

罚金刑在近代刑法中的确立

——以 1907 年大清新刑律草案的相关规定为视点

高汉成

(中国社会科学院, 北京 100720)

摘要:清末 10 年修律, 首当其冲的就是刑事法律的改革。1907 年 10 月, 沈家本主持的修订法律馆上奏中国近代第一个刑法草案——大清新刑律草案, 在中国刑法史上第一次将罚金确定为五大主刑之一。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新刑律草案的签注意见, 其中涉及罚金的主要问题有: 罚金定为主刑问题、罚金单位和等级问题、罚金易刑问题、罚金适用的过轻与过重问题、罚金与赔偿金的关系问题。回顾和分析罚金刑在中国近代刑法中的确立过程, 将使我们在微观层次上对“会通中西”的法律变革原则有新的体悟, 并有利于对近代“礼法之争”的再认识。

关键词:大清新刑律草案; 签注; 罚金刑

中图分类号:DF08 **文献标识码:**A **文章编号:**1000-0208(2007)04-097-09

清末 10 年修律, 首当其冲的就是刑事法律的改革。1907 年 10 月, 沈家本主持的修订法律馆上奏大清新刑律草案, 这可视为中国近代第一个刑法草案。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新刑律草案的意见, 这些意见被称为“签注”。从刑法理念、原则到具体的罪名、刑罚, 签注对大清新刑律草案进行了全面的审视和批判。1911 年清政府颁布《大清新刑律》, 这是中国刑法近代化的第一个主要成果。围绕着近代刑法典的制定而展开的这场争论是近代“礼法之争”的主要组成部分。本文以签注为背景, 对 1907 年大清新刑律草案罚金刑的相关规定进行了具体的探讨。回顾和分析罚金刑在中国近代刑法中的确立过程, 将使我们在微观层次上对“会通中西”的法律变革原则有新的体悟, 并有利于对近代“礼法之争”的再认识。

刑律草案总则第 7 章第 37 条将罚金定为五大主刑之一, 同时第 44 条作出了罚金与徒刑或拘留并科、第 43 条和第 45 条在一定条件下徒刑拘留易为罚金和罚金易为监禁的规定, 第 11 章加减刑第 58 条和第 61 条又就罚金刑的加减作出了规定, 第 16 章第 80 条就未决前监禁折抵罚金的问题作了规定。所有这些, 构成了草案关于罚金刑的规定。对于这些规定, 签注提出了广泛的异议, 涉及的问题主要有: 罚金定为主刑问题、罚金单位和等级问题、罚金易刑问题、罚金适用的过轻与过重问题、罚金与赔偿金的关系问题。

收稿日期: 2007-05-20

作者简介: 高汉成 (1970—), 男, 山东安丘人, 法学博士, 中国社会科学院法学研究所研究人员。

一、主刑问题

以财抵罪的刑罚,中国古代称之为“赎刑”,即以财物折抵本刑之义。赎刑之制最早可见于《尚书·吕刑》,但直到《大清律例》,赎刑也没有能够进入五刑之内,成为独立刑种。“它只是为特定当事人设计的一种刑罚转换方式。法律规定,官员或官员亲属符合一定条件者,可以交纳赎金的方式,替代应处刑罚;老幼残疾及妇女犯罪,符合一定条件,可交纳赎金,以代刑罚;部分过失犯罪,也可交纳赎金而代罚”^{[1](P.336)}。所以《大清律例》关于赎刑的规定仅见于《名例律》前的《纳赎诸例图》等诸图而不见于正文,这与儒家化法律重义轻利的价值观是相适应的。大清刑律草案改变了传统法律文化的义利观,仿照西方法律将罚金定为主刑之一。尽管修订法律馆声称“罚金即唐虞赎金之旧制,历代相沿”^{[2](P.1967)},但实际上已与传统赎刑之制大相径庭。而罚金定为主刑后的广泛使用,也引起了签注的不满。河南签注就将罚金定为主刑视为草案的三大问题之一,“草案于罚金一项,定为主刑。凡因过失致危害乘舆车驾,及因过失致尊亲属于死或笃疾者,按照律例俱在不原之列,悉以罚金科之,既失之宽。而与俱发罪之执行,刑期有以罚金与拘留徒刑并科者,又失之严。如四十三条之例,……刑既可以易金;四十五条之第二项,……金又可以易刑。是使豪于财者玩于法,绌于贵者罹于刑,止奸不足长恶有余。且监禁日数不得逾三年,罚金定额多至三千元,以半元折一日计算,三千元之罚应处六千日之监禁,乃以不过三年为限,负罚愈巨,处分愈轻,尤非情罚不平。急应更定刑名,改正条例,以免畸轻畸重之弊”。对于草案规定的罚金可与自由刑并科,签注也认为早已违背了赎刑的本意,“科罪即不应罚金,二者并科,岂赎刑本旨耶?”。学部签注也指出,“新律草案于凡因过失之危害乘舆车驾者、凡侵入太庙宫殿等处射箭放弹者、凡因过失致尊亲属于死或笃疾者,亦以罚金之例行之。则饶于贵者必轻于法,此刑名之未可全改者也”。

排除观念上的差异,在刑法中将罚金定为主刑还是从刑,原是立法技术问题。但既为主刑,自然就是主要适用的刑罚,恰恰是它的广泛使用引起了签注的不适。草案罚金适用得当与否,留待下面讨论,但草案一方面规定罚金为主刑,另一方面又规定可以与主刑徒刑或拘留并科,这就与主刑之意不符,也与中国传统上“打而不罚,罚而不打”的观念相冲突,“是罚金即不施刑,施刑即不罚金”。而且如河南签注所言,会出现过严的情况,“与俱发罪之执行,刑期有以罚金与拘留徒刑并科者,又失之严”。1997年中华人民共和国刑法就没有把罚金定为主刑,而是把罚金定为可以附加使用的附加刑,这样就较好解决了主刑只能独立适用而罚金可以并科的问题。可能是草案的编纂者也感觉到了这个问题的存在,所以修正案删除了第44条关于罚金可以与自由刑并科的规定,但并没有提及任何原因和理由,但签注意见的影响是显而易见的。

二、单位和等差问题

关于罚金的单位,草案第37条规定罚金起自一钱以上,第61条又规定罚金加减时所生零数未满银十钱者除去之,而分则罚金的规定少则十元,多则三千元,并无“钱”单位的存在。草案在罚金单位上规定的混乱,让不少签注感到迷惑,纷纷指出草案应该明确“钱”、“元”、“两”之间的换算关系。江西在签注第37条时认为应该改“钱”为“元”,“分则有明文者,罚金以三千元为最多额,十元以下为最少额。本

但有材料指出“汉晋之间,罚金列为正刑,其制自四两迄二斤不等”——见《大清法规大全》,政学社印行,台湾考证出版社1972年影印本,第1967页。

朱勇指出“轻利的观念不仅要求人们在社会生活中不以追逐物质利益为目的,而且也要求国家、政府不以利作为调整社会关系、规范社会秩序的杠杆。中国古代重刑轻民,以刑事处罚解决民事纠纷,轻视以经济赔偿的方式解决民事纠纷,更不提倡以经济制裁手段处理刑事案件。与财产有关的经济处罚始终未能成为独立的刑种”。——见《中国法律的艰辛历程》,黑龙江人民出版社2002年版,第335-336页。

修订法律馆印刷:《修正刑律案语》1910年,国家图书馆藏(下同),《河南奏折》。

宪政编查馆编:《刑律草案签注》油印本1910年,国家图书馆藏(下同),《河南签注清单》第44条。

修订法律馆印刷:《修正刑律案语》1910年,国家图书馆藏(下同),《学部奏折》。

《刑律草案签注》之《两广签注清单》第44条。

条罚金起自一钱以上,是否以现定币制一两银元为准,应加诠释,使众共晓。距最少额十倍之,似可起于一元^{121]};两江签注一方面认为罚金的单位“元”与现行章程罚银的单位“两”的关系应明确,同时又认为“元”与“钱”的关系也应该明确,“罚金加减容有零数,……但查分则罚金均以元计,不知每元作若干钱核算,是否即作七钱二分,尚需规定以便遵行”。对于罚金起自一钱以上,江西签注猜测是一两银元,两江签注又猜测为一元为七钱二分,看来这个问题在当时并没有统一规定和统一认识。在签注的要求下,修正案将罚金起自一钱以上改为一元以上并明确罚金单位与违警律相衔接,同时删除了初草第 61 条加减刑除零数的问题。这样在罚金单位问题上,总则和分则就统一了。同时对于“元”与“两”的关系,修正案认为“银元之应否改作银两,应俟将来元法本位确定后再行修正”。

关于罚金的等差,草案总则规定起自一钱以上,并没有规定上限,但从分则所定罚金来看,似乎最多额为三千元。众多签注对于罚金如此悬殊的两极中间居然没有等差限制而任凭审判官裁断表示了诧异和担心,两广签注认为罚金从一钱至三千元,漫无等限,容易导致“裁判官得以意为多寡”,“释文谓因人之贫富不同,审判官当查勘其境遇而定。查外国民人财产,均经报官注册,故其贫富皆有可稽。中国则户籍未清,财产更无从考核,孰贫孰富,问官何由知之?……若遇操守不谨之员,尤难免高下其手,以行侵渔之计,流弊滋大,不可不审。且贫富异罚,亦觉不均,似不若明定数目,无力者即改惩役之为愈也”。学部在反对删除比附的意见中也指出,“原奏删除比附一条,尤为矛盾。据称比附易启意为轻重之弊,此诚不免。但由审判官临时判断,独不虞其意为轻重耶?引律比附尚有依据临时判断,直无限制即如罚金一项,多或数千元少或数十元,上下更易出入必多”。闽浙、四川签注也认为罚金数目应该更加明确,以免不肖审判官因缘为奸、上下其手,“人之家资,不易调查,人之境遇,不能执一而论。……且罪同异罚,民智未开,将毋疑贰。可否将各项罚金按其罪犯轻重分别定以额数,如实无力措缴,则易以监禁处分。庶贫者可无倖免之虞,富者可杜苛罚之忧”。由于草案罚金没有明确分等,所以第 58 条罚金刑加减时就只好规定“罚金从各分则所定多寡以减四分之一为一等”,如果分则所定罚金定有上下之限,如第 89 条“或三千元以下三百元以上罚金”,如何减一等二等就成了非常麻烦的操作问题。所以湖南签注认为罚金还是应该明确分等,可以分罚金为以下八等:3000、1000、500、300、100、50、30、10 元八等,其中 3000、1000 元等不必加减外,其余分别按等加减,以代替分则各条所定罚金的四分之一为一等。

中国传统法律秉持绝对确定性的原则,“畸轻畸重,成律所戒。失出失入,科罪尤严。中国旧例,爰书有一字之争,罚金无一钱之误,所以昭慎重便遵守也”,这对于法律正确无误的适用是有好处的。当然随着社会的发展和社会关系的复杂化,有些内容在法律上只能做出概括性规定,但只要有可能,就应该尽可能的具体和精确,这是正确的立法原则。草案之所以不明定等差,原意是为了保护穷人,立意不可谓不善,“因人之贫富不同,审判官当查勘其境遇而定,庶其刑方有效力。例如过失伤人,贫人宣告百元力有不逮,若在富人则五百元犹太仓之一粟。此为刑律之精神,背乎精神其裁判为不当矣^{121]}(P.1964)。且不论刑法的量刑,按犯罪人财产的多寡而定本身就是一种新的不平等和歧视,在法理上是错误的。即使单就保护穷人而言,草案的立法目的也完全有可能无法实现,正如签注指出的那

《刑律草案签注》之《两江签注清单》第 45 条。

《刑律草案签注》之《两江签注清单》第 61 条。

修订法律馆印刷:《修正刑律案语》1910 年第 45 条,国家图书馆藏。

《刑律草案签注》之《两广签注清单》第 37 条。

《修正刑律案语》之《学部奏折》。

《刑律草案签注》之《湖南签注清单》第 45 条。

《修正刑律案语》之《贵州巡抚奏折》。

第 310 条:凡因过失致人于死伤或笃疾者处一千元以下罚金;致其余伤害者处五百元以下罚金。

1997 年刑法第 52 条规定:“判处罚金,应当根据犯罪情节决定罚金数额”。而犯罪情节,刑法上一般指犯罪行为的动机、方法以及犯罪后果等因素,这表明,1997 年刑法在决定罚金数额时,并没有把犯罪分子的缴纳能力视为主要因素予以考虑。

样,中西方在财产制度上是不一样的,在中国是很难判断个人的贫富问题的,这种没有标准的授权很可能最后就是“任意胡判”。例如过失伤人,真正的“贫人”因为没有社会关系和社会地位,很可能被处以五百元罚金,而真正的“富人”因为社会关系和社会地位很可能被处以百元罚金。这种背离和颠倒立法精神的“裁判”在吏治不良的情况下太正常了,而这样的裁决因为法官的自由裁量权而仍被视为“合法”的。各签注之所以坚决反对变绝对确定刑为相对确定刑,就是害怕在法律上留下官员腐败的空间和机会。在吏治不良相当长时间内还是中国的“不治之症”的时候,法律文本应尽可能规定得详尽具体以杜绝官员腐败的空间和机会。而修订法律馆诸公,要么幼稚到对中国吏治的腐败“熟视无睹”,要么愤激到“此等弊端如不能杜绝,无论何种法律皆属无益”。总之,抱着西方的法律理论不放,就是不承认自己立法上有什么问题。

三、易刑问题

关于罚金与自由刑的互易。草案第 43 条规定“凡受五等有期徒刑或拘留之宣告者其执行上实有窒碍时得以一日折算一元易以罚金”,而第 45 条规定“罚金于裁判确定后令一月以内完纳,逾期不完纳者从左例:第一、有资力者强制令完纳之;第二、无资力者以一日折算半元易监禁处分”,第 80 条规定“凡未决中监禁之日以左列算入刑期:一、监禁三日抵徒刑拘留一日;二、监禁二日抵罚金半元”。山西签注认为徒刑或拘留易为罚金与罚金易为监禁在计算上相互矛盾,轻重失宜,“第 43 条自由刑易为金刑,……一日折算一元,不论贫富。假定本刑为一年未决之五等有期徒刑,应易为三百数十元之罚,在富者筹措易,易罚之未便宜。若贫者无力完纳,则当依第 45 条第二款以一日折算半元易监禁处,是一年未决之徒刑变为二年未决之监禁。徒刑罪犯禁之监狱,监禁罪犯亦禁之监狱,一折算间而刑加一倍矣。自由刑易为金刑,一日折算一元,金刑易为自由刑一日止折算半元。不独前后两歧抑且重轻倒置。又第 80 条监禁两日只抵罚金半元,虽理由中述明未决中之监禁与囚有异,然自由刑之目的在使犯罪失其自由,则未决者与已决者在监禁同为失其自由,毫无区别。一则监禁一日抵罚金半元,一则监禁二日抵罚金半元,其所根据之理由,亦未见正确也”;四川签注也指出第 7 章第 43 条易罚金与第 45 条易监禁应该统一,“窃以狱贵持平,法宜不二。执行有碍者如外国水手偶犯拘留,恐其归航有误不免飘零,输金一元准抵拘留一日,情法可谓至当。当其无力罚金者,则一日止算半元易以监禁。夫既曰无力则家计贫难可知,一人拘留全家饮泣。多一日拘留即少一日生机。是一日折算一元,有资者可省其累;半元折监一日,贫苦者似嫌其多。可否将无力罚金者亦以一元折监一日,以昭矜恤而示均平”;河南签注也认为罚金在主刑词序中要轻于五等有期徒刑和拘留,因此易为监禁处分的日期不能超出五等有期徒刑的一年范围。“本案第五等有期徒刑不过一年未决一月以上,而罚金之罪转有三年之长期监禁。已不免轻重失宜。且罚金多至三千元,监禁不得逾三年,以半元一日折算负三千元之罚金应处六千日之监禁,……若照三年为限,负罚逾重,处分逾轻,殊欠平允”;湖南签注也指出,按照第 45 条的规定,实际上无资力者以一日折算半元易监禁处分的规定只有在罚金五百元以下时才能实现,因而不够严密。

在众多签注的意见下,修正案将第 45 条第二项半元改为一元,这样,草案第 43 条徒刑易为罚金与 45 条罚金易为徒刑在修正案中得到统一。对于罚金易为监禁可达三年,与五等有期徒刑最多一年相比轻重失宜,修正案认为“各条所定罚金,均视其所犯之情节如何,故罚金与徒刑各不相蒙,既不能互为加减,自不能执罚金与徒刑较量轻重也”;第 56 条案语又认为“自由刑与罚金非程度有重轻,乃性质有不同也”。这一说法是站不住脚的,因为第 37 条规定的死刑、无期徒刑、有期徒刑、拘役、罚金的主刑种类明确是按照重轻之次序来安排的,怎么就不能相互比较呢?草案一方面把罚金列入按照重轻之次序

《刑律草案签注》之《山西签注清单》第 43 条。

《刑律草案签注》之《川督签注总则清单》第 43 条、第 45 条。

《刑律草案签注》之《河南签注清单》第 45 条。

修订法律馆印刷:《修正刑律案语》1910 年,第 45 条、第 56 条。

来安排的主刑体系,另一方面又设立了与自由刑互易制度,显然会导致冲突的发生。解决的办法,要么把罚金从主刑中剔出,要么废除互易制度以切断两者比较轻重的渠道,要么在罚金数目上作大幅度压缩以求得与在性质上比其重的自由刑的平衡。但遗憾的是修正案在这三个方面均未作出改进。同时修正案将第 80 条“监禁二日抵罚金半元”改为“监禁二日抵罚金一元”,但实际上仍然没有接受山西签注关于“未决者与已决者在监禁同为失其自由,毫无区别”的见解,联系草案未决中监禁三日抵徒刑拘留一日的规定,说明草案视未决之监禁比已决之监禁在性质上要轻,这实际上对于保护犯罪嫌疑人的权利不利。所以 1997 年刑法第 41 条就规定,“判决执行以前先行羁押的,羁押一日折抵刑期二日”,其对于未决之羁押与已决之羁押上的理解和草案完全相反。

四、罪刑相当问题

草案总则既定罚金为主刑,罚金作为一种主要刑罚在分则之中就有了广泛的使用和规定。其情况大致是:除了第 114、124、146、245、259、267、268、277、357、375 条是与有期徒刑拘留并科、不属于独立适用外,其他诸条款的罚金刑或者是与有期徒刑拘留刑选择适用或者单处,都属于独立适用的刑罚。草案罚金刑如此广泛的适用和所发挥的如此重要的功能,彻底改变了赎刑旧制的性质和地位,因而引起了众多签注的不满。签注的不满主要感觉草案罚金的规定有畸轻畸重的倾向,即一方面有的犯罪行为性质较重,草案处以罚金额刑太轻;另一方面有的犯罪行为性质轻微,草案所科罚金太重。下面分别加以说明。

关于有的犯罪行为性质较重,不该科以罚金。如因过失致生危害于乘舆车驾者,在《大清律例》中属于应处极刑的大逆之罪,草案分则第一章关于帝室之罪第 89 条却仅“处二等或三等有期徒刑或三千元以下三百元以上罚金”,几乎所有签注均认为量刑太轻,罚金尤不宜在此处使用,“本条谓因过失致生危害与大逆有间,仅拟处以二等或三等有期徒刑已非尊君弭患之意,若再得以罚金处断,尤属轻纵,似应改定”。学部、直隶、两广、湖南签注认为第 91 条凡因过失加危害于帝室缙麻以上之亲者“处四等以下有期徒刑拘留或一千元以下罚金”,第 94 条凡侵入太庙、皇陵、宫殿、离宫、行在所或受命令而不退出者处二等至四等有期徒刑或三千元以下三百元以上罚金、第 95 条凡在前条所载各处射箭放弹投砖石者处三等或四等有期徒刑或一千元以下一百元以上罚金的规定也存在同样的问题。对过失杀伤包括祖父母父母在内的尊亲属,草案第 26 章第 311 条规定,“凡因过失致尊亲属于死或笃疾者处三等以下有期徒刑或一千元以下一百元以上罚金;致其余伤害者处五等有期徒刑拘留或五百元以下罚金”,学部、湖南、邮传部、两广、湖广、山东、都察院等大部分签注纷纷表示量刑过轻且适用罚金不当。湖广签注指出,“现行例子孙过失杀祖父母、父母者罪应绞决,如实系耳目所不及、思虑所不到,则加签请旨改为绞候。非不知过失杀一项,犯者并无欲杀之意。然因过失而杀害及于尊亲,殊非寻常过失可比,如仅处以三等以下有期徒刑,似非教民尊亲之义。至罚金之律,吾国卑幼不能私擅用财,尤属不便实行”。都察院也认为过失伤害(致死)祖父母父母处以罚金不妥有二:一是量刑过轻,二是罚金会连累祖父母父母而不合适、不公平,“三等以下有期徒刑已较现行例之绞决为轻,若再处以罚金,不轻而又轻乎?且子孙所出之罚金即其祖父母父母之财也。祖父母父母因伤而死,则财归子孙后可以此条罚也。其仅致笃疾者则尚需以金颐养残年,今从而罚之,罚其子孙,不啻罚其祖父母父母也,未免冤上加冤。似宜科其子孙以应得之罪,不宜累其尊亲属以罚金之法”;过失致尊亲属于死或笃疾,湖南签注的意见是“仍宜照例问拟

与 1907 年的草案相比,1997 年刑法把罚金列入附加刑之列,自由刑与罚金之间不再互易,显然就避免了草案在这一问题上的缺陷。

《刑律草案签注》之《湖广签注清单》第 89 条。

《刑律草案签注》之《直隶签注清单》第 88、89 条、《两广签注清单》第 89 条、《湖南签注清单》第 89、91 条、《学部奏折》。

《刑律草案签注》之《湖广签注清单》第 311 条。

《刑律草案签注》之《都察院签注清单》第 311 条。

罪名,夹签恭候圣裁,删除罚金为是”。另外,对草案第240条凡医师于提示他人之诊断书、检案书或死亡证书为虚伪之记载者处四等以下有期徒刑或三百元以下罚金;其嘱托或行使及以行使之宗旨交付于人者处拘留或五十元以下罚金的规定,江西签注认为对死亡证书为虚伪之记载者处刑过轻,应该删去罚金刑;对第260条吸食鸦片烟者“处五等有期徒刑拘留或一千元以下罚金”的规定,安徽签注认为鸦片烟是危及中华民族生死存亡的一大毒瘤,应该予以严禁。签注并举日本为例,说明草案适用罚金刑之不当,“日本诸法律皆参酌各国从轻规定并有罚金以代替之,独吸食鸦片烟者则处二年以上三年以下之重禁锢,从无罚金之条。中国人民习染已深,剪除不易。草案仅将吸食之人处五等有期徒刑拘留或一千元以下罚金,未免范围大廓,仍无以挽浩劫而拯生灵。应请删去罚金一层或酌量加重改为四等以下有期徒刑,以收实行禁烟之效果”;对于第272条“凡对未满十二岁之男女为猥亵之行为者,处三等以下有期徒刑或三百元以下三十元以上罚金;若用暴行胁迫或用药及催眠术并其余方法致使不能抗拒而犯前项之罪者,处二等或三等有期徒刑或五百元以下一百元以上罚金”的规定,学部认为猥亵行为处以罚金不妥,“此条所谓猥亵行为,殆指强奸未成者而言,现行律例科罪甚重。今或处以一百元以上之罚金,是饶于货财者可以横行而无忌,况用药用术之迹近妖妄乎?”。

在众多签注对草案一些性质严重的犯罪行为适用罚金感到不当的同时,一些签注还对一些性质轻微的犯罪行为草案予以高额罚金表示了批评。其中批评最集中的是草案第310条过失致人死伤罪的规定,湖南、两广、两江、邮传部等签注认为罚金过重,两江指出“过失杀自古不坐死,现行律过失杀伤人各准斗杀斗伤罪一律收赎。……已杀人者定为赎银十二两四钱二分,成笃疾者十两六钱四分五厘,废疾七两九分七厘,折伤上下不过数两。今本条改为罚金亦与旧律不相悖。惟失致人于死伤或笃疾者处一千元以下罚金,其余伤害者亦需五百元以下罚金,核与旧律赎银之数相去悬殊。且查日本刑法过失致人于死处二十元以上二百元以下罚金,过失伤人致废笃疾处十元以上一百元以下罚金。是外律与中律尚颇相近,何以转为加重?似属非宜,请再妥定”;湖南签注也认为“旧律杀人者仅追收赎银十二两四钱二分,伤人者照斗杀定罪收赎。今若处一千元以下、五百元以下罚金,不特较旧律悬殊特甚,且有心之杀伤尚比旧律量减,而无心之杀伤转视旧律加重,轻重倒置,似非立法之平允”。另外,认为草案罚金过重的还有:河南签注对第371条、度支部签注对第229条、湖南签注对第161、189条、两江签注对第161、186、191、210、229、245、293、306、344、363条、邮传部签注对第284、293、296、312条等。邮传部签注还对草案罚金过重提出了总体批评,“本案一切罚金,俱失太重。与中国目前社会生计不宜,穷其弊必多变罚金为拘留,而拘留囚徒又皆不服定役。是则徒收养罪人于监狱中,与个人有失业之忧,于国家增耗无穷之监狱费耳”。

罚金作为一种财产刑,就其在刑罚体系中的地位而言,罚金一般轻于徒刑等自由刑,因此主要适用于性质较为轻微的犯罪行为;就其功能而言,罚金作为财产刑应该主要适用于经济犯罪和贪利性质的犯罪,同时对某些妨害社会管理秩序的犯罪也可适用。对于贪利性质的犯罪处以罚金,不仅可以起到惩罚与教育的效应,而且还能够剥夺罪犯进行犯罪活动的经济条件、抑制犯罪的动机。按照这两个标准进行衡量,草案确实有滥用罚金的倾向。如分则第一章危害帝室之罪,“春秋之义,首重尊王,故以关于帝室

《刑律草案签注》之《湖南签注清单》第311条。

《刑律草案签注》之《江西签注清单》第240条。

《刑律草案签注》之《安徽签注清单》第260条。

《刑律草案签注》之《学部签注清单》第272条。

第310条:凡因过失致人于死伤或笃疾者处一千元以下罚金;致其余伤害者处五百元以下罚金。

《刑律草案签注》之《两江签注清单》第310条。

《刑律草案签注》之《湖南签注清单》第310条。

《刑律草案签注》之《邮传部签注清单》第284条。

之罪弁冕简端”,性质不可谓不严重,可 10 条规定之中,就有 7 条有罚金之刑,这就意味着这 7 种犯罪最终可以仅用罚金处理;第 272 条用暴行胁迫或用药及催眠术并其余方法致使不能抗拒而猥亵幼童罪,处二等或三等有期徒刑,性质可谓严重,却仍然“或五百元以下一百元以上罚金”,这实际上意味着罚金可以与二三等有期徒刑等量齐观,显然不合适,而这种情况在草案分则中是大量的。又如第 311 条对尊亲属的犯罪也适用罚金,如同有的签注所指出的那样,在当时同财共居、子孙不得擅财的状态下,不仅没有意义而且罚金最终会落到受害人的头上,殊为不妥。又如第 371 条侵占遗失物、漂流物或属于他人物权而离于其管有之财物以及因自己错误而以善意取得管有之他人所有物及因他人错误而交付于自己之他人所有物的行为,本条犯罪实际上是民法上的不当得利,不当得利只有拒不返还时才可能构成犯罪。草案却予以刑事处罚,这固然说明了沈家本对私有权保护的重视,但处刑却与第 357 条窃取共有物相同,说明他在理论上并没有区分两者性质上的不同。草案滥用罚金的倾向,在签注的强烈批评下,可能修订法律馆诸公也有所察觉,一个明显的标志是,修正案对于分则刑罚的适用,修改罚金刑的适用之处最多。而且对于其他刑罚,有签注反映量刑过重而修正案继续加刑者,但罚金刑的修改却多是减刑,很少见到加刑的情况。这也从另一方面说明,草案罚金刑的适用是有缺陷的。

五、罚金与赔偿金的关系问题

签注在对罚金适用本身提出异议的同时,也就罚金与赔偿的关系提出建议,认为应该增加返还原物和赔偿损失给受害人的规定。对于第 32 章关于窃盗及强盗之罪,山西认为应该加入“追赃给主”的规定,“查现行刑法,凡遇窃盗强盗案件,均应追赃给主,使奸民不能以犯罪得利,良民不至无辜受累,法良意美,中外皆同。查日本关于此等事,系以单行法宣布,中国则于名例律列有专条。今既未另颁单行法,而刑律总则中亦未列入,此章规定窃盗强盗各罪名复未述及追赃给主一层。窃恐裁判官因无明文,以后遇有上项案件,仅科盗罪不为失主追赃而良善不堪其累矣”;对第 310 条过失致人死伤罪,两广签注认为罚金应该明定给付受害人,“过失杀伤人,律准斗杀伤罪依律收赎,给付其家。凡过失杀人者,例只折银十二两四钱二分,过失伤人者分别笃疾、废疾、折伤,上下自十两以至数钱,为数甚轻。今或处以一千元或处五百元以下罚金,未免为数过重且未述明给付死者家属,亦与律意不符”。邮传部签注该条时也认为,“罚太重,日本之二百元以下罚金,中国旧律载亦只十三两零,且给与营葬不入罚库”。对于山西签注增加返还原物的建议,修订法律馆诸公不以为然,“山西谓刑律内无追赃给主之法并未见制定单行法,不知此事与刑律无涉。至于应订单行法否,刑律内亦毋须声明”。对于两广签注、邮传部签注认为罚金应该明定给付受害人的建议,修正案干脆没有任何反应,一副事不关己、高高挂起的样子。

犯罪是危害国家因而被国家的刑罚作为一种最后手段加以惩罚的行为^{[31](P.137)},犯罪行为之所以需要公诉而限制私诉,也是因为犯罪主要被视为对国家社会的危害而不是对个人的危害。但犯罪现象是一种非常复杂的现象,尤其一些直接对于个人的犯罪,除了构成对社会的危害外,还直接造成对个人的伤害。受害者个人的损失如何弥补和挽救,也应该是刑罚关注的问题。所以刑法典在规定了没收犯罪人的财产、处以罚金的规定以外,一般应该就返还财产和赔偿损失做出原则规定。甚至在犯罪人的财产不足以同时支付罚金和赔偿损失的时候,法律也应该规定何者优先。这些规定虽然不具有刑罚的性质,但它对于衔接、协调各部门法,维护和加强法制的统一,保护受害人的合法权益,防止矛盾激化,都有重要作用。1997 年中华人民共和国刑法第 36 条“由于犯罪行为而使被害人遭受经济损失的,对犯罪分子除依法给予刑事处罚外,并应根据情况判处赔偿经济损失。承担民事赔偿责任的犯罪分子,同时被判处

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《为刑律分则草案告成缮具清单折》。

《刑律草案签注》之《山西签注清单》第 32 章。

《刑律草案签注》之《两广签注清单》第 310 条。

《刑律草案签注》之《邮传部签注清单》第 310 条。

《修正刑律案语》第 366 条(原案第 349 条)。

罚金,其财产不足以全部支付的,或者被判处没收财产的,应当先承担对被害人的民事赔偿责任”。第64条“犯罪分子违法所得的一切财物,应当予以追缴或者责令退赔;对被害人的合法财产,应当及时返还;违禁品和供犯罪所用的本人财物,应当予以没收。没收的财物和罚金,一律上缴国库,不得挪用和自行处理”的规定就是明证。两广、邮传部签注关于罚金应该明定给付受害人的建议虽然误解了罚金的性质,混淆了罚金和赔偿金的区别,但他们提出的受害人应该得到赔偿的问题是客观存在的。大清新刑律草案以它们不是刑罚方法而故意不做出规定,自以为遵循的是先进的法理,实际上是机械、僵化理解西方法律精神的简单化表现。当初清政府任命沈家本与留洋人士伍廷芳同为修律大臣,意在让他站在中国法律文化的立场上去沟通中西,但他显然没有能够做到这一点。这是历史的遗憾!

六、结论

应该说,晚清10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,其他法律的制定相对都比较顺利,惟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,因为同步进行的其他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”。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?”^{[4](P.344)}。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,并没有能够很好地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”。

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,依然顽强地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。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”的问题。

《修正刑律案语》之《都察院奏折》。

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,我国之法学,或不无含有政治的意味,因为我国急欲收回领事裁判权,难免于法学多所粉饰;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。”(《大理院判例研究·绪言》,载《法律评论》第36期,转引自张生:《中国近代民法法典化研究》第122页,中国政法大学出版社2004年版)。郑天锡所说判例的价值,恰恰是以法学本身的缺陷为代价的。

参考文献:

- [1] 朱勇. 中国法律的艰辛历程 [C]. 哈尔滨:黑龙江人民出版社, 2002.
- [2] 大清法规大全 [Z]. 台北:考证出版社, 1972 (影印本).
- [3] 何秉松. 刑法教科书 (上卷) [M]. 北京:中国法制出版社, 2000.
- [4] 苏亦工. 明清律典与条例 [M]. 北京:中国政法大学出版社, 2000.

On the Establishment of the Pecuniary Penalty in Modern Criminal Law

——From the Perspective of Relevant Provisions of the *Draft Criminal Code of the Great Qing Dynasty*

GAO Han - cheng

(China University of Political Science and Law, Beijing, 100088)

Abstract: The Qing Dynasty amended its codes in its last 10 years, and the reform of criminal law was the first to be affected. In October 1907, the Law Revision Office presided by Shen Jiaben made an oral presentation to the emperor concerning the draft of the first modern criminal law in China - Draft Criminal Code of the Great Qing Dynasty, which for the first time established the pecuniary penalty of one of the five principal penalties in the history of Chinese criminal law. From 1908 to 1910, officials from each of the ministries of the central government, the governor - general and inspector - general of each of the provinces, and the commanders - in - chief presented their written opinions on the Draft Criminal Code of the Great Qing Dynasty in succession. The principal problems concerning pecuniary penalty were: problem of establishing pecuniary penalty as a principal penalty, the problem of units and grades of the pecuniary penalty, the problem of bartering pecuniary penalty for remission of terms of imprisonment, the problem of too light or too heavy an imposition of the pecuniary penalty, and the problem of the relationship between the pecuniary penalty and damages. Retrospection and analysis of the course of the pecuniary penalty being established in modern criminal law is China will enable us to have a novel comprehension of the legal reform principle that is "commonly applied in China and the West", and will be beneficial to have a new understanding of the modern "conflict of rites and law".

Key Words: Draft Criminal Code of the Great Qing Dynasty; Written Opinions; Pecuniary Penalty

(责任编辑 晨 晖)