

法政粹編



法政粹編第六種之一

刑法總論

湖南瞿宗鐸編輯

叙

我國憂時之士。每日務改良法律。以收回領事裁判權。夫領事裁判。乃深恥大辱之事。誠宜收回。然欲卽自國法律之不良者。改之以至於良。則良不良之區別。宜亦有辨。自其大者言之。民事與刑事。不分行政與司法。不。分普通法與特別法。不。分公法與私法。不。分數千百年相承之律例。祇詳國家與人民之關係。而不詳人民與人民相互之關係。此其弊。失人或共知也。然自其細節言之。一國之律例。隨社會而變遷。相承既已數千百年。則其內容。必有可以與文明各國之法理。互相質證者。某也。良宜仍之。某也。不良宜更之。非折衷於各國學說。權衡於風俗習慣。出入於開明法制。則不足以應用於中外社會。試就我國律例言之。大略如吏律。應規定於憲法與行政法。其一部分可以從略也。戶律。應規定於民法及民事訴訟

叙

一



法。其一部分又可以規定於商法行政法也。禮律之大部分可以從略。其必要者列于特別法可也。兵律應爲特別法。日本六法未頒以前。卽有陸海軍刑法。陸海軍治罪法。其教民卽戎之注意。可以想見。我國講求軍備數十年。而僅恃此兵律七十一條以統治之。宜其不獲實效也。刑律自來稱甚完備。然其中有不應列入刑事者。有應別爲手續法。如訴訟捕亡斷獄宜編入刑事訴訟法者。工律應規定於行政法。亦有數事應列入民法者。如此之類。細數之不能以一日終。要而言之。凡各國法典。若干種。千。百。條。猶有未詳者。而我國以四百三十六門（律中凡例載雍正五年後嘉慶六年二月前所增訂則例共計凡一千五百七十三條）盡之。欲以統。一。中。外。之。人。民。不。待。智。者。而。知。其。不。可。矣。而。況。笞。杖。刺。枷。以。身。體。刑。爲。致。治。之。具。戮。屍。緣。坐。授。法。治。國。以。凶。暴。之。譏。交。通。之。世。有。如。此。國。有。如。此。法。律。焉。欲。無。領。事。裁。判。烏。可。得。耶。而。推。原。法。律。所。以。不。能。改。良。之。故。由。自。漢。

以降。對於治律學者。概以刑名法術鄙之。至使士林相戒不讀律。是故以四百三十六門合而不分簡而未賅之律例。猶且閣部卿尹不能知。督撫監司不能知。牧宰親民之官亦不能知。而胥幕遂窟宅於其中。謬種流傳。不知恤刑爲何事。閉關自治之世。大官小吏猶可以掩飾終任也。國際交涉日廣。事出律外。胥幕亦無法以應之。而官吏困國家危已。我國士夫若不急事法科研究本國及各國法律以爲漸次改良地步。則收回領事裁判權之目的終不能達。而法權不能獨立。法權不能獨立。則國之所存者幸矣。宗鐸負笈東遊。爲日甚促。法政知識自慚淺陋。謹就所聞於講師者。加以參攷。編輯是編。以爲習此科者之嚮導焉。當世君子。儻能匡所不逮。而完成之。則國家之進化基礎。實卽吾人之生存幸福也。

光緒三十一年乙巳八月中浣湖南瞿宗鐸識於日本東京法政大學

例言

一是編本日本法學博士岡田朝太郎口授並參攷諸家學說及博士之著述而成。編者並未憑空臆造。至其所主張折衷獨伸已見處。則標明岡田博士字眼。以示區別。一是編分爲四部。一緒論。言刑法之大凡及其沿革。二犯罪。言主體、客體、刑罰法令及行爲、責任、不法、諸要素。三刑罰。言文明國所適用者之各種。四罪狀。辨晰犯罪者因若何之狀態。成若何之罪名。以定其處分。

一是編以日刑爲主。兼比附中國刑法。而析言其適用不適用之處。

一是編所用名詞。悉仍其舊。因法政諸科。彼此互有關係。互相牽引。若任自更改。必有差池。異日法典完全。自歸統一。

一編者祇求梳理不誤。不以修詞爲工。但付梓倉卒。或恐誤仍不免。幸當世諸君子。力加匡正。

一書中所用符號。於某句下或解釋或證明者。作（）或引條文。作「」。條文中。或加注釋。

作

。 辨 書

一各論後所附日本刑法條文。概從直譯。因此中字句。最易毫釐千里。稍改面目。轉恐失真。閱者諒之。

刑法總論目次

緒論

第一章 刑法與刑事法	一
第二章 刑法者公法	二
第三章 世界刑法史之發達	三
第四章 日本刑法之沿革	四
第五章 中國刑法之沿革	六
第六章 刑罰權之根據	七
第一編 犯罪	七
第一章 總論	七
第一節 犯罪之定義	七

第二節 犯罪要素之概念.....	八
第二章 犯罪之主體及客體.....	一〇
第一節 主體.....	一〇
第二節 客體.....	一二
第三章 刑罰法令.....	一三
第一節 罪刑法定主義.....	一三
第二節 刑罰法令之效力.....	一五
第一款 關於時候之效力.....	一五
第二款 關於身分之效力.....	一六
第三款 關於土地之效力.....	一七
第四章 行爲.....	一〇
第一節 通則.....	一〇
第二節 作爲.....	一三

第三節	不作爲	二七
第五章	有責行爲	二九
第一節	通則	二九
第二節	責任無能力者	三〇
第一款	癲狂者	三〇
第二款	幼年者	三一
第三款	瘖啞者	三三
第四款	感化制度	三四
第三節	責任條件	三六
第一款	故意	三六
第二款	故意之種類	三八
第三款	錯誤	四一
第四款	過失	四三

第六章 不法行爲	四六
第一節 通則	四六
第二節 權利行爲	四六
第一款 官吏之職務行爲	四六
第二款 正當防衛	四八
第三款 其他權利行爲	五〇
第三節 放任行爲	五〇
第一款 基於緊急狀態之行爲	五一
第二款 得被害者允許之行爲	五二
第二編 刑罰	五四
第一章 總論	五四
第一節 刑之概念	五四

第二節	刑名	五六
第二章	刑之種類	五八
第一節	生命刑	五八
第二節	自由刑	六〇
第三節	財產刑	六三
第四節	能力刑 (即名譽刑)	六五
第五節	身體刑	六七
第三章	刑之適用	六八
第一節	通則	六八
第二節	加重	七〇
第一款	通則	七〇
第二款	法律上之加重	七一
第三節	減輕	七一

第一款 裁判上之減輕	七二
第二款 法律上之減輕	七二
第四節 加減例及加減順序	七七
第一款 加減例	七七
第一項 重罪之加減例	七七
第二項 輕罪違警罪之加減例	七八
第二款 加減順序	八二
第四章 刑之執行	八二
第二節 通則	八二
第二節 死刑之執行	八三
第三節 自由刑之執行	八五
第一款 配流制度	八八
第二款 拘禁方法	八九

第三款	定役及工錢	九一
第四款	衣食住	九三
第五款	監獄內之賞罰	九五
第六款	假出獄免幽閉	九五
第四節	財產刑之執行	九七
第五節	身體刑之執行	一〇〇
第五章	刑之消滅	一〇〇
第一節	通則	一〇〇
第二節	犯人死亡	一〇〇
第三節	餘罪之刑之確定	一〇一
第四節	非常上訴之成立	一〇二
第五節	恩典	一〇三
第一款	大赦	一〇三

第二款 特赦及減刑.....一〇四

第三款 復權.....一〇五

第六節 期滿免除(時效).....一〇六

第一款 適用之範圍及其期間.....一〇七

第二款 期間起算點.....一〇八

第三編 罪 狀.....一〇九

第一章 犯罪之類別.....一〇九

第一節 重罪輕罪違警罪.....一〇九

第二節 普通犯特別犯.....一一一

第三節 即成犯繼續犯.....一一一

第四節 現行犯非現行犯.....一一三

第五節 親告罪非親告罪.....一一四

第六節	附帶犯非附帶犯	一一五
第七節	政治犯	一一六
第二章	行爲之階級	一一七
第一節	犯意之表示	一一七
第二節	實行 着手 豫備	一二〇
第一款	標準	一二〇
第二款	犯 狀	一二二
第三節	中止犯	一二六
第四節	不能犯	一二八
第三章	再 犯	一三〇
第四章	數罪俱發	一三三
第一節	通 則	一三三
第二節	數罪與一罪區別之標準	一三四

第一款 數所爲一罪	一三四
第二款 一所爲數罪	一三七
第三節 處分	一四〇
第五章 數人共犯	一四三
第一節 通則	一四三
第二節 共犯之行爲	一四四
第一款 實行正犯	一四五
第二款 教唆犯	一四六
第三款 從犯	一四八
第三節 共犯之意思	一五〇
第一款 故意	一五〇
第二款 過失	一五一
第四節 共犯之處分	一五一

第一款	通則	一五一
第二款	身分之關係	一五三
第三款	齟齬	一五七

目次終

目次

刑法總論

湖南 湘陰

瞿宗鏡



緒論

第一章 刑法與刑事法

刑。法。者。定。犯。罪。與。刑。罰。之。法。令。(法律命令之畧語，經議會協贊者爲法律，其他爲命令)也有廣狹二義。

廣義統犯罪及刑罰之法。令全體而言。又名特別刑法。如海軍刑法。陸軍刑法。決鬪條例。彩票規則。肺疾豫防條例。以及民法。商法。訴訟法。行政法。破產法。各種警察規則等。凡散見於一國法令之總部分內者皆是。

狹義特就法律中之一部名爲刑法者而言。又名普通刑法。即現所編之刑法總論各論是。

狹義刑法之性質。祇研究犯罪及刑罰之原則。至欲運用此刑法於實際。則在刑事裁判。

判。所。構。成。法。及。刑。事。訴。訟。法。裁。判。所。構。成。法。者。爲。執。行。之。機。關。刑。事。訴。訟。法。者。爲。規。定。訴。訟。之。手。續。(辦。事。之。次。序)數。者。皆。相。輔。而。行。缺。一。不。可。故。刑。事。法。畢。竟。合。刑。法。刑。事。裁。判。所。構。成。法。刑。事。訴。訟。法。三。者。而。爲。一。名。稱。也。

日本維新前之法律。多取材於中國。故有支那法系之稱。至今獨中國法幾不可立於世。非僅刑法之弊。其缺點之大者。尤在無刑事裁判所構成法及刑事訴訟法。故今日言法律。三者宜兼具也。

刑法二字。日本採自中國。現沿用之。求之歐語。與此義相當者。法則有安諾亞柏拿耳。德則有斯托拉弗西托。英則有拍拿耳諾。意則有底里托拍拿列。然各國規定之內容。不僅刑罰一端。常合犯罪並論。以犯罪固刑罰之根源也。岡田朝博士謂其國刑法之本義。已規定國法上不可爲之行爲中。以何者致罪。又既犯罪。應科以如何之刑罰。亦兼有罪刑二意。而刑法二字。則僅有刑罰一層。是名詞於內容似未括盡。宜改刑法爲罪刑法。而後當。

第二章 刑法者公法

公法者。定權力之關係。私法者。定平等之關係。何謂權力關係。如國家所定刑法。原欲保全公之秩序。及社會之安寧。有觸禁者。即以裁判所判決。以國家權力懲治。而不能中途罷結和解也。故爲公法。何謂平等關係。如國家所定民法。凡爲婚姻財產訴訟者。皆能自發自收。不必定經裁判所判決。此無異中國之任兩造私和也。故爲私法。以上所言公法私法。專指國內。而不及於國際。若國際公法。則固不得以定權力關係爲其定義也。

第三章 世界刑法史之發達

刑法史之發達。大畧可分二期言之。

第一期原始時代。此時代政教不分。各國皆然。一徵之於印度。印度二千五百年前。有書名馬拿巴達羅馬沙斯特那。爲摩菟所編輯。書中雜言政教。即世所稱摩菟法集是也。一徵之於歐羅巴洲。如舊約全書。所言皆宗教。而又爲法律所自出。一徵之於日本。日本古有大祓。其旨亦然。以上觀之。無論何國。其始政教與法律皆混而爲一。中國古時。法律亦簡。後人謂其人民樸美。其實彼時。交通未便。人事不多。故以極簡之法行。

之而已足。至若今日輪船鐵道既興。人多因緣舞弊。則必須有關乎此事之法律。而太古以前無之。此昔日法律之可畧即其證也。

古之法律既簡。故無所謂民法商法。一切皆在刑法之中。中國之在今日。猶各國之古時。故亦僅有刑法。然複雜之事。必不能以單簡之法治之。今已議撰商法。亦其進步之漸也。

今之社會與古不同。而中國所行法律。清與元明。無多差異。即在刑法之中。亦爲一大異事。近世各國法律。於民商等法。增若干種。每種增若干條。於刑法尤加重。日本改正法律之初。其先改者即刑法。

第二期國家主義。原始時代。事事皆託之於神。刑法亦然。其後國家之義明。乃謂刑法爲主權者所制定。近世各國皆以此爲主義。

第四章 日本刑法之沿革

時世既日變。刑法亦宜變。舊者不便。宜取新者。已所不便。宜取諸人。以人有已成之基礎也。日本舊法。皆倣中國。大寶二年（唐中宗十九年）文武天皇命藤原不比等。倣

唐律而編大寶律。令畧參以本國習慣法。明治二年。做唐明清律並大寶律。而編新律綱領。明治六年。知新律不合用。復參以法蘭西等國法律。爲改正律例。普法戰後。又改而取諸德國。於明治十三年增訂頒布。十五年一月一日實行。即今現行刑法。

日本現行刑法法系所占分量表

歐洲法系占 十分之六	中國占十分之二	日本占十分之一
---------------	---------	---------

日本刑法法系時代變更表

第四章 日本刑法之沿革

大寶二年以前	日本法系		
明治六年以前		支那法系	
明治六年以後			歐洲法系

第五章 中國刑法之沿革

刑法之最古者莫如中國。虞書象以典刑。流宥五刑。鞭作官刑。朴作教刑。金作臚刑。管
 災肆赦。怙終賊刑。欽哉欽哉。惟刑之恤哉等語。實爲千古刑法之起原。春秋魏文侯時。
 李悝作法經六篇。曰盜法。曰賊法。曰捕法。曰囚法。曰雜法。曰具法。雖不爲法典。由今論
 之。即謂法典始於此。亦無不可。漢蕭何復增三篇。合爲九篇。曹魏時劉劭作新律十八
 篇。自晉及六朝。代有增損。逮及唐代。制定唐律。以當時較之。誠足稱爲完全法典。宋與
 元均仍之。至明大加修改。定爲明律。大清律多襲其制。而微有損益。中國之有法。實較

各國爲最先。惜殘酷相承。不肯更變。與近世情形大相違背。致使各國人民居留中國者。均不願受中國法律之管轄。而設領事裁判權於中國。此則大傷中國法權獨立之主權。誠爲深恥大辱之事也。故欲法律適用於今日之社會。非參合他國法律不爲功。

第六章 刑罰權之根據

有殺人之刑。有破人家產之罰。刑罰權也。此中根據甚宜研究。凡人與人相聚而成社會。固必有共同生活之道。即公益也有不正而害及公益者。始認爲犯罪。國家以適當之刑罰制之。使有罪者得改行爲善。而社會因以安寧。此則刑罰權之根據也。

第一編 犯罪

第一章 總論

第一節 犯罪之定義

犯罪者。刑罰法令中所列舉之有責不法行爲是也。

定義所言犯罪。爲違反國法之罪。與道德宗教上所犯之罪不同。如因避火災而撞傷他人。在道德上爲有罪。國法上則否。作事偶違教律。在宗教上爲有罪。國法上則否。此

即其差異之處。以下專言國法上之犯罪。

不法行爲。其義甚廣。有屬於行政法與民法商法者。此數者之爲犯罪與否。均視處分其行爲之制裁如何。或強制執行。（例如負債不還。債權者可控諸裁判所。執法者可勒令償還。無則以物抵算）或原狀回復。（例如有財產被人占奪。執法者勒令將原物退還）或損害賠償。（例如借人衣服而破壞之。其被借者可向借者索應得之賠償）此爲制裁上之不法行爲。無犯罪之性質。今所言刑法上之不法行爲。則係犯罪性質。而以刑罰爲制裁也。故下犯罪者之定義爲刑罰法令中所列舉之有責（解詳第五章）不法行爲也。

第二節 犯罪要素之概念

要素者。如製物必需之材料也。有材料而後能製物。有要素而後能成犯罪。但犯罪成立之要素有二種。

- (一) 普通要素（一般要素）
- (二) 特別要素

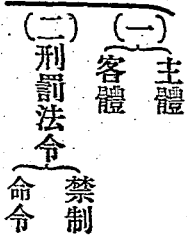
普通要素者。統犯罪全體而言。刑法總論是也。特別要素者。指犯一定之罪而言。刑法各論是也。

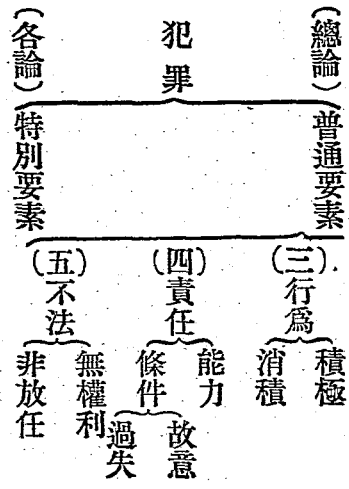
普通要素有五。

- (一) 須人類為主體。法益（法令所保護利益之略辭）為客體。
- (二) 須有刑罰法令。
- (三) 須有刑罰法令所列舉之行爲。
- (四) 須有責任行爲。
- (五) 須不法行爲。

五者缺一。則犯罪不能成立。故爲普通要素。

各國古時。皆祇有特別要素。中國至今猶然。故惟有犯何罪得何刑之文。而無普通要素。近世各國通行者。無論何法。皆有普通條例。不獨刑法然也。今將犯罪之要素列表於左。





第二章 犯罪之主體及客體

主體者何。如殺人者是。自動者也。客體者何。如被殺者是。他動者也。必何者為殺人者。何者為被殺人者。此等問題。尙宜研究。

第一節 主體

古之刑罰法令。不獨認人類為主體。於一切動物。亦視為主體。如犬咬人。則科犬以應得之刑。毛蟲嚙物。則送裁判所以治其罪。以及鼠豚牛馬。於有害於人之際。莫不下有

罪之判決。而爲刑之執行。夫犬與毛蟲鼠豚牛馬。均蠢然動物耳。而以刑人者。刑之是。比物類爲人類。可笑實甚。至若罪人已斃。猶戮其屍。此種刑罰。非特野蠻。亦復何益。大凡設刑之意。原欲使受者有所懲也。若動物與死屍。均不識不知。刑之而彼亦何所懲。故近世文明各國。以動物死屍爲主體者。已斷其跡。而皆以生人爲完全主體也。其認爲主體之人有二種。

(一) 自然人。人之何以爲人。何以有爲主體之資格。此哲學家之所研究。若刑法家則祇云人與人所生者。皆得爲人。然出生之始。亦有數級。一。疣痛。二。一部產出。三。全部產出。四。發聲。五。斷臍。六。獨立呼吸。出生時經過前五者。而能獨立呼吸。無論官器之有無缺陷。亦總謂之人。至若人與他動物交合而生者。即令似人。亦不得爲人。羅馬古時。人與人所生之子。而形狀詭異者。不以人待之。殺勿論。且其民法中。定有怪相者不許有相續權。近則不然。以其有自然人之資格也。人生所應享之私權利。彼皆得而有之。若小兒初生於權利義務之能力皆已缺乏。使咬斷其母乳而母死。此小兒應治以罪乎。此又一問題也。法律中因此有責任年齡之條。未至十二歲。

雖犯罪不科刑十二歲以後始隨其年齡之漸長而遞加其責任其未及責任年齡時尚不得爲完全主體也。

(二) 法人 又分爲二(一)社團法人(二)財團法人

社團法人人之集合體如西洋公司日本會社之類是財團法人財產之集合體如公立廟宇學校及養育院之類是。

法人本屬假定而實無其人其能爲犯罪之主體與否此一問題極宜審定。夫法人者法律上已認之如一人雖無耳目手足不能自由行動然既有機關有意思有行爲則是犯罪即當以刑罰處分之但僅能罰金其數以相當爲是。日本刑法尙無此明文。惟電信法第四十二條有其例。使電車壓斃人命將罰電車會社乎。抑罰管車之人乎。是又必以罰電車會社爲宜。因會社係法人管車者不過法人中之一人耳。電車傷人乃法人之罪不得舍法人而治其他。至若商事會社之社員假會社之名義犯詐欺取財罪此祇可罰其社員而其會社不任責也。

客體者。對犯罪之主體言之。如被害者與被害物體（兼有形無形言）是。然被害者與被害物體。又如何區別乎。以例明之。如殺人罪。被殺之人。爲被害者。被殺人之生命。則爲被害物體。如毆傷人罪。被毆之人。爲被害者。被毆人之身體。則爲被害物體。如竊盜罪。被盜之人。爲被害者。其財產則爲被害物體。如誣告罪。誹謗罪。被誣告誹謗之人。爲被害者。其名譽則爲被害物體。如捕逮罪。監禁罪。被捕逮監禁之人。爲被害者。其自由則爲被害物體。夫生命身體財產名譽自由五者。個人所自有。而法令所保護之利益者。故以之爲客體。但論客體者有二說。有謂宜屬被害者。有謂宜屬被害物體者。岡田朝博士則以被害物體爲客體者是也。凡此皆言個人對於個人所犯之罪。若對於社會。防害其安寧。敗壞其風俗。法令亦以客體保護之。他如胎兒遺骸。雖不可爲主體。究不防視爲客體。逮至禽獸草木亦然。

第三章 刑罰法令

第一節 罪刑法定主義

規定犯罪與刑罰之主義。其下有二。

(一) 擅斷主義。不以法律爲憑。全憑官吏之意思以爲判決。古時各國皆如此。中國至今猶然。

(二) 半部法定主義。犯何罪者應加何刑。其法律著有明文者半。無明文者亦半。無明文者則由裁判官自由判斷之。如日本明治九年所訂新律綱領是也。

(三) 全部法定主義。一切犯罪之行爲。及應科之刑罰。法律定有明文。裁判官祇有適用之職權而已。日本現行刑法。純採用此主義。

世界文明各國立法與司法分而爲二。裁判官不過司法之人。所行毫不僭盜於法律範圍之外。雖心以爲此事應罰。而法律之明文所缺漏不及載者。即屬其行爲之無罪。而不敢臆斷。其所以立此準繩者。非僅爲杜弊計。蓋以裁判官不能獨理全國之訴訟。必寄事權於分局。明條不具。則無所適從。同一案件。甲局以爲是者。乙局則以爲非。此官以爲情有可原。彼官則以爲理無可恕。定讞分歧。人民迷罔而無所措手足。故非綜括情變。詳訂明刑。則奉行無準也。

法律所無。而可訴訟。可裁判者。民法。法律所無。則不能訴訟。不能裁判者。刑法。蓋以刑

法。俱。能。自。然。解。釋。不。能。比。附。解。釋。也。何。謂。自。然。解。釋。如。所。犯。之。罪。與。法。律。正。條。同。類。而。又。加。甚。焉。則。可。依。正。條。解。釋。而。實。行。之。也。例。如。正。條。禁。止。釣。魚。其。文。未。示。及。禁。投。網。者。而。投。網。者。較。正。條。加。甚。自。可。援。釣。魚。之。條。以。定。罪。何。謂。不。能。比。附。解。釋。例。如。刑。法。上。禁。未。成。年。者。吸。烟。爲。其。傷。體。也。以。此。類。推。則。酒。亦。當。禁。然。法。無。正。條。不。能。援。禁。烟。之。律。以。相。比。附。而。民。法。則。不。然。此。即。與。民。法。大。別。之。處。也。

第二節 刑罰法令之效力

有效力法令者。謂對於法令推定後所生之事實而得豫先所定之結果也。其中則有三天關係。

第一款 關於時候之效力

刑法未實施以前所犯之罪。不能據以判決。所謂刑法。不遡既往者也。然有特例。日本刑法第三條第二項云。若所犯在刑法頒布之先。而未經判決者。比較新舊刑法而從輕決斷。例如殺人罪。論舊法。須抵償。論新法。僅徒流。則從其徒流之輕者是也。歐洲各國皆如此。岡田朝博士不以爲然。謂當如中國律。不論罪之輕重。俱依新律所定者科。

斷爲是。

犯罪 第三章刑罰法令 第三節刑罰法令之効力

一六

第二款 關於身分之効力

國家所定刑法。凡本國之犯罪者。概歸其統治。此原則也。然有例外數則。

(一) 天皇。爲一國元首。據最高主權。故刑法不能管轄。然天皇之尊親。則不能不受其管轄。蓋一國不能有二最高主權之人也。

(二) 外國君主或大統領。(并其家族從者)

(三) 已信認外國之外交官。(全權大使、公使、代理公使、公使館附武官、書記官、書記生、軍使其家族及非本國人之使用人)。

(四) 已承認外國之軍隊及軍艦。如中國承認各國駐兵何處之類。惟軍隊必在成隊者。若一二軍人。則不爲軍隊。

二項至四項所指者。於邦交上有絕大關係。不能以國內法支配。蓋恐傷兩國感情也。

(五) 有治外法權之外國臣民。日本今已無此條。中國有之。

國會議員在議院所發之意見及表決。出院外不負責任。若以所議者爲有罪。閉會後可以處罰。則是議員於會中所應言之事。而亦不敢言。雖設此。議員亦復何益。且議員在外曾犯他罪者。閉會時不能逮捕。因議員論事多痛詆時弊。與政府反對。若法律準其逮捕。恐政府挾恨誣罪。以排除其反對者。若是則反啓議員唯諾之風。實成政府之弊。使國事自此敗壞。故特立制限。以保護之。使爲議員者得議論自由也。然附有三條件。

- (一) 議員之身分。本非有特權。不過對於在議院之某行爲。予以破格例耳。
- (二) 破格例。以在院內所發之意見及表決爲限。故犯毆打損傷其他暴行行爲之罪。不能免刑法上之責任。但開會時。須經該院之許可。始得逮捕。
- (三) 議員在院外。若屬尋常情形。以言論誹謗或侮辱人等事。雖不負刑法上之責任。而院內未嘗不可懲罰。

第二款 關於土地之效力

關於土地之效力。有三主義。

- (一) 屬人主義。(又曰國籍主義) 以犯人之國籍爲定。如某國臣民。無論在國內國外犯罪者。概依其某國法擬斷。唐律云。諸化外人同類自相犯者。各依本俗法。異類相犯者。以法律(指唐律)論。即此主義也。然此主義有二缺點。
- (甲) 本國法律不能治外國人在我國者。則有防我國主權。
- (乙) 外國人在我國者。其生命財產。皆爲之保護。獨犯罪不能管轄之。殊欠公允。
- (二) 屬地主義。以國境爲界限。凡在本國境內犯罪者。不論內外國人。概以本國刑法治之。如明清律諸化外人犯罪者。並依律擬斷。亦即此主義。然毫不及於外國。亦爲一大缺點。蓋當今交通便利。來往人繁。國外犯罪(例如日本人在日本僞造中國紙幣之類)全不能過問。亦非現今情勢所宜。英美二國向採用屬地主義。今爲實際所迫。對於國外有犯罪者。以爲本國刑法之效力所及矣。
- (三) 折衷主義。凡國內無論本國人外國人之犯罪。及本國人之在外國某種犯罪。(所謂某種犯罪。不能指定何事。必因外國法律與本國法律之不同而後有此。然此等事甚少。非設有領事裁判權於外國者。不能全體如此也。)皆以本國法律

治之。但治本國人在外國犯罪者則有三法。

(天) 犯人引渡 (交付) 條約。此即與外國立約請其交還罪人者是。但宜注意者有數事。(甲) 本國人在本國犯他國之罪。他國雖請求移交。本國不能引渡。(將來或有照條約互相移交之日) 若犯罪人逃至第三國。則第三國可以引渡。(乙) 國事犯 (又名政治犯) 逃往他國。他國不能交還。因所犯之事。在本國則以爲罪。在他國以爲所行甚當者。如朝鮮改政黨金玉均逃至日本。日本固主張改革政體者。朝鮮雖請求交還。日本勿與。此亦慣例也。(丙) 爲保護法權之故。不能移交。如中國人在日本殺死中國人。中國政府索交。日本但照法治罪。不得引渡以自損其主權。若犯人逃往他國。則他國非犯罪之地。又非犯罪之主體客體。他國可以引渡。

(地) 訴訟上之列國共助。謂有訴訟事。須從他國調查證據是也。如日本人犯罪。其證據皆在中國。日本欲治其罪。須向中國調查。但日本無直接至中國調查之權。中國亦無引渡證據之義務。此等交涉。必須立有互相調查之約。以爲訴訟。

上之共助。日本定制。其本國各裁判所以調查證據之事互相委託。亦即此意。
(ウ) 歸國後再治。謂待其歸國之後。而治以本國之法。

第四章 行爲

第一節 通則

凡人作事。無論有心無心。皆名曰動作。一曰舉動。一曰身體之動靜。若動作加以意思。則爲行爲。行爲加以結果。則爲所爲。再列式如左。

身體之動靜

行爲 所爲

舉動

意思 結果

動作

動作 行爲

古之刑法。以哲理心理推斷人罪。故不必有行爲而即誅其意思者。宗教家、道德家、往往如此。今之刑法不然。凡犯罪者。非具備刑罰法令之條件。則其罪不成立。觀法律中所定條件。無不關於外部身體之動作。然此不過一般要素之一。非合他之條件。則仍不成。其爲罪。夫他之條件。與動作有密接之關係者。意思是也。如僅有外部之動作。其

意思。上。未。具。一。定。之。條。件。此。於。刑。法。上。之。關。係。恰。如。人。與。物。之。因。天。災。地。震。而。死。亡。破。壞。者。等。而。責。任。之。問。題。不。生。故。身。體。之。動。作。必。源。於。意。思。之。發。動。始。堪。爲。致。罪。之。行。爲。定。罪。者。乃。以。此。行。爲。爲。主。無。行。爲。者。無。罪。（見各論諸條）此即與道德宗教之大別也。

行爲有因一舉動而成者。例如一擊之下而殺人者是有因數舉動結合而成者。如殺人者。先持刃。次往殺所。次揮刃。或一刃殺之。或數殺之。舉動甚多。合之乃成一殺人之行爲。而刑法但取殺人至死之一舉動。因行爲之結果。在被害者命絕之時也。又如縱火罪。由擲火而焚燬。以逮令被火者更造新屋。刑法不問其所造新屋。而祇以焚燬之一舉動爲結果。又如盜賊罪。竊人財物。致人破產。終令其流爲乞丐。刑法不以流爲乞丐爲結果。而但以竊取財物之一舉動爲結果。

刑法家有謂罪有二種。一待結果發生而成立者。一不待結果發生而成立者。岡田博士謂此說不當。宜改爲待實害發生而成立之罪。與僅有生實害之虞而成立之罪。何也。結果與實害大有區別。其因犯罪之行爲而得結果者有二。

(一) 實害。謂其形狀已生也。如殺死人爲生命實害。毆打人爲身體實害是。

(二) 危險。虞其生實害也。又分二類。(一)實害尙未全定。如置水雷於公海。則有

傷船之虞。放猛獸於通衢。則有傷人之虞是也。(二)實害必在將生。如挾刃刺仇。或死或傷雖不可知。而實害在所不免也。

由此觀之。其改爲待實害發生及虞其生實害之說。較爲妥當。若所云待結果與不待結果。其不能正確解明此行爲自瞭然也。

所爲亦分二種。

(一) 作爲。不當作爲而作爲者。

(二) 不作爲。當作爲而不作爲者。

二者皆謂之犯罪。然於作爲與不作爲之先。必用其手段。以達其作爲與不作爲之目的。其手段亦有積極消極之別。試列表於下。

積極手段 如自以手毆擊其父母者。

所爲

消極手段 如父母被傷害而不救者。

〔積極手段〕如奪父母衣食者。

〔不作爲〕

〔消極手段〕如任父母凍餓而不與衣食者。

此雖手段各異。而目的則同。凡罪僅有作爲、不作爲二種之別。故結果亦惟歸於二種而已。

中國刑法。於手段上分別太過。以刑法原理論之。其結果既同。則治罪亦應同。何必細別其致罪之由也。

第二節 作爲

作爲。一曰積極行爲。謂有原因力。可以惹起外界一定之結果之行爲也。其原因與結果間之法則。謂之因果。則若物心兩界連絡之關係。謂之責任。（參看第五章）不得與此相混。

作爲必有結果。方成罪名。其生結果之原因。果屬何等舉動。此一問題也。如有人墜橋而死。死者其結果也。然原因爲人所推墜而死者乎。抑不自知水性而死者乎。又如人被殺而死。死者其結果也。然其原因則爲人所殺者出血而死乎。抑在不能逃而被殺

死乎。論此之學說有二。

第一學說 謂其最要之一舉動即其結果之原因也。

第二學說 謂其最先之一舉動即其結果之原因也。

岡田博士謂二說皆非也。當於內部推之。夫無此舉動即無此結果。有此舉動即有此結果。是可以舉動之有無爲結果之原因也。如採斯說則下四種情形皆不得不認爲有作爲之原因。

(一) 雖將來應生之結果而此作爲促其時期早到不得不以此作爲爲原因。如重病之人轉時必爲死之結果。而此時殺之。以使其速死。則殺之作爲即爲致死之原因。又如朽敗之屋。明日必爲傾頽之結果。而今日毀之。以使其即圮。則毀之作爲即爲致圮之原因。生者必滅。會者常離。然殺人之罪。止速人之死期而已。破物之罪。止速物之分解而已。結果原係必有者。因此作爲遂速其結果。是其作爲乃即其原因也。

(二) 此原因與彼原因相合所生結果時之一行爲亦不能不認爲有原因力。如

屋之被焚。其原因爲人放火。一爲物之材料易著火。然使無放火之行爲。與易著火之物湊合。則屋亦不至於被焚。又如人之溺死。其一原因爲他人推墜水中。一爲本人不諳水性。然使無推墜之一行爲。與不諳水性之人湊合。則人亦不至於溺死。以此之故。則放火與推墜之行爲。皆應受既遂之處分。絕無可疑者。更進言之。凡人之行爲。未有純然以一原因造成結果者。若謂有共同原因時。罪不成立。則人凡事皆可告無罪矣。

(三) 作爲與他原因之最有力者。或率先者。或續發者。湊合之時。

何謂最有力者。如推人入水而觸死於石。縱火燒屋而忽遇大風。是石與風爲他原因之最有力者。然不能卸罪於石與風。而不治推人與縱火者之罪。

何謂率先者。如毆打於人。適其人先有重病。縱火燒屋。適已起大風。是病與風爲他原因之率先者。然不能卸罪於病與風。而不治毆打與縱火者之罪。

何謂續發者。如推人入水後而又觸石。燒屋者於縱火後而又遇風。是石與風爲他原因之續發者。然亦不能卸罪於石與風。而不治推人與縱火者之罪。

(四) 於將生之結果增加其容積面積數量勢力等之。時例如水漲而復壞堤使入。則其水愈泛。此增加結果之容積面積者。人病而復與以毒藥。則其病愈危。此增加結果之數量勢力者。然不能以祇增加之故而無罪。

由上觀之。原因與結果必互相聯絡。天下事無有原因無結果者。亦無有結果無原因者。然以觀法律。則不盡然。其原因結果有本不相聯絡。有似不相聯絡。而實相聯絡者。

(甲) 本不相聯絡者。其故有二。

(天) 因自己之行為使因果(原因結果之畧語)不相聯絡者。如以藥毒人。此毒人原因。應爲死人之結果。設復自悔而以藥解其毒。致死人之結果不生。刑法則認爲中止犯。

(地) 因他人之行為使因果不相聯絡者。如已以藥毒人而人解之。是刑法則認爲未遂犯。

(人) 因天然力使因果不相聯絡者。如放火而遇大雨。火將不燃。是刑法則認爲不能犯。

(乙) 似不相聯絡而實相聯絡者。如甲殺傷乙而未死。丙忽殺死之。是歐洲學者謂甲之罪爲因果中斷。究之殺死之罪雖在丙。而甲之殺傷罪覺未嘗消滅。故當以殺死罪處丙。以殺傷罪處甲。

作爲在於何時爲犯罪乎。刑法條文有禁止者。有命令者。如二百九十二條所載預謀殺人者。爲謀殺之罪。處死刑。此禁止犯者也。三百四十條所載於自己之所有地或可看守地內。知有被遺棄之幼者老疾者。而不扶助又不申告於官署者。處十五日以上六月以下之重禁錮。此命令犯者也。至就上二條文細觀之。俱含有兩意。禁止其謀殺。即命令其勿謀殺。命令其申告。即禁止其不申告。讀律者當於言外得之。然作爲犯多爲禁止犯。命令犯者亦有之。如奪父母衣食。則作爲犯之命令犯也。

第三節 不作爲

不作爲。一曰消極行爲。謂當惹起物界上一定之影響時而不阻止其原因進行也。據此定義觀之。與作爲犯大有別。夫作爲結果之原因。必由於自己。不作爲結果之原因。則不必由於自己。特自己已阻止之而已。但其原因有二。

(一) 由於自然力如因電氣失火而不救止之是。自然力不專指天然力而言。凡人以外之物。(例如犬咬人之類)亦皆爲自然力。

(二) 由於人力(指人與己而言)如因狂者放火而不救止之是。不作爲在於何時爲有罪乎。然其犯罪必其人於法律上有阻其原因。進行之義務。特以故意與過失而不之阻使其遂生結果者。例如救生船不渡將沈之舟。水龍隊不救被焚之屋。其不能免刑法上之責任無疑。

設未負有義務者不阻止之。則不爲犯罪。如不渡沈舟。因其本非救生船也。不救火災。因其本非水龍隊也。此不過犯道德上之罪。而於刑法上無關。

設負有義務者。因不可抗力而不能阻止之。亦不爲犯罪。如溺水者已入於急湍之中。失火者已成不可嚮邇之勢。雖欲盡救助之義務。而亦不能也。

又有由契約所成之義務。竟於中道背約而不盡義務者。則爲犯罪。如車夫約送甲至某處。因甲病於途而即棄去之是也。

不作爲犯。多爲命令犯。如中途拾物而不報警察。家有父母而不撫養是也。然爲禁止

犯者亦有之。如母斷乳而不盡哺子之義務。則不作爲之禁止犯也。

日本學者有謂作爲犯爲禁止犯。不作爲犯爲命令犯。此法蘭西派。其說非是。然作爲犯中有命令犯。不作爲犯中有禁止犯。二者互有不能截然分之也。理如下表。

禁止犯

據作爲例 如殺人者。

據不作爲例 如不給父母衣食者。

命令犯

據作爲例 如拾遺失物而破壞之者。

據不作爲例 如拾遺失物而不報警察者。

第五章 有責行爲

第一節 通則

責任之意義有三。曰義務。曰制裁。曰物心兩界之連絡。如人對於某行爲有民事責任。此責任即制裁。父母對於小兒有保育責任。此責任即義務。至刑法所謂責任。乃謂身體之動作與精神之關係相連結。即物心兩界相連結者也。連結者必以意思。然意思不盡人有之。必身體完全發達之人。乃能爲有。意思若無完全意思之人。則爲責任無。

能力者。即有完全意思之人。而非故意與過失之行爲。亦不能謂之有責任。雖犯罪不科刑。

第二節 責任無能力者

責任無能力者。謂精神作用或身體發育不完全者也。中國周禮有三赦之法。一曰幼弱。二曰老耄。三曰痴愚。隋唐至於明清。皆承此制。其意與日本及各國同。惟其適用之範圍則異。如叛逆及殺人等之重罪。中國無論何人。皆須處刑。其最殘酷者。一人犯謀反之罪。夷滅三族。而爲緣坐法。雖無能力者。亦被牽及。以刑法原理論之。甚爲不合。日本與歐洲各國。凡責任無能力者。雖本人犯重罪。亦不加刑。即爲有能力者犯重罪。亦祇治其本身。更安有牽及其親族無能力者之事。

中國幼弱老耄痴愚三項。以日本與各國之三項較之。略有不同。即癲狂者。幼年者。瘖啞者是也。試詳論於下。

第一款 癲狂者（精神有障害者）

癲狂者。精神作用不完全之人也。犯罪時。其癲狂與否。必以醫生證之。若癲狂確實。或

證爲原有之病。或證爲臨時所患之病。無論犯何罪。皆不加刑。清律曰。凡瘋病殺人者。永遠鎖錮。此律至善。爲唐明所無。鎖錮之以防害。非治其罪。與犯鎖錮之罪者自異。但其中有一缺點。專指殺人者而言。因癲狂犯放火竊盜等罪者。均無條文。岡田博士以爲應加入日本前無治癲狂犯罪之法。改正草案始有之。其法尙未頒行。然此時對於一切癲狂犯罪者。縱之又恐滋事。故於獄內設一病院以扁治。且日本治癲狂病之醫學甚爲發達。凡從前所不能治者。近多能愈之。中國分癲狂白痴爲二。今由醫學家而觀。二病實同。故日本不分別論治。但犯罪在病發之前或後者。不得以癲狂論。又對於被催眠術所迷而犯罪者。亦不治罪。因被催眠術之人。一言一動。皆由使術者指揮。本人不能自主。故以之與有精神病者同。

第二款 幼年者

幼年者。爲身體發育與精神作用皆不完全。故不治罪。中國唐律。九十歲以上。七歲以下。雖犯死罪不加刑。又八十歲以上。十歲以下。及篤疾者。犯叛逆殺人罪。應死者上請。（議擬奏聞取件上裁）餘皆勿論。又七十歲以上。十五歲以下。及廢疾者。犯流罪以下。

收贖。明清律畧同。其於老者赦之。所以憐其老也。然各國則謂老者經驗知識較少壯者爲多。愈不應有犯罪之事。故於老者犯罪。其罰與壯者同。至昏耄不明者。則以精神作用不完全。歸之於癡狂一門。惟於幼者犯罪。則宥之。分別年歲。以定其有無責任。此法各國雖互有異同。而大概可分三主義。

第一主義 分一生爲二期。(法蘭西白耳義土耳其等國)第一期於十六歲以下。先察其有無辨別心。有則治罪。無則否。第二期十六歲以上。則全負責任。

第二主義 分一生爲三期。(歐洲各國通行律)第一期凡十二歲以下。不治罪。第二期自十二歲至十六歲。先察其有無辨別心。有則照本刑減輕治罪。無則否。第三期十六歲以下。則全負責任。

第三主義 分一生爲四期。第一期十二歲以下。多無知識。無論犯何罪。皆不治之。第二期十二歲以上。十六歲以下。視其有無辨別是非之知識。有則準常法減二等治罪。無則不治。第三期十六歲以上。二十歲以下。則爲有知識時代。有罪必治。惟年尙少。知識恐不足。其治罪當照常法減輕一等。第四期二十歲以上。概依法律治

罪。

日本現行刑法採第三主義。然此律實未盡善。今將改之。其故有二。

(一) 因十二歲之年限太短。應行加長。

(二) 因十二歲以上。能否辨別是非。不能一定。

改正草案。遂定以未滿十四歲者。皆絕對無責任。此法將來可以實行。但不不良。少年既不加懲治。自宜感之以教育。教育或仍有不改者。然改者實多。此感化制度。(詳第四款)所急宜盛行也。

第三款 瘖啞者

瘖啞者。身體發育不完全。中國古時於篤疾者。廢疾者。不治其罪。治之則減等。清律謂折一手。或一足。或折腰脊及株。儒聾。痴呆。瘋患。脚癰等。皆爲廢疾。如犯流罪以下。皆許減輕或收贖。其意特憐之耳。然折左手者。右手可以殺人。折右手者。左手可以殺人。各國法律。於此等不憐之。而惟於聾啞兼病者。不治罪。若聾而不啞。啞而不聾者。不在此例。盲瞎亦然。今日本刑法聾者。全不治罪。亦不甚妥。改正草案已有治罪之條。

但減等而已。又日本教育聲望之法較之歐洲尤爲發達。聲望者既皆有學問職業。故不能全在法律之外也。

第四款 感化制度

感化制度。現日本實行之地有二。

(一) 懲治場之留置。在各監獄內別置一所。不與諸犯罪者同。

(二) 感化學校。如北豐島郡巢鴨村家庭學校是。

設懲治場之意。因少年人犯罪不加刑。恐由此長其過惡。故留置此場。以教育之。並未嘗帶有刑罰之性質。故與監獄不同。然而刑式則一。歐洲各國皆如此。岡田博士不以爲然。既憐其年少。不加之以罪。而又似於監獄之地。留置之。則與受罪何異。殊非養人廉恥之道。日本現擬將懲治場移於獄外。概改爲感化學校。凡入校之人有二種。

(甲) 不良少年。因犯罪而令其入此校者。

(乙) 淨浪少年。尙未犯罪。恐將來犯罪。故亦令其入此校者。

其學校宗旨。以感化少年爲主。故有感化院之名。但關係極大。日本甚爲注意。茲擬採

教育之方式二

(一) 仿集合式 兼學校式與兵營式二種。學校式教以各科學。兵營式教以兵式體操之類。

(二) 仿家庭式 築一廣院。院中設學校及工場各一所。餘則分建多數家庭形式。選年齡性質相當者。或五人十人分居之。使年長者假定其爲兄爲姊。經理家庭起居等項。並監督其入學校及工場之事。

以上二式各有短長。集合式內之學校式其短處因羣聚授受不能分治其性情其長處能以最短時間發達其智識。集合式內之兵營式其短處專主威服不能令其心悅其長處有二。一可以習慣其起坐步趨之規則。二可由整齊嚴肅中生其自治心。家庭式之短處在於假定又毫不不能處罰必生輕忽其長處則事事能教時時能教。可使其生親愛之心而易於悅服。二式之中當去其短而取其長。方爲完善。欲去集合式內之學校式與兵營式之短在少其人數及不用士官監督等名詞。去家庭式之短在勿用假定名目而直名爲之。監督違反者即譴責之。二式參合皆但存精神而變通形式。希

臘學者有云。一手持鞭。一手執餅。恩威并濟。誠得教幼年者之道也。

就平日學校之精神論之。德育。智育。體育。三者不可偏廢。感化制度亦然。西人有云。人之不善。多由體弱。蓋體弱則精神不能貫注。即過惡亦因之而生。故欲使幼年者改良其性質。當注意體育。至於智育。以能謀生活爲度。能則即釋放。再換教一班。其術惟農業。適當因幼年者最喜種植。教此亦可啓其活潑之心思也。若德育欲教以最高程度爲甚難事。但使其自知不可犯罪。希爲善良之人而已。

日本感化學校。現無官設者。皆有志紳士。仿國家懲治場之法。變通爲之也。

第三節 責任條件（故意及過失）

前言無責任能力者。雖犯罪。不科刑。此言即有責任能力之人。其行爲非出於故意。與過失。亦不治其罪。故意與過失之別。中國自古有之。書云。誤而入罪。出金以贖之。唐明清律。皆有過失殺傷人及故殺人失火（過失火災）之文。但世之人。因故意犯罪者較多。因過失犯罪者較少也。

第一款 故意

故意者。觀念決意也。觀念即事實之認識。決意即舉動之意志。既以此爲故意。則犯罪之故意。必以二者相合而成。

(一) 知犯罪事實 (觀念認識)

(二) 犯罪行爲之決意

二者不備。不得謂之故意。其不知犯罪事實而不得爲故意者有四例。(一) 如入山獵獸。以人爲獸。而誤擊殺之。遂犯殺人罪。(二) 如見物於途。誤爲已物。取而歸之。遂犯竊物罪。二者爲不知目的物體。(三) 如以石炭爲尋常灰土。以水灌之。遂致焚屋。而得放火罪。(四) 如飲人以水。而不知其中有毒。飲者遂死。而得毒死罪。二者爲不知手段。合上四例觀之。其不知目的物體及手段之可以犯罪。是爲不知犯罪事實。而罪不成立。凡犯罪者。必知犯罪事實。所謂事實。即目的物體及其手段也。其知犯罪事實。而無犯罪行爲之決意者。亦不得爲故意。例如獵者知前道有人。而持鎗不敢發。孰知誤觸其機而發之。遂致傷此人。是也。

中國刑法無完全總則。(名律例雖似總則。惜未完全) 故於某項犯罪當罰。某項以

外不當罰。未載明其詳細情形。惟於無犯罪故意者亦載以不治之。日本刑法七十七條第一項云。無犯罪故意者無罪。第二項云。不知犯罪事實者無罪。皆載明於條文也。至刑法中有所謂惡意者。宜注意。即中國明知故犯有心故造之謂。即故意也。

第二款 故意之種類

(一) 作爲犯與不作爲犯之故意

作爲犯之故意者。謂知某一舉動必生某結果而竟行此舉動之決意也。例如知瓶中炸藥。可傷人命。竟破碎以炸傷多人是。再從其反面設二說以明之。如人不知瓶中有炸藥。將瓶破碎。致傷多命。此雖有決意而實出不知。不得爲故意。又或知爲炸藥而誤破其瓶。此雖出於其所知而非決意。亦不得爲故意。

不作爲犯之故意者。謂知某結果之原因。進行已有防止之義務而不爲防止之決意也。例如親有哺養其子之義務。今知其受餓而決意不哺養。遂令其餓死。是謂不作犯之故意。若不哺養者非其父母。則未負有義務。不得爲不作爲犯之故意。

(二) 確定犯與不確定犯之故意

確定犯之故意。即知犯罪事實。並有犯罪行為之決意也。例如燒人住宅者。既縱火復加油。明知必得放火罪。此爲確定之故意。

不確定犯之故意。不甚知犯罪事實。而有犯罪行為之決意也。例如持鎗擊遠距之人。中否不可知。而竟執行其舉動。此爲不確定之故意。法國學者謂此若係謀殺。故殺則罪不成立。惟歐打損傷。均治罪。岡田博士以爲凡罪不論確定與否。但既出於故意。須一律處分。

(三) 故意與遠因之分

故意與遠因相似。而其性質不同。遠因者。犯罪之理由也。人必有犯罪之理由。而後有犯罪之行為。犯罪之行為由故意而生。犯罪之故意由遠因而生。間既犯罪者之爲何犯罪。犯罪者之所答。即其遠因也。故故意與遠因之別有二。

(一) 故意人人如一。遠因人各不同。如故意殺人一也。而所以殺人之故。或以妬忌。或以謀利。或以報仇。種種遠因不能一致。此二者之第一區別也。

(二) 無遠因可以犯罪。無故意不能犯罪。故故意爲犯罪上之要素。而有無遠因。

不必定此二者之第二區別也。

不定有遠因之說。又有例外。如二百九十六條。於犯重罪輕罪爲便利及已犯爲欲免其罪而故殺人者。處以死刑。又三百二十一條。圖自己之利。教唆人使自殺者。處以重懲役。此等有所爲有所圖之遠因。刑法中所特載。亦不能不爲要素。故論犯罪。亦未有絕無遠因者。特別法有以遠因或以故意定罪之問題。非詳別之不可耳。定罪名之法。以故意爲主。不以遠因爲主。在立法者則必求其遠因。蓋以遠因之關係於法律上有不同者。如同是殺人。一爲忌妬。一爲報仇。仇報者其遠因可矜。忌妬者其遠因可恨。不能不有加重減輕之別。故刑法亦不得盡置其遠因而不問也。清律無故入人家屋。笞一百。日本刑法謀殺人皆處死刑。故殺皆處無期徒刑。此數法俱不問遠因。實未妥善。

(四) 豫謀故意與單純故意之分

豫謀者。經深思熟慮而爲之。罪宜加重。如刑法二百九十二條。及三百二條所載是也。單純者。謂由須臾決意而犯此罪。罪宜減輕。如刑法二百九十四條及清律放火

故燒官民房屋者皆斬是也。但日本與中西各國刑法於二者之中皆注重豫謀犯罪。岡田博士不以爲然。一謂豫謀與故意不過時有久暫不同而犯罪之性質同何得分爲輕重。二謂豫謀獨加重於殺傷而放火竊盜獨不加重殊欠公允。有此二者。故岡田博士謂豫謀加重法不甚適當宜去之。

第三款 錯誤

錯誤者謂認識與對象（目的物）不一致也。分爲二種。

- (一) 誤信。
- (二) 不知。

誤信者即以有爲無以無爲有之謂。不知者即無有無之謂。以事實言之如放鎗時誤以前途之人爲獸而擊死之者。即誤信事實之故。不知前途有人而擊死之者。是不知事實之故。以法律言之如初至日本以爲犯身體自由刑者。不過罰金。孰知其即監禁。此誤信法律之故。又如日本有禁吃鴉片之刑罰法令。中國至此者多犯之。此不知法律之故。試再分言之如下。

(一) 事實之錯誤。此有要素與非要素之分。其爲犯罪之要素錯誤者。無罪或減輕。如竊盜犯。以盜取他人之物爲要素。設不知爲己物而盜之。此爲構成要素錯誤。則竊盜之罪。不成立。不得加以竊盜犯之刑罰。如殺人犯。以被害者爲要素。設本欲殺他人而誤殺其親。此爲加重要素錯誤。則殺親之加重罪。不成立。而祇科以殺平人之罪。唐明清律云。本應重而犯時不知者。依凡論。日刑七十七條三項云。罪本可重而犯時不知者。不得從其重論。此條之意。中國與日本皆同也。又日刑四百二條云。放火燒燬人之住居家屋者。處死刑。四百三條云。放火燒燬人未住居之家屋。其他之建造物者。處無期徒刑。由此二條而推。若不知其屋中有人而放火者。亦祇處無期徒刑。因其所錯誤者爲犯罪要素。故從輕治也。其非爲犯罪之要素錯誤者。則照常處罰。如殺人者。注意在富人而誤殺貧人。注意在老者而誤殺幼者。均是殺人也。其誤認之貧富老幼。皆非犯罪要素。當一律治罪。又如誤認爲金器而盜之。孰知其爲銅器。本欲以鎗彈擊斃其人。孰知誤以鎗刀刺斃。本欲推人溺水而死。孰知誤中石而死。凡此皆非要素之錯誤。不得以錯誤解決。而亦一律治罪。

(二) 法律之錯誤。其故有二。一不知其有法而犯之者。二祇知其有法不知爲何刑而犯之者。然此與事實之錯誤不同。事實之錯誤。或者無罪。或者減刑。若法律之錯誤。則萬無可寬。因法律自實施後。必強人以服從。否則失其效力。則刑法可以不設。故曰刑七十七條四項云。不得以不知法律規則爲犯之無意。觀此則凡犯刑法上之罪者。無論如何。皆在所必治。至刑法外之法律。多不盡然。如民法所有權。時效未至而誤取之不科。罪即其例也。以上爲法律有正文者言之。若法律本無正文而誤以爲有者。刑法上之處置。則如何。日刑第二條云。法律無正條者。無論如何行爲。不得處罰。其例如未成年者。誤信法律有禁止飲酒之條。思破壞此律而遂自飲酒。其罪亦不成立是也。

第四款 過失

中國唐律疏議云。過失者。謂耳目所不及。思慮所不到。共舉重物。力所不制。若乘高履危。足跌及因擊禽獸以致殺傷之類。此爲過失之例。而於其性質。尙未言及。試詳之。過失云者。於爲某行爲時。本應知之。而於犯罪事實成立。因不注意而未之知。以致生出犯罪之事之謂也。例如持鎗出獵。前途有人與否。此時所應知者。乃不注意而不見。

其有人。遂從而擊斃之。即成爲過失殺人之罪。

不注意之程度有三。

(一) 爲普通人所有之注意。以失火論。寢時息燈及息火爐之類。此爲普通所有之智識。即普通法律亦依此定之。然中人以上者多精細。其注意程度必過之。中人以下者多輕率。其注意程度必不及。程度高而獲利者。或有之。程度低而獲罪者多矣。此主義不甚平允。

(二) 因本人智識而有之注意。如中上之智識最高。即以最高程度責之。中下之智識最低。即以最低程度責之。不及其本程度者。罰此主義。祇利於輕率。而不利於精細者。亦不甚平允。

(三) 折衷主義。先假設普通程度之注意。及此者。不任過失之責。不及者。但能盡自己力所能及之注意。亦不任過失之責。此主義甚善。蓋所謂國法者。不望非常。亦不責不能者是也。

過失與錯誤不同。過失犯專由不注意而成。錯誤則由不注意或不可抗力二種。不注

意。如獵者本可別其爲人爲獸時。竟誤人爲獸而擊斃之是也。此以過失犯論。若以遠鏡別其爲人爲獸。如仍以爲獸而誤擊斃之。是注意已到而猶不免於殺人者。則爲不可抗力。與不注意者不同。即不爲過失犯。當區別論之。

過失犯爲刑法上所指明者。治罪如三百一十七條云。疏虞懈怠及不遵守規則習慣。因過失致人於死者。處以二十圓以上。二百圓以下之罰金。三百一十八條云。因過失創傷人而致癱篤疾者。處以十圓以上百圓以下之罰金。四百九條云。失火燒毀人之家屋財產者。處以二圓以上二十圓以下之罰金。四百二十四條云。因過失而起水害者。照失火之例處斷是。至刑法上未定明者。不得作過失罪論。如犯竊盜罪。法律中無所謂過失也。

凡無責任能力者。雖出於過失犯。仍不治罪。即有責任能力者。若非出於過失犯。亦不治罪。總之。有責任能力者。兼有過失犯。則定罪。蓋定罪必合內部外部觀之。如母乳子。因不注意。誤以乳壓子口而致子死。則爲過失罪。若已注意而仍致是。則爲錯誤。不治罪。至子非親生。而有意致子死者。則以謀殺故殺論。

第六章 不法行爲

第一節 通則

凡犯罪之成立。必由身體之動作。其動作須有責任。然有責任。不必即不法行爲。故犯罪者。必係有責任行爲及不法行爲也。

不法行爲。可以二點概括之。一非行使權利之行爲。二非國法所放任之行爲。如有治人之權者。爲民平憤。施刑於人。此爲行使權利之行爲。又如兩國戰爭。凡我力所能及者。皆施於彼。此亦爲行使權利之行爲。至若水上行舟。因船破共溺。人爭自存。甲抱木而浮。乙奪之。甲溺遂死。不論罪。蓋即國法所放任之行爲也。

第二節 權利行爲

權利行爲。有爲刑法上所規定者。有爲刑法外之法所規定者。下分三款說明之。

第一款 官吏之職務行爲

自官吏表面觀之。其行爲與平常殺人者無別。而國家認可者。因其應有殺人之權利也。日刑七十六條云。從本屬長官之命令以行其職務（對長官而言曰職務）者。不

論其罪。再舉例以明之。如檢察從司法大臣之命令。而行其處定死刑之職權（對下屬而言曰職權）者無罪。軍人從司令官之命令。而行其殺敵人之職權者無罪是也。至若不以長官命令。而從他法規定。直接行己分內之職權者。照刑事訴訟法五十八條「條敢云。司法警察官及巡查憲兵卒當行其職務時。知有重罪或應該禁錮刑之輕罪之現行犯不待令狀而可逮捕被告人」。不論其罪。若從長官命令。而非其職權所當爲而爲之者。其處分之法有三。

(一) 關於不可抗拒之命令時。其勢又同時能有下僚之執行義務。此即屬其職權之行。爲可照六十六條主張無罪。

(二) 本可抗拒之事。誤信爲己之職務而執行之。是刑法以外之法。令錯誤。例如司法警察官拘引犯人。僅依據豫審判事之口頭命令。而不携帶其令狀。此即誤解刑法外之刑事訴訟法。應視爲不知犯罪之事實。照刑法七十七條二項爲無罪。

(三) 若假命令而使。喉人知其不外犯罪之教唆。而同意執行之。則應照普通共犯之例處罰。非職務行爲之問題也。例如豫審判事有怨恨之人。濫以口頭而命令。

司法警察官逮捕之。司法警察官知不依令狀而逮捕非現行犯，則違背刑事訴訟法，但了解豫審判事之心，竟不守法律而逮捕之，則此種情形，當認爲暗默通謀逮捕之罪，而爲其罪之共犯也。故不適用七十六條、七十七條。

第二款 正當防衛

正當防衛者，謂不法之徒，以不正侵害我之身體、生命、財產、名譽時，而我自己防禦以衛己之權利是也。中國唐明清律皆有之。凡夜間無故入人家者，笞四十。主人登時殺者，勿論。若知非侵犯而殺傷者，減門殺傷二等。其已就拘執而殺傷者，各以門殺傷論。至死者，加役流。岡田先生謂此律著重夜無故而白晝應否有罪，并未論及殊爲缺漏。且僅言主人家中奴僕，獨無防衛權乎？又單言殺而不言執擊等，其範圍太狹，皆當改正。日刑三百四十四條云：出於正當防衛身體生命，不得已而殺傷暴行人者，不其爲自己爲他人，不論其罪，但由不正之所爲，自招暴行者，不在此限。此條僅指明身體生命（改正草案已易身體生命爲權利，其範圍較廣）而不及於財產、名譽。又祇言殺而未提及執擊，似與中律同爲狹義。總則中皆當詳之。今以學理論，正當防衛須有

條件四。

(甲) 被害物體。凡屬人生命身體名譽財產皆有五富防衛之權。如暴行人害我生命。我將彼殺之。無罪。有傷我身體。(自由節操皆包在內。非專指身體言。自由如逮捕監禁畧取等節操。統男女言。例如強姦是) 敗我名譽者。我將彼歐擊之。不論有侵奪我財產者。我將彼縛束之。不論。但此不專指爲自己。即爲他人亦不加區別。(乙) 於不正之侵害。有防衛權。若自己犯罪爲官吏所逮捕。不能有防衛權。如不受治。則當以拒捕論。因官吏縛人本其責任。此最正當之行為。亦權利義務之行為也。萬不能拋棄。

(丙) 於必要防衛之範圍內。加他人之傷害。即使傷害甚大。亦不失防衛權。例如賊欲殺我。止傷一手。我將賊殺之。亦不爲過。此正當防衛。不必曰賊止傷我一手。我亦止宜傷賊一手。以抵憤也。至若非在必要防衛之範圍內。而稍可逃避者。不得援此例。當以逃避爲先。亦可使暴行者免此患難也。如幼者持刀殺成年人。而成年人者或逃之。或將幼者縛之可也。計不出此。反將幼者殺之。此非必要之防衛。不能無罪。

(丁) 不正當之侵害。由自己所召者。則無防衛權。如甲罵乙。乙遂擊甲。是甲之害自取之。其對乙之防衛。法律上不認爲權利行為是也。

第三款 其他權利行為

其他權利行為。即在官吏職務行為及正當防衛以外之行為也。下分二類。

(一) 法令上所認許之業務。例如外科醫及角力之類。

(二) 不背公之秩序及善良之風俗習慣。例如墮胎之事。中國以爲無罪。日本以爲有罪。又如燒山。中國許之。爲除猛獸計。日本不許。此皆風俗習慣也。

日本法於子不受教。父重責之。或炙其肉。無罰。此權利行為也。惟醫科雖法律上所認許之業務。設於用針炙剖割時。因不注意。而傷人命。及傷人四肢墮人胎兒者。不能無罰。均以過失罪論。若注意而致此者。則不論至角力一事。偶有不慎。雖致人於死。亦無罪。此不獨法律所認許。亦日本風俗習慣使然也。

第三節 放任行為

有責任行為。而爲法律所不保護。所不處罰者。名曰放任行為。茲特就其於緊急狀態。

之行爲及得被害者允許之行爲二點說明之。

第一款 基於緊急狀態之行爲

緊急狀態之行爲者。因欲保護自己生命身體財產名譽自由之現時危難不得已而侵害於他人法益並非有不正之行爲也。例如屋將傾頽已欲先出推他人落後而致壓死者無罪。又如甲乙同舟遇風被溺甲護木而浮乙奪之致甲溺死亦無罪。此皆由救已情切出於不得已故法律以之爲放任行爲見刑法七十五條。但此條係採用羅馬德意志二國法律爲刑法中所不可缺之律也。

以道德言之。仁者殺身以成仁。若致人於死以救一己。此乃必不可爲之事。而法律竟置之而不論。罪者因對於一般人之法不宜責以難能倫以道德之行爲定之於法律。無論何國均未有此程度。故雖與之相反亦所不惜。

不得已之行爲與正當防衛有別。正當防衛必有暴行加於已。不得已則無有暴行加之。有暴行故有防衛權。無暴行則無防衛權。有防衛權而加害於人無罪。無防衛權而加害於人似有罪。而法律所以不科罪者原其不得已之情耳。但不得已之範圍甚廣。

無論其爲殺人、或傷人及其他防害於人者，皆是法律上並無限制。

中國唐明清律，有不修河防及修而失時者，提調官吏有罰。又有云：「暴水連雨損壞堤防，非人力所致者，弗論。」此條與本款所言者不合。茲因其非人力所致，一語畧與此處情形相類，故提及之。此語內含二意。

- (一) 知其危急而不能爲力者。
(二) 不知其危急者。

日刑七十七條可參觀。但七十七條與七十五條畧相混，而實有別。宜注意。如地震屋宇將傾，情急從臆躍出，致侵害臆外人，當以七十七條之不知犯罪事實論。若地震多人同逃，將人推倒致死，則當照七十五條處斷。此二法之區別也。

第二款 得被害者允許之行爲

先得人承認而實行之行爲，有罪無罪，刑法並無明文。試詳言之，其說有二。

- (一) 得被害者允許成權利之行爲。例如甲欲居乙之房屋，欲取乙之財產，經乙允許，甲即有權利行爲是也。

(二) 即使得被害者之允許。亦成爲犯罪之行爲。例如欲借人房屋燒燬。雖經房主允許。而法律不許。刑法四百七條云。放火燒燬自己之家屋者。處重禁錮。況人之房屋乎。蓋恐連及鄰居也。至於賭博。贏者雖經輸者許可。而法律不許。又創傷人手一痕。被害者雖許可。而法律不許。以及賄賂。雖爲出錢者所願意。而法律尤嚴禁之。總之。凡人之目的物。無論生命身體。其處分須在法律範圍之中。法律所不許者。固不能踰越。即爲法律所許者。亦有不能任人處分之處。如已有房屋。撤之可也。火之則不可。無故撤之而又成之可也。有故撤之則不可。於不可者而亦爲之。故成爲犯罪行爲。

由上二說觀之。一爲權利。一爲犯罪。豈非相懸太遠。然言權利。固屬本問之範圍外。言犯罪。又在論適法不適法。亦非本問主旨。蓋本問之性質。非所謂犯罪。亦非所謂權利。例如野合之事。未經被害者許可。爲強姦。即互相願意而爲和姦者。於善良風俗大有違反。昔時有罪。近則無罪。故不得謂爲不法行爲。而事欠正當。亦不能爲權利行爲。所謂放任行爲也。

第二編 刑 罰

第一章 總論

第一節 刑之概念

刑罰者。謂國家以犯罪之制裁。剝奪一私人之利益也。剝奪私人利益。各法皆然。刑法剝奪。則係犯罪之制裁也。

刑法上之刑罰。是國家與一私人之關係。若國與國之間。一私人與一私人之間。無所謂刑法上之刑罰關係也。如國家因私人犯罪。而以法加乎其身。謂之刑法上之刑罰。若甲國違反條約。乙國征伐之。此國對於國之報復。並非刑罰。又父親整治兒子。或鞭撻。或禁其外出。此一私人對於一私人之教戒。亦非刑罰。

國家剝奪一私人之利益。不限在刑罰之範圍內。其非以犯罪之制裁。而剝奪利益者。則無刑罰性質。例如軍人之在營室。不許任意外出。似與犯自由刑之在監獄者無異。然其實不同。又公用徵收。似與犯財產刑之罰金者無異。然其實亦不同。以徵兵。徵稅。

皆公同之義務。非個人私屬之利害也。故不得謂有刑罰性質。

古來刑罰。剝奪人之利益。有五區別。如生命刑、身體刑、自由刑、名譽刑、財產刑是。今文明各國身體刑已斷其跡矣。但各刑中。何刑最爲適用。何刑不適用。何刑用之最。多。何刑用處最少。此固隨各國風俗而殊。亦隨各國時代而變。其問題甚不易決。欲研究其刑之優劣。學說甚多。難以畢舉。試提要言之。

一說刑罰有報酬之意。儼若權衡。犯何等罪。即報以何等刑。量犯罪之害惡。與刑罰之痛苦相當。此即刑事之結果。中律亦多主之。其說似是而實欠妥。因犯罪情節各有輕重也。中律有贓額五兩。不滿盜。笞一十。贓額十兩。笞二十。至三十兩。笞三十。此普通相等之罪。並不論及被害者之貧與富。設貧家祇有此數。而被盜去。豈不束手待斃。是所盜雖少。而刑已不償罪。此最不善。

一說刑罰祇爲威嚇之具。使人知畏而不犯罪。足矣。此說也。在立法人存此意。則大謬如主此說。其刑必日趨於重。而進於殘酷。自古多探此意立法者。今亦尙有之。甚不足取。

上二說外。又有最適用之說。試詳之如下。

(一) 刑期無刑。謂期以刑罰減滅犯罪之額。

(二) 犯罪人有二種。曰可治犯人。曰不可治犯人。加可治犯人刑者。即須獎勵。改之具。加不可治犯人刑者。即須壓抑之具。夫刑罰當以之爲教。人不可以爲危。人如犯小罪。既不能殺。又不能久監禁。則必有防閑之善法。以使其不肯再犯。及不能再犯者。日本現所設之監獄。其庶幾乎於可治者。教以改良。久之。必不肯再犯。不可治者。施以抑壓。即令其不能再犯。是刑罰真可保全社會之安寧也。

(三) 威嚇之意。必不可採。但略以刑期收治安之効。其亦已足。

第二節 刑名

日本刑分主刑與附加刑二種。主刑。又分重罪、輕罪、違警罪。如刑法七條八條九條所載是。附加刑。如第十條所載是。今欲便學者之披覽。試爲圖於左。



主刑

輕

重罪

國事犯

非國事犯

死刑

無期徒刑

有期徒刑(十二年以上十五年以下)

重禁獄(九年以上十年以下)

輕禁獄(六年以上八年以下)

死刑

無期徒刑

有期徒刑(十二年以上十五年以下)

重懲役(九年以上十一年以下)

輕懲役(六年以上八年以下)

重禁錮(十一日以上五年以下)

輕禁錮(十一日以上五年以下)

罰金(二元以上者於各本條區別其多寡)

(國事犯之輕罪、處輕禁錮之刑、然禁錮勿誤解為國事犯之刑)

刑罰

違警罪

拘留(一日以上十日以下)
料(五錢以上一圓九十五錢以下)

監視(一)被處重刑時監視之
(二)死刑及無期徒刑得期滿後免除時監視之

不要宣告

剝奪公權(被處重罪刑者終身間剝奪之)
停止公權(一)被處禁錮刑者於其刑期間停止之
(二)輕罪刑被付監視者於其監視期間內停止之

刑附加

要宣告

監視
罰金
沒收

第二章 刑之種類

刑之種類。自其所應剝奪之利益而分之。如剝奪生命(即死刑)剝奪自由及財產能力(即名譽)身體(文明國無此刑)是。

第一節 生命刑

生命刑者。死刑也。為國事犯與非國事犯之主刑。時無論古今。國無論東西。均有之。歐

溯有倡廢死刑之說。論者謂其說不可行。但見時亦已有全不用死刑之國者。意大利是也。有虛懸死刑而五十年未實行之國者。比利時是也。德國、法國亦尙存留。大都務從其輕之意。溯中國死刑。始於黃帝。征蚩尤以正其惡。即五刑中所列之大辟是。至情唐又分斬絞二刑。至明增凌遲。（謀反弑父等罪）至清又增梟示戮屍。此種分類未免太酷。天死刑果爲國法中所應有乎。抑不應有乎。學說頗多。不暇詳舉。以岡田博士論之。死罪所以治大惡。不治者世不能無。大惡不治之人。即不能無死刑。欲廢之固不能。若中國於死刑之中。又分數種。誠可不必。現今文明各國。其於死刑。但使犯者死。而即已實亦罪之極重者也。

適用死刑。有一宜注意者。如竊盜之罪。有時重於謀殺。故殺而竊盜無死刑。謀殺故殺之死刑乃一定者。岡田博士以爲不當。夫死刑祇當視其所犯之重否。不當以殺人等名目定之。如殺人者爲父母報仇。此大惡而猶可治者。宥之亦不爲縱。竊盜屢犯。不能再使之自新。此小惡而不可治者。即處以死刑。亦不爲苛。故定死刑當以大惡不治者爲標準。

第二節 自由刑

自由刑者。國家爲犯罪之制裁。剝奪一私人之自由之制度也。此刑中國有之。周時爲圜圉及徒流（三百里流）等刑。唐時徒流又分等級。徒刑分五等。以年月計。至輕者徒一年。每等遞加半年。至五等則徒三年。流刑以道里計。分三等。一等流二千里。二等二千五百里。三等三千里。均以五百里遞加。至明清於此兩刑發落時。必加以杖。如徒一等杖六十。二等杖七十。三等杖八十。四等九十。五等一百之類。流刑每等均杖一百。而又加罰鍰。一等罰三十串。二等三十三串。三等三十六串。日本之自由刑略不同。現時所採用者七種。列舉於下。

- (一) 徒刑 無期 見十七條
- (二) 流刑 無期 見二十條
- (三) 禁獄 輕重 見二十三條
- (四) 懲役 輕重 見二十二條
- (五) 禁錮 輕重 見二十四條

(六) 拘留 見二十八條其刑期依各本條區別其長短。

(七) 監視 見三十四條至四十一條

中國徒流無無期。欠妥。岡田博士以爲降大惡不治之死罪一等。所謂中惡不治者。欲永杜其犯罪之路。非處以無期徒刑不能。然近世學者有謂無期爲不當。一云人壽無定。壽長則受罪多。壽短則受罪少。殊欠公允。不知無期者固如是。有期者亦有今日處刑明日即死者。其不公。亦何以異。此不足以難無期刑也。無期刑爲可廢。則自由刑亦皆可廢也。一云無期刑爲絕人改悔之路。此亦不足以難無期刑也。刑法有假出獄之條。其鼓勵犯人改過已無復加者。故岡田博士謂中國宜增無期刑。非無謂也。又中國刑期拘於一定。而犯罪情節多不同。以一定期限定無定罪名。殊失其輕重。不若定一至短至長之限。任裁判官審問情節。以定刑期。久暫可免。執一不通。然立法之初。又宜視裁判官之程度。若何程度優者。雖定一極寬之期限。亦能審其罪之情節。孰輕孰重。以施其罰。程度低者。其法窄立其期限可也。又中國流刑以道里計。皆在本國。在好游者正樂。有此何足爲罰。日本流刑不在內地。派遣北海道。今多不實行。故改正草案

已刪去之。

定役者。既禁而復督之以工作。在昔時以爲工作所以苦其身也。以今觀之。其利益甚大。蓋禁若干人於一方。若無所事事。必生一切弊端。且於身體有損。故定役之例。使其學習工業。而營爲有術。不至思再爲非。且時有運動。使血脈周流。以強健其身體。是罰之正。所以玉成之也。但立法者以有定役爲重罪。無定役爲輕罪。殊與事實相反。而日刑改正草案猶仍之。

懲役與禁獄禁錮同。不過年限稍異。徒多其名目。岡田博士之意。以爲自由刑祇須分二種。

(一) 懲役 (有定役) 分無期有期。有期者在一日以上。二十年以下。

(二) 禁錮 (無定役) 一日以上。二年以下。

自由刑雖祇分二種。而又有年限。可分其輕重。如竊盜五年懲役。強盜十年懲役之類是。

附加刑。惟監視一種。於受主刑釋放之後。有警察監視其行爲。歐洲學說。謂此弊多益。

少。日本近擬改革。

第三節 財產刑

財產刑者。國家爲犯罪之制裁。剝奪一私人之資產之制度也。此刑中國向有之。如古時金作贖刑是。唐律亦然。至明與清於徒刑有米十五石。穀二十五石五斗。灰一萬二千斤。折銀十兩八錢及五百塊之類。以贖罪。凡此皆可謂財產刑。惜未以爲主刑。不過附加於其身體刑之內而已。日本財產刑亦無特別之條。今現行刑法。僅附有罰金科料沒收三種。

罰金。但言二圓以上。不言至若干者。以其數不能定。可以百。可以千萬。或爲輕罪之主刑。或爲附加刑也。（見第二十六條第八條第十條）科料。自五錢以上。（即中國銅錢五十文）一圓九十五錢以下。爲違警罪之主刑。（見第二十九條第十條）

由近世情形觀之。中國贖刑。最爲適當。日本改訂法律。即採用之。但中國範圍太寬。易使人幸免。宜約之。使窄。乃有大効。如三個月以上。六個月以下之罪。準其入金免刑。任裁判所酌定罰之。至罰時宜注意者有二。

(一) 貧富宜有差等。若不分貧富而一律罰之，則富者不苦而貧者甚苦，殊欠公允。須斟酌數之輕重，切勿連累其家族。若因一人犯罪，全家受苦，亦欠公允。

此種刑加於何等犯罪者為適用乎。

(一) 加於騙取錢財者最合。

(二) 外國商船中人有上岸犯監禁拘留等輕罪，或應禁十日半月者，照本法辦之。於商船殊多不便，若代以罰金最為適當。

沒收分二種。

(一) 全部沒收。

(二) 特定沒收。

全部沒收必令犯者全家人之衣食概歸烏有，以文明國法論之，罪止於一身於他人何與？若將全部之財產沒收，是以一人害及其全家，此最野蠻之事，其法宜急廢。

特定沒收，祇收犯者本人之所有，斯為罰必當罪其所特定者，有三種（見四十三條）

(一) 為法律上禁制物。如不準私自偽造之貨幣文書及不準私有之炸藥鴉片。

等。是。其。所。以。沒。收。者。恐。留。於。民。間。而。爲。後。患。也。

(二) 爲供犯罪者所用之物。即凶器之類。其所以沒收者。恐他人見之。而生惡念。

(三) 因犯罪所獲之物。如在禁止打獵地所獲之鳥獸。應沒收之。因所犯在此物之故。否則雖治罪而仍可得物。則必有甘受罰而圖利者矣。

以上三者。惟禁制物頗多。日本專指犯人一身所有者。論若牽及其妻孥。則不合之甚者也。

第四節 能力刑（即名譽刑）

能力刑者。即剝奪公權。停止公權之二。附加刑也。日本法律。無論何人。自有生以來。皆有公權。因其犯罪。即喪失享有公權之能力。至於名譽。不過間接之結果。稱名譽刑者。甚欠妥當。剝奪者終身不使有公權。停止僅數月數年。蓋不許享完全人格也。此刑中國亦有之。唐律有諸除名者。官爵悉除。明清律有凡官職犯罪。罷職不敘追奪者。但專屬之官。官以外皆無關。係文明制度。則人人皆有能力刑之關係也。

剝奪公權日刑第三十一條載有九種。

- (一) 國民之特權。即議會中選舉權與被選舉權。統稱爲參政權。
- (二) 爲官吏之權。剝奪此權後。再不準服官。
- (三) 勳章。年金。位紀。貴號。恩給之權。勳章以褒有功者。有罪則追還。年金恩給由政府所予。年金。因有勳功而得者。在官時有之。恩給。去官時有之。位紀。自正一至從八止。學者中博士有位紀。學士無貴號。惟華族(諸侯之族)士族(武士之族)是。佩用外國勳章之權。中國不經皇帝許可。日本必經天皇許可。始能佩用。犯罪者則禁佩用。但不追還。
- (五) 入兵籍之權。從一面觀之。則爲義務。是最苦之事。人人均有。少則一年。多則三年。從又一面觀之。則爲權利。以之保護國家。爲最有名譽之事。凡刑餘之人。不能有此權。中國現行刑法。有罪者發軍臺効力。或遣以戍邊。恰與此反對。
- (六) 於裁判所爲證人之權。但有特別事。裁判所調其陳述事實。不在此限。
- (七) 爲後見人之權。但得親族許可。爲子孫之後見人。不在此限。
- (八) 爲分產者之管財人及管理會社與共有財產之權。

(九) 爲學校長及教師學監之權。

以上九種。皆現行刑法所列舉者。剝奪者。即在此九種公權。但第六至第九。弊害太多。改正草案。已節去之。

停止公權。即將上九種公權之享有能力。使之一時中斷。至經過期間後。令其回復。但官職之回復與否。則爲例外。(參觀三十三條三十四條)

公權二字。本不的當。爲兵。爲官。爲證人。爲後見人等。不過資格能力耳。不足爲公權。故改正草案。易公權爲資格能力。

第五節 身體刑

身體刑者。國家以犯罪之制裁。直接加所有痛苦於其身體之謂也。此刑中國有之。即古五刑中。剝刑。劓刑。腐刑之類。至唐則用笞刑。分一十。二十。三十。四十。五十。爲五等。又有杖刑。亦分五等。自六十至一百。至明清加刺字(昔之墨刑)枷號二刑。逃犯刺左肱。竊盜刺右肱。軍徒流刺面。以上各刑。欲分其爲善與不善。頗難斷定。凡欲知刑之良楮。須即其國之人情風俗觀之。笞杖刺枷。以日本現勢論之。甚不適用。大抵殘人。身體

未免嚴酷此野蠻舉動則然現東西文明各國必不出此然日本於臺灣則不能不用笞杖。因臺灣人民程度不與日本內地同也。日本學說對此有贊成與反對二派。岡田博士於臺灣現時情刑亦贊成用此刑者。謂俟將來人民程度稍高再去之。博士尤願中國內地亦有去此嚴刑之一日也。

第三章 刑之適用

第一節 通則

刑之適用者。謂以法律之規定及裁判官之宣告。定犯罪者以相當之刑也。如竊盜罪。刑法三百六十六條云。竊取他人之所有物者。爲竊盜罪。處二月以上。四年以下之重禁錮。其所云二月上四年下之重禁錮。即法律規定。所處犯人三百六十六條若干久之重禁錮刑。即由裁判所之宣告。審問犯罪情形。不使刑有失輕失重。即定犯罪者相當之刑也。此之謂刑之適用。然採適用之法。自古有三主義。

- (一) 放任主義 (一名擅斷主義)
- (二) 法定主義

(三) 折衷主義

放任主義者。謂犯者或有罪無罪。或爲何罪。處以何刑。其判定全權。均在裁判官。此在太古無法律時則然。近世已全廢此主義。其理由有二。

(一) 法律無明文。由裁判官臨時決定。則茫無標準。而人民亦無所措手足。

(二) 裁判官之意見不同。猶是一罪。甲地所處分者如此。乙地所處分者如彼。是一國之刑罰不能統一也。

有此二缺點。故放任主義不能適用。

法定主義。與放任主義大相違反。犯何罪處何罪。法律立有明文。司法者毫不能移易。古時有採之者。中國唐律除雜犯罪律一十一條不應爲之外。一切皆用法定主義。其弊之大者。在以既定之法治不定之罪。必多過與不及之差。如冒認他人奴婢者。杖一百。冒認之。情狀不一。而皆杖一百。頗不合。但中律所定罪名。合宜者多。其缺點在專用法定主義耳。

放任與法定。既皆有弊害。於是折衷主義出焉。所謂折衷者。犯何罪。當處何刑。法律雖

有定條但尙留有餘地。裁判官可就其範圍內審其情節察其輕重而自由伸縮。現在歐洲各國及日本均採此種主義。如中律冒認他人奴婢者杖一百。此一百係法定者。若改爲杖五十以上五百以下。則裁判官可銓衡於此範圍之中。是爲折衷主義。蓋此主義於死刑及無期徒刑之一定不易外。餘皆有一最高度及最低度。可以取裁。但其立最高最低之法度。日本改正派與非改正派嘗因此生衝突。改正派謂現行刑法之範圍失諸太狹。非改正派謂草案之範圍失於太廣。究之範圍之廣狹須視一國之人情風俗及文明程度與裁判官之技術如何。均不可以一概論。若中國官吏恐不足語此。欲改正刑法尙冀於斯酌取焉。

第二節 加重

第一款 通則

日本裁判官於刑之加重不能過於法律上各本條所明定之最高度。因裁判官之職權祇能適用法令不能制定法令也。反之法律自身有爲一等等或一等等以上之加重。但亦有制限。如刑法六十六條但書云。不得加入死罪。又七十條云。輕罪之刑不得加入

重罪。七十二條云。違警罪之刑。不得加入輕罪是也。

第二款 法律上之加重

法律上之加重。分二種。

- (一) 再犯加重
- (二) 特別加重

再犯加重者。因已受刑而再犯罪時。照本刑加重。如刑法九十一條至九十八條所規定是。其詳俟第三編第二章再論之。今先舉一例。如初犯強盜者。照三百七十八條擬斷。處輕懲役。再犯則依九十一條之規定治罪。

特別加重者。於所犯本條內。別有重情。則應於本律加重刑法一百十六條以下多規定之。但此以各本條所示爲限。不能如再犯加重者。可以一般適用。茲略舉數例。如一百四十五條一百四十六條一百五十一條等是。然裁判官。則無加重之權。所加重者。不過皆照法律而已。

第三節 減輕

刑罰 第三章刑之適用 第三節減輕

第一款 裁判上之減輕

裁判上之減輕。即刑法所謂酌量減輕也。不分重罪輕罪違警罪。有情狀可原諒者。裁判官有與以一等或二等減輕之職權。見刑法八十九條及九十條。但法律不許裁判官擅加一等。而特許裁判官減輕。適相反對。此何故乎。蓋以立法之旨與其失於重。不若失於輕也。

凡罪案之來。有可以酌量減輕之情狀與否。全係事實認定之問題。不許上告。蓋上告係法律上之問題也。至若事實上確有可原諒之情狀。雖法律本身上已有加重或減輕之文。裁判官如酌量其可再減時。仍得減輕之。此刑法八十九條所規定。又若對於主刑有酌量減輕時。對於附加刑之罰金。亦當有同等之減輕。此刑法七十四條所規定。

中國刑法總則（即名例律）未有許裁判官減輕之文。各國亦有同者。岡田博士以爲當加入。

第二款 法律上之減輕

中國法律取法定主義。與各國比較。其缺點在原則上。如唐明清各法律中。有所謂名例律。畧與日刑總則（一條至百一十五條）相同。其大部分皆言減輕。但中律所言減輕。大約皆爲官吏身分上而設。不曾爲一般人計。故有八議及請減等名。八議者何。如議親議故議賢議能議功議貴議勤議賓是。第於議賢之注脚云。賢人君子。罪宜減輕。夫既曰賢人君子。何至再有犯罪者。此種法律。似宜節去。然不僅此也。細按一切。凡中律所謂應減輕者。皆文明國之法律所應加重者。應重而反輕。此官尊民卑之弊。實與文明法律之原則相反。蓋西洋各文明國法律。官吏犯罪。其罰加重。因其係知法人也。今欲改良中律。雖不必官重民輕。但宜從官民一律下手。斷不可仍有官吏如神人。民如蟲之見。存使官吏藉此肆行無忌。致敗乃國事也。茲就日本刑法減輕之條言之。其原則分爲五。

- (一) 宥恕減輕
- (二) 特別減輕
- (三) 自首減輕

(四) 未遂減輕

(五) 從犯減輕

宥恕減輕。又分二種。

(一) 規定於總則

(二) 規定於分條

其規定於總則內者。爲關於年齡減輕。如八十條八十一條所載是。參看第五章第二節第二項幼年者。

其規定於分條內者。爲關於殺傷減輕。如三百零九條。三百一十條。三百一十一條。三百一十二條。三百一十三條所載是。以法國學者言之。爲桃發宥恕。蓋因外界之桃發。致一時迷失其辨別心而犯罪者。與故意不同。理當減輕。日本於此等罪。均採取法國刑律。故上數條定以照本刑減輕二等或三等之罪。甚爲有理。然以岡田博士觀之。其中亦稍有不完全之處。如三百零九條。祇言保護自己。而爲保護他人致殺傷暴行人者。(如甲被乙暴行。丙救甲而殺傷乙是)即在應減之列。何以不列入。又祇言保護身體。

而爲保護財產致殺傷暴行人者。亦在應減之列。何以不列入。又祇言殺傷暴行人。而因保護並未殺傷暴行人。不過損害暴行人之財產。此亦在應減之列。何以不列入。凡此皆其缺點也。至若三百一十一條所言縱容通姦。（按此非世界通用之條。惟日本法律所有一）亦有缺點。

特別減輕與特別加重。以各本條所規定者爲限。如一百二十五條及一百三十三條之類是。但有關於宥恕自首者。當提出不在此例。

自首減（免）者。犯人以自進於相當之官署或官吏或被害者告知未發覺之犯罪爲理。由法律免其刑之全部或一部之制度也。此條中國刑法甚爲發達。日本全採用之。唐名例律（明清同）第五條云。諸犯罪未發而自首者。原其罪。此原則也。條中有不自首而遣他人代首者。亦仍認爲自首。又有自首不實不盡者。即以不實不盡之罪罪之。自首之後。或全免其罪。或減輕其罪。皆分別論之。日本法分二條件。

第一以犯人自進（即自首）而告知其犯罪之事爲必要。如因受嫌疑而被相當官吏之推問。始告以己之罪者。乃自白非自首。又若因自己被害而訴諸官。則爲告訴。

因他人有罪。我發其覆。則爲告發。亦非自首。所謂自首者。或以口頭。或以書面。無論其爲自身。告知與使他人告知。均是自首。並無區別。

第二以告知未發覺之罪於相當之官署。或官吏。或被害者爲必要。相當之官署。即檢事局。警視廳。警察署。官吏。即檢事。司法警察等。要皆有搜查犯罪之職權之官署。官吏也。但本間專對於財產犯罪而言。凡犯此罪而首服於被害者。與自首於官署。同一處分。刑法八十七條已規定之。至未發覺之犯罪者。謂有搜查之官署。及官吏。未知其犯罪事實。及犯人爲誰者也。即或知有被害事實。而犯人爲誰。尙未及知。又或僅被害者。與無搜查權者。知犯人爲誰。亦均謂之未發覺。

自首之効力。有因此可減輕其罪。或免除其罪。減輕其罪者。如八十五條。八十六條。八十七條。八十八條。所載是。免除其罪者。如一百二十六條。一百九十二條。二百二十六條。所載是。至若効力之範圍。僅限自首者受減免之利益。不能及於他之不自首者之共犯也。

自首減輕之律。清日刑法。皆載於總則。極爲妥善。各國雖亦有之。然皆散見於各本條

中。不如清日法之善也。

未遂犯與從犯之減輕。俟第三編詳之。

第四節 加減例及加減順序

以法律之規定。或裁判官之宣告。爲一等。或一等以上之加重減輕時。以若干之刑期。金額爲一等。耶。加減之原因。甚多。時其間不立先後之次序。耶。有此二間。故現行刑法。以加減例及加減順序規定之。

第一款 加減例

加減例所定刑之標準。祇有一等。其重罪之刑與輕罪違警罪之刑之標準。各不同。詳刑法六十六條至七十四條。茲遞明之如下。

第一項 重罪之加減例

非國事犯之刑。(一)死刑。(二)無期徒刑。(三)有期徒刑。(四)重懲役。(五)輕懲役。(刑法六十七條)

國事犯之刑。(一)死刑。(二)無期徒刑。(三)有期徒刑。(四)重禁獄。(五)

輕禁獄。(刑法六十八條)

上所列者各照其等級刑名之一加減之爲一等。加則推上。減則推下。如無期徒刑減一等則爲有期徒刑。有期徒刑加一等則爲無期徒刑。是餘可類推。但不得加入死刑。自重罪最下級之刑輕懲役減一等時。處以二年以上五年以下之重禁錮。自輕禁獄減二等時。處以二年以上五年以下之輕禁錮。見刑法六十九條。

案重禁錮輕禁錮。本係十一日以上。茲改爲二年以上。因十一日失於太輕故也。本刑法講議錄說。

第二項 輕罪違警罪之加減例

輕罪之禁錮、罰金、違警罪之拘留、科料。各照其本條所載之刑期、金額、四分之一加減爲二等。以刑期言。例如三月以上四年以下之禁錮。加二等。則爲二月十五日以上。五年以下。減一等。則爲一月十五日以上。三年以下。其範圍內之年限。裁判官得自由伸縮。惟輕罪之刑。不得加入重罪。但禁錮可加至七年。違警罪之刑。不得加入輕罪。但拘留可加至三十日。減不得降至一日以下。科料可加至二圓四十錢。減不得降至五錢。

以下。至禁錮減盡。處拘留。罰金減盡時。處科料。減禁錮罰金。而其短期十日以下。算數一圓九十五錢以下時。亦復處以拘留科料。如因加減禁錮拘留而生不滿一日之零數期限。則除棄之。此第七十條第七十一條七十二條七十三條所規定者也。又附加刑之罰金。從主刑而加減。其金額以四分之一為加減一等。若減盡時。止科本刑。見七十四條。

輕罪違警罪之刑。如施二等以上之加減時。出於同一之原因。則用通加減。出於別種之原因。則據加減順序之規定而用遞加減。通加減者。於四分中應減二等。則直減其四分之一。遞加減者。於其罪應減二等時。先減其四分之一。後又減其四分之三之四分之一。是也。試列算式於下。

$$\begin{array}{l}
 \text{甲} \times \frac{2}{4} \\
 \text{甲} \times \frac{3}{4} \\
 \text{甲} \times \frac{1}{4} \\
 \text{甲} \times \frac{3}{4} \\
 \text{甲} \times \frac{1}{4}
 \end{array}$$

通加減法。以甲代原罪。設一應減二等式。為 $\frac{四}{二}$ 。以實數代入。命甲為四年（四十八

$$\frac{\text{年} \times \text{月}}{\text{年} \times \text{月}} = \frac{\text{年} \times \text{月}}{\text{年} \times \text{月}} = \frac{\text{年} \times \text{月}}{\text{年} \times \text{月}} = \frac{\text{年} \times \text{月}}{\text{年} \times \text{月}}$$

月）之禁錮。則得此二年。即減餘所應處之刑期。

$$\frac{\text{甲} \times \text{二}}{\text{甲} \times \text{二}} = \frac{\text{甲} \times \text{二}}{\text{甲} \times \text{二}} = \frac{\text{甲} \times \text{二}}{\text{甲} \times \text{二}} = \frac{\text{甲} \times \text{二}}{\text{甲} \times \text{二}}$$

遞加減法。亦設一減二等式。先減其四分之一。為 $\frac{四}{四}$ 。餘數得原罪四分之一。又於其

$$\frac{\text{甲} \times \text{四}}{\text{甲} \times \text{四}} = \frac{\text{甲} \times \text{四}}{\text{甲} \times \text{四}} = \frac{\text{甲} \times \text{四}}{\text{甲} \times \text{四}} = \frac{\text{甲} \times \text{四}}{\text{甲} \times \text{四}}$$

中減去四分之三之四分之一。爲 $\frac{4}{3}$ 以實數代入。則得 $\frac{1}{9} = (4/8) \frac{1}{9} = \frac{1}{48 \times 9} = \frac{1}{72}$ 此二十七月。約之爲二

年三月。即減除所應處之刑期。餘可類推。

刑罰 第三章刑適用 第四節加減例及加減順序

$$\frac{4}{3} \text{甲} \left(\frac{4}{3}\right) \times \frac{4}{3} = \frac{4}{3} \text{甲} \frac{16}{9} = \frac{16}{9} \text{甲} \frac{16}{9} = \frac{256}{81} \text{甲} \frac{16}{9} = \frac{4096}{729} \text{甲} \frac{16}{9}$$

$$\frac{16}{9} \text{甲} = (4/8) \frac{16}{9} = \frac{1}{48 \times 9} = \frac{1}{72} \text{月七}$$

第二款 加減順序

載刑法九十九條。此條太複雜。於刑法無甚關係。欲改定刑法。不必拘泥。因順序無一定之例。法律所言。刑期與金額。皆有一最高最低之度。如禁錮十一日以上。五年以下。罰金二十圓以上。二百圓以下等類。裁判官案犯罪之輕重。照加減例。長短其刑期。伸縮其金額可也。

第四章 刑之執行

第一節 通則

凡刑經裁判確定後。即應執行。中國施行刑法在秋期。且名爲秋審。其刑官曰秋官。此出於迷信神教之誤。蓋犯人定須經秋審。始得釋放。則獄期本短者。不反爲之伸長乎。又犯殺罪者。多在秋審後始行刑。取秋天肅殺之義。若然。則秋天獨不能生物。長物乎。其與斷屠月。禁宰日之無理由一也。

日本法於刑之執行。非裁判確定不可。見刑法五十條及刑事訴訟法三百十七條。一條文云。刑之執行。非判決確定後不得爲之。確定裁判有二種。

(一) 判決後已服其罰

(二) 判決後不服其罰經過上訴期間或用盡上訴方法而仍照前斷不能變更裁
判言濟也

此確定後除死刑外皆得即日執行其執行之機關有指揮執行者爲檢事正當執行者於死刑自由刑則歸司獄官拘留監視則歸警察官科料罰金沒收則歸執達吏(沒收亦有由判事直接者)

第二節 死刑之執行

執行死刑有方法場所(即地方)時期三種。

(一) 方法。分古時及現今言之。但舉其最著者。

以古時而言歐洲多用磔刑。十字架即其一種。以外如Y字十字I爪皆是。特十字架以耶蘇(岡田博士論耶蘇及十字架爲虛無甚詳因與刑法無甚關係故不錄)之死著耳。至若水溺火焚之刑亦極多。馬裂刑。是以人之手足繫於各馬上鞭之使走。以分裂人身者。車裂刑。即以車碾裂人身者。此皆歐洲古時之方法也。日本古時傳聞亦

有水火刑。其後又有自中國輸入之絞斬刑。至封建時代。德川氏所用方法。尤爲增多。不僅鋸刑（其刑以木架加於犯人之頸。並置木鋸金鋸。表其罪狀。示衆通衢。令觀者引鋸々之。若過三日無人執行。則處以他刑）也。如車（男刑）マ（女刑）メ二磔刑。及火刑（架柴爲臺。坐犯人於其上以焚之。但犯此刑者多早以自盡。僅燒其屍。均是。外又有斬刑。分死罪（僅斬首）下手人（斬後分裂其屍）獄門（斬後示衆）三種。惟待武士甚厚。非極重罪不加斬。且多令其自殺。德川氏時。其刑之種類多而且重者。因大亂初平。欲藉此以示威故也。以上皆日本昔時之方法也。

以現今而言。各文明國之刑法。於死刑皆不分階級。祇取一確實迅速之方法。不令犯罪者徒受多痛苦。如美國用電氣。德國用斧（カマ）法國用鵝欺魯（ギョチイヌ）（圖）西班牙葡萄牙用劍。日本自維新以來。各種死刑遞減。明治初年廢火鋸二刑。明治六年磔刑雖尙存。至十五年頒行憲法。並斬行而亦廢。現所存者。常人惟用絞刑。軍人惟用統刑而已。但絞刑方法。與昔時不同。改用機械。較少受痛苦而又確實迅速。至中國現用絞。又用斬。而斬之中復有凌遲。臬示數種。以及死後戮屍。均甚殘酷。岡田

博士願中國亟須改正之。斬絞或用其一即可。若朝鮮有曬屍之法。尤爲無謂。

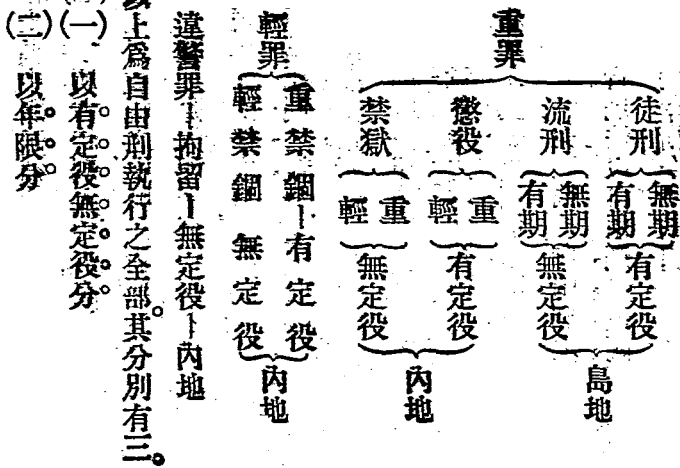
(二) 場所。古時刑人於市。使人知所警懼。現以不使人見爲要。日本多行之於獄內。惟監獄官監視之。中國今尙與古時同。亦宜改革。

(三) 時期。除大祀令節國祭之日以及妊婦外。奉司法大臣之命令。定三日內施行。蓋大祀令節國祭之日。全國民舉歡樂之日也。獨使犯人之遺族悲歎似覺太忍。故於此日不爲死刑之執行。至妊婦必俟分娩後。經過一百日始執行。蓋憐其大受痛苦之後。故特與以猶豫期間。早產流產亦同。此中國與歐美各國所通行之法也。

執行死刑。有一問題。謂已執行之後而復生者。應再執行否。日本從前有絞後復生者。司法官竟放免之。然照現時之理論則大不然。蓋死刑者。剝奪其生命也。絞刑不過一方法。其人既復生。則仍當置之於死。以奪其生命爲度。

第三節 自由刑之執行

日本現行刑法。以自由刑爲最關緊要。其執行方法場所及其餘問題。則合成爲監獄學之專門學術。今特論自由刑執行之方法。



(三) 以地方分

日本立法之初。原以北海道爲放流地。男子犯徒流罪者往焉。(第十七條第二十條) 女子祇在內地。(第十八條) 既而覺其不便。男子亦暫置諸內地。使各府縣均設假留監。俟北海道監獄設備完善。再移往該所。但北海道現已成殖民地。將來此舉。恐作罷論。

服定役之囚人之工錢。從監獄之規則。給與其幾分於囚人。此第二十五條所規定。監獄本玉成犯人之具。至歐洲二千年前之監獄。今尙有存者。往々掘地爲之。其意在專使犯人不能逃走。厥後改良。乃升之於地板下。今則與人之家屋無異。又往時設監獄之原則。並非以爲刑罰執行之地。不過以爲拘束犯人之地。既而一變原則。以此爲執行刑罰之地。並以此爲拘束犯人之地。然皆不免使犯人有受善之見存。今則全以此爲教化犯人之地。並善之。意而悉無之。其主義。在使爲惡者不得再爲惡。不善者得從此而遷善。若是則成全犯人之意。多苛刻之意。少監獄。有今日之進步。其得力在百餘年前之英人酒火五姿安(ジュンホラット)氏。富於博愛。見犯人甚苦。

漫遊各國。以考求監獄改良之制。著爲成書。其影響遂由英而及於法意諸國。故使今地球之文明程度。得半於監獄之良否。觀之。茲將日本監獄。約分六項言之於下。

第一款 配流制度

配流制度者。非移囚人於邊地。即移於島地。如中國之發口。俄國之充西伯利亞及樺太島。法國之遣烏斯尼挨。(ウギニヤ)英國之遣澳洲是。但其制度之良否。各國學者研究已久。議論甚多。欲辨別之。非察各國人情風俗。及有無刑事移民地不可。在今時交通機關。日益發達。邊地島地。人足叢至。配流制度。終必廢棄。日本現行刑法。雖存此空文。改正草案則已去之。

日本監獄學家小河滋次郎曰。流刑可廢。各國執行者均有名無實。歐洲人謂有一相宜之地者。即可適用此刑。予甚不以爲然。蓋於相宜地而實行配流制度。不獨無益。且有二害。一。路遠遷徙犯人。費太重。二。犯人多有害於其地之社會。而使其不能發達。如英國昔以澳洲爲放流地。凡犯罪者皆遷於此。至今澳洲之人情風俗。猶不能進於善良。即其明證。遂於三十年前停止之。現各國實行此刑者。惟法國。近亦知其有弊。擬改

革。故吾所以謂其可廢也。

第二款 拘禁方法

拘禁囚徒之方法。其種類有三。

(一) 雜居式。

(二) 獨居式。

(三) 折衷式。

雜居式者。無論晝夜。聚多數犯人於一處以拘禁之也。古時老幼男女不分。近則男女有別。老幼有別。其長處在能省經費。兼省事。其短處在聚若干犯人。以研究爲惡之方法。欲望其改過。自新。此萬難也。刺者每名之曰犯。罪學校。謂非戒人。不犯罪。實愈教人以犯罪也。其法不足取。

獨居式者。無晝夜皆各居一室。溯此法者爲百年前之美國人。扁洗魯把義挨（ベンシルバニア）氏。犯人入室後。無論何人。不許與通音問。故犯人多因此自殺。或致病者。其結果甚不良。後各國做行者。改許三種人可會面。如犯人監督者及其非爲惡之

親族與朋友是。其監督並與以勸其悔過之權。但相見時間有限制。且獄官在旁監臨之。此法之長處在離居可以杜弊於改過上。甚有効力。其短處在經費大而事繁亦不足取。

折衷式者折衷雜居制與獨居制而立一方。法分爲三種。

(甲) 晝間雜居。督令工作。夜間獨居就寢。此法於十年前創自美洲。名曰阿烏婆魯。(オウボルン)立此法者以爲取上二法之長。不知適取其短。日中雜居仍是犯罪。學校夜間獨居其經費仍不賞。此制甚不安。

(乙) 階級制度。發明於英國。如犯十年自由刑者。使之獨居二年。餘七年察其能改過者。晝間即令雜居。再驗其確有善行。則晝夜皆雜居。若毫無惡念。即假出獄。否則仍令獨居。蓋獨居者約束必嚴。凡初入獄時必用此制。後視其能漸次遷善。即漸次給以寬舒。其法甚好。但此非處短期刑之法。仍不完全。於是則增有丙法。

(丙) 混合式。凡短期刑者。令全部獨居。一可免染各犯之惡習。二使之稍受困苦。其改悔必速。長期刑者。則用階級制度。此法甚妥。

雜居分房。以三、四人一房爲最善。其分房之標準。或以年齡。或以期限。或以犯罪之性質。或以改過之能否。監獄學家皆宜採取之。日本現無獨居獄。日中用雜居。晚或三、四人或五、六人同宿。總之。文明之國。無不注重監獄。惟法國監獄。仍暗無天日。備極污穢。非大加改良不可。

第三款 定役及工錢

定役者。謂自由刑執行之方法。爲法令所強制之勞動也。若可以勞動可以不勞動。不得謂之定役。日本自由刑有定役者。惟徒刑、懲役、重禁錮三種。大率皆非國事犯。至關於作業之施行。宜用何種法。方爲適當。下則分三種論之。

(一) 受負業。如工商業家面定四人在獄作工。而送給其工資於監獄。或監督率領囚人至雇主之所。修造房屋。而夜納工資於監獄。二者皆有弊。監督率領之法。雇主欲犯人勤作。遂優給以烟酒並他物食之。監督不能禁止。此爲犯人所不當得者。故不能達刑之目的。今採用此法者甚少。至若雇主人獄面定。其中必生他故。或別許囚人之利益。此亦不能達刑之目的。

(二) 官司業。由官司令囚人作工之謂。但官於工業情形不甚熟悉。指揮囚人操作多不得法。其缺點在多虧折之事。

(三) 混同業。或官司令其工作。或工商業家令其工作之謂。

日本所行之混同業。往往官所使作之物。不及工商業家所使作者較善。今尙採用官司業者。因其不戾於經濟之本旨。不妨民業。而又能達刑之目的也。故採用之。此外對於定役之宜注意處。又有三。

(一) 非使囚人徒受苦楚。實欲養成勞動之習慣。一可以保其健康。一可以勇於爲善。

(二) 支配工事之輕重。宜視年齡之大小。身體之強弱。定之。不可強以萬難勝任之事。

(三) 所作之業。必使可得利益。但不可奪商人之利益也。

囚人所獲之資。有謂不可分給於囚人者。有謂宜分給者。但主張分給者多。岡田博士亦同此意。不過較尋常作工者宜少給幾分耳。試再言分給之善。

- (一) 可勸囚人各勤其事。
(二) 可動其不犯罪獲利多之念。
(三) 可爲長期犯出獄之旅費及資本。

給工錢之法。各國不同。英國無定額。如賞耗然。美國則有定額。日本亦同。無定役者。因其罪輕。而刑亦從輕比之意。如流刑禁獄。輕禁錮拘留是也。然除拘留及短期禁獄與輕禁錮外。其爲流刑及長期禁獄長期禁錮者。終日幽閉無所事事。適以增其苦況。雖曰減輕而實則加重。故囚人多有請求作工者。以後刑法改良。自由刑之全部。宜皆有定役。

第四款 衣食住

與囚徒衣食住之品質及數量。以達規律及衛生之要求爲度。不可不採用節經費之方。針如其國其時代之最下級人民之衣食住爲標準。則立論之最謬者也。自古與犯人之衣食住。皆極天下之惡劣品。固不善。近今歐美各國。有以極精美者與之。則又矯枉過正。流弊必多。日本監獄。美惡不齊。以美者言之。如巢鴨監獄。犯人之生活程度。

較外間貧民尙優。論者謂如此優待。何以示懲戒。宜以獄外貧民爲標準。其說甚誤。蓋貧民之中。其衣與食常數日缺乏。然國家只拘束囚人。豈能如此待遇乎。又貧民之住所。常不能蔽風雨。然風雨且不能蔽。何能作監獄。若遽仿此而爲之。則囚人未有不踰垣而遁者。觀此以貧民生活爲標準。作囚人之待遇者。其誤自瞭然也。然則監獄方針。以若何而後可乎。國家設監獄之旨。原欲保全衛生。維持秩序。夫既如此。則衣食不能太薄。屋宇不能不堅。牢但其原則。不過仍當於經濟上注意。如衣布與衣綢。皆可御寒。監獄宜採用衣布。味噲與牛乳。皆能保體。監獄宜採用味噲。此則可兼顧經濟者。總之獄中規律。不能以下級人民之衣食。住待囚人。而又不碍國家之財政。斯亦已足矣。又囚人有曾嗜鴉片及濃酒者。一旦斷絕。有害於其身體與否。監獄學家宜研究之。但嗜好太深者。猝然斷絕。勢必成病。若任其常食。仍必或病。故入獄時仍禁止之。初吸者雖禁止亦不甚苦。經數日後必如常。至中國鴉片。其性最毒。吸者好睡。因腦筋已受害故也。今臺灣禁烟。用遞次減少法。將癮者彙注一冊。每日按其癮之大小。以給烟膏之多寡。其所給數量。祇許減少。不許增加。無癮者則不給。若癮者私給烟膏於無癮者。則

重罰。此法甚善。宜仿行之。

第五款 監獄內之賞罰

日本獄中規則。視犯人之品行而施以賞罰。品行優者。給以賞標。(衣上記號)賞標多者。每禮拜畧給以所得之工資。準其買食佳品。至獄官之給與品。亦擇佳者與之。其親友會話與通信。可逾常額。沐浴等事亦在先。賞標得至七八箇者。作爲假出獄之資格。若因此而失罪者。奪其賞標。品行不修者。則有罰。十六歲以上者。處以屏禁。減食。或閤室。屏禁者。應雜居時。仍使之獨居。不令與他人交通。減食。或少給以飯。或不與以菜。至最重之罰。則惟閤室。此室僅有空氣。全無光綿。且不能運動。而又必減食。犯人入此。不得過一週。因每住一週。其人之身體必減輕五百目。(按即四斤)對於十六歲未滿者。祇處以慎獨及減食。慎獨者。即令其獨居自省之意。總之。獄內之賞罰。其目的在使人漸次改過焉。已耳。

第六款 假出獄免幽閉

假出獄者。謂於執行刑期之間。認定犯人有悔改之事。得以行政處分。(此非司法裁

判官之事。乃典獄官請求於司法大臣者。姑許其住居於獄外也。此制發源於英。近今文明各國皆採用之。附有條件於下。

- (一) 處無期徒刑者。須經過十五年。處其他之刑者。須經過刑期四分之一。
- (二) 須刑期限內。不再犯重罪輕罪者。如有再犯。即爲不改悔之證據。不許假出獄。但所犯者係輕罪中過失犯。當認爲例外。如不以爲例外。不可不謂之缺點。數年品行方正之囚人。因偶然過失傷人而不與以假出獄。其爲殘酷。夫何待言。
- (三) 須謹守獄則。有悛改之狀者。但認定果有無悛改之狀。以決假出獄之可否。當屬於典獄官之職權。囚人不得有請求之權利。(上三條件見第五十三條五十七條)

得假出獄者。徒刑之囚人。則仍居島地。其他之囚人。則居豫定地方。凡在本刑期限內。必受特別之監視。出獄後。如再犯重罪輕罪時。直停止其出獄。且出獄外之日數亦不得算入刑期內。反此無再有犯罪等情。則出獄日數。均算入刑期內。刑期若滿。本刑亦消滅。詳刑法五十三條以下。其中岡田博士亦有不贊成者。但因其能獎勵犯人悔過。

爲行政上最善之一手段。亦望中國做行之。
被處無期流刑者。經過五年。得以行政處分而免幽閉。但仍限於島地。被處有期流刑者。經過三年亦同。（刑法二十一條）

第四節 財產刑之執行

日本財產刑。惟罰金、科料、沒收三種。由檢事之指揮執行之。與他刑同。見刑事訴訟法三百二十條。『條文云。刑之執行。由言渡（判定）其刑之裁判所之檢事指揮。或從上告裁判所受命之裁判所之檢事指揮爲之。二項云。罰金、科料、訴訟費用。及沒收物品。追徵金。可依檢事之命令徵收之。三項云。可破壞及可廢棄之沒收物品。檢事可處分之。』但徵收金圓或物品之任務。在執達吏。見執達吏規則第三條。『條文二項云。徵收罰金科料過料。及取上沒收物品與賣却之事。執達吏有取扱（承辦）之義務。』罰金從裁判確定之日始。限一月內完納。科料限十日內完納。沒收無猶豫期間。見二十七條三十條。

設限內不完納罰金科料者。無論貧富。皆換處輕禁錮拘留之刑。一圓禁一日。十圓

則禁十日。此法岡田博士不以爲然。謂富者可強令其完納。不必禁錮拘留也。但換刑處分。無論金額如何鉅大。而處輕禁錮之期間。不得過二年。最宜注意者。名爲換以禁錮拘留。其實仍爲罰金科料之性質。何也。自由刑之禁錮。必有附加刑。如剝奪公權。停止公權之類。而換刑處分之禁錮。則無之。此即其區別之點。

換刑處分之期限內。中途納罰金科料時。控除其經過之日數。以免禁錮拘留。他人代納亦同。例如被處二百圓之罰金者。不能完納。換處以二百日之輕禁錮。設經過百日後。又納金額一百圓。則所餘一百日之輕禁錮。可直被免除也。設係二年以上之日數。而相當之罰金額。本爲二千元。今改爲二年之輕禁錮。其人於刑法執行之期內方滿一年。即欲免除輕禁錮。此應上納若干金額乎。試論之如下。

- (甲) 謂除禁錮日數相當之金額三百六十五元外。所餘者皆須上納。
(乙) 謂以將來禁錮日數相當之金額三百六十五元上納之。

二說皆不得中。岡田博士則主張於二年以上。被處罰以相當之金額者。不可不以正比例計算。但照法文一元換一日之規定。僅爲七百三十元以內之罰金。如本問

情形以正比例計算。尙應上納殘額一千元。方爲罰與罪適當。觀此則博士所主張者較妥善也。試將以上所述概列式如左。

甲 說

$$\frac{\text{額上納}}{\text{經過日數}} = \frac{\text{相當日數}}{\text{之額金}} \Rightarrow \frac{1635 \text{ 圓}}{1635} = \frac{365}{2000 \text{ 圓}}$$

乙 說

$$\frac{\text{額上納}}{\text{將受日數}} = \frac{\text{執行日數}}{\text{全日數}} \Rightarrow \frac{365 \text{ 圓}}{365} = \frac{21365}{365 \times 21365}$$

岡田博士之意見

$$\left(\frac{\text{罰金}}{\text{日數}} \div \left(\frac{\text{二年}}{\text{日數}} \times 2 \right) \right) \times \left(\frac{\text{日數}}{\text{日數}} \times \frac{\text{過之}}{\text{日數}} \times \frac{\text{未經}}{\text{日數}} \right) = 1000 \text{ 圓}$$

令變爲比例式

$$365 \times 2 \div 2000 \div 365 \times (21365) = 1000$$

第五節 身體刑之執行

中國現尙用笞刑杖刑及刺字枷號。各國皆未有。故不列入法內。日本今於臺灣。特別而用笞刑。但不使其受大害。如有疾病者。則不用此刑。

第五章 刑之消滅

第一節 通則

刑之消滅。謂刑之執行權消滅也。國家執行權消滅。即對於犯人消滅其執行權。但其原因有六。

(一) 執行了結。(二) 犯人死亡。(三) 餘罪之刑確定。(四) 非常上訴之成立。(五) 恩典。(六) 得期滿免除(時效)

執行了結。謂刑因執行了結而消滅。恰如債務因辦濟而消滅。此最適宜之消滅也。已於第四章言之。茲不贅及。

第二節 犯人死亡

現行進步之刑法。犯人死亡。即刑之物體消滅。一切裁判權與刑法執行權皆同時消滅。

滅。但日本古時曾有戮尸刑。歐洲曾有焚尸刑。無異中國現今之戮尸示衆也。凡刑之原則。爲人而設。人既死亡。則不可以人論矣。無舉動之力。無辯護之能。即無施刑之理。且在使犯人身受之。而自知之。死則無知刑之亦屬。無謂現文明各國。於死後加刑。已斷其跡。最可駭者。中國法律。不獨加刑於死者。施裁判於死者。並波及無辜之後人。與其親族。此種法律。宜急刪除。各國昔亦有之。近則無一國有此矣。

法國刑法與日本刑法草案。於罰金科料。已判決確定者。即變爲普通債權。可向相續人索取。未確定者。則無執行力。日本現行刑法。明言罰金科料。亦因犯人之死亡而消滅。見刑法附則二十條。『條文云。受罰金科料之宣告。於未完納前。而犯人身死者。不徵收。附加之罰金同』是草案與現行刑法。其處分死亡者之財產刑。似異而實同。蓋一已變爲債權。一已明言其消滅。畢竟皆歸於無刑罰之結果矣。沒收雖無明文。亦與罰金科料同。

第三節 餘罪之刑之確定

第三編數罪俱發條詳之。如一人犯數罪。一罪前發。既經宣告確定後。餘罪後發。其輕

者及等者不論其重者宣告確定時。則前罪之刑消滅。蓋以後發之罪與已定之前罪合併判之。而不別言前罪。是使前罪如已消滅也。見刑法一百二條。

第四節 非常上訴之成立

通常上訴。謂不服其判決之罪。而再訴於上級裁判所。是其訴法有三種。

(一) 控訴

(二) 上告

(三) 抗告

此均在判決未宣告確定以前。而非非常上訴。則又不同。下分二種。

(一) 非常上告

(二) 再審

此在判決已宣告確定之後。但非常上告。(見刑事訴訟法第二百九十二條)可據法律上之理由。謂適用法律有錯誤之處也。例如未成年者禁喫烟酒。法律上究未定刑。而裁判官施之。又如賊盜罪。法律上祇定二年以上四年以下之重禁錮。而裁判官

加重之是也。再審。（見刑事訴訟法三百一條及三百二條）可據事實之理由。例如已判決爲殺人罪。而適有被殺者犯罪後尙生存。或犯罪前已死去之證據是也。有此手續必生破壞原判決之効力。爲非常上告及再審成立。而前刑遂消滅矣。

第五節 恩典

恩典者。即憲法第十六條所載大赦、特赦、減刑、及復權四種是也。此皆基於公益之。大權命令。一私人不得拒絕之。

第一款 大赦

大赦者。謂同時對於多數人將全部或一部之罪免除之也。日本往時與中國今日。並不分罪之種類。而一律赦之。今日本法必須指定關於國事之罪。或刑法第何條之罪。苟足以當此者。無論何人皆可浴此恩典。既大赦後。對於某種類犯罪之訴追與裁判。概行廢滅。如未提起之公訴。不得再提起。既提起者。不得續行裁判。既裁判確定者。不獨裁判之全部消滅。即其宣告之刑亦純然消滅。由是觀之。大赦與一時中止法之一部同。應歸立法機關提議。日本現依憲法規。則屬諸天皇之大權。但經大赦後。於消滅

其罪時。犯人又有應受之恩典。二。

(一) 當時即得復權。

(二) 大赦後再犯罪者不得以再犯論。因先犯之罪已赦去之也。

對於遇大赦之行爲。民事上仍有訴權（私訴權）。否此一問題也。如放火燒燬人之家屋。刑事上之放火罪。既因大赦而消滅。民事上燒人之家屋。應否損害賠償。此等事議論甚多。有謂隨刑事消滅者。有謂可以再訴者。岡田博士之意。以許人再訴爲當。就刑事解釋上言之。私訴權非以犯罪爲其理由。謂以囚犯罪行爲所生損害之事實爲理由者。雖如何大權不得使事實消失而剝奪被害者之私權利也。

第二款 特赦及減刑

特赦者。謂一時對於一定之少數犯人。取消其全部之刑罰。減刑者。謂取消其一部也。憲法第十六條。有大赦。特赦。減刑。復權。而刑法無減刑。以特赦包之。至特赦減刑與大赦不同處有三。

(一) 手續上之不同。特設減刑者。由官吏奏請施行。大赦則直接以天皇大權命令。

之。

(二) 適用上之不同。特赦減刑專對於裁判確定後刑之消滅前之某某犯。取消其刑之全部或一部。大赦則將裁判所之所確定者概行廢滅。

(三) 効力上之不同。特赦減刑非赦狀中特有記載者不得復權。且將來可作再犯之事由。大赦恰反對。

特赦減刑能運用得宜。其利益有三。

(一) 可以獎勵犯人悔改。前以假出獄免幽閉獎勵。必須經過一定刑期。此則於刑期制限以前有確實改悔之狀者。即可奏請特減。

(二) 可以補法之不備。如謀殺處以死刑。裁判官察其情有可原。減二等。處以十二年之徒刑。若猶太重。爲法文所限。不能再爲之改輕。則用特減法以彌其缺。

(三) 可以正裁判之誤。前言判決有誤。即用非常上訴。有時仍不能更正者。則以特減法正之。

第三款 復權

復權者對於一定之少數人將附加刑所剝奪之公權復還之也。但此不過將來享有公權之能力自此發生。非回復宣告時所享有之公權（例年金權）也。

第六節 期滿免除（時效）

期滿免除。乃從歐文補勤斯吉利補削（プレスクリブシヨ）所譯者。今惟刑法五十八條以下數條存之。他法均改爲時効。其意義相同。

時効者。謂經過若干時後。即認有權利義務不至釀成不便利之事也。此節爲中國法律所無。其源發於羅馬法系。無論民法刑法皆定有時効。分爲二種。

（一）取得時効。謂經過長時間而取得其權利也。日本惟民法商法有之。刑法無此。

（二）消滅時効。謂經過長時間而消滅其權利義務也。日本於刑事法上有之。又分爲二。

（一）公訴上之消滅。詳刑事訴訟法第八條。『條文云。公訴之時効。因經過下

之期間而成就。第一違警罪六月。第二輕罪三年。第三重罪十年。』及第十條。『條文云。公訴私訴之時効。自犯罪之日起算其期間。但繼續犯罪者。自其最終之日

起算。

(二) 刑罰上之消滅。詳刑法五十八條至六十三條。

公訴上之消滅。檢事不能至裁判所再起公訴。刑罰上之消滅。因所定之罪已得期滿。免除也。但公訴在未定罪以前。刑罰在既定罪之後。

各國於刑事法上之時效。有規定全部於刑法者。如德國刑法六十七條以下是也。有規定於刑事訴訟法者。如法國刑事訴訟法六百三十五條以下是也。與日本分詳於刑法刑事訴訟法者不同。

第一款 適用之範圍及其期間

剝奪公權。停止公權。及監視。不適用期滿。免期。(刑法六十條三十二條三十九條四十條) 禁制物之沒收亦同。此何以故。凡公權本犯人所不應享。有故剝奪與停止之。二附加刑。不適用時效。監視者。犯人於刑期內雖已出獄。仍受特別之拘束。此亦可達刑之目的。故監視不適用時效。禁制物者。有害於社會之公益。隨時當沒收。欲保全公益。故禁制物不適用時效。所適用時效者。惟其餘各刑。試並將其期間列舉於下。

- (一) 死刑三十年。
 - (二) 無期徒刑二十五年。
 - (三) 有期徒刑二十年。
 - (四) 重懲役重禁獄十五年。
 - (五) 輕懲役輕禁獄十年。
 - (六) 禁錮罰金七年。
 - (七) 拘留科料一年。
 - (八) 禁制物以外之沒收五年。
 - (九) 附加之罰金與主刑同期間。
- 以上見刑法五十九條六十條。

第二款 期間起算點

前所揭之期間。關於對席判決（有被告人到審）之刑者。自免其執行之日（即逃走日）起算。關於缺席判決（無被告人到審）之刑者。自其宣告之日起算。例如已

宣告死刑。忽然逃出。即以此逃出之日起算。經過三十年後。則死刑消滅。以上就期間之繼續者而言之也。至期間之中斷。則又有二起算點。

(一) 逃犯已就縛而又逃走時。則以新逃走之日起算。

(二) 對於已逃走之要犯。命逮捕時。自出最終之令狀日起算。若每年發令狀一次。則終身不得時效。見刑法六十二條。至德刑七十二條。意刑九十六條。均與此主義同。比利時刑法九十六條則反對。

第三編 罪 狀

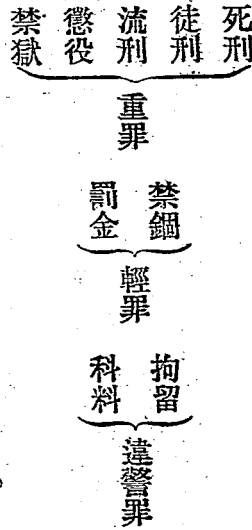
罪狀者。言其犯罪之狀態也。其狀態各有不同。有完全犯罪者。有不完全犯罪者。如一人犯數罪。或數人合犯一罪之類是。

第一章 犯罪之類別

第一節 重罪輕罪違警罪

以犯罪之輕重而定刑罰。各國通例。中國亦然。由唐至清。又設有八議之法。此特別法

也。日本多採自法蘭西。分重罪、輕罪、違警罪三種。刑法第一條列之。而詳於第七、第八、第九各條中。列表於下。



岡田朝博士曰。現今採犯罪三分主義之刑法。尙占立法例之多數。然其當否。議論極多。惟反對說有漸次制勝之勢。予亦欲主張廢止三分說者。自來三分說之區別。本從歷史上特別之理由。及裁判所之構成。與訴訟手續等之目的。而生。然自理論上。言設犯罪階級。畢竟不免牽強。若我國者。與外國之歷史上。毫無關係。如使裁判所之構成。並訴訟手續。能較犯罪三分主義。更有簡便方法。則亦不必保守此主義。現改正案已將此主義廢棄之。

違警罪即決例。(明治十八年九月三十一日布告)

即決者。即時可決之謂也。凡拘留科料。即在警察署行之。若犯者以警察署非正當裁判機關。亦可再訴諸區裁判所。蓋即決不過爲便利起見。中國若改良法律。而分行政司法。於小有違犯之事。亦可變通處置。屬之於行政。警察部不必因其非司法機關而不假此權也。

第二節 普通犯特別犯

違犯普通刑法(狹義之刑法)上所規定之法。則爲普通犯。違犯普通刑法以外之刑罰法。令爲特別犯。如海陸軍犯及各省租稅犯。此特別犯也。皆各有其法處分之。不從普通法之規則。其所以分而爲二者。因犯罪者之地位不同。多使雙方之規定相衝突。如租稅然。照普通刑法。則在七十五條至八十四條。不論罪之列。而在租稅法。則有罰。是其例也。刑法第五條可參觀。

第三節 即成犯繼續犯

即成犯者。謂於僅少之時間內。完結其所爲之罪也。繼續犯者。謂費多時間。完結其所

爲之罪也。即成犯。不過有因便利上之故。其實無即刻成立者。繼續犯。亦何嘗有一定時間。二者究無甚區別。

繼續犯。刑法上無此名。惟刑事訴訟法第十條有之。可分二種。有性質上者。有事實上者。

性質上之繼續犯。謂數次反覆爲同一之行為（慣行犯）與謂行爲之結果非繼續不成立（永續犯）之犯罪也。例如四百二十五條不遵守規則搬運火藥其他破裂物品於市街者及未得官許而製造烟火又販賣者爲處違警罪「三日以上十日以下之拘留附加一元以上九十五錢以下之科料」之繼續犯。又如二百七十八條二百七十九條三百二十二條所載官吏與私人擅逮捕人及監禁人者爲處重禁錮「官吏處十五日以上三月以下之重禁錮附加二元以上二十元以下之罰金私人處十一日以上二月以下之重禁錮附加二元以上二十元以下之罰金但監禁人過十日者罰加一等」之繼續犯若拘禁人僅一時者不得爲繼續犯。

實上之繼續犯。又分爲二。

(一) 謂對於即時得完全之性質之所爲而犯人事實上竟費多時間者例如僞造貨幣文書以其性質言本即刻可成者但其事實上必多經時日與方法遂成繼續犯。

(二) 謂一次亦可以致罪之行爲數次反覆爲之而祇成一罪。例如竊米者竊一次米甚少固成罪。竊數次米甚多亦祇成一罪是也。

一罪與數罪之區別。一目的。一行爲。雖繼續爲之仍爲一罪。若變其目的變其行爲則爲數罪。

繼續犯之公訴時効。以最後一次之期間爲起算點。見刑事訴訟法第十條。

第四節 現行犯非現行犯

現行犯者。謂現行或現行已終之際而始發覺之也。非現行犯者。謂已經過之罪而復發覺之也。二者之區別。全在發覺之遲早。又可於訴訟手續上別之。現行犯罪狀顯明。無須調查。故其手續不必十分完備。非現行犯則多疑似狡辯之處。甚難迅速斷結。其手續必須完備。且拘拿現行犯在當時不必用令狀（火牌）恐俟刑事部之令狀至。

則逸之遠矣。拘拿非現行犯，非用令狀不可。此皆其區別之處也。

第五節 親告罪非親告罪

親告罪者，謂檢察事提起公訴，必須有被害者或被害者之親屬之告訴之罪也。刑法三百四十四條、三百五十條載明之。反此則非親告罪。但刑法原則對於犯罪者，概主張其起訴非僅爲一人私事之關係，實於國家公同之秩序及社會之安寧亦大有影響。故有犯罪者不獨被害者之利害關係人可以告訴，而檢察事亦實有特權。然亦有非親告不能起訴之罪者，如刑法三百四十六條至三百四十九條所載猥褻姦淫年幼者之罪，及三百五十三條所載有夫之婦姦通之罪是也。此等罪本人及其有關係者不願告他人不得起訴，蓋亦養人廉耻保人名譽之意。至第三百四十一條以下略取誘招幼者之罪，第三百五十八條之誹謗罪，第四百二十六條第二項罵詈罪，第三百二十六條之脅迫罪，以及第四百二十三條之殺牛馬外之家畜罪，皆非親告不可。但刑法中親告罪居最少（不過十餘條）數，非親告罪則居多數也。

裁判法上所採用之主義有二。

(一) 糾問主義。不必有原告。祇檢事提起公訴。裁判官即可憑空糾問也。

(二) 彈劾主義。必有本人或第三者爲原告。

關於民事訴訟事件。多用彈劾主義。如債務之事。必有債權者爲原告。而後裁判官判決之。至關於刑事訴訟事件。歐洲在昔多用糾問主義。日本亦然。現已改用彈劾主義矣。中國刑事。亦以彈劾主義爲原則。

裁判所內。設有檢事與裁判官。凡事必經檢事提起公訴。然後裁判官裁判之。檢事以調查犯罪者爲職務。不計被害者之願告與否。檢事既起訴。則被害者與被告者。雖欲私息其訟而不能。此原則也。而親告罪。則爲例外。

檢事提起公訴。有自動者。有他動者。自動者。由檢事自行調查。而得其罪。他動者。則有犯人自首於檢事。第三者告發於檢事。被害者告訴於檢事。三種。

第六節 附帶犯非附帶犯

附帶犯者。因審問辯論時所發見之犯。不必他人告訴。檢事提起公訴。即可調查處分之也。刑事訴訟法第一百八十五條載明之分。爲三種。

(一) 於同地同時一人或數人犯罪時。例如一人在校毆打他人。經裁判所審訊。判其並毀壞器具。其毀壞器具。即附帶犯。又如彼此二人同地而各毆打人。經裁判官審訊此犯。而彼犯亦因此發覺。此亦爲附帶犯。

(二) 數人通謀時與地各不同而犯數罪時。例如裁判所審問甲犯時。察其所犯情節。必有通謀之人在他處相助者。而甲犯爲理所屈。不能代通謀者諱。遂公然供出。此供出之通謀者。亦即爲附帶犯。

(三) 爲己與人之容易犯罪。又爲免其罪而犯他罪時。例如給與竊盜器具。是使其容易犯罪也。放縱囚人。是爲免其罪而犯他罪也。其給與器具及放縱囚人。皆爲附帶犯。

第七節 政治犯

政治犯者。紊亂政治上之秩序之犯也。刑法第二百一十一條以下之內亂罪。及第二百一十九條以下之外患罪。皆國事犯。即政治犯中之一種。至第二百三十三條以下偽造公選投票之罪。與新聞紙宣布秘密政治之罪。及集會干涉政治上行動之主義之罪。

亦皆爲政治犯之一種。政治犯者。無論國內法國際法。例不以刑事審問。處罰亦不引渡於外國。此政治犯之特色也。

第二章 行爲之階級

何以謂之階級。如殺人者。非突然有此事。其初必有意思表示。次購凶器。次磨礪凶器。次殺之。若階級然。必經多層行爲。乃得其罪之成立。在法律上。亦有若干問題。即分犯意之表示。及豫備着手。實行。數點。試說明於下。

第一節 犯意之表示

犯意之表示者。表示一已欲犯罪之意思。或以口頭。或以書面。或以舉動。法律上一般原則。不能罰之。以其僅有一人之意思。其實害與危險。並未及於社會也。故雖有犯罪之性質。表示之方法。亦仍以放任行爲視之。若表示者無異實行。則不能不認爲有罪。如以欲殺某而脅迫於某。即可爲脅迫罪之類是。

又向他人表示犯罪之意思。而得他人承諾之時。照刑法原則。仍在不罰之列。因其尙未有行爲也。若表示者實已合乎行爲。必致危險。毫無疑似。刑法上亦必處罰。下分二

種。

- (一) 陰謀。陰謀者謂二人以上之間犯一定之罪而協議已成立也。然有三條件。
- (一) 僅有一人不爲陰謀。
- (二) 非指定所犯之罪不爲陰謀。
- (三) 僅一方申明其犯罪而他之一方不承諾亦不爲陰謀。
- 若三條件完備則始爲陰謀。照法律之原則不罰。若事關重大如百二十五條第二項之內亂陰謀尙未至豫備者各減二等罰之。其他刑法中雖未規定罰陰謀之正條而解釋條文亦含有罰陰謀之意如第一百十六條對於天皇三后皇太子已加危害或將加危害者處死刑是也。將字太含糊改正草案已改爲凡陰謀豫備者皆罰之。
- (二) 凶徒組合。凶徒組合者謂無特定之犯意祇聯絡多數人將犯臨機罪也。此種豫備必有危險於社會。法蘭西有處罰之規則。日本與各國無之。然雖不處罰究不可不管理其管理之法宜與對於浮浪者同。以表面觀之浮浪者不過游手好閒。

並無犯罪之意。萬不能施之以刑。而凶徒組合。本有犯罪之意。施之以刑。亦不爲過。管理法似應有區別。然觀二者之性質。皆犯罪。養成所。其管理法實無容區別。玆試言管理浮浪者之法。蓋浮浪者有三種。

(1) 不堪業者。如殘疾及無能力者之類。

(2) 堪業而不勤事者。

(3) 堪業而不得事者。近文明日進。凡事皆用機器。故閒人多而不得事。

各國管理上三種人。法皆不同。有失之過嚴者。如歐洲中世。有用武斷手段。而一時殺浮浪者至三千之多是也。但浮浪者生於國中。猶小瘡之生於手上。並無多害。殺之未免太忍。有失之過寬者。如宗教家用博愛主義。給浮浪者之衣食是也。此適長浮浪者之惡。無異加柴火上。使火愈烈。二者皆未得管理之本源也。岡田朝博士之意。謂對於不堪業者。宜施以救濟事業。(養濟院之類) 對於堪業而不勤事者。宜施以教育並強制勞動法。(日本久欲設此法。因國家多事。經濟困難。尙未之及) 對於堪業而不得事者。宜竭力整理經濟界。(殖民政策。即其中最要點) 凡此不

獨政府之責即地方團體亦負有責焉。此爲減少犯罪者之事皆宜盡心籌畫也。無論何國均無不然。

第二節 實行 着手 豫備

第一款 標準

實行者。謂於刑法各本條各犯罪之特別成立要素之行爲也。如刑法二百九十二條。豫謀殺人者爲謀殺罪。處死刑。豫謀即意思。人即物體。殺即實行。三百六十六條。竊取人之所有物者爲竊盜罪。處重禁錮。人之所有物。即物體。竊取即實行。四百二條。放火燒燬人之住居家屋者。處死刑。人之住居家屋。即物體。放火。即實行。但人與尋常動物不同。人之所有物。與己之所有物不同。人之住居家屋。與無人居住之家屋不同。是爲特別要素。而殺之竊取之放火燒燬之者。皆實行特別成立要素之行爲也。着手行爲者。謂組成實行之各舉動及近接密着實行之各舉動也。故實行終結。即着手行爲之關係亦終結。但定義所言。可分二種。

- (一) 組成實行之各舉動。例如殺人者初傷其體。竊物者手將持物。放火者火將燃。

或將燒及一部分。此一種之着手較重。

(二) 近接密着實行之各舉動。例如殺人者初在人前揮刀。竊物者初至物之近傍。放火者纔置薪於屋下。此一種之着手較輕。

上二種之區別。又舉一最淺之例以明之。如游學日本者初而登岸。既而入校。入校似前一種之着手。登岸似後一種之着手。不過程度之淺深不同也。

豫備行爲者。(除陰謀外)謂着手於實行以前。犯意表示一切之動作也。如欲殺人竊盜放火者。籌畫方法。調達器具。搜索機會。將進行於犯所是。

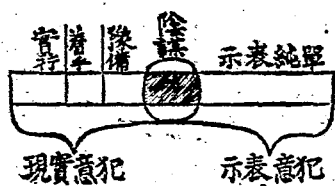
豫備行爲不可以泛指。如但見其買刀。或致書於人。謂欲殺汝。此不得謂爲豫備。若有意殺人。而欲於殺人後自盡者。則有遺言。當寫遺言書時。殺人之心已決。此則可謂之豫備。若徒見其買刀。安知不爲別用。徒見其致書。安知不爲戲言。故不得以豫備行爲定之也。

豫備離實行尙隔着手一層。離着手則甚近。而大不同。能識別犯意之行爲者。爲着手。未至此之行爲者。爲豫備。接近實行之危險者。爲着手。未及此者。爲豫備。豫備又與單

純表示不同。如前節所言犯罪之表示為單純表示。此於表示後以犯罪之行為復謀之於父母妻子。即為豫備。

第二款 犯 狀

犯狀者。謂以犯者之狀態而定其罪之輕重也。以豫備行為論。照刑法原則。不處罰。第一百一十一條已載明。然有大害或大危險之豫備。則不能不處罰。如第一百十六條第一百十八條第一百二十五條及第一百八十六條二項所載是。至若豫備殺人放火決水等類。事亦甚重大。岡田博士皆以為當治。改正草案已議及之。但宜減等。



實行與着手之區別。其要件在先論未遂犯。未遂犯。中國無此名目。講刑法者最當注意。

未遂犯者。謂於着手實行或終結實行而亦得意外之障害不能遂其犯罪之行爲也。此中有一種之區別。

(一) 着手實行因有意外之障害不能完結實行時謂之着手未遂犯（一名未行未遂犯）

(二) 終結實行因有意外之障害不生犯罪成立之要素之結果謂之實行未遂犯（一名既行未遂犯，一名缺効犯）

着手未遂犯其最要之條件有三。

(一) 犯罪人必先有犯罪之意思。無意思不得謂犯罪。設有一人本無意思而其舉動有似乎着手行爲亦不得爲着手未遂犯。如拔刃向人出於遊戲者是也。

(二) 有意思不能不有着手行爲如欲殺人者但磨礪其凶器並未近乎所欲殺之人而將有持刀動手之勢此祇可謂之豫備行爲不得謂之着手未遂犯。

(三) 已。有。着。手。行。爲。不。能。不。有。意。外。之。障。害。如。殺。人。者。手。已。舉。刀。警。察。適。至。或。被。殺。者。設。法。脫。逃。竟。免。其。傷。害。此。皆。出。自。犯。者。之。意。計。外。故。爲。着。手。未。遂。犯。若。出。自。犯。者。之。意。計。中。而。不。爲。此。則。爲。中。止。犯。非。着。手。未。遂。犯。也。

實行未遂犯亦分三條件。

(一) 必先有犯罪之意思。

有意思必欲實行而得其結果。

(二) 既有實行之結果即不能無意外之障害如殺人者刀已及被害者之身命絕在即忽有人從旁救護並濟以醫藥令其復活又如縱火者火已盛燃忽有人急起而撲滅之此皆實行犯罪而未能遂其結果故爲實行未遂犯。

以上皆着手未遂犯與實行未遂犯之性質應科以何罪各國不同法蘭西既遂與未遂無分日本現行刑法未遂犯較既遂犯減一等或減二等處罰而着手未遂與實行未遂無別非似意大利分別此爲着手之罰彼爲實行之罰也又日刑分重罪輕罪違警罪三者重罪未遂犯有罰輕罪未遂犯則視法律上有明文者罰之無則不論罪違

警罪無罰。見刑法一百一十二條及一百一十三條。至日刑草案與現行法略殊。未遂犯有時與既遂犯同等處分。有時減等處分。而實行着手。仍無分別。

各國既遂犯未遂犯及實行着手之處分不同表

法蘭西
既遂
未遂

意大利

既遂
未遂

實行未遂犯

着手未遂犯

日本
既遂

未遂
實行

既遂
着手

日本刑法草案

未遂犯重罪

未遂犯輕罪

隨時規定

各國刑法。無論罪之輕重。於總則中皆載明如何爲未遂。未遂當如何處分。中國各條中。偶一有之。而總則無明文。此缺點也。唐律疏議。其盜不得財及奸略不得。並從減輕。是中國原有未遂犯之法。特未定有未遂犯之名目及其專則耳。他日如改正刑法。未遂犯必須定明。（唐律所謂奸者。指奸淫強奸之類。略指以暴力劫婦女及幼子之類）

未遂與既遂。其犯罪之性質同。種類同。特既遂爲完全犯。未遂爲未完全犯。不過程度有高低之別。而未遂犯。非別爲一犯也。又有謂犯人目的已達。爲既遂犯。目的未達。爲未遂犯者。此說甚謬。比如盜賊。其目的在竊物與姦淫。今其行爲。尙祇竊物。豈即以其姦淫之目的未達。而不爲罪之成立乎。觀此則以目的達到與否論既遂未遂犯者。其說之誤自瞭然也。

第三節 中止犯

因他人之障害而罪不成立者。爲未遂犯。由自己之故意而改方向者。爲中止犯。如殺人者。當舉刃時。忽生不忍心。遂釋刃不殺。此出於犯人之善意而中止者。故爲中止犯。

但其時須在有意外障害之先。若在後。或因警察突來之故而始生悔心。則仍爲未遂犯。不得謂之中止犯。中止犯有二種。

(一) 將着手實行犯人以已之意。思不終結其實行。名曰著手中止犯。

(二) 既終結實行犯人以已之意。思防止犯罪結果之發生。名曰實行中止犯。

着手中止犯。如行竊者。將持物而忽止。殺人者。將下刀而忽止。是也。實行中止犯。如已與毒藥人食而復覓藥解之。燒屋已縱火而自以水救之。是二者之處分。刑法無明文。不論罪。其意欲令人。臨犯悔悟。不生犯罪之結果也。但於此有一最要之問題。犯罪者既着手既實行。忽然中止。而他人所受之損害。雖未達犯者之目的。然已受之損害。是否應賠償乎。有謂出於故意之甲罪。終止時。對於非故意犯之乙罪之結果。無責任。是一道也。究之當以豫見決之。若同時豫見其有他結果。則應罰。例如謀殺故殺者。於毆擊人時。遂生悔心而中止。此雖不以殺人論。則不能不以毆傷之罪論。又如爲盜者。於破人戶碎人鎖之時。亦生悔心而中止。此雖不以盜賊論。則不能不以侵人住所之罪論。又如放火者。僅燒燬其窗戶。即生悔心而撲滅之。此雖不以放火論。則不能不以

毀棄物品論

最宜注意者。中止犯本非一種犯罪之名稱。乃欲犯罪而自中止者。若未遂犯則不得託爲中止犯。

第四節 不能犯

不能犯者。謂犯罪要素不存在故也。與未遂犯中止犯不同。凡犯罪之要素。一目的物體。一手段。而時間場合亦皆與之相關。如殺人者。被殺之人。爲目的物體。殺人之器具。或槍或刃。爲手段。又如放火。被焚之屋。爲目的物體。火線洋油。爲手段。二者皆犯罪中之第一要素也。至不能犯者。雖有目的物體與手段。而仍不能實行。如殺人已持刃或槍而往。其被殺之人或已他出。或適身故。是爲不能犯。因目的物體不存在故也。又如見婦人腹臙。以爲有胎。謀欲墮之。不知其爲病漲。雖與之藥不見其墮。此爲墮胎之不能犯。又如黑夜殺人。孰知被傷者爲樹木。此爲殺人之不能犯。如又謀覆一舟。放水雷以擊之。不料其爲他物。此爲劫船之不能犯。凡此皆誤認目的物體。其實目的物體未嘗存在也。亦有欲投人以毒。令其斃命。不知所投者爲水。欲擊人以槍。令其立死。孰知

所擊者無彈。欲放火焚屋。而火綿不燃。凡此皆爲誤用手段。其實手段不存在。故也。以目的物與手段不存在。其罪遂不成立。故爲不能犯。無罰。而刑法亦不設此條。至未遂犯中止犯。皆有目的物與手段。與不能犯不同。然不能犯以目的未達之故。亦難保其不生他罪。而受未遂犯中止犯之處分。及他種之處分也。

不能犯。可分二種。

(一) 絕對不能犯。

(二) 在疑似之間。

絕對不能犯。觀上目的物與手段不存在。諸例可知。茲就在疑似之間者言之。如以銃準人而擊之。其人實在旁。此關於目的物之故。以毒藥斃人。須滿杯而死。今祇投以半杯。此關於手段之故。但不能謂之全不能犯。欲解此問題。須視犯者行爲之時間。及其場合而定。如用銃擊之時。其人如立在彈線旁。則爲不能犯。若在彈線內。則當別論。用毒藥時。其所用之分劑。本不足致人死。則爲不能犯。若分劑已足。則人雖不死。亦當別論。此等亦不能專以理論。須參以事實觀之。

天下有若于事。爲事實。所不能行。而理想亦絕不可信者。如一人之力。決不能爲之事。而此人欲爲之。非白痴必病狂也。何者。挾泰山。超北海。此古今必無之事。人々得而知之。即如白日獨自待槍。欲傾覆政府。隻手抱石。欲推倒滾車。雖天下之至愚且頑者。諒必無此思想。無此行爲也。彼欲一人犯之者。非白痴病狂之類。而何。即令本非其類。而亦不能不以白痴病狂視之。

第三章 再犯

再犯者。謂一次犯罪受確定裁判後。再犯他罪之場合也。觀此定義。則其成立之要件有二。

(一) 先犯某罪。而其有罪已判決確定。

(二) 判決確定後。別犯他罪。

設先犯之罪。未經判決確定。而又犯一罪。俱與之發覺。此爲數罪俱發。不得謂之再犯。再犯之處分。加本刑一等。與其他不同。但限於下三種之內。

(一) 先處重罪。而又犯重罪者。(九十一條)

(二) 先處重罪。輕罪。而再犯輕罪者。(九十二條)

(三) 先處違警罪。一年內再於其違警罪裁判所管轄之區域內而再犯違警罪者。

(九十三條)

例外亦有不加等者。如初犯違警罪。再犯輕罪重罪者。不加等。初犯輕罪。再犯重罪者。亦不加等。至若先犯重罪。因減輕被處輕罪之刑者。而再犯重罪。以及先犯重罪。輕罪。因減輕被處違警罪之刑者。而再犯重罪。輕罪時。其不加重亦同。推立法人之意。以爲即不加重而已得重罪之處分。宜亦知改悔。然於事實上。究不合蓋所處再犯之重罪。爲應得之本罪。其初犯之罪。並未消滅。若不加等處治。將何以示懲戒乎。是亦現行刑法之缺點。

法律原則。凡初犯與再犯罪。有輕重。先從其重者論。例如初犯輕禁錮三年。再犯重禁錮三年。先執行三年之重禁錮。(第九十五條) 然有一疑問。如先犯死刑。又犯無期徒刑。先執行其重者則其人已處死。其輕罪如何處之。此例亦覺未當。

經陸海軍裁判所判決者。若再犯輕罪重罪時。不得以再犯論。(第九十六條) 因大

赦得免罪者。雖再犯他罪。亦不得以再犯論。(第九十七條)

三犯以上者。(即累犯)其刑亦僅加重一等。刑法第九十八條載明之。夫累犯。祇加重一等。則累犯者。必漸次增多。其爲害於社會。靡所底止。是欲謀減少累犯者之方法。似爲此時。極要問題。但解決此問題。全在研究累犯之原因。而其原因甚複雜。茲特舉最要之二端如下。

(一) 由習慣者。性成。少小失教。習於爲非。若忘其羞惡心。而變成別一種性質者。故不良少年。累犯者之卵。難也。

(二) 由監獄組織不完全。人初犯罪時。或出於無心。入獄而習與惡人居。則亦不覺其爲惡。且互相研究其爲惡之方法。故監獄不完全者。犯罪之學校也。

此雖爲累犯者之二大原因。究之尙不止此。故欲減少累犯者之罪。必在變化不良少年之性質。及改良其監獄。若於此籌畫盡致。而累犯者仍不止。則又如何。此等問題。各國研究已久。大概從下二方法着手。

(一) 刑之執行猶豫。此主義始於北美合衆國。繼移於英吉利白耳義。法蘭西諸

國日本現行刑法未有改正案已採取之。

(二) 條件附刑期延長。此主義爲岡田朝博士輩所主張者日本現亦未實行。

刑之執行猶務。如初犯輕禁錮或輕懲役罪經裁判所判決後不令入獄限於二年三年內試驗其再犯與否再犯者二罪並罰不再犯則前罪亦消滅其結果一得避獄內惡癖之傳染一得免除刑之執行此法乃爲犯人擔保而受上二者之利益亦豫防犯人累犯之政策也。

條件附刑期延長如犯詐欺取財與強竊盜罪而至於累犯者於判決入獄後不謹守獄則豪無悔改意雖刑期已滿得以行政處分禁其出獄而強制以相當之役業此法可令不悔改者有所懲而悔改者益以自勵也。

第四章 數罪俱發

第一節 通則

數罪俱發者同一犯人於未受確定判決時所犯二個以上之罪俱發覺之謂也就同一犯人觀之與數罪共犯異就未受確定判決所犯二個以上之罪觀之與再犯異但

有二則。

- (一) 當區別一罪與數罪。
(二) 數罪俱發之處分。

一罪與數罪之別極複雜。有時甚難辯明。如放火殺人。各有專罪。設同時同地爲之。將認爲數罪乎。抑認爲一罪乎。當區別論之。

第二節 數罪與一罪區別之標準

第一款 數所爲一罪

凡一切犯罪。由所爲而成。立有二個以上之所爲。即爲二個以上之犯罪。此爲一般原則。茲論所爲在二個以上而罪祇一個者。

(一) 前之所爲被後之所爲所吸收(包蓋)之場合。此何以故。因同一系統之罪。前所爲之程度低。後所爲之程度高。低者爲高者所吸收也。如登梯然。登一級時。與至樓上時較之。則已至樓上者。可吸收登一級者。何也。樓梯同一統系。登者以至樓而止。不得謂登一級時。即又爲登一樓也。犯罪者亦然。其行爲有豫備着手實行。

三級。既至實行。則其罪已成立。故但問其成立之罪。不問其着手與豫備之罪也。例如謀內亂者。其初協議及購機械糧餉。招募兵隊。爲內亂之豫備行爲。(一百二十五條) 既而糧餉具。器械備。兵隊齊。事得立起。爲內亂之着手行爲。(一百二十四條) 終則顛覆政府。僭竊邦土。以及紊亂朝憲。爲內亂之實行。爲。(一百二十一條) 治罪者。但以其已遂之實行。爲論罪。其以前之豫備着手。皆統於其中。而不別提及也。至若侵入房屋者。以傾倒爲罪之成立。其中擊毀多寡之數。俱不論。不得謂此爲多數所爲。而別論其罪也。

(二) 後之所爲被先之所爲所吸收之場合。當法律定某罪刑罰時。豫期其犯某罪後。犯人必別犯他罪。如竊盜得贓而賣之。其罪發覺後。但科以三百六十六條之盜賊罪。而不科以三百九十三條之冒賣罪。蓋立法時。知冒賣爲後所必有之行爲。故皆吸收於先所爲之盜賊罪中也。又如殺人而棄其尸。其罪發覺後。但照二百九十二條科以殺人之罪。而不別科二百六十四條之毀棄死屍罪。何也。毀棄死屍。乃後之所爲。爲先殺人之所爲所吸收也。立法豫料及此。而豫定其罪。故使行者於

此等罪得取此標準科先所爲而不科後所爲。

(三) 法律明文併合數個所爲而爲一個犯罪之場合。例如強盜罪合暴行脅迫與奪人財產而成立。如偽造貨幣文書罪合偽造行爲與行使行爲而成立。如謀反罪以顛覆政府竊竊邦土紊亂其他朝憲爲目的者。此似國際法上戰鬥行爲之性質。並包有放火蹂躪殺人等罪。合刑法全部尙不足以科之。然依刑法一百二十一條之例。爲組成一內亂罪。此皆合數個所爲而爲一個犯罪之場合也。

(四) 繼續犯之場合分二種。

(一) 法律上犯罪行爲
(二) 事實上犯罪行爲

以法律上繼續犯罪言。必犯罪時間常繼續。否則別論。茲再分爲二種。

(天) 所爲一個而其結果多數時日繼續。例如監禁罪重婚罪是。

(地) 數回操返。(反覆)同一所爲而犯罪成立。例如賭博常習是。操返之義。如盜金者。今日如是。明日亦如是。總以盜絕金庫爲止。一次不盡。則由再而三。治罪

者。僅治其一次。抑治其數次乎。然所竊僅在一庫。僅侵害一所持權。監督權。故祇以一繼續罪科之。若今日竊者係甲。庫明日竊者係乙。庫又當別論。如殺人者。今日殺甲。明日殺乙。此則不得謂繼續犯。不能以一個繼續罪治之。

以事實上繼續犯罪言。如盜倉庫所貯之財。今日竊其一分。明日又竊其一分。每日繼續。則爲事實上繼續犯。與法律上繼續犯第二說相混。其實有別。日本現行刑法。尙無別。而改正草案有之。如賭博。一次者無罪。盜金。一次者有罪。此即其區別也。

第二款 一所爲數罪

數所爲一罪。謂數個行爲之結果。而僅成立一罪。爲法律與事實上所必有之事。一所爲數罪。謂一個行爲之結果。而成立數罪。不過一問題耳。茲分二點說明之。

(一) 從一行爲生數結果之場合
(二) 一行爲觸數法之場合

第一之場合。又分三種。一從一行爲生同種類之數結果。例如一發彈丸。擊斃數人。是一從一行爲生異種類之數結果。例如一發彈丸。擊斃一人。傷一人。並毀壞器具。是以

上結果雖多。必爲犯者豫見（即豫期豫想）所不及。故祇論其本罪。如爲其豫見所及。將治以數罪乎否乎。此問題之學說有二。

(甲) 謂不論行爲祇論結果。故有二個以上之結果。不論其種類之異同而實體上數罪成立。岡田博士謂此說不當。如一發彈丸。雖得殺一人傷一人並毀壞器具之三結果。實僅一次行爲。今以之與發三彈丸之犯罪者。受同一之處分。其不當明甚。

(乙) 謂雖有二個以上之結果。然止一個行爲。決無二個以上之犯罪成立。至同種類之數結果。亦不可以所觸之罪名同。遂謂爲觸數法。岡田博士謂此雖反對甲說。但未說明何等結果當治罪。亦是缺點。

(丙) 謂數個之結果。出於一個之行爲。不得謂有數罪。當取其最重之結果。處治至所謂同種類異種類之數結果。皆想像。（即假定）上之數罪也。岡田博士主張此說。其意謂如殺着衣之人。必並毀壞其衣。無論東西各國。祇取其殺人之一結果。必不問裂衣之罪。以殺人爲罪之最重者也。故此說特設假定二字。姑以數結果。假定爲數罪。俟定罪時。再於假定數罪中。擇其最重者科罪。然有一宜注意者。不得適

用第百條至百三條之條文。因此數條特爲數罪俱發規定。乃實在之數罪。此乃僞定者。雖均有從重之語。而法意迥別。改正草案於數罪俱發者。刑已加重。若認一所爲數罪之數罪。與數罪俱發之數罪混同。則大誤矣。

第二之場合。亦非有數個之犯罪。依後所列標準。即可定適用之方法。

(一) 特法優於通法。特法範圍狹。通法範圍廣。同一竊盜。如三百六十六條云。竊取人之所有物者。爲竊盜罪。處重禁錮。但曰所有物。則範圍廣矣。三百七十二條云。於田野竊取穀類菜菓與其他之產物者。處重禁錮。是其地其物皆指明之。則範圍較狹。定罪時。當適用範圍狹之特法。而不適用範圍廣之通法。有謂田野之物。即人之所有物。而罰條各不同。是一所爲而觸數罰。遇此種罪。當以何條處分之。岡田博士謂此問題不必起。其起此問題者。爲其不知道用範圍狹之特法。故也。

(二) 變則優於正則。正則者。原則也。變則者。例外也。若二罪俱發時。依正則。應從一百一條云。違警罪。二罪以上俱發時。各科其刑。若重罪又與輕罪俱發時。從其一之重者。依變則。應從三百九十條云。因僞造官私文書又增減變換者。照僞造之各

本條從重處斷。定罪時。當適用變則。而不適用正則。

(三) 複法優於單法。同一強盜罪。三百八十二條云。竊盜得財。因拒其取還。爲臨時暴行脅迫者。以強盜論。較之三百七十八條所云。脅迫人。又加暴行而強取財物者。爲強盜之罪。則複雜過之。複則包含者。廣而單則不能賅括。故定罪時。當適用複法。而不適用單法。

(四) 充實法優於部局法。充實法者。規定一項罪之總則也。部實法者。規定一項罪中之一部分之法也。例如內亂罪。有豫備着手實行數級。如僅豫備着手。則適用局部法。若已至實行。則適用充實法。因部局法內豫備着手罪之規定。爲充實法內實行罪之規定所吸收也。

(五) 實害法優於危險法。危險者。將生實害也。實害者。已生實害也。如四百二十七條云。疾驅車馬。爲行人之妨害者。處拘留。此防止將生實害。故爲危險法。若已傷人。則實害既生。當適用實害法。因罰危險之罪。爲罰實害之罪所吸收也。

第三節 處分

數罪俱發之處分有二主義。

(一) 併科主義。

(二) 吸收主義。又分吸收罪、吸收刑。

(三) 制限加重主義。

併科主義。謂併所犯各罪而執行刑罰。此主義南美採用之。然事實上。有萬難併科者。如一人犯二死刑。不能於既奪其生命之後。更有一生命之可奪也。又如一人犯二無期徒刑。使祇處以一無期徒刑。則畢生已皆在刑期中。若加科一無期徒刑。亦不過畢生在刑期中耳。然此與死刑有別。因無期徒刑遇大赦而消滅其刑後。則有時日可以再科。日本宮城縣仙臺市有犯四次無期徒刑者。岡田博士謂宜以死刑處之。

吸收主義。分吸收罪、吸收刑二種。吸罪者。論其重罪。不論其輕罪。吸刑者。數罪並提。決斷時。則祇加重罪之刑。而輕罪不論。至遇大赦時。吸罪主義。赦其重罪。並不論其輕罪。吸刑主義。赦其重罪。而輕罪仍治。

日本刑法重罪輕罪。取吸收主義。見一百條。違警罪。取併科主義。見一百一條。吸收主

義。中國與日本皆採用有二大缺點。

(一) 人若犯一次罪者。縱令再犯他同等或輕等罪。其刑仍同一。是等於獎勵多數犯罪者。因罪多與罪少相同。無妨多犯也。

(二) 人若二次犯某罪。雖僞自主張犯他人之某々罪。於自已所受之刑無損益。故作僞者。可以買人認罪也。

數罪俱發。與再犯競合（爭觸）時。則適用一百二條。

以上第百條與百二條。皆從中國刑法規定。中國名律例。二罪俱發。以重論。其目云。凡二罪以上俱發。以重者論罪。各等者從一科斷。日刑第一百條採之。又若一罪先發。已經論決。餘罪後發。其罪輕者等勿論。重者更論之。通計前罪以充後罪。日刑第一百二條採之。

制限加重主義。因上併科主義。失之過嚴。吸收主義。失之太寬。於是此主義生焉。此主義者。數罪中。科最重刑之外。別加重其刑。但有制限。日本改正草案採用此主義。足為規範。中國如改良刑法。宜採用之。

第五章 數人共犯

第一節 通則

數人共犯者。依二人以上共同成立一罪之謂。與一人犯一罪同。但宜注意處有三。

(一) 就數人與共字觀之。必在二人以上。如或曠犬噬人。以機械傷人。此仍屬一人犯。因物不能爲犯罪主體也。又或二人爲不法行爲。其一人爲無能力者。(幼者狂者瘖啞者之類)亦屬一人犯。如教幼者竊人所有物。其罪必專在教者。因幼者亦不能爲犯罪主體也。觀此共犯。必須皆爲人。且皆爲有能力者。而後可。至若平日犬之咬人馬之傷人。此則與主人無涉。主人不認其罪。

(二) 一人可犯之罪。而二人共犯之。此爲任意共犯。例如一人可以行竊而約數人爲之。是有非一人所能犯之罪。必須二人以上者共犯之。此爲必然共犯。例如謀內亂及賭博姦通等類。決非一人能爲者是。以上不過學理上之區別。事實上無之。而一般學者謂刑法上適用之規則。以後亦宜如此區別。岡田博士以爲不然。

(三) 共犯者。必從未犯罪之先得同意。或臨犯罪之時。得同行。乃爲數人共犯。若在

犯。罪。成。立。後。加。入。者。不。得。爲。共。犯。日。本。刑。法。仍。謂。之。獨。立。犯。試。舉。數。條。以。證。之。

(一) 藏。匿。逃。亡。犯。人。之。罪。(第。百。五。十。條)

(二) 曲。庇。被。告。人。之。僞。證。罪。(第。百。一。十。八。條。第。二。百。一。十。九。條。第。四。百。二。十。五。條)

(三) 十四號)

(三) 關。於。贓。物。之。罪。(第。三。百。九。十。九。條。至。第。四。百。一。條)

(四) 隱。蔽。罪。證。物。件。之。罪。(第。百。五。十。二。條)

法。蘭。西。及。其。他。二。三。國。之。刑。法。列。前。揭。犯。罪。之。種。類。而。稱。曰。事。後。共。犯。雖。然。事。既。去。後。何。能。共。同。而。猶。從。而。稱。爲。共。犯。者。甚。謬。誤。也。

第二節 共犯之行爲

日。本。刑。法。分。共。犯。之。行。爲。爲。三。種。

(一) 實。行。正。犯。

(二) 教。唆。犯。

(三) 從。犯。

中國刑法祇分首犯從犯二種。造意者爲首。其餘爲從。首者罪重。從者罪畧減。自唐至今皆如此。以日刑比較之。造意者與教唆犯畧同。茲就日刑所分之三種言之。

第一款 實行正犯

實行正犯。第四百四條。僅云二人以上。現已犯罪者。（此現字。非現行犯之意。乃下手之意。對於教唆者之不下手者而言。）並未規定其行爲之性質。茲就條文而參以學說解釋之。其解釋實行正犯之成立。有二種情形。

（一）實行正犯者。謂分擔重罪或輕罪。違警罪之要素。在一個以上之行爲也。例如強盜罪。必以暴行脅迫主人而奪其財產。共犯者。須一人分擔脅迫事。一人分擔奪財事。而後強盜罪成立。此二人皆爲實行正犯。又如偽造貨幣。甲任偽造。乙任行使。其所爲者不同。而皆爲實行正犯之罪。又如詐欺取財。一人行詐。一人取財。此二人合謀而行者。亦同爲實行正犯。

（二）共犯者。雖未分擔犯罪之要素。行爲而能加重。大助勢於實行者。亦謂之實行正犯。例如甲於室內殺人。乙於門外瞭望。瞭望者雖未分擔殺人之事。然無此瞭望

者。則室內之犯罪不能成立。此爲得重大之助勢。不能不以正犯論。又如婦人助男子強姦。而先爲代縛被強姦者。此雖婦女。亦不能不以實行強姦者論。又如賭博者。皆藏於室內。留一人在外瞭望。如有捕賭者。即先通消息。使之掩迹。此瞭望者。亦不能不以正犯論。

實行正犯。現行刑法。無論重罪。輕罪。違警罪。皆有之。

第二款 教唆罪

泛言犯罪之教唆。謂使他人。生犯罪。決意之總行爲也。而現行刑法於正犯中之教唆犯。有三條件。

(一) 有教唆行爲。此行爲者。謂故意使人生決意犯罪之舉動也。據此義觀之。他人已決意犯罪。又從而教之。非教唆犯。必在使他人。生犯罪之決意。乃爲教唆犯。蓋其犯意之原動力。全出於教之者。例如使人竊物殺人。其使人竊物者。爲竊盜教唆犯。使人殺人者。爲殺人教唆犯。若竊者殺者。已有其意。而彼不過教以竊與殺之方法。不得爲教唆犯。即所謂幫助者。亦即從犯。觀此則日刑教唆犯。即中國唐明律所

謂造意者。然亦不過大概相同。非全然一致也。

有謂凡犯罪必有意。思有行爲。教唆者擔任犯意。被教唆者擔任行爲。謬也。犯罪成立之要素。必兼具犯意。犯行。故無犯意者。無犯罪。無犯行者。亦無犯罪。誠如是說。則教唆者與被教唆者。均可無罪矣。夫教唆者。雖止有犯意。而實兼有犯行。被教唆者。雖顯有犯行。而亦隱有犯意。即以教唆竊物殺人之事證之。甲喚乙竊丙物。或殺丙。甲有犯意。無待言矣。而傳乙以竊丙物。或殺丙之行爲。則乙之行爲。即甲之所教也。烏得曰甲無犯行。乙受甲之喚而竊丙物。或殺丙。乙有犯行。無待言矣。然使乙無竊丙物。或殺丙之心。何至聽甲之所教。由是推之。烏得謂乙無犯意。

(二) 必被教唆者已實行。得有犯罪之結果。始謂之教唆犯成立。若不實行。不得稱爲教唆犯。因教唆者犯罪成立與否之權。被教唆者操之也。被教唆者爲未遂犯。則教唆者亦處罪。以未遂犯有罰故也。被教唆者爲中止犯。則教唆者亦無罪。以中止犯無罰故也。

(三) 必係重罪。輕罪之教唆。若違警罪之教唆。則無罰。因現行刑法。僅重罪。輕罪有

教唆犯處分故也。(見一百五條)岡田博士以爲未當。違警罪亦應有處分教唆犯之條。改正草案已加入。

教唆者所用之方法不一。或以口語。或以書授。或以暗號。日刑皆無分別。法國刑法。則一一列舉之。但就立法上而觀。亦無甚緊要關係。

使教唆者先教唆人犯重罪輕罪。後復與被教唆者共同實行。應爲兩罪乎。抑一罪乎。日止能處以一罪。蓋教唆犯有加入他人罪之性質於半途而自實行者。則僅成立自己。固有之罪。故但科其實行之罪。而教唆罪不論。

使教唆責任無能力者。或缺責任條件者。當罰被教唆者乎。抑罰教唆者乎。曰罰教唆者。因教唆無能力。缺條件者。與利用動物無異。故不爲教唆犯。而稱爲間接正犯。以與自己犯罪同。但非直接耳。

第三款 從犯

泛言從犯。即幫助他人之總行爲也。一百九條所規定。甚復雜而不得要領。無容解釋。茲恒就學理言之。從犯有二條件。

(一) 必有正犯。無正犯即無所謂從犯。

(二) 有幫助行為。如甲欲殺人而貸之以刀。甲欲踰牆盜物而貸之以梯是。若無此幫助則不為從犯。

中國刑法分首從。造意者為首犯。隨從者為從犯。與日本刑法不同。試比列之於下。

教唆者—首犯

中刑

共犯

教唆者—正犯

日刑

實行者—從犯

實行者—正犯

斬人(造意者)主犯

中刑

共犯

斬人(造意者)正犯

日刑

斬人(被造意者)從犯

斬人(被造意者)正犯

日刑從犯與實行正犯有二區別。

(一) 分擔各罪成立要素之行為者為實行正犯。此種行為無有輕微之舉動故無從犯。

(二) 加重大助力於正犯者亦為實行正犯。如甲欲追擊軍艦而乙給與水雷是也。若加輕微助力於正犯則為從犯。如百九條知犯重罪輕罪而給與器具者是也。

有以有故意犯罪與無故意犯罪分別正犯從犯者。此主義與現行法衝突。如甲乙二人行竊。甲欲取財。乙祇幫助而無取財之意。以此主義例之。則乙爲從犯。其罪必輕於甲。然以現行法論之。竊盜罪一人可以成立。而二人任意共犯之。則應加重。二者適相反對。故此主義不足取。

第三節 共犯之意思

應生共犯之責任。而爲其精神上之要素者。法律別無規定之文。故共犯之故意之內容如何。有出於過失之共犯與否。二問題生焉。

第一款 故意

共犯之故意者。共同犯罪之觀念。決意也。據此定義觀之。共犯者必須皆有觀念。決意。然或僅一方有之。亦得以共犯論否。有數說如下。

(甲) 謂共同實行者。(即正犯相互之間) 必要均有故意。故不待言。即於教唆者與被教唆者之間。幫助者與被幫助者(即從犯正犯之間) 之間。亦必要兩者均有共同之故意。

(乙) 謂不問共犯之屬於何種類。惟對於一方有故意。即生共犯之關係。

岡田朝博士謂正犯從犯之中。有僅從犯一方有故意。即成共犯者。如竊盜方撬門。而有不相識之人。授以開門之具。以助成之是也。至實行正犯及教唆犯。則必要有兩者共同之故意。按此說甚當。

使共同者之雙方。有共同之觀念。決意而缺通謀者。爲共犯否乎。此種問題。議論歧出。然法律並未設有通謀之明文。但有共同之意思。則不可不謂有共同之關係也。

第二款 過失

關於過失之共犯。學說亦多。茲但舉一例以明之。如兩人共乘一車。誤傷路人。其將兩人大分擔此罪乎。抑一人獨擔此罪乎。岡田博士謂兩人於未生結果之先。並未同謀。分擔過失罪。可也。

第四節 共犯之處分

第一款 通則

處分亦分三種。

(一) 實行正犯之處分

(二) 教唆犯之處分

(三) 從犯之處分

實行正犯之處分。科各人以刑之全部。(見第四百四條) 如犯竊盜罪。應禁錮四年。若犯者四人。即每人應各得四年禁錮。有謂數人共犯一罪。數人即宜分擔一刑。就學理論之。似也。就事實上觀之。則有害於共同之社會。如四人分擔四年禁錮之罪。則每人一年。若八人犯之。豈非一人半年乎。若是。必使社會上犯罪愈多。因共犯者衆。而罪可輕也。殊非保全社會安寧之道。又就利害觀之。不獨不宜分擔。且宜加重。何也。犯人增加。則實害與危險必增加。而刑罰亦不能不增加。故日刑百七條。百七十一條。第四項。三百七十九條。特以加重載明之。但有時須分輕重。如正犯與從犯共謀。則從犯之罪。不能不輕於正犯。又如甲乙二人同謀殺丙。甲與丙有素交。或曾受惠。乙則向無緣因。且不識丙。則甲之罪不能不重於乙。此皆特裁判官判斷其情形而酌施其罰也。教唆犯之處分。有二主義。大相反對。

(一) 中國刑法主義。以造意者（即日本教唆犯）爲首。實行者爲從。從犯之罪減於首犯。故造意者之罪加重於實行者。

(二) 法蘭西刑法主義。以實行者爲首。造意者爲從。（歐洲各國皆然）首犯之罪加重於從犯。故造意者之罪減輕於實行者。

日本折衷於中國法國二刑法之間。而以造意實行皆爲正犯。較爲持平。見刑法一百五條。此原則也。但例外亦有減輕加重之處。在裁判官臨時酌定之。

從犯之處分。今歐西各國及中國唐明清律。日刑百九條所載。皆較正犯減一等。此減一等三字。無論何罪。皆限其必減一等也。岡田博士以爲未妥。宜於減一等等上加一得字。爲得減一等。則刑法爲活法。夫犯罪之狀況。日奇月異。烏可拘泥一定不移之法律。處分之不若稍活動其機關。使裁判官酌酌正犯罪之重輕而定從犯之可減一等。或不可減一等之罪。較爲適當。

第二款 身分之關係

身分關係者。謂犯人與被害人。有特別分際之關係也。或親族或師長等。其罰有加重。

減輕之不同。(參看百六條百十條)如甲乙同殺甲父。乙以尋常殺人論罪。刑無加減。甲則以殺親論罪。刑即加重。此爲一般原則。中國刑法有大謬之條。如唐明清律所載。家人共犯。祇坐尊長。尊長即家主。家主在民法上固負有義務。未必即有權利。在刑法上亦斷未有負義務者。故但責以一家之秩序安寧尙可也。然且有不能者。奈何責之以擔當全家之刑法乎。此最不妥處。其尤可笑者。爲親族緣坐法。此原不與本章所論相關。因其法最爲凶暴無理。故論及之。蓋環球各國公理一人犯罪。罰止其身。即共犯中亦皆係每人各所應得之罪。不得任意牽連。奈何以公法洩私憤。而橫加無辜乎。岡田博士甚望中國急去此刑也。今將有身分之關係者。再說明於下。

第一例

甲 教唆犯 (他人)

乙 被教唆犯 (丙之子)

丙 被殺者 (乙之親)

第二例

甲 教唆者 (丙之子)

乙 被教唆者 (他人)

丙 被殺者 (甲之親)

上所列第一例。設甲爲他人。教唆乙故殺其父丙。是甲之罪以殺人論。抑以殺父論乎。各國刑法與學說不能一致。以岡田博士之意斷之。教唆者爲被教唆者之元素。甲雖非丙子。而乙係丙之子。乙之殺丙。甲教之。是乙所犯殺親之罪。即爲甲所犯也。則甲之罪亦應加重。而以殺親論。

若如第二例。甲爲丙之子。乙爲他人。是乙之殺丙。非逆倫罪也。則教唆之甲。其罪亦減輕。而不以殺親論。

總之。凡定罪。以實行者爲主體。教唆者原不自實行。其罪之標準。恒根據於實行之被教唆者。被教唆者犯滅倫罪。教唆者亦即犯滅倫罪。被教唆者犯普通罪。教唆者亦即犯普通罪。此但論被教唆者與被害者之關係。並不論教唆者與被害者之關係也。故上所列被殺之丙。一本係甲父。而甲卒不以逆倫論罪。一本非甲父。而甲卒以逆倫論

罪者職是故也。(案小疇傳學士之說與此迥殊特錄於下以備攷核)

小疇傳曰甲教唆乙使故殺乙之父丙時乙當以殺親(刑法第三百六十二條)

論甲當以普通故殺罪(刑法第二百九十四條)之刑處罰反之甲教唆乙使故殺甲之丙父時甲當以殺親之刑處罰乙當以普通故殺罪論也。

又官吏受賄之罪以身分言之自專屬之官吏非官吏則此罪不能成立此爲一般原則但有例外如一私人教唆官吏受賄官吏從而實行之則此等罪教唆者亦負有責任因其爲間接實行者故其處罰一私人與官吏同不獨此也凡居間運動者皆爲共犯之關係亦一律同科。

案二班講義云一私人教唆官吏受賄若其罪已成立則教唆者即爲受賄之從犯而此處則謂爲同等處罰是前後所講者各不同特附錄之。

岡田博士曰官吏受賄於二國政法大有影響此弊不革雖各種法律十分完備各種政治均立最善規則仍無救於腐敗終必危亡中國法律幾無官吏受賄之罰如律例三十一卷中所載官吏受財又專注重於枉法不枉法事於受財一節似視之甚輕且

於追奪除名罷役及杖流絞等罪。執行者甚少。積習相沿。二千年於茲矣。上下官吏。以受賄爲不二目的。且除受賄外。無所爲事。故至有今日。今即以歐美最文明之法。移之中國。恐亦無効力。何也。大病根未拔也。日本維新前。此風亦盛。維新後首嚴此法。無分親貴。無分尊卑。令在必行。裁判官有此權力。其施行無一毫假借。故犯此罪者。遞次減少。至今幾絕無矣。其無受賄者之原因有二。

(一) 社會改良。上下情通。凡法政大概。皆公布而咸知。雖有不肖官吏。無從施其鬼域之計。

(二) 人才因教育普及。隨地皆可取用。若中國議能議貴。日本所不取。中國某官犯罪。或曰棄職錄用。或曰貴賤不同等。日本法於犯職者。立即罷官。永不叙用。無論居何要職。立即更換。無論居何顯貴。立即退除。不慮某人一去。便無接手之人。乏應選之才也。

第三款 齟齬

齟齬之義。謂犯人之初意與所行之結果不同也。如甲乙二人同往行竊。乙之意祇分

擔竊事。而甲竟因竊殺人。是謂共犯齟齬。試就教唆犯論。教唆者祇教其竊盜。而實行者竟爲強盜。於是實行者科以強盜罪。教唆者因不負此責任。祇可科以竊盜罪。見百八條第一例。如教唆者教以強盜罪。實行者僅行竊盜。則當以竊盜論。見百八條第二例。

從犯之於正犯。如僅知正犯爲竊盜而往從之。不知竟爲強盜。僅知正犯將與人鬥而往助之。不知竟至殺人。如此者則從犯祇以先知之竊盜毆打論罪。而照滅其罪一等。見百九條。以此推之。可得齟齬處分之二原則。

(一) 因不知其事而不負責任。
(二) 因不實行其事而不成犯罪。

有上二原則。故從犯之罪因此減輕。至對於一般犯罪者。亦可用此二原則解決。例如甲受乙辱。約丙復仇。或以書信約之。或託他人代約之。後丙殺乙。丙之處分固不必論。而甲當若何處分乎。此須視甲之所以表示其意思者如何。若所表示者。足以致殺人之結果。則甲當坐殺人之罪。若不足以致殺人之結果。則甲

罪當減輕。因甲不過欲復仇。並無欲殺人之意。故也。

刑法總論 終

罪狀 第五章數人共犯 第四節共犯之處分

法政粹編科目

法學通論 湖南 楊度 裁判所構成法 湖北 吳柏年

國法學 羅傑 民事訴訟法 湖南 畢厚

行政法 貴州 夏同龢 刑事訴訟法 蕭仲祁

民法總則 湖南 石羅潤 平時國際公法 廖維勳

民法財產 總論 彭光瑛 戰時國際公法 陳嘉會

擔債權保 雷光宇 國際私法 湖北 曹履貞

商法總則 湖北 陳武 經濟學 易奉乾

商法會社 湖南 劉澤熙 監獄學 江西 賀國昌

商法海商 陶懋願 殖民政策 湖南 胡子清

刑法總論 瞿宗鐸 外 中國裁判所訴訟制度 附刑事訴訟法後

刑法各論 附日本刑法條文 陶思曾 西政 洋治 歷地 史理

刑 法 各 論 附日本刑法條文 陶思曾

光緒三十一年九月廿六日
明治三十八年十月廿四日

法政粹編(刑法總論與附)

編輯者 瞿 宗 鐸

印刷者 池 田 辰 次

東京麴町區飯田町二丁目十九番地

東京九段中坂

印刷所 池田九段印刷所



450

#662138

1.01