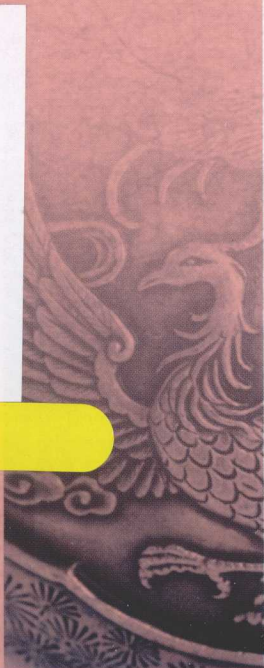


审断与矜恤

以晚清南部县婚姻类案件为中心

赵妮妮 著


法律出版社
LAW PRESS · CHINA



013051211

D925.118.2

23

审断与矜恤

以晚清南部县婚姻类案件为中心

赵娓娓 著



D925.118.2
23



北航

C1660630


法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

审断与矜恤:以晚清南部县婚姻类案件为中心
/赵妮妮著. —北京:法律出版社,2013.6
ISBN 978-7-5118-5010-2

I. ①审… II. ①赵… III. ①婚姻家庭纠纷—民事诉
讼—审判—案例—中国—清后期 IV. ①D925.118.22

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 116031 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京九州迅驰传媒文化有限公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/9.375 字数/220 千

版本/2013 年 6 月第 1 版

印次/2013 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-5010-2

定价:20.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

本书出版承以下基金资助

2011 年教育部项目“清代官箴及其在清代地方司法中的影响——以清代四川为例”

(项目号:11YJA820118)

2010 年四川大学精品培育项目“愚民贫民不可遽责以圣贤之道——清代知县婚姻类案件审断的‘从轻’取向”

(项目号:SKJ201006)

目 录

导 言	/1
一、问题的由来	/1
二、相关研究	/19
三、资料情况	/27
 第一章 “悔婚”之案及其裁断	 /29
一、订婚过程中的是非	/29
二、悔婚诉讼之裁断	/43
三、小结	/61
 第二章 “买休卖休”之案及其裁断	 /64
一、因贫“卖休”——“买休卖休”的常见情形	/64
二、“背夫逃走”与“嫁卖”	/70
三、“买休卖休”的进行与讼端的肇起	/78
四、“买休卖休”案件之裁断	/90
五、小结：怜恤贫弱与律例之“松弛”	/107

2 目 录

第三章 奸情案件及其裁断	/113
一、民间对奸情的处置方式	/113
二、奸情案件之判断	/119
三、小结	/130
第四章 “和息”的运用	/140
一、“父母官”与劝民息讼	/141
二、“和息”的运用	/163
三、小结	/178
第五章 裁断中的“确定性”与“灵活性”:裁断依据及影响	
裁断的主、客观因素分析	/180
一、“天理”之下的裁断“确定性”	/181
二、裁断的灵活性:“个性裁断”与律例的“退让”	/198
三、听讼者的阴鹭观	/224
四、城隍致祭与清代的司法	/229
五、信仰的内在制约力	/234
第六章 余论	/247
一、听讼断案的“省”与“宽”	/247
二、“愚民贫民不可遽责以圣贤之道”与知县断案的内在逻辑	/250
三、裁断的“自主性”及其衰微	/265
参考文献	/281
致谢	/292

导 言^{*}

——问题、目的和材料

一、问题的由来

中西竞争是“变法”^{〔1〕}的动机之一,“法变”的过程亦同样显示了其中所包含的中西竞争压力。时人之言“法变”者,必以可以此取消西人在中国的“治外法权”为激励。正如当时被委以修律大任的沈家本、伍廷芳在其上奏朝廷的正式着手“法变”的第一折中所言:“方今改定商约,英、美、日、葡四国均允中国修订法律,首先收回治外法权,实变法自强之枢纽”,^{〔2〕}这恐怕是中西竞争压力在“法变”中的最典型表现。

(一) 步上不归路的“法变”

“中体西用”为时人步入改革之途所遵循的基本原则。在中西竞争的压力之下,与“变法”一样,“法变”亦在“中体西用”的宗旨之下展开。但正如论者指出:维护“中体”是时人基本的立场,但“西用”

* 本书由 2011 年度教育部人文社会科学规划基金项目[项目号 11YJA82018]及 2010 年度四川大学哲学社会科学精品培育项目[项目号 SKJ201006]资助。

〔1〕 “变法”本指清代政制的全面改革,非单指法律变革。为此,拙著特以“法变”代替“变法”来特指法律变革。“法变”的相关讨论请参详里赞:“‘变法’与‘法变’”,载《中外法学》2001 年第 5 期。

〔2〕 参见沈家本撰:《历代刑法考》,“寄簃文存”(卷一),“奏议”,“删除律例内重法折”,中华书局 1985 年版,第 2024 页。

却已是重心。清季开始的重心异常明确的改革过程中,不排除以“西用”为追求的部分目标在很大程度上已经实现(按:就“法变”来看,则体现为西式法制体系的基本诞生),然而在追求“西用”为重心的过程中,“中学”渐渐已不能为“体”,“中体西用”令“中体”最终走上的竟是一条“不归路”。〔3〕

“法变”的进程中,亦同样凸显了“中体”的危机。

由日人冈田朝太郎亲自负责起草的《大清新刑律草案》,〔4〕作为“法变”的重要成果,于光绪三十三年八月至十月,分别奏上了该《草案》的“总则”与“分则”。时为修律大臣的沈家本在其《进呈分则草案折》中说:“修订大旨,折中各国大同之良轨,兼采近世最新之学说而仍不戾于我国历世相沿之礼教民情。”〔5〕可见,沈氏不忘强调的是该草案“融合中西”的特点。但他的这一评价显然不能尽令朝中同仁认同,反对的声音非指向其是否“兼采近世最新学说”,而是直指该《草案》背离“我国历世相沿之礼教民情”。对此,学部率先发难,〔6〕之后,陆续有两广总督张人骏、安徽巡抚冯煦、直隶总督杨士骧、浙江巡抚增韞、江苏巡抚陈启泰、湖广总督陈夔龙、山西巡抚宝棻、陕西巡

〔3〕 有关“中体西用”的详细讨论参详罗志田:《权势转移:近代中国的思想、社会与学术》,湖北人民出版社1999年版,第18~55页。

〔4〕 以下简称《草案》。

〔5〕 参见《钦定大清新刑律》前附沈家本“奏疏”。无编著者,年代不详。书藏中国社会科学院法学研究所图书馆。

〔6〕 时张之洞为军机大臣兼掌学部,学部之反对意见代表张的立场。另据当时参与修律的董康后来回忆:“时张文襄兼任学部大臣,其签注奏稿语涉弹劾,且指为勾结革党。副大臣为宗室宝熙,例须连署,阅之大惊,谓文襄曰:‘公与沈某有仇隙耶?此折朝上,沈某暨一千纂修夕诏狱矣!’文襄曰:‘绝无此意。沈某学问道德,素所钦佩,且属葭莩戚也’。宝曰:‘然则此稿宜论立法之当否,不宜对于起草者加以指摘’。遂由宝改定入奏,则此点或安全过去,宝之力也”。参见董康:“中国编纂法典概要”,载《中国法制史讲演录》,“文粹阁主人”刊本,年代不详。

抚恩寿、河南巡抚吴重熹先后呼应。反对意见集中于《草案》的“分则”部分,刘锦藻总结为:“此编全系剽窃日本成法,并未将中国民情风俗法律源流通筹熟计”。〔7〕“全系剽窃日本成法”说的是《草案》“兼采近世最新学说”这一事实,但这实际上与既定的“西用”目标正相契合,刘氏对此亦无由过分责难。反对者矛头所指,实在“未将中国民情风俗法律源流通筹熟计”和抛弃了“我国历世相沿之礼教民情”。

中国传统法制本诸“礼教”,正所谓“礼之所去,刑之所取,失礼则入刑,相为表里也”。〔8〕反对者认为:由于《草案》尽仿西人,其法律则已失传统“礼教”之“本”,“礼”与“法”不再“相为表里”。换言之,《草案》已令“中体”在“法变”中丧失。因此,反对的声音集中指向的正是这一点。尽管支持与反对双方发生了相当激烈的争论,清廷最终偏向了支持者一方。〔9〕如果说中国传统法制是以“礼教”为“本”的话,则《钦定大清新刑律》的批准颁行则意味着“礼教”这一法律之“本”的丧失。在这个意义上,由于“法变”相对其他各项“新政”

〔7〕 学部、各督抚反对意见均见于刘锦藻撰:《清朝续文献通考·刑考》,卷244~248,台北新兴书局(影印本)1965年版。

〔8〕 《后汉书·陈宠传》。

〔9〕 争论的背后实际是“要不要‘礼教’”这一根本问题之争,但针对《草案》的争论却反复集中纠缠在所谓“无夫奸”应不应改定罪这类十分枝节的问题上。这一现象所投射出来的,正是《草案》反对者的无力。对于“法变”的弃“礼教”而走,他们已回天乏力(资政院会议双方激烈争论仍相持不下,最终投票表决,多数人对《草案》投了反对票。但即使在陷入如此僵局的情况下,朝廷仍最终批准该《草案》将正式颁行。无论是否的确出于“迫于事机”而不得已为之,事实上,朝廷在这一问题上显然是偏向支持者的。——资政院会议争论及投票的过程,详见董康著同前注书:“中国修订法律之经过”一文),大势既已确定,则反对者也只好纠缠于类似“无夫奸”应当处罚这样的在“礼教”问题上尚具有象征性意义的枝节问题上了,这就是所谓五条“暂行章程”的实际意义。况且,之所以名为“暂行”,实因其废除有期。

而言其进程为速,似乎可以说,“法变”的过程可能最早、最直接地让人目睹了“中体”之步入末路。

从杨度的以下议论中,可以见到“中体”在“法变”中何以不容为“体”:

近日宪政馆因讨论新刑律而牵及礼教问题。持论者谓:法律是否应与礼教相关?以此为争论之点,度以为,无论何国之法律,未有不与其礼教相关者,此问题迨不足论。所当论者,今日中国之治国究竟应用何种礼教之一问题而已。……东西洋各国并非夷狄禽兽,亦自有其礼教,不过与我不同。彼以其礼教以入彼之法律,我亦以其礼教以入我之法律……礼教并不能谓之天经地义,不过治民之一政策而已。审时变之,所宜应以何种政策治其民者,即以何种礼教治其民,一切政治、法律、教育皆视之以为转移,无所谓一成不可变者也。

……中国之礼教与法律皆以家族主义为精神者也。……各国之礼教与法律皆以国家主义为精神者也。

以此义告论者,论者若曰:吾偿宁舍国家主义而言家族主义,则度亦不敢赞一辞。若圆通其词曰:今中国与列强并立,日即于危,非国家主义不足自立。然中国固有之礼教亦不必变也。则取人之国家主义,留我之家族主义,并行不悖,不亦可乎?度以为,偿能如此,岂不尽善。而无如其相冲突也!

……

若以为家族主义不可变,国家主义不可行,则宁废新律而用旧律,且不惟新律当废,宪政中所应废者甚多也;若以为应采国家主义,则家族主义绝无并行之道,而今之新刑律实以国家主义为其精神。^[10]

[10] 《刑律评议汇编》,无编著者,年代不详。书藏中国社会科学院法学研究所图书馆。

中、西方之“礼教”互相“冲突”，两者“绝无并行之道”，“法变”既采西洋“礼教”，则中国之“礼教”于其新的法制体系中已失其存身之地，这清楚表明，此处争议所面临的早已不再是一部新刑律草案的问题了。杨度氏的这番话，将“中体”的危机昭示无遗。而《草案》的最终批准颁行，可谓正式宣告了“中学”在“法变”中的“不能为体”。一面是绵延千年的“礼教”在“法变”中的惨淡谢幕，一面是“西法”的畅行无阻，此结局可视为“西学”的胜利和“中学”在“法变”中的挫败。

然而，此种结局的出现，即使对于主持这次修律的沈家本本人而言，恐怕也是始料未及的。

（二）“法变”的出发——中、西互相发明与回复三代理想的期待

在有关清末“法变”的研究中，多将沈家本归入所谓“法理派”之列。而划分“法理派”同与之立场相对立的“礼教派”的标准，与以下原因有关，即“法理派”对于以《新刑律草案》、《诉讼律草案》为主的一系列草案主支持的立场，而“礼教派”则立场相反，同时，此种分类方法还基于一个重要的原因，即认为：两派的根本分歧在于，“法理派”摒弃“礼教”，而“礼教派”则不舍“礼教”。或许由于沈家本是“法变”中修订系列草案的主持人，他被当然地划入“法理派”，并被列为此派的“代表”。由此，照这种分类方法，被划归“法理派”的沈家本自应持有此派对“礼教”不见容于“法变”的基本立场。然而，这一认定却未见得与事实相符。

早在朝廷“变法”尚未实际展开以前，沈家本凭借其敏锐的见识，已开始思考未来法律变革的方向。他说：

顾或谓：今日法理之学，日有新发明，穷变通久，气运将至，此编（按指沈氏编订的《刑案汇览三编》）虽详备，陈迹耳，故纸耳。余谓：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。故就前人之学说而推阐之,就旧日之案情而比附之,大可与新学互相发明,正不必为新学家左袒也。〔11〕

“中律”居此“日有新发明”之世,非“变”则不能求“通久”。在“变”的情势之下,沈氏对先前编定的不出现有刑法体制范围的《刑案汇览三编》,因而有了不合时宜之感。然而,他此时显然对“中律”的前途充满信心,他甚至认为,“中律”借此变通之势而推陈出新,则大可与“新学”比肩而立,“不必为新学家左袒”一语,则尤其道出他对“中律”所赖以存在的价值体系的强烈自信。

此段文字写成于“光绪己亥”(纪元 1899 年),为“庚子”以前。如果说期待与新学“互相发明”仅代表了沈氏亲身指导“法变”以前的思想,下则议论则成于“法变”开始后,沈氏已身掌修订法律馆之际:

方今世之崇尚西法者,未必皆能深明其法之原,本不过据以为炫世之具,几欲步亦步,趋亦趋。而墨守先型者,又鄙薄西人,以为事事不足取。抑知西法之中,固有与古法相同者乎。如刑之宣告,即周之读书用灋,汉之读鞠及论,唐之宣告犯状也。狱之调查,即周之岁终计狱,弊讼登中于天府;宋之类次于大辟,奏上朝廷也。至若大司徒所属之乡、遂大夫之官,各掌乡、遂之政教禁令,而大司寇所属之乡士、遂士、县士分主国中、遂、县之狱,与乡、遂诸大夫分职而理,此为行政官与司法官各有攸司,不若今日州县官行政、司法混合为一,尤西法与古法相同之大者。〔12〕

〔11〕 沈家本:《寄谕文存》(卷六),“刑案汇览三编序”,载沈家本撰:《历代刑法考》(四),中华书局 1985 年版,第 2225 页。

〔12〕 沈家本撰同前注书《历代刑法考》(四):“寄谕文存”(卷六),“裁判访问录序”,载沈家本撰同前注书:《历代刑法考》(四):第 2235~2236 页。

反复强调“西法”与中国“古法”之“同”，则大大降低了去己从人的心理负担，这种对“中律”之“精意”（即“本”）的信念正是其上述“不必为新学家左袒”的内在动力，实际上构成其“法变”的重要心理支持。因此，主持“法变”却并未见沈氏对“中律”之“本”持有任何明显的怀疑，相反，他倒是认为：“各国法律之精意”，“不能出中律之范围”。在沈家本看来，“中律”与“西律”、“新学”与“旧学”本无所谓“高低”，事易时移则应随时变化，两者本可因事制宜而“互相发明”，而维持“中律”之“本”当为“法变”的基本前提。

其实，在将法制改“中”从“西”的问题上，沈氏的上述认识具有代表性。

在《草案》奏上而众人哗然之际，为表示对沈家本等参与起草《草案》诸人的支持，宪政编查馆大臣庆亲王奕劻亲自出面上奏说：“议律之与议礼，皆为历代朝野聚讼大端。而当改创之初，新旧异同，尤难期议论之一致。惟法律所以维持政治、轨范人民，其文野进退之机，皆视乎此。”从历史上看，“本乎德礼者，民罔不治，三代是也；尚乎酷烈者，民罔不乱，嬴秦及十六国五季宋明之末，皆是也。今各国刑律皆除旧日惨酷之习，以进于大同。则刑律之是非，但论收效之治乱为何如，不必以中外而区畛域。且必上折衷于唐、虞、夏、商刑措之盛，而不容指秦、汉以后之刑律为周、孔之教所存。”^{〔13〕}

奕劻此一番话围绕一个问题：刑律本应“本乎德礼”而不应“尚乎酷烈”。“本乎德礼”，“三代”即然；“三代”以下之秦、晋、宋、明诸法，则“尚乎酷烈”，其法因之去古已远。《草案》虽从“西法”，但在不尚“酷烈”这一点上，却正体现“唐、虞、夏、商刑措之盛”，而“秦、汉以后之刑律”反倒是于此点上已弃“德礼”而去。故此，眼下刑律的变

〔13〕 参见刘锦藻撰同前注书：《清朝续文献通考·刑考》，卷245，第9893页。

革旨在去重而从轻,此不仅未背弃“周、孔之教”,反倒因其不“尚乎酷烈”而更近于“三代”之古法。

与上述二人的“中学”出身不同,王韬是一位既有“西学”背景,又对西方文明具有“眼见为实”经历的人物。若谓王韬欣赏西方式的法制文明,此不足怪。然而,值得玩味的是,与沈、奕二人的遥指“三代”一样,王韬从英伦政治与法制文明中,竟然也窥见了“三代”之风。

在一篇关于不列颠政府的文章里,王韬说:

统治者与被统治者之间声气相通、人民与管理者之间的密切关系,才是英吉利真正的力量所在……我的观察是,英吉利的日常政治生活事实上实现了我国传统的三代政治理念。

从政府角度看,推荐与选举是切实可行的,不过被推荐者在被推上管理人民的职位前必须有相当的知名度、良好的德行和成就……大多数统治法规的原则是坚持显示公正为目的……违法者只有在他招供的情况才上法庭,当事实真相大白并得到证词证实后,嫌犯才被投入监狱。绝不存在残暴的箠楚肉刑,监禁中的犯人有衣食供应不致饥寒。犯人还被教以劳动技艺,使他不至沦为游手。犯人家属每周探访他一次,使他悔改并过上新生活。他不会被狱吏虐待。三代以下,如此优秀的监狱制度在中国消失很久了。〔14〕

〔14〕 Ssu-yu Teng (邓嗣禹) and John K. Fairbank (费正清), *China's response to the West: A Documentary Survey* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1954. pp. 136 - 137. 此处转引自余英时:“民主、人权与儒家文化”,载何俊编:余英时英文论著汉译集《人文与理性的中国》,上海古籍出版社 2007 年版,第 323 页。余英时先生认为,由于受到西方模范的强烈冲击,王韬对英国体制的描述无疑理想化了。余先生解释道:“他完全忽视了,当然他也不可能了解英国法律的历史,直到不久以前,在其审问制度中,拷打还被当作取得‘完全的证据’的必要手段,而这一点与王韬祖国的情形非常类似”。参见何俊编、余英时著同前注书:《人文与理性的中国》,“民主、人权与儒家文化”一文,第 323 页。

既然西人所步入的,乃为已通向成功的,实践“三代”政治理想之途,则我辈无由不奋而直追。因此,虽改从“西法”,实际却是奔赴“三代”理想,这一内在理路令到上述这些具有“儒家背景”^[15]之人,可以积极投身包括“法变”在内的“变法”而少了心理上的负担。一方面,是不甘人后的压力;另一方面,是回归古代政治理想的殷殷期望,二者交织为“法变”的巨大动力。

“三代”理想寄托了孔子以来儒家孜孜以求的政治、伦理、道德的社会基本价值关怀,通过在传统时代持续进行的“建制化”(institutionalization),^[16]儒家学说已不断在法律制度中获得具体化。由此,对“三代”理想的坚守,既是对儒家基本立场的坚守,也是对法律制度所承载的儒家化核心价值的坚守。换言之,在上述期望通过“法变”而回归“三代”理想的人看来,在“法变”的过程中维持“中律”之“本”,当是不言而喻的。

上述三人出于互有差异的社会经历、政治角色和中、西学背景,然而,竟不约而同地坚信回复“三代”理想与未来“法变”方向的内在统一,这一点尤其耐人寻味。它揭示出,将回复传统法制之“本”的希望寄托于“法变”的进行的立场,在当时应颇具代表性。

在此背景下,“法变”急速展开。

[15] 参详何俊编、余英时著同前注书:《人文与理性的中国》,“民主、人权与儒家文化”一文。

[16] 陈寅恪在其对冯友兰《中国哲学史》的《审查报告三》中说道:“夫政治社会一切公私行为莫不与法典相关,而法典为儒家学说具体之实现。故二千年来华夏民族所受儒家学说之影响最深最巨者,实在制度法律公私生活方面。”对此,余英时先生概括为“建制化”(institutionalization),即“上至朝廷的礼仪、典章,国家的组织与法律,社会礼俗,下至家族、家法、个人的行为规范,无不包括在内。”转引自余英时:“现代儒学的回顾与展望”,载沈志佳编、余英时:《中国思想传统及其现代变迁》,广西师范大学出版社2004年版,第245页。上引陈寅恪先生的话亦转引自同一处。

(三) 始料不及的结局

随着“法变”的层层推进,至少以西洋法制为摹本的制度的建设而言,成绩斐然。至宣统三年十月以前,在清廷的主持下,直接以东、西洋各国为蓝本,建立起了一整套既包括行政、刑事、民事、经济、商事立法在内的实体性法律,也包括刑事诉讼、民事诉讼等立法在内的程序性法律所组成的,赫然凸显西方法制特征的法律制度体系。至此,即使单就争论最为激烈的,因而也被认为是阻力最大的刑法改革的实际结果来看,也是远远不能以当初设定的“逐渐改而从轻”的目标来加以概括的,其最后的结果,是直接诞生了中国历史上空前的一部“不宗”中国传统法制^[17]而改以西洋为“宗”的法典^[18](按该刑法典直接“宗”于日本,当时的日本则“宗”于西洋之法、德两国)。

如前所述,主要围绕新刑律《草案》而发生的争议产生了支持一方与反对一方。但是,即使处于同一阵营中,个体所具有的支持或反对的动机亦各不相同,实难以“尊西”与“守旧”或者“新”与“旧”来加以概括。^[19]身为修订新刑律《草案》的主持者,沈家本当然应归于支持者一边。然而,基于以上对促使沈氏诸人推动“法变”之内在理路的分析,面对同样是支持者的杨度等人所指出的“中体”与“西学”的势不两立,与沈家本一样,将回复“三代”理想寄托于“法变”诸人显然是不能苟同的。朝“西学”出发而至于陷“中学”于末路,如此结局,对沈氏诸人而言应当说是出乎预料的。然事已至此,无可奈何。

[17] 中国古代法制自先秦、秦汉至唐,法制臻于成熟,自成一统。自唐以下迄清为止,皆本《唐律》,一以贯之。

[18] 仅就刑法的部分而言。民国政府于一九二八年公布的《中华民国刑法》即是以该法典为蓝本——参见杨鸿烈:《中国法律思想史》(下),上海书店(根据商务印书馆1937年版复印),1984年,第346~347页。

[19] 参详里赞:“‘变法’之中的‘法变’——试论清末法律变革的理想论争”,载《中外法学》,北京大学出版社2001年第5期,第621~627页。

上述已经指出,沈氏当初编订《刑案汇览三编》时,尚期待有识之士能以“中律”之“旧学”与“新学”“互相发明”,而“不必为新学说家左袒”。〔20〕其对“中学”之信心及期待由此可见一斑。然而,几年后,当他已领銜“法变”,而为其《刑案汇览三编》的出版作序之时,他说:

此编抄撮于京邸,编订于天津、保定两郡署,见者谓宜公诸世。余方筹剗之资,旋值庚子之变,事遂中辍,忽忽又八九年矣。今日修订法律之命,屡奉明诏,律例之删除变通者,已陆续施行。新订刑法草案,虽尚待考核,而事机相迫,施行恐亦不远。此编半属旧事,真所谓陈迹故纸也。芟薙之功,待诸来日。姑记其缘起于此。丁未仲秋。〔21〕

沈氏心怀中、西学“互相发明”和回复“三代”理想的期望而投身“法变”,其结果,虽令“西学”得以日渐“昌明”,却令“中学”终至于“如长夜之残灯,风起而旋灭;如百年之老屋,雨压而将倒”。〔22〕八九年后,目睹当初期待可以此“互相发明”而纂订之旧编,竟已“半属旧事”,而有“陈迹故纸”之叹。其中所道出的无奈和伤怀,不难令人觉察。

此外,对于当时外界尚激烈争论和“尚待考核”的新刑律《草案》,沈氏却早已料想到“施行恐亦不远”,事实亦证明,未出其所料。“事机相迫”是沈氏作出上述推测的原因。这一方面是说明,负有批准《草案》责任的朝廷的确经受着来自西人的外部巨大压力,同时,此四字也透露出,朝廷上下在有关刑律问题的辩论中,已然在双方势力

〔20〕 沈家本撰同前注书:《历代刑法考》,“寄簪文存”(卷六)，“刑案汇览三编序”，第2225页。

〔21〕 沈家本撰同前注书:《历代刑法考》,“寄簪文存”(卷六)，“刑案汇览三编序”，第2226页。

〔22〕 邓实语。此处转见自罗志田著同前注书:《权势转移:近代中国的思想、社会与学术》，第20页。