

 使用大字体察看本文

阅读次数：1571

近代西方刑法新旧派理论对《钦定大清刑律》的影响

周少元

晚清时期，中国社会面临着前所未有的历史剧变。与此相关的沿袭了几千年的传统法律制度的变革亦时不我待。《钦定大清刑律》^{〔①〕}便是晚清修律的标志性成果。19世纪末20世纪初，正是西方刑法理论新旧两派激烈争论的时期。东邻日本，刑法学界也掀起了新旧学派理论争论的热潮。日本1907年的刑法典就是在新派理论指导下制定的。深受传统律学影响的中国法学界，当时还无力形成刑法学派，更谈不上参与新旧两派刑法理论的争论，但这并不说明晚清刑律的变革未受到新旧刑法学派理论争论的影响。事实是，清末的修律者们已注意到西方刑法学派的理论差异，在起草刑律时是有取舍的。很难说模范日本近代刑法，移植大陆法系刑法制度的《钦定大清刑律》是在那个刑法学派影响下制定的，但通过日本刑法学家冈田朝太郎及其他渠道传入中国的新旧刑法学派理论烙印的确打在了《钦定大清刑律》上。探讨西方新旧两派理论对《钦定大清刑律》的影响，既可以探明中国刑法近代化迈出第一时的理论高度，又有助于理清民国刑法变化的理论脉络。

一、刑法基本原则

西方三大近代刑法原则对《钦定大清刑律》产生了全面而深远的影响。这三大原则均是西方启蒙思想的产物，是构成近现代刑法的柱石。旧派理论视为圭臬，晚清刑律改革在基本原则的采用上倾向于古典的旧派理论，特别是罪刑法定主义的明确规定，删除比附，禁止类推较集中地体现了旧派的理论。基于三权分立和心理强制理论的罪刑法定主义原则首次引入中国，具有划时代的意义，也体现了古典刑法学派的强大生命力。同时，立法者们也注意到了新派理论关于刑法基本原则含义的诠释，比如，《钦定大清刑律》在吸纳了罪刑相适应原则时，除了旧派的报应论的思想基础外，也接受了新派功利论的思想，注意教育刑的价值，对未成年人犯罪的感化教育便是例证。

（一）《钦定大清刑律》中的罪刑法定原则

其一，明确宣告罪刑法定原则，否定比附类推。《钦定大清刑律》第10条规定：“法律无正条者，不问何种行为，不为罪。”^{〔②〕}这是我国刑法史上第一次明确规定的“罪刑法定主义”，沈家本在奏进呈刑法草案折中详细陈述了立法理由：“本条所以示一切犯罪须有正条乃为成立，即刑律不准比附援引之大原则也。凡刑律于无正条之行为，若许比附援引及类似之解释者其弊有三；第一，司法之审判官得以已意于律无正条之行为比附类似之条文致人于罪，是非司法官直立法官矣。司法立法混而为一，非立宪国之所应有也。第二，法者，与民共信之物。律有明文乃知应为与不应为。若刑律之外参以官吏之意见则民将无所适从。以律无明文之事忽援类似之罚，是何异于以机阱杀人也。第三，人心不同，亦如其面。若许审判官得据类似之例科人以刑，即可恣意出入人罪，刑事裁判难期统一也。因此三弊，故今惟英国视习惯法与成文法为有同等效力。此外欧美及日本各国无不以比附援引为例禁者，本案故采此主义，不复袭用旧例。”^{〔③〕}冈田朝太郎认为《钦定大清刑律》“禁比附援引，可谓中国刑律上之一大革命。”^{〔④〕}

其二，严格刑法解释。《钦定大清刑律》虽然明确了罪刑法定原则，否定了比附类推，但并不排斥对刑法的自然解释，若需要对刑法进行解释，必须符合严格解释的原则。民国初年刑法学者在解释这一条款时作了补笺：“本例虽不许比附援引，究许自然解释。自然解释者，即所犯之罪与法律正条同类或加甚之时，则依正条解释而通用之也。同类者，例如，修筑马路正条只禁止牛马经过，则象与骆驼自然在禁止之例是也；加甚者，例如，正条禁止钓鱼，其文未示及禁止投网，而投网较垂钩加甚，自可援钓鱼之例以定罪是。”^{〔⑤〕}

其三，法不溯及既往。《钦定大清刑律》第1条规定：“本律于凡犯罪在本律颁行以后者适用之；其颁行以前未经确定审判者亦同，但颁行以前之法律不以为罪者不在此限。”沈家本先生在1907年的草案中阐述了立法理由：“本条定刑法效力之关于时者。第一项规定本于刑法不溯既往之原则，与第十条规定采用

律无正条不处罚之原则相辅而行，不宜偏废也。第二项前半指犯罪在新律施行前，审判在施行后，定新旧二律之中，孰当引用也。关于本题之立法例有二：一为比较新旧二法，从其轻者处断之主义。法国刑法第四条，比国刑法第二条，德国刑法第二条，匈牙利刑法第二条，和兰刑法第一条第二项，纽约刑法第二条，日本现行刑法第三条第二项，日本改正刑法第六条第二项，那威刑法第三条等皆本乎是。二即不分新旧二法，概从新法处断之主义，英国用之。我国明律亦主此义。本朝虽有第一主义之例，然律之本文，仍有犯在以前并依新律拟断之规定。议者谓被告犯罪之时，已得有受当时法律所定之刑之权利。诚如此说，应一概科以旧律之刑，不应复分新旧二律之轻重也。况人民对于国家并无所谓有受刑权利之法理也。或又谓若使新律重于旧律，而旧律时代之犯人科以新律之重刑，则与旧律时代受旧律轻刑之同种犯人相较，似失其平。诚如此说，则使新律施行之后，仅此旧律时代之同犯犯人科以旧律之轻刑，彼新律时代之犯人据新律而科重刑者，若互相比较，则又失其平矣。或又谓刑失之严不如失之宽。从新律之轻者，所以为宽大也。然刑不得为沾恩之具，非可严亦非可宽者。夫制定法律，乃斟酌国民之程度以为损益。既经裁可颁布，即垂为一代之宪章，不宜复区别轻重宽严也。欧美及日本各国多数之立法例，所以采用第一主义者，盖受法国刑法之影响。而法国刑法之规定则其时代之反动耳，于今日固无可甄择者。我国自古法理，本有第二主义之立法例，此本案所以不与多数之例相雷同，而仍用第二主义也。第二项后来颁行以前之律例不为罪者，不在此限。其旨与前微异，盖一则新旧二律俱属不应为之罪恶，不过轻重之差。一则新律虽为有罪，而旧律实认许其行为，因判决在后，遽予惩罚，有伤期刻也。”进而，沈家本先生在案语的“注意”部分指出：“第一项既采用刑法不溯既往之原则，新刑律施行以前之行为，在新刑律虽酷似有罪之行为，不得据新律之规定而罚之。第二项指未经确定裁判者，虽已有宣告，仍得依上诉而变更之。凡案件具此情节，检察官即得上诉而请求引用新律。其上诉方法及其限制一以诉讼法为据。”〔6〕

其四，《钦定大清刑律》分则中规定了具体犯罪。在总则罪刑法定原则的精神指导下，在分则中对各种犯罪作了明文规定。分则中共规定了侵犯皇室罪等36类罪名，从而为司法实践的定罪活动提供了明确的标准。

其五，分则中规定了具体犯罪的法定刑。《钦定大清刑律》采取的是相对确定的法定刑，即在法律条文中规定一定的刑种、幅度，并确定其最高和最低期限。它体现了相对罪刑法定的精神。例如，第四章“妨害国交罪”中的第120条规定：“对外国君主或大统领有不敬之行为者，处二等至四等有期徒刑或二千元以下二百元以上罚金。”分则中类似规定，比比皆是。这样，可以使法官在法定刑的刑种和幅度内根据案情做出正确宣判。同时也避免了绝对罪刑法定原则过于僵化的弊端。

（二）罪刑相适应原则在《钦定大清刑律》中的体现

《钦定大清刑律》引入了罪刑相适应原则，并将其精神体现在众多的具体条文中，大体看来，以下方面较集中地体现了罪刑相适应原则。

第一，法律适用的主体平等。法律适用上的主体平等是罪刑相适应的前提。如果有人犯了罪可以享受种种特权，便谈不上罪刑相适应了。为此，《钦定大清刑律》第2条至第8条规定了刑律对人的效力。其中第2条规定：“本律于凡在帝国内犯罪者，不问何人适用之。其在帝国外之帝国船舰内犯罪者，亦同。”从而否定了因身份不同而导致适用法律上的不平等。取消了中国封建法律中长期存在的议、请、减、赎、当、免等特权。为平等的适用法律，在立法上创造了条件。

第二，确立了近代刑罚体系。罪刑相适应需要有科学的刑罚体系相配套，《钦定大清刑律》第37条规定：“刑分为主刑及从刑。主刑之种类及轻重之次序如左：第一，死刑；第二，无期徒刑；第三，有期徒刑；（一）一等有期徒刑——十五年以下，十年以上，（二）二等有期徒刑——十年未滿、五年以上。（三）三等有期徒刑——五年未滿，三年以上。（四）四等有期徒刑——三年未滿，一年以上，（五）五等有期徒刑——一年未滿，二个月以上；第四，拘役：二月未滿，一日以上；第五，罚金；一元以上。从刑之种类如左：第一，褫夺公权；第二，没收。”《钦定大清刑律》所确定的刑名，深受日本1907年刑法的影响，1907年日本刑法废除了重罪、轻罪、违警罪的划分，取消了徒刑、流刑的名称。将主刑分为死刑、惩役、禁锢、罚金、拘留、科料六种，没收为附加刑。剥夺公权由特别法加以规定，未列入刑典中。《钦定大清刑律》中的刑罚体系比日本新刑法中的刑名更简洁、更概括、更清晰。虽然有些地方尚待完善，〔7〕但总体上看，这个刑罚体系按照各种刑罚方法的轻重次序分别加以排列，相关刑种互相衔接，结构严密，主附配合。这样，既能根据已然的社会危害性程度予以适用，具有给犯罪人带来一定痛苦的惩罚性，从而体现报应的意蕴；又能根据未然的犯罪的可能性大小加以适用，例如剥夺自由，限制自由，剥夺财产等刑罚，都具有遏制再犯的功能，从而达到功利的目的。科学的近代刑罚体系的确立，为实现罪刑相适应原则奠定了基础。

第三，规定了轻重有别的处罚原则。《钦定大清刑律》根据犯罪的社会危害性程度不同，规定了轻重有别的处罚原则。其一，防卫过当，紧急避险减轻处罚。第15条规定：“对现在不正之侵害，而出于防卫

自己或他人权利之行为，不为罪；但防卫行为为过当者，得减本刑一等至三等。”第16条规定：“避不能抗拒之危难、强制而出于不得已之行为，不为罪；但加过当之损害者，得减本刑一等至三等。前项之规定，于公务上有特别义务者，不适用之。”其二，未遂犯、中止犯减免处罚。第17条规定：“犯罪已着手，而因意外之障碍不遂者，为未遂犯。其不能生犯罪之结果者，亦同。未遂犯之为罪，于分则各条定之。未遂罪之刑，得减既遂罪之刑一等或二等。”第18条规定：“犯罪已着手，而因已意中止者，准未遂犯论。得免除或减轻本刑。”其三，在共同犯罪中，规定从犯减轻处罚。第31条规定：“于实施犯罪行为以前帮助正犯者，为从犯。得减正犯之刑一等或二等。教唆或帮助从犯者，准从犯论。”其四，数罪并罚。第五章为俱发罪，分别情况，对俱发罪进行了详细地规定。以上种种轻重有别的处罚原则，都体现了《钦定大清刑律》中的罪刑均衡原则。

第四，规定了近代刑罚制度。《钦定大清刑律》的立法者们洞察世界刑法理论发展态势，借鉴了新派刑法理论规定了一系列刑罚制度。其一，累犯制度。第五章为“累犯罪”，“凡已受刑之执行，复再犯罪，此其人习于为恶，实为社会之大愆。若仍绳以初犯之刑，有乖刑期无刑之义，故本章特设规定。”〔⑨〕所谓特设规定，主要指累犯加重的规定。”其二，自首制度。第九章为“自首制度”，第51条做了一般规定：“犯罪未发觉而自首于官受审判者，得减本刑一等。犯亲告罪向有告诉权之人首服，受官之审判者，亦同。”沈家本阐述了自首减轻的理由“自首减刑为奖励犯罪者悔过投诚而设。各国多数之例，惟认特别自首者，著之于分则。其有规定于总则者，盖缘于中国法系也。自首必须具备四要件。（一）自己之犯罪；（二）必于发觉前，若于发觉后告言已罪，乃自白非自首；（三）告知于官，惟例外告知被害人亦准自首法；（四）于官署就审判。四者不备即不得将予自首也。”〔⑩〕符合自首条件者可减轻处罚。其三，酌减制度。第十章为“酌减”，第54条规定：“审按犯人之心术及犯罪之事实，其情轻者，得减本刑一等或二等。”沈家本解释说：“为裁抑犯罪，制定分则以下各条。然同一犯罪，情节互异，若株守一致，则法律之范围过狭，反致有伤苛刻。故予裁判官以特权，临时酌量犯人之心术与犯罪之事实，减一等或二等也。”〔⑪〕其四，缓刑制度。冈田朝太郎不仅把西方的缓刑制度首次引进日本刑法，而且又把这一制度引入中国。第十二章为“缓刑制度”，第63条规定：“具有下列要件，而受四等以下有期徒刑或拘役之宣告者，自审判确定之日起，得宣告缓刑五年以下，三年以上：（一）未曾受拘役以上之刑者；（二）前受三等至五等有期徒刑执行完毕或免除后逾七年，或前受拘役执行完毕或免除后逾三年者；（三）有一定之住所及职业者；（四）有亲属或故旧监督缓刑内之品行者。”其五，假释制度。第十三章为“假释”，第66条规定：“受徒刑之执行而有悛悔实据者，无期徒刑逾十年后，有期徒刑逾二分之一后，由监狱官申达法部，得许假释出狱；但有期徒刑之执行未逾三年者，不在此限。其六，时效制度。第十五章规定时效，第69条规定了追诉时效：“提起公诉权之时效期限，依下例定之：（一）系死刑者，十五年；（二）系无期徒刑或一等有期徒刑者，十年；（三）系二等有期徒刑者，七年；（四）系三等有期徒刑者，三年；（五）系四等有期徒刑者，一年；（六）系五等有期徒刑、拘役、罚金者，六月。前项期限，自犯罪行为完毕之日起算。逾期不起诉者，其起诉权消灭。”第74条规定了行刑时效：“行刑权之时效期限，依下例定之：（一）死刑，三十年；（二）无期徒刑，二十五年；（三）一等有期徒刑，二十年；（四）二等有期徒刑，十五年；（五）三等有期徒刑，十年；（六）四等有期徒刑，五年；（七）五等有期徒刑，三年；（八）拘役、罚金，一年。前项期限，自宣告确定之日起算。逾期不行刑者，其行刑权消灭。”

第六，按刑罚阶梯理论设置了分则的顺序。《钦定大清刑律》分则共三十六章，各章顺序基本上按照犯罪性质的严重程度从重到轻依次排列。

（三）刑罚人道主义原则在《钦定大清刑律》中的体现

针对西方封建中世纪的刑罚残酷性、暴虐性，启蒙思想家提出了刑罚人道主义原则。人类的人道精神促使刑罚的严厉性在长期的演变中缓慢但坚定地日趋缓和，刑罚体系从以死刑为中心，到以肉刑为中心，再到以自由刑为中心的历史发展，背后的决定性力量是人道精神。因此，刑罚人道主义与宽容、柔和、人性等德性词汇相联系，与野蛮、残酷、恐怖、折磨等相对立。刑罚人道主义表现出国家在规定和运用刑罚时对犯罪以及犯罪之实施者的一种宽容的态度，其实质是将犯罪人作为伦理主体对待，而不是物体处理。刑罚人道主义意味着对于人的自主性的承认。可见，刑罚人道主义的基本含义实际上是人道主义形而上学原则的直接套用。只有将这一原则展开为一系列人道主义刑罚规则，才具有刑法上的意义。这些规则包括否定性规则和肯定性规则两个基本方面。否定性规则是人不能被作为手段对待之形而上学原则的展开，一般以“禁止……”，“不得……”的语言结构形式表达；肯定性规则是人应当作为目的对待之形而上学原则的展开，一般以“应当……”“尽量……”的语言结构形式表达，这两个方面统一在一起形成一个规则体系，确保人道主义的实现。而且，否定性规则是刑罚人道主义的基础，肯定性规则是在此基础上的进一步提升。

经过沈家本等清末修律者们的努力，西方近代的刑罚人道主义原则得以在《钦定大清刑律》中确立。主要表现为：

沈家本、伍廷芳受命修律后，对中西刑律进行了比较研究，“综而论之，中重而西轻者为多。盖西国从前刑法，较中国尤为惨酷，近百数十年来，经律学家几经讨论，逐渐改而从轻，政治日臻完善。故中国之重法，西人每訾为不仁。其旅居中国者，皆借口于此，不受中国之约束。”“臣等窃维治国之道，以仁政为先。自来议刑法者，亦莫不谓裁之以义而推之以仁。然则刑法之当改重为轻，固今日仁政之要务，而即修订之宗旨也。现行律例款目极繁，而最重之法，亟应先议删除者，约有三事。”“一日凌迟、枭首、戮尸”，“一日缘坐”，“一日刺字”。“以上三事，皆中法之重者。参诸前人之论说，既多议其残苛，而考诸今日环球之国，又皆废而不用，且外人訾议中法之不仁者，亦惟此数端为最甚。”[11]

《钦定大清刑律》确定近代刑种为主刑和从刑两类。其中主刑为死刑、无期徒刑、有期徒刑、拘役、罚金。从刑为褫夺公权和没收。沈家本认为旧律应变通者有五端，“更定刑名”便是其中之一。[12]杨鸿烈先生对此也给予了高度评价。“将中国法律最落后不合时宜的部分真能恺切披陈，可算是对中国法系加以改造的一篇大宣言。”[13]

第二，酌减死罪，确立死刑惟一制度。

死刑条款的多少是衡量一部刑法人道与否的重要标志之一。沈家本等人对死刑的立法极为重视，虽说废除死刑的条件不成熟，但减少死刑的适用，也是刑罚人道主义的体现。“死罪之增损代各不同，唐沿隋制，太宗时简绞刑之属五十，改加役流，史志称之。宋用《刑统》而历朝编敕丽于大辟之属者，更仆难数，颇伤繁细。元之刑政废弛，问拟死罪者，大率永系狱中。《明律》斩、绞始分立决、监候，死刑阶级自兹益密。欧美刑法，备及单简，除意大利、荷兰、瑞士等国废止死刑外，其余若法、德、英、比等国，死刑仅限于大逆、内乱、外患、谋杀、放火、溢水等项。日本承用中国刑法最久，亦止二十余条。中国死刑条目较繁，然以实际论之，历年实决人犯以命盗为最多，况秋审制度详核实缓，倍形慎重，每年实予勾决者十不逮一，有死刑之名而无死罪之实。持较东西各国，亦累黍之差尔。兹拟准《唐律》及国初并各国通例，酌减死罪；其有因囿于中国之风俗，一时难于骤减者，如强盗、抢夺、发冢之类，别辑暂行章程，以存其旧，视人民程途进步，一体改从新律。顾或有谓罪重法轻，适足召乱者。不知刑罚与教育互为消长，格免之判，基于道齐。有虞画像，亦足致垂拱之治；秦法诛及偶语，何能禁胜、广之徒起于草泽；明洪武时所颁大诰，至为峻酷，乃弃市之尸未移，新犯大辟者即至。征诸载籍，历历不爽。况举行警察为之防范，普设监狱为之教养，此弊可无顾虑也。”[14]沈家本在指出酌减死刑的必要性的同时，也批评了酷刑的不人道。

在死刑的执行方法上同样能反映刑罚的残酷与人道；沈家本主张“死刑惟一”。“旧律死刑以斩、绞分轻重，斩则有断脰之惨故重，绞则身首相属故轻，然二者俱属绝人生命之极刑，谓有轻重者，乃据炯戒之意义言之尔。查各国刑法，德、法、瑞典用斩，奥大利、匈牙利、西班牙、英、俄、美用绞，俱系一种，惟德之斩刑通常用斧，亚鲁沙斯、卢连二州用机械，盖二州前属于法而割畀德国者，犹存旧习也。惟军律所科死刑俱用銃杀，然其取义不同，亦非谓有轻重之别。兹拟死刑仅用绞刑一种，仍于特定之行刑场所密行之。如谋反大逆及谋杀祖父母、父母等条，俱属罪大恶极，仍用斩刑，则别辑专例通行。至开战之地颁布戒严之命令，亦可听临时处分，但此均属例外。”[15]《钦定大清刑律》第38条规定：“死刑用绞，于狱内执行之。”

第三，对未成人犯罪的惩治教育。

《钦定大清刑律》第11条规定：“凡未十二岁人之行为，不为罪；但因其情节，得施以感化教育。”沈家本对此解释为“夫刑者，乃出于不得已而为最后之制裁也。幼者可教而不可罚，以教育涵养其德性，而化其恶者，使为良善之民，此明刑弼教之义也。凡教育之力所能动者，其年龄依各国学校及感化场之实验，以十六七岁之间为限。故本案拾辨别心之旧说，而以能受感化之年龄为主。同十六岁以下无责任之主义。诚世界上最进步之说也”。沈家本在理由之后又提出了注意事项“因其情节而命以感化教育。盖以未滿十六岁者，虽有触罪行为，不应置诸监狱，而应置诸特别之学校。至感化场规则，当另行纂定。不在刑律之内。所谓情节者，非指罪状轻重而言，乃指无父兄或有父兄而不知施教育者。感化教育者，国家代其父兄而施以德育是也。”[16]宪政编查馆认为刑事责任年龄十五岁太宽，主张改为十二岁。最后由皇帝钦定为十二岁，但同时第50条宥减中加上未滿十六岁人得减本刑一等或二等。[17]

沈家本把惩治教育视为《钦定大清刑律》的重大变化之一，特别看重。“犯罪之有无责任，俱以年龄为衡。各国刑事丁年自十四迄二十不等，各随其习俗而定。中国幼年犯罪，向分七岁、十岁、十五岁为三等，则刑事丁年为十六岁以上可知。夫刑罚为最后之制裁，丁年以内乃教育之主体，非刑法之主体。如因犯罪而拘置于监狱，薰染囚人恶习，将来矫正匪易，如责付家族，恐生性桀骜，有非父兄所能教育，且有家本贫窶无力教育者，则惩治教育为不可缓也。按惩治教育始行之于德国，管理之法略同监狱，实参以公同学校之名义，一名强迫教育，各国仿之，而英尤励行不怠，颇著成绩。兹拟采用其法，通飭各省设立

惩治场，凡幼年犯罪，改为惩治处分拘留场中，视情节之轻重，定年限之长短，以冀渐收感化之效，明刑弼教，盖不外是矣。”[18]

第四，对精神病人、喑哑人行为的特别规定。

关于精神病人行为，《钦定大清刑律》第12条规定：“精神病人之行为，不为罪；但因其情节得施以监禁处分。前项之规定，于酗酒或精神病间断时之行为，不适用之。”草案案语说明了立法理由：“本条系规定痴与疯狂等精神病人，虽有触罪行为全无责任。精神病人之行为非其人行，乃疾病之作为，故不应加刑，而应投以药石。若于必要之时，可命以监禁。各国之规定皆与本条同。”[19]

关于喑哑人的行为，《钦定大清刑律》第50条规定得减本刑一等或二等处罚。沈家本认为“聋哑精神不完备者不能与普通之犯罪者同论，故酌量情节减轻本刑一等或二等。聋哑有生而聋哑者，有因疾病或受伤而聋哑者。生而聋哑乃自来痼疾，不能承受教育，能力薄弱，故各国等诸幼年之列。若因疾病或受伤而聋哑者，不过肢体不具，其精神、知识与普通无异，则不能适用此例。即有可原情形，自有宥恕之例在也。”[20]

第五，对老者的宥减规定。

《钦定大清刑律》第50条规定满八十岁人犯罪者，得减本刑一等或二等。沈家本解释说：“八十岁以上精神渐昏眊自不能与普通之犯罪者同论，故酌量情节减轻本刑一等或二等。”[21]

二、犯罪论

（一）未遂犯

“旧派与新派之争在未遂论方面的分歧至为明显，可以认为，客观未遂论与主观未遂论是两派争论的缩影。”[22]旧派注重犯罪行为所产生的法益侵害。法益之侵害为犯罪行为之本质，刑法的目的是保护法益。因此，犯罪行为仅于既遂时，才有处罚之必要。对于重大犯罪，为防止犯罪的发生，也可就犯罪人的危险性给予处罚。如果仅存犯罪的意思，没有发生法益侵害的客观危险性，也不能作为未遂犯予以处罚。对于未遂犯“理应采取较既遂为轻的处罚。”[23]新派认为，未遂犯的处罚根据在于显示出犯罪人的性格危险性的、与法相敌对的犯罪意思。如果某种行为已将这种犯罪意思表现在外部，则未遂犯的意思与既遂犯的意思没有差异。行为的既遂及其结果，并非重要，犯罪意图的显示就是犯罪本质的表现，因此，未遂与既遂本质上相同，两者均应同等予以处罚。虽可根据情节采取较既遂为轻的处罚，但不是必须如此。《钦定大清刑律》第17条规定：“犯罪已着手，而因意外之障碍不遂者，为未遂犯。其不能生犯罪之结果者，亦同。……未遂罪之刑，得减既遂罪之刑一等或二等”。此条关于未遂犯的规定，以肯定未遂犯罪受罚为前提，对其刑罚的适用是较既遂罪之刑“得减”一等或二等。“得减”不是“必减”，也不是“应减”，而是“可以减”。不难看出，《钦定大清刑律》关于未遂罪的规定，明显地倾向新派理论。关于这一点，沈家本先生在立法案语中有详细说明：“现行律所载，有谋杀已行未伤及伤而未死，强、窃盗未得财，强奸未成等，皆属未遂罪之规定，惟散见各门，并不到诸名例。隋唐以降，后先一轨。然此固不应仅属二三种犯罪，实系通乎全体之规则，本案故列于总则之中。欧美各国及日本之法殆莫不然也。未遂罪者照原则皆在应罚之列。……未遂罪致罪之主义有二：一，未生既遂之结果，损益尚属轻微，于法律必减轻一等或二等；一，犯人因遭意外障碍乃至不得遂而止，其危害社会与既遂犯无异，故刑不必减。惟各按其情节亦或可以减轻。此二主义，前者谓之客观主义，后者谓之主观主义。客观主义已属陈腐，为世所非，近时学说及立法例大都偏于主观主义。本案亦即采此主义。”[24]

（二）不能犯

行为入依犯罪之意思而实行一定之行为，在客体与行为性质上，从一开始就不能实现犯罪之结果者，称为不能犯，也称不能未遂。旧派学说认为，不能犯的行为未侵害法益，也未对法益构成威胁，这种既不能发生犯罪结果又无危害性的行为，没有处罚的必要。新派认为，行为人的犯罪意思已于外部明显表现出来，其性格的危险性暴露无遗，对不能犯进行惩罚，实属当然。《钦定大清刑律》采纳新派学说，把不能犯视同未遂犯，同样规定在第17条中。沈家本解释说：“未遂罪者，即分则所定之犯罪行为着手而未完结，或已完结而未生既遂之结果者是也。……第一项后半，在于不能生结果之情形者。如用少量之毒物，不致于死，及探囊而未得财物之类。在学术上谓之不能犯，其为罪与否颇属疑问，学者之所争论而未决之问题也。然此实应与一般未遂罪同论，故特设此规定。”[25]

（三）共犯

共犯理论是新旧两派争论最为激烈的焦点之一，也是极为复杂的刑法理论问题。旧派主张犯罪共同说，共同犯罪必须是数人共同实行特定的犯罪，或者说二人以上只能就完全相同的犯罪成立共同犯罪，根据旧派的基本立场，刑事责任的基础是表现在外部的行为及其实害与危险。所以，共同实行犯罪，意味着各共犯人共同实行了符合相同构成要件的行为。新派主张行为共同说，该说不要求共同实施特定的犯罪，也不要求数人必须具有共同实现犯罪的意思联络。根据新派的基本立场，犯罪行为是行为人反社会性格的征表，只要客观行为相同，即使犯意有别，也能说明相同的反社会性格。因此，共同犯罪并非符合特定构成要件的犯罪的共同，而是依共同行为而实现各自的犯意。

《钦定大清刑律》第29条规定，“二人以上共同实施犯罪之行为者，皆为正犯。各科其刑。”本条规定源自日本刑法规定：“二人以上共同实行犯罪的，都是正犯。”日本学者认为：“犯罪共同说的观点与这一规定符合。因为‘共同实行’意味着有共同的实行行为，而不同的犯罪有不同的实行行为，故只能就相同的实行行为即相同的犯罪成立共同正犯。”[26]就共犯的本质而言，《钦定大清刑律》采纳了旧派的犯罪共同说，但不是完全的旧派理论，它也吸收了新派的行为共同说，承认过失共犯。《钦定大清刑律》第35条规定：“于过失罪有共同过失者，以共犯论。”沈家本先生解释说：“过失罪之有无共犯，各国学说与判决例亦多有不同。本案取积极之论。例如，二人共弄火器致人于死伤或肇火灾，应照过失或失火之共犯处分也。”[27]第34条规定：“知本犯之情而共同者，虽本犯不知共同之情，仍以共犯论。”第36条规定：“值人故意犯罪之际，因过失而助成其结果者，准过失共同正犯论；但以其罪应论过失者为限。”既然过失可以构成共犯，当然不要求数人必须具有共同实现犯罪的意思联络，具备“行为共同”即可。在共犯的问题上，晚清立法者们试图调和新旧派理论。

三、刑罚论

在刑罚论方面，旧派主倡所谓报应刑论以至赎罪论，认为刑罚是对犯罪人所科处的与犯罪行为相均衡的一种恶害，并依此使犯罪人赎罪；还认为刑罚威吓、警戒一般人以期防止将来的犯罪，即所谓的一般预防主义。新派认为刑罚是为了防卫、保全社会，教育犯罪人兼以使其再社会化为目的，与其说威吓、警戒一般人莫如说是使犯罪人自身得到改造，预防犯罪，更为重要一些。新派重在特别预防。新派从犯罪人的社会危险性以至社会适应性出发，提倡刑罚个别化，从扩张法定刑的范围起，更进一步主张采用不定期刑，并认为刑罚与保安过分作为对犯罪人的教育、改造的一个手段来说，其性质是相同的，两者之间具有当然的可代替性。新派提出了缓刑、假释、时效等制度。

关于缓刑制度，它是近代西方刑法中富有促进机能的刑罚制度。无疑它是对短期自由刑所产生的弊端的一种补救措施。对初犯、偶犯或犯罪较微、情节可悯者，免塞其自新之路，予以反省后悔之机。它最早起源于1842年英国的缓予宣告制。1879年的简易裁判法和1888年的初犯者考验法使之法律化。1870年美国于波士顿开始适用缓予宣告制之后，各州相继适用。1878年美国马塞诸塞州制定了保护观察法。1907年，英国制定了保护观察法。1888年法国，1895年德国相继采用缓刑制。1907年日本刑法第四章为“刑之执行犹豫”，第25条规定：“左列之人受三年以下惩役或禁锢或五千元以下罚金之宣告时依情状得自裁判确定之日起于一年以上五年以下之期限内犹豫其执行。”第27条规定：“刑之执行犹豫宣告未被取消而经过犹豫之期间时刑之宣告失其效力。”

《钦定大清刑律》第63条规定：“具有下列要件，而受四等以下有期徒刑或拘役之宣告者，自审判确定之日起，得宣告缓刑五年以下、三年以上：(一)未曾受拘役以上之刑者；(二)前受三等至五等有期徒刑执行完毕或免除后逾七年，或前受拘役执行完毕或免除后逾三年者；(三)有一定之住所及职业者；(四)有亲属或故旧监督缓刑期内之品行。”第65条规定：“逾缓刑之期而未撤销缓刑之宣告者，其刑之宣告为无效。”沈家本认为规定缓刑制度很有必要，“习染罪恶，不思湔濯，虽不乏人，然亦有出于一时之错误者，若遽投监狱，官吏监督偶弛，往往互相谈论罪恶，是监狱乃研究犯罪之学校也。按列国统计，以平均计算，罪犯百人之中，累犯者居四五十人，而采用此种制之国，于轻微之初犯及本案第六十三条第二款之再犯，不投之于监狱，但警告将来以试验之。其在试验期内，犯罪者常平均计算，百人中仅十五六人。二者相衡，利害得失，了如观火。则此制度为今世舆论所归固宜，故本案采用之。”[28]

关于假释，它是一种附条件的提前释放，从而补救了长期自由刑的弊端。近代刑法上的假释制度确立于英国，十九世纪中叶盛行于西方各国。1820年英国于殖民地奥地利，把流亡的囚徒，附条件地提前释放，乃系假释制度的滥觞。十九世纪后期的欧洲国家刑法普遍采用假释制度。日本新旧刑法均有假释制度。1907年日本刑法第五章为假出狱。第28条规定：“被处惩役或禁锢者有懊悔情况时有期经过其刑三分之一后，无期经过十年后得以行政机关之处分许假出狱。”

《钦定大清刑律》66条规定：“受徒刑之执行而有俊悔实据者，无期徒刑逾十年后，有期徒刑逾二分之一后，由监狱官申达法部，得许假释出狱；但有期徒刑之执行未满三年者，不在此限。”沈家本在案语中对假释的作用及新派的思想做了明确解释：“假出狱者，乃既经入狱之人，其在执行之中尚有俊改之状，

姑与以暂行出狱之法，以奖其改悔也。盖入人于狱，古时原欲以痛苦惩戒其人，近年惟以使人迁善为宗旨，故执行刑法之时，倘有人有改过迁善之实即不妨暂令出狱，此其制之所由生也。”[29]

关于时效，它是刑法中具体的现实刑罚权消灭的原因之一。时效分为刑罚请求权的消灭和刑罚执行权的消灭。两种时效的完成，均须经过一定时间。时效完成后，国家即不行使追诉权和行刑权。它是新派理论的业绩之一。在大陆法系国家中，法国率先采用时效制度，其他国家相继仿效。英、美也随之采用并加以推广。

《钦定大清刑律》第十五章专门规定了时效制度。第69条为追诉时效。第74条为行刑时效。“时效云者，乃泰西旧语。惟本案则新采用也。凡既经过律例预定之时限，则生取得权利或免除义务之效力，此制度谓之时效。时效有得权时效、免责时效二种。然在刑事法之范围内。无有与得权时效相匹者。惟有属于免责时效一部之公诉时效与行刑时效二种而已”。追诉时效的规定有利于法律的公正与效率，如果不在一定期限内起诉“则有罪之证据与嫌疑人有利之证据均已散逸，势不得以不确实之证据，而审判判决不确实之人。瞬昧科罚最为刑事所忌。故本案特以第六十九条确定公诉提起权之时效期限也。……行刑权之时效与起诉权之时效不同。须俟有罪之事实既明，刑之宣告已经确定之后，方始适用。故不虑证据散逸。是以前期限较起诉权时效期限延长一倍。有罪之事实即明，刑之宣告已经确定，虽经易数年，仍应执行。然使犯人在第七十四条之长年月间，不受执行而照常生计于社会，其因此所生之普通生计关系必已不胜枚举。例如，人于二十岁时，受死刑宣告，乃脱逃后经三十年，是其人年岁已满五十，此其时或已立家室或已就正业，得有相当之地位。倘于此际，以三十年前之罪致之大辟，是直破坏三十年间普通生计关系。犯人以外之人，虽未身被其刑，而受恶果，或更有甚者，是使人忘刑之威严，而但觉刑之残酷，实非刑事政策所宜。死刑如此，其余可类推矣。”[30]

《钦定大清刑律》在会通中西调和新旧方面做出了大胆的尝试，仅就西方近代刑法新旧两派理论而言，《钦定大清刑律》的制定者在刑法基本原则方面更多地倾向于旧派理论，特别是罪刑法定主义原则的明确规定。在犯罪论方面倾向于新派理论并试图调和新旧。在刑罚论方面明显地倾向于新派观点。《钦定大清刑律》对西方近代刑法旧派理论的吸收，构建了我国近代刑法的基本框架。立法上较顺利地完成了传统旧律向近代刑法的转型。《钦定大清刑律》的制定者们对近代刑法新派理论的甄采，使中国近代刑法起步之初即直抵刑法理论前沿。但中国社会的滞后性，使《钦定大清刑律》中的不少内容停留在纸面上。这是一种历史的遗憾。笔者无意评价《钦定大清刑律》的得失，有一点是乎不该否认，即在西方近代新旧两派理论共同影响下制定的《钦定大清刑律》探索出了一条中国刑法走向近现代的道路，尽管这条道路有些崎岖，我们还是沿着前人的足迹走到了今天。

*周少元，法学博士，安徽大学法学院教授，中国社会科学院法学所博士后研究人员。

[①] 《钦定大清刑律》这一名称并不为学人经常提及，人们更习惯称之为《大清新刑律》。其实，此种称谓并不准确。李贵连教授较早注意到这一问题，在《沈家本与清末立法》一文的注释中提到了《钦定大清刑律》。（参见李贵连：《沈家本与清末立法》，载北京大学法学论文集，光明日报出版社1987年版，或参见李贵连著：《近代中国法制与法学》，北京大学出版社2002年11月第1版，第286页注）。朱勇教授认为《大清新刑律》应称为《大清刑律》“关于《大清刑律》的名称，学界一直多称为《大清新刑律》。经查，其依据有二。第一，清末宪政编查馆、资政院于光绪三十四年八月初一日会奏《宪法大纲》暨《议院法》、《选举法》要领及《逐年筹备事宜》折中，《逐年筹备事宜清单》多次提及‘新刑律’。宣统二年十二月十七日宪政编查馆大臣奕劻等拟呈《修正宪政逐年筹备事宜》折，也多次提及‘新刑律’。第二，宣统二年（1910）在正式颁布《大清刑律》的《上谕》中，也有‘新刑律’字样。”朱勇教授进一步指出：“《刑律》之前冠以‘新’字，仅是在表述中为区别于当时正实施的《大清现行刑律》所用。该《刑律》从制定到正式颁布，其正式名称中均无‘新’字。……宣统二年（1910）颁布的该刑律以《钦定大清刑律》为正式名称。”（参见朱勇：《中国法制史》，法律出版社1999年9月第1版，第482页注①）。笔者在撰写此文时，查阅了有关资料，诚如朱勇教授所言，无论是官方的奏折、上谕还是人们的习惯，几乎均称《大清新刑律》，但据中国政法大学图书馆所藏宣统三年六月刊印的殿本的确以《钦定大清刑律》为正式名称。故本文采用之。

[②] 本文所引《钦定大清刑律》条文均出自宣统三年六月刊印《钦定大清刑律》，中国政法大学图书馆藏。

[④] 冈田朝太郎：《日本冈田博士论改正刑律草案》，留庵译自日本《法学协会杂志》二十九卷第3号，引自《法政杂志》，第一年第1期。

[⑤] 葛遵礼：《中华民国新刑律集解》，14页，上海会文堂，1914。

[⑥] 沈家本：《修订法律大臣沈家本等奏进呈刑律草案折》，载《大清法规大全·法律部》卷11

[⑦] 徒刑采用等级制，将有期徒刑分为五等，等差高达五年，分则中只规定有期徒刑适用的等级，这种立法技术大大增加了有期徒刑适用的繁琐程度，也影响了量刑的准确性，这种现象在1928年的《中华民国刑法》中得以改变。

[⑧] 《修订法律大臣沈家本等奏进呈刑律草案》，载《大清法规大全·法律部》卷十一

[⑨] 《修订法律大臣沈家本等奏进呈刑律草案》，载《大清法规大全·法律部》卷十一

[⑩] 《修订法律大臣沈家本等奏进呈刑律草案》，载《大清法规大全·法律部》卷十一

[11] 《修订法律大臣奏请变通现行律例内重法数端折》，《大清法规大全·法律部》卷3，第1-2页。

[12] 沈家本：《修订法律大臣沈家本等奏进呈刑律草案折》，载《大清光绪新法令》第19册，第26-28页。

[13] 杨鸿烈：《中国法律思想史》，312页，商务印书馆，1998。

[14] 沈家本：《修订法律大臣沈家本等奏进呈刑律草案折》，载《大清光绪新法令》第19册，第26-28页。

[15] 沈家本：《修订法律大臣沈家本等奏进呈刑律草案折》，载《大清光绪新法令》第19册，第26-28页。

[16] 《大清法规大全·法律部》卷十一，法典草案一。

[17] 参见宣统二年十二月二十五日上谕，载《钦定大清刑律》卷首，宣统三年六月刊印，中国政法大学图书馆藏。

[18] 沈家本：《修订法律大臣沈家本等奏进呈刑律草案折》，载《大清光绪新法令》第19册，第26-28页。

[19] 《大清法规大全·法律部》卷十一，法典草案一

[20] 《大清法规大全·法律部》卷十一，法典草案一

[21] 《大清法规大全·法律部》卷十一，法典草案一。

[22] 张明楷：《刑法的基本立场》，8-9页，中国法制出版社，2002。

[23] [日]藤木英雄：《刑法上的学派对立：旧派和新派、客观主义和主观主义》引自《外国刑法研究资料》第一辑，北京政法学院刑法教研室一九八二年六月编，第122页。

[24] 《大清法规大全·法律部》卷十一，法典草案一。

[25] 《大清法规大全·法律部》卷十一，法典草案一。

[26] [日]西原春夫：《刑法总论》（下卷），成文堂1993年改订准备版，第374页。早稻田司法考试研究室：《刑法总论》，早稻田经营出版，1990年版，第215页。

[27] 《大清法规大会·法律部》法典草案一。

[28] 《大清法规大全·法律部》卷十一，法典草案一

[29] 《大清法规大全·法律部》卷十一，法典草案一

[30] 《大清法规大全·法律部》卷十一，法典草案一

发表评论

用户名： (3 - 20个字符)

电子邮件：

用户评论：

发表评论

重置

用户评论

用户名：tzq
发表时间：2005-2-14 0:06:34
来源地址：61.190.82.28
评论内容： <p>1、可见，《钦定大清刑律》的理论基础并不比后世刑律薄弱。其生不逢时也是一种历史的遗憾吧；</p> <p>2、如此功利而弥漫物质诱惑的时代，有潜心向学治学者应是时代的一种幸事吧。</p>

中国法律文化 | About law-culture | 关于我们

中国法律史学会 主办 中国社会科学院法学研究所 承办
电话：64022187 64070352 邮件：law-culture@163.com
地址：北京市东城区沙滩北街15号 邮编：100720