

中国法律史学文丛

中国近代刑法的肇端

——《钦定大清刑律》

周少元 著



创于1897

商务印书馆
The Commercial Press

2012年·北京

图书在版编目(CIP)数据

中国近代刑法的肇端——《钦定大清刑律》/周少元著.
—北京:商务印书馆,2012
(中国法律史学文丛)
ISBN 978-7-100-09015-5

I. ①中… II. ①周… III. ①刑律—研究—中国—
清代 IV. ①D924.02

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 050043 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

教育部人文社科“宽严相济与中国刑法
传统研究”(09YJA820001)项目及
安徽大学“211 工程”学术创新团队基金资助

中国法律史学文丛
中国近代刑法的肇端
——《钦定大清刑律》
周少元 著

商 务 印 书 馆 出 版
(北京王府井大街 36 号 邮政编码 100710)
商 务 印 书 馆 发 行
印 刷 厂 印 刷
ISBN 978-7-100-09015-5

20 年 月第 版	开本 880×1260 1/32
20 年 月北京第 次印刷	印张
定价:	元

序

百年前的辛亥革命宣告了帝制的破灭,民国的诞生;百年前的那场轰轰烈烈的法制变革运动宣告了传统中华法系的解体,中国法制近代化的肇始。由于种种原因,辛亥革命前后的法律制度的变革对中国法制近代化乃至中国社会所产生的深远影响,迄今还缺乏深度的研究。可以说,理清清末民初法制嬗变的历史是理解中国法制由传统向近代转型的关键。清末修律的成果虽丰,但由于时局动荡,成果大多停留在草案阶段,真正颁布的法律文献并不多,《钦定大清刑律》便是其中之一。《钦定大清刑律》系我国近代第一部专门的刑法典,它借鉴了当时西方刑法学的最新成果,无论是体例结构,还是原则内容都对我国近代刑法产生了深远的影响。系统、全面、深入研究《钦定大清刑律》对于了解当代刑法的来龙去脉,汲取百年刑法史的优秀成果,完善当代刑法制度,是不可或缺的。本书的尝试是有益的。

从国家与社会互动的角度考察《钦定大清刑律》较以往仅从国家法的角度考察更能明晰法律制定的时代背景。社会变化要求法律进行适应性调整,以《大清律例》为代表的传统法律的落后与野蛮必然被时代所抛弃。考察法制变革的社会背景有助于理解法制变革的深层次原因。中国传统法律中刑法始终占主流,但就《钦定大清刑律》内容而言,继承传统刑法内容较少,移植西方大陆法系刑法内容较多。我国当代刑法理论中仍可见到大陆法系刑法理论的明显痕迹,但遗憾的是刑法学界对我国刑法近代化迈出第一步时西方新旧派刑法理论对我国刑事

立法的影响缺少研究。本文在这方面进行了探讨。《钦定大清刑律》矛盾的指导思想导致《钦定大清刑律》的基本内容新旧杂糅,思想领域爆发了礼法之争。《钦定大清刑律》的制定者们在处理“国粹”与异域文化的冲突与融合时所采取的酌法准情、折衷至当的基本态度,对今天处理外来文化与本土资源的关系具有历史的参考价值。《钦定大清刑律》虽然未及施行,但通过民国初年的刑法实践可以透视《钦定大清刑律》的施行效果。民初之所以能有条件地援用清末法律,是因为晚清所修法律顺应了时代潮流,具有生命力。当然,实践中也暴露出《钦定大清刑律》立法技术上的缺憾及立法与社会的脱节现象。西方工业社会的法制与传统社会道德观念之间磨合必然是个长期的过程,法制移植易,道德变迁难,但《钦定大清刑律》所代表的中国刑法近代化的方向是不可逆转的。法制与学术具有内在无形的联系。中华法系的学术支撑是传统律学,《钦定大清刑律》的学术支撑则是近代法学。《钦定大清刑律》制定之时,伍廷芳、沈家本等即强调培养近代法学新人的重要性。省思近代法学教育的经验和教训,对今天的法学教育改革不失历史的借鉴。

作者对《钦定大清刑律》和中国刑法近代化问题颇感学术兴趣,其博士论文即以《〈钦定大清刑律〉研究》为题。在其新作《中国近代刑法的肇端——〈钦定大清刑律〉》一书即将出版之际,特述文字,期待作者以此为新的起点,在中国刑法近代化研究和当代刑法的进一步完善方面做出更大的贡献。

张 晋 藩

2011 年 10 月

总 序

随着中国的崛起,中华民族的伟大复兴也正由梦想变为现实。然而,源远流长,根深者叶茂。奠定和确立民族复兴的牢固学术根基,乃当代中国学人之责无旁贷。中国法律史学,追根溯源于数千年华夏法制文明,凝聚百余年来中外学人的智慧结晶,寻觅法治中国固有之经验,发掘传统中华法系之精髓,以弘扬近代中国优秀的法治文化,亦是当代中国探寻政治文明的必由之路。中国法律史学的深入拓展可为国家长治久安提供镜鉴,并为部门法学研究在方法论上拾遗补缺。

自改革开放以来,中国法律史学在老一辈法学家的引领下,在诸多中青年学者的不懈努力下,这片荒芜的土地上拓荒、垦殖,已历 30 年,不论在学科建设还是在新史料的挖掘整理上,通史、专题史等诸多方面均取得了引人注目的成果。但是,目前中国法律史研究距社会转型大潮应承载的学术使命并不相契,甚至落后于政治社会实践的发展,有待法律界共同努力开创中国法律研究的新天地。

创立已逾百年的商务印书馆,以传承中西优秀文化为己任,影响达致几代中国知识分子及普通百姓。社会虽几度变迁,世事人非,然而,百年磨砺、大浪淘沙,前辈擎立的商务旗帜,遵循独立的出版品格,不媚俗、不盲从,严谨于文化的传承与普及,保持与学界顶尖团队的真诚合作始终是他们追求的目标。遥想当年,清末民国有张元济(1867—1959)、王云五(1888—1979)等大师,他们周围云集一批仁人志士与知识分子,通过精诚合作、务实创新,把商务做成享誉世界的中国品牌。

抗战风烟使之几遭灭顶,商务人上下斡旋,辗转跋涉到重庆、沪上,艰难困苦中还不断推出各个学科的著述,中国近代出版的一面旗帜就此屹立不败。

近年来,商务印书馆在法律类图书的出版上,致力于《法学文库》丛书和法律文献史料的校勘整理。《法学文库》已纳入出版优秀原创著作十余部,涵盖法史、法理、民法、宪法等部门法学。2008年推出了十一卷本《新译日本法规大全》点校本,重现百年前近代中国在移植外国法方面的宏大气势与务实作为。2010年陆续推出《大清新法令》(1901—1911)点校本,全面梳理清末法律改革的立法成果,为当代中国法制发展断裂的学术脉络接续前弦,为现代中国的法制文明溯源探路,为21世纪中国法治国家理想追寻近代蓝本,并试图发扬光大。

现在呈现于读者面前的《中国法律史学文丛》,拟收入法律通史、各部门法专史、断代法史方面的精品图书,通过结集成套出版,推崇用历史、社会的方法研究中国法律,以期拓展法学规范研究的多元路径,提升中国法律学术的整体理论水准。在法学方法上致力于实证研究,避免宏大叙事与纯粹演绎的范式,以及简单拿来主义而不顾中国固有文化的媚外作品,使中国法律学术回归本土法的精神。

何 勤 华

2010年6月22日于上海

目 录

引 言	1
第一章 《钦定大清刑律》的制定:国家与社会的考察	10
第一节 经济结构的转型与法律的适应性调整	10
一、传统经济结构的艰难转型	10
(一)盛世悲歌	10
(二)艰难转型	13
二、法律的适应性调整	21
第二节 近代商人群体的出现与传统法等级观念的动摇	24
一、传统社会结构及近代商人群体的崛起	24
(一)传统社会结构	24
(二)晚清商人地位的上升	26
二、商人法律意识的增强与传统法等级观念的动摇	28
(一)商人的地位需要法律确认	28
(二)平等观对传统等级观的冲击	29
第三节 政体文明的演进与法律制度的创新	38
一、政体文明的演进	38
(一)整顿吏治,清除腐败	38
(二)立宪派与政体改革	41
(三)西方法治学说在中国传播	52

2 中国近代刑法的肇端——《钦定大清刑律》

二、政体改革对《钦定大清刑律》的影响	57
(一)指导思想的初立与修律的启动	57
(二)新政期间对旧律的改造	62
(三)预备立宪与《钦定大清刑律》的制定	64
第四节 国家观的兴起与法律视野的拓展	67
一、国家主权观的形成	67
(一)西方国家主权观的输入	67
(二)清廷对国家主权观的接受	69
二、晚清处理涉外案件的困惑	72
(一)教案	72
(二)领事裁判权	73
三、国家观对《钦定大清刑律》的影响	77
(一)国家主义法律观是制定《钦定大清刑律》的基本立场	77
(二)国交罪的确立是国家观的直接体现	80
第二章 《钦定大清刑律》的内容:西方刑法文化的传入	83
第一节 19 世纪至 20 世纪初大陆法系刑法思想及其刑事立法	83
一、刑法思想及流派	83
(一)刑事古典学派	83
(二)刑事近代学派	84
二、刑事立法及思想论争	86
(一)刑事立法	86
(二)新旧两派的论争	97
三、《钦定大清刑律》与日本法学家冈田朝太郎	100
第二节 《钦定大清刑律》与西方刑法的基本原则	108

一、罪刑法定主义原则·····	108
(一)罪刑法定主义原则的内容·····	108
(二)罪刑法定主义原则的理论基础·····	110
(三)罪刑法定主义原则在西方刑法中的变迁·····	112
(四)《钦定大清刑律》中的罪刑法定原则·····	115
(五)传统法文化中的罪刑法定因素·····	118
二、罪刑相适应原则·····	124
(一)罪刑相适应原则的基本含义·····	124
(二)罪刑相适应原则的理论基础·····	126
(三)罪刑相适应原则在西方刑法史上的变迁·····	129
(四)罪刑相适应原则在《钦定大清刑律》中的体现·····	130
三、刑罚人道主义原则·····	133
(一)刑法人道主义原则的基本内容·····	133
(二)刑罚人道主义原则的理论基础·····	135
(三)刑罚人道主义原则在《钦定大清刑律》中的体现·····	137
第三节 西方新、旧派刑法理论对《钦定大清刑律》的影响·····	142
一、基本原则·····	142
二、未遂犯·····	143
三、不能犯·····	143
四、共犯·····	144
五、刑罚论·····	145
第三章 《钦定大清刑律》的学术支撑:律学与法学的省思·····	149
第一节 中国传统律学·····	149
一、中国古代法学的表现形式·····	149
(一)春秋战国时期的法理学·····	152

(二)传统律学与法学	157
二、中国古代律学的基本特征	161
三、从《春秋决狱》佚文看汉代经学对律学的影响	164
(一)《春秋》决狱使儒家的某些经义变成了司法准则,影响了中国 封建法律的基本走向	165
(二)《春秋》决狱促进了法律解释学的发展	168
四、《唐律疏议》的律学成就	168
(一)在指导思想方面,《唐律疏议》实现了先前律学家的夙愿,完 成了中国封建法律儒家化的过程,使“德礼为政教之本,刑罚 为政教之用”的德刑基本关系法律化,并兼容他家思想,丰富 了正统律学世界观	169
(二)在法典结构上,《唐律疏议》采用了律文、注文、律疏三位一体 的法典编纂新模式	172
(三)在处理不同法律形式相互关系方面,《唐律疏议》注重标准的 统一与协调	173
(四)在释律方法上,《唐律疏议》多法并举,综合为用	175
第二节 《钦定大清刑律》与近代法学	179
一、近代西方法学的输入	179
二、西方近代法学输入对《钦定大清刑律》的影响	188
(一)西方近代法学输入,为《钦定大清刑律》的制定提供异域法文 化的营养	188
(二)西方法律思想的传播冲击传统的“三纲五常”,《钦定大清刑 律》的指导思想陷入矛盾之中	188
(三)借鉴西方刑法结构,使《钦定大清刑律》的体例结构呈现了新 的变化	189
(四)中西法文化的冲突与融合的直接后果使《钦定大清刑律》的	

基本内容新旧杂糅	191
(五)《钦定大清刑律》制定过程中的礼、法之争,传播了西方的法律思想	193
(六)《钦定大清刑律》成为专门刑法典,中华法系解体	195
(七)《钦定大清刑律》的学术依托由传统律学转向近代法学	196
第三节 《钦定大清刑律》与晚清法学教育	196
一、近代教育制度的建立	196
(一)教会学校的兴起及其影响	196
(二)清政府推行的教育改革	198
二、《钦定大清刑律》与晚清法学教育的展开	200
(一)近代法学教育的开端	200
(二)《钦定大清刑律》的制定与法政学堂的兴起	201
三、晚清法学教育的特点	203
(一)政治性	203
(二)实用性	205
(三)盲目性	209
(四)多样性	212
第四章 《钦定大清刑律》的施行:民国刑法实践的透视	218
第一节 《钦定大清刑律》与《中华民国暂行刑律》	218
一、南孙北袁眼中的晚清法律	218
二、《中华民国暂行刑律》对《钦定大清刑律》的修改	223
第二节 民国初年的刑法实践(1912—1914)	
——以大理院解释例为依据	224
一、暂行刑律的溯及力问题	224
二、关于罪刑法定	226

三、关于刑律与其它法律的关系·····	227
四、关于精神病人之行为不为罪·····	229
五、关于杀死奸夫与正当防卫·····	230
六、关于俱发罪·····	232
七、关于加减·····	235
八、关于鸦片烟罪·····	238
九、关于赌博罪·····	240
十、关于重婚罪·····	242
十一、关于和奸罪·····	242
十二、关于买卖人口及略诱、和诱·····	243
第三节 民国初年刑罚制度的变化·····	248
一、徒刑改遣·····	248
二、易笞条例·····	250
三、科刑标准条例·····	251
第四节 《中华民国暂行新刑律补充条例》·····	254
一、暂行新刑律补充条例的主要内容和变化·····	254
(一)限制正当防卫·····	254
(二)认可亲属相隐·····	254
(三)加大对强奸罪的处罚力度·····	254
(四)增加强制亲属卖奸或为娼罪·····	255
(五)恢复无夫奸为犯罪·····	255
(六)确认家长的“送惩权”,尊亲伤害卑幼从宽·····	255
(七)买卖人口以略诱和诱罪论,并严厉打击·····	255
(八)明确妾的法律地位·····	256
二、《补充条例》的特点·····	256
(一)加强对伦常、礼教的维护·····	256

(二) 针对社会变化, 总结实践经验, 完善刑事立法	256
第五节 《钦定大清刑律》与《中华民国刑法》	257
一、《钦定大清刑律》与 1928 年《中华民国刑法》	257
二、《钦定大清刑律》与 1935 年《中华民国刑法》	259
第五章 中国刑法的近代化: 在变与不变中潜行	261
第一节 顺势而变、移植西法: 构建近代刑法体系	261
一、顺势而变, 因时而革, 迎合时代大潮	261
二、立足本土, 移植法律, 推进刑法近代化	263
三、法律移植应注意的问题	270
第二节 刑法实施: 法律社会两相离	273
一、《钦定大清刑律》的立法缺憾	273
二、法律与社会的分离	275
第三节 酌法准情、折衷至当: 中西法文化的磨合	280
一、法律文化的多元	280
二、法律文化选择的取向	285
(一) 正确把握时代性与民族性	285
(二) 妥善处理历时性与共时性	288
第四节 沟通理性、培养新人: 法学本科教育改革的遐思	290
一、法学本科教育的通识性	290
二、法学本科教育的开放性	292
三、法学本科教育的理论性	294
四、法学本科教育改革与国家统一司法考试	298
第五节 继往开来: 《钦定大清刑律》的当代启示	300
一、把握刑法理论动态, 发挥理论的引导作用	300
二、厘清刑法理念, 合理设定刑法的功能	301

结 语·····	304
主要参考文献·····	306
附录·····	318
一、《钦定大清刑律》制定过程及民国刑法沿革简表·····	318
二、人名索引·····	320
三、《钦定大清刑律》宣统二年十二月二十五日(1911年1月25日) ·····	327
后记·····	369

图 表 目 录

表 1—1	1895 年前中国已开通商口岸及设关年表·····	15
表 1—2	清季自开商埠年月表 ·····	17
表 1—3	《唐律》关于良贱主奴,相犯同罪、异刑的若干规定 ·····	33
表 3—1	新学书目表 ·····	185
表 3—2	新教在华设立学校情况表(1903 年) ·····	197

引 言

清末法律制度的改革宣告了传统中华法系的解体,标志着中国法制近代化的肇始。清末修律的成果虽丰,但由于时局动荡,多数成果停留在草案阶段,真正颁布的法律文献并不多,《钦定大清刑律》便是其硕果之一。《钦定大清刑律》系我国近代第一部专门的刑法典,它借鉴了当时西方刑法学的最新成果,无论是体例结构,还是原则内容都对我国近当代刑法产生了深远的影响。系统、全面、深入研究《钦定大清刑律》对于理清当今刑法的来龙去脉,汲取百年刑法史的优秀成果,完善当代刑法制度,是不可或缺的。百年前的《钦定大清刑律》如陈年佳酿,不时散发着历史的芳香。

鸦片战争以后,随着开放口岸的增加,西方的商人、传教士源源来华,他们翻译、撰写介绍西方历史、地理、政治、法学说的著作,并创办《教会新报》、《万国公报》、《上海新报》、《申报》等中文报纸,报道西方国家的时政、议会选举、总统竞选等外国政治法律情况。进入 19 世纪的七八十年代,中国政府向外派遣留学生和驻外使节,对于西方的政治法律制度有了更为具体和深入的了解,并著书立说,向国人介绍他们的感受。西方的“天赋人权”和“社会契约论”学说及“三权分立”的法治理论传入中国,同时,中国开始接触西方法律体系。晚清的对外开放,推动了西方法文化在中国的传播。西方法治学说在中国的传播,使得维新人物看到了中国政治改良的希望,并且把法治主义看成拯救中国的唯一主义。鼓吹变法维新,法律因时变革;反对君主专制,主张开国会、设

议院、立宪法；改革旧律，以“公意”立法等主张代表了国门被打开后的中国思想领域的主流意识和中国未来的发展方向。

随着西方法治理念的引入，法律制度的介绍，西方的法律学术也开始影响中国。据何勤华先生考证，用汉字“法学”一词表达近现代西方关于法律科学的学问，起于日本。^① 中国近代最早出现“法学”一词的论著系梁启超的《论中国宜讲求法律之学》。梁启超先生在此文中，不仅突出强调了“法学之学”，而且明确提出了“法学”之用语：“……天下万世之治法学者，……”^②20 世纪初叶，社会上出现了与法学有关的组织，如法学社、法学会等。法学学堂开设“法学通论”课程。在一些政府官员的奏章中“法学”一词也不断出现。^③ 西方法学的引入，使传统法律学术律学面临挑战。中华法系的解体，使其失去载体。西方丰富多元的法律思想和法学流派开阔了清末中国法律学人的学术视野。

19 世纪末 20 世纪初，西方刑法学界空前活跃。以德国刑法学界为代表的刑法学新旧派展开了激烈的论争。“20 世纪初期，学派之争达到最激烈的程度。围绕着德国刑法典的修改，旧派诸学者与新派诸学者之间产生了巨大的意见分歧。”^④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。1906 年开始起草，1911 年颁布的《钦定大清刑律》恰逢西方刑法理论新旧两派争论最为激烈之际。帮助中国制定《钦定大清刑律》的冈田朝太郎便是日本刑法学界新派代表人物之一。深受传统律学影响且长期与世隔绝的晚清法学界，尚不具备形成刑法学派的条件，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

① 参见何勤华：《中国法学史》（第一卷），法律出版社 2000 年 10 月第 1 版，第 5 页。

② 梁启超著：《饮冰室文集》卷一，中华书局 1989 年影印版，第 93 页。

③ 参见何勤华：《中国法学史》（第一卷），法律出版社 2000 年 10 月第 1 版，第 4-5 页。

④ 陈家林：《外国刑法通论》，中国人民公安大学出版社 2009 年 9 月第 1 版，第 52 页。