

主编 何勤华 殷啸虎

华东政法学院珍藏民国法律名著丛书

刑法总则讲义

著者 陈瑾昆

勘校 吴允锋



中国方正出版社

主编 何勤华 殷啸虎

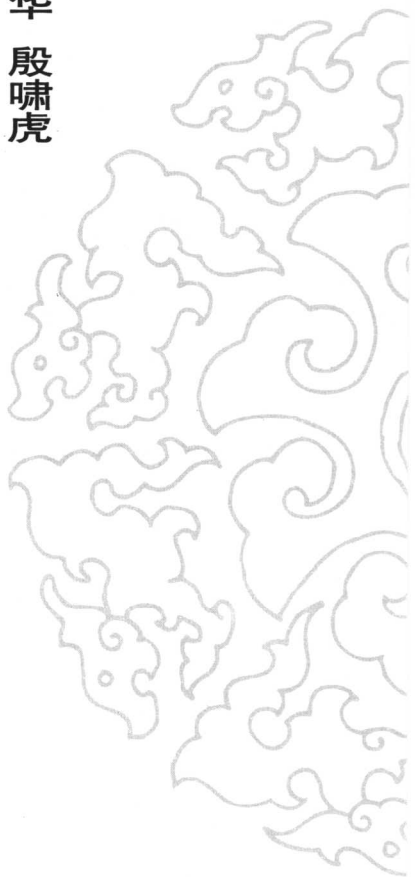
华东政法学院珍藏民国法律名著丛书

刑法总则讲义

著者 陈瑾昆

勘校 吴允锋

中国方正出版社



图书在版编目 (CIP) 数据

刑法总则讲义/陈瑾昆著. - 北京: 中国方正出版社, 2004.9
(华东政法学院珍藏民国法律名著丛书)

ISBN 7-80107-877-2

I. 刑… II. 陈… III. 刑法-总则-中国-民国 IV. D924.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 086941 号

华东政法学院珍藏民国法律名著丛书

刑法总则讲义

陈瑾昆 著

责任编辑: 陈学军 许 睿

出版发行: 中国方正出版社

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

发行部: (010) 66160950 门市部: (010) 63094573

编辑部: (010) 66166604 出版部: (010) 66510958

网址: www.FZPress.com

责编 E-mail: C-X-J@126.com

经 销: 新华书店

印 刷: 北京金华印刷有限公司

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

印 张: 11.375

字 数: 330 千字

版 次: 2004 年 9 月第 1 版 2004 年 9 月北京第 1 次印刷

(版权所有 侵权必究)

ISBN 7-80107-877-2

定价: 25.00 元

(本书如有印装质量问题, 请与本社出版部联系退换)

总 序

近代上海不仅是经济文化发展的中心，同样也是法学教育的重镇。据不完全统计，近代以来出版的法学著作中，至少有三分之二是在上海出版的。上海以其海纳百川的博大胸怀，为中国法学的发展，作出了与其地位相符合的巨大贡献。

新中国成立后，根据国家统一部署，由复旦大学、南京大学、厦门大学、安徽大学、震旦大学、上海学院、东吴大学法学院等校的法律系，复旦大学、南京大学、沪江大学、圣约翰大学四校的政治系，以及沪江大学的社会学系，合组成立了华东政法学院。这些院系原有的法学文献和资料也统一归并到华东政法学院。因此，可以说，华东政法学院汇集了原华东地区大部分的近代以来出版的法学书籍。虽然后来华东政法学院经历了“两落三起”的曲折历程，以及“文化大革命”的浩劫，但在学院历任领导和广大教师的努力之下，大部分法学书籍得以保存下来。这些书籍对于促进华东政法学院乃至上海地区的法学教育、推进和繁荣法学研究起了相当重要的作用。

然而，由于出版年代和当时印刷条件等方面的原因，这些书籍大多已经不便于翻阅，加上这些书籍多为“孤本”，从文献资料保存的角度而言，也一般都作为馆藏书而不再出借。这无论是对读者研究、还是对这些书籍作用的发挥，都是十分不利的。为此，在华东政法学院领导的关心、支持下，在中国方正出版社的帮助、策划下，我们决定对民国时期出版的一些至



今仍有较高学术价值的著作进行整理，并以“华东政法学院珍藏民国法律名著丛书”的形式勘校出版，以满足学术界以及法律院校广大师生学习和研究的需要。

本丛书的勘校工作由华东政法学院图书馆负责，参加勘校工作的主要是华东政法学院的教师、博士和硕士研究生。由于我们的学识有限，勘校过程中可能会存在这样或者那样的问题和缺陷，恳请广大读者批评指正。

何勤华 殷啸虎
于上海·华东政法学院
2004年6月

前 言

一

我国传统法律向以刑法见长，正如学者所言：“我国古代历来重视刑事法，言法谓律，通常指刑事法而说，刑事法的发达，远胜于民事法。”^①但是，一直以来，中国古代刑事法的发达并没有出现现代意义上刑法学的研究，而是表现为受儒家思想影响的传统律学。^②然而，法学近代化是一场波及、影响全球的法学变革和改制运动，中国自然不能不受其辐射波的影响。一般认为，二十世纪的中国刑法学是指十九世纪末二十世纪初西学东进以来受西方刑法制度和刑法学说影响而形成和发展起来的近现代法学。

中国刑事法律体系以及刑法学转型的基本标志是沈家本^③在二十世纪初引进西方立宪法治思想和现代法律体系，主持进行具有深远历史影响的变法修律运动。1906年，沈家本开始着手起草新刑律，并聘请日本刑法学家冈田朝太郎等为修刑律顾问。《大清新刑律》的起草筹备

① 《中国法制史》，台北三民书局1979年版，第17页。

② 中国古代有无法学，学术界历来未形成统一看法。如李贵连先生在其《二十世纪初期的中国法学》一文中认为，为区别古代与近现代法学的质的差异，将20世纪以前称为中国古代法学，20世纪以后称为中国近现代法学。而张中秋先生在他的《中西法律文化比较研究》（南京大学出版社1991年版）中认为，中国传统的法律学术是律学而非法学。梁治平先生也认为，沈家本先生所叙的中国古代的法学，乃律学而非法学，中国法学之兴，实始于本世纪初。

③ 沈家本：（1840—1913）清末著名的法律学家，字子敦，清代归安（今浙江吴兴）人，主要著作有：《刺字集》、《历代刑法考》等。



历时六年，七易其稿，于1911年终得以正式颁布。《大清新刑律》以现代刑法思想为观念基础，采用了西方国家（主要是德国、日本）刑法的基本原则和制度，是中国第一部现代意义上的刑法典。这部新刑律打破了封建律例刑民不分的格局，首次按照各国通例将刑律分为总则和分则。《大清新刑律》的制定与颁布极大地冲击和破坏了中国的封建法律和旧的风俗礼教，使中国刑法迅速与近现代各国刑法典接轨，从而顺利实现了刑法体系的转型。它标志着近现代刑法体系、刑法观念在中国的落地生根，是中国刑法现代化的发端。这也为民国时期北洋政府、国民党政府的刑事立法奠定了基础。

沈家本的变法修律运动未能挽救清王朝的垂危统治，《大清新刑律》刚刚颁布，尚未生效实施，辛亥革命爆发，以共和国立宪理念为建国基础的中华民国即告成立。中华民国自1911年成立起，经历了三个发展时期，即南京临时政府时期、北洋政府时期和国民党政府时期。民国时期进一步引进和移植西方的法律，并渗透到各个不同时期。每一个时期，刑法都进行了不同程度和规模的制定和修改，二三十年代是中国百年刑法史上刑事立法最为集中的时期。

民国初期，由于南京临时政府由于存续时间短暂，没有制定专门的刑事法律，它的刑事立法主要体现为其所发布的若干进行司法改革的刑法法令。先后颁布了《大总统内务司法两部通飭所属禁止刑讯文》和《大总统内务司法两部通飭所属禁止体罚文》，指出刑法的目的在于“维护国权，保护民安”，国家惩罚犯罪人并非为了报复私仇，也不是严惩以戒后来。惩罚的程度应该以“调剂个人利益与社会利益之平为准”，而不能苛求残暴，因而必须废除刑讯，重证据，重调查研究，而不轻信口供。同时，临时政府明令宣示《大清新刑律》除与民国国体抵触的条款失去效力外，其余的均暂行援用，并随后公布经过删修后的《大清新刑律》，改名称为《暂行新刑律》，通令全国适用。为了使《暂行新刑律》有与之相适应的施程序，南京临时政府随后颁布《暂行新刑律实施细则》，共10条。民国三年，大总统袁氏思以礼教号召天下，重典胁服人心，于是颁布《暂行新刑律补充条例》，共15条。其内容与晚清《大清新刑律》后所加上的《暂行章程》5条大致相同。

《暂行新刑律》既然属于暂行，也就说明是一时权宜之计，刑法作



为一个国家之重要法典，自然应该重加编撰，以示慎重。民国三年，法律编查会成立，首先提议修订的即为刑法典，当时聘请冈田朝太郎为顾问，草拟了《修正刑法草案》，该草案以《暂行新刑律》为模本，但这时期是袁氏专制之下，草案内容更重于强调礼教风俗，加重刑罚，该草案因历史原因未能决议公布。民国七年，政府设立修订法律馆，特派董康、王宠惠为总裁，由于袁世凯、张勋复辟失败，体现袁氏专制思想的《修订刑法草案》受到审查，刑事政策的调整同样成为必要，于是参考各国之刑法，结合中国实际情况，对《暂行新刑律》进行第二次修正，编成《刑法第二次修正案》，分为总则、分则两编，共 377 条。此修正案虽称之为改正案，但实际上立法时并没有因袭前暂行刑律以及民国三年的修正案，体裁到内容上均有诸多重要改进之处，在当时被称为“民国以来最完备之刑法法典”^①。但由于当时的北洋政府军阀割据，国家尚未统一，为避免法律适用上的不统一，因此该草案也终未能成为正式刑法典。

由于《刑法第二次修正案》既未颁行，南京政府初期继续沿用 1912 年的《暂行新刑律》，但由于该刑律所受非议颇多，而法定刑又极为广漠，很不利于司法适用。1927 年 4 月时任司法部长的王宠惠依据《刑法第二次修正案》编成《刑法草案》，提经国民政府发交国府委员伍朝枢、最高法院院长徐元诰会同王宠惠审查。经审查完毕，出具意见书，谓“该草案各编各章于中西法学家学说，及一切现情，斟酌损益，折中至当”^②。此后经过各审查委员的多次讨论和决议，民国政府中央常务委员会于 1928 年 2 月中下旬通过《刑法》全案，并函交国民政府于民国 17 年 3 月 10 日公布，并定于 7 月 1 日起施行，这就是后来 1928 年《中华民国刑法》。1928 年《中华民国刑法》分为 2 编，48 章，共 387 条。^③ 陈瑾昆的《刑法总则讲义》即是根据该刑法所进行的疏议。

需要说明的是，1928 年《中华民国刑法》由于成立仓猝，条文繁

① 参见谢振民编著：《中华民国立法史》（下），中国政法大学出版社 2000 年版，第 903 页。

② 参见谢振民编著：《中华民国立法史》（下），中国政法大学出版社 2000 年版，第 904 页。

③ 1928 年《中华民国刑法》的编章结构校者附在本书正文之后，以便查阅。



复，施行以来，各地法院经常函电司法当局或最高法院进行解释，且随着民法、商法等重要法律皆已完成，于是当局遂于1931年令立法委员刘克俊、史尚宽、郝朝俊等人组成刑法起草委员会，草拟《刑法修正案》。刑法起草委员会历时近三年，先后开会共计148次，易稿4次，较现行刑法新增40条，删去73条，修改之条文共269条，未改动的为45条，1934年修改完毕，1935年1月1日公布，1935年7月1日起施行。^①

一
一

本书是陈瑾昆根据民国1928年《中华民国刑法》所撰写的一部刑法总则讲义。该书首先在“绪论”部分就一些与刑事法有关基本概念进行了分析介绍，并指出“现时刑法学，如后所述，有新旧二派学派之争，其中各出有名将，各筑有坚，已成持久战，而有两不相下之势”，随后提出作者之研究方法：“故自刑法立法言之，固不能偏于一端，应同时注意于一国民族固有之伦理思想与社会现象，以期制立于一国民族最能适应而最能调和之法律；自刑法治学言之，亦不可囿于一派，应同时注意于一般科学方法应有之分析研究与实证讨论，以期创设于一国法典最为精当最为实用之法理；至于治刑法解释学者，尤应如前述，特加一注意，即不能将刑事政策与刑法解释，混为一谈。”^②并且著者在后文具体分析中也一以贯之该种研究方法。在本书的主旨部分即“本论”部分，著者以“刑法论”、“犯罪论”、“刑罚论”三编对刑法总则内容进行了全面、深入、系统的阐释，在介绍新旧各派在不同问题上的不同观

^① 参见谢振民编著：《中华民国立法史》（下），中国政法大学出版社2000年版，第919—944页。这部刑法分总则、分则两篇，四十七章，共357条，是民国时期政府六法全书之一，也是台湾地区的现行刑法。

^② 参见陈瑾昆著：《刑法总则讲义》“绪论”部分。



点，并大量引用前大理院判例、日本大审院判例、民国最高法院判例以及司法院司法解释等来予以分析，并提出自己在相关问题上的见解。

应该说，中国近二十几年刑法学获得了长足进展，出版了非常多带有浓厚注释刑法学痕迹的刑法教科书，其中不乏有不少优秀的刑法学教科书。陈瑾昆的《刑法总则讲义》，属于刑法教科书系列，但该讲义对刑法学相关问题分析之透彻，说理之深入，时至今日，在某种意义上说，本书仍不失为刑法教科书的典范。

陈瑾昆（1887—1959），中国当代法学家。湖南常德县人。1908—1917年留学日本，毕业于日本东京帝国大学法律系，获法学学士学位。归国后任北洋政府奉天省高等审判所推事和庭长，1918年任修订法律馆撰修，1919年任大理院推事，继任最高法院庭长。1933年曾任国民政府司法官。

1919—1938年间，陈瑾昆曾在北京大学、朝阳大学等校专任或兼任讲师、教授。抗日战争胜利后，于1946年携全家八口至延安。同年加入中国共产党。1947年在中共中央法律委员会工作，曾参加修订《中国土地法大纲》。1948年任华北临时代表大会代表，华北人民政府成立后，任政府委员兼华北人民法院院长。1949年9月参加中国人民政治协商会议，参与《共同纲领》的制定工作。中华人民共和国成立后，先后任第一届、第二届、第三届政协全国委员会委员，中央法制委员会副主任委员，中国政治法律学会理事会理事，最高人民法院委员、顾问等职，曾经参加1950年《中华人民共和国婚姻法》和1954年《中华人民共和国宪法》的制定工作。^①他主张社会主义中国应加强刑法的制订；在司法工作中坚持审判独立等观点，对新中国的立法起到了一定的促进作用。

陈瑾昆的著述除了《刑法总则讲义》外，还有《刑事诉讼法通义》、《民法通义总则》、《民法通义债编总论》、《民法通义债编各论》等。^②

^① 参见 <http://law-thinker.com/cgi-bin/yadian/dispbbs.asp?boardID=24&RootID=11700&ID=11700>

^② 关于陈瑾昆著述的一览表，校者在正文后附一图表。



三

除了陈瑾昆外，民国时期涌现了很多著名的刑法学家，如王宠惠、居正、王觐、郗朝俊、张知本、赵琛、蔡枢衡、瞿同祖等人均在民国时期的刑法学发展史上留下了深深的痕迹，为中国刑法学的发展做出了巨大的贡献。这一时期有代表性的刑法学著作主要有：王觐的《中华刑律论》、《中华刑法论总则》（三卷）、《刑法分则》；郗朝俊：《刑法原理》、《刑律原理》；陈瑾昆：《刑法总论》、《刑法总则讲义》；赵琛：《刑法总则》；蔡枢衡：《刑法学》等。

王宠惠曾主持北洋政府和南京国民政府的立法、司法工作，在宪法、刑法、民法等方面均有深入研究，他在当时的刑法修订和起草过程中起了非常重要的作用。他敏锐地观察到了刑法与民法在法律沿革中的互动关系，其中刑法是为了制裁犯罪，并极为赞赏英国法律史家梅因所说，一国的文化，是要看其民法与刑法的比较即可知道，半开化国家的民法少而刑法多，进步国家民法多而刑法少，王氏的这种论断实际上反映出刑法随着社会文明的进步而逐渐所呈现出来的谦抑性、经济性和最后手段性。

居正曾长期从事民国政府的立法工作，在刑法方面体现出很深的造诣，他对于民国期间的刑事立法进行了批判总结，认为《大清新刑律》以及民国时期的第一次、第二次刑法修正案等东抄西袭缺乏中心思想，而对于后期的国民政府刑法，他则基本持肯定态度，在此基础上，他提出要重建中华法系的主张，其所要建立的中华法系的中心思想是提倡社会由礼治进入法治，但仍然要肯定礼在社会中的作用，辅助法律治理，要大力宣扬孙中山的“八德”和蒋介石的“四维”。同时他还认为犯罪是由于社会原因造成的，因重视对犯罪任教育感化，基于这种认识，他提出了废除死刑和改良监狱两大主张。



王觐早年留学日本，师从日本著名刑法学家、主观主义大师牧野英一博士，是一个主观主义和目的刑论者。他依据民国初期的《暂行新刑律》而著《中华刑律论》，并在1928年《中华民国刑法》颁布后，对《中华刑律论》进行了修订，改名为《中华刑法论》，这本书不仅是对现行法条的注释，而且较为系统地评价了西方刑法学说。王觐提倡主观主义的刑事责任理论，在对罪刑法定主义和罪刑擅断主义进行批判的基础上赞同相对罪刑法定主义理论，提倡刑事类推解释，认为重刑并非预防犯罪的良策，进而指出废除死刑是刑法发展之大趋势。

郝朝俊是南京国民政府时期的司法官、法学教授，曾参与起草1935年《刑法》。《刑法原理》是他的代表作，他的刑法主张、思想主要体现在这本书中。在该书中，他深入探讨了刑法之基本原理、刑法条文的确切含义，分析评价了各种刑法学说。他认为犯罪是人类社会不可避免的现象，因而提倡减少而非消灭犯罪的刑事政策观；区分类推解释和法律解释，提倡罪刑法定，反对对刑法进行类推解释。

另一个与陈瑾昆同时代而且在民国时期刑法学史上写下浓浓一笔的则当属蔡枢衡。蔡氏一生著述主要集中于刑法学、刑法史、法理学，其刑法学研究著述以1933年在《法律评论》发表“行刑之将来”一文开始，陆续在各种杂志上发表了“刑法修正案初稿批评”（连载）、“教育刑主义概观”、“刑法文化之展望”、“罪刑法定主义之立法及其解释”、“三十年来中国刑法之辩证法的发展”、“罪刑法定主义检讨”、“未遂犯与客观主义及主观主义”等，于1936年由法律评论社印行抽印本，1943年在西南联大法律系任教时出版《刑法学》。^①除此之外，蔡氏还有刑法总则、刑法分则、监狱学等授课讲义，都未曾出版，现大都已散落了。蔡氏的刑法思想及其刑法学体系都是围绕着如何具体应用于中国而展开。他将刑法定位为第一次规范的保障法，避免了中国过去泛刑化的毛病，保持刑法在法律体系中的谦抑性。^②蔡氏详细的研究了欧洲刑法和中国刑法思想的变迁，他认为刑法思想一面为社会经济组织和社会

^① 参见孔庆平：“蔡枢衡的刑法思想研究”，载陈兴良主编《刑事法评论》（第九卷），中国政法大学出版社2001年版，第352—353页。

^② 参见梁根林、何蕙新：“二十世纪的中国刑法学”（上），载《中外法学》1999年第2期。



生活的产物，同时为国家生活及政治生活的产物。针对罪刑法定主义，蔡氏认为撤销罪刑法定主义之明文规定与准许类推解释将为今后中国的归宿，但现行刑法并未达到这一阶段，因此仍必须坚持罪刑法定主义，以保障民权。^①

民国时期是二十世纪中国现代刑法学史上的一个非常重要的时期。这一时期，随着众多刑法学家引进、介绍、评介大陆法系刑法制度和刑法学说，中国现代刑法学体系初步得以形成，并在诸多的刑法基本理论问题的研究上取得了相当的成就，对于指导民国时期的刑事立法、司法以及推动进一步研究都起到了非常重要的作用。但是我们也不得不承认，民国时期的刑法学也存在着诸多的不足，表现为典型的移植刑法学，对西方主要是大陆法系德国、日本等国的刑法学说，不加分析和批判，不经中国现实社会经验的证明，即盲目地加以照搬和移植。

四

本书勘校过程中，需要说明的是：

一、本书勘校所依据的底本，系由北京好望书店于1934年（民国23年）出版发行，竖排繁体铅印之“丛书本”。

二、原书注释系采段末注，现统一改作脚注。原书涉及旧式人名、地名译名者，为数较多，校者一般均在查核后根据通行译法直接在正文中校正。如未能查核者，则保存原貌。

三、原书使用之民国纪年，因多数系为表称所引判例，为读者诸君据以查阅之便，未予改动。其余涉及国史年号纪年及日本国天皇纪年之处理亦同。

^① 参见孔庆平：“蔡枢衡的刑法思想研究”，载陈兴良主编《刑事法评论》（第九卷），中国政法大学出版社2001年版，第362—364页。



四、原书标点与现今通行之标点略异，为阅读便，酌情略加变动，不另行注明。

五、原书对于很多法律名词、术语等均用德文予以标示，鉴于校者不懂德文，为保留原貌，校者均一一照底本勘校。

六、本书勘校中其余的相关技术处理参看本丛书“凡例”，不另一一说明。

本书的勘校得到了华东政法学院图书馆各位老师、华东政法学院何勤华教授、殷啸虎教授等各位老师以及中国方正出版社陈学军先生的大力支持和帮助，在此一并表示我们诚挚的谢意。此外，尤需说明的是，由于学识和时间等各方面条件的限制，尽管我们尽可能严肃认真诚惶诚恐的去做这一极需功力、耐心和时间的工作，但错漏不当之处仍在所难免，诚望读者诸君批评指正。

吴 允 锋

二〇〇四年六月于沪上苏州河畔

目 录

绪 论

第一编 刑法论

- 第一章 法之观念..... (6)
- 第二章 刑法之沿革..... (11)
- 第三章 刑法之学派..... (17)
- 第四章 刑法之渊源..... (20)
- 第五章 刑法之效力..... (26)
 - 第一节 概说..... (26)
 - 第二节 关于时之效力..... (26)
 - 第三节 关于地之效力..... (34)
 - 第四节 关于人之效力..... (44)
- 第六章 刑法之解释..... (47)
 - 第一节 概说..... (47)
 - 第二节 文例..... (50)
 - 第三节 时例..... (56)
- 第七章 总则与分则及他法令之关系..... (59)

第二编 犯罪论

- 第一章 犯罪之观念..... (61)
- 第二章 犯罪之主体..... (67)
- 第三章 犯罪之客体..... (72)



第四章 犯罪之要件	(75)
第一节 行为	(75)
第二节 责任	(92)
第三节 违法	(140)
第五章 犯罪之状态	(170)
第一节 概说	(170)
第二节 未遂罪	(171)
第三节 共犯	(189)
第四节 累犯	(232)
第五节 并合论罪	(241)
第六章 犯罪之种类	(267)
第七章 犯罪之时及地	(271)

第三编 刑罚论

第一章 刑罚之观念	(274)
第二章 刑罚之种类	(283)
第一节 概说	(283)
第二节 生命刑	(286)
第三节 自由刑	(288)
第四节 财产刑	(291)
第五节 名誉刑	(295)
第三章 刑罚之适用	(297)
第一节 概说	(297)
第二节 主刑之重轻	(299)
第三节 从刑之科处	(300)
第四节 科刑之标准	(301)
第五节 刑罚之加重减轻免除	(303)
第四章 刑罚之执行	(316)
第一节 概说	(316)
第二节 缓刑	(320)
第三节 假释	(325)



第五章 刑罚之消灭·····	(329)
第一节 概说·····	(329)
第二节 时效·····	(332)
第六章 保安处分·····	(338)
附录一：1928年《中华民国刑法》目录·····	(341)
附录二：陈瑾昆著述一览表·····	(343)