

# 中国刑法近代化论纲



[中国刑法近代化论纲 下载链接1](#)

著者:徐岱

出版者:人民法院出版社

出版时间:2003-5

装帧:平装

isbn:9787801615565

一、清末刑法改制原因论质疑与解惑。清末刑法改制是在特定的极其复杂的历史背景下展开的。学者把清末刑法改制的直接原因论归纳为两种对立类型：冲击反应模式说与中国中心观说；经济基础决定说和非本质原因说。

二、清末刑法改制之动因基础。一是西力渐进与中国近代经济结构转型。所谓西力，是指西方的物质文明

和制度文明，这种由工业革命带来的巨大的生产力及与此相连的政治制度、价值观念、思想意识等汇成不可阻挡的潮流，随着鸦片战争的爆发而涌入中国，冲击着东方农业民族的自然经济结构。但因近代中国自然经济和商品经济二元结构体系的存在，西力的冲击并不是畅通无阻的，由此而带来的法律文化的冲击也受到中国传统的以礼治为核心的重刑轻民的法律文化的阻挠，清末刑法改制的艰巨性是可想而知的。二是清末刑法改制的思想基础在于个人本位价值观念的导入。西力对中国近代社会的冲击不仅仅限于自身的威力，而且成为西学东渐的基础和载体。紧跟于西方列强而涌入的传教士便是明证。从主观积极方面看，国人对款款东渐的西学推崇至极，并认为是国家独立、富强的叩门砖，“国家欲自强，以多译西书为本；学者欲自立，以多读西书为功”（2）。西学之中令国人耳目一新、对中国近代刑法史冲击较为强劲的便是个人本位价值观的涌入。而

个人本位价值观的确立成为清末刑法改制的思想基础和起点。西方的个人价值本位聚焦于对人的尊重，对人的自由的向往和保护，对人作为一个独立的个体予以最大限度的关怀，这一观念传入中国，演绎成了个人本位的国家主义法律观。这种法律观既树立重视个人独立、自由的权利范式，又强调国家的自由大于个人自由，既高扬西方近代的个人价值观念，又参杂有中国传统的国家大于个人的观念，导致清末刑法改制形式上的近代化大于内容上的近代化。三是清末刑法改制的法律基础是治外法权的丧失和收回的欲望。治外法权的沦丧，使清王朝陷入二难境地：既要维护司法独立，又要顺应世界法律发展潮流。唯一出路就是进行刑法改制，以换取消治法权的收回。

三、人性论的嬗变与吸纳。刑事法理论和原则是围绕人、人性问题展开的，中西先哲们对人性问题的关怀

最显著的差异是：一个是从伦理学角度予以关注，一个是从理性的角度予以关注。中国古代人性论强调人性之伦理之性，而西方近代人性论的特质在于强调人性之理性。

中国近代化人性论对中国传统刑法文化之批判中国近代人性论在中国古有人性论之伦理性基础上，将西方近代人性论之理性成份吸纳进来，强调“人各具一魂”，人是理性的动物，由此对人之所以为人提出了更为具体高层次的内涵：即人是平等的自由的，享有不可剥夺的自然权利，构筑了较为科学、实证的观点。诚然，这其中，有许多唯心的色彩，是人的一种臆想和主观愿望，这是其自身的局限，也是历史的局限。但它为清末刑法改制所铺垫的刑法本源基础，却是有历史价值的。一是抨击男女实行同罪异罚是对平等的践踏。在中国传统法律观念和意识中“男尊女卑，故以男为贵”，在婚姻法律关系中，是“夫为妻纲”，女人始终是男人的附属物，从法律地位上讲，无任何独立意志可言。这种观念在刑法中的体现就是同罪异罚。以唐例为例，妻殴夫徒一年，较常人加重处罚，而夫殴妻则采减刑主义做法，减凡人二等；夫过失杀伤妻妾不问，而妻妾过失杀伤夫，则较故杀伤减罚二等给予处罚。中国近代人性论认为，人生而有自由、平等之权是天经地义之事，而中国传统刑法文化中的男女同罪异罚的规定是对自由平等之权的践踏，是不合人道的。男女同是“合天地原质以为人”，且“各具一魂”，应该适用“男女平等之法”，否则“与几何公理（即实理）不合，无益于人道”。二是提出君为臣纲是对人性的践踏。君为臣纲是中国封建正统法律思想的核心和最终归宿，中国传统刑法文化对于“君权”的保护可谓极尽能事。《唐例》首列“十恶”之罪，这“十恶”之罪的中心是“父权”与“君权”，而“君权”是重心之重心，任何人触犯“君权”，就是“反天常，悖人理”，一定要“共讨之”，“共诛之”。中国近代人性论对君主专制进行了无情的批判。所谓“君主威权无限，此更大背于几何公理”（3），问题的关键在于要对君权重新认识。所谓的“君”，应是“如有相交之事，而另觅一人以作中保也。故凡民皆臣，而一命之士以上，皆可统称为君”（4），所以说，传统的“君臣一伦”并非“天理”，只是“全从人立之法而出，有人立之法，然后有君臣”，而“人立之法”，是要受法律价值观、法律制度的制约和评判的，以体现法律的人道性和合理性。

近代人性论对中国刑法近代化的向往近代人性论在中国古有人性论之伦理性基础上，将西方近代人性论之理性成份吸纳进来，强调“人各具一魂”，人是理性的动物，由此对人之所以为人提出了更为具体高层次的内涵：即人是平等的自由的，享有不可剥夺的自然权利。而中国传统律法文化致命之点在于它否定平等人的存在，藐视人的权利的存在，因此，行立宪，改旧律创新法势在必行。“今吾中国之大法，非经义之旧矣，在大地中为五十余国之一，非复大一统之治矣”，且“守旧法则辱，变法则强”，唯此，应仿行西方近代法律体系以全面变革传统旧法，重建符合世界和时代要求的新的法律体系，其中最为切要者为中国刑法。中国传统刑法因其律繁网密，刑罚残酷，不符合中国近代人性论之要求，应参酌西方近代刑法进行改制。

中国近代人性论这一杂揉体既体现了中国固有人性论之伦理性，又吸取了西方近代人性论之理性成份，构筑了较为科学、实证的观点。诚然，这其中有许多唯心的色彩，是人的一种臆想和主观愿望，这是其自身的局限，也是历史的局限。但它为清末刑法改制所铺垫的刑法本源基础，却是有历史价值的。刑法以人为本，始于人，又终于人，只有将终极关怀的目光投向人自身，我们说，这样的刑法才是有生命力、有价值的，无论这种

生命力是短暂的还是长久的，也不论其价值是形式上的合理性，还是内容上的合理性，人性论问题是刑法建筑不可或缺的基础。清末刑法改制寻找到了这一基础，因此它的进程是历史的、客观的，是实定的。正视它的存在和它所固有的价值是我们的责任。

清末刑法改制之进程清末刑法改制是历史阶段的历史产物。清末刑法改制本身又是一个过程，在这一过程中，刑法改制所进行的每一步骤都使中国刑法更贴近于近代化，更走向近代化。君主立宪使立法权、司法权的独立初具雏型：外国法律的翻译为移植西方立法模式打开大门；日本刑法改制成功的范式刺激了清末刑法改制的深入；《大清现行刑律》的拟定在很大程度上为清末刑法改制铲除中国封建思想浓重的刑法内容、吸纳西方刑法法治思想扫清了路障。可以说，清末刑法改制的进程是举步维艰的。特别是《大清现行刑律》的出台，在体例上打破了中国数千年来诸法合体的传统形式，刑名的厘正意味着在中国倡行数千年的刑名体系的解体，具有由身份刑向自由刑倾斜的味道，是《大清新刑律》采用自由刑制度的前奏。

五、中国刑法近代化的法典化——《大清新刑律》晚清的刑法改制是在内外交困的情况下进行的。在外交上，治外法权的逐年丧失，西方的“变法便撤消治外法权”的引诱，日本变法国力渐强的事实，使清政府自上而下的改制呼声渐起。在内部，君主立宪形式的确立、大规模的翻译外国法律、修律馆的创立及《大清现行刑律》的完成，都为《大清新刑律》的出台铺垫了基石，因而说它的出现是多种合力的结果。《大清新刑律》是中国刑法近代改制的产物，是中国刑法摆脱封建法律体系，叩开近代化大门的标志，是中国汇入世界法律潮流的开始。针对于《大清新刑律》所展开的礼法之争，是近代刑法思想和中国固有的刑法理念的一次大较量，但《大清新刑律》的颁行，在一定意义上说，标志着刑法改制派所持的采西方刑法思想和原则为我所用的观点已占上风。《大清新刑律》在内容和形式上两方面体现了近代化内容：在内容上采西方刑法通用术语，明确规定了缓刑和不论罪的内容；在形式上，《大清新刑律》的出现标志着中国封建刑法体系的解体和近代刑法体系的建立。后被北洋军阀、国民党政府所仿效，成为中国刑法近代化的起始点。

六、罪刑法定原则与中国刑法近代化。罪刑法定在中国古代刑法中始终以“主义、主张、思想”的身份存在并绵延几千年，是因为没有促使罪刑法定由思想上升为刑法原则的历史氛围和人文要求。至近代，随着西方利船尖炮而来的西方刑法中的罪刑法定原则，成为当时志在修律、创制新法的有识之士追逐的目标，因为罪刑法定原则本身就是宪政、民主、人权、平等的象征，而这些正是中国近代法律发展的一大主题。《大清新刑律》体现近代资产阶级刑事立法的原则之处有很多，但其中最能体现中国刑法近代化趋势、倾向和象征的则是罪刑法定原则的确立。但只是在形式上实现了罪刑法定原则，在实质内容上，却未能落到实处。清末刑法改制受西方近代罪刑法定原则的影响，自然承袭了否定类推适用、刑不溯及既往、法律面前人人平等法治原则，但受国内刑法改制时社会背景的影响，清末刑法改制在吸纳这些思想时却大打折扣：表面上否定类推适用，实质是允许其存在；官当制度宣告废除，但在《暂行章程》中却将皇室的特权视为圭臬。因而我们说，废除官当制，只是在形式上实现了罪刑法定原则所倡行的法律面前人人平等之义，而这一形式意义上的完美却是历史性的进步。

七、刑名体系的科学化与中国刑法近代化《大清新刑律》所确立的刑名体系，分为主刑和从刑两大类。主刑包括5种，

并依刑罚由重到轻排列：死刑、无期徒刑、有期徒刑、拘留、罚金；从刑的种类包括二种：剥夺公权和没收。可见，清末刑法改制所创设的刑罚体系，与中国历史上以往各朝代的刑名体系是大相径庭的，它既有刑罚体系方面的近代化，又有刑罚思想和刑罚重心的近代化。这种刑罚思想和刑罚重心的近代化体现在肉刑制度的废除、自由刑制度的兴起，死刑一元化制度的兴起，死刑走自一元化。死刑轻缓化、人道化的倾向，折射出中国近代刑法近代化的趋势，成为中国近代刑名体系迈向近代化的一个标志性窗口。

八、历史的感悟与反思。掩卷回味，历史使我们感到沉重，但历史也使我们认识到历史自身的价值。

清末鸦片战争后的这一历史时期，是中国封建法律制度瓦解，半殖民地半封建性质特别是近代化成份较浓重的法律制度建立时期，是中国刑法发展史上的一个重要历史转折时期，这是毋庸置疑的。特别是清政府自上而下掀起的清末刑法改制运动，将这一时期的具有近代化意味的内容的刑法思想和原则，浓缩于《大清新刑律》之中，从中折射出许多闪光点：中国刑法史上第一部《刑法典》的问世，刑法体系上总则、分则编纂体例的确立和适用；西方近代刑法理性的产物——罪刑法定原则被写进刑法典之中；牵制中国立法和司法实践的比附援引制之废除；以自由刑为中心的刑罚体系的确立等等，都昭示着清末刑法改制之近代化成份和近代化色彩的存在。可以坦然地说，清末刑法改制是中国刑法史发展进程中的突变时期，是中国封建法律体系解体、具有近代化成份的刑法体系建立的标志。我们说，它是中国刑法史发展过程中的突变时期，并不是无限制地肯定其的历史价值，从前文的论析中可以看出，清末刑法改制一方面与中国封建刑法观念和制度藕断丝连，另一方面托起了中国刑法走向近代化的重任。我们所说的“突变”就是指后者。这种突变又集中体现于清末刑法改制的外在表现形式上的突变，即表现形式的合理性。

所谓表现形式的合理性，是与实质内容的合理性相对而言的，是指清末刑法改制在立法技术、立法原则、立法体例及法律术语的运用等方面所体现出来的、合乎近现代意义的法律表现形式，是决定清末刑法改制历史进步性、合理性的量的规定性。内容合理性是指清末刑法改制所体现的刑法精神、刑法价值、刑法法治内容等方面的价值取向和座标参照，是决定刑法改制历史进步性、合理性的质的规定性。

追溯历史，反思历史使我们得到的最大裨处是：冷静和理性。用我们比较理性的心态看待清末刑法改制，可以发现清末刑法改制在内容合理性方面存在着很多局限性：第一，《大清新刑律》于出台后嘎然而止，并没有进入司法实施阶段；第二，即使是《大清新刑律》本身，亦存在着诸端与刑法近代化相左的地方：罪刑法定原则已明确规定在刑法典中，但以“当然解释”的身份出现的类推适用制度依然存在；《大清新刑律》尾部所附的《暂行章程》，是对罪刑法定原则衍生出的法律面前人人平等、罪刑相适应原则的否定，质言，是对罪刑法定原则的藐视和践踏；刑罚体系中，实现了由以肉刑为中心向以自由刑为中心的转化，但墨刑的存在又是对自由刑的莫大讽刺。

这主要源于，清末刑法改制实质上仍偏重“中国素重纲常，故于干犯名义之条，立法特为严重，良以三纲五常阐自唐虞，圣帝明王兢兢保守，实为千年相传之国粹，立国之大本。……凡我旧律义关伦常诸条，不可率行变革，庶以继天理民彝于不弊”的法律传统，因此，在移植了西方立法例之后，《大清新刑律》尾部之《暂行章程》之规定，却将已接近近代化的中国刑法，浓浓抹上了一笔封建的油彩，将中国刑法又拖入了中国封建性的阴影里。我们称其为内容合理性欠缺。

但不能因清末刑法改质的内容合理的欠缺而无视、或抹杀、或降低清末刑法改制及其成果——《大清新刑律》的历史价值。清末刑法改制的历史价值主要集中于刑法近代化的表现形式合理性上，在外在形式上吸纳了西方近代的刑法法例、立法原则，在中国刑法史中产生了许多“第一次”现象：罪刑法定原则首次在中国刑法史的首部刑法典中的体认，由此而衍生出的刑不溯及既往原则、免除官当，实行法律面前人人平等原则，缓刑制度的规定；在刑法体系上，首次实行总则和分则分类法，以此为起点，刑法体系步入正规；在刑罚体系上，首次构建了具有近代刑法成份的死刑、无期徒刑、有期徒刑、拘役、罚金等主刑和附加刑体例；首次规定死刑唯一论，且完成以自由刑为中心代替以肉刑为中心的转变。所有这些“首次”现象，在清末刑法改制中是通过立法环节体现出来的，而立法多体现为法律的形式方面。我们称其却为形式合理性的唯美。

因而，我们说，清末刑法改制给我们最大的感悟就是：外在的比附而不是内在的会通，倾斜于形式合理性，却逊色于内容合理性，即表现形式合理性的唯美和内容合理性的欠缺。《大清新刑律》是法律形式化的产物。

清末刑法改制形式上的近代化在当时的历史环境中是一种历史的进步，用今天的目光去审视，它又是一种历史的局限性。诚然，我们不能用现代理性思维去刻求历史，我们

研究分析历史的目的在于以史为鉴，从历史中整理出我们今天刑法法治建设所应面对的问题。即不仅应重视刑法法治本身的形式合理性的构建，更应注重于刑法内容合理性的构建，只有将二者有机结合起来，相辅相承地发展，我们才能说刑法法治建设达到了合理性的边缘，因为表现形式合理性和内容合理性是一个事物趋向合理性发展不可分割的两个方面、两个阶段。清末刑法改制带给我们最大的历史感悟就是在形式合理性的基础上，加大对刑法精神等内容合理性建设的力度。应从二个角度入手：一是在刑法价值取向上，注重社会保障和权利保护功能的同构。二是在法律观念上，提高人们对法律的虔诚信仰程度。

作者介绍:

目录:

[中国刑法近代化论纲\\_下载链接1](#)

标签

评论

-----  
[中国刑法近代化论纲\\_下载链接1](#)

书评

-----  
[中国刑法近代化论纲\\_下载链接1](#)