

# 杨度与清末资政院《新刑律》议案的争论

唐靖,曹阜孝<sup>①</sup>

(四川大学历史文化学院,四川成都,610064)

**[摘要]** 1902年开始的十年内,晚清政治高层围绕着刑律修订的不同意见而爆发了激烈的“礼法之争”。时逢资政院成立,杨度以宪政编查馆特派员身份将新刑律按程序提交资政院审议,并作了长篇发言,内容涉及新旧刑律的区别,以及改颁新律的意义,其发言暗含对礼教的批判,从而正式将礼法争论的场所转移到了资政院内进行。通过审视杨度在资政院的这一发言,可以对研究晚清礼法之争作一个侧面的补充,同时也对立法过程中传统的扬弃问题有一个更新的认识。

**[关键词]** 杨度; 资政院; 大清新刑律; 礼法之争

**[中图分类号]** K25 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1673-0755(2013)06-0080-05

始于1902年的新律修订,是清末新政的重要内容,此后更被清廷置于立宪、强国的框架下加以推进。而在绵延数年的晚清修律过程中,修订刑律更是贯穿其中的一条主线。其目的在于引入一系列西方近代法律理念和条款,以期改造旧律“诸法合体”、“礼法合一”的模式。为此,始而对固有《大清律例》作局部修正;继而效法欧日,制订《大清新刑律》草案;在草案导致各方阻力之后,又改而制定过渡性质的《大清现行刑律》;直到宣统二年十二月二十五日(1911年1月25日)经清廷核准,方才正式颁布《大清新刑律》,完成清末立法工程最重要成果,使其成为中国第一部近代意义上的刑法典。

近20年来,国内历史学界及法学界对新刑律起草中的程序及礼法争论等诸问题,多有深入研究,不过以资政院为视角、以杨度为个案集中探讨他与刑律酝酿过程中礼法之争关系的考察,则尚有挖掘空间;虽有唐自斌《杨度与清末礼法之争》一文论证甚详<sup>[1]</sup>,但由于发表较早,对新旧两派礼法之争的评判不免带有太多主观色彩。本文借助《资政院议场会议速记录》及当事人的相关文集、日记与回忆,拟以杨度在资政院的发言为重心尝试对当年礼法之争作一个侧面的补充。

## 一 《新刑律》提交资政院讨论前的简单回顾

《大清新刑律》从起草到颁行耗时长久,《新刑律》草案上奏并交各部院、督抚“照章签注”后,论战

的焦点就转移到新订刑律草案的讨论上。在中央各部院中,反对最力的是礼部和由张之洞兼管的学部。此外,各省督抚也签注意见,虽无任何一人表现出对西方法律文化的完全拒绝,但大多数人还是对草案过多漠视传统礼法提出了批评。据学者的统计,一共有471位次的签注意见被提及,85位次的意见被采纳或赏识,并最终使刑律草案32处被修正。修正后的刑律草案由貌合神离的法部和修订法律馆会奏,与1907年的第一稿草案相比,总则和分则的总体格局并无变化,条文数量却由最初的387条增加到409条,并且在法部的坚持下,增加了《附则》5条,以容纳有关伦纪的条文。不过综合来看,对尊亲属的犯罪以及但凡关于伦常的各款,在本次修正案中都还是有了妥协性的变化,被加重一等处<sup>[2]</sup>。

依据此时的立法程序,宪政编查馆与资政院是各有分工的,“盖一司编撰,一主赞定,庶政府尽提议法案之责,而国民有参预立法之权,立宪之基将由此以巩固。”<sup>[3]</sup>宪政馆负责法典草案的草拟或核定,然后送资政院议决;议决后再移送宪政编查馆复核,最后由资政院总裁、副总裁会同军机大臣具奏,请旨裁夺。资政院议决事件,军机大臣如果不以为然,可陈述理由并咨送资政院复议;资政院如果仍执前议,则双方分别具奏,各陈所见,由皇帝最后裁夺<sup>[4]</sup>。在法部和修订法律馆会奏的当天,清廷就将草案下宪政编查馆作进一步的核定。由奕劻主持的宪政编查馆,在此基础上提出资政院审议前的1910年修正

**[收稿日期]** 2013-10-16

**[作者简介]** 唐靖(1972-),男,云南昭通人,四川大学历史文化学院博士生,昭通学院历史学教授。

<sup>①</sup>昭通学院管理学院副教授。

草案,将条文409条压缩为405条。法部此前的《附刑五条》也被另定为《暂行章程》5条<sup>[5]</sup>,虽然前者的基本意思得以保留,但内容上却大大压缩,附则“并行”也改为了“暂行”,意为这五条不仅可以随时罢弃,而且其地位较之正律还属鸡肋,几致其“全体效力尽失”。至于法部以及时为宪政编查馆参议的劳乃宣修正说帖中提出将有关伦纪各条直接修入新订刑律正文中的要求<sup>[6]</sup>,更由于沈家本“独当其冲,著论痛驳”,加之法律馆、宪政馆诸同仁以及协助修律的日本法学博士“亦助沈氏辞而辟之”<sup>[7]</sup>的原因,并没有被宪政馆采纳。正是这一核定后的修改草案,宪政编查馆于宣统二年(1910年)十一月初一日,指派杨度、章宗祥为特派员,将其提交资政院议决。

杨度留学日本期间学习法政,积极倡导君主立宪,并于1907年组织湖南宪政公会,起草《湖南全体人民选议院请愿书》,首倡清末国会请愿运动,在晚清时期有“宪政专家”之称。1908年春,袁世凯、张之洞以“精通宪法,才堪大用”而联合保荐杨度进京,出任宪政编查馆参议兼馆内考核专科会办、总办等职<sup>[8]</sup>。杨度此番进京任职,其身份一度被当时的报刊媒体渲染,称为“民党”首领入政府“嚆矢”。其时,晚清推进“法治”“宪政”,但人才奇缺,杨度得以出入颐和园开设宪法讲座,为王公大臣演说立宪精义,极力主张开设民选议院,清政府关于“立宪”的文件也多有出于杨度之手者。1910年12月2日,资政院第一次常年会召开第二十三号议场,政府特派员提出《新刑律》议案并进行初读,被列入该日议事日表的第一号议程,而代表政府方面到院发言的特派员正是杨度。

## 二 杨度在资政院发言的大致内容

杨度在资政院的发言,是第一次常年会期间政府所有特派员中罕见的长篇大论。其开篇就申明刑律正条43章与附则《暂行章程》5条间不同的主旨,有意挑破各方此前在讨论新刑律草案中的分歧,意在争取议员的支持。为此,杨度的发言围绕以下几个问题展开,其陈述的直率激烈也直接拉开了资政院礼法之争的序幕:

### 第一,极言中国刑律不得不作改良之理由

之所以新编制刑律,不外乎国内与国际两方面的原因:其一,国内原因,秦、宋以来有数千年沿革的旧律,与大清正预备推行的立宪宗旨不相符合之处太多,必须予以改订。其改正的理由,试举大者而言,“援引比附”即其一例。所谓“援引比附”,是指

审判官在遇到律文所不载的案件时,不得不临时援引前例以作判断。此种做法,虽然有不得已而为之的权宜成分,在刑政合一的古代中国也有其合理性,但却使司法审判带有了若干立法的性质。而按照立宪的原则,立法与司法必须独立分开。法官判断案件,要按照律文严格判断,不能参杂自己的意见。否则即是“司法之时有立法之意”,“与宪政原则最相违反”。所以,当中国宪政日日推进之时,“揆诸立宪各国通例”,必须使一切法律都与宪政相符合,不适用的旧律实在不能不改。其二,国际原因,17世纪以后世界各国的法典,都有共同的法律原理、原则,如果合乎这一原则,那么一旦发生涉及“国际上人民裁判事情,彼此互相尊重国权。”否则,外国人在其国中犯法就不能遵守该国的法律。对于中国的领事裁判权,经各国不断的扩张,现在发展到不管外国人为被告还是原告,往往都不归中国官府管辖,而归领事裁判。更有甚者,即使平民与教民纠纷这种本身为中国人内部的诉讼,不管该教民是否加入外国籍,外国领事也要横加干涉,致使数十年来我国教案层见叠出,中国国权损失颇多,其原因就在于中国法律与世界共同法律原理原则不相符合。现在与各国订立的商约载有明文,一俟中国法律改良而与各国一致,就可以撤除领事裁判权。将来各国承认与否先不必问,我国依照各国法律之共同原则编订《新刑律》,以作将来撤除领事裁判之预备。

### 第二,介绍新旧刑律的区别

《新刑律》草案与旧刑律比较起来,其内容不同之点大致略有5项:(1)更定刑名,(2)删除比附,(3)死刑减少,(4)死刑唯一,(5)惩治教育。杨度皆“言之极详,足动听闻”<sup>[9]527</sup>。此外,新旧刑律在精神上、主义上之区别,又尤可注意。大凡一个国家未成为法治国以前,其一切政治、法律往往皆被支配于家族主义之下,这种家族主义统治的时代,世界各国皆所不免,不独中国为然。其所以然者,都是因国家主义没有发达以前,如无家族制度,社会和国家都不能维持。加之民刑不分,民间一切行为都置于刑法之中,所以如果有人犯大恶,动辄诛九族、夷三族,皆以族为本位,因所犯之人而对于其家族施以极端的刑罚,从中也可见家族制度的时代,社会不是以个人为本位,而是以家族为本位。对于国家犯罪,即处以诛族之罚,一人犯罪,坐及父母,连诛族长,意在使其负连带的责任。反之,国家也必须积极维持家族制度,才能以此为维持整个社会的凭借。为此,在法律上就不得不赋予家族一部分的立法、司法等特别权利,以至于不管立法、司法,皆可谓之“家法”,

即家长之法,所以才有家规、乡约之说,家长也可以擅自刑讯、杀人。此种法律形态之所以能在数千年间为中国“适宜之制度”,盖在于此期间法律只以维持内部社会的治安为急务,而“并无世界竞争之必要”。今则不然,世界日趋大通,国家间的竞争务使全国人民合力方能进行。我国虽号称四万万人,但在过往的竞争中“无往而不劣败”,其根源正在于传统家族制度之下,人们不管为工为商,都只对家族负责任而并非对于国家负责任。本应对国家负责责任的官吏,其实也只是为一家谋生活,所以无有不贪污者。因此如果从国家的角度看,他们固然可以称之为“贪官污吏”,但如果从他个人家族的角度视之,他却仍然是家族中的孝子慈孙。对国家而言,他们是只知有家而不知有国、“无丝毫能力”的“坐食者”。除开被“豢养之而管束之”的男女之后,四万万人中并无国民,只有少数之家长而已,其余人概与国家无关系也。杨度进一步放言,近代“中国之坏”,皆是家族主义下“慈父孝子、贤兄悌弟之太多,而忠臣之太少。”致国家几乎不能成立。因此之故,传统国家要想进而变为法治国,也必须经过由家族主义向国家主义转变的阶段。必须让每一个成年国人的“生计发达、能力发达”,将孝子慈父皆变而为忠臣,使其成为真正的国民,担负对于国家的责任,以使合力对外。要让国人有独立之生计能力,则又非同时给以他们营业自由、言论自由等各种权益不可。长此以往,国家主义日盛,家族主义日远,法律与社会并行变迁。二者水火般只有冲突而不可能连合,近乎此必然远乎彼,是新旧刑律根本区别之所在。正是因为要振兴此国家主义,才要改订新律,并日益减少家族主义的成分。

第三,解释《新刑律》正条之外另加《暂行章程》的原因与弊端

前已述及,宪政编查馆提交给资政院讨论的新刑律草案另加了《暂行章程》5条,是此前法部会奏草案后的《附行章程》5条的改进版,二者都是迫于礼教派指责而作出的妥协性产物。杨度个人对此极其反对自不待言,此前已经以宪政馆提调的身份在馆中极力辩驳,本次发言又极尽铺叙之能事,将改订新律之正当性以及旧律原理之不合时宜渲染得淋漓尽致。此时他仍感意犹未尽,话锋乃转向《暂行章程》,说明它“如以为必要,何以不加入正条?如以为不必要,何以不废止?”杨度解释说,不加入正条的原因,一言以蔽之曰,“与《新刑律》主旨不相符合故也。”这样的解释思路,以其说是在向议员说明原因,不如说是直接指明《暂行章程》不合时宜;第一

条与死刑惟一之旨不符。各国处死犯人的方法,有斩或绞,但却并无斩、绞并用。《新刑律》有鉴于此,其正条全部用绞,唯有“暂行”第1条却规定凡有“危害乘舆、内乱、杀害尊亲属等罪”仍用斩刑,所以与各国通行的死刑唯一原则相冲突。第2、第3条,与《新刑律》死刑减少的宗旨相冲突,罗列既多,连发掘尊亲属坟墓等罪都可加重至死刑。第4条无夫妇女和奸仍然为罪,杨度承认这条原本为《新刑律》中所无,如果加入草案正条对于刑律体例也没有什么不合,但他马上又从立法上、司法上、外交上、礼教上等角度大谈“四种之不便”。总之,以其让无夫奸诉之于公堂,以致“口说流传,报纸登载”,使父母家族“蒙以耻辱”,不如“秘而不宣”,暗中施以教育。因而这一条不加入正条,不仅不是轻视礼教,反而是“正所以养社会之廉耻,欲以维持礼教也”。第5条对尊亲属不得适用正当防卫,“本属平常,无甚奇异”,但却暗藏一极端的逻辑,即父亲的所有行为必正当,而儿子的所有行为必不正当,但毕竟天下之事并不能如此一概而论。“国家立法必要面面俱到,始为公平。”此条正因为不公平,所以也未加入正条之内。

既然《暂行章程》与新刑律有如此多的冲突,那么为何不干脆废止而要留一个暂行的尾巴呢?从杨度的解释来看,显然有意将前期的复杂争论简单化为“极有势力”的一批人主张“人民程度不足”。杨度自然明白,此前资政院在讨论速开国会的问题时,即有过半议员对“人民程度不足”的说法痛加批驳。此时再次挑明此事为新刑律颁行的障碍,那么议员会有何种反响就不难明白。而且,杨度刻意告诉议员,《暂行章程》的提出,是国会未缩短年限以前的事,而作为“过渡”而产生的《章程》,其过渡时间本身现在也发生了变化。依照原定的九年预备立宪计划,光绪四十二年(1916年)要实行宪政,《新刑律》应于光绪三十九年(1913年)实行;但十月三日后预备立宪的期限既已缩短,原拟于1913年施行的《新刑律》也相应地拟提前于1912年,过渡期仅剩下一年,是否还有继续保留的必要,自然也就成了问题。杨度更“煽动性”地说:“资政院议员是全国人民的代表,对于人民程度,较之政府观察,必能深切著明。究竟应该适用何种刑律,人民有何种程度,不能不凭诸君之论断。资政院是立法机关,协赞立法的时候,对于政府提出《新刑律》,何者宜存,何者宜去,都有独立之权限,算是中国有历史以来第一法典之改良,是资政院协赞法典之第一次,为从来未有之盛典。现在政府所最希望的是国内则于宪政无丝毫之妨

碍,国际则于外交无丝毫之妨碍,必使国家主义圆满发达。这是政府所最希望于诸君的”<sup>[10]301-308</sup>。

### 三 对杨度资政院发言的几点评述

本次会议从下午1:30分开会,到7:30分结束,6个小时之内讨论议题多达14项<sup>[10]298</sup>,而杨度以院外特派员身份的演说就“历二时之久”,会场“掌声如雷,实政府特派员从未有异数也”<sup>[11]</sup>。查考议场会议的速记录,注有“拍手”或“拍手拍手”字样共有5处,也可见报道之不虚。但不可否认的是,为了向议员灌输个人的观点,杨度的发言将宪政编查馆内部讨论及此前各方的分歧展露无遗,并带有极强的倾向性,也就不免说了某些算得上“过头”的话,直斥中国落后及官场腐败是由于社会上“忠臣孝子”太多。作为特派员的他敢公然如此“煽动”,显然并不只是其个人的观点使然,而其背后恐亦有宪政编查馆乃至奕劻枢机的支持,因而也就不妨将其发言视作为政府对议员态度的一种试探。其效果实际上也确实如期而至,杨度发言后立即在资政院内引发一场当下的争论,迅速在议员中分出截然两派。向称激进者如易宗夔,直接质问特派员“何以不删除”《暂行章程》?<sup>[10]309</sup>而与杨度同为宪政编查馆参议的劳乃宣,在前一阶段的争论中与新派众人多有辩驳,激于杨度的言论,此时作为议员的他忍不住当场多次发问,更于此次会后带头提交《新刑律修正案》,约集志同道合者对维护纲常礼教提出更全面的说帖,准备在资政院内进行博弈。当时与杨度同为政府特派员到场参与说明新刑律的章宗祥也旁证说:“及宣统二年,新刑律草案脱稿,资政院适成立,当由法律馆会同宪政编查馆奏交资政院会议,余为政府说明委员。议员对于此案显分新旧两派。旧派代表为劳玉初,劳壮年久任州县,有能名,与江苏议员许久香反对最力。”<sup>[12]</sup>

杨度虽极尽煽动之能事,但我们可根据后面的表现可知,他在新派中却并非最激进之人。虽然对《暂行章程》及其礼教内容直接表示不满意,但他却依然认为当时的社会程度并不宜过早将其割弃。新刑律在提交资政院审议前已在礼法争论中形成迥然不同的两派,虽然观点存在歧异,但浸淫于传统文化下的中国士人,却无人公开否认在新律中植入礼教的必要性。正如沈家本所谓“不戾于我国历世相沿之礼教民情”,固然可代表沈个人的修律宗旨,即使是才高气傲而又显得有些虑事不周的杨度,也在宪政编查馆讨论新刑律问题而牵及礼教时表态:“持论者谓法律是否应与礼教相关,以此为争论之点。

度以为无论何国之法律,未有不与其礼教相关者,此问题殆不足论。”<sup>[9]</sup>显然,他个人并不反对国家刑律中体现礼教的内容,因为无论哪一国家的法律,实际上都与礼教有千丝万缕的关系,这个问题并不值得讨论。

让杨度难以释怀的问题在于,有人将礼教视为“中华”与“夷狄”、“人类”与“禽兽”相区分的唯一标准,这种极端之论并不符合事实,因为“各国亦有其礼,亦有其教”。而中国之所以要废弃大清旧律而改订新律,是因为旧律“不足以发达其国民,振兴其国家”,即使不新不旧或半新半旧也只能是国家前进的障碍。有鉴于此,新律的宗旨必须十分明白:“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。”<sup>[9]530-533</sup>

但不可否认的是,杨度在发言中对传统礼教的排斥仍然是非常明显的,尤为重要,他演讲中的绝决态度,更容易刺激起反对者的对立情绪,比起一贯偏于幕后筹划的章宗祥来,他喜爱放言高论的脾性也确实更容易招致批判者的锋芒。正因为此,才使本身并非最激进、也并未参与新刑律起草的他成了礼教派批驳时仅次于沈家本的弹劾对象,同时让前期已经激烈的礼法之争更形火爆。可资对比的是,刘廷琛在弹劾沈家本、杨度的奏折中,就同样将礼教和新律几乎置于完全对立、水火不相容的地位,使用所谓“兴废之理,一言可决”的措词,也与杨度极其相似。

由此我们可以看到,自1902年缓缓拉开的晚清法律近代化大幕,是清末宪政改革的重要一环。回顾《新刑律》修订的全过程,资政院议场的讨论确是其重要的一环,在资政院第一次常年会的诸多议案中,也占有举足轻重的地位。但核诸所谓“礼法”、“新旧”双方的辩论内容,可知在清末新政时期,除去个别最极端的例子之外,实际上脸谱化地区分“革新”与“守旧”已经失去意义。法派与礼派之间围绕《新刑律》的争论,都是在“模范西法”这一共识下展开,区别仅在于对西法学习的程度和对中国固有文化保留的空间,双方的分歧其实非常有限。但问题在于,不仅当时的历史参与者自身在有意无意地刻意强调彼此的分野,就是后人在解释彼此纷争时也往往脱离具体的历史场景,夸大二者之间的差

距。正如近代法史学家杨鸿烈先生所论：“中国法律虽说从现代法学的眼光看来并不算完善，而其自身却是很有条理统系，绝无混乱矛盾的规定。……经我几年爬梳整理之后，更觉得中国法律在全人类的文化里实有它相当的——历史上的位置，不能说它不适用于今日个人主义、民权主义的世界，便毫无价值。”<sup>[13]</sup> 历代相沿的律例，不可否认在法律理念上有诸多消极、糟粕的方面，但其推崇家族主义和伦常道德却未可全盘否定，也在事实上延续至今。即以人所诟病的“亲亲相隐”而言，并非中国所独有，法国、德国、意大利等国的《刑事诉讼法典》都有拒绝作证权的规定，就是我国现行法律也有其活化的空间<sup>[14]</sup>。可见，《新刑律》新与旧、法理与礼教之间的关系并不能简单割裂，而包括杨度在内一批曾经自命新派的人物在民国后则呈现集体倒退，更无疑给后人提供了太多思考的空间。

#### [参考文献]

- [1] 唐自斌. 杨度与清末礼法之争[J]. 湖南师范大学社会科学学报, 1993(1): 90-94.
- [2] 高汉成. 签注视野下的大清刑律草案研究[D]. 北京: 中国政法大学博士学位论文, 2005: 113-120.
- [3] 宪政编查馆大臣奕劻等拟呈宪政编查馆办事章程折[M]//故宫博物院明清档案部. 清末筹备立宪档案史料(上). 北京: 中华书局, 1979: 48.

- [4] 资政院院章[M]//李启成. 资政院议场会议速记录——晚清预备国会论辩实录. 上海: 上海三联书店, 2011: 721.
- [5] 宪政编查馆大臣和硕庆亲王奕劻等奏为核定新刑律告竣请旨交议折[M]//刘锦藻. 清续文献通考: 卷245·刑考第四. 上海: 商务印书馆, 1936: 9894.
- [6] 赵尔巽, 等. 刑法志一[M]//清史稿: 卷142. 北京: 中华书局, 1977: 4191.
- [7] 江庸. 五十年来中国之法制[M]//杨鸿烈. 中国法律思想史: 下册. 上海: 商务印书馆, 1937: 326.
- [8] 彭剑. 杨度在宪政编查馆任职新考[J]. 历史档案, 2007(2): 110-111.
- [9] 杨度. 论国家主义与家族主义之区别[M]//刘晴波. 杨度集. 长沙: 湖南人民出版社, 1986.
- [10] 杨度. 关于修改刑律的演讲[M]//刘晴波. 杨度集. 长沙: 湖南人民出版社, 1986.
- [11] 资政院第一次常年会第二十三号议场速记录[M]//李启成. 资政院议场会议速记录——晚清预备国会论辩实录. 上海: 上海三联书店, 2011: 529.
- [12] 章宗祥. 新刑律颁布之经过[M]//全国政协文史资料委员会. 文史资料存稿选编: 第1辑: 晚清北洋(上册). 北京: 中国文史出版社, 2002: 36.
- [13] 杨鸿烈. 中国法律发达史[M]. 上海: 商务印书馆, 1930: 6.
- [14] 范忠信. 中西法律传统中的“亲亲相隐”[J]. 中国社会科学, 1997(3): 87-104.

## A Study on the Argument Between Yangdu and the Bills for New Criminal Code In Late Qing Dynasty

TANG Jing, CHAO Fu-xiao

(Sichuan University, Chengdu 610064, China)

**Abstract:** During the decade beginning from 1902, the courtesy law battle had broken out in the high political level of late Qing dynasty around different views of the criminal law amendment. On the founding of Advisory Council, Yang Du gave a lengthy speech as a government commissioner when he submitted the new criminal law in accordance with the procedure to Advisory Council. Thus the field of the courtesy law battle was formally transferred into the Advisory Council. Through the speech of Yang Du in Advisory Council, it may provide us a useful complement in studying the courtesy law battle in the late Qing Dynasty.

**Key words:** Yang Du; Advisory Council; New Criminal Code of Qing Dynasty; the courtesy law battle