

成勳胡政之著

刑

律

原

論

右文社
政法叢書之一

刑律原論目錄

第一編 緒論

第一章 刑律之界說

第二章 刑律之沿革

第三章 刑律之研究

第一節 上古及中古之學說

第二節 近代之學說

第三節 現今之學說

第四節 結論

第四章 最近刑事立法之趨勢

第一節 四國刑法之基礎

第二節 四國刑法與刑事政策

刑律原論 目錄

第三節 四國刑法與法官之自由裁量

第四節 最近刑法對照

第五章 刑律之解釋

第一節 刑律解釋之基礎

第二節 刑律解釋之方法

第六章 刑律之効力

第一節 刑律與時

第二節 刑律與地

第三節 刑律與人

第二編 犯罪論

第一章 總論

第一節 犯罪之界說

刑律原論目錄

第一編 緒論

第一章 刑律之界說

第二章 刑律之沿革

第三章 刑律之研究

第一節 上古及中古之學說

第二節 近代之學說

第三節 現今之學說

第四節 結論

第四章 最近刑事立法之趨勢

第一節 四國刑法之基礎

第二節 四國刑法與刑事政策

刑律原論 目錄

第三節 四國刑法與法官之自由裁量

第四節 最近刑法對照

第五章 刑律之解釋

第一節 刑律解釋之基礎

第二節 刑律解釋之方法

第六章 刑律之効力

第一節 刑律與時

第二節 刑律與地

第三節 刑律與人

第二編 犯罪論

第一章 總論

第一節 犯罪之界說

第四節 加減例

第五節 未決羈押

第六節 緩刑

第七節 假釋

第八節 出獄人保護

第六章 刑罰之消滅

第一節 犯人之死亡

第二節 赦免

第三節 時效

第四節 緩刑期之終了

附錄

(一) 新刑律施行細則

刑律原論 目錄

刑律原論 目錄

(一) 監獄規則

(二) 假釋管理規則

(三) 出獄人保護事業獎勵章程

(四) 豫戒條例

序言

齊州法之爲義。具于五刑。司寇一官。實司其事。禁暴詰奸。職在則然也。上治既衰。爭端蠡起。條文稀疎。不可範圍。於是不得不舉邦禮邦教所司者。納于禁令之中。所謂律者興焉。律者齊也。繩之使齊。則過與不及俱存。自東鄰逖譯。西籍傳以斯。邈之文。乃舉邦憲民律五刑之屬。一切名之曰法。相緣既久。賢者莫能易也。取今日譯名之諸法。求與諸夏名實相若者。蓋莫若刑法。夫律令之屬。雖有萬殊。獨以論刑爲最。謹誠以死者不可復生。絕者不可復續。張之則慮有不辜。弛之則無以勝殘。彼民商諸律。偶有逆悟。猶可修正其失。取償於後。唯刑法所職。事過卽爲陳蹟。雖能旋悟。已不可追。聖人懼不得其平也。則罪疑唯輕。然輕刑非所以止法也。諸葛治蜀尙嚴。乃以存漢。梁武斷罪涕泣。卒至召亡。故曰過猶不及也。諸夏刑法之備。必言李唐。宋明更始。多循往軌。苟當固圉自守之時。其足以範圍禹域。信可不疑。然以吾所聞。今之言刑法者。率與往昔殊科。昔所矜持。首在名教。今之淵原。首重邦族。篡弒之謀。叛亂之罪。往昔皆爲首凶。今則因情

實而有等差。昔所重者在君。今所重者在國。今日國家之元功。或昔日君后之巨愆。其異一也。殺人者死。義出報施。監禁工作。意原磨礪。誤傷雖有減等之條。軍流依然屏逐之義。若夫義輕報施。情重治安。以殊死爲遠惡。以禁錮爲懺悔。略私人之快心。爲社會之豫防。此則今所昌導。昔在未喻。其異二也。本是二異。根本已差。舊刑之敝。職此之由。然非有洞明其故者。未易言更張也。夫衣固敝矣。然必得新衣始足相易。雖有良禪。終不可以爲衣也。今之論者。言必稱歐美。而頓忘故國之宜。是何異思以良禪易敝衣者哉。吾友胡政之。久治刑法。能通本原。輒憤慨於今之學者。徒爲耳食。乃出其屢歲所心得者。萃成一編。以言刑法之意。俾沈潛者知夸論之無當。明哲之士。儻亦能判珠璣於瓦礫乎。吾將於政之書。行世之程度。卜之也。往歲見政之稿。已歎其精粹。頃修正復一年。始卒業焉。問序於余。乃草余說以還質。政之視之。以爲如何。

民國建元三年春正月康率羣序

自叙

輓近數十年。刑事立法。幾爲文明各國之競爭事業。而碩學鴻彥。亦各竭其心思腦力以研究斯學。誠以犯罪乃社會之現象。人類之公敵。社會愈進化。則犯罪愈複雜。將以何法鎮壓其發生。將以何術豫防其屢現。此實留心於國利民福者所宜三致其意。吾國改良刑律之說。倡自十數年前。民國既立。新刑律於是實行。然迄今兩稔。明效大驗。卒不可覩。而反對之聲。反囂然塵上。抑又何歟。夫立法貴能行法。守法必先知法。刑律之制。本期無刑。欲使斯民共澈斯旨。自非闡揚其精神。普及其智識。無由達最終之目的。予書之作。竊本此意。顧法律精神。存於人類之意識。布告條例。特其形式之標徵。人羣之心理。隨社會爲轉移。故法律之進化。亦因時代而蛻嬗。攷其陳迹。足以知現在之所由來。與夫將來之所以變。此本書所由

詳述沿革。而備陳趨勢也。淺學之士。常眩新奇。奉揚新說。驚爲神妙。然天下之理。僅有一真。新者未必盡真。舊者詎能徧廢。矧法律之基礎。旣在社會心理。則凡國民之道德思想。倫理習慣。舉足以鑄成國民之法律信念。卽不容學者之忽然置之。此本書所由新舊學說。兼容并收。不敢標榜詭奇。自誇新穎也。論法之書。易滋二弊。或則高談法理。馳騫玄虛。或則拘守條文。註釋章句。其實理論必本於爭實。而後切實可行。事實必本於理想。而後條理無間。徒談玄理。固病艱深。純釋條文。復嫌淺薄。此本書所由文質并重。要在易通也。夫人生有涯。知也無際。以淺陋之殖。述宏博之學。其無足觀。灼然可知。惟值此士不悅學之時。苟能以數年研究所得者。引起當世學者之興味。而羣趨於講學之途。則固不佞望外之幸也。

中華民國三年一月九日成都胡霖自叙於海上寓廬

刑律原論

成都胡霖著

第一編 緒論

第一章 刑律之界說

刑律者。國內公法之一種。用以規定國家刑罰權之實行範圍者也。試就此語。分析言之。

(一)刑律者。國內公法之一種也。法律之分類甚多。而私法公法之分。獨早。遠在羅馬時代。業已有之。惟彼時乃以人爲區別。而未嘗以法律爲標準。凡從事於公共之事務。及司法之職務者。稱爲公法家。從事於市民間之法律事務者。稱爲私法家。嗣後乃以法家之分類。爲法律之分類。然其標準。至不易言。惟刑法之爲公法。實今古之通論。緣私法者。關於個人權利關係之規定。而公法者。國家權力關係之規定。刑法之性質。學者雖所見各異。而刑律之爲公法。則萬無可疑。若夫稱以國內公法者。乃對國際公

法言之而已。

(二)刑律者。規定國家刑罰權之實行範圍者也。刑罰權之基礎問題。實古今學者聚訟之所。或以爲出於神授。或以爲基於羣志。而盧梭孟德斯鳩之徒。主持羣志之說。尤力以爲人之自由。本屬自然。人之權利。原由天賦。爲其欲保羣治之安甯。故各出其權利自由之一部。以畀主治者。主治者卽藉此以爲用刑執法之根據。茲說一出。舉世風從。法國之革命。緣之以興。世界之政局。因之以變。迄至近代。社會與個人之關係益切。學者乃有以刑罰權之基礎。歸諸社會之自衛者。蓋謂共同生活。舉世所同。羣非我無以成立。我非羣無以自保。關係既切。責任乃生。如有侵害公安。卽屬貽累羣衆。責有攸歸。社會不能不對以謀自衛。刑罰所定。卽社會自衛之範圍。而國家之刑罰權。亦於此劃其限界云。

法律者。社會之準則也。社會之關係。錯綜複雜。故法律所規定。不能盡使其整齊畫一。公法之中。未始無私法之規定。私法之中。未始無公法之條文。欲求其各不相淆。不可

得也。是故各項法律。常有廣義狹義之分。形式實質之異。刑法一種。亦復如是。犯罪科罰之文。散見於民商各法令之中者。在實質上言之。固仍不失爲刑罰權行使範圍之規定。故爲廣義之刑法。其國法之別以刑律名者。則爲狹義之刑法。本書所述。屬於是焉。

刑法又有一般刑法。與特別刑法之別。一般刑法。卽狹義之刑法。乃規定國家刑罰權行使之大原則。苟他項律例。定有刑名。而無特別規定者。皆當適用刑法之原則。特別刑法。係指狹義刑法以外之刑罰法規言之。如海陸軍刑法。其最著者也。

同爲處罰之規定。而不容與刑律混淆者。懲戒罰與強制罰是也。其在刑罰。乃審判衙門。對於一定之犯罪。而依法宣告一定之刑罰。除法定之條件範圍外。不容司法者任意出入。而在懲戒罰。則不外維持一種階級關係之秩序。其科罰與否。常可任懲戒官廳之自由裁量。如官吏之懲戒是也。又刑法上之處罰。有一定之時效。而懲戒罰則否。有此二別。故懲戒罰與刑罰。對於同一之行爲。不妨併科。至強制罰。乃爲要求一定之

行爲。或不行爲而設者。如對拒絕証言者之罰金。對違反法庭規則者之處罰。皆其適例。與刑法之性質。迥不相侔者也。

凡國家刑罰權行使之規定。統稱爲刑事法。除狹義之刑法外。有規定執行司法權之職制者。是爲法院編制法。又有規定刑罰權行使之方式次第者。是爲刑事訴訟法。

第二章 刑律之沿革

社會方成立之始。卽有刑法。但彼時固無所謂法典。惟有習慣。以爲凝聚社會羣衆之具。其勢力極大。苟有人焉。違反多數人之習慣。必受多數人之反動作用。以驅之復入於習慣。或因其違反多數人之風俗習慣。多數人遂認爲悖德亂常之倫。而黜之於保護之外。蓋古者常以習慣與道德同義。拉丁語之 *Mores*。具有習慣及良善風俗之義。德語之 *Sitte* 及 *Sittlichkeit*。亦同時具有習慣及道德之義。是其明証。但最初時代。族衆雜居。國家未立。種族之見極深。復仇之風最熾。同族之中。有干犯族人權利者。計其所侵。加以反報。異族之人。有害及本族者。羣起相攻。械鬥不惜。刑法學者。於此有報償時代。

之稱。迨人智稍進。知單純之應報。無裨於既往之損失。遂易復仇爲償金。當時國家之形體已立。若許個人以復仇之權。則殘賊相尋。終不足以維社會之安甯。故以公家之力。禁止復仇甚力。凡有侵害者。計其罪值之重輕。以爲出金之標準。學者於是乃號爲贖罪時代。此時私刑之報復。已易爲公刑之賠償。犯罪及刑罰之思想。漸漸發達。惟公私法尙未區分。以私法上之賠償制度。爲犯罪行爲之損害賠償。刑法民法。猶在混同之中。且方此制初興之時。其利本爲被害者所享有。封建君主。不過收其三分之一。至十二三世紀。贖罪金全部。均爲封建君主所收納。其性質乃變爲審判衙門所徵收之罰金。迨夫社會之程度愈進。貧富之懸絕漸甚。都市之繁昌。與階級之分割。皆足以使金錢刑有不能通行之苦。於是身體刑乃乘時而起。此實時代趨勢使然。不能盡爲當時之當局者罪。矧中世時代。法律混淆。成文羅馬法。與習慣國民法相戰。封建法與國法相戰。復仇法又與公刑法相戰。遂至錯綜紕謬。暴刑百出。有罰犯人負犬於肩者。有以石置於犯人背上。而驅其游行。有繫犯人於木架之上。以供罪人之嘲笑者。

迄於法國大革命之時。刑法猶在此野蠻不道之狀態。福祿特爾曾稱當時之裁判官爲著長袍之野蠻人。Des barbares en robes 誠爲痛切之言。學者因此時刑罰專尙嚴酷。故稱爲威嚇時代。嗣後自由之真理昌明。專制之淫威漸殺。物極必反。事理之常。薄罰慎刑。美風四播。科罪必循乎正文。立法純宗於博愛。學者乃翕然以博愛時代稱之。近今科學昌明。社會之關係益趨複雜。簡單之法條不足御萬變之社會。膚淺之理論不足明繁雜之世情。故必審犯罪之由來。以籌豫防之方。增法官之權力。以靈法律之用。立法定刑。一基於科學之原理。故學者稱爲科學時代。

中國刑律原始甚早。尙書所紀。禮經所裁。猶足以見其條目大概。惟其斐然成章。布爲典則者。實以李悝之法經六編爲始。顧六篇之法。亦非出於偶然造作。殆係取鄭之刑鼎。竹刑。晉之刑鼎。以及當時各國之刑典。混合而成之。六編之名。一曰盜法。二曰賊法。三曰囚法。四曰捕法。五曰雜法。六曰具法。以盜冠前者。罪舉其重。以具法殿後者。古人著述。率以序錄附本書之後。故也。秦時商鞅改李悝之法爲律。漢蕭何先入咸陽。收秦

律令。遂增戶與廡三律。於六法之後。以成九章之律。自是律日漸備。代有因革。惟因具律居中。於義不叶。故魏晉時。易具律爲刑名第一。置之首列。以示統繫之意。後人又惡盜法多言不順之事。不欲置之首篇。故移其次第。唐代長孫無忌等。承高宗之命。定律十一篇。權衡乎輕重之宜。攷據乎新舊之典。體大思精。永垂模範。宋元兩代。大抵因循。明初刑部編類頒行。始分吏戶禮兵刑工六律。而以名例冠首。然編制雖更。內容多仍舊貫。清時少加刪定。仍照舊行。跡其案文。多沿唐代。時移世易。而法制不更。無怪其窒礙難行。有同虛設。而例條如山。莫由遵守也。海通以還。國際交通。法治不昌。外侮益逼。光緒末造。乃有改正刑法之議。三十三年八月。日本岡田氏起草案成。下中央及各省長官分別贊否。附以簽注。法律館因之復加脩改。於宣統元年十二月上奏。經憲政編查館。及宣統二年第一次資政院會議兩次修正。於宣統二年十二月廿五日。裁可軍機大臣之修正案。先行頒布。以備實行。革命既成。共和確立。改良法制。尤爲必要之圖。故大總統取前清所定新刑律。刪其與共和國體相悖之條文。而爲暫行刑律。以資應

用。行之兩年。流弊尙少。雖寬嚴不無可議之處。以視前者歷代相緣。不合時變之法典。誠不可同日而語矣。

第三章 刑法之研究

古代社會幼稚。學術不昌。講學之士。大抵兼攻并治。未嘗有專其心於一種科學者。故在此時之學說。都無足觀。刑法學亦然。迄於十八世紀以後。文化益進。學理日明。刑事法學。乃巍然成一獨立之學。今就時代。表而著之。亦足以覘文治進化之機也。

第一節 上古及中古之學說

古之人未有專治刑律之學者。二三哲學家。雖間有所論列。自今觀之。皆不足值識者之研究。如柏拉圖之言曰。犯罪者。靈魂所生之疾病也。刑罰者。非施之於犯罪。乃對於犯罪所生之病情。而加以治療者也。如其人有治愈之望。則刑罰所以改善其身心。如其人無可救藥。則不得不奪其生命。以爲社會除不良之分子。而對國民樹警誡之例。示亞里士多德爾之意見亦然。羅馬之哲學及法律家色勒咖亦言。刑罰之目的。在於

改善犯罪之人。而威嚇一般國民。故其意不在治已過之惡。而在防將來之害。其他諸子所言大致相類。言既不精。語復不詳。後世之人。無由窺其真旨也。

中古時代。一宗教最盛之時代也。當時士夫。大抵偏重於神學。故其論刑法及刑罰之根據。咸具宗教之意思。迨其後格羅秋斯及霍布士等出。漸爲此學立系統之研究。迄自然法派之哦爾弗及胡斯特爾等。先後發表意見。刑法之理論乃漸熾。進而開近代之學風焉。

第二節 近代之學說

十八世紀之後半。迄十九世紀之末。乃刑法主義研究最盛之時代。其主張各殊。其派別至夥。約略言之如左。

第一 絕對主義

絕對主義者。謂刑罰乃已過犯罪所生之反響。即法律上之結果也。罪生罰隨。如影隨形。其間無特別目的之可言。在此主義中。又分二種。一應報主義。二恢復主義。試分述

之。

(一)應報主義。應報主義中。又分神意應報主義。道德的應報主義。法律的應報主義三種。神意應報主義。斯他爾等倡之。謂犯罪乃違反神意之行爲。刑罰卽犯罪之報應。其說胎胚於宗教家言。以人之信仰爲根源。而未嘗有學術上之根據。道德的應報主義。赫爾巴爾特及蓋爾等倡之。謂犯罪乃違反道德之行爲。刑法卽對之以示應報。所以消除犯罪者之惡行也。刑罰既用以報犯人既往之惡。故其分量。自應與犯罪相合。法律的應報主義。康德及黑格爾等倡之。康氏之言曰。人類乃萬物之靈長。其自身有獨立之目的。非可以供其他目的。爲手段之用者。對於人所加之刑罰。非用以達其他之目的。乃因有犯罪而加懲治。故刑法在法理有絕對強制之力。而在實際又實人類理性之所要求也。刑法之本旨既明。卽知刑罰之標準。在於報復及返償。故謀殺應處死刑。強姦應處宮刑。黑格爾之言曰。犯罪者。蔑却法律者也。刑法者。又對其犯罪而蔑却之者也。故刑罰不可不與犯罪適合。而同其價值。此主義在刑法各主義中。最有

勢力。現在所行之舊派主義。即基礎於是。

(二)恢復主義。此主義以爲用刑罰。足以調和不正行爲所生出之害惡。而恢復之。認刑罰等於賠償。所以消除不正之害惡。其自體毫無苦痛。或害惡之性質。如唯爾克爾之言曰。凡犯罪乃於有形上之損害外。更有無形上之損害。民事裁判所。乃於有形上之損害。加以救濟。刑事裁判所。則於無形上之損害。加以救濟。無形上之損害云者。蔑却法律意思。及其原則之義。其發現有三方面。第一。犯罪者。因犯罪而輕蔑自己。及他人之人格。第二。犯罪乃爲社會作惡例。害法律之威信。而啓人輕視法律之漸。因以害及法律意思。及其原則。而與國家人民。以無形之損害。第三。蔑視因犯罪被害者之權利。而蹂躪之。以生無形之損害。凡此三者。法律均不可無法以回復其損害。即第一改善犯人心意。第二回復因犯罪所破壞之法律威信。第三與被害者以滿足。而慰藉其損害。

第二 相對主義。

此主義謂犯罪非必爲科刑之原因。不過其前提而已。刑罰之原因實在犯罪以外。其目的在於用以威嚇改善。或其他方法。維持法律秩序。而保護吾人之生活利益。苟合於此目的者。卽應科刑。蓋此主義所重者。在將來之利益。非如絕對主義之著眼於過去之事實也。此類主張之中。亦有三種區別。一爲一般豫防主義。二爲特別豫防主義。三爲折衷主義。以下分述之。

(一)一般豫防主義。此主義。以使民衆將來不犯罪爲刑罰之目的。其中又有二說。
(甲)威嚇主義。因對於犯人執行刑罰。而令社會羣衆。知所警惕。因以防將來之犯罪。如就此說。則受刑者。嘗因達刑罰之目的。而被犧牲。

(乙)制心主義。凡人所以犯罪者。不過基於欲爲行爲。或得結果之懸念。故欲防止求達此慾之行爲。宜以一種苦痛。預爲警誡。使知行爲之後。必受痛苦。而其痛苦。又較不達欲望之痛苦爲大。則人心爲痛苦之規定所制。自可弭其惡念於無形。刑律之所以規定刑罰者。其旨卽在於是。將以實行其規定。而收制心之效。是

知規定刑罰之目的。在於威嚇國民。使其不犯。執行刑罰之目的。則在使國民信任刑罰規定之確實。二者之目的既達。則刑法且有教育之功焉。

(二)特別豫防主義。此主義以刑罰之目的。在於對現在犯罪之人。科以刑罰。俾其將來不致再犯。其中亦分二說。

(甲)狹義之豫防主義。格羅兒莽倡之。謂欲保法律之威嚴。必強法律之實力。其力不但須使賠償既往之損害。即將來之危險。亦應豫防。有既遂或未遂之犯罪行為者。即表示其將來更有違法之傾向。將欲排除之。必須使既經犯罪之人。或物理上不能再犯。或示以威嚇。使將來不致復蹈故轍。此主義。為現今一部分之學者實際家所歡迎。現今所行社會刑法學派之主張。即祖述此義者也。

(乙)進善主義。此主義謂用刑罰所以改善犯罪之人。而防止其將來之惡行。國家不特對於幼年者。應盡扶持維護之責。即對成年者。亦尙立於養育者之地位。應以善良之立法行政。以期國民咸進於完善之域。今有人焉。作奸犯科。是即表

示其人無依法律秩序正當生活之能力。在道德上。法律上。即不得爲成熟之人。於是國家對之。自常用懲治指導之法。以改善之。俾得爲良民。以生存於社會。

第三 折衷主義。

此主義乃就上述二大主義中。擇長捨短。或結合二者。而成一個主義者。其中又有種種主張。但就根本觀念分類之。第一以相對主義爲根據之折衷主義。第二以絕對主義爲根據之折衷主義。以絕對主義爲根據。而偏重於應報主義者。總括之爲舊派。以相對主義爲根據。而偏重於特別豫防主義者。總括之爲新派。此兩者即現代所行之學派。下節述之。

第三節 現今之學說

風行於十八世紀之自然法學派。根據於人類之理性。而爲純理之說明。及其衰也。虎哥及薩非尼之歷史派代興。一則注重於自然之理論。一則注意於過去之事實。二者皆有所偏。世乃有執二者之長。以調和其間。而爲法律學之根據。以爲種種之研究。至

於現代。科學益明。哲理日進。學說之主張。較往昔迥異其趣旨。就刑法學言之。亦有二大派。今就足以代表二派之學者所說分述之。

第一 舊派。

舊派之代表者非他。德之比爾克邁爾是也。比氏之言曰。既有國家。卽有法律秩序。故法律秩序之思想。與國家之觀念恰合。犯罪乃破壞法律秩序之行爲。對之而加以應報。以保持法律秩序。固國家之權利。亦國家之義務也。應報之思想。不外善惡相循。出於人心正義之思想。刑罰苟合於正義之應報。則犯罪者。得受教誡救護感化威嚇之益。而法律之威信。爲之恢復。社會之安甯。爲之保護。一般人民。亦因而抑制其惡念。所收之效果。固甚大也。比氏主張應報刑主義之內容有三。(一)無罪責。則無刑罰。(二)罪責充足。則不可不處罰。(三)刑罰應以罪責爲比例。特略叙於左。

(一)無罪責則無刑罰。刑罰之輕重。不可單就犯罪之行爲。或其結果定之。必也察其行爲。與其行爲之意思。二者相合。犯罪之責任乃明。故吾人所主張者。非謂

犯罪者有犯罪之性質。故應處罰。亦非謂犯罪者有犯罪之行爲。故應處罰。乃因其有犯罪之行爲。又有行爲之意思。故加以刑罰也。故吾人所謂罪責。乃合行爲與意思言之。

(二) 罪責充足。則不可不處罰。行爲者。既有破壞法律(刑法)之事實。而於此又有故意或過失。則其罪責已充足。故不可不處罰。

(三) 刑罰應以罪責爲比例。立法者之規定刑罰。裁判官之量定刑罰。均不可不以罪責爲根據。若罪重刑輕。則失之寬。罪輕刑重。則失之嚴。其間應宜注意。

比氏更謂將來之刑法。當採用應報的思想。并舉理由如下。

(一) 應報思想。與法律發達之沿革相合。蓋應報之思想。自古迄今。支配各國之刑法。已不知其幾何年。一旦棄此根深蒂固之基礎。而別尋根據。固天下之至險也。

(二) 應報思想。與國民之法律信仰心相合。蓋一種國民。必有一定之信仰法律。而與國民之信仰相合。則其推行自易。如不相合。則信用不孚。効力必小。所謂法律

之信仰者。即民衆一般之法律的常識之謂。應報之思想。正與國民之信心相符。

(三)應想思想。與人之自然性質相合。蓋善惡相循。人所同認。宗教法律。莫不以此爲根據。其始也。爲外部之準則。其既也。即深入於人心。而成爲一種天性。

此外比氏對於刑法改正。亦有所主張。以促立法者之注意。其要點爲。

(一)採用適合於正義之應報主義。對於犯罪而處罰。應適合於軌乎正義之應報。刑法必如此規定。然後乃可達其目的。

(二)應採用之豫防的精神。立法者應力謀所以豫防犯罪發生之道。與其懲治於事後。曷若豫防於事前。唯於茲有一問題焉。即刑事立法者。應盡力至何等範圍爲止是也。對於此問。應分兩項。一以刑罰本身。豫防犯罪。二刑罰以外之其他處分。豫防犯罪。關於第一項。須知刑罰本身。已有豫防之力。苟其刑罰。與罪責之分量相吻合。則豫防之力益大。緣如此規定。足以制犯罪人決意時之心理也。又立法者因執行應報刑。亦可收豫防犯罪之效。如獨房拘禁。強制勞役。教育教誨。

等法。皆足以收特別豫防。及一般豫防之效。第二項本不屬於刑法範圍。然以刑事裁判官。躬親審理其事。明於案情之真相。易於決定豫防處分之應否使用。又以此事往往侵害人權利自由。故採嚴重之程式。付諸裁判官之裁量。皆所以求簡易而謀實利也。

(三) 刑罰節慎主義。刑罰之規定。切宜簡少。緣禁網牛毛。則常足以損刑罰之威嚴。定之而行。則傷苛刻。定而不行。則失信用。故立法司法之人。對於此點。不可不加意。

以上所敘比氏之主張已明。其他屬於此派之學者。與比氏意見。初無大異。故不再述。惟撮其要指於左。

舊派所主張者。該犯罪之有刑罰。因其有外界之行爲。又有內界之意思。而內界之意思。原於心理作用。或行或止。由行爲者辨識行爲之性質。及結果定之。大凡普通之人。達於相當之年齡。卽有辨別行爲之性質結果。而定其行止之能力。此等能力。乃吾人

經驗所得。而舊派之刑事責任基礎。卽在於此。行爲者必有此智識能力。而後有刑法上及道德上責任之可言。故法律上責任。與道法上責任。實質相符。特其分量有異而已。

第二 新派。

新派中又有種種。概括言之。略分二別。一以刑事人類學爲根據。一以刑事人類學及刑事社會學爲根據。前者曰刑事人類學派。後者曰刑事社會學派。前者由意大利龍卜羅後倡之。後者比利時之天文學者克特勒倡之。龍氏生於千八百三十六年。死於千九百零九年。素以生物學及醫學著名。任意大利脫里諾地方大學之法醫學。及精神病學講席甚久。又久爲監獄之醫生。與犯罪人夙接近。乃根據實驗所得。於千八百六十七年。著犯罪人一分。唱犯罪定型之說。該犯罪人之頭蓋骨。與常人之頭蓋骨不同。更進而研究人之形貌心理。斷定犯罪人。有一定之定型。其性質有由先天所賦者。故曰生來犯人。書中更有犯罪原因論。說明隔世遺傳。及變質之理。根據生物學立論。

頗爲學者所稱道。翕然有實驗派之譽。又論刑罰代用制度。主張根據科學以立豫防犯罪之制度。如節酒救貧。改良警政。提倡德育等類。其說亦有足採者。北歐諸國學者。頗好其說。其高弟費里等。更分犯罪人爲四種。曰生來犯人。謂爲受祖先之遺傳。生而有犯罪之性質。以違法爲正業。視囹圄爲樂土。寡廉鮮恥。不以刑罰爲懼者。其人之體貌。亦有野蠻原始人類之遺觀。如前額之異常傾邪。顎骨之廣大。下顎之突出等類。是也。曰慣習犯人。雖非遺傳所鍾。而出生之後。生活狀態。足以昧其固有之良。或流入浮浪生活。或淪於賣笑生涯。習與性成。遂爲職業犯人。與生來犯人。同爲社會之大害。蓋一爲先天之犯人。一爲後天之犯人也。曰偶成犯人。意志薄弱。不能抵抗外界之引誘。而智識淺鮮。又不能澈所事之利害。如爲貧而盜之類是也。更有自制之力不強。因戀愛妬嫉憤怒。而不能自主。因以犯罪者。皆其類也。曰顛狂犯人。其精神已錯亂。凡瘋痴之類。皆屬此種。對於各犯人之防衛手段。各有不同。如對第一二種犯人。應處無期流刑。或不定期拘禁。置之未開地方。使爲墾植之事業。對第三種之幼年犯。應託之於安

實之農夫。俾受家庭之感化。對成年者。則其情輕者。命以損害賠償。或強制役作。其情重者。或處以拘禁。或實行放逐。對第四種。則送之癲狂院。以治療而隔絕之。至刑事社會學派者。以研究犯罪與社會環象之關係爲目的。始於千八百六十九年克特勒氏。所著社會物理論。以爲犯罪之發生消滅。以及增加減少。莫不受社會之影響。而氣候之寒暖。年歲之豐歉。亦於犯罪極有關係。蓋地候溫和之處。收穫豐饒。衣食不難。則人之情慾必旺。對於生命身體。以及風俗之犯罪較多。土地枯瘠之區。收穫不豐。衣食多缺。則關於財產之罪。最爲習見。試就統計觀之。意大利之殺人罪。十六倍於英國。九倍於比國。五倍於法國。緣意之土地。最宜於農作故也。刑事社會學派。一面略採刑事人類學者之主張。一面略宗刑事社會學者之議論。集合二說。以成一派。以萬國刑法家協會代表之。萬國刑法家協會者。千八百八十九年。由德之里斯特。比之卜領斯。荷之哈麥爾。發起之。三人之中。里氏之說。最爲有力。大意謂犯罪之原因。一面存於行爲者之一身。一面存於犯人所居之社會。此一身之原因有二。一爲犯人先天之性質。二爲

犯人慣習之性質。其社會之原因。則爲物理上經濟上之關係。其於犯人之影響。視其人性質而異。犯人如具有惡癖。雖無社會原因。亦不能無犯罪之發生。反之。則非有重大之社會原因。不能有其事實。是故刑罰者。非對於犯罪行爲所施。乃對其反羣性。卽犯罪所施。將以防將來之再犯。夫刑罰既因人而科。故其輕重大小。不可以罪行之輕重大小爲準。當以犯罪者其人之心意性格特質定之。偶發犯罪。應以刑罰威嚇之。能改善之犯罪者。應以刑罰改善之。不能改善之犯罪者。應以刑罰使其將來不能爲害於社會。以上皆里氏之主張。而新派學者所奉爲圭臬者也。

第四節 結論

古者人文未進。政教不分。國家之元首。卽宗教之宗主。其教典卽爲法律。世界最古之法典。印度之瑪紐法。由於天授。回教之可蘭經。亦其宗之條律也。此時有犯律之人。卽爲違天。故其所受之刑。有同天報。後世應報刑之說。肇端實由於此。中世政教之爭漸熾。基督主義。與日耳曼主義。相持不決。遂使世界混沌黑暗。十八世紀以還。社會漸甯。

學說遂興。進化之說出。而各種科學。爲之面目一新。刑事法學。亦受其影響。以爲犯罪亦社會現象之一。故其撲滅之法。仍不可不溯其社會之原因。以收威嚇改善豫防之効。其說頗多根據。卽由來久遠。根蒂深固之應報刑學說。亦不無受其影響。故今世有二派之爭。然真理爲獨一無二。而著眼則各有不同。二派之說。未始不可相通也。蓋刑法自其靜者觀之。卽爲豫防。自其動者觀之。卽爲應報。僅方面之不同。非實質之有異。柏領格曰。應報二字。表刑法之性質。而不表其目的。目的二字。表其目的。而不表其性質。故今日以應報刑及目的刑之稱。不足以示兩派之差異。因今日之爭點。與康德時代不同。今日無論何派。無不主張有目的之刑罰。又無不注意於實際上之利益及便利也。佛利也佛朗克曰。刑法者。維持社會秩序之方法。而保護個人及社會全體之手段也。此點應報刑派。目的刑派之主張相合。里斯特曰。凡法律皆爲人而存。法律之目的。在於保護人類之生活利益。利益保護者。法律之本體。而目的思想者。法律發生之原動力也。由此觀之。則兩派之意見。實已漸漸接近。不過應報刑主義之學者。謂除合

於正當應報之刑罰外。他無良法。足以改善犯罪之人。而威嚇犯人及他人。使不再犯。以害個人社會之法益。而目的刑主義之學者。則謂刑罰非施於犯罪。乃施於犯人之反羣性。犯罪性。以鎮滅其危險之原素。或減少之。然其以刑法之目的。爲保護人類利益之點。則兩派不稍差。顧其主張。往往溢出刑法範圍以外。如使豫防處分。與刑罰混同之類。而其單注意於犯人之性質。以豫防再犯。尤爲學者所攻擊。謂爲淺陋膚屑。并足以危及人民之權利自由。使法官復蹈專擅之弊。至刑事人類學派所說。訾謬尤多。方其初興。崇拜者頗不少。千八百八十五年。開於羅馬之第一回萬國人類學會議。議決龍氏生來犯罪者之說。爲確實不誣。迨千八百八十九年。開於巴黎之第二次會議。即取消第一次之決議。而否認之。千八百九十二年之第三次會議以後。攻者尤衆。大抵謂犯罪本乎法律。而法律則以時爲變易。故法律上所謂犯罪者之意義。以時代社會而異。如執龍氏之說。則犯罪者出於物質之自然。是強自然之物質。與人爲之法律相合。烏有是理。矧犯罪被捕。爲數極少。執少數犯罪者之形體性質。以概多數同像之

人。而斷其有犯罪之性質。是尤足以危人民之權利。而輕法律之効力。且充龍氏等所主張。則人之犯罪。出於素質。如猛獸毒蛇之具有其質。將使刑法無制定之必要。而道德亦失其價值矣。

綜以上所述觀之。各派之主見。可見一斑。而是非之別。亦可得而言之。今更附數語。以爲本章之結。書曰辟以止辟。又曰刑期於無刑。刑罰爲犯罪預防之手段。固萬無可疑者也。夫國家之加罪於人者。以其觸於法網。加害於法益。然其行也。有意思。其動也。有原因。欲使刑罰無枉無縱。必細察犯罪之責任。而爲適度之應報。其輕重之差。不僅依表面上之過惡以爲斷。則刑法之效用彰。而法律之勸懲立。世道人心。亦隱受其利焉。

第四章 最近刑事立法之趨勢

最近之刑事立法。爲千九百二年之諾威刑法。千九百八年之瑞士刑法準備草案。千九百九年之奧大利刑法準備草案。同年之德國刑法準備草案。與千九百三年之俄國刑法。千九百七年之日本刑法。千九百十一年之改正土耳其刑法。并現行之中華

民國暫行刑律。因近時學說日昌。真理益明。刑法法典。亦與舊時之刑律。多有不同。茲就種種方面。取各國刑律中。最有關係之德奧改正草案與中日兩現行律。比較研究之。亦足以明學理之勢力。而見立法主義之趨向也。

第一節 四國刑法之基礎

統觀四國刑法。大抵以舊派之應報主義為基礎。其新派之主張。不過於無悖於舊派原則之範圍以內。採用之而已。德國刑法準備草案理由書有曰：『草案本不偏於一種學派。一以實際上之需要為主。如強言其主義。則大體以舊派為依歸。至新派所要求。則採其合於時勢之需要。及輿論所共認者用之。』又曰：『刑罰者。對於行為。及與行為相合之責任。而為應報者也。』『適於正義之應報。乃健全之法律感覺所要求者也。』其關於刑罰之量定。亦力斥新派學說之非。如曰：『刑罰量定。如僅以行為者之心意。或人格為主。而於行為之輕重大小。不為注意。即注意。亦置諸心意人格之後。則甚有背於吾人日常生活之見解。而與民衆一般之判斷相背馳。』又曰：『犯罪之心

意不能盡事而能得明確之證明。則欲鎮滅犯罪的心意之犯罪。實際上亦無可能。』其總則第三章題曰責任。於第五十八條有曰。『非有責任之行爲不處罰。』更說明謂『有責任之行爲云者。依故意或過失而行爲者也。』以下第四章復規定行爲當時行爲者爲精神病。精神障礙。或無意識。以致不能爲自由之意思決定。則不處罰云云。皆以舊派爲基礎者也。奧國改正刑法草案理由書有曰。『刑罰者爲保護法律利益。而科之應報。或受之者。認爲應報之害惡是也。』又曰。『刑罰者對於有罪責之行爲科之應報者。因受刑罰之人。與其行爲之結果間。有罪責之主觀聯絡。』(即意思責任)而科之者。乃一般豫防。及特別豫防所要求。以道德爲基礎之刑法。必應以此爲根據。』觀此議論。固純循舊派之主張者也。但其第四十三條第一項中有『刑罰者從行爲者之罪責及危險而量定之。』數語。以罪責與危險並立。不啻自相矛盾。實爲草案之大疵。緣犯罪之中。有極易發生。而不必定有重大之危險。又有其人甚爲危險。而全然無罪者。如狂人之類。若使裁判官同時立於不相關係之立脚點上。以爲判斷。是不

異旅行者之各相背馳。而欲同時達於一地也。至中日兩國刑法之主義。雖立法者無明確之表示。然觀於日本刑法第三十八條。『無犯意之行爲不罰』。又第四十條。『心神喪失者之行爲不罰。心神耗弱者之行爲減輕其刑』。中國刑律第十三條。『非故意之行爲不爲罪。但應以過失論者。不在此限』。第十二條。『精神病人之行爲不爲罪』。以及兩國刑律分則。皆以犯罪行爲爲刑罰之標準。而未嘗從犯罪者之種類。以定刑罰之重輕。是知其仍以應報主義爲基礎也。

第二節 四國刑法與刑事政策

刑事政策者。以犯罪之鎮壓。或減少爲目的之立法政策是也。夫犯罪乃人類共同生活之公敵行爲。其既發也。當鎮壓之。其未發也。當防止之。屬於前者。以刑罰爲本位。凡有犯罪。必有刑罰。屬於後者。以刑罰以外之手段爲主眼。前者曰刑事立法政策。攷究何種犯罰。足以收最良之效果。後者曰刑事社會政策。攷究何種處分。足以減少犯罪之發生。茲述二者之要旨於下。并叙其與四國刑法之關係。

第一 刑事立法政策。

夫政策者。定一定之目的。而爲一定之計畫。以求到達之者也。刑事立法政策。不外研究何種刑法原則。足以鎮壓或減少犯罪。以達其最終之目的而已。其要點如左。

(一) 刑法必須與道德觀念相合。夫法律與道德。雖不相同。然其爲人類行爲之準則則同。道德之觀念。隨時代而異。法律之規定。亦不能亘古無變。顧刑法所以保護人類之利益。而其實質。不可與民衆之信仰相殊。故必道德與法律之觀念相符。而後國民信仰法律之心。乃篤。世道人心。亦間接得維持匡正之利。

(二) 刑法必須有強制實行之力。夫倫理宗教道德。皆所以範圍人類之身心。而保護公共之利益。特人心日詐。空言不足以生威力。故必以刑法之規定。加違法者以相當之懲戒。然後風教賴強制之力。以得扶持。而法律秩序。亦得長保其安甯。

以上二項。皆立法者所極應注意者。攷德國刑法準備草案。分犯罪爲大喪廉恥與否。其大喪廉恥者。處懲役刑。每期或一年以下。否則處拘禁刑。每期或一日以下。懲役刑於獄內或

獄外。服嚴重之強制勞役。著獄囚之衣。食獄囚之食。與外部之交通。受常非之限制。
十五 反之拘禁刑之實質。則在監視受刑者之行狀。及生活狀態。而剝奪其自由。不特
衣食二者。可以任其自由。即勞役亦許其自由選擇。^{十九二}位於此兩刑中間之自由
刑。即禁錮刑是也。禁錮刑本以在獄內服強制勞役。著獄衣。食獄食為原則。然若受刑
者未受喪失國民名譽權之宣告。則仍得服自己之被服。食自己之食物。^{十七}國民名
譽權云者。選舉權。官吏權。受勳權等類之謂。第八十五條又云。『法律上於懲役刑。與
其他自由刑。許選擇者。須確定行為者基於無廉恥之心意而行為。乃能宣告懲役刑。
』凡此規定。皆努力使道德法律。歸於一致。以提倡善良之風教者也。奧國草案亦分
犯罪為大破廉恥與否二別。其甚者處懲役刑。^{每期或一年以下}否則處拘禁刑。^{一月以上或}
蟄居刑。^{一月以上}介乎二者之間者。為禁錮刑。^{三月以上}各刑之執行場所不同。懲役刑
禁錮刑之囚徒。大抵衣獄衣。食獄食。拘禁刑之囚徒。則得自著其衣。自食其食。有時雖
處禁錮之刑。亦得自由衣食。此外草案中。又有剝奪國民名譽權之規定。即使其喪失

官職學位勳章或選舉權等公權是也。凡處死刑者。當然喪失其國民名譽權。處懲役刑者。執行中。及刑期後十年間。亦當然喪失國民名譽權。處六月以上禁錮刑者。其行為如非常粗暴。貪鄙無恥。或懶惰者。刑期間。及刑期後五年間。應受喪失國民名譽權之宣告。綜觀以上所述。要不外扶持國民之道德思想。而獎進其愛惜名譽之心。日本刑法。亦以不罰無責任能力者為原則。將使刑事上責任。與道德上責任相合。但其廢止名譽刑。實為一大缺點。中國刑律。大體固仍以應報主義為基礎者。而從刑之中。定有褫奪公權之刑。其精神。亦與法奧之立法正同。至其分則中。尤於人倫道德三致其意。如第一百八十條。第一百八十三條。第二百九十條。第三百十二條。第三百十四條。第三百十七條。第三百四十條等條所定。其精神所在。固一望而可知之也。

第二 刑事社會政策。

將欲豫防犯罪之發生。必先究犯罪所由至。就其病根所在。一一加以治療。則減少犯罪之目的。自可達到。如對於已經被刑者之保護教誨。使其不致再犯。對於不良少年

之感化救濟。使不終於墮落。對於心神喪失。或心神耗弱之犯罪者。加以保護檢束。皆刑事社會政策之主要事業也。此等處分。名曰保安處分。謂如是則社會之安甯可保也。自其性質言。本非刑罰。惟立法者爲便利計。常定於刑法之中。如德奧草案皆然。日本中國刑法。無具體之規定。今惟就德奧草案所規定者言之。

(一) 德國刑法準備草案所定之刑事社會政策。

(甲) 對幼年犯罪者之保安處分。十八歲以下之幼年者犯罪。其原因若由於教養之不完全。或認爲受教養後即可歸於正軌者。裁判所於此得以強制感化處分。附加於刑罰。或以強制感化處分。代自由刑。六十九條

(乙) 對於特定犯罪者之保安處分。犯法律所特定之犯罪。而其行爲。原於游惰惡勞。必須強之勞動。以歸正軌者。刑罰執行之後。可宣告受刑者於六個月至三年間。收留於勞役場。四十二條

(丙) 對於有酒癖犯人之保安處分。犯罪行爲。確由於嗜酒所致者。裁判所於通

常刑外。宣告以一年以下之期間。不得入飲食店之處分。又如行爲確由中酒精毒者。得宣告至治愈之時止。但不得上收入於酒毒治療院以醫治之。第四十三條

(丁)對於無責任能力之犯罪者之保安處分。行爲之時。爲精神病白痴或無意識。以致不起訴。或起訴而無罪者。或自由意思。大受損害。以致減輕其刑者。爲公安計。如應行監禁者。裁判所得宣告監禁之。

(二)奧國刑法準備草案所定之刑事社會政策。

(甲)對幼年犯罪者之保安處分。因未達相當年齡。致未處罰之幼年者。或因心神之發達未熟。缺欠辨別力。以致未處罰之幼年者。如觀其家庭教養。不能充足。則應付之強制感化。五條
六條

(乙)對精神病者。及酒精中毒者之保安處分。凡以爲應處六月以上之自由刑者。因行爲之時。無責任能力。未受訴追。或受無罪之判決。如認其行狀。或生活狀態。或行爲之性質。有害於風俗。或有一般之危險時。在未治愈之前。應收入於國

立之狂病犯人院。

三十
六條

(丙)對有犯罪危險之心神耗弱者之保安處分。犯該重罪。或六月以上之自由

刑。而受刑者。因行爲當時有繼續之病性。致辨識行爲或決意之力量薄弱。故減輕其刑。其人如有危險於公衆之情形。應於執行刑罰後。收入於國立之保護院。

三十
七條

(丁)對累犯者之保安處分。前以特定之罪。被處二個以上之懲役刑者。自其執

行完畢起。五年內。更犯同種之罪。或其行爲有一般之危險者。刑之執行後。得命入特別之保護院。或監獄中之特別區劃。此處分於裁判當時宣告之。如行刑已畢。無留置之必要者。可逕行釋放。否則即應留置。其期不得過十年。留置後經過三年者。得暫許釋放。或逕予釋放。

三十
八條

(戊)對危險之犯罪者之保安處分。凡犯罪關係於貨幣或財產。及危險於公共。以致處懲役刑者。如將來尙有再犯同種罪名之虞。且此虞認爲以警察監視即

可輕減者。應將行爲之人。付警察監視之。三十
九條

第三節 四國刑法與法官之自由裁量

在昔專擅時代。司法者操立法之大權。輕重以意。高下在心。人民苦之。迨法國革命以後。治罪必本乎法文。司法官無自由伸縮之權。不啻機械。然世局之變幻無窮。案情之曲折不一。法律卽至詳至盡。亦有時而窮。故近今各國刑法。莫不於相當之範圍以內。許法官以自由裁量之權。但使其自由裁量之權過大。則法律之適用無一定。判決之威信不立。而人民之權利。失其保障。將舉十八世紀以來。流無限之血所得『無法律反無刑罰』之原則。歸於無效。故裁量權之廣狹。實爲吾人所常注意。試就德奧兩國之草案觀之。德所採者。爲抽象規定主義。範圍極寬。除刑之加重。須有法定條件外。其他皆有極大自由裁量之餘地。奧所採者。爲具體規定主義。範圍較狹。然兩草案所規定。於犯罪情形。尙不無明確之分別。且於法律中。關於量定刑期之法則。大略載明。以爲自由裁量之標準。若中國日本所定。則更爲漠然。裁判官自由裁量權之廣大。真可

謂達於極點矣。試就四國關於竊盜罪之規定証之。(并參觀後節)

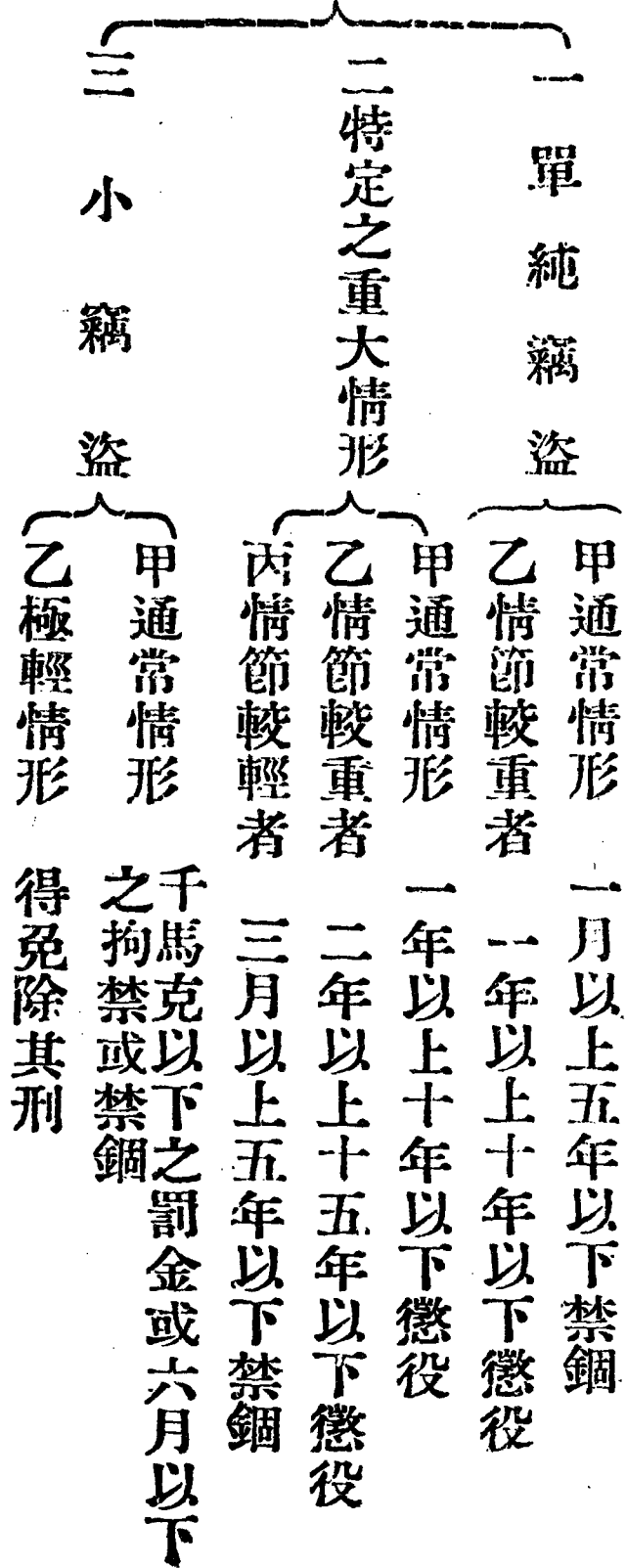
中國對於竊盜罪之刑

- 一初犯五年以下二月以上徒刑
- 二再犯十年以下二月以上徒刑
- 三第三百六十八條情形十年未滿五年以上或五年以下三年以上徒刑

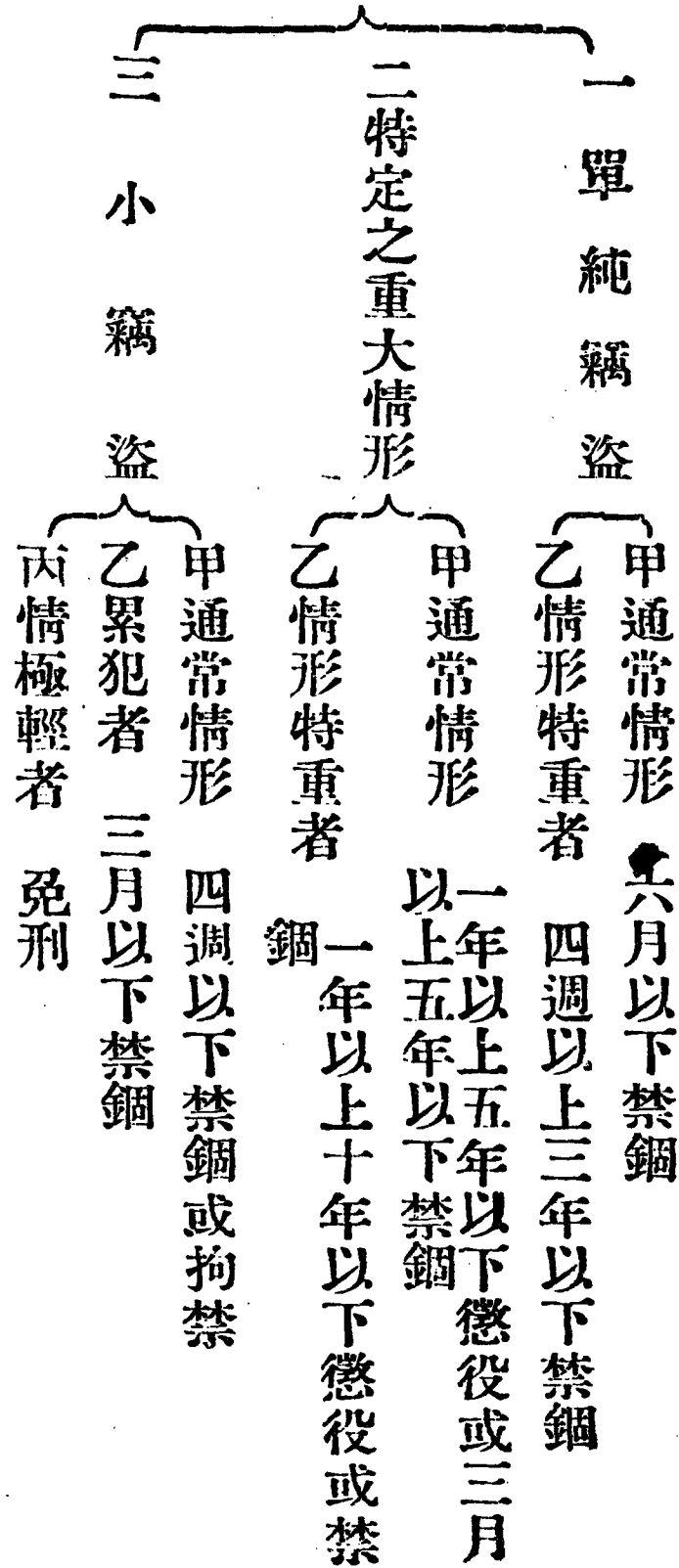
日本對於竊盜罪之刑

- 一初犯一月以上十年以下懲役
- 二再犯一月以上二十年以下懲役

德國案草對於竊盜罪之刑



奧國草案對於竊盜罪之刑



觀以上所論列知吾國刑法所定法官自由裁量之權甚大。其利害如何。特譯比爾克邁爾所提出之六大疑問。以供學者之自由研究。

- 第一。法官自由裁量之權過大。得無與法律之性質。及實質相矛盾乎。
- 第二。法官自由裁量之權過大。得無與法律之確定。及安固相矛盾乎。
- 第三。法官自由裁量之權過大。得無危及國民權利自由之安固乎。
- 第四。法官自由裁量之權過大。將使裁判紛歧。不且甚。失裁判之威信乎。

第五。法官自由裁量之權過大。不將爲與人情相悖之裁判乎。

第六。法官自由裁量之權過大。不將使法官担任不可能之任務乎。

第四節 最近各國刑法對照

欲明刑事立法現在之趨勢。自應就各國刑律比較觀之。茲撮要譯述於下。奧國刑法草案第四十三條。凡刑法當從責任之程度。及犯人危險性之大小以爲定。行爲之性質。犯人之性格。及其智力體力。亦須斟酌。若金錢刑。則尤須酌量其收入多寡以爲衡。數個之主刑中。當科其一者。若犯人累次犯罪。或因異常粗暴之貪慾。不顧廉恥。游手好閒。而犯之罪。當從其最重之刑處斷。

又第四十四條。有左記之事由者。應爲減輕。

一 素行無可指摘者。

二 智能及意力之薄弱。十八歲以上。二十歲未滿之少年。或者者。

三 由於貧困挑發教唆。或甚便利之事由。而犯法者。

四 犯罪之輕微加功。

五 中止及實害危險之輕微者。

六 悔悟。真正之招供。努力排除其損害。或賠償其損害。以及犯罪之後。近於時効完成之期間。品行方正。

第四十五條。有左記之事由者。刑應加重。

一 浮浪。厭勞。前科。

二 犯行之豫謀。教唆。數人共同實行。強欲。及其他可恨之犯由等。

三 介使無能力者之犯行。對於幼年者之教唆。利用幼年者。而使之幫助。

四 責任重大。且實害及危險之重大者。

五 明知被害者之所苦。而加害者。

瑞士刑律草案第四十九條。裁判官對於犯人。當依其責任而加刑。犯罪之原因。與人之經歷。及其身上關係。均須斟酌。

又第五十條。與奧國之第四十四條略同。

第五十三條。法律於一定之情節上。認許裁判官以自由裁量。而減輕刑罰者。其裁判官於法定之刑別及刑量。不受拘束。

第五十四條。一罪而可處懲役或禁錮之刑者。其犯罪若由於犯人之惡癖。則應適用懲役之刑。

第三十一條。屢因犯罪。致被自由刑。而猶犯法不已。或有浮浪厭勞之習癖者。裁判所得送之於拘役場。使其服役。其役要能適於身心。而放免後。易於糊口者。其期間。至少在五年以上。若再入場。則至少須十年以上。

第六十一條。凡犯該一年以下之自由刑。如其人確係初犯。而平日行爲及性格。有不致再犯之望。其犯罪之原因及情狀。亦在可矜原者。裁判所得猶豫其刑之執行。定以二年以上。五年以下之監試期間。如使其肄習職業。指定其一定住所。禁其飲酒等類。本人於此項期間內。若故意犯罪。或受監督官廳之戒告。而仍不遵其指示。則

執行其刑。反之而安分安法。以過其監視期間。則消滅其刑。

德國改正刑法草案十八條。凡犯行之原因。粗野。邪惡。或卑劣者。或認明前科之普通方法。不足以生刑罰之効力者。裁判所得命以加嚴之懲役及禁錮。其加嚴之法。或減少其飲食。或居之惡室。二者并行之亦可。但不得過三日以上。其期間。通計不得過四禮拜。

諾威刑法第六十五條。凡犯數罪之人。若其罪之種類原因。或由犯罪而現出之。犯人心意。足以危及社會羣衆。或個人之生命健康平和者。被告人雖服刑終了之後。於相當之期間中。仍得留之監獄。但不得過本刑期間三倍以上。或十五年以上。

第五章 刑律之解釋

刑法者。人民自由之限制。而國家刑罰權之範圍也。一張一弛。莫不有關係於人民之權利。故方今各國。咸有嚴重之規定。無法律則無刑罰。是爲法定主義之要義。然法律本社會之準繩。而社會則變遷罔極。以有限之條文。不能御無窮之事變。至是而刑法

解釋之問題生焉。

第一節 刑律解釋之基礎

欲明法律解釋之基礎。當先明法律與立法者意思間之區別。所謂法律云者。乃立法者。以法律形式所表示之意思。與立法者之意思本身不同。蓋經法定之程序。以法律形式。議決公布之意思。乃屬於公之性質。對於國民。有完全之拘束力。反之立法者之意思。雖經表示。而未以法律之形式出之者。本無公之性質。自不能有拘束國民之力。是故法律之解釋。首在探究法律自體之真意。因以確定其範圍及內容。比爾邁爾有言。法律之解釋。非解釋立法者意思之謂。乃解釋法律意思之謂。二者固嘗相同。而相異之時亦不少。斯脫斯亦言。解釋之物體。即公布後法律之語言。公布後法律之語言。非即立法者之意思。是知刑律條文意義之解釋。即為刑律解釋之基礎。

第二節 刑律解釋之方法

第一 文理解釋。

文理解釋。即直接解釋法律意義之謂。如法文之意義。明瞭易見。則自從其文義解釋。如意義本已明瞭。猶假解釋之名。以穿鑿附會。則是變更法文。而非解釋法文矣。

第二 論理解釋

法律之解釋。雖應就其使用之文字。以究其規定之範圍及內容。然法文中之文字。未必有確定不動之意義。有時應取制限之解釋。以制限之。有時應取擴張之解釋。以擴張之。當此之時。即須統觀法律條項之全體。以得正確之意義。故以文理解釋所得者。當以論理解釋。驗其當否。必使首尾相貫。脈絡相通。一廣一狹。咸不離乎法文之本位。

第三 沿革解釋

研究法律所以制定之原因。與其制定之歷史。以解釋法文之意思。是為沿革解釋法。此法於證明或補助文理解釋法所得之結果。固有相當之價值。但如與之相反。則是非法律之解釋。直抹殺本文而已。故不可不慎。

第四 裁判解釋

大理院對於特定之事件。法律上所表示之意見。於其事件。有拘束下級法院之效力。除此而外。大理院之意見。不能拘束下級法院。然大理院係最高法院。其所表示。固極有勢力。但大理院單有解釋法律之職權。決無制定法律之職權。自不能取既定之法律而變更之也。

第五 類推解釋

類推解釋。乃探究法律之精神。以適用於類似情形之謂。其意與中國之比附援引正同。方今刑法。皆採用罪刑法定主義。如用類推解釋。則無明文規定者。亦可適用法律。是與立法主義相刺謬。故最近二十世紀之刑事立法。如千九百九年之德國刑法準備草案。同年奧國之刑法準備草案。皆言明禁止類推解釋。以防法官之專擅。德國草案理由書曰。刑罰惟法律上有明白規定者。得科之。習慣法并類推論斷。均應為刑法所排斥云云。此其證也。但刑法所以不許類推解釋者。不外保護人民權利自由之意。如用此種解釋而無害者。仍得用之。例如刑罰免除及減輕之理由。雖用類推論斷。亦

無傷也。與類推解釋相似者。爲應然解釋。略似唐律舉重以明輕。舉輕以明重之類。但其適用亦應以不害於行爲者爲限。

第六章 刑律之効力

刑律之効力云者。卽暫行刑律總則編中法例所規定之強制力也。關於此事。可就左列三點觀察之。

- 一 犯罪之當時。
- 二 犯罪之場所（土地）
- 三 適用刑律之人。

第一節 刑律與時

刑律與時之關係。在暫行刑律第一條一二項規定甚明。今爲之分別解釋如左。

第一 法律之始期及終期。

法律之効力。或發生於公布之日。或發生於公布後一定之期日。至其効力之消滅。或

因於有效期間之滿了。或由於消滅條件之到來。此外則依據立法權之作用。尚有二種之消滅方法。即

(一)明示廢止。即以一種法令。明定他種法令之無効是也。

(二)默示廢止。即由新舊兩法之規定。或互相抵觸。或互相一致。依新法廢舊法之原則。舊法當然歸於消滅之謂。

要之。刑法爲國家法律之一種。故其効力之發生。或消滅時。當然循照法律公例。但此項公例。亦有二種原則。不可不知。試舉於下。

(甲)新舊兩法。有普通特別之分時。此即新舊兩法。性質不同時。如舊法爲普通法。新法爲特別法。或舊法爲刑法。新法爲刑法以外之法律。於此時。則新法之効力。優勝於舊法之効力。

(乙)憲法上之法律。即舊法爲憲法上之法律。新法不得任意廢止。非依法律之形式。不得而動之。

第二 法律不溯既往之原則。

法律者。社會之準則也。社會上關係複雜。故必用種種法律。以維持其權利義務之關係。所謂法律之實施云者。謂法律上所定之事實。一旦發生。則法律上之效果。即同時出現是也。準此以觀。則各種法規之適用。必於在其有效期間內發生之事實爲限。凡事實發生。在有効期間之前後者。除法律上特有明文規定外。概不得漫爲應用。是即謂法律不溯既往之原則。不然社會事實之發生。在昨日所爲爲是。在今日或以爲非。將使社會上各種權利義務之關係。常立於危險之途。陷於不鞏固之境也。

按法律不溯既往之原則。始見於一千七百八十九年法國革命時代之人權宣言書中。後爲諸國刑法所採用。在今日已成爲自然之法理。緣刑法所規定。悉關於國民之生命自由財產名譽。至爲重大。故應遵守此原則。以維持社會上之安全。使今日合法之行爲。至明日不至受刑罰之裁制。比利時刑法第二條云。（無論何種犯罪。非在犯罪以前之法律。定爲犯罪者。不得處刑。）其規定頗爲明晰。我國暫行新刑律第一條

第一項規定亦卽此義也。

第三 其頒行以前未經確定審判者亦適用本律。

此爲刑律第一條第二項前半之規定與各國立法例不相符合。按各國刑法多採比較新舊法從輕處斷主義。如日本刑法第六條（因犯罪後之法律有刑之變更時適用其輕者）其主張此主義之理由約分二說。

（一）佛朗克派 其主張之理由謂科刑之判決乃表明現在社會之法律思想非表明過去社會之法律思想。如新法不論爲罪舊法定爲犯罪或新法論罪而較舊法爲輕是立法者明認舊法不適用於今之社會自應適用較輕之新法爲當。此說未爲無理。惟對於舊法較輕於新法或舊法不論爲罪新法定爲犯罪時則無可自圓其說。

（二）里斯特派 其主張之理由謂此法之所以比較新舊從輕處斷者係出於國家博愛之恩惠立法者忠厚之思想未嘗有精確之法理存乎其間也。此說自歷史上立言其論確有根據惟國家刑罰權行使之目的原欲刑當其罪本非可以漫爲輕重以

市恩惠者。各種法律。既經公布手續。即應遵行。又何能分別輕重。復生滋擾。此我國新刑律所以不採用此種立法例。而自爲合理之規定也。

第四 刑律第一條與第十條之關係。

第十條云。（法律無正條者。不問何種行爲。不爲罪。）此爲刑律上一大原則。始見於法蘭西之人權宣言書。繼爲法蘭西刑法所採用。其刑法第四條云。（不問過失輕罪重罪。其犯在前者。不得處以法律上未定之刑。）因之各國刑法。莫不宗之。以戢當時司法官之淫威。而保人民之權利。迄於近時。其原則已如日月經天。昭然若揭。故最近改正刑法之國。如日本新刑法。德國改正刑法草案。均刪去此等規定。非謂其不適用而刪除。實謂爲法理所當然。毋待明文之規定也。至我國刑律。所以復載此條者。因吾國舊刑律。有比附援引之例。誠恐司法者。復蹈前轍。特示明文。以拘束之。且與第一條規定相互爲用。即法律無正條者。不爲犯罪。此條之法律云者。指犯罪時已頒布之法律。及未經確定審判時所頒布之法律而言。

第五 本律第一條第二項但書之規定。

即（但頒行以前之法律不以爲罪者。不在此限。）數語。若就第一條第一項二項前半規定推論之。自爲當然之結果。茲更以明文示之者。不外立法者鄭重刑憲之至意。而亦博愛主義所要求者也。

第六 由犯罪行爲時法。與判決時法之間。有介在法時。

即由犯罪後。至判決時止。法律屢次變更。其中間頒布之法律。即爲介在法。應比較其輕重。從其輕者。日本刑法第六條。即採用積極說。我國刑法。關於介在法。既無明文規定。且不認介在法之名義。此可由第一條第二項前半規定推知之。此外有當注意者數事。

（一）凡在施行法頒布以前。未經確定審判者。既概從新律處斷。則如該案不服第二審之判決而上告。上告審判衙門。亦應破棄其判決。改從新律處斷。據此有二理由。

（甲）上告審裁判上告事件。應以其判決當時之法律狀態爲標準。故當適用之。

(乙) 法文明稱未經確定審判。故其事件。如當在上告審之理之中。自係未經確定。當然適用新法無疑。

(二) 連續犯。即犯罪行為。跨於前法施行。後法施行兩時代。在各國刑法中。於此頗多爭議。但我國刑律。既無比較新舊法之煩。又有連續犯以一罪論之明文。(刑律第二十八條) 當然依照新律處斷。

民國元年十月十八日。大理院判決新天津報編輯人。上告不服強傅氏告訴損壞名譽一案。可為新法與舊法效力關係之參攷。爰分二項。說明於下。

(甲) 上訴要旨。謂前清報律。不得謂有效。原判有報律為從前施行之法律。顯係違背約法第十六條。應依暫行新刑律第三百六十條規定判決。

(乙) 駁回理由。依據新法勝舊法之原則。新普通法。對於舊特別法。限於規定事項。全然相同者。亦復適用。如舊特別法。係對於特定人之規定。而新普通法。乃係對於普通人而設。則舊特別法。對於特定人。自不能失其効力。報律專為報館編

輯人而設。不能以暫行新刑律有第三百六十條之規定。即指爲舐觸。而失其効力。况照元年三月十號大總統命令觀察。則報律爲從前實施法令之一種。國家并無明文廢止。亦無舐觸國體之處。其當然繼續有效。可以斷言。卒以判決駁回。仍照原判執行。

第二節 刑律與地

關於此事。首應講明者。即刑律之効力。與裁判權。不可不明其區別是也。按裁判權。乃指以其領域爲限。實際上可以行使主權之實力範圍。而刑律之効力。乃指實行裁判權以前事實之範圍。至學者所說。大別爲二。

(一) 世界主義。以犯罪於文明諸國有共通之利害。又爲惡性之表現。制裁犯人。不應此疆彼界。

(二) 屬地主義。屬人主義。均以國家主權之範圍。爲其基礎。

因有此等學說。故法律之關係於外國者。各國設爲共通之規定。或稱爲國際刑法。其

理由如次。

(一) 在外國之本國人犯罪。常視為無處罰之必要。

(二) 雖外國人在外國犯罪。有時亦認為應處罰者。

(三) 凡可以處罰之本國人。外國人。一旦受外國刑罰執行後。亦得免除。或減輕處罰之。

(四) 關於自國領海內之外國商船內犯罪。亦常視為無處罰之必要。

我國刑律之規定刑律與地之關係。在第二條第三條第四條第五條第六條。今分項逐條解釋之。

(一) 有種犯罪。限在於中華民國領土內之行為處罰之。即刑律第二條云。本律於中華民國內犯罪者。不問何人適用之。

其在中華民國外之中華民國船艦內犯罪者。亦同。

解釋此條文。可分數段。

(甲)本條所採之立法主義。按古時國家未成立以前。人民聚族而居。逐水草以爲生活。其時只知有血族思想。凡非我族類。莫不疾視。擯諸團體之外。蓋由於自尊之念太重。以致對於異族。咸生輕視之心。或竟視如仇敵。又古時政教未分時代。信仰各有同異。故保護亦生同異。例如希臘羅馬。各奉祖先。爲共通之宗教。因之法律亦有共通之保護。本國之法律。卽支配本國之人民。初不問其住所。在何處。犯罪在何方也。若非本國之人。不問其犯罪在何地。概斥諸自國法律以外。雖以羅馬當時之文明。外國人猶不能以市民法之保護。另以萬民法維持之。其他各國。更可知矣。此卽現今所謂屬人主義。是其標準大抵因種族宗教關係。而生此結果。迨後社會遞進。種族繁殖。知屬人主義。行使欠當。遂不得不依一定之土地。以補救屬人主義之不足。自此各國立法布令。均以自國疆宇爲主眼。凡在國境以內者。無論種族同異。悉受同一法律之支配。蓋非此不足以保宇內之治安也。此卽現今所謂屬地主義。純然注意於自國人。凡外國人之大奸巨惡。雖明知

其足以擾害內國之安甯秩序。亦無法加以制裁。又如內國人之犯罪。亦往往因犯罪地之不同。而生審判上之困難。若夫屬地主義。雖較屬人主義爲善。然對在外國之行爲。有危害於內國安甯秩序者。則無論內外國人。皆無從加以懲治。是以不能達維持治安之目的。故近代各國。於適用屬地主義之中。間採折衷之法。伸張其刑罰權。於本國以外。凡有害於自國之安甯秩序者。不問其犯人之國籍如何。犯罪之地方若何。概依內國刑法處罰。是由於國際交際頻繁。共通之利害。益加密切。法律大同。保護自己。卽所以保護外人。故不妨伸張法權。以維持世界共通之利益。此卽現今所謂世界主義。又名交利主義。折衷主義。我國新刑律採用。卽世界主義。

(乙)本條與領事裁判權。今各國在於我國。多因條約關係。有領事裁判權。似此條規定。形同虛設。但條約爲一時不得已之所爲。而刑法則爲國家永久之法規。不能因特別之情形。影響於立法之主義。況外國人尙有無國籍者。又有雖有國

籍。而其國與我國。若并無此種條約。則本條規定。仍當然可以適用也。

(丙)本條第二項之解釋。凡刑法行使有效之區域。除國家領土外。依國際公法之原則。國法上領域之觀念。尚包含二種。

(子)領海。領海之範圍。以對於他國之侵害。實際上能以武力防護之區域爲限。普通國際條約。每以從海岸干湖線起三里爲度。紀元一千八百九十五年。法國巴黎萬國國際法協會議決。平時領海區域。從海岸起六里。戰時更可延長。但各國尙未通行也。

(丑)在公海及外國領海。又河川上之民國船艦。國船云者。爲內國國務用船舶之通稱。不僅指軍艦也。

以上二種。刑法上皆視爲國家之領域。故本條第二項特設明文規定之。

(二)有種犯罪。於民國外。不問內外國人之所爲。均得處罰之。卽刑律第三條云。本律於民國外。對於民國左犯列各罪者。不問何人適用之。

一 刪除。

二 第一百〇一條及第一百〇四條之罪（內亂罪）

三 第一百〇八條及第一百十條至第一百十二條之罪（外患罪）

四 第一百二十五條之罪（妨害國交罪）

五 第一百五十三條及第一百五十五條之罪（妨害公務罪）

六 第二百二十九條及第二百三十一條第一項之罪（偽造貨幣罪）

七 第二百三十九條。第二百四十一條。及第二百四十二條之罪（偽造文書印文罪）

八 第四百〇二條。及第四百〇三條之罪（毀棄損壞罪）

夫國際交通頻繁。則國與國之關係益密。國與國關係既密。則共通之利害愈增。如第一百〇一條。及第一百〇四條所規定。爲關係國家之存亡問題。第一百〇八條。及第一百十條。至第一百十二條所規定。爲關係國際上條約之不利問題。及挑釁戰爭。防

害軍事。均係關於中國大局要政者。第一百二十五條所規定。爲干涉國際交誼。第一百五十三條及第一百五十五條所規定。均爲保障公務平穩之執行。第二百二十九條及第二百三十一條第一項所規定。用以保國家經濟之信用。偶被侵害。外國之金融機關。亦往往承其弊害。第二百三十九條。第二百四十一條。及第二百四十二條。亦係保護國家對於人民。及人民對於社會之信用。第四百〇二條及四〇三條所定。卽毀棄損壞財物證書各罪。

右之所列各條。皆因於國家社會之安全。財政之信用。秩序之健全。關係頗巨。故無論何人。在外國犯此種罪者。均不得倖逃法網。免於制裁。

再本條無內外國人之別。在國外犯中國罪者。雖非中國人民。仍不可不依本律處斷。但國家實行刑罰之權。在原則上。僅得限於本國以內。不能於外國之領土上。行使其裁判也。然遇有在內國犯罪。而逃入外國時。或在外國觸犯內國刑法。而故意留滯不歸。其勢不可無救濟之法。所以各國對於此等困難情形。遂設犯罪人交付之通例。試

述以其大略如左。

(甲) 犯人交付時之理由。國際交通日益頻繁。犯罪者動輒逃逸。以鄰邦為逋逃之淵藪。若任鄰邦庇護。則彼此相效。將使國家之法益無以自保。故為自衛以衛人計。國與國間。遂生犯罪人交付之一例。以鎮壓此破壞公共平和之人。於理頗為精當。惟實際上尙未能一律採用。通行盡利。必先有特別條約。如日美條約是。國際上之慣例。至後即由此發生。

(乙) 犯罪人交付之要件。按各國普通所行之制度。犯罪人交付之要件。大略有四。

(子) 犯罪人交付。惟重罪犯能之。若輕罪違警罪之犯人。均無交付之必要。

(丑) 請求交付之國家。須備有處罰其罪人之權能。

(寅) 所犯必為請求國與被請求國。雙方皆應處罰之行爲。且俱未經公訴時效滿期。及刑之期滿免除者。

(卯) 請求國僅限於請求犯人交付所述之犯罪事實。有裁判之權能。凡關於被告之別項犯罪事實。不得裁判之。易詞言之。即所請求時之理由。必與將來所處罰者相合。

(丙) 犯罪人交付之例外。此項例外有二。

(子) 自國人。按德國意大利奧大利比利時和蘭等國。於國法中定明。自國人不交付於外國。此外有見於相互之條約中者。其主張理由。大抵不信用外國之法律。及其裁判官。近時國際協會決議。自國人民。亦一律交付。如英國與亞爾然丁等。即於國法中明定之。又瑞典國於國法中載明。本國人不交付。而其與美國所訂條約。則承認交付。

(丑) 政治犯。按政治犯之意義。最滋爭議。故各國所定之罪人交付條約。皆取列舉主義。以免混淆。至政治犯。各國所以不交付者。以此等犯人。多本於愛國保種之熱誠。因改革政治之舉。致觸法網。故自千八百三十二年比利時國法

規定以來。再經千八百九十二年國際法之會議。已成各國共通之原則。關於外國之政治犯人。認有避難之權利。而比利時及他國多數國法。又從而擴充其範圍。凡常事犯之供政治犯所用。或爲庇護政治犯者。亦不交付。但現今國際情形不同。故對於此等擴張之例。多有特設制限之法者。如千八百七十四年瑞士德國間條約第四條。明定請求交付之處罰行爲。含有政治上之犯罪。概不交付。但涉及謀殺放火文僞造貨幣紙幣之僞造變造等情。不問其是否有政治上之目的。俱爲例外。不得免其交付云。

(丁) 犯罪人交付之程式。此程式須從兩方面觀察。卽請求程式。與交付程式是也。

(子) 關於請求程式。有三主義。

- 一 單爲交付之請求已足。
- 二 必要相當之官署發逮捕狀。

三必要有相當完全之證據。

(丑)關於交付之程式。亦有三主義。

一司法主義。使由裁判所判定其可否交付。

二行政主義。由行政官廳掌理之。

三拆衷主義。由司法行政兩者干與之。

(三)有種犯罪。於民國外。限於民國人民之行爲。應處罰之。即刑律第四條云。本律

於中華民國人民。在中華民國外。犯左列各罪者適用之。

一 第一百十八條。及第一百二十四條之罪。(妨害國交罪)

二 第一百三十三條。及第一百三十五條之罪。(漏洩機務罪)

三 第一百四十條。及第一百四十一條之罪。(瀆職罪)

四 第一百四十四條。及第一百四十八條之罪。(瀆職罪)

五 第一百七十二條之罪。(逮捕監禁人脫逃罪)

六 第二百二十七條之罪（妨害交通罪）

七 第二百二十六條之罪（妨害秩序罪）

八 第二百四十條第一項之罪（偽造文書印文罪）

本條列舉各款規定。皆所以整飭紀綱。爲法治國所應具者。故民國人民。雖在外國。犯有此等罪名。仍應按照本國刑律科罪。至如何行使刑罰權。當依前條所述各法。茲不再贅。

（四）有種犯罪。於民國外。民國人民之行爲。或外國人在民國外。對於民國人民之行爲。處罰之。卽刑律第五條云。本律於中華民國人民。在中華民國外。或外國人在中華民國外。對於中華民國人民。犯左列各罪者。適用之。

一 第百八十一條。及第百八十三條之罪（偽證及誣告罪）

二 第百八十六條。至第一百八十八條。第一百九十二條。及第一百九十三條之罪（放火決水及妨害水利罪）

三 第二百一十一條。至第二百十六條之罪。(妨害交通罪)

四 第二百四十條第二項。第二百四十一條。第二百四十三條。至第二百四十五條之罪。(偽造文書印文罪)

五 第二百五十八條。至第二百六十三條之罪。(褻瀆祀典及發掘墳墓罪)

六 第二百八十三條。至第二百八十七條。及第二百九十一條之罪。(姦非及重婚罪)

七 第三百一十一條。至第三百十四條。及第三百二十條。至第三百二十六條之罪。(殺傷罪)

八 第一百三十四條。第三百三十五條。及第三百三十七條第一項之罪。(墮胎罪)

九 第三百三十九條。及第三百四十條之罪。(遺棄罪)

十 第三百四十四條。至第三百四十六條之罪。(私擅逮捕監禁罪)

十一 第三百四十九條。至第三百五十三條之罪。(略誘及和誘罪)

十二 第三百五十七條至第三百六十一條之罪（妨害安全信用名譽秘密罪）

十三 第三百六十七條至第三百七十七條之罪（竊盜及強盜罪）

十四 第三百八十二條自第三百八十六條之罪（詐欺取財罪）

十五 第三百九十一條至第三百九十三條之罪（侵占罪）

十六 第三百九十七條之罪（贓物罪）

十七 第四百〇四條及第四百〇五條之罪（毀棄損壞罪）

本罪所舉各款。全屬有害人民生命。身體。自由。名譽。財產之罪。爲刑法上最注意保全之法益。故民國人民。在外國犯此等罪。固應按本律處斷。卽外國人民。在外國對於民國人民。犯此等罪。亦必依據本律辦理。所以嚴法度而保人權也。

按法律上所謂外國人者。卽非中華國籍之人是也。故不問其人是何國籍。卽因國籍消極舐觸。致爲無國籍之人。在法律上。亦認爲外國人。

（五）對於外國審判確定後。仍得依本律處罰。或免除減輕者。卽刑律第六條云。凡犯

罪者。雖經外國審判確定後。仍得依本律處斷。但已受其刑之執行。或經免除者。得免除。或減輕本律之刑。欲解釋本條。首宜說明刑法上不再理之原則。方可明瞭此條趣旨。所謂一事不再理云者。即刑事訴訟法上。對於同一被告人。在同一犯罪事實上。不得成立多數訴訟之謂。此原則包含二種事項。

(用)對於一定之被告人。基於一定之犯罪事實。如已審判確定。則對於同一之事件。不得更成立新訴訟關係。蓋因審判確定後。則公訴權當然消滅也。

(乙)對於一定被告人。基於一定之犯罪事實。如公訴已在擊屬之中。則對於同一事件。不得更提起新訴訟。

準此原則觀之。凡已經審判確定者。自不能再起公訴。但在外國所受審判確定者。又當別論。緣現今各國法律。尙未進於大同。見解不免互異。我以為是者。彼或以為非。我以為輕者。彼或以為重。況外國之裁判。乃依據外國之法律。就法理論。亦祇可作為一種事實。不得與民國之裁判。同其効力。是以雖經確定審判後。仍可從事訴追。

本條但書所云。但已受其刑之執行。或免除者。即謂被告人已受外國裁判刑之執行。或得其免除。則司法官本可自由酌量情形。或逕免除其刑。或減輕其應得之罪。此種免除減輕之理由。不外因被告人有可恕之情。或法律上有可宥之理。其裁奪之權。仍操之司法官。非有一定之標準也。

(六)關於刑法與土地之効力。無論犯罪行為。或結果。在民國領域或船艦內者。概以國內犯罪論。此即本律第七條規定。然在法律上。頗有可論者。試分晰述明如左。

(甲)行為與結果。犯罪者。人類行為之一種也。行為者。謂實行人類之意思。而發現於身體之舉動也。結果者。乃外界事態之變更。有時為法律上犯罪之構成要素是也。夫人類之舉動。自其變者觀之。無不生外界之變態。例如口言則聲發。足行則體動。凡意思有所活動。則影響必然發生。惟法律或以結果之發生。為犯行之既遂。如殺人罪之『死』。是為殺人既遂之特徵。或以實行之終結。即為犯行之已遂。如偽證罪。一經偽證。即為成立。前者稱曰實質犯。後者稱曰形式犯。

自純理上言之。天下無無結果之行爲。惟結果是否行爲之要素。關於此點。約有三說。

(子)謂行爲必有結果。無結果不得爲行爲。此論如指廣義之結果。固甚符合。若指狹義之結果。(狹義之結果云者。犯罪既遂時。不可缺之外界影響也)則有時不能貫徹。

(丑)謂行爲云者。指意思發動。及伴此發動所生之中間影響言之。不包括狹義之結果在內。

(寅)謂行爲之要素。惟意思發動而已。由此發動所生之影響。不過於其行爲處罪之有無輕重相聯。非在行爲本義之中也。然行爲既係意思發動。則其犯意中。固已含有結果之豫見。其意思與結果之間。自不能不有因果關係。存乎其間。若竟謂凡有犯罪。皆須合行爲與結果而後成立。是亦一隅之見。未可目爲確切之論也。

(乙)行爲之時與地。行爲之時與地。因有所謂間隔犯者。而生此問題。間隔犯云者。動作或結果。有時與地之間隔是也。例如犯者自民國之境。鎗斃俄國境內之人。是爲地之間隔犯。又如甲殺乙。隔數日而乙死。是爲時之間隔犯。據此情形。法律上亦頗滋議論。其說約有三。

(子)以意思實行爲標準說。此說以實行意思發動之時與地。爲犯罪之時與地。伯領克比亦克邁爾佛朗克里斯特等。與其他國際私法學者。皆主張之。

(丑)以結果爲唯一之標準說。此說黑伯爾林諾伊邁爾氏主張之。謂行爲之特質。因結果而定。如殺人之罪。必以被害者之死亡。而後可定其性質。故犯罪之時與地。當以其事實爲根據決定之。斯說有一變體。卽以最近之違法結果。爲標準之說者。是如傷害致死罪。以致命傷發生之時與地。爲殺人犯之時與地。其被害者死亡之時與地。非所問也。

(寅)以意思實行及結果。均作標準說。此說冰定克等主張之。德國裁判所日

本大審院判例。刑事訴訟法學者。皆主張此論。

統觀以上三說。除第一說尙無非難外。其第二第三說。均不無流弊。而尤以第二說爲最謬。蓋果據斯說。則結果發生之時。猶爲犯罪之時。例如行爲者以毒藥害人之際。尙爲無責任能力者。迨其人服之致死之時。忽爲有責任能力者。依責任能力而論。本不負責任。按之此說。則又不免有罪。是其不合者一。又如以結果爲標準。則有時在意思實行之會。本無處罰之規定。而在結果發生之時。忽有成罪之文。使人負責任於其意思發動之終結以後。此其不合者二。况結果二字。非有一定之義解。統稱曰結果。則中間之結果。與最後之結果。又易惹起糾紛。此不合者三。至第三說。所謂以意思實行及結果均作標準說。則明有不適用於國際私法之弊。故就法理言。仍以意思實行爲標準說爲當。其以結果地爲犯罪地者。不過爲便利計耳。

(丙)本條之趣旨。本條稱犯罪之行爲。或其結果。有一在中華民國領域或船艦內者。以在中華民國犯罪論。據理由書所載。行爲與結果。並屬犯罪成立之要件。

故行爲之地。結果之地。并認爲犯罪地。此說與吾所主張不同。吾人主張本條之趣旨。一在強固國家刑罰之權。一在謀司法上之便利。參觀刑事訴訟法草案第十二條云。以犯罪地或犯人所在地爲斷一語。更可知矣。

(七)因國際上成例。則不適用本律。即本律第八條云。第二條第三條第五條及第六條之規定。若因國際上有成例。而不適用者。仍依成例。

國際上成例云者。即國際條約及習慣之謂。夫刑律乃國內公法。其效力自不能變更。國際條約及習慣。緣此二者。皆所以範圍國際間之關係。其效力自較國內法爲廣。本條之制限。有及於全體刑法者。有限於一定之犯罪事件者。其例已詳叙理由書中。茲不縷述。惟就領事裁判權言之。領事裁判權。遠起於屬人主義之時代。而發達於土耳其。緣由近代各國文明益進。法制改良。而土耳其則故步自封。依然守舊。各國人不欲以文明之族。從野蠻之法。遂由各國派遣領事。以裁判居留民之訴訟事件。然在昔土耳其之領事裁判權。其觀念正與此時相反。其時土人抱屬人主義。故外人居留於土

耳其者。遂自派領事。審判自國居留人民。首與土耳其結領事裁判之約者。爲法國。時在一千五百二十八年。次爲英國（一千五百八十年）再次爲奧國（一千七百三十年）中國昔因法制不良。各國因條約之結果。於上海設立領事裁判。英於一千八百四十三年。法國於一千八百四十四年。俄國於一千八百五十一年。先後締結此約。均迫於一時不得已之辦法。要非常制也。

按千九會十年美國監獄會議。有關於刑法效力之決議。茲譯錄如下。

問題。本國人在外國犯罪。經外國法院定罪。如逃回本國。是否應照外國所定之罪辦理。

議決。一本國人在外國犯罪。經外國法院判決。如逃回本國。應照外國所定之罪名辦理。惟仍由本國法院。按照本國刑法。判令施行。

二 外國人在外國犯罪。經外國法院定罪。如逃至第三國。亦可由第三國法院。按律辦理。

三 凡犯人經法庭判定後。如逃出境外。無論至何國。其原判皆有效力。

四 各國須立約訂明。如此國所定罪名。他國必須認可。如此國欲知犯人一切案情。求他國詳查者。他國必盡情相告。

五 應設立萬國法律事務所。綜理各國通行法律。及審判與偵察事宜。以上五條。國事犯不在其內。

六 凡犯人經法庭認許暫釋後。無論至何國。皆當認其有暫釋之自由。以上第二條第五條第六條。應俟下次會議時。決定作為萬國通法。

第三節 刑律與人

夫一國之刑法。從原則觀察。凡在其國國境以內。對於內外國人。均有適用之效力。然有例外。即限於特種之人。不受此刑律之適用者。今分別詳列於左。

(一) 基於國內法上之原則。不受此刑律之支配者。

(甲) 大總統。大總統為一國之行政元首。一切行為。不受刑法上之責任。若刑法

對於大總統。而生效力。則失尊崇之體制。但在自己國內。有反叛之行爲者。仍受刑法上之制裁。卽臨時約法第四十一條所載者是也。

(乙)參衆兩院議員。於院內之言論。及表決。對於院外不負責任。卽臨時約法第二十五條所載。凡人民誹毀及侮辱官吏。皆受刑法上之處罰。至參議院之參議員。關於院內之言論國事。及表決意見時。雖有誹毀及侮辱之行爲。亦不受刑法上之制裁。但其中有二注意之點。

(子)言論必在院內。如出院外。以演說或發印新聞雜誌。誹毀及侮辱他人者。仍依一般之法律處分之。

(丑)必於表決意見時。若非表決意見。而誹毀他人。及毆打他人者。仍與普通人同受其處分。

(二)基於國際法上之原則。不受此刑律之支配者。

(甲)外國之君主大統領。與其家族。及非內國人之從者。外國之君主大統領。不

受刑律上之制裁。卽其家族。與其從者。皆與君主大統領有親切之關係。故亦不受其制裁。但從者必要非內國人。若係內國人。則不在此限。

(乙)受承認之外國交際官。與其家族。及非內國人之從者。領事乃爲經濟上之關係而設之官。故凡對於外交官所享有之權利。領事不能當然享有。但不受駐在國刑法上之制裁。則與外交官無異。此權利多由於條約上發生者。

(丙)經承認入境之外國軍艦及軍隊。凡外國之軍艦軍隊入國境者。皆有治外法權。不受刑法上之制裁。卽其軍人有犯罪者。刑律亦不能對之生效力。

刑
律
原
論

第二編 犯罪論

第一章 總論

第一節 犯罪之界說

大凡學問之道。定義爲難。蓋同爲一物。而方面各殊。同治一學。而觀察各異。見仁見智。意旨遂不無齟齬。犯罪之定義亦然。自其爲社會現象之點觀之。則當從社會學。明其界說。自其爲法律現象之點觀之。則當本法律學。究其意義。況社會之進化無窮。法學之宗派各派。必欲別黑白而定一尊。其事殆爲事理此不許。今姑就社會法律兩方面。通行之學說。而釋其義各下。

第一 社會現象之犯罪。

自社會現象言之。犯罪者。侵害共同生活之行爲也。夫社會之對於犯罪。以時代地方。異其思想。彼野蠻蒙昧之邦。視殺人劫物。爲勇士之行。而文化發達之國。則認爲作奸犯科之事。蓋其人之觀念異也。今世殺死嬰兒。遺棄子女之舉。皆法律此不宥。而希臘

羅馬之時。則從未加以干涉。中古之德國法。於盜卽有強竊之分。強盜者。卽公然加以暴力。而掠奪財物之義。其事流行於當世豪族之間。在於法律裁制之外。其後人文益進。共同生活之條件益嚴。犯罪之種類。乃益加增矣。

夫犯罪爲社會現象之一種。故隨社會之進化。以爲變遷。而國體政體。民族心理。亦與有莫大之關係。譬如國重神權。則嚴瀆神之誅。國重商業。則重詐欺之罰。專制國多不敬之條。工業國有勞働之法。是其明証也。

第二 法律現象之犯罪。

自法律現象言之。犯罪者。受國家刑罰制裁之有責不正行爲也。古者法治未昌。公家之制裁。與私人之賠償。皆混合不分。迨後以民事之制裁。不足維持社會之秩序。遂更以刑罰保護之。公私之界既明。犯罪之義愈見。惟所謂犯罪。決非干犯刑律之某條。實乃違反刑律條文所生之大原則。例如不可殺人。不可劫物。皆刑律之大原則也。如有
人犯暫行新刑律第三百一十一條。或第三百七十條之罰。則其條文所定。與犯罪之事

實同化。而犯者所爲者。卽爲違反刑法上之大原則。以其行爲適與條文相當。故應受刑罰。顧所謂不正行爲。其義甚廣。凡違反法律之行爲。皆可以此稱之。惟此處所謂不正行爲。卽舐觸刑法上原則之意。茲本其義。定研究犯罪論之次序。首論犯罪之主體。所以明犯罪所由出。次論行爲。以究犯罪之本體。顧人之行止語默。無不可謂爲行爲。其中有不足以生法律上之效果者。如飲食起居之日常生活。皆無關於他人之權義。是以不得生法律上之效果。此書所謂之行爲。乃僅限於違犯刑律原則之舉動。故違法之義。不可以不講。人之行爲。既違法矣。又不可無負責之能力。故責任問題。亦不可闕而不述。然以上所云。皆犯罪之成立要素也。若就其發現之狀態言之。則有未遂。既遂。正犯加功。一罪數罪之別。亦分章述之。

第二節 犯罪之分類

第一 成文法上之分類

昔在中世。德國分犯罪行爲爲重事輕事兩種。重事科以頸及手之刑事罰。輕事科以

皮及髮及民事罰。十七世紀以還。犯罪三分之說漸盛。於重罪之中。更分極重罪。千七百六十八年之奧大利刑法。千七百五十一年之貝葉倫國刑法。皆採用之。但自文學革新時代以還。學者所唱之三分說。與此大異。其說於警察犯外。以對於生命自由等自然之權利而刑之者。爲重罪。對於國法所創設之權利而刑之者。爲輕罪。千七百九十一年之德國刑法。依刑罰之重輕。爲重罪輕罪違警罪之別。卽原於此等學說。而裁判之官府。訴訟之程式。均緣之以有三種區別。自是以後。三分主義。多爲各國所採用。如德俄等國。及日本舊刑法。皆仿之。近世學者。以三分之法。有種種不當。如（一）犯罪三分。與裁判官府之分類。不能一致。緣刑律有加重減輕之條。重罪可以變爲輕罪。輕罪可以變爲違警。然既經一裁判所之受理。卽決不因變輕而易其管轄。（二）犯罪三分。與歷史之成例不符。因希臘羅馬之古法。以犯罪行爲之重輕。區別公私之罪別。凡直接對於國民之公共利益犯罪。且其所損害較損害個人利益爲大。則爲公罪。發生公訴權。可以加以刑罰。其直接對於個人利益犯罪者。爲私罪。發生私訴權。可以請求

賠償。前者如謀叛罪。後者如詐欺取財罪。迨後波及於法國古法。亦用二分之一之法。大罪以檢事起訴。小罪以私人請求。今改爲三分。實與成例相舐觸。(二)犯罪三分。與刑罰之種類。亦不一致。如徒刑一種。各罪多適用之。故漫爲分別。實不衷乎學理。因有以上反對之說。於是最近瑞士刑法草案。丹麥刑法。日本新刑法。中國新刑律。皆決然廢之。凡應罰之行爲。通稱之曰犯罪。

第二 犯罪本體之分類

自行爲之性質上言之。犯罪可分爲行政犯。及刑事犯。行政犯者。有生危險之虞。或違反公共之秩序。(警察犯)及其他僅爲強制特定之行爲。而科刑之犯罪是也。刑事犯云者。其犯罪之實質。爲實害及危險是也。

自犯罪成立上言之。犯罪可分爲即成犯。及續行犯。即成犯者。犯罪一達既遂。其狀態即即時消滅。其以後之事實。與犯罪無與。如犯竊盜罪時。但行竊得財。即爲既遂。其後之占有贓物。不必計也。續行犯者。犯罪之既遂條件。完備之後。其犯罪狀態。猶然存在。

如不法監禁。僭用服飾等罪之類。即成犯。於既遂之時間。起算時效。續行犯。則須犯罪狀態終止之時。方能起算。

自被害法益言之。犯罪可分爲國事犯。非國事犯。國事犯者。刑律第二編第二三章所規定之罪。其他之犯罪。悉爲非國事犯。

自犯罪之訴追條件言之。又有親告罪。與非親告罪之別。蓋事或有關於名節。涉及於陰私。國家不當強爲干涉。致彰穢惡。故猥褻姦淫等罪。必待告訴而後理。其有親告權者。被害之人而外。通姦罪則本夫。其他之罪。則被害人之法定代理人亦有之。

自犯罪之發覺上言之。發覺於現在實行。或現在實行完止之際者。爲現行犯。反之則爲非現行犯。此外尚有作爲犯。不作爲犯。故意犯。過失犯。未遂犯。既遂犯之別。均當於以下各章詳述之。

第二章 犯罪之成立

第一節 主體

犯罪者。行爲也。行爲之主體爲人。人有自然人。集合人兩種。自然人之犯罪者。不能盡受刑罰。必其有責任能力。及責任意思。方可科罪。此節當於第四節詳敘之。至集合人者。通稱爲法人。謂其人格爲法律此認定者也。學者稱爲法人擬制說。薩菲尼等倡之。以爲權利之本質。不外意思之力。非有意思之力。不得有權利能力。然意思之力。惟自自然人類有之。故惟自然人。得爲權利之主體。其非自然人。而爲權利主體者。蓋出於法律上之假想。故以法人稱之。但所謂人格者。本法律上之所想。易言之。得爲權利義務之主體能力是也。人之能生活行動。乃自然之事實。而人格則仍爲法律所副。非由自然而來也。由此言之。自然人亦爲法人。故德國基爾克不用常用之法人二字。而代以集合人。冀免誤解之弊。

夫多數之人。合爲一體。蓋人類生活之自然現象。在近世團體事業發達之時。尤無足奇。此等團體。既離其各組織分子。而成獨立之機體。爲特別之生存。則亦屬自然之事。實與個人之生活無異。個人爲法律上之人格者。既非出於擬制。集合人爲法律上之

人格者。又何擬制之可云。且也古代之法律。如佛郎克法。盎克羅薩克遜法。日耳曼法。其法之單位。咸在集合體。而不在個人。宗族部落。咸連帶而有保持平和共守秩序之責任。中古之宗教法。亦往往認共同責任之原則。一千六百七十年法國之刑事勅令。明認市町村及其他團體。可爲犯罪之主體。現今美國紐育刑法第十三條。亦定明凡法人有應處僅能加於自然人之禁錮刑者。其犯輕罪。得以五百元以下。其犯重罪。得以五千以下之罰金刑處之。加里否而尼亞之刑法第二十六條。亦認各種法人與自然人。同具犯罪能力。其法當禁錮刑之時。亦得如紐育刑法。以罰金刑處之。其他各國之立法。雖多否認法人之犯罪能力。然學說一般。大都以紐育及加州刑法之規定爲正當。緣近自德國渥脫基爾克氏精研團體人格性質以來。集合人之本質益明。而社會心理學之進步。亦足證明法人實在說之不誣。夫集合人。既非出於擬制。則其有犯罪能力也。固無可疑。

按中國新刑律於法人之有無犯罪能力。未有明文。惟民律草案第六十三條云。法人

於其機關行職務之際。所加於他人之損害。任賠償之責。又刑事訴訟律草案第五十四條云。法人犯罪。以代表人爲被告代理人。就者二條觀之。法人之有責任能力。將爲中國法律所認許。新刑律缺焉未裁。誠憾事也。

第二節 行爲

犯罪者。行爲也。行爲者。實行人類之意思。而發之於身體之動靜也。無意思發動。則無行爲。有行爲。乃得爲犯罪。意思不罰。乃文明國家之通典。腹誹之罪。專制時代之惡法也。夫意思發動。既爲行爲之要素。故行止之出於外部。不可抗拒之強制者。不得爲行爲。如睡眠中之動靜感覺。神經刺激之動靜。及由他人之強制而爲者。皆不得視爲行爲。行爲有兩種。爲一行。一爲不行。前者稱爲積極的行爲。後者稱爲消極的行爲。以下分敘之。

第一 行爲。

行爲云者。任意惹起外界變更之動作是也。故動作乃外界變更之原因。外界變更。卽動作之效果。夫人之一舉一動。自其變者觀之。無不有結果。口之言也。聲爲之發。足之行也。身爲之動。天地之間。蓋無無結果之行爲也。顧法律有以一定之結果。爲犯罪之成分者。其行爲與結果之間。必有原因結果之關係。學者所謂因果連絡是也。故因果連絡之思想。乃法律上之思想。而非事實上之思想。且所謂關係。乃指身體之外部的運動。與外界之變更言之。其動作之意思。與此絕無關係。緣故意過失之責任。乃屬主觀。而結果之原因條件。則屬客觀也。

生影響者爲因。其影響者爲果。以此爲言。固無疑義。但何者爲因。何者爲果。此其理則至不易言。今有人焉。設筵招客。客有醉者。戲弄手鎗。誤觸機關。彈出傷人。移時遂死。死者家貧。其子無養。遂盜其隣之金。此例之因果所在。殊難斷言。以是見因果之連絡。實渾然漠然。無始無終。必須於相當之處。分斷之。於是乎限界問題生焉。學者論因果連絡者正多。其說各異。略述於左。

(一)原因說。此說謂各項條件不能盡爲原因。其爲結果之原因者。須條件中之具有特定之性質。如於其結果有直接之關係。或有最有力之作用。或係最後加入。要之不外於各條件中。取其一項。付與特別之性質。使爲結果之原因。然各種條件對於結果。咸有同等之價值。性質上不能強爲區別。故近時有條件說之發生。

(二)條件說。條件本來之性質。卽惹起結果之發生者是也。其性質原無此區別。故條件實爲結果之共同原因。德意志帝國裁判所。及學者里斯特布里等之意見。皆係如此。試就此說明其結果。

(甲) 結果不單以身體之動作而發生。若非在動作當時。有一定之狀態。或動作之以後。有一定之事情。則結果不能發生者。兩者之間。亦有因果連絡。例如傷雖非致命。而被害者當時。身體衰弱不支。以致死亡。又如創傷之人。入院醫治。病院火起。其人死亡。以上二種創傷。皆負傷者死亡之原因也。

(乙) 結果不單以身體之動作而發生。若非於此時。或其後。參加他人之共同行

爲。則結果不能發生者。兩者之間。亦有因果連絡。故因果連絡之成立。不以第三者之過失。爲共同原因。或被受害者有不注意之舉動。而受障礙。例如醫師之誤醫。被害者之不急治。皆不足阻因果連絡也。

(丙) 卽無身體之動作。亦足發生現在之結果者。其間不得有因果連絡。例如負致命傷者。在未死之時。被雷擊死。又如負致命傷之水夫。在未死以前。忽起暴風。以致舟翻溺斃者。創傷與死亡之間。均不得有因果之關係。

(丁) 凡新原因之進行。由於前動作之引起者。前之身體動作。與結果之間。仍有因果之關係。例如負傷之水夫。因負傷之故。失其御舟之能力。以致舟覆溺死者。其創傷與溺死。卽有因果連絡。

夫作爲者。惹起結果之積極條件也。故就法律上觀察。固得認爲對於結果之原因。就物質上觀察。亦得認因果之關係。但法律關係。與自然關係。不必盡要相同。法律學者。遂有於物質上因果關係之責任。就相當之原因。而制限之。是曰相當原因說。如甲毆

乙。其傷甚輕。決不至死。因乙不。善養生之故。至於死亡。則甲之毆打。不得爲乙死之原因。然若乙爲弱小之幼童。或衰老之病夫。雖傷輕。仍至於死。則甲不能不負毆打之責也。

凡因果之連絡。往往因他人行爲之介入。而致中斷。如甲某積薪置油。意在焚燒人之房屋。乙某知之。(非共犯)因而加火。以致焚燒。此事甲之積薪置油。固爲乙某放火之原因。但積薪置油以後之行爲。乃出於乙。故甲僅能受放火未遂之罪。而既遂之罪。當由乙任之。被害者故意之行爲。亦生同樣之結果。例如受創傷之被害者。意圖自殺。故使傷處流血過多。以致死亡。則創傷行爲。與死亡之因果連絡。因是中斷。

第二 不行爲。

不行爲即消極之行爲。任意不爲身體之運動是也。其間有二別。一爲不當爲而爲。是曰違反禁制。一爲當爲而不爲。是曰違反命令。前者所謂不純正不作爲犯。後者所謂純正不作爲犯。母不育其子。而致子死。是不純正不作爲犯也。鐵路信號手。不報警信。

而致車翻。是純正不作爲犯也。

不純正不作爲。有無因果連絡。此實學者爭議之所。吾謂能防止結果之發生。而不妨止之者。苟無不作爲。則結果不至發生之時。理論上亦不可謂無因果之關係。反之。卽有不作爲。仍無影響於其結果之發生。則二者之間。不生因果連絡。例如多數人協力而殺一人。警官目擊不救。如此時警官雖加救助。仍不免結果之發生。則其間無因果關係。然若一切之不作爲。莫不認爲法律上之犯罪。而處罰之。則覺失之過廣。故應以法律上之義務爲條件。無此義務者。不得爲處罰之目的物。而其義務須（一）刑法或其他法規所明示默示之義務。（二）由以前行爲所生之違法結果。其行爲者。應有防止之義務時。

純正不作爲犯云者。違背國家之命令。而不爲其所要求之動作是也。其犯罪之成立。以結果之不發生爲條件。故關於此種犯罪。無攷究其行爲結果間因果關係有無之必要。

第三節 違法

國家之命令。多不勝數。然自其形式上觀之。不外命令與禁止。自其實質上言之。皆不外保護個人。或共同生活利益之範圍。故有侵害法益。即爲違反法律。刑法上之犯罪行爲者。亦違法之行爲也。但法律有僅據有侵害法益之危險爲理由而科罪者。以其有結果發生之可能也。亦有雖有侵害法益之行爲。而法律上或視爲權利。或置之不問者。如正當防衛緊急狀態權利行爲是也。以下分述之。

第一 正當防衛

凡爲排除自己。或他人現受之不法侵害而行使之必要防禦手段。即爲正當防衛。蓋人不能坐受目前之危害而不禦。亦不能坐視他人之急難而不救。故正當防衛之舉。無論何時何國。大都視爲適法之行爲。羅馬法文中。有認許以腕力抗拒身體生命之加害者。德國古代法中。亦認復仇殺人之權。中世之末。意大利法學。及德意志民族之法律書中。於正當防衛之思想。述之頗詳。十一世紀之末。正當防禦之條。昭然揭於法

典總則之中。中國自唐律。定夜無故入人家主人登時殺者勿論之文。歷代因之。亦足爲認許正當防禦之一端。羅馬希瑟羅謂此爲自然法。而非成文法。洵非虛語。以違法爲適法。乃法律之特典。其制限自不得不嚴。故正當防衛權之原因。必須具左之要件。

(一) 違法之侵害。此種侵害。須出於積極之行爲。故無論對於不純正不作爲。抑純正不作爲。均不得有正當防衛。至其侵害之性質。但爲違法之攻擊已足。不須定爲犯罪行爲。故對於正當官吏之舉職。及親師之懲戒。不得有正當防衛。然於此更有當注意者。

(甲) 正當防衛。乃一種權利。故對此等權利行爲。更不得有正當防衛。

(乙) 雖爲一種權利之行使。若一旦超過其限度。而成違法。則對之可行正當防衛。

(丙) 君主大統領外國公使之類。有國法上不得處罰之身分者。其所爲之違法

攻擊亦可對之行正當防衛。緣此等特別身分。但能爲不受處罰之原因。不能并其行爲之違法性質而排去也。

(丁) 攻擊之是否違法。當依客觀之判定。不可憑攻擊者之意定之。故如攻擊者誤認違法爲適法。而加攻擊。則對之亦可行正當防衛。

(戊) 攻擊者雖爲刑事上無責任能力之人。對之亦可行正當防衛。故對十二歲未滿之人。及精神病人之行爲。皆可行使此權。

(己) 緊急不正之侵害。雖由於防衛者不正行爲所挑動。而所謂緊急防衛。仍屬正當。以私人之復仇。非法律所許。仍不免爲不正侵害。卽不得剝奪被侵害者之防禦權也。

(二) 現存之侵害。此種侵害。必須爲現在急迫之侵害。故對於過去及未來之侵害。無正當防衛。但若防衛之設備。雖設於攻擊以前。而其作用。須顯於攻擊之當時。不至超過程度者。仍爲正當防衛。如防備盜賊而設之自發槍鈎足器之類。

防衛須具左列條件。

(一) 須對於侵害者本身。不得對第三者爲之。
(二) 不得出必要之限度以外。其必要之限度。當依侵害手段之緩烈定之。與法益之輕重無關。

(三) 防衛不啻可施於自己法益之保護。於緊急之時。并可施以保護他人之法益。防衛若超乎必要限度之外。仍爲不法行爲。但此時往往出於行爲者之憤激。或驚愕。故法律上規定得減本刑一等至三等。

正當防衛。在刑事固無責任。在民事亦無損害賠償之責。如中國民律草案第三百十三條云。對於現時違法之攻擊。爲防禦自己。或他人所必要之行爲。不爲違法行爲。正可以與新刑律第十五條對照觀之也。

第二 緊急避難。

凡法益瀕於危險。舍侵害他人之法益外。別無救助之時。謂爲緊急狀態。其性質蓋爲

利害衝突之一種。犧牲他人之權利。以直接保持自己之權利者也。故與正當防衛有別。正當防衛者。以防衛被侵害法益。或回復之爲目的者也。

緊急狀態思想之發達。較遲於正當防衛。古代惟認生命與生命相持之際。爲緊急狀態。現代各國刑法。始通認避不能抗拒之危難強制。而有不得已之行爲者爲無罪。其成立條件如左。

(一)現在之危難強制。例如甲乙二人。同遇海難。皆有溺死之懼。互爭能坐一人之木板。以致溺死一人。及乙避甲之殺害。不得已而撞仆瀕死之丙。致其死亡之類。皆爲危難。蓋出於天災。或偶然之事變也。又如甲脅迫乙。使殺丙。不殺則奪其生命。乙無奈。因而殺丙之類。卽強制也。

(二)加害行爲須出於避難之不以己者。人情固不能舍己徇人。亦不應可己不已。故加害之行爲。必須出於不得已。

(三)加害行爲。不得超過所避害之程度。其間輕重之判斷。係爲承審官之責。但於

避難行爲者之地位。境遇。理想。及其他一身之情形。須加參酌。至被害之法益。各國刑法。大抵規定爲救濟自己。或他人之生命。身體。自由。名譽。財產。而中國所刑律。則未有制限。是凡各種法益之危難。皆可行使此項權利。如所加損害過於所避之損害。得減本刑一等至三等論罪。

由於以上緊急狀態所爲之避難行爲。法律無例外之規定。故對於君主。大統領。外國公使。及自身之尊屬親爲之。亦不爲違法。但法律上所以不罰緊急避難之行爲者。爲其有責任能力之被難者。不能豫期其危難。而豫爲避害之舉。故苟值風濤汹駭之時。明知必至失事。而竟駛行。以致覆舟。因而損害他人之法益。以避其難之類。不得藉口緊急避難以免責也。

緊急行爲。民律中亦有之。試觀民律草案第三百十四條。由不屬於己之物。生有急迫之危險。因避自己或他人之危險。將該物破壞。或毀損者。其行爲以避險所必要。并未逾危險之程度爲限。不爲違法行爲。但危險之發生。行爲人有責任者。負損害賠償之

責。其觀念與刑法正同。

凡業務上有特別之義務者。不許爲避難行爲。例如警察官役。軍人。船長等。於行使職務之時。生出危難。不得希圖退避。而害他之法益。設有侵害。則構成罪名。

第三 權利行爲。

(一) 法定或正當業務之行爲。

(甲) 職務行爲。凡職務行爲。在於規定之義務範圍內者。不爲違法。如強制履行。家宅搜索。拘致被告。以及基於確定判決之行刑之類是也。官吏公吏。依其上官。權限內之命令而行者。亦不爲違法。但命令者。有時可論爲間接之實行正犯。

(二) 特權行爲。於特別權利範圍內之行爲。不爲違法。如親之於子。師之於弟。行其正當之懲戒權。以及傳染病者之隔離。精神病者之監置。與夫刑事訴訟法上。逮捕現行犯人之類。

(丙) 業務及正當行爲。正當業務之執行。及不背於公共秩序。及善良風俗習慣。

之行爲。不爲罪。如醫生之刀術。拳師之角力等類。

(二) 被害者承諾之行爲。加害行爲爲被害者所承諾者。如受人之託。以毀其物之類。不得爲違法。但其所害之法益。須僅關於個人。而不害及公共。且須承認者於承認之時。必有健全之精神。真實之表意。故小兒及精神病者等之承認。及戲謔之表示。均不在此例。

(三) 自己救助。按民律草案第三百十五條規定。有種行爲。不及受官署援助。并非於其時爲之。則請求權不得實行。或其實行。顯有困難者。卽不爲違法行爲。刑法上雖無此規定。但是等有利於被告之事。不必爲嚴格之解釋。亦可認爲權利行爲之一種。

(四) 自己毀損。自己承諾。尙可爲不違法之原因。自己毀損。自亦應當無罪。但以法律上許有自行處分之權能者爲限。譬如其事有關於公共之利害。則本人不得自行毀損。以致害及他人也。

第四節 責任

犯罪者。有責之違法行爲也。責任二字。自其外言之。則釋爲法律制裁。或義務之意。自其內言之。則釋爲犯者受制裁所必需之一身的條件。卽責任能力。意思能力之通稱也。近世各國刑法。莫不以責任爲犯罪成立之要素。然其由來。則至爲久遠。略述梗概。亦可覘刑法進化之次第。古代羅馬法。於未成年之竊盜。依法科斷。無所輕減。時亦無倡反對之說者。繼而受希臘學說之影響。始知注重犯罪意思之有無。故後世之羅馬法。及寺院法。皆主張七歲未滿爲無罪。滿七歲以上。未及成年（羅馬法男十四歲女十二歲爲成丁）者。有犯則核其責任能力之有無以定罪。中世後半之薩克遜法律。對於幼者。不加刑事罰。卡兒五世帝之刑事裁判所法。第六十四條。定明少年（十四歲以下）之竊盜。非有特別之原因。不加死刑。近世立法之大多數。皆循此見解。惟其限度則各殊。瘋癲者之無罪規定。最初亦見於羅馬法。不幸運命章中。後世仿之。若日耳曼法。則於偶然之結果。亦負以責任。不似羅馬法之以本人犯意爲犯罪之要件也。中國周代。年七十以上。及未鬻者。不爲奴。唐律載七十以上。十五以下。及廢疾。犯流

罪以下收贖。八十以上。十歲以下。及篤疾。犯叛逆殺人應死者。上請。犯盜及傷人者。收贖。餘皆勿論。九十以上。七歲以下。雖死罪。不加刑。後世相承。列於憲典。刑賞忠厚之意。炳若日星。惟叛逆有家族連坐之誅。子犯有家長受責之律。不重犯意。不明責任。非文明刑法所宜有也。

責任能力與責任意思。皆犯罪之精神要素。有能力而無意思。不爲犯罪。有意思而無能力。亦不爲犯罪。必二者併存。然後成違法之行爲。茲分別詳述之。

第一 責任能力

責任能力之根本意義。爲方今學問界之大問題。法學者。社會學者。心理學者。醫學者。皆勞其心智。各倡主見。以爲解決。然終無至當之說。今就新舊學說。傳以私見。略述於左。

依舊派之言。以是非之辨別。及意思之自由。爲責任能力之要素。以爲人類達於相當之年齡。其智力。卽足以辨識其行爲之性質。及結果。依自己意思之力。約制其身。以自

由擇其心之欲所爲而爲之。故對於自己之犯罪。當負責任。是所謂刑事責任者。不外道德上責任之結果。而行爲不出於自由意思者。不生責任。刑法卽不得爲犯罪。德國刑法。實採此理。新派之學者。則謂自由意思之說。爲悖於事實。以爲吾人之意思。不能脫物理上及社會上之牽制。體質性格。出於生理及心理之遺傳。竊盜邪淫。由於境遇及風俗之不善。此其理爲心理學。生理學。社會學。統計學所明示。而無可疑。故刑事責任。不得謂爲道德責任之結果。但人類之共同生活。有利益。有秩序。使其中之分子。對於社會有侵害。或危險之行爲。則社會爲防衛計。不得不有以報其既行之惡。而止其未來之害。卽使認爲犯罪。出於本能。社會仍不可不自行防衛。譬如雷電。本出自然。而社會上仍有避雷針之設備。凡社會反動之度量。依犯者反羣性之程度。以爲等差。不必問其自由意思之有無也。是謂社會上責任。由舊說則以意思自由爲根基。由新說則以意思有定爲本據。此本既差。故所說似爲冰炭之不相容者。夫自哲學上言之。意思有定之說。幾已成鐵案之不可移。而自法律學上言之。則二說之極端。皆不可採。綠

學問之道。各有際限。意思之有定無定。頗類鬼神有無之爭。實爲一種之信仰。不可以法學之知識。妄爲論斷。且卽以哲學家言。主有定者。固派別各殊。主無定者。亦主旨各異。吾人惟能擇其與刑法之本旨相合者。主張之。不能越其所研究之本體。而爲確定之判語也。夫人之生也。苟其意識清明。精神成熟。則對於犯罪之誘引。足有正則反動之能力。何去何從。咸有相當之自由。其意力之強弱。卽可判其人格之高下。故各個人之自我自發之意識作用。卽其責任之所由發生。而其意思智能之有障礙者。其反動作用。亦往往逸出常軌。譬如數齡之兒童。精神之患者。其意識作用。自不可與正則狀態以人比擬。且同爲一人。平居獨處。則謹言慎行。合羣雜作。則常爲粗暴。蓋獨居之時。自覺其行爲之自由。自知其責任之有在。自能依其行爲之主旨。而爲動作。迨爲羣衆之一部時。則其人格混同一體。各個人頗不覺其自由。而責任之思想自薄。單獨之時。所不能爲者。此時往往爲之。無他。其意識作用有變故也。

夫果如有定論者所言。人類之行爲。不異機械之動作。則道德之善惡。失其價值。而法

律之是非。墮其信仰。故必採意思相對自由之說。而後人類可以自加警發。益強其意思之力。以與犯罪之誘引相搏。反抗之力愈強。則自由之信益堅。責任之觀念亦更厚。人心世道。咸受其利。固不僅學說上之確有真價也。

凡判斷精神狀態發達。及健全之程度。須就精神作用之全體觀之。精神作用。不外智情意三種。依五官之作用。而知覺理解。判斷外界之事物者。智也。對於事物。興快不快之感者。情也。因一定之動機。或抑制一定之動機。而決定行止之力者。意也。三者之一。有非常之異狀。則其他之作用。亦被影響而生障礙。但精神障礙之有無。乃醫學上之思想。故有無輕重。屬於醫家鑑定之範圍。至其為心神喪失。抑為心神耗弱。則當由裁判官認定。不得委之醫生。蓋不如是。則有罪無罪之裁判。移於醫生之手。而刑事裁判之根本危矣。

夫既惟精神在正則狀態者。始有責任能力。故精神未健全。以及精神病者。均無責任能力。新刑律第十一條云。凡未滿十二歲人之行爲。不爲罪。但因其情節。得施以感化

教育。第十二條云。精神病人之行爲。不爲罪。但因其情節。得施以監禁處分。以上感化教育。及監禁處分。本爲一種行致處分。所以規定於刑律中者。爲其便利而已。

今尙有一事。應爲吾人所研究者。卽精神病之意義是也。往者羅馬法中。對於癡呆愚鈍。強激之感動等。皆認爲無能力之原因。酒醉中之所爲。論以過失。及宗教法盛行。於妄覺狂癡呆等。亦認爲無能力之原因。其後至中世。哲學神學家。視精神病爲罪業之果報。所以遇之者甚苛。迨十七世紀以還。犯罪之研究。漸重主觀之方面。責任能力之觀念。亦漸確實。然理論與實際。尙多不一致。迄於十九世紀。責任能力之問題。實際上無大勢力。康德至謂犯罪人之精神狀態。當由哲學家鑑定。而不可由醫家鑑定之。嗣入十九世紀以後。醫學家咖爾。倡犯罪之精神病學的防衛。格羅莽就悖德狂立論。至是法意志各邦之法典中。殆無不有精神病者無能力。及低減責任能力之規定。至最近七八十年。此學益盛。鑑定益多。精神病之意義。乃稍稍確定。通謂精神病者。腦髓之疾病也。凡動物益爲高等。則精神作用益複雜。而腦髓之廣袤亦增。其中之一定部位。

如有障礙。則足以惹起運動。麻痺。理解力喪失等等現象。至精神病之種類甚多。其詳當就精神病學專書研究之。

第二 意思責任。

行爲者既有責任能力矣。使其無意思責任。亦不得爲有責。但欲明意思責任。當先明意思之意義。自心理學上言之。意思乃吾人精神作用中之一種現象。精神作用始於感覺。由感覺而爲知覺。更成爲觀念。經感情作用。而成意思。以決意之形式。發動於外界。據近今心理學家言。意思之成立。以遠因爲必要。故無遠因者。無意思。亦無行爲。遠因者。物界心界關係之所由生也。但刑法上所謂意思。與心理上之意思。又有不同。刑法上之意思云者。犯罪成立所必須之意思狀態是也。其別有二。卽故意及過失二種。以下分述之。

(一) 犯意。 犯意卽新刑律第十三條所謂故意之義。學者或謂犯意須含目的之思想在內。必意圖一定結果之發生。然後可認爲犯意。譬如致人於死者。如無致死之目

的。不得爲故意。是謂希望主義。或謂不必其有結果發生之目的。但使有犯罪事實之豫見。已足成立故意。故豫見足以惹起結果之事實關係者。卽爲故意。所謂犯罪事實。指犯罪構成事實。暨刑罰加重之事實言之。是謂觀念主義。希望主義。與心理學上所解意思之觀念相同。但刑法之犯罪普通構成條件。不必定須達到犯人固有之目的。例如爲奪其妻而殺人者。不問其奪妻之目的。是否達到。皆以殺人既遂論罪。緣法律上之要件。已以犯人之行爲充滿之。法律固未嘗以犯人固有之目的。爲犯罪成立之條件。是知法律所採用者。係觀念主義。非希望主義。然刑法有以一定之目的。爲犯罪之特別要素者。不在此限。如新刑律第一百八十二條。第二百三十一條等類。載明意圖字樣者。法律上須有一定之目的。乃成犯意。

犯意之成立。以事實之認識爲要件。違法之知覺。與之毫無關絲。故本不違法。而以爲違法。或本屬違法。而以爲不違法者。俱與行爲者無利害之關絲。新刑律第十三條云。『不知法令。不得爲非故意。』卽是此義。但違法之要件。有爲法律所特定者。此時之

犯意。即於事實之認識以外。包括違法之知覺在內。如新刑律第一百四十六條。及第三百零七條等條所定之類。

就以上所述觀之。可以定犯意之意義。爲故意云者。犯罪構成條件之認識是也。

(二)過失。過失者。結果之發生。當豫見(義務)且能豫見(能力)而不豫見之謂也。但過失之處罰。須有有意之行爲。及違法結果之發生。然過失之本質。在於不注意。而注意能力之有無大小。則依各人之智慮經歷而異。故裁判官於此。不可不審。

通例過失不生刑事責任。但刑法有特定之明文者。不在其限。

第三 餘論。

(一)責任能力。與責任意思。除同爲犯罪精神上之要素外。無特別之關係。責任能力之存在。無關於犯意過失之有無。犯意過失。亦無關於責任能力之存否。

(二)刑法通例。雖以意思責任。爲犯罪成立之要件。但傷害致死。強姦致死之類。結果重於犯意之目的者。不在此例。且此項犯罪。亦不問其有無過失。但依其發生之結果。

處斷。

(三)心神喪失。出於其人之有心自取者。不在無責任能力之例。如有意殺人。醉酒壯膽之類。不得以心神喪失中之行爲。而圖倖免。

(四)犯罪事實之認識。爲犯意之要素。故此事實與認識之間。若有齟齬。則不得爲犯意。法律認識之錯誤。亦與有關係。事實上之錯誤。卽有其事而幻覺爲無者。或無其事而幻覺爲有者。內中有屬於法定之事實者。卽犯罪構成要件。及刑罰加重事實。誤認之謂。例如誤認人爲猿猴之類。常阻犯意之成立。又有屬於具體事實者。例如信乙爲甲。及本欲死甲而死乙之類。苟其法律上之價值相等。仍不妨礙其犯意之成立。但新刑律第十三條第三項第三款云。所犯重於犯人所知。或相等者。從其所知。所犯輕於犯人所知者。從其所犯。學者應當注意。至法律上之錯誤。卽法令之不知。或誤解之義。不得妨礙犯意之成立。但因其情節。得減本刑一等或二等。

(五)學說上於故意之種類。分爲二別。(一)確定之故意。卽事實之認定。明白確定也。

(一)不確定之故意。即事實之認識。不確實是也。其中又有三別。(一)爲概括之故意。如犯人偶然殺人羣中之一人。或暗中取室中之一物。既無獨特之認識。又無確定之標的。是也。(二)爲擇一之故意。對於多數之事實。認識一定事實之存在。或發生之謂。如豫見一人之死。而對數人放鎗之類。(三)爲未必之故意。即行爲者。不能確知其實。或結果之發生。僅豫見其可以發生而已。如誘引不深諳水性之人游泳之類。以上種種區別。雖非法律上所規定。然頗有關於刑之量定。故略述之。再有當注意者。即過失與未必之故意。二者相似。而實不同是也。在未必之故意。犯人於其所爲之結果。本知其或可發生。而姑妄爲之。以冀倖免於萬一。是其心固已承認其結果。在過失。則犯人自未承認其結果。而其責任。即在能承認而未承認之一點。

(六)刑法上非應罰之行爲。不爲犯罪。故無受刑能力者。無犯罪能力。二者有不可分之關係。

(七)責任能力。須存於實行行爲之時。

第三章 犯罪之狀態

第一節 既遂及未遂

自法律上觀察。犯罪行爲。可分爲數段。首爲犯意之表示。不得爲罪。惟特種之犯罪。法律有罰其陰謀者。卽數人對於一定之犯罪。定計設謀之謂。如新刑律第一百零三條。第一百十五條。第一百三十條。第三百二十九條。有明文規定者。乃在法律制裁之列。其次卽豫備籌畫犯罪之進行。而未至於實行者。除有特定明文外。通常亦不處罰。緣其行爲與犯罪之關係。至難論定。例如雖爲兇器。而可以購以自衛。可以用之狩獵。不能斷其爲殺人而購買也。次乎豫備之行爲。卽爲着手。着手卽開始實行犯罪之義。其與豫備實行之間。分界甚爲不易。例如數人協同。決意犯竊盜罪。準備扶梯。小鉤。鐵器。入夜以一人把風。餘人互相連絡。通信報告。終乃踰越牆垣。凡此行爲。孰爲着手。孰爲豫備。殊不能確爲分割。要當就各種犯罪。定其界限而已。

犯罪之既遂云者。犯罪構成要件之完成也。犯罪之構成要件。以犯罪之性質定之。有

時以結果之發生爲必要。學者稱曰實質犯。如殺人罪之死。亦有以實行之終結。卽爲既遂者。學者稱曰形式犯。如偽証罪之偽証。一經表示。罪卽告成。不問其有無結果也。未遂犯者。犯罪成立條件全部或一部已實行。而結果未至者也。其要件如左。

(一)必着手犯罪之實行。實行者。犯罪成立要件之意思活動本體也。著手者。實行之開始也。

(二)結果之不至。有實行終結。而結果不生者。謂曰既行未遂。有實行未完。故結果不生者。謂曰著手未遂。要其結果之不生。出於意外之障礙。而非出於犯人之本意。所謂意外之障礙者。凡對於犯罪之成立。有通常可以妨害之性質者。皆足以當之。例如犯人聞警吏之足音而逃走之類。此警吏之足音。常可以妨害犯行。故得認爲意外障礙。

不行犯。亦有未遂罪否。學者多謂純正不行犯。其性質上無未遂罪。而不純正不行犯。則常有既行未遂。而不得有著手未遂。譬如鐵路看守人。見軌道中有岩石。而有意不

移。以冀火車翻覆者。在火車未過以前。他人代之移去。則不得爲不行之未遂罪。因在火車未到以前。看守人尙不失其妨止結果之機會也。反之火車超過岩石。安然無事。則實行未遂之罪。於茲成立。

凡犯罪因故意犯無意之重結果發生。而加重者。亦無未遂罪。其基本行爲未遂。而重結果發生時。當作加重罪之既遂犯。例如強姦婦女。著手未遂之時。婦人被壓身死者。尙依強姦致死之既遂處斷。

按新刑律第十七條第三項。未遂犯得減既遂犯之刑一等或二等。然法律上何以須罰未遂犯。此實十九世紀學者聚訟之所。攷古代羅馬法中。未有關於未遂犯之規定。立法者不過對於私法上有實害之行爲。始處罰之。中古之德意志法。亦少關於未遂犯之學說。然有時於特種犯罪之未遂。亦加以懲罰。所以免社會之危害。中古之意大利學者。謂既遂未遂之間。學理上必有差別。其說影響於裁判例。以是有遠著手。近著手。最近著手之分。法國千六百七十年之刑事勅令中。無未遂犯之規定。千七百九十

一年之刑法。始有所規定。然未之詳也。迄千八百十年之刑法第二條。乃確認意大利學者所主張。而明揭於條文。其文曰。可以爲罪之未遂犯云者。以犯人之意外。或偶然之事情。而缺効力。或中止之實行著手是也。但法國之主義。以未遂犯與既遂犯并論。此係過於注重犯人意思所致。夫未遂犯之所以可罰者。因其犯意既已具備。事實又係違法。雖無結果之發生。法律仍不可竟置不問。然結果未見。究與已見者有別。故我刑律。規定得減既遂之刑一等或二等。許裁判官以自由裁量之權。卽所以求法律與事實之兩得其平也。

按犯罪有間接實行者。指利用他人以爲實行行爲是也。例如對於看護婦。不告以毒藥之實。而使誤信爲良劑。以之進於病人之類。此時其實行之終始。應以被利用者之行爲爲標準。不得以利用者之行爲爲判斷。

第二節 中止犯不能犯

中止犯者。未遂犯罪之一種。犯人既著手實行。而以己意中止。或自行防止其目的結

果之發生是也。凡僅停止其所爲。不爲中止。但犯者若一時中止其實行。而仍有再行於異日之故意者。亦不妨爲中止犯。且其決意中止之原因。或出於恐懼。或出於嫌厭。或出於悔悟。在法律上皆無關係。

中止犯常見於著手未遂。但既行未遂之時。亦有之。例如欲毒殺人。既下毒之後。更服以消毒之藥。遂未致死之類。

中止犯之中止行爲。於所中止之犯罪性質。非有所變更。故正犯者之中止。與他之共同正犯。或教唆犯從犯之刑罰無關係。蓋是等人於刑罰減免原因之中止行爲。初無干涉也。但教唆及從犯等。自身獨立。或協同正犯者。妨止結果發生。則彼等自亦在可以論爲中止之列。

犯罪之手段或結果。觸犯他之罪名者。其手段之犯罪行爲。如成既遂。而其結果之犯罪行爲。爲任意中止之時。仍應照刑律第二十六條規定辦理。

中止犯不處罰之律。羅馬法中已早有之。卡兒五世刑事裁判所法第一百七十八條。亦

認此律。德國普通法。於中止犯。有免刑減刑之例。各國相承。遂多以不罰中止犯爲原則。緣自法律上言之。犯罪要件不全。法無制裁。自政策上言之。犯人有悔悟之心理。理宜獎勉也。但我國刑律第十八條規定。得免除或減輕本刑。其減免與否。仍由法官酌核情形處辦之。

不能犯者。犯罪之目的及手段。不能發生結果之謂也。此問題。發端於羅馬時代。勒拉邱斯及蓬頗紐斯。主張處罰。而烏而此安奴斯及保而斯。主張無罪。但彼等所研究。不過隨事論斷。未嘗涉及一般也。其爲詳細之研究。下全局之論斷者。實自否而巴哈氏始。否氏而後。德有米特邁爾。費勒爾等。承其緒餘。分不能爲目的上之不能。手段上之不能。二者之中。又別爲絕對相對之分。如以無爲有。以死爲生者。目的上之絕對不能也。以糖毒人。以酒墮胎者。手段上之絕對不能也。人不在室。而以爲在室。開鎗擊之者。目的上之相對不能也。所用實係毒藥。而因事失其毒性者。手段上之相對不能也。相對云者。實有不能之性質。因事妨阻。致成不能之謂也。此等區別。深爲學者所稱許。至

近時里斯特卜領斯等始倡反對之說。以相對絕對之分。不足爲罪否之標準。或注重犯人之意思。意思果在於犯法。不能犯亦在所必刑（卜氏一派）或注重行爲之危險。結果若近於可生。不能犯亦視爲未遂（里氏一派）二說皆各有勢力。而卜氏之言。尤爲新派學者所樂道。但此問題。在立法上。各國各有不同。法國刑法。及屬於法系之比意等國刑法。皆無明文。其作未遂罪處斷與否。一任學者之解釋。惟近來其裁判所。多採卜氏一派學說。諾威刑法規定。苟目的存在。不問妨碍實行之障害如何。悉以未遂罪論。英國墮胎罪之特別法。規定對於無妊之婦。行墮胎手段者。仍應處罪。貝葉倫等德意志各邦刑法。以手段或目的之不能。爲法律上減刑之理由。德意志帝國。於千八百八十年五月廿四日。聯合刑事部。宣言絕對不能犯亦當處罪。是年六月十日。處罰對於死兒之殺人未遂。千八百八十三年三月三十日。認無妊婦人之墮胎未遂罪。以是見卜氏犯人意之說。確有勢力。吾國刑律。於不能犯亦認爲未遂罪。無相對絕對之分。緣吾國刑律之處罰未遂罪。本重在主觀主義故也。

第三節 正犯及加功

以原因之理言之。凡於結果之發生。有原因之關係者。其間不應有等差。故科罰之異。僅應於同一刑罰範圍之內。加以斟酌。方爲合理。但中國自唐律以來。卽定明諸共犯罪者。以造意爲首。隨從者減一等。造意云者。首事設謀之謂也。隨從云者。同惡相濟。聽從造意者之指揮。隨之用力之謂也。又規定九十以上。七歲以下。雖死罪。不加刑。其有人教令。坐其教令者。歐洲古代羅馬法。於實行者。加入者。指揮者。分担者。常處以同一之罪。其後特別訴訟方式成立。法官地位。益得自由。故於正犯加擔之間。分別判理。德國中世。於教唆者。多處以正犯同一之刑。而從犯之科。則或同或減。各罪不一。至近代。二者之性質。確然明白。故各國刑法。莫不明定首從之別。然最近之立法。則又有廢止二者區別之傾向。如德國千八百九十五年七月廿八日之奴隸略取法。凡關與以略取奴隸爲目的之計畫者。皆處同一之刑。千八百九十七年六月九日之海外渡航法。第四十五條及第四十八條第二項。亦有同一之規定。蓋自千八百七十五年。諾威新

刑法起草者格質氏著共犯論。攻擊歷來正犯加功。輕重異罰之制。以來。學者靡然向風。立法上之傾向亦一變。千九百二年五月廿二日制定。千九百五年正月一日實施之諾威新刑法。即採用氏之意見。定爲明文。於共犯者間。以不分刑之輕重爲原則。英美法。素亦不認正犯加擔輕重異刑之制。北美各州。於教唆從犯。皆視爲正犯。加以同一之刑。英國法認教唆從犯爲事前之從犯。然其處罰。則與正犯無別。

正犯者自己直接下手。或利用無責任能力。或無犯意者。以實行犯罪行爲者也。教唆者。教使有責任能力之人。實行犯罪者也。從犯者。幫助他人。使易於實行其犯罪者也。新刑律於實行犯罪之行爲者。稱爲正犯。於實施犯罪行爲中。幫助正犯者。準正犯論。其於實施犯罪之行爲以前。幫助正犯者。稱爲從犯。從犯之刑。得減正犯之刑一等或二等。凡教唆犯。稱爲造意犯。依正犯之例處斷。以下分別詳述之。

第一 正犯。

正犯者。直接或間接。引起刑法上之不法效果。或不妨止其效果發生之謂也。有四種。

(一)實行正犯。單身實行法定犯罪成立條件之全部者。爲實行正犯。如強姦犯人。之強制姦淫。強盜犯人之行強奪物。凡一身爲犯罪行爲之全部者皆是也。但其結果之生。或專由自身之動作。或利用自然之勢力。或利用器具。皆無影響。譬如以拳傷人之目。以鈎盜人之物。與以刃傷目。以手竊物。其結果固無有異。

(二)間接正犯。自己不行。而利用他人之行爲。以達其犯意之目的者。爲間接正犯。無因果關係之中斷。其例如下。

使嗾無責任能力者。使爲犯罪行爲。如以刃與精神病人。使殺人。及令小兒放火之類。又如見瘋者持刀追人。故意妨碍被害者之逃避。以致其人被殺者。亦爲間接正犯。使用或強制無犯意之人。以實行自己之犯意。如故陷他人於過失。以致殺人失少結果。利用犯人不致違法之行爲。如故致他人於緊急狀態。使其犯罪。及長官利用屬吏服從職務之義務。使其犯罪之類。利用者。不能免間接正犯之責。有身不能爲實行正犯。而可爲間接正犯者。如女子唆使無責任能力之男子。行強姦

之類。

(三)共同正犯。數人同心協力。實行法定之犯罪成立要件者。各任實行正犯之責。犯罪成立要件之知覺。及協力之知覺。二者乃共同正犯之要素也。故不知為共同之動作者。無刑法上之共同實行。共同者二人中。若有其一無責任能力。或意思者亦然。第二之實行正犯。無意間利用第一之實行正犯所作狀態。如姦淫他人所縛之婦女。類亦無刑法上之共同實行。但所謂協力之知覺。與通謀不同。如甲乙同時私一丙。如彼此有相互之認識。即是不須相商籌而後行也。又協力之認識。不必以行為開始之時為限。即在開始以後。終了以前。亦可參入。如甲男綑縛乙女之後。與丙男先後輪姦之類。仍為強姦之共同正犯。至其一方。以共同之意思。而加入其行為。他方則未知其共同之情者。仍不失為共犯。

共同實行。乃各自獨立。引起結果。或不妨止結果之發生。與加功於他人之作為不同。故各共同實行者。得各從其自己之行為受刑。如共同正犯中。有以強盜犯人論者。有

以強盜殺人論者。法稱各科其刑。卽各負其責任之義。例如甲乙二人。共同侵入丙之住宅。乙利用其機。而竊丙之財物。則甲不負竊盜之責。緣其意思共通。自有界限也。過失共同實行。亦有之。如數木工拆屋。不留意於行道之人。同拋所拆大柱於下。以致人死之類。各工皆不能免過失殺人之責。

第二 加功。

加功與正犯不同。乃以己意。關與他人之犯罪行為者也。新刑律於加功有造意犯。準正犯。從犯三種。造意犯者。與各國刑法所稱教唆同意。與舊律所稱造意犯不同。舊日所謂造意犯。乃發謀指揮之義。今新刑律稱教唆云云。則非指揮可知。稱依正犯之例處斷。則非首犯可知。教唆者。故意使他人。生犯意而爲犯行之義也。其手段。爲法律所未定。故無論其爲贈與契約。懇請。睹激。凡可認爲教唆之手段者。皆屬之。其成立。一必教唆者。有教唆之故意。二必被教唆者。有責任能力。三必被教唆者。因教唆而起犯意。卽其間有因果關係。四必被教唆之犯罪。達於已遂。或應受制裁之未遂。斯四者具。而

後造意犯發生。故遊戲之挑撥。不爲教唆。教令無責任能力者之犯罪。爲間接正犯。不爲造意犯。強制犯人。使爲犯罪行爲。亦爲間接正犯。而非造意犯。

被教唆者之犯意。若與教唆大相逕庭。不得認教唆之故意。正犯行爲。如超過教唆之範圍。則教唆犯。單於其所教唆之範圍內。負責任。如教唆竊盜。而正犯犯強盜。則教唆犯。惟負教唆竊盜之責。又有時被教唆者之行爲。不及教唆者之教唆。如教唆強盜。而其人爲竊盜。則教唆者。只應負竊盜之責。因教唆者。本從屬於正犯之行爲者也。但正犯未遂之意外障礙。若出於教唆者之意思。則正犯爲未遂。而教唆爲中止。蓋教唆之處罰。雖無獨立之性。然其本質。固爲有意之犯行也。

凡教唆造意犯者。準造意犯論。又教唆者。尙可自行取消其教唆。如正犯之犯意。因取消教唆而中止。則其後雖犯意復活。而實行之。亦不能處教唆者以教唆之罪。

凡於實行犯罪之行爲中。幫助正犯者。爲準正犯。實行中云者。自著手以至結果到來之間是也。幫助者。使正犯因之便於達其目的之行爲是也。強盜之把風。竊盜之執火。

皆是。自幫助上觀之。應入從犯之列。自原因力觀之。當從正犯之科。刑律定爲準正犯論者。實本茲旨。但與共同正犯大有不同。在共同正犯。乃各有自己犯罪之意。在準正犯。則有幫助他人犯罪之心。其心有異。其性故殊。其於實施犯罪之行爲以前。幫助正犯者。原因之力。與實施行爲中之幫助不同。如強竊之指路。殺人之借刀。於法皆爲從犯。得減正犯之刑。

第三 餘論

(一) 凡幫助他人之犯罪。必自識其行爲。及正犯之犯罪行爲。且識正犯之罪行。依自己之行爲。而得幫助。故無意之幫助。不得爲罪。惟被幫助者。有無被人幫助之知覺。則非法律所問。

(二) 對於過失行爲之故意教唆。或故意幫助。不爲加功。對於過失行爲之過失教唆。或過失幫助亦然。惟於他人故意犯罪之時。因過失而助成其結果者。若其罪應論過失。則應以過失共同正犯論罪。

(三)以一行爲而教唆數個之犯罪。因其意思發動。係屬單一之故。雖結果爲多數。仍不失爲一個行爲。然數個之教唆。生一個之行爲者。共爲一罪。如一人爲同一之數個教唆。則又爲數個教唆罪。但若甲者威嚇乙者。而教唆其犯罪。乙者尙未生決意。其後有與甲者無關係之丙者。亦教唆乙者犯罪。乙乃聽之。則甲之教唆行爲。與乙之實行行爲間之因果關係。爲無共同關係之丙者教唆所中斷。甲者卽不負教唆之責。

(四)犯罪後之庇護。非數人共犯之性質。乃獨立之一罪也。但如犯罪實行以前。有豫約庇護承賣等情。則仍爲從犯。

(五)從犯之教唆者。及幫助者。準從犯論。

(六)凡於前教唆。或幫助。其後加入實施犯行者。如先激動人心。或指畫路徑。臨時又下手行劫之類。應依其所實施者處斷。蓋輕行爲爲重行爲所吸收故也。

(七)凡以一定之身分。爲犯罪之要件者。如官吏瀆職之罪。其無身分之加功者。仍以

共犯論。

(八)身分爲刑罰之加減要件時。如殺死尊親屬。罪合加重之類。其無身分關係之共犯者。不得坐殺親之罪。當用通常之刑。此外刑之全免之原由。訴訟條件之欠缺。及一身上之犯罪不成立之原因。皆惟對其身之有此等原由關係者。乃有效力。加工者決不因此而蒙利益也。

(九)共同犯罪之正犯。雖各科其刑。若有追徵金。則各正犯須負連帶責任。

(十)有種犯罪。性質上本爲從犯之行爲。而法律上特定爲獨立之罪者。如刑律第一百〇三條之罪。因其情節重大。故定爲獨立之罪。

第四節 一罪及數罪

就行爲與犯罪之關係觀之。有一行爲。或數行爲。而爲單一犯者。如一擊而殺之。一言而詈之。是一行爲。卽一犯罪也。僞造貨幣者之數次僞造。姦夫與姦婦之數次通姦。是數行爲。而爲一犯罪也。又有數行爲。而爲數犯罪者。如俱發罪。與累犯是也。然於此有一問題。卽以何標準而區別一罪數罪是也。學者有謂犯罪乃有責任意思之行爲。故

責任之根據。在於犯意。凡區別犯罪之個數。當計犯意之單複。又有謂犯罪乃違法之行為。違法者。即違反法律所命令禁制之義。故所違之規範。即為區別其犯罪個數之根據。此外更有以結果之個數。認為犯罪之個數。與夫以因果關係之個數。為犯罪之個數者。其說雖多。要皆各有所偏。蓋犯罪雖重犯意。尤重行為。若主犯意說。是重其精神。而忽其形式也。同一行為。有犯及數條法規者。若主規範說。是本為一罪。而可成為數罪也。結果雖為犯罪所常需。然如舉動犯之誣告偽証等罪。不問其若果之有無。即時成為犯罪者。若主結果說。則於此等罪時。有不可行者矣。單一結果之發生。有時出於數個之意思發動者。果主因果關係說。則於事實。又有不可通者矣。然則區別之標準。果安在乎。

夫犯罪者。行為也。行為者。意思發動所生之外界變象也。故犯罪之數。當以行為之數為準。然立法上。有時認數行為為一罪。而處以單一之刑者。連續犯是也。有因重犯而加重其刑者。累犯是也。有以數行為為數犯罪。而加以特刑者。俱發罪是也。

第一 連續犯。

連續犯者。數行爲之連續實行。而觸犯同一罪名者也。如僕人屢次竊取主人之酒。以理論言之。竊取行爲有數個。則犯罪亦應爲數個。但準此以說。則數拳傷人。當爲數傷害罪。數言詈人。當爲數侮辱罪。其爲不當。灼然可知。故法律於連續犯罪者。論爲一罪。蓋以行爲爲標準之例外也。其要件有二。意思實行。雖有數個。而發生或豫見之結果。爲單一。及數行爲同犯一法是也。顧所謂結果者。卽法益之侵害。而法益之侵害。當究各法條之意義。然後可言其個數。欲求一通用無差之標準。蓋不可得。但被害法益。如爲一人所專有。或非爲一人所專有者。概從下述之法。以定結果之單複。(一)人之生命。身體。名譽之類。爲其所專有。而不可讓與他人者。其被侵害。危險。當依人數。以定結果之數。如以數種侮辱之言辱人。其結果爲一。故爲單一之誹毀罪。(二)法益之性質。可以離本主。而付與他人者。如翻印共同著作。爲單一之翻印行爲。與共同著作者之數無關。其數個物件。同在一監督之下者。當依監督之數爲定。如盜店中之數人。

所有物。係爲單一之犯罪者。由於認有關聯關係之物體。爲包括體。而對於包括體之侵害。常認爲一個結果故也。

但於此更有難問題發生。卽數行爲。如何而後可以統一以成一罪是也。關於此點。有採主觀主義者。謂如爲單一之決心。則數行爲。成爲一罪。故意思之繼續。爲連續犯罪之要件。此說以意思爲主。失之抽象。又有採折衷主義者。於主觀的要素之外。加以客觀的要素。謂結果之單一。與決心之單一。皆爲連續犯之要件。而所爲決心之單一。應須第二之行爲。出於繼續第一行爲之意思。若從新起意。卽不得爲連續犯。故拋棄犯罪。意於一部實行之後。其後更向同一之法益。加以侵害。則其人之行爲。構成數個犯罪。例如毆打人者。已毆打之後。行將離去。因受被毆者之辱罵。復行毆打。則此毆打。成爲二罪。夫果如此說。與普通觀念。殊不相合。更有採客觀主義者。以結果爲標準。謂犯罪之單位。既與行爲之單位相一致。而行爲之單位。自當取決於行爲要素之結果。此說爲予所採。試觀上結所述。自明。惟採用此說。尙有當注意者。(一)主行爲。吸收從屬之

行爲。故豫備或未遂之行爲。卽令可以獨立處罰。而一經實行終了之後。卽成既遂。而失其獨立性。(一)前行爲吸收結果行爲。凡具體的結果行爲。不在法所規定之犯罪構成要素中者。亦不認爲獨立的犯罪行爲。例如竊取物體之處分毀壞行爲。別不構成侵占罪。或毀棄罪。

綜以上所述觀之。知連續之觀念。爲同種行爲之反覆。故實行行爲之類似。及相互間之聯絡。二者卽連續關係之所由成立。此外有與連續犯相似。而實不同者數種。(一)爲繼續犯。卽犯罪成立後。仍繼續其狀態者是。如監禁罪。強姦罪。重婚罪等類。一回之行爲。完成之後。其違法狀態繼續未滅。故其時效之起算。須在最終實行之後。而不在罪犯既遂之初也。(二)爲集合犯。卽一人所爲之行爲。聚合之而處以單一之刑者是。內中又有三別。(甲)營業犯。羅馬法中已有之。其要素一爲行爲屢屢反覆之決心。一爲以反覆之行爲。而爲收入之源泉。(乙)常業犯。行爲屢屢反覆之決心。與營業犯之情形相類。而其目的。則不必以之爲收入之源泉。(丙)常習犯。常習犯者。因行爲之反

覆。而犯罪之情慾強固不可制。以是生同一行爲反覆之傾向。(三)爲結合犯。侵害法律上數個不同之法益。而結合之。認爲一罪者是。如竊取及強制相結合以成強盜罪。強制及侵害婦女貞操之行爲相結合以成強姦罪。

第二 俱發罪。

法律上所謂俱發罪云者。於確定審判前。犯數罪。或一罪先發。已經確定審判。而餘罪後發者是。卽以數個獨立之行爲。生數個同種類。或異種類之結果是也。其條件如下。(一)數個行爲。法律上各具獨立之舉動與結果。(二)數個行爲。同時爲同一犯人所犯者。其數個犯罪行爲。可以併合爲刑罰適用之特殊目的物。蓋俱發罪。在原則上。可以單一之判決裁決之。但法律於一罪已經確定審判。而餘罪後發。或數罪各別。經確定審判者。可以更正其刑。俱發罪之處罰。下編刑罰論中。當詳述之。

第三 累犯。

累犯罪者。前犯罪判決執行之後。復行犯罪。在法律上。僅構成累犯者之身分關係而

已。其詳亦於下編述之。

據以上所叙。學者於一罪數罪之別。尙可了然。惟尙有數事。應行解明者。

(一)想像上之數罪俱發。想像上的數罪云者。指以單一之行爲。生同種或異種之數結果時言之。如以一彈而死二人。或以一彈而死一人。毀一物之類。實數個之犯罪。而以一行爲論者。自應以一罪論斷。按之法理。輕罪應爲重罪吸收。但有一行爲而同時與數個法條相合者。學者稱曰表現的俱發。與想像的數罪不同。關於此有二原則。

(二)特別法規排除普通法規。此原則。不特適用於刑法與特別法之間。卽各本條之間。亦適用之。因此而知變則法規。當排除正則法規。複雜法規。排除單純法規。故業務上侵占之規定。排除單純侵占之規定。強盜強姦之規定。排除強盜并強姦之規定。加重減輕之規定。排除普通正則之規定。(三)基本法排除補充法。補充法。所以補基本法之不足。故基本法已有之者。則主行爲自應吸收從行爲。是以從犯後又加入實行者。則應爲正犯也。

(二)牽連犯。凡以犯一罪之方法。或其結果。而生他罪者。是爲牽連犯。按牽連犯之成立。一面有目的之犯罪行爲。一面有手段或結果之行爲。非有二個以上之行爲。則不得構成牽連犯。然其手段或結果。須觸犯他之罪名。故其成立。必有二個以上各不相同之可罰行爲。此點與結合犯之觀念相同。惟在牽連犯。則本爲數罪。特法律上爲便利計。僅就其中刑之最重者處罰。而結合犯。則各個犯罪。其性質上本互相連繫。特爲從重處罰之必要上。結合之而認爲一罪耳。夫牽連犯之特質。既在於手段結果之關係。而定手段結果之關係。則有二說。一爲主觀說。以犯人之意思。而定手段結果之關係是也。苟犯人之意思。以一犯罪。爲他一犯罪之重要。或犯人欲以一犯罪之結果。行他之犯罪者。卽爲牽連犯。如以竊盜之手段而放火。由侵占之結果。而成偽造文書者。皆以犯人之意思聯絡。而成牽連犯。一爲客觀說。卽以犯罪之性質。而定重要結果之關係。如使用偽造文書。以犯詐欺取財罪。偽造在性質上。爲行使之原因。而行使爲詐欺之普通重要。此說以客觀的一般標準。而決定手段結果之關係。較主觀說爲宜。

蓋主觀說。以抽象之犯人意思爲標準。則勢必於同一之行爲。或爲牽連犯。或爲俱發罪。科刑必致不公平也。

(三)一罪之處分。凡法律上之一罪。其性質爲不可分。故對於該事實。惟能適用當該罰條。而科以單純之刑。不特實體法上應如此。卽程序法之訴訟法上亦然。是以公訴時效。并法院管轄問題。純以犯罪全體之事實爲基本。而決定之。於一部之事實提起公訴者。法院得就全事實審理之。於一部之事實。判決確定者。對於他之部分。生一事不再理之效。惟集合犯之一部分。如經確定判決。則判決前之其他部分。須可認爲裁判官已納於判決之目的物中。始能生一事不再理之效。又事實之審理。以控訴審爲最終。故上告中。所發生之事實。應與控訴裁判後之集合犯。分別觀察之。

刑律原論

第三編 刑罰論

第一章 刑罰之意義

刑罰者。國家對於違法行爲之法益剝奪也。犯罪之類不一。而侵害法益則同。刑罰之名有差。而剝奪法益則一。生命財產自由名譽。無一非法律所保護。亦無一不可爲法律所剝奪。侵害人之法益者。國家亦奪其法益。應報之義。古今萬國刑罰之所同也。顧利益剝奪之間。必須得輕重適中之當。希臘有執法之神。左手執秤。右手執劍。劍者力也。秤者平也。無輕無重之義也。大禹謨曰。刑期於無刑。民協於中。論語曰。刑罰不中。則民無所措手足。是中平之義。亦古今萬國刑罰之所同也。近世犯罪之原因。研究益明。故有同罪而異刑。干紀而免罰者。應報中平之精義。益以實行。不似古昔之徒有外言也。

夫刑罰之科。乃國家與私人之關係。故與私人間之損害賠償有別。損害賠償者。補填被害人之損失。以恢復其傷害也。刑罰者。因被害人之損害。而加加害人。以剝奪法益。

之制裁也。故自制裁之點觀之。刑罰與國家徵收租稅。軍事上之徵發。及關於公益之公用徵收不同。而因特別權力。為維持其特別服從關係之秩序。所科懲戒罰。亦與刑罰有別。蓋皆非以剝奪法益為主旨者也。

近代國家。最重人權。故雖為不法行為。而苟法律上未豫定刑罰者。則決不得處罰。此『無法律即無刑罰』之原則所由生也。刑罰既為剝奪法益之行為。故其於吾民。關係至重。文明國家。必立一獨立之機關。以專司刑罰者。所以示慎重。而與行政處分。明示區別也。

第二章 刑罰之目的

刑罰者。以防壓犯罪為目的。因以維持法律秩序。及利益於安全者也。自兩方面分觀之。其作用自可明了。

(一)對於犯人。刑罰之於犯人。蓋因其罪行。而加懲戒。俾其革面改心。不復再犯。厲豫防之意。於應報之中。書稱眚災肆赦。怙終賊刑。又曰。宥過無大。刑故無小。可知此中

消息也。學者稱爲特別豫防。

(二)對於社會。國家制刑懲一而誡百。學者稱曰一般豫防。

以上二作用。爲刑罰之大目的。必二者并重。然後其目的乃可達。近人往往偏重特別豫防。而漠視一般豫防。此其說極謬。不可不辯。蓋犯罪之爲官府所知者。乃犯罪中之一部分。非其全體也。卽爲官府所知矣。而何人所犯。又有不可知者。或知其人矣。又因證據不全。及他種理由。有不可得而加罪者。更有人罪俱見。而被害之人不告者。凡此四種。統計學家稱爲暗數。實占犯罪中之最大部分。其情真罪實。有犯人可得而加懲。誠者。學者稱曰明數。其數極少。若專重特別豫防。則刑罰之效力必微。可斷言也。往者刑事民事。混淆不分之時。刑罰之目的中。亦含有慰藉被害者之意。如古之贖金刑。往往所徵收者。過於損害之額。卽係用以賠償被害者之損失。至近代。刑事民事。責任各殊。故一件犯罪。雖有時可以并生二種責任。而二者互相獨立。無何等連帶之關係。其實社會之所以有刑罰者。原不外扶持正義。鞏固法益。是對於被害之慰藉。亦不可無。

相當之注意。然近代刑事法。偏重於一般豫防。特別豫防。而於慰藉被害者一事。則殊爲冷淡。故犯罪嫌疑人。尙受法律上種種之優遇。而刑事被害人。及其家族。則常因受犯罪人之損害。而更蒙一重損害。如起訴之訴訟費用等類。迨其結局。則常不能得滿足之效果。此不可謂非近代刑法之一缺點也。

第三章 刑罰之主體

刑罰之主體者。犯人也。書曰。罰弗及嗣。周罪人不孥。皆以罪止其身。不及其家人。自始皇作夷三族法。後代因爲緣坐之律。以甚正犯之惡。凜人以不可犯之懼。罪及無辜。殊乖正義。故刑罰之主體。爲犯罪之本人。乃方今各國之通義也。

夫近今學說。於集合人已承認其有責任能力。則集合人自亦可爲刑罰之主體。顧集合人在性質上。有不能受特種法律之制裁者。似宜以法律明定變通辦法。如紐育及加里否而尼亞刑法（參觀前編第二章第一節）所規定。庶免適用上之困難也。

第四章 刑罰之組織

刑罰之組織者。刑罰之種類。及其種類相互之系統的關係也。凡欲達刑法之目的。必須有完全之刑罰組織。然社會之進化無窮。故刑罰之組織。亦以時代爲異。古者羅馬共和時代之刑罰。頗含政治之性質。故喪失市民權者。有水火之禁。洎至帝政時代。漸見死刑及體刑之發達。反之。寺院法之刑罰。則有道德之色彩。而以懲戒爲其主要之目的。中世以前之日耳曼刑罰。有私法之意義。故其刑罰。重在贖罪。中世以後。公私之責任。漸漸分明。死刑與體刑。遂爲刑罰組織之中心。嗣後法律觀念。益臻發展。自由刑。遂代體刑之位。以爲今日監獄制度之先導。而體刑中之笞刑。今除英吉利瑞典等國。用以爲懲戒少年犯罪人之用外。惟巴爾幹半島之孟特勒格羅用之。其他國家。盡行廢止。又自由刑中。有流刑者。亦曾盛行於歐洲諸國。攷其起源。實出於希臘羅馬之追放制度。本含有政治性質。而近代國家。則用以爲殖民手段。卽送犯罪人於遠隔之地。以強制其勞働。旣可以間隔犯罪之惡風。又可達殖民政策之妙用。然究其實際。頗有不然。蓋殖民地。如果土地肥沃。氣候良好。則襍被而言者。良民中自亦不少。固無取乎。

送社會之不良分子。以謀發展。如果其土地氣候。不足以有爲。則雖送罪人於彼。奚有利於國。矧移民之費。動需巨款。移民監督。在在需才。所投者至鉅。而收效乃在渺茫難知之數。此流刑制度。所以盛行於一時。而今則漸歸廢止也。

至夫中國之刑罰。則由其來也久矣。五刑之法。造自上古。五帝之世。因緣不改。舜命皋陶曰。汝作士。明於五刑。觀於此。則知五刑之由來至遠。然古之五刑。乃墨劓剕宮大辟五種。刻肌傷骨。慘無人理。至漢文帝十三年。太倉令淳于意女緹縈上書。願沒入爲官婢。以贖父刑。帝悲其意。遂改肉刑。當黥者髡鉗爲城奴。令舂。當劓者笞三百。笞者耻也。薄懲示辱。以發其恥心也。卽古所謂鞭作官刑。朴作教刑。用爲訓誨之具者。至是始省入五刑之列。後世遵循遞守。一以笞杖徒流死爲五刑之正。雖死刑之上有梟斬。流罪之上有充軍。皆後起之例。不以入五刑之內也。新律廢去笞杖流刑。一宗博愛之旨。照各國之通例。定刑爲主刑從刑二大種。主刑者。單獨科之。死刑無期徒刑有期徒刑（其等爲五）拘役罰金是也。從刑者。附於主刑科之。褫奪公權及沒收是也。七種之中。

自被奪之法益觀之。可分爲生命。自由。財產。名譽四項。茲紀其要點於左。

第一節 生命刑

生命刑卽死刑。刑之至乎其極者也。古有斬絞二種。斬者。身首異處。始於黃帝。絞者。奪命全軀。肇乎周代。同歸一死。故備列五刑。西洋古代。於死刑亦有車裂火燔之酷。至文學革新時代。伯咖利亞及作倫菲而斯。始大倡反對死罪之說。然當時學者。如盧梭孟德斯鳩輩。皆贊成保存死刑。故二氏之說。勢力甚微。漸至後代。意大利和蘭諾威等國。相繼廢止。最近之瑞士刑法。亦無死刑之文。其德法日本諸邦。雖尙存死刑之目。而適用之範圍。則極狹小。如英國在一千八百七十年。應處刑之罪。有二百四十種。而在今則只有三種。卽特種殺人罪。叛逆罪。及軍艦放火罪。此外各國。更時用特赦權。以減少其執行。故雖有死刑之規定。而實際上用之甚少。在德國宣告而執行者。僅百分之五。奧國僅百分之八。法國僅百分之二十二。英國僅百分之五十。蓋死刑可以收特別豫防。及一般豫防之效。又可得保衛社會之實。雖不得已而用之。終不可得而全廢。

也。我國新刑律。仍存死刑。適用甚狹。但凌遲梟示。在前清時。早有明詔廢止。斬首之文。亦不見於新法。死刑執行之法。惟有用絞。此與英俄北美之制相同。緣生命刑之目的。不外奪其生存。固不必制爲奇酷也。方今德國各邦。死刑用斬首機。紐育死刑用電汽。皆無古昔殘毒之法也。

古者刑人於市。與衆棄之。近今各國。除法國外。多採死刑密行主義。於監獄之內執行之。新律亦然。且須經法部覆准回報。方得執行。其犯人如係孕婦。或罹精神病者。雖經復准。非產後滿百日。或精神病愈後。不得執行。所以貴人道。而昭慎重也。

第二節 自由刑

自由刑。卽徒刑拘役。所以奪其居處之自由也。徒者。奴也。奴之以勞役。周禮云。其奴男子入於罪隸。又任之以事。寘之園土。而收教之。上罪三年而捨。中罪二年而捨。下罪一年而捨。皆徒刑也。漢有城旦舂。亦用以拘束其身心。而使其盡力乎役作。歐洲上古中古之時。禁錮所之設。以城塞壘壁。官衙之窰室。寺廟之內廊充之。至十六世紀以後。英

國始設自新所。收容乞丐及浮浪之人。與夫不良少年。賣淫婦女。使之從事於勞役。俾慣於嚴正之規律。習於正當之勞務。以成社會上有用之人。迨十七世紀至十八世紀。各國紛紛設立監獄。惟目的則與英國之自新所漸遠。當時無博愛之觀念。無監獄之智識。監獄之衛生。道德之感化。皆未之注意。囚徒雜居。無分等級。待遇嚴苛。工作刻苦。除麵包與水之外。別無飲食之物。鐵鎖琅璫。坐臥均苦。加以獄中無空氣之流通。無清潔之設備。以致熱病蔓延。死亡相繼。因是漸漸引世人之注目。在法國大革命以前。哲學家。中遂漸有改良監獄之論。英之大博愛家約翰華爾德。於千七百七十五年至千七百九十年。遍游各國之監獄。歸而著監獄之現狀一書。深致慨於當時監獄之不良。流刑之有弊。而獻立種種之方策。英國議院。遂決定改良監獄。是爲今日監獄學之所由起。而改良監獄之先導也。然近代監獄制度之發生。實在十八世紀之末。而首先實行之者。厥惟比國。緣比有伯爵菲倫第十四世者。依據七百七十三年之監獄條規。設立監獄。使囚徒日間則共同勞動。夜間則隔別而宿。更依其罪質。量爲等差。是項監獄。

於一千七百七十五年落成。大博世人之同情。至英國自華爾德排斥流刑。主張監獄制度以來。於千七百七十九年。始設立新式之監獄。同時邊沁氏主張犯人入獄之初。宜強制其勞動。并嚴加監視。互令隔離。嗣後始漸漸優遇。氏之計畫。後亦見諸實行。若夫美國。則實爲最近改良監獄之先覺。先是美於千七百九十六年。創設分房監於片蘇巴尼州之非拉得爾菲亞。行晝夜分房之法。取清教徒之精神。一以嚴格爲主。千八百二十年。又於窩不翁地方。建設新監獄。行晝合夜分之法。二法雖各有出入。然其注重教誨。使囚徒改過遷善。俾出獄後。復爲良民之目的。則同。美既有此兩制。成績昭著。聲聞達於歐洲。各國爭相模倣。英國爲始。法德及大陸諸國繼之。然二制贊否各殊。於是片蘇巴尼亞制行於英。而窩不翁制行於歐洲大陸。又英之獄制。有一特色。卽累進制是也。是制分三期。第一期。爲入獄最初九個月間。令之隔離。使服苦役。第二期。夜分晝合。量其勤惰。別以等差。其犯規者。降其等級。或復令隔離。第三期。爲暫釋。卽過刑期四分之三。受官憲之特令。復其自由。此制匈牙利日本及美國之監獄中。亦有用之者。

要之監獄之改良。於刑法有密切之關係。近今各國。或視爲一種國際競爭事業。有美人瓦音司者。發議宜創立美國監獄會。各國咸與贊成。遂於千八百七十二年。開第一次會議於倫敦。迄後屢次開會。千九百十年。第八次會議。開於華盛頓。我國亦派代表許世英徐謙蒞會。今將該會關於改良監獄事項。議決之案錄左。以供學者之參攷。而明世界之大勢。

一 凡犯人無論年齡如何。及再犯累犯。總宜令其改過遷善。不可存絕無希望之心。

二 凡犯人在監禁時。須從懲戒及感化兩方面著手。

三 凡感化犯人。須用智育體育德育三種。使其出院後足以自立。

四 感化院期限。以長期爲宜。既可免短期釋放後再犯之弊。又可養完全人格。

五 感化院既定長期。必須並用暫釋制度。惟出院時。必須經臨時法庭認定。出院後。必須有合宜之人。隨時監督。

六 凡幼年犯罪者。應當有特別管理法如左。

甲幼年犯罪應付感化院者。其期之長短。由審判官臨時酌定。不必拘定法律。總以幼年何時可以改變性質爲斷。

乙長期之犯。如於刑期未滿時。確能改悔自新。經臨時法庭。許其出院。則原判決之審判官。亦當認可。不得異議。

丙凡幼年犯罪者。候審時。應與短期監禁人。分別場所。不得合在一處。

七 全國監獄。分散各處。宜立一專部。統轄全國。專管各處監獄事宜。全國監獄。皆當聽其號令。

監獄中犯人。無論刑期長短。無論大小監獄。皆當令其工作。

九 宜立大監獄。可容多數犯人。庶可經營大工作。比多立小監獄。較爲有益。

十 如不能多立大監獄。則小監獄中。亦必令犯人從事小工作。不可使之閒居。

十一 大監獄中。經營大工作。組織必求完備。須以此種監獄。與工業學校。一律看

待此種監犯出獄後。可令其爲小監獄中之執事人。

十二 監獄中至少須有一人深通工業。可以指揮一切。

十三 所有監犯在監作工。應照其所作工業高下。酌予工資。分爲二分。一分交其家族。俾得養贍。一分俟出監時。令作爲營生資本。

十四 監犯酌給工資。其法雖善。各國尙難實行。卽如美國。監獄雖多。一時亦不能辦到。惟慈善會及監獄協會。宜負此義務。不可令犯人家族失所。

以上議決。雖非立法例。然公會之議決。皆由各國學者實驗家。出其學理經歷。磋商而後定。故多爲各國所採用。吾國自前清之季。卽有改良監獄之議。迨至民國。猶未爲積極之進行。蓋緣人才缺乏。經濟困難。及各種機關不備。法律不完之故。二年十二月一日。司法部令第二百八十四號。發布監獄規則。原則上採用分房制度（參觀附錄）自茲以往。其將有所設施乎。

按新刑律。於徒刑有有期無期之別。有期之中。又有五等之分。一等十五年以下。十年

以上二等十年以下。五年以上。三等五年以下。三年以上。四等三年以下。一年以上。五等一年以下。二月以上。皆監禁之於監獄。使服法定之勞役。其拘役之刑。則二月以下。一日以上。或置於監獄。或警署拘留所。令服勞役。但因其情節。可以免之。無期徒刑。常用以代死刑。然論其實際。利少害多。蓋就國家言之。犯人犯罪。而國家乃負養其終身之義務。徒重國庫之負擔。遠不如死刑之簡易。就犯人言之。終其身於監獄。無希望之可樂。其痛苦實有過於死刑之宣告。故採用無期徒刑。實婦人之仁也。近代監獄。雖云改良。然爲期如淺。則受監獄教化之益者甚少。矧一度入獄。良善者抱刑餘之悲。不肖者長玩法之念。故今日各國。力謀以防止短期自由刑之弊。或加以豫戒。或命以緩刑。皆所以全人類之廉恥。而企刑法之收效也。豫戒之法。吾國早經草定。惟以議會風潮未決。然現在業已公布。此法與警政甚有關係。苟警政不修。得益仍少。（參觀附錄）又五等有期徒刑。或拘役之犯人。如難於執行。則法許以一元罰金。易一日自由刑。蓋以此等犯人。罪輕罰薄。不妨予以通融也。

關於自由刑。有一問題。卽不定期刑。應否採用是也。近時刑事判決。於犯罪事實外。兼注意於犯人性質。但被告人之性質。在法庭流露者。往往非其本象。論其變態。莫可究詰。故法庭少時之觀察。警察形式之報告。常與事實不相符合。以是美國有不定期刑之實行。那威新刑法。亦認許之。美國最初實行者。爲千八百七十七年四月十二日之紐育法律。凡十六歲以上。三十歲未滿之犯罪人。苟非再犯累犯。與夫情節重大者。均得送之於葉爾邁勤監獄。此監獄用教化爲主義。如在定期以前。其人有可能釋放之情形。則典獄會可以放免之。此制之精神。在於補法定刑期不合於犯人性質之缺。然實際上有種種不便。刑期究以何時爲終了。無確定之原則。一也。宣告終了。無相當之機關。二也。性質之觀察。過於抽象。三也。有此三弊。故各國學者。雖加以研究。而採用之者甚少。千九百十年之萬國監獄會議。關於此事。亦有議決之案。特記於左。

從前定期刑法。應保存不廢。惟幼年犯罪。及累犯。并有精神病者。方可引用不定期刑。但不定期刑。名詞既泛。範圍太廣。適用時。恐生弊端。當附添三種條件。方可適用。

其條件列後。

甲 幼年犯罪者。適用不定期刑時。當刑期中。必須予以相當之教育。

乙 累犯者。必係釋放出監後。確與社會大有危害。方可適用不定期刑。

丙 當適用不定期刑時。須隨時採用暫釋制度。

此外定期刑中。亦有四種人。當審判定定期刑時。仍在定期刑外。附判不定期刑。至刑期滿日。臨時酌定。適用與否。四種人如左。

甲 定最長期監禁者。(例如二十年三十年之監禁)

乙 習慣犯罪者。

丙 以犯罪為營業者。

丁 犯罪原因。非由外界感觸。乃其人有一種犯罪特性者。

此四種人。皆與社會危害甚大。頗難望其自新。故必須附加不定期刑。其判斷權。以審判官。警察官。監獄官。醫官。行政官。五部分之人。組織臨時法庭。共同酌定。當開臨

時法庭時。須獨立判斷。不得受外界搖動。

以上議決。皆具真理。但以中國今日法官之程度。監獄之情形。警政之不備。誠不足以語此。然就其理論而研究之。亦學者當爲之事也。

第三節 財產刑

財產刑者。剝奪犯人財產之刑也。於法有兩種。罰金及沒收是也。書稱金作贖刑。甫侯訓夏贖刑云。墨辟疑赦。其罰百鍰。劓辟疑赦。其罰惟倍。剕辟疑赦。其罰倍差。宮辟疑赦。其罰六百鍰。大辟疑赦。其罰千鍰。晉律應八議以上。皆留官收贖。舊大清律。凡無力。依律決配。有力。照律納贖。老幼廢疾。天文生。及婦人。折杖。照律收贖。官員正妻。及律難的決。并婦人有力者。照律贖罪。新律於罰金定爲主刑。單獨科之。有時爲選擇刑。有時爲易刑。裁判確定後。一月以內不完納者。照第四十五條。分別辦理。

罰金刑在西洋古代。本爲刑罰之根本。處罰極其專擅。法官得依犯罪之性質。犯人之資格。隨意定之。近代刑法。則以法律定其最高額。與最低額。俾法官得以比例犯罪之

輕重。而科罰之。近今學者。多非難短期自由刑之弊多而利少。故盛稱財產刑之便利。一則罰之多寡。可與人之地位相應。二則不害於被告人。及其家族之廉恥。三則對於過失之犯罪。可以警戒。四則對於貪利之犯罪。可以促其反省。但財產刑亦未嘗無困難問題。如國家有徵收之煩。一也。貧富之苦痛不均。二也。徵收之後。究應歸之國庫。抑或歸之被害人。方為合理。三也。

財產刑既不盡善。故輕重之量。為法官者不可不就犯人之資力地位審定之。沒收是否為刑罰。學者頗多爭議。但新刑律既定為附加刑之一。則其為刑罰。自無可疑。特其性質。必須附於主刑科之。西洋古代。所謂沒收。乃沒收全財產。羅馬法及王政時代之法國法。德國古代法皆然。所以苦政治上之敵黨。故法國於千七百七十二年。及千七百九十三年。用為國事犯之附加刑。至近代。則全體沒收。漸漸不用。法國且於千八百十四年。載之憲法。明示廢止。吾國舊律。亦嘗採用全體沒收之制。新刑律則採各國之通例。惟限於左列一定之物體。乃沒收之。

一違禁私造。或私有之物。爲犯罪行爲之要件。所謂罪體是也。如行使收得之僞變造貨幣。僞造之公私文書等類。皆應沒收。

二供犯罪所有。及預備犯罪之物。如供殺傷手段之兇器。供侵入住居手段之梯子等。供犯罪實行之用者。及爲殺人而預備之器機。皆應沒收。但沒收乃附加刑。故必該預備行爲爲法律所處罰者。方能附科。

三因犯罪所得之物。如收賄罪之財帛。賭博罪之財物等。皆在沒收之列。但由犯罪所得物之變價。不得爲因犯罪所得之物。

以上三種區別。非爲一定不移。當隨該犯罪行爲之罪名爲斷。又同一物有既爲罪體。又爲因犯罪所得之物。如因僞造所生之物是也。在此情形。任舉一個理由。皆可沒收之。

沒收之物。復有二別。一爲應歸屬於國庫之物。一爲應該毀棄之物。前者如有價証券。後者如僞造紙幣。於茲乃當研究應屬國庫所有者。其所有權。何時移轉於國庫。夫沒

收本爲一種刑罰。故應於判決確定時。卽發生權利移轉之効力。

沒收物除須於犯罪有關係外。又須其物不屬於犯人以外之他人。所謂犯人者。包含共犯在內。所謂不屬於他人者。當以判決當時爲標準。其應沒收之物。已費失者。法律有時尙須追徵其價額。如刑律第一百五十一條所載卽是。此時如共犯不止一人。費失各有多寡。則應各別追徵之。

第四節 能力刑

能力刑者。剝奪犯人法律上之能力資格。法所謂褫奪公權是也。古代嘗有加辱之刑。以揭揚犯人之惡行爲目的。如千八百十年法國刑法。有繫犯人於木柱。及烙印於其身體之規定。凡殺親罪執行死刑之時。令其徒足著衣。以黑布蒙其首。朗讀判決書。而後殺之。在先并切斷其右手之關節。又凡犯大罪者。處罪之時。嘗置諸通衢。肩施烙印。以示恥辱。而昭炯戒。至於十九世紀。加辱刑漸漸消滅。而制限法律上能力。則爲一般所公認。卽權利剝奪是也。十一世紀至十三世紀之時。宗教法上。有准死之制度。其意

與剝奪公權相似。而苛酷過之。凡人受准死之宣告。則直不得爲人。舉凡民事上政治上各種權利資格。盡歸消滅。若剝奪公權。則不過剝奪其特種之權利資格之一部。或全部而已。今照刑律第四十六條所揭示者。錄之於左。

- 一 爲官員之資格。
- 二 爲選舉人之資格。
- 三 膺勳章之資格。
- 四 入軍籍之資格。
- 五 爲學堂監督職員教員之資格。
- 六 爲律師之資格。

褫奪公權。亦爲一種之附加刑。且以其本刑應科徒刑以上之刑者爲限。所以重人權也。

第五章 刑罰之適用

第一節 總論

夫國家之於刑罰。本有無限之權。然刑靡定法。律靡正條。則輕重無依。允平難得。故國家制爲刑典。定其制限。犯罪之成分。處罰之種類。莫不規以明條。所以杜鍛鍊之深文。絕鉗網之虐政也。昔羅馬之十二銅標律（紀元前四百五十一年成）并糺問訴訟時代之法律。於刑罰之科。皆嚴爲規定。執法之官。無自由加減之權。至帝政時代。始有非常訴訟之制。裁判官始稍有量定刑罰之權。中世之時。法官之權力益大。法律上既無可依據之明文。學問上亦無可標準之學說。刑之輕重。一出於法官好惡之間。學者憤之。倡爲極端之反對說。千七百九一年之法國刑法。遂以明文羈束法官之裁量權。自是之後。論議紛紜。至十九世紀之立法。乃一採酌量刑罰規定之制度。於刑法罰量定。定以最高最低之範圍。在此範圍之內。法官有自由選擇。任意輕重之權。於制限之中。厲自由之意。我國新律。亦採用之。法官於法定範圍中。可以意爲重輕。但法定理由。爲加減原因者。法官不得率行免減。

第二節 刑之加重

法律上刑罰加重原因有二。累犯及併發是也。茲先述累犯。

累犯者。因其屢犯刑章。罔知悛改。故法律加重罰之。書舜典。怙終賊刑。唐誥人有小罪。非嘗乃惟終自作。不典式。爾有厥罪。小乃不可不殺。西洋舊約全書。穆色斯第二卷中。亦認明對於再三犯罪者之刑罰加重。羅馬法亦認累犯之嚴懲。德國加羅里那法典。第百六十二條。定明犯屆三次之竊盜。處死刑。法國自十三世紀。即加重刑於累犯。雖微末之竊盜。及攜帶違禁之兵器。至於二三次。亦科以死刑。不得邀特赦之恩。財產亦沒為官有。其後雖時有變遷。然大旨仍終始無改。近時意大利刑法草案。應受懲役。或其他罪名之人。犯罪之情形。或犯人之特性。若當處特別嚴厲之刑罰。在裁判所於其自由刑之全部。或一部（但五年以下）期間內。於一定情節之下。得命以下記處分之一。第一除鹽及麵包外。不給他物。第二使寢於板上。第三拘禁暗室。其因竊盜被刑之人。再犯此等罪者。裁判所得處以前回最重刑之二倍。諾威刑法。於犯罪者犯數罪之

時。若其犯罪之種類。或犯罪之原因。由犯罪所表明犯人之心意。足以加危害於社會。或個人之生命健康。平和者。被告人於服刑終了後。猶可於必要期間內。留置監獄署內。但不許過本刑期間三倍以上。或十五年以上。其於強盜。貪利。詐欺等罪犯。及以犯罪爲職業之人。尤加特重之刑。瑞士刑法草案。於其責任能力。或低減責任能力之職業犯人。加以保安處分。於放縱厭勞之職業犯人。收入勞動院。於結黨爲惡。或習爲強竊。詐欺。罔利之行者。處之嚴刑。中國新刑律。以已受徒刑之執行。更犯應宣告有期徒刑者。爲再犯。依本刑加一等。三犯以上者。加二等。蓋循中外之成規。期犯罪之減少。其法至善。顧累犯之識別。極關緊要。識別不真。則刑罰不當。現今通行於各國之法。不外柏而抵翁式人身測量法。及指紋法兩種。柏氏爲法國巴黎之人類學生理學大家。謂人類骨骼之發達。至丁年卽止。終生不得變。且人各不同。故比較二人之骨骼。一測定其長短。戾狹。則人之異同。可以不爽。法國於千八百八十年。實行其法。大爲各國所歡迎。英美比奧德俄諸國。皆先後採行。至近時始有指紋法之行。其法初興於印度。後爲

英人所研究。迨德人普根耶著觸官及皮膚組織生理上之研究一書。世人始知指紋之用。因是研究者踵起。至英人亨利集其大成。而文明各國遂相競施用。以補人身測定法之不及。不特適用於刑事法。凡各種法律關係亦多利用之。以爲鑑別個人異同之具。日本於累犯審別之法。頗有研究。曾於司法省設一犯罪人異同識別法調查會。以大場茂馬。小山溫。平沼騏一郎等主之。各出其研究所得。以相討論。僉稱人身測度法。方法複雜。練習不易。且需精巧之器械。浩費甚大。指紋法則簡單易學。所費又無多。英國實行已收效果。他國亦逐漸改行。故決定採用指紋法。於明治四十一年十月十六日監甲第七百十二號司法省訓令。宣布實行。成績頗良。吾國習慣舊有拇印之式。惟未有爲學理之研究者。去年四月有奧人佛朗克氏來華游歷。佛氏固指紋法專家。司法部因派司長田荆華等與之晤談。嗣又奉部令。以監獄官吏組織指紋研究會。請佛氏到會講演。練習一週有餘。據其報告。謂佛氏所說最爲簡明精密。切實可行。如法蘭西。西班牙。羅馬尼亞。及南美各國。皆已採用云云。夫個人識別之良法不立。則累犯

加重之真效難得。吾國不久必將採用斯法。可斷言也。指紋法之著書。英德日皆有之。田荆華等報告者。載在司法部所出司法公報第一一年第十一號內。有志之士可以覽之。

凡累犯加重。必後犯爲可以加重者。乃能加重。故死刑無期徒刑。無從加重。前犯之處刑。必須爲內國普通法院所判決。外國法院。或軍律之判決。不能爲累犯之原因。法律上累犯加重之理由。在於懲其被刑不悛之惡。但無論何種刑罰。其效力難有使犯人沒世不忘者。故歷年既久。則刑罰之效力。不免輕減。設有再犯。則不應從加重之例。此法所以定明。凡有期徒刑徒執行完畢。無期徒刑。或有期徒刑。執行一部。而免除後逾五年者。雖有再犯。皆不適用累犯加重之條也。夫如是。吾人可得一斷定。卽累犯之成立。以前判決之執行爲必要。故於判決確定後。刑之執行中。或其執行免除以前犯罪者。不得爲累犯。親族相盜之類。在法律上當然免除其刑者。與大赦或緩刑期滿後犯罪者。皆不適用累犯之規定。

凡審判確定後。於執行其刑之時。發覺爲累犯者。應更定其刑。此時當於判決主文中。根本更正其刑期。不得僅宣告其追加之刑期。又當判決確定後。發見其爲再犯時。苟認其情。爲不宜加重刑期。或只宜加重其一部。亦未爲不可。

累犯罪中。前犯與後犯間之時限。既爲五年。如在此五年期間終了之際。著手犯罪。於期間滿後。達於既遂狀態。亦應適用累犯加重之制。然如於期間之間。僅爲豫備陰謀。而未達於著手。其後雖犯罪完成。亦不能以爲累犯。

除累犯外。刑之加重。卽俱發罪之處分是也。所謂俱發罪者。卽確定審判前犯數罪。或一罪先發。已經確定審判者。與後發之餘罪間之關係。其處斷有三主義。

一併科主義。此主義以犯罪相競合。於處罰上不生影響。當各依其責任。而併科其刑。以故俱發罪之刑。不外各犯罪行爲所受刑罰之總合。然此主義。就理論言之。固屬無訛。但事實上與人情上。均有不相合。如數個死刑。數個無期徒刑。在事實上。萬無可以併科之理。又如數個一二等有期徒刑。如果併科。亦殊嫌其過酷。故此主義。於有種

刑罰不能不加以斟酌。

三吸收主義。此主義即重刑吸收輕刑之主義。俱發罪之受罰。以從一重者為原則。因是其輕罪不過只為量定刑量之材料。

三加重主義。此主義以俱發罪中之最重刑罰為基本。以其餘之罪酌量加重之。此三主義中吸收主義懲一而漏其餘。殊與犯人責任之理相悖。反之併科主義亦有種種之不宜。故現今於原則上多採用制限加重主義。僅對於死刑并無期徒刑之不能再加重者採用吸收主義。其餘輕刑犯如罰金拘役者則有時適用併科主義。茲就我暫行刑律所規定者言之。

一俱發罪中其一罪處死刑即不科他之主刑。其一罪科無期徒刑不科他之自由刑。死刑無期徒刑可以併科沒收。

二俱發罪中應科二個以上之有期徒刑者以其中最重之刑為基本。定其刑量於各刑合併之刑期以下。其中最長之刑期以上定之。但不得過二十年。至俱發罪

中。以孰爲重。當以第三十七條爲準標。依第二十七條之規定定之。科多數之拘役者。亦準此定刑。

三科多數之罰金者。於各刑合併之金額以下。其中最多之金額以上。定其金額。

四從刑得併科之。有期徒刑與罰金。有時亦得併

一罪先發。已經確定審判。餘罪後發。或數罪各別經確定審判者。按照上述各項。更定其刑。其最重之刑消滅。仍餘數罪者。亦同。

俱發罪中。有時有爲累犯者。其俱發罪。仍依俱發罪各條處斷。與累犯罪之刑。合併執行。

第三節 刑之減輕免除

刑之減免有兩種。一爲法律上之減免。即其減免之理由。有明文規定者是也。一爲裁判上之減輕。即司法官得自由認定者是也。試列表如左。

減刑免之

裁判上減輕……………相對的……………酌量減輕(五十四條)

法律上減免

一般的減免

絕對的免除

- (一) 未滿十二歲(十一條)
- (二) 精神病(十二條)
- (三) 非故意之行為(十三條)
- (四) 依法令或業務或不背於公安良俗之行為(十四條)
- (五) 正防衛(十五條)
- (六) 緊急避難(十六條)

相對的減免

- (一) 障礙未遂(十七條)
- (二) 任意未遂(十七條)
- (三) 受外國刑之執行後(六條)
- (四) 不知法令之行為(十三條)
- (五) 超過正當防衛(十五條)
- (六) 超過緊急避難(十六條)
- (七) 從犯(三十一條)
- (八) 瘖啞人或未滿十六歲人或滿八十歲人(五十條)
- (九) 自首首服(五十一條至五十三條)

特別的減免

絕對的免除

- (一) 犯一百零二條至一百零四條之罪未至暴動而自首(一百零七條)
- (二) 犯一百一十五條之罪未著手而自首(百十五條)
- (三) 犯一百二十七條之罪未著手而自首(百三十條)
- (四) 親屬之藏匿罪人及湮滅証據罪(百八十條)
- (五) 於直系親屬配偶或同居親屬間犯第三百六十七條及三百七十七條第一項之罪(三百八十一條)
- (六) 親族間之詐欺取財(三百九十六條)
- (七) 親族間之侵佔(三百九十六條)
- (八) 親屬間之贓物罪(四百零一條)
- (九) 親屬間之毀損罪(四百零八條)

相對的免除

- (一) 贈賄罪之自首(百五十二條)
- (二) 偽證之自首(百五十一條)
- (三) 誣告之自首(百八十二條)
- (四) 犯二百條之罪因其情節之免刑(二百條)
- (五) 謀為同死而犯三百二十條之罪(三百二十條)
- (六) 預備陰謀犯殺人罪或決鬥罪者因其情節之免刑(三百二十八條)

右表所謂一般的減免者。無論何罪。無論何人。一有合於法律所豫定之情形。即應分別減免。所謂特別的減免者。所犯者有一定之罪名。犯之者有一定之身分。夫然後可以減免也。所謂絕對的免除者。裁判官無斟酌之餘地。所謂相對的減免者。法律上有酌量之明文也。

至於酌量減輕者。裁判官之特權。以自由之裁量。而減輕處刑是也。學者故又以裁判上之減輕名之。大凡犯罪之事。其情形其原因。千變萬化。莫可究詰。必欲執一條之法律。以治變幻之犯罪。事實上終不可能。故法律於法定減免之理由以外。復爲酌減之規定。所以期裁判得其公平。罪刑得其允洽。但此等權能之行使。屬於裁判官之自由。故其使用與否。與夫用之而得當與否。皆不得據以爲上訴之理由。而其行使之理由。亦無庸載之於判決。緣法律於酌減之事由。本爲概括之規定。如暫行刑律第五十四條所謂審按犯人心術。及犯罪之事實。均屬漠然其詞。未有一定之標準也。法定酌減之原因。雖失之漠然。但其大要。不外主觀之犯罪心理。與客觀之犯罪事實。

以及犯罪前後之情況。例如因貧窮而爲盜。因挑撥而殺人。與夫因熱心公益。以致傾家。嗣卽犯財產之罪等類。皆可爲酌減之原因。究之能否認爲酌減之理由。全繫諸裁判官高尚之感情而已。

酌量減輕。出於裁判官之任意。與法律上相對的減輕正同。惟法律上之減輕。雖出於相對。而法律上之條件。仍須明示。酌量減輕則不然。此所以行法律上之減輕以後。更可以爲裁判上之減輕。二者固可并行而不悖者也。

法律上之減免。既見於分則條文。就各本條觀察之自明。茲特擇其應行說明者。分段述之。

第一 自首。

按暫行刑律第五十一條。犯罪未發覺。而自首於官。受審判者。得減本刑一等。此時裁判官當審按其自首之心理上原因。與夫自首者之人格。以決其應否減輕。茲叙自首之條件如下。

(一)須以自己犯罪之事告知於官。此處所謂官。指有搜查犯罪職務之檢察官。并司法警察官言之。普通之巡警。乃司法警察官之補助者。故對之爲犯罪之告知。亦生效力。但須自行告知乃可。如告知他人之犯罪。是乃告訴。或告發。決非自首。因該公務員之訊問。而陳自己之犯罪者。是自白。而非自首。除法律特定明文外。不能爲減免之事由。至自首之方法。未經特定。故於書面。口頭。電話。電信通知。均無不可。但得使告知之意思表示達到已足。

犯人於告知自己之犯罪時。無須卽置其身於可以逮捕到案之地位。緣自首減輕。權操法官。果其告知之後。隱匿不面。則自可自由裁量。不予減等。以懲之也。

(二)自首須在犯罪未發覺於官之前。官者。從事於犯罪搜查之公署。或公務員之謂。其以外之官署。不在此內。犯罪之發覺者。犯罪之事實未發覺之謂。其事實雖發覺。而何人所犯。尙未發覺者。亦包含在內。當該官以外。卽使爲被害者所發覺。而未經告訴告發。致官知之之時。仍不妨生自首之効力。苟經官發覺。則其自首。絕對不能生效。

力。

第二 首服

首服者。對被害者告知自己所犯罪之行為也。對親告罪之有告訴權者所為之首服。與自首全其效力。(第五十一條二項)蓋被害者之告訴。通常本以無影響於公訴權之行使為原則。但關於親告罪。則以告訴為訴追之條件。告訴之有無。足以生公訴之起滅。是故向有告訴權者之首服。與自首於關係準備公訴之公務員。同其效力。至其條件與自首同。

第三 瘖啞人。

瘖啞人為喪失生理機能之人。屬於社會之不幸階級。故其犯罪。應從末減。但近今之盲啞教育。頗為社會注意。雖為不具之人。其智力亦未必即遜於常人。是以法律上規定於相對的減輕條下。

第四 未滿十六歲人。

未滿十六歲人。其體力智力。常遜於成年者。故犯罪得減本刑一等至二等。按歐洲學者。調查少年犯罪者之統計。大略如左。

年齡 犯罪之百分比

十五歲未滿	五八
十五歲至十六歲	一四
十七歲至十九歲	八
二十歲前後	二〇

據右表。則少年犯罪者最多之時代。為十五歲未滿。次之則二十歲前後。據瑪羅氏調查。初犯者五百七人中。十一歲以上。廿五歲以下之犯罪者。占百分之七十。日本之情形。亦大致如此。按其近年統計。

年次	十二歲未滿	十六歲以上 十六歲未滿	十六歲以上 二十歲未滿	二十歲以上	不詳	總計
明治三十五年	一二一	二二〇	四	一一	一	三四六

明治三十六年	一一七	二七七	一三三	一七	二	四二八
明治三十七年	八七	二九九	二九	一四	一	二四七
明治三十八年	八〇	三四四	一二	一二	一	四四八
明治三十九年	一〇七	四四一	三三	一四	一	五九四
明治四十年	九六	六三六	五二	一七	一	八〇一
明治四十一年	六四	四七九	四九	一二	一	六〇四
合計	六七二	二六八四	一九二	九九	二	三六四八

綜以上統計觀之。知十六歲未滿之人。實為社會上最危險之人。又按英國近年統計。

年次 自四月一日至三月三十一日一年度

十二歲未滿者

十二歲以上十六歲未滿者

合計

一八九七	五八	一六三〇	一六八八
一八九八—一八九九	四三	一六七九	一七二二
一八九九—一九〇〇	一九	一三五三	一二七二

一九〇〇—一九〇一	二〇	一三六四	一三八四
一九〇一—一九〇二	一九	一二七六	一二九五
一九〇二—一九〇三	一一	一〇三三	一〇六四
一九〇三—一九〇四	九	一〇七二	一〇八一
一九〇四—一九〇五	七	一一八四	一一九一
一九〇五—一九〇六	三	一〇二九	一〇三二
一九〇六—一九〇七	四	七二四	七二八
一九〇七—一九〇八	三	五六六	五六九
一九〇八—一九〇九	四	五二五	五二九

按右表。近年英國少年犯罪者。其數漸減。蓋由英人盡力於少年犯罪之豫防事業。大著功效之故。其最著者。如一千九百〇二年以來之波士塔爾之監獄制。并一千九百〇八年之犯罪預防法是也。波士塔爾監獄制者。專對於十六歲至廿一歲少年犯人。

加以嚴格之懲治。并與以宗教上道德上之訓練。使其養成克己之心。飽受教育之益。其初始行於羅切斯他地方之波士塔爾監獄。單爲獄內規則。嗣因成績佳良。遂於千九百〇八年。制定犯罪預防法。認爲一般之刑事制度。通行全國矣。

英國少年犯罪者。近來之所以減少。尙有一原因。卽感化事業之發達是也。英國感化事業。每年需經費六百萬元以上。然感化事業之成績。與犯罪之數。恰成正比例。感化院收容者三萬餘人。而監獄所收容者。則不過二萬人。此其明效大驗也。

第五 滿八十歲人

近代各國所注意者。大抵爲少年犯罪。緣社會程度日進。風俗日儉。少年之人。最易罹於法網。至於老年。則五十以後。犯罪者已不多見。此統計學者之所証明。學者因之漠然不以爲意。然老人犯罪。大抵因生存競爭劣敗所致。其情可矜。理當宥減。故瓦敦堡刑法（一八一四年）規定老年者。因精神耗弱。致失理解力。則看作無能力。免除其責任。貝葉倫刑法（一八四〇年）亦然。哈諾伯（亦德意志聯邦之一）刑法。規定年六十

以上。減輕其刑。且不科以勞役。刑之執行中。達於六十歲者。即免除其重勞役。其年老而全然喪失理解力者。免除其刑。和蘭刑法（一八八九年）凡犯罪行爲。係精神病者。或係衰老者。所爲則不處罰。瑞典刑法（一八六四年）凡精神病者。及因疾病年老。以致喪失理解力者。其犯罪行爲。不處罰之。墨西哥刑法。於幼年者。聾者。年老者。犯一定之犯罪。當然減輕其刑。此外各國刑法。雖不盡以明文規定。然解釋上。仍以年老者入於心神耗弱者中。可以減輕其刑。至於中國。則老年犯罪。律應減輕。實有極早之淵源。昔在周代。有三赦之法。再赦即爲老耄。唐律諸年七十以上。十五以下。及廢疾。犯流罪以下。收贖。八十以上。十歲以下。及篤疾。犯反逆殺人。應死者。上請盜及傷人者。亦收贖。餘皆勿論。九十以上。七十以下。雖死罪。不加刑。本先王敬憐老耄之心。以行仁政。此實中國之特色。新刑律於八十歲以上犯罪。得減等。蓋亦本於此。

第四節 加減例

加減例者。以各條所定之法定刑爲基本。而就各項情形。加重減輕。以爲正當之處斷。

是也。其加重之次序如下。

第一 死刑。

第二 無期徒刑。

第三 有期徒刑。

一 一等有期徒刑。十五年以下。十年以上。

二 一等有期徒刑。十年未滿。五年以上。

三 三等有期徒刑。五年未滿。三年以上。

四 四等有期徒刑。三年未滿。一年以上。

五 五等有期徒刑。一年未滿。二月以上。

其加重刑之應注意者。(一)徒刑不得加至死刑。緣死刑者。刑之至乎其極。不可妄加也。(二)罰金不得加至拘役。及徒刑。緣財產刑。自由刑。其性質迥異也。(三)分則中。定有二種以上主刑者。如最重主刑。係死刑。則止加重其徒刑。因死刑以上。無可再加者。

也。如最重主刑。係無期徒刑。則止加重其有期徒刑。因無期徒刑之上。卽爲死刑。不可以加者也。(四)罰金刑依分則所定之額。以四分之一爲一等加重之。(五)科多數之有期徒刑者。於合併之刑期以下。其中最長之刑期以上。定其期間。但不得過二十年。此時應先定其各罪之刑期。然後以之爲標準。而定一刑期。例如甲犯竊盜罪。又罪詐欺取財罪。對竊盜罪。定爲四等有期徒刑。刑期二年。對詐欺取財罪。定爲三等有期徒刑。刑期四年。最終應於二罪合併之六年以下。四年以上。定其刑期。(六)科多數之拘役者。同上款。(七)科多數之罰金者。於各刑合併之金額以下。其中最多之金額以上。定其金額。(八)再犯加本刑一等。三犯以上加本刑二等。

其減輕刑之應注意者。(一)拘役不得減至罰金及免除之。(二)最輕主刑。係拘役。應減輕者止。減輕其徒刑。徒刑減盡者。止處拘役。因拘役以下無可再減也。(三)由徒刑易科之罰金。如徒刑應減輕者。亦輕減之。(四)有二種以上應減者。得累減之。

此外更有應注意者數事。(一)罰金應加減者。最多額與最少額同加減之。其僅定有

最少額者。止加減其最多額。(二)分則所定併科之罰金。如徒刑應加減者。亦加減之。(三)同時刑有加重減輕者。互相抵銷。(四)徒刑不隨主刑加重減輕。(五)減等應超乎法定選擇刑之外。但法律上之減輕。則有時不然。

第五節 未決羈押

按新刑律第七十九條。刑期自審判確定之日起算。然刑事訴訟進行中。被告人常受羈押。其案情複雜者。且往往經長久之年月。而後確定。此等未決期內之羈押。就法律上論。雖不得為刑罰。然在事實上。亦不失為被告之痛苦。若不許其算入刑期之中。則被告人毋乃太苦。但若定為法官之一種義務。必令算入。則被告人又不無藉端上訴。希圖遷延時日。以求倖免之弊。此第八十條之規定。所以許法官有自由裁量之權也。但可以抵算之未決羈押。必須與受刑之宣告者。為同一事件。惟如數案合併審理之時。僅以一案受刑者。其他之未決羈押。亦併可加入。又凡可以抵算者。必其刑之性質。可以加入。故死刑無期徒刑之未決羈押。不能算入。若其性質。可以加入者。不問自由

刑。財產刑。皆可通融。蓋第八十條固定明得以未決羈押二日。抵徒刑拘役一日。或抵罰金一元。至所以以二日抵一日或一元者。因未決羈押之痛苦。究不若刑罰之甚也。

第公節 緩刑

緩刑者。對於輕微犯罪。單宣告其刑罰。而展緩其執行。欲藉刑罰之威力。以促犯人之省悔。且以補救短期自由刑之弊者也。其淵源本在古代。至英國於一千八百八十七年八月八日有 Probation of first offender act。依其條例。法官對於應該二年以下刑期之初犯者。如其品行善良。或年齡幼稚。或所犯輕微。得於一定之期間。展緩其事之裁判。在美國亦有此制度。最初於一千八百六十九年。用於瑪薩秋瑟茲州。僅適用於幼年犯人。嗣於千八百七十八年。用於波士頓。對於成年者。亦適用之。但美國有所謂被告人之監督官 Probation officer 者。於緩刑期間終了之後。可向法院請求免訴。或請求延長監視期間。此為美國之特點。此外德法各邦。亦多行此制。然大陸主義。與英美主義。各不相同。而德國之主義。又與他國有別。在法國比國。凡判決之緩刑期

間。一經完滿。則刑之宣告。失其効力。在德國則可以免除執行者。應由司法大臣。緩其執行。泊期間既滿。單特赦其執行。至於英美。則緩其刑之宣告。不止緩其刑之執行。然判決必依證據。若緩其罪之宣告。則日後如果撤銷緩判。再行檢証。必生困難。又如單免其刑之執行。而不取消其刑之宣告。則其人仍非純潔無垢之人。不足獎彼改善之心。故三主義相較。法比之主義爲優。新刑律所採。卽此主義。

按新刑律第六十三條宣告緩刑之條件。爲如左列各項。

- (一) 現在所受刑之宣告。爲四等以下有期徒刑。或拘役者。
- (二) 以前未曾受拘役以上之刑者。
- (三) 前受三等至五等有期徒刑。執行完畢。或免除後逾七年。或前受拘役。執行完畢。或免除後逾三年者。
- (四) 有一定住所職業者。
- (五) 有親屬或故舊。監督緩刑期內之品行者。

凡畢具以上條件時。得以檢察官之請求。或裁判官之職權。宣告三年以上。五年以下之緩刑。惟其情形。不能一定。大抵對於偶發犯人。或少年犯人。常宜用此制度。以爲匡救其將來品行之具。如習慣犯人。固萬不能沐此恩惠也。

受緩刑之宣告。而有左列情形之一者。撤銷其宣告。

(一) 緩刑期內。更犯罪。受拘役以上之宣告者。

(二) 因緩刑前犯罪。而受拘役以上之宣告者。

(三) 不備第六十三條第二款之要件。後經發覺者。

(四) 喪失住所及職業者。

(五) 監督人請求刑之執行。其言有理由者。

逾緩刑之期。尙未撤銷緩刑之宣告者。其刑之宣告爲無效。

關於緩刑制度。有尙宜注意者數事。(一) 徒刑與罰金併科之時。其徒刑仍可緩刑。(二) 所謂未曾受拘役以上之刑者。未因確定判決。而受刑之宣告之義。然如以前犯

罪因再審。非常上告。或緩刑期間之終了。或遭逢大赦。以致消滅其刑之宣告者。仍不妨緩刑。(三二)主刑之徒刑。雖可緩刑。從刑之沒收。仍應執行。

關於緩刑制度。千九百十年華盛頓所關之萬國監獄會議。亦有所討論。其決議。謂此制成績雖佳。然尚須添附數種條件。方為有益。茲錄於左。以供學者參攷。

(一) 緩刑之罪犯。必使其不得擾害社會。

(二) 罪犯得享緩刑之優遇者。必確信其人不必監禁。即能自行改變。

(三) 緩刑期間。必須有人隨時監督。

(四) 須特設專官。專管監督緩刑之犯人。

第七節 暫釋

自由刑之執行。有假釋之制度。即受徒刑之執行。而有悛悔實據者。無期徒刑逾十年後。有期徒刑逾三年。或刑期之二分之一以後。由監督官。申達法部。得許暫釋出獄。此亦刑事政策上獎進犯人改行之計劃。最初行於濠州地方。用以補助流刑。嗣於千八

百五十三年。爲英國採用。後更行於文明諸邦。按新刑律於暫釋出獄後。而有左列情形之一者。撤銷其暫釋。出獄日數。不算入刑期之內。

(一) 暫釋期限內。更犯罪。受拘役以上之宣告者。

(二) 因暫釋前所犯罪。而受拘役以上之宣告者。

(三) 因暫釋前所受拘役以上之宣告。而應執行者。

(四) 犯暫釋管理規則(參觀附錄)中應撤銷暫釋之條項者。未經撤銷暫釋者。其出獄日數。算入刑期之內。

關於暫釋制度。萬國監獄會議。亦經研究。議決改良之法如左。

(一) 暫釋制度。當有一定法律。凡罪人在獄。須滿最短期之監禁刑。方能施行暫釋。無論何人。皆有享受暫釋利益之資格。

(二) 有判定暫釋之權者。即臨時法庭之官吏。惟出獄後。仍須隨時監督。如察其不能改悔。仍可隨時拘之入獄。

(三) 暫釋制度施行後。政府須設一定官吏。監督暫釋之人。如一時未設專官。地方慈善會。亦可受政府委託。管理此事。惟犯人行爲如何。須隨時報告政府。

(四) 所有無期徒刑及非暫釋人犯。皆由審判所獨立辦理。與臨時法庭無干。不能妄行干涉。

第八節 出獄人保護

出獄人保護。雖不著於刑律。因此事有利於刑事政策者甚大。故并述之。按此制起原於一千七百七十六年。菲拉得爾菲亞之出獄人保護協會。有名之邊嘉名佛郎克林。Benthamin Franklin 卽其會員之一人。迄今美國各州。皆有多數之會員。對於犯人在獄者。則時加訪問。予以訓誨。對於出獄者。則力爲救助。俾得生活。至於歐洲之有此事業。實始於千七百九十七年之丹馬。此外英國於千八百五十七年。德國於千八百二十四年。法國於千八百七十一年。先後設置。其他若奧若意若俄。莫不有此種事業。日本近年。亦盛行於社會。蓋此制度。有種種利益。常訪問在監囚人。則令其與良民接

觸。既可資觀感。又可動善念。足以補監獄教課所不及。一也。犯罪原因。多由生計問題。而刑餘之人。常爲世人所不齒。一經出獄。仍無以爲生。勢之所迫。不得不出於再犯。若能加以扶掖。示以生路。則人非禽獸。何必自外生存。二也。犯人既受刑之執行。則其家族。常陷於餓餒之境。使不予補助。則勢必更有犯罪之發生。有保護事業。則於此點。亦可爲力。三也。有此三利。此今日出獄人保護事業。所以盛行於文明各國也。吾國二年一月一日司法部亦曾有出獄人保護事業獎勵規則（參觀附錄）之發布。惟舉世注意於此者甚少。殆未明犯罪防預之益耳。

第六章 刑罰之消滅

刑罰之消滅云者。法律上一定事項之發生。足以消滅其刑罰請求權者是也。其原因本於法律所規定。故與裁判上之減輕免除不同。其原因在犯罪成立以後。故與犯罪不成立之原因又不同。蓋刑罰請求權之發生。必以犯罪之存在爲前提故也。刑罰之消滅。乃對特定之犯人言之。故原則上僅對於其一身生效力。對第三者（含共犯在

內)例不得生利害之影響也。

刑罰之執行。以本確定判決所宣告之罪。而執行完畢爲終了。故執行完畢以後。更無刑罰權存在之理。此刑罰之執行。在性質上。所以爲消滅刑罰權原因之一也。然此外尙有種種。分節述之。

第一節 犯人之死亡

犯人死亡。則可罰之主體喪失。而科刑自陷於不能之地位。故犯人在確定判決前死亡。則消滅刑罰請求權。在確定判決後死亡。則消滅刑罰執行權。往時有鞭尸梟首之刑。今已不用矣。但關於此點。各國視定。各有不同。有云犯人死去。犯罪即消滅者。(奧刑法二二三條二二四條五二六條)有云犯人死去。則訴追及刑之執行。均消滅者。(和蘭刑法六九條七五條比利時刑訴法二百條刑法八六條)有云犯人死去。則公訴權消滅者。(法國刑訴法二條)有全不規定者。(德意兩國法)要之。犯人之死亡。其刑罰即消滅。固各國所同也。

今世之刑罰止於一身。故犯人生存中。所確定之財產刑。在犯人死亡之後。亦不能對其繼承人執行。但德國刑法第三十條所規定則不然。凡罰金刑。在犯人死去前判決確定者。亦應對於其遺產執行。此亦一異例也。

因犯人之死亡而生問題者。尚有一事。即沒收是也。按沒收之性質。學者主張不一。吾人既認爲一種刑罰。則犯人死亡後。自不能執行。但沒收物之所有權。於判決確定之時。即應移於國家。則判決確定後。而犯人死亡。亦可執行也。

第二節 赦免

赦免者。以大權作用。消滅刑罰權之謂也。其權惟大總統有之。內中分三種。

一 大赦。大赦者。以大權作用。消滅犯罪之法律上效力者是也。大赦於確定判決前。有消滅刑罰請求權之效力。於確定判決後。有消滅判決力之效力。是故經過大赦之後。與未受有罪判決等。固不能受刑之執行。并不得爲累犯原因。但大赦之效力。只及於刑事。與民事無與。按臨時約法。大總統欲行大赦。須爲議會同意。且其範圍。亦由

臨時酌定。不必盡罪而赦之也。

二 特赦。特赦者。以大權作用。免除確定判決未經執行之刑罰全部或一部是也。其効力只爲免除刑之執行。不能全滅判決之効力。且受其利益者。僅限於特定之人。對於民事。亦不生何等影響也。

三 復權。所謂後權者。對於因確定判決而喪失公權之全部或一部者。恢復其將來之資格而已。與刑罰權消滅。又微有不同。

按特赦之制。肇始甚早。羅馬法中。定爲皇帝之特權。自是凡繼承羅馬法者。無不有特赦制度。迄於十八世紀。伯加利亞康德等。謂特赦爲君主專制之惡法。力加駁難。故法國立憲議會。於千七百九十一年之刑法。毅然廢止之。然其後共和歷第三年。對於政治犯。仍許特赦。共和第十年。復通用於各種犯罪。誠以犯罪之狀態無窮。法律之規範有定。有時法所當刑。而理應曲宥者。苟減輕之典。事實上有所難行。則勢不得不藉特赦以爲調和之計。此特赦之必要一也。判決不服。有上訴以鳴其冤。判決錯誤。有再審

或非常上告以糾其謬。但時期有定。條件甚嚴。法律上濟救之途一窮。則勢亦不得不藉特赦。以爲轉圜之道。此特赦之必要二也。死刑之廢止。固目下所難行。然有特赦以和緩其執行。則於事實上亦不無裨益。此特赦之必要三也。有此三種理由。故雖世界國家之國體。各有不同。而其採用此制。則大抵相類。但此制如屢屢實施。則既足以損律令之等嚴。又足以墮法院之威信。矧當今法制。於被告人一面之利益。謀之已無微不至。特赦之必要。固已大減。而議會權張。政黨勢盛。尤慮有憑藉權威。以干涉特赦權之運用者。是亦當局者所不可不妨者也。

至於大赦之作用。大抵爲一種政治手段。值內亂或政變之後。行之以和緩社會之感情者。今世國家。亦多有之。惟常須經議會之同意。

第四節 刑之時效

時效一語。本起原於羅馬法之*Præscriptio*。其義實書寫於前之意。因羅馬時代。凡以時日之經過。爲訴訟之理由者。皆書於他種理由之前。以故用此字以表之。在歐洲各

國。其始大抵用於民事之件。至十六世紀。乃有公訴權之時效。至行刑之時效。則求之歷史。除法國大革命之時行之外。他無成例。所謂公訴之時效云者。在判決確定以前。因時限之經過。而廢棄刑罰請求權之謂。所謂行刑之時效云者。在判決確定後。因時限之經過。而廢棄刑之執行權之謂。提起公訴之權。惟代表國家公益之檢察官有之。即要求審判官。決定嫌疑人。是否有罪。如有罪。則要求科以一定之刑罰是也。凡法院職權。惟在適用法律。而適用法律。必以事實為根據。事實之認定。又以證據為本原。如其事經過已久。則證據勢必散失。事實亦難得真相。是則不如拋棄公訴權為宜。此刑律所以定明自犯罪行為完畢之日起。逾左列期間。不起訴者。其起訴權即歸消滅也。

- 一 係死刑者。十五年。
- 二 係無期徒刑。或一等有期徒刑者。十年。
- 三 係二等有期徒刑者。七年。
- 四 係三等有期徒刑者。三年。

五 係四等有期徒刑者一年。

六 係五等有期徒刑者或拘役罰金者六月。

廢棄刑之執行權。爲行刑權之時效。其期限自宣告確定之日起算。逾左列期間不行刑者。其行刑權消滅。因此時刑之宣告已經確定。證據不虞其散失。故期限較起訴時效爲長也。

一 死刑三十年

二 無期徒刑二十五年。

三 一等有期徒刑二十年。

四 二等有期徒刑十五年。

五 三等有期徒刑十年。

六 四等有期徒刑五年。

七 五等有期徒刑三年。

八 拘役罰金一年。

時效之進行。有停止者。有中斷者。停止之時。當通算停止前後之時間。以充法律所定之期限。中斷之時。則須於中斷以後之時間。另行起算。在起訴權。則遇被告人罹精神病。或其他重病。而停止公判時。則其時效停止。在行刑權。則如受緩刑。暫釋等處分。法律停止其執行時。其時效亦停止。至中斷則（一）偵查及豫審上強制處分。（二）公判上訴訟行為。二者有一。皆可斷起訴權之時效。俟其停止。更行起算。故夫元兇巨惡。不欲令其泯時效之利者。儘可爲此二處分。使其起訴權。永不消滅。至於行刑權之時效。須在確定判決以後。因執行而犯人就逮捕。乃能中斷。但逮捕之時。不知其他之犯罪者。他罪之時效。仍復進行。

關於刑之時效。當有應注意者數事。（一）各國刑事法。於時效之規定。各有不同。有盡載之刑事訴訟法中者。爲其與刑之執行有關也。此主義法國用之。有以起訴權之時效。屬之訴訟法。以行刑權之時效。屬之刑法者。爲行刑權之時效。關乎科刑之時限也。

此主義日本用之。有以二者并載於刑法者。爲科刑既以時效而生限制。則屬刑法上之限制也。此主義德荷意諾等國多用之。吾國所採亦此主義。(一)二罪以上之起訴權。其時效期限。以最重刑爲準。(二)本刑應加重減輕者。因尙未審判。故其起訴權之時效期限。仍據本刑計算。(四)中斷起訴權時效之行爲。對於一切共犯。有同一之效力。因其時效。乃爲罪而設。非爲人而設也。

第五節 緩刑期間完畢

凡受緩刑之宣告。逾期未經撤銷者。其刑之宣告。卽爲無効。與未曾受刑之宣告者同。此亦消滅刑罰權之一因也。

刑律原論

附錄

一 暫行新刑律施行細則（元年八月初八日司法部公布）

第一條 在舊刑律時。一罪先發。已經確定審判。餘罪在新刑律施行後始發者。依該律第二十四條第一項規定。更定其刑。

第二條 在舊刑律時。已經確定審判之案。於暫行新刑律施行後發覺爲累犯者。依該律第十九條第二十條規定。更定其刑。

第三條 在舊刑律時。一罪先發。已經確定審判。餘罪在暫行新刑律施行後始發。并與累犯互合者。依該律第二十五條之例處斷。

第四條 新刑律未施前。已經確定審判。而未執行。及遣流徒案件在執行中者。按照暫行新刑律之規定。分別執行如左。

（一）現決人犯無論斬絞。均處絞刑。

(二)秋後人犯例入情實者。處絞刑。

(三)秋後人犯情實。例應聲叙免勾。或改緩及例入緩決者。處無期徒刑。

(四)秋後人犯。例應減遣者。處一等有期徒刑十二年。

(五)秋後人犯。例應減流者。處一等有期徒刑十年。應減徒。處三等有期徒刑三年。

(六)永遠監禁人犯。仍處無期徒刑。其監禁若干年者。按照所定年限。處有期徒刑。但不得逾十五年。

(七)遣刑人犯。例應實發者。處一等有期徒刑十二年。

(八)流刑人犯。例應實發滿流者。處一等有期徒刑十年。流二千五百里者。處二等有期徒刑八年。流二千里者。處二等有期徒刑六年。

(九)遣流人犯。例不實發者。均照原定年限。處有期徒刑。

(十)徒刑人犯。按照徒役年限。處有期徒刑。

(十一) 監候待質人犯已定罪者。無庸待質。按照所定之刑。依以上各項分別執行。其未定罪者。再行審理。宣布其罪刑或放免之。

(十二) 凡改處徒刑人犯。從前受刑期日。均準算入刑期。

第五條 前條第一款第二款。應候覆准文到三日內執行。其餘各款。於頒布本則之公報到後七日內執行。

第六條 前條及暫行新刑律第四十條之覆准。由司法部行之。

第七條 死刑案件。如犯人係孕婦。或罹精神病。雖經覆准。非產後滿百日。或精神病愈後。不得執行。

第八條 特赦減刑。或復權。由司法總長呈請於 大總統。或由 大總統交司法總長議覆後宣告之。

第九條 無期徒刑以下各刑。除第五條所規定外。於審判確定後次日執行。但須報告於司法部。報告程式。以司法部令定之。

第十條 本則於暫行新刑律施行法頒布後廢止之。

二 監獄規則 二年十二月一日司法部令第二百八十四號公布

第一章 總則

第一條 監獄屬司法部管轄。

第二條 監獄爲監禁被處徒刑及拘役者之所。有不得已時。看守所代用爲監獄。

第三條 未滿十八歲者。監禁於幼年監。但滿十八歲後。三個月內刑期即可終結者。其殘刑期間。仍得繼續監禁之。因精神身體發育情形。認爲必要時。適用前項。得不拘定年齡。

第四條 婦女監禁於女監。

第五條 各監設在同一區域內者。嚴行分界。

第六條 司法部每二年一次派員視察監獄。

第七條 視察員得以檢察官充之。

第八條 在監者不服監獄之處分時。得在事故發生後十日內。申懇於監督官廳。或視察官吏。但申懇未經判定時。無中止處分之效力。

第九條 不服監督官廳。或視察官吏之判定者。許其再懇於司法部。但司法部之判定。有最終效力。

第十條 關於在監者之待遇。及其他監獄行政之重要事項。監獄長官。須諮詢監獄官會議之意見。

第十一條 有請參觀監獄者。限於確係研究學術。其有其他正當理由者得許之。

第十二條 本規則定沒收物品充監獄慈惠之用。

第十三條 受監禁處分者。準用被處拘役者之規定。

第十四條 本規則不適用於陸海軍監獄。應收陸海軍監獄者。若有職權者囑託。亦得暫收於普通監獄。

第二章 收監

第十五條 新入監者。監獄官非認定具備適法之公文。不得收之。

第十六條 收監婦女有請攜帶其子女者。非認爲不得已時。不得許之。許攜帶之子女以滿一歲爲限。在監內分娩之子女亦同。但該子女已達限制年齡。若無相當領受人。又無在外安置方法時。得延至三歲。

第十七條 新收監者。醫士須診察之。

第十八條 新收監者若有左列情事之一。得不收之。(一)精神喪失或因監禁有不能保其生命之虞者。(二)懷妊七月以上及分娩未滿一月者。(三)罹性激傳染病者。

第十九條 依前條規定不收監者。若認爲必要時。得暫行收監。

第二十條 新收監者之身體衣類。及攜帶物品。須檢查之。並調查其體格。及個人關係。前項之規定對於已在監者認爲必要時。亦適用之。

第二十一條 身體檢查及體格調查。非認爲萬不得已時。不得裸體爲之。

第三章 監禁

第二十二條 在監者。概以分房監禁爲原則。但因精神身體認爲不適當者。不在此限。

第二十三條 滿十八歲者。分房三年後。非本人情願。不得繼續分房。未滿十八歲者。分房一年後亦同。

第二十四條 監獄長官及教誨師。至少每十日一次。訪問分房之在監者。看守長須常訪問之。

第二十五條 雜居者。無論在監房工場。均須斟酌其罪質年齡犯數性格等。隔別之。

第四章 戒護

第二十六條 在監者。有逃走暴行自殺之虞。及在監外者。得加以戒具。戒具設窄衣手鐐捕繩聯鎖四種。

第二十七條 戒具非有監獄長官命令。不得使用。但緊急時。得先行使用。再請監獄長官指揮。

第二十八條 監獄官所攜帶之槍或刀。若遇左列事項之一。得使用之。

(一) 在監者對於人之身體為危險暴行。或加以將為暴行之脅迫時。

(二) 在監者持有足供危險暴行所用之物。不肯放棄時。

(三) 在監者聚眾騷擾時。

(四) 劫監者及幫助在監者為危險之暴行脅迫或逃走時。

(五) 圖謀逃走者。以暴行拒捕。或制止不從。仍行逃走時。

第二十九條 監獄官照前條規定。使用槍刀後。須將實在情形。從速報部。

第三十條 當天災事變。認為必要時。得令在監者。就應急事務。並得請求軍隊警察等署之援助。

第三十一條 當天災事變。如其監內無法防避時。得將在監者。護送於相當處所。護

送不遑時。得暫時解放。被解放者。由解放時起算。限於二十四小時內。至監獄或警察署投到。逾時者。得以刑律脫逃罪論。

第三十二條 在監者逃走後。十日內。監獄官得逮捕之。

第三十三條 在監者逃走後。須以逃走之事實。及逃走者之人相表。通知監獄所在地。及預想逃走者所經過之警察官署逮捕之。

第三十四條 逃走之事實。監獄長官須報部。捕獲逃走者亦同。

第五章 勞役

第三十五條 服勞役者。須斟酌其年齡。罪質。刑期。身分。技能。職業。及將來之生計。體力之強弱。科之。

第三十六條 除刑期不滿一年者外。監獄官認爲必要時。得使在監者。在監外服勞役。

第三十七條 勞役非有監獄長官命令。不得中止。廢止。或變更。

第三十八條 在監者。每日勞役時間。於七小時以上十小時以下之範圍內。斟酌時令地方情形。監獄構造及勞役種類定之。教誨教育接見詢問診察及運動所需時間。得算入勞役時間。

第三十九條 對於服勞役者。應定相當科程。各種勞役科程。以前條勞役時間及普通一人平均工作分量爲標準。均一定之。

第四十條 免服勞役日列左。(一)國慶日。(二)紀念日。(三)十二月末二日。(四)一月一日至三日。(五)星期日午後。(六)祖父母父母喪七日。(七)其他認爲必要時。

第四十一條 因炊事洒掃及不得已事由。必須服勞役者。不適用前條之規定。但前條第六項。不在此限。

第四十二條 因勞役所得之收入。概歸國庫。

第四十三條 服勞役者。得斟酌其行狀罪質成績等。分別給與賞與金。

第四十四條 賞與金額。徒刑囚不得過該地方普通傭工價十分之三。拘役囚不得過該地方傭工價十分之五。

第四十五條 在監者故意損害器具。製造品材料。及其他物者。得以其賞與金充賠償費。在監者逃走後。得沒收其賞與金之一部或全部。

第四十六條 賞與金於其釋放時交付之。但本人請求充家屬扶助料。及賠償被害人時。其積存達十元以上者。得酌付三分之一。

第四十七條 因服勞役受傷罹病。致難營業或死亡者。得依其情狀。給與恤金。前項恤金。監獄長官申請監督官廳決定之。

第六章 教誨及教育

第四十八條 在監者一律施教誨。

第四十九條 未滿十八歲者。一律施教育。但滿十八歲者。自請教育或監獄官認為必要時。亦得教育之。

第五十條 教育每星期二十四小時以內。依小學程度。教以讀書習字算學作文。及其他必要學科。有同等學力者。依其程度設相當補習班。

第五十一條 在監者。請閱書籍。限於無碍監獄之紀律。及感化之宗旨得許之。

第七章 給養

第五十二條 對於在監者。須斟酌其體質年齡勞役。則地方氣候等項。給與必要之飲食衣類及其他用具。

第五十三條 在監者禁用煙酒。

第五十四條 在監者給與灰色獄衣。除一定獄衣外。所有衣被。苟無碍於紀律及衛生者。得許在監者自備。

第五十五條 監房及其他在監者之處所。於極寒時。得設暖房。但病室設備暖房之時間。由監獄長官定之。

第五十六條 婦女攜帶之子女。得自備衣食。及日用必需雜品。

第八章 衛生及醫治

第五十七條 監獄須洒掃潔淨房間及衣類雜具廁所便器等類。須定次數清潔之。

第五十八條 在監者。須令其沐浴。沐浴次數。由監獄長官斟酌勞役種類及其他情形定之。但四月至九月至少三日一次。十月至三月至少七日一次。

第五十九條 在監者。除有不得已事由外。須每日運動半小時。但因勞役種類認為無運動之必要者。不在此限。

第六十條 在監者。罹疾病時。速加治療。病重者收入病室。

第六十一條 在監者。罹激性傳染病時。須與他在監者。嚴行離隔。但看護人不在此項。

第六十二條 罹激性傳染病者。所用物品。須消毒後。方可給與他在監者使用。

第六十三條 激性傳染病流行時。出入監獄之人。及寄送在監者之物品。得加以必要之限制。

第六十四條 病重者。經監獄長官許可。得自費招請醫生治療。

第六十五條 因特種疾病醫士。請以該種專門醫生補助時。得許之。前項規定產婦準用之。

第六十六條 孕婦產婦老弱者廢疾者。以病者論。

第九章 接見及書信

第六十七條 在監者只許與其家族人接見。但有特別理由時。得許與家族以外之人接見。

第六十八條 拘役囚接見。每十日一次。徒囚每月一次。其接見時間。不得過三十分鐘。但監獄長官。認為有不得已情形者。不在此限。

第六十九條 接見由監獄官監察之。如認有通謀作弊。或妨害監獄紀律時。得停止接見。

第七十條 在監者。只許與其家族人發受書信。但有特別理由時。得許與家族以外之人。發受書信。

第七十一條 書信拘役囚。每十日一次。徒刑囚每日一次。但監獄長官認爲有不得已情形者。不在此限。

第七十二條 往來書信。由監獄長官檢察之。如認有通謀作弊。或防碍監獄紀律時。得不許其發受。

第七十三條 在監者。除因私事發受書信費用。應自備外。餘由監獄支給。

第十章 保管

第七十四條 在監者之物品。檢查保管之。無保存價值。或不適於保存之物品。得不爲保管。前項之物品。若本人不爲相當處分時。得廢棄之。

第七十五條 有請以保管物品。充家屬扶助之用。或其他正當用途者。監獄官得斟酌情形許之。

第七十六條 由外送入之物品。限於無碍監獄紀律時。得許其收受。送人之物品。認爲不適當。或送入人姓名住所不明。及在監者拒絕受領時。得沒收或廢棄之。在監

者私帶未經許可之物品。得適用前項之規定。

第七十七條 保管物品。於釋放時交還之。

第七十八條 死亡者之親屬。請求領回遺留物品。或金錢交付之。死亡者之遺留物。由死亡之日起經過一年。無前項請求人時。歸國庫所有。逃走者之遺留物。由逃走之日起經過一年。尙未捕獲時亦同。

第十一章 賞罰

第七十九條 賞罰由監獄長官行之。

第八十條 在監者遵守監獄紀律時。得爲左列之賞遇。(一)照本規則所定接見書信度數增加一次。(二)每月增給一元以內之勞役賞與金。(三)每十日增給菜三次以下。但每次價額不得過一角。

第八十一條 在監者有左列各款行爲。得賞給二十元以下之金錢。(一)密告在監。爲逃走暴行之預謀。或將爲逃走暴行。(二)救護人命。或捕獲逃走中之在監。

者。天災變事。或傳染病流行。服監獄事務有勞績者。

第八十二條 在監者 違反監獄紀律時。得處以左列之懲罰。(一)面責。(二)

停止發受書信接見及閱讀書籍。(三)減食。每餐減去五分之一。或五分之三。

(四)停止運動。(五)閤室監禁。(六)酌減賞與金。前列各項。得併科之。但第

三項第四項之懲罰。不得過七日。第五項之懲罰。不得過三日。第二項至第五項之懲罰。未滿十八歲者。不適用之。

第八十三條 受懲罰者。有疾病及其他特別事由時。得停止懲罰。受懲罰者。有悛悔情狀時。得免除懲罰。

第十二章 赦免及假釋

第八十四條 監獄長官得爲諭知刑罰之在監者。爲赦免之聲請。前項聲請書。經由諭知刑罰之檢察廳提出司法部。

第八十五條 赦免之聲請書。須填具該在監者歷年身分簿。

第八十六條 第八十四條之規定。在假釋中者適用之。

第八十七條 在監者。雖達假釋期。若非監獄長官。確認其有悛悔實據。并得監獄長官會議多數同意。不得聲請假釋。

第八十八條 假釋之聲請。除填具該在監者。歷年身分簿外。並將前條監獄會議多數同意書。蓋印呈部。

第八十九條 假釋出獄人在假釋期間內。應遵守左列各款規定。(一)就正業保持善行。(二)受監獄監督。但監獄得以其監督權委託警察官署。或其他認為適當之人。(三)移居或為十日以上之旅行時。須有監督者之許可。

第九十條 監獄長官。知假釋出獄人。有該當刑律第六十七條者。須具意見書報部。
第九十一條 監獄長官。認為假釋出獄人。違背第八十九條規定事項者。停止假釋之處分。一面報部。

第十三章 釋放

第九十二條 應釋放者由監獄長官釋放之。

第九十三條 釋放在監者。須依赦免假釋之命令。或期滿之次日午前行之。

第九十四條 因赦免或假釋之放者。監獄長官須依定式釋放之。假釋者。並須交付
證票。

第九十五條 因期滿釋放者。釋放前至少三日以上使之獨居。

第九十六條 被釋放者。無歸鄉旅費及衣類時得酌給之。

第九十七條 被釋放者。若罹重病。請在監醫療時。依其情狀得許之。

第十四章 死亡

第九十八條 在監者死亡。監獄長官。須會同檢察官檢驗其屍體。

第九十九條 病死者。醫士應記明其病名。病歷死因及死亡年月日於死亡簿。簽名
蓋印。

第一百條 死亡者之病名死因年月日時。應速知照死亡者之家屬。或親故。并須報

部。

第一百零一條 死亡者之家屬親故。請領屍體者得付之。

第一百零二條 死亡經過二十四小時無請領屍體者埋葬之。埋葬處應立木標。

記明死亡者姓名及死亡年月日。

第十五章 附則

第一百零三條 本規則自公布日施行。

三 假釋管理規則二年二月十五日公布

第一條 假釋者。須受居住地該管警察署之監督。

第二條 假釋者。於釋放時監獄須將到達於居住地之期限。記載於假釋證書。假釋者。須按照前項所定期限。向該管監督警察署呈驗證書。請求鈐印。若行期涉及數日時。對於寄宿地之警察署亦同。

第三條 假釋者。因天災疾病及其他事故。不能依第二條之規定時。即須將其事由

向所在地之警察署聲明。呈請發給證明書。

前項之證明書須向監督警察署呈請鈐印。

第四條 監獄交付假釋証書時。應將假釋之事由。報告於左列各官署。

一假釋者居住地該管之地方檢察廳。

一假釋者原判決之檢察廳。

一假釋者居住地監督警察署。

第五條 假釋者欲爲三日以外十日以內之旅行時。須呈報其事由及旅行地旅行

日數。於監督警察署。

第六條 假釋者。將移居或十日以外之旅行時。須報告其事由移居地或旅行地。及

其日數呈請監督警察署許可。

得前項之許可時。監督警察署。須交付旅券。但移居於監督警察署之區域內。不在此限。

有前項情形時第二條第三條之規定準用之。

第七條 許可移居時。監督警察署。須報告其事由於第四條第一款第二款之官署。及新住居地該管之地方檢察廳及警察署。

有前項情形時。應附送該假釋者之關係書類。於新監督警察署。

第八條 假釋者。欲爲國外之旅行時。須報告其事由。及旅行地。旅行日數。經由監督警察署。及交付假釋證書之監獄。呈請司法總長認可。

監督警察署及監獄須調查事實附以意見。

得第一項之許可時。第四條第一款第二款及第六條第二項第三項之規定準用之。

第九條 旅行之假釋者。歸於居住地時。即須報到於監督警察署。繳還旅券。

第十條 假釋者。關於職業及其他生計事項。須具意見呈報於監督警察署。假釋者。有保護人時。須署名於前項之呈報。

第十一條 假釋者須依第十條之規定。每月一次。赴監督警察署陳述其最近狀況。旅行之假釋者。於同一地點爲一月以上之居留時。須赴所在地警察署。爲前項之陳述。該警察署。須通告節略於監督警察署。

第十二條 監督警察署對於假釋者。須使之就正業保善行。并得發相當之命令或訓示。

第十三條 監督警察署關於假釋者行狀之良否。職業生計之種類。及勤惰。親族之關係等。每六月一次。作調查書報告於第四條第一款第二款之官署。及交付證書之監獄。

第十四條 假釋者之監督。得依交付假釋證書之監獄長官之意見。委任於左列各項人員。

- 一 適當之親族故舊。
- 一 從事於出獄人保護事業者。

一 其他慈善團體之職員。

依前項受委任者。每月末日須按照第十三條。規定報告其事項於監督警察署。

第十五條 檢察廳及警察署認假釋者。該當於刑法第六十七條時。須具意見申報司法總長。

前項之申報。須經由居住地該管之地方檢察廳。

第十六條 司法總長取消假釋處分時。須通報於假釋者所在地。或居住地之該管地方。或初級之檢察廳。或交付假釋證書之監獄使執行之。

有前項情形時。須收回假釋證書。

第十七條 有第十六條情形時。檢察廳或監獄須報告於第四條所列各官署。

第十八條 取消假釋者。非在監者時。檢察廳得發捕票。

第十九條 假釋者死亡時。監督警察署須通報於第四條第一款第二款各官署。及交付假釋證書之監獄。受前項報告之監獄。須呈報其節略於司法總長。

第二十條 凡警察官吏因監督上。必要事項。須至假釋者居所中時。不著制服。
第廿一條 本規則自公布日施行。

四 出獄人保護事業獎勵規則 二年一月一日公布

第一條 經營出獄人保護事業者。當左列各項之一時得給予獎勵。

(一) 經營事業在十年以上功績卓著者。(二) 捐金百元以上者。

第二條 有合於第一條資格者。由各該地方典獄長呈請司法總長行之。

第三條 典獄長提出之呈請書。須記載左列各項。

(一) 該經營事業者之詳細履歷。(二) 該事業創始之歷史。及將來之計畫。

(一) 該事業之詳細成績。(二) 該經營事業者所捐之金額。

第四條 獎勵之方法如左。

(一) 勳章由司法總長呈請大總統行之。(二) 褒狀由司法總長行之。褒狀之

格式以司法部之令定之。

五豫戒條例

按此條例草案本於二年二月二十四日經參議院將全案修正議決移付衆議院該院方在審查中適因國會風潮致未竟事嗣於三年三月三日以教令第三十號公布

第一條 行政官署因持公共之安寧秩序及保障人民之自由幸福認爲有犯第三條所列事項之一者得行豫戒命令。

第二條 得行豫戒命令之行政官署如左。

一 警察廳

二 縣知事

蒙藏及其他未設警察廳或縣知事之地方該地方行政官署關於預戒命令有與警察廳縣知事同一之職權。

第三條 得行豫戒命令之事項如左。

一 無一定職業常有狂暴之言論行爲者。

二 妨害他人之集會或欲妨害者。

三 不問公私干涉他人之業務行爲妨害其自由或欲妨害者。

四不知檢束。常有破壞社會道德。或阻撓地方公益之言論行爲者。

五意圖爲第二款第三款之妨害。而使用有第一款第四款情形之人者。

第四條 豫戒命令如左。

一命其於一定期限內。從事合法之職業。

二命其不得於他人之集會。加以妨害。

三命其不得以何種口實。索人財物。或不當要求。強人會晤。及用涉於脅迫之函件。或其他種種方法。示其威嚇。使他人變更其進退之意見。或妨害他人之業務行爲。并一切自由。

四命其時加檢束。不得蔑棄道德。或阻撓公益。

五命其不得使用他人。妨害他人集會。或妨害他人之業務行爲。及一切自由。並不得以財物扶助已受豫戒命令者。但以親屬之故而扶助者。不在此限。

第五條 犯第三條第一款第四款者。須命以第四條第一款至第四款事項。犯第三

條第二款第三款者。須命以第四條第二款第三款事項。犯第三條第五款者。須命以第四條第五款事項。

第六條 違犯豫戒命令之罰例如左。

一 違犯第四條第一款第四款者。處以十日以下之拘留。十元以下之罰金。

二 違犯第四條第二款者。處以十五日以下之拘留。或十五元以下之罰金。

三 違犯第四條第三款者。處以二十日以下之拘留。或二十元以下之罰金。

四 違犯第四條第五款者。處以二十五日以下之拘留。或二十五元以下之罰金。

第七條 受豫戒命令後三年以內。有違犯者。依前條之例處罰之。

第八條 行豫戒命令時。須以命令書示知本人。並於該管地方公布之。其命令書應載之事項如左。

一 受豫戒命令人之姓名年歲職業籍貫住所。

二 第三條某款情事。

三 第四條某某款之命令。

四 第六條某某款之罰例。

五行命令之年月日。

六行命令之官署。

第九條 受豫戒命令人。三年以內。如住居有移轉時。須於未移居前二十四小時內。報告於原住居地之該管警察官署。並於已移居後二十四小時內。報告於新住居地之該管警察官署。由該官署轉報於原行命令之官署。住居距警察官署在百里外者。其報告以三日爲限。

第十條 對於受豫戒命令人。爲左列事項之一者。應負報告之義務。

一 留宿。

一 同居。

前項報告。須於二十四小時內。用書狀。或以言詞。向該管地方警察官署行之。住居

距警察官署在百里以外者。其報告以三日爲限。

警察官署接到報告後。如對於報告人有所詢問。應據實陳述。

第十一條 應負報告義務之人。如不報告或報告不實者。處以三十元以下之罰金。

第十二條 第七條及前條之處罰事件。由行豫戒命令官署長官。或其代理官吏即決之。

行豫戒命令官署長官。或其代理官吏。得將前項處罰事件。囑託受豫戒命令人。或前條義務人。住居地之警察官署長官。或其代理官吏即決之。

第十三條 受豫戒命令人。如經過一年後。確有悛改情狀。原行命令之官署。得撤銷其命令。前項命令之撤銷。須示知本人。並於該管地方公布之。

第十四條 本條例自公布日施行。

中華民國三年九月一日發行

刑律原論
定價洋六角

編譯者 胡政之

上海克能海路一百廿四號半

發行所 右文社

印刷所 右文社印刷所

寄售處 本外埠各大書坊



