

刑法總論

刑法總論

湖南 湘陰 瞿宗鐸 編輯

緒論

第一章 刑法與刑事法

刑法者。定犯罪與刑罰之法令（法律命令之畧語，經議會協贊者爲法律，其他爲命令）也有廣狹二義。

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

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

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

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

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

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

公、法、者、定、權、力、之、關、係、私、法、者、定、平、等、之、關、係、何、謂、權、力、關、係、如、國、家、所、定、刑、法、原、欲、保、全、公、之、秩、序、及、社、會、之、安、寧、有、觸、禁、者、即、以、裁、判、所、判、決、以、國、家、權、力、懲、治、而、不、能、中、途、罷、結、和、解、也、故、爲、公、法、何、謂、平、等、關、係、如、國、家、所、定、民、法、凡、爲、婚、姻、財、產、訴、訟、者、皆、能、自、發、自、收、不、必、定、經、裁、判、所、判、決、此、無、異、中、國、之、任、兩、造、私、和、也、故、爲、私、法、以、上、所、言、公、法、私、法、專、指、國、內、而、不、及、於、國、際、若、國、際、公、法、則、固、不、得、以、定、權、力、關、係、爲、其、定、義、也、

第三章 世界刑法史之發達

刑法史之發達。大畧可分二期言之。

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

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

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

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

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

第四章 日本刑法之沿革

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

唐律而編大寶律令。畧參以本國習慣法。明治三年。倣唐明清律並大寶律。而編新律綱領。明治六年。知新律不合用。復參以法蘭西等國法律。爲改正律例。普法戰後。又改而取諸德國。於明治十三年增訂頒布。十五年一月一日實行。即今現行刑法。

日本現行刑法法系所占分量表

歐洲法系占 十分之六		中國占十分之三	日本占十分之一
---------------	--	---------	---------

日本刑法法系時代變更表

第四章 日本刑法之沿革

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

第五章 中國刑法之沿革

刑法之最古者莫如中國。虞書象以典刑。流宥五刑。鞭作官刑。朴作教刑。金作贖刑。眚災肆赦。怙終賊刑。欽哉欽哉。惟刑之恤哉等語。實爲千古刑法之起原。春秋魏文侯時。李悝作法經六篇。曰盜法。曰賊法。曰捕法。曰囚法。曰雜法。曰具法。雖不爲法典。由今論之。即謂法典始於此。亦無不可。漢蕭何復增三篇。合爲九篇。曹魏時劉劭作新律十八篇。自晉及六朝。代有增損。逮及唐代。制定唐律。以當時較之。誠足稱爲完全法典。宋與元均仍之。至明大加修改。定爲明律。大清律多襲其制。而微有損益。中國之有法。實較

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

第六章 刑罰權之根據

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

第一編 犯罪

第一章 總論

第一節 犯罪之定義

犯罪者。刑罰法令中所列舉之有責不法行爲是也。

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

即其差異之處。以下專言國法上之犯罪。

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

第二節 犯罪要素之概念

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

- (一) 普通要素（一般要素）
- (二) 特別要素

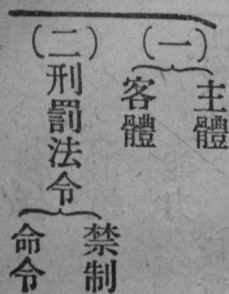
普通要素者。統犯罪全體而言。刑法總論是也。特別要素者。指犯一定之罪而言。刑法各論是也。

普通要素有五。

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

五者缺一。則犯罪不能成立。故爲普通要素。

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



(總論) 普通要素

犯罪

(各論) 特別要素

(三) 行為
積極
消積

(四) 責任
能力
故意
條件
過失

(五) 不法
無權利
非放任

第二章 犯罪之主體及客體

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

第一節 主體

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

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

(一) 自然人。人之何以爲人。何以有爲主體之資格。此哲學家之所研究。若刑法家則祇云人與人所生者。皆得爲人。然出生之始。亦有數級。一疣痛。二一部產出。三全部產出。四發聲。五斷臍。六獨立呼吸。出生時經過前五者。而能獨立呼吸。無論官器之有無缺陷。亦總謂之人。至若人與他動物交合而生者。即令似人。亦不得爲人。羅馬古時。人與人所生之子。而形狀詭異者。不以人待之。殺勿論。且其民法中。定有怪相者不許有相續權。近則不然。以其有自然人之資格也。人生所應享之私權利。彼皆得而有之。若小兒初生於權利義務之能力。皆已缺乏。使咬斷其母乳。而母死。此小兒應治以罪乎。否。此又一問題也。法律中因此有責任年齡之條。未至十二歲。

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

(二) 法人 又分爲二 (一) 社團法人 (二) 財團法人

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

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

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

第三章 刑罰法令

第一節 罪刑法定主義

規定犯罪與刑罰之主義。其下有三。

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

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

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

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

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

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

第二節 刑罰法令之效力

有。效。力。法。令。者。謂。對。於。法。令。推。定。後。所。生。之。事。實。而。得。豫。先。所。定。之。結。果。也。其。中。則。有。三。大。關。係。

第一款 關於時候之效力

刑。法。未。實。施。以。前。所。犯。之。罪。不。能。據。以。判。決。所。謂。刑。法。不。遯。既。往。者。也。然。有。特。例。日。本。刑。法。第。三。條。第。二。項。云。若。所。犯。在。刑。法。頒。布。之。先。而。未。經。判。決。者。比。較。新。舊。刑。法。而。從。輕。決。斷。例。如。殺。人。罪。論。舊。法。須。抵。償。論。新。法。僅。徒。流。則。從。其。徒。流。之。輕。者。是。也。歐。洲。各。國。皆。如。此。岡。田。朝。博。士。不。以。爲。然。謂。當。如。中。國。律。不。論。罪。之。輕。重。俱。依。新。律。所。定。者。科。

斷爲是。

第二款 關於身分之效力

國家所定刑法。凡本國之犯罪者。概歸其統治。此原則也。然有例外數則。

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

(二) 外國君主或大統領。(并其家族從者)

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

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

二項至四項所指者。於邦交上有絕大關係。不能以國內法支配。蓋恐傷兩國感情也。

(五) 有治外法權之外國臣民。日本今已無此條。中國有之。