

ZHONGGUO JINXIANDAI XINGFA
JINHUALUNGANG

中国近现代刑法 进化论纲

杨建军◎著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

ZHONGGUO JINXIANDAI XINGFA
JINHUALUNGANG

中国近现代刑法 进化论纲

杨建军◎著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

中国近现代刑法进化论纲/杨建军著. —北京: 中国法制出版社, 2011. 7

ISBN 978 - 7 - 5093 - 2968 - 9

I. ①中… II. ①杨… III. ①刑法 - 法制史 - 中国 - 近现代 IV. ①D924. 02

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 129877 号

策划编辑 刘峰 (52jm. cn@ 163. com)

封面设计 周黎明

中国近现代刑法进化论纲

ZHONGGUO JINXIANDAI XINGFA JINHUA LUNGANG

著者/杨建军

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

印张/10.75 字数/230 千

版次/2011 年 7 月第 1 版

2011 年 7 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 2968 - 9

定价: 36.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfsz.com>

编辑部电话: 66034985

市场营销部电话: 66017726

邮购部电话: 66033288

序

高铭喧*

用进化论的视角研究刑法，虽然不是一个最新的方法，但是却充满挑战、极具难度的研究视角。进化论方法，不仅需要占有丰富的研究材料，更要具备刑法学知识之外的其他法学学科知识支撑，同时还需要具备较强的分析研究、综合归纳能力。杨建军博士知难而上，毅然选择该题目写作博士论文，勇气可嘉。刑法进化论以刑法的发展变迁作为研究对象，通过对刑法变化透视法条背后的制度变化、理论变迁。刑法的发展变化深受刑法学理论的影响，而刑法学理论又受既定社会的政治、经济、文化、外交等多种因素影响。可以说，进化论视野下的刑法变化，是需要从多维度思考、论证的课题。

近现代以来，我国刑法在制定、内容、性质、目的、实施等

* 高铭喧，男，1928年5月生，浙江省玉环县人。北京师范大学刑事法律科学研究院名誉院长、特聘顾问教授、博士生导师，中国人民大学荣誉一级教授、博士生导师，兼任中国法学会学术委员会副主任、中国法学会刑法学研究会名誉会长、国际刑法学协会名誉副主席暨中国分会主席。

方面都与特定的社会阶段密切相关，也被深深地镶嵌在国际以及国内的双重矛盾之中。从1840年至今这一百多年的时间里，中国政权相继更迭，从大清王朝、中华民国再到中华人民共和国成立，不同时期政权的执政理念存在较大的差异。可以说，各个政权的执政理念是不能相互包容、甚至互相排斥的。同时，1840年之后，直至中华人民共和国成立之前，我国曾逐步沦为半殖民地半封建社会，驱除列强压迫、推翻反动统治、建立富强民主的国家成为这一时期的不变主题。从清末变法之时就已经开始的近现代法治建设，始终是把借鉴西方和一切对我有益的法治经验作为手段，结合本国实际，以解决治国理政之道实现国家富强，提高人们福祉。

立足于上述特殊的历史背景，刑法进化论的研究具备几个特点：一是时间跨度大，是将刑法和刑法学置于长时间的、较为广阔的社会变革大背景下，对影响刑法和刑法学的诸多因素进行多方面的研究与考察。二是内容全面，通过历史的、比较的、辩证的等多种研究方法，对刑法和刑法学中的诸多课题进行深入研究。三是具备较强的归纳和推理能力，能透过纷繁复杂多种影响刑法发展变化的因素把握刑法发展变化本质。对影响刑法发展变化的诸多因素进行考察，会对刑法在这些特定阶段所具备的普遍特质有深入了解，对全面、深入认识并充分发挥刑法的价值、功能起着不可或缺的作用。毫无疑问，在特定历史阶段成长、发展起来的近代刑法学理论，也影响并决定了刑法发展的外在品格。

本书从发展的视角，立足于近现代以来我国刑法发展的特定环境，对影响刑法发展的诸多因素进行多角度的研究、探讨，繁荣和丰富了我国刑法学的研究。

在本书中，建军博士既将进化论视角作为研究方法，又将本书的研究对象——近现代我国刑法发展——视为是一个逐步进化的过程。虽然其研究还不甚全面，甚至在某些方面还不甚深入，但是此项研究仍是非常有意义的。本书的出版，即是他前一段学习、研究心得的总结，丰富了刑法学的研究方法，更为他日后继续深入开展刑法进化论的研究奠定了坚实的基础。

建军获得博士学位后，到国家检察官学院工作。我对他在工作中的突出表现感到欣慰，对他学术专著的出版表示祝贺！同时，也期待他能在学术的道路上不断前行，有更好的学术著作面世，为我国刑法学的发展、为检察事业的发展做出贡献！

是为序。

2011年3月12日

目 录

导 论	1
一、选题背景及意义	1
二、研究状况	15
三、研究方法	25
第一章 刑法进化的阶段性	36
第一节 中华法系的危机	37
一、中华法系概述	37
二、中华法系的困境	44
三、中华法系解体	55
第二节 近代国家转型下的刑法进化	57
一、近代国家观念的引入	57
二、国家转型中的刑法进化	64
三、刑法进化阶段性具体表现	79
第二章 传统刑法文化的影响	103
第一节 传统刑法文化的特质	104
一、法治传统	104
二、古代刑法文化的特质	107
第二节 传统刑法文化的影响	119
一、传统刑法文化的影响方式	120

二、传统刑法文化影响的表现	122
第三章 近现代刑法移植	141
第一节 法律移植概述	141
一、法律移植概述	141
二、法律移植的类型	143
第二节 我国近现代刑法移植的动因	146
一、落后的经济基础	147
二、特殊的政治情势	151
三、刑法的封闭性	154
四、刑罚功能非多样化	157
第三节 近现代刑法移植	160
一、刑法移植的过程	160
二、移植过程中的冲突	169
三、移植内容	174
第四章 刑法与社会的双向塑造	191
第一节 社会治理模式	192
一、人治社会	193
二、法治社会	198
第二节 影响刑法与社会双向塑造的因素	206
一、稳定的社会环境	206
二、法学教育	210
三、司法独立的影响	215

第三节 双向塑造中的刑法特点	225
一、刑法的分裂性	225
二、刑法的功利性	234
第五章 刑法进化展望	256
第一节 中国刑法进化现实条件	257
一、国内因素	257
二、国际因素	269
第二节 中国刑法进化的方向	275
一、对当前刑法理论的评判的回应	275
二、对当前刑法理论的反思	278
三、中国刑法的进化方向	280
结 语	297
参考文献	302
后 记	333

导 论

一、选题背景及意义

(一) 选题背景

1. 待完善的法治^①

要分析或全面认识我国刑事法治是否完善以及完善程度，离不开对我国目前整体法治背景的分析。我国目前所诉求的法治或

^① 在我国，一开始对“法治”与“法制”并没有作截然不同的区分。建国初期，有许多法律文件都使用“法治”的称谓。如1950年颁行的《最高人民法院关于审判机关普遍组织学习婚姻法的指示》中“司法干部本身对于婚姻自由的意义了解不足，缺乏真正严肃的法治精神”；1950年11月颁行的《最高人民法院处理烟毒犯应坚决废止专科与易科罚金办法》中“我们的审判任务为惩罚犯罪和预防犯罪的目的，必须贯彻人民法治的严肃性”；1950年颁行的《最高人民法院、司法部关于审级诸问题的批复》中“剥夺了当事人向一级上诉的权利，这不符合人民法治精神”。改革开放之后，中国中央文件以及有关的法律文件中，也没有刻意对二者做出区分。如1979年9月中共中央在《关于坚决保证刑法、刑事诉讼法切实实施的指示》中指出，法律“能否严格执行，是衡量我国是否实行社会主义法治的重要标志”；1980年全国人大五届三次会议的政府工作报告中提出了“以法治国”；1985年中共中央和国务院转发关于“一五”普法规划的通知中提出了“依法治国”；1986年9月邓小平同志在论及政治体制改革问题时指出，“要通过改革，处理好法治和人治的关系”；1989年9月26日江泽民同志在一次中外记者招待会上论及人治与法治问题时说，“绝不能以党代法”，“我们一定要遵循法治的方针”。笔者认为，之所以对“法治”与“法制”作明确的区分，除了突出强调二者在语言学意义上的表征之外，更多的宣示意义是：基于新中国建设和发展过程中所出现的“人治”现象，意在强调动态的法律治理的重要意义。

法治现代化概念以及目标，是在经历了建国初期的法制建设、反右斗争、十年“文革”等重大的历史事件之后，并在实行改革开放政策之后才被明确提出的概念。1978年12月22日《中国共产党第十一届中央委员会第三次全体会议公报》指出：“使民主制度化、法律化，使这种制度和法律具有稳定性、连续性和极大的权威性，做到有法可依，有法必依，执法必严、违法必究。从现在起，应当把立法工作摆到全国人民代表大会及其常务委员会的重要议程上来。”法制建设作为“建设富强、民主、文明的社会主义现代化国家”一部分得到充分的重视，20世纪90年代，作为一种研究范式和价值追求，法制现代化才被明确提出并加以详细的论证。法制现代化不仅仅体现为一种制度目标、价值追求，也表现为一种研究方法或理性思维活动。正如有学者所说：“法制现代化作为一种研究范式和价值追求，早在70年代末法学研究恢复之时就开始形成，并深刻地影响着绝大部分法学学者的理论思维和研究活动。70年代末、80年代初法学界开展的具有思想解放运动意义的法治与人治问题的讨论、法律面前人人平等问题的讨论，反映出法学界力图在中国恢复现代法制之基本原则的强烈愿望。法制观念与法学理论方面进行的其他拨乱反正工作，同样也是法学界试图纠正以往的错误观念、确立现代法制观念的努力。”^① 上世纪90年代，建设社会主义法治国家作为我国法治

^① 黄文艺：《当代中国法律发展研究——模式、传统与过程》，吉林大学出版社2000年版，第13页。

建设的最终目标被提出，并被深入、科学、全面、系统的论证。

截至目前，改革开放之后的法治建设已经有一段时间，虽然也取得一定的成就，但似乎离法治实现仍有一段距离。就取得的成绩而言，各级立法机关不断着力于完善立法，社会中各领域几乎都有法可依；在全国范围内建立和完善了各级司法机关建制和工作程序；将各级行政机关的工作纳入法治的轨道；民主选举的范围不断扩大；党与法之间的关系也得到合理解决；各种经贸活动中，对法的依赖日益加大等等。但是，法治的实现似乎离当初所设定的目标越来越远。我们发现，在大多数的情况下，法仍旧没有人情重要；上访作为非诉模式，仍得到人们的普遍青睐；社会远没有建立起对司法权威的尊重；司法活动仍时不时地带有运动的特征；司法因不能维持稳定见解而缺乏预测性；司法活动仍受到许多非正常因素的影响等等。所以，“在观察和评论当代中国的法治状况的时候，人们可以发现的一个显见的事实是，经过二十多年的立法运动，我国已经有了大致成型的法律制度，但同时大众对执法和司法状况又有普遍的失望和不满，这种失望和不满反映了人民对法律的负面评价和消极态度，而尤其值得注意的一个景观是人们在服从、接受和利用法律时，远远没有达到对法律的热爱和信仰。”^①

^① 叶传星：“法律信仰的内在悖论”，载《国家检察官学院学报》2004年第3期。

2. 待完善的刑事法治

我国目前的刑事法治建设，正式开始于改革开放之后。中华人民共和国（以下简称新中国）成立之后，虽然着力于吸收苏联刑事法治的经验，但刑事法治并没有被作为一种制度予以建设。不断掀起的各种政治运动中，刑事措施被作为有效的专政工具。正如有的学者所说，一个国家对付犯罪并不需要刑事法律，没有刑法也并不妨碍国家对犯罪的有效镇压与打击，而且，没有立法的犯罪打击可能是更加及时、有效、灵活与便利的。如果从这个角度讲，刑法本身是多余和伪善的，它除了在宣传与标榜上有美化国家权力的作用外，主要是束缚国家机器面对犯罪的反应速度与灵敏度。^①也正因为如此，从1949—1979长达30年的时间内，刑事法治的价值并没有被认识到，更不可能制定完善的刑事法律规范。

“文革”之后，人们认识到：只有法治才是保障社会主义建设事业稳步前进的可靠保障。以1978年12月18日至22日十一届三中全会的召开为标志，我国进入以经济建设为中心的快速发展时期。同时，为保障社会各方面建设事业的顺利进行，开始重视并逐步完善法制。以宪法修改为起点，我国开始了社会主义法制建设的新时期。面对无法可依的状况，早期的法制建设主要表

^① 李海东：《刑法原理入门（犯罪论基础）》，法律出版社1998年版，第3—4页。

现为各种法典的制订。^①《中华人民共和国刑法》（以下简称“79刑法”）与《中华人民共和国刑事诉讼法》等刑事法律也正是在这个时候被制定出来。就刑法来说，刑法典的颁行改变了建国之后无刑法典的事实，无疑是刑事立法工作以及刑事司法工作的一大进步。但是，面对改革开放以来日益变化的社会现实，单是刑法典并不足以遏制日益增长的犯罪。面对大量新型犯罪的出现，制订新的刑事法律规范一时间成为立法机关的主要工作任务之一。以《关于处理逃跑或者重新犯罪的劳改犯和劳教人员的决定》为起点到1997年刑法典的修订（以下将“1997年修订的刑法典”简称为“97刑法”）之前，全国人大常委会共通过了24个单行的条例或者决定。97刑法之后，犯罪化的立法趋势也非常明显。全国人大又陆续出台6个刑法修正案和3个单行刑法。可以说，刑法立法的不断发展已使刑事司法工作摆脱了无法可依的

^① 1979年6月18日至7月1日召开的第五届全国人民代表大会第二次会议上，通过《中华人民共和国刑法》、《中华人民共和国刑事诉讼法》、《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》、《中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会选举法》、《中华人民共和国人民法院组织法》、《中华人民共和国人民检察院组织法》、《中华人民共和国中外合资经营企业法》等七部法律，初步改变了无法可依的局面。2003年3月18日，吴邦国委员长在第十届全国人民代表大会第一次会议上的讲话提出：“要按照党的十六大再次明确提出的到2010年形成中国特色社会主义法律体系的要求，适应社会主义市场经济发展、社会全面进步和加入世贸组织的新形势，抓紧制定一批新的法律，及时修改完善一批现有法律，争取在本届任期内，基本形成中国特色社会主义法律体系，为深化改革、加快发展、保持稳定提供有力的法律保障，为加快推进社会主义现代化、为开创中国特色社会主义事业新局面创造良好的法制环境。”详见全国人大网 <http://www.npc.gov.cn/zgrdw/common/zw.jsp?label=WXZLK&id=327543&pdmc=rdgb>。

局面。

但是，刑法立法数量增加的程度与刑事法治的实现程度并不总是成正比例关系。由于我国当前法治建设以西方法治模式为坐标，所以时下法治完善的程度也以对“人权”、“自由”、“平等”等现代人类社会普适价值的妥适保护为最重要的衡量标准。其具体标准应该是，“法治国不仅指一个依法行政、法院全方位控制的国家，不仅是指一个有法律安全、有责任执法的国家，在实质意义上，法治国是指一个尊重个人自由，以温和的保护和确定的国家权力为原则的共同体，其来自人民的、规范国家行为的法律秩序应受这些原则的约束，应致力于一个公正的、平等的人的关系的建立。”^①在我国，“法治”与“人治”的较量是法治建设过程中遇到的最大难题。在刑事法治中，“法治”与“人治”的矛盾体现得更为明显。立法重刑主义，隐含着国家对社会的控制仍倾向于牺牲公民的自由乃至生命为条件；^②司法中的类推思维和随意出入罪的现象，体现了传统的司法观念仍根深蒂固的存在于司法者之中。以具体的案例为例，2006年发生在重庆彭水的秦中

① 转引自郑永流：“德国‘法治国’思想和制度的起源与变迁”，载夏勇主编：《公法》（第二卷），法律出版社2000年版，第71页。

② 死刑条款的大量设置就是最明显的现象。据统计，死刑罪名多达68个。详见高铭暄：“略谈我国的死刑立法及其发展趋势”，载赵秉志主编：《中国废止死刑之路探索——以现阶段非暴力犯罪废止死刑为视角》，中国人民公安大学出版社2004年版，第17-18页。赵秉志：《刑法基本理论专题研究》，法律出版社2005年版，第644页。

飞案件，更是反映出我国刑事法治仍有更长的路要走。^①

3. 历史的反思

对实现具体刑事法治乃至对整体法治的追求与渴望，促使笔者对当前不完善的刑事法治进行理性反思。英语世界有句谚语云：“罗马不是一天造成的”（Rome was not built in a day.），法治的建设也是如此，对我国当前刑事法治现状的理性反思不可能忽略其历史的发展、演变轨迹。世界各国的法治发展道路告诉我们，现代法治并不仅仅意味着法律体系的完备，良好的司法活动和司法观念，还应当包括司法机构的完善、各种司法设施的齐备以及稳定的社会环境、良好的法学教育等。同时，世界各国的法治建设经验还表现在，人们对法治的认同与尊重也是法治本身不断修正或完善的结果。在美国，1787年《美国宪法》确立了大体三权分立、相互制衡的政体，对最高法院能否制约国会的权力并没有明确的规定。1803年联邦最高法院通过“马伯利诉麦迪逊案”（Marbury v. Madison），确立了联邦最高法院对国会立法的司法审查权。^② 为了保障公民的权力，美国宪法也增加规定正当程

① 2006年9月，重庆市彭水县公务员秦中飞因一则针砭时弊的短信诗词而被当地司法机关以诽谤罪批捕。此外，公安机关还传讯了接收短信的有关人员，40多人受牵连。该诗词内容为：“马儿跑远，伟哥滋阴，华仔脓胞。看今日彭水，满眼瘴气，官民冲突，不可开交。城建打人，公安辱尸，竟向百姓放空炮。更哪堪，痛移民难移，徒增苦恼。官场月黑风高，抓人权财权有绝招。叹白云中学，空中楼阁，生源痛失，老师外跑。虎口宾馆，竟落虎口，留得沙沱彩虹桥。俱往矣，当痛定思痛，不要骚搞。”详见“一公务员因编写短信针砭时弊获罪被押——重庆彭水诗案”，载《南方都市报》2006年10月19日。<http://www.nanfangdaily.com.cn/southnews/jwxy/200610190469.asp>。

② 苏力：《阅读秩序》，山东教育出版社1999年版，第36页以下。

序原则等。同时，法治的完善也离不开良好的司法。没有霍姆斯、卡多佐、波斯纳等一大批优秀法官对法律匠心阐释，法治的实现也肯定会突增诸多困境。也即是说，任何具体法治的发展、完善必定是一个历史过程。所以，不论反思我国当前刑事法治的种种不足，还是构建各种完善刑事法治的途径，必定要深入研究其历史发展、演变轨迹。

在我国，刑法的历史常常和国家的起源联系在一起，如“大刑用甲兵”、“刑起于兵”等都是对刑法最原始状态的描述。自从我国国家产生以来，法制的发展大致经历了两个不同的发展阶段：

第一阶段，中华法系萌芽、形成以及自我完善、发展阶段，即从我国国家的产生到清末鸦片战争期间。这一时期，我国经历不同的王朝统治，颁布了诸多的法典并发展成为独特的法制类型，即“礼法文化”。礼与法的关系表现为：出“礼”入“刑”，表现为一种相为表里的关系。“礼”是积极、主动的规范，是禁恶于未然的预防；“刑”是消极的处罚，是惩恶已然的制裁。^①所谓，“出礼入刑”、“礼之所去，刑之所取，失礼则入刑，相为表里者也”、“刑不上大夫、礼不下庶人”等都是“礼法文化”的经典描述。鸦片战争之后，我国经历了空前的民族危机，法治的发展也逐步借鉴西方法制文明成果。大到国家体制的构建、小至

^① 曾宪义主编：《中国法制史》，北京大学出版社、高等教育出版社2000年版，第45页。