

《大清刑律草案》立法宗旨的历史错位

高汉成

内容提要: 1907年修订法律馆上奏《大清刑律草案》后,中央各部院堂官、地方各省督抚、将军都统陆续上奏对《大清刑律草案》的签注意见,对《草案》所奉行的“折衷各国大同之良规,兼采近世最新之学说”的立法宗旨提出了质疑和批评。《草案》第27章关于堕胎之罪的规定、第30章关于略诱及和诱之罪的规定、第306、307条关于决斗罪的规定有“食洋不化”的倾向,表明《草案》的起草者没能做到“会通中西”;总则第11条、第49条关于刑事责任年龄的规定、分则第3章关于国交之罪的规定属于世界首创,对当时的中国社会确是“拔苗助长”。貌似先进的理性主义立法宗旨因为不能适应中国当时的国情和实际状况而出现了历史错位。

关键词: 大清刑律草案 签注 立法宗旨

高汉成,中国社会科学院法学研究所助理研究员,法学博士。

清末十年修律,首当其冲的就是刑事法律的改革。1907年10月修订法律馆上奏《大清刑律草案》后,从1908年到1910年,中央各部院堂官、地方各省督抚、将军都统陆续上奏对《大清刑律草案》的意见,这些意见被称为“签注”。《大清刑律草案》签注是在晚清法律近代化的背景下,作为制定《大清刑律》必经的立法程序之一而出现的,同时构成清末礼法之争的一部分。签注既是《大清刑律草案》——《修正刑律草案》——《钦定大清刑律》流变中的主要推动力量,同时又是考察、研究清末礼法之争的重要视角和切入点。本文尝试从签注出发,就《大清刑律草案》在立法基本原则方面存在的主要问题和历史缺憾进行分析和探讨,希望能以一种较为实证的方式达到对晚清刑事法律改革以及发生其中的礼法之争进行再认识的目的。

一 关于《大清刑律草案》及其签注

本文所提及的“大清刑律”,是指1911年1月25日(宣统二年十二月二十五日)清政府颁布的《大清刑律》。此部法律,学术界另有《大清新刑律》和《钦定大清刑律》之说^[1]。

本文所指的“大清刑律草案”,是指修订法律大臣、法部右侍郎沈家本等于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)上奏的《大清刑律草案》总则和分则。广义上的“大清刑律草案”,按照日人冈田朝太郎的说法,有“六案”之多^[2]。本文所言《大清刑律草案》,专指1907年的“一案”;“二案”则以《修正刑律草案》称之,其余草案概不涉及。

本文所研究的“大清刑律草案签注”,是指修订法律馆上奏《大清刑律草案》后,从1908年到1910

[1] 今从朱勇老师的意见,以《大清刑律》称之。见朱勇:《中国法制史》,法律出版社1999年版,第482页。

[2] [日]冈田朝太郎:《论改正刑律草案》,留庵译自日本《法学协会杂志》第29卷第3号,译文载《政法杂志》第1年第2期。

年,中央各部院堂官、地方各省督抚、将军都统等陆续上奏的对《大清刑律草案》的意见。一份完整的签注奏折应该包括对《草案》发表整体看法的原奏和所附的对《草案》总则和分则逐条发表意见的清单,即所谓的“签注原奏”和“签注清单”。

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,可以说,刑事法律的变革贯穿了晚清十年法律改革的全过程。考虑到清末“礼法之争”也是以《大清刑律》的制定为中心而展开的,笔者认为,把《大清刑律》视为打开晚清法律改革乃至中国法律现代化之门的钥匙,也许并不过分。

《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、分则两部分变成了总则、分则和附则三部分;虽然总则共17章、分则共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”5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。

综观《大清刑律》的制定过程,我们可以看到,中央各部院、地方各督抚的签注起了非常重要的作用。按照清末修律办法,征询在京各部堂官、在外各省督抚对《草案》的意见是必经的重要立法程序,“应修各项法典,(由修订法律馆)先编草案,奏交臣馆(宪政编查馆)考覈,一面由臣馆分咨在京各部堂官、在外各省督抚,酌立期限,讨论参考,分别签注,咨覆臣馆,汇择覈定,请旨颁行。”^[3]因此,1907年沈家本上奏《刑律草案》后,清廷即下中央各部、地方督抚征求意见,在“学部及直隶两广安徽各督抚先后奏请将中国旧律与新律详慎互校,再行妥订以维伦纪而保治安”后,清廷即“谕令修订法律大臣会同法部详慎斟酌,修改删并,奏明办理”。其间清廷不仅于1909年2月16日(宣统元年正月二十六日)下旨催收过京外各衙门的签注,而且还在第二天把学部及其他签注意见发交修律大臣和法部作为修订刑律草案的参考,同时指示“凡我旧律义关伦常诸条,不可率行变革,庶以维天理民彝于不敝”的修改宗旨。^[4]对于京外各衙门上奏的签注,最高统治者先后在十多份奏折上作了硃批,足见朝廷对签注的重视。1910年2月修订法律馆会同法部上奏《修正刑律草案》后,将《修正刑律案语》排印成书,“于《草案》中详列中外各衙门签注,持平抉择以定从违。并于有关伦纪各条,恪遵谕旨加重一等。”^[5]随后宪政编查馆也将签注意见进行整理,成《刑律草案签注》一书以备审核《草案》时参考。因此可以说,在从《大清刑律草案》——《修正刑律草案》——《钦定大清刑律》流变中,签注是一股主要的推动力量。对于我们后人来说,签注则成了考察、研究《大清刑律》的重要视角和切入点。

二 关于《草案》的立法动机和宗旨

关于《草案》的立法原因和动机,沈家本在奏折中提到了三点对《大清律例》的修改理由:一是领事裁判权问题,“各国通例,惟君主大统领、公使之家属从官,及经承认之军队、军舰有治外法权。其余侨居本国之人民,悉遵本国法律之管辖,所谓属地主义是也。独对于我国,藉口司法制度未能完善,与领事以

[3] 奕劻等:《宪政编查馆大臣等奏议覆修订法律办法折》,载故宫博物院明清档案部:《清末筹备立宪档案史料》,中华书局1979年版,第850页。

[4] 以上参见廷杰等:《法部尚书廷杰等奏修正刑律草案告成折》,载《钦定大清刑律》(1911年,国家图书馆藏,下同)书前所附奏折。

[5] 奕劻等:《宪政编查馆大臣奕劻等奏为核定新刑律告竣请旨交议折》,载《钦定大清刑律》书前所附奏折。

裁判之权。英规于前,德踵于后,日本更大开法院于祖宗发祥之地。主权日削,后患方长,此憾于时局不能不改也”。一是国际承认问题,“方今各国政治日跻于大同……传闻此次海牙之会,以我国法律不同之故,抑居三等,敦盘减色,大体攸关,此鉴于国际不能不改者也”。一是教案问题,“教案为祸之烈,至今而极,神甫、牧师等督抚,入教愚贱气凌长官。凡遇民教讼案,地方闇于交涉,继于因应。审判既失其平,民教之相仇益亟。盖自开海禁以来,因闹教而上貽君父之忧者,言之滋痛。推其原故,无非因内外国刑律之轻重失宜,有以酿之,此又怨于教案而不能不改者也。”〔6〕

关于《草案》的立法宗旨,沈家本在上奏《草案》的奏折中提出了“会通中西”的原则,关于总则的修订,“臣审查现时之民俗,默验大同之将来,综覈同异,絜校短长。窃以为旧律之宜变通者,厥有五端……”〔7〕;关于分则的修订,“是编修订大旨,折衷各国大同之良规,兼采近世最新之学说,而仍不戾乎我国历世相沿之礼教民情。”〔8〕但随后不久,沈家本在《奏请编定现行刑律以立推行新律基础折》中又提出了“全盘西化”的宗旨,“方今瀛海交通,伊同比伍,权力稍有参差,强弱因之立判,职是之故,举凡政令、学术、兵制、商务,几有日趋于同一之势,是以臣家本上年进呈刑律,专以折冲樽俎,模范列强为宗旨。”〔9〕

三 “会通中西”与“食洋不化”

《草案》的立法宗旨涉及如何处理中国现行刑律和西方刑法理论原则的关系,一般而言,不论最高统治者确定的“将一切现行律例,按照交涉情形,参酌各国法律,悉心考订,妥为拟议。务期中外通行,有裨治理”,〔10〕修订法律大臣自称的“折衷各国大同之良规,兼采近世最新之学说,而仍不戾乎我国历世相沿之礼教民情”,〔11〕还是签注所讲的“修改本国之法,则贵乎汰其恶者而留其良,采取外国之法尤贵节其长而去其短。必求无偏无倚、知变知通”,〔12〕“处新旧递嬗之交,定中外大同之法,岂可得与民变革者,故不妨取彼之长,补我之短”,都不出“会通中西”的宗旨和原则。但为什么在这一问题上,《草案》还是招致了激烈的批评呢?

这原因就在于“会通中西”的宗旨和原则实在太大了,完全可能出现偏于西方和偏于中方这两端的局面。沈家本自己就曾经承认过1907年的《刑律草案》,“专以折冲樽俎,模范列强为宗旨。”〔13〕而赞成《草案》者,则主张“不在枝节上之讨论,而在根本上之解决”,“刑法之变革,先由报复时代进于峻刑时代,由峻刑时代进于博爱时代。我国数千年来相承之刑律,其为峻刑时代,固无可讳,而外人则且持博爱主义,驯进于科学主义,其不能忍让吾国以峻刑相残也,非惟人士为之,亦天道使然也。……论者不揣改订刑律主义之所在,而毛举峻刑时代之习惯,瑕指而疵索之,毋拐格不相入也。故为今日中国计,既不能自狃于峻刑主义,则不能不采取博爱主义。”〔14〕山东签注认为中国法律处于峻刑时代,与西方的博爱时代相比,中国法律落后了,应该向西方学习。承认中国法律落后于西方不止一个时代,与那些认为中国旧律本极精详、只是因社会的变化而不得不有所修改的观念,的确不同。前者已经不把两者置于同等文明的层次上来理解,而后者竭力把两者置于同等地位来看待。这是双方争执的焦点和关键问题之所在。许多签注奏折首先着眼于此,也是感觉《草案》在这方面出现了比较大的问题。

“今日改律之要,当删繁减轻。减轻一节,已经明谕罢除凌迟枭首等刑,而且停止刑讯整顿监狱。朝

〔6〕 沈家本:《为刑律草案告成分期缮具清单恭呈御览并敬陈修订大旨折》,见《钦定大清律例》书前所附奏折。

〔7〕 沈家本:《为刑律草案告成分期缮具清单恭呈御览并敬陈修订大旨折》,见《钦定大清律例》书前所附奏折。

〔8〕 沈家本:《为刑律分则草案告成分期缮具清单折》,见《钦定大清律例》书前所附奏折。

〔9〕 沈家本等:《奏请编定现行刑律以立推行新律基础折》,见《清末筹备立宪档案史料》,中华书局1979年版,第852页。

〔10〕 《德宗景皇帝实录》,中华书局1987年版,第577页。

〔11〕 沈家本等:《为刑律分则草案告成分期缮具清单折》,见《钦定大清律例》书前所附奏折。

〔12〕 冯煦:《安徽巡抚奏折》,载宪政编查馆:《刑律草案签注》(1910年,国家图书馆藏,以下签注原奏和清单未注明者均载此)。

〔13〕 沈家本等:《奏请编定现行刑律以立推行新律基础折》,见《清末筹备立宪档案史料》,中华书局1979年版,第852页。

〔14〕 袁树勋:《山东巡抚奏折》。

廷仁厚恻怛之至意,已为各国所同钦、万民所共仰矣,要在内外刑官实力遵行。至于删繁一节,前此修律大臣奏请删定现行法律,实为扼要办法。拟请飭下该大臣将中国旧律旧例逐条详审,何者应存、何者应删,再将此项新律草案与旧有律例逐条比较。其无伤礼教只关罪名轻重者,斟酌至当择善而从;其有关伦纪之处,应全行改正。总之按切时势而仍不背于礼教为主,限期修改成书再行请旨交宪政编查馆核议后恭呈钦定颁行海内,庶几收变法之益而不貽变法之害。^{〔15〕}

“中国治民之道,断不能离伦常而更言文明,舍礼制而别求教化。今徒骛一时之风尚,袭他国之名词,强令全数国民以就性质不同之法律。在执笔者以为,时令既趋于大同,法典宜取乎公共。不知师长去短则可,削足适履则不可。若以中国数千年尊君亲上之大防、制民遏俗之精意翻然废弃而不顾,恐法权未收,防闲已溃,必致奸慝放恣不可收拾。”^{〔16〕}

“国法与天理人情相表里,中外风俗互异,刑律自难强同。近来国界交通,时异事殊,更有不能不变通之处,然取人所长,补我所短,必于中国风俗不相背驰始能行之无碍。若风俗如此而刑罚如彼,遂纲目俱备适成一家之言而与人情不相洽,必于天理失其中,即为国法所不容。”^{〔17〕}

“庶于斟酌轻重之中,仍寓权衡缓急之意。盖此次改订宪章,故应博采东西各国律法,详加参酌,而仍求合于国家政教大纲,乃可收变法而不废法之效。”^{〔18〕}

“总之,刑法变更可以与时为进止,不容削足而适履。纲常名教断难自弃,防闲除恶惩奸,尤宜加重刑典。若徒摹文明,概从宽滥,且恐法权未握,内溃先形,驯至不可收拾。”^{〔19〕}

“总之,内政外交必须兼权而并顾,新说旧教均宜舍短而取长。必期经训之留贻与法律之制定不违不背,无党无偏。”^{〔20〕}

本着这样的指导思想,许多签注批评《草案》盲目追求所谓法理上的正确。因而出现了一些完全不顾及本国国情、纯属“食洋不化”的规定。

如《草案》第 27 章关于堕胎之罪的规定,这一章的内容在旧律中除了因奸有孕而堕胎致身死者有规定外,^{〔21〕}其他是没有的,所以《草案》的立法说明指出“堕胎之行为,戾人道、害秩序、损公益,本案故仿欧美日本各国通例,拟以适当之罚则”,可见其来源基本出于西方法律。但西方法律禁止堕胎主要基于基督教伦理,况且法律应否禁止堕胎,在西方就是一个争论不休的问题,因此堕胎本身并非有多大的社会危害性。对于当时的中国而言,由于医学的不发达而缺乏避孕的意识和措施,一个已婚妇女怀孕频繁导致一生可生育十几个孩子,这不仅给个人的家庭生活造成了困难,而且人口的激增带来了巨大的社会问题。山西签注认为,“本章规定原为保全人道起见,但中俗妇女最重名节,因奸有孕、畏人知觉私自堕胎或处于不得已之行为,事属秘密,检查不易;况今年生计艰难,各省溺婴之风未熄,其戾人道伤天彝较堕胎尤为过之。《草案》竟未议及,似觉疏漏。”^{〔22〕}所谓溺婴成风,除了重男轻女的因素外,主要还是生计艰难、被逼无奈而为之。实际上,《草案》禁止堕胎而不提溺婴,并非如山西签注所云疏漏,只能理解为溺婴已经属于杀人罪的范畴,故不在关于堕胎之罪章中出现。在视溺婴为杀人之罪的情况下,《草案》全面禁止堕胎,在当时的情况下既不现实,于个人、家庭和国家社会也未必有利。相比于今天的中国政府,顶着西方国家对“强制堕胎”无理指责的压力而坚持计划生育之国策,《草案》第 27 章关于堕胎之罪完全是一个“食洋不化”的典型。

又如《草案》第 30 章关于略诱及和诱之罪,仿照西方法律的规定仅将拐取未满二十岁男女视为犯

〔15〕 张之洞:《学部奏折》。

〔16〕 杨士骧:《直隶总督奏折》。

〔17〕 恩寿:《陕西巡抚奏折》。

〔18〕 陈夔龙:《湖广总督奏折》。

〔19〕 增韞:《浙江巡抚奏折》。

〔20〕 岑春煊:《湖南巡抚奏折》。

〔21〕 其规定的着眼点也非禁止堕胎而是惩处奸夫,见《大清律例》“威逼人致死条”,载田涛、郑秦点校:《中华传世法典·大清律例》,法律出版社 1999 年版,第 440 页。

〔22〕 宝:《山西签注清单》第 27 章。

罪,许多签注则认为犯罪对象应该包括二十岁以上男女,尤其是妇女应予特别保护。“两广、两江签注质问被害者为二十岁以上男女是否处罚,湖南签注以原案不罚此种犯罪”,^[23]江西签注认为不应该将关于略诱及和诱之罪定为“须待告诉始论”的自诉罪,被略诱或被和诱人在婚姻继续之间其告诉不应该为无效。^[24]在众多签注的质疑下,修正案将“凡用暴行胁迫或伪计拐取未满二十岁男女者为略诱罪”改为“凡加暴行胁迫或用伪计拐取女子或未满二十岁男子者为略诱罪”。但同时认为,“不知被害者为二十岁以上男女,原案并非置诸不问,此种犯罪应据第343条第一项^[25]处断。盖诱拐罪与逮捕罪有别,既逾二十岁则有独立之资格可为逮捕罪之被害者而不能为诱取罪之被害者。第中国妇女与外国之妇女地位略有不同,兹从多数签注之意见删去女子年龄之限制”^[26]。虽然按照多数签注的意见,删去了略诱罪中犯罪对象中女子年龄上的限制,但它所谓中外女子地位不同的理由却是站不住脚的。

实际上,之所以要对二十岁以上的女子予以保护,与其说是由于中国女子自身的原因,还不如说是由中国略诱罪自身的犯罪特点所决定的。近一百年过去了,中国妇女的地位已经发生了翻天覆地的变化,社会地位和家庭地位与西方国家已经相差无几甚至还有有过之而无不及之处,但1997年《刑法》第243条拐卖妇女儿童罪中,妇女作为犯罪对象仍然没有年龄上的限制。这说明,在中国之所以不能在略诱罪中限制犯罪对象的年龄,并非由于犯罪对象自身的弱点需要特别保护,而是与中国经济文化的特点以及此类犯罪在中国的特点所决定的。即由于地域经济发展的不平衡,拐卖妇女仍然是一个普遍现象,因而需要予以特别打击。对于两广签注主张移送略诱之人于外国者应处极刑的意见,修订法律馆也不以为然,“查本章之罪在外国颇少,盖外国警察制度完备、户籍等法周密,检举犯罪自易,故不必科以重刑。新律实施之日,中国各种制度当以渐臻完备,科以原案所定之刑并非过轻。”^[27]而立足于清末之时,从长远看,这种现象在中国之所以较外国为多,主要还是由于中外之间巨大的经济差异给了犯罪分子以可乘之机。从近期看,所谓新律实施之时制度逐渐完备的想法也是一厢情愿。所以对于这类犯罪,既然无法在短时间内根除,那予以严厉打击以保持高压态势的思路也是正确的。《草案》对犯罪现象产生根源的分析不对,相应的处置也自然难以有针对性。历史的事实是,自古以来,略卖人口之事在中国屡有发生,历朝、历代政府都将之定为性质很严重的犯罪予以严惩。《草案》虽然也规定了略诱、和诱之罪,但第332条将已满二十岁的男女排除在保护范围之外,削弱了对妇女的特别保护。第338条又将此罪定为自诉罪及成婚者告诉无效的限制性条件,不利于保护妇女儿童等弱势群体的利益。关于这一点,看一看1997年《刑法》第240条至第242条关于拐卖和收买妇女儿童罪的相关规定^[28]就明白了。1997年《刑法》本罪是有死刑条款的,而《草案》的最高刑是无期徒刑,显然对此犯罪的打击力度不够。

另外,《草案》第306、307条规定了决斗罪,立法理由谓:决斗仅只两人,彼此签押并汇集多人临场以为佐证,与械斗微异。可知《草案》规定的决斗罪专指欧洲式的决斗,很多签注对于《草案》不规定中国盛行的械斗之罪而专言欧洲盛行的决斗之罪表示不解。两广签注认为,“查中国闽粤江楚等省,只有聚众斗械而无两人决斗之事。既属欧洲盛行,自难保中国之民不无仿效,着为定律,未尝不可。然械斗乃现时所有,似未便不言械斗而专言决斗,仍宜明定械斗专条以警悍俗。”^[29]但修正案没有理会签注意见,《钦定大清刑律》仍然空悬决斗罪而无械斗罪的规定。近一百年过去了,《草案》所规定的决斗罪从来就没有在中国生根发芽,相反械斗、打群架倒是屡见不鲜。不规定中国盛行的械斗之罪而专言欧洲盛行的决斗之罪,是草案“食洋不化”的又一例证。而第345条将僧道列为“因其职务得知他人秘密无故而漏

[23] 《修正刑律案语》,修订法律馆1909年印刷,第349条。

[24] 冯汝骥:《江西签注清单》,第338条。

[25] 初草第328条第一项(修正案第343条)“凡私擅逮捕或监禁人者处三岁以下有期徒刑”。

[26] 《修正刑律案语》,修订法律馆1909年印刷,第349条。

[27] 《修正刑律案语》,修订法律馆1909年印刷,第350条。

[28] 1997年《刑法》第240条:拐卖妇女、儿童的,处五年以上十年以下有期徒刑,并处罚金;有下列情形之一的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产;情节特别严重的,处死刑,并处没收财产……

[29] 张人骏:《两广签注清单》,第306、307条。

的犯罪主体,显然脱胎于西方基督教中基督徒习惯于向神父牧师作“忏悔”而来,两广认为“漏泄他人秘密之事,不必定为僧道等类之人。此系从理想中悬拟而立”。但两广的意见并没有被采纳。

四 “世界首创”与“拔苗助长”

除了“折衷各国大同之良规”之外,《草案》的另一个宗旨就是“兼采近世最新之学说”。从《草案》立法说明看,所谓“兼采近世最新之学说”,就是要把那些在西方法律中还没有规定、但在学术界已经得到讨论并出现主流观点的学术思想也规定在中国的刑律草案之中。总则第 11 条、第 49 条关于刑事责任年龄的规定、分则第 3 章关于国交之罪的规定就体现了这一宗旨。

《草案》关于刑事责任年龄的规定有:第 11 条 凡未满十六岁之行为不为罪但因其情节得命以感化教育。第 49 条 凡十六岁以上、二十岁未之犯罪者,得减本刑一等。第 50 条 凡聋哑者及满八十岁之犯罪者,得减本刑一等或二等。《草案》“理由”部分认为,确定个人开始承担刑事责任的年龄有两个标准,“辨别说”依据一般人形成辨别是非能力的年龄确定,“感化说”依据一般人还可以教育感化的年龄确定。草案认为“感化说”是最先进的,当时西方各国主要采纳“辨别说”已经落伍了,“此说至近年已为陈腐,……以是非善恶之知与不知而定责任年龄,不可谓非各国法制之失当也。……故本案舍辨别心之旧说而以能受感化之年龄为主,用十六岁以下无责任之主义,诚世界上最进步之说也。”^[30]《草案》的规定以及立法说明,引起了几乎所有签注的强烈反对。签注普遍认为绝对无刑事责任年龄定在十六岁以下过于宽滥,“年龄以十六岁为断较之各国最多之责任年龄加长两年,有失之宽。……就智力上言,若至十六岁则足以造杀人之意、具杀人之力,历来成案班班可考。……今一概抹煞,猎取最新之学说,定十六岁以下无责任之主义,自以为世界中进步独高,窃所未谙信”;^[31]完全刑事责任年龄以二十岁为起点显属太高,“十六岁即为成人,再予减等过于宽纵,词条应删除”。^[32]

立足于《草案》所处的年代,放眼古今中外关于刑事年龄的规定,列表如下:

刑事责任年龄对照表

比较对象 比较内容	1907年《大清刑律草案》	《唐律》至《大清律例》	1880年日本旧刑法典(现行法)	1907年日本新刑法典(1908年实施)	二十世纪初英国刑法	1997年《中华人民共和国刑法》
绝对无责任年龄	十六岁以下	七岁以下(九十以上)	十二岁以下	十四岁以下	七岁以下	十四岁以下
相对无责任年龄	无	十岁以下(八十以上)	十六岁以下	无	十四岁以下	十六岁以下
减轻责任年龄	二十岁以下(八十以上)	十五岁以下(七十以上)	二十岁以下	无	无	十八岁以下
完全责任年龄	十六岁以上	十五岁以上	二十岁以上	十四岁以上	十四岁以上	十六岁以上

对于《草案》的规定,笔者认为泛泛评价是没有意义的。只有把它放到特定的背景下,才能显现出来其利弊得失,所谓有比较才有鉴别。第一参照是《大清律例》的规定,它是当时的现行法律,也是《草

[30] 《大清法规大全》,政学社印行,台湾考正出版社 1972 年影印本,第 1949 页。

[31] 吴重焘:《河南签注清单》,第 11 条。

[32] 张人骏:《两广签注清单》,第 49 条。

案》要修改的对象。其规定是:年七十以上十五岁以下及废疾犯流罪以下收赎、八十以上十岁以下及笃疾犯反逆杀人应死者上请盗及伤人者亦收赎余皆勿论、九十以上七岁以下虽有死罪不加刑。其一般刑事责任年龄为十五岁以上七十岁以下,无刑事责任年龄为七岁以下九十以上,有限责任年龄为七岁以上十五岁以下、七十以上九十以下。第二参照是当时日本刑法的规定。《草案》致力于模范列强,模范的主要对象是日本。而当时日本现行刑法的规定是:绝对无责任年龄为十二岁未滿,相对无责任年龄为十二岁至十六岁,减轻责任年龄为十六岁至二十岁,完全责任年龄为二十岁以上。但随之日本改正法即修改为:绝对无责任年龄为十四岁未滿,完全责任年龄为十四岁以上,删除了关于相对无责任和减轻责任年龄的规定,体现出从严的趋势。第三参照是百年后的现行中华人民共和国刑法,1997年《刑法》第17条关于刑事责任年龄的规定是:已滿十六周岁的人犯罪,应当负刑事责任;已滿十四周岁不满十六周岁的人,犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪的,应当负刑事责任;已滿十四周岁不满十八周岁的人犯罪,应当从轻或者减轻处罚;因不满十六周岁不予刑事处罚的,责令他的家长或者监护人加以管教,在必要的时候,也可以由政府收容教养。就十六岁的一般刑事责任的年龄和管教而言,两者是一致的;但就绝对无责任年龄而言,《草案》是十六岁以下,1997年《刑法》是十四岁以下,显然《草案》为宽。就宥减年龄而言,《草案》为二十岁以下、八十岁以上,1997年《刑法》为十八岁以下,显然《草案》为宽。而考虑到古代多视十五岁为成丁,现代民法规定十八周岁才是成年人之情况,《草案》在刑事责任年龄上规定之宽,实令人难以理解。因此,不管是与外国作横向比较,还是与中国的古今作纵向比较,1907年《大清刑律草案》关于刑事责任年龄的规定都是不合适的。更不用说揆诸当时的社会状况,清末的社会内忧外患、伏莽众多、革命党人蜂起,显然也不是什么太平盛世,草案的编纂者却要“舍辨别心之旧说而以能受感化之年龄为主,用十六岁以下无责任之主义,诚世界上最进步之学说也”,“祭起宽恤、轻刑的大旗,而且幅度之大,配套补救措施之疏,无怪乎有的签注要发出这样的疑问:草案要将大清王朝引向何方?而我们今天的一些评论者,却在那里一味地颂扬草案编纂者的先进性,笔者不禁要问:如此历史镜鉴,于今世何益?”

在签注的强烈反对下,《修正刑律草案》不得已改原《草案》第11条未滿十六岁为未滿十五岁并删除原《草案》第49条,“原律所定年龄以十六岁为断,不无过宽。然如那威(注:即挪威)新刑法、日本改正刑法酌减为十四岁亦为各国学习者所誉议”,^[33]仍然坚持感化主义,视挪威、日本法律的最新修改为历史的倒退。宪政编查馆核订时,完全赞同草案的精神和原则,唯独对刑事责任年龄进行了驳正,“草案中有应据各国通例改正者:总则于不论罪推及十五岁年龄,过长恐滋流弊。兹拟照德意志等国刑法缩为十二岁并修复宥恕减轻之例。”^[34]宪政编查馆核订完竣后,于1910年11月交资政院审议,在副总裁沈家本主持下的资政院大会决议,“仍采修订法律大臣等会奏原文,改第11条之十二岁为十五岁,并将原50条条文删除”^[35]。两者相持不下,只好共同奏请圣裁,最后朝廷采纳了宪政编查馆的意见,这即是今天我们看到的《大清刑律》第11条:凡未滿十二岁之行为不为罪,但因其情节得施以感化教育;第50条:喑哑人或未滿十六岁人或满八十岁人犯罪者,得减本刑一等或二等。

由上可知,《刑律草案》在刑事责任年龄上的偏差是显而易见的,它背弃了责任年龄规定上的基本精神和准则,一味从能教育感化的角度出发,对责任年龄作了过宽过滥的规定。它既没有吸收和保留中国传统法典中分七岁、十岁、十五岁三个等差治罪的优点,对近代关于责任年龄的法学理论和思想也作了错误理解,因而对十六岁以下的少年犯重大暴力性犯罪完全没有处罚。这既不符合惩罚犯罪、保护社会的客观要求,也不利于少年犯的健康成长。《大清刑律》对其大幅度修正表明,《草案》关于责任年龄的相关规定是完全失败的。

[33] 《修正刑律案语》,第11条。

[34] 奕劻等:《为核订新刑律告竣敬谨分别缮具清单请旨交议折》,见《钦定大清刑律》卷首。

[35] 奕劻等:《为议决新刑律总则缮单合陈请旨裁夺折》,见《钦定大清刑律》卷首。

分则第 3 章关于国交之罪。此章共十三条的规定也是各国刑法典所无的内容,但《草案》认为“近年往来日就便利,列国交际日繁,本章所揭皆损害国家睦谊而影响及全国之利害者,特兹设为一章,是最新之立法例也。”^[36]其中对第 111 条的规定^[37],“理由”部分指出,“滥用红十字之记章以为商标,亦足生列国之异议而有损国交之虞者,本案故特为加入,将来各国刑典上必须有之规定也。”^[38]宪政编查馆核定此章时认为,“国交之罪,凡对外国君主、大统领有犯,用相互担保主义,与侵犯皇帝之罪从同,此泰西最近学说,各国刑法尚无成例,中国未便独异。”^[39]

对于《草案》分则第 3 章关于国交之罪的规定,众多签注提出了异议。如广西签注以前几年的租界苏报案、李鸿章在日本被刺案为例,说明《草案》关于国交之律中将外国君主等同于本国君主、外国代表等同于尊亲属而予以刑法上的保护是错误的。^[40]两广签注反对草案第 107、108 条在刑法上置外国君主皇族与中国帝室同等看待。“今以外国君主大统领同于乘舆,外国皇族同于帝室,若有危害不敬,科罪惟均。非特中国臣民心理有所不安,即稽诸列代典章,似亦无此律法。..夫尊君所以劝忠敬上,所以正乱,似未可内外无别视为同等。此律务当酌改或竟删除为宜。反对第 109 条杀伤外国代表按杀伤尊亲属之例处断。“今以外国代表等于父祖,若有杀伤即照此律处断。非独骇国民之视听,抑恐贻笑与外人。纵非谓其罪质相同,与以某律论者有别,而查其文义,实无殊科。恐不足以履人心而昭法守。”对于第 110 条侮辱外国国旗罪和第 111 条滥用红十字作为商标罪,两广亦认为应属国际条约的范围,“似不宜掺入刑律致有阻碍”。^[41]邮传部则认为第 112 条中国臣民聚众以暴力潜窃外国领域罪一条,“中国臣民下须加入“无故”二字或加“未得国家之同意”数字似较妥当。^[42]陆军部举日本刑法和国际公法两例说明,对第 110 条侮辱外国国旗罪定罪应予限制,“似本条应添国旗章以堪为国家代表者所揭之旗章为限,并须外国政府请求然后论罪”。对第 112 条,则以“英人以东方公司墟印度,即得印度然后归诸英国国家。虽非暴力,其为潜窃外国领域无疑,故无人从而罪之者”为例,认为本条无任何意义反而有害,“凡中国臣民潜窃外国领域者云云,此条为吾国现行刑律所无,亦为各国刑律所不载。.....则本条有同虚设且恐适招外交上之结责,似宜删除。”^[43]

本章国交罪的规定问题最大,一共十三条。在 1997 年《刑法》中找不到类似的一条。如 1997 年《刑法》有侮辱中华人民共和国国旗罪但没有侮辱外国国旗罪,原因就在于这事关国际关系,刑法只涉及国内事务,而不规定国际关系,更何况也不能把侮辱外国国旗定为犯罪。至于滥用红十字作为商标罪,国际上并没有定罪,更属《草案》编纂者的首创。基于半殖民地国家的现实,适当的规定国交之罪以防止类似义和团运动的外交生事而危害国家利益,亦无可。但把外国君主视同本国皇帝、外国代表视同父母,确实有伤民族感情,也丧失了国格、人格,有点类似于鲁迅先生所说的“友邦惊诧”卑躬屈膝以媚外的味道。至于把国际上都无先例的“滥用红十字记号作为商标”定为犯罪予以处罚,则和关于刑事责任年龄的规定一样有“领世界潮流”的意思,并自以为是地认定他国一定会跟风。这就更是自不量力了。

《草案》第 3 章关于国交之罪,尽管众多签注提出异议,如外国君主不能等同于本国君主,外国代表不能等同于尊亲属;侮辱外国国旗章定罪应以外国代表所揭者为限,滥用红十字记号作为商标不应入刑律、中国臣民聚众以暴力潜窃外国领域不应入律定罪、外国开战须不在中国境内者方可布告中立等,但

[36] 《大清法规大全》,政学社印行,台湾考正出版社 1972 年影印本,第 1992 页。

[37] 第 111 条:凡滥用红十字记号作为商标者处三百元以下罚金。

[38] 《大清法规大全》,政学社印行,台湾考正出版社 1972 年影印本,第 1993 页。

[39] 奕劻等:《宪政编查馆大臣奕劻等奏为核定新刑律告竣请旨议折》,载《钦定大清刑律》书前所附奏折。

[40] 张鸣岐:《广西巡抚奏折》。

[41] 张人骏:《两广签注清单》。

[42] 陈璧:《邮传部签注清单》。

[43] 铁良:《陆军部签注清单》。

修正案全未采纳并予以批驳。^[44]相反,本章由原《草案》第13条扩充为《修正案》的19条,其规定之详尽、罗列之明晰、对外国及外国人权益保护之周密,令人叹为观止。在对外交往中,法律以国家利益为最高宗旨。因此,对于一切危害国家利益的行为给予打击是应该的(即第4章关于外患之罪),但一味的为了国家间的“友好”而做出一些有损国家利益的措施和规定,就不合适了。《草案》第3章关于国交之罪即是如此。1997年《刑法》中即无此章规定的内容。这一方面虽充分暴露了《草案》半殖民地法律的特色,但另一方面实与编纂者的立场和见识分不开。许多条款,签注认为既然国外都没有规定,自不应入律,如滥用红十字记号作为商标、中国臣民聚众以暴力潜窃外国领域,自不应入律。案语却认为“关于国交之罪名,系属最近发达之理,不能纯以中外成例为言”。战火烧到了中国国土之上,中国竟然可以宣布局外中立,如有违反即应定罪量刑,这哪里是中国自己的法律,俨然是为侵略者张目。本章许多规定,毫无道理,编纂者却动辄以外交为名予以辩解,以外交上的损失和危害来说明罪名的必要性,恰恰犯了他自己所批评的“牵事实于法律之中”^[45]的错误。第3章的规定是该草案最大的败笔。

五 理性主义与历史错位

自近代以来,西方文化与中国传统文化的紧张关系就一直是导致中外冲突和国内重大事变的一大根源,问题的解决之道也一直让“历史的创造者”煞费苦心。从学习西方“船坚炮利”的“师夷长技以制夷”到洋务运动的“求强求富”,从追求大变、全变的“百日维新”到稍后的清末新政,解决之道大致不出“中体西用”的范畴,尽管西用的概念(西用、西器、西学)从兵器、军工、经济等物质的层面一直延伸到官制、法律、宪政等制度层面,中体的概念(中体、儒道、中学)则从“文物制度”一直缩小为纲常之道。这说明,在五四新文化运动发动“思想革命”彻底反传统之前,在物质、制度、精神三个层面上,中国“历史的创造者”试图通过不断重新解释和划定“中体”、“西用”的范围和界限来解决它们之间的紧张关系。趋势是西用的内涵和外延不断扩大而中体的内涵和外延不断缩小,最后退守到精神领地以安身立命。因此,就清末修律时的情形而言,一方面经过八国联军战争后的惩处祸首、清政府决定实施新政和预备立宪后,拒绝向西方学习的顽固派势力基本被扫荡殆尽,中国向西方的学习已经进入了涵盖政治制度在内的全部领域,向西方学习、进行改革已经成了解决中国问题的主要思路和方法,所谓“欲救中国残局,唯有变西法一策”;另一方面“中体西用”仍然是国人面对中西文化交融所采取的基本价值判断和解决方略。视向西方学习只具有方法论的意义,而不具有独立的终极价值。纲常之道作为中国文化最核心的内容,仍然被主流思想所信奉,还没有人敢于公开质疑儒家的义理文化。既要向西方学习以变革中国,又要维护和不悖于中国的伦理道德。江西巡抚冯汝骥在签注《草案》第15章时反对过多采用日本法律的语言和结构,但不反对有选择地采用其内容。“今草案多用日本文法,如本章之提起公诉时效、罹精神病,与夫散见各条之犹豫行刑、假出狱暨笃疾废疾之视能、听能、语能、机能之类,常人似未易明瞭。……揆时度势,欲保法权,端在参量中外之情,酌定轻平之典。但与各国通例,当采其意而勿袭其文。凡官吏审判悉准新章,而律令体裁无改旧贯,复使宽者不流于纵,简者不失之疏。庶于折衷至当行之无弊益。”^[46]这段话和沈家本的话并没有什么本质上的区别。所以在表面上,“折衷各国大同之良规,……而仍不戾乎我国历世相沿之礼教民情”是大家的普遍追求。问题在于,如何折衷才能至当?所以笔者认

[44] “陆军部签注谓本条国旗国章应以国家代表所揭者为限并须外国请求然后论罪。查各国风俗,对国旗及国章均拘特别之敬意,即系私人所揭之旗章,苟加以侮辱行为,往往起其国民之愤,牵动外交。故本条不加制限。本条乃为预防牵动外交而设,彼此各有取义,无庸强同也。”“两江签注谓本条似应列诸商律,罚金之数亦尚需厘定。查本条之罪,系属有碍国交,其性质与商业行为不同,不得移入商律。”“陆军部签注谓此条为中外刑律不载,又各国刑律纯以属地主义为准,中国法律不能实施于外国之领土。查关于国交之罪名,系属最近发达之理,不能纯以中外成例为言。”“两江签注谓外国开战须不在中国境内者方可布告中立。查局外中立之布告,但须战争之事中国全未加入即可发表,不必论其战争之在内外也。”——以上相应见《修正刑律案语》第117、118、119及第121条。

[45] 《修正刑律案语》,第15条。

[46] 冯汝骥:《江西签注清单》第15章。

为,评价清末修律和礼法之争的得失,主要不在于评价他们的立法原则和法律精神,主要应该看他们在斟酌中西时的分寸和方法。

历史的发展是具有连续性的,人们只有在连续的历史中才能获得方向感。骤然的制度变革,会让人们不知所措,从而本能的抵制这种变革。在中国这样一个传统崇拜浓厚的国度,如何在新旧之间搭起桥梁,如何让人们更容易地接受新生事物,是改革者必须要面对的问题,也是决定改革成败的关键。中国历史上改革者多会用“托古改制”之法,甚至康梁变法时也要把孔子打扮成一个改革家,原因就在于它迎合了国民的心理,减少了改革的阻力。虽然“托古改制”可能会给改革带来某种类似“龙种变成跳蚤”式的不良后果,但在中国这样一个东方国度,揆诸国情,仍不失为一种推进改革的好办法。《草案》虽然在每一条款下也多有沿革的说明,但多是材料的堆砌,没有能够与新条文的解释有机结合,从而无助于人们对新条文的接受。相反《草案》中对旧制度的不时批评还引起了强烈的反感。这说明《草案》的编纂者们一再强调领事裁判权问题对中国的危害,为了收回领事裁判权而不得不采纳新的制度这一“托洋改制”的改革策略并不成功。在当时的情况下,两种策略应该并用,但前面应以“托古改制”为主起到铺平道路的作用,后面再辅以“托洋改制”的压力。前拉后推,方是近代改革者成功的两大策略。

自清末开始的中国近代化,其主要命题就是向西方学习,这是由历史发展的形势所决定的。因此,晚清刑事法律改革,移植西方的刑法制度是必由之路。问题只在于斟酌中国的国情背景,移植得多或少以及是否得当。如果说从这一角度出发,尽管我们认为《刑律草案》在斟酌中西文化方面有欠适宜,但“折衷各国大同之良规”作为《草案》的一个立法宗旨还是应该予以肯定的话,那“兼采近世最新之学说”作为一个立法宗旨就值得怀疑了。以晚清中国与西方世界在政治制度、经济水平、教育文化程度方面的巨大差异,移植西方“行之已久”的法律制度已感不甚适应、吃力得很,如果再把那些在西方也还没有形成制度、仅仅限于学术讨论的学说观点也规定到中国刑法典中,那中国刑法的法律“文本”,岂不是与中国犯罪状况的“实际”差得更远?如果再认为首创了世界最先进的立法主义,相信各国立法会“跟进”,那简直就是“呓语”了。20世纪初期修订法律馆诸人的心态,与20世纪中期大跃进时期“赶英超英”的口号一样的幼稚可笑,只不过一个是出于敌对状态下强烈的民族主义情绪,另一个则是屈服状态下迷失了自己的“东施效颦”。对于这样的立法宗旨,人们有理由予以批判。

[Abstract] After the draft *Criminal Code of Great Qing Dynasty* was submitted by the Ministry for the Revision of Laws in 1907, its legislative aim of “incorporating the good rules recognized by all the major countries of the world and drawing on the latest legal theories of modern times” was questioned and criticized by ministers of the central government as well as governors and generals of local governments. The provisions on the crime of abortion in chapter 27, the crime of kidnapping and trafficking in women and children in chapter 30, and the crime of duel in articles 306 and 307 had the tendency of “swallowing foreign laws without digestion”; and the provisions on the age for criminal responsibility in articles 11 and 49 in the Chapter on General Principles and crimes relating to diplomatic relations in chapter 3 were the first such provisions in the world, but they had the effect of “trying to help the shoot grow by pulling it upward” in the Chinese society at that time. As a result, the seemingly advanced Criminal Code based on rational legislative aim was actually an example of historical dislocation because it failed to take into consideration the national conditions in China.

(责任编辑:苏亦工)