

# 晚清刑事法律改革中的“危机论”

## ——以沈家本眼中的领事裁判权问题为中心

高汉成

(中国社会科学院,北京 100720)

**摘 要:**清末礼法之争中,就修律与收回领事裁判权关系问题的辩论表明,法理派清醒地认识到单纯修律本身并不能收回领事裁判权,但在礼教文化占主流地位而法理派本身又不敢正面否定礼教文化的价值的情况下,只好拿“危机论”(即领事裁判权问题)作为推进中国法律近代化的手段。这本身表明以沈家本为首的法理派是认同和接受了西方法律文化的精神和原则的,他们希望用西方法律的精神来改造中国传统法律文化。因此,清末修律中收回领事裁判权问题不过是手段,法律的近代化才是目的。手段和目的的不相协调,是导致晚清刑事法律改革出现诸多问题的主要原因。

**关键词:**清末修律;收回领事裁判权;法理派;礼教派

**中图分类号:**DF08 **文献标识码:**A **文章编号:**1000-0208(2005)05-98-09

### 一、问题的提出:沈家本真的那么轻信吗?

众所周知,在清末修律的过程中,围绕着《刑事民事诉讼法草案》、《大清刑律草案》的内容,在清朝统治集团内部曾经发生了一场较大规模的争论。其时礼法之争的两个焦点之一,就是修律与收回领事裁判权的关系,即修律的目的和宗旨是不是收回领事裁判权以及修律能不能收回领事裁判权。以沈家本、杨度为首的法理派认为,西方列强在中国拥有领事裁判权的原因,借口就是中国法律的落后和野蛮。中国只要改良法律而与各列强齐一,各列强就会按照条约自动放弃领事裁判权。因此必须采撷西法以收回领事裁判权。而以张之洞、劳乃宣为首的礼教派认为,领事裁判权能否收回,关键在于国家实力的强弱,不单单是一个法律制度能否与外国相同的问题,而且西方各列强的法律本不齐全,因此修律应该以我为主,目的应在于革除旧律的积弊,非全袭西法以讨好西方列强。

对于这场争论,目前法史学界有越来越多的人承认:尽管法理派坚持了法律变革的正确方向,但就事论事,礼教派在这一问题上的观点无疑是正确的,法理派轻信了西方列强关于变革法律即放弃领事裁判权的承诺,清末单纯修律本身并不能收回领事裁判权。历史已经证明,直到 20 世纪 30 年代初,南京国民政府全面建立具有近代意义的六法体系之时,西方列强仍没有放弃领事裁判权。这一观点无疑推进了人们对礼教派的认识和客观评价,但主要的问题不在这里。

收稿日期:2005-05-20

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

另一焦点是法律和道德的关系,即在修律的过程中如何对待西方近代法律精神与中国传统法律原则。

在“二战”最关键的 1943 年,日本率先放弃在中国的领事裁判权,受此刺激并出于中国战场的需要,英美等同盟国才最终放弃了在中国的领事裁判权。

应该指出,礼教派的首领张之洞,既是清末修律的先行者,又是清末收回领事裁判权的实际倡导者。在清末应该修律和应该收回领事裁判权的问题上,礼法之争的双方的意见是一致的。但是,为什么会在修律与收回领事裁判权的关系问题上产生如此大的争议呢?为什么当时张之洞能一眼就看穿的问题,沈家本他们却一再坚持“执迷不悟”呢?难道沈家本真的如此轻信、幼稚?纵观清末修律和礼法之争的全过程,笔者认为,问题没有如此简单。本文试图通过目前可以看到的材料,就法理派对这一问题的表面阐述和背后的真实目的进行剖析。个人的结论是:如同中国历史上大多数改革派“托古改制”的思路一样,收回领事裁判权问题只不过是法理派推进中国法律近代化的手段和回应反对改革者的挡箭牌,不同的只是“托洋改制”罢了。

## 二、《马凯条约》第12条:中国收回领事裁判权的首次努力

西方列强在中国取得片面的领事裁判权,始于第一次鸦片战争以后。正式确立领事裁判权的条约,是1843年签订的《中英五口通商章程》。该章程第13款规定:对于英国侨民作为刑事被告的案件,“其英人如何科罪,由英国议定章程、法律,发给管事官照办。华民如何科罪,应治以中国之法”<sup>[1](P.42)</sup>。西方列强向清政府要求领事裁判权的理由和借口无非是中国法律制度落后、野蛮,与西方国家法律的基本精神不相吻合。随着中国国家主权意识的觉醒和中西文化的交流,一般见识的中国人一方面痛感片面领事裁判权对中国社会造成的危害,另一方面也感觉到了落后的法律制度有革新的必要。对于中国改革的愿望,西方列强表达了某种程度的支持。所以才有了1902年的中英《马凯条约》第12款“中国深欲整顿本国律例,以期与各西国律例改同一律,英国允愿尽力协助以成此举。一俟查悉中国律例情形及其审断办法及一切相关事宜皆臻妥善,英国即允弃其治外法权”<sup>[2](P.139)</sup>。随后,美国、日本、葡萄牙等国也相继在与中国签订的条约中做出类似表示。“自此而议律者,乃群措意于领事裁判权”<sup>[3](P.1011)</sup>。那么,该如何看待《马凯条约》第12条以及中国收回领事裁判权的首次努力呢?

以前多有学者认为,清末修律起因于西方列强的许诺,清政府在得到列强的允诺后,“为帝国主义故作的姿态所迷惑,受宠若惊,充满幻想”,“随即发布了修律上谕,并建立了修订法律馆”,这个观点显然有失偏颇,因为它颠倒了清末修律的启动与《马凯条约》签订的时间先后顺序。《马凯条约》签订于1902年9月5日,但早在1901年1月29日,清廷在流亡的路上就发布了“变法诏”,决心表示要破铜习,更法令,取外国之长,补中国之短,为晚清的政治改革,并为随之而来的变法修律,敲了开场锣鼓。1902年3月11日,清廷发布了第一道修律上谕,“责成袁世凯、刘坤一、张之洞,慎选熟悉中西律例者,保送数员来京,听候简派,开馆编纂”。5月11日就下了任命沈家本、伍廷芳为修订法律大臣的上谕。这说明早在列强的许诺之前,清政府就已经决定修律,并就修律的指导思想、机构设置、人员调配做了实际的工作。而《马凯条约》等相关条款不过是西方列强对“中国深欲整顿本国律例以期与各西国律例改同一律”给与的某种支持的表态。

目前法史学界还有一种流行的观点,认为清末修律的目的就是为了收回领事裁判权。而就笔者所见,尚未有直接材料证明清政府把修律与收回领事裁判权直接挂钩。1902年3月11日清廷发布的第

光绪二十七年时任湖广总督的张之洞与两江总督刘坤一上著名的“江楚会奏变法三折”开启了清末变法修律的实际进程,随后又与袁世凯、刘坤一连衔举荐沈家本、伍廷芳为修订法律大臣。

正是在张之洞的主持和坚持下,才有了1902年《中英续议通商行船条约》(即《马凯条约》)中关于英国有条件地放弃其治外法权的承诺。

如徐晓光等:《清末法制变革及其历史意义》,《社会科学辑刊》1992年第6期。

如:“众所周知,1902年启动的清末变法修律,最根本、最直接的原因就是满清政府急于收回领事裁判权而不得已而为之的一种姿态及举措”,参见肖湘林:《清末领事裁判权存废之考析》,《株洲工学院学报》2003年第4期,第30页。“法律改革,领事裁判权是改革最直接的原因”,参见李贵连:《近代中国法制与法学》,北京大学出版社2002年版,第514页。“在晚清国力不足以用强力收回的情况下,改革自身的司法体系以模范列强,成了其惟一的选择。……笔者认为晚清司法改革的主因在于领事裁判权问题”;“晚清司法改革的主要动力来自于领事裁判权对清政府维护其统治所构成的巨大危害,列强适时表达其态度恰恰构成此改革的主要契机”。参见李启成:《领事裁判权制度与晚清司法改革之肇端》,《比较法研究》2003年第4期,第16、28页。

一道修律上谕说“中国律例,自汉唐以来,代有增改。我朝《大清律例》一书,折衷至当,备极精详。惟是为治之道,尤贵因时制宜,今昔情势不同,非参酌适中,不能推行尽善。况近来地利日兴,商务日广,如矿律、路律、商律等类,皆应妥议专条。著各出使大臣,查取各国通行律例,咨送外务部,并著责成袁世凯、刘坤一、张之洞,慎选熟悉中西律例者,保送数员来京,听候简派,开馆编纂,请旨审定颁行。总期切实平允,中外通行,用示通变宜民之至意”<sup>[4]</sup>(P.536-537)。显然,清政府主要还是从内政的角度来谈修律的理由的。5月13日,清廷又颁布了一道上谕:“现在通商交涉,事益繁多,著派沈家本、伍廷芳,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。俟修定呈览,候旨颁行”<sup>[4]</sup>(P.577)。有人认为所谓“交涉情形”即指当时清政府与各国谈判签订通商行船条约中提出的收回领事裁判权问题<sup>[5]</sup>(P.39)。通篇读下来似宜作广义理解,即“现在通商交涉,事益繁多”。的确,20世纪初的清政府在经历了如此危机,痛定思痛之后,做出了向西方学习的决定,加上随后西方列强的许诺,很容易让人把清末修律与收回领事裁判权联系在一起。但修律与收回领事裁判权并没有直接的因果关系,清政府正式的官方文件也没有明确地表明这种关系。

中国近代史就是中西文化冲突交融、向西方学习的历史。从这个意义上讲,谈论中国近代史上的任何重大事件,完全撇开西方资本主义因素的影响是不可想像的。但这不等于说任何重大事件都必须与西方资本主义因素直接挂钩,清末修律就是这样。反观20世纪最初的10年,我们看到,《辛丑条约》签订以后,在西方列强放弃了瓜分中国和推翻慈禧最高统治者的企图之后,清政府所要做的就是如何收拾国内的残局,“欲救中国残局,惟有变西法一策”<sup>[6]</sup>(P.254)。清末10年的变法就是在这样的背景下展开的,修律作为新政的一部分,也是服从和服务于清末这一整体政治局势的。清末修律并没有自己额外的起因和目的。否则,我们难以想像,在战争刚刚过去,国内局势百废待兴的情况下,清政府会首先想到这个棘手的问题并认真加以解决。根据中英商约谈判的档案记载,1902年7月17日,清朝代表张之洞与英国代表马凯在武昌纱厂通过翻译梁敦彦有一段关于撤废领事裁判权的谈判纪录,“梁敦彦:您(按:指英方代表马凯)费了八个月时间并没有能解决什么!而在这几天内已经谈妥了很多条款!人们会说盛吕(按:吕海寰,中方代表之一)两位大人很慎重,而张制军(按:张之洞)容易说话,答应了您的一切条件!张制军说,您必须让他能有可以拿出来的东西。他提出两款来。一款是关于治外法权的。我们想修订我们的法律,我们即指派委员研究。您是否可以同意,在我们法律修改了以后,外国人一律受中国法律的管辖。……会上一致同意马凯爵士应电请英国政府授权在条约内增加一款如下:中国深欲整顿本国律例以期与各西国律例改同一律,英国允愿尽力协助,以成此举,一俟查悉中国律例情形,及其审断办法,及一切相关事宜皆臻妥善,英国即允弃其治外法权”<sup>[2]</sup>(P.137-139)。联系到张之洞当时说签订了这条“立自强之根、壮中华之气”的条款,“实为意料所不及”<sup>[7]</sup>(P.124),以及后来所言能否收回领事裁判权,不在法律本身而在国家实力的强弱这句话来看,《中英续议通商行船条约》第12款是颇可玩味的。列强的承诺当然是虚伪的,但中国政府也没有真的把它当作可以很快实现的东西来看。只不过对刚刚受尽屈辱的中国政府来说它是体面的,可以就此向国人大肆炫耀其国际地位的提高,回应孙文等革命党人所谓“洋人的朝廷”的谴责。把收回领事裁判权作为修律的宗旨,目的在于用爱国主义旗帜凝聚已经涣散的人心,统一思想以减少改革的阻力。所以我们看到,清末10年法律改革的起伏是与国内政治改革的进程同步的,而与如何收回领事裁判权问题无关。

### 三、“修订刑律所以为收回领事裁判权地步”:法理派收回领事裁判权问题的阐述

在清末变法修律的过程中,收回领事裁判权问题一直为法理派所津津乐道。就目前所见,光沈家本的奏折中(部分为与伍廷芳合奏)就有下列:

1. 光绪三十一年三月二十日(1905年4月24日),沈家本等上著名的《删除律例内重法折》,这个奏折除报告奉命修订法律以后所做的工作外,着重阐述了应当废除凌迟、枭首、戮尸以及缘坐、刺字等酷刑重法的理由。沈家本首先提到了领事裁判权问题,“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。夫西国首重法权,随一国之疆域为界限,甲国之人侨寓乙国,即受乙国之制裁,乃独于中国不受制裁,转予我以不仁之名。此亟当幡然变计也。方今改订商约,英、美、日、葡四国,均允中国修订法律,首先收回治外法权,实变法自强之枢纽。”并且警告说,“以上三事,皆中法之重者。参诸前人之论说,既多议其残苛,而考诸今日环球各国,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。此而不思变通,则欲彼之就我范围,不亦南辕而北辙乎?”<sup>[8](P. 87-90)</sup>

2. 同日沈家本上《议覆江督等会奏恤刑狱折》请求禁止刑讯,被批准。到了5月,御史刘彭年奏请恢复部分被废除的刑讯,沈家本等为此上奏《核议御史刘彭年恢复刑讯折》,从收回领事裁判权的角度再次阐述禁止刑讯的理由,“惟泰西各国无论各法是否俱备,无论刑事民事大小个案,均不用刑讯,此次修订法律原为收回治外法权起见。故齐一法制,取彼之长补我之短,实为开办第一要义。惟中外法制之不同者,莫如刑讯一端。”<sup>[8](P. 99-100)</sup>

3. 废除刑讯的谕旨下达后,上海会审公堂拒不执行,继续刑讯。光绪三十一年九月十六日,沈家本上奏《申明新章折》,请求朝廷重申禁止刑讯。奏折起句即为“臣等奉命修订法律,本以收回治外法权为宗旨”;最后一句为“上海通商最久,观瞻所系,总期行法得人,庶将来颁布新律,可以通行无阻,而收回治外法权,其端实基于此矣。”<sup>[8](P. 104-105)</sup>

4. 光绪三十二年四月初二日(1906年4月25日),沈家本等上《虚拟死罪改为流徒折》,奏折起句即为“窃臣等奉命修订律例,参酌各国刑法,以冀收回治外法权。”同日上《进呈诉讼律拟请先行试办折》并附中国第一部刑事民事诉讼法草案,在阐述了应该建立陪审员制度和律师制度后指出,“以上二者,俱我法所未备,尤为挽回法权最重之端,是以一并纂入。”<sup>[8](P. 107-112)</sup>

5. 光绪三十三年八月二十六日(1907年10月3日),大清新刑律草案告成,沈家本上《刑律草案告成分期缮单呈览并陈修订大旨折》,阐述刑律修订理由,第一条即为领事裁判权问题。“国家既有独立体系,即有独立法权,法权向随领地以为范围。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。独对于我国借口司法制度未能完善,予领事以裁判之权,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。此愆于时局不能不改也。”<sup>[8](P. 169-170)</sup>。在此以前的奏折,沈家本将治外法权与领事裁判权混为一谈。此折始有区分。

6. 宣统元年十二月二十三日(1910年2月2日),按照部院督抚大臣对刑律草案的签注意见和清廷当年正月明刑弼教的修律宗旨,上奏《修正刑律草案》。第一点修正理由仍是领事裁判权问题,“而处今日,不宜墨守旧日之范围者,更有数端:海禁大开,商埠林立,各国商民、牧师,侨居内地者实繁有徒。治外法权之说,初本限于君主、公使、军舰、军队等项,因法律不同之故,推而齐民亦享其利,并改其名曰领事裁判权。同居率土之中,而法权则互分彼我;同列讼庭之上,而惩戒则显判重轻,损失国威,莫此为甚。今幸续订商约,英、美、日、葡等国,均允于改良刑律之后,侨民悉归我审判,歃血未寒,时机讵容坐失。此鉴于国际条约之必应变通者一也。”<sup>[8](P. 214-215)</sup>

除了沈家本之外,杨度、冈田朝太郎、吴廷燮、宪政编查馆大臣奕劻<sup>[9]</sup>也在礼法之争中表达过同样的看法。综合法理派在这个问题上的观点,其思路是:片面的领事裁判权极大地危害了中国主权,因此不能不收回。而收回的办法,惟有修改中国旧律以求同于西方法律之一途。按照西方列强在条约里的承诺,只要中西法律“齐一”了,中国就一定能收回领事裁判权。因此,修订法律,应当以收回领事裁判权为目的和宗旨,即使违背中国的传统礼教纲常,那也是没有办法的事,因为修律的目的和宗旨就是收回领事裁判权。

与法部尚书廷杰等连署,但法部并不赞成其中意见,故有“此折系法律馆主稿,会同法部办理,合并声明”的声明。

#### 四、“欺饰之计”:礼教派收回领事裁判权问题的批判

法理派的上述观点,很快就遭到了礼教派的猛烈批判。张之洞在《遵旨核议新编刑事民事诉讼法折》、《学部覆奏新刑律草案有妨礼教折》中,劳乃宣在《修正刑律草案说帖》、《管见声明说帖》中,对此作了系统论述。综合礼教派的观点,他们反对把修律与收回领事裁判权挂钩的理由主要有:第一,收回领事裁判权问题不单纯是一个法律问题。礼教派认为,收回领事裁判权主要靠国家实力的日渐强大,而不仅仅是法律的改革。因为它不单纯是一个法律问题,“其效力有在法律中者,其实力有在法律外者”<sup>[8](P.199)</sup>。“其实则专视国家兵力之强弱,战守之成效以为从违”<sup>[8](P.117)</sup>。“并非必须将中国旧律精义弃置不顾,全袭外国格式之法,即可立睹收回治外法权之效也”<sup>[8](P.199)</sup>。因此,修律的目的应当是有裨于国家治理从而使国家强盛,进而收回领事裁判权,而不是直接将收回领事裁判权作为修律的目的。第二,法律问题也不单纯是立法修律问题。礼教派认为,近年与英、美、日订立商约,的确有他日放弃领事裁判权的承诺,但那是有前提条件的。即“俟查悉中国律例情形、审断办法及一切相关事宜皆臻妥善”等语,而“所谓‘一切相关事宜皆臻妥善’十字,包括甚广。其外貌则似指警察完备,盗风敛戢,税捐平允,民教相安等事。其实则专视国家兵力之强弱,战守之成效以为从违”<sup>[8](P.117)</sup>。所以,单就条约本身和西方列强的承诺而言,也是很复杂的。律例情形并非仅指新刑律,审断办法并非仅指刑事民事诉讼法,一切相关事宜包括的范围就更广了。决非法理派所言“今幸续订商约,英、美、日、葡等国,均允于改良刑律之后,侨民悉归我审判”。第三,“改同一律”并非事事相同。对于条约中的“改同一律”,礼教派认为只求大体条款相同而非所有条款一一相同。因为“罪名条款东西各国之律,本自各不相同”<sup>[8](P.226)</sup>,既然法理派都认为“统计法系约分英、法、德三派”,那么“是同于英者未必同于法,同于法者未必同于德”<sup>[8](P.199)</sup>。西方法律并无一个统一的版本,中国法律规定欲求和他们一一尽同是不可能的,也无必要。礼教派还以日本明治维新时期法律改革先学法国、后学德国而仍无碍于收回领事裁判权为例,说明中国法律中不同于西方的有关纲常伦纪条款的存在并不会妨碍领事裁判权的收回,法理派所谓的“修订法律所以为收回领事裁判权地步,刑律中有一、二条为外国人所不遵奉,即无收回裁判权之实”<sup>[8](P.225)</sup>是站不住脚的。

应该指出,礼教派并非一开始就质疑收回领事裁判权问题。1905 年沈家本在《删除律例内重法折》中首先提及修律以收回领事裁判权问题,礼教派就没有提出异议。原因在于当时的改革措施,是在旧律基础上的修改,没有立法原则上的根本变化,从而获得了普遍好评,所谓“旨下,中外称颂焉”<sup>[3](P.1033)</sup>。但自 1906 年 7 月清政府决定“仿行宪政”、实施“预备立宪”之后,清末的法律改革便开始向纵深发展,致力于建立新的法律体系、实行司法独立。由是,异议蜂起,并进而从具体法律条款的争辩发展到追究修律的目的和宗旨。

1906 年 4 月,新编《刑事民事诉讼法》草案由沈家本等上奏后,朝廷出于慎重起见,发往全国各地讨论。结果遭到了各将军督抚和都统的反对,其中尤以湖广总督张之洞的意见最具代表性。在《遵旨核议新编刑事民事诉讼法折》中,针对采摭西法修订法律以收回领事裁判权的主张,张之洞系统阐述了单纯修律收不回领事裁判权的观点。结果,草案由于“各督抚多议其窒碍,遂寝”<sup>[3](P.1033)</sup>。1907 年 10 月,沈家本将《大清刑律》草案上呈后,清廷分发各地要求督抚们签注意见。张之洞以军机大臣兼管学部的身份,首先对沈家本如此“不思悔改”、“变本加厉”进行了全面和严厉的批判。好在张之洞比较开明,又一向赏识沈氏的才能。所以最后才“对事不对人”,没有追究沈家本坚持把修律与收回领事裁判权挂钩的动机。但随后宪政编查馆参议劳乃宣又领头出来与法理派展开大论战的时候,则直指法理派坚持此说的动机,认为那不过是废弃纲常名教、一意摹仿外国的藉口,“收回领事裁判权之说,道德法律不当浑而为一之说,乃说者特以抵制纲常名教之说之坚垒也”<sup>[3](P.228)</sup>。但“新律之不可行,督抚言之,各部院大臣驳之,言路参之,即同馆之人如劳乃宣等亦起而攻之,而皆无丝毫之效,一任二三奸党抵死护持,将内外各衙门签注各条尽行驳斥”之后,礼教派痛感“此不但我朝三百年来未有之变局,亦中外古今所罕见也”。大骂法理派为“天生无数幸灾乐祸之人”,收回领事裁判权之说为“一种荒唐鬼怪之说”,目的是用来行骗

的,“臣料宪政编查馆诸员,亦自知领事裁判权决无收回之望。各国刑律互相歧异,万无改同一律之理,不过藉此欺我皇上耳”<sup>[9]</sup>(P.9935-9936)。

### 五、理由:为什么说沈家本不是轻信?

今天,回顾百年前发生的这场围绕着修律与收回领事裁判权关系的争论,大概很少有人会对此表示异议:历史已经证明,礼教派的观点是不无道理的,他们的“立论比沈家本等要高明”<sup>[10]</sup>(P.151)。但主要的问题在于,是不是如一般人所认为的,沈家本轻信了西方列强的承诺了呢?从上面双方争论的情况看,历史的事实恐怕不是这样。理由如下:

(一)无法自圆其说却仍然坚持。就清末修律与收回领事裁判权的关系而言,张之洞的思路是:修律以致力于国家富强而求国家独立(收回领事裁判权),即修律——国家富强——收回领事裁判权,修律首先着眼于内政。而沈家本的思路是:当务之急是收回领事裁判权,修律要直接服务于这个目的,即修律——收回领事裁判权,修律首先着眼于外交。在“国破山河在”的局面下,哪种思路更现实、更有说服力,是一目了然的。从当时辩论的情况看也是这样,法理派对礼教派的相应批判基本上避而不谈,很少予以针对性的还击和反驳。只是一味的强调领事裁判权的危害性和修律之于收回领事裁判权的重要性,基于修律的目的和宗旨而不得不改旧律、用新律。甚至连无夫奸是否应该入律这样纯属关乎中国人自己的问题,也动辄使用“此最为外人瞩目之处,如必欲增入此层,恐此律必多指摘”<sup>[8]</sup>(P.236)一类的话来加以反对,和后来讨论法律和道德关系时的反复辩难形成鲜明的对比,这恐怕和沈家本自觉理亏不无关系。如果我们不相信沈家本真的为了收回领事裁判权而不得不仰洋人鼻息的话,那只能理解,沈家本如此“急功近利”、“执迷不悟”是“醉翁之意不在酒”。

(二)刻意曲解列强在条约中的承诺。稍稍阅读中英《马凯条约》第十二条,我们就看出,事情正如礼教派所说的那样,西方列强承诺放弃领事裁判权的前提条件的内容是广泛的,它应该是包括立法、行政执法、司法在内的广义的法律制度,决非沈家本主持的修律本身所能解决的问题,更不是新刑律一制定出来,就能立马收回领事裁判权的问题。但直到1910年,沈家本还在奏折中宣称“今幸续订商约,英、美、日、葡等国,均允于改良刑律之后,侨民悉归我审判,歃血未寒,时机讵容坐失。”这就明显曲解了列强在条约中承诺的内容。我们相信,以沈家本作为法学家的严谨,如果不是刻意和“别有用心”,怎么可能犯这样低级的错误?这种一方面强调领事裁判权的危害性,另一方面又暗示收回工作的容易性的说法,明显是一个“前拉后推”的策略。这就不能不令人生疑,修律真能收回领事裁判权吗?沈家本主持修律,真的是为了收回领事裁判权吗?

(三)国家主义理论的提出。《大清新刑律》草案与当时现行的《大清律例》相比,有太多的“制度创新”,最明显的就是它摒弃了中国传统法律“礼法合一”的内在精神,造成了中国法律发展史上的一次“断裂”。对于这样一部“推倒重来”的刑律草案,单纯的修律以收回领事裁判权说已不足以抵挡反对者的批判。沈家本于是提出法律道德不当浑而为一说,严格区分了法律和道德的界限,这实际上已经正面否定了“明刑弼教”的传统法律宗旨和精神。等到了宪政编查馆特派员杨度代表政府到资政院作《大清新刑律》草案的立法说明的时候,他更进一步,干脆提出了国家主义的立法宗旨,宣称旧律与新律在“精神上主义上”有着根本性的区别,旧律本家族主义,新律则本国家主义。所谓国家主义,“就是资产阶级‘天赋人权’、‘自由’、‘平等’的立法原则,是资产阶级的所谓个人自由平等在法律关系上的表现。”<sup>[11]</sup>(P.133)对于礼教派批评草案废弃伦理纲常,杨度更是针锋相对,认为干得对、干得好。他说:“今馆中宜先讨论宗旨,若认为家族主义不可废,国家主义不可行,则宁废新律,而用旧律。且不惟新律当废,宪政中所应废者甚多。若以为应采国家主义,则家族主义,决无并行之道。而今之新刑律,实以国家主义为其精神,即宪政之精神也。必宜从原稿所订,而不得以反对宪政之精神加入之。故今所先决者,用国家主义乎,用家族

主义乎,一言可以定之,无须多辩也。”这表明,法理派并非真诚的相信修律就能收回领事裁判权,他们所关心的,是一个以《大清刑律》为核心的全新的近代化法律体系的建构。

(四)大清刑律草案的相关规定。按照沈家本的意见,大清新刑律的制定是直接服务于收回领事裁判权这一目的的。但草案一出台,许多签注就对草案的相关规定是否有利于收回领事裁判权提出了质疑。如草案总则第2条“凡本律不问何人于中国内犯罪者适用之”。第8条“第二条第三条及第五条至前条之规定如国际上有特别条约法规或惯例仍从条约法规或惯例办理”。草案第2条规定贯彻了刑法的属地主义原则,草案在立法理由部分认为本条对外国人的适用范围为:“第一、无国籍之外国人;第二、无特别条约之外国人;第三、条约改正后之外国人”<sup>[12]</sup>(P.1942)。同时草案第8条对属地主义作了限制,在国内法上实际上承认了领事裁判权的存在。河南巡抚签注第2条意见认为,如此规定则收回领事裁判权仍是一句空话。“如理由内所揭之三项,则此条仍属具文。盖修改刑律应以撤去领事裁判权为惟一之目的,中英中日等条约载明:中国深欲整顿本国律例,以期与各国刑法改同一律,一俟妥善即允弃其治外法权。其治外法权即指领事裁判权而言,……今乘修改之际必万汇群智互相讨论以臻妥善而期必撤去不合作延宕之笔希望之词。日本改良法律,虽与各国订约约定五年后裁撤,然亦止形诸约文,未尝载诸理由。……而第八条又谓:如国际有特别条约法规或惯例仍从条约法规或惯例办理,直承认其永远享有领事裁判权,尤欠斟酌。拟请更正此条,将第八条删去,并理由亦不必赘列三项致受人以柄”<sup>[13]</sup>。两广总督签注第8条也反对予国际惯例以优先权。“更定刑律本为收回治外法权起见。释文谓因国际条约而限制刑法全体效力者即领事裁判权是,然则今日所注重以收回领事裁判之权为第一要义也。今本条谓如国际上有特别条约法规或惯例仍从条约法规或惯例办理,夫特别条约转为国际而设,自不能不按约处断,若惯例则所包者广,凡有办过旧案几无一不可成为惯例矣。释文谓暂准各国领事有裁判权系不得已办法,并非常制,不知我以为非常制者难免他人不指为惯例。即此两字恐生无数葛藤,安能事事磋商,辩其为是惯非惯?倘执此条争论,则全部刑律将成虚设,所关非细,似宜再酌。”<sup>[13]</sup>

从国内法与国际法的关系角度出发,邮传部签注也对草案第8条关于优先适用国际法之特别条约法规或惯例的规定表达了强烈的异议,“本条规定,在立案者本意,系为防止本律与国际法之冲突而设。不知刑法与国际法本自截然两物,各有独立性质,牵此入彼,实为大谬。……故照国际普通法,外国主权者代表者均不受内国刑罚制裁,然各国不以此种条文加入刑法,即如日本新颁刑法。……观此则本条之设,不诚为多事乎?且以国际条约与法规惯例并举,在学理上亦有未妥。夫国际上舍条约惯例即无所谓法规,盖条约惯例为国际法之大源故也。不宁惟是,此条若作为正文颁出,与中国国权体面大有损伤,何则?领事裁判混合裁判等特别条约,只成为国际条约上之权利,与内国法律上之权利,固自有间。若为内国法律付与之权利,则不因开战而消灭,若仅为条约上之权利,则开战时可以失效,今将变条约上之权利而以刑律规定之,与我国所损滋多,是亦不可以已乎?至于惯例两字,尤数荒谬。……此条为各国所无之条文,流弊甚大,非削去不可”<sup>[13]</sup>。可以看出,邮传部对于国际法的了解,远在法律修订馆之上。

即使从今天眼光看,草案此两条规定确实有欠斟酌,有在国内法上自丧其国家主权和尊严的嫌疑和危险。似乎这个问题在草案编拟之初就有人提了出来,但草案编纂者不以为然,这导致了第2条实际上仍然是具文,而且在国内法上予以承认。对于不平等条约,草案居然认为神圣,“第一项虽不问何人,然国际公法之原则至尊,为神圣不可侵犯,则刑律不能一律适用,自不待言。又国际公法之原则,有治外法权之人不能适用本律,如第六条所定者是。”河南巡抚签注认为,新刑律的目的就是为了收回领事裁判权,如果在新刑律中明白承认领事裁判权的存在,那修律何益?领事裁判权是西方以强权用国际条约的

杨度的讲话,很容易让人联想到刘廷琛的话:“臣今请定国是者,不论新律可行不可行,先论礼教可废不可废,礼教可废则新律可行,礼教不可废则新律必不可尽行,兴废之理一言可决”(故宫博物院明清档案部:《清末筹备立宪档案史料》,第888页)。双方如此势不两立,可谓犯了同样的错误。这哪里是在替四万万中国人民修律,简直就像书生坐而论道。激进与保守,偏于两级,百年中国近代史,多坏于此(杨度:《杨度集》,湖南人民出版社1986年版,第533页)。



形式取得的,是一个事实存在,但不能在国内法上予以承认。但最后这个意见并没有被采纳,相反修订法律馆认为河南签注“故作背驰之论,系属有意吹求,应请毋容置议”<sup>[14]</sup>。修正案第8条改“特别条约法规或惯例”为“特别成例”,但无实质内容的变化。提到了邮传部的签注,但未采纳其删去此条的意见。相反予以批驳,认为“邮传部签注以为舍条约惯例即无法规,悉属错误”;“本条即为声明此项限制而设,并非牵国际法入于刑律之内”;“今特定此例于国权国体并无损伤也”<sup>[14]</sup>。《大清刑律》第8条只做了文字上的修饰,导致就法律上而言对外国人的管辖仍是一纸空文。在当时已经能够区分治外法权(即今日的外交豁免权)和领事裁判权之不同的情况下,草案仍然在国内法上承认了领事裁判权的存在,这的确和沈家本一再宣传的修律以收回领事裁判权的说法大相矛盾,由于沈家本在草案中没有就此问题作进一步的解释,今天我们无法揣测他老人家在这个问题上是怎么想的。这也使我们怀疑,沈家本主持清末修律,真的如他自己所言,是要收回领事裁判权吗?

(五)评价的二律背反。对于在这场争论中法理派的表现,目前一般意见是两分法的,即一方面认为法理派轻信了西方列强关于修律就放弃领事裁判权的承诺,但同时又肯定他们修律的做法,认为根本的问题在于法理派代表着变法修律的正确方向。这种二律背反的评价笔者认为是值得讨论的。一般说来,行为目的的实现与否,与行为评价本身有直接的相关度。如果我们真的认为沈家本轻信了西方列强的承诺,把收回领事裁判权作为修律的直接目的,那么这一目的没有实现,应该对他主持的修律评价上产生影响。但现在我们看到,对清末修律的评价中,完全没有人提到这种影响。专为迎合洋人而制定的法律,我们却说它推进了中国法律的进步,这是不可思议的。一个合理的解释是:收回领事裁判权并不是沈家本主持修律的真实目的,其真实的目的就是“专以折冲樽俎,模范列强为宗旨”<sup>[8](P.193)</sup>,废弃传统的儒家化法律,全面推进清朝法律的近代化。只有这样,关于清末修律的目的、结果、评价三者才能吻合。

## 六、结论

光绪二十六年十二月初十(1901年1月29日),清政府在西安下诏变法,新政开始。这道在流亡路上的变法诏,除奢谈变法、痛骂康梁外,并无任何变法的具体措施。甚至到了任命沈家本、伍廷芳主持修律的时候,也只有“将一切现行律例,按照交涉情形,参酌各国法律,细心考订,妥为拟议,务期中外通行,有裨治理。”<sup>[6](P.280)</sup>一类很原则的话。沈家本他们虽然已经明确可以向西方学习,“祖宗之法可变”,但到底怎么变、变到什么程度,心里确实是没数的。而且向西方学习,是很容易被目为“崇洋媚外”而招致政治上的攻击的。所以直到1905年,修订法律馆已经翻译各国法律差不多了,“而该馆员金谓,宗旨不定,则编纂无从措手。”既然必须为清末修律寻找一个冠冕堂皇的理由,那么收回领事裁判权这一爱国主义主题无疑是最好的。因为在中国历史中,爱国主义是惟一可以超越阶级、党派利益而“团结一切可以团结的人”的办法。

但这显然不是法理派的真实的目的。从后来沈家本大谈特谈法律和道德是两回事,两者应该截然分开来看,其矛头所对的正是“礼法合一”的儒家化法律传统和“明刑弼教”的法律理念,这表明他已认同西方近代的法律精神和理念。杨度则直揭国家主义的立法宗旨,公开与儒家化法律分庭抗礼。吴廷燮则直斥旧法律礼教是中国衰亡的原因,“今之所谓法律礼教,实不足以存中国也,且以速亡也。”<sup>[15](P.342)</sup>。所有这些表明,他们的真实目的,只不过是想要用西方近代的法律精神和理念来重构中国的法律体系。主持修律的法理派也认识到了单纯修律本身并不能收回领事裁判权,但在礼教文化占主流地位而法理派本身又不敢正面否定礼教文化价值的情况下,要推进中国法律的近代化,只好拿收回领事裁判权作为推进中国法律近代化的手段和回应反对派的挡箭牌。因此,在清末修律与收回领事裁判权的关系中,收回领事裁判权是手段,法律的近代化是目的。清末的法律改革,如同中国历史上许多改革“托古改制”的思维模式一样,只不过是“托洋改制”罢了。

否定沈家本主持修律以收回领事裁判权为目的,绝没有贬低沈家本爱国主义思想的意思。笔者也真诚的相信,沈家本以年逾花甲之身,不避风雨,致力于中国法律的近代化,其最终目的就是为了国家的



独立(收回领事裁判权)和富强。但这和直接以收回领事裁判权为目的两码事。而且如果真的认为沈家本主持修律是以收回领事裁判权为目的,那他动辄使用“此最为外人著眼之处,如必欲增入此层,恐此律必多指摘”的话,就难逃“崇洋媚外”、“仰洋人鼻息”的指责。这岂不应了劳乃宣的话,“畏外国人指摘,独不畏中国人指摘乎?……且中国自定法律,何以畏外国人指摘乎?”<sup>[8](P.236)]</sup>这是有损沈家本的形象的。只有把收回领事裁判权作为推进法律近代化的手段,我们才能明白,在一个具有浓厚的“传统崇拜”文化意识的国度里,一个老者如何用心良苦地推动着它的进步。沈家本是一个真正的爱国者。

#### [参考文献]

- [1] 王铁崖. 中外旧约章汇编(第1册)[Z]. 上海:三联书店,1957.
- [2] 中国近代经济史资料丛刊编辑委员会. 辛丑和约订立以后的商约谈判[M]. 北京:中华书局,1994.
- [3] 高潮,马建石. 中国历代刑法志注释[Z]. 长春:吉林人民出版社,1994.
- [4] 德宗景皇帝实录(七)[M]. 北京:中华书局,1987.
- [5] 李贵连. 近代中国法制与法学[M]. 北京:北京大学出版社,2002.
- [6] 中国人民大学清史研究所. 清史编年(第12卷)[Z]. 北京:中国人民大学出版社,2000.
- [7] 吴孟雪. 美国在华领事裁判权百年史[M]. 北京:社会科学文献出版社,1992.
- [8] 张国华,李贵连. 沈家本年谱初编[Z]. 北京:北京大学出版社,1989.
- [9] 刘锦藻. 清朝续文献通考(三)[M]. 杭州:浙江古籍出版社,1988.
- [10] 李贵连. 沈家本与中国法律现代化[M]. 北京:光明日报出版社,1989.
- [11] 张国华. 中国法律思想通史(四)[M]. 太原:山西人民出版社,2001.
- [12] 大清法规大全[Z]. 台北:考正出版社,1972.
- [13] 宪政编查馆. 刑律草案签注[Z]. 北京:国家图书馆,1910.
- [14] 修订法律馆. 修正刑律案语[Z]. 北京:国家图书馆,1910.
- [15] 李贵连. 沈家本传[M]. 北京:法律出版社,2000.

## “Theory of Crisis” in the Reform of Criminal Law in Late Qing Dynasty

——Focusing on the Consular Jurisdiction from Shen Jiaben's Sight

GAO Han - cheng

(The Chinese Academy of Social Sciences, Beijing 100720)

**Abstract:** From the controversy over law - amending and taking back the Consular Jurisdiction in late Qing Dynasty, it can be seen that the school of law realized that law - amending itself cannot take back the consular jurisdiction. The school could only take “theory of crisis” (i. e. Consular Jurisdiction) as the way of improving the modernization of Chinese law, because it had no power to say no to feudal ethics straightly when the culture of feudal ethics took dominant position. The school of law headed by Shen Jiaben followed the spirits and principles of western modern law and tried to use them to modify Chinese traditional law. So it was concluded that taking back the Consular Jurisdiction was only the means, while modernization of law was the target. The inconsistency between the means and the aim is the main reason for the problems arising from the reform of criminal law in late Qing Dynasty.

**Key Words:** Law - amending in Late Qing Dynasty; Taking back the Consular Jurisdiction; School of Law; School of Feudal ethics

(责任编辑 晨 晖)