

规范与价值：
近代中国刑事法制的转型

法制现代化研究丛书

王 敏 著

Norm and Value:
The Transformation of Modern Criminal Legal System in China



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法制现代化研究丛书

王敏 著

规范与价值： 近代中国刑事法制的转型

教育部人文社会科学规划基金项目

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

规范与价值:近代中国刑事法制的转型/王敏著. —北京:
法律出版社,2008.8
(法制现代化研究丛书)
ISBN 978-7-5036-8693-1

I. 规… II. 王… III. 刑法—研究—中国—近代 IV.
D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 115126 号

© 法律出版社·中国

法制现代化
研究丛书

规范与价值:近代中国刑事
法制的转型

王敏 著

责任编辑 孙东育

装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2008 年 10 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 11.5 字数 288 千

印次 2008 年 10 月第 1 次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-8693-1

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

21 世纪的钟声即将敲响。

伴随着向新世纪迈进的时代脚步,当代中国的社会变革正在以空前的广度和深度波澜壮阔地展开。这场伟大变革的进程已经并且将继续深刻地改变着中国社会的基本面貌,导引着中国社会的未来发展走向。

综观 20 世纪的全球历史进程,我们可以看到,在不同的区域或国度,尽管法律变革的过程、特点和目标有所差异,但是作为一种模式或势态,法制现代化却几乎成为这一历史过程的基本法律表现。诚然,这个进程在不同的文明国家中的具体实现程度是不同的;不过,它所昭示的法律文明成长的时代走向却是激动人心的。

法制现代化属于法律发展的范畴。法律发展论所要探究的乃是社会发展与法律进步之间的互动关联结构,它所要构建的正是法律成长的一般模型。在法律发展论领域中,法制现代化理论关注的重点是,从前现代社会法律系统

2 规范与价值：近代中国刑事法制的转型

向现代社会法律系统的转变这一特定过程，寻找这一转变的内在机制。从广泛的意义上讲，法制现代化是一个变革的概念，是传统法制向现代法制的历史性跃进。这个进程或是因内部诸条件的成熟而从传统走向现代，亦称“内发型”法律现代化；或是因一个较先进的法律系统对较落后的法律系统的冲击而导致的进步转型，亦称“外发型”法制现代化。但不管是哪一种变革形态，法制现代化无疑是一个创新的进程，其实质乃是从人治型的价值——规范体系向法治型的价值——规范体系的转变。

从世界范围来看，关于法律变迁与发展的理论研究，早在17、18世纪就已经开始了。到了19世纪后半叶，对于法律发展的研究由历史哲学分析模式转向类型学的分析范式。在这方面，以马克斯·韦伯为典型代表。韦伯把法律的现代化视为理化的过程，是形式合理化的过程。而这一过程只发生于西欧社会，在其他地区，法律由于各种因素的影响而未能走上现代化的道路。到了20世纪60年代，在西方主要是在美国兴起了关于法律与现代化、法律与发展的研究思潮。这一思潮从一开始就具有两个鲜明的特色：一是重点研究发展中国家经济发展的非经济环境，也就是法律制度和政治结构的转型问题；二是关注法律发展的普适性问题，也就是研究不同社会文化背景下的法律向现代法律转变的共同特征，把法律发展或法制现代化看做是第三世界国家法律体系移植西方法律进而逐步“西化”的过程。这一思潮有其特有的政治功利性，这集中地表现为西方国家力图把广大非西方的第三世界国家法律发展纳入西方化的轨道之中。随着西方式法律改革试验在一些第三世界国家的相继受挫或破产，人们对20世纪60年代法律现代化理论模式开始怀疑、质难和批判性反思。许多学者日益认识到，西方法制只不过是人类法律文明体系中的一个系统，是西方社会生活条件的法律表现。诚然，它体现了人类法律文明的某些共通性因素，但它并不是

世界法制现代化进程中的唯一的标准模式。非西方社会的法律应当反映各民族、各国家、各地区的社会条件、经济因素、民族精神及其现实需要,因而必然要形成具有自身特色的法制现代化模式和法律发展道路。在这一反思过程中,出现了法律发展多样性的理论学说。时至今日,以世界范围内的法律发展为对象的理论研究依然兴盛不衰。

时下正在历史性地展开的中国社会变革,实际上是要完成从传统社会向现代社会的历史转型。正是在这一转型过程中,当代中国法制呈现出创新乃至现代化的发展趋势,其目标是“依法治国,建设社会主义法治国家”。从本质意义上讲,这一法律发展趋势,意味着法律文明价值体系的巨大创新。它所体现的,乃是整个社会的经济、政治、社会结构、意识形态、文化传统等的大变革潮流;它所反映的,是从前现代社会向现代社会转变这一特定过程中法律文明及其价值基础变迁的激动人心的画面;它所要展示的,是从我们这个民族的法律思想到法律行为的各个领域变化的多方面进程;它所要确立的,是同世界法制现代化进程相协调的但又充满浓郁的民族意味的制度安排、价值观念及其生活准则系统。中国法制现代化是中国人在本国的历史条件下所进行的一场法律变革运动,有其特殊的历史运动轨迹,具有独特的发展道路。即使在进入所谓的“地球村”时代以后,世界变得更加相互依赖,法律发展中的共同性日益增多;但是,世界法制现代化进程并不是由此而变得呆板划一,而是更加多样化。中国法律发展的特殊性,恰恰显示了中国法制现代化的世界性意义。

以理性的目光,与现实世界相撞击,自觉地审视我们时代的法律变革进程所提出的重大问题,这是当代中国法学的历史使命。在当代中国,从20世纪80年代后半期开始,法学界日益注意到研究法制现代化问题的重要意义,一些著述和文章愈益频繁地使用“法

4 规范与价值:近代中国刑事法制的转型

制现代化”这一术语来界定相关的研究范围。进入20世纪90年代以来,对于法制现代化的理念与实践的学术探讨,引起了更多学者的关注和兴趣。这充分体现了当代中国法学工作者对这一重大时代课题的理论使命感。在时代精神的激荡下,《法制现代化研究》丛书应运而生。

《法制现代化研究》是一套由南京师范大学法制现代化研究中心主持编撰的以法制现代化理论、中国法制现代化、比较法制现代化和部门法制现代化研究为主要内容的法学研究丛书。其学术宗旨和研究范围是:总结世界法律文明发展的历史进程和现实态势,深入研究法制现代化的基本理论,建构法制现代化的理论态势,深入研究法制现代化的基本理论,构建法制现代化的理论逻辑和研究范式系统;比较不同国家法律文明成长和发展的独特道路,分析当代世界主要国家或不同类型的法制现代化的取向、走势及特质,架构比较法制现代化研究的多样化模式;主动地把握法律发展全球化与民族化彼此互动的时代脉搏,探讨法律发展与社会现代化及人类进步的互动关系及运行机制;深入探讨中国传统法律文化的内在特征及现代价值,探讨法律传统与中国法制现代化的内在关联及其机制,揭示中国法制现代化进程的基本法制现代化的内在关联及其机制,揭示中国法制现代化进程的基本规律和目标模式;考察当代中国走向法治进程中部门法制现代化的基本特征、条件、价值目标、发展趋势及实现途径。

《法制现代化研究》丛书的编辑出版,得到了海内外法学界专家学者的指导和帮助,得到了法律出版社领导和同志们的全力支持,也得到了江苏省人民政府法学理论重点学科和南京师范大学国家“211工程”重点学科建设项目的资助。在此,谨向他们致以诚挚的敬意和谢忱。伴随着当代中国建设社会主义法治国家的时代进程,我们将会与法学各界同人一道奋发进取,深入拓展法制现代化研究

的学术视野和领域,以严谨踏实的学术研究和富有价值的理论成果,推动中国法制现代化向新的法律世界迈进,以不辜负新世纪的挑战和变革时代的法学期待。

南京师范大学法制现代化研究中心

1999 年 10 月

目 录

导论/1

一、问题的提起/1

二、刑事法制的分析模式/6

三、刑事法制规范材料的体系安排/23

第一章 转型前中国刑事法制的规范与价值/34

一、古代中国刑事法制分析/34

二、20 世纪前中国刑事法制的核心价值/56

三、20 世纪前中国刑事法制的文化根基/66

四、新型法制文化的兴起/77

第二章 清末刑事法制的转型/90

一、清王朝修订刑律的缘由/90

二、清末修订刑事法制的过程/116

三、清末刑事法制转型的意义/139

2 规范与价值:近代中国刑事法制的转型

第三章 民初刑事法制转型的继续/147

一、辛亥革命后刑事法制的进步/147

二、北洋军阀政府刑事法制的进步与倒退/160

三、广州、武汉革命政府刑事法制的变革/181

第四章 南京国民政府普通刑事法制的发展/197

一、刑事立法的党治基础/197

二、民国刑法典的规范与价值/210

三、刑事司法制度的进步与专断/239

第五章 近代刑事特别法中的规范与价值/249

一、20 世纪上半叶特别刑事法制概述/249

二、反革命罪的规范与价值特点/255

三、特别的刑事司法制度/266

四、对特别法的评价/287

结语/293

一、近代中国刑事法制的走向/293

二、近代中国刑事法制特征的成因/300

三、权源:决定刑事法制方向的根本因素/304

附录 20 世纪上半叶中国刑事法制大事辑要/316

主要参考文献/343

导 论

一、问题的提起

在我国,工业、农业、国防和科学技术现代化已经在 20 多年前起步,并卓有成效,为世界所瞩目。法制现代化作为社会现代化的重要组成部分,也随之开始启动,^{〔1〕}1999 年我国宪法确立了“依法治国,建设社会主义法治国家”的治国方略,就是将现代社会主义法制作为建设现代国家重要内容的标志。

就世界范围来看,在 20 世纪的全球历史进程中,尽管法制发展的过程、特点和目标在不同的区域或国度有所差异,但是作为一种模式或样态,法制现代化却几乎成为这一历史进程的基本法律表

〔1〕 储怀植:“议论刑法现代化”,载《中外法学》2000 年第 5 期。

2 规范与价值:近代中国刑事法制的转型

现〔1〕因此,对于这一客观必然的历史进程,作为一个法学工作者,我们可以有自己的看法和评价,但我们却不能视而不见。

我们认识与讨论法制现代化的意义是什么?简要地说,是寻求法律发展进程中的规律性,以提供法律发展的“理想图景”。与法制现代化相比,法律发展较为宽泛一些。法律发展是与社会发展相联系的范畴,它所关注的是法律变化与社会变化的相互作用,研究社会发展对法律的影响,研究法律发展的形成过程和规律,以期探讨法律变化的规律性,建构法律成长的图式。法制现代化是法律发展理论的一个部分(有可能是最重要的部分):法制现代化理论着力探索法制发展进程中的方向、价值内容和标准要素;它要解决的是法律发展在今天或未来所要实现的目标和手段方式;它“关注的重点,是从前现代社会法律系统向现代社会法律系统的转变这一特定过程”〔2〕无疑,法制现代化讨论的是当代和未来的法律发展前景〔3〕

法制现代化是否是在提供“理想图景”?我想是肯定的,否则有欠公允。法制现代化关心的不仅是法律发展过程,更重要的是解决法制前进

〔1〕 参见公丕祥:《法制现代化的理论逻辑》,中国政法大学出版社1999年版,第72页。

〔2〕 公丕祥:《法制现代化的理论逻辑》,中国政法大学出版社1999年版,第2页。

〔3〕 广义上说,“法制现代化”与“法律发展”这两者可以通用,没有多大区别,但我以为两者还是有一定差异的。就词组内涵的要素来看,法律发展注重讨论法律发展的动因、过程和结果,法制现代化虽然也关注过程,体现着法律发展,但它特别考察法律和法制发展的现代标准,以及发展中国家法制发展的方向。在讨论当代法律发展的目标时,应当坚持用法制现代化的概念;在讨论某一时期或者不分时期的法制发展的状况及规律时,用法律发展或法制发展。当然,就研究内容上看,两者不是前后相继的关系,有大量的重合,区分这两者的目的只是强调重点不同。近来,学者对法制现代化有不同看法,是学术活跃的表现,但也应该看到,这主要是对法制现代化研究中的具体方向(如是否借鉴和如何借鉴西方法制)或具体内容(如是否需要认识和利用以及如何认识和利用本土资源)的争议,而不应理解为对法制现代化或法制发展整体的否弃。设想,如果不考虑法制现代化,难道要法制古代化?

的标准和方向,即用什么标准来判断一个国家的法制现代化程度以及如何达到这一标准。依据法制现代化基本理论,讨论法制现代化的标准,乃是深入把握文明社会法制变革乃至现代化进程的重要契机。它的重要意义就在于:第一,为对每一国度法制的基本状况提供一个评断的尺度;第二,把握法制进步的时代特征;第三,洞察法律成长的共同规律性及其世界性意义。^{〔1〕}

在探讨法制现代化进程中,这样的标准近来有些模糊和摇摆。有的法史学家认为,中国法律现代化的基本要求,是建立一个既具有科学性、进步性,又具有可行性、现实性的法律体系。就科学性、进步性而言,一方面,吸收西方国家近代以来形成、发展的先进的法律理论、法律原则和法律制度;另一方面,保持和发扬中华法系中的合理内核和优秀传统。就可行性、现实性而言,“最先进并不必然最合适”,对于西方先进的法律理论和法律制度,应基于中国特定的国风民情加以取舍、修订。^{〔2〕}就上述看法中每一单句而言,并无不当。法律现代化需要考虑科学、进步、可行和现实,不可欠缺四要素中任何一个,科学和进步是法制的性质和方向,可行和现实是法制的即时性价值。问题是,将这四根根据合并于一体之时,比如某一项立法,对这四者应当如何安排?四项若形成冲突该如何处理?将不同的原则和标准对同一事物的评价,就需要规定各自应用的条件和顺序,如果将这四者混合而不加以限制,我们就会在冲突时面临困惑,此其一;其二,该理论中的这种冲突或者“差异”已经体现出来,即认为西方国家的法律理论、法律原则和法律制度是近代以来形成和先进的,中华法系的合理内核和优秀传统是可行和现实的,当然不一定“先进”(虽然不是这么直白);其三,该看法对解决四原则间的矛盾冲

〔1〕 参见公丕祥:《法制现代化的理论逻辑》,中国政法大学出版社1999年版,第72页。

〔2〕 参见张晋藩总主编,朱勇主编:《中国法制通史》(第9卷),法律出版社1999年版,第658页。

突,确实采取了条件限制的办法,用了一种公理“最先进并不必然最合适”来作为选择的依据,选择的结果是“先进性服从现实性”。不难看出其潜在的取向是:西方法制是先进和科学的,但不合适于本国;中华法系的内核和传统是可行和现实的,虽然不先进、不科学但须吸收继承。然而愿望又是“一方面,吸收西方国家近代以来形成、发展的先进的法律理论、法律原则和法律制度;另一方面,保持和发扬中华法系中的合理内核和优秀传统”,这如何做到?制度与内核、科学与合适、先进与优秀如何分离?因为该愿望与“弃先进性而求现实性”的取向相矛盾。

“保存内核”是出于对食洋不化的担心,已非个别学者,甚至现在形成了一种思潮,一种思考法制现代化或法治问题的模式。苏力教授是其代表之一。他认为,自清末以来,中国法律制度的变迁,大多数都是“变法”,一种强制性的制度变迁。这样的法律制定颁布后,由于与中国人的习惯背离较大或没有系统的惯例的辅助,不易甚至根本不为人们所接受并成为他们的行动规范,因此这也许可以部分地说明为什么社会学家认为中国近代以来法律现代化的努力总是不很成功。我们切不可在赞美民主的同时又鄙视、轻视中国民众以他们的实践而体现出来的创造力,不可在高歌平等的同时又把中国人(包括古人)的实践智慧和理性视为糟粕。也许过去的这种现象是激烈的社会变革所不可避免的,有时甚或是必要的,但一旦形成一种思维的定式,一种“意蒂牢结”,就会成为中国现代法治建立的障碍。^[1]

不可否认,这种“清理”是振聋发聩、给人启迪的。但民主、平等与实践智慧、理性的要素是否是对立的关系、有没有可能对立、如何对立的、对立之后的矛盾如何解决?是否民主平等的观念只归结于西方而实践智慧理性仅存在于东方?近代法律现代化的努力不成功,是否是赞美民主高歌平等和抛弃中国人(包括古人)的实践智慧和理性有关?这些

[1] 苏力:“变法,法治建设及其本土资源”,载《中外法学》1995年第5期。

前提性论据本身并未得到证明。

之所以有许多疑问,是因为这些认识太笼统。现在需要讨论的是,如何将这些概括抽象的标签符号具体化,并置于历史进程中作针对性的讨论,如同苏力教授在谈到社会科学治学时所揭示的那样:“一个重要的不可缺乏的方面就是社会科学的研究必须清除那种大而化之、笼而统之、概念主义、抓纲带目、自由联想、政治正确,以比喻代替验证等某些传统的人文研究中比较流行的人文传统”。〔1〕因为“任何研究者都注定在具体细致的日常实践中来研究解决具体问题”。我们看到,现在要想准确认识中国法律发展中的经验,以便清晰地而不是笼统地推演法制现代化的目标,不是就观点论观点,而是需要具体地考察近代法律发展的过程。因此我们不仅需要理解近代法制和社会的整体发展状况,更需要了解法制的每一个局部,甚至尽可能了解每一部法律文件、每一个具体条文的发展以及它们的每一个阶段的发展,以期讨论近代中国法律发展进程中的具体问题。

若是讨论近代中国法制进程的具体化,就个人能力上看,莫过于讨论某一部门法发展进程的具体化。在中国法制现代化中,刑事法制是很重要的基本法律部门,即使现在不一定被认为是最重要的。从历史上看,在近代,刑法发展在法律发展中具有极其重要的标志性意义,这从《大清新刑律》对于清末变法修律、南京国民政府的刑法对于“六法全书”的意义中可见其地位。当代中国自十一届三中全会之后所展开的法制现代化进程,也是以刑法和刑事诉讼法两部法典的制定(1979年)为起点的。这并非偶然,是因为刑事法制与人民大众的生活密切相关,与保障权利维护秩序密切相关。因而,宪法在规定基本法律立法权时,首先列举了刑法。而毛泽东、邓小平等领导人在强调治国应有法律时,总

〔1〕 苏力:《也许正在发生——转型中国的法学》,法律出版社2004年版,第185页。

是将刑法列为首要。刑事法制是一国法制的表征,没有现代刑事法制,就谈不上现代法律制度,没有刑事法制现代化也就谈不上法制现代化。因此,近代中国刑事法制发展是近代中国法制发展的典型体现。研究刑事法制现代化的进程是研究法制现代化进程的具体化。

在对近代中国法制进程的评价中,对刑事法制评价的差异较大。比如将清末《大清新刑律》看做是近代化的起点,在今天几成通识,对清末变法修律,很多人认为是现代刑事法制的肇始,这意味着它是成功的。但也有说“晚清通过对外国法律的借鉴移植以推动中国刑法实现现代化的失败记录,的确值得我们后人警省”。^{〔1〕}对同一个事物,为什么有不同且相反的结论、哪一种看法更加确当?这就需要深入具体问题之中。因为我们相信,人们对事实很少有分歧,主要分歧是因观察与分析的不同范围、不同角度、不同目的而出现了不同意见。因此,研究近代中国法制,尤其是20世纪上半叶中国刑事法制发展过程的具体面貌,以说明刑事法制发展过程中什么是“先进”的“实践理性”,因而被后来的人们保留的——算做“成功”的法例,什么是不“合适”的被遗弃的“糟粕”——算为“失败”的教训。寻找刑事法律发展的内在机制,将有助于刑事法制现代化的研究,也有助于法制现代化的研究。

二、刑事法制的分析模式

(一) 现代法制(法治)的标准

在讨论各种繁芜的历史材料前,惯常的做法是设定一定的观察视角即模式,作为审视材料的分析工具。

〔1〕 赵秉志主编:《刑法基础理论探索》,法律出版社2003年版,第137页。

模式,是某种事物的标准形式或使人可以照着做的标准样式。^[1] 照此说,标准是模式中的主要内容或核心。标准是衡量事物的尺度,包含要素和要素的结构关系。从应用或者操作的角度看,标准是要素和要素的结构安排;要素是材料的萃取和抽象。哲学上的要素是指构成事物的必要因素。^[2] 在常识中,要素是对复杂事物的抽象反映,是标准中内容的提炼和概括。结构是要素的联系方式,它具有时空上的顺序要求。

法制现代化理论认为,要确立法制现代化的标准,重要的是在历史经验的分析基础上找寻关键性的变项(要素)。那么,这一关键性变项在哪里?它就在于“法制现代化运动的本质乃是从传统的人治型统治体系向法治型统治体系的历史性变革”。“因此,确立法制现代化的评价标准,必然要同对法治的分析相联系。作为法律发展及法制现代化进程的基本取向,法治反映了人类文明社会法律制度成长与变迁的基本目标,体现了社会主体从事法律变革的价值理想。”^[3] 以大尺度论,法治作为法制现代化历史运动的目标,就是关键性变项。其他变项应当是以法治为基础,是它的衍化。

对于法治,自古多有讨论。我们知道亚里士多德在谈法治时说过:“已成立的法律获得普遍的服从,而大家所服从的法律又应该本身是制定得良好的法律”。^[4] 其中涉及的要素有:(1)法律,即有法律规范的存在。(2)良好。这是对于法律的说明。这里指“良好”,可以有三:法律便于使用的形式上的良好;法律本身性质上的良好;除了法律的形态表现外,还有“制定得良好”,意味着立法(程序)上的良好。(3)服从。服

[1] 参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》,商务印书馆2001年版,第894页。

[2] 参见《辞海》(缩印本),第1839页。

[3] 公丕祥:《法制现代化的理论逻辑》,中国政法大学出版社1999年版,第76页。

[4] [古希腊]亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1965年版,第199页。