

晚清杀尊亲属罪转型中的基本问题

张一民*

内容提要：尊亲属的概念、法典编纂及减刑主义的司法转向是杀尊亲属罪的近代转型中的基本问题。1902年清廷一改旧律“仅叙可原之情，不拟应减之罪”的裁判惯例，首先以司法判例的形式确定了减刑主义的司法转向。1907年《刑律草案》、1910年《修正刑律草案》均拟确立外祖父母的尊亲属地位，但1911年《钦定大清刑律》终未能将外祖父母纳入尊亲属范畴，应与外祖父母的“服轻而义重”、持服与否的旧律定位直接相关。关于杀尊亲属罪宜否另立专章并章节前置，礼法两派往来说理均流露出对旧律复杂且客观的认知。总之，借助近代西方法律之“器”修剪固有礼法伦常之“道”，杀尊亲属罪的近代转型试图在维系孝道伦理的同时，平稳推进晚清新政改革。

关键词：杀尊亲属 外祖父母 减刑主义 编纂体例

1902年，受困于“自处处人、两无是处”的螭蟾之境，^{〔1〕}时处周期盛世已过的清王朝遭遇了具有强烈侵略性且富于活力的西方，内政不修更引起外敌覬觐，外力重压引发了内部变革，清末新政遂全面展开。随着变革逐渐由表及里、从海疆一隅到内陆腹地，整个社会已慢慢转型，法制亦不能不随之而变，为撤废领事裁判权，变法修律被提上日程，^{〔2〕}个人、自由、权利等近代西方法学理念对传统法制形成剧烈冲击，固有的身份伦理法制随之动摇，近代法律转型由此发轫。与此同时，相因千年、与君权相伴相生、为中国性之体现的传统伦常条款，其存废去留、变革尺度及其衍生的相关问题如何拿捏，成为时人发议的一项重大命题，“杀尊亲属”条款便是其间颇具代表性的一则。^{〔3〕}

* 北京大学历史学系博雅博士后。

〔1〕 参见郭廷以：《近代中国史纲》上册，香港中文大学出版社1986年版，第1页。

〔2〕 参见《光绪宣统两朝上谕档》第28册，广西师范大学出版社1996年版，第36页以下。

〔3〕 以变革结果论，尊亲属的法律特殊地位渐被剥夺，终至基本等同于普通人。以变革原因论，在中国传统法制中，尊亲属作为尊尊亲亲的二元结合，实具有特殊地位，其传统法律意涵与清末新政存在抵牾之处。其一，对尊亲属的特殊关照被视为纲常伦理最核心的表现，作为传统中国刑律中的伦常条款，贯穿整个中华法系时期，在三纲五常的礼法框架之下，不论立法规制还是司法适用层面，历代律法均将其入诸重罪。这是中华法系区别于其他法系的核心内容，是中国法律文化的本质所系，也是近代法转型的变革对象。其二，律法规范映射君权制度的政治需要。长幼慈弱原本是生而为人的一种自然情感，随着统治者对“忠”这一政治规范的讲求而备受重视，被掺入尊卑等差之义。相关内容可参见黄源盛：《传统与当代之间的伦常条款——以“杀尊亲属罪”为例》，《华东政法大学学报》2010年第4期，第82页以下。

传统中国律法中尊长尊属的指称散见于十恶之恶逆条、谋杀祖父母父母、期亲尊长等等诸条律文，一应刑律内容统称为“杀尊亲属罪”。〔4〕按服制，上自祖父母、父母及至期亲、大功尊长（通常并称“期功尊长”），下迄小功、缌麻尊长，五服之内的每一服都有尊长尊属，只不过根据丧服关系远近，尊长尊属之间亦产生身份差等，进而有亲疏之别，故十恶“恶逆”条及刑律相关条文均有涉及侵害尊长尊属的规范内容，根据服制差等，一应刑罚亦呈阶梯性特征。其中，最重的刑罚是十恶“恶逆”条所言“谓殴及谋杀祖父母、父母，夫之祖父母、父母，杀伯叔父母、姑、兄、姊、外祖父母及夫者”，〔5〕按近代以来的法律概念，十恶的行为客体与今日所称之直系血亲（祖父母、外祖父母、父母）、二代以内部分旁系血亲（兄、姊）、三代以内同祖的部分旁系血亲（伯、叔、姑）、男性配偶（及其直系血亲）大致相符，对这四类尊亲属施以杀伤行为的犯罪行为人（卑亲属），即被处以凌迟、戮尸、枭首等较一般意义上杀伤普通人所获死刑（绞斩）更为惨烈的刑罚。故法史学界有“于尊亲属有犯加重其刑”之通论，相关经典著作已备，〔6〕此不赘言。

行至晚清修律及1907—1911年间的礼法论争，以删重减轻为修刑原则，旧律凌迟、斩枭、戮尸等酷刑均减改为斩决之刑，沈家本在其作《历代刑法考》及《死刑惟一说》中均曾述及，谋杀祖父母、父母所获凌迟之刑，其法增设于明代，原本便是五刑之外的“特别办法，不足以为典要”，〔7〕他主张应以绞刑为死刑之主刑，斩刑为特别之刑，“凡刑事内之情节重大者，酌立特别单行之法”，而恶逆之罪、谋殴祖父母父母诸罪均系“伦常之变、罪大恶极，无过于是”的逆伦重罪，故杀尊亲属罪当以特别法之斩刑行之。〔8〕黄源盛在详尽梳理了杀尊亲属条立法主旨历史沿革的基础上，关注到在死刑惟一的刑律改革大势之下，修律大臣沈家本与日籍修律顾问冈田朝太郎曾就杀尊亲属罪应否以特别法的形式适用斩刑以区别于绞刑

〔4〕服制图中的“尊亲属”虽然与西方意义上的“尊亲属”有重合之处，但显然二者不能划上等号。《大清现行刑律》首席总纂官吉同钧对尊长尊属的概念给出了比较精当的学理解释：旧律凡与己同辈者曰尊长，凡长自己两辈或一辈、与父同辈者曰尊属，尊属较尊长名分更重；新律大不相同，新律惟父母、祖父母、曾祖父母以上俱称尊亲属，妇人于翁姑、祖翁姑亦称尊亲，其余旁支非直系之亲，不得称尊亲属（参见吉同钧：《论新旧律名称宗旨之不同并申言旧律为中国治乱之枢机》，收入吉同钧：《乐素堂文集》卷七，北平杨梅竹斜街中华书局铅印本）。详谓：“凡本宗同高祖之兄姊、同曾祖之出嫁姊及外姻姑舅两姨之兄姊，皆服缌麻，同曾祖之兄姊、同祖之出嫁姊，皆服小功，同祖之兄姊、同父之出嫁姊，皆服大功，此皆与己同辈者，故曰尊长。若与己同辈，或与父母同辈，则为尊属。如曾祖之胞兄弟姊妹，祖之同祖兄弟姊妹，夫之同曾祖兄弟姊妹，皆缌麻尊属也；祖之胞兄弟姊妹，父之同祖兄弟姊妹，母之胞兄弟姊妹，皆小功尊属也；已出嫁胞姑，大功尊属也。犯尊属者，较尊长各加一等”（吉同钧：《大清现行刑律讲义》卷一、卷六，台北故宫藏本）。戴炎辉先生将清律对亲属的这一定义方式称为“具体的限定法”（参见戴炎辉：《台湾民事习惯调查报告》，法务通讯杂志社印行1995年版，第13页）。如果非要作一归纳，祖父母、父母当属最无异议的尊亲属，清律对尊亲属明确采取扩大解释，沈之奇在《大清律辑注》中又将高祖、曾祖皆纳入“尊亲属”范畴。沈之奇对“谋杀祖父母、父母”条的注解为：“凡称祖者，高、曾同”（沈之奇：《大清律辑注》，怀效锋、李俊点校，法律出版社2000年版，第661页）。而据宣统元年（1909）修订法律馆印行的《修正刑律案语》载，1907年两江总督在其呈送的《刑律草案》签注中，有“尊亲属三字近似含混”之见。在第三百十一条“杀尊亲属罪”下案语谓：“谨案各省签注，两广两江河南各省均谓‘本条之罪应科斩刑，此官参看分则案语总叙第二两江谓尊亲属三字似近含混，此宜参照第八十二条两江谓尊亲属应分等差，第原案为整饬纲常名教起见不分等差，故一律科以死刑’”（《修正刑律案语》，修订法律馆，宣统元年铅印本，第91页以下；另见高汉成主编：《〈大清新刑律〉立法资料汇编》，社会科学文献出版社2013年版，第337页）。

〔5〕参见吴坤修：《大清律例根原》第一册，上海辞书出版社2012年版，第15页。

〔6〕参见李贵连：《1902：中国法的转型》，广西师范大学出版社2018年版，第154页以下。

〔7〕参见沈家本：《历代刑法考》，收入《沈家本全集》第四卷，中国政法大学出版社2010年版，第500页以下。

〔8〕参见沈家本：《寄谥文存》，商务印书馆2015年版，第77页以下。

的讨论、〔9〕卑幼对尊亲属是否适用正当防卫等议题，〔10〕于本文有很大启发，但对于这一罪名在法律编纂体例中应否另立专章及其位次如何安排、尊亲属范畴（如外祖父母的法律地位）等具体问题，目前学界尚无过多关注。以既有研究为基础，本文拟关注1902—1911年清末修律十年间杀尊亲属罪的减刑转向及尊亲属范畴、编纂体例等问题，以期呈现杀尊亲属罪在近代法制转型甚至是新政改革中的复杂面相之一二。

一、叙可原之情，拟应减之罪：减刑主义的程序转向

光绪三十二年（1906）九月官制改革之后，修订法律馆在以起草新律为重心的同时，既要应付部院之争，又要应对新修《刑事民事诉讼法》带来的一系列压力，故在改订旧律的步伐上有所放缓，此前所有申明的新章，都按照以往惯例被编入《最新法部通行章程》卷内加以适用。〔11〕在晚清修律的第一个代表性成果《大清现行刑律》颁行之前，有关刑律修订的一些基本思路和倾向可以从《最新法部通行章程》内寻到端倪，杀尊亲属罪也不例外。

从律例馆及各省呈送的司法意见可以看出，修律者为一改之前“仅叙可原之情，不拟应减之罪”的司法惯例，对于因疯杀死期功尊长、非有心干犯、误杀、过失杀、迫于尊长威吓等情节的杀尊亲属案，均定性为“情可矜悯、例得夹签声明”的案件，并令全国各地此后均照山西巡抚于光绪二十八年（1902）所奏、刑部核议之“朱立案因疯杀死大功兄”一案，减拟罪名。以此司法判例为契机，对特定类型的杀尊亲属案须经夹签声请程序后作减刑处理，可谓杀尊亲属罪近代转型过程中去特殊化的里程碑案。详见光绪二十八年十一月初六日上谕：“‘军机大臣面奉谕旨：刑部奏，核议朱立案因疯扎死大功兄’，夹签声请一折。朱立案着改为绞监候。嗣后遇有此等案件，着刑部于议奏时，将该犯应行减拟罪名声叙明晰，于折内双请。候旨定夺。钦此。”〔12〕

在传统官府的司法裁断中，服制案件经审核后，若确实存在“实可矜悯”的情节，照定例规定应进入夹签声请程序，最终是否、如何量刑与未减，则是“恩自上出”，但拥有最高司法权的皇帝极有可能异案异判，并非每一笔杀尊亲属罪都会减刑。像朱立案这样的因疯加害尊亲属的犯罪行为人，在定罪拟斩决之刑后，再例经夹签声请程序，通常会将斩立决减为斩监候。只不过经朱立案一案，将“先经票签双请的复核程序、再例行减刑”的司法定例加以明确化、固定化。

按旧律，如“谋杀祖父母父母”条称，凡杀伤尊亲属者，均以犯罪结果论处极刑：“凡谋杀祖父母、父母，及期亲尊长、外祖父母、夫、夫之祖父母、父母，已行（不问已伤、未伤）者，（预谋之子孙，不分首从，）皆斩；已杀者，皆凌迟处死。（监故在狱者，仍戮其尸。其为

〔9〕 最终《钦定大清刑律》所附《暂行章程》第1条中规定：杀伤尊亲属罪，“处以死刑者，仍用斩”。

〔10〕 参见前引〔3〕，黄源盛文，第82页以下。另外，对杀尊亲属罪的专门研究，除了清代律学家有所论考之外（如吴坤修、吉同钧、沈之奇、薛允升等），陆康、中村茂夫等海外学者对清代疯病人杀尊亲属者进行考察后认为：从清初到清中期，对精神病人的处罚是一个加重其刑的过程。参见陆康、郭瑞卿：《清代法律文献视野中的精神病与杀父母》，《中国古代法律文献研究》第7辑，社会科学文献出版社2013年版，第433页以下；中村茂夫：《清代刑法研究》，东京大学出版社1973年版，第210页。

〔11〕 参见刘广安：《晚清法制改革的规律性探索》，中国政法大学出版社2013年版，第148页以下。

〔12〕 《最新法部通行章程一卷》，载沈家本：《沈家本全集》第一卷，中国政法大学出版社2010年版，第109页以下。

从，有服属不同，自依缌麻以上律论。有凡人，自依凡论。凡谋杀服属，皆仿此。)”〔13〕

由《刑案汇览三编》、〔14〕《驳案汇编》、〔15〕《清代服制命案》〔16〕等司法档案中的大量服制命案显见，诸如卑亲属确有冤抑的特殊案件，纵然情节比较复杂，其情可悯，并非存在故意犯罪等情节，但在司法定讞时，罕将犯罪动机作为减刑的标准，最终对犯罪行为人作出减等量刑的案件数量极少。以刑科题本为例，显系可矜悯的犯罪动机可归纳为以下三种：一则为尊长对卑幼施暴（如兄图弟妇）在先；二则为遵从尊长之命（如母命、叔令）施行弑亲行为；三则为“无心干犯”，即不存在犯罪的恶意。此三种情形科刑时本可酌情减等，但绝大多数情况下的司法惯例是，司法官仍以维系长幼尊卑的伦常秩序为出发点，对卑亲属施以重惩，以昭炯戒。囿于篇幅，各举一例：

（一）尊长对卑幼施暴在先——彭尚贤活埋胞兄彭尚哲案

彭尚哲系彭尚贤胞兄，另有彭在商系二人之叔。乾隆十八年间，被害人彭尚哲曾故意放火烧彭在商家谷堆；乾隆二十一年正月间，彭尚哲曾调戏弟妻袁氏；同年四月，彭尚哲又图奸叔妻周氏未遂，被彭在商及其子拏获。彭在商与彭尚贤商议如何处置彭尚哲时，彭尚贤提议将其活埋。彭在商令彭尚贤挖坑，二人将彭尚哲捆绑推入坑中，活埋致命。案发后，彭在商病故，彭尚贤依谋杀期亲尊长已死律，凌迟处死并刺字。〔17〕

（二）遵从尊长之令弑亲——李存义遵从叔命杀期亲婶案

被害人孙氏系李照才之妻，李照才系李存义胞叔。乾隆四十五年正月间，李照才卧病在床，孙氏与奸夫宣淫被李存义撞见并奔告李照才。李照才命李存义先砍毙奸夫，再一并杀死孙氏。因孙氏为期亲服婶，李存义未敢动手。李照才以自杀逼迫李存义砍毙孙氏。案发后，李存义依侄殴伯叔父母故杀者凌迟处死律，凌迟。〔18〕

（三）无犯罪故意——李迎灿殴伤李迎彩身死案

李迎灿与胞兄李迎彩、李迎晖三人轮流耕种其母李董氏的养赡田。道光七年十二月间，李迎彩因私将养赡田典卖还债而遭李董氏训斥。八年二月二十三日，李迎灿得知此事之后与李迎彩发生争执、激烈斗殴，致使后者胸膛、肚腹等多处重伤，终至殒命。李迎灿以“非有心干犯”的故意犯罪情节被处以斩立决之刑。〔19〕

两相对照，便可见在新律修订刚起步时，清廷已经意识到旧律对杀尊亲属罪“仅叙可原之情，不拟应减之罪”的司法惯例既过于严苛，有悖于主政者惯常宣扬的“衡情断狱”的司法目标，又于世界刑法大势不符。在慎刑恤狱的大前提下，综合对犯罪动机的考察，多向考察步步推进，从传统意义上的重刑主义开始进入实质意义上的量刑从宽阶段。

光绪二十九年（1903）十二月十六日，律例馆奏进一笔为人子者因疯杀母案，清廷借此案再次重申减刑主义的程序性调整：此后凡是子孙因疯殴杀祖父母、父母案，须先行审明平素子孙是否孝顺，倘若确实弑亲时发疯无知，即应比照误杀祖父母父母之例，照本律定拟罪名之

〔13〕 薛允升：《读例存疑重刊本》，黄静嘉点校，成文出版社1970年版，第780页以下。

〔14〕 参见祝庆祺：《刑案汇览三编》，古籍出版社2004年版，第39页以下。

〔15〕 参见全士潮、张道源：《驳案汇编》，法律出版社2009年版，第182页以下。

〔16〕 参见郑秦、赵雄主编：《清代“服制”命案》，中国政法大学出版社1999年版，第2页以下。

〔17〕 同上书，第127页。

〔18〕 同上书，第244页。

〔19〕 参见前引〔14〕，祝庆祺书，第1522页以下。

后，将可原情节于折内声叙，请旨改为斩立决。且律例馆认为应当将此项司法判例编纂入册，普遍适用于同类案件以巩固其实质法律效力：“再，本年十月二十日，据五城御史移送张有因疯殴伤伊母张李氏身死一案，臣部即遵照新章办理。”〔20〕

对于杀尊亲属罪这一减刑主义的司法转向，上谕是首肯的。〔21〕但清廷也保留了一条不得适用减刑的底线：因疯杀祖父母、父母案，与前述因疯杀死期功尊长不同，与原犯斩决者不同。因疯杀祖父母、父母的案件，因本罪所犯应处凌迟，只能将凌迟改为斩决，不可以再减为绞决。“经本部查光绪二十九年奏定章程，因疯致毙祖父母父母之案，仍照本律定拟，将可原情节声叙，请旨改为斩决。是本罪尚系凌迟，与原犯斩决者不同。奉旨改为斩决，已邀实典，未便再改绞决等因……嗣后各省遇有此等案件，办理应归一律。”〔22〕

二、服轻义重与舍服从义：外祖父母的服制地位与法定地位的冲突

如果说减刑主义的司法转向尚仅触及杀尊亲属罪的程序问题，那么有关尊亲属概念的论争，特别是围绕外祖父母的法定地位与服制地位的讨论则属实体议题，将服制与近代法制的抵牾集中凸显出来。但令人颇感意外的是，对外祖父母应否纳入近代西方法律意义上的尊亲属范畴，礼派的立场比法派要鲜明，法派的回应则较为含蓄，礼法两派鲜有针锋相对的往来驳议，结果是两派搁置争议、各退一步。个中原委不仅与当时修律与改革的难度相关，也显露出礼法两派应对时局的迂回之感。

之所以绕过祖父母、父母等父系直系尊亲属，选择以外祖父母这一母系尊亲属为切入点，主要可能出于以下三方面考量。

其一，晚清以来继受欧陆刑事立法的男女平等主义、罪刑法定主义的法益调整。按三纲，旧律法益保护对象之一为男子，在男尊女卑、夫尊妻卑的纲常伦理架构下，妻是作为夫的卑亲属而存在的，〔23〕夫妻相犯，妻杀夫者（不论是否存在因奸等故意犯罪情节）多属恶逆之罪，会赦不原，刑罚以凌迟、斩、绞三种生命刑为重，夫杀妻者（不论是否故意）则罪不至死。夫妻之别如此，宗亲与姻亲自然有间。外祖父母虽然是最尊贵的外姻亲属，但终究与本宗有别（旧律外祖父母的服制地位与法律地位下详），显然以男女性别不同而同罪异罚的做法有悖于平等主义之精神。

其二，清廷对传统纲常伦理在修律进程中的定位，经历了从模糊到明确的变化，杀尊亲属罪的直接彻底变革从清廷上层本身难寻突破。有两道上谕可佐证：一则是光绪二十八年（1902）四月初六“着派沈家本、伍廷芳修订律例谕”，修律之初清廷的态度还比较模糊；〔24〕另一则是宣统元年（1909）正月二十七“修改新刑律不可变革义关伦常诸条谕”。后者是在1907年《刑律草案》出台之后，特别是学部、直隶、两广、安徽各督抚陈奏之后，由修律之

〔20〕 前引〔12〕，沈家本书，第120页。

〔21〕 同上书，第120页。

〔22〕 光绪三十一年（1904），“广东巡抚奏电”，参见上引沈家本书，第133页。

〔23〕 如《大清律例·十恶·恶逆》：谓殴及谋杀祖父母、父母，夫之祖父母、父母；杀伯叔父母、姑、兄姊、外祖父母及夫者。《大清律例》，田涛、郑秦点校，法律出版社1999年版，第85页。

〔24〕 只是笼统提出“将一切现行律例，按照交涉情形，参酌各国法律，悉心考订，妥为拟议。务期中外通行，有裨治理”。参见怀效锋主编：《清末法制变革史料》下册，中国政法大学出版社2010年版，第3页。

初的“务期中外通行”转变为“义关伦常不可率行变革”。^[25]这是对《刑律草案》作出的一次官方回应，意味着官方对包括杀尊亲属在内的伦常诸条亮出底线。如果直接从父系尊亲属入手，来自上层的阻力可以想见，有学者直言这正是清廷统治者变法修律的虚伪之处。^[26]因此，选择以母系尊亲属徐徐图之，不失为一种应对策略。

其三，为新律平稳过渡，为新政投石问路。1907年《刑律草案》招来物议沸腾之时，沈家本曾有“革难因易”之说，继而于光绪三十四年（1908）正月二十九奏请删改《大清律例》编订《大清现行刑律》：“窃维新政之要，不外因革两端，然二者相衡，革难而因易，诚以惯习本自传遗，损益宜分次第，初非旦夕所能责望也……论递嬗之理，新律固为后日所必行，而实施之期，殊非急迫可以从事。”^[27]其时，沈家本对修律与新政已流露出一种先易后难、先因后革的预判态度，主要目的是循序渐进，为新律乃至新政的施行一步一步奠定基础，是以对于礼派干将劳乃宣提出的服制入律及旁系尊亲属应加重处罚的建议，均回以容后再议的态度：吾以为我国即定民法，当缓定亲族等编，而他法典如刑法之类，关涉服制等律，亦皆当提开。循着这一思路，见1907年《刑律草案》招致礼派的反弹太大，遂于津梁之作1910《大清现行刑律》中，^[28]又恢复了《大清律例》恶逆诸条的本来内容，再次重申传统服制图中的尊亲属内涵。囿于此，对外祖父母的解释，虽然出现了“按情治罪”的立法建议，但总的来看，为了最大程度地实现新旧平稳过渡，仍未脱离旧律的解释框架。^[29]

先看修律的最终结果：1911年正式颁行的《钦定大清刑律》第八十二条终将外祖父母排除于尊亲属范畴：“称尊亲属者，谓左列各人：一、祖父母，高曾同。二、父母。妻于夫之尊亲族与夫同。”^[30]

在此之前，1907年十月，朝廷批准了奕劻等上奏的修订法律办法：在作为预备国会的资政院正式开院之前，应修各项法典由修订法律馆先编草案奏交宪政编查馆考核，再由宪政编查馆咨送在京各部堂官、在外各省督抚分别签注后，在规定时间内将签注送回宪政编查馆，转交修订法律馆，以为修正草案之参考。1907年《刑律草案》与1910年《修正刑律草案》一致，均拟将外祖父母纳入尊亲属概念，与高曾祖父母、祖父母、父母同论：“凡称尊亲族者，为左

[25] “嗣据学部及直隶、两广、安徽各督抚先后奏，请将中国旧律与新律详慎互校，再行妥定，以维伦纪而保治安……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……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……” 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858页。

[26] 除了杀尊亲属罪的修订，在其他很多方面，如司法权限之争，都体现清廷变革法律的虚伪态度。参见张国华、李贵连：《沈家本年谱初编》，北京大学出版社1989年版，第192页。

[27] 《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》，参见前引〔25〕，故宫博物院明清档案部编书，第851页以下。

[28] 清光绪三十四年，新刑律草案已拟定完毕，上奏交各省签注。但是新刑律乃实行宪政之法，正式立宪又规定在九年以后。在新律未行、旧律不适于用，实行宪政前又须有章可循之时，沈家本认为，“旧律之删定，万难再缓”。建议踵续因官制改革人员调动而停止之《大清律例》的改造，完成修改、修并、移并、续纂等工作，以竟前功。参见李贵连：《沈家本传》，广西师范大学出版社2017年版，第263页以下。

[29] 当然，在《大清现行刑律》部分例文中，也保留了对欧陆法益的部分引入，体现着对传统法益的调整。详见北京大学图书馆所藏《核订现行刑律》（出版信息不详）及《大清现行刑律案语》（金木水火土全五册）（出版信息不详）。另外，在涉及外祖父母的刑案处理上，吉同钧明确主张“承审官权其曲直，按情治罪，不必以服制为限”，不过目前并未发现相应司法裁判作为证明。参见吉同钧：《大清现行刑律讲义》卷六，“殴大功以下尊长·条例之九”，台北故宫藏本。

[30] 参见《钦定大清刑律》，宣统三年六月刊印本，第2页以下。

列各等：一、祖父母，高、曾同。二、父母。其于夫之尊亲族与夫同。三、外祖父母”；^[31]“第八十二条：凡称尊亲族者为左列各等：一、祖父母，高曾同。二、父母。妻于夫之尊亲族与夫同。三、外祖父母”。^[32]但草案文本变动背后，法派对外祖父母的定位究竟是何见解，至少从修律大臣沈家本《刑法杂考》《律例杂说》《律例偶笺三卷》《律例校勘记六卷》等著作中没能寻出只字片语。^[33]

史料所见礼派发议则不少，前述两广、两江、河南等各省督抚不约而同地提到“尊亲属”概念所指不明，东三省则详明地点出了外祖父母问题在修律背景下的特殊意义——首先体现旧律服制与男女人格平等的新冲突：“男女既须平等，则不能尊父而卑母、伸夫而抑妻，父母同为一等亲，则父之父母与母之父母自亦同为二等亲，妻视夫为同等，则夫自亦不能视妻为降等。此本案所以将外祖父母与祖父母、父母同列于尊亲族，将夫与妻同列于亲族也。世之不察，犹鳃鳃焉！虑新律行而服制废，特亦不明于礼法之殊途，与时代之相异耳。”^[34]

因而，有必要先对外祖父母的概念加以廓清。一个人的祖父与父亲的指向通常是单一的，而传统的一夫一妻多妾制的婚姻制度下诞生的孩子，据三父八母图，则可能有嫡母、庶母，也可能有继母、养母、慈母等等各种不同身份的母亲，但有资格被称作“尊亲属”的外祖父母，应是亲生母亲的父母。

外祖父母在丧服图中，属于外姻亲，服属小功（五月），祖父母则属本宗斩衰（三年）。^[35]但在十恶之“恶逆”等律条中，外祖父母与祖父母、父母同论、并称为期亲，是五服至亲。^[36]严格来说，外祖父母的期服尊亲属地位并非是由丧服图来定义的，而是作为服制图的“例外情形”存在的，严格限定于“生母之父母”，以其伦理地位高于服制地位，即所谓“外祖父母服属小功，但其恩义与期亲并重”，^[37]“服轻而义重”。^[38]详论之：“外祖父母为母之所自出，即己之所自出”，从血缘伦理论，生母恩深而位卑，然子不可以卑母，外祖父母是亲生母亲的父母，作为尊亲属的生身父母，可谓恩义至重。是以外祖父母虽无尊亲属之名，而得尊亲属之实，在旧律中获得了“与期服同论”的法律地位。^[39]其实，今人容易理解的是，外祖父母的辈分与祖父母相同，都是生理学意义上的直系血亲，是至亲长辈，但在男女不平等、长幼分尊卑的礼法架构下，外祖父母的服制秩等较祖父母低得多，即所谓“服轻”。不过，这一例外情形仅适用于有血缘之亲的外祖父母，即亲生母亲的父母。即便外祖母被出或改嫁，亦以尊亲属同论，以其“盖虽被出、改嫁，而我母所自出之恩，不可泯。故仍得以外祖父母律论也”。^[40]

广义上的外祖父母可分三类。其一，作为尊亲属的生母之父母，即上述期亲外祖父母，亦

[31] 黄源盛纂辑：《晚清民国刑法史料辑注（1905—2010）》上，元照出版有限公司2010年版，第84页以下。

[32] 参见《修正刑律案语》，修订法律馆印行，北京大学图书馆藏宣统元年铅印本，第45页。该条目下虽无案语，但有手写批语一条：“小功。外祖父母服虽小功，而恩义与期亲并重。故旧律与期亲尊长并论。外祖父母之关系，从母之父母推出，不从夫妻关系推出。”

[33] 参见沈家本：《沈家本全集》第二卷，中国政法大学出版社2010年版，第571页以下，第903页以下，第825页以下，第539页以下。

[34] 前引[4]，高汉成主编书，第439页以下。

[35] “丧服总图”“本宗九族五服正服之图”，分别参见前引[23]，田涛、郑秦点校书，第64页以下。

[36] 参见长孙无忌：《唐律疏议》。

[37] 前引[29]，吉同钧书。

[38] 同上。

[39] 同上。

[40] 同上。

可称为“最狭义的”外祖父母。其二，嫡、继、慈母的父母，可称为“名义上的”或“形式上的”外祖父母，需进一步分两种情况讨论，有的可以成为服制内的一般尊长尊属，至少拥有服属身份；有的则视同普通人。其三，至于养、庶、乳母、再嫁母之父母，则完全不在外祖父母之列。显然，受近代西方平等主义立法理念的冲击，前引修律草案修改尊亲属概念的初衷便是取最狭义的外祖父母。后两种外祖父母的定义情况比较复杂，但仍有必要进行一番还原，有助于理解清末修律所面对的难题之繁复、阻力之强大。

目前所见关于外祖父母的解释以同一时期《大清现行刑律》首席总纂官吉同钧所论至详至精。1910年，《修正刑律草案》与《大清现行刑律》的纂订在这一年内先后告竣，一年之后，吉同钧将外祖父母概念详加整理，共计十三项，按持服与否，分为两大类，持服者六项，断罪以服属论；不持服者七项，断罪以凡论。其中，持服者又有本宗期服与小功之分。期服断罪者一，小功断罪者五，前述生母之父母即属“期服”。〔41〕

尽管可称为外祖父母的情形有十三项，但因具体恩义有别，未见得每一项都可纳入服属范畴，即称外祖父母者，不必然拥有服属身份。“此十三项者，于古有服有不服。盖服制之设，有恩合、义合之分，亲母、生母之父母以恩合者也，继母、嫡母各项以义合者也。恩无可绝，义有权衡，故同为外祖父母而有持服与不持服之别。其持服者，固确为外祖父母，即不持服者，仍有外祖父母之名称。”〔42〕

具体而言，上述十三项外祖父母，据吉同钧考订，能够称之为服属者有六种，余下七种则为不持服外祖父母；比较特殊的一点是，生育了母亲的外祖父母，其法律地位不因持服与否为判断标准。“其应持服者有六……：子为因母（亲母）之父母，一也；母出，为继母之父母，二也；庶子君母（嫡母）在，三也；庶子为继母之父母，四也；庶子不为父后者为己母之父母，五也；为人后者，为所后母之父母，六也。其余皆所不服。……《唐律疏议·问答》云：外祖父母但生母身，有服无服并是外祖父母。若不生母身者，有服同外祖父母，无服同凡人云云。可见，但生母身，虽无服与有服不同，究不得同于凡人。必不生母身而无服者始同凡论。”〔43〕

正是由于外祖父母的定义过于繁复，不仅涉及有服无服、身份尊卑等复杂的礼法制度的执行问题，也涉及伦理与律法价值如何权衡取舍的问题，故而就尊亲属在新律中如何定位，各省条陈意见不能划一，有的直接建议严格简缩尊亲属的外延，有的则在重申旧律的基础上，进一步将尊亲属按亲等进行分类。前者如例如直隶、江西、热河签注，后者如两江、河南签注。

直隶总督杨士骧、热河都统廷杰认为，尊亲属应仅限于祖父母、父母，加重其刑的犯罪对象也仅适用于祖父母、父母，没有提及外祖父母的新律定位：“尊亲属包括祖父母、父母在内，犯之者处致死或笃疾已有死刑毋庸议外，其致废疾及单纯伤害同一逆伦，非处死刑不足以严伦纪……如系犯祖父母、父母，亦宜加重”；“尊亲属系指祖父母、父母而言”。〔44〕江西巡抚冯汝霖的条陈意见最为保守，认为将外祖父母这一外亲混称为本宗尊亲属，与祖父母、父母并列，是为“诬其宗”。〔45〕

由于尊亲属三个字比较含混，两江总督张人骏则建议将旧律尊亲属概念作一番改良，再分

〔41〕 参见吉同钧：《乐素堂文集》卷六，“法律门述古类”，北平杨梅竹斜街中华印书局铅印本。

〔42〕 同上。

〔43〕 同上。

〔44〕 “直隶总督签注”“热河都统签注刑律草案”，分别见前引〔4〕，高汉成主编书，第285页，第426页。

〔45〕 “江西签注清单”，参见上引高汉成主编书，第365页。

三等亲。一等亲为祖父母、父母及夫之祖父母、父母，二等亲为期亲尊长尊属及外祖父母，三等亲为大功服缌麻尊长尊属，尊亲属等秩不同，则死刑执行方式亦有所区分：“应请将杀死祖父母、父母与夫之祖父母父母者，均处以斩决死刑，列为本条第一项；其余杀期亲尊长尊属及外祖父母，均属夫亲至重，应处绞决死刑，列为本条第二项；大功服缌麻尊长尊属谋故杀者，亦处绞决死刑，斗杀误杀者均处绞候，俟秋审时分别核办，列为本条第三项。”〔46〕

河南巡抚吴重熹同样对尊亲属所指持疑，虽然也赞同将包括外祖父母在内的尊亲属分等次定罪量刑，但其主张分两等即可，一等亲即应包括外祖父母，谋杀作为外姻亲的外祖父母之罪，与谋杀本宗期亲尊长甚至谋杀祖父母、父母同论；二等亲则为本宗缌麻以上尊亲、期功以下有服尊长。但不能悉处斩决之刑，应分等量刑：“此条尊亲属者似包括祖父母、父母及本宗外姻有服尊长、尊属而言。谋杀本宗期亲尊长，谋故杀外姻之外祖父母，其罪亦与祖父母父母同，谋杀本宗缌麻以上尊亲与殴故杀期功以下有服尊长，悉处斩决。……今仅言杀尊亲属，并无特别重刑，似与平人无异，殊失亲亲之义，应请另行妥订。”〔47〕

若外祖父母径入尊亲属范畴，不啻简单粗暴地废除了建立在身份差等基础之上的婚姻制度甚至等级严明的社会身份制度，嫡庶尊卑失去了原本存在的意义，这无异于是向无所不在的君亲制度直接宣战，其阻力之巨可以想见。

举一则妾为庶子生母的例子，倘若一位庶子的生母是妾，按前述吉同钧所总结的六项持服标准，庶子可为母亲的父母持服，称小功服外祖父母。但若其母出身是奴婢或家生女，只是后被收买为妾，且其母家为贱籍，那么依律，庶子对这位生母的父母不能持服，不称外祖父母。〔48〕不仅如此，这位庶母虽为服属，但不可称为嫡子的尊亲属。若这位妾成为庶祖母之后殴杀嫡孙，则罪同凡人，不能称以尊犯卑。而嫡孙殴庶祖母则照殴伤庶母例，减一等科断，若至死，罪止于绞监候。妾的法定权利与服属地位之间的畸形关系，实则与妾的尴尬身份有关。清季修律前夜，律学家薛允升已关注到服制与律法之间的错位，〔49〕此处不宜过多展开，由外祖父母牵涉出的尊亲属概念拟定问题，说头绪万千，牵一发而动全身，不免生无从下手之感。

一面是编订新律，一面则是删修旧律，外祖父母的尊亲属地位之争乃至其所涉及的买卖奴婢、媵妾等问题只是尊卑制度的一个侧面，〔50〕社会制度中方方面面的既存问题缠作一团，传统旧惯相因千年，非一夕可改，正应沈家本所言“革难而因易、损益宜分次第”之态。〔51〕无怪乎《刑律草案》《修正刑律草案》一出，礼派甚至全国舆论一片哗然。

〔46〕“两江签注清单”，参见前引〔4〕，高汉成主编书，第337页。

〔47〕“河南签注清单”，参见上引高汉成主编书，第395页。

〔48〕吉同钧谓：“至于庶子为已母之父母一项，旧例小注有若已母系由奴婢、家生女收买为妾，及其父母系属贱族者，不在此限。”参见《十三项外祖父母持服与定罪之分别》，载前引〔41〕，吉同钧书。

〔49〕参见薛允升：《读例存疑重刊本》第四册，黄静嘉编校，成文出版社1970年版，第958页以下。另见程郁：《清至民国蓄妾习俗之变迁》，上海古籍出版社2006年版，第74页以下。

〔50〕删除奴婢律例之议，始于两江总督周馥的条陈：“使用奴婢，只准价雇……女子由主家婚配，不得收受身价……纳妾只准媒说，务须两厢情愿。不得抑勒母家准其看视，仍当恪守妾媵名分，不准僭越。”条陈交由沈家本后，沈氏拟定办法为：“……旧律之契卖之例，一律作废，全部删除。不论买卖人口为奴婢，还是为妻妾，为子孙，概行永远禁止，违者治罪……纳妾只许媒说。凡纳妾者，应凭媒说合，只用财礼接取，由妾之母家写立为妾愿书，不得再以买卖字样立契。母家准令看视，以顺人情。至妾媵名分，仍当遵守，不许僭越……”这些办法并不彻底，已然触犯王公贵族利益，最初是被束之高阁的，后经沈家本反复陈述，才由宪政编查馆奏请通行。制定《大清现行刑律》时，将此全行吸收。参见前引〔28〕，李贵连书，第273页以下。

〔51〕参见前引〔33〕，沈家本书，第463页以下。

不过，在反对外祖父母入尊亲属立法概念的议题上，礼法两派的态度并非大相径庭。宣统二年（1910）十二月初六，在资政院第一次常年会对《大清新刑律》议案续初读和再读时，汪荣宝代表法典股作了关于《大清新刑律》总则和分则的审查报告，认为根据中国传统礼制习惯，应将尊亲属范围仅限缩于祖父母、父母，将外祖父母从尊亲属中删去，归属于普通亲属范畴。原因有二：其一，如前述吉同钧所述，宗亲与外亲服制不同，不可同等视之：“外祖父母就是父之外舅外姑，父对于外舅外姑并不与自己父母视同一体，以此类推，则子对于外祖父母亦不能与祖父母视同一体”。股员会也认为：“中国既不采男女平等主义……以继母如母之义推之，则继母之继母亦是外祖母，亦在本律所称尊亲属之内，此等尊亲属自与自己直系尊亲属大不相同”，父系亲属与母系亲属之间泾渭分明，不可相提并论。^[52]其二，若如各国刑法对于尊亲属采用男女平等主义，则自己的尊亲属与配偶的尊亲属是一样看待的，但草案内妻对夫的尊亲属与夫同，而夫对妻的尊亲属则不然，亦是有保存中国国家家族制度的意思。

话及于此，事实上法派已然与礼派达成一致，股员会的意思是，这项制度是中国区别于别的国家的特色，在《大清新刑律》中保有家族主义是合理的，但考虑到法律执行和改革的时间与难度问题，还是应当把难成定论的存疑之处暂行搁置，能删先删，应改便改，不如先勉从旧惯，不去承认也不去讨论外祖父母的尊亲属地位，有搁置争议、为新政甚至君主立宪让步之意。“凡是可以保存的地方都以保存为是，所以对于这部草案，有主义上很好而实行上有窒碍的地方，应删去的便删去，应改正的便改正。……于中国社会情形……揣原案的意思，因为本律所称尊亲属范围甚广，不专指父母、祖父母而言，还有外祖父母在内……但是股员会的意思，以为我国习惯，尊亲属多指祖父母父母而言……。”^[53]

汪荣宝在其日记中记录当日法典股存有异议的条款为：“第八条删特别二字，第十五条、第十六条小有异议，仍照股员会修正案通过”。^[54]没有对第八十二条的删改发言的记录，可见，对于移除外祖父母的尊亲属地位，法典股已达成一致意见，至少没有出现大的分歧（甚或没有议员提出异议），在这一刻，改革先行，修律暂且让步，成为礼法两派的共识。当然，暂时搁置议题不代表生活中的实际问题被解决，司法人员与国民仍然要面对法律适用的实际问题。进入民国，对于嫡、继、养、慈母等服制遗留身份中人是否享有新刑法体系中的尊亲属地位，大理院、司法院则不断以司法解释的方式，一案一释，加以廓清，以司法完成对立法的修正、纠错甚至是引导，此为后话。

晚清修律时，如何定位外祖父母的法律身份，一定程度上可视为衡量修律的尺度。彼时以“服轻义重”的例外情形跻身于尊亲属之列的外祖父母，反而在晚清修律的语境中，其象征意义已重于实质意义。承认外祖父母的直系尊亲属地位，则意味着彻底废除服制图及一夫一妻多妾制度背后的男女不平等主义、尊尊亲亲等纲常理念，礼派一时间是无法全盘接受的。礼派愈反对，则修律阻力愈巨、进度愈缓，在很大程度上新政将流于形式甚至停滞亦未可知，这一结果同样是法派所不乐见的。再者，“如其法，则孝子之心伤，如其心，则国家之法坏。欲两全，则两穷”。^[55]礼法两派遂相忍为国，“不得不”暂且各退一步，如此，既不害国家之法，

[52] 参见“资政院第一次常年会第三十七号议场速记录”，载《资政院议场会议速记录》，李启成点校，上海三联书店2011年版，第784页以下。

[53] 同上。

[54] 汪荣宝：《汪荣宝日记》，韩策、崔学森点校，中华书局2013年版，第230页以下。

[55] 《礼记·曲礼》

亦不伤孝子之心。以司法推理的旧方式为参照，民国时期法学家吴经熊曾将这种“两害相权取其轻”的妥协归纳为司法实践中的“不得不”逻辑：“如果一个判决不是它现在的这般而是其他的情形，那‘不得不’有某种不愉快的结果。因此，它的功能就是证明或有助于证明事实上呈现的这个判决是正当的。”〔56〕

从历史的进程来看，这种不得不为新政改革所为的妥协也只是权宜之计罢了。从民初的刑事立法来看，政体更迭之后，围绕外祖父母的尊亲属定位论争并未随着清廷覆灭而终结，仍时有反复。几番修律逡巡，新的立法取向在反复讨论中慢慢被国人适应接受，在1928年刑法文本中才慢慢得以稳定的规范形态存续下来。

三、“杀尊亲属罪”宜否另立专章及章节前置

修律期间对杀尊亲属罪的商榷之处不仅及于外祖父母及尊亲属范畴的讨论，从汪荣宝代表法典股在资政院的发言来看，法派并不决然站在家族主义的对立面，在杀尊亲属罪存续的特殊意义上，常常是点到为止，不与礼派针锋相对。这一层，在法典编纂体例及章节次序安排上，亦有所体现。

光绪三十三年（1907）十一月二十六，沈家本在《刑律分则草案告成缮具清单折》中，明确提出新律编纂原则是“不再延续旧律编纂体例，而应采西方法典编纂之体，以旧律的编纂与西方编纂不通，与当时通行的世界法典编纂范式龃龉：“窃维法律之损益，随乎世运之递迁……现推诸穷痛久变之理，实今昔不宜相袭也。”〔57〕但当部院及各省签注提出应将杀尊亲属罪另立专章甚至前移至分则第二章时，所援引的第一条理由不外乎“攸关礼教风俗甚大、不可不慎”：“（第三百条）此条所害尊亲，如系祖父母、父母，应照八十八条同加为斩，余依服酌减。并应统合前后关于尊亲诸条，勒为专章，列于分则第一章之后。”〔58〕

其他反馈上来的条陈意见，并非全然一味地为反对而反对。有人关注国族法律观念和法律心理的过渡与重塑，有人从补救治道入手，持之有故，很有说服力。比较有代表性的如安徽巡抚冯煦，并非简单地将专章编纂归因于传统中国以家族为国家之根本的礼教风俗之故，还考虑到法律的实际执行问题，新刑律应为国民法律心理的调适留出适当的缓冲余地，避免旧的礼法纲常甫去、新的法制理念尚未完全建构之前，国民无所适从的心理迷失。“若忽将家族主义骤然改破，则全国人民国家之观念既浅，家族之范围复弛，恐人心涣散，更无术可以适合。”〔59〕

邮传部右丞李稷勋在其《奏新纂刑律草案流弊滋大应详加厘订折》所论有二。其一，应专门设第二章“亲属之罪”，由原来的第二十五章提至第二章，以示立法意旨及杀尊亲属罪有别于其他刑事罪名尤其是普通杀伤罪的特殊性，同时对百姓形成威慑：“（刑律草案）独至杀害祖父母、父母及期功亲属，乃仅附见于第二十五章。关于杀伤条内之三百节至三百十一节，不惟弑逆大恶与杀伤平人略无区别，已堪骇异，而前后寥寥数条，复与寻常各罪犯交互错出，尤足令乱臣贼子睥睨生心……凡逆伦大罪及杀伤期功以下亲属，应请别为专条，移置第二

〔56〕 吴经熊：《裁判中之“不得不”逻辑》，载吴经熊：《吴经熊法学文选》，中国政法大学出版社2012年版，第63页。

〔57〕 参见前引〔4〕，高汉成主编书，第23页。

〔58〕 “陕西签注清单”，参见上引高汉成主编书，第459页。

〔59〕 “安徽巡抚原奏”，参见上引高汉成主编书，第193页以下。

章，题曰关于亲属之罪。”〔60〕

其二，不应仅仅囿于刑名编纂的问题，而应更进一步着眼于传统治道的补偏救弊，收回治外法权，表面上依靠改订新律，实则依凭强大国力，阐明国强则礼俗固的道理。“如谓改订新律，意在收回治外法权，不宜过绳以旧例。臣愚以为法权外失，诚足碍我统治，然一时能否收回，固赖有开明之法律，尤恃有强实之国力，万一空文无效，不独无补外交，徒先乱我内治，甚非计也。”〔61〕

诚然，改订新律的直接目的是收回治外法权，难能可贵的是冯熙、李稷勋等人已经进一步意识到，“怵于国际、愆于时局、愆于教案”〔62〕的修律不应当忽略固有治道，近代司法权威的真正确立，需要继受主体的国族自觉、国力为支撑，否则修律不仅将流于“舍己芸人之计”，甚至整个国家内治都将遭受反噬。〔63〕无奈时局迫紧，留给立法者的时间已经不多。

法部尚书戴鸿慈与李稷勋有同样的疑问，因而致书修律大臣沈家本，将李稷勋的大意转述给沈氏，并问询其不同意将杀尊亲属罪位次前移至第二章的缘由。虽然新律编纂以参酌西法体例为要，但沈家本却没有以西方法典编纂的逻辑而是尝试用唐律的编纂逻辑来说服礼派。在《答戴尚书书》中，沈家本对法典编纂的态度谨慎而又明确：不可以将杀尊亲属罪提前至第二章。沈家本的回答主要集中于两点：其一，律文的次序改变将影响到法典原有的编纂顺序；其二，就法律逻辑层面阐释理由，律有广义、狭义之分，广义在前、狭义在后，如果将杀尊亲属罪前置，就法律逻辑而言，其后数条法规都应由其“推演而出”，显然，这些刑名之间不存在“推演”与“被推演”的关系，只是并列工作的关系。“若一改移，则次序凌乱，于全体甚不相宜。……律有广、狭二义，狭义多从广义推演而出，故广义在前，而狭义居后，此自然之序也。”〔64〕

这一颇具中庸意味的应答，在坚持修律的前提下，一定程度上消弭了反对各方的火力。大清律例虽袭自明律，实则以唐律为原始参考文献，这是薛允升、吉同钧、沈家本等律学家都认可的，以子之矛攻子之盾，有比较强的说服力。

从立法学的视角看，这样一种轻轻揭过的回应方式亦不乏合理性。几乎在晚清修律的同一时期，主导日本1898年民法典起草工作的穗积陈重认为，在诸如社会转型的重大时期，法典编纂作为“法律的外形论”，是丝毫不能忽略的大问题。法律的实质问题为本，形体为末，然而，“法律的外形一旦成为对民权的消长具有重大的事始，则其就不劣于法律实质”。〔65〕杀尊亲属条作为中华法系的核心条款，其所主张的尊尊亲亲的身份差等价值观，与君主立宪的需求相抵牾。匹夫无罪，怀璧其罪。袁世凯复辟时期，重提“杀尊亲属罪宜另立专章”事，虽不了了之，未始不有利用这一议题为帝制张目之意。

再者，沈家本等本土律学家与持法律进化论的穗积陈重及当时绝大多数日本修律法学家的

〔60〕 参见前引〔24〕，怀效锋主编书，第58页以下；另见前引〔4〕，高汉成主编书，第773页。

〔61〕 参见上引怀效锋主编书，第58页以下；另见上引高汉成主编书，第774页。

〔62〕 上引高汉成主编书，第195页。

〔63〕 参见李启成：《法律继受中的“制度器物化”批判——以近代中国司法制度设计思路为中心》，《法学研究》2016年第2期，第191页以下。

〔64〕 查《唐律》谋杀期亲尊长在第十七卷《贼盗门》内，而无谋杀祖父母、父母之文，盖已包于殴骂祖父母、父母一条之内。其殴骂祖父母、父母一条，则在第二十二卷《斗讼门》内，列于寻常殴斗之后，《大清律例》谋杀祖父母、父母系《刑律·人命门》第三条，亦列于谋杀人、谋杀制使记本管官二条之后。今分则内凡杀尊亲属一条，列于通常杀人之后，实与《大清律例》宗旨相符。考之于古，证之于今，原定次序并无悖谬。参见前引〔8〕，沈家本书，第168页以下。

〔65〕 参见穗积陈重：《法典论》，李求轶译，商务印书馆2014年版，第6页。

看法有所不同。1889年五月,日本法学家大会就1877年以来的日本法典编纂发出“有关法典编纂相关法学家大会的意见”,绝大多数修律人士都持法律进化论,认为“法律是与社会的进步一同,以期备于社会变迁之预想”。〔66〕而观诸中国,对庚子国难有过切肤之痛的沈家本,作为熟读旧律、久居刑曹、断案经验丰富并对中国社会面临的真正难题有着清醒认知的律学家,〔67〕固然承认变法修律之迫切性与必要性,但也流露出对旧律新学的一丝理性又复杂的情感。沈家本在其亲自汇编的《刑案汇览三编》序文中,曾一面斥此书为“故纸陈迹”,一面又怀有一丝希冀,期待旧律新学能互相发明彼此成就:“此编虽详备,陈迹耳,故纸耳。……理固有日新之机,然新理者,学士之论说也。若人之情伪,五洲攸殊,有非学士之所能尽发其覆者。故就前人之成说而推阐之,就旧日之案情而比附之,大可与新说互相发明,正不必为新学说家左袒也。”〔68〕

之所以在修律主持者沈家本那里找不到完全认同法律进化论的明显证据,大约因其身后的传统学问根柢和丰富的司法经验,这使他不能完全认同这种失之于简单粗糙的新说。〔69〕这正是沈家本的务实之处。有学者将沈家本的修律工作总结为:在古今方面着力于复古,在中外方面着力于会通,不拘泥中外有别之成见,一直没有放弃沟通传统中国的情理与近代西方的法理。〔70〕

结 论

梁任公曾谓:“法行数年或数十年或百年而必弊,弊而必更,天之道也”,“法者,天下之公器也,变者,天下之公理也。大地既通,万国蒸蒸,日趋于上,大势相迫,非可阂制,变亦变,不变亦变”。〔71〕大势相迫,在世界都在变的大环境里,中国似乎想变也得变,不想变也得变。

尽管变革紧迫而且必要,但修律起初没有一套系统明确的方案,综观礼法两派在杀尊亲属罪议题上的表现与论点,不论是从修律过程抑或结果看,可谓保守迂缓有余而紧迫主动不足。礼法两派自始至终都存在着明显的分歧和矛盾,但礼法两派又能够维系着一种克制的衡平。从1911年《大清新刑律》来看,杀尊亲属罪的近代转型是用近代西方法律之“器”修剪固有礼法伦常之“道”。表面上看,是来自礼派的反对声音太大,压制着法派的作为。从深层看去,两派于中、西之法的见解有共通之处。

首先,中国旧法制自有其合理性,这是“铁一般的事实”。〔72〕光绪二十八年(1902)二月初二上谕修律之后两个月,修订法律馆编案处总纂吉同钧以“持身谨谦有度,待人坦易宽厚”且事母至孝的盛京将军增祺为例,明确地肯定了孝道的固有内涵在动荡之世仍不过时,

〔66〕 参见前引〔65〕,穗积陈重书,第13页以下。

〔67〕 同一时期的吉同钧也熟知旧律新法各自利害之处。参见俞江:《倾听保守者的声音》,《读书》2002年第4期,第53页以下。

〔68〕 参见沈家本:《刑案汇览三编序》,收入前引〔8〕,沈家本书,第195页。

〔69〕 参见李启成:《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》,《中国社会科学》2013年第11期,第104页以下。

〔70〕 参见陈新宇:《法律转型的因应之道——沈家本与晚清刑律变迁》,《现代法学》2021年第2期,第3页以下。

〔71〕 参见梁启超:《变法通议·自序》,《饮冰室合集》文集第一册,上海中华书局1936年版,第1页以下。

〔72〕 参见蔡枢衡:《中国法理自觉的发展》,清华大学出版社2005年版,第67页。

且国家应求如此忠臣于孝子之门。^[73]为人子能够成圣成贤自然是好，但恪行孝道，意味着其处世行事尚留一丝底线。当才能与品行不可得兼时，事亲至孝之人的品行更为可靠。吉同钧认为增祺虽才干平平，但事母至孝，最难能可贵。为人子孝，通常也具有儒家所认可的“诚敬”之德，敬以直内义以方外的士子，大概率成长为承平之时为国事尽忠、动乱之世为国守家的臣子，这条逻辑是没有问题的。

其次，西法并非是治世的唯一良药，礼法两派不仅看得到固有规则的正向意义，对移植西法本身的局限亦有所顾虑，根本的是要守住符合本国国民认知的道德。尽管杨度作为宪政编查馆特派员在资政院会议上阐述新刑律主旨时，以法律进化论的观点斥曰：中国之坏，正是由于慈父孝子、贤兄悌弟太多而忠臣太少。其原因在于家族主义发达、国家主义不发达。^[74]但时人对“家族主义与国家主义不容两立”的疑义颇多，议场当日便有议员万慎、江辛不赞同此论：如果家族消弭、求忠臣于不孝之子，中国便成为中国了吗？^[75]张祖廉曾记录林芝屏的见解，事实上，若要从根本上破坏家族制度，一则必备要件是“个人之经济能力足以自立”，若不满足这一先决条件而遽然破坏家族制度，则绝大多数弱势群体将无法生存。倘若旧制度甫去，而新社会存续的基础尚未确立，新旧递嬗之间，恰恰需要新旧制度在过渡时期相互维系。^[76]

以本国国民性为基础，其次才是采他国之长为己用，这也是赫善心对中国刑律的基本观点，^[77]更何况，西法自身难免有求新求奇、艰涩难懂之弊，移植西法或许已成为迫不得已的选择，但修律者仍应保持清醒，不能对西方法律概念不加注明地套用：“现时法律不能不采取新说，亦不能不兼顾内政，使无越于礼防。……至于采用日本名词，骤见之虽觉新异，细按之尚属简赅，惟语句艰涩，颇多费解，未必知愚共晓。虽中律亦有非注不明者，而草案实尤为甚，此非名词稍新之足病，实文义太晦而难明也。”^[78]

在引入与杀尊亲属罪相关的西方法律概念时，沈家本曾试图用日本刑法所谓“直系血族”去解释“亲谊之隆杀，《大传》有上治祖祢，下治子孙，旁治昆弟之别”，但以外祖父母为犯罪行为对象的刑罚，则稍显含混，沈家本保留了进一步解释的空间：“外祖父母乃外姻之最尊者，然究由父母而推，与本宗有间。似皆可改为绞决”。^[79]毕竟，西方法律概念仅仅是从西方社会的土壤中成长起来的，失之毫厘谬以千里，而中国的法律规则应寻求道德内省，在外祖

[73] “才学胆略虽无足称，惟署中大小公事皆亲手批判，不假幕友，自奉淡约，厨无兼味，勤俭有足多者。其持身严谨有度，待人坦易宽厚，亦八旗大员中之卓卓者也。尤有难者，事母最孝，虽官至极品，年过六旬，尚亲手为母作羹，非但不假手庖人，亦不假手妻妾。母性严威，稍不顺意，辄加箠楚，将军安受惟谨，是皆近今所罕见者。国家求忠臣于孝子之门，斯人具庶几乎！”吉同钧：《东行日记》，收入王建朗、马忠文编：《近代史研究所藏稿钞本日记丛刊》第9卷，国家图书馆出版社2020年版，第85页以下。

[74] “资政院第一次常年会第二十三号议场速记录”，载前引〔52〕，《资政院议场会议速记录》，第784页以下。

[75] 同上。

[76] “夫欲使一国之中无复有家族之一级，而以个人直接于国家，则必个人之经济能力足以自立。若我国今日而遽言破坏家族制度，则多数之老弱惟有转死沟壑之一途。旧有社会存立之基础既已破坏，而新社会所以存立之基础又未确立，此新旧递嬗之间，正国家存亡所系，必使过渡时代于制度之兴废有互相维系之道，而后可以收完全之效。”《林氏辨明国家主义与家族主义不能两立说》，收入劳乃宣：《桐乡劳先生遗稿·新刑律修正案汇录》，1927年校刻本。

[77] “余见今日中国，自置其本国古先哲王之良法美意于弗顾，而专求于外国，窃为惜之。”参见《德儒赫氏中国新刑律论一卷》，清宣统二年京华印书局铅印本。

[78] 《江苏巡抚陈启泰覆奏新订刑律于礼教不合之处应酌加修订折》，参见前引〔25〕，故宫博物院明清档案部编书，第860页。

[79] 沈家本：《死刑惟一说》，载前引〔8〕，沈家本书，第80页。

父母的概念尚未真正得以本土化廓清之前，它仅仅是脱离了本国国民道德认知的文字而已。

对于西法概念水土不服之弊病，安徽巡抚冯煦的针砭在今日看来仍不过时。他认为名词文法不应直接采诸日本，日本人在文字翻译的过程中考据是否精确、是否能够保留文字原本的真意，直接影响着法律解释和法律执行的效果：“若条文词义与本国文学或相背戾，解释不易，奉行遂难。……即法律名词，宜因者因，宜创者创，亦非难能之事也。若似中非中，似西非西之日本文法，断不可略相摹仿，使其浸入我国。倘更编诸法典，恐舞文弄法之辈又将利用此等文法自便私图，其流弊尤有不可胜言者。”^{〔80〕}

无怪乎王伯琦将吾国法律在近代的变革痛斥为“貌合神离”：惟其貌合，乃可不觉其神离，惟其不觉其神离，于是沉湎于貌合。这是极端危险的情况。^{〔81〕}或许也是出于这一层考量，沈家本诸人有意识地放缓了杀尊亲属罪的修律节奏。

概要言之，一面是为存续伦理意义上的孝道，一面是为平稳推进新政改革，背后牵涉刑事法益与社会制度的多面调整，一时间礼法两派似乎谁也不能真正说服对方，但彼此又似乎理解对方的隐衷。个中况味，可堪琢磨，毕竟迄今我们仍未走出法制向何处转型、如何转型的议题。变法修律不是目的本身，如何“通其变，使民不倦；神而化之，使民宜之”，^{〔82〕}有待深思回应。

Abstract: The definition of the concept of elder relatives, the compilation of the code and the change of judicial direction towards commutation are the three basic issues in the modern transformation of the crime of killing elder relatives in the late Qing Dynasty. In 1902, the Qing government changed the traditional judicial practice of “only describing the circumstances for which an offender can be sympathized with, but not commuting his sentence” in the old law, and first determined the change of judicial direction towards commutation in the form of judicial precedent. Both *Xing Lv Cao An* (Draft Criminal Code) (1907) and *Xiu Zheng Xing Lv Cao An* (Revised Draft Criminal Code) (1910) intended to establish the legal status of maternal grandparents as elder relatives, but finally *Qin Ding Da Qing Xing Lv* (Imperial Criminal Code of the Great Qing) (1911) did not recognize it, which was directly related to the old legal positioning of maternal grandparents. As for the question of whether a separate chapter should be set up for the crime of killing elder relatives and placed before other chapters in the Code, the communications between and the reasoning given by the two schools of *Li* and *Fa* revealed a complex and objective understanding of the old law. In short, by trimming the “*Tao*” of traditional Chinese law and ethics with “tools” of modern western law, the modern transformation of the crime of killing elder relatives tried to maintain the ethics of filial piety while steadily advancing the reform in the late Qing Dynasty.

Key Words: killing elder relatives, maternal grandparents, commutation, compilation method

〔80〕 前引〔4〕，高汉成主编书，第195页。

〔81〕 参见王伯琦：《近代法律思潮与中国固有文化》，清华大学出版社2005年版，第403页以下。

〔82〕 《易传·系辞下》