

新刑律釋義

無錫秦瑞玠編

新刑律釋義

上海商務印書館印行

新刑律釋義附識

新刑律之編訂爲近年革新事業之一種迄今未及實行留爲民國之資藉雖因政體變革有須刪改之處而此嶄新法案自與清舊刑律迥不相同民國新刑法典之頒布需時各處司法機關不能一日無法律之依據現將江蘇及浙江江西湖南各省臨時省議會均經先後議決中華民國刑法頒布以前暫准新刑律之通用誠屬法治國當務之急本書係八月初旬出版雖尙在各省光復以前而過渡時代之暫行刑律既照江浙等省議案條文仍多採用且於總則一編尤少削改之處是則一切解釋亦自當然足供參攷略無先後異同之慮除江蘇江西湖南議會包括承認分別通用外浙議會修正各條附列於左以別去取而便省覽謹此附識

浙議會修正刑律之條件

第一條 本施行法依刑律草案修正自都督公布之日起爲有效日期

第二條 本施行法自中華民國刑法頒布之日失其効力

第三條 刑律草案凡左列各條不適用之

(一)關於法例之規定 第一條但書第二款乃至第八條

(二)關於恩赦之規定 第六十九條

(三)關於文例之規定 第八十二條

(四)關於侵犯皇室之規定 第八十九條乃至一百條

以上爲國際上及滿制不適用之律

(五)關於內亂之規定 第一百一條乃至一百七條

(六)關於外患罪之規定 第一百八條乃至一百十七條

(七)關於妨害國交罪之規定 第一百念三條一百二十四條

(八)關於漏洩機務罪之規定 第一百二十九條乃至一百三十五條

以上軍政時代當從軍法裁判

第四條 刑律草案稱中國者一律稱民國稱臣民者一律稱人民

第五條 刑律草案稱御璽制書者削除之

第六條 凡罪犯習藝所未成立之處所得徒刑拘役一律改爲監禁

第七條 (附錄標題內) 憲政編查館奏定刑律實行後(十二字刪去)

(附錄第一條內)第八十九條第一百另一條(十一字刪去)

大清新刑律釋義序

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

五宜重科學也。法律學爲精神的科學。刑法爲其一端。立法之是非得失。宜以科學

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

本乎科學者也。

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

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

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