

中國新刑法總論

商務印書館發行

陳文彬編著

中國新刑法總論

商務印書館發行

謹將此書爲亡妻

鄒靜生 紀念

陳文彬

序

吾國現代化刑法典之制定，自暫行新刑律始。顧斯律起草者，爲日人岡田朝太郎，其編制內容，大抵效襲東邦，於吾國社會每多柄鑿不入之弊。於是有民十七舊刑法之產生，然施行以來，窒礙滋多，最足資人口實者，如拘役加重而未有最長期限，短期自由刑未能易科罰金，累犯加重而依罪之同一不同一，或同款不同款爲比例，死刑無期徒刑，亦有減輕幾分之幾之規定，至夫親屬規定，自親屬法頒行後，尤其在發生衝突。職是之故，乃有二十四年新刑法之產生。

新刑法之制定，內既審度國情，外復攬採世界最新學說立法例，試觀中間法之適用，則採德、日、法、意等國立法例也，教唆犯之獨立處罰，則採主觀派學說也，保安處分之設置等章，則採世界最新立法例也，（各國新訂法典，如瑞士、德、奧、法、意、日本、波蘭、古巴、西班牙等國刑法，或刑草皆有保安處分規定。）他如明定不作爲犯與犯罪之因果關係，罰金執行無效易服勞役等，亦皆順從最新學說趨勢，故其立法精神與技術之進步，較之舊刑法，不啻霄壤之別，直爲吾國法制史關一新紀元矣。

本書卽就新刑法編纂而成，惟編制上稍與坊間刊本不同，採用原理教本與例案教本混合制，對於刑法上諸重要問題，既作法理之推敲，更從事於例案之探討。此種編制爲最近大陸派與歐、美派學者一致之主張，在國內尙

不多觀。作者不自揣量，力事編纂，雖管蠡之見，未必允當，而拋磚引玉，聊資攻錯之助焉。

惟新刑法頒行未久，國內參考書至為貧乏，在東搜羅雖劬，然尚未敢云備，兼以塵務冗忙，匆促付諸剞劂，舛漏之處，知所難免，尙祈海內明達，予以教正，是幸！

關於新法之研究，其最詳者，莫如一九三五年七月十九日著者於東京中野町宮國通。

關於新法之研究，其最詳者，莫如一九三五年七月十九日著者於東京中野町宮國通。

關於新法之研究，其最詳者，莫如一九三五年七月十九日著者於東京中野町宮國通。

關於新法之研究，其最詳者，莫如一九三五年七月十九日著者於東京中野町宮國通。

關於新法之研究

關於新法之研究，其最詳者，莫如一九三五年七月十九日著者於東京中野町宮國通。

關於新法之研究，其最詳者，莫如一九三五年七月十九日著者於東京中野町宮國通。

關於新法之研究，其最詳者，莫如一九三五年七月十九日著者於東京中野町宮國通。

關於新法之研究，其最詳者，莫如一九三五年七月十九日著者於東京中野町宮國通。

關於新法之研究，其最詳者，莫如一九三五年七月十九日著者於東京中野町宮國通。

關於新法之研究，其最詳者，莫如一九三五年七月十九日著者於東京中野町宮國通。

關於新法之研究，其最詳者，莫如一九三五年七月十九日著者於東京中野町宮國通。

關於新法之研究，其最詳者，莫如一九三五年七月十九日著者於東京中野町宮國通。

凡例

- (1) 本書稱舊刑律或暫行律者，爲民國元年三月十日頒行之暫行新刑律。
- (2) 本書稱舊刑法者，爲民國十七年國府所頒行之中華民國刑法。
- (3) 本書稱新刑法者，爲民國二十四年一月一日國府所公布同年七月一日施行之中華民國刑法。
- (4) 本書於不習見術語，始註以原文。

著者識

解釋刑法學，重在發現立法者真意，以求現在之適用。沿革刑法學與比較刑法學，雖係提供立法事業參考之用，但對於刑法解釋學，有互相參引闡明之功效。故亦屬於刑法學之領域。學者亦有以此二者為屬於刑法學之補助科學。

第二節 刑法學之補助科學

刑法學有沿革刑法學，比較刑法學，解釋刑法學三種，既如上述。但刑法學，原亦刑事學之一種，刑事學上各種科學，雖不屬於刑法學之範圍內，但與刑法上犯罪，及刑罰之研究，均有密切之關係，刑法學之得有今日進步者，得力於科學不少，故刑事學上各種科學，均得稱為刑法學之補助科學。茲略為分述於下：

(一) 刑事生物學 刑事生物學者，研究附存人類身體之犯罪條件之學也。刑事生物學，原與刑事心理學，同屬於刑事人類學之範圍內。在希臘時代，有所謂人相學，骨相學者，考究人類相貌及骨格，即知精神之如何表現，實為刑事生物學之權輿，刑事生物學，為意大利生物學者龍勃羅索 (Lombroso) 所倡道，謂犯罪人之身體，必有以異於常人，其異點或由於遺傳或由於疾病，其甚者則由於人類原始之特徵，其範圍實兼刑事解剖學而有之。

(二) 刑事心理學 刑事心理學者，專研究人類精神上之犯罪條件之學也。刑事心理學雖亦胚胎於刑事人類學，但發生在刑事生物學之後，係法蘭西學者所倡道，德意志學者亦多贊成之。乃專研究犯罪之動機，外來刺激與犯人之精神狀態之關係，其最要問題，即係責任能力，意思自由，及精神衰弱等，以之為犯罪之檢查，及審理之

資料也。

(三) 刑事社會學 刑事社會學者，求犯罪原因於外來之社會關係，研究犯罪與社會之關係之學也。刑事社會學派謂：犯罪乃由於社會境遇而生，蓋個人之原因，雖亦為犯罪之原因，但社會之原因，實為犯罪之主要原因。犯罪之社會的原因，最顯著者，莫如生計之窮迫，習俗之不良。故此派學者主張欲絕滅犯罪，必須改良社會組織，除去犯罪原因之一切情形而後可。

以上三者，皆係研究犯罪原因之科學，故又可謂之犯罪原因學或犯罪學。

(四) 刑罰學 刑罰學者，研究以如何之刑罰，方合正義，且最能防壓犯罪之學也。

(五) 刑事統計學 刑事統計學者，從犯罪與刑罰之計算，而研究其原理原則之學也。

(六) 法醫學 法醫學者，專研究被侵害之身體現狀，及因其侵害所生之結果之學也。

(七) 監獄學 監獄學者，專研究執行自由刑之方法，及其種類之學也。

(八) 刑事術式學 刑事術式學者，專研究發見犯罪證據，及審理之方法之學也。

(九) 刑事政策學 刑事政策學者，基於刑法學及上述各種科學之研究結果，以研究犯罪減少及絕滅之方法，為純然立法政策上之科學也。種類有二：其一研究制定刑法，宜取如何之原則，即刑事立法政策是；(註一)其二研究刑事法以外，更有如何方法，可以使犯罪減少及絕滅，即刑事社會政策是。(註二)以上各科學，皆為刑法學之補助科學，學者有將狹義刑事學與刑法學統稱為刑事學，又有稱為總括刑法學者。

二種 (註一) 刑事立法政策，有積極刑事立法政策，與消極刑事立法政策二種。前者有使人尊重法益，確保秩序之作用，後者有威懾犯人不致犯罪之作用。

(註二) 刑事社會政策，有廣義刑事社會政策與狹義刑事社會政策二種。前者如調整社會經濟，振興教育事業，救護孤兒幼兒，厲行勞勸限制等。後者如對於曾受科刑之人，及犯罪之幼年人，心神喪失人，精神耗弱人之處置等。

(一) 犯罪預防學 犯罪預防學係以犯罪之發生為對象，研究其發生之原因，及防止其發生之方法之學也。

(二) 犯罪學 犯罪學係以犯罪之事實為對象，研究其發生之原因，及防止其發生之方法之學也。

(三) 犯罪學 犯罪學係以犯罪之事實為對象，研究其發生之原因，及防止其發生之方法之學也。

(四) 犯罪學 犯罪學係以犯罪之事實為對象，研究其發生之原因，及防止其發生之方法之學也。

(五) 犯罪學 犯罪學係以犯罪之事實為對象，研究其發生之原因，及防止其發生之方法之學也。

(六) 犯罪學 犯罪學係以犯罪之事實為對象，研究其發生之原因，及防止其發生之方法之學也。

(七) 犯罪學 犯罪學係以犯罪之事實為對象，研究其發生之原因，及防止其發生之方法之學也。

(八) 犯罪學 犯罪學係以犯罪之事實為對象，研究其發生之原因，及防止其發生之方法之學也。

(九) 犯罪學 犯罪學係以犯罪之事實為對象，研究其發生之原因，及防止其發生之方法之學也。

(十) 犯罪學 犯罪學係以犯罪之事實為對象，研究其發生之原因，及防止其發生之方法之學也。

(十一) 犯罪學 犯罪學係以犯罪之事實為對象，研究其發生之原因，及防止其發生之方法之學也。

(十二) 犯罪學 犯罪學係以犯罪之事實為對象，研究其發生之原因，及防止其發生之方法之學也。

(十三) 犯罪學 犯罪學係以犯罪之事實為對象，研究其發生之原因，及防止其發生之方法之學也。

實錄也

第二章 刑法之學理基礎

第一節 刑法主義

刑法學上關於刑法與刑罰之目的及實質如何，久為學者所爭論。蓋研究刑法主義之功用，本在探討理想的最良刑法，在立法方面，可以使將來之刑法及其刑罰，得實現如何之目的及實質，在解釋方面，可以使現行刑法，於文理所許範圍內，探求合於理想的最良刑法之目的及其實質。（註一）茲將過去之刑法主義，與現代之刑法主義，略為分述於下：

論世第壹第一款 過去之刑法主義

論過去刑法主義之爭論，以十八世紀末葉為最盛，然在希臘羅馬時代，關於刑法之根據，學者已有所論列。茲分為二時期說明之。

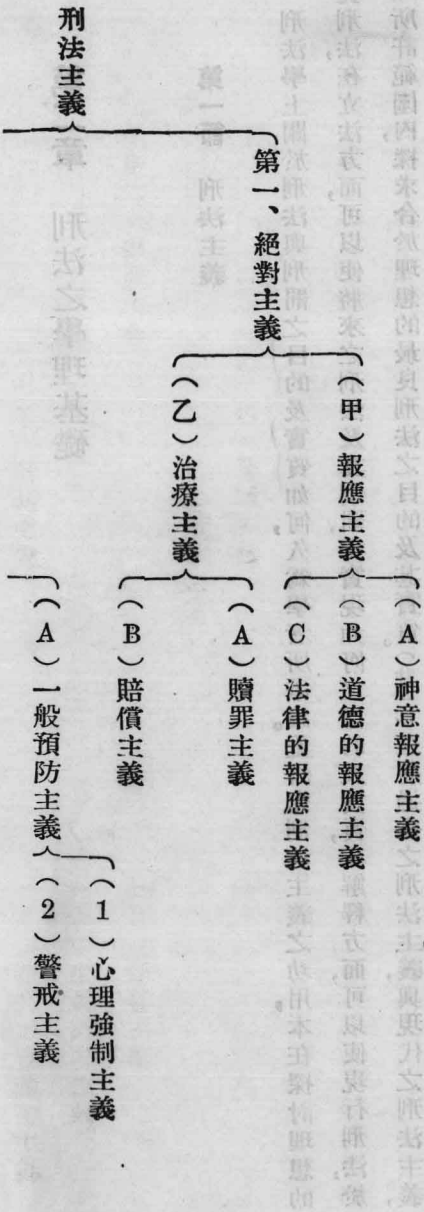
第一項 希臘羅馬時代

希臘時代，關於刑法根據之見解，以柏拉圖亞理士多德兩哲學家為代表，主張刑法之根據，係除去犯罪人，或使其改善，并威嚇犯罪人以外之人。至羅馬時代，學說漸趨複雜，有謂刑法係以改善、威嚇及反坐為目的者；有謂刑

法係以改善、威嚇及予被害者以滿足為目的者；有謂刑法係以威嚇為目的者；有謂刑法係以威嚇、一般預防及報應為目的者；有謂刑法係以改善及特別預防為目的者。

第二項 自中古至十九世紀末葉

從中古迄乎十五世紀初葉，其間關於刑法與刑罰根據之見解，實為基督教主義所支配，世稱為中世刑法主義時代。至十五世紀末與十六世紀初，因思想家輩出，開統系的研究之端，後自然法學派，對於刑法基礎原理，大加論究，世稱為自然法學時代。自十八世紀後半期，至十九世紀末葉，刑法學說，最為分歧，約可分為絕對主義，相對主義，折衷主義三大派，其所論列之刑法主義，為現代刑法主義之基礎者不少。茲先列表於左，以次論述之：



第二、相對主義

(甲) 預防主義

(B) 特別預防主義

(3) 刑罰執行威嚇主義

(1) 狹義預防主義

(2) 改善主義

(乙) 正當防衛主義

(丙) 契約主義

(丁) 刑事人類學派

第一、絕對主義 絕對主義者，謂刑罰以犯罪為原因，非更有他之目的而使用也。故犯罪非刑罰之條件，乃刑

罰之唯一原因。此種主義中，又分為報應主義治療主義二大派：

(一) 報應主義 報應主義，更得分為神意報應主義，道德的報應主義，法律的報應主義三種。

(1) 神意報應主義 為司達魯 (Stahle) 之主張，謂犯罪乃違反神之命令，刑罰即對於犯罪之神意的

報應也。此係宗教隆盛時代之主張，自與現代的思潮相反。

(2) 道德的報應主義 黑巴特 (Herbart) 謂：犯罪乃違反道德之法則，刑罰即對於犯罪之道德的報

應也。其言雖能略示刑罰之概念，然不足以說明國家刑罰權及刑罰之實質。

(3) 法律的報應主義 康德 (Kant) 謂：犯罪乃違反法律，刑罰即對於犯罪之法律的報應也。此說在

刑法主義中頗為有力，且開現代刑法舊學派之基礎觀念。然刑罰於法律的報應之原則外，尚有他之目的。且刑

非有必罰違反法律行為之義務，大抵罰之之害更甚於不罰之者，皆不罰之。持斯主義者對於此點，有所缺視，殊難令人滿意。

(二) 治療主義 治療主義，謂刑罰者治療不正也。此種主義與改善主義不同之點，即後者謂刑罰以使犯人改善為目的，前者則謂刑罰以治療因犯罪所生之惡影響為目的。治療主義更得分為贖罪主義賠償主義二種。

(1) 贖罪主義 谷蘭 (Kollar) 以犯罪人所受刑罰之苦痛，乃所以贖其罪惡而消滅其責任也。此主義但能說明刑罰性質之一部，而不能說明刑法與刑罰之目的及實質。賠償主義 (2) 賠償主義 其要旨謂：刑罰者，乃回復因犯罪被破壞之法律秩序也。此說雖足以說明刑罰之效果，然亦不足以說明刑法及刑罰之目的及實質。

第二、相對主義 相對主義者，謂刑罰非以罰過去犯罪為目的，乃為使人將來無犯罪而罰之。蓋刑罰係企圖社會上一般利益之手段也。此主義全注重於將來利益，與絕對主義全注意於過去事實，正處於相反地位，可分為預防主義、契約主義、正當防衛主義、刑事人類學派四大派。

(一) 預防主義 預防主義，更得分為一般預防主義、特別預防主義二種。

(甲) 一般預防主義 謂刑罰者，乃威嚇或警戒一般人使無犯罪也。此種主義係着眼於刑罰及於一般人之效力。細分之更有心理強制主義、警戒主義、刑罰執行威嚇主義之區別。

(1) 心理強制主義 爲費爾巴哈(Feuerbach)之主張，謂犯罪由於行爲或其結果之慾望而生。刑罰所以防止其慾望之實行，故刑罰有心理的強制之作用也。依此主義必嚴刑峻罰，始足以適於刑法之目的焉。

(2) 警戒主義 爲巴爾(Bauer)之主張，謂犯罪雖多由於上述慾望而生，但亦有由於道德之信仰薄弱，及其行爲被罰與否不能分明。故刑罰卽以警戒人，而補救其弱點爲目的者也。其言頗足供積極的刑事立法政策之參考資料。

(3) 刑罰執行威嚇主義 爲斐郎芝里(Fiangeri)之主張，謂刑罰之執行，所以威嚇一般人，使其畏怖而不敢犯罪也。此種主義，是以犯罪人爲威嚇未犯罪人之目的物，與前述法律的報應主義正相反對。爲貫徹此主義之精神，必至選用極嚴酷可怖之刑罰，是其缺點。(蘇俄刑法二六條規定：科刑既爲防衛之方法，故施之應得其當，同時並應免除各項殘酷之痕跡，不得使犯罪人感受無益及過分痛苦云云。可見威嚇主義應採殘酷刑罰，預防主義則否。)

(乙) 特別預防主義 謂刑罰者，乃所以使犯罪人不再犯罪也。特別預防主義，又稱爲再犯預防主義，係着眼於刑罰對於犯罪人之效力，詳分之，更有狹義預防主義，改善主義之區別。

(1) 狹義預防主義 克洛爾瑪(V. Chalmers)曰，刑法欲保持法律之狀態，必使犯罪人不能再犯罪，或威嚇之，使不敢再犯罪，故刑罰之加於犯罪人，不可不威嚇之，使其改善，如不能改善，則必奪其自由，使不復犯罪。此種主義爲現代新派中，刑事社會學派所採取，但全置刑法上一般目的於不顧，是亦美中不足。

(2) 改善主義 司特耳 (Stelzer) 謂刑罰者，所以導犯罪人於改善，而防止其將來之犯罪也。此種主義以國家對於犯罪人有追加教養之責，刑罰祇可為善導之資，不可為威嚇及報應之工具，與近世刑事政策頗相吻合。

(二) 契約主義 為盧梭所主張，謂刑罰權由於國家契約而生。國民以相互之契約，不相侵害權利，犯罪人破壞契約，有受罰之義務，國家亦即有施以刑罰之責任。惟其所主張之國家契約說，在歷史上既無根據，故非難之者甚衆，但其影響刑罰觀念，使嚴刑峻罰，漸歸消滅，斯說之功，不可沒也。

(三) 正當防衛主義 為馬汀 (Martin) 所主張，謂犯罪足以危害國家，故國家對於危害之人，自可加以制裁，以防衛自己權利，刑罰之目的，即所以防衛將來之犯罪也。此種主義固足以說明國家刑罰權之根據，但亦不足以說明國家刑罰之實質。

(四) 刑事人類學派 龍勃羅索 (Lombroso) 從醫學的見地，謂犯罪人因身體物質變態而犯罪，與精神病人原無所異，加刑罰於犯罪人，與加治療於精神病人，事亦略同。然以刑罰為治療，實有背乎刑罰之本質，且從此說，與其研究刑法迂遠殘酷，毋寧研究醫學較為適用，其極也，必至廢止刑法學，代之以醫學，其理論雖不無可取，但在理想社會未實現前，固有所不能也。

第三、折衷主義 折衷主義，乃今絕對相對兩主義而成，謂刑罰自過去言之，固以犯罪為原因，自將來言之，則為維持社會利益。故犯罪之目的，一方為報應，一方亦為預防。此主義中，雖有無數學說，但依其根本觀念之不同，得

分爲真正折衷主義，絕對主義之折衷主義，與相對主義之折衷主義三種。主張真正折衷主義與傾向絕對主義中報應主義之折衷主義，卽爲現代舊學派。傾向相對主義中預防主義之折衷主義，卽爲現代新學派中之刑事社會學派。

第二款 現代之刑法主義

現代學者所主張之刑法主義，係傾向於報應主義之折衷主義，與傾向於預防主義之折衷主義，及報應主義與預防主義並重之折衷主義三種，既如上述。其學派分爲舊學派新學派二大系，分述於下。

第一舊學派（又稱爲正統刑法學派）

舊學派之研究刑法，以理論爲主。其所主張之刑法主義有二：（一）以絕對主義中報應主義與相對主義中預防主義相提並重者。羅西（Rossi）賓丁（Binding）等主之。（註二）（二）以絕對主義中報應主義爲基礎，於不相衝突之限度內，更參酌相對主義中之預防主義者，俾克邁爾（Birkmayer）主張之。（註三）舊派學說略謂：犯罪由於自由意思而生，罪責之有無，應以自由意思之有無爲標準。惟人類既達一定年齡，除心神喪失或不發達外，皆有辨識行爲與作爲不作爲之自由意思能力（近於哲學唯心派）人人皆有自由意思，卽人人皆有責任能力，責任能力，人無差等，惟罪惡大小，則因人而異；故刑罰非罰犯罪人，乃罰犯罪人之犯罪行爲，刑罰之性質輕重，當依犯罪事實而定，不當依犯罪人之人格等而定也。日本學者屬於此派者，惟大場茂馬一人。小疇傳主張共同相對主義，謂刑罰具有社會被害者、犯罪人三方面目的。與其謂爲採目的刑主義，毋寧謂爲屬於羅西等真正折衷主義一