

行政院國家科學委員會專題研究計畫 成果報告

《大清現行刑律》之校注與研究(2/2)

計畫類別：個別型計畫

計畫編號：NSC94-2414-H-004-002-

執行期間：94年08月01日至95年07月31日

執行單位：國立政治大學法律學系

計畫主持人：黃源盛

計畫參與人員：黃琴唐 張銘

報告類型：完整報告

處理方式：本計畫涉及專利或其他智慧財產權，1年後可公開查詢

中 華 民 國 95 年 8 月 21 日

# 行政院國家科學委員會補助專題研究計畫成果報告

## 一、基本資料

計畫類別	一般型計畫				
研究型別	個別型計畫				
計畫歸屬	人文處				
本計畫名稱(中文)	《大清現行刑律》之校注與研究(2/2)				
本計畫名稱(英文)	Collate, Annotate and Research on the Currently Operative Penal Code of the Great Ch'ing (2/2)				
本計畫編號	NSC-94-2414-H-004-002-				
本計畫主持人姓名	黃源盛	職稱	教授	身份證編號	P102462690
執行機關	國立政治大學		執行系所	法律學系	
執行期限	自民國94年08月01日起至民國95年07月31日				
研究學門	HD		法律學		
研究性質	基礎研究				
計畫聯絡人	姓名：黃源盛		電話	(02) 29393091-51612	
通訊地址	台北市木柵郵政一支601號信箱				
傳真號碼	(02) 22345502		E-MAIL	<a href="mailto:yshuang@nccu.edu.tw">yshuang@nccu.edu.tw</a>	

## 二、計畫中文摘要

### 關鍵詞：

(1) 沈家本 (2) 法律繼受 (3) 大理院 (4) 大清現行刑律 (5) 大清新刑律

法律史學的研究，其重心應在於法律制度、法律規範、法律意識以及法律文化的生成、延續、衍變乃至斷裂等因果歷程的探討。

中華法系的建立，始於西周，成於西漢，盛於李唐。惟自唐代直迄清末，律典相因相襲，其間內容雖有損益，但根本精神無多更易。

時至晚清(1902-1911)，由於時局的隆替，迫於內在與外界的壓力，起了一次突破性的變革，這是中國法制史上的新紀

元。而在此古今絕續之交，修律大臣沈家本(1840-1913)膺命修律，慮及繼受外來新刑律的制定，非旦夕可以完成，也洞察到推行新律的社會條件並未成熟，守舊人士對草擬中的《大清新刑律》尤橫加阻撓，而既有的《大清律例》又弊端叢生。在「新律之頒佈，尚須時日；而舊律之刪定，萬難再緩」的前提下，光緒三十四年(1908)正月，沈氏奏請重新進行以前因更改官制、人員調動而中止的對《大清律例》的全面改造工程，即編訂《大清現行刑律》。

從《大清律例》修編為《大清現行刑律》的過程及其內容觀察，其方式有：修改、修併、移改、移併、刪除、續纂、仍舊及修復等八項。其中，刪除最多，修改次之，續纂最少；可以說，《大清現行刑律》是《大清律例》的全盤性的重新編定，是新舊遞嬗之交的過渡性法典。

固然，從結果上來看，《大清現行刑律》對於當時刑律上的改革未見徹底，亦未能切實執行。但可以說，《大清現行刑律》稱得上是帝制中國比較進步的最後一部傳統刑法典。尤其，該法典的「民事有效部分」在民初的大理院時期(1912-1928)仍被援引作為民事審判的主要法源依據，這種刑事法典換裝成民事審判規範的情境，的確稱得上是中外法制歷史上相當有趣的事。

遺憾的是，世人對這部《大清現行刑律》不是無知，便是多所誤解；推究其因，目前，無論海峽兩岸及海外，坊間並無該書出版，檔案史料亦搜尋不易；本研究計畫即擬針對這部罕見的過渡性法典，尋找其真正版本下落，對其部分重要律文及附例進行校勘、標點，輸入電腦，進而詮釋和疏釋。同時，對於這部律典如何落實於清末民初的司法實踐，尋找極為罕見的相關判決例及解釋例，其中，特別要呈現其「民事有效部分」在民國初年大理院的民事審判中，被運用的情形。

### 三、計畫英文摘要

#### KEYWORDS :

(1) Shen Chia-pen (2) legal acceptance  
(3) Ta-li-yüan (4) Ta Ch'ing Hsien-hsin  
Hsing-lü ( the Currently Operative Penal Code of  
the Great Ch'ing) (5) Ta Ch'ing  
Hsin-hsing-lü ( the New Penal Code of the Great  
Ch'ing)

From the ancient dynasty of Chou on, China had been developing a legal system of herself. In the middle-ancient ages, the well-formed penal code of T'ang, or T'ang

lü set down the model for all the later dynasties to adapt. It was so refined as to be continued even until the end of the nineteenth century. However, when the tremendous "western tide" coming on, the old system was by no means going ahead to collapse. In 1902, when the Manchu government of the Ch'ing dynasty made up her mind to reform the legal system, it came suddenly and hastily in fact. Needing a leader to set forth the reformation, the prominent law official Shen Chia-pen was appointed to be a Code-revising Minister. But it was a no easy task to transform the traditional Ta Ch'ing lü-li (the Penal Code of the Great Ch'ing, or the "PCGC") into a western-style criminal law. Since the social circumstances were yet ready to face such a radical change, Shen prudently and concurrently proposed two kinds of the law, one was named the Ta Ch'ing Hsien-hsin Hsing-lü (the Currently Operative Penal Code of the Great Ch'ing, or the "COPCGC"), and the other, the Ta Ch'ing Hsin-hsing-lü (the New Penal Code of the Great Ch'ing, or the "NPCGC"). The COPCGC was made as a provisional continuance and revising of the traditional penal code. Otherwise, the NPCGC was supposed to be the wanted modern law emerged in China.

As the COPCGC was worked out by revising the traditional PCGC— mostly in expunging, lesser in amending and least in continuing—and exactly performed as the last traditional penal code in China's long-run history, also transmitting to a modern legal system, it was comparatively a more progressive traditional penal code. In

fact, many civil norms instituted in it had been successively validated by judges in the Ta-li Yüan of the early ROC period, especially in the situation of the absence of the civil code.

The goals of this research program are as follows: Firstly, to look for, or compile up as probably as possible the complete version of the COPCGC, including its 389 statutes and 1,327 sub-statutes. Secondly, to collate, punctuate and annotate all these statutes and sub-statutes, and all key-in to computers. Thirdly, to look for the rarely found cases judged in accordance with the COPCGC. Lastly, to make commentaries and interpretations about it.

#### 四、研究方法與進行步驟

本研究計畫採用史學及法學的研究方法，因為「法制典籍」的校勘及研究，本質上係科際整合之學，史學與法學需兼顧得宜。蓋史學重史事，在客觀的詳其始末；而法史學講過去的法律問題，貴在能借重史料，運用主觀的價值判斷，去發現、分析問題，然後歸納經驗，論斷得失。當然本計畫對於《大清現行刑律》所志趣者，並不僅止於單純的史料彙整及校注，也希望能做出富有實質性的法史學研究，期能深切理解社會變遷與法律文化變遷的因果歷程。

不過，進入實質內容研究之前，必須先能蒐集並彙整原始史料文獻，此為重要的基礎工程。因此，本計畫的執行期限為兩年，第一年側重史料的蒐集、過濾，然後對《大清現行刑律》的律本文及附例進行標點、校勘、輸入電腦等工作。第二年則本於基礎史料，進一步從事律例的註釋

與深入的專題研究。

#### 五、計畫成果

雖然囿於人力與物力的侷限，然所有參與人員仍兢兢業業，歡喜從事，經過兩年的紮實功夫，本計畫的相關研究，最終彙輯成《大清現行刑律之校註與研究》一書，全編共計一千六百餘頁。是書的體例約分為二部分：第一部分為「《大清現行刑律·名例》校註與研究」，其中就《大清現行刑律·名例》的律文與條例加以點校，並摘取若干條文進行深入的解析與研究；第二部分為「《大清現行刑律》民事有效部分校註與研究」，係對於北洋政府時期大理院所援用《大清現行刑律》與民事事項相關的規定，從事整理、點校與釋義，並且輯入相關的大理院判決例和解釋例，同時針對若干條文進行「專題研究」。本成果業已印刷裝訂成冊，將以書面方式送繳備查。

#### 六、本計畫重要參考文獻

1. 《欽定大清現行刑律》（宣統二年四月），台北，故宮博物院館藏，。
2. 《欽定大清現行刑律（宣統朝）》，香港，蝠池書院出版，2004年5月。
3. 《中華民國民法制定史料彙編》，台北，司法行政部印行，民國六十五年六月。
4. 沈家本著，《歷代刑法志》（全四冊）。北京，中華書局，1985年12月。
5. 清憲政編查館編纂，《大清法規大全》（全六冊）。台北，考正出版社，民國61年。
6. 故宮博物院明清檔案部編，《清末籌備立憲檔案史料》。北京，中華書局，1979

年。

7. 沈桐生輯，《光緒政要》（全五冊）。台北，文海出版社，民國 58 年。
8. 劉錦藻撰，《清朝續文獻通考》。台北，新興書局，民國 48 年 2 月。
9. 法學研究社編，《各省審判廳判牘》。北京，法學研究社。日本，東京大學東洋文化研究所藏書。
10. 修訂法律館編纂，《法律草案彙編》。台北，成文出版社，民國 62 年。
11. 直隸高等審判廳編輯，《直隸高等審判廳判牘集要》（含民事與刑事，全四冊）。天津商務印書館，民國 4 年 10 月。
12. 黃源盛纂輯，《大理院民事判例全文彙編》，未刊稿。國立政治大學法學院基礎法學中心典藏。
13. 黃源盛纂輯，《大理院刑事判例全文彙編》，未刊稿。國立政治大學法學院基礎法學中心典藏。
14. 鄭爰諏編輯，《現行律民事有效部分集解》，上海，世界書局發行，民國十七年十月。

## 編輯人員

### 總編輯

黃源盛 國科會「大清現行刑律之校註與研究」專題研究計畫主持人  
國立政治大學法律學系專任教授  
中央研究院歷史語言研究所兼任研究員

### 編輯點校

黃琴唐 國科會「大清現行刑律之校註與研究」專題研究計畫助理  
國立政治大學法律學研究所碩士生  
張 銘 國科會「大清現行刑律之校註與研究」專題研究計畫助理  
國立政治大學法律學研究所碩士生  
劉嵐崧 國立台灣大學歷史學研究所碩士生

## 2 《大清現行刑律》之校註與研究

## 編輯凡例

- 一、 本書之編輯體例分為二部份：第一部為「《大清現行刑律·名例》校註與研究」，其中就《大清現行刑律·名例》的律文與條例加以點校，並摘取若干條文進行深入的解析與研究；第二部為「《大清現行刑律》民事有效部分校註與研究」，係對於北洋政府時期大理院所援用《大清現行刑律》與民事事項相關的規定，從事整理、點校與釋義，並且輯入相關的大理院判決例和解釋例，同時針對若干條文進行專題研究。
- 二、 《大清現行刑律·名例》校註與研究」中的律例內容，係採自台灣故宮博物院館藏之《欽定大清現行刑律》（宣統二年四月），以及香港蝠池書院出版公司於二〇〇四年五月出版的《清代各部院則例》叢書內，所收錄之《欽定大清現行刑律（宣統朝）》。
- 三、 「《大清現行刑律》民事有效部分校註與研究」中的民事律例範圍，主要參考《中華民國民法制定史料彙編》（台北：司法行政部印行，民國六十五年六月）下冊第十一至三十二頁所輯內容，復參酌《欽定大清現行刑律》加以校正而成。
- 四、 「《大清現行刑律》民事有效部分校註與研究」中，「釋義」一項，其內容摘自鄭爰諏氏編輯的《現行律民事有效部份集解》（上海：世界書局發行，民國十七年十月），「釋義」各段句首以粗體字的形式註明「律文第□段」、「條例第□」，所指並非《大清現行刑律》原有律例之次序，而係依本書所輯《大清現行刑律》民事有效部份條款為計算基準；「大理院判例」則出自黃源盛先生纂輯之《大理院民事判例全文彙編》（國立政治大學基礎法學中心典藏，二〇〇五年十二月點校版；國科會九十年至九十三年度專題研究計畫成果）；而「大理院解釋例」的內容，是參照郭衛氏所編輯的《大理院解釋例全文》（台北：司法院秘書處印行，民國六十七年四月）。
- 五、 本書所纂輯之民事有效部份條款，取材範圍原則上限於《大清現行刑



#### 4 《大清現行刑律》之校註與研究

律》，除該律外，如《戶部則例》中〈戶口〉之民人繼嗣項三條，及〈田賦〉之開墾事宜項二十四條、坍漲撥補項五條、牧場徵租項二十條、寺院莊田項四條、撤佃條款項八條、灘地徵租項十一條等，亦納入「現行律民事有效部分」。此等民事有效部分，自民國元年起，施行至民國十八年十月，現行民法諸編先後公布施行後，方始廢止。

## 帝制中國最後一部傳統刑法典——代序

### 目次

- 壹、序說
- 貳、晚清的新定專章與變通舊律例
- 參、《大清現行刑律》編修始末
- 肆、《大清現行刑律》在清末民初的實踐與轉型
- 伍、結論—《大清現行刑律》的兩面評價

### 壹、序說

中華法系刑法典有系統而完整的編纂，依目前現存的史料看來，應始於戰國初期李悝的《法經》六篇（406 B.C），到唐永徽年間的《唐律》（651 A.C）臻於極盛。惟自唐代直迄清末，律典相因相襲，其間，內容雖逐代各有損益，但基於家族主義、倫理本位及以刑為主的法典編纂體例的根本精神卻無多更易。時至晚清，局勢隆替，迫於內在與外界的壓力，起了一次突破性的變革，這是中國刑法史上新的紀元。此時，處於風雨飄搖中帝國的《大清律例》，也面臨新時代的挑戰，不得不作出適時的回應。

從法制歷史觀察，行新制立新法之要，不外因革兩端，然二者相衡，革難而因易，清末修律大臣沈家本（1840-1913），雖然主張「法久弊生，不能不

變」。但是，無論歷史和現實都使他深知「創法難，變法尤難」，「變而不善，其弊益滋」。與其急進造次，不如循序有漸。在他所主持「變法修律」的期間內（1902-1911），一方面，刪修舊律例中不合時宜的部分；另一方面，審慎研訂分屬實體法和程序法的各類新式法典。從時間上看，約以光緒三十一年（1905）為界，之前，側重於舊律例的刪修；之後，則偏重在各類新律的擬訂。<sup>1</sup>

本文，擬依照沈家本的先後作為，首先敘述《大清律例》修編前有關舊律例的整理與變通，蓋不明此番經歷，無以知悉其承轉；次而論列《大清現行刑律》的過渡編修歷程，以明其實質內涵；最後論及《大清現行刑律》在清末民初的適用實態，以瞭解其影響餘威；當然，也要對這部律典的歷史及時代意義作出一番評價。

## 貳、晚清的新定專章與變通舊律例

晚清新舊思想的抗衡，甚囂塵上，沈家本洞識到，要編訂一部完整的新刑律，短期內恐無法如願。乃仿照日本明治維新的前例，擬先制定專章，去其不合時宜的舊法，以奠定將來立新律的基礎。並沿襲修改律例的慣例，作必要局部的修改。光緒三十一年三月，上奏云：

「查各國修訂法律，大率於新法未布，設單行法，或淘汰舊法之太甚者，或參考外國之可行者，先布告國中，以新耳目。是以略採其意，請將重法數端，先行刪除，以明示天下宗旨之所在。……近日日本明治維新，亦以改律為基礎，新律未頒，即將磔罪、梟首、籍沒、墨刑，先後廢止，卒至民風丕變，國勢駿駿日盛。」<sup>2</sup>

<sup>1</sup> 有關清末沈家本變法修律的始末，詳參黃源盛，〈沈家本法律思想與晚清刑律變遷〉，台灣大學法律學研究所博士論文，民國80年11月。

<sup>2</sup> 參閱《大清法規大全》（四），卷三，〈法律部〉，頁1743，「修訂法律大臣奏請變通現

頒行自乾隆五年（1740）的《大清律例》，承襲傳統農業社會、宗族及家制的歷史淵源，並因陳《唐律》以來的立法原則及絕大多數內容。降及清末，海運乍開，通商交涉日益頻繁，沿江沿海地區已漸入粗具雛型的工商業社會。此時，如想再以老舊的律例，規範如此遽變的社會秩序，勢已難能；於是，不得不急所當先，採取臨時措施，一方面「新訂專章」，以因應新的情勢，即訂定有關特別刑章；他方面刪節《大清律例》，將其中已不符實際或不合時宜者，予以廢除或修正，此即所謂「變通舊律例」，茲列述其要：

### 一、新定專章

據統計，從光緒三十一年起到宣統元年間，清廷擬訂的新專章有：

(一)光緒三十一年九月，刑部議覆私鑄銀元偽造紙幣治罪專條<sup>3</sup>。

(二)光緒三十二年，刑部奏定偽造郵票並冒用舊票治罪章程<sup>4</sup>。

(三)光緒三十二年四月，修訂法律大臣沈家本鑒於偽造外幣無相應的治罪條文，乃奏〈偽造外國銀幣擬請設立專條〉摺，主張比照偽造本國貨幣治罪條文，制定《偽造外國貨幣新章程》<sup>5</sup>。

(四)光緒三十四年六月，沈家本與法部會奏議覆江蘇巡撫陳啓泰奏請定販賣嗎啡治罪專條，對販賣、注射毒品嗎啡，明定科條，予以治罪<sup>6</sup>。

---

行律例內重法數端摺」，原正學社影印，台北，宏業出版社，1972年重印。

<sup>3</sup> 參閱同註2，《大清法規大全》（三），卷一，〈法律部〉，頁1663。

<sup>4</sup> 參閱同上註3，前揭書，頁1664。

<sup>5</sup> 參閱同上註3，前揭書，頁1666。

<sup>6</sup> 參閱同上註3，前揭書，頁1669。

(五)光緒三十四年，陸軍部奏定《陸軍懲治逃亡章程》<sup>7</sup>。

(六)光緒三十四年四月，民政部會同「修訂法律館」共同擬定，經「憲政編查館」核訂，奏准施行違警律，期使「行政者有所依據，奉法者有所遵循；杜奸宄禍亂之萌，防水火疾疫之漸；納之軌物，進於善良。」<sup>8</sup>

(七)宣統元年十二月，法部會奏遵議匪徒竊毀鐵路要件，明定治罪專條承緝處分<sup>9</sup>。

(八)宣統元年十二月，民政部會同修訂法律大臣奏擬《禁煙條例》，經「憲政編查館」核訂頒行<sup>10</sup>。

從以上各項新的作為，可以窺知，晚清社會結構已大幅變遷，舊的法律規範顯然無法應付新的局面；此時，清廷不得不採取一些臨時而應變的措施，以解決因海禁開放後所產生的時代新問題。

## 二、變通舊律例

滿清入關，當局爲了有效統治廣大的漢族人民，乃決定快速地繼受《大明律》，經查有清一代，自順治四年（1647）即正式頒行《大清律例集解附例》，康熙十九年（1680），刑部編成《現行則例》，二十八年（1689），將則例分別載入正律。雍正五年（1727），頒行《大清律集解》四百三十六條，律後附例。此後，律文即不再修訂，惟所附之例則不斷纂修。乾隆五年（1740），編

---

<sup>7</sup> 參閱沈家本、俞廉三，《大清現行刑律案語》，第八冊，〈軍政門〉。宣統元年，法律館印。

<sup>8</sup> 詳參閱岡田朝太郎編纂，《大清違警律》，共四十五條。北京，有正書局，光緒34年（1908）6月。

<sup>9</sup> 參閱同註3，前揭書（六），頁3185。

<sup>10</sup> 參閱同註3，前揭書（二），頁1067。

成《大清律例》，附例一千零四十二條，清律的形式，大致上至此已告定型，律例並稱。至同治九年(1870)，律文數雖仍為四百三十六條，而附例則多達一千八百九十二條。事實上，清朝修律，依乾隆年間定章，律文不動，附例則五年小修一次，又五年大修一次；大致分修改、修併、移併、續纂、刪除等方式進行。

清廷未造，政局動盪，從同治九年後就未能依限纂修，而新章疊出，致使沈家本著手改革舊律的工作倍增困難，茲依序分述如後<sup>11</sup>：

#### (一)刪削部分條款

刪除《大清律例》中不合時宜的條款，係沈家本改革舊律的第一步。光緒三十年(1904)四月，「修訂法律館」正式創辦後，沈氏隨即督同館中人員，悉心考訂分類纂修，並將全部條例反覆研析，復查歷屆修例章程，將「今昔情形不同者，或業經奏定新章，而舊例無關引用者；或本條業已賅載，而別條另行復敘者，或舊例久經停止，而例內仍行存載者」全行刪除。翌年三月，此工作告竣，沈家本與伍廷芳上奏說：

即此刪除一項，綜計共有二百四十四條之多，若必拘泥舊章，俟全書告成，始行繕寫進呈，不特卷帙繁多，編次有需時日，且刪增並列，眉目轉覺不清，似應酌量變通，以歸簡易。……此項刪除之例，應請毋庸載入，以省繁瀆。<sup>12</sup>

由於這次僅是消極地刪除例文，並未逾越清代歷屆修例範圍，更未涉及整

---

<sup>11</sup> 參閱〈修訂法律大臣奏請先將例內應刪各條分次開單進呈摺〉，同上註3，前揭書，頁1679。

<sup>12</sup> 參閱同上註11，前揭奏摺。

編體裁和刑名的興革；因此，上奏後，清廷儘速依議照准。此等條文，自宜解釋為已依旨而予以刪除<sup>13</sup>。

完成初步刪削後，沈氏原擬繼續從事修改、修併、移併、續纂等工作，期使全面改造《大清律例》。惟光緒三十二年九月，清廷進行官制改革，「修訂法律館」的「提調、總纂各員，有擢升外任者，有調赴他部者」，致使計畫中輟<sup>14</sup>。其後，修訂法律大臣又奉上諭「議定滿漢通行禮制刑律」，光緒三十三年十二月，乃奏准刪除律文一條、例文三十九條。此外，例文移改一條、修改七條、修併二條<sup>15</sup>。顯然，此次仍偏重於刪除，而移改、修改和修併不過十條，且修改內容甚為保守，亦無續纂。

不過，上述兩度對《大清律例》部分條款的刪修，為後來《大清現行刑律》的整修奠下了初基。

## (二)刪除重法

沈家本默察時勢歸趨，詳細比較中外刑法後，認為無論「刑制」或「罪名」，大抵「中重而西輕者」為多。根據「治國之道，以仁政為先」的理念，於光緒二十八年（1902）三月，會同伍廷芳連銜奏請「刑法之當改重為輕」。提出刪除凌遲、梟首、戮屍等酷刑，代之以斬決，絞決和監候，強調「化民之道，固在政教，不在刑威。」又援引西方近代刑法「罪止一身」的法理，以及「罪人不孥」的古訓，奏請廢除緣坐各條。同時，為「使莠民知恥，庶幾悔過

---

<sup>13</sup> 參閱戴炎輝，〈清現行刑律之編定〉（上）（續），載於台北，《法學叢刊》，第七十七、七十八期，民國64年1、4月。

<sup>14</sup> 參閱《清末籌備立憲檔案史料》，下冊，頁851，中華書局。光緒34年正月29日〈修訂法律大臣沈家本等奏請編定現行刑律以立推行新律基礎摺〉。

<sup>15</sup> 參閱〈修訂法律大臣奏遵議滿漢通行刑律摺〉，同註2，前揭書，頁1744以下。

而遷善」，主張將刺字款目概行刪除。凡竊盜應刺字者，皆令收所習藝，按罪名輕重定以年限，俾一技能爛，得以餬口，自少二犯三犯之人<sup>16</sup>。

無庸諱言，凌遲、梟首、戮屍等酷刑與緣坐、刺字等濫刑，是清代法制中最野蠻與最嚴酷部分，當時，世界各國皆廢而不用；且外人訾議中國法律之不仁者，也惟此數端為最甚。清廷迫於時勢，不得不順應潮流，對此不合人道的酷刑作出改革回應，光緒三十一年三月頒諭：

我朝入關之初，死刑以斬罪為極重。順治年間修訂律例，沿用前明舊制，始有凌遲等極刑。雖以懲儆兇頑，究非國家法外施仁之本意。現在改訂法律，嗣後，凡死罪至斬決而止。凌遲及梟首、戮屍三項，著即永遠刪除。所有現行律例內，凌遲、斬梟各條俱改為斬決，其斬決各條俱改為絞決，絞決各條俱改為絞監候，入於秋審情實。斬監候各條俱改為絞監候，與絞候人犯仍入於秋審，分別實、緩辦理。至緣坐各條，除知情者仍治罪外，餘者悉予寬免。其刺字等項，亦著概行革除。<sup>17</sup>

此等詔諭，為中國刑罰史上重要的「宣言」，閃耀著近代文明的呼喚，意義深長，影響尤大。

### (三)禁止刑訊

拷訊逼供是傳統中國司法通行的審案方式，往往嚴酷任性，率用刑求，一案動輒株連，早為各國所詬病，國內歷代有識之士，久已洞察其弊，亦曾進行激烈批判，然終未能改。直迄清末，猶為中華法系之癌<sup>18</sup>。兩千多年來，不知

---

<sup>16</sup> 參閱同註2，沈家本，前揭奏摺。

<sup>17</sup> 參閱沈家本，《寄籥文存》，卷一，〈奏議〉，「刪除律例內重法摺」。

<sup>18</sup> 詳參楊鴻烈，《中國法律思想史》，下冊，頁160-168，「刑訊存廢問題」，台北，台灣商務，民國73年11月。



造成了多少冤案？逼死了多少冤魂？

晚清禁止刑訊之議，始於光緒二十七年（1901）八月，兩江總督劉坤一、兩湖總督張之洞的〈會奏變法摺〉。其中「省刑責」疏說：

敲撲呼晷，血肉橫飛，最為傷和害理，有悖民牧之義。地方官相沿已久，漠不動心。夫民雖犯法，當存哀矜。供情未定，有罪與否，尚不可知，理宜詳慎，況輕罪一眚，當時如法懲儆，日後仍望其勉為良民，更宜存其廉恥。擬請以後除盜案、命案，證據已確而不肯認供者，准其刑嚇外；凡初次訊供時，及牽連人證，斷不准輕加刑責。其笞、杖等罪，應由地方官體察情形，酌且改為羈禁，或數日、或數旬，不得凌虐久繫。<sup>19</sup>

此番建言，從仁政德化出發，深合沈家本的刑罰人道理念，因此極表贊同。但在替代方法上，沈氏提出了修正意見，光緒三十一年三月覆議：

嗣後除罪犯應死，證據已確而不肯供認者，准其刑訊外，凡初次認供時，及徒流以下罪名，概不准刑訊，以免冤濫。其笞、杖等罪，仿照外國罰金之法。凡律例內笞五十以下者，改為罰銀五錢以上、二兩五錢以下；杖六十者，改為罰五兩，每一等加二兩五錢，以次遞加，至杖一百，改為罰十五兩而止。如無力完納者，折為作工，應罰一兩，折作工四日，以次遞加至十五兩，折作工十六日而止。旗人有犯，照民人一律科斷。<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> 參閱劉坤一、張之洞撰，《江楚會奏變法》，〈變法第二摺〉，其中提出整頓中法事宜共十二條，第七條為「恤刑獄」，此又包括九項，其中的第三項「省刑責」和第四項「重眾證」，即建議廢除刑訊。光緒辛丑（1901）九月，兩湖書院刊本。

<sup>20</sup> 參閱沈桐生輯，《光緒政要》（五），卷三十一，頁2089。〈修律大臣伍廷芳沈家本奏各

沈家本的覆議與劉、張二氏的原奏兩相比較，顯見有兩點修正：一是將「盜案、命案」改為「罪犯應死」，二是加上「徒流以下罪名」。如此，雖仍未能徹底根絕刑訊，但比原議縮小刑訊範圍。此外，主張仿照外國罰金之法，以代笞杖之刑，也不失為進步的構想。

上述劉、張原奏中「重眾證」一項，也與刑訊相關。傳統官吏問案，均以口供定罪，「以故非有確供，不敢詳辦，於是反覆刑求，則有拷掠之慘；多人拖累，則有痼斃之冤。」為救此弊，劉、張建議：「以後斷案，除死罪必須有輸服供詞外，其軍流以下罪名，若本犯狡供，拖延至半年以外者，果係眾證確鑿，其證人皆係公正可信，上司層遞親提覆訊，皆無疑義者，即按律定擬，奏咨立案。如再京控上控，均不准理。」<sup>21</sup>似此聽訟不用刑訊，無辜可免受拖累的意見，沈家本認其為確切之論。並奏請輔以切實辦理警察制度，漸次推廣，庶於地方大有裨益，而訟獄亦可日見疏減<sup>22</sup>。

光緒三十一年三月頒諭：

昨據伍廷芳、沈家本奏，議覆恤庶獄十條，請飭禁止刑訊拖累，變通笞杖辦法，並請查監獄羈所等條，業經降旨依議。惟立法期於盡善，而徒法不能自行，全在大小各官，任事實心，力除各弊，庶幾政平訟理，積習可回。<sup>23</sup>

禁止刑訊之新章甫下，御史劉彭年即力言其非。於同年四月上書謂：

外國不用刑訊，以其有裁判、訴訟各法也。犯人未獲之前，有警察包探

---

條請飭禁止刑訊拖累變通笞杖辦法並請查監獄羈所〉，台北，文海出版社。

<sup>21</sup> 參閱同註19。

<sup>22</sup> 參閱同註20。

<sup>23</sup> 參閱同註3，前揭書，卷首，〈法律部〉，「諭旨」，頁1659。

以偵犯人到案；以後有辯護人、陪審員以聽之。自豫審至公判，旁徵於眾證，不取供於犯人，供證確鑿，罪名立定。今中國改定刑法方有端倪，聽訟之法，一切未備。有刑而不輕用，犯人雖狡，尚有畏刑之心。若驟然禁止刑訊，則無所畏懼，孰肯供吐實情？問刑衙門窮於究詰，必致積壓案件，經年不結。拖累羈留，轉於矜恤庶獄之法有所窒礙。臣愚以為，禁止刑訊須俟裁判訴訟各法俱備後，方可實現施行。<sup>24</sup>

劉氏之言，固係為慎重刑獄，恐有窒礙而發，而其因循保守之心，更溢於言表，沈家本、伍廷芳等乃極力駁斥：

泰西各國無論各法是否俱備，無論刑事、民事大小各案，均不用刑訊。此次修訂法律，原為收回領事裁判權起見，故齊一法制，取彼之長補我之短，實為開辦第一要義。惟中外法制之最不相同者，莫如刑訊一端。……原奏謂驟然禁止刑訊，則犯人無所畏懼，孰肯供吐實情，反致積壓拖累等語。豈一用刑訊，便可免積壓拖累也？何以從前各省積壓之案，有數年及數十年不結者？且有拖累無辜瘦斃多命者？……又如原奏一則曰，刑訊為各國所竊笑，再則曰，中國政治家久已心知其非。夫既為外人所竊笑矣，既心知其非矣，即應奮然禁絕，無待躊躇，乃又謂俟裁判訴訟各法俱備後，方可實現施行。是明知非義而不速改，不更為東西各國所竊笑乎？況值百度維新之際，因革損益難緩須臾。必待各法備後始去刑訊，曠日持久，收效何時？設將來裁判訴訟諸法同時頒布，群情狃於習慣，仍以去刑訊為不便，將武健嚴酷之風，終無禁絕之日，於此而欲收回領事裁判權，其可得哉？<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> 詳參劉錦藻撰，《清朝續文獻通考》，卷二百四十四，〈修律大臣伍廷芳等覆奏御史劉彭年奏禁止刑訊有無窒礙請再加詳慎摺〉，台北，新興書局影印，民國52年10月。

<sup>25</sup> 參閱同註24，前揭奏摺。

劉彭年的奏疏雖終未能阻止新章程的下頒，而刑訊逼供畢竟錮習已深，更是有司肆逞威虐之具，清廷雖嚴諭各地禁用刑訊，然一紙空令，何能禁絕？事實上，當時「各省州縣實力奉行者固多，而陽奉陰違，視為具文者，仍屬不少」。尤其，上海「會審公堂」更時有刑求杖責之事，人言嘖嘖。為此，沈家本等於光緒三十一年九月再度上奏，嚴斥其「仍蹈從前積習，沿用嚴刑」，建請「倘有陽奉陰違，仍率用刑求，妄行責打者，即令該管上司指名嚴參，「毋許徇隱」<sup>26</sup>。遺憾的是，受制於歷史條件，終清之世仍未見刑訊根絕。

#### (四) 削減死罪條目與改革行刑舊制

清律死罪條目，順治時，律例內真正死罪，凡二百三十九條，又雜犯斬絞三十六條。及至清末，死罪共八百四十餘條，較之順治年間，增十之七八。而當時西方國家死刑均不過十餘條，日本死刑也不過二十餘條，如此鉅大懸殊，無怪乎為外人所駭聞，亦為中國司法史上所僅見<sup>27</sup>。光緒三十二年(1906)四月，沈家本根據「寬嚴之用，必因乎其時。...·而世輕世重，未容墨守成規」的理念，針對《大清律例》上之所謂「虛擬死罪」條目，奏請予以變通謂：

現行律例內，其虛擬死罪而秋審例緩者，莫如戲殺、誤殺、擅殺三項。戲殺初無害人之意，死於意外，情節最輕。誤殺雖有害心，而死非互鬥之人，亦初意之所不及。擅殺情節輕重不等，而死者究係有罪之人。故此數項罪犯，在各國僅處懲役、禁錮之刑。考之唐律，戲殺、誤殺各按其當場情形，分別徒、流，並無死罪。擅殺分勿論及徒、流、絞四等，亦不概問死罪。中國現行律例，不分戲、誤、擅殺，皆照鬥殺擬絞監

<sup>26</sup> 參閱同註2，前揭書，卷三，〈法律部〉，「修訂法律大臣奏請輕罪禁用刑訊笞杖改為罰金請申明新章程」。

<sup>27</sup> 參閱同註24，劉錦藻，前揭書，卷二百四十四，頁9887。另參同註17，沈家本，前揭書，卷一，〈虛擬死罪改為流徒摺〉。

候，秋審緩決一次，即准減流。其重者，緩決三次減流。蓋雖名為絞罪，實與流罪無殊，不過虛擬死罪之名，多費秋審一番文牘而已。<sup>28</sup>

為綜核名實，並省繁重，對上述律義兩歧之法律，沈氏反對空擬以絞，徒事虛文，主張逕改為流、徒，俾歸簡易。並擬下列具體建議：(一)戲殺改為徒罪，因鬥誤殺旁人，並擅殺各項罪人，現律應擬絞候者，一律改為流罪。均按照新章程，毋庸發配，歸入習藝所，罰令作工。(二)誤殺，擅殺中之誤殺其人之父母兄弟等項，並擅殺二命以上，及謀故、火器擅殺各項，不准一次減等者，酌加兩年；如遇情有可原或情節較重者，應俟臨時酌量辦理。(三)戲傷、誤殺並擅殺，按例罪不至死者，均於本罪上遞減一等，以免窒礙<sup>29</sup>。

上述削減死罪條目的主張，雖仍遭當時守舊之禮教派的非議，但終得清廷允准，略作修改後，頒發施行<sup>30</sup>。

又清代處決重囚，京師在四達通衢的菜市口，各直省、府、廳、州、縣，大都在城外空曠之地；每值決囚之際，不獨民人任意喧呼擁擠，即外人也詫為奇事，升屋聚觀，偶語私譏，攝影而去。此景此行，沈家本頗不以為然，奏疏：

明刑弼教，貴有以通其意而不徒襲其名。其與斯民心性相關者，尤在杜其殘忍之端，而導之於仁愛之路。考古者刑人於市，與眾棄之。推其原意，誠以犯法者多不肖之人，為眾所共惡，故其戮之也，亦必公之於眾。孟子所謂國人殺之，其意正同。迨相沿日久，遂謂此乃示眾以威，俾之怵目而驚心，殊未得眾棄之本旨。且稔惡之徒，愍不畏死，刀鋸斧

<sup>28</sup> 參照同註27，沈家本，前揭奏摺。

<sup>29</sup> 參照同註27，沈家本，前揭奏摺。

<sup>30</sup> 詳參同註2，前揭書，頁1802，〈刑部都察院會奏議覆虛擬死罪改為流徒摺〉。

械，視為故常，甚至臨市之時，謾罵高歌，意態自若，轉使莠民感於氣類，愈長其凶暴之風。常人習於見聞，亦漸流為慘刻之行。此非獨法久生玩，威瀆不行，宜與斯民心性相關，有妨於教育者也。<sup>31</sup>

為此，沈氏主張宜仿行英、美、日、俄、德、意諸國死刑秘密與執行的方式，改革行刑舊制。建請「嗣後京師處決重囚，別設刑場一所，築屋數椽，繚以牆垣。除監視官吏、巡警、弁兵外，須由承審官許可，方准入場。其餘無論何項人等，一概不准入視。至各直省、府廳、州縣，向有行刑之地，應即就原處圍造牆垣。規制不嫌簡略，經費可從節省，總以不令平民聞見為宗旨。似此變通辦理，則防衛既較嚴密，可免意外之虞，而斯民罕睹慘苦情狀，足以養其仁愛之心。」<sup>32</sup>此一奏議，反對慘酷行刑，講求人道死刑的處決，與近代刑罰理論若合符節。

#### (五)禁革買賣人口與刪除奴婢律例

中國買賣人口之事，始自周代，秦漢以後，變本加厲，以奴婢與財物同論，不以人類視之，舉動不能自由，生殺全憑主命。漢唐時雖有禁律，而買賣人口之風俗相沿未改；大清律文雖有買賣奴婢之禁，然條例復准立契價買，法令亦多參差<sup>33</sup>。光緒三十二年(1906)二月，兩江總督周馥認為買賣人口有傷天地

<sup>31</sup> 參照同註17，沈家本，前揭書，卷一，〈變通行刑舊制議〉。

<sup>32</sup> 參照同上註，沈家本，前揭奏議。

<sup>33</sup> 《漢書》，建武七年詔曰：「吏人遭饑亂及為賊所略，為奴婢下妻欲去留者，悉聽之。敢拘執不還，以賣人法從事。」注曰：「盜律略賣人和賣人為奴婢者死」。又《唐律》「諸略賣人為奴婢者絞。和賣者流二千里。略賣期親以下卑幼為奴婢者，並同鬥毆殺法。和賣減一等。賣餘親者各從凡人和略法。知祖父母、父母賣子孫而買者，各加賣者一等」。《清律》：「略賣良人為奴婢者，杖一百流三千里。和同賣良人為奴婢者，杖一百徒三年。略賣子孫為奴婢者，杖八十；弟妹及姪，姪孫、外孫，若己之妻、子孫之婦，杖八十徒三年；同堂弟妹、堂姪、姪孫，杖九十徒二年半；和賣者減一等。賣妻為婢及賣大功以下親為奴婢

之和，未洽文明之化，乃上奏道：

天生萬物，人為貴。聖王御宇，首重民生。凡屬戴髮含齒之倫，皆在覆育生成之列。若於微賤無告之民，有所歧視，使不得自等於人類，非盛世仁政所宜有也。……嗣後無論滿漢官員軍民人等，永禁買賣人口。違者，以違制論。其使用奴婢，祇准價僱，納妾祇准媒說。從前原有之奴婢，一律以雇工論，身體許其自主，有犯，按雇工科斷，所有律例內關涉奴婢諸條，悉予刪除。<sup>34</sup>

清廷將周氏奏議批交政務處合同各該部議奏，並令知照修律大臣。沈家本於同年閏四月覆刑部謂：

現在歐美各國均無買賣人口之事，係用尊重人格之主義，其法實可採取。該督擬請永行禁止，係為革除舊習起見，自應如所奏辦理。惟律例內條目繁多，更改動關全體，自應通籌參考，核定辦法。<sup>35</sup>

沈氏恪遵「參酌中外，擇善而從」的修律方向，本其「生命固應重，人格尤宜尊」的基本原則，主張禁止買賣人口、奴婢、娼優等違反人權的人身奴役現象，酌擬十一條辦法如後：

#### 1. 契買之例宜一律刪除

---

者，各從凡人和略法，買者知情與犯人同罪。又庶民之家存養奴婢者，杖一百，即放為良。又凡收留良人家迷失子女不送官，因而賣為奴婢者，杖一百徒三年。若收留在逃子女而賣為奴婢者，杖九十徒二年半。其自收留為奴婢者，罪亦如之。若買者賣者及牙保知情，減犯人罪一等。不知情者不坐。若冒認良人為奴婢者，杖一百徒三年。」

<sup>34</sup> 參閱同註20，沈桐生輯，前揭書，卷三十二，頁2333，「兩江總督周馥奏請禁革買賣人口積弊」。

<sup>35</sup> 參閱註17，沈家本，前揭書，卷一，〈禁革買賣人口變通舊例議〉。

買賣人口，不僅奴婢一項，亦有為妻妾、子孫者。今既以不准買賣為宗旨，自應一律禁止。嗣後買賣人口，無論為妻妾、為子孫、為奴婢，概行永遠禁止，違者治罪；舊時契買之例，一律作廢。

## 2. 買賣罪名宜酌定

除略賣、和賣各律例，於新律未頒以前照舊遵行外，如有因貧而賣子女及買者，均科以一十五兩以下之罰金，身價入官，人口交親屬領回。其略賣、和賣案內不知情之買者，亦照此辦理。律內「買者不知情不坐」之文，先行刪除。

## 3. 奴婢罪名宜酌改

「奴婢」改為「僱工」，此後即永無奴婢名目，自不便沿用舊法。契僱貧民子女及從前舊有之奴婢，均以僱工人論。遇有相犯，即按僱工人本律本例科斷。其與家長之親屬人等有犯，亦照此辦理。

## 4. 貧民子女准作僱工

荒歲貧民乏食，無力養贍子女，勢將流為餓殍；即尋常境遇艱窘者，亦有不能存活之時，若禁止買賣而不籌一善法，亦非兩全之道。嗣後貧民子女不能存活者，准其寫立文券，議定僱錢年限，作為僱工。年限不問男女長幼，至多以二十五歲為斷，限滿，聽歸親屬。無親屬可歸者，男子聽其自立，女子擇配遣嫁。其女子有親屬而無力遣嫁者，許伊主為之擇配，親屬不得藉端需索。

## 5. 旗下家奴之例宜變通

旗下家奴，概以僱工人論，不必限定年歲，伊主情願贖放者聽。若此項人等，恃有新章，或欺壓伊主孤幼，或盜賣主家田產，仍各照旗下家奴本律本例定罪，不得寬貸，以懲凶詐。所有〈戶律〉內各例，應修併簡明，以資引用。



#### 6.漢人世僕宜酌量開豁

各省昔年遺留之漢人世僕，其所生之子係已過三代者，概行開豁爲良。如未及三代者，有犯，仍照僱工辦理。俟歷三代後，亦一體開豁爲良，舊主子孫不得刁難勒索。

#### 7.舊時婢女限年婚配

舊時婢女年二十五歲以上，而無至近親屬可歸者，由主家婚配，不得收受身價，違者照例治罪。

#### 8.納妾只許媒說

凡納妾者，應憑媒說合，只用財禮接取，由妾之母家寫立爲妾願書，不得再以買賣字樣立契。母家准令看視，以順人情。至妾媵名分，仍當遵守，不許僭越。

#### 9.發遣爲奴之例宜酌改

發遣駐防爲奴人犯，不論旗民男婦，均改發極邊足四千里安置。仍照新章，應發配者發配，監禁應收所習藝者，毋庸發配，收所習藝。按其情節輕重，分別辦理。如係太監及旗下家奴，仍發黑龍江，交該將軍嚴加管束。

#### 10.良賤爲婚淵之律宜刪除

舊律良賤之分，秩序判然，殆如涇渭之不可合流，東西之莫能異位，今既禁止買賣人口，則以後奴婢名目自當永遠革除，同是齊氓，似不應再分上下之品。因此，良賤不婚之律擬予刪除，凡僱工人與良人爲婚，一概不加禁阻，並與主家無涉。

#### 11.買賣爲娼優之禁宜切實執行

責成地方官吏，嚴密稽查，遇有買良爲娼優案件，務須盡法懲治，勿事姑息<sup>36</sup>。

以上各條，在在體現沈家本尊重人權乃至法律平等的理念，在那樣的年代，如此膽識，確屬難得。惟美中憾事者，泰西各國及日本先例，無論何人，不准置妾，亦無准令置妾明文。而沈氏認爲「中國風俗民情與東西各國不同，未便遽加禁止。」是屈於現實？是擔心窒礙難行？頗堪細味。特別值得一提的是，上述諸項改革主張，與清廷王親貴族的既得利益攸關，致久被擱置。直到宣統元年(1909)十二月，方以「買賣人口一事，久爲西國所非笑，律例內奴婢各條與買賣人口事實相因；此若不早圖禁革，迨實行憲政之時，將有格不相入之勢」爲由，奏請辦理<sup>37</sup>。其後，沈家本編修《大清現行刑律》時，乃將上述十一項辦法悉數納入律條之內。

#### (六)統一滿漢法律

清朝統治中國的兩百多年間，爲鞏固皇權，在「以夷變夏」的立國方針下，嚴格實行滿漢異制、民族異法，採取「區滿人與漢人而歧視之」的種族主義法律政策；在制定旗人法律地位的各類條款時，也始終堅持旗人享有特殊法律地位和司法特權。

以司法管轄權言，滿人和漢人處於不同司法權之下，理事廳係專管旗人，條例上雖規定在外居住的八旗、漢軍人等，與漢人一體編查保甲，所有民刑案件俱歸所屬州縣辦理，但州縣與理事、同知、通判同居一城者，仍須由州縣會

---

<sup>36</sup> 參閱同註35，沈家本，前揭奏議。

<sup>37</sup> 參閱同上註3，前揭書，卷一，〈法律部〉，頁1671-1677，「憲政編查館會奏彙案會議禁革買賣人口舊習酌擬辦法摺并清單」。

同審理，理事等官非駐同城，方能由州縣官自行訊辦<sup>38</sup>。以致旗人往往驕縱滋事，地方官難於約束<sup>39</sup>。

最為旗人有恃無恐而驕縱滋事的，要屬旗人在刑事法上的特權。《大清律例》雖同樣適用於滿人與漢人，但另有如「犯罪免發遣條」係專為優待滿人而設<sup>40</sup>。又旗人初次犯竊罪止笞杖者，得免刺字，再犯纔依民人，以初犯論。比漢人之初犯即刺字，三犯即處絞候者，輕重自不相侔<sup>41</sup>。

二十世紀初，以孫文為首的民主革命派，自揭櫫「驅逐撻虜，恢復中華」的旗幟以來，深得廣大民眾的支持，對清政府構成嚴重威脅。另一方面，光緒三十二年(1906)的官制改革，漢族部院督撫大臣的額數和權力廣被削減，此舉亦激起漢族官吏的反彈。面對這種內外政治壓力，光緒三十三年七月與九月，清廷兩次下諭，企圖化除滿漢對立，要求「內外各衙門各抒所見，將確實辦法妥議具奏，即予施行」<sup>42</sup>，並特令「禮部暨修訂法律大臣議定滿漢通行禮制刑律請旨頒行」<sup>43</sup>。

沈家本環顧世局，慨念時艱，乃於同年八月與十二月兩度上書，陳明各民族法律地位平等的重要性和必要性，並擬定統一滿漢法律具體辦法。沈氏說：

<sup>38</sup> 詳參《大清律例》，八，〈戶律〉，〈戶役〉，「人戶以籍為定」，嘉慶十九年（1814）修改例。參閱《刑案彙覽》I,34a,b,嘉慶十九年，〈直隸司說帖〉。

<sup>39</sup> 參閱瞿同祖，《中國法律與中國社會》，頁320，台北，里仁書局，民國71年12月。

<sup>40</sup> 詳參《大清律例》，四，〈名例律〉上，「犯罪免發遣」及八旗都統原奏。另參《刑案彙覽》，I,38a-39a。《大清律例》，「人戶以籍為定」，道光五年（1825）續纂例。

<sup>41</sup> 詳參《大清律例》，二四，〈刑律〉，賊盜中，「竊盜」，乾隆五十七年（1792）上諭，道光五年修改例。

<sup>42</sup> 參閱《清末籌備立憲檔案史料》，下冊，頁918，「著內外各衙門妥議化除滿漢畛域切實辦法摺」。

<sup>43</sup> 參閱《大清光緒實錄》，卷五七九。

為政之道，自在立法以典民。法不一則民志疑，斯一切索隱行怪之徒，皆得乘瑕而蹈隙。故欲安民和眾，必立法之先統於一。法一則民志自靖，舉凡一切奇邪之說，自不足以惑人心。書曰：無偏無黨，王道蕩蕩；無黨無偏，王道平平，正謂此也。<sup>44</sup>

顯然，「盡人在覆幬之內，而一輕一重，此成見之所以未能盡融」。從法理上言，法須統一；從統治效率上言，法也須統一。從形勢的變化看，清朝「入關之初，八旗生齒未臻繁盛，軍伍有空虛之慮，差務有延誤之虞。」因此，當時立法，滿漢異制，著重實際的需要，或尚可託詞。而今形勢已妥，「八旗丁口日益蕃昌，與昔日情形迥異，若將旗人犯罪應發配者，概與民人一體辦理，亦無慮軍伍差務之乏人。」<sup>45</sup>為昭大信而釋群疑，沈氏委婉指出，舊日兩歧之法，自不得再因循不改，致法權不能統一。

此次改革，將《大清律例》中有關「滿漢罪名畸輕畸重及辦法殊異之處」，共刪除、移改、修改或修併五十條，旗人犯罪俱照民人各本律本例科斷。

與此同時，對旗人案件由專門機構審理的司法體制也進行改革。此後凡所有旗人案件，統歸各級審判廳審理，其尚未設立審判廳的省分，概歸各州縣審理，毋庸再由理事、同知、通判等官會審。而駐防旗人應入秋審人犯，亦請改歸各督撫匯入民人秋審冊內，一體辦理，毋庸再由各將軍、都統核審，以昭統一而化畛域<sup>46</sup>。

---

<sup>44</sup> 參閱同註38，前揭書，頁940，〈修訂法律大臣沈家本奏旗人犯罪宜照民人一體辦理摺〉。

<sup>45</sup> 參閱同註40，沈家本，前揭奏摺。

<sup>46</sup> 參閱同註15，沈家本，前揭奏摺。

## 參、《大清現行刑律》編修始末

### 一、編修的目的與任務

沈家本膺命修律後，考慮新刑典的制定，非旦夕所能完成，也洞察到推行新律的社會條件並未成熟，守舊人士對草擬中的《大清新刑律》尤橫加阻撓，而舊有的《大清律例》又弊端叢生。在「新律之頒布，尚須時日，則舊律之刪訂，萬難再緩」的前提下；光緒三十四年(1908)正月，沈氏奏請重新進行以前因更改官制、人員調動而中止的對《大清律例》的全面改造工作，期能完成修改、修併、移併及續纂等項。《奏》云：

家本上年進呈刑律，專以折衝樽俎，模範列強為宗旨。惟是刑罰與教育互為盈朒，如教育未能普及，驟行輕典，似難收弼教之功。且審判之人才、警察之規程、監獄之制度，在在與刑法相維繫；雖經漸次培養設立，究未悉臻完善。論嬗遞之理，新律固為後日所必行，而實施之期，殊非急迫可以從事。考日本未行新刑法以前，折衷我國刑律，頒行《新律綱領》，一洗幕府武健嚴酷之風，繼復酌採歐制，頒行《改定律例》三百餘條，以補綱領所未備，維持於新舊之間，成效昭著。<sup>47</sup>

至此，沈氏乃師日本之往例，將局部修改律例的原初計畫，提昇為綜核現在通行章程，而對舊有律例作全盤性的大翻修。同時，為使律例能貫徹其為刑事法典的單純本務，乃定名為《現行刑律》<sup>48</sup>，企圖以漸進方式，立推行新律

<sup>47</sup> 參閱同註14，沈家本，前揭奏摺。

<sup>48</sup> 《現行刑律》的編定，名目上係指光緒三十四年正月二十九日，修訂法律大臣沈家本、俞廉三奏請編定。惟實際上，此項編訂已開始於初訂律奏進之前，即光緒三十一年三月十三等日，以〈修訂法律大臣奏請先將例內應刪各條分次開單進呈摺〉，分三次奏准，共刪三百四十四條。再光緒三十三年十二月初七日，又以「修訂法律大臣奏遵議滿漢通行刑律摺」，奏准刪改四十九條。經此兩次刪改之律例文，因其已經奏准之故，除非被修復，當時即已確定

基礎。在該摺結語說：

一俟新律頒布之日，此項刑律(按：指《現行刑律》)再行作廢，持之以恆，行之以漸，則他日推暨新律，不致有扞格之虞矣。<sup>49</sup>

宣統元年(1909)八月，《現行刑律》編定告竣，沈氏上奏道：

此次編訂體例，雖隱寓循序漸進之義，仍嚴遵舊日之範圍。……如為籌備憲政，模範列強，實非博採東西大同之良法，難收其效。臣等更當飭在事各員，將前奏草案(按：指《大清新刑律草案》)酌加修正，剋期會奏。<sup>50</sup>

顯然，此次大事重新編定既有刑律，表面上看，目的似為踵續將舊律例藉修改、修併、續纂及刪除，變為《大清現行刑律》，以竟前功。而深一層看，乃恐喜新者，竟用未頒之《大清新刑律》而太輕；又恐泥舊者，誤引已改之條而過重，為免出入而昭平允，此修律大臣所以有此律之編，而「憲政編查館」重為核訂的緣由。可見，《大清現行刑律》與當時另一管道同時進行研擬的《大清新刑律草案》之間，並無直接承襲關係。兩律頒布施行的時間，雖同為宣統二年（1910），但開始起草編定的時間不同，過程也不一<sup>51</sup>。可以說，

---

失效，或被變更。詳參同註3，前揭書，頁1679-1744以下。另參同註13，戴炎輝，前揭文。又中國歷代刑律，均泛名為律，從無正名為刑律者，《大清律例》沿《明律》之舊，於〈名例律〉之外，分為吏律、戶律、禮律、兵律、刑律、工律六門，一似刑律之外，吏、戶、禮、兵、工五律均非刑事法者。光緒三十四年，修訂法律大臣奏請編訂《現行刑律》，經憲政編查館會法部議准，《現行刑律》之名始出現，宣統二年四月初七奉上諭頒行，其名始正。

<sup>49</sup> 參閱同註14，沈家本，前揭奏摺。

<sup>50</sup> 參閱同註24，劉錦藻撰，前揭書，卷二四八，〈修訂法律大臣法部右侍郎沈家本等奏編訂現行刑律告竣摺〉。

<sup>51</sup> 詳參李貴連，〈大清新刑律與大清現行刑律辨正〉，載北京，《法學研究》，第二期，19

《大清現行刑律》是為預備立憲前新舊遞嬗之交的權宜措施，而《大清新刑律》則係準備在立憲之後長久實施的刑法典。

## 二、編定的體例與內容

沈家本在上述〈奏請編定現行刑律〉的奏疏中，酌擬修訂辦法四則：

### (一)總目宜刪除

清律承明律舊制，以六曹分職，沿用元聖政典章及經世大典諸書，揆諸名義，本嫌未妥。現今官制或已改名，或經歸併，與前迥異，自難仍繩舊武，宜將吏、戶、禮、兵、刑、工諸目，一律刪除，以昭劃一。

### (二)刑名宜釐正

清律以笞、杖、徒、流、死為五等，而例則於流之外，復增外遣、充軍兩項。惟自光緒二十九年，充軍已改為安置；流、徒亦酌改為工藝，笞、杖則改為罰金。疊屆變通，漸趨寬減；質言之，即死刑、安置、工作、罰金四項而已。而定案時因律例未改，仍復詳加援引，偶一疏忽，舛迕因之。今編修《現行刑律》，自應循名責實，將律例內各項罪名，概從新章釐訂，以免紛歧。

### (三)新章宜節取

同治、光緒二朝「未纂定之例文」，謂之「新章」。自同治九年以來垂四十年，通行章程不下百有餘條。閱時既久，未必盡合於今，宜分別去留，其為舊例所無，如毀壞電杆、私鑄銀圓之類，擇出纂為定例。若係申明舊例，或無關議擬罪名，或所定罪名復經加減者，無庸編輯。

#### (四)例文宜簡易

「律文垂一定之制，例則因一時權宜，量加增損。」清朝的則例，由於歷年增輯，已不下二千條，例文浩繁，研索自艱於日力，雖經節次刪除，尚不逮十之二三。其中與現今情勢未符者；或另定新章，例文已成虛設者；或係從前專例無關引用者，或彼此互見，小有出入者，不勝枚舉。凡此之類，宜酌加刪併，務歸簡易<sup>52</sup>。

光緒三十四年(1908)五月，「憲政編查館」大臣奕劻會同法部議奏，大致贊同上述沈氏的意見。修律大臣沈家本、俞廉三等，乃遵照原奏及「憲政編查館」議覆的宗旨<sup>53</sup>，再經年餘的推研，詳訂凡例十六項，從事編定。宣統元年八月，聯銜上疏，呈進初稿清單<sup>54</sup>。觀其全編體裁，除〈名例〉仍保留原名外，由於官制已更改，刪除吏、戶、禮、兵、刑、工等篇名，而逕將《大清律例》各篇下各門為其總目；總目之下，先排律文，次則依原來次序排列例文。就每一原律例文，註明其係修改、修併、移改、移併、刪除、續纂或仍舊等字樣。其在光緒三十一年及三十三年以前業經奏准刪除者，不予重載；光緒三十三年移改、修改及修併之例，則作為原例。

經此彙集新章，刪約舊例結果，總計編訂律文四百一十四條，例文一千零六十六條。並於每條博考源流，詮釋要義。奉敕交由「憲政編查館」審議，大臣奕劻曾給予高度肯定，認為：「該修律大臣等，以年餘歲事，程功迅速，其見苦心」。惟對於原案，仍提出應再付斟酌者數端：

---

<sup>52</sup> 參閱同註14，沈家本，前揭奏摺。

<sup>53</sup> 參閱同註2，前揭書，卷三，法律部，頁1761，〈憲政編查館奏核議沈家本等奏編定現行刑律摺〉。

<sup>54</sup> 參閱同註42，前揭書，頁879，〈憲政編查館大臣奕劻等奏現行刑律刊印告竣裝潢呈覽摺〉。按此摺係「修訂法律館」主稿，會同「憲政編查館」辦理。



- (一)五刑名日照新章更正，本綜核名實之道；乃將罰金之名改爲罰刑，似尙未協，自應仍用罰金標目爲宜。而於有關十惡及犯姦等條，罰金恐不足以昭儆戒，應另輯專條，實罰工作，不准以罰金完結，以嚴風紀。
- (二)買賣人口久爲環球所指摘，而與立憲政體「保護人民權利之旨」，尤相背馳，此次編訂，未經議及，良以屬稿在未奉詔之先。今業經奉旨禁革在案，自應將律內有關買賣人口及奴僕、奴婢諸條，一律刪除改定。
- (三)現既刪除總目，改稱《現行刑律》，則所附之條，自當以有刑名者爲斷。原本於無關引用諸條，雖經刪除，尙有未盡，自應再行酌核，將非關刑名之例，檢出刪除。
- (四)律文沿襲明制，與今制不符之律例，應予削刪。
- (五)律文詞旨簡嚴，故死刑不註監候字樣者，概爲立決。原本凡凌遲所改各條，概大書立決，其絞決所改各條，概大書監候入實，雖爲詳著本罪起見，究乖義例。仍宜分別節刪或改小註，以期全體一貫。
- (六)文義未協及罪名繁複之處，分爲勘正二百六十一條。原本體例分修改、修併、移併、續纂、刪除各類，今查有原本刪除，而體察情形仍應列入者數條，因又增「修復」一類，共爲六類<sup>55</sup>。

經核訂的《現行刑律》，宣統元年十二月二十四日奏准，本已成定案。惟咨交修律大臣後，沈家本等督飭館員繕寫過程中，由於同年十二月二十八日，新頒《法院編制法》<sup>56</sup>；翌年三月十六日，秋審制度亦奏准變通。因此，又按

---

<sup>55</sup> 參閱同註53，前揭奏摺。

<sup>56</sup> 參閱同註3，前揭書，卷首，〈法律部〉，諭旨，頁1661。另參閱同註2，前揭書，卷四，〈憲政編查館奏核訂法院編制法並另擬各項暫行章程摺〉，頁1815。

照此兩新章程，修改五十四條，刪除十條。經幾番揚鍊，最後定本，計律文二百八十九條，附例一千二百二十七條，凡四十卷，自〈名例〉以下按照舊律，次第釐為三十六卷，共分三十門<sup>57</sup>。律目、服制圖並服制合為一卷，列於卷首。而以《禁煙條例》、《秋審條款》附列其後。

此部覆核的《大清現行刑律》，由「憲政編查館」會同「修訂法律館」，於宣統二年四月七日奏進，清廷隨即下諭：

上年據修律大臣奏進編定現行律，當經諭令憲政編查館覆核奏准。茲據該館及該大臣等將現行刑律黃冊，並按照新章修改各條繕具進呈，朕詳加批覽，尚屬妥協。著即刊刻成書，頒行京外，一體遵守。國家律令，因時損益，此項刑律為改用新律之預備。內外問刑各衙門務當悉心講求，依法聽斷，毋得任意出入，致滋枉縱，以副朝廷慎刑協中之至意。欽此。<sup>58</sup>

從上述《大清律例》修編為《大清現行刑律》的全部過程及內容觀察，顯然，其方式有：修改、修併、移改、移併、刪除、續纂、仍舊及修復等八項。其中，刪除最多，修改次之，續纂最少；可以說，《大清現行刑律》是《大清律例》全盤性的重新編定。

### 三、編定的性質及其理念

綜覽《大清現行刑律》，仍是一片古色蒼然。雖為規定犯罪與刑罰的法律，不過，其間，仍存有〈田宅〉、〈婚姻〉、〈錢債〉等篇目，驟見之下，

---

<sup>57</sup> 三十門分別為：名例、職制、公式、戶役、田宅、婚姻、倉庫、課程、錢債、市廛、祭祀、禮制、宮衛、軍政、關津、廢牧、郵驛、盜賊、人命、鬥殺、罵詈、訴訟、受贓、詐偽、犯姦、雜犯、捕亡、斷獄、營造、河防。

<sup>58</sup> 參閱同註54，前揭奏摺。

似含有民事法規範在內。而細究其內容，〈田宅門〉首條為欺隱田糧規定，凡欺隱田糧、脫漏戶籍者，分別科罰。〈婚姻門〉首條為男女婚姻規定，凡男女定婚而輒悔，若再許他人者，分別科罰。〈錢債門〉首條為違禁取利規定，凡私放錢債及典當財物，每月取利不得過三分，年月雖多，不過一本一利，違者處四等罰。以餘利計贓，重者坐贓論罪，止十等罰。欺隱田糧違禁取利，一覽標目，當可知其係違法行爲。男女婚姻的標目，雖無違法字樣，而其內容規定悔婚再許，亦屬違法行爲。嚴格說來，上述諸條目，乃延續傳統中華法系中所謂「民刑責任不分」的立法方式。

再仔細觀察《大清現行刑律》，有〈訴訟〉、〈斷獄〉兩門，似乎亦涉及程序法的範圍，然〈訴訟門〉首條為越訴規定，凡越訴者分別處罰，情重者罪至流徒。〈斷獄門〉首條為囚應禁而不禁之規定，應禁不禁及不應禁而禁者，分別處罰；受財者，罪至擬絞。所以，其名雖有類似程序法者，惟究其實質，仍屬實體法。我們也發現，《大清現行刑律》所附條例中屬程序法者，亦屢見不鮮。可以說，此部刑律仍雜揉實體規定與程序規定於一爐，而含有「諸法合體」以刑爲主的法典編纂體例<sup>59</sup>。

若以當代刑罰理論來看，《大清現行刑律》中所採的立法原則，應報思想的色彩仍到處可見；雖有秋審、緩決之制，惟並無教誨之方；赦案免刑，不過一時之惠，尚不足與言教化的刑罰理論。罪條尤多隱含儆戒犯人，欲使世人知所畏懼的規範，因此，謂其側重儆戒之所謂一般預防主義，似較符合實情。

而近世刑法學者所倡言的行爲人刑法，刑罰的輕重，不必依犯罪事實的大小定之，全視犯人的惡性如何以爲標準。《大清現行刑律》並不採如此看法，

---

<sup>59</sup> 參閱阮荀伯，《大清現行刑律要論》，頁1-16，收於沈雲龍主編，《近代中國史料叢刊》，第53輯，台北，文海書局，民國59年8月。

對於偶發的犯罪，苟其發生重大的結果，仍予以較重之刑罰。極兇殘頑惡的犯人，其犯罪事實較小者，雖累犯，也不加重，顯然較偏於所謂的行爲刑法。又《大清現行刑律》對於刑罰之極輕者，如處一等罰金五錢之類，皆以明文規定，審判官吏不能稍爲增減，可說是採絕對的法定主義。

## 肆、《大清現行刑律》在清末民初的實踐與轉型

### 一、宣統年間《大清現行刑律》的迴光返照

已如前述，有清一代的律與例，雖自順治四年起即行制定頒布，其後亦屢經修改，惟均未定明施行的期日。〈名例律〉雖有律自頒降日爲始的明文，實際上均以各省督撫奉到部文之日爲準。如事犯在奉到部文之日以前者，仍照舊例辦理；犯在奉到部文之日以後者，才照新例科斷，可以說，關於刑法施行時間的效力，是以奉到部文之日即其效力發生之日。

至於《大清現行刑律》的生效及施行日期，自宣統二年四月初七日，奉上諭頒行，據奕劻、沈家本在奏摺中說：「自經明詔頒布之後，各省督撫、都統、將軍承領新律，函電交至，待用孔殷。」彼等「將已刊行的《現行刑律案語》，並兩次清單，先行通咨各省，以備援引。」<sup>60</sup>可見，《大清現行刑律》在欽定本尚未正式刊印告竣前，就已被援引處理實際案件。因此，不論就清廷上諭，還是依當時的司法實踐，都足以說明《大清現行刑律》是曾付諸施行的。不過，未幾，清廷鼎覆，實際效力影響並不大，其所遺留於世的裁判史料，散見於《各省審判廳判牘》，茲僅摘錄刑案判決兩則，以明梗概。

宣統二年間，雲南高等審判廳有關「賣女與人爲使女案」云：「查此案李應昌價買周金品次女小文爲婢，事在《現行刑律》頒降之後，地方審判廳依例

---

<sup>60</sup> 參閱同上註42，前揭奏摺。

處罰，並無不合。惟周金品即周吉成夫婦親立契據，將女賣與李應昌為婢，因賒物不遂，乘李椿林死無質證，誣控李應昌以僱工作買婢，經該廳究明，始據供出實，與罪未發而自首者有間，該廳援自首律，輒免其罪，實屬引斷錯誤，亟應分別按律問擬。」<sup>61</sup>。

同樣發生於宣統二年間的貴陽地方審判廳「執械行劫拒傷事主案」云：「查現行律載：強盜已行，但得財者，不分首從，皆絞。又例載：強劫之案，但有一人執持洋鎗在場者，不論曾否傷人，不分首從，均斬立決；又尋常盜劫之案，其止聽囑在外瞭望，接遞財物，並未入室搜贓，亦無執持火器金刃情兇勢惡者，應免死減等，發遣新疆當差各等語。此案丁海青起意糾約曠海青等，並在逃之李青云、陳樹青，執持洋槍行劫楊鳳祥家，得贓拒傷事主平復。查丁海青雖未入室搜贓，惟係起意為首，自應按律問擬。丁海青、曠海青均合依『強盜已行，但得財者，不分首從，皆絞律』，擬絞立決。仍照『盜劫之案，但有一人執持洋鎗在場者，不論曾否傷人，不分首從，均斬立決例』，擬斬立決。游丙青聽從行劫，在外瞭望得贓，合依『尋常盜劫之案，其止聽囑在外瞭望，接遞財物，並未入室搜贓，亦無執持火器金刃情兇勢惡者，應免死減等，發遣新疆當差例』，擬發新疆當差。失贓照估追賠，木棒供棄免追，逸盜李青云等，獲日另結。此判。」。

由上述兩例，可見《大清現行刑律》雖於清宣統二年四月方頒佈施行，去其覆亡亦僅離年餘，但既為有效法，自應有其實務上之適用。而從該二判牘觀察，可以明顯看出，其判決文之結構，係先描述事實，再依法論事，最後得出結論，其體式已漸趨於繼受歐陸法後的判決格式。

---

<sup>61</sup> 有關清末各級審判廳適用《大清現行刑律》之實況，詳參《各省審判廳判牘》，〈判牘類〉，民國元年，法學研究社印行。上述兩案，詳參〈婚門〉及〈竊盜門〉。

## 二、民初北洋政府《大清現行刑律》民事有效部分的適用實態

民國肇建以後，於紀元，即行公布《暫行新刑律》，該律係由清宣統二年十二月間《大清新刑律》經過相當刪修後而成。其後，袁世凱於民國三年（1914）十二月又頒佈《暫行新刑律補充條例》十五條，此部普通法加上特別規定，施行至民國十七年六月方才壽終，是北洋政府統治時期（1912.04-1928.06）始終適用的刑法典。有趣的是，制定頒佈於清宣統年間的《大清現行刑律》，在這段期間內不但沒有完全在法制舞台上消失，反而以另一種形式為民國初期的司法所援用。

傳統中國法制，民事法向無獨立專典。綜觀唐律以降，歷代立法者並不以刑法、民法判然分離為必要，而併合民事規範於刑律之中。自晚清變法修律以來，期間雖曾二度草擬民法典<sup>62</sup>，惟因均未頒行，亦無正式民法典可言；而民國初期有關民事規範的制定法，實際上亦祇限於少數單行民事特別法令，當然不足以適應社會的需求。因此，北洋政府期間的民事案件審判，遇有法律缺而不備時，大體上係依據下列方式加以救濟：

1. 援引清宣統二年（1910）四月間所頒行的《大清現行刑律》中不與共和國體相牴觸的民事相關部分。
2. 援引民事習慣或引用當作法理的民法草案及判例等。

據查，民國甫經成立，臨時大總統即於元年三月十日頒令：「現在民國法律未經議定頒布，所有從前施行之法律及新刑律，除與民國國體牴觸各條應失

---

<sup>62</sup> 中國第一次民法草案，即《大清民律草案》，清宣統三年（1911）九月五日完成，第二次民法草案，亦即《民律第二次草案》，民國十四年（1925）先後完成。草案內容詳參民國修訂法律館編纂，《法律草案彙編》（一），民國15年初版，民國62年，台北，成文出版社重印。

效力之外，餘均暫行援用，以資信守，此令。」<sup>63</sup>由這個令文看來，前清施行的一切法律，除與共和國體牴觸者外，概為民國政府所承受。這項承受，其後亦經大理院三年上字第三〇四號判例所確認，其曰：「本院案：民國民法法典尚未頒布，前清之現行律，除制裁部分及與國體有牴觸者外，當然繼續有效。至前清現行律雖名為《現行刑律》，而除普通刑事部分外，關於特別刑法、民商事及行政法之規定，仍屬不少，自不能以名稱為刑律之故，即誤會其已廢。」<sup>64</sup>

實際上，刑法規範多是所謂的強行禁止規定，而依近代民法理念，如果違反民事強行規定，效力或屬無效，或得撤銷。大理院八年上字第八三二號判例亦指出：「民國民律未頒布以前，現行律關於民事規定（例如處某等罰罪亦如之等語），亦僅不能據以處罰，關於處罰行為之效力仍應適用，以斷定其為無效或得撤銷。故若引用該律文以判斷行為之效力，而不復據以制裁當事人，則其適用法律及不得謂為錯誤。」<sup>65</sup>如是，由原先的刑法規範轉換成民初用來斷定私法關係的民事規範，想來其承轉也並非過於突兀。

由此觀察，民國初期民事紛爭的審判法源依據，除少數民事特別法規外，主要係由《大清現行刑律》中的「民事有效部分」，以及包含習慣、判例並參酌民法草案在內的法理等所構成。

關於民初北洋政府十餘年間繼續適用《大清現行刑律》「民事有效部分」的主要內容及其運用實況，經初步彙整，依序列述如次：

---

<sup>63</sup> 參見《政府公報》，台北，文海出版社，民國57年影印本。

<sup>64</sup> 上揭案例全文，詳參黃源盛纂輯，《大理院民事判例全文彙編》，第一冊，頁31-32，未刊稿，國立政治大學法學院基礎法學中心典藏。

<sup>65</sup> 詳參同上註64，第一冊，頁191。

1. 服制圖：喪服總圖，本宗九族五服之圖，妻爲夫族服圖，妾爲家長族服之圖，出嫁女爲本宗降服之圖，外親服圖，妻親服圖，三父八母服圖。
2. 服制：有「斬衰三年」條、「齊衰杖期」條、「齊衰不杖期」條、「齊衰五月」條、「齊衰三月」條、「大功九月」條、「小功五月」條、「緦麻三月」條。
3. 名例：「給沒贓物」條，「稱期親祖父母」條，「稱日者以百刻」條，「稱道士女冠」條。
4. 戶役：「立嫡子違法」條，附條例六則；「收留迷失子女」條，「別籍異財」條，條例一則；「卑幼私擅用財」條，條例二則。

以「立嫡子違法」條作爲法源者，如大理院八年上字第二一九號：「按現行律例無子立嗣紊亂昭穆倫序之規定，原爲保護公益而設，應屬強行法規，其與此項法規相反之習慣，當然不能有法之效力。」<sup>66</sup>二年上字第三十五號：「查現行有效之前清律例，無子立嗣，除依律外，若繼子不得於其所後之親，聽其告官別立，細核立法精神，本爲保持家庭之和諧，繼子若不得於其所後之親，自難令其強爲嗣。」<sup>67</sup>四年上字第一二七一號：「現行律例有異姓不得亂宗之明文，故從前舊譜若將異姓之子與血統之子顯爲區別者，自不得輕改其例，以紊亂血統。」<sup>68</sup>十五年上字第五七四號：「按現行律例義子酌分財產，應以所後親喜悅並相爲依倚爲條件，且既稱酌分自應許養親或法院自由裁量。」<sup>69</sup>

---

<sup>66</sup> 詳參同上註64，第一冊，頁169。

<sup>67</sup> 詳參同上註64，第一冊，頁253。

<sup>68</sup> 詳參同上註64，第二冊，頁9。

<sup>69</sup> 詳參同上註64，第五冊，頁391。



5.田宅：「欺隱田糧」條，條例二則；「盜賣田宅」條，條例五則；「典賣田宅」條，條例三則；「棄毀器物稼穡」等條。

以〈田宅門〉中的條文作為審判依據者，如九年上字第一〇五號判例，其謂：「又按現行律例載：『告爭家財，但係五年之上並雖未及五年驗有親族寫立分書已定者，不許重分。』等語。」<sup>70</sup>又如四年上字第二二五號：「本院按前清現行律關於民事部份現仍繼續有效，該律內載：『若將已典賣與人田宅朦朧重覆典賣者，以所得重覆典賣之價錢追價還主，田宅從原典買主為業。』等語。是在現行法上，不動產之所有人以一不動產為二重買賣者，僅最初之買主取得其不動產之所有權，其嗣後所締結之買賣契約，無論其買主是否善意，要皆不過發生債法上之關係，而不能取得其不動產之所有權者，此定則也。」<sup>71</sup>

6.婚姻：「男女婚姻」條，條例三則；「典雇妻女」條，「妻妾失序」條，「逐婿嫁女」條，「居喪嫁娶」條，條例一則；「父母囚禁嫁娶」條，「尊卑為婚」條，條例一則；「娶親屬妻妾」條，「娶部民婦女為妻妾」條，「逃走婦女」條，「強占良家妻女」條，「僧道娶妻」條，「出妻」條，條例二則；「嫁娶違律主婚媒人罪」條，條例二則。

以「男女婚姻」條作為判決依據者，如六年上字第八四五號：「現行律載：『若再許他人，處罰，已成婚者，處罰。後娶者，知情與同罪，財禮入官；不知者不坐，追還財禮。女歸前夫，前夫不願者，被迫財禮給還，其女乃從後夫男家，悔者罪亦如之。』等語，是就該律類推解釋，男家悔約另聘已成婚者，如前女仍願與為婚姻，自應另娶前女，而後聘者令其別嫁，如不願與為

<sup>70</sup> 詳參同上註64，第二冊，頁267。

<sup>71</sup> 詳參同上註64，第四冊，頁244。

婚姻，自應准其解除婚約，自不待言。」<sup>72</sup>又如大理院八年上字第三二一號：「現行律內載，祖父母、父母俱無者，其於餘親主婚之順序雖未明定，然依據條理，其與訂婚男女同居而服制最近者，較別居之遠族，自應儘先有主婚之權。」<sup>73</sup>

以「妻妾失序」條作為審判依據者，如五年上字第一一六七號：「查現行有效之前清現行律，妻妾失序門內載：『若有妻更娶妻者，後娶之妻離異歸宗。』等語，是已有妻室之人，如果欺飾另娶，其後娶之妻，自在應行離異之列。」<sup>74</sup>

以「居喪嫁娶」條作為審判依據者，如九年上字第一〇六二號：「本院按：前清現行律，居喪嫁娶門條例內載：『孀婦自願改嫁者，由夫家祖父母父母主婚。』……（參照本院二五三號解釋例）。」<sup>75</sup>

以「娶親屬妻妾」條作為法源者，如四年上字第二四〇一號：「本院按：前清現行律，除制裁及與嗣後頒行成文法相牴觸之部份外，當然繼續有效。該律內載：『凡娶同宗無服之親及無服親之妻者，各處十等罰；若娶總麻親之妻及舅甥，各徒一年；小功以上，各以姦論；其曾被出及已改嫁而娶為妻妾者，各處罰。』等語，是同宗親之妻，依法均不許娶，至曾否被出及有無改嫁情事，原非所問，明文規定，意極顯然。」<sup>76</sup>

以「出妻」條為審判基礎者，如大理院四年上字第八一〇號：「本院按：

---

<sup>72</sup> 詳參同上註64，第二一冊，頁101。

<sup>73</sup> 詳參同上註64，第二一冊，頁357。

<sup>74</sup> 詳參同上註64，第二一冊，頁61。

<sup>75</sup> 詳參同上註64，第二〇冊，頁367。

<sup>76</sup> 詳參同上註64，第二一冊，頁12。

前清現行律出妻條例載：『期約已至五年，無過不娶。』等語，尋繹律意，期約二字，係指所定成婚之日期而言，參觀男女婚姻律載：『其應為婚者，雖已納聘財，期約未至，而男家強娶，及期約已至，而女家故違期者。』等語，其意自明。故律載五年無過不娶，聽告官改嫁者，必其定有成婚日期者始能適用，不能據以定婚之日起算。」<sup>77</sup>

7.犯姦：「犯姦」條，「親屬相姦律註」條，「縱容妻妾犯姦」條，「買良為娼」條，條例一則。

8.鬥毆：「妻妾毆夫」條，「毆祖父母父母」條，條例一則。

以〈犯姦門〉與〈鬥毆門〉條文為審判依據者，例如大理院三年上字八六六號：「又載：『夫毆妻至折傷以上，先行審問夫婦，如願離異者斷罪離異。』又載：『抑勒妻妾與人通姦者，婦女不坐，並離異歸宗。』等語，是離婚之制本為現行律例所認許，不過須具備一定之條件而已。」<sup>78</sup>

9.錢債：「違禁取利」條，條例一則；「費用受寄財產」條，條例二則；「得遺失物」條。

以「違禁取利」條作為裁判基礎者有：大理院七年上字第一四三八號：「前清現行律雖有年月雖多不得過一本一利之條，要非為商人拖欠之利息，雖與營業上結帳之時期，亦尚不得滾本計息。雖以贛省習慣為藉口，姑無論有無此種習慣，既於交易上之安全顯有妨礙，依本院歷來之判例亦難認為有法之效力。」<sup>79</sup>

<sup>77</sup> 詳參同上註64，第二〇冊，頁531。

<sup>78</sup> 詳參同上註64，第二二冊，頁349。

<sup>79</sup> 詳參同上註64，第一冊，頁153。

以「費用受寄財產」條為審判法源者，例如大理院七年上字第九一號：「又查現行律例載：『凡受寄人財務畜產，其被水火盜賊費失，顯有形跡者，勿論。』云者，係指費失之原因，確能證實其非人力所能抵抗者而言。若雖遭水火盜賊，而受寄之人力足抵抗，因其怠為相當之注意以致費失者，仍應負賠償之責。」<sup>80</sup>

以「遺失物」條為審判依據者，例如大理院三年上字第二九二號：「查現行律得遺失物門規定：『凡拾得遺失之物，限五日送官，若係私物應……。』」等語，此項規定依本院歷來判例自應適用。」<sup>81</sup>

以上相關部分，施行至民國十八年十月《中華民國民法》公布施行後，才被廢止，因此，如果說，《大清現行刑律》「民事有效部分」為民初大理院時期的「實質民法」，實在也有幾分道理在。

## 伍、結論—《大清現行刑律》的兩面評價

修律大臣沈家本於光緒三十四年，奏請編定《大清現行刑律》時，開宗明義即稱：「編定現行刑律以立推行新律基礎」；摺尾又說：「他日推暨新律不致有扞格之虞」，可以推想，《大清現行刑律》雖以《大清律例》為本，惟已大加刪訂，主要是想作為未來施行新刑律的先導。事實上，《大清現行刑律》的編修果也採取穩健、漸進的方式，對舊律例並未有突破性的變革，從而原《大清律例》所具有的基本精神也未受動搖。

就立法體裁言，《大清現行刑律》的總目，除維持〈名例〉外，罪條隨官制的更改，將由來於六曹分職的總目予以廢止。但仍保留總目下的三十門為律

---

<sup>80</sup> 詳參同上註64，第十冊，頁579。

<sup>81</sup> 詳參同上註64，第十冊，頁641。

目，並將附例隨列律條之後，保持「律」與「例」的形式區分，尚未依近代刑事立法體例，將各條等量齊觀；且律條下不以號碼標示，仍以文字表示，律文依舊深入小注。祇不過例內引論、引案時，已更改其語氣，較前合於立法體裁。

就內容來說，對於維護專制皇權、身分等級及綱常名教等實質內涵，大部分也維持舊制，例如，該律仍保留原清律中八議、議請減贖及十惡等律條，且將違犯禮教的行為列為十惡重罪處理。在其他相關罪名中，原清律的立嫡子違法、妻妾失序、妻妾毆夫、毆祖父母、父母、干名犯義、子孫違犯教令，無夫姦等項規定，也仍一一保留。

這也難怪，當年曾協助沈家本編纂《大清新刑律》的江庸(1878—1960)，後來對《大清現行刑律》也道出貶多於褒的評論：

是書僅刪繁就簡，除削除六曹舊目而外，與《大清律》根本主義無甚出入，與今之《新刑律》亦並未銜接，實不足備新舊律過渡之用，蓋與斯役者，皆刑部秋審處及刑幕人員，其學問、思想不能出大清律範圍之外也。<sup>82</sup>

可見，在改革派的心目中，《大清現行刑律》的立法理念，仍未脫《大清律例》的舊制老調，仍受制於保守派的刑事立法政策，其與《大清律例》相比，雖有若干體制上的更修，卻未見實質的變革。充其量，僅能視為清廷為應

---

<sup>82</sup> 參閱江庸，〈五十年來中國之法制〉，載《最近之五十年—申報五十年週年紀念》（1872-1922），上海，申報館發行，民國11年。又據董康說：「《大清現行刑律》為王世琪、許受衡、羅維垣、吉同鈞、周紹昌及董康六人所修訂。...意在作新陳過渡之用，大致採長安薛允升《讀例存疑》之說，回復唐律之處不少。」詳參董康，〈中國修訂法律之經過〉，收於氏著，《中國法制史講演錄》，頁158，香港，波文書局，出版年月不詳。

付局勢，所作的過渡性措施而已。不過，保守派人士對於該律，則多持肯定見解，如劉錦藻就說：

因新律尚難實行，舊律多不適用，另行修訂此篇，以備新舊過渡時代之用，名曰《現行刑律》。舉舊例之不合時用及繁重複雜之處，刪繁就簡，減重從輕，一本唐律之平恕，參用外國之新法，其刪除律文二十餘條，例文四百餘條，酌古今而得中，合中外為一爐，洵善本也。<sup>83</sup>

平心而論，沈家本雖精研中外法學，開明豁達，但囿於保守勢力的牽制；尤其，當奏請編定《大清現行刑律》之時，憲政籌備清單尚未具奏，新刑律實行年限亦未經宣佈。他深知，要更改法制，要汰舊用新，並非易事；此時，他實在無法，也不能放手有所作為，僅能依修律向章，大抵刪移歸併者為多，於新刑律少所印證。但他念茲在茲的是，即將繼受歐陸法制《大清新刑律》的嶄新立法，祇因一時無法折服守舊派的反對，在新法未出，舊律又未能遽廢之時，乃不得不有《大清現行刑律》過渡性的立法，此種「明修棧道，暗渡陳倉」的妙用，可以看出沈家本的智慧與無奈。

雖然如此，《大清現行刑律》在體制上，刪去按六部分職的總目規定。在刑罰制度上，也作了重大釐正，廢除已奏請停用的凌遲、戮屍、梟首三項，刪去緣坐、刺字諸法、停止刑訊等，洗刷二千年來深為人所詬病的惡制。刪去有關買賣人口、奴婢等規定；有關戶役內承繼、分產、婚姻、典買、田宅、錢債以及違約各條，應屬民事者，明定不再科刑<sup>84</sup>。又根據社會情勢的變遷，增加

---

<sup>83</sup> 惟劉氏對於根本主義，例如廢止緣坐之制，改笞杖為罰金；不分主賤，良賤相犯，均同凡論；儒師、弟子相犯，從凡論，則仍持反對見解。詳參同註24，劉錦藻撰，前揭書，頁994 2。

<sup>84</sup> 沈家本原擬將刑事與民事分開，一掃千餘年來民刑不分的法律體系，故說：「現行律戶役內，承繼、分產、婚姻、田宅、錢債各條，應屬民事者，毋庸再科。」而「憲政編查館」審

舊律所無者，如毀壞電杆、毀壞鐵路等罪名，以應時需，並刪併龐雜的例文。

細細考察，不難發現，《大清現行刑律》是《大清律例》的全盤性重新編定，是新舊遞嬗之交的權宜措施。雖然對於當時的刑律改革未見徹底，亦未能切實執行，但卻給向來習以用重的清廷刑曹一改舊觀，以為用輕典的預備，經此階段，循序漸進，於法律之革新，阻力之排除等均有所推進；可以說，在中國法制史上，它是比較進步的最後一部傳統法典<sup>85</sup>。尤其，值得注意的是，該法典的「民事有效部分」，在清帝國傾圮之後的民初的大理院時期竟仍被援引，以作為民事裁判的主要法源，沈家本地下有知，或有「江山易主，現行律竟存」的深深感嘆！

---

議結果，卻為觀念不清的折衷論，而云上述之區別，限於「係指純粹之屬於民事者言之」，「若婚姻內之搶奪，姦占及背於禮教違律嫁娶，田宅內之盜賣、強占，錢債內之費用、受寄，雖隸於戶役，揆諸新律，俱屬刑事範圍之內。凡此之類，均應照現行律科，不得謬為民事案件」。參閱《大清光緒法令》，第十九冊，〈憲政編查館會奏呈進現行刑律黃冊定本摺〉。另參林茂松，〈我國近代法制史上有關刑法及司法制度蛻變問題研究（上）〉，載《政大法學評論》，第六期，民國61年6月。

<sup>85</sup> 楊鴻烈稱「這部大加改良後的《大清現行刑律》，又經過這一番的揚鍊，不能不說是中國最後一而且是最進步的一部法典了」。詳參氏著，《中國法律發達史》，下冊，頁891，台灣商務，民國77年3月。

## ～ 目 錄 ～

編輯人員.....	<u>1</u>
凡例.....	<u>3</u>
帝制中國最後一部傳統刑法典 — 代序.....	<u>5</u>
目錄.....	<u>43</u>

## 第一部 《大清現行刑律·名例》校註與研究

壹、《大清現行刑律·名例》律例點校 .....	1
【五刑】 .....	2
【十惡】 .....	5
【八議】 .....	6
【應議者犯罪】 .....	7
【應議者之父祖有犯】 .....	9
【職官有犯】 .....	10
【文武官犯公罪】 .....	12
【文武官犯私罪】 .....	13
【犯罪得累減】 .....	14
【以理去官】 .....	15
【無官犯罪】 .....	16
【除名當差】 .....	17
【常赦所不原】 .....	18
【犯罪存留養親】 .....	20



【徒流人又犯罪】 .....	23
【老小廢疾收贖】 .....	24
【犯罪時未老疾】 .....	26
【給沒贓物】 .....	27
【犯罪自首】 .....	30
【二罪俱發以重論】 .....	33
【犯罪共逃】 .....	34
【同僚犯公罪】 .....	35
【公事失錯】 .....	36
【共犯罪分首從】 .....	37
【犯罪事發在逃】 .....	38
【親屬相為容隱】 .....	40
【處決叛軍】 .....	41
【蒙古及入國籍人有犯】 .....	42
【本條別有罪名】 .....	43
【加減罪例】 .....	44
【稱乘輿車駕】 .....	45
【稱期親祖父母】 .....	46
【稱與同罪】 .....	47
【稱監臨主守】 .....	48
【稱日者以百刻】 .....	49
【稱道士女冠】 .....	50
【斷罪依新頒律】 .....	51
【斷罪無正】 .....	52
【五徒三流二遣】 .....	53

貳、《大清現行刑律·名例》律例解析與研究 .....	57
一、《大清現行刑律》八議制相關條文解析 .....	58
二、《大清現行刑律·名例》「職官有犯條」解讀 .....	78
三、《大清現行刑律·名例》「以理去官條」點校解讀 .....	93
四、《大清現行刑律·名例》「犯罪存留養親條」解讀.....	112
五、《大清現行刑律·名例》「二罪俱發以重論條」解讀...129	
六、《大清現行刑律·名例》「共犯罪分首從條」解讀.....	150
七、《大清現行刑律·名例》「親屬相為容隱條」解讀.....	170
八、《大清現行刑律·名例》「本條別有罪名條」解讀.....	194

## 第二部 《大清現行刑律》民事有效部分校註與研究

壹、《大清現行刑律》民事有效部分律例校註.....	209
〈服制〉 .....	210
【斬衰三年】 .....	210
【齊衰杖期】 .....	211
【齊衰不杖期】 .....	212
【齊衰五月】 .....	213
【齊衰三月】 .....	214
【大功九月】 .....	215
【小功五月】 .....	216
【總麻三月】 .....	218
〈名例〉 .....	220
【給沒贓物】 .....	220
【稱期親祖父母】 .....	221

【稱日者以百刻】 .....	238
【稱道士女冠】 .....	239
〈戶役〉 .....	240
【立嫡子違法】 .....	240
【收留迷失子女】 .....	651
【別籍異財】 .....	652
【卑幼私擅用財】 .....	675
〈田宅〉 .....	767
【欺隱田糧】 .....	767
【檢踏災傷田糧】 .....	770
【盜賣田宅】 .....	791
【典賣田宅】 .....	840
〈婚姻〉 .....	905
【男女婚姻】 .....	905
【典雇妻女】 .....	1047
【妻妾失序】 .....	1049
【逐婿嫁女】 .....	1063
【居喪嫁娶】 .....	1064
【尊卑為婚】 .....	1108
【娶親屬妻妾】 .....	1113
【娶逃走婦女】 .....	1134
【強占良家妻女】 .....	1135
【僧道娶妻】 .....	1136
【出妻】 .....	1137
〈錢債〉 .....	1227
【違禁取利】 .....	1227

【費用受寄財產】 .....	1286
【得遺失物】 .....	1300
〈犯姦〉 .....	1304
【犯姦】 .....	1304
【縱容妻妾犯姦】 .....	1312
【買良為娼】 .....	1343
貳、《大清現行刑律》民事有效部分專題研究 .....	1347
一、大清現行刑律的民事有效部分	
—從《大清現行刑律》中「立嫡子違法條」出發 .....	1348
二、《大清現行刑律·別籍異財條》之適用	
—以「同居共財」家庭成員間之財產問題為中心 .....	1384
三、大清現行刑律的民事有效部分	
—從大清現行刑律中「典賣田宅條」為中心 .....	1407
四、天地陰陽，人間男女	
—看《大清現行刑律》〈男女婚姻條〉之通古變今 ...	1447
五、從《大清現行刑律》〈妻妾失序〉規定之適用	
—談民國初年（1912-1928）重婚之後婚效力 .....	1478
六、以《大清現行刑律·娶親屬妻妾條》為中心	
討論清末民初（1902~1928）禁婚親之問題 .....	1505
七、孔雀東南飛—從民初大理院判例	
看大清現行刑律中「離婚」規範的適用 .....	1533
八、利率限制規定在中國法制上的變遷—以民初大理院	
適用《大清現行刑律》民事有效部分為中心 .....	1566
九、民初法制上公法與私法的灰色地帶	
—從《大清現行刑律》〈失時不修堤防〉談起 .....	1584

