

1935年《中华民国刑法》对中国传统法的继承

罗旭南

(海南大学 法学院,海南 海口 570228)

摘 要 1935年的《中华民国刑法》,依据世界各国最新刑法学说和立法体例制定的同时,对中国家族本位的法律精神与法律制度进行改造并加以继承。近年来的“刑法修正案”与司法解释,显示出刑事立法与司法的一些内容向传统回归的表现。回顾1935年的《中华民国刑法》对中国传统法的继承,分析近代刑法继承中国传统法的特点与学理,固有传统法制在近代的转换或许可以留给我们诸多的启示。

关键词 南京国民政府 1935年《中华民国刑法》(《三五刑法》) 中国传统法

中图分类号 D924

文献标识码 A

文章编号 1002-3240(2012)01-0095-04

中国近代法制史上最后一部刑法——1935年《中华民国刑法》(下称《三五刑法》)的制定,面临着清末以来刑法近代化如出一辙的难题:即在刑法的制定过程中,一方面要依据世界各国最新刑法学说和立法体例,另一方面则必须面对固有刑法传统。南京国民政府的刑事立法者们在西方刑法理论与中国传统法制之间,是如何面对中国刑法传统并完成《三五刑法》制定的?在探究中国传统法文化如何转换,寻找发掘建设现代法治文明之传统文化资源的今天,以及近来的“刑法修正案”与司法解释的一些内容向传统法回归的当下,以《三五刑法》继承中国传统法为视角,研究其如何继承中国传统法,最终完成科学、完备与进步之刑法典的制定,仍不失为一个有意义的论题。

一、《三五刑法》的制定

1927年南京国民政府奠都南京后,在援用北洋政府《暂行新刑律》的同时,司法部长王宠惠受命在训政体系下负责制定刑法典。刑法典草案以北洋政府的《刑法第二次修正草案》为基础,并吸收德日的刑法理论略加修改而成。该刑法草案于1928年3月在立法院三读通过并公布,同年9月1日施行,定名为《中华民国刑法》,通称“旧刑法”或《二八刑法》。南京国民政府在《二八刑法》颁布后不久,因其不适应国内外形势,于1931年即再责立法院刑法起草委员进行修改,历时三载,四易其稿。草案最后于1935年1月1日颁布并于同年7月1日实施,是为《三五刑法》(又称“新刑法”)。《三五刑法》分为总则、分则两编,47章,387条。总则包括法例、刑事责任、未遂犯、共犯、刑名、累

犯、并合论罪、刑之酌科、加减例、缓刑、假释、时效等计99条,12章,分则共计258条,分35章。刑法典规定了适应社会进步、经济发展因素等相关的许多罪名,同时也基于固有传统法律确定了一些罪名。

《三五刑法》建构在西方刑法体系的基础之上,体现了西方刑法反对封建罪刑擅断、反对封建等级制度、反对残酷刑罚的精神。它总结了清末以来刑事立法的经验和教训,“参酌最近外国立法例”,秉承大清新刑律所确定的罪刑法定、罪刑等价、刑罚人道的三大原则,并加入社会防卫理论。奠都南京的民国政府,制颁法典,确立近代“六法”体系,大部抄袭西方法制。尽管如此,《三五刑法》在大量沿袭西方刑法理论的同时,也体现出“保存国粹”、“弘扬中华文化”的精神,在相当层面上继承了中国固有宗法伦理的内容。

二、《三五刑法》继承中国传统法之表现

(一)刑法总则对中国传统法的继承

1. 对传统恤刑原则的继承

《三五刑法》制定之初,司法部拟定的中华民国刑法修订要旨中之第十个方面规定,“未满十八岁人,与已满八十岁人,不得处死刑无期徒刑,以示矜宥。”^[1]在这一原则的指导下,总则关于刑事责任的规定采取三分制,规定:“未满14岁人之行为,不罚。14岁以上未满18岁人之行为得减轻其刑。满80岁人之行为,得减轻其刑。”(第18条)“瘡哑人之行为,得减轻其刑。”(第20条)这实际是传统老幼废疾减刑的传统,体现出中国传统的恤刑主义精神。

恤刑观念和制度,在中国法律社会具有悠久的历史

史传统。清末修定的《大清新刑律》中的刑事责任年龄的规定,体现了中国传统的恤刑主义。《大清新刑律》规定:“瘡哑人或未满十六岁人或满八十岁人犯罪者,得减本刑一等或二等。”(第50条)理由是,“八十岁以上精神渐昏眊……自不能与普通之犯罪者同论,故酌量情节,减轻本刑一等或二等。”^[2]《刑法第二次修正案》规定的刑事责任年龄也沿袭清末的改革成果,规定:“满八十岁人或聋哑人犯罪者,减本刑一等。”(第51条)此后,南京国民政府的《二八刑法》,主要是在《刑法第二次修正案》的基础上完成的。《三五刑法》继承了传统恤刑的精神和近代法律的改革成果,更加系统地规定老人得减免刑罚。

我国台湾学者戴炎辉先生将恤刑主义(原则)归纳为死刑的恤刑、对于特别身份人的恤刑、从轻法、数罪的恤刑、刑之减免、因罪人而致罪者的宽刑等六种具体的表现。^[3]《三五刑法》刑事责任年龄三分制的规定吸收了西方大陆法刑事责任年龄的规定,同时保留了中国传统的“特别身份人的恤刑”的制度,一方面是“恤幼”的精神,另一方面是“满80岁人减刑”的“矜老”精神,表明《三五刑法》继承传统法中重视刑罚预防犯罪的功能。

2. 对传统自首原则的继承

《三五刑法》中关于“自首”的解释是,于侦查机关尚未发觉犯罪之前,行为人向该管机关申告自己之犯罪事实,而自愿接受法院之裁判者,称自首。^[4]对于自首者,《三五刑法》规定,“对于未发觉之罪自首而受裁判者,减轻其刑,但有特别规定者,依其规定。”(第62条)《三五刑法》不仅继承了我国《唐律·名例律》中关于“诸犯罪未发而自首者,原其罪”的规定,也继承了清末以来“自白”的概念。《大清新刑律草案》有“自首”“必须具备四要件:一、自己之犯罪。二、必于觉前。若于发觉后告言己罪,乃告白,非自首。三、告知于官。惟例外告知被害者,亦准自首法。四、于官署就审判。四者不备即不得准予自首也”的规定。^[5]这里说明了自首必须具备的条件,同时也说明“自白”的含义。关于“自白”的解释是,若于该管公务员已然发觉犯罪之后,方自动到案者,仅得以“投案”视之,至于投案后处于自愿而供述不利于己之犯罪内容者,则系“自白”,与自首间尚属有别。^[6]清末以来至民国将“自首”与“自白”概念的区分,是传统法的“自首”继承和发展。近代之“自首”一如传统,以“犯罪未发”为前提,如此才能“原其罪”,即免除刑罚。“自白”则是以“犯罪已发”为前提,“自白”者不能“原其罪”,只能减轻刑罚。

(二)刑法分则对传统刑法罪名及其精神的继承

《三五刑法》在体现近代刑法新罪名的同时,不少罪名继承了传统法。分则中的罪名排列,继承了清末以来依据立宪而确立权宜的轻重而安排,即按照国家治安、公益、国民权益的次序“集类分章,略分序次。”

1. 国家治安方面继承传统法的罪名

主要体现在继承清末以来的“内乱罪”的设置上。《三五刑法》规定的“内乱罪”分为“普通内乱罪”和“暴动内乱罪”两种。“普通内乱罪”是指“意图破坏国体、窃据国土,或以非法之方法变更国宪、颠覆政府,而以强暴或胁迫著手实行者。”“暴动内乱罪”则是“以暴动犯前条第一项之罪者。”(第100条及第101条)沈家

本在清末曾说明了“内乱罪”源于十恶之谋反。^[7]民初的刑法继承了这一传统罪名的设置。但将“内乱罪”分为“预备犯”及“阴谋犯”的处治条款。《三五刑法》继承了此前的法律成果。

2. 维持社会公益而体现传统法精神的罪名

传统社会有对各级官吏给予特权法保护,但对官吏犯罪也有比常人更加严厉的处罚。如古代官吏犯罪有公罪和私罪的区分,“公罪”是因公事而过失犯,“私罪”是不因公事或者故犯。两罪在处罚原则上私罪处罚为重。这一法律的规定,实质上是使危害社会公益,伤害实行公务的官吏,不可以与凡人同论。《大清新刑律》在急功近利制定的过程中,丢失这一传统的不少规定。但《三五刑法》为继承了传统法这一精神。表现在:

(1)公务人员犯罪特别加重的犯罪。第二百六十一条关于“公务员强迫栽种罂粟或贩运罂粟种子罪”规定,“公务员利用权力强迫他人犯前条(指“栽种罂粟或贩运罂粟种子罪”)之罪者,处死刑或无期徒刑”。而一般主体犯“栽种罂粟或贩运罂粟种子罪”,分别情况,只判处五年以下或三年以下有期徒刑。

(2)公务人员犯罪一般加重的犯罪。此处的“一般加重”是相比较上述的特别加重而言。如侵占罪加重,专门规定了“公务公益侵占罪”。“对与公务上或因公益所持有之物,犯前条第一项之罪者,处以一年以上七年以下有期徒刑,得并科五千元以下罚金”(第336条)。而对“普通侵占罪”的量刑是五年以下有期徒刑、拘役或科或并科以千元以下罚金。此外,还有对公务人员规定“加重刑至二分之一”之类的犯罪。这类犯罪主要有:“非纯粹渎职罪”,条文规定“公务员假借职务上之权力、机会或方法,以故意犯本章(渎职罪)以外各罪者,加重刑至二分之一”(第134条),非纯粹渎职罪也称准渎职罪,是指公务人员滥用职权犯渎职罪以外的行为。“媒介性交或猥亵罪”:“公务员包庇他人犯该罪,依各该条之规定加重其刑至二分之一”(第231条)。“公务员包庇赌博罪”规定:“公务员包庇他人犯本章(赌博罪)各条之罪者,依各该条之规定,加重其刑至二分之一”(第271条)。

3. 保护国民权益而体现传统法精神的罪名

为了维护儒家传统的秩序的理性主义而保护国民权益,这些罪名可以分为以下两个方面。

(1)体现传统“准五服以制罪”精神的罪名

中国传统的“准五服以制罪”,是指家族范围的亲属间的犯罪,据五等丧服所规定的亲等来确定罪与非罪或刑罚的轻重。这一原则为《晋律》首创。《三五刑法》中体现这一精神的罪名包括:

首先是对直系血亲尊亲属有杀伤、诬告、遗弃、妨害自由等犯罪行为,比侵犯常人加重处罚。这些罪名主要规定在“杀人罪”、“伪证及诬告罪”、“伤害罪”、“剥夺行动自由罪”、“侵害坟墓尸体罪”与“遗弃罪”等相关罪名中。如对普通的杀人罪规定,“杀人者,处死刑、无期徒刑或十年以上有期徒刑。”(第271条)但对杀直系血亲尊亲属罪,则设有“处死刑或无期徒刑”相对较重的刑罚规定。对普通的“伪证及诬告罪”,处七年以上有期徒刑。但“意图陷害直系血亲尊亲属,而犯前条之罪者,加重其刑至二分之一。”(第170条,加重

诬告罪)对普通的伤害罪,“伤害人之身体或健康者,处三年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罚金。”《三五刑法》改造了“准五服以制罪”的原则,废弃了尊长犯卑幼减刑的规定,但继承了卑幼犯尊长加重处罚的精神。《三五刑法》对“对于直系血亲尊亲属”犯“剥夺行动自由罪”、“侵害坟墓尸体罪”、“违背法令契约遗弃罪”等罪,都要比普通入犯该罪的处罚“加重其刑至二分之一”。

再次是“血亲性交罪”规定。《三五刑法》继承了历代法律对平民间的亲属相奸行为严加惩罚的精神。这一立法精神维护亲属间性的禁忌并将其置于其他伦纪之上,不分尊卑长幼都必须绝对遵守。《三五刑法》之“血亲性交罪”规定:“与直系或三亲等内旁系血亲为性交者,处五年以下有期徒刑。”(第230条)

最后是关于“亲属相盗罪”,传统法的规定与其他亲属相犯的罪名相反,其刑事责任轻于平常人。亲属之间相盗的刑事责任的轻重与亲属关系的亲疏成反比例,亲属关系越亲所负刑事责任越轻,亲属关系越疏所负刑事责任越重。其意是亲属之间,不论同居、另居,还是本宗或外姻,凡是相盗财物者,都要追究刑事责任,但比凡人之间相盗,处分要减轻,亲属关系越近处分越轻,反之则渐重。《三五刑法》之“亲属相盗罪”规定:“于直系血亲、配偶或同财共居亲属之间,犯本章之罪(指盗窃罪),得免除其刑。前项亲属或其他五亲等内血亲等内姻亲之间,犯本章之罪者,须告诉乃论。”(第324条)

(2)体现传统“亲属容隐”精神的罪名

这些罪名主要有“藏匿人犯及湮灭证据罪”和“伪造或湮灭刑事证据罪”。两罪中专门规定了“配偶、五亲等内之血亲或三亲等内之姻亲,图利犯人或依法逮捕拘禁之逃脱人,而犯第一百六十四条或第一百六十五条之罪者,减轻或免除其刑。”(第167条)另外,“脏物罪”中专门规定了“亲属间的脏物罪”,明文规定:“于直系血亲、配偶或同财共居亲属之间,犯本章之罪者(指脏物罪)得免除其刑。”(第351条)

三、《三五刑法》继承中国传统法之特点

1.以西方罪刑法定等三大原则作为刑法的根本原则

《三五刑法》总的依据清末以来的罪刑法定主义,罪行等价主义和刑罚人道主义而制定。罪刑法定主义主张犯罪与刑罚,都必须由法律明文规定。犯罪等价主义则体现了同罪同罚,不得因行为人的身份、地位、性别、种族等方面的不同而在定罪与量刑上而有不同。刑罚人道主义则体现在它秉承了清末法制改革废除封建酷法的精神,革除“不仁”、“不正”、“不德”的肉刑、体罚与刑名,建立以自由刑为中心的近代刑罚体系。《三五刑法》的制定,在立法的指导思想与内容上与《二八刑法》相比发生了较大变化,它基于世界各国最新刑法学说以及民权主义的平等观念,革除了北洋政府刑法与《二八刑法》中的礼教内容,废除了《暂行新刑律》以来的五服制罪以及中国传统以男系为中心的宗亲、外亲、妻亲的分类方法。以西方罪刑法定等三大原则作为刑法的根本原则,但保留中国传统法的精神。

2.只在一定的范围内保留中国传统法精神

南京国民政府的立法者们在立法上提出了“社会本位”的指导思想。立法院长胡汉民先生以为,传统中国的家族本位法律制度比西方个人本位的法律制度具有进步性。“以这种法律制度同我们中国历史上家族主义的法律制度比较,在原则上实在远比我们中国家族的制度落后一步。因为欧美以个人主义为立法的单位,而中国则已进而以家族团体为单位了。”^[6]立法者们“一方固应依据最新刑法学说,并采择世界各国最新立法例从事整理”,却也“改订妨害风化、婚姻、家庭等罪,以扶植民族之发展。”^[6]毋庸置疑,立法者在强调西方罪刑法定等三大原则的同时,仍然倡导保留传统中国的家族本位部分精神原则。

南京国民政府的新法典,在采取人格平等之思想,从而对传统法制下,因身份之尊卑亲疏关系,而赋予等差待遇之法条,基本上均予删除……其与法律上人格平等抵触之视身份尊卑亲疏而有差等待遇之法规,并未完全弃守,而是采取了一种折衷的态度,此在当时在相对的意义上的不失为一种进步。^[7]

3.总结和吸取了清末以来对中国传统法的整合经验和成果

清末的刑法变革,立法者在继受西方最先进、最普遍使用的法律及其原则中,不忘求适合于民情的传统法文化。但清末法律变革缘于内外压力,急求治外法权的收回。立法者期望通过修律活动全面否定儒家礼教观念及其宗法伦理的影响,颁布了较多西方近代法律色彩的《大清新刑律》,立法上的超前最后引发“礼法之争”。民初之刑法,体现“中国旧律,首重服制,除祖父母父母外,其于期亲以下,有犯俱视寻常加严”^[8]等传统服制精神。《三五刑法》是将北洋政府时期《第二刑法修正案》复修正二十余条而成。它改变旧律尊长对卑幼有犯减轻处罚的不合理的规定,改变和奸无夫妇女构成犯罪的规定等,“对于中国古代因当事人身份、地位不同而实施同罪异罚的等级法律制度以及以身分为主的刑罚体系,民国刑法多依据罪刑等价、刑罚人道主义原则作了彻底地变革。”^[9]它吸取了民初刑法草案继承传统法大部分的成果,在秉承清末以来的立法经验和成果的基础上,成为中国近代刑法的集大成者,是“民国一部最科学、最完备、最进步的一部刑法典”。^[9]

四、《三五刑法》继承中国传统法之学理

1.传统社会生活条件在民国的社会中仍然具有普遍意义

传统的法律是在特定的社会历史条件下生成和发展延续下来的。尽管民国立法者们以国民革命的理念扫除旧时代的积弊,以大陆法系各国刑法为主要参考,制定民国刑法。但他们不可能将民国新纪元、新时代的社会生活条件与历史传统割裂开来,而使之处在历史长河的孤立状态中。“中国的社会制度便是家族制度。传统中国把社会关系归纳成五种,即君臣、父子、昆弟、夫妇、朋友。在这五种社会关系中,三种是家庭关系,另两种虽不是家庭关系,却也可以看作是家

庭关系的延伸。譬如君臣关系,被看成是父子关系,朋友则被看作是兄弟关系,此外,还有许多……”^[10]

在民国社会,影响着人们由来已久的儒家观念、传统的家族制度及其经济制度的方方面面不可能于即刻间消除。民国作为新时代的开端,它不可避免地要从过去的历史阶段中继承下来许多既定的成分。“法是社会生活的反映,尽管这种反映是通过人们的社会意识做出的,尽管立法者在表现社会生活条件时有一定范围的选择自由,但是只要那些延续下来的生活条件在现实的社会中具有普遍意义,那么,反映这些条件的既有规则就会或多或少地被继承下来并被纳入新的法律体系之中。”^[11]朱勇教授关于民国社会中传统的“礼”与近代“法”仍然相互作用的想法颇为中肯。“中国是礼教社会,对礼教社会的维护,既需要道德准则通过舆论和良心来起作用,也需要通过法律这一国家强制手段。没有法律的维系,难以确立礼教社会的伦常次序,同样,排除伦理内容的法律,也难以当时的社会所接受。”^[12]

2 法律的相对独立性决定了传统法在民国社会得以延续和继承

法律作为社会意识的一个部分,它由社会存在或经济基础决定。但它同时具有相对的独立性,这一相对的独立性,决定了法律在每一历史时期的社会意识及其诸形式都同它以前的成果有着继承关系。为此,《三五刑法》在内容上既要反映近代法制发展的社会要求,又要保留历史形成的传统法,这种传统法必须是在民国历史条件下,根据民国社会新形势加以改造、补充和发展的近代法。“正是由于这种历史的继承性,社会意识及其诸形式的发展才能持续而不中断,才有其可追溯的历史线索。同时由于历史继承性在不同条件下的表现,才形成了各具特色的民族传统和历史传统。”^[13]此外,在民国社会的历史条件下,传统自然经济与家长制仍然是法律调整的范围,《三五刑法》不可能在内容上回避礼教传统和伦理道德的内容。

五、结语

陈顾远先生对于中国传统法与民国刑法的关系

参考文献:

- [1] 中华民国刑法修订要旨 [DB/OL]. 中国法律文化网 law-culture@163.com, 2011-05-20.
- [2] 怀效锋.清末法制变革史料(下卷)[M].北京:中国政法大学出版社,2010.118,91,103.
- [3] 戴炎辉.中国法制史[M].台北:三民书局,中华民国八十七年29-30.
- [4] 黄宗乐.模范六法[M].台北:保成文化事业出版公司,中华民国八十八年1438,1438.
- [5] 胡汉民.胡汉民先生文集(第四册)[M].台北:台湾中国国民党中央委员会编辑,1978.782,889.
- [6] 谢振民.中华民国立法史(下册)[M].北京:中国政法大学出版社,2000.920,889.
- [7] 黄静嘉.在现代化浪潮下之法律继受过程中,如何面对固有的传统法制问题[A].历史法学[C].法律出版社,2008.8-12.

曾说过:“今日刑事法规虽因清末变法,以外国制度为蓝本。然如自首减免其刑、亲属容隐、恤囚慎狱、大赦特赦,我国早有其制。而刑之轻重,刑之加減,刑之种类,更有其精深之理论与效用。纵不尽合于今之世,但如经吾人细心参证,实有大量珍宝得发掘焉。”^[13]《三五刑法》对中国传统法的继承充分说明:中国传统法是可以为近代法治提供法律文化资源的。

目前,我国的“刑法修正案”与司法解释的一些内容有向传统回归的表现。早在1998年3月10日最高人民法院关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释中就规定:“偷拿自己家的财物或者近亲属的财物,一般可不按犯罪处理;对确有追究刑事责任必要的处罚也应与在社会上作案的有所区别。”^[14]近期的《中华人民共和国刑法修正案(八)》就重新修改规定,“已满七十五周岁的人故意犯罪的,可以从轻或者减轻处罚;过失犯罪的,应当从轻或者减轻处罚。”(刑法第十七条之一)并将刑法第四十九条修改为:“审判的时候已满七十五周岁的人,不适用死刑,但以特别残忍手段致人死亡的除外。”^[15]

中国法律在实现近现代化的过程中,法律移植一直居于主导地位,其结局是西方理性观念和宗教意识与中国传统法律文化严重地对峙和冲突。近年来,不少学者呼吁充分吸收传统法律文化精华,以传统为基础接纳现代西方法律文化,对中国传统法进行创造性转化。“对传统法律文化的重视与承继,更多地不是因为它具有优点,而是因为它构成我们生活与思考的方式本身。”^[16]“作为一种信念伦理,传统中国法律是一种特别注重秩序的理性主义。儒家思想的理性在本质上具有和平主义的性质,是一种秩序的理性主义。传统法律的这一秩序要求,是要确证宗法社会秩序的合法性与权威性。但是,摒弃其宗法主义的本体基础,继承有机的社会秩序及其合理的规范选择模式,这依然是时下正在展开的法制现代化的内在需求。”^[17]《三五刑法》对中国传统法的继承不能再一概将其定义为继承封建余毒,嗤之以鼻。吸取精华,摒弃糟粕,应是继承优秀法律文化传统应有的务实态度,当今刑法及其司法解释向传统的回归说明了这一点。

- [8] 王立民.中国法制史[M].上海:上海人民出版社,2003.467.
- [9] 杨鸿烈.中国法律发达史[M].商务印书馆,1936.1053.
- [10] 冯友兰.中国哲学简史[M].天津社会科学出版社,2005.18-19.
- [11] 张文显.法理学[M].北京:法律出版社,1997.206,207.
- [12] 朱勇.中国法制史[M].中国政法大学出版社,1999.537.
- [13] 范忠信,尤陈俊,瞿文.中国文化与中国法系——陈顾远法律史论著[M].北京:中国政法大学出版社,2006.537.
- [14] 郑可梯.中华人民共和国刑法分解集成全书[M].北京:法律出版社,2009.282-283.
- [15] 中华人民共和国刑法修正案(含刑法修正案八)[M].北京:法律出版社,2011.2.
- [16] 王人博.中国法制现代化的历史[M].北京:知识产权出版社,2010.196.
- [17] 徐永康.法理学[M].上海:上海人民出版社,2003.163.

[责任编辑:周玉林]