

陕派律学文献丛书

闫晓君 陈涛 主编

大清律讲义

吉同钧 纂辑
闫晓君 整理

“韩城吉石生郎中同钧，于《大清律例》一书，讲之有素，考订乎沿革，推阐于义例，其同异轻重之繁而难纪者，又尝参稽而明辨之，博综而审定之……所编讲义积成二十（六）册。其于沿革之源流，义例之本末，同异之比较，重轻之等差，悉本其所学，引伸而发明之，辞无弗达，义无弗宣，洵足启法家之秘钥而为初学者之津梁矣。”

知识产权出版社

百佳图书出版单位

本书受到西北政法大学中华法系与法治文明研究院资助

大清律讲义

吉同钧 纂辑
闫晓君 整理

陕派律学文献丛书

闫晓君 陈涛 主编



知识产权出版社
全国四佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

大清律讲义 / 吉同钧纂辑; 闫晓君整理. —北京: 知识产权出版社, 2017. 4

ISBN 978-7-5130-4727-2

I. ①大… II. ①吉… ②闫… III. ①清律—研究 IV. ①D929.49

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 005145 号

责任编辑: 齐梓伊

责任校对: 王 岩

封面设计: 乔智炜

责任出版: 刘译文

大清律讲义

吉同钧 纂辑 闫晓君 整理

出版发行: 知识产权出版社 有限责任公司

网 址: <http://www.ipph.cn>

社 址: 北京市海淀区西外太平庄 55 号

邮 编: 100081

责编电话: 010-82000860 转 8176

责编邮箱: qizi2004@qq.com

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

发行传真: 010-82000893/82005070/82000270

印 刷: 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

开 本: 787mm×1092mm 1/16

印 张: 22.5

版 次: 2017 年 4 月第 1 版

印 次: 2017 年 4 月第 1 次印刷

字 数: 330 千字

定 价: 68.00 元

ISBN 978-7-5130-4727-2

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

陕派律学文献编委会

主 编：

闫晓君(西北政法大学陕派律学研究所所长、教授)

陈 涛(西北政法大学法律古籍研究所所长、教授)

编委会：

闫晓君 陈 涛 吕 虹 任亚爱

何小平 王 健 汪世荣 齐梓伊

关于“陕派律学”

(代序)

闫晓君 陈 涛

吴建璠曾说,自“拨乱反正”以来,我们的法制史研究取得的成绩不小,但也要看到,不足之处还很多。爱因斯坦以在木板上钻窟窿来比喻搞科研,说人们喜欢在薄的一头钻许许多多窟窿,就是不敢碰厚的地方。他说的是自然科学,其实社会科学也一样。请看法制史领域里不也存在这种现象吗?比较容易的题目,你写,我写,大家写,可以写上几十上百篇论文;而难度比较大的问题无人问津,连一篇文章也没有。大约十五年前,在一次法史界同人的聚会中,有人提出一个问题,沈家本在一篇文章中说,光绪初年律学家分豫、陕两派,豫派以陈雅侬、田雨田为代表,陕派以薛允升、赵舒翘、张成勋为代表。他问,两派除沈氏指明的律学家外还有哪些人,各有哪些代表作,两派的分野何在,对清代法律发展有何影响。大家相顾茫然,答不上来,一致认为这是一个需要研究的问题。然而,十五年过去了,我还未见有哪位学者就这个问题提出过一篇论文。^① 吴建璠先生的这段话发人深省,迄今为止,有关“陕派律学”的研究仍未有引起足够的重视。

一、“陕派律学”的提出

在晚清同光之际,刑部作为当时“天下之刑名总汇”,由于司法审判等实际工作

^① 吴建璠:“我的研究之路”,载中国社会科学院网站。

的需要,聚集了一批精通律例的法律人才,并逐渐在其内部形成了两个律学学派,即“陕派律学”和“豫派律学”,这两个律学学派分别以陕西、河南两地研究律例之学的人为主,他们都在传统的律例之学上卓然有成,且各具学术特点。“豫派律学”以“简练”为主要特点,但光绪末年,豫派渐衰。陕派以“精核”为主,对传统律学有自己独到的见解和成就,学术成就斐然,学术著作流传于世,受到当时及后来学者的称誉。

“陕派律学”和“豫派律学”的说法,首先是由沈家本提出来的。他在《大清律例讲义》序中说:

“独是《律例》为专门之学,人多惮其难,故虽著讲读之律,而世之从事斯学者实鲜。官西曹者,职守所关,尚多相与讨论。当光绪之初,有豫、陕两派,豫人以陈雅依、田雨田为最著,陕则长安薛大司寇为一大家。余若故尚书赵公及张麟阁总厅丞,于《律例》一书,固皆读之讲之而会通之。余尝周旋其间,自视弗如也。近年则豫派渐衰矣,陕则承其乡先达之流风遗韵,犹多精此学者。韩城吉石生郎中同钧,于《大清律例》一书,讲之有素,考订乎沿革,推阐于义例,其同异轻重之繁而难纪者,又尝参稽而明辨之,博综而审定之,余心折之久矣。”^①

还有一位提到“陕派律学”和“豫派律学”的是董康,他在《清秋审条例》中讲:“凡隶秋曹者争自磨砺,且视为专门绝学。同光之际,分为陕、豫两派,人才尤盛。如薛允升云阶、沈家本子惇、英瑞风冈皆一时已佼佼者。”^②董康还在《我国法律教育之历史谭》一文中指出了“陕派律学”和“豫派律学”形成的原因。他说,清代学校之科目“一以经义及策论为主,并缺律令一课,固无足称为法律教育”。但在刑部,其官员大多为进士或拔贡出身,在签分到部后,由于职责所在,这些官员“一方读律,一方治事。部中向分陕豫两系,豫主简练,陕主精核。”^③

沈家本、董康二人都曾长期在晚清的刑部供职,对于其中的情形稔熟,对秋曹掌故了如指掌,那么,晚清刑部分陕豫两派的说法必确信无疑。

二、“陕派律学”之形成

“陕派律学”形成于同光时期,与薛允升密不可分。

① (清)沈家本:《历代刑法考》(第4册),中华书局1985年版,第2232页。

② 何勤华编:《董康法学文集》,中国政法大学出版社2005年版,第420页。

③ 何勤华编:《董康法学文集》,中国政法大学出版社2005年版,第737页。

自有清以来,陕籍人士任职刑部且有声望和影响者,代不乏人。山阴吴怀清为镇安晏安澜作《家传》云:“吾秦当近代京朝官著才望者以秋曹为最,论者多谓有秘授。”^①

吉同钧曾在《薛赵二大司寇合传》中指出:

“秦人钟西岳秋肃之气,性情多刚强严威,故出仕之后,其立功多在刑曹。前清入关之初,第一任刑部尚书则为宝鸡党崇雅,诘奸刑暴,颇立功业。然以明臣而仕清,入于《二臣》之传,识者鄙之。康、雍之间,韩城张廷枢作大司寇,崇正除邪,发奸擿伏,权倖为之敛迹,天下想望丰采,然太刚则折,卒罹破家亡身之祸。后虽昭雪,追溢文端,然律以明哲保身之道,未免过于戆直也。”乾隆朝又有王士禛,嘉庆朝有王澐中,道光朝有王鼎。

关于党崇雅的生平事迹见于《清史稿》《清史列传》《续修陕西通志稿》和清人的笔记中。

但“陕派律学”的形成却在同光时期,而且与薛允升这个人有着莫大的关系。换句话说,没有薛允升,就不可能有“陕派律学”。薛允升是“陕派律学”的创始人。作为“陕派”创始人,薛允升具备三个条件:(1)本人有不凡的律学成就和学术造诣;(2)其学术成就和人格魅力产生了巨大影响;(3)受其影响律学家以“陕籍”人士为主。

自1856年考中进士就分在刑部,从此他的一生就和法律结下了不解之缘,而且他本人似乎对法律有着天然的兴趣。吉同钧在《薛赵二大司寇合传》中说:

“允升字云阶,咸丰丙辰科进士,以主事分刑部,念刑法关系人命,精研法律,自清律而上,凡汉唐宋元明律书,无不博览贯通,故断狱平允,各上宪倚如左右手,谓刑部不可一日无此人。不数年,升郎中,外放江西饶州知府,七年五迁,由知府升至漕运总督,以刑部需才,内调刑部侍郎,当时历任刑尚者,如张之万、潘祖荫、刚毅、孙毓汶等,名位声望加于一时,然皆推重薛侍郎。凡各司呈划稿件或请派差,先让薛堂主持先划,俗谓之开堂。如薛堂未划稿,诸公不肯先署,固由诸公虚心让贤,而云阶之法律精通,动[令]人佩服,亦可见矣。后升尚书,凡外省巨案疑狱不能决者,或派云

^① 参见国家图书馆出版社整理:《近代人物年谱辑刊》(第4册),《晏海澄先生年谱》,国家图书馆出版社2012年版。

阶往鞫，或提京审讯。先后平反冤狱，不可枚举。”

李岳瑞在《春冰室野乘》中说：“其律学之精，殆集古今之大成，秦汉至今，一人而已。”

如果说薛允升仅仅是自己对法律产生极大的兴趣，那么，在清代的历史上，最多再出现一位伟大的律学家。但薛允升偏偏是这样一个人，他不但对法律有着超乎寻常的理解，而且非常重视“乡谊”，对刑部中初来乍到者往往给予不憚其烦的指导和帮助，尤其是新分部的陕西乡党。他性格上的这个特点使得刑部内逐渐形成了一个以陕西人为主的学术团体，即“陕派律学”。当然，重视“乡谊”也成了他被人讥讽的把柄。《近代名人小传》就这样说：

薛允升“长身瘦削而意气勤恳，有关中故家之风，掌秋曹日，所属多以律书求解，辄为解导，不憚烦也。然俗学无识，立朝未尝有建白，复私乡谊，卒被弹去。”

《续修陕西通志稿》谓薛允升“尤好诱掖后进，成就颇多，如赵舒翘、沈家本、党蒙、吉同钧辈，乃门生故吏中之杰出者，其它不可枚举”。

俗话说，独木不成林。在刑部，在薛允升的周围，还有很多以陕籍人士为主的律学家。吉同钧在《薛赵二大司寇合传》说：“陕派律学”继起者为赵舒翘。

赵舒翘“同治联捷成进士，以主事分刑部，潜心法律，博通古今，《大清律例》全部口能背诵，凡遇大小案无不迎刃而解。十年升郎中，任提牢、秋审处坐办、律例馆提调。盖律例馆为刑部至高机关，虽堂官亦待如幕友，不以属员相视。展如任提牢时，适遇河南王树汶呼冤一案，时云阶为尚书，主持平反以总其成，其累次承审及讯囚、取供、定罪，皆展如一手办理。案结后所存爰书奏稿不下数十件，各处传播奉为司法圭臬。”

“陕派律学”的出现，在当时的刑部成了一道独特的风景。当时人们就有各种解释。曹允源在《慎斋文集》序中说：

“国家政事分掌于六曹，而秋官一职关人生命，视它曹尤重。为之长者类多擢自曹司重望，谙习法令。即叙劳外简，往往不数年骤跻右职，入掌部纲。故它部长官迁调不常，而秋官任独久，盖非精研其学者不能尽职也。陕西人士讲求刑法若有神解夙悟。自康熙间韩城张文端公为刑部尚书，天下想望风采。厥后释褐刑部者，多本所心得以著绩效，如为学之有专家，如汉儒之有师法。同治间，长安有薛公云阶，声望与文端埒。越十数年，光绪中叶，赵公展如继薛公而起，由刑部郎中出典大郡，洊

膺疆寄,内召为侍郎,旋擢尚书,决疑平法有张释之、于定国之风。薛公平反冤狱,啧啧人口,视刑律为身心性命之学,尝以律例分类编订,手录积百数十册,又著《汉律辑存》、《唐明律合刻》、《读律存疑》等书。公亦采古人有关刑政嘉言懿行,成《象刑录》。任提牢厅时,辑《提牢备考》,皆足为后世法。然薛公在刑部先后垂四十年,年逾八秩,虽间关行在,卒以寿终。而公则以尚书兼军机大臣,值拳匪构乱,为外人所持,竟不得其死。其学同,其名位同,乃其所遭悬绝如此,得不谓之命也邪。”

刑部作为天下之刑名总汇,关乎人的生杀大事。在某种程度上,刑部是一个专业性很强的部门,在刑部任职者必须是专业技术人员,这在客观上为律学的繁荣提供了前提条件。但说“陕西人士讲求刑法若有神解夙悟”,这仅仅只是一种溢美之辞。当时的清政府中央有六部,在刑部当差被视为最苦的差事,而陕西僻处西北边陲,地瘠民贫,因此陕籍人士在通籍后往往能吃苦耐劳,更加励志。如《旧京琐记》云:

“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,苏抚赵舒翹内用继之。赵诛,直隶沈家本内调为侍郎,皆秋审旧人。凡稿须经沈画方定。余在刑曹时,见满左右堂既不常到,到则各司捧稿,送画稿辄立一二小时,故视为畏途,而愈不敢至。其庸沓可笑,然尚虚心,盖每画必视主稿一堂画毕否,既画则放笔书行。若间见有未画者,则曰‘先送某堂,看后再送’云。”^①

同光时期在刑部形成了以薛允升为中心,以陕籍人士为主的“陕派律学”,其人员有雷榜荣、吉同钧、党蒙、张成勋、段燮、萧之葆、武瀛、段维、高祖培等。当然,“陕派律学”不纯粹都是由陕籍人士组成,如从学术关系上看,沈家本的学术成就与“陕派律学”在某种程度上有着密不可分的关系,从学术渊源上讲,沈家本当属于“陕派

^① 其他文献亦有类似说法,如《国乘备闻》:“部务之不振也,曹郎积资十余年,甫谕部章,京察保一等,即简放道府以去。侍郎多起家翰林,初膺部务,临事漫不省,司员拟稿进,涉笔占位署名,时人谓之‘画黑稿’。尚书稍谙练,或一人兼数差,年又耄老,且视六部繁简次序,以调任为升迁(旧例由工调兵、刑,转礼,转户,至吏部,则侍郎可升总宪,尚书可升协办),势不得不委权司曹。司曹好逸恶劳,委之胥吏,遂子孙窟穴其中,倒持之渐,有自来矣。唯刑部法律精,例案山积,举笔一误,关系人生死。历朝重狱恤刑,必简一曾任刑曹、熟秋审者为尚、侍。薛允升薨,江苏巡抚赵舒翹内用为尚书。舒翹诛,直隶臬司沈家本内用为侍郎,皆刑部秋审处旧僚也。薛、赵、沈之治刑部也,薛主严,赵、沈主宽。”

律学”。^①

三、“陕派律学”的衰落

庚辛(1902年)之后,“陕派律学”渐趋衰落。

辛丑年(1901年),赵舒翘、薛允升先后死去。吉同钧、张成勋、萧之葆在清亡后亦陆续辞官。

吉同钧《送萧小梅郎中归田序》:“小梅仕秋曹十余年,以廉隅气节期许,不屑于法律,而法律知识自非同列所及,事长官羞作婀娜态,亦非故以崖岸自高,太史公所谓‘事亲孝,与士信,临财廉,取与义’者,殆兼有之。当民国建设之初,众人恋恋官职,首鼠两端,甚者多方奔求,惟患失之。小梅独决然舍去,如弃敝屣,宁终老于乡间,而不贪非分之爵禄;宁力农以食苦,而不作伴食员,诚士大夫中之鸿鹄、骅骝也。世俗不察,或目为迂腐不识时势,或嗤为矫激不近人情,是亦燕雀不知天地之高,驽骀不知宇宙之大也,何足怪哉?”

四、“陕派律学”的学术成就

薛允升是清末著名的法学家,是沈家本一生都极为敬重的前辈和老师,其学术成就尤为沈家本所推崇。沈氏在为薛允升的名著《读例存疑》作序时写道:“国朝之讲求律学者,惟乾隆间海丰吴紫峰中丞坛《通考》一书,於例文之增删修改,甄核精详。其书迄於乾隆四十四年。自是以后,未有留心斯事者。长安薛云阶大司寇,自官西曹,即研精律学,於历代之沿革,穷源竟委,观其会通,凡今律、今例之可疑者,逐条为之考论,其彼此抵牾及先后歧异者,言之尤详,积成巨册百余。家本尝与编纂之役,爬罗剔抉,参订再三。司寇复以卷帙繁重,手自芟削,勒成定本,编为《汉律辑

^① 甚至有些学者认为,“正式的经历及非正式的赞助是仕途当中最明显的部分,但是加入一个律学博士学会也是相当重要的,这类学会同时具有学派以及地方派系的特色。当沈家本被允许加入当时主控刑部的两个学派之一陕派(陕西)之后(另一个是豫派),他自1875年起就开始攀升。”尽管沈家本祖籍非陕西,他与民国时期主持司法部、大理院的著名法律人物许世英、董康等皆为“陕派律学”的门生。参见巩涛(Jérôme BOURGON):“西方法律引进之前的中国法学”,林惠娥译,载《法国汉学》丛书编辑委员会编:《法国汉学》(第8辑),中华书局2003年版。徐忠明也在“中国法律史研究的可能前景:超越西方,回归本土?”一文中“顺便指出,虽然沈家本是浙江归安人氏,但是他的律学研究属于陕派范围”。参见徐忠明:《案例、故事与明清时期的司法文化》,法律出版社2006年版,第2页。

存》、《唐明律合编》、《读例存疑》、《服制备考》各若干卷，洵律学之大成而读律者之圭臬也。”^①

沈家本在《薛大司寇遗稿序》中说：“大司寇长安薛公，自释褐即为理官，讲求法家之学，生平精力，毕瘁此事。所著有《唐明律合编》、《服制备考》、《读例存疑》、《汉律辑存》诸书。”^②

薛允升的律学研究成就对后来的清末法律改革起了重要的作用，曾参预修订《大清现行刑律》的董康说：“《现行刑律》大致采长安薛允升《读律（例）存疑》之说。”^③沈家本在《故杀胞弟二命现行例部院解释不同说》中指出：“原任刑部尚书薛允升，近世号称专精刑律者，其所著《读例存疑》一书，於此条颇有微词。大致谓，争夺财产、官职谋杀弟侄分别年岁问拟斩绞办理，尚无歧误。至‘仇隙不睦’一层，是否专指胞弟及胞侄之年未及岁者而言，碍难悬拟。盖非素有嫌隙，决不致蓄谋致死。……上年法律馆修改现行刑律，于《读例存疑》之说，采取独多。”^④华友根通过详细地研究，认为《读例存疑》为中国近代修订新律的先导。^⑤

《薛赵二大司寇合传》：

“至于著书共分四种：尝谓刑法虽起于李悝，至汉始完全，大儒郑康成为之注释。乾嘉以来，俗儒多讲汉学，不知汉律为汉学中一大部分，读律而不通汉律，是数典而忘祖，因著《汉律辑存》；又谓汉律经六朝北魏改革失真，主唐两次修正，始复其旧，明律虽本于唐，其中多参用金辽酷刑，又经明太祖修改，已非唐律真面目，因纠其缪戾，著《唐明律合编》；又刑律所以补助礼教之穷。礼为刑之本，而服制尤为礼之纲目，未有服制不明而用刑能允当者。当时欧风东扇，逆料后来新学变法，必将舍礼教而定刑法，故预著《服制备考》一书以备后世修复礼教之根据，庶国粹不终于湮歿矣。”

薛允升逝世后，沈家本奏请清廷，刊刻其名著《读例存疑》，并对《读例存疑》予以高度评价：

①（清）沈家本：《历代刑法考》（第4册），《寄簃文存》卷六，邓经元、骈宇骞点校，中华书局1985年版。

②（清）沈家本：《历代刑法考》（第4册），《寄簃文存》卷六，邓经元、骈宇骞点校，中华书局1985年版。

③董康：《中国修订法律的经过》。

④（清）沈家本：《历代刑法考》（第4册），《寄簃文存》卷三，邓经元、骈宇骞点校，中华书局1985年版。

⑤华友根：《薛允升的古律研究与改革——中国近代修订新律的先导》，上海社会科学出版社1999年版。

《薛赵二大司寇合传》：

赵舒翘任提牢时，适遇河南王树汶呼冤一案，时云阶为尚书，主持平反以总其成，其累次承审及讯囚、取供、定罪，皆展如一手办理。案结后所存爰书奏稿不下数十件，各处传播奉为司法圭臬。主要著作如下：

1.《提牢备考》，曹允源在《慎斋遗集序》中说：“公采古人有关刑政嘉言懿行，成《象刑录》。任提牢厅时辑《提牢备考》，皆足为后世法。”《慎斋别集》卷一中载有《提牢备考序》：“光绪乙酉五月长安赵舒翘识於宣武城南寓斋。”

2.《慎斋文集》，原名《映泮山房文集》十四卷，由眉县王仙洲先生编订。后改名《慎斋文集》十卷，长安沈幼如先生校字，民国十三年（1924年）西山书局印刷。

3.《慎斋别集》四卷，由《映泮山房文集》十四卷分出。眉县王仙洲先生编订，长安沈幼如先生校字，民国十三年（1924年）西山书局印刷。

4.《象刑录》。《慎斋别集》卷一中载有《象刑录序》。

5.《雪堂存稿》。

6.《豫案存稿》。

吉同钧，字石笙（石生），陕西韩城人。在其所著的《审判要略》的跋中又有关于其生平的记述：“石笙先生本文章巨手。其治律也，直登其乡先生薛云阶尚书之堂而截其醞。西曹中久推老宿，比年名益隆，以法部正郎承政厅会办兼光法律馆总纂，并分主吾律学馆及法律、法政两学堂、大理院讲司所四处讲习，一时执弟子礼者千数百人。所著法律书稿綦富，而《大清律例讲义》一种乃至风行半天下。”

清末，沈家本、伍廷芳主持变法修律，修订《大清现行刑律》的五位总纂官中吉同钧名列首位。沈家本、伍廷芳奏请专设法律学堂，开设的课程有《大清律例》，请吉同钧主讲。后来，将吉同钧的讲义编成《大清律例讲义》一书，由当时的法部核定出版，沈家本欣然为之作序，弁诸卷首，此书在当时风行全国。在《大清律例讲义序》中，沈家本对吉同钧的学术成就予以高度评价，他说：“韩城吉石生郎中同钧，于《大清律例》一书，讲之有素，考订乎沿革，推阐乎义例，其同异重轻之繁而难记者，又尝参稽而明辨之，博综而审定之，余心折之久矣。”沈家本又说：“其於沿革之源流，义例之本末，同异之比较，重轻之等差，悉本其所学引伸而发明之，辞无弗达，义无弗宣，洵足

启法家之秘钥而为初学者之津梁矣。”^①

五、“陕派”的司法审判

“陕派律学”的代表人物皆熟读律例，有很高的从事司法审判的能力，这表现在他们对疑难重大刑狱的审判上。

薛允升执掌刑部数四十年，执法不阿，甚有政声。薛允升一生审理了许多大案，其中太监李荏材一案，能够秉公执法，坚决顶住来自慈禧及李莲英等的压力，将罪犯正法，显示其刚正不阿之风骨，并以此被排挤。

“李荏材、张受山等愈无忌惮，竟敢于輦轂之下明目张胆纠众打闹娼遯[寮]，行凶殴杀捕人。拿交部问，云阶时为尚书，以此案关系重大，若非严加惩办，涓涓不灭将成江河，前朝刘魏之祸将复起矣，前后分三折大放厥词，痛苦上陈，谓：‘皇上开一面之网，不妨量从末减。臣等为执法之吏，不敢稍为宽纵，且从犯或可稍轻，而首犯断不容免死。’其意以为宁可违皇上之命、致一己获咎戾，不能变祖宗之法令、国家受后患也。折上，皇上大为感动，宁可违慈命，而不敢违祖法，降旨依议，李荏材著即处斩，张受山斩监候，秋后处决。当时行刑，民间同声称快。”

薛允升对权贵刚正不阿，但也绝不冤枉任何一个人，“江宁案”即周五杀朱彪案，在他的主持下最终平反冤枉。

《清稗类钞》“江宁三牌楼枉杀二命案”：

光绪辛巳（1881年），沈文肃公葆楨督两江，江宁有三牌楼（在仪凤门内）命案，轻率定讞，枉杀无辜，世多冤之。时陈伯潜阁学宝琛方为翰林院侍讲学士，以参将胡金传承缉谋杀朱彪之命盗，妄拿教供，刑逼定案，业将曲学如、僧绍宗处决。虽已由继任总督刘忠诚公坤一另获凶犯周步畛、沈鲍洪供认杀彪，并讯出金传嚇贿眼线教串各节，旋奉旨令忠诚严行刑讯，以成信讞，即疑窦孔多，犹待澈究，遂具疏以上闻。

此案真相，实为步畛挟仇起意杀彪，商同鲍洪潜携篋刀遇彪，以纠邀行窃为名，至三牌楼竹园旁，将彪砍斃，三人同逃，固未移尸，嗣经地保报县验详。文肃遂饬会办营务处洪汝奎悬赏购线，并派金传密访。盖金传时为缉捕委员也，先后拿获学如、绍宗及张克友三人，并贿教方小庚作证，金传与间官候补县严堃同讯，喝令用刑，威

^① 《寄蓀文存》。

逼成招。初供杀死谢某,旋供为薛泳全,继复称为薛春芳。金传辗转诱令改供,汝奎于覆审后,以案情重大,稟请派员覆讯。文肃以为此乃会匪之自相残杀也,即批飭将学如、绍宗正法。及辛巳拿获窃犯李大凤,供出步畛、鲍洪杀彪,与办结前案地方时日相符。当将步畛、鲍洪讯供,不稍讳。

壬午(1882年),德宗以宝琛县疏上闻,遂派麟相国书、薛尚书允升前往查办,时麟为刑部尚书,薛为刑部侍郎也。既至江宁,反覆推勘,步畛、鲍洪均各供认商同杀彪不讳,金传亦以刑讯教供各情,据实供吐,小庚、克友等俱各招合,于是步畛、金传皆论斩,鲍洪论绞,汝奎、堃均革职,发往军台效力赎罪,文肃以已薨免议。^①

清末,“不肖州县玩视民命,多尔草率从事。该管上司不肯认真详细推勘,非巧为弥缝,即多方掩饰。其能平反更正者,百无一二。而固执原拟者,则比比皆是。推原其故,总由各该督抚徇庇属员,回护原审。其尤甚者,明知案情实有冤抑,即据实更正处分,亦轻以为与全省局面有碍,终不肯自认错误。积习相沿,牢不可破。即如河南镇平县王树汶呼冤一案,始而迭经御史参奏,该省仍敢饰词入奏,人人死罪。继而奉特旨提交臣部审办,该前抚李鹤年犹复强词,哓哓置辩,希图摇惑众听,颠倒是非,在已发觉者平反尚如此其难,其余未经发觉者更必任意消弭,安望其自行更正耶。”^②而审理河南王树汶临刑呼冤一案的,正是“陕派律学”的第二号重要人物赵舒翘。

《清稗类钞》“王树汶为顶凶案”:

王树汶,邓州人,幼以被掠为镇平盗魁胡体安执爨役,体安,镇平胥也。河南多盗,州县故广置胥役以捕盗,有多至数千人者,实则大盗即窟穴其中,时遣其徒党出劫,捕之急,即贿买贫民为顶凶以销案。体安尤凶猾,一日,使其徒劫某邑巨室,巨室廉知体安所为,乃上控。时涂制军宗瀛方抚汴,檄所司名捕之。镇平令捕体安急,则贿役,以树汶伪为之,俾役执之去。树汶初不承,役以非刑酷之,且谓即定案必不死,始诺。树汶年十五,阉羸弱小,人固知其非真盗也。县令马翥闻体安就获,狂喜,不暇审真伪,遽禀大府,草草定案。既定讞,当树汶大辟,时体安已更姓名,充他已总胥矣,树汶未知也。刑之日,树汶始知之,呼曰:“我邓州王树汶,非胡体安,若辈许我不

① 徐珂:《清稗类钞》(第3册),中华书局1984年版,第1154页。

② “河南司议覆光禄寺少卿延茂失入案件宽免处方奏稿”,见《慎斋文集》卷三。

死,今乃戮我乎!”监斩官白宗瀛,大骇,命停刑,下所司覆鞫,卒未得要领。树汶自言父名季福,居邓州,业农,乃檄邓州牧朱杏簪刺史光第逮季福为验,未至而宗瀛督两湖去。继任者为河督李鹤年。开归陈许道任愷者,先守南阳,尝谳是狱,又与鹤年有连,于是飞羽书,阻光第,令毋逮季福,且百端诱怵之。光第不为动,慨然曰:“民命至重,吾安能顾惜此官以陷无辜耶!”竟以季福上,则树汶果其子,愷乃大惑,鹤年以袒愷故,持初谳益坚,豫人之官科道者,遂交章论是狱。

鹤年恚言路之持之急也,遂力反宗瀛前议,而益傅会律文,谓树汶虽非体安,亦从盗,在律盗不分首从,皆立斩,原谳者无罪。然树汶初止为体安司炊,亦有谓其为变童者,而实非盗,谳者必欲坐以把风接赃之律,树汶至是遂为正凶。而官吏之误捕,体安之在逃,悉置不问。谏臣益大诤,劾鹤年庇愷,于是朝廷有派河督梅启照覆讯之命。河工诸僚佐,率鹤年故吏,不敢违鹤年恚,启照亦不欲显树同异,竟以树汶为从盗,当立斩。狱成,言者争益力。

时潘文勤公方长秋官,廉知其概,提部研鞫,而赵舒翹方以郎中总办秋审,因以是狱属之。阅数月,乃得实,将上奏矣,而鹤年使故为文勤门生之某道员入都游说,文勤入其说,遽中变。舒翹方力争,文勤忽以父丧去官,南皮张文达公之万继其任,文勤亦知为某道员所卖,贻书文达,亟自引咎。疏上,奉旨释树汶归,戍戡及知府马承脩极边,鹤年启照及臬司以下并承审各官皆降革有差。

而光第已先以他事劾罢,则愷嗾鹤年为之也。有以持愷羽书直揭部科讽者,光第笑谢之,贫不能归,竟卒於豫,年五十五。光第去官二十年,邓人谋以其治状上於朝,请祀名宦,以其子祖谋时官礼部侍郎,格于例,不果行。祖谋,字古微,以道德文章著称於时,更名孝臧,学者称沔尹先生者是也。^①

六、研究“陕派律学”的意义

“陕派律学”出现在中国法律古今交替的时候,其代表人物具有较高的传统文化素养,出身科举,且长期在刑部供职,具有丰富的司法实践经验和精湛的传统律学知识,既有“理论”又有“经验”。

但是,迄今为止,学术界对“陕派律学”还没有给予足够的重视和进行系统的研

^① 《清稗类钞》(第3册),第1133页。

究。因此,研究“陕派律学”有着重大的学术意义。几年前,俞江在《倾听保守者的声音》一文中介绍了“陕派律学”一个代表人物吉同钧及其学术成就,最后他对眼下的法学研究提出批评说:“没有参照系,连经验积累也不系统;没有思想渊源,连方法论传统也被丢弃,法律和法学在虚假繁荣里高歌猛进。”^①我们认为,研究“陕派律学”至少有以下学术价值:

首先,“陕派律学”对传统法律做了一个完美的总结。其所取得的传统律学成就无疑是相当高超的,代表着几千年传统律学的最高水平。“陕派律学”的奠基者薛允升对历代刑法的渊源《汉律》有精深研究,著有《汉律辑存》、《汉律决事比》,其中的《汉律辑存》直接对沈家本的《汉律摭遗》产生了学术影响;薛允升还对《唐律》、《明律》进行了比较研究;其《读例存疑》更是集中在长达几十年的司法实践和学术研究中,对清代律例的独到见解,被视为第一部“例学”著作。而赵舒翘的《提牢备考》则是反映古代监狱制度的珍稀资料。因此,研究“陕派律学”对于了解传统法律有着非常重要的意义。

其次,“陕派律学”的代表人物在晚清已提出了一些法律改革的建议。虽然这些建议仍跳不出传统法律文化的樊篱,但都是针对清代法律实施过程中存在的一些实际问题而提出的,这些正是中国法律近代化的基础。正如沈家本所说,“不深究夫中律之本原而考其得失,而遽以西法杂糅之,正如枘凿之不相入”。例如,吉同钧《上修律大臣酌除重法说帖》比沈家本著名的《删除律例内重法折》还要早,薛允升、赵舒翘也都曾上过诸如此类建议改进法律制度的奏折,研究这些资料无疑对了解清代法律存在的问题、清末法律改革的历史背景以及清末修律的内容有重要的学术价值。

再次,“陕派律学”中代表人物参与晚清的变法修律活动。例如,吉同钧不但亲自编纂《大清现行刑律》,而且在《大清新刑律》出台后,对修律的工作不断地予以关注和评论,他曾对《大清新刑律》发表这样的看法,“新订之律,表面仅四百余条,初阅似觉简捷,而不知一条之中,实蕴含数条或数十条,将来判决成例,仍当取现行律之一千余条,而一一分寄与各条之内,不过体裁名词稍有不同耳”。^② 清末变法,力

① 俞江:“倾听保守者的声音”,载《读书》2002年第4期。

② 《律学馆第四集课艺序》,见《乐素堂文集》。

主“会通”中西法律,研究“陕派律学”可以了解到传统法律与现代法律之间如何冲突,又如何进行调整并整合的,也可以了解传统的法律人如何面对几千年以来首次出现的法律大变局,这样可以使我们能对中国法律的近代化会有进一步的认识,对今天的法律改革也能提供有益的借鉴。

又次,“陕派律学”的代表人物在长期的司法审判历史中表现出了良好的司法官素质,他们一般都能够严格执法,不畏权势。例如,大司寇薛允升宁肯丢官,也要将太监李荏材等绳之以法。在司法审判中,一丝不苟,认真负责,“与其杀不辜,宁失不经”。例如,赵舒翘审理的河南王树汶临刑呼冤一案,最终水落石出,将庇护地方、草菅人命的河南巡抚等一千官员参劾夺职。研究“陕派律学”中这些刚直不阿的代表人物,继承和发扬传统法律文化中的精华,无疑对构建我们今天的法治文明不无裨益。

最后,“陕派律学”除了薛允升、赵舒翘在清末去世以外,吉同均、张麟阁等一直生活到民国时期,他们的著作一般在民国时期都刊刻印行,但以后就默默无闻,似乎被人们遗忘了。我们今天研究“陕派律学”,除了回顾中国法律近百年走过的这段曲折历史,汲取历史的经验与智慧,还可以重新评估陕西人对中国传统法律的继承和发展,对中国法律近代化所做的准备与贡献,振奋我们的学术信心,使陕西乃至西北的法学研究和法律教育在今天取得更大的发展。

七、研究的难点

就目前掌握的资料看,除沈家本、董康二人之外,其他人提到“陕派律学”和“豫派律学”的似乎就没有,因此,研究“陕派律学”首先遇到的难题是史料问题。关于史料的搜集,特别是有关近代历史人物史料的收集,有着其特殊性。梁启超在《中国历史研究法补编》分论——《人的专史》第二章“人的专史的对相”中指出:

“研究近代的历史人物,我们很感苦痛,本来应该多知道一点,而资料反而异常缺乏。我们应该尽我们的力量,搜集资料,作一篇,算一篇。尤其是最近的人,一经死去,盖棺定论,应有好传述其生平。……此时不作,将来更感困难。此时作,虽不免杂点偏见,然多少尚有真实资料可凭。此时不作,往后连这一点资料都没有了。”^①

^① 梁启超:《中国历史研究法》,东方出版社1996年版,第206页。