

垦租二石，义租五斗（未婚者工半床计）。”在北齐的赋税制度中，已婚和未婚有很大差别。从北齐的均田到唐德宗建中元年（公元七八〇年）实行两税法之前，均田制一直是封建国家主要的生产形式。而建立在均田制上的租庸调是封建政权赖以生存的物质基础。以一夫一妻为征收单位的婚姻在经济生活中越来越重要的作用，推动了婚姻从习惯法向成文法的转变。在公元六世纪首先出现了专门的婚律篇目，以后由于生产力的不断发展，使得生产、分配和交换的关系更加复杂，社会上由婚姻引起的财产纠纷和刑事诉讼日益增多，促使历代婚姻法逐步完善，到了唐代，男女婚姻的成立，必须要有严格的法律手续——“婚书”，终于出现在唐律中。

综上所述，唐代以“婚书”作为法律依据替代过去的习惯法，在我国婚姻发展史上，是一个重要的变化。从这一发展过程中，我们也清楚地看到了，正是封建社会中广大劳动人民创造了巨大的物质财富，促进了社会生产、交换和分配的广泛联系，推动了封建法典的不断完善。

《大清新刑律》与《大清现行刑律》辨正

李 贵 连

光绪二十七年（1901年）至宣统三年（1911年），清政府在推行“新政”和仿行“立宪”的招牌下，进行了一次修订法律的活动。由修订法律大臣沈家本等主持，制订出诸如《大清新刑律》、《大清民律草案》、《大清商律草案》、《刑事诉讼律草案》、《民事诉讼律》、《法院编制法》等一系列中国法律史上所没有的新法律。以此为契机，中国封建法律开始向半封建半殖民地转化。

但是，由于这次修律时间短促，过程复杂，清王朝又很快被辛亥革命的巨浪吞没，所以，不但资料混乱，而且解释上也往往出现偏误。《大清新刑律》与《大清现行刑律》的关系，就是其中的一例。

一、《大清新刑律》和《大清现行刑律》是否同一法律

《大清新刑律》（以下简称《新刑律》）与《大清现行刑律》（以下简称《现行刑律》）都是清末新制定的重要法律。它们之间的关系怎样呢？

一九八〇年上海辞书出版社出版的《法学辞典》（简称《辞典》，下同）“大清现行刑律”条说：

“大清现行刑律 清宣统二年（1910年）颁布的刑法典。清末资产阶级革命派反对帝制，改良派要求变法，清王朝为了适应帝国主义和地主官僚买办阶级的需要，决议修订《大清律》。先由修订法律大臣沈家本等，仿照资本主义国家刑法体例，掺和封建法律，于光绪三十三年（1907年）撰成《大清新刑律草案》共三百八十七条。次年又进行修改，订名《大清现行刑律》于宣统二年颁行，计三百八十九条，内容有‘关于帝室之罪’、‘关于内乱之罪’、‘关于国交之罪’、‘关于外患之罪’、‘关于漏泄机务之罪’、‘关于妨害公务之罪’、‘关于逮捕监禁者脱逃之罪’、‘关于藏匿罪人及湮没证据之罪’等细则。这个刑律未及施行，清王朝即

告覆亡。后为北洋政府所援用”。(见第37页)

“沈家本”条说:

沈家本“参考资本主义国家刑法,修改《大清律例》为《大清新刑律草案》,后经宪政编查馆核议,修订为《大清现行刑律》,在刑法上作了局部修改。”(见第345页)

中华书局一九八〇年北京版《中国近代史知识手册》(简称《手册》,下同)“大清新刑律”条说:

“大清新刑律 1910年颁布。先由《大清律例》改为《大清现行刑律》,不久,又参照资本主义国家刑法体例修订成《大清新刑律》”。(见第231页)

按照《辞典》、《手册》上列三个条目的解释,《新刑律草案》是由《大清律例》“修改”而来;宪政编查馆把《新刑律草案》“修改”“修订”为《现行刑律》;《现行刑律》经过“修订”变成《新刑律》;“关于帝室之罪”等等细节,就是《现行刑律》三百八十九条的内容,《现行刑律》“未及施行,清王朝即告覆亡”。

清末立法资料证明,《辞典》、《手册》的这种解释是错误的,与历史事实不符。《新刑律》与《现行刑律》是两个各不相同的法律,它们之间没有如此直接的承袭关系。

这两部法律都由沈家本主持制定。但是,它们编定的时间、过程、理由、体例、内容是各不相同的。

制定时间和过程比较:

光绪三十四年(1908年)正月二十九日,沈家本、俞廉三向清廷《奏请编定现行刑律以利推行新律基础折》,请求继续“删订旧有律例及编纂各项章程”,编定后“定其名曰现行刑律”。《现行刑律》的名字由此而始。这里的“旧有律例”就是《大清律例》。^①

同年五月廿八日,宪政编查馆大臣奕劻会同法部上奏,赞同沈家本等的意见。^②《现行刑律》正式开始编订。

宣统元年(1909年)八月二十九日,沈家本、俞廉三主持编订《现行刑律》告竣,奏上清廷。^③

同年十二月二十三日,奕劻将宪政编查馆核议后的《现行刑律》进呈,请求将原稿和核订稿一起交沈家本等缮写后刊印颁行。^④

宣统二年四月初七日,奕劻、沈家本联衔奏进缮写后的《现行刑律》定本。清廷随即下谕:“著将刊刻成书,颁行京外,一体遵守。”并要求各级官吏“务当悉心讲求,依法听断,毋得任意出入,致滋枉纵。”^⑤

是年九月初二日,《现行刑律》刊印告竣,奕劻、沈家本再次联衔上奏,请求“嗣后凡内外问刑各衙门,悉照此次刊定之本为凭”,不准援引其他版本。^⑥

《现行刑律》的编定经过大略如此。根本不是“光绪三十三年(1907年)撰成《大清新刑律草案》……次年又进行修改,订名《大清现行刑律》于宣统二年颁布”。宪政编查馆也没有把《新刑律草案》“修改”“修订”成《现行刑律》。

奕劻、沈家本在最后这个奏折中还说:“自经明诏颁布(按:即四月七日颁布施行《现行刑律》上谕)之后,各省督抚、都统、将军承领新律,函电交至,待用孔殷”。他们“将

①⑤⑥见故宫博物院明清档案部编《清末筹备立宪档案史料》下册。

②③见沈家本《现行刑律》第三册。

④ 见沈家本《现行刑律》第一册。

已刊行之现行刑律案语，并两次清单，先行通咨各省，以备援引”。^①可见，《现行刑律》在钦定本未正式刊印告竣前，就已被援引审理案件。因此，不论是清廷上谕还是当时的司法实践，都足以说明《现行刑律》“未及施行”之说是没有根据的错误解释。

因辛亥革命爆发、清王朝覆亡而真正“未及施行”的是《大清新刑律》。

新刑律草案于光绪三十三年八月廿六日和十一月廿六日由沈家本等分别奏进。亲手参加起草工作的日本人冈田朝太郎说：“大清新刑律之编纂，经法律馆三阅寒暑，易稿数次始克告竣。”^②由此可见，它的起草早在光绪三十一年即已开始进行。

这个草案上奏后，清廷发交部院督抚大臣签注，遭到他们的强烈反对。光绪三十四年五月七日，清廷就学部痛驳新刑律有违礼教奏折，下令“修订法律大臣会同法部按照所陈各节，再行详审修改删并”。^③慈禧、光绪死后，清廷重申此令，除规定“旧律义关伦常诸条，不可率行变革外”，还要求“剋日进呈”。^④修订法律馆收集部院督抚大臣意见，对原草案进行修改。法部尚书廷杰在修改后的正文后面加上《附则》五条。这次草案即为《修正刑律草案》，由沈家本、廷杰于宣统元年十二月廿三日联衔上奏。^⑤

宣统二年十月初四日，《修正刑律草案》由宪政编查馆核订告竣，定名《大清新刑律》，上奏后交资政院议决。^⑥资政院法典股再次审查修改后，提交议场议决，通过了总则，分则没有议完。^⑦十二月廿五日，资政院、宪政编查馆会奏请颁新刑律，清廷依议，将总则、分则、暂行章程予以颁布。^⑧

这就是新刑律的前后修订经过。它有力地说明：所谓“修改《大清律例》为《大清新刑律草案》，后经宪政编查馆核议，修订为《大清现行刑律》”的说法，是与事实不符的。因为《新刑律》与《现行刑律》开始起草编定的时间不同，过程也不一。两律宣布颁发和颁发施行的时间虽同为宣统二年，但具体月日仍然各异。可能就是同为一年颁布之故，因此，出现了将两律误为一律的情况。

制定原因和作用比较：

《现行刑律》和《新刑律》是两个不同的法律，不但制定的时间和过程可证，而且制定的原因和作用也可证。

沈家本在奏请编订《现行刑律》时说：他在光绪二十九年（1903年）和光绪三十一年对旧律的改革仅做了一项“删除”的工作，便因官制改革，人员调动而停止。“现在新律之颁布尚须时日，则旧律之删订，万难再缓”。因此，这次编订现行刑律，是“踵续其事，以竟全功”。就是说，他要继续把旧律即《大清律例》通过修改、修并、续纂、删除，变为《现行刑律》。作用是“立推行新律基础”。“一俟新律颁布之日，此项刑律再行作废”。^⑨很明显，《现行刑律》是在旧律即《大清律例》不能适用，新律即《新刑律》又未颁布施行前使用的过渡性法律。因为《新刑律》是正式立宪时施行的新律，所以，换句话说，《现行刑律》是正式立宪前使用的法律。可见，沈家本并不是“修改《大清律例》为《大清新刑律草案》”，

① 见《清末筹备立宪档案史料》，下册。

② 冈田朝太郎：《论大清新刑律重视礼教》

③④见劳乃宜《新刑律修正案汇录》

⑤ 见刘锦藻《清朝续文献通考·刑考四》

⑥ 见宣统二年宪政编查馆版《大清新刑律》前奕劻等奏折。

⑦ 见《资政院议场速记录》

⑧ 见《资政院常年会议录》

⑨ 见《清末筹备立宪档案史料》，下册沈家本奏折。

而是把《大清律例》修改为《现行刑律》。

再，沈家本在论述新刑律的宗旨时说：新刑律“折衷各国大同之良规，兼采近世最新之学说，而仍不戾乎我国历世相沿之礼教民情。”^①这说明，新刑律草案主要不是依据《大清律例》，而是采西方资产阶级法律，结合中国情形而成。

体例和内容比较：

沈家本在奏进《现行刑律》时说：《现行刑律》体例“仍依大清律篇目，自名例至河防凡三十门。”“虽隐寓循序渐进之义，仍严遵旧日之范围。”^②由于当时官制改革，“将吏、户、礼、兵、刑、工诸目一律删除。”改笞、杖、徒、流、死五刑为罚金、徒刑、流刑、遣刑、死刑。增加旧律所无的毁坏电杆和私铸银圆等罪，删并庞杂的例文。^③“户役内承继、分产、婚姻、田宅、钱债各条，应属民事者，毋再科刑”。^④三十门分别是：名例、职制、公式、户役、田宅、婚姻、仓库、课程、钱债、市廛、祭祀、礼制、官卫、军政、关税、廐牧、邮驿、贼盗、人命、斗殴、骂詈、诉讼、受赃、诈伪、犯奸、杂犯、捕亡、断狱、营造河防。计律文三百八十九条，例文一千三百二十七条。另附《禁烟条例》和《秋审条例》。

《新刑律》的体例完全仿照西方资产阶级刑法。全编分《总则》《分则》。“总则为全编之纲领，分则为各项之事例。”^⑤《总则》十七章为：法例、不为罪、未遂罪、累犯罪、俱发罪、共犯罪、刑名、宥减、自首、酌减、加减例、缓刑、假释、恩赦、时效、时例、文例。

《分则》三十六章为：侵犯皇室罪、内乱罪、外患罪、妨害国交罪、漏泄机务罪、渎职罪、妨害公务罪、妨害选举罪、骚扰罪、逮捕监禁者脱逃罪、藏匿罪人及湮没证据罪、伪证及诬告罪、放火决水及妨害水利罪、危险物罪、妨害交通罪、妨害秩序罪、伪造货币罪、伪造文书及印文罪、伪造度量衡罪、亵渎祀典及发掘坟墓罪、鸦片烟罪、赌博罪、奸非及重婚罪、妨害饮用水罪、妨害卫生罪、杀伤罪、坠胎罪、遗弃罪、私擅逮捕及监禁罪、略诱及和诱罪、妨害安全信用名誉及秘密罪、盗窃及强盗罪、欺诈骗财罪、侵占罪、赃物罪、毁弃损坏罪。

《辞典》中“大清现行刑律”条所举内容，全部是新刑律草案分则的内容。

总之，《大清现行刑律》与《大清新刑律》是两部不同的法律。前者由《大清律例》修改而来，后者是仿西方日本刑法制订而成；前者是立宪前早已施行的过渡性法律，后者是准备在立宪后施行的刑法；前者仍然是诸法合体的法典，后者是刑事单行法规；前者以封建法律思想为主体，后者以资产阶级法律思想占居相当重要的位置，如此等等。《法学辞典》和《中国近代史知识手册》把这两部法律混而为一，是一种错误的解释。

二、《大清新刑律》是否有两个草案

《新刑律》和《现行刑律》不是同一法律，两者没有直接的承袭关系，这是确切无疑的事实。但是，有的教科书又认为：

“1907年修订法律大臣沈家本等奏呈《新刑律草案……》。因为很多大臣督抚反对，未颁布”。

一九一〇年，“清政府又公布了由日本法学士冈田朝太郎等起草的《大清新刑律》”。

按照这种意见，《新刑律》有沈家本和冈田朝太郎两个不同的草案。

① 《修订法律大臣沈家本等奏进呈刑律分则草案折》，见《大清光绪新法令》第二十册。

②③ 见《清末筹备立宪档案史料》下册沈家本、俞廉三奏折。

④ 《宪政编查馆会奏呈进现行刑律黄册定本册》，见《大清宣统新法令》。

⑤ 见《大清光绪新法令》第二十册。

两个草案说也是没有根据的。

如前所述,一九〇七年(光绪三十三年)沈家本奏进稿是讨论草案,经修改而成一九〇九年的《修正刑律草案》,这次修改,正文是修订法律馆执笔,《附则》是法部尚书廷杰所加。一九一〇年宪政编查馆对此进行考核,变成《大清新刑律》,《附则》改为《暂行章程》。资政院议决,通过《总则》,《分则》没有议完。最后,清廷以皇权将《总则》、《分则》、《暂行章程》一起颁布。

冈田参加了《新刑律》的起草和修改工作。沈家本光绪三十三年进呈《新刑律总则》时说:“上年九月间法律学堂开课,延聘日本法学博士冈田朝太郎讲刑法,并命该教习兼充调查员考订”新刑律^①。清楚地说明新刑律的起草,是在沈家本的主持下,有冈田参加的一个全过程。

查冈田朝太郎于一九〇八年在北京编辑出版过一本名为《大清新刑律草案大清违警律》的书,由有正书局发行。这里说的《大清新刑律草案》就是光绪三十三年沈家本的奏进案。这一点,不仅该书辑入沈的奏折、草案本身的内容文字相同可证,而且冈田的《例言》更说得明白:“本书所辑刑律草案,系由法律馆编纂,而未确定颁布者。”确切地告诉人们,此书中的《大清新刑律草案》就是一九〇七年沈家本的奏进稿。

总之,清末制定的《大清新刑律》,是由沈家本主持、经过多次修改而成的近代中国的第一部刑法。冈田朝太郎参与了这部刑法的起草和修改。但是没有重新起草另一部《大清新刑律》。某些教科书的说法是错误的。

三、关于《大清新刑律》的章数和条数

《新刑律》经几次修改,加上当时的坊间刻本较多,所以造成后来对它的章数和条数说法的紊乱。

一九五七年法律出版社的《清史稿刑法志注解》作过如下解释:

第34页注⑨说:新刑律最初是“五十三章,三百八十七条,最后核定公布时,为四百十一条。”

第37页注⑥说:宣统元年十二月沈家本、廷杰奏进的《修正刑律草案》“共四十三章,凡四百零九条。”另有《附则》五条。

第40页注④说:宣统二年十二月二十五日颁布的新刑法“共四十三章,凡四百十一条”。

宣统三年六月的《钦定大清新刑律》卷前沈家本、廷杰的奏折说:《修正刑律草案》“厘为总则分则二编,共四十三章,凡四百零九条”,此外,增入《附则》五条。同书奕劻奏折亦说:由宪政编查馆核订的《大清新刑律》“仍分总则分则,共四十三章,增辑删除,凡存四百零五条。”同时,“另辑《暂行章程》五条”。^②

从上面所引资料可以看出,除第三十四页注⑨外,其它注、奏,都把《修正刑律草案》、《大清新刑律》、《钦定大清新刑律》说成是“四十三章”。

“四十三章”之说是错误的。

查“新刑律”从沈家本奏进草案起,到钦定颁行止,前后五次变化,都是《总则》十七章,《分则》三十六章,合计五十三章。(沈家本奏进案据商务印书馆《大清光绪新法令》,

^① 见《大清光绪新法令》第19册沈家本奏折。

^② 宣统二年宪政编查馆印《大清新刑律》卷前奕劻奏折亦作“四十三章”。

沈家本、廷杰奏进案据修订法律馆《修正刑律案语》，奕劻奏进案据宪政编查馆《大清新刑律》，资政院法典股审查案据《资政院议场速记录》，颁行本据《钦定大清刑律》）各章标题，每次草案都有文字改动，条数也有变化，各章位置也有变动（如《修正刑律草案》分则第三章为“妨害国交罪”，第四章为“外患罪”，宪政编查馆核订，将这两章位置前后调动）。但是，五十三章之数从未缺少。沈家本、廷杰和奕劻的奏折作“四十三”，可能是笔误或印刷之误。后人循此亦作“四十三章”。

《中国近代史知识手册》还认为：新刑律“分为总则（十七章）和分则（三十六章）两编，共五十三章四百八十八条；附有暂行章程五条”。有的教科书亦持此说。

“四百八十八条”之说，也是错误的。

经对各次草案，光绪三十三年沈家本奏进案是三百八十七条。宣统元年十二月沈家本、廷杰修改案正文是四百零九条，另有《附则》五条。宣统二年十月奕劻核订案正文是四百零五条，另有暂行章程五条。资政院法典股审查未见刊行本，但该股付股长汪荣宝向议场报告审查结果时说：总则“删去两条”，但是，又补上两条，目的是保持核订案的八十八条之数。

“分则修正的地方不甚多”，都是文字变动。《暂行章程》全行删去。^①因此，可以肯定法典股的审查案也是四百零五条。

资政院议决后，奕劻、溥伦等联衔上奏。除对已经议决的总则奏请颁行外，奕劻还请将分则按“宪政编查馆核订之原案略加修正”，连同总则、暂行章程一起颁布。^②经过修正最后颁发的《钦定大清刑律》正文是四百一十一条，另附暂行章程五条。

论国际私法的范围

董立坤

当前，在我国，关于国际私法的范围正在进行一场讨论，讨论的焦点在于，直接规定涉外民事法律关系的实体规范（包括国际统一实体规范和所谓的调整具有涉外因素的国内民法实体规范）是否应该列入国际私法的范围。笔者对此发表一些不成熟的想法，以就教于专家学者及其它同志。

直接规定涉外民事法律关系的国际统一实体规范和所谓的调整具有涉外因素的国内民法规范是否应成为国际私法的组成部分，从国际私法的形成过程及其特点来认识这个问题是非常重要的。

必须指出，冲突规范与实体规范是根本不同的。实体规范直接规定当事人的权利与义务，而冲突规范只是指明在一个处于相互冲突的几个法律体系中的民事法律关系应该适用哪一国的法律作为解决问题的依据。它不仅不直接规定当事人的权利与义务，而且根据适用法律的不同，当事人的权利与义务也会明显的不同，同一个法律关系适用甲国法与适用乙国法可能得出完全相反的结果。那么国际上为什么不通过统一的实体规范或是适用具有调整涉外因素

^① 见《资政院议场速记录》

^② 见《钦定大清刑律》卷前奕劻、溥伦奏折。