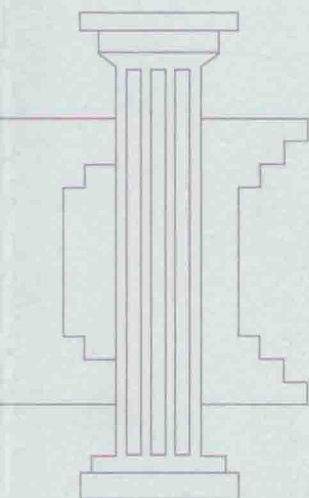


清末民国法律史料丛刊·京师法律学堂笔记

主编 何勤华

刑法分则

〔日〕冈田朝太郎 口述 熊元翰 编 夏菲 点校

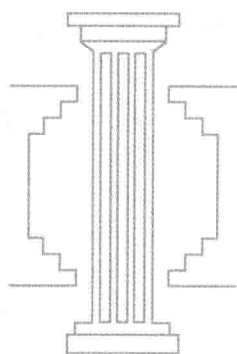


上海人民出版社





国家出版基金项目
NATIONAL PUBLISHING FUND PROJECT



〔日〕冈田朝太郎 口述 熊元翰 编 夏菲 点校

国法律史料丛刊·京师法律学堂笔记

主编 何勤华

刑法分则

上海人民出版社



图书在版编目(CIP)数据

刑法分则/(日)冈田朝太郎口述;熊元翰编;夏菲点校. —上海:上海人民出版社,2013
(清末民国法律史料丛刊. 京师法律学堂笔记)
ISBN 978-7-208-11952-9

I. ①刑… II. ①冈… ②熊… ③夏… III. ①刑法—分则—研究—中国 IV. ①D924.304

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第287102号

责任编辑 屠玮涓

封面装帧 王晓阳

清末民国法律史料丛刊·京师法律学堂笔记

刑法分则

[日]冈田朝太郎 口述

熊元翰 编

夏菲 点校

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路193号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

上海商务联西印刷有限公司印刷

开本 635×965 1/16 印张 10.75 插页 4 字数 108,000

2013年12月第1版 2013年12月第1次印刷

ISBN 978-7-208-11952-9/D·2404

定价 27.00元

清末民国法律史料丛刊·
京师法律学堂笔记

刑法分则

京師法律
學堂筆記

总 序

探究近代法律文明的根源与脉络,已成为我们理解并提升自身价值的借镜,为此我们一直努力着。近十年来,我们已陆续点校出版“中国近代法学译丛”、“华东政法学院珍藏民国法律名著丛书”、“大清新法令”、“新译日本法规大全”等诸多清末民国时期的著作,这些点校作品大多以当时的法学译著、专著及法典为主,而包括清末民国时期法律讲义、辞书等在内的基本法律史料则因分布较为分散、查阅难度较大,以及数量庞大等原因而迟迟未能着手整理。因着机缘际会,华东政法大学外国法与比较法研究院于2011年仲夏从私人收藏者手中购得两千余册藏书,其中以民国时期出版的法律书籍为主,这使我们有机会将此类法律基本史料较为完整地展现在读者面前。

“清末民国法律史料丛刊”包含京师法律学堂笔记、朝阳大学讲义等清末民国时期的“法律讲义”,以及“法律辞书”与“汉译六法”三大系列。

大学的法律讲义是近代法律学科发展的重要基石。在中国法律近代化的过程中,众多学者孜孜以求,为法学之发展付出大量的心血和精力。清末民初,随着留学生的派出与西方学术的引进,法律教育也为之耳目一新。这些讲义中所探讨的许多基本

学术问题,并未因时光流逝而丧失其价值。相反,这些问题对于当代法学教育工作者而言,仍然意义重大,具有不可替代的参考作用。

法律辞书的编纂汇集了民国时期法律学者的群体智慧和力量,选入本丛刊的民国二十三年三月由大东书局出版的《法律大辞典》即为汪翰章、罗文干、戴修瓚、郑天锡、张映南、张志让、陈瑾昆、翁敬堂等十余位著名法学家的倾心合力之作。该辞书收录了中外重要的法律名词、中外法学家与立法者的生平简介、各种法律制度及相关重要事件,并对通用术语附有英文、德文、法文、意文、拉丁文等5种语言,成就了西方规范化学术成功嫁接到中国传统法律资源的典范。

清王朝的迅速灭亡以及随后十余年中国政局的动荡大大延缓了中国建设近代国家法制框架的进程。至南京国民政府成立,国内政局大体得以稳定。南京国民政府在详细参酌中外立法的基础上,短短数年间,建立了中国近代法的完整体系。“汉译六法”的出版对这一体系的形成功不可没。其所述者,或可激活我们对现代外国法学研究核心问题的深思凝虑。

清末及民国时期大学法律教育的基础讲义、法律辞书以及“汉译六法”奠定了中国近代在接受西方法律传统的同时构建自身法学知识谱系及其价值内涵的文本基础。本丛刊遴选出的书卷各本受制于一己之认识,偏颇难免,然我们秉承开放心态,尽可能纳入诸种重要作品,力求达至开放性及代表性之旨意。

囿于出版年代久远及书籍保管不善,这些法律史料已不便直接翻阅,藏有这些史料的图书馆也多将其作为特藏书,给借阅者加以

诸种限制。如本丛刊的出版能为广大读者带来查阅、研习之便利，那将是对我们精心整理这些文献的最大回馈。

是为序。

何勤华

华东政法大学外国法与比较法研究院

2013 年 12 月 1 日

点校者序

一

本书《刑法分则》，是京师法律学堂笔记中的第六册，由熊元翰编辑。

熊元翰，安徽宿松人，清末民初比较活跃的法学家，具体生卒年月不详，从其一生所出版的作品来看，他掌握日文，对日本法律（尤其是宪法和刑法、国际法）也很熟悉。

熊元翰的主要著作有《法学通论》（编译，北京安徽法学社 1912 年）、《法学通论（宪法，行政法）》（同上）、《国法学》（编译，上、下，北京安徽法学社 1912 年）、《刑法总则》（编译，北京安徽法学社 1912 年）、《刑法分则》（同上，即本书）、《监狱学（附监狱律草案）》（同上）、《国际私法》（同上）等。

熊元翰的生平，主要见于上述由北京安徽法学社 1912 年前后出版的一套 22 册京师法律学堂笔记著作。

二

《刑法分则》一书，原是日本学者冈田朝太郎在京师法律学堂所作的讲义，经编者记录整理后，结合冈田的其他著作一起编辑，由安徽法学社于 1912 年作为“法律丛书”第六册公开出版。

冈田朝太郎(1868—1936),日本刑法学家。1891年从东京帝国大学法科大学法国法科毕业后,进入研究生院专攻刑法。并于1893年受聘为该法科大学讲师,次年升任副教授,并兼任各私立法律专科学校的刑法学课程的讲师。

1897年,冈田赴德国、法国留学。在德国,他师从李斯特(F. Liszt, 1851—1919)学习。1900年,冈田朝太郎回到日本,出任东京帝国大学法学部教授,翌年获法学博士学位,至1906年赴中国为止,冈田一直活跃于刑法教学和研究领域。

1906年,冈田朝太郎受清朝政府的招聘,到中国出任钦命修订法律馆调查员兼法律学堂教员,协助沈家本(1840—1913)从事立法调查、法律教育以及近代法典编纂工作。1915年回到日本。在华期间,他还帮助中国起草了《大清新刑律草案》。回到日本后,冈田一方面依清政府法律馆的嘱托从事相关工作,并辞去了东京帝国大学教授的职务;另一方面,在早稻田大学、明治大学等私立大学兼职教授。

冈田朝太郎一生著述甚丰,代表性的作品有:《法学通论》(汪庚年编《京师法律学堂讲义》,《法学汇编》第一册,1911年北京顺天时报馆排印)、《刑法论》(1920年)等。在中国刑法研究领域,冈田发表的影响较大的论文有《论大清新刑律重视礼教》(1911年)、《中国刑法与日本刑法》(1927年)等。^①

^① 参见何勤华著:《中国法学史》(第三卷),法律出版社2006年版,第721页。关于冈田朝太郎的详细生平,主要见于李海东主编《日本刑事法学者(上)》,法律出版社1995年版;何勤华主编《二十世纪百位法律家》,法律出版社2002年版等。

三

本书共 36 章,依照《大清刑律草案分则》的规定排列。这 36 类罪,依今日中国大陆刑法理论进行概括,可分为七大类:危害国家安全罪(包括关于帝室之罪、关于内乱之罪、关于国交之罪以及关于外患之罪);渎职罪与贿赂罪(包括关于漏泄机务罪、关于渎职之罪);妨害社会管理秩序罪(包括关于妨害公务之罪、关于选举之罪、关于骚扰之罪、关于逮捕监禁者脱逃罪、关于藏匿犯罪人及湮灭证据之罪、关于伪证及诬告之罪、关于往来通信之罪、关于秩序之罪、关于伪造文书及印文之罪、关于伪造度量衡之罪、关于祀典及坟墓之罪、关于鸦片烟之罪、关于赌博彩票之罪、关于饮料水之罪以及关于卫生之罪);危害公共安全罪(包括关于放火、决水及水利之罪、关于危险物之罪);破坏经济秩序罪(包括伪造货币之罪);侵犯公民人身权利罪(包括关于杀伤之罪、关于堕胎之罪、关于遗弃之罪、关于逮捕及监禁之罪、关于略诱及利诱之罪以及关于安全、信用、名誉及秘密之罪);侵犯财产罪(包括关于窃盗及强盗之罪、关于诈欺取财之罪、关于侵占罪、关于赃物之罪、关于毁弃损坏之罪)。有意思的是,当时将贿赂、渎职等罪排列在危害国家安全罪之后,可见当时立法者对保持官员清正的重视。另外,受当时中国社会经济状况所限,有关危害经济秩序罪的规定极少。

冈田朝太郎对这 36 类罪的论述有详有略,将更多的笔墨放在社会上多发或者是法律上有新的变化的罪种上,许多论述,至今看来仍然具有借鉴作用。受篇幅所限,在此仅列举其对四类罪的评述。

1. 关于“渎职罪”,当时的概念是“犯罪之污渎官职或公职”,较

之现在的渎职罪概念要广,贿赂罪也包含在内。冈田朝太郎在第六章中对贿赂罪的罪种、构成要件等进行了详细的阐述。

贿赂罪细分为四种罪:事前收贿之罪、事后收贿之罪、事前赠贿之罪和事后赠贿之罪。此四罪有相同的三个基本构成要件:一是受赠者必须是吏员或公断员(即仲裁员);二是须有关于授受利益的行为;(对于利益是否包含不可以金钱换算之行为,如赠人妻妾之类,当时的刑法学者多持否定意见,而冈田朝太郎则认为应当属于“利益”的范围。)三是授受利益须与职务、事务有关。

除了三个基本要件外,收贿罪与赠贿罪又各有其特别要件。

收贿,包括要求、预约或收受贿赂三种行为。要求指吏员或公断人劝他人向自己行贿而他人并未答应。预约指收贿人和赠贿人就贿赂达成合意。收受贿赂则是吏员或公断人已收下行贿之利益。对于这三种行为,法律的处刑标准相同。对此,冈田朝太郎解释道:受贿罪的核心不在于利益,而在于吏员和公断人的品行。刑法对此类行为予以惩罚,并不是因为吏员或公断人获取了不法利益,而是因为其有损职务尊严和信用。因此,无论吏员或公断人实际上是否收取了财物,只要存在要求或预约,就予以和收受贿赂相同的处罚。此种规定,重在诛心,以起到防微杜渐的作用。

赠贿,与受贿相对应,包括认允、预约或交付贿赂三种行为。对于赠贿行为是否应当予以刑事处罚,在日本学界有不同观点,实践中也有变化。不主张处罚的理由主要在于为鼓励赠贿人提供线索、证据以查获收贿人犯罪事实。日本旧刑法并没有规定赠贿罪,而大审院在解释法律时有三次变化:起初解释为无罪,后解释为有罪,最后又解释为无罪。冈田朝太郎则认为,赠贿与受贿相对,应当入罪。

而发觉犯罪、搜集证据是侦查人员的职责,不能依赖犯罪人提供线索。日本改正新刑法即明文规定赠贿罪,大清刑律草案亦如此。

2. 本书第26章“关于杀伤之罪”对杀人罪、伤害罪、决斗罪、加功自杀自伤罪、过失杀伤罪进行了介绍。杀人,这一古老而严重的犯罪,是古今东西法律重点规范的行为。清末刑法在杀人罪构成及处罚方面有所变化,从中我们可窥见当时社会发展状况。

冈田朝太郎认为,杀人的构成要件有三:一是本罪的被害人是行为人以外的自然人;二是行为方面,不分所用手段,只要是夺命的方法,无论斩、绞、焚、溺或其他;三是主观方面须是出于故意,过失杀人另有专条规定。

清末刑草对杀人罪规定的最大变化是减少“身份”在犯罪认定和处罚中的决定因素。为此,刑草也遭到一些人的攻击,认为其规定蔑视伦常,于中国礼教大有妨碍。冈田朝太郎则认为刑草已经考虑了伦常问题,对于杀尊亲属、关于帝室者都有特别规定,而且刑草规定卑幼对于尊亲属不能援用正当防卫。在他看来,刑法对杀人罪的处罚应当主要考虑犯罪情节的轻重,而非犯罪人和受害人之间的关系,刑草修订正是采纳了这种观点,主要以情节轻重为标准,个别情况下考虑身份因素。冈田朝太郎认为,中国旧刑律对于父母杀子女处罚很轻,其理由是子女为父母所生,这是不能成立的。法律对杀人罪的处罚已经从以前的复仇主义变为当前的国家主义。子女虽然是父母所生,但也是国民,父母杀子女不是对子女犯罪,而是对国家犯罪。而且,父母一旦杀子女,则表示双方恩义已绝,彼此与普通人无异。法律对于杀子女之父母的处罚应当与普通杀人罪处罚相同,关键还是看犯罪情节轻重。这种不以身份论刑罚轻重、注重

主观恶性和客观手段与结果的思想在当时的中国是十分先进的。

本章对于决斗罪的规定是比较独特的。在冈田朝太郎看来,决斗虽然是欧美风俗,但随着中国对外交往日益频繁,决斗的恶习可能会传入中国,而且很多外国人到中国,他们也可能会有此类行为,所以中国刑法也应当规定此罪。

对于加功自杀罪,清末刑草的规定已经非常详尽。冈田朝太郎首先阐述了法律不处罚自杀行为的原因,认为有法理上不便和实际上不便两大原因。前者是从刑罚的功能出发,认为刑罚最严厉的处罚无非是死刑,自杀者本身就不怕死,刑罚对其不会产生任何效力。对于自杀既遂,无法施之以刑罚,对于自杀未遂者若施以刑罚则存在既遂不罚、未遂受罚的悖论,这是实际上的不便。但是对于加功自杀行为,应当予以处罚。加功指教唆或帮助,教唆指本人无自杀之念,而教令自杀;帮助指本人有自杀之心,而协助其自杀,教唆之罪重于协助。另外还有嘱托与承诺之别。嘱托自杀者,自杀之心,决之于本人;承诺者,自杀之心,决之以加功者。受人承诺而杀人的,处罚与教唆他人自杀相同;受人嘱托而杀人的,处罚与帮助他人自杀相同。对于同谋自杀,即因情或因困而相约自杀的,若有一人被救,对其免除刑罚。

3. 在第32章,冈田朝太郎详解了盗罪在认定中应当注意的事项。此类犯罪,无论在哪个国家都是高发犯罪,实践中对于犯罪的认定也常有新问题出现,这也是冈田朝太郎对盗罪格外关注的主要原因。

盗罪,夺取他人财物之罪。其构成要特别注意四点。

第一,夺取指脱离他人所持,移置于自己所持。这两点必须同

时具备,如果脱离他人所持而自己并没有持有该物的意图,则不构成盗窃罪。另外,脱离及移置,须有形或实现之行为,无形及想象者,不构成盗窃罪。

第二,可以为盗窃罪对象的财物必须符合下列条件:(1)须是有体物,无论是固体、流体还是气体;(2)须是可移动之物,土地等不动产不能成为盗窃对象;(3)须在他人所持之内,持有无主物、遗弃物、遗失物,不构成盗罪;(4)他人所持财物,不必以有价物为限;(5)财物不须分别他人所有物与自己所有物,对于他人合法占有的财物,即使行为人拥有所有权,予以窃取的,亦构成盗罪。

第三,主观方面须是故意。故意有两要件,夺取财物之决意以及为自己所有之意思。

第四,客观方面,因手段不同,盗分为窃盗和强盗。强盗指用暴力或胁迫夺取财物。窃盗指不得物主许可而取其财物,包含秘密和公然两种情形。

4. 侵占罪。中国大陆刑法于1997年修订时增加了侵占罪的规定,而大清新刑律草案第34章对侵占罪的规定已经非常详尽。在当时,侵占罪是一个外国新名词,但是冈田朝太郎认为,中国旧刑律实际上已经有侵占行为的规定,如消费受寄物、监守自盗等,所以并不是一个新罪。

广义的侵占罪,包括狭义侵占罪和拾取遗失物不还。狭义侵占罪的构成要件有三。一是侵占的是他人财物。二是,他人财物因一定权原移为自己持有。此权原可因律例之规定、当事者之契约或者是因管理事务。三是侵占行为指自己本无此权利而实施有权利者之行为,包括实施处分财物之行为、变持有之意思为所有之意思等。

对于职务侵占,即清律中的监守自盗,刑草同样纳入侵占罪中,只是予以更严厉处罚。发现遗失物,如果报官署或者返还失主,则不构成犯罪,如果意在自己占有而不返还的,构成侵占。

四

点校的过程是对断句、文字的推敲,更是阅读、学习的过程。点校熊元翰编辑的冈田朝太郎一书《刑法分则》,笔者有三点体会。

第一,丰富的法律史价值。该书就中国清末修律时期刑法分则的内容以及变迁予以清晰地阐述,对于当下学者了解中国刑法的历史发展极有帮助。

第二,深厚的社会学价值。冈田博士在分析每一类罪时都采用了比较分析的方法。将大清新刑律草案与原刑法进行比较,将中国的法律与日本及其他国家的法律比较,在论述过程中,经常是从社会、文化的角度分析法律规定存在差异的原因。读者在阅读过程中,不仅可以了解当时的中国刑法,也领略了清末中国社会风貌,包括制度、观念以及其他国家的社会情况。

第三,值得借鉴的写作风格。该书言简意赅,十多万字,对36类犯罪的罪种、构成要件、认定中应当注意的问题以及规定的不足之处等进行阐述。文字极简,用语甚精。这样一种文风是当前所有学者应当借鉴的:用最简洁的语言清晰地阐述复杂的理论。

夏 菲

于华东政法大学

凡 例

一、本丛书为“清末民国法律史料丛刊”之“京师法律学堂笔记”。由熊元楷、熊元襄、熊元翰编辑。

二、原书为竖排，现改为横排。原文中“如左”、“如右”之类用语，相应改为“如下”、“如上”等。

三、原书所用繁体字，现统改为简体字。异体字在不损原意的情况下，径改之。

四、原文无标点符号或标点符号使用不规范者，一律以现在通行之标点代之。

五、原书文字有脱讹倒衍者，点校者予以更正，并加注释说明。

六、原书对外来语之翻译文字，如国名、人名，一律保持原貌，加注释说明。

七、原书中有些字、词在现代汉语中依然保留其义项者，如“发见”、“豫审”等，一律不作改动。

八、原书无段落划分或段落划分不清者，在点校、勘校时做适当划分。

九、原书所引之事实、数字及其他相关资料确有错误者，加注释说明。

十、所有注释一律采用脚注，每页重新编号。