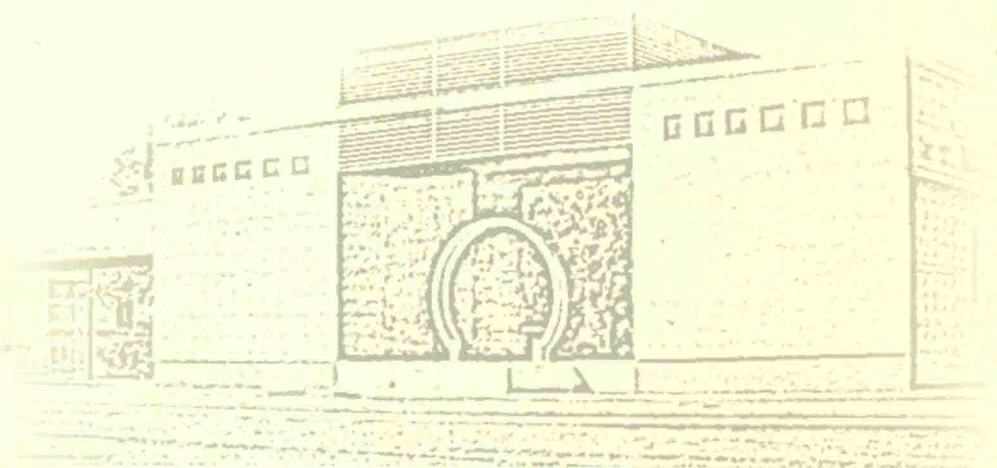



东|吴|法|学|文|丛·东吴法学先贤文录

东吴法学先贤文录

· 刑事法学卷 ·

李晓明 张成敏◎主 编



 中国政法大学出版社

东|吴|法|学|文|丛·东吴法学先贤文录

东吴法学先贤文录

· 刑事法学卷 ·

李晓明 张成敏◎主 编



中国政法大学出版社

2015·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

东吴法学先贤文录. 刑事法学卷/李晓明, 张成敏主编. —北京: 中国政法大学出版社, 2015. 8

ISBN 978-7-5620-6274-5

I. ①东… II. ①李… ②张… III. ①法学—文集②刑法—法学—文集 IV. ①D90-53
②D914.01-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第196650号

出版者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路25号
邮寄地址 北京100088信箱8034分箱 邮编100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话 010-58908586(编辑部) 58908334(邮购部)
编辑邮箱 zhengfadch@126.com
承 印 保定市中画美凯印刷有限公司
开 本 720mm×960mm 1/16
印 张 29
字 数 470千字
版 次 2015年8月第1版
印 次 2015年8月第1次印刷
定 价 69.00元

东吴法学先贤文录总序



胡玉鸿

光阴荏苒，岁月流金；薪火不熄，学脉永继。自1915年9月美籍律师查尔斯·兰金创办东吴大学法科以来，时光已一世纪，然东吴之辉煌、法学之昌盛，至今仍为世人津津乐道；东吴大学法学院于中国法制改革、法学教育史上之地位，亦可谓震古烁今，高山仰止。国内现代法学大师中，王宠惠、刘世芳、董康、戴修瓚、郑天锡、郭卫、章任堪、赵琛、凌其翰、徐传保、徐砥平、张志让、俞颂华、向哲浚、曹杰、张慰慈、吴芷芳、王效文、章士钊、朱通九、梅仲协、魏文翰、张企泰、范扬、俞叔平（以上为东吴教授，以到校任职先后为序）；王士洲、吴经熊、陈霆锐、何世桢、狄侃、李中道、盛振为、金兰荪、梁鋈立、端木愷、丘汉平、桂裕、孙晓楼、陶天南、张季忻、陈文藻、黄应荣、杨兆龙、李浩培、姚启胤、倪征燠、鄂森、何任清、查良鉴、费青、郑竞毅、卢峻、王伯琦、郑保华、魏文达、裘邵恒、陈晓、丘日庆、王健、徐开墅、潘汉典、高文彬、杨铁樑、王绍增、浦增元、庄咏文（以上为东吴学子，以毕业届次为序），或执教东吴哺育莘莘学子，或出身东吴终成法学名宿，人人握灵蛇之珠，家家抱荆山之玉。合璧中西，形成“比较法”之特色；戮力同心，铸就“南东吴”之美誉。

但前人之辉煌，非仅为后辈称道而已。诸先贤之呕心力作，亟待结集；比较法之教学特质，仍需寻绎。前者在集拢大师文字，归并成皇皇巨作，嘉惠后人；后者则总结教育成就，细究其方法之长，服务现世。沧海桑田，白驹过隙。东吴法学之先贤，或天不假年，已驾鹤西行；或虽尚健在，然精力不济。精研法理之书文，多将散佚不存；服务国家之良策，亦恐湮没无息。是以今日学子之任务，在搜寻先贤文字，重版印行；总结东吴之成就，使传

于世。

苏州大学王健法学院系承继东吴大学法学院而来。前辈业绩，自然庇荫今人，但全院师生，在以先贤为荣之余，更感使命重大，无一日或敢息。同仁深知：既为东吴之传人，自应熟悉先辈思想，了解学院历史。为此经讨论决定，近年内学院将完成三大浩繁工程：一为出版“东吴法学先贤文丛”，汇集大师之作，使珠玑文字，重见天日；二是编辑“东吴法学先贤文录”，以学科分类，归并单篇之作，以为研究之资；三则撰写《东吴法学教育史》，探讨东吴法学教育沿革之始末，总结比较法教学如何适应于今世。前者已有王宠惠、杨兆龙、李浩培、倪征燠、潘汉典诸先生文集面世，后续之举，已列议题；今则辑录先贤文字，以学科归类，分八册出版，以纪念百年东吴，使尘封妙文，重见当世。至于教育史之编撰，待档案解密、人员齐备之后，再行商议。

自2012年以来，本人即开始遍访东吴法学先贤于民国时期之文章，下载、翻拍、扫描、复制，虽卷帙浩繁，搜寻不易，然淘书之乐，无时或已。所幸者科技时代，诸多志存高远之士，将民国文献辑成电子文本，使今人更为便捷得识先贤文字。但遗憾者年代久远，资料多有散佚，有时“上篇”已得，但“下篇”难觅；有“二、三”者，却缺“一、四”。至于错漏、脱讹而至无法辨识之处，更是不足为奇。即便如此，学院同仁及广大学生，仍深感使命重大，不畏艰难，共襄盛事。文字录入工作，主要由在校研究生完成，论文选择编排，则请各卷主编担纲。资料浩繁，校对费时，自知多有遗漏，所录者不及万一；完善修正之举，仍需假以时日。敬请学界同仁，多加指正；如有资料提供，不胜感激！

是为序。

2015年7月

东吴法学先贤文录编辑人员名单

总主编：

胡玉鸿

各分卷主编：

法理学卷：孙莉

法律史卷：方潇

宪法学、行政法学卷：上官丕亮、黄学贤

民事诉讼法卷：方新军、胡亚球

刑事法学卷：李晓明、张成敏

商法、经济法、社会法学卷：李中原、朱谦、沈同仙

国际法学卷：陈立虎

司法制度、法学教育卷：胡玉鸿、庞凌

录入人员名单

魏琪	邢凌波	殷凯凯	吴思齐	马健博	张昊鹏	倪文琦	陈萍
梁艳茹	安子靖	张基晨	施嫣然	袁小琪	戚小乐	陈康嘉	臧成
苏峰	王杏	许瑞超	张盼盼	刘鑫建	刘文丽	安冉	张秀林
陈雯婷	蒋超	钱佳	张琦	崔皓然	陈钰灵	惠康莉	唐奥平
马敏	徐湘云	赵琪	吕森凤	孙蓓蕾	姜璞	胡寒雨	张尧
阴宇真	王晓宇	李婉楠	卢怡	柳一舟	丁楚	孙浩	宋鸽
李臣锋							

校勘人员名单

魏琪	邢凌波	殷凯凯	吴思齐	倪文琦	张昊鹏	张盼盼	金徐珩
陈雯婷	钱佳	蒋超	崔皓然	陈钰灵	唐奥平	徐湘云	赵琪
吕森凤	姜璞	张尧	卢怡	丁楚	王春雷	韩进飞	孙浩
宋鸽	刘冰捷	杨丽霞	李臣锋				

目
录

Contents

东吴法学先贤文录总序	胡玉鸿 / (1)
------------------	-----------

上 编 刑 法

霍姆斯之英美刑法论	陈德明译 / (3)
犯罪人分类法之研究	陈文藻 / (23)
犯罪原因学说概论	陈文藻 / (35)
犯罪之经济的原因	陈文藻 / (49)
苏俄刑事法与我国刑事法之比较研究	陈 晓 / (56)
从吾国社会实际需要略论刑法	董 康 / (189)
我国现行刑法中并合论罪之研究及其所采之各主义	刘文华 / (193)
刑法上旧法适用论	冯泽昌 / (197)
共犯之研究	刘文华 / (203)
刑事政策之基本问题	王学文译 / (216)
刑事政策之科学化	陈文藻 / (219)
死刑之研究	李世杰 / (224)
死刑存废问题	陈文藻 / (232)
死刑应当废除么?	孙晓楼 / (242)

累犯之防止	王学文译 / (244)
刑法上因心神不健全不能负责之研究	陆承平 / (251)
幼弱老耄在刑法上之责任	马君硕 / (256)
处罚从人说	王宠惠 / (263)
近世社会上的犯罪问题	刘朗泉 / (269)
当前犯罪问题之透视	林振鏞 / (282)
论刑法二六六条之流弊兼辟“家庭娱乐”之曲解	陈 骥 / (287)
读铲除贪污令有感	刘家骥 / (290)
考试舞弊刑法上应有规定	端木恺 / (293)
监犯农艺作业问题	陈文藻 / (300)
外国判例研究	梁祖厚 / (304)
就逆伦案讲经说法	彭学海 / (306)
桃色纠纷中的罪责问题	彭学海 / (313)
第七届国际统一刑法会议决议案	张企泰 / (321)
未来之德国刑法	张企泰 / (325)
瑞士刑法之新动向	孙晓楼 / (337)
一九三三年之德国防止犯罪法	孙晓楼 / (347)
最近德国刑事法之革新	孙晓楼 / (350)
少年犯罪之预防：奥国	王沅译 / (354)

下编 刑事诉讼法

英美公诉的实况	陈 晓 / (365)
名著摘要：美国刑事法之新发展	黄地锡 / (374)
法国刑事诉讼法上纠问与弹劾方式之演进	吴迪贤译 / (378)
德国纳粹之国际刑法政策	王学文译 / (392)

两大法系刑事诉讼法的沟通	孙晓楼 / (397)
自诉主体论	冯泽昌 / (403)
创设儿童法庭意见书	端木恺 / (407)
我们为什么要反对特种刑事法庭?	费 青 / (422)
重要刑事案件之侦查	俞叔平 / (424)
犯罪侦查中之应用逻辑	俞叔平 / (433)
电气事业人处理窃电案件是否有自诉权之疑问	李清辅 / (443)
医生受屈之辩诉	沈 镛 / (445)
兼理司法川沙县政府刑事处分书二十年刑字第三号	屠广均 / (447)
兼理司法川沙县政府刑事处分书二十年刑字第二号	屠广均 / (449)
兼理司法川沙县政府刑事判决书二十年刑字第十二号	屠广均 / (451)
兼理司法川沙县政府刑事判决书二十年刑字第一号	屠广均 / (453)
兼理司法川沙县政府刑事判决书十九年刑字第三十五号	屠广均 / (455)

上编 刑法



霍姆斯^{〔1〕}之英美刑法论*



陈德明 译**

(此文译自 Holmes' The Common Law 第二讲)

第一节 复仇

第一款：复仇为刑法之渊源

古代法律中的诉求 (Appeal) 一制是专为对付故意的过错而设的。诉求与公诉 (indictment) 同为诉讼的形式, 可是诉求却比公诉早出世许多时候。诉求可以说是兼有刑事与民事两种性质的。诉求有两个目的: 一个目的是关于私人的权利的方面的, 就是使当事人满足; 还有一个目的是关于国家治安方面的, 就是使国君满足。在民事方面, 诉求的目的是复仇, 而其结果是归于和解, 和解以后, 犯人的罪名, 就行却除; 最初, 那种和解是任意的, 后来变成了强制的。至于在国君一方面, 诉求的目的是否为复仇? 抑着意于利益? 那个问题是无关重要的, 因为国君的要求并不扩大了讼案的范围。

我们可以肯定地说, 那些可为公讼的理由的过错原先也同那些引起诉求的过错一样, 是有限制的。公诉也许是从诉求里而分化出来的, 也许不是, 不过无论如何, 那两个制度之问题是有着一种密切的关系的。

诉求中的被控人开释以后, 公诉便不能提起; 反之, 一件诉求案子如果最初的手续不错, 那么^{〔2〕}, 虽诉求人后来, 放弃追诉或为被控人的辩论所

〔1〕“霍姆斯”原文作“荷姆士”, 现据今日通常译法改正。——校勘者注。

* 本文原刊于《法学杂志 (上海 1931)》(第 5 卷) 1932 年第 5 期。

** 陈德明, 1931 年毕业于东吴大学法学院 (第 14 届), 获法学学士学位。

〔2〕“那么”原文作“那末”, 现据今日通常用法改正, 下同。——校勘者注。

败，这件案子仍得以国君的名义继续进行。

陪审员呈告事实（presentment）是刑事诉讼程序的又一渊源，这个制度也是复仇观念的产儿，而且他的复仇的〔1〕动机更比求诉显著。

复仇的原欲包含一层意思，就是肯定复仇的标的（译者按所谓标的，即指被吉）本身确实应受谴责。这种意思所根据的标准是主观的，不是客观的。这种标准到了现在时候是否仍旧保存着原始的形式，还是有了发展与改进？一般人以为是有了发展与改进的；就刑法的渐次进步的一个事实看来，那个标准的发展与改进不是不可能的事。

第二款：复仇为刑罚之一目的

我们可以说，满足复仇的原欲始终是刑罚的一个目的。我们看到有许多的过犯（wrongs）是不能以赔偿了的。譬如讲故杀与误杀二罪，那受害者已经死亡，赔偿损失自属不中用而亦不可能了。又如，伪造文书印文罪虽属旋诸个人，却也使别的人都觉不安；这种一般的不安感觉是不能以金钱消除的。更如，在某种案件之中，损害赔偿是无法实施的：例如麦考利〔2〕（Macauley）的印度刑律草案中规定舟人车夫等违约不载送乘客至目的地那件事情为触犯刑律，但是印度的轿夫是赤贫如洗的，如果他们半途弃去他们的乘客，法庭无法依据法律强制他们赔偿损失，因为事实上他们是拿不出钱来的。在上面那些案情之中，我们只得用刑罚来代替损害赔偿。我们可以给犯罪者受一种痛苦，这种痛苦并不使那受害者恢复了原状，其目的只在于使犯人受些痛苦罢了。从刑罚代替损害赔偿的一点上来看（代替的原因，或是因为受害者之死亡，或是因为受影响者人数之不确定，或因为所受的损害不能以金钱估价，更或因为犯罪者之贫困），我们可以说刑罚的目的是在于满足复仇的愿欲。囚犯用他的身体赔偿损害。

我们可以说得更强烈些，说法律非但在事实上拿满足复仇的愿欲那一点作为目的，而且在理论上也应当如此。无论如何，这个意见是两个见解绝对相反的人——巴特勒〔3〕（Bishop Butler）与边沁——所一致主张的。史蒂芬

〔1〕“的”原文作“底”，现据今日通常用法改正，下同。——校勘者注。

〔2〕“麦考利”原文作“麦高雷”，现据今日通常译法改正。——校勘者注。

〔3〕“巴特勒”原文作“勃脱勒”，现据今日通常译法改正。——校勘者注。

(Sir James Stephen) 说,“刑法与复仇欲 (Passion of revenge) 的关系酷似结婚与性欲的关系”。

一种健全的法律的,第一要件是:须适合社会上一般人的实在感觉和要求,无论那些感觉和要求是对是错。满足复仇的原欲,是人们对于法律的一种要求。如果法律不能满足人们的复仇欲,那么人们就要在法律之外寻求满足复仇之欲的方法,那方法就是私行报复;我们如要杜止私行报复的恶风,我们只有一个方法,就是使法律去满足人们的复仇欲。同时,复仇之欲并非是我们所欲鼓励助长之的,无论是我们居于私人的地位或是处于立法者的地位。而且,这种欲望也并不完全支配着法律的领域。有许多犯法的事情是并不激起复仇的欲念的。

第二节 刑罚学说

(一) 改善说、(二) 报应说、(三) 预防说

有些人以为刑罚的作用是改善罪犯 [译者按,此即,“改善说”(Theory of Reformation)]; 有些人以为刑罚的作用是防止犯罪以及其他再犯同样的罪 [译者按,此即,“预防说”(Theory of Prevention)]; 还有些人以为刑罚的作用是报应 [译者按,此即,“报应说”(Theory of Retribution)]。现在主张第一种作用为刑罚所仅有的作用的人是没有的了。如果第一种作用是刑罚所仅有的作用,那么我们一旦看到一个囚犯绝不再会犯罪,我们就得立刻把他释放出去,又或我们看到他是不可救药^[1]的,我们就得连一些些的刑罚都不加诸他的身上了。这种主张显然是不能与死刑的制度相容的。主要的争端是关于那后面两种作用的。一方面的人的意见以为犯罪与刑罚之间有一种神秘的接连关系(报应说); 又一方面的人意见却以为刑罚之加只是趋达目的的方法(预防说)。黑格尔^[2](Hegel)是主张前一说的中坚人物。他作一种半数学式理论说,“错”是“是”之负,刑罚是那个负之负,就是报应。既然是报应,那么刑罚就须平允; 所谓平允,就是刑罚与所犯的罪成着比例,因

[1] “不可救药”原文作“不可药救”,现据今日通常用法改正。——校勘者注。

[2] “黑格尔”原文作“黑智儿”,现据今日通常译法改正,下同。——校勘者注。

为在黑格尔看来，刑罚的唯一功用是消灭所犯的罪。别的和黑格尔见解相同的人虽没有他这种逻辑的工具，却也觉得刑罚有追随犯罪之必要。他们反对预防说，说预防说是不道德的，因为它忽于惩罚犯罪，并且对于刑罚的轻重未设度量，只有立法者对于预防性质的刑罚的度量发了些主观的意见罢了。我们引康德的话来说，预防性质的刑罚把人当作了一种物件而不当作一个人，当作一种方法而不当作一种目的。有些人说预防律是与公平的意义发生冲突的，并且它破坏自由社会的一条根本原则，这条根本原则，就是说一个自由社会之中的份子有平等的生活之权，自由之权，和个人安宁之权。

预防说虽受人种种指摘，可是英美律师却毫不犹豫的接受着他。对于上面所指摘的破坏平等权利的一点，我们可以答复说，平等之说仅通行于个人与个人之间，而不通行于个人与社会之间。世界上没有一个社会不承认说，社会为社会自己的存在起见可以牺牲个人的利益。军队中如有征兵之必要，可以实行拉夫，可以把那些人逼上死线去。政府可以不顾人民的抗议，在他们的土地上建设道路和铁道，在这件事里面，当然那政府是须按照市价补偿地主的，因为文明政府不能在限度之外牺牲人民，可是他能为大众的意思与福利起见牺牲个人的意思与福利。和平的价值之提高与社会关系的价值之提高有使社会的存在物（social being）的法律成为一切存在物（being）的法律之倾向。平等的观念虽然通行于个人与个人之间，但也只限于日常交涉的范围之内。譬如你要和你的邻人辩论，你就不得不暂时承认他的智力和你相等，虽然你心中是绝不相信他同你一样聪明睿智。同样的，你要与你的邻人交易，你就必须与他站在平等的地位上，并与他服从同样的规律，否则你就不能同他交易。可是在特殊的情形之下，个人的权利也是不平等的。例如一个人在大海中抱着一块狭小的木板游泳逃命，忽然有一个人过来夺他的板，他为保全自己的性命起见，可把那夺板的人推去。综之，无论在个人与个人的关系之中或是在社会与个人的关系之中，保全自己的生存是法律所许的。换言之，就是：个人为保全自己的性命起见，可以牺牲他人的权利；社会为自己存在起见，可以牺牲个人的权利（当然是有限度的）。这里，权利平等的观念就行不通。

我们可把我们答复〔1〕权利平等之说时所举的理由移用来答复那反对将

〔1〕“答复”原文作“答覆”，现据今日通常用法改正，下同。——校勘者注。

人视为物体而处置着的话。一个人住在社会之中，有时就不免要被视为物体而处置着。将来人类的文化达到极顶以后，一个人的社会思想也许会把他的—切行为绝对地控制了起来。可是目前社会观念还没有这种绝对的控制力；自来的法律虽然以道德为基础，可是我们还没有看见过一条以绝对的利他主义为根据的法律；这样的一条法律是与一般人的信仰相悖的。

如果刑事责任与民事责任在原则上是相同的话（这两种责任在原则上确是相同的，关于此点，我预备在后面证明着），那么一个人即使在道德上毫无缺点，也有受刑罚的可能。要是刑罚一事是站在道德的立场上，那么我们定刑罚的时候，第一件事情就是要想到犯罪欠缺选择力那一点，选择力之欠缺或由于本性的变态，或由于教育的欠缺，或由于智识之缺乏，等等的原因；这些弱点在犯罪阶级中是极其显著的。我不说刑罚不应站在道德的立场上，我也不说现在的刑法已经完善无缺；我只就事实而说现在的刑法之制定与施行不是根据于那种理论的。——即以道德为刑罚——的根据。

我们现在要为报应说中的一点辩护。犯罪受罚，这是最合理不过的事，凡属头脑清楚的人未有不承认之的。不过，我以为“惩罚犯罪是合理的”这句话并不是绝对的和无条件的，我们如果内省一下，便可发现这句话只在我们对付他人的时候才实行。世间没有一个人发现了自己的罪过而实行把刑罚加诸己身的；可是，我们看见别人犯过，却毫不犹豫的说犯过者应受惩罚。照我看来，那“合理”之或只是一种变相的报复行为；至于报复一事，我已经在前面说过，是刑罚的一个要素虽然不是最重要的要素。

轻刑适宜于轻罪，重刑适宜于重罪。刑罚的轻重应当与犯罪的轻重相等。又，本身无辜而为法律所禁止的行为（*malum prohibitum*）与本身不良的行为（*malum in se*）同为犯罪。如果我们承认刑罚一事在原则上是合理的话，那么我们无论遇到本身无辜而为法律所禁的行为或本身不良的行为发生，均应处以刑罚。不过，假设一个触犯了国课法（按此为一种本身无辜而触犯法令的行为），但他向政府为损害赔偿，并且有了痛悔的意思，我们对于这样的一个人应否加以惩罚？我觉得是没有加以惩罚的必要，除非他的行为已为外界所知。如果他的行为已为外界所知，那么法律就有证实它的警告的必要，使人相信法律之严厉而不敢触犯，要是那件事情是政府与该公民的一个秘密，那么就不宜惩罚他。

在另一方面，我们看到立法者所以认某种行为为犯法，其目的是在防止

那种行为。在这一点上看来，刑罚的唯一目的似乎是在预防犯罪了。法律恫吓你：如果你做某种行为，法律就要使你受某种痛苦；其目的在使你生出一种新的动机来，不去做那种行为。如果你继续把这种行为做过去，法律也继续的恫吓〔1〕着你，务使你信服而后已。

法律显然是以个人为趋达目的的一种方法而牺牲他，把他当作一种增进公众幸福的工具的。上面我说这种方法是极其正当的。即使那种方法是错误的，我们的刑法却是采取这种方法的，因此刑法的原则也必须跟着这样定着。

法律上有几条原则都足以证明我们的法律是超出报复的范围而使个人之利害受制于公众之幸福的。

一条原则是说：为救自己之性命而故意杀人者，不为罪。法律上所以采取这条原则，其理由不外乎下列二者之一：（一）在为救自己之性命而故意杀人的情案之中，那自利的手段是正当的；（二）此项自利手段即使是不正当，但法律无从用刑罚防止之，因为拿将来的死——死刑——恐吓〔2〕一个人，是不能使他择取目前的死以避免死刑的。如果我们采取第一种理由，那么我们就是承认了一个人可以为自己而牺牲他人，推广起来说，一个民族可以为自己而牺牲别的民族。如果我们采取第二种理由而放弃那丧失预防之效的刑罚，那就是放弃了复仇的原则而采取了预防的原则了。

还有一条原则是说：不知法而犯法者，不能获恕。这条重要的原则用证据律的形式说起来就是；法律认一切人为知法。奥斯丁〔3〕（Austin）与别的许多法学家都主张这个说素，他们所根据的理由是说，证明一个人知法不知法，是一件困难的事情。不过呢，如果一件事情必须证明确实以后而后能得公平的判决，那么我们就应当不惮困难去证明着。我们现在确看到，无论一个犯人的不知法是如何的显明，他总不能获恕；我们觉得这是不很公平的。而且，就使那不知法的一个事实是难于证明的，我们也有方法去解决那个困难，那方法就是把那证明不知法的责任加诸犯法者的身上。

要解释不知法而犯法不能获恕的那条原则，不能用下面两句话去解释说：法律命令我们不为某几种行为，并且命令我们去发现我们是受了上面这种命

〔1〕“恫吓”原文作“恫赫”，现据今日通常用法改正，下同。——校勘者注。

〔2〕“恐吓”原文作“恐赫”，现据今日通常用法改正，下同。——校勘者注。

〔3〕“奥斯丁”原文作“奥司丁”，现据今日通常译法改正，下同。——校勘者注。