

朝陽大學法律科

教

刑法總則

王選疏

第一編 緒論

疏 吾國往昔之所謂法律。大抵皆指刑律而言。可見吾國之刑律發達最早。且散見於彝典禮記諸書者。不勝枚舉。無如三代時之法律觀念。至漢唐以後。泯滅殆盡。推原其故。皆由於秦火。致舊有之文明。一炬無存。殊可慨也。

凡一國之法律。必包含固有之法律觀念。與其繼受於先世文明國之法律觀念。始能編成。始為適用於競爭時代之法律。若無保存固有之法律觀念。貿然採取他國之法律。事實上恐多窒礙難行。且固有法律之中。昔雖認為正當。今以為誤謬者。亦不乏其例。則不可不取其長而棄其短矣。吾國之新刑律亦本於固有之原則。參以歐西之學理。編纂而成也。

第一章 刑律之意義

第一 刑律者。規定犯罪。刑罰之法令也。

無論何種法令。皆規定事實與結果。刑律即規定對於犯罪事實付與刑罰之結果者也。

疏 由此定義可分三段以說明之。(一)刑律為一種法令。法令者。法律命令之省文也。一國人民所應遵守之規則。不外法律命令兩種。經國會議決者為法律。不經國會議決。而由政府直接發布者為命令。刑律原則上應以法律定之。以為人權之保障。例外得以命令定之。以應實際之需要。以社會情形。千變萬化。決不能包舉靡遺也。(二)刑律為定犯罪之法令。申言之。即以某種行為。定為犯罪之謂。例如殺人云云。放火云云等是也。(三)刑律為定刑罰之法令。申言之。即定刑律採用何種刑罰以及對於某種犯罪科以某種刑罰之謂也。

刑律之法規。為限制刑罰權者。或以明文指示某種行為為犯罪。或明文雖未揭出。而包有其意。且對於某種犯罪行為而加以一定之處分。非可任意出入罪也。今若為刑法下一定義曰。刑律者定刑罰之律也。亦未為不可。而依其內容多犯罪之條文。故英有罪刑律之名稱也。

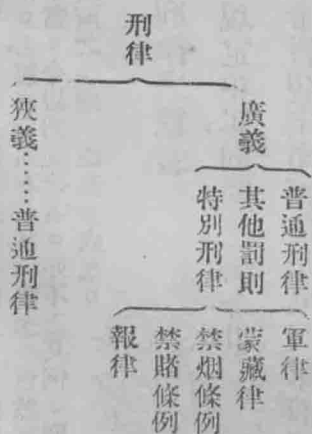
德國Larenz曰。刑律者。以對於犯罪之事實。而附以刑罰之結果為目的。所規定之國家法規也。近來採之者甚多。然無論何種法律皆有事實結果。(民法有損害之事實即有賠償之結果)不獨刑律之內容為然。

故不若今所講之定義。較為簡明易曉。刑與罪。古無分別。今學者劃然分為二矣。俗云犯死罪。犯徒罪。是皆罪與刑不分之觀念。而不知犯死罪者。犯死刑之罪也。犯徒罪者。犯徒刑之罪也。罪與刑有因果本末之關係。罪。因也。刑。果也。罪。本也。刑。末也。不可混而為一也。

第二 廣義刑律與狹義刑律

刑律有廣義狹義之別。廣義刑律。乃指法令中凡規定犯罪及刑罰之關係者而言。無論普通刑律與特別刑律。皆包括在內。狹義刑律。則專指普通刑律而言。

疏 廣義刑律。又曰實質的刑律。狹義的刑律。曰形式的刑律。茲再列表如左。



第三 普通刑律與特別刑律

刑律因所支配區域身分事項之範圍而有普通特別之分。普通刑律所支配區域身分事項最廣。特別刑律則有一定之限制。

疏

普通刑律。即指暫行新刑律而言也。惟無論爲普通刑律特別刑律。皆有一方面犯罪。一方面刑罰之規定也。普通刑律所支配（即效力所及）之區域身分及事項最爲廣泛。原則上無論何地何人何事均受其支配。特別刑律之效力所支配。則限於某區域某身分某事項。以區域言。如番例條款之適用範圍。祇限於番藏諸地。以身分言。如海陸軍刑事條例。原則上僅適用於海陸軍人。以事項言。如官吏犯賊治罪條例私鹽治罪法。僅以官吏貪贓製造私鹽罪之特定事項方能適用之。

第四 刑律總則

刑律總則。其效力不僅及於刑律分則各條。並及於其他法令之無反對規定者。故新刑律第九條規定曰「本律總則於其他法令之定有刑名者。亦適用之。但有特別規定時不在此限。」蓋本律爲刑罰法令之根本。故本律總則。原則上於一切刑罰法令皆可適用之。

疏

總則者。規定犯罪及刑罰之普通規則也。分則者。規定各罪成立要件及其處分之規則也。總則之效力及於分則各條。例如分則中殺人傷人竊盜放火決水各條之罪名。而總則第十一條未滿十二歲

人之行爲不爲罪。第十二條凡精神病人之行爲不爲罪。第十三條非故意之行爲不爲罪。若有此三者之一。縱犯殺人或傷人等罪亦不受其處罰。是分則各條皆有總則之規定。而總則之效力能適用於分則各條之例也。簡言之。即分則各條皆有一部總則也。且其效力不但及於分則各條並及於刑律以外之罰則。即新刑律第九條之所謂本律總則於其他法令之定有刑名者。亦適用之是也。如違警罰法第四十五條有左列各款行爲之一者處五日以下之拘留或五元以下之罰金。使有左列各款行爲之一者。爲未滿十二歲人。或爲精神病者。亦不爲罪者是。

又第九條云。但有特別規定時。不在此限。如禁煙條例附以明文。本條例不適用刑律總則之規定。故一且有未滿十二歲人或精神病者。犯禁煙條例。則不能援刑律第十一條及第十二條之規定。而謂爲無罪。蓋禁煙之目的在使一般煙癮者淨絕爲止。不能以未滿十二歲人或精神病者而不禁之也。且刑律爲刑法中之普通法。禁煙條例爲刑法中之特別法。而特別法優於普通法。乃法學之常識也。鑛業條例第一百三條違背本條例之規定或違背依據本條例所發命令之規定者。不適用刑法中減輕再犯加重及數罪俱發之例。此亦爲有特別規定時。不在此限之例也。（又講義上所謂反對規定。即九條所謂特別規定。）

第二章 刑律之沿革

第一 個人復讐時代

在昔草昧時代。無所謂國家。亦無所謂團體。人類相互之間。與其他動物之關係不少差異。蓋人類皆以滿足一己之慾望爲本性。但人人各欲達其慾望之目的。彼此利害衝突。勢所不免。於是方逞其強暴掠奪之手段。他方亦不得不力圖自衛。或反從而攻擊之以圖復讐。然則防衛與復讐之觀念固爲原始的刑罰觀念之最爲顯著者。

疏

上古時代。茹毛飲血。穴居野處。無所謂共同之生活。即無所謂共同之秩序。惟以滿足一己之慾望爲念耳。

第二 血族復讐時代

泊乎人類羣居而後。遂以同一之血族。結合團體。逐水草而居。無一定之土地。其團體之安寧。悉賴神明保護之。苟有團體員或團體以外之人。妨害團體個人者。即爲獲罪於神。必放逐於團體之外。對於異族則合團體全力以與之戰。於是個人復讐觀念。一變而爲血族復讐之觀念矣。

疏

今之刑律。非爲被害者復讐。乃爲維持國家社會之秩序也。

第三 贖罪時代

其後社會漸次發達。其團體遂有一定之土地。而其結合亦不能僅以同一之純粹血族組織之。對於犯罪之刑罰。不徒恃放逐殺戮諸手段。亦漸料以其他身體刑。自由刑。財產刑等。禁止私鬪復讐之風。定金錢賠償之制。以金錢賠償被害人。對於加害之血族團體。亦許其繳納金錢以

贖罪。而今之罰金刑之觀念。遂胚胎於此矣。

疏

中古時代。日耳曼盛行贖罪制度。其大概之情形如次。

(甲)對於殺人之贖罪。以土地之多寡。與被殺人之身分貴賤男女長幼。定賠償之輕重。

(乙)對於其他犯罪之贖罪。以身體之部位重輕。定賠償之重輕。

假如加害人。為貧窮者。無力賠償。將此加害人。作為被害人之奴隸可也。萬一被害人死。無可以為奴隸。由團體宣告剝奪其人格。凡此種之制度。其目的不外安頓被害人心。與今刑律之目的在維持國家社會之秩序不同。然推近代刑律罰金制之由來。亦未嘗不始於日耳曼。

第四 國家團體時代。

迨至國家團體組織而後。刑罰之觀念。遂不專以賠償慰藉被害人為目的。而認為國家生存土必要之手段。於是制定法。以明各人所屬之權利界限。有蹂躪之者。則強令其賠償。或視其損害為重大者。則以其行為為犯罪。對於犯罪之人加以刑罰之制裁。以行國家所有之刑罰權。而規定此犯罪與刑罰之法。即刑律是也。

疏

中世紀。即希臘一千五六百年間。中央權力日益發達。私刑贖罪之制。一律禁止。其刑罰權專屬於國家。認國家為主權之主體。主權即為國家成立之要素。(國家以人民土地主權三種而成)刑罰權亦主權作用之一。惟國家乃有刑罰權。蓋國家因欲維持社會秩序。則不得不有刑罰權。若無刑罰權。即不能維持社會之秩序矣。

第二章 刑律與刑事律

刑事律者。關於刑事法規之總稱也。刑律係屬刑事律之一部。若欲運用此刑律於實際。必藉其他關於刑事之法。而後始克全其效果。試舉其重要者於左。

疏

國家制定刑法典。無論法典之內容如何完備。然使適用此種法典之機關。不得其當。或程序上並無詳密之規定。則雖有完善之法典。不獨不能合於立法之本旨。且終至於凌亂無秩。無以收刑律上之效果。此本

章所以有規定之必要。而亟宜說明者也。

第二 法院編制法（職制法）

既規定司法官之組織及其權限之法規。謂曰法院編制法。即規定適用刑律之機關之法律也。法院主字彙指審判檢察兩廳而言。

疏 官制官規。普通以命令規定之。誠以用人行政之大權。操之元首也。然有爲慎重其事起見。而以法律規定之者。如法院編制法是。蓋欲其獨立盡職。必使其權限地位鞏固。而不得動搖。舍命令規定。而用法律規定者。意即在此。蓋有良法而無運用其法之機關。猶之猶有良善之教科書。而無學校教員以運用其教科書。終無益也。法院編制法規定審判檢察兩廳。意亦猶是。法院編制法。日本名裁判所構成法。不

如吾國之名爲法院編制之概括審判檢察之管理事件爲民事刑事。本講義專取其刑事事件者。以民事非本講義所及之範圍也。其專列法院編制法。亦同此意。

第三 刑事訴訟律（程序法）

規定刑事訴訟程序之法規。謂曰刑事訴訟律。一國之刑律雖極臻完美。苟無刑事訴訟律爲之輔助。官吏或不免有任意操縱之弊。其害殆較諸不完善之刑律爲尤甚。蓋刑律乃規定罪與刑之法律關係。而刑事訴訟律。即規定運用此刑律之方法者。

疏 有良法矣。有機關係矣。有執法之人矣。而無程序法焉。裁判官不免有操縱之虞。是非倒置。輕重失宜。殺人者逃法網。無辜者受重刑。如此等類。不一其例。是人民之生命財產。仍立於可動之地位。有程序

法焉。則檢察廳如何爲原告。如何逮捕。如何羈押。如何調查證據。如何訊問。如何預審。皆有一定之規定。茲舉例以明之。刑事訴訟條例第六六條規定。訊問被告。至遲不得逾翌日。第七〇條規定。訊問被告。不得用強暴脅迫利誘詐欺及其他不正之方法。而人民之權利安固矣。總之。有法尤貴有用法之人。有法而不用。等於無法固也。用法而不得其人焉。亦等於無法也。我國人民素無尊重法律之觀念。法令多如牛毛。而法令自法令。違法仍違法。默思吾國法令。頒布施行。已歷多年。而吾國司法制度。仍未臻完善。誠可慨也。

第三 監獄律（執行法）

監獄律爲規定執行刑罰之機關及其制度之法規。近世歐美各國刑罰主義。蓋無不趨重於感化主義。其能貫徹此主義與否。即視其國獄制之改良與否而斷定之。然則監獄律者乃收刑律上最後效果之法規。其於刑律之關係亦可以見矣。

疏 古之所謂監獄。或暫時拘留未判決之被告人。（似於未決監）或拘留已判決而尚未執行刑罰之犯人。其思想宗旨。不過爲暫時羈押而已。而今之監獄。專爲執行自由刑之機關。其刑律全部。除生命刑財產刑外。屬於自由刑者。居大部分。所謂自由刑者。即新刑律中之徒刑拘留是也。禁止其身之自由。而與社會相隔離。並施以種種感化教育之方法。以改良其犯罪之惡癖。養成其勤勉之習慣與有秩序之性質。故第一須服從紀律。第二須勤勉。蓋昔原爲放蕩人。今能有此二者。其犯罪之惡癖。自可消滅殆盡。新刑律制度十之八九爲自由刑。處所刑者少。以自由刑收效最著故也。蓋對於犯法者。與其施以夏楚鞭撻。致蹈累犯之弊。何如施以自由刑。使其化莠爲良乎。觀於刑事統計表。自自由刑實行以後。累犯者日見其少。其成效不可爲不大矣。

以上三種法規。皆與刑律相輔而行。缺一不可者。故刑事律乃合刑律及各種刑事法規而爲一名稱也。

第四章 刑律史之大要

古代法律大抵屬於刑律者居多。凡私人權利義務關係及官吏懲戒處分問題。悉規定於刑律。幾若刑律以外無法律也。故即以一般法律之歷史。視爲刑律歷史。亦無不可。洎乎近代以後始有獨立之刑律史。茲姑就歐洲日本及吾國之刑律沿革分別說明。其詳細應屬刑律沿革學之範圍。本章不過述其大略耳。

第一 歐洲刑律之沿革

歐洲刑律乃合南部最古之法律與耶蘇教之誅心主義及北部習慣之反坐主義融合而成者。蓋南部屬於耶穌教主義。大抵以成文法為主。北部則屬於日耳曼主義。其法律多據習慣。兩主義各有偏倚。迨後南北競爭。互易文明。而刑律亦因之融合爲一。其原因蓋非偶然也。

疏

歐洲之一切文明。如美術文學等。皆由南北融合而生。不僅法律中之一種刑律而已。歐洲最古之法爲南部之羅馬法。其內容不僅刑律一項。實不足爲完全之法典。經王朝帝制共和朝後。始定其名詞爲羅馬法。若問羅馬法規定於何時。實難解答。今之公私法。皆發源於羅馬。而尤以民事爲多。茲就刑律論。希臘哲學及耶穌教均重誅心主義。至北部之最盛者。爲日耳曼人種。羅馬因南北交通。遂進取北方。而北方之蠻族與之抵抗。此即爲歐洲發生文明之起點也。

羅馬法之特色。在誅心主義。或曰主觀主義。以意思之有無。定犯罪之輕重。故意犯罪則罪重。過失犯罪則罪輕。日耳曼法之特色。在反坐主義。或曰客觀主義。以損害之大小。定犯罪之輕重。損害大則從重。損害小則從輕。一重原因。一重結果。南北之不同如此。其後南北交通。文明互換。而刑法思想亦漸漸發達。遂得以融會貫通。折衷盡善。一洗從前偏重之弊。推究其融合之故。有屬於普通之原因。有屬於特別之原因。茲分而述之如次。

普通之原因者何。戰爭通商是也。自南北交通後。互相戰爭。即互有勝負。各以自己之地之法律輸入於所征服之地。而他方面又復輸入習慣。故此兩部。雖屬仇敵。而適爲文明交換之機會。且南北戰爭。決無不休之時。故戰時爲干戈。迨至化干戈爲玉帛。而入和平時代。則南北貿易。在所不免。北之經商於南者。將南部法律政治各書購回北部。以供研究。故貿易日益發達。而法律採取之主義亦愈進步。特別之原因者何。學校法典是也。南北既融合爲一。南北之書牘亦互相交換。而當時又有法律注釋家在意大利北部波羅尼亞法律學校。日耳曼亦派人留學於此。由是南部之文明輸入於北矣。

歐洲各國除希臘有成文法外。餘率以習慣爲法。南北之智識發達。各知非成文法不克。故十五世紀德皇（二）第五編纂法典以調和南北爲主義。十八世紀有拿破崙法典亦取融合主義。較從前尤爲進步。各國爭相仿效。至十八世紀後刑法法典始大備矣。

第二 日本刑律之沿革

日本古代無成文法律。其犯罪處罰。皆以固有之習慣定之。大寶二年始編大寶律令。其內容悉仿唐律。參以本國習慣。是爲日本成文法之始。明治三年編定新律綱領。仍以中國法系爲宗。合唐明清律及大寶律而成。尤與明律爲近。明治六年（同治十二年）頒布改定律例。採用懲役刑之制。是爲漸進於歐州法系之刑律。及明治十五年復施行法國學派之刑律。至明治四十一年廢止。即今所謂日本舊刑律是。日本現行刑律乃由明治十七八年起草。幾經審查改訂。於明治四十年議會通過。四十一年施行之刑律是也。

疏

攷日本與中國交通。以隋唐之際爲最盛。遣派學生留學中國。爲遣唐使。迨至學成而歸。故日本之風俗習慣。文物制度。皆仿倣中國。其刑律之內容。亦爲笞杖徒流死五刑。並有所謂八虐。如謀反。大逆。謀叛。惡逆。不道。大不敬。不孝。不義。此外又有衛禁律。賊盜律。職制律等。名目。皆唐律所固有者。且盛行緣坐（株連）法。是日本全部之刑律。均抄襲中國矣。經數百年後。國王兵權移於武門。皇上徒擁虛名。而其司法制法權。亦委任諸幕府。斯時刑律略有增減。而大致無根本之更動。明治初年破除幕府之制。明治三年改訂新律。其綱領仍與中國同。逮至明治六年。改定律例爲逐條編纂之體裁。取懲役刑監禁制。始稍稍近於歐西者。厥後聘請法國刑法學者波梭那德爲法律顧問。並起刑律草案。雖施行法國學派。而根據於舊思想者爲多。無最新之學理。此明治十七八年所以不得不復事編纂也。

第三 中國刑律之沿革

中國刑律應以尙書舜典。象以典刑。節爲刑律之起原。繹其意有與今之刑律法理相合者。然仍不足爲成文法典也。春秋魏文侯時。李悝作法經六篇。自是始略具法典之形式。漢蕭何加入三篇。謂曰九章律。曹魏時陳羣劉劭等。復作新律十八篇。及唐律制定始有完全之刑律法典。宋元明諸律大抵以唐律爲根據。大清律仍襲明制。光緒三十二年。當局者知大清律不能適用於今

之社會。乃創設修訂法律館。延聘日本岡田博士起草刑律。三十三年之末草案告成。宣統元年復加以修正。宣統二年十二月經資政院議決頒布迄今仍沿用之。

疏

尚書大禹謨。刑罰於無刑一語。尤與今之刑事政策相合。如現今之猶豫刑。暫釋制度。感化主義。皆欲達刑期無刑之目的也。

唐虞之刑。刑不可考。惟以見諸舜典者證明之。則舜典中有象以典刑。流宥五刑。鞭作官刑。扑作教刑。金作賕刑。皆炎肆赦。怙作威刑等語。而引申其意義焉。象。如天之垂象以示人。而典者常也。示人以常刑。所謂墨劓剕宮大辟。五刑之正也。所以待夫元惡大憝。殺人傷人穿窬淫放。凡罪之不可宥者也。流宥五刑者。流。遣之使遠去。如下文流放竄殛之類也。宥。寬也。所以待夫罪之稍輕。雖入於五刑。而情可矜。法可疑。與夫親貴勳勞而不可加以刑者。則以此而寬之也。鞭作官刑者。本末重罪。官府之刑也。扑作教刑者。夏楚二物。學校之刑也。皆以待夫罪之輕者。金作賕刑者。金。黃金。賕。贖其罪也。蓋罪之極輕。雖入於鞭扑之刑。而情法猶有可議者也。今之罰金刑實與此無異。皆炎肆赦者。言。謂過誤。災。謂不幸。非。縱也。若人有如化而入於刑。則又不待流宥賕贖而直赦之也。怙。惡。謂有恃。終。謂再犯。若人有如此而入於刑。則當宥賕贖。亦不許其宥之。不。謂上。賣。而必利之也。今之具發罪累犯罪。皆可包括於怙終二字之中。由此以觀。數千年後所發明之學理。乃不出於三代之上之法理矣。

李悝。去。經六篇。即。因捕難具。蕭可又添戶與廩二篇。謂之曰九章律。曹魏時陳羣等又作科抄。詐僞。毀亡。告劾。繫獄。斷獄。請賊。驚事。偵賊。成十八篇。然其中究無何罪以科何刑之規定。故不得謂之法典。唐律始有罪名刑名之分。即宋元以至前清之所沿用者是。然其律拘於法定主義。義與擅斷主義不同。擅斷主義。裁判官擅自判斷之謂。法定主義。凡犯罪皆本刑法一定之明文判斷之。不少有縮之法寓乎其中。如同是殺人之犯。一為父兄報仇。一為以惡報德。則科刑自當分別輕重。而唐律一味死據法律。今以大清律證之。有賊欺至百二十兩以上處以絞監候。百二十兩以下。即處以追放刑。則是百十九兩者。即不同於百二十兩。其不當執甚。故唐宋以來之律。謂之曰死律。准曰不然。現名例不完全。(如殺人之罪。雖分謀殺虐殺詐殺殺妻殺妾等名。然皆不過於手段上區別。究有何益。)援用上究難確當。此皆缺點也。

雖然。以上所述。係就中國古代刑律而言之耳。茲再就中國新刑律而公述於次。

適當年限。(十五年或十六七年均無不可。)蓋各科其罪之理由無他。如一人共犯十八年之罪。十年之罪。在大赦前。三年及五年者在大赦後。決不能不分別處理。即在大赦以前者無論已。其在大赦後者。須按其所犯之年處分。(十年已赦免。再合併三年及五年為八年。科刑即在五年以上。八年以下。)此各科其罪之大便宜也。

(七)未遂罪中有不能犯中止犯之規定。未遂罪本為已着手而因意外之障礙不遂者也。各國刑律皆於此有規定。然其於不能犯及中止犯之規定概無。不能犯者。即犯罪之行爲斷不能發生結果之謂。如甲欲毒人求砒霜於乙。乙知之而予以其他無毒之藥。則決不能將其人毒死。然甲之苦心已爲謀害。若無明文規定。則遂爲無罪之人。中止犯者。係犯罪已着手。因己意而中止者是。如甲欲毒人。將毒藥安排已妥。而又翻然改悔者。處刑時若無特別明文規定。必至有過甚之處。新律均規定之。此其特點也。

(八)總則中規定緩刑假釋制度。緩刑者。即猶豫制度。令犯罪者暫於拘留期間內改過遷善。假釋者。即徒刑受一定年限之後。若有悔過之實據。即暫行釋放。如在假釋期間內無他事故。即免除其刑。此二者皆刑事政策之一重手段而已。各國刑事統計中。緩刑假釋之人。多爲良民。惟以單行法施行。將此制規定於刑律總則中尙未有也。

(九)關於分則之特色。各國法典關於分則有性則上之區別。如分公益及身體財產爲二部是。然此區別殊未允當。蓋無論何種罪名。無有不關於公益者。如殺人一事。對被殺者雖爲身體上之關係。而就社會上言。殺人即爲妨害公益。吾刑律無此種區別。又關於妨害國交罪。規定特詳。不知者以爲非。然細玩之。則誠要舉。故於資政院議案時回復原案。蓋以世界平等主義言之。各國皆爲對等關係。若我國於國交上規定甚善。外國亦當相等待我。其交換主義。實係如此。又況我國處此積弱之餘。關於犯國交罪有詳密之規定。則正可爲預防外國肆意之要求。豈不善哉。

雖然。新刑律雖有以上各種特色。然凡一法律之施行。必賴其他補助法及各機關之補助。刑律雖善。若各級審判廳不得其人。檢察官辯護士未能盡職。而又無適當之訴訟法以補助之。安見其行之無弊。惟此係無人材之過。究非立法者之不善也。

第五章 刑律之效力

凡一國法令。皆具有實施之力。即所謂法令之效力也。刑律爲法令之分派。其效力所及。得區分爲三。(一)關於時者。(二)關於人者。(三)關於地者。試分別說明如左。

第一 刑律效力之關於時者。

法令之效力存在期間。應以頒行後廢止前爲準。此一般法令之通則。不獨刑律爲然。新刑律第一條第一項於其效力之始期。已明揭之矣。故頒布後之犯罪事實。若在頒布以前實施者。則行爲之當時。本無處罰之法令。原則上自不得依其後之法令處罰之。否則不獨與第一條第一項之規定不合。且與第十條法律無正條者不爲罪之規定。大相背馳矣。是即所謂刑律不溯既往之原則是也。

疏 法蘭西立憲議會一千七百八十九年人權之宣言中有法律效力不溯既往一語。載在當時憲法中。此即此原則之濫觴也。然此非專指刑律而言。第刑律關於此原則亦爲切要耳。蓋刑律若溯既往。則人人將立於危地。其貽害將不堪設想。與他法不同。新刑律第一條第二項其頒行以前未經確定審判者亦同。夫審判何以確定乎。即犯罪者既經檢察官確據實證。經審判官判決。以判決書載明事由。復經一定之手續。一定之時間。而後有效。非一經判決。即爲確定也。故判決欲確定。必經下列三種之一。(一)已拋棄上訴權者。(二)已經一切上訴者。(三)已逾上訴期間者。由上三種觀之。似有第三種。可以不用第一種。(一)逾期而不上訴。似即爲拋棄其權。(二)抑知所謂拋棄者。係聲明拋棄上訴之權。故聲明之後。即可從聲明之日起執行刑罰。不必俟滿上訴期間方爲拋棄也。

雖然。刑律不溯既往之原則。亦非無絕例外也。新刑律第一條第二項曰。一其頒行以前未經確定審判者亦同。但頒行以前之法律。不以爲罪者。不在此限。一釋其意義。犯罪行爲。在頒行以前。而確定審判在頒行以後者。須分別舊律以該行爲爲犯罪與否。而斷定之。若舊律以爲有罪。而新律亦以爲有罪者。則不問新律之輕重如何。概依新律。其舊律原屬無罪者。雖新律爲有罪。亦從舊律處斷之也。

日本及歐洲各國之刑律。於頒行前之犯罪行為。未經判決確定者。多採不分舊律新律。從輕處斷之主義。若經二次以上改正法律。則從其最輕者。其主張雖有種種理由。然已屬舊說。仍以新刑律從新處斷之主義為當耳。

疏

此所謂例外者。即依行為而論。在舊律時代。依判決而論。在新律時代。在此種情形。當審判之時。如何適用法令。則不可不加以研究。夫人民但對於現在法律之範圍內有遵守之義務。且未頒行以前。人民不知其法律之內容。亦無預料其將來有罪而不之為。在日本舊刑法用從輕處斷主義。其第三條第二項有曰所犯在頒行前未經判決者。以照新舊刑從輕處斷。改正刑律第六條曰。因犯罪後之法律。刑有變遷時。適用其輕者。據以上觀之。可知皆取從輕主義。不獨日本為然。法蘭西荷蘭挪威等國皆同此主義。其用此主義之原因。由古代刑律失之太重。故自十九世紀法國大革命後。力矯其弊。而改為甚輕之刑律。各國繼起而改正之。均效法國之法典。故其主義相同也。至各國學者對於此主義主張之學說有四種。茲分述如左。

(一)權利說。謂犯人當犯罪時有受犯罪時之法律上之權利。故舊律之刑輕。則當從舊律處斷。

(二)半允說。即一罪在舊律屬於輕刑。新律屬於重刑。若同時有犯此一罪之二人。一人已按輕刑判決。一人因他原因未確定判決。至新律時代。終判以新律之重刑。殊不公平。

(三)寬嚴說。刑法與其失之於嚴酷。不如失之於寬縱。故從輕處斷。即此寬寬毋嚴之旨。

(四)事實說。凡法律對於事實之有效力。實從事實之發現而生。今犯罪行為之事實。在舊律時代。與新律時代之事實不盡符合。故宜從輕處斷。

以上四種學說。雖頗有理由。究不完善。如第一說。人民有受犯罪時之法律之權利。則是以刑法為權利也。夫公法之制裁。皆係強制力。刑法者。公法之一種。以人民受刑事上之制裁。即為權利。烏乎可。

況以權利言之。欲保舊律時之權利。即言從舊處斷。則又何必曰從輕處斷。第二說。同時犯罪二人。因判決時代不同。而有輕重之差。故宜從舊律。殊不知概用舊律。亦有不平。如在舊律時代犯罪而未經判決之人。至新律時用舊律處斷。若此時有與此人同犯一罪之事實發生。則對於此人又用新律。比較上仍不得平也。第三說之寬寬毋嚴。是將刑法視同市恩之具。夫國家設孤兒院養濟院等本為一種恩政。刑法不然。刑法者保護國家安寧秩序之法也。只宜以適當為是。不必論寬嚴也。第四之事實說。一事實不因時代而變。殺人之事實。決不能至新律時代變為竊盜。若舊律時代之事實。當按舊律處治。則儘可謂為從舊處斷。何必曰從輕處斷乎。

吾新刑律係採從新主義。其所主張之理由有三。(一)如謂不採從輕主義而採從新主義。若新法重於舊法

。則犯罪者不能受輕刑之利益矣。殊不知刑律乃為維持社會之秩序而設。有強制之力。並非為犯罪者之利益與否而規定之。簡言之。刑律為維持社會秩序而設。非為個人利益。故即令新律之刑重於舊律。亦當從新處斷。(二)凡裁判必須適用法律。而法律必須適用其當時有實施力者。然後可以適用。舊律既已廢止。其實效力已經消滅。斷無裁判之時。而適用已消滅之舊律之理。故當用新律。(三)法律之所已改正。必由於舊律之不善。既已改正新律。則新律之完善也明矣。以刑律之完善。裁判時自當適用完善之法律。斷無適用不完善法律之理。因有以上三理由。故中國取從新主義。且有沿革之關係。唐律及清律皆有明文。而於今之學理亦無衝突。按(一)之理由。屬於目的說。(二)之理由屬於法令之效果說。(三)之理由。屬於法令完備說。

第二 刑律效力之關於人者。

刑律之效力。原則上可以及於國內一切之犯罪人。然於有特別身分之人。雖其行為顯為違背刑罰法令。亦不負刑事上之責任。其關係有由於國內法者。有由於國際慣例者。有由於特別條約者。試列舉於左。

一 大總統。

疏

大總統並非離開刑罰。惟因其在職務之中。不能即時及之。揆其所以。則因障礙之故耳。夫大總統為一國政權之所寄。一旦懲戒之。則非特對於本國政治上有妨礙。即外交上。亦足引起意外之問題。此

其障礙者一。大總統非可任意選出。若因治罪而改選。則政黨紛歧。一時難成。此其障礙者二。然大總統離任而後。雖可加以從前犯罪之刑。惟亦有因時效問題。(刑第六十九條)若任期雖滿。而犯罪之時效未。則固可免罪。否則雖盡守而後。亦無可如何。

吾國憲法第九十條曰。大總統除叛逆罪外。非解職後。不受刑事上之訴究。然此種規定。是憲法上之一種特殊情形。係指總統犯叛逆罪而言。非謂其他犯罪在職務中應負國法上之責任也。雖然。此輩就吾憲法而言之耳。若美國大總統不獨叛逆罪應受彈。即以私人資格所犯之罪。雖在職中。亦准訴究。法國一八七五年二月二十五日憲法第六條規定。大總統犯大逆罪時。負責任。同年七年十六日憲法第十二條規定。大總統以私人資格犯罪時。亦應負其責任。然則大總統在職務中。是否受刑法之支配。要視其憲法上如何規定而斷。

二 國會議員

疏

近世各國通例。國會議員於刑法上有特別之限制。吾憲法第六十八條云。兩院之議員於院內之言論及表決。對於院外不負責任。六十九條第一項云。兩院議員在會期中。除現行犯外。非得各本院許可。不得逮捕或監視。由此兩條觀之。議員在議院中為議案詆毀政府或他人。則不能加以侮辱之罪。按新刑律第一百五十五條（侮辱官吏罪）第三百六十條（侮辱常人罪）中有公然侮辱一語。公然侮辱者。即多數人知之之謂。以議院而論。其為公然無疑。惟議員在議會中詆毀政府或他人。即按第一百五十五條處罪。則議員何以盡職務。此憲法所以有六十八條之規定也。又議員犯小罪者亦多。若因犯一小罪。即向議院逮捕或監視。則於議案所關甚大。此憲法所以有六十九條第一項之規定也。然此種特別規定之理由有二。（一）使議員能自由發表意見以實行其參政權。（二）恐政府以特別手段使議員不能實行參政權者是也。然議員不負刑事上責任亦有二限制。（一）在議院內。（二）發表言論及表決。據（一）言之。使不在議院內。而開演說會。痛詆政府或他人。則不能免刑律百五十五或三百六十條之罪。據（二）言之。若在議院中打傷同人。當以普通法律處治之。然則議員之不負刑事上責任有特別之限制。非絕對無刑事上之責任也明矣。

三 外國君主大統領及其家族與非內國人之從者

疏

外國君主大統領。在本國不受法律之支配。固不待言。如遊至外國。其負外國法律上之責任與否。學說亦頗不少。（一）國際法之原則。國與國皆立於平等之地位。一國之君主大統領。即總攬一國主權之人。本國之主權者。既不受本國法律之支配。則他國主權者至本國。其不受本國法律支配。更何待言。（二）國家法令。乃治者對被治者之關係。故法令之支配力。斷不能以他國之主權者為本國之被治者。使之受其支配。此二說理由甚明。但其家族與從者不能包括在內。故欲解決家族及從者不受法律支配之故。無非外交之關係是也。譬如其家族從者因犯一小罪。遞按本國法律以捕治之。勢必惹起外交上之惡感。故為重視邦交不能不與以特權也。

四 既經信認之外國交際官（大使公使書記官書記生使署附屬武官及候補外交官）軍使。

及以上外交官等之家族與非內國人之從者。

疏

外國派遣公使。必由住在國承認後。又經公使遞遞國書之手續。方為信認。若外國交際官。未經信認以前。遊至本國。與普通外國人之資格相同。不得享有治外法權。故治外法權之發生。以信認為始。