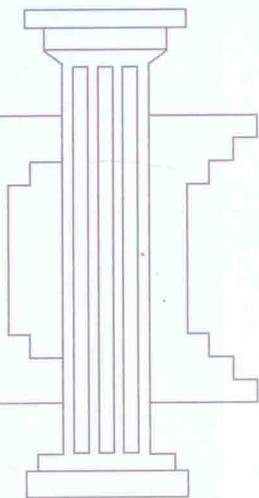


清末民国法律史料丛刊·京师法律学堂笔记

主编 何勤华

刑法总则

〔日〕冈田朝太郎 口述 熊元翰 编 张勇虹 点校



上海人民出版社



青木
民国法律史料丛刊·京师法律学堂笔记

主编 何勤华

刑法总则

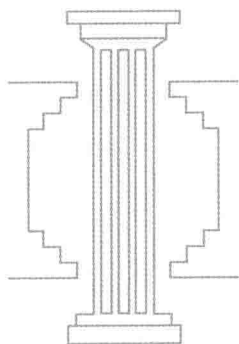
上海人民出版社



「日」冈田朝太郎 口述 熊元翰 编 张勇虹 点校



国家出版基金项目
NATIONAL PUBLISHING FUND PROJECT



图书在版编目(CIP)数据

刑法总则/(日)冈田朝太郎口述;熊元翰编;张
勇虹点校. —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 978-7-208-11887-4

I. ①刑… II. ①冈… ②熊… ③张… III. ①刑法—
总则—研究 IV. ①D914.01

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第262278号

责任编辑 屠玮涓

特约编辑 刘益民

封面装帧 曹晓阳



清末民国法律史料丛刊·京师法律学堂笔记

刑法总则

[日]冈田朝太郎 口述

熊元翰 编

张勇虹 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 15.5 插页 4 字数 159,000

2013年12月第1版 2013年12月第1次印刷

ISBN 978-7-208-11887-4/D·2386

定价 38.00元

清末民国法律史料丛刊·京师法律学堂笔记

刑法总则

京師
學堂
筆法
記律

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

—

我国刑制,历史悠长。而迨清末改革十年,近代法律体系始具规模。光绪三十一年(1905年)三月,为应新政之需,修订法律大臣伍廷芳、沈家本鉴于所修的法律为“适用世界大同趋势”之法,而国内司法人员多为旧日申韩之士,为防止新法出而无行法人才,转使新法归于歇绝,于是未雨绸缪,奏请专设法律学堂。^①为此,沈家本等人还特意聘请来华参与修律的冈田朝太郎等日本法学家担任法律学堂教习。这些日本学者在京师法律学堂的讲台以及各种讲座的场合,讲授了经过整合的整套的西方部门法知识。这种系统而又专门的讲授,在中国法律史上还是第一次。^②

按照《法律学堂章程》的要求,法律学堂各教员认真从事法律教育事业,每科均编订讲义。这些根据第一手的材料编译而成的法律书籍,无疑是当时人们学习法律的权威性书籍,以至于它们在问世之后的几年间,连续再版,大有“洛阳纸贵”之势。^③而本书就是熊元

① 陈煜:《清末新政中的修订法律馆——中国法律近代化的一段往事》,中国政法大学出版社2009年版,第342页。

② 王健编:《西法东渐——外国人与中国法的近代变革》,中国政法大学出版社2001年版,代序第9页。

③ 王健:《中国近代的法律教育》,中国政法大学出版社2001年版,第197页。

翰等人根据冈田朝太郎在京师法律学堂的讲课笔记编辑整理而成，系熊辑京师法律学堂笔记《法律丛书》之第五册。

冈田朝太郎(1872—1936)，1891年毕业于东京帝国大学法科法国法专业。曾受日本政府派遣赴德国、法国、意大利留学，1900年回国后任东京帝国大学法科教授。1906年清政府聘请其来华担任清政府修订法律馆新刑律编纂调查员，帮助起草了《大清新刑律》等重要的刑事法律。曾任教于京师法律学堂、京师大学堂、京师政法学堂及朝阳大学，讲授“刑法”、“刑事诉讼法”、“法院编制法”及“法学通论”等课程。^①

熊元翰(1873—1950)，安徽宿松人，光绪二十九年举人，初任吏部主事，后考入京师大学堂法科。历任京师地方审判厅推事等职。

本丛书由熊元翰、熊元锷、熊元襄三兄弟及熊士昌编辑而成。四人于1909年在北京成立安徽法学社，出版了包括“京师法律学堂笔记”《法律丛书》在内的《法学通论》(安徽法学社1914年版)、《国法学》(安徽法学社1912年版)、《刑法总则》、《刑法分则》(安徽法学社1925年版)、《刑事诉讼法》(安徽法学社1911年版)等法律书籍。^②

二

本书名《刑法总则》，包括绪论、第一编“犯罪”、第二编“罪状”以及第三编“刑罚”等四个部分，主要讲述了刑法总则的相关概念、学

^① 冈田朝太郎生平资料参见何勤华：《二十世纪日本法学》，商务印书馆2003年版，第206页。

^② 何勤华：《中国法学史》第3卷，法律出版社2006年版，第130、246、416、508页。

说观点、原理原则以及基本制度。

绪论分刑法、法院编制法及刑事诉讼法、刑法史之大要三章，讲述了刑法的基本概念及其历史发展。在“刑法”一章中，作者由“刑法”字面理解可能产生的歧义（即“刑法者，定刑罚之法也”），进而指出“各国刑法，均含有两方面之意义：（一）如何行为，谓之犯罪；（二）既犯罪时，应科以如何之刑罚”。时至今日，刑法依旧是以犯罪与刑罚为基本内容的。有关刑法的含义，有广狭二义。就广义言，包括犯罪及刑罚之法令全部，有普通刑法及特别刑法两种。就狭义言，则所谓刑法者，特指普通刑法。

在“法院编制法及刑事诉讼法”一章中，作者以通俗易懂的事例阐明了刑法与相关法律之关系。“欲刑法见诸实用，不可无从事审判之人。有从事审判之人，而无一定办法，则其人或以己意为轻重，非国家慎刑之意也，故必有法院编制法及刑事诉讼法而后可。如火车，必有机关手为之运动，又必有铁路规则，而实际之运用，乃能尽善。刑法，犹火车也。审判官，即机关手也。铁路规则，即诉讼法也。”在绪论部分的最后，作者考察了欧洲刑法的历史演变。经过考察，作者得出了这样的结论：“虽然，各国刑法法典，乃由历史之沿革而成，以学理论之，尚多有不满意之处，且皆成于十八世纪至十九世纪，已觉其为陈腐，不适用于社会之情形”；“可断言者，中国新定大清刑律草案，实为最新之法理”。作者并指出“研究新刑法之利害得失，须参考新旧学说，不可取欧洲陈腐之法典相比较，俟各国新刑法告成，是可为研究中国刑草之材料者也”。作者通过绪论部分三章的内容，对刑法的概念、广狭之殊以及刑法史之大要作了高度概括，为学习者了解和掌握刑法的含义及其发展历程提供了较为完整

的框架结构。

第一编“犯罪”，包括“总论”和“犯罪之普通要素”两章，从篇幅上看，超过全书的三分之一，为本书的核心内容。在“总论”一章中，作者首先讲解犯罪之定义：“犯罪者，国法上科刑之不法行为也。质言之，即列举于刑法之有责不法之动作也”；“古时犯罪，只论思想，不论动作，往往以腹诽心谤，罗织人罪。今则不然，有内部之思想，又必有身体外部之动作，然后谓之犯罪”；此外，作者还强调动作须包含“有责”与“不法”，以此划清犯罪行为与其他行为的界限。其次，作者讲解了犯罪要素之概念，指出：“犯罪成立之要素，分普通与特别。普通要素，贯彻于犯罪之全体；特别要素，限于一定之犯罪其成立所必要之条件也。”作者介绍了犯罪全体之成立要素，即“（一）须人为其主体，法益为其客体；（二）须律有正条；（三）须有动作；（四）动作须有责任者；（五）其动作须系不法”，进而阐明犯罪之成立所必须具备的条件。

“犯罪之普通要素”一章，包括“犯罪之主体及客体”、“律之正条”、“身体之动作”、“动作之责任”、“动作之不法”诸节。“犯罪之主体及客体”一节中，作者指出：“主体者，自动者也；客体者，他动者也。故犯罪之主体，即加害者；犯罪之客体，即被害者之法益也”；“人者，在法律上有人之资格者也。自然人与法人，均有人之资格者”；自然人“自满十六岁之后，未死亡以前，皆为犯罪之主体”；“法人除有特别法令规定外，不得为犯罪主体也”，认为“近世刑法，惟人得为犯罪之主体，不似古昔竟以人以外者为犯人而处以罚也”。同时，作者还阐明了法人与自然人为犯罪主体之区别：“自然人以无论何人皆得为犯罪之主体为原则，以不得为犯罪主体为例外。法人以

不得为犯罪之主体为原则，而以得为犯罪主体为例外”。“律之正条”一节论述了法定犯罪主义、刑之效力等内容，其重点是“法定犯罪主义”。^①作者通过对擅断主义弊端的分析，指出“法定主义者，谓豫以正条定致罪之行为。裁判官职权，只许凭正条判断之制度是也。近世刑法，俱采用法定主义”，进而明确了刑法与民法在相关问题上的区别：“无正条之行为，不得为罪，其结果遂使刑法与民法有别。民法许类似解释，而刑法不许。至于当然解释，则刑法亦非所禁。”在本节的最后，作者介绍了刑法的效力问题，包括时之效力、人之效力以及地之效力，以此明确刑法的效力范围。在“身体之动作”一节中，作者阐述了积极动作、消极动作、举动与结果之间因果联络、作为犯不作为犯以及手段等问题。作者重在论述举动与结果之间因果联络的问题。“动作之责任”一节，包括责任能力和责任条件两项。作者指出：“犯罪之成立，须有身体之动作，且其动作为刑法所列举。”“罪之成立，以有责动作为限。……（一）须有责任能力者之动作；（二）须具责任要件之动作”；“责任能力，惟精神发达及健全者有之，故刑法以幼者及有精神障碍者为无责任能力者……虽系有责任能力者之动作，而其动作以有责任要件为限，而始能成立。责任要件，即故意及过失是也。”由此可见，作者关于犯罪主体及犯罪主观要件的论述十分准确明了。在“动作之不法”一节中，作者阐述了权力行为和放任行为的定义、种类及其成立条件等问题。作者重

^① “罪刑法定主义”原则首次在1810年《法国刑法典》中被规定，该法典第4条：“没有在犯罪行为时以明文规定的刑罚的法律，任何人不得处以违警罪、轻罪和重罪。”随后全欧诸国都采用了这一原则。日本于1880年公布的由法国人邦苏纳德起草的刑法移植了“罪刑法定主义”原则，《大清新刑律》也将这一原则加以明确规定。此可谓移植西方法律文化的优秀成果。

在论述权力行为中的正当防卫和放任行为中的紧急行为,并以大量的实例讲解了两者的构成条件及其法律后果,其文辞用语精准明了,所举实例通俗易懂。

第二编“罪状”,包括“犯罪之类别”、“行为之阶级”、“累犯罪”、“俱发罪”、“共犯罪”五章。作者指出:“罪者何?……有既遂罪,有未遂罪,皆谓之罪。……罪状者,犯罪之状态也。”作者结合法国、日本、荷兰等国家的立法,以比较研究的方法,对犯罪的三种形态,即行为之阶级、俱发罪、共犯罪的判断标准及处罚原则,累犯罪的构成条件及处罚原则进行了详细的阐述。

第三编“刑罚”,包括“刑之总类”、“刑之适用”、“刑之执行”以及“刑之消灭”四个部分。

由于《大清新刑律》彻底抛弃了沿袭几千年的肉刑和酷刑,参照资产阶级刑法的成果,首次将刑罚分为主刑和从刑两类,建立了以自由刑为中心的近代刑罚制度。其中,主刑由死刑、无期徒刑、有期徒刑、罚金、拘役五种刑罚组成;从刑由褫夺公权、没收两种刑罚组成。另一方面,在刑罚的执行方法上,《大清新刑律》也大有革新,首次规定了当时世界上实属先进的“缓刑”、“假释”、“时效”制度。因此,作者在讲解刑之概念时指出:“刑法上之刑罚,以国家与私人之关系而成立。国与国之间,及私人与私人之间,无所谓刑罚关系”;“古时刑法宗旨,在惩戒犯人,现在刑罚宗旨在感化犯人”。近代刑罚之种类,包括了生命刑、自由刑、财产刑及能力刑。在讲解生命刑时,作者详细介绍了理论上关于死刑存废的争论。“两种学说,各有理由,以何说为合于法理,为法律哲学所研究,兹不具论。但就世界大势言之,全废死刑之国,殆居多数。其无废死刑之明文者,亦务使

其适用之处,逐渐减少。”作者认为“以吾辈之意见,似未可全废也”;“犯罪之消灭与否,不在乎刑罚之轻重,与其犯罪而加以重刑,不如使其不犯罪之为得也”;“不于刑法以外改良,欲以死刑减少犯罪,如道路不修,专饰其车,以求其速;病不论症,妄服药物,以求病之廖,皆必不可得之数也”。在本书中,作者还对累犯加重、宥恕减轻、自首减免等刑罚裁量制度作了详尽的阐述,对假释、缓刑、赦免及时效等制度详加讲解。由此可以看出,作者对刑事责任及其制裁方式理论研究的深入以及知识体系的完备。

三

本书作者运用历史的、比较的研究方法,详细讨论了刑法的基本原则、基本制度等问题,语言简洁明了,资料翔实充分,较为全面地讲述了刑法总则中的具体内容,使我们今天在研读这本书的时候,仍然能够较为清晰地把握刑法总则的体系脉络。盖取源于西学之故,书中的许多观点不仅在当时具有相当的超前性,乃至于今日看来仍然具有前瞻性,具有相当的现实意义(如死刑之存废问题的讨论等)。这不得不令人敬佩先贤之眼界与智慧。

本书内容详细得当,理论分析细致透彻。在刑法体系、基本原则、刑罚制度等方面,均表现出现代化的特点。后世刑法总则教材一直采用这种体系结构。特别是为帮助研习者理解和掌握刑法的基本原理和制度,作者特引用了大量的实例,是为本书独特之处,虽历经百年,仍然未显陈旧,且具有很强的说服力。由此可以想见百年前法律学堂的教学风格,即以应用法学教育为主,重点培养实务性人才。即使今天看来,本书仍不失为一本优秀的刑法总则教材,

同时也是探索刑法进化规律之佳作。

本次点校根据的版本是宿松熊元翰编辑、安徽法学社印行之京师法律学堂笔记——法律丛书第五册《刑法总论》，点校者力图保持本书的原貌，对书中出现的舛误漏衍均略作修改，并通过加注进行说明；原书无句读，点校者酌为添加；书中出现的日语词汇，若结合上下文即可知晓其意者，不做注释；对原文中所使用之地名，但凡现有通用译名的，均改之，^①其余一仍其旧。由于个人学识有限，舛误及疏漏之处在所难免，尚祈读者不吝指正。

张勇虹

2012年6月

于榕城晋安河畔

^① 根据凡例及编辑原则，均复原，并加脚注说明。——编者

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。