

徐 岱/著

中国 刑法 论纲 近代化

THEORETICAL
FRAME OF
CHINESE LAW
IN MODERN
TIMES

人民法院出版社

THE PEOPLE'S COURT PRESS

中国刑法近代化论纲

徐 岱 著

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国刑法近代化论纲/徐岱著. —北京: 人民法院出版社, 2003. 5

ISBN 7-80161-556-5

I. 中… II. 徐… III. 刑法-历史-研究-中国-近代 IV. D924.02

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 041184 号

中国刑法近代化论纲

徐 岱/著

责任编辑 闲 鸥

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市朝阳区安慧北里(亚运村)安园甲 9 号(100101)

电 话 (010)65290561(责任编辑) 65290516(出版部)

(010)65290558 65290541 65290543(发行部)

网 址 www.courtpress.com

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 北京人卫印刷厂

经 销 新华书店

开 本 850×1168 毫米 1/32

字 数 220 千字

印 张 9.125

版 次 2003 年 6 月第 1 版 2003 年 6 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-80161-556-5/D·556

定 价 18.00 元

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装, 请与出版社联系调换)

本课题获吉林大学人文社会科学研究基金资助，作者谨致谢忱。

*Thanks to the JiLin University Social Science Research Fund
for its Generous Funding*

透过任何一项事业的表象，可以在其背后发现有一种无形的、支撑这一事业的时代精神力量；这种以社会精神气质（ethos）为表现的时代精神，与特定社会的文化背景有着某种内在的渊源关系；在一定条件下，这种精神力量决定着这项事业的成败。

——马克思·韦伯《新教伦理与资本主义精神》

序

吉林大学法学院徐岱博士的博士论文《中国刑法近代化论纲》即将出版，由于在博士论文答辩前，我参加论文评议时审读过这篇论文，更因为我对清末刑法改制这段关系到中国刑法近代化的历史抱有极其浓厚的兴趣。因此，当徐岱博士邀我为该书作序时，我欣然应允。借此机会重读徐岱的博士论文并重温清末刑法改制这段历史，不由感慨系之。

中国是一个具有悠久的法律文化传统的国家，中华法系一脉相传，自成一体，尤其是以刑法为核心的成文法延续数千年，蔚为壮观。然而，时至清末，随着中国与西方列强的碰撞，为适应中国社会从传统封闭的农业社会向现代开放的现代社会转型，开展了一场深刻的变法运动，刑法改制就是其重要内容之一。变革的结果是沿袭数千年的中华法系传统被中断，而引入了大陆法系。对于中国的法律发展来说，这是一次突变，从而奠定了中国法律现代化的基础，其影响至深至巨，大有研究之必要。徐岱的博士论文从刑法近代化这样一个专业的角度对清末刑法改制这段历史进行了深刻的反思，这是具有重大理论意义与现实意义的。我认为，本书在以下几个方面具有作者本人的独到见解：

一是关于清末刑法改制的动因。任何一种社会改革，包括法律改革，都是各种社会矛盾激化的结果。中国清末的法律改革也是如此，对此在法史学界已经有过各种探讨。但仅仅满足于对清

末刑法改革的社会动因的探讨还是不够的，还需要探讨清末刑法改制的法律动因。在这一点上，本书的探讨是极为成功的。作者将清末刑法改制的法律动因归结为治外法权的丧失与收回之欲望，我深以为然。治外法权，也就是领事裁判权，是指一国公民在他国领土上居住，不受居住国法律的管辖，而由驻在该国的本国领事，依据本国法律对其行为行使裁判权。显然，治外法权是对中国主权的侵犯，以往我们往往只拘泥于对治外法权的政治分析，而对于治外法权形成的缘由以及它对中国法律近代化的影响则语焉不详。其实，治外法权本身就是中外法律冲突的产物。在19世纪中叶，西方国家经过资产阶级革命的洗礼，先后完成了从封建化向资本主义化的历史性转变。以罪刑法定、罪刑均衡和刑罚人道为精神的资本主义刑法较之以罪刑擅断、罪刑失衡和刑罚残酷为特征的封建主义刑法，具有明显的进步。反观中国，清末法律不良，刑罚苛酷，一人犯罪罚及一家的株连制度不合理，封建官吏视外为夷狄，法律上不予以平等权利。凡此种种，都反映了清末刑法的野蛮性与落后性。正是在这样一种历史背景下，外国列强以保护本国国民为由，主张领事裁判权，外国人在中国领域内犯罪不受中国刑法管辖而适用本国刑法。我们应当看到，治外法权当然是外国列强侵害中国主权之举，清末的刑法改制活动正是以收回治外法权为契机展开的。清政府的“务期中外通行”的修律宗旨匡定了近代刑法改制活动的走向——借鉴、移植，从而使中国近代的刑法在体例上、内容上，或确切说在形式上接近或雷同了西方刑法体例，摆脱了中国封建社会的制律模式，使中国刑法趋向近代化。当然，我认为，清末刑法改制并不能从根本上解决治外法权问题。只有通过反帝反封建的革命才能彻底收回治外法权，维护中国的主权独立与完整，这也已经为后来的历史所证明。作者运用历史分析方法，对清末刑法改制的法律动因进行了科学的阐述，我认为是非常到位的。

二是关于罪刑法定原则之引入。罪刑法定原则是近代刑法的内在精神，也是法治社会的刑法与专制社会的刑法的根本区分之所在。西方各国在启蒙思想的影响下，刑法领域开始出现罪刑法定的强烈呼声，并成为抨击封建专制刑法的有力思想武器。经由资产阶级革命，罪刑法定完成了从学理到法律的重大转变，成为西方各国刑法的内在生命。而在中国古代，尽管已经具有数千年成文刑律的传统，但由于受封建专制社会性质所决定，从来不曾有过罪刑法定原则。正如作者指出：罪刑法定原则与中国古代成文法、皇权擅断是不相容的，它在中国古代刑法史没有存在的理由。在清末刑法改制中，罪刑法定原则的引入就成为一个不容回避的重大问题。应该说，在中国刑法中确立罪刑法定原则并非易事，因为罪刑法定原则是建立在否定类推适用基础之上的，而比比附援引为内容的类推适用在中国封建刑法中被认为是理所当然的。因此，罪刑法定原则的引入必然面临着和以罪刑擅断为特征的中国封建刑法思想的剧烈冲突。最终的结果还是在《大清新刑律》中确认了罪刑法定原则，《大清新刑律》规定：“凡律无正条者不论何种行为不得为罪”。这一规定确认了“法无明文规定不为罪”这一罪刑法定原则的基本内容，这是罪刑法定原则首次载入中国刑法，也是清末刑法改制的的一个重要成果。当然，清末刑法改制中引入罪刑法定原则仍是不彻底的。对此，作者也进行了深刻的分析。《大清新刑律》虽然引入罪刑法定原则，不允许比附援引，但却准许自然解释。什么是自然解释呢？《大清新刑律》草案补笺言明：“自然解释者，即所犯之罪与法律正条同类或加甚之时，则依正条解释而用之也。同类者例如修筑马路，正条只禁马车经过，则象与骆驼自然在禁止之例也。加甚者，例如正条禁止钓鱼，其文未示及禁止投网，而投网较垂钓加甚。自可援钓鱼之例定罪也。”正如作者指出，上述所称的自然解释已不是原本意义上的自然解释，而是作为类推适用的替代物而存在的。在

刑法解释学上，这种自然解释是指当然解释。当然解释并非当然地合乎罪刑法定原则。当然解释有两种：一种是常理上之当然，即法条未规定之事项与法条已规定之事项存在着逻辑上的类似关系。禁止牛马通过，骆驼也在禁止之列是也；二是逻辑上之当然，即法条未规定之事项与法条已规定之事项存在着逻辑上同一事物的发展关系，这是同一关系的延伸。显然，前者是一种类推解释，有悖于罪刑法定原则；后者是一种文理解释，合乎于罪刑法定原则。《大清新刑律》在废除比附援引的同时，又肯定自然解释，实际上还是《唐律》所规定的“入罪，举轻以明重”的类推的思维方法在起作用。这生动地反映了《大清新刑律》中确立罪刑法定原则的不彻底性，也表明相沿千年的中国传统比附援引的法律文化是具有多么顽强的生命力。

三是刑罚体系的近代化。刑罚是最能够反映刑法的性质和内容。因此，任何刑法改革与刑法进步都离不开刑罚制度的进化。可以说，一部刑法发展史在相当程度上就是一部刑罚进化史。中国古代刑法，由其封建专制的性质所决定，创制了一套残酷的刑罚体系。尽管从旧五刑——墨、劓、剕、宫、大辟到新五刑——笞、杖、徒、流、死，在刑罚的残酷性上有所轻缓，但它仍然是以对人的肉体与精神的折磨为特征的，更何况法外用刑，法所难禁。这套残酷的刑罚制度沿袭到清末，与经过刑罚改革以后以自由刑为主要内容的西方刑罚制度形成鲜明的对比。在这种情况下，改革中国传统的刑罚制度，就成为清末刑律改革的重中之重。在清末刑制改革中，完成了中国刑罚体系的近代化，这是值得大书特书的。《大清新刑律》参照《日本刑法典》的刑名体系，将刑名分为主刑和附加刑两种，且按照由重到轻排列，主刑分为死刑、无期徒刑、有期徒刑、拘役、罚金；附加刑分为剥夺公权和没收。这里尤其应当指出的是，清末刑罚改革中，死刑执行惟一原则的确立。中国古代封建专制社会刑法，为增强死刑的威慑

力，往往在死刑的执行方法上花样翻新，制造鲜血淋淋的行刑场面，展示专制权力。因此，死刑执行方式表现为多元化。例如西汉时期，常见的死刑执行方法有夷三族、腰斩、弃市、枭首、磔等；及至《唐律》死刑执行方法定型化为绞与斩两种，但在法律观念中常有例外，例如《明律》中有凌迟的死刑执行方法，《清律》中又有凌迟、枭首和戮尸的死刑执行方法。这些死刑执行方法反映了中国封建专制刑罚的残酷性与野蛮性。在清末刑制改革中，废除了凌迟、枭首、戮尸和斩首四种死刑执行方法，并将死刑执行方法确定为绞，实现了死刑执行方法的惟一。通过对死刑执行方法的改革，在刑罚的轻缓化、人道化方面跟上了历史发展的潮流，这不能不说是一个历史性的进步。作者在本书中对刑罚体系的近代化从各个不同的角度作了细致的分析，为我们清晰地勾勒出清末从以身体刑为中心的刑罚体系向以自由刑为中心的刑罚体系转变的发展轨迹。

中国刑法的近代化是一个过程，同时也是中国法制史上的一次突变。我们今天的刑法制度就是以此为肇始的。在这个意义上说，清末刑法改制的成果惠及当代。作为一个刑法学者，这种历史感可以使我们更加深刻地认识与理解现行的刑法制度。徐岱博士对清末刑法改革与中国刑法近代化的生动刻画与描述，对于我们建立正确的刑法历史观是功不可没的，这是我的一个结论。

是为序。

陈兴良

谨识于北京蓝旗营寓所

2002年11月12日

前言

20 世纪的中国法制建设,经历了由传统的人治到现代的法治的转变。回首历史,有学者认为,我国在 20 世纪形成了三次伟大的法律革命:辛亥革命的法律制度建立;新中国的法制建设;1978 年的与市场经济相适应的法治国家建设。^①我国台湾地区学者也曾深有感触地指出:“从实质而言,中华民族的法律制度的演变可简要地区分为三大时期:第一期为先秦到清末的传统法时期,第二期为清末民初继受欧洲大陆法时期,第三期为民国八年以后台湾海峡两岸的新法制交替时期。其中,实质上的第二期正是我国传统法制的解体阶段,反观之,也可说是我国因继受外国法制而迈入近代化的时代。”^②可以看出,无论是着眼于 20 世纪之初,还是放眼于先秦时期,中国法制发展历程中的一个不可跨跃的重要里程碑就是清末继受外国法制的时期。依此理,从刑法学角度看,我们认为,我国刑法改革也经历了三个里程碑:清末刑法改制;新中国刑法典的颁布与实施;1997 年刑法的颁布与实施。这一次次高潮,引发了我们对历史的一系列思考,因为历史是价值的认证。

① 夏锦文:《社会变迁与法律发展》,南京师范大学出版社 1997 年版,第 254 页。

② 黄源盛:《晚清法制近代化的动因及其开展》,1991 年《中兴法学》第 32 期(台湾),第 206 页。

中国法制史可以说是中国刑法发达史。在 1840 年以前，中国历代刑法制度、体例、原则与世界其他国家相比，是先进的、典型的，西方学者对此称道不已。以《大清律例》为例，英国爱丁堡评论（The Edinburg Review）对其嘉誉有余：“这部刑法典最引我们注意的便是其规定的极近情理明白而一致——条款简洁，意义显霍，文字不易，全不像别的使人嫌怨的东方好自炫的专制君主样文饰夸张，但每一规定都极冷静、简洁、清晰、层次分明，故浸贯词汇满能实用判断的精神。”^①但 1840 年以后，中国刑法发展是怎样的处遇呢？

1840 年起，中国步入近代社会，近代的中国在内外交困的情势下，人心是动荡的，社会是动荡的。动荡的社会和动荡的人性思维为中国刑法史的发展提供了契机，中国近代刑法处于转型的关键时期。中国近代史的纷繁、变幻奇异的历史事实一直抓捕着我，使我感到犹如被一层浓雾困扰着，基于对中国刑法近代化解读的渴望使我不能也不敢将它从自己的思维中割舍，而问题的关键是如何确定对中国刑法近代化研究的切入点。在浩如烟海的史料中，在倾听前人的无声呐喊时，在凝神深思前人的闪光思想时，我的悟性得到激发，一个闪亮点在频频向我招手，这就是清末刑法改制及其杰作——《大清新刑律》，因为它是中国刑法迈向近代化的端口。

清末刑法改制是在内外交困的情况下展开的。以泱泱大国自居而独处东方的中国，在 1840 年鸦片战争国门被迫打开后，是以惊诧、愕然的目光看着外面的世界，如洪水涌来的西方文明，特别是法律文化对中国传统法律文化的冲击，犹如一记重拳，使国人幡然醒悟：中国的出路在于国富民强，而国富民强的有力保证是法律制度的健全。面对治外法权的丧失，国人不得不承认，

^① 杨鸿烈：《中国法律发达史》（上册一），商务印书馆 1956 年版，第 6 页。

中国的法律制度和体系已落后于西方各国，这与世界视《唐律》为世界刑法典的楷模的时代形成鲜明对比。清末刑法改制是在中西刑法文化“损益而会通焉”的原则下展开的，即一方面，参酌西方资产阶级国家的法律，“取人之长补吾之短”；另一方面，又要保留中国法律传统，“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敝。”^①可以说，西力对中国法律文化的冲击是清末刑法改制的基本动因。在理念上，基于对中国法律文化传统人性之伦理性的反思和对西方近代人性之理性的吸纳，国人创建了性无善恶观，加强了对人性之理性的追求，加强了对人的个体权利的关注，为清末刑法改制奠定了人性基础。清末刑法改制既受到了传统守旧派对改制本身的攻击，又受到刑法改制派本身局限性的束缚，因而，改制过程举步维艰。

清末刑法改制对传统法律文化的承袭性是必然的，其移植性更是刑法改制题中应有之义。承袭性之隐性和移植性的显性在《大清新刑律》总则中表现得尤为突出，特别是其犯罪立法化、罪刑法定原则的确立、共犯罪理论的蜕变、缓刑假释制度的确立及刑罚体系的重新构筑成为其移植性的主要标志，是清末刑法改制最大的成就，也是最能体现清末刑法改制近代化趋势之所在。这种近代化的成分在很大程度上凝结为形式上的合理性，而淡于实质内容的合理性，但形式合理性也是有其历史价值的。

清末刑法改制之形式合理性的历史价值主要体现在：第一，首开中国部门法法典化的先河；第二，传统人治思想让位于近代意义的法治主张，中国刑法近代化进程已渗入理性的成分；第三，举起了司法独立旗帜，在立法权上体现了立法独立的精神，特别是罪刑法定原则的确立开启了中国刑法近代化的大门。评价其历史价值，应回归历史探研史实，我们认为，以往的观点和主

^① 《大清法规大全·法律部》。

张低估了其历史价值，缘于对中国近代刑法改制的认识不足。

清末刑法改制是在西方近代法律文化的冲击前提下，摆脱中国传统法律文化的桎梏而运作的。对西方近代法律文化的吸纳意味着对中国传统法律文化在一定程度上的否定和排除。众所周知，中国传统法律文化注重国家、社会利益，而轻视、漠视个人权利、利益的存在，即对国家而言权利本位是第一位的，对个人而言义务本位是第一位的；注重以法治与礼治的混同来规范、制约、制裁人的行为；注重人治的权威而轻视法治的价值；注重君主的专制与擅断，而扼制罪刑法定原则的生存、发育环境；注重刑罚的惩罚性，而漠视刑罚的教育性和人道性。于此种历史氛围中的所进行的清末刑法改制的艰难性可想而知。清末刑法改制虽说没能完全冲破中国传统法律文化中藩篱的束缚，但它在形式上对近代刑法立法精神、立法体例、原则的吸纳，昭示了它对传统法律文化中糟粕的否定。所以我们说，清末刑法改制是中国 20 世纪内法律变革的第一高潮阶段，其改制成果《大清新刑律》为北伐政府、国民党政府刑法法典化奠定了基础，所以我们可以说，清末刑法改制是中国刑法近代化的开端。

为了厘清概念上的混淆，为论题的展开做准备，于此有必要对两个范畴予以界定。

一、对“清末”范畴的界定

“清末”这一范畴从属于“中国近代”这一概念。近代一词，据《辞海》解释，就中国而言，有广义和狭义之分，广义上指自 1840 年鸦片战争开始至 1949 年中华人民共和国成立；狭义上是指自 1840 年鸦片战争至 1919 年五四运动，此时中国处于半殖民地半封建时期。

中国刑法近代化运动始于 1840 年鸦片战争后即清末之初，而高潮迭起于《大清新刑律》的颁布，它是中国法学近代化的重要组成部分之一。法学近代化是一场波及、影响全球的法学变革

和改制运动,中国自然不能不受到其辐射波的影响。1840年鸦片战争之后,中国以极不情愿的但却是快捷的步伐,追赶着这场世界范围的变革,由最初的被动、无奈,被迫转而以积极、主动的心态去适应这场法学近代化运动,并使中国刑法近代化运动以实体法的形式体现出来。故此,我们认为,中国刑法近代化最具特色和最有价值的阶段是1840年至1911年《大清新刑律》的颁布,进而,我们用“清末”这一狭义上的近代化范畴来涵盖1840年至1911年这一历史阶段。

二、对清末刑法改制范畴的界定

对于清末特别是鸦片战争后中国法律的发展变革,学者们一般称其修律活动,^①意指对原有法律制度的修修补补,而没有实质性的改变。

我们认为,这种界定有欠科学,根源在于对清末刑法改制这一历史成就认识不足。从法理上看,法律发展有两种模式:质变和量变。质变是指法的历史类型的更替,即由一定经济基础和阶级关系所决定的新的法律上层建筑取代旧的法律上层建筑;量变是指法律的移植、继承和法律的改革。法律的改革虽属法律发展的量变过程之一,但它与那种缓慢的、渐进的、不知不觉的演变不同,它是量变中的巨变和突变,是某一类型法律制度的创新和重构,是具有划时代意义的。^②

诚然,清末的刑法改制及其成果《大清新刑律》中继承的法律成分固然存在,但这不是其的全部和主流。清末刑法改制的主流在于法律的改革,即刑法近代化。表现在于:第一,摒弃封建刑法体系模式,构建了具有近代刑法体系表征的总则和分则体

① 高旭晨:《谈清末修律的背景》,《法律史论丛》,江西高校出版社1998年版,第366页。

② 张文显主编:《法理学》,法律出版社1998年版,第215页。

系；第二，斩断罪刑擅断主义统治的枷锁，在刑法典总则中明确规定罪刑法定原则。为保障其法理要义的连贯性和统一性，体现刑法近代化的趋势，删除了与罪刑擅断紧密相系的、挟制中国封建刑法司法运作的比附援引制度，使清末刑法改制的继承性减弱，改革性增强，刑法近代化成显性；第三，废除了封建的以肉刑为中心的刑罚体系，且强调死刑执行惟一制度，增强了刑罚人道化色彩。

因此说，清末的刑法发展问题更多地表现为法律的改革，而不是在中国传统法律制度基础之上的简单的修修补补过程。为体现、表达出清末法律发展的性质和倾向，我们将这一阶段的刑法改革过程界定为“清末刑法改制”。以此范畴为出发点，来探视鸦片战争后的中国刑法近代化进程。

另外有感于资料收集的艰辛，将本书所涉及到的《大清新刑律》的相关条文附于文后，以备查阅、对比之用。

目 录

摘 要	(1)
英文摘要	(7)
第一章 清末刑法改制原因论质疑与解惑	(14)
第一节 清末刑法改制直接原因论概览	(14)
一、冲击反应模式说与中国中心观说	(15)
二、经济基础决定说与非本质性原因说	(17)
第二节 清末刑法改制原因论之评析	(20)
一、对西方中心说和中国中心说之评判	(20)
二、对经济基础决定说和非本质性原因说之评判	(22)
三、应有的立场	(23)
第二章 清末刑法改制的动因基础	(25)
第一节 清末刑法改制的经济动因——西力渐近与中国近代经济结构转型	(25)
一、西学与西力之辨	(26)
二、西力对清末经济结构的冲击	(28)

第二节 清末刑法改制的思想动因——	
个人本位价值观的导入	(29)
一、西方个人本位价值观念的勃兴	(30)
二、西方个人本位价值观在中国的传播	(32)
三、个人本位价值观的变奏——个人本 位的国家主义法律观	(36)
第三节 清末刑法改制的法律动因——	
治外法权的丧失与收回的欲望	(38)
一、治外法权的丧失	(39)
二、西方列强的承诺与国人的轻信	(39)
第三章 人性论的嬗变与吸纳	(42)
第一节 中国古代人性论——人性的 天赋伦理性	(43)
一、人性善论及其法律观	(44)
二、人性恶论及其法律观	(46)
三、性无善无恶论及其法律观	(50)
第二节 清末刑法改制的人性基础—— 人性的伦理之性与理性之性的 结合	(52)
一、西方近代人性论特质——理性之性	(53)
二、中国近代人性论——伦理性与理性 的杂糅	(56)
三、中国近代人性论对中国传统刑法文 化之批判	(59)
四、近代人性论对中国刑法近代化的 向往	(60)