

浅析《大清新刑律》体现的沈家本人权思想

张 晓

(兰州大学 法学院,甘肃 兰州 730000)

摘要:由沈家本主持修订的《大清新刑律》被誉为中国法制史上第一部近现代意义上的刑事法典。受中国儒家仁政的思想和“西学东渐”思潮的影响,沈家本将西方现代刑法人道主义精神引入了新刑法,一改旧律以惩戒为主的刑罚思想,更定刑名、酌减死罪、删除比附等,注重对罪犯的教育与改造,促进了中国人权思想的发展。然而,在当时的封建社会,立法的目的是为了维护专制统治,皇权与人权的不可调和决定了沈家本人权思想的时代局限性。

关键词:大清新刑律;沈家本;刑罚思想;人权思想

中图分类号:D929 **文献标识码:**A **文章编号:**1674-5639(2015)05-0082-05

DOI:10.14091/j.cnki.kmxyxb.2015.05.014

On the Thought of Human Rights from Shen Jiaben in *The New Criminal Law of Qing Dynasty*

ZHANG Xiao

(Law School, Lanzhou University, Gansu Lanzhou 730000, China)

Abstract: *The New Criminal Law of Qing Dynasty* is known as the first modern sense of the criminal code in the legal history of China. Influenced by the thoughts of Confucianism and western learning spreading to the east, Shen Jiaben introduced humanitarianism from the modern western laws to the new laws of China. The new laws got rid of the discipline-oriented thought, revised the names of the provisions, reduced capital crimes etc. to lay stress on the education and reformation and push the development of the humanitarianism in China. However, in the contemporary feudal society, the aim of the laws is the despotic regime. Therefore, the irreconcilable between the royal rights and ordinary human rights decided the limitations of the human rights from Shenjiaben.

Key words: The New Criminal Law of Qing Dynasty; Shen Jiaben; thought of penalty; thought of human rights

一、修法前大清刑事立法与实践反映的人权概况

在清末修法之前,清朝基本沿用了封建各朝诸法合体的立法体例,没有单独的刑事立法,各种法律规范集中于《大清律例》。因此,《大清律例》是清朝封建专制最重要的法律,也是封建社会最后一部综合性法典。《大清律例》传承各朝律典以刑法为主的特点,由“名例律”和“六律”组成,其中《刑律》是“六律”之一。“名例律”相当于今天的“总则”,主要规定了“五刑”“八议”“十恶”等重要制度以及定罪量刑原则,如故意和过失,共犯和从犯,累犯和初犯,官员犯罪分公罪和私罪等,都规定了轻重不同的

处罚。同时,受传统儒家思想影响,在立法中体现“矜老爱幼”及“亲亲相隐”等人道主义立法原则。从这些方面看,《大清律例》有其人道的一面,但并不是出于人权的考虑,而是出于统治的需求,而这些规定在涉及统治阶级利益的时候,就会被排除适用,这就是在“名例律”中设置“十恶”的目的。因此,总体上说《大清律例》对人权的践踏仍是极其严重的,具体可以从立法与司法两个方面进行分析。

(一)刑事立法的非人道

1. 刑罚的严酷

清朝沿用历代各朝笞、杖、徒、流、死五种法定刑

收稿日期:2015-09-10

作者简介:张晓(1989—),女,甘肃酒泉人,法学硕士,主要从事刑法研究。

罚,置于《大清律例》“名例律”律首。但在《刑律》篇中,又规定了其他严酷的刑罚,特别是对危害皇权的犯罪。以死刑为例,“名例律”篇中仅规定了斩、绞两种相对人道的死刑执行方式,但在《刑律》篇中规定了极其残酷与非人道的死刑执行方式,如枭首、戮尸,甚至是凌迟处死:“凡谋反(不利于国谓谋危社稷)及大逆(不利于君谓谋毁宗庙山陵及官阙)但共谋者不分首从(已未行)皆凌迟处死。”^①沈家本在其《历代刑法考》中考证认为,凌迟之刑始于辽,在宋时引入中原:“陵迟者,先断其支体,乃抉其吭,当时之极法也。盖真宗仁恕,而惨酷之刑,祖宗亦未尝用。”^[1]可见凌迟之刑的残酷。

2. 罪犯不享有权利

在清朝,罪犯的权利是不受保护的,仅仅作为官府的奴隶,甚至在被实施了宫刑后罚做官奴。对犯人以惩罚与报复为主,而甚少施以教育与改造,犯人在监狱中饱受各种惨无人道的酷刑,除了笞、杖、夹棍、拶指和枷号这些在律例中明确规定的以外,还在法外创设了小夹棍、木棒捶、连根带须竹板、悬吊、匣床、钻笼、好汉架、饿鬼吹箫等酷刑。犯人在服刑期间的基本生存权都得不到保障,更不用提其他人权的保障。

3. 贯彻皇权至上的立法原则

皇权至上在历朝立法中都得到了体现,清朝也不例外。在《大清律例》“名例律”中就规定了“十恶”,而“十恶”中多数是触及皇权的犯罪。对“十恶”的处罚也极其严酷,如“十恶不赦”“凌迟处死”,甚至“诛九族”。皇帝实际是最高法律,皇权高于人权,而罪行法定、无罪推定、罪刑相适应以及责任自负的刑法保障人权的基本原则则没有得到体现。大量使用死刑,并用重刑主义来维护封建专制统治。

(二) 刑事司法的残暴性

1. 有罪推定,刑讯逼供

清朝贯彻有罪推定的审判原则,对于不肯认罪的犯罪嫌疑人实施残酷的刑讯逼供,除法定的刑讯逼供手段外,衙役官差还设置了许多惨无人道的酷刑,如上文例举的悬吊、好汉架等。一般犯

罪嫌疑人宁可认罪求死,也不愿遭此酷刑,加之官员极大的自由裁量权,独断专裁,造成了许多冤假错案。

2. 法外定罪施刑

《大清律例》是清朝惩治犯罪的主要法律依据,但在实际司法中,往往法外定罪,法外施刑,特别是对危害皇权的犯罪。以文字狱为例,几乎都是因莫须有的罪名,惨遭灭门之祸。而对犯人施刑就更显随意,千方百计在法定刑外设定让犯人感到痛苦的刑罚,以期起到惩戒恫吓作用,维护封建专制统治。而法律在封建帝王眼里就更显得随意,帝王是最高法律。

3. 旗人享有司法特权

旗人是清朝武装力量的基础,维护旗人的司法特权,对于维护清朝封建专制统治有重要意义。旗人的案件由专门机关审理,刑法也相对汉人轻,如对旗人处刺字刑只刺臂不刺脸,斩立决可减为斩监候,仅次于死刑的流刑亦可以以枷号几十日代替,“凡旗人犯罪,笞杖各照数鞭责。充军流徒,免发遣,分别枷号。徒一年者,枷号二十日,每等递加五日……充军附近者枷号七十日……极边烟瘴者九十日”^②。旗人入监也不同汉人一起关押,一般旗人入内务府监所。可见清朝刑事司法极其不公。

二、沈家本人权思想的渊源

要了解沈家本人权思想的渊源,首先要了解其生平及学识背景。沈家本(1840—1913),字子惇,号寄簪,浙江归安人。沈家本生于宦家家庭,父亲沈丙莹任职于刑部,为他提供了良好的教育环境。在其进入仕途之后,大多数时间也是任职于刑部。鸦片战争以后,受当时“西学东渐”思潮的影响,其也赞成“中体西用”的改良思想,接受西方近现代法制思想。因此,沈家本人权思想的渊源应当包括以下两个方面:

(一) 儒家传统仁政思想

儒家“仁政”思想一直备受封建知识分子推崇,

①《大清律例·刑律》律254.00 谋反大逆。

②《大清律例·名例律》律9.00 犯罪免发遣。

作为一名参加过科举的传统知识分子,沈家本的人权思想也深受儒家仁政思想的影响。儒家一直提倡“礼治社会”“明德慎罚”;强调“民贵君轻”“爱人”;在人治社会里还特别强调君主的“仁”“才”“德”。尽管封建王朝末期,统治者不得不用严刑峻法来巩固封建专制统治,但传统儒家思想一直仍作为正统思想被传承。受这些传统思想的影响,沈家本批判大清现行刑法的刑罚过于残酷,设置的死刑过多,对待犯人不人道,濫用法外刑,刑罚不平等诸多弊病,而这些都是其后来主持修律时重点改革的方面。

(二) 西方人权思想

沈家本出生时正值第一次鸦片战争,洋枪洋炮使有识之士率先从“天朝上国”的迷梦中醒来,开始放眼寰球,寻求强国御辱之道。在经济与军事方面,封建官僚集团率先提出“师夷长技以制夷”的口号,并开展起了以“救亡图存”为目的洋务运动。但在政治方面,封建保守势力仍非常强大,不敢大刀阔斧地开展改良运动,仍以维护封建专制为目的,提倡“中学为体,西学为用”的改良思想。作为学贯中西的法律界的佼佼者,沈家本被委以重任——作为修律大臣主持清末修法。在沈家本主持修律之前,已有部分有识之士开始翻译西方名著,介绍西方政治法律思想。在修法过程中,沈家本也主持编译和考察了西方各国法律,甚至派人出国实地考察。他认为:“有志之士,当讲究治道之原,旁考各国制度,观其会通,庶几采撷精华,稍有补于当世。”^①可见其对西方近代法制的推崇。此时,近代西方刑事法律制度已经开始注重人权的保障,并形成了罪刑法定、无罪推定、罪刑相适应等近现代刑法的基本原则。这些刑法思想对沈家本起草《大清新刑律》产生了重要影响。同时,沈家本在起草《大清新刑律》时,还直接聘请了包括日本法学博士冈田朝太郎在内的海外学者参与法典编纂,这对《大清新刑律》的现代化与人道关怀起到了重要作用。

三、《大清新刑律》体现的沈家本的人权思想

《大清新刑律》是“中国历史上第一部独立的、

半殖民地半封建性质的刑法典,它体现了这一时期刑律修订的最高成就”^[2]。在体例上,其引入西方近现代刑法典的一般编纂结构,即正文分为“总则”与“分则”两编,共53章。在内容上,沈家本作为修订法律大臣,其主持起草了《大清新刑律》,并在同封建保守势力的斗争中,尽最大努力将现代刑法人道主义精神引入《大清新刑律》中,使新律与旧律完全不同。正如沈家本在其《修订法律大臣沈家本等奏请进呈刑律草案折》^[3]⁴⁵⁷中阐述的那样,其起草的《大清新刑律》在内容上的修改主要包括更定刑名、酌减死罪、死刑唯一、删除比附、惩治教育五个方面,而这五个方面也恰恰是其人权思想的集中体现。

(一) 更定刑名

废除了历代沿用的笞、杖、徒、流、死五刑,改以自由刑为主的新刑罚体系。新刑罚体系包括死刑、徒刑、拘役和罚金四种主刑罚和褫夺公没收两种从刑。其中,死刑只保留绞一种;徒、流刑改为徒刑,分为有期徒刑与无期徒刑两种,笞、杖改为拘役,罚金是对旧律赎金的沿用,适用于轻微犯罪。新刑罚体系较旧刑罚体系而言,处罚相对较轻,更符合罪罚相适应原则。

(二) 酌减死罪

沈家本考察了欧、美、日诸国刑法后,认为应当仿效各国,逐渐减少死刑,仅在危害皇权、谋杀、纵火、溢水等社会危害性极大的犯罪保留死刑。沈家本认为,现行的秋审、死刑复核等制度使实际的死刑执行数量很少,“有死刑之名而无死刑之实”,而且“刑罚与教育互为消长”,重典治国也不能抑制犯罪,反而会导致民众的反抗。因此,沈家本主张酌减死罪,用自由刑代替死刑,对罪犯进行教养,以实现预防犯罪的目的。沈家本还提出基于中国的国情,死刑制度不可能一下子删减过多,应根据民众的教化程度逐步删减。死罪的删减,不仅减轻了对经济犯罪的处罚,还改变了封建法制重典之国、以惩罚为主的刑罚理念,进而更加注重对罪犯的教育与改造。

^①《寄簪文存》卷六《政法类典序》,第383页。

(三)死刑唯一

沈家本认为旧律死刑过于不人道——“斩则有断头之惨”“绞则身首相属”,虽然二者都是剥夺罪犯生命的极刑,但斩首之刑相对不人道,使人身首异处,不符合儒家思想。其主张死刑只保留绞刑一种,但对谋反、谋大逆等危害皇权的“十恶”之罪,仍适用斩刑。同时,废除残酷的死刑执行方式,凌迟、枭首等不人道死刑执行方式不再规定。死刑的统一,相对减轻了死刑犯人承受的痛苦,让犯人死得更尊严,死刑执行趋于人道。

(四)删除比附

删除比附,这体现了沈家本在《大清新刑律》中引入罪刑法定的近现代刑法思想,是对人权的重要保障。《大清新刑律》草案中规定:“凡律例无正条者,不论何种行为不得为罪。”^①即我们现在所说的“法无明文规定不为罪”。沈家本认为删除比附,罪刑法定才会与“立宪”精神相符,即立法、司法、行政三权分立,相互牵制,如果允许司法者以类似条文对被告者进行定罪量刑,就使司法者实际上拥有立法权,破坏了三权的平衡,违背了“立宪”精神。而且,比附全凭审判者自由裁量,难免畸轻畸重。因此,沈家本主张删除比附,推行罪刑法定原则。罪刑法定体现了新刑法对被告人人权的保护。

(五)惩治教育

新刑法改旧律以惩戒为主的刑罚思想为以预防犯罪与惩治教育为主的刑罚思想,特别是加强对青少年犯罪者的教育与保护。同时,新宪法仿照西方近代刑法制度,引入了责任年龄制度。沈家本认为刑罚作为最后的制裁手段,对于未成年人(16岁以下)应当以教育为主,而不是惩罚为主。如果因犯罪监禁未成年人,反而容易让其“熏染囚人恶习,将来矫正匪易”^{[3]461}。并且,其担心“如责付家中,恐生性桀骜,有非父兄所能教育”^{[3]461}。因此沈家本主张建立少年惩治场,对少年犯进行惩治教育。对未成年的特别保护与教育

挽救,是沈家本人权思想在《大清新刑律》中的又一重要体现。

另外,《大清新刑律》中所体现的沈家本的人权思想不仅仅局限于其在《修订法律大臣沈家本等奏请进呈刑律草案折》中所罗列的五个方面,除这五个方面之外,沈家本还推进了刑法的平等,这在一定程度上体现了法律面前人人平等的精神。废除旗人司法特权,不再根据民族、官职、服制、性别等对罪犯进行区别对待,除直系亲属以外,一律平等适用刑法,这也体现沈家本新刑法对所有的人平等保护与尊重,是其人权思想的重要体现。

四、对《大清新刑律》体现的沈家本人权思想的评价

(一)沈家本人权思想的进步性

首先必须肯定沈家本在《大清新刑律》中贯彻的人权思想,其既吸收了中国儒家“仁”的思想,也吸收了西方近现代刑事法律所体现的人权思想。《大清新刑律》是一部不同于以往任何封建刑律的充满人道主义关怀与近现代法律思想的单纯的刑律,其大量引入西方资产阶级刑法的基本原则与思想,是一部相对科学的立法,是一部具有近代资产阶级性质的法律。正因为如此,这部新刑律受到封建顽固派的攻击与抵制,但这反而更显示了其进步性。保护人权,意味着限制皇权与公权,沈家本走出了重要的一步,即使这一步很小。沈家本人权思想及《大清新刑律》对后世立法影响深远。如武昌起义后,《大清新刑律》经过删减后,以《中华民国暂行新刑律》之名,颁布实施。此后,民国时期的刑事立法,或直接或间接接受《大清新刑律》及其立法思想的影响,而一些刑法基本原则的引入甚至值得我们今天去反思。沈家本是我国近代法制史上最重要的法学家之一,其推动法律朝着人道主义方向发展,是我国的法制现代化的奠基人。

(二)沈家本人权思想的局限性

清末变法修律的本质不是为了革除封建专制的弊病,而是借“改革”之名愚弄百姓,行维护封建专制之实,而“中学为体,西学为用”就是披着资产阶

^①沈家本主持起草的《大清新刑律》(草案)第十条。

级法律外衣的摇摇欲坠的封建专制。沈家本作为封建知识分子,仍然抱着变法救国的迷梦,加之封建顽固势力的阻挠,所以《大清新刑律》仍以维护封建专制为核心。如“分则”首章即规定“关于帝室之罪”,基本沿用了旧律的“谋反大逆”的规定,只是文辞修饰上有所变化,刑罚以死刑为主,而且可以例外适用斩刑。新增“关于选举之罪”一章,实质上是为了保证封建地主和官僚买办当选进入政治机构,继续确认封建家族制度。新增“关于选举之罪”,以保护置外法权,赤裸裸地出卖主权,维护外国侵略者的在华利益,企图通过出卖主权保护皇权。因此,人权在皇权面前是微不足道的,许多有利于保护人权的規定只是纸面上的规定。在与封建保守派的礼法之争中,沈家本做出了许多妥协让步,一些落后的违背人权的律法被保留了下来,写入了《暂行章程》中作为新刑法附则置于律末。这些条文多与封建“三纲五常”“男尊女卑”的封建不平等思想有关,如“无夫奸”、尊长对卑幼犯罪减轻处罚,卑幼对尊长犯罪加重处罚等,以符合“凡我义关伦常诸条不可率行变革”为宗旨。沈家本的妥协使这部《大清新刑律》残留了很多封建不平等、不人道的礼教思想,体现了封建专制统治下人权与皇权的不可调和。沈家本不可能跨越这个时代的局限性,他所维护的封建专制统治阶层也不可能推行一部危害封建专制与皇权的法律。其维护封建专制与皇权的立法初衷决定了其人权思想不能真正得到落实,人权不可能在不限皇

权的理想下得到实现,这是沈家本人权思想局限的一面。

五、结 语

作为既接受传统儒家思想,又接受西方近现代法律思想的中国封建士大夫阶层中的有识之士,沈家本的人权思想具有儒家的“仁”与西方的“人道”两方面的思想。被委任为修法大臣,使沈家本有机会将自己的法律思想付诸实践。但也正因为如此,他只是爱新觉罗家的修法大臣。其修法本质是为了维护封建专制统治,企图通过协调民权与皇权的关系,维护摇摇欲坠的大清王朝。但他无法超越这个时代的局限性,爱新觉罗家也只想在纸面上给予人民权利。沈家本的人权思想是不可能通过一个封建王朝实现的,但在民国初期,他的人权思想被付诸施行了。因此,沈家本人权思想虽有局限性,但其仍是我国人权思想的重要开拓者,其对后世人权思想影响深远。

〔参考文献〕

- [1] 沈家本. 历代刑法考:上册[M]. 上海:商务印书馆, 2011:97.
- [2] 谢振民. 中华民国立法史:下[M]. 张知本,点校. 北京:中国政法大学出版社,2000:882.
- [3] 上海商务印书馆编译所. 大清新法令(1901-1911):第1卷[M]. 点校本. 上海:商务印书馆,2010:457-461.

