

大清刑律草案签注考论

高汉成*

内容提要：1907年大清刑律草案签注是研究《大清刑律》和“礼法之争”不可或缺的重要资料。本文利用诸多历史文献，对1908—1909年之间，中央部院、地方督抚的签注做了系统梳理，考证其文献来源、整理要点、上呈过程和表现形式，澄清以往研究中不清楚甚至错误的地方，辨析了签注的形成过程及其中的倾向性意见，分析了签注在《大清刑律》制定中影响和作用有限的原因。1907年大清刑律草案作为沈家本在法律领域贯彻“思想革命”的代表作，其得失是与政治领域的立宪运动同步的，由签注所引发的“礼法之争”的本质不是中西、新旧之争，而是法律领域“改良还是革命”的“主义”之争。1907年大清刑律草案既与中国自身的状况相脱节，也不符合法律自身的演进规律，是一次有着严重缺陷的立法实践。

关键词：大清刑律 刑律草案 签注 礼法之争

《大清刑律》〔1〕是中国法律史上第一部具有独立意义的近现代刑法典，同时也是清末各种新法中制定时间最长、引发争议最大的一部法律。自1907年10月3日（光绪三十三年八月二十六日）和12月30日（光绪三十三年十一月二十六日），修订法律大臣、法部右侍郎沈家本分别上奏大清刑律草案总则和分则以后，对刑律草案的各种反馈意见便纷至沓来，其中以中央各部院、地方各督抚的签注〔2〕最为重要。综观《大清刑律》的制定过程，在从1907年《大清刑律草案》至1910年《修正刑律草案》，再至1911年《钦定大清刑律》的流变中，签注是一股主要的推动力量。考虑到清末“礼法之争”也是以《大清刑律》的制定为中心而展开的，因此对于深化《钦定大清刑律》和“礼法之争”的研究来说，签注

* 中国社会科学院法学研究所副研究员。

〔1〕 该法典正式名称为《大清刑律》或《钦定大清刑律》，为了与此前的《大清律例》相区别，时人及后人多称之为《新刑律》或《大清新刑律》。

〔2〕 本文所研究的“大清刑律草案签注”，是指修订法律馆上奏大清刑律草案后，按照法典立法程序，宪政编查馆发交中央部院各堂官、地方各省督抚、将军都统签注意见。从1908年到1909年，京内外各衙门陆续上奏对大清刑律草案的意见，这些意见被称为“签注”。应该指出，自1907年刑律草案上奏后，社会各界对草案发表了大量的意见，各级官员上呈的奏折也不少，但除了上文所限之外，均不在本论题研究范围之内。

的价值是不言而喻的。

但直到21世纪初,法律史学界对签注的使用还处于零星的状态,完全没有意识到其作为整体的独立价值。^{〔3〕}从2005年起,笔者利用签注材料,先后对大清新刑律制定过程中的废除领事裁判权、立法宗旨、罚金刑的制定等问题进行了新的探讨,^{〔4〕}并就大清新刑律草案在立法基本原则、刑法基本理论、立法语言与技术等方面存在的主要问题和历史缺憾,进行了系统分析和探讨。^{〔5〕}签注在中国近代法律史研究中的价值近年为学界所认识。^{〔6〕}但总的说来,目前法律史学界对签注的认知和重视才刚刚开始,2010年黄源盛在台湾出版《晚清民国刑法史料辑注(1905—2010)》时,还因为无法搜集到完整的签注材料而只好将这一部分内容“忍痛割舍”。^{〔7〕}为弥补这一遗憾,笔者将近年来搜集的25份签注点校、整理出版,^{〔8〕}本文的研究即以该材料为基础展开。

本文将签注视为独立的研究对象而不仅仅是《大清新刑律》和“礼法之争”研究的历史资料予以考察,在解读新发现的签注资料的基础上,对签注做系统梳理,考证其文献来源、整理要点、上呈过程和表现形式,澄清以往研究中的不清楚的地方,力图呈现一幅较为清晰的、签注本身的系统图像。

一、文献来源和整理要点

一份完整的签注应该包括对草案发表整体看法的原奏和对草案总则、分则条款发表具体意见的清单,即所谓的“签注原奏”和“签注清单”。由于刊载、刊发的途径不同,目前这些材料主要散见于各种历史文献之中。签注研究,首先需要做资料的搜集、整理和考证工作。

(一) 文献来源

目前可见的历史文献中,涉及签注的信息主要有:

〔3〕 以至于到了2000年李贵连先生出版《沈家本传》时,对于学部签注出自张之洞之手,还不能予以直接材料上的证明。“当时的学部奏折,虽不能断定为张之洞手草。然依清朝惯例,他既以军机大臣兼管学部,则学部一切事务必由其作最后之决定方能实行。此奏当然不能例外。”李贵连:《沈家本传》,法律出版社2000年版,第304页。

〔4〕 参见高汉成:《晚清刑事法律改革中的“危机论”——以沈家本眼中的领事裁判权问题为中心》,《政法论坛》2005年第5期;《〈大清新刑律草案〉立法宗旨的历史错位》,《环球法律评论》2006年第4期;《罚金刑在近代刑法中的确立——以1907年大清新刑律草案的相关规定为视点》,《政法论坛》2007年第4期。

〔5〕 高汉成:《签注视野下的大清新刑律草案研究》,中国社会科学出版社2007年版。

〔6〕 相关研究进展可参见陈煜:《清末新政中的修订法律馆——中国法律近代化的一段往事》,中国政法大学出版社2009年版;李欣荣:《吉同钧与清末修律》,《社会科学战线》2009年第6期;李欣荣:《如何实践“中体西用”:张之洞与清末新刑律的修订》,《学术研究》2010年第9期;李欣荣:《清末关于“无夫奸”的思想论争》,《中华文史论丛》2011年第3期;陈新宇:《〈钦定大清新刑律〉新研究》,《法学研究》2011年第2期;陈惠馨:《儒家思想与清朝法制——法制史考察观点》,台湾《法制史研究》第23期(2013年);梁治平:《礼教与法律:法律移植时代的文化冲突》,上海书店出版社2013年版;李启成:《清末比附援引与罪刑法定存废之争——以〈刑律草案签注〉为中心》,中国法律史学会2013年年会论文集。

〔7〕 黄源盛纂辑:《晚清民国刑法史料辑注(1905—2010)》,序文“古今之间一线牵——刑法典的百年薪传”第四部分“本书的圆与阙”。

〔8〕 收入高汉成主编:《〈大清新刑律〉立法资料汇编》(以下简称《汇编》),社会科学文献出版社2013年版。

1. 《清朝续文献通考》,〔9〕收入学部、两广、安徽、直隶、浙江、江苏、湖广、江西、山西、陕西、山东、东三省、都察院及河南,共14份奏折。这些奏折均未附清单,而且存在脱漏字句的情况,有的地方还很严重,其完整性不足,影响了它的使用和价值。

2. 《光绪朝东华录》,〔10〕收入学部、两广、安徽、直隶,共4份奏折,均无清单。

3. 《清末筹备立宪档案史料》,〔11〕收入浙江、江苏、湖广、山东、江西、山西、河南,共7份朱批奏折。这些奏折直接来源于清宫档案,准确性毋庸置疑,缺陷则是均略附签注清单。

4. 《刑律草案签注》,〔12〕辑录滇督签注总则清单、广西巡抚分则清单、川督签注总则清单、黔抚签注总则清单、苏抚奏折、邮传部签注总则清单、安徽巡抚奏折及签注总分则清单、直隶总督奏折及签注总分则清单、湖广总督奏折及签注总分则清单、山东巡抚奏折及签注总分则清单、浙江巡抚奏折及签注总分则清单、学部奏折及签注总分则清单、江西巡抚奏折及签注总分则清单、山西巡抚奏折及签注总分则清单、热河都统签注总分则清单、邮传部签注分则清单、度支部签注分则清单、陆军部签注分则清单、湖南巡抚咨覆及签注总分则清单、闽浙总督奏折及签注总分则清单、都察院奏折及签注总分则清单、河南巡抚奏折及签注总分则清单、甘肃新疆巡抚签注总分则清单、两广总督签注总分则清单、江南江苏等处提刑按察使司签注总分则清单,共25份签注。其中含签注原奏(或咨覆)13份,签注清单24份。

5. 《政治官报》,〔13〕登载了两广总督奏折、安徽巡抚奏折及签注总分则清单、直隶总督奏折及签注总分则清单、浙江巡抚奏折及签注总分则清单、山东巡抚奏折、江西巡抚奏折及签注总分则清单、山西巡抚奏折及签注总分则清单、陕西巡抚奏折及签注总分则清单、东三省奏折及签注总分则清单、闽浙总督奏折及签注总分则清单,共10份签注。其中含签注原奏10份,签注清单8份。〔14〕

6. 中国第一历史档案馆宪政编查馆全宗:礼部片覆和农工商部咨覆。〔15〕

7. 《光绪朝朱批奏折》:两广总督奏折。〔16〕

〔9〕(清)刘锦藻编:《清朝续文献通考》(三),浙江古籍出版社1988年版,“刑考”部分卷242-248。该书原名《皇朝续文献通考》(400卷本),对《大清新刑律》立法持反对和严厉批评立场。但有意思的是,正是同为湖州老乡的沈家本1910年向清廷专折推荐该书(320卷本),刘锦藻获授内阁侍读学士銜。

〔10〕(清)朱寿朋编、张静庐等校点:《光绪朝东华录》,中华书局1958年版,第5册。

〔11〕故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》下册,中华书局1979年版,第二编“清末筹备立宪各项活动的情况”第四部分“法律和司法”。

〔12〕宪政编查馆编:《刑律草案签注》,1910年线装油印本,共一函四册,现藏国家图书馆古籍库。

〔13〕宪政编查馆主办:《政治官报》,1907年10月26日刊行,专载“国家政治文牍”,每日发行,宣统三年停刊。

〔14〕拙作《签注视野下的大清刑律草案研究》出版以后,现在加拿大多伦多大学任教的陈立博士提供了《政治官报》登载的部分签注复印件。其中两广总督原奏、陕西巡抚原奏、东三省原奏弥补了《清朝续文献通考》文献的不足,陕西签注清单和东三省签注清单则属于新发现的内容。以上内容和进展已体现于《汇编》中,特此致谢。

〔15〕拙作《签注视野下的大清刑律草案研究》“引言”部分曾提到:“根据宣统元年十二月二十三日《法部尚书廷杰等为修正刑律草案告成敬缮具清单折》,农工商部上奏了签注意见,另据有关材料,似乎礼部也上奏了签注,但经努力,均无法查到原奏。”2013年12月,现在中山大学任教的李欣荣博士提供了礼部和农工商部咨覆的出处和电子版,特此致谢。

〔16〕中国第一历史档案馆编:《光绪朝朱批奏折》(第105辑),中华书局1995年版,第1017页以下。此书原档影印了中国第一历史档案馆所藏清代宫中档光绪朝汉文朱批奏折,其中第105-110辑为“法律类”奏折。

(二) 签注明细

综合搜集的以上文献, 可以形成 27 份签注, 其基本情况, 列表如下:

签注衙门	签注标题	签注人〔17〕	签注形式	签注构成	奏呈时间	朱批时间
农工商部	农工商部前送刑律草案总则均属平允妥协本部无庸另加签注由	(尚书溥頫等)	咨覆	无清单	光绪三十四年四月三十日	
学部	请将中国旧律与新律草案详慎互校、斟酌修改删并以维伦纪而保治安折	大学士、管理学部事务张之洞(尚书荣庆等)	奏折	原奏和清单	光绪三十四年五月初七日	光绪三十四年五月初七日
礼部	礼部为检阅刑律总则草案均无签注之处相应片覆由	(尚书溥良等)	咨覆	无清单	光绪三十四年五月十八日	
两广	请将刑律草案详加更订折	两广总督张人骏	奏折	原奏和清单		光绪三十四年七月十一日
安徽	为刑律草案不厌求详折	开缺安徽巡抚冯煦	奏折	原奏和清单	光绪三十四年六月二十五日以后	光绪三十四年七月二十五日
直隶	为参考刑律草案谨摘纒繆应请谕令更订折	直隶总督杨士骧	奏折	原奏和清单		光绪三十四年九月十四日
邮传部		(尚书陈璧等)		仅清单	光绪三十四年十月初三日之前	
四川		四川总督(赵尔巽)		仅总则清单	光绪三十四年十月初三日之前	
云贵		云贵总督(锡良)		仅总则清单	光绪三十四年十月初三日之前	
贵州		贵州巡抚(庞鸿书)		仅总则清单	光绪三十四年十月初三日之前	
热河		热河都统(廷杰)		仅清单	光绪三十四年十月初三日之前	
浙江	为参考刑律草案谨择要缮具清单折	浙江巡抚增韞	奏折	原奏和清单	光绪三十四年十二月二十五日	光绪三十四年十二月三十日
两江	为新订刑律总分各则草案逐条签注折	江苏巡抚陈启泰	奏折	原奏和清单	宣统元年二月初二日	宣统元年二月十三日
湖广	为新订刑律草案详加参考分条签注折	湖广总督陈夔龙	奏折	原奏和清单	宣统元年二月初十日	宣统元年二月初十日
山东	为刑律实行宜分期筹备折	山东巡抚袁树勋	奏折	原奏和清单	宣统元年闰二月初一日	宣统元年闰二月初八日
江西	为遵旨参考刑律草案谨陈管见折	江西巡抚冯汝骥	奏折	原奏和清单	宣统元年闰二月初四日	宣统元年闰二月十八日

〔17〕 签注文献资料中明确署名的签注人, 在签注人一栏直接列出, 其他在签注资料中没有出现但能查考的各部尚书、各省督抚姓名, 加括号表示。

续表

签注衙门	签注标题	签注人	签注形式	签注构成	奏呈时间	朱批时间
山西	为参考刑律草案照章签注开单折	山西巡抚宝棻	奏折	原奏和清单	宣统元年闰二月二十日	宣统元年闰二月二十四日
东三省	参考刑律草案签注各条折	东三省总督徐世昌、署吉林巡抚陈昭常、署黑龙江巡抚周树模	奏折	原奏和清单	宣统元年正月二十六日以后	宣统元年三月十六日
陕西	参考刑律草案分条签注折	陕西巡抚恩寿	奏折	原奏和清单	宣统元年正月二十六日以后	宣统元年三月十六日
都察院	为刑律草案未尽允善请飭覆加核订以防流弊折	(都御史张英麟等)	奏折	原奏和清单	宣统元年四月十七日	
闽浙	为参考刑律草案请详加更订以资遵守折	闽浙总督松寿	奏折	原奏和清单	宣统元年三月十八日	宣统元年四月十九日
河南	为签注刑律总分则草案择要缮具清单并陈管见折	河南巡抚吴重熹	奏折	原奏和清单	宣统元年五月初六日	宣统元年五月十四日
湖南	湖南巡抚岑为咨呈事	湖南巡抚岑春煊	咨覆	原奏和清单	宣统元年正月二十六日以后	
广西		广西巡抚(张鸣岐)		仅清单	宣统元年正月二十六日以后	
度支部		(尚书载泽等)		仅分则清单	宣统元年正月二十六日以后	
陆军部		(管部大臣奕劻、尚书铁良等)		仅清单	宣统元年正月二十六日以后	
甘肃新疆		甘肃新疆巡抚(连魁)		仅清单	宣统元年正月二十六日以后	

(三) 考证说明

关于签注主体，按照当时的立法程序，签注刑律草案的主体就是“在京各部堂官、在外各省督抚”，^[18]当时中央12个部院中，有农工商部、礼部、学部、都察院、邮传部、度支部、陆军部，共7个部院的签注被找到；9位总督之中，有直隶、两江、四川、闽浙、湖广、两广、云贵、东三省，共8位总督签注意见被找到；15省巡抚的签注意见也全部被找到。^[19]这样，唯有外务部、吏部、民政部、法部、理藩部和陕甘总督的签注没有被发现。

[18] “应修各项法典，先编草案，奏交臣馆考核，一面由臣馆分咨在京各部堂官、在外各省督抚，酌立限期，订论参考，分别签注，咨覆臣馆，汇择核定，请旨颁行”，光绪三十三年九月初五日，宪政编查馆大臣奕劻等奏“议覆修订法律办法折”，前引[11]，故宫博物院明清档案部编书，第851页。

[19] 吉林巡抚和黑龙江巡抚与东三省总督合奏了签注意见，当时的奉天巡抚唐绍仪在出使外国途中，职务由东三省总督兼署。江苏巡抚奏折，则归入两江签注。

尚未发现的签注虽然不意味着没有上奏,但目前没有材料能够证明这些签注存在。《刑律草案签注》是宪政编查馆专门编辑的各中央部院、各省督抚的签注,《修正刑律案语》是修订法律馆印刷的对签注的逐条反馈意见及1910年修正刑律草案。对比这两份材料来看,外务部、吏部、民政部、法部、理藩部、陕甘总督的签注均没有被提及。除了热河都统的签注被两份材料提及外,其他将军、都统的签注也均没有被提及。这种情况,与宣统元年正月二十六日“法部会奏请飭催京外各衙门签注新刑律草案折”,以及宣统元年十二月二十三日“法部、修订法律馆为修正刑律草案告成敬缮具清单折”,所述中央各部院、地方各省的签注咨覆情况是一致的。综合各种材料来看,查找不到的签注很可能压根就没有上奏。^[20]

关于签注文本,各种材料之间并不完全一致,因而有说明的必要:

第一,在所搜集、整理的27份签注中,只有学部、两广、安徽、直隶、浙江、两江、湖广、山东、江西、山西、东三省、陕西、都察院、河南、湖南、闽浙,共16份签注是完整的,既有签注原奏又有签注清单。它们既是《刑律草案签注》的主体,也是《修正刑律案语》的主要反馈对象。

第二,除去农工商部、礼部无具体签注意见外,邮传部、四川、云贵、贵州、热河、广西、度支部、陆军部、甘肃新疆,共9份签注,仅能查到收入《刑律草案签注》的清单,这些清单详略不一、差异很大,《刑律草案签注》是否属于完整收录,还有待考查。另外,既然有“签注清单”,按照常理,应该还有“签注原奏”,这也是下一步签注资料搜集、整理的主要工作。

第三,《刑律草案签注》收入了一份仅有清单的“甘肃新疆巡抚签注”,《修正刑律案语》则提及了“甘肃签注”而没有提及新疆签注,^[21]而《修正刑律案语》所提及的“甘肃签注”的内容和《刑律草案签注》所收入的“甘肃新疆巡抚签注”的相关内容是一致的,这表明两者所指向的为同一份签注。考虑到1884年后清政府设置甘肃新疆巡抚的情况,甘肃签注应该指的就是“甘肃新疆巡抚签注”。^[22]至于陕甘总督是否上奏了签注意见,或者是否和甘肃新疆巡抚连署了签注,均有待新材料的发现和证实。

第四,各种档案材料中查不到明确以两江总督名义上奏的意见,《清末筹备立宪档案史料》和《刑律草案签注》均收入了江苏巡抚陈启泰的“原奏”,其中则有“当经札发臬司,讨论参考,详具理由,分别签注去后。兹据江苏按察使左孝同,逐条签注,造册具详前来”和“除将签注条文清册咨送宪政编查馆核定外,理合会同两江总督臣端方恭折具奏”的表述。^[23]《刑律草案签注》有一份“江南江苏等处提刑按察使司签注清单”,《修正刑律案语》则提到了“江苏”、“江南”、“两江”签注而没有提及“江南江苏等处提刑按察使司签注”,但经核对,两者内容完全一致。考虑到督抚们的签注清单事实上多由该省按察使所作,

[20] 刑律草案上奏后不久,法部即受命会同修订法律馆对草案进行修正,因此法部如果没有上奏签注意见,也在情理之中。

[21] 修正法律馆印刷:《修正刑律案语》1910年版,第89条。

[22] 拙作《签注视野下的大清刑律草案研究》“引言”部分原来认为无“甘肃新疆巡抚”的设置,经查此种说法有误。但当时“甘肃新疆巡抚”一般被简称为“新疆巡抚”,而甘肃一般被认为是陕甘总督的管辖范围,两者各有负责司法事务的按察使。

[23] 前引〔11〕,故宫博物院明清档案部编书,第859页。但《刑律草案签注》所收奏折并无“兹据江苏按察使左孝同”一语。

而“江南江苏等处提刑按察使司”即“江苏按察使”^[24]的情况，江苏巡抚和两江总督应该会奏了对刑律草案的意见，签注清单均是由江苏按察使左孝同作出的。因此，本文将江苏签注和两江签注合二为一，称为“两江签注”。至于现在所看到的江苏巡抚陈启泰的奏折，是否为会奏的奏折，两江总督端方为什么没有领衔会奏，^[25]《修正刑律案语》中江苏、江南、两江签注并提仅仅是一种习惯称呼上的问题，还是各有所指，还有待于材料的进一步挖掘和考证。

第五，《修正刑律案语》中除了“湖广”签注之外，还提到了“两湖”签注，“两湖”应是“湖广”的别称，^[26]故《修正刑律案语》第272、274、278、282、302条所引两湖签注的内容，均归入湖广签注。

二、签注过程和倾向性意见分析

依据上述文献资料，就签注产生的过程和整体倾向性意见，简要分析如下：

（一）签注过程

根据现有文献，有明确上呈日期的第一份签注，为光绪三十四年四月三十日的农工商部签注，最后一份为宣统元年五月初六日的河南签注。但根据有关材料，最后一批签注到达的时间可能为宣统元年八月份，^[27]时间跨度近一年半。再结合宣统元年正月二十六日“法部会奏请飭催京外各衙门签注新刑律草案折”，^[28]签注时间大致可分为以下三个阶段：

1. 自光绪三十三年八月底到光绪三十四年五月：根据宪政编查馆最初的规定，所有内外衙门应该在收到刑律草案之日起6个月内完成签注。^[29]大清刑律草案总则是在光绪三十三年八月底开始分咨各部堂官、各省督抚签注的，^[30]宪政编查馆应能在光绪三十四年二月

[24] 参见姜涛：《清代江南省分治问题——立足于〈清实录〉的考察》，《清史研究》2009年第2期。拙作《签注视野下的大清刑律草案研究》“引言”部分原来认为无“江南江苏按察使”设置的说法，现经查有误。两江总督和江苏巡抚治下司法事务，均由江南江苏等处提刑按察使司负责。

[25] 李欣荣在《清末关于“无夫奸”的思想论争》一文中认为，“江苏巡抚陈启泰与两江总督合奏，指出‘和奸罪之不及于室女，尤关于政体、名教，大为人心世道之忧’”。这显然是将江苏巡抚的奏折视为双方合奏的奏折。而从《光绪朝朱批奏折》所收两江总督端方与江苏巡抚陈启泰会奏情况来看，会奏理应两江总督领衔，即“头品顶戴两江总督臣端方、江苏巡抚臣陈启泰跪奏”，而《清末筹备立宪清单》和《刑律草案签注》所收奏折明确为“江苏巡抚臣陈启泰跪奏”，虽然折内有“理合会同两江总督臣端方恭折具奏”的表述，但据此以为江苏巡抚奏折就是合奏奏折，恐怕还需要对两江总督端方为什么没有领衔作出合理解释。

[26] 如对于湖广总督张之洞，《清朝续文献通考》第9887页有“两湖总督张之洞”、第9918页有“湖督张之洞”的说法。

[27] 法部、修订法律馆“为修正刑律草案告成敬缮具清单折”记载，“臣等一面分咨京外各衙门催收签注，一面派人彼此协商以专责成。八月间臣馆先将编辑现行刑律赶缮黄册进呈。维时京外各签注陆续到齐”。《钦定大清刑律》（1911年印刷，上下两册，中国社科院图书馆法学分馆藏）卷前所附奏折。

[28] “新订刑律草案总则、分则，前经宪政编查馆咨交京外各衙门照章签注在案。上年五月初七日经学部奏驳原奏、清单各一件，奉谕旨……。复于九月十四日经直隶总督杨士骧奏驳原奏、清单各一件，奉朱批……。又于十月初三日经宪政编查馆将邮传部、农工商部、川督、粤督、滇督、黔抚签注总则、分则暨热河都统签注总则各原文咨送臣馆，又于十二月三十日经浙江巡抚增韞奏驳原奏、清单各一件，奉旨……。惟其余各部院暨各省，迄今尚未一律签注咨覆”，前引〔8〕，高汉成主编书，第185-186页。

[29] “准法律馆将刑律草案总分则咨送前来，相应分咨京外各衙门就主管事务照章讨论参考，详具理由，分别签注，于文到六个月内咨覆本馆，以凭汇择核定。”《农工商部前送刑律草案总分则均属平允妥协本部无庸另加签注由》（光绪三十四年四月三十日），中国第一历史档案馆宪政编查馆全宗第52号卷宗。

[30] 两广总督于光绪三十三年十一月和光绪三十四年二月，才分别收到宪政编查馆咨送的刑律草案总则和分则，相应比修订法律馆上奏草案的时间晚了两个多月，究其原因，除了文件传递在途时间长外，也可能是宪政编查馆分咨的时间并不统一。

底,开始收到咨覆总则意见,但到期却无任何回复,为此宪政编查馆还在光绪三十四年四月初四日前催收过签注。^[31]光绪三十四年四月三十日,农工商部咨覆宪政编查馆,表示对刑律草案无异议。^[32]此外,其他中央部院和各省督抚均未按时奏报签注意见。

2. 自光绪三十四年五月到宣统元年正月:光绪三十四年五月初七日,张之洞领銜上奏学部签注,认为新刑律草案的条款多有与中国礼教精神相悖的地方,要求“修律大臣重行改正”,^[33]从而挑起了《大清新刑律》制定过程中的“礼法之争”。^[34]五月十八日,礼部咨覆宪政编查馆,对刑律草案总则表示“均无签注之处”。^[35]此后,两广总督张人骏、开缺安徽巡抚冯煦、直隶总督杨士骧、浙江巡抚增韞,纷纷上奏签注意见,认为“今日立法,悖于国际、悖于时局、悖于教案,万不能守我国独有而又残酷之刑而不趋向于万邦共同可行之法,亦不能重违民俗、远悖国情,专为舍己芸人之计”,^[36]而刑律草案“文义未明、宽严失当”,^[37]“妨害礼教民情,及于民间之生命财产,大有关系,此外与中国风俗人心、宽严轻重,互有出入之处以及语涉疑似者甚多”,^[38]因此要求“赶将现行刑律编定颁行,以为推行新律之预备,一面将新刑律草案复加考核,妥慎厘订,期于中国人情风俗、礼法政教悉相符合。其公诉时效、犹豫行刑等类以及民、刑诉讼法内有未能通行者,一并参酌旧章、折衷至当”。^[39]此外,邮传部、四川总督、云贵总督、贵州巡抚、热河都统也表达了具体签注意见。^[40]

学部签注上奏后,光绪三十四年五月初七日,军机大臣面奉谕旨,“学部奏请将中国旧律与新律草案详慎互校、斟酌、修改删并以维伦纪而保治安一折,著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”,^[41]由此法部获得了刑律草案修订工作的参与权,这是大清新刑律立法程序中的一大变化。

3. 自宣统元年正月到宣统元年八月:光绪三十四年十月二十一、二十二日,光绪皇帝、慈禧太后先后去世,这一事件显然也影响了签注工作。以至宣统元年正月二十六日

[31] “咨称限期已满,请分别签注以便核定覆奏。”前引〔29〕,农工商部签注。

[32] 前引〔29〕,农工商部签注。

[33] 前引〔12〕,宪政编查馆编书,第1册,大学士、管理学部事务、臣张之洞等跪奏“为新定刑律草案多与中国礼教有妨,谨分条声明。拟请飭下修律大臣将中国旧律与新律草案详慎互校、斟酌修改删并以维伦纪而保治安折”。

[34] 就张之洞奏驳新刑律事件之始末,李欣荣利用《申报》、《时报》、《新闻报》、《神州日报》等当时的报刊资料以及《巢云谏日记》、《严修日记》等当事人的私人资料,作了较为细致的历史还原。

[35] 《礼部为检阅刑律总则草案均无签注之处相应片覆由》(光绪三十四年五月十八日,中国第一历史档案馆宪政编查馆全宗第52号卷宗)。

[36] 前引〔12〕,宪政编查馆编书,第1册,“开缺安徽巡抚冯煦为刑律草案不厌求详谨将愚虑所及略陈数端折”。

[37] 前引〔13〕,《政治官报》第248号,“两广总督张人骏奏请将刑律草案详加更订折”。

[38] 前引〔12〕,宪政编查馆编书,第1册,“浙江巡抚原奏”。

[39] 同上书,“直隶总督臣杨士骧为参考刑律草案谨摘纒缪应请谕令更订折”。

[40] 根据“法部会奏请飭催京外各衙门签注新刑律草案折”的记载,邮传部、四川总督、云贵总督、贵州巡抚、热河都统的签注意见,上奏(或咨覆)于光绪三十四年十月初三日之前,但具体日期不详。但邮传部在对刑律草案第300条至第305条签注时指出,“此数条已有人奏驳,兹不赘”。经查,在光绪三十四年十月初三日之前奏报的所有签注中,唯有光绪三十四年七月十一日奉朱批的两广总督签注奏驳了刑律草案第300条至第305条。因此,邮传部签注时间应该在光绪三十四年七月十一日至十月初三日之间。李欣荣在《如何实践“中体西用”:张之洞与清末新刑律的修订》中认为邮传部签注时间在光绪三十四年五月初七学部上奏之前的看法,值得商榷。

[41] 前引〔12〕,宪政编查馆编书,第1册,“学部原奏”折后所附谕旨。

(1909年2月16日), 朝廷应法部、修订法律馆的要求而下旨飭催签注: “法律为宪政始基, 亟应修改以备颁布。所有新定刑律草案, 著京外各衙门照章签注, 分别咨送, 毋稍延缓, 以凭核订而昭画一。”〔42〕第二天又下达了著名的《凡旧律义关伦常诸条不可率行变革谕》: “惟是刑法之源, 本乎礼教, 中外各国礼教不同, 故刑法亦因之而异。中国素重纲常, 故于干犯名义之条, 立法特为严重……今寰海大通, 国际每多交涉, 固不宜墨守故常, 致失通变宜民之意, 但只可采彼所长, 益我所短。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, 该大臣等务本此意, 以为修改宗旨, 是为至要。”〔43〕此后, 江苏巡抚陈启泰、湖广总督陈夔龙、闽浙总督松寿、江西巡抚冯汝骥、山西巡抚宝棻、陕西巡抚恩寿、河南巡抚吴重熹, 以及都察院等上奏签注意见, 纷纷表示对上谕意见的赞成和拥护。当然, 督抚中也有对上谕不以为然的, 如山东巡抚袁树勋的奏折, 东三省总督徐世昌领衔的东三省会奏,〔44〕仍然为新刑律草案辩护, “细绎修律大臣所订刑律草案……斟酌损益, 颇具苦心, 原奏均已详言之, 无可议亦无可疑也。臣之窃窃然议且疑者, 则不在枝叶上之讨论, 而在本根上之解决……论者不揣改订刑律主义之所在, 而毛举峻刑时代之习惯, 瑕指而癍索之, 毋怪格不相入也。故为我国今日计, 既不能自狃于峻刑主义, 则不能不采取博爱主义”,〔45〕“诚以立法之原则, 全视政体为转移, 今既预备立宪, 自应别为规定以合立宪之政体。宪政之基根于法律, 煌煌圣训深切著明, 内外臣工允宜确守此意以为讨论, 是不知立宪之政体者, 必不足与言新律之发明……详译总则草案之宗旨, 大抵以生命为重、以平均为义、以宥过为本旨, 故过失皆得减刑, 以人格为最尊, 故良贱无所区别。约举数端, 皆于立宪政体适相吻合……此臣以签注为补助而深愿赞成者也”。〔46〕此外, 湖南巡抚、广西巡抚、甘肃新疆巡抚以及度支部、陆军部等, 也在这一时期签注了对新刑律草案的具体意见。

宣统元年八月, 京内外签注陆续到齐, 法律馆开始刑律草案的修订, “于草案中详列中外各衙门签注, 持平抉择以定从违。并于有关伦纪各条, 恪遵谕旨加重一等”。〔47〕宣统元年十二月二十三日, 法律馆会同法部上奏修正刑律草案并将《修正刑律案语》排印成书。随后, 宪政编查馆也将签注意见汇编成《刑律草案签注》一书, 以备审核草案时参考。宣统二年十月初四日, 《修正刑律草案》由宪政编查馆核查定稿后, 请旨交由资政院第一次会议审议, 宣统二年十二月二十五日《大清刑律》颁布。

(二) 签注倾向性意见分析

关于签注所表达的系统倾向性意见, 1910年2月2日, 由修订法律馆主稿上奏的“法部、修订法律馆为修正刑律草案告成敬缮具清单折”是这样描述的: “农工商部、奉天、山东、两江、热河均在赞成之列, 其余可否参半, 亦间有持论稍偏、未尽允协者。”〔48〕根据

〔42〕 前引〔11〕, 故宫博物院明清档案部编书, “著京外各衙门签注新刑律草案谕”, 第857页。

〔43〕 同上书, “凡旧律义关伦常诸条不可率行变革谕”, 第858页。

〔44〕 东三省签注提及了宣统元年正月二十六日的上谕, 奏折朱批时间为宣统元年三月十六日, 因此可以明确东三省上奏的时间在宣统元年正月二十六日到三月十六日之间, 拙作《签注视野下的大清刑律草案研究》第76页关于“上奏时间在光绪三十四年六月二十三日至宣统元年正月十九日”的分析有误。

〔45〕 前引〔12〕, 宪政编查馆编书, 第1册, “山东巡抚原奏”。

〔46〕 前引〔13〕, 《政治官报》第549号, 东三省“参考刑律草案签注各条折”。

〔47〕 前引〔27〕, 《钦定大清刑律》, 宣统二年十月初四“宪政编查馆大臣奕劻等奏为核定新刑律告竣请旨交议折”, 卷前奏折。

〔48〕 前引〔27〕, 《钦定大清刑律》, 卷前奏折。

目前所掌握的材料，这一说法多有失实之处，其中分野大致如下：

1. 农工商部、山东、东三省签注，从总体上赞成1907年新刑律草案。但由按察使胡建枢主稿的山东签注清单，主张加重过失危害乘舆车驾罪、内乱外患罪、发掘尊亲属坟墓罪、奸非罪、伤害尊亲属罪和过失致死尊亲属罪以及强盗罪的量刑，并表示“孝子仁人必掩其亲，性善所由葆存也”，“刑明法立，实以维礼教之衰”，^[49]显与山东原奏所持的反对峻刑、主张博爱主义的立场有异，因而被山东巡抚批评为“亦系从枝叶上讨论”。这说明，山东签注中原奏和清单持论立场是不一致的。而热河、两江签注，似也不能归入赞成之列。目前尚未发现热河签注原奏，但细绎签注清单15条，不乏“若不照律全科而予以未减，是纵恶也！恶不可纵”，“减不经之甚者，亟应改订，以严乱臣贼子之防”，“是使不肖子孙残忍蔑伦，大非明刑弼教之道”之类的评论，^[50]明显应归入批评的行列。这与宣统元年八月二十三日，热河都统廷杰调任法部尚书后，参与修订新刑律草案时所持的立场是一致的。因此，这份会奏将热河签注归入“赞成之列”，应该是不符合事实的。而廷杰予以“默认”，可能是出于不愿把与修订法律馆的立场矛盾公开化的考虑。而两江签注、江苏巡抚奏折认为，刑律草案“摘其大要，尚有三失”，即失于太轻、失于太混、失于太疏，强调：“刑罚之原，基于礼教，礼教既异，刑罚即不能尽同……现时法律虽不能不采取新说，以期便于交涉，亦不能不兼顾内政，使无越于礼防。本此旨以决从违，则施行自无所扞格。”^[51]很显然，江苏巡抚签注对刑律草案持批评立场。若排除两江签注另有所指的可能，应该是修订法律馆错（或有意）将两江签注归入赞成之列。

2. 学部、都察院以及两广、安徽、直隶、浙江、江苏、湖广、江西、山西、陕西、闽浙、河南、湖南、贵州等签注，从总体上对1907年新刑律草案给予了批评。其中最集中、最普遍的批评就是“查此次所改新律与我国礼教实有相妨之处。因成书过速，大都据日本起草员所拟原文，故于中国情形不能适合”，^[52]“草案如谋为大逆，过失者亦许罚金；伤害尊亲属，虽致残废仍贷死罪；和奸，则仅科及有夫之妇；诱拐，则不禁二十岁以上之人。似此有悖礼教之条，不胜枚举”。^[53]此外，针对修律以收回领事裁判权的立法目的、不顾中国民情风俗而“专以折冲樽俎，模范列强为宗旨”^[54]的立法立场、感化主义的刑法价值取向和轻刑的制度安排、法条配套成熟条件和刑法施行条件的不足、法律概念袭用东洋文辞等问题，以及删除比附、一罪数刑的相对确定刑与法官自由裁量权、16岁为刑事责任年龄的起点、犹豫行刑和假出狱、不为罪、依犯罪性质进行定罪与量刑、共同犯罪中的正犯与从犯、刑罚的加减、数罪并罚、罚金刑以及与自由刑的互易、罪刑相适应等具体制度安排，签注也作了较为认真的批评和讨论。

3. 邮传部、度支部、陆军部和云贵、广西、四川、甘肃新疆等签注，由于缺乏原奏材料，其对1907年刑律草案的倾向性意见，只能依据签注清单来作出推断。其中，度支部主

[49] 前引〔12〕，宪政编查馆编书，第1册，“山东签注清单”。

[50] 同上书，“热河签注清单”。

[51] 同上书，“江苏巡抚原奏”。

[52] 同上书，“学部原奏”。

[53] 同上书，“直隶总督原奏”。

[54] 前引〔11〕，故宫博物院明清档案部编书，光绪三十四年正月二十九日“修订法律大臣沈家本等奏请编定现行刑律以立推行新律基础折”，第852页。

要涉及分则第 17 章关于伪造通用货币之罪，陆军部签注涉及国交、外患、漏泄机务罪 3 章。仅有寥寥几条签注，且均与各自主管的领域有关，不涉及礼俗民情问题，因而无法判断其倾向性意见。邮传部总则签注有类似“牵此入彼，实为大缪”，“此条为各国所无之条文，流弊甚大，非削去不可”的语气，且反对草案第 8 条关于优先适用国际法之特别条约法规或惯例之规定、第 10 条删除比附、确立罪刑法定的规定、第 49 条关于 16—20 岁得减本刑一等的规定，体现出一定的批评倾向。而分则签注主稿者曾出洋日本，崇尚文明各国之法律，以近代法理和日本刑法为参考系来签注，完全不提礼教问题，又体现出对草案的同情和理解。滇督签注主要反对意见是不赞成第 10 条罪刑法定、第 12 条醉酒犯罪减等、第 14 条正当事业之行为不为罪、第 31 条共犯不分首从、第 54 条审判官有酌量减轻之权的规定以及第十二章犹豫行刑制度。广西签注主要针对的是草案第三章关于国交之罪，认为危害外国君主不能与危害本国君主相提并论；关于对外国君主皇族或大统领有不敬之行为比照对本国君主皇族不敬、关于杀伤外国代表比照杀伤尊亲属定罪处罚的规定不妥；另外认为第 278 条和奸孀妇、处女概宜科刑。川督签注主要意见有反对删除比附、反对法官斟酌定刑等。甘肃新疆巡抚签注，反对第 11 条未满 16 岁不为罪的规定，认为草案对危害乘舆车驾、发掘尊亲属坟墓、教唆或帮助尊亲属自杀、奸非罪、强盗罪的刑罚过轻，主张应予以严惩，其对刑律草案的批评倾向，还是很明显的。

由此可见，除了农工商部、山东、东三省基本赞成新刑律草案，邮传部、度支部、陆军部倾向性意见不明外，其他各部、省签注均对新刑律草案持批评立场。

三、签注影响有限的原因分析

关于签注在《大清刑律》制定过程中的影响和作用，笔者曾从“对最高统治者（朝廷）的影响”、“修订法律馆和法部对签注的反馈”、“对宪政编查馆和资政院的影响”三个方面，分别作了专门分析。^[55]“回顾各中央部院、各省督抚的签注，我们看到，尽管签注形成了一股强大的压力，但对刑律草案的影响仍然是有限的”，^[56]“新律之不可行，督抚言之，各部院大臣驳之，言路参之，即同馆之人如劳乃宣等亦起而攻之，而皆无丝毫之效，一任二三奸党抵死护持，将内外各衙门签注各条尽行驳斥。此不但我朝三百年来未有之变局，亦中外古今所罕见也”。^[57]联系到 1906 年修订法律馆奏呈的《刑事民事诉讼法》草案，湖督张之洞仅以“袭西俗财产之制，坏中国名教之防，启男女平等之风，悖圣贤修齐之教，纲沦法斲，隐患实深”^[58]的理由就将其一下子“枪毙”了。^[59]可对于 1907 年大清刑律草案，已经升任军机大臣兼管学部的张之洞，带领更为庞大的部院督抚队伍予以反对，却最终没有如愿。其中的变化和原因，耐人寻味，浅析如下：

[55] 参见前引〔5〕，高汉成书，第三章，第 169 页以下。

[56] 同上书，第 186 页。

[57] 前引〔9〕，刘锦藻主编书，“胡思敬奏将新律持平覆议折”，第 9935 页。

[58] 同上书，“两湖总督张之洞奏”，第 9887 页。

[59] “各督抚多议其窒碍，遂寝”，见《清史稿·刑法志》。

（一）预备立宪的政治影响

1907年下半年大清刑律草案上奏之时，正值晚清政治制度开始发生重大变革，在预备立宪的旗帜下，晚清新政向纵深展开。新刑律的制定，不再仅仅是延续1902年修律务期“中外通行”^{〔60〕}的思路，而成了筹备立宪的重要组成部分而被纳入筹备立宪清单。由此，新刑律的价值和存在理由，除了“修律以收回领事裁判权”的外交目的以外，又多了一个服务于宪政的“内治”目的。

这一点，沈家本等上呈草案的奏折中讲得不是很明显。东三省的奏折则首先把修律和立宪联系在一起，“今既屡颁明诏预备立宪，而法律实为宪政之根据，自应力扫严苛之弊，一以公理为衡，删除繁细之文，悉以简赅为断。若仍本现行律例以资参考，则必扞格不入，而签注不胜其繁。详译总则草案之宗旨，大抵以生命为重、以平均为义、以有过为本旨，故过失皆得减刑；以人格为最尊，故良贱无所区别。约举数端，皆于立宪政体适相吻合。盖法律之源，本于道德，而行此律者，亦必以道德之心，使吾民有耻且格，以渐几于无过之地。此立宪之先声、寰球之公理”。^{〔61〕}1910年宪政编查馆核定刑律草案时，更是把是否合乎立宪制度作为衡量草案的一大标准，甚至提到了保护人权的高度。“现在朝廷博采各国成法，预备立宪，其要旨重在保卫人权。《钦定宪法大纲》所有臣民权利义务，均逐一规定，旧律之与立宪制度背驰之处，亦应逐加增损，上年臣馆奏定禁止买卖奴婢之律，即本此意。盖必用宪政同一之法律，而后可保臣民之权利以尽义务。刑律不改，则国民主义无由赞助，练兵、兴学阻碍多端，是欲北辙而南其辕，与吏书而掣其肘，非特无成且将生患。此新律之宜行者一也。”^{〔62〕}宣统二年十一月初一日政府特派员杨度，代表宪政编查馆作新刑律立法主旨的说明时，也是“国内”理由与“修律以收回领事裁判权”的“国际”理由并举，“国内宪政进行之时，必须使一切法律都与宪政相符合。所以旧律既不适用，不能不改用新刑律。然而，旧刑律与新刑律相异之点实在很多，即援引比附不过举其一端而已，这是国内的原因”，^{〔63〕}“所以现在新刑律乃采用国家主义，对于家族制度以减少为宗旨”。^{〔64〕}宣统二年十二月二十五日，最高统治者更是以立宪的理由，硬行把还没有完成立法程序的刑律草案仓促颁布，“新刑律颁布年限，定自先朝筹备宪政清单，现在开设议院之期已经缩短，新刑律尤为宪政重要一端。是以续行修正清单亦定为本年颁布，事关筹备年限，实属不可缓行。著将新刑律总则、分则，暨暂行章程先为颁布以备实行，俟明年资政院开会仍可提议修正，具奏请旨，用符协赞之义”。^{〔65〕}

所以说，没有预备立宪的确立，就没有全新的大清刑律草案，更不会专为立宪后的中国准备《大清新刑律》。晚清政治制度“天花板”的抬升，无疑极大开拓了法律变革的空间，“如果没有君宪救国的热潮，修订法律馆所修的法律可能会遭受更多的挫折，结果极有可能如其所修的《大清刑事民事诉讼法草案》一样，被束之高阁”。^{〔66〕}

〔60〕 前引〔8〕，高汉成主编书，“决定修订律例谕”，第3页。

〔61〕 前引〔13〕，《政治官报》第549号，东三省“参考刑律草案签注各条折”。

〔62〕 前引〔27〕，《钦定大清刑律》，宣统二年十月初四日宪政编查馆大臣、和硕庆亲王奕劻等“为核订新刑律告竣敬谨分别缮具清单请旨交议折”，卷前奏折。

〔63〕 前引〔8〕，高汉成主编书，“资政院审议·初读”，第592页。

〔64〕 同上书，第597页。

〔65〕 前引〔27〕，《钦定大清刑律》，宣统二年十二月二十五日“内阁奉上谕”，卷前谕旨。

〔66〕 前引〔6〕，陈煜书，第19页。

（二）朝廷和宪政编查馆的影响

关于宪政编查馆对制定大清新刑律的支持，笔者曾经以军机王大臣奕劻为中心作过专论。“在清末修律中，奕劻的作用不仅在于修订法律馆生死存亡的关键时刻，给予沈家本以明确支持；更是在于礼法之争最激烈的时候，在最高统治者不便公开表态的情况下，他以军机处王公大臣充宪政编查馆大臣的身份，堵住了来自各部院堂官、各省督抚对新刑律草案的否定性意见，将礼法之争严格控制在观念之争的范围内，这就为法理派提供了一个与礼教派平等辩论的平台和机会。他对沈家本主持起草的《大清刑律》草案的公开支持和赞成，是《大清刑律》最终通过的关键性因素。”〔67〕陈煜则从组织机构、工作关联、人员配备等方面，详细分析了宪政编查馆和修订法律馆的内在“同质性”，“就修律而言，表现在两馆对修律宗旨、修律思路、应修法律的形式等大部分修律事宜上达成广泛的共识”，〔68〕“其中最为关键的，负责考核法律馆奏交法典草案的编制科成员中，有许多修订法律馆成员……如此，则不难明白这些人员兼充宪政馆和法律馆两馆馆员，则对自己参与修订的法律进行审核，最后的结果是‘通过’则无可疑虑了”。〔69〕

至于朝廷对新刑律的态度，以往研究者从宣统元年正月二十七日的《凡旧律义关伦常诸条不可率行变革谕》着眼，认为“清廷严明宣示纲常是‘立国大本’，是‘国粹’，修律务必以纲常为宗旨，恺切表明维护纲常礼教的坚持态度”。〔70〕由此出发，进而有人认为这是清廷在法律改革指导思想上的转变，“改革开始给人一个开明的形象。指导思想是‘参酌各国法律’，新制定的法律要求‘中外通行’，‘中外通行’就是要适应国际社会生活，这是有新意的。但是，当统治危机过去，统治权力稳定后，这种思想便变了。所以，后来他们便下令，凡是传统法律中关系礼教的法律条款，一律不准变动。这是立法的宗旨，不能动摇”。〔71〕对此，笔者曾经作过逻辑上的异议分析，“就清末修律而论清末修律，把清朝最高统治者划到‘顽固的礼教派’行列里（礼教派是否真的顽固尚是个问题），实在是‘冤枉’了他们。至于宣统元年正月二十七日的那道谕旨，则明显是‘遮人耳目’。因为最高统治者毕竟代表的是国家和朝廷，基于身份和权力平衡的考虑，在‘草案一出，举国哗然’的情况下，不能公开地‘冒天下之大不韪’，所以下道谕旨表明维护纲常礼教的态度是非常正常的。即使这样，对于已经抛弃了‘三纲五常’的刑律草案该怎么具体处理，该道谕旨也只字未提。而且从谕旨同时同意编订现行刑律，‘以示朝廷变通法律循序渐进之至意’这句话来看，朝廷也是同意新刑律的基本架构的。只是在反对声汹汹之下作一个缓冲、变通而已，并非真的要在新刑律中维护礼教纲常”。〔72〕近年来，随着新资料的发现，已经有材料证明下这道谕旨的摄政王载沣其实是赞成新刑律的。例如，宣统元年春天开始，荣庆、陆润庠、劳乃宣、乔树枏等一批人奉命进宫讲学或选拟讲义，“学部乔右丞日昨在摄政王前进讲大清律，首进一言曰‘祖宗之法不可轻变’，王聆其言而微晒之。次日与某相国言及乔

〔67〕 高汉成：《论奕劻在清末修律中的作用——以〈大清刑律〉的制定为中心》，载《法律史论集》第5卷，法律出版社2004年版，第169页。

〔68〕 前引〔6〕，陈煜书，第280页。

〔69〕 同上书，第276页。

〔70〕 黄源盛：《法律继受与近代中国法》，台湾元照出版有限公司2007年版，第205页。

〔71〕 李贵连：《近代中国法制与法学》，北京大学出版社2002年版，第516页。

〔72〕 前引〔5〕，高汉成书，第50页。

丞进讲事，谓多半顽固语”。〔73〕到宣统元年五月，摄政王又就新刑律的修订作出指示，“略谓今年为核定新刑律之期。刑律要义无分中西，在历史上均以轻刑为美谭，朝廷改订法律，固为撤去领事裁判权之预备，但以中国数千年之文明，刑律日趋于酷虐，今反使欧美各国诋我为野蛮，其如人道之谓何。此次核定新刑律，务须先将主义拿定，完全以世界为主，期合于人道之大凡，方不负先朝修改刑律之美意。闻各军机已将此旨宣告宪政馆各员遵照”。〔74〕由此可见，清廷已经在实际上放弃了“旧律义关伦常诸条不可率行变革”，转向了“完全以世界为主”的立场。所以，后来刘锦藻评论说，“当此新旧交江之际，各持己见，虽聪明在上，亦觉无所适从，卒从政府及修律大臣编纂定议”。〔75〕

（三）反对新刑律力量的消减

从新刑律草案的反对力量来看，签注之所以影响有限，与中坚人物张之洞的去世以及法部未能发挥应有作用有关。

1907年刑律草案发交各部院督抚讨论签注后，张之洞就通过多种途径表达对新刑律的不满。光绪三十四年三月初四日，署邮传部右丞李稷勋上奏，认为“新纂刑律分则草案，轻重失宜，流弊滋大”，要求“下会议政务王大臣，公同披阅，悉心详议”。〔76〕这是目前所看到的对新刑律的第一个反对意见，当时就有消息说，李奏始于张之洞的授意。〔77〕学部意见上奏后，“两宫览毕后发下，庆邸遂命拟交旨片，仍着修律大臣再详细修改，后南皮请令会同法部”，〔78〕法部由此获得了和修订法律馆会同修订刑律草案的权力。随之，掌辽沈道监察御史史履晋上书，以“明刑弼教”为理由，要求礼学馆也参与刑律的修订，“礼学馆宜专派大臣管理，与法律馆会同商订，以维礼教而正人心”。〔79〕虽然最后会议政务处的“议覆”否决了这一提议，但却让学部有了直接染指修律的机会，“查方今教育之责，注重学部，应请飭下学部择其有关礼教伦纪之条，随时咨会法部暨修订法律大臣虚衷商榷，务期宜于今而不戾于古”。〔80〕应该说，以张之洞当时的声望和权势，〔81〕利用直接参与修律的机会，把学部及其他部院签注中的意见贯彻到《修正刑律草案》中，完全是有可能的。宣统

〔73〕 宣统元年三月二十四日，《申报》“京师近事”栏，乔树枏时为学部右丞、京师法政学堂监督。

〔74〕 “谕飭核定刑律先定主义”，载宣统元年五月二十二日《申报》。此外，宣统元年五月二十九日《大公报》也载有“读摄政王之核定刑律谈”等类似的消息和评论，参见前引〔6〕，李欣荣文。

〔75〕 前引〔9〕，刘锦藻编书，第9942页。

〔76〕 前引〔11〕，故宫博物院明清档案部编书，“署邮传部右丞李稷勋奏新纂刑律草案流弊滋大应详加厘订折”，第854页以下。其中“独至杀害祖父母、父母及期功亲属，乃仅附见于二十五章。关于杀伤条内之三百节至三百十一节……”，编者断句似有误，应去掉中间的句号始能前后通顺。且“第二十五章”实为“第二十六章”。

〔77〕 光绪三十四年三月十四日《神州日报》消息：某军机大臣对新律“多不满意，谓原案拟废去死刑，其谋叛大逆虽以另订特别死刑之条例，然今尚非其时。至分则对于皇室之罪，亦属过轻”，因此授意李氏奏驳。李欣荣认为，此军机大臣或即张之洞。

〔78〕 许宝衡：《〈巢云篋日记〉选（1906-1911）》，许恪儒整理，载《近代史资料》总115号，中国社会科学出版社2007年版。

〔79〕 前引〔13〕，《政治官报》第234号，光绪三十四年五月二十四日“掌辽沈道监察御史史履晋奏礼学馆宜专派大臣管理与法律馆会同商订折”。

〔80〕 前引〔13〕，《政治官报》第300号，光绪三十四年八月初一“会议政务处奏议覆‘御史史履晋奏礼学馆宜专派大臣管理与法律馆会同商订折’”。

〔81〕 1907年9月，湖广总督张之洞被召入京，太后面谕：“奕劻已老，载沣尚幼，汝系朝廷旧臣，国家政务历练颇深，日后国政，仗汝办理”（“召见张中堂述闻”，《时报》1907年10月1日）。此后，张之洞担任的职务有：内阁大学士，军机大臣，管理学部事务、管理宪政编查馆事务、督办粤汉铁路大臣，可谓“位极人臣”。

元年正月二十六日，法部、修订法律大臣会奏请飭催各地签注，张之洞即请求新朝在刑律修订中表明维护纲常礼教的立场和态度。^{〔82〕}第二天，清廷即下达《凡旧律义关伦常诸条不可率行变革谕》，要求修律大臣审慎处理礼教和刑法的关系，此时的形势，显然对刑律草案反对派很有利。但到了宣统元年六月张之洞告病，并于八月二十一日（1909年10月4日）去世，终年72岁。关键时刻关键人物的去世，大大削弱了新刑律的反对力量，新派人物得以更加公开地宣传新思想。如负责核定《修订刑律草案》的宪政编查馆编制局局长吴廷燮，就曾在张之洞死后撰文三篇，“痛陈空谈礼教之祸”。据《汪荣宝日记》记载，“吴向之方核改《现行〔刑〕律草案》，因痛陈旧律之万不可用，谓若欲以此保存礼教，则唐宋元明何以亡国。余戏言，公论诚新奇可喜，若使文襄有知，必将与公为难。刘仲老因言，八月以前，似不闻公有此论。向之甚窘”。^{〔83〕}正如对于清末的政局来说，1908年两宫在关键时刻的病逝可能加快了清朝灭亡一样，对于礼法之争来说，也许张之洞这位礼教派中坚人物的缺失，也注定了刑律草案反对派失败的命运。

签注对修正案的影响有限，还与法部没有能够发挥应有的作用直接相关。本来，学部签注上奏伊始，朝廷即谕命法部会同修订法律馆负责对草案的修改，这其中未尝不包含朝廷平衡修订法律馆“激进”的用意。因为从1907年发生的部院之争和法典编纂权之争来看，当时的法部尚书戴鸿慈和修订法律馆大臣沈家本之间，无论是就法律的理解还是对法律制定的过程和方式的想法，都有着很大的差异。戴鸿慈对各中央部院堂官、地方各督抚、将军在修订法律中的地位 and 作用是极为重视的，戴鸿慈的修律方案使得中央部院、地方督抚能够直接控制法律的修订。^{〔84〕}但张之洞去世后的第三天，清廷命戴鸿慈在军机大臣上学习行走，以热河都统廷杰为法部尚书。而这个时间，恰恰是各地签注陆续到齐，开始对草案进行修改的时间。^{〔85〕}继任者廷杰虽曾任刑部主事、郎中，但之后十多年，一直在京外为官，其“新来乍到”显然制约了他会同办理修正刑律草案之责。按照时在修订法律馆任职的董康的说法，“法部对于此事，只知持反对态度，与律之内容概不过问，本馆屡次催询，亦置不覆”，所以最后的《修正刑律草案》以及逐条反馈签注意见的《修正刑律案语》，都是由修订法律馆独自完成的，惟在“稿之后半，留空纸十余行，为法部自书意见之地步”。^{〔86〕}按照时任法部郎中吉同钧的说法，廷杰对刑律草案也极不满，“即派鄙人总司修改之事，鄙人调和其间，以为诸条修改，不惟势有不能，亦且时有不给，因另拟章程五条，附于律后，藉为抵制弥缝之计”。^{〔87〕}《修正刑律草案》上奏后，在宪政编查馆核订期间，编查馆参议劳

〔82〕 宣统元年正月二十九日，《申报》“专电”消息，“昨日（廿七）修订刑律注重纲常之旨，系出张相意”；宣统元年二月初九日，《申报》“沈侍郎修订刑律之为难”消息，“闻系张相所请，因此律须会同法部核办，并有会同学部修订之事，故请特降明旨，重申言之”。

〔83〕 韩策、崔学森整理：《汪荣宝日记》，中华书局2013年版，第84页。吴向之即吴廷燮，文襄即张之洞，刘仲老即刘若增。

〔84〕 参见前引〔11〕，故宫博物院明清档案部编书，光绪三十三年六月初九日“法部尚书戴鸿慈等奏拟修订法律办法折”，第839页以下。

〔85〕 “八月间臣馆先将修辑现行刑律赶缮黄册进呈，维时京外各签注陆续到齐。”参见前引〔27〕，《钦定大清刑律》，卷前奏折。

〔86〕 董康：《中国修订法律之经过》，载《董康法学文集》，中国政法大学出版社2005年版，第464页。

〔87〕 吉同钧：《论新刑律之颠末流弊并始终维持旧律之意》，载《乐素堂文集》，国家图书馆古籍库藏，卷7。这与刘锦藻在《清朝续文献通考》中的评论，“法部尚书廷杰力持正义，惟迫于枢臣压力并因修律大臣回护牵制，未能逐条修改。因另辑章程五条附于篇末以为补救之计”，是完全一致的。

乃宣领头出来与沈家本等展开论战，但最后的结果，宪政编查馆不仅未采纳劳乃宣把旧律有关伦纪各条直接修入刑律正文的意见，相反还另行拟定《暂行章程》五条，其对法部《附则》五条的修改，一是大大压缩了其范围，“草案附则各条，其第一条因刑之范围较宽，拟另辑判决例以资援引”，“其第二条列举各项仍用旧律，几致全体效力尽失，殊乖朝廷修订本意”；二是改附则“并行”为“暂行”，“酌拟暂行章程五条，藉以沟通新旧而利推行，将来体察全国教育、警察、监狱周备之时，再行酌量变通”。^{〔88〕}言外之意，这五条可以随时修改、摒弃，其地位自不能与正律相提并论，法部会订之功，几至效力尽失。

余论：签注的意义与历史价值

签注是《大清刑律》制定过程中的一个环节，同时也构成了礼法之争的一部分，因而在中国法律史上具有制度史和思想史的双重意义和价值。

中央各部院、地方督抚收到大清新刑律草案后，一般即交由本衙门内次一级官吏和机构参与讨论签注，签注中提及的有：都察院的给事中、各道御史，安徽和江西各问刑衙门，直隶臬司暨天津审判厅，河南臬司和仕学馆学员以及各省的按察使（即臬司）。但签注主体还是各省的按察使，其不仅主稿完成“签注清单”，还有的主稿完成“签注原奏”。^{〔89〕}在“签注原奏”被提到参与签注的按察使有：江苏按察使左孝同、湖北按察使杨文鼎、山东按察使胡建枢、山西按察使志森、福建按察使鹿学良，河南按察使惠森、湖南按察使陆钟琦。这说明，1907年刑律草案在地方和中央都受到了广泛重视和讨论，虽然最后的签注是以部院堂官、地方督抚的名义作出的，但每一份签注背后，都蕴含着各自属下高中级官员的意见。尤其各省签注以按察使意见为基础，更体现了当时省级法律机构的专业水平。透过签注，我们固然能够看到中央大员、封疆大吏因为政治立场、价值理念不同所导致的意见差异，但具有广泛的民意基础和专业水准也是签注的一大特征。签注本身只是统治集团内部对刑律草案的讨论，但经由近代传媒的发酵而演变为“礼法之争”这样一个全国性事件，这在晚清十年修律中，是极为罕见的。比如禁止比附援引，实际上早在光绪三十四年四月初十颁布的《违警律》中就已规定，^{〔90〕}但由于民政部起草后，没有经签注环节而直接经宪政编查馆核订后请旨颁行，因而当时没引起任何波澜。不意到了签注大清刑律草案的时候，禁止比附援引的规定^{〔91〕}却招致一片反对之声。这似乎说明，晚清修律是由中央主导的、自上而下进行的法律变革，其内容、进程和节奏，基本上和中央政治变革的节奏同步，而非首先基于社会与民众的需要。相反，新律草案一旦在中央以外一定范围内展开讨论，异议便蜂起。在大清刑律制定过程中，由签注所引发的礼法之争表明，晚清新律的制定，不仅缺乏一般的民意基础和氛围，而且缺乏社会精英的普遍支持。中央主导的晚清修律，不仅造成

〔88〕 前引〔27〕，《钦定大清刑律》，宣统二年十月初四日宪政编查馆大臣、和硕庆亲王奕劻等“为核订新刑律告竣敬谨分别缮具清单请旨交议折”，卷前奏折。

〔89〕 如“湖南巡抚为咨呈事”的整体性意见均“据湖南按察使陆钟琦详称”，湖南巡抚“覆查该司所陈各节……均能确中窳要，非同恒泛，于应将咨到清折咨呈，为此咨呈宪政编查馆”。

〔90〕 《违警律》第2条：“凡本律所未载者，不得比附援引。”

〔91〕 1907年大清刑律草案第10条：“凡律例无正条者，不论何种行为，不得为罪。”

了社会精英集团的分裂，而且被视为大清王朝迅速灭亡的一个“乱源”。〔92〕

长期以来，“礼法之争”被视为新旧、主义之争，这大概只反映了部分历史真相。实际上，即使在当时，何者为新、何者为旧，也完全没有一个清晰的界限，相反，新中有旧、旧中有新，新旧杂陈却是常态。27份签注，没有一份主张固守《大清律例》，全都赞成废酷刑、废刑讯以及整顿改良监狱等司法改革；对于新刑律草案废弃传统五刑制度、十恶制度、八议制度、良贱满汉有别制度等，也完全听不到异议的声音；对于许多从西方引进的新制度规定，许多签注都表示理解和赞同；对新刑律草案的异议，有许多签注是依据外国法律尤其是日本刑法展开的，这说明签注人对西方近代法律知识已经有了相当了解。决定对《大清律例》修订本身就是引进西方法律的过程，这一点一般意见是清楚的，“于名教纲常礼义廉耻之重，仍以中律为主。其余中律所未完备者，参用洋律。为交涉事件等项，罪名不妨纯用洋律，庶风土人情各得相宜矣”。〔93〕所以，以张之洞为代表的所谓“礼教派”并不顽固，他们懂得取西方之长补中国之短的道理。但对传统法律中极为成熟和发达的刑法典，他们则当仁不让，对移植和照搬西方法律的刑律草案进行了激烈的批评。这一方面展示了他们对中国传统刑法文化的自信，希望藉此能有和西方法律文化平等对话的机会；另一方面他们也担心，如果连这“最拿手”的东西都没有和西方平等对话的资格和机会，那中国传统法律文化还有何存在的价值？斟酌、融合中西岂不成了一句空话？这说明，以1907年大清新刑律草案的出台为标志，沈家本掀起了一场法律领域的“思想革命”。礼法之争虽然有着浓厚的主义之争的底色，但通过对签注的分析，可知基本面不是中西、新旧之争，而是“改良还是革命”的主义之争。

自近代以来，西方文化与中国传统文化的紧张问题，一直是导致中外冲突和国内重大事变的一大根源，问题的解决之道也一直让“历史的创造者”煞费苦心。从学习西方“船坚炮利”的“师夷长技以制夷”到洋务运动的“求强求富”；从追求大变、全变的“百日维新”到稍后的清末新政，解决之道大致不出“中体西用”的范畴。而西用的概念（西用、西器、西学）从兵器、军工、经济等物质的层面，一直延伸到官制、法律、宪政等制度层面。中体的概念（中体、儒道、中学）则从“文物制度”，逐渐缩小为纲常之道。这说明，在五四新文化运动发动“思想革命”彻底反传统之前，在物质、制度、精神三个层面上，中国“历史的创造者”试图通过不断重新解释和划定“中体”、“西用”的范围和界限，来解决它们之间的紧张：“西用”的内涵和外延不断扩大而“中体”的内涵和外延不断缩小，最后退守到精神领地，以安身立命。因此，就清末修律时的情形而言，一方面，经过八国联军战争后的惩处祸首，清政府决定新政和预备立宪，拒绝向西方学习的顽固派势力基本扫荡已尽。中国向西方学习，已经进入了涵盖政治制度在内的全面学习阶段。向西方学习、进行改革，已经成了解决中国问题的主要思路和方法。所谓“欲救中国残局，唯有变西法

〔92〕 主稿《大清现行刑律》的法部郎中、法律馆总纂吉同钧，事后如此评价晚清修律：“自缘坐之法废，而叛逆之徒不惮牺牲一身以逞不轨之谋，故湖南、广东相继焚烧衙署，而大员被刺之事不一而足矣。自笞杖改为罚金，而富豪强梗之徒益复无所顾忌，故近来抗官抗差、诱拐奸占之案愈办愈多矣……自流徒免其实发，而无数匪徒丛集犴狱之下，一旦有事，揭竿为乱者不在草泽而在萧墙矣。”吉同钧：《律学馆第五集课艺·序》，载《乐素堂文集》卷5，中华书局1932年版，第17页。

〔93〕 前引〔12〕，宪政编查馆编书，第4册，“都察院奏折”。

一策”。^[94]另一方面，“中体西用”仍然是国人面对中西文化交融所采取的基本价值判断和解决方略，向西方学习只具有方法论的意义，而不具有独立的终极价值。纲常之道作为中国文化最核心的内容，仍然被主流思想所信奉。既要向西方学习以变革中国，又要维护和不悖于中国的伦理道德，“折衷各国大同之良规……而仍不戾乎我国历世相沿之礼教民情”，^[95]是当时的普遍追求。而大清刑律草案以西方近代法律理论、法律原则和法律制度为基础，试图在宗法伦理观念、法律与道德的关系、量刑原则三方面对《大清律例》进行重大变革，从而与当时社会的主流价值观念直接冲突，引发了绵延的礼法之争。本应是思想界讨论的问题，却出现在了立法实务领域，这既表明了中国近代社会变革之剧烈，同时也表现出没有法律思想启蒙为先导的立法领域的冒进。辛亥革命在政治上推翻封建王朝，五四新文化运动在思想上“打倒孔家店”之前，1907年刑律草案期望通过修律，来否定居于统治地位的儒家主流价值观，显然属于法律演变步伐上的过量超前。这既与中国自身的状况相脱节，也不符合法律自身的演进规律，是一次有着严重缺陷的立法实践。

Abstract: The endorsements on the Draft Criminal Code of Qing Dynasty in 1907 are among the key materials for the study of the New Criminal Code of Qing Dynasty and the controversy over rites and law in late Qing Dynasty. Based on many historical documents, this paper presents a comprehensive study on the endorsements on the Draft Criminal Code of Qing Dynasty. It systematically sorts out the endorsements on the draft law by ministers in the central government and local governors between 1908 to 1909, conducts textual researches on their source of literature, main points, process of presentation, and forms of manifestation, clarifies some confusions and corrects some mistakes in the past research on them, and analyzes the process of formation of these endorsements. In addition, it analyzes the reasons for the limited effects and role of these endorsements in the formulation of the New Criminal Code of Qing Dynasty. As a representative work of Shen Jiaben's "ideology revolution" in the field of law, the formulation of the 1907 Draft Criminal Code synchronized with the constitutional movement in the political field at that time. The controversy over rites and law triggered by the endorsements was in essence a controversy over "improvement or revolution", rather than "Chinese or West" or "the New or the Old". The Draft Criminal Code of Qing Dynasty in 1907 was a seriously flawed legislative practice because it was both divorced from the actual conditions in China and incompatible with the rules of development of law itself.

Key Words: New Criminal Code of Qing Dynasty, Draft Criminal Code, endorsement, the controversy over rites and law

[94] 《致西安鹿尚书》，《张之洞全集》第10册，河北人民出版社1998年版，第8526页。

[95] 前引〔27〕，《钦定大清刑律》，沈家本“奏为刑律分则草案告成缮具清单折”，卷前奏折。