

变法修律的幕后

——吉同钧与清末修律

秦 晋

摘 要 | 晚清变法修律，触动了司法官员及律学家对中国传统法律的推敲斟酌与反思批判。新旧之交，聚讼纷纭，“礼法之争”备受眷注，作为变法的真实参与者，亦是《大清现行律》的修订者，吉同钧关注法律的转型变化，注重法律适用的现实问题，具有传统法律思维模式。着眼于吉同钧对法律变革的心路历程与实际参与活动，依照吉同钧的先后作为，串联起变法修律的历史脉络，不仅可见其对清末修律的历史贡献，而且对还原清末修律的真实面貌具有重要意义。

关键词 | 清末修律；陕派律学；吉同钧；大清现行律

作者简介 | 秦晋，西北政法大学法治学院2017级法律史硕士研究生。

Copyright © 2023 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



清末处于中国近代转型的时期，与此同时，法律也同样开启了转型的进程，走向近代化。清政府在西方法文化的影响下，走上变法修律的道路。围绕着新刑律以及由此引发一系列的立法问题等，礼教派与法理派展开“礼法之争”的论战，针对新律与旧律的选择、适用问题相互博弈，将变法修律推向了高潮。而在这新旧递嬗之交，除沈家本、伍廷芳、俞廉三等耳熟能详的人物外，吉同钧以律学家和司法官员的身份深居幕后，深入思考传统法律的精神文化价值，辨析新律旧律分野，纂修新式法典，推进变法过程。

现有学术成果对吉同钧与变法修律的关系的研

究大多集中于《大清现行刑律》的纂修过程上，如李欣荣《吉同钧与清末修律》一文大篇幅地叙述吉同钧对《暂行章程》及《大清现行刑律》的贡献，又如其专著《自创良法——清季新刑律的编修与纷争》在重述清末修律史实的过程中穿插吉同钧的实际参与活动。这当然是有原因的，《大清现行刑律》作为清王朝最后一部传统法典，也是吉同钧作为实际执笔者的修订的法典，自然应该得到重视。但除编修新式法律外，吉同钧在变法前、修律中、退隐后始终对法律变革存有着眷注之心及真实作为。

本文以吉同钧个人对清末修律的历史贡献为主线，梳理吉同钧在变法整个过程中的心路历程与事

迹生平，不仅关注他对新订法典的贡献，而且着重阐明他对待传统法律特有的思维模式及作为司法官员的廉洁自律的崇高品格，对其在其清末修律的贡献进行全方位、多角度、专门性的论述。

一、奏稿言事，两次落职

吉同钧，字石笙，晚年自署顽石山人。陕西韩城人，光绪十六年（1890）参加庚寅会试，中进士，榜下分刑部，后任秋审处坐办、提调。又充法律、法政两学堂及法部律学馆、大理院讲习所教习，直至辛亥革命后弃官归隐。留心其履历，可知吉同钧的刑官生涯与法律改革密不可分，从“刑部”到“法部”，再到“大理院”职官身份的转变，无疑是清末变法的结果。自清政府变法始，吉同钧作为实际参与者，亲历变法修律的整个过程，他深切关注法律的转型变化，多次上疏进言。

光绪二十八年（1902），吉同钧在去往内蒙古查办案件^[1]途中所作《东行日记》中记录“今谈实务者，均以力行新法为亟亟求治之本。夫法至今日，弊坏已极，诚当变矣。然则变法则可，而谓必行西法则法不尽，非谓西法不善也。西法之善者皆探本中国圣人创制之遗意而出之。如西法之最善者，莫如兵制、议院，现所急学步皆亦首在此。然西人之兵制，即《周礼》寓兵于农、唐初府兵之遗制。”^[2]

因时因势所迫，变法不得不为，即使对法律变革充满了疑惑与顾忌，甚至有“今之讲行西法者，皆少年喜事更张，不知为治之本，虽曰才智过人，使其得志，不过一王半仙耳”^[3]的揶揄，但吉同钧仍敏锐地提前步入效仿西法的道路，希冀采外律以革中律之弊。虽趋于保守，坚持传统法律“遗意”不可丢弃，但吉同钧作为法曹老手，能够理性地看到变法的必要性，实际上他是支持法律改革的。在当时删除重法是官员们的共识，其中，吉同钧减轻刑罚、删除虚拟死罪的主张与沈家本不谋而合。光绪三十年（1904）五月，吉同钧向沈家本奏请《上修律大臣酌除重法说贴》一贴，为“东西各国互相参差者，均须一一比较，然后取其所长，弃其所短，立定宗旨，期归允当”^[4]之目的：

一、缘坐之法宜酌改也。

一、凌迟、枭示、剐尸、戮尸诸刑宜删除也。

一、死刑宜酌减也。

一、笞杖之刑宜酌改也。

一、关涉服制名分及职官，宜另分门类也。

一、刺字之条宜删减也。

一、监禁之制宜推广也。

一、罪犯工作应做行也。

一、罚鍰宜推广也。

一、钱债宜增修也。

以上十条，略举大纲，参酌各国法律，按照中律损益增删，并拟将正刑名目分为斩、绞、遣、流、监禁、作工、罚鍰共七等，是否之处，统候大人详细批示，指定办法，俾创稿有所遵循，此外尚有应整顿者二条：曰审判，曰监狱，容俟后考查明确，编纂成书，再行续呈，理合附陈。再，此事重大，非尅计日所能成事，必参稽互证而后有成。^[5]

说贴中吉同钧列举清代十条重法宜改的意见，并溯其源流考其沿革，更将东西各国法律相较，得出“中律过重、亟应改者”结论。其中，“罚鍰”即罚金一项值得注意。吉同钧言“惟定章已历年余，曾未见一收赎之案，可见中国民生穷乏与其虚悬一赎罪之典，仍属有名无实，不如再行变通量减。”“惟老幼残废不胜工作而又无力出银者，准照旧律银数收赎。至例内纳赎、赎罪诸条，诸多繁琐，应即一概删除。”^[6]足以证明吉同钧作为经验丰富的法官，注重法律的现实适用的问题。罚金虽为宽缓之法，但中国民生多艰，大多无力出钱赎罪，所以建议将收赎之法再行量减。

是年八月，吉同钧在《上刑部长官减轻刑法书》再言：

[1] 光绪二十八年正月十二日清廷下谕“谕军机大臣等、裕德奏、驰赴哲里木查办事件。随带司员一折。著即迅速前往。会同增祺调齐此案卷宗人证。秉公讯办。详细查明具奏。另片奏、请饬户部行文奉省。拨给薪水。并乘坐火车前往各等语。均著照所请行。将此各谕令知之。”见《清德宗实录》卷493。

[2] 吉同钧：《乐素堂文集》，闫晓君整理，法律出版社2014年版，第170-171页。

[3] 同上注，第171页。

[4] 吉同钧：《大清律讲义》，闫晓君整理，知识产权出版社2017年版，第312页。

[5] 同上注，第317-318页。

[6] 同上注，第317页。

窃尝详考历代刑章,博览外国律书,而知现今中国之法网密矣,刑法重矣。历代律法以《唐律》最为完善,《大清律例》大半取法是书,惟细按《唐律》,死罪不过斩、绞,而现律加以梟示、凌迟、戮尸,是较《唐律》为重矣。《唐律》死罪不过百余项,凡误杀、戏杀、擅杀、窃盗、强奸、私造印信均不至死,而现例死罪多至一千五六百项,是较《唐律》为繁矣。然犹可曰:今与古异,例缘时定,不得不为时变通。若共列环球之上、同生一千九百余年间,而以中国与外国相较,其轻重更有不可以倍蓰论者。西洋俄、法、英、德诸国死刑亦止於斩,均无环首、凌迟、戮尸之制,且斩首之刑,英、法不过十余项,德、俄仅止二三项,较中国减少百倍。此犹可曰:欧亚相去数万里,风俗民情不同,未可以彼例此也。日本与我同洲,迤在东陲,较之新疆、云贵,距京师尚近,且昔年亦用唐明律,则其风俗民情与我当无大异,乃彼此比相较,彼之新订刑法仅四百三十条,死罪不过二十项,且止绞不斩,虽以故杀与强盗之犯亦不处死,以视中例,多至二千数百条,死罪一千五六百项者,其轻重繁简岂可以道里不哉!然彼之国势日进强盛,而民之犯法者逐年减少,中国反是,此可见严威之不可止乱,而史迁所谓“法令滋章,盗贼多有”者非虚语也。夫《大清律例》,本较历代增多,近年更加繁琐,尤可议者,莫如强盗一项。强盗之犯,唐律非赃至十足及伤人,罪不至死,今则不论赃数多少,不问曾否伤人,如一人剑千金,伤其事主固当拟以斩决,若十人止剑一金,并未伤人,乃亦不分首从,均拟斩决,是因一金而杀十人,岂不苛哉!

从前旧例,首从皆斩之中,分别法无可贷、情有可原,亦不为轻,今例不论把风接赃,一律斩决,现章又改“内有一人持鸟銃者,同行之人皆加梟示”,而又创为就地正法、先斩后奏,其法愈加愈重,其民日犯日多。强盗如是,而私铸、发冢、捉人勒索、抢夺妇女各项皆然,诚如《前明大诰》所云“弃市之尸未移,新犯大辟者复至也”。然则如之何而可夫?律设大法,一王之制固不敢遽议改变,亦在司法者善为调剂而已。《书》曰“罪疑惟轻”,《传》曰“宽以济猛”,汉陈咸曰:“为人议法,当从其轻。”伏读嘉庆四年上谕:“嗣后问刑衙门专引本律,不得用从重加等字样。”现已恭纂为例,永远遵行,当此新例未修之际,虽不能於法外减轻,惟既见旧

律繁重之弊,似不可於例外加重。^[1]

上述两篇奏稿是吉同钧进呈给沈家本的,沈家本在光绪二十七年执掌刑部,是为当家堂官。^[2]两篇奏稿比沈家本颇负盛名的《删除律例内重法折》(光绪三十一年)时间更早,实际上可以说是吉同钧首倡了删除重法一事。^[3]吉同钧因早于沈家本一年提出“删除重法”的主张,从而先于沈家本而开启了清末修律的进程。这时的吉同钧不得不谓是改革变法的“趋新者”,是破除“律文只字不易”规则的“先行者”。吉同钧早已认识到西法先进之处,旧律因时变通不得不为,上书言事,篇中历数重法流弊。

后学崇芳评:“上下数千年,纵横数万里,非融合古今中外律书,不能道其只字。而布局立格、浅深层次,亦复处处有法,非仅议论宏通也。……此文在光绪年间,洵为治病良药,若至民国,则如以水救水,增益其并,须前后各篇参观互证,乃知作者因时补救,合新旧而折其中。”^[4]

“改革刑制、裁减酷法”真正实施起来却是阻力重重。光绪二十九年(1903),吉同钧上书奏言,举“定张氏监禁案”,因此获咎,得罪时任刑部尚书葛宝华^[5]。“最难解者,莫如定张氏之监禁一案,查妇人有犯,罪坐夫男,未闻其子有犯,坐罪其母。夫命妇非寻常之人,监禁为至重之刑,子处以监禁,其余无不收赎,况定张氏系三品命妇,例应奏闻请旨,即该氏亲犯窃盗,拟军亦止照律收赎,今以其子犯军,反将其母收监,且不照旧例奏请定夺,追

[1] 吉同钧:《乐素堂文集》,闫晓君整理,法律出版社2014年版,第115页。

[2] 李贵连教授据《清稗类钞》及《异辞录》力证沈家本应在光绪二十年底至三十二年间为刑部当家堂官。参见李贵连:《沈家本评传》,南京大学出版社2005年版,第101-102页。另见闫晓君教授据《庚子西狩丛谈》证明在光绪二十七年沈家本执掌刑部,为当家堂官。参见闫晓君:《陕派律学家事迹纪年考证》,法律出版社2019年版,第705页。

[3] 参见俞江:《倾听保守者的声音》,载《读书》2002年第4期。

[4] 吉同钧:《乐素堂文集》,闫晓君整理,法律出版社2014年版,第117页。

[5] 葛宝华,浙江山阴(今属绍兴)人。光绪九年(1883)进士,光绪二十七年(1901)调补刑部尚书。

夺浩轴，擅行监禁，不如所据何律而所引何例也。此案犯父定昌，既以收禁拖累死于看守所，而其母定张氏复以监禁濒至死。”^[1]吉同钧对此案蓄疑于心，出于法官的专业素养，愿作诤臣冒昧上陈。吉同钧自记道，此文上奏后，沈家本面许同意，随即将定张氏等人释放。后果则是葛宝华怀恨在心，吉同钧补缺派差等事，暗中遏制，遇事就阻。

后光绪三十一年（1905）吉同钧又因“李氏殴毙养女案”朝审“失出”，实为代人受过，独受严议降调。自记云“嗣后余以秋审失出，降为光禄寺署正，葛亦以变法裁缺落职”殆指此事而言。^[2]《清德宗实录》载“本日刑部奏朝审册内绞犯李氏情节稍有可原请旨遵行一折，据称反狱案内守法未动各犯，遵查量予核减。惟李氏同弱北监，因系另屋，不得一体查办，未免向隅等语。此次未经反获各犯，前经降旨伤查，业经分别施恩减缓。该绞犯李氏既系另禁一屋，且案情残忍，何得退至数日之后，率相牵引奏请恩施。李氏着仍入人情实予勾，该部堂司于人命出入重案率意奏请，均着交部分别议处。寻议，堂官溥兴等降一级留任。司官吉同钧降一级调用。系公罪可否准其抵销，得旨、均著不准抵销。”^[3]此外，《国闻备乘》载“有李氏妇人虐其养女，本鸩母也，刑部断其恩义早绝，已定讞，议抵监禁在狱，会秋后论囚，行刑且有日。尚书葛宝华从主事吉同钧言，据那桐破除除良贱咨文，奏请减议，贷其一死。太后大怒，特旨勾决，镌同钧二级，宝华以下降罚

有差。”^[4]民国杂志《越风》对此案也有记述，可作补阙。“李马氏者系业养人，即鸩母，殴毙之女，伤在六处，在入实入缓之间。秋审处以之入实，而夹签声请，本无不合。时满司员某，因争一等不得，不满意于葛宝华^[5]汉尚书，兼恨秋审处之把持，遂夜至荣庆宅，将是案始件未尽为荣庆言之。荣庆本不愜于刑部秋审处诸人，得此机会，实脩怨好题目，秋审入奏，指摘此案为失出，各堂官均罚俸，承办此案之司员：昌麟降一级留用，同钧降一级调用，降大理寺司丞。迨刑部改法部，戴鸿慈为法部尚书，采众望，奏调吉同钧回法部，补审录主事。”^[6]

据上述载，后戴鸿慈将吉同钧调回法部，委以京畿科主稿，专核大理院稿件，本年即升补员外，升郎中，随时预保参议，次年又保列京察一等，记名道府，奏加三品衔。吉同钧自觉一生宦途升降皆因《上刑部长官减轻刑法书》一文而起，“是前数年被葛公沮尼，以此文而触其怒；后数年蒙戴公超擢，亦以此文而邀其赏。附记于此，以见文字关系匪轻，居官更不可阿唯取容，自贬风节也。”^[7]正如其诗《谪官十首》^[8]所言“仰体好生恤下民，谁知震怒犯枫宸。^[9]甘分重咎膺严议，为悯良朋有老亲。^[10]囚命原难逃法网，臣心要可质明神。寄言司法诸君子，毕竟生人胜杀人。天将容我作闲身，吏议偏难恕小臣。^[11]镌级只应安义命，辞官依旧守清贫。宦途升降原无定，人事迁移信有真。从此束书甘隐，桃花源里访秦民。”^[12]

[1] 吉同钧：《乐素堂文集》，闫晓君整理，法律出版社2014年版，第116页。

[2] 闫晓君：《陝派律学事迹纪年考证》，法律出版社2019年版，第759页。

[3] 《清德宗实录》卷551，光绪三十一年十一月九日乙巳。

[4] 胡思敬：《国闻备乘》，中华书局2007年版，第80-81页。

[5] 此处葛宝华应是葛宝华。

[6] 黄萍荪主编：《越风》第十六期“二陵谈荟”，广陵书社2010年版，第622页。

[7] 吉同钧：《乐素堂文集》，闫晓君整理，法律出版社2014年版，第117页。

[8] 同上注，第222-223页。

[9] 自注：乙巳冬月，上谕朝审李氏殴毙养女一起。刑部率行陈请，堂司各官均交部议处，李氏仍勾决。

[10] 自注：刑部律例馆共有提调五人，同钧名居其末。此事本系首座饶提调主持拟稿，同钧赞成。及奏，议处，同钧以饶有老母，恐碍升迁，代任主稿重咎，是以独受严议降调。

[11] 自注：吏部议处，以同钧主稿应降一级调用，饶郎中及六堂均应降一级留任，均系公罪，例应准其抵销。奏奉谕旨，均不准抵。

[12] 自注：由主事降为光禄寺署正，随即告假回家，拟不再出。嗣奉沈侍郎函招，委任法律学堂教习。又蒙戴尚书奏调回部，复充原官，从此又入苦海矣！

吉同钧失出降调,其间扑朔迷离,许多细节不甚清晰。如吉同钧降职后并不在大理寺,且荣庆于光绪二十九年任刑部尚书,次年即任礼部尚书,此时已不在刑部任职。^[1]要想弄清吉同钧对“李氏殴毙养女案”的真实态度与想法,还可从同时期“赛金花虐毙雏妓案”相类比。光绪二十九年(1903)赛金花入狱,吉同钧正时任提牢,见赛金花情状可怜,作《狱中观妓赛金花感赋并序》,后又写《傅彩云六首》以表同情。徐一士在《近代笔记过眼录》中记录“赛金花以虐毙雏妓案在刑部狱时,刑部主事吉同钧适任提牢事,于狱中见之,其《乐素堂诗存》卷一,有《狱中观赛金花感赋》(并序,癸卯)”^[2]这两案皆为鸩母殴毙养女,法相同、情类似,吉同钧因此对李氏有怜悯之心也未尝可知,所以宁可“失出”。不论是出于同情李氏,抑或代人受过,还是坚持酌减重法的想法,吉同钧改革刑制的决心正如其述,不论福祸所在仍愿作净臣。

此外,在废除刑讯、删除重法一事上不仅是吉同钧,沈家本同样受到阻挠。《时报》“葛司寇反对沈侍郎奏除刑讯事”载“前刑部律例馆奏陈凌迟。臬示及请不用刑讯等条系沈伍二侍郎主稿,未与各堂官会商,当时葛大司寇极忿忿不平。近因各司当家之主稿承办案件,不用刑讯,各犯均坚不招供,颇难断结,纷纷请示堂官如何办理。葛大司寇谓此次奏定新章,我未与闻,君等请问之沈侍郎,当有妙策。”^[3]葛宝华明确反对废除刑讯,出言嘲讽。从葛宝华的任职履历看,进士及第后,曾任内阁试读大学士、户部、太常寺、

通政司、光禄寺、宗人府、都察院、兵部等各种职务,光绪二十七年十二月调补刑部尚书。可知其是空降刑部,与薛允升、沈家本、董康、吉同钧等在刑部历练多年者大不相同。这种专业知识背景的差异是否会影响对酷刑重法的看法,从吉同钧两次落职的遭遇来看值得商榷。^[4]

吉同钧久在刑曹,作为律学功力深厚的刑官,深知传统律例的得失。变法初期,他秉承参酌外律、删除重法的原则,支持法律改革,甚至有着“夫法至今日,弊坏已极,诚当变矣”的认知。在上书前,罗维垣^[5]、萧之葆^[6]以朋友身份曾劝诫他现时公理湮灭,直道难行,如若言之过切,不惟于事无济,更恐反之招祸,不如行明哲保身之道。他却自答“吾现在任提牢,有代囚伸冤之责,祸福在所不计。若对本部长官尚不敢直言不隐,他日为侍御、为给谏,又何敢犯颜谏诤乎?”^[7]前法部定成^[8]谓“惟性情耿直,遇事抗言驳辩,虽长官前亦不稍阿附,尝作说贴,历指堂官定案用人之失。某堂官^[9]阅之不喜,诸事掣肘,沈滞郎署数年。”^[10]吉同钧身为司法官员,性情抗直,即使自觉有犯龙鳞之风险,仍愿作净臣。

二、参与变法,调和其间

(一) 新旧交讧,转圜冲突

孙家红发现光绪三十一年(1905)章宗祥和董康合纂的《刑律草案》稿本,沈家本和吉同钧附有签注,稿本扉页载“此系修订法律馆编纂章仲猷、董绶金同纂之草案。既经总纂吉什声签注,

[1] 张田田:《末世刑章细羽毛:吉同钧“朝审失出”事考》,载《法律文化论丛》第5辑,知识产权出版社2015年版,第115-120页。

[2] 徐一士:《近代笔记过眼录》,载沈云龙主编:《近代中国史料丛刊》第94辑,文海出版社1969年版,第51页。

[3] 《葛司寇反对沈侍郎奏除刑讯事(京师)》,载《时报》1905年4月10日,第330号。

[4] 参见陈新宇:《法律转型的因应之道——沈家本与晚清刑律变迁》,载《现代法学》2021年第2期。

[5] 罗维垣字石帆,善化人,清光绪十六年(1890)进士。

[6] 萧之葆,陕西三水人,清光绪二十一年(1895)进士,曾任刑部郎中。

[7] 吉同钧:《乐素堂文集》,闫晓君整理,法律出版社2014年版,第116页。

[8] 定成,正黄旗满洲人。历任大理院正卿等职。辛亥,以大理院正卿暂署法部副大臣,虚席待梁归。旋去。民元后卒。

[9] 指葛宝华。

[10] 吉同钧:《大清律讲义》,闫晓君整理,知识产权出版社2017年版,第325页。

又经先司寇公详定签注。男承烈记。”^[1]吉什声即石生、石笙，应是吉同钧。此部《刑律草案》在时间上早于由冈田朝太郎主持完成的新刑律草案，后虽未采用，甚至未能正式上呈，但足以证明吉同钧等司法官员早已进入到变法的进程，尝试编纂新律。

光绪三十一年（1905），清政府聘请冈田朝太郎起草《大清新刑律》。光绪三十三年（1907）八月二十六日沈家本进奏，称“窃臣恭膺简命修订法律，材疏任重，深惧弗胜，本年五月奏请将法律馆归并，请限三个月清理交代等因。仰蒙俞允钦遵在案。伏查臣自开馆以来三阅寒暑，初则专力翻译，继则派员生调查，而各法之中，尤以刑法为切要，乃先从事编辑。”^[2]同年十一月二十六日，沈家本再奏“为刑律分则草案告成，缮具清单”^[3]，此次草案一经颁行，立刻引起内廷省外各方抨击，一时舆论哗然。署邮传部右丞李稷勋首先驳斥“轻重失宜，流弊滋大。”^[4]学部张之洞愤然，“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。”^[5]从学部奏驳开始，各省督抚、各部部院紧随其后，除山东和东三省外，其余上奏者皆以违反礼教为名摈斥新律，反对此次草案。

吉同钧记述当时情形，“其刑法则聘用日本博士冈田，举历代旧律、大清条例一概废除，全依日本法修订，名曰《新刑法》^[6]，不惟文义名词尽仿外洋，并举历代之服制、名分、礼教一扫而空。草案一出，全国哗然，内则九卿科道，外则各省督

抚，群相诟病，纷纷参奏。”^[7]随后，吉同钧为转圜新旧两派冲突，撰文《论旧律与新刑律草案、中律与外律可并行不悖》：

夫《大清律》者，乃历代相传之法典，斟酌乎天理人情，以治中华礼教之民，犹外国之有习惯法、普通法也。《刑律草案》者，乃预备外人收回治外法权、办理华洋交涉之案，犹外国之有特别法及成文法也。医家之用药也，寒热燥湿，因人而施。华洋交涉案件而绳以《大清律》，使强就我服制礼教之范围之中，是犹以参附治实热之证，必益其疾。若审理内地人民而骤用草案之法，强奸强盗不处死罪，弑父弑母等诸凡人，是犹以硝黄治虚寒之人，反速其毙。再者，《刑律草案》与宪法相为附丽者也，《大清律例》与经传相为附丽者也，宪法成立之后，官民知识均换新理，国家制度顿改旧规，逆计彼时经传且为陈迹，遑论旧律。故必以草案继之，非此则宪法不能完备，若尚在立宪甫萌之时，搢绅心胸犹有旧书余味草茅传诵尚知儒术为高，则我《大清律》者仍在，当可谓时之列，即骤以施以《草案》之法，鲜不群相非笑矣。当此新旧交江之际，旧学以《草案》为败伦、为敦伦，新学又以《大清律》为严酷、为迂腐，虽持理不为无理，而其拘于一偏则一也。苟用当其可，二书皆不可废，盖治内地可用《大清律》而租界华洋杂处之地则宜《草案》；治国人可用《大清律》，而对旅居中国之外人则宜《草案》。且现时可遵用《大清律》，而数十年后宪法完备之时，则可参用《草案》。^[8]

他既不为趋新者执言，也不偏袒保守派，而是

[1] 孙家红：《清末董事〈刑律草案〉稿本的发现和初步研究》，载《华中科技大学学报（社会科学版）》2010年第24卷第3期。

[2] 《修订法律大臣沈家本奏刑律草案告成分期缮单呈览并陈修订大旨折》，载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845页。

[3] 沈家本：《修订法律馆为刑律分则草案告成缮具清单折》，载高汉成主编：《〈大清新刑律〉立法资料汇编》，社会科学文献出版社2013年版，第22页。

[4] 《署邮传部右丞李稷勋奏新刑律草案流弊滋大应详加厘订折》，载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854页。

[5] 张之洞：《学部原奏》，载高汉成主编：《〈大清新刑律〉法律资料汇编》，社会科学文献出版社2013年版，第187页。

[6] 《新刑法》应为《大清新刑律》。

[7] 吉同钧：《乐素堂文集》，闫晓君整理，法律出版社2014年版，第106页。

[8] 同上注，第131-132页。

居于中立,以理性态度对待变法。戴鸿慈评“审时度势,虽变而不离宗,是有功道之文,旧学新学一齐俯首。”于式枚评“荟萃古今法典,熟悉中外习俗。宿儒逊其开通,时髦无此根柢。煌煌大文可名世,亦可传世。”定成谓“君精于律学,近年变法,新学几欲铲尽旧律,君先之以苦口,继之以笔墨,几经争论,卒不可得,不但视为一己毕生之遗憾,亦即天下后世民生之隐忧。此篇乃委曲从权,欲以保全国粹。”^[1]

吉同钧随即奉法部尚书廷杰之命,折合中西予以解决办法,“朝廷鉴于公议难逃,复命法部会同修律大臣再加修订。时法部尚书廷杰力持正议,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。兹将修改原案语,择要节录于后,以备参考其中是非,议者当能辨之。”^[2]吉同钧另附章程五条于草案后,“籍为抵制弥缝之计”为调和新旧冲突之门径。这次草案即为《修正刑律草案》,由沈家本、廷杰于宣统元年(1911)十二月二十三日联名上奏。为何在面临维护礼教的空前压力下,草案后仅仅添入附则“五条”。究其原因,当为清廷最高统治者意识到保存礼教并非当前急要,收回治外法权,解决外交危机才是第一要紧。因为东三省首当其冲面临列强的威胁,所以在三督的奏折中也可看到对外交问题的重视,“抑臣更有请者,世界大同,文明竞化,均以法律之大同观权利之得失,向以我国律例与欧美异,故各国又领事裁判权载在约章,遂为放弃主权之缺陷。今以立宪之预备改定法律,果能变通成规、集取新法,使各国商民之在我国领土者均以诉讼为便,则宣布实行,或有更改旧约与各国

跻于同等之一日。”^[3]吉同钧此时也无力改变新律大行之势,只得退而求其次,附则“五条”。法部尚书廷杰解释“惟中外礼教不同,为收回治外法权起见,自应采取各国通行常例。其有施之外国不能再为加严致背修订本旨,然揆诸中国名教必宜永远奉行勿替者,亦不宜因此致令纲纪震荡,均拟别辑单行法,辑示保存,是以增入附则五条,庶几沟通新旧,彼此遵守,不致有扞格之虞也。”^[4]后因辛亥逢变,《章程》五条已被删除。吉同钧的抵制弥缝之计,顾全遗制之心全然破碎。

(二)厘定法典,保全国粹

吉同钧任总纂官,奉命编修《大清现行刑律》。董康记述“《大清现行律》为王世琪、许受衡、罗维垣、吉同钧、周绍昌及董康六人所修订。”^[5]实际上,《大清现行律》的制定与修改,吉同钧为真正意义上的负责人,在五位总纂官中名列首位。

与《新刑律》不同,《大清现行刑律》作为过渡性法典,更多的保留了传统,以备新旧过渡之用。沈家本解释“一俟新律颁布之日,此项刑律再行作废,持之以恒,行之以渐,则他日推暨新律,不致有扞格之虞矣。”^[6]吉同钧也指出“篇中历引东西各国刑法与中律参合,于新律前途已具明修栈道、暗度陈仓之妙用,非徒撰述博洽。”^[7]虽存有传统法律之精粹,但吉同钧仍坚持改革刑制,减轻刑罚。吉同钧改变文繁刑重的想法源于薛允升,“先师薛允阶有志删修而卒未逮时”^[8],“长安薛氏《读例存疑》论及此事,亦欲正厘正其失”^[9]。此次修律的基本原则也是照薛允升的《读例存疑》进行,沈家本为《读例存疑》作序时言“今方奏明,修改律例,一笔一削,将奉此编奉为准绳,庶几轻重疏

[1] 吉同钧:《乐素堂文集》,闫晓君整理,法律出版社2014年版,第132-133页。

[2] 刘锦藻:《清朝续文献通考》卷二百四十六,载王云五总纂:《万有文库》,商务印书馆1937年版,第9981页。

[3] 《东三省原奏》,载高汉成主编:《〈大清新刑律〉立法资料汇编》,社会科学文献出版社2013年版,第198页。

[4] 《法部、修订法律馆为修正刑律草案告成敬善清单折》,载高汉成:《〈大清新刑律〉资料汇编》,社会科学文献出版社2013年版,第472页。

[5] 董康:《中国修订法律之经过》,载何勤华:《董康法学文集》,中国政法大学出版社2005年版,第462页。

[6] 《修订法律大臣沈家本等奏请编定现行刑律以立行推行新律基础折》,载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853页。

[7] 吉同钧:《大清现行刑律讲义》,闫晓君整理,知识产权出版社2017年版,第1页。

[8] 吉同钧:《乐素堂文集》,闫晓君整理,法律出版社2014年版,第118页。

[9] 吉同钧:《大清律讲义》,闫晓君整理,知识产权出版社2017年版,第315页。

密罔弗当。而向之牴牾而岐异者，咸顛划一，无复有疑义之存，司谏者得所遵守焉。”^[1]董康称《现行刑律》“意在作新旧过渡之用，大致才长安薛允升《读律存疑》之说，恢复唐律之处不少。”^[2]

吉同钧坚持酌除重法、裁减酷刑的观念。宣统元年（1909）正月，御史吴纬炳“奏寻常盗犯请一律照例解勘等语。”^[3]希望区别盗罪情节，分别案情，减轻刑法。闰二月，吉同钧上《请照覆吴御史规覆强盗旧例说贴》一贴支持：

今则兵气潜消，海宇无事，而庚子以后颁行逆政刑法迭次减轻，谋反大逆均除缘坐，逆伦梟獍均免凌迟，戏误擅杀分减流徒，强奸盗墓遇赦酌缓，各项俱从宽宥，若强盗一项仍旧从严，岂不失轻重缓急之宜？是揆诸现今时会，实有可以规复之势。夫不可规复宽典之时而强复与可规复宽典之时而不复，其失一也。有谓现在新订刑律草案，诸从轻减，外省纷纷指驳，今于强盗亦准减轻，岂不复蹈草案之辙。^[4]

吉同钧认为遏制窃盗不在于刑法之严峻，而在于教养民众之普兴。此次修改律例不可全照西法，应考虑中国本土情形习惯，复从前法令宽弛之制，强盗之风才能渐趋消弭，与现今减轻刑章之意相符。与其光绪三十四年（1904）对比中西、融会贯通之意，吉同钧此时更强旧律传统，与新刑律作出明显的区分，暗中有保存旧律之意。^[5]最终法部上奏，宣统元年（1911）五月初九日经会议政务处议奏，“似此分别办理，洵足以合时宜而彰成宪，应请准如所奏，由部咨行修订法律大臣纂入现行例内，俾资引用。”^[6]此条最终被编入现行律内，一体通行。

宣统二年（1910）《大清现行刑律》告成，清廷下谕“上年据修律大臣奏进编定现行律。当经谕令宪政编查馆覆核奏准。兹据该馆及该大臣等将现行刑律黄册，并按照新章修改各条，缮具进呈，朕详加批览，尚属妥协。著即刊刻成书，颁行京外。一体遵守。国家律令，因时损益。此项刑律，为改用新律之预备，内外问刑，各衙门务当悉心讲求，依法听断，毋得任意出入。”^[7]正因《大清现行刑律》过渡之性质，有学者批评此部法典不甚迂腐，江庸在《五十年来中国之法制》曾言“是书仅删繁就简，除削除六曹旧目而外，与《大清律》根本主义，无甚出人，与今之《新刑律》，亦并不衔接，实不足备新旧律过渡之用。盖与斯役者皆刑部秋审处及刑幕人员，其学问想思不能出《大清律》范围之外也。”^[8]不过无论如何，在这部法典中吉同钧实现了“参酌西法，芟除重法”的革新构想。《现行刑律》废除笞杖刑，一律以罚金替代；保留徒流刑，收入习艺所工作。可以说《大清现行刑律》不仅直接体现了吉同钧的个人意志，而且是完成先师遗愿之路径。吉同钧称“集历代之旧章，参外洋之新令。辞削冗繁，义求并归。合英法德而贯通，分民刑商而互证，哀成一代良规，籍作千秋法镜。”^[9]刘锦藻言“举旧例不合时用及繁重复杂之处，删繁就简，减重从轻，一本《唐律》之平恕，参用外国之新法，其删除律文二十余条，例文四百余条，酌古今而得中，合中外为一炉，洵善本也。”^[10]《大清现行刑律》是新旧之交的权宜之计，是《大清律例》的全盘性重新否定。虽然对传统法律未能彻底改革，最后也未能执行，但却使朝廷注意到减轻刑法，为革新法

[1] 胡星桥、邓又天主编：《读例存疑点注》，中国人民公安大学出版社1994年版，第1页。

[2] 董康：《中国修订法律之经过》，载何勤华、魏琼编：《董康法学文集》，中国政法大学出版社2005年版，第462页。

[3] 《宣统政纪》卷12，宣统元年正月十六日己酉。

[4] 吉同钧：《大清律讲义》，闫晓君整理，知识产权出版社2017年版，第320页。

[5] 李欣荣：《自创良法—清季新刑律的编修与纷争》，社会科学文献出版社2018年版，第204页。

[6] 上海商务印书馆编译所编纂：《大清新法令》第五卷，商务印书馆2010年版，第414页。

[7] 《宣统政纪》卷34，宣统二年四月七日庚戌。

[8] 江庸：《五十年来中国之法制》，载《清华法学》2006年第8辑。

[9] 吉同钧：《乐素堂文集》，闫晓君整理，法律出版社2014年版，第59页。

[10] 刘锦藻撰：《清朝续文献通考》卷二百四十八，载王云五总纂：《万有文库》，商务印书馆1937年版，第9942页。

律做出准备。^[1]即使江庸如此尖锐地批评,同样承认《大清现行刑律》的正面影响:“《大清现行刑律》之修订,于吾国法制,虽无若何影响,然当时朝野已渐注意于刑狱之改良,有要政二端,一洗数千年残酷黑暗之习,不可不一记者。”^[2]可以认为《大清现行刑律》是比较进步的最后一部传统法典。^[3]正是因为吉同钧作为修律的直接负责人,《大清现行刑律》才成为清律在法律变革时代最后的延续。

三、中律精意,析之甚微

保守是否就等同于落后?从吉同钧参与变法的真实经历来看,他对变法的态度可谓急转直下,从“先行者”“趋新者”到后来变为新派攻击的对象,甚至晚年自号“顽石山人”以自嘲。是何原因致使吉同钧不愿抛弃旧律,成为传统法律的“守望者”。^[4]

(一) 传统法律的纵向传承

中国传统法律从李悝著法经,至两汉六朝因时而变,到唐集大成直至宋元明清,历代相传,一直处于纵向的发展变化过程中。在数千年以来的法律发展进程中,统治者不仅以前朝为鉴,确定新法的建设重点,而且律典的篇目章节、体例结构等也在前朝法典的基础上不断调整,立法内容同样承袭前朝各代。后居统治者总以前朝各代的法制为基准,因革损益,制定符合当时时代的法律。直至清代,中国传统法律已有四千年的发展,表现出清代社会的特性。吉同钧谓“夫《大清律》者,非自大清起也,损益乎汉唐宋明之成法,荟萃乎六经四子之精义,根极于天理民彝,深合乎土俗民情,所谓循之则治,

离之则乱者也。”^[5]中国固有的传统法律一直保持着连续的发展状态,呈现出一种纵向传承的态势。这种传承与发展不仅是时间上的延续,更是中国传统法律基本内容与精神内涵的延续。站在一种纵向比较的视角,可见各个朝代的法律内容大同小异,一脉相沿,但在制度等具体细节上又有创新。

固有的传统法律延续到清代,被突如其来的西方法文化打乱了,法律纵向发展的局面开始不得不往横向转变。横向转变不仅要求中国传统法律解构自身,注入新的西方法元素,而且要求重建中国传统法律,塑造中国本土法文化。

稳定而连续的传统法律在面对转型时,如何把握旧律的重新建构成为重中之重。如何与西方法律接轨甚至转变成为西方法律的范式,成为变法修律中的疑难。中国特定的社会背景及文化氛围决定了其法律文化独特性,无法做到完全与外来的西方法律同质化。吉同钧在面对传统法律的转型时,早已意识到这个问题,如果强硬地将传统的中国旧律完全转变成为西方式的法律,那么几千年的纵向传承便会荡然无存。正如吉同钧所言“窃惟刑法之用,因地而异,因人而异,兼之因时而异。时未至而强变与时既至而不变,其失均也。”^[6]由于中国传统法律纵向发展的特性,如果颠覆致其完全西化,势必与戊戌维新的结果相同,失败而归。吉同钧《变法论》一文极力抨击变法之事,认为“古今好大喜功、变更成法扰民者,莫如秦皇汉武,而王莽荆公又其次也,虽其公私、邪正不同,而挟智恃才以致海内虚耗,四方骚动,则为一害也。……可见值当革之时,处可革之势,而仍不可轻言变革,比俟革言三就,孚于人,然后可以亡悔。”^[7]此文突显了吉同钧对于旧律的固执,与对于变革的排斥。吉

[1] 黄源盛:《帝制中国最后一部传统刑法典》,载黄源盛:《法律继受与近代中国法》,中国台湾元照出版有限公司2007年版,第194页。

[2] 江庸:《五十年年来中国之法制》,载《清华法学》2006年第8辑。

[3] 杨鸿烈:《中国法律发达史》,中国政法大学出版社2009年版,第501页。

[4] “守望者”是闫晓君教授对吉同钧给出的基本学术评价。“吉同钧是中国传统法律文化的守望者,而不能简单粗暴地视其为顽固守旧者。”见闫晓君:《吉同钧:传统法律的守望者》,载《中国社会科学报》,中国社会科学网, http://www.cssn.cn/skgz/bwyc/202208/t20220803_5461898.shtml。

[5] 吉同钧:《乐素堂文集》,闫晓君整理,法律出版社2014年版,第94页。

[6] 同上注,第130页。

[7] 同上注,第22页。

同钧如此抵抗变法，不仅仅是因为对旧律的坚定信仰，而是深谙国家制度之人的肺腑之言。看到清末急速变法之流弊，痛心疾首的吉同钧写下此文予以谆谆告诫。此外，作为法理派的代表人物沈家本也秉持着同样的观点“当此法治时代，若但征之今而不考之古，但推崇西法而不探讨中法，则法学不全，又安能会而通之以推行于世。”^[1] 变法修律一事应充分考量国家固有的文化、习惯、精神，决不能抛弃传统法律在纵向发展过程中体现的特性。

（二）传统法律的精妙义理

尊重传统不意味着封己守残。吉同钧对传统法律文化有着浓厚的情感，曾以六经、《论语》与诸子百家引证中西律，“中律包涵万象，全体俱备，正如六经、《论语》元气浑然也，外律得其一端，翹然独异，犹如诸子百家各树一帜也，或得或失，深于律者自能辨之。”^[2]

与西方法律相较，传统法律由于纵向发展的特性，决定了其必然是一个庞大繁杂的体系。律与律，例与例之间的设置及建构都服务于现实。在选择适用律例时，应求证律例本意，精研律例参差，才能做到司法公正。吉同钧评中律“其中离合异同，各有精意，互参比较，自知其妙，此正中律之精粹处。”^[3] 吉同钧久居西曹，长期浸润在“旧律”中，精通律学。从长期积累的司法经验中，吉同钧深谙传统法律是理性的经验，凝结了前人智慧。审办各种案件，深知法律的正确适用绝非易事。相同的罪名、律例在遇到不同的案件事实时，适用的结果迥异，这时就要求对律文的内涵做到精准的把握。精研律例，互相参证，辨析律意是高超精妙的司法智慧和律学方法。

此外，吉同钧还点明传统法律背后的文化根源所在，“故历代法律皆根源于宗教以为定南之针”^[4]，中西法律正是因为信仰差异，所以致“刑法各别”。

正如吉同钧所述“未可以中律为尽是而外律尽非也，所可怪者，今中国仍奉孔教，不奉天主、耶稣，而刑法反效外国保护天主耶教，与孔教相背，岂非自相矛盾，南辕北辙乎！”如若尽数摒弃旧法，则必然会将传统法律中所蕴含的文化价值也一同抛弃。

“法庭尽废旧律而伦常紊矣，伦常紊而小加大，少陵长，淫破义”^[5]，变通旧制仍需要将传统法律中的文化价值予以提炼，不可只一味寻求改变。法理派急于与西方接轨，在修律过程中出现简单的拿来主义倾向。以沈家本为首的法理派在制定新刑律的过程中，忽略了中国实情与法律的依从关系。^[6] 此时，吉同钧发出“然变通尽利可也，变本离宗不可也。”^[7] 的思考。

法律变革不应铲尽传统法文化，如果连对本土法律都没有信心，如何能够拥有与西方法平等对话的资格与地位。中国传统法律形成了特征明显的法律文化精神。传统法律解决的不仅仅是局部的个案问题，实际上是一个中国法哲学的问题。更甚，是整个民族国家的思维方式问题，是整个民族国家的文化问题。^[8] 在解决许多法律问题时，仍要求我们借鉴“传统”，直至今天，传统法律的文化价值仍存留在中国人朴素的法律信仰中。

中国传统法律不仅有着从自身文化土壤成长起来的文化价值，还具有实用主义的功能。中国古代的法学家不是只拘泥于法律文本，他们更注重现实法律问题的解决，将公平断狱作为法律的最终目标。吉同钧亲历整个变法过程，深知法律实践的真实情形，关注的法律的现实功能，认为法律是治理国家的工具，不管旧律还是新律都应符合社会实际，以解决实际的社会矛盾为核心构建。“现在变法自强，当改用东西各国法律，凡鄙薄《大清律例》不适于用，不知外国法律行之外国则尽善，行之中国难尽通。夫以中国政教统一之邦，而直、奉、川、陕各省犹

[1] 沈家本：《历代刑法考》，邓经元、骈宇骞点校，中华书局1955年版，第2223页。

[2] 闫晓君：《吉同钧〈法闹拟墨〉》，载《法律史评论》第1卷，社会科学文献出版社2002年版，第283页。

[3] 吉同钧：《大清律讲义》，闫晓君整理，知识产权出版社2017年版，第110页。

[4] 吉同钧：《乐素堂文集》，闫晓君整理，法律出版社2014年版，第120页。

[5] 同上注，第122页。

[6] 张晋藩：《中国法律的传统与近代转型》，法律出版社2019年版，第462页。

[7] 吉同钧：《乐素堂文集》，闫晓君整理，法律出版社2014年版，第127页。

[8] 霍存福、夏纪森：《情理精神与传统法重生——霍存福教授访谈》，载《法律与伦理》2021年第7辑。

有专条,蒙古有《蒙古之例》,回民有《回民之例》,苗蛮有《苗蛮之例》,彼此犹难强同,况中外风俗不同,宗教各异,而欲屈我之法就彼之范,岂非削足适履乎?”^[1]“西国大法家有言:无须何国政令,须合于本国国情,若舍己于人,效颦学步,必貽削足就履之讥,其为不适,自不待言云云。”^[2]新律的设置应以解决当时时代的突出矛盾为中心,因时、因地、因人,才能充分发挥改旧律为新律的作用。

“惟是改定律例,事繁繁重,既非一手一足之烈,亦非一朝一夕之为。”^[3]实现法律变革绝非一朝一夕办得到。吉同钧提出法律“非但古今中外不同,即本朝前后百余年间而亦屡为变易,如此可见刑法原无一定,所当因时变通以适于宜,而不可执泥古训,为胶柱鼓瑟之见,益可信矣。”^[4]法律本就不是一成不变,就算本朝也会因时损益。如若急于求成,一概遵用西法,不惟矫枉过正,失之轻纵,必致弊端丛生。自清末修律后,西方法文化逐渐占据了立法与司法,成为中国主流法律体系,但却无法在中国这片土地上“落地”,西方法律与本土法律实践出现乖离的现象。

传统法律不全是糟粕早已是现今大多数人的共识,可如何将此种观念落到实处依旧是问题。现今的法律改革正如火如荼进行着,人们的目光都聚焦于最先进、最精确的法律,礼教派在百年前发出的声音被视为抱残守缺,中国传统法律所蕴含的礼义、德行皆被当作变通旧制的包袱,但最终结果却是割断了中国传统法文化的脐带。^[5]中国传统法律因为自身的延续性和一惯性体现出其自有的精神奥义,不论当今法律如何变革,如何受到西方法律的影响,这种理义及法律信仰都不应该被忘记,反而更应该运用到法律改革的实践当中去。

(三) 弃官归隐, 忧忱法律

辛亥革命后,吉同钧辞官归隐,遂不复出。刘敦谨撰《韩城吉石笙先生德教碑记》“不意骤逢国变,因弃官归隐,当道征聘,皆坚辞。航海而南,遍览江澜名胜,又至曲阜谒圣墓地,回京师,戢影篷庐,韬光养晦,以待天下之清。”^[6]此时,吉同钧写下《家居四时乐赋》:“辛亥腊月,皇帝退位,改建民国,余弃官家居,日以诗书自娱。初犹悲愤交集,久觉胸中廓然,颇有自得之趣,因作赋一篇,自写襟期,工拙在所不计云。六旬老子,五品郎官。族高冯翊,家近长安。初筮仕于春官,脱蓝袍而换紫;继策名于秋署,掷墨笔以秉丹。慨功名之未建,忽时局之方残。既已忘情赤帟,何堪尸位素餐?”^[7]民国三年(1911)冬月,吉同钧作《律学馆第五集课艺序》,痛批国风,感怀时势:“今日之祸乱之根,虽由于政府昏浊,贿赂公行,不尽关乎法律。然刑罚轻纵,审判偏谬,亦酿乱之一端也。”吉同钧曾任法律馆总纂,“亦尝慨慕外国轻刑之刑,思革重典”,想要酌减重法,却“行之未及二年已流弊滋出”,乃知圣人真言“不愆不忘,率由旧章。”^[8]“今者祸患方兴,结果尚不可知,如外人狡焉,思启坐收渔人之利,则我中国一切典章将归沦胥,此集亦必为覆瓿之用。若犹是,炎黄之神胄也,无论君主、民主,治中华之人须用中华之法,将来穷则思返旧律,仍有复兴之日,安知兹集不为后事之师资乎?”^[9]此段文字表明吉同钧对传统法律有着深厚的感情,亦能展现他对“变法”态度的前后变化。

民国四年(1915),袁世凯请吉同钧修改法律,“民国四年,项城总统以新律行多窒碍,迭请修改,先生始则却之,后思法律关系世道人心,古法可复,

[1] 吉同钧:《大清律例讲义》,闫晓君整理,知识产权出版社2017年版,第4页。

[2] 吉同钧:《乐素堂文集》,闫晓君整理,法律出版社2014年版,第117页。

[3] 天津社会科学院历史研究所编:《袁世凯奏议》,天津古籍出版社1987年版,第97页。

[4] 吉同钧:《大清律讲义》,闫晓君整理,知识产权出版社2017年版,第126页。

[5] 王伯琦:《近代法律思潮与中国固有文化》,清华大学出版2005年版,第77页。

[6] 转引自闫晓君:《陕派律学事迹纪年考证》,法律出版社2019年版,第833页。《韩城吉石笙先生德教碑记》,现藏于陕西省韩城市博物馆。

[7] 吉同钧:《乐素堂文集》,闫晓君整理,法律出版社2014年版,第60页。

[8] 出自先秦佚名:《假乐》。

[9] 吉同钧:《乐素堂文集》,闫晓君整理,法律出版社2014年版,第94页。

国犹有廖，遂允所请。然约定在家秉笔，不入局，不署职，以三月为期，举旧律中关于伦纪名分各条换入其中，藉存国粹。书成交，遂为议院阻隔不行，而项城亦即殒谢，此书置之高阁，惜哉！岂天不欲平治天下耶？先生救世之志自此绝望，永不预闻国事，闭户著书，安贫乐道，寄意诗文，发抒忠愤。近年课子授读，讲论经义而于《孟子要略》一书尤三复焉。孔子论逸民以不降志辱身为首，先生其庶几乎？”^[1]吉同钧晚年挂冠而去，自号顽石，绝不为新朝做官，自述“余前清旧臣，绝意不仕新朝，非不欲光复旧物，再见昔日衣冠文物之美，特为生民计，甚不愿见兵戈争夺，使吾民罹于水火而不得出也。”^[2]吉同钧此时业已弃官家居，不再为官，却依然心系法律之事。虽约定不入职、不属局，但仍以三月为期编修法律，表明他即使遁世幽居犹有忧国忧民之志。

吉同钧居西曹十余载，解网恤孤囚，致仕后伤时述怀，写下许多诗文，字字句句都暗含不忘旧律之心。民国五年（1916）吉同钧作《法厅述怀五首》，其中“今世已无路温舒，谁人肯读缓刑书。”^[3]一句深切表达了他对传统法律的痛惜之情。谭文蔚^[4]去世时，吉同钧撰挽联：“晚景迫桑榆，我今增老态，从此独居落寞，更谁与商量旧学，唱和旧诗。”^[5]民国八年（1919），吉同钧又撰《伤时述怀一百五十韵赠同邑诸友》^[6]：

忆昔初通籍，不才拱御筵。花簪上林杏，烛彻大廷莲。采服趣螭陛，锦标耀马鞯。恩荣叨紫绶，穷困脱青毡。北阙新承宠，西曹幸备员。法源探李悝，司寇拜庭坚。三复萧曹律，暂抛孔孟篇。严刑除竹杖，薄罚示蒲鞭。纵使雪冤狱，还求解倒悬。法庭开讲席，训士秉文铨。新例科条密，名家门户专。九章勤训诂，三考慎陶甄。欲去网罗密，何辞薏力愆。舌唇烦辨[辩]论，朱墨费摩研。讲义灾梨枣，新章重玉璘。金科同玉律，笔述兼口宣。夏雨因时化，

春风入坐扇。门高龙跃鲤，堂远雀衔鳬。桃李阴初满，棘槐班共联。^[7]正思清犴狱，忽报起狼烟。

吉同钧自许“顽石老子，前清小臣”，辞官后撰写大量诗文，行文皆可见伤时局、叹时政、哀饥民、慰悼亡之情，现悲伤之意。至此，法学大家、秋曹老手及其修律成果渐已没落。

四、余论

法律作为社会变革的一部分，总是在社会背景下走向改革的道路。清末修律还原了清末法律变革的原本概貌，虽然许多细节已经远去不甚清晰，但是留下的问题值得思考。趋新与保守都不是我们现今苛责的对象。站在百年前的视角不论是基于坚守传统法律的根本，还是力图实现法律的独立，法律变革中的官员及律学家都做到了用意良善可嘉，展现出的思想态度皆值得思考。

以吉同钧参与变法的确实情况为主线，佐以其他官员及学者有关的资料，串联起变法修律的真实活动。吉同钧作为陕派律学的殿后者，亲历了变法的整个过程，他纂修新式法典，深刻体会到中西法文化的价值碰撞与冲突。他发出维护传统法律的声音，意图保全国粹，提出传统法律是历代相传之法，斟酌天理人情之法，以治中华礼教之民。吉同钧久居西曹，贯通古今法典，熟悉中外习俗，审时度势，深知变法需因时、因地、因人。通过对吉同钧变法态度的梳理，可见其坚持旧律并非是传统教科书表面所述的固守传统，排斥新律。恰恰相反，注重解决现实法律问题，强调法律贴合社会实际，变通旧制需符合时代潮流才是吉同钧的坚持所在。从吉同钧的法律思维模式出发，可见他对中国固有法律具有的客观思考和理性态度。在那个时代背景下，吉同钧从来不是固执的保守主义者，而是对待传统法律感性中的理智者。

[1] 转引自吉同钧：《乐素堂文集》，闫晓君整理，法律出版社2014年版，第4页。《韩城吉石笙先生德教碑记》，现藏于陕西省韩城市博物馆。

[2] 吉同钧：《乐素堂文集》，闫晓君整理，法律出版社2014年版，第18页。

[3] 同上注，第278页。

[4] 谭文蔚，凤翔人，戊戌进士。

[5] 闫晓君：《陕派律学事迹纪年考证》，法律出版社2019年版，第860页。

[6] 吉同钧：《乐素堂文集》，闫晓君整理，法律出版社2014年版，第327-328页。

[7] 自注：以上追叙通籍后刑部供职，学堂教习，律馆修例之事。