

《钦定大清刑律》新研究

陈新宇*

内容提要：本文利用诸多珍贵的历史资料，复原了《钦定大清刑律》从1906年的预备案到1911年的钦定第六案共七个法案的编纂历程，辨析期间的变革、修订情况，发掘出一些鲜为人知的典故。法典修订论争中新旧两派的区别并非绝对泾渭分明，而且新派在立法中无视程序要求的做法也极为不妥。

关键词：《钦定大清刑律》 礼法之争 清末新政

清宣统二年十二月二十五日（1911年1月25日），清廷颁布了中国第一部近代刑法《钦定大清刑律》（一般称为《大清新刑律》）。弹指一挥间，这部具有典范意义的法典问世已过百年。围绕新刑律及相关问题的研究成果已很丰富，许多学者发表了深刻的见解。如蔡枢衡先生对沈家本及其反对派各自的不足之处进行了检讨；〔1〕李贵连先生对新刑律引发的礼法之争进行了全面的介绍分析；〔2〕周少元先生对新刑律的社会背景、内容、学术支撑、在民国时代的运行等进行了比较全面的考察研究；〔3〕高汉成先生通过对《刑律草案签注》这一新资料的系统整理，对新刑律第一案的不足之处予以了剖析反思，〔4〕等等。这些成果对我们了解这部重要的刑律提供了很好的帮助。

当然，上述研究仍有继续拓展的空间。如对编纂期间从预备案到钦定本共七部法案的全面梳理尚付阙如，对《附则》等特别条款的相关考证分析尚不够精细，对所谓法理派与礼教派的区分、两派争论焦点的分析仍有待深入，对新的立法程序还不曾予以关注等。

在前人已有研究成果的基础上，笔者对这一刑律进行了新的探索。本文的新意主要体现于两个方面：一是补充了一些新史料并重新解读原有史料，其中包括各种法案文本如《大清光绪新法令》、〔5〕《修正刑律案语》、〔6〕《钦定大清刑律》，〔7〕讨论记录如《资政院会议速记录》，〔8〕主要

* 清华大学副教授。

〔1〕 蔡枢衡：《中国法理的自觉发展》，清华大学出版社2005年版。

〔2〕 李贵连：《清末修订法律中的礼法之争》，载李贵连：《近代中国法制与法学》，北京大学出版社2002年版。

〔3〕 周少元：《〈钦定大清刑律〉研究》，中国政法大学2003年博士学位论文。

〔4〕 高汉成：《签注视野下的大清刑律草案研究》，中国社会科学出版社2007年版。

〔5〕 《大清光绪新法令》第十九、二十册，商务印书馆宣统元年版。

〔6〕 修订法律馆编：《修正刑律案语》，2册，铅印本，北京大学图书馆藏。

〔7〕（清）沈家本纂修：《钦定大清刑律》，宣统三年刊刻，北京大学图书馆藏。

〔8〕 《资政院会议速记录》，台湾政治大学基础法学中心藏书。

参与者的记述如汪荣宝的日记，〔9〕冈田朝太郎的论文、〔10〕劳乃宣的文稿〔11〕等。二是依据这些新史料和新解读提出了自己的一些新见解。首先，论争中新旧两派的区别并非泾渭分明，新派在第一案时便有准备制定特别条款的计划，这成为后来集中保留传统礼教风俗的《附则》、《暂行章程》之滥觞。其次，“无夫奸”在资政院议决的结果是认其有罪且放入法典的正文，但宪政编查馆却无视这一结果，仅仅将其放在过渡性的《暂行章程》中，这在立法程序上存在瑕疵。新派维护新刑律的赤子之心固然可嘉，但有悖程序正义的做法则让人惋叹。

本文分为三个部分。首先，从史实考证的角度，还原了新刑律的立法历程，展示编纂期间各部法案的概况，辨析其变革和修订情况，澄清重要史实问题。其次，对围绕新刑律的两个关键性问题：刑法典论争和立法程序，展开分析和反思。最后，对新刑律的特质和其关键性问题的研究结果予以总结和深化。为免行文的繁冗，本文中除特别需要外，《钦定大清刑律》一语皆简称为新刑律。

一、新刑律的七案展现

（一）历次法案的整体概况

新刑律历经从1906年的预备案到1911年的钦定第六案，共七个法案。对此最全面的介绍，来自与该法案渊源颇深的日本学者冈田朝太郎。冈田谈到：“清朝的各种改正刑律草案中，最初的草案是由清朝的委员起草，光绪三十二年春脱稿。同年秋外国委员加入后，全部废除草案，暂名为预备案，不列入以下所用的第一案、第二案等序次内。应列入序次的草案之由来如下。

第一案 光绪三十三年（明治四十年）八月，法律馆起草之草案上奏并公布。

第二案 对中央与地方官厅的签注予以取舍，在第一案基础上增损而成，宣统元年（明治四十二年）十二月上奏。

第三案 以第二案为基础，宣统二年（明治四十三年）宪政编查馆修正而成。

第四案 宣统二年年末，第一次资政院会议时，资政院法典股股员对第三案修正而成。

第五案 资政院三读会通过总则，但分则没有议完，仍依第四案分则而成。

第六案 宣统二年十二月二十五日（明治四十四年一月二十五日）以上谕裁可军机大臣的修正案。”〔12〕

当时的修订法律方法是法典由修订法律馆负责编纂，经宪政编查馆分咨内外各衙门签注，再咨覆宪政编查馆，汇择核定，请旨颁行。在资政院成立及其制度完善后，不再分送各部、省讨论，而是送资政院议决，再移送到宪政编查馆复加核定，请旨颁布。〔13〕新刑律在编纂过程中，恰逢资政院于宣统二年九月成立，所以它分别经历了内外各衙门签注与资政院议决。这种特殊境遇，兼以草案之多，时间跨度之长，论争之激烈，在清末修律中，可谓绝无仅有。

〔9〕汪荣宝：《汪荣宝日记》，天津古籍出版社1991年影印本。

〔10〕〔日〕冈田朝太郎：《清国ノ刑法草案ニ付テ》，《法学志林》第12卷第2号，明治四十三年（1910年）；《清国既成法典及七法案ニ就テ》，《法学志林》第13卷第8、9号，明治四十四年（1911年）；《清国改正刑律草案（总则）》，《法学协会杂志》第29卷第3号，明治四十四年（1911年）。

〔11〕（清）劳乃宣：《新刑律修正案汇录》，收入《桐乡劳先生（乃宣）遗稿》，文海出版社1969年影印本。

〔12〕前引〔10〕，冈田朝太郎：《清国改正刑律草案（总则）》。

〔13〕参见《奏议覆修订法律办法折》，收入故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》（下），中华书局1979年版，第850页以下。

以下，笔者就预备案至第六案的各案情况，加以细说。

（二）戛然而止的预备案

在冈田到来之前，预备案本已酝酿在即，但因特殊因素而另起炉灶。

据当年参与法典编纂的章宗祥回忆，新刑律总则草案最初由岩谷孙藏博士起草，后修订法律馆馆务扩张，聘请冈田朝太郎博士来华，乃由冈田重新整理，拟成新刑律全部草案。^{〔14〕}据冈田回忆，当年来华之后，总则全部和分则的十之八九已经完成，惟其通读之下，发现主要是参酌日本旧刑法而成，需修改之处甚多，不如重新起草。此议得到沈家本、伍廷芳的首肯。^{〔15〕}

就预备案的情况，章宗祥与冈田朝太郎的介绍，细节处稍有出入。到底当时是仅编纂完总则，还是总则和分则已经基本完成？岩古孙藏在其中的作用如何？尚有待进一步资料证明，目前只能暂时存疑。^{〔16〕}

惟可以肯定的是，预备案被推翻而另起炉灶。笔者认为，关键性的原因有二：一是时代变迁因素。预备案模仿的对象主要是日本的旧刑法（1880年），而当时日本已经颁布新刑法（1907年）。两部法典的理念、学说已有重大区别。在以日为师的年代，追随其法律修订的足迹是正常的逻辑体现。

二是心理因素。作为明治时代日本法学“巨擘”的冈田朝太郎，当时正雄心勃勃地准备在异国他乡一展抱负。^{〔17〕}他参与修律，自然也希望这部法典更能刻上其本人的烙印。当然，需要指出，法典的编纂固然与主持者关系甚密，但其更应该看成是集体智慧的产物，这部法典出台的前后，国人参与者的积极因素应予以充分肯定。

（三）修订法律馆的第一案

在冈田朝太郎主持下，修订法律馆完成了第一案。它在主要采用近代刑法的体例、理念的同时，也保留了一些古典的礼教、风俗规范，并提出了制定特别条款的构思。

1. 概况

冈田朝太郎虽然接手，但他先是分身制定《法院编制法》，后又遭遇法典编纂权的归属争议、法部的司法权被剥离、司法机关独立等清末政治风波，作为新刑律起草机构的修订法律馆甚至一度闭馆，刑法典编纂陷入时间紧迫、人员不整、颇有中辍可能之危局中。疾风知劲草，冈田乃发愿完成编纂工作。他通宵达旦不知几何，虽右腋下生一鹅卵大小肿块，日渐疼痛，仍以布片包冰块冷却患处，抱病坚持，终于在光绪三十三年八月上旬完成全部条文和理由书。甫一交稿，他便遇风寒激发病痛，卧床四十二日，幸得名医，经六次切开手术，才得以痊愈。^{〔18〕}

由冈田含辛茹苦主持完成的第一案可见于《大清光绪新法令》的第十九、二十册。该案分总则、分则2编，分别于光绪三十三年八月二十六日和同年十一月二十六日上奏，共53章，凡387条，后附《律目考》。

〔14〕 章宗祥：《新刑律颁布之经过》，载《文史资料存稿选编》第1册，中国文史出版社2006年版，第35页。该文的“严谷孙藏”当为“岩古孙藏”之误。

〔15〕 前引〔10〕，冈田朝太郎：《清国ノ刑法草案ニ付テ》。

〔16〕 从写作/发表时间上看，章宗祥的文章是1962年（依据章宗祥文章后所附日期），冈田的系列文章是1910—1911年，后者更接近于法典编纂时期，从常识上判断，史实度似应更高。目前学者孙家红发现在社科院法学研究所图书馆藏有光绪三十一年董康、章宗祥合纂的《刑律草案》，内容是关于刑法总则的77条。但管见以为其与预备案的关联如何，目前仍难判定。

〔17〕 沈家本：《法学通论讲义序》，载《寄簪文存》卷六。

〔18〕 参见前引〔10〕，冈田朝太郎：《清国ノ刑法草案ニ付テ》。

总则凡 17 章（第 1 条—第 87 条），包括：法例、不论罪、未遂罪、累犯罪、俱发罪、共犯罪、刑名、宥恕减轻、自首减轻、酌量减轻、加减例、犹豫行刑、假出狱、恩赦、时效、时期计算、文例。

分则凡 36 章（第 88 条—第 387 条），大致可分为三种类型：一是对于国/皇家法益之犯罪，如关于帝室之罪、内乱之罪、国交之罪、外患之罪等；二是对于社会法益之犯罪，如关于伪造通用货币之罪、危险物罪、祀典及坟墓罪、鸦片之罪等；三是对于个人法益之犯罪，如关于杀伤之罪、堕胎之罪、遗弃之罪、窃盗及强盗之罪等。

第一案采用“法典文本+案语”的形式，即在每编、章、条文，以及有系统关联性的章和条文群之后，附有详细的解释和说明文字。这是清季修律常见的方式，其目的是为了提供审核之用。

这类内容，追溯历史，比较中西，斟酌各国，当年编纂者们之殚精竭虑，得见一斑。即便该草案有超前立法之嫌，当代学人亦有食洋不化之讥，但从当前资料显示，此绝非简单的复制移植，值得后人尊重。

2. 修订宗旨和变革要点

沈家本将新刑律的修订宗旨总结为：“折衷各国大同之良规，兼采近世最新之学说，而仍不戾乎我国历代相沿之礼教民情。”〔19〕平允而言，修订宗旨的确在草案中得以落实。

首先，博洽各国之例并不鲜见。例如第 11 条关于刑事责任年龄的规定参考了俄罗斯、葡萄牙、罗马尼亚等 27 个国家的情况，第 7 章关于死刑的执行参考了法兰西、意大利等 14 个国家的情况，等等。

其次，刑法之新思想随处可得。例如第 43 条模仿英国判例，轻微的自由刑在执行实有空碍时可易为罚金；第 3 章的未遂犯以主观主义立场，采取得减主义；第 12 章的犹豫行刑（即缓刑）；第 13 章的假出狱（即假释）等。

再次，对传统的纲常礼教、风俗民情，彰显维护。例如分则第 1 章设置“关于帝室之罪”，对皇室成员及其住所、交通工具等，特加保护；第 300 条关于杀害尊亲属，第 302 条、第 305 条关于伤害尊亲属（包括造成伤害与未造成伤害），适用高于普通杀人、伤害罪之量刑。〔20〕此类基于血缘尊卑关系结合特定犯罪类型立以专条、区别对待的立法特点，颇见古典刑律“准五服以制罪”之身影；第 276 条第 2 款、第 354 条关于强奸案件中的被害人因羞忿自杀或欲图自杀而受伤者，罪犯照强奸致人死伤者处断，其因果关系之弹性，量刑之严，颇有传统“威逼人致死”条款之色彩。〔21〕

在这种立法宗旨的指导下，新刑律进行了五点变革：一是更定刑名，即以近代的罚金、拘留、徒刑、死刑取代古典的笞、杖、徒、流、死五刑；二是酌减死罪，例如将经由秋审而并不实际执行死刑的虚拟死罪罪名删除；三是死刑惟一，即死刑以绞刑方式在特定场所秘密执行；四是删除比附。因为采取近代刑法的罪刑法定主义，所以删除固有法中的比附援引；五是惩治教育，

〔19〕 前引〔5〕，《大清光绪新法令》第二十册，第 1b 页。

〔20〕 当然，与旧律相比，尊亲属的范围已经大幅度限缩。依据第一案第 82 条第 1 款，尊亲族包括：一、祖父母，高曾同；二、父母，妻于夫之尊亲族与夫同；三、外祖父母。

〔21〕 第 276 条的立法理由谈到“此例在现今立法上诚不多见，然以理论及事实而论，在所必有也。”前引〔5〕，《大清光绪新法令》第二十册，第 53a 页。冈田朝太郎亦提到该款之设乃国情不可或缺之故，参见前引〔10〕，冈田朝太郎：《清国既成法典及七法案二就于》。《大清律例·刑律·人命》“威逼人致死”条例：“若强奸既成，本妇羞愤自尽，仍照因奸威逼致死律，拟斩监候……”

即未成年犯不羁押于监狱，设置惩治场，予以惩治处分。^{〔22〕}

需要特别指出的是，即便在以采用西法为主导的变革五点之中，立法者也以特别条款的构思为传统礼教风俗预留了空间。如第二点，“其有因囿于中国之风俗，一时难于骤减者，如强盗、抢夺、发冢之类，别辑暂行章程，以存其旧，视人民程途进步，一体改从新律。”^{〔23〕}又如第三点，“如谋反大逆及谋杀祖父母、父母等条，俱属罪大恶极，仍用斩刑，别辑专例通行。”^{〔24〕}关于后者，冈田力主死刑只用绞刑一种执行方法，而沈家本则主张绞为死刑之主刑，斩为特别之刑，两人曾有过学术辩论。^{〔25〕}此处“别辑专例”之主张，应该是沈家本的意见。这类特别条款，可以看成是其后数案中《暂行章程》和《附则》的滥觞。

（四）修订法律馆与法部合奏的第二案

第一案完成后由于过多的革新色彩引发争议，此后修订法律馆和法部完成了第二案《修正刑律草案》。这部草案的最主要变化是加入了着重维护礼教风俗的《附则》五条，其制定者很可能是吉同钧。

1. 概况

第一案上奏后，经宪政编查馆分发给内外各衙门讨论，这些意见的汇集可见《刑律草案签注》。^{〔26〕}对签注有专门研究的学者指出，一份签注包括原奏和所附的清单两部分。原奏是对草案所发表的整体性意见，多由中央各部尚书、各省督抚亲自拟稿上奏，而所附清单多由衙门内次一级官吏签注。^{〔27〕}围绕新刑律的论争由此全面展开。

鉴于诸多签注的反对意见，清廷要求修订法律大臣会同法部再行审慎修改、删并，奏明办理。^{〔28〕}更在宣统元年正月二十七日谕旨中明确地指出：“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。该大臣务本此意，以为修改宗旨，是为至要。”^{〔29〕}

在此签注背景下修订而成的《修正刑律草案》即为第二案。

《修正刑律草案》分总则、分则 2 编，53 章，正文凡 409 条，并有《附则》5 条。由于从第一案至第六案，体例一致，各章除章名略有修订、顺序略有调整外，基本不变，故本文以下对此不再具列。

《附则》5 条主要是维护传统礼教风俗，包括第 2 条编辑单行法，按照旧法处理十恶、亲属相隐、干名犯义、存留养亲、亲属相奸、相盗、相殴、发冢这些行为；第 3 条对危害乘舆、内乱、外患、侵犯尊亲属者，适用斩刑；第 4 条对强盗罪编辑单行法从重处理；第 5 条中国人卑幼对于尊亲属无正当防卫权。另外，第 1 条提出在新律采用相对确定法定刑的背景下，应编辑判决例来规范量刑。

从目前资料看，可知董康、汪荣宝是《修正刑律草案》的重要参与者，^{〔30〕}作为特别条款的《附则》5 条很可能出自法部吉同钧之手（详见后文）。

〔22〕 参见前引〔5〕，《大清光绪新法令》第十九册，第 27a 页以下。

〔23〕 同上，第 27a 页。

〔24〕 同上，第 27b 页。

〔25〕 沈家本：《死刑惟一说》，载《寄谕文存》卷三。

〔26〕 宪政编查馆编：《刑律草案签注》，四册，宣统二年油印本，国家图书馆藏。

〔27〕 前引〔4〕，高汉成书，第 64 页。

〔28〕 《清朝续文献通考·刑五》；前引〔11〕，劳乃宣书，第 883 页。

〔29〕 《修改新刑律不可变革义关伦常各条谕》，收入前引〔13〕，《清末筹备立宪档案史料》（下），第 858 页。

〔30〕 前引〔9〕，《汪荣宝日记》宣统元年十月十八日记载：“绶经（指董康）属分任刑律草案修正事，余担任分则第一章至第二十章。”

第二案的编纂同样采取“条文+案语”的方式，具体表现为《修正刑律案语》。案语部分对本条是否/如何修改加以说明，对签注的意见予以回应，并指明本条在第一案中的位置。

2. 修订要点

在宣统元年十二月二十三日修订法律大臣会同法部具奏的《修正刑律草案告成缮单呈览》一折中，提出了“必应变通者”的三点理由：一是列强允诺改良刑律后撤废领事裁判权之机遇难得；二是筹备立宪之下，旧律中的阶级差别、比附之制等，与立宪政体抵牾；三是刑罚与教育互为消长，在将来教育普及的情况下，无需以刑罚来限制犯罪，立法应该有前瞻性。^{〔31〕}

除对第一案的文词加以酌修外，奏折中谈到修订重点有两处：一是将关于伦常各款加重一等，二是作为特别条款的《附则》5条之出台。理由是：“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，彼此遵守，不致有扞格之虞也。”^{〔32〕}

第二案的修订中值得注意的有四点：

首先，奏折所讲的关于伦常各款加重一等，实际只是提到量刑变化的一个方面。据学者统计，草案虽然对30处条文加重量刑，但又有46处条文被减轻量刑来予以平衡。^{〔33〕}虽然涉及伦常的条款只占上述量刑变化条文的一部分，但仍可折射出一二。以签注时张之洞的奏折为例。^{〔34〕}在《修正刑律草案》中，他所举的各项有代表性的罪名中，内乱罪的刑罚不变，强奸十二岁以下未成年人者、侵入太庙宫殿等处射箭放弹投砖石者的刑罚甚至还减轻，伤害尊亲属罪的刑罚虽加重一等，却对未造成伤害结果的情况添加了原来所无的罚金。其中缘由，可能与张之洞已经于宣统元年八月病逝不无关系。

其次，这份奏折主要出自修订法律馆，尽管它是由法部尚书廷杰领衔（另外四人是绍昌、王埜、沈家本和俞廉三）。证据是奏折中明确提到“此折系法律馆主稿，会同法部办理，合并声明。”^{〔35〕}这也就不难解释为何“必应变通者”，无非仍在重申、坚持第一案的立场。

第三，《附则》5条很可能是出自法部的旧律专家吉同钧之手。在会奏的前一天，汪荣宝的日记提到“午刻到修订法律馆，得睹《刑律草案》会奏稿。法部允于明日具奏，惟于草案内加《附则》五条，大旨关于伦纪各条，悉依旧律办理。”^{〔36〕}作为新刑律重要参与者的汪氏所记，是《附则》5条出自法部的重要证据。当时修订法律馆与法部会同修改，法部尚书廷杰反对新刑律草案，派吉同钧负责修改。吉同钧“调和其间，以为逐条改正，不惟势有不能，亦且时有不给。因另拟章程五条，附于律后，藉为抵制弥缝之计。”^{〔37〕}此处的“章程五条”应即《附则》5条。

《附则》5条中的第3条、第4条都出现了“仍照臣馆第一次原奏”字样。所谓“臣馆”无疑

〔31〕 参见前引〔7〕，《钦定大清刑律》卷前奏疏，第17b页以下。

〔32〕 同上书，第18b页以下。

〔33〕 前引〔4〕，高汉成书，第186页。详细的表格展示，可见同书第175页以下。

〔34〕 该奏折收入前引〔26〕，《刑律草案签注》；亦见前引〔28〕，《清朝续文献通考·刑五》。

〔35〕 高汉成最先注意到此点。参见前引〔4〕，高汉成书，第188页。

〔36〕 前引〔9〕，《汪荣宝日记》宣统元年十二月廿二日。

〔37〕（清）吉同钧：《论新刑律之颠末流弊并始终维持旧律之意》，载吉同钧：《乐素堂文集》卷七，中华书局1932年版，第6a页。

是指修订法律馆，这又该如何解释呢？^{〔38〕} 这就要理解吉同钧的多重身份。修订法律馆本隶属于刑部。官制改革中，刑部改为法部，修订法律馆随后离开法部，成为独立法律编纂机构。^{〔39〕} 当时吉同钧是法部郎中，兼任修订法律馆总办和大理院教习，具有多重身份。^{〔40〕} 他在《附则》5条中使用“臣馆”而不是“臣部”字样，应与提到的“仍照臣馆第一次原奏”之行文有关。第一案出自修订法律馆，吉同钧按照自己兼职机构的称谓上奏，表达更方便，也很自然。

第四，《附则》5条固然是签注与上谕压力下的产物，是廷杰、吉同钧等旧派人物“抵制弥缝之计”，但其第2条、第4条提到的“单行法”与第一案中的“别辑暂行章程”、“别辑专例”，实为同一逻辑思维之产物，所以亦不妨看成是第一案中提出的构思之具体化。从其实际效果看，可以技术性化解、处理签注的意见，而不至于对草案大动干戈进行修改，不失为巧妙之对策。^{〔41〕}

（五）宪政编查馆的第三案

宪政编查馆对第二案审核后提出第三案，其最主要变化是将《附则》改为《暂行章程》。两者既有密切关联，又有微妙但却意味深长的变化。

1. 概况

在《修正刑律草案》完成后，谕旨著宪政编查馆查核覆奏，故经宪政编查馆审核而成第三案。笔者在北大图书馆所藏的《修正刑律案语》上，发现了添有黑笔的眉批，正文中有红笔的修订、黑笔的添注，眉批与添注颇类案语之功能。经与宣统二年十月初四日，奕劻领衔的宪政编查馆所奏《核订新刑律告竣缮单呈览》一折核对，条目数相同，修订要点相符。^{〔42〕} 笔者推测，这很可能就是第三案的雏形甚至就是第三案。^{〔43〕}

第三案分总则、分则2编、共53章，正文凡405条，并有《暂行章程》5条。

《暂行章程》5条同样是维护传统礼教风俗，包括加重刑罚（第1条侵犯皇室、内乱、外患、杀害伤害尊亲属罪；第2条发掘坟墓罪、第3条强盗罪）、无夫奸有罪（第4条）、卑幼对尊亲属无正当理由卫权（第5条）。^{〔44〕}

2. 修订要点

依据《核订新刑律告竣缮单呈览》奏折，第三案主要有如下之修订：

刑事责任年龄由十五岁改为十二岁；恢复“凡未满十六岁犯罪者得减本刑一等或二等”条

〔38〕 高汉成最先注意到此点，进而判断《附则》5条应是出自修订法律馆。前引〔4〕，高汉成书，第188页注3。笔者原来也是持这一观点，但从目前资料看，这一判断有待商榷。

〔39〕 关于这段历史的详细介绍，可见陈煜：《清末新政中的修订法律馆》，中国政法大学出版社2009年版，第二章“从律例馆到修订法律馆”。

〔40〕 参见吉同钧：《调和部院核覆陕西杀弟案说帖》，载前引〔37〕，吉同钧文集卷七。在《钦定大清现行刑律》（香港蝠池书院出版公司2004年版）的编纂者名录里，吉同钧被列入“修订法律馆修订现行刑律衔名”中，其头衔是“三品顶戴法部审录司郎中京察一等”。这也可以证明其兼职身份。

〔41〕 高汉成指出，大量的签注意见被集中到附则中作了另案处理，签注对修正刑律草案影响有限，第二案并没有危及第一案所确立的宗旨、基本原则和总体方向。参见前引〔4〕，高汉成书，第188页。

〔42〕 收入前引〔7〕，《大清现行刑律》卷前奏疏。

〔43〕 宪政编查馆的奏折提到：“谨将刑律正文并此次修改与原案有出入者加具案语暨暂行章程，分别缮单恭呈御览。”它是专门刊刻成书，还是如北大所藏的《修正刑律案语》，直接在文本上眉批、修订、添注，尚有待进一步的史料证明。

〔44〕 参见前引〔8〕，《资政院会议速记录》第一次常年会议第二十三号议场速记录。议员易宗夔在发言中提到该《暂行章程》的具体内容。笔者依据其提到的条文数，按图索骥，经查阅第三案，确定其涉及的具体罪名，与钦定本的《暂行章程》5条比较，没有区别。

文；^[45] 国交罪^[46] 中对外国君主、大统领有犯，不再以侵犯皇室之罪论处；^[47] 增入“本支亲属相奸”罪名，原来的和奸罪减轻一等；^[48] 增入对尊亲属有犯胁迫、侮辱并损害信用加等治罪之法；增入诬告尊亲属加等治罪之法；《附则》5条改为《暂行章程》5条，“藉以沟通新旧而利于推行，将来体察全国教育、警察、监狱周备之时，再行酌量变通，请旨办理。”

3. 从《附则》到《暂行章程》的不变与变

比较第二案的《附则》与第三案的《暂行章程》，两者有着一定的相似性：从涉及的罪名和事项上看，后者的第1条与前者的第3条（侵犯皇室、内乱、外患、侵犯尊亲属）、两者的第5条（子孙对尊长的正当防卫权）基本相同；后者的第3条是对前者第4条（强盗罪）的明确化；后者虽摒弃了前者的第2条，但对发掘坟墓罪加重处罚的条款（第2条）仍可谓是对《附则》第2条所列举的发冢罪之回应。

两者的差异性：首先，《附则》更强调适用主体问题。其第2条、第5条都标明“中国人”，采用中外区别对待主义，而《暂行章程》则无此区分。其次，《暂行章程》的无夫奸为罪（第4条），则是前者所无，这应该是与“无夫奸”问题成为后来论争中最受瞩目的焦点，立法者需做出回应有关。再次，从“附则”到“暂行章程”，称谓上微妙却是意味深长的变化，似乎预示着后者的过渡色彩更加浓厚。

（六）资政院法典股的第四案

第四案最主要的变化是删除了《暂行章程》。

1. 修订情况

在宪政编查馆审核后，第三案经奏请被纳入资政院第一年常年会议的议案之中。宣统二年十一月初一日新刑律议案开议，经议员质疑及政府特派员杨度说明主旨后，交付资政院法典股员会审查。当时资政院的法典股共十八人，由载润任股长，汪荣宝任副股长，股员有刘道仁、曹元忠、陶保霖等人。法典股分两科，第一科审查关于公法事件，第二科审查关于私法事件，^[49] 但股员的具体分科尚未得知。股员会就《修正刑律草案》（第二案）和宪政编查馆的修改案语（第三案），以及第一案和议员们的修正案，参互钩稽，详慎考覆，修订润色而成修正案，此为第四案。^[50]

法典股员会审查告竣后，汪荣宝于宣统二年十二月初六日，在资政院第三十七次会议上报告了第四案的修订情况。

总则除了技术性的修订，主要是第11条刑事责任年龄由十二岁改为十五岁（与《违警律》责任年龄规定统一、与各国新学说相符）。

分则除了技术性和细节的修订，其他实质性修改有四处。一是删去第316条“凡对于尊亲属加强暴未至伤害者”量刑中的罚金刑（以免有殴打父母者可以罚金了事之误会）；二是将尊亲属

[45] 第一案的第49条“凡十六岁以上二十岁未之犯罪者得减本刑一等”，因学部及热河、邮传部、直隶、安徽、两广、两江、山西、湖广等省签注，《修正刑律草案》删除此条。宪政编查馆的第三案可以说是在一定程度上恢复此条。

[46] 从本案起，国交罪（原第3章）的位置与外患罪（原第4章）的位置互换。

[47] 北大所藏《修正刑律案语》该条的黑笔眉批为“此系采用单独主义（谓不问外国刑法为何），不用相互主义（谓外国设此规定则我亦规定）。”

[48] 《修正刑律草案》和奸罪的本意是包括亲属相奸在内，故在量刑上最高为三等有期徒刑。第三案独立亲属相奸罪名，所以原有的和奸罪也因此减轻。

[49] 参见姚光祖：《清末资政院之研究》，台湾大学政治研究所1977年硕士论文，第77页、第100页。

[50] 参见《议决新刑律总则缮单会陈请旨裁夺》奏折，收入前引[7]，《钦定大清刑律》卷前奏疏；前引[8]，《资政院会议速记录》第一次常年会议第三十七号议场速记录；前引[11]，劳乃宣书，第1027页。有必要指出，奏折中仅提到第二案与第三案，但从速记录和劳乃宣的记载来看，第一案与议员的修正案在审查时也予以参考。笔者以为，实际的情况可能是：前两者为主，后两者为辅。

范围进一步缩小，不再包括外祖父母（依据中国习惯礼制）；三是减轻第4章妨害国交罪的处罚力度；四是第288条第3款删去尊亲属在亲属相奸时，若纵容、得利、私和，得限制告诉权的规定（维持家庭伦理与地方风俗）。〔51〕

条文数方面，总则部分，汪荣宝提到，增加1条，删除2条，分出1条，仍为88条；分则部分，汪荣宝没有专门提及，但依其报告，删除2条，分出2条，笔者推测亦可能维持不变。依此，第四案的条数可能与第三案相同，仍为405条。

2. 《暂行章程》删除的背后

此案最大的变化就是《暂行章程》被删除。宣统二年十一月初一日，政府特派员杨度在资政院说明新刑律主旨与精神时，透露出来的相关信息，堪耐玩味。

首先是《暂行章程》与新刑律主旨不同。第1条与死刑惟一之旨不符，第2、3条与死刑减少之旨不符，第4条在立法、司法、外交、礼教上不便，第5条与国家立法应对国民平等保护冲突，故不放入正文。

其次是过渡时间的变化。依原定的九年预备立宪计划，应于光绪三十九年实行新刑律，光绪四十二年实行宪政，两者之间尚有三、四年时间。但有人认为预备立宪时代人民奉行新刑律的能力不足，所以复加《暂行章程》作为宣统五年至宣统九年之用。杨度提到，《暂行章程》是在十月初三国会未缩短年限以前办理的，现在国会既然缩短，《暂行章程》废除与否，请诸议员议决。〔52〕

从中似可窥得，就政府（宪政编查馆）而言，《暂行章程》是准备在实行宪政前的过渡时期使用的。依立宪计划，新刑律原拟于光绪三十九年施行，后因宪政期限由宣统八年提前至宣统五年，故新刑律拟提前于宣统四年施行。〔53〕该过渡期仅为一年，是否有必要保留《暂行章程》，便成疑问。但实际上，从第三案中对《暂行章程》“藉以沟通新旧而利于推行，将来体察全国教育、警察、监狱周备之时，再行酌量变通，请旨办理”的说法看，并没有一个明确的废除期限。管见以为杨度的说法可视为政府/新派在资政院的一种试探性的策略。〔54〕

相比杨度之暧昧，汪荣宝等人的立场要鲜明许多。他认为杨度所谓《暂行章程》存在之理由并不充分，法典股员会乃将《暂行章程》废除，并具理由书，印刷后发给各位议员。〔55〕目前尚未发现该理由书。

需要特别指出，尽管法典股员会决定废除《暂行章程》，但该决定并没有付诸资政院表决，所以没有法定效力。在议场，《暂行章程》所涉及的问题仍是可供讨论的对象，这在“子孙对尊长是否有正当防卫权”和“无夫奸”上体现得尤为明显。

（七）资政院议场激辩的第五案

资政院议员们对第四案进行了激烈的讨论，因为时限的关系，最后以省略三读的方式通过了总则，分则没有议完，此为第五案。其最主要的变化是备受争议的“无夫奸”被认为有罪且放入法典的正文。

〔51〕 参见前引〔8〕，《资政院会议速记录》第一次常年会议第三十七号议场速记录。

〔52〕 同上。

〔53〕 前引〔13〕，《清末筹备立宪档案史料》（上），第61页以下，第90页以下。

〔54〕 一个有力的证据就是当无夫奸问题在资政院讨论备受质疑时，杨度认为《暂行章程》可作为新旧刑律交替之媒介，它一方面可维持本国礼教，一方面又因为不在正文而不会受外国干涉，是断断不可少的。参见前引〔8〕，《资政院会议速记录》第一次常年会议第三十九号议场速记录。笔者觉得杨度对《暂行章程》实际上秉承一种实用主义的态度。

〔55〕 参见前引〔8〕，《资政院会议速记录》第一次常年会议第三十七号议场速记录。从汪荣宝的记录看，资政院法典股在宣统二年十一月二十日便提出《暂行章程删除说帖》。见前引〔9〕，《汪荣宝日记》宣统二年十一月二十日。

1. 修订情况

汪荣宝于宣统二年十二月初六日报告后，资政院法典股员会的审查案即第四案乃付诸资政院会议再读。一方面，依据立宪计划，新刑律定于宣统二年颁布，另一方面，资政院第一次常年会议将于宣统二年十二月十一日闭会。在时间如此紧迫的情况下，从宣统二年十二月初六日到初九日，资政院第三十七次会议到第四十次会议上，第四案经历了快速的、同时不乏极其激烈论争的再读程序。其结果是：再读议至分则第 289 条，闭会时间已至，故在初十日的第四十一次会议上，以省略三读的方式通过了总则。

除了细节的修订，此案最大的变化就是“无夫奸”的有罪化并放入正文（采纳议员劳乃宣的意见）。〔56〕

2. 蓝白票表决

在争议颇多的“子孙对尊亲属是否有正当防卫权”和“无夫奸是否有罪”的问题上，第 15 条（正当防卫）和第 288 条（通奸罪）经再读付诸表决。前者劳乃宣倡导从《暂行章程》移入正文，但支持者寥寥，当天到会议员 120 人，仅有 20 人起立赞成。〔57〕后者的争论则激烈异常，通过两次表决，才得以定夺。

首先是“无夫奸是否有罪”。通过蓝白票记名投票的方式进行，蓝票表示无罪，白票表示有罪。结果蓝票 42 票（其中包括 1 张废票），白票 77 票，无夫奸有罪。其次是规定于《暂行章程》还是正文，通过起立表决的方式进行。赞成定于《暂行章程》者是 49 人，赞成定于正文者是 61 人。赞成纳入正文者居多。〔58〕

这里需要辩证地看到，在无夫奸问题上，如果说在有罪抑或无罪问题上票数悬殊的话（77 对 42），则对于纳入正文还是《暂行章程》，双方的差距已经不算大（61 对 49）。两次表决的总人数不同（119 人和 110 人），目前无法证明当时离席 9 人之选择倾向。但从第二天新派众人愤然罢会的举动看，〔59〕当时离席的 9 人很可能是不甘失利的蓝票者。同样从常识上分析，第一轮的蓝票者会在第二轮表决中支持将无夫奸规定于《暂行章程》。当时的情况很可能是：主张无夫奸入罪并且规定于正文者 61 人，主张有罪但规定于《暂行章程》者 16 人，主张无罪者 42 人。对此，应该肯定《暂行章程》作为过渡性条款，在立场与策略、新与旧之间起到的协调、平衡之作用。

（八）钦定第六案

因立宪的时限要求，宪政编查馆对第五案进行了修订，经清廷裁可后颁布了最终的第六案，即《钦定大清刑律》。该案最主要的变化是恢复了第四案被删除的《暂行章程》，但对第五案“无夫奸”进入正文的决议没有采纳。

1. 概况

依立宪计划，新刑律应于宣统二年颁布，奕劻领衔宪政编查馆与资政院合上《议决新刑律总则缮单会陈请旨》奏折。〔60〕仿效当年沈家本在第一案时之做法，他先以总则上奏，并提出对总则的修订意见，请旨裁决；又领衔宪政编查馆上《新刑律分则并暂行章程未经资政院议决应否遵限颁布缮具清单请旨办理》奏折，请旨将未经议决的分则暨《暂行章程》颁布。〔61〕上述诸项请

〔56〕 参见前引〔8〕，《资政院会议速记录》第一次常年会议第三十七号——第四十一号议场速记录。

〔57〕 同上，第三十七号议场速记录。按照当时的规则，需有 30 人以上倡议赞成才可以提出议案。从这可以反映支持无正当防卫权者人数之少。

〔58〕 同上，第三十九号议场速记录。

〔59〕 前引〔9〕，《汪荣宝日记》宣统二年十二月初九日。

〔60〕 载前引〔7〕，《钦定大清刑律》卷前奏疏。

〔61〕 同上。

求，皆得宣统二年十二月二十五日清廷上谕裁可，所成之案即为最终的第六案，即《钦定大清刑律》。

新刑律共 2 编、53 章，正文凡 411 条，并有服制诸图和《暂行章程》5 条。

2. 修订要点

第六案加入了服制诸图，恢复了《暂行章程》5 条。

总则部分，将第 11 条刑事责任年龄由十五岁重新改为十二岁，恢复了“未满十六岁人犯罪者得减本刑一等或二等”。

分则部分，奏折提到“刑律分则资政院未及议决，而又不能违误眷黄清单颁布之期，拟由臣奕劻等将宪政编查馆覆订原案略加修正。”〔62〕也即是说，宪政编查馆对资政院未议完的新刑律草案加以修订，主管该馆的军机大臣奕劻等人再加以最后把关。〔63〕管见认为，《暂行章程》的恢复可能与奕劻等人最后的审核有关。对照钦定本，可发现其对第五案分则的修订部分既有吸收，亦有不予采纳的，后者最典型的例子就是“无夫奸”问题并没有按照表决的结果纳入正文之中。

二、刑法典论争与立法程序反思

（一）两大问题上的论争

刑法典的论争，从签注时以张之洞为首的发难，经劳乃宣与沈家本的集中论战，再到资政院议场的激辩表决，可谓一波三折。其间的争论主要集中在两个方面：一是伦常礼教条款之争，一是比附援引与罪刑法定之争。

1. 伦常礼教条款之争

以往研究多用“法理”与“礼教”来概括论争的双方，此说法可能出自刘廷琛“新刑律草案于无夫奸罪之宜规定与否，或主礼教，或张法理”之说。〔64〕但应该指出，被冠以“法理”之名的新派并不反对礼教，这从第一案中中对固有礼教民情的维护就可以看出。〔65〕以“礼教”标榜自身，其实是旧派在论争中获得正当性，进而置新派于舆论不利地位的一种策略。新旧两派之间并非泾渭分明。

首先，在制定新法上，双方存在着一定的共识。正如劳乃宣所谓，他不同意新刑律条文者不过百分之三、四，同意者百分之九十余。〔66〕

其次，新派早在第一案之时，便有制定特别条款的计划。这一构思随着《附则》与《暂行章程》的制定而付诸现实。

第三，两派的内部也非铁板一块。劳乃宣曾邀集议员 105 人发起《新刑律修正案》，但无夫奸的蓝白票表决，这 105 人中却赫然出现文龢、刘曜垣和顾视高三位支持去罪化的蓝票者。〔67〕新派中，也存在激进与稳健的两支（详见下文关于立法程序的分析）。

伦常礼教条款的论争主要涉及四个方面，一是特定行为是否需专门立法（如亲属相奸、亲属

〔62〕（清）奕劻等：《议决新刑律总则缮单会陈请旨》，载前引〔7〕，《钦定大清刑律》卷前奏疏。

〔63〕期间的细节是董康将法典股员会的修正案与原案斟酌取舍，汪荣宝阅读后再采用法典股员会修正案条款。参见前引〔9〕，《汪荣宝日记》宣统二年十二月二十三日。

〔64〕前引〔11〕，劳乃宣书，第 953 页。

〔65〕李贵连教授即指出，法理派虽然要求用西方法律的原理和原则制定新律，但实际上他们的思想却未完全脱离礼教，在他们主持修订的新律中保留了大量的礼教条文。前引〔2〕，李贵连书，第 113 页。

〔66〕参见前引〔11〕，劳乃宣书，第 1057 页。

〔67〕对比蓝票者名单与劳乃宣的《倡议修正新刑律案说帖》所列的 105 人姓名。载前引〔11〕，劳乃宣书。

相殴、故杀子孙、杀有服卑幼、妻殴夫夫殴妻是否需立有专条),二是特定行为的刑罚力度(如内乱罪首犯、伤害尊亲属致死或笃疾是否处以惟一死刑),三是特定行为是否入罪化(如无夫奸是否有罪),四是特定主体是否享有法律特权或负有法律义务(如子孙违犯教令时家长是否有权要求官府惩戒、子孙对家长是否有正当防卫权)。^[68]

论争的背后有着近代法学转型的背景,这在第一点上体现尤为明显。近代刑法以抽象概括的立法和相对确定的法定刑为特征,新刑律中的通奸罪、杀人罪、伤害罪等条款基本可以规制上述这些行为。沈家本等试图通过建立判例制度(即判决书或判决例)来确定此类罪名涉及名分关系时在量刑上的轻重标准。而在古代立法中,名分关系极为重要,更因为刑罚制度上采用一行为对应一刑罚的绝对确定法定刑,所以需要制定具体、明确的名分专条来确保罪刑之相符。^[69]此差异性,难免引起生活于古典律例时代的张之洞、劳乃宣们疑惑和不解,频频质问为何无此专条。对于判例,劳氏也将其与清代的条例联系起来,误以为是一种制定法的法律形式。甚至在新刑律提交资政院议决时,他仍有“宪政编查馆的原奏有请旨交法律大臣辑判决例,这个判决例是法律还是命令”之质问。^[70]

在近代西方法律思潮的影响下,政权性质上集权专制政体与宪政民主政体、立法本位上家族主义与个人主义产生对立。立法目的上以法律开启民智的启蒙功能与维持传统秩序的现实功能之取向不同,兼之传统固有的礼教亦非一成不变的概念,其本来就具有原则性与妥协性的经权观。上述多方面之结合,使得新旧双方在维护伦常礼教之范围、刑罚力度与方法途径上,存在着一定的分歧。围绕着何为“可变”、何为“不变”,在特定行为的罪刑均衡、罪与非罪等问题上双方发生了冲突。双方在论争中,又不免带有意气的成分,加剧了其激烈程度。

对于一直持续于论争始末、最敏感的“无夫奸是否有罪”之争议,尽管双方将其上升至与领事裁判权撤废之联系、法律与道德之关系、法律的可操作性等高度展开辩难,^[71]但管见认为,在某种程度上,该问题实为价值判断。这些论证是立场先行后所做出的反应,很难做出孰是孰非的评价。我更倾向于以一种本质主义的立场来看这个问题的论争结果。蓝白票表决差距悬殊的关键所在,可借用劳乃宣的一句话,那就是“中国社会普通的心理,都以为应当有罪”。^[72]

2. 比附援引与罪刑法定之争

从第一案第10条确立“凡律例无正条者,不论何种行为不得为罪”即近代的罪刑法定原则开始,便有了它与古典刑律的比附援引之论争。

所谓比附援引来自旧律中“断罪无正条”(括号内为律间小注):“凡律令该载不尽事理,若断罪而无正条者,(援)引(他)律比附。应加、应减,定拟罪名,(申该上司)议定奏闻。若辄断决,致罪有出入者,以故失论。”^[73]

沈家本在《断罪无正条》长文中系统地回顾、总结了这场论争。^[74]

[68] 具体可见张之洞的学部奏折(载前引[26],《刑律草案签注》)、劳乃宣的《修正刑律草案说帖》、《声明管见说帖》(皆载前引[11],劳乃宣书)和沈家本的《书劳提学新刑律草案说帖后》(载《寄簪文存》卷八)。

[69] 唯一的例外,乃“不应得为”条,有“笞四十”与“杖八十”两种量刑。

[70] 前引[8],《资政院会议速记录》第一次常年会议第二十三号议场速记录。

[71] 旧派及其支持者如劳乃宣、陈宝琛、赫善心、林芝屏、江易园的文章详见前引[11],劳乃宣书;新派人物及其支持者如沈家本、董康、杨度、冈田朝太郎、吴廷燮、崔云松的观点可见李贵连:《沈家本传》,法律出版社2000年版,第317页以下。

[72] 参见前引[8],《资政院会议速记录》第一次常年会议第三十九号议场速记录。

[73] 《大清律例·名例下》

[74] 该文收于《法学会杂志》第一年第一期,宣统三年五月十五日;又见于沈氏的《明律目笺一·断罪无正条》。

反对意见可归纳为三类：第一，虽说比附援引容易造成轻重失衡，但它毕竟是有所依据，而现在由审判官临时判断，一来没有限制，二来审判官的自身水平有限，同样会轻重失衡，造成出入人罪；第二，法条有限，情伪无穷，删除比附，无法更好地规范犯罪；第三，针对立宪国所要求的立法、司法分离，认为比附仍然属于司法，而新律给予审判官酌量轻重的权力，却是立法、司法合而为一。

对于第一类意见，沈家本以文字狱为例，痛斥比附援引是“舞文弄法，何所不可，尚何限制之有”。而新刑律草案规定量刑的幅度，审判官不能超越这个范围，所谓“无所限制”并不成立。他虽同意当时审判人才缺乏，但认为如果以此为借口来阻挠新法的实施，却“犹七年之病求三年之艾”。权衡之下，需要先治本。

对于第二类意见，沈家本从自身刑曹经验出发，认为数千年来风俗变迁，案情却并未超越律例，历代立法虽有损益，但并无大的变动，可证古典立法源于经验，足以规范社会。而对那些善钻法律空子的“奸民之尤”，也并非比附就可以置他于死地的。

对于第三类意见，沈家本乃“以彼之道，还施彼身”，反驳道：“既云无此法而定此例，方为立法，乃无此法而即用此例，是司法者自创为之矣，不且与立法相混乎？”他认为比附才是司法与立法混而为一。

这场论争的深刻解读涉及到制度的变迁、刑法理念的转变和法律方法论的转型。首先，它是从传统皇权高度一统、要求逐级“议罪”的覆审制度到近代立宪制度下，立法、行政和司法三权分立，要求审判独立的转变。其次，它是从明刑弼教、威慑控制社会功能的古典刑法观到以保障人权为核心要素之一的近代刑法理念的转变。再次，它是从情理为相似性判断之基础，以类比为推理模式的古典法律方法向近代法解释学之转变。

确立罪刑法定的重大意义毋庸置疑，但必须指出，比附固然有类推的特质，但有着比类推更丰富的内涵。它确实有导致量刑畸重之弊，但却不应该被简单地贴上“罪刑擅断”的标签。它是为了追求“情罪相符”的实质正义目标，在选择适当的规则/量刑上进行的斟酌和论证。它虽然有人罪化之一面，但亦有我们所忽视的去罪化之一端。^[75] 沈家本的雄文兼有学术与政治的双重意义，而作为修订法律大臣，其目的主要在后者，这是我们需要特别注意的。

（二）立法程序反思

如果说伦常礼教条款的论争是双方公开立场，唇枪舌剑，立法程序方面则是一番暗流汹涌景象。当时的立法程序是：法典送资政院议决，再移送到宪政编查馆复加核定，由资政院总裁、副总裁会同军机大臣具奏请旨裁夺。在资政院的议决和军机大臣意见不一致时，军机大臣可要求资政院复议，如果资政院仍坚持己见，则由双方分别具奏，由皇帝裁定。^[76]

汪荣宝的日记中记录了一些鲜为人知的故事。首先看宣统二年八月二十四日所记：

“五时顷杨哲子（指杨度）、胡伯平同来，宪政馆同人对于刑律草案分新旧两派，各持一说，争议不已。主张新说者均欲赶紧定稿出奏，不交资政院议决。余虽赞成新案，而以资政院有议决之权，若不交议，即为违法。今当第一次开院即开政府规避院议之端，殊与立宪精神不合，持论颇与仲和诸君异同。哲子、伯平述仲和（指章宗祥）意以资政院议员中有法律知识者尚鲜，交议恐致破坏，劝余深思熟虑。余坚持初议，与二君反复辩论，二君亦无以难，允再设法运动交议之事。”^[77]

[75] 比附去罪化的例证可见《大清律例·总类·比引律条》的“僧道徒弟与师共犯罪，徒弟比依家人共犯罪，免科。”

[76] 参见前引 [13]，《清末筹备立宪档案史料》（下），第 850 页以下；《改订续订资政院院章》第 16、17 条，收入志匠斋：《庚戌资政院议案章》，上海征文社印行，文海出版社 1990 年影印本。

[77] 前引 [9]，《汪荣宝日记》宣统二年八月二十四日。

可见早在第三案之际，宪政编查馆中的一些新派人物即准备绕开资政院，直接奏交草案，经汪荣宝力劝，才避免此举。这类激进新派人物维护新刑律的赤子之心，固然值得肯定，但其无视立法程序的态度，则应予以强烈抨击。

再看宣统二年十二月十一日所记：

“六时顷以金伯屏招饮石槁别业，往赴遇仲和，云馆议将以刑律原案颁布，不复与资政院会奏，余闻之愕然，殊为宪政前途危惧。”〔78〕

此时资政院刚刚落下帷幕，新刑律的议场论争暂告一段落，宪政编查馆便试图再次发难。次日，汪荣宝先与资政院蓝票者通告此事，认为如果政府颁布原案，则资政院协赞立法之权，将生非常之危险。讨论之下，订出如下办法：（一）要求会奏总则，如不成，则（二）请旨变通颁布年限；如又不成，则（三）请开临时会议；再不成，则辞职。〔79〕汪氏身兼资政院法典股股长和宪政编查馆编制局正科员暨考核专科帮办两处职位的特殊身份，斡旋两方。〔80〕经他与杨度商议，达成如下办法：（一）会奏总则，将其中不同意之点声明，请旨裁夺；（二）由宪政编查馆单奏分则，请与总则同时颁布，但声明明年交资政院追认。〔81〕

汪氏的努力终得些许成效。宪政编查馆最后决议会奏总则，单奏分则。〔82〕宣统二年十二月二十五日清廷谕旨，将“总则、分则暨暂行章程先为颁布，以备实行，俟明年资政院开会，仍可提议修正，具奏请旨，用符协赞之义。”〔83〕

一场“立法权”之争，虽以宪政编查馆的自敛得以和气收场，但细绎其历程，无疑可以看到“行政机关”的势大及其对“立法机关”的屡次侵犯。清末立宪伊始的政治架构，是皇权统摄下的三权分立体制。军机大臣掌管的宪政编查馆和作为上下议院基础的资政院，可以看成分别是“行政权”与“立法权”的代表。〔84〕由国会的雏形、具有一定舆论基础的资政院来议决法典，是时代的进步，但同时又让行政色彩浓厚的宪政编查馆来复核立法，不免又折射出旧制的残影。〔85〕宛如新刑律本身的杂糅状态，其立法程序也反映出新旧两种制度的交集。

最后钦定案的出台过程也不无商榷之处。如果说总则乃经资政院议决完毕，由军机大臣和资政院正、副总裁合奏，符合程序要求的话，那么其最后的修订之处（刑事责任年龄的变动等），却并未经资政院的复议，仅仅是军机大臣和资政院正、副总裁的合意；分则部分和《暂行章程》更是完全绕开了资政院而由宪政编查馆单独上奏。上述两点，固然有皇权的裁决作为保障，在帝制时期仍具有法理的正当性，但资政院再读中“无夫奸入正文”的议决结果，虽因《暂行章程》的恢复略补其阙，但毕竟无法在新刑律的正文中体现。尽管清廷谕旨中有所谓“提议修正”之语，资政院有修改法典之权，但认真地从规范上分析，当时通奸罪条款毕竟已是经过再读，而资

〔78〕 前引〔9〕，《汪荣宝日记》宣统二年十二月十一日。

〔79〕 同上，宣统二年十二月十二日。

〔80〕 刘汝锡：《宪政编查馆研究》，台湾师范大学历史研究所1977年硕士论文，第75页。

〔81〕 前引〔9〕，《汪荣宝日记》，宣统二年十二月十三日。

〔82〕 同上，宣统二年十二月二十三日。

〔83〕 该谕旨载于前引〔7〕，《钦定大清刑律》。

〔84〕 从汪荣宝前引日记中以“政府”来作为宪政编查馆的代称，奕劻在《新刑律分则并暂行章程未经资政院议决应否遵限颁布缮具清单请旨办理》奏折中明确提到的“资政院为立法机关”、“协赞立法之权”，笔者的这一判断应可成立。

〔85〕 资政院的议员分为钦选与互选两种，法定各为一百人。前者是宗室王公世爵、满汉世爵、外藩王公世爵、宗室觉罗、各部院衙门官、硕学通儒、纳税多额者构成，后者由各省咨议局议员互选，经该省总督巡抚覆加选定而成。参见前引〔76〕，《改订续订资政院院章》第4—12条。该院虽然不具广泛之代表性，但与旧制相比，仍是相当大的突破。从资政院会议期间的冲突（典型如弹劾军机大臣事件）中，已经可以依稀看到近代议会政治的影子。

政院的三读实际上所做的仅仅是文字的修订。^{〔86〕}宪政编查馆的便宜措施，固然是快刀斩乱麻，却也不免使得蓝白票表决失去意义。假设清廷并未覆灭，真的要“修正”刑律的话，又不知从何谈起了！

三、法典编纂的时代宿命

从光绪三十二年预备案的戛然而止，另聘日本学者冈田朝太郎重起炉灶之第一案，到宣统二年十二月二十五日钦定颁布的第六案，新刑律经历了内外各衙门的签注、宪政编查馆的复核、资政院法典股的审查、资政院议场的激辩，期间更引发了比附援引与罪刑法定论争、劳沈论争、蓝白票表决。凡上种种，见证了中国刑法近代化的坎坷曲折，亦是近代法律改革诸多不易的鲜明写照。以沈家本、汪荣宝、董康等为代表的新派，在政府的支持下，顶住了张之洞、劳乃宣为代表的旧派之压力，大部分地实现其立法初衷。

新刑律的特质，一言以蔽之，乃折衷于新旧之间。法典中既有近代刑法的编纂技术、罪刑法定的理念、刑罚人道主义的精神以及罪刑相适应的诉求，又先后出现了旧律色彩鲜明的特别条款《附则》和《暂行章程》，并最终保留了后者。同时，“服制诸图”、条文中对皇权和尊亲属的特别保护、男权中心的意识、妇女被辱后自杀案件中“威逼人致死”式的弹性因果关系和量刑等等，也都悄然地显示着旧律之色彩。^{〔87〕}当然，旧律的色彩与传统律典相比，无疑要黯淡许多。尊亲属范围的限缩（最后仅有高曾祖父母、祖父母与父母三项），内乱罪区分首从、情节定罪量刑，首犯不处以唯一死刑，皆是重要的例证。

新旧两派的区别，如同新刑律的杂糅性质，并非泾渭分明。新派对于伦常礼教并不反感，但在对其范围、维护程度、方法途径等的看法与旧派有所不同。双方围绕着何为可变、何为不变，在特定行为的罪刑均衡、罪与非罪等问题上发生了冲突。近代刑法学以抽象立法与相对确定的法定刑为特征，与古典的立法技术不同，这一法学上的差别加剧了新旧两派的冲突。旧派要求恢复古典时代具体化、明确化的名分条款，但基本没有成功。

颇有意思的是代表两派尖锐冲突的条款“子孙对尊亲属是否有正当防卫权”和“无夫奸是否有罪”在具备一定舆论基础的资政院的表决。对前者，绝大多数的人倾向于保留在《暂行章程》中；对后者，则是多数的人倾向于入罪化，并有相对多数的人倾向定于正文中。这两次表决，是否可以说明在近代转型时期，在资政院议员为代表的社会阶层中，尊长卑幼平等观念日趋加强，但男女之别、贞操观念依旧保守呢？近代家族解体，家长对家庭成员控制力减弱的社会现实，或许是前者嬗变的社会因素，而后者之缘由，或许还需要借助心理学、生理学等社会科学乃至自然科学的知识。不管如何，过渡性的《暂行章程》还是能够在某种程度上缓和黑白即白、带有意气色彩的论争之矛盾，不失为现实且有效之谋略。《暂行章程》的前身《附则》很可能出自法部郎中、兼职修订法律馆的旧律专家吉同钧之手。这类特别条款也是新派在立法伊始第一案时便有准备的计划，当然，其正式出台与受到压力不无关系。

从立法程序上看，新刑律由“立法机关”资政院议决，“行政机关”宪政编查馆复核，最终由皇帝颁行，反映出立宪背景下新旧两种制度的交集。因立宪之期限要求、资政院到关闭会等原因，实际上资政院只是省略三读议完总则，分则和《暂行章程》则是由宪政编查馆单独上奏的。

〔86〕 参见《资政院议事细则》第三十九条，《国风报》第一年第十四号。

〔87〕 男权中心意识可见两点：1. 通奸罪中的妇女以有夫、无夫区分，而与之通奸的男子则不分是否成婚；2. 夫的尊亲属也是妻的尊亲属，而妻的尊亲属却不是夫的尊亲属。

该馆对总则之最后修订未经资政院复议，亦无视通奸罪在资政院再读的议决结果，尽管有上谕裁可，在帝制时代有法理的正当性，仍不免程序有瑕。新派维护新刑律的赤子之心固然可嘉，但其有悖程序正义观念的做法则让人好生惋叹。

清廷的覆灭使得《钦定大清刑律》无法按立宪计划付诸施行，好在此后得以稍加删修，以《暂行新刑律》之名成为民国初期最主要的刑事法源，也不枉当年改革者们的一番心血。时过境迁，今日视之，当年激进的主张已显得自然平常，但围绕刑律改革而发生的论争及其所反映的深意至今仍值得我们时时思考。

Abstract: Based on plenty of precious historical resources, this paper reviews the 7 editions' compilation of the Criminal Law of the Qing Dynasty Approved by the Emperor (i. e., the New Criminal Law of Qing Dynasty) from the preparative scheme in 1906 to the 6th edition in 1911, analyzes the changes and revisions in that period and digs out some unknown allusions.

Firstly, the difference between the School of Law (New School) and the School of Rite (Old School) on the New Criminal Law is not distinct. The new school had already had a plan for special clauses at the period of the 1st edition, laying the foundation for the later Supplementary Articles and Temporary Rule of the New Criminal Law which intensively remained the traditional rites. It was most likely Ji Tongjun, an expert on the old law and holding a post in *Fa Bu*, who drafted the five articles of the Supplementary Articles. Secondly, according to the decision of *Zi Zheng Yuan*, fornicating with a woman without husband should be treated as a crime and included into the text of the code. However, under the strong administrative intervention from *Xian Zheng Bian Cha Guan*, that decision was ignored by the New Criminal Law and only written into the Temporary Rule, which was really a defect in the legislative procedure. In the legislative process, although the intention of the new school to protect the New Criminal Law was meritorious, their actions violating the procedural justice were regrettable. Both in its content characteristics and legislative procedure, the Criminal Law of the Qing Dynasty Approved by the Emperor was a compromise between the old and the new.

Key Words: Criminal Law of Qing Dynasty Approved by Emperor, argument between rites and law, new policy of late Qing Dynasty
