厌其烦地解释:“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,徒名曰刑,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。”<sup>[140]</sup>“刑部为司法之行政衙门,徒名曰刑,义有未尽,拟正名为法部。”<sup>[141]</sup>“若夫各部名称之所以变更,次第之所以移易,皆循名责实,务切事情,非厌故喜新,徒为纷变……刑部为司法之行政衙门,徒名曰刑,犹嫌絀漏,故改为法部。”<sup>[142]</sup>但是这些解释,似乎收效不大,舆论仍然认为这种改变不过是新瓶装旧酒,换汤不换药而已:“改刑部为法部,改户部为度支部,是不过一变易名目已。吾不知既改后之性质,与未改时之性质,相去能几何也。”<sup>[143]</sup>“年来改革之事,萃萃大端。如警部改民政部、户部改度支部、刑部改法部……,所改之事,不为不多。然而改者其名,不改者其实,论者咸谓实不副名。”<sup>[144]</sup>

当然,朝野的这些批评,更多地是从循名责实的角度而发,但某种意义上,多少也表达对于刑部改为法部功能定位的不满。

然而,凡此种种,都无形中加深了前面的疑问——既然如此,清廷究竟出于什么原因,仍然决定将大理寺改为大理院(大理院),而不是将刑部改为大理院(大理院)呢?

### (一)朝野之倡言

改大理寺为大理院(大理院),是晚清朝野的主流意见,具有一定的舆论基础。

早在光绪二十九年正月,康有为就曾提出仿效立宪各国,改大理寺为大理院的设想:“大理寺可升为法部,或以充各国大理院,总覆天下重囚及官刑。”<sup>[145]</sup>同年四月,日本学者小林里平在《支那司法制度改革私议》一文中,呼吁中国改大理寺为最高法衙:“大理寺为直隶于皇帝之最高法官,今拟改为普通裁判所,更扩张其权限,使为普通之最高法衙。”<sup>[146]</sup>

[138] 故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料(上)》,“御史王步瀛奏户刑两部事繁请勿轻拟裁员摺”,中华书局1979年版,页424。

[139] 故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料(上)》,“御史叶芾棠奏官制不宜多所更张摺”,中华书局1979年版,页446。

[140] 故宫博物院明清档案部编,见前注[27],页372。

[141] 故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料(上)》,“庆亲王奕劻等奏釐定中央各衙门官制缮单进呈摺”,中华书局1979年版,页465。

[142] 故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料(上)》,“庆亲王奕劻等奏釐定中央各衙门官制缮单进呈摺”附“阁部院官制节略清单”,中华书局1979年版,页469、470。

[143] 《申报》,1906年11月22号,第12068号,第二版,“东报对于改革官制之批评”。

[144] 《申报》,1907年9月13号,第12437号,第四版,“余兴”,“今日之所谓改定名称者”。

[145] 康有为,见前注[133],页177。

[146] (日)小林里平:“支那司法制度改革私议”,《江苏(东京)》杂志,1903年第2期,“时论”栏,页90。

光绪三十一年七月,民政部郎中陆宗舆在《立宪私议》中提出改大理寺为大审院的建议:“今论中国改宪政,则举政纲之首要,自先在于行政、司法两大政分司而治……,而分之之法,中国本易措手,以刑部为法部,专管全国司法之政务,以刑部之问案归入大理寺,为大审院。”<sup>[147]</sup>十一月,商部尚书载振上《请改官制以专责任摺》,吁请取法日本,将大理寺改为大审院:“今拟变通各部旧制,如刑部宜改为法部,仿日本司法省之制,考核天下讼狱而不自理裁判。大理寺宜改为大审院,仍隶属于法部,所有都察院审判事宜,亦改归大审院办理。”<sup>[148]</sup>

光绪三十二年七月初六日,出使各国考察政治大臣戴鸿慈、端方呈递《奏请改定全国官制以为立宪预备摺》,提出改大理寺为都裁判厅,以当最高司法审判机关大审院之职的建议:“大理寺之职颇似各国大审院,中国今日实行变法,则行政与司法两权亟应分立,而一国最高之大审院必不可无。应俟司法独立之后,改大理寺为都裁判厅,以当其职。”<sup>[149]</sup>

可见,改大理寺为大审院(大理院),符合当时朝野人士的主流观念。虽然建言者在奏摺中并未充分论证,但众口一词之下,清廷仍然采纳了这种意见。光绪三十二年九月二十日,正式宣布:“大理寺著改为大理院,专掌审判。”<sup>[150]</sup>

## (二)功能之比附

大理寺与大审院(大理院)的功能多少有相似之处,改大理寺为大审院(大理院),具有一定的制度基础。

作为中央“三法司”之一,晚清大理寺的功能,与“东西各国”大审院(大理院)多少有相似之处。“大理”是古代最高司法审判长官和机构的混称,北齐加“寺”后,“大理寺”正式得名,专指最高司法审判机构,沿及后世。隋唐两宋时期,大理寺主掌最高审判,与立宪国家最高法院的功能确有神似<sup>[151]</sup>。然而,明代以后,大理寺的最高审判权力为刑部剥夺,沦为慎刑机构。有清一代,承袭明制,理论而言,大理寺有权覆核刑部审判的死罪案件,不当之处予以驳正,异议之处,可以秉持己见,单独上奏皇帝。一般而言,刑部审判的死罪案件,必须经过大理寺覆核会题之后,方可上奏,导致大理寺看似刑部之上的最高审级——但实际上,时至晚清,“三法司”中,“部权特重”,刑部一权独大,“三法司”之间的制约关系为实践所修正,大理寺的覆核、驳正职能流于形式,名存实亡。

然而,无论如何,由于这种理论层面的制度设计,使得大理寺的功能,与“东西各国”的最高审级大审院,具有某种形式上的相似性<sup>[152]</sup>,为晚清朝野倡言者加以放大,成为鼓吹“改寺为院”的依据。

[147] 《申报》,1905年8月12号,第11609号,第一一二版,“陆中书宗舆立宪私议”。

[148] 《申报》,1905年12月6号,第11725号,第三一四版,“振贝子请改官制以专责任摺”。

[149] 故宫博物院明清档案部编,见前注[27],页375、376。

[150] 故宫博物院明清档案部编,见前注[1]。

[151] 康有为即认为,宋代之前:“大理掌郡国疑狱,处当以报,历代皆为实职。……此职与各国大审院同。”(《康南海官制议》(卷三)《中国汉后官制》,文海出版社1974年印行,页54)。

[152] 有的日本学者即认为:“大理寺专掌刑罚之最终审理,犹我大审院。”(〔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,页217)。

### (三)名称之近似

大理寺与大审院(大理院)名称上具有相似性,易于引发类比联想。改大理寺为“大理院(大审院)”,具有一定的语言学基础。

字面而言,“大理寺”与“大审院”差异不大。尤其是与“大理院”,更是仅有一字之别。“名副其实”,是语言学的基本规律,名称相似,则容易引发内涵相近的联想。这,或许也多少对决策者产生了潜在影响。

“大审院”作为一个舶来语,是“东西各国”最高法院的对应汉译。这一译名,最初源于日本最高法院——“大审院”。早在日本最高法院——大审院成立的明治八年(1875年),《申报》即随之出现“大审院”的译名。<sup>[153]</sup>此后,“大审院”一词,作为专有名词,陆续用来对译墨西哥<sup>[154]</sup>、英国<sup>[155]</sup>、美国<sup>[156]</sup>、法国<sup>[157]</sup>等国的最高法院,最终扩展为东西各国最高法院的统一译名:“东西各国,皆以大审院为全国最高之裁判所。”<sup>[158]</sup>

国内最早运用“大审院”一词的官方著作,似为首任驻日公使何如璋的《使东述略》:“其官制内设三院九省,而外以府、县、开拓使辖之。三院者,曰大政院……。曰大审院,掌邦法者也,内外裁判所隶之。曰元老院……。”<sup>[159]</sup>何氏下属、驻日使馆参赞黄遵宪的《日本国志》,则系统梳理了日本的司法制度,在其《刑法志》中,“大审院”一词,频繁出现,多达40余次<sup>[160]</sup>。预备立宪时期,“大审院”一词,大量出现在官方奏摺之中,用以指称“东西各国”的最高法院。

“大理院”一词,是清廷对“东西各国大审院”实行本土化、中国化的结果。最早出现在光绪三十二年九月十六日的官方奏摺中:“司法之权则专属之法部,以大理院任审判,而法部监督之。”<sup>[161]</sup>“大理院平反重辟,审决狱成,为全国最高之法院。”<sup>[162]</sup>九月二十日的官制改革上諭,正式确立了晚清中国最高法院的名称:“大理寺著改为大理院,专掌审判。”<sup>[163]</sup>自此,晚清中国

[153] 《申报》,1875年7月13日,第984号,第三版,“正讹”：“前报录东洋驻华公使柳原前光陞授大审院之员,兹接日本公署来信,知迁授元老院议官,非大审院也。用亟更正。”

[154] 《申报》,1900年1月5日,第9602号,第一版,“墨国请订约章论”：“南北美洲自古系荒漠之地,独墨西哥立国最早。……至一千八百七十二年,大审院长铁宾耶门代立,国始少安。”

[155] 《申报》,1907年4月29号,第12219号,第十八版,“本埠新闻”,“钱庄控告麦加利银行得直”：“汉口同大等庄……仍请担文古柏费烈等律师赴英京大审院上控。”

[156] 《申报》,1907年11月24号,第12510号,第三张,第二版,“国外新闻”,“美国裁判官诋毁总统”：“十七日纽约电云,美国大审院裁判官李莱缓在纽约卡义琪演说,痛诋大总统罗斯福。”

[157] 《申报》,1907年12月16号,第12532号,第二张,第三版,“分类新闻·交涉”,“洋商请查家产备抵(嘉兴)”：“嘉兴府杨太守接法国西贡大审院总裁判官达的咨文。”

[158] 北京大学图书馆古籍特藏室,见前注[3]。

[159] 何如璋:《使东述略》,载钟叔河编:《走向世界丛书(第三册)》(修订本),岳麓书社2008年版,页104。

[160] 黄遵宪:《日本国志(下)》,《刑法志》,天津人民出版社2005年版,页653、776。

[161] 故宫博物院明清档案部编,见前注[141],页464。

[162] 同上注,页470。

[163] 故宫博物院明清档案部编,见前注[1]。

最高法院的法定称谓为“大理院”，而“东西各国”最高法院，则仍称为“大审院”。

这里需要继续追问的是，为什么清廷不直接采用“东西各国”最高法院的统称——“大审院”，而要将其微调，改为“大理院”呢？

“审”、“理”二字，现在虽时常连用，有相近之处，但在传统法律语境中，意义明显不同。“审”有详究、讯问之意<sup>〔164〕</sup>，“理”有剖析、管治之意<sup>〔165〕</sup>，但“理”同时又有道理、规律之意，亦为古代法官之名，“理官”即古代法官。古代法官以“理”为名，只因在古人看来，法律制度皆循理而定，审判活动应以理服人：“《书》称‘皋陶作士。’又曰‘皋陶作理。’盖制法施刑，皆本于理也。”“法何所本乎，不本于理而何从也？名之曰‘理’，则其行法施刑，皆本于理而协于中矣。”<sup>〔166〕</sup>“古谓之理官，盖法律必以理为主。”<sup>〔167〕</sup>所以，“理”与“审”相比，含义更加丰富，不仅体现了审断案件的客观活动，而且突出了依照道理审断案件的主观追求，彰显出更加明确的价值取向，蕴含着更为丰富的传统法律文化内涵。

倘若嵌入全称，则差异更加显著。“大审院”中，“大审”是明代会审形式的一种，存在日短，并无太多的历史底蕴，后加表示官署名称的“院”字，不伦不类，容易令人误解为负责“大审”事务的衙门。“大理院”中，“大理”是自古以来中央最高司法审判长官的名称，后加表示官署名称的“院”字，指称最高法院，则名正言顺。这一字之改，将近代西方最高法院与古代中国最高法院悄然对接，将其披上了传统的外衣，纳入了中国司法史的序列，冲淡了生硬的洋味儿，增添了厚重的历史文化气息。

这些，或许是清廷在确定最高法院名称时，舍“大审院”而用“大理院”的深层原因吧。

其实，中国历史上，“大理寺”本来就曾有“大理院”之名。在宋代时，大理寺就曾被称为“大理院”。宋代谢维新《古今合璧事类备要》载：“大理院狱，见前‘鹊巢其庭’注。”<sup>〔168〕</sup>宋代话本小说《汪信之一死救全家》中，也多次出现“大理院”一词：“白正留汪革住了一宿，次早报知枢密府，遂下于大理院狱中。……闲话休题。再说汪革死后，大理院官验过，仍将死尸枭首，悬挂国门。刘青先将尸骸藏过，半夜里偷其头去藁葬于临安北门十里之外。次日私对董三说知其处，然后自投大理院，将一应杀人之事，独自承认。又自诉偷葬主人之情。大理院官用刑严讯，备诸毒苦，要他招出葬尸处，终不肯言。是夜，受苦不过，死于狱中。……大理院官见刘青死了，就算个完局，狱中取出汪世雄及程彪、程虎，决断发配。”<sup>〔169〕</sup>显然，这里的“大理院”，即是“大宋

〔164〕 《康熙字典》云：“详也，熟究也。”“又，凡鞫事曰审。”

〔165〕 《说文解字》段注云：“是理为剖析也。”徐注“治玉治民皆曰理。”

〔166〕 康有为：《康南海官制议》（卷二）《中国古官制》，文海出版社1974年印行，页16、17。

〔167〕 康有为：《康南海官制议》（卷十一）《增司集权》，文海出版社1974年印行，页217。

〔168〕 谢维新撰：《古今合璧事类备要·外集·卷二十四·刑法门·申理·刑法总论》（外集），清文渊阁四库全书本，中国基本古籍库电子版，页7813。

〔169〕 冯梦龙编：《喻世明言》（第三十九卷）《汪信之一死救全家》，许政扬校注，人民文学出版社1958年版，页599、601。

乾道淳熙年间”<sup>[170]</sup>的“大理寺”。

职是之故，“大理寺”改为“大理院”，表面上似乎并未有大的改动，只是将表示官署称谓的“寺”换为“院”而已。国人若不注意，觉察不到它是异质司法文明的代表，更想不到它其实是对应“东西各国”最高法院的中文改译。这在守旧派反感新名词的时代，更加容易被接受，无形中减少了改革的阻力。事实上，即便非常“不喜新名词”的大理院正卿定成<sup>[171]</sup>，似乎也未注意到其自己执掌的“大理院”，其实也是新名词<sup>[172]</sup>。总之，将“东西各国”的最高法院“大审院”改译为“大理院”，既符合语词含义，又顺应了国人的崇古心态，减少了受众的抵触情绪。同时，这一改变，使得将“大理寺”改为“大审院”（大理院）的主张，显得更加理直气壮。改动之处，为语词的相似性深深遮蔽，不动声色，不着痕迹。而这，或许一开始也隐喻了近代最高审判机构新旧参半、中西杂糅的历史宿命？

#### （四）操作之易行

改大理寺为大审院（大理院），乍看起来，相对容易着手，具有现实的可操作性。

根据官制改革方案，大审院（大理院）属于新设衙门，而设立新的国家机构，并非一纸谕令即可完成，必须考虑现实的可操作性，满足人、财、物等各方面的实际需要，平衡与其他衙门之间复杂的利益关系。

晚清官制改革是在旧有国家机构的基础上进行，依托旧有的国家机构体系展开的。在旧有的国家机构体系中，“三法司”皆与司法审判有关，择一为基础，改设新的最高审判机构，亦情理中事。

然而，在“三法司”中，都察院主掌监察，仍有其存在理由，无需改动。刑部为旧有国家机构体系的基干部门，位高权重，组织庞大，成员众多，若改为“专掌审判”的最高法院，需要剥离职能，裁减人员，波及面广，关系复杂，将会对旧有国家机构体系造成伤筋动骨的冲击，面临的操作困难和改革阻力，很可能会令当政者望而却步，降低建议被采纳的机会，这当然是倡言者所不愿看到的。

相比起来，大理寺在旧有国家机构体系中，相对边缘，位卑权轻，机构小，人员少，经费有限，几近废官虚署，或裁或改，均对旧有国家机构体系影响不大，以之为基础改设最高司法审判机构，不会触犯太多的既得利益，故而阻力较小，着手相对方便，“分之之法，中国本易措手”。<sup>[173]</sup>加之名称相类、功能多少相近，也利于增强改革的动力，使操作更加切实可行。故而，自然成为倡言者大力强调、以求采纳的首选方案。然而，这一方案果真容易操作么？现在看来，或许未必尽然——部院之争，就是明证。但当时清廷为其所动，欣然接受。

[170] 同上注，页 581。

[171] 陈瀛一：《睇向斋秘录》，中华书局 2007 年版，页 61，“定成不喜新名词”。

[172] 崔军民：《萌芽期的现代法律新词研究》，中国社会科学出版社 2011 年版，页 155、201，将“大审院”、“大理院”均列为法律新名词。

[173] 《申报》，1905 年 8 月 12 号，第 11609 号，第一一二版，“陆中书宗輿立宪私议”。

### (五)仿日之制约

对日本司法机构的模仿,使清廷对刑部别有定位,阻碍了改刑部为大审院(大理院)的可能。

晚清的官制改革,基本上以东西立宪各国官制为参照:“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。”<sup>[174]</sup> 司法机构的变革,“大抵远师德法,近仿东瀛”<sup>[175]</sup>,其具体路径,主要步武日本:“中国今日欲加改革,其情势与日本当日正复相似,故于各国得一借镜之资,实不啻于日本得一前车之鉴,事半功倍,效验昭然。”<sup>[176]</sup>

在晚清朝野看来,在作为官制改革模板的日本官制体系中,刑部更加类似的对应机构是“司法省”,而非“大审院(大理院)”。当时朝野大多主张:以大理寺对应日本的最高司法审判机构“大审院”,而以刑部对应日本的最高司法行政机构“司法省”:“以刑部为法部,专管全国司法之政务。”<sup>[177]</sup>“刑部宜改为法部,仿日本司法省之制,考核天下讼狱,而不自理裁判。”<sup>[178]</sup>虽然“刑部”名称最终改为“法部”,不是“司法省”,但实质上,仍是以日本司法省为参照而型塑的:“我国改革官制,多仿日本。若新改之法部,非日本之司法省乎?新设之大理院,非日本之最高级之法廷大审院乎?”<sup>[179]</sup>“日本司法省,中国曰法部,司法大臣,即法部尚书。”<sup>[180]</sup>

其实,将刑部与日本“司法省”对应,并非晚清官制改革时期的发明。早在《日本国志》中,黄遵宪对日本司法省的历史沿革、职官设置情况已有全面描述。<sup>[181]</sup>至迟在光绪十七年,即有人指出:“日本司法省,即我国刑部也。”<sup>[182]</sup>官制改革前夕,日本学者也认为:“刑部略似日本之司法省。”<sup>[183]</sup>而从历史上看,日本司法省,也是由“刑部省”发展而来的:“明治四年七月,废刑

[174] 故宫博物院明清档案部编,见前注[141],页463。

[175] “法部大理院奏核议大理院官制摺(并清单二)”,载政学社印行:《大清法规大全·吏政部·卷二十下·内官制二》(第五册),页15。

[176] 故宫博物院明清档案部编,见前注[27],页368。

[177] 陆宗舆:《立宪私议》,《东方杂志》1905年第二卷第10期,“内务”栏,页166、168。

[178] 《申报》,1905年12月6号,第11725号,第三一四版,“振贝子请改官制以专责任摺”。

[179] 《申报》,1907年4月19号,第12209号,第二版,“论说”,“法部与大理院之权限问题”。

[180] (日)冈田朝太郎口述,熊元翰编:《法学通论·宪法行政法》,魏琼点校,上海人民出版社2013年版,页118。

[181] (日)清黄遵宪:《日本国志(上)》(卷十四)《职官志二》,天津人民出版社2005年版,页387。“司法省:古为刑部省、弹正台。戊辰三月,建刑法事务局。闰四月,废局称官,管监察、鞫狱、捕亡三司。己巳五月,废监察司,建弹正台。七月,废刑法官,建刑部省。辛未七月,废刑部省,建司法省,旋废弹正台。八月,改捕亡、囚狱事务属于地方官。如今制。司法卿一人,大辅一人,少辅一人。凡释律意、选刑官、请恩赦之事,卿率其属以定议,大事上之,小事则行,以慎邦刑。书记官(无定员,凡四等),属官(无定员,凡十等),分所司而承其事(考明治十三年十二月所颁司法省职制章程,于省中分议事、刑事、民事三局。惟十四年冬职官录不录各局长,故略之)。”

[182] 《申报》,1891年12月25日,第6711号,第二版,“重惩日犯”。

[183] 服部宇之吉主编,见前注[73],页116。

部省及弹正台,以设司法省。”<sup>[180]</sup>“明治四年,刑部省改为司法省。”<sup>[185]</sup>而这,也为晚清刑部对应日本“司法省”提供了历史依据。

总之,效法日本司法省,改刑部为法部,以应其职,获得晚清朝野多数人士的支持。这种主流意见,遮蔽了刑部改为大审院(大理院)的可能。

#### (六)管控之需要

“大权统于朝廷”的需要,是刑部改为法部、大理寺改为大审院(大理院)的内在动因。

清代刑部兼有司法行政与司法审判双重职能。虽然依照学理而言,刑部主要职掌为司法审判,是全国最高司法审判机构,司法行政只是其兼理事务,但是站在管理者的立场,从朝廷的角度而言,显然更加看重刑部在司法行政方面的综合管控职能。至于司法审判方面,由于其相对专业和单一,是一种纯技术性工作,故而,仅被视为兼掌的行政管理职能的一部分而已:“清刑部制度,承明之旧,世称‘刑名总汇’,握监督各省司法之权,兼行审判。”<sup>[186]</sup>

倘若仅从功能相似性出发,将刑部改为大审院(大理院),专掌审判,那么,等于保留刑部中清廷相对轻视的司法审判职能,而舍弃其非常看重的司法行政职能。如此一来,清廷将失去管控全国司法事务的重要机构,无法实现对于全国司法事务的全面管治。这显然违背“大权统于朝廷”的宗旨,为皇帝所不允。

在“三权分立”理论中,大审院(大理院)所代表的司法审判权力是一种异质权力,一开始就是作为传统行政权力的对立面而出现的。按照“预备立宪”的精神和官制改革的方向,司法独立势在必行。根据司法独立的逻辑,名义上司法审判机构是代表皇帝行使司法审判权的,但实质上要求即便皇帝也不许干预具体司法审判事务。<sup>[187]</sup>这一点,被视为对皇权的重大侵害和严重威胁。在君主立宪政体下,司法审判权力来源于皇帝授权,却天然排斥皇权干预,而君临天下的皇权,则无法容忍有脱离管控的部门和管控不到的事务,所以,必须由“以服从上官之命令为主”<sup>[188]</sup>的行政机构代表皇帝来管控司法。这一机构,在日本由司法省充任<sup>[189]</sup>,而在晚清既存的国家机构体系中,显然非刑部莫属——刑部一直被认为与日本司法省角色相当。在传

[180] (日)松冈义正:“日本裁判所沿革大要”,载董康辑:《调查日本裁判监狱报告书》,北京农工商部印刷科铅印,光绪丁未五月排印,页73。

[185] 《申报》,1903年12月25日,第11023号,第二版,“直隶天津府知府凌太守福彭禀陈考察日本监狱及罪囚习艺情形稿”。

[186] 董康:“前清司法制度”,载何勤华、魏琼编:《董康法学文集》,中国政法大学出版社2005年版,页345。

[187] 《申报》,1907年2月18号,第12149号,第四版,“民政部两厅官制说帖”:“司法权之独立,非特行政衙门不能侵越,即君王以不能曲徇。”沈家本:《历代刑法考》(第四册),《寄谥文存·卷六·裁判访问录序》,邓经元、骈宇骞点校,中华书局1985年版,页2235:“西国司法独立,无论何人,皆不能干涉裁判之事。虽以君主之命、总统之权,但有赦免,而无改正。”

[188] 董康辑:《调查日本裁判监狱报告书》,北京农工商部印刷科铅印,光绪丁未五月排印,页2:“行政官之性质,以服从上官之命令为主。”

[189] 松冈义正,见前注[184],页73:“明治五年八月所定职制,以司法省总司全国法宪,统辖各裁判所。”

统部、院、寺、监的国家机构体系中,刑部权力远大于大理寺,甚至一度将依附其存在的大理寺收归门下。“刑部不仅在三法司中位高权重,而且在整个司法体制中连接着地方与中央,扮演着桥梁和纽带作用,在实现皇帝对全国司法的监督方面也有着不可替代的作用。”<sup>〔190〕</sup>“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>〔191〕</sup>故而,作为传统国家机构核心部门的刑部,是不宜异质化为不受行政权力干预的最高司法审判机构,而独立于行政衙门之外的,必须将其定位于以贯彻执行命令为天职的行政序列之中,站在皇帝一边,代表皇帝管控全国一切司法事务。

因此,朝野揣摩圣意,大多建议,仿照日本司法改革“第二期分离时代”初期的体制<sup>〔192〕</sup>,由刑部改设法部,管理大理寺改设的大理院,将大理院隶属于法部之下:“大理寺宜改为大审院,仍隶属于法部。”<sup>〔193〕</sup>“都裁判厅,以大理寺改,直隶法部。”<sup>〔194〕</sup>“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。”<sup>〔195〕</sup>最终,清廷采纳了这种建议,但做了委婉表达:“司法之权,则专属之法部,以大理院任审判,而法部监督之。”<sup>〔196〕</sup>这一设计,暗中贯彻了大理院隶属于法部的精神,将审判定位为司法的一部分,无形中将审判机构置于司法行政机构之下,将最高审判机构大理院视同法部中专掌审判事务的具体部门,由总揽司法的法部对其进行监督,从而使大理院受制于法部,并与法部之间,形成了类似上下级的行政性关系,使“司法行政机关以对审判活动进行监督的名义掌握了终审权,审判机关并没有终审权……审判机关降格为司法机关中负责具体审理职能的部门,没有终审权,就连最高审判机关大理院也概莫能外。”<sup>〔197〕</sup>这样一来,极大地加强了皇权对司法的监督和控制,最大限度地实现了官制改革“大权统于朝廷”的目的。

当然,晚清官制改革是一项系统工程,司法机构改革只是其中的一部分,清廷之所以改大

〔190〕 张从容,见前注〔21〕,页57。

〔191〕 故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料(上)》,“兵部员外郎闵荷生建言官制不必多所更张呈”,中华书局1979年版,页406。

〔192〕 松冈义正,见前注〔184〕,页73:“第二期分离时代……然当时裁判所非独立裁判所,如关于国家大事犯罪、全国死罪、敕奏任官及华族犯罪等,司法省皆有论决之权。”

〔193〕 《申报》,1905年12月6号,第11725号,第三一四版,“振贝子请改官制以专责任摺”。《大公报》,1906年1月3号,第1263号,第四版,“要闻”,“大理寺改名大审院”则直接说:“探闻政府之意,拟将大理寺改名大审院,归刑部管理。”

〔194〕 端方:《端忠敏公奏稿》(卷六),“请改定官制以为立宪预备摺”所附“请改内外官制名称及办事权限大略清单”,文海出版社1986年版,页766。故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料(上)》,“出使各国考察政治大臣戴鸿慈等奏请改定全国官制以为立宪预备摺”,中华书局1979年版,页380,曾提及这一清单:“谨将请改内外官制名称清单大略,另缮清单,恭呈御览。”但同时在该摺后注明,编辑者对该摺未予收录:“单从略。”

〔195〕 故宫博物院明清档案部编,见前注〔27〕,页379、380。

〔196〕 故宫博物院明清档案部编,见前注〔141〕,页464。

〔197〕 张从容,见前注〔21〕,页60。

大理寺为大审院(大理院),而不改刑部为大审院(大理院),有着复杂的政治原因与利益权衡,以上诸端,未必全面,但或许是其中所不能忽视者。更深层次的探究,当俟诸后来。

## 六、结 语

作为“预备立宪”的前提、“三权分立”的肇端,司法机构的改革是晚清中央官制改革的重点。尤其是最高司法审判机构大理院的设立,更是寄托着“司法独立”的精神,承载着“预备立宪”的期许,“储裁判独立之精神,为宪法执行之基础”<sup>〔198〕</sup>,意义非凡。

然而,晚清采取的“改大理寺为大理院,改刑部为法部”的司法机构改革方案,却并非十全十美。这一具体路径,无视刑部与最高司法审判机构功能的相似性,强行将其改为司法行政机构法部,而将并无最高司法审判权的大理寺改为最高司法审判机构大理院,诱发了诸多的矛盾冲突,造成了无谓的权限纠纷,导致了最高司法审判机构低人一等的政治地位,使得司法独立的道路坎坷异常,直接或间接影响到今日最高司法审判机构和司法审判系统的政治地位,制约着今日的司法独立。

首先,引发了激烈的“部院之争”,导致了无谓的权限纠纷,延缓了司法改革的进程。部院之争,很大程度上是官制改革方案设计矛盾的集中体现。由于法部的前身刑部为“天下刑名总汇”,是实质上的最高司法审判机构,几乎拥有近代最高法院的全部权力,大理院若要真正成其为最高法院,拥有与“东西各国大审院”相同的地位和职能,自然必须向实质上的最高司法审判机构的继承者法部索要权力、调取人员。因为刑部的权力和人员,本该由最高法院拥有,现在刑部既然未改为最高法院,其事属最高法院的职能自然必须让渡出来,转移给大理院。大理院争取的权力,本来就是依照正常逻辑和基本法理,要求最高法院必须拥有的,否则,所谓“最高法院”就名不副实。大理院之所以争权不遗余力,正说明了其前身大理寺本身司法审判权力贫乏,不像“东西各国大审院”,并不适宜改设为最高法院。而法部之所以觉得权力被严重侵夺,也正从侧面说明了,其前身刑部就是最高司法审判机构,占有了绝大多数司法审判权力。然而,错位的改革路径,使得部院之间纠葛不断,司法审判权力在磕磕绊绊中艰难流转,而司法改革的很多时间,就浪费在这种本可避免的权力挪移之上了。这种对于司法审判权力的激烈争夺,延误了司法改革的进程,导致大理院虽然在制度层面设立,但在实践中一直未能良好运作。直到宣统年间,随着司法改革的深入,对司法独立思想、“三权分立”理论认识的加深,《法院编制法》和《死罪施行详细办法》出台,法部才逐渐淡出司法审判领域,其司法审判方面的权力,方陆续划归大理院。而此时,清廷已经灭亡在即。

其次,造成了最高司法审判机构低人一等的出身和地位,增加了司法独立的难度。中国传统,历来看重出身,对人如此,对机构也不例外。在晚清“三法司”中,大理寺地位最低,这从“三

〔198〕 北京大学图书馆古籍特藏室,见前注〔2〕。

法司”的惯用排序中即可看出端倪：“刑部、都察院、大理寺为三法司。”<sup>〔199〕</sup>“今以刑部、都察院、大理寺为三法司。”<sup>〔200〕</sup>显然，刑部排名第一，都察院排名第二，大理寺排名第三，位居末座。中国为礼仪之邦，素重长幼尊卑之序。排序先后，往往与地位高低相一致。事实上，根据晚清官制，刑部尚书从一品，都察院左都御史从一品，大理寺卿正三品——这或许正是“三法司”排序的品秩依据。作为全国最高司法审判机构，大理院出身如此寒酸，其在民众心中的位置可想而知。官制改革中，大理院正卿被定为正二品<sup>〔201〕</sup>，表面上比大理寺卿地位有所提升，但实际上，仍然既低于法部尚书，又低于都察院左都御史——二者均为从一品。这使得大理院自诞生之日起，就屈居法部和都察院之下，实质上维持了传统“三法司”的位置序列，固化了最高司法审判机构在国家体系中低于司法行政机构的传统。总之，“改寺为院”，“定正卿秩正二品”——大理院的这种产生路径和品级设置，不经意间已决定了最高司法审判机构在国家机构中的弱势地位，为近代司法独立设置了无形障碍。

如果从功能意义而言，既然刑部是当时实质上的全国最高司法审判机构，那么，要铸就立宪各国“三权分立”之一极，改设新的独当一面的全国最高司法审判机构，刑部自然是首选，改刑部为大审院（大理院），顺理成章。为什么非要剑走偏锋，改一个“祖上曾经阔过”、时下已经没落的边缘机构大理寺为大审院（大理院），费劲周折进行“乾坤大挪移”式的权力搬运呢？这里面隐含着清廷未曾明言、不便明言的原因。

详绎之下，朝野之倡言、功能之比附、名称之相近、操作之易行，是“改寺为院”的舆论基础、制度基础、语义基础与实践基础；对日本亦步亦趋的模仿，则将刑部定格在司法省的位置，阻断了“改部为院”的思路；而集权管控，实现“大权统于朝廷”的官制改革目的，则是清廷最终决定“改刑部为法部，改大理寺为大理院”的内在原因。

正是由于清廷“大权统于朝廷”的内在需求，导致其官制改革方案，对于司法机构的改革路径，设计并不合理——为了以行政管控司法，将位高权重、实质具有最高法院功能的刑部改设为最高司法行政机构，而将位卑权轻、并无最高司法审判权力的大理寺改为最高司法审判机构，仍然压低其品秩，以便控制。这种角色错位，导致大理院与法部之间龃龉不断，据理力争的大理院与负隅顽抗的法部，陷入激烈冲突的漩涡，严重影响了司法改革的进程。同时，这种改革路径，致使最高司法审判机构出身卑微，一开始就低人一等，位居行政机构之下，为司法独立埋下了观念障碍。试想，名为“三权分立”之一权，号称承担立宪各国最高法院的职能，但地位

〔199〕 允禩等纂：《钦定大清会典》（乾隆朝）（卷三）《吏部·官制一·京官》，光绪十九年上海图书集成印书局印，页8。

〔200〕 阮葵生：《茶余客话（上）》（卷六）《大小三法司》，李保民校点，上海古籍出版社2012年版，页122。

〔201〕 据说，这是刑部尚书葛宝华的主意，意在为其将来改任法部尚书后控制大理院做准备：“大理寺卿为正三品。迨裁寺设院，定正卿为正二品。闻草案本拟比照都察院，定为从一品，以葛宝华之主张，乃改定正二品。釐订官制，每部以一尚书参与其事，宝华以刑部尚书在列也。宝华久官刑部，既与此役，以为必可为法部尚书。及改任与本衙门素无关系之戴鸿慈，宝华竟被遣，大出意外。”（徐一士：《亦佳庐小品》（第四辑）《典制丛谈·官制改革趣闻》，徐禾选编，中华书局2009年版，页291）。

却明显被设定在其他两权之下,如何与之呈现“三足鼎立”、互相制衡之势?司法权力如何能够独立,司法机构地位又怎么能够尊崇?

其实,倘若一开始改刑部为大审院(大理院),或许可以避免很多无谓的争执与纠葛,提升最高司法审判机构的地位——司法改革的路径也会因此平坦通畅许多。为什么一再申述应由刑部改设大审院(大理院)呢?

最重要的一点在于,司法审判活动是一种专业化的活动,在传统的“三法司”中,作为“天下刑名总汇”的刑部最为专业。刑部官员需要高超的司法技术,这在六部之中具有特殊性。在刑部中,实际主政的“当家堂官”皆为业务精深的技术型官员。<sup>[202]</sup>业务水平最高的官员,历来深受同僚敬重。例案精熟的“秋审处提调、坐办”,甚至被尊为本衙门“圣人”<sup>[203]</sup>。刑部执掌最高审判权力多年,培养了一批专业化的法律人才,形成了相对规范化的司法流程,建设了一整套的法律设施。倘若以刑部班底改设最高司法审判机构,则审判人员驾轻就熟;审判权力无需转移,只需分出其司法行政职能即可;司法流程比较熟悉,即使有新的改动也容易掌握;司法设施相对齐备,利于满足司法审判活动需要。

同时,刑部在“三法司”中位高权重,都察院、大理寺根本无力与之争夺司法审判权力,当时既有国家机构中,也没有其他拥有司法审判权力的机构可以与之抗衡。许多无谓的权力之争,均可以避免,实现“专掌审判”的目标,型塑出与东西立宪各国大审院相类的最高法院,应非难事。而且,由于刑部的政治地位,由其改设的最高司法审判机构的地位和权威,也可以得到大幅提升。

虽然当年清廷并未采取这一条相对合理的具体路径,但历史的假设,或许正是探究真理的必要<sup>[204]</sup>。至少,在这反向关照的过程中,我们可以看到更多为以往思维定势所遮蔽的东西。

[202] 徐珂编撰:《清稗类钞》(第三册),《爵秩类·各部堂司琐事》,中华书局1986年版,页1313:“凡指麾一切者,谓之当家。部事向皆满尚书当家,汉尚书伴食而已。四侍郎则更不事事,有半月不入署者。……然亦有以侍郎当家者,赵舒翘、沈家本之在刑部,皆以深明旧律,为尚书所不及,实权乃渐集于侍郎。盖因其人而生权力也。”董康:《前清司法制度》,载何勤华、魏琼编:《董康法学文集》,中国政法大学出版社2005年版,页345:刑部堂官“六人中,以一人由本部司官出身者,主任详谏。凡咨题奏各稿,归其点阅,方随同画诺,名‘当家堂官’。”夏仁虎:《旧京琐记》(卷三)《朝流》,辽宁教育出版社1998年版,页93:“刑曹于六部中最为清苦,然例案山积,动关人命,朝廷亦重视之。故六堂官中,例必有一熟手主稿,余各堂但画黑稿耳。薛尚书允升既卒,苏抚赵舒翘内用继之,赵诛,直臬沈家本内调为侍郎,皆秋审旧人。凡稿须经沈画方定。”

[203] 徐一士:《亦佳庐小品》(第四辑)《典制丛谈·官制改革趣闻》,徐禾选编,中华书局2009年版,页290:“鸿慈既到任,举行司员考试,以为甄别。……山西司主稿李步沅(山东人,乙未进士),以未兼秋审处,偕众应考。值绍昌监试,题纸一下,步沅即正色言曰:‘本部无论奏咨各稿,均系‘查例载’。如按大人考法,嗣后均应改写‘默例载’矣!如一字不讹,恐本衙门所谓圣人者,亦难办到!’圣人者,刑部秋审处提调、坐办之称也。”

[204] (英)E.H.卡尔:《历史是什么?》,陈恒译,商务印书馆2007年版,页153、154:“人们认识到,科学家所获得的发现,所得到的知识,不是靠建立精确且全面的规律得到的,而是靠提出假设得到的,这种假设为新的探索开辟了道路。……历史学家研究过程中所使用假设的地位与科学家所使用假设的地位似乎极其相似。”

在司法改革困难重重、司法独立举步维艰的当下,当我们拨开重重迷雾,关照原点,以历史的眼光,纵目俯瞰,对眼前的一切,或许,会有新鲜的、乃至更加清晰的认识。

故而,时至今日,深入检讨这一导致司法权力“乾坤大挪移”的改革设计及其背后的玄机,仍然具有现实意义。因为,某种程度上可以说,清廷当日面临的问题与思考,百余年来,仍然或多或少地制约着今天中国的司法构造与司法运作。今天,在国家的权力架构中,如何提高最高法院的地位,增强最高法院的权威,充分发挥最高法院在宪政中的作用,仍然是值得深入思考的新课题——而重温百余年前的中国司法近代化之初的这场改革设计,探究最高司法机构诞生之初的政治权衡与利益博弈,在为今天的司法改革诉说前人的思路之余,或许可以为应对司法领域中的诸多问题,提供来自源头的智慧与历史的启迪。

---

**Abstract:** In preparation for constitutionalism in the Late Qing, Daliyuan became the novel Supreme Court. Its predecessor was Dalisi. This institutional change as a result of the bureaucracy reform had produced extraordinary effects in the modern Chinese judicial history. However, this pattern of changing “Si” to “Yuan” was not well designed from the very beginning. Within the conventional tri-fold central judicial system, the Board of Punishments used to be the actual supreme court, while Dalisi functioned merely as a reviewing judicial institute. This is definitely not the best reforming option for Dalisi to become the highest court. Nonetheless, this transitional “Si to Yuan” pattern received winning support from the loud mass media. It also gained popularity in light of their similar functions, names and easy operability. This pattern thus had its popular, institutional, semantic and practical justifications. At the same time, the uncritical reception of Japanese pattern led to the rejection of an alternative — that is to turn the Board of Punishments into the supreme court. Furthermore, the bureaucracy reform’s implicit but fundamental goal toward the concentration of power into the king motivated the royal reformers to make decision about the “Si to Yuan” institutional change. In summary, this pattern of judicial institutional reform designing has spawned continuous jurisdictional conflicts between the later Ministry of Judiciary and Daliyuan, which profoundly affected the judicial reform progress. It also positioned the supreme court in the political hierarchy under the executive branch, seriously inhibiting the idea of judicial independence. All of which had brought far-reaching impacts on the judicial ideas and judicial system in China. Their lingering effects still restrain in a varying degree the current judicial institution and practices.

**Key Words:** Dalisi; Dashenyuan; Daliyuan; Board of Punishments; “Si to Yuan” Transitional Pattern; Bureaucracy Reform

---

(责任编辑:徐爱国)