

## 中国法学会邮件系统

用户名 密码 

## 信息检索

包含字符 检索内容 检索字段 排序字段 排序方式 

一月信息排行

Commun

法学论坛 &gt;&gt; 论坛专题 &gt;&gt; 法制史

本层分类：[法制史](#) | [行政法学](#) | [刑法学](#) | [民商法学](#) | [诉讼法学](#) | [法理学](#) | [宪法学](#) | [劳动法](#) | [知识产权法](#) | [投稿须知](#) | [经济法](#) | [探索争鸣](#) | [国际法](#)[→ 法制史](#)

## 签注视野下的晚清刑法改革

阅读次数： 712 2006-11-27 9:45:00

签注视野下的晚清刑法改革  
——兼论变革时代法律与社会不和谐的起源

(高汉成)

## 一、问题的提出

如果从1840年鸦片战争算起，中国社会踏入近代已经一百六十多年了；

如果从1902年清末修律算起，中国法律制度的现代化也已经一百年有余了。

百年回望，我们当然有理由为中国社会、为中国的法制而欣慰，从皇帝专制制度、《大清律例》到人民代表大会制度、《中华人民共和国宪法》、《中华人民共和国刑法》，我们能够清晰的听到历史前进的脚步声。

但立足当今中国社会的现实，我们的心情也许就不那么乐观。因为：尽管按照现代理念建设的立法体系、司法机构已经基本完善，但现代“法治”的理想却很难说已经大体实现。一个基本的表现是：权力超越法律仍然是弥漫在中国社会中的普遍现象，全社会法律信仰的程度依然很低。以至于让人不得不哀叹：一百年来，从根本上讲，中国依然是“人治”而不是“法治”。回顾百年过去，中国法律走过了艰辛的历程；前瞻未来，中国法治之路依然并不平坦。

自人类15世纪进入加速度发展的时代，对于一个民族、一个国家来说，一百年无论如何都不能算作一段短的时间。因此，不管是纵向和自己的过去比，还是横向和世界其他民族国家相比，人们有理由这么认为：中国百年树法，本来应该更好。

那问题究竟出在哪里呢？

这要从中国法律现代化的开端——晚清法律改革说起。

## 二、晚清法律改革与《大清刑律》

继1901年1月清政府决定“变法”、号召向西方学习之后，1902年3月清政府又决定“修律”，晚清十年的法律改革由此而始。一般认为，清末十年的法律改革分为两个阶段，1902-1905年为第一阶段，这个阶段的法律改革主要是删削旧律，内容和工作不出张之洞、刘坤一《江楚会奏变法三折》的范围；但自1906年7月清政府决定“仿行宪政”、实施“预备立宪”之后，清末的法律改革便进入第二阶段，开始向纵深发展，国家致力于建立新的法律体系、实行司法独立。其中，从1902年清政府决定修订《大清律例》，到1907年修订法律大臣沈家本上奏大清刑律草案，再到1911年《大清刑律》的颁布，刑事法律的变革贯穿了晚清十年法律改革的整个过程。

《大清刑律》是中国法律史第一部具有独立意义的现代刑法典，同时也是清末各种新法中制定时间最长、争议最大的一部法律。自1907年10月3日（光绪三十三年八月二十六日）和12月30日（光绪三十三年十一月二十六日），修订法律大臣、法部右侍郎沈家本分别上奏大清刑律草案总则和分则以后，对刑律草案的各种反馈意见便纷至沓来，其中以中央各部院、地方各督抚的签注意见最为重要。正是在中央和地方大员签注的影响下，清廷下令修订法律馆会同法部对刑律草案进行修改并于1910年2月2日（宣统元年十二月二十三日）出台《修正刑律草案》。《修正刑律草案》与最初上奏的草案相比，总体布局由原来的总则、分则两部分便成了总则、分则和附则三部分；虽然总则17章、分则36章没有变，但条文却由387条增加到409条，在篇章名称、条文内容上也多有变化，在总则、分则之后增加的“附则”五条更是原来草案所完全没有的内容。《修正刑律草案》由宪政编查馆核查定稿后交由资政院审议，1911年1月25日（宣统二年十二月二十五日）《大清刑律》颁

布。

应该说,晚清十年的法律改革,其涉及范围之广、力度之大,在中国法律史上是前所未有的。就立法内容而言,一个包括宪法、行政法、刑法、民法、诉讼法、法院编制法在内的全新法律体系已经初步建立。就立法过程而言,其它法律的制定相对都比较顺利,唯独刑法典的制定一波三折,1907年的刑法典草案不仅引起了广泛的争议,而且引发了绵延数年之久的“礼法之争”。这的确是一个值得仔细“咀嚼”的历史现象,但有一点,认为反对刑律草案就是顽固、保守的说法恐怕是站不住脚的,因为同步进行的其它法律的制定也基本是移植和照搬西方的法律,就没有引起这么大的风波。而且张之洞就说过,凡是传统法律所无或者基础薄弱的法律,如商法、民法、交涉律,不妨尽用洋律。即使就刑法而言,决定对《大清律例》修订本身就是引进西方法律的过程,这一点一般意见是清楚的,“于名教纲常礼义廉耻之重,仍以中律为主。其余中律所未完备者,参用洋律。为交涉事件等项,罪名不妨纯用洋律,庶风土人情各得相宜矣”[1]。这表明,以张之洞为代表的礼教派并不顽固,他们懂得取西方之长补中国之短的道理。但对传统法律中极为成熟和发达的刑法典,他们则当仁不让,对基本是移植和照搬西方法律的刑律草案进行了激烈的批评。这一方面展示了他们对中国传统刑法文化的自信,希望藉此能有和西方法律文化平等对话的机会;另一方面他们也担心,如果连这“最拿手”的东西都没有和西方平等对话的资格和机会,那中国传统法律文化还有何存在的价值?斟酌、融合中西岂不成了一句空话?即使今天看来,这的确也是个问题,正如苏亦工老师所言,“按照常理,清朝官方和沈氏个人如均以中西融合为宗旨,则制定刑律时,传统法律资源中可供汲取者正多,又何必舍近求远,假手洋人呢?”[2]。越来越多的迹象和材料似乎在证明,刑律草案对于中国传统刑法典中有价值的规定,并没有能够很好的予以消化吸收而留存于新刑法典之中,而是“把孩子连同洗澡水一并泼掉了”。下面以《大清律例》中关于官吏犯罪和暴力性犯罪规定的积极价值被《大清刑律》废弃为例,说明草案编纂者对“本土资源”缺乏创造性转化利用。而如何正确处理本土因素和外来因素的协调融合问题,是中国法律近代化过程中的关键问题。对这个问题的的重要性、艰巨性、复杂性认识不足,是晚清刑事法律改革以来的中国法律现代化过程中的主要病因。

### 三、关于官吏犯罪的规定

古代吏员犯罪有公罪和私罪之分，且私罪的量刑比公罪为重。就法律条文而言，吏员的一切活动都纳入法律的规范之内，不但故意犯罪应受严惩，与职务有关的大量过失犯罪也一样惩处。刑律草案大幅度调整了对吏员犯罪的定罪处刑，如与职务有关的大量过失犯罪不再科刑，官员的渎职犯罪被严格限定在一个很小的范围内，对官员贪污贿赂犯罪的量刑也大大减轻。对此许多签注提出了异议，如江西签注一方面认为第一百六十四条聚众为暴行或胁迫罪中缺少对官吏人身的特别保护，“伤害实行公务之吏员，岂可与凡人同论乎？”；另一方面又认为第二百三十五条吏员明知虚伪之事实而据以制作所掌文书图样罪中应规定过失犯罪处罚的条款，“吏员有办事之权，应负办事之责。如有申告虚伪之事实者，若不查是非制作文书，虽非有意舞弊而制作错误，亦应负其责任。况虚伪之事，所关甚巨。今本案定为吏员不坐，与理尚有未协，此条应行酌改”[3]。对于贪污贿赂犯罪，草案第140条仅定二三等以下有期徒刑，两广认为旧律贪赃枉法之罪处刑甚严，可至死刑，草案量刑过轻，“将使墨吏罔知戒懼而苞且之事日多，似于吏治不无妨碍”，它还认为草案第260条吸食鸦片烟罪官民无别不妥，应该重罚官弁而轻责平民[4]。湖广签注则对第一百四十五条关于告状不受理罪提出异议，认为官员不受理举报，可能会造成极为严重的后果，因而应予以严惩，“查现行律例告状不受理，如告谋反、谋叛不即受理掩捕，以致聚众作乱、攻城劫掠者处分甚严，所以杜萌乱而儆溺职。现在沿江一带，伏莽甚多，或倡言革命肆无忌惮，设或有以此等事情告发，不即受理捕治，致生厉害治安，实非浅鲜。本条罪仅四等徒刑而止，未免轻纵，似应酌量加重”[5]。但修正案对以上意见，均未采纳。

传统法律固然给予了官吏以各种等级特权和特别保护，但同时意味着比凡人更加严格的要求和惩处，就此意义而言，传统法律下官员的权利和义务是对等的，是相对公平的。草案按照近代法律精神，剥夺了官员的各种等级特权和特别保护，同时也放松了对他们的要求，单就法理而言，这是在一个新的意义上的平等和公平，未尝没有道理。但揆诸中国近代以来的历史与现实，我们看到中国行政运作从来就和西方有着极大的差异，如政府始终是社会的核心，官员的权力很大而事实上很少受到行政法规的约束，如果再不在刑法上就他们的犯罪行为规定较为严厉的惩处，完全有可能对国家、社会和公民个人造成无可挽回的损失。而且纵观近百年来中国公务员的管理，官员的各种特权和特别保护事实上仍然存在，但比凡人更加严格的要求和惩处却因法律的取消而取消，形成了一种新的权利和义务的不平等和不公平。所以我们今天常常听到和

看到的一些重特大事故，如重庆天然气井喷事件、陕西铜川陈家山煤矿瓦斯爆炸事件以及触目惊心的假酒、假烟、假奶粉、毒火腿的横行，这其中实际上都有一个政府官员失职、渎职的问题，但却很少看到有政府官员为此承担责任，他们常常以不知道此事为自己开脱责任，这说明至少在法律上是有漏洞可钻的。以至于“一个私自成立，无任何办学资质和办学手续，学员无任何正规渠道的‘三无’假军校，（在山西太原各有关主管部门的眼皮子底下公开）一办就是五年”，太原市副市长范世康却说“学生被骗也有自身的原因。一些学生、家长无知无法，不按照有关招生的规章制度办事，片面听信一些人的花言巧语，结果上当受骗”[6]。呜呼，要求普通老百姓个个须有“火眼金睛”，那人民纳税“供养政府”又有何用？这是我们最不愿到的。所以，《大清律例》中对官吏犯罪的规定是有价值的，它能有效的防止因官员渎职而产生的危害超出人民可以承受的范围。关于贪污贿赂的犯罪，国外发达国家的确很少用死刑来惩处，因为它被视为经济犯罪而性质不是特别严重。但对于中国来说，由于各种原因，官员的此类犯罪很多，对社会的影响很大，从来都是普通民众最恨之入骨的犯罪现象，不予以严惩就无法保证最起码的社会秩序。所以直到今天刑法里对于此类犯罪，仍有最高刑死刑的规定。这是符合中国国情的。等到中国制度健全，此类犯罪现象减少，自可以与世界接轨，但在目前还不行，那就更不用说一百年前的中国了。许多签注强调对西方文化要取其利而避其害，后人也许该从中得到教训而不是不屑一顾[7]。

#### 四、关于暴力性犯罪的规定

对一个政府而言，维护基本的国家稳定和社会秩序是最起码的职责。就法律体系而言，刑法在这方面责无旁贷。中国先人很早就懂得这个道理，早在春秋战国时期，李悝就认为“王者之政，莫急于贼盗”，所以《法经》首著贼、盗两篇予以严厉打击。到了唐律之中，对于故意杀人、强盗、强奸、绑架以及劫囚、反狱、聚众暴动等暴力性犯罪均视为重罪而予以处罚，到了明清朝，比照唐律“重其所重、轻其所轻”的原则，对此类犯罪的处罚有进一步加严的趋势，几乎一概处以死刑，而且“决不待时”。刑律草案取感化主义而“酌减死罪”，结果死刑条款由《大清律例》的七百六十条降到了四十六条，对暴力性犯罪的定罪量刑随之也予以宽缓，如基本没有了死刑唯一条款[8]，有的暴力性犯罪甚至最高刑只是有期徒刑。如第299条杀人者处死刑无期徒刑或一等有期徒刑、第301条故意伤害人致死或成笃疾者无期徒刑或二等以上有期

徒刑、第352条强盗罪处三年以上有期徒刑、第274条强奸罪处二等以上有期徒刑、第362条诈欺取财处三等以下有期徒刑、第168条犯人暴力脱逃和第169条盗取囚人均处二等至四等有期徒刑、第164条聚众暴乱的首魁处无期徒刑或二等以上有期徒刑而骨干处二等至四等有期徒刑或一千元以下一百元以上罚金，对于严重危害公共安全的暴力性犯罪，如放火、决水、爆炸等，造成严重后果的才处以死刑无期徒刑或一等有期徒刑。对此定罪量刑，众多签注提出了强烈异议。湖广、湖南等签注第169条时指出，“本条盗取两字，系包窃取、强取而言，窃取情节尚轻，强取即系劫囚，现行律例罪应至死，仅处以二等至四等有期徒刑，似涉轻纵”[9]；闽浙在签注第164条时指出，“此等行为即属罪干斩绞，自应将首恶分别惩治以儆不法。若概从轻减，则凶徒更肆无忌惮，势必气焰益张煽惑声乱，毫无底止后患不堪设想，实于地方治安大有关系，此两条骤难照办”[10]；浙江在签注第362条则认为，“现行律例恐吓取财门内定有捉人勒赎之例，节经加重，新章改照强盗律治罪。以其倚强掳足肆意凌虐勒令用财取赎，凶暴情形与强盗无异，故治罪特严。且浙省捉人勒赎之案，层见叠出。若仅处以徒刑，其何以惩强暴而望治安？”[11]。

在整个中世纪，对严重暴力性犯罪予以严厉打击以维持起码的社会稳定一直是传统法律的特点，也是优点，封建社会之所以能维持两千多年，与此直接有关。如反狱、劫囚之罪，在中国普通人的观念里是要杀头的重罪，因为它直接对抗和蔑视政府的权威，对社会危害极大，予以严惩并无不妥，在社会不安定的情况下尤其如此。草案对此仅处二等至四等有期徒刑，与现行刑律的死刑差异过大，不利于社会安定和维持政府权威和秩序。如强盗和强奸之罪，直接危及财产安全和人身安全，也是应该予以严厉打击的，可对于两罪并发的“于盗所强奸妇女”，草案也不过处无期徒刑或二等以上有期徒刑，对于犯强盗之罪故意杀人者也没有唯一死刑条款，对于当时社会经常发生绑票勒索之案，犯罪者也不过是五年以下有期徒刑，确实情重法轻。这一点，修订法律馆诸公似乎也有觉察，修正案对于原案第168条的脱逃罪就区分了为个人暴力脱逃和聚众暴力脱逃分别定罪量刑，第169条盗取囚人区别窃取、强取、聚众劫取分别定罪量刑，两者均加入了死刑条款。于盗所强奸妇女也移入下条而可以对犯罪者处以死刑。即便如此，《大清刑律》正文对严重危害社会治安的暴力性犯罪的打击力度仍然不够。所以民国沿用《大清刑律》的内容以后，也不得不适应当时的社会实际状况对《大清刑律》的缺陷作一定补救。如1914年北洋政府颁布《暂行新刑律补充条例》，

全面贯彻袁世凯的“以礼教号召天下，重典胁服人心”的原则，“增加了对轮奸罪的规定，加重了对强奸杀人罪的处罚，对于打击恶性犯罪有积极意义”[12]；同年七月颁布了《惩治盗匪法》，加重了对强盗罪的法定刑，新增了匪徒罪的规定，将七年前草案仅处五年以下有期徒刑的掳人勒赎罪规定为匪徒罪而予以严惩，其量刑一般均有死刑条款而且简化了审判、执行程序。1928年南京国民政府也是在刑法典之外另行制定了《惩治绑匪条例》、《维持治安紧急办法》、《惩治盗匪条例》等刑事特别法以加重对此类犯罪的处罚。中华人民共和国时期，1979年刑法颁布后，全国人大常委会也一再作出《关于处理逃跑或者重新犯罪的劳改犯和劳教人员的决定》、《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》、《关于严惩拐卖、绑架妇女、儿童的犯罪分子的决定》。这些都表明，自1907年刑律草案改变了《大清律例》对严重暴力性犯罪的定罪量刑标准以后，历届政府在制定刑法典时皆大致上予以遵循，以免背上“开历史倒车”的恶名。但为了维护最起码的社会秩序，又不得不从现实出发，制定刑事特别法对严重危害社会治安的暴力性犯罪予以严厉打击，这不仅在内容上，而且在形式上都回到了《大清律例》的老路。正如苏亦工老师所言，“传统法律已经解决的问题，因抄袭西法反而感到束手无策，实践中不得不以特别法或司法解释的方式加以弥补，最终又回到了传统的老路，岂非庸人自扰？”[13]。

## 五、问题的起源

中国是一个历史悠久且有着独特法制传统的国度。儒法合流以后的中华法系，是有着自己鲜明民族特色的法律理念和价值标准的。但进入近代以后，在外来法律文化（以西方为主）的影响下，中华法系被迫偏离了自己的轨道而开始转型。百年来中国法制的历史，就是双方博弈的结果，但双方谁也无法战胜谁。外来因素占据了立法领域后，却再也无力向前推进；传统因素虽然退出了立法领域，却仍然实际支配着中国人的法律信仰和法律适用。这样一种独特的“共生”局面，使得中国法律出现了文本法律和现实法律的严重背离以及法律理想和现实的法律二元对立。西方的法律精神和话语已经成为中国立法体系的主流，但它却无法完全在中国这块土地上扎下根来，大部分只能漂浮在中国的上空。传统法律的体系和话语在形式上已经荡然无存，却仍然顽强而深刻的影响着中国人的生活，并实际主宰着每一个中国人的命运。中外法律文化从来就没有真正融合过，它们以这种奇特的二元对立的形式存在于中国社会当中。百年中国法律的现代化，是在法律文本、法律制度层面移植了

西方法律的形式，而在实践层面保留了中国传统法律的内容。两者“脱节”“滑轮”却又“共存”的现象，是中国法律迟迟不能实现现代化的主要表现。这譬如：中国引进了西方的技术，仿制了西方的机器，建设了颇有规模的大厂房，却怎么也生产不出成批量的合格产品来。其质量有的时候还不如传统作坊里的产品。这既令西方人大跌眼镜，也令中国人感到不满。这种“有法不依、执法不严、违法不纠”的状况，已经严重伤害了中国人对现代法律的信仰。它对社会危害，也许甚于“无法可依”！

今天，越来越多的人意识到：外来的法律有其生长、运行的土壤，单纯的移植法律文本和司法机构并不能使它在异质的文化土壤里茁壮成长；同样的，有着悠久而独特历史的中国法律传统也并没有因为中央集权的君主专制制度的灭亡而消失，它变换了形式，依然顽强的附着在新生的制度上并主导了这个制度的灵魂。出现这样一种尴尬状况，原因固然是多方面的。但其中重要的一点，就是没有正确处理本土因素和外来因素在法律现代化过程中的协调和融合问题。对于这一问题的重要性、艰巨性和复杂性的认识不足，是百年来立法者和制度建构者的通病，以至于最后，貌似先进的法律制度为落后的政治制度的粉饰竟成了无奈的动机和选择[14]。因此，我从来认为，中国法律的问题，根本就不是本土化还是国际化这一类目标和价值取向的问题，而是如何消解中国传统因素和西方因素在中国法律上述两个层面的这种奇特“对立统一”问题。相应地，评判法律变革成效的标准，是看它是否在法哲学的逻辑和历史学的逻辑中间取得了平衡。

当然这是一个异常复杂而又重大的问题，我本人无力也不打算做出具体的回答。但好在中国法律现代化之初，中国人已经注意到了这个问题。清末修律中绵延数年的“礼法之争”，曾经对这个问题作了较为深入的探讨，回顾并品味这段历史，也许对我们回答这个问题有所启发。尽管这会让我们痛苦地意识到：百年前的一些话题，现在法学家们还在热烈讨论。这在某种程度上是否预示着：“我们必须承认，在某些方面中国依然如故地站在历史的起点，并没有前进”[15]。

---

[1] 《都察院奏折》。



[2] 苏亦工：《明清律典与条例》第344页。

[3] 《江西签注清单》第164、235条。

[4] 《两广签注清单》第140条。

[5] 《湖广签注清单》第145条。

[6] 《太原：五年查封不了个假军校》，北京日报2005年1月13日第九版文章。

[7] 清朝灭亡以后，《大清刑律》的内容为中华民国所沿用，但过轻的量刑显然对打击官吏的贪污贿赂及渎职犯罪不利，所以不得不在刑法典之外另立刑事特别法予以较为严厉的惩处，如1914年的《官吏犯赃条例》、1920年的《办赈犯罪惩治暂行条例》、1921年的《官吏犯赃治罪条例》。现行中华人民共和国刑法对贪污罪则按五千元、一万元、五万元、十万元分别量刑，对于贪污数额在十万元以上、情节特别严重的处死刑。这表明，《大清律例》对官员犯罪采取的以赃论罪的方法和严厉打击的思路是有价值的，1907年刑律草案应该予以继承而不是摒弃。

[8] 但对于特定身份的人犯罪，如故意杀伤皇帝、故意杀尊亲属应处唯一死刑，则是极其个别的例外。

[9] 《湖广签注清单》第169条。

[10] 《闽浙签注清单》第164条。

[11] 《浙江签注清单》第362条。

[12] 朱勇：《中国法制史》第536-537页。

[13] 苏亦工：《明清律典与条例》第344-345页。

[14] 民国时任大理院民事推事的郑天锡在谈到判例的价值时指出，“盖在外人之眼光，我国之法典，或不无少含有政治的意味，因为

我国急欲收回领事裁判权，难免于法典多所粉饰；惟判例则不然。判例乃法官自由适用法律或条理之结果，且亦足以窥之法院之程度；故大理院判例于我国法学中，为研究价值之一部分也”。这表明，《大清刑律》不仅没有改善《大清律例》中律、例不相统一的弊端，相反在正文之外列《暂行章程》，破坏了法典在体例和内容上的统一，与近代统一刑法典的要求是矛盾的。也造成了刑罚思想和使用的混乱。这一影响和后果，直到民国仍然存在，郑天锡所说判例的价值，恰恰是以法典本身的缺陷为代价的。

[15]《晚清官员的司法独立观》“编者提按”，《比较法研究》2003年4期。

【返回】

欢迎光临中国法学会官方网站

Thank you for visiting [www.chinalawsociety.org.cn](http://www.chinalawsociety.org.cn)

中国法学会 版权所有 © 2005 京ICP备05072373号 联系方式  
(浏览中国法学会网，建议将显示器的分辨率设为1024\*768) 网站制作与维护：北京长城宏业网络信息科技有限公司