

华东政法学院图书馆藏书

中華民國十九年八月修正五版

刑法學總論 (全書二册)

定價大洋一元八角

(外埠酌加寄費)

不許
翻印

著者 郭衛元 覺

出版者 上海法學編譯社

印刷者 上海會文堂新記書局

總發行者 上海會文堂新記書局

分發行者 廣州永漢北路
北平楊梅竹斜街
瀋陽鼓樓北
濟南西門大街
長沙南陽街
會文堂新記書局

總發行所 上海會文堂新記書局
河南路
拋球場

刑法學總論下冊目錄

第三編 刑罰論

第一章	刑罰之意義	二五五
第二章	刑罰之目的	二五八
第三章	刑罰之種類	二六四
第一節	生命刑	二六五
第二節	自由刑	二六八
第三節	財產刑	二七七
第四節	權利刑	二八六
第四章	刑罰之加重及減免	二九二
第一節	加重	二九三

第二節	減輕	二九六
第三節	免除	三〇三
第五章	刑罰之加減例	三〇六
第六章	刑罰之執行	三一七
第一節	生命刑之執行	三二〇
第二節	自由刑之執行	三二二
第三節	財產刑之執行	三二六
第四節	褫奪公權之執行	三二八
第五節	換刑	三二八
第七章	假釋及緩刑	三三一
第一節	假釋	三三一
第二節	緩刑	三三六

第八章 刑罰之消滅……………三四六

第九章 刑罰之不執行……………三四八

第十章 時效……………三五〇

第一節 公訴權之時效……………三五二

第二節 行刑權之時效……………三五四

第十一章 期間之計算……………三五六

第十二章 刑之酌科……………三五八

附錄一 刑法第二次修正案理由書

第一編 總則……………三六一

第一章 法例……………三六四

第二章 文例……………三七八

刑法學總論 下冊目錄 三

第三章	時例	三八七
第四章	刑事責任及刑之減免	三八八
第五章	未遂罪	三九六
第六章	共犯	三九九
第七章	刑名	四〇三
第八章	累犯	四一七
第九章	併合論罪	四二〇
第十章	刑之酌科	四二六
第十一章	加減例	四三一
第十二章	緩刑	四三二
第十三章	假釋	四三五
第十四章	時效	四三九

附錄二 國民政府審查議決刑法案之文件

審查刑法草案意見書……………四四七

爲修正刑法草案意見書呈中央文（附修正刑法草案意見書）……………四五五

審查刑法草案報告書……………四六四

中央第一百二十次常務會議通過刑法草案之決議案……………四六五

附錄三 中華民國刑總則條文……………四六七

刑法學總論

下冊目錄

第三編 刑罰論

第一章 刑罰之意義

刑罰者。國家爲制裁私人之違犯刑法者而剝奪其法益之手段也。試分析述之如次。

(一)刑罰者爲國家對於私人之制裁也。私人對於私人之行爲或國家對於國家之行爲皆爲有關係之行爲也。其行爲有時且含有制裁之性質。如私人間之報復行爲、國際間之戰爭行爲是。然皆不得謂之刑罰。必國家對於私人所予之制裁方能謂之刑罰。

私人對於私人之行爲及國家對於國家之行爲其性質頗不一致。有屬於互有利益者。有屬於片面有利益者。有屬於片面有損害者。有屬於兩無利益及損害者。又有相迎合者。有相反對者。其相反對者則必含有制裁之性質。惟國家與國家及私人與私人皆立於平等之地位。如有含有制裁之行爲發生，則必互相衝突。私人間之鬥毆及國家之戰爭皆由此而起。故立於私人以上之國家機關乃不得不代私人行其制裁。以免除其互相鬥毆之行爲。刑罰卽國家行使此種制裁之代用品也。但國家

之上祇有仲裁機關。雖仲裁機關有所判斷。不過屬於民事上之性質。不能認爲刑罰。且民事上尙有強制執行之方法。此則并強制執行而不能也。

(二)刑罰爲對於違犯刑法者之制裁也。國家於法律上所規定之制裁方法有數種。有關於民事者。如強制執行是。固不得謂之刑罰。卽關於行政上之懲戒處分亦不得謂之刑罰。以其皆無刑法上之意味也。故惟對於違犯刑法者所予之制裁始謂之刑罰。

法律對於人之行爲除放任者外皆予以制裁。卽使納一般人民入於不違法之範圍也。因違法而生有損害時則責令賠償。因違法而侵及他人之權利時則責令恢復其原狀。因違法而有妨政務之進行時則予懲戒。因違法而有危害於社會者則處以刑罰。惟處以刑罰者以違背刑法爲限。故刑罰爲對於違犯刑法者之制裁也。

(三)刑罰爲對於犯人之制裁也。古代之刑罰不僅加於犯人。卽犯人之親屬亦常有因犯人之犯罪而連帶受罰者。我國舊時緣坐之制誅夷且及九族。故非犯人亦每受極刑。而今之刑罰則以犯人之本身爲限。其親屬不受制裁也。

刑罰之目的在排除犯人之惡性。與行政上之懲戒目的不同。對於無責任能力之人已不能使之受刑。其立於犯人以外之第三人無論與犯人有無何等關係。自無科以刑罰之可言。惟古時刑法有對犯人以外亦科以刑罰者。似帶有行政上之懲戒意味矣。例如對於謀反叛逆者誅其九族。是犯人以外之同族明明無犯罪行為。而刑法上必科以刑罰者。欲使其同族之人負一種監視之責任也。其科刑之目的本於刑法上之原理不合。實不能認為刑罰。不過為一種行政上之懲戒耳。在古時對於法律之性質未當加以精密之研究。行其所便則為法律。所以有此種不合刑法法理之刑法。在今日則僅於行政法上有之。例如放任幼孩嬉游於行人稠密之馬路中。對於幼孩之父兄必予以違警之制裁是已。此種制裁不能認為刑罰。故在今日所認為刑罰者以加諸犯人本身者為限也。

(四) 刑罰為剝奪犯人之法益之手段也。私人之法益應由國家予以保護。而犯罪者則剝奪之。刑罰即為剝奪之手段。故應剝奪其生命者處死刑。應剝奪其自由者處徒刑或拘役。應剝奪其在社會上之特別地位者則褫奪公權。應剝奪其財產者處罰金。惟對於體刑則現已廢除矣。

人之自由行動應各有其範圍。在範圍內者為法益。法律應加以保護。出乎範圍以外者則不免侵害

他人之自由。侵害他人之自由即係侵害他人之法益。在民法上應使之回復原狀。或賠償其損害。而刑法上爲預防將來再行發生侵害起見則加以刑罰。刑罰即爲剝奪其法益之手段也。

第二章 刑罰之目的

刑罰以防壓犯罪爲其目的者也。國家對於犯人科刑之主義應隨時代而變遷。於其種類及適用之方針亦應隨其主義以爲轉移。即所謂原理原則者。不過爲一時代之產物耳。不必受其拘束。然從犯人及社會與被害者各方面而觀察之。其觀念各有不同。試分述之。

各種主義皆爲應時勢之需要而發生。時勢所需要者爲合於實用之主義。不僅以其理論爲標準也。且各種原則皆由於歸納各種實用之主義而成。故主義變遷而原則亦變遷。學說不同而原理亦異。可知無千古不易之原理原則也。即就刑法以外之憲法而論。所謂三權分立幾已成爲數十年前憲法之原則。但自委員制之政府產生後。行政與立法權完全合而爲一。前之主張行政權絕對不能與立法權混合之原則至今不覺動搖矣。

(一)對於犯人方面、以刑罰爲對於犯人之作用。學者稱之爲特別的預防。其方法有二種。即社會的適

合及社會的隔離是也。」

社會的適合者。謂刑法爲矯正犯人惡性而使犯人之性格適合於社會的生存之作用也。其使之適合之手段又可分爲三種。(1)匡正手段。即養成犯罪者以遵守紀律之習慣而不致再犯。(2)教育手段。即授犯罪者以技藝。俾令在社會上能營獨立之生活而不肯再犯。(3)懲戒手段。即使犯罪者知刑罰之可畏而不敢再犯。此皆對於其惡性尙有改善之望者所施之方法也。若其惡性甚深全無可改善之希望時。則不能不用社會的隔離矣。

主張社會的適合者其意見謂犯罪與患病之情形相似。人至犯罪必其性格失於常態。未嘗無矯正之法。國家應設法矯正使之入於常態。不可因其失於常態而屏棄之。刑罰卽爲矯正之方法。亦猶對於病人所施之手術也。此種立論係專從犯人方面著想。故以匡正、教育、及懲戒爲其手段。刑罰中之徒刑頗與此種手段相合。故處徒刑者必煅鍊其性格以排除其惡性。使之自然不致再犯。又必增進其技能以樹其生活之基礎。使之不肯再犯。尤須予以痛苦以憤勉其感覺。使之不敢再犯。如是則與常人無異。與社會適合矣。

社會的隔離者。使犯罪者永遠不許在社會上與人相交接也。如死刑及無期徒刑皆為隔離社會之刑罰。但被處無期徒刑者若至某時期而能改悔時。亦能許其假釋或赦免。則於隔離之中尙含有適合之性質焉。

對犯人何以必處以死刑。今昔之觀念不同。昔時對於判處死刑之觀念純係出於威嚇之作用。欲使犯人以外之人見而生畏也。故必刑諸市朝或梟首以示衆。曾未對犯人方面加以觀察。近代刑法既常從犯人方面以爲觀察。故於處死刑之觀念純取隔離社會主義。於執行之場所不徒不設於廣場且必於監獄以內祕密行之不使人見。於執行之方法祇求絕其生命。不使多受痛苦。近日吾國司法當局亦迭下以簡單機械執行絞刑之通令矣。

(二)對於社會方面以刑罰爲威嚇之作用。使社會一般人民皆知刑罰之可畏。俾能自相警戒。不敢爲違法之行爲。學者稱之爲一般的預防是也。

從社會方面以視犯罪者。則無論何人皆具有痛惡之心理。痛惡之結果。莫不希望處以嚴酷刑罰。否則殊不足以快其意也。若徇衆人心理以爲立法標準。則必流於威嚇之極端。且立法者爲求一時之

鎮壓起見而不顧及犯人之情狀亦必與一般社會人民同其心理。歷代嚴刑峻法殆亦由於此種情形而產生焉。

(三)對於被害者方面以刑罰爲滿足其報復之觀念。藉法律以代平其私忿。而不致生直接私人間之報復也。

報復爲刑法之起原。殆已爲學者所公認。故在有刑法之初期不過爲代行私人報復之手段。既係代行私人報復手段。自不能脫離被害者方面而爲觀察。祇求能平其私忿。不顧其他也。此時每以被害者所受實害之大小以爲處刑之標準。與近代以預防爲目的之刑事政策迥然不同。

以上三種皆爲刑罰之目的。古代刑法專重被害者一方面。故取報復主義。近世則以剝奪犯人之法益爲防衛社會之將來。故取人格主義。蓋謂對於被害者方面自有損害之賠償。對於社會方面自有警察之預防。刑罰當以特別預防爲其目的。專注重於犯人方面。以社會的適合爲其主眼。而一般的預防及被害者之滿足不過爲其反射之效果而已。

此外對於刑罰之應否以法令豫定及宣告應否公開。并應否平等問題。亦不可不加以研究。要以所

取刑罰之目的如何而定之耳。試略論之。

(一)刑罰應否以法令豫定之。此問題前已於第一編中論及之。在昔採用擅斷主義。何者應科刑罰及其科刑之輕重。皆由審判官自由決定。不必有法令以爲之限制。而近世則採法定主義。不過予審判官以自由裁量之範圍耳。然或者謂既以社會的適合爲近世刑罰之目的。則不應預以法令定其刑罰之種類及輕重。庶能由審判官自由施以適合之刑罰。其收效較易也。

刑罰應否以法令預定之問題。又可分爲兩項。一爲刑罰之種類應否由法律預定。一爲犯如何之罪科如何之刑應否由法律預定。關於第一項。皆主張由法律預定。蓋刑罰之種類。不便由審判官自由剋制也。至犯如何之罪科如何之刑。有謂應由審判官酌量隨時定之者。蓋謂犯罪之情節。甚爲複雜。千狀萬態。不盡爲立法者所能預見。若者宜科自由刑。若者宜科生命刑。若者宜科財產刑。若徒以罪名而爲區別。則不免偏於客觀矣。殊與犯人性格不合。欲其發生刑罰之效果。頗難也。

(二)刑罰之宣告及執行應否公開。昔時審理採用擅斷主義。不定公開。而執行則採用威嚇主義。必使社會一般人易於聞見。於死刑則梟首示衆。所謂戮諸市朝者是也。今則審理完全公開。而執行死刑

則於監獄中祕密行之。由於捨棄威嚇主義之結果也。

刑罰之應否公開執行爲今昔刑罰極相反對之問題。在昔既以威嚇主義行其鎮壓政策其收效不必期於犯人之本身。而在使犯人以外之人知所做戒。故主絕對的公開。而最近刑事政策採改善主義及刑法外的預防。其撲滅犯罪之方法。於事前以教育政治等手段使之減少犯罪事實之發生。於事後則設法排除犯人之惡性。使之歸於盡善。卽認爲無改善之希望者而使之隔離社會。雖不能不絕其生命。然必祕密行之。不欲以殘忍之事實示一般善良人民也。

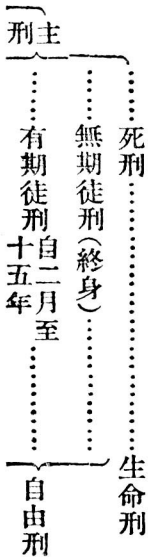
(三)刑罰應否平等 吾國昔日盛行階級制度。謂刑不上大夫。禮不下庶人。故因人之品位階級而刑罰之適用每有不同。近世則除在任職時之大總統外。一律受平等之訴追。無復階級之歧異。固爲最公平之道。然若採用人格主義。則雖無階級之分。要不可無對人之問題。又不可一概而論之也。

最近刑事政策對於犯人既以改善其惡性爲主。其目的在惡性之應如何改善。不專憑客觀的犯罪事實以爲處刑之標準。與報復主義之全憑實害大小以爲處刑輕重者已大不相同。故絕對採用人格主義。採用人格主義之結果。則對於犯同一之罪者不必處同一之刑罰。例如某甲爲賦性良善之

人。爲某乙一時語言所激致傷乙之身體。對於此種犯人祇須處以少數罰金卽爲已足。又如某丙賦性暴戾。動手每必傷人。則非處以較長之徒刑不可也。

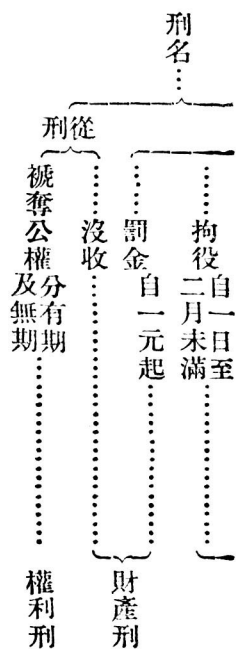
第二章 刑罰之種類

刑罰之種類。古今中外各有不同。除各國刑罰種類另於比較刑法中論述外。吾國刑法古有五刑。卽墨、劓、剕、宮、大辟。至前清改爲笞、杖、徒、流、死。亦稱五刑。暫行律則分爲主刑及從刑。主刑凡五。卽死刑、無期徒刑、有期徒刑、（分五等）拘役、罰金。是也。從刑凡二。卽沒收及褫奪公權是也。主刑爲獨立可科之刑罰。從刑爲附隨於主刑所科之刑罰。新刑法亦分主刑及從刑。其名稱亦同。惟於有期徒刑不分等而代以年月。且能減至二月未滿。於拘役能加至二月以上。於罰金得因犯貧而減至五分之一。褫奪公權有有期及無期之分。此與暫行律不同之點也。茲各依其性質照新刑法之規定列表如次。



第一節 生命刑

生命刑者。剝奪犯人之生命也。在適用威嚇主義之時期。於刑罰中以死刑視為最有力。蓋人所畏者莫過於痛苦及奪其生命。受死刑之執行者。一方面受痛苦一方面已失其生命矣。惟死者不可復生。置之於死即已無令其改悔之機會。刑法猶存死刑。豈非與近世刑法所取之改善主義相紕繆乎。或謂改善者欲就其人之惡性加以改革也。遇有惡性甚深已無法可以改革之時。若仍令生存於社會之中。其危險必大。為預防危險起見。勢非使之長與社會隔離不可。隔離之法自以死刑為最適當。故死刑未可全廢也。但死刑若係為隔離社會起見而設。則不如以終身徒刑代之。受終身徒刑之執行者。雖未長辭



社會。然已隔離於監獄之中。自無危及社會之虞。故意大利荷蘭諸國業已廢止。特我國今日尙未至完全採用改善主義之時期。現代刑法尙含有多少鎮壓政策之意味。死刑之不能遽廢實有故焉。不過於執行之方法不妨加以變更。祇求奪其生命不必予以痛苦耳。查新刑律第三八條之規定云。死刑用絞。於獄內執行之。較之昔時之車裂腰斬及凌遲處死已不可同日語矣。將來或能採用電殺瓦斯殺則更較適當。

至死刑之存廢問題現已成爲近世刑罰制度上最重要之點。學者主張廢止之理由不外五種。(1)死刑無伸縮之地。(2)死刑無自新之路。(3)死刑無事後改正之望。(4)死刑有傷天地之和。(5)死刑足以長人民殘忍之風。而反對廢止者謂此五種理由皆不成立。(1)伸縮之有無應於法定範圍內求之。如殺人者處死刑無期徒刑或十年以上有期徒刑。其究應處死刑與否審判官仍有伸縮之自由。即就科惟一死刑之條文而論。依據新刑法第七十七條亦有酌減本刑之機會。(2)凡處死刑必爲罪大惡極無法可以改善者。苟認其惡性尙能改悔。則不必處死刑而易以無期徒刑可耳。(3)死刑非經司法部覆准回報不得執行。既須經司法部覆核。是判決確定之後仍留有改正之餘地。(4)除惡即以安

良。非無故奪人生命者可比。(5)現代死刑於監獄內祕密行之已足以避免此種責難矣。而暫行律原案補箋對於不廢死刑之理由列有三種。茲照述如次。以供參考。一曰法理。刑罰如藥石。罪犯如疾病。醫之用藥非審其病質與藥力則藥無效。而病不得瘳。故潰爛之癰疽非尋常藥力所能奏效者則割去之。死刑之加於犯罪亦猶刀割之加於癰疽。定其適用之標準顧有二端。卽干犯倫紀及大惡不治。倘對此等大惡不治之犯不加以絕對淘汰之刑。豈國家刑期無刑之意哉。二曰歷史。國家當改革之秋。沿歷史之舊固不可。不審其所當存者亦不可。我國自有史以來倫理之重未嘗或變。使一旦廢止死刑。則對於干犯倫紀者裁判必多窒礙也。三曰社會心理。我國用死刑相沿已久。使一旦廢之。其影響必及乎社會心理。兇惡之徒必玩其刑輕而肆無忌憚。良民必駭其不情愈滋權利侵害之懼矣。一現代各國對於死刑存廢之主張既不一致。除完全廢止者外。有雖存而全不執行者。如比利時自一八六〇年以來已無執行死刑之事實。有執行減少者。如英美各國多以特赦而不實行。日本之專科死刑者僅存四條。亦日期減少之意也。吾國舊律在前清順治時真正死罪凡二百三十九條。又雜犯斬絞三十六條。迨後亦漸改爲眞犯。他項又隨時有所增加。至清末已達八百四十餘條。後改大清律爲現行刑律亦未甚減少。

迨暫行新刑律制定。則大事削減。專科惟一之死刑者僅存三條。(第一一〇條第一一八條第三一二條)新刑法對於科惟一之死刑者亦僅七條。即第一二一條之殺友邦元首罪。第二四〇條犯強姦罪而故意殺被害人之罪。第二八三條殺直系尊親屬之罪。第三五〇條犯強盜罪而故意殺人之罪。第三三二條海盜致人於死之罪。第三五三條海盜強姦放火及故意殺人罪。第三七二條擄人勒贖而故意殺被害人之罪。

又受死刑之宣告者迨至執行與他囚人分別監禁。其執行須經司法部復准回報。爲暫行律第三九條及第四〇條所規定者也。新刑法第五十三條亦有死刑非經司法部覆准不得執行之規定。所以須有司法部之復准回報者。意在審核有無救濟之方法及赦減之理由耳。非如前清之刑部復核操有准駁之權也。(民國元年七月司法部曾有通令外省判決死刑人犯經部覆准者限於文到三日內執行)

第二節 自由刑

自由刑者。剝奪犯人之自由也。其立法之旨今昔不同。約可分爲數種。(1)使受痛苦。(2)使與人類的交際存會隔離。(3)改善其惡性。(4)強制學習工藝。欲達第一種目的。對於監獄務求黑暗與慘酷。欲

達第二種目的，則終身監禁於獄內不必予以不堪之待遇。欲達第三種目的，則應於獄內加以教導。欲達第四種目的，則應於獄內設立工廠。在昔時刑法多以第一第二兩種爲目的。無教導之可言。近世刑事政策趨重於改善主義。不得以第三第四兩種爲目的。然第一第二兩種亦未可全廢也。新刑律第四二條云。徒刑之囚於監獄監禁之。令服法定勞役。其監禁方法及勞役種類依監獄法之規定。是徒刑之效果若何與監獄法有密切之關係。監獄而良也。則徒刑能收改善之效。否則祇能達到第一種目的耳。

刑罰之種類原以其目的之不同而分也。自由刑之目的今昔大易。故於監獄之設備即因而不同。在昔之所以處自由刑者。其目的完全在使犯人受無限之痛苦。不徒欲使犯人不致再犯。且欲使犯罪以外之人鑒於犯人所受之痛苦而知所儆戒也。此以威嚇爲目的之時期之觀念靡不如是。近世刑罰以改善犯人之惡性爲目的。認自由刑爲改善之利器。換言之謂有刑罰效果之刑罰即自由刑也。既認自由刑爲有刑罰效果之刑罰。則於自由刑之目的不專在使受痛苦爲已足。於理想的自由刑以爲必具備三種方法。一爲加以適當之教育。二爲強令學習技能。三爲予以不傷健康之痛苦。蓋謂

既受有教育則性質易於改善。既具有技能則生活易於解決。既受有痛苦則舉動時懷戒懼。出獄以後自必成爲完全之善良人民矣。在昔時專以痛苦爲自由刑之目的時。不徒不予以教育。且日漸侵消其身體之健康。故除短期徒刑外靡不瘦斃於獄中者。卽幸獲期滿出獄。因受長期反乎生理之待遇。亦必身體孱弱不能任事。且每爲同獄犯人之惡性所濡染。卑劣成性。振拔尤難。自由刑之效果尙有可觀乎。

自由刑在學說上多數承認爲有效果之刑罰。惟於其刑期之長短及勞役之應否法定頗有爭議耳。

(1) 對於刑期多有主張廢止短期徒刑者。謂長期徒刑於遷善上不無裨補。若短期徒刑既難收教導之功效。復不能習一種藝術。於實際上已屬無益。且有時本係良善之民。因偶犯刑章。入獄數月反致染受他種犯人之惡習。而變更其本性。又有時因受徒刑而損失其在社會上之生活地位。出獄之後人皆目爲刑餘之人。甚至不與交接。自後非再犯罪則無以爲生。豈非因受此短期之徒刑而反促其再犯乎。然有緩刑之制度在。對於應處短期徒刑者如遇有上述之危險。不妨寬定緩刑之範圍以爲救濟。蓋爲適合犯情起見勢不能不有短期徒刑之存在也。

短期徒刑之有弊害已爲近世學者所公認。然爲適合輕微之犯情起見又爲勢所不能廢除。例如對於犯輕微罪之犯人既不能處以較長之徒刑。又未便處以罰金。或雖處以罰金而不能執行。將有何法以爲此種輕微罪犯之制裁乎。故於短期徒刑明知有弊而不敢輕予廢棄也。惟不可不另求一救濟之法耳。救濟之法即緩刑是已。依照新刑律第六十三條之規定。凡受四等以下有期徒刑之宣告者。得宣告五年以下三年以上之緩刑。受緩刑之宣告者即暫不執行其所宣告之刑。如是則短期徒刑之制雖令存在。於犯輕微罪者毫無不適合之情形矣。

(2) 對於勞役有主張不由法定者。謂勞役所以補犯人藝術能力不足耳。而犯人除竊盜強盜等多因不能謀生而犯罪外。其餘未必皆因無職業而犯罪者。則重在教導。應多加以教導之方。不必令服法定勞役。又有謂對於非破廉恥之犯人宜予以優待不宜科以勞役者。其實皆無充分之理由。蓋服法定勞役并無妨於教導。教導與勞役可以并行。不必分立。且置犯人於監獄動經歲月。囚之室內不使勞動以活潑其精神。不徒易生疾病。反致感受痛苦。即身體果有不勝勞役之人。儘可特定免役之例。未可因偶有之情形而廢止法定之勞役也。尤有說者。監獄之費必求優裕始能有完滿之設備。課囚徒以勞役。其

所得之工資一方可以補助獄費。使其設備完善。一方又可爲囚徒稍予儲蓄。留爲出獄後謀生之資本。實一舉而數善備焉。

勞力與勞心同一務勞也。不過社會習慣以勞心者較高於勞力者耳。故孟子謂勞心者治人勞力者治於人。然人生存於社會中應服勞役則爲不易之定則。犯人之服勞役豈足爲自由刑之累乎。主張犯人不服法定勞役者殆誤以勞役爲痛苦矣。試令一人終身不許服勞役。竟日枯坐。不徒精神上將感重大之愁苦。而身體且必生疾病。卽以純袴少年無所事事者而論。其微逐嬉遊實亦等於服勞役也。故監獄應服法定勞役豈有弊害乎。惟於勞役之種類應視其人之身體如何以定之耳。

新刑律分自由刑爲三種。一無期徒刑。一有期徒刑。一拘役。茲再分述之。

(一)無期徒刑 無期徒刑係終身監禁於監獄者也。有非難其制度者。所持理由約有三種。(1)謂無期徒刑無異於死刑。蓋謂死刑不過受最短時間之痛苦而喪失其生命耳。夫人之所以要有生命者。希望於社會上經過其舒適之生活也。今置之獄中終身不許入交際社會。妻子離散。親友隔絕。不徒不能過其舒適之生活。其所受長時間之精神上痛苦有非言語可以形容者。豈非生不如死乎。(2)謂人壽

無定。長壽者其所受痛苦之期間多。短命者其所受痛苦之時間少。於刑罰上殊欠公允。(3)徒刑以使犯人改悔爲主。若終身監禁是絕其改悔之路也。以上三見解實無充分理由。第一種所謂無期徒刑無異於死刑。不過偶然有少數人之心理作如是想耳。在人之恆情莫不望其生而惡其死。試觀乞丐殘廢之人雖日受痛苦之生活未見其肯自殺也。況日後尚有出獄之望乎。第二種所謂人壽無定。不徒無期徒刑爲然。卽有期徒刑亦有今日入刑明日卽死者。又何莫不然。第三種謂無改悔之路。殊不知各國法例多有假釋及赦免之制。執行中如能改悔。查有實據。亦可出獄。故新刑律定有假釋及赦免之條也。無期徒刑卽前清之永遠監禁。其以隔離社會爲目的。今昔略同。惟昔未行假釋之制。非遇大赦無出獄之望。今有假釋之制。則執行十年以後如有悛悔之實據卽可假釋出獄。既有假出之望。則與死刑之輕重已大有區別。蓋死者不可復生。而無期徒刑可以復其自由也。從法理上言之。與其採用隔離社會主義而用死刑。不如用無期徒刑以代之。蓋無期徒刑在隔離社會方面已具有與死刑同等之效力。且所以須隔離社會者以其惡性無改善之望耳。若執行十年以後其惡性業已完全改革。則已與普通不犯罪之人相等矣。卽使之雜居於社會之中亦無妨於社會之安甯秩序。撤消其隔離亦甚

當也。故死刑除另帶有威嚇之意味外實可以無期徒刑代之。是今日之所以主張存留死刑制度者實欲保全其鎮壓政策。并非採隔離社會主義也。

(二) 有期徒刑 有期徒刑係定有最長及最短之期間者也。其期間之長短各國微有不同。暫行律及新刑法均以二月為最短期。十五年為最長期。便於伸縮也。惟暫行律於期內復分為五等以十年以上至十五年為一等。五年以上十年未滿為二等。三年以上五年未滿為三等。一年以上三年未滿為四等。二月以上一年未滿為五等。於其範圍之中由審判官酌量犯人之性格及犯罪之情節分別處斷。例如法條所定為一等至三等有期徒刑。則最低可處三年。最高可處十五年。均不為違法。其伸縮之量可謂大矣。新刑法則於分則各條之中以年月為標準各定有期限之圍範耳。查各國於最長期有定為三十年最短期定為十年者。前清現行律定為一年至三年。十五年之制度與日本相同。惟日本之最短期為一月以上。且有懲役禁錮之分也。又既定十五年為最長期。倘遇俱發而併科時。若無特定之制限。假如以兩個一等併科豈非長至三十年乎。故暫行律及新刑法均有至長不得過二十年之規定。惟暫行律係規定於俱發罪中。非一般之適用可加。蓋專俱發而設也。新刑法則規定於刑名中一般之加重皆能

適用也。

暫行律對於有期徒刑既從十五年以下二月以上分爲五等。而每等復有幾年至幾年之規定。頗覺繁復難於計算。新刑法改爲年月制將等級制廢除之。其理由謂有期自由刑以年月規定爲各國通例。原案採等級制不能無失。且有期徒刑分爲五等爲便於加減耳。惟以等爲加減則加必一等減亦必一等。其中難免畸重畸輕之弊。例如二等有期徒刑加一等則高度加半低度加倍。三等有期徒刑加一等則高度加倍低度加三分之二。又如一等有期徒刑加一等則變爲無期徒刑。相差更遠。若祇欲加重數年使不至於無期則無法處斷。卽拘役加一等變爲五等有期徒刑其相差亦甚遠也。況於立法上亦諸形不便。蓋分則及各單行法所科之刑期惟以此五等爲標準。而罪之輕重各有不同。必以此五者繩之。則所規定之刑恐有不失於酷卽失於寬之病。考各國刑法科二年以下六月以上之徒刑者尙多。卽如日本刑法科二年以下懲役者計十餘條科六月以下懲役者計數條。照原案徒刑之等級。欲科二年以下或六月以下卽無可規定。其餘介乎各等級之年期亦復如是。不若廢去等級各定年月而以若干分之幾爲加減。旣無定刑失當之虞。并免加減相懸之慮矣。且分則及單行法各

條徒刑明定年月則一目瞭然。無俟檢查等級表即知刑期長短尤較爲便利。

至有期徒刑之最長期第一次修正案曾改爲十二年。蓋以十五年爲過長也。其理由謂初犯年齡在二十五歲最多。而人生平均年齡不過四十一二歲。若對二十五歲犯罪者科以最長期十五年。至四十歲始能釋放。殆與無期徒刑無異矣。新刑法不以爲然。主張應仍照原案以十五年爲最長期。其理由謂法律所科有期徒刑之最高度實際上於犯人之關係各有不同。年老衰弱之人科以數年之徒刑或竟近於無期。年力少壯者科以十五年非無出獄之希望。此皆事實上犯人本身之問題。似不足據以爲縮短自由刑法定刑期之標準也。况原案有假釋之制以救長期自由刑之弊。犯人果能遷善。不必待至刑期滿後始能出獄。否則即科以十五年之刑爲社會及個人之防範起見未爲過也。又科刑時有最高度及最低度之規定。法官可以酌量於其間。非必科以最高度而始可。原定十五年實從多數國刑期採其適中者。甚屬妥當。

據暫行律第四十一條之規定。宣告徒刑不得未滿一日。爲免除零數起見也。或者不察目爲贅文。謂徒刑減等變爲拘役。至拘役竟無從而減。所謂未滿一日者本不適用。殊不知如法定刑爲二月以上

二年未滿。倘無不許未滿一日之規定。則法官處以二月零半日亦爲不可。且羈押兩日可抵徒刑一日。假如應處徒刑九十日。已羈押一百七十九日。豈非尙餘徒刑半日乎。此半日若無四十一條之規定。仍應執行也。

此外新刑法尙有特異之點。卽有期徒刑減輕時得減至二月未滿。爲暫行律所無也。

(三)拘役 拘役爲次於徒刑之自由刑。其與徒刑不同之點有三。(1)徒刑之期間較長。其最短期亦須二月。拘役之最短期僅一日。最長不得滿二月。(2)徒刑囚於監獄內須服法定勞役。拘役祇酌加勞役。且得因其情節而免除之。(3)受徒刑之執行者於一定期間以內犯罪時以再犯論。須加重其刑。受拘役之執行者則不生累犯之問題也。然依新刑法之規定。則第二點亦與徒刑相同矣。

第三節 財產刑

財產刑者。剝奪犯人之財產也。在主刑爲罰金。在從刑爲沒收。茲分論之。

(一)罰金 罰金刑之應否存在頗爲學者所爭論。贊成反對各有理由。主張其制度之存在者其理由有四。

(1) 宜於裁制利慾之罪犯。

按罰金本非合乎刑罰法理之刑罰。在昔以威嚇爲主義之刑罰猶可謂爲予以財產上之痛苦。若以改善主義衡之。則不徒無遷善之能力。且足阻其遷善之決心也。蓋衣食足而知榮辱。倘因剝奪其財產之故而不足其衣食。則以後非更犯罪不能維持其生活。罰之不管驅使再犯也。至若宜於制裁利慾之罪犯。則尤不相合。夫利慾之罪犯其志在利。其犯罪之原因實爲利慾所驅使。一旦去其財產則圖恢復之念必愈切。恢復之念愈切。亦足爲構成累犯之原因。其效力尙足言乎。

(2) 可以替代短期之自由刑。

按短期自由刑之弊害前已言之。其替代之法殊不易得。無已惟有採用緩刑與罰金耳。除緩刑之利害容後論述外。若以罰金爲替代之具亦未能認爲適當。蓋罰金之性質與自由刑原不相同。立法者認其犯罪應處罰金時則必不定以徒刑。若已定以徒刑。則必認其犯罪不宜於罰金。此就以罰金易徒刑方面言之耳。倘於立法之初卽廢除短期徒刑。凡徒刑皆定自數年以上。則對於輕微犯罪皆處以惟一之罰金。既不足以收懲改之效。尤足使富有資財者玩視刑罰。於刑罰之旨似難相合也。

(3) 便於制裁過失之罪犯。

按犯罪之構成原以有故意者爲限。其出於過失者本無處刑之理由。刑法上爲儆戒玩忽者起見。處以罰金不過促其將來之注意耳。蓋出於過失本無惡性。無惡性而處以徒刑則不啻無病而服藥。殊非慎重刑罰之道也。故於過失犯則處以罰金似無不合。

(4) 可免招失輕微罪犯在社會上之地位。執行時不妨於犯人之職業。

按對於社會上有地位之輕微罪犯爲保全其職業起見而採用人格主義。則不妨稍予變通。處以不妨害其職業之刑罰。於五種主刑中不妨於職業者僅有罰金一項。故雖處徒刑者如執行有窒礙時亦得易以罰金。但仍須審查其犯人之性質是否可以適用人格主義。及處以罰金能否發生刑罰之效果。未可概以罰金科之也。惟新刑法已不許換罰金。他如宣告緩刑亦維持其職業地位之一法。適用時宜審慎出之。若概括的主張適用罰金則仍不能謂爲適當。

主張罰金制度不應存在者其理由有三。

(1) 罰金非加於身體上之刑不克收懲改之效。

按罰金不能改善犯人之惡性固爲學者所公認。但亦不能完全認爲無制裁犯人之能力。若用爲一種懲戒方法每能發生效力。蓋金錢爲人生不可缺少之物。在普通人之心理莫不欲保存其已得者而增加其未得者。一旦剝奪其已得者而歸之國家。雖不若身體受痛苦之迫切。總不能免除不快之感覺也。故對於無重大惡性之犯人仍不妨適用之。

(2) 對於無資力者無從執行。

按罰金之執行問題本較徒刑拘役爲困難。但若於科斷之時從事審度。資力稍薄者不妨減少其數目。其實無資力者又不妨換以監禁。非全無救濟之法也。且刑罰之適用審判官原有自由裁量之權。臨事斟酌亦無甚困難。卽對於專科罰金之犯罪於執行發生困難時仍得換處監禁也。

(3) 犯人貧富不一。若一律科以罰金不徒有不平等之患。且在富者無痛苦之可言。無痛苦則不介意矣。

按以犯人貧富不同爲攻擊罰金制度之理由尙非根本之論也。人固以其所有資力之厚薄易其對待金錢之心理。然罰金之數額亦可隨其犯人貧富之境遇以定其多寡。例如對於擁有百萬之富人

科以數十萬之罰金與擁千金者之數十元仍屬相等。故以貧富不均之理由攻擊現行制度不良則可。尙未足以動搖罰金制度之根本也。

以上雙方所執理由雖多有可以反駁之點。但現代各國對於罰金制度多認爲不可廢除。在反對者其最力之理由謂不平等耳。關於此點亦非無法可以救濟。救濟之法卽由法律予以最寬之範圍。使審判官臨時審量犯人之資產情狀得自由伸縮。將無不平等之患矣。新刑法第四十九條於罰金刑下已有因犯貧得減至五分之一規定。卽爲救濟此種弊害之方法也。或又謂以不設範圍爲最適當者。蓋有擁資數千萬者卽處以萬元之罰金亦不致稍受影響。欲予以儆戒則非罰其家產之幾分之幾不可。然愛護金錢爲人之恆情。擁巨貲而視小費如生命者亦所在多有。且其惡性較重者於律必兼定有徒刑或拘役。專科罰金者僅少數之輕微罪及過失而已。

新刑法對於罰金刑有專科選科併科之別。與暫行律同。專科者其法定之刑祇有罰金一種。不能由審判官自由科及他刑也。例如第二七八條云。賭博財物者處一千元以下罰金是。選科者其法定之刑除罰金外雖列有徒刑或拘役。但得由審判官自由酌處一種。例如第三零一條云。因過失傷害人

者處六月以下有期徒刑。或五百元以下罰金。是併科者。其法定刑除徒刑或拘役外。列有罰金。須同時併科。不得專科一種也。例如第二七九條云。以賭博爲常業者。處二年以下有期徒刑。得併科一千元以下罰金。

(二)沒收。沒收卽籍沒入官之謂也。昔時多爲全數之沒收。固無特定之限制。羅馬法及法蘭西德意志古法亦然。惟至今已改爲特別沒收之制矣。特別沒收之物。在暫行律約分三項。

(1)違禁私造私有之物。(2)供犯罪所用及預備之物。(3)因犯罪所得之物。新刑法第六十條所規定者亦分爲三款。

(1)違禁物。如私藏之軍火是。

凡足稱爲財物者。本可由私人所有。但有時爲保全公益起見。特別加以限制。故何者不得私造私有。一隨行政法規爲之規定。非刑法根本上所不許也。例如私人收藏軍火。在刑法應處刑罰。惟以未經公署允許者爲限。其已受允許者。仍不認爲犯罪。此種犯罪之成立。與否似能爲行政官署所左右。但條文上無特別規定時。則雖爲行政官署所允許。亦難免除其責任。例如吸食鴉片者。刑法條文無受

官署允許則得免罪之明文。據大理院迭次解釋。雖吸食有印花之鴉片仍應認爲犯罪。又有時不許私造但許私有者。例如貨幣雖許私有而不許私造是。又有時對於私造之物不罰其私有而僅處罰其使用者。例如收受他人私造之貨幣而無行使之意思者。雖收存家中亦不認爲犯罪。蓋既無使用之意思。雖以之藏於家中。於社會無危害可言。故不認爲犯罪。不過就本款之違禁物得專科沒收。且不問屬於犯人與否也。

(2) 供犯罪所用及犯罪預備之物。所謂供犯罪所用者。爲不屬於犯罪要素而爲供實行手段之物也。如供殺人之刀及供侵入住宅之乘梯是。供犯罪預備之物者。爲欲施行犯罪行爲而準備之物也。如以放火爲目的而準備之火油是。雖然。預備之物不盡可以沒收。蓋沒收爲從刑。除違禁物外。非有犯罪之成立不得科之。故於預備行爲不處罰之場合其準備之物不能沒收。例如僅有竊盜之預備。依律應不處罰。則其因欲準備爲竊盜所用之物當不在沒收之列也。又於實行犯罪終結後所使用之物亦不得沒收。以其非供犯罪所用之物也。

供犯罪所用之物應否含有專字之意義。頗足研究。蓋犯罪時所用之物不必皆爲專供犯罪所用者

例如乘汽車前往劫取他人之財物時。其汽車應否作爲供犯罪所用之物。當以是否專供犯罪所用爲斷。此時應分別其情形。如非乘坐汽車不能達劫取之目的。而汽車除作犯罪之用外別無所用。則汽車爲專供犯罪所用之物。若不乘坐汽車亦能達到劫取之目的。而汽車亦可供遊覽及代步之用。則汽車爲非專供犯罪所用之物。究應沒收與否。除該項汽車非屬於犯人所有當然不能沒收外。倘汽車爲犯人所有。應否沒收則不無爭論之點。甲說謂供犯罪所用之物當以專供其用者爲限。始能沒收。否則如犯人所著衣褲亦可解爲犯罪所用之物。蓋不著衣褲不便外出。不外出則難達犯罪之目的也。乙說謂法文無專供之明文。則凡在犯罪當時所用之物皆應沒收。蓋在犯罪當時所用之物皆足以資犯罪之便利也。余謂其物不論是否專供犯罪之用。應以犯罪時有無需用其物之必要爲斷。則該項汽車之應否沒收尙須審量其情形也。

(3) 因犯罪所得之物即如竊盜強盜所得之贓物及官吏所收賄賂等是。皆應沒收。

因犯罪所得之物是否以所得之原物爲限亦足資研究。例如因受賄取得他人之書案後復以之易得皮衣一襲。或已賣得金錢若干。此項皮衣或金錢是否在沒收之列。依現行通例應以原物爲限。其

非原物除法律有規定外尙難輕於沒收。至若被害人於民事上爲賠償之附帶請求時則屬於民事範圍矣。

又沒收之物尙有數種限制。

(1) 以犯人以外無權利者爲限。(見第四九條)如強取他人之菜刀以殺人時不能將他人之物沒收。沒收爲從刑之一種。既爲從刑即帶有刑罰之性質。則不能科及犯罪以外之人也。所謂屬於犯人之物包括犯人所有及占有者而言。故如官吏所受賄賂可以沒收。而竊盜所得贓物仍須歸還失主。即失主不明之贓物亦必布告招領。俟招領無人承受時始能歸之國庫也。惟違禁物則不問屬於何人皆得沒收之。新刑法第六十二條已有明文規定。

(2) 沒收之物以動產爲限。如對於種罌粟之土地不能沒收。

按前北京大理院統字第二五號內有云。刑律所謂供犯罪所用之物以動產爲限。房屋當然不能沒收。故對於開設煙館之館舍營利之博場不在沒收之列。又統字第一一四八號內云。刑律所謂供犯罪所用之物本以動產爲限。栽罌粟之土地不得沒收。即劃歸行政處分亦必根據有效之法律也。

(3)沒收之物以能證明與犯罪有直接關係者爲限。(五年非字四八號)如犯人之衣服行李非犯罪所必需之物不得沒收。(4)沒用之物除有追徵明文者外，以業經被獲者爲限。(見統字第七〇六號)如官吏所收之賄賂雖經費失仍須追徵。以其有一三零條追徵之明文也。又如賣妻所得之價固應沒收。若於得價後卽已費失卽不能追徵矣。以其無追徵之明文也。

第四節 權利刑

權利刑者。剝奪犯人所應享受之公權也。然何者爲公權。應有一定之界限。據新刑法第五十六條所規定之種類如左。

- 一 爲公務員之資格
- 二 依法律規定之中央及地方選舉爲選舉人及被選舉人之資格
- 三 入軍籍之資格
- 四 爲官立公立學校職員教員之資格
- 五 爲律師之資格

右列各種資格本爲國民所應享之權利。以宣告六月以上有期徒刑以上之刑者爲限。其褫奪與否由審判官查照分別各條之規定分別宣告褫奪之。其褫奪期限之長短。皆以所處主刑爲標準。據新刑法第五十七條之規定。有期褫奪公權以一年以上十五年以下爲限。宣告死刑或無期徒刑者。其褫奪公權爲無期。宣告十年以上有期徒刑者。其褫奪公權爲無期或有期。宣告六月以上十年未滿有期徒刑者。其褫奪公權不得逾十年。又第五十八條之規定云。宣告六月未滿之有期徒刑拘役或罰金者不得褫奪公權。又過失犯罪者亦不得褫奪公權。

查日本舊刑法所規定褫奪公權之種類較我國爲多。即於裁判所爲證人及家族爲後見人之權亦在規定褫奪之列。但改正刑法時該國學者主張不應將公權之褫奪列於刑法中。其理由略謂選舉權之有無應規定於選舉法中。後見人之能否充任應規定於民法中。證人資格之有無規定於民事訴訟法中。他如勳章之給予官吏之任免屬於天皇之特權。刑法若加以規定爲之限制。不啻侵蝕憲法之範圍矣。故於改正之新刑法中已不復存褫奪公權之規定。

查暫行律之規定。褫奪公權以應科徒刑以上之刑者爲限。且有全部或一部并褫奪得褫奪之別。所

謂應科徒刑以上之刑一語。若爲得褫奪公權則是否指宣告之刑而言。頗滋疑問。故法定最重刑爲徒刑而所宣告爲拘役或罰金時則生應否褫奪公權之問題。例如犯罪之法條爲四等以上有期徒刑或三百元以下罰金。所宣告者爲拘役三十日則是否因法定最高刑爲四等有期徒刑而爲褫奪公權之宣告是新刑法第五十七條既有明文規定以宣告之刑爲限。則不生此問題也。

宣告徒刑之時如未有褫奪公權之附帶宣告雖屬誤判。一經確定仍無法救濟。故統字第一五三〇號內有云。省議員某甲犯刑律第一八二條的罪判處四等徒刑緩刑三年未褫奪公權亦未判免現職係屬誤判。但既經確定無法救濟。

查暫行律第四十六條第三款僅稱爲選舉人之資格。而不及被選舉人之資格者。因依文例之規定議員亦爲官員之一。則可包括於第一類官員之內。無重複列舉之必要。新刑法第五十六條第二款列入被選人恐未見及此也。

關於公權之褫奪尙有數項問題即(1)從刑既爲附隨於主刑所科之刑罰。若主因有加重減輕之情形時。應褫奪之公權亦隨而加減否。(2)對婦女應否褫奪公權。(3)處死刑及無期徒刑者應否褫奪

公權。

於第一問題新刑法第八十九條已有從刑不得加重或減輕之明文。審判官得斟酌情形獨立科擬。雖不能指明因主刑之加減而予以加減。在實際上仍得自由加減也。

於第二問題在刑律無明文規定。前年北京大理院統字第一二六九號加以解釋。謂於婦女既無特別規定似應一律適用。惟法律之適用本以事實存在為基礎。現行法令對於婦女所不許之資格當無褫奪可言。審判衙內即應斟酌辦理。又統字第三六六號解釋謂新刑律第四六條第五款之公權婦女犯罪亦應褫奪。蓋現行法令對於該款資格并未限制婦女不許享有。故於應褫奪時不能不加以宣告也。然在國民政府之下。一切權利男女已趨平等。所有公權女子亦應享有。依法於公權之應褫奪已無足研究矣。

於第三問題。依新刑法第五十七條之規定自應依法褫奪已毫無疑問。蓋處死刑或無期徒刑者雖在原則上無再入交際社會中之機會。但有時若被赦免或假釋則與宣告甚有關係矣。即在前此適用暫行律時。依統字第一三三號解釋謂宣告褫奪公權不能因主刑係無期徒刑遂不設一定期限。應一體

宣告也。

處無期徒刑者依法終身監禁於獄內。似無褫奪公權之必要。然刑法總則第十三章有假釋之規定。憲法亦有赦免之規定。其是否假釋或赦免均在判決確定以後。宣告判決時自屬無從逆料。例如某甲犯罪處無期徒刑。判決時未宣告褫奪公權。以後若查其情節。雖可將主刑赦免或減輕。而又未便遽令享有公權。則辦理不能無窒礙。故審判官於判決時若認為應褫奪公權。雖主刑係死刑或無期徒刑亦應依法褫奪。

至褫奪之應褫奪與否。非專以主刑之輕重為標準也。試於暫行律分則各條觀察得褫與必褫之規定。可分為數種。

(1) 以國籍為標準。如第一一六條是。

對於外國人於其犯罪雖應加以刑罰以排除其惡性。但不必為褫奪公權之宣告。蓋外國人在本國本不能享有公權也。故新刑律第一一六條云。中華民國人民犯本章之罪者褫奪公權。其餘得褫奪之。

(2) 以犯人之身分爲標準。如第一五〇條是。

查暫行律內關於必褫奪公權之規定本不盡以犯人之身分爲標準。但有時因其所犯之事實與犯人身分有較密切之關係時對於有身分者必須褫奪其公權以預防將來之危害。故第一五〇條云。犯第一四〇條第一項一條及一四七條第二項之罪者褫奪公權。其餘得褫奪之。因上列各條之罪其犯者皆爲官吏也。

(3) 以犯罪之目的爲標準。如第三五六條是。

對於犯人每能於其目的而表現其惡性之深淺。惡性深者其於社會之危險必多。則非褫奪公權不可。大抵欲達偶然需要之目的者惡性較輕。其以營利或反復爲之爲目的者惡性必重。例如因滿足自己之慾望而爲誘拐婦女之行爲時既已達其目的則不必再犯。若以營利爲目的則必累累爲之也。故刑律第三五六條云。意圖營利犯本章之罪者褫奪公權其餘得褫奪之。

(4) 以受刑之輕重爲標準。如第一三一一條是。

以科刑較重爲必褫奪公權之標準者以其惡性甚深故也。此卽普通之標準。故刑律第一三一一條云。

犯本章之罪宣告二等有期徒刑者褫奪公權。其餘得褫奪之。

(5) 以被害人之身分爲標準。如犯第三一二條第三一四條之罪是。又因過失犯罪者既不認其人爲有惡性應不褫奪公權。但亦有例外耳。如第三二五條是。

查暫行律第三一二條及第三一四條爲殺傷尊親屬之罪。以其既殺傷尊親屬其惡性必重也。但第三二五條亦在必褫奪之列。殊不能謂爲適當。蓋該條既爲因過失而傷害。不過懲其疏虞忽略耳。非以其有惡性而處罰也。

新刑法之褫奪公權均係規定於全章之後不以條文分也。其標準不依罪刑之輕重而別純以罪之性質而定。如妨害國交罪鴉片罪賭博罪墮胎罪妨害名譽及信用罪妨害秘密罪毀棄損壞罪各章均無褫奪公權之規定。其餘各章亦均爲得褫奪。其褫奪與否仍由審判官裁判之也。

第四章 刑罰之加重及減免

現代刑罰採用相對的法定主義。所以補救擅斷及絕對法定主義之缺點也。相對的法定主義者。由法律於各種犯罪規定數種刑罰、或於同一種類之刑罰規定數種等級、使審判官於法定範圍內選擇一

種伸縮其等級而酌量科擬。蓋欲求罪刑之適當也。然於或種場合處以範圍內之最重刑猶失之輕縱。或處以範圍內之最低刑猶失之嚴酷。則其所定範圍仍有不適用之虞矣。乃不得不另定一種伸縮其範圍之條件。此刑罰加重及減免之規定所由設也。茲分述如次。

第一節 加重

刑罰之加重分一般的加重及特別的加重兩種。一般的加重者。從總則之規定。凡合於加重條件者無論何種犯罪皆當加重。如新刑法第六十六條所規定之累犯加重是。特別的加重者。對於特種犯罪應加重其刑罰也。不於總則中特設規定。惟於分則中各條科以獨立較重之刑而已。如第二八二條對於第二八三條是。一般的加重已於前編累犯罪中述之。特別的加重讓於分則各條論之可耳。

新刑法係採相對的法定主義。對於犯罪處罰原有法定範圍。大抵多有二級。於此二級之中可由審判官自由裁量。如認為惡性較深處以最重主刑足矣。本無特別加重之必要。故一般加重僅限於累犯一種。以累犯之惡性特深也。又有謂俱發亦是刑罰上之一種加重。殊不知俱發不徒不能稱為加重且可稱為減輕。例如一人犯有三罪。一處徒刑三年一處二年一處一年。若不以俱發論則應共執

行徒刑六年。以俱發論則可從一年以上三年以下酌定執行之期。豈非減輕乎。加重云乎哉。俱發既非加重。累犯之加重已於前編說明。而特別的加重又規定於分則各條之中。故本節無庸多所論述矣。惟本書不及分則之範圍。爰將特別加重之概略列舉於次。

(一)有因犯罪行為之更違法而加重者。例如公務員於職務要求賄賂或收受者處五年以下有期徒刑。若於違職務之行要求期約或收受賄賂者則加重其刑為七年以下一年以上矣。(見第一二八條第一二九條)

(二)有因犯罪行為之手段而加重者。例如為便利犯人脫逃之行爲者處三年以下有期徒刑。若以強迫脅迫爲犯罪之手段時則加重其刑為五年以下矣。(第一七一條)

(三)有因犯罪行為之危險程度而加重者。例如放火燒毀第一八八條所列之物者處十年以下有期徒刑。若燒毀第一八七條所列之物者則加重其刑為無期徒刑或七年以上有期徒刑矣。(見第一八七及一八八條)

(四)有因犯人之數目而加重其刑者。例如犯第三三七條之竊盜罪者處五年以下有期徒刑。若結

夥三人以上而爲竊盜行爲時則加重其刑爲七年以下有期徒刑矣。(見第三三八條)

(五)有因犯罪行爲之結果而加重者。例如犯第二九三條之傷害罪者處五年以下有期徒刑。若有致人死亡之結果時則加重其刑爲無期徒刑或七年以上有期徒刑矣。(見第二九六條)

(六)有因被害人之身分而加重其刑者。例如殺人者處死刑無期徒刑或十年以上有期徒刑。若殺尊親屬則加重其刑爲惟一之死刑矣。(見第二八三條)

(七)有因犯罪行爲之目的而加重其刑者。例如略誘未滿二十歲之男女者處五年以下有期徒刑。若以營利爲目的而略誘者則加重其刑爲七年以下有期徒刑矣。(見第二五七條)

(八)有因犯罪後對於犯罪結果之處置而加重其刑者。如前項之例若將自己略誘之人移送於國外時則加重其刑爲七年以上矣。(見第二五七條)

(九)有因犯人之責任關係而加重其刑者。例如侵占所有物者處五年以下有期徒刑。併科一千元以下罰金。若侵占公務上或業務上所持有之物者則加重其刑爲六月以上五年以下併科三千元以下之罰金矣。(見三五七條)

(十)有因犯罪行為之慣行而加重其刑者。例如賭博財物者處一千元以下之罰金。若以賭博爲常業者則加重其刑爲二年以下有期徒刑矣。(見第二七九條)

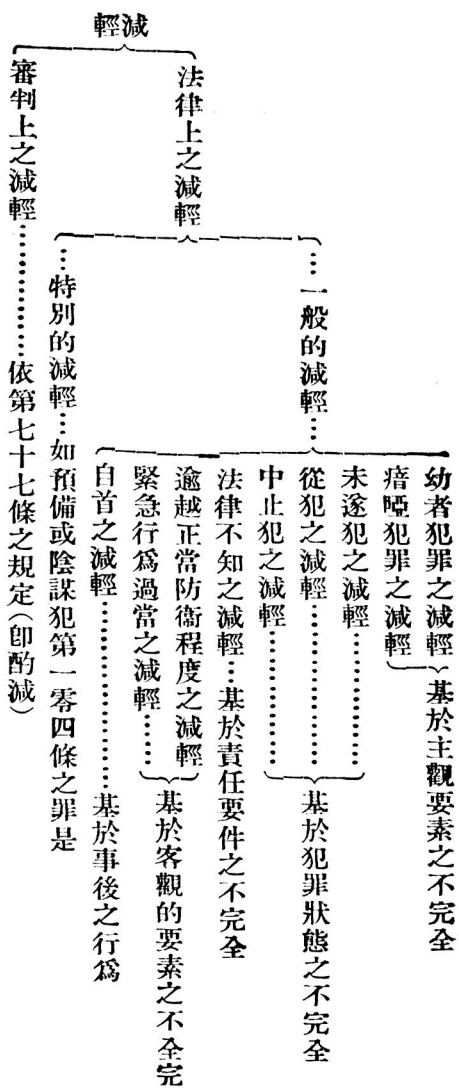
(十一)有因被侵害法益之性質而加重其刑者。例如偽造變造文書足以生損害於公衆或他人者處五年以下有期徒刑。若偽造變造公文書則加重其刑爲七年以上一年以下矣。(見第二二五條)

(十二)有因犯人擔任重要行為而加重者。例如犯第一零三條之罪首謀者處無期徒刑是。

第二節 減輕

刑罰之減輕有法律上之減輕及審判上之減輕。兩者可以併用，法律上之減輕者。基於法律上一定之原因而減輕之謂也。審判上之減輕者。由審判官審按犯人心術及犯罪情節而減輕之謂也。法律上之減輕又可分爲一般的減輕及特別的減輕。規定於總則者爲一般的減輕。無論對於何種犯罪均得適用。規定於分則者爲特別之減輕。祇能對於所規定者有適用之效力也。茲列左表以明之。

(第八條後半情形之減輕……基於已受執行之原因
— 老者犯罪之減輕 —)



特別的減輕亦係規定於分則中者。茲略舉數例如次。

(一)有因犯人執行之職務而減輕者。例如聚衆為強暴脅迫之首謀處五年以下有期徒刑。若僅止在場助勢者則減輕其刑為一年以下有期徒刑矣。(見第一五七條)

(二)有因侵害法益之權利關係而減輕者。例如侵占所有物者處五年以下有期徒刑。若侵占漂流物者則僅處以罰金矣。(見第三五八條)

(三)有因犯人之過失而減輕者。例如傷害人須處五年以下有期徒刑。若因過失而傷害人者則祇處六月以下有期徒刑或罰金矣。(見第三零一條)

依據右表之各種減輕。除酌減及自首外。均已於前編犯罪論中述之。茲僅論自首及酌減如次。

(一)自首 自首者。犯人對於未被發覺之罪而自首於該管公務員之謂也。其要件有四。

(1)須犯罪未發覺於官。所謂未發覺者。不必犯罪事實之全部未發覺。苟有被害事實之告訴而未知誰為其犯人時亦以未發覺論也。所謂未發覺於官者。於官以外。不問發覺與否也。故被害者或第三者雖已知犯罪事實或犯罪之人。祇要官吏未知即以未發覺論也。

國家所以獎勵犯人自首者。一方面固在節省勞力。一方面足以減少冤抑使無辜者不致因株連而受繯絏之累。故於官署未發覺犯某罪者實為某人以前。無論官署有無得知犯罪事實皆可任犯人出而自首。故對於無頭命案而自首者仍以自首論也。

(2) 須犯人自己告知其罪。若由他人告知固以告訴或告發論。如係由官吏推問之後始告知者祇能謂之自白。不得以自首論也。

自首與自白不同之點一爲於未發覺以前自行告知其罪。一爲不問發覺之前後也。故在發覺前可以自白而在發覺後亦能自白。惟何者爲有效須照分則各條之規定。不能認一概之自白爲有效也。(3) 須向相當官署爲之。所謂相當官署者。指有搜查權限之官署也。例如向警察及檢察廳告知是。若向教育實業機關爲之不以自首論。

所謂有搜查權之官署者即指檢察廳警察署及執行司法職務憲兵營等機關而言。但向有監督司法權之官署爲之亦應認爲有效。蓋如省長亦能令交檢廳訴追也。

(4) 須經官署之處分及受審判。若用間接之方法如信函之類向官署告知。而自身仍然隱匿不出。或未受審判而自行逃避。均不得以自首論。

所以必須受審判者。蓋若以信函自首仍不能得事實之真象。且既未受審判仍不免無辜之株連。雖有自首之名尙無自首之實。又一般自首無非求減輕其刑。既未受審判與自首之目的亦毫無關係。

故不能以已有自首論也。

凡合乎以上條件而自首者。國家爲求發現真相及節省偵查手續及獎勵悔過起見。特設得以減輕之規定。如審判官認爲出自誠意。卽當予以減輕。但若有不可不自首之情形。或受逼迫而自首者。亦不必定予減輕。卽不減輕亦不爲違法也。又自首之效力有一般及特別之分。一般的效力者。祇要合乎上列條件無論所犯何罪皆可包括在內。依據新刑法第三十一條之規定。不過得減輕所首罪之刑三分之一而已。尙不能達到免除之目的。特別的效力者。合乎分則各條所規定之自首也。如暫行律內亂罪未至暴動前之自首及外患罪或私與外國開戰罪未著手前之自首等是。皆當蒙免除之寬典。新刑法之內亂罪章已無此則矣。至犯誣告或僞證罪者。祇要自白卽得免除矣。至一罪既發、自首未發覺之他一罪者。對於所首他罪亦可以自首論。暫行律第五十二條已有明文規定。新刑法雖無此種規則然亦當然可認爲自首也。

分自首爲一般的效力及特別的效力者。蓋一般的自首不過得減輕其刑耳。如係取巧或明知必當發覺且知不能避免時而自首者亦不必減輕。至若內亂未暴動前之自首實足以消弭最大之隱患。

其立法政策與對於一般自首之觀念大有不同也。

暫行律於自首之外尚有首服之規定。首服者。犯親告罪而向有告訴權者告知之謂也。何人爲有告訴權者當從法律所規定。除必須被害人告訴者外。如向被害者之法定代理人告訴時亦應認爲首服。若至受官署之審判時均與自首有同一之效力。此爲暫行律第五十一條第二項之所規定。至有親告權者本與官署不同。其所以認爲與自首有同一效力者。蓋因親告罪以親告爲訴追之條件。告訴之有無足以左右國家之訴追也。但犯親告罪不首服於有告訴權者而自首於官署時亦應認爲有效新刑法無首服之規定。但依第三十八條第二項之規定。向被害人告訴人或有請求權之人自首而受該管公務員裁判者亦與自首於公務員受裁判者同。茲將關於自首之場合列表以明之。

自首

向官署自首……

一般的……於犯罪行爲完畢後未發覺而自首（得減輕）

特別的……豫備或陰謀犯分則特定各條之罪未至實行（暫行律有此規定）

而自首（得減輕或免除）

（一）向被害人告訴人或有請求權之人自訴

（二）酌減 酌減者。於法律無減輕之原因。而於犯情有減輕之必要時所爲之減輕也。此係爲求審判之公允起見而設。故又謂之審判上之減輕。審判上減輕之情形有二。一卽從法定範圍內處以最低之刑。例如法定範圍爲五年以下六月以上之有期徒刑。因其犯情在可減輕之列。祇處以六月有期徒刑。二卽縮減其法定範圍。例如法定範圍爲五年以下六月以上有期徒刑。衡其犯情雖處以最低限度之六月有期徒刑猶失之重。而法律上又無可以減輕之原因。乃不得不援用第七十七條酌減之。但有法定減輕之原因時。若已縮減其範圍仍虞過重。亦仍得依第七十八條之例再予減輕也。

酌減卽裁判上之減輕也。應具兩要件。（1）於法律上已無減輕之原因。（2）處以法定刑之最輕刑猶嫌過重。以上兩者須具備方能行使酌減。蓋既有法律上減輕之原因儘可引用該項減輕之條文。固無庸引用酌減之規定。卽於法律上無減輕之原因。若處以法定範圍之內最輕刑情罪已能相當。亦不必引用酌減之規定也。

至審判上之減輕以如何爲標準乎。應從主觀及客觀兩方面觀察之。卽於主觀的審按犯人之心術。客

觀的審按犯罪之情節，以定應否減輕之標準。例如行人口渴無從得茶時於路旁竊取水果一枚，或乞丐爲維持其生命時於店面竊取饅頭一塊。若依律處以最低度之二月有期徒刑猶覺過重。可減輕處以拘役也。

依據法律上減輕之條文而減輕者祇要合乎條件不必舉出相當的理由。若引用酌減則應舉出具體的理由。即對於犯人之心術及犯罪之情節兩方面最少須一方面有可減之理由也。

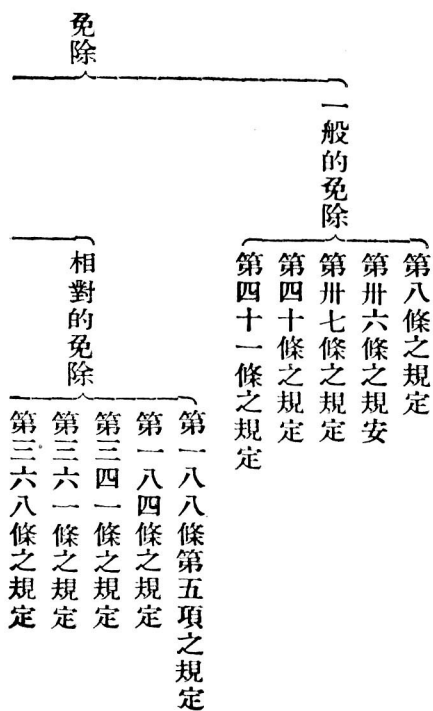
第三節 免除

刑罰之免除可分爲一般的免除及特別的免除。一般的免除應規定於總則中。如新刑法第八條第三十六條三十七條第四十條第四十一條是。不爲罪之規定在形式上猶不得謂爲刑罰之免除。則本節所謂免除多就特別的免除論之矣。特別的免除又可分爲相對的免除及絕對的免除。相對的免除者。免除與否一任審判官之自由斷定。絕對的免除則審判官無不許免除之餘地也。

免除較減輕之關係爲大。故除有特別情形外法律上未便於事前多設一般免除之規定。以防罪刑之失出也。按第八條後半謂如於合法審判外已受徒刑之執行。雖於其審判不能認爲合法。但既經

執行。倘觀察其人已知悔悟。則無須更予以無謂之執行。徒令空受痛苦而無裨實益。故由審判官酌量情形而予以減輕或免除。至中止犯之情形亦每有不同。立法者亦未便預設絕對免除之規定。仍由審判官酌量情形處斷。庶能達到無枉無縱之目的也。

茲將關於免除之規定列表以明之。



〔特別的免除〕

第二九零條第三項之規定

第三七八條之規定

絕對的免除

第一七七條之規定

一般的免除前已敘述於各章之中茲不贅述。特別的免除以分則有規定者爲限。茲逐項揭出其條文如次。

第一百八十四條 犯第一七條至第一八二條之罪（即偽證誣告罪）者。於所虛偽陳述或所誣告之案件裁判或懲戒處分確定前自白者減輕或免除其刑。

第三四一條 於直系親屬配偶或同財共居親屬之間犯本章之罪（竊盜罪）者得免除其刑。

第三六一條 於直系親屬配偶或同財共居親屬之間犯本章之罪（侵占罪）者得免除其刑。

第三六八條 於直系親屬配偶或同財共居親屬之間犯本章之罪（詐欺及背信罪）者得免除其刑。

第二九零條第三項 謀爲同死而犯本條之罪（教唆或幫助他人使之自殺或受其囑託或得其承

諾而殺之者)得免除其刑。

第一八零條第五項 預備犯第一項(放火罪)之罪者因其情節得免除其刑。

第一七七條 親屬圖利犯人或依法逮捕拘禁之脫逃人而犯本章之罪者免除其刑。

第三七八條 於直系親屬配偶或同財共居親屬之間犯本章之罪(贓物罪)者免除其刑。

第五章 刑罰之加減例

加減例在暫行律與新刑法上已大不同。蓋暫行律以等爲加減新刑法係以幾分之幾爲標準也。茲將暫行律與新刑法之加減併述之如次。以資比較其得失。

第一 暫行律之加減例

(一)死刑徒刑拘役之加重依第三十七條之次序行之。例如法定爲五等有期徒刑。加一等則爲四等有期徒刑。加二等則爲三等有期徒刑。由此可遞加至無期徒刑。

(二)罰金之加重以四分之一爲一等。例如法定爲三百元以下罰金。則加一等爲三百七十五元以下。加二等則爲四百六十八元以下。由此可遞加至法律應加之等數。(按加重祇限於累犯一種最多

祇能加二等而已。

查罰金之加減原有遞加遞減及通加通減之法。據最近大理院統字第一九二七號之解釋。謂若用通減則每減至四等而盡。減盡將如之何律無明文規定。可知減盡本非法律所許故宜用遞加遞減之法。例如加減二等。依分則所定之額以四分之一爲一等或加或減。而後就加成之額再加四分之一。或就減成之額再減四分之一。其加減至三等以上時亦同。庶與律意相符。至何謂通加通減及遞加遞減乎。例如刑律分則某條所定之額爲千元以下百元以上而須加二等或減二等時。就原額加四分之一（即一千二百五十元以下一百二十五元以上）再就此種加成之額加四分之一（即一千五百六十二元有零以下一百五十六元有零以上）爲遞加。就原額減四分之一（即七百五十元以下七十五元以上）再就此種減成之額減四分之一（即五百六十元有零以下五十六元有零以上）爲遞減。若就原額徑加四分之一（即一千五百元以下一百五十元以上）則爲通加。就原額徑減四分之一（即五百元以下五十元以上）則爲通減。

（二）分則定有二種以上主刑者。應加重時。依第三十七條之例同時加重。例如法定爲三等至五等

有期徒刑。加一等則變爲二等至四等。蓋最重之二等有期徒刑與最輕之三等有期徒刑應同時加重也。

(四)死刑及無期徒刑不得再加。例如法定之主刑爲死刑。則死刑之上當然無刑可加。若係無期徒刑。則加一等本可至死刑。但死刑爲剝奪生命之刑。其性質與徒刑不同。故不能由無期徒刑加至死刑。即吾國舊律亦有加重不至死之規定也。

罪刑之範圍由立法者預爲規定所以免司法者之濫用也。雖近已採用相對的法定主義。予審判官以自由裁量之權。然法定範圍外則不許無故加減。於加重方面尤爲重要。即有法律上加重之原因亦不能不設相當的限制。故除死刑當然不能加重外。無期徒刑不得加至死刑。

(五)最重主刑係死刑應加重者止加重其徒刑。例如法定爲死刑無期徒刑或一等有期徒刑。如遇加重時。其最重刑已爲死刑。無從再加。祇能將一等有期徒刑加一等。變更其範圍爲死刑或無期徒刑。考加重之原理。因有時處以法定範圍內之最重刑猶嫌過輕故也。倘處以法定範圍內之最重刑已能罪刑相當。則無庸再加。例如法定爲二等至四等有期徒刑。衡其罪刑祇應處以四等刑徒。若因再

犯加重。則進而處以三等或二等足矣。無庸變更其範圍。而法律上定須變更其範圍爲一等至三等者。蓋爲初犯應處二等者而設也。蓋初犯如已應處二等。至再犯則不得不處一等矣。但遇最重主刑已爲死刑時則死刑之上無從再加。祇得從下面將最輕者取銷。則範圍以內無輕刑可處。非處較重之刑不可矣。亦卽限令審判官處以範圍內之重刑之意也。

(六)最重主刑係無期徒刑。應加重者止加重其有期徒刑。例如法定爲無期徒刑或三等以上有期徒刑。如遇加重時。其最重刑已爲無期徒刑。無從再加。祇能將二等有期徒刑加一等變更其範圍爲無期徒刑或一等有期徒刑。

(七)罰金不得加至拘役及徒刑。例如法定附帶之罰金爲三百元以下。如遇加重。祇能就其金額加四分之一而已。不得加至拘役及徒刑。蓋罰金爲財產刑。其性質與自由刑不同也。

罰金之作用與自由刑已不相同。在立法者認爲應處以罰金時必以其犯行無重大之惡性也。祇須加以懲戒足矣。卽其情節偶爾較重。在併科罰金儘可增加其金額。若爲專科罰金。於法律上本無可加重之原因存在。本無加重可言。如係選科刑金則可不科罰金而徑科徒刑拘役。亦無加重刑罰

可言。(參閱第五九條)

(八)併科罰金應隨徒刑加重。例如法定爲四等以下有期徒刑或拘役併科五百元以下罰金。加一等則變更其範圍爲三等至五等有期徒刑。併科六百二十五元以下罰金。

(一)死刑徒刑拘役之減輕依第三十七條所列之次序行之。例如法定爲死刑。減一等爲無期徒刑。減二等爲一等有期徒刑。

(二)罰金之減輕依分則所定之額以四分之一爲一等。例如法定爲一千元以下罰金。減一等爲七百五十元以下。減二等爲五百六十三元以下。

(三)拘役不得減至罰金及免除之。拘役與罰金一爲自由刑一爲財產刑。兩者之性質不同。其輕重殊難區別。蓋若處以一日之拘役不得謂較千元之罰金爲輕也。故法定之刑爲拘役時。如無免除之明文。至少亦須處以一日之期。不能處以罰金或免除之。

拘役與罰金孰輕孰重頗難從客觀方面加以判斷。蓋因受刑者之心理及其身分而異也。例如體面商人或學校教員必甯肯受數十元之罰金不願受數日之拘役。反之若爲下等流氓小竊則甯肯受

數日之拘役不肯受數十元之罰金。兩者之性質既殊故新刑律有拘役不得減至罰金之規定。惟據第四十四條之規定受五等有期徒刑或拘役之宣告者仍得易處罰金。既能宣告易處罰金。何如於宣告時徑判以罰金之爲愈也。不過換刑後仍以受徒刑拘役之執行論。與累犯及緩刑頗有關係耳。

(四)分則定有二種以上主刑者遇減輕時應同時減輕。例如法定爲二等至四等有期徒刑。減一等則變更其範圍爲三等至五等有期徒刑。蓋最重刑之二等固應減一等。而最輕刑之四等亦應減一等。罰金之定有最多與最少額者亦同。

(五)最重主刑係拘役。應減輕者祇減輕其徒刑。徒刑減盡者止處拘役。例如法定爲四等以下有期徒刑或拘役。減一等則最重主刑爲五等有期徒刑。最輕主刑仍爲拘役。蓋拘役不能減至罰金或免除也。若減二等。則最輕主刑之徒刑減盡止處拘役足矣。

(六)併科罰金及易科罰金若遇徒刑減輕者亦減輕之。例如法定爲四等以下有期徒刑或拘役併科五百元以下五十元以上罰金。減一等則變更其範圍爲五等有期徒刑或拘役併科三百七十五元以下三十七元以下之罰金。易科者亦同。

併科罰金應隨從刑加重前已述之。但亦得隨徒刑而減輕。惟易科罰金則祇能減輕不得加重。故第五十九條云。分則所定併科之罰金若徒刑應加減者亦加減之。可知併科能隨徒刑以爲加減法律已有明文。而該條第二項對於易科罰金祇有減輕字樣而無加重字樣。可知易科罰金在法律上不能加重也。

(七)罰金應減輕者最多額與最少額同減輕之。其僅有最多額若止減輕其最多額。至其減輕之法與前第四款同。茲不另舉例。

(八)有二種以上應減者得累減之。凡有二種以上應減者。依律得累減。例如殺人者依第三一一條之規定應處死刑無期徒刑或一等有期徒刑。若因未滿十六歲減一等。因瘖啞減一等。因自首減一等。按其情節係爲父報仇又可援用第五十四五兩條於法律減輕之原因酌減二等。則總共可減五等。變更其範圍爲四等以下有期徒刑或拘役。得從拘役之最低額處以拘役一日。

如上例換言之卽係一十二三歲之瘖啞人因報父仇殺人而自首於官也。惟所舉減等原因皆係得減。審判官卽不予減等亦不能指爲顯然違法。此種處刑範圍直可謂爲死刑至拘役矣。驟視之人必

以爲駭異。然在實際上若竟處以拘役一日亦在法定範圍之內。

此外於加減之例尙有應注意者二。

(1) 同時刑有加重減輕者應互相抵銷。例如因爲再犯應予加重一等。又同時因自首應減輕一等。則兩者抵銷不必加減矣。

(2) 從刑不隨主刑加重減輕。蓋從刑與主刑之性質不同。主刑係剝奪其生命自由財產各項私權。完全爲達刑罰之目的。從刑爲剝奪公權及沒收。則稍含行政上之性質也。且依第四十六條之規定當然應終身褫奪。依第四十七條之規定法官本有審酌之權。無隨主刑加減之可言。

公權之褫奪所以防止社會惡劣分子藉公權以爲害也。若其人之惡性爲刑罰所能改善。出獄之後亦可許其享有公權。惟從刑與主刑之性質既殊。不必因主刑加減而加減其從刑。至新刑律第四十六條所規定者爲絕對的褫奪。不許審判官有自由裁量之權。例如第一〇六條云。犯本章之罪宣告二等以上有期徒刑者褫奪公權其餘得褫奪之。所謂其餘得褫奪之者。卽指第四十七條而言也。依第四十七條之規定。可由審判官酌量其犯行褫奪第四十六條所列各款之一種或全部。且能限以

一定之時期。過期仍得恢復也。

第二 新刑法之加減例

新刑法之加減方法仍與暫行律大致相同。不過自由刑易等級制爲年月制耳。以此之故。其加減以幾分之幾爲一等。某刑減幾分之幾應作某刑。非查照條文不能懸揣。實不若暫行律加減之易認識也。茲將該法第七十九條至八十九條所規定之加減例述之。每條之後均舉一例。較易明瞭。

第七十九條 死刑不得加重

死刑減輕三分之一者爲無期徒刑。減輕二分之一者爲十二年以上二十年以下有期徒刑。

例如依法應處死刑者。雖爲累犯。仍無從加重。祇處死刑而已。若應減輕三分之一則處無期徒刑。減輕二分之一則處十二年以上二十年以下有期徒刑。

第八十條 無期徒刑不得加重

無期徒刑減輕三分之一者爲十年以上十五年以下有期徒刑。減輕二分之一者爲七年以上十二年以下有期徒刑。

例如依法應處無期徒刑者。雖爲累犯仍無從加重。祇處無期徒刑而已。若應減輕三分之一。則處十年以上十五年以下有期徒刑。減輕二分之一。則處七年以上十二年以下有期徒刑。

第八十一條 有期徒刑應加減者其最高度與最低度同加減之。

例如依法應處六年以下六月以上有期徒刑。因累犯加重三分之一。則其處刑之範圍變爲八年以下九月以上有期徒刑矣。若減三分之一。則其處刑之範圍變爲四年以下四月以上矣。

第八十二條 拘役應加減者止加減其最高度。

例如依法應處拘役。加二分之一。則其處刑範圍變爲三月未滿。若減二分之一。則其處刑範圍變爲一月未滿。

第八十三條 罰金應加減者止加減其最高度。

例如依法應處一千元以下罰金。加二分之一。則其處刑範圍變爲一千五百元以下。若減二分之一。則其處刑範圍變爲五百元以下。

第八十四條 減輕本刑而無若干分之幾之規定者。至少減輕本刑二分之一。

例如依法祇云減輕本刑。並未注明三分之一或二分之一。如本刑爲六年以下六月以上。則其處刑範圍至少應變爲三年以下三月以上。

第八十五條 有二種以上之主刑應加減者。同時併加減之。

例如依法應處二年以下有期徒刑併科三百元以下罰金。加二分之一則其處刑範圍變爲三年以下有期徒刑併科四百五十元以下罰金。減二分之一則其處刑範圍變爲一年以下有期徒刑一百五十元以下罰金。

第八十六條 同時刑有同等分數之加重及減輕者互相抵銷。

同時刑有不同等分數之加重及減輕者先加後減。

例如依法應處六年以下六月以上有期徒刑。因爲累犯。應加重二分之一。又因他種原因應減輕二分之一。則不必予以加減。仍就本刑範圍處斷可也。

如前例若應加者爲三分之一。而應減者爲二分之一。則應先加後減。即先就六年以下六月以上之本刑先加三分之一。變更其範圍爲九年以下九月以上。然後再就九年以下九月以上減去二分之

一、變更其範圍爲四年半以下四月半以下。

第八十七條 有二種以上應加或應減者。遞加或遞減之。

有二種以上不同等分數之減輕者。先依較少之分數減輕之。

遞加遞減者別於通加通減而言也。前已詳述之。例如依法應處六年以下有期徒刑。因有兩種原因應減三分之一及二分之一。可遞減之。則先變更其範圍爲四年以下。再就已減之範圍變更其範圍爲二年以下。(因依法先依較少之三分之一減輕後依較多之二分之一減輕也。)

第八十八條 徒刑或拘役因加減有不滿一日之時間者不計。

罰金因加減有不滿一角之額數者亦同。

第八十九條 從刑不得加重或減輕。

第六章 刑罰之執行

刑罰之執行云者。於判決確定後依判決對於被處刑罰之犯人而執行其所宣告之刑罰也。執行之方法及時期各依其所宣告之種類而有不同。關於執行之實體規定屬於刑法之範圍。關於執行手續及

執行之細則屬於訴訟法及監獄法。實施其執行之職務者則檢察官也。茲將刑罰執行通則之規定於訴訟法者摘錄如次。

(一) 裁判於確定後執行之。但有特別規定者不在此限。(所謂特別規定者。如死刑之須經部覆准回報。縣知事判處重刑須經覆判等是。)

裁判固應於確定判決後即時執行。惟死刑爲絕人生命之刑。死者不可復生。爲慎重起見。須先報經司法部核准方能執行。但司法部除請求減刑特赦或知照總檢察廳提起非常上告外無直接批駁之權。至覆判亦係爲慎刑起見而設也。緣各縣知事既非正式法院。其判決難免全無錯誤之處。以知事所審理之案件爲限如被告不自提起上訴須將案卷解交高等審判廳經過覆判手續方能執行。故修正覆判章程第一條云。兼理司法事務縣知事審理地方管轄之刑事案件未經聲明上訴、或撤回上訴、或上訴不合、未經第二審爲實體上之審判者。均應由高等審判廳或分廳覆判。被告犯數罪。其一罪屬於地方管轄者。應將全案覆判。一案中有被告數人。其中一被告所犯之罪屬於地方管轄者亦同。

(二) 執行裁判由諭知該裁判之法院之檢察官指揮之。但其性質應由法院或審判長指揮者不在此限。(所謂應由法院或審判長指揮者。如法編第六十一條之秩序罰是。)

執行裁判在原則上應由檢察官爲之。但有時其性質上應由審判長執行者。如法院編制法第六十一條所規定乃一種行政罰也。該條云。有妨害法庭職務或其他不當之行爲者。審判長得酌量輕重照左列各款處斷。一命退出法庭。二命看管至閉庭時。三至閉庭時更得處十日以下之拘留或十元以下之罰金。

因上訴之裁判或因撤回上訴而應執行下級法院之裁判者。由上訴法院之檢察官指揮執行之。

例如上海地方審判廳判處徒刑一年。上訴至江蘇高等審判廳。經高等審判廳判決駁斥上訴或由上訴人自請撤回。應由江蘇高等檢察廳命令上海地方檢察廳執行上海地方審判廳所判之徒刑一年。

前二項情形其卷宗在下級法院者。由該法院之檢察官指揮執行。

如前例若由上訴人自請撤回上訴時而卷宗尚在上海地方審判廳。即不必由江蘇高等檢察廳指

揮執行。徑由上海地方檢察廳指揮執行可也。

(三)二以上之主刑之執行。除罰金外應先執行其重者。但有必要時檢察官得命先執行他刑。

例如同時判處徒刑三年罰金百元。則可同時執行。一方面追取罰金。一方面使入監獄執行徒刑。若同時犯二罪。一處徒刑三年。一處拘役四十日。則無同時執行之可能。祇好先執行徒刑。俟徒刑期滿再執行拘役。又若同時所處者爲有期徒刑與死刑或有期徒刑與無期徒刑。則可依第二十三條之規定祇執行其重者不執行他刑矣。

(四)受刑人對於科刑裁判之解釋有疑義者。得向諭知該裁判之法院聲明疑義。以檢察官執行之指揮爲不當者得聲明異議。

對於判決所用文字如有疑問可向審判廳聲明。謂之聲明疑義。對於檢察官之指揮不當與審判廳無涉。祇可聲明異議。

第一節 生命刑之執行

刑法上科以生命刑之目的今昔不同。其執行之方法因之亦異。在昔以威嚇爲目的。對於執行方法務

求慘酷。且因執行方法之慘酷與否以定死刑之等級。故車裂腰斬斬首絞頸及凌遲處死各種執行方法有并採用者。今則以隔離社會爲處刑之惟一目的。對於稍帶慘酷意味之執行方法皆削除之。祇求能奪其生命足矣。各國有用電氣及瓦斯殺者。新刑律則以頸絞爲其方法。該律第三十八條云。死刑用絞於獄內執行之。所以須於獄內執行者。祕不使人見耳。（理由見前）惟受死刑之執行者。以後無改正之希望。於其執行之前勢非有審慎之考慮不可。審判既經確定。本足以表示其考慮審慎之已周詳矣。但爲更求審慎起見。該律第四十條特加以報部之手續。非經司法部覆准回報。雖判決確定尙不能執行也。第三十九條且有與囚人隔別監禁之規定。凡受死刑之宣告者。迄至執行與他人分別監禁。死刑之執行方法至前清猶有凌遲處死及腰斬等。及光緒末年改訂現行刑律。祇存斬絞兩種。其執行之時期有監候及立決。立決者即時執行。監候者入於秋審也。及新刑律對於死刑之執行祇用絞。惟軍法則用槍決。近於絞之方法尤力求簡單。司法部迭經通令各省不許沿用舊法。

查元年五月司法部關於死刑之執行有呈大總統文一件。內開司法部之復准回報乃報行上之手續。非如舊日復核有准駁之權。凡咨報到部由部復准。卽查照原判執行。惟有時應行救濟方法。如遇

有赦免理由者。則根據約法呈請大總統宣告特赦或減刑。遇有法律上或事實上錯誤者。則根據訴訟法施行非常上告。

茲更將訴訟法上關於執行死刑之規定如次。

- (一)諭知死刑之判決確定後。檢察官應將案卷送交司法部。
- (二)死刑經司法部覆准後應於文到三日內執行之。
- (三)執行死刑應由檢察官蒞視。並命書記官在場。除得有檢察官或監獄長官之許可者外。不得入行刑場內。
- (四)受死刑之諭知者如在心神喪失之時或為懷胎婦女。應於其痊愈或生產前由司法部命令停止執行。於痊愈或生產後非再有司法部命令不得執行。(產後須滿百日)

第二節 自由刑之執行

徒刑拘役皆為自由刑。除由縣知事審判之地方管轄案件外。均於判決確定後即分別執行之。惟自由刑在晚近刑事政策上以使犯人改善為主。其執行方法之良否刑罰效果之有無繫焉。故於自由刑之

執行方法有詳細研究之價值。據暫行律第四十二條之規定。徒刑之監禁方法及勞役種類悉規定於監獄法中。則欲研究徒刑之執行方法非先知監獄制度不可。茲述其概略如次。

(一) 拘禁方法約可分爲三種。

雜居制 雜居制者。不分日夜。聚多數犯人於一室而拘禁之也。其長處在能省經費而已。惟同時聚多數犯人於一室。習慣的犯人每高談闊論。自詡其犯罪經驗之宏富。或誇張其手段之靈敏。以爲談助。而偶發的犯人耳濡目染。每足增加其惡性。欲望其收改善之效果也難矣。學者有目此種制度爲犯罪學校者。非無因也。其法不足取無待繁言。

獨居制 獨居制者。不分晝夜置每一犯人於一室以拘禁之也。犯人入室後。無論何人不許與通音問。而待遇亦至不堪。每因獨居日久沈默過甚。遂多罹重疾或竟致瘦斃者。與改善主義殊不相合。後又漸次變通。除許其與無惡性之親朋會晤外。并時時加以教導。此不徒可以解其枯寂。且既有教導亦能使之日趨遷善之途。於改過上極有效力。此種改良之獨居制本可適用。但非有巨額之經費不能辦耳。

折衷制 折衷制者。取雜居制及獨居制之所長而棄其所短。以另爲之制也。約分二種。(1)日間雜居

制。即於日間使之雜居。督令工作。夜間仍令獨居。立法者以爲足取前二法之長。殊不知適取其短。蓋日間雜居仍是犯罪學校。夜間獨居其經費仍不貲也。但若能於日間雜居時不許作無謂閒談。且使人監督。不許有傳染惡性之機會。亦未始不可。(2)階級制度。即先獨居而後雜居之制也。例如處以八年之徒刑者。初入獄時使之獨居。至三五年後。倘能改悔且無傳佈惡性之虞時。可令其日間雜居。再驗其確有善行時。方使日夜雜居。若至其性質完全改善時。并可依法假釋。但雜居之後。若有惡性之發現。仍可使之獨居也。蓋獨居約束較嚴。痛苦較多。對於初入獄者。必用此制。方能使生改悔之念。及改悔之念既萌。乃導入遷善之途。其效必速。既日就遷善。則不妨漸次給予寬舒。以資鼓勵。此實爲監獄制度之最良善者。我國監獄規則除長期徒刑用階級制外。對於短期徒刑則取獨居制。蓋既可免染受他犯之惡習。又能使之稍受痛苦。其改悔必速也。惟查監獄規則第三十三條云。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。則於獨居若干年後。無論有改悔之念否。均應雜居。殊與階級制之本旨不合。

以徒刑之效力論。獨居雜居均有所失。而亦均有所得。階級制度即由取其所得去其所失而產生也。

故近世學者多主張之。所謂累進制度者即階級制度所蛻化。累進制度之優點在能從犯人之狀態施以相當之待遇。由入獄起以至實行改善必累遷其待遇。且寓以徒刑之精神。每能收徒刑之實效。變惡性犯人爲通常良民。其制度行至今日猶有改良之點。欲知其詳可參閱法律評論第一〇四期。茲不贅述。

(二)勞役及工費 勞役分法定及任意兩種。日本對於徒刑有懲役禁錮之分。懲役爲服法定勞役者。禁錮則否。我國新刑律對於徒刑全服法定勞役。拘役亦服勞役。但因其情節得免除之耳。其支配勞役之標準、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、不可強以不能勝任或與其將來無益之工作。而每日服役之時間亦宜先予規定。固不可過逸亦不可過勞。除工作時間外宜施以教育。於無礙監獄紀律之範圍內并應許其自由閱覽正當之書籍。因勞役所得之工費宜酌量分給與囚人。不過必較普通工人所應得者爲少耳。所以必須分給者。固足獎勵其勤奮。又可爲長期囚人出獄後之旅費及營業之資本。其分給多寡之標準亦宜明定之。美國及日本皆有定額。英國謂之賞金。可隨時酌定。我國監獄規則亦稱爲賞金。該規則第四十三條云。服勞役者得酌量其行狀罪質成績等分

別給與賞金。既云得酌量，則仍可不給。又第四十四條規定徒刑囚給賞不得過普通工價十分之三。拘役囚不得過十分之五。以釋放時交付爲原則。但因特別情形仍得先行給予也。

(三)待遇 囚人之待遇以保持其健康及顧慮監獄之經費爲主。斟酌其體質年齡勞役及地方氣候。除煙酒外應給予必要之飲食衣類及其他用具。除有逃走暴動及自殺之虞外不得任意加以戒具。即遇不得已應加以戒具時。仍不可予以慘酷之待遇。據監獄規則第二十六條之規定。戒具以窄衣、手鐐、捕繩、聯鎖、四種爲限。此外因其情節得處次列之懲罰。一面責、二停止收發書信及閱讀書籍、三減食、四停止運動、五閹室監禁、六酌減賞與金。

第二節 財產之執行

刑罰以判決確定後即時執行爲原則。罰金之執行亦不外乎是。但自由刑於確定後即時生絕對執行之效力。罰金則於確定以後生相對執行之效力。所謂相對者。尙有猶豫期間之存在也。依新刑法第五十五條之規定。以一月爲罰金執行之猶豫期間。於此期間之開始。檢察官即得發執行之命令。惟非滿期後不得加以強制耳。期間既滿。如受刑人仍不繳納。則視爲與有強制執行力之債務名義相同。即得

依民事訴訟法上強制執行之規定而執行之。檢察官經過此種手續後。如受刑人實無資力而不能徵收罰金時。應依第五十五條第一項第二款之規定易以監禁。(辦法詳第五節)在各國對於無力繳納罰金者尚有分期繳納及以工易罰之辦法。吾國未採用之也。惟查新刑法所定罰金之範圍甚寬。且有因犯貧得減至五分之一之規定。在審判官宣告罰金之時似宜先從犯人之財力加以審核。斟酌其數額然後科斷。庶易執行。於茲有一問題。卽受刑人死亡後得免予執行否。依刑罰之通例。犯人死亡後其刑罰卽因而消滅。且科刑不及犯人以外之人。自不應向其承繼人執行。查新刑法及刑訴律草案無此種規定而刑事訴訟條例第五〇一條第二項云。罰金追徵及訴訟費用得就受刑人之遺產執行。是於受刑人之死亡後尚須執行已無疑義。惟法文僅指就其遺產執行。則受刑人若無遺產時仍不能向其承繼人執行也。學者間對於此種問題向有積極說及消極說兩種。主張積極說者謂宣告罰金之判決確定時。國家對於受刑人之關係與私法上之債權債務關係相同。應向受刑人之承繼人徵收之。主張消極說者謂罰金之徵收卽係國家刑罰權之實行。國家既認死亡足爲消滅刑罰權之原因。於罰金何猶不然乎。且於受刑人之死亡後自由刑已不執行。必執行罰其輕於自由刑之罰金乎。刑訴條例規定

於遺產內執行似不無失當矣。

至應行沒收之物亦應由檢察官處分之。應行沒收之物如審判衙門不能宣告沒收或漏未宣告時。檢察官得斟酌其情形施以沒入處分。又沒收之物以犯人以外無有權利者爲限。於執行後三日內如有權利人能證明其權利實應歸屬其所有者。得向檢察廳請求發還。卽已競賣應給予競賣所得之價金。

第四節 褫奪公權之執行

國家對於受褫奪公權者不過不許其享受公權而已。本無庸加以執行之手續。但對於現任屬於公權之職務者卽法律無免現職之規定亦應予以取消其職務之執行。惟在緩刑期內既不執行徒刑。對於公權亦不能褫奪。故無論有無褫奪公權之宣告。其所任屬於公權之職仍不得執行褫奪。

第五節 換刑

換刑者。因宣告之刑不適於執行而易以異種類之刑罰也。可分爲兩項。卽罰金換監禁及徒刑拘役換罰金是已。分述如次。

(一) 罰金換監禁 罰金以實無資力者爲限應易以監禁。依暫行律第四十五條之規定以罰金一元

易監禁一日。審判官無自由裁量之餘地。新刑法第五十五條之規定改爲一元以上三元以下折算一日。（但因犯貧而減罰金者亦應以減得之數比算）俾審判官得審察其情形以定其標準。又據暫行律之規定。監禁日數不得逾三年。蓋謂罰金之額數無論多至數千數萬。最多祇能換處三年之監禁。否則漫無限制。若處數萬元之罰金時。則將終身受監禁矣。但各國所定之最長年限尙不若是之長。瑞典短至六十日。英國亦祇三月。日本舊法爲二年。現已改爲一年。以較吾國之三年自嫌過長。新刑法從日本之新制。亦以一年爲限。甚爲適當。至易監禁之時期。依新刑法第五十五條第二項之規定。於繳納期滿後應先強制執行。強制無效始易以監禁。然若於猶豫時期之開始得本人之承諾。亦得不俟一月期滿而科以監禁。以免遷延。

罰金之額數若逾一年之日數時。其所易監禁之日數固應以一年爲限。已如前所述。但已納罰金一部分之後。或已受監禁若干日之後。若再請換刑。應如何計算乎。該條第七項云。易科監禁期內納罰金者。以所納之數依裁判所定之標準折算扣除監禁日期。

由罰金所易處之監禁與受徒刑及拘役之執行者不同。故該條第六項云。監禁於監獄內附設之監禁

所執行之。所稱附設者。以示與監獄有別也。置於監獄者在徒刑應服法定勞役。在拘役亦應服勞役。不過得免除而已。於附設之監禁所暫行律無服勞役與否之規定。新刑法則定爲得令服勞役。其不以服勞役爲必要也可知。

(二)徒刑拘役換罰金 據暫行律第四十四條之規定。受五等有期徒刑或拘役之宣告者。其執行若實有窒礙。得以一日折算一元易以罰金。其得換罰金之要件僅云有窒礙而已。無何等列舉之限制。祇要所宣告者爲五等有期徒刑或拘役。其應換與否得由審判官自由裁量。又既云宣告。則應以宣告之刑爲標準。其法定刑乃執行如何所不問也。惟新刑法已不設此項條文。謂以罰金易自由刑有背刑罰之本旨。實爲他國所無。且查刑律科罰金之條文一百有奇。其中科自由刑或罰金者八十有奇。是輕微罪皆可徑科罰金。無俟宣告自由刑後始易以罰金也。若謂執行實有窒礙。即在一年以上之徒刑亦或有之。豈僅五等有期徒刑或拘役爲然耶。但北京司法部曾於民國十年十二月通令各法院。對於此種換刑辦法甚爲贊許。其通令云。暫行刑律第四十四條易科罰金之規定原爲執行有窒礙之情形時而設。所謂執行有窒礙者。向來判例及解釋均係從嚴。惟查短期徒刑多弊害而少實益爲近今各國學者

所公認。本部考查各省刑事被告人刑名比較表處短期徒刑者實居過半。執行之後得收刑罰之效果者固有其人。而未得刑罰之實益轉受不良之習染者亦復不少。更有身無旁丁爲全家衣食所賴。或執工商業之重要職務不得稍曠時日。僅因偶罹刑章竟致受數月刑期之執行而致老幼失所廢時失業者亦時有之。此外類此之事尙難枚舉。按之刑事政策已至物極必變之時。除咨行大理院外。仰即轉飭所屬關於五等有期徒刑以下之宣告案件務須悉心體察情形。如於執行稍有窒礙即應依法辦理。又依暫行律第四十四條第二項之規定。易罰金者於法律以受徒刑或拘役之執行論。故前北京大理院六年上字第六四號判例謂判處徒刑之罰金執行完畢後更犯徒刑之罪者應從再犯之例處斷。但以累犯之法理言之。應以實際上曾受徒刑之執行者爲限。蓋累犯加重之理由。謂曾施以監獄之改善手續後猶不知改悔。可知其惡性已深。非加重其刑期不能有效。故有加等之規定。若未曾一日入監獄。而遽以再犯論。似與法理不得謂合也。

第七章 假釋及緩刑

第一節 假釋

假釋者。於囚人未屆出獄之期而權令出獄也。其出獄之日期認爲與在監相同。祇要在外平穩經過殘餘刑期之日數。則視爲徒刑之期間已滿。此種辦法原爲增加犯人改悔之速率。獎勵犯人之改善而設。故於事前之考查不可不密。臨時之審核不可不慎。事後之監察不可不嚴。依新刑法第九十四條之規定。得予假釋之要件有三。

(1) 有悔悔之實據者。既云須有實據。自非徒託空言可比。倘僅聽信其語言。而不審查其行狀。遽予假釋。不徒不足以資激勸。甚至啓姦詐之機也。

(2) 無期徒刑須執行逾十年。有期徒刑須執行逾刑期二分之一。蓋入獄未久所受感化之力尙淺。倘率予假釋。則必玩視刑典。難免再犯之虞。

(3) 由監獄長官申達司法部。蓋犯人與監獄官相接甚密。其行狀亦知之甚悉。故予以申達之權。但非有實據。仍不能以空言將事也。

假釋原以獎勵犯人之悔悔。故若毫無實據。徒憑監獄長官一紙空言以爲標準。則不徒流弊滋多。且於立法之旨甚相違背。前北京司法部迭下嚴格辦理之訓令。十年六月該部有第五七三號通令云。

查假釋一項規定於刑律之中關係至爲重要。用得其宜。則足以動囚人之觀感。辦理不善。則適以損司法之尊嚴。本部前因各監獄呈請假釋。文件既不完全。程序亦多未合。曾以第四十七號及第二五八號第五八一號分別訓令公布在案。近查各省區域新監尙未遍設。舊監多未改良。各該長官每憑獄官一紙空文率爾呈請假釋。而囚人是否改過。行狀是否善良。懊悔是否有據。保護是否得人。多未實行覆加查察。殊非慎重獄務之道。爲此令仰遵照。嗣後關於各該監呈請假釋之件。均應切實覆查。其認爲有疑點者。尤宜詳加考察慎重辦理。毋得視爲例行文件。率予轉呈。致失本部明刑弼教之旨。合乎以上三項條件者。固得假釋。然猶有一限制之條件在。卽執行未滿二年是。蓋立法之意不過謂未滿二年者爲日過淺耳。然刑期宣告之長短。必以其人惡性之深淺爲斷。如已經過刑期二分之一而又。有實據可指。卽不妨早予假釋。於國家及犯人兩有裨益。若謂必待二年。則二年以內之徒刑無從適用矣。

查暫行律對於執行須滿三年新刑法以其限制過嚴。特將三年改爲二年。其理由謂原案第六十六條但書規定三年之期限略覺過久。囚犯人既有懊悔之實據。必待三年方予假釋於國家及犯人兩

無裨益。外國立法例對於此種期限其趨勢皆從縮短。以一年爲限者。如德國、布加利亞、波土尼亞、刑法、及瑞士、奧國刑法準備草案。以三月爲限者。如法國、比利時。無期限者。爲日本及美國數州。原案所規定無期徒刑逾十年。有期徒刑逾二分之一爲假釋之期限。折衷各國尙屬平允。獨於但書所規定之期限較他國爲特長。未免輕重失均。故改爲二年。

至所稱之執行刑期應否以實受執行者爲限。學者間頗有爭論。例如受十年徒刑之宣告。於未確定審判前已受兩年之羈押。抵扣徒刑一年。若比一年亦算入已執行刑期之內。則再執行四年便可假釋。以實際論之。其所受執行之時期僅四年耳。與二分之一不符。惟依前北京大理院統字第一一八六號解釋。則認所抵羈押之刑期亦應算入。謂既係抵刑。自與免刑不同。法律上固應視爲已經執行。且第六十六條明定有悛悔實據者始得許其假釋。究竟可否准許。儘有斟酌餘地。而裁判准否。折抵亦有裁量自由。既經准抵。自係已認其所抵羈押之日數已等於執行之刑矣。焉能不算入耶。惟新刑法對於此點之見解略有不同。查該法第九十三條第二項之規定。前項執行期間遇有第六十四條情形時。以所餘之刑期計算。而暫行律對於假釋條件所定有執行刑期應否適用。以裁判確定前之拘禁日數算入。并未

規定。外國學說有主張算入者。如那威瑞典是。但主張不算入者居其多數。因假釋條件所定之執行刑期係指事實上之執行。俾知罪人受刑後是否實能悔改。若以拘禁日數算入。是與假釋之意旨背馳。故新刑法從德國之刑法準備草案爲之規定。例如科無期徒刑者。裁判前拘禁二年。若以之抵徒刑一年。算入十年之執行期內。則九年後即可假釋。依新刑法仍須算足十年。又如科有期徒刑十年。二分之一爲五年。裁判前受拘禁二年。若以抵徒刑一年算入五年期內。則四年後即可假釋。依新刑法仍須算足五年。

假釋出獄後如不撤銷其假釋。其出獄日數即應算入刑期之內。但假釋期內有左列情形之一者。則應將假釋撤銷。其出獄之日數不算入刑期。仍須將因假釋而未執行之日數悉數予以執行。

一 更犯罪受拘役以上刑之宣告者

二 犯假釋管束規則者

以上撤銷假釋之條件。爲新刑法第九十四條所規定者。期內更犯罪始予撤銷。蓋足爲未曾改悔之表示也。在暫行律於期內因前罪亦能撤銷。則未免過酷。蓋既准假釋。即已認犯人有悔改前罪之實據。不

必因其既往之罪而撤消之也。又九十四條關於撤消假釋之條件以拘役以上爲標準者。以拘役本爲監獄內執行之刑也。若犯罰金之罪。則無須入獄。故無撤消之必要。又因處罰金之刑多由於過失。過失乃由於不注意之結果。以不注意而致罪。不得謂之舊惡復萌。故無庸撤消。即謂罰金非全由於過失。然在刑罰上專科以罰金者於其情節必無重大惡性之存在。故亦不必撤消。

第二節 緩刑

緩刑者緩其刑之宣告或緩其刑之執行也。乃最新刑事政策上救濟短期自由刑之良法。對於偶然犯罪及性質善良之犯人行之頗有效力。蓋不致因偶罹法網而失其在社會上之地位。且能遂其犯罪後所萌悔改之望。法良意美。故各國多採用之。大別之可分爲英美制及法比制兩種。

(1) 英美制對於應科短期自由刑之罪犯每緩其刑之宣告。說者謂即試驗的大赦也。

犯罪於提起公訴後即應審判其犯罪事實之是否真確。須用種種方法以證明之。既得有證明則可認定其犯罪爲真實。依法處以相當之刑罰。決定之後即便予以宣告。若緩而不宣固足保全犯人之名譽。俾其自知儆惕。將來不敢再犯。溯其用意不過謂犯人於社會未揭破其真象以前。其悔悟較易

耳。但若犯人於緩刑期內不自悔悟。違背緩刑條件。則非仍予宣告不可。屆時每易致證據消滅。在以前所搜集之證據既未宣布自難遽予援用。若舊證不便重提而新證未由採集。似於手續上極感困難。且前次經過若干次之訊問若干次之偵查豫審。徒以未曾宣告罪刑之故盡失其效力。以後又重復履行前之種種手續。於法院方面猶屬無謂。實不如宣告而不執行之爲愈也。或謂其所以不主宣告者。謂一經宣告則其人之犯行已經確定。污點既著。殊非許其自新之道。殊不知於宣告後仍可撤消其宣告。不徒免其執行。亦能消滅其宣告之效力。以後若再犯罪仍不以累犯論。仍不失爲試驗的大赦之旨也。

(2) 法比制對於應科短期自由刑之罪犯則緩其刑之執行。說者謂卽試驗的特赦也。

法比制度之用意謂犯人之犯罪證據既經蒐集。公判之辯論既經終結。一經宣告則對於該案之手續可以完結矣。惟若認其所犯事實尙屬輕微。或犯人尙無重大惡念。儘可暫免執行。以觀其後效。以必須宣告者。以後若須執行。無庸更予審判也。但罪刑既經一度宣告於司法上已完全認爲犯罪之人。以後雖不執行。仍不能脫除曾經犯罪之資格。不過等於特赦之效力耳。故說者謂爲試驗的特

赦也。

此外在德國以緩刑之權操之行政官吏。蓋司法方面仍須宣告其罪刑。不過於行政方面免其執行耳。或有謂緩刑反乎有罪必罰之原則。且足惹起被害人不平之忿。殊不知有罪必罰者。在昔時以威嚇及報復爲主義時。猶可謂犯人非受刑罰之執行不能達威嚇及報復之目的。以今日之刑事政策衡之。所謂有罪必罰者。予犯人以改善之法也。不徒非爲私人洩忿。且不必舉以威嚇犯人以外之第三者。祇問對於犯人改善之效力何如耳。若緩其刑罰而能勝於刑罰。又何必以有形的刑罰科之耶。此緩刑制度之在今日新政事政策下認爲治輕微犯及偶然犯之最良工具也。

刑罰之目的在維持社會之秩序。於維持秩序之範圍內處罰犯人。非一切犯人皆在必罰之列。主張有罪必罰者。殆昧於人類進化之理。而專就報復主義爲主眼者也。蓋不知犯人之種類千狀萬態。犯罪者不盡爲窮兇極惡之人。或觸於一時之感情。或陷於一時之境遇。偶罹法網。不無悔心。遽以投之獄中。往往與他之犯人因接觸而傳受其惡性。積日久而濡沾必深。善良犯人於受刑之後。反變爲兇惡之徒者。亦事所恆有。豈非違背刑罰之本旨乎。

我國刑法直接採用日本之猶豫執行制度。亦間接採用法比制也。卽於犯人受有罪之宣告後暫不執行。附以條件及期間。逾期無撤消之事由發生則不再執行。且認其宣告爲無效。在實際上與英美制不宣告之效力相等。與受大赦者無以異也。茲述新刑法第九十條所規定之要件如次。

按猶豫執行制度之翹始學者固多贊成。但亦有持反對之論調者。其主要理由不外下列數種。(1)謂刑事被告人所應受之判決不外處罰及無罪兩種。應處罰者則不應免除其刑罰之執行。蓋不執行卽不得謂之刑罰也。其不應罰者則應宣告無罪。若認爲有罪而判以刑罰矣。殊難得不予執行之根據。然赦免與時效之經過亦同爲對於處罰之宣告而不執行者。其所根據者何耶。如不能加以反對。則不必獨於緩刑加以反對也。(2)謂審判官取得此權則於裁判上甚爲危險。蓋謂審判官若濫用職權直可取消國家之法律矣。殊不知緩刑有一定之條件且限於一定之罪刑。且有檢察官以上訴爲救濟。非審判官所得藉以專橫也。(3)謂審判官當處罰犯人之時應以所犯事實爲標準。不當以犯人之人格爲標準。若專以犯人人格之故而處以緩刑。則以犯人人格爲處罰之標準矣。殊不知緩刑非專以人格爲條件。一方面仍須審查事實。此殊誤解緩刑制度之談也。(4)謂若付審判官以

緩刑之權不啻以司法侵害行政方面之元首赦免特權矣。衡之憲法不無牴觸。牴觸憲法之行爲尙能認爲有效乎。殊不知行政司法各行其是。司法方面對於罪刑之處置并非對元首赦免之權予以限制。况就反面論之。元首以行政權之行使而赦免司法方面所認定之犯罪。豈不可謂行政權侵害司法權乎。是此說仍不足據也。

(1) 受宣告之刑爲二年以下有期徒刑拘役或罰金 受長期徒刑之宣告者其惡性較深。非令入監獄受徒刑之執行必難有效。若係二年以下之短期徒刑或拘役之罪。爲免除入獄後染受惡性起見不妨緩其執行。予以試驗。而長期徒刑不與焉。

可受緩刑宣告之範圍各國寬嚴殊不一致。有謂宜稍寬者。有謂宜嚴者。在緩刑制度之設立本以救濟短期自由刑之弊害爲目的。則可受宣告之範圍。應以受短期徒刑之宣告爲限。我國暫行律定爲四等以下有期徒刑。則凡不滿三年之徒刑皆得宣告緩刑。新刑法以爲過寬。已改爲二年。并增入罰金一項。謂罰金能否緩刑本爲刑法上一爭論之點。蓋緩刑初旨原欲獎勵犯人遷善。故其刑之執行與否全以犯人之素行爲斷。十九世紀末葉歐洲刑法家力倡廢止短期自由刑。緩刑之制乃大受影

響。於是緩刑獎勵犯人之旨一變而爲免除短期自由刑之旨。緩刑與自由刑乃併爲一談。罰金之不能緩刑實由於此。原案於罰金不在緩刑之列。修正案添入易科監禁准予緩刑。然易科監禁法律上以罰金論。能繳納罰金者不獲受緩刑之利益。其不能繳納者反能緩刑。似於情理尙欠公允。凡此皆不免偏重於短期自由刑之觀念。而於獎勵犯人遷善一層未嘗顧及。蓋可以遷善之輕犯一施刑後或使其終身爲犯罪之人。若予以緩刑。於刑罰將施而未施之時其遷善之勇或較諸施刑之收效爲佳。故外國刑法將緩刑擴充至罰金者不少其例。况罰金輕於拘役徒刑。犯拘役徒刑者尙准其緩刑。而犯較輕之罰金者反不畀以自新。是於刑事政策有所未協也。

又所謂二年以下有期徒刑係指宣告刑而言。固不能以法定刑爲標準。（例如法定刑爲六年以下。祇要宣告之刑爲二年以下便可同時宣告緩刑。）而執行之刑期是否合乎二年以下亦在所不問也。故前北京大理院統字第三三四號解釋內有云。緩刑以宣告之刑爲標準。非以執行刑爲標準。同時宣告數個四等有期徒刑以下之刑者亦得緩刑。惟該制度原爲偶發犯而設。對於同時同地之行為。因法益之各異。致生數罪俱發之結果者。其宣告刑既均在四等以下且合於其他法定條件原不

妨適用緩刑。若異時異地之數罪俱發。則其人之惡性較著。且多係習慣犯。雖不能謂絕對不能適用緩刑。而用之不可不慎。以免失其制度之本意也。

(2) 未曾受拘役以上刑罰之宣告前受拘役以上刑之宣告執行完畢或免除後三年以內未曾受拘役以上刑之宣告者。未曾受過拘役以上刑之宣告者固有受緩刑之資格此原則也。若雖曾受拘役以上刑之宣告。而於執行完畢或免除後三年以內未曾受拘役以上刑之宣告者便能享受緩刑之利益矣。

按第九十條第一款與第二款非具備條件。蓋若認為具備的條件則第二款為不合法矣。故大理院統字第九六五號解釋內有云。刑律第六十三條第一款第二款之要件無論何人不能兼備。從論理解釋應限於具有該條第一款第二款之一要件及第三款第四款兩要件而受四等以下有期徒刑或拘役之宣告者即可宣告緩刑。

在暫行律第六十三條之規定尙有左列二要件。但新刑法上之要件則祇有以上二種也。

(1) 有一定之住所及職業者 所以須有一定之住所及職業者意謂緩刑不可及於游民也。然於實

際上無一定之住所及職業者不盡爲游民。例如學有專長一時未獲職業而又以其家貧無一定住所者。仍應予以受緩刑之權利爲當。

職業與住所所在第六十三條係規定於同一款中而加以及字。從文理解釋自係兼備條件。故六年五月大理院上字四六八號判例內有云。刑律第六十三條以有一定之住所及職業爲一條件。乃合住所及職業二事爲一種有定的生活狀態。卽指犯罪人生活情形有家有業者而言。官吏一旦去職。尙不能謂爲無職業。更不得僅就職業一事之偶然狀態遂指爲與該條件不符。但第二次修正案已將本款刪除。

(2)有親屬及故舊監督緩刑期內之品行者。所以須有故舊及親屬監督其品行者。意謂犯人已受刑之宣告不免稍具惡性。旣因緩刑不能卽時執行而予以監獄上之改善方法。則犯人在外之品行宜有人爲之監督。以便時時予以儆惕。亦含有督促改善之意也。

按緩刑所以視其人之性質究能改善與否也。若於期內責以監督之人。則因受監督者之監督而不敢萌其惡性者猶係爲一時的情勢所迫。不能謂爲根本之惡性已經自動的剷除。期滿之後。倘無人

爲監督。則難免故態復萌。屆時無從撤消其宣告矣。故新刑法謂犯人果有遷善之望。卽不具以上兩項亦當予以緩刑。

至緩刑之期間各國立法例亦不一致。有規定一定之時期不許審判官自由酌定者。有任審判官自由裁量者。有定以相當之範圍由審判官於範圍以內酌定之者。我國暫行律卽採用之。據第六十三條之規定。定爲五年以下三年以上。卽最多不得過五年最少不得未滿三年也。新刑法雖採用上項原則。而其期限則改爲五年以下二年以上。此爲稍異也。

又緩刑之宣告應由審判官於宣告判決同時行之。而檢察官得請求否。律無明文。據前北京大理院統字第一一二號之解釋。檢察官認爲有緩刑之必要時自可適用訴訟通例向法院請求。或謂檢察官對於被告人既欲爲緩刑之宣告。爲省手續計不如不提起公訴之爲愈也。殊不知我國係採猶豫執行制度。於撤消其宣告後仍可執行。若自始不予起訴。則日後證據消滅。雖有可以執行之原因發生。亦無從科以罪刑矣。

緩刑期滿而緩刑之宣告未經撤消者。其刑之宣告卽爲無效。此新刑法第九十二條所明定也。其刑之

宣告既爲無效則以後日爲未犯罪者等矣。與特赦之僅得免其刑之執行者有間也。撤消宣告之原因若何。亦有一定之要件。茲分述如次。

(1) 緩刑期內更犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者。緩刑原以獎勵犯人之遷善而設。若於期內更犯罪致受有期徒刑以上刑之宣告。則其惡性已非緩刑所能改善。非執行其所宣告之刑不可。故應撤消其緩刑之宣告。

(2) 除第九十條第二類情形外因緩刑前犯罪曾受有期徒刑以上刑之宣告者。緩刑原以維持偶發犯人在社會之原有地位也。若發覺以前曾有犯罪行爲。則其人必非偶發犯矣。既非偶發的犯人。則應以徒刑爲改良之具。故宜撤消其緩刑之宣告。

在暫行律第六十四條之規定尙有左列三條件、但在新刑法上祇有上列二種也。

(1) 不備第六十三條第二款之要件後經發覺者。不備該款之規定者則其人亦必非偶發的犯人。故既經發覺自應撤消其緩刑之宣告。

(2) 喪失住所及職業者。住所及職業既爲宣告緩刑所宜具備之要件。一旦喪失。自應撤消。但於宣

告之要件既云住所及職業。可知住所與職業二者皆不可欠缺。則於此處應云住所或職業。蓋既用及字則僅失住所或僅失職業尙未能認爲撤消之原因。或於法較宣告略從寬厚耶。抑立法者於文字間未甚注意耶。殊無從懸揣。然於適用上則僅失住所或職業者應不能撤消其緩刑之宣告。

(3) 監督人請求刑之執行其言有理由者。依本款而請求撤消時。監督人僅有請求之權。其准許與否之權尙操之法院。蓋若其請求毫無理由。而法院亦必予以允許。則難免監督人持請求權爲要挾之具殊與交付監督之本旨不合矣。

第八章 刑罰之消滅

刑罰之消滅者。刑罰之宣告失其效力也。消滅之後則與未曾受刑罰之宣告者相等。不僅免其執行而已。惟消滅有廣狹二義。就廣義言之。凡受刑罰之宣告者因有某項原因發生致不執行時即可謂之消滅。就狹義言之。必能消滅其宣告之效力者始得謂之刑罰之消滅。本章所論係以狹義爲其範圍者也。計有大赦及緩刑期間之經過兩種。茲分述如次。

(一) 大赦 大赦爲國家元首之特權。對於一般犯人所下之赦免也。非有特典不得行之。據臨時約法

第四十條云。臨時大總統得宣告大赦特赦減刑復權。但大赦須經參議院之同意。所以須有參議院同意者。以大赦關係重大故也。據憲法草案第八十七條之規定。大總統祇有免刑減刑及復權之權。且須得最高法院之同意。據暫行律第六十八條規定云。赦免依赦免條款臨時分別行之。大抵君主國之君主靡不具有此項特權。惟對於真正人命及強盜多不在大赦之列耳。其與特赦不同者。特赦爲專對於特定犯人而發。且僅能免除刑之執行。仍存曾受處刑之資格也。新刑法以赦免應規定於憲法中。故設此種規定也。

按大赦除前清不計外。於民國元年曾一度行之。歷任大總統藉故行之甚多。然於極短期間內累累爲之。殊非慎重刑罰之道也。查元年三月大赦令文略謂國體變更首在滌蕩繁苛與民更始。我國民積受專制官吏之弊。失教罹罰。政多未平。陷於囹圄。或非其辜。當茲民國初基。正宜滌除舊染。咸與維新。凡自中華民國元年三月初十以前我國民不幸而罹於罪者。除真正人命及強盜外。無論輕罪重罪已發覺未發覺已結束未結束者皆免除之。

(二) 緩刑期間經過 受緩刑之宣告者若逾緩刑之期而未撤消其宣告時。其刑之宣告爲無效。此爲

新刑法第九十二條之所規定者也。就緩刑之性質論之。本爲假定之刑期。逾期若無撤消之事由發生。則與未曾犯罪者相等。故不徒不執行所宣告之刑罰。且不認爲曾經處刑之人也。餘已詳論於前章矣。他如訴追權時效之經過。其犯罪在根本上已不能提起公訴。更無刑罰之可言也。

第九章 刑罰之不執行

刑罰之不執行者。雖有刑罰之宣告。因有某種原因於事實上不執行所宣告之刑罰也。其刑雖不執行。而宣告之效力依然存在。其原因約有數項。茲分述如次。

(一) 犯人之死亡 犯人之死亡足爲消滅刑罰訴追權及行刑權之原因。今世刑法之通則也。蓋處刑爲對於犯人去其惡性之制裁。非爲報復而設。卽應處極刑者。其人死亡亦不能再就其遺骸而加以執行。在歐西古代刑法雖有對於遺骸而加以制裁者。今已無之。中國昔有戮尸之舉。但未載諸正式法典。僅能認爲君主之殘虐行爲耳。惟罰金刑有就其遺產執行者。以法有明文爲限。其無明文加以特別規定者仍不能執行之也。

(二) 特赦 特赦亦赦免之一種。爲國家元首之特權。其與大赦不同者。乃係對於特定之犯人行之。非

對於一般普通犯人行之。而其效力亦與大赦有異。卽雖能免除刑罰之執行而不能消滅刑罰宣告之效力也。其利益約有數項。一可獎勵犯人之改悔。在犯人之能改悔有實據者雖可適用假釋之制使之出獄。但假釋是一定期期之限制。非屆滿法定之期限不能呈請。特赦則可隨時爲之。實足以救法律之窮也。一可補法律之不備。在普通犯罪之情狀言之。雖能於輕罪適用酌減之制。凡處以法定最輕之刑猶嫌過重者本可酌減一二等。然酌減一二等若仍嫌重時。則可用特赦之方法行之。其於執行有特別困難時亦同。一可改正審判之錯誤。審判官於審判如有錯誤時雖能提起上訴或非常上訴。然普通上訴有一定之期間。非常上訴有一定之條件。欲正審判之誤。終不免爲期間及條件所限。惟適用特赦則無窒礙也。

(三)假釋經過刑期 假釋之制原爲獎勵犯人改悔而設。依新刑法第九十六條之規定。假釋期滿而未撤消假釋者其未執行之刑期以已經執行論。雖有殘餘之刑期不能再予執行矣。故此亦可爲刑罰不執行之原因也。

他如行刑權時效之經過亦不能再予執行。容於後章論述之。

第十章 時效

時效者因時間之經過而取得或消滅某種權利之謂也。有民事上之時效及刑事上之時效兩種。民事上之時效經過後即可取得或消滅其私權。刑事上之時效經過後即可消滅訴追或行刑權也。國家之刑罰權何以因時效而消滅乎。學者間不一其說。其重要者約有數種。(1)謂證據為訴追之要件。每因事過境遷而搜求甚難。故經過法定時期之後即不予訴追。然此專就訴追權之時效言之。於行刑權之時效無關也。(2)謂犯法逃避法庭之訴追或執行則必昕夕惶恐。每生悔悟。經過長時間之懼悔。幾不啻刑罰之實施。於痛苦方面固已等於受刑。而於惡性方面亦每因懼悔而改善。故逃避中輒罕再行犯罪之事實發生。可為明證。(3)謂近世刑罰之目的在改善其惡性以防其再犯。若於犯罪之後消聲匿跡。不再為犯罪行為。即與社會之安甯秩序無擾亂之虞。至若干時期猶能平穩經過。又何必定拘有罪必罰之見耶。若然則鄰於報復主義矣。以上各說雖各有足以批難之處。然時效之制為各國所通行亦為學者間多數所公認。故不妨令其存在也。關於刑事時效之規定有主張列入刑事訴訟法中者。蓋以公訴之手續固為屬於刑事訴訟之範圍。即行刑之規定亦係刑事訴訟法中執行事項。兩者皆不應規

定於刑法中也。有主張以公訴權之時效列入刑事訴訟法中而行刑權之時效則以刑法定之。蓋以起訴權之時效雖屬訴訟法上之關係。然行刑權之時效關乎科刑之時限。故應列入刑法中也。我國新刑律則並列於刑法之中。蓋以刑法雖爲各種犯罪定其所科之刑而設。然入起訴權及行刑權之時效者其科刑不必實施。故其時效即屬刑法上之一種也。茲將公訴權之時效及行刑權之時效分述如次。

第一節 公訴權之時效

公訴云者。別乎私訴而言也。私訴屬於民事。公訴屬於刑事。即國家之訴追權也。在刑事方面以國家爲原告。檢察官行使原告之職務。即代表國家行使公訴權。但公訴權之行使期間於法應有限制。蓋時期過久。則證據難於搜集。不易得其真象也。據新刑法第九十七條之規定。時效期限自三年至二十年計分三項。

- 一 死刑無期徒刑或十年以上有期徒刑者二十年
- 二 十年未滿一年以上有期徒刑者十年
- 三 一年未滿有期徒刑拘役或罰金者三年

前項期間自犯罪成立之日起算。(但連續犯自犯罪最終之日起算)逾期不起訴者其起訴權消滅。查各國立法例關於公訴權之時效有多至七項者。亦有少至二項者。以分爲五項者爲多。暫行律分爲六項以六月至十五年爲止。新刑法酌定爲三項。又以各國所定期限有長至三十年者。亦有短至十年者。以二十年者爲多。乃改以二十年爲長期。蓋謂我國幅員遼闊。交通不便。探查犯人之機關未備。不得不將最長期間延長。至最短期之六月亦因同一理由改爲三年。則未過長矣。

又本條謂逾期不起訴者其起訴權消滅。而第一百條復有規定云。起訴權之時效遇有因法令不能開始或繼續偵查預審起訴或審判之程序時停止之。則雖已經過第九十七條之時效尙未起訴。若中間因依法令不能開始偵查豫審行爲時除扣除其時期亦經滿期外仍得起訴。

關於起訴權時效之起算點尙有應行注意者二項。

(1) 據新刑法第九十八條之規定。起訴權之時效以本刑之最高度計算。有二種以上之主刑者據最重主刑之最高度計算。依暫行律第七十條之規定。凡二罪以上之起訴權時效以最重刑定之。則其中最輕之罪亦必受最重罪之影響而不消滅起訴權矣。衡之法理不得謂平。惟查大理院統字第六八二

號解釋謂先犯之罪起訴權既已因時效而消滅。斷不能因後犯罪可以復活。依此種解釋雖與文理上不甚相合。然於論理上甚屬相當。而該院七年上字第八五五號判例則謂有牽連關係之犯罪應以各罪中最重刑爲主。其輕刑之罪時效進行如何原可不問。似又與解釋不符。幸新刑法洞燭其非。已不設此種規定。其理由謂原案第七十條二罪以上之起訴權之時效期限據最重刑依前條之例定之。若謂指數行爲而成立數罪自應依第二十三條分別定其時效期限。不得據數罪中之最重刑定之。若謂指一行爲而成立數罪。自應依第二十六條從重之刑處斷。無俟本條之規定也。

(2) 據新刑法第九十九條之規定。凡本刑應加重或減輕者起訴權之時效期限仍據本刑計算。蓋此種計算皆在審判以前。於審判時應否加減無從預定。祇能以本刑爲標準而計算也。

(3) 在暫行律第七十三條之規定。起訴權之時效遇被告人罹精神病及其他重病而停止公判者停止之。蓋在罹病期中不便施以偵查或豫審。不得不停止其時效之進行。以明非由於國家之放棄也。新刑法既有第一百條之規定。此條可包括在內。但既云停止與中斷不同。中斷之後不能再將前已經過之時效期間算入。停止即可將前所經過之時效算入以後再度進行之時效期間內也。故第一百條第

二項云。時效停止自停止原因消滅之日起與停止前已經過之期間一併計算。

(4) 在暫行律第七十二條之規定而中斷其時效者。其以前所經過之時效當然不能算入。既不能算入。則將來再度進行時須從新起算矣。若中斷數次。循環往復。絕無限制。則終身無確定之時。時效之制等於虛設矣。近世各國有鑒於此。多以爲時效應有最後確定之期限。特別加以限制。其辦法有二。一將時效中斷之制併入時效停止之制。採此主張者爲智利那威等國。二延長時效期限。逾此期限無論曾經中斷與否皆認爲時效成立。採此主張者爲比利時意大利等國。第二次修正案亦採用之。該案於第八十六條特加以規定。凡經過原定時效期限之一倍日期者。其時效卽爲期滿。似較原案爲當。惟新刑法已不設中斷之規定。無此問題也。

第二節 行刑權之時效

行刑權之時效與公訴權之時效不同。公訴權之時效係消滅公訴權。犯人經過時效期限者。在事實上雖爲犯罪。而法律上認爲與未犯罪者相等矣。行刑權之時效不過消滅刑罰之執行權耳。其犯罪之事實已因審判宣告而確定。不因時效而消滅。但能爲阻却再犯之理由耳。新刑法第一百零一條之規定。

自五年至三十年計分三項。

一 死刑無期徒刑或十年以上有期徒刑三十年。

二 一年以上十年未滿有期徒刑十五年。

三 一年未滿有期徒刑拘役罰金或專科沒收者五年。

前項期限自裁判確定之日起算。逾期不行刑者其行刑權消滅。

在暫行律對於本條期限原分列八項。新刑法以爲過多乃定爲三項。又將最輕期限改爲五年。最多者仍定爲三十年，又有時免除主刑專科沒收者。其時效既無獨立之規定。適用時恐生困難。故該案亦特將其列於第三款拘役罰金之下以便有所遵循。

在暫行律第七十五條之規定。行刑權之時效除未知悉之刑外遇因執行而犯人已就逮捕者中斷之。罰金及沒收遇有執行行爲中斷之。一經中斷即於其時效須俟中斷之原因消滅後方能從新起算。關於此種規定各國立法例略分兩派。有謂必因執行而犯人已就逮捕始爲時效中斷。該律即採此主張者。有謂遇有執行行爲不必犯人有受逮捕之事實即可認爲時效中斷。如發出逮捕狀之行爲是。意大

利及日本舊法採用之。其理由謂若必待實行逮捕而始能中斷其時效。倘因一時逃亡而致時效屆滿。則雖於日後捕獲無從執行。易致遂其倖免之念。殊爲不當。但若發出逮捕狀即能中斷時效。倘每年照例發一逮捕狀。豈非終身不能有時效屆滿之日乎。是等於取消時效之制度矣。暫行律之不採用宜也。第二次修正案雖採用之。但設有至長不得過原定期限一倍之規定。較有限制矣。於新刑法已無中斷時效之規定矣。

又據新刑法第一百零二條之規定。行刑權之時效遇有因法令不能開始或繼續執行時停止之。所謂依法令不能開始或繼續執行者。指因宣告緩刑假釋出獄及其他依訴訟法應予停止執行而言也。此等情形係依法不應執行。并非事實上未予執行或不受執行。故於行刑權之時效不認爲進行也。惟既云停止。則與中斷不同。其在停止以前如有時效之經過以後倘再度進行其時效時仍可算入。故該條第二項云。時效停止。自停止原因消滅之日起與停止前已經過之期間一併計算。

第十一章 期間之計算

期間之計算普通不外自然的及歷法的兩種。自然的計算法者。細分一日爲時爲分爲秒而以時間計

算之謂也。歷法的計算法者。從歷法上之年月日而計算之謂也。暫行律採自然的計算法以爲規定。故第七十七條云。時期以日計者閱二十四小時。以月計者閱三十日。以年計者閱十二月。新刑法仍採自然的計算法。惟刑之執行以月或年計者改爲從歷。謂便於計算也。其實現既適用陽歷。年年皆係十二月。從自然計算或從歷法皆無不可。新刑法第二十二條云。時期之初日不計時刻以一日論。最終之日須閱全日。放免囚犯於期滿之次日午前行之。此計算出獄及入獄之規定也。第二十三條云。刑期自裁判確定之日起算。裁判雖經確定而未受拘禁之日數不算入刑期之內。所謂刑期自確定之日起算者。因照例刑事被告多已在押所故也。則凡犯人於審判確定時已在押所者雖未送入監獄仍應視與入獄者相等。故凡未決羈押之人經判決確定後仍然監禁者雖尙未備執行手續。仍應將此項監禁日數算入刑期。又依前北京大理院第一一三〇號解釋亦准受罰金刑之被告人將判決確定後之監禁日數抵折罰金。新刑法第六十四條云。裁判確定前羈押之日數得以二日抵有期徒刑或拘役一日或以一日抵第五十五條第七項裁判所定之罰金額數。夫未決之囚羈押於看守所與受徒刑之執行不同。本難以之抵折徒刑拘役。第因偵查豫審及公判中手續繁重。羈押之期每有延長數月至數年者。久困

圓扉不無可憫。且就感受痛苦一方言之。已與監獄無殊。故以之算入刑期殆爲學者所公認。惟該條對於抵折冠有得字。則不予抵折亦不爲違法。不過依據前北京院判若不予抵折須說明其不折抵之理由耳。至既決未決之分。以判決確定發生執行力與否爲界限。判決確定前者爲未決。確定後發生執行力者爲既決。而判決有即時確定者。如終審判決是。有經過上訴期間即確定者如通常第一第二審判衙門判決是。有經過上訴期間後尙須經過法定手續尙得謂之確定者。如應送覆判之案件是。在覆判確定前之拘禁仍以未決羈押論也。又據大理院統字第一八二六號解釋。謂對於判處無期徒刑之案向不適用刑律第八十條及刑事訴訟條例第三四六條第三款。即依刑律第六十六條假釋亦應就實際受執行之時期計算。與判處有期徒刑而准以未決期內羈押日數折抵者不同。（按依統字第一八六號解釋謂未決羈押日數之抵刑無妨算入刑律第六十六條所定年期限之內復依上開之一八二六號解釋則該項辦法祇限於有期徒刑可以適用。對於無期徒刑仍不能援用也。）

第十二章 刑之酌科

我國刑法既取相對的法定主義。所定刑罰之範圍較廣。予審判官以自由裁量之權頗大。於其範圍內

究應如何科擬。應有一定之標準以資遵循。照以往各級法院之成例視之。殆以處範圍內最低度之刑爲原則。其情節較重者處以中度之刑而已。故處死刑者年不多觀也。然不可過於嚴亦不宜過於寬。故新刑法特設刑之酌科一章。以爲處刑輕重之標準。查該法第七十六條云。科刑時應審酌一切情形注意左列事項。

- 一、 犯罪之原因
- 二、 犯罪之目的
- 三、 犯罪時所受之激刺
- 四、 犯人之心術
- 五、 犯人與被害人平日之關係
- 六、 犯人之品行
- 七、 犯人智識之程度
- 八、 犯罪之結果

九、 犯罪後之態度

科罰金時並應審酌犯人之資力。

附錄一

刑法第二次修正案理由書

第一編 總則

本編章數章名章次照原案及修正案有所更移損益列表如左

原案	修正案	本案
第一章 法例	同上	第一章 法例
第十七章 文例	同上	第二章 文例
第十六章 時例	同上	第三章 時例
第二章 不爲罪	第二章 同上	第四章 刑事責任及刑之減免
第八章 宥減	第九章 同上	
第九章 自首	第十章 同上	
第三章 未遂罪	第三章 未遂罪	第五章 未遂罪
第六章 共犯罪	同上	第六章 共犯
		豫備罪陰謀罪

第七章 刑名	第八章 親屬加重	第七章 刑名
第四章 累犯罪	同上	第八章 累犯
第五章 俱發罪	同上	第九章 併合論罪
第十章 酌減	同上	第十章 刑之酌科
第十一章 加減例	第十一章 酌加酌減	第十一章 加減例
第十二章 緩刑	第十二章 同上	第十二章 緩刑
第十三章 假釋	第十三章 同上	第十三章 假釋
第十四章 赦免	第十四章 同上	
第十五章 時效	同上	第十四章 時效

右表原案第十四章刪修正案第八章刪原案第二章第八章第九章本案併爲一章此章數之修正者也其理由詳於各本章

原案不爲罪宥減自首三章本案併爲一章名曰刑事責任及刑之減免章未遂罪章修正案增改爲未遂罪豫備罪陰謀罪章本案擬從原案共犯罪章改爲共犯章累犯罪章改爲累犯章俱發罪

章改爲併合論罪章酌減章修正案改爲酌加酌減章本案改爲刑之酌科章此章名之修正者也
其理由詳於各本章

本案章次大概以條文相銜接之先後定之其不相銜接者以適用範圍之廣狹定之故文例改列第二章時例改列第三章累犯與併合論罪改列刑名章之後其餘章次與原案無大異同此章次之修正者也考各國刑法不立文例專章而於法例章僅規定一二條文者如日本第七條德國刑法準備草案第十二條是也立爲專章者如中國荷蘭暹羅蘇丹是也但無論立專章與否其序次皆列於總則之前惟荷蘭列於總則之末原案取法蘭荷謂文例之規定不僅關於刑律總則之用語而關於分則之用語爲多然總則各章無一不適用於分則似不足據此以定章次之先後况文例一章關係於總則者不少如原案文例章第八十七條稱以上以內者俱連本數計算云云其適用於總則各章者爲累犯罪章俱發罪章共犯罪章刑名章加減例章緩刑章假釋章皆與該條有關而反列在該條之前至令上列各章用語之援證未免失序故本案擬從多數國立法例將文例一章列爲第二章又原案刑名章依墨西哥刑法列於未遂罪累犯罪俱發罪共犯罪各章之後其

理由謂有罪而後有刑先刑後罪理所非宜各國刑法未免不揣本末爲沿革所囿云云據其說未遂罪與其犯皆關於犯罪之狀態而列於刑名章之前自屬允當惟累犯與併合論罪非關於犯罪之狀態而實關於科刑之輕重設不知各種刑名則無從知累犯及併合論罪之性質矣故本案擬將累犯及併合論罪改列刑名章後

第一章 法例

第一條 行爲時之法律無明文科以刑罰者其行爲不爲罪

原案第一條係規定關於刑法典之施行故擬改入刑法施行法中

本案將原案第十條改爲第一條者以本條爲刑法之根本主義不許比附援引卽學者所謂罪刑法定主義凡行爲受法律科罰者爲罪否則不爲罪是也原案將此條列入不爲罪章似未允當（不爲罪章名亦未允當理由詳後）各國刑法典對於罪刑法定主義之條文均不列入該章如日本舊刑法第二條德國第二條及其委員會刑法草案第一條瑞士刑法準備草案第一條法國第四條俄國第一條比利士第二條暹羅第七條布加利亞第三條意大利第二條荷蘭第一條皆其

例也原案第十條法律無正條者不爲罪云云其字句係沿用舊律但意義不甚明晰茲擬改作行爲時之法律無明文以刑罰者其行爲不爲罪似較顯豁且行爲時三字尤能顯出刑律不追溯既往之意故行爲時法律不爲罪者以後新法雖以爲罪亦不科罰

第二條 行爲時之法律與裁判時之法律遇有變更依裁判時之法律處斷但行爲時法律之刑較輕者適用較輕之刑

刑法關於時之効力者問題有二

- 一 行爲時之法律不爲罪而行爲後之法律以爲罪者
- 二 行爲時與行爲後之法律皆以爲罪而有異同者

第一問題本案第一條已有規定第二問題原案採概從新法主義本案亦擬採從新主義惟與原案微有不同茲先述各國立法例如左

- 一 不論新舊法之輕重概從舊法(即新法概不追溯既往行爲)

採其主義者爲英國及美國數州(前法律館草案理由謂英國爲從新先例似屬未確英律

關於時之効力無明文規定惟判例則皆主從舊查一千八百七十八年士提反氏所編英國刑法草案係集合判例而成者其第二條規定從舊主義

二 從舊法但新法較輕者從輕（即新法不追溯既往行爲但新法較輕時則爲例外）

採此主義者爲德國法國比利士意大利丹麥荷蘭那威瑞典西班牙匈加利葡萄牙瑞士數州布加利亞日本暹羅埃及美國數州智利阿根廷墨西哥溫尼蘇依辣等國此外見諸草案而尙未實行者爲奧國及瑞士刑法準備草案

三 從新法但舊法較輕者從輕（即新法追溯既往行爲但舊法較輕時則爲例外）

採此主義者爲奧國及瑞士數州

四 不論新舊法之輕重概從新法（即新法概追溯既往行爲）

採此主義者爲中國俄國（但有例外）及瑞士數州

上表第二第三主義有概名爲從輕主義者然表面同而實際不同法律變更遇有輕重時例如刑法採第二與第三主義均無區別若其他問題無輕重之別或不能判別其孰輕孰重者如文例或

犯罪之定義等則第二主義適用舊法第三主義適用新法此其實際之不同也

世界各國多從第二主義原案從第四主義修正案改從第二主義然此四主義何舍何從有不能不研究者第一主義概從新法第四主義概從舊法皆趨極端茲先述之

第一主義概從舊法有謂犯人於犯罪之時已得有受當時法律裁判之權利此說欠通誠如前法律館草案所云人民對於國家不能有受刑權利之理况新法既頒則已認舊法爲不合時宜若概從舊法豈不駢枝故此主義已成陳說

第四主義概從新法似免第一主義之弊而又流於相對之極端卽我國暫行律所採用之主義也概從新法弊多利少如新舊法輕重相等或新法輕於舊法其結果與第二第三主義無異如新法重於舊法概從新法則流弊易生蓋刑罰追溯既往則人民生命安全常爲立法者所左右今日所犯罪明日將爲重罪人民常懷疑懼則刑罰所以保護者適以危害之是豈立法者之本意晚近法意兩國多持此說力取從輕主義此非空談數年以來我國已有其事實犯賊條例強盜條例發掘墳墓條例等是其明證况我國近年特別法多出於一時之主張稍嫌新法偏輕特別法卽改作死

刑尤爲世界立法例所無其危害更不可勝言矣西儒非議第四主義者尤有一說謂可藉從新主義爲政敵深陷人罪之謀立法者固不能不豫防也德國刑法準備草案此條之調查主任杜力加氏嘗提議概從新法主義而草案卒不採用以其科犯人以事後之重刑爲欠平允

第二第三主義均係從輕前法律館草案理由非議之曰若使新律重於舊律而舊律時代之犯人科以新律之重刑則與舊律時代受舊律輕刑之同種犯人相較似失其平誠如此說則使新律施行之後僅此舊律時代之同種犯人科以舊律之輕刑彼新律時代之犯人據新律而科重刑者若互相比較則又失其平等語然考之外國採從輕主義以爲不如是不足以示公平所謂公平者係比較行爲在舊法施行期內而裁判在新法施行之後此種犯人應科新刑或科舊刑乃爲公平前法律館草案理由則以行爲及裁判皆在舊法時代或皆在新法時代犯人所受之刑罰爲比較謂失其平不知行爲及裁判皆在舊法時代當然受舊法裁判行爲及裁判皆在新法時代當然受新法裁判無公平與不平等之問題也理由又謂刑不得爲沾恩之具故不從輕然法儒加勞曰從輕主義者因公平非沾恩也以此之故各國多採從輕主義然從輕主義復有第二第三主義之不同

本案擬採第三主義以從新爲本旨以從輕爲例外蓋新法既頒自應收新法之利但舊法較新法輕者從輕以符公平之說如是則得所折衷矣

從輕主義須注意者尙有兩端其一所謂輕重專就刑而言抑兼就刑以外之事項(例如時效)而言其二專就行爲時與裁判時兩律比較擇其輕者而言抑兼就兩時期內頒行之法律比較擇其最輕者而言專就刑比較而適用其輕者日本比利士智利丹麥墨西哥葡萄牙等是也專就刑以外之事項比較而適用其輕者德國意大利那威瑞典奧國瑞士(刑法準備草案)暹羅埃及等是也本案擬採專就刑比較而適用其輕者之先例蓋如此可以縮小從輕之範圍而擴充從新之範圍况刑以外之事項孰輕孰重頗難決定若專就刑比較則刑之輕重有明文規定可免條文上解釋之困難專就行爲時與裁判時之法律比較輕重者那威暹羅瑞士(刑法準備草案)等是也專就兩時期內頒行之法律比較輕重而擇其最輕者德國日本法國(一千八百十三年判例)意大利匈加利等是主張後說者謂犯罪後既有中間輕法即犯人取得輕法權利故裁判時中間輕法雖經廢止仍應援用不得奪其已得之權利然此已成陳說(詳前)意大利刑法理由更立

一說謂如於中間法律尚未廢止時裁判犯人則犯人當得受中間法律之利益此說於理未允蓋裁判果不延遲則行爲時之法律自可適用何俟中間之輕法况裁判遲延多因犯人自行隱避咎不在執法者故關於此問題惟有比較行爲時與裁判時法律之輕重而擇其適用者中間法律未能勉強牽入故本案擬從前說

第三條 本法於凡在民國領域內犯罪者適用之

在民國領域外之民國船艦內犯罪者以在民國領域內犯罪論

第四條 犯罪之行爲在民國領域內而其結果在民國領域外或犯罪之行爲在民國領域外而其結

果在民國領域內者以在民國領域內犯罪論

第五條 本法於凡在民國領域外犯左列各罪者適用之

一 第九十一條及第九十二條之侵犯大總統罪

二 第九十四條至第九十六條之內亂罪

三 第九十八條至第一百十條之外患罪

四 第二百零四條至第二百零九條之偽造貨幣罪

五 第二百十九條至第二百二十一條第二百二十五條第二百二十七條及第二百二十九條之偽造文書印文罪

六 第三百四十三條及第三百四十四條之海盜罪

刑法適用範圍以屬地主義爲原則本條及後二條卽其例外

本條列舉各罪不論本國人或外國人在國外犯罪者均適用本國法律卽學說上所謂自衛主義誠如前法律館草案理由所言於中國之存立信用財政經濟等有重大之損害或危險故也關於此問題萬國國際法學會屢經討論其結果與草案理由所舉略同而原案第三條規定之罪有不盡然者例如妨害國交罪妨害公務罪毀棄損壞罪亦皆增入範圍未免過廣而修正案復增入脫逃罪及妨害秩序罪則與原意相去更遠矣本案擬一律刪去而以侵犯大總統罪內亂罪外患罪偽造貨幣罪偽造文書印文罪及海盜罪爲限庶免處罰國外犯罪之權過於擴充反生障礙侵犯大總統罪原案無本案從修正案增入又原案內亂罪遺漏未遂罪豫備罪及陰謀罪此種行

爲亦應處罰至海盜罪法律上認爲萬國之公罪不論何國皆得罰之卽學說上所謂世界主義故

本案亦一律增入

第六條 本法於民國公務員在民國領域外犯左列各罪者適用之

一 第一百十九條第一百二十條第一百二十二條第一百二十四條第一百二十六條第一百

十七條第一百三十條及第一百三十一條之瀆職罪

二 第一百六十三條之脫逃罪

三 第二百二十四條之偽造文書罪

本條前法律館草案規定處罰在國外犯罪之本國公務員不以國籍爲限故外人爲中國公務員亦得適用其修正案改爲中國臣民則以國籍爲限而外人服務於中國者竟無從處罰故本案擬仍從前法律館草案

原案第四條所列舉之罪爲妨害國交罪漏洩機務罪瀆職罪脫逃罪妨害交通罪妨害秩序罪偽造文書印文罪修正案刪去妨害交通罪妨害秩序罪而增入鴉片罪賭博罪姦非及重婚罪未具

理由均失本條原意故本案擬以瀆職罪脫逃罪僞造文書罪爲限

第七條 本法於民國領域外犯前二條以外之罪具備左列情形者適用之

一 所犯之罪其最輕本刑爲有期徒刑以上者

二 犯罪地之法律以爲罪者

三 犯人在外國未受無罪之確定裁判或雖受有罪之確定裁判而其刑未經執行完畢或免除者
前項之規定於在民國領域外對於民國人民犯罪之外國人準用之

本條前法律館草案作兩項第一項凡本國人在國外犯所列各罪者適用之不問被害人爲本國人或外國人卽學說上所謂屬人主義第二項外國人對於本國人在國外犯罪者適用之是爲擴充保護主義以及於本國人民二者用意不同憲政編查館核定案始以兩項併爲一項以至讀者將後句被害人國籍混合前句殊失本條之原意故本案仍從前法律館草案分作兩項以期顯豁
原案第五條仿日本刑法而擴充其範圍例如僞證及誣告罪妨害交通罪褻瀆祀典及發掘墳墓罪毀棄損壞罪皆日本所無者修正案復有損益但所列舉者在國外犯罪之外國人皆得處罪且

依原案第六條雖經外國法院論罪者在本國仍得處罰不獨使犯人自覺不平恐與外國國權或至衝突一千八百八十六年葛丁之案其前車也（美人葛丁在美國對於墨西哥人犯妨害名譽罪後因事抵墨墨法院適用墨法處罰美國抗議卒釀成重大交涉墨國不得已釋放之）考外國立法例對於前二條列舉以外之罪在國外犯者本國處罰類多附以條件本案略仿其意規定本條其第一款不涉及輕微罪第二第三款則使犯人泯不平之憾庶幾參酌中外情形求適中之辦法

第八條 除前條之規定外同一行為雖經外國確定裁判仍得依本法處罰但在外國已受刑之執行或經免除者減輕或免除本法之刑

原案第六條犯罪者雖經外國確定審判仍得依本律處斷犯罪者三字擬改爲同一行為蓋本條之適用以同一行為爲準非以同一罪名爲準（同一行為而法律罪名不同者各國往往有之）若用犯罪二字恐於同一行為在外國被處罰之罪名與在本國應處罰之罪名不同至有不適用本條之誤會故以行為言之日本修正刑法各草案用犯人二字或有事件二字者後始改作行爲

(參照德國第七條及其刑法準備草案第七條)

又原案本條修正案刪去得字其理由謂在民國外既經確定裁判之案在民國應否提起公訴應由檢察官視有無實益斷之其經起訴者審判官不能不依本法處斷而無不依本法處斷之權原案仍得依本律處斷句之得字應刪去以明彼此權限等語案本條係對於在外國確定裁判之行為在本國能否再行處罰而設似不至牽及檢察官審判官之權限本案擬仍用得字若慮處斷二字專指裁判官之審判而言則參照日本刑法第五條改爲處罰二字可免誤解

又原案得免除或減輕本律之刑句本案擬將得字刪去蓋各國立法例對於在外國已受處罰之犯人應否減輕本國法律之刑有聽裁判官自由決定者(例如日本)有以在外國所受之刑照算入本國法律之刑內相抵者(例如瑞士刑法準備草案第四條第二項第八條第一項)由前例恐有一罪兩罰之失由後例各國刑名不同難於比較若照算入本國刑內恐畸輕畸重故本案擬折衷其間將得減改爲必減至所減之額仍聽法官酌情定奪

修正案第六條第二項依前項處斷者得免除主刑專科褫奪公權句本案擬改入刑名章理由詳

該章

附刪去原案第八條之理由

原案第八條之條文曰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案此條前法律館草案本作國際上特別條約法規或慣例其修正案及憲政編查館核定案均改爲國際上特別成例暫行律又改爲國際上成例但無論如何修改仍不外包括特別條約及國際慣例而言此條起草時已多聚訟今猶未已是不可不詳爲研究者也

前郵傳部簽註反對此條謂刑法與國際法截然兩物牽彼入此實爲大謬而前法律館駁之曰刑律與國際法如有衝突之時則刑律不免受國際法之限制本條卽爲聲明此項限制而設并非牽國際法入於刑律之內等語案所駁之理由姑無論當否雖或足證明該條並非牽國際法入於刑法之內而未足明證刑法上有規定該條之必要又簽註謂此條若作正文於國權體面大有傷害條約上之權利開戰可以失效今將變條約上之權利而以刑律定之於我國所損滋多而前法律館駁之曰本條所定不專關乎條約凡國際法規慣例均包在內僅就條約一端言之已失原案之

旨且條約亦不僅因戰時失效更有因戰時而效力始發生者故此條之規定萬不可少今特定此例於國權國體並無損傷等語案所駁之理由亦僅足證明該條包含條約及國際法規慣例並戰時之關係於條約效力之發生及消滅等項仍未足以證明刑法上有規定該條之必要前法律館草案理由謂此條乃本於國內法不得變更國際條約及慣例之原則而定然亦不過聲明此條之基於某原則未嘗論及此原則何以必當列爲刑法正文

內法不得變更條約及國際法慣例之原則實基於國際法而非基於國內法而刑法爲國內法之一種故此原則不因列入刑法而始有效亦不因不列入刑法而失其效是著爲條文與否其效力如故也蓋此原則爲世界所公認而各國刑法典未有規定受國際法限制之條文然亦未見因此而破壞國際法之限制此就各國立法例而言若更就我國國際上特殊之地位而言則爲外人之領事裁判權但此節決不足以爲許立該條之理由外人與我國訂立條約允許俟修正法律時撤回領事裁判權者已有數國是領事裁判權未嘗無撤回之希望似不宜立此條文垂爲常典查暹邏新刑律頒行時尙未撤回領事裁判權而亦無類似此條之規定故就理論及立法例言之皆

應刪去

第九條 本法總則於其他法律之定有刑名者亦適用之但有特別規定者不在此限

第二章 文例

第十條 稱以上以下以內者俱連本數或本刑計算

第十一條 稱直系尊親屬者謂左列各親

一 父母

二 祖父母曾祖父母高祖父母及高祖以上祖父母

三 外祖父母

稱旁系尊親屬者謂左列各親

一 胞伯叔父母在室胞姑

二 母之胞兄弟姊妹

三 胞兄弟

前二項兼尊親屬於出嗣人所後與本生同妻於夫之尊親屬從夫

服制圖自本身上數高祖五世爲止但毀掘墳墓罪對於六世以上有犯之者刑律豈能與毀掘常人之墳墓等視乎卽其他罪對於六世以上雖屬罕見然不能決其必無故本案於第一項第二款加入高祖以上祖父母

外祖父母在舊律謀殺祖父母父母及毆期親尊長罵尊長均與祖父母同故前法律館草案修正案及憲政編查館核訂案皆以外祖父母列入尊親屬中嗣經資政院議決刪除其意謂外祖父母爲妻親已包括於親屬之內而不知對於尊親屬犯罪則刑有加重而對於親屬犯罪則祇有免除及減輕其用意不同故本案擬於尊親屬增入外祖父母

第十二條 稱親屬者謂尊親屬及左列各親

一 夫妻

二 四親等內之宗親

三 三親等內之外親

四 二親等內之妻親

己身所從出或從己身所出者爲直系親非直系親而與己身或妻出於同源之祖若父者爲旁系親
第一項親等直系親從己身上下數以一世爲一親等旁系親從己身或妻數至同源之祖若父並從
所指之親屬數至同源之祖若父其世數相同者以一方之世數定之世數不相同者從其多者定之
舊律親屬範圍向以服制圖爲根據服制圖衍自喪禮其制特詳中國數千年來以禮教立國出乎
禮者卽入乎刑故刑罰之輕重以服制之遠近爲比例本案親屬範圍擬不用服制圖而用親等計
算法其理由如下

一 服制圖期功緦麻等差昭然故舊律刑罰亦因之爲加減原案除尊親屬外刑罰同一（原
案亦有加減然以犯罪人之素行犯罪時之心術而定不以服制爲加減）已無區別之必要
故不如將服制圖專讓之於禮制而刑律親屬之範圍則用親等計算法

二 舊律服制圖爲圖凡七煩複細密既非庸愚所能周知卽賢智亦難猝記親等計算法較爲
簡易不必按圖卽能定其親疏遠近

三 民律草案雖未施行而其親屬範圍亦以親等計算法爲準近來法院引用之條理學校教授之講議大都準諸民律草案則親等一端亦不失爲習見習聞之事卽將來改訂草案自當以親等計算法爲宜故不如於刑律中先求適用俾民刑兩法之合符

四 禮制爲一國所自有不妨從異法律則須審取他國之良例以爲衡親屬範圍各國均用親等計算法卽日本亦適用此法而廢棄舊有之制故我國亦宜採用以示擇善而而從之意

親等計算之法有二種一爲羅馬法計算法一爲寺院法計算法羅馬法計算法於直系親屬則算其間之世數而定親等故世代之數與親等之數適合如親子間爲一世則爲一親等祖父與孫之間爲二世則爲二親等高曾祖父母與曾元孫之間亦準是推之於旁系親屬則由同出之始祖下降於旁系之各方合算其世數而定親等蓋由旁系親屬之一方溯諸同源始祖再由同源始祖更下數至他方合算其世數以定親等如兄弟姊妹間之親等先從一方溯諸同源之父母作爲一等更從父母下至他方又加一等故兄弟姊妹爲二親等之旁系親伯叔與姪間之親等先由姪溯諸其父母作爲一等更由其父母溯諸同源之祖父母又加一等由祖父母更下至伯叔再加一等故

伯叔與姪爲三親等之旁系親從兄弟姊妹爲四親等之旁系親此羅馬法之親等計算法也寺院法之計算法於直系親與羅馬法計算法同於旁系親則不合算雙方之世數但算較多世數一方之世數而定親等從始祖下至旁系親之各方其世數雙方相等者無論從何方均同若雙方世數不相等則從其多者如兄弟姊妹從其同源之父母起算無論下至何方均是一世單依其一方之世數定爲一親等之旁系親至伯叔與姪從其同源之始祖起算下至伯叔爲一世下至於姪爲二世則從其多者定爲二親等之旁系親從兄弟姊妹亦爲二親等旁系親其餘以此類推此寺院法之計算法也歐西各國及日本均用羅馬法計算法我國法律草案則用寺院法計算法其理由以爲中國直系親由己上數至高祖下數至元孫均以四世爲止旁系親則族兄弟與再從姪亦認其在親屬範圍內若取羅馬法計算法其直系親以一世爲一等應以四等親爲限至旁系親則須依八等親爲限於理殊爲不合故不如採用寺院法計算法直系旁系均以四等爲限則與舊律服制圍適合云云本案雖不用服制圖而用親等計算法然親屬範圍仍多根據服制圖故擬準諸民律草案以寺院法計算法定之

親屬範圍原案及修正案均依服制圖本案既採用親等計算法其範圍之廣狹亦當有一定之界限故宗親以四親等爲限外親以三親等爲限妻親以二親等爲限則不獨與服制圖適符且與民律草案相合

又本案擬從修正案添入旁系尊親屬而於分則各條設加重之規定庶與我國旁系親之觀念有符

第十三條 稱公務員者謂職官吏員及其他法律從事於公務之議員委員及職員

稱公署者謂公務員執行職務之處所

稱公文書者謂公務員或公署應制作之文書

附刪去原案第八十四條之理由

原案第八十四條稱議會及選舉者謂依法令設立中央及地方參與政事之議會及其議員之選舉本案擬刪去此條蓋原案起草時尙未有議會及選舉事民國建立兩項名稱亦已習聞當不至誤解况此條於分則中惟適用於妨害選舉罪且議會之名稱亦未見諸律文似無設立文例專條

之必要

附刪去原案第八十五條之理由

原案第八十五條稱僧道者謂僧尼道士女冠及其他宗教師此條爲前法律館及憲政編查館各案所無而經資政院增入者蓋沿舊律律文復加入其他宗教師一語前清現行刑律名例門律云凡稱道士女冠者僧尼同若於其受業師與伯叔父母同其於弟子與兄弟之子同律注如道士女冠犯姦加凡人罪二等僧尼亦然又如俗人毆殺兄弟之子徒三年道冠僧尼毆殺弟子同罪案舊律以之內親承經教合爲師主者又如俗人毆殺兄弟之子徒三年道冠僧尼毆殺弟子同罪案舊律以僧道犯罪因有特別身分之關係故科刑與俗人異然原案分則祇第三百六十三條以僧道洩漏人之祕密罪可適用之其非普通文例與前條理由同故本案擬刪去而於該條僧道二字改爲宗教師三字自無誤解之虞矣

附刪去原案第八十六條之理由

原案第八十六條第一項依分則援用別條處斷而別條之罪應論未遂豫備或陰謀者於處斷本

條之未遂豫備或陰謀犯並援用之第二項於造意犯及從犯亦同修正案將第一項改作本法分則中一條援用他條而他條之罪有未遂豫備或陰謀爲罪之規定者以並援用其規定論比原案較爲明瞭案前法律館修正案語謂此條指分則各條內依某條處斷或以某罪論而言正犯既援用本條若未遂或共犯等均無不援用本條云云誠如所言則屬援用條文當然之解釋而此條轉成贅文又文例章乃爲解釋律文所用之名稱而設本條係規定條文之援用而非解釋名稱之意義故本案擬刪去之

第十四條 稱重傷者謂左列傷害

- 一 毀敗一目或二目之視能
- 二 毀敗一耳或二耳之聽能
- 三 毀敗語能
- 四 毀敗一肢以上之機能
- 五 於身體或健康有重大不治之病

六 變更容貌且有重大不治之傷害

七 毀敗陰陽

原案分篤疾廢疾及輕微傷害爲三種本案擬改爲傷害及重傷二種重傷者卽原案之篤疾傷害者卽原案之廢疾及輕微傷害蓋損害而至重傷者顯而易見法律預定其範圍處以較重之刑未爲不善至於其餘傷害若非逐案審察恐有強入輕重之虞原案所稱之廢疾於案件中最多援用者爲第八十八條第二項第五第六款疾病日數及廢業日數然以日數相去爲輕重之標準未見的確譬如同一傷害得良醫則獲痊較速否則逾法定日數或仍未愈若以此判別難得公平况現時訴訟統計以傷害罪爲多必俟逾法定日數然後判罪之輕重則案件之積壓停滯所不能免於國家及犯人均無便益若未滿法定日數預行判罪又恐涉違法之嫌考外國立法例分析傷害罪最詳細者爲意大利(計分四種)最簡單者爲日本(只用傷害二字包括輕重)若法國那威瑞士(刑法準備草案)分三種德國英國美國荷蘭分兩種其以日數爲標準者始自法國而意大利荷蘭從之晚近德國刑法準備草案及其委員會刑法草案亦將傷害分爲兩種日本新刑法理由書

謂此種細密之區別不獨裁判上發生不便即實際上亦難期正確德國刑法準備草案理由書亦有評論大意相同本案關於此條頗嫌原案之過於細密亦嫌日本之過於概括故擬折衷各國立法例擇其傷害重大如原案所謂篤疾者改爲重傷以示標準處以較重之刑其餘傷害由法官臨時斟酌輕重科斷故將原案廢疾及輕微傷害統名曰傷害庶免事前強定之失

第二章 時例

第十五條 時期以日計者閱二十四小時以月計者閱三十日以年計者閱十二月

刑之執行以年計者從歷

原案以年計者閱十二月句修正案改爲以年計者從歷以省積算之繁但本案以若干分之幾爲加減若以年計者從歷乘除之際反形不便故擬仍從原案并增入第二項則執行刑期易於計算

第十六條 時期之初日不計時刻以一日論最終之日須閱全日

放免囚犯於期滿之次日午前行之

原案第二項作放免有期徒刑及拘役之囚本案將有期徒刑及拘役字句刪去似可包括易科監

禁

第十七條 刑期自裁判確定之日起算

裁判雖經確定其尙未受拘禁之日數不算入刑期內

附原案第八十條改入刑名章之理由

原案第八十條未決期內羈押之日數得以二日抵徒刑拘役一日或抵罰金一圓案此條用意原非規定時間起迄之計算乃規定抵刑之標準故擬改入刑名章

第四章 刑事責任及刑之減免

原案本章不爲罪之名稱未盡妥善前法律館草案及修正案原名不論罪但不論罪者指有罪而不論似不能包括該章各條卽如依法令或正當業務之行爲謂爲有罪而不論於常情及法理均有未允憲政編查館核訂案始改名不爲罪章但不爲罪之名稱亦不能包括各條與不論罪之失相等如原案第十一條未滿十二歲人之行爲不爲罪云云第十二條精神病人之行爲不爲罪云云按照共犯之解釋教唆及幫助犯其罪成立與否一依正犯之罪爲準質言之卽共犯爲附屬正

犯之性質不能獨立自成一罪（理由詳共犯章）若謂未滿年齡人及精神病人之行爲不爲罪則幫助此等人之行爲照其犯之解釋亦當然不爲罪將使幫助幼年及精神病人犯罪者無所顧忌恐非立法者之本意況不爲罪章條文中亦有規定爲罪處罰者如第十三條之但書及其他減刑若干等之條文均係有罪而處罰者此不爲罪之名稱應當改正者也又宥減章及自首章關於減等或免除各條與不爲罪章減等各條旨意相類故本案擬將宥減自首兩章併入不爲罪名曰刑事責任及刑之減免章

第十八條 非故意之行爲不罰但應論過失者以有特別規定爲限

原案第十三條第二項不知法令不得爲非故意云云本案擬另爲一條詳後第三項規定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兩例案第一例與分則因發生特別結果（如犯某罪因而致人死傷者處以某刑）而加重本刑各條未免抵觸第二例規定處罰不以犯意而以犯罪之行爲爲準乃屬刑律當然之解釋似不必著爲條文故本案擬刪去原案第三項至犯人對於犯罪構成之事實若何爲故意若何爲過失於下兩條另行規定

第十九條 犯人對於犯罪構成之事實明知及有意使其發生者爲故意

犯人對於犯罪構成之事實豫見其發生而其發生並不違背犯人本意者以故意論

原案於故意及過失之範圍未嘗確定解釋上一伸一縮卽易出入人罪其關係非淺且故意與過失法家學說各有不同若不確定其範圍非獨律文之解釋不能盡一而犯人之處罰尤患失平近年立法例如意大利俄國暹羅等國刑法典及瑞士前後各草案德國刑法準備草案與委員會刑法草案皆於條文規定故意及過失之定義故本案擬從之

關於故意之解釋學說不一其最要者有二派一爲意欲主義一爲認識主義此二主義互相辯論而以意欲主義爲多數學者所主張及外國立法例所採用故本案從之於本條第一項規定直接之故意第二項規定間接之故意此外皆不得以故意論

第二十條 犯人雖非故意但按其情節應注意與能注意而不注意者爲過失

犯人對於犯罪構成之事實雖能豫見其發生但確信其不發生者以過失論

本案增入本條之理由與前條同第一項之規定卽學說上所謂不認識之過失第二項之規定卽

學說上所謂認識之過失

第二十一條 不得因不知法律而免除刑事責任但因其情節得減輕本刑二分之一

原案第十三條第二項不知法令不得爲非故意但因其情節得減輕本刑一等或二等此項之規定卽學說上所謂法律錯誤但法律錯誤與刑事責任之關係不獨故意罪有之卽過失罪亦有之原案與法律錯誤專限於故意似未賅括故本案擬加修正

第二十二條 犯罪因發生一定之結果而加重其刑者若犯人不能豫見其發生時不得從重處斷

原案分則於犯某罪因而發生其他結果者加重其刑等條文頗多案科刑專以結果爲斷不問犯人之罪責如何此爲古代刑法近世者深非之蓋犯罪所生之結果其在犯人意中者科以較重之刑未爲不常若意外之結果其發生之原因至爲複雜因偶然之事實使犯人負此意外之結果不獨受罰者自痛不平卽刑事政策亦不應爾爾一千九百零二年萬國刑法學會議決犯人對於犯罪行爲之結果所負之刑事責任應以其能豫見者爲限晚近立法例如那威俄國刑法典及奧國瑞士德國各刑法準備草案與德國委員會刑法草案皆規定犯人祇對於其能豫見之結果而負

其責任故本案擬增入本條

第二十三條 未滿十二歲人之行爲不罰但因其情節得施以感化教育或令其監護人繳納相當之保證金監督其品行三年

十二歲以上未滿十六歲或滿八十歲人之行爲得減輕本刑二分之一

未及年歲人犯罪不應處罰但得施以感化教育爲各國之善制我國感化院尙未設立故本案擬仿暹羅埃及等國規定由監護人繳納相當之保證金自行監督以濟其窮原案第五十條瘖啞人或未滿十六歲人或滿八十歲人犯罪者得減本刑一等或二等本案於瘖啞人擬另爲一條至年齡一層因與本條有關故擬改入本條第二項

第二十四條 心神喪失人之行爲不罰但因其情節得施以監禁處分

心神耗弱人之行爲減輕本刑但因其情節得於執行完畢或免除後施以監禁處分

本條第二項原案無惟心神喪失人犯罪不處罰而常人犯罪則處罰若心細耗弱人其重者幾與心神喪失等輕者或與常人同既不應處以通常之刑又不應全免其刑事責任故不能不有特別

之規定此爲各國刑法家及藥學家所公認者也外國刑法典有類似之規定者如意大利刑威西班牙丹麥瑞典芬蘭希臘日本等國刑法典及瑞士德國刑法準備草案與德國委員會刑法草案皆有心神耗弱之條文一千九百零五年萬國刑法學會議決亦贊成對於心神耗弱人科以較輕之刑本案故增入本條至其刑期比常人較短於執行完畢或免除後若聽其自由行動恐遺害社會故因其情節得施以監禁處分

第二十五條 前條之規定於酗酒人之行爲不適用之但酗酒非出於己意者不在此限

本條但書原案無本案增入又原案第十二條第二項對於精神病間斷時之行爲不適用精神病人之規定本案擬刪蓋本章所不罰之行爲如年齡精神病等各條皆以行爲時爲準故精神病間斷時當然不適用關於精神病人之規定

第二十六條 瘖啞人之行爲減輕本刑

第二十七條 依法律或正當業務之行爲不罰

原案第十四條依法令或正當業務之行爲或不背公共秩序善良風俗習慣之行爲不爲罪本案

擬刪去或不背公共秩序善良風俗習慣之行爲句蓋分則所規定無非罰其違背公共秩序善良風俗習慣之行爲此外則屬本案第一條不爲罪之行爲似不必有此規定

第二十八條 依所屬高級公務員命令之職務上行爲不罰

本條原案無本索擬仿意大利荷蘭埃及暹羅等國增入

第二十九條 對於現在不法之侵害而出於防衛自己或他人權利之行爲不罰但防衛行爲過當者得減輕或免除本刑

本條之規定即學說上所謂正當防衛各國刑法皆以不法之侵害爲限既屬不法即未至不得已時亦得防衛與次條緊急狀態之行爲微有不同日本刑法擴充防衛之範圍以不正之侵害爲準又恐防衛誤用遂加以不得已之條件原案亦以不正之侵害爲限但遺漏不得已等字樣其範圍較日本更廣矣就日本刑法而論對於不法之侵害亦須待至不得已時方予以防衛事實上既有所不能而於立法者保護法益之意亦有所未盡故本案擬從多數國立法例凡不法之侵害即得正當防衛於不得已之條件概無所取又原案防衛行爲過當者得減本刑若干等修正案刪去得

字改從必減主義本案擬仍用得字以免藉口防衛而加以過當之危害但防衛行爲法官於事後從容論斷以爲過當者在犯人當時急不暇待或以爲非過當往往有之且過當之程度仍有輕重之分若少有過當卽科以刑罰未免近苛故本案於減輕後增入或免除字樣以便法官裁奪

又修正案第十五條第二項正常防衛之規定對於直系尊親屬不適用之此項爲原案所無係依刑律補充條例增入者本案擬刪蓋尊屬之於卑屬當然有相當之懲責權此爲東西各國之所同當執行懲責權時斷不得視爲不法之侵害

第三十條 因救護自己或他人生命身體自由財產之緊急危難而出於不得已之行爲不罰但救護行爲過當者得減輕或免除本刑

前項關於救護自己之規定於公務上或業務上有特別義務人之行爲不適用之

本條之規定卽學說上所謂緊急狀態非如前條之有一違法侵害人可比質言之與有關係之人皆爲無過但因緊急情狀得以犧牲第三者之法益以保自己或他人之法益故其適用範圍不得漫無限制本案擬從多數國立法例以關於生命身體自由財產爲限又本條但書本案擬增入或

免除三字理由與前條同

第三十一條 對於未發覺之罪自首於該管公務員受裁判者得減所首罪之刑三分之一

向被害人或犯親告罪請求罪而向有親告權或請求權之人自首受裁判者亦同

原案第五十一條第一項規定一罪未發覺而自首第五十二條規定一罪既發別首未發餘罪本案擬併作一條爲本條第一項又原案第五十一條第二項犯親告罪而向有告訴權之人首服受法官之裁判者亦同修正案改爲向被害人自首而受法官之裁判者亦同未具理由殆欲擴充自首之範圍而不以親告罪爲限我國警察及偵探犯人各機關多未設備擴充自首俾罪有所歸用意本善但以向被害人自首爲限於親告罪反形縮小本案擬將此二義一併規定更增入請求罪似較完密

附刪去原案第五十三條之理由

原案第五十三條規定豫備罪及陰謀罪之自首本案擬刪理由詳次章

第五章 未遂罪

修正案將原案未遂罪改爲未遂罪豫備罪陰謀罪章但豫備罪及陰謀罪之處罰惟三數特別重罪似不必著爲總則條文故本案擬從原案

第三十二條 已着手於犯罪之實行而不遂者爲未遂罪其不能發生犯罪之結果者亦同未遂罪之處罰以有特別規定者爲限

未遂罪之定義分爲兩派一法國派因意外之障礙而未遂者爲未遂罪從此派者爲比利士荷蘭意大利西班牙葡萄牙及瑞士數州一德國派不問未遂之原因是否出於意外皆爲未遂罪從此派者爲那威布加利亞瑞士（刑法準備草案）瑞士數州日本（舊刑法採法國派新刑法採德國派）墨西哥智利等國兩派定義不同故對於學說上所謂中止犯大有分別蓋未遂罪若以出於意外者爲限則中止犯當然不能以未罪論原案中止犯處罰則未遂罪之定義自應改從德國派刪去因意外之障礙句以免牴觸

原案本條第一項其不能發生犯罪之結果者亦同句修正案改爲其不能發生結果而危險者亦同本案擬仍從原案理由詳次條

第三十三條 未遂罪之刑得減既遂罪之刑二分之一但犯罪之方法不問如何情形不能發生犯罪之結果者得減輕或免除本刑

學說上所謂不能犯應否處罰爲刑法學者數十年來最劇烈之爭點至今尙無定論主觀之說謂既著手實行犯罪無論其能否發生犯罪事實皆足危害社會故應處罰客觀之說謂不能發生犯罪事實時其行爲與犯罪相去甚遠罰之恐涉處罰犯罪意思而非處罰犯罪行爲之嫌兩說雖各有理由極其所主張均有未當是以最近立法例對於不能犯多採主觀說科以刑罰而以絕對不能犯爲例外庶免趨於極端原案純採主觀說修正案不能犯之處罰以有危險爲限外國學說雖有主張之者然適用上恐生困難故各國刑事律罕有採用本案擬從不能犯處罰主義但對於絕對不能犯由法官斟酌情節得減輕或免除本刑

第三十四條 已著手於犯罪之實行而因己意中止者減輕或免除本刑

外國立法例對於中止犯多不科罰原案規定準未遂罪論得減輕或免除本刑但因己意中止其情節較輕故本案擬刪去原案得字改從必減以獎勵犯人之自行中止

第六章 共犯

原案本章名共犯罪但恐誤以爲特種罪名故本案改爲共犯

共犯最要之意義爲主觀說及客觀說所公認者卽一切共犯除原案第二十九條第一項共同正犯外皆有附屬之性質其罪之成立與否一以正犯爲準雖或因特種情形如原案第二十九條第二項科以正犯之刑然其性質仍爲從犯又第三十條教唆犯科以正犯之刑然其性質仍爲教唆犯原案準正犯論及依正犯之例處斷等字樣於共犯之意義未能顯達故本案於各條擬改爲處以正犯之刑

第三十五條 二人以上共同實施犯罪之行爲者皆爲正犯

原案第二十九條第二項於實施犯罪行爲之際幫助正犯者準正犯論本案擬改入第三十七條第三項但書理由詳該條

第三十六條 教唆他人使之實施犯罪之行爲者爲教唆犯教唆者亦同

教唆犯處以正犯之刑

第三十七條 幫助正犯者爲從犯

教唆從犯者以從犯論

從犯之刑減正犯之刑二分之一但於實施犯罪行爲之際爲直接及重要之幫助者處以正犯之刑

共同正犯與從犯之區別主觀說謂犯意爲共同實施犯罪行爲則爲共同正犯犯意爲幫助他人犯罪則爲從犯客觀說謂其行爲爲犯罪結果發生之原因者爲共同正犯其行爲僅爲犯罪結果發生之條件者爲從犯顧理論雖如此而事實未易畫分從主觀說則犯意殊難辨別從客觀說則原因與條件亦無標準因此遂有以事前事中爲從犯科刑之輕重者其事中幫助犯與正犯同罰事前幫助犯得減輕其刑蓋謂事中幫助犯意較著應科以重刑此卽原案所採用者也然事中幫助不問其行爲與犯罪之關係如何概科以正犯之刑亦未見其平允本案擬仿俄國法國意大利布加利亞等國仍從原案中從犯與正犯同罰之制而以直接及重要之幫助者爲限此外事中之幫助與事前之幫助概科以從犯之刑

原案從犯與正犯同罰但得減輕若干等本案既規定事中直接及重要之從犯處以正犯之刑對

於其他從犯改從必減主義蓋從犯責任依主觀說皆較正犯爲輕若謂從犯情節有較正犯重大或相等者此爲例外不得因此例外而推翻原則我國舊律亦採從犯減輕之制本案改從必減與舊律亦相符合

又原案第三十一條第二項教唆或幫助從犯者準從犯論本案擬刪去或幫助三字以免從犯之範圍過於擴充

附刪去原案第三十二條之理由

原案第三十二條於事前教唆或幫助其後加入實施犯罪之行爲者從其所實施者處斷修正案改爲於事前教唆而後加入實施犯罪者從其所實施者加本刑一等其理由謂造意而兼實施罪狀殆與俱發罪等此蓋指兩罪而言例如教唆他人犯一罪而本身實施亦犯一罪於前罪爲教唆犯於後罪爲正犯當然適用俱發罪之規定若教唆與實施均係一罪則教唆實爲犯一罪之方法當然依其實施者處斷不應從修正案加重其刑故本案擬將此條刪去

第三十八條 因身分成立之罪其教唆或幫助者雖無身分仍以教唆犯或從犯論

因身分致刑有重輕或致免除其刑者其無身分之人仍科通常之刑

因身分致免除其刑者情節與第二項同故本案增入免除一項

第三十九條 知正犯之情而幫助正犯者雖正犯不知共同之情仍以從犯論

第四十條 二人以上於過失罪有共同過失者皆爲過失正犯

原案第三十五條於過失罪有共同過失者以其犯論然必有正犯始有共犯若依原案以共犯論則難定孰爲正犯孰爲共犯且過失罪有無共犯學者爭論至今仍無定評故本案擬仿原案第二十九條共同正犯之例規定其爲過失正犯各科以其過失之刑不使其負他人過失之責任

附刪去原案第三十六條之理由

原案第三十六條值人故意犯罪之際因過失而助成其結果者準過失共同正犯論但以其罪應論過失者爲限修正案改爲因過失而助成故意之犯罪者準過失共犯論較原案明瞭但雙方皆爲過失犯以過失共犯論已有未當况本條之規定一方爲故意犯一方爲過失犯而以過失共犯論於理論上尤覺不洽果有過失自應負其過失之責任若使對於他人故意行爲之結果而負其

責任殊欠公平故本案擬刪去此條

第七章 刑名

第四十一條 刑分爲主刑及從刑

主刑之種類如左

一 死刑

二 無期徒刑

三 有期徒刑 二月以上十五年以下但遇有加減時得減至二月以下或加至二十年

四 拘役 一日以上未滿二月但遇有加重時得加至二月以上

五 罰金 一圓以上

從刑之種類如左

一 褫奪公權

二 停止公權

三 沒收

原案將有期徒刑分爲五等如左

一 等有期徒刑 十五年以下十年以上

二 等有期徒刑 十年未滿五年以上

三 等有期徒刑 五年未滿三年以上

四 等有期徒刑 三年未滿一年以上

五 等有期徒刑 一年未滿二月上

有期自由刑以年月規定爲各國通例原案採等級制不能無失茲分別論之

有期徒刑分爲五等便於加減惟以等爲加減則加必一等減必一等其中恐有畸輕畸重例如二等有期徒刑加一等則高度加半低度加倍三等有期徒刑加一等則高度加倍低度加三分之二餘可類推又如一等有期徒刑加一等變爲無期徒刑相差更遠若祇欲加重數年使不至於無期則無法處之即拘役加一等變爲五等有期徒刑其相差亦遠此尤其不平者也

有期自由刑分爲五等於立法上諸形不便蓋分則及各單行法所科之刑期惟以此五等爲標準而罪之輕重各有不同必以此五者繩之則規定之刑恐有不失於酷卽失於寬之病考各國刑法二年以下六月以下之徒刑者尙多卽如日本刑法科二年以下懲役者計十餘條科六月以下懲役者計數條照原案徒刑之等級欲科二年以下六月以下卽無可規定其餘介乎各等級之年期亦復如是不若廢去等級各定年月而以若干分之幾爲加減旣無定刑失當之虞并免加減相懸之失且分則及單行法各條徒刑明定年月則一目瞭然無俟檢查等級表卽知刑期之短長較爲便利此本案所以不採等級制也

原案有期徒刑之最高度爲十五年修正案改爲十二年其理由謂初犯年齡二十五歲最居多數而人生平均年齡不過四十一二歲若對於二十五歲科以最長刑期十五年至四十歲始能釋放殆與無期徒刑無異云云案法律所科有期徒刑之最高度實際上於犯人之關係各有不同年老衰弱之人科以數年之徒刑或竟近於無期年力少壯者科以十五年無出獄之希望此皆事實上犯人本身之問題似不足據以爲縮短法定刑期之標準也况原案有假釋之制以救長期自由

刑之弊犯人果能遷善不必待至刑期滿後始出獄否則科以十五年爲社會及個人防範起見未爲過也且科刑時有最高度及最低度之規定法官可以酌量於其間非必科以最高度原案定十五年實從多數國刑期而採其最適中者故本案擬仍從原案

本條第二項第三款及第四款但書係指加減與併合論罪之例外而言前法律館草案本有但書其修正案及憲政編查館核訂案將但書改入俱發罪章似未妥善蓋此例外若不規入刑名則屬非刑故本案擬修正之

本條第三項第二款停止公權原案無本案從修正案增入

第四十二條 依第八條免除主刑者專科褫奪公權

主刑免除者得專科沒收

從刑爲主刑之附屬刑故通例必科以主刑方能科以從刑本條卽其例外第一項卽修正案第六條第二項卽修正案第六十一條第二項有原案所無而修正案增入者本案擬併爲一條規定於本章

第四十三條 主刑之重輕依第四十一條規定之次序定之

同爲死刑或無期徒刑者據犯罪情節定其重輕

同種之刑以最高度之較長者或最多額之較多者爲重最高度或最多額相等者以最低度之較長者或最少額之較多者爲重

最高度或最多額與最低度或最少額俱等者據犯罪情節定其重輕

關於主刑重輕原案於俱發罪章第二十七條規定之惟該章以外之事項有時亦須定其重輕者即如修正案第一條第二項(本案第二條)新舊兩法從輕處斷是也本案既於有期徒刑廢等級制則此項重輕標準自應隨之而改故擬規定於本章以求賅括

等四十四條 死刑用絞於監獄內執行之

死刑非經司法部覆准不得執行

本案將原案第四十條改爲本條第二項

附刪去原案第三十九條之理由

原案第三十九條關於監獄法本案擬從修正案刪去

原案第四十一條之理由

原案第四十一條宣告徒刑及拘投不得未滿一日罰金不得未滿一圓前法律館修正案語謂拘役短期爲一日罰金寡額爲一圓則因減輕而至一日或一圓以下者若即免除不足以昭懲創是以增補入律俾資引用云云原案減輕以從徒刑減等變爲拘役至拘役則竟無從而減是所謂未滿一日者本不適用本案以若干分之幾爲加減則不滿一日之時間不滿一圓之金額如何科斷於加減章規定之故擬刪去此條又易科監禁之計算間亦有此種情狀者擬於該條另行規定

第四十五條 徒刑及拘役之囚犯於監獄內拘禁之

徒刑及拘役之囚犯令服勞役拘役之囚犯得因其情節免服勞役

原案第四十二條後段監禁方法及勞役種類依監獄法之規定本案以其屬當然之事故擬刪去

附刪去原案第四十四條之理由

原案第四十四條受五等有期徒刑或拘役之宣告者其執行若實有窒礙得以一日折算一圓易

以罰金案本條以罰金易自由刑有背刑罰之本旨爲他國刑法所無者前法律館草案所舉外國船舶之水手於碇泊地犯輕微之罪科以數日之拘留該船勢難久待一旦啓碇歸航在本船既失必需之水手在本人又失歸航之便而本國反因此增一飄零無業之異國游民際此情形則易罰金爲宜英國判決例此事數見其他屬於此類之事例者亦復不少云云據所舉之事例實因便宜起見而與條文所云執行實有窒礙之說未免不符且所謂犯輕微之罪科以數日之拘役而條文則擴充至一年以下之徒刑以一圓折算一日則數百圓可以贖一年以下徒刑之罪又未免失科刑之本旨况原案科罰金之條文一百有奇其中科自由刑罰金者八十有奇(餘皆併科)是輕微罪皆可徑科罰金無俟宣告自由刑後始易以罰金也若謂執行實有窒礙即在一年以上之徒刑亦或有之可依執行法辦理至所云英國判決例殆依據一千八百六十一年之刑律合併法及一千八百七十九年之簡易訴訟法其大致對於所規定自由刑之罪法官得按其情節併科以罰金或不科以自由刑而僅科以罰金其用意係在擴充罰金之適用範圍與原案擴充罰金至百餘條之多實相暗合非宣告自由刑後因執行窒礙而易以罰金也故本案擬刪去之

第四十六條 罰金於裁判確定後令一月以內完納之但因其情節得令一年以內分期繳納

繳納期滿而不繳納者強制令其繳納但確知其不能繳納者不在此限

未繳納之罰金以一圓以上三圓以下之額數折算一日易科監禁但不得逾一年

繳納期內經本人之承諾得執行易科監禁

易科監禁之期間於裁判時併宣告之

易科監禁於監獄內附設之監禁所執行之

易科監禁令服勞役但因其情節得免勞役

繳納期滿而未繳納者易科監禁並得取消其分期繳納

易科監禁期內納罰金者依所納之數折算入易科監禁期內

罰金總額逾一年之數者以罰金總額與一年之日數比例折算

不滿易科監禁一日之金額不得納之易科監禁不滿一日之時間不算

罰金爲輕微罪之刑對於社會及個人之防範本無奪犯人自由之必要故於不能繳納罰金時易

科監禁實爲萬不得已之辦法各國學者及立法例皆謀所以便利罰金之執行最近一千八百九十一年萬國刑法學會及一千九百零五年萬國監獄會先後議決便利罰金執行之方法如左

一 分期繳納

二 以工易罰

三 酌定金額

以上所舉三種方法各國有兼用之者有僅用其一二者茲分別論之

分期繳納之制其用意爲犯人一時不能繳納全額者分期或能繳納實行此制者爲英國俄國那威荷蘭紐恩(瑞士州名)布加利亞(準展期三月與此制略有不同其用意則一)墨西哥其見諸草案者爲西班牙刑法草案(一千八百八十四年)瑞士及德國刑法準備草案本案以此制易於實行故擬從之

以工易罰之制分爲兩種一作工而不限制其自由一作工而限制其自由其已實行此制者爲那威滑特(瑞士州名)邊(瑞士州名)紐恩勃(瑞士州名)墨西哥意大利匈加利法國德國(法德

兩國係依森林法）其見諸草案者爲瑞士及德國刑法準備草案本案以此制在我國情形難於實行故不採

酌定金額之制詳於刑之酌科章

原案第四十五條第一項規定易科監禁以一圓折算一日本案擬改爲一圓以上三圓以下之額數折算一日俾法官得審察其不繳納之原因以定其標準又原案易科監禁日數最長者以三年爲限查各國規定此項期限或以數月（瑞典六十日芬蘭九十日英國三月那威四月半比利士布加利亞印度皆六月荷蘭八月）或以一年（日本暹羅西班牙俄國德國）日本舊律定二年新律改爲一年且得隨時假釋出獄最近草案如瑞士及德國刑法準備草案皆以一年爲期是各國此項規定最長爲一年本案擬從之

繳納期滿而不繳納者照本案第二項先強制執行但確知執行無效者可省執行之手續而徑科以監禁又繳納期內預知其強制執行無效者若得本人承諾不必俟期滿即可科以監禁以免遷延此本案所以增入第四項也（參照日本第十八條第五項）

原案採用確定期限制以一圓折算一日本案既採用酌定期限制以一圓以上三圓以下折算一日故增入第五項易科監禁之時間於裁判時併宣告之以省手續（參照日本第十八條第四項）
易科監禁日本執行之於勞役場原案未聲明應否服勞役故本案增入第七項
第十一項原案無本案增入又原案第六項係當然之解釋擬刪

第四十七條 褫奪公權者褫奪左列資格

- 一 爲公務員之資格
 - 二 依法律所定之中央及地方選舉爲選舉人及被選舉人之資格
 - 三 膺榮典之資格
 - 四 入軍籍之資格
 - 五 爲官立公學校校長職員教員之資格
 - 六 爲律師之資格
- 褫奪公權分爲無期及有期

有期褫奪公權以一年以上十五年以下爲限

宣告死刑或無期徒刑者其褫奪公權爲無期

宣告十年以上有期徒刑者其褫奪公權爲無期或有期

宣告六月以上十年未滿有期徒刑者其褫奪公權不得逾十年

宣告六月未滿有期徒刑拘役或罰金者不得褫奪公權

因過失犯罪者不得褫奪公權

褫奪公權於裁判時併宣告之

褫奪公權於裁判確定時發生效力但有期褫奪公權之期限自執行完畢或免除之日起算

原案第四十六條第二款單列選舉人資格意謂被選舉人資格依文例章之規定包含在第一款內但被選舉人於選舉之時尙未知其當選與否斷不能以第一款包含之日本刑法修正案既列公務員之資格復列選舉人及被選舉人之資格(日本現行法關於公權之規定概委之特別法)可供參考故本案於第二項增入被選舉人

原案第五款學校校長職員教員之資格應以官立公立學校爲限若私立之學校非屬公權故本案加入官立公立字樣

原案褫奪公權之規定似過於繁雜蓋就分則各條而言公權有必褫奪及得褫奪兩例其必褫奪與得褫奪之標準又至不一以國籍爲標準者如原案第一百十六條以犯人之業務爲標準者如原案第三百二十六條以被害人之身分爲標準者如原案第三百十四條以犯人之身分爲標準者如原案第一百二十六條以受刑之輕重爲標準者如原案第一百零六條以犯罪之目的爲標準者如原案第三百五十六條其餘之標準不一而足更就得褫奪一例而論原案第四十七條謂於分則有得褫奪公權之規定者得褫奪現在之地位或於一定期限內褫奪前條所列資格之全部或一部云云夫既曰得褫奪現在地位則有不必褫奪者身既入獄安有不褫奪現在地位之理而所謂現在地位是否包現任官職而言亦未分明蓋原案分則中明定免現職者凡四條第一百五十條官員犯瀆職罪者第一百七十六條第二項官員犯脫逃罪者第一百八十五條官員犯僞證及誣告罪者第二百七十五條官員犯鴉片烟罪者均有並免現職之明文然則犯其餘之罪而

褫奪公權者應否並免現職未見規定又所云一定期限內褫奪而期限之長短復無限制獨於第一百六十三條選舉罪則有十年以下二年以上喪失選舉被選舉資格之規定此外尚有全部及一部之分其條文實覺紛歧本案擬仿修正案廢去一部之褫奪明定期褫奪之期限並確立應科有期及科無期之標準至其應奪與否一併取裁量主義

第四十八條 宣告有期徒刑而不科褫奪公權者執行完畢以前停止前條第一項之公權

本條原案無本案從修正案增入

第四十九條 沒收之物如左

- 一 違禁物私造物私有物
- 二 供犯罪所用及犯罪豫備之物
- 三 囚犯罪所得之物

前項第一款之物不問屬於犯人與否沒收之第二款第三款之物以屬於犯人者爲限得沒收之最重本刑爲拘役或罰金者非有特別之規定不得沒收但第一項第一款之物不在此限

沒收於裁判時併宣告之

不問屬於犯人與否應行沒收之物得專科沒收

沒收爲從刑所以防範將來犯罪之憑藉原案採必科主義多數國立法例均主得科本案除第一項第一款外擬從得科主義又對於犯輕微罪者除第一項第一款外若不斟酌案情而概行沒收恐失之太過以至從刑反重於主刑故本案擬參照日本刑法第二十條及德國刑法準備草案第五十四條增入第三項又第四第五項原案無本案增入

第五十條 裁判確定前拘禁之日數以二日抵徒刑或拘役一日或抵罰金一圓

原案於抵字上有得字修正案理由謂因施行以來審判官視爲具文罕有適用此項規定本案擬從修正案確定抵刑之標準刪去得字

附刪去修正案第八章之理由

修正案第八章名親屬加重爲原案所無本案擬從原案於分則各條規定其加重之刑故刪

第八章 累犯

原案本章名累犯罪本案刪去罪字理由見第六章

第五十一條 受有期徒刑之執行完畢或受無期徒刑或有期徒刑一部之執行而免除後五年內再犯有期徒刑以上之罪者爲累犯

法律所規定累犯以舊曾犯罪爲條件之一各國立法例可分兩派一爲法國派以有罪裁判確定後之犯罪爲標準二爲德國派以執行完畢後之犯罪者爲標準主法派者謂裁判一經宣告犯人即應有所警戒受警戒而復犯罪者應加重其刑主德派者謂裁判宣告尙未受刑果足爲犯人之警戒則宣告以前刑律具在亦足以警戒之何待裁判之宣告故必以實體上受刑全部之執行或一部之執行而經免除者方足爲犯人之警戒受刑後復犯罪可證明通常刑之不足以懲治其特別惡性而有加重其刑之必要兩派主張自以第二派爲優故本案規定累犯之定義擬仍從原案第十九條而將但書之累犯條件列入定義內較爲確當

第五十二條 累犯不同一之罪或左列不同款之罪一次者加重本刑三分之一二次以上者加重本

刑二分之一

累犯同一之罪或左列同款之罪一次者加重本刑二分之一二次以上者加重本刑一倍

- 一 侵犯大總統罪內亂罪外患罪妨害國交罪
- 二 瀆職罪妨害公務罪妨害選舉罪妨害秩序罪
- 三 脫逃罪藏匿犯人及湮滅證據罪偽證誣告罪
- 四 公共危險罪
- 五 偽造貨幣罪偽造度量衡罪偽造文書印文罪
- 六 妨害風化罪妨害婚姻及家庭罪
- 七 妨害宗教罪
- 八 妨害商務罪
- 九 鴉片罪賭博罪
- 十 殺人罪傷害罪墮胎罪遺棄罪
- 十一 妨害自由罪妨害名譽及信用罪妨害秘密罪

十二 竊盜罪搶奪強盜及海盜罪侵佔罪詐欺及背信罪恐嚇罪贓物罪毀棄損壞罪

累犯之處罰可分兩種一普通累犯即所犯之罪性質不同者二特別累犯即所犯之罪為同一或類似者特別累犯有特別之惡性最難懲戒故較普通累犯自應特別加重本案擬分別兩義以規定之

第五十三條 裁判確定後發覺為累犯者依前條之規定更定其刑

前項之規定於執行完畢或免除後發覺者不適用之

原案裁判確定後於執行其刑之時發覺為累犯者依前二條之例更定其刑其意謂裁判確定後始發覺者得變更其裁判而從新科罪但執行完畢或免除後則不得變更其裁判是兩時點一得變更其裁判一不得變更其裁判原案將此兩層合為一句設於判定之後執行之前發覺為累犯者恐有不能變更其刑之誤解故本案擬將此條分為兩項

第五十四條 累犯之規定於前所犯罪依軍法或於外國法院受有罪裁判者不適用之

第九章 併合論罪

原案本章名俱發罪沿用舊律之名稱但本章之規定非限於數罪俱發即數罪各別發覺亦得適用是以日本舊刑法名爲數罪俱發新刑法改爲併合罪然所謂併合罪並非將數罪併合爲一罪其各罪仍獨立存在不過併合處斷之耳故本案改爲併合論罪

第五十五條 裁判宣告前犯數罪者併合論罪

原案以裁判確定前所犯之罪爲併合論罪之標準修正案於裁判二字上加有罪二字但併合論罪係規定二罪以上處斷之法故有罪二字似可刪去

關於併合論罪之範圍各國立法例可分三派一以裁判宣告前所犯之罪爲限德國俄國是也二以裁判確定前所犯之罪爲限中國日本葡萄牙匈加利是也三以執行未畢前所犯之罪爲限芬蘭瑞典意大利是也第三派在執行期內犯罪者推翻以前之裁判使犯人得享併合論罪之利益無異獎勵犯法故此派爲學者所非議第二派縮小併合論罪之範圍而以裁判確定前爲限較第三派略優但裁判宣告後確定前之期間內犯罪者與裁判宣告前之罪併合論罪亦無充分之理由蓋裁判既經宣告而於未確定之前雖或有變更之必要（如上訴等）然斷不能純因宣告後犯

罪而變更其裁判遷就犯人使其得享併合論罪之利益故本案擬從第一派以裁判宣告前之罪爲限

第五十六條 併合論罪分別宣告其罪之刑依左例定其應執行者

一 所宣告之最重刑爲死刑者不執行他刑但從刑不在此限

二 所宣告之最重刑爲無期徒刑者不執行他刑但罰金及從刑不在此限

三 宣告多數之有期徒刑者於各刑中之最長刑期以上各刑合併之刑期以下定其刑期但不得

逾二十年

四 宣告多數之拘役者依前款之例定其刑期

五 宣告多數之罰金者於各罰金中之最多額以上各罰金合併之金額以下定其金額

六 宣告多數之有期褫奪公權者止執行其中最長期間之褫奪公權

宣告多數之沒收者併執行之

七 依第三款至第六款所定之刑併執行之

併合論罪之處分有三主義一爲吸收主義卽於數罪中科以最重之刑二爲併科主義卽以數罪之刑一併科斷之三爲限制加重主義卽於法定範圍內就其中最重之刑加重之以爲合併之刑此三者最輕爲吸收最重爲併科折衷其間者爲限制加重主義卽原案所採用者也修正案改爲俱發各罪加本刑一等從一重處斷但所謂加重本刑一等者不獨意義不明且科斷之法亦失平允例如俱發各罪輕重相懸據其輕者爲本刑則加重一等轉輕於吸收據其重者爲本刑則加重一等又轉重於併科且俱發各罪亦有多寡之殊設不論其罪之多寡加重一等以吸收之則是獎勵犯法如其不然於每罪加重一等則或重於併科或輕於吸收本案故擬仍從原案而略加修正原案第二十三條第一款科死刑者不執行他刑本案擬加但從刑不在此限句以爲例外蓋從刑性質與主刑不同不妨併科之第二款科無期徒刑者不執行他刑本案擬加但罰金及從刑不在此限句其關於從刑理由與前同至罰金於死刑不併科而於無期徒刑則併科者因既執行死刑其受罰者不在犯人本身而在繼承遺產之人矣若無期徒刑事實上雖近於死刑而法律上有出獄希望與死刑大異（如假釋）故科以罰金仍作爲犯人本身所受之刑罰又宣告多數之有期褫

奪公權本案擬從吸收主義執行其最長期者蓋褫奪期間自出獄之日起算加以在獄之期間已屬不短故不採併科主義

第五十七條 併合論罪有已經裁判及未經裁判者就未經裁判之罪處斷

本條及次條規定數罪各別發覺處斷之法原案第二十四條第一項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云云以裁判確定爲標準似未妥善蓋裁判既已宣告雖未至確定不應因發覺他罪而取消之當就未經裁判之罪科刑依下條處斷較爲簡當

第五十八條 併合論罪有二裁判以上者依第五十六條之規定處斷

第五十九條 併合論罪既經處斷若各罪中有受赦免者餘罪仍依第五十六條之規定處斷

原案第二十四條第二項其最重刑消滅仍餘數罪者亦同云云最重刑三字範圍太狹蓋次重之刑消滅仍餘各罪當然依原案第二十三條科斷故本案擬修正之

附刪去原案第二十五條之理由

原案第二十五條俱發與累犯互合者其俱發罪依前二條之例處斷與累犯罪之刑並執行之云

云按此條之規定似有誤解前法律館草案理由所舉之例如犯甲乙兩罪應處徒刑三年尙未發覺僅以乙罪受宣告徒刑五年執刑既終後再犯丙罪值審判之際同甲罪一併發覺是也此種情形應據本條規定先按其甲乙兩罪而援用前二條以甲罪之徒刑三年與乙罪比較於八年以下五年以上之範圍內定執行刑期六年以前此五年執行既終故以其餘刑一年與再犯丙罪之刑合併執行等語案所犯之丙罪係在裁判後依俱發罪之定義自應獨立科刑分別執行如具累犯條件則科以加重之刑否則科以通常之刑然則丙罪與其他各罪分別執行固不以累犯爲限是故本條之用意係俱發罪與非俱發罪互合時其非俱發罪應獨立科刑而與俱發罪之刑一併執行此乃俱發罪定義當然之解釋故本案擬刪去之

第六十條 一行爲而犯數項罪名或以犯一罪之方法或其結果而犯他項罪名者從一重處斷

本條之規定卽學說上所謂想像上之數罪競合其所以異於實體上之數罪競合者（原案第二十三條）謂以一行爲而同時犯數項罪名或犯一罪而同時觸犯他項罪名者故本案擬從前法律館草案加入一行爲而犯數項罪名句又原案第二十六條以犯一罪之方法或其結果而生他

罪者從一重處斷修正案將生他罪三字改爲關係他項條文六字其理由謂犯一罪之方法或結果有時生他罪有時不生他罪從一重處斷之規定本包括此兩種情形案併合論罪指實體上或想像上多於一罪而言若犯一罪而不犯他項罪名則非併合論罪修正案所謂關係他項條文者意義未免太廣故本案擬仍從原案而加以修正又原案但書本案擬刪

第六十一條 連續數行爲而犯同一之罪名者以一罪論

本條之規定卽學說上所謂繼續犯蓋以一罪論者必以犯同一之罪名爲準原案第二十八條連續犯罪句包括不同一之罪名範圍太廣故本案擬加入犯同一之罪名句較爲確當

第十章 刑之酌科

原案本章名酌減修正案改爲酌加酌減其理由謂原案分則各刑高低額相懸三等之自由裁量既改爲一等恐審判官無酌奪之餘地故特設酌加一等或酌減一等或二等之規定藉劑其窮然以修正案所改其結果殆與原案三等之刑無甚區別故本案於分則各罪仍多從原案三等刑而略加修正俾審判官得自由裁量不至有窮酌奪之虞矣又謂酌加之法雖爲各國通例所無然有

酌減而無酌加乃沿博愛時代之遺習並非根據學說既許酌減何獨不許酌加云云夫刑罰爲國家無上之權古代刑罰不由法定法官得以自由科刑其爲害於社會自不待言故近代皆採法定刑主義以防濫用夫犯罪而有惡性者科以法定之刑可矣犯罪而無惡性者其情節至不一端科以法定之刑或過於酷故得酌減例如姦所殺死姦夫與鬪財害命依法律條文其爲殺人罪雖同而所應科之刑則異故凡行爲雖屬犯罪而情節確有可原者裁判上則有酌減之例行政上則有特赦之權益以此也更證以各國刑法典之體例犯罪因特別情節應加重者皆於分則各罪規定之例如原案分則各罪加重之情節至能繁密有因犯人身分者（第一百四十條）有因被害人身分者（第一百八十三條）有因犯罪目的者（第一百零一條）有因犯罪人數者（第三百六十八條）有因發生一定之結果者（第一百三十三條）有因被害法益者（第一百八十六條）有因犯罪之方法者（第二百八十三條）有因以犯罪爲常業者（第二百七十七條）有因職務上犯罪者（第一百三十五條）有因犯罪之程度者（第一百四十條）其餘各條之加重類多以此爲準是應加重各情節既科以加重之刑似不當於總則中再設酌加之規定故本案擬將修正案酌加之條

文刪去並增入科刑之標準改章名爲刑之酌科

第六十二條 科刑時應審酌一切情形之輕重爲法定刑內科刑輕重之標準

應特別審酌之事項如左

- 一 犯罪之心術
- 二 犯罪之原因
- 三 犯罪之目的
- 四 犯人所受之激刺
- 五 犯人本身之關係
- 六 犯人生活之狀況
- 七 犯人平日之品行
- 八 犯人智識之程度
- 九 犯罪之結果

十 犯罪後之態度

科罰金時除前項規定各情形外并應審酌犯人之財產關係

刑期及罰金定高低相懸之額俾法官得斟酌情節科以適當之刑爲近世刑法不易之理原案於各罪科刑之範圍其高度與低度相懸三等卽此意也然因範圍太廣故施行以來法官援用或未盡得當修正案改爲一等刑又未免失之太狹本案於科刑各條擬參採原案并於法定刑範圍內示法官以用刑之標準

科刑得當誠非易事惟經驗日久能細心推勘情節且具有判斷力及不偏頗之法官能之故最近瑞士及德國刑法準備草案皆於總則中特設專條臚舉科刑時應審案事項以指導法官之留意瑞士草案第四十七條規定法官於科刑時須審酌犯人之犯意與犯罪之動機犯罪以前之品行及犯人地位之關係德國草案及委員會刑法草案採用其制而情節更加詳晰本案略師其意規定本條

本條第四款所謂犯人所受之激刺例如犯人爲人愚惑偶爾爲之或因一時被誘盛氣犯罪者第

五款所謂犯人本身之關係例如年齡之高低官骸之完缺及犯人與被害人無親戚友誼主僕等關係者第六款所謂犯人的生活之狀況例如犯人因貧乏不能自存或純因貪慾而犯財產罪者第十款所謂犯罪後之態度例如犯人犯罪後因悔悟而力謀恢復原狀或賠償損害者

罰金之刑酌科得當較他刑爲尤難蓋所科過重至犯人不能繳納則易科監禁遂失罰金執行之本旨所科過輕則易於繳納無關痛苦亦失罰金懲戒之用意人之貧富相去甚遠同一金額貧者納之或破產不足富者納之則若損毫末其不平孰甚既不能盡免此弊惟有斟酌犯人財產之關係以爲罰金酌科之標準亦求比較上之平允耳一千八百九十一年萬國刑法學會議決科罰金除審酌各情形外兼審酌犯人財產上之關係外國法律以此定爲標準者那威西班牙丹麥葡萄牙瑞士數州及中南美洲諸國最近如奧國及德國刑法準備草案與德國委員會刑法草案均有此種規定故本案擬從之

第六十三條 犯罪之情狀可憫恕者得酌減本刑

第六十四條 依法律加重或減輕者仍得依前條之規定酌減本刑

第十一章 加減例

原案加減以等本案以若干分之幾爲加減故原案加減例一律照改以便計算

第六十五條 死刑不得加重

死刑減輕三分之一者爲無期徒刑減輕二分之一者爲十二年以上二十年以下有期徒刑

第六十六條 無期徒刑不得加重

無期徒刑減輕三分之一者爲十年以上十五年以下有期徒刑減輕二分之一者爲七年以上十二年以下有期徒刑

第六十七條 有期徒刑應加減者其最高度及最低度同時加減之

第六十八條 拘役應加減者止加減其最高度

第六十九條 罰金應加減者其最多額及最少額同時加減之其僅定有最多額者止加減其最多額

第七十條 減輕本刑而無若干分之幾之規定者減輕本刑至二分之一以下

本條原案無本案增入

第七十一條 有二種以上之主刑應加減者同時併加減之

第七十二條 同時刑有同等分數之加重及減輕者互相抵銷

同時刑有不同等分數之加重及減輕者先加後減

第七十三條 有二種以上應加減者遞加遞減之

有二種以上不同等分數之減輕者先依較少之分數減輕之

第七十四條 徒刑或拘役因加減有不滿一日之時間者不計

罰金因加減有不滿一圓之分數者亦同

第七十五條 從刑不隨主刑加重減輕

第十二章 緩刑

第七十六條 受二年以下有期徒刑拘役或罰金之宣告而有左列情形之一者得同時宣告自裁判

確定之日起三年以上五年以下之緩刑

一 未曾受拘役以上刑之宣告者

二 前受拘役執行完畢或免除後逾三年或前受五年以下有期徒刑執行完畢或免除後逾五年者

原案自審判確定之日起句在得宣告緩刑句前恐誤解以爲審判確定之後隨時得宣告緩刑其實科刑與緩刑須同時宣告故本案於宣告句前加同時二字并擬從修正案將自裁判確定之日起句改置同時宣告句下

修正案將原案受四等以下有期徒刑或拘役之宣告句與緩刑各款之要件並列而於所緩之刑未能明白標舉故擬從原案較爲清楚又緩刑之制本爲較輕之罪而設原案以四等有期徒刑（三年未滿）爲緩刑之範圍證諸各國立法例未免失之太廣故本案擬改爲二年

罰金能否緩刑爲刑法上一爭論之問題蓋緩刑初旨原欲獎勵犯人遷善故其刑之執行與否全視犯人之素行爲斷十九世紀末葉歐洲刑法家力倡廢止短期自由刑緩刑之制乃大受影響於是緩刑獎勵犯人之旨一變而爲免除短期自由刑之旨由是緩刑與自由刑併爲一談罰金之不能緩刑其實由此原案罰金不在緩刑之列修正案添入易科監禁准予緩刑然易科監禁法律上

以罰金論其能繳納罰金者則不獲受緩刑之益其不能繳納罰金者則予以緩刑似於情理尙欠公平凡此皆不免偏重於短期自由刑之觀念而於獎勵犯人遷善一層未嘗顧及蓋可以遷善之輕犯一施刑後或使其終身為犯罪之人若予以緩刑於刑罰將施而未施之時其遷善之勇或較諸施刑之收效爲佳故外國刑法將緩刑擴充至罰金者不少其例況罰金輕於拘役徒刑犯拘役徒刑尙準其緩刑而犯較輕之罪反不畀以自新是於刑事政策有所未協故本案擬添入罰金一層

原案第六十三條第三第四款爲緩刑之要件殊覺太苛若犯人果有遷善之希望卽不備有三四兩款亦當予以緩刑以觀其後此二款祇可爲法官事實上酌量之要件不應爲法定要件故本案擬刪

第七十七條 受緩刑之宣告而有左列情形之一者得撤銷其宣告

- 一 緩刑期內更犯罪受拘役以上刑之宣告者
- 二 因緩刑前犯他罪在緩刑期內受拘役以上刑之宣告者

三 除前條第二款外因緩刑前犯他罪曾受拘役以上刑之宣告在緩刑期內始發覺者

原案第六十四條第一第二第三款爲緩刑必需撤銷之要件但拘役實輕微罪故本案擬於撤銷字上加一得字又原案第四第五款照前條理由擬刪

第七十八條 緩刑期滿而緩刑之宣告未經撤銷者其刑之宣告爲無效

各國刑法對於緩刑期滿未經撤銷緩刑之犯人所處地位略分兩派其一刑之宣告作爲無效以未嘗犯罪論其二所緩之刑以既執行論兩者區別於犯人所處法律上地位實有關係原案採第一派修正案將其刑之宣告爲無效句改作其行刑權銷滅似採第二派多數國採第一派權其利害亦以第一派爲優蓋受緩刑者既不復犯罪則滌蕩舊恥勉力自新故外國立法例有不獨以刑之宣告爲無效者且更有以刑事判決錄完全注銷者其意亦使犯人免存留惡迹貽玷將來故本案擬仍從原案

第十三章 假釋

第七十九條 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二分之一後由監獄

官申司法部得許假釋出獄但有期徒刑之執行未滿二年者不在此限

前項執行期限依左例定之

一 所宣告之刑係無期徒刑者不適用第五十條之規定

二 所宣告之刑係有期徒刑者遇有第五十條之情形時以所餘之刑期計算

原案第六十六條但書規定三年之期限略覺過久因犯人既有悔之實據必待三年方予假釋於國家與犯人兩無裨益外國立法例對於此種期限其趨勢皆從縮短以一年為限者如德國布加利亞波士尼粗列殊(瑞士州名)刑法及瑞士奧國刑法準備草案以三月為限者如法國比利士及魯全(瑞士州名)無期限者為日本果魯亞斯亞及美國數州原案所規定無期徒刑逾十年有期徒刑逾二分之一為假釋之期限折衷各國尚見平允獨於但書所規定之期限較他國為特長未免輕重失均故本案擬改為二年

假釋條件所定之執行刑期應否適用本案第五十條以裁判確定前之拘禁日數算入原案并未規定外國學說有主張算入者(那威瑞典有明文規定)但主張不算入者居其多數因假釋條件

所定之執行期限指事實上執行俾知罪人受刑後是否實能悔改若以拘禁日數算入是與緩刑之意背馳故本案擬從德國刑法準備草案增入第二項例如科無期徒刑者裁判前拘禁二年若以之抵徒刑一年算入十年之執行期內則九年後即可假釋本案擬仍算足執行十年又如科有期徒刑十年二分之一爲五年裁判前受拘禁二年若以抵徒刑一年算入五年期內則四年後即可假釋依本案所擬計算十年期內除去拘禁相抵之一年是事實上執行之期限爲九年二分之一則爲四年半方可假釋照此計算與假釋之本旨較爲符合

第八十條 假釋期內有左列情形之一者得撤銷其假釋

一 更犯罪受拘役以上刑之宣告者

二 犯假釋管束規則者

假釋撤銷後其出獄日數不算入刑期內

原案第六十七條第一項規定假釋撤銷之條件及撤銷之效力本案擬分爲兩項又原案第二項規定未經撤銷假釋之效力本擬案另規定於第八十二條

原案規定有本條所列之情形者必須撤銷其假釋本案擬加一得字俾法官於適用此條時有酌量餘地多數國立法例大率如此

修正案於原案本條第一款加入易科監禁爲撤銷之條件但易科監禁於法律上以罰金論而罰金輕於拘役若以罰金爲標準則應改爲罰金以上而拘役以上句自應刪去若以拘役爲標準則罰金不能爲撤銷之條件兩者不宜並立况同一罰金罪其有力繳納與否關係於假釋之撤銷案之理論與刑事政策皆有未允故本案擬仍從原案至修正案加入易科監禁理由謂此刑既爲罰金之代其假釋期內或假釋前犯者亦應撤銷其假釋而仍監禁等語案易科監禁似可獨立執行不必撤銷假釋亦得爲之至執行之期間依次條之規定不算入假釋期內又原案第二第三款規定假釋前之犯罪爲假釋撤銷之條件未免太酷蓋以犯人既有悔改前罪之實據然後予以假釋不宜復因其既往之罪又撤銷之至於假釋前之犯罪自應獨立執行其刑不必互相牽涉故本案

擬刪

第八十一條 假釋期內因他罪受刑之執行者其執行之期間不算入假釋期內

本條原案無本案增入

第八十二條 假釋期滿而未經撤銷假釋者其未執行之刑期以既執行論

附刪去原案第十四章之理由

原案第十四章僅有第六十八條前法律館起草亦嘗聲明當時未有憲法故規定於刑法中俟將來再行修訂等語按約法第二十八條規定大赦特赦減刑復權四種自應依特別法辦理無須列入刑法故本案擬從修正案刪去

第十四章 時效

第八十三條 公訴權逾左列期限而不行使者其公訴權因時效而消滅

- 一 死刑或無期徒刑者二十年
- 二 十年以上有期徒刑者十五年
- 三 五年以上十年未滿有期徒刑者十年
- 四 一年以上五年未滿有期徒刑者五年

五 一年未滿有期徒刑拘役或罰金者一年前項期限自犯罪成立之日起算但第六十一條之連續犯罪自犯罪最終之日起算

原案第六十九條第二項後段逾期不起訴者其起訴權消滅句擬改置第一項於時效之意義較爲明顯又逾期不起訴句似與原案第七十二條偵查爲訴權時效中斷之規定不符若偵查在期限內而起訴在期限外照原案第六十九條第二項則期限已滿公訴權消滅而第七十二條則期限未滿公訴權仍未消滅兩者互相抵觸故擬將提起二字改爲行使二字較爲賅括因偵查爲行使公訴權最初之手續當然包含在內也

外國立法例公訴權之時效期限最多者分爲七項最少者分爲二項多數國以五項爲準本案擬從多數國又最長期限中其最長者爲三十年最短者爲十年多數國以二十年爲準原案規定十五年爲期略短況中國地大交通不便偵探犯人之機關未備尤不宜立此短期故本案擬從多數國定爲二十年又最短期限中其最長者爲五年最短者爲兩月多數國以一年爲準原案規定六個月亦覺爲期略短故本案擬從多數國定爲一年其餘各項時限均酌量於最長及最短期限中

分配

原案第六十九條第二項規定時效期限自犯罪行為完畢之日起算與德國現行刑律第六十七條第四項大致相同於此有不能無疑者蓋公訴權之時效爲消滅刑罰權而設故時效必以刑罰權爲根據若於行爲完畢之日起算不問行爲結果發生於何日恐刑罰權尙未發生而時效之起算先已進行例如殺傷行爲完畢後一閱月被害人始死亡則殺人罪於一月後始成立而其時效乃於殺傷行爲之日起算案之理論及刑事政策均有未妥是以德國法學家反對此種計算不遺餘力故本案擬修正之

第八十四條 公訴權之時效期限據本刑之最高度計算有二種以上之主刑者據最重主刑之最高度計算

前法律館修正案及憲政編查館核訂案於前條所規定各項時效期限皆冠以最重主刑四字蓋所以定期限適用之標準也原案刪去此四字似失其標準故本案擬增入本條以補其闕
附刪去原案第七十條之理由

原案第七十條二罪以上之起訴權之時效期限據最重刑依前條之例定之未附理由若謂指數行為而成立數罪（即學說上所謂實體之數罪競合）自應依原案第二十三條分別定其時效期限不得據數罪中之最重刑定之若謂指一行為而成立數罪（即學說上所謂想像之數罪競合）自應依原案第二十六條從最重之刑處斷無俟本條之規定故本案擬將此條刪去

第八十五條 本刑依總則應加重或減輕者公訴權之時效期限仍據本刑計算

第八十六條 公訴權之時效遇有偵查豫審公訴及公判之程序時中

前項程序於一切已發覺及未發覺之共犯有同一之效力

時效中斷時自第一項程序停止之日起從新計算但自時效期限最初起算之日起逾原定期限一倍之後其時效即為期滿

原案第七十二條第一項規定時效中斷之原因及中斷之結果本案擬分為兩項又原案於公訴進行時之期間並未有時效中斷之規定似屬遺漏故本案擬增入公訴二字

原案於時效中斷後從新起算而中斷之次數又絕無限制此蓋沿於法國判例（法國刑法原文

本聲明於時效期限內中斷時從新起算是期限外不得再有中斷然則於時效將滿時中斷之則最長逾一倍之後其時效即爲成立而法國判例不以爲然學者每非議之）而爲他國所襲取者也夫時效之設雖學說各有不同而因歷時久遠刑罰權從而消滅則一若中斷後從新起算而中斷之次數無窮則時效恐成虛設將永無成立之日是故近世各國學者多以爲時效應有最後確定之期限逾期其時效即爲成立其主張有二一將時效中斷之制併入時效停止之制（時效停止時其已經過之時間照算入期限內故時效停止較中斷易於成立）採此主張者爲智利那威等國二延長時效期限逾期此期限則時效成立不得再有中斷採此主張者爲比利士（一千八百七十八年四月十七日法律）鐵成（瑞士州名）意大利俄國墨西哥等國其見諸草案者爲西班牙草案（一千八百八十五年）瑞士及德國刑法準備草案本案於本條第三項之但書即從第二主張

第八十七條 公訴權之時效遇有依法律不能開始或繼續前條第一項之程序時停止之

時效停止時自停止原因消滅之日起與停止前已經過之時效期間一併計算

親告罪或請求罪逾時效期限而未經告訴或請求者其時效即爲期滿

原案第七十三條起訴權之時效遇被告人罹精神病其他重病而停止公判者停止之其規定未免太狹分別論之於下依法律停止公判者不限於犯人重病一端例如議員於會期中未得本院之許可不受司法之裁判此爲各國法律之所同依法律不能行使公訴權之期間自應不計入時效期限內二原案以公判之停止爲時效停止之原因然公判前之偵查豫審及公訴之程序依法律應停止時時效亦應停止故本案擬概括規定之

停止與中斷其期限計算之法各有不同原案於時效之中斷已有規定而於時效之停止則無之故本案擬增入第二項

親告罪必待告訴司法手續方能進行者逾期限而未經告訴者依第一項之規定其時效仍在停止之中然親告罪乃較輕微之罪其時效當易成立故本案增入第三項爲第一項之例外

第八十八條 行刑權逾左列期限而不行使者其行刑權因時效而消滅

一 死刑或無期徒刑三十年

二十年以上有期徒刑者二十年

三 五年以上十年未滿有期徒刑者十年

四 一年以上五年未滿有期徒刑者五年

五 一年未滿有期徒刑拘役罰金或專科沒收者二年

前項期限自裁判確定之日起算

原案行刑權時效規定八項較諸各國爲多本案擬參照第八十三條理由從多數國先例減爲五項又原案期限最短者爲一年擬改爲二年

第五款專科沒收原案無修正案理由謂沒收既爲從刑其執行時效期限應同主刑惟免除主刑而專科沒收者其執行時效期限并未規定本案依修正案增入

第八十九條 行刑權之時效遇有執行行爲時中斷之

時效中斷時自前項行爲停止之日起從新計算但自時效期限最初起算之日起逾原定期限一倍之後其時效卽爲期滿

關於行刑權時效中斷之規定各國立法例略分兩派一因執行而犯人已被逮捕始爲時效中斷中國日本及比利士均採用此主義惟必待犯人事實上之逮捕方能中斷時效若因一時逃亡而時效期滿後雖被逮竟無從處罰而於較短之時效期限尤易倖免似近獎惡此第一主義之不足探也二凡執行行爲(例如發捕狀)皆爲時效中斷之原因不問犯人事實上逮捕與否德國意大利及日本舊刑法皆採此主義日本新刑法不採之蓋以發出捕狀時即得中斷時效若時時發捕狀則時時中斷恐時效永無成立之日與設立時效之本旨背馳本案既有時效最後成立期限之規定當可免此失故擬改從第二主義

第九十條 行刑權之時效遇有依法律不能開始或繼續執行時停止之

時效停止時自停止原因消滅之日起與停止前已經過之時效期間一併計算

本條理由與第八十七條同

附錄二

國民政府

審查議決刑法案之文件

審查刑法草案意見書

伍朝樞

徐元誥
王寵惠

我國刑法。成於晚清。施行以來。頗多疑義。其最滋口實者。則刑名用等級制。而法定刑期又極廣漠。法官援用時。無一定標準。遂得自由裁量。任意出入。致有畸輕畸重之嫌。其他反乎各國法例。暨國內現情者。亦頗不少。人類進化。犯罪事實亦日新月異。自非從新釐訂。不足示矜慎。而昭明允。詳核刑法草案各編各章。於中西法學家學說。及一切現情。斟酌損益。折中至當。舉其要點。厥有數端。一、採用最新法例。有如原則從新法。若新法重於舊法。則以刑輕者為準。犯罪有因果關係。至犯人有無責任。則以能預見結果者為準。累犯有普通特別之別。殺人有謀殺故殺之分。內亂罪只已着手實行。即為成立。偽造文書罪。只足損害他人。即為成立。過失之範圍。有確定解釋。防衛及緊急行為之範圍。有明文限制是也。二、審酌國

內民情親等之計算法。與服制圖大致適合。亦爲舊日習慣所公認。至二百八十三條二百八十九條殺旁系尊親屬者處死刑無期徒刑。同謀者處五年以上十二年以下有期徒刑。二百八十四條凡預謀殺人及有殘忍之行爲者。皆處死刑。既爲大多數通行立法例。就吾國一般民衆心理言之。尤有規定之必要。三、實行本黨政綱。暫行律二百二十四條工人同謀罷工者。首謀處四等以下有期徒刑。與國民黨綱保護勞工之意不符。本案概行刪去。又如妨害農工商業。其有妨害民生者。本案特定專章。以示注重民生之意。四、參照犯罪事實。社會進步。犯罪方法亦不同。例如搶奪罪與強盜不同。海洋行劫比強盜罪尤應加重。本案則特設專章。恐嚇罪內。近以擄人勒贖者爲最多。鴉片罪外有嗎啡高根安洛因皆爲毒物。本案則特設專條。以應時勢之需要。至於廢過失加重之例。增專科罰金之條。改易科罰金之數。其應併科罰金者。不問其曾否得利。以及緩刑年限之縮短。責任年齡之改定。皆視犯人之個性資力以爲區別。尤與刑事政策大有裨益。又其編次章次。較暫行律爲優。例如騷擾罪與妨害秩序罪。同一妨害秩序。妨害水利交通衛生者。同一妨害公安。暫行律各爲一章。本案則合併之。殺人與傷害犯罪之結果不同。竊盜與強盜被害之法益不同。而暫行律合爲一章。本案則分定之。其最爲扼要者。則刑期長短各按犯

罪情形。分別規定。而廢去等級制度。使司法官不得任意高下。至科刑之輕重與加減。則仿德瑞最新法例。臚舉司法官應行注意事項。以爲科刑標準。卽本案第七十六條所定是也。至暫行律第一百十九條一百二十三條。由最高徒刑至罰金。設躡等之規定。極欠妥協。本案則分別補入。通觀本案全體。按之學理。證之事實。均極允當。洵爲完善之刑法。惟各案條文。間有一二須略加修正者。謹就朝樞等管見所及。酌改數條如下。

一 草案第十一條第四款。原文爲「二親等內之妻親。」現於「妻親」下加「或夫親」三字。又第十六條原文爲「夫於妻之父母及祖父母。以旁系尊親屬論。妻於夫之尊親屬。從夫。」現改作「夫於妻之親屬視同己之親屬。妻於夫之親屬亦同。」

按本黨對於男女平等之義。不僅抽象的主張。且於第二次全國代表大會所議決之婦女運動案中。加以具體的說明。是以黨政府下之立法。對於偏重男系家族之制度。應力事糾正。以符平等之原則。此第十一條第四款及第十六條之規定所由修改也。

二 草案第三十條第一項。「未滿十四歲」改爲「未滿十三歲。」其第二項「十四歲以上」

改爲「十三歲以上。」因各國法例。關於幼年人犯罪。多以年齡分別責任之有無。其年齡之標準。各視其國普通之知識發達而定。我國幅員遼廣。其知識發達之程度。因各人各地之遺傳秉賦氣候教育及其他原因而有發育遲速之不同。是以祇能就一般普通之實驗。據爲年齡之標準。但草案以未滿十四歲爲限。在實驗上觀察。尙嫌過寬。故擬改爲十三歲。以期適中而杜流弊。

三 草案第四十條。「不問如何情形。」字句嫌冗。擬刪去。改爲「決不能發生犯罪之結果者。」以求簡明。

四 草案第四十九條第五款。「一角以上。」改爲「一元以上。但因犯貧得減至五分之一。」草案第五十五條。「易科監禁。以一角以上三元以下。折算一日。」改爲「易科監禁。以一元以上三元以下。折算一日。但因犯貧而減罰金者。應以減得之數比例計算。」

其他關係各案照改。

按第四十九條罰金最低額定爲一角以上。依本條之規定。完納罰金。自覺寬大。但至不能完納而依第五十五條易科監禁時。似不免流於苛刻。故採折衷主義。將該兩條。略加變更。以資救濟。

五 草案第五十四條。但「拘役之囚犯」五字刪去。因囚犯令服勞役。概須準酌其年齡刑期身分技能職業及將來之生計體力之強弱定之。其有特別情節者。亦均應免服勞役。自不能僅以拘役之囚犯爲限也。

六 草案第七十條第六款次項。「宣告多數之沒收者。併執行之。」改爲第七款。原七款遞改爲八款。以期款項分明。

七 草案第八十一條。「同時加減之。」時字嫌冗。故刪去。

八 草案第九十條。「得同時宣告自裁判確定之日起。二年以上五年以下之緩刑。」改爲「得同時宣告二年以上五年以下之緩刑。其期間自裁判確定之日起算。」以期文意明顯。

九 草案第一百八十條。加「犯前項之罪。因而致被誣告人受刑者。反坐其所受之刑」爲第二項。此係採用我國舊律上之反坐先例。以處罰從嚴。或不敢輕於嘗試。亦刑賞忠厚之意也。

十 草案第一百九十八條第一項。「或船艦」及第二項「船艦」二字。均改爲「或其他行駛水陸空之車舟。」以求概括而免掛漏。且與第一百九十七條歸於一致。

十一 草案第二百四十四條。「六月以上五年以下。」改爲「三年以上十年以下。」因此類犯罪行爲。與強姦者無大差異。非從嚴懲罰。不足以維持風化也。

十二 草案第二百四十六條。「一年以下」有期徒刑。改爲「三年以下。」草案第二百四十九條。「二年以下」有期徒刑。改爲「七年以下。」

按第二百四十六條。引誘良家婦女與他人爲猥褻之行爲或姦淫者。一方助成他人犯罪。一方又以營利爲目的。犯情實爲可惡。其第二百四十九條引誘未滿十二歲之男女。犯情尤重。自應從嚴懲處。以挽頹風。

又草案第二百四十九條。「引誘未滿十二歲之男女」下。加「與他人」三字。俾清界線。而免誤解。

十三 草案第十八章「妨害商務罪。」改爲「妨害農工商罪。」因該章第二百六十七條有妨害農工之規定。以期名實相符。

十四 草案第二百七十三條。「吸食鴉片」下。加「或其化合質料。」因現在社會上有一種化

合質料之紅丸白丸。與鴉片性質相同者。亦可以供人吸食。應予加入。以免掛漏。

十五 草案第二百七十八條第一項規定賭博罪。係以公衆場所或公衆得入之場所爲限。在寵惠原意。以爲賭博惟禮教輿論始得而防閑之。非刑法所能爲力。惟在公共場所賭博。貽害社會較甚。故科以刑罰。外國立法例。亦大抵如此。惟在朝樞元誥之意。以爲賭博在中國爲害較大。故規定不妨較各國從嚴。且恐一般賭徒。善爲規避。藉口非公共場所大開賭博。故照暫行律原文以「賭博財物者。處一千元以下罰金。但以供人暫時娛樂之物以爲賭者。不在此限」等語。改定爲該條第一項。以杜流弊。

十六 草案第二百九十六條。「七年以上。」加「無期徒刑或」五字。因傷害人致死之手段。有時較殺人者更爲殘酷。應予加重。以期罪刑適當。

十七 草案第三百十四條。「二年以下。」有期徒刑。改爲「五年以下。」因近年來販賣人口出洋之事實。沿海各省所在多有。被害之人一經賣入人手。虐使苛待。直牛馬罪囚之不若。此等犯罪。實爲人道之大害。不可不從嚴懲創也。

十八 草案第三百十五條。

第一項「六月以上五年以下。」改爲「一年以上七年以下」有期徒刑。

第二項「一年以上七年以下。」改爲「三年以上十年以下」有期徒刑。

第三項「五年以上十二年以下。」改爲「無期徒刑或五年以上」有期徒刑。刪「十二年以下」五字。

按第三百十五條之略誘罪。匪獨妨害個人自由。抑且有乖人道。應予次第加重。以期保刑罰之明允而挽社會之頹風。

十九 草案第三百二十二條第二項。擬刪去。緣我國之婦女。智識薄弱。不知告訴。且一旦被略誘後。卽日在強暴脅迫中。並無脫離羈絆之能力也。並另以「第三百十五條第一項之罪。親屬告訴。以不違反被略誘者之意思爲限」等語。規定爲該條第二項。庶於特別保護之中。仍不背婚姻自由之本旨。

二十 草案第三百三十五條。「在他人業務處所」之下。擬加一「於」字。以期明顯。

二十一 草案第三百四十一條。「免除其刑」上加一「得」字。草案第三百六十一條第一項。「免除其刑」上加一「得」字。草案第三百六十八條第一項。「免除其刑」上加一「得」字。

按該三條之親屬既有變更。自不能不加一「得」字。俾適用上有伸縮之餘地。

又第三百四十一條。「於其他親屬之間。犯本章之罪者。須告訴乃論。」應另作一項。與第三百六十一條第三百六十八條。歸於一致。並將該三條「於其他」「之」「四」字。概予刪去。以期簡明。

二十二 草案第三百五十二條第一項。於「無期徒刑」上。加「死刑」二字。又加第二項。其文爲「船員或乘客意圖掠奪財物。施強暴脅迫於其他船員或乘客而駕駛或指揮船艦者。以海盜論。」因近年海盜之盛。非嚴格規定。從重處刑。不足以資懲創。亦辟以止辟之意也。

爲修正刑法草案意見書呈中央文

法制局長王世杰

中央執行委員會常務委員諸先生鈞鑒。敬啓者。竊查刑法草案爲司法部長王君寵惠提出。係就北京修訂法律館之改定刑法第二次修正案。略加刪改而成。前由國民政府發交國府委員伍君朝樞最高法院院長徐君元誥會同王君寵惠共同審查。旋經審查完畢。出具審查意見書在案。茲聞此項刑法草案及審查意見書。已經第二屆中央執行委員會第四次會議議決交付鈞會審議。時日匆促。文繁義複。無

從詳陳意見。以備諸先生審定時之參考。惟該草案及審查意見書。對於(一)親屬範圍(二)誣告治罪(三)和姦年齡三事。顯有互相矛盾或規定失當之處。應於頒行以前。由鈞會予以改正。爰就以上三點。謹擬修正刑法草案意見書一件。附呈鑒閱。是否有當。敬祈鈞裁。並祝黨祺。

附呈修正刑法草案意見書一件

王世杰謹上 十七年二月 日

修正刑法草案意見書

王世杰

(本意見書所稱「草案」指王君寵惠提出之刑法草案。所稱「審查案」指伍君朝樞等所擬之審查意見書。所稱「修正意見」即世杰提供鈞會考慮之意見。)

(一) 對於草案第十一條第四款及第十六條第二項之修正

草案原文 第十一條 稱親屬者。謂左列各親。

一 夫妻。

二 四親等內之宗親。

三 三親等內之外親。

四 二親等內之妻親。

審查案改定 第十一條 稱親屬者。謂左列各親。

一 夫妻。

二 四親等內之宗親。

三 三親等內之外親。

四 二親等內之妻親或夫親。

修正意見 此條應從審查案改定。

草案原文 第十六條 夫於妻之父母及祖父母。以旁系尊親屬論。妻於夫之尊親屬。從夫。

審查案改定 第十六條 夫於妻之親屬視同己之親屬。妻於夫之親屬亦同。

修正意見 本條第一項應從草案原文。第二項應修正如左。

妻於夫之父母祖父母曾祖父母及高祖父母。與己之直系尊親屬同。

(說明) 草案第十一條規定親屬之範圍。其第四款爲二親等內妻親。是謂夫對於妻之親屬。以二親等內爲限。方視爲己之親屬也。又第十六條規定。夫於妻之父母及祖父母。以旁系尊親屬論。妻於夫之尊親屬。從夫。是謂夫之尊親屬。卽爲妻之尊親屬。而夫對於妻之尊親屬。惟以妻之父母及祖父母爲限。始以旁系尊親屬論。此項條文。按之男女平等之義。固有未合。然其重要之點。在於明定夫妻雙方尊親屬之範圍。與第十一條規定親屬之範圍不同。刑法分則各條規定尊親屬身分時。大抵以加害尊親屬爲加重處罰之理由。規定親屬時。大抵以親屬身分爲告訴或減免刑罰之原因。故親屬與尊親屬二者。誠有分別規定之實益。審查案於草案第十一條第四款。原文「二親等內之妻親」句下。加「或夫親」三字。是妻之於夫親及夫之於妻親各以二親等內爲限。認爲己之親屬矣。於草案第十六條。則又改爲「夫於妻之親屬視同己之親屬。妻於夫之親屬亦同。」是妻之親屬。皆爲夫之親屬。夫之親屬。皆爲妻之親屬。不復限於二親等內。雖四親等內之父系親及三親等內之母系親。亦已賅括在內矣。似此修改。顯與第十一條第四款之修改。互相矛盾。且在實際上言。夫方或妻方之旁系親屬。推而至於四親等之遠。猶視爲己之親屬。亦殊矯枉過正。竊謂

草案第十一條第四款審查意見。擬加「或夫親」三字。已無偏重男系之嫌。親屬範圍沿用成法。尙屬適當。毋須再行修改。夫對於妻之父母或祖父母犯罪。現行刑律無加重處罰之明文。以視「妻於夫之尊親屬從夫」之規定。輕重偏頗。顯而易見。草案第十六條第一項。定爲夫之父母及祖父母以旁系尊親屬論。尙屬斟酌洽當。可救舊律之失。惟同條第二項。載「妻於夫之尊親屬從夫」。此所謂尊親屬當然包括第十四條各款直系尊親屬。及第十五條各款旁系尊親屬而言。然其範圍過於廣泛。平心論之。妻之與夫。雖有家庭同居之關係。而其對於夫之旁系尊親屬。如夫兄夫婦諸親。不能與夫並論。未便使其從夫。又查第十四條第三款及第四款。外祖父母及本生直系尊親屬。均在直系尊親屬之列。此則維護舊說而尊其所自生。在夫本身或可謂有必要。而自妻方視之。關係較爲疏遠。亦無使其從夫之理由。是故妻於夫之尊親屬。從夫之規定。應以父系之直系尊親屬爲限。不得一律從夫。草案第十六條第二項。應改爲「妻於夫之父母祖父母曾祖父母及高祖父母。與己之直系尊親屬同。」至高祖以上祖父母鮮與己身並存。僅於發掘尊親屬墳墓罪或有適用之實例。而所關亦微。故對於妻毋須規定。總而言之。凡夫之親屬以二親等內爲限。視爲妻之

親屬。夫之尊親屬。以四親等內之直系宗親爲限。視爲妻之直系尊親屬。如此分析規定。範圍明顯。方爲顧全事實而順人情。至第十六條第二項之改正與第一項仍不相同之故。乃以妻從夫居關係較密。因事制宜。斯爲美善。固不必強使從同而後方爲平等也。

(二)對於草案第一百八十條第一項之修正

草案原文 第一百八十條第一項 意圖他人受刑事或懲戒處分。向該管公務員誣告者。處五年以下有期徒刑。

審查案原文 草案第一百八十條。加「犯前項之罪。因而與被誣告人受刑者。反坐其所受之刑」爲第二項。此係採用我國舊律上之反坐先例。以處罰從嚴。或不敢輕於嘗試。亦刑賞忠厚之意也。

修正意見 審查案所擬一項。不應加入草案第一百八十條第一項。原文應修正如左。「意圖他人受刑事或懲戒處分。向該管公務員誣告者。處七年以下有期徒刑。」

(說明)查誣告罪。爲妨害國家審判權之罪。故與僞證罪於同章中定之。卽未指定犯人而向公務員誣告犯罪者。亦須處罰。其義可恍然矣。誣告人者。固有使受刑事或懲戒處分之故意。而被誣告

者果受處分與否。則視國家機關之判斷力而定。明於判斷者。或能知其爲誣。判斷不明者。或致爲所利用。故就實際上言。已被誣告而未受若何處分者有之。而處分之輕重與所誣告之罪刑又非盡屬相當。或處分或不處分以及處分之爲輕爲重。均爲審判權行使之結果。而誣告行爲不過爲誘起審判之原因。蓋與處分之有無輕重。非有直接因果關係之存在。不能使其對於受處分之結果。負完全之責任。此爲刑法學者之通說。審查案擬於草案第一百八十條第一項後。加入「犯前項之罪。因而致被誣告人受刑者。反坐其所受之刑」爲第二項。核與上述法理。顯然不合。若謂軍興時期。關於政治犯罪之誣告較多。應從重處罰。則於反革命治罪法或其他特別法中附設明文。或即另定單行法規。亦無不可。至普通刑法中之誣告罪。本爲一般誣告行爲而設。科刑自未便一律從重。倘以爲吾國司法行政。目前尙欠健全。誣告行爲。易入無辜於刑罰。則將草案原文第一項所定之刑酌量提高。以資防杜可也。亦不應因是而逕採「反坐」之原則。茲故將草案所定最高刑期五年改爲七年。

(三) 對於草案第二百四十條第二項第二百四十一條第二項及第二百四十九條之修正

草案原文 第二百四十條第二項 姦淫未滿十二歲之女子。以強姦論。

修正意見 此項年齡十二歲。應改爲十四歲。

草案原文 第二百四十一條對於男女以強暴脅迫藥劑催眠術或他法。致使不能抗拒而爲猥褻之行爲者。處五年以下有期徒刑。

對於未滿十二歲之男女爲猥褻之行爲者亦同。

修正意見 本條第二項所定年齡十二歲。應改爲十四歲。

草案原文 第二百四十九條 引誘未滿十二歲之男女爲猥褻之行爲或姦淫者。處二以下有期徒刑。
徒刑。

審查案改定 第二百四十九條 引誘未滿十二歲之男女。與他人爲猥褻之行爲或姦淫者。處七年以下有期徒刑。

修正意見 引誘未滿十四歲之男女。與他人爲猥褻之行爲或姦淫者。處五年以下有期徒刑。

(說明)查草案第二百四十條第二項所定「十二歲。」即爲學理上之所謂「和姦年齡。」被姦

者未滿此項年齡。法律上不認其有和姦之可能。縱令實際上彼曾表示同意。法律亦不認其有表示同意之能力。因之加害者之行爲。不能以和姦論罪。英美學者所謂「同意年齡」亦屬此義。近今各國法律。對於和姦年齡。大抵主張提高。美國諸邦。因女子參政黨人之努力。竟有提高和姦年齡至二十一歲者。其他諸國所定大抵亦在十五六歲以上。法國最低爲十三歲。識者譏之。誠以女子當此年齡。身體發育尙未充分。意志亦甚薄弱。爲養成其健全人格保護其未來福利起見。應加特別之保護。和姦年齡愈提高卽所以保護女子者愈厚。我國暫行刑律定爲十二歲。沿用明清舊律。爲近世文明諸國法律之所無。可謂立法之大恥。草案沿襲舊律不爲改定。殊屬失當。况和姦無夫婦女。該草案中不設處罰之明文。凡屬和姦無夫婦女之行爲。絕對不成犯罪。然則上述和姦年齡之宜酌量提高。更有充足之理由。茲故將該草案所定十二歲改爲十四歲。凡姦淫未滿十四歲之女子。皆以強姦論。庶視文明諸國刑律。較免落後之譏。將來社會思想與社會習慣。逐漸改善。此項年齡自當斟酌情形。再行提高。期與現代一般國家之刑律。趨於一致。再女子和姦年齡。既有提高之必要。則對幼年男女爲猥褻行爲。或引誘幼年男女使與他人爲猥褻或姦淫者。其年齡自亦

須提高。詳查文明諸國法例。關於此項被害男女年齡之規定。多與和姦年齡一致。我國亦宜從同。故將草案第二百四十一條第二項及第二百四十九條所定年齡十二歲應改為十四歲。復次。審查改定草案第二百四十九條之刑期為七年以下有期徒刑。若與草案第二百四十一條第二項所定刑期相比較。是引誘他人使為猥褻者之處刑。反較直接實施猥褻行為者之處刑為重。仍屬未能允洽。故審查案第二百四十九條所定之最高刑期。應改為五年。

審查刑法草案報告書

譚延闓

于右任 魏道明
徐元誥 王世杰

關於刑法草案審查事宜。延闓等依鈞會之決議。已於二月二十七日及二十八日。就刑法草案原文。佐朝樞徐元誥等審查案。暨法制局長王世杰所提修正案開會審查。茲將審查會之議決報告如左。

(一) 刑法草案各條。除第十一條。第十六條。第一百八十條。第二百四十條暨第二百四十九條外。凡經伍朝樞等審查案改定者。應依該審查案改正。其未經審查案改定者。應照草案原文通過。

(二) 刑法草案第十一條及第十六條。應仍照草案原文通過。

(三)刑法草案第一百八十條。第二百四十條。第二百四十一條暨第二百四十九條。應依王世杰所提修正案改正。

以上審議結果。是否有當。敬候公決。

再本法議決後。公布時期可否以三月十日爲期。因暫行新刑律。係於民國元年三月十日經孫大總統在南京公布。今於經過十六年後。於同日同地公布本法。足資紀念。至公布後。施行日期。可否以七月一日爲期。亦盼裁奪。此致中央執行委員會常務會議。

中央第一百二十次常務會議通過刑法草案之決議案

(一)案由

譚委員延闈等。審查刑法草案。報告結果。並擬以三月十日爲本法公布期。七月一日爲施行期。請裁奪案。

(二)決議

(甲)一、草案第十一條第四款。原文「二親等內之妻親」句下。加「或夫親」三字。二、草案第十六條第二項。原文「妻於夫之尊親屬從夫」句。改爲「妻於夫之父母及祖父母同。」三、草案第二百零四條第二項。第二百零四十一條第二項。暨第二百零四十九條。原定所文年齡十二歲。均改爲十六歲。四、草案第一百八十條第一項。原文所定「處五年以下有期徒刑。」改爲「處七年以內有期徒刑。」伍朝樞等審查案。擬加「犯前項之罪。因而致被誣告人受刑者。反坐其所受之刑」一項刪去。五、草案第二百零四十九條。原文「處二年以下有期徒刑。」改爲「處五年以下有期徒刑。」六、草案各條。除第十一條。第十六條。第一百八十條。第二百零四條。第二百零四十一條。第二百零四十九條外。凡經伍朝樞等審查案改定者。依該審查案改正。其未經該審查案改定者。照草案原文通過。

(乙)決定以三月十日爲本法公布期。七月一日爲施行期。

附錄三

中華民國刑法總則條文

第一章 法例

第一條 行爲時之法律。無明文科以刑罰者。其行爲不爲罪。

第二條 犯罪時之法律。與裁判時之法律。遇有變更者。依裁判時之法律處斷。但犯罪時法律之刑較輕者。適用較輕之刑。

第三條 本法於凡在民國領域內犯罪者適用之。

本法於凡在民國領域外之民國船艦內犯罪者。亦適用之。

第四條 犯罪之行爲。在民國領域內。而其結果在民國領域外。或犯罪之行爲在民國領域外。而其結果在民國領域內者。以在民國領域內犯罪論。

第五條 本法於凡在民國領域外犯左列各罪者適用之。

一 第二百零三條至第二百零六條之內亂罪。

二 第二百零七條至第一百二十條之外患罪。

三 第二百一一條至第二百十七條之偽造貨幣罪。

四 第二百二十五條至第二百二十七條第二百三十一條第二百三十三條及第二百三十五條之偽造文書印文罪。

五 第三百五十二條及第三百五十三條之海盜罪。

第六條 本法於民國公務員在民國領域外犯左列各罪者適用之。

一 第一百二十八條第一百二十九條第一百三十一條第一百三十三條第一百三十五條第一百三十六條第一百三十九條及第一百四十條之瀆職罪。

二 第一百七十二條之脫逃罪。

三 第二百三十條之偽造文書罪。

第七條 本法於民國人民在民國領域外犯前二條以外之罪。具備左列情形者適用之。

一 所犯之罪。其最輕本刑爲有期徒刑以上者。

二 犯罪地之法律以爲罪者。

三 犯人在外國未受無罪之確定裁判。或雖受有罪之確定裁判。而其刑未經執行完畢或免除者。

前項之規定。於在民國領域外。對於民國人民犯罪之外國人。準用之。

第八條 除前條之規定外。同一行爲。雖經外國確定裁判。仍得依本法處罰。但在外國已受刑之執行或經免除者。減輕或免除本法之刑。

第九條 本法總則。於其他法令之定有刑名者亦適用之。但有特別規定者。不在此限。

第二章 文例

第十條 稱以上以下以內者。俱連本數或本刑計算。

第十一條 稱親屬者。謂左列各親。

一 夫妻。

二 四親等內之宗親。

三 三親等內之外親。

四 二親等內之妻親。

第十二條 己身所從出。或從己身所出者。爲直系親。非直系親而與己身或妻出於同源之祖若父者。爲旁系親。

第十三條 親等之計算。直系親從己身上下數。以一世爲一親等。旁系親從己身或妻數至同源之祖若父。並從所指之親屬數至同源之祖若父。其世數相同者。以一方之世數定之。世數不相同者。從其多者定之。

第十四條 稱直系尊親屬者。謂左列各親。

一 父母。

二 祖父母曾祖父母高祖父母。及高祖以上祖父母。

三 外祖父母。

爲人後者。於本生直系尊親屬。仍以直系尊親屬論。

第十五條 稱旁系尊親屬者。謂左列各親。

一 胞伯叔祖父母胞伯叔父母。及在室胞姑。

二 母之胞兄弟姊妹。

三 胞兄及在室胞姊。

第十六條 夫於妻之父母及祖父母。以旁系尊親屬論。

妻於夫之父母及祖父母同。

第十七條 稱公務員者。謂職官吏員。及其他依法令從事於公務之議員及職員。

第十八條 稱公署者。謂公務員執行職務之處所。

第十九條 稱公文書者。謂公務員職務上制作之文書。

第二十條 稱重傷者。謂左列傷害。

一 毀敗一目或二目之視能。

二 毀敗一耳或二耳之聽能。

三 毀敗語能。

四 毀敗一肢以上之機能。

五 於身體或健康有重大不治之傷害。

六 變更容貌。且有重大不治之傷害。

七 毀敗陰陽。

第三章 時例

第二十一條 時期以日計者。閱二十四小時。以月或年計者。從曆。

時期以若干分之幾計算者。一月三十日。一年爲十二月。

第二十二條 時期之初日。不計時刻。以一日論。最終之日。須閱全日。

放免囚犯。於期滿之次日午前行之。

第二十三條 刑期自裁判確定之日起算。

裁判雖經確定。其尙未受拘禁之日數。不算入刑期內。

第四章 刑事責任及刑之減免

第二十四條 非故意之行爲不罰。

第二十五條 過失應處罰者。以有特別規定者爲限。

第二十六條 犯人對於構成犯罪之事實。明知並有意使其發生者。爲故意。

犯人對於構成犯罪之事實。豫見其發生。而其發生並不違背犯人本意者。以故意論。

第二十七條 犯人雖非故意。但按其情節應注意並能注意而不注意者。爲過失。

犯人對於構成犯罪之事實。雖豫見其能發生。而確信其不發生者。以過失論。

第二十八條 不得因不知法令而免除刑事責任。但因其情節。得減輕本刑二分之一。

第二十九條 犯罪因發生一定之結果而加重其刑者。若犯人不能豫見其發生時。不得從重處

斷。

第三十條 未滿十三歲人之行爲不罰。但因其情節。得施以感化教育。或令其監護人保佐人

繳納相當之保證金。於一年以上三年以下之期間內。監督其品行。

十三歲以上未滿十六歲人之行爲。得減輕本刑二分之一。但其情節得施以感化教育。或令其監護人保佐人繳納相當之保證金。於一年以上三年以下之期間內。監督其品行。

滿八十歲人之行爲。得減輕本刑二分之一。

第三十一條 心神喪失人之行爲不罰。但因其情節。得施以監禁處分。

心神耗弱人之行爲。減輕本刑。但因其情節。得於執行完畢或免除後。施以監禁處分。

第三十二條 不得因酗酒而免除刑事責任。但酗酒非出於己意者。減輕本刑。

第三十三條 瘖啞人之行爲。減輕本刑。

第三十四條 依法令之行爲或正當業務之合法行爲。不罰。

第三十五條 依所屬上級公務員命令之職務上行爲。不罰。

第三十六條 對於現在不法之侵害。而出於防衛自己或他人權利之行爲。不罰。但防衛行爲

過當者。得減輕或免除本刑。

第三十七條 因救護自己或他人生命身體自由財產之緊急危險。而出於不得已之行為。不罰。但救護行為過當者。得減輕或免除本刑。

前項關於救護自己之規定。於公務上或業務上有特別義務者。不適用之。

第三十八條 對於未發覺之罪。自首於該管公務員受裁判者。得減所首罪之刑三分之一。向被害人告訴人或有請求權之人自首。而受該管公務員裁判者。亦同。

第五章 未遂罪

第三十九條 已著手於犯罪之實行。而不遂者。為未遂罪。其不能發生犯罪之結果者亦同。未遂罪之處罰。以有特別規定者為限。

第四十條 未遂罪之刑。得減既遂罪之刑二分之一。但犯罪之方法。決不能發生犯罪之結果者。得減輕或免除本刑。

第四十一條 已著手於犯罪之實行。而因已意中止者。減輕或免除本刑。

第六章 共犯

第四十二條 二人以上共同實施犯罪之行爲者。皆爲正犯。

第四十三條 教唆他人使之實施犯罪之行爲者。爲教唆犯。教唆教唆犯者亦同。

教唆犯。處以正犯之刑。

第四十四條 幫助正犯者。爲從犯。

教唆從犯者。以從犯論。

從犯之刑。減正犯之刑二分之一。但於實施犯罪行爲之際。爲直接及重要之幫助者。處

以正犯之刑。

第四十五條 因身分成立之罪。其共同實施或教唆幫助者。雖無身分。仍以共犯論。

因身分致刑有重輕或免除者。其無身分之人。仍科通常之刑。

第四十六條 知正犯之情而幫助正犯者。雖正犯不知共同之情。仍以從犯論。

第四十七條 二人以上於過失罪有共同過失者。皆爲過失正犯。

第七章 刑名

第四十八條 刑分爲主刑及從刑。

第四十九條 主刑之種類如左。

一 死刑。

二 無期徒刑。

三 有期徒刑 二月以上。十五年以下。但遇有加減時。得減至二月未滿。或加至二十年。

四 拘役 一月以上。二月未滿。但遇有加重時。得加至二月以上。

五 罰金 一元以上。但因犯貧得減至五分之一。

第五十條 從刑之種類如左。

一 褫奪公權。

二 沒收。

第五十一條 主刑之重輕。依第四十九條規定之次序定之。

同爲死刑或無期徒刑者。據犯罪情節。定其重輕。

同種之刑。以最高度之較長或較多者爲重。最高度相等者。以最低度之較長或較多者爲重。

最高度與最低度俱等者。據犯罪情節。定其重輕。

第五十二條 依第八條免除主刑者。得專科褫奪公權。

免除主刑者。得專科沒收。

第五十三條 死刑用絞。於監獄內執行之。

死刑非經司法部覆准。不得執行。

第五十四條 徒刑及拘役之囚犯。於監獄內拘禁之。

徒刑及拘役之囚犯。令服勞役。但得因其情節。免服勞役。

第五十五條 罰金於裁判確定後。令一月以內完納之。

期滿而不完納者。強制執行。其未完納者。易科監禁。

易科監禁。以一元以上三元以下。折算一日。但因犯貧而減罰金者。應以減得之數比例計算。

科罰金之裁判。應依前項之規定。載明折算一日之額數。但監禁期限不得逾一年。完納期內。經本人之承諾者。得易科監禁。即時執行。

易科監禁。於監獄內附設之監禁所執行之。得令服勞役。

易科監禁期內納罰金者。以所納之數。依裁判所定之標準。折算扣除監禁日期。罰金總額逾一年之日數者。以罰金總額與一年之日數比例折算。

易科監禁。不滿一日之零數不算。

第五十六條 褫奪公權者。褫奪左列資格。

一 爲公務員之資格。

二 依法律所定之中央及地方選舉爲選舉人及被選舉人之資格。

三 入軍籍之資格。

四 爲官立公立學校職員教員之資格。

五 爲律師之資格。

第五十七條 褫奪公權分爲無期及有期。

有期褫奪公權。以一年以上十五年以下爲限。

宣告死刑或無期徒刑者。其褫奪公權爲無期。

宣告十年以上有期徒刑者。其褫奪公權爲無期或有期。

宣告六月以上十年未滿有期徒刑者。其褫奪公權。不得逾十年。

第五十八條 宣告六月未滿有期徒刑拘役或罰金者。不得褫奪公權。

因過失犯罪者。不得褫奪公權。

第五十九條 褫奪公權。於裁判時併宣告之。

褫奪公權。於裁判確定時發生效力。但有期褫奪公權之期限。自主刑執行完畢或免除之

日計算。

第六十條 沒收之物如左。

一 違禁物。

二 供犯罪所用。及犯罪豫備之物。

三 因犯罪所得之物。

第六十一條 前條第一款之物。得專科沒收。

第六十二條 第六十條第一款之物。不問屬於犯人與否沒收之。第二款第三款之物。以屬於

犯人者爲限。得沒收之。

最重本刑爲拘役或罰金者。非有特別之規定。不得沒收。但第六十條第一款之物。不在此限。

第六十三條 沒收於裁判時併宣告之。

第六十四條 裁判確定前羈押之日數。得以二日抵有期徒刑或拘役一日。或以一日抵第五十

五條第七項裁判所定之罰金額數。

第八章 累犯

第六十五條 受有期徒刑之執行完畢。或受無期徒刑或有期徒刑一部之執行而免除後五年內。再犯有期徒刑以上之罪者。爲累犯。

第六十六條 累犯不同一之罪。或左列不同款之罪一次者。加重本刑三分之一。二次以上者。加重本刑二分之一。

累犯同一之罪。或左列同款之罪一次者。加重本刑二分之一。二次以上者。加重本刑一倍。

- 一 內亂罪。外患罪。妨害國交罪。
- 二 瀆職罪。妨害公務罪。妨害選舉罪。妨害秩序罪。
- 三 脫逃罪。藏匿犯人及湮滅證據罪。僞證及誣告罪。
- 四 公共危險罪。

五 偽造貨幣罪。偽造度量衡罪。偽造文書印文罪。

六 妨害風化罪。妨害婚姻及家庭罪。

七 褻瀆祀典及侵害墳墓屍體罪。

八 妨害商務罪。

九 鴉片罪。賭博罪。

十 殺人罪。傷害罪。墮胎罪。遺棄罪。

十一 妨害自由罪。妨害名譽及信用罪。妨害秘密罪。

十二 竊盜罪。搶奪強盜及海盜罪。侵占罪。詐欺及背信罪。恐嚇罪。贓物罪。毀棄損

壞罪。

第六十七條 裁判確定後。發覺爲累犯者。依前條之規定。更定其刑。

前項之規定。於執行完畢或免除後發覺者。不適用之。

第六十八條 累犯之規定。於前所犯罪。依軍法或於外國法院受裁判者。不適用之。

第九章 併合論罪

第六十九條 裁判宣告前犯數罪者。併合論罪。

第七十條 併合論罪。分別宣告其罪之刑。依左例定其應執行者。

- 一 宣告之最重刑爲死刑者。不執行他刑。但從刑不在此限。
- 二 宣告之最重刑爲無期徒刑者。不執行他刑。但罰金及從刑不在此限。
- 三 宣告多數之有期徒刑者。於各刑中之最長期以上。各刑合併之刑期以下。定其刑期。但不得逾二十年。
- 四 宣告多數之拘役者。依前款之例。定其刑期。
- 五 宣告多數之罰金者。於各刑中之最多額以上。各刑合併之金額以下。定其金額。
- 六 宣告多數之有期徒刑奪公權者。止執行其中最長期之褫奪公權。
- 七 宣告多數之沒收者。併執行之。
- 八 依第三款至第六款所定之刑。併執行之。

第七十一條 併合論罪。有已經裁判及未經裁判者。就未經裁判之罪處斷。

第七十二條 併合論罪。有二裁判以上者。依第七十條之規定。定其應執行之刑。

第七十三條 併合論罪。已經處斷。若各罪中有受赦免者。餘罪仍依第七十條之規定。定其應執行之刑。但僅餘一罪者。依其宣告之刑執行。

第七十四條 一行爲而犯數項罪名。或以犯一罪之方法或其結果而犯他項罪名者。從一重處斷。

第七十五條 連續數行爲而犯同一之罪名者。以一罪論。

第十章 刑之酌科

第七十六條 科刑時。應審酌一切情形。爲法定刑內科刑重輕之標準。並應分別情形。注意

左列事項。

一 犯罪之原因。

二 犯罪之目的。

三 犯罪時所受之激刺。

四 犯人之心術。

五 犯人與被害人平日之關係。

六 犯人之品行。

七 犯人智識之程度。

八 犯罪之結果。

九 犯罪後之態度。

科罰金時。并應審酌犯人之資力。

第七十七條 犯罪之情狀可憫恕者。得酌減本刑。

第七十八條 依法令加重或減輕者。仍得依前條之規定。酌減本刑。

第十一章 加減例

第七十九條 死刑不得加重。

死刑減輕三分之一者。爲無期徒刑。減輕二分之一者。爲十二年以上二十年以下有期徒刑。

第八十條 無期徒刑。不得加重。

無期徒刑減輕三分之一者。爲十年以上十五年以下有期徒刑。減輕二分之一者。爲七年以上十二年以下有期徒刑。

第八十一條 有期徒刑應加減者。其最高度及最低度。同加減之。

第八十二條 拘役應加減者。止加減其最高度。

第八十三條 罰金應加減者。止加減其最高度。

第八十四條 減輕本刑而無若干分之幾之規定者。至少減輕本刑二分之一。

第八十五條 有二種以上之主刑應加減者。同時併加減之。

第八十六條 同時刑有同等分數之加重及減輕者。互相抵銷。

同時刑有不同等分數之加重及減輕者。先加後減。

第八十七條 有二種以上應加或應減者。遞加或遞減之。

有二種以上不同等分數之減輕者。先依較少之分數減輕之。

第八十八條 徒刑或拘役。因加減有不滿一日之時間者不計。

罰金因加減有不滿一角之額數者亦同。

第八十九條 從刑不得加重或減輕。

第十一章 緩刑

第九十條 受二年以下有期徒刑拘役或罰金之宣告。而有左列情形之一者。得同時宣告二年以上五年以下之緩刑。其期間自裁判確定之日起算。

一 未曾受拘役以上刑之宣告者。

二 前受拘役以上刑之宣告。執行完畢。或免除後三年以內。未曾受拘役以上刑之宣告者。

第九十一條 受緩刑之宣告。而有左列情形之一者。撤銷其宣告。但因過失犯罪者。不在此

限。

一 緩刑期內更犯罪。受有期徒刑以上刑之宣告者。

二 除前條第二款外。因緩刑前犯他罪。曾受有期徒刑以上刑之宣告。在緩刑期內始發覺者。

第九十二條 緩刑期滿。而緩刑之宣告未經撤銷者。其刑之宣告爲無效。

第十三章 假釋

第九十三條 受徒刑之執行。而有悛悔實據者。無期徒刑逾十年後。有期徒刑逾二分之一後。由監獄官呈司法部。得許假釋出獄。但有期徒刑之執行未滿二年者。不在此限。

前項執行期間。遇有第六十四條情形者。以所餘之刑期計算。

第九十四條 假釋期內。有左列情形之一者。得撤銷其假釋。

一 更犯罪受拘役以上刑之宣告者。

二 犯假撤管束規則者。

假釋撤銷後。其出獄日數。不算入刑期內。

第九十五條 假釋期內。因他罪受刑之執行者。其執行之期間。不算入假釋期內。

第九十六條 假釋期滿而未經撤銷假釋者。其未執行之刑期以已執行論。

第十四章 時效

第九十七條 起訴權逾左列期限而不行使者。因時效而消滅。

一 死刑無期徒刑或十年以上有期徒刑者。二十年。

二 一年以上十年未滿有期徒刑者。十年。

三 一年未滿有期徒刑拘役或罰金者。三年。

前項期限。自犯罪成立之日起算。但第七十五條之連續犯罪。自犯罪最終之日起算。

第九十八條 起訴權之時效期限。據本刑之最高度計算。有二種以上之主刑者。據最重主刑之最高度計算。

第九十九條 本刑應加重或減輕者。起訴權之時效期限。仍據本刑計算。

第一百條 起訴權之時效。遇有依法令不能開始或繼續。須查預審起訴或審判之程序時停止之。

時效停止。自停止原因消滅之日起。與停止前已經過之期間。一併計算。

第一百零一條 行刑權逾左列期限而不行使者。因時效而消滅。

一 死刑無期徒刑。或十年以上有期徒刑者。三十年。

二 一年以上十年未滿有期徒刑者。十五年。

三 一年未滿有期徒刑拘役罰金。或專科沒收者。五年。

前項期限。自裁判確定之日起算。

第一百零二條 行刑權之時效。遇有依法令不能開始或繼續執行時停止之。

時效停止。自停止原因消滅之日起。與停止前已經過之期間。一併計算。

刑法學總論

附錄三

四九二