

刑。事。法。律。精。萃。第。四。卷。主。編。何。勤。華。李。秀。清。法。律。出。版。社。出。版。



法律出版社

# 民国法学论文精萃

## 刑事法律篇

主编 / 何勤华 李秀清

(第四卷)



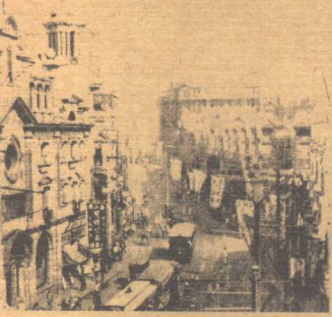
工商業發達以來資本恒患過盈生產恒患過剩其勢滔滔靡知  
 日繁地小不足自贍且工商興而農日病昔之居田舍業稼穡者今皆舍耒耜而  
 闖集都市役身為傭故荒蕪之地日多民益乏食其恃以為養者秦牛仰給他國  
 夫當承平無事之日固不為害然苟遇戰爭則敵人一絕其糧道而舉國啼飢矣  
 其禍之中於國家者云胡可算在今日商工既盛之後勢固不許復移資本於農  
 是國家無時而獲安謐也況乎諸國競行保護貿易各欲伸其所生產而屈人之  
 生產關稅之牆壁日高即市場之範圍日狹其道雖兩弊乎然強者與強者遇  
 產物而消費其工業品則一也故爭以過盈之資  
 殖此等土地先以之為生計上之隸屬國漸乃變

# 民國法學論文精萃

甚低或未  
(第四卷)

## 刑事法律篇

主編 / 何勤華 李秀清



## 图书在版编目(CIP)数据

民国法学论文精萃. 第4卷, 刑事法律篇/何勤华, 李秀清主编.  
—北京: 法律出版社, 2004. 3  
ISBN 7-5036-4760-4

I. 民… II. ①何…②李… III. ①法律-中国-  
民国-文集②刑法-中国-民国-文集  
IV. D929.6-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 010237 号

责任编辑/刘伟俊	装帧设计/于佳
出版/法律出版社	编辑/法学学术出版中心
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/北京北苑印刷有限责任公司	责任印制/陶松
开本/A5	印张/16.625 字数/427千
版本/2004年12月第1版	印次/2004年12月第1次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	电话/010-63939796
网址/www.lawpress.com.cn	传真/010-63939622
法学学术出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn	
读者热线/010-63939687	传真/010-63939701
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
传真/010-63939777	客服热线/010-63939792
网址/www.Chinalawbook.com	电子邮件/service@Chinalawbook.com
中法图第一法律书店/010-63939781/9782	中法图北京分公司/010-62534456
中法图上海公司/021-62071010/1636	中法图苏州公司/0512-65193110
书号: ISBN 7-5036-4760-4/D·4478	定价: 32.00元

## 凡 例

一、本丛书系有选择地整理民国时期(包括少量清末时期)经典法学论文,不作有损原文的改动,只作适当的技术性加工。

二、原文为竖排版者一律改为横排,原文中的“如左”、“如右”等用语,相应改为“如下”、“如上”等。

三、原文繁体字改为简体字。

四、原文无标点符号或标点符号使用不规范者,一律改为新式标点符号。

五、原文所使用的年代,如“民国十年”相应改为“1921年”,或在文中第一次出现时在括号内作一说明。

六、原文所使用的专有名称、专门术语等相应改为现在通用的提法。

七、原文无段落划分者,适当划分段落。

八、原文明显错误的事实、数字、名称及其他引用材料,酌加改正。

## 序

民国时期,是中国近代法形成并最终定型时期。在该时期,中国不仅制定了一大批法律和法规,初步形成了近代法律体系,而且推出了众多研究法律、阐明法理的论著。这些论著中,虽然有不少带有明显的时代局限性,但也不乏优秀的精品,它们是中国法和法学史上一笔宝贵的财富。

两年前,为了完成上海市重点科研项目《外国法与中国法——20世纪中国移植外国法的反思》,我们查阅了众多民国时期的法学论著。我们发现,由于时间的流逝以及保存条件的局限,这些论著有些已成为孤本(孤篇),有些纸张发黄、发脆,轻轻翻动即会破裂、掉页,面临着湮灭的危险。对此,我们非常心疼和焦急,当时就萌发了将这些论著尤其是其中的精华编辑整理重新出版的想法。

非常幸运的是,当我们将上述想法告诉法律出版社的领导时,得到了贾京平总编和杨克主任的热诚支持。大家商议的结果,达成了如下共识:在民国时期上万篇论文中,精选出500余篇优秀论文,以《民国法学论文精萃》的名义分专题编辑成册,陆续出版。这些专题为:

第一卷:基础法律篇

第二卷:宪政法律篇

第三卷:民商法律篇

第四卷:刑事法律篇

第五卷:诉讼法律篇

第六卷:国际法律篇

本书作为第四卷,收录的是民国时期刑事法律方面的论文,共

39 篇。

由于民国时期法学论文数量众多,全文选入的只能是其中的极小部分,还有大量未被选入的论文,我们就制作成目录索引,附在书后,以方便读者进一步查阅、使用。

对于所选入的论文,我们除了在每篇前面加了一个编者按,对文章的要点、作者生平事迹等作极为简要的说明,将繁体字改为简体字、异体字改为通用字,订正个别错误,以帮助读者阅读理解之外,我们未作任何改动,以保持该论文发表时的历史原貌。

华东政法学院外国法制史专业博士研究生陈灵海、硕士研究生徐清、郑志、赵丹、王沛、朱淑丽、张彬、徐震宇、游云庭一起参与了本卷的编辑整理工作,其分工,都在每一篇论文之后,在括号内注明。当然,对于全书可能出现的问题,则由我们两位主编承担责任。

由于本书编辑的工作量比较浩大,我们又是第一次从事这样的工作,加上对民国法制史的知识不够深厚,因此,本书的缺点和错误在所难免,祈请读者能够予以谅解,并多提宝贵意见,以便在再版时能予以改正。

何勤华 李秀清  
于上海·华东政法学院  
2002年7月15日

## 目 录

### 序

1. 刑法文化 ..... 蔚 庭( 1 )
2. 唐虞夏商刑法研究 ..... 曹树钧( 8 )
3. 新旧刑律比较概论 ..... 董 康( 17 )
4. 论中华民国刑法修正案初稿之得失 ..... 胡毓寅( 24 )
5. 刑法修正案的八大要点述评 ..... 梅汝璈( 36 )
6. 我对于《刑法修正案初稿》之意见 ..... 江镇三( 47 )
7. 近代刑事学说及学派之变迁 ..... 王去非( 53 )
8. 刑事社会学派之社会的根据与社会的意义 ..... 黄得中( 81 )
9. 刑法之人道学派 ..... 谢光第( 95 )
10. 教育刑主义概观 ..... 蔡枢衡( 107 )
11. 犯罪学之基础观念 ..... 镜 蓉( 120 )
12. 犯罪心理之概论 ..... 蔡炳南( 145 )
13. 刑事责任理论的检讨 ..... 许鹏飞( 152 )
14. 刑事赔偿制度之法理观 ..... 刘陆民( 161 )
15. 罪刑法定主义之历史的并理论的考察 ..... 张芝振( 169 )
16. 罪刑法定主义之立法及解释 ..... 蔡枢衡( 180 )
17. 法人犯罪之研究 ..... 马存坤( 198 )
18. 现代刑法上犯罪故意与责任能力标准之探讨 ..... 李开棣( 216 )
19. 现代刑法上犯罪故意与责任标准之观察 ..... 徐恭典( 227 )
20. 累犯之本质 ..... 镜 蓉( 232 )
21. 刑罚之时代的变迁 ..... 陈应机( 248 )

22. 刑罰權的沿革和作用 .....	姜 文(259)
23. 易科罰金之研究 .....	王自新(268)
24. 緩刑的研究 .....	蘇克友(285)
25. 緩刑制度之研究 .....	張志寰(297)
26. 假釋制度比較論 .....	胡長清(305)
27. 刑法上保安處分之研究 .....	林亞軻(321)
28. 保安處分與刑罰 .....	胡長清(340)
29. 保安處分與刑罰 .....	[意] Enrico Ferri 著、羅重民譯(349)
30. 刑事政策之科學化 .....	陳文藻(354)
31. 刑法之國際化的傾向 .....	趙韻逸(361)
32. 二十世紀之刑法思想 與制度 .....	[日] 牧野英一著、述文譯(374)
33. 歐洲最近之行刑思潮 .....	Trorsten Sellin 著、李述文譯(399)
34. 法蘭西刑法之發達 .....	[日] 牧野英一著、張蔚然譯(411)
35. 英國刑法之普通觀念 .....	[英] Edward Jenks 著、倪德修譯(422)
36. 瑞士刑法草案中保安處分之規定 .....	翁率平(430)
37. 各國立法例遺棄罪之比較研究 .....	..... [法] 寶 道著、胡文柄譯(437)
38. 墮胎與露西亞刑法 .....	謝光第(443)
39. 評墨祖賈 (Mezger) 之動學的 犯罪理論 .....	[日] 木村龜二著、王學文譯(453)
附錄：民國時期刑法論文篇名索引 .....	(459)



## 1. 刑法文化

**编者按：**本文概述了随着社会经济制度和文化的变迁，刑法文化的进步。其发展流程大致为：从原始时代团体内部家长的处罚权及团体外部部族复仇的权利和义务，到赎罪制度的确立，再到十字军东征后罪不可赎。最后，作者比较了资本主义罪刑法定原则及苏俄类推适用的不同，并得出结论说：三民主义阶段之刑法与二者俱有类似之处。

本文发表于《新建设》第2卷第7—8期，1935年。作者蔚庭，具体生平不详，除本文外，还曾发表文章《民法上之侵权行为与债务不履行之研究》等。

## 刑法文化

蔚庭

刑法所以防民，亦将以宜民，所谓宜民者何？适于时用之谓也。吾国刑法法典，自清律以来，迄今已数经修改，刑律之成，成于晚清，洎入民国，不合国体，况人事日新，习法者亦渐觉其不适时用矣；于是由刑律一变而为刑法焉。自一九二九年颁行以来，实行之时，不过五六年，客岁立法院又以现行刑法，立法时间之仓促，及审议不详之故，遂于去年十二月复有刑法修正案初稿之草成。由法律之稳固性言之，修正频繁，良非所宜，然法律之根本，原在于适合社会之要求。社会之基础，既已发展，其法律关系自亦不能不随之而变化，尤其在此企图脱离封建社会防止资本主义之阶段，以入于大同社会之中国革命过程中，其法律之使命，更非浅鲜也。于适应时代要求之外，更须有促进社会之精神，故刑法虽数经修正，适所以证明社会进化革命进展焉。自一千八百一十年法国革命成功颁行其刑法典后，刑事制度已由擅专主义进为法定主义，刑法与清律之不同者，即君主主义与民主主义是也。此外其他基本原则，亦无所变更，现行刑法，形式上虽为三民主义领导下之产物，实际上现行刑法修正点，亦不过集历次修正案之大成，而其内容大部分可谓全属清律刑律，立法当时疏漏欠妥之处甚多，职是之故，其修正之也，亦不出乎整理与修饰之范围矣。

由清之清律，以至刑法修正案初稿，其间已修正数次矣。修正案一次，即有一次之进步，此为明显易见之事实，尤其去年修正初稿，乃系依三民主义而修正者，尊重男女平等之原则，例如男女婚后，应互

负贞操之义务。依现行刑法二五六条之规定仅于有夫之妇与人通奸者处刑，而于有妇之夫则否，殊属不符男女平等之精神。刑法修正案初稿则不然，于二二八条规定有配偶者处刑，使夫妻互负贞操之义务，斯乃当然。此为刑法修正进化之一点也。然三民主义之新中国建设，现仍在进行中，其法律文化之创造，尚希待于今后之努力，如欲创造三民主义之法律文化，必须先完成三民主义社会组织而后已。三民主义之社会组织不完成，法律虽进步，亦恐于事实上有不合之处，故于此革命过程中之刑法草案，应与将来中国刑法之条件资格相适合，始合于三民主义之原理原则而不背事实也。

法律须社会化于某种社会之下，须适用某种法律，于某时代之下，应依据某种主义，学者不可疏忽者也。矧法律为社会经济制度之反映，在某种社会经济制度以及文化阶段之下，如其基本条件未成熟，而其法律思想与法律形态自不能发生变动也。如其物质之基础已进展而入于新阶级时，其组织上之新关系，当然即刻反映于当时之观念形态矣。现在各国之经济组织，大概多由于原始共产主义进化为私有财产制度，即现今帝国主义之阶级，亦莫不由原始共产主义而进化者也。其反映于法律进化史上之轨迹，虽因时间而不同，因空间而有异，然其法律进化过程均受同一原则之支配，与社会经济变迁有共同之要素则一也，良以法律进化之过程，依一般学者主张，即由不文法进而为成文法，由秘密法进而为公示法，由义务本位进而为权利本位，以及公法起源先于私法等之原则。由是以观，刑法之进化，不仅由不文法进为成文法，由秘密进为公示法。其起源及进化自亦先于私法焉。刑法及其理论进化之途径，系由反动的报应主义进为自觉的目的主义，由一般预防主义进而为主观的特别预防主义，现代之刑法，即被此目的主义及特别预防主义所支配矣。

溯至原始时代之刑罚关系，有团体对外及对内之两种关系。对内关系即族长有支配并处罚其部下之权限，有似今日家长对家族之亲故关系，至其对外部族与部族间之互相复仇，有如今日之战争。就形式观之，谓其部族间的复仇为今日刑法之滥觞，不如谓部族内的制

裁为刑法之原始较妥也。然彼时部族间之范围，并无一定界限，往往由小部族结合而成较大之部族，由较大之部族再结合而成更大之部族，因之此小部族间之对外关系，在另一方同时即为大部族之内部问题矣。故对外之复仇实为刑法一面，即按一般学说，亦认个人与个人间，或家族与家族间之一方对于他方侵害行为之报复作用也。上古时代以团体而为生活，其团体生活之单位，为血族之集团，血族如有受他族侵害之时，全体部族即有复仇之权利及义务。个人之行动，即为团体所限制，如违反限制时即受部族之处罚，故其刑罚之形式，多以部族间之血族奋斗为主。及后各部族渐此团结之结果，较大及更大之部族渐次增加内部各家族或血族间之复仇，因维持大部族全体之秩序及利益，遂亦渐失其存在之必要。新法律规范之要求而产生，大部族内之各家族及血族间之复仇，因而被限制之。此种限制内部奋斗之事实，即为法律规范最初之典型。刑法文化即由此而渐进化也。

刑法胚胎于复仇最初之复仇，直接以个人之报应感情为基础，复仇之行为当时，不受第三者之限制，迨后生产渐次发达，中央集权次第确立，因而复仇亦进步，而有限制，如复仇有一定之范围，复仇须经公众许可；彼时认为犯罪不仅侵害个人利益，且有损于团体之利益，故设此等限制，使私力公权化，并趋于自觉反省之途径。因社会进化商品发达之结果，流血复仇即渐失其价值，因而有效之复仇方法，由流血进而为损害赔偿，损害赔偿最初实行之时代，施行复仇或受领赔偿，一任当事者之自由选择，成为法律上之义务而已。今已进化至赔偿损害，金额之多寡，亦均须依据法律之规定矣。及至复仇之末期，犯罪行为因国家权力之发达，于是成为不可赎之罪，而与可赎之罪由此即生区别，盖犯罪行为与国家社会均有莫大之关系故也。此时国家权力虽特为增涨，然而一部分赔偿金之权利为君王所把持，所以赔偿金额恒为君主与被害者平均分配，及后双方数额渐生差别，最终则为互相独立遂产生罚金制度民刑责任之分化，即从此而告成也。要之，复仇因时代有不同，乃由于行使复仇权利主体变更之所致。前所

谓变更，即指进化而言，最初复仇主体即为个人或家族，进化至今，国家之刑罚权，即成为刑法思想之中心，刑罚权为统治权作用之一，国家应有享有之权力也。国家为维持自己之存在，于是生统治权，统治权为国家之生命，刑法权即国家之威力也。无威力之国家，不能存在，国家有刑罚权故生刑法焉。

关于刑法文化之进步，由前所述，可知已由复仇时代进而至于威吓时期矣。刑罚威吓之目的，吾人可由社会学之立场而观察之，乃因彼时之国家制度发达未久，其基础尚未巩固，每生动摇之弊；故为保护其制度之长久计，毫无顾虑个人人格之余裕。如再由社会经济方面观察之，彼时之社会生产，仍在手工业时代，其个人之生产力，较诸工业时代，当为薄弱；而个人之人格自不能得充分之评价。加之封建社会之经济组织为奴隶经济时代，生产者与统治阶级发生主从关系，所以非有威吓主义之残酷，不能收统制之效果也。自十字军之役后，社会上发生种种阶级，无业者、浮浪者于是大为增加，形成一种犯罪阶级，前此之赔偿制度，对于此类人已失其效力，故为取缔无产阶级之目的，身体刑及死刑于以产生；而赔偿制度，因之多被废弃，向为可赎之罪，亦变之为不可赎也。此时代之事件处理，多为擅专主义所支配，各国法典仅为上级机关对于下级机关之命令，罪刑如何决定，一任执法者自由判断之；国民不但不能根据法律以抗辩，而其法律之内容，亦不能预先稍知其大概，其诉讼方式则纯采纠问主义，以法官职权之自由行动而为根据，其刑罪之适用，自不能不陷于不公偏颇之状态焉。

及后因生产方法之发达，于是个人自觉之思想，在政治方面要求法治，在社会方面要求自由，罪刑法定主义因之产生，而亦随第三阶级革命成功出现矣。至十八世纪后期，资本主义经济组织之优越性，克服封建的经济制度，政治方面脱离封建束缚，而要求自由之希望，乃成为当时思想界共同之目的矣；天赋人权之学说，亦成为政治构造之基本原理。职是之故，个人非为国家而存在，国家乃为个人而成立之理论，遂成为各种制度批判之准绳。于是自由平等博爱之原则，乃

为当时社会之最高理想，因之残酷之刑罚制度，此时不得受重大之改革，而博爱时代，即由是而出现焉。在此时代因当时各国执法者处罚犯人，不但可以不依法律，即法律之解释，亦可自由类推适用。甚至如果法律不明时，裁判官尚有补充法律之权限，因之法律虽无明文，法官亦不妨任意科以死刑。然自法国革命成功，造成自由平等博爱趋势，于是自由主义者要求刑法须有明文规定，处刑非依法律不可，即何种犯罪应科何种刑罚，国家须预先规定于法律。自此以后，自由思想所及之处，即罪刑法定主义所推行之地也。又因封建时代诸侯与农奴身份之差异，故刑法专采擅专主义，此种主义，因身份之不同，而科以差别之处分，人民在法律之下，并不平等，于是罪刑等价主义，亦即于此出现。然此种主义复因社会之进化，不久又归消灭。盖在等价法则开始为计划经济所包容之际，刑法欲达其防卫社会之目标，已不如前此仅依判决执行刑罚，即可了事，所以有起诉犹豫，宣告犹豫，以避免罪刑之裁判，有缓刑以延缓刑罚之执行，有假释以纵短判决之刑期，因之同性质的犯罪，不必受同性质的刑罚之制裁；而同量刑罚之判决，亦不必受同量之照行，其加重减轻，完全因事制宜，任由法官之自由裁量，绝非法律所能预先规定，其裁量之标准，一以是否适于保护社会之目的以为断，所以罪刑等价主义，在此时代已行消灭矣。良以犯罪之扑灭，原在于消灭犯罪之原因，而犯罪之原因，非仅存于个人，环境亦有密切之关系；犯罪之防压，非先究明原因不能预定处置，于是刑事政策之树立，成为现代刑法之重心矣。

在近世纪之初，因苏俄无产阶级革命之成功，世界上社会经济组织，已形成资本主义刑法与苏俄刑法文化之不同。前述现代资本主义刑法，不过只表示现代刑法文化之一面，兹再就以个人主义为前提之罪刑法定主义言之：在苏俄一九二七年刑法上，个人主义之罪刑法定主义，非仅根本丧失地位，并因防卫社会，特许类推解释；而调和个人与社会为理想之资本主义，其最进步之刑法理论，亦不能与之并为一谈。本来资本主义国家的刑法上，罪刑法定主义是前期资本主义的根底，教育刑主义则为前期资本主义的产物，而在苏俄只有统一全

阶级之行动,并无单独各个人之自由,尤其以发展资本主义为历史使命之罪刑法定主义,对于共产主义社会之形成,实无益而有害,其刑法上无复罪刑法定主义存在之余地,甚属显然也。惟因其目的在于共产主义社会之形成,故凡有妨碍其理想之实现者,为防卫起见,虽法无处罚之明文,亦许其类推实用,斯即成为苏俄现阶段刑法之特色耳。

当今世界上之资本主义刑法,与苏俄刑法,其主义既不相同,则其目的自有差别。然则中国究与何种主义有类似相同之处耶?吾国既以三民主义而立国,三民主义革命之目的,在于从封建社会之解放:三民主义之革命,并非为第三阶级或第四阶级之革命,而与此等革命,均有关系,故三民主义过程中之刑法,有与资本主义国家刑法相同之处,亦有与社会主义刑法类似之点,而对于三民主义之理想仅为过渡手段一点,则与苏俄现阶段刑法对于共产主义目的之性质,完全相同。所以我国三民主义革命现阶段之刑法,不仅包含“个人自觉”与“社会发现”双方之结晶,且带有革命过程之性质,负有促进并完成大同之使命也。

(郑志)

## 2. 唐虞夏商刑法研究

**编者按:**本文主要考较唐虞、夏商时期的刑法主义与刑罚种类。作者认为,在唐虞时代,刑法主义为公允、慎省,刑法种类为主刑与附刑。夏商时代,刑法主义在盛世时沿袭唐虞,衰世时刑法背谬;刑罚种类盛世时因袭唐虞,衰世时刑罚酷烈。文章每部分都有大部古籍资料在列。

本文发表于《法律评论》第 258—259 期,1928 年 6 月。作者曹树钧,具体生平不详,除本文外,还曾发表文章《亲属范围及亲等计算》、《英国侵权行为立法例大纲》等。



## 唐虞夏商刑法研究

曹树钧

### 一、刑之主义

#### 第一节 唐虞时代

唐虞时代,刑之主义有二:一曰刑省公允,二曰刑尚慎省。

(一)公允 刑尚公允之意有二:(一)曰刑有定则,(二)曰刑有权赦。

(1)刑有定则 何者为罪,何刑应科,法条明为订定,犯则依法惩治。

《舜典》“象以典刑”。《孔传》云:“法用常刑,用不越法”。

法之规定,既取其显明。

《益稷》“象刑惟明”。《孔传》云:“施其法刑皆明白”。

刑之科罚,尤贵夫适当。

《皋陶谟》“天讨五罪,五刑五用哉”。《孔传》云:“言天以五刑五罪用五刑,宜必当”。

(2)刑有权赦 犯罪固应科刑,犯某罪固应科某刑,然有出于故意,或有出于无心,等视齐观,殊违正义。

《舜典》象以典刑句。《孔传》云:“五刑虽有常法,所犯未必当条,皆须原其本情,然后断决;或情有差降,俱被重科;或意有不同,失出入;皆是违其常法。”