

《中西法律传统》

Legal Traditions of the West and China

2023年第4期(总第27期)

论清末修律时期诬告罪刑事立法变迁^{*}

张亚飞

摘要 | 近代中国刑法开始吸收西方欧陆刑法的社会防卫原则，以法益保护为中心，由威慢刑法、惩罚刑法转为预防刑法、防卫刑法。诬告罪在中国古代保护皇权和专制的统治秩序，到近代转变为国家正常的审判秩序和个人合法权益，刑法开始注重保护人权和法益，借助欧陆刑法和日本刑法轻刑化的趋势，极力反对酷刑，但清末延续自传统固有律学严厉打击诬告的传统，只是所保护的法益发生了变化。通过全景展现清末修律时期诬告罪刑事立法变迁来反应法益变迁的历程。

关键词 | 近代中国刑法；诬告罪；法益

作者简介 | 张亚飞，法学博士后，山西财经大学法学院副教授、副院长，硕士生导师，山西财经大学社会法研究中心副主任。研究方向：刑法学、法律史学、社会法学。

Copyright © 2023 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



纵观中西方法制史，十七世纪以前，刑法最主要的功能是，无非是充当统治者维护政权的“治民治吏之具”，以及作为防卫社会秩序的一种必要手段。十八世纪以后，受到理性主义和启蒙思潮的渲染，欧洲大陆的刑法学界开始注重法益的保护，不再以制裁犯罪为主要内容，开始保障人权和维护社会秩序为主要内容。

世人将“法益保护”作为刑法最主要的任务，

从法国大革命而来，是自由主义和个人主义的法学思潮下形成的。近代理性开启以来，刑法的主要功能从威慑转为保护法益，有法益有保护，无法益无保护，有受到侵害的行为或危险，就要受到惩罚。

法益就是法律所保护的价值和利益，亦国家和社会公认，值得用国家强制力加以保护的生活利益和生活秩序的基本价值。刑法以国家强制力的处罚及执行为重心，与最严峻的公权力相互连结，因而

^{*}项目基金：国家社会科学基金青年项目“近代中国法治与刑法伦理的变迁研究”（2015CFX008）；山西省哲学社会科学后期资助课题“晚清民国时期诬告罪与社会伦理的变迁研究”（2019D006）；山西省高等学校科学研究优秀成果培育项目“晚清民国时期亲属犯罪研究”（2019SK066）；山西省哲学社会科学规划一般课题“中日刑法史诬告罪比较研究”（2021YS063）。

不免有人予以制裁与恐吓犯罪的森严形象;“事实上,惩罚犯罪与保护法益可以是一个事物的两个方面,而本于刑法谦抑思想的关联性,乃为刑罚的存在与正当化找到了合理的依据。”^[1]处罚犯罪与保护法益是一体的两面性,而本于刑法谦抑思想及保护法益的关联性,乃为刑罚的存在于正当化找到了合法的依据。

其实,重要法益的存在,早于社会、伦理价值观念,其实体可谓先于法律规范形成之前,而往往在法律制度发展之后加以确认保护。理论上,法益的保护任务,乃是刑法规范的存在及赋予其强制的化身;刑罚主要目的在于国家强制力的表现,保护法益才是刑法最终的功能。当前世界各国刑法均是一部“法益保护法”,如果没有法益的保护,刑罚自然也没有存在的必然性。法益是刑法的组成要件,也是区别各种不同犯罪类型的构成要件的标准。从清朝到民国,国体由皇权专制到共和民主,刑法目的由“治民之具”转为“法益保护”。

基于以上思潮的冲击,晚清民国时期继受欧陆以来的刑事立法原则,朝着保护法益、保障人权、防卫社会的三个面向推进。一方面,刑法严格规范犯罪行为的构成要件及法律效果,拟透过刑罚及保安处罚的处罚作用,达成预防权益被侵害之目的。另一方面,刑法须明确规定刑罚权的范围,避免刑罚权的随意。民众在进行行为时,预先知道刑法的规制,若犯罪会遭受何等刑罚的制裁,足以产生刑罚惩戒功能,发挥制裁犯罪和预防犯罪,以维护社会秩序。

诬告罪在传统法中保护法益的是皇权和专制统治,惩治威胁法益的行为。而对于谋反逆、谋叛、谋大逆、谋恶逆、降等十恶不赦罪名,鼓励告,即使有诬告的情节,也不重罚。除此之外,诬告反坐。唐代武则天执政时期,为了维护自己的统治,默许或支持酷吏经常大兴牢狱,打击李氏宗族,破坏《唐律疏议》所营造的法律秩序,皇帝的意志凌驾于法律之上。法律逐渐失去了权威,人们在一定程度上对法律失去信心,人们最终信奉权力,最终借助诬告消灭威胁和铲除异己,成为皇帝最喜欢的政治伎俩。明清时期,统治者为了维护社会的稳定,一直推行儒家的宗法等级理念,使之成为“无讼”“厌讼”的氛围,使得社会纷争消灭在萌芽状态。但随着经济的发展,人们之间的经济交往变得频繁,民间的

纠纷层出不穷,尤其是明代中后期,沿海地区的资本主义萌芽,经济行为和商品交换更加大幅度增加,并且很多民事纠纷一般基层官府是不予以立案的,这时很多受害人为了纠纷的解决,博得官府的关注,便将田宅、户婚、钱量等细故之类的案件闹大,便不断越诉,并违反事不管己的原则,故诬告案件在明代开始泛滥。而清代诬告成风,有衙门的原因,也有个人的原因,也有讼师的原因。

但无论唐宋时期,还是明清时期,传统法的诬告罪保护的法益是皇权和专制统治,为了政权可以诬告,不适用反坐。而一般的细故、钱粮、轻微刑案所引起的诬告罪,则适用诬告反坐的刑罚。但正因为如此,诬告之风不仅没有消失,更加引起了大的波澜,故民众为了自身的利益和生存,不惜诬告以身试法,随之各种诬告的情形不断出现。

但到了近代中国的继受法,开始注重罪刑法定原则下的定罪量刑,诬告罪的保护法益发生了变化,由保护皇权与专制的统治秩序逐步转变为国家正常的审判秩序和个人合法权益,刑法注重保护人权、保障法益、防卫社会,借助欧陆及日本各国轻刑立法的趋势,极力反对酷刑,但对诬告的罪刑,严厉打击诬告行为,极力反对旧律例中的重刑、酷刑,主张改重为轻。诬告罪的刑罚在一定程度上是恶的,无论如何设计制度,还是不能免去其违背人性的设计,即趋利避害、贪生怕死、好大喜功、爱好财产等。它通过带来痛苦,来使得人类铭记刑罚的威慑性和强制性。刑罚最基本目的是正确地报应犯罪,进而教化世人和犯人,使其最大程度地返回社会,成为一个合格的社会成员,保护社会不受未来犯罪的危害,并且兼顾责任的平衡观念。但刑罚不是万能的,不可能治愈所有的犯罪。“因各个民族的性格及其时代精神互有差异,从而关于法律的基本理论也就分歧互殊;在某一时代或某一民族,对于某种事件认为是不成问题的,但在另一时代或另一民族则往往认为非常严重,非求根本解决不可。”^[2]故从传统固有法到近代继受法的转变,法益也随着转变,现代的法律有其自己的特征,但也包括前时

[1] 黄源盛:《晚清民国刑法春秋》,中国台北犁斋社有限公司,2018年版,第8页。

[2] 梅仲协:《法学绪论》,中国台北华冈出版社,1985年版,第97页。

代的遗产，又包括其他国家的法学理论，晚清民国时期诬告罪的变迁亦说明了法益保护的变迁史。

清光绪二十八年（1902年），清廷在内外交迫下，下诏变法修律，中华法系自此趋向解体，开始继受近代欧陆法制的步伐。光绪三十年四月初一日，清廷正式成立“修订法律馆”，作为修订法律的负责机构，由修律大臣沈家本等人主导。针对刑法典的变革，修订法律馆一方面删减固有之《大清律例》，于宣统二年（1910年）四月奏进《大清现行刑律》，获清廷下诏实施；同时，又参酌德、日等国的立法例，进行近代欧陆式的新法典编撰。光绪三十三年八月、十一月间，在日籍修律顾问冈田朝太郎的协助下，沈家本先后奏上《刑律草案》清单，此即第一次刑律草案。据参加起草的日本法学博士冈田朝太郎称，清末修律中共有七个刑律修正案。^[1]

一、1907年《大清刑律草案》及其原奏

1880年《日本刑法典》第12节“诬告及诽谤之罪”第355条至第361条为本节之罪，分为三种，第一是“第355条至第357条”为诬告罪，第二自“第355条至第359条”为诽谤罪，第三自第360条为隐私漏告罪。

第355条：“以不实之事诬告人，照第220条所载伪证例处断。”^[2]此条是针对诬告他人，诬告他人承担违警罪、轻罪、重罪的刑事责任，或罚款、或禁锢，期限长短不一，罪行从轻到重。诬告

何种等级的罪，即承担何种等级的刑事责任，二者之间成正比。此条与中国古代的“诬告反坐”有异曲同工之妙。如被诬告人在被讯问之前，诬告自首的，可以免除其刑，但不免其罪。正如第356条：“虽为诬告，于被告未推问之前自首者，免本刑。”^[3]所论。

第357条：“因诬告致被告人处刑者，照第221条、第222条所载之例处断。”^[4]致人受刑者，照第221条：“于被告人因伪证受刑之后发觉伪证罪，应以其刑反坐伪证者，若反坐刑轻于前条伪证刑，照前条例处断。若于刑期内发觉伪证罪，得照已经过日数，减反坐刑期。但不得减降于前条伪证明。”第222条：“被告人因伪证处死刑时，则其反坐刑减一等。未行刑前发觉者，减二等。以致被告人于死之目的而为伪证者，反坐死刑。未行刑前发觉者，减一等。”处断。故第221条、第222条明确了“诬告反坐”具体适用制度。

晚清时期刑法学者李碧在《刑法各论》论述了诬告罪，认为“（一）诬告罪之物体。有被害者之说和法之秩序说两种理论”。虽然诬告者，必对于双方之行为，有三种理由可证明。第一，诬告罪。诬告罪之物体，“有谓为被害者之说。有谓法之秩序说。虽然诬告者，必为对于双方之行为，有三种理由可证明之”^[5]。甲说：“对于自己无诬告罪。”乙说：“须对于一定之人，乃有诬告罪。故对于法人等无诬告罪。（电线法则有特例）。”^[5]丙：“对于刑事上不能诉追之人（如外国公使），诬告罪不能成立。”^[6]由此理由推之，“诬告罪的物体

[1] 李贵连：《沈家本传》，法律出版社，2000年版，第284页。

[2] 1880年《日本刑法典》第220条：“因陷害被告人伪证者，照下例处断：一、因陷人于重罪，为伪证者，处二年以上五年以下之重禁锢，附加十元以下五十元以上之罚金。二、因陷人于轻罪，为伪证者，处六月以上、二年以下之重禁锢，附加四元以上、四十元以下之罚金。三、因陷于人于违警罪，为伪证者，处一月以上、三月以下之重禁锢，附加二元以上、十元以下之罚金。”李秀清点校：《新译日本法规大全（第二卷）》，商务印刷馆，2007年版，第512页。

[3] 李秀清点校：《新译日本法规大全（第二卷）》，商务印书馆，2007年版，第512页。

[4] 1880年《日本刑法典》第221条：“于被告人因伪证受刑之后发觉伪证罪，应以其刑反坐伪证者，若反坐刑轻于前条伪证刑，照前条例处断。若于刑期内发觉伪证罪，得照已经过日数，减反坐刑期。但不得减降于前条伪证明。”第222条：“被告人因伪证处死刑时，则其反坐刑减一等。未行刑前发觉者，减二等。以致被告人于死之目的而为伪证者，反坐死刑。未行刑前发觉者，减一等。”李秀清点校：《新译日本法规大全（第二卷）》，商务印书馆，2007年版，第512页。

[5] 李碧：《刑法各论》，湖北法政编辑社，1905年版，第93页。

[6] 李碧：《刑法各论》，湖北法政编辑社，1905年版，第93页。

是被害者之说,为可信也。”^[1]

诬告罪的行为,以虚伪告诉为准,乃告发之谓也。有五个要点:(1)诬告罪不仅对刑事追诉之人,亦不可告知。刑事上可以追诉之一定事实(即一定的犯罪事实)。但告诉可为惩戒处分之原因者,在本罪范围外,其发表默然之,嫌疑者亦同。(2)告诉及告发的形式有,必须为符合法定的官署和官吏,以其书面为必备形式,以口头不论。(3)告诉和告诉之条件,本人进而为告知者,其应官吏之推问,临时为虚构之陈述者,非诬告。(4)告诉及告之范围,必因虚构而违诬告,故其事之真伪先为问题。(5)关于其罪既遂、未遂之界限,不可不明。惟此数说。一是以当该官吏知其谓不实质告诉及告发时,为既遂。二是以当该官吏不觉其不实而提起公诉时,为既遂。三是以当该官吏受其告诉及告发时,为既遂,所以此说为正者,居学说之多数也。^[2]

李碧亦认同1880年《日本刑法典》之规定“诬告之处分,伪证,陷害同一规定推问前之自首者,全免本刑”^[3]。

清末修律中,据修律大臣奏陈的“修订大旨”,“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。”而衡量草案内容,与旧律大异之处,略有以下数断:(一)更定刑名:废笞、杖等刑,而定罚金、拘役、有期徒刑、无期徒刑、死刑为五刑。(二)酌减死罪:各条罪名中,处绝对死刑者,不过数条,其余均得酌处徒刑。(三)死刑唯一:死刑用绞,于狱内执行,从前之斩首、凌迟等手段,不再施用。(四)删除比附:明文规定法律无正条者,无论何种行为不为罪。(五)惩治教育:犯罪责任之有无,以年龄为衡,对于刑事未成年之人犯罪,以感化教育代替刑罚。

1907年《大清刑律草案》系近代中国第一部体系完整的欧陆式刑法草案,惟起草者仍试图推原各别规范内容在传统中国刑律中的相关脉络。在387条文中,近半附有“沿革”“理由”两栏,前者详

述自《汉律》或《唐律》以来演变,后者则说明外国立法例和学理上的立法理据。另有部分条文义深晦之处进一步阐明、举例,以免横生讹误。

1907年《大清刑律草案》来自于清末宪政编查馆编撰《大清法规大全》,及1908年北京有正书局冈田朝太郎编辑的《大清刑律草案》《修正刑律草案》等。1907年草案总则之义:“往古法制无总则与名例之称,各国皆然,其在中国,李悝《法经》六篇,殿以具法;《汉律》益户、兴、厩三篇为九章;而具法列于第六;《魏律》始改称刑名,居十八篇之首;《晋律》分刑名、法例为二;北齐始合为一,曰名例。厥后历隋、唐、宋、元、明,自于我朝,沿而不改。是编以刑名、法例之外,凡一切通则,悉宜赅载,若仍用名例,其义过狭,故仿欧美及日本各国刑法之例,定名曰总则。”^[4]

1907年《大清刑律草案》中“伪证与诬告之罪,其性质分为二种:一则认为直接对于原告、被告之罪,法典之用此主义者,有民事、刑事之别,其关于刑事一端,更分为曲庇被告、陷害被告两意,又复于陷害已成者,就其被告所受刑罚之轻重以为犯人刑罚之差等;一则认为直接对于公署讯问,违背陈述真实义务之罪,法典之用此主义者,于凡对于公署为伪证、为诬告,俱处以同一之刑,但其处分轻重一任审判官按其情节而定”^[5]。此罪分为两种类别,但第一种有理论漏洞,审判及行政之处分系司法官或行政官所定,非证人自己直接决定,而现在直接规定由证人认定,这是错误之一。司法官与行政官没有全部采用证人之证言,而应该查其证言的真伪,这才是司法官与行政官的义务,即使误用了他们的证言,亦不能使证人承担全部责任,这是错误之二。不得以其他违法犯罪行为加害于他人,这是民众最起码的义务,违反此义务,即犯罪,在刑律草案中可以看到这些规定,而不是本章规定的对象。而审判厅和行政官署,在求证证人之言时,证人的言词必有扩大和变更,也有变更,有如此违反真实供述的义务,必有所处罚,此乃第三种错误。

[1] 李碧:《刑法各论》,湖北法政编辑社,1905年版,第93页。

[2] 李碧:《刑法各论》,湖北法政编辑社,1905年版,第93-94页。

[3] 李碧:《刑法各论》,湖北法政编辑社,1905年版,第94页。

[4] 黄源盛纂辑:《晚清民国刑法史料辑注》,中国台北元照出版有限公司,2010年版,第39页。

[5] 黄源盛纂辑:《晚清民国刑法史料辑注》,中国台北元照出版有限公司,2010年版,第118页。

而1907年《刑律草案》故认为采取第二种学说。

1907年《大清刑律草案》中分为伪证罪和诬告罪两类。第178条规定伪证罪：“凡因律例于司法或行政之公署为证人，而为虚伪之陈述者，处二等至四等有期徒刑。因律例于司法或行政署为鉴定人或通译人，而为虚伪之鉴定、通译者，亦同。犯前二项之罪，能于结案前先行自白者，得免除其刑。”^[1]证人得有依照民诉、刑法及其他例为证人者，及不得为证人者，从其区别是否可以作为证人，“律例虽有近亲不得为证人之说，然而近亲为证人者，纵陈述虚伪，不得以本条拟之。”^[2]鉴定人，是以“自己之学识或特技，于审判厅鉴别事务凭判定者也。例如医师、理化学者判定加害者之健康状态（有无精神病与否）或有无血痕之类。凡审判官于法学之力所不能及之处，必需有特别之学识或技术之人为之补助，即可命之为鉴定人，与传出之证人同有供述自己真实见解之义务，通译人亦同”。

第179条规定诬告罪：“凡欲使人受刑事惩戒或处分，而为虚伪之告诉、告诉及报告者，处二等至四等有期徒刑。犯前项之罪，能于该案审判确定前或惩戒处分前先行自白者，得免除其刑。”^[3]《三国志·曹真传》：“诬告人反坐。”^[3]《唐律》：“诸诬告谋反及大逆者，斩；从者，绞。若事容不审，原情非诬告，上请。若告谋大逆、谋叛不审者，亦如之。诸诬告人者，各反坐。其告二人以上，虽实

者多，犹以虚者反坐。若上表告人，已经奏闻，事有不实，反坐罪轻者，从上书诈不实论。诸告小事，而狱官因其告检得重事，及事等者，若类其事，则除其罪。离其事，则依诬论。诸诬告人流罪以下，前人未加考掠，而告人引虚者，减一等。若前人已考者，不减。即掠证人，亦是。（诬告期亲尊长、外祖父母、夫、夫之祖父母及奴婢、部曲诬告主之期亲、外祖父母者，虽虚，各不减。）”^[3]《明律》与1907年《大清刑律草案》中相同，“惟诬告充军条改为诬告充军者，照所诬地里远近抵充军役，并于本条内加诬告人罪应迁徙者，于比流减半，准徒二年上加所罪三等，并入所得杖罪通论。”^[3]^[4]此条与1880年《日本刑法典》第355条和第356条立法原则和刑法裁量方式相类似，与中国古代律学的立法精神一致。

惩戒处分司法官和行政官，官员由于职务如有失措，给行政处分。中国惩戒法附于处分条例，尚无独立之律例。本条对于行政官员和司法官员的过失错误，则消失殆尽，未来另行制定法律。对于诬告官吏，仍不免有本条之制裁，所以现在惩戒处分未指定。但刑法实质上有惩戒处分的行政官和司法官的人不多，故意诬告官吏，致使行政官被免官，或停职及被罚薪，自应接受本条的处分。

修订法律馆上奏《大清刑律草案》后，朝廷即下令宪政编查馆交由中央各部院、地方各督抚签注意见。从光绪三十四年（1908）学报上奏第一份签

[1] 《唐律》：“诸不言实情，及译人作伪，致罪有出入者，证人减二等，译人与同罪（谓夷人有罪，译传奇对者）。”《明律》：“诸不言实情，及译人作伪，致罪有出入者，证人减二等，译人与同罪。”载黄源盛纂辑：《晚清民国刑法史料辑注》，中国台北元照出版有限公司，2010年版，第119页。

[2] 黄源盛纂辑：《晚清民国刑法史料辑注》，中国台北元照出版有限公司，2010年版，第119页。

[3] 黄源盛纂辑：《晚清民国刑法史料辑注》，中国台北元照出版有限公司，2010年版，第120页。

[4] 《明律》：“凡诬告人答罪者，加所诬罪二等。流、徒、杖罪，加所诬罪三等，各罪止杖一百、流三千里。若所诬罪人已役，流罪人已配，虽经改正放回，验日于犯人名下追征用过路费给还。若曾经典卖田宅者，著落犯人备价取赎，因而致死随行有服亲属一人者，绞，将犯人财产一半断付被诬之人。至死者，所诬之人已决者，反坐以死者，未决者，杖一百、流三千里，加役三年。其犯人如果贫乏，无可备偿路费，取赎田宅，亦无财产断付者，止科其罪。其被诬之人，重事告实，轻事招虚，及数事罪等，但一事告实者，皆免罪。若告二事以上，轻事告实，重事招虚，或告一事；诬轻为重者，皆免罪。若告二事以上，轻事告实，重事招虚，诬轻为重者，皆反坐所胜。若已论决，全抵胜罪；未决论，笞杖收赎，徒、流止杖一百，余罪亦听收赎。至死罪，而所诬之人已决者，反坐以死罪；未决者，止杖一百，流三千里。若律该罪止者，诬告虽多，不反坐。其告二人以上，但有一人不实者，虽轻，犹以诬告论。若各衙门进封诬告人，及风宪官挟私，弹事有不实者，罪亦如之。若反坐及加罪轻者，从上书诈不实论。凡为人作词状，增减情罪诬告人者，与犯人同罪。若受雇诬告人者，与自诬告同。受财者，计脏以枉法从重论。凡诬告充军者，民告，抵充军役；军告，发边卫充军。凡囚在禁，诬指平人者，以诬告人论，其本犯罪重者，从重论。”

注起。到宣统二年(1910)最后一份签注上奏起,京内外衙门陆续上奏对草案的意见。^[1]综合多方资料文献,有农工商签注、学部签注、两广签注、安徽签注、直隶签注、邮传部签注、四川签注、云贵签注、贵州签注、热河签注、浙江签注、两江签注、湖广签注、山东签注、江西签注、山西签注、东三省签注、陕西签注、都察院签注、闽浙签注、河南签注、湖南签注、广西签注、度支部签注、陆军部签注以及甘肃新疆签注。^[2]同时指出“凡我旧律义关伦常诸条,不可率行变革,庶以维天理民彝于不弊”的修律宗旨。^[3]对于京外各衙门签注,最高统治者先后在十多份奏折上作了朱批,足见朝廷对签注的重视。

1. 学部原奏:“窃维古昔圣王,因伦制礼,准礼制刑,凡刑之轻重等差一本乎伦之秩序、礼之节文而合乎天理人情之至也。”^[4]“中国制刑以明夫妇之伦,……中国制刑以明夫妇之论……中国制刑以明男女之别……中国制刑以明尊卑长幼之序。”^[5]“今欲收回此权,则于旧律之有碍治外法权者,自不能不酌加修改。然原奏又云统计法系约分英、法、德三派,是同于英者未必同于法,同于法者未必同于德。日本改律,初采法国制度,既又改为德制。夫英、法、德既各用其国律,而无碍于完全之法权;日本采用各国法律亦不能事事尽同于各国,仍无碍于收回已失之法权。可见我国今日改定刑律,于中国纲常论及大有关系者,其罪名轻重,即使与各国

有所异同,似亦无碍于收回此项法权也。”^[5]

2. 两广总督原奏:“中国刑罚与礼教相维,举凡纲常伦纪所关,尊卑上下之别,莫不正名定分,懔然于天秩、天叙之不可踰。故名例十恶之条,首严干犯军亲之律。……窃恐世薄天亲,人忘其本,蔑伦伤化,贻害无穷。……查宪政编查馆原咨,亦以此次修订新律恪遵谕旨意,参考各国成法,体察中国礼教民情,会通酌定。可知以中国法律为主,以外国法律为辅,必求不戾于人情、风俗、礼法、政教,而后可行。否则变革纷更,未收治外之权,先妨治内之政,非徒无益而已。”^[6]

3. 安徽巡抚原奏中指出修律是为了收回领事裁判权,而考察领事裁判权,西方国家首先施行于土耳其,继而又在我国制造此权,有继而行于日本。

“惟日本已与各国改约撤退,实由军事进步,非仅恃法律修明已也”。^[7]而我国希冀修订法律,籍此来收回领事裁判权,“必实行于本国而后能见信于外人,若专务文明之名,于本国历史、人情、风俗、习惯一切相违,窃恐人民程度之不能越级,文明之精神不能蹕等,非徒无益,而转有损,有不得不鳃鳃然过虑者”^[7]。

4. 直隶总督原奏:“我国最重家族,故旧律于干犯伦纪诸条,科之特严。又齐民之具以礼为本,以利为末,其奸诱诸罪黷礼溃义、败坏名教,为人心所同恶,即为国法所不容。”^[8]“若以中国数千年尊君亲上之大防、制民遏俗之精义废弃

[1] “签注原奏”和“签注清单”来源于《清朝续文献通考》《光绪朝东华录》《清末筹备立宪档案史料》《刑律草案签注》《政治官报》《中国第一历史档案馆宪政编查馆全宗》《光绪朝朱批奏折》。

原奏、清单均见高汉成主编:《〈大清新刑律〉立法资料汇编》,社会科学文献出版社,2013年版,第185-472页。

[2] 高汉成:《〈大清新刑律〉与中国近代刑法继受》,社会科学文献出版社,2015年版,第87页。

[3] 1910年2月2日(宣统元年十二月二十三日)《法部尚书廷杰等奏修正刑律草案告成折》,见《钦定大清刑律》书前所附奏者。

[4] 《学部原奏》,载高汉成主编:《大清新刑律》立法资料汇编》,社会科学文献出版社,2013年版,第187页。

[5] 《学部原奏》,载高汉成主编:《大清新刑律》立法资料汇编》,社会科学文献出版社,2013年版,第188页。

[6] 《两广总督原奏》,载高汉成主编:《大清新刑律》立法资料汇编》,社会科学文献出版社,2013年版,第192页。

[7] 《安徽巡抚原奏》,载高汉成主编:《大清新刑律》立法资料汇编》,社会科学文献出版社,2013年版,第193页。

[8] 《直隶总督原奏》,载高汉成主编:《大清新刑律》立法资料汇编》,社会科学文献出版社,2013年版,第196页。

不顾，恐法权未收，防闲已溃，必致奸慝放恣，不可收拾。”^[1]

5. 东三省原奏：“尝维中国法律至唐较为完备，相沿至今，代有损益，而宗旨不甚悬殊者，则以政体未尝变易也。”^[2]“盖法律之源，本于道德，而行此律者亦必以道德之心，使吾民有耻且格，以渐几于无过之地。……若或调停迁就，繁简互异，新旧杂糅，非但有乖政体，一经宣布，恐非立宪之良规，亦为外人所欢腾笑，此又国际之关系而不能意为轻重者也。”^[2]

6. 浙江巡抚增韫原奏：“窃维化民之道，礼教为先，礼教所不能化者，则施刑罚以济其穷，此法律所由设也。汉、唐以前，民气朴厚，律法尚简，降及后世，民情变幻莫测，遂多设科条以为补救，现行条例繁苛冗沓之弊，诚所难免。”^[3]“惟改革之初，必须适合乎风俗人心，方足以垂永久而资遵守……中国风俗，如干犯伦常、败坏名教，既为人心所同恶，即为国法所不容。……刑法变更可以与时为进止，不容削足而适履，伦常名教断难自弃，防闲锄恶惩奸，尤宜加重刑典。若徒慕文明，概从宽滥，窃恐法权未握，内溃先行，驯至不可收拾。”^[4]

7. 江苏巡抚陈启泰原奏：“乃自中西互市，华洋杂居，人异其俗，国异其政，刑章亦异其轻重。外人遂借口于我法律之不善，以伸其治外法权，彼此交涉，动多为难。鉴于国际，虑于时局，诚有不能不改之势。然刑罚之原，基于礼教，礼教既异，刑罚即不能尽同。”^[3]

8. 湖广总督陈夔龙原奏：“惟是中外风俗不无异宜，人民程度亦多差等，仍有不得不就政教民情再加讨论者。如删除比附以杜意为轻，而情伪万殊，条目不足以赅事变。……盖此次改定宪章，固应博

采东西各国律法，详加参酌，而仍求合于国家政教大纲，乃可收变法而不废法之效。”^[5]

9. 江西巡抚冯汝骥原奏：“窃维我朝律例，历经列圣之修明，垂为一代之巨典，凡以申国宪、正官方，禁慝诘奸，防微杜渐，悉准诸天理人情，一归于大公至当，此固措之天下而不疑，传之万世而无弊者矣。”^[6]“惟是处新旧递嬗之交，定中外大同之法，其可得与民变革者，固不妨取彼之长，补我之短。至于纲常所系，风俗所关，断未容以舍己徇人，自堕落其千百年相传之礼教。先儒有言，苟慕轻刑之名，而不恤惠奸之患，甚非圣人明刑弼教之本意也。”^[7]

10. 山西巡抚宝棻原奏：“惟是中外习尚，各有不同，名教纲常，为我数千年相传之国粹，古先帝王之制治，圣人贤人之垂询，莫不以是为先，必宜特立防闲，兢兢保守。”^[7]

11. 都察院认为“我独于明刑弼教之大典，抛弃国文而效法东洋，不但外人所窃笑，即反而自思亦于心不安、于理不顺。夫中国之文，平正通达，尽人能解。”^[8]

12. 闽浙总督松焘原奏：“中国君亲并重，为名教之大防，不容稍有侵犯，所以敦教化而重纲常。……中外礼教不同，未可削足适履，若一味减轻刑罚，恐未收治外之权，先失内治之本。况现在教育、审判、警察、监狱各规则均未完备，新律又须厘正改定，势难急切举行。”^[9]

13. 河南巡抚吴重熹认为：“殊思中国开化最早，去古愈远，民俗日偷，圣君贤相鉴于一代之弊，随时变更法令，始臻完善。东西各国开化未久，其宗教不同、风俗各异，单简之法即足以致治。然其改正草案，犹日新月异，规则条例，相资为用，已渐

[1] 《直隶总督原奏》，载高汉成主编：《〈大清新刑律〉立法资料汇编》，社会科学文献出版社，2013年版，第196页。

[2] 《东三省原奏》，载高汉成主编：《〈大清新刑律〉立法资料汇编》，社会科学文献出版社，2013年版，第197页。

[3] 《浙江巡抚原奏》，载高汉成主编：《〈大清新刑律〉立法资料汇编》，社会科学文献出版社，2013年版，第197页。

[4] 《浙江巡抚原奏》，载高汉成主编：《〈大清新刑律〉立法资料汇编》，社会科学文献出版社，2013年版，第199页。

[5] 《湖广总督原奏》，载高汉成主编：《〈大清新刑律〉立法资料汇编》，社会科学文献出版社，2013年版，第202页。

[6] 《江西巡抚原奏》，载高汉成主编：《〈大清新刑律〉立法资料汇编》，社会科学文献出版社，2013年版，第205页。

[7] 《江西巡抚原奏》，载高汉成主编：《〈大清新刑律〉立法资料汇编》，社会科学文献出版社，2013年版，第206页。

[8] 《都察院原奏》，载高汉成主编：《〈大清新刑律〉立法资料汇编》，社会科学文献出版社，2013年版，第209页。

[9] 《闽浙总督原奏》，载高汉成主编：《〈大清新刑律〉立法资料汇编》，社会科学文献出版社，2013年版，第210页。

趋于繁密。本案乖繁密之后，骤易单简之刑，其势已处于不顺。若复国本所在，抉破藩篱，以求合于人之阶级，恐不免削足适履之讥。”^[1]

14. 陕西巡抚恩寿亦认为“窃维国法与天理、人情相表里也，中外风俗互有殊异，则刑律自难强同。近来国界交通，时异事殊，更有不能不变通之处^[2]”，但中国有特殊的风俗，一味地移植西方法律，会有所阻碍，只有“必于中国风俗不相背驰，始能行之无碍”^[2]，“务期折衷至当，与中国风俗礼教两不相违，是亦通变宜民之一道也。”^[2]

15. 湖南巡抚岑春蓂上奏：“其宜改定于律文之中者，一曰礼教不明。夫制定法律，必有精神所专注之处。是为定律之宗旨，未有宗旨不明而法令能颁布施行者也。我中国法律缘于礼教，为古今制法唯一之原则。”^[3]“夫人情习惯之已久，而忽欲改其旧而新，是谋无论革创之初难期美，就令尽善尽美，而当新旧交替之际，亦必有扞格不入人情。就其扞格者而徐为引度，渐为消溶，则后之崇拜者，即出于前所訾议之人，此为办事应历之程途，非独法律为然也。”^[3]

16. 贵州巡抚^[4]：“今考日本六法全书，均系东文不参西语，盖恐数典忘祖，后将见讥通人。我国因彼成规，何可不加考索？近来学者创编辞典，窃谓法律馆宜仿为之。”^[5]同时，中国传统律学，尊卑有别，长幼有序，等级森严，家国同构，依靠服制来定亲属关系的远近，来定亲疏，定罪之远近。故“数千年圣君贤相创制维，一旦毋髦弃之，斯亦良足惜矣”^[6]。

17. 陕西巡抚恩寿原奏：“窃维国法与天理、人情相表里者也，中外风俗互有殊异，则刑律自

难强同。近来国界交通，时异事殊，更有不能不变通之处。然取人所长补我所短，必于中国风俗不相背驰。”^[7]

综上，部院督抚均一致认为修律必须考虑中国的礼教和风俗，断不可随意废除，同时采取西方法理的先进理念，以收回领事裁判权为主要目的，会通西方的立法宗旨，以免出现“食洋不化”的现象，试图切断法理与道德的关系而奉行刑法感化主义的价值取向。草案废除了比附援引，采用罪刑法定原则，并遵循法官自由裁量的原则。

二、签注清单的相关内容

我们可以在签注清单看到相关诬告罪的内容：

1. 学部签注清单没有关于诬告罪的内容。

2. 两广总督签注清单。“第十二章关于伪证及诬告之罪。第178条：诬人故行诬证，通事示以实对，致罪有出入，律减罪人罪二等。今处二等至四等有期徒刑，是不论罪人所犯之重轻，而虚伪之证佐、通事概问此罪，虽惩伪之意，则一而处罚，无所区分，拟仍依原律为宜。”^[8]

第179条：“诬告之罪，笞罪加二等，流、徒、杖罪加三等，罪止满流；诬告死罪已决者，及坐以死未决者，满流加役，等差甚为详审。今不问所诬何罪，而概处以二等至四等有期徒刑，亦恐不能无轻重偏畸之病。”^[8]

第180条：“未指定犯人而诬告犯罪事实，此等案件甚属罕见，并告多挟嫌，必指仇人而陷以罪，则亦不作此虚伪之告发矣。惟捏报盗情之类则在所难免，似又当究厥根由，视其所捏情节而定也。”^[8]

3. 安徽签注清单：关于伪证及诬告之罪，兹第

[1] 《河南巡抚原奏》，载高汉成主编：《〈大清新刑律〉立法资料汇编》，社会科学文献出版社，2013年版，第212页。

[2] 《陕西巡抚原奏》，载高汉成主编：《〈大清新刑律〉立法资料汇编》，社会科学文献出版社，2013年版，第219页。

[3] 《湖南巡抚签注》，载高汉成主编：《〈大清新刑律〉立法资料汇编》，社会科学文献出版社，2013年版，第214页。

[4] 目前尚未查到贵州巡抚的原奏。《刑律草案签注》所载贵州巡抚的签注，虽名为“黔抚签注总则清单”，但非如其他签注清单一样进行具体的条文签注，其语言风格更像表达总体意见的表奏，故权录于此。《贵州巡抚签注》，载高汉成主编：《〈大清新刑律〉立法资料汇编》，社会科学文献出版社，2013年，第217页。

[5] 《贵州巡抚签注》，载高汉成主编：《〈大清新刑律〉立法资料汇编》，社会科学文献出版社，2013年版，第217页。

[6] 《贵州巡抚签注》，载高汉成主编：《〈大清新刑律〉立法资料汇编》，社会科学文献出版社，2013年版，第218页。

[7] 《陕西巡抚原奏》，载高汉成主编：《〈大清新刑律〉立法资料汇编》，社会科学文献出版社，2013年版，第219页。

[8] 《两广总督签注清单》，载高汉成主编：《〈大清新刑律〉立法资料汇编》，社会科学文献出版社，2013年版，第250页。

178条至第181条而综核之，似于中国民情习惯不甚适用，尚须斟酌变通，重加厘定，方可推行无阻。

“按伪证与诬告之最，其性质分为二种：一则认为直接对于原告、被告之罪，法典之用此主义者，有民事、刑事之别，其关于刑事一端，更分为曲庇被告、陷害被告两意，又复乎陷害已成者，就其被告所受刑罚之轻重，以为犯人刑罚之差等；一则认为直接对于公署讯问违背陈述真实义务之罪，法典用此主义者，于凡对公署为伪证、为诬告，俱以同一之刑，但其处分之轻重，一任审判官按其情节而定。今此章后具第二种之说以为规定，原案理由指第一种为有三误，言论不深切著明，第参看各国刑法，准以中国人民程度，似乎第二种尚不如第一种施行之为宜。何以言之？盖证人者，为诉讼时所不可缺，中国罪凭供定，外国罪凭证定，今中国既废刑讯，亦不能不借助于证人以补裁判官耳目之所不及。虽判断之权仍操自上，原非证人所能直接而自定之，但情伪万端，以有限之司法机关审理无限之司法事务，欲其纤毫无误，势必不能。况中国民情，习于刁诈，往往假公济私以泄私忿，或串通证人搭作化讹，或凭虚构造陷害善良，弊端摆出，防不胜防，稍不留神便坠其术中而不觉，谚所谓：‘无赃不成状者是也。’若如本条所定悬此同一刑，重则除二等至四等有期徒刑，轻则拘留、罚金，一任审判官临时按情节而定，彼素惯刁讼者，将谓诬人之死无所不为，流弊将无纪极，似不如采取第一种之主义，定位区庇被告、陷害被告，即以所诬罪之轻重为等差，如被诬人死罪已决者即反坐以死，未决者处以无期徒刑或一等有期徒刑，庶于中国民情习惯较为适宜，而于各国及日本刑法亦不相刺谬，尚宜复加审度，斟酌处适，重行厘定，方可推行无阻。管见所及是否有当，幸垂察焉。”^[1]

4. 直隶签注清单：^[2]第178条：按现行律“鞫囚而证佐之人不言实情，故行诬证，及化外有罪，通事传译番语不以实对，致罪有出入者，证佐人减罪人罪二等，通事与同罪。今本条为虚伪之陈述及鉴定、通译者不计罪人原犯如何，概处以二等至四等有期徒刑，亦云从严，似可照行。惟二等至四等，究觉层级较多，可否酌改为二等至三等有期徒刑，请再厘订。至犯前项之罪能于结案前先行自白者，既有悔过之心，案亦得白，自可免除其刑。”^[3]第179条“使受刑事系告言常人应得刑事之罪，使

受惩戒处分系告言官吏应得惩戒之处分。大抵诬告每牵及官吏，既为虚伪之告诉、告发或报告，此等刁健之徒自未便宽恕”。旧律：“凡诬告人，笞罪加所诬罪二等，流、徒、杖加所诬罪三等；至死罪，所诬之人已决者反坐，已死未决者杖一百，流三千里，加役三年。”此其大较也，其余教唆或受雇诬告人与自诬告同。如诬告人因而致死被诬告之平人，或将案外之人拖累拷禁致死一、二人及三人以上，分别拟绞候、斩候，立法极为明允。今本条均未声叙，止定以处二等至四等有期徒刑，固知二等至四等其中层级甚多，或可按其所告之轻重分别处之。然条文简浑，已否不免启判断高下之弊。设诬告人死罪而已决，或尚未决，或拖累拷禁致死，究应如何反坐，似须明晰规定，以防制于未然。中国妄告、虚诬之风最盛，实足破人身家、坏人心术，应请再加妥议，另订条文。至犯前项之罪，能于该案审判确定前或惩戒处分前先行自白者，得免除其刑，似亦尚须斟酌。诬告而至审判确定前或惩戒处分前始据自白，已不知几经审讯，被告深受拖累，该犯恐将反坐，始见机直陈，似难遽许免除其刑。窃谓诬告而返悔自白，须于到案之前或甫经到案者方准免议，亦请再酌。

第180条：本条虽诬告有犯罪事实而并未指定其人，与前条之指人诬告必致受其损害不同，处五等有期徒刑、拘留或百元以下罚金，尚可遵行。

5. 浙江签注清单：无诬告罪的规定。

6. 两江签注清单：无诬告罪的规定。

7. 湖广签注清单：无诬告罪的规定。

8. 山东签注清单：无诬告罪的规定。

9. 江西签注清单：第175条、第178条、第179条：以上三条，如被告因受伪告、伪证、伪鉴定、伪通缉之害，致于预审中丧失财产、职业，

[1] 《两广总督签注清单》，载高汉成主编：《〈大清新刑律〉立法资料汇编》，社会科学文献出版社，2013年版，第280页。

[2] 《两江签注清单》，载高汉成主编：《〈大清新刑律〉立法资料汇编》，社会科学文献出版社，2013年版，第318-319页。

[3] 《两江签注清单》，载高汉成主编：《〈大清新刑律〉立法资料汇编》，社会科学文献出版社，2013年版，第318页。

或因逮系忧郁及受累而死,并被诬人所诬死罪审判已决,应作何处断均未详及。遇有此等事实,即苦无从援引。若以律无正条不为罪,则被告究因伪造、伪证而失其身命、财产、职业,又不足以昭情法之平,似宜更加酌定。^[1]

10. 山西签注清单:无诬告罪的规定。

11. 闽浙签注清单:本条凡关诬告之罪,仅定二等至四等有期徒刑。若诬告叛逆、人命、盗贼等项,业已论决,如将诬告之本人亦竟照此拟断,实觉情重法轻。自应将诬告之人分别情节轻重,已决未决,明定治罪专条,以昭明允。^[2]

12. 都察院签注清单:无诬告罪的规定。

13. 河南签注清单:无诬告罪的规定。

14. 湖南签注清单:第179条 诬告人死罪已决者,非二等有期徒刑所能蔽辜。按明律死罪所诬之人已决者反坐以死,未决者杖一百、流三千里。现行律同此条,应再厘定。^[3]

15. 云贵签注清单:无诬告罪的规定。

16. 广西签注清单:无诬告罪的规定。

17. 四川签注清单:无诬告罪的规定。

18. 邮传部签注清单:无诬告罪的规定。

19. 热河签注清单:无诬告罪的规定。

20. 度支部签注清单:无诬告罪的规定。

21. 陆军部签注清单:无诬告罪的规定。

22. 甘肃新疆签注清单:无诬告罪的规定。

23. 东三省签注清单:无诬告罪的规定。

24. 陕西签注清单^[4]:第12章:第178条 伪证之罪,其轻重等级甚多,如概限以二、三、四等徒刑,恐不免有情轻法重者,应再议。

第179条:报告之情理似应轻于告诉,余注详前。

第180条:夫指犯人而诬告犯罪之事实,如捏报案者是,捏报案非独使官员为无益之搜查,将

欲使吏员因而获咎,是在前条欲使人受惩戒处分范围之内,不应减等。

第181条:此条应遵行。

综上所述,通过24个签注清单可以看到,均对诬告人做出了严厉的惩罚,诬告均由于无中生有的罪名,或教唆他人行诬告行为。自古以来,诬告之风兴盛已久,破坏他人家庭,搅乱人心,造成他人死亡或者冤狱,影响社会稳定,故严惩诬告行为。但各省签注提出了一些修改建议,针对“况中国民情,习于刁诈,往往假公济私,以泄私忿,或串通证人搭作化讹,或凭虚构造陷害善良,弊端摆出,防不胜防,稍不留神便坠其术中而不觉,谚所谓:‘无诬不成状者是也。’”^[5]的现状,故清末修律坚持传统律学,以所诬告罪的轻重来反坐行诬告行为之人,“如被诬人死罪已决者即反坐以死,未决者处以无期徒刑或一等有期徒刑,庶于中国民情习惯较为适宜”,这样与西方诸国和日本刑法没有相左,故推行无阻。

三、《资政院议场会议速记录》

资政院是近代中国政法领域的核心问题是如何实现宪政,它是清廷为了维持摇摇欲坠的统治,绝大多资政院议员对1907年《大清刑律草案》进行了激烈的讨论,因此从《资政院议场会议速记录》中可以窥见一二。

《资政院议场会议速记录》在相当程度上保证了研究晚清资政院的最原始、最权威的资料。资政院第一次常年会是成功的,因为它们政治生活的主角,是立宪派参与君主立宪的最高峰,“朝廷在这一时期基本上都集中在考虑如何对待资政院,全国知识舆论界都注目于此。”^[6]

在资政院第一次常年会使得民选议员,终于找

[1] 《两江签注清单》,载高汉成主编:《〈大清新刑律〉立法资料汇编》,社会科学文献出版社,2013年版,第367页。

[2] 《两江签注清单》,载高汉成主编:《〈大清新刑律〉立法资料汇编》,社会科学文献出版社,2013年版,第376页。

[3] 《两江签注清单》,载高汉成主编:《〈大清新刑律〉立法资料汇编》,社会科学文献出版社,2013年版,第406页。

[4] 《两广总督签注清单》,载高汉成主编:《〈大清新刑律〉立法资料汇编》,社会科学文献出版社,2013年版,第452页。

[5] 《两广总督签注清单》,载高汉成主编:《〈大清新刑律〉立法资料汇编》,社会科学文献出版社,2013年版,第280页。

[6] 李启成点校:《资政院议场会议速记录》,上海三联书店,2011年版,第3页。

到了合法舞台，以国民代表自居，且有咨议局的支持，使得他们更有信心来推进君宪。新刑律草案是议员之间的冲突，是议员价值观在法律上的集中体现。资政院第一次常会第18号会议速记录，“一是学生不上课，一是官吏不上衙门，但经报纸登载，即认为损害他人名誉，限制未免过苛等语，然照原案解释起来，所称‘损害名誉’之语云者，并非易议员所谓学生不上课、官吏不上衙门之类，因勤学与否，本是道德上的事，不是法律上的事，此等登载，何能入于本律？所谓损害名誉之范围，易议员又谓关于损害名誉罪须由刑律规定，诚属定论，但现在《新刑律》尚未颁行，虽普通有犯奸人阴私陷人之罪，应用《现行刑律》，然罚例过重，若报馆一律适用，未免于报馆不利，本律特为规定者，政府之意，盖视报馆与普通不同，所以不用《现行刑律》，正是维持报馆言论自由之旨。即日本新闻纸关于对名誉罪之诉，亦取开放之义。该新闻纸法系规定除私行外其为公益者得免刑法之制裁，其在凡人犯有对于名誉之罪者，则无所谓公、私之分，因个人的意思无所谓公，亦无所谓私，皆不能损害他人名誉。若借口公益损人名誉，则一般国民之名誉权皆立于危险之地位，故刑法特为之保障也。惟报纸有犯，则与普通人不同，其为公益而至损及私人名誉者，则在可以原恕之列，是以本律于法定限制外，不得不予以言论之自由，而实免其刑罚，此第十一条之最宜注意者也。”^[1]

资政院第一次常年会第37号议场速记录，本次大会主要是《大清新刑律》议案续初读和再读，比较重要的是汪荣宝代表法典股所做的关于《新刑律》总则和分则的审查报告，汪氏有言：“政府特派员说这个刑律是想提倡国家主义，减轻家族主义，但是股员会审查之后，以为这个草案于家族主义保存的地方很多。”^[2]“第178条凡意图使他人受刑事处分、惩戒处分而为虚伪之告诉、告发、报告者，处二等或四等有期徒刑，据文义

求之，告诉、告发当指刑事处分而言，报告当指惩戒处分而言，原案第179条凡意图使尊亲属受刑事处分而为虚伪之告诉、告发、报告者处一等、二等有期徒刑，单有‘刑事处分’字样而无‘惩戒处分’字样，现在按照第178条之例，于‘刑事处分’之下加‘惩戒处分’四字，以归一律，股员会修正之要点此其三。”^[3]

四、1910年《修正刑律草案》

1910年《修正刑律草案》第12章关于伪证及诬告之罪，第184条：“凡因律例于司法或行政之公署为证人，而为虚伪之陈述者，处二等至四等有期徒刑。因律例于司法或行政官署为鉴定人、通译人，而为虚伪之鉴定、通译者，亦同。犯前二项之罪，能于结案前先行自白者，得免除其刑。”^[4]在修正案中，安徽签注认为：中国刑法中的罪是凭口供来认定的，外国刑法中的罪凭罪证来认定的。今日中国刑法废除刑讯逼供，不能不借助于证人，但恐怕情况变换莫测，如想证明毫无差错，势必不能如此项。“况中国民情刁诈，证人等亦难免无串通讹诈情弊。”^[5]今东西各国诉讼律皆采用自由心证主义，由审判官断定证言确实与否，其认为确实者然后据以审判，非尽恃证言为据也。“中国诉讼各律亦采此主义。至谓刁民借端讹诈，故为伪证等情，贤有司果能明辨案件之是非曲直，岂于证言之真伪而反不能洞察耶？两江签注谓宜删四等有期徒刑，查本条情节，其重轻亦有大相悬绝者，如为良友利益计或为酬恩，故致犯本条之罪而其事件所关不至重大者，似亦未尝无宽恕之情也。”^[4]

第185条：“凡意图他人受刑事处分、惩戒处分，而为虚伪之告诉、告发、报告者，处二等至于四等有期徒刑。犯前项之罪，能于该案审判确定或惩戒处分之前先行自白者，得免除其刑。”本案与1907年《大清刑律草案》第179条相比较，没什么变化，故维持了原有条文。

[1] 李启成点校：《资政院议场会议速记录》，上海三联书店，2011年版，第222页。

[2] 李启成点校：《资政院议场会议速记录》，上海三联书店，2011年版，第589页。

[3] 李启成点校：《资政院议场会议速记录》，上海三联书店，2011年版，第596页。

[4] 《修正刑律草案》，载高汉成主编：《〈大清新刑律〉立法资料汇编》，社会科学文献出版社，2013年版，第526页。

[5] 《修正刑律草案》，载高汉成主编：《〈大清新刑律〉立法资料汇编》，社会科学文献出版社，2013年版，第527页。

第186条：“凡未指定犯人而有诬告有犯罪事实者，处五等有期徒刑或拘役及一百元以下罚金。”此条亦无太多变化，而参照1907年《大清刑律草案》第180条。

第187条：“凡犯第184条至第185条之罪者，得褫夺公权全部或一分。吏员犯此者，并免现职。”此条亦无变化，按照1907年《大清刑律草案》第181条。

1910年《修正刑律草案》中，伪证诬告罪对1907年《大清刑律草案》的刑罚提出质疑，认为四等有期徒刑过于宽恕，应该删掉，而没有考虑所诬告的犯罪事实的危险性大小，如果被诬告人的罪刑过于小，而不应该处于重刑，即应该处较轻的刑罚，以显示刑法有宽宥之意，而不至于《修正刑律草案》未能显出罪刑相适应原则。

熊元翰认为本章之罪有四个：伪证罪、准伪证罪、诬告罪、准诬告罪。^[1]诬告罪第十二章“关于伪证及诬告之罪”第179条，熊元翰认为：“诬告罪有两种，（一）以使人受刑事处分为目的者，对于该管署或官吏为不实之告诉、告发或报告时，其罪成立。惟须有特定致人，如无特定之人，则列于后条，不应列入本条。（二）则以使人受惩戒处分，分为目的者，亦须有特定之官吏。”^[1]

《大清刑律草案》中所采取的“诬告罪”与大清律例中“诬告罪”的观念不同，告诉乃告言人罪不同，自居于被害者地位，告发乃处于第三位地位。非被害者，报告乃受官厅命令，调查事件，还报其调查所得之情形之。谓使人受惩戒处分，与使人受刑事处分，其目的不同。

而《大清刑律草案》这一规定，因使人受惩戒处分者，有损官员的体面，有时使人受惩戒处分，无法区分，比如中国古代的御史，往往无据可查，系捕风捉影，故不用怀疑。若有构陷，使人受惩戒处分，科以诬告罪。本罪的既遂为告发或报告时，而对指定的诬告，可以不论。如有告诉或报告之际，因意外因素或其他原因而不能时，为本罪之未遂，法律不能处罚之。本罪既遂，不论被诬告人受到什么处分，或没有受到处分，亦构成诬告罪。此何以故因诬告罪违背秩序，扰乱官纪。虽未达到其目的，其罪不可逃避责任。

准诬告罪，未指定犯人，诬告有犯罪事实之罪也。例如佣工遗失财物，恐主人之谴责，伪诉途中

遇到盗贼夺取之类事情。此种行为，情节颇为轻微。

“然徒以费搜索官吏之劳力，亦不能附诸不问。而其性质除不指定犯人外，究类于诬告罪。故草案编入本章之中。”^[2]曾有日本品行不端的妇人，晚上私自约会归来时，被人力车绊倒受伤，把责任归结到车夫身上。然谓途中被男性强暴，便报官，由警察搜查犯人，最终查明此事为虚。故该妇人乃捏造案情，定准诬告罪。而非被害者，报告乃受官厅命令，调查事件，还报其调查所得之情形之。

“谓使人受惩戒处分，与使人受刑事处分，其目的不同。”^[1]

五、西法东渐中伦理与法律的困惑和更新

鸦片战争以前的中国社会，是典型的农业社会，以家为组织的基本单位，由男耕女织的自给自足，发展家庭工业，再发展为家族性的合伙工业，由此基础上建立起来的社会制度、家庭组织、伦理道德、风俗习惯与典章律令，均是与农业社会密不可分的。

而西学东渐的过程中，整个社会形势发生较大的改观。中国基层社会的力量，西方工商业直接冲击了中国传统社会，这个工商业性的西方文化迫使中国的社会结构与文化价值解体乃至崩溃。从前的家族社会开始解体，家族经济也开始崩溃，家族意识形态幻灭了，中国社会性质发生了根本性的变化。诬告罪在社会大的形势之下，逐渐出现了一些变化。在清末修律过程中，尤其是通过签注清单，看到对诬告罪做了严惩，自古以来，诬告之风盛行，破坏他人家庭，扰乱人心，造成他人死亡或冤狱，影响社会稳定。故各省都做了一些修改建议，但均以所诬告罪的轻重来反坐诬告行为之人。

1907年《大清刑律草案》的“诬告罪”与大清律例中的“诬告罪”的观念是不同的，告诉乃告言人不罪不同，自居于被害者地位，告发处于第三人地位。非被害者，报告乃受官厅命令，调查事件，还报其调查所得之情形之。谓使人受惩戒处分，与

[1] 熊元翰：《刑法分则》，安徽法学社，1911年版，第65-72页。

[2] 熊元翰：《刑法分则》，安徽法学社，1911年版，第65-72页。

使人受刑事处分，其目的不同。而1907年《大清刑律草案》的刑事立法观念，告诉乃告言人的原因，自居于被害者的地位，告发处于第三者的地位。非被害者，报告乃受官厅命令，调查事件，还报其调查所得之情形之。谓使人惩戒处分，与使人受刑事处分，其目的不同。

《大清刑律草案》诬告罪意在使他人受到刑事处罚，告发人是当事人，告发人卷入刑事诉讼中。而古代律法中是处于第三人的位置，告发是他人的事实。由此可见，诬告罪在罪名上出现了一些变化，诬告人与被诬告人的法律关系发生了一些改变。

（一）西方自由主义思潮中的个人主体性立法

晚清之后，由于受到日本明治维新思想的影响，中国政治上维新与革命的思想及行动，风起云涌，清廷迫于情势，不得不谋求政治与法制的变革。为了废除领事裁判权，不得不采取近代西欧的法律理念，来修订中国的固有法律。个人主义、自由主义的立法思潮引进中国，固有传统家族伦理逐渐走向崩溃。而个人主义、自由主义下的刑事立法，究竟还有多少伦理在法律之中得到体现？法律与伦理的关系如何？简而言之，社会伦理要不要法律化？要和？要分？合多少？分多少？伦理道德的法律化，是否意味着人格权的不平等性？又法律的去伦理化，是否意味着要舍弃伦理道德中人性高贵情操的特质？

诬告罪是关于社会伦理与法律的典型罪名。社会伦理之所以成为伦理道德，都有其存在的本质。社会伦理没有严密的逻辑推理，是内化人们心中的道德，有其自律性的一面，故不能实行强制。但社会伦理一旦法律化，有了外在的平等性，一旦成为法律保护的客体，成为国家公权力保护的客体。故诬告罪必须对其进行强制干预，凡意图使他人受到刑事处分的人，必须要让其承担一定的代价。即将诬告的行为刑法化，成为一种强制性义务，义务人不再以道德来约束他，因为道德力量是内化的，与个人的素养、社会环境有很大关系。晚清时社会环境动荡不安，使得社会伦理不再成为一种内化于心中的力量，无法通过自律性来实现立法者的意图，故必须通过刑法强制力量来实现社会发展。

近代中国刑法演化的历史表明，诬告罪是一种

中国传统，与伦理和身份密切相关。伦理和法律的相关，在西方自由主义、个人主义的思潮的影响下，逐渐承认人格平等，注重法律的社会控制功能。这使得社会伦理与法律的界限变得清晰起来。社会成员间的和睦关系，已近脱离了家族社会的桎梏，逐步由法律来维持社会秩序有效运转。法律是最低限度的道德，不应混淆道德与法律的界限。一般诬告行为不用刑法进行强制规范，可以用社会伦理进行规范。而意图他人受到刑事惩罚，使其失去正常社会生活和家庭，人心险恶不言而喻，故要对进行严峻刑法强制履行，这是一个僵化式的道德，是一般预防刑法理论下的思维，防患于未然，但恐怕收效甚微，后文诬告罪的司法实践足以说明这一问题。

（二）刑法法益保护思想的转向

刑法所保护的法益说明了一个国家在一个时期立法的思想和原则。清末修律时期，礼、法两派针对法律与道德关系进行了激烈的争论。伦理道德固有其狭窄的一面，尤其是社会伦理方面，法律要求人人遵守法规与公共道德，有别于传统儒家所标榜的“最低限度的伦理道德”，即要求人人日日向上，终于成为圣人。中国传统的社会伦理寄希望于每个人都修身养性，注重内化的修炼，而在一定程度上忽视了政治事实与时代背景，外在的行为缺乏有效的应对措施，更无法从另一面来提升社会伦理道德。

从刑法发展史来看，十八、九世纪，刑法的主要任务是治民治吏的工具。启蒙运动之后，西方个人主义、自由主义思想泛起，刑法保护的法益除了生活利益和行为之外，还有一个核心的价值观和伦理观。社会伦理是一个社会维护人类共同生活所不可缺的最基本义务，从古到今，都有存在的必要，内容有一定程度的变化。刑法的内涵都是禁止性规范或命令性规范，亦是这种社会伦理的一种体现。但试想，社会伦理是否都需要刑法进行规制？是否一些轻微违反社会伦理的行为由民法或行政法进行规制？刑法作为最后的手段，立法者要考虑社会的承受度，不能将一般的诬告处以重刑。国家刑罚权的界限在哪里？这是一个平衡刑法与社会伦理的严肃课题。

刑法是保护人民生活的利益，还是社会伦理的基本价值观？尊重个人自由和权利的法律思潮中，刑法不仅要保护根本的利益，还要保护社会伦理这

一利益。要在二者之间寻找到一种平衡,既不能侵犯个人生活的领域,也不能使得社会生活失序。刑法保护法益的转变便可以体现这一平衡。

(三) 家族伦理到社会伦理的转变

中国自西汉以降,周代“礼治”变为“刑治”,乃儒家为主、礼刑并用的体系化法制。至隋唐,“礼本刑用”为立法圭臬。直至明清,历朝历代虽有多少损益,但其中的理念并没有太多的偏颇,伦常观念已经进入每个人的心中。中国传统社会,以家族本位、伦理义务本位,父母对于子孙有极其广泛的惩戒权。一直以来,“尊尊”“亲亲”所提倡的家族伦理是中国传统社会的运行逻辑。传统中国法上“父为子纲”式的亲子规范,原本追求的父子等家族成员能恪守义务与责任,使得家内的整体秩序和社会秩序彼此和谐。而近代中国,家族伦理逐步转向个人主义、自由主义思潮,基于“个人本位”和“理性本位”为导向的统治秩序所逐步构建起来的;国家秩序的形成,被认为是具有理性的个人与国家的社会契约关系上。

传统律法中重视家族伦理,缺乏独立的个人观念。传统律学中“诬告反坐”重视的是家族伦理和国家政权的稳固,而忽视了个人权益的保护。法律无法脱离伦理道德而独存。中国自古妄告、虚诬之风由来最盛,足可以毁人破家、坏人心术,扰乱社会秩序,破坏社会伦理,最终导致国家政权不稳,故对于诬告采取反坐的刑罚。如果在审判前或惩戒处分前自白,“已不知几经审讯,被告深受拖累,该犯恐将反坐,始见机直陈,似难遂许免除其刑。”故对诬告人虽在被诬告人在定罪量刑前自首者,可免除其刑,是有异议的,不能因其实行了行为,没

有造成危害结果,就免去其刑,这有违中国传统家族伦理,也同样有违中国近代社会伦理和社会秩序。中国近代社会伦理从家族伦理逐渐走向个人主义、自由主义,社会伦理从保护个人利益的角度,亦不能让诬告盛行,故对诬告进行严格主义的立法原则。虽中国传统律学与近代中国刑法都对诬告罪采取重刑主义,在立法原则的出发点不同。传统中国是以家族为社会组织单位的基础,国家则是以家族的扩大形态。文化方面深受家族制度的影响,家族生活的父慈子孝和兄友弟恭的伦理原则,使得诬告行为不在家族生活中出现,刑律就要遏制这一现象的发生。故中国古代律法使得家族伦理与法律绝妙地结合在一起,家族利益被放在首位,个人权利被放在其次,或不予考虑,甚至忽视。

到晚清民国时期,社会伦理由家族伦理转为个人主义和自由主义,个人利益开始至上,法律逐步考虑个人利益。中国近代刑法立法原则亦开始保护个人利益,对于诬告罪也严格打击,进而维护社会秩序,保证国家政权稳定,最终转向“国家社会本位”立法,晚清民国时期诬告罪的立法变迁是从家族伦理到社会伦理,再到注重个人主义的变迁。

从当代来看,“法律与伦理道德乃至礼教间仍有其相同之处,因为法律、伦理道德与礼教都有共同出发点——‘求善’,即企图塑造一个良好的社会秩序;但此相同处并非在枝节处,而在根部。”^[1]随着社会的高度发展,有些原以道德义务作为立法基础,随着社会的演进或道德观改进,会从法律中剔除的。但不能否认法律与道德的关系,但肯定不能像以前紧密,但不能否认法律中伦理道德的作用。

[1] 黄源盛:《汉唐法制与儒家传统》,中国台北元照出版有限公司,2009年版,第204页。