

梁治平作品

礼教与法律

法律移植时代的文化冲突

梁治平 著

礼教与法律

法律移植时代的文化冲突

梁治平

—
著

LIJIAO YU FALV
FALV YEZHI SHIDAI DE WENHUA CHONGTU



GUANGXI NORMAL UNIVERSITY PRESS

广西师范大学出版社

出版统筹_汤文辉
品牌总监_范 新
责任编辑_徐 婷
书籍设计_广大迅风艺术
徐俊霞
责任技编_李春林

图书在版编目(CIP)数据

礼教与法律:法律移植时代的文化冲突/梁治平著.
桂林:广西师范大学出版社,2015.7
ISBN 978-7-5495-6792-8

I. ①礼… II. ①梁… III. ①法律—文化—研究—
中国 IV. ①D909.2

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第120408号

广西师范大学出版社出版发行

(广西桂林市中华路22号 邮政编码:541001)
网址: <http://www.bbtpress.com>

出版人:何林夏

全国新华书店经销

广西大华印刷有限公司印刷

(广西南宁市高新区科园大道62号 邮政编码:530007)

开本:889 mm × 1 194 mm 1/32

印张:4.75 字数:70千字

2015年7月第1版 2015年7月第1次印刷

印数:0 001~3 000册 定价:25.00元

如发现印装质量问题,影响阅读,请与印刷厂联系调换。

目 录

001 缘起：“欲救中国残局，惟有变西法一策”

005 折中各国，兼采新说：《大清刑律草案》

013 世纪礼法之争

从《刑事民事诉讼法》到《大清刑律草案》

“正当防卫”之辨

“无夫奸”之辨

037 观察与讨论

“模范列强”：为承认而斗争

“天下刑律无不本于礼教”：道德(主义)与法律(主义)之争

“必使国民直接于国家”：家族主义与国家主义之争

“法律何自生乎？”：自然主义与理性主义之争

“公例发明,推之人类社会而皆准”:特殊主义与普遍主义之争

124 结语:晚清遗产谁人继承?

143 后记

147 致谢

缘起：“欲救中国残局，惟有变西法一策”

十九世纪最后数年，清帝国政治动荡，变故频仍，内忧外患，几达于顶点。甲午对日之战，北洋水师尽灭于一役。《马关条约》之签订，割地赔款，不但丧权辱国，也表明数十年洋务救国之努力，一夕间化为泡影。至此，朝野皆言变法，遂有戊戌新政。然而维新不过百日，即告终结。六君子慷慨赴死，维新党人亡命海外。中国错失改革良机。未几，酝酿已久的教民冲突，演变为席卷数省的义和团运动。清廷颞顛，竟希图假手团民，从中渔利，终至局面不可收拾，以致八国联军入京，“两宫西狩”。至此，清廷方才大梦初醒，意识到变革势在必行，因于光绪二十六年（1900年）十二月初十日发布上谕，征集变法良策。

光绪二十七年（1901年），两江总督刘坤一、湖广总督张

之洞会奏变法,全面条陈变法事项,这便是著名的《江楚会奏变法三折》,其中,第二折提出“恤刑狱”等以整顿中法,第三折则提到要仿照西法厘定矿律、路律、商律及交涉刑律等。¹

光绪二十八年(1902年)二月初二日,光绪皇帝发布上谕,谓“《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。今昔形势不同,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”。²并责成袁世凯、刘坤一、张之洞慎选报送数员到京,听候简派,开馆编纂。当月二十三日,刘坤一、张之洞、袁世凯连衔上奏,会保沈家本、伍廷芳修订法律。四月初六日,清廷据此三人保奏,颁示谕旨:“现在通商交涉,事宜繁多,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,有俾治理。”³清末法律改革由此开启,中国法律之现代化也由此发端。

自光绪二十八年(1902年)至宣统二年(1910年),将近十年之间,

1 关于此两折具体内容,详见怀效锋主编:《清末法制变革史料》(上卷),页12—31。北京:中国政法大学出版社,2010。

2 《大清德宗景皇帝实录》卷四九五,转引自李贵连编著:《沈家本年谱长编》,页101。济南:山东人民出版社,2010。

3 《大清德宗景皇帝实录》卷四九八,转引自李贵连编著:《沈家本年谱长编》,页106。

法律改旧从新，其步伐日渐加快。光绪三十年（1904年）四月，修订法律馆开馆，该馆在修律大臣沈家本直接领导下，除了整理旧籍，译介西法，考察东西洋法制，培养和延揽法律人才，更删改旧律，订定新律，制定了多部现代式样的律典。其中，立法时间最长、也最具争议性的，乃是《钦定大清刑律》。该法自光绪三十三年（1907年）提出草案，至宣统二年十二月颁布，迭经修改，其间的纷扰攘争，牵动朝野，激荡人心。清末著名的礼法之争，便主要围绕这部法律展开。

而在百年之后，重新审视当年的论争，我们不难发现，这场仓促间进行的论辩，其意义不止关乎一部法律，甚至不只是与晚清的政治和法律变革有关。它所关涉的，实乃中国现代化过程中有关现代中国的构想以及建设现代中国的路径这类根本性问题。正因为如此，尽管当年的论辩因为清廷倾覆而戛然而止，当初极具争议的论题也在日后愈加激进的政治和思想浪潮中迅即变得过时，但在纷繁多变的历史浮云之下，那些具有根本性的问题始终存在，挥之不去，至今仍然困扰着我们。

本书以下先简述《大清钦定刑律》立法过程，以及与之相伴的论争；然后叙述论争的主要内容，并论争双方的基本观

点;之后,我将就当日论争涉及的若干问题分别加以讨论。

- 结语部分,我会把这一事件置于更大的历史视界中观察与分析,求取其历史的、社会的意义,以为今日之观照。

折中各国，兼采新说：《大清刑律草案》

光绪三十三年，《大清刑律草案》修成。该《刑律草案》分总则、分则，计五十三章，三百八十七条，分别于当年八月二十六日（10月3日）和十一月二十六日（12月30日）奏上。

历史地看，此一草案的卓绝之处在于，它不但一改旧律体例，转而仿照西法，区分民事与刑事，实体法与程序法，而且更引入西方近代刑法的基本范畴、概念、原则和技术，从而在形式和内容两个方面，均与中国两千年来之律典大异其趣。修律大臣沈家本在八月二十六日所上《刑律草案告成分期缮单呈览并陈修订大旨折》中称：“中国介于列强之间，迫于交通之势，盖有万难守旧者”，因以“愆于时局”、“鉴于国际”、“惩于教案”等因，缕数刑律之不能不改者。至于旧律

之宜变通者,则列有五端,曰更定刑名,酌减死罪,死刑唯一,删除比附,惩治教育。¹十一月二十六日,沈氏于进呈刑律分则时又奏称:“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。”²

草案上奏之后,清廷随即谕旨发交宪政编查馆,由宪政编查馆分咨“在京各部堂官,在外各省督抚……讨论参考,分别签注”³。此后两年,各部各省陆续签复,其间批评之声颇多。⁴其议论所及,既有修订法律的基本原则,也有技术层面的种种问题。

光绪三十四年(1908年)五月,学部率先复奏,“以新定新刑律草案多与中国礼教有妨,分条声明,奏请飭下修律大

1 详参故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》(下册),页845—849。北京:中华书局,1979。

2 《修订法律大臣沈家本等奏进呈刑律分则草案折》,黄源盛纂辑:《晚清民国刑法史料辑注》(下),页1426。台北:元照出版有限公司,2010。

3 《宪政编查馆大臣奕劻等奏议复修订法律办法折》,故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》(下册),页851。

4 其时参与修律的董康曾纪其事云:“学部大臣张之洞,以刑法内乱罪不处唯一死刑,指为袒庇革党,欲与大狱,为侍郎宝熙所阻。复以奸非罪章无和奸无夫妇女治罪明文,指为败坏礼教,于是希风旨者从而附和,几于一唱百和,沈大臣卒以是免本兼各职,回侍郎本任。”董康:《前清法制概要》,何勤华、魏琼编:《董康法学文集》,页232。原编标点错误甚多,本文以下援引该编,凡标点有误者径由引者改正,不再另作说明。此二事较详细的叙述,又见氏所著:《中国修订法律之经过》,《董康法学文集》,页463。北京:中国政法大学出版社,2005。

臣将中国旧律与新律草案详慎互校,斟酌修改删并,以维伦纪而保治安”。

宣统元年正月二十六日(1909年2月16日),内阁奉上谕,谓“法律为宪政始基,亟应修改以备颁布。所有新订刑律草案,著京外各衙门照章签注,分别咨送,毋稍延缓,以凭核定而昭画一”¹。翌日,则有著名的《修改新刑律不可变革义关伦常各条谕》:

前据修订法律大臣奏呈刑律草案,当经宪政编查馆分咨内外各衙门讨论参考,以期至当。嗣据学部及直隶、两广、安徽各省督抚先后奏请将中国旧律与新律详慎互校,再行妥议,以维伦纪而保治安;复经谕令修订法律大臣会同法部详慎斟酌,修改删并,奏明办理。……惟是刑法之源,本乎礼教。中外各国礼教不同,故刑法亦因之而异。中国素重纲常,故于干犯名义之条,立法特为严重。良以三纲五常,阐自唐虞,圣帝明王,兢兢保守,实为数千年相传之国粹,立国之大本,今寰海大通,国际每多交涉,故不宜墨守故常,致失通便宜民之意。但只可採彼所长,益我

¹ 《著京外各衙门签注新订刑律草案谕》,载故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》(下册),页857。

所短,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。该大臣等务本此意,以为修改宗旨,是为至要。¹

之后,修订法律馆按照朝廷修律谕旨,并据部院督抚大臣签注,对刑律草案重加修订,再由法部审定。宣统元年十二月二十三日,修订法律馆与法部连衔会奏修正草案,名《修正刑律草案》。其奏疏于申明刑律“必应变通”的三条理由之后,又云:

臣等督飭派出各员汇集中外签注,分类编辑、折衷甄采,并懍遵谕旨将关于伦常各款加重一等,其余文词亦酌加修改,务归雅训以期明晰。仍厘定为总则、分则二编,共四(按:当为五)十三章,凡四百零九条。惟中外礼教不同,为收回治外法权起见,自应采取各国通行常例,其有施之外国不能再为加严致背修订本旨,然揆诸中国名教必宜永远奉行勿替者,亦不宜因此致令纲纪荡然,均拟别辑单行法,藉示保存,是以增入《附则》五条,庶几沟通新旧,彼此

1 《修改新刑律不可变革义关伦常各条谕》,载故宫博物院明清档案部编:《清末筹备立宪档案史料》(下册),页858。引文标点由引者酌改。

遵守,不致有扞格之虞也。¹

该《附则》第一条规定,拟于新法实行之前酌照旧律略分详细等差,另辑判决例,以资援引而免歧误。² 第二条更明确规定:

中国宗教尊孔,向以纲常礼教为重,况奉上谕再三告诫,自应恪为遵守。如大清律中十恶、亲属容隐、干名犯义、存留养亲以及亲属相奸、相盗、相殴,并发冢、犯奸各条,均有关于伦纪礼教,未便蔑弃,如中国人有犯以上各罪,应仍照旧律办法,另辑单行法,以昭惩创。³

《修正刑律草案》提出之后,宪政编查馆参议劳乃宣以草案正文“有数条于父子之伦、长幼之存、男女之别有妨”,以及《附则》规定旧律礼教条文另辑单行法适用中国人系“本末倒置”等因,向宪政编查馆上《修正刑律草案说帖》,遍示京

1 《法部尚书臣廷杰等奏为修正刑律草案告成折》,载黄源盛纂辑:《晚清民国刑法史料辑注》(下),页 1431。

2 转见劳乃宣:《声明管见说帖》,《桐乡劳先生(乃宣)遗稿》(二),页 937。台北:文海出版社,1969。

3 转引自劳乃宣:《修正刑律草案说帖》,《桐乡劳先生(乃宣)遗稿》(二),页 886—887。

外,要求将旧律有关伦常礼教各条,直接修入新刑律正文。沈家本则针锋相对,以《书劳提学新刑律草案说帖后》作答,逐条予以批驳。劳乃宣复以《管见声明说帖》回应,彼此往复论争。劳氏方面,有内阁学士、宪政编查一等咨议官陈宝琛、青岛法科教习德人赫善心等著文为之助阵。¹ 沈氏方面,则有参与新刑律修订的日人冈田朝太郎,以及修订法律馆和宪政编查馆诸人,助其“辞而辟之”。²

宣统二年十月初四日,宪政编查馆将《修正刑律草案》考订完竣,缮单奏呈。草案的这一版本对于内外各衙门签注“争之尤力”的[未列]子孙违反教令及和奸无夫妇女两条,皆维持前案,³ 并改《附则》为《暂行章程五条》。领銜上奏的宪政编查馆大臣庆亲王奕劻在奏折中指,原《附则》第二条列举各项,“仍用旧律,几致全体效力尽失,殊乖朝廷修订本意。……均请毋庸置议。应仍照该大臣第一次原奏,将危害乘輿、内乱、外患、对尊亲属有犯、强盗、发冢各项,及和奸无夫妇女之罪,并附则第五条(按指卑幼对尊亲属不得施行正当

1 详见陈宝琛:《读劳提学及沈大臣论刑律草案平议》;赫善心:《德儒赫氏中国新刑律论》,均载《桐乡劳先生(乃宣)遗稿》(二)。

2 谢振民编著:《民国立法史》,页883。北京:中国政法大学出版社,2000。

3 详参《宪政编查馆大臣和硕庆亲王奕劻等奏为核订新刑律告竣折》,载黄源盛纂辑:《晚清民国刑法史料辑注》(下),页1464—1467。

防卫)酌拟暂行章程五条,借以沟通新旧而利推行”¹。

宣统二年冬,该案敕下资政院,归入议案,待议决后奏请钦定颁布施行。交院后先付法典股审查,通过该审查之案即付议场会议议决。自十一月朔一日开议,会场内外论辩甚炽。十一月十一日,议员劳乃宣提出修正新刑律案,联署者一百零五人。² 其修正内容包括修改两条又一项,移改两条,修复一条,增纂八条又一项。³ 十二月初六日会议,移改“对尊亲属有犯不得适用正当防卫之例”⁴,用起立法表决,赞成者少数,未通过。⁵ 初八日会议,移改“和奸无夫妇女罪”一条,⁶用记名投票法表决,以赞成者七十七人、反对者四十二

1 同上揭,页 1466—1467。暂行章程五条之内容,详见黄源盛纂辑:《晚清民国刑法史料辑注》(上),页 360。就其体例而言,附则改为暂行章程,是礼教派努力的一次失败。

2 详参劳乃宣:《倡议修正新刑律案说帖》,《桐乡劳先生(乃宣)遗稿》(二),页 1027—1029。

3 详见劳乃宣:《新刑律修正案》,《桐乡劳先生(乃宣)遗稿》(二),页 1031—1053。

4 修正案原文为:“凡对尊亲属有犯不得适用正当防卫之例”,移在第二章正当防卫之次。”同上揭,页 1045。

5 有关该条在资政院议决的情况,详见《资政院第一次常年会第三十七号议场速记录》,载黄源盛纂辑:《晚清民国刑法史料辑注》(下),页 1506—1548,尤其页 1542—1546。

6 修正案原文为:“凡和奸无夫妇女者,处五等有期徒刑或拘役,其相奸者同。前项之犯罪,须揭待直系尊亲属之告诉乃论,若尊亲属事前纵容或事后得利私行和解者,虽告诉不为审理”,移在第二十三章和奸有夫妇女条后。”劳乃宣:《新刑律修正案》,《桐乡劳先生(乃宣)遗稿》(二),页 1050。

人之结果通过。¹ 最终,资政院仅议决总则,未及分则,即告闭会。

宣统二年十二月二十五日(1911年1月25日),上谕裁定前案分歧,²“著将新刑律总则分则暨暂行章程先为颁布,以备实行”³。此即晚清新刑律定本,《钦定大清刑律》。

1 参同上文。有关当日会议及表决情形,详见《资政院第一次常年会第三十九号议场速记录》,黄源盛纂辑:《晚清民国刑法史料辑注》(下)页1581—1623,尤其页1601—1623。

2 主要的分歧涉及刑法规定的责任年龄。详参李贵连编著:《沈家本年谱长编》,页292—293。对此问题更多的讨论,详下文。

3 《〈钦定大清刑律〉谕旨》,载黄源盛纂辑:《晚清民国刑法史料辑注》(下),页1649。