

第九章 清朝末年以來中國社會法律變遷—亞洲與歐洲法律交流¹

收於陳惠馨 多元觀點下清代法制，五南書局，2015 年出版

一 前言

本章探討清朝末年以來，在中國啟動繼受或移植西歐各國（以德國、法國為主）法律體制歷程並從亞洲與歐洲法律交流觀點加以分析。清朝統治者在光緒二十四年（西元 1898 年）進行戊戌變法。光緒二十八年（1902）啟動繼受西歐各國法律，主要以刑法、民法、商法及訴訟法為主的法律變革。光緒三十三年（1907 年）面對來勢洶洶的革命浪潮，清朝決定成立憲政編查館，更全面啟動學習歐美及日本憲政體制。

直到今日，中國雖然已經改朝換代了，歷經國民政府與共產黨政權的轉換。但是，在法律體制部分還停留在繼受外國法律體制處境。不僅中國，東亞地區日本、韓國以及香港、新加坡及台灣等華人社會，目前也多數停留以學習自外國法律制度規範社會人民生活。

是什麼樣的法律文化背景或者什麼樣的元素，讓東亞各國雖然已經繼受外國法超過一百多年；但似乎還未能脫離以西方法律體制作為自己社會法規範理論與模式的情境？為何東亞地區法學研究者至今無法從繼受外國法百年來的歷史經驗，找到一個可以融合外國法繼受經驗與法學論述，從自己社會的需求與法律文化的脈絡，創造新法律體制，規範自己社會的生活？

上述這種已經持續百年以上，由東亞國家繼受歐洲法律體制的亞洲與歐洲法律交流模式還要持續多久？是一個值得觀察的法律文化現象。本章從清朝末年所開啟中國與歐美法律交流角度，分析清朝末年繼受歐洲，或透過學習日本繼受歐洲法律路徑，尤其將著重光緒三十三年（1907 年）清朝成立憲政編查館之後變法歷程加以分析。

二、繼受外國法一百多年之後，亞洲與歐洲法學交流現況

本書作者在台灣接受大學法學教育；在 1980 年前往德國並在 1987 年取得德國法學博士學位。1989 年，在台灣解嚴前後，開始到政治大學法律學系教授法律相關課程。過去二十多年來，在大學法學院教學與研究經驗，有機會近身觀看

¹ 本章寫作動機來自於本書作者 2013 年 11 月參加北京中國政法大學法律史研究中心主辦「亞歐法律史論壇」；該會議主題為：理念與過程：近代亞洲與歐洲的法律交流（19 世紀末-20 世紀初）。本章之內容曾經以〈從歐洲中心與清末變法談百年來亞洲與歐洲法律交流〉一文發表於《中華法系》第五卷，北京，2014 年 9 月，法律出版社。

當前亞洲（以台灣為主）與歐洲（以德國為主）法學與法律交流現場。本書作者很深刻體會目前不管是在台灣或者東亞的日本、韓國、中國大陸等都還在主動積極學習歐洲（以德國、法國與英國為主）、美洲（以美國為主）法律制度與法律文化的歷程中。

跟亞洲各國法律學者相比，上述歐、美國家法律學者對於當代東亞各國法律制度好奇度相對不高，理解也非常有限。僅有少數曾經訪問台灣或在東亞各大學法學院活躍的德國或美國法學者，會在東亞地區進行法律或法學相關演講時，利用機會瞭解東亞各國現行法律制度。他們多數人對於當代東亞各國法律制度與法學研究狀況毫無興趣，也不好奇他們社會法律制度到了另外一個社會（東亞各國）發展情形，他們對於他國法律制度缺乏興趣態度跟清朝中國官員對於西方法文化態度有某種程度類似性。

以德國為例，德國介紹當代中國法律制度工作主要由德國漢學家或者具有法律背景的漢學家進行²。但，在東亞地區，以台灣為例，許多大學法學院教授民法、刑法、憲法與行政法等法律學者都留學德國並取得德國法學博士學位。台灣多數法學教授在大學法律系所法學專業課程，往往將德國重要法學者研究成果及主要法典立法、修法與司法實踐納入教學內容並在撰寫論文時，加以介紹。在台灣各大學法學教室、多數法學雜誌或法學家專論處處可見德國法學與法律資訊。

19 世紀末到 20 世紀初，在中國清朝開啟繼受或移植外國法歷程，在中國大陸於 20 世紀二十年代到三十年代之間所訂定的六法全書法律體系，於一九四五年二次大戰之後，也在台灣適用。台灣在歷經 1895-1945 年日本殖民統治時期，以及 1945 年以來適用在中國大陸的六法全書體系至今，在法學界依舊處於繼受西方，以德國、美國法學為主的歷程。德國或美國當代法學理論與法律系統至今依舊深入影響台灣現行法律體制與法學理論。而，上述這種情形顯然不僅發生在台灣，也發生在中國大陸或日本法學界，也可能同樣存在於香港與新加坡等受到西方影響深遠的華人社會。

相對於亞洲學者對於德國、美國或者法國法學理論與立法狀況熱烈研究情形；歐洲及英美各國法學者對於亞洲法學狀況與立法情形並沒有展現相同的興趣與研究精神。近年來德國某些大學開設有當代中國大陸法律課程，但，這些課程往往僅基於實用而開設。這些課程往往著重在財經法等相關領域介紹，因為這些

² 德國近代對於中國法制的研究主要有三位重要漢學家的工作，分別是 Otto Frank (1863-1946) ,Karl Buenger 及 Robert Heuser 等學者。其中 Karl Buenger 著有《Quellen zur Rechtsgeschichte der Tang-Zeit》，Monumenta Serica, Monograph No. IX. Peiping, 1946，本書在 1996 年由 Steyler Verlagsbuchhandlung 再版，ISBN 編號為 978-3-8050-0375-9。Robert Heuser 於 1999 年出版《Einführung in die chinesische Rechtskultur》，由 Institut fuer Asienkunde 出版，ISBN 編號為 978-3-88910-229-4

法律攸關跟中國大陸做生意的必要知識³。在台灣，不少大學法學院每年邀請德國當代知名法學者到校園進行講學或訪學交流計畫。仔細觀察這些前來台灣交流德國或美國法學者的演講內容與行程，可以發現他們在交流現場，對於台灣或者東亞地區各國立法或法學研究狀況雖然禮貌性表達好奇但卻缺乏進一步瞭解的企圖。他們多數在思考法律或法學理論時，沒有呈現出將台灣或東亞各國立法與法學經驗納入參考范式的跡象⁴。

許多德國或美國法學教授都曾經驗到，當他們在台灣各大學法學院進行各種法律相關主題演講時，現場台灣法學教授、法律系所博、碩士學生均表現出對於德國或美國現行法律制度或法學理論發展濃厚興趣並有深入認識。很遺憾的，這些來自德國或美國重要法律學者，僅非常少數會在對話中，表達他們對於台灣或東亞各國現行法律體制或法學理論興趣；這樣的現象令人遺憾，這說明在全球化法學研究領域中，知識不具絕對重要價值。在亞洲與歐洲法學與法律的交流，影響力高下才是影響運作與交流的重要因素。

上述現象或許說明台灣法學與法律體制依舊停留在學習或繼受德國、美國法律體制困境。上述在台灣觀察的現象，可以在日本、中國大陸與韓國、香港與新加坡等地區看到。新加坡重要的法學院還以有英國法學教授擔任系主任做為他們國際化的指標。

上述這種現象的存在，究竟是因為亞洲社會強調客氣與退縮的文化現象影響者這些地區法學者面對外來法學者的態度？還是因為亞洲各國法律與法學者還停留在繼受與移植他國法文化心態，因此，沒有基於平等的立場讓來訪外國法學者看到研究東亞地區法學與法律狀況在法學與法律研究上具有重要價值與意義？

本書作者認為有關歐、美法律學者為何看不到東亞法學與法律現況對於世界法學舞台重要意義？為何在歐洲尤其是德國或法國等地，目前有關亞洲法律文化或法律制度介紹或翻譯還停留在從商業目的角度或者從東亞各國社會現象一環加以理解，而不是從比較法學或法理論角度加以看待，值得未來進一步研究。

三、光緒二十八年（1902年）清朝學習西方刑法、民法與商法歷程

³ 例如德國佛來堡大學東亞法研究所開設中國法導論課程說明：「在中國正在進行一個經濟與社會深入的變遷，也因此 30 年中國法律制度也在進行重大變遷。本課程在進行有關中國法制史與法律文化簡單介紹之後，將介紹中國法某些基礎領域並從比較法角度針對現代化提出問題，課程重點主要在民法與經濟法。以上文字取自網頁：<http://www.jura.uni-freiburg.de/institute/asien/>，本書作者進行簡略翻譯。上網日期：2015 年 4 月 20 日。

⁴ 以上論述是本書作者在長達 25 年在大學法學院的觀察體會。

過去百年來，亞洲與歐洲法律交流主要是日本、中國等東亞各國透過繼受歐洲某些國家法律制度進行著。以中國為例，繼受歐洲某些國家法律制度始於清朝末年。而清朝繼受歐洲法律制度歷程可以分為兩個脈絡；第一個脈絡是以清光緒二十四年（西元 1898 年）戊戌變法開始以及光緒三十三年（1907 年）成立憲政編查館（1907 年）籌備變法，學習歐洲憲政法律體系歷程⁵。另外一個脈絡則是從光緒二十八年（1902 年）清朝任命沈家本、吳廷芳主持修訂法律館，開始學習西方民法、商法與刑事及訴訟法等制度歷程⁶。

關於光緒二十八年，清朝開設法律館修改律例並訂定新刑律過程，《清史稿》志卷第一百一十七卷有詳細記載：

逮光緒二十六年，聯軍入京，兩宮西狩。憂時之士，咸謂非取法歐、美，不足以圖強。於是條陳時事者，頗稍稍議及刑律。二十八年，直隸總督袁世凱、兩江總督劉坤一、湖廣總督張之洞，會保刑部左侍郎沈家本、出使美國大臣伍廷芳修訂法律，兼取中西。旨如所請，並諭將一切現行律例，按照通商交涉情形，參酌各國法律，妥為擬議，務期中外通行，有裨治理。自此而議律者，乃群措意於領事裁判權。是年刑部亦奏請開館修例。

在開館之後，沈家本、俞廉三等等修訂法律大臣乃於宣統元年（1910 年）先將修改律例成果，以「現行刑律」之名交給光緒三十三年（1907 年）成立憲政編查館核議並在宣統二年（1911 年）年覆奏訂定⁷。沈家本、俞廉三等等修訂法律大臣除了刪定《大清律例》某些條文並訂定《大清新刑律》。

宣統二年十二月二十五日清朝資政院會奏議決新刑律總則部分。宣統三年三月二十二日，新刑律分則並暫行章程雖未經過資政院議決，但是，憲政編察館奕劻就以「新刑律尤為憲政重要之端」，上奏，向皇帝請旨，「著將新刑律總則、分則暨暫行章程先為頒佈布，以備實行。」⁸。

⁵ 參考張晉藩，《中國憲法史》，第二章，君主立憲方案的一次實踐-戊戌變法，北京，人民出版社，2011，頁 35-78；另請參考汪榮祖，《晚清變法思想論叢》，（論戊戌變法失敗的思想原因），聯經出版社，台北，1990（民國 79 年第三次印行），頁 99-134。

⁶ 關於沈家本所主持的修訂法律館工作，請參考李貴連，《近代中國法制與法學》，北京大學出版社，2002，頁 3-37；黃源盛，〈晚清修律大臣沈家本〉收於《法律繼受與近代中國法》，政治大學法學叢書（55），2007 年，台北，頁 87-120

⁷ 參考《清史稿》，志 117，其記載全文如下：「三十一年，先將例內今昔情形不同，及例文無關引用，或兩例重衣復，或舊例停止者，奏準刪除三百四十四條。三十三年，更命侍郎俞廉三與沈家本俱充修訂法律大臣。沈家本等乃徵集館員，分科纂輯，並延聘東西各國之博士律師，藉備顧問。其前數年編纂未竣之舊律，亦特設編案處，歸並分修。十二月，遵旨議定滿、漢通行刑律，又刪並舊例四十九條。宣統元年，全書纂成繕進，諭交憲政編查館核議。二年，覆奏訂定，名為現行刑律。」

⁸ 本章之描述主要參考〈憲政編察館奕劻等奏刑律黃冊繕寫告竣裝潢進呈折〉收於懷效鋒主編，李俊/王志華/王為東點校，《清末法制變革史料 下卷刑法 民商法編》，北京，2010，頁 68-69

有關清朝末年，修訂法律大臣沈家本與吳廷芳如何於光緒二十八年（1902年）開始，主持修訂法律館，研議刪定《大清律例》，擬定《大清新刑律》、《民律》、《商律》草案；又如何邀請日本學者協助，進行上述法律修訂與訂定過程是過去三十多年來法制史學界重要研究課題。在中國大陸李貴連教授，在台灣黃源盛教授對之都有深入分析。⁹。研究者討論清朝如何刪定《大清律例》，擬定《大清新刑律》，擬定《民律》及《商律》草案時，往往會特別說明修律大臣沈家本先生如何主持修訂法律館並邀請日本民法、商法與刑法學學者到中國協助立法歷程¹⁰。

從目前相關文獻顯示，沈家本擔任修律大臣之際，開始確實邀請日本學者協助修改《大清律例》或擬定《新刑律》草案，但是在相關法律草案擬定之後，當時清朝政府並非照單全收歐洲法律體制或者僅聽從日本專家意見訂定法律。從目前故宮博物院出版清朝宮中檔與軍機處奏摺及相關研究，可以看到清朝內部重要官員（包括清朝各部院堂官以及各省督撫、御史們）對於《新刑律》草案曾經提出對於草案的各種不同意見與修改建議。這說明清朝統治者雖然想透過繼受或移植歐洲某些國家的法律制度，以解決清朝統治困境，但是在法律變革的歷程中，其面對不同於中國傳統法律體制的《新刑律》草案，清朝統治內部是經過激烈辯論才定案¹¹。光緒 34 年 7 月到宣統元年 5 月間，清朝各個部會重要官員都針對《新刑律》草案提出修正或反對意見。提出意見者包括兩廣總督兼管廣東巡撫張人駿（奏為刑律草案文義未明寬嚴失當請詳加更訂由）；開缺安徽巡撫馮煦（奏為憲政編查館修訂刑律草案謹略陳大要數端）；北洋大臣直隸總督楊士驤（奏為參考刑律草案謹摘紕繆請飭更訂，附清單一件）、浙江巡撫增韞（奏為參考刑律草案請飭妥慎釐訂由附清單一件）等¹²。

根據陳新宇研究，清朝末年初步擬訂《大清新刑律草案》後至少歷經六個以上不同階段法案修正與內部討論歷程¹³。確實，清末之際，沈家本所主持修訂法律館首先邀請日本學者岩谷孫藏博士協助起草新刑律草案並在光緒三十三年

⁹參考李貴連，《近代中國法制與法學》中〈卷三沈家本專題-沈家本與清末立法〉部分，頁 246-286。在該書中李貴連教授說明〈沈家本與清末立法〉一文於 1987 年第一次發表於北京大學《法學論文集》；另，參考黃源盛，〈晚清修律大臣沈家本〉收於《法律繼受與近代中國法》，頁 87-120；陳新宇，〈《欽定大清刑律》新研究〉，收於《法學研究》，2011 年第 2 期，中國社會科學法學院研究所主辦，頁 1-24。

¹⁰同註 9，參考李貴連，〈沈家本與清末立法〉一文及黃源盛〈晚清修律大臣沈家本〉一文。

¹¹在沈雲龍主編，《近代中國史料叢刊續編》，第 81 輯，《清末籌備立憲檔案史料》，上、下兩冊內容中，被標示屬於立憲內部議論奏摺就有 63 件，上奏的人不僅是重要憲政大臣、各省總督或御史們的奏摺，另外還有各地舉人甚至留學生的奏摺。參考《清末籌備立憲檔案史料》，上冊，文海出版社，1981，頁 107-365（其中 227-253）。

¹²參考台灣故宮博物館出版《宮中檔與軍機處檔摺片資料庫》，軍機處摺片，文獻編號：164960、165357、166462、169549 等奏摺；更詳細的內容參考高漢成，《簽註視野下的大清刑律草案研究》，中國社會科學出版社，北京，2007，頁 67-99；陳新宇，〈《欽定大清刑律》新研究〉，收於《法學研究》，2011 年第 2 期，頁 4-8

¹³參考陳新宇，〈《欽定大清刑律》新研究〉，同前註，頁 1-24。

(1907年)日本頒布新刑法之後，修訂法律館邀請日本岡田朝太郎博士協助訂定清朝《新刑律》草案¹⁴。《大清新刑律》草案擬定之後，有關該草案修訂內容討論與修改意見並非由日本學者主導；而是由清朝各重要部會官員及各省總督、巡撫、御史及各個重要官員透過奏摺簽註進行討論。當時各部會的意見主要透過奏摺表達¹⁵。這些奏摺回應光緒三十三年(1907年)成立之憲政編查館要求。憲政編查館將《大清新刑律》草案分發京師及外省內外各個衙門進行討論並要求各個衙門提出對於《刑律草案簽註》意見¹⁶。經過憲政編查館與資政院議員們至少六次以上關於草案內容辯論與修正建議之後，清朝才在宣統二年(1910年)十二月二十五日，以皇帝上諭裁定許可《欽定大清刑律》¹⁷。

這份《欽定大清刑律》共分為二編，五十二章，正文共 411 條，包含有服制諸圖與《暫行章程》共五條¹⁸。而，根據當時憲政編查館九年憲政施行時程規劃，修改新刑律原來預計要在光緒三十四年完成；光緒三十五年(1909年)核定；光緒 36 年頒佈(1910年)並於光緒 39 年施行新刑律¹⁹。沒想到光緒在 34 年過世；《欽定大清刑律》在宣統二年十二月經過上諭裁可後一年，清朝政府便滅亡。中國進入新政體(北洋政府時期與民國時期)，開始另外一個變法歷程²⁰。

沈家本所帶領修訂法律館除了修改《大清律例》並擬定《欽定大清刑律》外，另一個重要工作是進行《民法》與《商法》草案擬定工作。在一份由沈家本與俞廉三於光緒三十四年(1908年)十月四日提出奏摺說明，清朝將邀請日本法學專家協助草擬民法或刑法草案²¹。沈家本與俞廉三在光緒三十四年奏摺內說明，當時主要透過大理院推事董康前往日本半年，訪查應該邀請哪些日本法學專家前來中國協助變法。

在上述奏摺中提到，透過董康，修訂法律館得知他們原本想要邀請的梅謙次郎法學博士，因為是當時日本政府「隨時顧問必不可少之人」，因此，修訂法

¹⁴ 同前註，頁 4

¹⁵ 參考高漢成，《簽註視野下的大清刑律草案研究》，頁 67-99；陳新宇，〈《欽定大清刑律》新研究〉，頁 4-8。

¹⁶ 參考高漢成，《簽註視野下的大清刑律草案研究》，頁 67-99；陳新宇，〈《欽定大清刑律》新研究〉，頁 4-8

¹⁷ 在宣統 2 年 4 月 7 日，由奕劻等上奏「呈纂修刑律黃冊並請旨刊印頒行(附清單一件)」，參考軍機處檔摺件，奏摺錄副，文獻編號 187233。

¹⁸ 參考陳新宇，〈《欽定大清刑律》新研究〉，頁 4-8

¹⁹ 參考《清末民初憲政史料輯刊》，2006 年，北京，北京圖書館出版社，第二冊，頁 341-354，奕劻署名有關「議院未開以前逐年籌備事宜繕具清單」之內容；主要規劃是從光緒 34 年到光緒 42 年各項憲政籌備事宜，在光緒 34 年去世之後，清朝政府再擬定一個以宣統八年為實行憲政的諭令。參考《清末籌備立憲檔案史料》，上冊，同註 8，頁 67-69。

²⁰ 清朝末年《修訂現刑律》與《欽定大清刑律》全文，參考收於懷效鋒主編，李俊/王志華/王為東點校，《清末法制變革史料 下卷刑法 民商法編》，頁 165-433 及頁 455-498。另外，光緒 31 年〈刑部奏刪新律例〉也收於《沈家本全集》第一卷，頁 3-69。

²¹ 這份奏摺主要是沈家本與俞廉三作為修訂法律大臣回應翰林院侍講學士朱福鈺，在光緒 33 年 11 月 22 日上奏給皇帝建議要「慎重私法編列選聘起草客員」的奏摺。這份奏摺由軍機處片交給沈家本等。參考修訂法律大臣沈家本與俞廉三在光緒 34 年 10 月 4 日的奏摺。此一奏摺收於台灣故宮博物館出版《宮中檔與軍機處檔摺片資料庫》，軍機處摺片，編號 167142。

律館乃邀請當時深諳商法之日本法學博士志田鉀太郎到中國來，同時請他擔任「修訂法律館」調查員，以協助訂定《民法》與《商法》草案。

而，邀請日本法學博士志田鉀太郎到中國工作主要透過當時出使日本國大臣胡維德從中協調²²。在沈家本與俞廉三於光緒三十四年奏摺也說明修法與訂定法律工作，除了邀請志田鉀太郎之外，還邀請原來就在京師日本法學博士岡田朝太郎、小河滋次郎以及法學士松岡義正等，請他們分別擔任刑法、民法、刑民訴訟法擬定工作²³。

清朝末年在擬定學習自歐洲《民法》、《商法》與《新刑律》草案時，開始確實主要透過日本法學學者協助完成。但，從在清朝日前出版宮中檔與軍機處奏摺內容卻可以了解，清朝政府並未照單全收日本專家學者修法意見。在清朝內部包括當時京師內、外衙門官員及外省督撫等等都針對《大清新刑律》草案提出修改建議。值得注意的是目前台灣故宮博物院出版《軍機處與宮中檔奏摺資料庫》所收清朝官員們針對變法的奏折主要是針對《大清新刑律》草案的意見；很少是針對《民法》或《商法》草案表達意見。這背後的因素為何？值得研究？

是因為憲政編查館沒有要求，還是因為《民法》或《商法》草案內容所規範的體制對於清朝官員太過陌生所致？或者是因為當時清朝政府並不重視《民法》或《商法》的立法所致？而，這個現象跟當代甚多研究清朝法制學者宣稱「中國傳統法制中缺乏民法體制」的論述是否有關連性，也值得未來更深入探討。

四、光緒三十三年（1907年）清朝憲政編查館角色

清朝學習歐洲憲政法律體系脈絡，主要是清光緒二十四年（西元 1898 年）戊戌變法以及光緒三十三年（1907 年）成立憲政編查館（1907 年）的變法歷程。在本章中主要著重在光緒三十三年成立憲政編查館工作與角色。憲政編查館成立後，首先派遣大臣到日本、英國、法國、德國等考察各國憲政，著手成立資政院，改變清朝官制並在各省施行憲政與地方自治。目前台灣法學界對於清朝籌備立憲過程研究較少。但，從台灣故宮博物館出版《宮中檔與軍機處檔摺片資料庫》有許多有關各國憲政體制資料以及各憲政大臣出國考察報告書彙整資料。²⁴

²²參考修訂法律大臣沈家本與俞廉三在光緒 34 年 10 月 4 日的奏摺，同前註，《宮中檔與軍機處檔摺片資料庫》，軍機處摺片，編號 167142。

²³參考修訂法律大臣沈家本與俞廉三在光緒 34 年 10 月 4 日奏摺，同前註，軍機處摺片，編號 167142。另外清末民初協助清朝刑事立法的重要學者岡田朝太郎生平，請參考黃源盛〈岡田朝太郎與清末民初刑事立法〉一文，收於《法律繼受與近代中國法》，同前註，頁 121-157。岡田朝太郎曾在 1906-1915 年之間在北京參與各項法案編纂。

²⁴有關憲政編查館相關工作，參考沈雲龍主編，《近代中國史料叢刊續編》，第 81 輯，《清末籌備立憲檔案史料》，上、下兩冊。文海出版社，1981，這兩冊主要收有從光緒 31 年到宣統 3 年 9 月各種有關憲政奏摺，內容非常豐富。內容包括五大臣出洋考察各國政治情形、預備立憲宣佈與策劃、清朝內部不同官員對於預備立憲各種奏摺。另外，張晉藩教授在其出版《中國憲政史》則

比較清朝留下憲政相關資料、修訂《大清律例》、擬定新刑律過程與修訂法律館在光緒二十八年（1902年）所啟動繼受歐洲《民法》、《商法》、《刑法》等法律制度的相關資料；可以看到清朝政府態度有所不同。清朝政府對於《民法》、《商法》草案回應態度相對被動與消極。

在台灣故宮博物院出版《宮中檔與軍機處檔摺片資料庫》可以看到《大清新刑律》草案討論過程中，清朝各部院與外省督撫等官員對於這個草案可能衝擊到傳統中國法律三綱五倫價值體系則有激烈討論。但，對於訂定《民法》、《商法》草案則看不到激烈辯論相關資料²⁵。而，相對於清朝政府比較被動與消極面對學習自歐洲各國《民法》、《商法》等法律制度的態度，清朝在光緒三十三年（1907年）成立憲政編查館在學習歐洲憲政體制討論的相對積極並主動。當時清朝政府收集到許多歐洲各國憲政體制的相關資料。

光緒三十三年（1907年）憲政編查館成立時訂定有辦事章程。從其內容可以看到清朝統治者在其統治中國最後五年（1907-1911），積極進行憲政訂定之籌備工作²⁶。或許因為在這個時刻，清朝統治者已經認識到，如果不進行憲政改革工作，恐怕將無法阻擋人民革命的現實所致²⁷。

在上面提到台灣故宮博物院出版《宮中檔與軍機處檔摺片資料庫》，可以看到光緒三十三年到宣統三年（1907年-1911年）之間，許多關於憲政修改討論與章程訂定討論。這個時段不同的奏摺內容，呈現清朝各種有關英國、德國、日本憲政理論與憲政法規範報告與翻譯成果²⁸。

光緒三十三年（1907年）七月十五日以憲政編查館大臣何碩慶親王奕劻署名上奏給皇帝《憲政編查館辦事章程》，將沈家本與俞廉三主持修訂法律館負責民法、商法、刑法、刑事與民事訴訟法訂定工作，納入憲政編查館職掌一環。《憲

從 1885 年中法戰爭之後，王韜、鄭觀應提出「議院之法」觀念開始談起並討論 1895 年中日甲午戰爭之後發生「戊戌變法」。這是論述近代中國早期憲法文化重要書籍；參考張晉藩，《中國憲法史》北京，人民出版社，2011，頁 8-11。

²⁵ 比較李貴連，《近代中國法制與法學》，同前註，〈卷三沈家本專題〉，頁 246-329；黃源盛，〈晚清修律大臣沈家本〉收於《法律繼受與近代中國法》，同前註，頁 87-120 以及《宮中檔與軍機處檔摺片資料庫》在光緒 31-34 年及宣統 1-3 年相關奏摺。

²⁶ 參考張晉藩，《中國憲法史》北京，人民出版社，2011，頁 108-148。

²⁷ 參考《清末籌備立憲檔案史料》，上冊，文海出版社，1981 頁 367-601；主要是第二編有關「清末籌備立憲各項活動的情況」編目收集各種資料。

²⁸ 目前由台灣故宮博物院出版《宮中檔與軍機處檔摺片資料庫》共包含有 34 萬件檔案，其中有許多關於當時出國考察德國、日本及英國憲政相關資料。例如考察日本的達壽收集日本憲政書籍及憲政相關規範。請參考文件編號 164987，由達壽於光緒 34 年 7 月 11 日所呈「奏為考察日本憲政情形由」，軍機處檔摺片，奏摺錄副；另外，于世枚有關德意志帝國以及普魯士憲法、地方制度法、選舉法規與政黨體制及官制的報告，請見軍機處檔摺件文獻編號 179965、178406、178405、178404、178403、179275、178278、178276、178275、178274、166182 等檔案。而有關英國憲政資料，請參考宣統 2 年 6 月 14 日「奏為考察英國憲政編輯各書繕具清本進呈由」檔案，參考軍機處檔摺件，文獻編號 188712。

政編查館辦事章程》內容呈現清朝變法活動從光緒三十三年（1907年）擴張成為包含憲政、民、刑法法典及各種行政法變法工作²⁹。

《憲政編查館辦事章程》在第二條明訂：

本館職掌分別如左：

- 一、議覆奉旨交議有關憲政摺件及承擬軍機大臣交付調查各件。
- 二、調查各國憲法，編定憲法草案。
- 三、考核法律館所定法典草案（法典指民法、商法刑法、刑事訴訟法、民事訴訟法諸種而言）各部院、各省所定各項單行法（單行法只立於一事之章程不屬法典之各法而言）及行政法規（如改訂官制及任用章程之類）。
- 四、調查各國統計，頒訂格式，彙成全國統計表及各國比較統計表。³⁰

《憲政編查館辦事章程》第三條到第五條規定說明憲政編查館各局應該負責工作項目。章程第三條規定：

本館設編制局、統計局兩所分司職掌各事。

章程第4條規定：

編制局分為三科如左：第一科：掌屬於憲法之事。第二科：掌屬於法典之事。第三科：掌屬於各項單行法及行政法規之事。」。章程第5條規定：「統計局分為三科如左：第一科：掌屬於外交民政財政之事。第二科：掌屬於教育軍政司法之事。第三科：掌屬於實業交通藩務之事。³¹

透過《憲政編查館辦事章程》第二條到第四條規定可以看出光緒三十三年開始清朝變法與繼受歐洲法律體制規劃範圍已經超過光緒二十八年（1902年）成立修訂法律館所時，所進行的民法、刑法、民事訴訟、刑事訴訟或商法等法典草案擬定或修正工作。

清朝政府在成立憲政編查館之後，將繼受歐洲法律體制的規劃擴張到跟憲政

²⁹ 1907年成立的憲政編查館主要由憲政編查館大臣何碩慶親王奕劻、大學士張之洞、大學士世續、協辦大學士鹿傳霖等共同負責。參考北京圖書館出版社影印室輯，《清末民初憲政史料輯刊》，2006年，北京，北京圖書館出版社，第二冊，所列光緒33年的奏稿彙訂稿本。頁636-707。

³⁰ 此一章程共包含16個條款。全文請參考北京圖書館出版社影印室輯，《清末民初憲政史料輯刊》，2006年，北京，北京圖書館出版社，第二冊，所列光緒33年的奏稿彙訂稿本。頁636-707；其中章程內容主要在頁359-363。本文在此引用括弧內文字在原稿中是以較小的字體兩行呈現（主要是頁359部份）。本段文字的逗點是本文作者所加。

³¹ 以上所列第3-5條內容，請參考《清末民初憲政史料輯刊》，同前註，第二冊，頁360

有關各種法規範及各種民、商、刑法法典與單行行政法規草案的訂定。根據《憲政編查館辦事章程》第二條規定，修訂法律館工作被納入憲政編查館職掌範圍的工作項目內；清朝啟動一個全面與整體變法計畫。³²

為何清朝在光緒三十三年（1907年）以後，有關繼受歐洲法律的範圍會有如此大的變化，主要可能跟清朝當時面對的政治情勢有關。有學者認為當時清朝面臨下面三個挑戰：1、西方民族主義思潮的傳入及其對清統治合法性的挑戰；2、平滿漢畛域的內在悖論；3、清末立憲在邊疆的民族因素³³。

根據憲政編查館大臣何碩慶親王奕劻在具奏《憲政編查館辦事章程》繕具清單奏摺中，奕劻一開始便說明：

憲政編查館是由原來考察政治館改編而來。

考察政治館原是規劃暫時由軍機處王大臣監督。但奕劻在奏摺中說明，當時的考量，是因為各國立憲的經驗。他認識到各國立憲，

無不以法治為主義。而欲達法制之域，非先統一法制不可。各項法制規模大具，然後憲法始有成立之期。故各國政府大都附設法制局以備考核各處法案，而統一之法案核定以後，始付議會議決。³⁴

在這份《憲政編查館辦事章程》繕具清單奏摺中，可以看出清朝已經決定透過憲政制度訂定延續他在中國統治。光緒三十三年（1907）十月二十八日憲政編查館大臣何碩慶親王奕劻提出有關憲政編查館重要工作人員清單。這份清單說明清朝當時重視憲政實施工作的態度。

憲政編查館大臣何碩慶親王奕劻奏摺中，提出「奏為館務重要遴員分任以專責成僅開列銜名繕具清單」。這份清單共列出至少五十位以上工作人員名單。名單呈現參與憲政編查館工作人員官品：包括有軍機處三品章京王慶平、曹廣楨兩名官員被派充擔任總核工作；宗人府府丞左孝同被派充擔任總務處總辦工作；前民政部右參議吳廷燮被派充擔任編制局局長；二品頂戴山西補用道沈林一被派充擔任統計局局長；前軍機處三品章京華世奎被派充擔任官報局局長等³⁵。

³² 同前註，《清末民初憲政史料輯刊》，第二冊，頁 359-363。

³³ 有關清朝末年立憲歷程所面對的困境請參考常安〈從王朝到民族-國家：清朝立憲在審視〉收於《政治與法律評論》(Politics and Law Review) 2010 卷，強世功主編，北京大學法治研究中心與中山大學政治哲學與憲政研究中心主辦，北京大學出版社，頁 84-92

³⁴ 同前註，《清末民初憲政史料輯刊》，第二冊，頁 355-357；參考張晉藩，《中國憲法史》北京，人民出版社，2011，頁 108-148。

³⁵ 有關憲政編查館人員清單請參考《清末民初憲政史料輯刊》，第二冊，同前註，367-374。

除此之外，五十多位憲政編查館工作人員還包括有國子監司業、翰林院編修、翰林院侍講、民政部主事、內閣中書、法政科進士、法政科舉人以及大理院奏調留學日本大學畢業生，留美法政畢業生等人³⁶。

光緒三十四年八月一日內閣奉上諭針對憲政編查館資政院王大臣奕劻等會奏進呈之憲法議院選舉各綱要回應如下：

現值國事積弱，事變紛乘，非朝野同心不足以圖存立，非紀綱整肅不足以保治安，非官民交勉不足以促進步而收實效，該王大臣所擬憲法暨議院選舉各綱要條理詳密，權限分明，兼採列邦之良規，無違中國之禮教。不外乎前次□降明諭：大權統於朝廷，庶政公諸輿論之宗旨。將來編纂憲法暨議院選舉各法即以此作為準則，所有權限悉應固守勿得稍有侵越。其憲法未頒，議院未開以前悉遵現行制度，靜候朝廷次第籌辦，如期施行。至單開逐年應行籌備事宜均屬立憲國之要政，必須秉公認真次第推行，著該館院將此項清單附於此次所降諭旨之後刊印騰黃呈請蓋用御寶，分發在京各衙門，在外各督撫、府尹、司道，敬謹懸掛堂上。即責成內外臣工遵照單開各節依限舉辦。

37

在這份上諭中並針對如何考核予監督籌辦縣政工作有所指示：

每屆六個月將籌辦成績臚列奏聞並咨報憲政編查館查核。各部院領袖堂官、各省督撫及府尹育有交提後人員應會同前任將前任辦理情形詳細奏明，以期各有考成。免涉諉卸。³⁸

接者上諭再強調：

倘有逾期不辦或陽奉陰違或有名無實均得指名據實糾參。定按溺職例議處。該王大臣等若敢扶同諱飾，貽誤國事，朝廷亦決不寬假。當此危急存亡之秋，內外臣工同受國恩均當警覺沈迷，掃除積習。³⁹。

從上面上諭內容，可以看到當時清朝統治者表現出堅決施行憲政決心。清朝掌權者顯然意識到如果不變法施行憲政，可能將失去對於中國統治權。當時憲政編查館憲政大臣們在這樣氛圍下，積極進行各項憲政籌備工作。憲政大臣何碩慶親王奕劻、和碩醇親王戴澧、大學士世續、大學士張之洞、協辦大學士鹿傳霖、

³⁶ 參考《清末民初憲政史料輯刊》，第二冊，同前註，367-374。

³⁷ 參考北京圖書館出版社影印室輯，《清末民初憲政史料輯刊》，2006年，北京，北京圖書館出版社，第二冊，頁307-309。

³⁸ 同前註，頁309。

³⁹ 參考《清末民初憲政史料輯刊》，第二冊，同前註，頁309-310

外務部尚書袁世凱、資政院總裁貝勒銜固山貝子及資政院總裁大學士孫家鼎等人共同聯名提出兩份重要的憲政施行規劃：一份是有關「憲法大綱暨議院法選舉法要領繕具清單」；另外一份則是「議院未開以前逐年籌備事宜繕具清單」。

在這些逐年籌備憲政清單中，詳細規劃從光緒三十四年到光緒四十二年共九年期間，清朝將預備完成的各項憲政工作項目⁴⁰。

五、清朝憲政編查館收集德國、英國及日本有關憲政相關資料

以「憲政」、「日本」、「德國」、「英國」「考察大臣」等關鍵字輸入目前由台灣故宮博物院所出版《宮中檔與軍機處檔摺片資料庫》可以看到清朝自光緒三十三年（1907年）開始進行憲政改革，學習認識歐洲憲法體制工作歷程。在清朝末年各種有關如何學習上述各國的憲政奏摺檔案，可以看到光緒三十三年到宣統三年之間，當時考察大臣上奏給清朝皇帝的各國憲政資料。其中以德國、英國與日本憲政相關資料最多⁴¹。

下面將討論在德國考察之憲政大臣于世枚、英國考察大臣汪大燮、日本考察大臣達壽及在日本留學的楊度等人之奏摺，尤其是有關這些國家相關憲政內容報告。

（一）考察憲政大臣于世枚上奏十多種有關德意志及普魯士憲政資料

在光緒三十四年及宣統元年期間，當時憲政大臣吏部左侍郎于世枚總共上奏至少十二種跟德國憲政有關的法規範翻譯版本及說明。這些奏摺主要說明德意志帝國或普魯士憲政相關資料。這些奏摺包括：

- 1、考察普魯士及德意志憲法成立歷史及締造情形(附清單二件)
- 2、奏報普國施行選舉法之情形(摺片)，
- 3、(奏呈譯呈錄普魯士憲法釋要(附一件)
- 4、奏為譯注普魯士憲法全文繕單恭呈
- 5、奏報各省諮議局章程權限與普國地方議會制度不符
- 6、奏報考察普魯士地方政務制度(附清單一件)
- 7、奏報授據法理辦理憲政事(摺片)
- 8、奏報仿照普國內閣所屬設立憲政記錄局事(摺片)

⁴⁰ 同前註，頁 313-354。

⁴¹ 此一結論是本文作者以關鍵字「憲政」在台灣故宮博物院出版的《宮中檔與軍機處檔摺片資料庫》34萬件檔案，其中有許多關於當時出國考察德國、日本及英國憲政相關資料。在檔案中也可以看到有關義大利憲法的介紹。例如出使義國大臣錢恂宣統1年7月23日「奏報譯解義大利憲法大概」。參考奏摺錄副，軍機處檔摺件，文獻編號 181034。

- 9、奏報考察普魯士議院情形(附一件)
- 10、奏報普魯士上下議院事(摺片)
- 11、奏報普魯士選舉法事(附清單一件)
- 12、事由奏報普魯士政黨情形(附清單一件)⁴²。

于式枚是光緒六年進士，曾經在光緒二十二年以隨員身分跟隨李鴻章前往俄國、德、法、英、美諸國。光緒三十三年擔任傳部侍郎並以考察憲政大臣前往德國並在宣統元年六月返國。于式枚的奏摺內容包括翻譯普魯士憲法全文、官制位號等級暨兩議院新舊選舉法⁴³。在清朝末年當各界極力主張立憲之際，于式枚特別表示保留態度，于式枚提出下面說明：

德皇接受國書，答言憲政紛繁，慮未必合中國用，選舉法尤未易行。又昔英儒斯賓塞爾亦甚言憲法流弊，謂美國憲法本人民平等，行之久而治權握於政黨，平民不勝其苦。蓋歐人言憲法，其難其慎如此。今橫議遍於國中，上則詆政府固權，下則罵國民失職，專以爭競相勸導。此正斯賓塞爾所云政黨者流，與平民固無與也。伊藤博文論君臣相與，先道德而後科條。君民何獨不然？果能誠信相接，則普與日本以欽定憲法行之至今；如其不然，則法蘭西國民約憲法，何以革命者再三，改法者數十而猶未定？」⁴⁴，他強調：「臣愚以為中國立憲，應以日本仿照普魯士之例為權衡，以畢士麥由君主用人民意見制定，及伊藤博文先道德後科條之言為標準，則憲法大綱立矣。」⁴⁵

⁴²請參考于世枚在光緒、宣統年間上奏的資料，有些資料有清楚的時間，例如光緒 34 年 07 月 17 日、在宣統 01 年 03 月 15 日、宣統 01 年 04 月 15 日、宣統 01 年 04 月 18 日、宣統 01 年 04 月 20 日等上奏的資料，有些則僅列出係光緒年間或宣統年間的資料。這些資料主要是軍機處檔摺件，奏摺錄副，文獻編號包括：164291、166182、178274、178275、178276、178278、178403、178404、178405、178406 等檔案。

⁴³關於于世枚的生平請參考台灣中央研究院人名權威檔。此一檔案係中央研究院以明清檔案(內閣大庫檔案、軍機檔、宮中檔等)為主要參考資料，另輔以故宮典藏之清國史館傳包、傳稿及清史館傳稿，選取學界公認具權威性史料，如《國立故宮博物院清代文獻檔案：武職大臣年表》、《明實錄》、《清實錄》、《清代官員履歷檔案全編》、《明代傳記叢刊》、《清代傳記叢刊》，及今人編纂的《清代名人傳略》、《清代職官年表》、《清人室名別稱字號索引》等參考文獻並使用《清代職官志》、《中國官制大辭典》等參考書籍建立之檔案，總共列有 14800 餘筆。以上說明取自下面網頁建制說明：

http://archive.ihp.sinica.edu.tw/ttsweb/html_name/search.php，上網日期：2015 年 4 月 20 日

⁴⁴本段內容取自中央研究院人名權威檔有關于世枚說明：參考網頁：

http://archive.ihp.sinica.edu.tw/ttsweb/html_name/search.php，同前註

⁴⁵同前註。于世枚在光緒 33 年，提出下面建言：「憲政必以本國為根據，采取他國以輔益之，在求其實，不徒震其名。我朝道監百王，科條詳備，行政皆守部章，風聞亦許言事，刑賞予奪，曾不自私。有大政事、大興革，內則集廷臣之議，外或待疆吏之章。勤求民隱，博采公論，與立憲之制無不符合。上有教誡無約誓，下有遵守無要求。至日久官吏失職，或有奉行之不善，海國開通，又有事例之所無，自可因時損益，並非變法更張。惟人心趣向各異，告以堯、舜、周、孔之道，則以為不足法；告以英、德、法、美之制度，而日本所模仿者，則心悅誠服，以為當行。考日本維新之初，即宣言立憲之意。後十四年，始發布開設國會之敕諭，二十年乃頒行憲法。蓋預備詳密謹慎如此。今橫議者自謂國民，聚眾者輒云團體，數年之中，內治外交，用人行政，皆有干預之想。動以立憲為詞，紛馳電函，上廛宸慮。蓋以立憲為新奇可喜，不知吾國所自有。其關於學術者，固貽譏荒陋，以立憲為即可施行，不審東洋之近事。關於政術者，尤有害治安。惟在朝廷本一定之指歸，齊萬眾之心志，循序漸進。先設京師議院以定從違，舉辦地方自治以植根本，尤要在廣興教育，儲備人才。凡與憲政相輔而行者，均當先事綢繆者也。臣前隨李鴻章至柏林，略觀大概。今承特簡，謹當參合中、西同異，歸極於皇朝典章，庶言皆有本而事屬可行。是臣區區之至願。」。以上文字也同樣取自註 44 網頁；上網日期：2015 年 4 月 20 日

于式枚這番話在清朝末年引起社會強烈反彈，以致於被強烈批評。于式枚曾經擔任過吏部侍郎，學部侍郎，總理禮學館事、修訂法律大臣及國史館副總裁。目前出版清朝末年籌備立憲檔案相關出版品甚少看到有關於于式枚上奏翻譯德意志憲法、普魯士憲法及普魯士各種跟憲政有關的選舉法、議院法資料。于式枚所提供資料對於中華民國訂定一九四九年憲法時有無影響，尚待研究。

(二)、有關考察英國政府臣民答問翻譯與有關英國憲政書籍

在北京圖書館出版社出版《清末民初憲政史料輯刊》第一冊，收有一份清朝末年考察英國憲政大臣上奏有關《考察英國政府答問》資料共約七十頁⁴⁶。在這份答問資料主要答問有關英國憲政兩個問題：

1、有關政府問題答問

在這部份問題答問內容包括五個主題，分別針對（1）、有關國務大臣兼任行政大臣之實益，（2）內閣大臣之資格，（3）國務大臣之權限及其責任，（4）、組織內閣辦法，（5）樞密院之地位及其權限等提問。這份資料中對於英國國會制度、行政立法關係、內閣大臣資格、其背景應具備能力：才幹、門第與資產、內閣在憲政上地位以及內閣應由何人組織，如何辦法、樞密院組織、職務、權限與幹事分會等部份有詳細說明⁴⁷。

2、有關英國臣民問題答問

在這部份問題答問內容包括：（1）臣民國籍的取得與喪失法，（2）、臣民之義務與權利的種類。在答問中提到英國國籍取得之法包括生於英地者、生於英國船艦者、英人之子孫。而，在臣民之義務特別強調英國臣民義務權利基於封建之舊法及君主獨治之遺意。臣民義務包括臣民有不得犯叛逆之義務、臣民有宜充鄉勇之義務，有協助保守治平之義務。至於權利則包括永居此國權利、享受保護之權利、得操各種政治選舉之權利、得為官吏之權利及享有輪業之權利。在答問中並針對外國人權利之限制說明；例如說明在 1870 年之前外國人不得在英國購置地產，但在答問製作之際已經廢除這項限制。答問還提到在英國外國人不得參與選舉之事及充各項官吏之事⁴⁸。

《宮中檔與軍機處檔摺片資料庫》還收有宣統二年六月（1910 年）出使日本國大臣郵傳部左侍郎汪大燮整理他在宣統元年二月十五日（1909 年）出使英國

⁴⁶ 在這份資料中並未列出考察憲政大臣的署名，應該是汪大燮。參考《清末民初憲政史料輯刊》，2006 年，北京，北京圖書館出版社，第 1 冊，頁 515-584。

⁴⁷ 參考《清末民初憲政史料輯刊》，同前註，第一冊，頁 515-573

⁴⁸ 參考《清末民初憲政史料輯刊》，同前註，第一冊，頁 575-584

期間收集之英國憲政相關書籍並加以翻譯並上奏皇帝⁴⁹。在這份上奏資料提到英國憲政相關書籍：

- 1、考察英憲要目答問 10 卷，共 10 冊，裝成上下兩函、
- 2、英國憲法要義 4 卷共 2 冊
- 3、英政樞綱要 5 卷，共 2 冊
- 4、英樞密院紀要 2 卷共 2 冊
- 5、英曹部通考 20 卷共 5 冊
- 6、英國會通考 14 卷共 6 冊
- 7、英選舉法志要 17 章，共 4 冊
- 8、英國會立法議事詳規三卷共 2 冊
- 9、理財金鑑 10 卷共 2 冊
- 10、英國法庭沿革考略 5 章凡 1 冊
- 11、英司法今制考 3 卷凡 2 冊
- 12、英威民政輯要 8 卷共四冊
- 13、英制屬政略 5 卷凡 3 冊。總共 14 種書，48 測裝成 15 函。

透過這份汪大燮提出之「奏為考察英國憲政編輯各書繕具清本」書單，可以瞭解清朝末年繼受歐洲憲政相關制度時，對於英國憲政制度有某種程度的掌握；清朝當時並非僅透過日本學者瞭解英國或德國憲政體制。⁵⁰

（二）有關考察日本憲政實行情形

在台灣故宮博物院出版《宮中檔與軍機處檔摺片資料庫》有清朝末年出使日本大臣或其他官員有關日本憲政介紹的奏摺。其中重要上奏資料主要來自楊度與達壽兩人。在楊度與達壽上奏皇帝資料，呈現出國考察憲政大臣或者出使日本的中國官員對於日本憲政觀察與分析⁵¹。

光緒三十四年七月十一日考察憲政大臣達壽有兩份奏摺針對日本憲政及歐洲各國憲政加以分析。在第一份「奏為考察日本憲政情形由」奏摺，共有三十八頁報告，主要是達壽從光緒三十三年十月（1907 年）到日本考察憲政超過半年期間，對於世界各國憲政體制分析⁵²。

透過這份報告可以瞭解清朝統治者在光緒三十四年（1908 年）期間，對於

⁴⁹ 參考汪大燮奏摺，收於台灣故宮博物院出版的《宮中檔與軍機處檔摺片資料庫》，軍機處檔摺片，編號 188712

⁵⁰ 參考汪大燮奏摺，同前註，《宮中檔與軍機處檔摺片資料庫》，軍機處檔摺片，編號 188712

⁵¹ 參考考察憲政大臣達壽與憲政編查館行走楊度奏摺，收於《宮中檔與軍機處檔摺片資料庫》，軍機處檔摺片，文獻編號 164987、164991 及 179084

⁵² 參考達壽在光緒 34 年 7 月 11 日奏摺，台灣故宮博物院出版《宮中檔與軍機處檔摺片資料庫》，軍機處檔摺片，編號 164987。

世界各國憲政發展深入瞭解與掌握情形。達壽奏摺內容包括下面幾個重點：

1、有關當時世界各國憲政發展分析

達壽在這份奏摺第四至九頁主要分析歐洲各國及日本憲政發展。針對歐洲憲法發展，他提到：

參考歐洲憲法之發生其淵源有二，一由歷史之沿革，一由學說之闡明而其結果皆為人民反抗其君流血漂杵而得者也。歐洲中古本為封建制度，各私其土各子其民，威福日增漸流橫暴，其在英也，則有英文約翰英王查理斯英文威廉三次之革命，遂訂權利法章。准權大典、權利請願三次之憲章。其在美也，則因英國賦斂殖民之虐，遂起脫離母國之心。十三州逼而稱兵，華盛頓舉為領袖，糜財鉅萬血戰七年卒開獨立之廳，遂訂成聞知法。⁵³

2、分析日本憲法訂定背景並強調日本能夠小國戰勝大國主要是立憲

達壽在奏摺中提到：日本

乃於明治二十二年布憲法，二十三年開國會焉，蓋自伊藤博文等考察憲政歸朝以來，相距不及七年耳，於是一戰而勝我國，在戰而勝俄羅斯。名譽隆於全球，位次躋於頭等。論者謂其甲午甲辰之捷非小國能戰勝大國，時立憲能戰勝專制也。⁵⁴

3、強調當時國際競爭重要性及帝國主義之精神

達壽在奏摺中說明：

今天下一國際競爭之天下也，國際競爭者非甲國之君與乙國之君競爭，實甲國之民與乙國之民競爭也。故凡欲立國於現世界之上者，非先厚其國民之競爭力不可。⁵⁵

接著，達壽針對當時帝國主義，有下面的分析：

國民之競爭力有三，一曰戰鬥之競爭力，一曰財富之競爭力，一曰文化之競爭力。備此三者而後帝國主義可行。帝國主義者距全國人民之眼光使之射於世界之上，高掌遠 不為人侮而常欲侮人，不為人侵而常欲侵人。故軍國主

⁵³ 同前註，參考達壽在光緒 34 年 7 月 11 日奏摺第 4 頁，軍機處檔摺片，文獻編號 164987

⁵⁴ 同前註，達壽奏摺第 10 頁

⁵⁵ 同前註，達壽奏摺第 10 頁

義者即戰鬥之帝國主義也，殖民政策也，勢力範圍也，門戶開放也，利益均霑也，關稅同盟也，及財富之帝國也，宗教之傳播，、國語之擴張，風俗習慣之外展即文化帝國主義也，今之列國或於此三主義中取其二焉或並取其三焉。」⁵⁶

4、對於清朝憲政的建議

達壽在這份奏摺中，特別談分析各國當時憲政君主權限，他分別針對日本、法國、比利時君主地位加以分析，尤其強調採欽定憲法意義。他提出五個清朝應該採取欽定憲法理由。下面僅列出其中一段：

惟日本憲法由於欽定開張明義首列天皇。而特權大權又多列記，非特列記已也，即其未經列記之事亦為天皇固有之權。今試就其列記者言之，一曰裁可法律之大權，二曰召集議會及開閉解散之大權，三曰發代法律之敕令之大權，四曰發依政命令之大權，五曰定行政各部官制及任免文武官之大權，六曰統帥海軍陸軍訂其編制及常備兵額之大權，七曰宣戰媾和及締結條約之大權，八曰宣告戒嚴之大權，九曰授與榮典之大權，時約恩赦之大權，十一曰非常處分之大權，十二曰發議改正憲法之大權。凡此大權皆為歐洲各國憲法所和有而日本學者尚未有漏未規定時起疑問之端。」⁵⁷

最後達壽建議：

中國制訂憲法於君主大權無妨援列記之法，詳細規定既免將來疑問之端，亦不至於開設國會時為法律所限制，此欽定可以存國體而鞏主權者一也。⁵⁸

達壽在這份奏摺中也針對臣民之權利、政府組織、君主國體或民主國體以及國家與軍隊的關係等說明為何要採取欽定憲法並不斷強調日本欽定憲法的制度內容⁵⁹。

在同一日達壽提出奏摺「奏為出使日本考察憲政事件摘要進呈由」並在奏摺中再次簡單分析日本憲政並列出一份跟日本憲政有關資料及憲法學者著作目錄⁶⁰。奏摺中附有一份清單，包含十五冊憲政書籍，其標題如下：

⁵⁶同前註，達壽奏摺第 11 頁

⁵⁷同前註，達壽奏摺第 23-24 頁

⁵⁸同前註，達壽奏摺第 24 頁

⁵⁹同前註，達壽奏摺第 24-34 頁

⁶⁰同前註，參考達壽在光緒 34 年 7 月 11 日，「奏為出使日本考察憲政事件擇要進呈由」奏摺，參考軍機處檔摺片，文獻編號 164991。這份文件包含兩個檔案，第一個檔案僅有四頁，簡單說明達壽在日本理解世界各國憲政的過程，包括他透過日本大學法科學長穗積八束、法學博士有賀長雄，貴族願書記官長太田峰三郎的講解日本憲政史與歐洲憲政史。在這份奏摺中同時提到奧（澳）國憲法學者斯達因及德國憲政學者古耐斯特的憲法學說對於日本伊藤博文之影響；第二份檔案則是介紹日本憲政相關書籍清單。

- 1、 日本憲政史，上下兩冊及日本憲政史附錄一冊共 3 冊
- 2、 歐美各國憲政史略
- 3、 日本憲法論卷上中下及日本憲法參考共 4 冊
- 4、 比較憲法卷一到卷五共 5 冊
- 5、 議會說明書上下兩冊共 2 冊⁶¹。

由上面所提奏摺可以看到清朝在光緒三十三年到宣統二年之間，對於當時歐洲德國、法國、英國及日本憲政施行方式瞭解甚深。清朝考察憲政大臣們在報告中，呈現他們主要考量，清朝可以如何藉由立憲，維持大清皇帝的權力。

清朝政府雖然在光緒三十二年（1906 年）九月一日宣佈預備立憲，但是在學習歐洲憲政的歷程中，無法表現其放棄滿洲人的統治利益；因此在光緒三十四年（1908 年）十一月光緒皇帝與慈禧太后相繼死亡之後，清朝政府面對當時發生在中國各地起義事件，無法應變，終於在一九一二年終結其統治中國 268 年的政權。中國開始另外一個政治與法律變革歷程。

六、反思百年來亞洲與歐洲法律交流-以清末變法經驗為中心

本章嘗試從清朝末年變法角度，論述一百年來亞洲與歐洲法律交流歷程。在經過一百多年，中國繼受歐洲法律制度經歷之後，再度回顧清朝在十九世紀末，二十世紀初，如何放棄已經發展數千年傳統法制，繼受歐洲（以德國為主）法律制度歷程具有法制史重要意義。

在本章中，想要釐清，清朝統治者繼受歐洲法律體制的過程並非僅僅透過日本學習歐洲法律制度。清朝政府在有關修訂《大清律例》，擬定《民律》、《商律》或《新刑律》草案初期，固然透過日本法學專家協助，進行初步草案擬定工作。但，從目前出版清朝光緒皇帝與宣統皇的《宮中檔》、《軍機處》檔案內容可以發現清朝在 1907 年成立憲政編查館前後，開始直接派遣考察憲政大臣或留學生前往歐洲各國學習德國、法國甚至英國憲政法律體系⁶²。如果僅觀察清朝末年修訂《大清律例》或者擬定《民律》、《新刑律》或《商律》草案過程，會以為清朝政府這樣的帝國，在其統治末期學習歐洲法律制度時僅僅依賴日本專家學者或依賴日本經驗；完全缺乏主動性。本章企圖透過憲政編查館成立之後，清朝政府變法歷程的敘述，提出另外可能觀點。

⁶¹ 同前註，軍機處檔摺片，文獻編號 164991；第二份檔案。

⁶² 在光緒 33 年 7 月 28 日由湖南試用道李頤「請召留日學生回籍學習以除隱患呈」中提到東洋留學生合官費自費共有一萬數千人。同日，翰林院編修陳驥「為學堂急宜擇要舉辦力除弊端呈」中提到：「各省學堂林立，幼婦淺派學生留學外洋」，可見當時的中國已經有許多學生親自到外國學習各種西方知識；參考《清末籌備立憲檔案史料》，下冊，頁 986-991，文海出版社，1981

如果回顧清朝在西元十八世紀中葉，乾隆五十八年（西元 1793 年）回應英國國王派遣馬戈爾尼使節團，請求要跟清朝交流信件時，可以發現當時清朝封閉的天朝心態。在當時，乾隆皇帝於上諭說明：

若云仰慕天朝。欲其觀習教化，則天朝自有天朝禮法，與爾國各部相同。爾國所留之人即能學習，爾國自有風俗制度，亦斷不能效法中國。即學會亦屬無用。天朝撫有四海，惟勵精圖治，辦理政務。奇珍異寶並不貴重，爾國此次貢進各物，念其誠心遠獻，特諭該管衙門收納。其實天朝德威遠被，萬國來王，種種貴重之物，梯航畢集，無所不有。爾之正使等所親見。⁶³

從今日的角度看來，這是一個多麼以自我為中心天朝自信與封閉心態。清朝這種以自我為中心天朝心態持續到十九世紀初；嘉慶皇帝於嘉慶二十一年（1817 年）回應英國國王要求貿易敕諭中提到：

嗣後爾國王勿庸遣使遠來，徒煩跋涉，但能傾心效順，不必歲時來朝始稱向化也，俾爾永遵，故茲敕諭。⁶⁴

上述這樣的心態如何在 1900 年前後有重大變化，值得再進一步研究。如果研究者僅從光緒二十八年（1902 年）沈家本與伍廷芳所在主持修訂法律館上奏說明，認為清朝政府僅是透過邀請日本法學博士志田鉀太郎、岡田朝太郎、小河滋次郎以及法學士松岡義正等人，協助學習歐洲法律體制；起草民法、刑法與刑民訴訟法草案內容；或許讓人不能瞭解，為何清朝當時這樣一個世界經濟大國，僅因為幾次戰爭失利，就願意放棄已經存在千年之久傳統法律體系（祖宗之法）學習他國法律體制，並在學習過程中，如此謙卑且以失去主體性態度學習歐洲法律體系。

本章認為或許我們看到的清朝變法歷程角度應該有所調整。法制史研究者未來如何從清朝末年其他文獻史料，重新建構清朝繼受歐洲法律制度歷程並給予新詮釋，或許將有是一個可以發展的研究脈絡。

根據李貴連教授研究，早在 1840 年第一次鴉片戰爭之後，清朝重要大臣林則徐便開始進行歐洲法律體制翻譯工作。李貴連教授提到，林則徐先生主持翻譯瑞典法學家瓦特爾（Vattel）所著《國際法》部份內容並以《各國律例》為名出

⁶³ 參考中國第一歷史檔案館編，《英使馬嘎爾尼訪華檔案史料匯編》，國際文化出版公司，1996 年，北京，頁 77-78

⁶⁴ 參考中國第一歷史檔案館編，《英使馬嘎爾尼訪華檔案史料匯編》，國際文化出版公司，1996 年，北京，頁 49-50

版⁶⁵。中國從 1861 年開始到戊戌變法之前，30 多年間，共翻譯有《萬國公法》、《公法會通》、《公法便覽》、《公法千章》、《公法總論》、《各國交涉公法》等外國法律或法學著作⁶⁶。除了翻譯日本法律之外，早在 1866 年法國人畢利(Billequin, A. A)來華擔任同文館化學間問天文學教習時，已經將法國法律翻譯成漢文⁶⁷。光緒六年(1880年)清朝同文館出版《法國律例》一書，其內容就包括法國六種法典，《刑律》、《刑名定範》、《貿易定律》、《園林則例》、《民律》與《民律指掌》等⁶⁸。其中法國《民律》戰全書內容比重最大幾乎是全書的二分之一⁶⁹。

過去有關於清朝末年變法歷程的研究，或許侷於檔案出版與取得不易，因此無法全面理解清朝與歐洲法律交流全貌。目前透過出版清朝《宮中檔》與《軍機處》或者清朝《內閣》檔案，可以較為全面瞭解清朝政府如何從「天朝」觀念走向繼受或學習他國(尤其以歐洲的德國、法國、英國)法律體系歷程。

在過去二十多年間，法學界透過沈家本先生文集出版，分析清朝末年之際修訂法律館在《大清新刑律》與《民律》、《商律》草案擬定過程學習與繼受歐洲法律歷程⁷⁰。未來法制史研究者可以在此一研究基礎，繼續追問，清朝在憲政編查館成立之後，繼續繼受歐洲法律制度的歷程？清朝是否也如日本在明治維新時期派遣留學生前往歐洲各國或者日本留學，學習當地法律制度⁷¹。那些在清朝統治末期，被派往德國、英國或者法國、美國的中國留學生是否繼續在北洋政府時期，中華民國政府時期繼續協助中國認識歐洲各國法律體系，其過程與脈絡為何？都是未來法制史研究學者可以研究的重要主題。

當代法學者如何透過反思華人社會過去百年來繼受歐洲法律制度歷程並研究繼受外國法一百年之後，華人地區法律制度與法律文化跟傳統中國法律制度與法律文化差異為何？華人社會或東亞各國社會法學研究者，如何在二十一世紀，透過分析過去百年來，向歐洲或美國學習法律制度與法學理論經驗，創造出一個

⁶⁵參考李貴連，〈近代中國法律的變革與日本影響〉收於《近代中國法制與法學》，北京大學出版社，頁 70

⁶⁶ 同前註，頁 70

⁶⁷參考李貴連，〈晚清的法律翻譯：《法國民法典三個中文譯本的比較研究》收於《近代中國法制與法學》，北京大學出版社，2002，頁 50。

⁶⁸ 同前註，頁 50-53

⁶⁹ 同前註，頁 50

⁷⁰《沈家本全集》共有八卷，主要由中國政法大學法律古籍整理研究所及中國社會科學院法學研究所法制史研究室整理，徐世虹教授擔任主編，沈厚鐸、徐立志、南玉泉等三人擔任副主編。中國政法大學出版社，北京，2008 年出版

⁷¹ 有關日本如何派遣留學生到德國、法國及英國學習這些國家的法律，請參考田口正樹，〈Santaro Okamatzu in Europa〉，收於《The Hokkaido Law Review》，Vol.64, July, 2013, Nr.2 pp341-372。根據田口正樹教授的研究，明治時期的日本有多位留學生前往歐洲、以德國、法國、英國為主，學習各國法律。田口正樹教授在論文中指出，20 世紀初許多日本的重要民法學者或刑法學者曾經留學德國、法國或英國。例如穗基陳重、牧野英一、織田萬等都在歐洲學習法律。以岡松參太郎為例，他在 1896 年、1897 年在德國柏林大學(Friederich-Wilhelms Universitaet zu Berlin)參與下列德國教授之課程：Dernburg (Pandekten)、Eck(Buegerliches Gesetzbuch fuer das Deutsche Reich)、Oertmann、Seckel、Perniche(Roemisches Recht)等課程(344、364-365)。

更適合自己社會新法律體制與法學理論；使得亞洲與歐洲法律交流由單向的交流走向平等且雙向法律交流，是本書作者本章的重要目標。

六、結論

本章透過回顧清朝在光緒二十八年（1902年）繼受德國、法國《刑法》、《民法》及《商法》法律體系並從光緒三十三年（1907年）成立憲政編查館，啟動學習歐洲憲政法律體系歷程，反思過去百年來亞洲與歐洲法律交流歷程。

透過史料分析，可以瞭解清朝政府在繼受歐洲法律制度之初，確實透過邀請日本法學者，幫助擬定《民律》、《商律》或《新刑律》草案。但是，在光緒三十三年憲政編查館成立之後，清朝政府開始派遣考察憲政大臣與留學生前往德國、法國、英國與美國，主動學習並翻譯歐洲各國憲政體制相關資料。

清朝政府從借鏡日本繼受歐洲法律制度經驗到光緒三十三年（1907年）改變態度，積極且主動瞭解英國與德國憲政法律體制並有翻譯成果。目前台灣故宮博物院出版清朝《宮中檔》與《軍機處》奏摺，說明清朝末年對於學習或繼受歐洲憲政法律體系的激烈辯論與修法討論歷程⁷²。而，每一個攸關憲政體系（包括資政院、諮議局及各省憲政、官制改變）政策決定與辯論都呈現清朝繼受外國法律制度所進行之轉譯與創造新的法律制度歷程。

亞洲地區的法制史研究者，對於過去將近百年繼受歐洲法的經驗，有必要在未來從自己社會或國家主體性角度出發，重新審視繼受外國法律歷程並重新賦予意義⁷³。本書作者認為唯有當亞洲各國法學者有能力從亞洲與歐洲法律交流經驗，反思過去百年來繼受他者（歐洲各國）法律體系歷程並思考這個歷程對於自己社會影響，才能透過繼受經驗，創造適合自己社會法律制度。在全球化時代，亞洲法學者如何擺脫僅單方繼受或學習歐洲法律體系處境，發展出具有平等且對話的亞洲與歐洲法律交流，是個值得努力目標。

⁷² 日本學者曾田三郎，在其專著《立憲國家中國之始動-明治憲法與近代中國》一書中將特別研究清朝政府如何透過日本學習西方憲政。在其書中第二章與第三章特別提到戴澤、端方、達壽、李家駒等人如何參考日本憲政資料認識憲政體制與官制。如果僅看日本學者這個角度的論述不免以為清朝的中國繼受歐洲憲政法律體系主要是透過日本。參考曾田三郎《立憲國家-中國之始動-明治憲法與近代中國》，思文閣出版，2009，京都，頁 59-173，頁 294-306，362-368

⁷³ 所謂具有主體性的角度出發是指研究者不僅從他者視角觀看自己的法文化，而還需要用自己的主體觀點分析法制史料。本文作者發現過去百年來，日本學者對於中國大陸或台灣法制史的研究非常積極，他們主要從日本觀點研究中國傳統法制或法律繼受歷程這樣的以日本法文化主體角度觀看中國或台灣的研究角度需要在翻譯時被注意，而，如果翻譯者，沒有主體的觀察日本學者著作角度與觀點，將會不自覺以他者觀點觀看自己社會法律文化。