



本书为 2015 年国家社会科学基金青年项目  
《近代中国法治与刑法伦理的变迁研究》(2015CFX008)

# 晚清民国时期亲属犯罪研究

张亚飞 著



中国书籍出版社  
China Book Press

## 图书在版编目 (CIP) 数据

晚清民国时期亲属犯罪研究 / 张亚飞著. —北京: 中国书籍出版社, 2015. 12

ISBN 978-7-5068-5315-6

I. ①晚… II. ①张… III. ①亲属 - 犯罪 - 研究 - 中国 - 清后期 ~ 民国  
IV. ①D929. 5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 296060 号

## 晚清民国时期亲属犯罪研究

张亚飞 著

---

责任编辑 刘 娜 魏焕威  
责任印制 孙马飞 马 芝  
封面设计 楠竹文化  
出版发行 中国书籍出版社  
地 址 北京市丰台区三路居路 97 号 (邮编: 100073)  
电 话 (010) 52257143 (总编室) (010) 52257140 (发行部)  
电子邮箱 eo@chinabp.com.cn  
经 销 全国新华书店  
印 刷 三河顺兴印务有限公司  
开 本 787 毫米 × 1092 毫米 1/32  
印 张 9.25  
字 数 230 千字  
版 次 2015 年 12 月第 1 版 2015 年 12 月第 1 次印刷  
书 号 ISBN 978-7-5068-5315-6  
定 价 22.00 元

---

版权所有 翻印必究

## 摘要

清末修律时期，“礼法之争”中对“亲属相奸”“亲属相盗”“亲属相殴”是否入律，出现了较大争论。礼、法两派从国家主义与家族主义、法律与道德、风俗与教育等方面展开激辩。学界尚缺乏对晚清民国时期“亲属相犯”立法与司法实践的完整描述，故本书专注于这段时期上述罪刑之变迁。

本书基于法律实证主义的思路，重点通过《清代服制命案——刑科题本档案汇编》《光绪朝朱批奏折》《各省审判厅判牍》《塔景亭案牍》《大理院解释例全文》《大理院判决例全书》《六法解释判决汇编》《最高法院判例汇编》《最高法院刑事判例汇刊》等晚清至民国时期的中央司法档案，运用历史学的考据法、社会学的实证法、法学的规范分析法和比较法，对不同亲属制度和“亲属相犯”的各种情况进行量化描述和个案分析，尽量还原晚清至民国时期的“亲属相犯”的司法运作实态，充分反映立法和社会变迁对“亲属相犯”的实际影响。这种实证主义的理念不仅仅通过中国古代律学、近代中国民事立法、近代中国刑事立法来验证，更通过近代中国民法学者、刑法学者的论文和著作展开立法所试图规制的社会秩序和社会现实，探求中国古代律学所坚持的“尊卑有别、长幼有序”的亲属法伦理到近代中国民法、刑法学中平权的亲属法伦理的转变，发现近代民法学之亲属制度对近代中国刑法学中“亲属相犯”的影响。最终，论证近代中国民法典和刑法典中之亲属制度实现一致，即实现了与近代西方法学同源的罗马法亲属制度。同时，近代中国刑法中“亲属相

犯”也实现了“罪刑法定原则”下的定罪量刑，不再是中国传统律学中“比附援引”背景下的科刑。由此，中国传统亲属制度和“亲属相犯”在民国时期最终实现了法律近代化。

本书共分为五章。这五章分别探讨了中外亲属制度的来龙去脉，重点对近代中国民法典中的亲属制度与近代西方民法中的亲属制度进行比较，得出上述两种近代亲属法制度均源于罗马法的结论。在此基础上，论述了近代中国刑法中“亲属相奸”“亲属相盗”“亲属相殴”之罪刑变迁，后通过比较史学来看待这种变迁与同样处于变革时期的外国刑法典有何不同，找到中外刑法典中“亲属相犯”的异同，最终找到近代中国民法中之亲属制度与近代中国刑法中“亲属相犯”的关系。

**关键词：**近代中国刑法 亲属相犯 亲属法 亲属相奸 亲属相盗 亲属相殴

# 目 录

## 第一章 导论

第一节 选题与意义 .....	1
第二节 文献综述 .....	4
一、“亲属相犯”研究现状 .....	4
二、“礼法之争”研究现状 .....	8
三、“亲属制度”研究现状 .....	11
第三节 研究方法、材料与思路 .....	17
一、研究方法与材料 .....	17
二、研究思路 .....	19
第四节 近代中国亲属制度的形成 .....	20
一、“亲属”概念 .....	21
二、亲属种类 .....	35
三、亲等、亲属范围与亲属相犯 .....	51
四、“亲属”制度在近代中国民法文献与 近代中国刑法文献中的异同 .....	71

## 第二章 晚清民国时期亲属相奸之罪刑变迁

第一节 传统法制上的和奸罪和亲属相奸罪 .....	78
一、和奸罪 .....	78
二、亲属相奸 .....	84
三、唐律与明、清律之比较 .....	98

第二节 清末修律时期 .....	100
一、立法 .....	100
二、司法实践 .....	131
第三节 北洋政府时期 .....	139
一、立法 .....	139
二、司法实践 .....	141
第四节 南京国民政府时期 .....	148
一、立法 .....	148
二、司法实践 .....	150
第五节 小结 .....	152
一、家族主义与国家主义的博弈 .....	152
二、和奸罪之亲告罪性质 .....	154

### 第三章 晚清民国时期亲属相盗之罪刑变迁

第一节 传统法制上的“亲属相盗” .....	157
一、“亲属相盗”律之变迁 .....	157
二、唐律与清律“亲属相盗”律之比较 .....	165
第二节 清末修律时期 .....	166
一、立法上的突破：1911年《钦定 大清刑律》的颁布 .....	166
二、司法实践：固有法的延续 .....	169
第三节 北洋政府时期 .....	171
一、立法：继受法的延续 .....	171
二、司法实践：对立法的补充和解释 .....	172
第四节 南京国民政府时期 .....	173
一、立法：“亲属相盗”罪在近代中国刑法中的定型 ..	173
二、司法实践：最高法院判决例、	

解释例对立法的补充 .....	175
第五节 小结 .....	178
一、中国传统亲属法伦理的延续 .....	178
二、“亲属相盗”之亲告罪性质 .....	180
<b>第四章 晚清民国时期亲属相殴之罪刑变迁</b>	
第一节 传统法制上的“亲属相殴” .....	184
一、秦汉时期 .....	184
二、魏晋南北朝时期 .....	186
三、唐代 .....	187
四、元代 .....	192
五、明代 .....	197
六、清代 .....	200
第二节 清代“亲属相殴”的司法实践 .....	209
一、卑幼犯尊长 .....	211
二、尊长犯卑幼 .....	217
第三节 清末修律时期 .....	221
一、立法 .....	221
二、司法实践 .....	224
第四节 北洋政府时期 .....	226
一、立法 .....	226
二、司法实践 .....	230
第五节 南京国民政府时期 .....	234
一、立法 .....	234
二、司法实践 .....	236
第六节 小结：古代伦理法与近代 平权立法的并存和过渡 .....	238

## 第五章 结论

第一节 从比较法史学看“亲属相犯” .....	240
一、“亲属相奸”与乱伦罪之比较 .....	241
二、亲告罪视野下的“亲属相盗”之比较 .....	250
三、亲告罪视野下的“亲属相殴”之比较 .....	261
四、“亲属相犯”的普适性价值 .....	267
第二节 近代中国民法之亲属制度对近代 中国刑法之“亲属相犯”的影响 .....	268
参考文献 .....	271
后记 .....	283

# 第一章 导 论

## 第一节 选题与意义

本书试图重述近代中国刑法中亲属相犯之罪刑变迁的状况。但对刑法学的研究宏大而复杂，是一种全方位、多层次的研究。限于本人的学术能力，仅以近代中国刑法中“亲属相犯”之罪与刑的变迁为主线索。

2010年4月17—18日，华中科技大学近代法研究所举办第二届工作年会暨“中国刑法典诞生100周年学术研讨会”。参加会议的有来自海峡对岸的台湾地区的学者：黄静嘉先生、黄源盛教授、那思陆教授、陈子平教授。大陆学者有李贵连教授、陈景良教授、陈晓枫教授、陈兴良教授、俞江教授、赵晓耕教授、徐立志研究员、刘广安教授、李秀清教授等。

与会学者围绕着“百年纪念”“西法东渐”“清末修律”“刑事司法转变”“罪名转变”“刑法体系转变”六大主题展开讨论。尤其是两岸学者对刑法上伦常罪名的趋势有激烈的讨论。黄源盛教授的《固有伦常与舶来法律——“杀尊亲属罪”的历史、观念及其趋势》一文，论述了“杀尊亲属罪”从古代律学到近代刑法的转变，又详述了当前刑法思想的变动，剖析了变与不变的伦理基础，继而从日、德两国立法观察台湾地区刑法中“杀尊亲属罪”的走向。黄源盛教授认为“伦理道德要不要法律化，该不该法律化？从平等的角度来看，法律有所谓民主的内涵，可是伦理道德没有民主、平等的内涵。而法律要不要去伦理化，如果去掉

了伦理化，是否意味着人类社会对孝道思想不再坚持，这是最主要的”<sup>①</sup>，进而提出“伦常条款，伦理道德与法律，也不是一刀切的问题。它是很奇怪，你命中有我，我命中有你，混在一块。那么这一块到底要切在哪里，合多分少，分多合少的问题。特别现在讲自由、个人、权利本位。难道自由、权利本位就不应该讲孝道吗？未必。可是如果将通奸罪拿掉，把杀直系血亲的伦理条款拿掉，是不是就代表我们不重视所谓的人性中最高贵的情操？也未必”<sup>②</sup>。由此可知，黄源盛教授坚持删除伦理条款，“传统与现代，摇摆于古今之间！因此只要有人，这个是不是必然的问题，而是选择的问题。……选择得当就是创造，一切创造无非来自选择”<sup>③</sup>。

而陈兴良教授发出了截然不同的声音，“我们大陆的刑法所遇到的关于刑法和家庭伦常关系的问题，和台湾可能是不完全相同的，甚至是反向的。就大陆的刑法来说，我觉得应当进行一些正本清源的思考。刑法和伦理道德当然应该区分”<sup>④</sup>，陈兴良教授赞成刑事立法加入伦理纲常的因素，“刑法又建立在伦理道德基础之上的。刑法的一个使命，就是保障那些最基本的、作为社会根基的这样一些伦理道德。因此无论是罪名的设置还是刑罚的裁量，都要靠这样的一种伦常的因素”<sup>⑤</sup>。

由此看来，大陆和台湾的学者针对台湾现行刑法中的伦常条款持截然相反的意见。黄源盛教授认为不在刑法中保留伦常条款，而陈兴良教授对此持反对意见，这就是一个很值得关注的问题——法律与道德的关系，即刑法的伦理问题。

---

① 华中科技大学近代法研究所：《近代法研究所通讯》2011年第3期，第113页。

② 同上书，第158页。

③ 同上。

④ 同上书，第16页。

⑤ 同上。

另外，清末修律时期出现的“礼法之争”，是由于《大清新刑律草案》所引起的争论。清廷内部主张维持伦理纲常的礼教派和主张继受西方法的变法派，就《大清新刑律草案》所采用的立法原则展开了一场大辩论。综观整个“礼法之争”过程，争论的焦点就在于《大清新刑律草案》是采取近代西方法学的个人主义、自由本位、权利本位，还是坚持传统律学的家族主义、伦理本位、义务本位；针对《大清律例》中“干名犯义”“子孙违反教令”“故杀子孙”“亲属相奸”“亲属相殴”“亲属相盗”“无夫奸”“夫殴妻妻殴夫”“发冢”“犯罪存留养亲”“杀有服卑幼”等条文的去留展开了激烈的争论。

基于此，这就为本书的写作埋下了伏笔。“亲属相犯”是典型的刑法伦理问题，不仅在一百年前清末修律“礼法之争”中开始激烈的争论，而且在2010年华中科技大学近代法研究所举办的“中国刑法典诞生一百周年学术研讨会”上，台湾学者与大陆学者对刑法伦理问题有相反的态度，陈兴良教授认为在大陆现行刑法中没有规定伦常条款是不合适的，认为杀害家庭成员从轻处罚，损害社会的基础。黄源盛教授认为保护伦常并不在于刑法中一定要规定这样的条款。可见，无论一百年前，还是今天，对于刑法的伦理问题一直处于争论之中：法律要不要伦理化？这一问题到今天仍没有定论，“像一个‘围城’故事一样。在里面的人想出去，在外面的人想进去”<sup>①</sup>。本书所论述的“亲属相犯”亦是如此。

当前学界对“礼法之争”的研究集中在争论过程、两派观点、人物思想等方面，而对具体罪名的争论没有详细论述，故本书试图通过“亲属相犯”这一切入点，深入理解“礼法之争”的全过程。“亲属相犯”从秦代到民国是如何变化的，这是本书所

<sup>①</sup> 华中科技大学近代法研究所：《近代法研究所通讯》2011年第3期，第16页。

论述的内容，构成了本书的主线。另外，因近代中国刑法中“亲属相犯”的形成与近代中国民法中的亲属制度密切相关，故本书亦论述近代中国亲属制度的形成。

本书认为“亲属相犯”具有普适性价值，即亲情和家庭和睦永久地存在人类社会中，不分国家、时代、地区、种族，故当前我国刑法缺失“亲属相犯”的规定，实属一大遗憾，有必要在我国刑法中加入此类规定。同时，近代中国民法中的亲属制度对近代中国刑法中“亲属相犯”有很大的影响——1931年《中华民国民法·亲属编》确定了亲属制度之后，1935年《中华民国刑法》保持了与此一致的亲属制度。

## 第二节 文献综述

### 一、“亲属相犯”研究现状

“亲属相犯”研究主要集中在犯罪类型的分析上，从整体角度来考察各类亲属犯罪的定罪量刑、犯罪原因等方面。如范忠信教授认为亲属之间的犯罪分为亲属之间人身侵犯、财产侵犯、性自由权利、诱迫犯罪和其他类型的犯罪。通过对中国古代五种类型亲属之间的犯罪，与西方亲属之间的犯罪作对比，从而得出中西刑法中关于亲属之间的犯罪惊人的相似之处，即“亲疏有别，尊卑有别”<sup>①</sup>。范忠信在《中西法文化的暗合和差异》的第七章中论述了中西亲属相犯的人身侵害、财产侵害、性侵害、亲属间诱迫犯堕落耻辱之罪刑等方面的差异和相似，在第八章中论述了

---

<sup>①</sup> 范忠信：《“亲亲尊尊”与亲属相犯：中外刑法的暗合》，《法学研究》1997年第3期。

强奸之外的一切性犯罪，即和奸罪，在中西法文化中的差异和暗合。<sup>①</sup>

高学强指出：丧服制度作为中国古代礼制和封建法律的重要组成部分，对中国传统刑事法影响很大。服制是刑事法中定罪量刑的前提和重要标准，服制案件的处理主要从亲属关系的远近出发，以“亲亲”和“尊尊”为基本原则；具体表现是以尊犯卑，处罚很轻甚至免除处罚，以卑犯尊则处罚很重。这是中国古代法律引礼入法、礼法结合的重要体现，充分反映了封建法律维护尊卑等级秩序的主要特征和儒家化、伦理化色彩。<sup>②</sup>

台湾学者戴炎辉教授对唐代“亲属”概念给予明确定义，论述了亲属服制与定罪量刑的关系。亲属关系愈亲，其刑法上效果愈重；尊长优越卑幼，亲属关系愈亲者，其优越性愈强；亲属关系愈亲，尊长卑幼相犯之加减等数之差度愈悬殊。亲属相犯分为直接侵身犯和间接侵身犯。直接侵身犯分为亲属相殴杀和亲属谋杀；间接侵身犯分为服丧违法和亲属相告与诬告。侵财分为家属和亲属两种。亲属共犯分为必要共犯和任意共犯。必要共犯分为亲属相婚、亲属相奸、异姓相养；任意共犯分为侵害国家法益者与侵害个人法益者。亲属处罚又分为亲属伤身犯之特例、缘坐、减免、易刑及缓配、流移、诉讼。夫妻妾相犯亦因身份不同量刑不同。夫妻妾之相犯分为直接侵身犯和间接侵身犯，直接侵身犯分为夫妻妾相殴伤杀和夫妻妾相谋杀，间接侵身犯分为服丧侵法和亲属相告及诬告。妻妾与夫宗之相犯分为妻妾与夫之父祖相犯、妻妾与夫之期亲以下尊长卑幼相犯、妻妾与夫之弟妹相犯、妾与他妾子、妻子之相犯。<sup>③</sup>

① 范忠信：《中西法文化的暗合与差异》，中国政法大学出版社2001年版。

② 高学强：《丧服制度与中国传统刑事法——以亲属相犯为考察中心》，《中国刑事法杂志》2009年第6期。

③ 戴炎辉：《唐律通论》，（台北）元照出版有限公司2010年版。

钱泳宏在更细小的范围内研究“夫妻相犯”，从立法与司法两个方面论述了清代的夫妻关系，利用《大清律例》与刑科档案来说明夫对妻的权利，包括财产权、教令权、休妻权、嫁卖权与杀妻权，妻子对丈夫的义务，包括从一而终的贞操义务、从夫居的同居义务、为夫隐匿的容隐义务、夫丧期不再婚的义务、侍奉舅姑的赡养义务。清代夫妻关系本是相互依存的，但律例中的规定使得丈夫的权力得以维护，妻子处于不利的地位，这是清代夫妻相犯的直接原因。<sup>①</sup> 钱泳宏在《清代“家庭暴力”研究》一书中阐述了上述思想，分别从夫犯妻、妻犯夫两个方面来展现夫妻关系的不融洽。夫犯妻主要集中在卖妻、典雇、抑勒逼妻与人通奸、有妻更娶、杀妻等方面，妻子对丈夫的反应是顺受、反抗、杀夫、自尽。妻犯夫集中在背夫逃亡、和诱、逼迫夫自缢身死、告夫、杀夫，丈夫对妻子的反应是顺受、知情纵容、杀死奸夫奸妇、自尽。最后，对夫妻相犯的法律适用进行了分析，认为夫对妻的暴力是中国遗留下来的恶习，是夫尊妻卑的社会意识、夫控制妻的古老欲望、夫妻间不平等、不平衡的权力结构的遗留。虽晚清时妻子的地位有所提高，但社会现实中并没有实质性改变夫尊妻卑的地位。<sup>②</sup>

除了对“亲属相犯”进行整体论述外，亦有论文对“亲属相犯”的各种罪名分别论述，即对亲属相奸、亲属相盗、亲属相殴进行论述。学界在亲属相奸方面提及通奸罪，但没有对通奸罪的近代立法变迁和司法实践给予关注。

在亲属相盗方面，不少硕士学位论文从中国古代亲属相盗的立法变迁及处罚原则开始，再同大陆法系和英美法系中的亲属相

---

① 钱泳宏：《清代的夫妻关系——基于《大清律例》与刑科档案的法文化考察》，《南通大学学报》（社会科学版）2010年第9期。

② 钱泳宏：《清代“家庭暴力”研究》，商务印书馆2014年版。

盗的立法作比较，在此基础上分析亲属相盗的理论问题，然后再对当前我国亲属相盗的立法完善提出一些建议。<sup>①</sup>鲁昕认为亲属相盗立法开始于上古三代，立法经数千年之变，中断于新中国建立之后。中国传统社会中的亲属相盗立法以“礼治”为伦理基础，客观上是为了维持宗法观念和伦理纲常，一定程度上又维护了家庭和睦、社会和谐。<sup>②</sup>

在亲属相殴方面，台湾学者黄源盛教授从法史学角度论述刑法上的伦常条款，主要是“杀尊亲属罪”的变迁，从历史沿革的考察明其变化的轨迹；再从当今刑法思想的变动，剖析其理论基础的动与不动；另从德、日等国立法例观察其存废，以观察其未来的可能走向。<sup>③</sup>

总而言之，已有研究仅仅关注近代中国刑法中亲属相犯的局部时期立法变迁，没有重点关注亲属相犯在司法实践中的运行实态，故要对近代亲属相犯的立法和司法实践之间的断裂与融合给予足够的关注，来全景展现其变迁过程。同时，现有研究仅停留在现实中某个罪名，或停留在民法亲属编的具体制度，或停留在某个罪名的立法变迁，或仅研究清末“礼法之争”某个罪名的争论等；没有从民法亲属编入手，在界定“亲属”概念的基础上，来研究近代中国刑法中亲属相犯的罪刑变迁；没有将“礼法之争”中“亲属相奸”“亲属相盗”“亲属相殴”放在中国法律

---

① 张宪明：《亲属相盗的相关刑法问题研究》，硕士学位论文，西南政法大学，2010年。韩晓燕：《亲属相盗法律制度比较研究》，硕士学位论文，中国政法大学，2010年。李彦：《亲属相盗犯罪问题研究》，硕士学位论文，中国政法大学，2009年。鲁昕：《亲属相盗研究》，硕士学位论文，中国政法大学，2009年。徐诵菊：《刑事法视野中的亲属相盗问题研究》，硕士学位论文，中国政法大学，2010年。任泽亚：《亲属相盗窃定性处罚研究》，硕士学位论文，吉林大学，2007年。

② 鲁昕：《历史维度的亲属立法论考》，《政法论坛》2010年第6期。

③ 黄源盛：《传统与当代之间的伦常条款——以“杀尊亲属罪”为例》，《华东政法大学学报》2010年第4期。

近代化历程中来理解；亦没有从中西亲属制度比较入手研究中西近代刑法中的亲属相犯差异。因此，有必要从上述视角来研究亲属相犯。

## 二、“礼法之争”研究现状

在研究“礼法之争”方面，首开先河是李贵连教授。他在1982年于《清末修订法律中的礼法之争》一文中，首次全景展现了清末“礼法之争”的全过程，对争论的主要问题进行了完整的论述。<sup>①</sup>李贵连教授又在《沈家本传》第十一章“礼法论争”中对《大清新刑律草案》的争论给予了详细论述，尤其是对“无夫奸”与“子孙违反教令”两罪名加以论述；又对礼教派的家族主义与法理派的国家主义进行了详细论述，亦展现了资政院在多次会议中的争论。<sup>②</sup>

李贵连教授对“礼法之争”中礼、法两派的代表人物——张之洞、杨度、劳乃宣的思想进行了深入分析。张之洞坚持变而不失其道的变法观，变器不变道，即不放弃礼教伦常，仅外在形式采取西方法学。他反对民权，固守旧派之场。但又不完全与旧派为伍，他斥责守旧派“泥古之迂儒”“苟安之俗吏”“苛求之谈士”，斥责守旧派反对改革、因噎废食。张之洞亦认为任法不如任人，反对司法独立，反对罪刑法定、审判等制度。<sup>③</sup>作为礼教派后期首领的劳乃宣，坚持家族主义的立法原则，极力反对杨度的国家主义。他认为“不变道者，而不能不变法也”，这与张之洞的法律思想如出一辙；提出变法“要以道为本，以时为衡”，“本乎道而因乎时”，“因时”而需变者则变，但变而不能害

① 李贵连：《清末修订法律中的礼法之争》，《法学评论》1982年第1期。

② 李贵连：《沈家本传》，法律出版社2000年版。

③ 《张之洞法律思想研究》，载李贵连《近代中国法制与法学》，北京大学出版社2002年版。