

绪 论

第一，刑法与社会。

凡为人类，即有社会，亦即有法律，故法律与人类及社会可谓有相互之关系。吾人在未进化为人类以前，因与普通动物无异，其为生活也，全为自然现象，即有动作，亦单为被动，莫不受自然法则之支配，所谓饥则为食，渴则为饮，要均为必然的（*Sein*），而非为应然的（*Sollen*）也。然至进化为人类以后，则成为能合群之动物，既知有个人，亦知有社会，其为生活也，则为社会现象，凡有所动作，乃称为行为。恒以受社会规范（*Norm*）之支配，所谓善者是之，恶者非之，不仅为必然的，且为应然的焉。

夫社会规范有种种，有为宗教者，有为道德者，法律则尤为规范中之规范。法律又有种种，有规范普通社会生活者，有规范最高社会生活即国家生活者，然其共通性质，要不外规定吾人行为之准则，而强制其遵守。其自正面规定者。则称曰权利义务。其自反面规定者，则称曰责任制裁。自社会及法律之进化言之，乃系义务首为发达，责任及制裁亦系相伴发达。盖吾人既能形成社会以营共同生活，且知为意思动作，以超过必然而进于应然，则最初规范，自为义务，违反之时，自必有责任及制裁以随之，刑法则为规定责任与制裁之法律。故刑法又足称为法律中之法律，于社会规范中，乃为最发达而最重要者，不分中外，一国法制史，不外一部刑法史，即职是故也。

第二，犯罪与社会。

吾人虽一面为社会动物，应受社会规范之支配，然一面仍为自然动物，亦受自然法则之支配，其中最为显著者，即为生存竞争中之法则。盖吾人既同栖于一社会以求生存，即不得不有所竞争，此为必然之势。于是生存竞争与社会规范乃适相抵触，个人生存之满足与社会生存之满足，亦适成为矛盾现象，犯罪即系由此矛盾现象发生。社会愈文明，斯生存竞争愈激烈，犯罪亦愈为增加。故犯罪亦为一种自然现象，而有其

因果律（Kausalgesetz）。晚近学者从此方面着眼研究犯罪及刑法，不仅以之为法律之对象，且以之为自然之对象，立法超势，亦已舍报应主义而采目的主义，不着重于个人之惩处，而着重于社会之预防，一派学者中甚有故倡乐观论，以犯罪乃生存竞争之结果，即为社会健全之表征，称最小限度之犯罪曰社会之犯罪的饱和（Saturation Criminelle），而谓社会应以此饱和状态满足者。以余所见，犯罪诚为自然结果，全然消灭为不可能，然吾人既不能不为社会生活，则对于反社会行为之犯罪，即不得不谋有以减少之；最善之道，在自社会政策及立法政策以期其由原因减少，此固为司政者立法者及治学者所应共同努力者；但吾人治解释刑法学者，重要使命，仍在对于已成法律，本其已定目的，以为精确之认识与系统之阐明。至为涉空之原理论，目的论，傍出之社会论，原因论，则自治解释法学者立场言之，固不能谓为正当真挚之态度也。

第三，刑事责任与民事责任。

在昔时法律对于违法行为之成为犯罪者，虽于刑罚之制裁外，亦有赔偿之制裁，然究以前者为主要目的，后者为附属目的，且以刑事责任与民事责任相混，得依一诉权而请求二重制裁，并得一机关而裁判二重责任；此种制度，在罗马法为然，在我国至清季止亦然。然在欧洲，则自近代革命后，均已确立民刑事分化之原则^①，刑事责任及民事责任各以法律分别规定之，即关于其性质，效果，要件，目的，及裁判程序，均不相同，一则为犯罪，一则为侵权行为，一则发生刑罚权，一则发生赔偿请求权，一则不全须结果，且以故意为原则，过失为例外，一则概须结果，且不因故意过失而有区别，一则注重于社会之防卫，而对于加害人为矫正或排除，一则注重于个人之保护，而对于被害人为填补或回

新派学者，谓民刑事分化之原则，乃因社会之进化，遂形制度之分化；在往昔社会尚未进化之时，法律即为刑法，故赔偿亦与复仇同为刑罚之手段；及社会渐次进化，客观与主观乃渐次分明，于是刑法之范围渐次缩小，民法之范围渐次扩张，民刑事分化，乃渐次深刻。民事责任之基本，全在客观之实害，刑事责任之基本，则全在主观之恶性；故依社会进化趋势，以后民事责任当愈为客观化，刑事责任当愈为主观化。余谓此说于民刑事分化之基础理论及民刑事责任于社会之进化趋势，固均道却无余；但民刑事责任，究均为社会制度，且有相辅之功用，谓刑事之必全为主观化，而不主重于其客观，民事之必全为客观化，而不主重于其主观，亦未免一偏之见也（民刑事责任之观念现时尚系相同即同须有责任意思及责任能力）

复，一则裁判机关为刑事法院，其程序必依刑事诉讼法，一则裁判机关为民事法院，其程序必依民事诉讼法。故虽同一行为，一面为犯罪，一面为侵权行为，而其责任之追问，究完全截然划分，不可丝毫相混，我国民国以来之法制，即系依此原则者也。虽然，刑事责任与民事责任，性质虽迥不相同，但其间接目的，亦适足以相辅，实行刑罚权，亦适足以慰藉被害人而有报应之目的，反是实行损害赔偿请求权，亦足以惩戒加害人而有纠正之目的。故各国立法例，划分诉追之主体及程序，亦仅为原则，莫不设有例外，使被害人亦得向刑事法院直接诉追刑事责任，或得于刑事诉讼程序一并诉追民事责任，前者称曰自诉，后者称曰附带民事诉讼，盖均为我国现行制度所采用者也。^①

第四，刑法与刑事法。

广称曰刑事法，乃指关于刑事之法规全体，可大别之为五：即（一），司法警察法（二），刑罚执行法（内以监狱法为主）（三），刑事法院组织法（四），刑事诉讼法（五），刑法。故刑法乃为刑事法之一种，且学者多以前二种法规属于普通行政或司法行政法规，而使之由刑事法除去；通常称刑事法，尚仅指后之三者；其中又以刑事法院组织法及刑事诉讼法为刑事程序法，以刑法为刑事实体法。而本书所称刑法，固均指此实质之意义，但刑法亦另有形式之意义，而指刑法法典者（后详）。本书研究之范围，则只以刑法法典为限。

第五，刑法学与刑事法学。

自广义言之，刑法学亦为刑事法学之一种，然自狭义言之，则刑法学与刑事法学，乃各异其领域，刑法学又可称曰刑法法律学，乃以刑法为研究对象；又分为沿革刑法学，比较刑法学，解释刑法学，本书性质，乃属于解释刑法学，如前所述，系以刑法法典为范围，而分为总则与分则上下二卷。至于刑事法学，又可称曰刑法社会学，则以犯罪为研究对象。其中最重要者，有刑事人类学，刑事社会学，刑事政策学，犯罪心理学，刑事审判心理学，学医学，监狱学等，皆足为刑法学之辅助科学也。

第六，总则研究之范围。

^① 参照刑事诉讼法第三三七条以下以及五〇六以下。

刑法第一编总则所规定者，乃为刑法之一般适用，及犯面罪并刑罚之一般原则。本卷研究之范围，亦以此为准。故于本论分为三编：（一）刑法论，以研究第一章至第三章，而说明刑法之性质及适用；（二）犯罪论，以研究第四五章及第八九章，而说明犯罪之性质及适用；（三）刑罚论，以研究第七章及第十章至第十四章，而说明刑罚之性质及适用。虽然，总则与分则，及总则前后各章，莫不有相互之关系，分为编章论述，要仅为其大体，至于各条之相互关系，固仍当于各该条论述之，尚望读者注意也。

第七条，本书研究之方法。

现时刑法学，如后所述，有新旧二派学派之争（*Streit der Strafrechtsschulen*），其中各出有名将，各筑有坚，已成持久战，而有两不相下之势。旧派之立场，系着重于人类理性，而以惟心论为出发点；新派之立场，系着重于人类本能，而以唯物论为出发点。本书究将参战何方？不但读者当首为注意，即著者亦当首为声明。窃以为凡百学问，皆在研究真理，尤以科学为然。惟以社会现象为标的之社会科学，与以自然现象为标的的自然科学，微有不同，所谓真理，往往只为相对而非绝对。盖法律政治经济之为物，原以人类理想为基础，以社会环境为背景，根本即无绝对是非，则研究此等对象之法律学政治学经济学，又安有绝对理论？于政治经济之实际施設，既有极新之苏维埃极左社会主义派，亦有极旧之法西斯极右国家主义派，此二派于德法日诸国，亦各足以支配一部青年之思想，吾国现时思想界，亦久成新旧对抗之势。然所谓旧，不过思想顽固之表征，所谓新，不过思想浮薄之表征，求其各对于新旧之真理，不固执而能理解，不盲从而能批评者，究所罕见。刑法学固为一种科学，而以研究刑法之原理原则为对象，然刑法究如前述，为一种社会规范，而系以伦理之理想与社会之理想，采为法律之理想。则吾人治刑法学者，亦应将伦理之思潮，与社会之思潮，融合法律之思潮。人类为理性动物，故从新派主张，谓刑法非出发于个人改善，则刑法之功用，将失其半。社会为生活工具，故从旧派主张，谓刑法不出发于社会防卫，则刑法之功用，亦将失其半。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。所谓刑法之原则，只能于刑法法条求之，不能于刑法学说求之。应用学理以解释条文则可，牵强条文以附会学说则不可。或谓中国今日，假大群而私小己，泯是非而尚功利者，滔滔皆是，国家创制刑法，正应向若辈立威，学者请治学术，亦宜为若辈说法，所谓明刑弼教，公私两方而均须努力，则更为吾书进一解矣。

第一编 刑法论

第一章 法之观念

第一，刑法之意义

刑法亦如其他法律，有次述二个意义：

（一）形式意义之刑法，亦称狭义之刑法，乃专指一国以刑法名之法典。我国现时刑法法典，称曰中华民国刑法，乃于中华民国十七年三月十日公布，同年九月一日施行。其以前适用之刑法典，则称曰中华民国刑律，乃于清宣统二年十二月二十五日公布，经于中华民国元年三月十日大总统令准暂行援用，复于同年四月重行删改颁行，通常又称曰暂行新刑律。我国最初，法与律意义本属相通，且所谓法或律多指刑法。如尔雅释詁曰：律者，法也，尚书吕刑，惟作五虐之刑曰法，又周末法家，即指刑家，李悝刑书，亦称法经，此均足见古义法与律之意义同，且与刑法之意义同。然自商鞅著法典，改称法为律后，自汉九章律以下，降及清代，均称刑法法典曰刑律，清末起草各种法律时，仍区别法与律与意义，凡成为法典者，均称曰律，而法则指其全体。如刑法，则指次述实质意义之刑法即刑法全体，刑律，则称刑法法典。此在欧洲，如德法等国语亦同。^① 独日本则仍沿我国法与律之古义，称一种法律

广义刑法德称 *Strafrecht*，法称 *Droit penal*，刑法法典则德称 *Strafgesetzbuch*，法称 *code penal*，其民法用语亦同，参照拙著《民法通义总则》，第三页。

之法典曰法，称该各法律全体亦曰法，我国现时用语亦然。故称刑法法典不曰刑律，亦曰刑法。本书如前所述，乃专在解释刑法法典，故所称刑法，亦多为此义。然亟宜注意者，刑法并不尽于刑法法典，且刑法法典大部分规定，虽亦与次述实质意义之刑法相符，乃实体法性质，即系规定刑法之原则与犯罪之要件及刑罚之范围，略言之，即规定实体刑罚权（即刑罚之本体）。但又有小部分规定亦为程序法性质，即系规定刑罚之追诉与执行，略言之，即规定形式刑罚权（即刑罚之实施）。如刑法总则缓刑假释时效之规定，分则告诉或请求乃论之规定均是。

（二）实质意义之刑法称广义之刑法，学者就此所下定义，尚不一致，余以下述二说为适当，即一谓刑法为规定犯罪与刑罚之法律，一谓刑法为规定实体刑罚权之法律二说是也。此二说措词虽有不同，内容实无不同。盖犯罪及刑罚，无不待法律明文规定（参照一条即罪刑法定主义^①，后详），而国家对于犯罪科处刑罚之权，称曰刑罚权，又分为实体刑罚权与形式刑罚权^②，自实体以规定刑罚权之发生者，则为刑法；自形式以规定刑罚权之实施者，则为刑事诉讼法。谓刑法为规定犯罪与刑罚之法律，乃着眼于刑法之客观关系；谓刑法为规定实体刑罚权之法律，乃着眼于刑法之主观关系。故二说实属内容相同，而尤以第一说为足以表明刑法之本质。故余于二说中又取第一说。若从此说，则刑法并不止于刑法典，凡规定罪刑之法律，均为刑法。故称此义之刑法为实质意义之刑法，或广义之刑法。刑法既为规定罪刑之法律，故精确言之，应称曰罪刑法，然各国均仅着眼于一方面，有称为罪法者，如英美是（criminal law）。有称为刑法者，如德法诸国是（见前）。我国则称刑法或刑律，由来已久。故现行法亦称刑法。兹姑从第一说定义，分析说明之如次：

甲，刑法为法律。

凡宪政国家，均将法律与命令严格区别，刑法必以法律形式制定之，我国旧约法第六条，及新约法第八条第一项，均载明人民非依法律

作者在文中指出参照…条，参照…等，如未明确参照的具体法典，则参照的均为1928年之《中华民国刑法》。——勘校者注

参照刑罚编第一章。

不得处罚；故在我国现时，刑法必依立法程式以法律形式制定者，始为有效；若以命令形式制定而单为所谓有法律性质之命令者，不能有效，乃于解释上毫无疑义者。不过他国先例，亦有许于法律所委任之范围内，得以命令制定刑法者，我国旧约法第三十一条，亦定明大总统基于法律之委任，得发布命令，并得使发布之，又违警罚法第一条第二条，亦定明大总统发布之命令，得设一年半以下之徒刑或二月以下一月以上之拘役或二百元以下之罚金，又大总统使发布之命令，得设八月以下之徒刑或二月以下一月以上之拘役或百元以下之罚金，现时特种刑法，亦有为命令性质者^①，故此所谓法律，可广义解释，除真正法律外，有法律性质之命令，亦可包含之。故学者又谓刑法为法令或法规者此也。^②

乙，刑法为规定犯罪之法律。

犯罪之详细观念，当于后另编述之，要之，犯罪为行为，且为一种事实。夫行为于道德上为恶行者多矣，苟未经法律加以禁止，则仅为不德行为；而为单纯事实；及其经法律禁止，则为不法行为（即违法行为），而为法律事实。法律规定，可分为禁止规定（*Cebietendes Recht*）与许可规定（*Nichtgebietendes Recht*）^③，刑法规定，即属于禁止规定。违背禁止规定之违法行为，在民法则称曰侵权行为或债务不履行，在刑法则称曰犯罪。刑法即一面规定如何行为始为犯罪者。规定犯罪之一般要件及状态者，总则之范围也。规定犯罪之特别要件及状态者，分则及其他特别规定之范围也。治解释刑法学者，研究犯罪。应于刑法立场，即以为法律事实而研究之，不应于科学立场，即以为自然事实而研究之。后者乃刑法社会学之范围，非刑法法律学之范围也。

丙，刑法为规定刑罚之法律。

刑罚之详细观念，亦当于后另编述之，要之，刑罚为一种制裁。恶行应得恶报，乃有人类以来道德上不易之观念，但对于恶行，即令事实上予以报应，亦仅属事实结果，必须法律上予以报应，始为法律效果，此即称曰制裁。法律规定，又可分为强制规定（*Zwingendes Recht*）与任

依刑法第九条亦足征刑法得以命令定之。

② 凡刑法应以法律制定而仅以命令制定者，在前北京政府时类多称曰条例，现时亦多沿之。

参照拙著《民法通义总则》一八三页。

意规定（*Nichtzwingendes Recht*）^①，禁止规定类多同时为强制规定。即凡禁止之行为，莫不强制其勿为，而于其违反时，加以一定制裁。^②然违法行为之应受制裁者。亦不一其类：有单以之为无效者，亦有仅使负赔偿义务者，民法所规定之违法行为均属于此；即有进而处之以罚者，罚亦有种种：大别之为秩序罚，强制罚，惩戒罚，四种（参照刑罚论说明）。独其中之刑罚，乃为对于犯罪之法律事实所付与之法律效果，故刑法又系一面为规定刑罚之法律。规定刑罚之种类并其适用如何者，总则之范围也；规定具体犯罪之应科具体刑罚者，分则及其他特别规定之范围也，此项刑法之法律效果（结果）与犯罪之法律事实（原因）是否相适应？乃为立法者司法者请法者所应共同努力之点。又宜注意者，规定刑罚者，除刑法外，尚有特别规定。有全以单行法规定者，亦仅有于他之民商事法规或行政法规中规定者；此等法令中所规定之罚则，亦有为刑罚者，亦有为有他之罚者，区别之标准，惟有视其所定之罚是否合于刑法总则所定之刑名而已。如所定之罚合于刑法总则所定之刑名，则原则尚应适用刑法总则之规定（参照九条，后详）。

第二，刑法之性质。

刑法于法律上属何性质，可分述之如次：

（一）刑法为国内法。

法律首分为国际法与国内法。国际法，乃谓适用于国际团体间之法律，现时只有国际公法。至国内法，乃谓在一国主权下所施行之法律。通常所谓法律，均指国内法。刑法为规定犯罪与刑罚之法律，何者为犯罪，应处如何刑罚，固因一国之国家观念及社会观念而有不同，但犯罪究为恶行，刑罚为对于恶行之制裁，如何恶行，应加如何制裁，在进化程度相同之社会，究有其共通性，故刑法亦有共通之趋势，现时关于刑法，自一八七二年已成立国际刑罚会议，至一九三〇年已开第十次会

参照拙著《民法总则》一八二页。

② 以制裁强制遵守禁止规定者，又可称曰制裁规定。在刑法通常均系合禁止规定与制裁规定为一体而规定之。然亦有不然者，又有二种：有先以他法制定禁止规定，后由刑法制定制裁规定者；有先由刑法制定制裁规定后以他法制定禁止规定者；此后者学说上称曰空白刑罚法规（*Blanquet Strafgesetze*），亦曰开放刑罚法规（*Offene Strafgesetz*）；我国刑法中亦有此规定，如第一百二十五条第二百零六条等是也。

议，我国亦已迭次参加，足征文明国刑法之应共同讨论，一致制定。然现时各国刑法，究仍为国内法。盖刑法所规定之刑罚权，亦不过一国主权之作用，其仅于一国主权所及之范围内适用，乃属当然。刑法第四条至第八条，虽亦规定国外犯罪得适用我国刑法，究不能因此即谓刑法有国际法之性质也。

（二）刑法为公法。

公私法能否分类？并应如何分类？学说上尚属纷纭。以余所信，法律应分为公法与私法，且其区别标准，应以前者为规定统治关系之法律，后者为规定非统治关系之法律。^① 刑法系规定刑罚权者，乃为国家对于人民行使统治权之关系，自属公法性质。

（三）刑法为实体法。

法律分为实体法与程序法。实体法乃规定权利本体之法律，程序法乃规定权利实行之法律，故刑法为实体法，刑事诉讼法为程序法，而刑法法典亦有一部含有程序法，此均已于前述。

（四）刑法有普通法与特别法。

法律分为普通法与特别法，特别法应优先普通法适用，此一般之原则也。刑法亦然。刑法法典，普通法也。其他单行刑法或散见于他法中之刑法，特别刑法也。前者，乃对于一般之人与地及事适用者。且其总则规定，除特别法特有除外规定外，亦应适用于该法（参照刑法第九条）。后者，乃对于特别之人（如陆海空刑法），或特别之地（如蒙古之理藩则例青海之番例条款），或特别之事（如危害民国紧急治罪法惩治盗匪暂行条例），适用者。惟兹宜注意者，所谓普通法与特别法，究仅相对而非绝对，故如同一普通刑法，其分则中即亦有因特定之人（身分或业务）或事（行为）而有普通规定与特别规定之分者。又如同一特别刑法，亦有关于人或地与事而应一般适用，即亦得称为普通规定。

^① 参照拙著《民法通义总则》四至五页。

第二章 刑法之沿革

刑法发达最早，乃有社会法律，即有刑法，已于前述（参照绪论）。刑法既系规定反社会行为之制裁，自最含有社会性，故其发达乃因社会及时代而有不同。详论各国刑法之沿革，非属本书之范围，兹仅述一般刑法之进化及我国刑法之沿革。

第一，一般刑法之进化。

学者论欧洲刑法之进化，恒分为四时期；此不仅欧洲刑法进化之趋势为然，即一般刑法进化之趋势亦然。试分述之：

（一）复仇时代 *Periode de Vengeance*）。

此为人类原始时代之刑法，又可分为二时期。即系由复仇法时期进而为赎罪法时期。申言之，即由复仇状态，更进而为赔偿制度。在此时代，人类虽已形成社会，但尚未形成国家，所谓刑罚，仍不脱私人的报复之色彩。故学者又称此时代曰私刑时代。此时代之刑罚，又可从二方面观察之。甲，对内关系之刑罚，即一家族之家长，或一种族之酋长，本于其对团体员之支配权之作用所施行者。乙，对外关系之刑罚，即一家族或一种族于受他团体之侵害时，以此方对他方报复之作用所施行者。学者着眼于后之关系，故称曰复仇时代。且通说均谓近代刑法之发达，系基因于此关系。要之，野蛮时代对于他人侵害之反动，最初只为个人对个人之报复。更进一步，乃为首长对个人惩罚，与团体对团体之争斗。在此时代，刑罚即刑事责任，与赔偿即民事责任，乃全无区别。其进化状态，又可如左述：

甲，对内关系之惩罚，即首长对团体员之刑罚权，乃在维持团体内之秩序。此与现代刑法之趣旨相同。其所用方法，与对外者异，非为复仇，而在将犯人由其和平的团体（*Friedensgenossenschaft*）排斥。其在富于宗教心之种族，以犯罪为渎神，而以之为供神之牺牲；在薄于宗教心

之种族，将犯人由其团体放逐；均为当时排斥犯人之一方式也。至对外关系之复仇，乃系由个人的复仇进而为血族的复仇（*Blutrsch, Gruppen-rache*），而为所谓对外争斗（*Bekämpfung des Fremden*），其趣旨殆与今日之国际无异，而在防卫种族之生存。故此时代之刑法，不问系为对内或对外关系，均与现代刑法之趣旨相同，而在维持社会之秩序，防卫社会之存在，不过其所用之方式微有不同而已。

乙，当时虽已形成社会中心力，然尚属稚形，故刑罚权之实行，尚有待于个人之行动。故此时之刑事诉讼程序，乃属初步之告劾主义（*Systeme accusatoire, akksusatorisches Verfahren*）；即系由被害人为原告，加害人为被告，取追诉及辩论并公开之方式，审判官则仅分于其间以为裁判而已。此种制度，即为现代刑事诉讼所采告劾主义之起源，亦即为民事损害赔偿制度之起源。

丙，现时刑法之趣旨，固在适于社会之要求，合与于正义之观念；在当时复仇之趣旨，亦属相同。盖复仇自客观言之，乃由于生物保全自己之本能，自主观言之，乃基于人类恶因恶报这公道。故在此时，有仇而不知报，乃为人所不齿，至受社会排斥之例，亦往往有之。

丁，及社会进化，中心力愈强，统一力愈大，刑法亦呈转化，即对于复仇，亦设有适当之限制。其一，对于复仇者与被复仇者之范围加以限制。其二，对于复仇之程度加以限制。如古时所谓以目报目以齿报齿（*eye for eye, tooth for tooth*）之反坐法（*Lex Talionis*），见于汉母拉比（*Hammurabi*）^①与摩西（*Moses*）之法律中者，虽一面近于苛刻，一面亦为残忍复仇之一限制也。其三，复仇必须公许，其四，认逃避所（*asile, Asyle*）之制度，犯人一入寺庙，则不得追捕，又如摩西（*Moses*）之法律中，尚有避难市（*City of refuge*）之制度，许犯人得避入市内以免复仇，凡此皆因社会进步，遂对于复仇，亦知设限制以矫正流弊也。

戊，及社会更形进步，刑法更呈一转化；即由复仇法进而为赎罪法，乃有所谓赔偿金（*Compositio, composition, Wehrgeld*）之制度。此又有三段变迁。即第一时期，受赔偿与否，听诸当事人之任意。第二时

今通译为《汉谟拉比法典》，即古代的巴比伦法。——勘校者注

期，则由法律加被害人或其亲属有受赔偿之义务。第三时期，则进而由法律制定其赔偿额。此时化现象，均足征社会统一力愈增，且经济方面，已知有货币之利用，盖已渐脱野蛮进代而进于文明时代。

己，赎罪法时代，尚有二进化状态，而应注意者。其一，发生可赎罪与不可赎罪之区别，即已认一定犯罪为对于社会全体之侵害，非对于个人赔偿即足以制裁。其二，发生个人赎金与君主赎金之区别，即其赔偿金除以为对于个人侵害之赔偿外，并以为对于社会侵害之处罚，一则由个人受之，一则由君主征之。于是民事责任与刑事责任，至是乃知具体分化矣。

（二）威吓时代 (periode d'intimidation)。

社会已进而形成国家，于是有人类文明时代之刑法，此时期又可称曰公刑时代，或严刑时代。盖斯时社会中心力，已进而形成国家权力。对于侵害法益之反动作用，亦由个人而移于国家。复仇及赔偿，乃一变而为国家的刑罚 (Staatliche strafe)。且此时有一特色，即其刑罚极其峻酷。盖方圆国家权力之发展，遂不遑计及个人利益之充实。制立严刑酷罚，以期刑以止刑，亦自然之势也。

威吓时代刑法之进化状态，又可分述如次：

甲，由赔偿制度更进而为刑罚制度。盖以经济状态进步，遂致财产分配不均，犯人多为无资产者，赔偿制度，往往不能达其目的，于是有使犯人感其身体上苦痛之必要，而身体生命之刑生矣。

乙，国家的刑罚之发达，乃至形成刑罚之客观化 (objektiverung der Strafe)，即刑罚恒由第三者判定而执行，夫然后能期其公平与正确，夫然后刑罚为团体生活之工具始能明确显其功用。

丙，常时之国家组织，尚为所谓警察国 (Polizeistaat)，人民在法律上对国家不得主张权利，法律仅为官吏之执务规则，不使人民知之；于是采罪刑擅断主义。如何之行为为罪？应科以如何之刑，一惟官吏以己意判定之而已。

丁，当时之刑事诉讼，亦采纠问主义 (systeme inquisitoire, inquisitorische Verfahren)，审判者已非当事人之仲裁者；凡知有犯罪，即依职权而自行审判，并无待乎之被害人之追诉也。

（三）博爱时代 (periode humanitaire)。

此为人类文化极盛时代之刑法，前世纪即属于此时代，又可称曰宽刑时代。即人类不但能形成国家，且能充实个人；乃有个人思想之觉悟与个人主义之勃兴，而盛倡人权自由诸说；谓社会及国家，不过为个人而存在：刑罚组织，亦应力主宽大，而发挥人类博爱之精神；尤以对于社会侵害之反动，务期缓和之，而一舍从来之威吓主义焉。

博爱时代刑法之进化状态，亦可分述如次：

甲，当时个人主义发达，人权思想亦为发达，刑法上遂亦大受其影响，法国人权宣言第八条，乃成为宪法上之原则，所谓罪刑法定主义，亦因以确立。

乙，刑罚之宽大，一面固系因于威吓主义之反动，一面亦系因于自由思想之发达，当时均确信团体系为个人存在，故为团体以害个人自由之事，当力避之。

丙，刑法至此时代，始具有学理之系统，盖因文化之勃兴，凡百学问，始能为合理之考察与组织之研究也。

丁，当时之刑事诉讼，乃又转而为进步之告劾主义，亦可称曰当事人诉讼主义。即首须由检察官为原告以起诉，次须使两造辩论，法院则全为第三人以裁判之是也。

（四）科学进代 (*periode scientifique*)

此为人类科学昌明时代之刑法。现世纪即属于此时期。盖因科学进步，确认社会有独立之存在；同时对于犯罪及犯人，依生物学及社会学的研究以明其本质，并讲社会防卫之方法；于是刑事组织，亦呈特色，即因刑罚宽严之调和，与刑事政策之树立，一面尊重个人利益。一面更注意社会防卫。

科学时代刑法之进步状态，又可如次述：

甲，从前之见解，对于犯罪，系以之与犯人分离而抽象的观察之，且以之与社会分离而论理的解说之。及现时科学进步，乃异其趣；对于犯罪，乃就犯人，以为生物学的研究；并就环境，以为社会学的考察；于是关于罪刑之基本思想，为之一变。

乙，以前均认社会系为个人存在，今则认社会有其独立存在。于是刑法理论之基础，亦已由个人本位之报应主义而入于社会本位之预防主义。

丙，现时刑事政策新立之起因有二，其一，以前刑法镇压之效果殊少，累犯之增加甚著，其二，犯罪之原因，自生物学及社会学研究之结果，发见于刑罚外有另讲预防制度之必要。

丁，调和刑罚之宽严，即对于一定犯罪（如累犯），自防卫社会之见地，则须取其严，对于他种犯罪（如偶发犯），自尊重个人之见地，又须取其宽，是也。

要之，综观刑法之进化，复仇威吓二时代，为反射的博爱及科学二时代，则为自觉的。又复仇及博爱二时代，系以个人为中心。威吓时代，则系以社会为中心。科学时代，则系以社会及个人并为中心。又复仇威吓博爱三时代，均系以报应主义为本旨，科学进代，则系以预防主义为本旨。

第二，我国刑法之沿革。

我国见称为世界五大法系之一，其特以著名者，即为刑法。故我国一部法制史，亦可谓为一部刑法史。上述一般刑法进化之征象，求之于我国刑法史，亦未尝不可得同一反映，惟我国刑法沿革，亦有足述者。兹试分为左列三时代说明之。

（一）古法时代。

此指自上古至秦末；乃为我国刑法之萌芽时代，又可称曰不文法时代。此时代之特征，即在只有刑制而无刑典，只有法理（沿新民法所称，旧称曰条理）而无法条。乃系渐由复仇时代而进于威吓时代。故当时所用之刑，均甚残酷。宫刑亦为五刑之一^①，且系采罪刑擅断主义，除个人意见外，亦惟有依据成例与情理。故至汉初，尚有所谓春秋断狱之说。至刑罚制度，究系创自何时，亦无专书可考，或谓始自黄帝，所谓唐虞制令，皋陶作士，禹刑汤令，汤周刑书，亦仅有其名称。然至此时代末期，则刑法学说，实为极盛。申韩商李 均为当时大家，刑法学且蔚为一流，直陵儒家而上之，此亦为我国刑法沿革上之一异彩也。

所谓五刑，即墨，劓，宫，刖，大辟（即斩），传系由苗族传播来，多用于异族，对于本族，仍主王道与礼化。及至周公制礼，则更形宽大，及孔子，则更主以礼代刑。此种思潮，亦不可不知也。

② 即指申不害、韩非、商鞅、李悝，四者均为战国时期著名的思想家，法家人物的典型代表。——勘校者注

（二）旧法时代。

此指我国汉初至清末，乃为我国刑法之成熟时代，又可称曰成文法时代。我国刑法法典，虽肇始于李悝之法经及商鞅之秦律，然大具规模者，究为萧何之九章律，此即所谓汉律。由是而魏晋以迄隋唐，历代迭著有刑律，而以唐律为集其大成。后此宋元明清诸律，均系沿此。此时代之特征，乃系相对采罪刑法定主义；即判定罪刑，一面须依律例，一面仍许比引，该法典之编制，虽系治民刑事实体法诉讼法及组织法行政法于一炉，然究以刑法为主，至其所采主义，亦可谓已渐由威吓主义而进于博爱主义，尤于生命刑极为慎重。盖我国固有之精神。著为系统之典制，亦于全世界刑法上不失其为一汇大之法典也。

（三）新法时代

此即指民国以来适用新刑法之时代而言。又有新旧二法，旧法，即暂行新刑律，清季由修订法律馆起草，其公布及施行日期，已于前述。新法，即中华民国刑法，系前北京修订法律馆，就暂行刑律修正，有二次草案，又经国民政府增订，其公布及施行日期，亦已于前述。^①旧刑律即系采各国刑法体例及主义，并斟酌我国固有思想，新刑法亦大致相同，不过体例更较完整，内容更较充实，且参酌时代思潮。然与其谓为新派刑法，毋庸谓为新旧折中派或偏于旧派之刑法。盖按诸我国现时社会，亦有不得不然者也。

民国初期，南京临时政府明令宣示《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。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，对《暂行新刑律》进行第二次修正，编成《刑法第二次修正案》，该草案也终未能成为正式刑法典。

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》，这就是后来通过并施行的1928年《中华民国刑法》，也就是本书作者著书时所解释的当时同行刑法。——勘校者注

第三章 刑法之学派

举凡社会之刑罚制度，莫不有其基础理论，然对于犯罪及刑罚之基础原则，加以理论研究，演为系统说明，而形成所谓刑法学者，则在欧洲乃自十八世纪刑法之博爱时代始，尔来分为旧派与新派二大学派，一则以哲学为基础，而为惟心的，抽象的；一则以科学为基础，而为惟物的，实证的。兹试述此二大派之梗概于后：

第一，旧派(*ecole classique*, *Klassische Schule*)。

旧派亦称正统派或正义派。盖自十八世纪以后，以思想革新之盛，哲学亦极为发达，其基础理论，乃为个人主义与自由主义。前者力倡个人之实在，否认社会之实在，谓社会仅属为个人而存立之状态。后者，以人为自由意思之主体，皆依理性之所要求而得自由行动者。此种思想，衍而为社会契约说，为人权天赋说，以至有人权宣言，而开十九世纪之新生面。刑法理论，亦受其影响，而采报应主义与客观主义。兹述其要旨如次：

(一) 凡人达于一定年齿，斯其精神应为健全，除特有异状者外，皆有依理性自由行动之意思，故此说又称曰意想自由说(*indeterminismus*)。

(二) 人既有判断善恶之自由意思，乃竟反乎理性以为恶，其行为自得认为犯罪以受刑罚，盖所谓恶行应得恶报，故此说又称曰报应主义。(*theorie der Vergeltung*)

(三) 凡人之自由意思，均属相同，犯罪既系出于自由意思，自亦属相同；故科问责任之刑罚，自只应以客观之犯罪为准，而不应以主观之犯人为准；故犯罪仅为单纯之法律事实，为其法律效果之刑罚，仅与之适应已足；只能计及犯罪事实之轻重，不能计及犯人恶性之大小，故此说又称曰客观主义(*Objectivie Theorie*)。

旧派之理论，允能道破刑法理论之一面，而其最大功绩，即在其能