

主编 何勤华 殷啸虎

华东政法学院珍藏民国法律名著丛书【第二辑】

中国新刑法总论

著者 陈文彬

勘校 夏菲

中国方正出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

中国新刑法总论/陈文彬编著. —北京:中国方正出版社, 2008. 1
(华东政法学院珍藏民国法律名著丛书)

ISBN 978 - 7 - 80216 - 317 - 1

I. 中… II. 陈… III. 刑法 - 研究 - 中国 IV. D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 159033 号

华东政法学院珍藏民国法律名著丛书 (第二辑)

中国新刑法总论

陈文彬 编著 夏菲 勘校

责任编辑: 陈学军 贾奕琛
责任印制: 郑 新

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) 66560933 门市部: (010) 66562755

编辑部: (010) 59596615 出版部: (010) 66510958

网址: www.FZPress.com.cn

责编 E-mail: pound007@sina.com

经 销: 新华书店

印 刷: 北京京安印刷厂

开 本: 880 × 1230 1/32

印 张: 10.5

字 数: 288 千字

版 次: 2008 年 5 月第 1 版 2008 年 5 月北京第一次印刷

(版权所有 侵权必究)

ISBN 978 - 7 - 80216 - 317 - 1

定价: 22.00 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，做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。

丛书第一辑十二本自去年出版之后，受到了学术界和法律实务界的广泛好评，也得到了法学、历史学、政治学和社会学等各个专业师生的认可，这给了我们以极大的鼓舞。针对这一形势，我们又组织力量，继续整理、校勘，推出了本丛书的第二辑（十二本），其中有王宠惠的《中华民国刑法》，吴经熊的《法律哲学研究》，黄右昌的《罗马法与现代》，李祖荫的《比较民法——债编通则》等，以进一步满足读者的需要。

本丛书的勘校工作仍由华东政法学院法律史研究中心和图书馆负责，参加勘校工作的主要是华东政法学院的教师及其他研究人员。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
2006年4月

序

《中国新刑法总论》是民国时期出版的一本重要的刑法学专著，与王觐著《中华刑法论》（北京朝阳学院 1927 年初版）^①、郗朝俊著《刑法原理》（上海商务印书馆 1928 年版）、赵琛著《新刑法原理》（上海中华书局 1930 年版）、江镇三著《刑法总论》（上海法政学院 1931 年版）、陈瑾昆著《刑法总则讲义》（北平好望书店 1934 年版）^②、俞承修著《刑法总则释义》和《刑法分则释义》（均为上海会文堂新记书局 1936 年版）、许鹏飞著《比较刑法纲要》（上海商务印书馆 1936 年版）、郭卫著《刑事政策学》（上海法学编译社 1933 年版）等一起，共同支撑起了中国近代刑法学的理论大厦。^③

作者陈文彬（1904—1982），日本法科留学生，回国后曾任复旦大学法律系教授、主任。1949 年新中国成立后，任全国政协委员，商务印书馆编审。除继续从事教学、科研和编审工作之外，还热心于法律普及和法律人才的培养事业。1956 年 12 月，上海市法学会创立时，他与中国近代著名法学家江庸（1878—1960）等五人，一起被选为副会长（当时会长是曾与邓小平同志一起发动右江起义的老革命家雷经天。雷先生时任华东政法学院院长）。在 1962 年 1 月和 1979 年 5 月的上海市法学会第二届、第三届大会上，陈文彬又连续

① 本书已经由中国方正出版社于 2004 年重新勘校出版，勘校者姚建龙。

② 本书已经由中国方正出版社于 2004 年重新勘校出版，勘校者吴允锋。

③ 参见何勤华著：《中国法学史》第三卷，第十一节，法律出版社 2006 年版。



两次当选为副会长。

《中国新刑法总论》一书，是陈文彬的主要著作，1936年由上海商务印书馆出版。全书由绪论和本论两个部分组成，绪论涉及刑法的一些基本问题、刑法学和刑法之学理基础。本论分为三个方面：即刑法典、犯罪论、刑罚论。

二

与民国时期出版的其他刑法著作相比，本书主要在下述几个方面具有特色，特从原文中提炼出来，与读者共享。

1. 刑法学

作者认为，刑法学，乃研究刑法上犯罪及刑罚之原理、原则，与其适用之学。研究刑法学，原以现存刑法为范围。但推求理想的刑法，以指出现存刑法之得失，亦属学者分内之事。刑法学主要分为三类：沿革刑法学（刑法史）、比较刑法学和解释刑法学（分析现行刑法之条文，阐明其原理和原则之学）。

与刑法相关的辅助学科有：刑事生物学、刑事心理学、刑事社会学、刑罚学、刑事统计学、法医学、监狱学、刑事术式学和刑事政策学等。

刑法上的学理，古代和近代有很大区别。在古希腊和罗马，认为刑法之根据，就是除去犯罪人，或使之改善，并威吓犯罪人之外的人。自中古之后，刑法的根据开始变化，到近代并演化出各种主义。主要可分为绝对主义和相对主义两种。绝对主义又进而可分为报应主义、治疗主义与预防主义；相对主义又可分为正当防卫主义、契约主义和刑事人类学派。

至现代，人们在上述刑法学理的基础上，又进一步发展出了刑事社会学派。该派以比利时的克特尼（Quetelet）为发端，由意大利的亚理麦那（Alimena）所倡导，其后比利时的勃林士（Prins）、德国的李斯特（Liszt）、荷兰的哈麦耳（Hamell）等力赞其说。

克特尼于1869年出版《社会物理论》一书，称犯罪原因不在个人而在社会，犯罪之发生、消灭及增减，莫不受社会之影响，而气候



之寒暖、年岁之丰欠，亦与犯罪极有关系。并以统计法说明犯罪之种类及增减。宣称意大利地宜农作，故杀人罪十六倍于英吉利，九倍于比利时，五倍于法兰西。凶欠之岁，则窃盗罪增加；丰年则杀人强奸罪增加。此书实开刑事社会学之先声。

1899年，李斯特、勃林士和哈麦耳三氏，发起成立万国刑法家协会，进一步研究此问题，扩大了刑事社会学派的影响。自该派产生之后，在西欧以及日本就爆发了不间断的刑事人类学派与刑事社会学派之间、新派与旧派之间长时间的争论。^①

2. 犯罪之要素

对于犯罪的构成，本书作者指出，构成犯罪，必须具备一些要素。

就主观而言，有故意、错误、过失、结果与预见。

故意，是明知犯罪事实而又有犯罪行为的决意。它强调了对犯罪事实的辨识（观念要素），以及犯罪行为的决意（犯意要素）。

错误，是犯罪人之辨识与真相不相符。有事实错误与法律错误两个方面。前者包括犯罪客体错误与犯罪手段错误，如误将己物作为他人之物品窃取之，或想投毒杀A结果误投入B的食物中等等。对此，法律区别情况而作出不同的处理。后者为不知法律而犯之，对此各国刑法都规定不能免除刑事责任。

过失，是指应注意而不注意，因而不能预见犯罪事实之实现；或预见其犯罪事实之实现，因轻信其不至实现之心理状态。在犯罪要素中，过失占有重要的地位，许多犯罪，如渎职罪、过失伤人罪和过失杀人罪等，都是以行为人的过失作为基础的。

在犯罪要素中，结果也是一个重要的方面。有些犯罪，不以故意要件，而是以结果是否发生为标准，如有些破坏环境方面的犯罪；有些犯罪，因结果的出现而加重了犯罪，如犯罪人本来只有殴打人的故意，不意出现了致人死亡的结果，就成为结果加重犯。对结果加重

^① 关于此点，请参见何勤华著：《中国法学史》第三卷，法律出版社2006年版，第433-434页。



犯的加重处刑，以犯罪人能否预见为限。

就客观而言，有行为、犯罪地与犯罪时间以及违法。

行为，指的是人的任意动作。刑法上的行为，有广狭两义。广义上的行为，包括了人的作为与不作为；狭义上的行为，就是指由人的故意而作出的动作，即作为。它由生理动作、意思和动作与意思之联络关系构成。因犯罪行为，而产生犯罪的事实，从刑法上分析，还要探讨这种行为与事实之间的因果关系，以及其他条件的竞合和介入问题。

犯罪地与犯罪时间，涉及犯罪客观要素中的许多问题，因此也必须予以研究。在犯罪地方面，有隔地犯；在犯罪时间方面，有结果犯、连续犯和持续犯等。

违法，在犯罪中，照理说是一个不需要研究的问题，因为犯罪早已是一种严重的违法行为了。但由于犯罪现象的复杂，许多看似犯罪的行为，如果有阻却违法之事由者，刑法就可以不认其为犯罪。这些阻却违法之事由，主要有依法令之行为，依正当业务之行为，依长官命令职务上行为，正当防卫，紧急避难等。

3. 犯罪之数

犯罪之数，涉及的是区别犯罪个数之标准问题。民国刑法采纳了行为标准，即以行为的个数来判定犯罪的个数。主要分为一罪与数罪两个方面。

事实上一个行为，刑法上亦视为一个犯罪。但这里涉及的几个问题需要探讨。如想像竞合犯和继续犯等。前者系指以事实上一个行为，触犯了数罪名的犯罪。旧刑律将其视为牵连犯之一种，民国刑法则将其与牵连犯分开。处刑时法院选择其中的一罪，予以宣判执行。继续犯，是事实上一个行为，与因该行为所发生的违法状态相始终继续的犯罪。它与即成犯相对应。在犯罪中，即成犯是大量的，而继续犯则是少量的。区别即成犯与继续犯的实际意义，在于定公诉时效之起算点。

事实上数个行为，刑法上明示视为一个行为之罪。这种情况主要有，集合犯、结合犯、连续犯、牵连犯等。集合犯，是对于同一犯罪



事实，以一定之意思倾向，反复而为之之犯，如营利犯、职业犯和惯犯等；结合犯，亦名复杂罪，是指数个不同犯罪行为，合成一个犯罪行为的情况，如强盗杀人行为，系强盗与杀人两个行为的合成等。对集合犯和结合犯，刑法明确确定为一罪。

连续犯，是以同一之事实上数个行为，反复犯同一罪名之犯罪，如保管仓库者，每天盗一定数量的货物等行为。对连续犯，刑法规定以一罪论。

牵连犯，是指行为人犯一罪，但其犯罪之手段行为，或结果行为兼犯其他罪名的情况，如以侵入监狱为夺取被监禁人之方法，以行使伪造文书为骗取财物之方法，以侵入住宅或毁人衣服为杀人之方法，等等。对牵连犯，刑法定为从一重处断。

以上是一罪之情况，对于数罪，刑法主要规定了累犯和并罚罪。累犯，是指受有期徒刑之执行完毕，或受无期徒刑，或有期徒刑一部之执行而赦免后，五年以内，再犯有期徒刑以上之罪，且前所犯罪，非依军法，或于外国法院受裁判之犯的情况。并罚罪，是同一人在裁判确定前犯数罪，法律并罚之情况。

三

作者在原书“序”中称：本书就新刑法（1935年刑法）编纂而成，但在编制上与其他刑法著作不同，而采取原理教本与案例教本相结合的方式，对刑法上诸重要问题，既作法理之推敲，更从事于案例之探讨。这种编写方式，也是最近大陆和英美两大法系学者共同的做法，但在国内尚不多见，作者这么做只是一种尝试。

从上述简略的内容介绍和评述中，我们已经可以看到，本书贯穿了上述编写思路，既注重案例的分析，更重视法理的探讨。对许多问题的论述相对于当时同类著作而言都是比较深刻的，即使在今天，这些论述仍不失其学术的参考价值。

还需要说明的是，本书与日本刑法学的传承关系。作者陈文彬是在日本写作本书的，其所借鉴参考的主要是日本学者，如：美浓部达吉、穗积八束、上杉慎吉、市村光惠、牧野英一、冈田庄作、山冈万



之助、西村勘之助、胜本勘三郎、大场茂马、泉二新熊、平沼骐一郎、宫本英修等人的著作，然后将中华民国 1935 年的刑法作为研究的对象。因此，在分析各个问题（尤其是犯罪之数等问题）时，作者的许多观点都吸收了日本刑法学界主流派的观点。所以，本书也可以视为中国刑法学移植日本刑法学的一个典范。

笔者指出这一点，并不是贬低本书的学术价值，而只是再一次强调中国近代法学在诞生与成长过程中的特点，即总体上受大陆法系尤其是日本法学的影响，本书则是又一个例证。

本书的勘校者夏菲，是华东政法大学刑事司法学院的副教授，也是我的博士研究生。她不仅在犯罪学、公安学等方面有着比较深厚的理论素养，对刑法尤其是外国刑法也有很多研究和资料积累。^①因此，由她来勘校本书我认为是最为恰当的了。由于笔者对陈文彬其书其人也有一些研究，故受她之邀，为勘校稿写了这一篇序。若有错误疏漏之处，还请读者诸君批评指正。

何勤华

于上海·华东政法大学

2007 年 6 月 12 日

^① 由何勤华和夏菲主编的《西方刑法史》一书，已于 2006 年由北京大学出版社出版。

原书序

吾国现代化刑法典之制定，自暂行新刑律始。顾斯律起草者，为日人冈田朝太郎，其编制内容，大抵效颦东邦，于吾国社会每多枘凿^①不入之弊。于是有民十七旧刑法之产生，然施行以来，窒碍滋多，最足资人口实者，如拘役加重而未有最长期限，短期自由刑未能易科罚金，累犯加重而依罪之同一不同一，或同款不同款为比例，死刑无期徒刑，亦有减轻几分之几之规定，至夫亲属规定，自亲属法颁行后，尤其在发生冲突。职是之故，乃有二十四年新刑法之产生。

新刑法之制定，内既审度国情，外复撷采世界最新学说立法例，试观中间法之适用，则采德、日、法、意等国立法例也，教唆犯之独立处罚，则采主观派学说也，保安处分之设置等章则采世界最新立法例也，（各国新订法典，如瑞士、德、奥、法、意、日、波兰、古巴、西班牙等国刑法，或刑草皆有保安处分规定。）他如明定不作为犯与犯罪之因果关系，罚金执行无效易服劳役等，亦皆顺从最新学说趋势，故其立法精神与技术之进步，较之旧刑法，不啻霄壤之别，直为吾国法制史辟一新纪元矣。

本书即就新刑法编纂而成，惟编制上稍与坊间刊本不同，采用原理教本与例案教本混合制，对于刑法上诸重要问题，既作法理之推敲，更从事于例案之探讨。此种编制为最近大陆派与欧、美派学者一致之主张，在国内尚不多觐^②，作者不自揣量，力事编纂，虽管蠡之见，未必允当，而抛砖引玉，聊资攻错之助焉。

① 枘凿（ruì záo），比喻两不相合。——勘校者注

② 觐（jìn），遇见。——勘校者注



惟新刑法颁行未久，国内参考书至为贫乏，在东搜罗虽劬^①，然尚未敢云备，兼以尘务冗忙，匆促付诸剞劂，舛漏之处，知所难免，尚祈海内明达，予以教正，是幸！

一九三五年七月十九日著者于东京中野町宫田通

① 劬 (qú)，劳苦。——勘校者注

凡 例

(1) 本书称旧刑律或暂行律者，为民国元年三月十日颁行之暂行新刑律。

(2) 本书称旧刑法者，为民国十七年国府所颁行之中华民国刑法。

(3) 本书称新刑法者，为民国二十四年一月一日国府所公布同年七月一日施行之中华民国刑法。

(4) 本书于不习见术语，始注以原文。

目 录

绪 论

第一编 刑法学及刑法之学理基础	(3)
第一章 刑法学	(3)
第一节 刑法学之分类	(3)
第二节 刑法学之辅助科学	(4)
第二章 刑法之学理基础	(6)
第一节 刑法主义	(6)
第一款 过去之刑法主义	(6)
第一项 希腊罗马时代	(7)
第二项 自中古至十九世纪末叶	(7)
第二款 现代之刑法主义	(11)
第二节 刑罚权之根据	(20)
第二编 刑法	(23)
第一章 刑法之意义及分类	(23)
第二章 刑法之目的及实质	(25)
第三章 刑法之统系	(26)
第四章 刑法之史的发展	(27)
第一节 欧洲刑法发展史	(27)
第二节 日本刑法发展史	(29)
第三节 中国刑法发展史	(30)



第五章 刑法之渊源 (37)

本 论

第一编 刑法典 (45)

第一章 刑法典之执行力 (45)

第一节 刑法典关于时之执行力 (45)

第二节 刑法典与关于地及人之执行力 (50)

第一款 刑法典与关于地及人执行力之主义 (50)

第二款 我国刑法关于地及人执行力所采之主义 (51)

第三款 我国刑法关于地及人执行力之除外例 (62)

第一项 地执行力之除外例 (62)

第二项 人执行力之除外例 (62)

第四款 国际间犯罪人之引渡 (67)

第二章 刑法典之地位 (70)

第三章 刑法典之解释 (71)

第四章 刑法典之法例 (74)

第一节 以上以下以内之义 (74)

第二节 公务员之义 (74)

第三节 公署之义 (76)

第四节 公文书之义 (77)

第五节 重伤之义 (77)

第五章 期间之计算 (79)

第二编 犯罪论 (81)

第一章 犯罪之意义 (81)

第二章 犯罪之种类 (83)

第三章 犯罪之主体 (85)

第一节 自然人 (85)

第一款 未满十四岁人 (85)

第二款 心神丧失人、精神耗弱人、喑哑人 (88)



第二节 法人	(90)
第四章 犯罪之客体	(92)
第五章 犯罪之要素	(93)
第一节 主观要素	(93)
第一款 故意	(93)
第一项 故意之意义	(93)
第二项 故意之要素	(94)
第三项 故意之种类	(96)
第二款 错误	(98)
第一项 事实之错误	(99)
第二项 法律之错误	(101)
第三款 过失	(102)
第一项 过失之意义及理论根据	(102)
第二项 过失之历史观	(103)
第三项 过失之内容	(104)
第四项 注意义务之标准及过失责任	(105)
第四款 结果与预见	(107)
第二节 客观要素	(108)
第一款 行为	(108)
第一项 行为之意义	(108)
第二项 犯罪事实	(110)
第三项 因果关系及其学说	(110)
第四项 因果关系与他条件之竞合及介入	(112)
第五项 因果关系与新条件之关系	(113)
第六项 不作为与因果关系	(114)
第二款 犯罪地及犯罪时问题	(115)
第一项 犯罪地及犯罪时之学理观	(115)
第二项 各犯之犯罪地与犯罪时之解决	(116)
第三款 违法	(118)
第一项 违法之性质	(118)



第二项 阻却违法之事由	(119)
第一目 依法令之行为	(119)
第二目 依正当业务之行为	(120)
第三目 依长官命令之职务上行为	(120)
第四目 正当防卫行为	(121)
第五目 紧急避难行为	(126)
第六目 正当防卫与紧急避难之区别	(130)
第六章 犯罪之形态	(132)
第一节 犯罪之阶梯	(132)
第一款 犯意	(132)
第二款 预备	(133)
第三款 着手	(135)
第四款 实行	(136)
第二节 未遂犯	(137)
第一款 未遂犯之意义	(137)
第二款 未遂犯之构成要素与分类	(139)
第三款 未遂犯之未遂原因	(140)
第四款 与未遂犯不能相容之罪	(141)
第五款 未遂犯之处分	(142)
第三节 中止犯	(143)
第一款 中止犯之意义	(143)
第二款 中止犯之原因	(144)
第三款 中止犯之种类	(145)
第四款 与中止犯不相容之罪	(146)
第五款 中止犯与共犯之影响	(146)
第六款 中止犯对于中止行为及中止中既成行为之 责任	(146)
第七款 中止犯之处分	(147)
第四节 不能犯	(147)
第一款 不能犯之意义	(147)