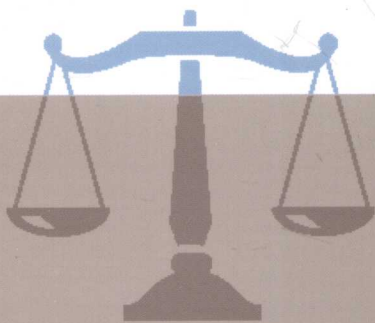



张道强 著

中西刑法 文化冲突与 中国刑法 近代化



 中国政法大学出版社

张道强 著

中西刑法 文化冲突与 中国刑法 近代化



中国政法大学出版社

2015·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

中西刑法文化冲突与中国刑法近代化/张道强著. —北京:中国政法大学出版社, 2015. 8

ISBN 978-7-5620-6236-3

I. ①中… II. ①张… III. ①刑法—思想史—对比研究—中国、西方国家②刑法—法制史—研究—中国—近代 IV. ①D924. 02②D914. 02

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 176491 号

- 出版者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话 010-58908586 (编辑部) 58908334 (邮购部)
编辑邮箱 zhengfadch@126.com
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 880mm × 1230mm 1/32
印 张 8.25
字 数 210 千字
版 次 2015 年 8 月第 1 版
印 次 2015 年 8 月第 1 次印刷
定 价 32.00 元

目录 CONTENTS

- 绪论... 1
- 第一章 法律文化冲突... 5
 - 第一节 文化与法律文化... 5
 - 第二节 法律文化冲突... 7
 - 第三节 中西传统法律文化精神之区别... 8
 - 第四节 法律文化冲突的影响... 15
- 第二章 鸦片战争前后中西刑法冲突... 18
 - 第一节 近代中西法律文化的初步接触... 18
 - 第二节 租界内中西法律观念的较量... 30
 - 第三节 十九世纪后期西方刑法理念的引入与传播... 37
- 第三章 清末刑法变革的进程... 47
 - 第一节 清末刑法变革的第一阶段... 47
 - 第二节 清末刑法变革的第二阶段... 52
 - 第三节 《大清新刑律》的制定... 54
- 第四章 中西刑法冲突在清末变法修律过程中的体现... 59
 - 第一节 新刑律草案与礼法之争... 59
 - 第二节 《大清现行刑律》所体现的中西刑法文化冲突... 69
- 第五章 刑法原则的冲突与新刑法的变化... 79
 - 第一节 罪刑法定... 79
 - 第二节 罪刑相适应... 91

第三节	刑罚人道... 102
第六章	中国近代刑事司法审判制度的初创... 111
第一节	中国古代刑事诉讼和司法制度的特色... 111
第二节	清末近代审级制度、陪审制度的初创... 113
第三节	刑讯的历史传统与清末的改革思潮... 119
第四节	近代监狱制度的建立... 128
第七章	北洋时期刑法的演进... 136
第一节	《暂行新刑律》... 136
第二节	两次刑法修正案... 145
第三节	刑法解释例和判例... 160
第八章	南京国民政府时期的刑法变革... 171
第一节	1928年《刑法》... 171
第二节	1935年《刑法》... 175
第三节	刑罚之特别措施：保安处分... 184
第九章	民国时期特别刑法... 191
第一节	特别法的分类... 192
第二节	特别法的制定机关... 195
第三节	刑事特别法的特点... 199
第四节	特别法与刑法典的关系... 206
第五节	特别刑法在刑法近代化中的作用... 214
第十章	法律移植与中国刑法近代化... 222
第一节	法律文化冲突与法律移植... 222
第二节	法律移植与中国刑法近代化... 245
结 论	... 254
参考文献	... 259

绪 论



中国近代法律变革是中国法制史上具有重大转折意义的阶段，以中国封建社会儒家思想为指导的传统法制走向崩溃，以其为代表的中华法系逐渐衰亡，在大规模的变法修律基础上学习引进西方近代法律制度，至少在形式上建立起较为完整的中国近代法律体系。这种很大程度上抛弃传统法律观念和制度，“顺应历史潮流”，模仿西方列强创建新型法制的历史过程及其结果，被称为中国法制近代化。中国法制近代化中的一个突出重要的一环是其中的刑法近代化，因为刑法变革与近代西方推崇的人道、人权、民主、宪政联系至为紧密，而中国传统刑法制度受西方国家抨击又至为激烈，且与废止西方列强强加于中国的领事裁判权这个清末变法修律的发轫点直接相连，所以刑法变革可以说是近代中国法制变革的风向标，历史上尤为政府和社会各界所特别关注。一般认为，中国历代法典是诸法合体、以刑为主，国家主要以刑法来调整社会关系，而刑法又长期贯彻了儒家思想理念，所以刑法变革实际上是牵一发而动全身，刑法变动不可避免地涉及儒家思想作为最高指导原则的地位，对统治阶层和社会各界的思想冲击尤其剧烈，故而，近代刑法变革引起的争论和思想观念冲击尤其激烈。

近代刑法变革和由此引发的观念交锋，离不开中西方法律文化特别是刑法文化冲突的背景，这种文化冲突也是世界范围内文明、文化交流与冲突的一部分。文化冲突源于地理隔离下文化发展的各异性以及各异性文化相遇后观念与制度的交锋，而随着世界近代东西方交流的频繁益发深入与激烈。考察中国刑法近代化的深层背景和来源，离不开理论上文化冲突论的思考，以及这种理论在中国近代刑法产生与发展上的独特体现，具体来说包括冲突在中国近代之初的发轫、冲突在通商口岸的深化、冲突对中国思想界的冲击、冲突引发的清末变法修律、冲突在修律过程中中西思想交锋上的表现、冲突结果体现在清末新刑法“西化”基础的奠定，以及民国时代刑法近代化的延续与局部反复。法律文化冲突的结果反映在近代中国刑法上，就是传统刑法的日益式微和对西方刑法的移植，这种移植也是历史上不同文明法律移植现象的延续，也是中国刑法走向近代的必然趋势，同时也是符合法律移植规律、利于相对落后国家文明发展的有益尝试。虽然这种尝试在步骤、程度、具体取舍上或有不当，但在顺应历史潮流、借鉴人类文明优良成果方向上来说，无疑问是有积极意义的，也对当代法制建设具有启发作用。

中西法律文化冲突的研究是以中国法律传统的研究为基础的，近代学者瞿同祖在《中国法律与中国社会》一书中，系统阐述了儒家思想支配的中国古代法律的特点，运用现代西方的法律观念和方法来观察中国的法制。当代学者范忠信的《中国法律传统的基本精神》总结归纳小农经济、宗法社会组织等与中国法律传统的关系；赵晓耕主编的《观念与制度：中国传统文化下的法律变迁》指出法律变迁的内在动力不是人为的制度变革，而是深藏法律背后的文化传统；外国学者探讨中国传统

法律文化，给学界提供了从异域视角看问题的角度，其中一些收录在高道蕴与高鸿钧、贺卫方合编的《美国学者论中国法律传统》以及张世明等主编的《世界学者论中国传统法律文化（1644-1911）》中；其他学者如武树臣、霍存福、侯欣一等在传统法律文化研究方面各有独到见解。在近代以来的中西法律冲突与调适，更多地被代之以法律近代化研究。清末黄遵宪的《日本国志》输入了全新刑法思想和法典范式，对清末的刑法改革产生了深远的影响；民国学者杨鸿烈的《中国法律思想史》近代部分对清末修律和法制近代化有早期研究阐述。当代学者张晋藩的《中国法律的传统与近代转型》探讨中国法律传统的特征及近代中西法律冲突背景下的嬗变；李贵连的《近代中国法制与法学》推进了晚清法制改革的研究进程；张中秋的《中西法律文化比较研究》探讨中西法律文化的差异、成因和后果；何勤华、李秀清的《外国法与中国法》讨论中国法律近代化与传统法律走出中华法系的固有格局而与西方社会法律接轨的过程；黄源盛的《法律继受与近代中国法》侧重于传统法律文化在近代的保持与变动，分析不变与变的原因；张德美的《探索与抉择：晚清法律移植研究》运用了比较研究的方法，探察了法律移植的对象、原因、方式及其效果。在中国刑法近代化研究方面，张晋藩总主编、朱勇主编的《中国法制通史》（第9卷），对近代刑法的演进作出了阐述，但限于通史体例，细节问题展开不多；周少元的《钦定大清刑律研究》讨论了传统刑法与西方刑法文化在第一部近代性质刑法典上的取舍；高汉成的《签注视野下的大清刑律草案研究》结合刑律草案签注的研究，认为新刑律编纂者忽视对传统法律积极价值的创造性转化；徐岱的《中国刑法近代化论纲》从宏观的角度梳理了近代刑法的发展历程。从近些年的研究动态看，刑法近代化的研究有向具

体、微观制度方面推进的趋势，例如刘庆飞的《近代中国刑法中的故意、过失学说研究》、音正权的《刑法变迁中的法律家（1902 - 1935）》、陈新宇《从比附援引到罪刑法定》等，已开始择取刑法冲突与调适进程中的某个侧面深入挖掘。学者们的研究成果和学术积累奠定了近代中西法律文化冲突与中国刑法近代化的基本面，为本书的写作提供了基本的材料。

本书在上述既有研究成果的基础上，结合学术界的最新研究观点，较为系统全面地阐述中国近代刑法产生与发展的背景、动力、过程与成果，注重说明近代刑法立法内容上所反映的中西文化冲突与融合，以及中国刑法近代化是世界范围内法律移植现象的一部分，也遵循着法律移植的普遍规律，具有法律移植的优长与不足，对现代仍未停止的法律借鉴与移植具有思考启发意义。

第一章

法律文化冲突



第一节 文化与法律文化

中文“文化”一词的出现最早可追溯到西汉时期，刘向的《说苑·指武》中有“圣人之治天下也，先文德而后武力。凡武之兴，为不服也，文化不改，然后加诛”。这里“文化”一词的意指“文治教化”，即伦理道德、礼乐典章制度对人的制约与感化。当代的“文化”一词，是从西方引进的，西方“文化”一词源自拉丁文“Cultura”，其为与自然存在物相对的耕作、培养、教育等涵义，英、法、德等语种还保留了这个拉丁文的某些含义。人类文化学界对于何谓文化存在诸多界定，爱德华·泰勒（Edward Tylor）认为，“文化或者文明，就其广泛的民族学意义而言，乃是这样一个复杂整体，它包括知识、信仰、艺术、道德、法律、风俗，以及所有其他作为社会一员的人习得的能力和习惯。”〔1〕文化还有广义、狭义两层含义，从广义说，

〔1〕〔英〕爱德华·泰勒：《原始文化：神话、哲学、宗教、语言、艺术和习俗发展之研究》，连树声译，广西师范大学出版社2005年版，第1页。

文化泛指人类的认识和实践过程及结果，包括物质文化和精神文化，体现的是人对自然的认识和改造关系；狭义的文化概念则是指人类的精神活动过程及其结果。

具体到法律文化，研究的对象主要指法律现象，包括法律意识形态和法律制度、组织机构等，一定的社会制度、组织等因其属于观念形态的外化或者说是附属物，也属于狭义的文化范畴。法律文化作为一个文化的概念相对于其他的文化概念如政治文化、宗教文化出现的要晚得多，大约在20世纪60年代始于美国、日本和苏联。美国法学家亨利·埃尔曼在《比较法律文化》一书中曾讲到：“这种法律文化的概念作为比较的焦点的研究，必须首先要界定它的含义。”〔1〕美国学者劳伦斯·弗里德曼在《法律文化与社会发展》一文中指出，法律文化是“与法律体系密切关联的价值与态度，这种价值与态度决定法律体系在整个社会文化中的地位”〔2〕用“法律文化”一词指称生活于特定文化之中的人们的法律价值观念。苏联法学家倾向于把法律文化界定为法律制度、法律设施、法律运行和法律意识达到的某种状态，日本学者则倾向于把法律文化定义为以法律意识为核心、包括法律制度和设施在内的社会文化现象。

我国将法律文化作为一个新的、完整的概念和课题进行研究始于20世纪80年代中期。我国法学界对法律文化的定义也是仁者见仁，智者见智。一般认为，法律文化是指人们在认识 and 实践中形成和积累的、对法和法律现象的群体性精神观念（认知、评价、信仰、心态、思想）和行为模式，以及与之相

〔1〕〔美〕H. W. 埃尔曼：《比较法律文化》，贺卫方、高鸿钧译，清华大学出版社2002年版，第9页。

〔2〕〔美〕弗里德曼：《法律制度》，李琼英、林欣译，中国政法大学出版社1994年版，第29页。

应的法律规范、法律制度、法律组织、法律设施等构成的综合整体。

具体到刑法文化，可以认为，指的是由社会经济基础决定的，在历史发展过程中积淀下来的，反映一个国家、民族对待刑事法律现象的精神要素和与之相适应的刑事法律制度总称。

第二节 法律文化冲突

“冲突”一词的基本涵义，是指矛盾的两个方面之间或者两种事物之间相互对立、相互斗争的趋势和状态，是事物的一种客观属性。具体到文化冲突来讲，其属于一种客观社会现象，是指不同形态、不同质的文化或者文化要素之间相互对立、相互排斥的过程。随着人类交往范围的扩大和交往程度的加深，不同地域文化之间从相互隔绝到相互接触、相互交流，文化冲突由此产生。从表现方式来看，文化冲突主要是同质文化中传统与现代、继承与发展的冲突，以及异质文化之间吸收与排斥、“拿来”与“舍弃”之间的冲突。从本质上来看，人类的文化历史，就是一部文化冲突的历史，法律文化冲突是法律文化在发展变化过程中内在矛盾性的反映和表现，是指“某一具体的国家或民族由其特定的物质生产方式基础上所形成的法律文化，在其发展变迁过程中，由于其内在的矛盾性，已经不适应不断发展变化的社会生活，加之各类不同法律文化之间存在的差异性等因素，所产生的一种社会文化冲突方式”。〔1〕

法律文化冲突的概念，是文化冲突概念在法学领域中的运

〔1〕 刘作翔：《法律文化理论》，商务印书馆1999年版，第212页。

用，是多种不同质的文化在相互交流和碰撞中产生的排异现象。文化冲突源于文化的差异和文化发展过程中的交流。当然，差异的必然性并不意味着冲突的必然性，但差异的必然性却是冲突得以产生的一个必要条件。法律文化的冲突，从性质上讲，主要可分为两类：良性冲突与恶性冲突。良性冲突，是指对于冲突各方都有益的法律文化冲突，这类冲突的出现及最终解决，将使冲突各方的法律文化获得新的元素和新的发展空间；而恶性冲突，是指对于冲突各方或至少某一方具有危害的法律文化冲突，冲突的最终解决，是以冲突一方的衰微或各方的两败俱伤而告终。

各种外来的异质法律文化对本土法律文化的冲击和碰撞会导致法律文化的冲突。不同地域、不同国家、不同民族的法律文化是有差异的，具有鲜明的民族性和地方性特点，也正是因为存在这样的差异，才形成多元法律文化的并存和冲突。

第三节 中西传统法律文化精神之区别

一、中国传统法律文化的精神

法律文化精神是整个法律文化的核心，是比法律文化现象（物质的、制度的、观念的现象）更为本质的方面。法律文化精神具有宏观性、综括性、原则性、指导性，而某些制度现象、观念现象则是微观的、细节的、具体的、零散的存在。一种法律文化精神，可能有无数的具体制度现象、观念现象与之对应。有的制度、观念等法律文化现象直接反映或体现法律文化精神，有的则比较间接和隐晦。

(一) 中国传统法的根本精神是人治精神〔1〕

人治精神是指法在本质上所体现的是拥有极权的个人或极少数人的意志，蕴含这种意志的法既是极权的一部分，又是维护极权的工具，从而在政治上构成一种专制的治理模式。人治不是没有或取消法律，人治是通过法律来实现专制，在古代社会通常表现为王权或皇权以及少数贵族特权。

中国传统法定制度内，皇权与行政权、司法权的关系体现着、维持着、强化着传统中国法律文化人治精神。凌驾于一切权力之上的皇权的合法性在传统中国是具有普遍意义的。皇权的至高无上虽然是通过法律来确认和体现的，但它在本质上是不受法律约束的。就立法权而言，中国没有产生过近代西方那样的立法机构，更没有独立于皇权以外的立法权。君主就是法律产生的渊源；就司法权、行政权而言，传统中国的司法和行政难以严格区别，历来实行司法与行政合一。因此，传统中国不存在分权，依职能而划分的立法、司法权限仍然要受行政权力和皇权的控制。

(二) 深厚的伦理性是中国传统法律文化的特征

中国传统文化表现为道德原则与伦理秩序，落实在法律上，则形成了特征鲜明的伦理性法律文化。伦理性法律文化精神可以概括为：宽恕戒残、悲悯仁恤的宽宏精神；本乎人情、据于事理的情理精神；关注反省、释赦并举的自新精神；区别对待、

〔1〕 在《中国法律与中国社会》一书中，瞿同祖系统阐述了儒家思想支配的中国古代法律的特点，他认为中国法律的传统在于“儒家化”，并提出“法律是社会产物”、“我们不能像分析学派那样将法律看成一种孤立的存在，而忽视其与社会的关系”、“研究法律自离不开不条文的分析，这是研究的根据。但仅仅研究条文是不够的，我们也应注意法律的实效问题。如果只注重条文，而不注意实施的情况，只能说是条文的、形式的、表面的研究，而不是活动的、共能的研究”。瞿同祖在这里运用现代西方的法律观念和方法来观察中国的法制，具有开创的意义。

分化瓦解的策略精神；和同公信、约定同法的契约精神；哀矜惟良、听明断平的司法精神等。

（三）中国传统法律文化侧重于公法文化

将法分为公法与私法是古罗马法学家的创造与贡献，公法调整的主要是国家之间及国家与个人之间的关系，私法则调整公民个人之间的关系。公法领域内法律主体的双方在地位上是不平等的。私法则完全是民事性的，法律主体的双方处于平等的地位。公法文化本质上是一种刑事性的法律体系及其意识，私法文化则是一种民事性的法律体系及其意识。前者以“义务本位”为其特征，后者则以“权利本位”为其特征。公法文化表现为：法典的刑事化或刑法化；刑法的刑罚性或刑罚化。中国传统法律是一种刑法和被刑法化的官僚体制组织及行政执行法，中国传统法律里的刑法重在惩罚、轻在教育，法即是刑，刑即是杀。中国古代法律典籍中的刑罚种类很多，手段残酷；民事法律关系刑法化。^{〔1〕}

中国传统法律刑事性最关键的社会原因是国家权力和理念的发达。当私人事务与社会秩序和国家政治控制联系在一起，以维护最高价值为目的的国家法制只能是废私的公法。废私立公意味着国家可以使用强力干涉私人事务，确保国家利益和政治控制，并视一切行为都与国家有关，一切不法、不交权行为都是犯罪，从而奠定了一切法律刑事化的基础。

（四）传统刑法文化所带来的负面影响

可以归纳为以下几个方面：国家利益、社会秩序至上观，强调国家权力至上，轻视个人，特别是被告人的权利；等级特权观，维护以“礼”为主要内容的等级和特权，是传统观念性

〔1〕 虽然中国历代封建王朝都有专门调整财产关系以及与财产有关的人身关系的法律规定，但从其性质上说都不是民法，而是一种刑法化的民事法规。

刑法文化的又一大内容；重刑观，与中国传统刑法文化紧密关联的重刑主义在国人头脑中根深蒂固；〔1〕无讼观，耻讼、厌讼，重调解是中国古代解纷息争的一个主要的心理行为倾向；其他还如，忽视证人出庭做证，忽视对证人进行当面质证，倾向于书面的证人证言作为证据来定罪量刑，等等。

二、西方传统法律文化的特点

（一）法治精神

西方的法治精神最早形成于古希腊城邦政治逐步确立的过程中，法是在贵族与平民的不断斗争和相互妥协中建立起来的，这个过程反映到法意志上就是平民意志对贵族意志的不断否定或取代。古希腊法的民主和法治精神在思想和传统上为后来所有类型的西方民主和法治奠定了基石。罗马对希腊理性法思想的接受，也包含了他们对法治精神的摄取。罗马不仅建立了一个庞大的法律体系，而且将法治的精神贯穿于整个体系之中，其中体现平等、民主和权利的私法可谓是希腊法治精神在罗马法律实践中的新发展。理性必然要求人们依据没有感情而又公正的法律来治国，没有法律就没有公正。当然一般意义上的以法治国并不必然带来法治的现实，需要借助具体的实施原则和方案，近代西方思想家们设计了创造性的三权分立方案。这一方案实现了权力结构的革命，它将专制集权的政治制度变为以权力制约权力的分权体制，并通过法律确保分权和制衡，最终保障人权。

〔1〕《尚书·吕刑》中就有“刑罚世轻世重”的明确记载，《韩非子·内储说上七术》也说：“行刑重其轻者，轻者不至，重者不来，故无刑”，“重一奸之罪而止境内之邪，此所以为治也”。

（二）私法文化

私法文化是西方法律文化的传统属性，还在其早期形成时期，西方法律就已表现出较浓厚的私法特色。从《十二铜表法》开始，私法的色彩便愈加浓厚，到查士丁尼编纂《国法大全》时，已完全将私法作为其法律体系的基干和主体，罗马私法内容之丰富、体系之庞大、结构之严谨，在古代世界都是举世无双的。中世纪西方的法典仍然是以民事法律为主要特色的法典，虽然不及罗马法发达，但也没有变成刑事性的法律体系。到了近代，私法尤其是民法典的发达，更是达到前所未有的程度，其中最有代表性的是《法国民法典》和《德国民法典》，其原则和内容是资产阶级民主和罗马私法传统的融合。西方法律私法的另一个重要内容商法也获得了巨大的发展，它与民法合称为民商法，成为西方私法发达的标志。西方法律文化作为一种传统的私法文化，与传统中国法的一个重要的不同之处，表现为法典中大量的关于刑事内容的规定被民法化了，即刑事犯罪民事处理，公法也具有强烈的私法化的倾向。

三、中国传统法律文化的伦理化与西方法律文化的宗教性

在现代社会，作为伦理与宗教的道德性规范与法律规范之间存在着明显的区别。中国传统法律文化的伦理化，特指儒家礼教的伦理原则是立法和司法的指导思想，支配和规范着法的发展，使法律文化的全部内容都浸透了儒家的伦理精神。而伦理化实质上就是礼教化，礼教的精神和原则贯彻到法律中，并成为立法和司法的指导思想，进而外化为具体的法律制度和原则，就是法律的伦理化。从历史的角度看，伦理化的中国传统法律对它自身所产生的一个不利后果是法律自我独立发展受到了致命的限制，使之最终成为伦理道德体系的附庸。传统中