

無錫秦璣玠編

新刑律釋義

上海商務印書館印行

新刑律釋義附識

新刑律之編訂係於宣統二年頒布今仍沿用但改名爲暫行新刑律本書成於宣統年間故未改舊名但應行注意各層茲舉如下

一 暫行新刑律於新刑律文字略有改易至於刑法實質之處毫無異同暫行刑律釋義分則於附錄中刊有部頒暫行刑律全文可以對照

二 暫行刑律補充條例凡十五條與暫行刑律有直接關係特錄如下

第一條 刑事第十五條於尊親屬不適用之但有左列情事之一者不在此限

一 嫡母繼母出於虐待之行爲者

二 夫之尊親屬出於義絕或虐待之行爲者

第二條 藏匿刑事暫保釋人者處四等以下有期徒刑拘禁或三百元以下罰金

三 意圖犯前項之罪而頂替自首者亦同

刑事暫保釋人之親屬爲暫保釋人利益計而犯前二項之罪者免除其刑

第三條 二人以上共犯刑律第二百八十五條之罪及第二百八十六條關於姦淫之罪而均有姦淫行

爲者處死刑或無期徒刑



第四條 犯強姦之罪故意殺人者處死刑

第五條 強制親屬賣姦或爲娼者依左例處斷

一 女孫及子孫之婦五等有期徒刑或拘役

二 妻及在監督權內同居之卑幼三等以下有期徒刑

第六條 和姦良家無夫婦女者處五等有期徒刑或拘役其相姦者亦同

前項之罪須相姦者之尊親屬告訴乃論但尊親屬事前縱容或事後得利而和解者其告訴爲無效

第七條 犯刑律第二百八十九條第二百九十條或前條第一項之罪雖未經有告訴權者之告訴而因

姦釀成其他犯罪時仍應論之

第八條 尊親屬傷害卑幼僅致輕微傷害者得因其情節免除其刑

第九條 依法令契約擔負扶助養育保護義務而強賣和賣其被扶助養育保護之人者依刑律第三百

四十九條第三百五十一條第三百五十二條及第三百五十五條處斷

其豫謀收受或藏匿被強賣和賣人者依前項各條處斷未豫謀者依刑律第三百五十三條第二項處

斷

第十條 三人以上攜帶凶器共同犯刑律第三百四十九條至第三百五十二條第一項之罪者各依本

刑加一等其本刑係無期徒刑者得加至死刑

第十一條 行親權之父或母得因懲戒其子請求法院施以六個月以下之監禁處分但有第一條第一款情事者不在此限

第十二條 刑律第八十二條第二項及第三項第一款稱妻者於妾準用之第二百八十九條稱有夫之婦者於有家長之妾準用之

本條例第一條第二款稱夫之尊親屬者於妾之家長尊親屬準用之第五條稱妻子孫之婦及同居之卑幼者於己之妾子孫之妾及同居卑幼之妾準用之第八條稱卑幼者於卑幼之妾準用之

第十三條 第九條之未遂犯罪之
第十四條 犯第四條及意圖營利犯第九條之罪者褫奪公權犯第二條第一項第二項第五條第九條之罪者得褫奪之

第十五條 本條例自公布日施行

三 此外與刑律有關係之諸法近來所發布者有暫行新刑律施行細則不准除免條款嗎啡治罪條例法令罰法假釋管理規則沒收物品處分規則私鹽治罪法妨害內債信用懲罰令等具載各期新法令中可資參照

大清新刑律釋義序

世界刑法之起源最古者。莫我中國若。而進步最遲者。亦莫我中國若。何以言之。五刑之作。肇於黃帝。唐虞遞嬗。聿著典刑。周官有象魏之懸。甫刑紀三千之罰。春秋晉鄭。均鑄刑書。名法諸家。起乎戰國。李悝法經之作。實爲後世言律之鼻祖。漢興而畫一之法著。九章之律傳。歷魏及晉。至唐益詳。定律十二。頗多精義。光昭史志。聲暨海外。宋元以後。資爲模範。降逮前明。綜爲六律。國朝因之。遂立一王之大法。世界律系凡五。中律居其一。法曹數典。始自黃虞。實遠在西歷紀元以前數千年。就歷史沿革論之。誠莫古於我中國之刑法矣。然歐洲自開化後。羅馬首以法律著稱。中經蠻族之侵擾。陷於黑暗者數百年。迨王權漸鞏。文運復興。而法學亦遂日以精密。由威嚇時代之刑法。一變而爲博愛時代之刑法。更進而爲科學時代之刑法。向之專尙純理報應者。今則主在目的豫防矣。向之專重階級制度者。今則進於人權同等矣。向之一任官吏擅斷者。今則必須罪刑法定矣。向之專事抑壓淘汰者。今則趨重改善感化矣。先後不逾三百年。而刑法一端。疊經改革。一洗古來之宿弊。各國互相則效。捷於影響。而我現行之刑律。尙襲開國以來之舊制。源其所自。且多推本乎唐明。早

爲千數百年以前之遺蛻。既與社會事勢不相應。時代思潮不相合。按之進化必經之階段。固猶屬歐洲刑法史上威嚇時代之主義。尙報應。設階級。任擅斷。重抑壓。歷古如一轍。刑法之進步滯滯若是。殊可慨已。

迹其所以致此。蓋有兩大原因。一則政體之不革也。一則學術之偏廢也。蓋自有史以來。雖已脫部落而成爲國家。要未有如今日各國之完全組織。歷代皆尙專斷之政治。帝王之威權無上。人民直爲其所有物。挾雷霆之勢。專生殺之權。有關於刑事之命令。而實無限制刑罰權之法律。月吉之所布。旌節之所宣。固非許有國民總意之參預也。秦陶爲理而書賡明允。張趙進用而史譏網密。純以人治而非以法治。虎冠者得肆其淫威。持平者轉自矜其陰德矣。漢之守相。得誅吏民。唐之臺省。亦預詳讞。行政與司法不分其職。生殺有出於任意。恩威或示其不測矣。律令不具。而出以比附。執法者即可創法之人。自是所欲活則傳生議。所欲陷則予死比。非特以刑罰爲鞭策。直以條律爲機筭矣。甚至罪狀未著。而刑戮已施。榜掠之楚毒。囹圄之黑闇。更爲千古所痛切。刑官古稱無後。而酷吏史不絕書。縱有寬仁之主。慈惠之師。肆赦省刑。要不過流恩意於一時。非克爲根本之改革。守成之世。既不敢輕議祖法。時當

開創亦惟務偃息。類多因襲前朝。偶有創作。亦終以威積於上。公理久鬱而莫伸。民貴之精義不傳。人權之宣言安在。此刑法之不能進步。原因於政體者一也。周秦諸子出。而道法始見分科。各成專家之學。然自申韓主於刻覈。鞅斯以之亡秦。而名法家言。遂爲後世所詬病。漢初崇黃老。孝武斥百家。而刑名之學益以廢墜。自是歷晉唐宋明。以至今日。學術凡三變。訓詁詞章義理之學迭盛。而名法之說多不傳。士大夫高言德禮。而忽視刑政。遂至刑名刀筆之事。悉委之於吏胥之手。雖馬鄭諸大儒。曾爲律章句。綜計十餘家。要祇爲經術之支流。而非法科之專學。大都引故事以資比決。取便誦習。不涉立法之範圍。魏有律博士之設置。用資教授。唐宋因之。且以明法列入於科目。然亦僅使遵功令。習書判而已。更非能於法學之精奧。有所發明。至元明而遂廢。國無專科。人無專學。入本朝以來。幾及三百年。浸成吏例利之天下。縱刑曹稍能明習。而補苴固已甚微。紀文達編纂四庫全書。於法令之書。多遭擯棄。並以刑名爲盛世所不尙。所錄止略存其梗概。亦足徵名法見輕於世之一斑矣。魏衛覲有言。刑法者。國家之所貴重。而私議之所輕賤。蓋自古而已然。此刑法之不能進步。原因於學術者又其一也。

變遷之現象。固多成因於歷史。常有堅定不易之基礎。而刑罰世輕世重。其立法之聖義。要不得不視社會事勢之改變。國民風習之移轉。國家文化之程度。國際交通之發達。而隨時代境域爲變遷。探究犯罪之原因。講求刑事之政策。以期遠處罰之目的。固非可狃於積習。囿於成見。昧進化之公理。拂大同之趨勢。而終古一成不變者。家族主義之刑法。不能適用於國民主義之國家。專制主義之刑法。不能適用於立憲主義之國家。禮治主義之刑法。不能適用於法治主義之國家。閉關主義之刑法。不能適用於交通主義之國家。故處今日之中國。而議刑律之改良。勢不能不奮圖新本。原求治。綜其要義。厥有數端。

一宜尊國權。古者不廢私刑。復仇、械鬪、賠償等事。且有任一私人自爲之者矣。至公刑時代。而刑罰之權。悉收於國家。人民相犯。不得不服從於同一之國法。貴賤尊卑男女長幼。區別種種。衡之以國家之地位。而階級胥平。父前子名。君前臣名。明家國之小大殊也。祖父之名義。可以稱尊於家庭。而非可對抗於國家。此爲倫理上與法律上之區別。國家以個人爲單位。個人以國家爲統宗。國民與國家。有憲法上直接之權利義務焉。若以家族爲一包括體。設立特種之階級。橫亘於其間。是父兄得私

其子弟。而國家轉不得直接有其國民矣。刑法者。全國之法。非一家之法。應維持全國之秩序。非止維持一家之秩序。議者動謂家爲國本。家治而國治。然新舊刑律所揭犯罪之事實。非必專起於家庭之爭鬪。而多發生於社會之關係。家治者國未必治。是則刑法維持國家之秩序。固並不恃乎家族之制度。舊時律例。於民刑禮法等事。概不分科。動多牽混。設立種種階級。而於家族之關係尤甚。幾占刑律之大部分。名爲國法。而儼成爲家法焉。不別個人犯罪之情節。而專重家族名分之關係。尊長有家族連帶之責任。亦有家庭專制之特權。卽如共犯條律稱。一家人共犯。止坐尊長。若尊長年八十以上及篤疾。歸罪於共犯罪。以次尊長律注。如無以次尊長。方坐卑幼。此不審何由而必牽入家族制度。獨酷於家長。又如子孫違犯教令者。處十等罰。不別言何等罪狀。而卽以教令違犯爲其罪狀。是許家長得自恃其神聖。而以家法之有違。爲國法上之犯罪也。且呈請發遣者發遣。呈請釋回者釋回。是子孫治罪之權。全在祖父母父母。而不屬於國家。且轉以國家聽命於家族。以國法之均平。屈從於家庭之專制矣。留養條律。於徒流以上至死罪。亦得以祖父母父母老疾應侍。家無次丁爲詞。收贖留養。是家長得庇護其犯罪之子孫。而國家轉須縱惡以徇家。

族制度。不惜犧牲其國家秩序之維持矣。凡若此類。於倫紀爲似是而非。於法律爲無端破壞。要之皆偏執家族主義。而蔑視國家體制者也。新刑律於犯罪與刑罰之規定。以個人爲其單位。以國家爲其前提。悉除男女貴賤種種之階級。而於倫紀之維持所必要者。仍有對尊親屬犯罪。特別加重之條。然苟於親權懲戒之範圍以外。而對子孫加不正之侵害。及挾持名分而處之以私刑。以及倚恃尊親屬而規避秩序維持所必要之處罰。則概爲法律所不許。蓋以尊國權。而求情罪之相當也。

二宜重人道。個人之生命身體自由名譽財產各種權利。爲天賦之人權。而受保護於國法。自非牛馬及與相類之奴隸。全無人格。其餘凡屬人類。無不有私權享有之能力。不以階級制度其他勢力而致被剝奪。相人偶之謂仁。雖祖父之與子孫。倫理上之名分不同。而法律上之人格則一。就專制政體言之。無一非朝廷之赤子。就立憲政體言之。無一非組成國家之國民。其各個人所得享有之法益。自應受國家同一之保護。世界進化主義。首在保護人權。而個人之生命權。尤應重視。溺嬰亦在殺人之例。墮胎且有處罰之條。刑曰祥刑。固通乎凡有血氣。父慈子孝。偏重亦不宜過差。故曰法者天下之平。法不得其平。則民無所措手足。舊律尊重家族制度。特設一

種階級。子殺父。死無赦。而祖父母父母因子孫違犯教令。而非理毆殺者。祇處十等罰。故殺者亦止徒一年。雇工殺家長。死無赦。家長殺雇工。罪亦止徒。甚至子孫毆祖父母父母。而未傷者。罪至絞。罵祖父母父母者亦應絞。而祖父母父母對於子孫。毆傷者。雖至篤疾亦無罪。嫡繼慈養母毆子孫婦乞養子。致廢疾始行科罪。且以此例推之於旁尊焉。更以此例推之夫婦焉。重名分而輕人道。殊乖民洽好生之德。有違孝慈並舉之旨。法之不平。莫甚於此。此等汗點。豈宜更留毫髮於世界。康誥稱父不能字厥子。乃疾厥子。刑茲無赦。白虎通言。父煞其子當誅。何則。天地之性人爲貴。人皆天所生。託父母之氣而生。王者以養長而教之。故父不得專也。此皆天賦人權之古義。並不始於泰西學說。證之經義。核之人情。安有可挾特尊長名分而非理殺傷者哉。刑法上之性質。止論其人之行爲。究爲犯罪與否。究應科刑與否。至個人之身分地位。於犯罪之成立。及科刑之加重減輕。本無何等關係。而新刑律對於尊親屬有犯各條。仍有因身分而特別加重之處。主爲倫紀之維持所必要。有犯必加重。正所以禁止卑幼之犯罪。以是爲維持倫紀。亦已足矣。若於尊親屬有犯。更設特別減免之專條。則非禁止犯罪。而直縱許犯罪。殊背刑法之性質。且卑幼犯尊屬。既已加

重屬犯卑幼。更須減輕。是較之凡人律。其輕重出入相差之數。不啻倍蓰。比之自
重再乘矣。就法律言。止須加重。以禁止卑幼之犯罪。無須減輕。以寬縱尊屬之犯罪。
就倫紀言。亦止須以卑幼無犯爲維持。更無須以尊長易犯爲維持。若使因有挾恃
而輕於犯法。且因不平過甚而激成反動。則於倫紀之說。維持不足。破壞有餘。更無
論國家之秩序矣。故有對尊屬犯罪之加重。更無對卑幼犯罪之減輕。正所以維倫
紀保治安於必要之限度。而其根本之主義。實不外乎重人道。至個人之財產權。雖
不能與生命身體自由權並論。然舊律之子婦無私蓄。卑幼不得私擅用財。此實宗
法時代之遺制。早爲陳言而非今義。小之足爲家門人口之累。大之足爲國家經濟
之憂。立憲國人民。均有享有私權之能力。其不能因沿舊律之謬誤。自按之人道主
義而更無所疑也。

三宜符憲政。立憲之要義。首在三權分立。救人治之弊。而施以法治。臣民非按照法
律所定。不得加以逮捕監禁處罰。已明揭於憲法大綱。而刑法與憲法實相表裏。自
有十九世紀初法蘭西之人權宣布。而人民一切行爲。非據已公布之法律。不能處
罰。早成立憲國之通例。爲刑法上之大原則。而我國舊律。猶存援引比附之制。法不

與民以共信。律雖存而不盡適於用。則通之以例。例又隨時隨事。枝節爲之。不無繁複挂漏。於是律外有例。例外又有案。律爲公布之定制。而例與案則非世所通行。以非公布通行之例案。而牽引比附。以之處罰。罔民實甚。殊背法治之要義。雖祖制曾有比照逆案減輕之旨。祖父惑後妻愛子。因蔭襲財產。捏告子孫。更正之條。卑幼拒非理致傷尊長。夾簽聲紱不勾之案。然法無定限。而有資比擬。雖周孔之明聖。管商之綜覈。亦難事事平允。而無輕重出入之失。立憲文明國之刑法。雖因司法權之獨立。而許法官得於法定範圍內。爲刑種及刑期之選擇。且得有酌量減輕之特權。而要不能於明定之條律外。牽引比附以定罪。且非由司法之機關。不能裁判。非經法官之判決。不得執行。此爲法律上人民權利之保障。足救比附擅斷之弊。律無正條者。不爲犯罪。在先進各文明國。固已無俟明著於條文。而我國當創制改法之初。則必須明揭罪刑法定之主義。此立法之宜符乎憲政者也。

四宜願條約。凡一國有獨立之體統。必有獨立之法權。胥中外人民而受治。我國以法律之互異。刑制殘酷。且於家族之關係。苛例尤多。故各國通商之始。要求領事裁判。遂至喪失獨立國固有之法權。前事可無論已。庚子以後。始議法權之收回。幸英

美日葡四國商約均允於律例改同中外一律。認爲妥善之後。卽棄其領事裁判權。是則乘此時機。改良刑律。固宜察大同之趨勢。按進化之公理。以定立法之方針。必刑律之編訂實際改良。而後於法權之收回有詞可藉。議者顧謂收回領事裁判權。決非刑律一端。一似仍可我行我法。豈知法權之收回。雖不第關於刑律。而刑律實明爲其一端。條約所以堅彼此之信守。既經訂定。不能不力求實踐。而法律爲統治中外之要具。既議改正。自不能不力求合轍。雖條文不必盡與各國相同。而主義不能不與各國相近。要惟合於文明之公例。庶中外可以共遵。英美日葡各約所謂律例改良。悉臻妥善者。卽合於文明通例是也。我國舊律關於倫紀諸條。異常偏重嚴苛。果可謂合於文明之公例與否。自有國籍條例之制定。中外人民。可以互相通婚承繼。歸化入籍。所有家族之關係。已不啻中外共之。於尊卑男女。所謂倫紀禮教問題者。倘仍偏執嚴苛。果可謂之法律改良。而各國認爲妥善與否。昔者止爲獨立時代安內之刑法。今則變爲分立時代同化之刑法。今昔情形。固已大異。自不能不就舊時法律。而出以變通。以達法權收回之目的。此宜顧及條約者也。

五宜重科學也。法律學爲精神的科學。刑法爲其一端。立法之是非得失。宜以科學

準之刑罰之目的。在維持國家之秩序。求犯罪之減少。是必探其原因焉。講其政策焉。注重於犯人之惡意何若。以求改善及豫防之方法。不得專就客觀的犯罪事實之大小。而定刑之重輕。且專務嚴刑峻罰。以爲報應而威嚇禁止。舊律惟重客觀的事實。以爲報應。同一殺人罪也。折割人及蠱毒殺人。與普通故殺之刑異。殺三人一家。與殺三人非一家之刑異。同一盜也。計得財之多寡而異其刑罰。又盜牛馬與盜田穀異刑。盜常物與盜官物異刑。其他類此者甚多。與專就家族關係。以名分之尊卑而定刑罰之輕重者相同。均爲偏重客觀之失。定制立法。如鸞屨然。小大相比。尺寸不移。於實際之犯情。全不適應。惡因惡果。等量相報。專重報應。而無改良社會之目的。於有關於家族制度干犯名義者。尤深惡痛絕之。往往所犯極微。處罰極重。動至擬絞。故死刑之多。甲於世界。與恃有名分者之罪罰。適成爲反比例。法失其平。而情不相應。藉名教之說。以施其殘酷。慘無人理之事至多。雖光緒三十一年。廢止凌遲梟示諸刑。而於刑法上專重威嚇之主義。迄未少改。新刑律矯正其失。注重於主觀的犯情。而不僅重客觀的事實。寬其法定刑之範圍。使得定適宜之刑罰。且重豫防改善。而不務威嚇。規定緩刑假釋及感化院強制教育勞動之制。以合文明通例。此

本乎科學者也。

凡此五端。皆爲新刑律編纂之根本主義。二十世紀之新中國。自必有二十世紀之新法律。而非可執數千年前之思想。以擬議之。法律固因應乎文化風習社會各種事勢之轉移。亦足以迫使文化風習社會各種事勢之改進。泥目前而昧趨勢。是狃於積習也。篤自信而忘對鏡。是囿於成見也。若意在進化。求其大同。固無取乎是。近年朝廷以改良刑律爲當世之急務。乃命法律館起草。參酌東西法制。依據歷史沿革。以成適中之法律案。復飭憲政編查館核訂。交資政院議決。而徵之輿論。於新刑律之實行。猶有不能無疑議者。一則曰失之輕縱也。再則曰不合禮教也。三則曰專仿外國也。四則曰現時程度不及也。請得而逐一解決之。

昔班史志刑法。而歷敘黃帝以來用兵戰陳之事。蓋自古兵刑合一。而兵實統於刑。征誅殺伐。莫不視爲刑罰之一種。故曰討有罪而作五刑。大刑用甲兵。其次用斧鉞。薄刑用鞭朴。大者陳諸原野。小者尸諸市朝。此以殺戮爲威。殘異種可也。而非所以對同胞。國家之於國民。猶父兄之於子弟。豈必使陷刑辟受誅夷而後快。苟有改善感化之望。無事濫刑而遽絕之。酌減緩刑免除不爲罪諸特例。亦猶是意而已。大抵

世愈古者其刑愈酷。漢文除肉刑。號爲仁厚。然代之以笞與髡。笞者輒死。其後乃去笞而獨用髡。減死罪一等。卽止於髡。進髡一等。卽入於死。而深文酷吏。務從重比。故死刑甚衆。中律死罪之多。蓋源於此矣。刑亂用重。出自周官。乃歆莽之僞經。後世顧據爲典要。以逞其殘殺。正刑旣酷。復有各種私刑。官威重而民命輕。文法深而冤累衆。非古聖去殺勝殘之意也。且新律亦何嘗專主輕刑。卽如現行律。二罪俱發。止從一重論。而新刑律則須各科其刑。併執行或加重執行之。又現行律。毆人成傷者。處三等罰。罰銀一兩五錢。折工作六日。新刑律則傷害人致輕微傷害者。處三等至五等徒刑。最短期須兩月。較舊律加重十倍不止。現行律偶然會聚開場窩賭者。徒一年。經旬累月者。初犯徒三年。再犯流三千里。新刑律凡聚衆開設賭場以圖利者。處三等至五等徒刑。併科五百元以下罰金。現行律軍民相姦者。姦夫姦婦各處十等罰。新刑律則凡和姦有夫之婦者。處四等以下徒刑拘役。其相姦者亦同。此皆新律重於舊律。其餘類此者亦復不少。蓋刑罰本不得已而用之。輕重皆以適當爲主。固非專以示威力。然使苟慕輕刑之名。而不恤惠姦之懼。有罪者倖免。被害者含冤。亦爲新刑律之所不取。則慮有輕縱之失者非也。

自新刑律草案出。而禮教之爭議生。主進化者。謂新刑律與禮教。並不相妨。主國粹者。謂新刑律於禮教。顯有違背。彼此相持。爭議甚劇。於此有先決之問題焉。其一。禮教是否爲吾中國所獨有。其二。禮教是否絕對不可變通。其三。禮教是否與刑律爲一事。其四。所謂禮教者。是否爲三代以前之禮教。第一問題。如謂禮教爲吾中國所獨有。則是東西各國概無禮教。不啻自居於華夏。而斥人爲夷狄。此乃排外自尊之見。恐主持禮教者。亦未必允承。果爾則禮教固爲中外所共有。我亦未宜以此自多矣。既爲中外所共有。則禮教之說。不過彼此略有異同。然其所異同者。究孰爲短長。恐未易以一隅之見。沾沾自喜。且自舊學言之。謂之禮教。自新學言之。卽所謂文明。就文明之程度論。恐主持禮教者。亦或欲然未敢自誇也。第二問題。如謂禮教終古不能變通。則夏尙忠。殷尙質。周尙文。三王不相襲禮。何況近世。且古者祇有天子諸侯大夫士之禮。冠昏喪祭相見。均及於士而止。禮不下庶人。何至今而於一般之國民。忽動繩以禮教。自必出於後起可知。自封建之制廢。卽所謂諸侯大夫士之禮。固亦多已非古矣。是則就禮教論。亦自隨時代風俗文化之如何爲轉移。雖綱常名教。古今相去不遠。而輕重本末之等。親疏隆殺之節。自不能不與時變通。執數千年前

之禮教以爲亘古不易而不悟時勢之不可行。已失之迂闊。况乎其爲後起而非古。猶然天不變道不變。恐無以折進化者之心也。第三問題。如以禮教與刑律爲一事。出乎禮卽入乎刑。非用刑罰不足以驅策禮教。是重刑而輕禮。有傷禮教者也。如其不然。則法禁所不及者。自有禮教以彌其缺。未必刑法所寬者。遂爲敗壞禮教之端。顧牽禮教以入刑律。是又不知刑律者也。大傳載孔子言。古之刑者省之。今之刑者繁之。古者有禮然後有刑。是以刑省也。今也反之。無禮而齊之以刑。是以繁也。論語云。齊之以刑。免而無恥。齊之以禮。有恥且格。是刑與禮同一爲齊民之具。不過禮爲社會自然之制裁。刑爲國家強權之制裁。苟禮教之程日高。斯刑罰之用日省。自近世學術分科。而倫理與法律、刑事與民事、生種種區別。凡人之不正行爲。有宜出以道德上之制裁者焉。有宜出以民事上之制裁者焉。有宜出以刑法上之制裁者焉。而刑法上之制裁。其範圍常較狹。人卽有踰閑檢。苟未至擾亂國家之秩序。社會之和平。其事不必定在科刑之列。自有別種制裁之方法以處之。禮教之與刑律。本各爲一事。欲維禮教。宜使民有恆心。此應於經濟教育方面求之。而非可驅迫之以刑罰。致法律與禮教兩失之也。第四問題。今之主持禮教者。果悉根據周孔。爲真正之

禮教乎。亦嘗聞其說矣。曰法律生於政體。政體生於禮教。禮教生於風俗。風俗生於生計。風俗者法律之母。引戴記廣谷大川異制。民生其間者異俗。修其教不易其俗。爲詞。其餘類此之說甚衆。是名爲爭持禮教。實則遷就風俗。狃慣習而憚改變已耳。風俗亦何不可轉移之有。孟方水方。自應任先覺之責。未宜轉徇流俗。況戴記中國戎夷民性不可推移廣谷大川異制民生異俗之說。乃老死不相往來之見。今則交通發達。漸摩同化。卽就風俗立論。亦固已稍稍變遷。且中外通商。生計亦非復農桑之舊。但囿目前之現狀。而忽日後之趨勢。常有夸父逐日之慮矣。又主持禮教者所爭執諸事。信爲不易之辦法者。於五三六經。並無確切之引證。不過以舊律各條爲根據。是則名爲爭持禮教。實仍研究法律。不過比較新舊。評論得失已耳。既止以舊律爲根據。則現正改良法律。固無不可酌量變通之理。況舊律之條目。多出於秦漢以後。名法家刀筆吏之手。固非古聖相傳經典。確爲禮教之所存。而不能改廢。立法之善否。當以眞理爲衡。非可專以舊律爲準。不然則仍修例之補苴。豈所謂因時以改法。禮教說之根據若是。則所謂禮教者。實際乃相沿風俗。及現行事例。非眞所謂禮教者也。此四種問題。既經解決。主禮教者。已先失其本據之所在。然因禮教與刑

律之爭。而生家族主義與國家主義之爭。則於此又有次應決之問題焉。卽家族與國家兩主義。能否並立。及家族制度。果應全恃刑法爲維持與否是也。如謂此兩主義。絕對不能相容。而專取純粹的個人主義。恐持國家主義者。亦未必果存此見。蓋雖歐美各國。不必有家族。而未始無家庭。特在國家主義之下。而行家族制度。要非得爲一種特別階級。有妨國權與人道。若在刑法上主張子孫治罪之權。全在家長。且故殺傷子孫。得倚恃身分而特別減免。以及卑幼不得有私財。是皆非禮之禮。以家族主義而蔑視國權與人道。決非新刑律之立法主義所許容。家族制度之存廢得失。應屬民律範圍。於刑律之關係本少。然卽就新刑律觀之。亦固非主在破壞族制者。禮教莫重乎綱常。新刑律於侵犯皇室。及對尊親屬有犯。均有特別加重之規定。且妻於夫之尊親屬與夫同。是於君臣父子夫婦之大倫。固已隱寓維持之意。至倫紀維持所必要之範圍以外。固無庸爲其己甚也。則謂爲不合禮教者非也。凡一國之法制。必兼含其國之固有法。與得自先進文明國之繼受法。此爲交通發達時代之通例。固非可專己自是。而以摹仿外人爲恥者。最不摹倣外人者。莫如朝鮮。最善摹倣外人者。莫如日本。其徵驗何若。立法之是非得失。總以合乎公理。見之

實效者爲衡。不必以中外之見而生畛域。十九世紀。學者稱之爲法典革新時代。各國之立法。勢趨於大同。視爲國際競爭之事業。而我國上下。株守因循。動謂各國之新法。其法理之原。皆我國所固有。修改變通。不待外求而道在是矣。何必震於他人之赫赫。棄其所學而學之。數千年來。百事無一進步。病皆坐此。豈知善善從長。固有當舍己從人者乎。議者一則曰。全棄中律。概從外邦。再則曰。專摹外人。置本國風俗於不顧。三則曰。不爲本國數萬萬人計。專爲外國流寓之數千人計。其命意所在。不外尊己卑人。欲因循積習。保存舊律。併以爲領事裁判權之收回。亦於刑律之改良無關。不必舍固有之禮俗。而一一摹仿外國。可以舊律之義。用新律之體。胥外人而受範。竊謂以此而欲收回法權。恐未易達其目的也。光緒二十八年。改訂刑律諭旨有云。按照交涉情形。參酌各國法律。務期中外通行。當時豈不知固有禮俗之應保守。而必注重於參考各國成法者。蓋以舊律義關倫常諸條。實多嚴苛偏重之弊。勢難中外通行故也。光緒二十七八年間。英美日葡各商約。謂中國整頓律例。期與東西各國律例改同一律。一俟查悉中國律例情形。及審斷辦法。皆臻妥善。卽允棄其治外法權。所謂改同一律者。固非必與各國一一盡同。然總須合於文明公例。採擇

多數。求可通行。不能引各國一二特例。以自文飾。至謂條律不同。外人亦應遵守。此指法權既收回以後言之。固然。若在未收回以前。而商議收回。條約既有查悉妥善之限制。其權又操於外人。則所謂妥善者。恐未必即爲我舊律義關倫常諸條。而應屬於各國文明之通例。若以舊律之義。而用新律之體。是止改良其形式。外人能認爲妥善乎。改訂之刑律。既不認爲妥善。而謂有法權收回之望乎。是不得謂收回法權。與刑律改良無關。而遂恃爲舊律可以保存之確據也。且舉舊律義關倫常各條之一例。如有人於此。其妻與人通姦。夫殺之。姦夫當抵死。而其夫無罪。又如在室未婚之女。與人通姦。父殺其女。亦當以姦夫抵命。而其父無罪。此皆代實施殺人之人。而受犯時不知之罪罰。凡若此等不合法理之苛例。卽無法權收回問題。亦當尊重人權憲政。而急議變革。以除偏虐。新律之專以犯情爲標準。而不使得有名分之倚恃。正爲本國數萬萬人之拯溺計。而非專爲外國流寓數千人之遷就計。豈得以此相詰難。日本四十年前。與我禮教風俗律例。大略相同。乃自仿摹歐西。改正法律後。得有法權收回之效。而並無反常召亂之慮。何獨於我。而遂有凌夷胥漸之隱患。動以此相恫嚇。母乃富於惰力。爲排外思想發達之徵候乎。則以新刑律爲有摹仿

外國之失者亦非也。

至謂感化院未易遍設。戶口清查不易。醫學未進步。警制未完善。及法官程度不及。而慮其推行之窒礙。此則本非刑法上之缺點。乃變甲而不變乙之弊。止宜力求庶政之進行。而不得以此爲刑法之指摘。篤信力行。跬步而千里矣。趨趨前却。千里而跬步矣。是以現時之程度不及爲慮者亦非也。

憲政編查館核訂刑律原奏有云。刑律之是非。但當論收效之治亂爲何如。不必以中外而區畛域。且必上折衷於唐虞夏商刑錯之盛。而不容指秦漢以後之刑律爲周孔之教所存。此言最爲平允切中。今者刑律總分各則。既由資政院過半議決通過。奏准頒布。惟違犯教令及無夫姦二事。新舊異同。尙留爭點。主持禮教者。亦自不失爲新刑律之諍友。惟幸察大同之趨勢。導進化之先機。不因門戶。而致阻實行。則攻錯之餘。益臻美善。內之神益憲政。外之收回法權。異日追溯刑律編纂一大維新事業。參預立法諸君子之榮譽無量矣。

大清新刑律釋義目錄

緒論

第一章 刑法之性質	一
第二章 刑罰之目的	三
第三章 犯罪之原因	九
第四章 刑事政策之作用	一三
第五章 世界各國刑法沿革之大略	一七
第六章 我國刑法上沿革及其改正之要點	二〇

第一編 總則

第一章 法例 <small>第一條至第九條</small>	一
第二章 不論罪 <small>第十條至第十六條</small>	三四
第三章 未遂罪 <small>第十七條至第十八條</small>	七一
第四章 累犯罪 <small>第十九條至第二十二條</small>	八六
第五章 俱發罪 <small>第二十三條至第二十八條</small>	九八

第六章	共犯罪	第三十九條至第三十六條	一一八
第七章	刑名	第三十七條至第四十九條	一六二
第八章	宥減	第五十條	一一九
第九章	自首	第五十一條至第五十三條	一二五
第十章	酌減	第五十四條至第五十五條	一三六
第十一章	加減例	第五十六條至第六十二條	一四二
第十二章	緩刑	第六十三條至第六十五條	一五九
第十三章	假釋	第六十六條至第六十七條	一七〇
第十四章	恩赦	第六十八條	一七八
第十五章	時效	第六十九條至第七十六條	一八二
第十六章	時例	第七十七條至第八十條	二〇一
第十七章	文例	第八十一條至第八十八條	二〇七

大清新刑律釋義

緒論

第一章 刑法之性質

刑法者。總稱對於犯罪而與以刑罰之國家之法規。凡法律。均爲對於某種事實。規定其法律上之結果者。刑法則爲對於犯罪之事實。而規定其所應處之刑罰。以爲法律上之結果。例如律文規定殺人者處死刑無期徒刑或一等有期徒刑。是所定之犯罪爲殺人。其法律上之結果。爲死刑無期徒刑或一等有期徒刑。而規定此種關係之條文。謂之刑法上之規定。故從客觀的言之。刑法可稱爲刑罰法或犯罪法。又從主觀的言之。刑法謂關於處罰之法規。即國家自制限其無限之刑罰權者。刑法所特有之事實爲犯罪。而犯罪爲不法行爲之一種。刑法所特有之法律上結果爲刑罰。而刑罰爲國家對於不法行爲者。侵害其人法律上保護之利益。此爲刑罰與其他法律上結果爲異之處。而犯罪與刑罰。實爲刑法上之兩大綱領云。

凡法律。因人類而存。概以保護人類之生活的利益爲目的。刑法亦然。依法律保護之人類生活上個人或團體之利益。是之謂法益。法規固非生利益者。利益實早因

人類之生活而生。特依法律之保護。而人類生活上之利益。遂成爲法益。人類之生活於斯世也。各欲滿足其慾望。不免起彼此種種之衝突。因人類相互之生活關係。而生一方對於他方。爲實行己意所必要。使他人作爲或不作爲之利益。例如債權者。欲債務者償還其貸金。商家欲不使他人擅用自己之有名商號。又如國家對人民。要求兵役納稅。人民對國家。要求言論其他之自由等皆是。欲使此等樊然之各種慾望。不致終於爭亂。則必須有此種生活關係之一定秩序。於是由國家制限各人之自由意思。而於一方之利益。承認保護之者。卽於他方之利益。不認而禁止之。是成爲法規。變人類之生活關係。爲法律上關係。變人類生活上之利益。爲法律上利益。以命令或禁止而定法益之限界。有違背此法規者。必須以力鎮壓之。依國家之統治權。而維持人類生活關係之平和秩序。欲強制其遵守。必須對於違犯法規之事實。規定法律上制裁之因果關係。故法規與法益之外。更須有法律之強制力。其法規強制之方法。一爲強制執行。二爲原狀回復或損害賠償。三爲違犯者之處罰。自制度之進化。而此法規強制之方法。遂化分爲二。前兩者爲民事上責任。後之一種則爲刑事上責任。是爲刑罰。由刑法規定之。

刑法與各種法律相等。均以保護利益爲目的。而刑法之特質。比之他種法律。非其所保護利益之種類有異。乃其利益上所保護之方法有異。例如財產或家族關係之利益。身體、生命、自由、國家元首之地位、國民參政、國家行政之利益。團體組織之利益。婦女之節操、貿易之安固、其他一切之利益。莫不依刑罰之方法而保護之。故刑法對於保護此等利益之他種法律。實有補充的強制其遵守之性質者也。

第二章 刑罰之目的

刑罰之目的。與國家刑罰權根據之問題相關。國家有刑罰權與否。實爲論刑罰目的之先決問題。雖亦有主消極說。謂刑罰不能使犯罪消滅或減少。國家原非有刑罰權者。然刑罰權爲主權作用之一。國家於維持其秩序所必要之範圍內行使之。此乃成立爲國家之當然結果。刑罰權之根據。卽爲主權。其應採積極說。認爲存在無疑。惟國家行使其刑罰權。究爲達何種之目的。則關於此問題。有種種之學說。略分爲三派。有絕對主義。有相對主義。有折衷主義。分別說明之。

第一派絕對主義。亦謂之正義主義、純理主義、或報應主義。其宗旨略謂。凡人莫不有是非善惡之辨別力。及取捨從違之自由意思。願造作犯罪之惡因。則必使受刑

罰。與以相當之惡果。是爲義理之正。此蓋主張有罪必罰。且刑罰之苦楚必與犯罪之害惡相均者。其中更細別爲神意的報應主義。道德的報應主義。及法律的報應主義。要皆舊派之所主張。蓋在古昔宗教道德法律。並不分科。祭祀爲國之大事。尚道德而不崇法律。故其思想如是。至今日而欲牽引神權及倫理。以說明刑罰之作用。且謂國家別無何等目的。而專務強行法律上因果報應之理法。殊多謬誤。況有罪必罰及刑罪必等之主義。亦背今世公認之刑法上大原則。而與時效、恩赦、未遂犯處罰、累犯加重、及宥恕減輕之制度。全然不能相容。

第二派相對主義。亦謂之目的主義。實利主義。或豫防主義。其宗旨略謂。刑罰之目的。在維持法律的秩序。現時刑事政策論。卽由此主義而生。其學說有四種。

甲一般豫防說。謂刑罰所以豫防社會一般之犯罪。更細別爲二。其一、謂因刑之執行。而使公衆恐懼。得以豫防。是爲威嚇主義。其二、謂因刑之昭示。而使公衆知儆。不敢恣意行樂。致觸法網而干刑禁。是爲垂戒主義。

乙特別豫防說。謂刑罰惟施於特定情事。應處罰之犯罪人爲宜。其目的實豫防此人將來之再犯。更細別爲二。其一、謂因刑罰之執行而威嚇犯人。以豫防之。

其二、謂因刑罰之執行。而使犯人改善。爲豫防之法。

丙雙方豫防說。謂既豫防一般社會之犯罪。亦豫防特定犯人之再犯。其中又有分別主目的與從目的。而或注重於一般豫防。或注重於特別豫防者。

以上三種。就大體言之。均足說明刑罰之本旨。其餘更有社會防衛及無形賠償之諸學說。不足爲目的豫防主義之說明。

第三派折衷主義。卽絕對主義及相對主義之併合。謂國家所以有刑罰。主爲善惡邪正因果報應之理。惟在此範圍內。須視法律秩序之維持所必要而適用之。雖有種種說明。其最重要之理由。略謂報應主義。在使犯罪與刑罰有顯然之比例。故刑罰之目的。不可不兼正義觀念及威嚇與改善之三種。其犯罪與刑罰之比例。無關係於個人之被害。專以社會因犯罪所受危害之大小爲標準。非視其情狀如何。而使刑罰無過無不及。不得維持之。過重與過輕。均反於正義。惟刑罰之輕重。原不必絕對的確定。卽劃定最高限與最低限。而於其範圍內自由裁量。亦不失刑罰與犯罪之比例。而改善與威嚇之目的。惟於此自由裁量之範圍內寓之。此說雖仍以報應主義爲一方之基礎。而既以刑罰與犯罪所及於社會之危害。比例相當。爲合於

正義。則此正義之觀念。亦非必全然排斥之。蓋求其折衷。而與社會上一切之現象。不能分離之故也。

就以上三派。而論今日立法上所應採之主義。在絕對主義。據善惡因果之關係。主張有罪必罰。且罪刑必等。是即以刑罰爲目的。而非別有刑罰之目的。不免有以手段爲目的之誤。雖近世之刑法。以統一的理論組成。不得不歸功於純理學派。然在今日。則以純理正義屬於倫理之範圍。而法律則以社會之利益爲基本。道德上責任。與社會上責任。截然分離。而非可混同。故第一派之報應主義。全然不能採用。其最合於近世之立法主義者。爲第二派之相對主義。刑罰爲豫防犯罪之手段。而其目的。自在於維持人類生活之秩序。國家對特定之人。施以刑罰。因其有犯罪。所以犯罪。因其有害羣體性。特以有犯罪之事實。而表現。刑罰之所治者。非爲犯罪之事實。而爲犯此罪之人。其所犯之罪。不過爲其人應處刑罰之一種條件。懲既往。所以儆將來。故刑罰實爲豫防犯罪之手段。固非專爲社會一般豫防。亦非專爲個人之特別豫防。合兩者而兼有之。且其間。非可分輕重。豫戒、威嚇、改善、及淘汰。各爲豫防目的之一部。非可偏廢者。以刑罰豫防犯罪。因於社會秩序之維持有所必要。其非

必要者。卽不宜施以刑罰。此爲目的主義所當然。其定犯罪之種類。及刑罰之範圍。固須視時代與境域之文化程度及人情風俗其他一切社會情形。而由立法者適宜決定之。卽定刑罰之程度。亦須合維持秩序之目的。視犯人因犯罪證明其害羣質性之大小而決定。故意之犯罪。重於過失。慣行之犯罪。重於偶發。卽於同種之犯罪。而累犯與俱發重於一次之偶犯。非必專因犯罪所侵害法益之程度。而定其刑罪之輕重。故刑罰非確定之目的。而爲應用之手段。其目的自在於切合社會情形。以應秩序之維持所必要。關於犯罪之犯人所有責任。不以客觀的犯罪之結果定之。而專以主觀的犯人之性情定之。此爲目的主義優於報應主義之處。然當立法之際。以法律豫定犯人之處罰。苟專注重於犯人之性情。而不視法益侵害之種類程度。豫定其法定刑之範圍。則不能無審判官任意科斷。失於專擅之弊。從此觀之。則現時之立法。固非必能全然依目的主義。而不稍參報應主義者。

本律所採之主義。關於犯罪處罰。全注重於主觀的犯人之性情。不採純理報應主義。而取目的豫防主義。如規定緩刑、假釋、累犯俱發加重、宥恕酌量減輕、其餘因情節而減輕免除之制度。以及分則各條。於各罪所科之法定刑。或豫定選擇的數種

之刑罰。或於同種之刑罰。定最高最低兩限度。而使自由伸縮。於以擴充刑罰量定之範圍等。此乃全然出於主觀的注重犯人性情之意。然要不能不於分則各條。對各種犯罪。視法益侵害程度之深淺。而豫定法定刑之輕重。由是觀之。則本律亦非必能全斥純理報應主義。而專採目的豫防主義者。雖目的豫防主義之一說。謂對各犯罪中法益侵害之大者。科以重刑。即不啻對犯人惡性之大者。科以重刑。彼因犯罪而侵害較大之法益者。即證明其有較大之惡性。專以主觀的犯人之性情立論。然犯人之惡性。非必與法益侵害之大小。常成爲正比例。專以法益侵害之大小。而定犯人惡性之程度。亦即混合報應主義於目的主義之中。未遂犯雖有惡性。而概不與既遂犯同等處罰之。過失犯非必有惡性。而其結果侵害重大之法益者。亦即有處罰之規定。且於同種之犯罪。亦有專以其行爲結果所侵害法益之大小。而分別法定刑之輕重者。例如第十三章之放火罪。凡放火燒燬自己所有營造物。鑛坑等物者。法律本無應處罰之明文。然因此致有燒燬他人所有物之損害者。則應處三等至五等有期徒刑。若因此致有燒燬他人所有營造物。鑛坑之損害者。則應處二等至四等有期徒刑。又若因此致有燒燬多人集居及儲藏珍祕之營造物者。

則應處死刑無期徒刑或一等有期徒刑。其餘如傷害人致死罪。及因顛覆汽車電車船艦。致人於死或多衆受傷罪。均以同一行爲之結果。視其法益侵害程度之高下。而決其處罰之有無輕重。此則全依客觀的犯罪之結果而定。非依主觀的犯人之性情而定。是本律之科刑。非全然排斥純理報應主義可知。惟比之舊律。採用目的豫防主義者爲多而已。

刑罰之目的何在。及立法上所採之主義何若。此雖似於成文法之解釋。無甚實益。然苟不明立法上主義之所在。則失其本原。而於累犯加重。假釋出獄。及行刑延緩之各種制度。全然不能說明。故今世之立法。雖不能盡廢純理報應主義。而要不可不以人類生存必要之條件爲準則。而探究犯罪之原因。講求刑事之政策。此宜注意者也。

第三章 犯罪之原因

既以刑罰爲豫防犯罪之手段。則不宜祇論犯罪之結果。而須究犯罪之原因。以求適宜之方法。而達豫防之目的。於是有犯罪學。以爲犯罪原因之研究。共分三派。

第一、刑事人類學派。亦謂之實驗學派。博物學派。與專重理想之舊派相對。而稱爲

新派亦名爲犯罪生物學。專就各人之體貌及性情。而研究犯罪之性質。更分之爲犯罪物質學。及犯罪心理學。此與醫學中之藉病人而實地研究疾病者。用意相同。其研究之結果。於一切之犯罪行爲。類分爲生來犯、習慣犯、偶然犯、激情犯及瘋狂犯之五種。

甲生來犯人。此受父母之遺傳。有先天的犯罪性者。直以犯罪爲本分。其人多具賤惡之面貌。例如前額甚傾斜。顏面及頭蓋骨不整。頭容腦髓枯瘠。顴骨廣大。下顎突出。眼窩內容廣大。兩耳上聳。及爲把狀形等。是其特徵。然以犯人面貌爲確知犯罪之徵驗。事實上多反對之證明。體貌之異常。亦有由小時發育不良所致。且常習犯中亦有幾多之通常面目。非可以此定犯罪與否之區別。惟體貌變異者。其精神亦多陋劣。或可以此特徵。爲推定其有凶惡性之一種材料而已。

乙慣習犯人。此受習俗之轉移。有後天的犯罪性者。因受外物之誘引。而致喪其良心。習爲遊惰。淫佚放蕩。拐騙竊奪。無所不爲。以至少成若性。習慣自然。流爲職業犯者是也。

丙偶然犯人。此因境遇所迫。物慾所誘。不能自制。且於自己行爲之結果。不能

先事豫見。以至犯罪者。例如迫於一時之貧困。偶犯小竊。及喜模仿時裝之奢侈而犯詐欺等是也。

丁感觸犯人。此爲偶然犯人之一種。大抵因戀愛、憤激、憎惡、嫌忌等。感情觸發。不能自禁。忽至犯罪。凡姦非、鬪毆、罵詈等罪。多屬之。其犯罪。非由於無感覺。而由於熱度太高所致。故事後常多悔悟。

戊瘋狂犯人。此包括因遺傳性、潦倒落魄、酒精中毒、或驚悸等情事。致瘋癲白痴。其他精神昏眊等之一切病人而言。

第二、刑事社會學派。以關於犯罪之統計爲本。而就人口、風俗、宗教、家族關係、教育、工廠鑛業制度、及刑事制度等。各種社會的要素。與犯罪之關係研究之。以社會四周之現象爲犯罪之黴菌。而以社會全體爲犯罪之製造者。此較刑事人類學派之研究爲重要。如公園學校、寺院等處媒介男女之接見。或致成姦非罪之原因。酒肆及藥鋪之不注意取締。可直接或間接助成犯罪之原因及手段。工廠鑛山多數雇工之彙集。常易糾合暴動。新聞及其餘印刷物。尤易爲犯罪之原因。社會現象。與不論何種犯罪。有密接之關係。不難推此而知。且氣候亦有與犯罪相關者。如春夏多

對於身體之犯罪。秋冬多對於財產之犯罪是。又地理及時代。亦於不論何種犯罪。有影響者。如斯巴達因尚武而有殺戮虛弱兒童獎勵竊盜之風習。日本德川時代。武士有殺人赦免之特權。我國處罰重婚及姦通。而顧公認一夫多妻之制。凡此皆因社會思想之變遷異同。而於犯罪之觀念有關係。故探究犯罪之原因。不可不注重於社會方面。然同在一社會。何以於特定之犯人有影響。此則不能全廢個人方面之觀察者也。

第三、折衷學派。以刑事人類學派與刑事社會學派。合併觀察之。類分爲外力勝於內心者。及內心勝於外力者之二種。前者。如平時品性非不良。特因一時之憤激沈迷及困迫。而汨其本性。以致犯罪。所謂機會犯一時犯者是。後者。如因本人之暴戾殘忍放恣淫佚輕率之特質。稍經外界之激刺。遂至決然犯罪。所謂必然犯常習犯偏向犯者是。其中有可治者。有不可治者。而尤以常習犯爲最危險。直以犯罪爲一種營業。其所侵害之法益。不獨財產。卽身體生命其他之法益。亦併及之。此等無使峻改之望。惟有出之以淘汰而已。

就以上三派。而論探究原因之方法。自以最後之一派爲勝。蓋探究犯罪之原因。在

豫防將來之犯罪。而犯罪之直接原因。在行爲者之犯意。間接之原因。則在漸次或一時引誘犯罪之外界事物。故防制手段。須兼重各人之犯意。與爲其原因之外界現狀。兩方面。防制直接原因之犯意。視其惡性之程度之強弱。故重個人一方面。而爲特別之刑事政策。防制間接原因之外界現象。須就一般事實研究其何者可爲犯罪之原因。故重社會一方面。而爲一般之社會政策。兩者相待。始得完全達豫防之目的。

第四章 刑事政策之作用

探究刑罰之目的。及犯罪之原因。專爲講求豫防犯罪之手段。然同一爲豫防犯罪之手段。而一般之社會政策。則專務排除或制限可引誘犯罪之社會上事物。特別之刑事政策。則就各犯人以威嚇及改善之方法。使無再犯。社會政策之最重要者。如教育制度。警察制度。經濟政策。交通政策。商業政策。勞働政策。以及游民、乞丐、醉漢、娼妓等類之取締。出獄者之保護。皆是。刑事政策亦非一端。分立法、審判、及執行之三種言之如左。

第一、刑事政策之關於立法者。甲、鑑立法時之社會情形。非其秩序之維持所必

要者。或可用別種方法以防制之者。不宜入於刑法之範圍。卽有應處罰者。其輕重之程度。亦以達於秩序維持之所必要爲止。無須徒用過重之刑。乙、刑罰專爲社會秩序之維持所必要。不得已而用之。故須以法律制限處罰之程度。豫定應處罰之事實。取罪刑法定主義。而其應處罰之事實。須爲故意之行爲。至少亦必係有過失者。丙、短期自由刑。稍有流弊。不足以達改善、威嚇、及淘汰之目的。轉使偶然犯人沾染監獄之惡習。致成敗類。故或主張廢之。而代之以強制勞役、家宅幽禁、及笞刑之類。或主張輔之以條件附有罪判決。條件附刑罰宣告。及條件附執行免除。前者。非各國所通行。其體刑中之笞刑。我國甫經廢去。後者。則通行於各國。而其條件附刑罰宣告之一種。本律亦既採用之。卽緩刑之制是也。丁、刑罰之作用。初以警戒爲一般的豫防。終以威嚇改善及淘汰爲特別的豫防。然在警戒之而無自制之能力者。無論其因限於年齡及疾病等。總之無責任能力者之秩序侵害。自應施以強制的教育或治療。而不可施刑罰。戊、在血氣未定。尙可望其改善之未成年者。不可科以專務淘汰之死刑或無期徒刑。而於彼社會極有危險之必然犯及慣習犯。則宜從重處置。非科以永久淘汰之刑。卽於刑罰執行後。仍收容之於強制勞役

場等特別之處所。至其改善爲止。永與社會隔離。此法英國久行之。而本律未經採用。

第二、刑事政策之關於審判者。甲、審判及檢察官。應於法律所許之範圍內。實行刑事上政策。司法官雖應守法。而非可舞弄政策。然在法律所許之範圍內。確定應宣告之刑種刑期。及酌減、緩刑等。固爲其職權。亦爲其職務。乙、宣告刑之輕重。雖應視犯人惡性之深淺。而於法定刑以內決定之。但因本律有假釋出獄之制。而無刑期延長之制。故於惡性極深者之宣告刑。甯從重而不可失之過輕。又於強竊盜、詐騙等、勢易成常習犯之犯罪。不問其贓額之多少。及所犯之次數。務以重刑豫絕其根株。而在未成年者。則因本律無不得處以死刑無期徒刑之制限。故常宜加以酌量減輕。丙、本律以減輕與不處罰。及減輕與不減輕。又減輕與免除。聽審判官之裁定。故須精審犯人惡性之大小深淺。又熟察許以緩刑之有無功效。併須注意於累犯之發見。今以對照指紋爲發見累犯最便利最真確之方法。英國獨善用之。卽我國現行之加蓋指模、察驗箕斗之法是也。丁、微罪不起訴。甯擴充損害賠償之範圍。及准其私自和息。如何爲微罪。或因法定刑之輕。或因所生結果之小。或因

本人遷性之淺。總由檢察官裁定之。然如鴉片、賭博、騙竊、姦非等罪。雖所犯輕微。仍宜起訴。以端風化。惟可補救之以緩刑制度而已。戊、審判官須精熟各犯之一切情形。例如何種犯罪與他種犯罪有因果關係。何種犯罪大概必爲累犯。何種犯罪人。定若干期間宣告緩刑。最爲有效等。必須熟察。以便刑之量定及爲其他之處分。故刑事統計。宜研究之。

第三、刑事政策之關於執行者。甲、罰金之刑不必易刑。在有資力者。強制務令完納。以達科斷財產刑之目的。不使有任意選擇之途。惟不妨分次完納。蓋罰金之易刑。原爲無資力者不得已而出此故也。乙、長期自由刑之有改悔情狀者。應准假釋出獄。北美合衆國之各州中。有採用不定期之宣告刑者。其法於判決中不確定刑期。惟於刑之執行中。熟察犯人特性。定或長或短適當之期間。然在本律既擴充刑之範圍。得量定刑種刑期。則於常習犯可從重以長期確定其宣告刑。視其改善。許以假釋出獄。丙、因達刑罰之目的。必須審判機關與執行機關互相連絡。丁、監獄官須熟察囚徒平日之履歷。現在之情形。推知其特性。若發覺其爲累犯。必報告之於檢察官。如防染他囚之惡習。或抑制其犯罪性。有必要者。宜分別密禁。或

使從事於適當之勞役。以彈壓而改善之。

第五章 世界各國刑法沿革之大略

刑事制度。雖因時因地而各殊。其間自有相通之原理。故欲明現時刑法之精神。必須追溯古來刑法之沿革。善惡施報之理。無論古今中外所同。自有人類而卽具實。爲刑法構成之本始。惟在太古時代。人類羣居。無所謂國。更無所謂法。弱肉強食。互攻取報復。惟有私鬪尋仇之事實。其後漸因種族而成部落。創興宗教。迷信神權。有同類之敗羣。及異族之侵犯者。必稱天誓神。以誅夷放逐或撻伐之。往往種族相爭。非有一屈伏。必至同歸於盡。此時兵刑固無所分。惟以殘殺爲威。積久至認有今日之國家組織。乃始於國家自己生存之所必要。對犯人行使刑罰權。以爲抑制犯罪之方法。而此刑罰權之行使。須依一定之條件。且依特定之機關。而刑事法制。於以完成。自古至今。各國刑法之沿革。大抵必經以上之三時代。而就國家觀念區別之。可畧分刑法之沿革。爲私刑時代及公刑時代之兩大類。

第一私刑時代。係在歐洲中古以前。於侵害私人法益之犯罪。任令被害者或其親屬報復之。及使爲賠償。分爲兩時代。甲報復時代。此爲自古因果報。應最初之現

象。有犯罪者。任由被害者或其親屬報復之。上古各部落之酋長。每率其種人。互相鬪。殘賊無人理。其後乃有所謂反坐法。殺人者人亦殺之。傷人耳目肢體者。人亦傷其耳目肢體。各種殘酷之體刑於是始。且於犯罪者之本人與其家族。亦連累而無所別。當其尋仇報復。無論所受之侵害輕重何若。動輒殺之而後快。且必併絕其血統。謂可杜後患。雖緇緣無辜。亦有橫被屠戮者。族誅緣坐之法。亦於是生。實爲自古最野蠻之刑罰。乙賠償時代。此時中央權力稍稍發達。能禁止私人之械鬪復仇。而令以金錢物品等。賠償被害者。贖罪罰鍰籍沒之例於是始。其對於被害者之賠償。實卽私法上之損害賠償。在昔固無民法與刑法之區別者也。賠償制度。德意志法。發達最早。於殺人之犯罪。亦有許賠償贖者。大抵與一馬力能耕作之土地價格相當。復依被害者之地位、年齡、男女之別。而有差異。此與吾國向守殺人者死之成法。惟過失殺人者。追徵撫卹埋葬銀兩之例。沿革上微有不同。又其時。於不能納贖者。則令終身爲被害者之奴隸。或至爲人格剝奪之宣告。此則與吾國犯人家族發配爲奴婢。及終身不齒之事例。大略相類。

第二公刑時代。係在歐洲中古以後。由國家對犯罪者以公力處罰之。然在中古之

世。國權不能統一。法令因之紛歧。私鬪、罰贖、戮辱、鞭撻、囚禁等刑。兼而有之。其後乃始禁絕報復賠償之私刑。而以處罰之權收於國家。全爲公刑時代。併區分民法與刑法而爲二。自是以後。更經三階級。而至成今日刑事制度之現象。甲、威嚇時代。此在中古末葉及文化復興之時。其處罰之主義。專使犯人受諸苦楚。以知儆懼。用酷刑。重拷訊。許官吏擅斷。生殺任意。高下在心。併依犯人之身分地位。而刑有等差。按之吾國今日情形。直無少異。乙、博愛時代。此在十八世末至十九世中期。爲威嚇時代之反動。務爲寬大。一洗嚴刑拷訊。祕密審理。官吏擅斷。貴賤階級。殘忍刑制。自餘一切之宿弊。而待國民務合於人道。丙、科學時代。此爲十九世中期至今。及於日後之立法。專從刑事政策。以生物學及社會學爲本。講求犯罪豫防之方法。以達維持社會秩序之宗旨。其與博愛時代之立法主義所異者。在博愛時代。痛切威嚇時代。殘刑擅斷之流毒。力矯其弊。而以刑之種類及範圍。全然確定於法律。不准官吏之裁量出入。而科學時代。則以博愛時代之立法。過於拘泥確定。無由應犯罪之情節。而使審判官量定適宜之刑。故爲求合刑罰之目的起見。擴充刑種及刑期之範圍。使得選擇伸縮。此兩者互異之大較。要其採取罪刑法定主義。確認無法條

雖無犯罪亦無刑罰之原則。仍爲同一。全不容轉輾援引比附。及任意科斷。在我國今日立法上之地位。從歐洲各國刑法之沿革觀之。其必兼採博愛時代及科學時代之兩種主義。自無疑也。

第六章 我國刑法上沿革及其改正之要點

我中國自有歷史以來。向崇道德宗教禮儀政治。而不言法律。故一般法制。幾無歷史沿革之可言。惟刑名則與禮制相出入。與政術同作用。又與兵事類列。而於古無甚區別。較之一般法制史。其沿革起原爲最早。始自唐虞。迄於前明。以至今日。就刑法上沿革論之。略可分爲兩大時期。

第一期自虞夏至前明。其沿革損益之大略。具見於虞書、康誥、呂刑、周官、春秋等經籍。及歷代史志、通典、通考等書。非僅少之篇幅所能概括。且於實際之應用。關係較少。當專讓之於刑法沿革學。其間所採主義。大抵重純理報應。而不知所謂目的豫防。其所採刑制。大抵有斬殺、流放、籍沒、族誅、肉刑、體刑、羈絏、奴虜、及各種慘酷之刑。世愈古者。其刑愈殘酷。而苛刑擅斷之風亦愈甚。兵刑既無所分。刑禮刑政概無所別。更無論民刑及其他之分化也。此時期可分之爲二。

甲自虞夏至隋唐。古時草昧初開。文法簡單。有刑官而無刑典。虞創五刑。周懸象魏。迄今亦無可考之成文。自申韓以峭刻爲世病。名法之學。益爲道德縱橫。俠諸家所擯棄。其刑書之有篇目次序可按者。惟以魏李悝之法經爲最古。分盜法賊法囚法捕法雜法具法而爲六。是卽中國刑律統系之鼻祖。漢律增之爲九章。魏律廣之爲十八篇。歷晉迄南北朝。代有增損。至唐貞觀。踵開皇武德之舊。撰成唐律。分名例、衛禁、職制、戶婚、廩庫、擅興、賊盜、鬪訟、詐僞、雜律、捕亡、斷獄、爲十二篇。條例加密。而刑律之成文法。至是爲較詳。於刑法之沿革史上。可爲一大結束。乙、自唐以後至前明。唐律素稱精當。加以疏議。益見精詳。自後遂爲科目之一。其支配之力。遠及於海外之日本。所謂大寶律令。實以是爲模範。中國刑律能獨立成爲一系統。蓋自唐律始。可爲刑法史上之一大特色。自是歷千數百年。宋之刑統。元之典章。明之大明律等。均莫能軼其繩墨之外。此實爲吾國之固有法。唐時於律文之外。本別有令及格式。宋之編勅。亦在正律以外。自明以大誥、會典、問刑條例。附入律後。於是律例始合而爲一。遂至開大清律例之先聲。

第二期、自 國初以至今日。其間又可細分爲三時代。

甲、舊律時代。自國初至光緒二十八年間爲止。所奉行者爲原有之大清律例。實悉本唐律及明律之舊。分吏戶禮兵刑工等總目而爲六。又分名例、職制、公式、至斷獄、營造、河防等門目爲三十。更分子目爲四百三十有六。以律爲本。例各隨之。列十惡之條。定八議之典。別公私之罪。分首從之法。律文簡古。順治三年增小注以明之。正律而外。更附比引律。及嚴緝逃旗之督捕則例。於內外蒙古之刑事。更別定蒙古專例。較普通刑律爲輕。於死罪之審擬。更另定秋朝審制度。乾隆三十二年及四十九年。兩次經刑部纂定秋審條款。訂定子目四十條。於斬絞各囚。除立決者以外。其入監候者。均歸秋朝審。分別情實緩決矜疑三項。予勾或停減。實爲慎刑卹囚之大典。律文以垂定制。例文惟合權宜。故乾隆年間。訂定修例專章。五年小修一次。又五年大修一次。共分刪除、續增、修改、修併、修改五項。以隨時應用。然自同治九年以後。歷久停修。而例文遂至紛亂無紀。於是因壬寅商約。而遂有整頓律例之議。先以修改中例爲其著手之方法。

乙、現律時代。自光緒二十九年後。至宣統三年爲止。所奉行者爲大清律例已修改之現行律例。蓋舊律承自前明。實始有唐。歷千餘年。多不合於現時之應

用。如流囚家屬私出外境，違禁下海，封禁礦山，朝見留難，文官不許封公侯等條，均成虛設。制書有違等條，仍存皇太子字樣。尤背本朝家法，不得不從刪削。官制既改，又不得不廢六律之名，而廢凌遲梟首戮屍等慘酷之刑，及免緣坐除刺字。尤爲仁政所暨。笞杖改爲罰金，徒流均免實發，改爲工作。廢死罪之虛擬，改併律定之笞杖徒流死，及例定之軍遣，而爲死遣流徒罰之五種。禁人口賣買，廢關於奴婢奴僕之條律。改減蒙古例，訂滿漢通行刑律。刪除旗籍與民人輕重互異之條。變通秋審之制。又另增私鑄銀元、竊毀鐵路物件、及揭損郵票等各專律。均爲此數年間刑法上沿革之大略。而現行律以宣統元年八月告成。原奏聲明新律頒行。此項律例即行作廢。本意專爲溝通新舊。以此作中間過渡之規定。然因中外間刑衙門急待應用，不能久稽，仍止就原本體裁，酌加核正。其實際仍仿修例舊章，未能遽與新律相接。故又有重訂現行律之議。

丙、新律時代。自豫定宣統四年實行以後，至於將來均屬之。新刑律草案，由修訂法律館起草。自光緒三十三年八月告成。經各部及各省簽注，加以修正。復經憲政編查館核訂。經資政院第一期會議決。通過總則而分則不及議畢。於宣

續二年十二月一併奉旨頒布。雖聲明仍可提議修正。而大致無甚變更。其調查考訂之事。雖出於日本岡田朝太郎者爲多。而歸安沈公實始終主持其事。溝合新舊。貫通中外。爲現時最新最完備之法典。其於現行律例改正之處。根本上迥不相同。自非可以一二指數。就其較大者言之。計有八事如左。

其一、省約條文。舊律四百三十六條。舊例一千八百九十二條。光緒三十一及三十二年。兩次共刪律例三百八十五條。然現行律例仍存律文四百十四條。例文及督捕則例一千零六十六條。如絲之棼。仍多挂漏。本律共分兩編。總則分則併計共得五十三章。四百八十八條。事增於前。文省於舊。深得執簡馭繁之法。其二、審別性質。現行律例。仍舊律之三十門目。如戶役、婚姻、田宅、錢債、市廛、宮衛、軍政、廩牧、訴訟、斷獄、職制、公式、祭祀、禮制等條律。不獨刑事與民商軍事不分。刑法與訴訟法無別。且一般之刑罰。與官吏之懲戒。亦無區別。甚有僅定典章儀式。並無刑罰性質。而亦列入刑律之中者。本律則隨學術之進步。各依其性質。爲之分化。凡非科刑定罪者。概不入刑律之範圍。

其三、確定效力。現行律例。爲閉關時代之遺物。其於外國人及國境外犯罪之

處置。固非所及。卽同在本國境內之本國人民有犯。亦設種種等級區別。除宗室自有定制外。旗籍與民人不同。蒙地與各省不同。職官監候。俱入情實。回民與僧人有犯。均較普通人爲嚴。婦女犯罪。不與男子同一處罰。此皆於主權之統一有礙。本律則不但使主權普及國民受治於同等之法律。且使刑法之效力。遠及於境外。足矯以前立法之弊。

其四、擴充事項。現行律例。所定罪狀。關於國家公益之侵害。不過官衛、叛逆、軍政、廡庫、等門律。關於個人私益之侵害。亦不外賊盜、人命、鬪毆、詐僞、罵詈、犯姦、諸門律。自時勢變遷。事物增創。非復舊時律例所能包括。本律規定關於國交、選舉、及電信郵政氣車電車氣船等往來通信之犯罪。與關於飲料水、關於衛生之犯罪。足應現時之情勢。

其五、採取新制。現行律例。專取純理報應主義。有罪必罰。罪罰必均。偏重因果。本律則以國家秩序之維持所必要爲主。規定緩刑、假釋、酌減、等制度。且於刑之種類與期間。得任司法官自由選擇伸縮。取目的豫防主義。以符現世變遷進步之法理。

其六、改正刑名。現行律例。因仍舊制。雖廢體刑。而仍存遺流。及贖罪制度。收贖之律。迄於死罪重囚。捐贖之例。區別官民等級。近於市道。不合刑罰性質。死刑之條目甚繁。而實決者較少。且於斬絞分爲二等。區別輕重。亦無必要之理由。本律則死刑惟一。且稍狹其範圍。廢流遣之制。而以自由刑占刑罰之大多數。有併科及選擇適用之罰金。而更無收贖捐贖之便宜辦法。雖有從刑之附加。而主刑大體爲較輕。

其七、杜絕比附。現行律例。仍舊律之體裁。專以事實比決。而綱領不具。隨時隨事。追逐既往。或僅出於權宜。羅列不能盡。或事勢有變遷。至窮於應用。則不得不假比附以通之。既曰比附。卽不免牽合摭拾。以至流弊無窮。本律嚴定無法條卽非犯罪之大原則。取罪刑法定主義。不得輾轉援引比附。足洗前此之宿弊。蓋以理論的爲包括之規定。網舉目張。體裁既變。亦自更無所用。其比附也。

其八、兼行感化。現行律例於幼年犯罪。亦有分別減免之條。惟主出於憐恤之意。仍作爲罪而科以刑。然刑罰爲最後之制裁。丁年以內。乃教育之主體。而非刑罰之主體。使遽投諸監獄。則徒沾惡習。且從此暴棄。社會多一易於犯罪之人。故

本律不作爲罪而施以強制教育。使入懲治場。以漸收感化之效。不專咎其既往之失。而務望其將來之自新。刑罰本不得已而用之。何況丁年以內者。固猶血氣未定。此則與現行律根本主義不同之點。

其餘如俱發之不採吸收從重主義。累犯之得加重至二等。共犯之實施者不分首從。自首之僅得減輕而不能免罪等類。爲現行律例所本有。而改正其缺失者。更不可殫述。至若規定刑法關於時之效力。不問重輕。概從新律。斷定犯罪地。兼及行爲與結果。且於總則編纂之形式。不先刑而後罪。此則較之日本改正刑法之規定。猶爲差勝者也。

商 務 印 書 館 發 行

全 部 六 冊

中 華 六 法

二 元 六 角

本書將六法合爲一編。又刑法附以草案。校訂精審。裝成小本。取攜最便。誠法律學校學生及法官律師等必備之書也。茲將分冊價目列下。

法 院 編 制 法
暫 行 新 刑 律
附 刑 法 草 案

訂 合 一 冊 三 角

民 律

訂 分 二 冊 一 元

公 商 司 人 通 條 例 例

訂 合 一 冊 一 角

民 事 訴 訟 律

一 冊 八 角

刑 事 訴 訟 律

一 冊 四 角

大清新刑律釋義

第一編 總則

總則之義。略與現行刑律之名例相似。名者五刑之罪名。例者五刑之體例。自北齊合刑名與法例而爲一。稱之曰名例。厥後歷隋唐至今。相沿不改。是編因於刑名法例之外。兼賅一切通則。非復名例二字所能包含。故仿歐美及日本各國刑法之例。名曰總則。與第二編分則爲對待之名稱。

第一章 法例

本章係規定刑法之效力。名之曰法例。實與沿革上晉律之所謂法例。語同而義異。

第一條 本律於犯罪在頒行以後者。適用之。

其頒行以前未經確定審判者。亦同。但頒行以前之法律不以爲罪者。不在此限。本條定刑法效力之關於時者。實含有刑法施行法之性質。

第一項。犯罪在本律頒行以後者。適用本律。是爲刑法不遑既往之原則。就另一方面言之。亦卽爲新法施行。舊法當然廢止之通義。蓋本律頒行後之犯罪。



均須適用本律。是早無復有沿用舊律之餘地。否則新法行而舊法依然不廢。勢必紛歧錯雜。流弊無窮。惟因憲政編查館覆核新刑律時。另有酌照舊律。擬訂新律實行後暫行章程五條。爲一種刑法附屬法令。此項章程。與新律同時頒布。是則本律中相關各條之適用。仍不能不於此稍受一時之制限。此司法官及解釋家所宜注意者。曰頒行以後。謂既頒布而又實行之後。本律實行之期。照憲政籌備清單。本豫定爲宣統七年。現因立憲年限縮短。而改定爲宣統四年。

第二項犯罪在頒行以前。未經確定審判者。亦適用本律。是爲第一項刑法不遑既往之例外。蓋犯罪在頒行以後者。及犯罪在頒行以前。而早已審判確定者。其於刑法之適用。固可全無疑問。所有疑問者。惟在頒行以前犯罪。而頒行以後未經確定審判之時。若必全以犯罪之行爲時爲標準。而定新舊法之適用。則當新律實行之始。仍多沿用舊律。未免名實不符。且設有犯罪在頒行以前。積久始經發覺到案。仍須以其犯罪時爲準。援用舊律處斷。則新律積久無完全實行之期。更難保無發覺後。假託爲頒行以前之犯罪。藉圖新舊二律輕

重之趨避者。故此不遯既往之原則。勢自不能全然無例外。惟各國之立法例。於此亦有二種主義。一則比較新舊。從其輕者處斷。一則不論重輕。概依新法處斷。前者。歐洲各國及日本用之。後者。英國用之。我國明律及現行律名例門。斷罪依新頒律條云。凡律。自頒降日爲始。若犯在已前者。並依新律擬斷。此係律文所定。本律所以不採第一主義而採第二種主義者。不獨有現行律之根據。蓋舊律之適當者。本存入新律。其不入新律而經削除者。正因視爲不適當之故。卽不復得引用。若必比較從輕。則新舊互用。時期之效力。全不明劃。且遞嬗之間。鉤稽對照。新舊不同。更難適當。雖或新律之刑重於舊律。有爲犯者所不及料。舍舊用新。似於犯者爲酷。然刑罰世輕世重。要在禁暴止奸。並非專取輕刑。藉以示惠。卽有新律較重。亦因維持現勢。不得不然。故概從新律。較之比較新舊從輕處斷。爲能收整齊劃一之效。

曰未經確定審判者。非但成訟後未經審理公判。卽使本律頒行時。已曾宣諭公判。係據舊律處斷。而苟在一定之制限以內。尙得由檢察官、被告人、法律上代理人、辨護人等。依照律定期間及其方法。向上訴審判廳提起上訴。是卽爲

審判尙未確定。其最後之判決。應卽變更前判決。而改從新律處斷。凡案件具此情節。檢察官應卽上訴。而請求引用新律。較之舊律爲輕爲重。均所不問。就第一項及第二項前段綜合言之。是犯罪之行爲或審判之確定。有一在本律頒行以後。均須適用本律者也。

第二項但書。於新律以爲罪而舊律不以爲罪之行爲。苟其行爲尙在新律頒行以前。卽不得據新律而處罰之。此卽不遯既往之義。爲例外之例外。仍復於原則。其所以與第二項前段有異者。蓋一則新舊兩法均以爲罪。不過有輕重之差。一則新法雖以爲罪。而舊法實認其行爲爲無罪。若因判決在後。遽予懲罰。而作爲有罪。則使行爲者受意外之罰。有傷豁刻。故須除外之。若彼於頒行前之法律爲有罪。而本律不以爲罪者。其應從本律。自不待言也。

頒行以前之法律不以爲罪之行爲。在當時本非犯罪行爲。既非犯罪行爲。似併不宜有訴訟之成立。致延及新律頒行。尙未確定審判。因而有新舊律孰應適用之疑。惟訴訟當事者。本有原告及被告兩方面。難保無嫌疑誣指案懸不結情事。且新律之頒布與實行。期日互有先後。或恐豫見新律之有罪。以此乘

釐構訟。意圖誣陷。甚至於新律頒行後。究及往事。以圖處罰。流弊滋多。故本律第二項。加但書以明言決定之。此則不以審判之確定與否爲斷。而以行爲時期爲標準。區別新舊律之適用者也。

第二條 本律於帝國內犯罪者。不問何人適用之。

其在帝國外之帝國船艦內犯罪者。亦同。

本條及以下六條。定刑法效力之關於地與人者。

帝國內。卽我中國轄境以內。不曰中國而曰帝國者。因向來所稱中國。多僅指長城以內之中國本部。惟稱爲帝國。較可包括一切領土。而刑律爲內國法律。本國自稱。不必另冠國名。故止言帝國已足。帝國內之範圍。固不獨舊有已建行省之地。卽蒙藏苗回。亦自包括在內。現時各租借地。主權名義仍爲中國所有。其沿邊沿海各境。依照國際公法。陸路如西北各境。以界碑或山脊等爲界。水路如東北之黑龍江圖們江鴨綠江等處。則應以河流中心爲界。海洋則以潮落之際。礮彈所可達之最長距離處爲界。依西歷一八九五年。巴黎萬國國際法協會之決議。凡領海之區域。平時爲六英里。戰時更可延長。以上各地。均

屬中國境內。爲主權所能及。故刑法之效力亦隨之。不問何人者。非但不問其人之國籍。且不論其人之種族、年齡、性質、資格、身分等。無官民、滿漢、男女、良賤、主奴、及內國人、外國人之區別。概須受治於同一刑律之下。現行刑律。於舊律天文生工樂戶有犯。及良賤相奸相毆等特例。雖經刪除。而名例門之八議。區別議親、議貴、議故、議功。且存有職官有犯。與無官犯罪。化外人有犯。以及五刑門與斷獄門之婦人犯罪等條律。仍視各人之身分、職業、地位等而異其階級。殊非法律同等、統一國權之道。且蒙古本屬帝國領土。尤不宜視爲化外。而另設蒙古例。故本條定爲不問何人。適用本律。於以破除數千年階級制度之弊。而示一統大同之治。最合刑法上主權普及國內之原則。

惟本律之不問何人適用。亦自有一二除外例。第一、依國內公法之原則。不能適用本律者。(甲)皇帝。因憲法規定至尊爲神聖不可侵犯之故。外此。雖攝政亦應受同一刑法之適用。更無論皇族以下。(乙)現時資政院諮議局議員。及將來國會議員。因各該章程法律。規定議員於議會內所發之意見及表決。於議會外不負責任之故。第二、依國際公法之原則。不能適用本律者。(甲)旅行

吾國之外國君主大統領。與其家族。及其隨從人等。之非中國人者。(乙)經承認而入境之外國軍隊及軍艦。(丙)經承認而留駐之外國之交際官。如全權大使。全權公使。代理公使。公使館書記官。書記生。公使館武官等及軍使。與其家族。及雇用隨從之非爲中國人者。以上三項人員。因慎重邦交。與以治外法權之故。至外國領事。則除有條約特定者以外。概須受駐在國刑法之適用。此數種除外例。雖於刑律上不必特設明文。而自應受其制限者也。

帝國外與外國不同。言外國。專指各國之本境而言。帝國外。則更兼各國之領屬地。與無所屬之地。及公海等處。義較包括。就本條言之。如領海以外之公海。既不能稱爲中國境內。而亦不可即謂之外國。故概稱爲帝國外。帝國船艦。不論其爲國有與民有。軍艦。及國家郵船。無論已。即商船亦爲帝國船艦。編入帝國船籍。屬於帝國臣民之所有。自爲帝國主權所及。故雖出境。仍宜適用本國刑法。即間有特許外人投資。作爲共有之商船。如新創中美合資輪船公司所有之船舶。其營業權。及船舶所有權。多半屬於中國臣民。且在中國政府註冊。自應作爲帝國船艦。一律受本律之適用。蓋船艦所至。爲國家領土之延長。雖

在帝國外之船艦內犯罪。實與在帝國境內犯罪者無異故也。曰船艦內犯罪。自可不論其爲通過外國時及旋泊時。惟若登陸後有犯。則除軍艦之服務者。或須別論外。其商船人員。概不得不服從所在國之法令。

本條爲國內犯罪。內外國人均適用本律之規定。雖或疑現時各國多半依條約。得有領事裁判權。本條所規定。徒等具文。然即今領事裁判權未收回之時。彼無特別條約之外國人。及無國籍之外國人。均得依據本條。伸我法權。至將來條約改正。領事裁判權撤回以後。則更可不必論矣。刑律乃國家常憲。特別條約。祇一時不得已之所爲。此可無疑也。

第三條 本律。於帝國外。對於帝國犯左列各罪者。不問何人適用之。

一 第八十九條。至第九十三條第一項。第九十四條。第九十五條第二項。及第九十六條第二項之罪。

二 第一百一條及第一百零四條之罪。

三 第一百二十一條之罪。

四 第一百八條及第一百十至第一百十二條之罪。

五 第一百四十九條及第一百五十一條之罪。

六 第二百二十五條及第二百二十七條第一項之罪。

七 第二百三十四條第一款第二款第二百三十六條及二百三十七條之罪。

八 第二百九十六條及第二百九十七條之罪。

刑法之效力。本以國境主權所及爲限。而如本條所舉。第一款關於侵犯皇室。第二款關於內亂。第三款關於妨害國交。第四款關於外患。第五款關於妨害公務。第六款關於偽造貨幣。第七款關於偽造文書及印文。第八款關於毀棄損壞。此皆於國家之存立、信用、財政、經濟、等有重大之損害及危險。設因犯罪之地屬於國外。爲本國刑法之效力所不及。則無賴亡命。易於利用。乘隙竄伏。作奸犯科。甚至勾結嘯聚。恣爲不法。而國家全局大受其損。故雖在國外犯罪。亦得據本律處罰之。不曰外國而曰帝國外者。蓋各國本境以外之各屬地。及無所屬之地。一切禁令。較爲疏闊。尤易恣肆。非擴大刑法上之版圖。以帝國外爲包括之規定。不足以遏亂萌而消罪種故也。本條之不問何人。亦無內國人與外國人之別。惟前條爲國內犯罪。內外國人均須適用本律之全部。此

則爲國外犯罪。內外國人均祇適用本條所列舉之一部。其外國人中。無論爲有國籍之歐美及日本人。與無國籍之海盜及各處土人等。總之於本條刑法之適用。概無所區別。曰對於帝國犯罪。是其所侵害之法益。實爲帝國國家。卽帝國國家爲其被害者。故無論其犯罪行爲。兼犯所在地之國法與否。概須由帝國究懲之。此不得云侵損外國主權之活働。惟同一在帝國外犯本條各款之罪。苟非對於帝國犯之者。則雖其犯者爲中國人。亦自可不加干涉。如僞造第三國之貨幣⁵。文書印信。損毀他國之汽車船艦建築物。及內亂外患之無關於帝國者是。且其餘各種輕微之犯罪。於帝國國家無重要關繫者。亦儘可一任所在地之法令治之。如警察法令及稅法等之違犯是。以其於本國之刑事立法上。無擴充處罰規定之必要故也。

國外犯罪。依本律處斷。此其事之實行。須犯人潛自回國。或商由外國交付。或爲缺席裁判。蓋刑法之效力。雖可及於外國。而實際之訴追處罰。不得於外國行之。其有例外。得於外國爲訴追處罰之事者。惟於國外之所在地。得有領事裁判權始可。此須由特約而定。惟因於外國不得實行訴追處罰。故遇有於國

外犯本條各款之罪。而欲據本律處斷時。必須依訴訟上列國共助。及犯罪人交付之方法。訴訟上之列國共助。謂調查證據之事。如訊問證人。命鑑定人鑑定。及就其物件或地處實地查勘等。以及送達書類之事。均由外國及本國之司法機關。彼此聯絡。互相協助。犯罪人交付。謂依一定之條件及手續。請由外國交犯於本國。此均須以條約特定之。交犯條約。實爲刑事訴訟法之一種。除外例。蓋犯罪人在外國。不能逕自逮捕。訊鞠。祇可與外國結約。請求移交。然且有雖經訂約而不允移交者。其一。本國人。無論何事。不因訊問處罰之故。移交於外國。其二。國事犯。不問其爲本國人與否。均不移交於外國。有此二種制限。故苟在帝國外之內外國人。犯本案第二第三款內亂外患之罪。或在帝國外犯本條其餘各款之罪。而其人有所在國之國籍時。欲使伏法於帝國。實行本條之處罰。惟有俟其移轉至別國境內。依交犯條約而拘致之。否則須俟其旅行於吾國。始得拘捕逮問。此宜注意者。

國內及國外犯罪之刑法上效力。向來各國立法主義有三種。其一。屬人主義。不論犯罪地之在國內與國外。但使犯罪者係本國臣民。卽應用本國刑法。其

二、屬地主義。不論犯人之爲內國人與外國人。但係於本國境內犯罪。卽用本國刑法。其三、折衷主義。本國刑法。非第適用於國內犯罪之內外國人。卽在國外之內外國人。犯某種類之罪者。亦適用之。此種主義。不特兼包屬人及屬地之兩種。并推及於國外之外國人。其適用刑法之範圍。最爲廣博。惟專以某種類之犯罪爲限。尙不得稱爲世界主義。而可稱爲本國保護主義。此保護主義。爲本律所採用。而本條及下第五條之所規定。其出於保護主義之精神。尤爲顯著者也。

日本改正以前之刑法。於國外犯罪。未有得適用本國刑法之規定。近時大審院判決例。始有一二成案。至刑法改正時。其第二三四等條。遂以之規定於法典正文。與本律第三四五條大略相當。惟日本改正刑法。於國外犯罪所舉各條。併有未遂犯之處罰。而本條及下第四第五兩條。均未及此。似爲缺漏。然如本條及下第四五條所舉各款。既於帝國國家及臣民。視爲有莫大之損害及危險。則雖未遂犯。亦自應處罰。以冀免其危險。不得以其爲國外犯罪而有異。查第八十六條稱。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。併援用之云云。此則本律之解釋。仍與日本改正刑法探同一主義者。且以該條規定。通用之於國外犯罪。除未遂外。併及豫備陰謀。轉視日本法爲益加嚴矣。

第四條 本律。於帝國臣民在帝國外犯左列各罪者。通用之。

一 第一百二十九條至第一百三十一條之罪。

二 第一百三十六條及第一百三十七條之罪。

三 第一百四十條及第一百四十四條之罪。

四 第一百六十八條之罪。

五 第二百十三條之罪。

六 第二百二十二條之罪。

七 第二百三十五條第三款之罪。

本條所列舉第一款。爲關於漏洩機務之罪。第二及第二款。爲關於瀆職之罪。第四款爲關於逮捕監禁者脫逃之罪。第五款。爲關於妨害交通之罪。第六款。爲關於妨害秩序之罪。第七款。爲關於偽造文書及印文之罪。此皆直接或間

據、污辱吏員之職務及名譽者。吏員之職務及名譽、有所污辱、亦即帝國國家之威信爲之損失。故雖此種犯罪在國外爲之、仍須據本律處罰。曰帝國臣民。實即帝國之吏員。與次條所稱帝國臣民。其資格實有差別。法律館原案。於此本作中國吏員。經憲政編查館核訂、及資政院議決。改爲帝國臣民。蓋因中國吏員。無非帝國臣民。理論上未有可以外國人而爲中國吏員者。且本條第一款所舉、第一百二十九條至第一百三十一條第一項之罪。及第六款所舉、第一百二十二條之罪。均非限於吏員。始能爲此種犯罪。故也。本條所規定。有二種疑問。

其一、本條之處罰。以帝國臣民爲限。與前條不問何人均得適用者有別。是外國人在帝國外犯本條各款之罪。概不得據本律處罰之。然如本條第一款所舉。第一百二十九條、漏洩內治外交應祕密之政務、或潛通於外國之罪。及第一百三十條、刺探收集軍事上祕密之事項、圖書、物件、之罪。及第一百三十一條第一項、知悉收領軍事上祕密之事項、圖書物件、而漏洩或公表之罪。均不限於中國吏員及帝國臣民。亦有外國人爲此種犯罪者。法律館修正刑律案

語。第一百二十九條下。駁郵傳部簽註。謂漏洩政務之祕密。包括一切在中國之外國人而言。雖此僅指國內犯罪言之。然在國外之內國人外國人亦自能爲該條及以下兩條漏洩、刺探、公表、潛通之罪。本條惟限帝國臣民適用。則外國人在國外犯漏洩政務祕密、潛通於外國、或刺探收集漏洩公表軍事上之祕密等罪。當然不罰。何以於內國人外國人間。必生此歧異。且何以於外國人犯同一之罪。而國內國外之間必生此歧異。本條規定之意。主爲整飭吏員起見。則除第一百三十一條第二項。係因職務知悉收領軍事上、祕密之事項圖書物件、而漏洩公表。應入本條範圍外。其餘第一百二十九條至第一百三十一條第一項之罪。均非專屬於吏員。且其事項實於國家之存立有莫大之損害及危險。似應改入前條第二款或第四款。不論內外國人在國外犯此等罪者。一律處罰。如此始得其平。而足免國家之損害及危險。且於本條專爲保持吏員之職務及名譽。用意亦合。

其二、本條第三款所舉第一百四十條之罪。該條條文云、凡賸審判、檢察、巡警、監獄、及其餘行政之職務、或佐理人、當施行職務時、對被告人、嫌疑入、或關係

人有強暴凌虐之行爲者、處某刑。本條適用之。列於第三款。然本條所列舉之罪。係國外之犯罪。於國外犯罪、而有審判檢察巡警監獄等員、爲暴虐被告人嫌疑人或關係人之行爲。則必中國現時或將來得在國外有司法權及警察權而後可。以日本現在之國勢。然其新改正刑法。於第一百九十五條第一項。裁判檢察警察官及補助之者、當行其職務、對刑事被告人、其他、爲暴行凌虐之行爲、處某刑之規定。亦且並未適用於國外之犯罪。僅於該條第二項、看守或護送者、對被拘禁者、爲暴行凌虐之行爲、適用之。蓋即在國外得有領事裁判權之國。然於重要之犯罪。亦仍須解回本國司法裁判所審理。止有於國外得領事裁判權。未有於國外置審判檢察監獄等官、而於國外爲司法裁判者。本律第一百四十條之不能適用於國外犯罪。卽此可見。法律館原案。於國外之犯罪。本未列入此條。經憲政編查館核訂、及資政院議決。始行加入。所以加入此條之意。殆因本條第四款所舉第一百六十八條、僅祇有防範縱令脫逃之規定。而未有禁止強暴凌虐之規定。故須加入此條。然禁止縱令脫逃、及強暴凌虐。就國外犯罪而言。祇可專指看守及護送人。若必適用審判檢察監獄

等官對被告人等陵虐之規定。則不合於國外犯罪之情事。且就另一方面言之。國內之犯罪。亦有看守或護送吏員人等。爲強暴陵虐之行爲者。分則各條於此尙有缺漏。似宜於本律第一百四十條。增入第二項。規定看守或護送人強暴陵虐之罰。而以之適用於國外犯罪。并於本條第三款之第一百四十條句下。增入第二項第三項數字。如此庶無疑義。至第一百六十八條之未遂犯。應處罰與否。與前條之理論相同。

第五條 本律。於帝國臣民在帝國外。或外國人在帝國外對帝國臣民。犯左列各罪者。適用之。

一 第一百七十七條及第一百七十八條之罪。

二 第一百八十二條至第一百八十四條第一百八十八條及第一百八十九條之罪。

三 第二百零七條至第二百十二條之罪。

四 第二百三十五條第四款第二百三十六條第二百三十八條及第二百三十九條之罪。

- 五 第二百五十二條至第二百五十七條之罪。
- 六 第二百七十七條至第二百八十一條及第二百八十五條之罪。
- 七 第二百零五條至第二百零八條及第三百十四條至第三百二十條之罪。
- 八 第三百二十八條第三百二十九條及第三百三十一條第一項之罪。
- 九 第三百三十三條及第三百三十四條之罪。
- 十 第三百三十八條至第三百四十條之罪。
- 十一 第三百四十三條至第三百四十七條之罪。
- 十二 第三百五十一條至第三百五十五條之罪。
- 十三 第三百六十一條至第三百七十一條之罪。
- 十四 第三百七十六條至第三百八十一條之罪。
- 十五 第三百八十五條至第三百八十七條之罪。
- 十六 第三百九十一條之罪。
- 十七 第三百九十八條及第三百九十九條之罪。

本條所列舉凡十七款。其罪狀爲害人生命、身體、自由、名譽、及財產。皆破廉恥。

之事。故帝國臣民在帝國外。犯此種之罪。仍適用本律。所以整飭臣民規律也。帝國臣民在帝國外。因此種犯罪而被害時。雖犯罪者爲外國人。亦適用本律。所以保護臣民權利也。外國人在國外有犯。而得據本律處罰。此爲採用保護主義之結果。然亦惟以侵害帝國臣民之權利者爲限。若外國人在國外。對其他之外國人犯罪。則於刑事立法上。固無適用本律之必要。自第三條以下至本條。皆爲國外犯罪之處罰規定。而第三條。不問犯罪者之爲內國人或外國人。第四條。僅適用於內國人。而不適用於外國人。本條則於內外國人之犯罪。均可適用。而其間殊有區別。文理上之解釋。應作爲帝國臣民在帝國外犯左列各罪。或外國人在帝國外對帝國臣民犯左列各罪。均適用本律。其對帝國臣民句。專指在帝國外之外國人言之。非兼指在帝國外之帝國臣民言之。法律館原案。本以外國人在帝國外對中國臣民之犯罪。列作本條第二項。嗣經資政院修併而爲一。但不可因此致生誤解。此宜注意者也。

本條之外國人有二種。其一爲無所屬之外國人。如大洋海賊其他無國籍者。是其二爲有所屬之外國人。如歐美及日本各國人是。而同一有所屬之外國

人於其爲犯罪行爲。有卽爲所在國之人民者。又有爲所在國以外第三國之人民者。但於本律之適用。此等均無區別。第三條之不問何人。亦統包此有所屬及無所屬之各種外國人在內者也。

本條所規定。有不能無疑者。第四款所舉第二百三十六條之罪。該條條文云。凡以虛僞之事實。陳告於吏員。而使交付文憑執照護照。及使爲不實之登載者。處某刑。蓋與本款所舉第二百三十五條第四款。同爲對吏員爲虛僞之陳告。然本律第三條。既以第二百三十六條之罪。列入第七款。作爲對於帝國之犯罪。不問內外國人一律處罰。則不應復於本條重出。且對於吏員爲欺罔。是對帝國犯罪。非外國人對帝國臣民有犯。亦非帝國臣民對帝國臣民或外國人有犯。故本條第四款所舉第二百三十六條之罪。以與第三條第七款重複而應削除。其第二百三十五條第四款之罪。亦爲欺罔吏員。使作公文書。是乃對於帝國之犯罪。以同一之理由。應改入第三條第七款。如此其性質似稍適合。否則公私文書性質無別。且對帝國或對帝國臣民之犯罪。亦無所分。殊非也。

又日本改正刑法於國外犯本條各款相當之罪。凡關放火、偽造及盜用公私印章、姦淫、殺人、墮胎、掠拐、竊盜、強盜、強姦、詐欺及恐喝取財等罪。均有未遂犯之罰。本條各款亦應查照第八十六條之規定。罰及未遂。始足以整飭臣民規律及保護臣民權利。不宜有國內與國外之區別。

第六條 犯罪者雖經外國確定審判後。仍得依本律處斷。但已受其刑之執行或經免除者。得免除或減輕本律之刑。

本條之犯罪者。兼包帝國外犯罪之內國人及外國人而言之。既經外國確定審判。而又依本律處斷。係指同一之犯罪行為而言。論刑事法之原則。本不宜一罪再罰。致失苛酷。惟因其所受者為外國之審判。雖經確定。而於中國法律上之效力。毫無關係。不過視如一種事實而已。未可因此掩抑中國之國權。致不得處罰其國法上所應罰之人民。故本條前段特設規定。無論已經外國審判確定與否。均得再依本律處罰之。而為其刑之宣告。惟刑罰所以禁止犯罪。固無取乎其過酷。倘經外國確定審判。併已受其刑之執行。則雖中外刑法不同。亦或有情罪相當。已足蔽辜者。故於其刑之執行之際。得由審判官實際查

職。免除或減輕其執行。或仍完全執行。但其宣告之刑。雖可免除或減輕。而要
罪必須免除或減輕者。總須隨時審察所犯之情節。及外國裁判。與其刑之執
行。以與中國法律上相當之規定。互相比較而後得之。非法文所能豫定。至其
於外國究已受刑之執行與否。必有確實之證明。始可據以衡量。爲減輕免除
與否之斷定。自是當然無疑也。已受其刑之執行。包括執行之全部及一部之
兩種。雖已受全部之執行。倘合之中國法律。猶以爲未足。可仍命執行中國法
律所定刑之全部。雖僅受一部之執行。苟按之中國法律。確認爲已足相當。不
妨就按照中律所科之刑。減輕之或竟免除之。此皆一任審判官之精心及其
德意。並無何等之拘束。本條但書所謂得者。乃可以如此辦理。並非必須如此
辦理。免除與減輕。謂減免其刑之執行。非謂科刑之減等及全不科刑。本條前
半指科斷處罰言之。不因外國裁判而稍受影響。但書指刑之執行言之。則有
平情矜恤。而或出於免除及輕減者。此宜區別。同一犯罪行爲。而有如本條既
受外國裁判。又受本國處罰之情事。蓋以前列第三四五條。及次條。所採立法
主義。於國外犯罪及國內犯罪兩方面。擴張刑法適用之範圍。與他國立法主

義相抵觸。故有同一行爲於外國及本國均作爲犯罪而應處罰者。因中外各國法律輕重寬嚴不同。故應各自據本國之法律處斷。惟曾受其刑之執行者。得加鑒原矜恤而已。

本條所規定。有不能無疑問者二。

其一。曰仍得依本律處斷。謂之仍得。是依本律處斷與否。純出於任意。並非必須如此。然則前列第三四五條國外犯罪適用本律之規定。及次條國內犯罪推及行爲及結果地之規定。均於刑事立法上非必要。而據本國法律所應處罰者。可爲外國審判之故放棄其國權。且經外國確定審判後。有時亦可不再依本律處斷。是本條但書所規定。早成蛇足而等於無用之空文矣。故參考前後四條立法之精神。及本條但書之用意。應改仍得爲仍應之意。庶幾主義可以一貫。否則前段及但書。均爲得然而非必然。直無本條規定之必要矣。日本改正刑法第五條前段云。雖在外國受確定裁判者。不妨於其同一行爲。更行處罰。是蓋本國法所應處罰者。不因外國已經確定裁判而妨礙。乃必然的意義。而非可然的意思。此宜區別者也。

其二以受刑之免除。與受刑之執行。同爲本條得以免除或減輕之原因。立法者蓋謂得受刑之免除。必係認爲改善故也。然中國與外國法律裁判彼此不同。不相干涉。果係出於改善之故。審判官自有依據本國法律。及審判情形。斟酌寬宥之途。不必以外國之免除其執行爲根據。況曰得減得免。仍非必須減免。既係出於認爲改善之主義。何以仍有刑之減輕執行。且有時併仍完全執行。其在已受外國刑之執行。得酌予減免者。因犯罪人於同一犯罪。曾受痛苦。不啻外國已曾代爲執行其全部或一部。故得察酌或減或免。本條前段。爲嚴重主義。但書則爲矜恤主義。若受刑之免除。是全未受有何等刑之執行。與遁其刑之執行者。實際無甚異。苟爲中國法律所應處罰者。豈宜依據外國之免除執行。認爲其人已經改善。而卽予或減或免。果爾。則凡未到案之犯。均可以認爲已經改善。而減免所科之刑矣。若謂外國之免除。止爲得以減免之理由。並非必須減免之理由。仍在審判官之察酌。是則外國免除執行之事實。與本條得以減免之原因。本無甚關係。則不如逕刪削之爲愈。且此係刑之執行免除。並非刑之免除。併未能認爲出於改善。日本改正刑法第五條但書云。犯人

既在外國受其刑之全部或一部之執行時。得免除或減輕其刑之執行。與本條之規定略同。此可參考。本條所以附加但書之主意。主爲前段於受外國裁判者。仍應據本律處罰。深恐因此一再受刑之執行。殊爲過當。失之太酷。故必有明文制限。以示矜恤。若增入已受免除一項。似理由未足。

第七條 犯罪之行爲或其結果。有一在帝國領域或船艦內者。以在帝國內犯罪論。

在帝國內犯罪。與在帝國外犯罪。照前列第二條至第五條所規定。於刑法適用之範圍。大有區別。故帝國內犯罪之範圍廣博。即國權之運用。亦因之得以伸張。惟犯罪之在國內與國外。究以何者爲區別之標準。向於法律上未有明確之解決。犯罪之成立。以本人之行爲。與及於外界之結果。爲其要件。有時不必有外界之結果。但有本人之行爲。而其犯罪已爲成立者。如各種未遂犯是。然此僅就犯罪之成立而言。若論犯罪之全體。未有不兼法益侵害之結果者。倘犯罪之行爲與犯罪之結果。在異地而發生時。究以何地爲犯罪地。亟應明定。解決本題之議論有三。其一。以行爲之地爲犯罪地。其二。以結果之地爲犯

界地。其三以行爲及其結果之地，並認爲犯罪地。前兩說失之偏狹。本律係採第三說。無論其行爲與其結果，有一端在中國境內，均認爲在中國犯罪。此於國權之運用，得以伸張。立法最爲完美。例如有自中國領域外，或自外國船艦內，施放槍彈，殺傷在中國領域內或船艦內之人，是一種犯罪。跨兩國之間而成。立。苟無本條之規定，則或以行爲地爲犯罪地，而視爲國外犯罪。雖照第五條所規定，亦自有得適用中國法律之處。然苟加害者爲外國人，而被害者亦爲外國人時，則本律第五條窮於應用。而此種犯罪人爲我國法律所不得施矣。又如有人在中國領域內，或船艦內，施放槍彈，殺傷外國領域內，或船艦內之人，苟無本條之規定，則或以結果地爲犯罪地，而視爲國外犯罪。雖照第五條之例，亦自有得適用中國法律之處。然其缺點，與上相同。故惟有本條明文之解決。庶於前述兩例，外國人之犯罪，亦得由本國按律處罰。而於前者，可請求外國之交付。於後者，亦可無俟交付於外國。本律適用之範圍，廣狹迥殊。自此可見矣。

第八條 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。

本條爲刑法效力關於人與地之制限。

前列第二條以下各條。除第四條外。均有外國人之交涉。無論第三條及第五條之國外犯罪。卽第二條及第七條之國內犯罪。苟欲依據本律。處罰外國人之犯罪時。照現在情形。亦尙不能不受領事裁判權條約。及特種條約之制限。故據國內法不得變更國際條約及慣例之原則。而特爲本條明文之規定。國際上成例。法律館原案。本作國際上特別條約。法規。或慣例。嗣經修改。但詞意自仍包括特別條約。法規。或慣例而言。刑法於此所受之制限。有及於全體者。有限於一部者。其因國際條約而制限刑法全體之適用。卽領事裁判權是。其因國際慣例而制限刑法全體之適用。卽在中國之外國代表人。及其家族隨員。又經承認而來之軍隊軍艦。及來游之外國君主大統領等。與以治外法權者是。其因國際條約而制限刑法一部之適用。如本律分則第二十一章。鴉片。煙販運入境罪之類是。其因國際慣例而制限刑法一部之適用。如國有外患。凡居於敵人占據地界內之中國臣民。應敵國正當之徵發。不能處罰之類是。

凡此有特由條約訂定者。有無須條約而早由各國公認通行者。本條統名之曰國際上成例。就中如領事裁判權及鴉片販運入境等。特由條約限制者。必須條約改正之後。始得完全刑法之適用。而其爲國際慣例所認者。併須永受限制。是不得不於審判時。詳察慎重。免生國際之複雜問題。

本條法律館原案及修正案。本連第七條在內。經資政院削除。然第七條雖無外國及外國人等字樣。實際亦全爲涉外關係。與第六條相類。曰以在中國內犯罪論。非謂僅適用於中國人之犯罪也。若謂第七條所規定。僅指中國人之犯罪言。則第六條亦可謂專指中國人之國外犯罪言。而一律脫去本條國際成例之限制。今照原案獨刪第七條。似尙宜細察。

本條之成立必要與否。有不能無疑問者。是分數說。刑法爲國內法。縱有與國際法衝突時。應受國際法之限制。然亦無因此而列入刑法正文。以之明定於國內法之必要。陸戰法規其他國際慣例之足爲刑法上制限。乃中外各國所公認。曾無異同。如駐在內國之外國君主大統領。外國代表。及其家族隨員。又經承認而來之軍隊軍艦。得有治外法權。又如國有。外患。居於敵人佔據地界。

內之內國人民、應敵國之正當徵發、不能處罰之類。此均不待特別條約、而自足制限刑法之適用。卽所謂國際上慣例。東西各國刑法、從未有聲明應受國際法制限之條文。然亦不聞因此有以刑法而破國際法之限制。致釀重大交涉。就國際上慣例之制限一端而論。我中國與東西各國情形曾無少異。不必牽彼入此。其說一。我中國所獨異於各國者。惟有領事裁判權之特別條約。然條約固有明文之約束。豈裁判官所能蔑視。國內法不得變更其國際法之原則。可於學說上爲裁判官之心得。不必明著於條文。且領事裁判權條約。不過一時不得已之所爲。而刑法則有永久之性質。取一時條約上所失之權利。而以刑法永久確定之。於主權國體。不能無損。近年刑法及各種法律之改良。正爲存有條約改正、裁判權收回之目的。況光緒壬寅英美日三續約。均訂明中國現正整頓律例。如與東西各國律例相同。卽允撤回領事裁判權等語。是領事裁判權特約之制限。未嘗無卽可撤銷之希望。今轉於內國法明定國際上有成例而不適用者。仍依成例。一若欲常保此現象者然。是直取條約上所爭回之權利。而更以刑法嘿認廢棄之。於主權國體。所損益多。英美日三續約。本

允領事裁判權之撤回。祇以法律尚未改良爲一種條件。若今刑法及其他法律一切改良。是正條件成就之日。可據以磋商改約。實踐前言。願於刑法正文中自認此等之國際成例。轉轍牽掣。長此因循。是卽將來提議收回法權。彼轉可援引我內國法之明認。以爲口實。而條約改正之交涉益難。不得謂非本律此條之失。謂於主權國體。並無傷害。有所未信。此其說二。苟狃於目前之情勢。且存自棄之心。謂法權收回。永無希望。則本律第二至第七條。早可不必若此規定。徒壯門面。偷自信有可收回之一日。則領事裁判權。在今日不過暫時之制限。不必於刑法正條。爲此反對相消之規定。徒長因循而自生枝節。若僅狃於目前之事實。則刑法各條之不能適用者。豈止第二三及第五六等條之涉外關係而已。卽如憲政編查館另輯之暫行章程五條。規定某刑仍用斬。某罪仍處死刑云云。於內治事宜。其刑法適用之效力。亦不能不爲之一時停止。然均訂入暫行章程。信爲如是已足。本律第二三及第五六等條。關於條約上之限制。亦認爲無永久的性質。卽使爲目前計。亦祇訂入暫行章程可矣。似無須以國際法牽入於刑法正文。此其說三。第二十二條之外國審判。郵傳部簽註。

擬增混合裁判所一項。法律館修正按語駁之云。此係一時特別條約。不宜規定之於刑律中。如以爲必不可少。則宜規定之於刑律施行法中。然則以此例之領事裁判權條約。亦係一時特別條約。何不可一律規定之於施行法。而必訂入刑律第八條正文。此其說四。領事裁判權條約之外。另有關於鴉片輸入之特別條約。亦爲刑律一部分之限制。然煙禁本限十年。至宣統七八年間爲止。屆時當一律禁止鴉片入口。本律分則第二十一章。鴉片煙販運罪。可全不受條約上之限制。本律之實行。初本定宣統七年。現雖期限縮短。然距鴉片條約廢止之期。亦自不遠。此不過對於一國一時之限制。更無所窒礙。不必以此定入條文。致受無形之束縛。此其說五。本條國際成例字樣。原案本作國際條約法規或慣例。修正案引分則第一百零五條改之。雖未明言條約。而意自爲聲明條約之限制而設。修正案語。謂第一百零五條定爲國際成例。亦足賅括一切。自應照改。不知分則第一百零五條。爲內亂罪。並非認作國際法上之國內戰爭。得適用戰時國際法。即使因暴動而兼犯放火殺傷決水掠奪等罪。儘可依本律各條。照數罪俱發例處斷。無須牽涉國際法於刑法。是第一百零五

條之加入違背戰鬪上國際成例字樣。已爲不當。更採用之規定於總則。兩者均有牽入國際法於刑法之失。此其說六。本條成立之非必要。郵傳部簽註已經議及。以爲有損國權。而法律館必堅持之。以爲無損。然理由終覺未足。於此不能無疑。

第九條 本律總則。於其他法令之定有刑名者。亦適用之。但有特別規定時。不在此限。

本條規定刑法總則。對於此外罰則之效力。

凡規定犯罪與刑罰之關係者。不聞其規則所加之名稱如何。其各條項皆爲有刑法性質之規則。因之刑法有廣狹二義。廣義之刑法。包括陸海軍刑法。及民法。商法。訴訟法。行政法。破產法。各種警察規則等。一切法令中之總罰則。狹義之刑法。專指國會議決。經奏准頒布之刑法法典。凡一切有刑法性質之法令。對於刑法法典。而稱之爲特別刑法。故稱法典爲普通刑法。關於同一事項。而普通法與特別法並存時。應從特別法。於特別法無規定者。則從普通法。本條規定之意義。亦卽本於此。一切刑罰法令之大原則。均於刑法法典規定之。

故本律之總則。不獨可適用於本律第二編分則之各條。卽本律以外定有刑名之一切法令。苟無相反對之特別規定者。亦適用之。蓋本律對於其他定有刑名之法令。實有普通法與特別法之關係者也。刑法之總則。得適用於特別刑法與否。在德意志刑法。爲未決之問題。本條則以明文決定之。所謂定有刑名之其他法令。設有特別規定者。例如本律對於獨立之一罪。常不用併科之刑。而違警律則許拘留與罰金併科。本律於累犯無地域之制限。而違警律則以六個月內。在同一管轄區內。爲斷。又如本律於確定審判前。犯數罪者。爲俱發罪。而法院編制法第六十三條。明定前二條之處分。不得用刑律數罪俱發例。徵之舊時律例。如現行刑律。二罪俱發。祇從重論。而處分則例。則須併科。皆卽本條之意義。將來制定他種罰則。有明定不得用刑律之不論罪。自首減免宥恕減輕累犯及數罪俱發等處分者。亦自不得不除外本律總則之適用。而違警罪之處罰。常不必問及故意。稅法違犯之處罰。亦多不用不論罪及減輕累犯加重俱發罪處分之例。日本特別刑法。於刑法典總則之適用。除外累犯及俱發罪者爲尤多。

第二章 不論罪

本章所揭爲一切犯罪成立所必須之事宜。學理上謂之犯罪之普通成立要件。曰不論罪者。實卽第十條至第十六條所稱不爲罪之義。謂犯罪之不成立。非有罪而勿論。本章標題。因舊律有勿論之語。故沿用之也。

第十條 凡法律無正條者。不問何種行爲。不爲罪。

本條示律有正條。爲犯罪成立之要件。卽刑律不准比附援引之大原則。係採取罪刑法定主義者也。

法律無正條。不論向未規定。及業已廢削。均同。正條之有無。以法律爲斷。並不兼及律例。蓋舊律體裁。不能包括。故律外有例。例外有案。隨時隨事。逐漸增加。律與例並重。今制定新律。全爲包括之規定。此外無可增加獨立之例案。卽因新律施行之過渡。另輯判決例。亦非有等於法律之效力。且其事理。早爲新律條文所包括。不過與律文相附麗。有詳簡之殊。斷無無可據之律。而別有可引之例。與舊時情事迥異。故不曰律例無正條。而曰法律無正條。行爲者。非但指身體之舉動。且必由意思所發生。合精神與物質兩者之連絡關係而言之。始

稱之爲行爲。而行爲又分兩種。一爲積極的行爲。亦名之曰作爲。謂可發生一定結果之任意舉動。一爲消極的行爲。亦名之曰不作爲。謂一定結果之發生而任意不防止之。前者。如人之被殺。物之被燬。其結果由有人爲殺人放火之舉動而發生。其放火殺人。是卽作爲之行爲。後者。如其家因電火失慎。而人不防止之。以致延燒。或如由自己無意傾覆火爐。洋油燈。既知火發而不防止之。或知有發狂者放火。而監督者故意不防止之。無論其結果發生於自然力及人力。凡應防止而不防止之。其不防止之一種事實。卽爲不作爲之行爲。凡稱犯罪之行爲。皆可作爲與不作爲之兩種。以下仿此。行爲之成立爲罪與否。以法律有無正條爲斷。不問重大與輕微。均同一律。

現行刑律名例門。斷罪無正條律稱。凡律令該載不盡事理。若斷罪無正條者。引律比附。應加應減。定擬罪名。議定奏聞。若輒斷決。致罪有出入。以故失論。此蓋沿用唐明律之舊。爲歷來刑名家援引比附之根據。然刑律之援引比附。實多種種流弊。其一。審判官得於律無正條之事。以己意比附類似之條文。致人於法。是非司法官而直爲立法官。混司法與立法而爲一。失立憲之要旨。其二。

法律由國會全體議決。且正式公布。與民共信。若律無明文。而參以官吏之意見。忽援類似者以處罰。罔民實甚。其三、本律無可據。而許援類似之例。則審判官意見各異。且喜怒隨時不同。難保無恣意出入。有刑事裁判不能統一之失。因是三者。故近世各國。於刑法規定犯罪及刑罰。多廢擅斷主義。而取法定主義。凡刑罰制度。採用法定主義之國。於判決犯罪。必指示依刑法第幾條或某法令第幾條。此爲不可缺之條件。苟非有明定之條款可據。不得輾轉比附援引。以之處罰。蓋行爲之成爲罪者。立法時早有明定條款。其無明定之條款者。法律不以爲罪可知。縱有萬一之疏漏。亦當於立法上求增改。不應於司法時得舞弄。理自甚明。向來問刑衙門。所以不得不比附定案者。蓋因舊律體裁。以事爲經。純用列舉主義。枝節爲之。而未挈綱領。一事一例。隨時增定。原訂者謂之律。續增者謂之例。毛舉細端。掛一漏萬。是則條文雖多。而有限。人事萬變。而無窮。誠有非援引比附。不足以應用而資懲創之慮。今本律各條。一根理論。綱舉目張。義取包括。舊律數十百條詳之而不足。新律一二條統之而有餘。犯罪之許雖工。斷難軼此範圍之外。此無庸比附者一。又舊律於所犯之罪名。可以

比擬出入。而於所科之刑罰。轉不能絲毫伸縮。故遇有情法輕重。不得其平。惟
有巧於比附。庶足補救。新律不然。每條刑名。均設數刑。卽刑之每等。亦有上下
兩限。審判官儘多量情定罪之餘地。雖無比附之名。而有加減之實。不過明示
制限。而不能恣意出入。此無庸比附者二。就憲制言之。刑法與憲法相表裏。立
憲國非據明定之法條。不能處罰其臣民。若律無正條而得比附定擬。是有違
憲法。況舊律於援引比附而外。更重在議定奏聞。蓋亦明知比附之流弊滋多。
而欲以臨時立法之權。收於君上。然無論宵旰萬幾。日不暇給。且立憲實行。司
法之權。自應獨立。雖君主不能擅奪裁判官之職權。非復可事事比附定擬。奏
聞請旨。而以素多流弊之援引比附。一任於裁判官。其弊滋多。此不宜比附者
三。更就對外言之。刑律改良後。果能收回法權。將對於國內國外犯罪之外國
人。亦有適用。豈能以律無明文之事。而比附處罰。此不能比附者四。或慮不能
援引比附。設有人擇律無正條者。故意犯之。執法者殆無如之何。然考之沿革。
古來罪狀。大略相同。其關國事者。不外衛禁、職制、廢庫、擅興、諸端。其關人民者。
亦不過賊盜、鬪訟、姦非、詐僞、數種。惟近時國際交涉、輪電路礦。與古爲異。案情

罪參離奇。而罪狀之出於定例以外者絕少。無虞倖免。日本舊刑法採用法國刑法主義稍舊。然行之數十年。惟竊引電氣一案。幾疑無可適用之正條。卒以電氣具有流質。亦物體之一。仍作爲竊取他人所有物。處以竊盜之罪。初未聞有巨姦大慝。得以優游法外。此層固可無慮。國初以來。比附之最不得其平者。莫如文字之獄。事本細微。動稱大逆。皆由律無正條。許引他律比附之故。唐律斷罪無正條。其應出罪者。則舉重以明輕。其應入罪者。則舉輕以明重。此乃用律之體例。而非爲比附加減之用。自明律改唐律之文。稱爲斷罪無正條者。引律比附。應加應減。定擬罪名。而其宗旨遂異。國初更於引律二字。添入小註。作爲援引他律。於是漫無制限。得於本門律外。上下比附。而弊遂無窮。亟宜改革。不獨各國之法制。均以此附爲厲禁。卽我國古來之沿革。亦多痛言比附之弊。且實行禁抑之。如晉書刑法志。劉頌疏言。律法斷罪。皆當以法律令正文。若無正文。依附名例斷之。其正文名例所不及。皆勿論。又言。守法之官。惟當奉用律令。至於法律之內所見不同。乃得爲異議。云云。詔下其事。侍中奏。宜如頌所言。又如唐律擅興門。在律有條。依律斷。無條者勿論。又斷獄門。赦書定罪名。合

從輕者。不得引律比附入重。又如金史刑志。金世宗大定九年。制自今制無正條者。皆以律文爲準。此皆歷史上早有成例。非必創自各國。本條爲新律注重之要端。新舊爭議亦最烈。歸安沈氏寄移文存。論之最詳。茲撮其要旨如右。律無正條。不得比附解釋。此爲刑法與民商法相異之處。民商法止規定其原則。有類似之關係。得類推其原則而用之。刑法不然。其於吾人之生命身體自由財產。有直接重大之關係。故其解釋須極嚴確。不准類推適用。例如刑法禁未成年者吸煙草。爲其有傷衛生也。然因此類推。謂未成年者不許飲酒。則不可以法文無禁止之明條故。然援引比附爲類推之解釋。固不可。而於法律範圍內。爲當然之解釋。則斷不可無。當然解釋。學者謂之勿論解釋。亦謂之尙更解釋。卽所犯之罪。與法律正條同類或加甚之時。依正條解釋而適用之。是同類者。如修築馬路。正條祇禁牛馬通過。則象與駱駝自在禁例。加甚者。例如以保護魚類禁止釣魚。則投網者亦自更應禁。此皆法律正條中應有之義。故自可許。以中國舊律證之。唐律。斷罪無正條。其應出罪者。則舉重以明輕。其應入罪者。則舉輕以明重。疏引賊盜律。夜無故入人家。登時殺勿論。假有折傷。灼然

不坐。是即舉重以明輕之例。又賊盜律。謀殺期親尊長皆斬。無已殺已傷之文。如有殺傷者。舉始謀是輕。尙得死罪。殺及謀而已傷。是重。明從皆斬之坐。是即舉輕明重之例。唐律之舉重明輕及舉輕明重。實皆律中應有之義。爲一種當然解釋。而非若比附援引之爲類推解釋。此宜注意。又所謂法律無正條者。不止普通刑法之法律。若某種行爲。於普通刑法雖無正條。而於特別刑法。其他法規。定有刑名者。亦自應從其各本法處斷。無疑也。

第十一條 凡未滿十二歲人之行爲。不爲罪。但因其情節。得施以感化教育。

本條示行爲者有責任能力。爲犯罪成立之條件。次條亦同。

凡犯罪之成立。非但必須有刑罰法令所列舉之行爲。且其行爲。必須爲有刑法上之責任者。此所謂責任。非義務之意。亦非制裁之意。謂物及心兩界之連絡。乃外部之結果。與本人精神上。有連絡之關係也。而有責任之行爲。含二種要素。其一。須有責任能力。其二。須具責任條件。即出於故意或過失。二者缺一。學理上謂之無責任行爲。不成刑法上何等之罪。自本條以下三條。均爲無責任行爲之規定。而第十三條規定責任條件。本條及次條規定責任能力。責

任能力之有無。以普通人之精神狀態爲標準。其有受年齡及疾病之制限者。是卽爲無責任能力者。本條及次條分述之。

能力有無之關於年齡者。是爲成年問題。有民法上之成年。有行政法上之成年。有刑事法上之成年。此三種之成年問題。國各不同。卽同在一國。而民事上之行爲能力。或責任能力。亦不必與刑事上之責任能力。以同一年齡而成。且卽同一民法上之行爲。亦屬於債權關係者。與屬於親族及承襲關係者。其行爲能力之年齡。不必盡同。與此同一理由。刑法上之行爲。亦不可不視其犯罪行爲之種類。而各異其行爲能力成就之年齡。例如普通殺人罪。與國事犯罪。其精神體力各種知識。足以任此之年齡。互有異同。是也。凡人精神智識之發達。亦如軀體。與年齡相伴。逐漸增進。而在精神作用稍形成熟之時期。至完全充實之時期。其間過渡之年齡。雖自不得謂爲責任無能力。然比之達於完全成熟時期者。自應宥恕其責任。各國法制。於此大抵皆設有階級。以區別幼年者之責任年齡。其全不負刑法上責任之時代。界線最高者。爲十四歲。其次爲十二歲。或十歲。最低者爲七歲。亦有並無全不負責任之時代。而總使相

對的負責任者。我國向來法制。以十六歲為完全負責任時代。七歲以下為全不負責任時代。茲就各國法之責任年齡列表以明之。其主義共分爲四種。如左。

國名	絕對無責任	相對無責任	減輕時代	刑事成年
俄羅斯	七歲以下	七至一四	一四至二一	二一以上
葡萄牙	同前	同前	一四至二〇	二〇以上
羅美尼亞	八歲以下	八至一五	一五至二〇	同前
意大利	九歲以下	九至一四	一四至二一	二一以上
西班牙	同前	九至一五	一五至一八	一八以上
澳地利	一〇歲以下	一〇至一四	一四至二〇	二〇以上
丹墨	同前	一〇至一五	一五至一八	一八以上
那威	同前	一〇至一五	同前	同前
哇雷伊	一四歲以下	一四至一八	一八至二三	二三以上
日本	一二歲以下	一二至一六	一六至二〇	二〇以上

第一種

第二種

國名	絕對無責任	相對無責任	減輕時代	刑事成年
英吉利	七歲以下	七至一四		一四以上
紐約	同前	七至一二		一二以上
墨西哥	九歲以下	九至一四		一四以上
希臘	一〇歲以下	一〇至一四		同前
荷蘭	同前	一〇至一六		一六以上
仇南勃	同前	同前		同前
布加里亞	同前	一〇至一七		一七以上
巴那	一二歲以下	一二至一六		一六以上
斐里伏	同前	同前		同前
匈牙利	同前	同前		同前
德意志	同前	一二至一八		一八以上
伏特	一四歲以下	一四至一八		一八以上
國名	絕對無責任	相對無責任	減輕時代	刑事成年

法蘭西

一六歲以下

一六以上

比利時

同前

同前

第三種

里克薩勃兒

同前

同前

土耳其

一五歲以下

一五以上

國名

絕對無責任

相對無責任

減輕時代

刑事成年

那威法新

一四歲以下

一四以上

日本法改正

同前

同前

第四種

觀右列各表。無俟別加說明。惟本律之規定責任年齡。有不能不一述其沿革者。法律館原案。於本條定為十六歲以內不為罪。別於第四十九條。規定十六歲至二十歲。得減輕。採用兩級主義。修正案。於本條改為十五歲以內。而削除原定第四十九條。變為一級主義。憲政編查館核訂案。於本條改為十二歲以內。不為罪。另修復原案之第四十九條。列作第五十條。改為十六歲以內得減輕。是又變為兩級主義。至資政院議決案。復依法律館修正案改定。而本律頒布之諭旨。復於本條改為十二歲以內。別於議決案之第五十條。瘖啞人句下。

增入或。未滿十六歲人之七字。得予減輕。則又全照憲政編查館核訂案改定。是仍採用免責及減輕之兩級主義。惟與前表第二種之兩級主義。又有不同。而獨自成爲一種責任年齡。本條之全不負責任。所以須改十五歲爲十二歲之理由。蓋因戶口清查不易。恐以成人而假托爲十五歲未滿。設竟全免責任。必啟狡飾規避之端。定爲十二歲。庶易識別。而足杜流弊。又本律第二百七十七條。二百七十八條。及二百七十九條第二項。凡對於男女之猥褻姦淫等行爲。均以十二歲爲斷。蓋因過此年齡。精神體力。漸就充滿。足以自衛之故。此亦足資引證。惟以吾國習慣。計算年齡之方法。與他國不同。直自懷妊日起算。不以出生日起算。且但計歷年而並不精密扣算月日。往往有名義上之年齡。與實際上之年齡。相差幾及一年者。故本條之十二歲。實祇與他國之十一歲相當。

更就新舊律比較觀之。現行刑律名例門。老小廢疾收贖律稱。凡年七十以上十五以下及廢疾。犯流罪以下。收贖。八十以上十歲以下及篤疾。犯殺人應死者。議擬奏聞。取自上裁。盜及傷人者。亦收贖。餘皆勿論。九十以上七歲以下。雖

毒死罪不加刑。若有人教令。坐其教令者。若有贓應償。受贓者償之。云云。蓋罪之成否。以年歲爲標準。中外新舊法律所同。惟舊律除七歲以下。全免責任外。其餘均以年齡及罪狀兩者爲標準。而區別矜恤之。所謂某罪收贖。餘皆勿論。此卽各國相對無責任之主義。而本律則止有絕對無責任。及減輕之兩級。並無相對的責任。本條概括之以一切之行爲。不以罪狀細加區別。卽第五十條未滿十六歲人。亦僅得減刑。而不復於年齡外。準據罪狀。分別論免。此其異一。且舊律分十五歲以下十歲以下七歲以下之三級。而本律則惟有十六歲及十二歲之兩級。此其異二。古時胎兒纏綿。不免緣坐論斬。今於十二歲以內之未成年者。得不論罪。今昔相較。仁暴迥殊。至幼者全不使負責任之理由。非謂其全無辨別心。主因其精神狀態。尙未完全發達。不能與普通人並論之故。惟須望其以後之改善。不必追究其以前之爲不善。故不作爲罪。而得施以感化教育。此全出於目的主義實利主義之結果。而非報復主義懲創主義所能說明者也。

因其情節。法律館案語。謂非指罪狀輕重而言。乃指無父兄或有父兄而不知

施教育者言之。其義似有未盡。於此以外。更不可不兼察其狀貌品性等事。蓋感化教育。乃減少犯罪之一種刑事政策。幼者血氣未定。尙可施教育以感化之。若科之以刑。置諸監獄。則反多沾染惡習。無懲戒之效。而益絕其改悔之心。故刑法上不作爲罪。而特與裁判官以一種行政處分之權。憫其從前之失教。併爲日後之豫防。命之入感化院。由國家代其父兄而施以一種規律嚴重之教育。固不論其有無父兄。及父兄是否知教育。既以幼年而犯重大之罪。則命之以受感化教育。是爲裁判官之職權。惟此祇作爲行政處分。不帶刑罰性質。而具有教育目的。以親權與其監督者。而同時廢止其有親權者之親權。雖各國感化院之組織不同。有學校式。有家庭式。有軍營式。而要皆出於強制教育主義。吾國向來刑事習慣。本亦有自新所及遷善局等。與日本之懲治場相類。雖不專爲不良少年而設。其無刑罰性質而有使之改過之意則同。惟設備不善。全不施以教誨。則非但無益而又害之。與各國感化院之功效。全然相反。故欲施本條之感化教育。不可不亟組織感化院。妥訂感化院規則。

第十二條 凡精神病人之行爲。不爲罪。但因其情節。得施以監禁處分。

前項之規定。於酗酒、或精神病間斷時、之行爲。不適用之。

犯罪之行爲。必外部之舉動。與本人之精神上。有連絡之關係。若其精神有障礙而昏迷無識。則一切舉動。均非其意之所爲。此祇可謂疾病之作爲。非其人之行爲。無從施以懲儆。且亦不宜出以報復。故不應作爲罪而加之以刑。惟此等精神障礙之人。全無意識。縱令在外。難保不再滋事端。於社會公衆危險甚大。故苟察酌情形有必要之時。得由審判官施以監禁之一種行政處分。所謂情節。非指已往之罪狀重輕而言。乃指無保護管束者。或察其精神病理。一時未能痊癒。難保無以後之危險者言之。蓋非出於報應主義。而純爲豫防主義。精神病。有廣義的。有狹義的。廣義的精神病。包括純粹的精神病。及瘋癲白痴。心神耗弱。狂熱病。神經病。及一時中毒等類。程度不一。有精神作用全失者。有精神作用損弱者。然廣義之精神病。猶爲病的精神障礙。此外更有非病的由生理的原因而致精神障礙者。如泥醉。催眠。夢魔。等是。本條既以精神病人之行爲爲斷。則彼非病的精神障礙。雖有至昏迷無識。亦不在此例。且與本條第二項對觀。是非有精神病之常況者。亦不在此例。又如德義狂。不關於知能

界之變則的精神狀態。亦非可免刑法上之責任。何謂德義狂。卽所謂一事狂。稱爲色慾狂竊盜狂放火狂殺人狂專於同種類之犯罪有偏嗜。而於其他無關係者是也。

第二項之酗酒者。非第一項之所謂精神病人。此祇由生理的原因。致一時之精神障礙。本爲人力所自能裁抑。乃竟藉酗酒以逞非行。難保非起意。在先。乘醉助勢。殊爲法律所不能許。若果係全無意識之所致。而非出於故意者。亦祇可依第十三條而斷爲無罪。斷非以酗酒之故遂爲無罪。若有間斷之精神病人。其病時發時愈。精神有時與平人無異。故其間斷時之行爲。應爲有罪。不得利用素有精神病之名。而於其間斷時故意犯罪。藉口邀免。行爲以前或其以後。果有精神病之發生。總於犯罪之成立無關係。雖刑事被告人。或嫌疑入。於發生精神病時。應停止公判。要祇爲訴訟法上之限制。不能爲刑法上免責之理由。至行爲者究爲精神病人與否。應召醫生鑑定之。其精神病發生。究在行爲之當時與否。亦必有證人證明之。其爲虛僞之鑑定及證明者。應處第一百八十七條僞證之罰。可無慮其狡飾倖免。日本舊刑法第七十八條。定爲因犯

精神者覺精神之喪失而不辨別是非者。不論其罪。改正刑法第三十九條。定爲心神喪失者之行爲。不罰之。皆以心神喪失爲主。其爲因病的。與非因病的。均無區別。故雖泥醉、催眠、夢魔等。非病的精神障礙。亦不得不同在免責之例。本條則不以心神喪失爲前提。而以精神病爲前提。故泥醉、催眠、夢魔等之精神障礙。當然除外。此與日本法之解釋有異者也。

現行刑律名例門。老小廢疾收贖條律稱。廢疾。犯流罪以下。收贖。篤疾。殺人應死者。議擬奏聞。請自上裁。傷人及盜。收贖。餘皆勿論。此與幼年十歲及十五歲以下者。同有矜恤勿論之例。律注。廢疾者。瞎一目折一肢之類。篤疾者。瞎兩目折兩肢之類。然此皆病在肢體。而非病在精神。不至全無意識。心素上與常人無異。且其人能有犯罪之舉動。是外部肢體之能力。亦未盡喪失。學理上不能以此爲免責之理由。又名例門。犯罪時未老疾條律稱。犯罪時未老疾。依老疾論。然既在未老疾時犯罪。是與常人無異。不能因其以後之老疾。得邀矜恤。本條第一項。限於精神病。第二項。除外精神病之間斷時。皆足矯正此失。又現行刑律。戲殺誤殺過失殺傷人條律。於精神病中最重要之瘋癲者。定爲因瘋傷

人。仍照本律例科斷。瘋病殺人。初准過失殺辦理。後且改照鬪殺。擬絞監候。緩決。從無不論罪之條。核之非精神病之廢疾篤疾。得與老幼一例分別收贖及勿論。爲相對無責任。殊於精神病者爲酷。不合於學理。蓋老幼廢疾之得蒙矜恤。全出於憐憫之意。然精神病人之犯罪。尤非其本心。應受憐憫爲更甚。矜恤勿論之例。固宜在此不在彼。然舊例之瘋病殺人。始終瘋迷。永遠鎖錮。痊愈核釋。及瘋病殺人。到案供吐明晰。應問擬監候入緩者。滿五年不復發。得予釋出。核之本律因其情節施以監禁處分。亦不甚相懸。惟本律祇以監禁爲審判官有權之行政處分。不復虛擬免勾。而以爲刑法上之罪。此有區別。蓋對於瘋狂等之精神病人。祇有豫防爲重。而並無懲創之益。在刑法上之規定。不過如本條所云而止。此外宜於行政法上。妥訂精神病人監護法。與本律相輔而行。固非可專求之於刑法者也。

第十三條 非故意之行爲。不爲罪。但應論過失者。不在此限。
不知法令。不得爲非故意。但因其情節。得減一等或二等。
犯罪之事實。與犯人所知有異者。依左例處斷。

第一 所犯重於犯人所知。或相等者。從其所知。

第二 所犯輕於犯人所知者。從其所犯。

本條示行爲者具責任條件。爲犯罪成立之要素。

第一項、總挈無犯意即非犯罪之原則。除前兩條所定外。雖有具責任能力。既滿十二歲。又非精神病者之人。然亦惟爲具有責任條件之舉動時。始負責任。所謂責任條件者。分故意及過失之兩種。無論民法上之不法行爲。與刑法上之犯罪行爲。均必須有故意或過失之條件。始爲成立。否則不能使負民法上之責任。而令賠償損害。及使負刑法上之責任。而處以刑罰。故意與過失之意義爲何。簡單說明之。第一爲故意。即犯罪事實之明知。及爲此犯罪事實之決意。合此二者。始謂之故意之行爲。設如入山獵獸。了無人跡。發槍擊獸。不虞人至。中彈致斃。此雖有犯罪行爲之決意。而並未明知有可以犯罪之事實。又設如獵者因前有行人。姑持槍不發。偶因他種動力觸發其機。而致殺傷人。此雖知有可以犯罪之事實。而並無犯罪行爲之決意。兩者均不得謂之出於故意。所謂故意者。明知而故犯。總之事出於有心者也。第二爲過失。即有應知之事

實。且屬本可以知之事實。特因自己不注意之故而不知之謂。在故意。須犯罪事實之明知。而過失。則因犯罪事實之不知。犯罪事實之不知。本不能以爲罪。惟所不知者。爲應知而且可知之事實。則不得諉之爲不知而免其過失之責任。例如獵獸於野。旁有行人。不及少待。即發槍擊獸。因而致斃。此本應知獸旁有人。易於誤中。少加注意。即可免禍。特以自恃練習。輕心嘗試。竟爾殺人。雖非故意。要不得謂無過失。不能以初不知有殺人之事實。而免其責任。總之。疏忽異常。怠玩已甚者。皆過失之謂。故意與過失。無論作爲之行爲。及不作爲之行爲。均有之。作爲者之故意。如欲燬人家屋而縱火是。不作爲者之故意。如見某家火起。知將成災。心恨之而不爲呼救是。作爲者之過失。如不知爐灰之未熄。而棄置於積薪之室中是。不作爲者之過失。如見薪室中遺有火種。以爲即熄而不與撲滅是。行爲之非故意者。非必即入於過失。惟本爲應知且屬可知之事實。不注意而不知。始成爲過失之罪。其雖注意而不知者。是由於不可抗力。所謂出於無奈。不特非故意。亦并不得謂之過失。其犯罪不成立。故意與過失之區別。大略如此。

凡非出於故意之行爲。不得謂爲其人之行爲。卽不得爲其人犯有罪惡。本條第一項前半之規定以此。或慮非故意者全不爲罪。恐多諱飾之弊。不知舊律亦有不知情不坐之明文。是卽非故意者不爲罪之意。曾不慮其諱飾。可見無犯意卽非犯罪之原則。古今中外所同。其究爲故意與非故意。此屬事實問題。而非法律問題。是在審判官之精心辨別。可諱飾者本人之供述。無可諱飾者旁人及各種事物之佐證。此層固可無慮。惟非故意者不爲罪之原則。亦非絕對的無例外。倘其事雖非明知故犯。然本爲應知且屬可知之事實。特因其人不注意而致社會大受損害。有死傷及水火等災之情事。不能置之不問。故附加但書以制限之。所謂應論過失者。固非泛指故意以外一切不知情之行爲。亦非僅指應知而不注意之一切行爲。蓋惟本律第二編分則各條。有過失規定之特別正條者。始爲應論過失。此外無特別正條可據者。卽無所謂過失之罪。本律分則之特別有過失規定者。計共十二條。如第九十第九十二條之因過失危害乘輿及皇族。第一百八十六第一百八十七條之失火。第一百九十一、第一百九十七條第二項之過失決水。及因火災水害致人死傷。第二百一

十、第二百十二條第三項、第二百十三條第二項之關於車、船、郵政、電信之損害及危險。又第三百十八條以下三條之過失殺傷等。此均不得以非故意之故。卽爲無罪。他如第二百零三條。漏逸間隔煤氣、電氣、蒸氣。因而致生危險。雖亦應有故意與過失兩種。然該條並未明揭過失。是專指有心故犯。倘非出於故意者。應全不爲罪。不能以過失處罰。又如第三百八十七條第二項之自己錯誤而以善意取得管有之他人所有物。此亦似屬於善意而非無過失之行為。惟條文明揭錯誤。而錯誤之與過失。性質不同。是亦無關於過失之處罰。日本改正刑法第三十八條。有與本條相當之規定。云：無犯罪意之行為。不罰之。但法律有特別之規定之場合。不在此限。改正以前之刑法亦同。此可以供參考。蓋非故意而應罪以過失者。不可無法律特定之正條。惟警察犯。得以法文無反對之明示而罰及過失。

現行律人命門。分謀、故、擅、鬪、毆、戲、誤、過失殺之七種。而過失罪爲最輕。然犯罪之成立。以故意爲必要。既出於故意。不必問其是否豫謀。更行分別輕重。犯罪行爲之決意。有深思熟慮而出之者。有須臾之間而卽決者。此其決意之時間。

豫謀短長。要不過程度之問題。而非性質之差別。其豫謀者不必常重。非豫謀者不必常輕。惟殺人等重大之犯罪。或於未遂以前。有應罰其豫備或陰謀之行為者。至既遂而後。不應更以謀故分輕重。故本律概以故意爲犯罪之要素。不設謀故之區別。過失殺傷。律注。過失。謂耳目所不及。思慮所不到。如彈射禽獸。因事投擲磚瓦。不期而殺人者。或因升高險。足有蹉跌。累及同伴。或駕船使風。乘馬驚走。馳車下坡。勢不能止。或共舉重物。力不能制。損及同舉物者。凡初無害人之意。而偶致殺傷人者皆是。然此等事例之中。有實爲非故意。應不爲罪之行為。非本律之所謂過失者。故舊律過失殺之罪最輕。實則照律注所舉事例。乃非故意亦非過失之行為。應全不爲罪。與本律之過失。語同而義異。其戲殺誤殺之事例中。始真有本律所謂過失之性質。鬪毆致死。有介於故意與過失之間。應行區別者。故舊律分謀故鬪毆戲誤過失殺之七種。本律祇區別以故意及過失之兩大項。自足以包括。又舊律之於故意及過失。惟人命門。有謀故過誤之別。及雜犯門。有失火及放火故燒之別。而爲名例門各條所不見。然此種性質。實通於犯罪全體。故本律於總則中統定之。

第二項之不知法令。無論其實係不知。與諉爲不知。均無區別。又無論其所不知者爲法律與命令。且無論其所不知者爲刑法與其他之法律。概無區別。日本改正刑法及改正前之刑法。均限不知法律。不得爲非故意。故於刑法以外之法令規則。有所不知。祇可作爲事實之錯誤。得謂非故意。本條則不得不與日本法異其解釋。前項之是否爲故意。祇以事實之知與不知爲斷。而於法令之知否。固無關係。例如某甲。於公路或電車內。見有他人所遺之物。而有心持去之。爲自己之所有及保管。不知法令應以爲罪而處罰。明爲法令之不知。然既知確爲他人所有之物。且以持歸之心而持去。是已有事實之認知。及其行爲之決意。無論其果眞不知法令應科罪與否。早已成立前項犯罪之故意。不待更知法令上應作何罪。應處何刑。始得論爲竊盜或遺失物之侵占罪。故本項不知法令不得爲非故意之規定。併非前項之例外。乃免人之誤會。蓋法令既已頒布。人民卽有應知之義務。現行刑律職制門。亦本設有講讀律令之條。凡國家律令。頒行天下。永爲遵守。非特百司官吏。卽百工技藝諸色人等。亦令通曉。是卽古者懸書讀法。入國問禁之義。豈得諉爲不知。冀免刑罪。否則無論

何人。可任意奔馳狡黠。法令永無實施之日矣。然亦有不宣一概論者。現時社會複雜。法令紛繁。即非鄉愚無知。亦偶有不明法律。以致觸犯。不足深責者。刑律所定命盜各情。自無可減。其餘輕微事件。及將來新定各項罰則。不知而犯者。不無可原。且曰得減。並非必減。即減等者。亦仍須科刑。不過略有輕重。可視其情節而定。日本改正刑法。亦於本條相當之規定增加但書。以爲制限。雖不作爲裁判上之減輕。而作爲法律上之減輕。或疑因此減殺本項前段之強行的効力。然亦當可無慮。惟既別有裁判上之酌減。而於此復得減至二等。則或失之稍寬。且舊律。在官人役有犯。照平人加等。以其無可誘爲法令之不知故。此層亦似宜參照舊律。於在官者不得邀本條第二項但書之寬典。應於適用時注意。

第三項犯罪之事實。與犯人所知有異。是即所謂錯誤。錯誤者。認識與對象不一致之謂。分之爲法律上之錯誤。及事實上之錯誤。法律上之錯誤。謂不知法律上有罪者而誤以爲無罪。此常不失爲故意。即前第二項所規定者是。事實上之錯誤。倘對象成爲犯罪事實。而所認識者爲非犯罪事實。如獵者誤以入

爲獸而槍殺之之例。此並無故意。惟若由於特別不注意所致。則應成爲過失。反是。苟所認識者爲犯罪事實。而對象不成爲犯罪事實。例如誤以獸爲己所欲殺之人而槍殺之。此成爲故意。而特非既遂。兩者均爲本條第一項所應辨別之事項。倘認識之與對象。雖不一致。要皆同爲犯罪事實。則不問其成立異種之犯罪。與成立同種之犯罪。要皆不失爲故意。惟與法律上之科刑相較。或輕或重或等。仍有一部分爲故意。一部分爲非故意者。此卽本條第三項所述第一款。係與第一項前半之意相同。卽無犯意非犯罪之原則。惟第一項於犯罪之事實全然不知。而此則僅一部未知。其未知之一部。仍應無責任。所犯重於所知者。從其所知處斷。此可引舊律爲證。現行刑律名例門。本條別有罪名。條律稱。其本應罪重而犯時不知者。依凡人論。律注。引例謂。如叔姪別處生長。素不相識。姪打叔傷。官司推問。始知是叔。止依凡人鬪法。又如別處竊盜。偷得大祀神御之物。如此之類。並是犯時不知。止依凡人論。同常盜之律。是其例也。所犯等於犯人所知。從其所知處斷。稽之舊律。如現行刑律人命門。戲誤過失殺傷人條律稱。謀殺故殺人而誤殺旁人者。以故殺論。此雖等是殺人罪。而所知

爲故殺。所犯爲誤殺。以誤論故。從所知轉酷於從所犯。與新律主義稍殊。不能援以爲證。故殺而誤殺旁人。其中亦有區別。設如意欲殺甲。誤信乙爲甲而槍殺之。此爲目的物之性質之錯誤。自當以故論。若意欲殺甲。發槍而誤斃其側之乙。此爲目的物之手段之錯誤。論現象有過失殺之問題。而論其本意。祇爲未遂。不能以故殺乙之既遂論。蓋乙之誤斃。固非其所知也。應以殺人未遂及過失殺之二罪俱發論。不得爲殺人之既遂罪。此爲本款所犯與所知相等。從其所知處斷之例。

第二款係本於無犯行卽非犯罪之原則。謀之甚重而行之甚輕。止使負其所行之責任。例如乙意欲殺甲。痛毆之。至負重傷而止。雖乙實有殺甲之意。然不能坐以殺人罪。又如謀犯尊親屬而誤傷旁人。止依尋常傷害論。此卽所犯輕於所知。從其所犯處斷之義。現行刑律名例門。本條別有罪名條律云。本應輕者聽從本法。律注。謂父不識子。毆打之後。方始得知。止依打子之律。不以凡毆論。意亦與此略同。

以此兩例推之於共犯罪。亦可適用。例如甲乙共謀竊取。甲入室而乙在外瞭

望。若甲於入室後。忽爲強盜。則據第一款。乙仍以竊取論。反是。甲乙共謀強劫。甲入室後。變爲竊取。則乙之爲瞭望者。據第二款。亦以竊取論。

第十四條 依法令或正當業務之行爲。或不背於公共秩序善良風俗習慣之行爲。不爲罪。

本條示有責不法之行爲。特由法律除外其不法性質之特例。以下兩條亦同。刑法上之犯罪。與民法上之不法行爲相同。必須有違犯法律之行爲。而行爲之犯法。在形式上。爲違背國家制定之法規。在實質上。爲侵害個人或社會國家依法律所被保護之利益。而此兩者亦不必常相一致。有實質的違法之行爲。却於形式的爲適法。而由法規認許之者。亦有實質的適法之行爲。却於形式的爲違法。而由法規禁止之者。故違法之侵害。有時由法規作爲例外。認爲特別權利。在其一定之範圍內。不作爲違法。學理上謂之不法性之却除。此却除不法性之行爲。可分爲三種。其一、職務及業務上之正當行爲。其二保持法律上利益之權利行爲。其三緊急不得已時之放任行爲。自本條以下分別說明之。其餘尚有兩種。一爲得被害者之承諾。一爲自行處分。亦均不作爲違法

之行為。然此祇屬於放任行為之一。而無關於本律之說明。

本條所揭之行為。皆前節所述第一種之正當行為。惟因此等行為。實質上有法益之侵害。與通常犯罪行為之外觀相似。恐刑律與其他法令或慣習互相衝突。有致疑其應照刑律治罪者。故以本條爲却除其不法性之規定。其行爲分三種。

一 依法律或命令之行為。卽職務上之行為。其根據於法律者。例如國會議員。在議院中發表一切意見。不負責任。豫審判事。得搜索家宅及發令狀拘捕。檢事指揮刑罰之執行。及財產之沒收。警察官吏等於供職必要之際。使用兵器。及消防時拆毀家屋。司法警察等不持令狀。逮捕禁錮以上之現行犯。又執達吏依於民事訴訟法。爲強制執行等是。其根據於命令者。例如軍人之於將校。奉命殺敵。巡查憲兵卒之於警官檢察。奉命搜查逮捕。執達吏獄卒之於審判官檢察監獄官。奉命執行死刑及監禁等是。苟爲正式之命令。無論如何。有絕對服從之義務。雖其命令實係違法者。亦惟發違法命令而不法逮捕監禁人之長官。作爲間接正犯而負責任。罰不及於奉行之人。此外依據民法其他法

令。爲親權之懲戒。及精神病人之監護等。雖侵害應受懲戒及應受監護者之法益。亦不爲罪。

二依正當業務之行爲。最著之例。如准許營業之醫師。據醫學醫術之理法。爲人治療。而折損割割人之身體。或隔離拘束人之自由。以及賣藝演劇擊劍角力之毆擊皆是。然此僅限於業務之正當者。及在業務範圍以內之行爲而言。若有故意或過失者。仍不免罪之成立。現行刑律人命門。庸醫殺傷人條律稱。凡庸醫爲人用藥針刺。誤不如本方。因而致死者。如無故害之情。以過失殺人論。若故違本方。因而致死。及因事故用藥殺人者。絞。此蓋因其藉醫術故意殺人。或出於過失。非業務範圍以內之行爲。故應論罪。舊律與本條之精神。實無二致。又現行刑律人命門。戲誤過失殺傷人條律稱。凡因戲而殺傷人者。以鬪殺傷論。律注。謂以堪殺人之事爲戲。如比較拳棒之類。據此。似擊劍角力等。不能與醫術之鍼灸割割並論。然拳棒比較及江湖賣藝者之所爲。亦自有其一定規律。苟非出於故意與過失。是卽正當業務範圍以內之行爲。不能以爲罪。三不背於公共秩序善良風俗習慣之行爲。例如因習慣於一定日期。在路間

開設商市不得爲妨害交通罪。訪友人之家。未通知卽入戶內。不得爲家宅侵入罪。又如遇祭祝日。雖終夜施放爆竹。不得爲妨害安眠罪之類。是舊時律例於飲食小賭。律得勿論。正以無關風化之故。亦卽本條之意義。然本條後段之放任習慣。應列於刑法正條與否。不能無疑。

第十五條 對現在不正之侵害。而出於防衛自己或他人權利之行爲。不爲罪。但防衛行爲過當者。得減本刑一等至三等。

本條所揭之行爲。通常於別處應以爲罪。惟因猝遇橫逆。迫於不得已。故特由法律認許之。爲一種權利行爲。却除其不法之性質。在學理上。因其排斥不正之侵害。故名之曰正當防衛權。或以其出於急迫之故。名之曰緊急防衛權。又或以其不藉公力而自行扞禦。名之曰個人防衛權。舊時律例。名之曰登時殺勿論。亦許人民有防衛權之意。蓋個人之種種法益。被人侵害。雖可起訴。請由國家究懲。以資保護。然至法益既被侵害。始由國家處罰加害者。以懲創之。於被害者之損失。已不及補救。况加害者自知不法。往往逃避無蹤。國家亦併無從得而處罰之。故不得不許人民以一種自衛之權。以免束手待斃。抑且事主

避害心切。勢不兩全。迫而出此。亦自可原。故於此等行爲。不宜科罪。使各有自衛權。藉以補公力之不足。而懾奸人之罪念。並爲義俠之獎勵。卽以保社會之治安。東西各國中外古今之立法。大略相同。惟此主義極端提倡。範圍過寬。則人人自由行動。可置國法治權於不顧。且或弱肉強食。互相復仇。以暴易暴。甚至桀黠利用。殺人不死。故立法者於此。莫不附有一定之條件及制限。以杜其流弊。

第一防衛權之權利範圍。分二說。甲、所得防衛之法益。德國刑法及日本改正以前刑法。惟遇有殺傷等事。乃照特別不論罪之例。現行刑律。亦惟於犯奸及賊盜律。許有特例。不外保衛生命身體及家宅之安甯。本律則不以殺傷及奸盜爲限。無論生命身體自由財產及名譽貞操等法益。均得有防衛權。故舊律散見各條。爲名例所不見者。本律於總則統定之。乙、所防衛之法益之主體。各國法。或於自己而外。僅及於有保護義務之人。現行律。亦以賊盜之雇工鄰右。捉奸之親屬爲限。本律則不問其爲自己與否。其爲他人。亦不問究係親屬及鄰居與否。均可包含。丙、可對之行使防衛權者。不問其爲動物之嗾使。

與人類之舉動。亦不問其人之能力與身分。苟加不正之侵害。均得對之爲防衛。雖無責任能力者。及國際法上不受刑法之適用者。亦非許其以不正之侵害。作爲權利行使之行爲。故亦得對之有防衛權。尊親屬之懲戒權。亦非可濫用。而加不正之侵害者。惟欲對之爲防衛。則現時尙有另訂之暫行章程第五條。爲本條之制限。

第二防衛行爲之必要條件。分爲四種。甲、須於權利有侵害。雖有人對之公然爲猥褻之行爲。而於生命、身體自由、財產名譽等法益。究未直接有何等之侵害。則亦無防衛之必要。蓋既名之曰防衛。自必以有侵犯爲前提無疑。唐律諸夜無故入人家。知非侵犯而殺傷者。減鬪殺傷二等。現行律同。卽此義也。

乙、其侵害須爲不正者。若依據法律命令而行之逮捕、拘禁、沒收、徵發、及捕盜、捉奸等。雖加侵害。而並非不正。故如舊律所定之賊盜脫囚對於事主及吏卒爲拒捕。及平民之拒毆公衙追攝人。均不得以防衛權爲藉口。丙、不正之侵害須係現在急迫者。條文之現在。含目前緊急之意義。倘豫知有人挾嫌尋釁。而先發制之。及侵害已終。而率行報復。是皆對於未來及已往。而非現在之不

正侵害。此非所謂防衛行爲。現行刑律於擅殺奸盜兇徒各條。屢曰登時。曰姦所。曰盜所。蓋皆限於現在急迫之義。惟侵害未來。而爲賊盜之豫防。先自置備刀銃。及侵害甫終。而乘勢追逐。奪還贓物。亦自在防衛權限之內。現行刑律。以近時盜匪均攜有槍械。而居民無之。不足以資防衛。特於現行刑律核訂時。准許內地各省置備洋槍鳥槍。不以舊律山陝閩廣近山沿海省分爲限。亦卽此義。丁、防衛行爲之程度。不得過當。侵害與防衛之程度。必使一一相當。勢有所難。然使防衛輕微之法益。而轉爲重大之加害。是非特以暴易暴。且變而加厲。制裁遠酷於國法。則司讞者亦更無所用其矜愍周詳矣。唐明及現行律。於諸夜無故入人家。其已就拘執而殺傷者。各以鬪殺論。蓋惡其過當也。然律文又曰。主人登時殺者勿論。則主義殊不一貫。夜無故入人家。不外奸盜二字。罪不至死。況在未成。而可擅殺勿論。不得不謂爲過當。其他現行律於奸盜非拒捕傷人者。均許以擅殺。按之情法。未免過當失平。本律一以渾括出之。其爲過當與否。是在審判官之審察。

日本改正刑法。以出於不得已爲要件之一。蓋侵害之來。猶及逃避。及急求公

力保護。自可無須自行防衛。致蔑視國權。本律雖無不得已之明文。然以現在急迫爲前提。亦必不得已之所爲。意自可見。至防衛過當之行爲。得減至三等。較之日本法仍可全免者。爲得其中也。

第十六條 避不能抗拒之危難強制。而出於不得已之行爲。不爲罪。但加過當之損害者。得減本刑一等至三等。

前項之規定。於有公務上或業務上特別義務者。不適用之。

前條之防衛行爲。乃自己所力能抗拒者。至若遇有天然之危難及人力之強制。顯爲自己所力不能抗拒者。惟有逃避以求免之一法。逃避危難及強制之時。原不必定加損害於他人。然卽因逃避迫切。損害他人。藉以自免。果確係出於萬不得已之所爲。亦自人情所不禁。就道德上論。有殺身以成仁。摩頂放踵以利天下。斷不宜利己以損人。然就法律上論。則一切矩矱準繩。祇爲普通人而設。萬不能以道德高尚之事。強責普通人以人情所不能。故此種行爲。雖有不法性質。且雖出於故意而非過失。然法律上不以爲罪。各國法制所同。惟若不加制限。範圍過寬。則桀黠者得利用此機會。或藉口於急切無奈。而犯種種

重大之罪惡。殊多流弊。故必具一定之要件。以防遏之。學理上謂此爲緊急避難之行爲。又謂之不得已或放任之行爲。係舊律名例門中所無。本律於總則規定之。

本條第一項最顯著之例。如同舟遇風。舟覆將溺。甲獲片木而浮。乙奪之致甲溺死之類。是避天然之危難。又如雇工人因強盜以死傷相脅迫。乃導往主人財物所在處之類。是避人力之強制。分權利及制限兩面觀之。

第一權利之範圍。說分爲四。甲、前條之原因。全由於人爲。此則無論人力及天然力。凡有迫切之危害。而力不能抗拒者皆是。乙、前條包括一切之權利。本條則除生命身體自由或財產以外。名譽權。無受天然及人力所致急迫之危害。當然不在本條範圍之內。惟貞操之強制侵害。或可視爲名譽權之喪失。然已概括於身體侵害之中。丙、前條之防衛行爲。係對於侵害者之反應。此則對於強制力以外之第三者爲之。雖使波及於他人。然以不得已之故。不能認作前條不正之侵害。丁、前條之行爲。不問其爲自己或爲他人。此則專以自己爲限。蓋爲他人免害。而更加害於其他之人。殊覺過無限制。然使圖親屬

或他人與自己一同出險。而加損害於其他之人。固自應認許。且設如火災之際。爲救避他人之生命。而致損害其他之人之身體財產等。亦自可許之。日本改正法於此。不問爲自己及他人。本條雖亦無明文之限制。惟日本法僅限於天然災厄。而不及於人力強制。故可爲他人救避。於此點有互異之處。仍宜稍從嚴格。不能直採日本法。以爲本條之解釋。至危難強制。以現時急迫者爲斷。自是當然之義。

第二行爲之要件及制限。說分爲三。甲危難強制。須不能抗拒者。否則併無事急切逃避。何況更損害他人。倘強制力不甚。而願甘自順從。此係受威脅主使。仍應作爲共犯。現行刑律鬪毆門。威力制縛人條律稱。以威力主使人毆打而致死傷者。並以主使之入爲首。下手之人爲從。此等受威脅而下手者。非本條所謂緊急避難之行爲也。乙、加害之行爲。須出於不得已者。倘急圖避免。尙有他途。而願加害於人。此非不得已之行爲。如前舉之例。舟覆將溺。設甲所攀之片木外。別有片木可攀。或本可兼容乙之附加。共同待救。不得奪甲之木。致令溺斃。丙、所加之損害。須不過當。卽所欲救護之自己之利益。與所損害

之他人之法益。非可輕重失平。設避財產上之危難。強制而損害他人之生命。是卽過當之行爲。但究竟過當與否。在急切避難之時。何暇詳細權衡。故雖應科刑。而得爲減等。日本刑法於此。亦仍有得全免者。

本條第二項。有公務上之特別義務者。如警察消防隊。軍人之類是。有職務上之特別義務者。如船長。醫師。看護婦之類是。設軍人臨戰脫逃。警察消防遇火。急卽奔竄。船長見船將覆。先自脫逃上陸。看護婦遇有火警。棄置病人而不顧。此皆於其公務或業務上有不能先自避免之義務。設竟違背此等特別義務。惟知自圖避免。而併因此加損害於他人。自不適用前項之規定。但若消防警察遇火災時。於消防盡其全力以後。因危害之切身。不得已損壞他人之建築物而避免。又若船長值急迫之危險。已盡保護人客船身貨物所有必要之手段。且使旅客海員其他人員脫去之後。因免自己之身命。而毀棄旅客之器物。如此亦自不能以爲罪。

第三章 未遂罪

刑法所稱犯罪者。多指犯罪行爲之既遂者而言。然亦有所犯雖未遂。而於刑

法亦應處罰者。是爲某罪之未遂犯。現行刑律。於人命、賊盜、犯姦等門各條律。屢有分別罪狀之既遂未遂。而定其刑名之輕重者。如云謀殺已行未傷。及傷而未死。強竊盜未得財。強姦未成。殺姦不遂等。皆卽本章未遂罪之義。特舊律散見各條。而爲名例門所無。本律則於總則中統定之。

第十七條 犯罪已著手。而因意外之障礙不遂者。爲未遂犯。其不能生犯罪之結果者。亦同。

未遂犯之爲罪。於分則各條定之。
未遂罪之刑。得減一等或二等。

本條規定未遂犯之性質及其處分。

未遂罪之意義。有先應說明者。爲犯罪行爲之階級。共分五事。

第一、犯意表示之行爲。此不但起意而止。併有表示其犯意之行爲。或以口說。或以書面。或以動作。例如某甲豫告某乙。以欲殺某丙之意。而其後更有進行之狀態。非出於空言戲謔者是。若對他人表示犯意。而他人甘諾允從之時。是謂之通謀。卽刑法上所謂陰謀。凡此皆屬於犯罪之第一步。然犯罪之多數。不

必盡以犯意先行表示於他人。

第二、豫備之行爲。此不但表示其犯意。併有漸次進行之狀態。例如因欲殺人而準備兇器。或探知殺人之時機。或進發犯罪之地處。或布置確可使犯罪實行之方法。或籌策犯罪後湮滅證據。冀免發覺。及使犯罪而得之利益。可以穩固。之各種事實等是。此屬於犯罪之第二步。然亦有不必先事爲種種之豫備行爲者。

第三、着手之行爲。有爲實行之一端者。有爲緊接於實行者。皆卽舊律所謂起意以後之動手。前者如連下數刃而斃之。僅下一刃。搶竊物件之初接觸其物體。強暴奪財之先行威嚇等是。後者如殺人之已舉手而未下刃。欲放火者之已執火器近擬目的物。而未及附着燃燒等是。此兩者一則實行之舉動未及終結。一則實行之舉動。正將開始。是爲第三步之着手行爲。

第四、實行行爲。卽由此完成刑法各本條所揭犯罪特別要素之行爲。係於着手以後。更進一步。而終結其目的。之各種舉動是也。

第五、實行行爲之終結。大都卽爲犯罪之既遂。而亦不盡然。此須於犯罪之行

爲以外。更言其結果。有行爲之終結與結果之發生成一體者。例如竊盜罪。以他人所持有之物。移轉爲自己之所持有。其物已經移轉持有時。一面爲行爲之終結。一面雖爲結果之發生。此等犯罪。至行爲終結時。全爲既遂。惟甫着手而行爲之全部未終結以前。有所謂未遂。又有行爲之終結。與結果之發生。分爲兩據者。例如殺人罪。向欲殺之人發射槍彈。是行爲之終結。欲殺之人因此被傷。雖結果之發生。似其行爲終結時。罪亦既遂矣。然槍彈未必悉能命中。已發彈而未中傷致死。是行爲終結而結果全不發生。仍非既遂。故此等犯罪。卽得爲終結以後。尙有祇成爲未遂者。然以上所舉兩例。均指犯罪之須有結果者而言。亦有不必論外界之有無結果。而於實行行爲之終結時。總爲犯罪之既遂者。例如僞證之罪。祇須於爲證人而爲虛僞之陳述時。不必論被告之所受影響若何。其犯罪全已成立。故行爲終結時。卽已無所謂未遂。但於結果之有無並無關係。此與前舉之第一例相異者。犯罪行爲之階級既明。而後可以定未遂犯之界說。

未遂罪之性質。所謂未遂者。果通於各種犯罪之情形均有之乎。是可分數點

說明之。

第一、過失犯。有無未遂之問題。犯罪之責任條件。本有故意與過失之兩種。然未遂之問題。則僅以故意爲限。而不能及於過失。蓋遂與未遂。必先有其意之所欲。是惟出於明知之故意犯罪始合。若過失。則以犯罪事實之不知爲前提。非先有所欲。亦卽無所謂遂與未遂。例如有獵戶。射殺通過樵夫近傍之野豬。而於樵夫並無傷害。是併無過失犯之問題。倘傷及樵夫。是爲過失傷。倘竟誤斃之。是卽過失殺。均無過失殺傷之未遂情事。倘過失犯而亦有未遂犯。則鑽燧者可指爲失火之着手。驅車者可指爲過失殺傷之着手。無往而不可以爲罪。故過失犯無未遂。

第二、不作爲犯。有無未遂之問題。犯罪之行爲。有由於作爲及由於不作爲之兩種。作爲犯無論已。不作爲犯之於未遂。雖學說不一。然亦有時可成爲未遂罪者。例如鐵道綫路之看守人。意欲傾覆汽車。明知綫路上橫有障礙物。而不卽除去之。倘此障礙物在汽車未通過之前。早爲他種動力除去之時。則看守人全然無罪。而不成爲未遂罪。蓋以看守人在汽車通過以前。儘有除去其障

礙物之餘地。不得於其尙能盡義務之時。卽指爲違背義務而罪之。倘至汽車通過。竟因此顛覆肇事。則該看守人之違背義務。而不作爲。固已成爲既遂罪故也。然使臨至汽車通過之際。障礙物迄未除去。而汽車竟超越通過。未至顛覆時。此可成爲未遂罪。不得以之爲邀幸而免責。惟若無顛覆汽車之目的。而出於不知時。則成爲過失犯而已。

第三、罪應加重者之未遂問題。假如毆人因而致死傷。損壞鐵道與水路標識。固而致汽車破壞傾覆。船艦沈溺等。犯某種之故意罪。附加意外之重大結果。刑應加重者。除其本罪之故意犯外。於加重罪。並無未遂之罪。蓋因附加之重大結果。非其本意所及料故也。

未遂罪之類別。可分爲三。

第一、中絕未遂與缺效未遂之區別。中絕未遂。亦謂之着手未遂。卽於犯罪行爲已着手。而未完結其實行。例如放火燒人房屋。方取火向近。卽被阻止者是。缺效未遂。亦謂之實行未遂。卽於犯罪行爲非但着手。且已實行終結。特未生既遂之結果。例如飲人以酖。卒遇救不死者是。此種區別。向來於法律上視之。

初無二致。統稱爲未遂犯而罰之。

第二、外由未遂與內由未遂之區別。外由未遂。卽因外界之各種障礙。致未完結其實行。或實行而未有結果。其未遂之原因。全出於本人之意外者。內由未遂。卽因於自己之任意中止。致未完結其實行。或防止實行後可生之結果。其未遂之原因。專屬於本人之意思者。前者爲純正的未遂犯。後者。則有別稱爲中止犯而不罰之者。

第三、可能未遂與不能未遂之區別。此種區別。於已着手而未實行之中絕未遂。無從發生。惟已實行而無結果之缺效未遂。始得有之。可能未遂。卽狹義之未遂。以彼所爲。常可遂其所欲者。不能未遂。乃以彼所爲。終不能遂其所欲者。以其屬於性質之不能。而非由於事勢之不遂。故有別稱爲不能犯。而不作爲未遂犯。免其處罰者。

本律則於此三種區別中。以不能犯爲廣義之未遂犯而處罰之。卽中止犯亦以得處罰爲原則。另於次條述之。

本條第一項前段之未遂罪。必須有次列之各要件

第一、須有所犯一定之罪。蓋必主觀的本於故意。客觀的有得使結果發生之能力。設初未嘗特定犯罪。惟結盟拜會。以便遇事生風。此乃法蘭西及日本等國所謂兇徒組合。我國所謂幫匪會黨。明知其不免犯罪。然苟未有特犯某罪之舉動。不能確定其豫期之目的。卽不得爲某罪之未遂。

第二、須已着手。犯罪之行爲。除禍起倉猝者以外。常經數多之階級。設在犯罪之既遂以前。統可指爲某罪之未遂而處罰之。則易於摭拾誣陷。涉及不確實不表見之事。故定未遂之界綫。不可與既遂爲過遠之距離。犯罪之成立。在於實行。實行以前。不必有豫備。總不能無着手。着手雖非卽實行。而已與之密接。且如前述。有着手卽爲實行中之一端者。至此危險已甚。故可據以爲罪。而着手與豫備之界限。區別不可不嚴。設如有以殺人之意而動用器具。進行目的地。似已接近實行。然殺人者非必特定之器具。特定之地處。故此祇爲豫備行爲。而非卽着手。所謂着手者。必有拔劍相向舉刃欲砍之勢者也。

第三、須因意外之障礙。不問由自然力與人力。有形與無形。目的上與手段上。被害者之抗拒。與他人之援救。總之必非出於己意者始可。其由自然力之障

礙如放火者。適逢大雨撲滅。竊盜。過震雷驚醒事主。其由人力之障礙。如被害者服消毒劑而不至毒死。放火者爲消防隊救熄。障礙之有形者。如欲殺人而或奪其刃。無形者。如犯罪者正在動手。適警吏至而驚駭奔避等是。其他因目的及手段而致未遂之例。於後述不能犯時更詳舉之。

第四、須不遂者。雖犯人尙未達其目的。而刑法各本條中作爲罪之構成要件已完備時。已入於既遂之時期。不能仍作爲未遂。既遂與未遂之區別。不得以犯人目的之達否爲標準。內亂罪之目的。在改革政府。而其罪之既遂。則在起事之時。是其例也。

本條第一項後段。爲解決不能犯應處罰之規定。不能生犯罪之結果者。謂因其目的或手段不適合。而不能至於既遂之狀態。而其目的或手段不適合之程度。又各分有絕對的不能及相對的不能之兩種。目的之絕對不能。例如欲殺之人。本已氣絕。欲墮婦胎。實未懷妊。目的之相對不能。例如向人恆居之室中轟擊圖害。而其人適在左室。欲探囊竊物。而其中適未置有金錢。手段之絕對不能。如欲放槍殺人。而未實子彈。欲施毒殺。而誤以雞那霜爲砒素。手段之

相對不能。例如放槍殺人而手眼不準。用藥毒殺而分量過少之類。此皆於其行為之性質上。不能遂其豫想之結果。非單因外界之障礙。以致不遂。果應作爲未遂罪而處罰之與否。向來學說紛歧。迄無定論。略分數說如下。

第一客觀說。復細別爲三。甲罰相對不能說。目的及手段之絕對不能。均不得作爲未遂犯而罰之。且有以目的之相對不能。亦不作爲未遂犯者。乙罰危險的不能說。不問其目的及手段之絕對不能與相對不能。總之其既遂之罪有危險者。則其未遂之罪亦應罰之。否則止作爲不能犯而不罰。丙罰事實上之不能說。謂事實上不能。不過意外之障礙。與缺効未遂無異。惟若法律上之犯罪要素欠缺。如墮胎罪之實未有胎。此爲法律上之不能。則應別作爲不能犯。不得作爲未遂犯而處罰。

第二主觀說。謂既有一定之犯意。自信爲可能。無論目的手段若何。其犯罪結果之不能發生。總爲意外之障害而未遂。所謂不能者。無絕對相對之區別。但因外部之舉動。得確認其犯意之所在。是卽純爲未遂犯。應一律處罰。而別無所謂不能犯。蓋前舉各例。既有犯意又有犯行。惟無結果耳。其結果發生之不

能與可能而不發生。實際無異。故同爲缺效之未遂罪。

本條係採取主觀主義。而以明文決定之。故本條之解釋。非若各國刑法。須有未遂犯與不能犯之區別也。

本條第二項。定未遂犯處罰之範圍。法律所以罰及未遂犯者。蓋不但以其行爲有能使發生結果之危險。且以其本人豫想發生結果。實具危險之性質故也。就主觀主義嚴重論之。應將一切之未遂犯處罰。概無區別。惟因客觀的危險有大小。且或有事之確否難明者。故採取折衷主義。限既遂罪之重大而確實者。始有未遂之罰。而於各條以明文規定之。非此概不得罰及未遂。本律分則中各條。明云某某條之未遂罪罪之者。計共三十條。以此爲未遂犯處罰之制限。如第九十八條侵犯皇室之未遂。第一百零二條內亂之未遂。第一百二十四條外患之未遂等是也。

本條第三項。定處罰未遂犯之刑名。此有兩種主義。其一爲客觀說。謂未生既遂之結果。損害尙屬輕微。其處罰必須減輕一等或二等。其一爲主觀說。謂犯人因遇意外障礙。乃至不得遂而止。其危及社會。與既遂犯無異。故刑不必減。

惟各按其情節。亦或可以減輕。本律係採主觀主義。爲得減而非必減。且有作爲例外。而以未遂及豫備或陰謀。與既遂罪一律處同等之罰。而並不得減輕者。如分則第一章侵犯皇室罪。第八十九條。於乘輿車駕之將加危害。與已加危害者。同處惟一之死刑。所謂將者。固猶未遂也。

第十八條 犯罪已著手而因己意中止者。準未遂犯。得免除或減輕本刑。

本條定學術上中止犯之名稱及其處分。

中止犯者。犯罪着手實行之際。雖無意外之障礙。足以阻止之。而因自己意思不再續行。或已行而自已阻止其結果之發生。此卽前述之內由未遂。其性質與前條之外由未遂不同。故有中止犯之特稱。而不作爲未遂犯以之處罰者。本律則因救正刑事政策上之缺點。而一變各國向來之立法例。決定應準未遂犯論。而特異其處罰之輕重。

中止犯亦有着手中止及實行中止之兩種。前者爲中絕的中止。卽已着手而由己意不再實行。例如竊盜既破庫門後。不竊財物。謀殺故殺人者。揪人伏地後。止不下刃。其後者爲缺效的中止。卽已實行而由本人防止其結果。例如使

人服毒後。更與以消毒劑。既下火種後。更汲水灌滅之。此等事例。一切可準未遂犯之說明。惟其必要之條件。爲出於自己之意。而非由意外阻礙。其間出入。關係甚鉅。故如何情形得有任意的中止。及其中止是否悉出於己意。不可不有一定之界說。分述之如左。

第一着手以後之中止。可不問其遠因及近因之種類如何。苟勢能續行而不欲續行。出於自己之動念者。均可爲任意中止。而其果出於悔悟。或因更待機會。或因發見財物過少。而不值爲此驅取竊取。皆無妨於中止之成立。惟若見人遠來。或聞有足音。驚而脫走者。無論其由於誤會。或果有事實。總爲意外障礙。而非任意中止。又若一次發槍擊人不中。不復連發第二三次槍彈。是亦早成外因之缺效未遂。而不得有中止。且實行行爲之中止。雖可不問爲一時的間斷。或永久的消滅。然苟犯人利用已着手之結果。仍有完成同一犯罪之意思時。此或更成日後之徐行犯。不得以任意中止論。例如拆毀他人房屋。着手以後。更期翌日爲之。而暫爲一夜之休憩。及擬分數次用毒殺人。既施毒物少許。因更期後日。而不再增加數量時。是也。

第二、實行以後之中止。其中中止惟於實行完畢。猶及發生結果之間。始得有之。若實行完畢。而其結果之不能發生。業既明確時。即無所謂中止。是名爲失敗犯。例如殺人者。槍彈既發而不能命中時。是爲缺效未遂。而非中止。又實行以後之中止。須實際有防止其結果發生之効力。若既實行後。即由自己竭力防止。亦不能奏効。是爲既遂。而不得有中止。且防止其結果之發生。不可不由犯人自己之行爲。設如使人服毒後。急與消毒劑以救之。而被害者先已得飲消毒劑。吐去毒物時。是仍非任意中止。但防止結果之發生。不必定須犯者獨自爲之。即因防止中毒而招醫師代爲治療。亦不失爲中止之行爲。惟若於結果之防止前。犯人知事已發覺。且知其事之第三者另行防止其結果。或有即將呈告於官之恐。而其防止不出於任意時。不得爲任意中止。

中止犯之應處罰與否。向來有二種主義。

第一、中止犯不罰之主義。蓋認爲犯意不充足。欲獎勵行爲者自己中止。故以不罰爲一種刑事政策。向來各國法及日本舊刑法多採用之。

第二、中止犯亦應罰之主義。蓋中止犯不罰之故。不過爲刑事政策。雖一面有

獎勵罪犯中止之利益。一面亦有易促犯罪實行之危險。中止犯固有可原者。亦有不可恕者。如果真改悔而自行中止。固自可原。然難保無一時暫止。以圖更善之機會。此非真心悔過。勢難一概免責。故近世學說。多唱應罰之主義。日本改正刑法亦既採用之。本律係採第二主義。準用未遂罪各條。以定應處罰之範圍。而其刑則與未遂罪有輕重之別。惟祇爲得以免除或減輕。而並非必須免除或減輕。與日本改正刑法亦有寬嚴之異。且如分則中第八十九條。於乘輿車駕之將加危害。係未遂與既遂同等處罰。於此種情形。雖犯罪者自行中止。亦仍有不得照本條議及減輕免除者。

有似中止犯而實非者。卽於犯罪之成立後。防止可發生第二法益之侵害是也。此種情形。本律有作爲例外而免除其刑者。例如本律第一百七十七條第二項。爲僞證而於確定審判前自白者。得免除其刑。又第一百七十八條第二項。爲誣告而於確定審判或懲戒處分前自白者。得免除其刑。是至若本律第五十四條。犯分則所定之豫備罪或陰謀罪。於未及實行前而自首於官受審判者。得免除或減輕其刑。此雖未及實行。且同一得免除減輕。而却非中止犯。

因已早成立豫備罪或陰謀罪之獨立的犯罪故也。又若本律第一百零七條云。犯第一百零二條至第一百零四條之罪。未至暴動而自首者。免除其刑。此亦非中止犯。蓋雖未至暴動。而其以前所犯。早成爲獨立之犯罪故也。況如第一百零七條所引第一百零二條之罪。卽係未遂罪。尤爲顯明。

第四章 累犯罪

累犯者。已先犯罪受刑之執行。復再犯罪。此其人習於爲惡。實爲社會之大蠹。若仍處以初犯之刑。不足以示儆。各國多有累犯加重之法制。唐律亦本有犯罪已發及已配等條。明以後改爲徒流人又犯罪。現行刑律仍之。入名例門。爲全律中嚴懲累犯之通例。與本律之以累犯特定於總則者。意義相同。惟論決後以犯數加重者。現行刑律僅限於搶奪、竊盜、接買受寄贓物等條。初未設有通則。本章特併定之。

第十九條 凡受徒刑之執行。更犯徒刑以上之罪者。爲再犯。加本刑一等。但有期徒刑執行完畢。無期徒刑或有期徒刑執行一部而免除後。逾五年而再犯者。不在加重之限。

本條定再犯之範圍性質及其處分。

同一人而爲數種之犯罪。有於法律上彼此有特別之關係者。有於法律上彼此無何等之關係者。後者爲普通之情形。於刑法上各自獨立科罪。處以通常之刑。無須別有說明。前者有二種之區別。其一爲累犯罪。其一爲俱發罪。二者皆因刑事政策上有豫防犯罪增多之目的。而處以特別之刑。俱發罪爲確定審判前之數罪關係。而累犯罪則爲確定審判以前及以後之數罪關係。累犯有多至三犯四犯以上者。本條則專爲累犯罪中再犯之規定。如何而足爲累犯。其必要之條件有四。

第一、須初犯者爲徒刑。原案理由書謂。本律所定之主刑。爲死刑徒刑拘役罰金四種。死刑執行後。自無從再犯。其處拘役及罰金者。如有再犯。可處以最長期之拘役及最多額之罰金。實際不必加一等。故以處徒刑者爲限。初犯之徒刑。包括有期及無期者在內。已處無期徒刑者。似亦無從再犯。與死刑相同。然無期徒刑固有執行一部而免除者。自仍可爲再犯。故亦須包括。初犯之徒刑。爲有期者。自一等至五等均同。不論其與再犯所應處之徒刑等數。是否相同。

及前後輕重何若。且主以刑爲標準。非以罪爲標準。故雖初犯之各本罪。應處拘役。而因俱發併科之故。加至徒刑時。亦應與本罪應處徒刑者相同。適用累犯之例。反是。雖初犯之罪本應處徒刑。因減輕而改爲拘役時。亦自不得作爲再犯之基礎。

第二須再犯之罪爲應處有期徒刑者。若再犯之罪爲死刑或無期徒刑。則因第二十三條第一款第二款。及第五十七條第二項之制限。不得再行加等。又再犯之罪應處拘役罰金者。亦自不得用累犯加重之例。其爲罰金者。亦併有第五十七條第四項之制限。再犯與初犯。祇須刑之種類相同。不必罪之種類相同。論再犯加重之要件。似應與初犯者罪質相同或近似。始爲切中而易知。然如此規定。殊失之過狹。人固有甘心爲惡。不拘殺傷、賊盜、放火、溢水、損毀器物、掠誘、盜非等。苟有機可乘。卽無所不爲者。要皆可以危險社會。此種兇徒。決不可以再犯之罪種不同。而寬假其刑。且累犯加重之方法。本爲減少犯罪之一種刑事政策。宜無限於同種罪惡。始應加重之理。現行刑律名例門。徒流人又犯罪條律。一則曰犯罪已發又犯罪。已徒已流而又犯罪。再則曰其重犯

流者。又曰若犯徒者。是亦並以所處之刑爲標準。非以所犯之罪爲標準。與本條規定之意旨相同。可資引證。日本舊刑法。必須先犯重罪。再犯重罪時。或先犯重罪。輕罪再犯輕罪時。始加一等。其改正法已剷除此種限制。本律亦不問前後犯之徒刑等數何若。無須再犯同等。亦無前犯重而後犯輕。情節似輕。前犯輕而後犯重。情節較重之說。與日本舊刑法爲異。

第三須已受執行者。或初犯有期徒刑之全部執行。或初犯無期徒刑及有期徒刑之一部免除執行。其初犯之刑雖受宣告而未執行者。及初犯之刑受宣告後。其刑之全部免除執行者。均不在此例。蓋因其受法庭宣告而未在獄中受執行。此種之犯。無怪其輒敢嘗試。未可遽斷爲確係慙不畏法。必須嚴懲知儆。故惟以初犯徒刑之全部或一部執行既終者。始得用再犯加重之例。但前刑未始執行。再犯又不加重。不無失之輕縱及相較偏枯之弊。本律於累犯關係。不以確定裁判後之犯行爲已足。而必須徒刑執行既終後之犯行。故苟在徒刑之執行中。有再犯罪時。既非俱發罪。又非累犯罪。祇應爲獨立罪。而照各本條科刑。不能照俱發併科及再犯加重之例。在徒刑執行中更犯有期徒刑

之罪。如第一百六十四及一百六十五兩條之囚徒脫逃。其著例也。至第六十七條第一款。處無期或有期徒刑。假釋出獄。在假釋期限內更犯宣告徒刑以上之罪。亦爲執行中之再犯。在解釋論。亦以不具本條執行完畢及一部免除之要件。不得用再犯加重之例。

第四。須不逾五年者。其五年之起算點。自爲執行完畢。或一部免除之日。此五年之期間。爲累犯之時效。各國法於初犯再犯間之時期。有全無制限。雖經數十年之久。仍應加重者。亦有附以制限。定爲三年七年或十年者。本律則以比較各國統計。知再犯之發生。在初犯之刑消滅以後二年三年以內者最多。法律因初犯處刑。不久復犯。有養成慣行性之恐。故須有累犯加重之法。至其在四五年內者。已足證明其人前此所被之刑。已極有效力。足以嚴懲之矣。故初犯之刑執行五年後再犯者。不復加重。且如第六十三條第二款之再犯。具一定之條件。又距初犯之刑執行後逾七年者。非但不予加重。併得延緩執行。此皆減少再犯之刑事作用。至警察犯之再犯時效。祇爲六個月。且限同一管轄區內。而本律則但有時期之制限。並無地域之制限。此五年之期間。卽當新舊

律施行過渡之際。亦因本律第一條之規定而有適用。

再犯之處分。日本改正刑法。爲於其本罪所定懲役之長期二倍以下。例如再犯之罪。應處十年以下之懲役者。得處其長期二倍以下。爲二十年以下之懲役。蓋其於累犯加重之處罰較嚴。其與裁判官以刑期伸縮之範圍亦較寬。學者併有主張。採取條件附期限延長之主義者。謂刑罰本取對於可治之人而治之之方法。若不治之犯人。惟有嚴厲壓制之。於改悔者既探假釋等制度。彼不治之犯人。亦宜於宣告刑期以外。得附條件而延長其刑期。例如對於詐欺恐喝取財。強竊盜等罪。之至於再犯三犯以上者。當定罪判決時。附以若無悔改之狀時。雖滿期後。仍得以行政處分禁止出獄云云之宣告。稱之曰條件附者。謂以犯人有悔改之狀爲未必條件。至限滿後。再定放免與否之意也。此種條件附期限延長之主義。現惟美國試辦之不定刑期之主義。以之與執行猶豫制度合而並用之。以後或當推行於各國。本律則於再犯惟加一等。至現行刑律名例門。於徒流人又犯罪。已發未論決者。從重科斷。已徒已流者。依律再科後犯之罪。其重犯流者。三流並加工作三年。若犯徒者。依後所犯應役。總不

得過四年。是於未論決者祇從一重。取吸收主義。於已徒已流者。依律再科其後犯之罪。並不加重。流而又犯流者。均祇加工作三年。並不加等入遣。徒而又犯徒者。亦祇依後所犯應役。且通前總不得過四年。律注謂先犯徒三年。已役一年。又犯徒三年者。止加徒一年之類。則總徒不得過四年云云。是則再犯之罪。非特不加等加重。且併得通算初犯之刑。以總徒四年爲限。殊於再犯有輕縱且獎勵之失。不若新律各加一等之允當。惟舊律之徒流人又犯。係在執行中。而本律之累犯則在執行既畢或一部免除後。此爲少異耳。

本條原案理由書謂。死刑執行後無從再犯。然死刑固亦有免除執行者。如因特赦及時效。而死刑之執行免除。在五年以內再犯徒刑之罪。不得援本條適用再犯加重之例。殊失之疏漏。又無期徒刑及有期徒刑。其全部免除者。均不得爲再犯之基礎。其理由雖原案已經聲明。然已受全部或一部之執行者。必再加重。而全部免除未執行者。則初犯之刑既悉免除。再犯之刑又不加重。未免彼此失平。足以獎誘全部免除者之再犯。本律第六十三條第二款之再犯。以初犯之刑執行完畢或免除。並爲時效之起算點。本條則惟以受全部或一

部之執行者爲限。彼此相對。未免錯雜。參考日本改正刑法第五十六條。於初犯之刑。無論執行及免除者。均作爲再犯之基礎。又於初犯之罪。應處死刑而被免除。或因減輕爲懲役。而受執行或免除後。再犯並得加重。較之本條立法自更周密。又原案理由書謂。初犯處懲役及罰金者。再犯祇須宣告最長期最多額。並不必加重。以此爲累犯限以徒刑之理由。一似懲役及罰金。均得適用累犯加重之例。惟處分方法。不加等而宣告長期多額。然此與條文本旨相背。法文旣以初犯再犯均受徒刑爲斷。則懲役罰金無論如何不在累犯加重之例。不得於各本條應有之刑期金額以外。援據再犯三犯之例。加重處斷。拘役最長期不滿二月。設有再犯之刑。已應處將近二月之拘役者。固已無可再加。若加等入徒。無明文可據。至罰金各本條均設有制限。不容任意加重濫罰。雖加減例得以各條定額四分之一爲等。然並無得以累犯加等之明文。況罰金之適用於財務稅法上者。不過爲秩序罰。不得以爲累犯之基礎。本條之再犯以徒刑爲斷者。蓋起於徒刑以上而非通於徒刑以下之各罪。主爲重大及破廉恥之罪而設。以防其累犯。爲社會之危險。若應處拘役及罰金之罪。本較輕

微。而罰金又多爲過失罪之處罰。故均無累犯加重之必要。非但實際上不必加一等而已。此當訂正者。

第二十條 三犯以上者。加本刑二等。仍適用前條之例。

本條定三犯以上特別加重之處分。

徒刑之罪。至三犯以上。其人怙惡不悛。非可從寬。若照再犯之例。仍止加本刑一等。則處罰太輕。殊不足以瘴惡。故定爲加本刑二等。至三犯以上四犯五犯。其情節雖較之三犯者更爲可惡。惟加至二等。非可比例再行加重。此於累犯之處置。固已極嚴。照第五十六條第二項所定。徒刑不得加至死刑。知有期徒刑自可加至無期徒刑。惟若三犯以上之罪。本應宣告一等有期徒刑者。亦自更無二等之可加。至加入無期徒刑而止矣。所謂適用前條之例者。卽初犯爲徒刑。且已受執行。再犯爲有期徒刑。在初犯之刑執行後五年以內之各要件是也。

第二十一條 凡審判確定後。於執行其刑之時發覺爲累犯者。依前二條之例。更定其刑。

本條爲懲治累犯擴充刑事手續之規定。

審判既經確定以後。本不能變動。此爲訴訟法上之原則。蓋若可隨時更定宣告之刑。無以保裁判之確信。且使犯罪者有受意外苛酷之慮故也。惟累犯之人非一時所能察覺。往往有變易姓名。以圖掩諱。自認爲初犯。而審判官易爲所欺者。是則累犯加重。雖有條文之規定。而常無以達實行之目的。舊時笞杖未改。積匪宿犯。曾受刑責者。驗其有無板花。知爲累犯與否。新律統改爲自由刑及罰金之二種。犯人於累犯一層。較易掩飾。違警罪之累犯關係。以六個月內。在同一管轄區之犯罪爲限。時短地近。察覺自易。刑法上之累犯關係。遠至五年。通於全國。是否累犯。發覺較難。若必限於審判確定前。知爲累犯。始得加重處刑。必多狡脫倖免。而苟非有法律之特別規定。則雖審判確定後。刑之執行時。發覺爲累犯。亦自不能擅輒變更。已宣告之刑。而更行加重。勢必至刑法上累犯之規定。直等虛設。殊多窒礙。故惟有本條可據。始足以杜其弊。於刑之執行時。所以能發覺累犯者。蓋犯人雖善掩飾。而監獄官親臨監督。與相接近。苟能悉心審察。自不難徐得其真相。非可倖逃審判官一時之耳目。遂至無發

覺之途。況審判及監獄改良而後。每年有全國刑事統計監獄統計一切表冊報告。詳列犯人姓名、住所、年齡、職業、面貌、體格、罪狀、刑名等。可資查核。藉以對證。自易周知。此外更賴巡警檢察之力。及全國各地司法機關之訴訟上共助。得以論知虛實。現時各國多極力講求刑事政策。於累犯之處置與豫防。及其發見之方法。日益精密。英國之察驗指紋法尤爲徵驗不爽。而其要則首在監獄官之得人。於犯罪者以後能否悔改。及以前是否累犯。所施刑法之效力何若。均惟於監獄中能熟察而得之。故在執行中得有累犯之發覺。然本條之更定刑期。但以執行中發覺者爲限。若執行既終或經免除後。始發覺爲累犯時。不得適用本條而更定加重之刑。且在執行中所可變動者。亦惟其執行之刑期。而不能變其罪名。及更改其審判之全局。

第二十二條 依軍律或於外國審判衙門受有罪審判者。不得用加重之例。本條定累犯罪之除外例。

累犯加重之處分。本宜以初犯再犯同一種類之罪爲斷。以其失於過狹。漸推廣之而及於初犯再犯宣告同一種類之刑。前之意義。爲累犯某種之罪。後之

意義。爲累犯某種之法。於同一法律一再觸犯。具特定之條件。始得適用累犯加重之例。特別刑法之犯罪。不能以之爲普通刑法上累犯之基礎。外國之刑法。更與中國之刑法全無關係。故本條除外之。軍律爲特別刑法之一種。包括陸軍刑法及海軍刑法。所以規定特種之犯罪。與本律之爲普通刑法者性質不同。雖本律之總則。可適用於無反對規定之一切法令。在軍律之懲治累犯。自可援用本律第十九及第二十等條所定累犯之條件時效及處分。而初犯之依普通刑法處斷者。不得於軍律爲有累犯之關係。反是而初犯之依軍律處斷者。亦不得於普通刑法爲有累犯之關係。此非因其裁判機關之不同。而因其適用法律之不同。陸海軍之裁判所。管轄軍人軍屬。其適用法律。有應用軍律時。有應用普通刑罰法令時。於軍署先受有罪之審判。若爲普通刑法之適用。則後犯普通刑法上之罪。得以再犯論。否則不得用累犯加重之例。至在外國審判衙門先受有罪審判。其所適用者爲外國之刑法。此在法律上地位觀之。不過成爲一種事實。與未始受審判。未始有犯罪者相同。不能視如中國法律上之有罪審判。而以爲累犯之基礎。現時中國之上海。有會審公堂之設。

性質爲一種混合裁判所。雖非外國審判衙門。而適用外國之法律。幾與外國審判衙門無異。其受有罪之審判者。亦自一律不得作爲本律上累犯之基礎。惟此係一時特別條約之限制。故並不規定之於刑律中。惟於刑律施行法中規定之。或由解釋論比照適用之可矣。

第五章 俱發罪

俱發罪者。同一人犯二種以上之罪。被發覺時有法律上之特別關係者也。其所犯之數罪。均在確定審判以前。非先犯某罪。既經確定審判。再犯某罪。此與累犯有異。刑法之於累犯罪及俱發罪。均爲一般加重之原因。然所謂俱發者。固非必數罪同時發覺。受同一之審判。卽先後發覺。受各別之審判者。亦有法律上聯結之關係。日本改正刑法。稱之爲併合罪。本律則因自唐律以來。向有二罪俱發之條。現行刑律仍之。列於名例門。爲全律之綱領。故沿用舊稱。而仍名之爲俱發罪。

第二十三條 確定審判前犯數罪者。爲俱發罪。各科其刑。並依左列定其應執行者。

第一 科死刑者。不執行他刑。科多數之死刑者。執行其一。

第二 科無期徒刑者。不執行他刑。科多數之無期徒刑者。執行其一。

第三 科多數之有期徒刑者。於各刑合併之刑期以下。其中最長之刑期以上。定其刑期。但不得逾二十年。

第四 科多數之拘役者。照前款之例定其刑期。

第五 科多數之罰金者。於各刑合併之金額以下。其中最多之金額以上。定其金額。

第六 依第三款至第五款所定之有期徒刑拘役及罰金。併執行之。有期徒刑拘役及罰金各科其一者。亦同。

第七 褫奪公權及沒收。併執行之。

本條定俱發罪之性質及其處分方法。

俱發罪成立之要點。第一。在以同一人而犯數罪。其爲數罪與否。從法律規定之點觀之。及本人行爲之點觀之。而互有不同。除因一所爲成立一罪。及因數所爲成立數罪外。別有因數所爲成立一罪時。更有因一所爲成立數罪時。問

題固極複雜。如何而可爲數罪。如何而祇爲一罪。欲區別其犯罪之箇數。有以行爲之數而定者。有以結果之數而定者。有以意思之數而定者。以行爲爲標準之說。謂犯罪爲制裁以刑罰之有責及不法之行爲。所謂行爲者。爲人類之意思所牽連之外界變狀。故犯罪須有行爲。而罪之箇數亦視行爲之箇數而定。以結果爲標準之說。謂法律所以加刑罰制裁於犯罪人者。因其行爲侵害特種之法益。而使之負責任。行爲不過實行其犯罪的決心。而爲得其犯罪的結果之手段。故行爲之數。與犯罪之數不必相一致。須以其所犯法律之箇數而定之。以意思爲標準之說。謂犯罪爲犯人之非社會的性質所發表。而假行爲以成其結果。又謂犯罪行爲。乃犯罪之決心所表示。故須以其決心之多少。而定犯罪之箇數。此三說。均因同一人犯一罪與犯數罪。法律上之處分各異。故定一罪與數罪區別之標準。其主要之差別。在第一說。不得以一行爲成數罪。而第二及第三說。均得以一行爲成數罪。此問題向無定論。數罪而可以一行爲成立。是之謂想像上數罪俱發。若通常以各別獨立之數行爲而成立數罪。是之謂實質上數罪俱發。想像上數罪俱發之爲法律所認與否。應俟第二

十六條詳述之。本條之數罪。專爲實質上數罪俱發。卽因數所爲而成立數罪者也。

第二、在同一人所犯之數罪。均在確定審判以前。若有確定審判以後之犯罪。應爲累犯罪。或成獨立之罪。而非俱發。卽或著手在判決確定以前。而其一部在判決確定以後。亦應在俱發之範圍以外。惟所謂俱發者。非必所犯之數罪均須於確定審判前同時發覺。卽某罪既經發覺判決後。始更發覺他罪。亦不失俱發罪之關繫。蓋以犯罪時爲標準。非以發覺時爲標準。數罪之先後各別受審判者。亦祇須其所犯在審判確定前爲已足。

俱發罪處分之方法。向來各國立法例有三種主義。第一、吸收主義。卽於數罪中以其一最重之刑處斷。第二、併科主義。卽以各罪相當之刑。一併科斷之。第三、制限加重主義。卽於法律所制限之範圍內。就俱發各罪中最重之刑。參以他罪之刑而加重之。爲全部之刑。三者相較。吸收主義。不但有害刑罰與各行爲之相當均一。且犯人既犯一罪以後。卽再犯同等或較輕之罪。亦祇受同一之處分。而並不再行加重。是直獎勵犯人再犯同等以下之罪。且更獎勵犯人

代爲他人承認同等以下之罪。其弊無窮。併科主義。雖可免此種弊害。而使情罪相當。然於同一犯人而多數之死刑或無期徒刑併科。又死刑與無期徒刑併科。事實上有不能。且多數之長期自由刑併科時。其刑期可歷數十年之久。失於過酷。故此惟適用於財產刑及輕之自由刑。最爲相宜。制限加重主義。折衷於兩者之間。較之從一最重之刑爲重。而較之各刑併科爲輕。卽於各刑併科之所加重。而出以減輕之制限。然外觀雖減。實際仍於各行爲與各刑罰相應者。故於重之自由刑適用最爲相宜。現行刑律名例門。二罪俱發條律稱。凡二罪以上俱發。以重者論。罪各等者從一科斷。此蓋沿唐律明律之舊。採用吸收主義者。本律則於俱發罪所採主義。雖似以制限加重主義爲原則。而於例外兼用併科主義與吸收主義。然實一變舊律之吸收主義。而以併科主義爲原則。於例外兼用制限加重主義者。其要點如下。

第一條文云各科其刑。是於俱發之數罪。一一宣告其罪名刑期或金額。卽原則上採取併科主義者。第一至第五款曰科某刑科多數之某刑。第六款曰各科其一。是皆指其所科者而言。非指其應科者而言。原則上係採併科主義。於

此益顯。惟刑之執行。則於死刑及無期徒刑。有不能併執行者。而稍存制限。第一款科死刑者不執行他刑。科多數之死刑者執行其一。又第二款科無期徒刑者不執行他刑。科多數之無期徒刑者執行其一。曰不執行他刑。非不科他刑。曰執行其一。非止科其一。故於死刑及無期徒刑。雖類似吸收主義。而實非吸收主義。與日本改正刑法第四十六條以下之解釋。相似而不同。至第六及第七兩款。均有併執行之規定。所以必須各科其刑者。蓋不就俱發各罪之種類。而確定其所當科之刑。非但不能知其罪狀之重輕。且若因上訴或恩赦之故。致其中所犯最重之罪。經審判有所變更。或竟歸於消滅。則所犯次重之罪。日後勢不得不再事查定。故於其各罪須一一宣告其刑期金額。

第二、死刑及無期徒刑。不執行他刑之理由。蓋因極端採用併科主義。而欲於死刑再行加重。事實上有不能。無期徒刑而欲再加重。非不可能。然死刑爲最後之處分。且死刑與無期徒刑。非第加一等。其性質大有差別。第五十七條第二項。有徒刑不得加至死刑之限制。卽於無期徒刑另加有期徒刑。亦性質不相容。故苟其俱發各罪之刑。有一爲死刑或無期徒刑者。卽不得再執行他

種之刑。惟參考日本改正刑法第四十六條第二項。規定於其一罪應處無期之懲役或禁錮時。亦不科他之刑。但罰金科科及沒收。不在此限。蓋罰金與自由刑。性質各別。併科並不相妨。今本律於第二款科無期徒刑者。不執行他刑。併罰金而亦不及。未識其理由。

第三、本條第三至第五款。卽所謂制限加重主義。爲吸收與併科之折衷主義。其宣告二罪以上之有期徒刑。於各刑合併之刑期以下。其中最長之刑期以上。定其刑期者。例如俱發罪之兩罪。一應處徒刑五年。一應處徒刑三年。則於其中最重刑之五年以上。各併刑期之八年以下。定爲七年或六年。或於五年八年之間取其中數定之是也。但若俱發罪之各罪。有兩罪以上。且均爲一等或二等有期徒刑。例如三罪俱發。甲罪應徒十五年。乙罪應徒十二年。丙罪應徒八年。制限加重之結果。最長可至三十五年。中數亦須二十五年。視法定一等有期徒刑之最長期爲十五年者。倍加且或過之。殊爲太酷。雖照第五十七條。有期徒刑且可加等入無期徒刑。本條之俱發罪。卽使併科。亦仍有期。況出以制限的加重。刑期雖長。亦尙非無期。似不必更加制限。而本律則以恐流於

苛酷。故第三款附加但書。不得逾二十年。拘役之制限加重。雖照有期徒刑之例。然第三款但書。當然除外。以其刑期本短。無俟更附時期之制限。故也。

第四、本條第六款所謂依第三款至第五款所定之有期徒刑拘役及罰金。併執行之者。謂科多數之有期徒刑拘役。及科多數之罰金。各以其制限加重後所定之刑期金額。一併執行之也。所謂各科其一者亦同。謂俱發之各罪中。一科有期徒刑拘役。一科罰金。亦一併執行之也。蓋除死刑及無期徒刑外。其他自由刑及財產刑。均得相互一併執行。與第一第二款異例。

第五、褫奪公權及沒收。本爲從刑。不隨主刑而加減。及受何等影響。故卽科死刑及無期徒刑者。亦一併執行之。惟褫奪公權。以處徒刑以上者爲限。故於拘役及罰金之俱發罪。當然不得併科。現行刑律名例門。二罪俱發條律稱。其應贓入官物賠償。官罷職者。罪雖勿論。或重科。或從一。仍各盡本法律注。謂一人犯數罪。如枉法不枉法贓。合入官。毀棄器物。合賠償。職官私罪。處十等罰以上。合罷職之類。各盡本法擬斷。此卽本條奪權及沒收。併執行之之義。

日本改正刑法。於併合罪之有期徒刑。取制限加重主義。規定以其最重罪

所定刑之長期。加其半數爲長期。但不得過合算各罪所定刑之長期。前段爲加重之規定。後段爲制限之規定。若本條第三款至第五款。於合併各刑之刑期金額以下。及其中最長最多之刑期金額以上。定其刑期金額。是爲吸收及併科之中間量定主義。而實非純然制限加重主義。原案注意。謂本條第三款至第五款。當處斷之時。宜酌核本案情節。應否宣告以執行最重之刑。抑或宣告以執行併科之刑。或於中間別定應執行之刑。例如各罪中甲乙兩罪。各應科三月。丙罪應科十年。以十年而加一二月。其效與不加同。此際即僅命執行十年之有期刑亦可。又如甲乙丙三罪。皆應科一年。倘僅命執行一年之刑。自難獲效。故雖併科以三年。亦不爲過重。均須審判官臨時決定云云。此雖仍在法定範圍之內。然如前例。純係吸收從重。如後例。純係各刑併科。於本律所採折衷主義。究有未合。在各本刑自有上下兩限。可以酌核情節。寬嚴伸縮。不必於此再有出入。人至犯有數罪。不因俱發而別有可原之情節。況與累犯相較。同是以一人而犯數罪。然累犯之加等。確定於法律。且照第五十七條。有期刑可加至無期刑。而於俱發之處分。寬則祇論一罪。嚴則併科各刑。加重與否。未

有定準。同爲法律上一級加重之原因。未免過於相懸。且苟可加重可不加重。則失改用制限加重之主義矣。

第二十四條 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。從前條之例。更定其刑。最重刑消滅。仍餘數罪者。亦同。

本條定發覺時地各異之處分方法。

俱發各罪之關係。非以同時發覺及受同一審判爲限。卽發覺互有先後。審判別爲數個。但使所犯均在未經審判以前。仍不失爲俱發罪之關係。若採吸收主義。數罪從一重論。則其各罪中之一罪。先經發覺論決。其後發之餘罪。苟非較之先發者爲重。已早爲前發之一罪所包括。不得再行論決。本律於此。全不取吸收主義。故無論後發之餘罪輕重何若。應照前條之例。更定其刑。不以發覺時之先後而有異。其數罪各別經確定審判者。亦同斯例。雖有二個以上之審判。其刑亦併執行之。與舊時裁判慣例所謂併案辦理者相似。至各罪中有消滅之刑。而仍餘數罪。亦以不採吸收主義之故。其餘罪非最重之一罪所能包括。故須更定應執行之刑。本條計分三事如左。

第一、前段一罪先發、已經判決。餘罪後發。應依前條之例更定其刑者。例如甲罪先發。處有期徒刑三年。方執行時。乙罪後發。亦應處有期徒刑三年。卽照前條第二款。於六年以下三年以上。定其執行之刑期爲四年是也。倘先發之罪。既執行一年。則併前發之罪通算之。而執行其餘之刑期三年。惟若前發之罪執行既畢。始有餘罪之發覺。亦得併前通算。而執行其餘之刑期與否。倘亦得併前通算科刑。有俱發與累犯蒙混規避之慮與否。不無疑問。就純理言之。後發之餘罪。若爲一罪時。應視如單純之一罪處斷。若爲數罪時。應祇關於其後發之餘罪。從前條之例處斷。對於前發之罪之判決。可無所用其斟酌。而各別宣告其刑。然苟如此解釋。經兩次以上之裁判。而其數罪與經同時一次裁判者。結果不同。則不能全貫俱發罪處分之旨趣。故法律於俱發罪有兩次以上之裁判時。仍照前條之例。定其執行之刑。

第二、前段數罪各別經確定審判者。從前條之例更定其刑。例如在天津犯甲罪。處徒刑三年。未及執行。逃入京師。更犯乙罪。亦應處徒刑三年。方執行時。天津宣告罪後發。則應在京師審判廳。於六年以下三年以上之範圍內。處徒刑

四年是也。原案注意乙款舉例如此。惟既經天津判決。而逃入京師。更犯乙罪。其乙罪已非在天津之確定審判以前所犯。不合俱發罪之性質。雖前發之罪未及執行。不能作爲累犯。然亦應各自爲獨立之罪。不宜以俱發之關係。而轉受制限。合併輕減其執行。且以天津宣告罪爲後發。自京師審判廳一面視之。誠然。惟此係例示各別經確定審判。而非例示餘罪後發。故宜稍變其例。設如有人在天津犯甲罪。更在京師犯乙罪。兩處同時。或先後發覺。各別經確定審判。甲罪應科三年。乙罪亦應科三年。則於天津或京師現受審判之處。照前條之例。併定其刑而執行之。其兩處各別經確定審判之情形。例如在此處爲缺席判決。而人犯在逃。於彼處就獲。爲他種犯罪。而受審判。又如在此處審判確定後。更移解彼處審判之類。總之歸入一處。在現受審判未經確定之所在。照俱發例處斷。而合併執行之是也。

第三、後段最重刑消滅。仍餘數罪者。亦照前條之例。更定其刑。例如甲罪最重。科無期徒刑。乙罪及丙罪。俱科徒刑三年。方其據前條第一款執行無期徒刑時。其無期徒刑消滅。則其所餘之甲乙兩罪。應於六年以下三年以上之範圍

內定執行刑期四年。蓋俱發各罪之罪名刑期或金額。均各別宣告。其中有科無期徒刑者。不過不執行他刑。並非不科他刑。而止從無期徒刑之一重論。故無期徒刑雖消滅。而餘罪不消滅。此爲併科主義與吸收主義之異點。其刑之消滅之原因。原案本爲因赦援免。修正案案語。因各省簽注。疑及重罪明邀寬宥。輕罪亦應援免。駁稱此指各罪並在赦前者言。本條所定。係重罪在赦前。輕罪在赦後。故一免一不免。然赦有大赦與特赦之分。大赦限於特定之罪種。如國事犯罪及政治犯罪等皆是。其餘罪不免。特赦限於特定之人犯。消滅其全部之刑罰執行權。更無應執行刑罰之餘罪。是原案因赦援免。仍餘數罪。止可專就大赦而言。至謂重罪明邀寬宥。輕罪亦應援免。此本向來吸收主義從一重論之結果。非本律所宜適用。且恩赦條款。亦或有宜改正區別制限之處。現因避此爭疑之點。故於本條後段。改爲最重刑之消滅。其消滅之原因。雖有多種。然其適用於本條者。惟非常上訴之成立。及恩赦中之大赦而已。

現行刑律名例門。二罪俱發條律稱。凡二罪以上。若一罪先發。已經論決。餘罪後發。其輕者等。勿論。重者更論之。通計前罪。以充後數。律注。謂如二次犯竊盜。

一次先發。計贓一十兩。已工作四月。一次後發。計贓四十兩。該工作十月。合貼工作六月。如有祿人節次受人枉法贓四十兩。內二十兩先發。已徒一年。二十兩後發。合並取前贓。通計四十兩。更科全罪。徒三年云云。所舉竊盜例。仍與同時俱發之從一重論者無殊。所舉有祿人枉法贓例。雖前後均係二十兩。不照罪等勿論之例。而並取前贓通計。更科全罪。則又近於同時俱發之各刑併科。其與前刑通計之方法及主義。與本條大略相同。惟於後發之餘罪。限重者更論。與本條前段有異。

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。與累犯罪之刑合併執行之。

本條定俱發罪與累犯罪互合之處分。

俱發罪與累犯罪互合者。例如犯甲乙兩罪。其甲罪應處徒刑三年。尙未發覺。僅以乙罪受確定審判。處徒刑五年。執行既終後。再犯丙罪。值審判之際。甲罪亦一併發覺。此種情形。甲罪爲後發之餘罪。丙罪爲再犯。應先照前二條之例。以甲罪之徒刑三年。與乙罪比較。於八年以下五年以上。定其執行刑期七年。

或六年。因前此既執行五年。通計相銷。故以其餘刑之二年或一年。與再犯之丙罪所應科之刑。合併執行之。惟因丙罪所應科之刑。爲加本刑一等。故一面更應就丙罪加等之後。再與俱發罪之刑合併執行。自是當然之義。此其一例也。今更增設一例。設如犯甲罪。處徒刑三年。執行既終後。更犯乙罪。應處徒刑三年。又犯丙罪。應處徒刑五年。此乙丙兩罪。在甲罪之判決執行後。對於甲罪無俱發之關係。而有累犯之關係。乙罪與丙罪。同爲累犯。而彼此爲俱發罪。其處分。應各照累犯加等。更照前第二十三條之例。就乙丙兩罪加等併科之刑期以下。丙罪加等之刑期以上。定其應執行之刑期。而甲罪純爲初犯之獨立罪。無由與乙丙兩罪通算執行之刑期。此亦俱發與累犯罪互合之適例也。

第二十六條 以犯一罪之方法或結果。而生他罪者。從一重處斷。但於分則有特別規定者。不在此限。

本條定類似數罪之處分方法。及其制限。

以犯一罪之方法或結果。而生他罪。此於學說上謂之牽連犯。就法律上規定之罪名觀之。似爲數罪。而就自然界犯罪之行爲觀之。實非數罪而爲一罪。數

罪與一罪之區別。法律上處分迥異。學說上爭議亦紛。而於本條及後第二十八條之情形。此問題尤必須有確定之解決。蓋本條爲以一行爲而觸數罪名者。第二十八條爲以數行爲而觸一罪名者。此皆與以獨立之數行爲成獨立之數罪。情節殊異。果可悉視爲本章俱發罪之數罪與否。向多疑問。其類別有三。第一爲想像的競合犯。卽以一行爲而觸數項罪名者是。第二爲牽連犯。卽犯一罪之手段或其結果之行爲。更觸他之罪名者是。第三爲連續犯。卽連續爲數行爲而觸同一之罪名者是。第一種。原案規定之於本條。現經削除。第二種。另見後列第二十八條所定。茲惟就第二種之牽連犯解釋之。分爲犯某罪之方法而生他罪時。及犯某罪之結果而生他罪時。

其一。所謂犯一罪之方法者。其方法之行爲究與其所欲犯之一罪有如何關係。以廣義解釋之。凡以犯甲罪之目的而犯乙罪時。常可以其乙罪爲犯甲罪之手段行爲。例如竊取金錢買得他日用以殺人之凶器。而竟達其目的時。亦可以其竊盜行爲爲殺人罪之方法手段。又以通姦之目的而犯強盜罪。以所得財物給與他人之婦女。而與之通姦時。亦可以其強盜行爲爲姦通罪之方

法手段。然此種竊盜及強盜之行爲。不過爲殺人及通姦罪之遠因。與所欲犯之殺人及通姦罪。各自獨立而無關係。法律上以某種犯罪。與其方法手段之犯罪行爲。合作一罪者。必須其間有不可分離之直接關係。既非屬於其犯罪之構成要件。而又僅限於其犯罪實行時方法手段之行爲。例如行使偽造文書。而犯詐欺取財罪時。其詐欺取財之方法手段。觸偽造文書行使之罪名。侵入他人之住居而犯竊盜時。其竊盜罪之方法手段。觸住居侵入之罪名。損壞印封而竊取其中物品時。其竊盜之方法手段。觸損壞封印之罪名。又如侵入公署而犯劫奪被監禁人時。其奪被監禁人之方法手段。觸侵入公署之罪名是也。

其二、所謂犯一罪之結果者。必須犯某種罪以後。當然結果之行爲。而又不屬於其犯罪之構成要件者。例如殺人而遺棄其屍身。販賣私藏鴉片煙而吸食之。此種情形。雖亦可以殺害爲遺棄之手段行爲。販賣私藏爲吸食之手段行爲。然殺害與販賣私藏。究非遺棄及吸食之實行手段。故宜以遺棄與吸食爲殺害及販入之結果行爲。他如竊取銀行存金摺據。而向銀行冒領存金。及竊

取印信而盜用之。亦與此相同。至犯罪以後。爲掩滅其犯罪之痕迹而更爲犯罪行爲時。應另成爲一罪。非因犯某罪之結果而生他罪。以其非當然結果之行爲故也。例如爲強盜殺人後。因掩蔽其犯迹而放火之類是。

以上因犯一罪之方法或結果而生之他罪。與其所本犯之罪。就法律規定各條觀之。雖已犯兩種罪名。而其性質上實止一種之犯罪。非所謂數罪俱發。然以兩罪名而合作爲一罪。究應以何罪處斷。則從其刑之最重者論之。是卽所謂吸收主義。因其本爲併合之一罪。非若前數條爲各自獨立之數罪。故不各別宣告其罪名刑期或金額。而祇從一重處斷。其因方法而生他罪者。則先之行爲。爲後之行爲所吸收。例如踰越牆垣、損壞門戶。而犯竊盜時。以重竊盜論。不復問其踰越損壞之罪。其因結果而生他罪者。則後之行爲。爲先之行爲所吸收。例如因竊盜或詐欺取財而得之財物。侵占冒認而處分之。祇以竊盜詐欺取財論。不復問其冒認侵占之罪。然又因先後吸收之性質。有時不明。且本罪與他罪之輕重。常不能一定。故惟以其最重之一罪論。不必過問其先後吸收之情形。及應從本罪與他罪。例如竊取銀行存金摺據。而向銀行冒領存金。

既可以竊取爲其冒領之方法手段。亦可以冒領爲其竊取之當然結果。二者互相吸收。性質有時不明。又如行使僞造貨幣。而犯詐欺取財時。僞造貨幣之行使。爲詐欺取財之方法手段。而僞造貨幣行使之罪。重於詐欺取財罪。是牽連而生之他罪。不必常較之本罪爲輕。故無論如何。總從其最重者處斷。本條之規定。因牽連犯類似數罪。故以明文解決之。雖列於俱發罪之章節中。而實非數罪。

方法或結果。與本罪牽連而生之他罪。惟從一重處斷。故其一切關係。均須併合爲一。不得分離而處分之。如時效。必須從其最後之行爲時起算。從其最重之罪名而定期間。又如公訴。倘既對於其本罪或牽連而生之他罪。提起一次之訴訟時。不得更對於其牽連而生之他罪或本罪。再提起公訴。此時審判官應於其本罪與他罪之全部行爲。合併審理判決。且不得有其中最重刑消滅。而仍餘他罪之事。惟罪雖從一處斷。而其本罪與他罪各有應沒收之物件時。仍須併執行之。

但書於分則有特別規定者。不在此限。是爲本條之例外。卽雖以犯一罪之方

法或結果而生他罪。亦仍各作爲獨立之一罪。而與其本罪共爲俱發之數罪。分則中特別規定者。如第一百零五條。暴動者違背戰鬪上國際成例。犯殺傷放火決水掠奪及其餘罪者。援用所犯各條。依第二十三條處斷。第一百四十條。第二項。因強暴凌虐而致人死傷者。援用傷害罪各條。依第二十三條處斷。又如第一百四十九條第三項。及第一百六十二條等。前後共計十四條。均應照俱發例處斷者是也。然於此有不能無疑問者。分則第一百零五條。暴動者犯殺傷放火決水掠奪及其餘罪。第一百六十二條。聚衆爲強暴迫脅。犯殺傷放火決水損壞及其餘罪。均照第二十三條處斷。此兩條之殺傷放火等行爲。本與內亂罪之暴動。及騷擾罪之聚衆強暴迫脅。各別獨立爲實質上之數罪俱發。非其所犯本罪之必須手段及當然結果。以此爲本條之除外例。似有未合。雖原案注意。謂因軍需之故而掠奪良民財物。可視爲犯內亂罪之方法手段。然掠奪姦淫等。往往爲後起之另一事實。與本罪無手段結果之當然關係。自爲單純之俱發罪。而非本條牽連犯之例外處分。此其一也。分則特別規定各條。除以上兩條外。其明定應依第二十三條處斷者。多爲犯某罪因而致人

獨傷之事。如第一百四十條之對被告人等強暴凌虐。因而致人死傷。第一百九十七條第一二項之放火決水。因而致人死傷等類。均照俱發罪例處斷。然人之死傷。雖由其本罪所致。要不過法益之侵害程度增加。爲本罪特別加重之原因。非於其死傷之原因力以外。另有何等牽連之犯罪行爲。可各別作爲獨立之一罪。一一宣告其罪名刑期金額。本罪之刑。當爲加重罪所吸收。非照第二百零八條之顛覆氣車電車艦船。因而致人死傷。及第二百八十一條之強迫姦淫。因而致人死傷。法律上特別加重本罪之刑。卽應照傷害罪各條。比較從重。無由分爲數罪。而處罰於其最重刑以上。且於本罪爲加重之罪。止有一種犯罪事實。非別有其方法或其結果之行爲。無由得有先後發覺。及各別審判之事。故犯某罪因而致人死傷者。可於本罪特別加重。或照傷害罪比較從重。而不得與本罪各別獨立。成爲俱發之數罪。又若以因而致人死傷之事。爲牽連犯中犯罪結果而生之他罪。與原案注意所舉殺人而遺棄屍體之例。亦復不類。此其二也。由以上之論結。本條但書。當卽削除。而分則中因而致人死傷各條。照俱發例處斷者。亦宜修改。

本條前段。於牽連犯之爲一罪及數罪。既有明文解決。而於想像的競合犯。卽以一行爲而觸數項罪名者。究認有想像上之數罪俱發與否。未有規定之明文。原案曾及之。而爲現律所廢削。殊未識其理由也。

第二十七條 犯罪之重輕。比較各罪最重主刑之重輕定之。最重刑相等者。比較其最輕主刑之重輕定之。

主刑輕重俱等者。據犯罪情節定之。

本條爲前條從重處斷所必需之規定。故與之相次。然實不專爲俱發罪之適用。日本改正刑法。特於刑名章中定之。

刑分主從。而從刑與主刑性質各異。故定刑之輕重。專以主刑爲準。主刑分死刑徒刑拘役罰金之四種。罪之重輕。據比較各罪最重主刑之重輕定之者。例如甲罪爲二等至四等有期徒刑。而乙罪係三等或四等有期徒刑。則以甲罪爲重。又如甲罪爲三等以上有期徒刑。而乙罪爲二等或三等有期徒刑。亦以甲罪爲重之類是也。

最重刑相等者。據比較其最輕主刑之重輕定之者。例如甲罪爲二等以上有

期徒刑。而乙罪爲三等以上有期徒刑。則以甲罪爲重。又如甲罪爲死刑。乙罪爲死刑或無期徒刑。亦以甲罪爲重之類是也。

主刑輕重俱等。據犯罪情節定之者。例如第一百四十九條。於吏員施行職務時。加強暴脅迫或用僞計。及第一百五十條。損壞除去污穢吏員所施之封印。及查封之標示。或爲違背其封印查封效力之行爲。均處四等以下有期徒刑。拘役或三百元以下罰金。此於刑之輕重無可比較。惟因兩條之刑。不限於同種同等。故可據其犯罪情節定之。倘脅迫吏員之罪。應處四等徒刑。而損壞封印之罪。應處五等徒刑。則以前者爲重。反是。則以後者爲重之類是也。

本條爲刑名輕重之通則。定之於俱發罪章節中。主爲前條之從一重處斷而設。惟前條之比較從重。尙有先決之問題。爲應適用何種之條律。倘以一行爲而觸數罪。其中有一最適切而足包括之法條時。應先適用。而排斥其他可適用之法條。分爲數種。

一特別法優於普通法。例如僞造有價證券之罪。不得適用公文書圖樣及私文書圖樣僞造之法條。監守自盜罪。排斥受寄物消費罪法條之適用。

二充實法優於局部法。例如內亂之陰謀豫備及未遂等罪。包括於內亂既遂罪之中。不得作爲俱發罪。又如教唆者及從犯。進而與於實行時。作爲正犯處罰。不得更以教唆從犯處罰。而爲俱發之數罪。

三實害法優於危險法。例如違犯警察法令。致燒燬房屋其他建造物時。應分別其爲故意或過失。以刑法上之放火或失火論。不得以警察法令之違犯論。又如黑夜無燈疾馳車馬。因而傷人。既傷人。應論其實害之傷人罪。而無燈疾馳之危險罪。當然爲所吸收。

四變態法優於正則法。例如第三十一條。於實施犯罪之行爲以前。幫助正犯者爲從犯。應減正犯之刑一等或二等。然第一百六十七條。凡爲便利脫逃之行爲。因而致囚禁之人脫逃者。罪比第一百六十四條囚禁之人脫逃者爲重。其爲便利脫逃之行爲者。不得援用第三十一條之從犯。又如第二十九條第二項。於實施犯罪之行爲中幫助正犯者。準正犯論。然第三百零九條。凡犯傷害人之罪。當場助勢而未下手者。以從犯論。又第三百十條。二人以上同時下手傷害一人。其當場助勢而下手未明者。以從犯論。此又應適用後之變態法。

而不得援第二十九條。作爲正犯。

此等皆於數法規之中。適用其一。早可確定。而非數法規之競合其適用。雖以一行爲而觸數法條之罪。實無彼此比較其刑等輕重之必要。惟所犯數種之處罰規定中。無可包括其行爲全部之規定時。則以此等規定中最嚴峻之規定適用之。而其他不得適用。本條之情形。屬於後之一例。

第二十八條 凡連續犯罪者。以一罪論。

本條爲解決類似數罪之規定。

就本條文字觀之。似連續犯罪止作一罪。近於獎勵犯人。實則以一罪論者。須有種種之要件。條文並不揭明。可以解釋補之。連續犯罪。謂犯人豫謀以數次之行爲。而觸同一之罪名。與以一個之行爲而觸數項之罪名。所謂想像上之數罪。想像的競合犯者。適相對待。其爲數罪與爲一罪之區別。於此亦多爭議。有以行爲數定罪數者。謂連續犯罪應爲數罪。卽法律上有特定之明文。亦止作爲一罪處斷。其性質依然數罪。然苟依此說。將至連擊數下。亦可爲數次之傷害罪。於一家同時從兩箱篋中竊取物品時。亦可爲兩次竊盜罪。其不合甚

明。雖此係極端言之。然於其間究非有截然之區別。故苟法益侵害之結果爲單一。不問其行爲數之如何。常成爲一罪。本條即採此主義。而以明文決定之。先言連續犯之性質條件。次言連續犯之處分及關係。終言連續犯與其他類似之區別。

連續犯之性質及條件。以兩方面觀之。其一、犯罪之連續。即數個行爲間連續之關係。其二、連續所犯之罪。即數個行爲所犯罪名之種類。分別說明之。

其一、數個行爲間連續之關係。分客觀及主觀之二說。

第一、客觀說。又分爲三。甲、必須連續之數行爲。對於同一之法益。且以類似之方法爲之。始可爲連續之一罪。例如某甲、私與某乙之妻通姦。不計次數。僕役利主人之煙酒或金錢。每日逐漸竊取殆盡。雖連續數次爲之。亦祇成爲一罪。若某甲先與某乙之妻通姦。繼復與某丙之妻私通。僕役先會竊取散置之財物。繼更破壞封鎖。毀損門戶。而竊取之。其前後之行爲。所侵害之法益。與所用之方法各異。因此不成連續犯。乙、須一切之結果爲單一。始可爲連續犯。其結果屬於人格者。如生命身體自由名譽之侵害。以每一人爲一被害之法

益。故殺傷數人時。卽成數個之結果。而不得爲連續。其結果屬於財產者。不以各個之財物定法益侵害之數。而以財產上監督權之數定法益侵害之數。例如在一家竊取數種財物。雖屬於數人之所有。然以同爲一家所監督。故其結果爲單一。反是。從甲之家宅或倉庫竊取某物件。更從乙之家宅或倉庫竊取某物件。雖兩者同屬於一人之所有。然以其監督權各別。故其結果非單一。而不成爲連續犯。其結果屬於權利者。如著作權、商標權、意匠權等。創造權之侵害。以權利之個數而定。不以權利所有者之數而定。例如翻印共有之著作物時。雖共有者爲數人。止爲一個著作權之侵害。反是而翻印數種之著作物時。不論其所有者爲一人與否。總爲數個著作權之侵害。故其結果非單一。而不得成連續犯。丙、必須時間之連續。此雖非連續犯必要之條件。然苟時間之相距過遠。就其犯意論之。難認爲單一。

第二、主觀說。謂於同一法益及類似手段之外。更須連續之數行爲。其犯意爲單一。然連續犯不限於故意犯。卽過失犯亦有之。故犯意之單一與否。實無關於連續犯之成立。

其二、連續數行爲所犯罪名之種類，必須爲同一之罪名。設如侵犯同一監督之竊盜行爲，與強盜行爲，雖其他種條件，亦不成連續犯。對於同一人爲詐欺、取財與爲恐喝取財，亦不得成連續犯。又雖數行爲犯同一罪名，然苟意思及結果有數個時，如殺傷數人，及燒燬人之住屋，現有人之船艦等，亦不成連續犯。雖然在同一條律中，爲擇一的規定之數個手段，雖併用之，亦無妨行爲之連續。如對於同一人，初用脅迫而強取其財物，繼用暴行而強取其財物，以脅迫與暴行，條文並列而擇一用之，視如相同故也。又在甲法條之罪，定爲以乙法條之罪處斷之行爲，與乙法條所規定之行爲，視如同一。苟具他種條件，亦可成連續犯。例如使人昏醉而盜取其財物者，以強盜論，則與強盜本律之以暴行或脅迫而強取他人財物者，仍可視爲犯同一罪名之行爲，而無妨於連續。以甲條之罪，卽乙條之罪故也。故欲決數行爲之爲連續犯與否，須先決其數行爲是否犯一罪，然後再察其犯意及結果之數。

連續犯之處分及關係，在法律既作爲一罪，則其餘一切之關係，不得分割而觀察之。其一、連續犯之數行爲，其中一部苟已發覺，爲有罪或無罪之確定裁

判。則其餘之行爲。雖後再發覺。亦不得於此再科刑罰。其二、連續犯惟不得分割。故犯罪連續之中。雖有新舊法律之變更。亦須作爲一罪。而不論適用新法或舊法。總審理其全部。其三、公訴時效之起算點。與卽成犯之以最後行爲而定者同。苟連續犯最後之行爲。尙未及時效。其以前之他部分行爲。仍得全部訴追。其四、雖連續犯之一部。有他人加功。亦非中斷其連續。故仍以一罪處斷。其五、雖指摘連續犯之一部而起訴。裁判所應審理其全部。此五者。均爲不得適用數罪俱發之處。然於累犯加重。則有得適用者。蓋確定審判。應中斷犯罪之連續關係。在確定審判後之犯罪。全爲別一犯罪。而應照累犯加重。雖累犯罪之成立。有一定條件。須初犯再犯均係徒刑。及既受執行以後。然卽不具此條件。而在判決後有犯者。亦止不得加重其刑。總與判決以前所犯。爲另一犯罪。而不能與之前後併合爲一連續犯罪也。

連續犯與其他類似者之區別。有與連續犯同作一罪處斷。而其性質不同者。如下數種。第一、繼續犯。以結果之單一而成爲一罪。其與連續犯之異點。在使違法之事實發生。且持久而無間斷。以此兩者爲罪之構成要件。例如不法

逮捕監禁人。公然陳列猥褻之文書圖畫。對被保護者不爲其生存所必要之保護。惟歷時稍久。始成爲罪。另有所謂遺跡犯者。與繼續犯理由異而結論同。例如重婚罪。及毆打創傷人而致成廢疾篤疾。均以一次之行爲而不法之狀況歷久繼續。然犯罪既成立後。不法之狀況依然繼續。於刑法上無關係。故亦以一罪論。第二結合犯。卽法律以異種類之獨立犯罪。連結爲單一之罪。例如竊取與強脅之罪。結合而成一強盜罪。強脅與姦淫之罪。結合而成一強姦罪。其與連續犯之異點。在可一時卽成。不必二次以上之連續。且所侵害者爲異種類之法益。非於同一之罪名數次違犯。第三集合犯。以同一人行爲之集合。法律上作一罪處罰。細別爲三。其一、營業犯。有二要素。一、屢屢行之之決意。二、意在因此而得利源。例如不經批准而營醫藥業。及爲各種違禁之營業等是。其二、常業犯。亦如營業犯有屢屢行之之決意。惟無因此而得利源之心。例如以賭博爲常業之類。其三、常習犯。亦謂之慣行犯。屢爲不法。習與性成。例如吸食鴉片煙罪。及不務正業。遇事生風。習爲游惰者之類皆是。於集合犯以外。另有一種名徐行犯者。其犯罪之目的。本可一時卽成。而故紆徐漸進。例如

意在決水。而每夜潛損提防一處。意在拆人房屋。而間斷的暗中損毀之。此其各個行爲。不能各別獨立爲一罪。惟當著手以後。有未遂犯及中止犯之成立而已。若連續犯。則偶犯一次。固已獨立成一罪。卽連犯數次。亦止可以一罪論。此與徐行犯有異者。

連續犯罪。仍科以一罪之刑。似爲過輕。然現行刑律。盜二家財物。以一主爲重。亦與連續犯止論一罪相合。且苟照客觀主義之解釋。以同一法益之侵害爲斷。則盜二家財物者。卽不得以連續之一罪論。積竊與宿盜。固未有專竊盜一家者。是則以財產監督權各異之故。而常可成爲數罪。實較之舊律轉重。並無輕縱之慮。且卽在同一法益屢次侵害。亦尙得於法定制限內。量定刑之適用。更可無虞。至通姦罪之不能以時期次數區別。僞造貨幣罪之不能以圓額及回數區別。尤爲連續犯應論一罪之適例。

第六章 共犯罪

累犯罪及俱發罪。均以同一人而犯數罪。其以多數人而犯一罪者。是爲共犯。現行刑律名例門。亦有共犯分首從條。從犯之罪。減正犯一等。本律於共犯罪

之處分。與現行律例無甚差異。惟其中稍有變更及增加之處。現律以之入於名例門。爲全律綱領。與本章之列入總則相當。

第二十九條 二人以上共同實施犯罪之行爲者。皆爲正犯。各科其刑。於實施犯罪之行爲中。幫助正犯者。準正犯論。

本條定共犯中正犯之性質及範圍。

共犯之種類。分爲任意共犯與必要共犯之二種。任意共犯。謂一人得單獨成立之犯罪。而由數人共同犯之者。必要共犯。謂非數人共同爲之。犯罪不能成立者。如殺人、竊盜、放火等罪。此屬於前例。如關於內亂罪、姦非重婚罪、鬪毆及騷擾罪、官吏收賄罪、囚徒二人以上通謀脫逃罪等。此屬於後例。單言共犯時。通常指稱任意之共犯。而必要之共犯。則屬分則各條之範圍。所謂必要共犯者。更細分爲會合共犯及集合共犯之二種。集合的必要共犯。係數人對於外部增加不法之共同勢力。例如內亂罪、騷擾罪等是。會合的必要共犯。因彼此各一方之行爲。互相結合而成。例如決鬥、及重婚、和姦等罪是。集合的必要共犯。除屬於各本條特別規定之範圍者以外。應受本章共犯之適用。而會合

的必要共犯。其間相互之關係。不照總則中共犯之規定。

共犯之形式。分爲正犯與教唆犯及從犯之三種。就理論上言之。同一於犯罪之結果。與以一條件。卽均爲對於其結果而與以原因。關於結果發生之一切條件。法律上應有同等價值。而無彼此之區別。因而各共犯者之刑罰。亦祇可於同一刑期之範圍內。稍分輕重。然向來多數之立法例。均認正犯及教唆從犯之區別。本律亦以自己直接下手。及當時與以重要助力者。作爲犯罪之實行者。而名之爲正犯。其教唆責任能力者。實行犯罪。或幫助他人使易於實行犯罪者。則與正犯有別。而名前者爲教唆犯。後者爲從犯。其處罰亦因之而有等差。共同正犯。各自獨立負擔責任。教唆犯準正犯論。從犯得比正犯減輕。其理由。蓋因通常見解。從犯較正犯與教唆犯情節稍輕之故。至近時開明國之立法例。則有廢除正犯及教唆從犯。而一律處罰之趨勢。除德意志西一八九五年之奴隸奪取法。西一八九七年之海外渡航法外。如西一九零五年之挪威新刑法。其第五十八條。規定數人共犯時。或人之協力。對他之共犯者。有從屬關係。或比他之共犯者。力量輕微時。得減輕一等。且於本刑最低限以下處

罰之。此實採用共犯者間刑罰不分輕重之原則。英美兩國法。向於共犯者之處罰不加區別。如北美諸州。不論教唆從犯。概作爲正犯。同一處罰。英國法。雖以教唆及從犯認爲事前之從犯。至其處置。全與正犯無殊。此蓋從理論上貫徹犯罪之因果關係。而不以原因力大小。其他條件之差異。而生區別。與本律主義有不同者。

第一項、共同正犯。謂二人以上之人。以共同之有責行爲。實行同一犯罪事實。此爲共犯中之主犯。故或有單稱爲共犯之處。舊律稱爲首犯。本律稱爲正犯。皆對於從犯之名稱。惟舊律以先造意一人爲首。其餘爲從。是首犯止限一人。而不必有二人以上。且限於造意。而不注重實行。雖同爲與從犯相對之名稱。而其性質迥別。舊例於人命搶竊及拒捕等案。均有正犯之名稱。人數不限於一人。罪狀亦非必爲造意。故本律於二人以上共同實行犯罪行爲者。不稱爲首犯。而名之曰正犯。共同正犯之成立。有客觀的要件。及主觀的要件。如左所述。

第一客觀的共同正犯之成立要件。分爲三種。其一、須有二人以上。其二人

以上之人。須有責任能力者。若未滿十二歲人。或精神病人等。之無責任能力者。相互間。及有責任能力者。與無責任能力者。相互間。不成爲共犯。故亦不得有正犯。又須有意思責任者。若無故意。又無過失之意思。責任者相互間。及有意思責任者。與無意思責任者相互間。亦不成爲共犯。故亦不得有正犯。此皆與單獨犯罪之要件略同。然共犯之成立要件。止須各犯者之行爲爲有責。故雖其中有一人爲不受刑法之適用者。亦仍不失爲共犯。以其行爲爲有責之故。設如與外國公使等不受刑法之適用者。共同實行犯罪行爲時。仍應爲共犯中之正犯。至其二人以上之人數。別無制限。然如逮捕監禁者圖謀脫逃之聚衆。竊盜之結夥三人以上。強盜之結夥三人以上等。均有因共犯人數之多。而加重其刑者。其二、須共爲同一犯罪事實。共犯者中各人所分擔之行爲。有屬於各異之部分者。有屬於同一之部分者。前者。例如共爲強盜。甲加強暴於乙。而丙奪取財物。後者。例如共爲竊盜。甲乙同入丙家。一竊金錢。一竊衣物。其後之一例。雖各自具備單獨正犯之要素。似可成各別獨立之犯罪。然其情形。與一人入一家竊取金錢衣物者相同。甲乙二人共同侵害單一之法益。不

論所竊之物件多寡異同。總爲同一犯罪事實之共同實行。故成爲共同正犯。其三、須犯罪行爲之實施。若在犯罪以前之兇徒組合。成羣結黨。遇事生風。有犯罪之形勢。而無其事實。及尙爲犯罪之豫備或陰謀。而未及著手。則除豫備陰謀有應處罰之特別規定外。概無共同正犯之成立。惟共犯之處罰。不以罪之既遂爲限。故苟著手以後。縱因意外之障礙而不終結其實行。或既終結實行而不發生其結果。仍有應論未遂罪之罰者。故亦有共同正犯。至其直接實行之方法。不論其爲依於自身之動作。或利用天然力、器械、及動物力等。均同。例如嗾使犬向牛肉店啣取牛肉。或嗾使犬噬人。與自行竊取肉片。及以拳棍刀銃傷人者相同。

第二、主觀的共同正犯之成立要件。有必須數人各有協力之意思者。亦有不彼此均有協力之意思者。然通常之共犯。屬於前例者爲多。共犯之各人中。彼此有犯罪事實之認識。及互相協力之認識者。要不必明示之合意。卽默示之合意亦可。且不必先事互相豫謀。卽實行之臨時加入已足。例如數人不期而於同時同地對同一法益。爲同種之犯罪。所謂偶然的共同正犯是也。且卽

實行一部以後。始行加入時。亦同。例如甲以盜取財物之目的。既制縛乙或使迷醉之後。丙見之。利用此種狀況而加入。合共盜取。所謂相續的共同正犯者是也。至共犯各人中。不必彼此有協力之意思者。是即所謂一方的共同正犯。應俟後第三十四條論之。併有彼此均不必有協力之認識。且不必有犯罪事實之認識。而亦成爲共同正犯者。是所謂過失的共同正犯。應俟後第三十五條論之。

共同正犯之刑法上責任。因正犯非附從於他人之犯罪。而獨立發生犯罪之結果者。故對於各共同正犯之處罰。應獨立而處罰之。條文云皆爲正犯。即此意。故共犯者之各人中。可於一人以強盜論。其他以竊盜論。彼此各科其刑。不對共犯之全體。用同一之法條。而對於各人各異其適用之法條。或雖適用同一法條。而於其中因加重或減輕之故。於刑之範圍各異其適用。然所科之刑。雖各自獨立。而所負之責任。應對於共犯之全體負擔之。不因正犯一人以外。有他之正犯。及教唆犯從犯等。共犯者之人數加多。而以一罪之刑。比例分任其責。蓋刑罰爲制裁犯罪之法。罪雖數人共犯。而實各負全體之有責不法行

爲。故雖各科全部之刑。亦不爲酌。然有共犯之齟齬時。不負超過部分之共同責任。例如甲乙共同毆打某丙。而甲獨利用共同之暴行。向丙奪取財物。此時甲雖應以強盜論。乙止於共同毆打。作爲共同正犯而負責任。不得科以強盜罪。又如甲乙共損毀外國之國旗。甲有侮辱外國之目的。而乙實無之。此在甲應照妨害國交處第一百二十二條之罪。而乙祇爲毀損器物之罪。此在事實上共犯齟齬不一致之部分。是謂共同責任超過之部分。惟知而犯之者任其責。然在共犯者之一人。因本罪而引起可爲加重罪之結果時。苟屬於共同犯意之範圍內。不問有無故意及過失。均應處罰者。其他之一人。亦不能不於超過之部分。共同負責。例如甲乙共同強姦丙女。因甲之暴行。而丙女致死時。甲之暴行。既不脫甲乙間合定手段之程度。則乙亦自應負強姦致死罪之責任。又如甲乙共入丙家爲強盜。甲不知暗處有丙家之兒稚。而蹴殺之。乙亦應以強盜殺人論。而負共同之責任。蓋共犯之行爲。法律視爲一體故也。

就共犯罪之未遂者言之。苟因犯罪之性質。或共犯者之豫約。由各人分擔全部而實行之時。一人之所行既遂。而他之一人未遂。例如甲乙共謀入丙家。甲

既竊取金錢。乙方欲竊取衣物。適爲人所妨而驚走。此時甲乙有共犯之意。應同負既遂之責。反是而甲乙之行爲同爲未遂時。各自負未遂罪之責。若由各人分擔一部而實行之時。雖共犯者之一人。或其全體。著手實行而不遂。迄於其時爲止。凡協力者。皆應任未遂之責。然苟止豫約共同實行。並不親自協力實行時。非可作爲共同正犯而處罰之。例如甲乙先事共謀竊盜。乙臨時背約。不共實行。甲雖著手竊盜。乙非可任共同正犯之責。雖先有共謀之事實。然以共謀者中一人之實行。爲其他共謀者全體之行爲。殊失之過廣。彼詐欺之行爲。共犯者之一人。止於一定地處爲之計劃。並未當場與被害者覷面。用欺罔之手段。而亦仍應爲共同正犯者。此惟分擔之方法有異。而其事已共同實行。非不分擔實行。而亦爲共同正犯。蓋共犯之成立。法律以共同實施者爲斷。故也。

第二項、於犯罪實施中幫助正犯。此不得爲從犯而須準正犯論者。蓋於犯罪之行爲與以重要之助力故也。幫助雖非實行。而於實行之際爲之幫助。其效力幾與實行無異。例如甲入他人家屋。盜劫財物。而乙在門外或要路。爲之把

風接賊。此把風接賊者。雖止在外瞭望。及受寄贓物。並非入室劫物及行強。似與實行者有異。然因此得使犯罪之實行。安全容易。其助力實爲重要。故不得僅以從犯論。又如甲乙互毆。由丙給甲以兇器。或乙已逃至對岸。甲欲殺之。而由丙授以銃彈。皆在實施行爲中重要之幫助。然如甲女助乙男制縛丙女。而由乙男犯之。其甲女應爲強姦罪之正犯。而非準正犯。蓋因強姦罪爲姦通與強暴二罪之結合。甲女之性質上。雖不能單獨成強姦丙女之罪。然其制縛丙女。已分擔實行行爲之一。而非僅爲幫助之行爲。故雖以女性而爲強姦罪之共同正犯。亦不爲奇。準正犯論者。其罪質及處分。均照正犯處斷。例如正犯應科死刑。準正犯亦科死刑。雖似幫助者與實施者無別。然共同正犯獨立負責。而準正犯則有附隨性質。於同一犯罪。無共同正犯者。無從有準正犯。此爲區別之要點。蓋準正犯實介乎正犯與從犯之間。而爲不減等之從犯。又爲非實行之共同正犯也。英美等國法制。有以幫助及教唆之行爲。均作爲正犯。而與正犯同一處罰者。本律雖於正犯外。別有教唆及從犯之名稱。而於從犯之有重要助力者。與正犯處同一之罰。實際所科之刑。已無正犯及教唆從犯之區

別。特爲揭明此旨。故設本條第二項之規定。

現行刑律名例門。共犯分首從條律稱。凡共犯罪者。以先造意一人爲首。依律擬斷。隨從者減一等。是雖共犯者有數人。而負刑法上完全責任者。止以一人爲限。取人的吸收主義。較之本律皆爲正犯各科其刑者。實多疏縱。又律稱。若一家人共犯。止坐尊長。若尊長年八十以上及篤疾。歸罪於共犯罪以次尊長。律注。如無以次尊長。方坐卑幼。謂如尊長與卑幼共犯罪。不論造意。獨坐尊長。卑幼無罪。以尊長有專制之義也。如尊長年八十以上及篤疾。於例不坐罪。卽以共犯罪次長者當罪。又如婦人尊長與男夫卑幼同犯。雖婦人爲首。仍獨坐男夫云云。此則不問犯罪之情節。犯人之真相。強以家族制度。及男女界限。爲機械的定罪科刑之用。寬嚴輕重。均戾於事實。此固無法理之可言者。又律稱。若本條言皆者罪無首從。不言皆者依首從法。其犯擅入皇城宮殿等門。及私越度關。若避役在逃。及犯姦者。亦無首從。本律則不設此等區別。因旣按共犯之性質。而有正犯與從犯之分。且定之於總則。自應通於各罪。一律辦理。否則於從犯者爲酷故也。

第三十條 教唆他人使之實施犯罪之行爲者。爲造意犯。依正犯之例處斷。
教唆造意犯者。準造意犯論。

本條定共犯中教唆犯之性質及處分。

共犯之加擔。有廣狹二義。廣義。統包正犯及教唆從犯之三種。狹義。止言教唆及從犯之二種。狹義之加擔。非自行引起犯罪之結果。特於他人之犯罪參與之。有附隨之性質。本條與次條分述之。

教唆犯之成立。其要件有四。第一、教唆者之本人。必爲有責任能力者。此爲犯罪之普通成立要件。固無論已。其被教唆者。亦必爲有責任能力。及有意思責任之人。否則應由教唆者爲間接正犯。不得爲教唆犯。而有共犯之關係。例如煽誘精神病人。使決意放火及殺人。及煽誘未滿十二歲人。使爲竊盜及器物之損毀等類。不得以共犯之教唆論。而應作爲正犯。又如欺給看護婦。以醫師命患者所服之金雞納。代之以砒素。使患者服之。及以威力制縛人。使毆傷他人或致死。及詐稱他人之物爲自己所有。給人攜取。而使陷於冒領與竊盜之罪時。亦不得以共犯之教唆論。而應作爲正犯。其被教唆者。以責任能力及

意思責任之欠缺。而不爲罪。現行刑律名例門。老小廢疾收贖律稱。九十以上七歲以下。雖有死罪不加刑。其有人教令。坐其教令者。亦卽此意。第二、必使被教唆者發生犯罪行爲之決意。若教唆而不從。或不知被教唆者先已有犯罪行爲之決意。而試其教唆時。是爲教唆之未遂。不成爲教唆犯。惟在後之一例。雖非首先造意。而能使被教唆者益堅其犯罪實行之決心。仍不失爲誘導指示之從犯。所謂教唆者。必被教唆者犯罪之決心。由彼引起。故若僅於業已決意犯罪者。與以犯罪實行之機會。不得爲教唆。例如呈請審判廳。以先經決意爲僞證之人。使作證人而喚問之是也。然法律不必要教唆者與以犯罪全部之計畫。苟既有犯罪之意而未決。知情而不防止之。因消極的觀念。而使決意犯罪。仍應以教唆論。例如甲對於乙。聲言。若與酬報。不憚觸法而爲某種之行爲。此時乙竟贈與或承諾酬報。在乙可以其罪之教唆犯論。因犯罪之意由乙而決故也。第三、必須有教唆之行爲。其行爲之方法手段。法律並無制限。故不論以語言、書信、意態、舉動。一切明示默示。皆可爲教唆之方法手段。例如贈賄之交付或許與囑託。脅迫、威權之濫用。誘起或增長他人之錯誤。及以賭

博方法激勵犯罪之實行。種種煽誘、蠱惑、搖亂之行爲。以至陽爲諫阻、暗實勸誘之。及爲犯後藏匿窩留贓物寄頓故買之豫約等。皆是。惟於此有三種區別。其一、因脅迫威權之濫用。而至成不可抗拒之強制時。因誘起錯誤。而至其人以錯誤之故。全缺犯意時。此在他人以出於不得已。或非故意。而犯罪不成立。故非教唆他人之罪。直自爲間接正犯。其二、教唆。須關於特定之犯罪。若漠然不足指示特定之犯罪行爲者。不得爲教唆。例如語人以汝犯罪。則贈以金若干。此非指示目的。而假手於人者。故不得爲教唆。其三、教唆。須對於特定之人。此雖條文無制限。然若以激烈之新聞論說。指爲教唆。不定之購讀者。使成內亂罪或騷擾罪。則因果關係。全不確實。可以輾轉間接。風影疑似。而釀文字之獄。故除報律及出版法之取締外。不得有對於不特定人之教唆罪。第四、必須被教唆者有犯罪行爲之實施。蓋教唆犯非若實行正犯。獨立成就。全視實行正犯之成立與否而定。有附隨之性質。故被教唆者不生犯罪之決意。或雖決意。而在著手實行前絕意於實行。則教唆爲未遂。此時併無正犯。自不得有教唆犯。惟被教唆者既著手實行。則雖其罪爲未遂。仍得有教唆犯之成立。前

者爲教唆之未遂。法所不罰。後者爲未遂之教唆。應照正犯例處斷。因另一人之教唆。而至被教唆者有犯罪行爲之實施。亦得有共同教唆之成立。例如甲乙各不相關。甲先許丙以千元。唆使殺丁。丙意未足。而教唆不遂。另由乙許以五百元。唆使殺丁。丙因合計可得千五百元。遂決意爲殺丁之行爲。此時既有被教唆者之犯罪實行。而甲乙亦遂各成爲教唆犯。

教唆犯之罪名及處分。說分爲二。

第一、教唆犯之罪名。在日本改正刑法及其以前刑法。於教唆犯均不另立名稱。惟舊本作爲正犯。現改爲準正犯。本律特名之曰造意犯者。取其與實行者相對。且於本條第二項間接教唆之情形。教唆者復有教唆之人。似屬於聽教唆而非造意。非造意又非實行。不能定其爲正犯。抑爲從犯。苟據第十條律無正條之例。幾於無可處罰。故必特著其定名。惟與舊律造意爲首之造意。詞義雖同。而質性迥別。然就立法上論之。本條造意犯之名稱。亦可無須特著。條文祇云。教唆他人使之實施犯罪之行爲者。爲教唆犯。依正犯之例處斷。其教唆教唆犯者。準教唆犯論。如是亦已足矣。在本條第二項之情形。特著造意犯之

名稱於第一教唆者及第二教唆者間。孰先造意。轉覺倒置。故不必特有造意犯之名稱。而逕名爲教唆犯可也。

第二教唆犯之處分。本有二主義。一則以造意之本人爲標準。又一則以被教唆者之刑爲標準。例如有通常人甲。教唆軍人乙。毆傷軍官丙。依第一說。則丙非甲之上官。甲之罪輕。依第二說。則丙係乙之上官。甲之刑與乙同。其罪重。本條規定依正犯之例處斷。是明採第二說。蓋犯意雖決於造意之人。而事實實出於被教唆者之手故也。依刑法之規定。教唆非爲自己之行爲而處罰。乃因正犯之犯罪。而引處罰之責。雖教唆之第一結果。在引起正犯之實行之決意。然非止因此結果而處罰。乃以被教唆者之行爲。達於犯罪實行之程度。而始應處罰。條文不僅曰教唆他人犯罪。而曰教唆他人實行犯罪。故苟被教唆者之行爲。尚在實行之著手以前。不得以豫備陰謀而論教唆之罪。必須罪之既遂。或已達法所應罰之未遂犯之程度。始可以教唆論。然苟教唆者之所教唆。與正犯實行之結果。彼此齟齬。不能一致時。其依正犯例處斷。應如何耶。分別說明之。甲、正犯所犯。爲無關於教唆之罪。則全無教唆之關係。例如教唆竊

盜而犯賭博。教唆偽造貨幣。而犯殺人是也。然苟正犯於教唆者指定之範圍有所出入。而乘機犯重於所教唆之罪時。則教唆者應從其所知負責。又若犯輕於所教唆之罪時。應照正犯所行。定教唆之責前者。例如教唆爲竊盜而犯強盜。後者。例如教唆爲強盜而犯竊盜是也。乙、教唆者指示特定之方法。而正犯之所犯。其方法互異時。依前例。教唆者於其所指示之方法以外不負責。又於現行之事實以外不負責。例如教唆爲小竊。而正犯行強奪取財物時。止從其所知。爲竊盜之教唆犯。教唆以脅迫而強取財物。正犯止以恐喝而詐得財物時。止從其所行。爲恐喝取財之教唆犯。然苟爲法律上同等類之方法。雖與所指示者有異。亦無影響。例如教唆以暴行奪財。而犯脅迫奪財。同一爲盜。教唆以文書誹毀。而以公然之演說誹毀。同一誹毀罪是也。丙、在罪應加重者。卽正犯亦於非其故意之加重結果。應負責任。教唆犯亦因其指示之本罪。而於加重罪一律負責任。例如教唆爲鬪毆。因而致人死傷是也。但此有異論。丁、關於目的物之錯誤。於教唆犯之成立無影響。例如甲教唆乙殺丙。乙誤認丁爲丙而殺之。又如甲教唆乙竊丙所持之金時計。而乙竊取丙之銀時計。

其他物件時。甲應論殺人罪及竊盜罪之教唆犯。然亦有反對說。以上四者爲共犯中。正犯與教唆犯相互間之齟齬。從犯亦準此。

本條第二項。爲決定輾轉教唆之處分。被教唆者不自實行。更教唆第三者使之實行時。彼教唆之教唆者。應作爲教唆犯而處罰之與否。向多疑問。第一說。以教唆之教唆。不認爲對於正犯之教唆。是爲間接教唆。與直接教唆異其性質。故第一教唆者之犯意。實因第二教唆者之不自實行。而爲教唆之未遂。應爲無罪。第二說。以第二教唆者。既爲有責任能力及有意思責任之人。則第一教唆者之教唆。與第三者之犯罪決意。其間因果連絡。因有第二之教唆行爲而中斷。不得有二重之教唆。亦與前說略同。而認爲無罪。第三說。以直接教唆與間接教唆。均爲對於正犯之教唆。其性質無異。第一之教唆者。實爲首先造意之人。惟被教唆者不自實行。而更爲第二之教唆者。假手於第三者以實行之。其第一教唆者之犯意。與由其教唆所生之結果。仍相一致。故第一教唆者。亦與第二教唆者一律。應以對於正犯之教唆論。本律係採第三說。蓋無本條第二項之規定。恐首謀元惡。轉得假手於人。而置身事外故也。然使甲與乙。

與丙、丙與丁、依次教唆。而使犯罪實行時。轉輾根追。亦宜防牽引株連之弊。且第二教唆者。既非無能力無犯意。徒爲機械的傳道之人。則以第一教唆者爲對於正犯之間接教唆。例之間接正犯之所謂間接。亦異其性質。

現行刑律訴訟門。教唆詞訟條律稱。凡教唆詞訟。增減情罪。誣告人者。與犯人同罪。律注。至死者減一等。又注。姦夫教令姦婦誣告其子不孝。依謀殺造意律。又本條例載。教唆詞訟誣告人之案。如原告之人並未起意誣告。係教唆之人起意主令者。以主唆之人爲首。聽從控告之人爲從。如本人起意欲告。而教唆之人從。旁慫恿者。依律與凡人同罪。律注。謂若僅止從旁談論是非。並非唆令控告者。科以不應重罪。不得以教唆論。又詐僞門。詐教誘人犯法條律稱。凡設計用言教誘人犯法。及和同其事故誘令人犯法。却自行捕告。或令人捕告。欲求賞給。或欲陷害人得罪者。皆與犯法之人同罪。舊律於此兩條。均與本律教唆犯之處分相同。惟訴訟門之教唆。專爲舊例懲治訟棍一端而設。又以首從區別。聽從控告之實行正犯。轉輕於教唆犯。未免失平。律注。於從旁談論是非者。亦科以不應重罪。過於苛酷。詐僞門之教誘犯法。更重在捕告求賞或圖害。

似以此爲處分所附之條件。不能適用於單純教唆人犯。實際均與本律有異者。

第三十一條 於實施犯罪行爲以前幫助正犯者。爲從犯。得減正犯之刑一等或二等。

教唆或幫助從犯者。準從犯論。

本條定共犯中從犯之性質及處分。

從犯亦與教唆相同。爲加擔於他人犯罪實行者之行爲。惟教唆則與犯罪實行者以犯意。而從犯則與犯罪實行者以幫助。幫助與實行。均對於實害或危險之發生。有事實上之因果關係。而實行之行爲。則屬於犯罪之構成要件。幫助之行爲。則不屬於犯罪之構成要件。惟使犯罪之成立。安全利便。何等行爲。可謂幫助。其方法手段。別無制限。不問屬於物理的。如給與器具之類。及屬於精神的。如誘導指示之類。一切均可包括。且不但有積極行爲之幫助。卽消極行爲之幫助亦有之。例如竊盜越垣入室。夥從給以階梯。此爲積極的幫助。又如倉庫之監守人。豫知有竊取財物者。而故意不施鍵筭。此爲消極的幫助。他

如犯人之藏匿。贓品之窩留。證跡之湮滅。雖不能認爲事後之從犯。應爲獨立之罪。而苟於事前爲此等藏匿人犯窩留贓品之豫約。以獎勵犯罪之實行。仍屬於事前幫助之行爲。應得以從犯論。惟同一幫助之行爲。而前列第二十九條準正犯。本條爲從犯。其處分輕重不同。是不可不先明正犯與從犯區別之標準。

除少數立法例以外。其設有正犯與從犯之區別者。究以何爲標準。而定正犯從犯之區別。學說及判例。向多紛歧。是分數說。

第一客觀主義。以共犯者動作之程度爲標準。謂實行之正犯。對於結果與以共同原因。其情重。幫助之從犯。止對於結果與以條件。其情輕。從犯與教唆之異亦然。原因乃最重要之條件。故惟條件相等。單獨不能引起結果之時。可謂與以共同原因而爲正犯。例如數人共同搬運各人單獨力所不能勝之巨石而殺人。又如數人各以少許之毒藥使人服用。因其全分之毒發而死亡。是爲共同正犯。非是則爲從犯。又或謂以客觀的行爲之程度而區別。謂共同正犯。加擔罪之實行行爲。而從犯加擔非實行之行爲。例如殺人罪之與以致命傷。

竊盜罪之竊取其物。皆屬於實行。即罪之特別成立要件。若甲在屋內竊盜。而乙在外瞭望。此非竊盜之實行。而爲幫助。故爲從犯。

第二主觀主義。謂正犯與從犯。不得以原因與條件區別之。對於結果之一切條件。均有同等之價值。故不得求之於客觀的行爲之程度。而須視主觀的意志之何若。共同正犯。必須有爲自己而犯罪之故意。從犯則須有從屬於他人犯罪之故意。依此說。則苟外形有協力之事實。不問行爲之程度如何。縱僅整頓器具。排除障害。到場參與。屬於幫助之行爲。均應以正犯論。且苟有從屬於他人之故意。雖干與實行行爲。亦仍以從犯論。此究難通貫。

第三折衷說。即兼採客觀及主觀兩說者。此外客觀主義中。更有重要之數說。其一。以精神上之因果關係爲區別之標準。謂從犯之行爲。總須不屬於實行行爲。然亦不必先於正犯之行爲。故非但實施以前。爲之指示方法。偵探機會。即實行中。爲之瞭望。給以兇器者。亦是。且即實行既終。結果尙未發生以前。亦仍得有幫助之行爲。而成爲從犯。例如甲既傷乙之後。乙因救治故。欲招醫生。而丙妨礙之。可以幫助之從犯論。又其一。則以從犯之行爲。須先於正犯之行

爲犯罪實行中之加功。與實行前之加功。爲正犯與從犯之區別。蓋認實行中之加功。於結果之發生有重要助力。而在實行以前者不然故也。本律係採最後之一說。惟在罪之著手以前。爲各種預備行爲。始爲實行以前之幫助。而名爲從犯。其入於從犯之範圍稍狹。而區別較明。

從犯之處分。減正犯一等或二等。然爲得減而非必減。是事前幫助之從犯。有時仍與正犯同罪。似酷。然同爲事前供給器具之從犯。設如顛覆巨艦。非一人之力所可能。當未著手而預備之際。由從犯者給以水雷。其情節不得謂輕於正犯。又如知預備內亂之情。而給與兵器彈藥船艦錢糧及其餘軍需品。比之預備或陰謀爲內亂者。其情轉重。非但不得照從犯減輕之例。且以分則設有特別處分之故。雖正犯處內亂之預備或陰謀罪。而知情給與糧械者。仍應獨立處罰。不得以一般從犯論。是照分則所定。非但與預備陰謀者同等。且又過之。然較之內亂既遂之正犯。其刑固稍減輕矣。從犯之減一等。各國刑法所同。現行律例亦然。本律得減至二等者。蓋以或僅幫助一二無足輕重之語言。情節究輕之故。然則本律雖採實施本位主義。於實施當時。及其以前。定正犯從

犯之區別。而於從犯之處分。仍以助力之輕重。及影響於結果之大小爲標準者。並非純粹的實施本位主義。共犯之行爲。與正犯之行爲。有齟齬時。倘正犯之所行。其罪重於從犯之所知。自應照從犯所知者處斷而減輕。例如甲信乙爲竊盜。而給與階梯。詎乙侵入室內之後。忽爲強盜。甲應照竊盜之從犯論。然於罪應加重之時。苟於其本罪事前幫助。則雖不料有加重罪之結果。亦應照正犯所行之罪處斷。而或減或不減。例如甲知乙欲傷害丙。而給以金刃。乙用以砍傷丙。旋即致死。甲亦應爲傷害致死罪之從犯。且若正犯之行爲。有應罰及預備者時。從犯亦與正犯應同一處罰。以此種情形。正犯及從犯之行爲。均在犯罪之預備時期故也。

從犯之教唆或幫助。得處罰之與否。本條第二項決定之。教唆從犯者。準從犯。可無異說。惟幫助從犯者。其得罰與否。說分兩派。其一說。謂從犯之幫助者。其與正犯實行犯罪之結果。以有從犯之行爲而因果關係中斷。不得處罰之。惟於無責任能力者幫助。正犯而特爲之幫助時。得作爲間接從犯而處分。其又一說。謂從犯之幫助者。非幫助從犯。乃對於正犯爲間接之幫助。是爲間接

從犯。其助力與直接幫助正犯者相同。不因有直接從犯之居中而或異。故應處罰。本律採後之一說。準從犯論者。謂從犯處某等之刑。幫助從犯者亦與之同罪。一律處某等之刑。非從犯減一等。幫助從犯者更比從犯減一等。蓋因幫助從犯者。爲正犯之間接幫助。而非從犯之幫助故也。然則從犯不得減等時。幫助從犯者亦當然不減。而幫助之幫助。與正犯處同一之罰。是爲本律擴張從犯之範圍。然亦須防株連苛酷之弊。日本改正刑法第六十四條。於僅處拘留科料罪之教唆者及從犯。非有特別之規定。不處罰之。所謂特別規定者。警察犯處罰令有其一二例。本律於處拘役以下之罪。得究問教唆從犯與否。並無明文。理論亦宜附有制限。

現行律例之從犯。對於首犯而言。而爲首者限首先造意之一人。故二人共犯罪。而有一人在逃。現獲者輒稱逃者爲首。更無人證佐。則止可決其從罪。後獲逃者。稱前人爲首。鞠問是實。還依首論。倘在逃者日久未能弋獲。則雖現獲者實係爲首。亦無從依首論。今本律以實行之際。雖幫助者亦準正犯。則更無首從之分。可逕照實行時情形處斷。無從諉卸。又律稱本條言皆者罪無首從。不

言皆者依首從法。本律則定於總則。各罪統歸一律。不隨各本條而互異。至律稱竊盜臨時有拒捕及殺傷人者。皆絞。因盜而姦者。罪亦如之。共盜之人不會助力。不知拒捕殺傷人及姦情者。止依竊盜論。此則隱合從犯與正犯之齟齬。照從犯所知者處斷之義。

第三十二條 於前教唆或幫助。其後加入實施犯罪之行為者。從其所實施者處斷。

本條定共犯罪形式上互合之處分。

同一人於同一犯罪。其共犯之形式。不得有二個以上之互合。卽正犯不得爲同一犯罪之教唆及從犯。故苟教唆或從犯。進而與於實行時。單以共同正犯論。不復問其教唆從犯之罪。又教唆者不得同時爲從犯。故雖先教唆而後於犯罪實施以前爲幫助。仍止以教唆論。不復問其從犯之罪。此蓋爲想像上之數罪。其於共犯中參與之形式。輕者爲重者所吸收故也。然苟教唆者及從犯。於正犯之犯罪成立後。更藏匿正犯。窩留贓物。湮滅證跡。則應另爲一罪。成實質上之數罪。而非附屬共犯之一種。故應以此等之事後所犯罪。與其教唆或

從犯。照俱發罪例處斷。但若其罪雖應獨立處罰。而其性質與他之罪有附屬的共犯之關係時。則以同一人而彼此干與。應以主罪之正犯論。而作爲一罪。例如未受允准而發行彩票者。教唆他人爲賣買此種彩票之媒介時。其媒介彩票賣買之教唆罪。應吸收於發行違禁彩票爲其主罪者之正犯中是也。現行刑律人命門。謀殺人條律稱。凡謀殺人。造意者絞。從而加功者亦絞。若傷而不死。造意者絞。從而加功者流三千里。又稱其造意者。身雖不行。仍爲首論。此皆造意者之罪。重於加功者。蓋舊律重首謀。故加功之實行者。轉爲從而其罪輕。造意之不與於實行者。身雖不行。仍應爲首論。似於正犯從犯之區別。偏重主觀的意思主義爲多。本律則置重客觀。以犯罪之實施爲重。故加功實施者。應爲正犯。而教唆之造意者。不作爲首罪。雖稱教唆犯爲造意犯。實爲從屬於他人之犯罪。與舊律爲首者之造意。性質迥殊。非加功實施。不能發生犯罪之結果。且實施與否。區別較易。自應以客觀爲重。而教唆與幫助。均爲實施之行爲所吸收也。

第三十三條 凡因身分成立之罪。其教唆或幫助者。雖無身分。仍以共犯論。

因身分致罪有重輕者。其無身分之人。仍科通常之刑。

本條定共犯之身分關係。

身分之意義爲何。此由各種法規之領域而有不同。其在戶籍法上所稱爲身分者。爲人之在親族關係或嗣續關係上之地位。其在刑事訴訟法上所稱爲身分者。爲宗室世爵及普通人民之族稱。又內國人與外國人在國籍法上之地位。男性女性在生理上之差別。職官公務員與一私人。在國法上之殊異。無一非有身分之關係者。而在刑法上所謂身分。則凡於一定之犯罪。有特別關係之犯人。不問其屬於本身之性質。如男與女。及所處之地位。如親族關係。以至所具之資格。如職官官吏。其他一切之身上關係。均可包括。故如第三百二十六條婦女墮胎罪。以懷胎婦女爲有身上條件。此可爲犯人之身分。雖同一婦女而非懷胎者。卽不得單獨犯該條之罪。又如第三百三十三條。負擔義務者之遺棄罪。以其有應扶助養育保護之責任。此可爲犯人之身分。故苟非負擔扶助養育保護之義務者。亦不得單獨犯該條之罪。此蓋均以犯人之身分。爲罪之特別構成要件者。就共犯言之亦然。

第一項因身分爲罪之成立。一切犯罪之成立。雖通例無關係於犯人之身分。然於某種情形。有以犯人之身分爲罪之特別構成要件者。此則無其身分之人。雖不得單獨而犯此等之罪。然苟與有其身分者共同而犯之。固未始不可。能。應作爲共犯而處罰之與否。向多異議。本條第一項決定之。教唆或幫助者。雖無身分。仍以共犯論。例如吏員、公斷人。於其職務要求賄賂。膺審判檢察巡警監獄及其餘行政之職務者。對被告人等。強暴凌虐。又吏員濫用職權。使人行無義務之事。或妨害人行使權利等。其無此身分而教唆或幫助之者。均以共犯論。本律止限於教唆幫助。其無身分而與於實行行爲者。應作爲共同正犯與否。未有明文。日本改正法。於此種情形。無共同正犯與教唆從犯之別。本律不然。應解爲共同正犯。本各自獨立而負其責。宜各照身分上之資格與其關係而處罰之者。

第二項因身分致罪有輕重。某種犯罪。雖於其成立與身分之有無。全無關係。而其刑之輕重。則有因身分之有無而特異者。此在有身分者與無身分者共犯之時。其處分如何。本條第二項決定之。其無身分者。仍科通常之刑。此於共

同正犯與教唆及從犯。均無所異。故苟有此身分者。犯此種之罪。而無身分者。爲其教唆或從犯時。教唆者準無此身分之正犯論。從犯照無此身分之正犯減輕。反是。若此等之犯罪。有身分者爲教唆或從犯時。教唆者準有身分之正犯論。從犯照有身分之正犯減輕。例如甲教唆乙。使殺害乙之父丙。則乙以殺害尊親屬之正犯論。甲準普通殺人罪之正犯論。反是而甲教唆乙。使殺害甲之父丙時。則甲應準殺害尊親屬之正犯。而乙以普通殺人罪之共同正犯論。其他因於幼年之減輕。及因於累犯之加重。亦同一律。此例有明揭於獨立之條文者。如第一百六十五條。干涉選舉人之投票。及刺探被選舉人姓名。通常人犯者。處五等徒刑拘役或一百元以下罰金。關於選舉之吏員或佐理人犯者。應處四等徒刑拘役或三百元以下罰金是也。

第三十四條 知本犯之情而共同者。雖本犯不知共同之情。仍以共犯論。本條定學術上所稱一方的共犯之處分。

共犯之罪。由各共犯者互相協力而成。此互相協力之情事。應彼此認知與否。學說各殊。其一。謂共犯之成立。須有共同之犯意。卽必須各協力者豫知彼此

相待而成共同之結果。但不論明示與默示。故苟協力者之一方。缺協力之認知時。不成刑法上之共同犯。其一。則謂共犯之成立。祇須協力者之一方。認知爲共同。已足。此種之共犯。稱爲一方的共犯。本律係採後之一說。而以明文決定之。例如甲察知乙有奪丙財產之意思。不告知乙。而將丙制縛。乙得遂其所犯時。甲乙爲共同正犯。而甲應以強盜論。乙止以竊盜論。又如甲謀侵入乙某之室以殺乙。鄰室之丙。雖未與甲通謀。知而贊成之。乃爲自戶外鎖扉。以阻乙之脫走。甲並不知丙之助已。然竟以殺乙。此時甲丙爲共同正犯。均坐殺人罪。蓋在本條之情形。本犯本自有犯罪之故意。共同者亦既有共犯之認知。故各從其所知者處斷。在本犯之知爲共同與否。與共犯之成立初無關繫。除教唆犯不能無雙方之認知外。其餘共同實行。及臨時與事前之幫助。均可以此例爲斷。

第三十五條 於過失罪有共同過失者。以共犯論。

本條爲解決過失罪亦有共犯之規定。

犯罪成立之普通要件。其屬於意思責任者。爲故意及過失。此一切之單獨犯

所同。共同犯亦然。其出於故意者。有共犯之成立。自不待言。若並非故意而出於過失之罪。亦有共犯之成立與否。殊多疑問。向來學說紛歧。共分四派。

第一說。過失罪全然無共犯。謂共同正犯。要彼此有意思之通同。因是而過失犯不得有共同正犯。若過失者之教唆或幫助。應認爲間接正犯。故不容同時有教唆或從犯之成立。要之過失罪。無論正犯及教唆從犯。概無共犯者。

第二說。在共同正犯。雖要彼此均有通同之意思。故對於他人之過失罪。不得有共同正犯。然在教唆及從犯。則在正犯之方面。不必要有共同犯罪之認知。故可有對於過失犯之教唆及從犯。蓋在此種情形。其對於過失犯之教唆及從犯。雖通例作爲故意之間接正犯。可成想像上之二罪。然不得以此否認過失犯之教唆及從犯。況教唆或幫助他人而使他人犯過失罪者。有因不具備犯罪之成立所必要之身分。而不得爲間接正犯之處。觀此自益無可反對。

第三說。過失罪雖有共同正犯。而教唆及從犯。惟於正犯爲故意。因果關係中斷時。有之。若介入他人之過失行爲。而因果關係之不中斷者。當爲間接正犯。故不必作爲教唆或從犯而處罰。因而於過失罪。雖得有共同正犯。而不得認

有教唆及從犯之成立。

第四說。過失罪全然有共犯。蓋故意與過失。非視意思之違法與否而分。不過視行為者認知其意思之違法與否而區別。故數人共認知爲違法而犯之時。則有故意之共犯。數人雖有爲共同行為之意思。而均不認知爲違法時。則有過失之共犯。因而過失犯。無論正犯及教唆從犯均有之。

本律係採第四說。而以明文決定之。例如二人共弄引火之危險物。致人死傷。或肇火災。應照過失殺傷或失火之共犯處分。又如數人合作之大工程。彼此均不注意於通行人。而以所拆毀建築物之棟梁瓦石。共同拋墜。致擲中人死傷。應照過失殺傷之共犯處分是也。但各種稅法上之犯罪。不必要故意或過失者。通例不得認有共犯。惟雖係稅法上之罪。而亦必須有故意者。此則自無過失之共犯。

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。

本條定故意與過失互合之共犯處分。

犯罪者同出於過失。亦得爲共犯。前條既決定之。若一出於故意。一由於過失。二者得爲共犯與否。學說向分兩派。其一謂於他人有故意之行爲。因過失而教唆或幫助之時。此不得以教唆及從犯論。且有責任能力者爲有故意之行爲。是爲因果關係中斷之理由。故他人之犯罪爲故意者。其因過失而教唆幫助之人。以因果關係之中斷。而應爲無罪。不得以過失共犯論。其二謂犯罪之成立。本不專屬於故意。有應任過失之責。他人犯罪之結果。既由過失者助之而成。不得爲無罪。但究非共犯。故限本條應科過失罰者。準前條過失共犯之處分。例如甲故意縱火。乙因過失傾覆火油燈。致火勢益熾。又如甲謀殺人。乙醫師因過失誤傳毒藥於所謀之人。致有斃命。此在各本條亦應任失火及過失殺之責。故準過失共犯。且因過失而助成他人故意犯罪之結果者。不獨出於積極行爲。卽消極行爲亦可有之。例如倉庫之監守者。不虞夜間之竊盜。任意不施鑰。亦得認過失共犯之成立。現行刑律捕亡門。主守不覺失囚條律稱。凡獄卒不覺失囚者。減囚罪二等。其有獄官不曾點視。以致失囚者。與獄官同罪。又稱。若工所不覺失囚。及解審解配中途不覺失囚者。主守並押解

兵役各減囚罪三等。又該條例載。押解流遣人犯。中途脫逃。無論赴審赴配。押解兵役。審無故縱情弊。但係違例雇替。或託故潛回。以致疎失者。減囚罪二等云云。此卽囚人故意犯脫逃之罪。主守者因過失而助成其脫逃罪之結果。應照本條過失共犯論。證之舊律。意亦相同。但書所謂其罪應論過失者。卽第九十及九十二條之過失危害乘輿及皇族。第一百八十六第一百八十七第一百九十一及一百九十七條之失火過失決水。第二百十條之過失危害汽車電車船艦。以及其他各條明揭有過失之條文者皆是。惟過失之處罰。止以條文明定其罪應論過失者爲限。而如前所舉舊律主守不覺失囚之例。本律分則第十章。逮捕監禁者脫逃罪。並未有與此相當之規定。卽第一百六十八條。亦但定着守護送人故縱之罪。而不及於過失。是則遇有此等情事。當然不能以過失處罰。似尙疎漏。設更故縱而託言疎失。益多倖免之弊。宜增補之。

第七章 刑名

以上各章。爲罪之規定。以下各章。爲刑之規定。罪與刑之次序。歐美與日本各國之刑法。均先刑而後罪。日本改正法亦然。未言罪而先論刑。於編纂之次序。

殊爲失當。現行刑律名例門亦以五刑居首。未免與之同病。本律特按學理而次序之。舊律稱五刑。而本律改稱爲刑名者。一則以舊律分笞杖徒流死爲五。適符五刑之名。本律分主刑爲死刑徒刑拘役罰金之四種。刑制旣改。不能復沿舊稱。又一則以刑名二字。義可包括。較之稱爲五刑者。於本章規定之內容。更爲符合。故用此標題。日本改正以前刑法。稱之曰刑例。與法例相對待。而刑名二字。特爲其中之一節。與徵償處分。主刑處分。附加刑處分等。同爲節目中之一。改正刑法。承舊法之後。以其義稍狹。故廢刑例及刑名等章節之區分。而於第二章統名之曰刑。本律則因沿革上本未有以刑名二字爲一節目之標題者。故無失於狹少之嫌。而以此爲本章最切當包括之名稱。與第一章之稱爲法例者。可相對待。

第三十七條 刑分爲主刑及從刑。

主刑之種類及重輕之次序如左。

第一 死刑。

第二 無期徒刑。

第三 有期徒刑。

一 一等有期徒刑。十五年以下、十年以上。

二 二等有期徒刑。十年未滿、五年以上。

三 三等有期徒刑。五年未滿、三年以上。

四 四等有期徒刑。三年未滿、一年以上。

五 五等有期徒刑。一年未滿、二月以上。

第四 拘役。二月未滿、一日以上。

第五 罰金。一圓以上。

從刑之種類如左。

第一 褫奪公權。

第二 沒收。

本條定刑之名稱類別及其差等。

於本條之解釋。有先應說明者。爲刑之性質。刑罰爲犯罪之制裁。而由刑事裁判官剝奪犯罪人法益之方法。此非徒使犯罪人受苦楚。實以促其改過遷善。

某種類之法益。在通常人應與以保護者。對犯罪人則轉由國家剝奪之。是之謂刑罰。此與民法上之損害賠償。同屬於法律處置不法行爲之手段。而其所異者。在損害賠償。爲使犯罪人補救他人之法益侵害。而在刑罰。則因侵害他人法益之故。而更與犯罪人以法益之侵害。故有同一爲國家對於一私人之制裁。而並非刑罰性質者。如下所列。其一、以補救他人之侵害爲目的者。如損害賠償、強制執行、回復名譽之謝罪、贓物之給還等是。其二、警察之保安處分。如集會之解散、結社之禁止、豫戒令、感化教育、及監禁處分、違禁物之沒收等是。但違禁物之沒收。本律作爲從刑之一種。其三、非對於既往之犯法所科。而對於將來以秩序罰強制其特定之作爲或不作爲者。亦名強制罰。如強制證人出頭、豫告以如違、應罰金、賠償費用、且發拘引狀、之訴訟罰。亦強制罰之一種。其四、刑事裁判所以外、依於法律之處罰。如懲戒權之行使等是。其五、國家之懲戒處分。此對於官吏爲內部之處罰。如舊律之各衙門處分則例等是。自治職員之處罰。亦爲一種懲戒處分。以上各種。均無刑罰之性質。

刑分主從之理由。及主刑從刑之質性區別。刑罰專爲對於犯罪之制裁。而有因有罪之判決後。發生法律上當然之結果。或出於對將來爲豫防之目的者。如犯罪人之地位。及關繫犯罪之物件等。必須別加以處分時。因其爲犯罪科刑之附屬。而非真有刑罰之性質。故於制裁犯罪之刑罰以外。別爲一種附加刑。對於所科之主刑。而名之爲從刑。此種主從之區別。爲各國法制所同。卽中國舊律亦有之。惟範圍互異而已。主刑雖可單獨科之。而從刑則非有主刑與共不能。主刑有加重減輕或免除。而從刑不然。於刑之輕重比較。亦與從刑之有無全無關繫。主刑不問係何種類。均必宣告。從刑則有不須宣告而當然處分之法制。但本律則主刑與從刑。均應一併宣告者。此皆主刑與從刑區別之要點。

主刑之種類。本律所採用者。爲死刑、徒刑、拘役、罰金之四種。以對於犯人所傷害之法益爲標準。而區別之。則爲生命刑、自由刑、及財產刑之三類。分別說明之。

第一生命刑。卽最重之死刑。向來無論何國所通行。現時始有死刑廢止及存

留之爭議。死刑廢止論。爲歐洲文學革新時代以後所創。迨後勢力漸張。現今歐美各國。多實行者。如意大利、荷蘭、挪威、葡萄牙、羅美尼亞等。法律上全然廢止死刑。瑞士之各邦。美洲北部之數省。及中部南部之數小國。亦然。德意志各邦。亦曾一時廢止。而德意志帝國刑法修復之。日本近時改正刑法之際。亦多唱死刑廢止之議。然卒未實行。死刑廢止論之理由甚多。其大要不外乎裁判非無誤斷。死者不可復生。以慘酷之殺戮爲刑罰制度。非文明國刑事政策之所宜。及死刑雖存。亦無減少犯罪之實益等。然於元惡大愆之制裁嚴重。處以死刑。殊不得已。且於重大犯罪之豫防。亦勢所必須。論中國現情。死刑斷難廢止。故死刑之存廢論。在今日尙不發生此種問題。其彼此主張之理由。可不詳述。惟死刑雖不能全廢。而應科死刑之處。則較之舊律爲少。本律分則各條。除第八十九條之危害乘輿車駕。第一百十條之叛通外國。第三百六條之殺尊親屬。均絕對的科定死刑外。餘如九十一條之危害皇族。一百一條內亂罪之首魁及重要執事人。一百九條之意圖割地於外國。一百十一條之軍器損壞或資助敵國。及爲間諜煽亂軍心。一百六十五條第二項囚徒聚衆強行脫逃。

之首魁及教唆。一百八十二條之放火。一百八十七條之準放火。一百八十八條之決水。二百八條第二項之顛覆車船致多人死傷。二百五十七條之發塚盜尊親屬屍體。二百八十一條之強姦致死或篤疾。三百五條之殺人。三百七條傷害尊屬致死或篤疾廢疾。三百四十六條之掠賣婦女或幼男於外國。三百六十八條以下三條之強盜強姦或強盜致人死傷及強取御物。又強盜故殺等罪。均與無期及有期徒刑選擇的科定死刑。較之舊律全爲絕對的科定死刑者。似稍寬大。然舊律應處死罪之條律雖多。而監候緩決。徒爲虛擬者不少。本律之於死刑。稍加刪減。且有與他刑選擇科定之處。核之舊律死罪多爲虛擬。實亦無甚出入。

第二自由刑。分無期徒刑、有期徒刑、及拘役之三種。此於刑罰實占大多數。適用之範圍最廣。爲今世各國之通例。

甲、無期徒刑。卽舊律之永遠監禁。減死一等。於自由刑中爲最重。近時學說。有倡議廢止之者。如葡萄牙、墨西哥、及南美數小邦。且併已實見施行。其主張廢止之理由。一、謂無期徒刑卽終身刑。徐斷人之生命。慘酷實過於死刑。二、謂無期

刑視各該犯人之壽命。而執行期間互異。殊不公平。三、謂無期徒刑。不得應犯情而伸縮。四、謂無期徒刑終身拘束。知無省釋之望。將益自棄而逞凶暴。此非無一面之理。由。然究不足以此爲廢止無期徒刑真確不易之理。人固有凶惡次於死刑之罪。必須處以無期徒刑。始足防其再犯者。倘能滿洗前愆。亦仍許假釋出獄。無慮終於自棄。故歐美各國。亦存而不廢者居其多數。近時日本刑法改正之際。雖亦曾有廢止無期徒刑之主唱。然因察社會目前之狀態。仍決議存留。我國情形尤甚。無期徒刑之廢止與存留。在今日尙無問題之發生。自應存而不廢。乙、有期徒刑。最長之期爲十五年。最短之期爲二月。其間更別爲五等。各分上下兩限。此爲本律所採之刑制。有期徒刑之最長期。各國不同。其最長者三十年。如白來齊、烏魯魁刑法是。其最短者。如坎拿大之七年。洪都拉斯之十年。是十五年之數。實爲其間折衷之制。各國法例。亦以此爲多。有期徒刑之最短期。各國法例。愈益紛歧。本律以次於徒刑者爲拘役刑。拘役之最長期爲二月。未滿。以便與違警律相接。故徒刑之最短期。自宜以二月爲準。刑期長短之適用。本有擅斷主義及法定主義之兩種。而法定主義之中。又有絕對的法定主義。

及相對的法定主義之別。絕對的法定主義。謂於各罪所應科之刑。以法律確定之。不容有臨時選擇伸縮之餘地。相對的法定主義。則於各罪所應科之刑。法律上止定刑之範圍等級。在其制限內。得由裁判官臨時選擇伸縮之。我國舊律。於各罪所應科之刑。均確定之於法律。不容絲毫增損。此不免有機械的性質。殊多窒礙之處。而如日本新改正刑法。因嫌舊法之刑等太窄。遂於懲役及禁錮兩種之有期刑。各別通定爲一月以上十五年以下。其間更不復設何等階級。使裁判官臨時選擇伸縮之餘地。益形寬博。冀得適應犯情而採用之。以免徒守死法之弊。然苟司法者不得其人。則易於上下出入。致以法定主義而漸返於擅斷主義。此於我國現時情形。亦復不宜。故本律於有期徒刑之最短期限二月以上。最長十五年以下。必須更分爲五等。以稍存制限。然所謂某年以上某年以下者。不過略示刑等之範圍。所謂抽象的規定之刑。即所謂法定刑。而於判決宣告之時。更應就上下兩限以內。確定其科刑之年月。此所謂具體的指定之刑。即所謂宣告刑。又謂之言渡刑者是也。

丙、拘役。法律館原案。本名爲拘留。不服定役。且其期間。爲一月未滿。經憲政編

查館核訂。始改稱拘役。定爲二月未滿。拘役係短期之自由刑。此種刑制。亦有存留廢止之問題。其廢止論。有三種理由。一謂短期自由刑爲無益。蓋於短期之中。不能收改過遷善之效。二謂短期自由刑爲有害。蓋既慮略有名譽心之偶然犯。陷於自暴自棄。又慮因其執行而沾染監獄中之惡習。轉變成爲職業犯。三謂短期自由刑既如此有害無益。尙須使國庫負擔鉅額之費用。然其制不能廢止者。蓋有緩刑制度。稍足免以上所述之弊。且若僅認長期之自由刑。恐至犯情所不必要者。而亦不得不科以長期刑。殊爲不便故也。

第三、罰金。別國法制。有於主刑之罰金外。另以罰金爲附加刑。而與他種主刑併科之者。本律則於罰金止以主刑爲限。又有於罰金以下。更立科料之名者。本律則無此區別。罰金之額。定爲一圓以上。僅有最少額。而於其最多額未嘗明示。蓋本律之罰金。非若舊律定有十等之階級。其最多額。自未能於總則中規定。祇可就分則各本條各別規定之。然亦有二種體例。其一、爲確定最多之金額者。分則各條中。罰金最多之額爲二千圓以下。法律館原案。本定三千圓以下。旋經修改。雖似較舊律罰金之數爲鉅。然如第九十五條之闖入太廟陵

樓宮殿禁苑。第一百八條及一百十一條對外國君主犯罪。第三百四條指揮船艦之人。違背豫防傳染病之禁令而進口登陸。及第三百二十五條因玩忽業務上必要之注意。致人死傷。其犯此等罪之人。論其地位固有可科以多額之罰金者。且爲重大自由刑之換刑。亦必以多額乃能相抵。故不爲苛。其二。爲罰金最多之額並不確定。但以某金額之幾倍。爲其最多額。而全然無制限者。如第一百二十一條違背局外中立之命令。因而得利。併科總額二倍以下總額以上罰金。第二百三十六條收受僞造貨幣而仍行使。處其價額三倍以下價額以上罰金。餘如第二百八十條第二項購入未得公許之彩票。第二百八十六條販賣猥褻之書畫物品。第三百五條知情販賣有害養生之物品。第三百六條違背律例販賣藥品。第三百七十六條竊取他人正當以善意管有自己之物。第三百九十一條侵占遺失物件。第三百九十五條受人贈與贓物。因而獲利。均同斯例。而違背戰時局外中立因而得利。及受他人贈與贓物。因而獲利者。罰金且與他之自由刑併科。至各本條中定有罰金最多額及最少額之兩限者。其最多額及最少額之相距。均爲十與一之比例。蓋因人之貧富不

同。審判官當查勘其境遇而定。庶其刑可有效力。例如過失傷人。貧人科以百圓。已覺力有不逮。富人則雖科以五百元。亦仍不覺其苦。故寬定各刑金額之範圍。以資臨時之審擇。此爲刑法之精神。

第三項從刑之種類。本律分爲褫奪公權及沒收之兩種。褫奪公權。限於宣告徒刑以上之刑。故處拘留及罰金者。不得科之。然受死刑之宣告者。仍應科之。而使喪其資格。沒收有全部之沒收及一部之沒收。全部沒收。卽古籍沒之例。今各國皆已廢止。蓋籍沒全部財產。非特累及親屬。并累及他人。大戾刑止於一身之原則。現行律尙有查抄家產之例。此沿古者籍沒之弊。非特諸多牽累。抑且不免隱匿。本律斷然廢止之。其有沒收之必要者。僅以三種物件爲限。一、違禁物。所以禁止人使不得私造私有危險之物品。二、犯罪用品。所以使人不留犯罪之紀念。三、犯罪所得之物。所以使人不能以犯罪爲自利。詳俟後論。以上爲本律所採之刑罰制度。此外徵之沿革及現制。其屬於主刑者。除生命刑自由刑財產刑三種外。更有及於人之肉體。如舊律之笞、杖、枷號、刺字。及各種酷刑等類。有及於人之身分能力。如發配爲奴婢之類。有及於親族上之權

利。如勒令歸宗及斷令離異、發交官賣之類。又有及於本犯以外之人。如鄰保之連坐、及家屬之監追等類。其屬於從刑者。除奪權及沒收以外。有如日本改正以前刑法所定之監視。我國現行之遞解回籍、驅逐出境、家屬領回管束、及交地方官嚴行管束等類。其中有全非刑罰性質。有不協人道主義。不容存留於世界。及不宜採入於刑法者。本律概排斥之。茲併附列舊律及現行律之刑罰制度。以資比較而便研究。

舊律之五刑如左。

笞刑五。笞者擊也。又訓為曉。用小竹板。

一十折四板

二十除零折五板

三十除零折一十板

四十除零折一十五板

五十折二十板

杖刑五。杖重於竹。用大竹板。

六十除零折二十板

七十除零折一十五板

八十除零折三十板

九十除零折一十五板

一百折四板

徒刑五。徒者辱奴之也。蓋奴辱奴之也。

一年、杖六十。

二年、杖八十。

三年、杖一百。

流刑三。流之不忍刑方。流之不忍刑方。

二千里、杖一百。

三千里、杖一百。

死刑二。

絞

現行律之五刑如左。

罰刑十。

一等罰。銀五錢。○收。折半。下同。

二等罰。銀一兩。

三等罰。銀一兩。

四等罰。銀二兩。

二千五百里、杖一百。

一年半、杖七十。
二年半、杖九十。

斬內外死罪人。刑除臨決不待時。外餘俱盛國。

五等罰。銀二兩

六等罰。銀五兩

七等罰。銀七兩

八等罰。銀十兩

九等罰。銀五十錢

十等罰。銀十兩

徒刑五。

一年。依限工十兩○收

一年半。依限工兩五錢○收

二年。依限工兩○收

二年半。依限工兩五錢○收

三年。依限工兩○收

流刑三。

二千里。依限工兩○收

二千五百里。依限工兩○收

三千里。依限工兩○收

遣刑二。

極邊足四千里及煙瘴地方安置。依限工兩○收

新疆當差。依限工兩○收

死刑二。

之比較。刑之種類。同爲生命刑自由刑財產刑之三種。而自由刑概須工作。亦復互相一致。徒流遣之工作年限。更與本律之有期自由刑。年限不甚相懸。惟本律於死罪以下。有科刑之選擇。而無收贖之特例。且於死刑。惟有絞而無斬。於重大之自由刑。有定爲無期。而不復加以流遣。罰金之額。較爲增加。而與自由刑另成統系。非有輕重相次之等級。且各刑均有選擇伸縮之餘地。而非劃然爲機械的規定。此則本律與現行律異同優劣之點也。

第三十八條 死刑用絞。於獄內執行之。

本條定死刑執行之方法及所在。

死刑之存廢。我國今日尙無問題。惟死刑之執行。其方法及所在。略有討論之處。分二事說明之。第一、死刑執行之方法。向例本有腰斬及凌遲梟首戮屍等。種種慘酷之習。腰斬久廢。而凌遲梟首戮屍三項。直至光緒三十一年。始經諭旨刪除。累代殘酷之風。至是湔濯無跡矣。然現行律。於死刑尙分斬絞二種。以示輕重之別。揆之法理。殊有未合者。蓋死刑之特質。在絕其生命。使不再爲害於社會。非有關於絕其生命之方法。生命惟一而方法爲二。於受刑者之

生命實無重輕。徒刑之分爲有期無期。罰金之分爲多寡。其於自由及財產。受刑者顯有價值可憑。斬絞則同一死也。死者豈有知。而必以此區別輕重。論者多謂斬刑身首異處。故斬重於絞。然亦止就客觀的感情言之。於受刑者無與。以客觀的感情爲刑罰之輕重。非所以爲法。故本律不廢死刑。而主廢斬刑。以絞首爲處死之單一方法。第二、死刑執行之所在。向來處置死囚。專取肆諸市朝與衆共棄之義。取死刑公行之制。蓋以威嚇爲主義。然由各國經驗所得。知死刑公行。弊多利少。蓋刑罰所以制裁犯人。實出於不得已。非恃以威嚇犯人以外之人。死刑尤爲不得已之制裁。公行之制。實不合刑罰原理。且從事實觀之。非但無懲肅之效。且轉養成殘忍之性。非刑事政策所宜。故各國於死刑之執行。多廢公行主義而採密行主義。我國亦已於光緒三十三年。經法部奏准撥給常年經費。建設行刑場。改爲密行。見之事實。自於立法上可無爭點。其執行之程序。應由刑事訴訟法及監獄法詳細規定之。當死行之執行。須由檢察及審判廳書記到場監臨。除關於死刑之執行者以外。不得入行刑場。但死行之執行既終以後。應於犯罪地及判決揭示場等處公示之。以使人知所儆。

茲將本律原案理由所揭各國執行死刑之比較表附錄於左以資參考。

法蘭西。 斬 照原則密行

德意志。 斬 密行

瑞典。 斬 密行

塞魯維脫。 槍斃 公行

波利維亞。 槍斃 公行或密行

愛加特。 槍斃 公行

烏魯魁。 槍斃 公行或密行

日本。 絞 密行

英吉利。 絞 密行

布加利亞。 絞 密行

澳大利亞。 絞 密行

匈牙利。 絞 密行

英屬東印度。 絞 密行

坎拿大。絞。密行

觀右表。知各國執行死刑。雖有斬絞槍斃三種。而用絞者居其多數。且雖有如波利維亞用槍斃與絞之兩種執行方法。而其餘各國。均以惟一方法而執行之。且密行者較之公行者爲多。本律係採與各國大同之主義。惟因吾國向習。均以斬絞有輕重之分。故於本條之原則外。另有憲政編查館訂定暫行章程。聲明凡犯第八十九等條罪處以死刑者仍用斬之規定。於此不能不稍受制限。

第三十九條 受死刑之宣告者。迄至其執行。與他囚人分別監禁。

本條及次條。均爲執行之手續規定。與刑事訴訟法相出入。

受死刑之宣告者。似止可剝奪其生命。而不能更拘束其自由。致侵害兩重之法益。然此等要犯。苟有疎縱。勢必脫逃。拘禁之於監獄。自非得已。惟立憲國以人民之自由爲重。非有法律之准許。不能任意逮捕監禁人。設於此全無規定。或將疑拘置受刑者於監獄。以待執行。近於不法之監禁。故本條特明定之。原案以此作前條第二項。資政院議決時。因刪去原案第四十條。故析出另立爲

專條。舊律於內外死罪人犯。除應立決不待時外。餘俱監固。候秋朝審。分別勾決免勾。是迄於死刑之執行。受刑者法應監禁。此固新舊律所同也。

第四十條 凡死刑。非經法部覆奏回報。不得執行。

刑之執行。非判決確定後。不得爲之。既經確定判決。自有隨卽執行之效力。惟死刑與他刑不同。理宜格外鄭重詳慎。故非得法部覆奏批回不可。此固吾國現行之舊例。惟往時斬絞罪名。入監候者。應候秋朝審請旨勾決。入緩入實。全由法部定擬。司法獨立以後。審判官有憲法上擁護之職權。雖君主亦不能任意左右予奪。法部主司法行政之任務。斷不能干涉法權。而出入罪案。與往昔情形不同。所以須經法部覆奏回報者。蓋或有時幸遇大赦特赦。得以君主大權作用而救濟裁判之錯誤。補法律之未備。又或因此暇豫。而得依法定嚴重之手續。致有非常上訴之成立。前判決之效力。因之破棄。然要均非法部之職權所得核准或更動原案之內容。惟刑之執行。屬於司法之行政。而非單純司法事務。人命至重。故須經法部奏聞。不得率行處決。近時各疆吏。多喜濫用威權。任意生殺。藉口匪盜。率請就地正法。甚至動稱格殺勿論。祇憚解勘訊鞠之

煩絕無哀矜詳慎之意。無論立憲實行。卽專制時代。亦不宜輕視人命。若此。本條曰。凡死刑。固不論其爲匪盜與否。概從一律者。

第四十一條 宣告徒刑及拘役。不得在一日以下。罰金。不得在一圓以下。

本條定科刑輕減時最低之制限。

第三十七條第四款拘役。短期爲一日。第五款罰金。寡額爲一圓。是則設遇有法律上或裁判上之減輕時。似亦可輕減至一日或一元以下。然果如此。是直免除而非減輕。減輕仍須科刑。免除併不科刑。其間質性迥別。因恐人易於誤會。故特定本條之制限。惟徒刑最短之期爲二月。自此以下。卽爲拘役。第五十六條規定。徒刑拘役。依第三十七條次序加重減輕。是徒刑減至二月以下。卽變爲拘役。不復名爲徒刑。何有一日以下刑期之徒刑宣告。第五十七條第三項規定。分則定有二種以上主刑時。最輕主刑係拘役。應減輕者。止減輕其徒刑。徒刑減盡者。止處拘役。是刑期減至二月以下。徒刑卽爲減盡。故止處以拘役。非在二月以下一日以上者。亦可仍名爲徒刑。然則徒刑無論如何輕減。總不能至有一日以下之刑期宣告。本條以徒刑與拘役並列。似無必須之理由。

法律館原案本無此條。修正案增入。蓋以防藉口減輕隱爲免除之弊。而於徒刑一層。有如以上所述之疑。其理由並未聲明。

第四十二條 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。

本條定徒刑執行之方法及處所。

徒刑有無期及有期之兩種。本條統包括之。此所謂監獄。係指改良以後之監獄。非現在之監獄所可比擬。同一受徒刑之宣告。而監禁於改良後之監獄。與監禁於改良以前之監獄。其所受苦痛。迥不相同。若以現在之監獄。監禁徒刑之囚。其苛酷幾甚於死刑之宣告。故本律自由刑之適用。須視其所執行之監獄如何。以定宣告刑期之長短。否則與其情罪之輕重。實際不相當。此外於本條重要之關係。所應說明者有四。分述之如下。

第一。徒刑與流配制度之關係。向來歐洲諸國。以犯罪人流放於懸絕之殖民地。制限其自由及公權。強制其勞動。以爲一種之刑罰。是蓋因人口稠密。生計艱難。而強制犯人使之隔離。以保良民之安居。維境內之秩序。同時兼可使之

墾闢荒土。爲本境開拓富源。故各國自古採用之。然自人口益增。方須獎勵良民移往殖民地。以資疏洩。而豫防生計競爭之社會的危險。若使殖民地轉爲犯罪人之巢穴。殊多窒礙。故流配制度之利害得失。須視其國之地勢如何。若英法等國之於遠洋殖民地。俄羅斯之於西伯利亞邊地。有尙未開闢適宜流配之處。流刑之利亦甚多。日本因領土狹小。不宜以臺灣北海道及樺太島等地。專委之於犯罪人。故其改正刑法。以無適宜之島地可流。而廢除流刑制度。我中國境域廣遠。未開之地甚多。流刑之制。雖應廢止。然其理由自與日本互異。蓋自古流刑之設。專在投畀豺虎。屏之遠方。以犯罪人多受痛苦爲主義。本非有實邊墾荒之目的。現律雖於徒刑外。仍有流遣之制。而因發配之需費。押解之煩勞。往往遷就減輕。或半途縱脫。到配後任令散處。亦易滋事。且在交通利便之地。更得潛自脫逃回籍。有此諸弊。不如就近監禁。使之服役。既有益於經濟。仍可達隔離之目的。故光緒二十九年新章。已定爲流罪各犯。除係常赦所不原者。照例發配。到配一律收所習藝外。若爲常赦所得原者。毋庸發配。卽在本省收所習藝工作。遣罪亦然。此早爲廢除流遣之先聲。本律因此。於徒刑

以外不更採入流刑之制。一切自由刑均於就近監獄監禁之。不必易地遠流。再行收所。本條但云於監獄監禁。固專指內地之監獄而言。但若有無期或最長期徒刑之囚。必應移諸邊境者。亦可從監獄規則以實施之。

第二。徒刑與有無定役之關繫。現今各國立法例。多以無定役之自由刑。與有定役之自由刑。相輔而行。無定役者以處國事犯其他政治犯。有定役者以處犯破廉恥罪之人。於此稍分輕重。即日本改正刑法。亦於自由刑仍分爲懲役與禁錮之兩種。以有無定役。爲刑制輕重之分。蓋自由之拘束。與勞働之強制。實兼兩種制裁。且年齡體力職業等之關係。各有其宜。強制概服一定之勞役。於經濟亦未必有益故也。本律則採最近之學說。察刑事政策之趨勢。斷爲自由刑。概服定役。其理由有五。蓋長年拘禁之於監獄。而不加以勞働。非優待而實苦楚之。此其一。各國爲無定役辨護者。每謂囚人身體不勝定役。果係屬實。監獄規則。可以特定免役之例。若使一切盡處以無定役刑。在刑法實非所宜。此其二。勞働與人之身分地位。固有不盡相宜者。然既經犯罪。應以罪爲其刑之標準。不得再顧及其人之身分地位。况若以勞働爲賤民之卑業。無以解於

社會之托業於勞務者。此其三。監獄之費用甚鉅。無非支給於國帑。實仰國民之供給。課囚徒以勞働。可減少良民之負擔。此其四。犯罪者大率游惰成性。於此可養成其勞働之習。庶釋放之後。得藉以謀生。不致再犯。此其五。然最後之理由。於非破廉恥之犯罪。應服定役與否。無甚關繫。第一理由。以不令勞働爲轉與以苦楚。此自可於願就勞働者。由監獄規則准許之。吾國向律。本有公罪私罪之分。處置輕重各異。以自由刑之有無定役。爲破廉恥罪及非破廉恥罪之差別。實與舊律罪分公私。隱相吻合。且可藉使一般社會。知政治犯之性質。於改進前途。不無關繫。今既於刑法上採用絕對的有定役刑主義。惟有於監獄法稍存例外之規定。照前述第二理由。察酌犯人之年齡職業體力罪質。而分別勞働之種類。或特定免役之例。庶使社會之目光。不致以非破廉恥者與破廉恥者同類而譏之也。

第三、監禁之方法。往時之監獄。全不以人類待囚徒。黑闇幾無可言喻。司法獨立而後。自不能不首先謀監獄制度之改良。然其方法亦有種種。大別之爲雜居式獨居式及折衷式之三種。其一、雜居式。此式。無論晝夜。總拘禁一切囚

人於同室之內。其稍有老幼男女之分別者。名爲分類雜居式。然羣聚一室。雖辦法與費用較省。而惡習之傳染甚易。遂至有監獄流爲犯罪學校及犯罪製造廠之弊。其二、獨居式。此式令犯人各居一室。分別拘禁之。可絕惡習之傳染。然辦法難而費用亦鉅。其三、折衷式。更可細分爲三種。甲、晝雜居夜獨居之拘禁法。此欲採兩者之所長。而適兼兩者之所短。乙、階級制。於自由刑執行之始。用獨居式拘禁。漸次進於雜居式。此惟適用於刑期稍長之人。丙、刑期短者。始終用獨居式執行。但過短者有時亦可用雜居式。至刑期稍長者。則察其如有改悔心。卽用階級制執行。漸次進於雜居式。此制初用獨居而後轉雜居。雖似適反於社會心理。然以傳染病豫防法比例之。犯罪人如毒菌。須使與人隔絕。以防轉相傳染。故其始用獨居式者。係使之與他人全然隔絕。其繼漸有悔心。乃使之晝間與其他之改悔者同室勞動。繼而得令晝夜雜居。果真改悔。遂試假釋出獄。使復與社會相接觸。其理想及作用如此。非可以流俗之見。視爲獨居者優而雜居者苦。其終無悔心者。則惟有使與同類者雜居。防其更傳染惡習於他人而已。現時中國監獄正議改良。究採何種制度。尙未決定。要之

獄中設有訓誨師。終日乘機訓迪。使之悔悟。悛改。此實最要之辦法。

第四、勞役之種類。同一勞勩。出於本人之志願者。不得爲定役。所謂法定勞役者。必據法令所定。由監獄官強制之。其定役之種類大略有三。其一、承包業。此由商人將其欲雇工製作之事。包給獄中囚人爲之。納囚人之衣食費於監獄。以作工價。又有一種方法。於建築工程。亦可雇囚徒爲之。使在外服役工作。由監督者嚴重督率。朝出暮歸。其工價由監獄取得。其二、混同業。或由官督囚人工作。或由工商家督囚人工作。即兼用第一第二兩法者是也。其三、官司業。此法由官督囚人工作。即官辦事業之須用工作者。由官督飭囚人爲之。此三法各有短長。究探何種類。俟監獄法訂定之。

第四十三條 拘役之囚。於監獄監禁之。令服勞役。但因其情節。得免勞役。

本條定拘役執行之方法及處所。

拘役爲最輕之短期自由刑。法律館原案。本名爲拘留。不服定役。嗣因各省簽注修正。其執行之處所。原案本定於監獄或巡警官署拘役所監禁之。旋由資政院削除巡警官署拘役所一層。並加入但書。如今律所定。是拘役之刑。其執

行之方法及處所均與徒刑無異。不過期間略短。及因情節得免勞役而已。然本律依據學理。不採無定役之自由刑。本專爲長期之自由刑而設。拘役最長之期不過兩月。最短者止一二日。亦必概令勞役。實無所取義。卽長期之自由刑。亦尙有以破廉恥與非破廉恥爲定役有無之區別者。何況最短期之自由刑。以一二月或三數日之自由刑。而必令服役。強所不習。術業生疏。無益於經濟。刑期極短。亦不足以養成勞働之慣習。自由刑究非勞役刑。以自由之拘束爲主。無概須勞役之必要。雖曰因情節得免。然得免者固非必免。且情節之輕重。可爲刑之適用加減免除之標準。而非可以此增損刑之本質。既同處拘留之刑。當亦無特異之情節。可分別其役之應免與否。就徒與拘之名義論。亦宜以有勞役者專屬之徒刑。而不及於拘留。此執行方法之可議者。徒刑之執行地。曰於監獄。拘留之執行地。曰於監獄。其名目並爲監禁。是執行之方法及處所。既均同一。不過刑期略有長短。則何必更分爲兩種類之刑名。日本改正刑法。懲役與禁錮。均拘置於監獄。拘留則拘置於拘留場。其舊刑法亦同。以此區別。性質較爲分明。徒之與拘。略如舊例禁之與押。其禁押之處所。亦不宜於法

律上無所區別。此執行處所之可議者。故原案拘留之改爲拘役。不免爲不條理之修正。

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。

據前項之例。易罰金者。法律以受徒刑或拘役之執行者論。

本條爲自由刑執行之例外規定。

刑罰之性質。在以強制作用。防遏犯罪。不宜輕與人以便宜避就之途。若者應處自由刑。若者應處財產刑。本各視其情罪。而與以適當之處罰。設可彼此任意轉換。殊失刑法強制之精神。而流弊將無所底。故政令必須曲順輿情。而刑罰斷不能遷就罪犯。況次條之宣告罰金者。易以監禁處分。乃予人情以所苦。實爲資力所限。出於不得已。雖許變通執行。仍不戾刑罰之宗旨。本條之宣告徒刑或拘役者。易以罰金。乃予人情以所便。苟小有資力。皆可設法捐免。在國家有喪權苟得之嫌。在官吏有任情委法之弊。在人民有挾賞易犯之心。設非嚴定範圍。將啓種種不平均不統一之結果。而刑法強行之精神。全然喪失。故

本條之適用。務以必要之程度爲限。其要件有四。一、須被告之刑爲五等有期徒刑或拘役。以此兩種在自由刑中爲較輕之故。惟本律於各罪之刑。類多規定二種以上。短期自由刑。往往與罰金並列。審判官有選擇適用之餘地。設在刑之宣告以前。早知執行自由刑。實有空礙。儘可逕科以罰金。無須宣告後再行更易。故本條之適用。必其罪非自由刑與罰金可選擇適用者。且必在刑既宣告即須執行之時。二、須執行實有空礙。究如何而可謂實有空礙。此無明確之界說。常多爭議出入之處。不外由審判官認定之。其事例。如原案由所舉。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。一旦啟碇歸航。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。然細按之。此例實起於便宜問題。而非所謂窒礙。且例舉輕微之罪。數日之拘留。本條推及於五等徒刑。遠在二月以上。一年以下。外國船舶定期航行者。儘可往返數回。限滿釋放。非必竟無歸航之便。因顧念一船役之需用。而屈國家成法以遷就之。與本律第三第五條罰及國外犯罪之規定。剛柔寬猛。主義似未一貫。慮因刑之

執行。致增無業游民。豈獨此種情形爲然。徒刑拘役。概須令服定役。若以養成勞勳之習。使釋出得以謀生爲一種理由。則此層固可無慮。且如所舉之例。外國船舶之水手。設本犯罰金之罪。而無力繳納。亦遂不得易以監禁處分與否。縱英國判決例。類此者多。然英爲不成文慣習法之國。一切可假審判官以便宜。本律係採大陸各國法系。根本主義不同。於各本條既有選擇科刑之規定。而必於刑之宣告後。更許審判官臨時更易其執行。得以便宜罰金。未免益多紛歧。而主義錯出。此爲尙待研究之問題。三、須以一日納一圓之罰金。此其金額雖與次條折算之比例相同。而彼此勢有順逆。實際價值已輕重迥殊。五等徒刑之犯罪。非復細故。而折易之罰金。至多不過三百六十餘元。恐以此開方便之門。益令人輕易觸法。四、須憑審判官之裁酌。既認定爲實有窒礙。固已無俟裁酌。惟究實有窒礙與否。此不得不由審判官認定之。所恐易啓因公科斂濫刑勒罰之弊耳。

本條自由刑易以罰金。卽自古贖刑制度。現行律例。除老幼廢疾有得准收贖之律外。近年另又續訂婦女罰贖。及文武軍民犯罪捐贖之兩種新例。此均不

外乎以刑爲市。實背刑法之原理。以利得爲宗旨。新律實行後。此律贖及例贖諸刑章。早應一律廢止。不容復有本條之歧出。老幼廢疾。新律有減輕免除不爲罪諸例。本無須另行納金。此收贖律之當廢者也。婦女罰贖。本沿前明贖罪事例。初意專爲官員正妻及例難的決。並婦人有力者。贖應決之笞杖而設。新例改爲婦女犯該徒流以上。除例載不准論贖外。其尋常各案。准其贖罪。徒一年。贖銀二十兩。每等加銀五兩。流二千里。贖銀五十兩。每等加銀十兩。應安置發遣者。照滿流科斷。如無力完繳。按銀一兩。折工作四日。其未設有女犯習藝所者。改爲監禁。新律刑制既改。此例自不適用。且法貴均平統一。國內犯罪。不問何人。適用同一刑法。豈有男女之差。向因女犯特例從寬。故敲詐訛索諸事。類多串令女棍出頭。蠻橫肆擾。令人無法可施。尤宜改從一律。庶絕刁風。況無力完繳者。仍須收所監禁。亦何必多此准贖一周折。致貧富歧視。此婦女罰贖例之當廢者也。捐贖新例。源於雍正間預籌運糧事例。光緒二十九年。援照奏准。定爲職官及軍民犯徒流以上。非常赦所不原者。准其捐贖。徒一年。三品以上官。捐銀一千兩。自是遞降至平民。捐銀一百兩。每徒一等。三品以上官。加銀

二百五十兩。遞降至平民。加銀三十五兩。由徒入流。三品以上官。以五百兩爲一等。遞降至平民。以四十五兩爲一等。各按律照加。遺置各照滿流捐贖。卽斬絞緩決各犯。如遇恩赦查辦減等後。有呈請贖罪者。亦准奏明捐贖。此例本爲籌款而設。不顧刑罰之本旨。犯罪捐贖之與實官開捐。同爲叔季秕政。無非因緣爲市。官捐久停。而捐贖一項。仍沿不廢。豈宜再延及憲政實行。司法獨立以後。罪可捐贖。無異獎許有力者之敢於犯罪。至以官民貴賤。分別等差。更無理由之可言。既經犯罪。何論乎職官與平民。况准本犯呈請。尤屬自隳法紀。籌款多術。何必褻及刑章。此捐贖新例之應亟廢者也。贖刑之制雖古。而較之流刑。更爲弊多利少。流刑既廢。而贖刑仍欲爲一部分之保存。度不過爲財政上計較。而於法律實大有損礙。刑律挾國權而行。無論何人。一律有服從之義務。豪貴之勢力。官紳之體面。婦女及改約以後外國人之地位。皆非本條之所謂實有窒礙。就原案理由所舉事例推演之。亦必有涉外關係。且事極輕微。而又籌計國家之利害。始可。否則審判官有所顧徇。及有所希圖。均得藉口於窒礙。而在意折罰。流弊何窮。既有法律上明定之罰金。不容更有裁判上通融之折贖。

新律實行。舊時律例概應廢止。一切收贖罰贖捐贖諸例章。不容更留遺跡於新刑律時代。而採摭爲本條之判決例。就立法上論之。本條併可刪除。以免藉口於最新之學理。隱爲舊章保存之地步。而致全律主義不能一貫。

第二項。據前項之例易罰金者。法律以受徒刑或拘役之執行者論。蓋折易罰金。不過執行之變通方法。而於本刑之宣告。仍自爲徒刑或拘役。其應注意區別之點。在累犯、餘罪後發、從犯、褫奪公權、緩刑、及起訴時效、行刑時效等。均與此有重要之關係。故本條特爲第二項之規定。

第四十五條 罰金。於審判確定後。令一月以內完納。逾期不完納者。從左例處斷。

第一 有資力者。強制令完納之。

第二 無資力者。以一元折算一日。易以監禁。

監禁。於監獄內附設之監禁所執行之。

監禁日數。不得逾三年。

罰金已納一部分者。計其餘額。依第一項第二款之例。易以監禁。

罰金總額之比例。逾三年之日數者。以按分比例。定監禁日數。

依本條之例。易監禁者。除脫逃罪外。於法律以受罰金之執行者論。

本條定罰金之執行方法。

第一項。罰金共有三種。一爲獨立之罰金。卽分則各本條但云處若干元以下罰金。不與他刑並列者是也。二爲選擇之罰金。卽分則各本條處以徒刑拘役或罰金是也。三爲併科之罰金。如第一百十二條二項違軍需約。第一百二十四條違局外中立。第一百四十三條後段之浮收入已。第二百四十六條偽造度量衡。第二百六十三條開鴉片館。第二百七十二條開場聚賭。第二百七十三條第一第二項。彩票之發行及媒介。第二百八十二條第二項引誘賣姦爲常業。第三百七十一條第二項竊取他人管有自己之物。第三百九十一條第三項關係贓物因而獲利。條文聲明併科。及因俱發罪特准併科者是也。本條之罰金。係兼指三者而言之。除死刑以外。一切刑罰。本皆可於審判確定後。隨卽執行。而本條之完納罰金。必附與以期限。令於一月以內完納者。蓋因罰金之額。多者一二千元。甚或照價額之二倍三倍處罰。其金額可多至數萬或數十萬元。勢不能一時卽繳。故必酌予期限。俾得從容籌措。在此一月之期限內。

縱使完納未楚。或全不完納。亦自未便施以何種強制手段。惟逾期而後。始得分別強制完納。或易以監禁。至在此一月以內。應否預防其人之脫逃。及財產之寄頓隱匿。此屬刑事訴訟法之問題。不涉刑律之範圍。有資力與無資力之區別。究以何者爲標準。此祇可委之事實。依據外形。由審判官認定之。實際不必問被處罰金者之資力如何。但使逾期而後。一律出以強制方法。能完納者。自不待言。其不能完納者。乃易之以監禁。似不必先事區分。定爲兩種辦法。而本律第一項則以資力之有無。區分爲二例處斷。是認爲有資力者。總依強制方法。令罰金完納爲止。無論如何。不使爲監禁之易刑處分。其認爲無資力者。自始卽折算易刑。不復出以強制方法。俾令完納。視舊時納贖之例。無力依律決配。有力照律納贖。同一以資力之有無區別。而得出之以選擇者。情形不同。旣以有無資力爲前提。自不能不解第一第二款爲各別處斷者。此蓋務達財產刑設定之主義。非無力完納者。不必率用易刑。轉使本人得有選擇之餘地故也。第一款強制完納之方法。由審判廳命執達吏實施之。執達吏於其執行有必要之際。得有權搜索本人之住居倉庫及篋篋。或使開視閉鎖之門。

戶及篋笥。有抵抗者。得用威力制馭。且求警察援助。金錢其他之動產。得查封及收取之。務令本人之財產狀況。不得隱匿寄頓。其詳細辦法。應照刑事訴訟律之所定。第二款罰金易爲監禁之日數。有兩種決定方法。一則法律上祇定一日以上若干年以下。由審判官適宜判定之。並不豫定金額與日數之一定比例。蓋因受刑者之性質及境遇。人各不同。欲使各受刑者感受相當之苦痛。惟一任審判官之斟酌。臨時確定折算之比例爲宜故也。又一則應易監禁之日數。不令審判官臨時酌定。而由法律上就金額與日數。豫定相當之比例。以若干金額折定若干日數。不使得有伸縮。以昭劃一。蓋因既由無資力而出此。其境遇固已略同。無俟再留伸縮之地。轉致有所出入故也。本律係採後之方法。原案本定半元折算一日。旋改爲一元折算一日。現行例。凡處罰金無力完繳者。收入習藝所工作。應罰一兩。折工作四日。而本律不依此折算者。蓋幣制改正。當計元數。不能再計銀兩。且本律罰金之額。較之舊例爲多。設以四日始折抵新幣一元有半。必至受多額之罰金者。羈禁過久而痛苦非常故也。

第二項監禁之地。在監獄附設之監禁所。應令服勞役與否。律條雖無明文。然

罰金之刑。本主爲徵收金額而使受刑者知其苦痛。若易刑而不使服勞役。則財產刑之執行。全不能達其目的。故必強制勞役。以其所入聊補罰金之一部。而近於財產刑執行之旨趣。卽現行例。於男女犯罪處罰。無力完繳者。亦令收入習藝所工作。新舊應從一律。日本改正刑法。併正其名曰勞役場。義自益顯。其監禁之始期。日本改正刑法。苟有受刑者之承諾。雖在裁判確定後一月以內。亦得執行易刑處分。本律則非俟法定一月之限逾期。雖受刑者承諾無資。方願受易刑時。亦不得執行之。但一月之期。在本律爲最高限。非若日本法以一月爲最低限。當易爲監禁之際。檢察官應聲請。更由審判官命令之。非若日本改正法。於判定罰金時。逕卽一併判明無力完納者應予監禁之日數。第三項罰金之額雖多。而監禁日數。總不得逾三年。蓋其宣告之主刑。本爲剝奪財產上之法益。並非剝奪其自由。若因罰金之額較多。而監禁日數亦逾延長。則失科刑之本意。且與處長期自由刑者無異。殊失之酷。故必定有最高之罰限。日本改正刑法於此。且以舊法之二年縮短爲一年。行政官廳。並得對於易刑之監禁者。因其情節。許隨時假釋。囚受易刑處分者。全爲無力而不能完

納。非有力而不願完納者可比。故宜稍寬假之。

第五項之規定。因易刑之日數。以每一元折算一日。而其總日數又不得逾三年。故若罰金之總額。其比例在三年之日數以內時。無論其有一部分之繳納與否。總之適用第一項第二款已足。又若罰金之總額。其比例雖在三年之日數以外。而始終併無一部分之繳納時。則無論其總額若干。總之以其金額與三年之數相比。適用第三項已足。兩者均不起問題。惟罰金總額之比例。逾三年之日數。而又有一部分之繳納時。其應監禁之日數。決定之方法如何。此分兩種情形。其一、於易刑處分執行之際。已有一部分之繳納時。例如宣告一千六百二十元之罰金。因無力完納。應處監禁三年之易刑處分。總計一千零八十日。將執行之際。先納其一部分。計五百四十元。此時求其應監禁之日數。法先以罰金總額與應禁總日數相比。求得所納一部分金額五百四十元比例相當之日數。為三百六十日。再以此日數與三年總日數相減。餘七百二十日。即為應監禁之日數。惟此七百二十日之監禁。因先有一部分金額五百四十元之繳納。故可展緩。俟其比例相當之日數三百六十日。扣除滿限後。方始

執行俾得有此暇豫。可陸續再行籌措完納。免致易刑監禁。其二於易刑處分執行之中。而有一部分之繳納時。仍用前例。如宣告一千六百二十元之罰金。因無力完納。定處監禁三年之易刑處分。已執行其一部。受監禁三百六十日。而有一部分之繳納。計五百四十元。此時求其應監禁之日數。法先以總日數與總金額相比。求得監禁一日比例相當之金額。爲一元有半。再因此求得五百四十元相當之日數爲三百六十日。更以此日數與三年總日數相減。餘七百二十日。卽爲執行初日以後共應監禁之日數。餘可類推。第一項第二款以日計。第三項以年計。且有閏年與平年之差。然因本律第七十七條。規定以月計者。閱三十日。以年計者。閱十二月。並不從歷。故可不論逢閏及月建。而照前計算折合。

第六項。因宣告之本刑原爲罰金。易以監禁處分。不過變更其執行之方法。故雖監禁在一年以上者。法律上之地位。仍以受罰金之執行者論。非有徒刑之性質。此於累犯、公權褫奪、緩刑、行刑時效等。均有重要關繫。末項特爲規定之意。在此。曰除脫逃罪外。法律以受罰金之執行論者。蓋受易刑之監禁而脫逃。

應照第一百七十一條脫逃罪本律科斷。處四等以下有期徒刑拘役。成爲獨立之一罪。非復僅處罰金者比。該條統稱既決未決之囚。及其餘按律逮捕監禁之人。固包括一切囚人而言。不以受罰金之易刑處分者而有異。故在監禁中脫逃。仍應按律定罪。除此以外。法律上作爲曾受罰金處分者論。

第四十六條 褫奪公權者。終身奪其左列資格全部或一部。

- 一 爲官吏之資格。
- 二 爲選舉人之資格。
- 三 膺封錫、勳章、職銜、出身之資格。
- 四 入軍籍之資格。
- 五 爲學堂監督職員教習之資格。
- 六 爲律師之資格。

本條定從刑中奪權之性質及範圍。

褫奪公權之性質。果爲刑罰與否。說分爲二。其一、以公權之褫奪。乃受有罪之判決後。法律上當然發生之結果。與民法所定裁判上離婚之原因。裁判上養

子歸宗之原因相類。並無刑罰之性質。且選舉權及官吏軍人等資格之剝奪。各有規定其資格權利之法令。特別規定之。故公權之褫奪。不必列入於刑法。其又一、以公權褫奪之原則及其種類範圍。須總挈之於刑法。雖封錫勳章等之予奪。出於大權作用。然刑法止爲其資格剝奪之一般規定。並非以此制限大權。本律係採第二義。因議院法、選舉法、徵兵令、官吏任用懲戒等法令。均未完備。自更不得不於刑法上爲一般之規定。以公權之褫奪。列於從刑。且受刑事審判廳之宣告。故於本律爲有刑罰性質者。公權之褫奪。爲使喪失享有公權之能力。間接之影響及於名譽。故實爲能力刑。而非名譽刑。歐洲古世所謂名譽刑者。乃以恥辱犯人爲目的。非祇剝奪其能力。如使犯人戴動物面具。徧游通衢。妓女犯罪。則翦其髮。與吾國往昔黥面貫耳。及現時枷號游街等刑相類。雖界乎身體刑名譽刑之間。而其主義要在恥辱犯罪人。故專爲名譽刑。若公權之褫奪則異是。故非直接之名譽刑。而實爲能力刑。日本舊刑法所定之監視。亦爲能力刑之一種。本律不採。褫奪公權之種類。其範圍亦有廣狹。日本舊刑法所剝奪之公權。種類凡九。除國民參政權。爲官吏入軍籍之權。享

有勳章位號等權、及佩外國勳章權之五種外。更有在裁判所爲證人之權。爲後見人之權。爲各種財產管理人之權。爲學校長教師學監之權等。範圍較寬。日本改正刑法草案。削除後列之四種。其範圍稍狹。本律所奪之公權。亦以必要之數種爲限。所褫奪者國民之公權。其涉乎人民之私權者。概不列入。就本條之種類。分款說明之。第一款官員。應兩項並列。包括文武及官公吏而言。詳後第八十三條。茲不縷述。此種資格之褫奪。如舊例之職官褫革永不敘用。生監褫革衣頂。紳衿不准干與地方公事。吏胥革退卯名等是也。第二款選舉人。自鎮鄉選民以上。至有國會議員之選舉權者皆是。但言選舉人而不言被選舉人。非直接有參政權之被選人。其資格轉不剝奪。蓋照第八十三條所定。一切議員職員委員等。概稱爲官員。是則被選舉人資格之剝奪。已入第一款之範圍故也。第三款封錫。卽舊例之封典、勇號、蔭襲等是。封典應以本身爲限。現有者追奪。本無者以後不准請封。節孝之旌獎。自不在此例。勳章如黃馬褂、翎枝、功牌、寶星、及外國寶星等是。凡因本條及次條之規定。褫奪後而私自服用者。應照第二百二十二條僭用吏員服飾徽章內外國勳章例論。

第四款入軍籍。乃國民之特權。其地位與爲官職及得出身相同。資格最爲尊重。故有刑人之限制。與舊例刑喪過犯不准應試入官者無異。雖吾國社會心理。適與之相反。諒不至樂以犯罪爲規避徵兵之手段。果有此慮。亦更可以徵兵令之特別法。詳密規定之。第五款學堂監督職員教習。應以官立公立之學堂爲限。若私立學堂之教員職員。係僱傭契約性質。屬於私權而非公權。應不在此例。而官公立學堂之監督教員職員。作爲官職及公職者。亦應照第八十三條所定。入本條第一款之範圍。日本舊刑法之剝奪公權。亦有此項規定。改正法草案已刪削之。可供參攷。第六款律師。爲司法中之議員。與國會地方議會之議員性質相等。同爲保護人民之機關。實有公之性質。似應作爲從事於公務之職員。入本條第一項。惟因其爲特定人之代理。非爲一般之代表。且有委任之契約關係。故亦可不視爲公職。而認爲私業。但爲律師者。須具律師一定之資格。且有在審判上一定之職務。其性質屬於公職者爲多。所以不歸入第一款。而另立爲一款者。蓋律師爲吾國所創行。特使人注意故也。律師以外之相類者。爲公斷人。此固確定爲公職。而與吏員並稱。自屬本條第一

款之範圍。其餘在司法或行政公署爲證人者。亦或認爲公權而有褫奪與停止之規定。然此非有特定之資格。與律師殊異。故本條並不採列。

第四十七條 於分則有得褫奪公權之規定者。得褫奪現在之地位。或於一定期限内。褫奪前條所列資格之全部或一部。但以應科徒刑以上之刑者爲限。

本條定任意奪權之方法及制限。

分則規定得褫奪公權者。凡三十六條。均附於分則各章之末。有獨立的規定者。有區別的規定者。單稱爲褫奪公權。乃絕對的奪權。而稱爲得褫奪公權者。乃相對的奪權。前者爲必然的。後者爲任意的。究應若何而必須奪權。又應若何而可以奪權。此於總則無概括的規定。就分則各條觀之。有以受刑之輕重爲標準者。如關於帝室之罪。宣告二等等以上徒刑者。必須褫奪。其餘得褫奪之是也。有以犯罪人之國籍爲標準者。如關於外患罪。中國臣民犯者。必須褫奪。其餘得褫奪之是也。有以犯罪人之身分爲標準者。如關於尊親屬之犯罪。必須褫奪。其餘得褫奪之是也。又有以犯罪之結果爲標準者。如放火決水之害及公衆。顛覆車船之死傷多人。必應褫奪。其餘得褫奪之是也。又有以犯罪之

種類及犯人之心術爲標準者。如得賄、拐賣、業賭、收贓、巨竊、夥騙、製造販運軍火等。皆必應褫奪。其餘得褫奪之是也。得褫奪者。或奪或否。並無一定。卽奪其全部。或奪其一部。亦全由任意。且褫奪之一定期限。或在刑期之間。或爲刑期以後。亦無制限。統由審判官臨時酌定之。故任意奪權之處分。自更不能不由審判廳別用宣告。

任意之奪權。有二種要件。其一、限於科徒刑以上之刑。故處拘留罰金者。自不在此限。然受死刑之宣告者。仍應褫奪之而使喪其資格。雖曰應科徒刑以上之刑。然實爲已科徒刑以上之刑。非僅以其本罪爲準。乃自其加重減輕之結果而言。此條件與前條所同者也。其二、爲於一定期限內。此以別於前條之終身褫奪。不曰刑期間而曰一定期限內。自與刑期不必相同。但分別第八章選舉之罪。特定有本刑消滅後仍須十年以下二年以上之期間。以此爲最高之限。則其餘任意所定之期間。自應較短。此條件與前條爲異者也。惟曰一定期限內褫奪。則不復得以公權之停止解之。停止者。公權自在。不過停止其行使。今日褫奪。則已消滅公權之本質。非另有取得其資格之原因。公權不能回復。

不過別於終身之褫奪。而爲一時之褫奪而已。公權之停止。爲凡處徒刑以上之刑者所應同。蓋未有身在刑期。應受執行。而一面仍得爲公權之行使者。若特由裁判上爲一定期間之褫奪。自應較此爲重。非復普通之停止公權。否則得褫奪者與不褫奪者實際全無區別。文理上之解釋。亦應如是。

本條之規定。有不能無疑者數端。其一。曰得褫奪現在之地位。是明有不褫奪者在。然既須治罪科刑。宣告之罪。在徒刑以上。稱爲既決之囚。身入監獄。服法定勞役。顧可不失現在之地位。仍有官職公職及封錫勳章職銜出身。諒必無此事理。揆之舊例。亦復不合。故現在地位之褫奪。宜爲必然的而非得然的。且現在地位。是否包括現職而言。分則各條。稱併免現職者凡四。惟瀆職罪之凌虐浮收其他濫用職權。監禁者脫逃之故縱。僞證誣告。及關於鴉片煙罪等數事。此外均爲得免而非必免。是官公吏員。有雖現受徒刑以上之刑。而仍不落職者矣。謂現職之罷免。本非刑法所當規定。何以獨見之於以上數事。其二。日本舊刑法。以公權之剝奪與停止區別。本律則以公權之必褫奪與得褫奪區別。而仍於必褫奪者。定爲終身間。得褫奪者。定爲一定期限間。其得褫奪

者固兼有可不褫奪之意者也。然如分則第十三章故意放火炸裂決水。第二十六章故意殺人。第三十章拐騙子女。第三十二章竊盜。第三十三章欺罔恐嚇取財。第三十五章贓物窩留賣買等。均爲得褫奪而非必褫奪。此等犯罪。論其罪狀及心術。總不得謂爲善良。非可更使之任官職公職。及與以榮譽。而法律尙必爲之留保其公權。何也。第四章妨害國交罪。中國臣民犯者。必褫奪公權。其餘得褫奪之所得褫奪者。外國人在中國之公權乎。此本非外國人所能有。如爲外國人在外國之公權乎。亦非我所得褫奪。且刑律各章。均適用於內外國人。何獨於此而有區別。又官公吏員軍人及選舉被選舉之資格。其得喪均有他種特別法令之規定。在犯徒刑以上之罪者。縱可由審判官之任意。不爲褫奪之宣告。然果能因此排斥他種特別法令之效力否。此亦一疑問。故公權之褫奪與否。除由法律確定外。無須更委之裁判上之任意。其三、全部或一部之褫奪。日本舊刑法。無論公權之剝奪及停止。均以全部計。本律則無論終身間或一定期間之褫奪。均有全部及一部之分。然法律所列舉之資格。均爲必要之種類。今於終身間之褫奪。可僅及其一部。而於一定期限內之褫奪。

又可併及其全部。似非所以昭簡一。雖曰褫奪與否。及褫奪種類之多寡。須洞
察犯人之心術。然心術苟可原。在本刑之適用時。早已從輕。心術苟可惡。在本
刑之適用時。亦早應從重。何俟於從刑之處分。更行酌核。從刑既不隨主刑加
重減輕。且於俱發罪亦一併執行。是奪權固無斟酌輕重之餘地。不必有全部
及一部之區別也。其四。以褫奪現在地位。與褫奪前條所列資格之全部或
一部。兩相對舉。選擇適用。是以奪現在地位。爲奪權之一種。然現在地位之褫
奪。實非有從刑之性質。就第十章末條。犯故縱之罪者。並免現職。其情節重者。
得褫奪其餘公權全部或一部云云觀之。似立法者之意。以罷免現職。亦爲一
種刑罰之制裁。可於定罪而後。抵銷所科刑罰之一部。此實大背刑法之原理。
有職人員。犯罪至徒刑以上。發覺訊問。當然先行落職。而於其所犯之罪。及應
科之刑。全無關繫。豈能以此與其本罪所應科之主刑或從刑相抵。而選擇適
用。及計較重輕。日本舊刑法第三十三條。規定被處禁錮者。不別用宣告。失現
任之官職。及於其刑期間。停止行使公權。蓋現職之罷免。本在附加刑之處分
以外者也。免現在之地位。及免現職。乃治罪科刑當然之事實。與主刑及從刑。

均無所關。分則第六章第十二章第二十一章均云。犯某罪者。得褫奪公權全部或一部。併免現職。是所謂奪現在之地位者。本在奪公權之全部或一部以外。另爲一事。今以兩者對舉。同作爲得褫奪公權之意義。是祇免現職而不褫奪前條所列資格之全部一部。亦爲褫奪公權。似於前條及分則第六章第二十二章第二十一章各末條所云之意義。有未能適合者。要之本律奪權之規定。既有終身間及一定期間之分。又有全部一部之分。更有法定的及任意的之分。併有奪現在地位與奪法定資格之分。計其標準。有四種之互合。未免繁複紛歧。似不如採日本舊刑法之主義。定爲某刑以上。終身奪權。某刑以上。一定期限內奪權。而一面減少其列舉資格之種類。一面加高其應附奪權之刑等。較爲簡明一律。

第四十八條 沒收之物如左。

- 一 違禁私造私有之物。
- 二 供犯罪所用及預備之物。
- 三 因犯罪所得之物。

本條定從刑中沒收之性質及其範圍。

沒收之性質有三說。一謂沒收總爲刑罰。二謂沒收總爲警察的豫防處分。三謂沒收處分。惟行之於共犯者所有之物件時。則爲刑罰。若不問何人所有亦得沒收之者。則爲警察的豫防處分。此以第三說爲正。蓋刑罰爲治罪而施之於犯罪人。若沒收犯人以外者之所有物。自無刑罰之性質。然本律以沒收定爲從刑。且揭沒收之例。故沒收全不屬於何人所有之無主物。亦常爲刑罰而非警察處分。惟因沒收爲從刑。故無特定之被告人者。或因無罪而並無主刑之宣告者。不得有沒收刑。但有例外規定時。不在此限。如因俱發罪而其較輕之罪不科主刑時。亦仍得照各本條科沒收刑。

沒收物件之種類。本條共分爲三。第一、禁止私造私有之物。此總稱刑法上禁止一切製造及持有之物件。例如軍火、及貨幣、度量衡、公文書、與印文、等之製作及偽造。是爲違禁私造之物。又如鴉片煙之私藏。未受公署之命令而持有軍器爆裂物。偽造貨幣之行使交付。知情販賣不平之度量衡。及知其不平而持有之。皆爲違禁私有之物。其餘如賭具、害健康之物、販賣陳列猥褻之文

書圖畫等。凡屬構成犯罪之物。及偽造之貨幣及公文書印文等。由犯罪行為所生之物。皆屬於此。第二、供犯罪所用及預備之物。此總稱犯罪實行及預備實行所用之物。故既用以實行犯罪時。不論罪之既遂未遂。均得沒收之。然雖有以其物件供犯罪實行之意。而其行為未及著手。僅止罪之豫備時。不得以犯罪實行所用之物論。且雖行為已入於罪之實行。而其物件為僅用以豫備者。亦不在此例。如毒斃人之罪。專為攜帶毒藥所用之藥瓶。非供犯罪用之物件。惟盛毒藥之食器。為供犯罪用之物件。又即準備用以實行犯罪之物。而實際並不使用之者。亦不得云供犯罪用之物件。且犯罪既成而後所使用之物件。亦然。例如犯人因為防止發覺。或為逃走。或為搬運贓物。所使用之物件。均不得謂為供犯罪用之物。第三、因犯罪所得之物。此專指以犯罪為原因。而直接所得之物件。非但不包第一款之違禁物。且一切之贓物亦不在其內。蓋贓物乃因得其贓物而罪始完成者。非因罪既完成而始得之物。如強盜之贓物。即指所強取之財物。詐欺取財之贓物。即指所騙取之財物。此非因犯罪而得之物件。所謂因犯罪而得之物件。謂因犯賭博罪所贏得之賭資。或抽提

所得之規費。因密賣淫所得之纏頭錢等是。此等之財物。在其收得以前犯罪既完成。故與因獲得其物而始成爲罪之贓物有異。惟收賄罪因賄賂之要求或期約而成立。不必俟至賄賂收受以後。故賄賂之金錢物品。亦可謂爲因犯賄賂罪而得之物。又本款因犯罪而得之物。須直接所得之物。故既經變換所得之他種物件。卽間接所得之物件。不在其內。惟法律所以規定沒收因犯罪所得之物。其用意不外使犯人失其不法之利益。若因犯罪所得之物。既消滅或變換爲他種物件。而不使之追繳其相當之價值。全不能達法律之目的。故須設特別之規定。如分則第一百四十七條。吏員所收受之賄賂。如已費失者。追徵其價額之類是。此外。更依提起私訴。追還贓物。其他損害賠償之方法行之。

沒收之物件。所謂物者。固有動產不動產之分。本條但稱之爲物。於此自無何等之制限。故不動產亦可沒收。例如破壞燈臺。使生船艦往來之危險。其燈臺卽爲妨害往來罪構成之物件。而可沒收之。但以外屬於犯人以外者爲限。又如開設煙館賭場之房屋。如房主知情者。卽爲共犯而爲構成犯罪行爲之物。

件可沒收之。如不知情。則全爲次條屬於犯人以外者之物件。而不得沒收。且本條第二款供犯罪用之物。以故意之犯罪爲限。過失犯不在此例。又於主刑僅處拘役或最少額之罰金者。除第一款違禁之物品以外。概不應沒收。蓋若於極輕微之罪。而常得附加沒收。則犯人之所苦。轉過於其所犯。而較之所科之主刑。亦殊失其平。並恐因此有濫行充罰之弊。此雖未有特定之明文。而解釋固應如是。例如疾馳車馬。妨害行人。其車馬非違禁之物。亦非供犯罪用之物。除因違犯警章。處以短期之自由刑或寡額之罰金外。不得附加從刑而以其車馬沒收之。

第四十九條 沒收之物。以犯人以外無有權利者爲限。

本條定沒收之條件及制限。

物之沒收。既認爲刑罰。故須施之於犯罪者之本人。不得累及犯人以外之有權利者。其沒收之目的物。要判決當時不屬於犯人以外之人。其犯人曾爲所有者與否。及在犯行之當時爲其所有者與否。均所不問。又沒收之目的物。不必要爲其所有者之共犯人。自己使用以實行犯罪。祇須任屬於共犯者中之

一人已足。亦不必要共犯之所有者。知有他之共犯者使用之之事實。物件供正犯之使用。卽非其自有而爲教唆及從犯之所有。亦概沒收。其屬於犯人與犯人以外之人共有之物件。得沒收之與否。此雖犯人亦有一部分。然究屬於犯人以外者之所有。故不得沒收之。至因特別法規定。禁止之軍用品。不問何人所有。均沒收之者。自屬於例外。所謂無有權利者。其權利。是否專爲沒收物之所有權。抑乘賅不論何等之權利。此雖無明確規定。然沒收既爲刑罰之一種。專施之於犯人之一身。則其物苟爲他人物權所存之物。亦自不得沒收之。又若明知爲他人所有物。而不知其所有者究爲何人時。此不得謂之犯人以外無有權利。而沒收之。但贓物之故買窩藏。於此有異例。犯人以外之人。不論其爲同姓異姓親屬非親屬。總之在犯人以外者皆是。論個人不論家族。故父子兄弟。不相牽累。但夫婦一體。其非別異之財產而屬於共同之財產者。似不得謂爲屬於犯人以外之所有。且卽犯人以外有權利者。如係不動產。亦應以先經注冊爲準。

沒收之目的物。須於判決宣告沒收。但其物何時移轉爲國庫之所有。此有三

說。其一、謂判決祇有說明的效力。其沒收物。在犯罪之發生時。即應移歸國庫之所有。依此說。則雖判決當時不屬於犯人所有之物件。仍應沒收。有累及犯人以外適法所有者之弊。其二、謂判決有創設的效力。沒收物。在判決之確定時。應即移歸於國庫之所有。依此說。則判決確定前。犯人移轉其所有權於第三者時。其接受人雖已完全有其所有權。但因沒收之判決確定。而其物當然歸屬於國庫。亦有累及第三者之弊。其三、謂判決之效力。不過使沒收物之所有者。負移轉其所有權於國庫之義務。故沒收物之所有權。因其義務之任意或強制履行。而移歸於國庫。若目的物在判決確定前已先押收時。其所有權。即與判決確定同時屬於國庫。依此說。是與宣告罰金刑之判決。其效力相等。爲使受刑者負完納罰金。或移轉沒收物所有權之義務。此最合刑事判決之性質。且不累犯人以外之所有者。故若判決確定前。所有者之犯人。既以供犯罪用或因犯罪而得之物件。變賣於他人時。則雖判決確定。亦不得以之移歸於國庫所有。此應於沒收之宣告時。一併宣告。如已費失。應追繳其相當價額之意旨。但法律除第一百四十七條外。並無規定之明文。

現行刑律名例門。給還贓物條。律稱。凡彼此俱罪之贓。及犯禁之物。則入官。若取與不和。用強生事。逼取求索之贓。並還主。律注。彼此俱罪者。謂犯受財枉法。不枉法。計贓與受同罪者。犯禁物。謂如應禁兵器。及禁書之類。取與不和等。謂恐嚇詐欺強買賣有餘利科歛及求索之類。又稱。若以贓入罪。正贓見在者。還官主。已費用者。若犯人身死。勿徵。餘皆徵之。又例稱。凡追贓人犯。除侵貪官吏。仍照例限監追外。其搶奪竊盜之贓。問刑衙門。於定案之日。嚴行著追。如果力不能完。即將本犯治罪。分別奏咨豁免。此均可供參考。惟現律仍存籍沒財產條。此大戾刑止於一身之原則。應亟廢除者。

第八章 宥減

宥減減輕。爲法律上減輕之一種。各國刑法。大率附於不論罪之後。不另設章節。惟不論罪乃純粹之無罪。宥減者已不能無罪。惟所處之刑。在法律上較普通犯罪之人爲應減輕。故另立一章。次於刑名之後。原案本以第四十九條十六歲以上二十歲未滿之犯罪。減輕一等。與第五十條聾啞者及滿八十歲之犯罪。減一等或二等。兩條相合而成。嗣因各省簽注。刪除原定第四十九條。經

資政院議決。而頒布時。復改第十一條之十五歲爲十二歲。並於原定第五十條。加入或未滿十六歲人七字。如今律文所定。與原案主義仍同。惟於幼者之年齡節短。所減之罪等加寬。此爲少異。

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。

本條定宥減輕之特例。

刑律之對於犯罪人。保持均平統一之主義。不以男女、貴賤、官民、內外國人、其他身分地位資格勢力而有異。惟於某種類之犯罪人。有不能與普通人視如一律者。或受年齡上之制限。或受生育上之制限。雖不能全然爲無罪。要不能不輕減其刑罰。如本條之所定。共分三種。

第一瘖啞人。原案本作聾啞人。謂聾而且啞者。若聾與啞祇有其一端。是其精神發育。仍與普通人無甚異。即不得在本條減輕之列。現改聾啞人爲瘖啞人。瘖者不能言之病。啞者其義亦爲不言。瘖之與啞。種類同一。瘖啞者止語能不具。而聽能無損。似改正後。義例更寬。且五官肢體之不具。非必以語能喪失爲

最重要。所以如此改正者。蓋以瘖聾跛躄。瘖聾二字。義常相聯。故舉瘖以賅聾。仍不離原案聾啞相乘之義。日本學者間。亦多以聾啞之義。爲瘖啞二字之注釋。此可引證。故非聾而且啞者。不得爲完備本條之要件。且條文雖於瘖啞之原因。及其殘廢之年齡。全無制限。似卽成年以後。偶因疾病或負傷而致殘廢。亦得一律減輕刑法上之責任。然多數之解釋。均從嚴格。以生來及幼時卽已瘖啞者爲限。法律於此許得減輕之理由。蓋因精神之發育。雖於各種之感覺有關係。而以聽覺及語能之關係爲最要。彼瘖啞者。失此增進智識之三大機能。精神不能發育。故刑法上宜加宥恕。惟止言瘖啞。則聾之意義。或可包含。而聾者不得與。其他之殘廢不具。自更不在此例。各國法之於瘖啞人。有全不論罪者。有不論罪或輕減者。本律則惟許輕減。且非必減。蓋因今日教育制度之進步。卽生前或幼年時之瘖啞者。亦得略備普通之智能故也。

第二未滿十六歲人。原案本爲全無責任時代。現改爲減輕時代。無論何種犯罪之行爲。概應負責任。惟得減輕其刑。並非於某種犯罪爲全免。某種犯罪爲減輕。某種犯罪爲完全負責。以其罪狀之輕重。及辨別心之有無。爲種種區別。

有如學說上所謂相對的無責任。其減輕亦爲任意的而非必然的。過此以往。卽爲刑事成年。一律負完全之責任。蓋舊例以滿十六歲爲成丁故也。然我國之年齡計算法。與各國不同。不自出生日起算。專以歷年計算。故有於十二月末日出生者。至次年一月一日。亦同爲滿一週歲。因此而名義上之年齡。與實際上之年齡。相差至期年者甚多。然今戶籍法未實行。警政不完備。非從歷年計。又無從明劃。是名爲滿十六歲者。實止十五歲有餘。就所受教育而論。亦尙在中學普通學時代。其各種智識經驗之欠缺。更不待論。以此作爲成丁。使獨立爲各種法律行爲。負契約上之義務。又使應徵兵令而參預國家軍事。及負刑法上完全之責任。一切與普通成人無異。不得不謂失之過早。於古者二十曰弱冠之義。亦有未協。刑法上之制裁。或不妨從嚴。若民商法之行爲能力。及徵兵之應募。概須以十六歲爲成丁。使之獨立負責任。則殘賊人子弟之甚者。尙望立法家之注意。

第三滿八十歲人。祇許減輕不准全免。蓋老者與幼年迥異。其閱歷既深。是非宜審。非幼年之智識不充分。發育未完備者可比。且年老多貪。荒於晚節者比

此皆是。賄賂竊盜姦淫謀殺之犯罪尤易。且因經驗之久。而犯罪之手段或更高。自無可以年耄爲理由而許得免責之理。卽令與常人受同等之處分。亦於法理不爲過。各國刑法之免責。止及幼者而不及耄年。意正爲此。且非特不論罪而已。卽法律上之減輕。亦祇有以心神耗弱爲理由。而並無以年齡及耄爲理由者。本律於滿八十歲人。許得減輕。蓋亦全爲中國歷代之風俗成例起見。非必法理所當然。其得邀本條之寬典者。實爲精神已漸昏耗。非專以年齡爲標準。而許從末減。舊例之於老者。概加以矜恤。無非出於憐憫及尊敬之意。全由禮教所發。然老者固宜憐敬。而於犯罪之老者。無所用其憐憫尊敬。此爲法律與禮教作用之殊。若於犯罪之老者。而加以優待之特例。不免混法律與禮教爲一。而兩失其精神。故本條之於老者。非必主嚴於舊律。實期適當而止。或慮年老者懲以勞役。恐不能堪。此在監獄法固有察酌伸縮之餘地。並非強老幼男女令服同一勞役。卽屬壯年。亦因其貴賤強弱。分別執行。知此可釋然已。

現行刑律名例門。老小廢疾收贖條。律稱。凡年七十以上十五以下及廢疾。犯

流罪以下。收贖。八十以上十歲以下及篤疾。犯殺人應死者。議擬奏聞。取自上裁。盜及傷人者。亦收贖。餘皆勿論。律注。廢疾。瞎一目折一肢之類。篤疾。瞎兩目折兩肢之類。人止折一肢喪一目。得以廢疾論贖。此本失之過寬。故後增新例。稱。凡瞎一目者。有犯徒流遣等罪。俱不得以廢疾論贖。然即瞎至兩目。而苟因中年疾病及負傷所致。亦自於精神構造之全體無關係。非生小即已殘廢者。可比。現律之篤疾廢疾。止及瞽而不及聾啞。各國律又止及聾啞而不及於瞽盲。實則視能與語能聽能。於精神感覺均有極要之關係。非可偏重。盲瞽之與聾啞。非兼病二者以上。儘多智慧偏勝之人。不得作為精神上之特別故障。而遽邀寬典。本條所謂瘖啞。惟於解釋上。使得含聾或瞽之意義。始於法律之適用。可期無弊。蓋祇以瘖啞為例示之一端。而不作為確定之本旨。否則僅以語能之喪失為可矜。於法律與實際均多未協。又各國律。於心神喪失者。許不論罪。於心神耗弱者。許得減輕。本律第十二條精神病人之不論罪。止可適用於心神喪失者。而心神耗弱者。自不能許其不論罪。然本條減輕之例。又止以滿八十歲人為斷。則未滿八十歲之心神耗弱者。亦自不得援本條矜恤。而年老

之昏眩。實亦心神耗弱之種類。倘以未滿八十歲之心神耗弱者。列入精神病之範圍。得全免責任。則較之八十以上之昏眩者轉寬。其歸結。惟有於心神耗弱者。使之與普通人負同一責任而已。

第九章 自首

自首減輕。亦爲法律上減輕之一種。各國多數之例。惟認特別自首。著之於分則。其有規定於總則者。蓋襲中國法系。現行刑律。有犯罪自首條。列於名例。認有一般自首。實較各國立法例爲優。惟竟許免罪。則又不無過寬之處。本律於編纂之形式。仍從舊律。入總則編。而其處分。則僅得輕減。不予免除。此爲異點。

第五十一條 犯罪未發覺前。而自首於官受審判者。得減本刑一等。

犯親告罪。向有告訴權之人首服。受官之審判者。亦同。

本條及以下二條。定自首減輕之特例。

刑法之有自首例。爲以刑之減輕爲犧牲。而促犯罪之發覺。所設之刑事制度。在刑法上。不特爲一般減輕之原因。亦爲特別免除之原因。後者。如內亂罪之未至暴動而自首。妨害國交罪之未著事實行而自首。及對吏員行賄而自首。

均得免除其刑是也。前者如本條及次條所定。通於各罪者是也。所以許得自首減輕之理由。蓋有二種。其一、爲獎勵犯罪者之悔過投誠而設。其二、爲使得真犯處決。以免搜查逮捕。株連疑似。累及無辜。皆出於刑事政策之目的。而後之理由爲尤真確。蓋專爲獎誘投誠。從實驗上觀之。猶多貌裝悔過投誠而希冀減免者故也。

自首減輕之要件。如下四種。第一、所出首者須爲自己之犯罪。不問罪之種類爲何。及罪之輕重若何。總之須由犯者自行首告。若所告言者。並非犯罪之人。則其出於被害之人者。是爲告訴。而非自首。其出於被害者以外之人者。是爲告發。而非自首。但由犯罪者以自已之名義。而委託代理人爲之。固自無妨。第二、須在未發覺之前。所謂未發覺者。謂未知犯罪之事。或未知犯罪之人。而本條未發覺之意義。則應專指不知所犯之人而言。縱犯罪事實早已查悉。而尙未確知爲何人所犯。此時可謂之未發覺。而得有自首之機會。又雖被害者早已查知所犯之人。而不及告訴或告發於官署時。亦得謂之未發覺。而有自首之機會。若既發覺後。由豫審推事查問。而逕自吐實。此乃自白。而非自首。

雖自白亦間有得特別免除之例。如僞證罪之於審判確定前自白。及誣告罪之於審判確定前或懲戒處分前自白。然要均非本條之所謂自首。第三、須告知於官。此爲原則。其例外。亦有對於被害者爲之者。其投首之方法無制限。用口頭可。用書面可。用電話電信亦可。其告知於官之處所。不問署內署外。對於官署或官員爲之均可。惟所投首之官。必須爲有搜索逮捕權之檢察及司法警察。卽豫審推事亦可。而與以外之官吏無涉。其得爲司法警察者。如地方行政長官。警務總監。及爲檢察佐理之官公吏。如警長。區長。憲兵。城鎮鄉總董。汛地官等。其在船艦內之犯罪。則船長亦兼司法警察之職務。第四、須就官之審判。此爲最要之條件。雖不必與自首同時就逮。但若出首而又避匿。並不投案質訊。此不得爲自首。否則以一紙空文。自陳罪狀。而卽得與減輕。非特手續過簡。且判決後遁其執行。令犯罪者轉得藉以倖免。殊多流弊。故必就受審判者。始得援自首例。

自首之處分。有兩種。一免除。一減輕。而免除有絕對的免除。有相對的免除。減輕亦有絕對的減輕。有相對的減輕。除此以外。更有於某種犯罪。不准自首之

法例。本律則無論何種犯罪。均准自首。採用相對的減輕主義。或減或否。悉由審判官之鑑衡。察酌自首之動機。及自首者之人格而定。如有先事希圖僥倖。輕減。而故意犯罪。出而自首者。即得不與減輕。以杜倖免。却於犯罪之輕重大小。全無關係。

第一項自首之要件。必須投首於官。但此原則。亦有第二項之例外。關於親告罪。得向有告訴權者首服。亦與自首之効力相同。得邀寬典。親告罪者。謂檢察事提起公訴。以有告訴權者之告訴爲必要。如強迫猥褻姦淫之罪。有夫婦女之和姦罪。略取誘拐幼年之罪。妨害名譽信用之罪。脅迫罪等是。有告訴權之人。不獨被害者之本人。即本夫及其他法定代理人皆是。論訴訟之原則。公訴權之行使。屬於國家機關之檢察。而於被害者其他一私人之告訴。全無影響。惟於親告罪爲例外。以被害者之告訴爲其訴追之條件。故首服於有告訴權之人。爲公訴提起之準備。亦得與自首於官者相同。惟自首於官之與首服於有告訴權之人。固不妨選擇而用之。此爲犯罪者之利益。而其一切條件。則與前項相同。雖親告罪之性質。如強迫姦淫。單純脅迫。及過失傷害罪。明知其被害

之事實。然苟在不能確定爲何人所犯而告訴之時。仍爲未發覺而得有首服之機會。本律以親告罪爲斷。較之關於財產之犯罪。許首服於被害之事主者。爲更確當也。

現行刑律名例門。犯罪自首條。律稱。凡犯罪未發而自首者。免其罪。又稱。其遣人代首。若於法得相容隱者爲首。及相告言。各聽如罪人自首法。又稱。其損傷於人。於物不可賠償。事發在逃。若私越度關。及姦者。並不在自首之律。又稱。若強竊盜。詐欺取人財物。而於事主處首服。及受人枉法。不枉法贓。悔過回付還主者。與經官司自首同。皆得免罪。若知人欲告。而於財主處首還者。亦得減罪二等云云。此與本條意義大略相同。惟其缺點有四。一、全免其罪。且非得免而爲必免。獎誘太過。適啟人易犯之心。不論何罪。祇須自首。即可抵銷。且又確有把握。是豫知自首必獲邀免。儘可放膽犯罪。利在兇惡。而危及善良。本律不准免除而許輕減。且爲得減而非必減。則既誘悔過之心。而足杜幸免之弊。二、彼此詰發。互相告言。聽如本人自首法。此實告訴告發。而非自首。既彼此互詰。是本人並未願自行投首吐實。不得謂有悔過投誠之意。豈得以身自首

法論。同邀寬典。各得免罪。至律註謂。卑幼告言尊長。尊長依自首律免罪。卑幼依干犯名義律科斷。此則有不可解者。犯罪之尊長。並未自首。而得依自首律免罪。是於尊長爲倖濫。卑幼以告言而免尊長之罪。對尊長爲有造而無所犯。顯得干犯名義之罪。是於卑幼爲苛酷。不計情罪之相當。而惟以尊卑相脅制。於法律與禮教。均相抵觸。本律則除自行投首及遣人代首外。不得因他人之告言而亦認爲自首。較爲切中。三、謀故殺及侵損於人等項。不准自首。此欲以杜倖免輕縱之弊。而適足以堅竄匿之心。增嫌疑之累。謀故殺等罪。真犯本不易破獲。又絕其悔過投誠之路。使無一綫希望。則更難石出。而不免株連。本律於此。不設制限。一律准其自首。庶足以杜此弊。四、關於財產之犯罪。許向事主或財主處首服。與經官司自首同。此卽本條第二項特許首服於有告訴權人之意。惟首服之對於財產罪。與對於生命身體自由名譽貞節等罪。無應區別之理由。且財產之犯罪。非親告罪。尙無首服之必要。而通姦等罪。則必須親告。使於國家實行刑罰權之先。置重於被害者個人之利益。舊律獨不及此。故本條改之爲犯親告罪。尙有告訴權者首服。與自首者有同一之效果。至贓

物還主等情。雖似亦宜輕減。以示獎勵。然此乃損害賠償。爲法律上當然之事。不得以之爲法律上特種減輕之理由。果其情節可憫。則可於本刑範圍內從輕處分。且尙有酌量減輕之法。故本條於首服者。並不因還贓等情。而更行減等。

第五十二條 一罪既發。別首未發餘罪者。得減所首餘罪之刑一等。

前條爲單獨罪之自首。本條爲俱發罪之自首。一切條件及處分。均與前條相同。惟所得減者。止限於所首之罪。而不能濫及於關係俱發之他罪。例如有入犯甲乙兩罪。各應處徒刑三年。甲罪既發。別行自首未發之乙罪。則於乙罪得減等處以二年或一年之刑。然後再照第二十三及第二十四條俱發例處斷。其既發之一罪。已經確定審判與否。並無區別。惟餘罪之別首。總應以未發覺時爲斷。倘因既發之一罪。審問辨論。察覺尙有餘罪時。或其他之共犯者。於既發之一罪。方受審問。而牽連供出尙有餘罪時。此卽不由本人別首。而其餘罪早已發覺。卽不得援自首例輕減。餘罪之未發。此處應兼指事實之未知。及人犯之未知而言。例如既發之一罪。爲毆打傷人罪。自行供認毆人而外。並毀器

物。此爲別首未發覺之罪狀者。又如有一竊案。未知爲何人所犯。因審問既發之一罪。而由本人自行首告承認。此爲別首未發覺之人犯者。蓋既與先發之罪。另自爲一罪。則雖已因前罪之故。就受審判或確定審判後。苟其餘罪尙未別經發覺。仍得因自首而依律減輕也。

現行刑律名例門。犯罪自首條。律稱。其輕罪雖發。因首重罪者。免其重罪。若因間被告之事。而別言餘罪者。亦如之。律註。於前例。謂如竊盜事發。自首又曾私鑄銅錢。得免鑄錢之罪。止科竊盜罪。於後例。謂因犯私鹽事發被問。不加拷訊。又自別言曾竊盜牛。又曾詐欺人財物。止科私鹽之罪。餘罪俱得免之類。此律與本條律意相同。惟別首之餘罪。得全然免除。此則不但對於本犯。有罪無刑。失之輕縱。且恐因此而假別首餘罪之名。代首他人所犯之罪。頂替開脫。更多流弊。故本律不准全免。惟得於所首之罪。與以減輕。又律稱自首不實不盡者。以不實不盡之罪罪之。律註。自首贓數不盡者。止計不盡之數科之。此蓋因自首全免。故須有察酌盡實與否。分別論免之規定。本律改爲得減。則有自首而不盡實者。可察酌情形。不與減等。故無須於此別有規定之明文。又律稱知人

欲告而自首者。減罪二等。坐之。此爲不准自首全免之義。律意從嚴。然現行例載。聞拿投首之犯。除律不准首。及強盜自首例有正條外。俱得於本罪上減一等科斷。此爲准用自首例之義。例意又從寬。兩者均存缺點。蓋發覺到官以後。卽全無自首之餘地。至犯罪聞拿。是已由官署確知犯罪之事及所犯之人。此時卽自行投首。亦不過省略逮捕之手續。非自行發覺未發覺之犯罪。不能適用自首例。雖現例止准減一等。亦於舊律爲失之寬。若人欲告而未告。此時官署固尙未知有犯罪之事。及犯罪之人。總在罪未發覺之時期。無論其自首者出於知人欲告與否。總之與一切犯罪未發而自首者相同。若以知人欲告爲條件。而特加區別。此雖許減二等。亦於舊律爲失之嚴也。

第五十三條 豫備或陰謀犯分則各條之罪。未至實行前而自首於官。受審判者。得免除或減輕其刑。但沒收不在免除之限。

本條首句。法律館修正案。及憲政編查館核訂案。本爲凡犯分則所特定之豫備罪或陰謀罪。於未實行而自首。至資政院議決案。改如今律條文所定。然於此甚有出入。仍應以原案條文爲正。何則。犯罪行爲之階級。始陰謀。次豫備。其

次着手。又次爲實行。至進於實行一層。而犯罪始爲成立。故刑律之作爲罪而處以刑罰者。原則上。止論既遂之罪。例外得罪及未遂犯。其陰謀及豫備之作爲罪而罰之者。分則各條中。僅以事之重大危險者爲限。其例較未遂犯爲尤鈔。而未遂犯之爲罪。亦必以犯罪之既着手以後爲斷。其尙未着手以前之陰謀及豫備。與罪之既遂相距過遠。或無甚端倪。事不確實。或未至危險。事極輕微。不能概指爲罪之未遂而處罰之。否則風影撫拾。到處荆棘。流毒無窮。故豫備及陰謀之爲罪。非分則各條有特別規定之明文者。不能處罰。而本條則爲對於此種特別處罰罪亦准其自首之規定。所謂特別自首也。若條文爲豫備陰謀犯。分則各條之罪。未實行而自首減免。則似分則各條之罪。概有陰謀豫備之罰。而苛濫及於偶語腹誣。實大背刑法之原則。而開攻訐誣陷之風。諸多流弊。事當豫備陰謀而未至實行。苟非法律上有特別處罰之正條者。本不爲罪。自無待自首之減免。故本條之論理上解釋。仍當如原案所定。

分則所特定之豫備罪及陰謀罪者。如第九十九條所指之危害皇族。第一百三條所指之內亂。第一百五十五條所指之故意議定不利中國之條約。圖謀割

地於外國。又通謀外國釀成戰禍。及爲間諜資助糧械於敵國。以軍事上之利益與敵國。第一百二十六條所指之私與外國開戰。第一百七十條所指之聚衆反監脫獄。第一百九十六條所定對他人物放火炸裂決水。第二百十五條所指之顛覆車船致多人死傷。第二百三十二條所定之僞造貨幣。第三百二十二條所指之殺人決鬪。第三百二十三條所指之殺害尊親屬等。皆有豫備陰謀之罰。又第八十九條乘輿車駕危害之將加。第二百二十條聚衆罷工之將爲。亦爲罪及豫備陰謀者。此類人犯。亟宜解其脅從。破其詭謀。故採特別自首之法。准予減免。以寬典而弭巨患。此亦刑事政策必要之處分。減輕之與免除。法律不爲豫定。惟第一百十五及一百二十六條之豫備陰謀罪。則定爲自首者。必然免除。第一百九十六及三百二十二條之豫備陰謀罪。則定爲自首者。按其情節。得予免除。此外各條之豫備陰謀罪。則並無特定之明文。或減或免。或並不減免。均由審判官鑑衡而定。至沒收之刑。性質迥異。自不在免除之限。然條文雖僅云不在免除之限。實則亦併不在減輕之例。此爲從刑與主刑性質各異之處。條文但除外沒收。而不及於褫奪公權者。其爲與沒收異例。一

律得以減免之意歟。抑奪權與否。仍各自獨立酌量情形而定歟。要之此兩者。均失從刑之性質。其得失須與前第四十七條之附論參攷而並論之。

現行刑律名例門犯罪自首條。律稱。凡犯罪未發而自首者。免其罪。猶徵正賊。律註。謂如枉法不枉法賊。徵入官。用強生事。逼取詐欺科斂求索之類。及強竊盜賊。徵給主。此與本條主刑減輕免除。沒收不在免除之限。律意相同。

第十章 酌減

酌量減輕。爲審判上之減輕。不問所犯何罪。審判官可原諒其情狀。以其職權減輕其刑。但審判官之職權。惟得減輕而不准加重。防苛濫也。且惟得減輕而不准免除。防倖縱也。現行刑律於各罪所科之刑。無權衡伸縮之餘地。並嚴故失出入之律。故卽遇有情輕法重之處。亦不得不援引比附。遷就牽合。案情重大者。更須奏請上裁。法律與審判。定制有如機械。而舞弄之弊。轉不能絕。本律仿各國通例。明定制限。使審判官得稍行其職權。以符司法獨立之義。而惟以減輕爲限。與舊律之嚴於失入而寬於失出者。用意仍隱相吻合。

第五十四條 審按犯人之心術。及犯罪之事實。其情輕者。得減本刑一等或二等。

本條定審判上減輕之原因及方法。下條亦同。

酌量減輕制度之由來。原爲法定刑之範圍內所處之罰。有失於嚴酷之處。以此調和之。使得臨時酌量情節而定。如法蘭西刑法。以事可憫惻爲一般的減輕之理由。主因刑法各本條之法定刑。無伸縮性。非按之犯情。處罰失於苛酷。卽祇可全然認爲無罪。有此等之不便。故用以補救之。本律於分則各條之刑。旣用選擇的科定。及於期間金額。擴充刑之範圍。且認法律上之一般減輕。而使刑之量定得於犯情爲適應。然法律究爲死物。有時仍不能不俟審判官之臨時審定者。故以法律上之減輕爲尙未足。而有認審判上酌量減輕之必要。西哲有名言。酌量減輕。爲審判官之淚者。蓋由此意也。

酌量減輕制度之適用。須合主觀的標準及客觀的標準。參互而定之。就犯罪之事實。按犯人之心術。以分別其情節之輕重。不惟現犯之事跡。其以前及以後之犯人之舉動。亦在必須審按酌量之內。如犯人之素性。犯罪之動機。犯罪後悔悟之狀況。以及法益侵害或危險之大小。皆是。卽法律上減輕之原因。亦尙得爲審判上可與減輕之原因。此等主觀的客觀的事由之中。以注重於主

觀的犯罪之動機爲尤要。例如因他人之不正行爲。憤激不平。而犯傷害罪。因赤貧無力撫養而殺嬰兒。因一時誘惑通姦。恐其暴露。迫於恥心而犯墮胎罪。因極大公益。而偽造文書及公然侮辱人。及因家貧無力養親。而偶犯小竊之類。此等犯罪之動機如何。雖於犯罪之成立要件。全無關係。而於審接犯人心術。則大可以資參攷。又犯罪後悔悟之狀況。如犯罪後既與被害者以賠補。及犯罪發覺後之自首。苟確認爲犯罪之極偶然者。亦自不妨稍與犯人以利益。若如通說。專以客觀的損害及危險之大小爲標準。謂如雖犯強竊盜。而被害者富裕。不以損害爲苦痛時。又如犯罪後。全部或一部之原贓仍在時。其客觀的危害較少。亦爲犯罪之情狀可原。照此說。則雖常業之竊盜。亦因其贓額之偶少。而可酌予減輕。全失原情之本義。流弊滋多。故審判上減輕。自應以略述原心爲主。客觀的罪狀。及主觀的心術。實未可等量齊觀。情輕與否。尤宜注意於案情。不徒注意於罪狀。至犯人之心術。究竟是否可原。此則屬於事實問題。總須調查各種證據而定之。

酌量減輕制度之功用。在使對於各犯得處以最合刑罰目的之刑。務使情罪

相當而止。其應如何情形而得與減輕。此不能爲抽象的說明。總之審判官推本刑事政策。實際應用。不躡各犯罪制裁所必要之程度。然又非可失之姑息。徒以養奸。不顧社會秩序之維持。及刑罰目的之如何。而專徇犯人方面之苦况。審判上之酌減。一面爲其職權。一面亦爲其職務。固非許與以寬大的擅斷權。亦非專爲個人的博愛之主義。若徒博矜憫之美名。而行煦咻之小惠。則爲有私其公職。在法律上不免爲瀆職。卽道義上亦未可以此爲陰德。律設大法。禮順人情。神而明之。固存乎其人者也。

現行刑律之刑名。分爲五等。死罪以下。遣流徒罪之道里年期。及罰刑十等所應科之金額。均截然刻劃。一定不移。於斷獄門更嚴官司故出入人罪之律。全出全入者。以全罪論。增輕作重。減重作輕。以所增減論。卽非故意出入。而失出入者。亦分別科罪。失於入者各減三等。失於出者各減五等。此在出入全罪及增輕作重者。固無論已。卽減重作輕。亦一律論罪。無許審判官得稍行其職權之餘地。則未免失之過嚴。雖名例門定有犯罪得累減之條。然律稱。凡一人犯罪應減者。若爲從減。自首減。故失減。公罪遞減之類。並得累減云云。此均爲法

律上之減輕。而非許有審判上之減輕。定制之嚴重若此。故每結一案。必多改換供結其他牽就以避挑剔之弊。審判官不得行其職權。而部書刑幕乃得操縱竊弄於其間。此實舊制之缺失。死罪重案。入監候者。向歸秋朝審分別情實緩決矜疑。奏請定奪。此即因舊制刻劃。與以斟酌變通之處。然因故失出入之律非常嚴重。即最高司法機關。亦不得稍用其職權。即有原情酌入可矜者。亦必藉奏請以利用君上之大權。而諉其責任於君主。然憲政實行。司法權應獨立。君主三權總攬。要無直接行司法裁判之事。致以神聖不可侵之君主。而下夷於大理刑官之列。刑名訟獄之事。斷不能復如秋朝審舊制。一切奏請上裁。而遇有矜疑。又不能不留臨時酌奪之餘地。此爲審判官職權及職務上所應有之事。故酌減制度。實司法獨立所必不可缺者也。

第五十五條 依法律加重或減輕者。仍得依前條之例。減輕其刑。

刑法有於法定刑之外。許爲刑之加重減輕者。刑之加重。除法定之原因以外。不得由審判官以職權行之。故祇有法律上之加重。而無審判上之加重。刑之減輕。則異是。有法律上減輕及審判上酌量減輕之區別。法律上之加重及減

輕。有特別的加重減輕。又有一般的加重減輕。特別的加重減輕。即分則各本條所定。專適用於某種之特定犯罪者。一般的加重減輕。則照總則各條之規定。通行於一般或最多數之犯罪。法律上一般的加重之原因。一爲累犯罪。又一爲俱發罪。如本律第十九及第二十三等條。均爲絕對的規定而非相對的規定。乃當然加重者。法律上一般的減輕之原因。有種種。一爲已受外國審判之執行。二爲法令之不知。三爲防衛行爲之過當。四爲緊急避難。加人以過當之損害。五爲罪之未遂。六爲犯罪之中止。七爲共犯中之從犯。八爲瘖啞及老弱。九爲自首及首服。如本律第六條第十三條及第十五第十六等條。均爲相對的規定而非絕對的規定。乃任意減輕。並非當然減輕者。法律上之減輕。既全爲任意減輕。或減或否。悉由審判官量定。此則與審判上之酌量減輕。其性質直無區別。例如因不知法令之減輕。不過爲審判上酌減之一種情形。而例示爲注意的規定。然在形式上。因法律指定其原因之故。仍須以此種減輕。解爲法律上之減輕。使與審判上之酌量減輕相對立。其區別之實益。最重要者。爲法律上之減輕。不妨更援審判上酌減之例。累次減輕之。而彼此減輕之事。

由不必其爲互相殊異者。設於某種事件。認爲僅與以法律上之減輕。猶有所不足。審判官得以同一事情爲理由。再依酌減制度而減輕之。本條主因加重減輕各項情形競合時。恐有疑既依法律加重或減輕者。卽有應減之情形。亦不得再行酌減。故特爲明確之規定。使仍得準前條之例辦理。例如未滿十六歲人之犯罪。雖已照第五十條例減輕一二等。苟覺尙有可原之情形時。不妨照第五十四條例。更減一等或二等。是也。

第十一章 加減例

加減例。謂刑罰加重減輕之分量及次序。此爲法律所規定。蓋刑法於各本條所揭之法定刑以外。復應各種犯罪之情狀。而有法律上之一般的特別的加重減輕。及審判上之酌量減輕。使審判官得量定其宣告刑。然若加減輕重不立一定之標準。而漫無制限。則可至任意上下。流於擅斷。而刑之法定適用主義。歸於有名無實。且加重減輕之原因。設有二種以上之競合。而不定其加減先後之次序。則其結果必至大相懸絕。而有幸有不幸。無以示刑罰之公平。故一切加減輕重之分量。及其後先之次序。有著爲定例之必要。特於本章規定

之。亦猶現行刑律名例門之有加減罪例條律。惟新舊律之刑名罪等。內容既各不同。卽加減重輕。方法亦不無少異。而其總擊各條爲全律之綱領。則一也。

第五十六條 死刑、徒刑、拘役。依第三十七條所列次序。加重減輕之。

徒刑不得加至死刑。

拘役不得減至罰金。及免除之。

罰金不得加至拘役及徒刑。

本條及以下三條。定主刑加減之分量。

第一項死刑徒刑拘役。依第三十七條次序加減。是罰金及從刑。當然不在此例。徒刑包括無期徒刑及有期徒刑兩種。而有期徒刑。復於同一刑名之中。分爲五等。故死刑無期徒刑及拘役。祇以每一刑名爲加減之等第。而有期徒刑。須於同一刑名之中。按等加減之。其加重者。例如有期徒刑三等加爲二等。及一等有期徒刑加爲無期徒刑是也。其減輕者。例如死刑減爲無期徒刑。無期徒刑減爲一等有期徒刑之類是也。此加重減輕。固包括法律上之加重減輕及酌量減輕而言。然俱發罪之加重。則有第二十三條之一二特例。又法律上

之減輕。雖有數個應減之原因。同時互合。亦祇以各減一次爲限。惟得以其所減之結果爲標準。再行一次之酌量減輕而已。

第二項徒刑不得加至死刑。蓋因死刑與無期徒刑。具有特別之性質。無期徒刑雖至終身縲紲。幾與死刑無異。然改悔者尙得假釋出獄。及幸邀恩赦。若加一等而入死刑。則早絕其生命。殊嫌過酷。而於法理未協。故特定制限。凡分則科無期徒刑者。雖係再犯三犯。亦不能科以死刑。仍祇科無期徒刑。然死刑之減輕。固得累減至一等等以下。有期徒刑。而全無制限。加重之與減輕。寬嚴異用。條文惟限徒刑不得加至死刑。是有期徒刑固得加至無期徒刑。法律館原案。本於此層亦有制限。凡科一等等有期徒刑者。不得加至無期徒刑。但加重一等等時。可至二十年以下十年以上。加重二等等時。可至二十年以下十五年以上。與第二十三條第三款相應。嗣因各省簽注。以舊例尙有加遣之條爲詞。遂於修正案削除本條不得加入無期徒刑之制限。而於第二十三條俱發罪之加重。仍如原案所定。然則累犯之加重。可加至無期徒刑。而俱發罪之加重。至多以二十年爲限。不得援本條第一項及第二項之通例。加至無期徒刑。蓋不以法

定刑之等第相加。而專以宣告刑之年限爲斷。此實加重之特例。日本改正刑法。累犯罪之加重。於其本罪應科之最長刑期加倍。俱發罪之加重。於其最重罪應科之最長刑期加半。但因有期自由刑加重時。惟得於其最長期之十五年以上加至二十年。故無論累犯或俱發罪之加重。一律不得加至無期徒刑。本律則於兩者之加重。各異其例。故與日本刑法之解釋。有不能相同者。

第三項拘役不得減至罰金。及免除。是徒刑固可減入拘役者。然第四十一條有宣告徒刑不得在一日以下之規定。意或仍得有一日以上之有期徒刑歟。然照第三十七條五等徒刑明爲二月以上。更無有期徒刑減輕時。得降至二月以下之規定。又本條第一項。徒刑拘役。照第三十七條例加重減輕。第三項祇限拘役不得減至罰金。而未云徒刑不得減入拘役。是徒刑之與拘役。自應照本條第一項例。得因加重減輕。互相變。更其刑名。自由刑之與財產刑。根本上性質迥別。並非程度之輕重有殊。雖總則中有易刑處分之規定。分則各條多選擇適用之規定。而要無從彼此衡較。爲加減輕重之標準。故除總則第十四條。受徒刑拘役之宣告。易以罰金。又除分則處徒刑拘留或罰金。及處併

科之罰金各規定外。凡規定爲處徒刑或拘留者。若須減輕。不得依第三十七條之次序。由拘役降入罰金之列。本項祇言拘役。不及徒刑者。因照第三十七條次序而言。惟拘役與罰金爲接近。或易誤會故也。拘役不得減至免除。卽第四十一條宣告拘役不得在一日以下之意。既爲減輕。自不能免除。加減止輕重之分。非有無之別。故徒刑可減入拘役。而拘役不能減至最短期以下。其理自顯。惟日本改正刑法。規定拘留應減輕者。減其最長期之二分之一。本律無此相當之規定。是則遇有宣告拘役而應加重或減輕。或應處五等有期徒刑。而減輕二等或三等者。應如何區別適用耶。倘在二月以下一日以上之期間內。任意選定其長期或短期。爲加重減輕。此則本在法定刑之範圍以內。自可任意量定。形式上並未見有加重減輕之區別。其結果。直與拘役之不適用加等減等無異。雖分則各條。拘役之刑。每與有期徒刑爲選擇的規定者多。然如第十四章危險物之正當製造販運。第十九章度量衡之知其不平而私藏常用。第二十三章販賣私藏陳列猥褻之書畫物品等。均以拘役與罰金爲選擇的規定。遇應處拘役而減輕一等或二等時。其拘役之減輕方法如何。抑竟

改避而不科拘役耶。徒刑既分五等。罰金亦明定以四分之一爲一等。而拘役更無刑等之細別。則於形式上全不見有減等之適用。似爲缺點。又現行違警律之拘留。多至十五日。而本律之拘役。最短期爲一日以上。是刑律上之自由刑。與違警律上之自由刑。非特不相聯接。且或較爲轉輕。故刑律上之最輕自由刑。至無復減等之餘地。此與違警律之罰金多至十五元。而本律之罰金。起自單位之一圓者。同一未得其平。既以刑律上之犯罪。與警律上之違犯事項。定有輕重。則其間之處分方法。亦不能不酌分相次之等級。此於第三十七條之刑名定制。尙應研論者。

第四項罰金不得加至拘役及徒刑。此與前項之理由相同。雖分則各條。罰金與徒刑或拘役爲選擇的規定者多。然量定罰金之適用者。不得謂之輕。量定徒刑或拘役之適用者。亦不得謂之重。且如分則第二十五章。指揮船艦者違背豫防傳染病禁令之罪。及第二十六章。玩忽業務上必要之注意。致人死傷之罪。均以二千元以下之罰金。與四等以下有期徒刑或拘役。爲選擇的規定。此更不得謂罰金較之拘役爲輕。而有加減之問題。卽總則第四十五條。宣告

罰金者之易以監禁處分。亦本聲明法律以受罰金之執行者論。並無所謂加重。況罰金自有加減例。非但不得加至自由刑。亦正不必加至自由刑。故本項之理。自易明也。

現行刑律名例門。加減罪例條。律稱。凡稱加者。就本罪上加重。稱減者。就本罪上減輕。惟二死三流。各同爲一減。加者。數滿乃坐。又加罪止於流三千里。不得加至於死。本條加入死者。依本條律注。加重。謂如人犯處四等罰。加一等。卽坐五等罰。或犯處十等罰。加一等。卽坐徒一年之類。減輕。謂如人犯處五等罰。減一等。卽坐四等罰之類。二死。謂絞斬。三流。謂二千里至三千里。各同爲一減。如犯死罪。減一等。卽坐流三千里。減二等。卽坐徒三年。犯流三千里者。減一等。亦坐徒三年。數滿乃坐。謂如贓加至四十兩。縱至三十九兩九錢九分。亦不得科四十兩罪之類。此律與本條律意大略相同。加罪止於流。不得加至於死。尤爲新舊中外各法大同之原則。二死三流各同一減。亦卽死刑減二等。與無期徒刑減一等。同爲一等。有期徒刑之意。惟現行律之罰金。係由笞杖所改折。本與徒刑等第相次。故徒刑與罰金。可相互加減。本律則彼此性質各別。不能衡較。

重輕。且同爲加減一等。而現行律死罪以下。二遣三流五徒十罰。各設種種細別。遣流工作年限。各以每二年爲一級。徒刑自一年至三年。祇以每半年爲一級。罰刑以最多二兩五錢最少五錢各爲一級。其出入較微。本律則有期徒刑最長者十五年。一二三等徒刑。各須以五年爲一級。自一等徒刑以上。卽爲無期徒刑。罰金亦須以定額四分之一爲一級。其加減之等次。相越較遠。且現行律之加減。類多以一等爲限。本律則於加重。有累犯罪與俱發罪互合之併科。於減輕。除得減至二等或三等者以外。更有各種法律上減輕原因之互合。及審判上之酌減。此皆新舊律加減例之不同者。

第五十七條 分則定有二種以上主刑。應加減者。依第三十七條所列次序。按等加減之。

最重主刑係死刑。應加重者。止加重其徒刑。係無期徒刑。應加重者。止加重其有期徒刑。

最輕主刑係拘役。應減輕者。止減輕其徒刑。徒刑減盡者。止處拘役。

第一項。定有二種以上主刑。卽分則各條。以死刑與徒刑或徒刑與拘役。爲選

擇的規定者是也。本律分則各條所定之刑，其單純爲一種者殊少，而並列二種以上者較多。僅有前條之定例，於並列二種以上主刑者，應如何加減之處，仍多疑問。故本條特規定之。其主刑爲二種以上，非二等以上，乃通指刑名之種類而言。非僅指有期徒刑之等次而言。不得以有按等加減之語，而遂指二種爲二等。惟罰金之與自由刑，無彼此加重之理。故本條所謂二種以上者，止死刑與無期徒刑及拘役三種之自由刑。其罰金與拘役並列，或罰金與有期徒刑拘役並列者，當然不在本條之範圍以內。且二種以上主刑並列，適用其刑種之重者爲宣告刑。此非所謂加重。又適用其刑種之輕者爲宣告刑。亦非所謂減輕。蓋就其本罪之法定刑範圍以內，本有選擇適用之權。而與刑之加重減輕無與故也。依第三十七條次序，按等加減者，例如應處二等以上有期徒刑，減一等，卽爲二等或三等有期徒刑。又如應處二等或三等有期徒刑，加一等，卽爲二等以上有期徒刑。又如應處四等以下有期徒刑或拘役，及應處五等徒刑或拘役，加一等，卽爲三等以下或四等以下徒刑是也。

第二項之加重例，如處死刑無期徒刑或一等有期徒刑，加一等，卽爲死刑或

無期徒刑。又如處無期徒刑或二等以上有期徒刑。加一等。卽爲無期徒刑或一等有期徒刑。加二等卽爲惟一之無期徒刑。此蓋用截去末項依次推升之法。本項前段之例。加一等卽爲死刑。與前條第二項之例不同者。蓋前條係指分則中未定有死刑者而言。不得因加而變爲死刑。本條則係指分則中定有死刑無期徒刑一等有期徒刑之三項者而言。故遇有加等時。自應除去一等有期徒刑。變而爲死刑或無期徒刑也。然最重主刑係死刑者。其加重之方法。亦可有兩種之不同。而其結果殊有出入。一則先擇定適用之本刑。然後再行加重。又一則先行加等之後。再定其適用之刑。雖所加之等數相同。然彼此先後之間。結果因之殊異。例如應處死刑或無期徒刑者。加重一等時。又如應處死刑無期徒刑一等有期徒刑者。加重二等時。若用第一法。先定適用之刑爲無期徒刑。然後再加一等。或先定適用之刑爲一等有期徒刑。然後再加二等。則因前條第二項之制限。均可不加至死刑。雖其本罪原爲可處以死刑者。卽加等至死。亦不爲酷。然加減必以本刑爲基礎。而本刑之種類。審判官自有選擇適用之權。既選定其刑種之最輕者爲本刑。是卽認爲無應處死之罪。縱別

有加重之原因。亦仍宜受一般之制限。不得加至於死刑。此例於犯罪者爲較利。設用第二法。先加一等。除去其無期徒刑。或先加二等。除去其無期徒刑及一等有期徒刑。則二者均已變爲惟一之死刑。雖主刑本定二種以上。亦早無選擇適用之餘地。而前條第二項之制限。當然破除。其本刑處以徒刑者仍可加至死刑。此則於犯罪者爲不利。兩者寬嚴迥殊。而本條則係採第二種之加重方法者。

第三項之減輕例。如四等以下有期徒刑或拘役。減一等。卽爲五等有期徒刑或拘役。減二等。卽爲拘役。是也。此例係豫想專採四等有期徒刑爲其本刑者而設。若自始卽選擇拘役爲其本刑時。縱有一等或二等之減輕。亦應就拘役之刑期內。爲之減輕。無俟減輕其徒刑。惟因拘役更無細別之等級。故形式上已無可再減。惟實際處以刑期較短之拘役而止。蓋二種以上之主刑並列者。在其法定刑之範圍內。本自有選擇適用之權。非必因有減輕之故。而始得選定適用其最輕之刑種。如前例。卽無二等之減輕。亦得舍四等及五等有期徒刑而處以拘役者。減輕一層。更在其外。不得概謂之因徒刑減盡而始處拘役。

故先定本刑之適用而後減輕。與先減輕而後適用。其間微有區別。日本改正刑法。規定法律上刑可減輕之場合。而於各本條有二個以上之刑名時。先定可適用之刑。再減輕其刑。又規定拘留可減輕時。減其長期之二分之一。此蓋以定本罪之刑。爲或加或減之基礎。而拘留雖爲最輕之刑。亦仍有刑等之細別。以適於加減重輕。本律全不採此等主義。故解釋自別。

第五十八條

罰金。依分則所定之額。以四分之一爲一等。加重減輕之。

罰金應加減者。最多額與最少額同加減之。其僅定有最多額者。止加減其最多額。

罰金與徒刑拘役之性質各別。不能相互加減。故須特定加減例。日本改正刑法。限於減輕時。以定額二分之一爲一等。差數過高。本律定爲無論加減。概以四分之一爲一等。最多額與最少額同加減者。例如一千元以下一百元以上。減一等。爲七百五十元以下七十五元以上。加一等。爲一千二百五十元以下一百二十五元以上是也。止加減其最多額者。因僅定爲一百元或二百元以下。別未有若干元以上之雙對的規定。則其最少額卽爲一元。此一元之最少

額減等卽爲零。卽加等亦易因折中定額之故。致生奇零小數。且亦無隨同加減之必要。故止加減其最多額。此外分則各本條。更有於罰金之最多額及最少額概無規定。而但以某種價額之倍數及等數爲定者。如分則第三章。因戰時供給軍需契約。得不正之利。併科所得總額二倍以下罰金。及第六章。淨收入己者。併科與淨收同額之罰金等。此皆無條文明定之最多及最少額。惟有於其照倍數或等數所算定之額。加重減輕之而已。

第五十九條 分則所定併科之罰金。若徒刑應加減者。亦加減之。

其易科之罰金。若徒刑應減輕者。亦減輕之。

第一項。例如處五等期徒刑或拘役。而與一千元以下罰金併科。若加重一等。卽爲四等或五等有期徒刑。併科一千二百五十元以下一元以上之罰金。是罰金併科之自由刑。亦兼徒刑與拘役之兩種。本條止言徒刑之加減。而不及拘役者。蓋因拘役以其一種類之刑名。爲加減之一等級。在拘役之刑期以內。無論伸縮長短若何。總不得爲刑之加重減輕。倘拘役加等。卽入徒刑。而徒刑減等。亦卽入拘役。故徒刑實爲樞紐。而可舉以概括之也。

第二項易科之罰金。卽第四十四條所定者是。此其本刑及法律上之性質。本爲自由刑而非罰金。不過執行上之更易。自應隨本刑爲加減。惟此易科之罰金。本非一種獨立之刑名。並無原定之金額。以爲加重減輕之基礎。一日折算一元。比例早有一定。徒刑拘役之日數多。易科之金額亦自隨之而多。徒刑拘役之日數少。易科之金額亦自隨之而少。有本科之徒刑拘役爲主。無自另爲加減。凡加重減輕。必有其所加所減之基礎。易科之罰金。其發生在徒刑或拘役既宣告之後。於徒刑拘役縱有應加應減。亦早經加減確定。惟因執行之窒礙。始依定例折算。易以罰金。此時易科之罰金。乃始發生而有其數額。何自更行加減之。且前條及本條第一項所定之獨立的選擇的併科的罰金。其加減各以四分之一爲一等。均因其有作爲基礎之原額故。若易科之罰金。無從適用四分之一之加減比例。自不能與定爲刑名而有原額之罰金。相提並論。照第四十四條所定。此種易科之罰金。其金額止有折合之多寡。而別無加減之重輕。本條增入第二項。轉滋迷惑。不如刪削之爲愈。

第六十條 同時刑有加重減輕者。互相抵銷。

本條及次條。定主刑加減之次序。

同時加重減輕。互相抵銷者。例如再犯之加重一等。與自首之減輕一等。同時互合。則彼此抵銷。毋庸加減。以圖逕捷。既可互相抵銷。則無俟定加減之次序矣。惟俱發罪之加重。非若累犯之加一等或二等。有不能與他種刑之減輕。直接用抵銷之法者。蓋他種主刑之減輕。以一等二等或三等爲區別。俱發罪之加重。則非遞加等級。而照第二十三條之特例。於各刑合併之刑期以下。其中最長之刑期以上。定其刑期者。彼此性質不同。無從相銷適合。倘一加一減。不確定先後之次序。則結果必異。而不能確保審判之公平。例如有俱發之兩罪。甲罪應處徒刑十年。乙罪應處徒刑五年。因中止或自首。減輕一等。應處徒刑三年。此時若先將乙罪減等。再照第二十三條第三款例。於甲乙合併之刑期十年以下。甲罪最長之刑期十年以上。定其刑期。則中數爲十一年又六個月。倘先將俱發兩罪加重。仍照前例。於甲乙合併之刑期十五年以下。甲罪最長之刑期十年以上。定其刑期。則中數爲十二年又六個月。再行減去一等。則其刑期降至十年以下。同是一加一減。而其結果之輕重。迥然不同。乙罪獨有法

律上減輕之原因。自不能減之於兩罪既併合加重之後。故其間自有一定之次序。此其一例。又如俱發之兩罪。甲罪應處徒刑十年。乙罪應處徒刑五年。均無法律上減輕之原因。惟得依審判上之酌量減輕。此時苟於俱發各罪之一。先酌減一等。爲乙罪應處徒刑三年。則依第二十三條例處斷。定爲十一年。又六個月。倘於俱發罪科刑既定之後。再酌減一等。則其刑期降至十年以下。同一加減。先後結果不同。然酌量減輕。乃因法律上之加重減輕各方法。猶有所未足。藉以劑其平。自不能越出於俱發加重之上。此又其一例。故同以等數計者。雖可彼此抵銷。先後任意。而俱發罪之加重。則定有特例。自不能與他種法律上審判上之減輕。互相抵銷。解釋上應另定加減先後之次序。而特由本條除外之者也。

第六十一條 有二種以上應減者。得累減之。

二種以上應減。統括法律上及審判上之一切減輕而言。與第五十五條規定之意畧同。惟其累減之方法。屬於同一種之減輕原因者。自應一次併減。若屬於別一種之減輕原因者。則應分次遞減之。前者例如瘖啞人之犯罪。減輕本

刑二等。以其出於宥恕之同一原因。故其二等須一次併減之。若因宥恕減一等。更因不知法令減一等。其應減二等之原因。非出於同一。則不可不分次遞減之。併減之與遞減。等數雖同。而結果殊異。例如應處罰金四十元。倘一次併減二等。則應爲二十元。若分次遞減二等。則先減一等餘爲三十元。再減一等餘爲二十二元五角。較之一次併減者。其數各殊。條文云累減。是卽遞減而非一次併減之義。其累減之次序。則酌量減輕。不得先於宥恕減輕自首減輕其他法律上一般之減輕。而從犯未遂犯之減等。及分則各本條所載特別之減輕。自應以其所減輕者作爲本刑。與他種減輕之原因異其性質者也。

第六十二條 凡從刑。不隨主刑加重減輕。

本條定加重減輕之除外例。

從刑雖於主刑爲附屬。而其性質非可有所加減。如褫奪公權。爲奪其法定之資格。沒收爲收其特定之物件。皆非可加重或減輕者。故特設本條之規定如此。惟褫奪公權與沒收不同。有不能完全適用本條之例者。照第四十六條所定。卽法律上當然褫奪者。亦得奪其全部或一部。照第四十七條所定。則褫奪

與否。既悉由審判官之任意。且或奪其全部或奪其一部。亦全由審判官之斟酌而定。褫奪之期限。或長或短。亦並無一定之限制。且有僅奪現在之地位。而不於一定期限內褫奪第四十六條資格。亦作爲褫奪公權者。故日本舊刑法之褫奪公權。法律上確定。審判官不別用宣告。而當然發生效力。自無從加重或減輕。受主刑輕重加減之影響。本律則設種種區別。無一定標準。全由審判官之鑑衡。或奪或否。或重或輕。仍須洞察犯人之心術。及犯罪之大小而定。是不外乎隨主刑爲加減。且不以主刑爲標準。而須直接鑑察犯罪情狀。以定奪權之處分。實際併可謂獨立的加重減輕。而已失其從刑之性質者。故本條之不隨主刑加重減輕。於褫奪公權之一種從刑。不能完全適用。詳見第四十七條所述。

第十二章 緩刑

緩刑。卽各國法所定刑之執行猶豫之義。與古所稱緩刑者。語同而意異。原案本標題爲猶豫行刑。修正案改如今律。緩刑之制。爲晚近刑事政策之一種歸宿。所以啟犯人之自新。而豫防短期自由刑之流弊。全由歐美各國經驗而來。

或疑此制法意雖善。事太迂緩。尙非今日所宜。實爲過慮。我國舊時律例。雖尙無猶豫執行之明文。而實際未嘗無其事例。如問案者於尋常過犯。每因念其初次。或自誓改過。許其姑與格外從寬一次。以觀後效。並聲明以後務當洗心革面。如再不知改悔。定當一併嚴懲云云。此等判例。殊爲數見不鮮之事實。不過尙止有此慣習法。而尙未見之於成文法耳。今特設本章之規定。雖係仿行新法。實則謂之承認舊例。亦無不可。不患其致滋流弊也。

第六十三條 具有左列要件。而受四等以下有期徒刑或拘役之宣告者。自審判確定之日起。得宣告緩刑五年以下三年以上。

一 未曾受拘役以上之刑者。

二 前受三等至五等有期徒刑。執行完畢或免除後。逾七年。或前受拘役。執行完畢或免除後。逾三年者。

三 有一定之住所及職業者。

四 有親屬或故舊監督緩刑期內之品行者。

本條及以下二條。定緩刑之方法效力與其制限。

緩刑之沿革。自昔歐美各國。審判官權限極廣。遇犯人情節可恕者。不必據有法律之明文。可一任審判官酌定。暫緩其刑之執行。至近年則各國多以之定爲成文法。自美國瑪賽秋裁州爲始。其先後採用此制者。如左表。

- 一 北美合衆國瑪賽秋裁州 一八七八年
- 二 英國 一八八七年
- 三 比利時 一八八八年
- 四 意大利 一八九〇年
- 五 法國 一八九一年
- 六 那夏特爾 同前
- 七 修乃浦 一八九二年
- 八 挪威 一八九四年
- 九 德意志多數聯邦之用恩赦之刑式 一九〇二年至一九〇五年
- 十 瑞士多數州 一八九七年以後
- 十一 北美合衆國二十七州 一九〇一年

十二 日本

一九〇五年

此外若與地利及匈牙利刑法草案。瑞士統一刑法草案。丹抹、瑞典、俄羅斯等。亦皆欲採用此制。殆已爲世界所公認。卽我國審判慣例。亦實際通行。有如前述。惟其條件效力及制限。向無一定。今特設本章規定之。其可推行無弊。自不容疑。

緩刑之本旨。在杜罪惡之傳播。免再犯之萌孽。蓋短期自由刑之執行。犯人乏改善之效。或致轉益墮落。此統計上確可徵驗。良由短期自由刑。多以處尙未失社會上名譽心之輕微罪犯。其人因入監獄。自覺已失體面。致益自暴棄。甘心怙惡。流於累犯。於是思補救之法。苟初次或與相類之小過犯。向來之性行尙不陋劣。且認爲寬貸之亦當無虞再犯者。在相當之期間內。暫緩其執行。若其期間內不再滋生事端。則與並未科刑者相同。依然全無疵垢。倘有再犯。則緩行之刑與再犯之刑一併執行。如此恩威並用。使犯人得以自新。不致沾染監獄中惡習。藉達刑罰之目的。以此成爲一種刑事政策。是卽延緩行刑之制度。

緩刑之方法。共有四種主義。其一、刑罰宣告延緩之主義。於似能改悔之有罪者。在一定之期間內。暫緩刑之宣告。以試驗其行狀。過限而無惡行。可全赦免之。若有惡行。則宣告其刑而執行之。此爲美國暴斯頓府所創設。而英國採用之制度。必須有試驗其行狀之試驗官。其他之手續甚煩。非別國所能仿倣者。其二、條件附刑罰宣告之主義。對一定之犯人。所宣告之刑罰。以一定之期間。暫緩其執行。若其期間內。並不再犯。或不別發覺妨礙緩刑之事實。則失其刑之宣告之效力。此爲比利時所創行。傳入法國。至爲各國立法所取資。其主義爲最適當者。其三、條件附恩赦之主義。對已受刑之犯人。以行政處分寬緩其執行。安然無事過豫定之期限。則確真免除其執行。此爲德意志各聯邦所採用之主義。其四、條件附執行延緩之主義。以裁判而展緩刑之執行。安然無事過一定期間。則確真免除其執行。此爲日本前定單行法所採之主義。在第三及第四之兩主義。其結局止免除其刑之執行。而刑之宣告之效力自若。故不能使犯人有回復全無疵垢之希望。不甚能促其力求自新。此較第二種主義爲遜。本律之緩刑。係採第二種條件附刑罰宣告之主義。

者。

緩刑之條件。分爲三種。其一、關於現在之事實。卽必須現犯之罪。爲應處四等以下有期徒刑或拘役者。不及於三等以上之徒刑。蓋全因避短期自由刑之流弊而出此。故罰金當然不在此例。但外國立法中。亦有於罰金一律適用緩刑之制者。且四等徒刑。罪不爲輕。應禁三年。期不爲短。於此似尙失之寬。宜改爲五等以下。其二、關於已往之事跡。細別爲二。甲、須如第一款所列。爲輕微之初犯。所謂未曾受刑者。不但未受刑之執行。併須未受刑之宣告。其雖受宣告而經大赦者。或完成前次之緩刑時效者。亦與未受刑之宣告者同。得爲具有第一款之條件。乙、須如第二款所列。初犯後已隔多年。若在本款所定七年三年之期間內。更處徒刑拘役之刑時。其第二次所處之刑執行或免除後。不論經若干長年月日。亦不能得緩刑之資格。又照此條件。在本款所定之期間內所犯之罪。其性質上自不能許以緩刑。甲乙兩款之條件不具。雖已幸邀緩刑。亦難望完成其效果。條文於現犯之罪。與前犯之罪。均以徒刑與拘役並列。然則前犯之與現犯。須同其刑之種類耶。抑可異其刑之種類耶。詳

言之。則七年以前處徒刑。現應處拘役。或三年以前處拘役。現應處徒刑。各得爲具本條之要件否耶。此於解釋上自無制限。其三、關於本犯之地位。細別爲二。甲須如第三款所列。此卽舊例責令鋪戶取保之意。職業不問種類何若。惟須爲一定者。住所是否必須爲第宅。抑可兼賅營業所在內。此可無須區別。總之均須有永久的繼續的性質。在緩刑期間內變動較少者始可。乙須如第四款所列。品行之監督。亦卽舊例交家長或店主領回管束之意。惟本款似不能作爲絕對的法定之條件。蓋犯罪者未必盡爲卑幼及店夥。設當地並無親屬。或親屬俱係卑幼或婦女。能爲尊長之監督否。故舊如係尋常交友並非師長及雇主。能爲之監督否。且因本款條件之不具。而前三款均歸無效否。又雖有親屬或故舊之監督。能專恃此而不藉警察官之補助。時常嘿察其動靜否。故如本款之情形。宜入審判官酌量之中。而不得作爲絕對的法定之條件。致適用有所窒礙。

緩刑之職權。雖具以上各要件。亦非定須緩刑者。緩刑之宣告與否。一任審判官裁定。而非犯人可據以要求。如何情節而可宣告緩刑。條文並無明文。大

抵以出於偶發者爲限。例如血氣未定。偶因酒色墮落。乃竊取或強占少額之金錢。或因酗酒毆人。致負微傷。或因受人挑撥。毀壞器物。殺傷牛馬等皆是。且不獨犯人之性行。卽其家庭之狀況。及職業的關係等。凡有關緩刑之作用者。均應包含。若勢成習慣之犯。及浮浪惡少等。雖緩刑亦無益。至緩刑之期間。以三年至五年爲限。由審判官定其適當之期。大抵極偶發之犯。而似有悔悟之狀者。不妨稍短其期。否則徒使緩刑時效易於完成。致流輕縱。

本條一再犯徒刑。止以已逾七年之故。非但不作爲累犯。而併得許緩刑。又累犯罪之於前已受刑者。更須加重。此則前經免除。向未執行。而轉得緩刑。似彼此相形。未免厚薄。然刑之目的。在減少犯罪。彼距初犯處刑未久。卽復犯罪。是幾成性習。故宜加等。此則距前犯已逾七年。是此七年內。社會已減少一犯罪之人。又責以緩刑期間五年。是以後五年間。又可常保其不復犯罪。卽社會之受益甚多。不得以執行與免除。就犯人所受之苦痛。而衡較其輕重得失也。況就各國刑事統計。平均計算。罪犯百人之中。累犯者常居四五十人。而採用此緩刑制之國。於輕微之初犯。及長年之再犯。不遽投之監獄。而警告將來以試

驗之。其在試驗期內更犯罪者殊少。平均計算。每百人中常止十五六人。二者相衡。得失可見。故此緩刑之制。自宜爲今世輿論所趨重也。

第六十四條 受緩刑之宣告。而有左列情形之一者。撤銷其宣告。

一 緩刑期內更犯罪。受拘投以上之宣告者。

二 因緩刑前犯罪。而受拘投以上之宣告者。

三 不備前條第二款之要件。後經發覺者。

四 喪失住所及職業者。

五 監督人請求刑之執行。其言有理由者。

緩刑之宣告。本爲姑准從寬。以觀後效。仍須留心察看。倘有不合。自應撤銷。隨即執行其所宣告之刑。緩刑之宣告與否。雖爲職權的。可以任意。而撤銷之宣告。則爲法定的。應受拘束。而必不可不照行。其撤銷之要件。如本條所列各款。第一款之條件。其性質上當然不及於應處罰金之罪。及緩刑期滿後所犯之罪。有本條第一款之情形者。其在緩刑期內所犯之罪。應作爲獨立之一罪。而與已受宣告緩刑之罪。一併執行。以其犯在審判確定之後。故非俱發罪。又

以其初犯所受刑之執行。尙未完畢。故亦非累犯罪。第二款之犯罪。卽前受宣告緩刑已發覺者之餘罪。而在緩刑期間內方始發覺。其罪應處徒刑拘役者。是條文雖無緩刑期內之字樣。然承前款之規定可知。第三款之條件。爲在緩刑宣告以前所犯。應處自由刑之罪。未滿一定年限。而在緩刑期內方始發覺者。詳言之。則在緩刑宣告以前七年或三年內。既於他罪處徒刑拘役之刑。至此發覺。又自緩刑宣告之七年或三年前。處徒刑拘役之刑。更於其處刑後之七年或三年內。曾處徒刑拘役之刑。而至此始發覺是也。其與前款之區別。蓋前款對前條第一款而言。係初以爲前未犯罪。至此始覺其前已犯罪者。本款則對前條第二款而言。係初以爲前犯所處之刑。距現犯已滿一定年限。至此始悉現犯時。尙未滿前犯處刑後一定之年限者。此主爲前後所犯之時期關係。故本款之所謂發覺。有兩種。一則發覺現犯之時期。實際尙未滿一定年限。一則發覺另有他種未發之餘罪。致不能扣滿一定年限。第四款住所之喪失。非必移徙脫逃。乃向恃以爲根據地之第宅或主要營業所。已脫離其法律上之關係。如出售轉變等是。住所或職業既已喪失。則試驗監督。均多不

便。且因前三款犯罪之發覺。亦易遁其執行。而無從根追。故須注重。若何而知其住所及職業之喪失。此必恃有注冊處及警察官等他種機關之輔助。屬於事實問題。第五款之條件。如現例責成家長或店主管束。因有抗拒不服情形。而仍送官懲處者是。惟此係指有監督之人者而言。若犯罪人之年齡地位。別無監督人者。自不適用。必須以言有理由爲要件者。蓋非實在無可收拾。亦不必輕弛監督人之責。而遽投諸狴犴。以沾惡習故也。然至監督人請求行刑。總非無理由者。本款末句。似可削除。

第六十五條 逾緩刑之期而未撤銷緩刑之宣告者。其刑之宣告爲無效。

逾期而未至撤銷緩刑之宣告。是爲緩刑之時效完成。非但前所宣告之刑。免除其執行。且與自始未有刑之宣告者相同。故非免除其刑之執行。而爲刑之宣告失其效力。免刑。猶有刑而特不執行。刑之宣告失效。則併無刑而自不能執行。惟其然而受緩刑者可仍復其舊狀。一切恥辱得盡洗刷。自易激發。力蓋前愆。倘在此試驗期內。仍甘自棄。故態復萌。則所與之處罰亦重。如此優獎於前。嚴策於後。其人之利與不利。灼然可判。故自願悔改者。十常居其八九。此實

深洽刑期無刑之義。

第十三章 假釋

假釋與緩刑。同爲執行上之一種方法。藉以達刑法之目的。而緩刑在刑之未受執行以前。假釋則在刑之既受執行以後。假之文義爲借。乃本應在獄執行。因其實有悔過遷善之狀。故假與寬釋。以試驗之。卽外國法之所謂假出獄。及假出場。假出獄者。指懲役禁錮以上之刑。拘置於監獄者言之。假出場者。指拘留之刑。拘置於拘留場者言之。本律之徒刑與拘役。均監禁之於監獄。且本章所許出獄者。以徒刑爲限。故無假出場之制。原案篇日本作假出獄。略與暫釋相似。而暫之與假。性質又復不同。暫者不能久。假者可卽真。是以改從今名。標題爲假釋。

第六十六條 受徒刑之執行。而有悛悔實據者。無期徒刑逾十年後。有期徒刑逾刑期二分之一後。由監獄官申達法部。得許假釋出獄。但有期徒刑之執行。未滿三年者。不在此限。

本條及次條。定假釋之方法效力。及其制限。

假釋之沿革。最初惟法國。當西一千七百年之末。僅於年幼囚行之。其對一切之自由刑囚徒。採用此制者。實自英國始。爾來各國多襲用之。其次序之先後。如左表。

- 一 英國 一八五三年單行法
- 二 塞爾維亞 一八六九年單行法
- 三 瑞士多數洲 一八七〇年以後
- 四 德意志 一八七一年刑法第二三條
- 五 丹抹 一八七三年單行法
- 六 克洛亞 一八七五年單行法
- 七 美國各洲 一八七七年以後
- 八 匈牙利 一八七八年刑法第四八條以下
- 九 荷蘭 一八八一年刑法第一五條以下
- 十 日本 一八八二年刑法
- 十一 法蘭西 一八八五年單行法

十二 奧大利 一八八六年布告

十三 意大利 一八九〇年刑法第一六條以下

十四 葡萄牙 一八九三年監獄則第八條以下

此外若瑞典。雖無特別之法。然依恩赦之形式行之。實際上制度仍同。而此恩赦成爲一種慣習法。惟俄國僅於一八八三年刑法草案第二十一條。曾有此種規定。是歐美日本各國。殆莫不採用此制度者。我國舊時律例。雖向無准假釋出獄之明條。並於斷獄門嚴獄囚應禁而不禁之律。然現時各省外辦監禁年限人犯。亦有經州縣以察看自入獄後實能悔悟。並經親族領懇等詞。爲之稟詳院司。請從寬提禁保釋。是卽各國假出獄之意。惟僅見之於裁判慣例。而不定之於成文法。雖謂此制我國前已實行亦可。有本律之明文規定。制限自益周密。無慮不便推行。

假釋之本旨及質性。自古拘禁人於監獄。爲欲以痛苦懲戒其人。近時則以自由刑之執行。爲使犯人得以悔過遷善。刑罰本爲一種手段。而非以此爲目的。故在刑法執行之時。倘其人既有改悔之情狀。無必須對其人爲刑之執行。得

限刑期中滿一定期間後。假許出獄。此深合刑事政策之宗旨。一以使受刑者挾前途之希望。樂於改過自新。一以使受刑者試爲獄外之生活。得爲確定放免後生計上之準備。用意至善。雖在事實上。似爲對受刑者與以恩典。而在法理上。則並無恩典之性質。蓋恩典之特赦。爲因確定判決所宣告之刑有不正或過當。而以大權矯正之之手段。假釋則不過執行其宣告刑之一種方法。其刑之效力仍存。尙須受特別之監督。故於既許假釋者。在刑期未滿以前。亦得更受特赦之恩。

假釋之條件及範圍。分別說明之。第一、可許假釋之範圍。爲受徒刑之執行者。其處拘役之刑者。不在此例。蓋因假釋主爲長期自由刑之補救手段。拘役則自有緩刑之制以補救之故也。不及罰金易刑之監禁者。以其性質爲異。縱有以行政處分得許假出。亦無須本條之要件。且非有本條之效力故也。徒刑可包無期及有期之二種。而有期徒刑。則必須已滿三年者。非此無以馴其性。且年限較短。不易驟得悛悔之實據。亦無出以救濟之必要故也。第二、可許假釋之條件。分爲三種。甲、本犯之情狀。須有悛悔實據。如何而足爲悛悔之

實據。此無從概括的說明。卽監獄規則之謹守。亦不過爲其例示之一端。此全由監獄官之親臨監督。日夕注意其一舉一動。與他囚人比較而得之。要之既曰實據。則必須有可以指證之事跡。非可僅以空言考語出之。乙、刑期已往之年限。於無期徒刑。各國法有須限十五年者。本律則定爲十年。於有期徒刑。各國法有定爲滿刑期四分之三者。亦有定爲滿刑期三分之一者。本律則酌乎其中。而定爲逾刑期二分之一。蓋十五年及刑期四分之三之定限。失之過嚴。在有改悔之情狀者。不但無此長期間執行其刑之必要。且恐有因此轉使受刑者心灰而妨其改悔之弊。然若失之過短。則亦無以資懲創。故須定適中之制。但有期徒刑止云逾刑期二分之一。則恐有執行未久。卽援本條之例。得以假釋。未免過寬。故必特定其最少年限爲三年。丙、手續之關係。須由監獄官申達法部。雖具以上二種之條件。然假釋與否。非法定的而認許的。不特受刑者不能要求。卽司法官亦不能干與。蓋刑罰之執行。非司法事務。而爲司法行政事務。其權當屬之司法行政官。假釋爲刑罰執行之一種方法。不過由監獄的雜居式。推廣一步。進而爲獄外的雜居式。仍須照假釋管束規則。受特

別監督。無異於刑罰之執行。故不藉司法官之考驗及宣告。其得假釋與否。一視監獄官之申達。及法部之准許與否而定。或慮人情欺詐百出。在獄之知悔。與出獄之安分。審判官無從洞察。然此本非審判官所應干與。祇須監獄官得人。及假釋管束規則之妥善編訂實行。至慮賄囑運動。則人之弊而非法之弊。舊律施行時。或更甚也。

第六十七條 凡假釋出獄。而有左列情形之一者。撤銷其假釋。其出獄日數。不算入刑期之內。

- 一 假釋期內更犯罪。受拘役以上之宣告者。
 - 二 因假釋前所犯罪。受拘役以上之宣告者。
 - 三 因假釋前所受拘役以上之宣告而應執行者。
 - 四 犯假釋管束規則中應撤銷假釋之條項者。
- 未經撤銷假釋者。其出獄日數。算入刑期之內。

假釋之制限。在撤銷其假釋。以爲之鞭策。且非任意的撤銷。而爲必然的撤銷。其撤銷時。非必申達法部。有鄭重之手續。既撤銷後。當然重復入獄受刑。且其

假釋期內之日數。應自刑期中扣除。不能算入。其結果。刑期因此延長。又與另犯之罪一併執行。是爲犯人不利益之點。然究因如何情形而應撤銷假釋。則有如下列之四種條款。第一款、更犯拘役以上之罪。不及於罰金者。拘役應受自由之拘束。而罰金祇須照數完納。且罰金之刑。多以處過失之犯罪。卽非過失。其罪惡亦甚輕微。不必因此而停止其假釋。但日本改正刑法。則以更犯罰金之罪。亦爲撤銷假釋之一種原因。第二款、因於假釋以前之犯罪。假釋以前。非指在監獄時。乃統括前罪之刑未受執行時而言。爲未發之餘罪。第三款、因假釋前所受拘役以上之宣告而應執行。凡刑之宣告。固無不應執行者。此獨聲明受拘役以上之宣告而應執行。以與第一第二款區別。蓋卽照第六十三條第二款及第六十四條第三款之規定。距前犯拘役以上之罪未滿一定年限。而又犯拘役以上之罪。不能受緩刑之利益。應卽執行者。果照此解釋。則假釋前受拘役以上之宣告。而具第六十三條第二款之要件。得與緩刑者。卽可不撤銷其假釋。本款爲假釋與緩刑以同一要件而互合之意。然曰假釋前受宣告應執行。此層終留疑義。拘役以上之自由刑。審判確定後。卽可執

行。無假釋前受宣告而至既假釋後始應執行之理。且在假釋前既受刑之宣告而應執行。是則早可不與假釋。無俟既假釋而更撤銷。又條文所謂假釋前者。倘總括所與假釋之前罪其刑尙未執行時。則更可與前罪之刑一併執行。無由獨立宣告應執行拘役以上之刑。卽不然而照第六十六條得許假釋者。有期徒刑須滿三年以上。然照第七十四條行刑權之時效。拘役止一年。五等徒刑亦止三年。倘若假釋前之宣告應執行。爲在前罪之刑尙未執行時。則至議及假釋之撤銷。在五等徒刑及拘役。已照第七十四條第七第八款行刑時效而消滅。故本款之假釋前。祇可解爲假釋前之一年以內。然既於假釋前最近時期。有宣告應執行之刑。則自由刑之宣告與執行。固非必分爲二時期。且不必仍與假釋而更撤銷。其理由如何。尙望立法者之指示。第四款犯假釋管束規則內之重要條項。蓋此種情形。雖未犯罪。而其生活甚不秩序。不久卽虞犯罪。故亦宜停止出獄。至應撤銷假釋之條項。究爲何等條項。此時管束規則尙未訂定。無由說明。然照日本舊刑法附則所定。如使犯人定一定之住地。由所在地之警察署特別監視。每週須至警察署呈驗假釋證票。鈐蓋印信。不

得參預於宴會遊興及稠人廣衆之地。移住須報警署得許可。且不得出本府縣轄境。又不得爲往返一日程之旅行。以及警察得適宜隨時臨檢其住所。此等取締規則。有違犯者。得停止假出獄。其監視方法。較之吾國現行事例。着交地方官嚴加管束。徒有名而無實。及舊例於徒流人犯到配。由所在地方官每月按名點驗。其餘一切不之過問者。寬嚴疎密。迥不相同。雖附加刑之期滿後。監視制度。弊多利少。現已削除。而假出獄之特別監視方法。仍取周密嚴重之主義。本款撤銷假釋之條項。究爲何等。不難於此參考比擬而得之也。

第二項未經撤銷假釋者。其出獄日數算入刑期之內。此卽第一項假釋撤銷。其出獄日數不算入刑期以內之義。特重言反覆以聲明之。前項第二及第三款。均以假釋前所犯。作爲撤銷之原因。且本條之撤銷。爲必然的。而非任意的。於此未免爲酷。蓋既認有悛悔實據而假釋之。不宜更牽前事而致復撤銷。惟假釋制度。於吾國爲創行。不得不稍從嚴格。故規定若此。

第十四章 恩赦

恩赦本爲君主之大權作用。根據於憲法。非刑律所應規定。惟現時憲法尙未

頒布憲法大綱。不過略具其雛形。現行刑律名例門本有常赦所不原條律。斷獄門亦有赦前斷罪不當。及聞有恩赦而故犯諸條律。均入刑律範圍之中。且自光緒二十九年。刑部奏定罪犯習藝章程。軍流發配與否。以常赦得原不得原爲斷。近年內外問刑衙門。於軍流之是否發配。俱以恩赦條款爲準。是恩赦之與刑律。關係甚爲重要。故本律暫依現行律例。特設此章。然憲法頒布。新刑律實行。恩赦條款。或亦當因之廢改。

第六十八條

恩赦。依恩赦條款。臨時分別行之。

恩赦之法。古今中外所通行。惟其範圍互異。日本於憲法第十六條。明定天皇命大赦。特赦。減刑及復權。是卽恩赦之制。大赦者。對於某種之罪。消滅其審判之效力。不但消滅其刑之執行權。故雖犯人死亡後。亦仍得有滿雪之利益。特赦者。對於一定之人。免除其刑罰之全部執行。而判決之效力自在。其免除刑之一部執行者。則爲減刑。此屬於特赦之一種。復權者。謂回復已被褫奪之公權。對於從刑而言之者也。大赦與特赦。減刑之區別。其一。大赦不必由官吏奏請。其二。特赦減刑。止限判決後刑之消滅前。且止免其刑之執行。而不能消滅

其所判決之罪。大赦不然。其三、大赦當然復權。且以後亦不得作爲再犯之基礎。此爲外國法關於恩赦之大略。

我國舊制。於赦免有得赦與不得赦之區別。且恩赦者。專言赦除。而於減等則別之爲恩旨查辦。又所謂大赦者。普及於一切之人。無論何種之罪。除律所不原者以外。一體普及。惟赦書臨時定罪名特免者。略與外國於大赦限某種犯罪赦免之義相近。又外國之大赦。消滅已判決之效力。而我國之恩赦。不論已結未結。已發覺未發覺。咸得赦除。且有以赦前事告言人罪者。以其罪罪之之定例。是恩赦之範圍及效力。較之外國之大赦例爲大。若干係錢糧婚姻田土等項。罪雖遇赦寬免。事須究問明白。應追取者仍行追取。應改正者仍行改正。此與學說上對於遇有大赦之行爲。仍有民事上之訴權。得起私訴。請求損害賠償之法理相同。惟現律斷獄門。聞有恩赦而故犯條律稱。聞有恩赦而故犯。加常犯一等。雖會赦並不原宥。若官司聞知有恩赦。而故論決囚罪者。以故入人罪論。云云。此則各國所無。而實際亦難於區別應用。

恩赦條款。自昔由刑部歷次奏定。咸以恩赦之詔書爲依據。此外另有恩旨條

款。係查辦減等發落。義稍加嚴。大都恩赦之所不得免者。卽恩旨之所不得減。現行刑律名例門。常赦所不原條律。係遵恩赦詔書條文。修改舊律。其文云。凡犯謀反叛逆。子孫謀殺祖父母。內亂妻妾殺夫。奴婢殺家長。殺一家非死罪三人。採生折割人。謀殺故殺。蠱毒魘魅毒藥殺人。強盜妖言。十惡等。真正死罪。及侵貪入己。軍務獲罪者。雖會赦並不原宥。其餘咸得赦除。若奉減等恩旨。則減死從流。流從徒。徒從罰。亦准此查辦。該條律注稱。律未賅載者。一以現奉恩赦條款爲斷。本條云。依恩赦條款臨時分別行之。卽此意也。

恩赦之利弊。就其利而言之。可分三種。第一、可獎勵犯人之改悔。蓋假釋尙有一定之條件及期限。恩赦則審察犯人果真改悔。直可以大權行之。因此可獎誘速於改過。第二、可補法之不備。分則各條。雖於法定刑寬其範圍。然常有宣告最輕之刑。猶失之重者。卽酌減亦祇能減輕一二等。且若法律因時勢及其他情形之變遷。或有不能適用之處。而又在未能改訂之時。惟恩赦之形式。可以補救之。第三、可正審判之錯誤。蓋審判確定後。雖或可依非常上告及再審而糾正之。然刑事訴訟法上有嚴格之制限。惟恩赦無此窒礙。若就其弊而言。

之。各國每因慶典頒赦。實不合刑罰權之本旨。蓋單爲感情而濫施恩澤。則對於惡人而與以慈悲。卽生對於善良而與以苛虐之結果。故恩赦非法。大權不宜濫用也。

第十五章 時效

時效者。經過一定之時期。當然發生法律上一定之效力之謂。此爲各國法制通用之名詞。惟我國則於本律方始採用之。時效之意義。雖與期限相似。而實際不同。期限者。就官署一面而言。含有命令之意。時效則視各種情形。有法律上權利取得或義務免除之效力。且期限爲一定。而時效則有中斷及停止之作用。民法商法行政法及民事刑事訴訟法等。均有時效之規定。不獨刑法爲然。使非有性質符合。而能通貫於各種法律之名詞。則解釋引用。諸多不便。故應以各國通行之時效二字。爲法定名稱。而不能易之以期限或其他用語。凡經過一定之時期。而生權利取得之效力者。是謂得權時效。亦謂之取得時效。其經過一定之時期。而生義務免除之效力者。是謂免責時效。亦謂之消滅時效。在刑事法之範圍以內。無有得權時效。而惟有免責時效。且於免責時效之

中亦惟有爲其一部分之公訴時效及行刑時效之二種而已。

公訴時效及行刑時效之二種。應否悉規定於刑律。此就法典編纂之體裁論之。其關於時效之規定。共有三種主義。第一種以公訴及行刑之時效。均入刑事訴訟法之中。而不屬於刑法。如法蘭西刑事訴訟法六百三十五條以下。是。蓋起訴權固不待論。卽行刑權亦屬審判執行權之一。皆爲訴訟法之事故也。第二種以起訴權之時效。屬於刑事訴訟法之中。而行刑權之時效。則定之於刑法。如日本改正刑法第三十二條及刑事訴訟法第八條是。蓋以起訴權之時效。雖屬訴訟法上之關係。而行刑權之時效。關乎科刑之期限。爲關係於刑法故也。第三種以公訴及行刑之時效。悉規定於刑法之中。如德意志刑法六十四條以下。及匈牙利、荷蘭、布加利亞、墨西哥、意大利、芬蘭、挪威等刑法是。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。故其時效亦卽爲刑法上一種科刑之制限。此最合於條理。故本律從多數之立法例採用之。

第六十九條 提起公訴權之時效期限。依左例定之。

- 一 係死刑者十五年。
- 二 係無期徒刑或一等有期徒刑者十年。
- 三 係二等有期徒刑者七年。
- 四 係三等有期徒刑者三年。
- 五 係四等有期徒刑者一年。
- 六 係五等有期徒刑以下刑者六月。

前項期限自犯罪行為完畢之日起算。逾期不起诉者。其起訴權消滅。

本條及以下二條。定公訴權時效之期間。及其計算方法。

公訴權之意義。及其發生消滅之原因。公訴者。別於私訴而言之。非請求民法上損害賠償之訴。乃請求刑法上決定犯罪及處以刑罰之訴。此種訴訟。應由公之國家機關執行之。其權屬於檢察官。而不能任一私人之任意取捨。惟於親告罪稍存例外。公訴權者。以刑罰請求權為根據。而請求刑之宣告之一種起訴權也。公訴之提起。須依刑事訴訟法上一定之手續。如審判之管轄。當事者能力。訴訟能力及各種法式等是。公訴權之發生。通例與刑罰請求權共發。

生於犯罪行爲已成立之時。至公訴權之消滅。則其原因有種種。一爲被告人之死亡。但數人共犯之其他被告人。不在此例。二爲親告罪之拋棄告訴權。三爲確定判決。卽有罪無罪或免訴之判決確定後。一事不再理。四爲因犯罪後所頒之法律。其刑廢止。五爲大赦。六爲時效。卽本條所定者是。

刑事法上認公訴權因時效而消滅之理由。約有六說。第一說。爲保護被告者。此說最古。殊無價值。第二說。謂犯罪者在時效期間內。日恐發覺。其良心之痛苦。已與身受刑罰者相同。故經過此時間。視爲足以相抵。此亦迂緩。第三說。謂過一定期間而不行使訴追權。不免失之懈怠。然國家有處罰犯罪人之義務。若因懈怠而消滅此義務。殊無理由。第四說。謂歷時過久。已遺忘犯罪。卽無訴追之必要。然國家訴追之義務。究不能因此而消滅。第五說。謂歷時過久。則有罪或無罪之各種證據。多已湮滅。調查爲難。且恐不確。證據物之外。尤重者爲證人。年久必至人證不齊。非有死亡。卽難追憶。倘以不的實之證據。而審理。判決不確實之人。勢必冤抑無辜。難成信讞。此說最爲平易。然因罪之輕重而時效期間有短長。如本條第五第六兩款。仍不能以此理由而說明。

之。第六說謂使法律與事實之勢力相調和。而務達實際之目的。蓋法律的秩序。非專恃貫徹犯罪必罰之原則而維持之。必與國家現實之目的相投合。若既久置不理。驟然根追澈究。勢必轉擾現在之平和秩序。而對於犯罪人及一般社會。無何等之實效。故不得不使理論與事勢調和。而致就寢息。此蓋本於客觀的目的主義。與實利主義。而非主觀的報仇主義及純理主義所能說明者也。現行律例訴訟門。特定告狀不受理條律。嚴推故不受理之罰。而別無起訴時期之規定。似於公訴權之提起。未認有時效之消滅。然歷次成例。於人證不全積久虛懸之訟案。催令速結。免致無辜拖累。實亦出於訴權以時效而消滅之精神。又現行律例田宅門。典賣田宅條定例。於告爭家財田產。但係五年之上。並雖未及五年。驗有親族寫立分書。已定出賣文約是實者。斷令照舊營業。不許重分再贖。告詞立案不行。此亦類乎訴權以時效消滅之意。且其主義。亦係出於維持現實之目的。與前述第六說相同。但限於戶婚田土之事。未推及於一般犯罪爲異耳。

時效之期間及起算點。分別說明之。第一、時效之期間。如本條各款所定。其

期間之計算。照後列第七十七及第七十八條定之。惟二等徒刑之七年以下。卽爲三等徒刑之三年。中越五年之一階級。未免相懸。又五等徒刑。與拘役罰金同爲六月。輕重稍無區別。似宜升五等徒刑爲一年。三等徒刑爲五年。庶較平均。至特別法上之犯罪。其公訴時效。固有與本條不同者。例如著作權律第五十條之呈訴告發期限爲二年。報律第四十二條之呈訴告發期限爲六個月。違警律第八條之呈訴告發期限爲六個月。諮議局議員選舉章程第九十條之呈控期限爲三十日等是也。第二時效之起算點。本條第二項規定自犯罪行爲完畢之日爲始。所謂犯罪行爲完畢者。非必與結果之發生。全無關係。蓋統包法律上犯罪成立而言。茲就各犯罪之種類區別之。甲、凡生放火殺人等之結果。而始於法律上爲既遂罪者。不以生其結果之日爲始。而於犯罪可爲既遂之際。爲時效之起點。蓋立法上有定其結果之日。比定其所爲之日轉難者故也。然在過失犯。則不以有過失之日爲始。而以生結果之日爲始。蓋僅有過失。尙不發生刑罰權。惟結果發生。而其犯罪始於事實上爲成就故也。乙、集合數個所爲之犯罪。例如偽造行使貨幣罪。則以一切之所爲終了

時爲始。丙、繼續犯連續犯慣行犯。從其最終之行爲日起算。丁、正犯有數人時。從其中一人之最終之行爲日起算。故對於各正犯。時效之期間爲同一。戊、教唆犯從犯。依正犯之行爲終了日起算。己、不作爲犯。從應盡其義務之最終日起算。例如民政部調查戶口章程第十五條。遷移之呈報。限三日。第十六條口數之呈報。限三日。第二十二條生死婚嫁承繼往來之呈報。限三日。逾期不呈報。應處第三十三條之罰。是卽不作爲犯之成立。亦卽公訴時效進行之始也。

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。二罪以上之起訴。此指俱發罪之二罪以上同時發覺者言。若後發之餘罪。則固無與已發之前罪比較而定訴權時效之理。又以一行爲而觸數罪。及以犯罪之方法或結果而觸他罪者。應從其最重之一罪處斷。故須據最重刑定之。至以何者爲標準而定刑之輕重。此非由檢事依起訴當時所附之罪名而定。乃由審判官依審理結果所認之事實而定者也。

第七十一條 本刑應加重或減輕者。起訴權之時效期限。仍據本刑計算。

訴權時效期間之判定。在審判以前。故須以未行加減之本刑而定。雖或有主張以法律上輕減之刑爲標準者。然照此說。則依犯罪者之年齡及自首與否。而於同一犯罪時效期間爲異。且因刑之減等。而刑名不同。時效期間亦因之而異。殊多紛雜。然從犯未遂犯之減等。及分則各本條所定之特別減輕。則固應以其所輕減之刑作爲本刑者。

第七十二條 提訴權之時效。遇有左列行爲之一。中斷之。俟行爲停止。更行起算。

一 偵查及豫審上強制處分。

二 公判上訴訟行爲。

前項行爲。於一切共犯有同一之效力。

本條及次條。定公訴時效之中斷與停止。

時效期間。無論爲民法商法行政法民事刑事訴訟法及刑法所規定。均有中斷及停止之兩種制限。且爲得權時效及免責時效之所同。刑事法上。無得權時效。故專就免責時效之中斷及停止規定之。後列第七十四條以下。爲關於行刑權者。本條及次條。則爲關於起訴權者。時效中斷與時效中止之區別。在

中斷時效。雖至時效期間將次滿足之際。苟一旦有法定的中斷原因之發生。其已往之期間。概不得算入時效期間之內。須俟中斷原因之停止以後。從新起算。更滿足法定之時效期間。始爲時效之成就。而在停止時效。則苟遇有法定的停止原因發生之際。雖時效已不能進行。然惟限其停止原因繼續中之期間。不算入於時效期間之內。而其前此已往之期間。仍得算入時效。倘停止原因終了後。時效依舊進行。可不必從新起算。而得與時效停止以前之期間。一併扣算以足時效期間。蓋一則惟以中斷後之時間。充時效期間。又一則可通算停止前後之時間。以充時效之期間。此中斷與停止之區別。要之時效之中斷及停止。均足使時期延長。非確定之年月所能充數。就刑事法上言之。均爲對於得時效利益者之被告人。加以制限。使無由倖免者也。今舉例以明之。設如應處死刑之犯罪。未經提起公訴。已閱十四年。一旦有搜查豫審或公判上之手續。則時效即因而中斷。非自此等事實停止以後。更閱十五年。不得爲消滅時效之成就。又如將開公判之際。因被告人患病。停止公判二十日。至實行公判時。雖已計滿十五年之時效期間。然以前此因病停止公判之二十日。

不得算入時效期間之內。故仍不足二十日。而消滅時效未能成就。此中斷停止之屬於公訴者也。行刑之時效。亦以此類推。例如應處死刑人犯。逃亡已閱二十九年。一旦就捕。而幸再脫逃。則非自再脫逃之日起算。更閱三十年。不得爲行刑時效之成就。又如應處四等有期徒刑人犯。宣告緩刑五年。至第四年。有撤銷緩刑之原因。而逃避兩年。始就拘獲。此時雖自宣告確定日起。已閱六年。計逾第七十四條第六款之五年期限。然以前此緩刑期內之四年。爲時效停止之期間。當然扣除。不能算入。故仍不足五年之限。而行刑權之消滅時效未爲成就。此中斷及停止之屬於行刑者也。觀以下各條自明。

起訴時效之中斷原因。爲起訴豫審公判等一切之手續。蓋時效。爲因刑罰請求權之消滅。而使訴追權與宣告刑罰權同歸消滅者。此訴追權與刑罰宣告權。因不行使其權利而消滅。然則苟以起訴或豫審公判之手續。而行使其權利。卽其時效自不能不爲之中斷。雖因審判之管轄有違。而手續上無效。亦應仍有中斷之效力。蓋因審判之管轄。非詳細審理後。不能確定。倘因此而使時效進行成就。殊反於公益故也。所謂起訴豫審或公判之手續者。爲何。分款說

明之。第一款。偵查及豫審上強制處分。偵查者。檢察及司法警察官。因他人告訴發。現行犯。及新聞風說。一切耳聞目見之事物。得悉有犯罪事。或逆料有犯罪事。而搜查人犯及其憑證。專務發奸摘伏。以爲公訴提起之準備者是也。豫審上強制處分者。豫審判事。對被告人發拘引狀及拘留狀。又於逃逸之人犯。送致面貌冊於各檢事長。一體通緝協拿。及爲調集證據。而臨檢住宅查封物件等。以備分別決定宣告免訴及移請公判者是也。第二款。公判上訴訟行爲。如審判長於重要人犯。發拘引狀及拘留狀。及選任辯護人。召喚證人或鑑定人。爲口頭辯論。及因辯論而發見附帶之犯罪等。以備刑罰宣告權之行使者是也。

起訴時效中斷之效力。關涉於犯罪之全部。故若有共犯時。其尙未發覺之正犯教唆犯及從犯。亦同受時效中斷之影響。且時效之中斷。爲對於犯罪之事。而非對於犯罪之人。故雖以非共犯者爲被訴追者。亦對於真實犯罪人。有時效中斷之效力。

第七十三條 凡起訴權之時效。遇被告人罹精神病其他重病而停止公判者。停

止之。

公判時。於被告人之利害得失。關係甚鉅。故除輕微之犯罪。許由被告人委託代理人出頭外。其餘應即停止公判。以待被告人之痊癒。此因法律上停止公判。非訴訟機關拋棄而不行公判。故應以公判停止中。爲時效停止之原因。自無疑義。惟在公判以前。須有公訴之受理。非由檢事起訴。卽由豫審判事或上級審判廳移送。此時已經偵查豫審。及履公判上一部分之手續。則照前條第一第二兩款。訴權之時效。早經中斷。無俟更言停止。本條以公判之停止。爲時效停止之原因。其與前條之區別若何。原案理由書未經聲明。蓋向後推算。於中斷原因停止後。別有停止原因者。更須計及而扣除之歟。

第七十四條 行刑權之時效期限。佐左列定之。

- 一 死刑三十年。
- 二 無期徒刑二十五年。
- 三 一等有期徒刑二十年。
- 四 二等有期徒刑十五年。

- 五 三等有期徒刑十年。
- 六 四等有期徒刑五年。
- 七 五等有期徒刑三年。
- 八 拘役罰金一年。

前項期限。自宣告確定之日起算。逾期不行刑者。其行刑權消滅。

本條及以下二條。定行刑時效之期間。及其中斷或停止之原因。

行刑權之發生及消滅。其發生。必俟宣告確定之後。若消滅之原因。則有種種。一爲刑之執行終了。二爲犯人之死亡。惟主刑之罰金。及從刑之沒收。有定爲自判決確定後。仍得向其遺產承襲之人追繳者。然刑罰止限於一身。不能對他人而科以易刑處分。故宜一律消滅。我國現行律。亦有犯人身死勿徵之例。卽是此意。三爲非常上訴之成立。四爲恩赦。五爲緩刑之時期成就。六爲時效。亦或謂之期滿免除。卽本條所定者是。刑之因時效而消滅者。止免除刑之執行。而非能消滅犯罪事跡。及受刑罰宣告之事實。故卽刑之執行因時效而免除。然以後不妨作爲累犯之原因。及爲緩刑之障礙。

刑法認行刑時效之理由。亦與認公訴時效之理由。大略相同。約有三說。第一說。謂犯人歷久逃匿在外。日恐被逮。精神苦痛。與受刑等。已足相抵。然逍遙法外。謂足蔽辜。殊非確論。第二說。謂數年數十年間。不致再犯處罰。亦足徵其改悔。然即未改悔者。亦得罹時效免除。故不能以此說明。第三說。謂法律的秩序。須與事勢調和。以達現實之目的。不能偏執理論。務貫有罪必罰之原則。此說最合於刑事政策。蓋雖罪已昭著。刑已確定。然使久不執行。而任令照常生計於社會。其因此所生之普通生計關係必多。例如人於二十歲時。受死刑宣告。脫逃後經三十年。是其人已年滿五十。早有家室或就正業。得有相當之地位。倘因前案未了。驟致大辟。是轉擾現時之秩序。於懲儆已無實效。徒使人憫其就戮。而惡刑之苛酷。實非刑事政策所宜。故逾一定時期。行刑權當即消滅。以法律之效力。使人之地位得以確定。倘其罪惡萬無可恕。早當合天下之警察。盡力逮捕之。縱偷息至二十九年之久。一旦就獲。亦仍難倖免。萬一再有脫逃。亦須更歷三十年。未能弋獲。始行廢止。立法不可謂不嚴。既久寢不理。過限自應豁免。以得結束。無永久懸宕之理。時效制度之所由必須設立者以

此死刑如是。餘可類推。

時效之期間及其起算點。行刑權之時效。與起訴權之時效不同。須俟有罪之事實既明。刑之宣告已經確定。方始適用。故證據無虞散逸。而其期限可以延長。較之起訴時效期間。多至一倍。死刑最長須三十年。其餘以是遞減。從刑之褫奪公權。本不適用時效。沒收則爲財產刑之一種。日本改正刑法。定有一年間之時效。本律無是。期間之起算。始於宣告確定之日。卽已逾上訴期間。在法上應執行而滯其執行之日。然在缺席判決者。應卽以宣告之日。爲時效進行之始。

刑之宣告已經確定。不卽執行。而致有因於時效之消滅。不能不明其不執行之理由。本律非如舊律有虛擬死刑監候緩決之例。惟待法部之覆奏回報。然受死刑之宣告者。早已與他囚分別監禁。無慮不能執行。在無期徒刑及三等以上有期徒刑。本不准有緩刑之宣告。是當時卽可令入監獄執行。且對於重要之囚。審判官得發拘留留狀。卽在未決之時。亦早受監禁。無不能執行之理。所以有刑之宣告確定而不受執行者。其情形蓋有四種。一、在四等以下徒刑及

拘役。得受緩刑之宣告者。有撤銷緩刑之事由而遁其執行時。二、爲已決未決之囚。因看守護送之疏忽。致有脫逃。而未能弋獲時。三、爲受缺席判決之時。缺席之判決。被告人本未到案。特恐懸宕日久。致證據散逸。而令有罪者漏網。故不得已而爲本人審訊主義之例外。得用缺席判決。宣告其刑。此時本犯在逃。故實際亦有不能執行之事。四、輕微犯罪。可遣代理人出頭。及處罰金之刑時。遇以上四種情形。卽不能不適用時效之規定。現行例。各省遣犯脫逃。以年逾七十爲準。如在逃時年已六十。勒限十年。年已五十。勒限二十年。逾限未獲。卽於彙咨通緝冊內。開除停緝。此卽因於時效消滅之意。惟此僅指活罪而言。若死罪在逃。例載。凡有關人命。應擬斬絞各犯。脫逃二三年後就獲。如謀故殺及拒捕殺人等類。情重之犯。各依原犯科條。應監候者。改爲立決。尋常命案。仍照本律本例。擬以監候等語。似向無准用時效免除之例。然此項舊例。本指脫逃二三年後就獲者言之。卽按之本律。亦尙不能援用時效。若至二三十年以後。情形自異。況元惡大憝。罪無可道者。仍得因時效之中斷。致執行權永不消滅。此則本律仍與舊例無殊。抑且現行刑律名例門。存有犯罪存留養癯條律。於

犯死罪。非常赦所不原。而祖父母父母老疾應侍。家無以次成丁者。准予奏聞。取旨。照律收贖。犯徒流者。亦照所犯收贖。存留養親。是舊律罪雖至死。亦准收贖留養。並不執行。更無俟三十年之時效。而留養收贖銀數。又復極微。親老丁單。往往易於捏飾。此中流弊百出。甚背法理。較之本律在長期之時效期間以內。定須按律執行。且有中斷及停止之規定。時效不易完成。行刑權不易消滅。寬嚴疏密奚若。但疑時效制度之助長犯人倖免。而不察留養條例之巧於開脫。滋弊更鉅。則不思之甚也。

第七十五條 行刑權之時效。遇因執行而已逮捕者。中斷之。但其他未知悉之刑。不在此限。

行刑時效之中斷。以逮捕而執行之爲原因。然逮捕有兩種之區別。其一。因執行而發逮捕之命令。卽爲時效中斷。必自發出最後之令狀日起。更從新計算時效期間。故若每年一次發出令狀。命逮捕時。犯人終身不得享有時效之利益。德意志刑法第七十二條。意大利刑法第九十六條。日本舊刑法第六十二條。皆取此主義。蓋若必待事實上犯人已就縛。始得中斷。則犯人殊易倖免。

雖元惡大憝。固應從速搜捕。免令稽誅。以增值探緝捕之信用。然或逃逸外國。變易姓名。雖不惜重懸賞格。盡力探捕。亦一時不易弋獲。迨日久被逮。却因已罹時效。莫可如何。則有失於輕縱之慮。而於一年或三五年間之短期時效。尤易完成。不啻爲犯人脫逃之獎勵。且以就縛爲時效中斷之原因。是必豫想就縛後。仍常有脫逃者。否則無從有中斷後時效得再進行之事實。故宜兼重主觀的事由。以逮捕令狀之發出。爲執行權之未允拋棄。卽爲時效中斷之原因。

其二、因執行而已逮捕。始爲時效中斷。不惟發逮捕之令狀。更須有逮捕之事實。比利時刑法。及日本改正刑法。均採此主義。蓋若發令逮捕。卽得中斷。則年年發出令狀逮捕。卽時效永永不得完成。全背法律所以創設時效制度之本意。且在一定時期內。不能逮捕重要人犯。亦當咎機關之不備。探捕之不力。非可因此歷久虛懸。故延其期。徒使個人地位及社會關係。常有搖動不定之慮。欲使犯人無倖免。宜增國家之實力以博取之。且時效制度。本爲對犯罪人有法律所保證之一定效力。若日久息玩。緝捕已弛。而僅以逮捕令狀之發出。爲中斷之原因。則事屬一面。無從左證。且有倒填年月之弊。而時效期限。無一

實確可以完成。故宜專重客觀的事實。以已就逮捕。爲時效中斷之原因。本律取第二種主義。然於司法警察之關係。甚爲重要。

因逮捕而中斷之條件。時效中斷者。惟關於現受訴追之事件。有其效力。若因別種犯罪。與本罪無涉者。而被拘捕或發令狀逮捕時。不得爲時效中斷之原因。故所欲執行之刑。卽爲逮捕理由之刑。雖因逮捕而時效中斷。其他未知悉之刑。不在此限。本條特加但書以除外之。然苟所逮捕者。爲同一案中之共犯。則其餘。已發覺未發覺之共犯。亦應受時效中斷之影響。

罰金之刑。有時效之中斷與否。前列第七十四條第八款。罰金之執行時效期限爲一年。第二項逾期不執行者其執行權消滅。然一年之期甚暫。而罰金之額。有多至二千元。且有以倍數計而不止二千元之數者。滿一年之時效而卽可消滅。更無時效中斷之制限。則涉於疏縱。雖照第四十五條所定。在第二款之無資力者。固早可於一月以後。易以監禁。而在第一款之有資力者。則必須強制完納。不與易刑。若利用時效之規定。轉瞬一年。成就甚易。且罰金爲財產刑。與自由刑之執行不同。因其所罰金額之鉅。有必須令數次分繳。以期徵收

足數者。在此種情形。瞬逾一年而即完成時效。則在分次執行之中。早已時效將屆。故不能無時效中斷之規定。原案本有第二項罰金及沒收之時效。因執行行為即行中斷之條文。資政院議決刪除。非必謂財產刑有時效而可無中斷之原因。蓋統包於第一項。而與自由刑取同一之標準。至沒收。既非若日本法之定有時效。自無須更言其中斷之原因也。

第七十六條 行刑權之時效。遇有依法律停止執行者。停止之。

依法律停止執行。如本律第四十條。死刑之未經法部覆奏回報。第六十三條。受緩刑之宣告。第六十六條。許得假釋出獄者是。又刑事訴訟律草案第四百八十七條。受諭知徒刑拘役者。罹精神障礙。及孕婦受胎後七月以上。產後未滿一月。又該草案第四百八十九條。受諭知徒刑拘役者。現罹疾病。恐因執行刑罰。致不能保其生命。或別因事故。致於處刑宗旨外。有重大不利益之類。均許得停止執行。此因法律定為不應執行。並非第七十四條所謂不受執行。故於此期限內。執行權之時效。亦停止之。

第十六章 時例

本章之時例。原案題爲時期計算。今改。凡刑期。及時效。緩刑。假釋。並累犯各條。於時期之盈闕。關係至重。故特定計算之法。卽現行刑律名例門。亦有與此相當之規定。

第七十七條。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。

東西各國。俱用陽歷。每年十二月而無閏。故計算年月。可從歷計。我國用陰歷。有平年與閏年之殊。又有大建小建之別。殊多紛雜。故不能從現歷。而祇可定爲積日成月積月成年之法。從實計算。以避年閏月建之紛錯。

現行刑律名例門。律載凡稱一日者。以百刻。注謂犯罪違律。計數滿乃坐。仍違照時憲書。每日計九十六刻。又律載計工者。從朝至暮。稱一年者。以三百六十日。注。如秋糧遠限。雖三百五十九日。亦不得爲一年。又律載。稱人年者。以籍爲定。注。謂稱人年紀。以附籍年甲爲准云云。此條舊律。取稱日者。以百刻爲標題。蓋仍明律之舊。明代一日十二時。每時初正八刻。子午則十刻。故稱日者。以百刻。今時憲書。子午亦八刻。每日計九十六刻。而律文仍沿每日百刻之名。故另

加入小注。然自時計發明。更漏漸廢。每晝夜以二十四小時計算。已成各國通行之新習慣。故本律亦取便俗。而改十二時計算之舊法。期益精密。至以三百六十日積算成年。則與舊律仍相同也。

第七十八條 時期之初日。不計時刻。以一日論。最終之日。闕全一日。放免有期徒刑及拘役之囚人。於期滿之次日午前行之。

現行刑律斷獄門。特嚴淹禁之律。稱凡內外間刑衙門。於獄囚情犯已完審錄無寃。別無追勘事理。應斷決者。限三日內斷決。應起發者。限一十日內起發。若限內不斷決不起發者。當該官吏過三日處二等罰。每三日加一等。罪止六等罰。因而淹禁致死者。若囚該死罪。處六等罰。流遣罪。處八等罰。徒罪。處十等罰。罰金以下。徒一年。又現行例。凡遇恩赦。於遺流人犯。定限造冊咨部。核定奏准。行文到日。即時釋放。徒罪人犯。按照赦款。登時釋放。如有情罪可疑者。亦限一月內造冊咨部覆核。文到之日。即時釋放。毋得耽延云云。本條第二項。規定囚人放免日期。亦即舊律嚴防淹禁之意。

第七十九條 刑期。自審判確定之日起算。

審判雖經確定。而尙未受監禁者。其日數不算入刑期。

本條之刑期。除死罪以外。兼包徒刑拘役及罰金而言之。卽無期徒刑。亦於假釋出獄及時效等。有計算刑期之必要。既已審判確定。而有尙未監禁者。蓋因訴訟事件。輕重不同。未必概行拘留。例如極輕之案。本可許被告之代理人到堂。又如被告人之受保釋責付者。亦可暫時在外。其餘更有因宣告緩釋。而旋被撤銷。以及罰金之易刑監禁。均適用本條第二項之規定。

第八十條 未決期內羈押之日數。得以二日抵徒刑拘役一日。或抵罰金一元。

羈押日數抵算刑期之理由。刑事訴訟之進行中。被告人必須受羈押之情形甚多。在稍繁複而重要之事件。凡豫審中檢證等事。必須慎重。以致累月經年未決。羈押之日數亦因之延長。難保無遲至數年始結者。而未決期內之羈押。雖與刑罰異其性質。然被羈押者所受之苦痛。其效果與刑罰相等。故若不得以此日數算入於刑期。則犯人與受過重之刑罰相同。情形不無可憫。故未決期內羈押日數。算入刑期。爲今世學說所公認。本律特以明文規定之。

羈押日數抵算刑期之方法。共分三種。第一種。刑期之起點。自刑之宣告日

爲始。限宣告後有上訴者。分別情形。得於刑之宣告至宣告確定時。其間羈押之日數。算入刑期。但其折算。祇以一日與一日相抵。第二種。刑期自刑之宣告確定日起算。在宣告確定以前。不論上訴中及第一審之判決前。凡有未決期內羈押之日數。均得算入刑期。但其日數之抵算。法律不豫定比例。或統全部抵算。或止一部抵算。悉任審判官酌定之。第三種。與第二種方法略同。惟其日數之抵算。由法律確定之。以羈押日數之二日。抵自由刑之一日。或罰金之一元。第三種方法。既不限定上訴中之羈押日數。而許以全部之羈押日數抵算。且其比例確定。而不能臨時伸縮。立法上較之第二種方法爲稍遜。而本律則係採最後之一方法者。原案本定以未決之羈押日數。三日抵自由刑之一日。二日抵罰金半元。蓋照現行例工作四日抵罰銀一兩之比例。資政院議決改輕。特以未決中之羈押。究與囚人有異。故計算之法。仍較普通之刑期。比例爲高。

羈押日數抵算刑期之主義。分爲二種。其一、爲必然的。前述第一種之抵算方法。在檢事上訴。或被告人上訴而理由正當時。其上訴中之羈押日數。必然

的算入刑期。然照第一種方法。刑期自宣告日爲始。已須進行。願因上訴而其
 間羈押日數。悉得算入刑期。難保無受刑之宣告而全免其執行者。卽不然。亦
 可大減其執行之日數。且使被告人生僥倖萬一之心。希圖依上訴而以未決
 之羈押日數通算於刑期。藉免刑罰之苦痛。殊多流弊。其二、爲認許的。以抵
 算與否。悉任審判官之酌定。前述第二第三種方法。均採此種主義。蓋既統上
 訴中及第一次判決前之羈押日數。悉准抵算。設被告人作爲種種之事由。希
 圖延長未決期內之羈押日數。僥倖算入。其結果徒致助長事件延滯之弊。況
 在第三種方法。明定抵算日數之比例者。其滋弊尤甚。故必使臨時酌奪。惟不
 出於被告人之故意或過失而延長之羈押日數。得與抵算。且以上訴理由之
 有無。而分別抵算與否。其餘被告事件之情節。被告人之性質等。一切情形。均
 須參酌。至既定抵算日數。應與本刑之宣告。一併宣告之。

羈押日數抵算刑期之條件。審判官當本刑之量定時。全不必顧及未決期內
 之羈押日數何若。至量定相當之刑。而欲以未決羈押之日數抵算。又必須具
 兩種之條件。第一、須於同一事件所受宣告之刑。與其所受之羈押。得以彼

此抵算。若事件各異者不能。然於審理同一事件所受之羈押。其事件爲數個之犯罪併合審理者。縱僅於其中某罪之審理。受此羈押。亦得以之算入他罪所宣告之刑。且卽其所以受此羈押之犯罪嫌疑。旣爲無罪免訴或公訴不受理。亦不妨與他罪所宣告之刑。計數抵算。第二、可抵算之本刑。與未決期內之羈押。必須得以同一單位計算者。故死刑及沒收刑。其性質上自不得算入未決之羈押日數。然無期徒刑及罰金。則仍有可得抵算之理。分別言之。甲、無期徒刑。雖似與有期之羈押。性質上無從抵算。然因第六十六條之假釋出獄。無期徒刑。以滿十年爲限。故受無期徒刑者。審判官苟認爲得以羈押日數抵算。則當適用第六十六條計算十年之期限時。應以未決之羈押日數。通算相抵。乙、罰金爲財產刑。與未決期內之自由拘束。異其性質。似無從通算。然因第四十五條之易刑處分。凡罰金無力完納者。以一日折算一元。易爲監禁。故亦得有相當之比例。而可照此計算相抵。惟其比例之數略應加高而已。

第十七章 文例

本章標題爲文例。所以揭刑律中用語之意義。規定其範圍之制限。各國刑法。

於期限計算法。及公務員名稱之範圍等例。均不過散見於一二條文。並不另定章節。然如挪威及荷蘭刑法。則有於總則中特設專章者。蓋爲便於實施起見。現行刑律名例門。亦有與本章相當之條律。因文例之規定。不僅關於刑律總則之用語。其關於刑律分則之用語爲多。故以之附於本編之末。

第八十一條 稱乘輿車駕御及蹕者。太上皇帝。太皇太后。皇太后。皇后。同。稱制者。太上皇帝勅旨。太皇太后。皇太后。皇太子。皇太子令。並同。律注。御如御物御膳所。稱制者。太上皇帝勅旨。太皇太后。皇太后。皇太子。皇太子令。並同。律注。御如御物御膳所。稱制者。太上皇帝勅旨。太皇太后。皇太后。皇太子。皇太子令。並同。律注。御如御物御膳所。

本條及次條定關於君親之用語。

現行刑律名例門。稱乘輿車駕條。律載。凡稱乘輿車駕及御者。太皇太后。皇太后。皇后。並同。稱制者。太皇太后。皇太后。皇太子令。並同。律注。御如御物御膳所。御在所之類。又有犯毀失制書。盜及詐爲制書。擅入宮殿門之類。皆當一體科罪。本條之規定。卽仍現行律。惟我朝家法擇賢。不豫立太子。故第二項不列入皇太子令字樣。而太上皇帝一層。則係資政院議決時增入者。唐律。於太皇太后。皇太后。皇后。皇太子令。本減制勅一等。明律改爲並同。現行律因之。本律亦仍其舊。惟皇帝之制書。與太上皇之勅旨。及太皇太后。皇太后之懿旨。是否

可有同一之效力。此爲應研究之問題。當別論之。

第八十二條 稱尊親屬者。謂左列各人。

一 祖父母。高曾同。

二 父母。

妻於夫之尊親屬。與夫同。

稱親屬者。謂尊親屬及左列各人。

一 夫妻。

二 本宗服圖期服以下者。

三 外姻服圖小功以下者。

四 妻親服圖總麻以下者。

五 妻爲夫族服圖大功以下者。

六 出嫁女爲本宗服圖大功以下者。

本條係據現行律服制圖而定。惟原案於尊親屬。本列入外祖父母一項。資政院議決刪除。蓋以第二項第三款。規定外姻服圖小功以下。照現行服制。外祖

父母與母之兄弟姊妹。同服小功。當然已可包括故也。分兩項說明之。

第一項。高曾祖父母與父母。同爲直系尊屬。毫無親疏隆殺之別。若以現行服制爲準。則祖父母止齊衰杖期。曾祖父母止齊衰五月。高祖父母止齊衰三月。較之父母顯有等差。且男爲人後者。爲本生親屬服皆降一等。爲本生父母亦須降服不杖期。其間又有差別。適孫爲祖父母承重。須服斬衰三年。與衆孫之爲祖父母服齊衰杖期者不同。且同一承重。而祖在爲祖母。止服杖期。禮又減殺。現行刑律名例門。稱期親祖父母條律載。嫡孫承祖。與父母同。是非承祖者。當然於父母與祖父母之間。大有等級區別。此專就服制言之可也。若在刑律上視之。豈宜以服制之輕重。而於高曾祖父母與父母。有顯然歧視之意。故本律以祖父母與父母並列。同爲直系尊親屬。更不分別等差。實較之舊律。於義爲加嚴。此屬於第一款之說明。現行服制。有三父八母服圖。三父。謂同居繼父。兩有大功親。齊衰三月。兩無大功親。期年。不同居繼父。無服。先曾同居者。齊衰三月。從繼母嫁。齊衰杖期。八母。謂適母。繼母。養母。慈母。均斬衰三年。養母。謂自幼過房與人。慈母。謂所生母死。父令他妾撫育者。又嫁母出母。均斬衰杖期。

庶母齊衰杖期。乳母緦麻。庶母謂父有子妾。乳母謂父妾乳哺已者。現行律載嫡母繼母慈母養母與親母同。是出母嫁母。雖爲親母。亦不得不從降殺。此蓋據會典服制而言之。若刑律上以對於尊親屬之犯罪爲處罰加重之條件。則於父母及直系尊屬。不能不嚴立範圍。本律止云父母。出以渾括之詞。是否得兼包現行服制之三父八母。無從斷定。惟同居不同居之繼父。及繼母所嫁之繼父。欲使與親父從同。受刑法上對尊親屬犯罪特別加重之處罰。恐不合於人情倫理。且於繼母所嫁之繼父。尤於天倫兩無所關。日本改正刑法親屬例。明定稱父母者繼父母同。本律既非有此等之明文。自不能從尊親屬加重之特例。庶母謂父妾之有子者。則無子之父妾。當然不稱爲庶母。并無母子之名義。卽父有子妾。名義上應稱爲庶母。然在刑法上視之。恐亦不能認爲直系尊屬。而適用特別加重之例。至乳母爲乳哺己之父妾。與慈母對照。必係所生母。尙在。而非全受其撫育者。就服制論。亦不過緦麻。自更不能以有母稱而遂認爲同一直系尊屬。卽慈母亦謂幼受撫育之父妾。論其情義。專以撫育爲重。服斬三年。以爲施報。於禮亦宜。但同一撫育之恩。而父母俱歿。幼受撫養於伯叔。

母。並非過房承繼者。於所受撫育之伯叔母。仍從伯叔母之例。並不得與親母相比。則以此準之所受撫育之父妾。亦當從同。不得入刑法上直系尊親屬之範圍。故對於繼父庶母乳母慈母等之犯罪。或有審核情節。應於法定刑之範圍以內。略較從重之處。然究無適用尊親屬特別加重之必要。妻妾嫡庶之間。最易擾家庭之平和秩序。扶植愈力。爭忌愈多。現行服制之於慈母庶母乳母三項。蓋不免有以家庭專制。強爲父妾擁護之意。刑律爲國家之法律。不宜稍存此等思想。故三父八母。非可概作爲本款所定之父母。服制與刑律。當有區別。至男爲人後者。不論過繼本宗。及由異姓收養。於其所後之家。自當與親子同一親屬例。此則法律及習慣所公認。無庸有特別之規定。以上爲第二款之說明。妻於夫之尊親屬與夫同。此亦須以服制與刑律區別論之。就服制言。妻於夫之祖父母止服大功。於夫之高曾祖父母。同服緦麻。均視夫爲殺。而在刑律上。則概視爲與夫相同。其義較嚴。外國法於配偶者之祖父母父母。同一爲親屬。男女彼此平等無別。本律則妻於夫之尊親屬。不能與夫於妻之尊親屬相提並論。卽以服制言之。妻於舅姑應服斬衰三年。夫於妻之父母止服緦

麻。輕重相去懸絕。蓋由中外禮俗不同之故。

第二項之親屬。應統包尊親屬在內言之。分款說明如下。甲、夫妻。此就服制言。夫爲妻服較輕。而刑律則視爲同等。止言妻而不及妾。是就法律上言。已廢納妾之制。妻之與妾。名分各殊。不容通假。且論其對待之名稱。妻之對稱爲夫。妾之對稱則爲家長。現行服制。雖有妾爲家長族服圖。然正其名曰妾。曰家長。並無當於夫與妻之義。自不得列入本款之範圍。蓋一夫多妻之制。爲立憲文明國所不認。自宜廢絕。雖論親愛之情。妾之於家長。有甚於夫妻者。然此祇爲事實問題。要非新律所認許。乙、本宗服圖期服以下。所包最廣。但祖父母及高曾祖父母。雖同爲期服以下。而既有前項第一款之規定。自不在普通親屬之例。男爲人後者。爲其本生親屬服皆降一等。而於所後者之本宗。仍照服圖。是親屬之關係。範圍爲較廣。本款所謂期服以下。惟及於總麻而止。其同五世祖族屬。在總麻絕服之外。皆爲袒免親。既不列入九族服圖。自應除外。丙、外姻服圖小功以下親。謂外祖父母及母之兄弟姊妹。均服小功。舅之子及兩姨之子均服總麻。餘皆無服。妻爲夫外親服降一等。此就服制言。若刑律上。則前

項止言妻於夫之尊親屬與夫同。本項第五款亦止言妻爲夫族服圖大功以下。是於夫之外親已全無親屬關係。丁、妻親服圖總麻以下。惟有於妻之父母服總麻。而於妻之伯叔兄弟及姑姑姊妹。概爲無服。戊、妻爲夫族服圖大功以下。當除外夫之祖父母高曾祖父母。蓋雖同服大功及總麻。而以妻於夫之尊親屬與夫同。自當入前項之範圍故也。夫族服圖之於子及適婦。均不杖期。夫姪及夫姪女之在室者。均期年。本款自大功以下爲斷。當然不能包括。又夫爲人後。其妻爲本生舅姑服大功。以服制論。應入普通親屬之範圍。然本生舅姑。爲夫之尊親屬。妻自當與夫同。不能概以服制爲刑律之標準也。己、出嫁女爲本宗。自服圖大功以下爲斷。亦除外直系尊屬而言。女在室或已嫁被出而歸。服並與男子同。然出嫁而無夫與子者。爲兄弟姊妹及姪。皆不杖期。則又與在室者差等。而於本款大功以下之規定。不能包括。以上六款。除夫妻外。得以服制定親屬關係。服制有升降隆殺。親屬關係之有無區別隨之。故有實際爲親屬。以並無服制而不得爲親屬者。又親屬係彼此互相關聯。而服制則彼此相爲。輕重有無不同。要不能以卑屬對尊屬。因有服而謂之親。尊屬對卑

屬因無服而謂之非親。致成爲一方之親屬關係。外國法之親屬例。於子孫、兄弟姊妹、及兄弟姊妹之子、父母之兄弟姊妹、並推及其配偶者。一體無別。本律之親屬。以服制爲斷。則於此等之配偶者。如姑姊妹之夫、母之兄弟之妻、及母之姊妹之夫等。均於服圖爲無服。而不得爲親屬。又外國法之親屬例。於配偶者之祖父母、父母、兄弟姊妹、及其配偶者與子女等。夫婦一體。彼此從同。照我國服制。則夫之於妻黨。與妻之於夫家。大相逕庭。又外國之女系與男系並重。故稱祖父母者。外祖父母同。我國服制。則外祖父母止小功五月。不能與直系尊屬之祖父母同論。此外以婚姻相續之異制。而法律上明認繼父與父同。異父之兄弟姊妹。與兄弟姊妹同。此則按之我國。禮俗迥殊。有難於比擬者。但親屬例之規定。本不屬刑律之範圍。特因本律較之民律制定在先。故沿舊律而擴充規定之而已。

第八十三條 稱官員者。謂職官吏員。及其他依法令從事於公務之議員、委員、職員。

稱公署者。謂官員奉行職務之衙署局所。

稱公文書者。謂官員及公署應製作之文書。

本條及次條。定關於官公務之用語。

本律分則各條。每多因官公吏之職務與其身分。及對於官公吏之職務與其身分。而於犯罪有構成或加重之關係。故官公吏之名稱及其範圍性質等。不可不有特別之規定。第二項之官員。係分兩項並列。官謂職官。員謂吏員。及從事於公務之議員委員職員也。現行律之職制及公式等門。雖略有職官胥役衙署及官文書印信文卷等之定律。然自時勢變遷。政務繁複。新制疊興。於原定職官外。有各種助長行政之機關及職務。又有自治行政之組織及活働。官公職守。頓增於前。且除執行機關而外。更有各種意思言論機關之創設。其從事於此者。均非可與一私人等視。故總括各項官公職之人員。治所。及其文書。而特設本條之規定。

依法令從事於公務之議員委員職員。統包遵照法令直接或間接從事於國家之事務者而言。不論其就職之形式。由於選舉。或由於任命。抑或由於囑託。凡由公法上之行爲。及私法上之行爲。而就官公吏員之職者皆是。然必須依

據法令所規定之職務。否則不得謂之公務員。如審判廳之聘用人員。及國有鐵道之站長職工等是。其依法令從事於國家之事務者。則不論其名稱之如何。均爲公務員。卽舊有之胥役里正。及法院編制法所定之廷丁。城鎮鄉自治章程所定之投票管理員監查員等皆是。所謂職員者。必須任總括的一部之事務。不問其就職期間之長短。無論爲臨時及永久者均可。若雖依法令行公務。而止行特定之一事件者。如選舉投票人。或訴訟某事件之鑑定人。通事及執達吏之代理等。均非公務員。其罷職及候補之官吏。雖亦爲依法令從事於公務者。然以非現實有自己可從事之公務。自應除外。律師雖應具辨護士法一定之資格。而其職務在爲個人辨護。不得謂之公務。故亦非刑法上之公務員。破產管財人。由處理破產之審判廳所選派。其職務管理破產財團。有國家機關之性質。故可爲刑法上之公務員。國家銀行之監督。雖由奏派。然如大清銀行。仍止集股設立之公司。並不辦理國庫事務。則其性質亦不得謂爲刑法上之公務員。以上各條件。爲官公吏與否之區別。其職務之種類如何。任期長短何若。及有給與否。均非所問也。

奉行職務之衙署局所。其職務之種類。不必要屬於公力之實行者。即關於技術的事務。如印刷局等。皆是。其組織。不必要爲合議制。即單獨制亦可。巡警爲官吏。而其服務之崗位。及派出所。不得爲刑法上之公署。至紳商局所等類。除善堂公所會館等。爲私法人外。至商會亦爲依法令而從事公移之所。故亦受本條之適用。

第八十四條 稱議會及選舉者。謂依法令所設立中央及地方參與政事之議會。及其議員之選舉。

議會如國會、諮議局、自治會等是。其他學術政談實業等集會。雖經立案者。亦不在此例。

第八十五條 稱僧道者。謂僧尼道士女冠及其他宗教師。

本條爲資政院臨時增入。原案所無。係仿現行刑律名例門稱道士女冠條律而定。原律云。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。又如俗人罵伯叔父母。徒一年。道冠罵師。罪同。受業師。謂於寺觀之內。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。罪同云云。蓋舊律率以刑律牽附家族制度。僧道比擬俗人。於犯罪有身分之關係。故特設此條律。本律分則各條。惟於妨害秘密罪。一見僧道字樣。且亦全無刑律上身分之關係。本條之因襲增設。殊無謂也。

第八十六條 依分則援用別條處斷。而別條之罪。應論未遂預備或陰謀者。於處斷本條之未遂預備或陰謀犯。並援用之。

其於造意犯及從犯亦同。

本條意謂。分則所列應罰未遂預備或陰謀者。如遇別條糾罪。皆可援照適用之。故又云造意犯及從犯亦同。然與第十七條未遂犯之爲罪。以分則各條定有明文者爲斷。未免牴牾。

第八十七條 稱以上以下以內者。俱連本數起算。

第八十八條 稱篤疾者。謂左列傷害。

一 毀敗視能者。

二 毀敗聽能者。

三 毀敗語能者。

四 毀敗一肢以上或終身毀敗其機能者。

五 於精神或身體有不治之疾病者。

六 變更容貌且有重大不治之傷害者。

七 毀敗人陰陽者。

稱廢疾者。謂左列傷害。

一 減衰視能者。

二 減衰聽能者。

三 減衰語能者。

四 減衰一肢以上之機能者。

五 於精神或身體有至三十日以上之病者。

六 有致廢業務至三十日以上之病者。

稱輕微傷害者。謂前二項所列以外之疾病損傷。

本律分則第二十六章殺傷罪之傷害。各國法有祇用概括的規定者。本律則

分別篤疾廢疾及輕微傷害之三等。列舉的規定之。然如何謂之篤疾。如何謂之廢疾。又如何謂之輕微傷害。不可無明確之標準。故有本條之特別規定。現行律。篤疾謂瞎兩目折兩肢之類。廢疾謂瞎一目折一肢之類。本律則不以此等外形爲機械的區別。而惟以耳目肢體之毀敗與減衰。爲篤疾廢疾之分。且推及於其他之傷害。毀敗與減衰之區別。在視能上以三分一米突之距離。能否識別指頭之數爲斷。在聽能及語能上。雖無精密之界說。要自得以所傷害之程度輕重分別之。總之毀敗者。全部喪失其能力。減衰者。一部喪失其能力。能力既喪失。雖官器仍存。亦無所用。故不指其外部之物質言之。而專指其內部之能力言之。視能語能聽能及肢體之毀敗與減衰。均指不治之症。若經若干時日而可全愈者。應專屬第二項第五第六款之範圍。精神或身體不治之疾病。如致成癲狂及終身輾轉牀蓐者是。變更容貌。如劓其鼻截其耳折割其唇齒之類。廢業務之病。此因被害者之所業而各異其程度。如指頭之挫折。施之於郵政之使丁。於其業務毫無所關。若施之於彈琴者及書畫雕刻家。則不能用其術而致廢業。其有被害者本無日常之業務。不能以業務之曠廢計其

損害之程度者。則以可致業務至三十日以上之病爲斷。此三十日以上之期間。雖應論實際之結果。然疾病或廢業之事實。不可不專從損傷疾病之輕重大小論斷。不得因犯醫師禁忌而離牀褥。或因家計上不得已。強從事於職業等。於犯人所爲全無關係之事實。而其責任有所輕減。

民刑法要論

趙騰修 著 一册八角

趙君本其多年在日本研究與教授之心得。著爲此書。網羅法理解說詳明。凡民刑法上的重要知識。列述無遺。

商務印書館發行

元(1508)

訴訟常識

一册 二角五分

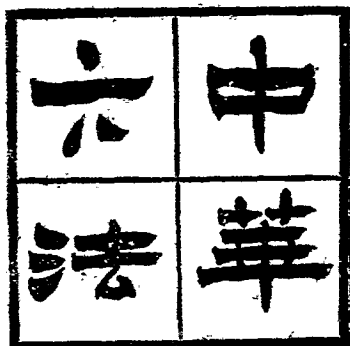
全書分兩編。上編專論民事訴訟。下編述刑事訴訟。指示訴訟當事人應具的法律知識。網舉目張。條分縷晰。如能熟讀此編。則訴訟之際。不致張皇失措。

商務印書館發行

元(1512)

商 務 印 書 館 發 行

全 部 六 冊



二 元 六 角

本書將六法合爲一編。又刑法附以草案。校訂精審。裝成小本。取攜最便。誠法律學校學生及法官律師等必備之書也。茲將分冊價目列下。

法 院 編 制 法
暫 行 新 刑 律

附 刑 法 草 案

合 一 冊 三 角

民 律

分 二 冊 一 元

商 人 通 例
公 司 條 例

合 一 冊 一 角

民 事 訴 訟 律

一 冊 八 角

刑 事 訴 訟 律

一 冊 四 角

最新司法判詞

洋裝四冊 ● 一元六角

是書搜集各級審判廳之判詞。計有三四百案之多。選擇精當。分類明晰。足為設案判斷之模範。凡各省法官及兼理審判之行政官。承審員書記等。與應任官考試者。皆不可不備。

商務印書館發行

辛亥年八月初版
中華民國四年三月六版

回(新刑律釋義一冊)

(每冊定價大洋壹元貳角)

(外埠酌加運費匯費)

編纂者 無錫秦瑞玠
校訂者 嘉興陶承保
發行者 嘉興陳承澤
印刷所 上海河南路北首寶山路
商務印書館
總發行所 上海棋盤街中市
商務印書館
分售處 北京天津保定奉天吉林長春龍江濟南
青島太原開封漢口西安南京杭州蘇州
吳興安慶蕪湖南昌九江漢口武昌長沙
重慶常德衡州成都重慶瀘州遂寧桂林梧州
廈門廣州潮州汕頭香港桂林梧州
雲南貴陽石家莊哈爾濱新加坡

★此書有著作權翻印必究★

50

509011



409
207