

580

書 叢 法 政

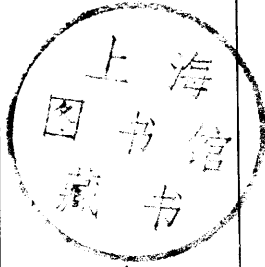
要 綱 法 刑 較 比

著 編 飛 鵬 許

行 發 館 書 印 務 商

許鵬飛編著

政法叢書  
比較刑法綱要



商務印書館發行

上海圖書館藏書



A541 212 0001 7582B

# 目錄

## 第一編 緒論

### 第一章

#### 概說

..... 一

#### 第一節

研究法律學的方法

..... 一

#### 第二節

比較法學的重要性

..... 三

#### 第三節

研究比較法學的方法

..... 五

### 第二章

各國刑法的系統

..... 九

### 第三章

古代民族刑法概述

..... 一三

#### 第一節

埃及刑法

..... 一四

#### 第二節

西伯來刑法

..... 一七

#### 第三節

印度刑法

..... 二三

目錄

第四節 希臘刑法……………二九

第五節 羅馬刑法……………三四

第四章 刑法之沿革……………四六

第五章 各國之現行刑法……………五五

(一)英國 (二)美國 (三)墨西哥 (四)法國 (五)西班牙 (六)葡萄牙 (七)瑞士

(八)比利時 (九)盧森堡 (十)荷蘭 (十一)瑞典 (十二)挪威 (十三)丹麥

(十四)羅馬尼亞 (十五)奧大利 (十六)愛斯郎德 (十七)芬蘭 (十八)愛斯多利

亞 (十九)雷多利亞 (二十)立陶琬 (二十一)波蘭 (二十二)德國 (二十三)匈

牙利 (二十四)巨克斯拉夫 (二十五)捷克斯拉夫 (二十六)意大利 (二十七)希臘

(二十八)土耳其 (二十九)保加利亞 (三十)亞拉伯 (三十一)蘇俄 (三十二)埃

及 (三十三)日本 (三十四)韓國 (三十五)暹羅 (三十六)阿根廷 (三十七)烏

拉圭 (三十八)巴西 (三十九)智利 (四十)玻利菲亞 (四十一)祕魯 (四十二)

厄哥多爾 (四十三)哥倫比亞 (四十四)委內瑞辣 (四十五)哥推馬那 (四十六)巴

拿馬 (四十七)高士特尼加 (四十八)古巴 (四十九)聖瑪郎

## 第二編 總論

### 第一章 法例……………八三

第一節 罪刑法定……………八三

第二節 刑法關於時的效力……………八六

第三節 刑法關於地的效力……………九〇

第四節 刑法關於人的效力……………九四

第五節 法人之刑事責任……………九六

### 第二章 刑事責任……………九九

第一節 故意……………九九

第二節 過失……………一〇〇

第三節 錯誤……………一〇四

第四節 責任年齡……………一〇六

第五節 心神喪失及耗弱……………一一一

第六節 酗酒……………一三四

第七節 瘖啞……………一五六

第八節 依法律之行爲……………一七

第九節 奉長官命令之行爲……………一九

第十節 正當業務之行爲……………二一

第十一節 緊急避難……………二二

第十二節 正當防衛……………二四

第三章 未遂罪……………二〇

第一節 未遂之觀念……………二〇

第二節 未遂之種類……………二一

第三節 未遂罪之科刑……………二二

第四節 不能犯……………二四

第五節 中止犯……………二五

第四章 共犯……………二八

第一節	共犯之史的說明及其學說	一三八
第二節	各國共犯之制度	一四〇
第三節	共犯之處罰	一五〇
第五章	刑及保安處分	一五五
第一節	概說	一五五
第二節	刑罰	一五九
第一目	生命刑	一五九
第二目	身體刑	一六九
第三目	自由刑	一七〇
第四目	財產刑	一七八
第五目	權利刑	一八一
第六目	名譽刑	一八五
第三節	保安處分	一八六
第六章	累犯	二〇〇

第七章	數罪競合	二〇七
第一節	競合罪構成的條件	二〇七
第二節	數罪競合之種類	二〇九
第三節	競合罪之科刑	二一〇
第八章	刑之酌科	二一二
第九章	緩刑	二一六
第一節	緩刑制之演進	二一六
第二節	緩刑權及其制度	二一八
第三節	緩刑的條件	二一九
第四節	緩刑的期限	二二一
第五節	緩刑的效果	二二三
第十章	假釋	二二四
第十一章	時效	二三一



# 比較刑法綱要

## 第一編 緒論

### 第一章 概說

#### 第一節 研究法律學的方法

歷來研究法學的人，各因立場和所欲獲得的結果的不同，以致研究的對象雖一致是法律，而研究的方法可就大不相同，在法理學上並因此形成了所謂分析學派、歷史學派、哲學派、社會學派和比較學派等，茲將各派研究的方法，大略地說明於左，那末，比較刑法的意義，也就可以明瞭了。

(一) 分析學派。這派學者以『現實法』(Droit positif)做研究的範圍，分析其組織的成分，以求獲得對於現實法的通性的認識(註一)；這種研究法在實用上確有其重要性，目前學校裏法學的研究，多半是用這種方法。

(二) 歷史學派。用歷史學的方法去研究法學，以認識法律內容的動態，叫做歷史學派。這派學者認為法律是歷史的產物，循着歷史的途徑發達，而不是一成不變的靜的現象，所以要認識法律的通性，決不是僅分析現實法組織的成分，能夠得着結果，而必須用歷史學的方法去認識法律的動態，這種理論是否絕對可信，(註二)此地可以不論，然其能從此造成研究法律史的空氣，對於法學的貢獻的功績，總是不可磨滅的。

(三) 哲學派。這派學者的思想，並不一致，還有純哲學派、自然法派、社會哲學派等區別，不過他們研究的方法是相同的，就是著眼於法律的論理基礎，不問法律的形式，預設理想法律的標準，以批評現實法學，用這種方法去尋求法律的論理，固然是極其恰當，不過說到現實法或者說法學的整體，則未免有忽略了法律的空間性和時間性的缺點(註三)。

(四) 社會學派。社會學派的學者認為法律是社會的法則，法律的現象，就是社會現象，所以要認識法律現象，就應當用社會學的方法去研究法律，這種方法使法學能與社會學而併為一談，不致產生法律生活和事實生活各走一端的怪現象，這不能不說是實證哲學倡導者孔德(A. Comte 1798-1857)所給予人類一種無價的財產。

(五) 比較學派。這派學者認為法律是歷史的地理的和人種的產物，所以必須從地理上人種上以及歷史上比較各國法律所以異同的理由，然後再以科學的方法加以歸納，纔能認識法律的整體，而推測其將來的趨勢。

上述五種方法，都是研究法學的方法，不過以法學範圍之廣大和複雜，若專以一種或二種方法去從事於法學的追求，終不易窺法學之全豹，所以最好是同時並進，則不特可以知道法律的倫理的基礎（哲學的方法），洞悉其靜態（分析方法）和動態（歷史的方法），更可使法律社會化（社會學的方法），及獲得各國法制異同的理由（比較的方法），而觀察其前途的變化，殊不至有一知半解之譏。

## 第二節 比較法學的重要性

孫曉樓君說，用比較的方法去研究法學的重要，約有四點，一是「無論立法司法，要考求其法律應有之態度而謀如何改善之道，則非將世界各國的法律作一比較研究不可，在此研究的結果，斟酌損益，拾彼之長，補我之短，而後法律乃漸臻美備。」二是「吾國受不平等條約的束縛，外人藉口於我國法律之不合世情，而不肯放棄其在華之領事裁判權，是吾人於各國法律更當有澈底之了解，以謀法之改善，而免為外人藉口。」三是「一國法律之制定，決非完全根據本地之風俗習慣道德宗教可以成功，其於外國法之採取，亦為不可少的事實。……故吾人欲創制新法，決不可以閉門造車，不顧世界法律的趨勢。」四是「以固定之法律，應付多變之社會，在法律或慣例發生窮困時，自不能不賴法理以為救濟，……所謂法理必於國內社會風俗習慣有詳細研究之外，於世界各國法律之趨勢與背景，作比較之研究。」（註四）

其實比較法學的重要性，除了上述諸點外，還有更重要的目的，而爲人類所不可忽略的，這就是法律的『力學』(Dynamique)或者說法律的『因素』(facteur)的認識，非用比較的研究法不可；而法律的因素的認識，纔可以說是認識了法學的整體，否則認識法律的靜態、動態、倫理，甚至於以社會學的眼光求法律的適合，也不會明瞭法律之所以有動靜的形態，和倫理的基礎，更無以促進社會學方法的適用，比較法學之所以見重於近代者，其原因實在於此。

所謂法律的因素，據不魯日大學教授披卡爾(E. Picard)意思(註五)，就是人種地理的性質和強度，它們同時發生合作用(Synergie)，而產生了各種民族不同的國法，這像植物一樣，在地質和氣候各異的環境裏，縱然種子相同，結的菓子，就未必相同；至因素的種類，據披氏說約有人種(La race)、地域(Le milieu)、外國人的移入(L'importation étrangère)(註六)仿效(L'imitation)(註七)法律的隔世遺傳(L'atavisme juridique)(註八)大法學家(Les grands juriconsultes)培養作用(Le progénisme)(註九)法律的技術(La technique juridique)人口的密度(La densité de la population)、社會強力合作(La solidarité des forces sociales)十種，這還是祇就顯著的因素說，其他還不知有多少的動力，在推動法律或者說在組織法律呢！

就說這十種因素，不用比較的研究法，還能認識麼？舉個極淺近的例來說，我國新刑法規定刑事未成年人的年齡是十四歲(第十八條)，而印度規定爲七歲，相差竟如是之遠，溫帶和熱帶地域支配法律的內容力量的偉

大由此可見了！

所以說要認識法學的整體，非用比較的研究法不可。

### 第三節 研究比較法學的方法

比較研究法，雖然若是之重要，可是用這個方法去研究法學的，還是新近的事，因為在國際間交通尚未發達的時期，國與國之間關係較少，彼此法制的影響也不顯著，就是學者想用這種研究法，事實上每有陷於不能的困難。到了十九世紀，交通已較前便利，國與國之關係漸形密切，立法事業多受別國的影響，兼之比較言語學逐漸發達，解除了事實上的困難，使學者得着不少的研究資料。所以在法國蘭伯爾（Lambert）的比較民法之功用（Fonction de droit civil compare）和洛甘（Roquin）的比較民法之研究（Traité de droit civil compare）兩書先後出版，完全以現時各開明國家的立法例做研究的對象，形成所謂『比較立法學』（La législation comparée），而以一八六九年設在巴黎的比較立法學會（Société de législation comparée）做供給材料的總機關。我們看該會會章第二條「本會以研究各國的法律，尋求改良各種立法的實用方法為目的」（註一〇）的規定，可以知道他們是以國家的立法，做比較的單位，專為達到改良立法的目的。這自然是對的，不過這種國別比較法用之於以求獲得對於法律因素的認識，則未免有所不足，譬如古代未開化民族的法制，不能說是

完全絕跡於近代法的成分中，若是我們不溯源於過去，而僅以現在的法制，做研究的對象，則對於法的趨勢，自然不能完全明瞭，而且近代國家往往有一國之內數法並存的事實，若完全以國別比較法去研究，也自然不大適當，所以又有人種比較的研究法的適用。

人種比較法由德國學者巴可芬（Bachofen 1885-1887）所提倡，他所著的母權論（Mutterrecht）就提出出這種研究方法的重要性，繼後又有郭拉（Kohler）完成這種方法的適用，他們以為用這種方法，不特可以認識法律的最大因素——人種，而且由此去考究法制的起原，和先史民族的狀態，而證明人類的通性的所在；從這方面說，這種研究法自然是極好，不過對於現實法未免忽略了點，結果就是減少對立法現勢認識程度，同時也就不足以作為補助立法的進行，所以這種研究法，也不算是盡善的。

還有一種研究法，是由日本學者穗積陳重所倡導的，叫做法系比較法，他以為任何國家法律構成的原素，不外兩種，一是固有法，一是繼承法，固有法是基于本國固有的風俗習慣編纂而成的，繼承法是仿自他國的法律，那末祇要把互相仿效的國家的法律合成一系，再與其他的法律系統作比較的研究，就可以看出其異同原因之所在了。這種方法初看去以為是簡而賅宜於適用，其實也有一極大的缺點，即忽略固有法之地位，而不能觀各國法制之全豹。

綜合上述三種方法去看，我們以為僅用第一法，祇能知各國法制的現勢，僅用第二方法，雖然能够明瞭法制

的淵源，究竟忽視了現社會的任務，再若是僅用第三法，則各國固有法的情態，更無從認識，所以必須兼用三者纔能無孔不入而窺法律學之堂奧。

本書固以刑法爲研究的對象，而方法則亦擬三者兼用，然作者所學甚淺，兼之既限於時間，復困於材料，結果恐難於所願，讀者若能不吝賜正，則正符作者拋磚引玉之微意矣。

### 附註

(註一) 這種研究的方法，由意大利法學家波羅雷(Bologna)所領導的註釋學派(Glossateurs)最初適用；當時(十二世紀)不過是用以研究羅馬法；後來英國法學家黑石(W. Blackstone 1723—1780)所著的英法釋義(Commentaries on the laws of England)和奧斯丁(J. Austin 1790—1859)所著的法學範圍論(The Province of Jurisprudence Determined)兩書相繼問世，都是認爲法律學就是現實法學，於是在法學上就是所謂『分析學派』(Analytical school)。

(註二) 歷史學派(Historical school)的倡導者是德國的沙威梭(Savigny 1779—1861)，他認爲法律是民族歷來精神的表現，漸變遷與民族同生同長同亡，這種理論後受近代權威學者耶林格(Jhering 1818—1892)的非難，耶氏反對認法律爲無意識的歷史產物的理論，而倡法律爲有意識的目的律的產物說。

(註三) 請參看方孝嶽編大陸近代法律思想小史第二頁。

(註四) 見孫曉樓作近代比較法學之重要，登法學雜誌第六卷第六期。

(註五) 請參看E. Picard, Le droit pur, p. 236-273.

(註六) 外國的移入，無論是和平的移民抑或是武力的佔領，對於本國的法律，都會發重大的影響，在和平的方法，風俗習慣宗教語言以及法律的觀念，都可以間接的使本國的法律發生變化，若是武力的侵入，更是根本就改用侵入者的法律，這在歷史上日耳曼人

之侵入哥爾(Gaulles)和法國人之侵入比利時都是極其顯著的例子。

(註七) 法國法學家達爾特(Tarde)所著的模倣律(*Les lois de l'imitation*, p. 15)裏面說,模倣是社會構成的一個要素,一切風俗習慣道德法律都是依模倣而進行;這幾乎在任何國家的法律裏都有這種因素的。

(註八) 隔世遺傳的理論自耶卜魯梭確認以後,生理上這種現象的承認,已經是不可爭的事實,那末,建築於人性上的法律之受這種影響,當然是解釋上自然的結果。

(註九) progenisme 這個字,是披卡爾創造的,說明一種現象在沒有遇相當條件的時候,祇能走自然進化的途徑,若遇着了有相當條件,它會起重大的變化,而促成革命的實現。

(註一〇) 原文是「Elle a pour objet l'étude des lois des différents pays et la recherche des moyens pratiques d'améliorer les diverses branches de la législation」



## 第二章 各國刑法的系統

各國刑法，雖說都受模仿律的支配，而有承繼法的存在，可以把它們分成若干系，不過各國因地理及歷史的不同，固有的風俗習慣仍復保留其間，而且學者們區分法律系統又多不一致，有多至分世界法為十六系統者，（註一）最少的是分做兩系，所以此地要嚴格區分各國的法律系統，實在不是件容易的事，茲僅就大多數學者的意見略舉幾個說明於左：

（一）日本穗積陳重博士曾提出一法律系統於一九〇四年在美國開會的萬國學會，他認為世界的主要法律，可以分做七個大系統，即中國法系、印度法系、回回法系、羅馬法系、英吉利法系、日耳曼法系和斯拉夫法系。（註二）這種區分法，在歷史上固然是很恰當，但是用做規劃各國的現行刑法，則不容易，譬如說直接承受日耳曼法系的德國現刑法，誰也已知有不少羅馬法系的成分，印度法系的所在地，更明顯的遭英吉利法的侵入，再說中國刑法，在海禁未開之前，本已發達，實在是一個有特殊性和獨立性的法律系統，然而，自清末變法以來，早已襲用羅馬法的成規，而放棄固有的立場，總之這種偏重於歷史觀念的區分法，在研究各國的現實法時，實不能算是一種完備的方法。

(二) 法國近代刑法學家加洛 (Garraud) 氏區分世界的法律爲五個大系統，即英吉利法系、羅馬法系、日耳曼法系、斯拉夫法系和中國法系。(註三) 這樣區分在解釋現今各國的法律系統，較之於穗積陳重氏的區分法，自然比較合理些，然而還是不能免除缺點，因爲加氏既不承認回回法系和印度法系的存在，是顯示他並不偏重於歷史的觀念，而從現實法着眼，認爲都已歸併於羅馬法系和英吉利法系範圍之內，則日耳曼法系、斯拉夫法系和中國法系等，又何一不已經成爲羅馬系的勢力範圍，所以這種區分也不爲大多數學者所採用。

(三) 此外最簡當最明顯而實用最普遍的區分法，就是把世界刑法區分做羅馬法系和英吉利法系兩大系統，因爲觀察現今任何國家的刑法，其間雖有仍保存其特殊習慣的，但是大體上不是仿自羅馬法就是出自英國法，而尤以羅馬法系占有莫大的權威，這種現象，自從十一世紀在意大利首創註釋學派以後，復興羅馬法律的風氣，已經就彌漫於大陸各國，到了十八世紀，刑法典編纂 (Codification du droit pénal) 的運動，更像山洪暴發，各國無不仰從，而精密全備的羅馬刑法，遂成了各國立法者的金圭玉臬，這種大變化的構成，法國法學家達爾德 (Tardé) 以爲不可忽略人是富於模仿性的動物的原素，(註四) 固然極有見地，而近代交通的發達，也不失爲是主要原因之一。

再以目前情勢而論，則羅馬法不特是歐洲大陸諸國法典的淵源，就是以刑法發達最早見稱的我國，亦多採用大陸法系的法例，其餘像東方的日本、暹羅和新興的土耳其等國的刑法，更無待論，是受了羅馬法的支配，至於

德國本是日耳曼法系的國家，蘇俄更是斯拉夫法系的祖國，而其現刑法亦多受羅馬法的影響，無怪乎日本學者平野義太郎要說「羅馬雖然滅亡了，而羅馬法則不與羅馬同歸於亡，不但不亡，且又繁昌起，近世法律，由一切意義觀之，都是羅馬法的更生，羅馬法的延長。」（註五）而耶林格（Jhering）更說羅馬會三次統一世界：當其盛時，以威武征服世界，統一國土；帝國瓦解後，以宗教征服世界，統一信仰；中古以後又以法律征服世界，統一全世界的法律；（註六）這樣推崇備至，可見羅馬法所給予各國刑法影響的程度了。

可是當羅馬法征服大陸諸國，刑法典編纂的風氣，充滿各國的時候，獨英國仍昂然守不成文法的舊例，沒有什麼大變更，而且能夠推行到北美澳洲和印度等殖民地，這不能不算是一種奇蹟，或許是因為英國人富於保守性，祇願有法律的進化，而不願有法律的革命罷。法國學者波利洋（Paulien）譏英人禁止外國思想入口，固然是言之未免太過，可是最少由此可以說明英國法律之所以能夠維持獨立的系統的一部分原因。不過若說英國刑法絕對不受羅馬法任何影響，那也未必盡然，譬如說英國有時因事實的需要，本國又素無舊例可以援用，那末引用羅馬刑法的法意的事，總是事理所必然的，所以祇能說英國較大陸諸國採用羅馬法的成例要少些，又沒編纂刑法典，在大體上說，是可以獨成一系的。

## 附註

（註一）譬如美國學者 Wigmore 所著 *A Panorama of the World's Legal Systems* 就是這樣主張的。

- (註二) 見穗積重遠著法理學大綱李鶴鳴譯第七十二頁。
- (註三) 見 R. Garraud, Traité théorique et pratique droit pénal français, t. 1er p. 180.
- (註四) 請參看 Tarde, Transformation du droit.
- (註五) 見平野義太郎著法律學與階級鬭爭薩武譯第六十一頁。
- (註六) 見 L'Esprit du droit romain. par Jhering, traduit par Meulenaere

## 第二章 古代民族刑法概述

研究古代民族刑法的目的，在社會學方面，可觀察人類文化的演進，可以明瞭歷代文化的程度，因為「刑法的姿態，足以反映出民族的精神」（註一）在整個法律的觀點上說，從此可以看出古代民族秩序的調和性，換句話說，就是古代民族是怎樣努力於調和社會的安寧和個人的自由，或者可以說，古代統治階級是怎樣把個人的自由融和在統治命運之下；最後，我們從刑法本身說，研究古代民族刑法的目的，是在於知道現代刑法之何以形成現在的局面，和推測它的將來了。

固然，說到古代法，中華法系在世界法律系統中，總算得是發達最早的一個主幹，尤其是刑法，占着歷史上極重要的地位；可是，就現在的情形說，現刑法裏究竟保留了若干固有的成分？就說由大清律蛻變過來的暫行新刑律罷，又何常不是由日本轉手，從法國刑法裏因襲了些成分進來？我國如是，那末，其他歷史尚淺的國家，自然更是脫不了繼承法的性質。

近代法學家常說「羅馬法征服了世界」，這句話若果不是十分錯誤的話，那末，我們可以說現代任何國家的刑法，沒有不受羅馬法影響的，所以要考究古代刑法，不能不把羅馬刑法做中心去觀察；不過要知道羅馬法的

真締，還得從希臘刑法着手，因為羅馬人對於哲學的思想，究竟膚淺些，所以當時像山西龍（Céciron）等大法學家都去求教於希臘的大哲學家，以充實羅馬法哲學的原子；而希臘文藝之所以能像火炬樣照耀於全世界，還得益於東方的民族，尤其是埃及及西伯來（Hebreux）以及印度，因此，本章就依着這個程序，對埃及、西伯來、印度、希臘、和羅馬的刑法，作一個簡略的概述。

## 第一節 埃及刑法

分析古代國家的主權，大略有『家族權』（le pouvoir domestique）『政權』（le pouvoir civil）和『神權』（le pouvoir religieux）三種，埃及在立國之初，這三種權力，是同歸於『保護者』（patriarche）之身，他是人民的父親，是人民的君主，同時又是人民的大祭司，所謂司法，無非是這種神聖權力的副帶的作用。

當時的法庭，完全由這位保護者單獨組織，自然不用有什麼特別的所在，無非是在保護者的家裏，因為刑事裁判的事務和保護者的家務，是沒有什麼分別的，也沒有成文法，保護者個人的意思，就是裁判的根據，所以近代的「法無明文不罪」的原則，是不存在的，可是他的判決是具有絕對性，而會嚴厲的執行，決沒有不服的事（註二）。

那時的罪名，沒有現在這樣複雜，這是由於組織簡單，刑法除了保護保護者的家族權、政權、和神權外，事實上沒有規定許多罪名的必要；罪名最重的要算破壞家庭組織的姦非罪，譬如聖經裏就有「有人告訴猶大（Juda）

說，你的兒婦他媽（Thamar）作了妓女，且因行淫有了身孕，猶大說拉出他來，把他燒了」的記載（註三）和姦罪要處火刑，刑罰的嚴酷，如此可見了。

後來爲着人口發達，統治者方面更非擴充神的觀念，不足以實施統治的權力，所以「每天，君主都要對神禱告，犯罪者和被害人就靠着禱告臺，靜聽大祭司宣傳君主的仁德，對神的誠信，和對民的慈愛，而是正義的代表，虛偽的敵人。」（註四）此外，在十九世紀還發現了石刻的「天之書記在正義的和誠實的大廳裏」[Secrétaire des dieux grands dans la salle de justice et de vérité]的橫扁，這些都無非是統治的方法，那在旁靜聽的被害人，自然是五衷感激，就在犯罪者，也會死而無怨，一般人更是因此而心悅誠服了，當日君王統治的本領和苦心，固然是如此可見，而刑法在古代社會的任務，也不難想見了。

同樣，爲着人口的發達，成文法也漸形必要，所以在 *Laws* 時代，就有成文法的產生，他是女性，而握着了神、政、家三個大權，Diodore 的史書上曾記載她制訂法律的言論，說「我是世界上的皇后，我由 Hermé 所創造，我制訂的法律，誰也不能毀滅。」（註五）

這部法律現在固然是完全散失了，無法知道其內容，不過關於刑罪的大略情形，是可以間接知道的：

- （1）刑罰是極其慘酷，這點祇要看那時遺留下的藝術品，就可以知道。（註六）
- （2）死刑除了藝術品上所留下的遺跡外，還有鳥食和火刑兩種，前者像創世紀第四十一章第十九節所

記載，「三天之內，法老必斬斷你的頭，把你掛在木頭上，必有飛鳥來喫你身上的肉，」這似乎是對叛逆罪的刑罰，所謂叛逆，在當時無非是得罪了法老，後者，是以草裹身，放火燒死，那是對弑親罪和背誓罪所用的刑罰。

從這兩種極嚴酷的刑罰推想，似乎可以說明埃及社會的情況，是怎樣尊崇君父神的觀念，因為不是這樣，就不容易維持他們的統治權，而父母的尊嚴，也無非是維持統治權之一助力，所謂倫理觀念，那還是以後纔有的；背誓行為，乃得罪於天，自然是要嚴厲的處罰，纔顯得統治者真是神的代理人，而非服從不可。

(3) 身體刑有割口刑、劓刑、和杖三種，凡是妨害秘密和姦等行為，是要受這些刑罰處罰的。

(4) 財產刑有罰金和全部沒收兩種，凡是過失傷害神聖之牲畜 (*animal sacré*) (假若是故意的說，那就構成背誓罪) 以及遺棄屍體於禮拜堂前的行為，都該處罰金，實際就是對神贖罪，和近代的罰金刑，是不可相提並論的，至於全部沒收，史家雖都承認在埃及及適用過，但是在何種情形之下，纔能適用，還是一個沒有解決的謎。

(5) 除了最高級的統治者，在刑法之前，是一律平等，無論何人犯罪，都沒有因階級之不同而歧視，這點在封建制度完全建立以後，纔消滅的。

以上所說的，是埃及古代刑法大概的情形，詳細的分析，在目前因為那時遺留下的文獻無幾，難免有斷簡殘編的感覺，而且在中國尋找這方面的材料，更是極少，這種困難問題，還待將來考古學家的努力哩！



## 第二節 西伯來刑法

西伯來刑法的內容，因為遺留的文獻比較多些，所以我們知道的情形也比較的詳細些。

大約是在耶穌降生前十七世紀，西伯來人不堪埃及的壓迫和虐待，而由摩西(Moise)率領，離開埃及，越紅海，以進取赫人、亞摩利人、比利人、希未人、耶布斯人的領土，漸圖組織個民族意識的國家，因此立法定制，就成了迫不容緩的事，於是，就有所謂摩西法典(Lois de Moïse) (註七)的產生，其實這裏所謂法典不過是由摩西口授，要民衆遵守的幾條極簡單的命令，(註八)繼後陸續因需要而發佈命令，即構成舊約的前五書(Pentateuque)。(註九)這就是西伯來法重要的文獻，此後在紀元後，又有所謂 Talmud —— 第二法典——成立，西伯來法典纔算是全部完成；Talmud 編纂的時期據巴斯拉施(Basnage)的意思大概是成於紀元後一百八十年。(註一〇)不過大多數學者根據印刷術的發明的時期，認定這部第二法典是成於五世紀末的。(註一一)在 Talmud 裏，分做 Mischna 和 Gemara 兩大編，前編是成於 Juda Hakkosch 之手，內容又分爲播種(Des semences) 節期(Des fêtes) 婦女(Des femmes) 損害(Des dommages) 祭祀(Des sacrifices) 和提淨(Des purifications) 六節，後者是前編的追補，這兩編的內容不外記載『指導的規則』(halachah) 和敘述『歷史的經過』(agadah)，在目前，這部第二法律已是猶太教最神聖的書籍，也就是研究西伯來刑法最主要的材料。

就上述文獻考察，西伯來法之最易使人注目的，自然是極端的宗教色彩，甚且近於怪誕的程度，其實這是古代任何民族法律所必須有的態度，因為在民智未開時，對於自然的現象，既不能理解，自無力控制，難免為自然所征服，迷信心理自然就會發生，於是想做領袖的人，要能總攬一切，維持自己的地位，祇有借助於一般人不能理解的自然現象，而名之曰「神」(Dieux)，作為控制一般人心理的工具，尤其是摩西平日既非社會上重心的人物，要想取得一般人的信仰，跟隨他去冒極大的危險，脫離埃及的壓迫，是更非如此不可，這祇要看摩西叫百姓看上帝臨降和他說話的故事，(註二)就很可明瞭當時摩西利用神權來實現民族思想的苦處。

除了上述神權的原則以外，以下我們再根據 Talmud 書中的 Mischna 編，將西伯來刑法所規定的刑名，刑之執行，和刑之消滅等，分別敘述如左：

#### (一) 刑名

Mischna 記載西伯來人的刑名共有七種：

(1) 死刑，死刑有石擊刑 (La lapidation) 火刑 (Le feu) 斬刑 (La decapitation) 絞刑 (L'étranglement) 四等：

石擊刑是刑罰中最重的一種，Mischna 上記載適用石擊刑的行為，共有十七個罪名：(一) 與母親通姦罪 (qui rem habet cum matre) (二) 與父的配偶通姦罪 (cum uxore patrie) (三) 與兒媳通姦罪

(*cum nuru*) (四)同性相姦罪 (*cum mare*) (五)與已訂婚之少女通姦罪 (*cum puella desponsata*) (六)獸姦罪 (*cum bestia*) (七)已婚婦女與獸交之罪 (*mulier quae iumentum admittit*) (八)偶像崇拜罪 (*blasphemus*) (九)將小孩子寄名於摩羅施神罪 (*qui dedit ex semine suo moloch*) (十)施行邪術罪 (*pythomantis*) (十一)巫卜的行爲罪 (*haridus*) (十二)勸人拜偶像罪 (*idololatria*) (十三)背教罪 (*qui ad apostasiam impellit*) (十四)魔術惑衆罪 (*magus*) (十五)不守安息日的罪 (*profanator sabbati*) (十六)咒罵父母之罪 (十七)違犯親長命令罪 (*filius degener et rebellis*)。此外，在舊約裏還記載了一個罪名，就是女孩出嫁前，在父親家裏失去了貞操的行爲，也是要處石擊刑的(註一三)。

其次，凡是與自己的女兒、孫女、妻子的女兒或孫女、岳母、岳母的母親或者岳父的母親等爲通姦的行爲，都處火刑(註一四)。

再次，故意殺人罪和居留於耶和華上帝所拋棄的地方罪，是要被處斬刑的。

最輕的死刑要算絞刑，適用這種刑罰的罪名有：法官拒絕服從最高法庭的命令的罪，僞預言罪，以偶像之名稱爲預言的罪，和姦罪，引誘祭司之女罪，誣告祭司之女無貞操之罪，竊盜西伯來人子孫的財物罪，毆打西伯來人父母的罪等八種。

(2) 剪除刑 (*Kerith*) (註一五) 這種刑罰的性質有從刑和主刑兩種；凡是剪除犯罪人的靈魂於猶太領域

之外的，是上述死刑的從刑，而與巫術師來往的，(註一六)不在法律所指定的地點爲祭祀的行爲，(註一七)意圖實施於自己或他人而僞造聖油，(註一八)僞造聖香罪，(註一九)偷食或以不潔之物爲和平的祭品罪，(註二〇)不潔入聖堂罪，(註二一)等宗教上的不敬行爲，以及在經期中與妻爲性交之行爲，(註二二)娶兩姊妹爲妻，(註二三)與姨妹通姦，(註二四)或與嬸母舅母相姦，(註二五)等罪，都要以剪除刑做主刑而宣告。

(3) 反坐刑 (*la peine du talion*) 這是對於傷害罪和僞證罪而設的刑罰，其內容以公平爲原則；所以「以命償命，以眼還眼，以牙還牙，以手還手，以腳還腳……以打還打」(註二六)而僞證罪就處以刑事被告人的刑罰，此外在 *Mischna* 並且規定准許以金錢賠償其所損失的價值的五倍，因爲，凡是傷害行爲被害人就有五種損失，卽肉體傷害 (*neseq*) 痛苦 (*tsaar*) 醫藥費 (*rippui*) 怠工 (*schebeth*) 和侮辱 (*boscheth*) 五種。

(4) 體刑，除了反坐刑以外，在西伯來刑法還有兩種體刑，一是斷肢刑，另一是鞭刑，斷肢刑在舊約前五書裏，僅提到一次，(註二七)適用的範圍，大概極少，至於鞭刑的適用，摩西法規定了兩個罪名，就是與已婚的奴隸通姦和誣指己妻爲非處女的行爲。

(5) 自由刑，西伯來初期刑法是否有自由刑的規定，目前尙成疑問，一般學者雖都因爲舊約前五書曾有記載，(註二八)大半主張自由刑的存在，不過據杜利生氏 (*Thonissen*) 的意思，以爲舊約僅兩次提到監禁，而語氣好像是暫時拘禁，免得犯人逃走的性質，不能和刑罰相提並論，而且在長期遊牧的狀態中，要以監禁作爲刑罰，

事實上不可能。(註二九)這種意見，似乎比較可信。

(6) 財產刑，財產刑有『動產之失去』(la perte de la propriété mobilière)『贖人之代價』(göfer)和『罰金』(onesch)三種：主人傷害奴隸，就要任奴隸(動產)自由，所有人之禽獸傷害別人，該禽獸即屬於被害人，傷害胎兒，犯罪者要向孕婦的丈夫，賠償胎兒的代價，竊盜罪和誘姦未婚妻罪是要處罰金的，前者數額是損害的一倍，後者就是五十個「西克爾」(siclos 西伯來錢幣名)，都歸被害人領受，所以在西伯來刑法裏的罰金，和近代民法上的損害賠償相同，並沒有刑罰的意味。

(7) 送往避難市刑，凡是過失殺人的行爲，在原則上是不免於報仇的，不過可送往避難市居住，犯罪人既入避難市，則任何人不能再行報仇。

## (二) 刑之執行

執行刑的方法，大略是這樣：

(1) 安息日和節日不能執行刑罰。

(2) 執行死刑有一定的地域，而執行的人，大半就是犯罪的證人。

(3) 鞭刑的執行，第一，要有判決，這就是說在未判決之前，不能適用鞭刑的，這與我國古代的刑訊，似乎不同；第二，執行時應當由承審的法官在場監督；第三，鞭數不可超過四十的最高額，法官在這個範圍內，自然有酌量

的全權；第四，鞭打的部位是背鞭打三分之二的數額，脊和前胸三分之一；此外若是犯兩種鞭刑的罪，第二次鞭刑的執行，要在第一次傷痕完全消滅以後。

### (三) 刑的消滅

除了刑之執行完畢外，在西伯來刑法關於刑的消滅，還有兩個原因，一是和解，另一是特赦。

和解並不是無限制的，凡是違反宗教和有害社會公共利益的犯罪，都不准當事人出錢和解，至於個人利益的犯罪，祇要不是人命（故意或過失）的犯罪，都可以用和解的方法消滅刑罰的存在，這種制度自然是尊重當事人的意思，同時又和我國古訓所謂「人命關天」的概念相合，在當時真不能不說是一個極合理的規定。

特赦的制度，是在君權確立以後纔有的，在紀元前十一世紀道非 (David) (註三〇) 曾特赦替柯亞 (Terkohah) 的兒子的殺人罪，(註三一) 就是個例子。

綜合上述各點，我們對於西伯來刑法，似乎可以得着左列幾個概念：

(甲) 所謂犯罪，雖然各方面的行為都有規定，而最重要的還是宗教罪和妨害家庭罪兩種，這祇要看死刑的罪名就可知道了，其所以如此重視宗教的原因，我們若能透視崇拜一神之裏因，在統一以色列人的信仰，激勵其仇視異教，即以仇視異族之志氣；(註三二) 那末，與其說是神權的刑法，無寧說是民族意識的刑法，宗教不過是被摩西利用做團結民族的幌子，所以背教罪和拜偶像罪都要處以死刑中最重的石擊刑，至於妨害家庭罪更是嚴

密社會組織所必需的條件，由游牧不定的生活，進而爲農業的國家，不提倡倫理的觀念，自然無法堅固社會的組織。

(乙)故意與過失的區分在近代刑法裏，是刑事責任的基礎，西伯來刑法就有這種區分的傾向，不能不算法律思想發達的明證。

(丙)民刑劃分不嚴，這祇要看財產刑的領受者不是國家而是被害人，就可知道他們對於刑罰和損害賠償的觀念，沒有什麼不同的地方。

(丁)私人報復仍保有合法性，報復是人類的天性，同時也就是刑法的淵源，摩西雖然已經利用神的名義，想控制社會的一切，但還不能不任報復的執行；而反坐刑的適用，不過是在報復觀念之上，再加上件公平的外衣，中世紀以後，所謂刑法以正義爲基礎的概念，或許就是淵源於此罷！

### 第三節 印度刑法

印度的命運真有點像中國，現在是極弱不堪，已經淪爲別人的殖民地，可是在文化史上，確有無上的光榮，尤其是它負起了溝通世界文化總樞紐的使命，這種偉績，我想研究文化史的人，總會承認罷。

原來印度古代商業就很發達，和波斯埃及中國的交通，則早在三千年以前，舊約創世記也提到過印度的商

業，因此，它在歐亞間竟做了傳播文化的媒介者，而印度法典之給予世界極大的影響，更是勢所必然的事實，英國法學家 W. Jones 說：「在一切立法者當中瑪露 (Manu) (註三三) 總無疑的被認為是立法者的鼻祖，所有其他的法典，無非是抄襲他的，或者稍加修改以合於彼處人民的風俗習慣而實現，……瑪露法頒佈到現在，雖然已經有三千年，而它的權威，則還是和往日一樣，」(註三四) 那我們研究比較刑法的人，還能不能注意這部最古的刑法嗎？印度最古的一部法典，叫做曼拉發打爾馬沙斯脫來 (Manava-Dharma-Sastra 卽人類法典)，其編纂的時期，一般學者都以為是在紀元前十二至十三世紀之間，惟德國著名的東方學者 Johantgen 的意思，以為一般人未免言之太過，而以在紀元前五世紀為較可靠。(註三五)

該法典共分兩部，上部規定刑罰權的淵源和限制以及證人事宜，下部規定罪與刑，總共有二千一百八十五「條」(ślokas)。

在第一部開頭就說：「王是天的親生子，犧牲其高貴的幸福，下界來維持人類的公平，以痛苦管人類，保護人類以消除人世界間的罪惡。」這段是說明刑罰的淵源，與摩西法典一樣，都委之於神，這是古代任何刑法共同的顏色，而印度又是佛教的祖國，刑法之有神的色彩，自然較之於別國刑法更濃厚些，接着又說「王之放任有罪的人與處罰無辜，同是不公平的事，因為公平的痛苦，是載之於法律的。」(註三六)「王收了人民的稅款，要是不保護人民，死後就立即要入地獄的。」(註三七)這是「法無明文不罰」的原則，同時又是刑罰權的限制，這種法治精神，



就是在十九世紀的歐洲，也無過如是，而徵稅的事和保護人民，竟如同權利義務對等的規定，我們除了讚歎印度法的精密偉大外，更覺得近代文明真未免慚愧，政府在徵稅的時候，想到保護人民是自己的義務嗎？尤其是我們的所謂五千年文化的古國；我對於這種印度古法的規定，祇有佩服，祇有羨慕，此外，還能說什麼呢？

「王不能以行爲後的法律，去決定該行爲的合法與否。」（註三八）這在印度古法，也是刑罰權的一種限制，若是以近代法學的眼光說，這就是『刑法不溯及既往』原則（Le principe de la non-rétroactivité）。

關於量刑的標準，瑪露法有這樣規定：「安寧秩序的維持，是在於科刑的得當，正如軍隊命運之依賴於將軍的智慧一樣，他應斟酌犯罪的時間、地域、性質、犯罪人的能力、外界的情形以及法律的規定，科以適當的刑罰。」（註三九）這些標準，以近代眼光看，雖然還有些缺點，可是在那時，我們還不能不佩服印度古法的全備呢！

審判的事務是由王親自擔任的，因為這是王最重要的責任，萬一王不能審問，則由一位波羅門人和三位佐理（軍人或商人）共同審理。（註四〇）

印度人極其重視證言，所以瑪露法關於這種規定，非常詳細，在審判的時候，王應當極和藹地對證人說：「請誠實地講你關於這件事所知道的，因為你已經獲得了證人的地位，誠實的證言，在世界上是可以獲得讚揚，若是偽證的話，那你死後就會在『海龍王』（Varuna）那裏受一百世的痛苦。」（註四一）

而王不能爲證人，因為有不公平的危險；學生不能做證人，因為他們有輕佻的習慣；老人家不能做證人，因為

他們的官能已經衰弱，所證的恐怕就不真確；修行者，不能做證人，因為他們已失去了公共生活利益的觀點；受飢寒痛苦人，也不能做證，因為痛苦，已使他沒有主意的能力；至於女子就祇能做女方的證人，這些規定，確顯示了瑪露立法思慮的周密。

若是又沒有證人，那祇有適用『火審』(Agni) 或者『水審』(udaka) 的方法，以判定被告是否犯罪：所謂火審，乃置燒紅了的鐵丸七枚於無花果的樹葉上，使當事者捧着，步行於一定距離的圓圈上，由法官唸祈禱詞曰：「嗚呼汝火，為淨祓之具，即神之尊口，緣汝住於一切物之心中，故得知此事件，真實即由汝舌而出。」然後檢驗掌中，視傷之有無以判真偽。至於水審，乃放矢入水，使被告潛入水中拾矢上陸，其時若被告沈入水中為無罪，若手足或體之一部現水上，則為有罪的證明。(註四二)

刑名在印度瑪露法裏，極為繁雜，除了罪質而外，還因為犯罪人的階級而變更，簡略的說，有死刑、肉刑、火印刑、監禁刑、放逐刑、財產刑和譴責刑七種，茲再分別敘述如左：

死刑 死刑有單純和加重兩種，加重死刑又分七種：第一是尖刀刑 (le pal)，乃對於夜晚毀越屋牆的竊盜罪的刑罰，因為在印度這具有非常技能的竊盜極多，所以不能不處嚴刑，以示警戒。第二是火刑，賤民誘姦貴族妻子的行為，是要科這種刑罰的，因為誘姦已經違法，何況又是賤民犯上，在階級觀念極深的印度人看來，自然算是罪大惡極了。第三象蹈刑 (l'excusement sous les pieds d'un éléphant)，凡是公務員發現遺失物而據為己有

者，就要用巨大的象，把他踏死；原來在印度公務員發現了遺失物應當交國王保存三年，同時公示招領，三年後無失主領回者，則應收歸國庫（註四三）這不能不說是瑪露法保護所有權的周密和當時吏治清白的地方。第四是溺刑（*la noyade*），適用於決水罪，這似乎和摩西法的反坐刑意義相同。第五是熱油刑（*l'huile bouillante versée dans oreilles et dans la bouche*），這種刑罰適用於賤民對於波羅門人所對他發的命令有所議論罪，執行的方法，是把燒熱的油傾倒於賤民口裏和耳裏，因為既是賤民，耳就應聽命令，口就應無所議論，而敢於對波羅門人的命令有所議論，自然應當懲罰口和耳，以至於死亡。第六是獸刑（*être déchiré par des chiens dans une place publique*），適用於已婚婦女通姦罪，執行的方法是率惡狗數匹，任其食犯罪者於公共場所。第七是分屍刑（*être coupé par morceaux avec des rasoirs*），凡是從事於製造金銀手飾業務的人，而偽造者，都應用刺刀分割身體。總之，這七種加重死刑雖然慘酷，可是適用的機會很少，祇限於這七種行為，至於單純死刑，執行的方法是斬首，條文極多，適用範圍亦廣，譬如殺人罪、竊盜罪、賤民不敬罪、贓物罪、幫助竊盜罪（註四四）累犯小偷罪等。

肉刑 肉刑是肉體的一部供刑罰的執行，在印度古法的規定，肉刑的種類，又因為犯罪的性質而不同，譬如賤民侮辱其上三階級的人（*Les Dwidjas*）的行為，是處斷舌刑，賤民唾罵波羅門人，要被切去兩唇，竊盜波羅門人的耕牛，在執行死刑之前，應先執行切去雙手刑等，總之肉刑的種類，極為複雜，行為固然是科肉刑的標準，而被害人和行為人的階級，也是量刑的基礎，身體任何部分幾乎都可以做執行的對象，自然這是刑法殘酷性的表現，

不過這是古代刑罰特徵，不祇印度古法如此，其他古代民族的刑罰，都沒有不是以肉體的痛苦做，犯罪的應報的。火印刑，火印刑隨着罪質而有不同的印紋，譬如說偷飲祭酒的，在前額上印個釀酒的旗幟，賤民敢坐於波羅門人之旁的，就要印上個沒有頭的人型等類。

**監禁刑** 監禁有屋內監禁和屋外監禁兩種，前者係對於少女和下層階級的人通姦之行爲，以及已婚婦女遺棄丈夫之家庭者，後者是適用於商人與波羅門人妻子和姦罪（註四五）監禁的期間，法律並無高度或低度的規定，法官自然可以自由處斷，至於執行的方法，屋內監禁固然和近代自由刑的意味相差不遠，而屋外監禁，則完全不同，其形狀如獸檻，以木或石做成，放置於路上，囚人禁於其中，仰天露臥，使受隆冬之寒冷，炎夏日之炎熱，囚人不得自由全失，即健康亦不克保全，故與身體刑無異，自未能與近代之自由刑同日而語。

**放逐刑** 放逐刑有獨科和併科兩種，獨科放逐刑適用於（一）不救災之罪（註四六）（二）重傷害罪（即損傷骨格）（三）因慳吝而不履行誓約罪等，至併科放逐刑適用的範圍極廣，譬如波羅門人犯罪，除應執行死刑無法併科外，其他任何犯罪，都應併科放逐刑，就是個好例子。

**財產刑** 財產刑在印度古法規定得更見周密，有沒收和罰金兩種，這完全和近代刑罰相同，而沒收更分爲全部沒收和部分沒收兩種，譬如發現埋藏物而爲不實之報告者，沒收埋藏物全部八分之一，全部財產沒收刑適用於閣員之倚仗財產，阻礙公務罪，無預謀之殺波羅門人罪，此外商人與波羅門人妻子和姦罪，除處以屋外監禁

外，還要併科全部沒收刑。至於罰金則分爲二百五十班拉（Paras）以上、五百班拉以上、和一千班拉以上三等，適用的範圍極廣，幾乎可以說是刑罰制度中主要的刑罰，這在以肉刑爲主要刑罰的古代法制中，不能不算是個例外。

**譴責刑** 譴責刑在刑罰制度中，算是最低級的刑罰，適用於病者、老者、幼者、及妊婦之犯罪者，似乎是一種減輕原因的刑罰。

總結上述各點來說，或許要以爲印度古法的缺點太多了，刑罰的慘無人道，階級的歧視，刑罰和實害既無均等的觀念，刑罰又沒有感化的意義等，這種估價，在形式上固然不錯，可是實際上這是忽略了時間觀念的議論，試問在法國大革命之前各國的刑法是怎樣的？殘忍、不平等、以及誤解刑罰的使命等，還不是一樣嗎？若就另一方面說，摩西法典之成立，還在波羅門法典之後，而私人報復和反坐刑的執行，竟存在於時代較近的摩西法典，而印度法反能以公權力維持一切的社會秩序，不放任私人腕力的報復，這不能不說是文化進步較早的徵象，而刑法不溯及既往的原則的確定，對於人權的保障，尤有莫大的功績，而爲近代的立法例的淵源。

#### 第四節 希臘刑法

希臘在古代不是一個單一的國家，許多城（cities）都是各自獨立的，各城有固有的風俗習慣，所以法律也

各不同，不過本書並不是專作古代刑法的研究，自然用不着分別觀察，祇要就對近代刑法影響較多的亞推雷 (Athènes) 刑法，加以敘述，就可以明瞭刑法演進的經過了。

亞推雷立國最早的一個首領，據史家所知道的，要算是雖克洛 (Cérops)，他在紀元前十六世紀就來自埃及，到了亞推雷城之後，纔放棄游牧的生活，而進到農業時期，法律的制定，也就隨着時代的需要而發生，並首創歷史上著名的『愛耶洛把施法院』 (tribunal de l'Aéropage) (註四七) 發布一些簡當的法令，分全國為十二區，確認社會有貴族 (eupatrides) 戰士 (les chevaliers) 商人 (geugets) 和勞動者 (les thetes) 四階級，同時在政治上創立民主制度，主權在人民，一切立法權、司法權、和行政都歸人民會議行使，(註四八) 這些簡單的政治組織的法令，就是以後亞推雷法律的淵源。

在紀元前六百二十四年亞推雷大法學家達瓦公 (Dracon) 纔正式開始立法的工作，這部法律和羅馬的十二表法一樣的，無非是立法者把高等階級施政的祕密，歸納在一起，而公開於下級的人民。

這部法律的內容，大概說來，不外是左列四種觀念的結晶品：

(一) 威嚇主義的確立。威嚇主義最古的淵源，本是以人類報復性做基礎，不過在人類執行報復的時候，祇是自衛本能的衝動，並沒有所謂「殺以止殺」理性的觀念，在國家形成的初期，也無非順從這種本能，而加上件公平的外衣，可是希臘這部法律，是更進一步利用刑罰的痛楚，使一般人畏懼，而不敢犯罪，所以一方面立法者說

要保障「共和國」(Republique)的存立，祇有嚴刑可以使人畏懼，而不加以侵犯，他方幾乎是任何輕微的罪都可以處死刑，這種嚴刑峻罰的威嚇主義，在目前我們固然是不敢贊同，可是在一般人都是無目的的受本能衝動執行報復的當時，希臘法家能企圖利用刑罰以達到一種目的，未始不是思想的進步，事實上在十八世紀以前的刑法幾乎沒有不受這種觀念支配的，其影響之大，真是不言而喻了。

(二) 擅斷主義的實施。在希臘除了適用威嚇主義而外，還有擅斷主義的特色，而為近代刑法所不取的；譬如某種行為，法律雖無明文規定，而人民會議可以在行為後頒布一個法令，對該行為加以處罰，就是人民會議不制定法律，法官也可以臨時根據個人的信念，決定罪刑；這不特和近代的法無明文不罰的原則相反，抑且不承認不溯及既往的原則的存在，這種現象似乎不應當存在於所謂民主政治的國家，其實，在希臘這恰是民主政治充分的表現，因為人民會議是國家最高主權的所在，而法官又是人民會議選舉的，他們自然是兼有立法和司法的權力，而擅斷主義就是這兩種權力集於一身，實用的結果。

(三) 刑事之連帶責任主義。亞推雷的立法者，不知道有所謂刑罰個人原則，他們以為個人犯罪，一家的人都要負刑事責任的，這和我國古代夷三族的制度相同，不過在希臘是以為人類是「家庭的人」，並不是所謂「個人」，他們既有共同的血統關係，那末，所謂犯罪，實際上就是血統犯罪，所以凡是共同血統的人，遇有犯罪行為發生，都要負連帶責任的。(註四九)

(四) 政治觀念的充分表現。人類初期的刑法，本不外乎社會公權力代理個人執行報復，以滿足本能的衝動，而希臘刑法更進一步使刑法發生一種政治作用，而維持當時的所謂民主政治；而政治犯在犯罪中竟成了最重要而又最多的罪名，這和其他古代民族的刑法之有背教罪，是神權政治的結果，在實質上沒有什麼差異，可是就思想的外形看，未嘗不是文化進步的一種表現，而為希臘刑法的特色。

至於刑名，在亞推雷刑法裏，約有死刑、監禁刑、放逐刑、權利刑、奴隸刑、財產刑六種，茲再分別述之：

死刑 死刑適用的範圍極廣，幾乎像自由刑之在近代刑罰一樣，據杜利孫的考證，凡是(一)叛逆罪、(二)損害亞推雷民族罪、(三)意圖傾覆政治組織罪、(四)損毀主權罪、(五)對人民會議為虛偽之陳述罪、(六)外交上之越權罪、(七)妨害公務罪、(八)侵吞公款罪、(九)違法徵收罪、(十)侮辱宗教罪、(十一)褻瀆神聖罪、(十二)間諜罪、(十三)助敵罪、(十四)偽造貨幣罪、(十五)不法採礦罪、(十六)殺人罪、(十七)放火罪、(十八)私禁罪、(十九)累犯竊盜罪、(二十)多數的偽造文書罪、(二十一)妨害風化罪、(二十二)誣告罪、(二十三)虐待父母或孤兒罪等，都要處死刑的。(註五〇)至於死刑執行的方法，又因罪質而不同，普通政治犯和宗教犯都是用毒殺刑的，譬如著名的哲學家蘇格拉底(Socrates)就是被判決飲以『矢鳩』(ciguë)即毒菇之一種)而死亡的，其餘像石擊刑、十字刑、絞刑、車盤刑等都可以適用，任法官的選擇。

監禁刑 監禁有無期和有期兩種，法官有絕對裁量的自由，其性質又有主刑和附加刑的不同，作為主刑適



用時，不外是犯軍事上的犯罪，以及虐待父母私侵吞公款之未處死刑的犯罪，至其他犯罪之處罰金刑，則監禁即被認為是附加刑而適用。

**放逐刑** 放逐刑在亞推雷刑法裏，算是一種很重的刑罰，僅較輕於死刑，凡是思想上的輕微犯罪，都可以處放逐刑，而全部財產之沒收，又為放逐刑之自然結果，若是放逐出國後而又返國的，那就要處以死刑。

**權利刑** 權利刑有高級褫奪公權刑 (*Latimie majeure*) 中級褫奪公權刑 (*Latimie moyenne*) 和下級褫奪公權刑 (*Latimie inferieure*) 三等，高級褫奪公權刑適用於政治犯，普通同時併科全部財產沒收刑，其效力並及於犯罪者之子孫，一切公民的權利均因此喪失，中級褫奪公權刑於權利的種類，略有限制，而下級褫奪公權刑，則僅喪失與該犯罪行為有關的公權，譬如選舉舞弊罪，則犯罪者喪失選舉權是。

**奴隸刑** 所謂奴隸刑，乃是將犯罪人出賣與私人作為奴隸，本國人適用的機會極少，普通是對外國人在亞推雷犯輕微罪適用的。

**財產刑** 財產刑有沒收和罰金兩種，此地所謂沒收是指全部沒收而言，並沒有部分的沒收，這是和印度刑法不同的一點，至於罰金額法律上沒有高度或低度的規定，故法官有絕對的裁量權，普通雖說一萬 *Drachmes* (希臘錢名) 是最高額，然而三萬甚至五萬 *Drachmes* 罰金的判決也是有過的。(註五一)

## 第五節 羅馬刑法

羅馬刑法的重要性，我們在上面已經大略地說過，可是普通研究羅馬法的人，多半是注意羅馬民法而忽略了刑法，這是因羅馬民法比較刑法更見發達，一般人就祇就那最精彩的部分加以研究，這不特十一世紀的註釋學派的學者如是，就是近代的學者也大都是如此，其實，羅馬民法雖是精密完備，然究不能掩蔽刑法的光芒，所以在十九世紀經過一些專門研究古代刑法的學者的搜集和研究之後，羅馬刑法的估價，始不在民法之下。

羅馬刑法最古的成典，自然要算十二表法的第八表私犯法和第九表的公法，繼後隨事實的需要，歷朝都會頒布刑法，一直到修斯梯利樣法典（*Codex Justinianus*）編纂成立，而以前一切零散的法令，纔算歸納到一起了，其中關於刑事部分的，有『斯拉法』（*Lois de Sylla*）『開撒法』（*Lois de César*）『奧果斯得法』（*Lois de l'Auguste*）以及基督教會所頒布的刑法等，而以『斯拉法』的規定，最為詳盡，可以代表羅馬刑法的真精神。

我們若以羅馬法所給予近代刑法的影響觀點去考察，那簡直就可以說近代刑法的原則，完全是羅馬法的復活，這裏姑且舉幾例來說罷：

第一，犯罪概念的確定，實在是羅馬法最重要的遺產之一，原來在羅馬法之前，所謂犯罪在一般人的概念上，

無非是罪孽，是對神的褻瀆，是對個人的侵害，國家執行刑罰自然不外是代天行道，對神贖罪，消除罪孽，以及爲私人復仇等，可是在羅馬法學家的眼光，所謂犯罪，乃是危害『社會利益』(l'intérêt social) 的行爲，這種概念的產生，固然是有賴於希臘哲學思想的啓發，然而羅馬法學家能够把握着這種概念進一步光大發揚這種概念的精神，而作爲全部刑法的基礎，更思以啓示近代刑法的雛型，其對於刑法之貢獻，實極偉大。

其次，刑法不處罰單純的犯意，而以行爲做刑罰的標準，也是羅馬刑法的一個原則，所以凡是未以行爲表現於外部的情形，縱有犯意，甚至於預備等行爲，都不能處罰，但是反叛帝制的預備行爲，是不受這個原則限制的，因爲反叛帝制的行爲，若已超過預備的階級，往往就有無力處刑的危險，所以不能不作例外的規定，若是已經着手實行足以表現犯意於外部，而因意外的障礙使犯罪結果不能產生，那就可以處罰，這在近代刑法裏叫做犯罪之未遂。

再次，刑法雖以行爲做標準，而沒有犯罪意思的行爲，也是不處罰的，換句話說，行爲固然是刑罰的標準，而犯意更是犯罪構成的條件，由這個原則演繹的結果，第一精神病人的犯罪行爲是不構成犯罪的，第二未達成年幼者行爲，也不能處罰，第三因他人攻擊而爲的正當防衛的行爲，(註五二)也不能要他們負刑事責任，因爲這三種行爲都是沒有犯罪意思的。

還有共犯的觀念，在羅馬法也有規定，凡是給予實施犯罪行爲的人，以及幫助者，都叫做從犯，和實施犯罪行

爲者同等處罰，這就是近代刑法裏所謂責任上與刑罰上之平等制(Système de légalité de responsabilité et de pénalité)歷史的淵源。

此外羅馬法對於累犯，也有加重其刑的規定，不過僅限於同種的犯罪，纔能算是累犯，否則是不能加重的。至於羅馬刑法罪與刑的規定，則尤爲精密，茲分別述其梗概於左：

(一) 關於罪的規定

羅馬刑法關於犯罪的概念，認係危害社會利益的行爲，已如上述，但同時對於單純侵害個人利益的行爲，若取放任的態度，也非所以維持社會秩序之道，所以在羅馬法有『公罪』(delicta publica)和『私罪』(delicta privata)的分別規定，這在近代刑法裏認爲一切侵害法益的行爲，對於社會利益的損害，雖有直接和間接的不同，而其屬使社會蒙受損害則屬一致，所以並無公罪和私罪之分，這種廣義的解釋，在報復觀念尙未完全消滅的古代立法，自非所宜，羅馬刑法之分別輕重，認公罪是侵害社會法益的行爲，處以刑罰，私罪是個人間的糾紛，祇發生債權的關係，自然是當時一般人的法律觀念的結果。

這樣區分在立法上，就發生三種結果，第一是關於管轄權的問題，公罪最初是由『國民會議』(comices)審判，後改由『控訴法院』(quaestiones)受理，而私罪的管轄權是屬於民事法庭；其次任何人都可以對公罪提起告訴，而私罪的告訴權僅屬於被害者；最後適用的程序，亦不相同，公罪適用刑事訴訟法，私罪祇能依據普通

程序要求損害賠償。這種制度在羅馬的末期，略有變更，就是對於私罪也可以提起刑事自訴，不過因此即喪失要求損害賠償的權利。

在公罪又可以分做例外公罪和固定公罪兩種，前者適用特別訴訟法，法官有量刑的自由權，後者適用普通刑事訴訟法，完全採用法定刑的制度，法官沒有裁量權，即所謂絕對的法定罪刑制，這種區分，後因特別訴訟法的廢止，而兩者不同的所在，就祇有法定刑與否一項，所以有些學者就分公罪為法定刑的公罪與非法定刑的公罪兩種。

公罪（包括法定刑於非法定刑而言）的分類，約有對國家之罪，對宗教之罪，對風化之罪和對個人之罪四種，對國家犯罪最重的要算大叛逆罪（*perduellio*）（註五三）其次是侵吞公款罪，違法徵收罪和意圖妨害選舉之非法結社罪（*sodalitas*）再次是偽造貨幣罪及偽造度量衡罪。對宗教之罪有輸入異教罪和侵占祭物罪兩種。對風化之罪有（一）姦非罪（*adulteris*）（二）淫逆罪（*stuprum*）（註五四）（三）代人引誘為姦淫行為之罪（*lenocinium*）（四）猥褻罪（五）親屬相姦罪五種。對個人之罪則有故意殺人罪，殺尊親屬罪，暴力罪，略誘罪，竊盜畜牧罪，收受贓物罪，重利罪和墮胎罪等。

所謂私罪，乃指除公罪中對個人之罪以外之一切侵害個人之身體財產之行為而言，在古羅馬法本沒有規定，祇實用反坐法（*Loi de talion*），繼後因為所有權的觀念發達，為保障所有權起見，就有了相當的規定，但也不

過是採用金錢補償律 (Loi de Wergeld) 的辦法，而成爲債權構成一原因，較之公罪以及近代所謂犯罪的性質，實異其趣，至私罪的內容，則有左列數種：

(1) 損害罪 (Injure) 本罪在十二表法祇規定爲對於身體的傷害，後來大法官列令 (L'édit de préteur) 并及於人格名譽的損害，被害者都有請求損害賠償之權；到了帝政時代，並且准許被害者提起刑事自訴，從此損害行爲漸有公罪的性質，而與近代的傷害罪妨害名譽罪同其意味了。

(2) 過失損害罪 (damnum injuria datum) 十二表法對於本罪也有規定，後來『亞己利亞法』 (lex aquilia) 復加規定，譬如因過失致奴隸於死，或致農業上之四足獸於死等行爲，奴隸的主人和獸的所有人，都有請求損害賠償之權。

(3) 竊盜罪 (furtum) 羅馬法規定的竊盜罪，其範圍較近代刑法上之竊盜罪爲廣，共有『有體物之竊盜』 (furtum ipsius rei) 『物之使用竊盜』 (furtum usus) 和『物之占有竊盜』 (furtum possessionis) 都包括在內。

(4) 強盜罪 (Ripina) 本罪在十二表法和竊盜罪並沒分列，大法官列令裏纔以行爲是否達於強暴的程度，而區分爲強盜罪抑爲竊盜罪，兩者在法律上都祇能請求損害賠償，不過賠償額有多少的不同而已。

(5) 恐嚇罪 (metus) 本罪成立的時期很遲，初不能請求損害賠償，到了七世紀阿克達非亞法官

(*préteur Octavius*) 的律令纔加以規定。

(6) 詐欺罪(*dolus malus*) 詐欺罪的成立還在恐嚇罪之後，由『亞已利亞法』規定，得請求損害賠償的。

## (二) 關於刑的規定

羅馬法關於刑罰方面，像其他古代民族的刑法一樣，嚴刑峻罰，殘酷異常，這種情形，學者的解釋不同，有的認為羅馬君權極大，刑罰嚴峻是專制政體當然的結果，因為不是這樣，就不足以維持君權的尊嚴，但是有的人根據羅馬對公罪處罰極重的規定，而認為當時的立法者是適應人民強度的愛國心之結果，所以羅馬人有所謂『城市(國家)是一切，是家庭，是世界，也就是生命的整部』(*La cité était tout, c'était la famille, c'était le monde, c'était la vie toute entière*) 的格言(註五)這兩種解釋，各有見地，我們以為國民的愛國心，固然是嚴罰侵害國家罪的客觀條件，而專制權威的維持，事實上也有嚴刑峻罰的必要，這是各國歷史上共同的事實，羅馬當然也不會是例外，所以這兩種解釋都是當時刑罰嚴峻的原因。

羅馬法的刑名，因為階級觀念的支配，極為繁雜，有所謂對奴隸的刑罰與對自由人的刑罰兩種，對奴隸的刑罰共有十字刑(*la fourche*)、皮鞭刑(*le fouet*)、火印刑(*la marque*)、鎖禁刑(*les chaînes subies dans l'ergastulum*)、宮刑(*castration*)、刀擊刑(*le coups de stylet*)、鑽舌刑(*la langue percée*)、海鰻刑

(être jeté vivant aux murènes d'un vivier)等，而對自由人又因爲高級自由人(honestiores)和低級自由人(humiliores)而不同，譬如謀殺行爲，前者祇處海島監禁刑，而後者就要處以獸刑，本書爲節省篇幅計，祇能就重刑和輕刑臚列其刑名於左：

第一種重刑自然要算死刑，其執行的方法因罪的種類及身分而不同，極盡殘酷之能事，凡是可以使被執行人感受痛苦的方法，幾乎是無一不備，例如杖斃刑、斬刑、絞刑、獸食刑、十字刑、鷄犬蛇猿之分食刑等，較之我國古代炮烙刑的慘絕人倫，恐怕是有過無不及。

第二種重刑是自由刑，分爲礦役刑(damnatio in metallum)和幫助礦役刑(damnatio in opus metalli)兩種，完全採用無期制。

至於輕刑則有海島囚禁刑、身體刑、自由刑、褫奪公權刑以及財產刑等。

此外尚有罪疑惟輕，因果關係律，故意與過失之界說諸原則，均爲羅馬法所規定，而給予後世刑以莫大之影響。

### 附註

(註一) 請參看 Histoire du droit criminel des peuples anciens, Par Albert du Boys, 1845, pp. 1—10.

(註二) 見 Albert du Boys 著前書第十二頁。

(註三) 見創世紀第三十八章第二十四節。



(註四) 見 Diodore de Sicile, Bibliothèque historique, liv. 1er Chap. LXX.

(註五) 見前書 liv. 1er, Chap. XXVII.

(註六) 在 Medinet-abou 城的紀念物上,有許多囚犯,被大祭司用長戈刺穿腹部,在愛美院(temple d'Eme)的天花板上繪着大祭司們用三十把大刀,去分切九個犯罪人的身體等。

(註七) Lois de Moïse 亦稱摩西十誡,在人類文化史上,實有偉大的價值,其內容如下:

(1) 不可敬奉別神。

(2) 不可爲自己雕刻偶像,上天下地,及水中百物,不可雕刻其像;不可禮拜其像,亦不得事奉之,因予即汝等之上帝,是忌邪之上帝,怨恨予者,予必罰其罪,西延及於三四世之子孫,敬愛予而遵守予之誠命者,予必加恩,千秋罔替。

(3) 不可妄呼汝上帝耶和華之名;否則斷無不罰。

(4) 不可於安息日工作。

(5) 宜孝敬父母,使汝可在予所賜之地延長其壽。

(6) 不可殺人。

(7) 不可姦淫。

(8) 不可偷竊。

(9) 不可作偽證以傷害他人。

(10) 不可貪慕人妻及其奴婢牛驢並他一切所有物。

(註八) 譬如申命記三十一章第十一節「摩西分付他們,要將這律法念給他們聽,謹守遵行這律法的一切話。」

(註九) 即創世紀,出埃及記,利未記,民數記,申命記。

(註一〇) 見 Basnage, Histoire des Juifs, liv. III, chap. 3, §5.

(註一一) 見 Thonissen, Études sur l'histoire du droit criminel des peuples anciens, t. I, p. 189.

(註一二) 見出埃及記第十九章第九節至第二十五節。

(註一三) 見申命記第二十三章第十三節至第二十一節。

(註一四) 據 Mischna 記載應處火刑的罪有：1. filia sacerdotis scortata, 2. concubens cum filia sua, 3. cum nephte

ex filia, 4. cum nephte ex filia, 5. cum uxoris filia, 6. cum uxoris nephte ex filia ejus, 7. cum nephte ex filia ejus, 8. cum sororu sua, 9. cum sororu matre, 10. cum matre soceri.

(註一五) Kerith 刑是宣告犯罪死亡，事實上並不執行死刑，被宣告人在社會上在法律上的效力與死亡相等，這和法國昔時刑法上的『法律上之死亡』mort civile 相同。

(註一六) 見利未記第二十章第六節。

(註一七) 見利未記第十七章第九節。

(註一八) 見出埃及記第三十章第三十三節。

(註一九) 見前記同章三十八節。

(註二〇) 見利未記第七章第二十節。

(註二一) 見民數記第十九章第十三節。

(註二二) 見利未記第十八章第十九節。

(註二三) 見前記同章第十八節。

(註二四) 見前記同章第十一節第二十九節。

(註二五) 見前記同章第十二節第十四節。

(註二六) 見埃及記第二十二章第二十三節。

(註二七) 「若有二人爭鬪，這人的妻近前來，要救他丈夫脫離那打丈夫之人的手，抓住那人的下體，就要砍斷婦人的手。」(申命記第二十章第十一節)

五章第十一節)

(註二八) 請參看利未記第二十四章第十二節及民數記第十五章第三十四節。

(註二九) 見 *Thonissen* 前書第二卷第七十三頁。

(註三〇) *David* 是猶太王，即位於紀元前一〇五五，卒於一〇一四，以武功著稱。

(註三一) *Tekoa* 是個寡婦，有兩個兒子，他兄弟們互相鬪毆，族中人既不為他們解紛，等到老大把老二打死了，族中人又要以老大犯殺人罪，要把他治死，所以這位寡婦就以族中有人有意絕其後嗣做理由，請求王的幫助，而 *David* 就宣告赦免老大的殺人罪。(見

2 Rois, XIV, 5 et suiv.)

(註三二) 見劉陸民氏作希伯來法系初期立法之基本精神，登法學叢刊第二卷第七八期合刊。

(註三三) *Manou* 是印度古法的起草者。

(註三四) 見 *William Jones* 為 *Loisieur-Destlongchamps* 所譯的瑪露法 (*Lois de Manou*) 的法文本的序文。

(註三五) 見 *Über des Gesetzbuch des Manu, von Johantgen, p. 86.*

(註三六) 見 *Lois de Manou IX, 249.*

(註三七) 見 *Lois de Manou VIII : 07, 308.*

(註三八) 見 *Lois de Manou VII, 13.*

(註三九) 見 *Lois de Manou VII, 16.*

(註四〇) 在印度階級觀念很深，有所謂波羅門人 (Brahmane 卽貴族) 軍人 (Khattiya) 商人 (Vaigya) 和賤民 (Soudras) 四等，現在這部瑪露法雖已被英吉利法所代替，而這階級的觀念，仍是普遍的存在。

(註四一) 見 *Lois de Manou VIII, 79.*

(註四二) 關於火審及水審可參看法律近代論穠積陳重著黃尊三譯第一冊第二十七頁至第二十六頁。

(註四三) 見 *Lois de Manou VIII, 34.*

(註四四) 所謂幫助竊盜罪行爲約有兩種，一是供給竊盜者以生活資料，另一種是供給犯罪的器具。(見 *Lois de Manou IX, 271.*)

(註四五) 見 *Lois de Manou VIII, 375.*

(註四六) 無論人爲災害或天災均包括在內。(見 *Lois de Manou IX, 274.*)

(註四七) 見 *De Pastoret, Histoire de la législation t. VI. p. 355.*

(註四八) 參看 *Canvet, Organisation judiciaire chez les Athéniens.*

(註四九) 關於希臘刑事連帶責任的問題，法國格羅維曾著一本書，分析得極其詳盡，很可參讀，書名是：La solidarité de la famille dans le droit criminel en Grec, par Gustave Glotz, Paris 1904.

(註五〇) 見 *Thonisson, Le droit pénal de la République Athénienne, liv. II, Chap. IV.*

(註五一) 見 *R. Roland, De l'esprit du droit criminel, p. 169.*

(註五二) 在十二表法就曾規定個人對於夜間竊盜有正當防衛權，繼後這個原則復行擴充適用的範圍，對於一切強暴攻擊的行爲，都可執行正當防衛，其他非強暴法的侵害，那就要看法律有無明文規定爲斷，譬如和姦罪，父親可立即殺死他的女兒和從犯，而做丈夫的人就祇能對從犯執行正當防衛權。

(註五三) *perduellio* 法文譯作大叛逆罪 (crime de haute trahison)，其實本罪包括之罪名極多，舉凡重大妨害公安寧秩序的行

爲，莫不在內，例如謀殺而引起全市不安罪，軍人喪失軍械罪，篡奪罪，妨害人民法庭職行職務罪，助敵罪等，而若無一恰當名詞可用，姑從法譯。

(註五四) *adulteris* 和 *stuprum* 的區別，是前者和姦有夫之婦，後者是指沒有丈夫的女子與他人非法結合而言。

(註五五) 見 R. Roland 著前書第二六一頁。

## 第四章 刑法之沿革

古代民族刑法之概況，在前章已經大略底介紹過，本章再就各國刑法演進的經過，作個概括的檢閱。

自然各國刑法都有它的特點，要歸納在一起來講，似乎不容易，不過就歷史觀察，它們也是循着共同的階級而演進，因為法律本身就不外一方適應事實的需要，他方更受學說的指導，互相影響，纔逐漸完成，所以各國社會實況雖不相同，而其演進的程序，就沒有不受生產方法支配的，這就是社會的演進，所以有共同階級的主因，而且一學說的倡導，其影響所及的地方，又不是國境能够限制的，因此我們可以基於社會演進的程序，對於各國刑法的沿革，作個概括回憶，那末，刑法何以臻於今日發達的原因，也可以明瞭了。

法國加羅(Garraud)氏認為世界各國刑法的演進，都經過同樣的階級，即自中世紀以前迄於文藝復興，叫做贖罪及恐嚇時期，十八世紀至十九世紀叫做博愛時期，此後是科學時期三個階級，(註一)這裏就根據這種劃分而說明於後：

### (一) 贖罪及恐嚇時期(La période d'intimidation et d'expiation)

報復思想本是人類的本能的發動，也就是刑法的起原，原來在上古時代，人類生活，多取漁牧形式，缺少固定

性，也沒有嚴密的社會組織，公權力自然不能存在，所謂刑罰權的觀念，更沒有存在的餘地，但是人類彼此交接日繁，遇着侵害，就會發生衝突，報復的觀念深入人心，遇着了侵害或者襲擊，就多以全族的力量去報復，從此報復的觀念也就由個人時代而進到所謂家族，或部落報復時代。

在家族報復時代，因為族的組織漸形嚴密，族長獲得了無限的權力，一方維持族內的秩序安寧，以圖共同的生存，他方面更運用全族的力量，以抵禦外侮，所以報復的執行，到此時就分為對外和對內兩種，前者報復行為的程度是惟力是視，往往殘酷異常，毫無近代刑罰的意義，至於後者，則似乎與荀子所謂「人生不能無羣，羣而無分則爭，爭則亂，亂則離，離則弱，弱則不能勝物」(註二)的觀念相同，而有反坐法的產生，以維繫族內的秩序，所以反坐法的成立，是已經在報復觀念之外，更增加一件公平的外衣，而為十八世紀後刑罰觀念的雛形。

從此以後，家族的範圍逐漸擴大，而部落，而國家；人與人的關係也隨着而愈複雜，在這種情形之下，若是嚴格底執行反坐法，則內部的原氣，損失極大，所以對內的刑罰，就變成金錢補償律，對外則形成戰爭的狀態，不再有刑罰的意義了。

查金錢補償律成立的初期，人類報復的觀念還是很深，被害人往往不願受該律的拘束，要實用反坐法，使侵害者受同樣的痛苦，以滿足己身的快感，而執法者也沒力量可以干涉，祇好任被害者就二者中去選擇，所以學者們叫這種時期做金錢補償律的放任時代，繼後社會的組織更形嚴密，公權力也隨之日固，而金錢補償律就變成

強迫的性質，被害者是不要求執行人身報復的。

此外和公權力同時發生的，還有神權的觀念，認為侵害者是得罪於天，族長或者君主都無非是天的代理人，執行刑罰權，為侵害者贖罪；這種觀念是當時公權力穩固不可少的條件，也就是各國刑法所共同經過的階級，像希臘史家 *Diodore de Sicile* 所記載的古代君主處罰罪犯，必定要藉天主的名義，他們舉行的儀式雖有不同，而其意義則實一致，就是在我國，雖然經史沒有詳細的記載，然看司馬光的稽古錄所謂「惟天生民，有欲無主乃亂，必立聰明之君長，以司牧之」的話，以及俗稱「帝王」為「天子」的意義，就可以知道神權的觀念，也被我國古代刑法所採用了。

君權一經固立之後，做帝王的人就沒有再行利用神的必要，因為大權已經在握，人民不能不服從他的指揮，不過為着維持一己的地位起見，必另求秩序的穩定，而不得不用刑罰做威嚇的工具，去以力服人，如是嚴刑峻罰造成了刑法史上的恐嚇時期。羅圭斯雷爾說，「當我們瀏覽到中古的司法史，我們將因是而戰慄，每頁都是記載着傷心的人和燒紅了的鐵，活的人會拋在火裏，拋在沸騰騰的油鍋裏……」（註三）這不特歐洲如是，其實各國都是一樣的，我國秦代的刑罰，就是個例子，所以這種恐嚇的階段，也是各國所共同經過的。

在恐嚇時代最可注意的事，是刑法上私人的報復，完全絕跡，和社會防衛說的產生。像法國習慣法第三卷第三十八章所記載絕對禁止私人的復仇行為，祇有帝王所委任的官吏可以代表執行報復，就是前一種的例子，而



羅馬法家對於刑罰所下的定義：「刑罰是社會利用其恐嚇性以作爲防衛本身的工具，」可以看作這種理解的代表，這兩種事件，是世界刑法轉變的一大關鍵，而爲我們研究刑法學的人所不可忽略的。

綜合上面所述的，我們可以知道報復、贖罪、恐嚇是十八世紀以前刑法上三種基本概念，私人報復固然絕跡較早，但是神權（即贖罪）的觀念確伴隨帝王的恐嚇政策而延長，一直到法國大革命發生，纔逐漸消滅，至於恐嚇的概念，雖是被近代多數學者所鄙視，各國的法典也很少這種彩色，可是在特別法令裏，仍不少這種意味，尤其是吾國目前的特別法令，大都實用恐嚇政策，死刑條文的繁多，實在是文明國家所僅見，這種情形若不能即時改弦更張，則其禍害真不知將伊於何底！

## （二）博愛時期 (La période humanitaire)

法國大革命的產生，就是刑法博愛時代的開始，而其胚胎時代，則早在十八世紀的初期，當時各國刑法都採用恐嚇主義，帝王的淫威，法官的專斷，刑罰的殘酷，做成了怨聲載道，慘不忍聞的景象，所以事實上已有改變刑事制度的需要，而基督教博愛的教義正勃興於各國，一般宗教師對於罪囚的慘狀，自然不能不本人道的立場，從事救濟的宣傳，而盧梭（J. J. Rousseau 1712-1778）之民約論（*Contrat social* 1762）出版，人民主權的思想，更風靡一時，各國君權制度，均因之動搖，從此人道主義和人權學說以及由二者所發生的刑法改革論，纔獲着了哲學方面最堅固的體系。迨至千七百六十四年意大利法學家俾加利亞（*Beccaria* 1738-1794）發表其著名的

罪與刑(Des crimes et des peines)一書之後，改良刑法本身理論的任務，也就完成，所以法國大革命一經爆發，就摧毀了中古所殘餘的法律組織(註三)，而改變刑法的議案即提出於當時的國民會議，該會議也就根據俾氏及其他法家的學說，以及人權宣言的意旨，議定刑法主旨如左：

(一)國家是人民的共同契約所組織的，故人民有遵守由該契約所制定的法律的義務，私人固沒有執行刑罰的權能，而國家也非根據法律的規定，不能處人民以罪刑，這即所謂罪刑權專屬於國家和罪刑法定的原則。  
(二)犯罪是侵害社會的行為，法律不能在防衛社會的需要限度之外，規定罪刑，換句話說，立法者之制定法律也得受這種原則的限制，否則就是違法的法律。

(三)人類都有自由意志，基於這種意志所發生的信仰，法律不能加以干涉，所以宗教上的罪名，不能存在於法律，反之，意志自由遇着障礙所作的行為，在刑法上是不負責任的。

(四)人生來就是平等的，刑法上不應當有地位或者階級的歧視，而廢除以前法律上一切不平等的規定。  
(五)犯罪係個人的意志行為，所以刑罰也僅能施之於犯人本身，而不得及於家族。

(六)刑事正義的中心點，是客觀的事實，而不是主觀的事實，換句話說，是犯罪行為，而不是犯罪人，因此刑罰的輕重，應當和犯罪行為維持正比例。

這些議決，以後都經法國千八百十年的刑法所採用，如是，法國往昔嚴刑峻罰的刑法，就一變而走入博愛時

代，其他像奧大利的千八百五十二年刑法，德國的千八百七十一年刑法，都受法國刑法的影響，而放棄從前的恐嚇主義，就是以英國而論，雖然在形式上沒有隨着這種潮流編纂法典，可是它的刑制也受了十八世紀諸學說的燻染，一切殘酷的制度都完全廢棄了。

這種情形，在刑法史上自然不能不算是一件革命的偉蹟，不過就現代眼光去看，則還有使人難以滿意的地方。因為這種大改變的基礎，不外兩種，一是人類生而自由的哲學思想，認為人類在未組織社會之前，各人都是有這種權利的，後來依據社會契約讓渡一部分的權利與共同體，而共同體亦給予個人所保留的權利的保障，所以國家有處罰個人的權利，同時不能在社會契約的範圍以外，處人民以罪刑，使罪刑法定原則獲着了社會契約的保障。這種說法，在十八世紀雖會取得普遍的信仰，然其不合於事實，則已為現代一般學者所公認。因為所謂原始人類由彼此毫無聯絡關係的前期狀態，一朝以契約的方式躍為共同體的後期國家狀態，在歷史上實難找着根據，雖說美國的獨立，似乎是類此形式，然而也祇能說是民約論的影響，而不能說是社會契約論的根據（註四）。而且意志自由的理論，除了專從哲學方面立言外，實在不容易解釋。（註五）就是退一步說的話，不問理論的根據，僅從實用方面說，也難免使刑法陷於機械化。另一種基礎是人道主義的博愛觀念，認為刑罰不應當違反人道，監獄應大加改良，所以在當時產生了所謂「監獄學派」（L'école pénitentiaire），對於法學方面的貢獻，固然是不可磨滅，不過就其本身考察，刑法決不僅是滿足人道主義的要求就算了事，它還有更重要的使命呢。

就拋開理論不談罷，事實上以自由意志和博愛觀念做基礎的刑法，施行的結果，造成了犯罪普遍增加的現象，尤其可怕的是累犯和少年犯在整個犯罪統計中的百分比是不停增高，而達到了空前的程度，各國累犯的數目都在百分之三十五至四十之間，而少年犯則為四分之一，換句話說，十個受刑罰的人有四個是累犯，四個犯罪人中有一個是年幼者，無怪乎折衷學派的法國學者沙雷意(Salaries)都要說，「每次新統計是如潮樣的增漲，似乎是法律愈干涉愈懲罰而犯罪就愈增多愈繁殖，這可以相信刑罰已經變成了犯罪的主要原因，刑法是在促進犯罪的增加。」（註六）

### （三）科學時期(La période scientifique)

博愛時代的刑法，無論在理論或者在事實上，既都有不可逃避的缺點，如是各國學者不得不為刑法另闢途徑，而首先利用科學方法研究刑法學的人，要算意大利的郎卜羅梭氏(Lombroso 1836-1909)，他利用實證的方法，從事於犯罪人類學的研究，他的名著犯罪人論(L'Uomo Delinquente)出版（一八七六年）以後，奠定了刑法的科學基礎，繼後他的高足費利(Ferrì)的犯罪社會學(La sociologie criminelle)一書問世，不特對於郎氏的犯罪人類學，有更富於組織和更深刻的闡明，並且還補充了社會的觀點，而確定了『法律責任』（Responsabilité legale）和『社會防衛』（defense sociale）兩個大原則，最後又有加洛法羅(Rafaele Garofalo)從司法的觀點，著犯罪學(La criminologie)一書，刑法新的工程，纔算是大體告成。

我們若是綜合科學時期刑法的原理來講，那末可以說這時期的刑法有左列諸要點：

(一) 根本就推翻已往的刑罰是補救犯罪唯一有效方法的觀念，而認為刑罰的價值有限，預防纔是更好的方法。

(二) 認為犯罪行為不過是行為者「危險狀態」(periculositas)的徵象，刑罰所制裁的是有危險狀態的行為者，不是犯罪行為。

(三) 新刑法應該以法律責任的原則，去代替已往刑法上的道德責任論，因為犯罪的產生，並不是意志自由的結果，而是許多複雜原因製造成的，所以不問道德的有責任者抑為無責任者，俱應服從刑法的制裁。

(四) 以社會防衛原則為結果的刑事制裁，不應當以犯罪客觀的嚴重性做比例，而應適應於犯罪人的危險性，刑罰並且應當在不定期制度之下宣告。

至於把這種學理實用到刑法方面的，就要算瑞士的一八九四年由斯多斯教授所起草的刑法草案(Projet de Carl Stouss)在那部草案裏保安處分的名稱是正式規定了，在那時自然算是創舉，各國學者都以為是大膽的工作，其實那無非新時代刑法部分的表現。到了一九二一年費利氏草案發表以後，根本就廢棄了刑罰的名稱，新時代刑法的輪廓纔算是全部表現了。目前各國正式採用這種學理的，除了蘇俄的刑法典以外，大半的國家都祇有用單行法作部分的改革，而不敢根本改造，所以目前還祇可以說是科學時期的開始。

附註

- (註一) 見 Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français* t. I, p. 110.
- (註二) 見荷子君道篇。
- (註三) 見作者所譯刑法之恐慌及其將來 (*La crise et l'avenir du droit pénal*, par L. Rabinowig) 登法學叢刊第三卷第八期。
- (註四) 請參看拙作刑罰權之根據一文, 登法學雜誌第八卷第一期。
- (註五) 請參看拙作刑事責任理論的檢討一文, 登法學叢刊第二卷第二期。
- (註六) 見 Saleilles, *L'individualisation de la peine*.

## 第五章 各國之現行刑法

各國刑法的系統及其演進的概要，在前面已經大略的敘述過了，這裏再把各國現行刑法典編纂的大概情形及其時期略記於后，以備參考。

### (1) 英國 (Angleterre)

英國一向就沒有法典，(註1)適用判例法制度 (The case-law system)，即上級法院就特定案件所為的判決，對於將來與此同類的案件，有拘束下級及同級法院的效力，簡當的說，判例在英國，像法律在他國一樣。這種制度的根據，學者的解釋不同，有的人以為判例的性質就是法，或者說判例是宣告法，法官就同樣案件自然不能不受法——判例——的拘束；有的人以為判例之所以能拘束法院的原因，是根據於一事不再理的原則，因為一案既經判決，則應當永久視為已經判決，所以此後關於同樣的案件，也視為已經判決，換句話說，是應同樣的判決，纔不違反一事不再理的原則；還有的人以為英國判例之所以有拘束力，是因為沒有成文法，在沒有成文法的國家，若是不承認判例的拘束力，則人民的行為，就沒有準則了。

英國判例集，創刊時期雖早在一二九二年，然大都是由私人編纂，集上附以編纂者姓名，作為標識，系統極其

混亂，適用時不無困難，到了一八六五年（一說是一八六三年）纔由大狀師（Barristers）的團體和律師公會（Law society of Solicitors）聯合組織判例編纂會（Council of Law Reporting），從事於發行 Law Reports，這就是英國法界的可闢經。

此外在英國還有所謂普通法和制定法，而為研究英國法的人所不可忽略的，所謂普通法（Common Law），簡當底說，就是習慣法，或者說是多年間所下判例集合而成的，而綜合這些判決歸納分析，以得各種法則并與以組織的體系者，則實賴於兩大名著，一是黑石（W. Blackstone）所著的英法解釋（Commentaries on the Law of England），另一本是奧斯丁（J. Austin）所著的法律學或現行法之法理（Lectures on Jurisprudence or on the Philosophy of Positive Law），有了這兩部鉅著，英國法纔算是有組織的有體系的法律。

上面講過普通法是由多年間的判決集合而成的，這不過是就其形式方面說，若從法律上觀察，普通法的淵源究竟是什麼呢？據黑石的意思，普通法的構成分子有三種：第一是『一般習慣』（general customs），即通行於全國的習慣，亦稱為固有之『普通法』（common law property），第二是『特別習慣』（particular customs），即存在於某一地方，或某一種社會間的習慣，第三是『特別法』（particular laws），即羅馬法與寺院法之原則，經法院所採用者，這三種法則實在是普通法的淵源，因為判例的產生，也無非是根據這三個原素，而普通法又是集合多年的判例而成的（註二），如此說來，英國法也受了羅馬法影響了。



至於『制定法』(Statute Law)則係將普通法的原則著之成文，英國近來制定的多數單行法，(像千九百零七年的犯人檢查法，千九百零八年的犯罪預防法，以及同年的兒童法等)其性質都屬如此，這些單行法目前雖有漸漸統一的趨勢，不過較之別的國家的法典，則仍不能相提並論，可是英國學者間也有提倡編纂法典的，譬如最著名的史蒂芬(Stephen)，就是鼓吹這種學說的人，他在千八百七十七年發表刑法會典 (Digest of Criminal Law)一書，規定各種刑事制度及犯罪之處罰等，爲當時學者所注意，政府也有制定重罪刑罰及其訴訟法草案的意向，一八七九年並曾提出於議會，但是不爲各政黨所容納，而起草法典的工作(註三)也就從此停止了。

目前英國境內雖沒有成文法典，可是它的殖民地則都有刑法典的制定，譬如印度，新嘉坡千八百七一年八月九日的刑法典，加拿大千九百十二年的刑法典，以及西澳洲打斯漫利島(Tasmanle)千九百二十四年的刑法典等(註四)。

### (二) 美國 (Amérique)

美國也沒正式的法典，一向就是襲用英國成例的，所以在法學上有所謂英美法系，不過晚近各州多傾向於法典的編纂，最著名的有紐約州千八百八十一年刑法，其他各州都以這部法典做藍本，編纂刑法典，其屬地非利賓則實用西班牙刑法，夏威夷島則有千八百五十年刑法(註五)。

## (三) 墨西哥 (Mexico)

墨西哥的刑法典頒佈於千八百七十一年，在千八百八十四年的時候曾加以修改，最近復編纂新刑法，而於千九百二十九年九月三十日頒佈施行。

## (四) 法國 (France)

法國在大革命以前，北部適用習慣法，南部適用羅馬法，法律系統極其混亂，當時最著名而為法學家所注意的刑法，要算千六百七十年的刑事法規，該法規分罪為重罪、輕罪及違警三種，而為以後刑法典的基礎，其刑罰嚴酷的程度，比較羅馬法幾乎是有過無不及的地方，所以大革命時代千七百九十一年的刑法，就一變以前嚴酷的態度，廢止身體刑，無期徒刑，同時採用嚴格的法定刑制度，一直到拿破崙稱帝，纔斟酌舊時的制度和各種學說，而於千八百十年頒佈刑法典，這就是法國現行刑法，也就是歐洲多數成文法國家訂刑法時的藍本，這在當時自然算是一部最精密最完備的刑法典，可是施行至今，已經百二十多年，其不能適應社會的需要，自然是意中事，所以曾屢加修改和補充，以冀其能夠和新社會相適合，譬如千八百三十二年的普遍修改，千八百九十一年緩刑制度的採用，以及千九百十八年的保安法規等，都是顯著的例子（註六）。

## (五) 西班牙 (Espagne)

西班牙最初的刑法，是仿照法國刑法定定的，成於千八百四十八年，繼後在千八百七十年曾經加以修改，這

部法典在歐洲雖然沒有什麼影響，可是南美洲諸國的刑法，都是以它做藍本的（如智利等國）。此後西班牙經過多次的革命，政治和社會環境都非昔比，所以學者間屢倡重訂刑法的議論，到千九百二十八年新刑法纔告完成，而實施於千九百二十九年一月一日（註七）。

#### （六）葡萄牙 (Portugal)

葡萄牙刑法成於千八百五十二年，也是根據法國刑法制定的，後來在千八百六十七年以單行法廢止死刑，而代以無期之獨居徒刑，這就是和法國刑法最顯著的不同點，繼後在千八百八十六年又曾加以修改和補充，即為現行的刑法（註八）。

#### （七）瑞士 (Suisse)

瑞士向來沒統一的法典，法國大革命後，曾一度採用法國千七百九十一年刑法，不久各州乃單獨制訂新法，其性質約可分為三大類，即法國式的刑法，德國式的刑法，和意大利式的刑法，總共有二十三種法典之多，不過對於有關聯邦行政人員之政治犯等罪，則有共同的法典，繼後於千九百〇八年有刑法草案成立（註九）。

#### （八）比利時 (Belgique)

比利時在拿破崙時代，原是法國的屬國，自然適用法國的刑法，一八三〇年滑鐵盧戰爭獲得獨立後，纔一方用單行法修改原用的法國刑法，作為暫時之用，同時即着手編纂刑法的工作，歷三十餘年之久，新刑法律典纔在一

八六七年六月八日完成，頒佈施行至今。這部法典的內容，完全受了新經典派學說的影響，一反拿破崙法典的精神，罪的規定，雖說仍是三分制，可是刑罰則較法國制度寬些，法官的裁量權限也比較大得多。最近比利時人士更覺得舊刑法（一八六七年）有很多的缺點，尤其是對於社會之安寧，未能盡完全保障的責任，而有另行制定特別刑法作為補充的必要，所以在一九二三年司法部就制訂社會防衛法草，提於衆議院，當時部長 Masson 出席說明：「刑事立法有很多的缺點急待補救，完全建築於道德責任原則的一八六七年的刑法，對於精神病人是不足以防衛社會的，就不是精神病人，也祇能就行為負其責任，所以對於再犯的防衛，也有不周密的地方，至於一九一二年五月十五日的幼年保護法，祇限於十六歲以下的人纔能適用，範圍既嫌狹小，防衛尤欠周到，本法所以有即時制訂的必要。」該草案分為七章，共三十二條，文簡意賅，其規定的對象則祇有精神病人累犯者和未成年人（二十五歲以下）三種，後來經過一九二五年及一九二六年兩次的修改，到一九三〇年四月九日纔正式頒佈施行，而為二十世紀一部可注意的立法（註一〇）。

（九）盧森堡 (Luxembourg)

盧森堡公國在從前也是適用法國刑法的國家，比國刑法頒佈後，盧森堡纔藉以為藍本，而於千八百七十九年制訂刑法頒佈施行（註一一）。

（十）荷蘭 (Pays-Bas)

荷蘭在千八百十一年以後，即實用法國刑法，到了千八百八十一年纔成立荷蘭刑法草案完全採用刑之人格主義，實用最新的制度，實在是刑法實證派學說的初步嘗試。當時全國學者都認為刑法本身自然是無懈可擊，不過在監獄改良未完成以前，事實上恐怕不允許刑法發生預期的結果，所以政府就先努力於監獄的改良，過了五年（即一八八六年）纔頒佈施行。

這部刑法全部凡四百七十一條，除規定罪與刑的制度外，對於裁判官罪刑的權限，規定的範圍極大，我們從罪章方面觀察，則該法分罪爲『普通』（*Misdrijven*）與『違警』（*Overtredingen*）二種，打破大陸諸國罪的輕重及違警三等制；刑制則完全建築於自由刑之上，而廢除不合刑事政策的死刑，至於裁判官之罪刑，尤有絕對的權能，法律僅規定最高刑，而不及於最低刑，所以裁判官對於任何罪犯，都可以處以一日的監禁及半復羅郎（*Florin*）的罰金，俾刑罰能適合罪犯人的要求，無怪乎法國加羅氏（*Garraud*）認為荷蘭刑法是刑之人格主義極端化的產品（註一二）。

此外荷屬印度曾以這部刑法做藍本，成立千八百九十一年刑法草案，後稍經修改，而於千九百十八年一月一日頒佈施行。

### （十一）瑞典（*Suede*）

瑞典刑法頒佈於千八百六十六年，中間經過千八百八十七年及千八百九十年兩次的修改，受荷蘭刑法的

影響很大，繼後政府於千九百十六年又開始重新編纂新法典，草案全部已於千九百二十九年告成（註一三）。

（十一）挪威（Norvège）

挪威舊刑法是在千八百四十二年頒佈的，後來經過多數單行法的修正，一直實用到千九百〇二年，挪威議會纔重新編纂刑法，而於千九百〇四年一月一日頒佈施行（註一四）。

（十三）丹麥（Danemark）

丹麥舊刑法頒佈於千八百六十六年，施行到現在已經將近六十餘年，其不能適應社會變遷的要求，自然是意中事，所以丹麥政府最近又起草刑法，而於一九三三年一月一日起始施行，這部法典，在時間方面固然是世界最新刑法之一，而在內容方面也有很多新穎的地方，譬如廢止共犯和從犯的區分，刑期無最高限度的規定，死刑的消滅，監獄學校的創立，以及法官裁量權的擴大等，都足以表示立法者改革的精神（註一五）。

（十四）羅馬尼亞（Roumanie）

羅馬尼亞刑法雖是頒佈於千八百八十五年，然因政治的紛擾，各國勢力的侵入，形成了個破碎的局面，刑法的效力僅能及於國家領域的一部份，其大部份的領域都是適用他國的刑法，譬如俄國刑法適用於卑斯沙銳比省（Besarabia），奧大利刑法行於波柯分內省（Bukovine），匈牙利刑法行於昌斯爾發尼省（Transylvanie）等，大戰後俄國的勢力雖不復存在，然總計在一國領域內，尚同時受幾國刑法的支配，自然不是獨立國所應有的

現象，所以農民黨握得政權以後，就努力於統一刑法的工作，而在一九二四年由推多銳斯哥(Teodorosco)和卑拉(Pella)起草完成第一次草案，不過內容方面多抄襲法國刑法，後來又曾經修改幾次，在一九三四年確定草案纔完全是依照新經典派理論的體系，編纂成立，不久大概就要頒佈施行的(註一六)。

#### (十五) 奧大利 (Aurriche)

奧大利的刑事立法，除了受德國刑法的影響以外，最使人注意的，還是自由主義的充分表現，其現行刑法雖說是在千八百五十二年所頒佈的，實際上可以說就是千八百〇三年刑法的再版，我們若就其內容加以分析，就很容易知道這部刑法不外是康德(Kant) 歌德(Goethe) 雪雷爾(Schiller) 諸哲學家理論的結晶品。它在刑罰方面，除了維持正義的必需外，可以算得是歐洲各國的刑法中最寬的一種，在犯罪方面，雖和大陸各國一樣採用三分制，可是法官裁量的權限很大，甚得近代刑的人格化理論的精締，這在當時政治極度專制的奧大利，能有這樣進步的刑法典，不能不說是一種怪事。不過要就十九世紀末的刑事學說來說，則一八五二年奧大利的刑法，反難免「落後之譏」。因為像緩刑假釋等比較優良的制度，在這部刑法裏，竟付缺如，自然是一個極大的缺點。最近纔仿照德國的制度在一九一九年制訂緩刑法頒佈施行，此外奧大利最近刑事立法方面因受「德奧大聯合」(Anschluss) 政治的影響，將來或者有個新趨勢，使現刑法陷於滅亡的途徑，也未可知呢。(註一七)

#### (十六) 愛斯郎德 (Islande)

愛斯郎德的刑法典，頒佈於一八六九年六月二十五日，大半是仿自丹麥刑法的（註一八）。

（十七）芬蘭（Finlande）

芬蘭刑法頒佈於千八百八十九年十二月十九日，而在最近（自一九二一年以後）又屢次加以修改，內容方面，多半是仿自挪威及德國刑法的（註一九）。

（十八）愛斯多利亞（Estonie）

愛斯多利亞在大戰前適用俄國刑法典，戰後用丹麥挪威諸法典作藍本，起草新刑法，到千九百二十八年纔頒佈施行。

（十九）雷多利亞（Lettonie）

雷多利亞也是適用俄帝國刑法典的國家，大戰時被德國軍隊占領，所以也就適用德國刑法，戰爭結果後，已成為獨立國，於是在一九二八年完成刑法草案，而實施於千九百三十年九月二十五日。

（二十）立陶宛（Lithuanie）

立陶宛尚無正式刑法典，適用蘇俄刑法，惟有多數之單刑法，以改正或補充蘇俄法典之不適於該國國情或不足者。

（二十一）波蘭（Pologne）



波蘭在大戰前經過了一百二十五年的奮鬥，到現在纔獲得獨立，所以在大戰前根本就沒有自己的刑法，而一八七一年的德國刑法，一八七八年匈牙利的刑法，一八五二年的奧大利的刑法，以及一九〇三年的俄國刑法等，就分別支配了整個的波蘭，戰後政治上既獲着了獨立，獨立的刑法自然也成了事實上的需要，於是由 Mogilnicki 及 Rappokort 兩氏組織法律編纂會，在一九二二年成立刑法草案，而實用於千九百三十二年七月十一日，這部刑法全篇共二百九十五條，分做四十二章，前面十六章有九十二條，是關於總則的規定，後面二十二章則為分則，其與大陸各國刑法不同的地方，即在於違警罪另成特別法，不在刑法範圍之內，還有在總則裏有保安處分一章，和刑罰並列，這也是和其他國家的刑法典不同一點（註二〇）。

#### （二十一）德國（Allemagne）

德意志帝國在十九世紀末葉纔正式成立，在未統一以前，沒有一致適用的刑法典，各邦都有特殊的刑法，最著名的譬如一七六八年的 Theresiana 刑法，一七九四年的 普魯士刑法，一八一三年的 Baviere 刑法，一八四〇年的 Brunswick 刑法，一八四一年的 Alse-Darmstadt 刑法，以及一八五〇年的 Thuring 刑法等，嗣後，聯邦政府成立，全國統一，遂於一八七〇年上述諸刑法做基礎，並參考法國刑法，成立草案，施行於一八七二年一月一日，這部刑法的內容，關於罪的規定是採三分制，責任的基礎仍不外着眼於道德，刑的規定因為受拿破崙刑法的影響，比較嚴酷。大戰後德意志共和國成立，仍然適用這部法典，不過對於與國體相抵觸的字句略加修改。

而已。

可是近來德國學者的意見，多主張重新編纂刑法，而有所謂刑法改正運動，政府也以爲舊刑法不能適應社會的需要，所以在一九二五年成立了一部草案。這部草案雖說是成於二十世紀，可是實質上並不能算是一部最新的法典，而無非是新經典派理論的產物罷了。這點我們祇要看該草案的起草人埃爾馬耶的言論，就可以知道，他說：「本草案不是根據舊派的主張，也不是順從新派的意見，其實刑法一事，非僅視爲報應即可理解，更應達到教育改善豫防保安等目的，所以草案一方不但推廣刑罰範圍，卽刑之最低限度亦務不加限制，他方仍採用責任的原則，不過在條文中避免『責任』(Schuld)和『有責』(Schuldhaft)等字樣，僅言因故意或過失而爲犯行者處罰之(第十二條)而已。」看了這段話，我們可以知道德國一九二五年的草案，是一方承認實證派的理論，以教育改善豫防保安爲刑罰的目的，他方又承認責任的原則，所謂既不偏左，又不向右，新經典派理論的真諦，卽在於是罷！此外還有一點值得注意的，是該草案沒有名譽刑的規定，這實在是該草案最大的特點之一。

自希特拉所領導的國社黨掌握政權以後，刑法思想又因之起了重大的變化，一般學者都有從個人主義的刑法，自由主義的刑法，甚至於社會主義的刑法的概念，而走到權力主義的刑法或者民族主義的刑法的觀念的趨勢。認爲以前一切的刑法，都該隨着政權而變更的必要，纔可以使民族諸勢力，能够強固凝結，克服階級對立，造成民族高於一切的思想。因此國社黨政府在一九三三年制定法律，對德國刑法加以重要的修改，而實施於一九

三四年一月一日。這部刑法——關於危險的常習犯人及保安矯正處分法 (Gesetz gegen gefährliche

gewohnheitsverbrecher und über Massregeln der Sicherung und Besserung vom 24. November 1933)

——內容共分常習犯加重例，保安處分例和其他三部，刑罰比較嚴酷，注重犯罪的素質原因，表示權力主義和民族主義的特點，這種新式的刑法，是否合於德國的需要，目前施行的時間尚短，我們自然無法批評，祇好待施行的結果來告訴我們罷(註二)。

### (一十三) 匈牙利 (Hongrie)

匈牙利在從前是適用奧國刑法的國家，到一八七八年纔編成刑法典草案，而實施於千八百八十年九月一日，該刑法大半是仿照德法兩國的刑法，所以也不外是新經典派的產品，此外在一九〇八年曾頒佈兒童犯罪法為刑法補充法之一種。

### (一十四) 巨克斯拉夫 (Yugoslavie)

在大戰前的巨克斯拉夫原是西爾比 (Serbe) 奧大利及克羅提 (Croatie) 三部刑法施行的所在地，既獲得獨立之後，刑法自然是隨着政治的變遷而有另行編纂統一的必要，所以在千九百二十九年就公佈新刑法，施行於一九三〇年一月一日，這部刑法是基於國際刑法聯合會的原則，並以德國的刑章作參考制定的，故內容方面也較為新穎，除犯罪採用二分制不與大陸諸國的刑雷同外，關於保安處分及職業犯罪者的科刑，尤其很多獨

到的地方，似乎是近代歐陸各國較可注意的一部新法典（註二二）。

（二十五）捷克斯拉夫（Tchécoslovaquie）

捷克斯拉夫是歐戰後新產的一個國家，當其獲得獨立之初，不用說，全國的情形是紛歧混亂。各地的法制自然也隨着「各自爲政」而有不同，援用一八五二年的奧大利刑法者有之，（如在 Böhmen, Mähren 及 Schlesien 等地），適用一八七八年的匈牙利刑法者亦有之，（如在 Slawakien 及 Russisch-Subkarpathien 等地），此種畸形狀態，雖屬國家成立過度時代所難免，然此新興猛進的青年國家，詎能久耐法制不統一的弊害，果然在停戰的翌年，就由布拉格大學（Prague University）教授米銳加（Miricka）領導，以瑞士和德國的刑草做藍本，而努力於起草刑法的工作，一九二二年刑法準備草案完成，繼後又經過數度的修改，在一九二六年正式草案的工作，纔算告畢。這部草案的立足點，雖仍不外是道德責任主義，及採用經典派的犯罪三分制，但是比較法國的刑法，則確有顯著的進步，譬如法官裁量權的擴大，刑法極度人格的規定，都是刑法科學化的表現，還有重罪和輕罪的區分，不以社會因行爲所受實際損害的大小，或者刑的輕重做標準，而以行爲者的動機是否爲滿足「卑劣」（Niedrig）的情操以爲斷，尤其是捷克刑法拋棄陳腐的客觀主義的明徵。此外在這部刑草裏，沒有未成年入刑事責任的規定，而任特別刑法去規定，這也是捷克刑草與衆不同的一點（註二三）。

（二十六）意大利（Italie）

素有「刑法祖國」(La patrie du droit pénal)稱號的意大利，在統一之前，共有二種刑法，一是 Toscanne 之千八百五十三年刑法，另一是 Sarde 之千八百五十九年刑法，這兩部刑法根本不同的特徵，就是死刑存廢的一點。等到統一告成，統一之刑法就在一八八九年完成實施。這部刑法雖是誕生於拿破崙刑法典風靡一時之後，可是受它的影響很少，其本身另有學說的基礎，尤其是重視刑事政策的運用，和法國法表示顯著的不同。因為當時意大利的曼西理 (Mancini) 和加拿拿 (Carrara) 等學者所倡導的「新經典派」(Neo-Classique) 正是極一時之盛，一八八九年的刑法就是這種時代的產物，所以我們可說一八八九年的刑法，是新經典派的刑法。繼後郎卜羅梭 (Lombroso) 費利 (Ferri) 加洛法羅 (Garofalo) 等學者出，創立實證學派，探索犯罪的原因，否認人類的意志自由說，以前的刑事學理，幾乎是要全部推翻，那末刑法改造，就成了必要的事，所以一九二一年又由費利氏起草實證派的刑法草案。這部草案的內容，較之以前的刑法典，真可以說是一種重大的革命，因為在責任方面居然拋棄了道德責任之概念 (L'idée de responsabilité morale)，而代之以法律責任 (la responsabilité légale) 或者說社會責任 (la responsabilité sociale) 的原則，在刑法方面把以前維持正義、威嚇、報復等觀念，一掃而空，刑罰無非是認為「社會防衛的方策」(Mesures de defense sociale)，這種大膽的改革，自然被一般保守派的學者所反對，兼之莫沙里利柄政，厲行法西斯蒂主義，這部實證派的刑法，就成了曇花一現的命運，這在意大利可以算得是刑法的第二時期。最近所謂法律專門學派 (L'école technico-juridique) 成立，十足的法西

斯蒂式的刑法，也就應運而生，一般學者們所說的刑法的第三時期就是指此而言的。查此次刑法完成於一九三〇年十月，實施於一九三一年一月一日，共九百三十四條，實為各國最繁雜的刑制之一，刑法方面難免有恐嚇的意味，將來是不是有「法令滋章盜賊多有」的弊病，那就要待施行的結果來告訴我們了（註三四）。

（二十七）希臘（Greece）

希臘刑法典頒佈於千八百三十四年，是用德國白非耶（Baviere）邦千八百十三年刑法做藍本制定的，施行到現在，已經有一百年，雖經過數度的修改，但是原則上並沒有很大的變更，犯罪仍是三分制，責任問題更不外乎道德的觀念，近來希臘的學者因為受了新刑事學說的影響，極力主張重新修改刑法，所以在一九二四年有新刑法草案成立（註三五）。

（二十八）土耳其（Turquie）

土耳其在土希戰爭以前，有一八五八年的刑法，完全是仿照法國一八一〇年的刑法定定的，形式方面固然是抄襲了法國的犯罪三分制，而條文自第四十八條以次，實在就是法國刑法第七十五條以後各條的化身，不過實質上的刑罰，比較法國的刑罰更要嚴酷而已。繼後楷磨爾（Kamel）柄政，對於國內一切的制度，均主張革新，所以積極參考各國的刑事制度，（關於意大利刑法採納的地方尤多）和最新學說，而完成一新刑法典，實施於一九二六年三月一日，刑制仍比較各國的要嚴些，這或許是革命後的一種反常現象罷（註三六）。

## (二十九) 保加利亞(Bulgarie)

保加利亞原是適用土耳其刑法的所在地，繼後於一八九六年二月二日正式頒佈刑法典，這部法典是以匈牙利一八八〇年的刑法和俄國的一八八五年的刑法草案做藍本制定的，大體和希臘刑法相同，其不同的地方，就祇有犯罪的二分制而已，不過近來該國學者多半主張修改這部刑法，所以目前私人所擬的草案極多(註二七)。

## (三十) 亞拉伯(Albanie)

亞拉伯目前還沒有法典，適用土耳其的刑法。

## (三十一) 蘇俄(U. R. S. S.)

蘇俄在帝國尼古拉(Nicolas)時代，適用一八四五年所頒佈的刑法，該法條文既屬繁雜，而刑罰的規定更是極盡殘酷的能事，真足以表現專制制度的淫威。後來在一九〇三年會根據國際刑法聯合會的原則，重新制定一部刑法，然而實行未久，就產生了十月大革命，一切舊有的制度，既經推翻，共產政府本有即時制定新刑法的必要，可是在那百廢待舉的草創時期，一時真不容易產生一部完備的法律，所以在一九一八年二月十七日共產政府祇好頒佈這樣一個命令，即「凡以前法令除已明令廢止或與社會主義之革命精神相違反者外，得適用於新法院。」由這個命令解釋，則當時革命政府還沒有意廢止以前一切的刑事制度，是極爲明顯的事，然而以資本主義平常的刑法，來應付這個非常的時期，其結果之會使反革命的勢力得着擡頭的機會，以至於政治情勢發生極

險惡的狀態，是爲勢所必然的。於是政府遂又於同年十一月三十日又頒佈一個命令：「革命前的法令，均不適用。」而另一方面又沒頒佈新法，所以其能作爲罪刑的根據的，就祇有所謂法官的「革命的確信」，這種變遷的結果，是法官可以任意科人以反革命的罪名，同時又組織非常委員會，以鎮壓反革命貪暴利以及其他破壞行爲爲目的，凡是對於蘇維埃政府有危險的事項，不用遵守任何法律的程序，也不用依據何項法律，就可以用嚴厲的制裁，這就是所謂「不妥協時代」(La période d'intransigeance)。

繼後，司法人民委員會頒佈蘇維埃俄羅斯共和國刑法指導原則，作爲罪刑的根據，這是革命時期中惟一的成文刑法，其實這部原則極爲簡略，其最重要的部分還是該原則的序文，因爲由此可以使人知道蘇俄刑事立法旨趣之所在，尤其是以下的一段：「勞工階級，既推倒資產階級的國家組織，以前的法律，祇有完全廢棄，因爲這些法律，係以資產階級與地主階級的統治做目的，現在我們有了兩年的經驗，——勞工階級與反對新制度者鬭爭的結果——深知不能不利用有效的法律，尤其不能不利用刑法，以反抗資產階級的統治，所以在目前的過渡時代，刑法的目的，應在抵制反對新制度的人，茲爲完成蘇維埃機關的任務起見，特公佈刑法指導原則。」

蘇俄既重視刑法的政治性，所以政治的變遷，同時就是刑法的變遷，換句話說，在蘇俄刑法是隨着政治的演進，而改革的，所以在革命後，刑法會經過多次的修改，最顯著的是一九二二年的和一九二八年的兩部刑法，前面一部刑法，是代表新經濟政策(N. E. P.)時代的要求，完全着重於工商業的發展，刑事理論是調和新經典派



和實證派二者之間的，刑罰採用刑罰和保安處分的二元規定，較之各資本主義國家的新興草案，除了否認「法無明文不罰」的原則以外，幾乎找不出什麼不同的地方。而後面一部刑法可就不同了，它代表五年計劃的精神，同時也就是所謂「新的不妥協時代」(La période nouvelle d'intransigence)的刑法，拋棄以前折衷的態度，在理論方面，完全接受費利 (Ferri) 的學說，無所謂刑罰，祇有一元論的保安處分，這實在是一部最新穎而又最可注意的刑法典(註二八)。

### (三十一) 埃及(Egypte)

埃及第一次刑法典成於千九百〇四年，後來因為政治關係，又以法國刑法做藍本，制定新刑法，實施於一九一二年六月八日。

### (三十三) 日本

現在的日本，雖然是個法制比較完備的國家，但是就其演進程序觀察，則較現代任何文明國家的刑法都要遲些，尤其是刑法上的報復和神權的思想，絕跡更晚。這祇要看孝德帝以前(日本固有法時代)法制混亂時代的情形，就很容易明瞭。在那時有所謂「天罪」和「國罪」的分類，所謂天罪，是對於天神的犯罪，而國罪就是指對於地祇的犯罪而言。訴訟時又有富於神意的熱湯審，刑罰中的祓刑，更是宗教思想的表現。而在社會方面，所謂英雄思想(恐怕就是淵源於報復的觀念罷)尊崇祖先神祇等，都是普遍的習俗，這或者就是刑法充滿報復和

神權觀念的基礎能！

在孝德帝以後，法律的觀念就漸漸地變遷了。因為那時他們派了很多學生來我國求學，而我國的法制的精神，就由他們轉運回去，作為編纂法典的根據。譬如天智帝律令，持統帝三年頒佈於有司之令，大寶律，及大寶令，元正帝養老律、弘仁格、貞觀格、貞觀式、延禧格、和延禧式等，幾乎沒有一種不是仿照我國法律的，無怪乎一般學者都說那是中華法系時代。

繼後源賴朝為征夷大將軍，建霸府於鎌倉，（吾國宋孝宗時）武人專橫，政府的法令不特不能使軍閥遵守，而且他們還各自制定法令：這混亂狀態一直延長到明治時代，也就是所謂法治的尙武時代。

明治維新在日本歷史上，是最重要的一頁，而在刑法方面，也可算是極可注意的時期。最初在明治二年就着手起草新律綱領，三年十二月告成，當時公佈之上諭文會有這樣一段：「朕命刑部，改撰律書，乃進綱領六卷，朕與在廷諸臣議以允公佈，內外有司，其遵守之。」原來新律綱領，雖是廣佈於世，而實際上是以「有司」做主體，可見當時還不過把法律看作對官吏執行職務上的一種訓令而已。爾後朝野上下都服膺於維新之說，法律自然也不能不仿照歐洲的，所以在明治六年就聘巴黎大學教授波圭松拉德（Boissonnade 1824-1910）為法律顧問，以法國刑法做藍本，而起草正式的刑法，經審查委員會的討論，付元老院研究，於明治十三年（一八八〇年）一月議決，七月十七日公佈於太政宮布告第三十六號，這就是目前所稱的舊刑法，同時在日本也就是第一個規範略具

的刑法典。這部刑法自明治十五年一月一日起，實施至明治四十一年九月止，支配日本全國凡二十五年之久，其有助於維新的推進，自然是不言可知的。

舊刑法施行二十多年以後，日本國情已非民治之初年所可比擬，而世界刑事學說又起了重大的變化，刑法全部改正的議論，因之興起。於是司法省在明治二十五年一月就從事審查舊刑法，工作四年，成立第一次草案，繼後更設立法典調查會擔任修改草案的工作，而成立第二次草案，提出於議會，誰知竟不能獲得議會的協贊，祇得再組織刑法調查會，以司法大臣松田正久爲會長，網羅朝野刑法學家，並參考德國刑法，作成第三次修正案，再提出於第二十三次議會，纔得兩院協贊，明治四十年四月二十四日裁可公布，四十一年十月一日施行，日本一般學者所謂「新刑法」就是指此而言，同時這也就是日本的現行刑法。

新舊兩刑法根本不同的地方，就是在於舊刑法是採用絕對的罪刑法定制，而新刑法是適施相對的法定制。譬如舊刑法第二條規定「法律無正條者任何行爲均不得罰」，這不用說是倣效法國刑法保護人權理論的定律中心組織，所以重罪有重罪刑的規定，輕罪有輕刑的規定，其結果祇要殺了人，不管情狀如何，決不能與死刑無期徒刑相隔太遠，竊盜者不管他如何爲常習的或營業的，只科以數月，最長不過科以數年之刑，然而新刑法則着重於犯人主義，審判官有充分的罪刑裁量權，這自然是日本刑法進步的地方。

近來日本又有改正刑法的呼聲，法制審議會在一九二六年會起草修改刑法之具體的方針四十條，交司法

省作爲刑法改正的張本，一九二七年六月十四日改正案完成，其要點較之現行法減少死刑及無期徒刑之罪，而新增居住限制之一種刑罰，對於有夫之婦犯姦者與有婦之夫犯姦者同一處罰，這在極度男權社會的日本，不能說不是一種重大的改革（註二九）。

（三十四）韓國

韓國本是我國的屬國，自從被日本吞併以後，就成立了一部完全仿自日本的刑法典，實施於一九〇八年八月一日（註三〇）。

（三十五）暹羅(Siam)

暹羅刑法典是以法國的刑法做藍本制定的，實施於一九〇八年九月二十二日。

（三十六）阿根廷(Argentine)

阿根廷的現行刑法，是在一九二一年頒佈的，其內容除仿效西班牙的刑法外，多半是依照實證派的理論，刑罰方面完全接受教育刑主義，所以絕對廢止死刑。

（三十七）烏拉圭(Urugway)

烏拉圭的刑法，是在一八八九年公佈的，而其實施期則爲一八九〇年六月十八日，其內容大半是做自意大利的刑法。

(三十八) 巴西 (Brésil)

巴西刑法施行於一九〇〇年，也是西班牙的繼承法。

(三十九) 智利 (Chili)

智利的現行刑法，是施行於一八七四年十月十二日的，不過在一九一七年曾普遍修改過一次。

(四十) 玻利菲亞 (Bolivie)

玻利菲亞的刑法施行於一八三四年十一月三日，其內容大半是仿倣法國刑法的。

(四十一) 祕魯 (Pérou)

祕魯第一次刑法實施於一八六二年，繼後時移世變，昔日的舊刑法，自然不能適應新時代的要求，所以在一九二四年六月二十八日，復制訂新刑法，頒佈施行。

(四十二) 厄哥多爾 (Equateur)

厄哥多爾的現行刑法是在一九〇六年頒佈的，後來在一九一一年曾經修改過一次，目前仍屬有效。

(四十三) 哥倫比亞 (Colombie)

哥倫比亞舊刑法施行於一八九〇年，在一九二四年一月一日又頒佈個新法典，叫做新刑法。

(四十四) 委內瑞辣 (Vénézuéla)

委內瑞拉在一九〇四年已經有刑法典，後來又重新制定新刑法，施行期是一九二六年六月六日。

(四十五) 哥推馬那 (Guatemala)

哥推馬那現行刑法實施於一八八九年二月十五日。

(四十六) 巴拿馬 (Panama)

巴拿馬刑法實施於一九二二年十一月十七日，其內容大半是襲用法國的刑事制度的。

(四十七) 高士特尼加 (Costa-Rica)

高士特尼加的刑法典成立於一八八〇年，係仿自西班牙刑法，可是最近又採用最新學說，制定新刑法，而實施於一九二四年。

(四十八) 古巴 (Cuba)

古巴目前有兩部刑法草案，一部是由 Ortiz 氏起草的，內容比較新穎完全，以實證派的理論做根據，還有一部是由 Vielles 氏起草的，內容還是脫不了經典派陳舊的觀念，將來是那一部草案能夠實施，目前尙難逆料呢！

(註三一)

(四十九) 聖瑪郎 (Saint-Martin)

聖瑪郎刑法係施行於一八六五年九月十五日的。

## 附註

- (註一) 雖說在 Normands 時代以前有所謂「安格羅沙格遜法」(Les lois anglosaxonnes) 然而究竟與法典的形式不同而且包括刑法的部分極少，所以普通都認為英國沒有刑法典。——關於這種情形可參看 Sir F. Pollock, Anglo-Saxon Law (English historical review, avril 1893)。
- (註二) 見 Blackstone, Commentaries on the Law of England, vol. I, pp. 46-60.
- (註三) 見 La Législation comparée, p. 637.
- (註四) 關於英國刑法的內容可參看 Kenny's Select Cases in Criminal Law, Cambridge University Press.
- (註五) 美國刑法的專門書籍有：Warton, Treatise of the Criminal Law of the United States.
- (註六) 關於法國刑法可參看：R. Garraud, Traité théorique et pratique du droit pénal français, 5 Vol.
- (註七) 關於西班牙刑法的書籍可參看：Laget et Valdeson, Théorie du droit pénal espagnol.
- (註八) 關於葡萄牙的刑法可參看：Henry Midosi, Notice sur la législation portugaise | 文藝 Annuaire de législation étrangère, 1875, p. 165.
- (註九) 瑞士刑法學的專書最著名的要算 Carl Stoops, Die schweizerischen Strafgesetzbücher.
- (註一〇) 關於比利時刑法的內容可參看：Chauveau et Hélie, Théorie du code pénal 附 Bufelan, La réforme pénitentiaire en Belgique et la loi de défense sociale du 9 avril 1830. 中文方面劉陸民君曾作關於常習犯職業犯的刑事政策之比較研究一文，登法學叢刊第二卷第六期中，中間有一段是敘述比利時一九三〇年社會防衛法的，也可以參閱。
- (註一一) 關於盧森堡的刑法可參看：Imellette, Etude sur le code du grandduché de Luxembourg 附 Bulletin de sociétés de législation comparée 1887, p. 327

- (註二) 見 R. Garraud 著前書第一八六頁至第一八七頁。
- (註三) 見 Mezger, Strafrecht. Ein Lehrbuch 1931, p. 50.
- (註四) 挪威刑法典有法文的譯本，譯者是 M. de Monceau，並且有著名刑法學家 Garçon 的序文一篇，對於該法加以分析，很可參讀。
- (註五) 關於丹麥刑法可參看：Trop. Den danske Strafrechts almindelige。
- (註六) 關於羅馬尼亞可參看：Tonnesco-Doly, Le projet de code pénal roumain. Ruvere de droit pénal et de criminologie et archives internationales de médecine légale Mai, 1935 和拙作羅馬尼亞刑事草概述，載法學叢刊第三卷。
- (註七) 關於奧大利刑法可參看：Stooss und Künnsberg, Allgemeine Bestimmungen Österreichischer Strafgesetzbücher 1909.
- (註八) 見 Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts p. 97.
- (註九) 關於芬蘭刑法可參看：Legislation pénale comparée, publiée par l'union internationale de droit pénal, p. 559 à 572.
- (註一〇) 波蘭新刑法曾由胡養蒙君譯為中文，登法學叢刊第二卷第十期及第十一期，至本書所用引據者乃胡君修正後之譯稿，故與登出之文字稍有不同，此外讀者尚可參看：Les tendances actuelles du droit pénal et la réforme en Pologne, Rapport de M. Stefan Glaser.
- (Revue Pénitentiaire et de droit pénal et études Criminologiques, Juillet Decembre 1931, p. 195.)
- (註一一) 關於德國刑法可參看：Lehrbuch der Deutschen Strafrechts, Liszt, 1932. Liberale oder Autoritäre Strafrechtsreform, Von Günther, 1932.
- 中文方面可參看：德意志刑法思想之危機於國家理念之轉變——戴天球譯，登法學叢刊第二卷第五期，及劉陸民君作德國國



社黨之刑法思想與刑法修改，載法學叢刊同卷第十期。

(註二二) 關於巨克斯拉夫刑法可參看：Rapport du Do. Souboitch sur le Code Pénal yougo-slave, Bulletin de la Congrés Pénitentiaire Internationale t. I, p. 103 et sui.

(註二三) 關於捷克刑草可參看拙作捷克斯拉夫刑草之特點一文，載法學雜誌第六卷第六期。

(註二四) 意大利新刑法已由董康賀聖翻譯為中文，登法學雜誌第六卷第六期及以後。

(註二五) 見 Le droit criminel, notice Par Constantin A. Kyriades, pp. 238-240.

(註二六) 見 Donnedieux de Yabres Cours de Droit criminel approfondi, Introduction à l'étude du droit compare, p. 72 et sui.

(註二七) 可參看：Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbucher no. 12 Das Bulgarische Strafgesetz

(註二八) 研究蘇俄的刑法，實在不是一件容易的事，因為材料既不充分，而有的材料，又未必真確，這是國際上歧視蘇俄的結果。本節係根據日本小野清一郎所著蘇維埃俄羅斯之刑法一文所編，而小野氏又是根據 Jaisaef, Das strafrecht sowjetwislend 一文做的，總算是比較可靠的言論，至於一九二八年的刑法，在中國已由申德禪君譯作中文（商務），可備參考。

(註二九) 關於日本刑法，在日文方面，大場茂馬牧野英一和瀧川諸教授所作的刑法讀本，都是極好參考書，在中文方面，瀧川幸展著刑法讀本已由陶希聖黃得中合譯為中文（新生命書局），日本刑法改正案也由胡長清譯出（上海法學編譯社）都可作為參考。

(註三〇) 可參看 Cremazy, Le code pénal de la Corée.

(註三一) 見 Schoen, Ein Kubanischer Strafrechtswurf, Deutsche Juristenzeitung 1931, No. 24, p. 1519.

此  
页  
空  
白

## 第二編 總論

### 第一章 法例

#### 第一節 罪刑法定

所謂罪刑法定主義，就是一切犯罪構成的條件和刑罰的輕重，概由法律規定，凡是未經法律規定的行為，均不能認為是犯罪行為。這個原則在羅馬時代，本來就有人提倡，而形成所謂「無法律則無刑罰」(nulla Poena sine Lege) 的格言。後來各國歷代帝王都實行專制制度，一切訴訟事件均隨其意志為轉移，這個富於限制性的原則，自然不得存在，而造成法官擅斷時代。一直到法國大革命產生，人權宣言第八條纔規定，「法律除有絕對的必要外，不得定以刑罰，無論何人非依犯罪前已制定的合法法律，不得處罰。」從此以後，罪刑法定主義遂變成了各國刑法不易的原則。

這個原則，在現在看來，自然是平凡得很，可是在當時確是思想上一大革命的表現，因為當裁判官違背法律

判斷案件的時候，民衆可以指摘他的違法，而主張自己的權利，與以前裁判官可以任意科刑相比較，實在是個驚天動地的變動了。

可是近來刑法上又發生新的理論，就是捨去從前的犯罪主義，而代以犯人主義。在以犯罪主義做體系的刑法，自然可以實用罪刑法定的原則，但是在犯人主義支配之下，罪刑法定的原則就不大容易立足，而有擴張裁判官的權限的必要，准許他們有『比附援引』的權力，因為世事的變遷無窮，而法律是有缺陷的，以有缺陷的刑法，去應付多變的事態，多種的人格，自然非拋棄罪刑法法定主義不可，所以目前各國立法例有左列兩種：

(一) 適用罪刑法法定主義，否認法官比附援引的權力。這類的立法例，又可以因為用明文規定與否分做兩種：一種是在刑法典裏有罪刑法定的明文，譬如法國刑法第四條規定「行爲前之法律無罪刑之規定者，不得科以違警罪輕罪或重罪之刑罰」，德國刑法第二條「行爲之處罰，以行爲前法律有刑罰之規定者爲限」，意大利刑法第一條「不問何人，非爲法律正條有明文規定者，不罰，又不得處以法律未定之刑」，荷蘭刑法第一條「不論何人非據犯罪前既公佈之刑法規定，不得罰之」，紐約刑法第一條「自本法施行之日起，除本法或於未廢止州令有禁令或勒令者外，無論其他何種之作爲或不作爲，不得以之視爲犯罪或處罰之」，智利刑法第十八條「無論何種犯罪不得於其犯罪前施行之法律所定之刑罰外，而科以其他之刑」，日本舊刑法第二條「法律無正條者無論何種行爲不得處罰之」，以及我國新刑法第一條「行爲之處罰以行爲時之法律有明文規定者爲限」

等，都是這類的立法例。

還有一種立法例是認爲罪刑法定係刑法上當然的原則，沒有明白規定的必要，而且憲法上普通都有「非依法律不得處罰」的明文，刑法自然得受憲法的拘束，更無容再爲「疊牀架屋」的規定，譬如日本丹麥挪威瑞典等刑法，都是屬於這一類的。

(二) 相對實用比附援引的制度。這類的立法例，目前尙少，可以舉作例子的，就是蘇俄刑法第十條規定「凡本法未經分別規定之各項犯罪行爲，應比附本刑法已規定而與該犯罪行爲之重要部分及種類，較爲近似的條款，並參照本刑法總則各原則科刑，或適用社會保障法，」這可以說是近代刑法上一種大膽的規定。其一九二八年的修正法第六條更規定「凡對蘇維埃之積極行爲或消極行爲及破壞共產主義過渡時期內勞農政府所定之法的秩序者，均得認爲危險於社會的犯罪行爲，」這無異乎是明白承認法官有在「維持社會秩序」大原則之下，有罪刑的絕對權。

看了以上兩種立法例，雖採用罪刑法定主義的比較多些，然而我們并不能就認爲這種制度是萬無一失的，因爲罪刑法定主義理論的基礎，不外人民權利的保障和三權分立兩種，關於人民權利的保障問題，在十八世紀初期專制的帝王恣意橫行，爲防止他們的擅斷起見，固然有罪刑法定的必要，作爲人權的保障，但是到現在這種政治上的原因，是否仍然存在已屬疑問，就退一步說政治的情況依然如舊，而罪刑法定之說，也不見得就能保障

人民的權利。最明顯的，譬如我國是採用罪刑法定主義的國家，司法界的情形如何？人民權利的保障問題又如何？這恐怕不待智者就明瞭了罷。這不祇於就消極方面說呢！在積極方面，這個原則還有極大的弊端，就是法官變成了一部宣告罪刑的機器，不能合乎變遷無窮的社會情況，而使刑法的功用完全喪失，甚至於使刑法變成了犯罪的原因。至於三權分立的理論，若是適用到極端，本來就有很多缺點，尤其是置刑法上最重要的原則於不顧，以求完成其理論，更非所以保障社會之道。至於推翻罪刑法定的原則，提倡適用比附援引的制度，是犯人主義和法律之缺陷論的必然結果，罪刑既以犯人做標準，而與行為無涉，則法律無從一一為之規定，而不能不承認裁判官的罪刑權。況法律是一成莫變的，其本身就不足適應社會情況的缺陷，非認裁判官適用比附援引的方法，就不足以補救，這就是二十世紀有自由法運動產生的原因。（註一）同時也就是蘇俄刑法第十條大膽的規定的根據。王觀氏說：「擅斷主義有審判專橫之弊，法定主義有不能應情科刑之缺點。」（註二）前者是人的問題，後者是制度本身的問題，人的問題還易於補救，而制度問題，就非改造不可，所謂「因噎廢食」，真可以說是為罪刑法定主義寫照的了。

## 第二節 刑法關於時的效力

法律適用期間，在原則上是自施行之日起，至明令廢止或者有相抵觸的新法產生之時止，在新法產生前，已

經判決的行爲，不受影響，這叫做「法律不溯既往」，這個原則自人權宣言第八條確定以後，就爲各國所公認，一直到現在，各國刑法都仍保守這個原則，而禁止在行爲後立法罪刑。

法律適用期間的問題除了不溯既往的原則以外，還有一種情形，各國的規定可就有很大的出入，譬如行爲時和行爲後的法律，都認爲有罪，而新法產生的時期又在裁判確定以前，究竟應當適用行爲時的舊法，還是裁判時的新法？各國立法例關於這個問題的規定，有左列四種：

(一) 從舊主義 所謂從舊主義，就是以新法概不溯及既往的行爲爲原則，認爲犯人在犯罪的時候，已經取得受當時法律制裁的權利，不能因行爲後有新法產生，而有所影響，譬如英國就是採用這種主義的國家，(註三)不過我們以爲人民對於國家似乎不應當有所謂受刑的權利，況且既頒佈新法就是表示社會的公意是認爲舊法係不合時宜的制度，如今若是再從舊法，豈不是與制訂新法的義意相左嗎？

(二) 從舊法但新法較輕者從輕 這還是以法律不溯及既往爲原則，不過當新法比較輕些的時候，就從輕法處斷；採用這種主義的國家很多，譬如法國的一八一〇年七月二十三日的刑法施行法第六條：「本法之刑較舊法之刑爲輕者，依本法處斷。」比利時刑法第二條：「裁判時所定之刑與犯罪時所定之刑不同者，適用輕刑。」挪威刑法第三條第二項：「處斷各案件之際，有效力之法律，比行爲時之法律對於被告而有利之斷案時，應適用其規定。」葡萄牙刑法第六條：「除左列情形外，刑法無溯及既往之效力……(二) 犯罪時法律所定之

刑，與嗣後法律所定之刑不同者，對於刑罰宣告未確定之犯人，適用最輕之刑……」巴拿馬刑法第五十七條：「凡刑法以利於犯人者爲限，有溯及既往之效力。」以及荷蘭刑法第一條第二項，西班牙刑法第二十三條，匈牙利刑法第二條，暹羅刑法第八條，埃及刑法第十九條，智利刑法第十八條，阿根廷刑法第四十八條等。

(三) 從新法但舊法較輕者從輕 這種制度是以新法溯及既往行爲做原則，而以行爲時之法律較輕時適用行爲時之法律爲例外，採用這種制度的國家，譬如奧大利刑法第八十一條第二項：「對於新刑法施行前所犯之事實，於其法律效力開始後爲裁判時，應適用新法，但於行爲時之法律對於行爲人更有利者，不在此限。」我國刑法第二條：「行爲後法律有變更者，適用裁判時之法律，但裁判前之法律有利於行爲人者，適用最有利於行爲人之法律。」日本一九二七年六月十四日刑法改正草案第六條：「犯罪終了後，法律有變更者，適用判決時法，但不得處罰依犯罪時法不應處罰之行爲，或科較犯罪時法所定之刑爲重之刑。」及瑞士等州刑法。

右述二三兩說，有的學者概稱爲從輕主義。(註四)但是這兩種制度也有不同的地方，譬如新舊兩法所規定的刑罰，雖沒有輕重的分別，而其他問題（如犯罪之定義或文例等）有不同規定的時候，則從新從舊的問題，就發生了，所以法律不得不以明文規定，這也就是兩制度根本不同的地方。

此外從輕主義還有兩點應當注意的：一是所謂輕重，係專指刑罰而言抑兼比較刑以外之事項（例如時效）關於這點各國刑法的規定也可分做兩派，採用前說者，有日本、比利時、智利、丹麥、葡萄牙、墨西哥及我國舊刑



法等，採用後說者有德、法、意、挪威、瑞典、奧大利、暹羅、埃及等刑法。二是所謂輕重，係專比較行為時與裁判時之兩種刑法，或兼比較兩時期內所頒行之一切的法律？採用前說者，有挪威、瑞典、暹羅、和我國舊刑法等，至於採用後說的，則有德國、日本、法國、意大利、匈牙利、我國等。

(四) 從新主義 這種制度既不承認法律不溯及既往的效力，也不問孰輕孰重，一概適用裁判時之法律，因為既制定新法，就是舊法不合時宜的明證，怎可還適用與現社會相左的舊法，所以蘇俄刑法施行法第四條和瑞士數州的刑法以及我國暫行新刑律第一條，都這樣規定的。

上述四種制度就日前各國立法例而論，自然要以從輕主義為最多，我國新刑法及舊刑法之所以捨棄暫行新刑律之從新主意，或者就是鑒於大多數刑法都是這樣規定的罷！不過據王寵惠氏的意思，以為「第一主義（從舊主義）已成陳說，固不足採，但是概從新法也是弊多利少，如新舊法輕重相等，或新法輕於舊法，其結果與第二第三主義無異，如新法重於舊法，概從新法，則流弊易生，蓋刑罰追溯既往，則人民生命安全常為立法者所左右，今日所犯輕罪，明日將為重罪，人民常懷疑懼，則刑罰所以保護者，適以危害之……而且科犯人以事後之重刑，尤欠平允。」（註五）這種理由，似乎不足非難從新的制度，因為人民生命安全，原就賴立法者的立法保障，若是對於平日所倚賴保障的立法者，仍不信任，而必欲設法加以限制，則此限制亦將未必有效，而且「立法以斟酌社會情勢，適應實際之需要為主，故損益之間，有改重為輕者，有改輕為重者，舊法之輕重，既不得其宜，而頒所以信為最良之

新法，乃仍採用舊制，頒行新法之本意何在？況所謂刑有輕重，乃既成文規定解釋上之形式，而於制度上之當否，並無輕重，如謂新法已得其宜，復何有於輕重寬嚴乎？」（註六）

至於專就從輕主義而論，作者則以為第三制度較之第二制度為妥，這是新法優於舊法一貫的理論，我國刑法採此制度，自然算得是差強人意，不過在比較方面，法律既不限於行為時及裁判時兩法，而所謂輕重，又不僅指刑罰而言，無論在法理上或者在實用上，都是美中不足的地方，以後刑法若再有修改的機會，即或不能採用從新主義，亦當恢復舊刑法的制度，比較恰當些（註七）。

### 第三節 刑法關於地的效力

刑法關於地之效力，在學理上雖有種種派別的不同，但是隨便那一派的理論，都不能單獨合於實際的應用，所以各國立法例大都兼採多種學說，以冀圖刑法的效力能够充分發展，不過也有少數國家，因特殊情況，而有不同的規定的，這裏就依據各種學說，述其梗概於后：

（一）領域主義 這派的理論，是根據主權實施於一國領域的主張，認為凡在其領土領空領海及其船艦內為犯罪之行為者，都應當不問罪質的分別，犯罪者國籍的不同，一概從本國法律處斷，因為不是這樣，就不足以言主權的完整，所以目前各國都以這種主義做原則，譬如蘇俄刑法第二條：「本刑法之效力，凡在蘇俄領域內犯

罪者，一律適用……」及第四條「外國人在蘇聯領域內犯罪時，照犯罪地之法律處斷。」意大利刑法第三條：「意大利刑法於國內居住內外國人適用之……」法國民法第三條第一項：「法國一切警察法及治安法律，實施於一切居住於法國領域之人。」日本刑法改正案第一條：「本法不問何人，於帝國內犯罪者，適用之。」荷蘭刑法第二條：「荷蘭刑法不問何人，在王國犯罪者適用之。」和我國刑法第三條：「本法於在中華民國領域內犯罪者，適用之。」這種制度，在領域主權上，固然算是一貫的解釋，但是還有不完備的弊病，因為一國的主權，不特要實施於其整部的領域，同時並且要達到全國的人民，所以又有所謂屬人主義，來補充這制度的缺陷。

(二) 屬人主義 人民有遵守其國家法律的義務，所以在學理上又有所謂屬人主義，這就是說，不問人民居住的地方，是國內，抑是國外，其犯罪行為，都該受其本國刑法的支配。這種制度在理論上，固然不錯，不過若是適用到極端，則在在均足以妨礙他國的領域主權，現在各國所以除了在原則上採用外，普通都加以相當的限制。譬如英國法的限於殺人罪、重婚罪、海盜罪、外患罪、謀叛罪等，這可以說是各國中限制比較嚴的。此外各國對於本國人在外國犯侵害國家罪和偽造貨幣罪的，適用本國刑法，其他的犯罪，則各國立法例多附以不同的條件。德國刑法第三十四條規定以其行為所在國家的和本國的法律，皆以為罪者乃罰。法國刑法訴訟法第五條第一項規定一切重罪行為雖在國外均處罰之，至於輕罪就要所在國的法律也有處罰的規定，纔能適用（同條第二項），行為完成後之取得法國國籍者，亦同（同條第三項）。荷蘭刑法第四條第五項規定海盜罪，和第五條第二項規

定犯罪地的法律，也認爲是犯罪的行爲則均罰之。意大利舊刑法第五條及奧大利刑法第四條都規定限於重罪。日本刑法第三條的規定，其限制更比較他國要寬些，至於蘇俄刑法的第二及第三條幾乎就沒有限制了。

(三) 自衛主義 以上所述之領域主義，既是限於本國區域內的犯罪行爲，而屬人主義，又是限於本國人。之在國外犯罪的，那末若是犯罪地既在國外，而犯罪者又是外國人，則無論領域主義或者屬人主義，都不能適用本國刑法，但是犯罪若是損害本國的法益，而本國刑法也沒有效力，就不足言法律保障之道，所以在學說上又有所謂自衛主義。目前各國採用這種主義的，大都限於侵犯國家罪，或損害其信用罪。譬如法國刑事訴訟法第七條：「外國人於法蘭西領域外，犯侵害國家安寧之重罪，或偽造國璽、通用之貨幣、紙幣、或經法律許可發行之銀行券罪，無論主犯或從犯，在法國被捕，或由外國政府引渡，均適用法國法律。」波蘭刑法第五條：「於外國人在外國時對於波蘭國家、波蘭國民、或波蘭法人之財產或利益而犯罪者，適用之。」同法第八條：「不論犯罪地法律之規定及犯人之國籍如何，於國外領域犯左列各罪者，依波蘭刑法處斷，(甲)危害波蘭國家對外之安全罪，(乙)侵害波蘭國家之公署及公務員罪，(丙)於波蘭國家之公署所爲之偽證罪。」意大利刑法第七條：「內國人或外國人於外國領域內犯左列各罪者，依意大利國法處斷，(一)對國家之人格罪，(二)偽造國璽及行使國璽之罪，(三)偽造於意大利國內法律上流通貨幣印花稅或意大利公共信用證券罪，(四)公務員關於國家職務犯濫用職權罪，或違犯職權上義務罪，(五)犯其他法律之特別規定，或國際協定，應適用意大利刑法情形之

罪。」這個條文是以罪質做標準，不問犯罪主體爲本國人抑爲外國人，都適用意大利法。又同法第十條規定：「外國人於第七條及第八條規定以外之情形，在外國領域內對國家或國民，意大利法律規定處死刑或徒刑或短期一年以上懲役犯罪時，待本犯回至國家領域內，依本法處斷。」是對外國人在外國犯罪之一種概括規定。此外像德國刑法第四條，墨西哥刑法第一八六條，荷蘭刑法第四條及第五條，日本刑法第二第三條，我國刑法第五條第六條及第七條等，都是類似的規定，不過範圍略有大小不同而已。

(四)世界主義 這是由於犯罪必罰和逮捕地有管轄權的主張而倡導的，因爲犯罪是危害社會的行爲，同時也就是人類的公敵，無論何國都有處罰的義務，纔可以保護世界的法益，所以無論犯人逃到何處，逮捕地的法律都得適用，不過各國國情既不相同，法制又復各異，對於所謂犯罪的觀念，自然也就難免有出入的地方，要想普遍的適用，實爲勢所不能，所以目前各國立法例，僅對於海盜及奴隸買賣等罪，適用世界主義。

此外學者間尙有所謂折衷主義，就是以領域主義爲原則，而兼用屬人保護及世界三主義，各國目前立法例大都是如是，已如前述，但是在兼用幾個主義的制度之外，還常常會發生兩個問題，一是犯罪行爲和結果全部或一部跨於本國和外國領域時，應該怎樣確定犯罪地而適用何地法律的問題，另一是外國法院對本行爲已有判決於先，本國法院是否受其影響的問題。關於前者，在學說上原有行爲地結果地和行爲地與結果地均爲犯罪地三種主張，在立法例方面，有特設專條加以規定的，譬如波蘭刑法第三條第二項規定：「若犯人在波蘭領域內或

在波蘭船艦及飛機上爲犯罪之行爲或不行爲，或其犯罪之結果在各該處發生，或依犯人之意思應在各該處發生者，以在波蘭領域內或船艦及飛機上犯罪論。」是採行爲地結果地及想像結果地說。再譬如意大利刑法第六條第二項：「構成犯罪行爲或不行爲之全部或一部發生於國家領域內，或其行爲不行爲之結果發生於該領域內時，以領域內犯罪論。」這是採用第三說的例子。其他像德國刑法第八條，紐約刑法第十六條，挪威刑法第十二條，瑞士刑法第二條，墨西哥刑法第一百八十五條，以及我國刑法第四條，均有類似的規定。還有的國家，在法典裏沒有明文規定，而任法官解釋的，譬如日本刑法就是這類的例子。至於後者，在各國立法例有的以爲「一事不再理」是訴訟上不易的原則，不得不承認他國的判決，譬如法國刑事訴訟法第五條第四項規定：「既經外國之確定判決，則無論重罪或輕罪，均不得再行起訴，」以及德國刑法第七條等；還有的國家以爲外國的判決是一種事實，並沒有法律上的效力，自然仍得依本國刑法裁判，波蘭芬蘭等，就是這類的例子。

#### 第四節 刑法關於人的效力

人類在法律之前，有平等之地位，這個制度是自法國人權宣言第一條「人民生而平等」和第四條「國家對於人民之保護及懲罰均應平等」之規定以後，各國法律都認爲是不易的原則，所以刑法對於全國無論何人的犯罪行爲，均發生同等的效力，而不應當有所歧視，不過也有因爲國內法或者國際法的關係，而不能不作爲例

外的，茲就這兩種例外，分別言之於左：

(一) 屬於國內法的例外。這大半是因為國家統治上的必要，不能不設個例外，而在憲法上規定國家的元首和國會議員，不受刑法的支配。這個例外，自從羅馬法有「皇帝不受法律之羈絆」的格言以後，就產生了近代君主神聖不可侵犯的規定。前德意志帝國憲法規定，君主及攝政均不得科以刑罰。日本對於天皇也有同樣的規定。英國憲法上有所謂「國王不能為非」(The King can not do wrong) 的原則，這個原則依着英人的解釋，即指國王對於彼之私人行為與公共行為俱不負責而言，蓋國王的公共行為，率須預徵國務員的同意，由國務員副署，始發生法律效力，未經副署者，法律上既無效力可言，亦遂無責任問題可言，既有副署，則負責之人，便為國務員，而非元首，若元首不徵國務員同意，而有任何違法行為（譬如元首私殺人即是一種私人行為），對此種行為，國務員雖不負責，而在英國法律之下，卻亦無任何法庭或其他機關，施元首以任何處分。（註八）比利時憲法第六十三條更明定君主不可侵犯，意大利憲法也有君主不可侵犯的明文。此外像民主立憲國家的大總統，本不過是一執行行政務的人，在原則上是應受刑法支配的，不過為着使其便於執行職務起見，各國憲法上有的限於負擔某種犯罪行為的責任。譬如法國的大總統祇負叛逆罪的責任（一八四八年憲法第六八條），瑞士憲法規定元首僅負違憲的責任，美國墨西哥阿根廷憲法規定僅負違憲、叛逆、妨害選舉、和瀆職等重罪的責任。有的國家，雖要負全責，但也要經過特殊的手續，纔能夠處罰。譬如哥倫比亞、波利菲亞等國的憲法規定大總統如

有犯罪行為，得經議院之彈劾後，由最高法院判決之，就是個好例。至於國會議員，既是人民的代表，自然也不能沒有相當的保障。各國自英國一六八八年的權利宣言（Bill of Rights）規定後，都紛紛仿照這個制度，例如比國憲法第四十四條，法國一八八一年的出版法，意大利與奧國以及日本憲法等，都有國會議員在院內所發表的言論，不負責任的規定，及其他犯罪行為在議會會期中也要預先得議員本院的許可，纔能够逮捕，法國憲法並承認議會有停止對於議員拘留或訴訟的權利，因為這樣纔可以維持議員的自由與安全，而從事於會議的職務。

（二）屬於國際法的例外。通常刑法的效力，不能及於外國的元首、使節、軍隊和軍艦等，這在國際法上叫做享有治外法權的人，所以示國際間之相互禮讓，而為各國所公認的原則。蘇俄一九二二年刑法第一條，並明白規定「刑法對外僅適用於無治外法權之人」，其一九二六年刑法第五條規定「有治外法權之外國臣民，其刑事上責任量度，依外交手續解決之」等語。至於我國除承認上述的原則以外，還要受條約的拘束，如領事官及有領事裁判權之外國人民，均為刑法效力所不及的，實在是件痛心的事。

### 第五節 法人之刑事責任（註九）

自然人做犯罪主體，是各國刑法所相同而無容比較研究的，至於法人的刑事責任如何，則各國學者間有擬



制和實在二說的不同，茲大略地說明於左：

(一) 擬制說。這派學者的意見，認為法人本不存在，不過是法律上的擬制人，所以沒有法律所允許的目的以外的意思能力和行為能力，自然也就沒有犯罪的能力，而負刑事上之責任。像巴西刑法第二十五條並以明文規定祇有自然人始得為犯罪之主體，若法人之行為，觸犯刑法之規定者，則罰其代表人。其他像德國法國我國等多數國家的刑法，雖然沒有明文規定，但解釋上都認為法人不能做犯罪的主體。

(二) 實在說。這是認法人之存在，與自然人沒有不同的地方，並不是法律所擬制的，所以應負行為的刑事責任。在歷史上有個很明顯的例子，就是法國一六七〇年的刑事法有省市鄉鎮及公司等均得為犯罪之主體的規定。此外瑞士一八七二年的鐵路法規，也規定火車屢次遲誤者，得處罰金。還有紐約州刑法第四二三條規定鐵道公司應負侵害公共安全的罪責。這些都是明示法人須負刑事上之責任。再若英國在昔時關於法人罪責問題，因行為不行為而有不同，以行為構成犯罪的，法人和自然人是一樣的要負罪責，反之則否。可是在一八四〇年 Birmingham and Gloucester Ry. Co. 會因失修大街，受控於刑庭，是此後無論行為或不行為都得負刑事上的責任。繼後一八八九年法令更規定「關於適用刑法，苟無特殊規定，法人一概科罰」尤其是明白承認法人與自然人有同等之刑事責任能力了。

這兩種立法例，在目前社會經濟狀態日形發展，凡百事業莫不組織團體以期經營之宏大，法律對於這些集

團的違法行爲，若不加以刑事制裁，則難保此等集團不以一個人之犧牲，以博取大罪惡的代價，所以爲維護治安起見，似以實在說的立法例比較完善些，可惜我國新刑法仍沒有注意到這一點，株守舊制，不能不算是一件憾事。

## 附註

(註一) 自由法運動是發源於德國的 Stelmann，他以法律缺陷的論調提倡法律應當採自由解釋方法，後來，法國現任耶西大學 (P<sup>r</sup>Université de Nancy) 教授利(Geny)氏又著私法解釋論一書，認爲解釋法律，應依自由學術之基礎，使法律成爲適於實際生活的「活的法律」。

(註二) 王親著中華刑法論第七十一頁。

(註三) 前法律館草案理由謂英國是從新主義的國家，似屬不確，雖然英國於時之效力沒有明文規定，但其判例都主張從舊法，這祇要看斯梯芬(Stephen)所著英國刑法概論 (A General View of the Criminal Law of England, ch. IV.) 就可知道。

(註四) 譬如日本岡田朝太郎在其所著日本刑法改正案評論一書裏(第五章)就是這樣敘述的。

(註五) 見刑法第二次修正案理由書第一章。

(註六) 見岡田朝太郎著前書第六章。

(註七) 關於這個規定的得失，其詳情可參看拙作論刑法修正案第二條但書之規定一文，載正論旬刊第一卷第四期。

(註八) 見王世杰著比較憲法第四九六頁。

(註九) 關於法人之刑事責任的問題，本書因爲篇幅關係僅略述梗概，詳情可參看 L. Michoud, La théorie de personnalité morale, Paris 1905; R. Saleilles, De la personnalité juridique, Paris 1910. 中文方面可參看馬存坤作法人犯罪

論，載法律評論第十卷第十二至二十三期。

## 第二章 刑事責任

個人對於行爲負全部責任，是一種極古的社會觀念，相傳迄今，可以說是沒有改變過。不過人有老幼智愚不同，行爲又有出於故意或者過失的分別，所以刑法對於個人行爲的處罰，不特對於犯罪責任能力要有特別的規定，而對於構成刑事責任的要素（如故意與過失）尤有嚴密區分的必要。因爲不是這樣，就不足以完成建築於人類意志自由上「處罰惡意」的理論。無怪乎目前各國立法例幾乎是一致以故意和過失爲構成刑事責任的要素，他方面又規定行爲人要有責任能力，纔成立所謂犯罪行爲。這裏先述各國對於故意的解釋，和過失罪處罰的範圍，然後再比較刑事上責任能力的規定。

### 第一節 故意

非故意之行爲不罰，是各國刑法上共同的原則，但是學者間對於故意的解釋，則不一致，大別之可以分做認識主義和意欲主義兩種。前者以故意爲認識犯罪構成事實之全部，譬如泉二新熊博士曰：「故意，爲一般事實之認識預見，在刑法之故意即犯意，應爲罪之事實認識也。」（日本刑法論第三十一版第四一四頁。）後者以故意

爲希望產生行爲的結果的意思。目前各國均以爲認識說漫無限制，不易確定，故大都採用意欲主義。不過有的國家用明文規定，譬如蘇俄刑法第十條：「故意之行爲，卽自己行爲時，明知有社會的危險性，且明知其結合，而有希望之意識，實現其所爲時。」意大利刑法第四十三條：「故意罪謂有意的犯罪，於行爲或不行爲之結果，依法律確定犯罪之存在，而有害或危險之事實，依犯人行爲或不行爲之結果，成爲預見，且屬其意欲者。」我國刑法第十三條：「行爲人對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生者，爲故意。」以及德國與大利挪威等刑法，都有類似的規定；還有的國家刑法裏，雖沒明文，而解釋上仍是採用意欲主義的，譬如英法比西班牙葡萄牙瑞士等。至於採用認識主義的國家，譬如波蘭刑法第十四條規定：「稱故意犯者，不特指有意犯罪者而言，卽預見其行爲有發生犯罪結果或有犯罪性質之可能，而爲之者亦同。」就是個好例。用意欲主義去解釋故意的，還可以分做直接故意和間接故意兩種。所謂直接故意，就是犯罪行爲之結果，爲犯人所知并有意使其發生的意思；至間接故意，則謂犯罪行爲的結果，是犯人所視爲無可無不可，或不本不願意，但犯人爲自己利益起見，也寧願去行爲不行爲。各國間有間接故意的，如德國、俄國、奧國、荷蘭、挪威、保加利亞、意大利舊刑法諸國；沒有間接故意的，如瑞士、英國、法國、西班牙、葡萄牙和比利時等國。

## 第二節 過失

過失是無故意之行爲的一種，其與偶然事故分別的地方，乃在於行爲者是否已經注意，防止犯罪結果的發生爲標準；換句話說，行爲者已經盡了注意的能事，而仍發生犯罪之結果的，叫做偶然事故，反之就是過失。刑法對於過失與故意之界說，因爲影響於刑的裁定，所以大都設專條規定，以免混淆。譬如：

我國刑法第十四條 行爲人雖非故意，但按其情節應注意並能注意，而不注意者，爲過失，行爲人對於構成犯罪之事實，雖豫見其能發生，而確信其不發生者，以過失論。

意大利舊刑法第十二條 非故意之行爲，在法律上所明定之場合，而生損害或危險，不從其人之特別義務規則命令之場合，鑑於其人之社會地位及普通之經驗與動作，而基於不熟練，不注意，或茫然不知時，則處罰之。  
(註一)。

暹羅刑法第四十三條第三項 認爲非出於故意之行爲，而該當於左之一時，爲出於過失：

(一) 對於通常之人，不爲得以期待之注意時。

(二) 有特別之業務者，怠於業務上之必要之注意時。

(三) 不遵法律規則或適法之命令時。

蘇俄刑法第十條第三款不注意之行爲，即自己行爲時，其行爲時得如何之結果，可能預想，而並不預想，或輕率疏忽妄期不致發生結果時。

墨西哥刑法第十一條過失罪存在之場合如左：

(一) 犯所容許之作爲或不作爲，因而有引起不容許之結果之咎者，以疎虞或懈怠輕信或輕舉之故，因爲不講求必要之見聞，或必要之預防策，不得避免結果之場合，或關於由行爲不使發生有害之結果，以不具備必要之技藝上或科學上之辨識，不得避免之場合。(以下略)(註二)

波蘭刑法第十四條第二項 稱非故意犯者，係指犯人預見有發生犯罪結果之可能，但妄信其能避免之者，或犯人雖可預見或應預見其行爲有犯罪之結果或有犯罪之性質，而未預見者而言。

其他如葡萄牙刑法第二條，意大利刑法第四十三條第三項等，皆有詳細的規定。至於注意到那種程度，纔是非過失，這在羅馬時代，學者間就有兩種標準：其一是以犯人平日處理事件謹慎之程度爲斷，若是忽略了平昔之謹慎的，纔是過失；其二以普通人對於其事之謹慎程度爲定，若是犯人忽略了這種注意的程度，就是過失。前者是近代所謂主觀過失，後者就叫做客觀過失，不過各國都以爲客觀過失的規定，未免違背意志自由的理論，所以大多數都採用主觀主義。

在過失的規定裏，各國立法例又多區分做不認識之過失和認識之過失二種：前者係指犯人對於結果本應注意且能注意，卒因疏忽不注意，以致缺乏認識而言；後者是犯人對於結果之發生，已有認識，不過自信決不發生，而竟發生了結果。譬如波蘭刑法第十四條第二項，蘇俄刑法第十條第二款，和我國刑法第十四條等，都是這類的

規定。

此外又有普通過失和業務過失的分別，因為業務過失是人民所易於注意而且是極應注意的，所以各國對於業務過失的解釋，多比較寬大，而科刑也比較重些，使一般執行業務的人，有所警惕，而保衛社會的安寧。

至於過失罪的處罰問題，各國均以不罰為原則，處罰是例外，而且大都限於其行為能危險於生命、身體、財產等重罪。其中規定比較詳細而範圍又較寬廣的，要算荷蘭和德國的刑法：前者為（一）失火與決水罪（一五八條），（二）毀棄公共交通之工作物罪（一六三條），（三）使鐵道交通發生危險罪（一六五條），（四）毀損航海安全之標識罪（一六七條），（五）使船舶沉沒毀損罪（一六九條），（六）毀損建築物罪（一七一條），（七）將足以發生為害吾人生命或健康之危險物投入於公用之泉井或水道內之罪（一七三條），（八）販賣或交易足以發生為害吾人生命健康之危險物之罪（一七五條），（九）因自己之過失，使人受不法之自由剝奪罪以及其他之殺傷罪等（二八三，三〇七，三〇八，三〇九條），（十）過失脫逃罪（一九八條第四項）。後者則規定為（一）使囚犯逃走罪（一一一條），（二）偽證罪（二三〇條），（三）殺人罪（二二一條），（四）傷害罪（二三〇條），（五）失火罪（三九〇條），（六）決水罪（三一四條），（七）妨礙交通罪（三一六條），（八）妨礙通信罪（三一八條），（九）破壞水道、水門、堤防、橋樑、船塢、抽水機、避電機、職工出入機、燈臺及其他之標識以及投毒物於泉井抽水機等之罪（三二六條），（十）不履行戰時事變之供給契約罪（三二九條第二項），

(十一)官吏因過失執行誤刑罰罪(三四五條第二項)。反之，規定最簡略而範圍又最狹小的立法例，就要算日本刑法，祇有一一六條的過失燒毀自己所有物罪，一一七條的過失燒毀他人所有物罪，一二二條決水罪，一二九條妨害交通罪，二〇九條傷害罪，二一〇條過失殺人罪，和二一一條業過失死傷罪等七條，其他較輕微的罪，均不罰為原則。而西班牙刑法規定凡過失犯罪皆罰之，這可以說是個極大的例外。此外各國對於違警罪大都沒有故意和過失的區別，蓋違警罪的性質，是在於預防危險，故意和過失所給予社會的危險實屬相等，況且違警罪的刑罰已經極輕，若是再要區別過失和故意，就幾乎是減無可減了。

### 第三節 錯誤

所謂錯誤，就是事實和認識相矛盾的情形，刑法學上有事實錯誤和法律錯誤兩種，前者是行為人誤認事實存在或者不存在，後者就是行為者誤認刑罰法令之存在或者不存在，以下就這兩種情形分別述之：

#### 第一目 事實錯誤

事實錯誤是行為者對於事實之存在或不存在之一種錯誤認識，各國刑法大都認為這種情形是非故意，不負刑法上的責任，不過有的國家以明文規定，而有的則否。前者譬如德國刑法第五十九條：「犯人於犯罪遇有不知犯罪構成事實或不知犯罪加重特別要款之情形時，不得以故意論。」意大利新刑法第四十七條第一項：「構



成犯罪係事實錯誤者，排除行爲人處罰性，但關於錯誤因過失而構成者，依法律規定，認爲非故意時，不排除處罰性。同條第二項：「對於特定犯罪之事實錯誤，不排除其他犯罪處罰性，構成犯罪之事實錯誤在刑事法律以外者，排除處罰性。」波蘭刑法第二十條：「行爲出於犯人對於構成行爲之要素，有錯誤者，不爲罪，但非故意之輕罪及錯誤由輕率或疏忽所致者，不在此限。」其餘像挪威保加利亞日本等國刑法，亦均說明文規定；後者譬如法國（註三）英國（註四）等雖沒明文規定，而學者間之論斷，和判例的規定，都認爲錯誤犯罪構成事實，是非故意的行爲，所以兩者的結果是相同的。

## 第二目 法律錯誤

所謂法律錯誤，是指行爲人對於刑罰法令之存在或不存在發生錯誤的認識而言。已如前述，在刑事責任上，這種情形是沒有影響的。因爲法律一經頒佈施行，就假定全國人民都已經知道，而發生拘束的效力，所以犯罪者不能以不知法律之存在做藉口，而免除刑事責任，這就是羅馬法「不知法律不赦」的原則。現今各國刑法仍然保持這個原則，不過在規定上，略有不同。譬如英國法國奧國保加利亞意大利等國，認法律錯誤爲不可恕；俄國荷蘭及德國判例則認爲「法律之不知不受保護」，換句話說就是行爲者仍須負刑事責任；還有挪威和日本刑法則規定得因法律的錯誤，免減其刑；我國刑法第十六條規定：「不得因不知法律而免除刑事責任，但按其情節得減輕其刑，如自信其行爲爲法律所許可，而有正當理由者，得免除其刑。」這些規定前兩者（不恕及不受保護）似

乎是失之過嚴，強人皆知法律，而後者則給裁判官以斟酌減免或減輕的權力，俾能合於當時犯人個別的情形，比較合理些。不過德國刑法草案第十三條規定：「因錯誤不知其為違法而為之者之行爲，不以故意之行爲論罪，其錯誤基於行爲者過失時，準用關於過失之規定，」認違法之認識為故意之要素，這與前德大理院判例見解大不相同（註五），這種新的規定，在目前法令繁雜的時代，似乎是必然的趨勢罷！

#### 第四節 責任年齡

責任年齡的認定，無論從經典派的是非辨別力說，或者從實證派的刑罰適應性來說，想能够得當，真不是件容易的事。因為人類各種機能的發達成熟未必一致，熱帶民族和寒帶民族成熟的時期，往往相差很遠，甲國實行已得良好效果的制度，施諸乙國就未必一樣，這不用說是各種氣候所產的體質不同的原因。所以我們在這裏除了比較各國的制度以外，還得注意該制度的外在條件。

這種責任年齡的制度，在羅馬法就有詳細的規定：七歲以前的行爲法律假定那時的行爲是無意識的活動，所以不爲罪，七歲至十四歲就看辨別力如何而定其責任能力的有無，至十四歲以上則爲刑事成年人。現代各國立法例也多依照這種精神規定少年刑事責任的有無，而制度則有四種：即絕對無責任、相對無責任、減輕責任、全負責任的四分制，絕對無責任、相對無責任、和全負責任的三分制，絕對無責任和全負責任的二分制，以及相對無

責任和全負責任的二分制，茲列表於左（註六）

（一）四分制的立法例

國	名	絕對	無責任	相對	無責任	減輕	責任	刑事	成年
葡	牙	七歲未滿		七至十四		十四至二十		二十以上	
西	牙	九歲未滿		九至十五		十五至十八		十八以上	
羅	亞	八歲未滿		八至十五		十五至二十		二十以上	
非	律	九歲未滿		九至十五		十五至十八		十八以上	
秘	魯	九歲未滿		九至十五		十五至十八		十八以上	
奧	利	十歲未滿		十至十四		十四至二十		二十以上	
烏	圭	十歲未滿		十至十四		十四至十八		十八以上	
巴	馬	十歲未滿		十至十五		十五至二十一		二十一以上	
厄	爾	十歲未滿		十至十六		十六至十八		十八以上	
阿	廷	十歲未滿		十至十五		十五至十八		十八以上	
智	利	十歲未滿		十至十六		十六至十八		十八以上	
匈	利	十二歲未滿		十二至十八		十八至二十		二十以上	

（二）三分制之立法例

第二編 第二章 刑事責任

國名	絕對無責任	相對無責任及減輕責任	全責任
英國 (註七)	十四歲未滿 (特別處分)	十四至十六 (相對無責任)	十六以上
意大利 (註八)	十四歲未滿	十四至十八	十八以上
紐約州	七歲未滿	七至十二 (同上)	十二以上
印度	七歲未滿	七至十二 (同上)	十二以上
墨西哥	九歲未滿	九至十四 (同上)	十四以上
希臘	十歲未滿	十至十四 (同上)	十四以上
暹羅	七歲未滿	七至十六 (同上)	十六以上
瑞典	十四歲未滿	十四至十八 (減輕責任)	十八以上
挪威 (註九)	十四歲未滿	十四至十八 (同上)	十八以上
埃及	七歲未滿	七至十五 (同上)	十五以上
丹麥 (註一〇)	十四歲未滿	十四至十八 (同上)	十八以上
芬蘭	十四歲未滿	十四至十八 (同上)	十八以上
保加利亞	九歲未滿	七至十七 (相對責任)	十七以上
德國	十二歲未滿	十二至十八 (同上)	十八以上
法國	十三歲未滿	十三至十六至十八	十八以上

日	本	十四歲未滿	十四至十六至十八	十八以上
蘇	俄	十四歲未滿	十四至十六	十六以上

(三) 絕對之二分制

國	名	絕	對	無	責	任	刑	事	成	年
荷	蘭(註二)	十八歲未滿	十二歲未滿	無	責	任	刑	事	成	年
中國	暫行新刑律	十二歲未滿	十二歲未滿	無	責	任	刑	事	成	年

(四) 相對之二分制

國	名	相	對	無	責	任	刑	事	成	年
比	利	時	十六未滿	無	責	任	刑	事	成	年
盧	森	堡	十六未滿	無	責	任	刑	事	成	年
土	耳	其	十五未滿	無	責	任	刑	事	成	年

綜觀上列各國的立法例，可以知道目前是以採三分制的為最多，這當然是為着便於實用起見，還有一層，就是刑法成年大都高到十八歲，使法官可以審酌年齡的需要而發揮刑法的功能，所以我國新刑法也採這種制度，就在第十八條規定未滿十四歲人之行為不罰，十四歲以上未滿十八歲人之行為減輕其刑。

法國學者安德銳(André)說：「兒童是灌漑民族的泉源，是社會將來組織的要素，這類犯罪的數目增多，就是將來社會道德落伍的預兆，而顯示出極大不安寧的隱憂。」(註一)這句話並沒有絲毫的誇張，這是事實，兒童犯罪的嚴重性，是這樣的，晚近各國對於犯罪兒童之給予特殊注意之原因，也就在此。真的，自工業革命以後，社會組織因為適應經濟的需要，手工業的組織，完全毀滅了，多數婦女不能不脫離家庭，走入工廠去謀生，代替家庭的公機關又沒有產生，於是急待教養的兒童，就漸漸趨於犯罪的道路，這是個人主義的經濟組織所不可避免的現象。所以各國現在雖一方面提高刑事責任年齡，以免塞其自新之路，他方又排除兒童於普通刑法之外，並增設兒童特別法庭(註二)，藉以斟酌實施教訓的方法，而符合兒童只可教不宜罰的本旨，可是收效仍是很小，因為這決不是祇由刑法提高刑事責任年齡就可濟事的。例如少年犯罪法律認為還沒到責任年齡，便不干涉，那不特社會的安寧因之要發生危險，就是少年本身，更無法改善，所以必定有完備的組織，充分的專門人才，去斟酌教導，並且要從根本上設法，使兒童不致因母親的工作而失去教養，纔可挽救少年犯罪的危險。目前我國刑法雖然也仿照各國的例子，規定「……得令入感化教育處所施以感化教育……」(第八十六條)，但是既沒特殊法庭，去專門從事研究這種感化教育的需要，又沒感化院或兒童救濟所的設立，所謂實施感化教育的話，幾乎是等於官樣文章，社會前途，真是「不堪設想」！

此外在我國舊律還有「八十以上，死罪議奏，盜及傷人議收贖，餘皆不論，年在九十以上者，雖犯死罪不加

刑」的規定，似乎是恤老的意思，可是各國都沒有這種例子，因為年幼人之所以不負責任，為的是智識不夠，發育未全，年齡既已老了，經驗閱歷都比較豐富，自然沒免責的理由，而我國新刑法第十八條第三項仍規定：「滿八十歲人之行為得減輕其刑，」這祇好說是歷史原因了。

### 第五節 心神喪失及耗弱

法律假定一切年幼人，都沒意志自決的能力，所以年幼人是一般的無刑事責任能力者，此外無論何人在原則上都有責任能力，但是也有個例外，就是所謂心神喪失人。因為心神喪失人對於其行為，不特沒有是非善惡的辨別力，就是行為或不行為也都是疾病的推動，而沒自主的能力，所以各國刑法都因襲羅馬法而規定心神喪失人為無刑事責任能力人之一種。

至於各國刑法不同的地方，那是在「心神喪失」的範圍，簡略地說，約有左列三種不同的規定：

(甲)「心神喪失」指精神上一種狀態而言，法律並不明定何種精神的範圍，而僅概括規定行為者的智力，因為疾病的擾亂，而有不能自主的狀態，就是無刑事責任能力人，譬如：

德國刑法第五十一條：「行為者之精神活動，係受疾病之擾亂，而呈不能自己決定意志之狀態，其行為不在犯罪之列。」

荷蘭刑法第三十七條：「無論任何人之行爲，若基於其智力之無完備發展或疾病之擾亂，均不處罰。」

意大利舊刑法第四十六條：「行爲者於行爲時，其精神因羸弱或先天之原因，而陷於不能自由決定之狀態，不罰。」新刑法第八十八條：「犯罪之際，因疾病關係，其精神上無企圖，或意思能力時，不負刑事責任。」

波蘭刑法第十七條：「犯人在犯罪時，因精神欠缺或精神病及其他精神錯亂之情事，不能辨別其行爲之重要或約束其行動者，不罰。」

(乙) 在英美多數判例都確定心神喪失狀態的名稱，自然不能任法官自由解釋，而限於白癡人 (idiot)、呆愚人 (imbecile) 和經神病人三種，是無刑事責任能力人 (註一四)，後來在一九一三年的智力缺陷法 (mental deficiency act) 裏又分爲白癡人、呆愚人、心神衰弱人 (feeble-minded persons)、道德性呆愚人 (moral imbecile) 和精神衰弱人五種，前兩者是絕對無責任能力人，後三者則任法官酌量處斷。

(丙) 此外還有多數立法例不特不明定心神喪失的範圍，就是這種行爲者的狀態也不加以概括的說明，而祇用「心神喪失」這個名詞去規定，至於內容如何，狀態如何，則均任法官自行斟酌，譬如法國刑法第六十四條，比利時刑法第七十一條，以及我國新刑法第十九條等，都是這樣規定。

以上三種立法例，第二種未免失之過狹，第一種明定行爲者的精神的狀態，適用時難免陷於困難，獨第三種僅規定名稱，法官可以自由解釋，容易切合事實，比較上要算是得宜的制度。不過日本學者岡田朝太郎氏更主張



將「心神喪失」改爲「精神病人」數字，較爲妥洽（註一五），因爲心神喪失一語，仍不免有解釋狀態之嫌，適用時或因此陷於困難，這種意見似可注意。

關於心神喪失人還有個問題，要附帶說明的，就是心神喪失人經法院認爲是無刑事責任能力人，釋放後，應該作何種處置？其處置權限又是屬那一種？在前面個問題，目前各國已經是趨於一致執行監禁處分，以避免心神喪失人將來對於己身和社會的利益發生危險，至於後面個問題，各國所採用的制度，約有三種：

（一）行政制，這種制度認爲心神喪失人監禁處分的決定，和以後釋放的權限，都該屬於行政機關，因爲這種人既無刑事責任能力，自然不受司法權的管轄，譬如德國、法國、奧大利、匈牙利、瑞士、日本等國，都是適用這種制度。

（二）司法制，本制以爲心神喪失人雖沒刑事責任的能力，但刑法既規定法官得施以監禁處分，則監禁處分和釋放的權限之屬於司法機關，可無疑義，目前採用這種制度的國家，有西班牙、愛斯郎德、英國、美國等。

（三）混合制，混合制以爲這種權限，應該分屬於行政和司法兩機關，因爲在法理上原是司法機關的權限，而爲着合於實際之應用起見，又以屬行政機關比較合理些，所以決定監禁之權，屬於司法，而釋放之權，屬於行政機關，目前意大利、比利時、荷蘭、丹麥都是採用這種制度的。

以上三制，各有得失，司法制雖較合於法理，而在應用方面又宜推行政制，至於能兼顧法理和實用的，自然要

算混合制了。今我國精神病院尙沒設立，大半是由監獄執行監禁處分，似乎是採用司法制。

心神喪失人的行爲，既不負刑事責任，則精神耗弱人的行爲，也不能和普通人一樣全負責任，這是意志自由說理論必然的結果，所以心神喪失者是全無責任能力人，而精神耗弱人則視其耗弱的程度定其責任的輕重。一九〇四年和一九〇五年的世界刑法協會，更議決精神耗弱人是一種特殊人犯，不特可以適用減輕的制度，並且要施以特別處分，如監視之類。目前各國刑法有的用明文規定精神耗弱人的行爲減輕本刑，如意大利刑法第八十九條，丹麥刑法第三十九條，挪威刑法第三十九條，瑞典刑法第六條，日本刑法第九十三條，暹羅刑法第四十七條，和我國新刑法第十九條第二項等；有的國家不定精神耗弱人的行爲，而歸納於心神喪失的規定中，任法官自由解釋適用，譬如法國刑法第六十四條，比利時刑法第七十一條等；還有的國家依據實證派的理論，根本就不承認精神耗弱人的存在，譬如蘇俄刑法就是個好例。

## 第六節 酗酒

酗酒，在刑法上是心神一時陷於不能自主，受酒力的驅使，而做出不法的行爲。這種事件，在目前各國都極重視，因爲酒精的害處（註一六）不特對現時社會的安寧有莫大的影響，而且遺害於民族的將來。所以在立法上酒的問題約有兩方面：一方面是對於飲酒者鎮壓和預防的問題，他方面是酒醉後犯罪行爲的責任問題，前者是社會

政策上的治本方策，後者是治標的刑事責任的問題。

關於飲酒者的鎮壓和預防的問題，最徹底的方法，自然是普遍禁酒，不過這樣各國財政上將有重大的惡影響，而為一般政治家所不敢貿然從事的。其次就是限制飲酒量的方策，譬如法國一九一七年十月一日施行的酒醉治罪法就是個例子，該法規定在酒館或公共場所酒醉者，科一至五佛郎的罰金（第一條第一項），再犯得科以一日至三日的拘役（第三項），十二月內三犯者，科以六日以上一月以下之拘役及十六至三百佛郎之罰金（第二條第一項），受第二條第一項之刑罰，兩次以上者，並得宣告褫奪公權（第三條），咖啡館出售烈性酒於未滿十八歲之人者，與在公共場所酒醉者同罰（第四條），這樣規定，可以減少狂飲的弊害。此外在比利時一八八七年也有酒醉治罪法的頒佈，其內容和法國法大概相同，茲不贅述。

至於酒後犯罪的責任問題，各國多主從嚴處斷，雖心神上有不能自主的狀態，仍不免除刑事責任，譬如法國、比利時、英吉利、意大利、瑞典、蘇俄等都有相同的規定。

還有的國家，認為酗酒可以分做不出於己意，和故意兩種，刑事責任之減輕與否，要以這種動機為轉移。譬如德國刑草第六十四條，暹羅刑法第四十六條，盧森堡大理院一八九八年的判例，和我國舊刑法第三十二條等規定，都是這類的例子。其實酒後酩酊，心神有完全不能自主的狀態，自然可以適用心神喪失的規定，這裏似沒有規定的必要，我國新刑法廢棄舊刑法的第三十二條的規定，實在可算是一種進步的地方。

## 第七節 瘖啞

所謂瘖啞，就是指聽能和語能都有障礙而言。這種人因為官能的欠缺，其精神似乎也與常人不同，因此在刑事責任方面，也就發生了問題。目前各國立法例關於這個問題的規定，極不一致，有的國家根本就沒明文規定，在原則上說自然要負刑事責任的，不過法官可以斟酌適用心神喪失的規定，譬如法國刑法就是這類的例子（註一七）。至於用明文規定的國家，彼此間又稍微有些不同，譬如比利時刑法第七十六條，瑞士佛利堡州（Canton du Fribourg）刑法第六十五條，瑞士柳常德州（Canton du Neuchâtel）刑法第八十五條等，是完全以未成年人的待遇去規定瘖啞人，凡是已滿十四歲而沒有辨別力的瘖啞人都不負刑事責任，反之就和普通一樣。其次像德國刑法第五十八條，匈牙利刑法第八十八條等，規定沒有知悉其己身行為係犯罪行為的必要知識的瘖啞人，在刑事上不負責任。再次像意大利刑法第九十二條及第九十三條，和瑞士發雷州（Canton du Valais）刑法第九十三條，又規定限於不識字或不知書寫的瘖啞人，纔能和未成年同視。此外還有墨西哥刑法第三十四條，俄帝國舊刑法第九十八條等，規定限於生而瘖啞或幼時瘖啞者，纔能免除刑事責任。日本刑法和我國新刑法規定凡是瘖啞人均得減輕其刑，我舊刑法第三十三條又規定為必減的原因。

此上幾種制度，在原則上說，似乎要以法國制（不以明文規定）為最妥。因為瘖啞人之所以要考慮其刑事

責任的問題，是以爲這種人生理上既有缺陷，其精神狀態未必與常人相同，換句話說瘖啞人的精神上，有不能負責的狀態，那嗎根本上就可以適用精神狀態的規定（心神喪失精神耗弱）。若說瘖啞是精神狀態不能負責的特殊原因，所以要有明文規定，則精神狀態之不能負責的原因尙多，何以又不一一列舉規定呢？至於僅就有明文規定的立法例而論，那就要以德國的規定爲較合理，原因很簡當，辨別力還要發生標準問題，不識字和不知書寫，也不足就作爲對犯罪行爲不了解的證明，而墨西哥刑法之限於生而瘖啞或幼時瘖啞，也非確切的標準，不加註釋的瘖啞人減輕責任的規定，就難免有不平的結果，所以結果要以德國的規定可以避免這許多弊端。

## 第八節 依法律之行爲

刑事責任是以故意或過失做條件，無故意不罪刑，就因此成了刑法上一個大原則，同時也就是以上七節刑事責任的確認和減免分析的對象。此外在主觀方面雖說是已經具備了責任條件（故意），而這種條件的產生，是因爲客觀事實的束縛，其能影響於刑事責任，在刑法上是和缺乏主觀的條件相等的，譬如依法律的行爲，奉長官命令的行爲，正當業務的行爲，緊急避難的行爲，正當防衛的行爲等，都是這一類的。本節先就依法律的行爲加以比較。

依法律的行爲很多，譬如依法執行死刑，依法入屋搜索，決不能構成殺人罪或侵入住宅罪，這是各國刑法都

相同的，至於互異的地方，則有兩端，一是規定之章次問題，有的國家規定在總則裏，有的國家分別在分則裏加以規定。

前者，如日本刑法改正案第十七條：「依法令或正當業務之行爲或不背於善良風俗公共秩序之行爲不爲罪。」意大利刑法第五十一條：「依法律之規定或長官之正當命令執行權或履行義務者，排除處罰性。」荷蘭刑法第四十二條：「爲執行法律之規定而行某行爲者則不罰。」比利時刑法第七十條：「依法律及長官命令之行爲不爲罪。」以及西班牙刑法第八條，葡萄牙刑法第四十四條，智利刑法第十條，墨西哥刑法第三十四條，暹羅刑法第五十二條，日本刑法第三十五條，我國新刑法第二十一條等是。

後者，則散見於分則中。譬如丹麥刑法第百〇五條，挪威刑法第百四十七條，奧國刑草第百三十九條等規定侵入住宅罪，以『違法』爲犯罪構成之要件；德國刑法草案第百〇一條及百十條規定洩漏或刺探秘密罪，也是以『違法』做該罪構成要素之一；反之，若是依法律侵入住宅或洩漏秘密，自然都不成立犯罪。還有法國第三百二十七條規定：「依法律及長官命令而殺人傷害或損害之行爲不爲罪。」（註一八）

以上兩種編制，其結果雖都是不負刑事責任，但是從法典的條理方面說，還是以規定於總則比較適當些，免得在分則各條用多數重複的規定。

另一種不同的地方，是有的國家規定祇要是依法律的行爲，就可免責，像上面引用的荷蘭刑法第四十二條，

意大利刑法第五十一條，和我國新刑法第二十一條，都是這類的例子，還有的國家，要兼有長官命令的條件，纔能適用，這種條文最顯著例子有比國（七十條）法國（三二七條）等這點在法國平政院（*Conseil d'état*）的意思，以爲法律是盲目的，若是運用的人不能夠積極的守法，則法律往往變成犯罪的工具，所以必需要長官的命令做條件（註一九），這種意見，實在值得注意的。

### 第九節 奉長官命令之行爲

奉長官命令也是故意束縛之一種，對於刑事責任，似乎也不能沒有相當的影響，不過各國立法例倒有減免和全負責任二種制度，茲分別言之。

#### 第一目 減免制

這種制度是根據公務人員有服從長官命令義務的理論，所以他的行爲在性質上，雖然是犯罪，而自其故意出發點立論，則是受長官命令的束縛，不能與普通犯罪人同論，但是結果還可以分做免除責任減輕責任兩種的立法例，前者如：

荷蘭刑法第四十三條第一項：「爲執行『管轄官廳』所發之命令之行爲不罰。」

法國刑法第一百十四條第二項：「受直接上級長官之命令，而爲犯罪之行爲者，免除其刑，由發命令之長官負

其責任。」

日本舊刑法第七十二條：「因『從屬』長官之命令，以其職務而行者，不論其罪。」

意大利刑法第五十一條：「（二）長官之命令，構成犯罪行爲，其行爲以發命令之長官負責。」

我國舊刑法第三十五條：「依『所屬上級』公務員命令之職務上行爲，不罰。」

此外在俄帝國時代的刑法，也有類似的規定。

後者如荷蘭刑法第四十三條第二項規定：「無管轄權之官廳，所發之命令，其從屬官吏誤信爲有管轄權之命令，而執行時，得減輕之。」又如暹羅刑法第五十二條及埃及刑法等均有相同之規定，而挪威刑法第四十一條更進一步規定凡是命令的行爲，均減輕其刑。那就不特上級長官以及無管轄權之長官之命令，得爲減輕的原因，就是私人（譬如親長師傅等）命令的行爲，也可以減輕其刑，這可說各國刑制中範圍最廣的一種。

## 第二目 全負責任制

在英國的判決上，一向是採用全負責任制的，他們認爲行爲者對於上級長官的命令，應當審察是否違法，若是命令本身已經違法，自然沒有服從的必要，反之行爲者就不得以長官的命令做免罪的理由，換句話說，行爲者就得負責。

還有一種因職務上有絕對服從的必要，而是各國所共同認爲執行命令者，不負刑事責任的，就是軍人，因爲



軍人對於長官有絕對服從的義務，沒有審察的自由，所以執行命令的行為由發命令的長官負責。

## 第十節 正當業務之行爲

各國在刑法裏規定正當業務的行爲，不爲罪，實在是件少見的事，像奧大利、意大利、挪威、捷克斯拉夫、波蘭等國都沒有這種規定，其用明文規定的，恐怕祇有日本和我國罷！

我國新刑法於第二十二條規定「業務上之正當行爲不罰」，原來是襲用暫行刑律的規定，和日本刑法改正案之襲用其刑法而規定於第十七條，幾乎是如出一轍。查我國暫行律原案的理由，僅舉醫生診病一個例子，認爲不能不加規定，其實醫生診病是當然的合法行爲，而且大都得本人或其有權承諾人的同意，自然不能以犯罪行爲論，至於有時未得同意而診治，然也都是根據醫術成規去執行義務，不會有刑事責任問題發生，所以在刑法裏，實在沒有另行明白規定的必要。

## 第十一節 緊急避難

緊急避難在歐美古代法中，似乎沒有明文規定，如今可以作爲歷史上的根據的，恐怕要算日耳曼法對於因饑荒而搶糧食之罪，曾免除其刑的判例。繼後加羅林（Caroline 德意志聯邦之一）刑法第百六十六條又以明

文規定饑餓而搶糧食之行爲，不爲罪，各國纔相率仿倣，而成爲一致免責的原因。

在學說方面爲各國學者所注意的時候，那還在十七世紀以後，首先提倡這種理論的人要算自然法派的格洛梭斯（Grotius 1583-1645），他認爲自利是人類的天性，個人保護自己是自然法所給予的權利，非人爲法所可剝奪，而形成所謂緊急避難的自利說。嗣後又有所謂主觀說和客觀說，主張主觀說的人有康德（Kant）所領導的道德派和邊沁（Bentham）所領導的不可抗力學派。主張前說的認爲道德是刑事責任的基礎，道德的要求又是「己所不欲勿施於人」，所以在原則上緊急避難的行爲要負刑事責任的，不過法律不能強一般人都是道德高尚的人，所以對於緊急避難的行爲，可以不加處罰。後者的主張，認爲人類的意志處於緊急狀態之下，其自由就受到不可抗力的限制，纔至做出不法行爲；其實這種解釋祇能作爲緊急避難行爲減輕責任的原因，蓋意志既能決定爲避難的行爲，那當然還有少許的自由，以供其決定，而法官也就應當觀察其自由程度的高低，而確定責任的輕重。至於主張客觀說的黑格爾（Hegel）他以為緊急避難免責的原因，是在不同等或同等價值之衝突，在不同等價值衝的突，「兩弊取其輕」本來就是應當的，在同等價值的衝突，法律所保護的程度既是同等，自然也就沒有處罰性了。

其實要解釋緊急避難行爲不負刑責的理由，很簡單，在羅馬法本來就有「必要則無法律」（*Necessitas n'a pas de loi*）的原則，人類在自己法益緊急的時候，既有作行爲的必要，法律就無法可以干涉，爲的是干涉，不特

無效，而且沒有干涉的必要。現在各國的規定，雖多少還有點限制，然而將來這個原則——必要則無法律——之會普通適用，似乎成了必然的趨勢。譬如法國一八九八年三月四日 Chateau-Thierry 法院判決一位搶麵包的女子無罪的判決書裏說：「該女子受自然的壓迫，已沒有犯罪的意思，實在是社會對她未盡互助的責任，有以至之；」以及一九〇〇年三月十二日法國刑法修改委員會會長 Milliard 提議增加「行爲者在極度貧困時，以不法手段獲取其最必需之物件之行爲，不爲罪」一條，就可以知道在資本主義經濟制度中這種調和的規定，是其內在矛盾必然的結果。

至於各國刑法規定不同的地方，則有左列幾點：

(一) 不另立專條，而僅概括規定出於避不可抗拒強制的行爲不罰。其所謂強制，係兼指精神上的物質上的強制而言，所以心神喪失和緊急避難都在必然解釋之列。譬如法國刑法第六十四條，比利時刑法第七十一條，荷蘭刑法第四十條，日本舊刑法第七十五條，以及奧大利、瑞典等。

(二) 規定緊急避難的侵權行爲，而限於侵害他人之財產不能夠及於身體，不負刑事責任。例如西班牙刑法第八條第七項，丹麥刑法第四十條等。

(三) 規定緊急避難是生命及身體陷於危險的狀態，而做的侵權行爲始不爲罪的國家，如德國刑法第五十二條及五十四條，匈牙利刑法第七十七條及第八十條等。

(四) 規定生命、身體、及自由陷於危險時，都可以緊急狀態的理由，免除刑事責任，像希臘刑法第九十六條及百〇六條，就是這樣規定的。

(五) 規定無論自己的或他人的生命、身體、自由、或財產陷於危險時，都構成緊急狀態，其行為不為罪，這是芬蘭刑法第三章第十條，挪威刑法第四十七條，帝俄刑法第四十六條等的規定。

(六) 意大利舊刑法法第四十九條第三項更詳細規定：「為救護自己或他人之生命受急迫之威脅之行為不罰，」則不特這種行為須限於救護自己或他人的生命，而且必須限於「急迫之威脅」，纔不負責，這似乎各國制度中最嚴格的一種。其現刑法第五十四條，雖修改為「身體現在受重大之危害，為救自己或他人，出於無他途避免，且非自己發生原因之行為者，不罰，但其行為比例不得超過危險，」然比較各國刑法的限制，還是要嚴些。

(七) 此外限制最寬的，是我國新刑法第二十四條，和日本刑法改正案第十九條，前者限於「救護自己或他人生命、身體、自由、財產之緊急危難，而出於不得已之行為，不罰，」後者則限於「出於自己或他人之生命、身體、自由、名譽、財產、或是其他權利之現在重大危險之目的所為之行為，不為罪。」

正當防衛的觀念，發達極早，其最古的淵源，可以說就是私人報復的合法概念。稍遲在印度、希臘、羅馬等國古法，都有對於自己的生命財產名譽的不法攻擊，得爲正當防衛的明白規定。至於近代法的淵源，那就要算法國大革命時代的一七九一年十月六日刑法第六條，規定爲：「防衛他人對於自己或他人之生命而爲殺人行爲時不爲罪，」實在是各國刑典援用正當防衛無罪規定的藍本。

在理論方面說，正當防衛之所以不負刑事責任，學者的解釋，有放任行爲說和權利行爲說。在前者又有（一）道德壓制說，（二）以惡易惡說，（三）權利義務說等不同的主張；而後者也有（一）不法之無效說，（二）社會契約說，（三）刑罰權消滅說，以及（四）法律與社會利益說等。各派主張似乎都能言之成理，不過除了法律與社會利益說以外，總難使人折服，所以這裏祇把法律與社會利益說，大略說明一下，以節篇幅。（註二〇）

法律與社會利益說，是實證學派的主張，其代表人要算意大利的費利（Ferri）氏，他在其名著刑事社會學上說（註二一），「正當防衛是權利的執行，因爲不正侵害者之受被害者的反響，是決之於法律的與社會的旨趣（*Motifs*）的，攻擊行爲是表現行爲者的冒昧性和反社會性，阻止這種力量擴大的人——正當防衛者——正是站在社會利益上和法律的利益上以完成他應執行的法律行爲。在社會呢？自然只有對這種消滅反社會性的人表示敬意，所以個人防衛合法化之基礎，完全是存在於下列二種利益：（一）社會善良份子之整個保全，和（二）犯罪活動之淘汰。」我們若詳細把這二種利益分析說來，那末第一種利益是防衛行爲的消極作用，第二種是防

衛行爲的積極作用，對不正侵害之反擊，自屬保障己身的安全，而成爲正當防衛合法化的基礎，事理至爲顯明，是不待智者明矣。其實，不特此也，若每人均願執行正當防衛，則犯罪者知行爲不易，而有所警懼，因爲刑法的制裁是將來的，是犯罪者所不及顧的，而且是得以倖免的，至如防衛的反擊，是現實的，是攻擊者所須顧及的，同時也正是滅殺犯罪心理的一種妙劑，如此，不特正當防衛合法化的基礎穩固得無話可說，並且是社會所應鼓勵的行爲！

現時各國除英美兩國對於正當防衛尙無完備觀念，只謂因防衛侵害而殺人則謂殺人爲可恕以外，都有明白規定，不過其間也有嚴寬的不同，例如不在總則設專條，而僅規定於分則的，像法國刑法第三百二十八條及第三百二十九條，比利時刑法第四百十六條，埃及刑法第二百二十二條，暹羅刑法第五百〇一條，都是比較嚴格的規定，此外則均於總則內設專條，爲概括的規定，其適用的範圍，自然比較寬大。

就防衛權的範圍方面說，各國也不一致，有的不限於自己被侵害，即第三者被侵害也可以代爲執行防衛之權，如埃及刑法第二百二十二條，德國刑法第五十三條，草案第二十四條，蘇俄刑法第十九條，匈牙利刑法第七十九條，荷蘭刑法第四十一條，意大利刑法第五十二條，挪威刑法第四十八條，暹羅刑法第五百〇一條，日本刑法第三十六條及改正案第二十條，我國新刑法第二十三條等是。

其他像西班牙、阿根廷、智利和紐約州等刑法則對於他人的解釋，有條件的限制纔有代行防衛權，譬如限於親屬或有救助義務的人。

其次關於防衛的目的物，各國規定，有的僅得於身體、自由、財產被侵害時，纔能够執行防衛權，像法國、比利時、匈牙利、芬蘭、紐約州等刑法就是這樣規定的。有的規定身體、財產、名譽、三種得為執行防衛權的目的物，如墨西哥刑法是。還有的在身體、財產、名譽之外，又指明生命、健康、幸福均得為執行防衛權之目的物，如丹麥刑法是。更有概括規定「權利」二字不加任何限制，例如意大利和我國刑法，這可以算得各立法例中範圍最寬的。此外各國刑法對於正當防衛還有些共同的限制，就是侵害係違法的侵害，而且是「急迫」「現在」的侵害（註二），以及防衛不得超過需要的程度三點。

若是超越了必須防衛的程度，其行為各國刑法均予以酌減，法國刑法雖沒明文規定，而解釋上也認為應減輕其刑，荷蘭刑法第四十一條第二項並進一步規定雖為超越必需防衛的行為，若是攻擊行為所惹起的激烈感動，產生的直接結果，仍然沒有刑事責任，尤其是一種細密的規定。

### 附註

（註一）本條係錄自鄭字中譯刑法過失論第二九頁。

（註二）見註一。

（註三）請參看 *Garraud, Traité théorique et pratique du droit pénal français*, T. I. P. 596—597

（註四）請參看 *Kenry, Esquisse du droit criminel anglais*, P. 83—86

（註五）見仲銘作德國刑法草案之特點，載法律評論第一〇五期。

(註六) 見 L. André, *La lutte contre la criminalité juvénile*, P. 30

(註七)

英國習慣法採用三分制，七歲以下是絕對無責任能力人，七歲以上十四歲以下是相對無責任能力人，以辨別之有無做責任能力有無的標準，十四歲以上就算是刑事成年，除不作爲的違警罪外，均負罪責，因爲這種違警罪大都是處罰金，而十四歲的少年還沒有處置其財產的能力見(註六)。可是到了一八七九年頒佈了簡易法庭法(Summary jurisdiction act)，就完全改變了。刑事責任年齡分爲十二未滿的兒童犯(children)和十二歲至十六歲的少年犯(young persons)，兒童犯徒刑不超過一月，罰金的最多額是四十先令，身體刑祇能夠適用於男性的兒童，至於幼年犯自由刑的最高額是三個月，罰金不能超過十鎊。這種制度實施行將近二十年，覺得有改變的必要，幾經研究，到了一九〇八纔頒佈完全的兒童法(children act of 1908)。在這部特別法裏，兒童年齡的區分，是十四歲未滿和十四歲至十六歲兩種，前者無論任何犯罪，都不得科以徒刑，後者在重罪可以宣告徒刑，但是也不適用死刑，法院對於他們祇能夠適用下列各種處分：(一)釋放；(二)自認改過而釋放；(三)釋放後受相當之監督；(四)交親屬管理或委託他人管理；(五)送入工業學校；(六)送交感化院；(七)鞭打(限於男性)；(八)科罰金；(九)由兒童之尊親屬或其監護人，擔保作善良之教導；(十)徒刑(十四歲以上者)。總之英國對於兒童犯罪，一方面提高責任年齡，他方更設特別法，使他不在普通法範圍之內。

(註八)

意大利舊刑法係採四分制，即九歲未滿，九至十四，十四至二十一，二十一以上四種，其實意大利位於地中海的南岸，氣候較熱，人民發育的時期，自然也較早些，在這種條件之下，以二十一歲爲刑事成年，自然不見得適當，所以新刑法第九十七條及九十八條特加以修改，而採用三分制。

(註九)

挪威刑法原規定採用四分制，即十歲未滿，十歲至十五歲，十五至十八，十八以上，這種嚴格的制度之不能適應地近北極的挪威，實在是極明顯之事，所以一九〇五年一月一日法修改刑法的規定，提高責任年齡爲十四歲。

(註一〇)

丹麥刑法的規定(第三十五條)也是採用四分制，年齡和挪威刑法相同，繼後以一九〇五年四月一日兒童法改正，採用三分制。



(註一一) 荷蘭刑法第三十八條及三十九條規定採用十歲未滿，十歲至十六歲，十六歲以上的三分制，繼後在一九〇五年十二月一日施行的兒童法裏，對於以前的制度，有下列重要修改的幾點：(一)廢除十歲未滿與其他少年的分區別；(二)提高責任年齡為十八歲；(三)廢除辨別力的制度；(四)給予法官較大的權利，凡是未滿十八歲的兒童，法官均得就譴責、罰金、交感化院或懲戒院等方法，自由處分。

(註一二) 見 L. André 著前書的序文。

(註一三) 世界之有兒童法庭組織，最早的要算芝加哥 (Chicago) 在一八九九年就成立了第一法庭，目前各國都在仿效，很有風行世界的趨勢，關於這方面的情形，可參看拙作美國之兒童法庭，登法政半月刊第一卷第二期。

(註一四) 可參看 Stephen, General View of Criminal Law, p. 86—96

(註一五) 見岡田朝太郎著第八章第四節。

(註一六) 關於酒的流毒情形，可參看拙作犯罪學大綱第一七〇頁至一七七頁。

(註一七) 見 Garrand 著前書 T. I. P. 641

(註一八) 法國刑法第二百二十七條之規定，雖限於殺人傷害或損害之行爲，實則本條之效力，及於任何犯罪行爲，因爲這是襲用一七九一年刑法第三條所規定，「合法殺人」(Homicide légitime) 的名稱，而舉例以概其餘。(見 Garrand 著前書卷二第五十五頁)。

(註一九) 見 Garrand 著前書卷二第五十六頁。

(註二〇) 可參看拙作正當防衛理論的分析，載法律評論第五八五期。

(註二一) Ferri, Sociologie criminal, ch. III.

(註二二) 各國有單獨使用「急迫」(imminent) 字樣的爲荷蘭刑法第四十一條，有單獨使用「現在」(actual) 字樣的爲意大利刑法第五十二條，還有兼用「現在」及「急迫」字樣的，爲丹麥刑法第四十條，而解釋上則均相同。

## 第三章 未遂罪

### 第一節 未遂之觀念

所謂未遂，就是着手於犯罪之實行，而未遂的意思。其與既遂不同的地方，是在犯罪之是否完成。這種區別，在古代法中，已不可考，似乎是中世紀意大利法學派纔始創的。現時各國刑法，則都有未遂罪的規定，就是素以守舊著稱的英國，也已採用未遂的制度了。

我們從未遂的觀念方面看，各國刑法規定有相同的地方，也有不相同的地方。相同的地方，是行爲者必須有故意存在，這點在英、美、法等國雖沒明文規定，但是解釋上則都認爲過失罪，沒有未遂狀態，而以故意爲限。至於不相同的地方，則有左列三項。

(一) 間接故意之有無未遂罪的問題。譬如，在荷蘭、挪威、德、奧等國法律的解釋，都認爲間接故意有未遂罪，而意大利刑法則以爲沒有，這是各國對於未遂觀念上不同的第一點（註一）。

(二) 着手實行解釋的不同。所謂着手，各國刑法的解釋，有從主觀說的，就是以凡能從此認明其犯罪意思

之行爲，都叫做犯罪實行的着手，譬如德國、挪威等刑法，就是這樣解釋的。有從客觀說的，即以着手實行於構成犯罪事實有密接關係的行爲，像法國、比利時、意大利等刑法都是屬於一類的。這兩種解釋，前者較寬，後者較嚴，前者似乎易於和預備的階段相混淆，而後者則截然不同，這是各國對於未遂觀念上不同的第二點。

(三) 未遂罪之範圍的分別。關於未遂罪的範圍，各國立法例也有廣狹的不同。有的限於因意外的障礙未達到既遂的程度，纔叫做未遂罪，若是因爲犯人自己意思而不終了其實行，或者自己阻止其結果的發生，那就是中止犯，不在未遂範圍之內，法國、比利時、意大利、西班牙、葡萄牙、蘇俄等國刑法都是這樣的。有的不限於意外的障礙，就是因自己意思不終了犯罪的實行，或者防止其結果的發生，也都認爲是未遂，這是德國、日本、挪威、保加利亞、智利和吾國等刑法的規定。其實未遂和中止的行爲從犯意的過程方面說，固然是有區別，不過從結果方面說，究竟是一致的，似乎沒有再行區別的必要，這是各國對於未遂觀念上，不同的第三點。

## 第二節 未遂之種類

在未遂的種類方面，各國刑法也不一致。原來未遂有未了未遂和既了未遂兩種，前者是說行爲者着手實行犯罪，還沒有完成一切使犯罪成立的行爲，而不遂的程度；後者是指行爲者着手實行犯罪，並且已經完成一切使犯罪成立的行爲，而不遂的程度而言。各國立法例有這種區分的是意大利、西班牙、葡萄牙、墨西哥和智利等；沒有

這種區分的，如德國、荷蘭、挪威、保加利亞、日本和我國等。這種區分在行爲的形態上，確是不同，不過我們若從行爲的惡意方面看，或者犯罪的結果方面看，都沒絲毫的分別，而且沒有區別的必要。

### 第三節 未遂罪之科刑

未遂處罰與否的問題，從道德觀點言，既是有爲惡的決意，自然就當和既遂相同，沒有什麼區別，不過從社會所受的影響言，既然沒有重大的危險，也就應當除了必要的情形以外，不必加以處罰。至於現時各國立法例，對於這個問題，採用的制度約有下列三種：

(一) 未遂既遂兩個處刑相同，不予減輕。如法國刑法第二條：「已着手於犯罪之實行，因犯人意外之障礙，而無結果之發生者，爲未遂罪，與本罪同科。」蘇俄刑法第十九條：「組織犯行之條件，準備犯行之武器手段，或研究犯行之實行方法等，已有企圖犯行並且準備行爲之顯跡者，照已遂訴追。」

(二) 以明文規定未遂必須減輕制。採用這種制度的，有左列幾國：

比利時刑法第五十二條：未遂之處罰，應按既遂之刑減輕一等。

德國刑法第四十四條：重罪輕罪之未遂，應較處罰本罪爲輕：

本罪應處死刑或無期監禁者，未遂處以三年以上之監禁；

本罪應處無期要塞禁錮者，未遂處以三年以上之要塞禁錮，其他有期自由刑或罰金刑，未遂均應按既遂之刑，減輕四分之一。

荷蘭刑法第四十五條：未遂罪之刑罰，就既遂刑之最高度減輕三分之一；

在無期禁錮之犯罪，未遂之刑不得超過十五年。

西班牙刑法第六十七條：未遂犯之刑，應較既遂減輕二等。

意大利刑法第五十六條：未遂罪犯處分如下，律上規定死刑之犯罪，未遂罪處二十四年至三十年之懲役，

規定徒刑之犯罪，未遂罪處十二年以上懲役；於其他犯罪，減本刑三分之一至三分之二。

以及瑞士日內瓦州刑法第五條，福德州 (Vaud) 刑法第三十六條，俾爾雷 (Berne) 州刑法第三十條，發雷 (Valais) 州刑法第五十五條，佛利堡 (Fribourg) 州刑法第三十七條，葡萄牙刑法第一百〇四條，挪威刑法第四十一條，丹麥刑法第五十六條，墨西哥刑法第二百零二條，智利刑法第五十一條，暹羅刑法第六十條等，都是規定必減的。

(三) 較既遂罪之刑得減輕制。如日本刑法第四十三條：「着手犯罪之實行，而不遂者爲未遂犯，得減輕其刑，」及改正案第二十二條（與現法同）以及我國刑法第二十六條前段「未遂犯之處罰得按既遂犯之刑減輕之」等規定。

以上三種制度，第一種適用上很難得當，多爲學者所非難，第二種是着眼於犯罪的結果，既屬未遂，所給予社會的實害不大，所以必須減輕其刑，第三種任法官自由斟酌，似乎是能着重於犯罪人的個別情形，免得陷刑法於機械化，無怪乎加洛法羅氏（Garofalo）要說，「若以爲未遂罪必須減既遂之刑，則實屬謬誤。」（註二）

#### 第四節 不能犯

所謂不能犯，就是犯罪已着手實行，而因爲行爲沒有發生犯罪結果的能力，以至未生其豫想的結果。在刑事學上，不能犯又分爲行爲者之手段不適合的不能犯，標的物之不存在或不適合的不能犯，以及相對的不能和絕對的不能數種。

現時各國刑法對於不能犯的處罰，有的國家不用明文規定，概任審判官自由裁量，像法（註三）德（註四）英（註五）等國，都是這類的。不過徵諸這些國家的判例，則都是採用主觀說，着眼於犯意，以爲犯罪意思既經表現於外部的動作，就無論其對於社會所產生的實害若何，仍然應依未遂犯處罰。至於以明文規定的國家，又可分爲二類：其一是採用客觀說，着眼於犯罪構成之事實所生的實害，謂不能犯在行爲性質上就不能發生犯罪的結果，自然沒有實害可言，而無處罰的必要，如西班牙葡萄牙等國刑法，都是這樣的規定；其二是折衷以上兩說，而明定不能犯處罰之限制，譬如我國舊刑法第四十條後半段規定：「但犯罪之方法，決不能發生犯罪之結果者，得減輕或

免除本刑。」至於以明文規定採用主觀說的國家，那還有意大利刑法第五十二條的規定。

以上三制（主觀說、客觀說、折衷說），前兩者一種是以刑法處罰惡意爲出發點，一種是以刑法處罰犯罪結果爲出發點，雖是各有得失，然究竟不失學理上之一貫的解釋；至於第三種制度，無非是折衷於二者之間，既無一貫之學理，在實用也未見得允當，似乎不是善制。

## 第五節 中止犯

中止犯的意義，在前面講過，是已着手於犯罪之實行，由犯人自由意思中止其行爲，以致沒犯罪結果發生，和障礙未遂的區別就在於一者是被動的，一者是自動的，或者說一種是外在的，而另一種是內在的原因，以致未遂。所以既了未遂的中止，還要出於悔過，去做積極的行爲，阻止犯罪結果發生，未了未遂祇要出於不欲再進行犯罪的真意的消極行爲，就能構成中止。至於與不能犯的區別，那就是一者是「非不能也，是不爲也」，而另者是「非不爲也，是不能也。」

中止犯在各國立法例上有的國家以明文規定，有的國家不用明文，而任法官自由解釋。前者例如德國刑法第四十六條及草案第二十七條，挪威刑法第五十條，蘇俄刑法第十四條，日本刑法第四十三條及改正案第二十二條第二項，以及我國新刑法第四十七條等；後者如法國、英、美等國。

中止犯的處罰問題，各國立法例也多不同，簡略地說，有仍依未遂罪處罰的，如英德等國，有任法官自由裁量的，如蘇俄是，有的只就其實際上成立犯罪的部分，加以處罰的，如意大利暹羅等，有規定得減免其刑的，如日本刑法及我國暫行新刑律是，有規定必減或免除其刑的，如我國新刑法及日本的改正案等，種種不一。我們要想評其得失，真不是件容易的事。不過專就立法主旨加以考察，我們可以說刑法設立中止犯的意思，總不外是獎勵犯行中止，減少犯罪的結果，那末減輕或免除其刑，總比較得體些。但中止犯情況是極其繁雜，有的是因悔悟而中止，有的是因畏懼而中止，也有是因時機未熟而暫時中止的，千差萬別，似乎不能一概而論，法律既不能一一都加以規定，那就要以任法官自由裁定，像蘇俄刑法所採用的制度，比較合理些。

## 附註

(註一) 這種不同，是由於解釋故意之有主觀說和客觀說，從主觀說方面看，間接故意是行爲者可視爲無可無不可的，結果本非其犯罪的希望，不過結果之自然發生，自然沒有未遂的狀態；但是從客觀說方面上說，有認識就有未遂，間接故意之有認識，是和直接故意相同的，所以也有未遂。

(註二) 見 Garofalo, La criminologie P. 323.

(註三) 法國刑法對不能犯，未加規定，學者的解釋，雖一致採用客觀說（如 Chanveau et Hélie, Théorie du code pénal t. I. No. 251; Bertauld, Cours de droit pénal 10e lec., P. 202 等）而判例則分爲相對不能犯和絕對不能犯兩種，關於相對不能犯，完全採用主觀說，與未遂罪同樣處罰。（見法最高法院一八七六年十一月四日判例 S. 77, 1, 48）後者則屬不爲罪，例如無姓婦女之墮胎行爲，在事實上爲絕對之不能使犯罪之傾向不能存在，自不能適用三一七條科以墮胎未遂之刑。



(見法最高法院一八五〇年一月六日判例 S. 59, 1, 363)

(註四)

德國判例認不能犯一律與未遂罪同罰，例如一八八〇年五月二十四日及同年六月十日德最高法院判例對死產之殺害行爲，仍以殺兒罪論，又一八八三年三月三十日判例對無姙婦女墮胎行爲，仍以墮胎罪論之，可以說是絕對主觀說。

(註五)

關於英國判例可參看 Kenny, *Esquisse du droit criminel anglais*

## 第四章 共犯

### 第一節 共犯之史的說明及其學說

在羅馬法似乎沒有正犯和從犯完備的概念，不過徵諸著作家的記載，可考的也有兩項：（註一）

（一）共犯雖沒正從的分別，但也有左列各分類：

（1）命令共犯 *complicité par jussu*（其義意或係奉所屬上級長官命令而明知爲違法者之一種  
犯行。）

（2）代理共犯 *complicité par mandato*（似乎是近代法的所謂間接正犯。）

（3）意見共犯 *complicité par suadendo*（相近於教唆犯。）

（4）協行共犯 *complicité par consentia*（這就是近代法的共同正犯。）

（5）幫助共犯 *complicité par ope et consilio*（即幫助在場及貢獻計劃之從犯。）

（6）核准共犯 *complicité par ratihabitione*

(7) 隱匿共犯 complicité par receptatoribus

(二) 無論那種共犯，其責任均屬相等，所以上述的分類，實沒法律上的價值，不過是古時的法學家爲着講述便利，纔作這種區分罷了！

至於共犯同其責任的理論，據蒙孫 (Mommson) 所著羅馬刑法 (Römisches Strafrecht) 第一百頁所解釋，羅馬人認爲共犯各人擔負之行爲，雖或不同，而其希望產生一特定的結果則一，故「基於各人有同一之故意」(se basant sur ce que l'intention des uns et des autres avait été la même) 令其負同等之責任。

此種主觀的責任平等主義，就是現法國刑法的直接淵源。

至於現行各國刑法之採用客觀主義的，其直接淵源可要算日耳曼法系古代『加羅林』(Caroline) 法典中之第一百七十七條的規定：「明知係犯罪行爲，而幫助犯罪行爲者；則無論用何方式，均應受刑事處分，其處分按行爲者之刑減輕之。」這條文揭示兩個原則，即：(一) 區分共犯爲正犯和從犯，(二) 從犯之刑較正犯爲輕。從第一個原則說，不特是現時採用客觀說之各國刑法的歷史淵源，抑且給法國刑法以影響，這祇要看法國現行刑法有正犯和從犯的分別規定，就可以知道的，所以我們可以說這原則是一切國家規定從犯的歷史淵源；第二個原則則是客觀主義必然的結果，因爲從犯的行爲對於犯罪結果的效力不大，其責任自然也隨之減輕。

因此在現代刑法的共犯觀念裏，有所謂主觀主義和客觀主義兩說，前者代表羅馬法系的精神，認爲正犯和

從犯的犯罪故意，實屬一致，刑事責任自應因之相等；所以結果主觀說否定從屬性的存在，因為無論爲正犯、教唆犯或從犯，莫非犯人固有意思之表現，既是犯人固有的意思，其爲獨立犯罪，而非從屬他人犯罪，極爲明顯。

至於區分共犯和從犯的標準，則亦以主觀的犯意爲依歸，如行爲者有實施犯罪行爲之意思，則爲正犯，若犯意僅爲幫助他人者則爲從犯，或者說以自己的利益爲前提，而有犯罪的決意者爲正犯，僅爲他人的利益或從屬的利益者，就是從犯。後者代表日耳曼法系的主張，以行爲對犯罪結果的效力如何，而定責任的輕重，所以其區分正犯和從犯的標準，也以行爲爲依歸。不過（一）有的國家是以犯罪行爲之時期爲區分的根據，像犯罪實行前和犯罪實行後的行爲者是從犯，犯罪時之行爲者是正犯；（二）有的國家是以行爲的重要性做分別的準繩，譬如該行爲於犯罪有重要性者爲正犯的行爲，反之則是從犯的行爲；（三）還有的國家就因果關係論中之條件說爲區分之標準，行爲爲結果發生之原因者爲正犯的行爲，其僅與條件之效力者，則爲從犯。總之這都是着眼於行爲，不問犯意的區分法。此外，客觀說對從屬性作肯定之解釋，是爲行爲說必然的結果。

以上二說，從法理方面言，自然要以主觀說爲較妥，惟其區分正從犯的標準，採用犯意的解釋，實用上不無困難，故各國在區分上多採客觀說。

## 第二節 各國共犯之制度

各國共犯之制度，極不一致，大概說來，約有二分制、三分制和獨立制三種：

(甲)二分制

所謂二分制即分共犯爲正犯和從犯兩種，其區分的方法，有的依照行爲之時間爲標準，有的依行爲的重要性質爲區分之標準：

(1) 依行爲之時間爲區分之標準的，可以英美法做代表。英法區分正從犯之標準，完全在於是否同時在場爲犯罪之行爲，同時在場爲行爲者，爲正犯，反之就是從犯。在正犯復可分爲一等正犯 (the principal of the first degree) 和二等正犯 (the principal of the second degree) 兩種，於犯罪之際，下手爲犯罪之行爲者，(即實施犯罪之行爲) 叫做一等正犯；以行爲或計策幫助或鼓勵(在犯罪之際)者，叫做二等正犯。譬如竊盜罪，實施竊盜行爲者，是一等正犯，在外把風的人，是二等正犯。不過也有例外，即實施犯罪行爲者不是一等正犯，而行爲之指揮者反是一等正犯，譬如醫生用毒藥殺人，令看護以毒藥飲病人，而誘之曰其他藥品，該看護既不知情，是爲無故意，自然不負刑責任，故雖有犯罪之行爲，仍由在後指揮的醫生，負一等正犯之責任。(註二)其實英國古代的判例，並沒有二等正犯的名稱，而叫做事中從犯，現行判例既用犯罪之時間和場所爲區分之標準，所以有二等正犯的規定。所謂犯罪場所，完全採用廣義的解釋，祇要在犯罪之時間，則凡時間上接近犯罪場所之幫助或鼓勵之行爲，均以在場論。這點在焗西焗 (Ohio) 法院有個著名的判例，說明甲爲便利乙實行竊盜丙之財物

起見，特假名請宴，邀丙出外，是爲二等正犯，就是個好例。（註三）此外我們還當注意的是一等正犯和二等正犯之間必有意思聯絡，始得構成，否則各負各人的罪責，沒有用共犯的規定的必要，例如甲往殺乙，同時丙往竊盜乙之財物，甲丙二人事前並無聯絡，則乙被甲殺，雖能便利於丙之竊盜行爲，然並不能認爲共犯。

至於從犯在英國尙可分爲事前從犯（accessory before the fact）和事後從犯（accessory after the fact）兩種。所謂事前從犯，據克利（Kenny）氏所下的定義是「個人『請托或推使』（invite ou pousser）一人或多數人爲正犯去爲犯罪的行爲。」（註四）這裏所用請託或推使字樣，僅貢獻犯罪的意見，實不足構成，而必須達到教唆的程度，故英國所謂事前從犯實與我國之教唆犯相等，不過有一點要注意的是被教唆人之行爲，其目的有錯誤時（爲殺人罪），在我國學者解釋（註五）謂不負教唆的責任，在英國則不然。卜羅登（Plowden）法院曾有這樣的判例：甲教唆乙以毒物殺一女子，乙以毒藥蘋果給該女子，而該女子竟給其子食之，甲當時辯護謂此種不可預見之事實，不能負責，但是法官以爲「可能性」（probabilité）極大，令負事前從犯之責。至事後從犯，乃指「明知其已犯罪，而隱匿或幫助其逃免刑事之處罰，」譬如隱匿殺人犯於家中，或供給逃走的計劃甚至幫助他越獄逃走等是。這種從犯必須積極行爲始能完成，若僅消極行爲（如知犯人之所在而不報告），則除構成獨立罪外（如隱匿叛罪 *misprision of treason* 隱匿重罪 *misprision of felony*）不能認爲事後從犯。此外尙有應當注意的是妻爲夫隱，不構成事後從犯，而夫不得助妻隱匿，否則，卽爲事後從犯，這是和我國親屬免除其

刑（一七七條）的概括規定不同的地方。

（2）依行爲之重要性爲區分標準的國家：

（i）第一要算法國，在法國正犯和從犯的區分標準，是以該行爲是否爲犯罪之構成所必要者以爲斷，若屬必要則爲共同正犯（*coauteurs*），反之就是從犯（*complices*）。例如竊盜罪，凡是取梯踰牆，開門入室，以及取物等都是必要行爲，至於觀風或用音樂之聲音以避免他人之耳目等行爲，均非竊盜罪構成上所必需者，所以屬於從犯。（註六）這種「必要行爲」的解釋較之我國「二人共同實施『犯罪之行爲』皆爲正犯」尤爲嚴格，此外與我國共犯制度不同者，尚有兩端：（一）教唆犯歸納於從犯之內，（二）從犯探列舉制。茲將其規定從犯行爲之六十及六十一兩條直譯如左：

法國刑法第六十條 以贈與、承諾、威嚇、越權、陰謀或犯罪之方法，助成犯罪，或供給犯罪之指示者，按從犯科刑。

明知其將犯罪，而以武器器具或其他行爲之方法以供給之者。

故意幫助行爲者，促使其預備，便利其進行，或在行爲將完畢前幫助之者。

第六十一條 明知其爲以強暴之方法危害國家之安全，社會之安甯，個人或財產之人，而供給居所、隱避地或集合地者，以從犯論。

據加羅(Garraud)氏根據這兩條解釋，謂法國從犯有左列五種：

(一) 教唆從犯 (La complicité par provocation) (1) 教唆從犯之構成，必以贈與、承諾、威嚇、越權、陰謀或犯罪之方法為手段，僅言語或文字之刺激，不足成立，但是墮胎罪不在此限。(註七) (2) 被教唆者係特定的人，否則也不成立。(墮胎罪是例外) (3) 教唆從犯之成立以本罪構成為前提要件，這就是從屬性的表現，惟墮胎及無政府主義者之威脅行為不在此限。

(二) 指示從犯 (La complicité par instruction) 即指示犯罪之目的物而構成者，如僕人之指示竊盜以主人金錢藏蓄地是。

(三) 供給方法之從犯 (La complicité par fournitures de moyens) 這裏所謂方法乃指物質方法而言，例如供給手槍以為殺人之行為是。

(四) 幫助從犯 (La complicité par aide ou assistance) 前三種從犯之行為，均在犯罪行為執行以前，這種幫助從犯之行為是與犯罪行為同時執行的，最少也當在開始預備之時期，法文既概稱幫助，則除正犯之犯罪行為外，其他有利於犯罪之一切行為，均包括在內。

(五) 隱匿犯人之從犯 (La complicité par recel de personnes) 這是第六十一條所規定的，以前學者均稱為隱匿從犯，故無論隱匿犯人或贓物均屬之，但是自一九一五年五月二十二日贓物法頒行後，收受贓物



已構成獨立罪，而本條之解釋，亦僅限於隱匿犯人之行爲了。這點在我國刑法無論隱匿犯人或贓物均構成獨立罪，不能認爲從犯，這又是法國刑法和我國不同的一點。

(ii) 第二比利時共犯的制度，也和法國相同，不過科刑方面略有不同，俟後面講共犯之科刑時再說。

(iii) 意大利舊刑法規定於共同實施或爲直接之幫助行爲爲重要共犯，或共同正犯，僅予犯人以精神上或物質上之幫助行爲，爲次要共犯，或稱從犯（見該法第六十三條），其與法國刑法不同的地方，是總則沒有教唆犯的規定，而僅在分則各章中分別規定。

(iv) 暹羅刑法規定凡實行構成犯罪之直接行爲或脅迫他人決定犯罪之意思者，叫做正犯，若在事前或事中幫助犯罪容易發生者，就是從犯。這種制度從「實行構成犯罪之直接行爲，及脅迫他人決定犯罪之意思」看，無疑的是採用重要性做區分的標準，不過較之法國制度也有不同的地方，就是脅迫他人決定犯罪之意思的教唆犯，在法國認爲是從犯，而暹羅刑法規定爲正犯。從「事前」和「事中」的解釋說，好像類似英國的時間制，其實暹羅刑法對從犯的解釋是着重於「幫助犯罪容易發生」較之英國之純粹時間制，究竟有異，而事前的解釋教唆行爲不在其內，事中的行爲又以該行爲之重要與否而區分，以及沒有事後的規定（另成立獨立罪）等，都是和英國制度顯然不同的地方。

(v) 荷蘭刑法也是採用行爲之重要性做區分之標準的二分制的，其第四十七條規定：「凡下所記者得

視爲正犯而罰之」

第一 犯罪，使之犯，或其犯之者。

第二 依贈與、承諾、威權之濫用，暴行脅迫詐言，而以故意教唆犯罪者。

第四十八條 凡下所記者，得使爲從犯而罰之：

第一 以故意因犯罪故而助力者。

第二 以故意因爲犯罪故而給與機會方法或指示其手段者。

看以上所錄條文，可知荷蘭刑法認教唆犯爲正犯一點，與暹羅刑法完全相同，惟從犯不以事前事中爲區分，而就物質的助力（第一項）和精神的助力（第二項）爲區分的標準。此外還有第四十七條第一項所謂「使之犯」，實與我國學者間所謂間接正犯相當。

（乙）三分制

這種制度在原則上是把共犯分做共同正犯、教唆犯和從犯三種，但是近來新興國家的刑法因人格主義的影響，多半對正犯不加規定，在條文上僅有教唆犯和從犯的規定，所以目前三分制有明定於條文者及不明定於條文者兩種。

（1）明定於條文者

(一) 譬如德國刑法規定數人共同執行犯罪行為者，為共同正犯；以贈與結約脅迫或其他方法使人為犯罪之行為者，為教唆犯；知犯罪之行為，而以言語行為幫助者，為從犯，這和我國的制度似乎完全相同。

(二) 葡萄牙也是採用三分制的國家，不過教唆犯包括於正犯之內，而另有隱匿犯之規定，換句話說葡萄牙刑法共犯章中規定的是共同正犯、從犯和隱匿犯 (*encubridores*) 三種。(註八) 所謂共同正犯，據該刑法第九及二十條之規定，是 (1) 直接實施犯罪行為者，(2) 以暴力恐嚇越權強制他人為犯罪行為者，(3) 以契約贈與承諾命令請求或其他欺騙之方法使他人為犯罪行為者，(4) 直接幫助犯罪之預備行為或便利其進行反之則犯罪不致進行者。其第二十二條規定從犯，認為 (1) 以意見或刺激使他人犯罪者，(2) 幫助犯罪之行為者。至於隱匿犯則規定於該法第二十三條，即 (1) 凡以阻止犯罪發現之故意，變造或消滅犯罪之痕跡者，(2) 以避免刑罰之故意，隱匿犯罪之證據或破壞其效用者，(3) 以自己職務上之便利偽造或變造其所鑑斷之犯罪證據，以圖有利於犯罪人者，(4) 其他一切幫助犯人免除刑事裁判之行為者。這種隱匿犯似與英國之事後從犯相同，而我國則由分則加以規定。

(三) 西班牙刑法和葡萄牙的制度幾乎完全相同，教唆犯歸併於正犯之內，而區分為正犯 (*Autores*) 從犯 (*Complices*) 和庇護犯 (*encubridores*) 三種。(註九) 這種刑法均以教唆犯乃使他人決意犯罪者，其重要的程度實與實施行為人相等，故均稱之為正犯。

(四) 此外像日本及我國刑法均與德國刑法相同，分共犯爲正犯、教唆犯及從犯三種。

(2) 條文不明規定正犯者

(一) 波蘭新刑法第二十六條規定教唆他人使之實施犯罪之行為者，爲教唆犯；第二十七條規定「以行爲或言語幫助他人犯罪者，爲從犯」，而無共同正犯的規定，然解釋上正犯之存在無疑，不過此等國家刑法完全採用主觀主義，正犯實無規定之必要。

(二) 蘇俄刑法在頒佈時（見一九二六年顧樹森譯本），其第十六條規定，「凡直接參與實行任何犯罪行為者，爲實行犯；挑撥他人使他實行犯罪者，爲教唆犯；用各種方法，或勸導、或指示、或消滅障礙、或隱匿犯人、或湮沒犯人證據助執行犯罪的行為者，爲幫助犯。」這種制度本類似於德國，惟該刑法自一九二八年修改後（申德禪譯），第十七條則規定懲治矯正的性質之社會防衛處分，不分主犯（即直接犯行者）共犯（即教唆者）或幫助犯，一律適用「勸誘指導犯罪者爲教唆犯」，「用加功或供給手段，或爲其排除障礙等方法，援助犯行者，或藏匿犯人，湮滅犯跡者，爲幫助犯。」這也像波蘭刑法一樣，不爲共同正犯的規定。

(丙) 獨立制

這種制度是由加拉拉 (Carrara) 所提倡，認爲人各有其意志，故各有其責任能力，雖然多數人共同執行一犯罪行為，也不能就因此使彼等發生連帶的關係，而且刑罰的輕重是以各人的人格爲根據，犯罪行為無非是給

執法的人以處理這些人的機會，所以共同執行一犯罪行爲之各行爲者，每人都是一個獨立的罪犯，各負其行爲之責任，沒有區分正犯和從犯之必要。加氏本着這種主張，曾提出於千八百九十五年在 Linn 舉行之世界刑法學會議，說：「依我個人意見，共犯的學理應根本取消，否則法院將感極大的困難，而且各人負自己行爲之責，爲刑法上至理，何必硬要假定其彼此間有連繫的關係呢？」當時遭衆否決；現時僅挪威刑法採用這種主張，其總則並沒有共犯的專章，僅在第五十八條規定曰：「多數人共同犯罪，若其共同之行爲，確係情節輕微，得處以最低度或較輕之刑。」其分則中規定罰共犯者，則曰：「凡犯某行爲或共同犯之者，」若僅罰正犯者，則無「或共同犯之者」的字樣，這樣自然較合於實證派刑之人格化之理論，並且可以免去身分和未遂等問題的困難。

總結上述各種制度，我們似可得着左列幾點概念：

(一) 正犯和從犯區分的標準，多用客觀說中之重要性說，不特主觀說不多見，就是客觀說中之時間說，也祇有英美法是如此。

(二) 教唆犯多半規定爲正犯，這是犯意說的表現。

(三) 隱匿犯很少像我國刑法之認爲獨立犯，而多歸併於從犯範圍之內。

(四) 此外我以爲除挪威之獨立制外，英國之一等正犯和二等正犯的制度似可注意，因爲事中之行爲怎樣叫做犯罪構成的行爲，怎樣叫做幫助的行爲，實在不容易分別，祇有任法官隨事實去認定，較重的科以一等正

犯之責，次之就是二等正犯，比較合理些。至於法國之以教唆犯為從犯，似乎太客觀了點，好在法國刑法規定從犯處以正犯之刑，否則造意犯反而獲輕刑的便利，自然是與主觀說相去太遠了！

### 第三節 共犯之處罰

共犯之處罰問題，依上述共犯之制度，似可分為正犯、教唆犯、及從犯之處罰三種，惟共同正犯，既有共同犯意，復有共同實施之犯罪行為，則在此犯意的範圍內，各自獨立負責，自然沒有問題。再說教唆犯，有的國家認係正犯，科刑自然和正犯相等，像荷蘭、葡萄牙、西班牙、暹羅等是；有的國家認為是從犯，像法國就是個好例，但是法國從犯本科正犯之刑，至於三分制另有教唆犯規定的國家，普通都是與正犯同視，我國刑法就是這樣規定的，所以共犯之處罰問題，就是討論從犯之處罰的問題。

各國立法例因採用之學說不同，所以從犯的科刑的制度，也隨着有些分別，大概說來有必減主義、得減主義、及平等主三義種，前二種是由白克加利亞（Beccaria）的「各依行為之輕重負其罪責」之客觀理論演繹而來的，後者本是羅馬法及寺院法的遺制，也可以說是主觀主義的規定。

刑罰是以行為為對象，行為之輕重，就是刑罰輕重的準繩，這是刑法繼擅斷主義而後，白克加利亞所倡罪刑法定說自然之結果。從犯既未參與實施犯罪之行為，對於結果之產生，僅與以助力，自然不能與實施犯罪行為的

正犯同視，換句話說，從犯的刑事責任自然較輕於正犯，所以有必減主義產生。但是從犯之狀態不一，若一律減輕其責任，未免有失公平之旨，所以又有得減主義的倡行。至於平等主義原為羅馬法的制度，後經法國學者的演繹，認為無論正犯或從犯都無非要實現犯罪之結果，其犯意完全一致，自然應負同等的罪責，這還是僅就主觀方面解釋，再就客觀觀察，無論從犯行為之若何輕微，然其有利於整個犯罪行為之進行，則屬無疑；有犯意，有行為，故必須負同等之責任，而不應有所輕重。

(1) 必減主義 如德國刑法第四十八條及第四十九條規定除教唆犯應與正犯同罰外，從犯依未遂罪減輕其刑。比利時刑法第六十九條亦有類似於德國的規定。西班牙刑法對於從犯之處刑，除重罪隱匿行為另規定於該法第七十四條第三項科以獨立刑（無期監禁）外，從犯減正犯之刑一等，庇護犯減正犯之刑二等（見該法第六十八至七十三條），違警罪之從犯，亦在科罰之列，科以正犯最低之刑。英國自千八百六十一年法律施行後，關於重罪之事前從犯，得與正犯同罰，輕罪之事前從犯及輕重罪之事後從犯則均採必減主義；美國紐約州刑法規定事前從犯與正犯同科，事後從犯則減輕其刑；英美此制乃刑事上之預防政策，冀圖減少犯罪之進行。至若日本現刑法第六十三條規定「從犯之刑，照正犯之刑減輕，也是必減主義，不過這次的改正案已改為得減主義。我國刑法對教唆犯依其所教唆之罪處罰之（二十九條第二項），是與大多數立法例相同，而新刑法對於從犯規定為得減，就是與本制不同的地方。此外像葡萄牙刑法第一百〇三條及一百〇四條，

匈牙利刑法第七十二條，保加利亞刑法第五十二條，墨西哥刑法第二百十九條，智利刑法第五十一條至五十三條均有類似之規定。

(2) 得減主義 現時各國之採用得減主義的，實在不多，蓋防法官濫用裁量權之弊，此種「病人而病制」的態度，自然非法理所應爾，而且事實上從犯的情形極其複雜，人類個性又極不同，有的可以減輕，有的反不應該減刑，若規定必減，往往使裁判不合乎事實的要求，所以近來新興的草案多規定爲得減。譬如說日本改正案第二十八條第二項規定「從犯以正犯之刑處斷，但依其情節，得減輕之」，吾國新刑法亦規定「從犯之處罰，得按正犯之刑減輕之」(第三十條第二項)，這都是得減主義的表現，此外若塞爾維亞刑法也是採得減主義的。

(3) 平等主義 此制自羅馬法、寺院法、法國古代法，以至於法國現行刑法都是採用的，學者所謂「責任上與刑罰上之平等制」(Système de l'égalité de responsabilité et de pénalité) 就是指此而言。如法國現刑法第五十九條規定「除法律另有規定外，重罪及輕罪之從犯科以與同罪之正犯同樣之刑」，所謂「同樣之刑」(la même peine) 依「文理解釋」(la signification du sens literal) 自然應當完全相同，或者說正犯科死刑，從犯也必要科死刑。但是學者們(譬如 Garraud) 的意思，以爲這是與立法理由相左的，因爲就立法理由觀察，法官是有宣告從犯和正犯不同等刑之權能的。所以法國刑法第五十九條在事實上



的解釋是，(一)在法律上正犯之行爲和從犯之行爲是受同樣處罰的，(二)在事實上從犯所受之刑，未必與正犯同，因爲法官有酌量刑之輕重之權。此外該法第五十九條所謂「除法律另有規定外，一乃是從犯科刑之一種例外，譬如同法第三百三十八條規定有夫姦之從犯處一百佛郎以上二千佛郎以下之罰金，而正犯則爲二年以下三月以上之有期徒刑，就是個好例。

(4)此外還有獨立科刑制，這是上述共犯獨立制必然的結果，不用說挪威的刑法是這樣制度的代表，即新興刑法如蘇俄和波蘭等也是這樣規定的。雖然它們是不以明文規定正犯的三分制，而對於從犯的科刑都完全和獨立制相同，這點在形式上說似乎矛盾，其實從犯既和正犯沒有從屬的關係，自然可以採用獨立科刑制，法理上實毫無不通的地方。不過蘇俄和波蘭兩刑法的規定，也稍有點出入，因爲蘇俄刑法第十八條是規定：「懲治矯正的社會防衛處分，應依參加該犯行之大小，加害程度，並其犯人人物之如何定之，」所以在蘇俄從犯所負的刑事責任，在客觀方面要根據他犯行之大小，加害之程度，在主觀方面要根據犯人之如何定之；而波蘭刑法則僅依據主觀方面之犯意，作爲唯一科刑之標準，如該法第二十八條所規定：「教唆犯與從犯所負之刑事責任，以其本人之意思爲準；與正犯所實行或將實行之犯罪行爲所構成之責任，概無關係。」

### 附註

(註1) 見 Mommsen, Römische Strafrecht (Leipzig 1899) P. 100

- (註二) 見 Kenny, *Esquisse du droit criminel anglais* P. 107—108
- (註三) 見 Bresse V. State, 12 Ohio 146
- (註四) 見 Kenny 著前書第一一〇頁。
- (註五) 如郝朝俊著刑法原理二七八頁。
- (註六) 見 Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, T. 3. P. 126
- (註七) 見法國一九三〇年七月三十一日法第一條。
- (註八) 見 *La législation pénale comparée, publiée par l'Union internationale de droit pénal*, P. 193.
- (註九) 可參看前書第一三七頁及以後。

## 第五章 刑及保安處分

### 第一節 概說

從立法史考察，刑的規定約有三個顯明不同的階段；最初無論那國刑法都以爲刑罰是對罪惡的償報，或者說是贖罪的代價；所以凡是因犯罪行爲所施的處分，都叫做刑罰，反之，就不是刑罰性質的處分，自然不在刑法範圍之內，這是刑罰的一元主義；法國刑法以前的各國的刑法，幾乎沒有不是這樣的。嗣後，刑事思想發生變遷，以爲刑法的任務，除爲維持正義，以刑事責任爲基礎制定刑罰外，對於無刑事責任的行爲者，不能不採用一種保護社會安寧的處分，以免社會因此受到將來的損害；這在十九世紀中期各國對於刑事未成年人，精神病人以及酗酒人均以特別法令規定一種特別的保安處分，就是這種思想的開端，而確定這種原則以規定於刑法中，則要以斯托司教授 (Stooss) 創意之一八九三年瑞士刑法草案爲嚆矢，他於同一法典之中，刑罰之外，更規定保安處分，是爲刑罰與保安處分之二元主義。不過保安處分究竟還是立於從屬的地位，所以對於犯罪依照以刑事責任爲基礎，科以刑罰，至責任無能力人，有特殊癖性之犯罪人，或刑罰尙不足以改善的人，則以保安處分以預防社會之危

險。其他若一九一八年之瑞士草案，一九二〇年之捷克草案，一九二七年之德草案，同年之奧草案，同年之意大利洛柯草案（Progetto Rocco），一九三一年之日本草案，一九三二年之波蘭刑法，以及我國今年（二十四年）之新刑法等，都不外是這種二元論的表現。最後自實證派興起，認為二元論之刑罰不合事實的需要，而創保安處分之一元主義；這種主義的立法，自然要以費利教授（Ferrì）之一九二一年意大利刑法預備草案為其最初的嘗試；以社會責任為刑事責任的基礎，故不問行為人之精神狀態，其必須負刑事責任則屬一致，換句話說，祇要有犯罪行為，社會則必給予行為者以「制裁」（Sanzioni），這樣自然沒有刑罰和非刑罰的處分的分別，不過為着這種制裁有效起見，又有依據行為者之精神狀態，而定制裁種類之必要；目前採用這種制度的，除蘇俄外，實不多見。

（註一）

上面三種階段——刑罰之一元主義，刑罰與保安處分之二元主義，及保安處分或稱社會防衛處分之一元主義——從各國現刑法說，滯在第一種階段的，實在不多，就是在十九世紀初編纂的刑法典，也都以特別法補充之，譬如法國之一九一二年未成年入法，英國之一八七一年犯罪預防法，比利時之一九三〇年社會防衛法等，真不勝枚舉，所以就目前各國立法例而論，實在都已經達到第二階段，換句話說，目前各國刑法不是採用二元主義的就是採用社會防衛之一元主義的，這兩種立法例孰是孰非，以及將來趨勢若何，我們在此似應稍作簡當的解剖。

主張二元論的人，認為刑罰的本質是對於惡之惡的反動，或者叫作「應報」，應報是和生物之自己保存及種族維持的本能相同，是人類的一種天性；它支配人類的社會生活，並不是自今日始，實是「自古已然」，所以就不是天性的話，也已經深入於人類的意識，而不能不繼續地這樣延續下去。刑罰既是不能不延續下去以支配人類的社會生活，而刑罰的本質又是對惡之惡的反動，那末，必定要行為在道義上有可非難的地方，或者說有刑事責任的人，纔可以適用刑罰，其無刑事責任的人，在道義既無可非難，他的行為自然也就沒有惡的性質；沒有惡的性質，自更沒有適用以「惡之惡的反動」為本質的刑罰的必要；但刑法也不能就此放任，而不謀補救的方法，保安處分就是基於這種刑事政策的要求，以補刑罰效力不及的地方；有些學者所以說刑罰有應報的本質，而保安處分則否；刑罰是基於道義的刑事責任產生的，而保安處分是補足刑罰效力所不及的地方；這是刑罰和保安處分不同的地方，也就是二者必須并存的理由。（註二）

至主張社會防衛的一元主義者，則也認社會制裁是以「反動」(reaction)為本質（註三），但解釋的方法與二元主義者不同。他們以為社會反動的現象，是和其他的物理反動、生物反動一樣，個人侵害社會，社會是不問侵害者之精神狀態如何，一律加以反擊，正如同個人遇着侵害不必問侵害者是否成年是否為精神病人而執行正當防衛一樣，個人之所以要執行正當防衛，不用說是保存自己的本能的衝動，社會之制裁犯罪者也不會有什麼兩樣，個人防衛的方法，有時是依着侵害的方式和侵害者狀態而有異，社會之制裁犯罪者也視侵害者的狀態

不同，所以祇能說制裁的方法有差異，而不能說制裁的性質也隨着不同，如是就有「將來的刑法應將刑罰之傳統的概念和名稱完全剷除，而以保安處分代之，自屬當然的命運」的結論。（註四）

這兩派的主張，見仁見智，自然都是言之成理，持之有故，不過我們以為二元論之為各國所重視的原因，實在於「經典派刑罰制度破產」（La banqueroute des systèmes penaux classiques）的呼聲瀰漫了歐美以後。譬如在意大利有所謂「制裁行爲之無能力」（l'impuissance de l'action repressive）的呼聲（見 *Aguglia, L'impotenza dell'azione repressiva in Italia, e sue cause*），在德國有「現刑法是無能力對待犯罪者」（*Le droit pénal actuel est impuissant contre le criminalité*）的論調（註五），在法國也有「制裁之破產」（*la krack de la répression*）的討論（註六）其他若英美等國的學者莫不是苦心焦思的討論這個問題，因為犯罪之迅速增加，是證明了傳統的道義責任的刑罰的無效，然而又沒有拋棄這件衣鉢的勇氣，所以纔一方保留刑罰，他方增加保安處分，以為這樣是兩全之道。這種改良式的辦法，在時代上我們以為未常沒有重大的義意，不過從法理上講，究竟是難於自圓其說，因為未成年人和精神病人之不負刑事責任，若以為一者是精神未成熟，沒有決斷的能力，一者是精神遇着障礙，不得自主，所以在道義無可非難的地方，不能處以刑罰，纔施行保安處分，那末，社會上之犯罪行爲其能自主者實不多見了，其實普通人之犯罪動力也無非是由於複雜的各種原因，與精神病人之受病的驅使，並沒有什麼兩樣，何以二元論者必要施以兩種不同的處分呢？所以近代實證派學者認為社

會防衛之一元論，是今後刑法必然的趨勢，實在可以說是「先見」之言了！

可是我國刑法係採二元主義的，所以本章仍得就刑罰和保安處分分別加以比較。

## 第二節 刑罰

### 第一目 生命刑

刑罰制度中以死刑之發達及適用爲最早，東西各國，莫不如是，因爲古代刑罰專重報復，「殺人者死」自然成爲天經地義的條文，兼之刑事政策尙威嚇鎮壓的學說，所以死刑執行的方法，亦多利用殘忍的手段，使犯罪者不特感覺生命之喪失，並且得在生命喪失之前，受種種身體上的痛苦，譬如支解刑，火刑，十字刑等都是各國共同適用過的；吾國秦代死刑多至十種（戮屍，棄市，鑊烹，車裂，梟首，鑿顛，抽脅，體解，磔，夷三族，）更是駭人聽聞了。

不過時代究竟是前進的，殘忍的死刑在中世紀已逐漸改變了它的形態，而祇剩了剝奪生命的義意，不能再加受刑者以痛苦，所以執行的方法就在講求怎樣可以減少受刑者之痛苦，這是死刑在歷史上第一種改變，也就是人文史上的一種可喜的現象。繼後在十八世紀末，居然有一部分學者，提倡廢止死刑，給刑法學以莫大的影響，現在雖說還是刑法學上爭論之一焦點，但是在原則上說廢止論是占了絕對的優勢，而祇是漸進廢止和即時廢止的問題了。所以就目前各國立法例說，不外（一）法律上一般廢止制（*Système de l'abolition générale de*

droit) (II) 事實上一般廢止制 (système de l'abolition générale de fait) 和 (III) 逐漸廢止制 (système de l'abolition graduelle) 三種，茲分別述之：

(一) 法律上一般廢止制

(1) 瑞士於千八百七十四年五月二十九聯邦憲法 (La constitution fédérale suisse du 29 mai 1874) 第六十五條明白規定廢止死刑，全國各州自然都得受這種條文拘束，不得採用死刑，其實在該憲法頒佈前，已有數州用單行法廢止死刑，像福利堡州 (Canton de Fribourg) 之千八百八十四年法，仰尙德州 (Canton de Neuchâtel) 之一八五四年法，日內瓦州 (Canton de Genève) 一八七一年法等。但是在一八七九年瑞士「國務會議」(Conseil national) 因一部分人民之請願，將該憲法第六十五條交人民投票，結果議決該條修改為：「對政治犯不能宣告死刑；身體刑絕對廢止，」所以瑞士此後除政治犯沒有死刑是一般的規定外，對普通犯罪就要以各州的單行法為準了，像烏利州 (Canton d'Uri) 和亞板羅爾州 (Canton d'Appenzell) 均在一八七九年以單行法規定恢復死刑之制，其餘各州時興時廢，然總計目前瑞士的十五州，廢止死刑的實占全體人口五分之四，所以學者們都認瑞士是在法律上廢止死刑的國家（註七）。

(2) 羅馬利亞一八六六年憲法第十八條以明文規定廢止死刑，繼後一八八四年之刑法也沒有死刑的規定。



(3) 葡萄牙在一八三三年以後對於婦女犯罪者事實上就沒執行過死刑，一八四六年後，則對男犯也不適用死刑，所以很多學者說這是事實上廢止死刑一個較早的國家，至於在法律上的根據，那還要算一八六七年七月一日之法律始；該法第一條規定「死刑從此廢止」，一八八六年刑法修改後，也沒有死刑的規定，而代之以八年獨居勞役刑或二十年之逐放於亞非利加州刑（該法第五十四條。）

(4) 荷蘭一八七〇年九月十七日法律廢止死刑，一八八一年刑法頒佈後，死刑亦不存在，其刑制中之最重刑是無期徒刑並於開始執行之五年採用獨居監禁制。

(5) 挪威在一八七八年以後，事實上就沒執行過死刑；其以明文廢止者，則自一九〇三年刑法始。

(6) 瑞典於千九百二十一年廢止死刑。

(7) 丹麥自一九三三年刑法施行後，死刑即告廢止。

(8) 捷克斯拉夫之一九二九年刑法，亦無死刑之規定。

(9) 此外在北美也有數州的法律是廢止死刑的，像米西根 (Michigan) (一八四八年)，羅德意斯郎 (Rhode-Island) (一八五二年)，威斯公孫 (Wisconsin) (一八五三年)，迷因 (Maine) (一八八七年)；在中美 (Amérique centrale) 有哥斯德銳加共和國 (Costa-Rica) (一八八〇年)，加德馬拉共和國 (Gautemala) (一八八九年) 等廢止死刑；在南美有費內除納 (Venezuela) (一八六四年)，亞哥多爾

(Ecuador) (一八九五年) 烏拉圭 (Uruguay) (一九〇七年) 哥倫比亞 (Columbia) (一九一〇年) 及亞爾常丁 (Argentine) 等國先後廢止死刑之制 (註八)。

(二) 事實上一般廢止制

(1) 比利時自一八五一年以後，死刑存廢問題為議會爭論之一焦點，(註九) 無法解決；比國之刑事學者如燻斯 (Hans) (註一〇) 尼卜爾 (Nybels) (註一一) 等都有專書討論這個問題，各抒己見，對於學術界之貢獻，實屬不小；至今比刑法雖仍保留死刑的制度，然事實比國法庭自一八六三年以後，從沒有對犯人作過死亡之宣告。

(2) 芬蘭在一八二六年尼古拉大帝時即以勅令廢止死刑，刑法典頒佈後又恢復死刑之制，一八六三年雖復有廢止死刑的提議，而現刑法仍有死刑的規定，但事實上自尼古拉的勅令而後，就沒執行過死刑。

(三) 逐漸廢止制 (即保留死刑)

(1) 意大利在未統一以前，多斯干納 (Toscane) 侯國算是世界上廢止死刑最早的一個國家，在一七六五年多斯干納的執政者，內阿坡德侯爵 (Le grand-duc Léopold) 就懷疑死刑的功用，但不敢貿然廢止，後經過二十年不執行死刑的經驗，社會安寧並不因之增加危險，纔毅然於一七八九年十一月三十日以單行法廢止死刑的制度。(註一二) 在革命紛擾的時候，政府雖恐有危害於社會的安寧，而於一八四八年對謀殺罪及暗

殺罪恢復死刑，然實際上仍未執行過，在全國統一時，本是首先編纂刑法，可是因為死刑之存廢問題，須從學者的縝密研究，所以刑法典反在各法典之後完成，而頒佈於一八八九年。在這部法典裏，廢止論的學者占了極大的勝利，死刑在意大利算是完全廢止了，而以「無期徒刑」(L'ergastolo)（開始為六年之獨居監，見該法第十一、第十二條）代之。但是莫沙里尼柄政後，又以單行法於一九二六年恢復死刑之制，而適用於危害皇室及侵害內閣總理罪；這似乎是受政治關係的影響，並非是法理上有什麼異樣的主張；至這次新法典（一九三一年）不用說是有死刑的規定的。

(2) 德意志在聯邦政府未成立以前，有幾邦已經廢止死刑制，(註一三)統一後於一八七〇年編纂刑法，其草案並沒有死刑的規定，一二讀會議均已通過，誰知在三讀會議時，鐵血宰相俾斯麥以危害社會之安寧做理由，力主採用死刑制，以貫徹其政治上的主張，結果亦僅以八票之多數通過規定死刑，可見德國刑法之有死刑的規定，完全是當時鐵血政策的影響。該法施行至一八七九年事實上就沒適用過這個制度，一直到現在德國因為政治的不安定，每年都難免要用死刑，但犯罪的數目也並不算多，平均每年約有三十人被處死刑。現在希特勒之獨裁政治，採用死刑作政治的後盾，更是必然的結果。

(3) 蘇俄刑法第二十條所規定的社會防衛處分，並沒有死刑，是蘇俄刑法在原則上不承認死刑的制，極為明顯；至同法第二十一條則規定：「為防遏危害蘇維埃政權及政體之基礎之重大犯罪起見，至將來蘇

維埃社會主義共和國聯邦中執委會對於本刑法之條文有變更爲止，爲保全勤勞民國家，例外暫得適用槍決之刑，可見蘇俄之採用死刑是例外的規定，是暫時的規定，同時也是政治的規定。

(4) 法國在大革命前死刑之罪多至百餘種，革命時代曾有廢止死刑的提議，政府在原則上表示贊同，惟待秩序安定之後，纔能實現，一八一〇年刑法仍有死刑的規定，但是也大加削減，死罪事件僅剩三十六種，數年內更復削減而餘十二件，一八三二年修改刑法，又減少一件；一八八四年之二次革命，臨時政府對政治犯會作這樣地宣言：「共和臨時政府認爲人類生命之不可侵犯，是一種極高尚的原則，據此茲特宣告死刑在政治事件上從此廢止，並即呈送國民會議核准；因此臨時政府有極堅強的確信，並代表法蘭西人民聲明，假使有人將使法蘭西流血，則他將在全體人民監視之下，受到比死刑更痛苦的懲罰。」（註一四）這種刑罰上重要的文獻，終結構成了一八四八年十一月四日憲法第五條的條文，所以一直到現在法國死刑是不適用於政治犯的；至普通犯罪目前執行的也不多，因爲法國有陪審制，陪審人員雖有確定死罪人犯之減輕原因的權利，此外，法國大總統又多利用特赦權，免除死刑的執行，譬如在一九〇六年經判死刑的有二十九人，在一九〇七年有四十一人，而這兩年中竟一個也沒執行，因爲獲着總統的特赦；所以在法國的死刑制是將和比利時相距不遠了！

(5) 英國在原則上雖有四種罪可以判處死刑（即叛逆，海盜，放火，謀殺），但就目前事實言，除因謀殺

罪被執行死刑而外，其餘的罪多半是因減刑而不執行，近年平均每年有三十人被處死刑，執行的僅佔半數而已。

(6) 此外，像美國，西班牙，希臘，土耳其，祕魯，智利，塞爾維亞，暹羅，日本等，都保存死刑，但也可以說是在漸行廢止，因為各國不特都在極力減少死刑執行的機會，並且在立法上多從事於減少死刑條文的工作；這實在是各國一致的趨勢。

至於我國現刑法規定唯一死刑的條文，雖祇有四條，然各種特別法多有死刑的規定，流弊所及，我們真有不忍言之概，若說和別的國家比較，那我們更覺有極行糾正的必要。

死刑在各國立法例之現狀，已如上述，那末死刑之將來又將怎樣呢？學者見解不一，這裏不妨將學者意見略加分析，並略附愚見，以作死刑運命之預卜！

在學術界首先認為死刑是非法的刑罰而提倡廢止的，要算意大利學者白克加利亞，他在其名著罪與刑中說：「主權和法律是由個人讓渡的一部份自由所構成，它是許多個人意志的總和，但是誰又願意讓渡剝奪自己生命的權利給他人呢？」（註一五）所以死刑是不合法的。這種理論，是與盧梭的社會是個人以契約的組織成的理論一致，所以有些學者就引用盧梭的見解來駁斥，因為盧梭曾說過：「人之犯罪是對社會宣戰，故社會之科犯人以死刑是根據於戰爭權（*le droit de guerre*）」（註一六）如此說來，完成社會契約理論的盧梭，尚且認死刑是

合法的，則白氏根據社會契約論來提倡廢止死刑，似乎不能說是一貫的理論；其實，這點並不足說明白氏理論的錯誤，因為盧梭對死刑的主張，本就没有一致的見解，譬如他在同書裏又會說：「國家只有在不能捉獲他的敵人時纔有殺之的權利。」（註一七）犯人既已受法庭的審判，在戰爭的情勢說，已經是俘擄的地位，國家自然又沒殺他的權利了。不過我以為這種解釋的錯誤，是根本在於社會契約論，國家決不是由契約組織成的，（註一八）刑罰權自然也不是個人由契約的方式讓渡給社會的，所以建築在它——社會契約論——上面的死刑合法的問題，根本用不着費詞，而就可知其不能成立。

其次有柳加（Charles Lucas）主張死刑之非法論，他在其名著刑罰制度論（Du système pénal）書裏說：「死刑是非法的，因為個人有生存權，這種權利是不可侵犯的，」這種理由法國近代刑法學家加羅氏會駁覆說：「不錯，個人的生存權是較其他的自由權等有更深刻的不可侵犯性，但是也有個限制，——他人的生存權——也不能就因此而剝奪了社會對它的構成份子保護的權利。」（註一九）如此說來，死刑並非是不合法的刑罰。所以提倡廢止死刑的學者，就不能不另起爐竈，來說明死刑不應存在的理由，主張百出，議論紛紛，歸納地說來，約有左列幾點：

第一國家之適用刑罰，無非在維持道德，但死刑本身就是以惡易惡，不特有違道德的本旨，以人殺人，抑且有傷人道。這樣主張，不用說其力量是極其微薄，因為刑法和道德，本屬兩物，刑罰的執行，根本就無合乎道德之必要；

而且道德論者如康德(Kant)氏不是有「孤島上社會之解散，對最後的囚犯仍須執行死刑，以完成正義上的義務」的名言嗎？

第二從刑罰之要旨說，刑貴有伸縮性，纔能適應複雜的罪情和各別的個性；死刑就沒有伸縮性，所以不能採作刑罰；其實這也不能作廢止死刑的理由，因為伸縮性是要以整個條文所規定的情形為斷，目前各國刑法規定唯一死刑的犯罪，究竟不多，譬如說我國刑法二七一條殺人罪的刑罰，是死刑、無期徒刑、或十年以上之有期徒刑，執法者自然可斟酌地適用，這就不能說它沒有伸縮性；或者還有人解釋所謂伸縮性是就其某種刑罰本身而言，這自然不錯，不過刑罰之所以貴有伸縮性，還是在適用時是否有任法官斟酌的餘地而言，那末，從這點反對死刑，似乎也不是絕對有理的主張。

第三還有人從訴訟之救濟方面立論，認為死刑應當廢止的；因為法官無論怎樣慎選，然並非人人聖賢，難保為錯判的事，若是殺一無辜，事後縱然明瞭，也無法補救，那就難免貽司法殺人之譏；反對此說的人，以為「錯誤的可能性」(La possibilité d'erreurs)是人類制度中所難免的事；譬如醫師之錯誤就較之於司法之錯誤多得多，難道說就因此要禁止醫生的存在嗎？(註二〇)

第四看了上述三種議論，似乎死刑還沒有絕對廢止的理由；但是近代學者主張廢止死刑的還是大有人在，(譬如 Bodio)(註二一)他們的主張是死刑沒有刑罰的功用，所以應該廢止；原來刑罰的功用不外一般預防與特

別預防兩種；從一般預防言，是在使社會一般人見刑罰而生畏，不敢犯罪，死刑在這方面似乎是恰能充選；加羅氏更說在法國對於無政府主義者適用死刑，確有威嚇的效果，（註二二）然而據意大利二十年不適用死刑的經驗，則死刑對於維持社會治安的效用，似乎不見得可靠；再說據孟德斯鳩（Montesquieu）的意思：「酷刑者，刺激人心之殘忍，使發動其犯罪之觀念者也，」（註二三）和老子所謂「民不畏死，奈何以死懼之」，則死刑不特不能作一般預防之具，且有增加犯罪之危險；至就特別預防說，刑罰是在改善犯罪人不再犯罪，死刑根本斷絕犯罪人之生命，自然沒有改善的義意，就依實證派的主張，以為有很多犯罪人是沒有改善可能的，為防衛社會安全計，處以無期徒刑，那也未常不是永遠隔離之一法，何以必定要適用死刑呢？這點我想是死刑制的致命傷，是它將在世界上絕跡的理由；所以李方斯同說：「人們要拋棄幾千年不可動搖的經驗，用了多少種和改變了多少方式的死刑，還是沒有一點效果，這種伴隨着人類不可計數的犧牲的試驗，是沒有減少犯罪的效用的。」（註二四）就是素主保存死刑制的加羅氏也說：「死刑之存廢問題，是有空間性和時間性的，在甲地死刑的功用若仍存在，自應保存；反之在乙地或可廢止；在目前死刑尚未全部失去其效用，自然可以適用，反之在將來死刑或者會趨於消滅。」（註二五）加羅氏這段話在刑之功用方面說，似乎是一種遁辭，但是就目前各國立法趨勢言，確實有其見地，目前各國立法例，保留死刑的，固屬不少，然減少死刑的條文，確是一致的傾向，死刑之廢止，為期當不遠。

至於死刑執行的方法，各國在古代都一致地極盡複雜和慘酷的能事，譬如在羅馬法有火刑，四裂刑，溺死刑，



生理刑，猛獸格鬪刑等；日耳曼法系有斬絞，生理，鞭裂等死刑；在英國古代法也有火刑，四裂刑及絞刑等；在我國秦代死刑更多到九種（註二六）十八世紀而後，這種酷刑的風氣稍殺，而一致變為簡單化，並且多設法減少受刑者的痛苦；所以就目前各國執行死刑的方法而論，則僅有左列各種：

斬刑——如法國德國等。

槍斃——如蘇俄，塞爾維亞，智利，祕魯以及各國受軍事裁判的死刑囚，均適用槍斃。

絞刑——如英國，奧大利，匈牙利，西班牙，日本及吾國等。

電刑——如美國紐約州。

上記各種執行之方法，似以電刑為最能減少受刑者的痛苦，不過因經費關係，各國尚未採用。

## 第二目 身體刑

身體刑也是古代刑法適用最廣之一種刑罰，無論任何國家都曾經適用過，像羅馬的火印刑，宮刑，日耳曼法之斷手，斷指，抉眼，斷舌，刖，劓等肉刑，就是到清末尚有笞杖的刑罰。但是十八世紀而後，刑法思想轉入博愛時代，刑罰之執行，不能有傷人道，身體刑就因之先後廢止，當時各國學者似乎都認為這是野蠻的刑罰，不應該存在於文明的制度中。

到了十九世紀末，學者間又有倡恢復身體刑的，譬如意大利犯罪學家卜羅梭（Tombroso）和法國刑罰

學家諸施 (Quelne) 等就是這樣主張的人。諸施說得好：「有些犯罪人的性情，像小孩子一樣，犯罪行為無非是稚氣的表現，祇要給予他身體上些微之痛苦，就可改善的。」(註二七)這是基於犯人個性的複雜，不是簡單的自由刑所可收效，所以有這種主張，目前學者贊同的很多，可是在立法例上倒還很少有這種立法，雖說英國有笞刑的制度，適用之範圍有限(註二八)而在原則上有一重要限制，即不能有損犯人的健康，這與我國昔時祇依罪之輕重而實施的笞杖刑自然不同。至其他各國則均無此制，這或者是防着刑法再退回到十八世紀以前的野蠻狀態罷。其實，身體假若有無害於健康的限制和能因人而施，也未嘗不是一種很有效的刑罰。

### 第三目 自由刑

自由刑在刑罰史上發達較遲，吾國周代圜土制度似近於自由刑的性質，然適用範圍有限，且自秦以後，圜土已不復採用；至於秦朝有「城旦」「鬼薪」等制度，歷代又有流放等事實，然都距離近代自由刑的性質很遠，不能說是以剝奪自由為主體的刑罰。這種情形在歐洲也極顯明，雖說在羅馬有公役刑，在希臘有礦役刑，在中世紀之末意有船夫刑；但這些都無非是「與其殺之不如役之」的經濟觀念的結果，並非認這種刑罰的內容是自由之剝奪。直到十六世紀歐洲因政局之紛擾，犯罪日多，一般學者及當局纔覺殺戮之無效，不能不改弦更張，於是在一五五〇年有倫敦懲治場之設立，始具近代自由刑的雛形。十八世紀而後，刑罰思想方面，既由威嚇報復而轉變到社會預防，一向不被重視的自由刑，一躍而成了刑罰中最主要的部份。

自由刑既是刑罰制度中主要的刑罰，所以各國對自由刑爲種種的分類，而適應各種不同的罪情，舉例來說，有所謂定期刑和不定期刑，有所謂無期自由刑和有期自由刑，有所謂剝奪自由刑和限制自由刑，還有所謂強制勞役之自由刑和任意勞役自由刑等，真是不勝枚舉。茲先將各國自由刑規定之大概，約舉如左，然後再分別論之：

(一) 法國自由刑因犯罪之年齡而有種種不同之規定，未成年人自一九〇六年及一九一二年之少年法頒行後，二十一歲以下之犯罪者，採用教育式的自由刑，其內容又因性別的區分而有不同處置。在男性未成年的犯罪者，而年齡又在十三歲以下的，交其監護人監督其品行，或交私人設立或公家設立的救濟院 (*patronage*) 或交感化學校 (*École de réforme*)；其在十三歲以上之未成年人，則有監禁 (六月以下) (註二九) 殖民地禁錮 (六月以上二年以下) (註三〇) 懲戒所 (*quartiers correctionnels*) (一年以上) (註三一) 至女性之未成年人則由公立或私立之「制裁所」 (*maisons pénitentiaires*) 執行。此外對於任何未成年人還有警察監視刑，這是限制自由刑的一種。

至於一般人的自由刑又可根據犯罪的性質分做兩種：

(1) 政治犯的自由刑 政治犯有剝奪自由刑和限制自由刑兩種：剝奪自由刑又分爲 (一) 礮臺流禁刑 (*la déportation dans une enceinte fortifiée*)，錮禁於殖民地地的礮臺裏，與流刑性質相近，爲終身刑之一種。(二) 普通流禁刑 (*la déportation simple*)，也是終身刑，執行的地方和礮臺流禁刑無異，所不同的是

在殖民地指定固定的地方，任犯人居住，所以又和限制自由刑無異。(註三二)然而法國大部份學者都認為既有指定的地域，犯人即不能自由遷徙，自然是剝奪自由刑的一種。(三)禁錮刑(*la détention*)，在本國堡壘內執行，刑期自五年至二十年。(註三三)限制自由刑就只有放逐刑(*Bannissement*)一種，即驅逐犯罪人出國，刑期自五年至十年，若中途逃回得加重一倍。(註三四)

(2) 普通犯之自由刑也可分做剝奪自由刑和限制自由刑兩種：前者有(1)無期苦役(*Travaux forcés à perpétuités*)，(11)有期苦役(*Travaux forcés à temps*)，(自五年至二十年)。(註三五)(三)懲役刑(*la réclusion* 刑期自五年至若干年)。(四)監禁刑(*L'emprisonnement* 刑期，輕罪自六天至五年，違警罪一天至五天)四種；後者有警察監視刑，居住限制刑及「遣刑」(*relegation*)三種。

(二)比利時就剝奪自由刑說，比刑法比較法國簡略些，祇有苦役刑，禁錮刑，懲役刑，監禁刑四種。前三種是適用於重罪的，後者是輕罪和違警罪的自由刑，苦役刑也像法國刑法一樣分作無期和有期兩種，但有期苦役又分爲十年至十五年及十五年至二十年兩等(見比刑法第七條)。禁錮刑祇適用於政治犯，刑期分爲五年至十年，十年至十五年，十五年至二十年三等(見同法第七條)。懲役刑也像法國的規定是自五年至十年。至於監禁之期間，則視輕罪或違警罪而不同，前者是自八月至五年，後者就祇有一日至七日。

至於限制自由刑，比國刑法在一九三〇年以前，僅有警察監視刑(同法第三條)，目前尚有強制勞動刑。

(三) 德國自由刑分爲懲役 (Zuchthaus) 監禁 (Gefängnis) 拘役 (Hft) 和禁錮 (Festungshaft) 四種。懲役分有期及無期兩種，有期懲役自一年至十五年。監禁之期間在原則上是一日至五年，惟在合併論罪得科至十年，未成年人之處死刑及無期懲役者，以十五年之監禁代之。拘役自一日至三個月，普通乃適用於違警罪，但該刑法第一百八十五條及二二三條之輕罪，亦有拘役之規定，是爲例外。禁錮期間自一日至十五年，與懲役及監禁不同的地方是前者在堡壘執行，而後兩者是在懲役監和監獄裏執行，前者無法定勞役，而後兩者都須服法定勞役的。

此外在德國有警察監視刑，爲任意從刑之一種，被宣告此種刑罰者，警察有限制居住權，搜查住宅權，若被宣告人爲外國人，警察並有權驅逐其出境。(註三六)

(四) 葡萄牙刑法無死刑的規定，其刑罰中之最重刑爲獨居監禁及流刑兩種，流刑自八年至二十年，獨居監禁對重罪自二年至八年（以上二刑須配合科處），在輕罪則以二年爲最高刑期，次之就要算禁居刑，卽由法官指定犯罪地以外之任何地域居住，其期不能超過三年（見葡刑法第六五條。）

(五) 英國自由刑分懲役，監禁，感化，職業學校，警察監視五種：懲役乃於一八五三年法所規定，以代替廢止之流刑，刑期原本規定爲五年以上，自一八九一年懲役法頒佈後，則改爲三年以上，其最高度就是無期懲役。監禁就普通法 (the common law) 說僅是一種單純的剝奪自由刑，但自一八九八年及一九一四年兩法頒行後，

監禁刑就可分做三等，被處第三等的監禁刑者須作苦工，第二等監禁雖說也有法定作業，然較之第三等之苦役，實不可同日而語，至第一等監禁則不特沒有法定勞役，而其待遇也與犯人不同，幾乎是和民事監之對待債務人無異，三者刑罰均為十年以下。至於感化、職業學校、警察監視在英國均視為從刑，十二歲以上十六歲以下的犯罪者，得送感化院實施感化，期間自三年至五年，十二歲以下犯罪者則交職業學校訓練，期間因程序定之，惟不得超過十六歲，（註三七）此外法院對任何犯罪者為預防再犯起見，得宣告警察監視刑，其期間不得超過七年。（註三八）

（六）波蘭刑法規定之自由刑，在主刑有徒刑及拘役兩種（該法第三十七條），在未成年之規定章裏，有感化院之監禁及感化教育之處分兩種，在保安處分章裏，又有監管及強制工作二種。徒刑分有期和無期二種，有期徒刑之期間為六月以上，十五年以下（三十九條），拘役之期間至少為一星期，至多為五年（同法四十條）。感化院之監禁及對於十三歲以上十七歲以下未成年犯罪者之自由刑，其期間最少為六月，最高度雖未以明文規定，然被監禁人已達二十一歲則不能繼續監禁（見同法第七十二條）。感化教育之處分，亦係適用於上述之未成年者，其與前種不同者，乃在於剝奪自由的程度，換句話說，後者的性質是近於限制自由的。監管是為精神有缺陷的人和酗酒人而設的，因精神缺陷犯罪者監管於瘋人院療養院，無期間之限制，至酗酒人該法第八十二條規定交付於適宜場所監禁之，其期間為兩年。還有強制工作乃對犯罪行為係與厭棄工作有關的人設立的，其期間規定為五年（同法第八十三條）。

(七) 蘇俄自由刑有(一)嚴重隔離之自由拘束、(二)不嚴重隔離之自由拘束、(三)強迫工役、(四)驅逐於國境之外、(五)限制居住五種；自由拘束有嚴重隔離或者不嚴重隔離，其期間均為一年以上十年以下，俱須服法定勞役（見蘇俄刑法第二十八條）。強迫工役係限制自由刑，其期間為一日以上，一年以下（見同法第三十條）。驅逐分有期無期兩種；限制居住有指定居住地及禁止居住地兩項。

(八) 荷蘭刑法第九條規定自由刑為(一)禁錮、(二)拘留、(三)工役三種，前兩者為主刑，後者為從刑。禁錮有無期及有期之刑，有期禁錮之期限為一日以上，十五年以下，若有加重情形，亦不得逾二十年（見同法第十條）。拘留之期限為一日以上一年以下，加重亦不超過一年四個月（見同法十八條）。工役刑之期間為三個月以上三年以下，在官立之作業場執役（同法第三十二條）。此外荷蘭刑法第三十七條第二項及三十八條第二項尚有留置處分的規定，前者乃對於精神病之無責任能力人而設，留置於癲狂病院，其試驗期為一年以下；後者則適於未成年人，於不滿十八歲之期間內，留置於官設之教育場。

(九) 日本自由刑有(一)懲役（改正案改為懲治）、(二)禁錮、(三)拘留、(四)居住限制四種。懲役在懲治監執行，分無期及有期兩種，有期懲役之期間為三月以上十五年以下。禁錮刑置居於監獄，亦分為無期及有期兩種，期間與有期懲役無異，這兩種自由刑不同的地方，乃在於法定勞役之有無。拘留之期間為三日以上三十日未滿，在拘留場執行，居住限制之期間為一年以上三年以下。此外日本刑法改正案復增設保安處分一章，

規定（一）預防監護，（二）酒癖矯正，（三）勞動留置，（四）預防拘禁四種（見改正案第九十八條至第一〇四條）。

歸納上述各國自由刑而論，我們似可得下列幾個概念：

（1）無期自由刑之採用與否，本來自死刑廢止論盛興後，無期自由刑似有極重要之性質，但是有一部分學者認無期自由刑使犯人減少改過之勇氣，阻礙感化效力之實現，像葡萄牙刑法和蘇俄刑法（除驅逐出國有無期之規定外）是這樣規定外，其他在南美有 Venezuela, Brasil, Bolivia, Uruguay, Peru, Ecuador, Colombia 等七國，在中美有 Costa Rica, Salvador, Guatemala, Honduras 等四國，在北美之墨西哥均沒無期自由刑之規定。反對此論者認爲無期自由刑是相對淘汰方法之一種，有假釋及特赦等方法調濟，也未常不可以促犯人改善，所以爲保障社會之安寧計，主張保留無期自由刑的制度，目前各大國之立法例似均有此規定。作者以爲無論有期或無期在學理上均難謂爲得當，因法官既然不知道犯人能否改善，更無從確定犯人需要若干時間以改善，那末無期自由刑之不應存在，正與有期自由刑相等。

（2）有期自由刑最高額之不同，期間最長的要算葡萄牙，合流刑及獨居監禁之期間爲二十八年，因葡萄牙刑法既無死刑，又沒有無期自由刑之規定，故其刑期之高，爲世界所僅見，刑期最低的，是蘇俄和瑞典兩國刑法均規定爲十年以下，其他國家像法比，奧，西班牙等爲二十年，德，荷，日，及我國則規定爲十五年。



(3) 限制自由刑，各國採用的種類雖有不同，然不像我國現刑法除對未成人之感化教育及精神不健全人之監禁處分外，就沒有其他的規定，似乎是一缺點。目前各國採用之限制自由刑要以警察監視及居住限制為最多，其次是工廠服役刑，再次算是流刑。警察監視和居住限制在學者方面雖有認為是妨害出獄人或犯罪人的社會地位的主張，而倡私人監視制，但是這種刑罰在社會預防方面說，其功效很大，私人監視的力量薄弱未必能收效果，所以無論英法德比意日等國有此制度，就是新興國家像蘇俄刑法也有同樣的規定。工廠服役刑目前採用的國家雖不算多，然對累犯及遊蕩者實在是一種最有效的方法，將來之會普遍化，成為各國一致適用的刑罰，似屬無疑，譬如比利時一九三〇年社會防衛法之採用這種刑罰，就是個好例。至於流刑本是我國舊制，「舜流共工於幽州」更是史家認係流刑的嚆矢，歐洲各國也早有這種制度，但自監獄學鼻祖何華爾 (John Howard) 非難流刑制度後，各國逐漸廢止，現除法國、葡萄牙、西班牙等外，很少適用，其實若以改變犯罪人之環境，而適用流刑，也未嘗不是一種犯罪補救的方法，不過在設備不全社會組織不健全的國家是不能適用的。

此外在美國試行的不定期刑制，實有注意之必要，這種制度由美國刑法學家 Wines 所首倡，他以刑期乃隨犯人改善之需要而確定的，法官對於某犯人需若干時始可改善，正像醫生之不能預先確定病人何日可以痊復一樣地不可逆料，若所定期限不足以改善囚犯，判決的功能就等於零，反之，則又未免濫費國家的經費，所以他

主張刑期之長短，應由監獄官視囚犯之已否改善爲標準。這種學理爲一八六八年之美國監獄會議所接受，規定於該會之宣言第八條，翌年在愛米銳感化院（Reformatory of Elmira）試行，結果再犯者僅百分之十五，所以各州先後仿效，到現在不特北美之四十八州已有四十六州實用這種制度，而在歐陸也有漸漸仿效的趨勢，譬如奧大利一九二八年七月十八日之少年法第十二條，捷克刑草第六十九條，比利時一九三〇年之社會防衛法以及德刑草第十條，均採用不期刑的制度，就是好例。

#### 第四目 財產刑

財產刑本是贖刑的遺制，與損害賠償相混合，到羅馬法纔有刑罰的意味，以爲將犯人財產之一部充公，也足收懲戒的效能，同時在日耳曼古代法，進步就比較遲些，並不認爲是刑罰，而以爲是「自由值」（*Wertgeld*），因爲犯罪者都難免私人的報復，行爲人若繳納相當的財產於族長，就可以獲着他的保障，自由的生存着，不會被人家復仇。

至於現代各國之有財產刑，則不外以制裁利慾上之犯人，或阻止再犯之機會爲目的，以前種目的規定的財產刑叫做罰金，後一種叫做沒收，茲分別說明於左：

#### （一）罰金

罰金制度曾遭一部分學者抨擊，認爲係表現贖罪的意向，不過近代各國都因本制度能制裁利慾上的犯罪，

並且能補救短期自由刑的弊害，所以還是採用。但罰金刑在實用上最易產生不平的結果，蓋犯罪者貧富懸殊，同一金額，對於貧者，感覺太重，往往就不能繳納，而富者則無關痛癢，不特有失刑罰懲治的本旨，且富者反可藉此而濫為不法的行爲，這只要看羅馬時代的富翁，往往預備相當的金額，擊人自娛的前例，就可以知道。所以一八九一年萬國刑法學會有「罰金科額之多寡，應視犯人貧富為準」的決議。現時葡萄牙刑法六七條，規定罰金數額依犯罪者平日收益之多寡為標準，在三年以內計算，由裁判定之。西班牙刑法八十四條規定，「罰金數額之確定，以犯罪者之財產及能力為標準，不受罪情加重或減輕之限制。」蘇俄刑法第四十二條規定，「罰金多寡應參酌受刑之宣告者之財力狀態定之」等，都是這種議決的規定。還有國家因着罪質的不同，而定最高額和最低額，譬如法國刑法，規定違警罪自一佛郎至十五佛郎，輕罪及重罪則自十六佛郎以上，實則各條均有最低和最高額的規定。至於比利時除違警罪規定自一佛至二十五佛外，重罪和輕罪以二十六佛為最低額，最高額則讓諸分則規定，和我國新刑法在總則規定無論何罪最低額為一元，在分則僅規定最高額，似乎都是折衷的制度。

罰金在無力繳納時，各國立法例大都易科監禁作為救濟的方策，惟晚近刑法趨勢認為罰金與自由刑的性質不同，應處罰金的罪犯，非萬不得已，決不能為謀救濟罰金的執行就易科監禁而剝奪犯人的自由。所以近時有所謂分期繳納制及以工易罰制，前者在美國、挪威、荷蘭、墨西哥等國都已採用，後者例如蘇俄刑法第四十二條第二項，罰金徵收時受刑人倘不繳納，每罰金一百盧布，得易科不拘束自由之強迫工役一個月，波蘭刑法第四十三

條，犯人若無支付罰款之能力，或罰金徵收迫令犯人破產時，法院令其工作代償罰款，以及我國刑法第四十二條等。至易科監禁的最高期，各國規定也不相同，像法國是二年，西班牙，德國，暹羅，日本等規定為二年，荷蘭為八月，比利時，保加利亞，印度及我國都是六月，挪威是四月半，英國和芬蘭為三月，瑞典則僅為六十日，這種監禁既為罰金的易科，性質既屬不同，期間也就不宜太長，我國新刑法改訂舊刑法之一年為六個月，似甚得宜。

此外罰金判決確定後，受刑人即死亡，是否可向繼承人執行的問題，學說上本有債權說和刑罰權說二種，各國立法例也就可以依着學說分做兩種。採用債權說的國家，認為罰金裁判一經確定，國家和個人就成立債權和債務的關係，所以要就遺產執行，譬如法國德國等都是這類的。而有的國家採用刑罰權的學說，認為罰金是刑罰的一種，自然不能向繼承人執行刑罰，例如比利時刑法第八十六條，意大利舊刑法第八十五條，荷蘭刑法第七十五條等。這兩種制度，我們站在目的論的刑罰理論上說，犯罪人即已死亡，當然沒有再行執行的必要，可是我國刑事訴訟法第四七四條竟以明文規定採用債權說，實在有違背『罰不及嗣』的精神。

### (二) 沒收

所謂沒收就是剝奪私人的所有權，而使之隸屬於國庫的刑罰，各國立法例有一般沒收和特別沒收二種，前者乃淵源於羅馬法，和吾國古代藉沒入官的制度相同，現時採用這種制度的國家較少，就是採用的話，也都是對政治犯而設的，例如法國一九一八年十一月十四日法律之第三條，及蘇俄刑法第十條。

至於特別沒收，本是從刑的一種，各國刑法都有這類的規定，其範圍多不外（一）違禁物，（二）供犯罪所用及將供犯罪所用之物，（三）犯罪所得來之物三種，而這類沒收物，是否必由法律明定或者祇由法官裁量的問題，各國法例也不相同，有由法律規定原則，而任法官在原則內自由裁定的，譬如比利時刑法第四十二條，意大利舊刑法第三十六條等，有完全由法律分別規定某物必須沒收的，譬如法國刑法第四百七十條，規定沒收物須有法律的明文規定，這種不同，在法理上說，似乎是以後者比較完備些，可是就實用方面看，則以自由裁定制要合宜些哩。

關於應沒收之物，是否以屬於犯人爲限的規定，各國立法例也稍微有點不同，譬如法國刑法第十一條，意大利舊刑法第三十六條，德國日本等規定，凡是沒收物都以屬於犯人者爲限，而挪威刑法規定若於公益上有必要者，則不限於屬犯人之所有物，我國刑法則除違禁物外，均以屬於犯人者爲限，其義意似乎和挪威的制度相同，不過用語各別而已。

## 第五目 權利刑

權利刑是國家以審判的方法，剝奪犯人應享有的權利的刑罰。我國學者大半都說是名譽刑，其理由不外是這種刑罰的宣告，對於犯人的名譽，有很大的影響，所以命其名曰名譽刑。其實無論任何刑罰之宣告，都於犯人名譽有礙，並非是這種刑罰所特有的性質。而且這種刑罰的特質，是在於認爲犯罪人在社會上沒有執行，或者享受

某種權利的能力，爲着保護社會計，不能不剝奪他的權利，那末，不用說這是以權利爲本質的刑罰了。或者有人以爲生存權自由權財產權無一不是權利，若這種再叫作權利刑，似與生命刑，自由刑或財產刑在性質有混淆之弊。愚見認爲正因爲刑法上有生命刑，自由刑和財產刑的名稱規定，更可以顯示出權利刑是剝奪犯人除生命自由財產以外的權利刑，所謂相得益彰了。

各國立法例關於權利刑之規定，有認爲刑罰與否之不同，譬如羅馬法系之刑法，都是以權利之剝奪，爲刑罰之一種，而英法系之國家以及日本等，則不認權利刑爲刑罰，僅爲懲役刑（重罪刑）執行自然之結果（如英國是），不能認爲公務員，至於日本舊刑法也沒褫奪公權的規定。

在羅馬法系的刑法，對於褫奪的範圍，又有僅褫奪公權和同時褫奪公權及私權兩種制度。前者像芬蘭，匈牙利，挪威及丹麥等刑法均規定爲（一）公務員之資格，（二）選舉人及被選舉人之資格，（三）入軍籍之資格，（四）學校教職員之資格，（五）爲律師之資格等，近來我國雖因政治制度的關係，而有褫奪選舉，罷免，創制，複決四權之資格的規定，然要不外是公權的性質。至後者像：

（一）法國刑法第三十四條之規定，實包括政治權（*les droits politiques*）（即投票權選舉權及被選舉權）公權（*les droits publiques ou civiques*）（即爲公務員及公署之僱員，法庭之鑑定人，陪審員，證人，其他法律行爲之證人，携帶軍器，入軍籍及爲學校之教職員之資格）私權（*les droits de famille*）（即爲親屬會議之

會員，監護人，財產管理人及親權之資格）三種，此外在法國刑法原尚有法律上死亡之宣告刑（la mort civile）爲大多數學者所反對，後由一八五四法律廢止，而代以無償處置及收受之無能力刑（註三九）（L'incapacité de disposer et recevoir à titre gratuit）和禁治產（interdiction légale）二種，故就法國現刑法言，所謂權利刑，實包括公權及私權二種而言，較之我國範圍之限於幾種特定公權，其相差真不可以道里計了。

（二）德國刑法除總則之規定，較法國刑法之範圍略狹外，在分則尚有爲鐵路電氣事業之人員之資格（見德刑法三一九條）及爲證人鑑定人之資格（同法一六一條）之剝奪之規定。

（三）蘇俄刑法第三十一條規定：「凡褫奪公權私權者，喪失左列各項權利：（一）選舉權被選舉權，（二）因選舉而得就公共機關職務之權利，（三）就國家機關勤務之權利，（四）名譽稱號之權利，（五）親權。」

（四）荷蘭刑法第二十八條規定權利之種類是：（一）被任命官職或特定官職之權，（二）從事軍人之權，（三）選舉人與被選舉人之權，（四）司法上輔佐人或管理人之權，又除自身之子以外幼者之後見人，監督後見人，管財人或監督管財人之權，（五）父權，（六）營特定職業之權，這樣雖與法國大同小異，然其範圍無論公權私權均較法國爲狹。

（五）波蘭刑法第四十四條規定權利刑有下列四種：（1）公權（即喪失其對於立法及自治機關與一切公法上之團體之選舉及被選舉權，參加訴訟權，公務員之職分及位置與取得公務員之資格之權——見同法

第四十五條) (2) 國民榮譽權 (即喪失科學上及榮譽上之頭銜及其所有之獎章與品級以及取得頭銜獎章及品級之權能)——同法第四十六條) (3) 執行某種職業權 (4) 親權及監護人權。

權利刑之性質，各國刑法的規定，也不相同，有的國家認為是從刑，不能單獨宣告，譬如波蘭刑法，荷蘭刑法，芬蘭刑法，我國刑法等，就是好例。有的國家認為權利刑是主刑，同時也是從刑，換句話說，單獨宣告和從屬宣告均無不可，譬如法國刑法認權利刑是政治犯的主刑，普通犯的從刑；蘇俄刑法將權利刑與其他之自由刑等並列於第二十條之社會防衛之處分之種類，無主從之刑，但同法第三十四條復規定「凡宣告一年以上拘束自由之刑時，裁判官即應審覈權利褫奪問題，又一年以下社會防衛處分之判決，不得褫奪權利」故權利刑亦為從刑之一種；日本刑法改正案及德國刑法均有類似之規定。

權利刑之分割問題，各國法例亦有不同的規定，法國，蘇俄，波蘭及我國刑法均規定不可分別宣告者，而荷蘭，德國等刑法則規定為可分割宣告者。

最後從期間說，有的國家完全採用終身制，有的國家兼採有期制。前者如法國刑法是，後者像 (一) 波蘭 刑法規定死刑或無期徒刑之人，為終身褫奪權利，其他人犯為兩年以上十年以下之有期褫奪權利；荷蘭 除無期徒刑與波蘭 相同外，有期禁錮為超過主刑二年以上五年以下，若主刑為罰金時，則為二年以上五年以下；蘇俄 規定褫奪權利不得逾五年；德國 刑法規定重罪刑為二年以上十年以下，輕罪刑為一年以上五年以下；芬蘭 無期徒刑



之褫奪權利爲終身與波蘭相同外，其他刑罰則爲一年以上十五年以下。

歸納上述各項，我們似乎可得下列幾個觀念：（一）權利刑之內容，多採廣泛之規定，不僅公權之剝奪，及私權亦在其內，還有些國家以某種職業爲權利刑的對象，實在是社會防衛最完善方法的一種；（二）權利刑不特有從刑，而且是主刑；（三）除死刑及無期自由刑外，權利刑多半是有期的，而期間亦以十年以下爲最多，吾國採芬蘭之制，定爲一年以上十五年以下，未免太長。

## 第六目 名譽刑

名譽刑的存在似乎還在自由刑之前，吾國史記孝文帝本紀有「有虞氏之時，畫衣冠，異章服以爲戮，而民鮮犯」的紀載，周禮也有「用明刑恥之」的辦法。在歐洲羅馬法就認爲「判決公示」(judicium publicum)示衆以及帶草帽之遊街 (la promenade avec un chapeau de paille) 之規定。(註四〇)法國現刑法繼承羅馬法的規定，於第三十六條規定公示判決爲重罪刑從刑之一種，無宣告之必要，此外在分則還有對於輕罪判決公示的特種規定，乃屬附加刑 (la peine complementaire)，非經宣告，不能執行。還有波蘭刑法第四十四條第六款，荷蘭刑法第九條第二項第四款，也都規定判決之公示是從刑之一。我國現刑法分則在誣告罪及妨名譽及信用罪兩章中，雖然也有「因告訴人之聲請，得令將判詞全部或一部登報，其費用由犯人擔負」(見一八五及三三二條)，但這並沒有刑罰的性質，而僅相當於民事的損害賠償，所以此次新刑法將這兩條刪去，而歸併於刑事

訴訟法，所以總結的說，我國是沒有名譽刑的規定。

此外近代各國立法例還有譴責刑的規定，即當衆譴責，初僅用於少年犯，漸漸推行於一般人犯，像德國刑法第五十七條第四項就是規定對於十八歲未滿之犯罪者適用譴責刑，法國一九一二年七月二十二日之少年法，意大利舊刑法第二十六及二十七條以及英美等，都有類似的規定，至於蘇俄刑法第二十條第十款和日本刑法改正案第三十一條第九款，就是規定譴責刑，適用於一般人犯的。

### 第三節 保安處分

在上面說過保安處分是十九世紀末的產物，而以一八九三年瑞士刑草爲嚆矢，不過我們也不能就因此而說在那時以前絕對沒有這種規定的存在，其實各國法典中的限制自由刑，就是富有這種性質的制度，尤其是對於累犯的加重規定和特別處罰等更非以保障社會的安寧，不足以解釋刑法維持正義的理論，所以我們祇可以說保安處分在刑法裏系統化的規定，是自斯托司草案始，而不能說一八九三年以前各國法典中沒有保安處分的規定。

自瑞士刑草發表後，就有奧大利刑草，德國刑草，意大利洛哥（Rocco）氏創意之刑草，以及波蘭刑法，意大利刑法，我國刑法等，都是在刑罰以外規定保安處分的，此外像蘇俄刑法沒有刑罰和保安處分的分別，而在比利時

有一九三〇年之社會防衛法，在英國有一八六四年之強制勞動法，一八六九年之常習犯人法，及一九〇八年之犯罪預防法，在紐約州有一九二六年之 *Baumes* 法，(註四二)在日本有明治三十三年公布大正十一年改正之感化法(註四三)等，都是於刑法之外以特別法規定保安處分的例子。

保安處分的種類在意大利洛哥草案是分做人身方面的保安處分(*Mesures de sûretés personnelles*)和財產方面的保安處分(*Mesures de sûretés patrimoniales*)兩種。前者又因為自由之被剝與否分為二大類，剝奪自由的保安處分有(一)農業作場(*Colonie agricole*)，(二)勞動場所(*Maison de travail*)，(三)監護處(*Maison de Santé et de Garde*)，(四)精神病犯人治療院(*Asile d'aliénés criminels*)，(五)感化處(*Maison de correction*)五種；不剝奪自由的保安處分也有(一)保護管束(*Liberté sous surveillance*或譯作監視自由)，(二)居住限制(*Interdiction de séjour*)，(三)常習飲酒之禁止(*Interdiction de fréquenter des débits de boissons alcooliques*)，(四)業務停閉(*Fermeture de l'établissement*)，(五)驅逐出境(*Expulsion de l'étranger*)五種。至於財產方面的保安處分，也可以分做兩種，一是以金錢為善行之擔保，另一種是沒收。

意大利新刑法第二百五條雖略有變更，但仍是分為對人的保安處分，和對物的保安處分。對人的保安處分又有拘禁的與非拘禁的兩種，拘禁的保安處分有(一)致送於農業懲治場及工業場，(二)收容於治療所

及監護所，(三)收容於刑事精神病院，(四)收容於刑事感化院四種；非拘禁的保安處分也有(一)自由監視，(二)禁止居住於一個或數個地域，(三)禁止時常進入於販賣酒精飲料公共場所，(四)驅逐出境四種。至對物的保安處分，係規定於該法第二百三十六條，分爲善行保證(提出一千里耳以上二萬里耳以下之金額爲保證金)和沒收兩種。

波蘭刑法除對於未成年人另有專章規定感化教育及譴責外，普通的保安處分有瘋人院、療養院(第七十九條)、監管所(第八十二條)、強制工作處(第八十三條)以及監禁所(第八十四條)等五種。

至於我國新刑法則有感化教育(第八十六條)、監護(第八十七條)、禁戒(第八十八條及第八十九條)、強制工作(第九十條)、強制治療(第九十一條)、保護管束(第九十二條)、驅逐出院(第九十五條)等七種。

看了上述各國情形，我們可以說保安處分的種類，各國大概是相同的，沒有多大的分別，所不同的地方，實在於執行的方法，以下我們再就這方面加以比較。

(一)從原則方面說能够適用保安處分的人是刑事上不負責任者，這是各國刑法所皆同的，然而不負責的人具備何種條件纔能適用呢？各國規定就有些歧異的地方，譬如瑞士草案第十七及第十八條之規定，是不負責者表現對公共秩序之危險性及限制其行動之必要時，纔能適用保安處分。意大利刑法第二〇二條規定保安處分祇對於社會有危險性者，犯法律上規定之罪時，適用之。奧大利草案第三十六條規定無刑事責任者必

具備（一）有危險於公共安寧之狀態及（二）法定刑在六月以上者，始有酌量適用保安處分與否之餘地。波蘭刑法第七十九條及第八十條則以對於法律秩序有發生危險之虞時，爲適用保安處分之前提要件。我國刑法無明文規定適用的條件，是則法官有絕對之酌量權，較之於上述各國的規定，自然是比較合用些，不過解釋上仍不能逃出「有危險於公共安寧之虞」的範圍。至奧大利之以法定刑六月以上爲標準，似乎還脫不了事實主義的窠臼，與保安處分的義意相反。

（二）其次關於減輕責任人一方受減輕刑罰之宣告，同時他方又有保安處分之實施，則執行之先後以及犯人改善後是否再行執行等，都得加以規定，各國立法例關於這個問題，約有左列三種之規定。

（a）刑罰制 這種制度是以刑罰爲主體，而保安處分居於從屬地位，減輕責任者並不是沒有刑責，有刑責，就得「處罰」(punir)，處罰完畢，纔能談到「保護」(soigner)的問題，「所以刑法規定刑罰先保安處分而執行，是有理由的」(註四三)而奧大利刑草第三十七條以及德國刑草都是這樣規定的。

（b）保安制 這是以保安處分做主體，減輕責任者先執行保安處分，執行完畢而認爲沒有再執行刑罰之必要時，法院就可宣告免除其刑之執行，例如波蘭刑法第八十條第二款規定「若此等犯人受徒刑之宣告時，法院得於其出療養院之後決定應否執行其刑」此外像瑞士草案也是這樣規定的。

（c）折衷制 這種制度是分別減輕責任人的種類，再確定其執行的次序，譬如我國新刑法就是好例

子，對於未滿十八歲和因精神耗弱或瘖啞而減輕其刑者，都得於刑之執行完畢或赦免後，再施感化教育（第八十六條第二項，）或監護（第八十七條第二項，）而未滿十八歲人是受三年以下有期徒刑拘役或罰金之宣告的，就得在刑之執行前，適用保安處分，同時法院若認為依感化教育之執行，已無執行刑罰之必要時，還可以免其刑之執行（第八十六條第四項，）至於因精神耗弱和瘖啞之減輕責任人，可就沒有這種變通的辦法。換句話說，折衷制在原則上是與刑罰制一致的，先執行刑罰，再適用保安處分，但未滿十八歲人在合乎法定要件時（即宣告刑為三年以下之徒刑拘役或罰金，）得適用保安制。

以上三種制度雖說都不無相當的理由，可是我們始終以為刑法之本旨是矯正犯人之惡性，絕其再犯之機會，那末，自然要以保安制為最好。刑罰制之拘泥於責任觀念，固不足取，就是折衷制，也不能算是兩全其美。因為感化教育本應先行適用，纔能改變幼年罪犯的心性，而法律何以又必加以刑罰重輕之限制呢？若不幸未滿十八歲者，受三年以上有期徒刑之宣告，則不能免除刑罰之執行，且執行後之感化教育，亦將失其效用，這是對於未滿十八歲之減輕責任者，規定不合理的地方。至於心神耗弱人或瘖啞者，何以必待刑罰執行完畢後，纔適用保安處分，就未免有點近於「畫蛇添足」的性質了。所以我們以為無論是刑罰制或者是折衷制，都無非是道德責任觀念的作祟罷了！

（三）對於酗酒或常用麻醉品的犯人，各國規定約有下列幾種：（甲）瑞士草案第三十三條及波蘭刑法

第八十二條，都規定法院得將犯人交付於適當場所監管之；其監管期間爲兩年，對其宣告之刑，將來再爲決定執行。（乙）意大利刑法第二二一條因習慣狀態或因常用麻醉品作用，犯重罪處懲役而未命令其他拘禁保安處分時，得收容於治療所及監護所，又同法第二百二十條犯人收容於治療所及監護所之命令，在執行自由刑終了後，或其他方法消滅後，執行之。（丙）我國刑法對於酗酒及吸麻醉品犯人之保安處分，雖均爲禁戒，然執行方法則分別加以規定，即對於前者禁戒之期間，不得逾三個月，並須在刑之執行完畢或赦免後爲之，（第八十九條）而後者之期間，是六個月以下，乃於刑之執行前爲之，依禁戒之執行，法院若認爲已無再執行刑罰之必要時，還可免除其刑之執行。

這樣三種制度很明顯底要以瑞士草案和波蘭刑法的規定爲最妥善。意大利刑法規定待刑罰執行後，再適用保安處分，不特在理論上講不通，而實用上尤要發生很多的窒礙。至我國制度之分別烟犯（麻醉品）和酗酒犯人，適用不同的規定，實在不知道立法者真意之所在，無怪乎有人要發出「於烟犯何其恕，而於酗酒犯罪者何其酷」（註四四）不平的呼聲。自然，這並不是公平的問題，可是烟犯和酒犯在犯罪學上都是屬麻醉性質的，並沒有不同的地方，刑法又何必加以互異的處分呢？

（四）對於習慣犯人的保安處分，除已構成累犯將於下章討論外，此地僅就各國保安處分的規定，簡略的加以說明。

關於這種規定約有三種制度，第一是完全適用保安處分，譬如瑞士刑草第三十一條，「法官得對有犯罪之習慣者或因遊蕩或懶惰成習而犯罪者，宣告送致於特別懲治場所，以代替刑罰。」意大利刑法第二一六條，「左列者送致農業懲治場或工業場，（一）被宣告習慣性或職業性重罪犯或犯罪性癖者……」這樣不顧道德責任觀念的規定，不能不說是一種大膽的改革。其次是在普通刑罰執行後，再看有無必要，而決定適用保安處分與否，譬如波蘭刑法第八十四條第一款，「凡經法院查明三次再犯原罪以及以犯罪為職業或慣於犯罪等不可矯正之犯人，於刑之執行後，若任其自由行動，則恐對於法律秩序發生危險時，法院得將犯人判令監禁於適當之場所。」我國刑法第九十條，「有犯罪之習慣，或以犯罪為常業，或因遊蕩或懶惰成習而犯罪者，得於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動場所，強制工作。」這種以保安處分作為補充刑罰效力不足之規定，不用說又是經典派觀念作祟罷了。此外德國刑草的規定，是既不像瑞士或者意大利之可以用保安處分代替刑罰，又不像波蘭和我國之以保安處分補充刑罰的效力，而僅能科以刑罰，形式上似乎是純粹的經典派的產品，不過在實用方面，該草案規定這種犯人刑罰的執行，應於特別場所為之，所以這無異是以保安處分，代替一般的刑罰了。

（五）此外對於外國人犯罪的保安處分，各國一致是驅逐出境，以保障本國的安寧，這是各國所相同的。

在上面我們已經把各國關於保安處分的種類和執行的規定大略底介紹了，以下還想把一九二八年羅馬國際刑法會議對於保安處分討論的情形，再簡略底說一下。因為「從刑法的進化觀點說，刑罰的二十世紀，就是



保安處分的世紀」(註四五)而羅馬會議又是爲保安處分的世紀預備了它所應完成的工作，所以從此不特可以使我們知道保安處分的重要性，並且可以明瞭它今後的趨勢。

羅馬國際刑法會議於一九二八年五月十五日開會，同月二十日閉會。對於保安處分三方面討論：第一是保安處分的理論，由波蘭代表亞柏波爾教授 (professeur Radulesco) 擔任報告；其次是保安處分的種類，由亞推雷斯哥教授 (professeur Radulesco) 報告；第三是保安處分的執行，由費利教授報告。這三種報告，除第三種我們已在上而就各國實情說過外，茲再分別說明如左：

第一關於保安處分的理論，亞柏波爾教授開始就說：「新的理論沒有全部勝利，也不是失敗，而是在刑法學上和現實法上獲着了莫大的實用的價值，和使它們有驚人的進步，這不用說是費利先生五十年來努力的結果。」接着他又說：「目前各刑法之採用二元制，顯示出在刑法裏是否認保安處分的理論，而承認它們的實用，在這種情形之下，意大利草案是爲各國將來的刑法做了預備的工作。」這樣寥寥幾句話，說明了保安處分理論的地位和它的將來，因爲目前各國刑法之採用二元制，是顯示以前刑罰理論之不合乎實用，不能不屈服於新制度之下，這種屈服，雖然是漸進的，但是時間的經過，使刑罰之歸於消滅，是勢所必然的事，更何況蘇俄刑法已經是全部採用意大利草案的制度呢？

其次關於保安處分的種類問題，亞推雷斯哥教授曾制了一個很簡明的表格，作爲報告，他認爲保安處分的

將來，總是這樣的，現在譯在下面，以供參考。

保安處分目的之形態      保安處分之種類      執行的對象

(一) 教育處分      教育所或改正所      僅適用於未成年人

(二) 監視處分      自由監視所      僅適用於未成年人(註四六)

(三) 治療處分

精神病犯罪者病院  
癲狂者  
才智不足者  
中毒者

健康院  
半精神病人  
部份之才智不足者  
酒醉者及習慣性之中毒者

(四) 隔離處分

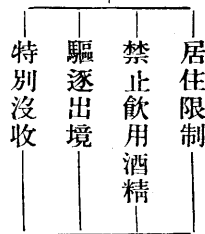
勞動所  
不可改善者  
習慣犯罪者  
職業犯罪者

(五) 感化處分

勞動所

被學校開除者  
社會生活之不適合者

(六) 預防再犯處分



適用於一般犯罪者

(七) 禁止執行權利處分

禁止執行一定之業務 適用於一般犯罪者

附註

(註一) 費利草案關於制裁的內容，大略有左列幾種：

(一) 對於十八歲以上人犯普通罪之制裁是，(a) 罰金 (b) 地方追放 (c) 定居 (d) 強制日中勞作 (e) 於勞作所或農業所之輕懲役 (f) 於懲役所之懲役 (g) 無期懲役。

(二) 對於十八歲以上人犯政治的或社會的犯罪之制裁是 (a) 一般追放 (b) 輕禁錮 (c) 重禁錮。

(三) 對於少年犯罪之制裁是 (a) 監視 (b) 交職業感化學校或感化船 (c) 交少年勞作所或農業所 (d) 交監置所。

(四) 對於精神不完全人犯罪之制裁是 (a) 監置所 (b) 犯罪狂病院 (c) 特別勞作所。

(五) 附加制裁 (a) 判決公示 (b) 善行保證 (e) 職業停止 (d) 公職禁止 (e) 外國人之驅逐。

- (註二) 見瀧川教授著刑法總論一二〇頁至一二二頁。
- (註三) 見 Ferri, La sociologie criminelle, p. 369
- (註四) 見 Rabinowicz, mesures de surêté: études de politique criminelle.
- (註五) 見 Liszt, Kriminalpolitische aufgabe 對 Zeitsche f. die ges. Strafrechtsw. 1899 IX 482.
- (註六) 見 Joly, Le Krack de la repression, dans le correspondant, 25 fevr., 1896.
- (註七) 見 Garrand, Traité théorie et pratique du droit pénal français T. II. P. III, note 12.
- (註八) 見 Liszt, Lehrbuch des Deutschen strafrechts, p. 373.
- (註九) 如一八五三年一八六六年及一八六七年等次議會爭論之激烈，爲比國議會史上所僅見。
- (註一〇) Hans 是贊成廢止死刑的人，曾著 La peine de mort, son passé, son présent son avenir 一書可以參讀。
- (註一一) Nypels 是反對廢止死刑的人，著有 De la pretendue nécessité de la peine de mort.
- (註一二) 見 Olivecrona, De la peine de mort 2e édit. p. 124.
- (註一三) 像 Grand duché d'Oldenbourg, Duché d'Anhalt-Koethen, Ville libre de Brême 等那就是好例。
- (註一四) 原文是 "Le gouvernement provisoire de la République..... considerant qu'il n'y a pas de plus sublime principe que l'inviolabilité de la vie humaine déclare que dans sa pensée, la peine de mort est abolie en matière politique et qu'il presentera ce voeu à la ratification définitive de l'Assemblée nationale. Le gouvernement provisoire a une si ferme conviction de la vérité qu'il proclame, au nom du peuple français, que si les hommes coupables qui viennent de faire couler le sang de la France étaient dans les mains du peuple, il y aurait, à ses yeux, un châtement plus exemplaire à les dégrader qu'à les frapper."

(註一五) 見 Beccaria, Des délits et des peines. Ch. XVI p. 93.

(註一六) 見 J. J. Rousseau, contrat social, liv. 2. Ch. 5.

(註一七) 見 J. J. Rousseau 著前書第一卷第一章。

(註一八) 可參看拙作刑罰權之根據一文登法學雜誌第七卷第一期。

(註一九) 見 Garrand 著前書第二卷第一一八頁。

(註二〇) 見前書同頁。

(註二一) Bidio 在國際刑事人類學會議第一次開會時曾說：「死刑之沒有刑罰的功用，我們可以在意大利廢止死刑的立法經驗上得一明證，將來各國之廢止死刑，是一致的必然趨勢。」

(註二二) 見 Garrand, L'anarchie et la repression p. 113.

(註二三) 見王元增編監獄學講義第十七頁所引用。

(註二四) Livingston, Introductory Report on a Penal Code p. 97.

(註二五) Garrand, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, T. II, p. 120.

(註二六) 秦代死刑執行的方法有 (一) 戮屍 (二) 棄市 (三) 鑊烹 (四) 車裂 (五) 梟首 (六) 鑿頭 (七) 抽脅 (八) 體解 (九) 磔。

(註二七) 見 *Ouche, Traité de science et de législation pénitentiaire*, p. 231.

(註二八) 笞刑爲一八六三年之虐待法所創立，一九一四年曾加以修正，適用於男性犯人之犯竊盜罪者，不可改善之無賴者 (Chenapans incorrigibles) 以及便利他人姦淫者 (見 2 and 3 seo. V. C. 20 遊蕩人法第三條及第七條) 至十六歲以下之未成年犯罪者，適用之範圍則較廣矣。

- (註二九) 見法國一八五〇年八月五日法第二條。
- (註三〇) 見同法第四條第二項及第三項。
- (註三一) 一八五〇年第十條原規定刑期在二年以上者交殖民地懲戒所執行，可是事實上爲行政便利起見，仍在法國境內懲戒所執行，所以本書不用「殖民地懲戒所」的名稱。
- (註三二) Garrard 氏說普通流禁刑就是指定殖民地爲犯者的居留地，實際上是限制自由刑的一種。(見氏的前著第二卷第二二五頁)
- (註三三) 法國刑法第二十條。
- (註三四) 法國刑法第三二條及第三十三條。
- (註三五) 苦役刑就是法國古代法中的船夫刑 (Galères) 演變來的。
- (註三六) 見德國刑法第三十八條及三十九條。
- (註三七) 見英國一九〇八年兒童法第五十七條至第一〇六條。
- (註三八) 見英國一八七一年犯罪預防法第八條，及一八七九年八月十五日法律。
- (註三九) 即不能爲遺囑之行爲或贈與之行爲和收受遺囑及贈與之行爲，但收受特定分之遺產不在此限。
- (註四〇) 見 Jousse, *Traité de la justice criminelle* t. II. p. 68.
- (註四一) 關於紐約州之 Baumes 法，可參看劉陸民君作關於常習犯職業犯的刑事政策之比較研究一文，登法學叢刊第二卷第六期。
- (註四二) 日本感化法已由彭清鷗君譯爲中文，載中華法學雜誌第四卷第九第十號合刊，讀者可以參閱。
- (註四三) 見 Rabinowicz, *mesures de Sûreté* p. 52 所引用克利格斯曼教授 (Professeur Kriegsmann) 語。
- (註四四) 見兪鍾駱作刑法修正案之保安處分，載法學叢刊第二卷第六期。

(註四五) 見 Rabinowicz 著前書第一四三頁。

(註四六) 這種處分目前各國規定並不僅適用於未成年人，譬如意大利刑法波蘭刑法等都適用於因懶惰而犯罪者，還有的國家認為這是從刑的一種，譬如法國刑法就是個例子。

## 第六章 累犯

累犯的觀念在羅馬法雖有規定，但是不像現在各國刑法規定的詳盡，在羅馬時代最普遍的現象是祇要再犯罪或者同時犯數罪，也不問中間有無判決或刑之執行，都叫作累犯，和現代法的併合論罪的情形，實無不同，從加重方面說，那還要累犯同一之罪纔能加重處罰，否則就要看有無特別的規定了。

就現代立法例而論，無論構成的要件或者加重的方法，都有極不同的規定，茲分別說明之：

(一) 從構成之要件言有三種不同的規定：

(甲) 關於第一次犯罪的條件 這種條件的規定，可以分做法國派和德國派兩種。法國派的刑法規定，祇問曾否受罪刑之宣告，至執行與否，則與累犯之成立無關。譬如甲今日受罪刑之宣告，明日又犯罪，就是累犯。而德國派的刑法，則以為非第一次宣告之刑，執行完畢，或執行一部而免除後，不能構成累犯。其實這兩種制度，都不完備，因為就法理說，累犯之所以要加重其刑，是基於初犯所科的刑罰不足以改良他的惡性，那末，自然要待刑之執行完畢後，纔能證明初犯刑是否足以改善。但是就實用說，德國派的規定，又未免有減少初次宣告的功効之嫌，因為宣告後再犯罪還不能認為是累犯，犯人對於刑之宣告就可以不加顧慮而再犯罪了。所以意大



利一八六八年刑草第七十一條第一項和第七十四條第一項規定同時採用兩派的制度，學者稱之爲『折衷制』（註一），即受刑之執行後再犯者，固然是累犯，就是罪刑之宣告後再犯的，也是累犯，不過後者加重的分量，比較前者的分量略微輕些，不過這樣規定的國家，在目前還是少見，而且除了瑞士有十一州的刑法（註二）採用法國制而外，幾乎全體都是採用德國制的。

（乙）關於前後二罪之性質的條件 這方面的規定有特別累犯制普通累犯制和混合制三種。（一）以會犯一定之罪，再犯此一定之罪，或同類之罪，做累犯構成的條件，叫作特別累犯制；譬如（1）德國刑法規定累竊盜強盜或贓物罪加重其刑，（2）荷蘭刑法第四二一條至四二三條規定累犯竊盜侵占詐欺及侵害生命身體罪，加重其刑，（3）波蘭刑法第六十條規定再犯同樣之罪，或同樣目的之罪，纔能算是累犯，（4）蘇俄刑法總則沒有累犯的制度，僅在分則各章中爲個別的規定，那自然非犯同章之罪不可了。（二）所謂普通累犯，就是曾經犯罪，而再犯，不問犯罪的種別，一概認爲是累犯；譬如法國刑法第五十六至第五十八條，在一八九一年以前就是採用普通累犯的制度，犯人第一次被處無期徒刑，若是第二次所犯的罪，也要處無期徒刑，的，就要加重至死刑，若第二次所犯的罪，應科流刑的，則加重至無期徒刑，再若第二次所犯的罪，祇是有期徒刑的，則加重至法定最高期，此外比利時北美合衆國日本以及我國新刑法第四十七條等，都是這一類的規定。

（三）混合制係同時採用上述二種制度，或者說把累犯再分做同種累犯（特別制）和不同種累犯（普通

制)兩種,分別加以規定;例如意大利舊刑法第八十條規定累犯不同種之罪,不得科以法定刑之最低度,同法第八十二條規定累犯同條或同章之罪或左列各款同款之罪者,為特別累犯,(註三)(其現行刑法第九十九條,也有類似的規定,)法國刑法在一八九一年刑之加重及減輕法頒佈後,也採混合制。

綜觀上述三種制度,特別累犯制認為非再犯同樣的罪,不足以顯示初次刑罰的無效,所以累犯加重,必須限於再犯同樣之罪,這種解釋,目前各國學者多加以非難,因為對竊盜罪科刑的義意,並不是說僅使犯人不再犯竊盜罪,而是在於去其為非的惡性,初犯竊盜罪,再犯殺人罪或者詐欺罪,其惡性的表現,總是一致的。法國刑法學家奧多郎 (Ortolan) 說:「特別累犯制是刑法的幼稚性,」(Le système de la récidive spéciale était l'enfance de la pénalité) (註四) 實在是極有見地的批評,可是實際上各國刑法採用特別累犯制者反占多數。至於混合制原是以普通累犯制做原則,而另規定幾種犯罪,必須再犯同樣的罪做例外,特別加重其刑,並沒有一貫的理論,我國舊刑法竟盲從規定,結果自然會有許多不妥的地方,新刑法改採普通累犯制,未嘗不是立法上的一大進步。

(丙)關於初犯再犯間時間的條件 這種條件,雖然有一部份學者認為無論何時再犯,均應以累犯論,不過這究竟有背於時效的原則,所以現時各國刑法除蘇俄外,都有時間的限制。其長短在意大利舊刑法是與行刑權時效相等,德國刑法第二四五條規定是十年,荷蘭刑法第四二一條至四二三條,日本刑法第五六條

(改正案第六三條)波蘭刑法第六十條,英國比利時及我國刑法等,均規定爲五年,這可以說是立法例中最多的。惟意大利新刑法的規定,就稍爲有些不同,在原則上是無論何時再犯,都以累犯論,但在五年之內的犯罪,更是特別加重之一原因。此外像法國則以重罪輕罪及違警罪之不同,而有分別,在重罪沒有期間的條件,換句話說,受重罪宣告的人,無論何時再犯,均以累犯論(第五十六條),在輕罪則限於五年之內(五十七條),纔能算是累犯,在違警罪則規定爲一年之內(四八三條)。其實這種期限,似乎不宜過長,免得手續上發生種種困難,尤其是在司法設備不完善的我國,更不宜乎太長,而且就犯罪統計觀察,再犯大半是在一年之內,那末,時間更沒有冗長的必要了。

(二)從處刑言,各國所採用的制度,除西班牙外,都是加重科罰,不過加重的方法,則有下列各種的不同:

(1)不定刑期監禁 這種制度是認爲犯罪不外二種,一是偶然犯,絕對不應該送入監獄,與其他犯人接觸,以免傳染,另一種是習慣犯(即累犯者),絕不能任其離開監獄,以免危及社會,所以累犯的刑罰,應當是不定期的監禁,視其惡性是否改善,而定出獄與否,這種制度,現時採用的國家,還很少,除了北美有數州的刑法以外,就祇有日本刑法改正案第六十六條的規定了。

(2)無期放逐於殖民地刑 這種制度是意大利學者所主張的,曾提議於一八九〇年之*Ct. Petersborough*國際刑法學會議,對於特種累犯功效極大,因爲這不特消極方面可免社會危險,而在改變累犯者的環

境，和促進累犯者的改善上，尤具有積極的功能，無怪乎法國一八八五年法最初採用以後，葡萄牙接着就以一八九二年法規定採用矣。

(3) 長期工廠服役刑 最初採用長期工廠服役刑的國家，是比利時，後由費利氏提出於一八九四年之里昂國際刑法學會議，現時各國採用這種刑罰的，均限於特種累犯，例如比利時一八九一年法之對於乞丐及遊蕩人犯，聖加納 (St. Gall 瑞士) 邦同年法之對於慣習酗酒人犯，英國一九〇八年法和埃及同年法之對於竊盜犯等是。

以上三種制度是對於累犯的特種刑罰，爲的是所謂累犯之處罰加重乃基於普通刑罰之不足以改善，自然有採用特種刑罰之必要，此外尙有祇就原刑加重（如有徒刑的延長刑期，罰金的增加數額）和加重刑罰之等級兩種立法例。

(4) 就原刑加重的立法例，如：

荷蘭刑法第四二一條至四二三條。

瑞士日內瓦州刑法第三十四條至第三十六條。

暹羅刑法第十二條至第十六條。

日本刑法第五十七條及改正案第六十四條。

意大利舊刑法第八十條。

我國刑法第四十七條。

(5) 就原刑加一等，這是依照刑法上所定的刑級表加重處罰制，例如拘役加一等為有期徒刑，再加一等為苦役等類，現時採用這種制度的有：

比利時刑法第五十四條至五十六條。

法國刑法第五十七條至五十八條。

匈牙利刑法限於重罪及輕罪，規定於第三三八條第三三九條第三七一條及第三八四條第四項。

瑞士福德州刑法第六十九條。

瑞士福利堡州刑法第七十六條。

瑞士柳山德州刑法第九十六條。

上述各種處刑方法，似以前三種特種刑為較優，因為累犯多半是習慣犯人，徒增高普通刑，實無濟於事，尤其是加等制，更難免有失輕失重的弊病，惜乎我國新刑法仍採第四種制度，在刑事政策方面說，未常不是一大缺點。

## 附註

(註1) 見 Carrara, Fogli di lavoro sul progetto del codice penale italiano t. II. p. 296.

(註二) 卽 Guriich, Glaris, Fribourg, Bâle-ville, Bâle-campagne, Schaffouse, Tessin, Vaud, Valais, Neuchâtel, Genève 等十一州。

(註三) 意大利舊刑法第八十二條所規定同款之罪，卽 (a) 危害國家罪。(b) 公務員違背職務或濫用職權罪。(c) 妨害政治上或信仰上之自由罪。(d) 誣告或偽證罪。(e) 危害公共安寧罪。(f) 刑法第三三一條至三四八條所規定之妨害善良風俗及家庭罪。(g) 殺人罪與傷害罪。(h) 竊盜搶奪強盜詐欺擄人勒贖贓物及以破產之方法爲詐欺行爲罪。

(註四) 見 Ortolan, Traité de droit pénal, t. I. p. 570, No. 1197.

## 第七章 數罪競合

數罪競合是一人犯數罪，中間沒有裁判的輾斷，在立法史上這種規定，則早在羅馬法就已經有了，其內容因私罪和公罪而有不同，（一）私罪的處罰，本以損害賠償爲本質，似乎不用問罪的數目，而以損害的程度爲依歸，但是羅馬的法學家主張並不盡同，譬如烏乃皮洋（Ulpian）氏就主張私罪之競合應該並科的，而保羅（Paul）則認爲應當執行各刑中之最重者，因爲在犯罪方面可以大包小，在刑方面可以重含輕。（二）公罪又因想像競合和實體競合而異其規定，想像競合採用保羅的從一重處斷的理論，實體競合則適用烏乃皮洋的併科說。

至目前各國立法例，那就複雜極了，譬如在英國簡直可以說沒有關於競合罪的規定，無論連續犯牽連犯都是分別成立數罪，彼此沒有關係，在法國於刑法不加規定，而規定於刑事訴訟法，此外各國雖然在刑法裏有相當的規定，但內容也不一致，以下爲便於比較起見，分爲構成的條件，競合罪的種類和科刑三節，加以說明：

### 第一節 競合罪構成的條件

一人犯數罪叫作數罪競合，是各國共同承認的原則，但是除了數罪而外，還要具備那種條件，纔能構成呢？關於這點有的國家刑法規定這數罪的發生，都要在裁判宣告以前，像荷蘭刑法第六十三條「凡犯罪人受一刑之宣告後，若更就其宣告前所行之犯罪或違警罪，而宣告有罪時，則當從關於同時判決之本章之規定，而參酌前宣告之刑。」此外爲德國刑法七十三條，蘇俄刑法四十九條及我國現刑法等都是好例。有的國家認爲在刑之執行尙未完畢以前，犯數罪者，都叫作競合罪，譬如瑞典刑法第四章第九節規定「犯罪經確定裁判後，在刑之全部未執行完畢前，而犯他罪者，仍應前節之規定，更定其應執行之刑。」以及意大利舊刑法等是。還有國家限於裁判確定以前所犯的罪，纔算是競合罪，例如葡萄牙刑法第一百〇一條，日本刑法第五十四條和改正案第二十七條，以及我國暫行新刑法等，都是採用這種制度的。

上述三種制度，在採用第二種制度的立法理由，認爲一人犯數罪的情形，在刑法上不外累犯和競合犯兩種，累犯之數罪，既以刑之執行完畢後再犯罪，做構成的要件，那末，凡是在刑之執行未完畢前所犯的數罪，自然是競合罪。其實累犯是刑法上一般加重的條件，競合罪是適用刑罰時的一種制度，兩者並沒有牽連的關係，所以在法理上這樣規定並沒有必要，而且這樣規定在刑事政策上說，還有一個流弊，就是在執行中所犯之罪都能推翻以前的判決，使犯人享受競合罪的利益，似乎近於獎勵犯罪者在刑之執行未完畢前再犯，所以目前採用這種制度的國家很少。第三種制度，雖然範圍較第二種制度小些，可是在裁判宣告後確定前，因更犯罪而須更改原判決，其



弊害的性質，實和第二種制度相同，結果自然要以第一種制度為最合乎刑事政策的要求。我現刑法改暫刑律之規定，而取第一種立法例，似很得宜，但是新刑法又復規定裁判確定前犯數罪者，併合處罰之，恐怕不是立法的進步罷！

## 第二節 數罪競合之種類

各國立法例關於數罪競合的種類，有不加區分僅概括規定，和就實體競合及想像競合分別規定二種：前者像法國刑訴，奧國丹麥挪威及瑞士數州刑法等都是；後者如西班牙，葡萄牙，意大利，比利時，盧森堡，荷蘭，德國，匈牙利，芬蘭，瑞典，保加利亞，紐約州，印度，日本，暹羅和我國等刑法。不過在實體競合中，還有獨立競合，連續競合和普通競合三類，有的刑法僅規定一種，有的兼採兩種，茲分別說明如左：

(一) 獨立競合 譬如德國刑法第七十四條規定以多數獨立之行爲，犯多數罪或者多次犯同一之罪，爲競合罪。意大利新刑法第八十一條第一項規定「以一個行爲或不行爲犯數個法律規定之罪，或對於同一規定犯數次者，依本節以上各條處罰之。」此外像荷蘭，芬蘭，瑞典及暹羅等都有類似的規定，我國還沒這種規定，而歸併於普通競合。

(二) 連續競合 像意大利新刑法第八十一條第二項規定「基於同一之犯罪意思，以數個行爲或不行

爲，對於同一罪犯數次者，不問同時與否，亦不問其情節之輕重，以上各條規定，均不適用。」蘇俄刑法第四十九條後段，「連續犯數罪而尙未判決時，」還有西班牙，荷蘭，芬蘭，瑞典，瑞士數州，日本及我國等刑法都有連續犯的規定。

(三) 普通競合 如日本刑法第四十五條規定，「於裁判確定前犯數個之罪，爲競合犯。」意大利新刑法第七十一條，「在同一判決或同一命令上宣告一人犯數罪之處罰時，適用左列各條之規定。」其他像西班牙，葡萄牙，瑞士數州，盧森堡，比利時，匈牙利，保加利亞，暹羅及吾國是這樣規定的。

### 第三節 競合罪之科刑

關於科刑的方法，在學理上雖只有四種不同的主張，可是各國立法例除挪威及蘇俄外，僅用單一制度的，實不多見，普通都是兼用幾種制度，所以情形極爲複雜，以下爲便於說明起見，分爲競合罪科刑之各主義和各國所採用的制度二目說明之。

#### 第一目 競合罪科刑之各主義

在學理上競合罪科刑之方法，有四種主義：一是吸收主義，就是『大併小』的原理，認爲輕刑被重刑所吸收，只要執行最重的刑罰，輕的刑罰自然已在其中，這種主張在實用上，頗形便利，不過未免近於鼓勵會犯重罪的再

犯輕微的罪，因為結果對於犯罪的刑罰是相等的。二是併科主義，這是根據刑法上『一罪一刑』的原則，認為數罪競合的刑罰，就是各罪刑罰之總和，這在理論上固然適當，但是事實上或者有所窒礙，甚或沒有併科的必需，所以這派學者，復有三種主張，即（a）併科之後再略就總和減輕，（b）併科中設一最高限度，（c）沒限制的併科三種，沒限制併科的弊病，已如上述，設一個相當的限度或者略加減輕的方法，也還是不能完全去其流弊。三是綜括主義，即在法律上預先規定競合罪刑之最高度和最低度，任法官斟酌科罰。四是加重主義，即就數罪中最重之刑，再行加重，以為競合罪之刑。

## 第二目 各國所採用的制度

上目所述數主義各有得失，單獨適用似均不無流弊，合併適用，則可兼其善，所以目前各國除挪威僅採用綜括主義，蘇俄採吸收主義（第四十九條）外，都同時兼採數主義。譬如（一）兼採無限制併科和吸收主義的國家，有（a）法國刑事訴訟法第三百六十五條第二項規定，「數重罪或數輕罪競合時，從一重處斷，」法文既限於重罪和輕罪採用吸收主義，那末違警罪自然不在其內，而法國刑法第四百七十五條第二項更明白規定違警罪適用無限制併科制，若是一人而犯重罪輕罪及違警罪，刑法及刑訴雖明文規定，但據一九〇八年十月三十一日判例對重罪和輕罪仍採吸收主義和違警罪合併執行。（b）芬蘭刑法第七十九條規定苦役以上的刑罰，適用吸收主義，苦役以下的則合併科刑。（二）兼採有限制併科，限制加重及吸收三主義的國家，有（a）比利時

刑法第六十一條「一重罪及數輕罪或數違警罪，從重罪刑處斷，」是爲吸收主義，同法第六十條「犯數輕罪者併科之，但不得超過最重刑之一倍，」（限制併科制）又同法第六十二條規定，「數重罪之競合得從一重處斷而加重之。」（限制加重制）（b）西班牙刑法第八十八條至第一〇三條亦有同樣的規定。（三）兼採無限制併科就宣告刑限制加重和吸收三主義的國家，如日本刑法第四十六條規定「競合罪中之一罪，當處死刑或處無期徒刑或禁錮者除吸收外均不得科以他刑，」同法第四十八條，「罰金與其他之刑併科之，二個以上之罰金於各罰金之合算額以下處斷之，」又同法第五十三條規定拘留或科料與他刑併科之，二個以上之拘留或科料均併科之。

此外對於想像併合，各國立法例都一致從一重處斷，譬如意大利刑法第七十八條，德國刑法第七十三條，比利時刑法第六十五條，匈牙利刑法第九十五條，荷蘭刑法第五十五條，以及我國新刑法第五十五條等，這些都是「一行爲構成一罪」原則的結果。

## 第八章 刑之酌科

各國立法例對於科刑有所謂概括主義和列舉主義。採用概括主義的國家乃鑒於犯罪事實隨社會而變化，不是立法者所能逆料的，刑法不如僅概括規定，而以刑之酌科的權柄，付諸法官，使刑罰和犯罪能够吻合，這樣的限度和犯罪構成的要件，都必定寬大（或竟無限度），法官裁量權就因之極大，雖學者間有非議這種制度的人，認為有返回十八世紀以前刑法擅斷時代的弊病，其實十八世紀法官之流於擅斷，是因為君權之擴張，科學之未發達，以及法官之無良好訓練，那時的情形，既已成為歷史上的陳跡，似乎沒有顧及的必要，如今我們不求刑之人格化則已，否則就不能『因噎廢食』，因人病制。至於現時採用這種制度的國家，那還可以分做兩種，一是有低度的限制，二是毫無限制。前者例如德國刑法第八十一條第一項規定，犯內亂罪處無期徒刑，而第二項又規定其情輕者，處五年以上有期徒刑。所謂情輕，法律既無明文解釋，法官自然可以自由認定，換句話說，任何內亂罪都可以處以五年有期徒刑（註一）。再例如挪威刑法的規定，無論那種犯罪，法官若認為可以減輕，都可以減至二十一天的拘留或者三『哥綸』（Kroner 挪幣名）的罰金（註二），這樣較之德國法官的還權限要大些。至於後者像荷蘭就是毫無限制的國家，法官對於任何犯罪，還可判處一日之監禁或者半『復羅郎』（Florin 荷幣）

的罰金。(註三)

採用列舉主義的，是以爲非適用罪刑法定的原則，就不足以避免法官的擅斷，故刑法不特要預先規定犯罪構成的情節，而刑的輕重，也不能不一一確定。目前可以代表這種制度的國家，恐怕要以法國爲最。我們不妨舉個例來看，譬如恐嚇罪，該刑法是規定在三〇五條，「以匿名或具名之函件聲明，欲以刺殺毒殺以及其他能危及生命之行為，對付，而令人交付財物或履行其他條件者，處二年以上五年以下之徒刑及一百五十佛郎以上一千佛郎以下之罰金。」同法第三〇六條規定，「此種脅迫其不負帶條件者，處一年以上三年以下之徒刑，一百佛郎以上六百佛郎以下之罰金。」而三〇七條又規定，「口頭要求履行禁條件，而加人以脅迫者，處六月以上二年以下之徒刑，及二十五佛郎以上三百佛郎以下之罰金。」接着三〇八條更規定，「以書信或口頭之脅迫而不利用三〇五條所列舉之手段要求他履行某項條件者，處六日以上三月以下之徒刑，及十六佛郎以上一百佛郎以下之罰金。」這樣條分縷析，手段和刑罰均一一規定，法官實幾乎變爲宣讀條文的機器了。

不過要想科刑得當，也真不是件容易的事，甚至可以說除了經驗素豐的法官，總難免有失輕失重的弊病，所以各國最近刑事立法，多設專條，臚舉科刑時所應審酌的事件，作爲法官酌量的準繩，譬如瑞士刑草第四十七條，就規定法官於科刑時，須審酌左列事項。

(一) 犯人之犯意。

(二) 犯罪之動機。

(三) 犯人以前之品行。

(四) 犯人地位之關係。

此外若西班牙刑法第九條及第十條，日本刑法改正草案第四十八條及第四十九條的規定，尤其詳盡，不過犯罪之實害一項，均規定作為酌量的一種標準，和我國刑法第五十七條第九項如出一轍，似乎是立法者不能完全脫離舊思想的客觀主義的明證，而待將來的努力。

#### 附註

(註一) 見 Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, t. I. §. 70.

(註二) 可參看 La législation pénale comparée, publiée par l'Union internationale de droit pénal, 1er vol. pp. 494—510.

(註三) 可參看前書第四三五至四五〇頁。

## 第九章 緩刑

### 第一節 緩刑制之演進

刑法上所謂緩刑，不用說，是調和刑之人格化和『有罪必罰』原則之一種刑事政策，因為就刑法方面說，凡是犯罪，都要受社會的制裁，纔足以顯示法律的威嚴公正，但是有時徵諸犯人個性，往往惡性不大，執行刑罰，不特不能促其改善，反而足以塞其自新之路，尤其是短期自由刑，改善既嫌不足，犯罪性的傳染，則確乎有餘，這種法理與事實極度矛盾的補救方法，就祇有緩刑。

就歷史觀察，中世紀意大利法學家 Bartole (1114—1357) 的書籍，就曾論述過緩刑的制度，不過現在多不可考（註一），此後一八九三年二月間國際刑法聯合會月刊上面曾登載匈牙利在一七二二年與一七一三年間有類似的判例（註二），然而也不是個固定的制度，所以近世法家認為最初適用緩刑制度的，還要算北美波斯多州 (Boston) 一八七〇年的緩刑法。該法初專適用於少年犯罪者（註三），範圍既窄，功效自然也不大，越十年纔由 Massachusetts 州採用，推行及於一般犯人，成績就很可觀，而為各國學者所注意，列為一八八



五年羅馬國際刑罰學會議之議題。繼在 St. Petersburg 國際刑罰會議作長時間之討論，惜當時會議主席團之一 Pools 氏（係荷蘭 Utrecht 大學教授）提出反對，祇通過違警罪可以適用緩刑，到一八八九年八月 Bruxelles 國際刑法會議始正式通過，作為一切犯罪行刑的制度。於是各國先後仿倣，現時各國之沒有採用這種制度的，幾乎可以說是沒有。茲略舉各國採用這種制度的時期，就可以曉得其演進之速了。

新西蘭島在一八八六年頒佈緩刑法。

英國在一八八七年八月七日頒佈緩刑法。

比利時在一八八八年五月三十一日頒佈緩刑及假釋法。

加拿大在一八八九年七月一日頒佈緩刑法。

法國在一八九一年三月二十六日頒佈緩刑法。

盧森堡在一八九二年五月十日頒佈緩刑法。

同年十月二十九日瑞士日內瓦邦頒佈緩刑法。

葡萄牙一八九三年七月六日頒佈緩刑法。

意大利一九〇四年六月二十六日頒佈緩刑法。

瑞典一九〇六年六月二十二日頒佈緩刑法。

西班牙一九〇八年三月十日頒佈緩刑法。

祕魯一九二二年九月五日頒佈緩刑法。

此外各新興國家的法典或草案也大都採用緩刑制。

看了上記時期，我們可以知道緩刑制發生的經過和迅速，以下再比較說明各國緩刑制之內容。

## 第二節 緩刑權及其制度

就緩刑權言，各國立法例可以分爲兩種制度，一是操諸行政官吏，即所謂「行政制」；一是認爲應屬於司法的權限，即「司法制」。德國採用第一種制度，主張有罪必罰，是司法權行使不易的原則，社會若要補救短期自由的弊害，祇有讓諸國家元首利用特赦之權，加以赦免，故對於受刑罰宣告之人犯，法院猶豫其刑之執行，在猶豫期間內，若沒事故發生，元首就以特赦免除刑之執行，這樣無論在刑事政策上，或者行政權完整上，都能够兼顧，否則不特妨害元首特赦之權，更不足以自圓有罪必罰之說。至司法制還有「英美制」和「比法制」的不同，英法制 (système anglo-américain, sursis à la condamnation) 是對於有悔改希望的人犯，暫時不爲刑的宣告，在一定期間內，觀察犯人的行狀，若是沒有不良事由發生，就不復作有罪的判決（註四），所謂既不科刑，又無裁判，犯人自然是勇於遷善。但比法學者認爲英國制於犯人違背緩刑條件，重新宣告罪刑時，難免有事過境遷，證據

散失的弊病，故創「刑之猶豫執行制」(sursis à l'exécution de la condamnation) 或者說是「比法制」(système belge et français)，就是仍然爲罪刑的判決，不過規定一猶豫時期，以確定刑之執行與否，現時各國採用這種制的比較多些，如盧森堡，瑞士，西班牙，葡萄牙，意大利，荷蘭，挪威，奧大利，匈牙利，蘇俄，保加利亞，希臘，埃及，日本（註五）和我國等都是採用猶豫執行制。

以上三制，固然是互有得失，不過德制似無可取的地方，雖說是可免妨害元首特赦之權，然刑罰權本來就是屬於法院的，若緩刑權操之行政官吏，那不也是妨害司法獨立嗎？且特赦制度原爲萬不得已時調和事實與法理纔能利用的，似乎不應當濫用，而長行政干涉司法的風氣，再若徵諸我國目前情況，那就更不合宜。至於英比二制，自法理言，則英制較爲完備，能竟緩刑制的功能，不過在社會組織不健全，司法設備欠完善的國家，則難免弊端百出，所以在我國還是以採用比制爲較妥。

### 第三節 緩刑的條件

緩刑條件各國規定也不一致，像英美的制度是不加限制，而僅以某種罪爲例外，均准適用緩刑，而日本（現行法第二十五條改正案）規定爲三年以下，意大利，挪威和我國等規定犯二年以下有期徒刑之罪，纔能適用緩刑，法國比利時限制重罪不得享受緩刑之利益。此外像蘇俄刑法的規定，幾乎就沒任何限制，僅概括的規定無隔

離之必要的犯罪者都可以緩刑。這可稱各國中最寬而又最合理的制度。

關於犯罪前犯人之品行，現時各國刑法均列爲緩刑條件之一，不過規定的方式有概括式和具體式的不同，所謂概括式，就是僅規定犯人平日品行善良，至於程度如何，那就任法官之斟酌，像挪威丹麥以及英美等刑法，都是這樣的。

所謂具體式，就是規定品行善良的義意，法官自然沒有斟酌的餘地，例如法國一八九一年法第一條，「犯徒刑及罰金以下之罪，本人以前絕未受普通法重罪或輕罪之宣告者，得宣告緩刑」以及比利時我國等刑法，都有類似的規定。

罰金能否緩刑的問題，學者主張本有消極與積極之不同，主消極說者，謂緩刑制是補救短期自由刑的弊害，罰金刑不在其列，至主積極說者，則謂緩刑非特能補救短期自由刑之弊，並且寓獎勵悔改的意思，況罰金刑較自由刑還要輕些，自由刑可得緩刑的恩惠，則罰金刑更沒有除外的道理。

目前立法例也分做這樣兩派，德日（註六）採用消極說，而比利時、法國、盧森堡、挪威、丹麥、意大利、瑞士數州和我國都採用積極說。

此外從刑中的褫奪公權能否緩刑的問題，立法例也有兩派，（一）比國派認爲從刑和主刑同時發生緩刑的效果，（二）法國派認爲從刑不與主刑同時發生效力，若緩刑之宣告未經撤銷，則於期滿時發生效力，現時波

蘭採用法國派，日本採用比國派，我國刑法沒有明文規定，解釋上似乎以採用比制比較合宜些。

#### 第四節 緩刑的期限

緩刑的期限，各國刑法約可分為左列三派：

(一) 法定主義 就是由法律預定緩刑的期間，法官毫無酌量之權；譬如法國、丹麥定為五年，保加利亞、挪威及瑞典定為三年等。

(二) 裁定主義 卽刑法不規定期限，完全任法官之自由裁定，所以又叫做放任主義，現時採用這種制度的，僅美國一國。（英國在一八八七年前也採用這個制度。）

(三) 折衷主義 就是由刑法規定一期間，再任法官於此期間內自由裁定，各國用這種主義的，又可分做兩種：一種是刑法僅規定期間的最高度，如比利時的五年以下，英國的三年以下，（見一九〇七年社會防衛法），還有一種是刑法兼規定最高度和最低度，葡萄牙、波蘭、瑞士我國（均為二年以上五年以下），蘇俄（一年以上十八年以下）和日本（一年以上五年以下，改正案對罰金緩刑之期間規定為六月以上二年以下）等。

以上三制，法定主義很明顯的與緩刑的『刑之人格化』的本旨相反，因為緩刑的期限就是『威嚇的試驗期』（stage comminatoire），其價值是和刑罰相等，那就應該視犯人的性情而定期限的長短，纔能與刑之人格

化的主旨相吻合（註七），這是法定主義極大的缺點，同時也就是裁定主義的長處，不過在法官人才尙未全備的國家，自然是以折衷主義比較妥善些。

在緩刑期間內，英、美、法等國都設有「監視制度」(Probation officer)，以便對於受緩刑宣告人加以監視，而能明晰其生活的改善，這種制度，對於緩刑的施行，具有極大的功效，惜乎我國目前還無此制。

## 第五節 緩刑的效果

緩刑宣告期滿，而未經撤銷，所發生的效果，各國現時法制，也可以分爲左列二種：

(一) 無效說 無效說是以爲緩刑宣告，既未撤銷，爲獎勵遷善計，以前宣告的刑罰，應該作爲無效，而以未犯罪論。

(二) 執行說 這種理論，是以爲緩刑的意義，是緩其刑之執行，自然不能因爲緩刑期滿，而抹殺其已往犯罪的事實，所以以已執行論。

以上二說相較，自然要以無效說比較合理些，因爲要犯人銳意自新，首先就要使他易於恢復社會上之信譽，而不留任何惡跡，否則社會以刑餘之人待他，而他也難免走自暴自棄之途，所以現時多數國家，均採無效說，如此利時，法國、盧森堡、意大利、葡萄牙、埃及、保加利亞、日本和我國等，至於採用執行說的，就祇有奧大利刑草而已。

## 附註

- (註一) 見 Garraud, *Traité théorie et pratique de droit pénal français*, T. III, p. 426 note 6.
- (註二) 見 *Bulletin de l'union internationale de droit pénal*, février 1893, p. 66.
- (註三) Boston 州同年設立幼年犯人之監督處，作為執行緩刑的機關，由該州警察總監 Savage 氏擔任這種職務，氏平生熱心從事於這種事業，使世人對於緩刑的效用能有信仰，所以在緩刑制發達史上，我們不能忘懷這位具有特殊功勳的人。
- (註四) 其實英國普通法上早就認為法官有權命被告為品行改善之宣誓，(以一定事件為限)無期延期其審判或刑罰之宣告，*Probation of first offenders act 1887* 更明白規定，除謀殺罪外，經人證明其品行善良及宣誓後，都能猶豫罪刑的宣告。
- (註五) 日本現刑法第二十五條至二十七條均規定採用刑之猶豫執行制，而刑法改正草案，則採用折衷辦法，在第七十五條規定猶豫執行制，在第八十一條規定猶豫宣告制。
- (註六) 日本刑法改正案第七十五條規定五百元以下之罰金，也可適用緩刑。
- (註七) 可參看 Garraud 著前書第三卷第四五〇頁註十。

## 第十章 假釋

所謂假釋，就是犯人在監未屆滿所宣告之刑期，而權令出獄，若在外經過刑期中，沒有不良行狀發生，即以執行完畢論。這種制度創行時，曾引起少數學者的反對，以爲犯人改悔與否，實在不容易考察，雖說是暫時許其出獄，也難保其無弊端。其實，假釋制的功用，不特在消極方面可以補救長期自由刑的弊害，試驗犯人有無累犯的惡性，同時又可藉以測驗科刑之是否得當，而積極方面更可以作爲犯人在獄賞罰的工具，以促其改過遷善，所以無論就那方面說，假釋制總是利多害少，而爲刑事上一種極其重要的制度。

最初採用假釋制度的地方，要算法國的 *petite Roquette* 監獄，不過當時僅實施於幼年犯罪者，所以不大爲人注意（註一）。後來經 *Guillot* 等的提倡，纔在一八三二年制定單行法，規定全國十六歲以下的囚犯，都可以實施假釋。而同時英國學者「馬康奴志（*Maconochie*）在離澳洲大陸八百海里外的勞萍島（*Norfolk Island*）創立『釋放票』（*Ticket of Leave*）」，把行爲優良的犯人，在相監視之下，恢復其自由，這便是英國釋放票的來源，也就是英國假釋制度的開始時期，……到了一八五四年以後，高魯頓（*Crofton*）在愛爾蘭把英國的釋放票制度，大加修改與創設，結果就造成了一個很完備的假釋制度，今日的英國假釋制，就是根據這種愛爾蘭制度的



結果，」(註二)而推行及於一般的囚犯，所以世人每稱假釋制度是由英國所始創的。此後各國先後仿行，推廣之速，幾乎是與緩刑制相等，現在先把各國採用假釋制的時期，略舉於左，以後再進而比較述之。

英國 在一八一四年首先對一般囚犯實行假釋制，一八七七年曾加以修正，即爲現行法。

德國 索遜(Saxe)邦於一八六二年繼續採用，聯邦政府以一八七一年刑法(第二五三條)推行及於全國。

塞爾維亞 一八六九年五月二十二日頒佈假釋法。

瑞士 Neuchâtel 邦在一八七〇年，Lucerne 邦在一八七一年，Tessin 邦在一八七二年，Zurich 邦在一八七三年，Unterwalden 邦在一八七八年採用假釋制。

墨西哥 一八七二年法採用此制。

日本 最初在一八七二年由監獄規則第八條採用假釋制，刑法編纂時又加以規定(第二十八條至三十條)。

丹麥 規定於一八七三年二月十三日之單行法。

美國 自一八七七年感化院成立以後，就採用假釋制度，漸次推行於各州。

匈牙利 於千八百七十八年採用假釋制。

荷蘭 一八八一年刑法第十五條以下規定假釋制。

法國 於一八八五年以單行法推行及於一般人犯。

奧大利 於一八八六年採用本制。

意大利 一八九〇年刑法第十六條以下採用假釋制。

葡萄牙 一八九三年七月二十八日監獄規則第八條以下，規定假釋制。

現在各國假釋制度的規定，相同的地方很多，譬如認為假釋是附條件之一種恩惠，而不是權利，這種恩惠祇能够犯人本人享受，對於其他共犯，毫無影響，以及認假釋為執行刑罰的一種方法，而不是免除刑罰等都是。至於互異的地方，那就更多，歸納起來說，則有（一）假釋的機關，（二）自由刑的種類，（三）已受執行期間的長短，（四）悔改實據的規定，（五）假釋許可的取消等項，茲分別言之。

#### （一）假釋的機關

假釋的聲請各國大概都由監獄官擔任，但是許可的機關，各國規定則不相同，有的認為是元首的職權，譬如瑞典、英國及芬蘭等；有的歸司法部許可，如德國、荷蘭、意大利和我國等；還有的是屬於內務部或行政官廳的職權，如法國、日本等。這種權限的歸屬問題，是隨着各國政治組織和監獄組織的不同，而互異，自然沒有強同的必要，不過就純粹的法理言，假釋是行刑的一種方法，總以屬於司法部比較合宜些。

## (二) 自由刑之種類

假釋的制度，本來就是專爲自由刑而設的，其他像生命刑，財產刑，名譽刑等之不得適用，自無待論。不過徵諸假釋制度的本意，又爲補救長期自由刑的弊害，則無期徒刑和短自由刑是否可以適用？所謂長期又有無明白的限制？關於這些問題，各國規定，真是極其繁雜，有的規定僅限於特種自由刑，纔能適用的，譬如英國限於懲役刑；有的規定某種罪的自由刑，不得適用假釋的，如（一）塞爾維亞規定犯瀆職罪，僧侶犯宗教罪，（二）巨克斯拉夫規定基於貪慾之罪和放火罪，（三）匈牙利規定財產罪和放火罪，意大利規定瀆職罪，財產罪，殺傷罪等。有的限制處無期自由刑不許假釋，如德國（註三）法國（註四）意大利（註五）丹麥（註六）等。反之，得適用於無期自由刑的國家，也有匈牙利，波蘭，挪威，奧大利，英國，日本以及我國等。至於規定不適用於短期囚犯的國家，那就真不少，如丹麥，法國，美國，葡萄牙，德國，奧大利，塞爾維亞，英國，荷蘭，墨西哥，保加利亞，比利時等，而準許短期囚人亦得適用假釋的，那就祇有巨克斯拉夫，蘇俄和日本（註七）而已。以上各種限制，雖都有相當之理由，不過就假釋制在於促犯人改悔的意義觀察，則所謂某種的罪犯，無期的囚人或受短期自由刑執行的人，又何常沒有改悔的可能，法律又何對於此等囚排斥於假釋制之外，於情於理，均非所宜，而且事實上，若犯人已經改悔，還要使他完畢刑期，纔能出獄，則無論對於社會或者個人的利益，都不免兩敗俱傷，那又何嘗是設立假釋制的本意呢？

## (三) 已受執行期間之長短

我國刑法第七十七條末句有「但有期徒刑之執行，未滿一年者，不在此限」的規定，這就是說犯人在獄內至少必需經過一定時期，以便觀察其是否悔改。這類的規定，各國立法例有『有限制制』和『無限制制』兩種，前者又可分為明定年限制，比例制，和混合制三種，採用明定年限制的，譬如丹麥、巴西規定七年以上之懲役囚，經過六年，八年囚經過六年八月，十年囚經過八年，十二年囚經過九年，十六年囚經過十年八月；塞爾維亞規定懲役囚經過二年，禁錮囚經過一年等。採用比例制（即規定曾受其刑執行之幾分之幾）的國家，如墨西哥規定監禁及感化院之囚犯經過刑期二分之一；巨克斯拉夫規定初犯經過二分之一，累犯經過四分之三；葡萄牙規定經過三分之二等。至於採用混合制的，是一方明定執行之期間，他方又規定幾分之幾，譬如說法國規定刑期未滿六月之囚犯，要經過三月以上之執行，其他囚犯，須經過刑期二分之一以後；德國規定刑期經過四分之三者，得請求假釋，但執行期間最少須在一年以上；此外如匈牙利、奧大利、荷蘭、意大利、英國、日本，以及我國等，都有類似的規定。後者則除日本之對違警罪外，就祇有蘇俄了。我們比較這兩種制度來說，前者是以爲犯罪若未在獄經過相當的執行時間，就不容易定其果有悔改實據與否；而後者則以感化在其管理之良否，不在於時間之長短。所以嚴格地說，這要看監獄人才如何以爲斷，換句話說，就缺乏監獄人才的國家，採用第一種制度，可減少監獄人員的舞弊，反之，無限制，纔可以竟假釋之全功。

#### （四）悔改實據之規定

適用假釋必須囚犯有悔改的行狀，這點各國在文字上雖有品行良善或悔改狀況用語的不同，然其意義則實一致，不過還有從消極方面加以規定的，譬如累犯及曾經取消假釋之囚犯，不得適用假釋等，在我國雖沒規定，而匈牙利、意大利及巨克斯拉夫等國刑法，就規定累犯不得假釋，墨西哥、荷蘭等刑法規定曾經取消假釋之囚犯，不適用之，塞爾維亞刑法更規定這兩種條件，囚人有一種，均不得享受假釋的恩惠，爲的是這都是犯人所悔改的反證。

#### (五) 假釋許可之取消

各國對於取消假釋處分的條件，有的在法律上加以列舉的規定。如日本刑法第二十九條第一項，「左記場合，得取消假出獄之處分，(一) 假出獄中更犯罪被處罰金以上之刑者，(二) 就假出獄前，所犯之他罪，被處罰金以上之刑者，(三) 違背假出獄取締規則者。」此外像匈牙利刑法第五十條，意大利刑法第十七條，以及我國刑法第七十八條等，都有類似的規定。有的國家僅設概括的規定，譬如法國一八八五年假釋法第二條第三項規定，「不斷且公然行狀不良，已確實證明者，或違背假釋許可狀所明揭特別條件者，得取消假釋。」至於與法國制度相同的，那還有英國、塞爾維亞、德國、墨西哥及荷蘭等。

這種條件之有效期間（即假釋期間），各國規定，也不一致，多數雖規定以其執行所餘的刑期，做假釋期間，可是也有恐其所餘的刑期太長，而倒設一個限制的。如巴西規定最長不得逾二年，意大利不得逾三年，埃及不得

逾五年等。還有的恐怕所餘的刑期太短，而設立個最低限度的，如比利時規定最短為二年，累犯為五年，挪威規定為三年等。

附註

(註一) 見 P. Cuche, *Traité de science et de législation pénitentiaires*, p. 277.

(註二) 見蘇克友作假釋的研究，載法律評論第十卷第五十期。

(註三) 德刑法第二十三條規定長期刑經過刑期四分之三，短期刑執行在一年以上者，得請求假釋，而不舉無期徒刑，假釋上自不得適用。

(註四) 法國一八八五年法第十四條規定，本法不適用於無期自由刑。

(註五) 見 *La législation pénale comparée, publiée par l'Union internationale de droit pénal*, 1er Vol. p. 121.

(註六) 丹麥刑法規定七年囚經過六年，八年囚經過六年八月等文字，不舉無期徒刑，自不得適用。

(註七) 日本有期懲役或禁錮非經過刑期三分之一之後，不許假釋，而有期懲役或禁錮之最短期為一月，故不滿十日之懲役或禁錮，就無適用假釋之餘地，但關於拘留，日本刑法第三十條，無受刑期間之限制，可算得假釋制度適用最廣的地方。

## 第十一章 時效

因時間的經過，喪失權利或者取得權利的制度，叫做時效，法律上有民法上的時效和刑法上的時效兩種，前者是因之取得權利或喪失權利，後者是因之產生消滅刑事追權或刑罰執行權的結果，這兩者的結果，雖屬不同，而其成立的條件，則一致是在於時間。

從歷史方面看，時效制的產生很早，在羅馬『儒里亞法』(Loi Julia) (註一)就已經規定姦非罪(*delicta carnalia*)的時效是五年，不過當時所謂時效，是僅指刑事追權而言，這就是說在五年內，不起訴者，以後就沒有訴追權，後來法國古代法除承襲羅馬法的訴追時效制度，規定重罪二十八年，輕罪五年，違警罪一年外，還創設了一種普遍的規定，即一切犯罪判決後，三十年以內不執行刑罰者，犯人就取得時效，這可以說是行刑時效的嚆矢，同時也就是時效制度整個確立的時期(註二)。

至於時效制度理論上的根據，學者解釋極不一致，而有所謂神意宥恕、犯人悔悟、證據湮滅、刑罰代替、矛盾調和、以及刑罰權消滅等六說。除神意宥恕說跡近荒謬外，其餘的幾種解釋，都能言之成理，而其贊成這制的存在又屬一致的態度，所以此地倒無容一一加以檢討。不過意大利犯罪學家加洛法羅(Garofalo)氏以為時效制度

若不設法限制，則反爲保護社會罪人的工具，譬如某詐欺取財者，閱五年後再行詐術，雖發覺五年前曾犯詐欺罪，而這次所犯詐欺罪，又沒證據的話，依時效制，就沒法處罰，這還是法律保障社會的本意嗎？（註三）所以他反對時效制，他以爲最少要加以限制，這種見解，就社會方面說，實在值得注意，現時蘇俄英國加拿大加利福利亞州等刑法都承認訴追時效的存在，而不規定行刑時效，或許就是加氏學說的影響罷！

同時採用公訴時效和行刑時效的國家，有全部規定在刑訴法的，有將公訴時效規定在刑訴法，行刑時效規定在刑法的，也有將兩者都規定在刑法的。

採第一種編制法的，如法國埃及土耳其等。

採第二種編制法的，如比利時日本等。

採第三種編制法的，如丹麥德國西班牙匈牙利墨西哥巴羅馬葡萄牙荷蘭意大利芬蘭挪威暹羅和我國等。

採用第一種編制法的理由，是以爲公訴的提起和實行，以及刑的執行，都不外是訴訟關係，和裁判執行的一種，自然要以規定在刑訴法中比較得當些。在採用第二種編制法的，就以爲公訴的提起和實行，是屬於訴訟關係，應當規定在刑事訴訟法裏，但是行刑時效是刑法處罰犯罪的刑罰，因時間經過而不執行，不啻是限制法定罪刑效力的一種規定，自然應該在刑法裏規定。至於採用第三種編制法的，以爲公訴時效也是因爲時間的經過，以致



不能爲犯罪的證明和刑罰適用的請求，與行刑時效同屬於法定罪刑主義的限制，所以應當在刑法典中一併加以規定。這三種主張，見仁見智，固各不同，似均不可厚非，不過若以爲時效制理論的基礎，是刑罰權消滅的話，那還是以第三種編制法，算得是理論上一貫的規定。

時效期間之長短，各國法律約可分爲左列二派：

(一) 不論訴追時效行刑時效，都依重罪輕罪違警罪做標準，如法國刑事訴訟法（六三七、六三八、六四八條）規定，訴追時效重罪十年，輕罪三年，違警罪一年，行刑時效重罪二十年，輕罪五年，違警罪二年，以及比利時，葡萄牙，埃及等國都是一樣的，這是刑法上犯罪三分制的結果，我國自然沒有此制。

(二) 依刑的輕重而分時效期限制，這種制度，公訴時效最多的有分爲七項的，如挪威，塞爾維亞等，最少的分爲二項，如丹麥，瑞典等，其中像瑞士草案分爲無期徒刑以下之罪，十年徒刑以上之罪，五年徒刑以上之罪，五年徒刑以下之罪，禁錮一年以上之罪，和其他刑之罪等六項，以及德國的分爲六項（註四），荷蘭的四項，英國的四項（註五）我國的五項（新刑法第八十條），至於僅規定一項的，就只英國，那可以說是例外。行刑時效最多的分作八項，像我國暫行律第七十四條的規定，就是個例子，最少的分作三項，如荷蘭刑法第七十六條，暹羅刑法第七十九條等，也有折衷分作五項的，如日本刑法改正案第九十四條，我國新刑法第八十四條等。至追訴權的最長期間，則介乎三十年至十年之間，但也有兩個例外，一是英國的判例超出最長期間的三十年（註六），二是美國規定爲

三年，竟超過了最低的限度，不過多數均為二十年及十八年，如我國刑法第八十條及荷蘭刑法第七十條，即其一例，最短期間是介乎五年至三月之間，而多數則為一年，如暹羅刑法是。行刑時效的期間各國規定均較公訴時效為長，有達三十年以上的，最短期也在十年至六月之間，多數則為二年。

起訴時效的起算期各國法制也有三種：

(一) 以犯罪行為開始時做起算期，如瑞士刑法草案第五十九條是。

(二) 以犯罪行為完畢之日起算的，像德國刑法第六十七條第四項及吾國暫行律第六十九條第二項是。

(三) 以犯罪行為成立時作為起算點的，如法國及我國等。

以上三派，第一說以刑法是為着預防犯罪而設的，犯罪行為開始時，刑罰權即隨之產生，時效的刑罰權消滅的起算期，自然應始於行為開始時，這種制度在理論上似乎是言之成理，不過事實上犯罪行為往往有互數月之久的，若是從行為開始起算，就恐怕犯罪尚未完畢，而時效就已進行。第二說在結果犯與第一說同樣難免時效先刑罰權的發生而進行的弊病，在刑事政策上實在是一種大缺點，所以我國仿法國的例子採用第三說。

公訴時效進行中，有時因為其他事故發生，而停止時效進行的現象，我刑法第八十三條就是這類的規定，這種制度各國立法約有二種之不同，一種將時效中斷併入時效停止，使時效易於成立，譬如智利挪威和我國刑法

是。另一種是把停止和中斷的原因分別規定，時效的期限因是可延長很多，如比利時、意大利、墨西哥、西班牙、法國等，都是這一類的。這兩種制度，前者時效易於完成，對於社會秩序也就易於保持，後者能够完成時效中斷的理論，各有得失，自然沒有強同的必要。

行刑時效的中斷，我國刑法也沒規定，至各國法制則尚有二種的不同：（一）犯人被捕時纔算是時效中斷，像比利時日本等，就是這樣規定的。（二）凡是有執行行為（如發捕狀）就不問犯人事實上被捕與否都是行刑時效中斷的原因，譬如德國刑法第六十九條的規定，就是個例子。這兩種立法例，就第一派言，必待犯人事實上被捕，纔能中斷時效，若是一時逃亡，而時期滿後，雖再被逮捕，也竟無法處罰，難免有獎惡之譏。就第二派說，以執行行為為做時效中斷的原因，若是不斷發捕狀，則時效終結沒有完成的機會，這或許就是我新刑法採用中斷併入時效停止制的原因罷！

此外各國法例中還有二制度，是我國所未採用的：（一）刑期已受一部份的執行，而犯人脫逃者，此時就縮短新時效的期限，如挪威刑法第七十三條規定新時效的期間依未受執行的刑期計算，比利時刑法第九十五條及墨西哥刑法第二百九十六條也都有同樣的規定。（二）行刑時效雖經過一部份，而沒達到成立的時期，犯人纔被緝獲，應減輕其刑，例如智利墨西哥及瑞士數州刑法規定「受死刑之宣告，若逾三年或五年而未執行者，不執行其死刑而減輕為無期自由刑」等是。

附註

- (註一) Loi Julia 在年代上考察，約在紀元前十八年或十七年之間。(見 Ferrini *Diritto penale romano*, pp. 345—346)
- (註二) 見 Garrand, *Traité théorique et pratique de droit pénal français* L. II. p. 646.
- (註三) 見 Garofalo, *La criminologie*, pp. 398—400.
- (註四) 即無期徒刑以上之罪，十年徒刑以上之罪，其他重罪之輕刑罪。(以上係重罪) 一年徒刑以上之罪，其他輕刑之罪。(以上係輕罪) 和濫警罪六項。
- (註五) 荷蘭分爲濫警罪，三年徒刑以下之罪，三年徒刑以上之罪，無期徒刑之犯罪四項，英國普通法亦分爲反叛隱匿罪。(Misprision of treason) 擾亂治安罪。(riot) 性之犯罪，濫警罪四項。
- (註六) 英國普通法是以三十年爲最長期，可是在一七五九年關於 William Horne 謀殺案經過三十五年法院仍受理。(見 *Annual Register*, II. 568; *Gentleman's Magazine* de 1759. pp. 604, 627.)

中華民國二十五年八月初版

\*\*\*\*\*  
\* 有 所 權 版 \*  
\* 究 必 印 翻 \*  
\*\*\*\*\*

政法叢書

比較刑法綱要一冊

(32511.1)

每冊實價國幣柒角伍分

外埠酌加運費匯費

編著者 許 鵬 飛

發行人 王 雲 五

印刷所 上海河南路商務印書館

發行所 上海及各埠商務印書館

四二八二上

章

(本書校對者曹鈞石)

上海圖書館藏書



A541 212 0001 7582B

