

中国法律文化网首发，转载请注明出处

 使用大字体察看本文

阅读次数：591

“两种清末宪法草案稿本”质疑

尚小明

(北京大学) (原载《历史研究》2007年第2期,文字略有修订)

提要：俞江先生1999年撰文称，在中国第一历史档案馆资政院档案中发现了“两种清末宪法草案稿本”（分别称之为“甲残本”和“乙全本”），并对两种宪草进行了初步研究。然而，通过进一步研究，可知所谓“甲残本”，并非宪法草案，而是度支部员外郎李景铭翻译日本学者北鬼三郎《大清宪法案》一书部分内容的抄件，系为主持纂拟宪法的载泽等人提供的参考资料而已。“乙全本”宪草则可能为民间立宪派团体或人士所纂拟，似不能说是清廷秘密立宪的产物。

关键词：清末 宪法草案 资政院档案

《历史研究》1989年第1期曾刊登北京大学王晓秋先生的《清末政坛变化的写照——宣统年间〈汪荣宝日记〉剖析》一文，文章根据《汪荣宝日记》的记载，首次向学术界披露，清末除《钦定宪法大纲》和《宪法重大信条十九条》外，清廷还曾任命李家驹、汪荣宝等人编纂过一部宪法草案。不过，这部后来被一些研究者称之为“李汪宪草”的原始稿本却一直未能发现。1999年，俞江先生在《历史研究》该年第6期发表《两种清末宪法草案稿本的发现及初步研究》（以下简称“俞文”），称在中国第一历史档案馆资政院档案中发现了“两种清末宪法草案稿本”，并分别称之为“甲残本”和“乙全本”，“二者皆为清廷秘密立宪的产物”。俞文称，甲残本即“北鬼氏大清宪法案”，是“日本著名的宪法学家”北鬼三郎为清王朝纂拟的宪法草案。乙全本“难以确认其纂拟机构和时间”，但“应不迟于1910年8月”，且此本“非汪氏日记所提到的那部宪草”。

由于近些年来国内外学者非常重视清末法制改革史的研究，俞文的发表起了学术界，特别是史学界和法学界的关注。该文已被收入由杨一凡任总主编的社科院“精品战略项目”——多卷本《中国法制史考证》1中。然而，仔细阅读俞文，其中令人生疑之处甚多，有关结论尚值得进一步商榷。

“北鬼氏大清宪法案”系日人著作而非宪草

对于“北鬼氏大清宪法案”（即“甲残本”），俞文介绍说：

甲残本藏于资政院档案第二号卷宗内。第二号卷目录名为“资政院议事日程，会议讨论文件及议员等提出议案、说帖、条陈”，内共60件档案，尚未编写每件的子目。甲残本实际上包括两件常见的折本，一本封面上楷书“第四号”，内中包括“大清宪法案”第五条、第六条及其按语；一本封面上楷书“第五号”，内中包括“大清宪法案”第七条及其按语。

清代文书格式，“上于朝廷者，曰题本，曰奏本，亦曰奏折”²，并无“折本”一说。俞文称甲残本为“折本”，不知何所依据。揆度其义，显然是以“折本”来指上奏朝廷用的本子，而这遂成为俞文断定甲残本为“清廷秘密立宪产物”的决定性前提。细言之，俞文断定甲残本是日人北鬼三郎为清廷编纂的宪法草案，是按照如下逻辑展开的。

首先，俞文根据甲残本仅存三条这一情况，“推测”说“这部宪草是将条文分别抄录于多件折本上”，并且说“这样的形式符合清末修订完毕的法律草稿需要进呈时的情况”，如1910年11月5日，清廷命溥伦、载泽充“纂拟宪法大臣”，起草宪法，就要求“随时逐条呈候钦定”。至于甲残本仅剩几条的原因，俞文解释说：

“将条文及按语分别抄写于数本折本上，是因为法律条文初步拟成后，往往有较长的按语，以说明该条文的立法宗旨、内容、依据等等，分别抄写可便于审批人阅读，然而，这无疑造成该宪草大部分散佚的主要原因”。

其次，俞文指出，甲残本的原文是用外文起草的。最有力的证据，就是在甲残本两件抄本的首句均写道：“本部员外郎李景铭谨将大清宪法草案第五、六（第七条）条译呈钧览。”俞文由此得出结论说，李景铭“此次进呈的应该是该宪草或部分条文修纂完毕后翻译成中文的译本”。接着又补充说：“在现存的甲残本按语之首，有小写的‘原书’二字，其后则有‘景铭谨按’一语，也说明了以上推测是成立的。”

再次，俞文称，通过观察“原书”按语，发现“该草案的纂拟者对日本宪法史极为熟悉，往往站在第一人称的立场评述日本宪政”，因此他怀疑甲残本的原纂拟者为日本人。接着又称，这一疑问在《汪荣宝日记》中找到了答案，根据是，汪荣宝在1910年7月2日的日记中曾写道：“……饭后，寿民先散，贝勒复见他客。客去，乃与余论条陈钦定宪法事宜，贝勒意改奏折为说帖……归后，阅北鬼氏大清宪法案。……（晚）六时半散归，阅北鬼氏大清宪法案。”

依据以上几点，俞文得出结论说：“可见，清末，日本著名的宪法学家北鬼三郎曾为清王朝纂拟过一部宪法草案。尽管该草案当时未向社会公布，但由于汪荣宝的特殊身份（参与宪政编查馆和法律修订馆各种法律草案修订工作），并精通日文，他看到该草案应属正常。”

俞文的上述论证步步推进，看起来逻辑严密，颇有说服力，然而，除了甲残本的原文为日本人所撰这一点可以成立外，其他论证都不同程度地存在问题。

其一，从第四号（即第五、六条）首句“本部员外郎李景铭谨将大清宪法案第五、六条译呈钧览”以及第五号（即第七条）首句“本部员外郎李景铭谨将大清宪法案第七条译呈钧览”两句话来看，甲残本显然并非进呈朝廷所用，而是李景铭翻译给其部门长官参阅的材料，所以才用“本部员外郎”及“译呈钧览”这样的说法。（作者按：俞文将两句话合为一句引用，并在“案”前擅自加一“草”字，于是“大清宪法案”就变成了“大清宪法草案”，此举似易引起误解。）经查，李景铭为度支部员外郎³，甲残本应是他翻译给当时的度支部尚书载泽或侍郎陈邦瑞参阅的，因二人分别担任纂拟宪法大臣和协同纂拟宪法大臣，故李景铭有此作为。仅此一点，即足以证明，甲残本并非俞文所说“进呈”给朝廷的“宪草或部分条文修纂完毕后翻译成中文的译本”。

其二，在甲残本三条条文后，均有原纂拟者所写的按语，其后又有翻译者李景铭的按语。为了区分两种按语，李景铭在三条条文原按语的开头均写了“原书”两个明显的小字，以提示下面大号的文字为“原书”的按语。而他自己所写按语，则以“景铭谨按”一语开头，其中第五条李景铭按语的开头为“景铭谨按，原书所称君主……”，第六条为“景铭谨按，原书所谓会期期满……”第七条为“景铭谨按，命令所以与法律不同者……”以上文字清楚地表明，甲残本的条文和按语是李景铭根据一种外文“原书”翻译的，然后又加了自己的按语。考虑到李景铭是日本早稻田大学毕业生^②，而“原书”作者对日本宪法史又十分熟悉，因此，李景铭的翻译根据的应是日文原书。俞文也注意到了“原书”二字，不过在其解释中却将“原书”与用外文起草的“宪草”等同了起来。

按照以上论证，甲残本两份抄件首句李景铭那句话里的“大清宪法案”就应该是一种日文书的书名，而这本书与汪荣宝所阅北鬼氏“大清宪法案”的名称完全一样。这就是说，汪荣宝所阅北鬼氏“大清宪法案”，也应该是一种日文书的书名，而且与李景铭所说“大清宪法案”应是同一书，且汪荣宝所看到的，可能就是李景铭中译后呈送给载泽或陈邦瑞的部分或全部内容（汪亦为协同纂拟宪法大臣，故可以看到李景铭的译稿），当然也可能是日文原书（汪亦精通日文）。

现在的问题是，是否真的存在北鬼氏《大清宪法案》这样一种日文书呢？从《东洋文库所藏近代中国关系图书分类目录》“法律”类图书的“宪法”图书部分，我们发现，的确有《大清宪法案》一书著录，作者北鬼三郎，由东京经世书院出版，时间为明治42年，也就是1909年。^①而且除了这本书外，再没有其他以“北鬼”为姓的日本人的法律著作著录。东京经世书院版的《大清宪法案》笔者未能看到，但在北京大学善本室笔者看到了一种日文抄本，书名为《大清宪法案理由书》，作者即北鬼三郎。全书共6册1函，其中第一册为例言、总目录和《大清宪法案》正文，其余五册为“理由书”。从内容和篇幅看，该抄本与东京经世书院版的《大清宪法案》（全书共382页）应是同一书，只是因为“理由书”占了该书的绝大部分篇幅，因而抄本称之为《大清宪法案理由书》。将该抄本的第五、六、七条条文和“理由书”与甲残本比较，可知两者完全相同。^②这就说明，所谓“北鬼氏大清宪法案”，实际上只是一种在清廷于1910年11月正式任命“纂拟宪法大臣”前，就早已在日本公开发行的、由北鬼三郎所著讨论大清制宪问题的著作。

关于北鬼三郎，俞文称之为“日本著名的宪法学家”。然而，检之《明治人名辞典》、《大正人名辞

典》、《昭和人名辞典》、《日本著者名总目录》、《日本人物文献录》、《日本人名大事典》等日文辞书，均未见收录其人。看来，北鬼三郎虽是一位学者，但在日本人的知名度不是很高。关于这一点，还有两条材料可为旁证。其一，汪荣宝在1911年3月20日正式领命“协同纂拟宪法”后，在其日记中曾很多次提到他翻阅日本著名法学家副岛义一、美农部达吉、伊藤博文、穗积八束等人的著作，而北鬼三郎这个名字仅在9月16日的日记中，谈及对“豫算”概念的理解时列举过一次，同时列举的还有伊藤等八人，北鬼在总共九个人中被列在最后一位。这说明，在汪荣宝的心目中，北鬼似无法与其他几位日本人相比。其二，1910年11月，日本东京秀光社出版了由中国云南留学日本法政大学毕业生保廷樑所著《大清宪法论》，在这部长达507页的著作中，大量引用了副岛义一、美农部达吉、伊藤博文以及清水澄、穗积八束等人论著中的观点。而北鬼三郎的《大清宪法案》仅在谈及两院的名称问题时提到一次，并且作者对北鬼三郎以“贵族院”名上院表示了不同看法。⁷可见，即使当时的留学生也未见得对北鬼三郎的著作有多么重视。《大清宪法案》之所以还能引起一些中国人的注意，显然是因为清廷当时正在筹备立宪，而其书名颇能吸引一些中国人的关注。

“乙全本”宪草并非“清廷秘密立宪的产物”

俞文所称资政院档案中的乙全本，从结构上看确是一部完整的宪法，在正章前先用“总论”，然后是宪法各章的条文。每章开头都有一句简短的话，解释制订该章的原因和目的；每一条后又都有按语，解释该条法理。对于这部宪法，俞文有如下介绍：

乙全本宪草仍是工整地缮抄在折本上，保存完整，无总的名称，无章节目录，无页码编排，共91页（每页为正反面），每面6行，每行约20字，每条起始时上提三格，每条正文后另起行并上提一格书写“法理”二字，“法理”内容则再另起一行书写。由于乙全本孤存于档案中，前面没有粘连奏本，末尾也没有签署送呈部门，因此难以确认其纂拟机构和时间。所幸其条文完整，遂有可能与《汪荣宝日记》记载的“李汪宪草”的内容相对照。

俞文的核心论点之一是乙全本并非“李汪宪草”，其意似在证明，“李汪宪草”之前，清廷还曾秘密草拟过一部宪草，从而质疑李、汪二人纂拟的清末宪法草案“可称为中国历史上第一部宪法草案”的看法。然而，俞文对乙全本的基本性质和情况事实上并不很清楚。如对于乙全本的纂拟时间，俞文一方面表示难以确认，另一方面又在该文“提要”中说其纂拟“应不迟于1910年8月”，而在正文中又没有实际论证这一点，不知其推断据何作出。至于纂拟机构，俞文一方面说难以确定，另一方面又根据宪政编查馆职责中所列“编订宪法草案”一条，说“似乎乙全本的编纂机构可以确定下来”，而他又不能十分肯定，于是又说“在没有充分的证据支持乙全本宪草为宪政馆纂修前，只能将其纂修机构和时间暂时存疑”。在上述基本问题并不清楚的情况下，俞文就断定乙全本为“清廷秘密立宪的产物”，且将其与“李汪宪草”做比较研究，结论未免失之武断。

笔者以为，乙全本并非清廷编纂的宪法草案，似不能说是“清廷秘密立宪的产物”。

首先，在清廷看来，“钦定宪法为万世不易之典则”⁸，因此是不可能交由某个人秘密编纂的，而必然由某个部门专门负责编纂。这个部门显然只能是宪政编查馆，因为该馆是在1907年秋根据上谕而设立的，其主要职责之一，便是“调查各国宪法，编订宪法草案”⁹，《钦定宪法大纲》即由该馆编纂。因此，清廷即使秘密草宪，也应该交由该馆人员进行，这一点不应该有任何疑问。这样一来，该馆的核心人员，就应当是知情者和参与者。

从宪政编查馆的机构设置和人事安排来看，该馆下设统计、编制两个局，其中编制局负责宪法及各种法律、法规的纂拟，是最核心的部门。该局局长为前民政部右参议吴廷燮，副局长为章宗祥，先后任民政部参事、内城巡警厅厅丞、内城总厅厅丞。三位正科员中第一位即汪荣宝，为民政部右参议；第二位曹汝霖，先后任外务部主事、员外郎、右丞；第三位恩华，先后任吏部主事、学部员外郎。另外，陆宗輿以前候补四品京堂在编制局正科员上行走。^③在此数人中，汪荣宝是公认的最熟悉宪政知识的人，虽然其在宪政编查馆的地位低于章宗祥，但在民政部他却是章宗祥的上司。另外，除吴廷燮外，其他几人均有留日出身，关系非常密切。曹汝霖曾说：“我与汪君、章仲和、陆君生四人，每逢新政，无役不从，议论最多，时人戏称为四金刚”。^④《汪荣宝日记》的记载，也证明了这几人的交往的确非常紧密。因此，汪荣宝实际上是宪政编查馆的核心人物。

这样看来，清廷果真有秘密编纂乙全本之说的话，汪荣宝就应该是知情者和参与者。然而，在汪荣宝的私人日记中，我们并没有看到任何一点有关宪政编查馆在1911年3月20日清廷令汪荣宝和李家驹等“协同纂拟宪法”的谕旨下达前就已经在秘密草宪的记录。另外，汪荣宝在接到清廷令其“协同纂拟宪法”谕旨当天的日记中曾写下“自维浅薄，何敢当此重任，用逾其量，不胜惶惶”的话，此亦可以说明，汪荣宝此前并未参加过所谓秘密草宪之事，否则是不会在接到谕旨后受宠若惊的。既然作为宪政编查馆核心人员的汪荣

宝都没有参加过所谓秘密草宪工作，则清廷在1911年3月20日前不曾秘密草宪应为事实。

其次，从负责纂拟宪法的人事安排以及乙全本和“李汪宪草”的关系来看，由于清廷早在1908年8月27日就颁布了《宪法大纲》作为草宪准则，而且从编纂《宪法大纲》开始，到纂拟“李汪宪草”，一直都是在资政院总裁溥伦等人主持下进行，人事上并没有发生大的变动，因此，乙全本果为清廷秘密编纂的宪法草案的话，就应该与“李汪宪草”在纂拟原则和条文内容上有诸多相同之处，而不该有太大的差异。换句话说讲，“李汪宪草”应该以乙全本为蓝本，或在其基础上修订才合乎逻辑。

然而，在事实上，“李汪宪草”和乙全本的关系却并非如此。对于这一点，俞文做了很好的工作。他根据《汪荣宝日记》提供的关于“李汪宪草”信息，和乙全本进行了较为详细的比对、考证，从两者的条文数目、章目结构和名称以及一些条文在用语上的差异等方面，发现两者差异很大。而且乙全本在相当程度上已经背离了《钦定宪法大纲》规定的原则。如《钦定宪法大纲》第三条规定，只有皇帝才有“发交议案之权”；而乙全本第四十条“法理”则认为“国会有提出法律案之权，是为各国宪法之通则”。又如，《钦定宪法大纲》第十条规定君主“总揽司法权”，“审判官由君上委任，代行司法”；而乙全本第六十二条则规定，“司法官由独立不羁之法院，代皇帝行司法大权，凡属裁判所范围，除法律外不服从他权”。再如，《钦定宪法大纲》规定“国交之事，由君上亲裁，不付议院议决”，而乙全本第十条一方面规定“皇帝有宣战、讲和、与外国政府缔结条约之权”，另一方面又规定“若所约系关国财与变改疆土，或因之起国民之担负者，必须得两院同意承认，乃为有效”。因此，俞文虽然旨在论证乙全本并非世人寻找的“李汪宪草”，但其中对乙全本和《钦定宪法大纲》差异的详尽分析，恰恰反过来又证明了乙全本不可能是溥伦等人在“李汪宪草”之前秘密草拟的宪法草案。

再次，乙全本本身已经是一部完整的宪法，果真为清廷秘密立宪产物的话，那就意味着其后的李、汪草宪工作就无须从头做起，只要修订就可以了。然而《汪荣宝日记》反映的情况却告诉我们并非如此。根据日记记载，从1911年3月14日开始，溥伦、载泽和汪荣宝、李家驹、曹汝霖等人曾多次就纂拟宪法问题进行商讨，汪荣宝思考尤多，甚至有时“夜中犹萦思未已，几不成寐”¹²。直到7月3日，溥伦等人方才在武英殿西庑焕章殿正式启动纂拟宪法工作，“会议纂拟程序叙及派员办理庶务”^②，整个准备期长达三个月。

草宪工作开始后，汪荣宝和李家驹先后在京郊十三陵和泰山后石隄等地秘密进行草拟工作。每次外出，汪荣宝都会“部署行篋，带书十余种”^③，用作参考。《日记》对“李汪宪草”凡例及每一章的起草都有交待，尽管很简略。而他在整个草宪过程中从来没有提到过与乙全本相关的任何信息，相反倒是多次提到他阅读日本法学家著作以为参考之事。从草宪过程还可以看出，“李汪宪草”的凡例、章目、具体条文和按语，均主要由汪荣宝费尽心思执笔草拟而成，然后再与李家驹就一些问题进行商讨。二人取得一致意见后，再交与溥伦、载泽定夺。若无异议，方由陈邦瑞监督书记官缮写，然后择期分条分批进呈。“李汪宪草”的准备及草拟过程表明，李、汪的草宪工作实际上是从头开始的，很难说与乙全本有什么关系。

既然乙全本并非清廷秘密立宪的产物，那么它为何会出现在资政院档案中？其实俞文已经注意到它可能是民间所拟。笔者认为，乙全本宪草很可能为民间立宪派人士或团体所草拟，然后提交资政院讨论，或供清廷纂拟宪法时参考。首先，在清末，民间团体或个人参与朝廷立法是有先例的。如预备立宪公会就曾于1907年夏发起，联合海内外八十多个商会的代表，推举秦瑞玠等人于1909年纂成《公司法》和《商法总则》，然后投送农工商部，经稍事修订，于1910年作为《大清商律草案》呈请资政院审议颁布。^①立宪派人士孟昭常也将自己所纂《商法调查案理由书》一部，“呈诸修订法律大臣，以备采取”^②。其次，《钦定宪法大纲》颁布后，负责编纂工作的宪政编查馆人员曾招致民间立宪派人士的尖锐批评，称“立宪政治，固以打破专制为要素目的，彼辈悉政治中人，宁不知之，盍拥护专制之毒，尤竭忱不遗力！”^③乙全本宪草对《钦定宪法大纲》的背离，应该说反映的正是民间立宪派的这种不满，和他们对真正实行君主立宪的诉求。再次，从乙全本宪草保存的情况来看，与它同在资政院第三号档案内的，还有一种署名为“咏春译自东京朝日新闻”的《露西亚宪法》稿本。这种情况也似乎透露出一种信息，即资政院第三号档案内的这两件档案都是提供给清廷纂修宪法时参考的，因而将它们归为一类。

顺便提及，中国第一历史档案馆资政院档案中的所谓“甲残本”和“乙全本”，实际上是两份抄件，而俞文标题却称之为“两种清末宪法草案稿本”，行文过程中则时而称抄本，时而称稿本，这是不够严谨的。

发表评论

用户名： (3 - 20个字符)

电子邮件：

用户评论：

发表评论

重置

用户评论

目前还没有评论。欢迎您成为第一位评论者！

中国法律文化 | About law-culture | 关于我们

中国法律史学会 主办 中国社会科学院法学研究所 承办
电话：64022187 64070352 邮件:law-culture@163.com
地址:北京市东城区沙滩北街15号 邮编:100720