

# 「分別民刑」考

## ——以《大清現行刑律》之編纂為中心

陳新宇\*

### 要目

- 引子
- 一、「分別民刑」之提出
- 二、從《大清律例》到《大清現行刑律案語》
- 三、從《大清現行刑律案語》到《欽定大清刑律》
- 四、分析
- 餘論

### 摘要

本文試圖考察近代《大清現行刑律》編纂時期提出的「分別民刑」問題。經過比較前後三個文本：《大清律例》、《大清現行刑律案語》與《欽定大清現行刑律》中戶役、田宅、婚姻、錢債四門所有法條的變化，並分析其修訂之理由，筆者的結論是：儘管當時在法律智識上已經有意識將《大清現行刑律》比附為刑法典，「分別民刑」亦在編纂

\* 北京大學法學博士，清華大學法學院講師。  
本文的寫作，受李貴連教授、黃源盛教授啟發、勉勵甚多；黃琴唐先生、莊以馨小姐在撰寫學位論文之際，撥冗為筆者複印珍貴資料；尤陳俊先生通閱全文，惠贈寶貴意見；張銘先生協助甚多。師恩友誼，銘感於心，謹此一併致謝。

過程中迭經強調，卻遠非立法中考慮的重點。法律轉型時期，分別民刑的關鍵，不是體現于立法，而是需要到司法中尋繹。

關鍵字：分別民刑、《大清現行刑律》

## 引子

本文的旨趣不在探討傳統中國有無民法，而在於考察國人受近代法學智識影響，如何於《大清現行刑律》中「分別民刑」之問題。由於史料的匱乏，以往的研究對此往往語焉不詳，而該問題所涉，亦及民國初期民法典尚未頒佈之前，所謂「現行律民事有效部分」的確立問題。故本文首先在於史料的整理、考證與辨析，然後在此基礎上，探討近代法律轉型期間，民刑法的分離與界定問題。

## 一、「分別民刑」之提出

清季時期，《大清新刑律》乃為憲政而備，依立憲計畫，需光緒三十六年（1910）年頒佈，光緒三十九年（1913）實施。<sup>1</sup>因此，修訂法律大臣沈家本等乃有制定《大清現行刑律》作為新律基礎之議。《大清現行刑律》之編纂，雖仍取律例合編之傳統體例，但「古色蒼然」之間，也孕育近代法學之因數，雖標榜為「刑」律，但已非傳統史書中與「刑罰」志同義的「刑法」志之意，而是與近代法律部門「民法」相對應的「刑法」。下面以表格形式，展現這一過程：

<sup>1</sup> 詳見〈九年預備立憲清單〉，收入荊知仁，《中國立憲史》「附錄」（臺北：聯經出版社，1984），頁481-483。