



中字体

历史的回顾与启示：中国刑法史上三次国际化事件总置评

苏彩霞

摘要：在中华刑法发展的历史长河中，中华刑法文明以其对域外的输出或向域外刑法的学习与移植进行着其国际化的过程，其中最具有历史性的事件，莫过于唐律输出、清末刑法改制与新中国成立初期学习与移植苏联刑法这三次大的刑法交流。回顾这三次历史事件，从中得出了中国刑法国际化离不开开放的社会环境、中国刑法国际化应该包括刑法理念的国际化等三点对现实的启示。

关键词：唐律输出、清末刑法改制、移植苏联刑法、刑法国际化、刑法理念

Abstract: During the long history of development of China criminal law, the culture of China criminal law has gone on its course of internationalization by exporting itself to outland or importing foreign criminal law. The exportation of Code of Tang Dynasty, the reform of criminal law of Qing Dynasty, and the transplantation of Soveit Union criminal law during the the course of new P.R.C. are the most historic events. we can draw three conclusions from the three historic events.

Key words: exportation of Code of Tang Dynasty, reform of criminal law of Qing Dynasty, transplanting criminal law of Soveit Union, internationalization of criminal law, idea of criminal law

通讯地址：中国武汉市中南财经政法大学南湖校区法学院 邮编：430073

姓名：苏彩霞

电话 / 传真：86-27-87516192

email: sucaixial974@sina.com.cn

目次：

壹、以唐律为代表的封建（刑）法典的输出

一、具体表现

二、历史原因

三、意义评价

贰、清末刑法改制对大陆法系刑法的学习与移植

一、具体表现

二、历史原因

三、意义评价

叁、新中国成立初期对苏联刑法的学习与移植

一、具体表现

二、历史原因

三、意义评价

肆、几点启示

- 一、开放的社会环境：中国刑法国际化之必需条件
- 二、刑法理念的国际化：中国刑法国际化之必备构成
- 三、简单的阶级意识形态取舍标准：中国刑法国际化之摒弃

刑法的国际化，是指世界各国刑法在发展过程中，通过相互移植、互相学习、共同缔结国际刑事公约，从而使各国刑法在人类法律文明进步大道上趋于接近、协调发展、共同前进的趋势。刑法国际化的途径或表现主要有输出本国刑法、输入他国刑法、缔结国际刑事公约三种。当下中国正在进行刑事法治建设，刑法现代化的必由之路就是刑法的国际化。在中华刑法发展的历史长河中，中华刑法文明以其对域外的输出或向域外刑法的学习与移植进行着其国际化的过程，并且这一国际化进程在当代中国仍在继续。通古可及今，了解中国刑法发展史上三次大的国际化表现及评价其得失，对当代中国的刑法国际化之路不无裨益。

壹、以唐律为代表的封建（刑）法典的输出

一、具体表现

在中国刑法发展史上，中国刑法的国际化首先表现在封建（刑）法典向东亚、东南亚国家的输出，《唐律》的输出就是其中最典型的代表。唐律作为一部以刑为主、刑民结合的比较完备的封建法典，代表着中国封建社会的最高立法成就，一度成为亚洲诸多国家封建律典的楷模，朝鲜、日本、越南、琉球等国家的封建律典在相当大的程度上移植了唐律。

朝鲜与中国自古以来唇齿相依，交往频繁。在法制方面，亦多参酌于中国，以至于“高丽法律之原则及性质与施行于中国者无显著差异”。以统治朝鲜半岛达474年之久的高丽王国为例，“高丽一代之制，大抵皆仿乎唐，至于刑法亦采《唐律》，参酌时宜而用之。”唐律对高丽律的影响具体表现为：一是法典的体系。唐律分为12篇，依次为名例、卫禁、职制、户婚、厩库、擅兴、贼盗、斗讼、诈伪、杂律、捕亡、断狱，共500条；高丽律也分12篇，且篇目名称、顺序完全与唐律同，只是在具体条文数目上减少为71条，主要从唐律中撷取而成。二是刑法总则的具体规定。在名例律的地位上，名例律在唐律中地位相当于刑法总则，高丽律亦把名例律作为总则。在刑名体系上，高丽律仿照唐律，也规定了笞刑、杖刑、徒刑、流刑、死刑五种刑名，而且刑名的具体内容与分等同唐律相差无几。如，高丽《刑法》“名例”规定，“徒刑五：一年，折杖十三，赎铜二十斤；一年半，折杖十五，赎铜三十斤；二年，折杖十七，赎铜四十斤；二年半，折杖十八，赎铜五十斤；三年，折杖二十，赎铜六十斤”，这与《唐六典》卷六所规定全同。在刑罚执行上，唐律规定“立春后不决死刑”，高丽律也规定了不得执行死刑的时日；唐律有存留养亲制度，高丽律亦规定之。在刑之减轻理由上，唐律把亲属、老弱、官当作为减轻刑罚的理由，高丽律亦仿之。如，唐律规定，“八十以上，十岁以下及笃疾”是减轻刑罚的理由，高丽《刑法》“恤刑”亦云：“因杀人当死，依律文八十以上十岁以下及笃疾论减死配岛”。三是刑法分则罪名的规定。高丽律模仿唐律，分别在卫禁、职制、贼盗、斗讼、诈伪、杂律、捕亡等篇目中规定了侵犯帝室之犯罪、监临自盗、受财枉法、诬告、奸非、杀人、殴伤等罪名，并且各罪的具体规定均与唐律相同或相近。以监临自盗、受财枉法罪为例。高丽《刑法·职制》篇规定，“官吏监临自盗及监临内受财枉法者，徒杖勿论，收职田归乡。……监临赃一尺，笞四十；一匹，五十；二匹，杖六十；三匹，七十；四匹，八十；五匹，九十；六匹，一百。八匹，徒一年；十六匹，一年半；二十四匹，二年；三十二匹，二年半；四十匹，三年；五十匹，流一千里。与者减五等，罪止杖一百。如监临官于部内乞取者，加一等；若以威力强乞取者，准枉法赃论”，这一关于官吏监临自盗及监临内受财枉法的规定与《唐律》第十一卷《职制》中“受所监临财物”条完全相同。

日本国与中国的交往，自隋唐以来日盛。唐朝以其强大的国力、发达的文化让日本国民羡慕之余，“期望形成如隋、唐之中央集权之巩固国家，……故大化革新实为必要，且此改革为社会之改革，继则编纂律、令、格、式。……其改革之主要人物则为留学中国之高向玄理、僧叡等人，皆蒙隋、唐文化甚强烈之刺激之人物也”。公元645年，日本开始了以学习中国唐朝的政治及法律文化模式的“大化革新”，革新的结果是使日本的法律制度向前迈进了几个世纪。日本天智七年，由留唐学生高向玄理等人制定的日本历史上第一部成文法典《近江令》，就是根据唐武德、贞观、永徽等制定的；文武大宝元年，日本制定了历史上划时代的法典《大宝律令》，其依据就是唐朝的《永徽律令》，参与撰写律令的伊吉博德、土部生男等都曾在唐留学；元正灵龟四年，日本制定了历史上最完备的法典《养老律令》，它与《唐律疏议》篇目

略同，一般认为是以《永征律令》为蓝本，并参酌了唐朝的《开元律令》。

唐律对日本刑法的输出与影响主要表现在以下几个方面：其一，在法律的形式上，日本国仿效唐朝，形成了律、令、格、式。如日本德川光国家族所著《大日本史刑法志》记载：盖“令”者，尊卑贵贱之等数，国家之制度也；“格”者，百官有司所常行之事也；“式”者，其所常守之法也；凡邦国之政，必从事于此，其不能遵由，为恶而入于罪戾者，一断以“律”。其二，在法典的构成上，日本大宝律亦分为12篇目，依次为名例、卫禁、职制、户婚、厩库、擅兴、贼盗、斗讼、诈伪、杂律、捕亡、断狱，名称、次序与唐《永征律》完全相同。其三，在刑法总则规定的具体制度上，日本大宝律也与唐律诸多相同。如，在断罪无正条的处理上，《大宝律·名例》规定“断罪而无正条，其应入罪者，则举轻以明重”，与唐律“断罪无正条”相同；在外国人相犯的法律适用上，《大宝律》规定“化外人，同类自相犯者，各依本俗法；异类相犯者，以法律论”，与唐律规定相同；对于现行犯，日本模仿《唐律》卷第二十八《捕亡》，规定“被人系击，折伤以上，若盗及强奸，虽傍人皆得捕系以送官司”；对俱发罪，“二罪以上俱发以重者论；等者从一”，与《唐律·名例》“二罪从重”条相同；对共犯罪，“共犯罪者以造意为首，随从者减一等”，与《唐律·名例》“共犯罪造意为首”条相同；在刑名方面，沿用了唐律的笞、杖、徒、流、死五刑，只是流刑不计里数，而分为近流、中流、远流三等；在刑之加重或减轻上，三犯加重、官当、自首、老弱废疾、赎罪、六议（将唐律中的“八议”制度改为“六议”，删去了其中的议勤、议宾）皆可减轻的规定，都出自唐律；在死刑的执行上，“从立春至秋分不得奏决死刑，违者徒一年。准令犯恶逆以上及家人奴婢杀主者，不待时”，此乃模仿唐之执行死刑多在秋冬之后的规定；在刑事责任能力的规定上，“凡犯罪时虽未老疾，而事发时老疾者，依老疾论。若在徒限内，老疾亦如之。犯罪时幼少，事发时长大，依幼少论”，与《唐律·名例》第31条全同。其四，在刑法分则方面，日本大宝律规定的罪名也多与唐律基本相同，但大体上处刑较唐律轻。如将唐律中的“十恶”罪名删为“八虐”，除去了其中的不睦、内乱，余则相同。

上述种种，以至于日本学者也不得不承认：“我国《大宝律》大体上是采用《唐律》，只不过再考虑我国国情稍加斟酌而已。”

至于唐律对越南刑法的影响，可观诸越南黎朝法典《黎律》的规定。黎朝统一越南的时间，大致相当于中国明朝时，但其法典《黎律》虽折衷于唐、宋、元、明诸律，但却以唐律为惟一渊源。黎律仿唐律，分为名例、卫禁、盗贼、诈伪等篇目，其刑法总则对俱发罪、共犯罪、刑之加重减轻、刑名的规定皆与唐律大致相同，并且还完全仿照唐律规定了八议、十恶制度，对具体罪名的规定也与唐律相近。

二、历史原因

自西汉至唐是中国与外域民间交往、文化交流相对频繁的时期，尤其在唐朝更是一个比较开放的时期，人们可以看到，“在宗教、艺术（例如音乐、舞蹈、杂技、绘画、雕塑）、实用器物（例如金银器、服饰）等方面，通过西域传来的印度、中亚、西亚文明和通过南海传来的南亚文明，对唐代的影响是既深且远的”。然而，在礼法律令、典章制度方面，唐朝以其唐律的输出对亚洲尤其是东亚的影响也是“既深且远”的。唐律之所以被朝鲜、日本、越南等东亚国家广为接受以至于形成世界几大法系之一的中华法系，有其当时的历史原因：

其一，在国家实力方面，唐朝是当时世界上人口最多、最富饶、国力强盛的国家，尤其是唐初政府卓有成效的文治武功树立起了崇高的国际威望，与之相比，当时的其它东亚国家处于相对落后的地位。强大的国家实力促进了文化上对外的辐射性和被接受性，以至于东亚诸国以法源于唐为正宗。正如日本学者泷川博士所言，“大陆之中国经数百年之南北分裂至隋、唐始告统一，其强大之武力与高度之文化自然使满洲、朝鲜、日本等与其周围邻近之民族望风披靡。其时日本国民……，期望形成如隋、唐之中央集权之巩固国家”。

其二，在文明程度上，一方面，当时的东亚诸国和中国都属于农耕文明，文化上具有同构型；另一方面，当时包括法律在内的中国文化已相当发达，而东亚诸国的文化却相对落后。对于唐律的发达，日本的中国法律史大家仁井田升曾说过：“像唐律那样的刑法发达程度，可以说在当时世界上无有望其项背的。就是连欧洲划时代的加洛林法典，不但在时间上比唐律晚了900多年，其发达程度也不及唐律。甚至和欧洲19世纪的刑法典相比，唐律也毫不逊色。”文化上的同构型，减少了东亚诸国交流上的障碍，再加上唐律发达的立法水平，便一并促成了东亚诸国对唐律的主动学习与移植。

其三，中国中心论和蔑外意识一定程度上强化了中华法律文明的影响力，导致了文化传播和认同的单向性。19世纪以前，中国是世界上人口最多、最富饶、在许多方面文化最先进的国度，这种国力的强盛，

支持了中华文化上的优越感，形成了文化传播和认同的单向性。中国人当时关于世界秩序的观念是：“中国不是亚洲的一部分，更不是‘远东’的一部分；它是指体现文明本身的中心王国。”《唐律疏议》卷六“化外人相犯”条疏议曰：“‘化外人’，谓番夷之国，别立君长者，各有风俗，制法不同。”把外国人称为“化外人”，体现了文化上的中国中心论和蔑外意识。这种心态一定程度上导致了19世纪以前中华法律文明与域外法律文明交流上的单向性。

三、意义评价

自秦汉及至隋唐迨至西方诸国挟坚船利炮东侵之前，以刑为主、诸法合一的中华法律文化经过漫长的输出、传播，其影响东至日本、朝鲜，南至越南等东南亚国家，形成了以中国为中心的包括朝鲜、日本、越南等东亚、东南亚国家在内的中华法系，从而使古中华法系具有了世界意义。正是在这个意义上，日本著名中国法制史专家仁井田升在其名著《唐令拾遗》中称：“古代中国法律在地域及民族方面，皆曾影响于四方。耶林谓罗马曾三次征服世界，中国于东方古代亚细亚亦曾一度以武力支配之，一度以儒教支配之，一度以法律支配之”。这种以中国为传播原、辐射周边国家的法律传播是单向的，是以中国强大的国力、高度发达的文化为支持的，它使中国刑法走出了中国的地域版图，从而具有世界的意义，是中华刑法发展史上一次以输出为特征的国际化表现。

然而，也应该看到，“中华法系传统的封建性、保守性，辗转继受、陈陈相因的特点和在法律文化上只有输出、没有输入，只有单向交流、没有双向交流”的状态，使19世纪以前的中国始终未能真正认识到域外法律文明（如印度法律文明、西方法律文明）的合理性因素，更谈不上对域外法律文明的吸收学习，结果因得不到新的文化因子的补充和刺激而丧失了进步的张力。“中国法系到了清代中叶，就呈现动摇倾覆的预兆。这样实在因为自隋唐完成中国法律的体构，经过宋元到了明代益加发展得完满结实，足为东方各国家的冠冕，但因地势和历史的的关系，没有与自己文化相等或比较优越国家来交换影响，就不能不几千年来都离群索居，惟以同化邻近西北东北的野蛮游牧民族为最大能事。”因此，当中华法系面对异常强大的西方法律文化的挑战时，既无力应对，又一味排斥，最后不免因承受不了巨大的压力而解体。

贰、清末刑法改制对大陆法系刑法的学习与移植

一、具体表现

1840年鸦片战争以后，西方列强用坚船利炮轰开了中国的大门，使得中国的社会经济关系、阶级结构和社会主要矛盾、民族矛盾发生了重大变化，处于风雨飘摇之中的清王朝统治者为了救亡图存、变法自强，任命沈家本、伍廷芳为修律大臣，开始了一场以“参酌各国法律”、“务期中外通行”为指导思想的修律活动。中华法律传统向为诸法合体、以刑为主，“各法之中，尤以刑法为切要，乃先从事编辑”，刑律的修订遂成为整个清末修律的核心和关键内容。

1911年颁布的《大清新刑律》尽管最终没来得及实施，清朝即告灭亡，但它毕竟是我国刑法史上第一部现代意义上的刑法典。《大清新刑律》从形式到内容都较多地借鉴、移植了西方刑法，特别是德、日刑法，其主要表现如下：

其一，模仿西法，首次采用独立的刑法典形式规定有关犯罪与刑罚的内容，在体例上打破了中国数千年来诸法合体、民刑不分的传统形式，从而标志着中华法系的瓦解。

其二，在刑法典的体系构成上，完全采用西方资产阶级刑法的体例和名称，分为总则和分则两编，“总则为全编之纲领，分则为各项之实例”。在第一编总则部分的立法理由上，沈家本认为：“总则之义，略与名例相似，往古法无总则与名例之称，……，若仍用名例，其义过狭，故仿欧美及日本各国刑法之例，定名曰总则。”总则的内容包括诸如时间效力、空间效力、罪刑法定等许多“舶来”的概念。分则在犯罪的分类上，贯彻了民刑分离的原则，删除了旧律中有关民事法律行为的规定；在罪名的确定上，放弃了旧律中传统的名称和概念，而代之以近代刑法的新名称、新概念；在罪名的排列上，分则以罪名为章名，提纲挈领、条理分明，并对每一类犯罪都作扼要规定，抛弃了旧律中既不能概括罪名也不便于检索的传统章名，“实际上是排斥了分各罪为国家、个人利益二分类的传统意识，而以崭新的国家、集体、个人利益三分类的方法与各章排列顺序，既实现了刑法分则的民族化，也完成了犯罪类型的现代化”；在刑罚的确定上，基本上采取绝对确定法定刑与相对确定法定刑相结合的原则；在挂有死刑的罪名上，针对中国旧律死刑罪名条目众多、适用范围广泛，而“欧美刑法，备极简单”的情况，虽据中国国情尚不能废除死刑，但结合唐律、清初律例和各国通例，酌情减少了死罪条目。《大清新刑律》总、分则编的结构体

系，引导了中国刑法在体系上与世界刑法的接轨。

其三，规定罪刑法定原则，删除比附。《大清新刑律》中最能体现近代化内容的莫过于比附援引的删除和罪刑法定原则的确立。中国历来实行援引比附之制，而新刑律一方面采用西法的罪刑法定原则，其第10条规定：“法例无正条者不问何种行为不为罪”，另一方面规定“刑律不准比附援引之大原则”，废除了比附制度。日本法学者冈田朝太郎称为“可谓中国刑律上之一大革命。”

其四，在共犯的规定上，完全受大陆法系刑事立法例与刑法理论的影响，采用了正犯、片面共犯、过失共犯等诸多中国传统刑法没有的概念。“我国刑法自清末继受外国新法制以来，其中，内容变革最剧者莫过于‘共犯部分’，尤其教唆犯、从犯之规定，最初几乎完全仿效日本刑法典之法例。”《大清新刑律》第六章共犯罪用5个条文（第29条至第36条）分别规定了正犯、准正犯、从犯、准从犯、片面共犯、过失共犯、准过失共同正犯的概念，“可以说是清末刑法改制中吸纳大陆法系刑法理论和刑事立法例较完整、较系统的部分，也是与中国传统共同犯罪理论和法律规定相比较而言，变化最大、最具近代化成分的部分。”

其五，在刑事制裁体系上，参照世界通例，使刑事制裁体系符合了当时的世界潮流。

首先，规定了保安处分制度，重在惩治教育。《大清新刑律》吸收当时世界上流行的教育刑理论，从预防犯罪和保障社会安全的目的出发，规定了保安处分制度，对因未满14岁而不罚者、因未满18岁而减刑者、因精神病而不罚或减刑者、吸毒者、因酗酒犯罪者、惯犯及缓刑假释者，分别令其入感化院、精神病院、戒毒所或有关场所进行管束，以防再犯罪，同时还对保安处分的宣告、执行、免除、延长及执行时效等事项作出具体规定。如沈家本认为，“夫刑罚为最后之制裁，丁年（即未满16周岁）以内乃教育之主体，非刑罚之主体”，最佳的途径是“按惩治教育始行之于德国，……中国仿之，……兹拟采用其法，通飭各直省立惩治场，凡幼年犯罪改用惩治处分，拘置场中，视情节之轻重，定年限之长短，以冀渐收感化之效，明刑弼教”。

其次，更定刑名，将刑罚分为主刑与从刑，主刑包括死刑、无期徒刑、有期徒刑、拘役和罚金，从刑包括褫夺公权和没收。中国封建旧律自隋唐以来，一直以笞、杖、徒、流、死为五刑，显以肉刑为刑罚体系的中心。《大清新刑律》仿效德、日刑法，首次将刑罚分为主、从刑，其第37条规定：“刑分为主刑及从刑。主刑之种类之次序如左：死刑、无期徒刑、有期徒刑、拘役、罚金；从刑之种类如左：剥夺公权、没收”，从而“完全废除了摧残肉体的笞杖，将身体排斥于刑罚对象范围外，采用罚金，建立了一个以自由刑为中心而由死（绞）刑、无期徒刑、有期徒刑、罚金、拘役等五种刑名组成的新体系（并有剥夺公权和没收两种从刑），以与个人私有制相适应”。刑罚人道化是近代以来刑法发展的世界性潮流，《大清新刑律》刑名的更定，“在历史阶段上，意味着完成了以肉刑中心到自由刑中心的过渡，实现了刑罚体系近代化的过程，反映了历史发展”。

再次，变死刑执行多元化为“死刑唯一”。中国刑法史上死刑执行方式多样化，执行方式不同体现死刑的轻重程度不同，手段极为残酷，清末刑法改制虽然未能像西方国家那样废除死刑，但也顺应刑罚人道化、轻缓化的潮流，于第38条规定：“死刑用绞，于狱内执行之”，实现了死刑唯一。

其六，在刑罚适用制度上，《大清新刑律》仿照德、日刑法，规定了充满现代刑事政策意蕴的俱发罪制度、缓刑制度、假释制度。

在俱发罪制度上，新刑律因继受日本刑法，其规定有别于中国传统刑法而更接近于大陆法系的数罪并罚制度。《唐律·名例》记载：“诸二罪以上俱发，以重者论之。等者，从一”，由此确立了一人犯数罪以重罪吸收轻罪、罪行相等的数罪以一罪论处的处理原则。明、清沿袭之。新刑律第五章章名直接冠以“俱发罪”，在称谓上沿袭了传统刑法的概念，但在并罚的适用原则上，接受了大陆法系的刑事立法思想和立法内容，采取了以限制加重原则为主、以吸收原则和并科原则为辅的适用原则。

在缓刑制度上，新刑律将日本刑法典关于缓刑的立法模式移植过来，用专章规定了现代的缓刑制度。中国古代的录囚、虑囚、存留养亲制度，在客观上虽然也暂缓了刑罚的执行，但体现的都是皇恩的浩荡、对犯人的宽恤和对儒家所倡导的亲情伦理的维护，与现代缓刑制度的避免短期自由刑弊端、鼓励犯人改过自新的刑事政策意蕴大异其趣。《大清新刑律》仿效日本刑法，第63条规定了缓刑制度，显受当时新派教育刑论的影响，迎合了当时缓刑立法的世界潮流。

在假释制度上，《大清新刑律》受大陆法系新派理论与刑事立法的影响，首次规定了充满教育刑意蕴的假释制度，其第66条规定：“受徒刑之执行而有悔改实据者，无期徒刑逾十年后有期徒刑逾刑期二分之一后，由监狱官申达法部得许假释出狱，但有期徒刑之执行未满三年者不在此限”。据其立法原案记载，“假出狱者乃既经入狱之人，其在执行之中尚有悔改之状，姑与以暂行出狱之法，以奖其改悔也。盖入人

于狱，古时原欲以痛苦惩戒其人，近年惟以使人迁善为宗旨，故执行刑法之时倘有人有改过迁善之实，即不妨暂令出狱，此其制之所由生也”，从中可见西方新派教育刑论对其影响之深远。

二、历史原因

清末刑法改制是中国传统法制向近代法制变迁过程中的标志性事件，中华传统刑法文化第一次以被动的姿态迎接西方法律文化的尖锐挑战，而开始了“模范列强”的过程。清末刑法改制有其深刻的历史背景，是一个外因与内因共同作用、外因促使内因发生变化的产物。

第一，西力东侵与晚清市民社会的萌芽发展，是清末刑法改制的经济动因。中国早在明清时期就已产生了带有资本主义萌芽性质的手工工场，但由于小农经济的顽固和封建统治阶级的阻挠，以及商业资本本地租化等原因，这种资本主义萌芽未能自然发展到工业化阶段。鸦片战争后西方列强以坚船利炮和发达的工业技能为后盾，开始了对中国的经济掠夺，他们争先恐后地向中国倾销商品、在中国建工厂、开矿山、修铁路、开银行，所产生的直接社会后果就是中国作为一个半殖民地国家被进一步卷入了资本主义世界市场，同时进一步瓦解了中国传统社会的自然经济，扩大了商品市场和劳动力市场，为中国民族资本主义的发展提供了某些客观条件。晚清时期社会的这种发展变化，“体现出了一系列新的时代特征，具有过去所没有的重要意义。其原因在于，它不仅仅局限于传统社会旧有功能的扩充，而是孕育出了新的社会组成部分，十分显著地拓展了社会的新功能。到20世纪初期，随着社会的发展演变，一个不同于过去的新的社会雏形已初显端倪，这就是市民社会的雏形”。法律作为上层建筑的一部分，其任何变革“都只是表明和记载经济关系的要求而已”，晚清商品经济的发展、民族资产阶级的出现、市民社会的萌芽，必然要求变革立足于小农经济基础上的重农抑商的中华法律体系，必然要求模范西方商品经济发达国家，建立起一整套能适应与满足商品经济形态发展的全新法律规范和法权关系。可见，晚清商品经济的发展、市民社会的萌芽是导致清末刑法改制具有决定意义的因素。然而，值得注意的是，晚清经济关系与经济结构的急剧变化是由西力东侵造成的，是一个外因促使内因变化的过程。

第二，西学东渐与中国精英分子对西方法律文化的主动接受和传播，是导致清末刑法改制的思想动因。伴随着西力东侵，西学东渐而至。鸦片战争后大批传教士涌至中国，不仅在中国布道传教，而且创办报刊、翻译西书，大量传播西方思想文化。到19世纪末，翻译出版了几百种非宗教类书籍，其中尤以法律论着为显，他们大量介绍伏尔泰、洛克等人的学说和法律思想，宣传人权观念、平等观念、法治观念，主张天赋人权，可以说，他们在传播西方法律文化与启发中国维新思想方面起到了不可忽视的作用，他们的译着客观上有利于唤醒中国人的权利意识。与西学东渐相对应的是，中国精英分子也开始积极主动地领悟、接受、传播西方法学思想。自1840年“睁眼看世界的第一人”林则徐组织人力翻译西方论着到1898年戊戌变法运动前后，探索西学，翻译西方、日本的各种著作在当时学界形成潮流。当时全国译书出版机构百家，法学、政治学方面，译作最多，成效最大。正如梁启超所言：“译述之业特盛，定期出版之杂志不下数十种，日本每一新书出，译者动数家，新思想之输入，如火如荼矣”。“在如火如荼的新思想输入中，传统法制逐渐解体，德主刑辅、君权至上、人治等传统观念开始动摇，传统律学就此终结”，清末刑法改制由此具备了变革的思想动因。

第三，司法主权的丧失与清政府收回治外法权的欲望，是清末刑法改制的直接动因。鸦片战争后，西方列强借口“东方之国（如中国）其文明程度与西方的基督教国家迥然不同，尤以家族关系与刑事法规及司法等最为差异。英美人居彼邦自以适用己国法律与法庭管辖为宜”，纷纷在中国攫取了治外法权。领事裁判权的存在破坏了中国的司法主权，也深深刺痛了当时士大夫阶层精英分子的心，他们纷纷上奏折要求变法以收回治外法权。修订法律大臣沈家本在《奏进呈刑律草案折》中就阐明：“国家既有独立体统，即有独立法权。法权向随领地以为范围，各国通例。惟君主、大统领、公使之家属、从官及经承认之军队、军舰有治外法权，其余侨居本国之人民，悉遵本国法律之管辖，所谓属地主义是也。独对于我国借口司法制度未能完善，予领事裁判之权，英规于前，德踵于后，日本更大开法院于祖宗发祥之地，主权日削，后患方长，此憾于时局不能不改也。”西方列强也纷纷表示只要中国变革法律，就可以放弃治外法权。1902年《中英续议通商行船条约》第12款规定：“中国深欲整顿本国律例，以期与各西国律例改同一律。英国允愿尽力协助以成此举，一俟查悉中国律例情形及其审断办法及一切相关事宜皆臻完善，英即允弃其治外法权。”此后，《中美续议通商行船条约》、《中日通商行船续约》《中瑞通商行船条约》均规定类似内容。收回治外法权的欲望，再加上西方列强的许诺以及日本通过明治维新收回治外法权的范例，促成清廷最终下定决心变法修律，以期“中外通行”。可见，收回领事裁判权是清末刑法改制的直接动因。对此，沈家本也曾表示：“方今改定商约，英、美、日、葡四国均允中国修订法律，首先收回治外法权，实变法

自强之枢纽。”

刑法改制作作为清末变法修律活动的一部分，其历史原因是深刻而多面的，上面只是择其要者予以说明。值得注意的是，无论是作为经济动因的西力东侵与晚清市民社会的萌芽发展，还是作为思想动因的西学东渐与中国精英分子对西方法律文化的主动接受、传播，抑或作为直接动因的司法主权之丧失与收回治外法权之欲望，都是内外因共同作用的过程，其中外因促成了内因的变化，起主要作用。

三、意义评价

晚清时期，中国在世界政治、经济体系中处于边缘化地位，中国君临一切的天朝大国形象开始下移，古老的传统中国法律文化第一次以被动的姿态迎接西方法律文化的尖锐挑战，清末刑法改制实际上就是一场以学习与输入西方刑法文化、藉以改造传统法律体系的变革运动。“折衷各国大同之良规，兼采近世最新之学说”的《大清新刑律》的颁布，便是这场变革运动的最高成就。它标志着延续了数千年的诸法合体、以刑为主的中华法系的结束，标志着中国刑法从此开始与世界先进刑法的接轨，是中国刑法现代化的历史开端。《大清新刑律》所引进的刑法观念和刑法制度，对后世北洋政府与南京国民政府的刑事立法均产生了深远影响。中华民国时期，实际上是一个在清末刑法改制基础上继续学习、仿制以大陆法系为主的外国刑法学说与刑法制度的时期。清末刑法改制对大陆法系刑法的学习与移植，是中国刑法发展史上第二次大的国际化事件，值得注意的是，与前次《唐律》输出而形成国际化的中华法系不同，自清末刑法改制始中华刑法开始走上了一条以学习、移植域外刑法学说与刑法制度为主要途径的国际化道路。从此，与世界先进的刑事立法潮流接轨便成了中国刑法不懈的奋斗目标。

但是，也应该看到这部具有形式合理性的《大清新刑律》并没有真正地实行过，这诚如美国学者罗兹曼所说：“在清朝的最后十年里，中国曾以许多依照西方模式的新式而带有试验性的知识，去取代旧的帝国政府的许多制度设施。这种改革的复杂步调既揭示出了某种理性的发展，也显露出了一些意想不到的情形。首先，新制度是有其名而无其实。这些制度渐渐地，但却从来没有完全地获得实质性的发展；但是，这头几步的重要性与其说是在于它们实现了什么永恒的东西，不如说在于它们和过去决裂了”，这种评价是非常中肯的。

三、新中国成立初期对苏联刑法的学习与移植

一、具体表现

1949年2月中华人民共和国成立前夕，中共中央发布了《关于废除国民党的六法全书与确定解放区的司法原则的指示》，对当时国民党政府以六法全书为核心的法律制度作出了全面的否定评价，1952年又开展司法改革运动对当时的旧法观点和旧法学理论进行了彻底的批判。由于旧有的刑法学说和刑法制度被人为地完全割断，而自己的新刑法体系难以一时建立，因此，在建国初期，全面学习和移植苏联社会主义国家的刑法理论和刑法制度便是惟一的选择。苏联的法律文化对新中国的法制建设产生了重大而深远的影响，从立法体制到司法制度，从法学理论到法律实践，几乎中国法律生活世界的每一个领域都打上了苏俄法律文化影响的烙印。

新中国成立初期就开始了刑法草案的起草工作，1950年7月中央人民政府法制委员会主持拟定了《中华人民共和国刑法大纲草案》，1954年9月又拟定了《中华人民共和国刑法指导原则草案（初稿）》，至1957年6月已经拟出了草案的第22次稿。在起草刑法草案的过程中，虽然一再强调要从中国的实际情况出发，但也认为学习苏联刑事立法方面的立法经验是完全必要的，翻译了许多苏联刑事立法的资料，从1954年底起，人大常委会还聘请了苏联专家叶夫根尼耶夫专门协助草案的起草工作。

新中国的刑事立法对苏联刑事立法模式的移植主要表现在以下几个方面：

1. 关于刑法任务的规定

苏联的传统法学理论一直强调法的阶级性与法的工具性，认为法是统治阶级意志的体现，法是阶级统治的工具，苏维埃法与资本主义法的根本区别就在于苏维埃法是为无产阶级专政服务。反映在刑事立法上，就是特别强调苏维埃刑法的任务，苏联各个时期的主要刑事法规都在显要位置规定了刑法的任务，以此彰显与资产阶级刑法本质的不同。1919年《苏俄刑法指导原则》第2条规定：刑法是用来保证本阶级社会的社会关系制度，以制裁方法（刑罚）来制止违法行为（犯罪）的法律规范及其它法律措施。其第3条规定：苏维埃刑法的任务是用制裁的方法来保证符合于劳动群众利益的社会关系制度。此后苏联的重要刑事

法规（如1922年刑法典、1926年刑法典）也都相应规定了苏维埃刑法不同历史时期的任务。如1922年《苏俄刑法典》第5条规定：苏俄刑法典的任务，是在法律上保卫劳动者国家，防止各种犯罪行为 and 危害社会的分子，并对违反革命法律秩序的人适用刑罚或其它的社会保卫方法，以实现这种任务。

苏联法的阶级性理论被我国广泛接受，法的工具论当时在刑法学方面尤为突出。1957年公开出版的我国第一本刑法教材《中华人民共和国刑法总则讲义》，第一讲即为“刑法的阶级性”，第二讲为“中华人民共和国刑法的概念和任务”。该书指出：“刑法是保护一定统治阶级利益的工具，是统治阶级进行斗争的武器”，“中华人民共和国刑法是……巩固人民民主专政，保护人民民主权利和保障我国胜利地建成社会主义社会的有力工具”。

理论上对苏联法的工具论的接受，反映在立法实践中就是模仿苏联刑法，开章明义地指出我国刑法的任务。1950年《刑法大纲草案》第1条规定：中华人民共和国刑事立法的目的为保卫人民民主主义的国家，人民的人身和其它权利及人民民主主义的法律秩序，防止犯罪的侵害，对于实施侵害之人适用本大纲所规定的刑罚或其它处分。1954年《刑法指导原则草案（初稿）》也规定，刑法的任务是为了加强同一切卖国贼、反革命分子和其它犯罪分子作斗争，以进一步保卫人民民主制度，保护公民的人身和权利，保障国家的社会主义建设和社会主义改造事业的顺利进行。此后，1957年刑法草案第21次稿与第22次稿、1962年刑法草案第27次稿、1963年第30次稿及第33次稿总则编的第1章均为“刑法的任务和适用范围”，直到1997年我国现行刑法典总则第1章还规定了刑法的任务，受苏联刑法的影响由此可见一斑。

2. 关于犯罪概念

犯罪的概念可分为形式的概念和实质的概念，大陆法系各国一般都规定犯罪的形式概念，即把犯罪规定为违反刑法应受刑罚处罚的行为。苏联刑法学家把大陆法系刑法典中的犯罪形式概念一概斥之为形式主义法学，而主张在刑法典中采用纯粹的实质犯罪概念。这一主张在1919年《苏俄刑法指导原则》、1922年《苏俄刑法典》以及1926年《苏俄刑法典》中得以体现。如，1919年《苏俄刑法指导原则》第6条规定，犯罪是危害某种社会关系制度的作为或不作为；1922年《苏俄刑法典》对犯罪规定了一个更加扩展的、实质的和阶级的概念，其第6条规定：威胁苏维埃制度基础及工农政权在向共产主义制度过渡时期所建立的法律秩序的一切危害社会的作为或不作为，都认为是犯罪。对此，苏联学者认为：与企图掩饰犯罪的阶级本质的资产阶级刑法不同，这个概念揭示出苏维埃刑法和任何一个剥削者国家的刑法有原则上的阶级对立性。我国学者接受了苏联关于犯罪概念的刑法理论，认为：中华人民共和国刑法与资产阶级刑法的对立，也特别表现在对犯罪概念的理解和规定上，资产阶级国家刑法只从法律形式的特征来规定什么叫犯罪，而不揭露犯罪的实质特征，不揭露犯罪的阶级内容，我国刑法应在犯罪概念里直接指出行为的社会危害性是犯罪的最本质特征，从阶级本质上回答为什么某种行为被认为是犯罪的。1950年《中华人民共和国刑法大纲草案》第7条也规定了纯粹的实质性犯罪概念，即“凡反对人民政权及其所建立的人民民主主义的法律秩序的一切危害社会行为，均为犯罪”，此规定与1922年苏俄刑法典对犯罪概念的规定如出一辙。

20世纪40年代后，苏联刑法学家逐渐意识到在刑法典中规定纯粹的实质犯罪概念的危害，越来越多的学者开始主张把犯罪的实质特征和形式特征结合起来。这一共识被1958年《苏联和各加盟共和国刑事立法纲要》从立法上确定下来，《纲要》第7条首次规定了实质与形式相统一的犯罪概念，“凡是刑事法律规定的危害苏维埃社会制度或国家制度，破坏社会主义经济体系和侵犯社会主义所有制，侵犯公民的人身、政治权利、劳动权利、财产权利和其它权利的危害社会的行为，以及刑事法律规定的违反社会主义法律秩序及其它危害社会的行为，都是犯罪”，这反映出犯罪的两个基本特征——社会危害性与刑事违法性。与苏联犯罪概念理论的修正相适应，新中国刑法草案吸取了这一修正，开始规定形式与实质相统一的犯罪概念。如，1956年《中华人民共和国刑法草案》第13次稿第8条规定：一切危害人民民主制度，破坏法律秩序，对于社会有危害性的，依照法律应当受刑罚处罚的行为，都是犯罪；行为在形式上虽然符合本法分则条文的规定，但是情节显著轻微并且缺乏社会危害性的，不认为是犯罪。直至今日，我国1997年刑法典第13条仍规定了形式与实质相结合的犯罪概念。

3. 关于刑法的溯及力

对于刑法是否应具有溯及力，苏联学者认为，随着社会政治环境的变化，苏联刑法也应不断修改，目的是为了与敌人及其它破坏苏维埃社会主义法律秩序的罪犯作斗争，在这种情况下，主张概从立法者已认为是陈腐的、不适合已改变的具体社会政治环境的旧法的观点是错误的，因为新法更确实地反映了立法者的意思，它适合于该时期的特征，因此效力应该最大。但当新刑事法律对某种行为重新规定刑事责任或加重刑罚时，新法就没有溯及力，除非新法有明文规定。如，1922年《苏俄刑法典》完全具有溯及力，其第23条规定：“本刑法典对于施行前未经审判的一切案件，同样适用”。此后苏联还颁布了一些明确规定有溯及力的刑事法规，如1929年关于不肯返回苏联者应负刑事责任的法律，其第6条就规定：“本法具有溯及

力”。可见，从新兼从轻是苏维埃刑事立法奉行的原则。

新中国成立初期，无论从理论上或实践上看，一般情况下我国刑事立法对于中华人民共和国成立以后的一切犯罪行为都具有溯及既往的效力。从理论上，当时学者认为，我国刑法对于发生在中华人民共和国成立以后的一切未经审判或判决还未确定的犯罪行为，除某些特殊情况下，都具有溯及力。从刑事立法实践看，建国以后颁布的刑事法规中，有的明文规定有溯及既往的效力，有的本身虽没有明文规定，但从该法律的立法说明中指出具有溯及既往的效力。如，1951年《中华人民共和国惩治反革命条例》第18条规定：“本条例施行以前的反革命罪犯，亦适用本条例之规定”；1952年《中华人民共和国惩治贪污条例》本身没有明文规定溯及力，但其草案说明中指出“这个条例对于过去犯本条例之罪的，是要加以追究的”。此外，这一时期的刑法典草案也大多规定了新法的溯及既往原则。如1950年《刑法大纲草案》第2条规定：本大纲对于施行后，解放后，及解放前的犯罪行为均适用之，但解放前的犯罪，仅以对于国家或人民权益造成严重损害，法院认为有处罚之必要者为限。此后，1956年刑法草案第13次稿、1957年刑法草案第21次稿、第22次稿、1962年第27次稿、1963年第30次稿、第33次稿，一直到1979年刑法草案第36次稿还采取从新兼从轻原则，承认刑法有溯及既往的效力。

这些刑法草案之所以规定刑法具有溯及力，除考虑到当时中国的一些实际因素之外，主要是移植了苏联的刑法理论和刑事立法经验。

4. 关于刑事类推

与犯罪概念密切联系的问题就是刑事类推。资产阶级国家强调犯罪的刑事违法性的形式概念，必然禁止类推，至少是禁止不利于被告的刑事类推，这也是罪刑法定原则的派生原则之一。苏联早期刑法理论只主张犯罪的纯粹实质概念，即只强调犯罪的实质特征——社会危害性，而忽视犯罪的刑事违法性的形式特征，其直接后果必然是允许类推适用。他们认为，类推适用的目的就是要保证同那些没有经现行刑事立法规定的危害社会的行为作斗争；在苏维埃国家建设的最初年代，类推制度的存在是历史的必然与政治的需要，类推制度能推动苏联刑法的发展，填补刑事法律的空白。

1922年《苏俄刑法典》首次规定了刑事类推，其第10条规定：个别种类的犯罪行为，如果是本刑法典没有明文规定的，它的刑罚或者社会保卫方法，可以比照在犯罪的重要性和犯罪的种类上同刑法典最相类似的条文，并遵照本刑法典总则的规定来决定。当时苏俄司法委员库尔斯基阐述了立法理由：人民委员会和全俄中央执行委员会主席团不可能那么及时地对生活中发生的所有现象作出反应，疏漏总是会有，没有哪一部刑法典是能够包罗所有各种各样可能实施的和实际上正在实施着的犯罪行为的，——如果我们要编纂一部法典，可以借助它来很顺利地同危害苏维埃制度的各种现象作斗争，那末我们就应当制定一些条文让审判员有可能依照类推进行审判工作，让审判员有可能以社会主义的法律意识作为指导，以便从这种情况中找到出路。此后，1926年《苏俄刑法典》也规定了刑事类推。

受苏联刑法理论的影响，新中国的刑法理论接受类推制度的理由与苏联如出一辙。首先，我国刑法理论接受了苏联刑法理论中形式与实质相结合的犯罪概念，非常强调犯罪的概念中应揭露出犯罪的阶级本质社会危害性，这一强调实质特征的犯罪概念，决定着我国刑法中一些基本制度的建立，例如：如果某人的行为在实质上是具有社会危害性的，但在刑法条文没有直接规定的时候，就应当比照最相类似的条文定罪判刑。其次，当时的学者普遍认为，允许类推是和我国当前政治、经济形势有着密切联系的，我国正处在向社会主义社会过渡的时期，一切都处在不断地发展、变化中，敌人和其它犯罪分子所实施的各种犯罪行为各式各样，我国的刑事法律不可能包罗所有可能出现和正在出现的犯罪行为，为了保证同那些现行刑事立法没有直接规定的而实质上是危害社会的行为作斗争，就有必要让审判人员有可能依照类推来进行工作。

在立法实践上，中国大陆1951年的《惩治反革命条例》就确立了刑事类推，其第16条规定：以反革命为目的之其它罪犯未经本条例规定者，得比照本条例类似之罪处刑。此外，1950年中央人民政府法制委员会《刑法大纲草案》第4条也规定了类推：犯罪行为，无明文规定者，依其性质，比照本大纲最相类似之条文处罚之；如无最相类似之条文可资比照时，由法院根据人民民主主义的政策处罚之。其后几乎所有的刑法草案都规定了类推适用。

值得一提的是，20世纪30年代中期以后苏联就展开了一场有无必要继续保留类推的讨论，多数学者认为，类推制度不仅已无必要，而且同苏联宪法和法律的稳定性不兼容，保留在立法中会对加强社会主义法制产生明显的不利影响，这场讨论的结果就是1958年12月通过的《苏联和各加盟共和国刑事立法纲要》正式取消了类推制度。令人遗憾的是，中国大陆刑法理论和立法实践并没有及时吸收苏联刑法理论与刑事立法上的变化，60年代中苏交恶以后，中国大陆刑法理论和立法实践基本上还是停留在苏联50年代的水平，

历次刑法草案都保留刑事类推，直至新中国第一部刑法典还予以保留。

5. 关于刑罚的目的和任务

苏联学者认为，苏维埃刑法中刑罚的阶级本质是和资产阶级刑法中刑罚的阶级本质相对立的，资产阶级刑罚的目的是保卫注定要死亡的资本主义基础和它相应的上层建筑，因而资产阶级要千方百计地掩盖其刑罚的性质与目的，而苏维埃刑法中的刑罚是为劳动者的利益服务的，是为保卫苏维埃社会制度和国家制度免受犯罪的侵害这一事业服务的，因而有必要在刑法中明确苏维埃刑罚的目的和任务。鉅€

根据列宁提出的社会主义刑法的双重任务——强制和教育相结合的学说，1919年《苏俄刑法指导原则》第7条规定：刑罚是政权机关为了保障社会关系和防止破坏秩序的人（罪犯）而采用的强制办法；第8条规定：刑罚的任务是保卫社会秩序，防止实施犯罪的行为或企图实施犯罪的行为，并防止犯罪人本人或其它的人将来再有犯罪的可能。1922年《苏俄刑法典》第8条规定：判处刑罚和适用其它的社会保卫方法的目的是一般地预防违法的人及社会上其它不稳定分子重新违法；用劳动改造的影响办法，使违法的人适合于共同生活条件；消减犯罪人以后再次实施犯罪的可能。此后，1926年《苏俄刑法典》、1958年《苏联和各加盟共和国刑事立法纲要》对刑罚目的均有规定。

新中国成立初期的刑法理论也认为，我国刑罚的目的和一切剥削者国家刑罚的目的是完全不同的，一切剥削国家适用刑罚只有一个惩罚目的，我国刑罚的目的是惩罚和教育，符合广大人民的利益，因而理应明确。1950年《刑法大纲草案》第16条规定，刑罚的目的有3个，即惩罚犯罪人，尤其是对于一切反革命活动、一切勾结帝国主义背叛国家、反对人民民主事业的国民党反革命战争罪犯还是其它怙恶不悛的反革命首要分子；改造犯罪人，使其对于国家乞求政治、经济与文化发展的秩序，养成尊重的精神；警戒社会上其它不稳和不良分子。1954年《刑法指导原则草案》也规定了刑罚的目的，其第8条规定：刑罚的目的，是惩罚和改造一切犯罪分子，使他们不再犯罪；同时通过对罪犯的惩罚和改造，教育公民，预防犯罪。1954年以后之后的刑法草案起草过程，也有人主张“刑法草案中应规定‘刑罚的目的’一节，因为这是苏联刑法中有的”鉅€，虽然这种主张没有被1954年以后的刑法草案采纳，但“还是从一个侧面反映了苏联刑法对部分起草者的影响”鉅€。

6. 关于法人能否成为犯罪主体

苏联刑法理论认为，法人在任何条件下都不应负刑事责任，因此，在遇有某一企业发生违法劳动保护立法的情况时，只有因为不遵守法定的劳动保护规则而有罪的自然人，才能负刑事责任；某一企业如有出产不合格或劣质产品的情形，依刑事程序负责的不是企业自身，而是行政技术人员中对出产这种产品有罪的一定的自然人。1922年苏俄刑法典、1926年苏俄刑法典都不承认法人犯罪，对于那些企业生产劣质产品而构成的犯罪，处罚的只是有关自然人，而没有把法人当作犯罪主体。当时的苏联刑法理论认为，封建刑法曾有法人负刑事责任的规定，革命前的俄国刑事立法也有法人负刑事责任的规定，资本主义的美国为了同工会以及其它民主性的公共组织或社会团体进行斗争，广泛地利用法人负刑事责任的规定，对它们处以巨额罚金，以破坏这些组织和团体进行活动的物质基础，因而，社会主义的苏维埃刑法便不可能规定法人犯罪。鉅€

新中国成立前的国民党时期立法承认法人的犯罪能力，如1931年颁布的《工厂检查法》第18条规定：工厂无故拒绝工厂检查员进厂检查者，处200元以下罚金。新中国成立后的刑法理论和刑事立法对法人犯罪和法人处罚持全面否定态度，固然是当时“废除一切伪法统”的表现，更是受苏联否认法人犯罪的刑法理论和刑事立法影响所致。当时我国的法人否定论就直接来源于苏联刑法理论。如，在评价英美等资本主义国家规定法人犯罪制度时，当时我国权威理论与苏联刑法理论几乎一致，认为：在某些资本主义国家的刑法里，却把法人当作犯罪的主体。这是由于这些国家的刑法，乃是镇压广大人民群众的工具，是威吓广大人民群众的恐怖手段这一性质所决定的。它们企图对进步的、革命的组织判处巨额罚金，或使其领导人负刑事责任等方法，迫使这些组织停止活动。社会主义中国的法人是经过国家认可的一种团体组织，它本身根本不可能是进行犯罪活动的组织，法人在任何条件下都不能成为负刑事责任的犯罪主体，因此，当某工厂故意发行了不合格或劣质产品的时候，这一工厂本身并没有刑事责任，而是应当由负责这项生产的行政或技术人员负责。

与当时否认法人犯罪的刑法理论相一致，新中国成立的刑法草案都不承认法人犯罪，只规定当某企业故意实施了犯罪行为时，有关自然人应当负刑事责任。如1950年刑法草案第105条规定：制造或贩卖不合规定之度量衡器，或使用不合规定之度量衡器欺骗顾客者，处一年以下监禁或酌处罚金，或责令公开承认错误；1954年刑法草案第59条规定：故意发行违反政府规定标准的食品、医药用品，严重危害或者可能严重危害人民生命身体健康的，判处三年以上十年以下有期徒刑。这些明显都是受苏联刑法影响所致。

7. 关于反革命罪的规定

1917年至1918年的苏俄刑事立法就规定了反革命罪的构成，即以反革命为目的，准备、组织反革命叛乱和暴动、参与旨在推翻苏维埃政府的阴谋和组织、放火、爆炸、故意损坏交通设备等一切企图推翻苏维埃国家政权的行为，都是反革命罪，并专门设立了镇压反革命的机构——肃反委员会。

早在中国共产党领导的革命根据地时期的刑事立法内容就移植了苏联刑法中的反革命罪概念。1934年4月中华苏维埃共和国中央执行委员会公布的《中华苏维埃共和国惩治反革命罪条例》以苏联刑法为蓝本规定了反革命罪的概念为：凡一切图谋推翻或破坏苏维埃政府及工农民主革命所得到的权利，意图保持或恢复豪绅地主资产阶级的统治者，不论何种方式都是反革命行为。并且，还仿照苏联，在红军占领的地方所设立的临时革命政权中设立镇压反革命的司法机关——中华苏维埃肃反委员会，其任务与苏俄国内战争时期的肃反委员会基本一致，即团结与领导工农群众，消灭当地一切反革命武装力量，镇压被推翻的剥削阶级的反抗，打击反革命组织和反革命分子的阴谋破坏活动和其它形式的犯罪活动，以确保革命政权的巩固和发展。

1922年苏俄刑法典第57条进一步明确了反革命罪的一般概念，规定：凡是目的在于颠覆、破坏或者削弱无产阶级革命所赢得的工农苏维埃政权和根据苏俄宪法而成立的工农政府的权力的一切行为，或者目的在于帮助不承认代替资本主义制度实行共产主义制度的平等权利，并企图用军事干涉或封锁、间谍行为、供给报刊资金及其它类似方法来颠覆共产主义制度的国际资产阶级的某一部分的行为，都认为是反革命行为。这一概念不仅把针对苏联人民民主专政的行为规定为反革命罪，而且把资助国际资产阶级、针对其它其人民民主国家的行为列为反革命罪，这是依照列宁的指示而规定的。1926年苏俄刑法典在基本维持上述反革命罪概念的基础上，进一步突出了对反革命罪的重视，即设立反革命罪专章，将其列在分则各章之首，并在该章中首先用专条规定反革命罪的一般概念，然后依条规定构成反革命罪的具体罪名。

新中国成立初期，“镇压反革命活动问题，是现在全国人民极关心的一个问题”^①，在刑事立法上仿效苏联重视反革命罪便是自然的选择。与1926年苏俄刑法典一样，1950年刑法草案设专章规定了反革命罪，放在分则之首，并在该章首先规定反革命罪的一般概念，随后逐条规定构成反革命罪的具体罪名。1950年草案第34条规定：以推翻、破坏或削弱人民民主专政政权及其政治的、经济的、文化的革命成果为目的之一切严重的危害国家人民利益的行为，为反革命罪；基于各人民民主国家国际利益的一致性，以推翻、破坏或削弱中国以外人民民主国家政权为目的之一切行为，亦认为反革命罪。把以推翻、破坏或削弱其它人民民主国家政权为目的的行为也作为反革命罪，显受苏联刑法影响的结果。

二、历史原因

新中国成立初期，我国的刑事立法与刑法理论选择苏联刑事立法与刑法理论为自己学习与移植的对象，不是偶然的，而是历史的必然。

摧毁旧法制是新中国法制建设史上的重大事件，1949年2月中华人民共和国成立前夕中共中央发布的《关于废除国民党的六法全书与确定解放区的司法原则的指示》宣布摧毁历史上一切旧的法制。这一彻底摧毁旧法制的直接后果，就是使新中国从零开始漫长的法制建设历程，由于旧的法制与理论被摧毁，而自己又没有新的法制建设经验，新中国的法制建设出现了空白。中国大陆著名刑法学家高铭喧教授在谈到刑法的这段历史时就认为，摧毁旧法制后，旧法观点否定了，不等于新法观点的诞生，在这中间空白需要填补，正在这个阶段，中苏关系全面热化为填补这一空白提供了契机，一时之间，大量翻译的苏联刑法教科书开始引入我国刑法学界。^②

如果说废除旧法统后留下的法律空白只是为学习与移植域外法提供了必要性的话，那么新中国与社会主义建设先行者苏联之间的种种相类似之处，就为新中国把苏联作为自己学习与移植的对象提供了可能性。新中国之所以把苏联刑事立法与刑法理论作为模仿的对象，其内外在因素主要有：其一，制度上的同构型。总体而言，我国和苏联都实行社会主义公有制的经济制度、无产阶级专政的国体以及人民代表大会制的政体。其二，意识形态的一致性。我国和苏联都信仰马克思主义，在革命和建设的道路选择及发展策略上都是以列宁主义为指导的，在漫长的革命斗争中，中国共产党人把苏联社会主义当作革命所追随的目标和崇敬的典范。其三，传统文化的同构型。中国和苏联都属于古代东方亚细亚生产方式基础上形成的专制主义传统，没有什么民主传统和权利观念，人们对法律的全部理解大都停留在衙门的严威和刑罚的残酷上，这就为我国接受苏联法学家极力主张的法的专政工具观提供了文化的土壤。其四，国际环境因素。新中国成立之初，受到了西方资本主义国家的仇视和孤立，只有社会主义苏联提供了巨大

同情与帮助。为应对西方资本主义的封锁和包围，求得政权的巩固和发展，采取“一边倒”的政策全面学习苏联，也是当时国际环境的压力所致。制度及意识形态的同构型以及由此产生的两大社会主义政权

的天然亲合性，传统文化的土壤，再加上当时国际环境压力的催化，使得刚刚成立的新中国全面学习社会主义革命和建设的先行者苏联，因而，对苏联刑法和刑法理论的学习与移植便是历史的必然了。

三、意义评价

从1949年到1957年的近10年间，是中国刑法的转型时期。这一时期的基本特点表现为：在完全否定旧刑法传统与刑法学说的基础上，通过对以苏联为首的社会主义国家刑法的全面学习与移植，使我国在被彻底粉碎的历史废墟之上逐步建立起了社会主义中国的刑法体系，从而融入了当时世界上两大阵营之一的社会主义法系，因而，新中国对苏联刑法的学习与移植可以说是中国刑法发展史上第三次大的国际化表现。这一时期对苏联刑法的学习与移植，对新中国摧毁旧法统后尽快恢复建立刑事法制起了积极的作用，如果没有苏联刑法的理论和经验，我国建国后很长时期的刑事法制恐怕要处于蛮荒阶段，源于苏联的包括犯罪构成理论在内的许多刑法理论至今仍在我国的刑事法制理论和实践中发挥著作用。

然而，也应该看到，这段时期对苏联刑法的全面学习与移植其消极影响也是深远的。这主要表现在：一是社会主义法的虚无主义影响，二是对苏联刑法简单照搬带来的教条主义倾向，三是过分强调刑法是统治阶级的意志和专政工具的观点。这些最终又为建设科学、民主、人权的新中国刑事法治预设了障碍。

肆、几点启示

一、开放的社会环境：中国刑法国际化之必需条件

刑法的国际化离不开国家间的相互交往。纵观中国刑法发展史上这三次大的国际化表现，无论是以唐律为代表的封建法典的输出，还是清末刑法改制对大陆法系刑法学说与刑法制度的学习与移植，抑或新中国对苏联及其它社会主义国家刑法的学习，都是在一个相对开放的环境中进行的。唐朝作为中国封建王朝中一个国力强盛的朝代，唐朝也是其中最开放的一段历史时期，当时的首都长安城内外国商贾往来频繁，留唐学生与各种遣唐使人数之多，一时称盛。唐朝与周边国家间的交往所形成的相对开放的环境，一定程度上就促使了当时法律水平相对较高的唐律向外的输出，促成了中华法系的形成。很难想象，如果唐朝与周边国家都处于闭关锁国状态，一个作为世界上几大法系之一的中华法系能因此形成。晚清的开放虽然是西方列强以武力为强制的，但客观上毕竟使一个闭关锁国数百年之久的封闭国家开始了与外界的交往，接触到外国的新思潮、新事物，开放的环境便于输入西方的法文化，才能“日本每一新书出，译者动数家，新思想之输入，如火如荼矣”，从而为晚清刑法改制提高了理论上的依据和走向现代化的范例。新中国成立初期，虽然受到西方国家的孤立与封锁，但与社会主义国家苏联及其它社会主义国家的交往是频繁的，因而对苏联及其它社会主义国家刑法的学习与移植便成为可能。与此相反，反观清末以前闭关锁国的历史，当时与外界的交往完全停止，中国人沉浸在泱泱大国的中国中心论中，谈不上对外国法律文化的学习与移植；而新中国成立初期之所以完全把西方国家刑法排斥在学习的对象之外，固然主要是受到阶级性质、意识形态的影响，也与当时西方国家对新中国的孤立与封锁而互不交往有关。

综上所述，开放的社会环境是中国刑法国际化的必需条件。一方面，上述时期相对开放的环境使中国刑法的国际化成为可能；另一方面，这种开放的不彻底性又制约了中国刑法的进一步国际化。当下中国正在进行的刑事法制建设要成功地实现国际化，就必须继续保持并不断推进我国的对外开放。如果说，晚清社会的开放和新中国成立初期单纯同社会主义国家的交往是由于当时形势所迫，因而其开放无论是在程度上还是在广度上都不彻底的话，那么，当下中国的对外开放则完全是自主选择的结果，因而其开放也是全方位多角度的，既包括政治、经济的开放，也包括文化的开放，既包括实际层面上的开放，也包括思想上的开放。这种全方位多角度的对外开放，既使国际化成为中国当下刑事法制建设的主要任务，又为中国刑法成功实现国际化提供了契机。一方面，中国与世界各国间交往的频繁、WTO的加入、国际公约的签订，都迫切要求我国刑法顺应世界刑法发展的先进潮流，实现与国际公约的接轨；另一方面，这种全面开放的环境，使我国能对各国刑法进行充分的比较鉴别、去劣取优，从而选择更好的、更适合我国的刑法制度学习与移植对象，成功地实现国际化。

二、刑法理念的国际化：中国刑法国际化之必备组成

任何制度的变革都以思想的变革为先导，思想变革的广度与深度往往影响着制度变革最后的成功与否。如前所述，西学东渐后中国精英知识分子对西方法律文化的主动接受与传播，是导致清末变法修律的

思想动因，然而，也正是对西方法律文化的接受与传播对象的狭窄性——只限于中国的精英知识分子，一定程度上导致了清末变法修律的最终失败。这一点可从对我国清末变法修律的失败与日本明治维新的成功的比较中得到说明。清末当时对西方资产阶级法律和法学的引进，虽然初步打破了儒家思想一统天下的局面，但以三纲五常为核心的儒家伦理礼教，无论是在普通民众中还是在清廷统治者那里，仍占统治地位，任何政治和法律的改革都引起强烈的影响和激烈的反对。最终，一方面，作为清末刑法改制最高成就的《大清新刑律》不得不续上了《暂行章程》的封建尾巴；另一方面，即使是《大清新刑律》所引进的西方的刑法制度，也不过是徒具其形，其所蕴含的西方刑法理念从未真正地深入到中国人的心里。而日本的明治维新，自上而下都接受了西方资本主义思想的启蒙，如当时实际掌握国家权力的是大久保利通、木户孝允、伊藤博文等一批具有资产阶级思想的改革派。在日本明治时期启蒙学者福泽谕吉看来，人类文明在结构上可分为外在的文明和内在的文明，“外来的文明易取，内在的文明难求”，“不应单纯仿效文明的外形而必须首先具有文明的精神，以与外形相适应”，只有“先求其精神、排除障碍”，才能“为汲取外形文明开辟道路”，日本“汲取欧洲文明，必须先其难者而后其易者，首先变革人心，然后改革政令，最后达到有形的物质”。实际上明治时期日本民众普遍接受了资本主义思想的启蒙，思想观念上有了较大的变化。这里有一组资料来说明当时中国与日本思想变革深度与广度的不同。当时的清朝江南制造局从1865年左右开始译印有关西学的书籍，到甲午整整三十年，前后只售掉一万三千本；而同时日本学者福泽谕吉在明治初期所刊印有关西方文化的书，销路极佳，其中有一本在1866年出版以后，立刻就销售了75万册。1875年一本大众启蒙书籍《明治之光》在日本民众中广为流传，这本书不仅鼓励日本民众“振奋精神，努力学习”，使日本成为东方之冠军，而且对日本普通民众进行了思想上的启蒙。由此，我国著名法制史学者何勤华认为，中日两国近代社会思想、观念的变化与发展的不同，是影响中日法律变革败与成的因素之一。

如果说，开放的社会环境乃中国刑法国际化的必需条件，是我们从中国刑法史上三次大的国际化表现中得出的历史经验的话，那么，中国刑法的国际化应包括刑法理念的国际化就是我们从其中得出的历史教训。当下，刑法国际化作为我国现代刑事法制建设的必由之路，不仅应包括刑法制度文化的国际化，还应包括刑法精神文化——刑法理念的国际化。“不仅要改变法制的硬件，而且要改变其软件；换言之，不仅要输入先进的法典，而且要继受与之有关的伦理价值和思想观念，通过改造国民性使现代法律意识渗透到日常的社会生活之中”。我国要成功地实现刑法的国际化，不仅要在制度层面的刑事立法上适应世界刑事立法的先进潮流，与国际刑事公约顺利接轨，而且还应在精神层面上变革我们传统的不合时宜的刑法理念，吸收先进合理的刑法理念，而后者远远难于前者。否则，“只有物质的、制度的‘硬件’系统而缺乏相应的精神意识、观念和情感等‘软件’系统”支持的刑法国际化，只是法律条文的国际化，徒具其形而难以实施。如，罪刑法定原则明确写入我国97年刑法典，固然是我国刑法国际化努力的表现，但如果没有深入领会并彻底贯彻其中蕴含的形式合理性优先兼顾实质合理性、人权保障优先兼顾社会保护的精神理念，其结果必然是形同具文。

三、简单的阶级意识形态取舍标准：中国刑法国际化之摒弃

如前所述，新中国成立初期的刑事法治建设在学习与移植对象的选择上，采取了“一边倒”的政策，以社会主义苏联为我们唯一的学习对象。这种选择的结果，固然受当时无产阶级革命的惯性以及国内国际形势的影响，但勿庸讳言，最重要的因素还是阶级本质与阶级意识形态。换言之，面对着百废待兴的刑事法治建设，新中国在选择向谁学习上，采取了唯阶级本质论、意识形态论的取舍标准。即，法是统治阶级意识的体现，是阶级斗争的工具，在选择学习的对象上首先应看是否与我国社会主义阶级本质相同。资本主义国家的刑法作为资产阶级意志的体现，必定是虚伪、反动、形式主义的，与作为广大人民群众意志体现的社会主义国家刑法在阶级本质是截然相反的，因而是应该摒弃而非学习与移植的对象。如此，许多资本主义国家刑法中先进合理的原则、制度，如罪刑法定原则、犯罪的形式概念等，便被我们简单地斥为虚伪、反动而排除在视线之外。这种简单的阶级意识形态取舍标准，一直延续到上个世纪七、八十年代，它极大地限制了法学的视野，禁锢了人们的思想，导致法律虚无主义、法律教条主义一度在我国的泛滥，其消极影响既深且远。

当下中国正在进行的刑法国际化建设，也面临着学习与移植的对象选择问题。在当今林林种种的刑法之林中，以什么样的标准来选择自己学习与移植的对象，避免曾经走过的法制建设弯路，更好地促进我们的现代刑事法制建设，更显得意义重大。笔者认为，如果说，简单的阶级意识形态取舍标准在新中国成立

初期有其当时特殊的历史背景，尚可理解的话，那么，当下的中国刑法国际化建设，首先应该摒弃的就是这种唯意识形态论的简单标准，突破姓“资”姓“社”政治意识形态的束缚。这是我们反思新中国成立初期刑法移植的历史得出的教训。在建立与发展市场经济转轨的过程中，应当转换视角，强调市场经济作为手段的超阶级性，其立法着眼点应放在反映客观市场经济规律的立法的国际共同性上，从而强调对西方发达国家已有的市场经济立法经验多加借鉴、吸收，乃至移植，而不是着重于“揭露”、“划清”其阶级性，唯姓“社”姓“资”是问。中国刑法的国际化之路，首先应该以邓小平同志提出的“三个有利于”作为总的指导思想。即，凡是有利于增强中国的综合国力，有利于提高人民的生活水平，有利于发展社会主义生产力的刑法规范与制度都可以考虑大胆地移植过来。具体言之，就是凡能反映商品——市场经济规律的刑法原则和规范、反映民主政治的刑法原则和规范、体现科学、民主、人道的法律发展潮流的刑法原则和规范，都可以成为移植与吸纳的对象。这是我们在进行刑法国际化时最重要的、应该首先遵循的标准。其次，中国刑法的国际化之路还应该适当考虑我国的国情，比如说要了解我国目前的法制状况、要考虑到我国公民现有的法律意识，要预测移植过来的法律将来可能产生的功效，等等。

参考文献：

著作类：

- 《修订法律大臣奏请变通现行律例内重法数端折》，《大清法规大全·法律部》卷3。
- 《修订法律大臣沈家本等奏进呈刑律草案折》，《大清法规大全·法律部》卷11。
- 沈家本著：《寄銜€文存》（上册），台湾商务印书馆1976年版。
- 蔡枢衡著：《中国刑法史》，广西人民出版社1983年版。
- 《饮冰室合集·专集三十四·清代学术概论二十九》，中华书局1989年版。
- 杨鸿烈著：《中国法律对东亚诸国之影响》，中国政法大学出版社1999年版。
- 杨鸿烈著：《中国法律发达史》（下），商务印书馆1930年版。
- 张晋藩：《中国法制史》，群众出版社1992年版，页284。
- 张中秋著：《中西法律文化比较研究》，南京大学出版社1999年第2版，第205页。
- 刘俊文主编：《日本学者研究中国史论著选译》（第八卷·法律制度），中华书局1992年版。
- 《修订法律大臣沈家本等奏进呈刑律草案折》，《大清法规大全·法律部》卷11。
- 王健编：《西法东渐——中国人与中国法的近代变革》，中国政法大学出版社2001年版。
- 陈子平：《共同正犯与共犯论》，台湾五南图书出版公司2001年版。
- 徐岱著：《中国刑法近代化史纲》，人民法院出版社2003年版。
- 王云霞著：《东方法律改革比较研究》，中国人民大学出版社2002年版。
- 《马克思恩格斯选集》第4卷。
- 熊月之著：《西学东渐与晚清社会》，上海人民出版社1994年版。
- 张生主编：《中国法律近代化论集》，中国政法大学出版社2002年版，页184。
- 强磊著：《论清代涉外案件的司法管辖》，辽宁大学出版社1991年版，页184。
- 黎宏：《单位刑事责任论》，清华大学出版社2001年版。
- 高铭暄著：《新中国刑法科学简史》，中国人民公安大学出版社1993年版。
- 高铭暄、赵秉志编：《新中国刑法立法文献资料总览》（下），中国人民公安大学出版社1998年版。
- 姜义华等编：《港台及海外学者论近代中国文化》，重庆出版社1987年版。
- 何勤华著：《法律文化史论》，法律出版社1998年版。
- [美] 费正清著：《剑桥中国晚清史》（1800-1911），下卷，中国社会科学出版社1985年版。
- [美] 吉尔伯特·罗兹曼著：《中国的现代化》，陶骅等译，上海人民出版社1989年版。
- [苏] 契希克瓦节主编：《苏维埃刑法总则》，中央人民政府法制委员会、中国人民大学法律系刑法教研室译，法律出版社1955年版。
- [苏] 皮昂特科夫斯基等著：《苏联刑法科学史》，曹子丹等译，法律出版社1984年版。
- [苏] 别利亚耶夫、科瓦廖夫主编：《苏维埃刑法总论》，马改秀、张广贤译，群众出版社1987年版。
- [日] 福泽谕吉著：《文明论概略》，北京编译社译，商务印书馆1982年版。
- [日] 滕家礼之助著：《日中交流二千年》，张俊彦、卞立强译，北京大学出版社1982年版。

[日] 川岛武宜著：《现代化与法》，王志安等译，中国政法大学出版社1994年版。

论文类：

[日] 石田琢智：《日本移植唐朝法律考述》，载《法学》1999年第5期。

张广达：《唐代中外文化汇聚和晚清的中西文化冲突》，载《中国社会科学》1986年第3期。

张晋藩：《清代律学及其转型》（下），载《中国法学》1995年第4期。

林明：《外来因素的冲击与响应：清末修律动因再探》，载《山东大学学报》（哲社版）2000年第2期。

朱英：《关于晚清市民社会的思考》，载《历史研究》1996年第4期。

李秀清：《新中国刑事立法移植苏联模式考》，载《法学评论》2002年第6期。

苏彩霞：《中国刑法国际化论纲》，载《中外法学》2003年第2期。

苏彩霞：《刑法国际化的几个问题新探》，载《法商研究》2004年第5期。



（作者系中南财经政法大学法学院副教授、法学博士）

更新日期：2006-7-6

阅读次数：737

上篇文章：论赦免权的行使及其限制

下篇文章：累犯制度设立根据之探询

 打印 |  关闭

 TOP