

蔡樞衡著

刑法學

獨立出版社印行

214
D914.01
23

蔡樞衡著

刑法學

獨立出版社印行



目次

序言

第一編 緒論

第一章 刑法學

第一節 刑法學之概念……………一

第二節 刑法學之方法及其根據……………六

第三節 刑法學之基本任務及目的……………三

第四節 刑法學之種類及性質……………一〇

第五節 刑法規範之特質……………一六

第二章 刑法思想

第一節 近代以前之刑法思想……………三五

第二節 近代以來之刑法思想……………四一

第三節 中國刑法思想之發展……………五一

第四節 刑法思想之二種二派……………六八

目次

第三章 刑法

第一節 刑法之形式及其發展.....一八一

第二節 刑法之內容及其發展.....一八四

第三節 刑法之歷史及類型.....一九七

第四章 中國刑法

第一節 中國刑法史之特徵.....一〇九

第二節 現行刑法之特色.....一二二

第三節 明日刑法之治理的形態.....一三二

第五章 刑法在法律體系中之地位

第一節 社會規範與國家規範.....一三九

第二節 第一次的國家規範(上).....一五二

第三節 第一次的國家規範(下).....一六七

第四節 觀階段中國刑法之生命.....一八五

序 言

這部刑法學是把過去在國立北京大學所用講義，和現在國立西南聯合大學所用教室講稿大綱，再加修改寫成的。這中間一貫的方針是：全國融會刑法總則和刑法分則，貫通理論和實踐；一面儘可能運用歸納法，藉以顯現概念構成之過程；同時從法律體系中把握刑法之全體，藉以暴露刑法在國家生活中的地位；並治法律觀、方法論和論理學於一爐，用以爭取刑法學之哲學性和科學性。然而沒有參考，不事徵引；類多私見，沒有出處；不拘成說，不忌獨斷；想到那裏，寫到那裏；想怎樣寫，便怎樣寫。因此，若把一般著作的體裁作標準，在形式上和內容上，或許都可說：這書整個兒是不成體統的。

這部書是我學習刑法學的第一次報告書。目的不在為初學者介紹刑法學上的基本觀念，而在儘量反映社會現實，充分發表個人的思想見解！尤其是在批判中展開自己的思想體系，藉以適應客觀事物之發展；因此，書中到處對於前者的思想見解，多所非難，成了不可避免的必然現象。這似乎是用不着提起「當仁不讓」的標榜來作護符的。担心的是：自己不夠聰明，以致誤解了別人的思想見解。至於心長手短，自己的理論沒有構成，徒然開罪不少人；尤其是心所不欲，而又莫可奈何的事情。好在學問是無止境的。我發表這部書，也不過是想藉此獲得反省的機會和材料。因此，我誠懇表示：不受隔靴搔癢的讚；願挨入木三分的罵。

這是值得聲明的：我不希望把歐美日本的刑法學當作評價這部書的指導原理。這不是說：我這書硬比他們的新穎、深刻或完全。只是因為：各人的帽子各人帶。外國的刑法學自有外國的歷史社會背景，只可作為我們探討觀察的資料，決不是中國刑法學的模型或標準。況且外國刑法學著作之不同，有如各著者之面！

我也不歡迎把中國現成的刑法學水準作本錢，簡單或機械地評論這書的是非。因為過去中國學界的成績，好像地下人進城，隨意胡亂買了些洋雜貨而歸。真正的中國刑法學，還在萌芽中。若把現成的刑法學水準作標準，不僅對於國家社會和著者都沒有好處，並且這種議論是不會有結果的。

例如：刑法第二次修正案理由書告訴我們：刑法關於故意的概念，係採意欲主義。這在實務家和一部分學者心目中，已成不刊之論。然而不備理由書的意旨和條文所表現的精神，根本不相符。並且理由書本身，也不是沒有毛病的。因為：故意和過失二概念是互相對立的。某種情形，若非故意，便屬過失；其間絕不容有既非故意，又非過失的狀態；這是邏輯上必然的結論。現行刑法第一三條第一項把「明知並有意」當作故意概念的內涵。這的確是意欲主義的表現。由此推論：凡「明知而無意使其發生」及「明知而有忌使其不發生」的場合，當然都是過失了。然而同條第二項又把「並不違背其本意者」當作一種過失。刑法第二次修正案理由書並名之曰間接故意。這種間接故意，顯已超出了意欲主義的範圍，把「明知而無意使其發生」的場合，當作故意了。可見僅就這二項說：刑法已經不是採着意欲主義。若再從第一四條看：顯然採了認識主義——把有無認識當作區別故意和過失的標準。換句話說：第一四條又把明知而有忌使其不發生之場合，當作故意了。因此，我輩半明不白的刑法第二次修正案理由書之說明於不顧，單把第一三條和第一四條的文理解作根據，認為刑法採了認識主義。假若學問的目的在於研究真理。我這種看法，至少是有相當充分理由的。假定不幸，有人說：「那是錯了」。但却始終未蒙直接間接指示認為錯了的理由。小子不敏。像這種批評，只好以狀奉璧！

又如：刑法第二章總題曰殺人罪。內容包括故意罪和過失罪二種：第二七一條至第二七五條都是故意罪；第二七六條是過失罪。我為想使第二七一條至第二七五條和第二七六條的區別顯明些；第二七六條和某某致死一類的結果罪不易混同。因而在西南聯大教室講話中，把前者叫作故意殺人罪；後者叫作過失殺人罪，並且聲明過：這名詞是我造的；「練著書都把第二七六條叫作過失致死。後刑事訴訟法第八條，也曾稱之曰殺人罪。我這種作風，至多只能產生不可不和妥不妥，二問題，決不能發生錯與不錯的疑問。然而假定不幸得很。有人說：「把刑法第二七六條叫作過失殺人罪；那是外行話。他個條文原是過失致死。」像這樣投錯了衙門！誤解了問題性質或範疇，徒然暴露說者自己思維粗糙的實弊。除了責難者是用請指迷津或處心積慮的態度來聽講。為節省時間起見，只好充耳不聞。

這書全部分爲五編：第一編是緒論，內容空闊，幾似基本範疇的敘述；第二編說明各種特別構成要件，大體上相當於通行的刑法各論的一部分；第三編說明若干特別的犯罪概念——如未遂、共犯……等；第四編論五個最一般的犯罪概念，大體相當於通行的刑法總論中的一部分；第五編說明刑事處分制度、刑罰及保安處分，共約七十萬字。因爲時間上和印刷上的關係，想分期出版。這次出版的是第一編。凡十八萬字。擬定陸續出版。第二編以後，當在短期內繼續付印。

回憶留學東京中央大學本科時代，課餘之暇，在通讀恩師牧野英一博士的法律學叢書，日本刑法的書板並老板，涉獵刑事學諸部門著作的過程中，不知不覺對刑法特別發生了興味。學業不濟時，常常不少友好，能盡相助。因得畢業。並僥倖投入了東京帝國大學大學院，從牧野先生專攻刑法，得以略窺刑法學之面目。今日出刊這書，謹向牧野先生致敬，並對諸友好致謝。

回國後，承蔣夢麟先生、周枚蓀先生、和劉抱恩先生的盛意，讓我在國立北京大學擔任刑法和監獄學，使我獲得了從事攻研刑法的機會。今日能刊這書，不啻三位先生手賜！特此敬向三位先生一鳴謝。

書稿的繕寫，先後承胡正錫君、歐森君、汪受璧君和朱家訓君幫忙。就此一併道謝。

中華民國三十三年三月

著者於昆明北京大學教授宿舍

刑

法

學

四

第一編 緒論

第一章 刑法學

第一節 刑法學之概念

刑法學是刑法學的主體和刑法學之對象之統一。換句話說：具體的刑法學著書是特定著者對於對象的認識之體系。因之，著者——認識主體是刑法學之一因素。在產生刑法的認識體系過程中，主體是一個動態的因素。認識主體之具體的屬性決定理論體系的品性和性能。儘管對象同一，假使主體不同，體系之具體內容，亦必互異。

主體是社會生活一份子。主體之具體的生活環境是任何認識主體之一屬性。這個屬性對於主體的認識之性質、觀點、目的和真理性之決定，常具絕大的作用。明確些說：主體反映特定對象的時候常把主體的生活環境當作彈弓；主體對於對象的認識是彈過并且浸透了彈光的色彩。社會科學中所謂學問之黨派性，就是從這點出發的結論。在法學——尤其是法規範學的正面雖不容有絕對的黨派性。可是主體自身的社會的性質，仍然會和他的認識在有意無意中結着不解緣。儘管認識的主體不自知其認識結果的報告中表見了這東西，客觀上總會或隱或顯呈現着所謂學問之黨派性。

第二個屬性是主體認識對象的直觀能力和思維能力，也就是主體的學識基礎。直觀能力和思維能力愈大。對於對象的認識便愈加正確而完全；愈和對象之客觀的真實或客觀的真理相接近。假使把主體的學識基礎當作攝影時鏡頭和光線的綜合體。學識基礎之優劣影響於對執之認識，有如鏡頭優劣及配光適否之影響攝寫的成績。



第一個屬性之保有本來是不假人爲的。不過在知識發達的今日，不免多少還須假人工的修養。因爲這個緣故，主體所保有的第一個屬性之具體的性質，容有與其狹義的現實生活環境之所應有着互相對立之可能。第二個屬性是先天的秉賦和後天修養之綜合體。所秉賦的是聰明才氣；所修養的是知識。修養所能達到之境界爲秉賦所限制；秉賦之發達需要培養修養之能事。秉賦之厚薄各人不同。應有之修養範圍及程度，客觀上自有一定之境界。主體的能事就是接受人類知識歷史已經達到了的境界中之一切有關事項，拿來當作研究刑法的基礎。保有這種屬性的主體才是研究刑法之合適的主體。

因此，現代中國法學——從而刑法學的主體第一必須接受人類社會和認識歷史。至於昨日爲止的一切遺產。現代法學人士所處的時代是二十世紀四十年代。在這種意義，十九世紀社會歷史的成果是哲學和科學之統一；自然科學和社會科學之統一。法學以及刑法學和科學以及哲學的關係，是全體和部分的關係，也是一般和特殊之關係。這種關係使法學——從而刑法學和其他一切科學並哲學的接觸保有着內部的關聯。這中間雖在客觀上有目的和手段的不同，客觀上並無主體的差別。

假使把基礎當作輔助者，本質上是真理的歪曲或改造。這種改造中認識的修養成功的具體決不能進入合理的境界。這種主體對於對象的認識，決不能期待實現客觀上可能的正確與完全。所構成的刑法學不易超出以條文之解釋爲滿足之境界，也不能使中國刑法學成爲表現獨立自主的中華民族自我的刑法學。

若干刑法學著作，常在「輔助科目」的標題下，列舉一大串學科當作刑法學的輔助科目。這是一件很滑稽的事。在哲學和科學統一的今日，在把一切自然科學和社會科學當作直接間接基礎的刑法學，誰能認爲某種科學和刑法學無關？硬要指出「一部分科學作爲刑法學的一輔助科學」。在當迪初學者的觀點，簡直無益而有害。對於主體者自身也不能使人發生敬畏之心。退一步說，假定這種提示是正確的。尤其羣衆有意接受人類社會并認識歷史的遺產之一部份，而遺棄了另一部份。假使把所接受的某一部份當作輔助知識的整體，其結果是恰恰使人知道了別人，埋沒了自己。既使全球還沒有消滅國界；人類還沒有達到世界大同的階段。不能不肯

定中國現在任何刑法著書中所列舉的補助科目之總論顯明暴露了中國之夫殖民地根性。假使不想忘記獨立自主之民族自我。我以為補助科目中最少還要加入世界社會經濟發展史，中國近百年史，民族問題，三民主義……等一類科目。

刑法學之另一因素是認識主體所產生認識的對象——材料，也說是一般所謂刑法之淵源。不過，一般所謂刑法之淵源一語的含義，實際上常因學問內容之差異而不同；大抵刑法哲學上所謂刑法之淵源係指刑法存在之形式知識以認。刑法存在之材料；刑法現象學和刑法史學上所謂刑法之淵源係指國家機關創制刑事法令的過程；刑法規範學上所謂刑法之淵源係指有規範性的刑法之形態或當作國家生活規範的刑法形式之種類。這裏所謂認識的對象之含義，包括各種刑法淵源之意義。

刑事法令是被認識之一對象。所謂刑事法令包括一切具有法令形式的成文或不成文的刑事法律律和命令。刑事法令的特徵在其對於違法行為人具有隔離、懲罰、改善和教育的使命和目的。換句話說：刑事法令之作用在於非國民的態度，改造，使不良國民成為善良國民。刑事法令之內容是國家對於違反社會生活者之處置，也是國家生活的規範，規範國家生活的法令中具有隔離、懲罰、改善和教育違法行為人之作用的法令，都屬刑事法令之範圍。

有權解釋和判決先例也是被認識之二對象。大體說來：有權解釋中含有二種不同的成分：一種是確定成文法令的含義範圍；另一種是類推法文或依據解釋者的法律意識產生出來的新命令；前者本質上都是刑事法令之引伸或註解；後者却和原有的刑事法令是並行的。判決先例中也有二種：一種本質上是刑事法令獲得具體內容而深刻化，或原有之刑事法令之發展形態；另一種也是獨立產生出來的新法令。刑事法令之引伸和附註，本質上與刑事法令本身固有內容之一部。引伸或註解刑事法令的有權解釋，原來包含於刑事法令概念內，並無獨立成爲對象之意義。內容性質屬於刑事法令刻化的判例，其與原有之刑事法令，具有一般與特殊間之關係，理論上應爲獨立的認識對象。類推或依法律意識產生出來之判例和解釋，其與原來之刑事法令常有原則和例外間的

關係——甚或它是原來的刑事法中之改變之精神的特定法令的創製，當然都是認識對象之必要部分。

學說也是全對象的一部分。這裏所謂學說自然是指學者對於刑事法令的認識和意見。學者對於刑事法令的認識和意見，本來就是關於刑法的意識。特定學者對於刑法的認識和意見，本來就是具體的刑法學。不過，這種刑法學一面和主體互相結合着，同時和其主體認識對象的時間有分不開的關係。特定人自己著的一部刑法學是把截至着筆時為止的歷史成果作基礎的。因此，祇要是着筆以前所有的學說，都在對象範圍內。

刑事立法政策——立法的原理、原則及立法理由，刑事司法政策和刑事執行政策以及三者之實踐過程，也是對象的一部分。自一方面言，刑事立法政策是產生刑法之一條件。沒有立法政策不會有刑法。自另一方面言，刑法是刑事立法政策之表現。在怎樣的立法政策下才會產生怎樣的刑法。因此，為得充分瞭解刑法，必須瞭解刑事立法政策。刑事司法是實現刑法中一部分理想的手段。刑法理想以及立法精神之實現，需要假手於司法過程。司法實踐在理論上是把司法政策作指導原理的。因此，為得充分理解刑法，必須理解刑事司法政策及其實現。刑事執行是實現立法政策及刑法理想之最後的手段。執行政策是實踐執行之指導原理。所以執行政策也在對象範圍內。

刑事法令。有權解釋、學說、刑事立法政策、司法政策和執行政策等都是認識的對象或材料。不過，刑事法令、有權解釋和判決先例都是國家制度或政治政策的表現，究極都是意識或觀念。學人的見解也是意識和觀念。意識或觀念祇是客觀事物的寫照，不是事物本體。因之，刑事法令、判決先例、有權解釋和學說都是對象的形式，而不是內容；都是對象的現象，而不是本質；都是對象的一部份，而不是全體。刑事法令、有權解釋、判決先例以及學說的內容和本質是現實社會。就此點言，刑事法令、有權解釋、判決先例和學說之外，再加現實社會纔是應認識的全對象。必須把全對象當作認識的對象，纔能使認識的結果保有科學性。

刑事法令之內容是把違反國家社會生活作前提的；刑法的內容不是規定國家社會生活應該怎樣？可以或不可以怎樣？而是規定怎樣纔是不應該的或不可以的？和有了不應該或不可以的現象後之處置。因此，那些規定顯

怎樣？可以說不可以說？這法學史研究的前提。假若這種法律之曰第一次的法律，刑事法亦算是第二次
的法律。大體。然，憲法，法律組法，行政法，民法，刑事法，等下去，士一法以及其他重之的內重要行
政法及刑判例，解釋和學說中的有關係的，都是刑法的大師。情。法律學不能自給自足的。因之，刑事法亦
及其有關之法律，判決先例和學說都是對案之一部，而不見全。每每說：刑事法及刑判例之有權解
釋，判決先例和學說，不是孤立了的，而是法律體系中的一部分。或此言，認識對全案亦非孤立化了
的刑事法及其判決先例，有強解釋和學說，而是全法體或法律全體，以及一切有關的判例、解釋和學說。

特定社會組織的歷史之一部。今日的法律和社會是昨日的社會和法律的结果，也是明日的社會和法
律的原因。結果是現實的，原因是不可能的。今日法律和社會中包了現實和可能性二因素。這一因素的實
以及其展現之認識，這現實作爲歷史之一環節來研究。或此言，被認識的對象在探討特定社會及
其法制。歷史學，法學史，法學史等也含在內。必須對案中包含了社會史、法制史、法學史或法律思想史
等範疇，認識的結果，能備有科學性。

自某種觀點言，人類的歷史是社會生活的內容和範圍發展的歷史。現代生活一面以國際爲範圍，同時以國
家爲單位。每個單位內都有歷史之發展，都有一種的合法則性；而全國社會的歷史階段亦同一。因此，爲發現
中國社會和法制的進性和特性，爲明瞭中國法律的出路。各國社會既隨歷史並現實，以及各國法制、判例、和學
說的歷史並現實，都對範圍內之種種的根基老保，有精確，是把正確的世眼光和歷史眼光作條件的。關
於各國的社會、法制、判例和學說，的歷史並現實的知識，就是世界眼光和歷史眼光的基礎。

主體和對象之統一原則。換句話說，主體認識對象的結果，產生反映各觀真理過程的判決理論的體
系。理論與概念、判例和推運的基礎。體系的特點，在於理論是互相關聯、互相關聯、亦却互相統一。的理論。
至於理論體系的真理性，不在體系本身，而在體系之發展反映客觀現實。社會科學之所謂「學」，不以形式論
理學之應用爲已足，必須理論本身含有真理性。理論之保有真理性是把（一）適當的主體。（二）理論中透達了一

緒論

五

據世所觀、歷史觀和社會觀、(三)理論是刑事法令、有權解釋、判決先例、學說、立法政策、司法政策、執行政策、現實社會、歷史、以及外國之有關事項等互相關聯中之確切的反映。不過，時空是理論之一屬性。所以，具有真理性之理論是具體的理論。具體的理論是具有相對性和可變性的。世間沒有永久不變或各國共同的真理。理論的真理性雖不限於學者認識的時間及空間。至大限度亦須對象的質量沒有有形的或顯著的變動。

第二節 刑法學之方法及其根據

研究的方法是為了認識對象的目的之手段。刑法學的研究法就是思維方法或論理學。任何科學都是把論理學當作研究方法。論理學中的分析、綜合、歸納和演繹就是研究刑法的方法。刑法的屬性雖有哲學性、事實性和規範性三種，研究的方法却並不因為所欲闡明的屬性之不同而超出於歸納、演繹、分析和綜合的範圍。

刑法：釋學中屬屬文理解釋、論理解釋、限制解釋、擴張解釋、當然解釋和類推解釋等方法，驟然看來，似乎是刑法解釋學以及法律解釋學所獨有，和一般法學以及其他科學的研究完全無關的方法。實則都不過是把形式論理學上的分析法、綜合法、歸納法並演繹法和特定對象——刑法學或其他法學的對象互相組合之後，基礎方法和對象間的關係產生出來的類別和名稱，本質上都不外是形式論理學上的分析法、綜合法、歸納法和演繹法中的一種或數種互相結合的結果。

分析法是把複雜的物分解為單純要素，區別種類，發現普遍的要素或複雜的物之內容的關聯和法則，藉以構成概念和判斷的方法。經驗論者常把這種過程當作科學方法唯一重要的部分。這種方法的實踐也被認為認識事物的方法之最大的能事。可是，(一)這種機械的分析法，在將一體中的諸要素分解而抽象之，使之成為互相孤立時，事物固有的性質已不復存在，因之亦不復可認識；存在而可認識的不是原來的物。(二)分析法是想從分解中被現當作事物本質的普遍因素，然而這因素之發現是把分析之合法則性作前提的。可是分析法自身並沒有包含合法則的根據；分析的方法不過是一種手段；分析法之實踐不一定適合法則。因之分析的結果不

「一定即可發現當作事物本質的普遍的因素。」(三)分析過程中所抽出的同一性是抽象的，不是具體的。因此，他的內容是十分貧窮的。總而言之，單純的分析法第一不正確，第二不妥當，第三不完全。

和分析法相反的方法是綜合法。若說單純的分析法之特點在於認識主體之徹底的客觀的態度；認識主體之顯著的主觀性却成了單純的綜合法的特色。綜合法是把一般的原則或事物普遍的法則作出發點，把個別的對象納諸一般的原則之下，而作總括的認識之方法。這是觀念論者的重要方法。這種方法之實踐被認為認識方法之最大能事。可是這方法也是靠不住的。因為第一，當作出發點的一般原理之根據是方法自身沒有法子說明的地方。第二，沒有法一證明的原理就不是已經證明了的原理。沒有經過證明的原理本質上既是一種形式的同一性。思維的範圍限於形式同一的範圍。所以內容也是十分貧窮的。總而言之，單純的綜合法也不是一個合理的

方法。

由全體的判斷發展為部分的判斷之推理法是演繹法。基因推理的前提本身性質之不同，其可結成十九個方式。這十九個方式中，對於法律學——從而刑法學作用最大的是：依據一般而且確定的前提抽出結論之三段論法。這種方法的特點在於根據已經認識的事物認識所沒有認識的事物。可是，(一)新認識的事物本來包含在大前提的判斷中，本質上是前提的一部分。新認識的事物根本算不得新發現。(二)三段論法本身不能担保牠的大前提具有真理性。從而無法保證結論之具有真理性！儘管三段論法的本身構成沒有錯誤，不保它的結論不違反真理。這種結論之偶然的真理性並沒有認識了真事物二點，形成了形式論理學上的演繹法之致命傷。

和演繹法相反的方法是歸納法。歸納法是由部分的判斷發展為全體的判斷之推理法，也是憑藉已經認識了的事物而認識未曾認識的事物之方法。歸納的判斷，本質上是經驗的方法，因此沒有演繹法所特有之先驗的缺點。可是第一，歸納所得的結果和原因間的必然性，在歸納法本身是一件沒法證明的事情。第二，假使所認定

的原因和結果間之因果就是原因結果間之內的關聯之暴露或反映。也不能證明：除特定原因之外別無原因。第

三、假使要證明沒有別的原因存在。必須證明：將特定原因除去後，其他所有條件都沒有作用。要證明其他條件沒有作用：必須先把特定事件的一切條件詳密分析。然而這是一件不可能的事。因此，不能斷定特定結果就是特定唯一的原因之結果；又使歸納的推理免不了本質的缺憾。

單純的「分析法」單純的綜合法都不是合理的方法。實踐研究過程中普遍有單純的分析和單純的綜合之應用——不問分析與綜合，沒有純主觀的認識，也沒有純客觀的反映。分析與綜合，在客觀上是對立與統一的方法；主觀上也是主體的活動形式，是研究者的思維發展的表现。客觀的分析中透透了主觀色彩；主觀綜合中也包含着客觀法則。分析法中的主觀色彩是綜合的「精神」；綜合法中的客觀法則是分析的因素。總而言之，沒有純綜合的分析；也沒有無分析的綜合。實踐中的分析法是和綜合同一了的分析；實踐中的綜合法也是和分析同一了的綜合法。形式論理學中割裂了這種同一性，使「分析和綜合成爲純粹的分析和綜合。結果不自然地抽去了分析中綜合因素和綜合中的分析因素。然而這因素是分析和綜合的結果獲得真確性的根據。喪失了這種根據的分析法和綜合法，自然成爲不完全或不可靠的方法。這個根據的賦予是形式論理學上的分析法和綜合法之抽離，也是分析法和綜合法之科學方法化。

形式論理學上的演繹法。偶然的真理性歸納法不能說明因果的必然性，都是形式論理學的形式性之必然的結果，也是形式論理學的形式性和客觀真理間的矛盾之表現。原來概念、判斷和推論都是認識的形式。形式雖然也有相對的獨立性，其實質是和本身關係中的形式。演繹或歸納的結論之保有真理性，必須演繹或歸納的前提具有合理的根據。然而形式論理學的同一起見是把相對的當作絕對的；把形式當作了內容或本質的同一性；不是關係中的同一性。形式和內容或本質間的關係完全切斷了；必不可缺的根據——本質或內容也被拋棄了。拋棄了合理的根據，把相對的同一性變成了絕對的，把形式當作了內容，然後把內容當作出發點歸納或演繹。這自然會解釋所得的不一定是真理；歸納之所得也不能證明因果的必然性。真理性與必然性之保存，有待於當作了本質的還原爲形式，絕對化了的同復固有之相對性，並且歸納或演繹的前提是必爭相合理的根據相結合。總

果這樣，無論法律解釋法便成了科學的方法；形式論理學上的歸納法和演繹法也發展了。

從本質上講，形式論理學之形式性的客觀論理學。客觀論理學不僅僅是形式論理學上的分析法、綜合法、歸納法和演繹法，而獲得了形式之相對性，更有合理之根據，成了科學的方法或反映客觀真理的形式。並且這個根據一方面是應用方法所得結論的真理性的根據，同時也是認識發生的根據，並且還是對象的本質。換句話說，客觀論理學上的方法不僅是有了根據的方法，並且是和認識論及世界觀互相同一的方法。

合理的根據是什麼？抽象地說，形而下的客觀的社會和形而上學的理念——二個互相矛盾的概念之本質都是具有資格的候補者。可是，在徹底揭發了形式論理學的客觀論理學之前提下，當作合理的根據之候補者而出現，並且可以實踐的，祇有客觀的現實，決不是理念。因為理念自身就不是一種客觀的東西。假使想使自己的認識和認識的結果保有真理性，必須把客觀的現實作根據。這不僅是客觀真理之必然的歸結，並且是自由法論發生的原因，也是法律社會學的基本原理。

其總觀是，此時此地，國法學方法論上的根據是客觀的社會實在，也是主觀的理念。互相矛盾的實在和理念同時並行，這是中國法律本質的二重性——不是二元性，也是獨立自主的民族中國之靈魂和次殖民地性的中國現實互相矛盾的反映。中國一面是次殖民地，同時又在獨立自主的現代民族國家建設過程中。中國現行的新法制一面是次殖民地性的表現，同時是建設的成果。這一套法制，在對外國和對過去的關係上是把客觀的國際關係之現實作根據的；在對內和對未來的關係上，初期是把清末所謂「變法圖強」這個沒落的理念或觀念作根據，後來是把三民主義的理想，作對點的。不過，從現階段的法論的最後受益者是支配中國的大上國，不是中國一點看，理念是現實中的理念，現實觀念占了決定的作用。反過來，從新法制就是中國自己建設的表現一點看，次殖民地性是已被否定了的東西。所以不是二元。若從三民主義的理想，本質上都是先進國家經驗的教訓。總之不論都是人類社會的現實，並且或多或少已成了中國的現實一點看，這裏所謂的理念感是一個相對的名詞，較之把現實互相對立的觀念，根本不同。並且次殖民地性喪失之日就是三民主義完全現實之時。換句話

說，次殖民地的社會與實情失之目的就是三民主義的社會現實出生之時，也就是二重性中的一重——理念地位，另一重——現實獨備的時候。這時的現實，就是使研究刑法所得的結論獲得合理性的根據，是認識刑法的根據，也是刑法的本質。簡括一句話：法律——從而刑法的本質便是運用方法的標準。

研究的方法和敘述的方法是一件事，也是兩件事。研究的主體用研究的方法來克服——認識過程。把認識的結論用歸納、演繹、分析或綜合報告出來是敘述過程。研究過程是由外到內的過程；敘述過程是由內到外的過程。研究的對象是對象；敘述的內容是關於對象的認識。報告的體系所用的方法雖不妨仍用研究對象時所用的方法，然也不必限於研究對象時所用的方法。在技術的觀點，這是一個具有技術意義的問題。從方法知人類精神作用間的精神看；分析和演繹比較死板而無方，不如歸納和演繹之生動。從對象本身看；研究成文法的結果對象間之關係看；初學者閱讀時的困難，綜合和歸納似遠過於分析和演繹。從對象本身看；研究成文法的結果之報告，歸納和綜合不如分析和演繹之省事而便利；研究習慣法的結果之報告，也許綜合和歸納比較合宜。在敘述者主觀上；運用歸納和綜合的敘述之費力，殊非運用分析和演繹所可比較——尤其是報告研究成文法的結果。自學問本身看；比較能夠充分表現認識廣度的過程——概念和判斷構成的過程，和推理展開的過程，同時表現實驗的精神，減少觀念的成分，並且避免觀念化的傾向的方法，祇有綜合和歸納。

敘述方法中——尤其刑法規範學的敘述還有一個體系問題。刑法規範學中究有幾個範疇？範疇間的關係怎樣？這一問題的基礎原理雖不出方法論的範圍，但在研究方法中這二問題的地位是很小——甚至沒有地位的。雖然刑法法典的內容直觀地告訴我們：牠祇有兩個範疇：一個是犯罪，另一個是刑事處分（刑罰及保安處分）。可是在理論上，在事實上，刑事處分是：犯罪作前提的；沒有犯罪，不會有刑事處分。犯罪又是把國家生動的的第一次規範——禁止、命令和容許之違反或侵害作前提的；沒有第一次的國家生活規範之違反或侵害就不會有犯罪。由第一次規範到犯罪，再由犯罪到刑事處分；這是規範生活的全過程。這過程的起點是第一次的規範；終點是刑事處分的實踐；犯罪不過是中間之一階段。這樣說來，刑法規範學中雖然包含了（一）國家生活

規範，(一)犯罪和(二)刑事處分等三個範疇。由第一次規範到犯罪，再由犯罪到刑事處分，這是規範生活實踐的法制，也是刑法規範學中三個範疇之內的關係。這種內的關係決定了體系的起點是第一次的國家規範，終點是刑事處分，犯罪却是介於二者之間的一個範疇。

法的規範性之實踐——應用研究法規所得的結果或結論於事實或問題是一個推理——並且是演繹推理過程。法的規範性之內容是大前提；事實是小前提。司法者對於特定事實或問題的態度是把從大前提和事實前提抽出的結論作很接或出發點的。所謂自由法論或法律社會學的精神之應用，限於把法規作對象研究的時候，這和研究的結果之變通固然沒有關係。就是和運用研究法規所得的結果或結論於事實或問題的時候也是不相干。

這裏值得聲明的是：分析和綜合歸納和演繹的區別，祇在作概念的抽象把握時是存在的。從本質說，本質是綜合中的分析；綜合是分析中的綜合；歸納是演繹中的歸納；演繹是歸納中的演繹。應用的時候，尤其是歸納和演繹更顯重疊，分析和綜合互相錯綜的。事實上是不會有單一的歸納、演繹、分析和綜合之應用的；所應用的分析、綜合、歸納或演繹，也不是完全獨立的外析、綜合、歸納或演繹。

把法律之哲學的研究，歷史的研究，比較的研究和分折的研究……等等，當作研究法律的幾種方法。並且認為社會學的方法。最好的方法；似乎是某些人士間通行的看法。依據這種看法來推論，刑法學方面也不能不於分析、綜合、歸納法和解釋法之外，另有所謂宗教方法、註釋方法、哲學方法、歷史的方法、分析的方法、比較的方法和社會學的方法。並且也要認社會學的方法是最好的方法了。然而這是極不正確的見解。因為所謂宗教的方法，本質上屬於法律或法律本質上的範疇，不是方法問題。註釋的方法，本質上也是法規範學之範疇的形態，它的目的在於闡明法律之規範的屬性，與其認作一種方法，不如認作一種目的。所謂哲學的方法，究極是法律之哲學的屬性之闡明。哲學性是法律的屬性之一。哲學的考察是一種目的，不是手段——方法。歷史和比較的考察，卻是法律之現象性的一部分之闡明。也是目的，不是方法。法律之規範的考察本質上

是法律規範的屬性。闡明。也是目的，不是方法。至於社會法學派的意義，在於法內實質之闡明，形式和內容間的矛盾之縮小。這也是目的，不是方法。我以為不問是歷史的、哲學的、分析的、註釋的、比較的、社會學的，甚至宗教的研究，所用的方法，都不外是歸納、演繹、分析和綜合；並且必須把這四種方法當作研究法。法律的屬性之闡明是研究的目的；達到闡明目的之手段是研究的方法。把歷史的研究等當作歷史的方法等，看，顯然是混同了目的和手段的結果，同時也是幼稚而誤誤的認識。沒有分析、演繹、歸納和綜合手段，法律任何屬性之研究，或任何學派的目的，都沒法達到。

退一步說，承認所謂歷史的方法等等的確都是一種研究法。然而這也是和特定目的互相結合了的研究法。換句話說，是闡明法律的某一屬性的目的和論理學上的方法互相結合了的方法。這中間雖然包含了分析、綜合、歸納和演繹，却並不是分析、綜合、歸納和演繹其自身。因此，假定沒有切斷這類方法的歷史關聯。我們可以說：這類方法是具體的，不是抽象的！——這而不是普通的。假定是切斷了歷史關聯的。我們可以說，這類方法是殘廢的；不是整個的；是變質的，不是原狀的。

大體說來，法學思潮的重心之史的推移是由宗教的到註釋的，由註釋的到哲學的，由哲學的到分析和概念的，由概念的和分析的到歷史的，由歷史的到比較的，由比較的到社會學的，由社會學的再到現代的概念的和新分析的。在法律對於社會的作用一點上，舊概念的或新分析的都是舊概念的或舊分析的和法律社會學之綜合。在法律觀一點上，哲學的否定了宗教的；比較的修正了歷史的；新概念的或新分析的却是哲學的、概念的、歷史的、比較的之統一者。這是告訴我們：繼起的是以補救先行者的偏弊之姿態表現出來的東西；繼起者中的積極的思潮，常有集過去之大成的意義。從而社會學派的方法顯然不如新概念的或新分析的方法之足以稱為「最廣大最切實」，似乎不用多言。假使切斷了歷史關聯，各別獨立化了來比較長短。抽象說來，任何學派的作風都非全無毛病的。具體觀察，不能不算新概念的方法完全些。

歷史的發展常常是扶起東來又倒西的。法學史上的學派之發生的意義，雖法學派補救教弊，換句話說，是

歷史的推進者。然而以補偏救弊而產生的學派，常常又是把偏弊之補救當作全使命的。因此，所被補救者之不偏不弊的地方，又成了補救他人著自身的偏弊。結果，學派雖然大都不失為歷史的推進者；却不一定都是歷史成果的繼承者。社會法學派祇是歷史的推進者，並不同時也是歷史的繼承者。把社會法學派的方法當作「最廣大最切實」的方法，祇有在歷史的偏弊還未補完，社會學派的歷史使命還沒有完成的時侯，才是真理。假使社會法學派之世界的使命已經完全了。那時節，推崇社會法學派的作風便成了時代錯誤。

在此時此地的中國專門推崇法律社會學派，不僅是時代錯誤，並且是代表着自我而沒有意識着自我。社會法學派之產生，是因西洋的資本主義高度發達之後，處處感覺前資本主義時代所制定的法律不適用而產生的結果。換句話說，社會法學派之歷史的意義在於打斷落後了的法律和前進了的社會現實間的矛盾。現行的中國法，都比中國現實社會更前進；這是誰也知道的事情。目前的需要是：把方纔訂定的一切新法律，加以認識，並構成認識體系。這工作，雖和當作社會法學派的出發點的法律觀，沒有根本上的抵觸。鑿捐勞作，却決不是社會法學派的局面；任務之完成，也決不是社會法學派的研究法所能為力的。中國過去的社會史和法學史，既沒有產生社會法學派或法律的社會學的研究的萌芽。目前的情形，也不是需要把法律作社會學的研究。在此時此地的中國，倡導法律社會學或社會法學派的研究法，簡直是無的放矢。

第三節 刑法學之基本任務及目的

法律的存在形式，不是習慣，便是成文。假使認為習慣法之特點在其所保存的特殊性。那麼，普遍性和抽象性之保存便可算成文法的特色。特色和特點的反面是缺點和缺憾。習慣法無法採取普遍和抽象的形式而表現，好像成文法不能兼有特殊性和具體性。習慣法雖沒有把普遍和抽象當作表現的形式，普遍和抽象却已包藏在具體和特殊中。成文法欠缺了特殊性和具體性，適足使成文法自身成了是法而非法——不完全的法。從具體和特殊中抽出普遍性而抽象之，和使不完全的法律成為完全——使之具有特殊性和普遍性，都是法律從而刑法

需要解釋的理由。

成文法是立法者自己寫出來或經過立法者承認了的文詞。習慣法是司法官創制出來的判決例和其他一切法的習慣的總和。從形式看，條文和判例都是文字。從實質看，這種文字是立法者或司法官關於客觀法則的反映之報告或記錄——反映的對象是客觀的法則；記錄或報告的內容是客觀法則的客體。反映本身——客體和客觀法則的關係是形式和內容間的關係；記錄或報告和客體間的關係也是形式和內容間的關係；法文或判例只是客觀法則的形式之形式。形式和內容間的關係，一面是同一的，同時也是矛盾而不一致的。客觀法則和法文或判例間的三重形式性，使法文或判例常和客觀法則間包含着最大限度的不一致，極盡矛盾之能事。這種矛盾和不一致的存在，是法文或判例需要重作合理的認識或解釋之另一理由。換句話說，要使二重的形式性變成單一的形式性，使法規和社會現實間的矛盾或不一致隨時隨地縮減到無可再減無可再縮的地步，必須予以法以解釋。

成文法或判例法所用的術語之性質不外三種：第一是法律學上的成語；第二是日常社會生活中的用語；第三是其他科學中的用語。法律學上的成語不僅不是一成不變。它的變化不僅常常是規模小，並且常在微妙中變化。因為時空和對象之不同常使術語不能維持其發生時的含義。這是原則，不是例外。日常社會生活中的用語之借用於法律，不僅使其含義由含糊的變為確定的，由多義的變為單一的，並且常常失去原義的重心。至於其他科學上的成語之採用於法律，雖不一定都會變更原義，也不一定不變更原義。人的概念，在自然科學上、社會常識上、社會學上以及社會科學上，各有不同的內容，便是顯著的事例。因此，使法律學上的特定術語具有特定時空中應有之內容；使日常生活上的用語具有法律學上應有的內容；使其他科學上的用語成爲法律學上的用語，便成了法律需要解釋的第三理由。

法律需要解釋的第四理由，是法文用當欠正確，沒有把所應表示的意思表示出來。例如刑法第一條所謂「不罰」，實在是指形式上不違法，從而「不爲罪」的意思；第一二條所謂「不罰」，實在是指「無危險性」之意思；

第一八條和第一九條所謂「不罰」，實在是不應刑罰的意思；第二一條至第二四條所謂「不罰」，實在是實質上「不違法」的意思；第二三一條所謂「良家婦女」，實在是「品行端正之婦女」的意思；第二三三條所謂「被害人」，實在是被害強姦人的意思……等等。這都是事實上需要整理的好例子。在這裏，我們還可以聯想到刑事訴訟法第二三九條。同條第二項的存在，顯然是因為同條第一項混同了「姦罪」和「不罰」二個概念必然的產物，本質上成了蛇足。在立法者的立場，理論上有整理的必要，技術上也有揉合的餘地。

不問是刑法現象學，刑法規範學或刑法哲學，都是把普通的，具體的和社會同一的，確定了含義內容的刑法作對象的。換句話說，法的規範性之實踐是把普通的具體的確定含義而和社會同一的法律作前提的。法的哲學性和現象性之認識——法律史學比較法學等之構成也是把普通具體的確定含義而和社會同一的法律作基礎的。可是普通具體確定含義而和社會同一的法律，不是起初就存在的。普通具體確定含義以及和社會同一的法律，都是解釋法律之結果。因此，法律之解釋是法律規範學的使命也是達到探求法之哲學性和法之現象性的目的之手段。從這點說，解釋刑法是刑法學的基本任務。

解釋法律這種勞動的實質，有人認為是一種技術，也有人認為是一種學問或科學。把解釋法律當作學問，是以否定解釋法律是技術的見解之姿態表現出來的思想。認為解釋法律是技術。這是機械的三種分立說必然的產物，其歷史的意義在於表現政治對於解釋法律的態度之要求，而不是解釋法律這個行動的本質之暴露。成文法是不具體的；習慣法是不普遍的。解釋是使不具體的成為具體的；使不普遍的成為普遍的，前面已經說過。這二者都是思維過程。若自思維之有法則和思維過程之合法則性的觀點看，雖可認為是一種技術。若自思維和思維過程本質上是主觀對於客觀現實的擴展之積極的能動的反映之觀點說，把解釋法律這勞動當作單純的技術，不僅忽視了它的動性，並且抹煞了主體。這決不是解釋法律這勞動的本質之全面的把握，顯而易見。在三種分立的政治完成了它的歷史使命時，這種見解自然不免為歷史的陳跡。

假使學問就是智識的意思。技術本身也不失為一種學問。從這點說，說法律之解釋為一種學問的見解，並

沒有把握任解釋法律的活動之本質。朱氏主張之本旨似在說明法律解釋學爲一種科學。其所謂「精確的法律學上之說明，即謂爲法規亦非適當。」正是「一般的解釋論」的性質之說明。果然如此，解釋法律這活動之本質，縱謂朱氏並無正面的說明，亦甚不可。

技術二字不能說明解釋法律這活動的本質；科學二字又不是關於這個活動的性質之說明。那麼，什麼是解釋法律這活動的本質？前面我們已經指出了法律必須解釋的三大理由。這是說；成文法或判例法都是不完全不確定的東西；解釋過程就是使它成爲完全成爲確定的過程。使不確定的成爲確定的！——尤其是使不完全的成爲完全的，顯然是一種創造過程！——創造普遍的具體的而且妥當的國家規範之過程。因此，解釋法律便是創造法律。其的普遍具體而妥當的法律是由立法者或司法官和解釋家分工合作創造出來的；單純的成文法或判例法是整個法律的一半；單純的立法或創造判例也就是創造了法律的一半；另外一半却是由解釋家創造出來的。

解釋法律的過程是發現成文法或判例法的文字內容含義之過程，是發現法律本質的過程，也是把法律的本質當作根據或標準，據以確定或修正法文或判例用語含義之過程。可是，這個根據或標準！——法律的本質究竟是什麼？在法學史上的答案却不祇一個。

最爲直觀而樸素的方案是立法者意思說。立法者意思說認爲法律是立法者之自發的創造物，法文或判例就是立法者的意思之表現；立法時的立法者之具體的意見就是法律的內容。因此，立法者之具體的意見便是法律的本質，也是解釋的根據或標準。至於究竟誰是立法者？反映君主國體現實的見解認爲君主是立法者。这在君主國家雖不失其一面的真理性，然而君主的立法決不是恣意的胡作亂爲；他的取捨必有一個最高的和最後的指導原理。君主的意思決不是法律的本質或最後的根據。因此，假定君主的具體意思明白了，也不算實現了法律的本質。

反映民主國體的見解認爲國民是立法者。因此，法律之解釋在於探究國民具體的意思。这在民主國家雖非

完全空虛之談，然而所謂國民究指全民？抑僅其中的一階層或數階層？依然是未定問題。假使認為是全民，然而全民的意思祇有在對外戰爭時纔有顯現可能。國內任何問題之背景常常祇是一個階層或數個階層，而不是全民。因此，假使法律中所可探究而得的意思，本質上決不是全民的意思，全民的意思是不存在的。假使把法律當作立法者，簡直是真理之偽造。

假使認為所謂國民即係一階層或數階層。這雖較全民說接近事實，也祇是比較接近。在代議制原則，直接民權為例外——甚至於根本沒有行使直接民權的機會之狀態下，事實上法律是由代議者通過的。代議者的意思始為代表者的意思，非即某一階層的意思。假使是行使直接民權。祇要是把多數人的意見當作表決的標準，少數人的意見根本無法表現於法律。這多數人的意見也不一定可以代表某一階層的意思。假使可以代表，黨思的內容並不是當作國民而主張的，而是站在某一階層或自己利害的觀點而主張的。把國民的意思當作這種意思的名稱，未免名實不符。退一步說，假定立法的主體——意思的主體不成問題。然而立法的主體之決定黨思，決不是恣意胡為的，必有一個最高的標準或最後的根據，以為取捨之標準。因此，縱使國民的具體意思探究明白了，也不算是發現了法律的本質。

立法者的意思探究所要探究的意思是具體的意思。具體的意思是確定而不變的。可是具體的社會是變動不歸的——從而法律之具體的本質也是流動不歸的。發見了立法者的意思，至多祇證明白了立法時的商形，決不就是把捉住了。釋時的本質——然而決不能獲得合理妥當的適用。然而解釋法律的最後目的在求法律之合理而妥當的適用，根本不為——也不可為立法者的意思所拘束。所以，把立法者的具體的意思當作解釋的目的，是不能完成解釋的使命的。

比較進步的見解是法律意思說。法律意思說認為解釋法律所探究的不是立法者的意思，而是法律自身所包含的意思。這種主張，不表法律的本質於立法者，而求之於法律自身，實是勝於立法者意思說一籌。可惜這說的心目中法律不是概念，而是一種具有生命力 (Kantische Lebendige Kraft) 或有機的生命體 (Lebendige

er Organismus)。所謂法律的意思也不是概念的含義，而是當作了有機的生活體的法律的意思。這樣一來，法律意思說雖可避免立法者的意思說所有之若干缺點，然仍不能使其自身成為合理的見解。

這是很顯然的：法律之表現形式是文字。文字之總體是概念和判斷。概念和判斷是有機的主體，自然入思維的產物。然而法律自身沒有有機的生命和意思。擬制法律，有機體？本質上是機械的產物，不足為訓。退一步說，姑設法律有無生命和意思於不談。擬定法文的內容就是法律的意思。然而法文內容明白了，也不算是已經發現了法律的本質；因為法律是社會的形式，是把具體的社會作本質的。姑且再退一步，在形式是內容之一屬性的前提下，肯定法文內容明白了，也算把握住了幾分法律之具體的本質。然而社會是變動不居的；法律却一成不變！在修正時的文理是不變的。所把握住了的本質，至多祇是立法時的法律之具體的本質，決不是解釋時的法律客觀上應有的具體本質。所以，這種見解和立法者的意思探究說同一不能完成法理獲得的使命，似乎用不着多說。

以修正法律意思說之形態表現出來的見解是法律自體所包含之規範思想說。朱顯頌氏在法學文選所收的法律解釋論中竭力主張這一說。這說否認法律是有有機體，認為法律中所包含的思想並不是把法律當作有機體所有的思想，而是國民把法文當作法律的規範之表現，從而作合理的判斷時，當然可以推論而得的思想。這種推論所得的思想是抽象的，不是具體的；是客觀的，不是主觀的。這種思想為客觀的而非主觀的見解，算是有意或無意地充分肯定了思想之形式性或反映性，是理論上充分值得注目的所在。可是在認思想為抽象的而非具體的一點上，未免顯示了觀念化的傾向！尤其是把思想當作法律的本質，決定了這一說的形而上學性。這是混同了法律之形式和實質二個範疇的看法。把形式當作了本質，和立法者意思說及法律意思說沒有二樣。退一步說，假定推論而得的思想就是法律的本質，至多也祇是立法時法律之本質，而不是解釋時的法律之本質。終現了這種意思不算是完成了法規範學的使命，也和立法者意思說及法律意思說並無不同。

那麼法律——從而刑法律解釋的目的究竟何在？我的答覆是：在求法文和客觀的實在間之呼應或統一。我

雖不否認把法文作合理的解釋，從中獲得法律時意思原來是必不可缺的手段。然這祇是解釋過程中之一階段，不是解釋的終局。解釋的終局是使推論所得的意思和社會現實相適合。並且這種意思也是客觀的，不是主觀的，是具體的，不是抽象的；是發展的，不是不變的；是動的，不是靜的。解釋的作用是發現和社會現實相適合的法律。一般說來，解釋的精神常常是護護後的法律就前進的社會；不是把凝固而僵化了的概念填塞已經發展的社會。解釋的目的在使法律和社會間的矛盾或不一致縮減至於無可再縮，無可再減的程度。

在縮減法律和社會間的矛盾之前提下，我們肯定法文之欠缺和不備。因此，在立法論上我們主張應把刑法的明文由法源的全體變成法源的一部。換句話說，刑法第一條和懲罰法第一條關於罪刑法定主義的規定，應該沒有存在的餘地。代之而起的應該是和民法第一條的精神相同的條文。在解釋論上我們主張應該允許採用類推解釋和擴張解釋！尤其是類推解釋。假使有人懷疑會因此破壞了刑法之安定性。我的答覆是：第一，民法的安定性並不因為有了民法第一條而認已被破壞，為什麼認會不採罪刑法定主義使算破壞了刑法的安定性？第二，假定安定性真會因此破壞了。然而法律的目的在於維持社會秩序。為着維護法律的安定性而忘了法律條文的使命。法律安定了又有何益？何貴有？同樣的安定了假使不能對這兩個問題作圓滿的答覆，那便不能不承認在立法上撤銷罪刑法定主義而代以和民法第一條的精神相當，准許根據法律意識或法理認定罪刑之條文，以及在解釋論上肯定類推解釋的要求之合理性。不過，我們不妨附帶聲明：這並不是要求恢復惡意的罪刑擅斷主義，而是想使法律隨時隨地不致喪失了本質，也是想使法律不失其所以為法律之道。法源之目的探求，在這種限度內是合理的。擴張解釋和類推解釋之應用！把法律意識作標準來認定罪刑的辦法，也祇在這個限度下不失其合理性。

若說成文法祇是法源之一部；成文刑法之外還可依據法理認定罪刑，結果必致影響犯人的權利。這自然在所不免。不過，犯人的權利並不一定就是要不得的事情。問題在：在影響犯人的權利中是不是獲得了保護國家社會利益的代價？假使因為犧牲了犯人的權利而使國家社會獲得了利益，並且在個人利益和國家社會的利益

益互相衝突的時候，祇有維護國家社會的利益是真理。那麼，在這種情形下的犯人權利顯然並不是應該維護的；換句話說：罪刑法定主義在這時候便喪失了值得維護的價值。

自從近代的自由主義表現於刑法，成爲罪刑法定主義之後，Bentham氏把握住這一面，認爲罪刑法定主義是犯人的大憲章。刑法解釋從嚴之原則也澈底浸透了解釋刑法的精神。一般認爲解釋刑法不得採用類推解釋和擴張解釋，就是這個緣故。然而自世界史的過程看，罪刑法定主義的歷史使命已經完成了。刑法解釋從嚴之原則已經成了歷史的陳跡；法律意識之刑法的法源性是二十世紀刑法的特徵。依法律意識認定罪刑！採用擴張解釋和類推解釋正是刑法之時代的使命。

達到解釋目的的手段是解釋的方法。解釋方法有文理解釋、論理解釋、限制解釋、擴張解釋、當然解釋和類推解釋等。這些解釋的方法都是從法文的情形和解釋的目的間之關係產生出來的。文理解釋是給法文中之概念以相當的含義。限制解釋是縮小文理固有含義範圍的方法。擴張解釋是擴大文理固有含義範圍的方法。論理解釋是從一個條文和另一條文間或從一個條文和法理全體間的關聯中抽出結論的方法。當然解釋是以重疊性或以大數小而抽出結論的方法。類推解釋是以法之所已有推及於法之所本無的事項而抽出結論的方法。至於在何種情形下應該採用何種解釋法？這是法律的本質、解釋的標準以及解釋的目的決定了的。因爲解釋的方法只是達到目的的手段，方法本身沒有好壞的區別。

第四節 刑法學之種類及性質

刑法學是歷史過程之一部，社會現象之一種。這是刑法之事實性。把刑法當作歷史的事實和社會的現象看，刑法之存在與發展都有其內在固有的法則。特定時空中刑法的變遷之把握，在史過程中積極的因素之指出，存在及發展法則之探求，都是這個範疇的內容。這個部門的學問儘不是刑法史學、刑法現象學（或歐羅事）、比較刑法學、比較刑法史學等。

自另一方面看，刑法是國家生活規範或裁判規範。這是刑法之規範性。從這個觀點說，刑法在國家對國民關係上算是一種權力或壓力，也是國民的不自由。在國家對社會的關係上，刑法是社會組織和社會關係的保護者，也是社會活動自由的範圍。在國家對被害人的權利上，刑法是國家對於被害人的權利之肯定，同時也是任意的復讐之否定或限制。在國家對於司法官的關係上，刑法却是國家拘束司法者任職的規範，又是司法者之不自由。在司法官對國民的關係上，刑法是司法者之自由範圍，也是一種付為剝奪權利的裁判之可能性或權能。這種權能蘊藏於成文或不成文的國家規範中。國家規範的存在形式是概念和判斷。所以概念的內包外延之發現，概念間的關係之確定，判斷之抽出，推理之形成……，總而言之理論之體系或概念之塔之構成便是這種權能的質量範圍之闡明，亦即是個範疇的內容。探討這種規範性科學問題體系是刑法規範學，構成的刑法學或刑法解釋學，也就是一般所謂刑法釋義、刑法義例、刑法思想、刑法論、刑法學、或刑法講義。

在第三個觀點，刑法是宇宙間森羅萬象的一種，萬象交錯中的一個環節。這是刑法的哲學性和科學性之重心點。刑法是萬象之原因，也是萬象的結果。刑法對於一切事物一面是直接間接影響或作用的主體，同時直接間接是受影響或被動的對象。刑法對於某些現象保有着獨立性和規定性，對於另一些事物却祇有依存性和被決定性。決定和被決定，獨立和依存，影響和受影響等諸般法則和歸宿之闡明，都是這個範疇的內容，屬於所謂刑法哲學，廣義的刑事政策學以及立法學等之範圍。這個部門的學問體系雖還沒有確定的範圍，可是刑法的本質、犯罪之本質、刑事處分（刑罰及保安處分）之本質，及其相互間的關係的探究，規範的可能性和現實性的理論根據之發現，理想的刑法之追求等都不失為應有之內容。若再把刑法哲學作史的考察，還可以成立刑法思想史；思想之比較的研究，也可以成立比較刑法哲學或比較刑法思想史一類的科目。

哲學性、規範性、和現象性是刑法一體之三面。由三面形成的刑法全體不可缺少任何一面，也不可用任何一面來代表全體。三面是一體的三面；一體是三面的一體。自外表看是相對獨立的一面；自內容看是不可分割的一體。假使割裂其中的一面或二面來當作獨立的全體，一體三面固有的性質便不存在；存在的是甚也割裂而

發生的一種新性質。這種新性質不僅和一體三面全體固有的性質不同，和在全體編聯中的一面或二面應有的性質也是截然不同。因此，刑法學的內容之分爲三類體系，本質上也是相對的，不是絕對的！——從全體看，實在是分不開的。正確些說，三個學問體系祇是三個研究重心的意思。在學問的觀點，完整的三面缺一即成破碎，換句話說，把握其中的一面或二面，忽略其餘的二面或一面，結果勢必成爲殘廢的學問。重視其中的一面或二面，輕視其餘的二面或一面，也是學問的偏執。殘廢和偏執都是一種變質或變態，決不能保有哲學的科學的學問應有的真理性。

知識是認識的歷史之積累。刑法之事實的哲學的和規範的三屬性及其三位一體的認識雖是刑法的本面目之反映，刑法學應有的內容。然這祇是十九世紀歷史的產物，並不是自有刑法史以來就被發現了的事情。如刑法的產生同時被認識了的祇有刑法的規範性。在發生的過程中，刑法之產生或許可說還是國家社會對於規範的需要之結果。歷史告訴我們：國家的刑法制度是以限制直接複雜的姿態表現出來的。因此，一面限制複雜——對被害人保護犯人，同時防範犯罪——對犯罪保護國家社會，成了國家生活初期的刑法先天的使命。在這種情況下對於刑法的認識，自然也就是規範性的認識。我們看看中外關於法律二個字的文字和解釋，就可明白刑法的規範性不僅是發展最早的一個屬性，並且被當作了刑法唯一的屬性。

中國關於法字的構成之說明和解釋，最簡要的莫過於說文和釋名。說文曰：「灋，刑也。平之如水，从水。灋所以觸不直者而去之；從灋去。」釋名曰：「法，償也；償而後有限也。」這二個規定，前者說明了法是禁禁止刑的；後者說明了法是限制複雜的；規範性之原始的二面已經指陳無餘了。關於律的含義，管子七法七主和釋名的規定算是典型的解釋。管子七從七主篇說：「律者，所以在定分止爭也。」釋名篇說：「律，所以禁也。眾人使不得放肆。」都很明白是把握住了刑法之規範性的解釋，並且也祇把握住了初期國家規範的屬性之內容。至於新司法官保護犯人的職能是清末憲法以後所賦與的職能，自然不能求之於專制時代的認識中。中國歷史上雖然常可發見要求尊崇法律的主張，本質上祇是要求減少現實道斷的成份以改革現實的思想，並不是真

於制度的機能的廢除。

外語中之法和法律，原語中多含有公平正直的意思。德語之 *Rechtsgerecht*，法語之 *Droit-Loi*，西班牙語之 *Derecho-Ley*，拉丁語之 *ius-Lex* 等，都是最好的實例。這和管子所謂：「法者，所以定分止爭也。」釋名所謂：「法者，信也，信而後有慶也。」兩本義上是一脈相通的。這些文字，引伸起來，都解釋為權利或法律的意義。尤其是英語之 *Law* 本身更當作了法律或權利的意思。這領引伸的意義是認識了對司法官保護犯人的權能之產物。然而西律法律（刑法）獲得對司法官保護犯人的權能也是自然法思想，蓋狡猾神和產物資本主義的結果。祇是在時間上比中國早一個世紀罷了。

刑法之規範性既是最早就被認識了的屬性。刑法的規範性之探究自然也會成為刑法學三個範疇中歷史長久的一個。雖然一般認為西律法學史開端於十二世紀中意大利大學關於法律的研究和那時註釋家關於羅馬民法之解釋。然而刑法的規範性之研究，是成文刑法產生之後，或早或遲必然隨着產生的現象，固不必限於十二世紀以後。中國史上下兩漢時代就有治律的專家，他們研究的對象就是成文法律的規範性，自然用不着懷疑。

歷史是不斷發展的。刑法規範性決不能永久當作刑法唯一的重要法。刑法的哲學性之探究雖說至今還很不發達，然而却是歷史較久的部門。這是毫無疑問的。在有了國家的法律制度之後，必然很快隨着產生的。是屬於法律的本質之認識或理解。中國的法律思想在春秋時代已是百家爭鳴，極盛一時，固自不用說。西律法學史上法律之哲學的理解。溯源於希臘哲學家關於法律的認識，也就是這個道理。值得注意的是法之哲學的屬性並不是永久單獨發展的。在代表規範性的羅馬法（無相當成熟之後，哲學的認識和規範性的認識便馬上關聯起來。西洋十五世紀偏於羅馬法之解釋，超出註釋的境畧，而將法律作哲學上的推展，顯示了法之哲學性和規範性互相統一的前途。這是中國史上沒有過的事情。

等到宗教改革推翻了法之宗教的基礎，十八世紀的目的法思想代之而起。法之哲學的屬性隨着否定了規範的屬性；法之哲學的範圍找着了規範性的範圍而成為法律學唯一的範疇。但是美國獨立和法國革命以後，自然法

思想成了現實的制度。法之分析的研究，藉藉於英國，概念的構成，盛行於大陸。二者都把規範性作對象，直又和哲學性絕了緣。於是法之哲學的屬性又被否定了；法學之規範的範疇代替了哲學的範疇，成爲法學唯一的範疇。這時的法規範學和羅馬法法學時代唯一不同的地方，在於羅馬法的註釋大體上是把各個法文作對象，分析或概念法學大體是把法現全體作對象的概念構成一點上。然而，分析和概念構成都是比較註釋高一次的形態。所以，註釋學之分析和概念構成本質上是一脈相通的。

然而十九世紀歷史社會的發展，使自來法論和十九世紀前半的法制感理想的地方產成了現實，並且越過了理想的界限，已經突破藩籬之後，昂揚法之哲學構建新自然法論、自由法論、法律社會學等又應運而生。時至今日，並且已經完成了否定法律之絕對規範性，完成了否定分析法學和概念法學的使命。因此，二十世紀的法學是所謂新概念法學和新分析法學。新概念法學和新分析法學之特點，雖不妨言人天殊。我以爲舊概念法學肯定了法之絕對的規範性和不變性，新概念法學或新分析法學肯定了法律對於社會之相對的規範性和發展性。換句話說，後者又是前者高一次的發展，也是新自然法論、法律社會學和自由法論之萌芽。從法律自身看，顯然是歷史上法律的規範性和哲學性之第三次的統一。

發現最晚的是法律的事實性。事實性的探究之一面是歷史，另一方面是比較。歷史考察之本務原在發現法律發展的歷史法則。法之歷史的考察制始於歷史法學派。法學史上的歷史學派之發生的意義在於觀念的架空的自來法論之否定。所以歷史法學派重視經驗的沿革，把民族習慣中之有法的確信（*Rechtsbewusstsein*）的部分當作法律看待；認爲不是經驗上存在於實際社會之規範就不是法律；法律決不是可以假定其存在，並由理性推測而知的東西。總之，經驗主義民族主義和歷史主義三屬性遂成歷史法學派的三特色。這裏明白顯露了：法之歷史的研究實驗和法之哲學性（經驗主義）及規範性（民族的全部主義）互相結合；單純孤立的法律發展之歷史法則之探究，開始即不存在。

比較的考察之任務是多元的：第一，把世界法制事實的比較的考察，以發現歷史法則或互相間之異同，察

二、把各國法制中政策及其施行狀況作比較研究，以發現其異同，第三、比較研究各國的立法技術，以供改進法制時的參考。這三者都是法的事實性的一面，比較的目的之一種。法之比較的考察始於比較法學派。比較法學派之歷史使命在於揚棄歷史法學派的作風。比較法學派是繼承歷史法學派的一切方法和觀點，而揚棄其民族的全部主義，標榜世界主義的。所以比較法學派的對象是多數國家的法律，不像歷史學派把一個民族的歷史習慣作材料。這樣，法之比較的研究所不是單純的事實性之考察，而是和哲學性互相統一了的事實性。比較法學派揚棄歷史法學派把一個民族的歷史習慣作材料，而把多數國家的法制作對象，事實上就是使國家的認識更確實，並不是否定規範性。所以，比較考察中之事實性是和規範性同一了的事實性。

一體三面之不可分是刑法三屬性之客觀的法則。若從學者個人特定主觀上的情形看，常常是沒有把這三種一體，甚或有意無意地割裂。在某種意義，把握不完全雖不免於紛釋，有時還不失為一種正常現象。因為學問之趨於深刻和廣泛，是向大體上相同的方向繞着不同的圈子進行的。在一個等間單位完全被熟以前，自覺免不了把握不深刻並且不完全。這種情形，在完全成熟之技是會消滅的。或為嚴重問題的是有意無意割裂。割裂是動盪之動盪的創造者所沒有或罕有的事情，而是知識的「逆運業者」或「轉運公司」或「留場板片」所不能逃避的宿命。割裂自身已經違反了真理。所割裂下來的東西由於其業者或轉運公司達到特定的地之技，這東西已經喪失了出廠時的成色；肉被收入櫃片也已不復是肉聲。棄之，所販運的東面每一聲位間或每一唱片相互間也都不能保持着內的關聯並調和。這重重的矛盾便形成了運載業或留聲機的致命傷。

刑法之屬性雖是一體三面不可分，可是在構成認識體系之際，全體的運載——三商乘類或三個重心同時聯貫連，理論上不可能，事實上也不必緊。因為同時三個重心便成了沒有重心。如果不僅敘述三個重心辦不到，連一個重心的構成也弄不好，反不如唯一重心時可盡最大聯貫功能事。因此，刑法關係的三個重心可以成為三個以上的體系。不過上面也雖有多數體系，不構內容的精神是互相浸透的，並且連內容的境界有時也很難離開劃分。尤其是解釋學常必須把刑法哲學中的若干點作為最初的出發點和最後的歸宿。所以解釋學常常或多或少凌

入哲學的領域（例如把刑罰權問題作刑法學的起點）。這時卻祇能從內容的重心看出它是解釋學。龍方底下的作者或模仿家，當把一個重心的二端或其全體的縮影收入另一重心的著作，作為其中的一部（例如把刑法的沿革作為刑法母範學內容之一章節）。這雖不免顯得贅沓；本質上還是由於三個範疇互相關聯而不可分的緣故。

刑法的學問雖可分為若干體系。任何體系都是社會科學的一分枝。刑法學的科學性是刑法學的對象決定了的。前面已經說過：刑法是歷史過程之一階段，同時也是現實的一環節。特定的刑法之產生必有其一定的歷史條件，同時又必有其一定的社會背景。在縱的方面，特定刑法是歷史的結果；在橫方面，特定刑法是若干原因的結果，也是若干結果的原因。刑法之規範的現實性是把規範的可能性作前提的。這種規範的可能性是歷史和現實若干原因的結果，也是某種結果的原因。刑法自身這些因果錯綜的連環決定了刑法學的科學性。

刑法學是科學的，同時也是哲學的。刑法學的哲學性也是刑法學的對象決定了的。不問是成文法或習慣法，都是把概念判斷作表現形式的。這種概念和判斷都是政治意志的表現，也可說是認識客觀法則的結果。所以對象本身就是一種哲學的存在。把這種存在作對象的刑法學自然會浸透了哲學性。

科學性不是和哲學性互相獨立互相矛盾的二極，而是統一於刑法的二屬性，也是刑法學中互相浸透的二屬性。刑法的學問體系之構成是人類認識的發展過程，也是客觀現實的發展過程之主觀的反映。人類認識的發展——感覺、表象、概念、判斷、推理及其體系之形成，具有一定的法則。客觀現實的發展亦有一定之法則。這二法則互相同一而不矛盾。因此，刑法學之科學性和哲學性也是互相同一的。

第五節 刑法規範學之特質

法律解釋學的性質，在西洋法學史上，有過幾種不同的說法。第一是把法律解釋學——從而刑法規範學當作理論教學的學問。這種見解本是十九世紀的概念法學現實的反映。這自暴露十九世紀概念法學之缺點說，不

失爲一種真理。然而決不算是本質的規定。十九世紀概念法學的手段和表現在於規律性和機械性二端。十九世紀概念法學的缺點也在規律性和機械性之過分強調。然而它的目的和精神却在伸張人權，助長自由。所以理論的數學的性質不是法律規範學——從而刑法規範學之本質的屬性。

有人以爲法律解釋學——從而刑法規範學並不研究法律規定的本質，只是述其內容。所以認爲法律解釋學——從而刑法規範學是一種以價值爲內容的學問。可是法律解釋學本質上並非把規範的價值作前提的學問，不是把規範的價值作內容的學問。換句話說，這個學問的內容不是價值有無的探討，而在價值的性質程度和範圍之闡明。名之曰以價值爲內容的學問，未免不符事實。

在法規之內容是一種歷史的事實之觀點，法律解釋學算是一種歷史的學問。再從學問之內容不僅限於事實之敘述，且進一步與事實以解釋的觀點看，法律解釋學算是一種解釋的學問。因此有人認爲歷史的解釋的學問便是法律解釋學的性格。然而所謂解釋的對象既是歷史的事實，解釋後的歷史事實已非單純的歷史事實；從後歷史事實作內容的解釋已經失去單純的解釋固之性質；解釋和歷史二因素已在實踐解釋的過程中互相同一了。因此，把歷史的和解釋的二個因素機械地併合起來作爲法律解釋學——從而刑法規範學的性格，決非客觀事實適當的反映。

最普遍的言法是把法律解釋學——從而刑法規範學當作精神科學、人文科學、文化科學或社會科學之一種。這固然不能無條件認爲不對。可是決沒有把問題解決。所謂科學究竟是機械論的？觀念的？還是和哲學互相統一了的科學？在這簡單的命題中還是一個未知數。若從這些名詞之起源和應用的情形看，決不是真正的社會科學。

刑法——從而法律之實理性、現實性和規範性是互相浸透了的三屬性，是一體之三面。刑法——從而法律解釋學是把關聯中的規範性作重心，不是從關聯中割裂了規範性來作考察的對象。所以法律——從而刑法解釋學中並不欠缺實科學系統二之屬性。解釋學之特點在於內容重心之爲規範性。所以規範性就是法律解釋學——

從而刑法規學的體系之所從。

刑法規學的知識體系之敘述，大體上有三重形態：第一是逐條解釋；第二是構成概念的體系。從理論說，逐條解釋是幼稚而不妥當的釋義。理由是：第一，逐條註釋法本質上是直觀的。直觀的知識既欠正確，又難完全。第二，一個法條和另一法條以及法規全體間都有分不開的關係；每一法條是全體中的部分；是關係中的個體。逐條解釋法易使每一法條成為各個獨立而無關聯的對象。第三，「概念」，法條本身是相對的，不是絕對的。概念既有相對的獨立性，同時還有更重要的依存性；一面雖然有着規定性，同時還有着被規定性，逐條解釋易使相對的概念變成絕對的事物，易使概念喪失被規定性，並且不當伸張固有的規定性。第四，概念是有無限個數和無限次數的。換句話說，法文中所含的概念有妥當的，也有不妥當的；有完全的，也有不完全的。妥當而不完全的雖然僅須加以確證，不妥當而不完全的却都需再改造或再構成。這種改造是基層的概念。上層概念之完全性和妥當性是把基層概念的妥當和完全作前提的。基層概念和上層概念互相同一便可形成概念之塔——理論的體系。逐條解釋法連基層概念的改造和構成都很少易辦到。概念之塔之構成簡直是一件絕不可能的事情。因此，全體之把握也是不可能的。

比較高級的體裁自然是超越各個法條，構成概念之塔，使各個概念各處於適當的地位。這是法的規範性必然的要求之表現，本質上不容懷疑的方法。換句話說，這種方法本身就是一種真理。不過若自另一面看，這種方法中同時包含着非真理的成分。正確些說，這種方法自身中同時包含着非真理的傾向之萌芽。原來概念自身就是真理的形式；概念自身就有相對的真理性。概念體系的真理性，自然不免限於一定界限內。超越了這個界限，便會陷入概念絕對主義、主觀主義的迷界。漸成爲非真理。

十九世紀以來規範法學的歷史是法律概念之真理性自身發展之歷史，也是概念法學的真理性發展之歷史。在十九世紀初期，自由主義和二元分立論說或浸透人們的腦海和社會制度，大家相信法律是絕對完全無缺的。認識時祇須再加關係的構成；適用時祇須要把認識的法，作大的提，就算是盡了認識法律和運用法律的最大難

華。以當時的情形，這種認識並沒有錯。事實上也是這樣對付過去了。可是社會是不斷發展的。法律概念在既定結構的一剎那間便凝固了。因此，起初大體上兩現實互相同一的法律逐漸和社會現實間矛盾起來了。按理應該是逐漸適應變化了的社會現實以改造法律。然而法官依然認是一架適用於法律於事實的機械。他的權威顯於把法律作大前提，把事實作小前提，機械地從中抽出結論來。於是祇有相對真理性的概念形成了絕對真理，變成了概念絕對主義。這是個極真理的幹法，當然為大家所不容。因此，反映現實，維護真理的自由法論和法律社會學相繼起來。

自由法論和法律社會學的歷史使命，這兩方面在否定十九世紀的概念法學和分析法學；積極方面在於使法律概念回復相對的和形式的真理性，使由德國王國的法律概念所形成的形而上的法律觀恢復為形而下的法律觀，使十九世紀初期所形成的法律機械和不變的認識轉成法律欠缺和變動的認識，並使規範的絕對性變成科學的因果性之一種。退而言之，在使舊概念法學和舊分析法學整個解體。然而，自由法論和法律社會學祇否定了法律概念之絕對性和主觀性；不僅沒有根本否定法律概念，並且給予了相對的客觀真理性。因此，接受自由法論和法律社會學的種種積極性再作概念之構成，形成了舊概念法學和新分析法學的任务。換句話說，新概念法學或新分析法學是在肯定概念規範的相對性之前提下構成概念的。

現在中國法規範學的環境是二十世紀的四十年代。因此，法規範學的特徵固然不是十九世紀式的概念法學或分析法學，自然不是以復舊或解釋為目的而祇不以新概念構成為重心的法律社會學或自由法論，而是一種克服十九世紀式的概念法學之同時並兼法律社會學和自由法論的新概念法學。換句話說，既不是完全否定舊概念或無概念的法律社會學和自由法論，也不是概念絕對主義的舊概念法學或分析法學，而是指實際的方法論和舊概念下的法律觀作補救；肯定概念，並且肯定概念之相對性的新概念法學或新分析法學。

假使還意識着民族自我，今日中國的新概念法學不是單純的舊概念法學，而是中國的新概念法學；今日中國的新的新分析法學也不是單純的舊分析法學，而是中國的新分析法學；中國的新概念法學和新概念法學；中國的新

新分析法學和舊分析法學，都是特殊和一般的關係。因此，中國的舊概念法學或中國的新分析法學中，並非且必須包含著概念法學或新分析法學中所沒有包含的部分。這個部分是中國的新概念法學或新分析法學之實質，也是中國的歷史社會之結晶。

中國的新概念法學或新分析法學的特質是什麼？現階段中國法律之具體的目的就是中國的新概念法學或新分析法學之特質。現階段的中國法一方面是中國已經現代化的表徵，同時又是促使落後了的中國社會現實趨於現代化的手段。因此，假定新社會比法律更進一步現代化了，我們必須把現實當作變更法律的標準，奉既成法律以就現實，假定社會現實比法律制度善後，我們絕對需要把法律當作改造現實的標準，必須拿現實社會以對法律，使法律在最大限度內發揮促成社會向前發展的能事。假若把一般的新概念法學或新分析法學的精神作標準來觀察，前者是互相符合的；後者是互相矛盾的。這互相反對的方便是現階段的中國的新概念的法学內容之特點，也是中國人的規範意識是否反映着民族自找的唯一識別法。

這是很明白的：現代中國法學的歷史使命是自沉溺和停滯中自救自新出來的新興中國之歷史使命。近百年來的中國對內是某種質量的農業社會——先自由主義和先個人主義的社會；對外是次殖民地社會——社會經濟不能獨立自主，民族國家不能自由平等。三十年來的中國法律對外是把次殖民地性做後台——通過供給原料，銷納過剩商品和資本的機能而獲得的金融資本主義社會性質之反映；對內是把幼稚的民族新興工商業——尤其是把前期的變法圖強政策，後期的國民革命的理論和政策作基礎的。這種特點決定了中國法學必須對帝國主義的侵略主張民族自我；對專制的官權伸張人權；對形式的民權保障民生。換句話說，民族民權和民生之互相制約，三位一體是中國歷史社會賦予現代中國法學、法規範學、刑法規範學的精神和使命，也是現代中國法學、法規範學，從而刑法規範學必不可缺的特徵。總而言之，現階段的中國刑法規範學是二十世紀弱小民族解放過程中的刑法規範學。有抵抗侵略之前途中，為民族利益而發動的國權和官權對於民權和民生的超越性之肯定，便是現階段中國刑法學之具體的獨占的特色。不過，民族解放的企求一方面是抑制民權和節制民生的原因，同時為

是維護民族利益的國權高於民族和民生的場合之範圍；民權和民生之為維護民族利益的國權低頭，僅在實現民族獨立自主的目的下纔是合理的。

概念的體系之構成確是規範法學之高級的階段。可是下筆得狠，事實告訴我們：目前中國這般守舊和羸弱的學問就是解釋法律的學問——概念法學。這大概是由於中國之次殖民地根性在作祟。十九世紀末和二十世紀初西洋法學史的中心問題或功績就是自由法論和法律社會學對於概念法學之攻擊。「太上國」的羸弱思潮當然會原封不動搬運過來，無條件蓋在次殖民地中國之上。從這點說，概念法學之不為人所重視，毋寧是當然的。

不過，西洋法學史上的自由法論和法律社會學攻擊概念法學，並不是攻擊概念法學這個學問本身，而是攻擊特定時空具體的概念法學中所包含的概念，判斷和推理的一部或全部。非真理性。這種攻擊，在理論上原是許可的；在事實上並且是應有而不可無的現象。因為每一概念，在構成的時候，原是客觀現實的模寫或反映；對於客觀的實在，常常儘可能地充分保有著同一性。等到構成之後，便由獨立而固定，由固定而僵化。僵化之後，把客觀和客觀現實對照起來，二者間的關係不是同一或統一，而是尖銳的對立或矛盾。既已對立或矛盾了。若還不被認為有改造之必要，反足顯示概念——從而概念法學本質上都是宗教化、神祕化了的東西。概念對於客觀現實的依存性和法則性，概念法學之科學的價值，也就隨著喪失了。

自由法論之出現，正因十九世紀前半所構成的概念法學中的概念、判斷、推理和客觀現實相對立。自由法論之本旨，在於要求改造固有概念或概念之再構成。凡屬自由法論者莫不把「利益之較量」、「價值判斷」、「貢獻文化」、「法律感情」或「條理」，當作自由探究的最大界限，就是並沒有根本否定概念之明證。接著否定具體的舊概念及其體系的自由法論之後而產生的現象和思想，不是無概念或無概念體系，而是把此時此地社會實情作根據，以構成新概念法學。

把社會學和自然法作依據的現代法律社會學之誕生，也是顯示了並非根本否定概念法學。法律社會學之所

要求的，不是法律概念和概念法學之數乘，而是肯定不以構成形式的概念為已盡其能事，主張概念之構成，應把現有的材料作基礎——在社會事實與聯中認識法律，構成概念。所反對的，顯然是法律概念和概念法學，而是特定具體的法律概念和特定具體的概念法學。

這是天經地義的：在彼地（西洋）彼時（十九世紀末二十世紀初）否定當時具體的概念法學是合理的；在此時此地的中國否定概念法學却成了不合理、反法則。理由是：第一，現行諸法的概念，大體上都是把此時此地的中國客觀實態——不管是現實也能，是理想或目的也能——作根據而形成的。雖說社會現實和法律概念間，有着多少的尖銳對立。這種對立，和西洋法學史上的情形，是恰恰相反的：近代西洋法學史上的對立是法律落後，社會前進——固有的法律概念，拘束社會的發展或不能規範進步的社會；目前中國的對立是社會落後，法律前進——法律概念的內容，常為現實所沒有，概念是拖社會向前的。換句話說，目前中國法律概念和社會現實（既是現實；目的和政策暫且除外）間的矛盾，是用概念促進社會的發展。——固然我也承認這種作用的相對性。然而假使否定這種法律概念的價值，便是違反法則的見解。第二，中國的近代式法典，大體上方剛編纂完竣。接續審切感警的唯一需要，就是概念、判斷和推理的體系之構成。假使不從這點努力，法規全體的結構之把握，立法上合理的修正案之發現，司法上妥當適用的目的之達成，都成了不可能的事。有這二大理由，概念法學在此時此地的中國，祇愁被推舉的太過分了，被人輕蔑，實在是不可想像，難以置信的專情。在這二大理由下，假使還妄反對法律概念和概念法學，那便成了反對從專制時官階中解放平民，從寡頭主義中解放極人，反對工商業的民權社會之發達與長成，甚至於是反對把中國從次殖民地地位翻身起來。

概念法學的真理性，是把形成體系內容的概念、判斷、推理和客觀的實在（社會現實、政治政策或目的等）作前提的。假使概念體系內容一部或全部和客觀現實不一致，它的真理性也就喪失了一部或全部。真實了、理性的學問，自然——而且應該受不到人們的尊敬和優待。保有着真理性的概念法學，因為它是真理，應該會受到尊敬；因為它是規範國家生活的標準，應該不被人忽視。假使特定時空的概念法學之概念、判斷、推

理的一部或全部和客觀現實間保有着深刻的矛盾，概念自身成爲無內容，或者反法則，僵化了。可能提出而且合理的要求，不是趕速推進社會，便是概念之再改造或再構成。概念法學的學問性和需要，應不因此喪失或變弱或成色之絲毫。

話說回來，經濟概念法學的問題是很複雜的。除次殖民地意識外，中國現實社會對於現行的中國法律，多半不感覺需要，也是重要原因之一。原來中國現行諸社會規範，都是高度發展的工商業社會現象的規範。事實上，目前中國的工商業還在幼稚，整個社會還沒有工業化。現行法所規定的對象和所規範的現象，多半不存在或不發達。法律概念和概念法學的作用，幾成無處發揮。常人的眼光多半籠罩着功利的色彩。誰會對現實不能發生功利作用的東西表示敬意？這不僅是概念法學不被人重視的原因，並且是法律、法律家、法律教育、法官以及律師在社會心理上的地位低下的原因。從這點說，我們對於年來中國工商業的經濟現象，近代的經濟學、經濟學家、會計師等之逐漸抬頭的現象，最感十分欣慰。因爲近代經濟學是近代法律學的基礎。先鋒既已展開局面，殿軍自然已近待機的時候了。根據這種看法，我們不妨預言：不久將來，法學家、大學法律學系、法官、律師、法律以及法學等等，必然接着成爲社會的寵兒。那時節，中國也已深刻地進入另一階段了。

現成的中國概念法學——從而刑法規範學太幼稚，應是概念法學被人蔑視的直接原因。目前中國刑法規範概念的著書之內容，雖然也可發現把十九世紀的歷史成果作材料的地方（例如各國法規的比較，法律社會學的思想之片段採用，基因保安處分制度之採用，而予以相當的說明……等等），可是全體的實質，不僅沒有具體現代概念法學應有的特色，且不得消化了歷史的遺產。並且連想把牠消化了之後，排及無用的渣滓，採取有效成分當作自己的營養料，然後把牠當作基礎，來作全面構成的企圖，也是很少發現。表現出來的，祇是十九世紀的概念法學，或十九世紀式的概念法學和其對立物之關聯的矛盾的雜居——例如：一面將概念作無格格的解釋或主張嚴格解釋，同時參雜比較的成分；或一面認保安處分不是刑事責任，同時肯定社會的責任，由保安處分之需要；和一面以責任能力人之有責違法行爲爲犯罪之概念規定，同時肯定無責任能力人之有罪責。

在等等，都是顯著的所在！。可是因為時間空間已不復是十九世紀的法蘭西。所以儘管具備着十九世紀概念刑法學的根性，又不復能維持真面目。（例如：任何二十四年以後出版的刑法教科書中，都有關於保安處分的章節。）這種像古像今，不古不今的奇特類型，便是中國一般刑法概念體系著作的真面目。

我們讀完任何中國刑法概念體系著作一通後，常常感覺那並不是著者自己積極構成的體系，既不過是受了虛榮心的驅使，或供應市場需要的利慾心的唆使，單純形式的模倣。全部或一部的譯述，再加以自己恣意剝削增補的混合物。同一書中，不應有的矛盾之層見迭出，任意作主張而不說明理由等等，都不外是這種驕動的舉動。懂得外語的法學青年，常常看遍翻閱外國所有各種書籍，以圖發現某先生的某著作之藍本，行九不會失敗；這是知者或能道之的事情。這種概念體系，求其能為法學青年所欣服，尚不可得。那能希冀他人表示敬意？假使不幸竟被誤認：這種作風就是概念法學——甚至於法學的本來面目，還想希望概念法學能給人良好印象？

有些刑法解釋特別標榜「實用」。自某一觀點看，如果不是著者藉以藏拙，便是適應市場情形，或是二者兼備。凡是標榜實用的法律以及刑法解釋，幾乎絕無例外，都是運用逐條解釋的體裁。誠然，從供給者方面看，維持概念構成形式的著作之供給，遠不如逐條解釋之輕而易舉。自需要者方面看，逐條解釋審之一目了然，易於入門，決不像維持概念構成形式的著作之渺茫而不見把握。可是假使稍加思索，不能不肯定：縱使達到著者藏拙的目的，決不能真實正確滿足讀者的需要。因為應用是把概念構成作前提的。逐條解釋審既沒有完成構成概念的使命，當然不能達到真實而正確地應用之目的。

自另一方面看，這是一種嚴重的錯誤。這種標榜的方法，切斷了理論和實踐間的關係。因為應用是理論的應用；理論是實踐的理論。世間沒有無理論的實踐；也沒有不能實踐的理論。無理論的實用是盲動。然而法律是國家規範，是國家維持秩序之合目的的手段。道中間不容許絲毫盲目的行動。不實用的理論是空論！嚴格言之，不是理論。法律的理論應該是具有實踐性的。因為法律是實踐的東西。認為標榜實用的法學書以及刑法書籍，真能達到實用的目的，假使是有意欺人，便是自欺而不自知。

第二章 刑法思想

第一節 近代以前之刑法思想

刑法思想是哲學家、思想家以及刑法學者關於刑罰方面以及國家社會的組織之認識。廣義的刑法思想包含社會觀、國家觀、犯罪觀、刑罰觀以及刑法觀等等範圍。刑法思想初刑法學之本質是相通的。特定人的刑法理論也就是特定人的刑法思想。二者比較的差異，在於前者主觀的色澤可能濃厚些；後者客觀的傾向可能顯著些。還有一點：所謂理論，依理應是互相聯繫的概念判斷世界之體系；所謂思想却不以體系為重，而尤其是表現的形式不是體系的。理論是把這種本身下重負的學詞；思想常常是把思想者作單位的。

刑法思想是意識的一種，刑法思想具有意識形態固有之諸屬性。刑罰思想一面為社會經濟組織及社會生活之產物，同時為國家生活及政治生活之產物。一面以社會經濟組織、政治生活為根據而產生，產出之後，對於社會經濟組織具有相對的反作用。不僅社會經濟組織及政治生活受之發生而變化，且隨社會經濟組織及政治組織之變遷而變化。

人類社會史有了國家，便有刑法，從而便有刑法思想。希臘時代的範格學派認為刑罰所以正當，由於刑罰的精神和等價。報償 (Talis) 之精神相符合。這種見解實在沒有說明什麼。因為等價的報償原是社會發展必然的結果。當時政治團體所以絕對維護等價報償的原則，原是社會歷史法則的表現。因為刑罰和等價報償的精神相符合顯然是正當。這個判斷是把等價報償的原則自身之正當性作前提的。何故等價報償的原則是正當的？這舉必須說明而沒有說明的問題。

比較範格學派所討論的是皮羅達格拉茲 (Piatigors, 480—411 B.C.)。皮氏認為刑罰和復讐不同；復讐是單純本能反動之表現；刑罰是有目的的。刑罰的目的在使犯人及一般人不再為惡。因此刑罰有三種作用：第

一是威嚇一般人；第二是改善可以改善的犯人；第三是隔離不能改善的犯人。他認為不能改善的犯人應即殺戮或放逐於外國。在皮氏心目中，一般人情惡犯罪行為的威嚇作用便是刑罰的基礎。把威嚇當作刑罰的基礎，顯明表示唯心論的色彩。這點並不比論辯學高明。關於刑罰的之認識，却已達到相當正確的境界。

和皮羅達格拉斯大體相同的是柏拉圖 (Plato 428-347 B.C.)。柏氏在壯年時代認為刑法之目的在使犯人罪而致污穢的心靈之再淨化，以及免罪行為所破壞的調和狀態之再恢復。後來思想改變，認為刑法之目的在於犯人之改善、威嚇及保安。柏氏以為一切犯罪的原因在於心靈之病態。此種病態即為刑罰的對象。犯罪行為不是刑罰的對象。柏氏以為心靈病態之有改善可能性者應改善；沒有改善希望者應剝奪其生命。刑罰在改善犯人和剝奪犯人生命過程中，達到威嚇世人、警戒將來犯罪之目的。這是相當深刻而且完全的認識。然而病態的心靈之本質是什麼？病態的心靈之改造是否僅能以行為人本身為境界？這都是未問而未問的問題。

從心理的觀點說明刑法的基礎雅里斯多德 (Aristotle 384-322 B.C.)。雅氏以為刑罰起源於復讐；復讐由於憎惡不正侵害的威嚇作用。換句話說：基因加害人不正侵害被害者，被害者感覺一種痛苦。被害者從而反致加害人，以排除其痛苦，並使痛苦變為快感。而希臘復讐快感的衝動是人類的情感之一種。所以希臘獲得快感的衝動是不可非難的。值得非難的是過分的感情。因為希臘快感的衝動是不可非難的；所以適當範圍內的報應是正當的。雅氏以為刑罰為國家對於不正侵害的反應。不過，刑罰的目的中却含有改善犯人的要素。刑罰之於犯人有如醫藥之於病人。不過，不能治療的應該放逐於外國。把快感的誘惑當作犯罪的原因。並且肯定是一種感覺，認為不可非難。這不啻肯定復讐以及犯罪都是自然法則的表現。這是值得注意的。不過，既認適當範圍內的報應是正當的，並認刑罰為國家對於不正侵害之反應，復讐刑罰目的中含有改善犯人的因素，未免自相矛盾了。因為既屬當，就不應反動，尤不能也不應改善。

希臘的哲學於紀元前二世紀時輸入羅馬。羅馬哲學家色勒加採取柏拉圖的見解，以為適當的裁判是把未受憎惡感性的支配作前提的。色氏認為凡遇犯罪並不重大，而犯人有改後之情者，即不欲處罰。這是人之常情。

蓋因過失或非其國政者的犯罪，所犯雖重，較之所犯輕而惡意重大者，其刑應較輕。色氏以為刑罰的目的在使改過犯人並感嚇一般人。其所謂改善是把威嚇作手段的改善。其重視犯意和把威嚇當作改善手段二點，和重罪自由論是有關係的。

歐洲中世紀的支配者是基督教。基督教以愛為中心，對於外界的攻擊採取無抵抗態度。因此，基督教徒相互間，最初僅有道德律以維繫秩序，別無所謂法律。其後逐漸成為國家的宗教。一而國為寺院制度之維持以及歷歷異教之紛擾，同時復有強制推行其道德律之必要。於是製成法律，並求其根源於神佛。於是犯罪成為違反神在地上之秩序；刑罰是上帝正義的表現。刑罰制度之較以前特別殘酷。並有交付贖罪金的制度。交付贖罪金和改善犯人目的之連成一串，實是寺院刑法的特徵。

中世紀宗教哲學思想的最高峯，代表者是亞奎那(Thomas Von Aquino 1225-1274)。亞氏和雅里斯多德同樣把基本能作用的複雜當作刑法理論的出發點。亞氏以為刑罰的目的在威嚇。故不主張犯罪必罰。亞氏以為善惡相濟和懲治犯人便是刑罰的本質。彼又以為人間法(lex humana)之上還有神之法(lex divina)存在。人間法之來源是神之法；人間法要用神之法來補充。這是混同了國家與宗教，神的秩序和人的秩序的結果。因為把善惡相濟當作刑罰之一本質。希臘以來的威嚇刑罰思想，從此變質了。

十六世紀以德國為中心而掀起之宗教改革運動，經過言論和武力的鬥爭後，一五五五年雖然實現了宗教協和。但是宗教自由突然礙於王侯及自由都市。直到一六一八年以後的大戰，宗教問題方得具體解決。於是產生認為宗教主義和政論的專橫並非絕對的法則；此外還有絕對真理存在的思想。這種思想在法學方面形成自然法學派。

格羅特頌(Grotius Hugo 1583-1645)是自然法學派的先聲，同時也是近代刑罰理論的創始者。格氏以為刑罰是過去要行的惡業。所以刑罰是一種報應。格氏分犯罪的结果為行為及行為人之二事。前者是損害賠償問題；後者是刑罰問題。刑罰之正當性依存於人類的本性。換句話說：施行惡業者為者應受惡者之報。這是當然

的適理。因此，以犯罪結果之重而成現刑罰是正當的，並且刑罰與相適宜。這種通性作用便是刑罰的根據。自犯人本身言，犯人自己企圖施犯罪行，所以犯罪人負有刑事責任。因之，法律上不承認處罰犯人為不當。不過，犯罪和刑罰之間，該保持平衡。楊氏認為僅有犯罪事實並不是為處罰犯人的理由；刑罰之正當性在於其處刑罰另有其正當的動機。若僅因犯人有犯罪之故而處罰，那是單純的復讐。復讐不一定是正當的。必對於犯人之惡劣，或對其一般世人有良好的動機，刑罰始為正當的。因此，彼認為刑罰之目的有三：其一為對於犯人之威懾及改善。其二為對犯人自認其罪人，使不致於一再侵害其權利；其三為警告一般世人，使不犯罪。不過，有時犧牲第一目的，而為附帶處分，也是正當的。楊氏謂：刑罰之目的在於維持將來的利益，不在補償過去的原狀。楊氏思想的刑罰觀是輕刑論。因之，二者間包含一種不可解的矛盾。自一面言：犯罪觀是自由意志論作基礎的。自由意志論負責任，必須對其有罪。而將氏主張僅有犯罪不足成為處罰犯人的理由。楊氏則以罪惡為出發點。而將氏主張責任是自由的。楊氏認為有處罰不服，改善不能的犯人。楊氏無罪中復又肯定該不服，改善不能的犯人，而主張該改善處分。正當性。這一種矛盾都是自由意志論之非物理性之然。不過，楊氏的自認刑罰改善刑罰一面是與貴格罪惡刑罰的應觀之否，同樣是與以刑罰觀之再現並且其剝化。

自然法思想因從這面分成若干派。其中極其注意的當布思 (Johns Thomas 1589—1670)。彼氏因為身於當時英國國王和議會之衝突，權利論 (Petition of Right) 以及十六年以後英國國王的復讐。遂承認公人的活動不能擺脫自己權利之範圍。因此以此為立脚點而觀察國家和法律，並且形成了他的哲學。彼氏以為公共契約之維持是支配法律的最高原則。他的本質在於違反國家秩序。因之，處罰犯罪的時候所應考慮的，不是過去的罪惡，而是將來的福禍。刑罰的目的不在報應犯罪，而在藉刑罰之執行以威嚇一般人，同時威嚇犯人以收改善之效。因此刑罰能達到威嚇社會及犯人，並且改善犯人的目的。所以刑罰是正當的。這種思想至少有二特點：第一是刑罰的安寧程序以發端，而不把被害人的憎惡感情作為出發點；第二是

影射的目的在於欺騙和改革，而不在報應；這二點顯然表示作到了完全在國家的觀點觀察犯罪及刑罰。這也自然要應之歷史的功績；也是中世及其以前種種之否定。

到十七世紀中葉以後，自然法思想發展成爲個人意識的思想。個人意識的思想個人意識性的存在被斥傳統的宗教意見，反對反抗權威，主張天賦人權。啟蒙啓蒙時代使是把握個人意識中根源的個人自由。平等平等權利對抗萬惡的權威權力，主張保障個人意識性的自由。

啓蒙思想起源於英國，繼而波及於歐洲。法國並且是實踐啓蒙思想的歷史使命之舞台。因爲當時英國君主在專制最盛的國家。孟德斯鳩 (Montesquieu, 1689-1755) 在他所著波斯人的信 (Lettres persanes) 中，首先主張自由由精神所發覺的社會制度。他在一七八九年的法意 (Discours de Montesquieu) 中，把英國政治作基礎，主張三權分立之組織，企圖使種種權利立之權以阻止濫用主權。孟氏認爲國民的權利是立法出於最高權威。預防犯罪之單純處罰犯罪，實有人進一步之意義。在有秩序的國家，寬刑峻法之刑罰更其有效。

盧梭 (Rousseau, 1712-1778) 受孟氏的影響，在一七六二年出版的民約論 (Du contrat social) 中主張國民之自由及平等。啓蒙思想經孟盧二氏之發揮而光大。先大了盧梭思想和法國政治上專制的現實，互爲因果，遂成中世的政治路上近代歷史的舞台。近代的刑法理論之產生是根據近代的政治社會經濟的現象和理論作基礎的。啓蒙思想博得意大利，產生貝加利 (Cesare Beccaria, 1734-1794) 的刑法理論。貝氏是近代刑法理論的

始創人也是近代刑事政策的警鐘。貝氏以爲個人的自由不應無意義的公衆犧牲。法律所以放於爲公衆而犧牲個人的自由，目的在於調和生存競爭，所以最大多數人的最大幸福便爲法律的目的。各人爲保全一類人的權利而犧牲自己一部分自由權。綜合各人所犧牲的自由構成國家主權，國家的實權是主權者，社會契約的本身並非個人於維持社會一般幸福的必要限度內，犧牲其自由。最小限度自由放棄之反面是國家之自由成立，也即是稱爲無約無礙。所以規定放棄自由起見必要限度，便之無意識地犧牲了自由。無意識地犧牲自由不構成犯罪。總而言之，貝氏認爲刑罰權的正當根據在於犧牲最小利益，以維護最大利益。因此據此之罪惡應受其罰。

爲。司法官自有立法權，僅有適用法律——司法權。唯主權者有權規定各人平等權利。這權利人民應盡義務。可獲得保護。至於刑罰的目的不在犯罪之鎮壓或報應，而在警告一般人，並且預防犯人之再犯。超越這範圍的刑罰即是殘酷。貝氏認爲社會越進化，人類的感奮力，愈銳銳。刑罰越寬和，這是有好處的。因之，除重要時外，死刑算是一種有害無益的刑罰。必須須廢除自由刑來代替，方爲合理。貝氏的見解和清張健全主義思想之一應用。雖然社會契約是假定的事實；思想的本質是功利的。然這正是近代刑法理論全面的積極所盡設和開端。

基因十八世紀末康德 (Kant, Immanuel, 1724—1804) 的哲學之產生和流傳之影響刑罰觀否定了貝氏法論以來的感奮改善論。這是希臘以來感奮改善的刑罰觀第二次被否定，也是中世專暴相消的報應思想之否定。康氏以爲可以絕對無條件稱爲善的祇有人的善意 (Gute, Will)。所以人類應從其自身所認爲善者而行。不過，各人的認識不同。縱使人各本其善而行動亦有時亦可被他人認爲不善。所以各人雖應依其主觀所謂善者而行動，各人的認識必須具有普遍公理性。自己認爲善而實沒有普遍公理性的場合，仍不失爲違反道德。這是康氏道德論上的原則，也就是所謂絕對命令 (Absolutistisches Imperativ) 的理論。康氏認爲法律是善觀法則之一種。法律是使個人相互間遵守一定的法則，使之互相調和的諸條件之全體。康氏認爲國家之繁榮在於絕對命令之方以強制人履行應有的法律和建國的法律之間。因此，不認爲國家的繁榮即是人民的幸福。根據這種法律道德觀，國爲刑法是支配者對被支配者犯罪而予以痛苦的權利。受刑罰者和物體的員的物權當了受刑罰的人因刑罰而受其尊敬。所以法律上的刑罰並非爲犯人及一般社會求謀利益的手段，而是一種善惡。對於犯人或社會因刑罰而得之利益，不如注意犯人應得之刑罰以維持正義爲目的。絕對原則之正當報應即是刑罰的正當根據。德華的原則 (Das Prinzip der Plethoric) 便是正當報應的標準。康氏所稱善舉實在就是反壓法 (Jus ultionis, Was Vespellingstreben) 的標準。依康氏的見解，反應也是決定刑罰程度的標準。於是死刑也有維持的必要。綜合康氏的思想，一方面算是把權性了產善舉本來義的積極，同時還索了國家生活的脫

實。將應有的基礎放在達里阿（Darwin）之上，不難理解了達里阿的歷史意義，並且是一種退化的思想。所以儘管他時時想和社會現實有一筆相通之處，依然不能獲得現實的支援，終歸不能超出觀念的界限。

第一節 近代以來之刑法思想

近代的刑法理論係成於費希巴克（Abraham V. Fickelbach 1776—1833）。費氏認為國家的目的在於法律狀態之建設。換句話說：國家是一種嚴格的法律規則的人類生活共同體。一切侵害法律的行為都是違反國家義務的行為。所以，國家有消滅對於法律的侵害之必要。國家防止侵害的權利和義務，皆因此產生。國家若因其防止侵害的權利和義務，於是組織強制的設施（Zwangsanstalten）。國家之強制的強制可分為事前的和事後的二種：事前的強制在對將被侵害者以注意；對將為侵害者實力防止；事後的強制則在強制侵害者賠償損害，以防止侵害法律。不過，物理的強制固不足以防止侵害法律。為欲防止侵害法律，必須強制先侵害之原因而存在。於是心理強制遂成唯一的辦法。

費氏以為假使將一切違反法律的情形而以考察，必可發現行為人實施違法行為之心理的原因。換句話說：行為人若因自己之欲望而行動；固行動而滿足欲望。欲望得到滿足，即可發生一種愉快的感情。這種愉快的感情便是違法行為之心理的原因。假定行為人念及刑罰這種痛苦惱恨的心理的衝動所生之不快，小於法律制裁所生之不快。心理的衝動必然曇花一現。這是一般的經驗。由此推論，國家為使一般人聯連；欲望固滿足而生愉快之後，更有不快之感追隨於其後。第一，必須制定法律，表示特定行為必將隨附特定刑罰；第二，必須預先將法律公佈週知；第三，為使一般人確認所預告者為真實，必須在發現違反法律時，使法律中明定的犯罪刑罰刑罰的關係，立時實現！——執行。公佈法律以威嚇一般人之威力和刑罰執行互相同一之處，即有可發生心理強化的作用。這就是有名的所謂心理強制論。這種理論是把自由意思論作基礎的。因此，適用之範圍要受責任能力任意酌減之限制。不能說明過失行為以及無責任能力人行為之責任。

費氏以爲國家公佈法律的效果——即懲罰就是公刑。用公刑之威服社會一般人違反法律的衝動，保障社會各人之相互自由；這是公刑所以存在之理由。費氏認爲刑罰有二目的：一是公佈法典；另一是實際懲罰。公刑法典在於威嚇一般人，防止違反法律。實際刑在於直接懲罰法典之預告並非空文，確有其現實性；而後復用以威嚇一般人。費氏認爲刑罰權之法的根據是法律之可以存在刑罰的理由。刑罰通告之法的根據，在於維持人民之法律上的自由；刑罰執行之法的根據，在於既經通告，即不能不使人民服從。根據此種見解，產生三大原則：第一是無刑法則無刑罰。第二是無犯罪則無刑罰。第三是無法律博士之刑罰則無犯罪。這就是所謂罪刑法定主義之原則。

德費氏引起的是要格爾(Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, 1703—1801)。費氏認爲空宙是理念(Idea)之實現。宇宙之過程和現在都是理念發展的過程。世界即成爲發展理念之現實及其理念對立之偶然現象的複雜交錯中。偶然現象和理念矛盾而結成統一於理念。所以宇宙之現實就是合理性的表現。費氏認爲國家、道德和法律之現實皆是理性之在物。法律哲學之目的在於認識法律之實在的意義和理念。費氏用辯證法與理的手段是辯證法的方法(Dialectic method, Methode)。這種方法是看正(Thesis)及其反(Antithesis)，合(Synthesis)的過程構成的。辯證法之反覆發展便是合理性的進化過程。費氏的刑法觀即是這種哲學之一應用。費氏認爲犯罪是實在正的法律之侵害或違反。犯罪本身的外在是侵害法律，本質上則是一種空虛不實在之反。這種不實在空虛法律之侵害——刑罰之消滅而表明。既經刑罰之消滅是空虛法律之實在性排除自己而侵害者之刑權持自己在空虛之要求。換句話說，處於否定犯人確定空虛的地位之刑罰，成爲一般的正義意思——法律之恢復。所以刑罰表面上雖然是否定空虛之要求，實際上却是正法律之恢復。這是刑罰的正當根據。費氏認爲刑罰爲維持正當事物——法律而否定犯人的意思。推論所及，刑罰也是一種報應。不過，這種報應論中含有目的論的成分，具有現代化之意義。和舊來的純粹的報應不同。別處有見其與功利報應論有別。然而，在肯定意志自由論一點，並無不同。

一八七六年以後，刑法思想展開一新生命。這個新生命的開拓者是愛德華羅梭 (Edward Thorpe, 1839-1907)。那時候羅梭的結論，在他所著犯罪人論 (Nomenclature) 中主張未來犯人之類型。認為真正的犯人之體格為有先天的特徵。因為具有先天的特徵，所以特種犯人，犯特種罪名時必然性。羅氏認為犯人之特殊體格係和社會環境及個人素質都有關係。然則，決定的因素還是自然作用。社會不過提供具體的條件，使之敢於犯罪。所以犯人法有刑事責任。對於前途有危險性的犯人，應科以一定的處分。對於這種犯人，唯應在其犯罪以前，預先使其社會隔離。羅氏同時所擬在獄中，證方法之應用，羅氏的缺點則是以偏概全和過分的機械性。羅氏說之歷史的意義在於根本否認過去來自意思論，心理學論，以及報應刑論。

更進一步，將犯罪原因歸於社會，則考索莫菲里 (Maffei) 和 (Maffei) 非氏認為犯罪是犯人身體的生理的特徵和社會環境的。特種犯人的原因不外為環境的原因，心理的原因和社會環境三種。而社會的原因占其及地位。人口密度，就業思想，道德，宗教，家庭，生活狀況，教育程度，生產狀況，飲酒，政治，司法，謀生制度之寬嚴等等，遂成犯罪之誘因與導火線。因此，要防止犯罪，必須從多方面採取社會的預防。若社會狀況，同時考慮犯人的性格，分期隔離或改善。非里氏認為犯罪為生理的犯人，生來犯人，習慣犯人，社會犯人和感時犯人五種。生來犯人必須放逐於農業殖民地，或社會隔離，機會犯人須受訓練，真不假校。其他有適應社會生活可能性的犯人，必須努力教育或改善。沒有希望者則惟有隔離。

夏氏新的犯罪學，因論之而從事於法律的探討者是夏氏 (Maffei) 和 (Maffei) 夏氏關於犯罪學之研究，其體和羅氏相背。夏氏思想的特點在於犯罪學，因和法律律規相聯絡。夏氏認為醫學家不應擬定犯罪類型的思想。因犯罪人的性格問題，提出是特種犯罪學之存在。而前者的則必須先行考察特定行為是否成立犯罪。然，再行研究犯人宜無一定的精神的或肉體的特徵。至於特定行為是否成立犯罪，這是理論問題，必須依人類的自然觀念決定，不是由一國立法所可任意變更的。從這點說，所謂自然犯罪是固有的犯罪。夏氏以自然犯罪的特質在於缺乏道德感情。缺乏同情友誼直等愛人的感情。普通人的道德感情漸次發達，成為今日之

選擇。自然犯的選擇或沒有效途，因之有反道德的行動。鄭氏所謂犯罪類型，由此可以認識其本質。根據這種選擇，夏氏提出三種普通犯人的方法：(一)凡有添派希望的犯人，須以刑罰為手段改善之，使再成為社會之一員。對於這種犯人，刑罰之作，罰金和賠償方法也是有效的。(二)自死刑以至放逐，依危險性之大小，分為若干階級，各作適當的待遇。這與犯罪原因論和法律論多少有了些關係。然而，祇要胡氏的原因論沒有成功，夏氏的努力必然付九終於白雲無力。

胡氏的犯罪原因論是自然科學的產物。莫氏的犯罪原因論是社會學的一支派。本質上都和實字主義有不解之緣。隨着歷史的唯物論之興，產生一種歷史唯物論的犯罪原因論。韋羅(Bernard Quetelet)氏從歷史唯物論的觀點出發，認為今日的經濟要素形成了資本主義的經濟組織，產生多數犯罪人。犯罪之經濟的要素實較其他要素為重要。韋氏以為在社會主義的社會制度下，犯罪人可以完全消滅。今日的刑罰祇是權力防範維護自己利益的武器。在資本主義社會制度之下，犯罪增加是必然現象。在被社會主義的點首組織下，經濟上的不平等既經消滅，濫用權力及財力的機會也已喪失。犯罪現象的大部分應發生變化。祇有病理學的及性的犯罪等和經濟組織沒有直接關係的，就沒有大改變。韋氏這種見解，闡明了犯罪及犯罪原因和社會組織的關係。

十九世紀後半用自然科學的、社會科學的以及社會科學的方法探求犯罪原因的結果，完全否定了以前的意思自由論。唯其祇於單純否定了意思自由論，沒有指出主觀的意思和生理的心理的以及社會的原因間之正確的關係。在犯罪原因論上陷入了犯罪宿命論的困境，結果必至否定近代式的刑法理論和刑法。可是另一方面近代式的刑法並理論依然存在著，而且刑法論上仍然有意義重維持着傳統的意思想自由論。於是在學問上形成犯罪學或刑學政策學和刑法學之對立，在政策上形成責任能力、責任條件等概念和保安處分制度並行。十九世紀末葉以資本主義社會的刑法思想，不啻在理論上貫徹刑之教育性，不啻不大折扣，僅在刑之執行上貫徹教育性主張行刑教育化了。

十九世紀後半社會由產業資本主義達到，隨資本主義。這種發展反映於刑法思想，表現為由報應刑達到目

的刑。目的刑的思想是李斯特 (Ferdinand von Liszt 1851-1919) 所倡導。李氏感嘆萊萊 (Jhering 1851-1852) 的法律目的論 (Zurech in Recht) 和頗氏等犯罪原因論的影響，主張刑罰另有目的。李氏認為刑罰在古代是對付自一部侵害人類生活條件的本能之衝動。這時別無目的，尤其沒有目的自覺。這種本能的衝動逐漸變化，由當事人間的反動變成國家制度。於是漸次瞭解刑罰之目的性，認為刑罰必須有一定的分量與目的。目的觀念支配刑法後，盲目的刑罰成爲有目的刑罰，刑法由國家的暴力成爲刑罰法。刑法的重大使命在於鎮壓犯罪。爲完成鎮壓犯罪的使命，必須研究犯罪的原因，藉以發現對付的方法。不過犯人在人類學上並無一定的類型，朗氏所謂生來犯人的見解，並不正確。李氏認爲一切犯罪常因 (1) 犯罪的個性，(2) 犯人的環境和 (3) 犯人的經濟情形互相結合而發生。換句話說，犯罪是犯人的個性和環境的產物。並且個性和環境的比重是相同的。因爲犯人的個性必須待至特定行爲成爲法律上的問題後，纔成爲問題。社會環境也須犯犯罪當作社會現象的觀察時，始成爲問題。李氏又將犯人按改善可能犯人，不能改善犯人和機會犯人三種。主張對於可以改善且有實施改善必要的，實施改善；沒有實施改善必要的，則施以威嚇；不能改善的須使和進行隔離。所謂不能改善的犯人就是所謂習慣犯 (Gewohnheit sverbrecher) 或性習慣犯 (Zustand sverbrecher)。這種犯人表現於刑法上，成爲累犯。累犯大都是性習慣犯，須用不定期刑來對付。所謂可能改善的犯人也是一種累犯，不僅本質上有改善可能性。這個人應罰以一年以上的懲役。機會犯人和偶發犯相當。這種人有普通之智能，秉性也是善良的。不過受了社會環境的影響，偶然犯罪。所以刑法對於這種人應該重視威嚇作用。李氏思想的重心在於重視特別預防，排斥報應思想。這當然是金鐵資本主義的獨占性之表現。然而嚴厲的特別預防思想之實效是不可能的。因爲第一，金鐵資本主義還是把等價交易的法則作基礎的。特別預防思想違反了等價交易的市場法則。第二，金鐵資本主義社會並沒有根本從正面否定意思自由論。特別預防思想和意思自由論不相容；第三，單純的特別預防不能達到維持社會秩序的目的。一言以蔽之，這種思想和金鐵資本主義社會的現實並不完全同一，祇於見到了一面。反對派之出現，自屬必然的現象。

刑 法 思 想

和李斯德的立場相反的是畢魯克馬耳 (Birkmeier 1847—1920)。畢氏認為犯罪是侵害法律秩序。國家是法律秩序的保護者。所以用刑罰來報復犯罪是國家的義務，也是國家的權利。刑罰的本質是保護善有善報惡有惡報的正義觀念。犯罪是自由意思的結果。刑罰的目的不在預防犯罪，而在鎮壓犯罪。不過報應之中附帶了預防的性質。若把立法者的報應觀念表現於刑法中，使責任和刑罰間能夠維持均衡作用，即收到預防的效果。因為刑罰的規定對於決定是否實施犯罪行為的時候，是一個阻止犯罪有力的動機。犯罪之預防，全視刑法之規定如何以為斷。這種種於一般預防和報應的主張，恰和李斯德氏的特別預防及改善刑論針鋒相對。李氏的主張被否定了。這種思想自然是產業資本主義社會之全面適切的反映。第三說之產生，勢所必然。

第三說的特點在於包容正反兩方的見解。畢魯格 (Birkmeier) 的見解便是具有這種性質的思想。畢氏認為社會對於各人的行為必有一種肯定或否定的判斷並待遇。善行被讚賞，惡行受非難。這是確實而非虛謂之報應。報應之正義性限於一定比例的限度內。這種比例是人的事業和報酬的比例。所謂正義或是維持行為和報酬間比例關係的意思。若從社會心理觀察，社會意識中含有二種事實：一種是要求待遇和勞力相稱；另一種是相信自己的勞力和報酬之間另有一種妥當的因果關係為之支配。因之，所受的報應，不問善惡，均須和行為相稱，始能滿足報應的要求。滿足的感情之反面便是正義。國家的刑罰就是把這種原則作基礎的。假使刑罰和犯罪行為相當。其間即已包含着正當性。目的刑論者把合目的性當作刑罰正當性之根據，畢氏認為是不妥當的見解。不過，畢氏肯定報應刑論和目的刑論事實上並不對立。因為事實上沒有不含預防成分的刑罰；也沒有不含刑罰作用的處分。即在觀念上，報應思想中也含有目的思想在內。刑罰發展的歷史便是明證。畢氏認為處罰犯罪，固然為的是對付過去的侵害，同時也是顧慮將來。因之刑罰的目的可分為：(一)滿足被害人的報應感情；(二)警告第三人；(三)鎮壓自力報復；(四)排除犯罪結果；(五)保障被侵害的公益；(六)維持法規；(七)改善犯人和(八)保護社會。而對付犯人的方法則不出改善，威嚇及隔離等範疇。李斯德氏和畢魯克馬耳氏間

的對立，就此而消了。

把歷史作基礎而辯消正反二種對立思想的是駱寧 (Lounge)。駱氏認為歷史昭示吾人：犯罪是刑罰的前途。刑罰的內容是對於犯人的權利之侵害。刑之嚴重是犯罪的性質情形作標準來決定的，駱氏認為法律應與人民以一定之權利和義務，以吾人自由之限界。犯罪是行為人超越法律限度的舉動。各人的義務關係，因之失去平衡。對於破壞平衡的制裁，是也對罪犯人的人格和意志來決定。然而根本上係由於被侵害人的憤怒、憤怒、復讐、賠償的要求，以及恢復當事者間和平的企圖。——這是私力復讐。後來社會進化，刑法就隨私力支配，成為國家制度。不過，刑罰的本質並未變化。刑法的使命仍在恢復國家範圍內法律上的平等。這和復讐不同的地方僅在刑罰的目的和利益範圍之擴大。換句話說：國家為欲貫徹刑罰的目的，遂於刑罰固有的類壓作用之外，並使負預防作用；不僅報復過去的侵害，且欲預防將來的侵害。這是國家的刑罰制度之特色。

費白爾 (Fippel) 的思想也是第三立場的產物。費氏認爲由國家理論和國家理念來規定刑法的正當性，那是不妥當的方法。把國家理論作出發點來闡明刑法理論，雖非不可能。但因國家理論常有偏見或不當，故不能當作刑法的正當性之理由。費氏認爲沒有包含現實生活實踐的部分之理論，也是不妥當的。地認爲一切法律制裁的唯一目的不在法律秩序之維持和法益之保護。而相消 (Ausgleichung)、鎮壓、防止和預防都是達到目的的手段。刑法的目的在於對違法而侵害維持法律秩序。國家為達到維持法律秩序之目的，把刑法作手段和犯罪鬥爭。所以刑法的作用有一般預防和特別預防二點。

包含一般預防和特別預防，以及報應刑和目的刑的思想，感應社會現實之比較正確的反映，尤其有益於制度之說明及應用。然而基因資本主義內在矛盾之深刻化，一面感覺過去的刑罰之其執行，對付思想犯，累犯，習慣犯人等之無力，同時需要對於這類犯人作更有效的預防。教育刑論及行刑教育化之思想，於是應運而生。羅承李斯德氏主講柏林大學刑法講座之何魯依拉 (Karl Lohse)，便是二十世紀初教育刑論的代表者。何氏認爲刑法的機能在於對社會施行其淘汰作用——使不適於社會生活者再適合於社會生活，或使社會變壞之。刑罰

使犯人適合社會的作用有二面：一面是藉一定之社會生活習慣之養成，使有反社會性的犯人從社會之旁，一轉而為社會對於犯罪行為之非難，用以警告一般人，使之將來勿為反社會的行為。刑罰之教育的價值即包含在二種作用中。刑罰的作用有三：第一為威嚇，第二為改善，第三為保安。若從另一面觀察，刑罰之犯人教育及保安作用算是特別預防，刑罰對於一般人之威嚇作用算是特別預防。何時認為縱使犯人有時復歸不可能，然而刑罰之教育的意義，並不因此減少。這是把李斯德的思想更純化的結果。然而教育刑思想雖屬高度發達的資本主義社會簡要之表現。資本主義社會並無普遍徹底實現行刑教育化之可能。曾經統一的新舊二派復以教育刑和報復刑的論爭，姿態，重行對立，就是這個緣故。

蘭金 (Vincent Lanza) 也是教育刑論的主張者。蘭氏認為刑罰是教育的，否則便會失了刑罰自己存在的意義。蘭氏並且主張法律和道德同一。認為從來的刑法學者僅認刑法為法律關係，使之和道德分立，實屬不當。蘭氏認為刑罰之使命在於報應；因為報應論是一種復讐論，沒有主張的價值。刑罰的使命也不在預防；因為預防論把犯人當作了其大，也是不當。教育刑是刑罰合理的本質。蘭氏對於從來的刑法學者關於理論的和技术的研究，表示不滿。蘭氏一面反對舊派的學說。同時對於實證學派把刑法當作實證的科學，認為罪為必然現象，見解，也表示異議。蘭氏認為新的學派之起點，應從道義的立場，根據良心的判斷，企圖改良刑法。這和立場可稱為人道主義。蘭氏認為國家不僅是保障的工具，並且是教育的手段。犯人也是一格者。國家負有保護的權利和義務。蘭氏認為犯人不僅違反法律規範，同時違反道德感情。在用法律評價犯罪之前，須先用道德來評價。刑法之道德的意義便是近世國家之道德使命。這種思想所表現的觀念論的傾向，一面是承認現實的結果，同時是資本主義社會抑壓革命勢力及常習常業犯人的需要使之然。

李布曼 (Moritz Lippmann) 也是教育刑論者。李氏也認為刑罰的本質是教育的。教育犯人的目的在於變化其反社會的惡性，使其本能和行為成為衷心服務社會的一份子。李氏不承認有不能改善的犯人。從面也不主張除害作用。所以不能改善，因為行刑技術未臻盡善的緣故。任何犯人都有一二良好的性質。改善犯人不在壓

迫其意志使之服從。而在依據可能改善的確信，用暗示的威化作用以除去其偏執的性質。從來認為不悛犯人受審者，斷不能收改善之效。數世紀來執行刑罰的結果，已證明其爲幻想。李氏的思想一面和入道學派相連，同時在實證學派的立場同意於李斯德氏的主張。所以從歷史觀點看，李布曼氏的思想算是李斯德氏的思想之逐漸化的型態。不過，要求資本主義社會澈底改善行刑技術，固不是一件容易事。假定技術改善了，並且收獲了百分之百的改善效果。然而這效果恐亦祇可見之於行刑過程中，而不見現於復歸社會之後。這不是犯人的人格變，而是社會環境宜以使之然。

恩師牧野英一博士也是教育刑論者，尤其主張行刑教育化。博士以爲教育刑是社會的責任論必然的結果。最有效的社會防衛便是刑罰教育化。所謂不能改善的犯人，在觀念上和行刑上都不能承認其存在。刑罰教育化能夠達到最經濟地利用社會精力的目的。所以，刑罰之教育的執行是社會對付犯徒最有效果的方法。博士關於教育的行刑提示：(一)凡人均須勞動。所以受刑者也須勞動。(二)人依勞動而發揮能力。所以受刑者亦應藉勞動以達自給自足的目的。(三)人藉勞動而修養。所以受刑者應藉勞動而修養其勞動等三原則。這三原則之爲行刑三位一體的原則。博士這種思想算是社會勞動權、生產權和刑事學滿的結晶。但在報應思想沒有消滅之前，純粹教育的行刑是不可說的。在社會勞動問題，有合理解決的社會，教育的行刑之效果，恐難能表現於監獄的。

德國社會黨黨綱載明。因此，刑法思想也傾向於權威主義。格勞斯巴克(Grauback)就是這種權威主義者。格氏認爲犯罪法當作達到民族共同目的的手段，於是國民民族與新原則。他認爲德國民族是他們的共同祖先與其所繼承的文化結果成功的一種人類的共同形態，也是一種最高的單一體，民族之高度均發展。其目的在於極力發揮民族的特性。所以使入德國法律中的外國法律思想，都非辭之別。因之，一方面要立法者模仿外國法律的衝動，同時充分適用德國的古法律思想，並在可能範圍內充分使德國古代法律得以發揮。他以為新法律的出發點不在個人的自由，而在全體的幸福。全體應該優越於部分。起視全體利益和衝動。

法律，應不承認其存在之餘地。和道德不相容的法律，固應排斥。就是從前認為不合道德的行為，經其法律利益相反，也應該認為犯罪。他認為刑法上裁制的基礎是責任；刑罰的本質是報應。犯人的性格和動機，在德國法固有精神範圍內始有嚴重的價值。他認為應懲的犯人應該淘汰。死刑雖是刑罰中必要的部分。保安處分也是必要的，不過，須和刑罰成差別。

拉韋勒 (L. Naber) 的刑法思想也是權威主義的。他以為今日的問題不在廢除犯罪以及犯人的生活，而在廢除犯罪對於民族全體的意義。換句話說：問題的重心不在犯人之保育，而在國家權威之維持。因之，將來的刑法不以保護犯人為目標，而以保護國民的社會主義社會為理想。這樣，教育刑論又被否定了。

從刑法思想和社會組織間的關係看：西洋刑法思想可分為三期：自中世基督教化了的刑法思想到費舍克的心運強制的理論構成前是第一期；由費氏的理論之產生到朗勃羅梭的犯罪人論出現前是第二期；由斯氏的理論到目前算是第三期。至於希臘羅馬的刑法思想中有些可算是第二期的刑法思想之縮影，也可說是第三期的刑法思想之早產或小產的形態；近有和第一期的思想相同的地方；所以另是一種風格。

第一期的刑法思想之共通的特徵在於：(一)：把刑法和宗教結合了；(二)：刑罰是一種報應，並且是得於神的報應。和(三)：嚴重認的認為犯罪是自由意思的產物三點。這種特點顯然是宗教支配的結果。也只有宗教化、專制政治、農業社會才產生這種思想。

第二期的特徵是：(一)：脫離宗教束縛，把理性當作思想的出發點；(二)：刑罰是一種報應，然而不是對於神的報應，而是對於人的報應；和(三)：意識地肯定了犯罪是自由意思的產物。這是在資本主義的社會意識之類型。費舍克把快成之誘惑，作犯案的原因，和正統經濟學派把經濟現象的動機，固然是「壓相」的。就是罪刑間的適應，也是商品市場等價交易的法則之反映。至於意識地肯定自由意思犯罪的原因。這和商品市場、自由交易固然有關係，尤其不啻忘記「權人之覺醒」第三階級之要求並現實變為多現代國民基本權利的種種自由，這是自由意思當作犯罪原因的歷史基礎。

(一) 犯罪不是自由意識的產物，而是主觀的客觀的複雜原因綜合之結果；并且意思不達目的時，(二) 不應不刑罰的目的，刑罰之目的在於改善犯人，使之復歸社會為良民；(三) 刑罰的對象，衡的不是犯罪事實，而是犯人再犯的可性；三點，算是第三期刑法思想其進的特徵。這是立憲主義的社會意識之類型。這一期的歷史意義之所在，厥維犯罪原因之科學的研究。產資本主義之自然科學之發達，社會學之發生及發達以及新社會科學之長成。新的犯罪原因觀之形成，把自然科學社會學和刑法科學的構成作工具的。把犯罪原因作科學的研究之後，發現了意思之不自由。基因犯罪，及累犯諸業，皆之其由；固已感覺罪刑均衡原則之無力，既已認認犯罪并非自由意思的產物。報應思想即已失其合理的基礎。於是立憲主義社會的思想由報應到改善，由罪刑均衡到刑與危險性均衡，遂成必然的宿。法西斯蒂以及國家社會主義原在為一資產階級該利益。所以會比較重視報應觀念，自然也不是偶然的事情。

從第一期的刑法思想發展到第三期的刑法思想是進化，也是進步。這種進化和進步所系的軌跡是：除報應觀念外，第二期的思想本質上和第一期的思想是互相對立的；第三期的思想是第一期的思想和第二期的思想精華之抽象化了的綜合，也是第一期和第二期之高次的發展。這種發展是歐陸刑法思想發展之軌跡，也是世界刑法思想發展之一般的法則。

第二節 中國刑法思想之發展

根據《南史陽明傳》的書甲文之記載，一般認為中國有文字以來的信史起自殷代。然而根據《中國文字記》的專論，知道收書很發達，社會形態還在共產的氏族社會階段，沒有形成國家。國家既未形成，自然沒有把國家作前驅的刑法，也決不會有把刑法作前提的刑法思想。有的最多只是復讐的思想，並且還沒有現這類的記載。周代是奴隸制的農業社會，具備了國家的形態。尚書和周易中所表現的大體確是不主張隨便殺戮，而主張寬刑罰以及慎用刑的思想。這是由復讐進入國家的刑罰制度過程中必然的產物。

春秋時代的孔子實爲儒家。在法律思想的觀點，孔子實在是法律思想家。他是反對殘殺，認爲爲政用不殺殺人，這固然可以認爲是儒家的仁心之表現，究竟應該認爲是社會現實人主的恣意殺人和復讐時代的遺風之一反響。他認爲爲治之具，政和刑不如德和禮。政和刑只可使「民免而惡」；禮和德却可使民「有恥且格」。他復重說禮義，並且肯定刑罰的階級。刑罰「禮樂不興，刑罰不中，刑罰不中，則民無所措手足」。便是這種思想的表现。他還肯定禮和刑間相輔的關係，認爲：「禮盡於將然之前，法禁於已然之後」。這都是農業社會的意識之類型，實稱得傳統社會之巨擘。

和儒家反對的是法家。若說儒家思想是農業社會的法律思想。法家的思想却是把商業發達的社會現實作基礎的社會意識。因爲儒家思想是傳統的社會秩序之反映，法家却是把新興的商業資本作基礎的。所以，法家的思想和儒家思想間，必然形成一種對立。儒家是重禮的。管子任法實則主張君主法，臣守法，民法於法；管臣上下貴賤皆依法，尊尊大治，便是適例。至于管子的刑事政策訂出發誓，似偏于意思自由論，而不完全是意思自由論。例如八觀誓：「形勢不得爲非，則姦邪之人慙厚；禁罰威嚴，則簡慢之人整齊；憲令敬明，則蠻夷之人不敢犯……。」這中間顯然含有豐厚的意思自由這色彩。爲商業資本主義代言的法家，無形中和意思自由論總有不解緣，實是惹人興味之所在。問題在於這話不一定是管子所說。

春秋時代的儒家孔子和法家管子間的思想之對立，戰國時代成了孟子荀卿和商鞅韓非間的抗衡。孟子是世善論者，主張「以不忍人之心，行不忍人之政。」換句話說：是想人主把人類同情心當作治國的法寶。還在規定農業社會政治政策的觀點，並無不安。因爲農業社會實在是有感德，沒有法律；只重感情，不重法律的社會。他的思想充滿了君子小人之間的差別觀念。這是當時事實的反映。只要認清了孟子的基本立場，這是不難否認，並且無可非難的。他反對暴君的思想是他那種同情心的政治論之一應用。值得說明的是他並非爲國民的權利而反對暴君，而是在「君子犯義，小人犯刑，國之所存者幸也」的功利立場，爲有國家者謀利益。他雖不反對專制，却也絕不主張殘民。他認爲徒法不能以自行。有人認爲這是孟子把法律當作附庸的證據。然而就

是在今日。法治論者心目中，何嘗認爲徒法自行？

在刑法思想的觀點，最值得注意的是反思想自由論的思想。他說：「……無辜產而有放心者，惟士爲然。善民，則無他產，曰無他心。苟無他心，放僻邪侈，無不爲已。夫陷于罪，然後從而刑之，是罔長也。」。這是他的犯罪原因觀。他不僅在道中間否定了意思自由論，並且把資產階級放心的條件，指出清源犯罪原因的方法，是使無他產。

性惡論者荀卿是主張法治的。他所講的，乃是農業社會的國家生活現態，和近代的法律是性質相當的東西。這只要看荀子禮論篇：「禮起于何也？人生而有欲。欲而不得，則不能無求。求而無度，則不能不爭。爭則亂，亂則窮。先王惡其亂也，故制禮義以分之，以養人之欲，給人之求。」。就可瞭然了。他同時主張一種君子政治，並在功利的觀點，認爲法不足恃。他認爲法不能獨立：符契則存亡，失其則亡。有君子則法省而足用，世可不亂；無君子，則法雖具，而失先後之施，不能避事之禍。於是法亂。至於和君子有關係，盡於「君子查法之原也」這句話。農業社會的事實，原是如此。

基爾社會現實農業與商業間之對立，並有的思想始終只能代表傳統的農業社會，產生了官刑的萌芽。轉非便是儒家美善了的社會一面的代言人。商鞅是戰國初期的法家。他認爲法是一適合著士官府，刑則必於其心，賞在乎演法，而罰加乎姦令山的。也是「編著之國籍，設之于官府，而布之于百姓」的。這刑法的概念當然是廣義的，包含國家制度，法律以及執法的精神。他下令德木的於學思誰也知道的。這中間所表現的，不僅是價值必罰，崇尚法令的精神。這種精神推至極端，可成爲有罪一罰的刑事政策。他認爲吏民應知法。理由是：「吏民知民知法令也。故吏不敢以非法過民；民不敢犯法以干涉官法也。」。得者是肯定法對官吏的規範性；後者是肯定法對人民的規範性。至于無形中承認了意思自由論是其理，也是顯而易見的。他主張一刑，認爲刑刑應無等稱。這也對于農業社會的等級及等級刑。否定，和西洋近代自然法論的思想，如出一轍。他認爲法要隨時變化的。這種思想一面是否定儒家師古的精神，同時是社會現實的反映。總而言之，商鞅思想的輪廓

刑 法 思 想

近于西洋近代法律思想之類型。不過言論的重心在政治政策論，刑法本身的問題是很少直接談到。但這也不是當時歷史階段所可談及的問題。

韓非是先秦諸子最後的一人，也是戰國法家的巨子。他從功利的觀點，比較人治與法治的得失，認為法治較勝人治一籌。理由是：「法之爲道，前苦而後利；仁之爲道，偷樂而後窮。」因此，他認為仁義誠益于治；必須明法度，必賞罰，始可爲治。他力主各人的意志是計算將來的利害的結果。換句話說，意志是自己保存的本能之表現。這本算是相當深刻而又正確的認識，充分值得注意的所在。可是他的認識並沒有徹底。因為既將意志是自己保存本能的表現。那麼，意志是決定的，而不是自由的，自屬必然的結論。然而他在「中程者實，不中程者誅。令頓主尊變；暮至朝變；十日而海內舉」的主張中，約變爲意志自由論了。這樣把形而下的認識作基礎而建築形而上的結論，便是韓非思想內在矛盾之所在，也是他的思想所以非真理性之癥結。至於他非難儒家輕刑的主張，認為那是亂亡之術。認為「惡亂甚者，其罰必重。取輕刑便是惡亂不甚，欲治亦不甚。」這話本質上也是意思自由論之一應用，不僅不是農業社會的刑事政策之正確的認識，並且不是商業社會的真理。因爲「民不畏死，奈何以死懼之。」這話在這種情形下，確係不折不扣的真理。司馬談說：法家比而少恩。還是農業社會式的批評。其實問題不少，恩不少，而在他的思想見解是否屬於客觀真理的表現？

春秋戰國時代法家的思想本沒有完全成熟。商業始終沒有作到控制農業的地步。各國的政治始終是專制。這三件事決定了最後勝利歸儒家。高祖入關，與民約法三章，除秦苛法。漢武帝表彰六經，罷斥百家，只是讓儒可能的性之現實化，也是這種必然性之表現。自此以後的儒家思想，成爲和社會經濟政治互相吻合的基礎。換句話說：儒家思想是社會經濟和政治形態之唯一適切的反映。這是漢代以後儒家思想的特點。也是漢代以後和春秋戰國時代儒家思想不同的地方。

董仲舒倡儒家。然而董氏思想中含有過去儒家沒有的成分。他認爲王者欲有所歸，直求其端於天。正是王道之端。天道之最大的是陰陽。陽是德；陰是刑。陰陽助成歲。天任德而不任刑，陰伏于下而時出任陽。

王者承天意以從事。故任德而不任刑。刑不可任以治世，調陰之不可任以成歲。他又認為陰陽是聖人之法。陰是刑氣；陽是德氣。陰始於秋；陽始於春。春是借借的意思。借借是快樂。秋是滋滋的意思。滋滋是憂愁。春喜夏樂，秋憂冬愁。壽死而樂生。以夏養春，以冬養秋是大人之志。所以先樂而後嚴，樂生而哀終是人之正當。人資於天；重德而輕刑。人主近天之所近；遠天之所遠；重天之所重；輕天之所輕。這是他的政治政策。其中雖不免于奉養附會，然却不是單純的迷信，而是農業社會應有的世界觀及政治觀之表現。值得注意的。是他只主張大德小刑，沒有主張不要刑。假使認為法家任刑之說是錯了時。董氏的見解自然算正確。至于他對刑法的見解，認為應該「清廉平，賂遺不受，請謁不絕，據法勉訟，無有所阿。」到是十足的法治精神。

社會現實只於輕商，沒有——也不應滅絕商業。因此，儒家的思想不是唯德非刑，而是主張德主刑輔。換句話說：儒家的思想是把德來克服刑。儒家思想中是包含了刑的成分的。所以，在儒家定于一尊之後，過去儒家和法家間之對立，變成漢代的大夫法吏和文吏以及賢良——儒者之徒間的矛盾。在儒者心目中：「百姓不洽，有司之罪也。」這樣肯定意思自由論的真理性，簡直是儒家傳統的謬誤，不僅漢代如此。他們又認為「聖人刑法以成教，秋成而刑不施……。」這是刑刑無刑之另一說法。然而沒有實踐的觀念的刑罰。能否達到教的目的？却是值得研究的所在，認為沒有實踐而可達到欲達的目的，未免過于觀念化了。至于「公輸子固本之直，聖人不費民之性。是以斧斤簡用，刑罰不任，政立而化成。」雖是儒家固有的理想，但也不免過于空想。據而言之，儒者之徒的惡德中觀念的成分，未免過大了。至於法吏則見解顯然比較切實而台理多了。在法吏心目中：「賢不肯有本，而貪鄙有性。君子內深己而不能教於彼……，有司豈能縛其手足而使之無為非哉？」唯一的辦法是任法。並且「古之君子善善而惡惡。君不畜惡民。農夫不畜無用之苗；苗之害也。無用之民，民之賊也……，每一害而棄苗成；刑一惡而萬民悅。懸厲公孔子不能釋刑而用惡……，民者教于笑而聽于刑。故刑所正也。」兼之，「魯非唐虞之時，而世非許由之民，而欲廢法以治，是由不用操梃斧斤欲撓曲直枉也。」前者肯定了刑之一般威嚇的作用，後者指出了刑之改善的效能。大體上不失為正確的見解。然而這是儒家思想說

一、法律的對立物，不是支配的思想。

王正鈞以為君主應把赦免當作仁政。赦免既多，反致貽遺良民，於是力持反對之說。這真是社會現實不合理想之反動，刑主張犯罪前的法家之說，完全異其性質。他認為「立法之大要，必令善人勸其德而樂其政，邪人痛其禍而悔其行。」這自是正論。問題在於勸懲樂政，勸懲並行的可能程度。他認為「欲使巧僞以崇美化，皇誠以明官奉；漢若表彰有行，痛誅所狀。」這在某種程度內也不失其真理性。

仲長統的思想在於勸懲樂社會的法律思想的典型的類型。他認為懲教是人君所常任的；刑法祇是佐助。但否認刑亂世必須用重典。因為「非嚴刑峻法，則不能破其惡」。這是站在一般預防論的觀點的結論。他對於當時的肉刑顯惡，主張肯定論。理由是：「鴛鴦之據竊，見女之淫奔，酒醴之賂道，黠倖之傷言，皆非值于死者也。殺之則甚重，免之則甚輕，不制中刑以神其罪。則法令安得不參差？殺生安得不過濫乎？」抽象說來，他為實行刑罰雙價而主張恢復肉刑，並非肉刑有特別好處。從此點說，仲長統主張恢復肉刑只是農業社會的刑專技術缺乏之結果。

徐幹的思想近於刑解必罰論。他不僅認為「當罰者不罰，則為是者輕其國法，而估其所存。」並且認為「賞罰之於萬民，猶鞭策之於羸馬。鞭策不調，非徒遲速之分也，至於鞭事而摧轅。賞罰之不明也，則非徒治亂之分也，至於隳離喪身。」所以他極力主張「賞罰不踰時。」這種見解，自一面看，不免覺得自由意思論的色彩太濃厚。若自另一面看，這是當時專制的威權政治之反動。所以，從思想和現實的關係說，不能不認為這是比現實更進步的思想。

曹班固也是刑論的主張者。他說：「聖人治天下，必有刑罰何？所以佐德助治，順天之度也。故德實刑著，亦有刑也，設刑罰者，國有所權也。」他認為「法令者治之具，而非刑治之源也。」他最重視「刑以成德，德實刑著」的意見，並且還把刑罰與德教的分。漢晉和近代的刑事政策不無相通之處。他對於曹孟獻吏，感加敬慕。他說：「今之獄吏，上下相難，以刑為明，誣者獲功者，常有之也。詰曰：『嚴刑

者欲殺之疫。「非情人欲殺之，利在於人死也。今治獄吏欲陷害人，亦猶是矣。」他並認為除肉刑失當。他說：「除肉刑者，本欲以全民也。今去兇鉗一等，轉而入於大辟，以死罔民，失本惠矣。」這自然也是站在平衡的原則以及刑罰經濟觀點的見解。

魏德漢伏之後。思想的重心，仍在肉刑問題。陳季綏鍾傳幹等的思想，幾乎都集中在這點上，並且都從肉刑的觀點反對廢除肉刑制度。陳季綏竟他父親的主張說：「漢除肉刑而增加笞。本與仁憫而死者衆，所謂名輕而實重也。名輕則易犯；實重則傷民。」刑害得失，言簡意賅。鍾傳幹爲「孝文革法，不合古道。」並且說：「張蒼除肉刑，所殺盡以真計；臣欲復肉刑，誠生三千人。」傅幹論肉刑之必要說：「禮樂所以導民，刑罰所屬之。是故君子息刑而小人畏刑。雖湯武之盛，咸康之盛，不專用禮樂，亦陳肉刑之法。而康武之歌興，清廟之韻作。由此推之，肉刑之法不當除也。」只是所言雖當未免空泛些。

王都曹繼都反對肉刑。王都的理由是：「五刑之屬，著在科律。科律自有減死一等之法。不死即爲減。推行已久，不特遺假若置於肉刑，然後有罪次也。前世仁者不忍肉刑之慘酷，是以廢而不用。不用以來，歷數百年。今徒行之。悉所減之文未彰於萬民之目，而肉刑之問已宣於讎寇之耳，非所以來遠人也。」曹繼都認爲刑之宜生；生之可也。舍死析骸，又何辜焉。」他還認爲「在上者洗濯其心」，則「靜而民足，各得其性，何懼乎森之不勝！乃欲斷續防轉而入死乎？」這也是一種看法。反對肉刑的根基和廢棄肉刑的根據，固一是人類的同情心並不忍人之心。所以儘管在技術的觀點有恢復的餘地，仍然會有充分的反對理由。

丁儀的思想之重心在於德先刑後的主張。所以德先刑後，因爲自然先春而後秋。他說：「天垂象，聖人則之。天之爲歲也，先春而後秋；君之爲治也，先禮而後刑。春以生長爲德；秋以殺戮爲功。禮以教訓爲美；刑以威嚴爲用。故先生而後殺，天之爲歲；先教而後罰，君之爲治也。天不以久遠更其寒冬，而人何得以古今改其禮刑哉？」這雖不是丁氏始創之見，然而而不失爲農業社會應有的意識之典型。並且先教而後罰的原則，無疑就是超越社會形態的真理。

吾國的刑罰不僅從功利觀點認爲肉刑是必要的，並且從理論觀點認爲肉刑是必要的。他說：「聖王之制肉刑，遠有深地。其事可得而言，非徒懲其畏刑罰之者而不爲也。乃去其爲惡之具，使奸人無用復肆其志。止奸絕本，理之盡也。亡者則死，無所用復亡；盜者截手，無所用復盜；淫者割其勢，淫亦如之。除惡盡源，莫善於此，非徒然也。」這種見解否定了肉刑之意思自由論的基礎，指出了肉刑之刑事政策的意義。使我們不禁聯想到今日文明國家的斷種法及其他保安處分制度的動機和作用，感覺肉刑不無重新檢討和再行評價的必要。

爲洪的思想是極刑並行的。他認爲德教、黜陟之祭服；刑罰是揮刃之甲冑。仁是養物之器；刑事欲非之具。用以殺治殺暴等於用黜陟御刻鋒。刑罰絕乎世，等於甲冑升廟堂。然仁又是爲政的脂肪，刑是御世的情架。脂肪不是體中之至急，醫藥却是不可須臾無的。他不同意一般大認爲周以仁義，秦以嚴亡的見解，認爲一般大並未察覺刑罰所以爲之不純仁；秦所以失之不獨嚴。他認爲周之興盛，由於明賞必罰，秦之滅亡並非由於嚴刑。他認爲生靈依復肉刑。認爲若將其類犯罪的肉刑代死刑一則亦足以懲示囚人。而刑者責任坐殺，能有所爲，又不絕一息之遺。而善身殘廢，百姓見之，莫不寒心，亦足使未犯者戒，以重示將來。此爲極刑的意義。具把然認爲以自由意志論作基礎的。

洪認爲賞罰必得其宜。他說：「人受陰陽之氣以生，有情有性。性則爲善，情則爲惡。善惡既分，而賞罰隨焉。賞罰得中，則惡止而善勸；賞罰不中，則民無所措手足。」這顯然是君主肆意擅斷的反動。他並且認爲賢明之君若使「使治獄之官精心悉意，謀先事源，先之以五刑，參之以爵驗，妙賅情狀，窮蹇隱伏，使無所容以罪人必釋。然後隨罪加刑，極重當當。赦過於意，得情勿喜。」又能消息情理，刑的證據，無不曲盡人心，遠明大教，使獲罪者如歸。此則善之上也。」「至至公之心，志阿枉之志，務求曲直，念盡平常。聽察之理，必窮所見，然後拷訊以法，不苛不暴。有疑則從輕；未審不安罰。從事理斷，獄無停滯。此亦其次。」至於「不仁恕而肆其變暴，罔民不石，專任捶楚。巧詐若懸事彰而獲免；辭弱者乃無罪而受罰。此算是上察。誠恐沒有合理的程序是擅斷時代的特點。蘇氏所謂上乘，和法治時代的根本精神實有一脈相通之處。

雖舉陶爲士，不能止盜究而去盜賊也。」這一段犯罪原因論，雖是儒家傳統的見解，仍不失爲異理。法官之重罪，他也有很清楚的認識。他說：「刑法者，君子行之則誠信而節身；簡易則人安。小人習之則詐僞而滋弊；莊嚴則侮弄；此所以刑一而用二，法同而理殊者也。」所以他認爲有「貞觀之法」，「還要有「貞觀之吏」。自是不刊之論。擅斷及秘密法的弊害，他也有很清楚的。他說：「律令應盡於技閱，制勅堆盈於案几。官不覆覈，法無定科。今則條理輕重之文，棄諸於法直。是使國家生殺之柄，假在於小人。小人之心，執不可移——還有買賣賄者矣；有結親受者矣；有陷難怨者矣；有畏權豪者矣；有欺賤弱者矣！是以重輕加減，隨其喜怒；出入比附，由乎愛憎。官不察其所由；人不知其所避。」簡直說盡了擅斷的毛病。

沈氏對於法條之弊，極力指摘。他說：「法過峻則犯者多；犯者多則刑者衆；刑者衆則民無恥。民無恥則雖甘刑之厲之笞之扑之，而不爲畏也。何以知其然歟？夫九人冠而一人鑿，則鑿者蓋面冠者勝；九人鑿而一人冠，則冠者蓋面鑿者勝。民不知冠之覆之爲勝，但見衆而爲衆矣。今免者多而刑者少，人尙慕其多矣。及刑者多而免者少焉。以少爲勝乎？」這雖不免過甚其詞，却非絕無理由。他又認爲服色衣冠，對於一般豫預及時刑豫預效果，大於笞刑。他說：「笞絕則罪釋，痛止則恥滅。恥滅則復爲衆矣。……虞舜染其衣冠，異其服色。墨罪終身不釋，恥畢世不滅。豈以爲己以爲恥也，人之見之者皆以爲恥也。」事實宜有如沈氏所云者。不過，效用依據有限。因爲沈氏的思想見解，都是把沈氏自由論作基礎的。

牛希濟認爲刑罰之目的不在報應，而在改善。他說：「刑罰之用，蓋將以革人之心，勸之於善。所以小罪刑輕，以正其失；大罪刑重，以恥其衆……當欲導人於善。豈關其肌膚，殘其支體，流其膏血，盡其性命，以至於威怒者乎？」這雖仍把意思自由論作基礎，却顯然肯定了刑罰的目的不在報應。他還認爲擅斷的司法程序之弊害。他說：「轉獄之法，始於疑辯之中，成於案牘之內。吏與之者，捨其罪而彰其是；其不與者，除其善而彰其惡。又復刑律之中，或一與一奪，隨其取捨而爲出入。官必不盡知；此爲弊之一也。盡地公獄，誓不願入。則本爲定，誓不願盡。獄吏之拜，聲色之大，監格之重，榜掠之多少，率由其意，孰可與爭？此爲弊之二也。」

二也。又或欲其備而怒其真，惡其輕而惡其重，或掉其首，或批其頰，詬辱敲擊，無所不至；又節其飲食，嚴其獄。外殘其軀，內奪其心。壯士勇夫，亦必流涕。孤弱之人，敢不從命。此爲弊之三也。或上下其手，以取其信。或默築實室，以求實賄。則衆知其非，不能即止。此爲弊之四也。且獄既久，改爲疑獄。復取支證，賈換黨與。淹延歲月，以伺赦宥。此爲弊之五也。捶拷之下，易以強抑。人之肢體，頑非木石。若加其殘忍，取其必然。誠雖無罪，百不能免。蓋不勝其楚掠之毒，寧甘心於一死。投猜之吏，斷或其獄。故獄死之後，巷自他發，衆方知其無辜。且桎梏之苦，笞箠之嚴；經刑者顯重刑而獲出；無辜者畏殘害而求死；皆投猜之所能爲也。卽平人孰敢與吏爲敵？公卿尊嚴，察視不及，台寺懸遠，訴訟無門。死者不可再活。親或焉能申冤？何以成致和氣，平一水旱？此爲弊之六也。復有衆皆知非難加以法。當炎酷之時，饑其勞而成其疾疫；奪其餉而致其饑餓。圖罪_速，守者謹列。親戚之人，胡能知其食與不食？渴與不渴？但成其困，以取其斃，此爲弊之七也。况外府法司，又爲不道。或糞土以饑其腹，或濕紙以棄其面。拘錄所至，號呼莫聞。曠然而去，孰知其由？因此，他覺得「今天下之大，九州之衆，一歲決獄之多少，皆由吏議。豈能盡乎？」由是主張重若重明七格吾杖輕重之制禁，對日月之遠近差著，靜溫其所處；體粥每給其饑渴，決罪逼求於刑律；察詞必盡於原情；虛費少塞其弊，當不濫於無辜，以成王者之福。一道是專制社會應有之反映和呼聲，同時也是專制時代不能澈底解決的問題。因爲專制時代解決這類問題其大的前提只是仁愛或同情心；專制制度本身便是澈底解決這個問題的障礙物。

會布反對以贖論罪的制度；主張應以情狀論罪。他說：「有情有輕重；贖有多少。今以贖論罪，則刑貴家之情重，而以贖少減免；劫富家，則情雖輕，而以贖重論死；是善之生死，係於主之富貴也。至於傷人，情狀亦殊；以手足駭人，偶傷肌體，與夫兵刃湯火，固有間矣；而均謂之傷。朝廷雖許養傷，而州縣或養或否，生死之分，特幸與不幸耳。不若一變舊法；凡以贖定罪及傷人情狀不至切害者，皆從罪止之法；其用兵刃湯火，情狀雖毒，及得辱良家，或人州縣糾察行劫，或廳尉官吏巡防人等，不以贖與不傷，凡情不可償者，皆應

以死刑：則輕重不失其當矣。」楊鴻烈氏認爲這是許心的思想。實則不過從實業上要求實現刑罰等價之原則，祇要求修正具體的罪刑等價之幼稚的形態。目的不在誤犯人之心，而在滿足受害者以及一般人的報應感情，和良心思想實如風牛馬之不相及。他也主張恢復肉刑。他說：「先王之制刑罰，未嘗不本於仁。然師有新嚴體，刺肌膚，以至於殺戮，非得已也。蓋人之有罪，贖刑不足以懲之。故不得已而以加重刑罰。然若適重，則又有洗宥之上。至漢文帝除肉刑而定笞之令。後世因之以爲律。大辟之次，處以流刑，代爲斬刑。不惟非先王流宥之意，而又失輕重之差。……今天大辟之數雖多，取其情可貸者處以肉刑，則人之獲生者必衆。若軍士亡去應斬；盜賊贖滿應絞；則別其足。犯良人於法應死而情輕者，處以宮刑。至於剝奪則用刑配之法。降此而後爲流徙杖笞之罪，則刑制有等差矣。」這是一套很平常的罪刑均衡的技術論，及有甚大價值。

許繼龍認爲例之毛病大於法。因爲法之難易見，例之繁雜革。他說：「昔而爲律，從而爲命。繼次改書，各有條目，蓋皎然而不易者也。是雖旁照，有違用。舞文弄法者固未免輕重出入其間。然儘查司權機，詳考而熟究之，其疑莫能逃也。豈不曰：法之難易見乎？乃若例者：或出於一時之特恩，或一時權宜，或徇情觀故，或迫於勢要；開創是例。授之於法，夫相抵觸。而後來者板證不已。案牘在胥吏之手，以有司不可得而執，已行之比，有司不可得而推也。豈不曰：例之繁雜革乎？」這在表面上是律例繁雜的技術論，實實上固是專制政治的弱點之一反映。

楊萬里明白認爲法一般的威嚇力和特別預防的作用，並且把這二種作用和仁義關聯起來。他說：「古之立法，不惟懲天下之已犯，亦以折天下之未犯。蓋已犯之必懲，未犯之所以必折也。是故經世者法之義，折之者法之仁。樂行故其仁不窮；仁行故其義不數；仁義相有而不相無，此法之利也。」他又說：「後世之法，非無仁義也。利未見而害先焉，義數而仁窮而已。義不可數，數則民怨。仁不可窮，窮則民窮。刑則死者衆，而刑者數。」由此推論，他認爲「刑至於數者，不生於刑之數，而生於仁之窮；民至於怨者，不生於怨之刑，而生於刑其法。今夫民之情，固喜溫而惡寒，欲涼而畏鴻也。然冬至寒則反不熱，則民窮而此矣。人知刑法之

仁也，不知夫弔之而死也；故是愛極者惡之所從歸；寬甚者猛之所自起。」但他一轉而認爲「古之聖人，其法初不及後世之備也。惟不使仁之窮而民之狎也。是以法立而刑不試。後之法畫詳且密矣。然文詳而舉之也略；網密而漏之也疎。天下之民窺其略也，則知其詳必至於不舉；習其疎也，則知其密必至於甚漏。知其不舉，則犯之也易；知其甚漏，則犯之也頻；刑安得不數？而民安得不怨哉？」這樣講便不自知其墮入了自由意思論的網羅。

蘇天祥和陳天祥對於元朝之教獄罪犯，表示反對。蘇氏說：「教宥大數，誠恐奸人負直，各懷僥倖，大爲奸利，非國之福也。」教恩宜澤，雖爲朝廷之美意，然長盜惠惡，誠爲政所當慎也。元置囚於是獄，也是自由意思論的結論。因爲只要有罪必罰不足以抑壓犯罪，復犯自必另有原因。陳天祥却說得深刻些，本質上也不同。陳氏說：「盜賊之起，各有所因。除歲國委之天時，姑且勿論。急如軍旅，息如工役治與，厚教繁刑；皆足致盜。中飽保護滋長之者，赦令是也。赦活小人之辜，君子之不審，勸人言之情矣。役強築之徒，各執兵器，殺人取貨，不顧其生。有司盡力以審之。朝廷加恩以釋之。一旦脫釋囚，事即行劫。復勸有司，結限追捕，賊皆視爲故常。既不感恩，又不畏罪。地殘皆逐，習與性成。誠非化善能移，惟有嚴刑可制。」這種犯罪原因論和特別預防論，比較在自由意思論中兜圈子實在有意義多了。

古孝論的法律目的及效能論很精到。他說：「看者立法；其次守法；其次不亂法。立法者，非知仁義之道者不能；守法者，非知立法之意者不能。不知立法之意者，未有不亂法者也。古之聖人，既行仁義之政矣，以爲未足以盡天下之變。於是廣仁義而寓之於法，使吾之法行而仁義亦陰行於其中。故梁晉之法者，知其可畏而不犯；中孚法者，知法之立無非仁義而不怨。用法而誅其民，其民信之，曰：是非非法行也；欲行仁義也。」他並且指陳立法之本質。他說：「夫法之立，豈獨利其國乎？豈以保其子孫之不亡乎？其意將以利民爾！故法苟足以利民，雖處於異代，出於他人，守之可也。誠反先王之道，而不足以利民，雖作爲吾心，勿守之可也。知其善而守之，能守法者也；知其不善而更之，亦能守法者也。所惡乎變法者，不知法之意，而以私意紛更之。」

出於己者以爲是；出於古之人以爲非；是其所當非；而非其所宜是；舉天下好惡之公皆棄而不用；而一舉其私意之法，蓋則時任其喜怒，而亂其子奪之平；由是法不可行也。此道中間顯然還包藏着法治精神的要素。

黃宗義認爲法法比治人更要緊。他說：「論者謂有治人無治法，吾則以爲有治法而後有治人。自非法之法程格天下人之手足，即有能治之人，終不勝其牽挽嫌疑之顧盼。有所設施亦就其分之所得，安於苟簡，而不能有度外之功名。使先王之法而在，莫不有法外之意存乎其間。其人是也，則可以無不行之意，其人非也，亦不至深刻繩網，文書天下，故曰有治法而後有治人。」這自是一面之理，也是把立法守法作前提的結論。不過治人比法更要緊之說，並不因此喪失了其理性。因爲認爲治人更要緊的說法，常常是把立法本身作懸論之焦點的。

王夫之反對以懸論罪的見解，最爲透澈。他說：「贖以滿實抵重罪，則法繩人，此所謂一切之法也。抑貪勸廉，惟在適入於有恥。畫一以嚴勸之，則吏之不犯者夥，更無廉恥之可惜，而唯恩巧爲規避。上吏亦且重以輻輳陷人於重罰，而曲爲揜蓋。上愈嚴而下愈匿，情與勢之必然也。且凡所受於下吏部民者，乃至鷄兔鵠帕，紙墨油炭，皆坐價抵贖。繩人於交際之羞，且必開其掠奪之大。焉有出身專主，而可如於陳陳仲子爭名於一轄半李之間者乎？既不枉法矣。則何謂之贖？其枉法也。則所枉之大小與受贖之多少，熱爲輕重？假定一兵部官獲授一武職，以致兼變妻師。或因信面囑托，實所受賄，僅得五十貫。令一吏部官，僅授一倉廩河泊，其人無大過失，而得賄工百貫。豈可以賈之多少定罪之輕重乎？則無如不論賈，但論枉不枉。於枉法之中，又分所枉之輕重。」這是要求罪刑等價，和曹布「思想同一具有進步的意義。

蘇伯衡是德主刑輔說的支持者：「德其本也；刑其末也。是故不得已而後用刑；初未嘗以之專造天下也。而聖人至於無已而用刑也，必本之以欽恤，行之以哀矜。欽恤、仁也；哀矜、恕也。恕故不喜刑而致深也；仁故不加之罪而求其死也。是故聖人之刑不徒曰刑，而曰義刑；聖人之殺不徒曰殺，而曰義殺。義者宜也。在下者非不宜於天理，不宜於人情，不見刑見殺也；在上者非不宜於天理，不宜於人情，不利之殺之也。宜於天理人情，而後見刑見殺。雖見刑見殺而不怒焉。是故發殺舉而天下莫不畏威矣；義刑施而天下莫不遠罪矣……蓋始

刑以德而去。此所謂聖人尚德而不尚刑也。不尚刑也。故曰：天齊於民，神祇一也。不尚刑保
國也。故曰：式微爾由獄，以長我王國。他並且認為用刑之道，應該先「明德義以訓之，謹好尚以備之，施
善良以勸之，申明命令以教之。而猶有不準不悖者焉。於是擇其尤無賴者誅之，以儆百。是之謂張其勢，以德不
以刑，用其刑，以義不以勢。」

董仲舒也是極主刑輔論者。他說：「夫刑法者，禮之輔也。禮者詭譎，而法者儀禮。禮者身驅，而法者手
足，禮者君主，而法者兩佐；彼此相須以爲連，蓋關一不可離者也。」他認為實道貴禮，刑的思想是不對的。
他說：「賈生之論取舍，固貴禮而賤刑矣。彼有所激而云爾也，非聖人制作之本意也。彼見風素滅時書而首
法令，其極也民怨而風衰，而秦遂以亡國。故爲是抑揚之說，欲時君矯而歸諸正爾。」他又說：「聖人之意，
其制刑也，正所以輔禮。禮故出禮而入於刑。吉凶賞罰各有儀節，禮也。反是而猖狂自恣，恣慢驕暴；則有
刑。故曰：刑者禮之輔貳也。聖人所以平治天下之道，蓋莫要於是矣。」這種見解，誠不失爲腐儒之當頭棒
喝。

董仲舒的學說中值得注意的是：說爭的人生觀和訴訟必然論。他說：「兩爭者，必至之勢也。聖人知其然。
故不責人之爭，而但論其曲直：曲則罪之；直則原之。故人競爲直而莫肯爲曲，人肯不肯爲曲，則天下無爭
矣。然則聖人之不禁爭，乃所以禁爭也。」可見他的廣義的刑事政策觀是把爭作焦點，把止爭作歸宿的。這不
僅明確把握住了刑罰的目的不在報應，而在預防。並且暗示人生是競爭的。不過，他認爲曲直明白了便可以
止爭。這中間不免顯示了形而上學的傾向。

漢廷臣竊端反對答法。他說：「孔子曰：民可使由之，不可使知之。非不欲民知也。道之精者民不易
知，亦不必知。故不明其知也。若夫者爲條教號令者，則惟恐其不知。於是月吉讀法，導人循路，設官備而立法
制，凡以權平不致而愛也。今天下禁滋繁矣。爲民上者以爲彼自戾於法，我乃得以治死之。彼之死，死於法，
非死於執法之我也。嗟呼！彼誠戾於法矣。使彼面無法之當死，背戾於法，吾因而死之，是誠死於法也。今彼

未知法之當死，適屢於法。吾從而死之。彼雖死於法，誰甘心於執法之人乎？死者不甘執法之人，執法者可憐矣！」不過把執法者無可憐作為反對極端法之理由，顯然是把儒家的仁心作出發點，和近代第三級級要求公佈法律的理由實有上下床之別。至於他認為「使知法之必死，未有不視法如鴻臚刀者也。」顯然把沒有普遍性的真道普遍化了，不免落入丁白由重恩論的窠臼。不過，他又說：「鄉民或移身不顧之無，不見長官。沿鄙陋之俗，幸憐憐之性。意之所起，毅然行之，不復有所顧忌。書嘗聞之：有兄弟共妻者；有弟偶妻嫂者；有執賊而控刑聽之者；親戚之，里黨之。無一人知所為之干法，而足以致死者。違犯而始知之，未有不嘆息痛恨前此之未知者。然而無及矣。為士師者明知其陷於不知，而不得以不知為之解，是理真矣。」這和所謂法定犯相當，也是一種正當的要求。

沈家本是中國法制史上承前啓後的人物，也是法律思想史上的轉捩點。沈氏的功業在改制；他的思想便是改制的思想。過去舊法中中國法律思想都是農業社會，君主專制政治的社會意識。沈氏的思想却是工業社會和法治主義的產物。過去中國的刑法思想是民族社會的反映；沈氏的刑法思想却是中華民族的殖民地身分之表現。過去的刑法思想和主張是把社會現實作出發點的；沈氏的主張和見解都是把「刑罰是如此」作理由，模倣別國，以求達到懲罰或刑權作目的。若說過去的刑法思想是家族主義，不自由主義的；沈氏的思想之本質，却是自由主義與個人主義的。過去的思想是民族自我的，沈氏的思想却是反自我的。沈氏不主張處罰無夫案，也不願意把直系尊屬當作緊急防衛對象之例外，規定於大清新刑律中，正秀的是間接和自由主義個人主義相矛盾，直接不能達到改制所期待的目的緣故。一言以蔽之，沈氏的法律思想——從面刑法思想正是過去的律和刑法思想之對立物。在歷史觀點，過去的刑法思想事實上全被沈氏的思想否定了。沈氏所著書卷遺書中，雖有不少學術的論著和技術的理論，並且改制的主張中，也常常顯着仁道法的因素。然而沈氏在思想史上的地位——否定過去思想的意義，并不因此影響分毫。

改制前後，播種適應新法制的刑法思想之種子的是日人岡田朝太郎博士。岡田博士本來是「大清新刑律」

民國暫行刑律的前身之起草者，同時主張刑法於京師法政學堂。教材是解釋日本刑法的講義。岡田博士自身大體屬於所謂舊派。主張報應刑論和自由意思論的犯罪原因論。表面看來，這種思想本身雖和中國過去的刑法思想間并無不可逾越的鴻溝。可是，第一，中國過去的刑法思想中之自由意思論是無意識的；報應刑論還是「已」精神的表現；而舊派的宣稱自由論是意識的；報應刑進入了比較進步的階段；二者的本質都不同。第二，舊派的社會經濟基礎是產業資本主義；政治基礎是民主法治；社會基礎是個人主義；而這都不是中國當時的事實。第三，講義的內容是說明日本刑法。這和當時改制的目的，以及沈家本氏思想的本質，雖有一脈相通之處。對於中國過去的思想雖然漸漸斷絕關係。

繼承岡田博士之真諦，至少是繼岡田而起的是張孝移氏。張氏也是自由意思論的犯罪原因論和報應刑論之主張者。他并且主張昧心說。昧心說這概念雖是中國過去的刑法思想史上之遺產。張氏的思想不是傳統的繼承者，並不因此變更。雖說張氏教室講義的內容，已經不是日本刑法，而是大清新刑律，中華民國暫行刑律以及舊刑法。甚因近百年來中國社會以及法制之殖民地性，張氏的思想之不能表現民族自我，已成歷史的宿命。至於張氏本頑固狹隘的舊派思想，以說明把金融資本主義的國際社會作背景的大清新刑律，以及舊刑法，對於刑事未成人人的感化教育，心神喪失人的監禁處分，實現新刑事政策的褻刑、假釋、以及表現新思想的量刑注意事項的規定之說明，不是感覺無力，便是理論上自相矛盾。雖說也有他的必然性，究極不是不能避免的矛盾。因為中國改制的環境已是二十世紀時代。當時尖端的思想已經不是舊派，而是新派。這是張氏思想中的矛盾可以避免的理由，也是新派思想的代表者即時活躍登場的原因。

在思想史的觀點，否定張孝移氏的是新派王觀。王氏私教恩師牧野英一博士的主觀主義和目的刑論，力反客觀主義和報應刑論。王氏學問的對象是抽象化、孤立化了的中國刑法。思想背景是國際金融資本主義社會。金融資本主義是產業資本主義的克星者。所以王氏的思想，本質上具有克服張氏思想的意思。然而甚因中國社會之殖民地性，王氏沒有這種殖民地性的自覺。王氏的思想之為次殖民地刑法意識之一形態，與張孝移氏并沒

二、
英殖民地性的刑法意識之大成者是郭氏。郭氏的報應思想極深。漢西傳的律法比較進步的書派還要新。就事論事：郭氏屬於折衷派。因為郭氏一面把責任能力和責任條件當作犯罪概念的基石，無形中佔了自由意思論的立場。同時研究犯罪學，講述刑事政策。又好像肯定了罪惡是宿命論。從刑罰論上却又母的是把自由意思論作用發點的苦心論。誅心論是過去固有的概念了責任能力和責任條件是產業資本主義的刑法意識。刑事政策却是金融資本主義社會的產物。這中間算是有過去，而沒有現在。有外國而沒有中國。算是反映着殖民地性的民族自我，却不自知民族自我是次殖民地。一言以蔽之：郭氏的刑法思想之整體，正是中國次殖民地性的全面的反映。郭氏思想的托生之道，既是中國民族之殖民地性。不單是條約之修正和民族產業之發達，便是郭氏思想的致命傷。

春秋以來至於清末變遷前的中國刑法思想，本質上屬一刑法思想史之第一期。因為社會沒有質的變動。幾千年來的刑法思想，都是四書五經家的舊說。儒家思想對於尊嚴政治和農業社會的思想之類型。就是法家思想，也只是專制社會的專制之另一形態，和刑法自然法論以來的法治思想，截然不同。變法以來的刑法思想，直接屬於殖民地思想類型，間接是資本主義的思想類型。因此，清末變法以來的中國刑法思想，在歷階段上，只和西洋第二期相當。實質上，至今沒有形成和西洋第二期相當的刑法思想。因為殖民地性的刑法思想，出現於中國刑法思想史上的第二期。所以，自傳統的民族的觀點看，中國刑法思想的第二期是殖民地性的刑法思想；民族的刑法思想史中欠缺了第二期；這便是中國刑法思想史的特徵。

第四節 刑法思想之二極三派

從學面觀察：刑法學上有犯罪原因論、犯罪概念論、刑罰本質論、刑罰目的論、刑罰對象論和罪刑關係論等幾個重要的範疇。每一範疇的內容，並且都有對立的二極。十九世紀末葉以來，每一範疇中的二極，都有相

常的思想支持着。這類思想，在法學上形成互相矛盾的主義，在學說上成爲互相衝突的見解。

犯罪原因論上的二種是意思自由論和意思宿命論。在意思自由論的觀點，犯罪的原因定自由的意思。意思自由論適用於刑法，形成犯意責任（故意及過失責任）之原則。責任能力和責任條件成爲責任概念的骨幹，犯罪概念之一因素。近代以來，刑法上的犯意責任和責任能力的制度，以及犯罪概念論，一面是意思自由論的犯罪原因論之實現，同時也是意思自由論的犯罪原因論之基礎。換句話說近代以來，刑法上的責任概念和學問上的犯罪概念都是意思自由論的產物，也是意思自由論的犯罪原因論確立的根據。在意思宿命論的觀念，個人意思的主宰者不是各人的意志本身，而是各人生理的、身體的構造（頭蓋骨、脊髓、以及其他生理的身體的因素），都是犯罪的原因。意思宿命論適用於刑法，犯意責任並沒有意義的名詞。責任能力這概念遂成爲無用的裝飾；犯罪概念中，沒有責任能力和責任條件存在的餘地。意思宿命論假定充分實現因果律。一八一〇年法國刑法式的近代刑法之組織以及近代式的刑法學，勢必完全廢止。

在意思自由論的前提下，用法律規定罪刑，事前公佈週知，事發者非必罰。應是預防犯罪最有效果的辦法，也是刑法之一目的。換句話說：主張意思自由論者，必然極端提倡一般預防說。然在意思宿命論的觀點，事前公佈法律和事後犯罪之罰，對於預防犯罪，都是沒有作用的。唯一有效的辦法是：改善有犯罪危險性的罪人使不再犯，甚或實行除害或隔離。換句話說，意思宿命論者必然肯定特別預防論的真理性，否認一般預防論的價值。

報刑和刑罰否定論，算是刑罰論上的二種。報應刑論認爲刑罰的本質是痛苦；刑罰的目的在於報應既注重於法律之侵害；刑罰的對象當然是自由的意思。報應刑論雖然是近代獨有的思想。H. C. 彌度就是等量報應的思想之結果，也是後世等價報應的思想之起源。不過，古代和中世的報應刑論，都是把哲學、倫理或宗教作基礎的。把法律作報應基礎的理論，實是近世的產物。並且，康德的報應刑論，主張等量，黑格爾的報應刑論，如是主張等價的。所以，近代的報應刑論，並不即是古代和中世的報應刑論。刑罰否定論是可以自斯氏的犯罪

危險和排斥犯罪社會學的理論中，導出出來的結論。刑罰就是自由意志的對症藥。假定意志果然是宿命。刑罰自然是沒意義的東西。相當刑罰制度和感覺的設法，只有監禁和醫院。

在自由意思論和報應刑論的觀點，刑罰的關係是把犯罪事實和刑罰間的均衡——平衡或罪刑等價作標準的。犯罪、手段、結果和法益，都是認定犯罪事實的材料。因之，法益大的刑便重，法益小的刑便輕；故重罪刑重，過失犯罪刑輕，手段特殊刑便重，普通手段刑便輕，結果大的刑便重，結果小的刑便輕；這是立法上評定法定刑的原則，也是裁判上量定刑罰的標準。在意思宿命論和刑罰否定論的觀點，處分的質量是把犯人再犯的可能性——物理的原因作決定標準的。和刑事分保有比例關係的，不是犯罪事實，而是犯罪人再犯的危險性。於是，罪刑等價主義完全成爲沒有意思的東西。

菲黑氏把自己和朝勃羅維氏一派稱爲新派；稱當時代表傳統的一派爲舊派。這是刑法思想史上的新派和舊派，也是新派和舊派固有的含義。固有意義的新舊派各自的思想，相當於刑法學上各個範疇內容之二極。換句話說：本來意義的舊派是意志自由論、一般預防論、報應刑論、罪刑等價主義……等等的支持者；本來意義的新派是意思宿命論、特別預防論、處分與危險性等價……等等的主張者。這種新派和舊派，本質上是互相對立的。從歷史觀點看；新派是舊派的否定者。在新派產生之後，舊派思想之歷史的及社會的意義，已經不存在。然而這種新派的思想不僅沒有獲得立法政策的支持，始終不出思想的境界，並且連思想本身，當時並未成熟，以後即在進化中。

刑法學上一般所謂新派和舊派，思想上不相當於刑法學上各個範疇內容之二極，性質上也和本來意義的新舊派不同。因爲第一，本來意義的新派屬於犯罪學的範圍，本質上爲社會學之一支派；本來意義的舊派却是刑法思想和刑法理論的保有者。而刑法學上的新派和舊派都是刑法立法的指導原理，也是解釋刑法的學說。第二，固有意義的舊派是把朝勃氏菲氏等作代表的；刑法學上的新派却是常把李斯德氏當典型。思想史上的舊派之支柱，應該是構成心理學原理的費魯巴克氏；然在德國刑法學界和李斯德氏抗衡的舊派，却是畢魯克馬耳氏等。

人。第三，納氏等一派的新派，應該是意想宿命論、特別預防論和刑法適用論的支持者；李斯德氏等却是教育刑論、保護刑論的主張者。費氏雖然極端重視一般預防，畢氏却是「在不妨害一般預防和報應的範圍內，容許或承認特別預防和改善目的」的主張者。因此，我們雖然不妨認為：畢氏的畫派是費氏的舊派進化的產物，李氏的新派也是納氏等的新派發展的结果。然絕不可僅因具有歷史的因緣，竟致混同其差別。

刑法論上舊派和新派之對立，產生於李斯德氏接受新派理論，應用於刑法，構成刑法學上的概念之後。新派主張主義、保護刑、目的刑、教育刑、特別預防論。舊派主張客觀主義、報應刑、一般預防論。客觀主義者把事實作為評定犯罪大小、刑罰輕重的標準。並且罪刑必須互成比例。責任條件、法益、行為、結果等，都是認定犯罪事實大小的材料。罪輕者不受重刑；罪重者不可輕罰。刑之執行，便是消滅責任的方法。刑事實任是和刑罰執行完畢，同時消滅的。這和商品市場等價交換的法則，保障自由的罪刑法定主義，都是一脈相通的。主觀主義者主張把犯人再犯可能性當作認定罪刑的標準。犯人主觀上的危險性小者輕罰；危險性大者重罰。犯罪事實的大小，不能作為評定刑罰輕重的標準。刑罰之執行，是消滅再犯可能性的方法。刑期完了，不一定有解消責任的意義。再犯可能性根本消滅了，責任便算其消滅。刑之為刑，含有不定期的性質。這和刑罰個別主義、廢除解釋主義，却是殊途同歸的。舊派主張刑罰的本質是痛苦，目的在報應；新派認為刑罰的本質並不是痛苦，目的在於保護社會，改善或教育犯人，使之復歸社會為良民。

刑法學上的新舊二派所以對立，由於各自產生的時代背景不同、經濟和政治基礎各異。舊派的客觀主義、報應刑論、一般預防論；等，是根據資本主義社會作地盤的。正義的理想是：人人平等、自由競爭、等價交易；等等。新派的主觀主義、改善刑論、教育刑論和特別預防論；等等，是把金融資本主義社會作背景的。理想的主義是：限制個人自由，以保護團體——階級的自由、市場獨佔、價格獨佔；等等。所以舊派主張採用罪刑法定主義，以保障市民的自由；新派却主張濫許濫推解釋，以達防衛社會的目的。舊派固持定期刑制度和罰刑等價的原則；新派却反提出不定期刑的要求，主張擴大自由裁量範圍，採用護刑、假釋以及保安處分制度。一

實以舊法。刑法學上新派產生後的新舊二派之爭，實是虛實資本主義與金融資本主義相峙的社會現實之反映。

不過，產業資本主義和金融資本主義之相峙，顯然是統一而不是絕對的。換句話說，在資本主義一點是同一的。量之，自平而看，雖是相峙，其歷史看，顯然是統一。即是金融資本主義與產業資本主義。因為二者具有同一的因業。所以，進步的舊派一面主張報應刑，同時承認在不妨礙報應範圍內，容納防衛社會的要求。也主張報應刑。同時也承認改善的意義。進步的新派雖也主張刑罰的輕重，應把危險性的「小作標準，同時認爲在消滅危險性的限度內，刑罰帶有報應的作用。則主張刑罰的本質是教育，同時承認事實上不容痛苦的成分。又因爲「金錢資本主義爲金融資本主義所揚棄。所以，和主觀主義對立的客觀主義，和改刑、教育刑對立的報應刑論，不是新派沒有產生前的客觀主義和報應刑，而是被主觀主義和教育刑所揚棄的客觀主義和報應刑。這種客觀主義和報應刑論，早已失去獨立的存在，成爲主觀主義或教育刑論的一部分，也可稱爲主觀主義化的客觀主義，或趨着邏輯化的報應刑論。因之，進步的新派，早已喪失了獨立一派的性質，理論上屬進步的新派之一因素，或新派統一體內的舊派。這樣，和舊派對峙的舊派之已成歷史上的名詞。現實具有獨立意義的，只有包容了舊派之後的進步的新派。

折衷派是刑法學上舊派一派出現後產生的名稱。表面看來，似乎折衷派是折舊派二派之衷，「調和二派」對立。實則自一面看，折衷派所折之衷，不是新舊派間的對立，而是調和刑法學上新派的主張貫徹之結果，「實現社會間之不調和。自另一面看，折衷派的作用，在於到處折衷。凡有二種以上見解對立的時候，折衷派便出而主張第三說，以縮小二者間的距離。折衷派中有的人是折衷者之衷，有的人是專折衷者之衷。前者是折衷派在學問上的意義之所在，後者在學問上並沒有地位的。折衷派在學問上的特點，在於（一）理論上肯定道德的責任和刑罰的責任並行，（二）程度上承認刑罰和保安處分並採。這因爲折衷派的世界觀是二元主義的緣故。這二元的世界觀，正是金融資本主義與實現資本主義階級的私益和小資產階級及無產階級的私益，互相衝突的反映。學問上的新派一腳踏在立法者地位，即時，或多少變成折衷派，實因觀念拘不脫現實。由十九世紀

末三二世紀初期，資本主義國家的刑法和草案，所以都是折衷派思想的表現，因為折衷派的思想正是金融資本主義社會現象之全面而且適切的反映。從舊派新派及折衷派三者間金融資本主義社會的觀察；折衷派或最合用；便是折衷派獨占的特色。

中國刑法學界，似乎也有人把舊派、新派和折衷派三名詞，當作刑法學人思想的標識。學人自己也常承認屬於某一派。然而姑勿論中國刑法學上的新派、舊派和折衷派，顯然是帝國主義國家的派別思想的延長或轉播。除了中國甘願永遠自居弱小民族的地位，懷抱這類思想或用這類名詞來形容自己，確然是自己侮辱，決非民族主義精神之所許。就事論事，舊派的思想是個人主義，自由競爭強目的工具。本質上，卻把世界大同作目標的民生主義是互不相容的。新派的思想是帝國主義者的走向，殖民地翻身的障礙物。和盤接受新派思想的罪孽，便是民族主義的叛徒。折衷派是帝國主義內在不屬尖銳化的時候，維持現狀，苟延殘喘的意識之謂也。繼承折衷派的思想，不啻否認三民主義的國民革命之實踐。一言以蔽之，帝國主義國家的刑法學上之所謂舊派、新派和折衷派，不僅都不是中華民族的刑法靈魂之寄托者，並且都和三民主義的精神相矛盾，絕不利於中華民族之復興。表現民族自救，適應三民主義的國民革命精神之刑法學派，應是三民主義派，也可稱為中國歷史派。

中國的歷史社會派說犯罪原因，自認不是十九世紀前期三元的自由意思論。自由意思論之觀念的世界觀之一形跡，不僅意思自由論作真理論，早已成為認的事實，並且種代刑。和刑法學接受意思自由論同時，同時給予了意思自由論莫大的信任。這便是所謂責任能力之概念。刑法且既把某些犯罪視為責任能力上無自由意思的人。早已指出自由意思論之限界的真理性。朝勃羅梭以來，犯罪原因之生理的、心理的、病理的、社會的、等等各方面實證的考察之結果，是使這限界的真理性，更不能存疑。意志自由論之真理性，變成非真理。當公人慎認歷史進化而進步。三民主義的迎頭趕上精神，決不容許中國歷史社會派一舉非原因說，停滯於百年前的歷史階段。

中國歷史社會狀的犯罪原因觀，也決不是機械或沒有成熟的一攬犯罪學叢書中所羅列的多元的犯罪原因論。一般犯罪學著作，什九是資本主義社會學之一支脈。方法論之機械性和世界觀之二元性，幾乎是先天的特色。這種犯罪學不僅至今沒有和把自由意思論作基礎的刑法學勾通，並且似乎還少發現勾通的企圖。——也許機械性的前提下，勾通是不可能的；在二元性的前提下，勾通又是不必要的。因此，今日一般刑法學叢書所予人的印象，是意思自由論；犯罪學所能予人的印象，似乎只有意思宿命論。在這種情形下，初學者對於刑法學和犯罪學二者，成了魚與熊掌，不可得兼。也可說是：分則兩全，合則兩失。然而根據三民主義包容民本、民權、民生三個因素於一體的精神和氣魄。我們的要求，正是如何勾通二者，融為一體。這本是資本主義社會刑法學和犯罪學今後的出路或課題，也是創造中國刑法學的出發點。不過，問題關聯着唯心論和機械的唯物論之揚棄。根本解決，需要立定新的方法論和世界觀。

合理的犯罪原因論應該認為犯罪的原因在物質，而不在心靈。心靈本身是物質的作用或表現。只要鬼神是沒有物質的。就可斷定沒有獨立的心靈。因為心靈是物質的作用。所以心靈——意思決不是絕對自由的。因為心靈是物質的形式或作用。所以心靈對於物質，也可產生相當的反作用。不過，物質的決定性和心靈的被決定性，只在其他條件完全相同的前提下是真理。心靈作用的時間既久或心靈作用漫漶物質之後，也會發生決定作用。節操守節或根本不惹性交，便是這個道理。然而心靈之為物質作用的性質，並不因此喪失。因為心靈是物質的作用。所以我們不採自由意思論。又因為心靈對於物質具有反作用——甚或決定的作用。所以我們不採資本主義社會的犯罪學一元的機械的多元的犯罪原因論，而採意思決定論，把「質的力」——作用當作一元的犯罪的原因，並把意思——意思當作犯罪原因之一形態。這不是意思自由論和犯罪學之衝突，而是二者之統一。

中國歷史社會派的犯罪原因觀，應該區別犯罪原因的根據和犯罪原因的條件。因為強制犯罪原因因素是原因中的根據和原因中的條件之統一。根據是行為人主觀內在的；條件却不一定是在內的。條件是為人作條件的；根據却是本質的原因。這本質的原因表現出來，變成一種力。這種力是物質的作用，是行為人活動的原因，是現實

符號的可能性，也是從這方面說。想這若其成由來，有天然的；有人爲的；有自然的；有人類的；有機械的；有能動的；有不能動的；有心理的；也有非心理的。力之所發現，符號法的，也有能法時。這些現象中，有可觀的；也有不可觀的。這些法而符號的現象形成之本質的成因，其機械的，便是人類天然而能動的生理的，若理的。若理的力，在入主觀上內在的本質的因者，其機械若不存在，便是犯罪的原因不存在。基因不可抗力而爲的行爲即必沒有內在的原因的行爲。因此，便和本人本身不相干。

生理的力是物理作用，自然法則，本能作用或所謂大欲。大欲是生命的一表現。人類是自然的有機體，保有自然的有機體中一切自然法則。飲食、男女、都是自然法則之一表現。表現大欲的力之具體的質量，不僅各人不一，並且隨時不同，隨境而異。幼、少、青、壯、老的區別，便是把生理作主要標準的分別。未滿十四歲人，滿十八歲人和滿八十歲人之差異，也可說是由於生理的力——大欲的質量不相同。

疾病是生理與心理變質的結果。病理的力便是變質的生理或心理之作用，或二者複合的產物。基因病的質量之不同，有時也可影響生理的力或心理的力，有時取代生理的力或心理的力之作用。瘋狂、高熱時，受有極大的刺激時，或受變質的心理活動，皆是病理的力之表現。心神喪失人和健康人的區別，即在心身活動之所表現的，是否爲變質的力一點。健康人和精神耗竭人的差異，却在志願之形成，是否受有病理的病理的力之重大影響一點。

心理的犯罪現象——心理的力之一種是思想、意志、志向、志願、願望或願識。願望是生命的一表現。凡有生命的人，都有一種願望，不特學而後能，也不特慮而後知，更不用着「立志」的「立」。各人主觀的、客觀的、自然的、社會的、先天的和後天的因素，隨時隨地都會自然而成，幫各人形成一種願望。換句話說：各人的願望產生於各人主觀的、客觀的、自然的、社會的、先天的和後天的、精神的、肉體的諸般因素之結合。願望之產生，既不是自由的，也不是絕對宿命的，而是自由地決定的。願望之所以各人不同，就是因爲諸般因素的具體質量，各人不同；各人的願望所以成時而異，因地而殊。就是因爲時空不同，諸般條件具體的質

是發生變化的結果。未滿十四歲人、未滿十八歲人、滿十八歲人、滿八十歲人、精神耗弱人和瘡癩人的願望所以不同，由於或因各異。不過，各人心意中的願望，有時很顯明，有時很隱晦，願望顯露的時候，特定願望之有無，儘可從有無與特定願望相反的願望之表示以推知。這時的心理狀態，只是對於特定事實有認識。因此，最簡單的說法，就是：有認識便是願望或故意。

心理的力之另一種——意志之反面是未願望、無願望、不認識、未認識或疏忽。疏忽是一種心理現象。疏忽也是主觀的、客觀的、先天的、後天的、精神的、肉體的諸般因素之統一。注意之週密，不僅各人不同，並且隨時而異，漸增漸減。這正因為各人各地各時的諸般因素具體情形不同使之然。過失之所以異於故意，正因為前者是無願望、不認識或疏忽；而後者是願望或認識。

生理的力、心理的力和病理的力，都是犯罪之本質的原因或根據，也是實施犯罪行為之抽象的可能性。生理的力、心理的力或病理的力如果不存在，固不會犯罪。只有這生理的力、心理的力或病理的力，犯罪也是不可能。人人都有生殖器，但非人人都犯遺姦或姦淫。正因為長了生殖器，僅使通姦具有抽象的可能性。單純的抽象可能性，必須再和某種事物或時空相結合，始可以為實在的可能性。換句話說：犯罪之本質的原因是生理的力、心理的力或病理的力，和促使實施犯罪行為的最後條件以前之主觀的客觀的諸條件二者之統一或總合體。這主觀的客觀的諸條件，便是使抽象的犯罪可能性以爲實在的犯罪可能性之條件，也是犯罪學上所謂主觀的、客觀的、自然的、社會的犯罪之原因。若把生理的力、心理的力和病理的力當作預定的概念，並且總和其文。可以說：當作實施犯罪行為原因之生理的力、心理的力和病理的力，不是單純孤立化了了的生理的力，心理的力和病理的力，而是在行為人生觀的、客觀的、先天的、後天的、精神的、肉體的、自然的、社會的諸般條件烘托中或關聯中——既和這些條件互相結合了的生理的力、心理的力或病理的力。事實上，單純孤立化了了的生理的力、心理的力或病理的力，都不存在；存在的都在諸般條件之烘托中或關聯中。抽象的可能性是和實在的可能性相聯繫，去因特定時空主觀的客觀的諸般條件之消長。

實有的可能性只是一種可能性，不是現實性。現實性是實在的可能性，和偶然性之統一。僅有實在的可能性，終身會馬上變為違法行為。違法行為之實施，必須還有偶然性以促成。偶然性是促成違法行為之最後的主觀或客觀出現的條件。犯罪學上各種犯罪之因素，都可當作特別犯罪原因中的偶然性而登場。不過，事實上之偶然性之產生出現的條件，常常只是勇氣、追求、機會、時間等等事項。用常識眼光看，這偶然性在犯罪原因中的地位是很小的。然而這小小的偶然性之不確定，是可能變為現實性的機緣。並且對於諸條件於托中之生理的力，心理的力或病理的力之表現形式（實在的實現的方式）具有決定力量。若因偶然性不同，二種質量大體相同的實在的再犯性，可能表現為性質迥異的行為。若把犯罪行為以追求發生犯罪之抽象的及實在的可能性之質量，從而將犯人的再犯可能性作適當的評價，促使實在的偶然性變為現實性的偶然性之把握，實在是不容忽視的事情。

構成犯罪概念的材科是法現。中國歷史社會派用來構成犯罪概念的材科，當然是中國刑法的全體。在這個前提下，中國歷史社會派的犯罪概念，當然不是硬把未滿十四歲人、未滿十八歲人、心神喪失人、精神耗弱人、癡癡人等在刑法上的保安處分責任，當作行政處分的責任，從而排斥之於犯罪主體範圍外，僅把滿十四歲以上的健康人，當作犯罪的主體。規定犯罪之概念曰：「犯罪者，責任能力人有違法去而可罰之行為也。」因將這是治幾十九世紀上半葉犯罪概念規定的結果。時代錯誤的認識。姑勿論犯罪行為不是單純的行為，而是和違法發生有關聯的行為，僅稱之曰行為，已極不妥。況且這是把自由意思論所前提的概念。在自由意思論失去其理性之後，這種規定根本無用了。總之，保安處分實質規定於刑法，成為刑罰制度之一部分。保安處分制度即是罰事處分，不是行政處分。刑法第一八條第一項及第一九條第一項，都稱「不罰」，不是「不為罪」。若和第八六條及第八七條綜合考究，所謂無責任能力人的犯罪行為，已成犯罪行為之一種。所謂「不罰」上顯應解釋為「不為刑罰」的意思。十九世紀初葉的犯罪概念之必以「違法」明著「責任」，在這種情形下，竟也「不為罪者」責任能力者在違法而實現的行為也。」當你犯罪即概念，「看觀上未免顯漏吞棗了。」

性。行為和結果間沒有因果關係，或竟沒有事實（行為及結果），也不算有現實性。危險性和現實性之統一，便是犯罪。犯罪之範圍，限於二者互相統一之範圍內。對於行為對象或結果之沒有認識，或竟沒有認識能力；便是危險性和現實性不統一。不在統一範圍內的行為或結果，不在犯罪概念範圍內。若問所反的社會是什麼？那自然是三民主義社會。

犯罪和刑事處分（刑罰及保安處分）間的關係，不是比例關係，而是克服和被克服間的關係。反社會的現實性是反社會的可能性之現實化。刑事處分所要克服的是反社會的可能性，不是反社會的現實性。這是刑事處分的教育性必然的結論，也是刑事過程和刑事處分科學的意義之所在。所以從質看，犯罪和刑事處分間的關係是辯和藥間的關係。各種刑事處分性質之差異，一正因病源不同的緣故。從數量看：犯罪和刑事處分間的關係是：病小藥量重；病大藥量重。恰好消滅反社會的危險之質和量，便是立法上並裁判上的刑事處分適當的標準；並據此而得特上之處分所以有輕重，正因人反社會的危險性大小不同的緣故。

三民主義社會派之刑事處分論，對於犯人是把治療和教育作內容的；對於國家社會是把防護現實社會和國民之再造作核心的。感化教育和代替感化教育的保護管束之內容，在權人是教育；在國家社會是衛防，也是教育國民的特殊方法：這是極其顯明的。監護處分和代替監護處分的保護管束，對犯人是醫療或改過；對國家社會是為衛防社會和國民之再造。禁戒處分、強制工作、強制治療及代替此類制度的保護管束，對於犯人顯然屬於醫療或改過；對於國家社會，是衛防社會，也是國民之再造。驅逐處分的驅逐，對於行為人是可以發生改善作用的；對於國家社會之為衛防，毫無疑慮。觀察公權和沒收，一面有保安的作用，同時有懲戒的性質。現行刑罰中雖可為從刑。實則刑而稱從，已不是刑，而是一種保安處分。觀察公權沒收，所以稱刑而不稱保安處分，不是理論的結論，而是歷史沿革的產物。

刑罰是社會派對於犯罪處分觀，是把一先的嚴重性作特點的。保安處分的本質，既是教育的。刑罰的本質，自應是教育的。規定三民主義中，以有民生至義這範疇。犯罪和痛苦，宜是關於刑事處分的本質和目的。

第三章 刑法

第一節 刑法之形式及其發展

刑法的形式是刑律自身之一屬性。法律的形式是由習慣發展到成文的。人類最初的法律之內容行九相當於今日的刑律。這種習慣就是刑律最初的形式。這種習慣的法律學是後世習慣法之根源，却和後世的習慣法大不相同；那時的習慣法的性質是社會規範，內容是法律道德和宗教之混合體；後來的習慣法之性質是國家規範，本質上和宗教或道德及儀禮的習慣，都是分開的。

成文法律之發生是文字和國家組織發達以後的事實。法律之由習慣發展到成文是文明文化進步的必然結果。成文法和習慣法分別在於裁判所依據的標準之為習慣或成文。吾人雖不始認為凡用文字記載的國家規範都是成文法。然而這裏的文字之含義祇是國家規範的意思，不等於近代法律術語中的法律一語之含義。近代所謂法律是和命令相對稱的。法律可用文字記載；命令也不妨用文字表現。廣義的成文法包含了成文的法律和成文的命令之二種性質不同的規範。

成文法是由成文或不成文的命令發展到成文的法律的。中世紀的國家規範不問成文或習慣，都是統治者的命令；下級官吏的辦事細則或罰則。當時既沒有近代意義的刑法法典，亦無所用其解釋。罪之認定和刑之量定全與統治權者的自由。凡屬刑罰權者個人之所是認，不問已否具諸明文，不妨隨意定罪。所以命令就是刑法的形式。這種現象之來由，一面由於中世承古代之後，罪刑由國家的命令決定，較之復讐時代之操於復讐權人之手，已覺比較公正；同時由於統治權者之威嚴，非此不足以顯示。

一民主治治是產業革命的結果。法律是近代民主政治之獨創物。民主否定了專制，法律否定了命令。根據新國之基本大法中先後確定了：「人民非依法律，不得逮捕、監禁、審訊、處罰」的原則；一八二〇年的普魯士刑法採

刑

法

八二一

用了罪刑法定主義之後，法律成了成文法國家刑法的表現形式，習慣法國例是不成文刑法的表現形式。成文法國家的委任命令和執行命令，以及習慣法國家的判決書本身雖都只是一種命令。然自知授權的法律機關之關係看，這種命令都是特定成文法的一部分，和普通的命令截然二事；這種命令的性質和範圍都是把不超出授權的法律所定範圍作條件的。

賞罰莫測，則民始畏服；賞罰莫測，則民無自由；這是刑法所以把命令作形式的根據，是法律成爲刑法形式的原因，也是刑三形式由命令變爲法律的理由。近代社會是自由主義、個人主義和特種競爭的產業資本主義社會。產業資本主義社會的中堅是工商業者。美國獨立和法國革命成功都是工商業者勝利的記錄。工商業者需要自由。所以自法國一八一〇年刑法以來，刑法要把法律作形式。產業資本主義有它一定的歷史使命；所以近代刑法，必然把法律作形式。

刑法的形式以法律爲限。這個原則假使徹底實行，結果必然使統治權有時無法實行，社會秩序無法維持，或者事不得宜。爲使統治權充分發生固有的作用，在技術上必然要求將刑法的形式之一部分委之於命令。委任命令和執行命令可以規定罪刑，就是這種要求的表現，同時也是嚴格的罪刑法定主義自己否定之萌芽。因爲罪刑法定主義所規定的罪刑形式是命令，內容是刑法——一種刑事命令。雖然這種刑事命令不超出授權行爲的範圍，有法律的根據。然而本質上不是刑法的命令，限於法律之而是刑事命令，須有法律的根據或基礎。這種把法律作形式的命令和把法律作形式的刑法並行，雖然實質上含有復式的意義，但本質上固然是雙軌和對立的。分級和對立的並行便是矛盾的發展。例如之變廣並且極其顯明自是之變廣也。即如命令之內容，其內容是：把法律當作刑法的形式，所以保護個人的自由。可是問題就在這裏發生了。因爲把法律作刑法的形式是利於個人而不利於團體，利於市民不利於國家的。把法律作刑法的形式是個人抬頭的表现。因此，假使國家抬頭了，這種狀態必被否定。恰如十九世紀後半以來產業資本主義發展爲金融資本主義，競爭自由已經不是資本主義社會的現實，也不是蘇聯社會的現實。個人自由已由第三階級的理想變成第四階級的企求。換句話說，蘇聯

爲着充分壓制反革命，需要揚罪刑法定主義；團體主義的國家爲着提高國權，也需要揚棄過去的罪刑法定主義。於是蘇聯一九二六年刑法第一六條規定了准許類推解釋的明文，德國一九三五年九月修改刑法第二條也出現了准許自由探求法源的明文。這樣，刑法的形式又多了一種根據類推而爲的判決。

自由探求法源，否定罪刑法定主義；在政治上是獨裁否定民主的反映。十九世紀的歷史在政治上拋棄了民主，保存了法治；二十世紀的類推解釋和刑法的形式在法律的前進下增加了新的因素。絕對的罪刑法定主義之下的刑法，是把法律當作唯一的形式的。相對的罪刑法定主義的刑法，不外法律根據法律授權的命令。法律的制定者固然不是司法官，命令的制定者也不是司法官。法令之成立和根據法令而爲裁判，尤其不是同時。惟許類推解釋或自由解釋的刑法，除法律和根據法律的授權命令之外，還有一種根據法律授權的判決。法律和根據法律授權的命令的制定者雖然不是司法者，法令之制定和適用雖有不同時。可是根據准許類推解釋的明文而爲的判決，却是立法和司法同一機關，制定又和適用同時。這種情形和中世三權不立的罪刑法定沒有二樣。不過中世的罪刑法定者之擅斷，不一定有根據——縱有根據，也不過是更高的命令。現在根據類推解釋或自由解釋的明文而爲的判決，雖然是命令。准許類推或自由解釋的明文，自身却是一種法律。換句話說，類推或自由解釋是把十九世紀的法治歷史作基礎的。所以類推或自由解釋不是把命令當作刑法形式的中世之復活，而是更高一層的發展。

現代沒有單純把法律作形式的刑法。然而刑法的形式目前還在過渡中，所以各國刑法現實的形式不祇一種，並且還有重極矛盾錯亂之能事的。

有些國家在憲法中規定了非依法律不得逮捕、監禁、審問、處罰，也有委任的立法。刑法中規定了罪刑法定主義之原則；適用上絕對排斥擴張解釋的方法。在這種情形下，刑法的形式是一部分以法律爲限，一部分把法律作基礎。把法律作基礎的所謂委任命令之制定者付九不是司法者——至少是適用和制定不同時。這雖不是把法律作一定的形式，究竟相去有限，本質上還不失爲把法律作形式。文明文化落後的國家刑法之形式，付九

屬於這一類。

有的國家憲法中規定了非依法律不得逮捕、監禁、審問、處罰；也有委任的立法。刑法中就有關於罪刑法定主義的明文，也沒有准許類推解釋或自由探求法源的規定。適用上公然採用擴張解釋，並在擴張解釋的範圍下行類推解釋之實。這是日本現行刑法的形式之類型。在這種情形之下，刑法的形式除一部分以法律為限，一部分把法律作基礎，和沒有採用擴張解釋的國家並無不同外，事實上通用擴張解釋即類推解釋之處，判決書中的判斷或認定，便是刑法的形式。這種判斷的大前提不是法律或既成的刑事命令，而是司法官的法學意識。從性質說，這種判斷是刑法。換句話說，司法官同時成了立法者。然而刑法有非依法律不得處罰的規定。刑法沒有准許類推解釋的明文。所以這是一種矛盾。恩師牧野博士雖曾認為無毛病。若人以為從法治的觀點看，顯然是中世擅斷之復活，法治精神之違反，從歷史過程看，算是十九世紀的歷史成果之毀滅，強權歷史開倒車。不過，這種倒車祇是發展過程中偶然的現象。金融資本主義社會中大資產家的利益和小資產家以及無產階級的利益互相衝突，便是這種反法治的現象之原因或本質。

有的國家在憲法中規定了非依法律不得逮捕、監禁、審問、處罰，也有關於委任的立法。刑法中沒有關於罪刑法定主義的規定，而有准許類推解釋或自由探求法源的明文。在這種情形下，刑法的形式有三：（一）經過立法手續通過的刑法；（二）委任命令；和（三）根據准許類推解釋之明文而為之解釋。第一種本身是法律，第二和第三二種本身都是命令，而命令根據的基礎却是法律。這是完全踏上了第三階段，接受了十九世紀歷史成果的形式，也是獨裁政治，團體主義國家的刑法形式之現實。

第二節 刑法之內容及其發展

刑法的內容是刑法自身的另一屬性。成文法的内容什九是概念和判斷；推理原則上是不存在的。具有注意性質的規定，並不失為一種推理。然自另一面看，都是一種判斷。法規矛盾之處的理論解釋之結論是推理。法

規欠缺之職的自由刑之結論是觀念、判斷或推理。刑法的與與之內容也是觀念、判斷或推理。所以不問其立法或習慣法，內容都不外是概念、判斷和推理。刑法是一種法律，刑法的內容，自然也是概念判斷或推理。

自發生的觀點看：概念、判斷以及推理都是認識的主體和被認識的對象之同一。沒有認識的主體固然不能產生概念、判斷和推理；有主體而沒有對象也不能產生概念、判斷和推理；主體對象全備，而主體對於對象沒有認識，也不能產生概念、判斷和推理。或文法國家的條文和判例法國家的判決，都是立法者和司法者對於對象之認識。這是一般法規產生的過程，也是刑法產生的過程。所不同的僅在概念、判斷和推理的具體內容之特殊。

概念是客觀現實的一屬性，同時也是客觀現實之最基本的形式或反映。判斷是概念或認識之發展之形態，也是客觀現實的關聯之反映。自概念、判斷和推理自身看：概念、判斷和推理自身即是真理。從關聯中的概念、判斷和推理看：概念、判斷和推理即是真理的一面。因此，法律以及刑法之真理性，須從概念、判斷和推理以及客觀現實的關聯間去探求。

在中世和中世以前，犯罪主體這個概念是漠然而不明晰的。事實上人類是犯罪的主體；動物也可成爲刑事處分之對象；甚或自然現象也不一定認爲是不夠犯罪主體資格的。十八世紀以來，個人覺醒和自由意思論浸透之結果，十九世紀刑法上犯罪的主體限於責任能力人。不僅自然現象和動物不是犯罪的主體。從而不受刑事處分。就是所謂無責任能力人也是不夠犯罪主體的資格。然而事實上基因產案之發達，童工女工之參加社會生產過程，日益增加，幼少年人以及婦女在社會生活中的地位，已迥然不同。幼少年人對於社會生活的種種侵害亦漸爲社會所不能容忍或有恕。於是暴露了犯罪主體限於責任能力人之不合理。理論上，有些學者有意無意主張對於無責任能力人之侵害，可以施行緊急防禦。這一面是事實的反映；同時表現了：把責任能力人當作犯罪主體的原則，已經有了對立物。因爲認爲可對無責任能力人實行緊急防禦，是把肯定無責任能力人的侵害是不法的侵害作前提的。無責任能力人的侵害既是不法的侵害。無責任能力人的行爲自然成爲犯罪行爲。無責任能力人也自然成了犯罪的主體了。等到十九世紀末二十世紀初，各國新的刑法和草案多半規定了無責任能力人的保

安此分責任。於是犯罪主體的唯一屬性便是人類。祇要是人類便有成為犯罪主體的資格；所不同的僅在刑責之分質量的差異。這種由不分動物、人類、自然現象到限於責任能力人。再由責任能力人進歸到人類，便是犯罪主體概念的發展過程。現代把人類當作犯罪主體的範圍是限於責任能力人的歷史作基礎的。限於責任能力人這一階段的歷史成果，在肯定意思之決定作用或相對的自由一點上保存了。

從理論說，犯罪主體概念的範圍直接規定於違法及法的概念，間接規定國家社會生活。法基國家社會生活的秩序，違法是國家生活秩序之違反。國家社會生活是人類的共同生活。所以違法以及犯罪之判斷，是一種國家社會共同的判斷。從而在共同生活範圍內的自然現象當然不是犯罪的本體；共同生活範圍內之各分子，當然不問年齡及精神狀態，都可成為犯罪的主體。國家社會共同生活的分子是自然人。所以凡屬自然人，都可成為犯罪的主體。

意思的作用之認識是由意思自由論、意思宿命論；再由意思宿命論進到意思決定論。國家形成後迄於中世的刑法，無意識地受了意思自由論的支配。自從近代刑法之父費登巴克（F. von Schlegel）主倡心理強制之理論後，刑法中便意識地接受了意思自由論。然而科學發達之後，基因人類的行為和自然社會並意識間的因果之限制，朗勃遜（Lombroso）氏關於犯罪之解剖之結果，證明了意思不自由——並且是宿命。於是自由意思論被否了。犯罪既是人類祖先的野蠻，再現於後世子孫身體的結果。據此，基因明氏之繼續努力，和其門弟子菲里（Ferri）之社會學的研究，發現了犯罪之社會的原因。又因認識之發展，確認了意思之被決定性和意思自身之相對的決定性。於是意思宿命論又被否定了，取而代之的是意思決定論。在意思決定論之觀點，意思本質上或是主體的根據和條件以及客觀條件綜合之形式或表現。意思對於作為或不作為的指揮作用是相對的有局限的。意思既不是絕對不自由，也不是絕對自由的。

在意思自由論之前提下，犯罪原因就是自由的意志。在意思宿命論的觀點，犯罪原因在意思以外之物質的作用。若以意思決定論，自由的意志可為犯罪原因中的根據，可為犯罪原因中的一條件，但不是唯一的原因。

或條件。在近代生理學、心理學、解剖學以及社會學發達以前，自由的意志是被否認或半否認當作「犯罪唯一」的原因。生理學、解剖學實用之後，發見意志是筋肉骨格和頭蓋骨的作用；心理學應用之後，發見了意志和心有關係；社會學發達以後，發見了意志和社會環境有關係。於是生理的心理的特徵，以及社會的不合理事不健全都被當作了犯罪行為的原因中之一份子。假使認意志自由是一元的確心的犯罪原因論，近代科學發達以後，犯罪學理論便是一種確物的多元論。歷史過程上後，是前者的否定，後者出現即滿前者存在之餘地。然而事實上自十九世紀末以來，二者大體上是並存或並行的。不少刑法學家一面把犯罪（故或過失）當作犯罪的一要件，同時肯定無責任能力人的行為之責任；這是自相矛盾。這和犯罪學以及刑事政策學的研究之結合，不僅始終沒法發生內在的合理的關係，就是刑法學家也很少有使地發生關聯的企圖和要求。把意志自由當作基礎的犯罪責任之原因之所以不易放棄，由於意志自由與自由主義之一面，而資本主義社會是從自由主義起家的。刑法上的犯罪原因論之所以不能進入更高階級，却是資本主義社會的世界觀之機械性以形式的方法論必然的結果。

事物並行，多元雜居的犯罪原因論之跡宿是一元的犯罪原因論。這和犯罪原因論不是單純的意志自由論，也不是單純反自由意志論的機械而多元的犯罪原因論，而是自由意志論的機械的原因論之統一。這和犯罪原因論區別犯罪之條件和根據。抽象說來，犯罪之根據有多數，舉凡生理的心理的，病理的特徵，都可作為「罪的根據」。條件也是多元的。舉凡生理的、心理的、病理的，以及社會環境的特徵，都可成為犯罪的條件。根據是主觀的，形而上的或形而下的，條件則是客觀的或主觀的，形而上的或形而下的。七類的根據和條件的條件之區別在於具體因素自身的質量。具體觀察，每一犯罪行為是一個根據與數個條件之統一，有條件而沒有根據，不致形成犯罪行為；有根據而沒有條件或條件不充分，也不會形成犯罪行為。根據和條件互相統一後的犯罪，便成犯罪行為。這是科學的犯罪行為原因論應有的內容，也是著一個人的認識。

犯罪行為的原因論之認識既因時代而不同，犯罪行為的性質亦隨之而生差異。近代刑法理論實生於前，

於行爲並無明確的認識；事實上無意識地實作了主體的一種變化或表現。自從近代的意志自由論派入刑法後，比較顯明實定行爲是自由意志的表現。所謂犯罪主體、現象主義、報應刑論者，把行爲的技術當作刑罰輕重之一標準，正因認爲行爲是自由意志之表現的緣故。意大利學派的犯罪人論出現後，一變而把行爲當作性格之機械的結果。於是行爲成爲所關性惡之表現，而和刑罰之量定毫無關係。因爲犯罪另有其物運的原因，行爲僅能表現物運的原因之有無，不是物運的原因之具體的象徵，從而不能當作認罪刑輕重之材料。然而具體的犯罪行爲當然是具體的反抗社會危險性之象徵。犯罪行爲固然是危險性之表現，並且是認定犯罪人的性格之資料，因此產生所謂徵表主義或犯罪徵表說（Symptomatische Vertheilungssätze）。自一面看，這種主張在肯定犯罪行爲是證明犯人反抗社會的情緒之材料一點，和犯罪主義不同；在肯定犯罪行爲是認定危險性大小的資料一點和意大利派有別。另一面，在把行爲之情形和外界影響之大小當作認定危險性之材料一點，和犯罪主義有一脈相通之處；在把性格——危險性當作認罪的目的，刑罰之輕重一以性格爲斷定之標準一點，顯然是把意大利派的犯罪人論作基礎而形成的理論。徵表主義的行爲觀所以成爲現代行爲觀的最高峯，就是這個緣故。至於其不可抗力之強弱而爲的行爲或物運的機械的動作，並非危險性的表現，不能認爲犯罪行爲，最爲明顯。

犯罪主體的基本單位是犯罪主體的概念之側面。犯罪主體的單位和社會組織的單位是互相呼應的。原始時代的社會單位是集團。所以原始時代複雜的對象，當時相信也是違反者所屬之血族。違反者所屬的血族集團，立即處罰違反者，不過是藉以緩和神怒的辦法——與其說是代神執行誅罰，不如認係事後自救。國家形成後個人主體產生前，社會的單位依然帶有濃厚的團體色彩。因此，較輕的罪祇能由行爲人負責；較重的罪血族團體以及報復快然免不了連帶責任。等到家庭逐漸失去了土壤的意義，社會的生產在家庭以外進行，每一個人成爲一個生產的保有者。於是個人自覺了自我。個人主義隨着成爲社會組織的基本原理。自此以後，犯罪的主體限於特定行爲人；家庭團體中的任何其他份子，非有參加犯罪之行動，即不能無條件認爲犯罪人或共犯。這是近世以來個人責任的原則之另一面。十九世紀末葉以來，所謂社會連帶之理論，和犯罪主體問題並無關係。

今後對於國家社會所最重視的利益之侵害，雖不妨在法精神上謀特定刑罰以舉發或告警之義務。然却不可遵像中世及其以前之法律將這責任程度重復活。

刑法之作用，在於保護具體的社會組織和組織社會的基本條件。抽象說來，關於社會組織和組織社會的基本條件及其社會關係都是犯罪的對象。具體的內容，却因具體的社會組織歷史階段以及政治政策之差異而不同。

自然人是組織社會的基本條件之一。必須具備何種條件始為自然人？這是生物學上的問題。當作犯罪對象的人，當然必須具備生物學上之人的條件。不過，具備了生物學上的條件，祇是一種自然的事實。社會生活關係中的自然人，不僅具備了生物學上的條件，並且保有各種社會關係。所以，犯罪的對象是社會關係中的自然人。基因社會組織之不同，人之社會屬性的範疇，因時而異。基因社會關係之不同，各人之社會的屬性，亦因人而異。在個人覺醒以及個人主義成為社會組織的基本原理以前，身分關係使自然人各異其社會的意義。封建時代對於奴隸之侵害本質上不屬於人的侵害範圍。封建社會的自然人無所謂自由。自然人之普遍保有人格，互相自由平等成為社會組織的基本單位，始自近代。近代的歷史消滅了人格者和奴隸間的身分區別。用現代眼光看，自由、平等、國民之一份子、社會之一生產力，都是人之最小限度的屬性；生命身體健康以及勞動力却是人之自然的屬性；二者都是現代社會關係中的自公人之屬性，也是現代犯罪關於人的侵害對象之內容。

抽象觀察，特定時空中一切物質的和精神的社會生產之生產物，以及自然的生產物，都是組織社會的另一基本條件。具體觀察，一切物質的和精神的社會生產之生產物，以及自然的生產物，都是一種物質的存在，同時是社會制度的表現者。換句話說，一面是一種孤立了的物質的物，同時具有一種社會關係。歷史之發展不僅使物質的物之種類數量日趨於豐富，性質日趨於複雜，並且使其物質的屬性及社會的分類發生變化。在電力發明以前，有體性是物之二屬性。電力應用之後，管理可能性概念取代了有體性之概念，成為物之一屬性。康德的物不是無主，便是公有。私有或所有的觀念根本不存在。財產相當表達之後，除若干天然物尚屬無主

之類，已歸諸各所有。有非吾之所有，雖一毫而莫收。近代資本主義社會之物，不外無主和所有二形態。現代觀念，過去無主物中之一部分已成爲國有。此外尚有所有、共有和公有之別。所有權之使用的範圍和處分的機能分化之後，持有亦成物的概念之一種。在社會主義的前途下，容或不難想像關於侵害孤立的物之保護。在自由主義的私有財產制度下之所保護者，類皆社會關係中之物！尤其非自己所有或非自己持有之物。

婚姻制度、政治制度、以及意識形態，都是社會組織的一部分，也是犯罪對象的一部分。婚姻制度與私有財產制度互相結合後，婚姻之社會的機能在於性欲之解決，種族之綿延和私有財產之繼承等三事。私有財產制度下的婚姻制度之侵害，同時具有侵害私有財產制度的意義。政治是社會矛盾！尤其社會經濟矛盾的反映。破壞政治組織，同時常有直接間接侵害社會經濟的意義。具體的意識形態爲多元的。具體的意識形態之侵害，本質上常有侵害社會經濟、婚姻、政治中之一種或數種的意義。

刑法是國家規範之違反。國家規範是一種超越個人的意識或不意識之上的標準。所以，是否犯罪之認識，是一種客觀的判斷。國家形成後的刑法和刑法思想史上第一期的違法之判斷，都是無意識地以犯罪概念之全屬性。一八二一年黑格爾氏樹立「無犯意的不法」(Unbefugtes unrecht)之概念後，這種無意識的認識，更進一步成了有意的主張。在這個前提下，由水蟲蛇、草木鳥獸、以及嬰孩狂人的行為之與國家規範互相矛盾者，都不失爲一種犯罪。

然而人類社會生活的構成分子是人類。國家的國民也是人類。國家規範是把國家作主體，國民以及社會生活之份子作對象的法則。人類參加社會以及國家生活，事實上均有相當條件。因之，凡與國家生活互相矛盾的現象均屬犯罪之認識，顯然地無意義，尤其不能說明自由主義、個人主義的社會之現實。於其產生以該性格 (Eigenschaft) 爲代表的主觀違法論，認爲「法是一種把犯人的主觀作標準的判斷」。

主觀的違法論是「無犯意的不法」一概念之否定。在主觀的違法論之立場，國家規範是把責任能力人的章章作對象的。違反國家規範之成爲違反國家規範，限於行為人有確實可歸責的時候。祇有責任能力人的章章

之新標準不盡然。舊法狀態與新法完全或變的境界。然而應其進法至國家主權、個人客觀的判斷。實任其個人主權的標準。即是其目的意思。

犯罪是國家的主觀和個人的主觀之統一。這是新主觀的違法論之最後的結論。據此結論，由本處魚軍木島。雖謂發生的任何現象，不成立犯罪；必要是人類表現危險性的行動，不同刑事責任者方人、愚兒、或狂人，一經成立犯罪。

違法是二種狀態。這種狀態始存於犯人的身心，繼表現為外部的動靜，最後影響於外界，使之發生變動。這種時期的違法狀態之認定，完全是把客觀的結果作對象的。然而完全把結果作標準，一面是智識程度低下的表現，同時也不適于國家生活。因為既有外界的變動是最易認識的部份，犯意和行為比較不易認識。又因為國家制度形成後，復難漸變為損害賠償，於是出現了犯意、行為和結果都是認定違法狀態的材料的中世刑法。平而觀察，犯意、行為和結果是三件事。關聯觀察，犯意是結果之初步的形態；結果是犯意之最後的現實。假使把最初形態作中心來觀察，行為和結果都不過是加重的條件。就這點說，縱認中世刑法是把犯意作中心的刑法，亦無不可。從而不妨認為由復讎到國家的刑法這一發展，漸致了由結果中心主義到犯意中心主義的轉變。可見犯意中心主義的社會背景是封建的階級社會；政治背景是專制政治；主權的意識是君權神授；統治形態是政教不分。重犯、行為和結果並重，本質上是以刑法為教育，正所以維護道德。因此，在近代的社會組織的前提條件形成之後，隨著社會契約說、天賦人權論以及法律道德分離的主張之抬頭，必然成；近代的行為中心主義的刑法。在行為中心主義的前提下，單純的犯意，不在處罰範圍內。陰謀、聲勢和結果犯之處罰，因為歷史性的緣故，在刑法上佔了例外的地位。這法對犯的對象，原則上必須是行為。這種行為中心主義的刑法，對於社會「團體的體裁」之利益之保護，當然不週到。所以自十九世紀七十五年代以後，基因社會之自覺，而趨到重於個人利益之保護之抬頭，於是「一九三三年德國刑法」的立法，曾顯主張廢除結果犯的區別。這動向在當時曾向於單純犯人的犯罪可能性（危險性）以判定處分，而不要求必要有表現。今後的刑法，

其的範圍，然而刑罰為一種社會科學的對象，也是實現國家目的的手段。宣講和科刑權以及國家目的，互異範圍，也不宜混為一談。刑罰之目的，十足顯露了因果關係論之幼稚而沒有成熟。應不作為發生結果的消極條件之解釋的根據。在於刑罰作為積極條件和消極條件二種：不作為對於結果之所以為原因力，由於不排除發生結果的消極條件。因為假定不作為消極條件而作為：其作用即在於排除結果之發生，或為消極條件。然如何以消極條件之範圍，僅於作消極條件之場合。這說並未提及。假使把不排除結果之發生作為消極條件。因果關係之有因無，應把有預防在可慮作標準，不應以有發生危險為區別。於發生危險社會心理作標準的社會心理的危險說。這說可謂社會心理的危險說之所謂危險，在事前發生結果的可能性。專指是因果關係的現實性或現實力。這說一說便使後方應有的因果關係論進入科學的領域，同時使不作為原因的因果關係論區別與原動力。按社會心理學危險說之主張，刑罰的目的在於保障社會。因之自然法則以及形式的因果關係論與原動力之適用，應以危險論的因果關係論。換句話說：行為和結果間的因果關係之知無，應以社會心理學危險說為標準。社會心理學危險說為特定行為發生特定結果的可能，事後又發生特定結果者，不問為作何事或不作為，都算有因果關係。這種見解適用於作為場台的结果，殆與條件說的適用結果同。所以，先後數個條件介入之場合，除自然因果關係的偶然條件介入的絕對條件介入之外，介入前的行為對於介入後的结果，概有因果關係。亦作為場合適用的結果，因果關係僅限於有防止可施的範圍內：凡有防止而不防止，都不失為有因果關係。至於妨礙義務者，概無或不作為的義務之有無，都是另一問題。於是，因果關係的基礎，完全建築在社會心理學之上。使行為和結果間的因果關係之範圍，直接制約於社會心理學，間接制約於刑罰目的。自然法則和社會規範的因果關係，於是均為各別獨立的範疇。關於作為和不作為場合能作統一說明，都是社會心理學危險說推動的。這說事實上把因果關係論作歷史基礎，而又包含了條件說的成分。所以舊是現代因果關係論中最高成就。

宣講和科刑權之目的，再出寬和到嚴酷；這是刑罰處分性質變化的過程。前世的刑罰制度是認生命刑和身體刑作最重之刑。身體刑是犯刑者痛苦於身體作內容的。這種刑罰之痛苦，顯而易見。生命刑執行時的痛苦之大小，而

別爲多種。當時的自由刑以及流徙，都是極其痛苦的。此外還把肉體的痛苦作內容的訊刑。這個制度，形成一種嚴峻殘酷的特質。這就是一些刑法解釋書中所謂殘刑時期。然而博愛是法國革命口號之一。美國獨立也和博愛精神有關。美國獨立和法國革命成功之後，天賦人權論和社會契約說成了最高無上的原理，產生了刑罰人道化思想。刑罰人道化思想和基督教博愛精神互相接合，浸入刑法，使刑罰之殘酷的性質不能存在。同時自由成爲人類最可寶貴的東西。於是刑罰制度傾向於死刑之廢止，而趨自由刑作中心。自由刑之執行，也因改良監獄運動之所賜，比較中世溫和多了。這種情形，形成一種寬和的特質。而中世的嚴峻的性質被否定了。一般刑法解釋書中所謂博愛時期，就是這個階段。可是工商業社會在勞動方面，是一種劇烈勞動的社會；在生活方面，是一般人生活水準之向上，也是若干人生活困難之加劇；在慾望方面，是一種極度縱慾享樂的社會；在社會組織的基本原理是自由主義和個人主義；在技巧方面，也是一種技巧發達的社會！自然科學一面使人類克服自然的能力加大了，同時也增加了犯罪的技術。這些事情產生了貧困、疾病、和發達思想三大結果。思想犯人、先後天的變質者、精神病人、職業的、習慣的犯人之出現，以及罪犯之增加，都是這個結果具體的象徵。這種象徵，促使刑事處分制度劇烈變化。十九世紀末葉以來，一面創造出來了裁量上的微罪；起訴處分，屢經有罪判決之宣告，廣泛的裁量範圍、緩刑、假釋、行刑禁止制，自治制，不定期刑等制度，同時以除害或改善爲目的的保安處分制度，如斷種、治療、驅逐、教育、監護、善行保證、強制勞役、保護管束等，也都應運而生。對於惡犯犯人待遇轉趨嚴峻。這種情形，較之十九世紀的刑罰，有着性質上的不同。換句話說，本質上又轉向於嚴峻了。這就是一般刑法解釋書中所謂科學時期。

由複雜到簡單；再由簡單進到改善和教育，算是刑事處分發展的路綫。在複雜時期，罪刑是不平等的。複雜之大小輕重，不是根據損害的大小輕重作標準，而是把保護主觀上的勇氣、能力和機會作標準。C. C. 制度之產生，就是恣意的複雜之否定，也是公平的簡單之實現。自此以後，在罪刑間的關係維持着價精神的時候，刑事處分制度的本質始終是簡單的。事實上豈不妨在報應中收到改善的作用，可是改善却不是價度的主要自

正比例的；罪的重又是把某種事物作標準的。這個事物自身有過長期的歷史。具體的過程：由罪刑等價的觀念主義到主觀主義，再到客觀主義，便是犯罪與刑事處分關係（責任的性質）之發展過程。罪刑等價的客觀主義之認識史的意義，在於這種認識是認識薄弱的產物。認識過程是由現象到本質的。在認識事物不深淵的時代，只能認識被侵害的結果。這是當然不過的事情。罪刑等價的客觀主義之社會的意義，在於這種原則是市場關係之擴大或生產商品化的反映。犯罪所侵害的對象中，有的是直接在商品市場中有着一定的交換價值的；有。雖然祇有使用價值，仍然不妨通過價值法則算出交換價值來；有時雖然沒有交換價值和使用價值。然正價值法則沒透骨髓的工商業社會，依然可用金錢的數目來表示。制度上的重罪刑重，輕罪刑輕，就是這種道理。罪刑等價之意義的意義，在於這是報應的意義感情之應用或實現。報應的正義感情又是市場關係的反映。然而犯罪人論出現之後，和犯罪成正比例的刑罰，不一定恰和犯罪危險性之大小成正比例。因此，把客觀侵害之大小作標準的刑罰之量定，便成了無意義。合理的辦法，是絕對的不定期刑制度。然而在把競爭價格作基礎的獨占價格的社會，絕對的不定期刑是一種不可應的妄想。因此，理論便很快地踏上了第三階段。這便是把犯人主觀上犯罪可能性（危險性）作刑事處分實量的標準，而把犯罪行為和結果當着認識或最長危險性的材料看的現代主觀主義或表觀主義。這種主義的基礎是，在世紀末二十世紀初修正或訂定刑法的指導原理，可是現代刑法的現實。從這點說，現代刑法是傾向於把犯罪類型作基礎的犯罪類型之刑法，也是傾向於把罪刑一價作基礎的危險性和刑事處分等價的刑法。

第三節 刑法之歷史及類型

社會團體單位的性質，是由血緣和氏族發展到地緣和國家的。氏族社會和種族社會還沒有國家，也沒有把國家權力作前提的刑罰制度。從而無所謂刑罰。只有當布魯（Brewer）和血緣複雜兩種社會規範。當布是一種禁忌

刑 法

或忌諱。這種忌諱是宗教，是道德，同時也是法律。答布的內容包含甚廣——是凡對於神的尊敬和禮神供神之物、祭壇、祭祀、婚姻、出生、牧畜、農耕、交換、交通以及衣食住之重要事項，無不包在內。換句話說，這類事項，莫不都有答布。答布之本質的作用，在於團體生活之維持。隨着國家權力之形成，答布的內容，為刑法內容之一部。因為答布是宗教化或神化了的東西。所以相信神明對使魂了答布的，必定處罰。而當時的責任是連帶的。大家相信神所處罰的對象，是氏族或種族的團體。因此，每當發現答布違反者，其發現者和關係者必處違反者以應得之罪，藉以緩和神明對於全體物忿怒。這是一種私刑。隨着私力公權化，一種私刑之執行權逐漸歸於國家權力。

復讎是種族和氏族間之武力的互相報復。復讎的習慣之形成，基因復讎之需要。復讎之需要，自不外是自然經濟之結果。在自然經濟時代，生活資料獲得之多少及難易，和部落構成份子的多少，以及部落的領域之大小，是成正比例的。各部各間，為使生活資料之獲得更多或更易，而爭取領域；因企圖擴充領域，遂致引起戰爭。戰爭之結果，領域或發生變化，人口亦有死傷。領域之縮小，固然增加獲得生活資料之困難；人口之死傷，亦是獲得生活資料的能力和機會之減少。基因自己保存的本能之驅使，於是復讎的戰爭。擴充領域的戰爭和復讎的戰爭，更趨不絕，互為因果。於是，戰爭什九含有復讎的性質。復讎的戰爭，也顯然只含有維護特定部分人類的生活和生存性質的時候，始有意義。這和後來之以維持社會秩序為目的的刑法，固然一脈相通。和現代國際間以維護民族生存或正義為目的的戰爭，也甚相似。

生產工具之費用，使社會經濟進入生產經濟階段。部落中的個人，不僅對外是武力構成的一份子，並且對內也是生產力的一部分。部落內的人口之死傷，便是武力和生產力之減退。在維持武力和生產力之見地，部落內的個人互相間復讎之限額，成為必然的要求。於是復讎者與被復讎者之範圍上的限制，到以公許其復讎為實行復讎的條件，再到遊藝所（Aulis Asti）制度之出現，把寺院當作遊藝的場所，為感必然現象。復讎和復讎之限制，表面看來，一為對外，一為對內；一為消極的，一為消極的。然實動盪觀察，卻不但是維持經濟

利益的要求之表現，本質上是一脈相通的。從舊罪和限制復讎間之聯繫看，限制復讎是復讎的化身。由復讎達到界限復讎，和近代刑法之由報應刑達到目的刑，二者在根本上並無不同。從限制復讎和刑法間的聯繫看，限制復讎便是刑法之最初的直接的起源，也是復讎自身否定的第一步。

生產力日益發展，使生產物除消費之外，尚有若干剩餘。按舊出現了私有財產的事實和制度。既剩餘的生產物，可供取與。內單純流血的復讎，已不若採取受害者為者的剩餘生產物的一部分或全部之有積極的意義。況且單純流血的復讎，直接減少生產力，間接減少生產。於是必然產生賠償金制度。這種賠償金制度之社會經濟之意義，雖和復讎時代初期的復讎沒有二樣。若自復讎制度本身看，顯然是復讎制度自己否定的第二步。不過，復讎潛習既久，漸次失去經濟的意義，變成一種單純的正義感情之後，賠償金之收受容或為被害人或其家屬所不欲。所以賠償和復讎之擇別，純任當事人之任意。也正因為收受賠償與否之為任意的。基因單純之流血的復讎，而減少可貴之生產力，終不能為團體生活所容忍。因此，接受賠償，便由被害人或其親屬之權利，變成了義務。換句話說，團體至使收受賠償權人，負擔收受賠償而不復讎的義務。不過，權利雖已變成義務，賠償金額之爭執，仍可成爲不願收受賠償之藉口。於是，逐漸主於連賠償的數，也由團體給確定了。這樣，復讎之自己否定的第二步，便告完成！

在剩餘生產物的數量不超出某種限度的時候，賠償金制度雖不失為最合理的辦法。等到剩餘生產物的數量增加到超過了某種限度的時候，基因剩餘生產物之保有，比較不足貴重的緣故，賠償金制度，便會逐漸失去了防禦犯罪的作用。團體生活逐漸至於無法維持。於是，對分犯罪為可贖的和不可贖的兩種，使一部分犯罪成爲不可贖，以達防禦犯罪之目的，又屬必然的轉變。這種轉變，一面象徵私力復讎的最後階段的來到，同時是刑事實責任和民事責任分化的初步，也是私力公權化的象徵。

可贖的犯罪之贖金，由被害人收受。然而團體有維持社會秩序之勞。對贖罪之收入，究竟不能染指，也決不是經常的現象。況且團體的力量與日俱增。因此，終至演成被害人和統治者瓜分賠償金的現象。這種現象，

要是後來罰金之起源，也是私力公權化更進一步表現。

刑事責任和民事責任之分化，具把國家之成立作前提的。私力公權化就是國家取代種族氏族的復讐權而成為刑罰權。因此，國家是怎樣產生出來的這疑問，成，必須解答的問題，神權說認為國家是神造的。如聖經中國為國家是上帝所造，中國舊書中所謂「皇天既付中國民，建厥疆土於先王。」都是著例。族父權說認為國家由家族進化而來。這雖不天然部分的真理性，然非普遍的真理，不能說明一切國家之起源。財產權說認為國家是君主的財產權之根據。這是君主國的辯護說，可惜沒有歷史事實作證據。公職分化說主張國家起源於以職內部分職之分化。然而也沒有充分之證據。浩布斯(Hobbes)主張權利拋棄說，認為人類感覺自然狀態中互爭之痛苦，因而相約將自己權利讓與一人或一團體，於是組織一個國家。斯賓諾沙(Spinoza)主張權力限制說，以為每人除自然法之限制及理性之指導外，均屬自由的。為便於互相侵害時之處理，互訂契約成立國家。盧梭主張人民總意說，假定自然世界為一平等世界，相約而成國家。然均不符歷史事實。武力征服說以為國家起源於民族間之征服。自不失其部分的真理性。恩格斯以為社會至一定階段，因內在矛盾而分裂。國家即為分裂後必然的產物。這是社會科學的結論。

私力何故公權化？這個問題的另一面就是刑罰權合理的根源一問題。最初說明刑罰權之合理的根據的是神權說。神權說以為國家是神的秩序實現於人間的一部分。身體的健全、財產的保護、家庭的秩序、寺院的守護以及國家的成立，都是神的秩序之基礎。破壞這種秩序便是破壞神的秩序。因之，神授國家以處罰犯罪之權，使之保護神的秩序。這種刑罰權神授說也是國權神授說。國權神授說是封建政治的辯護者，也是專制時代的國家觀。把現代知識作標準來觀察，這種國家觀就是一種幼稚而非科學的迷信。然而這是人類對於初期國家生活之認識，當時難以維繫人心的，也就是這種迷信。

知識進步了，迷信不能維繫人心了，隨着社會契約說之興起，必然產生把社會契約當着國家刑罰權之合理

根據的社會契約說。社會契約說以爲原始人自來戰爭，爲維持社會和平，各委其天賦人權之一部於主權者，使負保護的責任。刑罰確是把這八割的自由作基礎的。各人各劃讓的自由之權和認爲刑罰權之範圍。在現代看來，所謂社會契約是一種虛構的，社會生活各份子之參加社會生活，並無表現意思自由之餘地。然種種社會契約說却是打倒君主專制政治的利器，也是神授的心腹者。雖和神授說同一不是道理。在犯人類作出發這一點上，較之把作出發的信，高明一籌。

在社會契約說完成了對封建政治的致命一擊後，社會的現實和理想是自由生產、或殖說者。在刑罰或人生趨向的指揮刀或磨鐵石。於刑罰的論理根據之認識，不能不隨着染上功利的色彩。蓋沁（Bentham）以反明倫權（Lambroso）一流的必要，便是這神氣氛圍中的產物。必要說以爲刑罰權是國家主權之一種作用。國家之生存，是把主權作前提的。國家的主權，既屬正當而必要。刑罰權自然也是正當而且必要的。這是一種最通行的見解，也比較正確的認識。然而國家主權何故正當而且必要？這在後世或者不妨當作自明之理看待。然而也証說明了然，而沒有說明所以然——沒有說明私力公權化之所以然。

私力公權化的所以然，究是一個國家起源的問題。國家以私力公權化是私有財產制發達到某階段時必然的產物。原始共產社會是採取自然生產物以供生活的。所以原始時代的生存競爭，是種族氏族間的鬥爭。私有財產達到某種程度時，共同生活的團體瓦解，出現了有產和無產二個階級。於是，原始時代種族間的鬥爭，轉成爲團體內部的有產者和無產者間的鬥爭。在這鬥爭的火花中出現國家，以私力公權化。國家的任務一方面在化鬥爭爲和平，或一時的勝敗成爲比較長時間的關係之原理，一方面緩和鬥爭的程度，限制鬥爭的方法，使鬥爭局限於某種限度內。極端無節制的激烈鬥爭既不利社會之維持，尤不利於社會之發展。換句話說，這時出現國家是歷史的必然表現；這時不成，國家是反歷史法則的。這是國家所以必然出現，私力所以必然公權化的原因，也是國家的主權刑罰權所以正當而必然的理由。

法律——從而刑法之產生，是把國家之形成作前提的。所謂有社會便有法律一語中之所謂法律，祇是社會

規範的意思。此義，復讎和答布，都不失為一種法律。然在發生的觀點，社會規範不就是國家規範。假定把法律當作國家規範解釋。復讎和答布都不是法律。於此意義，有社會便有法律一語的眞理性，確是值得懷疑的。換句話說：關於國家和法律何者先在？這問題之解答，不能不肯定國家先在說是眞理。

民事責任與刑事責任的分化，私力公權化都是把國家的統治權力之形成作前提的。地域的國家之出現，是氏族社會種族社會之否定。民事責任和刑事責任之分化，以及私力公權化，也是復讎之否定。德國李斯德氏（V. Liszt）把復讎當作刑罰之初期的形態，自然不是沒有見地的。雖說博愛的階段之對於威嚇的階段，科學的階段之對於博愛的階段，都和威嚇的階段對於博愛的階段，同一具有否定的意義。然而復讎和威嚇間，在社會經濟上有原始共產主義社會與私有財產制之不同，在政治上有氏族種族的團體生活和國家的生活間之差異。至威嚇時、博愛的、和科學的三階段，或是私有財產制度的國家生活歷史之三形態。這三階段相互之關聯，和復讎與道三階段間之關係，是有着本質上的差異的。眞正的刑罰制度之成立，是把國家權力之形成作前提的。若把私力公權化當作國家的刑法之起點。古代的刑法，僅可稱為刑法之前身。換句話說，刑法之發生雖可推源於復讎。然而國家權力下之刑罰含有政治一因素，和單純私力的反動上復讎，異其性質。故爲明瞭刑法的性質，不若認復讎時期爲刑法之前身，似較妥當。

否定復讎的是威嚇時代的刑法。威嚇時代的刑法是刑法史上第二階段，也是國家的刑罰制度之初期。這個時期的特徵是國家克服了血緣的部落。復讎時代屬於被害人的復讎權和賠償權這些已經收入國家手中。這個時代的個人是有義務而無權利的。政治上立法司法和行政固然不分，刑法就是命令，可以任意科處罪刑，形成所謂罪刑擅斷主義。刑事訴訟是採着糾問主義的，被告沒有防禦權。總而言之，復讎時代被害人復讎的意志，此時成爲國家懲罰刑之意志。國家意志喚起刑以威嚇犯人之意志的侵害或復讎，使之服從國家的命令。便是這個時期的刑法之特點。這種意志喚起刑以壓抑意志的侵害和復讎，一面由於復讎時代之後，非此不足以資鎮攝，同時也是無意識地支持意思自由論的表現。

「私力公權化原是公平正義感或感情暴力。威嚇時期國家的刑罰制度一面雖不免兼繼承封建時代的恣意，同時也不能不有正義公平和客觀的徵表。這便是威嚇時代的達理阿（Tiro）制之遺產的根據。達理阿制度是一種以眼償眼，以齒償齒的制度。這是罪刑關係之極端的報復主義。這種報復主義正所以承順民以法律之客觀性。至於以眼償眼，以齒償齒，所以便是公平，實然是由於和當時的公平正義感情相符合。這種公平正義的基本原則，顯然是「對等價」。等價即公平。這自然是商品市場的價值法則之反映。羅馬法採用達理阿制度，一面是表現價值法則，同時是表彰價值法則。換句話說，一面示國民以法律之公平，同時示國民以罪刑間之關係。

私力公權化的結果，刑罰權、刑罰及刑執行均由被害人之手移歸第三者之手。因此，刑罰不僅比較公正了，並且比較確實了。這種公平與確切，一面完成了對於維持團體生活之威嚇作用，同時使刑罰制度由主觀的或為客觀的——國的主觀克服個人的主觀——上使刑罰客觀化。刑罰客觀化是威嚇時代的歷史成果。所謂博愛時期以及科學時期刑法，都是把這個歷史成果作基礎的。

私有財產制度下，生產品的剩餘愈多，分配也就愈發不平均。分配不平均的結果，使富者愈富，貧者愈貧。賠償制度自然也就成無法實現。被害人和對家不能獲得賠償，祇是一種損失。賠償制度不能實現，會令法律失去威信和公平。於是適應過去的社會經濟狀況而產生賠償制度，不能不因不克適應更進一步的社會經濟之現象而消滅。這是威嚇時代改賠償制度為加痛苦於犯人身體的制度之原因，也是含有民事性質的賠償制度必然化為刑罰制度的理由。民事責任和刑事責任之分化，便在這裏完成了。

否定威嚇刑罰法者是博愛刑法。博愛時代的刑法，是刑法史上第三階段，也是國家刑罰制度的第二期。由博愛到威嚇，是國家的恣意代替部落的恣意；國家的殘酷代替部落的殘酷。博愛時期的刑法之特點，却在抑壓國家的恣意與殘酷。這也就是這個時代所以稱為博愛的緣故。三權分立的政治、罪刑法、主義、刑事訴訟手續之法定、刑罰訴訟上之當事人訴訟主義，都是否定恣意的工具和表現。廢除體刑、死刑廢除之傾向、自由

刑罰制度之中心，改良監獄、改善囚人待遇等等，都是否定殘酷的方法相表現。恣意和殘酷之否定，在於保障自由和人權。這個時代之出現，是把法國革命和美國獨立作前提的。法國革命和美國獨立是天賦人權思想之現實，自然法論之產物，個人自覺之結果。其所以致此之由，却是把產業革命當基礎的產業資本主義之推行。

博愛時代否定了威嚇時代的恣意和殘酷，保留了Talis制度的精神之一面。Talis制度雖以限制復讐的恣意而出現，施行的結果，却可產生一種顯示報應公平——罪刑等價的副作用。在完成了私力公權化之後，度，歷史使命已為完成，限度復讐之意已不存在，碩果僅存的便是罪刑間的公平關係。這種公平關係原是商品經濟、私有財產的社會組織之反映。產業資本主義是商品經濟以及私有財產制度之更高發展之形態。因之，Talis之限制復讐的意識無可保留，而表示公平的罪刑等價——罪刑均衡觀念，却不能不被保留。基因罪刑等價的原則之確證。博愛時期的罪刑之為維護正義的工具，和威嚇時期沒有二樣。

威嚇時代之肯定意思自由是無意識的。博愛時代之肯定意思自由則為有意識的。公佈法律之發生的意義，固然在於保障自由。法律公佈之刑罰政策的作用，也由費爾巴克（Fechbach 1776—1833）運用把意思自由作基礎的心理強迫之理論作了理論的說明。犯罪概念之採犯意責任，認為無責任能力人之行為不成立犯罪，尤其其是意思自由論之必然的結果。意思自由的認識是這個時代的刑法和刑法理論之骨幹。因此，意思自由論之否定，必然誘致博愛時代的刑法特色之否定。

否定博愛的刑法者最所謂科學的刑法。自威嚇、博愛二階段間之關聯看，科學時代的刑法為否定之否定——國家權力形成後的第三階段。這個階段的刑法之特徵，在於犯罪原因之發現，自由意志論之否定，刑罰處分政策化，以刑罰成為防衛社會之目的的手段等等。報應主義之主義和社會的責任之肯定，保安處分之採用，自由裁量範圍之擴大，起訴猶預，有罪宣告猶預，緩刑和解釋制度之採用等等，都是這種特徵之具體的表現。這個階段的社會經濟基礎是獨占、計劃和統制，政治是獨裁，社會是團體超越個人。十九世紀後半期以來，刑

法逐漸進入這種階段。這隨時代的歷史，迄今尚在繼續完成中。

所謂科學時代的刑法之特徵，祇是現代刑法之一般之特色。基因各自具體情形之不同，現代刑法顯然形或隨設的刑法和全民的刑法二大類型。若更加以分析：隨設的刑法中，又有文化主義的刑法和社會主義刑法之分。前者如一九三〇年以前的德國刑法各草案，瑞士刑法草案，捷克刑法草案，澳大利刑法草案，日本現行刑法及一九三九年的改正草案，一九三二年的法國刑法草案，瑞士軍刑法，丹麥新刑法等等；後者如意大利一九二一年刑法草案和蘇聯刑法。全民的刑法中，也有全體的國家主義刑法和國民的社會主義刑法二種：一九三〇年法西斯重大刑法是前者的代表；一九三三年德國社黨的刑法是後者和一九三五年的德國改正刑法都是後者的類型。

自發生的觀點看，文化主義的刑法是反一八一〇年個人主義法國刑法最早之刑法，也是科學的刑法類型中最早出現的一種。文化主義的刑法類型，肇端於一八七六年德國刑法學家李斯德（Liszt）教授關於刑法的目的之演講。原來十九世紀上半期的刑法理論和思想，是統一於法治國思想，個人主義和自由主義思想的。可是產業資本主義發展的结果，資本大為集中，財產階級變成小資產階級，小資產階級感到威脅；大衆日趨貧乏；犯罪成爲經濟困苦之出路，犯罪和罪犯的增那，因之成爲必然的現象。

產階級之增加與擴大，和資本主義之發展間，原有水漲船高的關係。階級意識，又是隨着無產階級之擴大而深刻化普遍化的。於是，全者的階級鬥爭的政治的階級鬥爭，一草一木，運動，便引起階級。這種階級，導致了以前的自由主義，個人主義的刑法，失了階級的意義。另一方面，自無產階級的發覺，導致了勃勃羅文（Brobrow）的犯罪學，胡氏（Hobbes）的犯罪學的見地，否認意思是自由的。他認爲犯罪有一種犯罪類型。這種犯罪學由利益，脅迫，及其後生理的階級形成的。這些特徵是犯罪學所認爲的，也是犯罪學的原因。基因階級意識之發達，則使後期並進到社會主義的犯罪學關係。第一（見前）（二）國民犯罪社會學，則把犯罪學與社會學相連貫而由重心。這時期的社會學說，已由自由主義等關於階級階級制，政治理想，必有鬥爭等（L. K. M. 1931, 1932）

氏的新國家論，以法曹社會主義為國家理念之揭示；政治現實，也藉由消極的法治國思想，趨於積極的文化國主義。於是，以變以前單純注重保護個人自由的方針，兼帶保護團體，遂成十九世紀末葉以來，支配各國制定修正刑法的共同原理。在這種指導原理下產生的新刑法和刑法草案，大都是一面維持以來的自由主義和法治國主義的國家理想，同時在可能範圍內，充分採用社會防衛主義，推行刑事政策。因此，維持非刑法定主義和犯罪責任二大原則，而肯定無責任能力人的責任。維持報應的刑罰制度，而重視行刑之教育犯。把刑罰作骨幹，而用保安處分來補充，藉以鎮壓累犯、習慣犯、職業犯、遊蕩懶惰成習的人、酗酒者、以及思想犯；便是所謂文化主義的刑法之真面目。

文化主義的刑法是後期資本主義現實社會的刑法之類型。菲里的一九二一年意大利刑法草案，却是後期資本主義的現實和意識之適應的反映。若說一九二一年草案的特點，在於充分反映現實的需要，表現刑法和思維的發展法則。那麼，因循苟安的精神，畏縮或溫和的態度，以及折衷或調和的色彩，便是所謂文化主義刑法的毛病。一九二一年意大利草案一面對最危險的犯人，作最大的防衛；同時對於危險性較小者的待遇，較之從來的報應主義，更為寬大。這個草案，把所謂裁制代替了所謂刑罰。內容的精神，顯然以保護社會利益為着眼點。對於個人和社會自身的利益，很少考慮。後來所以沒有為各國刑法和草案所取法，大概就是因為事實上過於忽視了資本主義社會中資產階級的利益。並且理論上，所謂社會是一個抽象而不具體的概念的緣故。

據菲里一九二一年意大利草案的技術，而排斥抽象的社會一概念，並且明白把擁護支配階級的利益作立場的類型，是蘇聯刑法。蘇聯刑法極度限制個人自由，充分高調階級的利益。凡屬使階級上階級和社會制度的行為，都在禁止之列。因此，把保護個人自由作前提的罪刑法定主義，在一九二六年中的刑法中失去了存在；代之而起的是容許類推解釋的規定。雖說以後的刑法中，沒有相當於容許類推解釋的規定。可是也沒有相當於罪刑法定主義的明文。報應的形式和實質，完全否定了。一元的社會防衛處分，成了蘇聯刑法獨占的特色。含有道德意義的犯罪概念沒有了；有的祇是一個所謂社會的危險行為概念。並且社會防衛處分之適用，不一定須

有反社會的行爲。這種情形，和文化主義的刑法，固然大同。和把形而上的社會概念作對象的「一九二一年案」，也是截然二途。

依法西斯的社會觀，個人和團體間的關係，是個人為社會而生存；個人的使命在對國家盡義務。國家的權利高於一切；個人的權利包含在國家的權利中。社會是目的；個人是手段，國家社會之發達是最高無上的原理。總而言之，法西斯蒂的國家觀之特點，在於國家意識之強化，和國家權力行使之深刻化二事。在這個前提下成立的一九三〇年意大利刑法，自然會把保護團體，社會和國家作特色。法西斯蒂意大利，理論上不像蘇聯之有國家而無個人，也不像蘇聯的純粹計劃經濟，和階級的絕對獨裁。所以，罪刑法定主義依然成立。罪刑法的基奉特色。換句話說，一九三〇年意大利刑法中的罪刑法定主義，和以小資產階級作基礎的法西斯蒂政治是互相表裏的。犯事責任成為刑法的原則。不像蘇里案之推卸責任能力和責任條件的概念。不像蘇聯之採統一的社會防衛處分，而保留刑罰和保安處分的制度。因為這些都和小資產階級所以存立的自由主義是息息相關的。不像文化主義的刑法採行刑教育之理論，由於教育刑論是產業高度發展社會，矛盾尖銳化時代的產物。而法西斯蒂政治是資本主義高度發展的環境中，崩壞的民族之政治形態的緣故。對於刑罰和保安處分之利用，遠較文化主義的刑法為深刻。並且明白想使犯人屈服於國家權力之前。這也都是把自由主義不很發達的社會歷史作基礎的法西斯蒂政治的本質之暴露。

德國國民社會主義是一種民族社會主義。這種主義是：(一)把法治作基礎，建立權力主義的國家；(二)用獨裁主義代替征大多數決的制度；(三)把一定的職業的組織的政治，來代替十九世紀個人主義的平等和民主主義的憲政。這種權威主義的政治形態，使刑法也由自由主義的刑罰變成權威主義。刑法；全體國家之保護威權刑法的目的。一九三三年普魯士邦司法部長曾發表過一次刑法覺書，這「覺書」的特點在於：(一)否定新學的主張，而認刑罰是基於犯事責任的報應；(二)否定舊學的主張，而認刑法的最後目的，在於逐漸縮小刑法適用的範圍；(三)否定自由主義精神，以為國民社會主義的刑法，在於過渡期中，帶特殊的嚴重性；

(四)主張不詳辨精法定主義，以爲依國民的道德意識認爲可以非難者，均可用類推解釋的方法以處罰。一九三九年刑法之改正，就是這種精神一部分的實現。刑法的嚴重性之強調，是把刑法當作了爭取民族地位的手段之結果。報應精神之提倡，一面是因社會在國際間自由發展其國力的要求之表現，同時即貨幣經濟的市場關係間也有不可分的關係。至於強調報應精神的動機，當然是德國海外環境上的條件使之。

第四章 中國刑法

第一節 中國刑法史之特徵

復讐是刑法的前身；刑法起源於復讐的習慣；這是刑法發展的一般法則，也是中國刑法的起源。中國法律起源和復讐的關係，日本種原重博士討甚詳。商周彝鼎銘文中，常有「誅刑明德」的話。所謂誅刑，就是征伐。又在彝鼎銘文中，「征」和「東」，都是一個「正」字。而刑罰的利和征伐的征，又是相通的。只是征伐稱大刑，刑罰稱小刑。左傳說：「大刑陳旆原野，小刑陳諸市朝。」前者是征伐，後者是刑罰。大刑和小刑的區別，顯示着征伐是重大事。征伐的作用在於侵略或防衛，也是復讐的原因或結果。說文中稱「刑」為「刑也。平之如水；灑水。靡所以灑不直者而去之；從灑去。」這中間雖然顯露了神判或懲罰的痕跡。然而所謂「之如冰」，實定係指平人或害者和加害者間復讐或懲的起伏，和復讐行動之更趨不絕而言。所謂懲或刑，正是復讐轉化為國家的刑罰權或君力公權化之明證。不過國家的刑罰制度出現最早的，似乎是苗族。尙書呂刑：「若古有罪，惟死無赦。爰始誅爲刑罰。越茲麗刑並制，罔差有辭。」正是這種「誅刑告白」。

相傳漢族的伏羲始畫八卦。這八卦中就含了兵和刑一種事情。圖書集成刑刑第一卷：「太昊伏羲氏始立獄官，稱刑政。」又路史後紀：「太昊伏羲氏……乃明刑政，修兵杖，以懷威。」從這點看，當時的特徵，還是懲戒的復讐。續書刑法志：「前代猶神之徒，多設三皇之音，又不載實刑法……黃帝以兵定天下，此刑之大者。周書以前，未聞實制。」是以皇帝時代，國家的刑法已漸形成，復讐制度已漸相當限制，不復像以前的毫無限制。所謂堯：「堯共工於幽州，放驩兜於崇山，夏三苗於三危，殛鯀於羽山；罪而天下咸服。」有人認爲這是堯時的刑罰刑。就事論事，似乎這還是征伐「復讐」，不是國內的刑罰。若從尙書舜典：「象以典刑，流宥五刑，作官刑，扑作教刑，金作贖刑，黃髮無赦，估終賊刑。欽哉欽哉，惟刑之弼哉。」的話看來，國家

的刑罰制度，變時已經具備。對內的私力復讐。已經公權化；國家的刑罰制度已經代替了私力復讐。贖刑制度並且顯示民事責任和刑事責任之分化。大體上，堯舜自己進入了國家制度中的刑法史第一期。至於傳書舜典：「帝曰：皋陶，蠻夷狃夏，寇賊姦宄。汝作士，三刑有服，五服三罪，五流有宅，五宅三居。惟明克允。」又：「惟茲巨憝，罔或干予正。汝作士，明於五刑，以弼五教，明於子治。刑別於無刑。」却都算是舜代已經進入刑法史第一期的明證。若說有些材料本身靠不住。那便只好根本存疑了。然而傳書大傳有：「夏刑二千條」的話。精審藝文志也說：「夏后氏正刑有五科，條三千。」揚子法言也說：「夏后肉刑三千。」史記後記還說：「夏后氏罪疑惟輕，死者千鑊，中罪五百；下獄二百。」因此，認為夏代已經脫離了復讐期，或者切實些。不過，所謂進入刑法史第一期，只是國家公權已經形成，私力公權化的意思，不是說：復讐現象已經沒有了。若從秦商鞅變法，鼓勵人民勇於公鬥一點看：私力公權化的程度，經過商周二代，似乎還不深刻。若從家族主義的支配，直至清末，和村寨宗族械鬥的遺風，至今猶存二事看，或許可說：中國史上私力公權化的程度和速度，似乎遠遜於西歐。

商和西周二代的刑罰，散見於經傳。犯罪概念很不清楚，也沒有雖然的條文。這是攔斷主義必然的結果，也是刑法發達必經的階段，而和農業社會連環教、輕刑政的道理是沒有關係的。東周郊十產刑書，鑄於鼎，以爲國之常德。這事實大概是真的。並且不難想像這時已具相當的整齊的體例。當時晉國也有刑書之編制。魏寧經的法經六篇，一般稱爲中國刑法典。十成文刑法也隨失之。然今任所可見的法經六篇，却被疑係後人所僞託。自商鞅改法述六篇爲秦律後，漢有漢律，魏有魏律，晉有晉律，北齊、北周、南齊、梁、陳諸國，各有刑律。隋有開皇和大業二律。唐初定律，後經修改。今日所見的唐律疏議，實即長孫無忌所註的永徽律。自後由五代經宋、元、明、清，以至民國的律例中，都有相當於民國以來刑法典的部份。不過，刑法歷史之敘述，在於探求刑法發展的軌跡。我們不能一一據且不必逐一介紹歷史律例的目錄，然却不能不追求國家制度形成後，歷代中國刑法的指導原由和變遷。因此，這裏必須尋求的是：國家制度形成後，私力公權化，民事責任和刑

事實任分化後的中國刑法之類型的特徵是什麼？特徵的具體又怎樣？不過因爲材料缺乏，大體上只能把唐律、明律和清律作根據，由此推想到唐代以前，私力公權化以後的情形。

自私力公權化以來，到大清現行刑律止。在這個階段中，中國刑法的第一個特徵是罪刑擅斷主義。漢書高帝紀：「廷尉所不能決，謹具奏，附所當比律令以聞。」可見漢代定罪科刑，不以律有明文爲限。唐永徽律名例：「諸斷罪無正條，其應出罪者，則舉重以明輕；其應入罪者，則舉輕以明重。」又同律律：「諸不應得爲而爲之者，笞四下；事理重者笞八下。」疏義說：「雖犯輕罪，觸類甚多。金科玉條，包羅難盡。其有在律在令，無有正條，若不輕重相明，無文可以比附。臨時處斷，景情爲罪，庶補遺闕，故立此條……。」有了這一條，凡有法無明文，而在道備或政策上認爲不當的行爲，定罪科刑，不用明文的根據。還在技術上，比後代更嚴密；在制度上，却沒有不同。明律：「凡律令駁駁，不盡事理。若斷罪無正條者，引律比附，應加應減，定擬罪名，議定奏聞。」又：「諸不應得爲而爲之者，笞四下；事理重者，笞八下。」原則上和唐律沒有二議。大清律例和明律相同。大清現行刑律名例下：「凡律令駁駁，不盡事理。若斷罪無正條者，引律比附，應加應減，定擬罪名，議定奏聞。若輕重決，致罪有出入，以故失論。」又同律雜犯：「凡不應得爲而爲之者，處四等罰；事理重者，處八等罰。」基本原则，還是一樣。由此可見：自私力公權化至於大清現行刑律，中國刑法實地受着罪刑擅斷主義的支配。這種擅斷主義和復讐時代的恣意複雜，具有抽象的同一性。

到大清現行刑律止，歷代舊律都是把家族主義作基礎的。在家族主義前途下，家屬爲家的構成分子。家長對於家屬保有廣泛的制裁權。另一方面，家長對於家屬的特定行爲和家族對於家長的特定違法行爲，都要負連帶責任。羸秦罰罪，勳則夷三族，漢初也是這樣。高后元年，曾除夷三族之令。然漢書禮傳：「大道無道……父母妻子同盡，無少長，皆棄市。」魏代限於謀反大逆，始夷三族。晉書刑法志：「魏法制新律，改賊律。但以首路及犯宗廟陵園，謂之大逆……家屬從坐；不及父母孫。又實充定法令，除謀反，適養母出嫁女，皆不復追坐。父母棄市。」唐律：「誰謀反大逆……父子年十六以上，曾祖。十五以下及母妻女祖孫兄弟……並獲

入；男年八十及篤疾，婦人年六十及廢疾者，並伯叔兄弟之子皆流三千里，不限籍之異同。刑雖謀反，斷不
不能動衆，威力不足率人者；父母子女妻妾，並流三千里。明律：「凡謀反大逆……祖父父子孫兄弟
及同居之人，不分異姓，及伯叔兄弟之子，不限籍之異同，年十六以上，不論篤疾廢疾，皆斬；其十五以下及
父母妻妾姊妹，若子之妻妾，給付功臣之家爲奴……」大清律例及大清現行刑律的規定，和明律相同。由此
可見：私方之權化至於大清現行刑律，在某種條件下，完全受着團體責任原則的支配。這種團體責任——尤其
動則與三族，和復讎時代把特定血緣集團當作復讎的對象，算是一脈相通的。

自國家刑罰產生到大清現行刑律，歷代的刑罰制度，都是非常殘酷的。經典所稱五刑的制度，史家說
是：墨、劓、剕、宮、大辟。這五刑和流、鞭、扑、釵、合稱九刑。刑之中，除釵刑外，都是把身體生命作對
象的。夏代的五刑是大辟、釵、宮、劓、墨；周代的五刑是墨、劓、宮、剕、殺；完全是生命身體刑。隋
開皇足新律，把笞、杖、流、徒、死作五刑。這制度經唐、明到清代，沒有變動。此外還有外遣、充軍二種。
然而笞、杖和死刑，都是身體刑或生命刑。而生命刑的執行方法，又種類繁多。大清現行刑律改爲死刑、安
置、工作、罰金三種。並且統一死刑的執行方法；完全廢止身體刑。這算已經進入了過渡期。

罪和刑罰的關係。嚴格推行等量的報償主義，也是大清現行刑律以前的歷代舊律之一特色。舊律中的侵害
財產罪，固然都是計賊定刑的。賄賂罪也是計賊定刑的。其他和財貨有關係的罪——如收贓他人奴隸罪刑之
輕重，也和價格有關係。傷害罪的刑，因爲傷害結果之爲廢疾、篤疾或普通傷害，而異其刑之輕重。這和計賊
論罪，同一是等量的報償精神之實踐。這種精神浸透了歷代舊律中刑法部分的全體。自歷史觀點看：這是限制
恣意復讎的結果，Talis制度精神的表現，也是國家執掌刑罰權的公平正義之所在。

舊律中很重視犯意。共犯中的造意犯被當作了共犯的首領。這是在個人人格和意思自由論的前提下，所
可想像的事情。並且，把單純的犯意——同謀犯當作犯罪而處罰，也是舊律中常見的事情。這在構成要件的概
念下，也是不能存在的現象。這種二元主義——意思和作爲並行，完全是極強威嚇主義的產物，繼而復讎報

之後必然的現象。

大清現行刑律以前的歷代律例，在形式上是多元的命令。不問當時的律例是沒有記載成條的習慣，或已記載成條的條文；本質上都是統治權者的命令，不是近代意義的法律。統治權者可以隨時任意修改這類命令。特定案件，適用現成的律例，常常是把統治權者對於特定案件沒有特殊的新命令前提的。擅斷主義時代之可以任意專斷，全恃刑法是可以隨時修改的命令這事來成全。近代意義的法律和擅斷主義是互相衝突的。在法律之下，沒有方法實行擅斷。擅斷主義時代，常常為特定案件，隨時用後命修改前命。所修正的假定是前命之部。這新修正的一部和從前的整體，常常保有例外和原間的關係。舊律中所以律外有例，例外有案，就是這個道理。這種律、例、案並行的現象，便是舊律形式之一特色，這種特色是感情的產物；和複雜時代的恣意擅斷也是一脈相通的。

為中國刑法史開闢新生面的是大清新刑律。同律的立法原理和原則，對於過去的律例，都是斬新的創造。同律第十條：「凡律例無正條者，不論何種行為，不得為罪。」這是所謂罪刑法定主義。因此，法律成了刑法一尤的形式。同律第八八條以下，關於侵害皇室利益的罪，都把行為人當作負責者。這是個人責任的原則之表現。尊卑、男女、夫婦、在刑法上的地位，原則上是平等的。主奴的稱呼，也沒有了。卑屬對於尊屬，一樣有緊急防衛權。這也是個人本位的責則之產物。身刑刑完全廢止了；死刑用絞，並且廢止執行於監獄；刑罰制度的重心是自由刑；刑中間，充分顯示着仁厚寬大的精神。計贓論罪的辦法廢止了——罪刑關係的法則，除舊舊場合外，大體上都是罪刑等價主義的產物。大清新刑律中雖還保留着遺意犯這名詞，可是其犯的概念，已經根本改造了。行為成了構成犯罪的中心，同謀已不是犯罪的類型。總而言之，大清新刑律是把罪刑法定主義、罪刑等價主義、刑罰人道主義、行為中心主義、和個人責任主義作特色的。

不過，這是不可忽略的：大清新刑律中這些特色，並純粹。換句話說，表現這些特色的大清刑律，同時包含了這些特色之舊律的和前邊的一種對立物。自舊律的方面看：大清新刑律附有暫行章程五條。其中第一條

是規定某些犯罪（阿律第八九條、第一〇一條、第一一二條、第三一二條及第三一四條之罪）之死刑，不依阿律第三八條用絞，而仍用斬。這是若父至尊的農業社會意識之產物。第二條是規定阿律第二五八條第一項、第二五九條、第二六一條至第二六三條等侵害攻窺屍體遺骨等罪，應處二等以上徒刑者，得因其情節，仍處死刑。這也是農業社會的尊卑觀、崇拜祖先的意識形態之產物。第三條是規定阿律第三七〇條之罪，應處一等有期徒刑者，及第三七一條至第三七三條之罪，仍因其情節，處以死刑。這種對於財產非的強力犯罪，用最大之威嚇的刑，和農業社會是有內的關係的。第四條是規定無夫婦女遺姦之處罰。這是舊禮教之產物，和性愛自由、男女平等的意識根本不相容。第五條是規定卑親屬對尊親屬沒有正當防衛權。這是舊家族主義、君主至尊的思想之表現，本質上是反個人解放的。綜合這五條之所表現的，都是先自由主義、個人主義、產業資本主義——農業社會、家族主義、君主專制政治的產物。比大清新刑律中諸基本原則之所表現的精神，落後；一個歷史階段。然而這是大清新刑律制定而後，朝野有力者的要求之產物，也正是沈家本氏所謂「發語中國名教，必宜永遠奉行勿替者。」「暫行草創之所以產生，由於大家不願因大清新刑律之推行，「致令綱紀蕩然」，於是另定五條，「稍示保存」。

從前進的方面看：大清新刑律的立法政策是沈家本氏所謂「折衷各國大同的良規，兼採近世最新之學說。」這正是前進的精神之宣明。事實上，大清新刑律一面根據道德的責任論，於第十二條及第十三條前段規定未滿十二歲人及精神病人的行為不為罪；又復根據社會的責任論，於同條但書規定未滿十二歲人的感化教育及精神病人的監禁處分責任。一面把罪刑等價主義作骨幹；同時第一七條第三項對於未遂犯之據罰採得減主義，第五十條審判法官審按犯人之心術及犯事事實減輕本刑一等或二等，第十九條以下又有累犯加重的規定，並且採用假釋制度。然而絞刑、假釋、累犯、熱刑上減刑、未遂與既遂同罰、保安處罰……等等，和罪刑法定主義，罪刑等價主義等等，本質上是互相矛盾的東西，也是比較罪刑法定主義等等進步的制度；二者自有其歷史背景和階段——前者為科學時代的刑法之特徵，後者是博愛時代的刑法之特色。綜合看來，大清新刑律

中祇合罪刑法定主義、罪刑等價主義、緩刑、假釋、裁判上減刑、保安處分、累犯……等制度於一體。罪刑法定主義和罪刑等價主義的色彩，自然不純粹。

由歷代舊律的精神變成大清新刑律中的諸原則。從變化的質量看，這是突變。從歷史因果看，大清新刑律中的諸原則，都是舊律精神變化的結果，並且脈絡十分顯明。從罪刑法定主義之由來說，漢書高帝紀僅說：「廷尉所不能決，盡具奏，附所當比律令以聞。」比附的方法，完全沒有限制。到唐律，便有出罪舉重以明輕，入罪舉輕以明重的軌跡。這軌道本質上是比附權之縮小。然而依法比附了，就算完事。刑的輕重，也沒限制。到了明律，比附之後，還要擬定罪名，定刑之加減，再加議決，然後奏聞。這樣，比附者個人的恣意被禁止了。到了大清現行刑律，又加上了「若輒斷決，致罪有出入，以故失論。」這樣，擅斷成了犯罪。再進一步，變成大清新刑律第廿條，絲毫不得不得不自然。至於刑法的形式由多元的命令，變成一元的法律，即是三權分立的理論必然的結果，無可避免的宿命。

從刑罰人道主義說，也是由來有新的。過去應用最多的是死刑。執行死刑的方法，從來有斬首、戮屍、梟首、車裂、棄市、焚刑、壓頸、抽骨、鑊烹、鑊烹、鑊烹等等。漢景帝改磔為棄市。從此少了一種磔。到晉代，剝了斬、梟首和棄市三種。梁僅有梟首和棄市二種。隋把絞和斬二種作為死刑的執行方法。到宋朝雖加了凌遲。這又加腰斬、戮屍、投高崖環、藥、生煮、射鬼箭、砲擲和支解。然到近代憲和律中，又只剩了絞和斬二種。元、明、清，也是一樣。大清新刑律第三八條規定：「凡死刑用絞。」不過更進一步。至於笞杖等身體刑之廢除，實為尊重人格必然的結果。並且單純的驅逐之心發動之結果，也曾使漢文廣肉刑。可見死刑執行方法之人道化，固不是突然其來的。身體刑之全廢，也不是不可理解的。

個人責任原則，也不是突然產生的。秦朝原來勸誡夷三族。漢代高后便曾除去夷三族的辦法。魏代以降，限於謀反大逆，方夷三族。團體責任限於極少數犯罪；大多數犯罪則責任，限於行為人。這狀況到清代已是幾千年。大清新刑律把個人責任的原則，貫徹適用到謀反大逆罪，不過把固有的原則推進一步罷了。

至於由「贓刑隱量」達到罪刑等價，以及由意思行為二元主義達到行為中心主義，也是由來有漸的。就前論說。舊律中很多沒藏罪計的犯罪，基本上不是計贓論罪的。除了殺人之外，嚴格的等量主義，也是推行不遠的。換句話說：舊律中早已採用了比「計贓」和「等量」更進一步的罪刑等價主義的原則，並且在數量上表現等價原則的地方，實比實現計贓或等量精神的地方多。大清新刑律只算委棄了舊律中的計贓和等量的辦法，而採取了其中嚴密的原則，並且普遍適用了。這只算統一了多元的標準，不算是創造了新標準。從後者說：舊律中把行為作對象的地方，實比把意思作對象的地方多。大清新刑律由二元主義變為一元主義，只算繼承了較多的一種，湊集了較少的地方，並不算早平白確定的原則。大清新刑律中的教唆雖不是首犯，和正犯並沒輕重的區別。這種變化，相法只是一問。決不算衝突。

罪刑斷斷、團體責任、刑罰殘酷；二元主義和計贓論罪，既是由私力公權也起到大清現行刑律止，數千年間中國刑法的特色。這一階段中國刑法的類型，相當於西洋刑法史上的贓刑時期，毫無疑義。可見：中國刑法的前身或起源，不僅和一般刑法的前身或起源同樣是複雜。並且國家制度形成後的刑法之特質，也和一般刑法中的第一階段同樣是嚴酷、殘刑並擅斷。然而大清新刑律中的罪刑法定主義、罪刑等價主義、刑罰人道主義、個人責任主義、行為中心主義……等等，本質上即是大清現行刑律及其以前舊律中的罪刑擅斷主義、殘酷的刑罰、意思行為二元主義、低級的等量主義、團體責任主義……等等之否定。罪刑法定主義……等等諸原則，既是大清現行刑律及其以前舊律中的特色之否定者。中國刑法史上的贓刑時期，當然隨着大清新刑律之推行而結束。若從世界史的觀點看，世界的贓刑時期結束於美國之獨立和法國革命之成功；中國刑法史上之一期，直至宣統二年大清新刑律之誕生而結束，在時間上落後了一百多年。

刑法史的一般法則教新我們的提：繼贓刑時期而起的歷，轉設是博愛時期。然而證據告訴我們：因為中國刑法史上贓刑時期之結束，落後於先進國家一百多年。繼贓刑時期而起的歷史階段，可能不是博愛時期。又因為贓刑時期之結束，落後了一百多年，繼贓刑時期而起的，決不能是博愛時期。更因為贓刑時期之結束，不是

獨立自主的中華民族之歷史內在的自動的發展之結果，而是外國開拓殖民地，中國爲城下之盟的產物。沈水本氏所上新刑律草案告成奏摺說：「我中國介於列強之間，迫於交通之勢，豈有萬難守舊者。」於是一則曰：「鑒於時局，不能不改。」再則曰：「鑒於國際，不能不改。」三則曰：「鑒於教學，不能不改。」這是一面中國舊律轉變爲大清新刑律的政治理由，也是大清新刑律產生的偶然性。這個偶然性，決定中國刑法史不能踏上博愛的階段。

大清新刑律本身告訴我們：具有博愛時期刑法的特徵即大清新刑律，不是中國刑法史上博愛時期出現的表徵。理由是：因是大清新刑律時代，一面存在着大清新刑律的根本原理之落後的對立物。這種對立物原是舊律的特色，也是大清新刑律所已否定的東西。另一面，大清新刑律中包含着自身之進步的對立物。這種對立物原是大清新刑律中的基本原則之否定或制約，也是科學時代刑法的特徵。大清新刑律時代的暫行章程是前者的具體表現，大清新刑律中的保安處分制度——對於未滿十二歲人的感化教育和對於精神病人的監禁處分，以及裁判上被刑、未遂與既遂同罰、假釋、緩刑、累犯等等之存在，便是後者的說明。一面存有殘刑時期的痕跡，同時表現科學時代的特徵，中間實以博愛時期的刑法之特色，簡直表現着祖孫三代或三世同居。因此，大清新刑律之獨行，自然不是中國刑法史進入博愛時期的表現。假使這是中國刑法史進入博愛時期的象徵。依理：大清新刑律之產生應是民族社會的需要使之然；制定之後，必然能和民族社會的現實相符合。然正因爲過分不相符合之故，不僅保安處分感化教育和監禁處分的規定，等於具文。並且大清新刑律本身還在遭遇猛烈反對之餘，產生了所謂暫行章程。假使法律史上的記錄不是任意可以取消的。相信任何人不會承認大清新刑律之產生，便是中國刑法史上博愛時期。

或許有人說：大清新刑律具有科學時期的刑法之特徵。因此，大清新刑律屬於科學時期的刑法之類型。中國刑法史上的殘刑時期的結束，後於先進國家百餘年，延擱了進入博愛時期的時間。因此，跳過博愛時期這階段，由殘刑時期直接進入科學時期。這正是一種迎頭趕上。這話雖有一面的道理，究竟似是而非。附屬於大清新刑律的暫行章程和附屬於暫行刑律的補充條例，實質上是大清新刑律和暫行章程中的基本原則之進步的修

正或變質。科學時代的刑法是把博愛時代刑法的基本原則之完整的全體作基礎的。大清新刑律和暫行刑律中的基本原則，因為暫行章程和補充條例之限制，自身早已陷於不完全。怎能認為中國刑法史因為大清新刑律之頒行，跳過了博愛時期，踏上了科學階段？

事實告訴我們：不僅自宣統二年至民國十七年——在大清刑律和暫行刑律時代，中國刑法史沒有踏上一被刑法史上的科學階段。並且，七年後刑法施行，補充條例及其精神消滅後，中國刑法仍和科學時代的刑法不相同。因為第一，科學時代的刑法是把近代自然科學的歷史作背景的。可是，中國的自然科學，至今還在萌芽。第二，科學時代的刑法是把高度發達的工商社會作基礎的。可是，中國的產業革命，還在發軔。第三，科學時代的刑法和權威政治是互相表裏的。然而中國至今還有些人正在實行着專制，也有些人渴望着民主，更有些人很諷言權威。第四，科學時代的刑法是資本主義社會階級對立，貧富懸隔時期的刑事政策之表現；也是為着壓抑思想犯、習慣犯、職業犯、營業犯，以及犯罪並呈犯增加的傾向，以防衛資本主義社會而產生之合目的手段。然而，這此原因都是中國社會找不出來的。第五，刑法史上的科學時代是把博愛時代的刑法作母體孕育出來的。然而中國刑法史中，沒有相當於博愛時期的階段。這一處於「異物」而生的大清新刑律及其以後的刑法——尤其大清刑律，本來不是民族中國刑法史的一脈流傳。安能僅僅法規本身，認係科學時代的刑法，使之進入獨立自主的民族中國刑法史之「祖廟」？

大清新刑律之頒行，不是中國刑法史進入博愛時期或科學時期的象徵，而是進入次殖民時期的開端。因為大清新刑律的整體不屬博愛時代或科學時代的刑法之類型，而是中華民族社會次殖民地性的表現。因為第一，大清新刑律中的諸原則，雖是個人主義自由主義的工商社會刑法的原則之產物；暫行章程中的諸規定，却是尊重親親、男女有別的農業社會之反映；二者合為一體，正是外國工業和中國農業統一的表現。工業和農業之統一，正是次殖民地民族身分所由來。所以，大清新刑律之產生是企圖撤銷在華領事裁判權以及發給國旗的意志之產物，也是外國壓迫的結果。暫行章程之存在，却是民族的農業社會內部需要之表現。然而殖民地固有

的社會經濟是農業的；外來的社會經濟組織却是工商業的。所以上清新刑律與其附屬的暫行章程之整體，算是與外來的固有的合為一體。這正是外國工商業和中國農業互相統一之本質的反映。第三，刑法史上的科學時代和資本主義社會經濟史上的帝國主義時期是互相表裏的。大清新刑律本身具有科學時代的特徵，正因殖民地是帝國主義社會之一面或一因素。具有科學時代刑法特徵的大清新刑律和暫行章程打成一片。這和中國近百年來之資本主義鐵路下的農業國身分間是天衣無縫的。所以，大清新刑律和暫行章程互相結合的整體，屬於殖民地性的刑法之類型。因大清新刑律的整體屬於次殖民地性的刑法類型。所以大清新刑律之頒行，不是中國刑法史進入博覽時期或科學時期的象徵，而是中國刑法史 入次殖民地階段——走上民族刑法歷史的歧途之開始。

從中國社會之次殖民地性和大清新刑律開闢的開端看：大清新刑律確是中國社會次殖民地性的反映。中國之論於次殖民地地位是原因，大清新刑律之產生是結果。換句話說：基因社會經濟組織之次殖民地化，遂使法制之變革，成爲歷史的宿命。儘管憲法當時，中國已有撤銷領事裁判權以企圖，中國刑法形態之科學時代化，或早或遲確是中國刑法史上必然的一幕。從這點說：撤銷領事裁判權的企圖和次殖民地之產生，算是互不相關的事情。不過，企圖撤銷領事裁判權這一概念的精髓是二面的：一面是妥協的，同時是革命的。因爲沒有領事裁判權的現象，可能是深刻化了殖民地的，也可能是獨立自主的國家。當時撤銷領事裁判權的企圖之革命的一面，可以說是發奮圖強的意志之一具體的形態，也可作爲無意識地促使民族更進一步深刻殖民地化。發奮圖強的意志又是發奮圖強的结果或中國殖民地化的民族自我意識的表現或反動。當時伍廷芳、沈家本一派所持大清新刑律產生之意識的理由，明白是企圖撤銷領事裁判權。可惜，基因暫行章程之存在，使發奮圖強或撤銷領事裁判權概念中的民族自我意識中的積極革命的一面，沒有表現於刑法。表現出來了的，只是消極的妥協的或發奮圖強的意識。因此，不問當時主持者的心目中是何想，實際上不能不說：大清新刑律之產生，是中國社會更進一步次殖民地化的明證。如果大清新刑律果係民族自我發奮圖強之積極的一面的表

現，大清新刑律時代，便應和刑法時代一樣沒有暫行章程一類的附屬品。

自大清新刑律頒行後到民國十七年刑法頒行前。這十七八年間，算是中國刑法史上次殖民地性時代的前期。這時期期的特點，在於傳統的尊尊親親、男女有別、農工商士的社會意識形態，始終維持着相當的地位，形成次殖民地性時代的統一體中對立的一因素。由大清新刑律變遷至暫行刑律的過程中，雖然產生了民主、委棄了君主。自暫行章程或補充條例的過程中，雖也可以發現固有的農業社會意識相當讓步的痕跡。然而補充條例對於暫行刑律中的諸原則，終不失為一種修正或剋制。所以，工商業的社會意識之壓迫與侵略，和農業的社會意識之反抗與爭扎，便是這一階段刑法的歷史意識之所在。

民國十七年刑法之頒行，算是更進一步，踏入了中國刑法史上次殖民地性時代的中期。自一方面看，舊刑法之廢時，沒有和暫行章程或補充條例相當的附屬品，當時也沒有人作這種主張。因此固有的農業社會意識形態，在制度上從此盡失足了。自另一方面看：舊刑法中不僅繼承了大清新刑律及暫行刑律中所含近代的現代的刑法特色。並於第七六條規定了一般的量刑注意事項，第七七條增加了科罰金時斟酌犯人資力的規定，第九〇條准，拘役及罰金之緩刑，第九三條改執行未滿三年不得假釋的限制為二年，使刑法內存矛盾益趨深刻化，或使刑法之科學時代的色彩，益形濃厚。這消極的積極的二方面之綜合體，便是這一階段的特色。

形成這種特色的原因是殖民地性深化的傾向，也是民族解放運動的表現。次殖民地社會中，原來含有二種可能性或傾向：一種是進向殖民地深化的傾向或可能性；另一種是突破殖民地性的桎梏，進向民族獨立自主化的傾向或可能性——民族復興的可能性及其實踐；前者是適應殖民地性的，後者是反殖民地性的。二者本質上是互相矛盾的。然而殖民地性深刻化這因素，理論上可使固有的農業社會意識從刑法中退却，並使刑法之科學時代的色彩，日加濃厚；事實上，民國十七年舊刑法之施行，沒有相當於暫行章程和補充條例一類之附屬品，以及科學時代刑法應有色彩益加濃厚，誰也不能說：這和殖民地性之深刻化沒關係——至少沒法證明的事情。另一方面，民族復興運動這因素，理論上，固然可使固有的農業社會意識從刑法中退却，並使刑法更前

進，以符合迎頭趕上精神；事實上，舊刑法頒行時，沒有了相當於暫行章程和補充條例的附屬品，並且更進一步主觀主義化、社會防衛化；民族復興運動這因素，實有不可沒視的功績。儘管殖民地性深刻化傾向和民族復興傾向，本質上是互相矛盾的。二者對於進攻農業社會意識的作用，却是殊途同歸的。因此，我們不妨說：舊刑法沒有相當於暫行章程和補充條例一類的附屬法規，正是殖民地性深刻化和民族復興的思想及運動二者聯軍的戰果。

爲什麼殖民地性深刻化的傾向能使固有的農業社會意識從刑法中撤退？並使舊法益趨主觀主義化？道理是這樣的。獨立自主的農業國的農業是經濟上的宗主國的工商業之附庸，換句話說：殖民地的農業是爲宗主國的工商業的利益而存在的；殖民地的農產品之生產是商品生產。而尊尊親親、男女有別的農業社會意識，是把獨立自主的農業社會作基礎的。假定農業社會失去了獨立自主性，變成外國的殖民地。儘管依然是農業國，尊尊親親、男女有別的意思却是不需要，並且不能存在的。需要而且存在的，只有外國工商業社會的平等、自由、個人主義……等類的意識。基因中國農業和外國工商業之內的開聯，日益密切。結果必然認賊作父，棄固有的農業社會意識而叛離。而列強的刑法都是科學時代的刑法之代表者。刑法之日趨於科學時代化，自屬經濟同化的結果。

爲什麼二十世紀中華民族復興思想和運動，能使固有的農業社會意識從刑法中撤退？並使刑法更前進？這是被三民主義的國民革命決定了的。三民主義的國民革命，不僅要解決民族問題、民權問題，並且要附帶解決民生問題。因爲要解決民族問題，必須對外爭取民族自由平等。外國尤其是列強是工商業社會。所以民族復興，便是民族社會工業化。又因爲要解決民生問題，所以必須努力生產。生產力最大的是工商業社會。所以民族復興運動，便是中國工商業化運動。因爲要解決民權問題，所以必須撤消男女間的防閑，把個人從家庭中解放出來，以及要求尊尊親親、男女有別的原則之修正，及其概念之改造。工業化的理想，在形式上要求農業生產工業化，實質上要求農業喪失獨立自主性，農業爲工商業的利益而存在。固有的農業社會意識之原狀保留，

和民主主義的國民革命是不能並行的。在實現三民主義社會的前提下，固有的農業社會意識，必須退却。十七年頒行的舊刑法是中國國民黨北伐成功，定都南京後，大體上三民主義化了刑法。舊刑法之頒行，當然不容再有類似暫行章程或補充條例的屬附品。兼之，三民主義的精神是迎頭趕上。當然刑法也是迎頭趕上的。

綜觀中國刑法之史跡，在國家形成前，中國社會通行着私力刑權。換句話說：中國刑法起源於復讐。可資研究的史料，雖然太少。根據已知的很少的論據，原不妨這樣斷定。若果如此，中國刑法的起源，和一般刑法的起源沒有二樣。國家形成後，刑法是變化的。這個時期的刑法之特點，和西洋刑法史上的特別刑具有某種同一性。代表這個時期的時間很長，材料也很多。這個時期之結束，沒有走上一種刑法史的正軌——博愛時期，却走上了次殖民地性的路途，當作一般刑法史第四期——科學時代的附庸而登場。因此，中國刑法史中的變遷期很長；接着又沒有出現一般刑法史上的博愛期；這便是中國刑法史的特徵之所在。

第二節 現行刑法之特色

自一方面看，刑法的形式是成文，不是習慣。換句話說：成文的形式是中國法系統之一特徵，也是現行刑法的特色。因之，刑法之所以為刑法，在於規定之抽象性。自另一方面看：罪刑法定主義是三十年來中國刑法的特徵，也是中國現行刑法之特色。訓政時期約法第八條：「人民非依法律不得……處罰。」刑法第一條：「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限。」違警罰法第二條：「本法及其他警察法令無明文規定者，不得處罰。」以及法規制定標準法第二條第二項的規定，都是罪刑法定主義或刑法形式一元主義之官明。也就是說：認定犯罪，必須有法律根據；否則，便是違憲或違法。

所謂法律的根據有一種意義：其中的一種是「犯罪的構成要件和處罰的輕重，已有法律規定了。刑法分期，陸海空軍刑罰、違警罰」中關於各種違警罰的規定，法院組織法第六十九條對「有妨害法庭執行職務或對他不當行為者之處分規定、刑事訴訟法中關於證人罰鍰之規定以及其他各種法律中的罰則等，都屬於這一類。

這些規定本身，都是法律。這種法律之產生，有兩條線：一條是立法程序法所規定的程序；還有一條是立法程序綱領和法規制定標準法所定之程序。依照立法程序法所規定的程序：由提案者提出立法原則，交中政會審查通過，再行起草法案。若提案者係中政會或其他機關，原則擬定後，交國民政府法制局起草，由中政會決議。草案若不是法制局所訂定，除緊急時候外，原則上應經法制局審查後，再交中政會決議。中政會決議後，即由國民黨中央執行委員會送交國民政府。國民政府於收到後十日內公佈。假定國民政府為不妥，得請中政會覆議一次，然後公佈。這樣產生出來的便是法律。

依據立法程序綱領：中央政治會議有決定並修正立法原則之權限。中央政治會議所通過的法案，或根據中央政治會議所通過的立法原則起草的法案，由提案者送交立法院。國民政府和五院，都有權提案。各省和各部會並國民政府所屬機關的提案，必須經由各該院或國民政府提出。立法院依據法規制定，華法第二條通過後，再交中政會。若中政會認為有修正的必要，立法院必須再行修正通過，再交國民政府公佈。這樣產生出來的，也是法律。普刑法，陸海空軍刑法和其他法律中，罰則等部係這個範疇的東西。

法律之產生是一件事，法律之施行另是一件事。沒有施行的法律是沒有規範性或約束力的。據以定罪科刑的法律，是以已經合法施行作前提的。依據法律施行日期條例和法律施行到達日期表：凡是明定自公佈之日起施行的法律或命令，首都自刊登該法令於國民政府公報之日起施行；或公佈之命令，依限於三日內到達五院，七日內到達各部會之日起施行。各省市則自刊登該項法令的公報或公佈的命令，依限應到達各該省市最高官署之日起，發生拘束力。至於各該省市應到達的期限，即由南京路途遠近而不同：江蘇省十五日；浙、皖、魯、豫四省各二十日；贛、冀、鄂、閩四省各二十五日；晉、湘、粵、吉、遼、秦六省各三十日；綏、熱二省各三十五日；黑、陝二省各四十日；桂、寧、甘、青、川五省各六十日；黔、滇、藏三省各九十日；西康省一百日；新疆、蒙古、西藏各一百二十日。萬一有天災事變，致令刊登該項法令的公報或公佈的命令不能依限到達。則自事實上到達的翌日起，發生效力。不過，萬一刊登該項法令的公報或公佈的命令沒有先到達，仍自依限應

到達之日即發生效力。

法律的根據之另一意義是：規定犯罪構成要件和刑罰輕重的法規，本質上是命令。這種命令之產生，若有法律的根據，依然和罪刑法定主義，不相違背。不過，嚴格的罪刑法定主義，因此失去了絕對性，成為相對的，也是不容諱言的。各級行政機關或司法行政上，依據行政執行法的授權，而制定各種有罰則的章程、條例、規則、或行政通告並指令，都屬這一類。

還有一種情形，使刑法上的罪刑法定主義僅具相對的意義。這第一是貫通刑法，則各罪規定中之最高刑或最重刑與最低刑或最輕刑間的距離——自由裁量的範圍。因為自由裁量範圍之存在，使刑罰或為法定中之不確定。這和嚴格的罪刑法定主義，本質上自然是互相矛盾的。第二是數罪併罰時，執行刑不等於宣告刑、想像上競合及牽連犯從一重處斷的規定，連續犯僅可加重至二分之一之規定，結合罪的規定、死刑及無期徒刑不得加重的規定、未滿十八歲人及滿八十歲人不得科處死刑和無期徒刑的規定、犯罪時狀可憐愍者，酌量減輕之規定、第四三條易處訓練的規定、第六一條裁判上危刑的規定，以及緩刑和假釋制度之存在，使各罪所定的刑罰，成為非常不確實或不易實現。

這是不可忽略的：現行刑法中的罪刑法定主義不僅——至少可能不惟止於上述二種不純粹的情形，此外還可發現對立物。因為依據司法院統一法令解釋及變更判例規則，司法院統一法令解釋會議擁有刑法最高或最後的解釋權。因此，司法院統一法規解釋辦法對於刑法的作用，可使罪刑法定主義成為有名無實。換句話說：司法院統一法規解釋辦法可能成為刑法上准許類推解釋之另一形態或萌芽。儘管司法院統一法規解釋辦法則制的本旨，原在法規解釋之整齊劃一；並且不少解釋例，事實上多係法文含義的闡明或特定事實的性質之認定。然而運用的結果，可能在某種限度內達到擴張解釋或類推解釋之目的。因為在制度上，沒有不准這種解釋超過法文的限制；在組織上，這種解釋又有拘束特定事項的作用。這和一般准許類推解釋的刑法不同之處，僅在：(一)一般准許類推解釋的刑法，法官的解釋權規定於刑法；而現在中國情形則根據於統一法規解釋辦法。(二)

一般推類類推解釋。刑法，是每一法官都有解釋權；而中國現在情形，則反之。特定解釋委員會。(三)一般推類類推解釋的刑法，在刑法中明文准許。為類推解釋；而中國現在情形，則無此種規定，而由特定委員會維持最高無上之解釋權。所以說：這是推類推解釋之另一形態或萌芽——問是意識的或無意識的。從而認為現行刑法中的罪刑法定主義，純粹——已開始——或可能踏上推類推解釋的階段。

一般說來，法院判決的先例——判例有二種：一種是適用法律的結果；另一種是習慣法國家的本來面目，也可能是成文法國家的法律欠缺之補充或新的刑法之創造。究極言之，即是司法之名，行立法之實，或在司法過程中兼營立法的作用。後者是刑法的一形態，然而當非成文法國家的罪刑法定主義之所許。前者和成文法國家 刑法的關係很密切，而不是所謂刑法。成文刑法是抽象而概括的；判例是更抽象而概括的刑法適用於特定事實的結果。我們可以說：在罪刑法定主義下，成文法國家的判例是具體化的刑法；成文的刑法是抽象化的判例，所以關係很密切。然而判例是法院製造出來的，判決書本身具命令。這種命令本身雖然是合法的，對於特定事件具有拘束力；然却並沒有普遍的妥當性，也沒有普遍的規範性。在罪刑法定主義下，成文法國家具有普遍妥當性和規範性的，只有依照特定立法程序產生出來的法律——刑法。根據中國目前的情形說，法院判例還不是刑。一般法官之所以重視判例，以及下級法院之所以重視上級法院的判決先例，並非因為這些判例是刑法，也不是刑。判例具有和法律同樣的妥當性和規範性，而是由於(一)判例本身屬於司法者法律知識範圍內之一因素；(二)服從行政上重視判例的督促；(三)誠恐自己所為的判決為上級法院所撤銷等幾種原因使之然。從功利的觀點說；成文法國家適用法律的結果所生的判例，只是適用法律的結果。這種場合，重視判例。不如重視法文來得妥當。補充刑法欠缺而和罪刑法定主義精神相反的判例，假定用來當作判決的大前提，這種判決本質上是違法或違憲的。先例之存在，不能阻却後者判決之違法性。補充刑法欠缺而不違反罪刑法定主義精神的判例，却其價值充分顯著的。因為這罪刑法定主義之一形態，本質上是和康。刑法並行的。換句話說：這是和成文刑法合成一體的。假定忽視了，主觀上是虛偽不完全；客觀上委棄了空刑法則上部份。

學者和法官私人的意見，以及國際公法上之原理原則、國際條約、國際慣例等，在中國現行制度下，都是刑法的淵源——只可作為制定或改正刑法的材料，決不是刑法。因為學者和法官私人的意見，本質上都對於刑法的認識或解釋。這種認識和客觀的刑法互相符合的時候，解釋的內容雖然等於刑法之內容，然而解釋本身並不是刑法。若在解釋和客觀的刑法互相矛盾的時候，在現行制度下，雖可成為立法上的材料，通過立法過程而成為刑法，或通過司法院統一法規解釋辦法的機構，獲得一種拘束力；然而這時早已不是單純個人的私見，而是國家政策了。至於國際公法上之原理原則、國際條約及國際慣例，只有通過司法院解釋的機構或立法過程，始可變成刑法，似乎是顯而易見的。

從新主義和從輕主義、行為時法主義和裁判時法主義之對立，算是現行刑法一特色。依刑法第一條，罪刑之有無輕重，把行為時法作認定的標準。這自須把法律作根據一點看，是罪刑法定主義。自把行為時的法律作標準一點看，也是行為時法主義。但是第二條第二項規定了：「保安處分適用裁判時的法律。」行為後法律有變更，依同條第一項前段，應該適用裁判時的法律。這都是裁判時法主義，也是從新主義。然而裁判前的法律有利於犯人時，除保安處分外，依同條第一項但書，又須適用最有利於犯人的法律。從受益者的觀點看：從新主義和裁判時法主義，都和防衛社會的目的相關聯；從輕主義和行為時法主義，都有利於犯人的利益。從新主義、從輕主義、行為時法主義、裁判時法主義四者交互錯縱，正是國家社會的利益和犯人的利益，互相矛盾之表現。

屬地主義與領土裁判權、屬人主義與外國屬地主義、屬地主義、屬人主義和保護主義間之矛盾，也算是現行刑法一特色。刑法第三條和第四條，都是屬地主義的產物。列強在華領事裁判權，給予中國刑法屬地主義莫大的修正。此亦不平等條約之取消，民國十三年中國國民黨全國代表大會，列為政綱之一。現在德、奧、蘇聯和墨西哥，已因重訂新約，放棄了此項權益。丹麥和西班牙，已斷絕邦交，無形放棄。日本和意大利，已因真戰而撤消其領事裁判權。葡萄牙已訂新約，允許放棄領事裁判權，但須得華府條約簽訂各國許可，始允實行。

威靈約，已歷滿期，但須和聯邦行議各國同時實行。瑞典和瑞士，亦允於各國實行時實行。英美對最近與俄國已訂新約，允許放棄一切三華特權。法國近亦表示願意放棄。只有巴西和秘魯，尚無表示。不過，抗戰勝利後，各國領事裁判權一概撤消，自屬不成問題。屬地主義不應有的矛盾之解消，為時當不在遠。

現行刑法第六條和第七條，都是屬人主義的產物，這一面是和屬地主義對立的；同時屬人主義本身沒有遺底。因為第六條須要犯人是中國公務員，並且犯同條所列举的罪。第七條的犯罪人，雖僅要求是中國人，但第一，須依犯罪地的法律，也成立犯罪；第二，當要所犯的罪，在中國刑法上其最輕本刑是三年以上有期徒刑；第三，如在外國已受刑之全部或一部之執行，依第九條之規定得免其刑一部或全部之執行。

第五條和第八條，都是保護主義的產物。這和屬人主義不符，和屬地主義也互相矛盾。並且保護主義本身也不澈底。因為第五條之適用，限於所犯係同條所列举的犯罪。第八條的範圍，限於：第一，對中國人犯之；第二，限於依犯罪地之法律成立犯罪之場合；第三，中國刑法中之最輕本刑須為三年以上之有期徒刑。不過，屬人主義、屬地主義、保護主義間的矛盾，都是國家現象必然的結果。這種矛盾之解消，必須世界大同。

階段的犯罪概念的存在，也是現行刑法一特徵。自某一點看，刑法中的犯罪概念是把行為作中心的。因此，着手或開始實行，成為犯罪成立的關鍵。然而原則上雖把着手當作成立犯罪的要素，但是準備犯和既遂犯本身是着手以前的階段；傷害致重傷的重傷和傷害致死罪的死亡，又是結果發展的結果；這和行為中心主義都是對立的。自另一點看：既遂和未遂也是對立的概念。刑法第二五條至第二七條，一面在概念上有定既遂和未遂的區別，同時對未遂之既罰，採得減主義，使未遂和既遂受同一的處分。既認不能犯為未遂之一種，而又容許刑罰之減免。區別預備懲罰與着手實行，而未明示預備謀殺之處罰與實行犯既罰之等差。這種態度，也是自相矛盾的。

刑法在概念上區別單獨犯和共犯；據舊法，共同正犯的刑和單獨犯的刑沒有區別。第三〇條承認一方從犯論存在；而不承認一方為共同正犯。第二九條第二項處罰較輕未遂；而不處罰從犯未遂。單獨犯有過失犯，而

不承認過失有共犯。概念上區別正犯和從犯，處分上均以同樣處罰作旨歸。這都是些不可調視的矛盾。

刑法第一三條第一項把重欲主義當作立法目的指導原理，把明知並有意認罪並希望其發生為故意。第二項把明知而無意認罪而未希望其發生者，也當作了故意。因此認罪其發生而希望其不發生之場合，屬於過失範圍。例如：子見父與仇相搏，命垂危。自己去搏所向遠，不及趕到。以救父之目的，遂發一彈或開一鎗。唯知父與仇相搏甚烈，彼此位置，變動甚速，難保中強者非己父。然存心希望不中己父，且抱萬一僥倖不中心。而不幸竟擊中乃父。依第一三條，當然屬於過失。然第一四條第一項把「不注意」當作過失概念之一因素。第二項又把行為時「確信其不發生者」作為一種過失。前例情形，明知或中，父，且未確信其不發生。是依第一四條顯然屬於故意。同一事實，甚因出發點不同，遂致結論互相矛盾。這雖不是特色，却是一種不應有的奇觀。

刑法第一六條四段接受不認不知法定的原則，把不認識刑事法規排斥於成立。意應認識的事實之範圍外，同時又准許減輕。並把相當於所謂法定犯之場合——即所謂「相信其行為為法律所許可」而有正當理由之場合，准許免刑。這種原則和例外對立，而矛盾重重。這重重的矛盾是思想史的意義的。所以這點算是刑法之一特色。

道德的責任和社會的責任之並行，當然是特色中的特色。刑法一面在第一八條及第一九條把滿十四歲和心神喪失，當作故意和過失概念的基礎。分別各罪的规定，除過失罪外，都是當作故意犯規定的。尤其某些犯罪，特別需要有所謂「意圖」。這種意圖，更且把故意作前提的概念。例如若非知此物為他人所有或持刀，而竊取之。根本不能想像有「不法所有之意思」。然而另一面，又在第八六條和第八七條肯定了未滿十四歲人和心神喪失人之保安處分的責任。一面規定了傳染犯罪刑罰，同時於第八八條肯定了此類犯人的禁戒處分。刑分在原則上並不測罰犯罪的原因，同時在第一九條和第九〇條規定了基因酗酒及遊蕩成慣者之禁戒處分和其他工作。一面有累犯、常業犯、連續犯加重處罰的规定，同時又把「有犯罪之習慣或犯罪為常業」作為有。

規定了強制工作處分。一面在第二八五條規定了花柳病麻瘋病患者故意用性交或接吻方法傳染疾病於他人的罪刑，同時又在第九一條規定了這等犯人的強制治療。在屬地主義下，犯罪之成立及處分，不因行為人的國籍而不同，然而第九五條又規定了特定情形下的外國人之驅逐處分。這即是社會責任和道德責任並行的表現。

不過，道德的責任和社會的責任之並行，決是純粹的；二者互相勾通，已為原則。未滿十八歲人受三年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，且於刑之執行前執行感化教育之場合，若因感化教育之執行認為無執行刑罰之必要者，依第八六條第三項，得免其刑之執行。這就是說：保安處分之執行，可以同時解除刑罰之責任。依第八一條第二項，墮毒犯的禁戒處分是先於刑罰而執行的。若因禁戒處分之執行，認為無執行刑罰之必要者，依同條第三項，得免其刑之執行。這也是說：保安處分之執行，可以同時解除刑罰的責任。未滿十八歲人的感化教育、精神耗弱人的監禁處分、癡癲人的監禁處分、酗酒犯人的禁戒處分、有犯罪習慣或以犯罪為常業、或因遊蕩或懶惰成習而犯罪者之強制工作處分，在刑罰執行完畢或赦免後，認為無執行必要者，依第九八條，得免其處分之執行。這也就是說：刑罰之執行，同時可以解除保安處分之責任。不能依據一方之執行而解除他方責任的，只有花柳麻瘋病人的刑罰和強制治療，以及外國人的刑罰和驅逐處分二種。換句話說：只有這二種情形是真正平行的。

隨着未滿十四歲人和心神喪失人的刑罰責任之肯定，便分別各罪規定和這種肯定間，呈現複雜的脫節或不調和。這也算是特色。這特色所代表或顯現時，為過期現象。若把刑罰罪、監禁罪、和未遂罪規定，暫置度外，分則關於各罪的基本概念——與的犯罪類型或犯罪構成要件之規定有三種：一種是故意罪；一種是過失罪；一種是過失罪——如第二七六條，還有一種是結果加重罪——如第二七七條第二項。故意罪和過失罪，都是把責任能力人作前提的概念。按照第一七條的意旨，結果加重罪的加重責任之負擔，也是把過失概念作前提的。因此，現在刑法中雖然肯定了責任能力人之責任，難以認定無責任能力人刑罰責任的犯罪概念，分則中却是不存在的。然能認定責任能力人之負擔保安處分之責任和責任能力人之負擔責任，同樣必須先

有犯罪之成立。然刑法沒有關於無責任能力人的犯罪概念規定，而肯定了無責任能力人保安處分的責任。這算是脫了節。這種脫節或不調和，本應用明文來解決。在沒有明文的前提下，適用上不外二種辦法：一種是將去各種故意罪的規定中之故意運因素，然後當作無責任能力人的犯罪類型來應用；同時把過失罪和結果加重罪當作責任能力人特有的犯罪類型；預備罪和陰謀罪規定，也照樣適用。另一種是：未滿十四歲人事實上也有故意和過失兩種心理狀態。從而分別中的故意罪和過失罪的概念，都可應用於未滿十四歲人。如果這樣，事實上屬於過失而刑法並無處罰明文的時候，未滿十四歲人當然也不負保、處分責任。這在防衛社會的觀點是否妥當？很成疑問。並且對於心神喪失人，依然只有抽去各種故意罪類型中的故意一因素來應用。這二種辦法，自然是最前者簡單些。將來明文解決的時候，似乎仍不在總則中作一過頭的規定。犯罪之成立和刑事責任間含有不可分之因果性。然而沒有犯罪概念，便沒有認定犯罪是否成立的標準。在犯罪是否成立，還沒有認定——並且沒法認定——狀態下，負擔保安處分責任，簡直成；：刑事責任之負擔是不受任何條件的。這不僅否定了罪刑法定的歷史成果，並且不是思維法則所能容認的。

一面把犯罪主義作骨幹；同時存在着犯人主義之萌芽，也是刑法之一特色。犯罪主義是把犯罪事實當作評定刑事責任的大小輕重的標準的。分別中各罪法定刑之所以有輕重——故意罪所以重於過失罪；搶奪罪所以重於普通竊盜罪；強盜罪所以重於搶奪罪；侵害生命所以重於侵害財產；殺害親屬所以重於殺害普通人；重傷者所以重於普通傷害；強姦之所以重於姦淫；姦淫之所以重於相和姦及通姦；結果加重罪之所以因有特定結果而加重；結合罪之所以重於所由結合之二罪中單純一罪，連環犯之所以得加重一罪之刑至二分之一；裁判前數罪之併合處罰；這都是犯罪主義之具體的表現。當業犯之所以特別重罰以及累犯之可以加重，却是犯人主義的萌芽。

刑罰和保安處分制度一面並行，同時互相以聯着；也是刑法的特色中之一特色。本來，刑罰之傳統的性質，是自由的意志之懲罰，所以是報應；保安處分之發生的意義却在消滅反社會的危險性，本質上是反意志的。

由論的。從這點說：刑罰與保安處分是對立的。然而上述舊因刑罰和保安處分之執行，免除保安處分或刑罰的責任，在刑罰和保安處分互稱勾通的觀點，固可算是一種勾通。未滿十八歲人宣告三年以下有期徒刑、拘役、或罰金，並有保安處分宣告之場合，其執行之先後，依據第八六條第二項但書，法官有選擇權。這也算是「一種勾通」。至於未滿十八歲人、精神耗弱人和癡啞人的保安處分之宣告，是把減刑條件的。這種勾通非常顯明而豐富。不過，若從全體看，勾通只是例外現象。除未滿十八歲人宣告三年以下有期徒刑、拘役、或罰金時之保安處分，得先刑罰而執行，以及癡毒犯的禁戒處分並花柳麻瘋病人的強制治療處分必須先刑罰而執行外，其餘各場合，都是首先執行刑罰的。刑罰在並行的二種制度中之優越性，已經充分顯現出來了。這裏可以附帶提的是：第九〇條的強制工作處分，即手和自由刑的內容重復了。因為徒刑原則上是要作業的，並且是強制的。現在教育刑的前提下，所謂破產罪，毫無免除作業的理由。只要監獄作業和強制工作處分在內容上沒有區別，不能不認為第九〇條的強制工作處分和自由刑重復了。

因為刑罰制度受了罪刑等價主義的支配，並且有了悠久的歷史，所以在組織上和技術上都極精密。從這點看：保安處分制度規定之簡單，顯然和刑罰制度不相稱。除花柳麻瘋病人的強制治療未限時間外，其餘各種處分，都有最長期限的規定。依據第九七條，雖「得辦法定期間之範圍內的量延長」。然而究竟須定期間不超過檢定期間？抑僅每次宣告之期間，各別不超過法定期間？解釋上實一疑問。保安處分不受罪刑等價原則之適用。因此，刑罰制度中的併合處罰，連續犯加重等時，對於保安處分都沒有意義。然而裁判前犯數罪，想像上併合、牽連犯等概念，只要所謂無責任能力人的保安處分責任是把犯罪之成立作前提的，這些概念依然有關，似乎有明文為之導通的必要。

總括說來，現行制度的特色，立法院擬擬在所謂都勃俊氏新舊刑法共同要旨序文中，曾經簡單顯明地指出了。他說：「我國現行刑法，悉照各國立法趨勢，與通本國實際需要，較舊刑法，多採用主觀主義，是為刑法之特色」。誠然，這是刑法的特色之所在。這種特色一面是舊刑法中的特色的尤太，同時是次

種族地性之深刻化，也是民族復興運動的結果或民族自救意識之顯露。現行刑法是改殖民地利法史之最後階級，也是獨立自主的中華民族的刑法之萌芽。隨着抗戰最後勝利之獲得，民族解放或復興運動之完成，明日的刑法之形式和內容，當再踏上中國刑法史上的新階段。

第三節 明日刑法之合理的形態

明日中國是今日中國的歸宿。今日中國對內是由農業社會進到工商業社會，對外却是由次殖民地轉變為獨立自主的民族國家。單純的農業社會所進到的歷史階段，是自由主義的產業資本主義社會。然而次殖民地之產生，却是世界的產業資本主義高度發展，殖民成功獨占資本主義的結果。因此，中國自身一面雖還沒有完成產業資本主義的歷史階段，同時却已含有獨占資本主義社會的性質。這種情形，綜合看來，只是一個二十世紀弱小民族翻身抬頭的問題；分析觀察，實在包含了兩個歷史階段。這問題是民族問題，也是民生問題。三民主義便是適應這種需要的理論，打開這個僵局的具体方案。進行中的抗戰建國過程，便是這地方業之實踐。

明日刑法的形式和內容，決定於明日民族社會的實現和理想。抗戰建國完成後的三民主義社會是人和人間的關係實質上平等的社會。平等有經濟上平等，政治上的平等和社會關係中的平等諸方面。十九世紀西國各國的理想，原來包含了各方面。基因資本主義的社會經濟之發展，十九世紀初期的平等，變成了十九世紀後期資本家時優越性和無產者餓死的自由。於是思想上出現了，存機於平等的要求。假定認為三民主義中的民族主義和民權主義是十九世紀前期的平等思想之表現。那麼，民生主義便是生存機會平等的要求之結晶。所以，三民主義社會是人和人間的關係——尤其是各人的生存機會平等的社會。

在三民主義社會中，國家和個人間的關係是「共」和「殊」間的關係。這中間肯定國家社會的優越性，同時容許個人的特性之保留——容有發展個性的餘地。既不是有國家社會，而無個人；也不是個人為主，國家為

從。這在三民主義社會是把人權思想的歷史遺產作基礎的前提下，當然的結論。不過，個人特性之發展，只在不妨害民族獨立，民生發展的前提下，是真理。妨害民族獨立和民生發展的個性及其發展，決不是三民主義的精神所容許的。這也是三民主義連環性必然的果。因此，妨害民族和民生的個性及其發展，然是被國家權力種種干涉的。

三民主義的社會既把個人自我覺醒的歷史遺產作基礎的。個人自我覺醒的歷史遺產是法治。因此，明日的刑法依然是法律。換句話說：明日中國規定犯罪和刑事處分的國家規範之形式，必然還是把經過一定程序產生程序作條件的法律；命令是不能認定犯罪，科處處分的。

三民主義的社會既然是生存機會平等的社會，這平等的生存機會之維持，對內必須實現把平均地權、節制資本作骨幹的民生主義；對外必須維護民族獨立和平等。因此，明日中國刑法的基本原則，可能——或竟應該不是反映虛偽民主主義的罪刑法定主義，而是更進一步的類推解釋主義。換句話說：在民權和官權衝突的時候，民權是伸張的，官權是謙抑的。若在民權和民族或民生的利益互相衝突的時候，民權是謙抑的，民族和民生的利益，却是絕對的。

類推解釋主義之登場，技術上有二種可能實現的方式：一種是撤銷刑法中關於罪刑法定主義的規定，代以准許類推解釋的規定；另一種是一面撤銷刑法中關於罪刑法定主義的規定，同時用法律授予司法官統一法令解釋會議以類推解釋權；二者不同的地方，在於前者是每一審判官都有類推解釋權，後者是解釋權不屬於審判官，尤其不屬於所有審判官。為免避免類推解釋權之濫用和誤用，後者擬於前者。不過，不問採用何種方式，類推解釋權之存在或運用，限於民權侵害民族利益或民生利益之場合，却是確定不謬的鐵則。因為這是民權主義應有的結果。不如此，便算違反了三民主義的精神。

類推解釋不是不應為伸及比附援引之復活，而是高次的發展。類推解釋中有罪刑法定主義的因素，有此附援引制度的成分。然而不是罪刑法定主義和比附援引制度並行或折衷，而是比附援引和不應為律他制度中之鐵

極的成分，和罪刑法定主義中積極的成分之統一。從類推解釋和比附援引及不應為律的關係看：授予比附援引權的是命令，授予類推解釋權的是法律；比附援引沒有範圍，類推解釋却有範圍——類推解釋之適用，限於兩種民族和此生利益之場合。比附援引所比附援引的是命令，類推解釋所類推的是法律；二者相同的方面，僅在認定罪刑不以有明文者為限。從罪刑法定和類推解釋的關係看：罪刑法定主義下的刑法是法律；類推解釋主義下的刑法，一部分是法律，另一部分是由法律授權於解釋者。若把類推解釋的結果和授權的法律，合成一體來觀察。儘管解釋本身事實上為一種命令，然而本質上仍不失為法律。罪刑法定主義和類推解釋主義唯一不同的地方，在於前者的刑法典中之罪刑是列舉的；後者關於侵害民族民生利益之場合之規定，只是一種舉例或例示。所以，比附援引制度和類推解釋主義的因素中，都有一部分為類推解釋主義所攝，還有一部分為類推解釋主義所拋棄。因此，類推解釋不是二者之並行或折衷，而是高一次的構成或統一。

假定類推解釋主義登場了：合理的成文刑法觀不是威文刑法完全無缺論，而是成文法律——從而成文刑法含有欠缺的認識；合理的刑法和道德關係論不是刑法和道德分立的說法，而是刑法和道德合一的主張——並且維護民族利益和民生利益的道德，便是類推解釋的標準；這刑法已經不是保障人權的刑法，而是保障民族和民生的刑法。正確些說：刑法所保障的民權，一面是受了民族和民生利益的制約的——因此，民權不能和民族並民生的利益相矛盾；同時是民族並民生關係中的民權——因此，保障民權本身無意義；保障民權的意義，在於民權是維護民族和發展民生的手段。

假定類推解釋主義登台了。那時的司法不是機械的司法，而是權威的司法。刑事司法機關已經不是一架適用三段論法的機械，而是隨時隨地積極為國家社會求謀福利的機關。假定法律授予司法院統一法規解釋委員會以類推解釋權。司法行政上，每一推事若法官的申請類推解釋權，便是權威之具體的形態。假定刑法直接授予了每一審判官以類推解釋權。每一推事之自動的運用類推解釋權，以認定法無明文的行為之罪刑，就是權威具體的表現。

、權威是專制時代的積習發展的结果，不是專制精神之復強。因為抽象說來，專制時代發揮權威的條件是感情，目的在自私；三民主義社會的刑學司法中之權威發揮的條件是理智，目的在公益。理智不專感情；公益又是互相反背的。具體觀察：在官權和人權互相衝突的時候，司法官的態度應是謙抑的；在民權和民族或民生互相衝突的時候，司法官的態度應是積極的；在時節的司法官之職能，決不可拘於官作一架適用三斷論法的機械之範圍。必須更進一步，為國家社會在法條範圍之外，圖謀應該圖謀的利益。理智和感情、公和私、民權和民族民生之不同，便是權利主義和權威主義區別的標幟。

從更高更大的範圍看，國家之歷史的任務，在於普遍為國民謀幸福。舉凡天之覆，地之所載，無一不在保護範圍內。上述對一方保護他方的場合，不過國家使命中的一小部分。並連這一小部分所謂對一方保護他方的只是比較的說法，禍福是完全乘他方於不顧；尤其是刑事過程，完全乘他方於不顧，只有先國家生活之複雜時代是如此。自某種觀察者，國家發展的歷史，簡直就是犯罪人的地位向上的歷史，也是國家關懷犯罪人的態度進步和深刻化的軌跡。三民主義的根本精神是博愛精神；三民主義的最後目的是世界大同。在博愛精神和大同理想的前提下，我們不能不肯定：明白中國的刑事處分之本質和執行是教育；「教育犯人，使之復歸社會為良民。不能不肯定檢查和審判，等同醫治之診病。不能不肯定司法官之選定刑罰和保安處分並量刑，等同醫師之處方。並且不能不肯定監獄是社會教育之一種。充滿監獄中的氣氛，應是自然的生存欲和偉大的人類愛之交流和睦和；沒有絲毫殘酷和雜仇。」

刑罰法的内容，自然應該是社會的責任論之徹底應用，也是犯罪概念之積極的再舞臺。現行刑法第一八條及第一九條，都是道德責任論之表現；第六六條及第八七條，却是社會的責任論之實例。這顯然表示着：「把道德的責任論作背景，把社會的責任論，已經解體了。然而一般法學及學說，都把「責任論」方有實法而可罰的「行」，當作犯罪概念的。這對於現行刑法，當然是一種不完全的；「甚或錯誤的認識。為使犯罪概念之重新

法」來替這些。刑法第一四條第一項所謂「不罰」及第一九條第一項所謂「不罰」，最好改為「不應罰」或「不適用刑罰」。這樣，可以把未滿十四歲人及心神喪失人的行為，也可成爲犯罪的道理，比較顯明地呈現於法文。從而未滿十四歲人及心神喪失人，雖然也是犯罪主體，不致與事實發生十世紀把重惡自白論作基礎的責任能的概念。至於第一三條及第一四條，宜從認識主義，加以修正，改爲「對於構成犯罪之事實，行爲人於着手時預見其發生，而故意，行爲人着手時應預見其發生，因不注意而未預見者，爲過失；行爲人雖有預見其發生，着手時預見其發生者，亦同。」（似乎簡單明瞭。第一四條中，本有「應注意」一語。然而應否注意是義務，本質上是規範的。過失的內容，限於有無注意的能力，和規範問題不相干。故應刪去。

這五項責任是絕然不同的二事。刑法第二一條至第二三條，都是實質上不違法，從而不成立犯罪的情狀。雖然還有人根據幼稚的意識，認爲這是所謂「免責規定」。然而今日的刑法學者大都已經稱之爲阻却違法事由了。一般刑法學者書中，責任和違法二概念，也早已分立。可見刑法第二一條到第二三條，都稱爲「不罰」而不稱爲「不爲罪或不違法」。顯然欠妥。隨着犯罪概念的改造，當然應改「不罰」爲「不違法」或「不爲罪」。至於第二四條的情形，本質上實屬阻却違法了，抑屬阻却責任了學說上原有爭論。若認爲阻却違法，也應改爲「不爲罪」或「不違法」。

明目的刑法發展之趨向，可能實行前除結果加重的規定。僅憑結果重罰犯人，原係犯罪概念未曾精密構成之時代之現象。犯罪概念稱成後，特種結果重罰成爲加重刑罰的條件。中國舊時的保辜制度本質上具因果關係之一形態，和結果間保有密切的關係。大清新刑律廢除保辜制，接受結果加重重罪的概念，把相當因果關係之存在，當作負擔加重結果唯一之條件。舊刑法加以限制，要求行爲人對於加重的結果之發生有過失。現行刑法第一七條就這種限制的現。因此，結果加重罪早已失去其與故意罪，過失罪對立的固有意義，形成一個單純加重刑罰的條件。假定主觀主義色彩，甚爲濃厚。若因結果之不同，而分別刑罰的輕重，固成無稽之現象，並且對主不適用刑罰的未滿十四歲人和心神喪失人，結果犯規定，現在已成無稽。因此謂：結果重罰。

定規，相償準還存廢刪除。那時節，也是刑法第一七條要失存的時候。

四日刑罰法發展之極致，可能使結合罪規定喪失其存在。因為結合罪係將二個故意罪合而為一，目的在於重罰。這也是罪刑等價主義的產物。然而二個過失罪固不能成立結合罪；一個故意罪一個過失罪，也不能成立結合罪；可見應用的範圍，本來很小。假定沒有結合罪的規定，還有併合處罰、牽連犯等概念，可以應用。衆之，現在對於未滿十四歲人和心神喪失人，已不生作用。這種犯罪概念的重復，在報應精神衰退之後，沒有多大存在的理由。

明日的刑法發展之趨致，可能消滅預備並陰謀、着手實施、未遂和既遂間的境界。原來這種的區別，只是一個行為發展過程中的各階段。這種階段的犯罪類型的劃分，是把特定對象——法益之危害作前後的，本質上犯者與主義有分不開的關係。假定刑罰的目的，不在既往之報應。懲戒的類型，不能當作區別刑罰輕重的標準。階段的犯罪類型之存在，便成無意義。從而這種階段的境界，只有消滅的命運。行為中心主義既已喪失了支配的地位，正犯從犯的區別不是根本消滅，便是把共犯各人在團體中所處的地位，當作區別正從的標準。

明日的刑法發展之趨致，可能趨於重傷、輕傷的區別之消滅，改罪外罰，組織上結合、牽連犯、連環犯等概念之廢除。應為這一類概念，都是罪刑等價主義之產物。罪刑等價主義又是報應刑論之具體的應用。假定刑罰目的不在報應了。這一連串的概念，都失去了固有的基礎，自然只有消滅之一途。不過，若問什麼時候可以實現。我所答覆時，應在世界大同時。因為在私有財產制度下，等價主義始終會保有着相當強固的客觀基礎。市場的爭奪交換法則在法上的表現，自然是斷切不會失足的。

明日刑法發展之趨致，可能比今日濃厚。因為犯罪主義和罪刑等價主義是分不開的；犯人主義就是主觀主義，應為發展之趨致。現行刑法中兇犯和常業犯人的概念，本質上是和消滅分別中各種犯罪類型的規定，互相對立的。假定主觀主義色彩日趨濃厚，今後刑法中轉入類型的概念，自然日形增新。不過，恐怕犯人類型的刑法定義是將犯罪類型的刑罰，恐怕至少要在不遠社會實現以後。

明日刑罰之發展，應根據保安處分化之原理，漸進位於保安處分。保安處分之刑，雖益趨嚴密，也是必然的趨勢。刑罰保安處分化是二層的：一、嚴禁之概念上教育化，制度上廢除刑罰，刑罰應廢除以及存刑保刑之宜，若不定期，若無一定刑量或提高度與減輕或最低度間裁量之變通，另一層是，行刑過程中保安處分化——極力減少行刑過程中痛苦之成分，增加教育、改善的功能。至於保安處分刑與之應用範圍，每日趨廣。兼之歷史一長，刑種自然會變窄。在內容上種類之增加，也是必然的。隨科學的發達，刑種早遲必會成為保安處分之一種。善行保護的刑度，刑現行刑法中的保護管束，並不與同一道理，這似乎還要積極些。將來也許仍可做為保安處分之一種。現行刑法中若手續處分，是固定，罪障的。合理的形態，應該是不定期。針對目前的情況，把現行刑法上的刑度，改動起來，使不僅為具文，以便法律應用，且假屬當務之急。

明日的中國刑罰是明日的民族國家社會之形式、反映或模寫。明日的社會既然應該發展個性，並且生存機會平等的社會。明日的刑罰法自然是適應這種社會的刑法，或準和這種社會相適應。不過，挑戰趨向還在進行中，三民主義的社會建設者實現。我們現在從事明日刑法之把握，只是一種預言中的預言，推測中的推測。換句話說，三民主義今日中國刑法發展的必然性，或明日刑法的可能性之揭明，並且只能作到輪廓的描繪之境地。兼之，新刑罰法中包括很久的時間。基因最近幾年來中國社會現實的情形之變異，上述推測的全部或一部分，成為暫時或永久的事實，也是事實上可能。理論上容許的事情。

第五章 刑法在法律體系中之地位

第一節 社會規範與國家規範

刑法是法律之一種。法律——因而刑法——是把社會生活作前提的概念；沒有社會生活是不會有法律的。

社會的本質是狂瀾。唯，派認為社會是同心的人之綜合；社會僅是代表許多個人的總名。這是極端機械的認識。不僅不明全體和部分的關係並區別，尤其不能說明總名與財主共處同一社會的事實。因之所謂唯實派認為社會並非代表衆人的總名，而是一種交互動作的實在。社會中的個人是和他入結合而成爲交互影響的系統。但這交互影響的系統是什麼？似乎沒有答覆。我以爲這個系統就是歷史社會的法則。所有的個人都自由和他入結合，而是自願服順地聽便不自由地被他人所壓迫。社會法則的過程。被編入一個歷史社會法則的個人之總體就是社會。換句話說：社會是歷史社會法則和個人之統一。

法則是事物間變換事物發展之一般軌道。「若在甲事實，即有乙事實。」甲事實是原因；乙事實是結果。這中間指示出來一般的軌道或表示出來一般的關係。這一般的軌道或關係就是法則。歷史社會法則是社會發展的軌道。也可說，歷史社會法則是歷史社會內在的因果關係。究極說來，歷史社會法則是過去和現在間的關係；現在和將來間的關係；人與人間的關係；物與物間的關係；空間與空間的關係；人的與空間以及時間的關係……等等。人、物、時、空交互影響；有一定的軌道。這軌道就是歷史社會法則。交互關係中的人、物、時、空交互影響，也有一定的軌道。這軌道也是歷史社會法則。

法則的存在是自然的；法則，發現是客觀的產物。自然法則，如此；歷史社會法則也是如此。法則，客觀的，人類對於法則之認識，是主觀的。法則本身是一件事；人類之對於法則的認識又是一件事。法則是比較不

刑法在法律體系中之地位

變的；人類對於法則的認識即會隨着知識之進步而改變。人類對於法則之認識，一面是法則的反映，同時亦與法則是互補矛盾，互相對立的。人類認識能力之進步，可使認識法則日益接近，然而認識亦不與法則一致。認識和法則之不同，產生許多社會罪惡和謬誤。不僅消耗不少生產力和生活力，並且常常直接間接影響歷史進化的變遷。因此，正確認識法則和嚴格實踐法則，一面是社會科學的目的和使命，同時是社會生活一併子的權利和義務。

然狀態中的自然純粹是一種自然現象。純粹自然狀態中的自然人之生老病死和飲食男女，都是自然狀態的結晶或表現。然而純粹自然狀態中的自然人之欲可求之於觀念的想像，不是史實和現實。史實和現實中的自然人是社會關係中的自然之。社會關係是歷史社會法則和自然法則之統一。社會關係中的自然人之生老病死和飲食男女，都是受着歷史社會法則調劑的。社會關係中的自然人之生老病死和飲食男女所表現的自然法則是社會歷史法則控制下的自然法則，不是純粹的自然法則。社會關係中的個人不是單純自然的個人，而是歷史社會法則克服了的個人。社會生活是社會關係中生活，也就是各人在社會的安排中生活或是各人和應他的社會關係而生活。換句話說：社會生活就是各人在社會法則的籠罩下維持生活、發展生命。

歷史社會法則和個人統一之結果是社會秩序。社會秩序之適合歷史社會法則的人與人間及人與物間的關係之總體。基團秩序的性質之不同。社會秩序可分為經濟生活的秩序、性及家庭生活的秩序、國家生活的秩序和社會的秩序四種。基團內容之不同，又可分為意識的秩序與行動的秩序二種。若自內的行動的秩序和行動的秩序和性及家庭生活秩序、經濟生活的秩序和意識的社會秩序、意識的秩序和行動的秩序都。且相互關聯、互相呼應。• 自費生的秩序：經濟生活的秩序和性及家庭生活秩序本屬各別獨立的二個範疇。然自費生財產發達之後，性及家庭生活秩序之形態遂為經濟生活所決定。意識的秩序雖有具有對於行動的指導性；行動的秩序究是意識的秩序之根據。國家生活秩序雖有指導經濟生活並性及家庭生活秩序的作用，究為經濟生活並性及家庭生活所決定。意識的社會生活也是把經濟的、性及家庭的、以及國家的生活秩序作決定條件的。

自歷史社會法則和社會秩序間的關係看：歷史社會法則 可能的社會秩序，社會秩序是現實的歷史社會法則。歷史社會法則是原因，社會秩序是結果。歷史社會法則和社會秩序間有因果關係。所以歷史社會法則和社會秩序是互相關聯的。二個原因和結果的二個對立的範疇。所以歷史社會法則和社會秩序間含有矛盾的可能。社會秩序之不斷變化就是統一這種矛盾的過程。法律、風俗、習慣、道德意識、宗教意識……等等是歷史社會法則與個人統一之結晶，也是社會秩序之固定了——化了的形態或類型。換句話說：法律、風俗、習慣、道德意識、宗教意識等等都是社會秩序的形式或範疇；社會秩序就是法律、道德意識、宗教意識、風俗、習慣等等的内容和本質（本體）。因為法律、風俗、習慣……等等是社會秩序的範疇。所以社會秩序和法律、風俗、習慣……等等是互相關聯的。又因為社會秩序和法律、風俗、習慣……等是二個互相關聯的範疇。所以法律、風俗、習慣……等等是互相關聯的。又因為法律、風俗、習慣……等是固定化了——甚或化了的社會秩序。所以法律、風俗、習慣修正以及社會秩序之改進的要求，就是要求矛盾再統一。法律、風俗、習慣之現實修正，以及社會秩序之改進，就是矛盾再統一之表現。

自歷史社會法則或社會秩序和法律、風俗、習慣……等等間的關係看：法律、風俗、習慣……等等都是社會現象。歷史社會法則或社會秩序是原因，法律、風俗、習慣……等等是結果。歷史社會法則或社會秩序可能的法律、風俗、習慣……等等，或認為法律、風俗、習慣的可能性。法律、風俗、習慣等等是現實的歷史社會法則或社會秩序。或歷史社會法則的現實。若從法律、風俗、習慣……等等與社會生活的各分子的行動間關係看：法律、風俗、習慣等等都是社會規範（*norm*）。對於各人都是一種行為。法律、風俗、習慣……等等是原因，各人的行動是結果。法律、風俗、習慣……等等是各人行動的指導體，是成為各人行動的可能條件。各人的行動就是現實的法律、風俗、習慣……等等。或認為法律、風俗、習慣……等等是現實的歷史社會法則或社會秩序。所以二者是互相關聯的。但是社會規範和各人的行動以是二個互相關聯的範疇。社會行動總有成為各人行動的可能，然不就是各人的行動。各人的行動之表現規範是必然性。各人的行動中亦有表現

他偶然性之可能。這種偶然性仍與歷史社會他種必然性之一表現。因此社會規範和吾人的衝動是逐漸顯現的，同時必有互相矛盾的可能。法律、風俗、習慣、中制裁，就是統一這種矛盾的方法。

社會規範應有秩序？誰將違反社會秩序？何事會顛應？何事違反？自社會的觀點看：這是一件偶然而不可能捉摸的事情。然而有些人會背反；有些人會顛應；有些事會違反；却是必然的。因為社會秩序和歷史法則是二個對立的總稱。其間有同一，也有矛盾。社會秩序之違反就是這種矛盾的表現。因此，有歷史社會法則和社會秩序，同時必然就是社會秩序之違反。侵權、犯罪和風俗、習慣；等等之違反即是這種必然性的表現。假定就有社會秩序是必然的；社會秩序之違反都是偶然的。正顯明社會秩序和社會法則間的關係是應理的表現和明證。很多社會學家認為犯罪是社會的機能或現象。實在不是正確的認識。有人適應社會秩序是常態，有人會反社會秩序也是常態；二者都是合理的現象。若沒有反秩序的現象，除非沒有秩序。若要沒，反規範的現象，除非沒有規範。

在社會關係，社會生活中的自然人是矛盾的二極之統一。矛盾之一端是人之自然的性質；另一端是人之社會的性質。自然的性質是自然法則的表現，也是適合自然法則的可能性之現。社會的性質是歷史社會法則的表現，也可說是適合歷史社會法則的可能性之現。從社會關係的觀點看：純粹自然的性質是惡的，實私自利的、排他的、獨佔的，並且是競爭的。社會的性質是善的、公而忘私的、利他的、共同的，並且是妥協的。道善和惡，自私與忘私，排他與利他，獨佔共同，競爭與妥協，便是社會生活中的自然人在矛盾二因素。其中之一是社會關係，社會生活所可能維持的根據，另一便是社會關係，社會秩序所以可能被破壞的源泉。中國漢時所謂性善性惡概念中之性，我以為不是單純的人性，而是人性和歷史的，社會的以及自然的條件之綜合。因離開歷史的，社會的條件之人性，純粹是自然法則之一表現。不算是善，也不算是惡。離開社會生活和社會組織的人之性，無所謂善，也無所謂惡。善和惡都是把社會的主觀上歷史社會法則作標準產生出來的結論。

基因各人在特定時空的「條件」——如幼少壯老、男女、智愚賢不肖等之不同，同一社會生活內的自個人內有矛盾二因素的質和作用各不相同，特定人內有矛盾二因素並且是隨時變易的。基因各人在特定時空的社會條件之不同，同一社會生活中的自然人之內在矛盾二因素也彼此不同，前後各異的。基因歷史階級之不同，二個因素的質和作用，自然也決不一樣。在特定時空內的社會各份子內在矛盾二因素的質量及其統一之狀況，因人而異，自屬當然。基因階級條件互相統一狀況之不同，各人維持生活——長生命的傾向，必然具有二種相反的可能性，一種是適應社會秩序時，另一種是違反社會秩序的。犯罪學史上所謂惡性和適應性二種犯罪就是各種條件所形成的違反社會秩序的傾向或可能性的意思——這至少是應該看作各種條件所形成的違反社會秩序的傾向或可能性，始可「套入」具體的或形而上。歧途。

誰能適應？誰將違反？何事會適應？何事會違反？自個人的觀點看：都是必然的。特定人的語義條件之統一適於順應社會秩序的時候。特定人之社會生活的意志和行動——都是順應社會秩序的。換句話說：特定人的意志和行動和社會秩序是互相同一的。這人即是社會秩序之支持者或維護者。特定人的語義條件之統一不適於順應社會秩序的時候。特定人之社會生活的意志和行動和社會秩序互相對立，互相背反的。這人即是社會秩序之破壞者或叛徒。假定自己——意思或行動和表現社會秩序的法律、道德、風俗、習慣……等形成對立狀態。自個人的觀點看：這也肯定自己。否定社會歷史——則並社會秩序；自個人內在矛盾二因素看：就是肯定人之自然的性質，否定人之社會的性質；自社會生活中，份子之立場看：這是否定了自己的社會關係和社會生活，否定了自己當作社會生活一份子的性質；都是統一之破裂或對立。不統一或對立除了統一的人是個體，自由地或再進入特定歷史社會過程或再行動。社會秩序內統一的。否定就會被摒於社會生活之外。法律、道德、宗教、風俗、習慣中的制裁，便是再統一或排斥的工具。實行制裁，這是再統一或排斥的過程之手段。

法律、風俗、習慣……都——是社會的交互作用之一環節，因果法則之一表現。從這點看：當作社會現象的法律、風俗、習慣……等知自——現象都——因果法則之一表現；二者並無不同。誰獨自——現象所表現與

粹是自然法則，沒有包含歷史或會法則。成分；法律、風俗、習慣……等等中雖也含有自然法則的成份，但不完全是自然法則，也不是純粹的自然法則。從這點看：法律、風俗、習慣……等所表現的法則，與現象所表現的法則，內容上並不相同。換句話說：自然法則和社會法則是有大區別，自另一點看：社會法則和自然法則區別的特徵，還。社會法則的規範。法律、風俗、習慣……等等對於社會生活各份子具有實質的效力。這「自然法則」無，社會法則特有的成分。自然法則中任「原因和結果間的關係都是採用「若甲事實，即有乙事實」的形式表現出來的。社會規範和各人行動的關係却是採用「若有甲事實，則應有乙結果」的形式表現出來的。自然法則中「原因和結果的關係是沒有一定的。同一事物，可以一面是原因，同時是結果。當作社會規範的法律、風俗、習慣……等等，永遠是法則中的原因。社會生活各份子的行動，永遠是結果。原因和結果之特定，便是社會規範和自然法則及其他社會法則性質上不同之所在。

刑法是一種法律。法律不僅是把社會作前提的概念，並且是把國家作前提的概念。沒有國家是不會有法律的。國家是土地、人民、主權和組織四個因素之統一；這是明瞭的事實。可是這四個因素且相統一後的國家之本質是什麼？法哲學史上的答案却是不斷變化的。柏拉圖（Plato）以為國家是最高道德。其所描繪的理想國算是人類已經完成的道德。自萊德觀點看，這種國家觀一面道破了國家發生的原因和歷史使命，同時包含了理想的成分。假定所謂最高道德就是歷史社會法則的意思。這種國家觀雖然看不出形而上學的圈子，究不失為相當正確的認識。中世神學的國家觀以為國家是達到神國之路。這和認法律為神值的啓示是互相呼應的。黑格爾（Hegel）氏以為國家是理念之實現。假定所謂理念相當於歷史社會法則一語之意義。這種國家觀自然不算錯。自然科學發達之後，學人咸認國家為自然現象，把國家作自然法則的理解；「國家自然學、國家生理學、國家生物學。於是產生國家有機說，認國家為一種有機體。或者認國家即體說，預定國家「有生命和思想的。這既算是自然科學恩賜的進化之結果，無補於國家本質之理解。社會學發達之後，產生一種社會學的國家觀，認為國家起源於種族間之征服。這是實證的研究。結果，自有其方法論上的價值。然而現象學的社會

學之根據，社會學的國家觀是不能避的。法律學的國家觀以為不外是國。規範 國家為法律之創造物。這是倒置了因果的關係。

依據社會科學的結論：國家是社會發展之特定階段必然的產物。國家起源於種族或階級間之支配。產生於種族或階級間之統一。國家之史的意義在於社會內在的矛盾之緩和。國家之所以為國家在於一面承認過渡鬥爭的威權，承認特定限度內的鬥爭，同時皆超越特定限度鬥爭。若把國家承認了的鬥爭成果和容許的鬥爭當作國民的自由；國家所否認的鬥爭當作國民的不自由看待。那末，用政治的力量去實現這種自由或不自由，便是國家對於社會的作用或國家之社會的意義。假定種族的境界不在，階級的階級消滅了，種族成爲大同，社會關係一概平等。社會內部便無矛盾。無矛盾便不會鬥爭。無鬥爭便無大家自由。大家都自由了，便再用不着國家來保護。這時節，國家的歷史意義，已告完成。於是國家便會消滅。由原始共產社會發展到 家社會，再由國家社會發展到明日的大同社會。這是歷史的法則。目前不能沒有國家，也是歷史的造物。

法律既然是把國家生活作前提的東西。那麼，法律一定有其所以爲法律的特徵。換句話說：法律和道德，風俗、習慣……等等社會規範當然是有區別的。不過，這個區別的所在之認定，歷史上有了不少的異見。康德認爲：德是社會生活的規範；法律是個人——人格者的規範。然而個人——人格者是社會生活中的個人或人格者。個人不能超越社會而孤立。國家生活也是一種社會生活。主觀道德的思潮認爲負有歷史的使命；自有物不可磨滅的價值。然却不可作爲區別法律道德適當的理論。斯且極端把這欲分作個人的欲和社會的欲二種，認爲法律是社會的欲，道德係孤立的欲。然而道德也是一種社會規範，本質上并不是孤立的。把 德當作孤立的欲，只是一種違反事實的擬制。拉布魯天 (Labrousse) 認爲法律和道德的區別，在於法律之下部性和道德的內部性。換句話說：法律的對象是外部的行動； 德的對象是內部的行動。然而把這用範圍當作區別法律道德的標準，事實上是很困難的。民事方面，行爲的動機，對於行爲在法上的價值，影響很大。刑法上的新趨勢，也趨於這意思的性質當作決定行爲性質的標準。並且外部性和內部性的區別，原是自道德和法律的

去這方面區別的標準。好像認為法律因有益於社會，所以有價值。道德的價值，却在行為人本身。法律上常有權利和義務對稱；道德上只有義務。然而權利是法律創造的。道德的價值，也不能超社會而獨立。所以內部和外部的區別，并不妥當。

有人認為道德是自律的標準，法律是他律的規範；自律和他律便是法律和道德的區別。至於自律他律區別的標準，有人求之於規範的淵源之所在；淵源在於本人身體者算是自律的；淵源若在適用者以外的人，則算他律的。也有把規範的妥當性當作區別的標準；規範之經本人承諾而成者，算是自律的；否則算是他律的。然而法律規範之施行，也不能算沒有承認的，所以，把承諾之有無，當作區別的標準，決不能達到區別道德法律的目的。道德雖把良心作淵源。然而良心不過是客觀事物之反映或社會意識。所以這種本質上也決不是純粹自律的。總而言之，把自律他律當作區別法律道德的標準，也不是妥當的說法。

法律和風俗、習慣、道德……等等，同一是社會生活的規範。所以，法律和風俗、習慣……等等，應該有共同的地方。這共通的地方就是社會規範的本質，也是國家、範、本質。然而法律的本質是什麼？這問題的答案，在法學史上不斷的變化着。反映神權的社會現實之法律觀是神意說或神授說。這認爲法律乃神所啓示。其中最樸素的是直接啓示說：認爲法律乃神所直接制定的東西。這是印度的馬魯（Manu）法典、猶太的摩西（Moses）十誡和回教的古蘭（Koran）經產生的條件之說明，也是法律和宗教尚未分化的原始社會的世界觀之表現。這認爲的「合理法」把有神無人當前是條件的。一經發覺人在現實法中之作用，發覺現實立法的是人而不是神，以神爲產生法律的條件之直接啓示說，便不敢自傲。於是發生反映現實的間接啓示說。間接啓示說認爲法律是神所啓示，人所制定的。制定法律的權是人；所以制定原因和施行的力量，却是根據神的啓示。把人類行爲當作產生法律的條件；把神意當作產生法律的根據；這是間接啓示說進步的所在，也是間接啓示說歷史的意義之所在。

神意的本質是什麼？爲什麼法律是神意的啓示？這是神意說沒有說明，并且不能說明的所在。啓示人須知

說之進步，產生了命令說和正義說。命令說認為法律是主權者對於國民的命令。正義說認為法律是實踐正義的規則。命令說是英國分析學派所主張。正義說却是希臘的羅馬，歐洲中世以及近世初期通行的見解。法律既是由主權者的命令，自然不是神意了。這是君主政治的反映；是神意說之否定，也是歷史發展之結果。法律既是實踐正義的規則。法律全體之目的便是法律本身的輪廓。換句話說：正義就是法律的本質。果爾所論。正義就是法律的根據；也是應有的結論。這算一面肯定了意說，同時正義也肯定了法律的根據。

認清了法律的根據是人為或正義；這是命令說和正義說的歷史意義之所在。然而命令或正義的本質又是什麼？人類認識的歷史，決定了正義說的解答，必然虛玄奧妙而不可捉摸。命令說雖然，白肯定了；法律是政治的學者對於劣者的意思或期待之表示，然而確足說明君主政治，因而易見。於是隨着民約思想之興起，及民主政治之發達，產生民約說和憲說。民約說認為法律是人民自，意思的結果；是主權的作用；也是社會組織的契約。憲說認為法律是人民全體同意之表現；不是人民所創造，不是主權者所創造。自平而看；這是關於法律本質之規定；自歷史看；也可說是關於正義的本質之理解。由中憲到人意，由君憲到民意；這是法律的本質，理解的進化，也是歷史社會發展之結果。

推測着君主制。這雖是民約說和憲說不可磨滅的功績。隨着實踐的方法之普遍應用，社會學之發達，民主政治的實踐，以及歷史的開展，一面暴露了民約說和憲說祇是一種不符事實的臆測。臆測不是真理。隨着擬制的性質之發現。民約說和憲說失去了其獨性。同時取而代之的。是富有實證色彩的見解；自爾必然的結果。歷史法學派所主張的備信說，便是這種情形。產生出來的見解。備信說以為行為反覆或習慣；習慣成規；唯信成法律。這是習慣法之抽象的實象，也是機械的唯物論之一形態。既不能說明成文法，也漫無法解釋突變的現象，尤其沒有充分備信和正義間的關係。至多只可作為習慣法的現象之說明，沒有從正面解決；就是法律的本質或正義之疑問。

馬列主義派一般俱備的主張支配階級利益說。認為法律的內容是支配階級的利益。這是從功利觀點觀察

利益在法律體系中之地位

法律內容的結果；也是在第四階級「革命即正義」的口號之詞，產生出來的結晶。這裏的本質不在於做什麼，是法律之抽象的根據或正義，而在顯示法律和社會正義相違背。換句話說：支配階級利益並沒有企圖說明什麼，是法律的本質或正義。

恩格斯上關於法律本質和法律道德區別論二個問題的認識雖多。這二問題，却還沒有得到正確妥當的解答或解答。這二問題是具有內的密切聯聯的。正確解答，只有在同時用同一方法的前提下，纔是可能的。因為從因果關係的觀點看：法律是產生法律的條件和產生法律的根據之統一。再從法律和風俗、習慣、道德……等等的關聯看：法律是法律的特徵和社會規範的統一。這社會規範的統一性是道德、風俗……等等的本質，也是法律的本質；特質是法律特有的地方，也是法律道德等不同的所在。然而法律是把國家生活作前提的。因此，國家生活便是法律和道德的區別之根源，也是法律的特徵之所在。換句話說：國家之社會的意義，既在實現國民的自由或不自由。國家為着完成這個使命，對於社會現象，決定一種程度或對付的方法。表現這種程度或方法的東西，便是所謂法律。簡說些說：法律是國家目的和社會的現實——自然，歷史的，社會的規則的現實之統一。國家目的和社會現實是這統一體——法律產生的二因素。自一面看：沒有國家意志或國家目的，不會有法律；沒有社會現實，也不會有法律。這是顯明告訴我們：國家目的便是法律的特徵，也是法律所以和道德、風俗、習慣等等不同的地方；社會現實就是法律的本質，也是法律和道德、風俗、習慣相同的所在。

從政治過程看：國家的目的就是政治政策或立法政策。表面看來，立法政策是任意立定的。實則不是任意立定的，而是歷史社會的產物。在私有財產制定沒有完成。史使命的時候，決不會有其產的立法政策；在女性沒有解放或男女平等待遇的時候，也不會有男女平等的立法政策。所以說：立法政策是受着歷史支配的。在國際環境極端採用私有財產制度的時候，單獨一國採用共產主義，是要失敗的。在女性之諸條件實質上還沒趕上男性的時候，辦公室中的女職員，是很容易變成花瓶的。這時期，在要求效率的機關拒絕聘用女性，便成難

切不移的真理。所說：立法政策是着社會的影響的。

此心理的觀念看：國家的目的是一種意志或意欲。這種意欲，和社會現實中所表現的國民之意欲，互相符合的時候，國家便會採取容許的態度。那時節，這種意欲是國家的意欲，也是國民的意欲或自由。這種意欲，和社會現實中所表現的國民之意欲，互相矛盾的時候，國家便禁止國民為特定行動，或命令國民為特定行動。那時節，國家的意欲也許和他人的意欲相符合。然而這是國家的意欲，也是他人的意欲或自由。不過，和國家的意欲互相矛盾的特定人之意欲，基因禁，或命令之出現，而被國家否定了。這對於特定人便成了不自由。

從社會意識的觀點看：國家的目的是一種意識或認識。這種意識是人類認識的合法則性之表現，也是自然的、歷史的和社會的法則之反映。換句話說：這種意識是所謂良心或人情的產物，也是天理之表現。天理是自然的、歷史的和社會的法則。良心或人情，便是這些法則之反映或模寫。因為模寫是把模寫的主體自身之諸條件作條件的。良好的模寫主體之所模寫的，雖不與真為真正，優秀的模寫主體之所模寫的，却常難免有所偏與私。愛之，人便不就是其人。模寫只是模寫，并不就是該模寫其物。換句話說：人的良心或人情，在好的方面，只有和天理互相接近的可能；在壞的方面，却很容易和天理相背馳。因此，在這模寫的過程中，一面包含着產生利國福民，促進歷史發展的國家目的之可能性；同時容有立意戕害國民，這歷史開倒車的國家目的之餘地。然而唯有和天理符合或接近的人情或良心，纔是真正的人情或良心。唯有和天理互相符合的國家意志，纔是真的國家目的或意志。

社會現實雖然都是若干原因的結果，或某種必然性的表現。若從國家的觀點看：一面有和國家目的符合的可能性，同時也有背反國家目的的時候。國家對於社會現實的態度，是把國家意志當作大前提，產生出來的結論。國家對於符合國家目的的社會現實所採的態度，自然是肯定的；對於違反國家目的的現實所採的態度，却是否定的。表示這肯定的和否定的態度及其附屬的表示之總體，便是法律之全體系。所以，法律不是最初的國家目的，也不是最初的社會現實；而是獲得具體內容後，深刻化了的國家目的，也是發展了的社會現實。自法

刑法在法律體系中之地位

律看：法律是國家目的之現實化；從國家看：法律即是實現國家目的的手段。

法律既是國家目的和社會現實之統一。那麼，國家目的之有無，便是法律和道德、風俗、習慣……等等區別的問題。所謂實法亦法。正因為法也是國家意志的具體化。然而這還只是本質的區別。在實行的方法和妥當的範圍二點上，法律和道德、風俗、習慣等，也是同然有別的。從實行的方法說：法律和道德之遵守，雖然都是心理的事實。然而道德、風俗、習慣的制裁，實行，只有社會的非難和輿論。法律的制裁之實行，却有法院和警察之強制。道德的強制是心理的；法律的強制却是物理的。這種物理的強制之存在，便是法律的特徵。也是法律、道德區別的問題。再從妥當的範圍看：道德、風俗、習慣的妥當性是把共同的利害關係作範圍的；法律的妥當性之範圍是由法律本身決定的。道德、風俗、習慣妥當性的決定標準是國民主義的；法律妥當性的範圍決定的標準却是國家主觀的。道德、風俗、職業道德……等等，都只在利害關係相同的集團內是妥當的。產生道德上的惡，在勞動者的道德上或者就是善。然而私有財產制度下的竊盜，並不因行為人之窮困而成爲善。這要富性範圍之客觀性，便是法律的特徵之所在，也是法律和道德風俗習慣區別的一點。

抽象的正義或法律的本質，只是思維過程中的一範疇，是固定不變的；具體的正義是隨著時空對象、因而變易的，所以是流動不居的。這種時空對象即一般的客觀之理事，只能作到正義或法律本質的抽象性質之認識。並且仍因對象之不同，異其具體的含義。從世界觀的觀點說：特定時空中之歷史的和社會的諸法則，以及有關人類生活之自然法則的認識，便是法律的本質或正義。然而這種正義，永遠是理想。因爲人類對於自然的、社會的對象是動法則的認識，并不等於靜態法則之本身。事實上，只是把人置置於該法則之認識或反映的、天運作正義。從國家的觀點看：抽象的國家目的和具體的立法政策，都是法律的本質或正義。從法律本身看：法律的內容，都是正義之具體的形態。司法過程便是這種正義或本質之實現，若從國民的觀點看：所謂法律的本質或正義，在法律上是法律所許可的自衛，或因禁止而不自衛。在心靈上却是一種人情。這種人情不是私欲私情，而是己所不欲，勿施於人的推己及人之情。訴訟過程是自由或不自由之實現，也是正義之實現。

而言之。正義是天理，是國法，也是人情。不通天理，國法和人情三者，有同一的可能，也有矛盾的可能。真正的正義，僅存在於天理國法人情三者之間一處；換句話說：天理國法人情之統一，便是真正的正義。因此，違反了天理人情的國法，不是好法律，也是失去了法律本質或正義的法律。

法律在理論上是社會構造的上層，對於社會下層構造具有一種反作用。在事實上，法律是國家生活的規範，對於國家生活具有一種拘束力。這種反作用或拘束力究竟何自來？何以有些法律能夠充分發揮拘束力，難行整利了有些法律絲毫不能拘束現實，成爲具文？解必這些問題的見解，也不只一說。第一是恐懼或利害說。葉軍格氏是這說的代表者。他認爲社會不能是超越良心，人類愛求維繫，其中必須遵有利己心來幫助。這利己心表現爲對於國家權威的恐怖心知希冀法律行爲發生法律上效果的心理。法律就是憑藉這種心理推行的。然而這是首先把個人孤立化的看法，本質上是個人主義的思想之一應用。事實上，法律之推行，偶然也有當作利害心表現出來的場合。然則決不是法律所以能夠推行的理由。尤其不是本質的理由。於是產生所謂互相保障說。這是美力克（Jellinek）氏所主張的。他認爲法律是一種有保障力的規範。換句話說：利益是互相關聯的。當舉人一方破壞了法律，他方也會破壞法律。結果是：破壞了法律的人自己不利。法律所以能推行，就是因爲大家不願遭遇不利。這也是把利己心作出發點的看法，本質上也是個人主義思想之一應用。比較前說不同的地方，僅在功利的眼光更深一層。然而各人並不是孤立的。利己心也決不是法律推行之本質的最後的根據。因此，在社會學上，產生強硬說。這是社會學者邁當特（Maitland）所首倡的。他說法律之所以推行，由於強硬。然而把強硬當作法律推行的理由，容易使人感覺人類的行爲都是衝動。這種說法，未免過於形式化，現象化了。赫茲沒有這種法律推行的理由。於是又有服從本能說。這是斯古格爾（Meadwell）的說法。他說人類有抑壓自己，服從優秀者的本能。法律之所以推行，就是這種本能作用的結果。不過，這種本能的性質是什麼？本能的來源又何在？似乎是必須說明的。

我以爲這種本能的性質，即是人類的思維及其實踐適當合法則的可能性的現實，也就是良心的作用。任何

人都是一種自然的存在，社會關係中的一分子。自然本身是具有一種法則的。社會關係也是法則。人類對於法和，具有應酬力。對於所認識的法則，具有適應性。事實上，任何人在一時受有法則的支配。國民服從支配自己的法則，只是自己受着。則支配的事實之肯定，也是自己固有法則適應性之表現。不過，這種適應性是有限度的：適應——服從法則的可能性，限於法律和天理良心互相符合的範圍內。和天理良心符合的法律之推行，不需要暴力作後盾；唯有「符天理良心」的法，離了暴力的威迫，沒有實現的可能。並且，實現的限度，只在暴力所及範圍內。然而這決不是法律之真推行，只是暴力之傳導或暴力表現之一形態。

第二節 第一次的國家規範（上）

一般人常把法律分作國內法和國際法二種。國際法中又有國際公法和國際私法的區別。國內法中也有公法和私法之分。然「國際公法只是國際社會中的共同習慣，今日尚國際社會，並沒有一個超越各國之上的權力機關存在。今日的國際公法，決不是法律。國際私法所適用者雖是外國人。各國的國際私法，都是各國國內的法律之一種。近各國國內法的法律體系中，國際私法亦自稱民事法規範，保有原則和例外的關係，本質上是一種特別民事法。拿來當國際法之一種，實在有點名不實實。這種分類，大概是因國內法的公法私法之分，而推演出來的。就事論事，這法律分類中最不正確、最沒意義的一種。至於把國內法的公法私法之分，認為規定個人和個人間關係的法律是私法；規定個人和國家間之關係的法律是公法。把民法、商事法規等歸屬於前者；行政法、訴訟法、刑法；等，隸屬於後者。這是個人主義、自由主義的社會意識的產物，也是民主法治的政治、產業資本主義的社會經濟之反映。在團體主義、福利政治、樹立資本主義指頭之後，土地法規和勞工法規，應運而生。於是，暴斃了公法和私法之對稱，決不是妥當的分類。

內外不能當作分類的標準；公私尤其不是區別的依據；因為內外和公私，都不算是法律內在特徵之要素。要當的分類標準。只可求之於各種法律內在的特質。然如在一觀點看：各種國內法，只是整個體系之一部；各

種法律都是互相補益，分工合作的。因此，各法的區別，就有性質的不同，只有作用的差異。作用本身沒有大小的同，只有方向和層次的異。站在這個立場，可把法律分為二大類：第一類是組織法——憲法、民權法等；國體私法、土地法、勞工法、行政法、各種機關組織法、訴訟法、法院組織法中的大部分均屬於這一類。這一類的法律之特徵，在於積極的規定國家、政府、社會、家庭、社會經濟、等等價值的構成。第二類是把組織法之反作前提的法律，刑法、民法中的侵權行為及賠償損害的規定、撤銷或關於法律行為無效的規定和各種法律中的罰則，都屬於第二類。前者為第一次的國家規範，後者是第二次的國家規範。刑法是這二次的國家規範中之一種。

國家之社會的意義，既在實現國民的自由或不自由。為使命能完成，國家對於諸般社會現象，採取肯定或否定的態度。肯定或否定的態度之具體化，表現為三種不同的形態：一種是禁止；對於和國家目的相反的消極現象，加以命令；對於和國家目的相符合的現象，則出之以容許或默認的態度。經國家容許或默認的事實，對於國民有一種自由——例如吃飯、年滿十八而無配偶的男性或年滿十七而無配偶的女性之結婚，年滿十六而無特定親屬關係的配偶之男女間相戀愛、生育、休息、交際、正當娛樂……等等是。國家所禁止的積極現象，對於他人是一種自由，對被禁止者却是不自由。其原因禁止的容許之不同，禁止可分為三種：有禁止發生侵害的——例如民法第九八五條是；有禁止發生危險的——例如民法第九八七條是；還有一種單純的禁止——例如民法第九八〇條、第九八六條是。國家加以命令的積極現象，對於他人是一種自由；對於受命者却是不自由。其原因命令事項的程度之不同，命令也有三種：一、招集命令——例如民法第九八二條是；另一種是催促命令——例如民法第九七二條是；還有一種是單純的命令——例如民法第一一三九條以不是。

禁止、命令和容許的表現形式，可能以法律之也可可能以習慣或法理。法律、習慣一定適時產生出來的國家規範。習慣、共同遵守反覆不絕的行為之事實。法理——正確健全的法律感、或法律意識。中國、盧文法國家，

刑法在法律體系中之地位

原則，把法律當作禁止、命令和容許的形式。可是，第一，有很多事情不能預先想到；因此，成文法律不完全是無缺的。並且有些事情，依法律不如依習慣，來得妥當。因此，禁止、命令和容許的形式，不僅不能採用一元的法律主義，並且不能採用法律唯一主義。民法第一條規定：「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。」民法第七八條至第七八六條，都有習慣優先法律適用的規定。可見社會生活的第一次規範之形式，制度上已採多元主義。事實上，很多重大事項，第一次的規範中，都沒有明文，完全靠道德律，或把實踐律的習慣作形式——例如不可殺人、不可竊盜、不可強姦、不可放火、不可受賄賂賂、不可當街小便、可以吃飯穿衣、可以結婚、軍人開會應挺直……等等，都是沒有明文的。至於政治、行政、立法、司法、政試、監察、選舉……等等各方面程序，或多或少，都有補充法律的習慣存在著，也是顯著的事實。因此，第一次的規範不以成文法為範圍；法律和法律以外的公共秩序、善良風俗習慣之總體，纔是第一次的規範之全部。

禁止、命令和容許，都是完成國家目的的手段之初步的表現，也是國家社會組織之形式化或抽象化。換句話說：禁止、命令和容許的內容，不外是國家和個人、個人和個人、以及人和物間的關係。自一方面言：第一次規範是這些關係的反映。自另一方面言：這些關係是受著第一次的規範之規律的。自國家的觀點看：這些關係是國家秩序之基礎；在國民的立場，這些關係是國民正當的自由之範圍，也是不自由之境界。

國家和國民、人和人、以及人和物間的關係，本質上是獨立物！國家和國民、人和人、以及人和物間之統一、個人、物和國家，便是對立的三要素。人中的一種是自然人，自然人是構成國家之一因素，社會的生產力之一條件，也是社會活動的主體。任何形式的社會生活，都不能沒有自然人。自然人本質上是一種動物；來路是胎兒，胎兒是鳥體。從自然、和胎兒及鳥體三者間的關係看：自然人之特點在於既有生命，且有獨立繼續生活的機能。胎兒一般雖有生命，然而沒有獨立生活的機能。並且沒有生命的胎兒，仍不失為胎兒。屍體沒有生命，更沒有生活的機能。由胎兒變為自然人是一種突變。這個突變的分水嶺是什麼？主張薩賓說者以為其時

感覺腹痛，便是胎兒成人時的時候。然如腹痛只是突變的預兆或開始突變，而不就是突變全體，尤其不算突變已經完成。認為腹痛即成人，未免過早。主張一部露出說者以為胎兒一部露出於母體之外時，即有受封外界攻擊之可能。因此，認為胎兒露出一部於母體之外，便成人時的時候。然而生命和獨立的生活機能是自然人大特點。僅祇露出一部的時候，不僅沒有獨立的生活機動，並且有無生命，也未盡實。象之，露出一部，不能認為突變已遂完成。所以一部露出說，還是太早。主張全部露出說者以為胎兒全部露出，和母體脫離，便是成人時候。然而胎兒不一定有生命；死產是常見的事。生命是自然人的特點之一。主張全部露出即是人，不免和一部露出說有同一的缺憾。

胎兒成人最後階段是呼吸。所以獨立呼吸說比較妥當的見解。獨立呼吸說中只把獨立呼吸能力作標準的；也有把實際上已否開始呼吸作標準的。若從人之所以為人的特點看；似應認為實際上已經開始呼吸者便是人；否則胎兒，最為妥當。判例雖採獨立呼吸說。然究屬獨立呼吸說中那一種？殊不明瞭（二十年上半年第一〇九二號）。自然人變成死屍，也是一種突變。這種突變的最後階段是心臟鼓動之停止。所以心臟鼓動停止，便是活人變成死屍的時候。總而言之，從自然人和屍體，胎兒間的關係看；自然之所以為自然人的特點，在於有生命。生命的內容，却是肉體內部孕育成熟或健全的生活機構和外界空氣之同一。

自然之所以為自然，在於保有有機的生命。自然人之生命和法律上的人格，簡直是異語同義。人格是每一自然之社會的基本屬性。人格這個概念，一面是近代歷史的創造者，同時也是近代歷史的產物。人格之有無是近世和中世——實是中世和近代區別的關鍵。自然人的性格一律平等。這是近代以來的原理。生命、身體、健康、勞動力、自由、貞操、名譽、秘密、尊嚴、信用、以及性欲愛情化等權利，自人格觀點看，都是人格之一屬性。十九世紀前朝自由主義浸透社會的結果，雖然沒有肯定人格可以拋棄，却也沒有禁止拋棄人格。然而人格的屬性之拋棄，不僅足以影響人格之健全，並且有時含有摧毀歷史成果的意義。現代法律之禁止拋棄自由，禁止使人為奴、和禁娼，都是維護歷史成果表現。

生命是肉體和外界空氣之統一。肉身是生命之本質的基礎。沒有肉體，決不會有生命。國家既保證生命，必然保護肉體。精神是生命的表現；有生命，必然有精神，沒有精神，同時也就沒有生命。自然法之社會的意識，不在徒有生命，而在基因生命之精神。可以發生精神作用。有精神然後才能從事各種社會活動。國家既於保護生命，當然必須保護精神。有種種精神為精神狀態包含於健康狀態中（院字第二三七號解釋）。

健康直接是生命的徵，間接是精神健全之表現。身體精神不好，決不會很健康。國家既保護各人的身體和精，自然保護各人固有之健康狀態。所以健康狀態，也是保護的一對象。

勞動能力直接為健康狀態所決定，間接是身體精神健全之表現。自然人之社會的使命以及國民的義務之履行，無不藉勞動能力。所以國家必須保護勞動能力。換句話說，勞動能力也是保護的一對象。依據社會常識，勞動能力當然包括在健康概念中。

侵害他人的精神、身體、健康和勞動等是侵害自己的精神身體健康和勞動能力，依理也是一種侵害。然因自由主義之適用和刑法不罰自殺的結果，自傷也是受任的。不過因為兵役運動員和軍人等同時是國家兵役權的對象，所以不可自傷。在學識自己的立憲，博識是一種自傷。在國家民族立場，胎兒也是國家民族的利益之所在。基因健康而發生身體之傷害，這種自傷之範圍。廣胎本身，如屬另一獨立絕時。束縛時結果，致使其發育不全，也是一種自傷。這種自傷，直接影響乳汁之分泌，間接影響嬰孩之發育。不利於民族之綿延。所以專在禁止之列。

生命、身體、精神、健康和勞動等力量是互相關聯的數範疇。生命之中包含了身體、精神、健康和勞動四概念。這四概念不能和生命概念同時排他的。所以生命成為問題的時候，身體、精神、健康和勞動四概念，邏輯上沒有存在的餘地，事實上沒有存在的必要。成立殺人罪者所以不同時成立傷害罪，就是這個緣故。精神是肉體之所靈，而又和肉體相對地獨立，並且可能影響到肉體。在相對獨立範圍內，精神和身體是對稱名詞。具體的侵害之在獨立範圍內者，精神的侵害不一定同時有身體以侵害。不在獨立範圍內者，身體的侵害，必然

發生精神侵害的結果；精神的侵害同時伴隨身體的侵害。勞動乃是健康之具體的形態。沒有健康，當然不會有勞動力；沒有勞動力，也就是不健康。健康與勞動力，也是從屬於身體和精神的；身體精神變化，健康和勞動力也隨之變化。生命以外的數對象互相關聯的時候，直接受到侵害的對象算是保護的對象。生命以外的數個對象同時或各別直接受到侵害的時候，理論上，數個對象都是侵害的對象。

煙毒（鴉片、嗎啡等）是近百年來中國淪為大殖民地的紀念品，也是淪於次殖民地後經濟上之大漏卮，民族健康之大障礙。吸食煙毒，在個人觀點，雖不失為一種自傷或自害，依據一般不干涉自傷的道理，應該不加干涉。然而為實現民族主義，保衛民族健康起見。吸食煙毒，當然在永禁之列。若僅保護個人的健康，而不禁止吸食煙毒。國家保護國民健康之最後的目的，實在是沒法達到的。

身心的全部或特定部分還沒有完全發達者的身體中，保存着行將完全發育的可能性。這種可能性之變成現實性，固然和時日之經過有關。單純時日之經過，不能使可能性變成現實。可能性之變成事實，除假以時日之外，還要時時給與對於肉體和精神發達必要的飽、暖、休息、優待、或不束縛。沒有必要的飽暖 and 休息，這種可能性是抽象而不實在的。為使身心發育不完全者完全發育，必須使其發育的可能性成為一種實在的可能性。從而必須保護身心發育之實在的可能性。所以這種可能性，也是保護之一對象。生命、身體、精神、健康、以及勞動力，都是固有現狀——現實性，發育可能性是對於將來現實的可能性。小學規程之禁止體罰，內政部命令之禁止為幼少年婦女纏足，禁止婦女束胸，以及禁止吸煙的規定，都是關於這類可能性的保護。

身體精神以及生命之維護，需要足以達到維護目的之營養養育。身體力健者，不問職業之有無，無不隨時都可達到維護之目的。老弱殘廢疾病制殘等不能自力能護身體精神以及生命之持續者，需對處於可資維護——可以獲得營養養育之狀態或環境。不能自力維護者脫離了可資維護的環境，便有損壞身體、精神，甚或喪失生命的可能。這可資維護的環境或狀態之形成，有時是偶然的；有時是基因特定關係發生的。國家既然保護國民的身體、精神 and 生命，必然保護不能自力維護身體精神以及生命者在可資維護的環境或狀態。所以，這種可

的實難的狀態，也是保護之一對象。

幼年生活資料缺乏，原始社會曾經實行養老的習俗。血族團體的農業社會發達以後，知識權力和權力，都集中在老年人手裏。因之，老年者在家庭和社會，都常處支配地位。於是勢之所趨，養老老人是為社會家庭所尊重。不為相當的扶養或保護自不能為當時社會所容。封禁社會的國事和家事，分治於君主和家長。老人的地位更得君主為之保障。愛之，當時的生活資料，非如往昔之絕少剩餘。於是養老敬老的事實，獲得了物質的保障，成為一種風俗或道德。外國如此，過去中國也是如此。資本主義社會雖把個人主義和自由競爭作骨幹，養老老耆并未劃出自由競爭之圈外。然而這類人的身體不健全，從而意志比較不自由，也是顯着的事實。十九世紀諸國刑法對於老耆犯罪常有減輕的規定，不外是肯定了老耆人意志比較不自由。現行制度之禁止遺棄，除人類愛之外，並可在民族意識中找到合理的根據。總之，中國現制之禁止遺老，顯然自有傳統的道德成分包含其中。

幼者的管教養育都須假手於他人。羅馬法和德國中世法雖沒有規定，加鄰法却認母親子女為犯罪。德國的普通法也有處罰的規定。用遺棄為殺害手段之場合，特別重罰。近代資本主義社會自由競爭，主體，限於身心已經完全發育者；未成年幼少年，原非參與競爭的一員。社會對於無力自立者，原則上不自負救濟責任，僅在現有的身分關係限度內，科責於有關之人，藉以一面滿足所謂人道的感情，同代培植次代的競爭者。中國農業社會家族主義時代，敬老慈幼原是君主治民的基本原則之一。今日民法上之家，雖已不是宗族之家，而是一種變象的社會學界；民法上之親屬關係，已不是昔日的家族關係，而是自然的血統之聯繫。其中所含社會運帶精神，已超出個人主義的資本主義的精神之範圍，帶有社會主義的色彩。慈幼的精神，顯然也包含在內。

近代護護第三等級革命的自然法論，雖把權利當作與生俱來之物。實則僅就國家對個人之關係而言。個人和個人間，則用契約的理論解釋權利義務之互相交易。在契約上有不道德義務而遺棄之者，是為違反契約。契約之神聖，是近代資本主義社會一大原則。因為違反契約即是遺棄。所以這種契約之違反，當然禁止之則。

個人主義的社會責任，是把自由意思作出發點的。實質上是一種道德的責任。權利和義務都不過是由自由或思想疏離後的報酬或負擔。個人見識子然入於非而不救。把社會主義或社會進階的道德理想作標準，算基礎得非難的行為。把現時的舊風俗作標準，是不可以非難的。法律上當然不能科以過失責任。因為路人並沒有救濟孺子的意思表示。個人主義責任的淵源，只有法律和契約。無因管理只是一種例外，并有法律為之規定。而過必把曾經有過顯為保護的常思表示當作理論基礎的。法律契約以外之不遺棄的義務之責任，所以限於收管無力自救之人而又委棄之場合，就是這個緣故。

國家保護生命、身體、精神、健康、勞動力、以及身心充分發育之可能性，并可受管教育之環境，一面是一種目的，同時是一種手段。因為社會生活之經營，是把個人的健全當作預定條件的。生命、身體、精神、健康、勞動力，以及身心充分發育之可能性等不待問題之前提下，要求個人盡其社會生活，發揮個人的能力，以為各自并國家社會造福利，必須保存若干必不可缺的自由。所以國家必須保護各人的自由。因之自由也是在保護範圍內。自由是處於不受他人干涉之地位，或在國法的許可範圍內之行動，不受他人干涉之意思。其因具體內容之不同，可分為人格的自由（不為奴隸或不處類似奴隸之地位）、尊嚴的自由（不受非法搜索的自由）、自決的自由（不出國的自由、不受監禁的自由）、行動的自由（不受身形拘束的自由、不受接納的自由）、精神行動自由（不受受威脅的自由）、靜謐安寧的自由（不設法侵入住宅的自由）等等。

在個人覺醒以前，僅有團體權力，沒有個人人格。社會的生產組織是家庭的，社會的階級關係是主奴關係。奴隸一面是生產手段，同時是一種財產，可以自由估價，成為市場交易的對象。近世個人自覺的結果，個人直接成為社會一份子，個人在生產過程中是生產者，在法律上是人依者。在社會上已經推翻封建的生產關係，成為社會的主人。於是人身不再成為商品。人之後天知後於人，都是法律或自由契約作根據的。當事人間的關係保平等關係，不是主從關係，各人保有平等的人格，使人均奴隸。新法和資本主義的社會關係是互相

矛盾的。禁止史人爲奴隸是第三階級革命勝利之紀念碑。資本主義高度發展的結果，雖使勞動者處於不神地位，然自十九世紀末葉以來，新生的社會立法，固然算是爲勞動者決力的表現。觀念上也從來沒有否認勞動者的人格。人格和奴隸是互相矛盾的觀念。奴隸概念既成了歷史的渣滓，人格自然便是歷史的結晶。

中國臨時議會禁止「賂誘人賂賣人爲奴婢（唐律）」目的在於不使某種社會地位的自然人爲「奴」，不是否認奴隸制度。真正的奴隸，是可以買賣的。現代中國之禁止特種人口之買賣，始於大清新刑律之充補條例。然而「舊規定之精神，并非人格觀念之產物。概括規定禁止使人爲奴隸，則始於刑法第二次修正案，立定於舊刑法。旋爲現行刑法第二九六條所繼承，并增加「使人居於類似奴隸之不自由地位」一語。不過，值得留意的：是：現行制度之有禁止使人爲奴隸，雖可作爲反對封建組織的證據，不可據爲認定中國走上資本主義之路的史料。因爲人格觀念雖因資本主義之發生而發生，不僅不因資本主義之消滅而消滅，并且當作了資本主義文化的遺產，傳給興起的社會。

各國產業發達的程度不同，生活程度、生活費用因之互異。把生活費作重要因素的勞動力的價值，自然有高有低。生活程度、生活費用及勞動力的價值之大小，都和產業之發達成正比例。利用奴隸生產所得的剩餘價值，固然比利用自由勞動者大得多；利用產業蒸棧民衆的人工，也可獲得大於利用本國人民所能獲得的利益。這是國際間販賣豬圈——人口的原因。自願出國勞動，雖無不可。以詐術使人出國而從中取利，根本違背意思自由和尊重人格之原則。兼之，被騙出國，所謂豬圈，其勞動力的出賣，雖和奴隸不必盡同，然和純粹的自由契約，也迥然有別。兼之，基因勞動力之大量流出，本地工價還有高漲之可能。足以影響國內產業的利潤，顯而易見。

在男系男權社會中，女性之社會地位不免遜於男性。兼之，經濟地位不平等。因之，女性在性的社會作用上成爲一種財產或可估價買賣之物。爲扶助女性自由計，法律上有盡其保護能事之必要。賂誘是妨害男女平等的，也是妨害女性選擇配偶和性愛的自由。所以在禁止之列。

個人行動及其可能性是資本主義發展的原素，也是第一階級革命的戰利品。個人自由之政治史的意義，在於推翻隨意逮捕、監禁、審問、處罰的專制政治。剝奪一人的自由，競爭場中即少一競爭者。自由競爭為命脈的自由之發達，當然蒙受損害。十九世紀是民主法治的世紀。所以各國憲法例有非依法律，不得逮捕、監禁、審問、處罰的規定；刑法採罪刑法定主義；刑事訴訟也是訴訟程序法定主義。從今日言：自由由十九世紀，已經完成了歷史的使命。到了二十世紀，應該功成身退。然而最低限度的行動自由及其可能性，實是十九世紀歷史應有的遺產。況且行動自由之在中國，尚仍有其歷史的任務。換句話說，一面含有二十世紀的性質，同時還有十九世紀的任務；却是現階 中 國 社會生活中的自由之特徵。

自由之受束縛，必須有合法的原因。任何人沒有接受任何沒有合法原因的束縛之義務。這是法治的鐵則，非不因民主主義之衰退而變動。國民和國家間的關係是如此；個人和個人間的關係也是如此。所以，非依法律或契約，絕對不能剝奪權利或課賦義務。強暴脅迫是私力；強暴脅迫之行使是一種無秩序狀態。以強暴脅迫使人為無義務之事或妨害人行使權利，是違反法治原則，也是妨害措施或處置的自由，所以也是禁止的。

以加害於生命、身體、自由、名譽、財產恐嚇他人，發生危害於安全，自然也是妨害了自由。有人認為這是妨害了意思自由；也有人認為這是侵害了法律的安全；還有人認為客觀上侵害法律的安全，主觀上侵害意思自由。若自歷史過程看：在十九世紀中州以前，認係意思自由，似無不妥。到了十九世紀後期，形式上，是侵害了意思自由，實質上却是侵害了法律所保護的財產的利益之安全。若更從意思和財產間的關係看，在資本主義社會中，社會活動是以自由作中心的。自由的目的和作用，在於財富之獲得和積聚。在商品市場保護保護了社會之後，生命、身體、自由、名譽和貞操，都漸帶了商品的性質，含有財產的意義。就這點說，認係保護內 的 自由，不如認係保護內心對於財產的安全感。中國的民生主義社會發展之極致，或以認係保護內心的自由為妥當。

特定場所內之獨占之支配，也是自由之一形態。支配之所以必須獨占，一面為維護支配的意思之自由，同

時爲生活安寧的自由。支配之意思，及生活安寧之自由，雖把住宅、建築物、及其附近之機械之地、以及船隻、作範圍，法律保護的對象，不在此住宅等具體的東西，而是支配權和這東西互一結合而成之安寧的狀態，由支配的可能性。舟車和航空機，不在法律範圍內。舟車上應類適用。至於舟車中，依無故入人家，登時危險，勿論的規定，責任範疇，與居住安寧範圍二一。

信教自由之自由之一形態，也是第一階級單向的權利品。信教自由之歷史的進程，毋寧在的不信宗教或不信特定宗教的自由。可是，信教自由的全概念，當然包含了各人積極信仰某種宗教的自由。中國基督教會與祖先的信仰，有點近於宗教而不是宗教。東洋的佛敎，用西洋的耶穌教，回教等等，即是宗教。漢族、佛敎的信仰，也沒有宗教。然而中國的國民革命，把十九世紀的歷史一化而爲進程的。因此，信教的自由，以爲列在保護範圍內。對拜祖先的習慣，單純當作一種始終追遠的道德，也是必須保護的。因爲保護崇拜祖先的習慣和信教的自由，必然保護喪禮、葬禮、祭禮、說教和禮堂場所。

尊嚴是人格的一屬性。秘密是自由之一種。二者互一結合，形成媒體以及支配範圍內的住宅、建築物、舟、車、航空機之不可侵犯性。

尊嚴是人格的表現。人格不健全，固不易維持相當的尊嚴。尊嚴喪失，必影響及於名譽和人格。尊嚴是被人重視的表示是尊敬。侮辱和褻瀆是對稱名詞。尊嚴之被破壞叫侮辱。國家當然保護人格，當必保護尊嚴。因此，自然人的尊嚴，也是被保護之一對象。

名譽是尊嚴之一因素。尊嚴中包含，名譽和名譽。名譽是社會對於自然人的人格評價之具體形態。名譽之破壞，一面決定自然人在社會關係之無形的精神的地位，同時是自然人在社會行動的條件。在保護自然人的名譽，固然要保護名譽，在便利自然人的社會行動起見，也須保護名譽。不過，假使無條件保護名譽，轉而等於鼓勵欺世之名，有害社會。最合理的態度是：保護名譽的事項，限於直接關係公眾利益的範圍；個人名譽之破壞，直接有利益於公眾之場合，則在不保護之內。

尊嚴和名譽。都是人格之一屬性。自始人死亡，則人格喪失。沒有人格本沒有尊嚴和名譽可言。顯為死人的尊嚴和名譽，都已喪失了尊嚴名譽固有的作用。不過，死者生前，行爲，原和人格保有密切關係。衆之，死者尊嚴，關係死者親屬的尊嚴和名譽。國家為故風保，自始人的尊嚴和名譽，必保。死者的名譽和尊嚴，信用是名譽之一種。廣義的名譽中包含了信用。在名譽信用平等的前提下，所謂信用是指工商業者業務上之名譽，以及非工商業者之經濟上的名譽二種。其他名譽，屬於所謂名譽的範圍。工商業者業務上的名譽和非常商業者經濟上的名譽，都是和市場關係密切關係的。本質上不是私權問題，因而易見。所以信譽之保，限於指摘不實の場合。

自利和利人；自私和大公，都是人性矛盾之兩極端。大私利人之處，雖無妨爲他人知悉；自利之方，當然不爲他人所知爲得計。以不爲他人所知爲得計，而又不顧他人所知的事物，所以秘密。基因秘密事項內容性質之不同，有僅自以爲不爲他人所知的（主觀上的秘密）；有事實上不宜爲他人所知的（客觀上的秘密）；有任何人都應隱秘的（特殊秘密）；有秘密內容不爲特定人以外的任何人所知者（絕對秘密）；也有已爲若干人所知的（相對的秘密）；然而都是秘密之一種。秘密之說，有時可使他人人格。受其影響。爲維護人格，必然保護秘密。總之，工商業的知識和得見之秘密，有利於種之進行。國家爲促進工商業之發達，必然維護秘密。因此，秘密一是被保護之一對象。

性生活是民族綿延的基礎。性行爲爲是人類本能之表現。雖非可以絕對禁止，然而沒有性行爲則種族斷絕。對於國家社會和個人，均自有其利益。於是需要有一調節。真誠這概念就是負擔調節使命的。因此，真誠也成爲性行爲之一對象。真誠之真，是對於性行爲的對象，其法，及實行時之信實。對於之真誠性，和方法之正性，以及待成然而始發洩，便是個概念的。自真誠和制度關係觀察者，有真誠類的真誠，是國家之隨意委任的。在人都自己權利。不無類之真誠，一方面是各人自己的義務，真誠與有關係的他人之權利。屬於自己權利之真誠，若受他人之侵權，便是侵害了自已的自利。如何配得真誠

刑法在法權系中之地位

被破壞是。假定是自己侵害，却無所謂侵害——例定自己手淫是。屬於自己義務之場合，假定自己侵害了，其是違反義務——例如有配偶者與人通姦及濫用沒有成熟的生殖器官是。若受他人之侵害而自己沒有同意，只算侵害者侵害了自己和與有關係的他人之權利，自己並無違反義務的意義——例如有配偶者被人強姦是。

發洩性欲的方法，事實上有正常和變態兩種：人類異性生殖器官互相交接是正常的方法；此外便是變態的方法。性欲行為雖是人類本能的表现，神益民族延續的性欲之發洩，却僅限於正常的方法。變態性欲對於民族健康或優生，均屬無益而有害。然而十九世紀的自由主義、個人主義浸透各種意識的結果：人類間的變態性欲、異性間合意的變態性欲、同性間合意的變態性欲、和自瀆等等，原則上都在放任的範圍。僅因各民族傳統的風俗道德之不同，間有處罰人獸間和同性間的變態性欲行為的國家。只是自瀆，幾無例外不在禁止之列。中國刑法沒有處罰自己單純手淫的規定，也沒有處罰人獸間單純的變態性欲之規定。這顯然是一個值得考慮的問題。現行法對於同性或異性間合意的變態性欲行為。原則上是放任的。只有未滿十六歲人，因為沒有健全的自由意志，和尊重自由之原則不符。同時因為要保護未滿十六歲人的生殖機能，使能健全發育的意思。所以禁止其自由。強制他人使為自己發洩變態性欲的工具，本質上侵害了他人之自由，所以在禁止之列。夫婦關係之義務，以承受正常的性交為內容。所以，夫婦互相強制對方承受自己的變態行為，也是禁止的（司法院第六五〇號解釋）。正常性欲之補充的發洩形態是自由戀愛，也就是長期的或一時的自由合意性交。婚姻生活是家庭問題。合意性交却是自由權之一內容，恰意向性交之反面，是不合意即不為性交。換句話說，不合意即不為性交，也是自由之一內容。合意的性交，原則上不在干涉之範圍。不過，特定範圍內的親屬相好，有背民族傳統的道德，不符優生學上繁殖的原則，所以禁止。一般未滿十六歲男女之相和好，解釋上可認也在禁止之列（適用刑法第二三一條之二項和第三二七條之二項。其共犯行為，却由第二三三條規定。）這都是因為生殖器官是民族保存的工具。未滿十六歲人濫用生殖器官，足以影響民族健康緣故。

性欲是一種本能。本能衝動的結果，常易使人失去理智作用。失了理智作用的人是盲目的。因此，不同性欲

妻之內容，決不是良家婦女概念之含義。自後者說：淫行二字之含義，當然不能超出性交二字之範圍。所謂我在暫於淫行，也不外已有性交經驗之意。然則性交經驗之保有，固不限於娼妓。有夫之婦和有耕種之女性，又何嘗沒有性欲經驗？而處女、寡婦、女尼，因屬沒有暫於淫行。在某種限度內，長久寄居者，也不妨算作現在沒有淫行的習慣。如此解釋，斷不可通。衆之，良家婦女初度賣淫之際，究竟是良是娼？依然不易斷定。——當然認為是娼妓合理些。因此，所謂良家婦女，若不改為品行端正，或貞操強固的婦女，那便只有解。現在沒有賣淫的意願和行為的婦女之一法。然而法律的對象，不是糊塗坊資格的貞女節婦，而是常人。解良家婦女為品行端正，未免失之嚴格。結果，解為現在沒有賣淫意願和行為的婦女，便成唯一妥當的認識。反過來，娼妓之所以為娼妓，在於把性交行為當作獲得貨幣以及物質的手段。因此，良家婦女初度賣淫之際，即已失去良家婦女的性質，而成爲娼妓。良家婦女與人姘居的結果，基因情感作用而受贈。這和娼妓以性交為獲得財物的對價，客觀上雖不一定境界顯明，主觀上之心理過程，却顯然有別。姘居以及戀愛者之不因受贈而成爲娼妓，自屬不待煩言。

娼妓和所謂良家婦女概念之對立，僅在人格商品化的前提下，始有可能。在人格商品化了的前提下，沒有良家婦女和娼妓之區別，反不是真理。不過，商品生產是資本主義的生產。民生主義的社會生產之目的，不在商品之生產。三民主義社會之各分子，必然接受世界發展之趨勢，不同理論和實際，都應保有相互平等的人格。相輔並行立法草案改賭娼爲娼的精神發展之極致，可能幫助推動現實，消滅性慾行為商品化之事實。

胎體是人類的再生產之結果。抽換說來，是自然人的來路；具體觀察，是民族次代的主體。次代國民的一分子。若想維護國家民族之綿延，必然須保護母體內的胎體。胎體初期是一塊血，逐漸變成肉，五個月後，始具人形。爲使母胎得以徹底滋養，應該不問血塊，肉塊或胎兒，都在保護範圍內。不過，這種血塊或肉塊必須是人類交接的結果；若屬疾病的表現，自不應在保護範圍內。

死亡是自然人的歸宿。國家社會既是人類生活的形式，對於自然人死亡後軀殼，決不能絕對放任而不保

護。因此，人類的屍體、遺骨、遺髮、火葬的遺灰、殮物、墳墓、墓碑以及墓場之草木及安奉，都在保護範圍內。屍體是自然人自己否定的結果，呼吸停止後筋骨消化前的肉體或內臟之一部或全部。遺骨和遺髮，都是屍體自己發爛，解體消化的結果。火葬的遺灰是火葬屍體所生之灰屑。殮物是裝飾屍體的衣飾物品和裝設屍體的棺木。墳墓是運送屍體的工作物。墓碑是墳墓之標誌。

法人不是自然人。不問關於法人本質論採取何種見解，法人終是一個沒有有機生命的東西。法人之成立，雖可視為法人之出生，法人之解散，也可認為法人之死亡。可是非法解散法人，不生解散的效果，和自然人之可以獲死者，終究不同。有機的生命，是把有機的肉體作根據的。法人沒有肉體，也沒有精神、健康和勞動力。法人沒有物質生活。因此，沒有可資維繫的狀態。法人沒有生殖器，不能性交。所以沒有貞操和性愛的問題。法人是一種社會活動的單位。除了尊嚴、名譽、信用和秘密等應有的東西外，還有若干種自由。不過，沒有生命、身體、和貞操方面的自由。又因為法人沒有親屬。自然人對於法人也沒有同親屬。所以對於已經解散了的法人之侮辱和毀謗，不在保護之列。法人之產生，是法制造成的。所以不發生墮胎的問題。法人沒有有機的軀殼，所以沒有死後的問題。

國家保護自然人的生命、身體、精神、健康、勞動力、自由、尊嚴、性慾情愛化、貞操、名譽、信用和秘密，保護法人的尊嚴、自由、信用、名譽、和秘密，一面是目的，同時在於使自然人和法人安心并且順利致力於物質文明和精神文化之創造。農工商業是社會的物質生產過程。農工商業之保護，必然成爲國家的使命。因此，農工商業之自由運行和發展，也是保護之一對象。

第三節 第一次的國家規範（下）

財產是生產的結果，也是經濟學中所謂價值。凡有交換價值的，固然是財產。僅有使用價值的，也不失爲財產。因此，只要不是已經所有者拋棄或遺棄，不問市場價格之有無和鉅細，不問全整和欠缺，不問主從，不

所有權和無形財產，不問本質與否，不問動產與不動產，不問得自先古，古物、拾得、發現、附著、混雜、加工、或與與，都在財產的範圍內。

民生主義的私有財產制在平均地權和節制資本的私有財產制度，也就是進到大同主義的第一階段。這種主義固然和共產主義不同，也和個人主義的私有財產制度有別。自主方面看：國家是一個最大而且最後的所有者。自他方面看：財產的對象雖是物；物的全部却不都是個人財產的對象。從前者說：純粹私有財產制下的私有權，在法定範圍內，純念上是絕對無上的。所有權之外，只有國家的領土主權，不再容有超越於其上的意識之所有權。民生主義的私有財產制之所有權是相對的。所有權之外，不僅有國家的領土主權，還有國民的共有權起於其上。土地法第七條第一項前段的意旨，便是確認這種共有權。雖然經過特定人依法取得繼承之後，這種共有權暫不發生作用，然而只於暫時不發生作用。這種共有權在觀念上超越於每一特種人的私有權之上，應由十分顯明的。從後者說：凡可運送的水道、公共運用的水道或於湖澤、公共交通道路、鐵路地、港埠地和有經過人工加工的礦山，都係私有財產對象的範圍外（參看土地法第七條、第八條、礦業法二條）。這種禁止私有的東西，雖可根據土地法第七條規定之精神，稱為國有或公有，從而也有一種所有的形態。然而刑法中侵奪財產罪的目的，在於私有財產制度之保護。土地法中禁止所有以及肯定中國領域內的土地屬於國民全體的精神，本質上是私有財產制度的對立物，和刑法中保護私有財產的精神根本相反，不是私有財產制度下的所有之形態。

土地法第七條之精神，只是民生主義的精神之表現。在民生主義的精神之前提下，鳥獸魚鱉都是中國國民共有的。未經特定人取得私有權的土地之草木，依據民法第六六條第二項，算是土地的一部分，當然和土地同為國民共有的。這類鳥獸草木魚介之獲得，原則上是把先古作權源的。然而先古自身不是漫無限制的。參看漁業法第四三條狩獵法第一二條森林法第六一條公鳥條例第一二條。其動植物動產之私有，即是自國的。雖然古物、寺廟和喇嘛寺等，免不了有些限制（參看古物保存法，監督寺廟條例與古喇嘛寺監督條例）。

等，然而這是保護公益的結果，和民生主義沒有直接的關係。

土法中禁止私有的土地，都可以視為私有財產權對案物中之一種。土地是地球表面和地下相當深度的地層之名稱。所謂相當深度究竟包含多少？這是一個復合糊塗的問題。沒有一定尺寸。抽象說來，維持地面原狀和養護土地機能必要的深度內，都是屬於土地範圍。具體說來，當作農林牧場以及生長榮茂的地下所需深度，比較林場或生長樹木的土地淺，建築物的基礎地下所需深度，應比林場深，而高層建築物的基礎或廠用地的地，所蓋的深度，應比普通建築物之地下深。地面原狀之維持，砂土地需要比粘土之地更深，平原需要比較山陵深。不在必要限度內的地下深處，不問有無礦藏，不在地而的土地範圍內。自另一觀點看，土地是一個綜合性的名詞，因為土地是無數泥土之綜合。這無數泥土綜合起來是一塊土地，分拆開來無數泥土或石塊。泥土或石塊綜合到土地間然就是私有權的對象，土地或石塊所合成的或相結合的土地就是所謂泥土，也是所有權的對象。民法中土地屬於不動產的範疇，整明這個範疇是稱爲土地，不放在其他土地應歸了的泥土石塊屬於動產範疇，竊取了屬於不動產之竊盜（十八年上字第四九七號判例）。在整體中使之脫離的過程，可無不屬。這由民法中的動產和不動產分類說的分類的緣故。掘取他人地內的泥土石塊之侵蝕轉移者，違反刑法中成了一個特殊的罪名（違背第五一條第四款）。假定情節重大，必須適用刑罰時，在區別財產和動產的前提下，推測法院的態度，曾九會認為只是一個動產竊盜罪；這是可從十八年上字第四九七號盜竊他人泥土的判決看出來的。我以為爲解掘取他人地內泥土爲毀損不動產和竊取動產二罪名，這犯，似乎妥當些。假定取得一個罪名的實益，我願進而主張刑法中侵害財產罪改爲侵害經濟上的利益罪。上述情形，解爲侵害一種利益，最是概括。

土地的定着物，也是私有財產權對象物中之一種。所謂土地的定着物，包括一切和土地互相結合，或與土壤土塊或其物之狀態，不能使之和土壤分離的事物。土地的定着物有二種：其中的一種是天然的定着物，如草叢竹叢林和農作物，都是土地天然所定着物，也就是所謂土地的生產物。這種生產物在土地分離以前，屬

法第六六條第二項視為土地——不動產的一部分；原則上屬於和土地同一之所有人。在分離以後却視為動產之一種，原則上可以單獨移轉所有權。自開始使之分離至於完全分離間，究竟動產或不動產？民法的規定空白了。民法所謂動產和不動產的分類是把靜的事物作對象的。然而由合一到分離，却是一個發展過程。在民法的分類中，當然顯示不出來。這種顯示不出來的過程，在刑法中可以成立毀損和移轉持有二罪名。在違警罰法中有一個特殊罪名，叫做採折他人之樹木花卉或菜菓（違警第五二條第五款）；這當然只適用於過失或故意而情節輕微的時候。情節重大的時候，當然還是適用刑法。在區別動產和不動產的前提下，我以為應作竊盜和毀損二罪名的妥當些，假定不分。產和不動產，當然還是侵害利益。

另一種定着物是人定着物，也就是所謂營造物或工作物。工作物和天然物，對峙的。天然定着物是土地和種子統一的表現；人工定着物是人工和材料土地統一的結晶。工作物或營造物和天然物區別的要點在於人力的加工之有無。現代式的道路、鐵路、橋樑、水塔、人工水池、人工水井、壩堤、人工溝渠、住宅、建築物、牌坊、墓垣、礦坑、防空洞壕、已豎立的電線柱、自來水管、下水道、石灰窯、磚瓦窯等等，都是一種定着的工作物或營造物，含有定着物共通的性質。

隄防是防止洪水氾濫於特定區域的工作物。水閘是節制特定區域的水量之工作物。自來水池是人工給水以供應用的工作物。陸路是人及無軌車輛的交通路線。鐵路是火車通行的路線。甬道是供火車或電車車輪經過的鑄製之長線。燈塔是指示航路之標誌。橋樑是連結水流兩岸以供交通的工作物。鑛坑是採取地層礦質的孔穴。這些工作物互相差異的地方，在於其本身的形式和作用。

建築物是定着物之一種，也是工作物或營造物之一種。建築物之所以為工作物，由於人力之加工；所以為定着物，由於和土地互相結合。建築物之所以別於其他定着的工作物之特點，在於適於人之出入，且可避風雨。因此，工作物之四面尤其是頂上，有可避風雨的設備，便是建築物之形態上的特徵。具體些說，屋頂和四壁俱全固然是建築物；有頂而無壁的涼亭，仍不失其為建築物。前大理院雖曾有時把「定着於土地施一切之設

他人得以居住者」作為建築物的規定（三年上字第五二〇號判決）。有時又復認定「刑法上所稱爲建築物者，係指上有屋頂，周有門壁，適於人之起居出入，且附屬於土地之工作物……」（四年上字第五二九號判決）。規定雖略有不同。本質上都是關於住宅的規定。顯然是混同了住宅和建築物，把建築物一概當作了住宅的結果。最高法院據會肯定「刑法上所謂建築物係指有牆可蔽風雨，吾人可以自由出入，且定著於土地之工作物而言」（二十年上字第七二二號判決），正確指出了建築物的特點。可是後來又曾認定「刑法上所稱之建築物，固指定著於土地之一種工作物而言。但此種工作物必須上有屋頂，周有門壁，足以蔽風而通出入，且適於人之起居者，始得認爲建築物……」（二十二年上字第二六九號判決），回復了大理院時代建築物等於住宅的認識。并在這種前提下，斷定了僅供休憩而無門壁的涼亭，不是建築物的結論（二十二年上字第二六九號判決）。在住宅等於建築物之說下，涼亭當然不是建築物，因爲涼亭本不是住宅。

住宅是一種建築物，一面具有定著的工作物或營造物之性質，同時還有蔽風雨的作用。住宅之所以爲住宅的特點，在其建築物之預期供人居住之性質和事實上成爲人類生活居處之場所的可能。不具備建築的條件，固然不再建築物，然而不是住宅；不具備住宅的特性，也不是住宅；依舊固不是住宅。倉庫、工廠的機械室、辦公室、學校的教室和圖書館，縱使暫時有人居住在內，仍然只是建築物，而不是住宅。因爲住宅是住家所建築物。法院一向把「適於人之起居」當作建築物之屬性，觀念上是混同了住宅和建築物，事實上把一切建築物當作了住宅。我們很不容易發現法院判決中關於住宅的規定，就是因爲混同了二者的緣故。住宅之所以爲住宅，在其可以爲人類生活居處之場所。不必現實有人居住，也不必生活起居之設備。全、鎮門外出後的住宅固然是住宅，空無一物的避署避寒的別墅，也不失爲住宅。建築的材料不限種類，構造的外形也無限制。因此，窮人居住的茅屋土窖或土洞，以及沙漠中的帳幕，固然都是住宅，居住船上的漁人之船舶，長住火車車廂中的工役之房間，都不失爲住宅。住宅的範圍限於建築物本身。附近圍繞之地，不問有無圍牆，不在住宅範圍內。圍牆自身只是一種工作物，不是建築物。法院也曾認爲不是建築物（四年上字第五二號判決）。

旅館、客棧、公寓和宿舍，類似住宅而不住宅。普通住宅的特點，在於私人之所有的獨占或若干私人之所有的共占。旅館、客棧、公寓和宿舍，是帶有社會性的公共場所，至少是大多數得以自由出入的場所。所以住宅和宿舍之類，本質上是互不相容的概念。客棧之類的地方，有時連房間甚或連床鋪，都是由不相識的二人以上共用。這在共用者互間，那有辦法產生住宅的意識？一人或數人特充了房間，對非共同者，可產生若干住所的意識，然範圍限於一室之故，和住宅之以建築物為範圍者絕然不同。因此室內的空間，雖在自己持有範圍內；室內空間之占有和對於住宅內之占有，性質上絕然二事。

私有財產權對象的第三種是所謂動產。什麼是動產？從外觀觀察，土地和土地的定着物以外的物質，都是動產。民法第六七條便是從這個觀點產生出來的規定。然動產之本質的屬性，既沒有顯明提示出來。動產之所以為動產的特點，依然不可捉摸。不過，動產和不動產的區別標準，於定有與否。土地和土地的定着物，都是固定了地位，若非變更原狀或破壞，不能任意運動的，所以叫不動產；可以任意運動地位，而不影響其物理的性質的財產，便是動產。自另一方面看：動產也是一種工作物。因為動產也是人類精神的勞動力或肉體的勞動力和諸般自然的或人工的材料互相結合的結果。基因各個動產自身構成之具體的因素和社會的作用之不同，可以在各種觀點，把動產分成若干種類。若從勞動的性質觀察，大體上可以分成精神勞動的結果和肉體勞動的結果二種。

肉體勞動的結果是肉體的活動和物質的材料之同一。皮襖夾單衣；綢緞棉毛料；中衣和西裝；新製和破壞，都是衣的方面之動產。可供食的一切動植物都在食的動產範圍中。各種陸上交通工具如火車、電車、汽車及其他車輛，空中交通工具如飛機，通訊工具如電報電線，交通工具及浮游水上的舟筏，都是行的方面之動產。車是利用圓輪裝於之推進，以供運輸的工作物。火車是利用蒸汽力推動機器，運轉於特設的軌道上，以運送人或物的車輛。電車是用電力發動，以供運輸的車輛。飛機是飛行空中的工具工作物。船艦和舟，按刑法上與普通同義的。舟是航行水上的工作物，不限於商法第一條所定：航行水上及在與海相連能供海船行駛的水

上航行的船。凡有空氣發動的小輪船，固然包含在內。大小帆船也是舟。有些地方，有許常用竹木蘆葦以代
其舟者。這種情形下的竹木牌，也應算作舟的一種。浮標是指示法網專釣的標識。本身靠近於動產；
其類其體態，有時也當作一種不動產看待。此外，生活必需品如床褥絲毯，碗筷杯盤，以及其他什物，固然
也應歸入。就是如衣食住行沒有直接關係，而是人類文明和文化發達或專物自身發展必然的結果。如印文、
圖書、印刷品、玩具、儀器、文具、裝飾品、醫療器械、送死器材，以及加工製造基于研究或博物館中
觀察對象的人的屍體之一部或全部，當作交易單位標準的度量衡，當作交易媒介的貨幣、紙幣、銀行券、物權
證券、債權證券和有價證券、郵票、印花、印紙、船單票……等等其自體、價值和實效其自身，一切欲類俱備
陳品藥物……等，都是動產之一種。

精神勞動的結果是思維的結果和物質的材料之同一。思維的結果本身是意識。意識記錄在物質的材料之
上，成爲文書、圖畫、文稿；等。文稿是思維結果之記錄。用點、線、面存表示方法的記錄叫圖畫。最廣義
的文書，包含一切用文字、圖畫、記號或特種記號……如明密電碼，記載於物體之上的事實或意思表示。根
此，凡圖具備：(一)用文字、圖畫或記號記載。(二)記載的內容是事實或意思表示，和(三)記載於物體
之上等三個條件，即可算是文書。在這種意義下，著作、信牘、電報文、備案、日記、契約書、有價證券、紙
幣、銀行券、物權證券、債權證券、郵票、印花稅票……印紙和各種入場券等的內容，都是文書的一種。狹義
的文書之所記載的內容，限於是和一人或數人在國家社會生活中的接觸有關的事實或意思表示。換句話說：凡
關及私人或公眾的權利義務有關事實或意思表示之記載，以及表現國家權力的文書，才是狹義的文書。刑法
上所謂文書，是指狹義文書而言。

美國作或名義入之不同，狹義文書可分爲私文書和公文書兩種：公文書是公務員用公務機關或公務員名義
在公務員職務上創作的文書（刑法第十條第三項）；私文書是私人或有公務員身份者用個人或團體名義非職務
上創作的文書；二者唯一的區別，在創作或名義人所作或約文書和公務員的身份有沒有內部的聯繫。公務員在職

務上和私人所訂的合同、信件、批示、條諭、訴訟記錄、傳票、拘票、通知書、批示、佈告等等，都是公文書。國家銀行所發行的銀行券、國家機關所發行的有價證券、政府所發佈的公文、護照、證書、國立學校的各種佈告、通知、證明書、入學證，也都是公文書；私立學校的銀行券和私立學校的各種文件，却是私文書。私人名義的呈、狀、聲請書和函件，都是私文書。公務員職務上對於呈狀等件所加之批語，固是公文書；私文書中和批語有關的部分，算是私文書，也是公文書。國家考試或國立大學考試試卷的卷面連覆卷，都是一種公文書。私立學校考試或私人團體招致的試卷卷面連覆卷，都是私文書。對待解答問題的空白部分，只是一種單純的財產。作成答案後的部分，雖是廣義文書之一種，却不算狹義的私文書。評閱後的試卷，其分數和答案全體合成一種公文書或私文書，與單純的答案完全異其性質。私立學校的選課單，是填寫者在簽名蓋章的教職員雙方的私文書；國立學校的選課單，在職教員未經簽字前是私文書，簽字後是公文書。

在內容有價無價的觀點，可分文書為有價證券與非有價證券二種。有價證券的特點，在於文書的內容代表着一種和文書自身的物質互相獨立的特定的價值。這種價值和文書本身的物質的價值，完全是兩回事。然而所代表的價值，結果成了文書自身的價值，或可以取得的價值。有價證券中可分為貨幣代用品、絕對的有價證券、相對的有價證券和證明證券四種。狹義的有價證券係指絕對的有價證券和相對的有價證券兩種而言。絕對的有價證券是可以自由流通於市場的文書。權利人非持有此物，即不能行使或移轉其權利。例如無記名股票、無記名股票、無記名匯票，都屬於這一類。相對的有價證券是非經背書不能流行於市場的文書。記名的匯票、記名的股票、和記名的匯票，都屬於這一類。證明證券是一種證明的方法，不屬於狹義的有價證券之範圍。其特點在於不能流通於市場。郵票、印花稅票、司法印紙、匯兌印紙、往來客票、娛樂場所的入場券、以及各種有價公場券等，都屬於這一類。至於銀行存摺、各種帳簿、各種發票、各種收據和領條、各種無價的入場券、某某種匯票是一種單純的文書或非有價證券，不在有價證券範圍內。紙幣和銀行券，都屬於貨幣代用品的範圍。此外，各種色的文書，都不是有價證券。非有價證券是把文書自身的價值作價值的。

動產和不動產都是一種財產，同時都是一種物。換句話說：動產和不動產的上位概念是物。因此，認為物是私有財產權的對象，當然不會發生毛病。不過，什麼是物？民法中沒有立法的解釋。在應用電力以前，物的特性是「有體」。然而把有體當作物的特性，那是混淆了物質的物和經濟的物之結果。在科學發達以前，經濟的物是把物質的物作對象的。把有體當作物的特性，自然不會發生顯著的毛病。然而當作財產權對象的物之特性，不在物質的性質，而在社會關係。換句話說，當作財產權對象的物，是人類已經克服了的自然，是在人類控制或管理下的物。把物之物質的特點，當作社會生活關係中的物之特性，顯然是不要的認識。這種不恰當的認識之缺點，在電力應用之後，暴露無遺。電力應用之後，電力一面是物質的力，同時是經濟的物。因為電力是物質的力，而不是物質。所以沒有體。為因電力是經濟的物。所以在社會生活——尤其是商品市場發生——和物質的物同一的作用。於是物理的物和經濟的物之間，呈現着矛盾不調和。因此，當作財產權對象的物之特點，在於和人類間的關係，以及這種關係是克服和管理：都被發現了。這樣，「管理可能性」，便成了當作財產權對象的物之特性。

社會生活的軌跡是由人和物間的關係進到人和人的關係的。農業社會是物權時代，高度發展的工商業社會，卻是債權優越於物權的時代。物權的對象是物；債權的對象是人的行動——作為或不作為。物權的內容是當作對象的物之支配權——使用、收益、處分和占有；債權的內容是對於當作對象的特定人的特定作為或不作為之請求權。支配權自身是私有財產制度的內容；請求權也是把私有財產制，個人責任、契約自由、勞動力商品化等原則作基礎的制度；也是私有財產制度之社會的機能發揮的結果。支配權和支配的結果是利益；請求權和基因而請求而履行的結果，也是利益。由此可見：私有財產制度下的財產權是物權和債權；財產權之具體對象是人和人類的行為；抽象的對象是所謂利益。

基因而利益之具體內容不同，便宜上可將物對於人的利益，分為三種：第一是人和物間所有關係之利益。在這種財產制度下，所有者對於所有物擁有所有權。這種所有權，一面是發源所有物對於所有者的機能之可能

刑法在法律體系中之地位

性，同時發揮私有物之社會機能的可能性。所有權的內容，包含使用、收益和處分；使用和收益是發揮所有物對於所有者的機能之部分；處分——物權之設定和移轉——如買賣、贈與、遺贈、交換等，都是發揮所有物之社會的機能的方式。至於所有者可以放棄所有物，而不為利用——甚或毀損其物之合理性，只是私有財產制度之自由主義互相結合的結果，並不是私有財產制固有的作用。為使特定歷史階段的物資充分發揮其對於人類生活的作用。於是採用私有財產制度。在私有財產制度的前提下，當然保護所有權。

第二是人和物間的占有關係之利益。地上權、地役權、質權、典權、留置權等等，都是把占有其物作條件的。這類物權之存在，一面需要喪失其物之占有，同時需要這類物權的保有者占有目的物。這類物權人喪失了對於物的占有，等於喪失了其物權。這類的物權原是私有財產制度的社會機能之具體的表現。因此，保護所有權也必然保護占有。文書的所有和占有常常是分離的，若不保護占有，決不能發揮文書之社會的機能。

占有和所有本質上是互相關聯而又互相對稱的。占有是民法上的名詞。刑法上只見所有和持有對稱（第三三五條至三三七條）。因此，這裏產生了占有和持有異同如何的問題。占有和持有，根本上并無不可異同的道理，問題關係制度上二者各自的性質。刑法上所謂持有是一種事實，也是特定狀態中人和物間的關係。換句話說：持有就是持有人處於對物得為實力支配的狀態，不須現實把握，也不須有為自己利益而持有的意思。民法第四九〇條明白把「對於物有事實上管領之方」作為占有的概念。所要求的只是占有的事實；沒有要求為自己利益而占有的意思。換句話說：只要求有占有的體素，沒有要求必須有占有的心素。在「事實上管領之方」和民法第七六一條第二項的前提下，不能解釋為：民法中的占有，需要現實把握其物，甚為明顯。職是之故，我以為在刑制度下，民法上的占有和刑法上的持有是同義的異語。在立法上統一用語的觀點，改稱持有為占有，技術上似乎是很妥當的。

第三是維護請求權之利益。所有和占有都是一種物權。假定所有和占有被侵害，所有人與占有有人對於侵害人，各有一種維護請求權（參看民法第一七九條和七六七條第九六二條）。自物權看：這種維護請求權是物權或物

種的作用。自請求權本身看，算是一種利益。假定侵害人把所取得的所有權占有移轉與第三人，回復請求權便已變其性質，不復普通安當。換句話說：那時時，貨幣、法幣、銀行券、無記名支票、無記名公債票、郵票、印花稅票、印紙以及各種無記名的入場券之類，都不得向善意占有的第三人請求回復（民法第九五二條）。其他財物，假定善意的第三人占有其物，係得自拍賣或公共市場或販賣同種之物之商人，二年內雖不失其回復權（民法第九四九條），然而必須償還其交出之價金（民法第九五〇條）。對於惡意占有的第三人，除自喪失所有或占有之時起，二年內不失其回復請求權（民法第九四九條）。為得保護這種請求權，必須禁止轉讓之移轉。

第五是維持可能獲得的利益之利益。例如以詐術使人處分財產、妨害強制執行、處理事務者以違背任務之行為損害本人之利益，都是法律所禁止的行動。

私有財產制度下的自足自給的農業生產的成果，原則上是自己消費的。商業以及工商資本主義社會的生產之成果，原則上是生產商品；生產者用商品的形式分配消費者。分配物資的動機是意思；分配物資的方法是契約。民生主義之現階段，還是共同生產的時代，沒有到達大同的境界。生產品——物資之分配，大體上和資本主義有着相同的外貌。除特殊場合外，也是把思想作動機，把契約作方法的。契約是契約人和契約人間的意識之一致，本質上是把意思自由論作基礎的概念。在自由意思的前提下成立的契約，只要內容不反法律，當然是有效的。自由意思的含義是二面的：有自由意思能力的人，在有選擇自由的状态下，算是意思自由；沒有意思自由能力的人，在有選擇自由的狀態下，也不算意思自由了。從前者說：使用強、搶、騙、竊的手段，獲得財產上的利益，當然為法律所禁止。假得遺棄物，却可成爲取得所有權之一方式。這是因爲所有者已經拋棄了所有特定遺棄物的意思。強、搶、騙、竊、竊、竊手段，却是妨害了所有其物的意思之自由。基因詐欺而顯重放棄財產上的利益或處分自己的財產，雖似不害自由的原則，實則顯重放棄或處分，只是詐欺的結果；假定沒有使用詐欺手段，專許不顧重放棄或處分。所以依然不失爲妨害意思之自由。使用強盜、恐嚇和詐欺三種手段的時候

候，縱使目的物占有之移轉係因被害人交付，仍不於爲犯罪行爲，就是這種道理。自後者說：自由意志之基礎是身體正當發育和健全的精神作用，再加社會生活的經驗或相當程度的教育知識。不過，正常精神狀態者之有無自由意志，在社會生活的制度上是把形式——年齡作標準的；精神不健全，却是把實質作標準的（參看民法第二二條以下）。

私有財產社會機能之發揮，是把價值交換、贈與、自由意志等發價觀念作核心的。在私有財產制度下，雖有不少人不勞而獲。但是，機件的不勞而獲，本質上和私有財產制度是互相矛盾的。因此，保護私有財產制，不歸小於止違反交換原則和憑發機件心的賭博和彩票。不過，某種條件下的賭博和彩票是互相關聯了的；彩票是一種吸收小額遊資最好的辦法。在賭博即是擴張的時候，在特定條件下，對於私有財產制直接的妨害，實在很有限。所以，禁止賭博，不是絕對的。若在國家的指揮監督下發行彩票，吸收遊資，以爲公益謀福利。表面上雖然違反了私有財產制度的原則，實質上總有利於社會。獲得政府許可之後，即不違反國法。

抽象看來，個人人格、私有財產和契約自由，是近代社會組織的三要素。具體關係：人格是契約自由的基礎；契約又是發轉私有財產、取得請求權和利用勞動力的方法。契約固不妨是口頭；有時也必須書面。表意、條約或合意的表示，尤有關於簽名蓋章。發轉財物和利用勞動力，原則上都是有價的。換句話說：財產一面是所有權的對象，同時是商品；勞動力一面是人格的屬性，同時也是一種特定的商品或準商品。利用財產和出賣勞動力，一面是私有財產和勞動力的社會機能之發揮，同時是商品之交易。交易必須有價值單位的標準和表示價值的媒介。於是更其衡製法、貨幣制度，以及有價證券等等，必構成爲發轉私有財產和勞動力的社會機能必不可缺的東西。民生主義現階段，也是怕度量衡、貨幣制度，以及有價證券等等，當作運用物質和勞動力的新媒介而文書、印文，也有一定的作用。於是，保護度量衡之正統真實的信用，必然成了維持統一的革命。

度量衡的標準是度量衡法和度量衡檢定期。中國標準的度量衡，有標準制及補助制（市制二種）。然而爲是把度量衡及會所制定的 衣公尺、公升和公斤作原器的。標準制的主要以公尺爲單位，重量以公斤爲單

地方，僅在發行手續不是政府，而是銀行。第一次規範之所保護的，是中央鑄造廠關於廠條和硬幣的製造權，紙幣和銀行券的製造權並發行權，以及禁止他種製造者發行的紙幣、貨幣、銀行券之流通，藉以保護貨幣、紙幣、銀行券之信用。不是中央鑄造廠製造硬幣和廠條，不問成分如何，都算是偽造。因為這在形式上偽造了中央鑄造廠鑄造的名義，實質上是侵害了中央鑄造廠的鑄造權。不是特定銀行而用特定銀行的名義製作銀行券，因為銀行券是文書的一種，也是有價證券之一種。所以，一面是偽造文書，偽造有價證券；同時是偽造銀行券交易媒介代用品的銀行券。妨害國幣鑄造條例禁止廠條和硬幣出口或銷燬。目的在使中國境內現實保有的硬幣和廠條的數量，不致減少。這是根據經濟財政的理由產生的制度，和直接保護交易媒介，完全異其性質。因為銀幣和廠條，在正常狀態中是可以自由運送出口和銷燬的。

最廣義的有價證券，包含紙幣和銀行券。紙幣和銀行券的特點，在於是由國家承認的交易媒介一點。換句話說：是交易的手段，不是交換的目的物。貨幣之兌換，雖然暫時作了目的物。然而這並不是紙幣、銀行券固有的機能之發揮。祇是一種經濟現象中的技術。紙幣、銀行券以外的有價證券，其自身常是交易的目的，特定價值的表示，或證明價格以及數量的方法。銀行券和其他有價證券的區別，在於國家承認的當作交易媒介的通行力之有無，及作成者是否為銀行二點。僅在事實上有了當作交易媒介的通用力，固然不能使有價證券或為銀行券；非銀行之經政府准許發行，用來當作交易媒介之有價證券，也不算是銀行券。有價證券是文書之一種。和普通文書不同的地方，在於內容是關於價值的記載。文書是把製作名義和內容記載二事作要件的。這一要件都是影響權利義務的所在。用自己名義作成成的文書中，記載影響公眾或他人權利義務的虛偽事實；或事實真實，而假冒他人名義；或改變真正文書之內容和名義，都在禁止範圍內。

印章、印文、簽名和署押，都是表示名義的方法。印章是用以表示名義的印體，印文是刊刻前的印章之文字或刊刻後的印章所刻文字表現於他種物體之上的印跡。簽名是名義人親筆自書的名義。署押是他人代書姓名，名義人親筆自刻記號或捺指放於姓名下，以表示名義的方法。名義是文書之要件。保護文書，必然保護印

章、印文的製造權并使用權以及簽名和署押的信用。保護印章、印文、署名、簽押的目的，在於使印章、印文、署名、簽押的目的，在於使印章、印文、署名、簽押等所表示的名義，和名義所代表的人的真意相符。所以限於個人的印章、印文、署名或簽押。因為自己用自己的名義，不容有偽造之概念存在。在名義成爲文書一部分的時候，名義是文書的一部分。

在社會生活中，各人的生命、身體、財產等等之交錯，形成一種秩序。這種秩序產生一種安寧、安謐或安全的現象並感覺。這種現象或感覺是社會生活再生產的基本條件。爲得確實保護個人的生命和財產，必然禁止破壞公安；爲使社會生活能夠再生產，也必須保護公眾的安寧、安謐或安全。所謂公安或公共危險和個人的安全不同的地方，在於對象不只一物，利益不屬一人。換句話說：由於公安或公共危險之所侵害的利益是很多單位的利益之綜合體。這種綜合體是抽象的，不是具體的。

食和色是人類與生俱來的本能或天性，也是人類社會生活的二核心。解決此欲的辦法是財產制度；解決色欲的辦法是婚姻制度。婚姻制度不僅和財產制度兩樣，不斷變化，並且婚姻制度的形態爲財產制度所決定。在原始共產社會，剩餘生產很少，適於一妻多夫制，。私有財產制度形成後，在男權男系社會中，女性事實上是一面是一種生產，同時是傳種的機關。於是有一夫多妻制或一妻制。機械革命之後，女性逐漸成爲社會物質生產過程中一份子，經濟上能獨立。於是一夫一妻制成爲最高的理想。三民主義視除廢既然後採殖民主義的私有財產制。兼之，中國過去，行着妻妾並陳的制度。所以，今日的理想，也是一夫一妻制。因此，有配偶者重婚或同時與二人以上之異性結婚，都是在所必禁的。

一夫一妻制是夫妻互相獨立對方貞操的方法。中國過去在名義上是一妻多妾制；實質上是一夫多妻制。因此，妻妾沒有和丈夫以外的人性交的自由；不和丈夫以外的人性交，便是貞操或義節。更從有妻妾者之觀點看：有妻妾者並無不與自己妻妾以外的人性交之義務。雖說另有凡奸皆罰的規定。這開始不夫其有妻妾者之自由。民國十七年舊刑法施行後，一面根本消滅了無夫奸的原則，同時妾在法律上失去了固有的地位，僅持了與自己丈夫以外的人性交的自由。夫之權婚的自由當然存在，自不必說。民國二十四年現行刑法施行後，男

不僅喪失了納妾的自由，丈夫並且喪失了離婚的自由。夫權從其實行中奪去了。不過，這並非二三條刑罰所至。二四五條及刑法施行法第九條互相結合的結果。凡在刑法施行前已締結之契約，亦不在此限。在刑法施行後，雖經再行，不問其妻是否願意，均不在禁止之列。此外，有配偶者，和已滿十六歲而無配偶之女性發生性行為，無經其妻之同意，方許可。原罪在實質上也是不禁止。

婚姻關係之發生和消滅，是婚姻制度之具體的表現。一方對於對方貞操有占據，是把婚姻關係存在於前邊。的。結締是婚姻關係之開始。所謂結婚，實質上是特定異性間之固定的性的結合之意義及其實踐。形式上共同起居生活。婚姻關係之發生，習慣上雖然有一種儀式。然而儀式之有無，實和婚姻關係本身不相干。民法親屬編過分重視了司法過程的便利，不但不把固定的性的結合，當作婚姻的要件，並且沒有把實行共同起居生活，當作婚姻關係開始的要件，而在第九八二條約定：「結婚須有公開之儀式及二人以上之證人。」這是婚姻關係開始的條件，也是認定有無婚姻關係的標準。這個條文應用的結果，因婚姻關係之開始，不合這個開始的條件，便是不合條件的婚姻關係，不是法律上的婚姻關係。結果這就會有認爲舊式再嫁的寡婦和後夫之間的關係，不是婚姻關係；彼此都不算是有配偶。無形中使一夫一妻制之保障，缺了一角。抗戰以來，野蠻登報廣告，口頭上稱爲「一切從簡」，實則根本省略儀式的結婚。依據民法第九八二條，自然也認爲是結婚。然而這種認定，對於其中的一部分人，和對於再嫁的寡婦同一是不合天理人情的。從適用立法手續或解釋上修正民法第九八二條，似乎不爲合理的要求。

目前中國社會的現實，有些女性之社會的意識不單純。假定過去是娼妓，現在是特定人的妻。這對於普通人算是刑法第二三一條的良家婦女；對於其夫算是刑法第二三二條自己的妻。假定過去是娼妓，現在是特定人的妻。對於普通人算是將第二三一條的良家婦女，對於事實上的夫，也就算是第二三一條的良家婦女，而不算是第二三二條的妻。假定現在是特定人的妻，同時是娼妓。對於第三人，皆可當作娼妓看。假定是明娼，根本上不在現制干預的範圍；假定是暗娼，儘可適用懲罰法的第四三條第三四兩款，不適刑刑法。不過，夫者不知妻

這奸之情，事便也無智想；媾姦（妻）本身便可成立刑法第二三九條的通奸罪。更查者能否成立奸好罪，却是事實問題。婦不同明暗，對於丈夫猶不失為刑法第二三二條的妻。這種厚薄，雖或不符合事實的具體，然如妻與通姦互相矛盾的二者。在二者互相矛盾時，只可由一個更有力的概念支配。配偶的特點，不僅在於相互不買淫，尤其不難以對方買淫少自己獲得財物的手段。配偶一方之縱容或智想，雖可阻却他方第二三九條通奸罪之成立。如妻買淫而不加干涉，尚屬不近人情。自己便要買淫，根本不屬夫權的範圍。雖之，妻之通奸的性質是此會則；妻之為妻是家庭的意義。夫與妻間的關係，不是單純的社會關係，同時是家庭關係。家庭關係是一種特殊的社會關係。在夫之立場，縱使自己之妻現在對他人買淫，在對自己的關係上，始終只能當作單純的妻看待。因此，夫的行為，適合刑法第二三二條的條件之場合，當然適用刑法第二三二條，而不適用違警罰法第四三條第三款。假定現在是特定人的妻，同時是媾姦。對於第三人，只可當作媾姦看。若是明媾，根本不在限制干涉之例；若是暗媾，儘可適用違警罰法第三四條第三四二款，不適用刑法。不過，刑法第二三九條的奸好罪之成立，理論上仍是可能的，問題在具體的事實。妻之為媾，不同明暗，對於事實上的夫，都不失為刑法第二三二條良家婦女。妻和妻的差異，在於沒有配偶的名義和地位。妻之為媾，本質上和買淫也是互相矛盾的。道和配偶關係，毫無不同之處。因此，在事實上的夫之心目中，是妻就不算媾；算媾就不能再算妻。媾和妻的性質，不能同時並存。在對其事實上的夫之關係上，在妻之名義之前登下，妻之媾姦的性質，即已喪失其存在，剩下來的是妻的名義。所以，對於事實上的夫算是良家婦女，而不是媾。事實上的夫之行動，適合刑法第二三二條的條件時，須適用該條，而不適用違警罰法第四三條第三款。假定現在是特定人的戀人或妾頭，同時又是明媾。這對於第三人和拊頭，都已喪失了良家婦女的身份。拊頭和第三人，都只可以適用違警罰法第四三條第三款之適用。

家庭關係是二種的方面：橫的方面是婚姻，也是家庭；縱的方面純粹是家庭。婚姻是性的結合體，家庭是經濟的結合體。社會經濟組織不僅決定婚姻的形態，並且決定家庭的性質。非革命前的家庭，是經濟生

為的團體，是工廠，是性生活的組織，並且還有政治的色彩。產業革命後，生產機關和家庭分立。人權思想和民主政治又使家長的權威喪失無存。於是家庭成了單純的夫婦生活休養之機關，次代國民保育之場所。三民主義是把世界史進程成果作基礎的。所以民法中的家制，除了拋棄過去的家庭主義之渣滓外，並可以含有社會事業的性質，當作孀寡孤獨老幼殘廢者的寄居所。實在是值得注意的所在。因為家庭生活特質是共同生活。家庭的各分子和家庭有分不開的關係。家既離開家庭，若不違反家庭生活本質，那是無妨的；違反了家庭生活本質的分離，便是家制之破壞。國家創制了家制，當然禁止違反家庭生活本質的事象。

從政治過程看：國家組織是國民行使政權的結果。內亂行為、引起外患的行為和妨害國交的行為，有的是直接侵害政權，有的是間接危害或影響政權。在國家組織的前提下，必然禁止內亂、引起外患或妨害國交。投票是行使政權的方式。在主權在民之前提下，必然保護投票。贖職是違反公僕義務的行為，有背權認分立的本旨。所以也在禁止之列。妨害秩序和妨害公務，都是妨害治權的作用。脫逃、贓匪犯人、湮滅證據、偽證和報告，都是妨害治權中的裁判權之行為。所以都在禁止之列。

把中國現行的第一次規範之內容，作一個完全的描繪。那是一件幾乎不可能的事，也是件不必要的事。上述第一次規範之內容，是針對着刑法各罪之說明而指陳的，並且只是提綱挈領，當然更不能說已經完全。不過，這第一次的規範之規範性，也不是廣大而無違的，原則上是把中國民族社會作境界的。外國法人在中國的地位，是把依據中國法律作前提的。在留外國人的婚姻關係，也是受着法律適用條例的限制的。

從功利的觀點看：第一次的規範之內容，都是一種利益。因為這些利益都是法律所保護的利益。所以又叫做法益。隨着公法和私法的觀念之浸透，十九世紀初期的刑法學家，把這些利益分作公衆的利益和個人的利益二種。然而這是很不妥當的。因為這些利益都是國家的利益。假定國家不採這種制度，誰不能享受這種利益。因為國家採取了這種制度，並且有些人的情形，或下制度之具體的形態或依附。所以，也受到了利益或保護。然而這種情形下的個人之受惠，顯然是副作用。兼之，公私境界很不易劃分。所以這種分法，沒有好處。

等到社會這觀念發達之後，產生了把這利益分作屬於國家的、社會的、和個人的三大類。然個人不是孤立的，而是國家生活、社會生活中的個人；社會也是在國家羽翼下的社會！國家社會。總而言之，一切利益都是國家的。社會或個人之所以有利，由於國家採取了這種制度的關係。所以合理的分類，應該從社會組織的關係中着眼。

從國家社會制度的關聯來觀察：人、物和社會秩序，都是社會組織的基本條件，也是民族存在的前提。斷以，人的生命、身體、健康、物的原狀及存在、公衆的安寧等等，都屬於這一類。財產制度是社會組織的一範疇。所以關於財產上的利益和發揮私有財產機能利益，都屬這一類。婚姻家庭是社會組織的另一範疇，婚姻和家庭的利益，屬於婚姻和家庭制度。性的風俗、宗教意識、胎兒、屍體等等，都屬意識形態的範疇。政權和治權，都屬國家組織的利益。總而言之，在國家社會生活的觀點，一切利益都是國家的。把個人和社會並國家，或把個人和國家對立起來分類，都是個人主義中毒的結果，抹煞了利益是國家規範的利益，國家規範是國家實現歷史的手段之本旨。換句話說：三民主義共和國的第一次規範中之利益屬於中華民族全體。個人受惠，只是副作用。

第四節 現階段中國刑法之使命

第一次規範中之諸利益，可能成爲不利益。換句話說：第一次規範中的諸利益，各自內具着自己否定的可能性或必然性。這可能性或必然性若和自己否定的偶然性相結合，便會形成自己否定的事實。例如人必有死。這死亡的可能性或必然性，原是個人自己內具的。某人所以現在還沒死。因爲死的條件或偶然性，還沒有出現。假定死亡的偶然性和可能性互相結合了。某人便現實死亡。又如貞操本身也是包含着不貞操的可能性或必然性的。換句話說：二個性別不同的生殖器官，本質上是有互相結合的可能性。例如某人之所以至今保持着貞操的純潔。因爲被強姦。偶然性，沒有出現。假定有人強姦她。她的貞操的自己否定的可能性，便即時實現了。

刑法在法權體系中之地位

說得真確破壞的事實。

◎自己否定的必然性或可能性是各種利益各自備有的。自己否定的偶然性之範圍，是多面的，有自利與利他的，也有人為的。例如人曾被人殺死，也可因利身亡。不過，第一次規範是國家社會生活的規範。國家社會的構成份子是人。必須各種利益自己否定的偶然性是人類絕供時，纔有偶然性的意義。例如人被人強姦，這強姦婦人的人，就是他人只強自己否定的偶然性之提供者。假定人被強姦強姦了。強姦之強姦女子，對於這女子，則真強之破壞，不算這女子的貞操自己否定的偶然性的提供者。人類所提供的偶然性，總是藉脫利益自己否定的原因，也是違反第一次規範的原因。違法現象的範圍，限於偶然性和現實性間的因果關係範圍內。求神拜佛以達救人目的的迷信行為，在科學的觀點，不算是生命自己否定的偶然性原因。縱使人果死了。也沒有因果關係可言。

了。第一次的規範之違反，可簡稱違法。違法是一種判斷。從一面看：這種判斷是把第一次的規範作大前提，把特定事實作小前提，從中抽出來的結論；從另一面看：這種判斷是形式上法律的判斷和實質上違法的判斷之統一。例如：不可殺人是第一次的規範，也是大前提。甲開槍殺乙是事實，也是小前提。由此得到：甲殺人。甲違法這個判斷，同時也是結論。從另一面看：甲殺乙這事實，在表面上違反第一次的國家規範；實質上提供了一個國民生命的自己否定偶然性，侵害了一個國民的生命，侵害了利益。表面上違反了規範，實質上侵害了利益；表面和內容，在性質上互相一致；統一。便是違法。

在形式和實質不同的時候。假定實質和一般的形式不同一，和特殊的形式是互相同一的。這時候當按其辦法，而不是違法。例如不可殺人雖是第一次規範中一個一般的原則，但是刑事訴訟法第四六一條却授予了檢察官以指揮執行死刑權。檢察官依據法律執行死刑，把一個人處死，當然不算違法，而是合法的。在第一次的規範沒有產生或不顯明的時候，使權利義務的行動，仍算是違法。例如甲男與乙女相戀，將有訂婚或結婚可能，屬禁約定。丙欲得乙女。乃先與乙通，以阻甲乙關係之發展。丙的行為，算是違法。如果第一次規範根本不存在。則禁約定說：根本不應在第一次規範內的事項，有時良心上感覺不安，也不算違法。例如路人甲見賭博賭子

乙將入於井，而不救。甲的行為，實無違法可言。從解釋學的觀點看：民法第一四九條至第一五〇條情形，
刑法第二一條至第二四條的情形，都是違反一般的形式，而適合特定的形式，因而而不違法的場合。

違法是一件事，責任另是一件事。違法是客觀的判斷，責任是主觀的事情。有責的必須違法；違法的却不
一定有責。並且民事責任的條件不一樣，內容也不相同。現行制度上民事責任之負擔，是把侵權作條件的。所
謂侵權是侵害國民的權益。違法而沒有侵害國民的權益，止於絕對或相對不承認違法的行為！不賦予違法行
為以積極的效果，或效果不確定。例如當事人雙方任意違反民法第九八二條，該等空問條文和二人以上證人的
結婚，民法第九八八條只於明白規定：不賦予結婚在制度上應有的效果。此外別無責任可言。又如男未滿十八
歲或女未滿十六歲而結婚，當然違反了民法第九八〇條。然而除了當事人較法元代理人特請並繼續外，別無
所謂責任。這都是因為雖然違法，而沒有侵權的緣故。

違法者之負擔民事責任。必須侵權；侵權者却不一定都是負擔民事責任。一般負擔民事責任的侵權，除了
客觀上違法外，主觀上還要具有故意或過失；這是民法第一八四條明文規定的。從這點說：侵權是一件事，責
任又是一件事。違法的行為，不是侵權，便可撤銷。故意或過失的違法行為侵害了他人的權益，除了無效後得
撤銷之外，還要賠償他人的損失。不過，這是個人主觀侵權民法，形成個人責任的判斷之結果。若從社會的
責任之觀點看：違法的行為侵害了他人的權益的時候，應該就是侵權行為，須負賠償損害的責任。有無侵權的
失，應該是在所不同的。民商事法中若干無過失的損害賠償之規定，便是社會的責任之萌芽。民商法中，勞工
法規中關於違法行為的效果，及其實現的方法，以及賠償損害的規定，都和第一次規範規定在一塊，性質上
截然不同的。換句話說：這類規定屬於第二次規範之範疇。但為這類刑範之適用。把第一次的規範之違反
作前提的。

刑事責任之負擔，是把特定犯罪類型之適合！特定犯罪概念或特定犯罪構成要件之充實或成其起點作前
提的。在罪刑法定主義下，犯罪的概念是刑法分則，違警罰法，特別刑事法，各法律命令中的罰則預先固定了

刑法在法律體系中之地位

的。在類推解釋主義下，一部分是法律預先明定了的；另一部分沒有預先明定的犯罪概念之規定權，操之於有解釋權的人。所以，從表面看，凡屬違法行為，有解釋權的人似乎都可認為是犯罪。實則必須在行為人方面予以刑事處分之必要；在客觀上必須值得予以刑事處分，方可運用解釋權以認定犯罪。假定在行為人主觀上沒有科以刑事處分的必要，在客觀上，科以刑事處分不如不科刑事處分，有利於國家民族。那時節，當然以不認為犯罪為最妥。換句話說：那種行為不是可罰的行為。所以，必須行為可罰，始負刑事責任。不過，法有明文場合之是否可罰？是把它是否構成犯罪作標準的；法無明文場合之是否可罰，是把解釋權者的認定作標準的。假定不可罰，縱使違法，也不負刑事責任。假定可罰，換句話說：犯罪必須違法；違法的不一定都成立犯罪。因此，犯罪概念問題之發生，是把違反第一次規範作前提的。所以，刑法是第二次規範。至於行為人是否已滿十四歲？以及是否心神喪失？都是在所不問的。因為這些事情，只能使解除刑事責任的方式，因之不同。對於刑事責任有無之決定，不發生作用。

犯罪是特定第一次規範之內容——利益之否定。所以，特定犯罪概念是和特定利益之否定或侵害合成一體的。自犯罪概念本身看：特定利益之侵害是特定犯罪概念之一因素。自刑法和第一次的規範之關聯看：特定犯罪概念是國家保護特定利益的後盾，也是第一次規範或特定利益的保障。具體分析：刑法分則中的內亂罪、外患罪、妨害國家罪、瀆職罪和妨害投票罪，都是保障政權的；妨害公務罪和妨害秩序罪，都是保障治權的；脫逃罪、竊匪犯人罪、運送證據罪、偽證罪和誣告罪，都是保障治權中的審判權或裁判權的；公共危險罪所保障的是數種或多種利益所組成的平安或安謐；偽造貨幣罪所保障的是私有財產交易的手段之信用；偽造有價證券罪和偽造文書印文罪所保障的是意思表示的方法或權利證券及證明證券的信用；偽造度量衡罪所保障的是交易的標準之信用；妨害風化罪所保障的是性愛自由、性愛秘密和優生意識等幾件事；妨害婚姻及家庭罪所保障的是一夫一妻制和家庭生活之安穩；製演祀典和侵害墳墓屍體罪所保障的是信教自由及崇拜祖先的意識；妨害農工商業罪所保障的是貨物競爭的自由；鴉片罪之所保障的是民族保健衛生；賭博罪所保障的是私有財產發揮社

曾機能之方法；殺人罪、傷害罪和遺棄罪之所保護的是國民的生命、身體、健康、勞動力；墮胎罪所保護的是人類生活之永久存續或再生產；妨害自由罪、妨害名譽罪、妨害信用罪、妨害秘密罪和重利罪之所保護的是自由競爭；竊盜罪、強盜罪、搶奪罪、詐欺罪、恐嚇罪、和毀損罪之所保護的是財產之所有權或占有權，也就是所謂監督權；侵佔罪之所保護的是所有權；背信罪所保護的是信義誠實的信念，也是私有財產權；海盜罪和誘入勒贖罪所保護的是私有財產權；贓物罪之所保護的是財產所有或占有喪失後的回復請求權。至於各種特別刑事法之所保障的對象，雖各有不同，道理是一樣的。

特定犯罪概念，不僅和特定利益之否定或侵害合成一體。並和特定行為合成一體——例如使人為無義務事，須用強暴脅迫作手段，始可成立刑法第三〇四條之罪是。有時還和特定行為人合成一體——例如有配偶者通姦，軍人調戲婦女之類是。有時並和特定空間相結合——例如普通人在戰地或戒嚴地域，可立成立陸海空軍刑法第一七條的罪。有時也和時間相結合——例如文武軍民人等，戰時犯造謠惑眾、動搖軍心罪，依戰時軍律處罰是。因此，在罪刑法定主義下，不充實特定犯罪概念的行為，或在類推解釋主義下，既不合特定犯罪概念，解釋者又不認為值得認保犯罪——例如用非根絕之言行，調戲婦女之類，行為人不受刑事制裁。這是顯然而告訴我們：犯罪的概念，一面發生了法律法官行動的機能，同時發生了保障犯人的副作用。

從國家生活的觀點看：犯罪之成立是第一次的規範或法益已被否定的表現，也是犯人自己肯定的結果。若說：第一次規範之成立是國家和個人——國民的矛盾之統一。那麼，犯罪之成立，便是國家和國民間的統一的破裂。從國民的觀點看：犯罪，成立，在被害人是被否定了；在犯罪行為人一面是當作一個自然人的自己肯定的表現，同時是當作一個國民的性質之否定。這統一之破裂、利益之否定，以及國民性質之否定，在國家目的或國家意志之觀點，顯然是國家意志之違反，也是國家意志所不能容許的；在社會現實或歷史社會法則之觀點，顯然是破壞現實和歷史法則，也是妨害了國家的使命。

國家為使命能完成，一面要求過去的損害之填補，同時要求已被壞的統一之再統一，犯罪行為人的非國

民態度之消滅和國民的態度之再造。前者是民事責任，是損害賠償問題；後者是刑事責任，是刑罰處分問題。刑罰和保安處分之適用問題。過去損害之填補是賠償或還元；國民態度之再造，却是一種開新。復舊一面是犯人單純的再否定，同時是被害利益之單純的再肯定；是變而不是發展。國民態度之再造，一面是法益之再肯定，同時是犯人之再肯定。！再把犯人當作國民一份子或使犯人的態度再成為國民一份子的態度；二者都是積極的，並且是同一的。是變並且是發展。換句話說，刑事責任之負擔，一面是法益再肯定的過程，同時是國民態度再造之過程，因此，現階段中國刑法之使命：一面在於中國現行諸被控三民主義指導原理的第一次規定或法益是否定後，予以再肯定；同時對於已被統一之國民表現了非國民的態度！才成立犯罪後，重行編入國民的隊伍，再創造其國民的態度。這是刑罰處分的功用或目的，也是刑法之法律體系的功能。

中華民國三十三年十一月初版

刑法學

全一冊售價六十元整

著者 蔡 樞 衡

發行者 獨立出版社

重慶江北香國寺上首

印刷者 獨立出版社

中國文化服務社

重慶磁器街三十九號

國民圖書出版社

總發行所

重慶保安路一七〇號

版權不
准翻印

經售處

請讀者 趙力生

中華民國二十九年五月二十九日

58
4491042
(2)

1.01

860 402