

實用法律叢書

刑法

上册

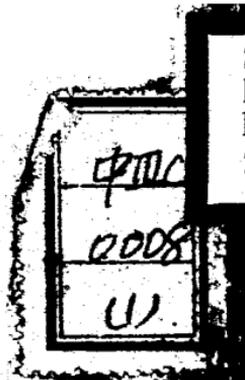
徐石松編著

主編者

王雲五 徐百齊



商務印書館



5914.01
25
=1

實用法律叢書

刑 法

上 册

徐石松編著



齊百

行發館書務



3 2285 1308 5

實用法律叢書例言

(一) 本書主旨，在使中等以上學校學生及一般民衆獲得吾國現行重要法律之知識，並供從事法律職務者及應文法官考試者之參考。

(二) 本書包括下列各書：(1) 中華民國訓政時期約法，(2) 民法總則，(3) 民法債，(4) 民法物權，(5) 民法親屬，(6) 民法繼承，(7) 公司法，(8) 票據法，(9) 海商法，(10) 保險法，(11) 刑法，(12) 民事訴訟法，(13) 刑事訴訟法，(14) 土地法，(15) 破產法，(16) 違警罰法，(17) 法院組織法，(18) 民事訴訟強制執行法，(19) 商標法，(20) 公司登記規則。

(三) 本書各書，係依據現行法律條文，綜合編述，以期系統井然。

(四) 本書各書，對於現行法律，釋義力求周詳，論列力求正確；對於法律術語及立法理由，扼要闡明；對於疑難條文，詳舉事例；惟因但求實用，學說及立法例，概從省略。

(五) 本書各書，文筆務求淺顯。

目錄

緒論

- 第一章 紅燒法律.....一
- 第二章 魯濱遜需要法律嗎.....四
- 第三章 法律民衆化.....六
- 第四章 法律與道德.....九
- 第五章 什麼是刑法.....一二
- 第六章 罪刑法定主義.....一六
- 第七章 刑法的解釋.....一九

第八章 刑法的效力.....三二

總論.....四五

第一編 犯罪.....四五

第一章 什麼是犯罪.....四五

第二章 犯罪的主體.....五一

第三章 犯罪的客體.....五五

第四章 犯罪行爲.....五七

第五章 犯罪行爲的階段.....六二

第六章 犯罪行爲的未完成.....七〇

第七章 犯罪行爲的責任.....七七

第八章 犯罪行爲的違法性.....一〇七

第九章	犯罪的種類	一二七
第十章	共犯	一三四
第二編	刑罰	一五五
第一章	刑罰的意義	一五五
第二章	刑罰的種類	一五七
第三章	刑罰的適用	一七〇
第四章	累犯加重	一七三
第五章	數罪併罰	一七七
第六章	刑罰的加重及減免	一九二
第七章	刑罰的加減例	二〇二
第八章	刑的酌科	二〇七
第九章	刑罰的執行	二二三

第十章 緩刑及假釋	一一三
第十一章 刑罰消滅的原因	一一三〇
第十二章 保安處分	一一三七

刑法

緒論

第一章 紅燒法律

「法律」這個東西，在我們中國一般人腦海裏的印象，非常不良，認為是枯燥的、呆板的、拘束的、冷酷的東西，所以有些人簡直不願翻開法律的書本，甚至聽到關於法律的話，就感到沒趣，遠而避之。也有些人很有意思得到一點法律常識，去買了幾本法律書來閱讀，可是打開書本一看，裏面充滿了「……之……乎……者……也」的老調文章，辭句又是那樣佶屈難解，愈看愈糊塗，越讀越厭惡，認為是一個不能進口的苦瓜，大失所望！

一般人對於法律生了嫌惡，因而對於學法律的人也不敢親近，甚至於存有仇視的心理，他們的心目中，認為學法律的人是冷酷的，非人情的，多是非的。法律受社會上一般人這樣的誤解，從古一直繼續到現在。

然而法律的本身真是這樣乏味無聊的嗎？誰敢這樣武斷，著者就要與他拚命！要知道每一種學問，都含有一種趣味，沒有入門，感不到興趣，這是當然的。譬如大家聽了悅耳的音樂，會感到音樂的可愛，但是你想一學就會，這是辦不到的，一定要你下一番決心和努力，經過長期間不悅耳的練習，然後纔能得到相當的成績。學法律也是如此，等到進了法律的門徑，趣味自然會濃厚起來，遇到有些法律問題，情節委彎曲折，牠的趣味實有勝過讀傑作的小說。

至於有些讀法律的人的被人非難，這是少數人的道德問題，不能歸責於法律本身的不良。要知道法律是人類社會生活的規範，試看世界上那有一個文明國家不是法治的？我們中國如其想要自力圖強，與人並駕齊驅，那末普及民衆的法律知識，亦是一個重要問題。

近年來各書坊出版的法律書籍，比較從前可說已多了不少，可是大多文字佶屈難解，不通俗。

的，不能引起初學法律的人的趣味，於是使一般人有心想學法律，而不能卒讀法律書，望洋興嘆，亦是難怪。

現在著者就想把被一般人認為不能進口的苦瓜——法律——將牠削去苦皮，加一番調和滋味的手段，把它紅燒一下，希望能夠使它與紅燒牛肉，紅燒鯉魚那樣的適人口味，供大眾享受。這是著書者唯一的奢望與任務。

第二章 魯濱遜需要法律嗎

飄流在孤島上，度着寂寞的獨人生活的魯濱遜，是不需要法律的，正與元始時代的人類一樣，但是等到人類漸漸進化，人口漸漸繁殖，開始營共同生活的時候，生存競爭的事情便起來了，掠奪、竊盜、詐欺、或因所有權之有無而起爭執，或以一個女子做中心而起格鬥，糾紛愈演愈多起來，竟至不可收拾了。於是隨着時代的需要，產生了規則那樣的東西，藉以解決糾紛。

但是規則未必就有力量，祇有和平正直者能遵守規則，遇到強橫者破壞規則，便無辦法。例如假定我的房間裏貼一張「禁止吸煙」的字條，這是我的規則，知趣的朋友來看到了這字條，為遵守我室內的規則，即使煙癮很大，也忍耐着不吸煙了，這樣固然很好；但是假如有個任性的朋友，見了我那字條，認為狗屁，老實不客氣地自己掏出煙來，大吸特吸，這時除非我的腕力比他大，可以一拳打去，要他滾蛋，否則，我的「禁止吸煙」的威嚴，被他糟蹋無遺了。所以規則未必有力量，不能強

制不服從的人，因之由規則進而制成法律，法律便有強制人民的力量。

因爲法律是由有絕對統治權的國家所制定，是一種有權威的規則，對有絕對服從關係的人民，盡以命令，任何人都應該無條件的絕對遵守，假如有違反的，就可加以強制的制裁。簡括的講一句：

法律是人類社會生活的規則，依着國家的權力而具有強制力。

第二章 法律民衆化

什麼都在喊民衆化的現代，法律當然也有民衆化的必要，要知道在現在倘使你們犯了什麼罪，靠你哀求：「青天大老爺啊！饒我初次罷實，在因為我不知道法律啊！」也是枉然的了。因為新刑法第十六條有「不得因不知法律，而免除刑事責任。」的規定，即使你的犯行情有可原，也不能將你有罪判爲無罪，做法官的祇得學着諸葛孔明來一齣「揮淚斬馬謖」了。

法律在我國古昔，可說是做官人的祕包，一般老百姓是不能知道的，即使有什麼布告，也是深奧得使略識文字的人看不懂，歷代像喬太守那樣風流的，做出「十六兩原只一斤」那樣通俗的判決文的人，畢竟是少有的。即以民國以來的法律論，其中也有不易使人明瞭的，試舉前暫行刑律第三百七十七條爲例：

「竊取他人依共有權質權及其他物權或公署之命令而以善意所管有之自己共有物或所

有物者處其價額二倍以下價額以上之罰金若二倍之數未滿五十圓處五十圓以下價額以上之罰金」

這條法律，讀者之中一定有不少人不明白牠的意思吧？

如其現在在道路或公共處所掛一塊「禁止袒揚裸裎」的牌示，一般人一定會皺一皺眉頭，摸不着頭腦，要是把牠寫做「禁止赤身露體」，那就很明白了，赤膊的人見了，祇好耐着熱，穿上衣裳，想赤膊的人見了，不會脫下上衣了。

近來有些標語，不僅民衆化，並且含有叮嚀的意味了。例如南京的交通標語：

「馬路如虎口，中間不可走，若要免危險，人行道上走。」

「車輛和行人，往來靠左邊，養成好習慣，公私兩方便。」

標語與法律的性質雖然有別，但上面的兩條標語中含有法律的意味，如其人民有違反的行為，在馬路的十字路口不依規則而直衝亂跑，便構成妨害交通的違警行為，可照違警罰法處罰。

總之，以時代的要求，法律決不是一種特殊階級的所有物了，應該把它民衆化，將法律知識普

及於每一個民衆的腦筋裏，使民衆知道怎樣的行爲是違法的，犯罪的，怎樣的行爲是合法的，無罪的，俾有所遵守，不致等到了法庭判決有罪的時候，纔知道自己碰釘子，觸霉頭，犯了國法。

第四章 法律與道德

法律與道德，同爲社會生活的規範。一個國家的安寧，單靠道德的力量不足以保證，單靠法律的力量亦不足以保持，必須兼而有之纔行。兩者的性質，以其同爲人類共同生活所必要，及有益的規律一點看起來，固然沒有什麼不同，但決不是絕對沒有區別。

道德是對於有意思的行爲及無意思的行爲都要追究的，並且更進一步，對於單有意识的存，在而無實際行爲的事，也非追究不可。法律不然，它對於有意识的行爲固然要追究，對於無意思的行爲，有追究的，也有不追究的；但對於僅有意识之存在而無行爲的事，是決不追究的。例如僅存有竊取他人財物的意思，而沒有着手行爲時，法律是不來干涉的；但是道德就不同，祇要存有竊取他人財物的意思，就認爲「不可」。所以有人說：「法律是最少限度的道德。」

法律與道德，兩者所用達到目的的手段，也有差別；前者是用國家權力的強制力來制裁人民；

後者是不用國家權力的強制力，一任人民內心的與社會輿論的責難。

法律固有很多地方與道德同道而馳，在法律上禁止的事，道德上也認為不許，而以法律來補充道德之不足；但是，兩者相背而馳的地方也是不少，例如新刑法第二十四條：

「因避免自己或他人生命、身體、自由、財產之緊急危難，而出於不得已之行為，不罰。但避難行為過當者，得減輕或免除其刑。」

前項關於避免自己危難之規定，於公務上或業務上有特別義務者，不適用之。」

這種規定的違反道德是很顯明的，現在再用實例來說明：A與B同乘一隻輪船航海，中途忽遇大風浪，不幸得很，輪船被大風浪打沈了，在這個上天無路，入地無門的危險關頭，B拿了一個救生圈準備逃生，A拿不到救生圈，為要救出自己的生命，竟奪取了在B手裏的救生圈，結果A因搶得救生圈而活命，B因救生圈被奪而滅頂。在這種情形之下，A「因避免自己生命之緊急危難，而出於不得已之行為，」即使害死了B，在法律上也可不負罪責，豈不是與道德相反了嗎？但是國家對於在臨難急迫的時候，放任強者，不加處罰。

照上面看起來，法律未必是道德範圍內的東西，未必是道德的一部分，所以「法律是最少限度的道德」這句話，以現在情形而論，已非真理名言。換句話講，就是法律與道德同範圍的時候也有，不同範圍的時候也有了。

第五章 什麼是刑法

一 罪與罰

刑法是規定犯罪與刑罰的法律，其中一半為關於犯罪的規定，一半為關於刑罰的規定，如新刑法第二百三十七條關於重婚罪的規定：

「有配偶而重為婚姻或同時與二人以上結婚者，處五年以下有期徒刑。」

上面前一句「有配偶而重為婚姻或同時與二人以上結婚」為罪的規定，下一句「處五年以下有期徒刑」便是罰的規定。

刑罰係對犯罪行為而科，犯罪行為為刑罰的前提條件，沒有犯罪行為不能獨科以刑罰，同時，不科刑罰的行為不能認為犯罪，所以犯罪行為與刑罰為刑法的互相牽連的兩個要素。

二 刑法的地位

法有公法與私法之分，規定權利團體相互之間，或權力團體與私人間之公的生活關係的，叫做公法。規定其餘之法律關係的，叫做私法。刑法是規定國家對於私人的犯罪，有刑罰制裁的權力關係，所以居於公法的地位。犯罪雖係對於個人違反義務而成立，但因其違反行為所生處罰上的關係，為國家與犯人間的關係，是屬於公的而非私的。即如親告罪制度中的告訴，也不過是追訴的要件而已；私人與告訴人之間，不能認為有什麼私法的法律關係存在。

三 廣義刑法與狹義刑法

廣義刑法，包括關於犯罪及刑罰範圍的一切罪刑法律而言，所以即使名義上不稱刑法，而在民法、商法、訴訟法及其他各種單行法內規定的罰則，也屬於廣義刑法。

狹義刑法，專指稱為「刑法」的法律而言，就是民國二十四年一月一日公布，同年七月一日

施行的刑法。通常稱刑法時，係指狹義的刑法。本書即以此為解說的目的。

四 普通刑法與特別刑法

普通刑法，關於人、地或事項，為一般的規定，它的適用範圍，包含其他法律的適用範圍，前面所講的狹義刑法，也就是普通刑法。

特別刑法的適用範圍，只限於特種的範圍以內。例如陸、海、空軍刑法，只適用於陸海空軍人，懲治貪官污吏條例，只適用於有官吏的特別身分的人，這是以特定身分為標準的特別刑法。例如前清嘉慶十四年頒布的番例條款，僅適用於蒙古、新疆等特別區，入民國後，仍認繼續有效，這是以特定地域為標準的特別刑法。例如危害民國緊急治罪法的處罰，只適用於危害民國事項，這是以特定事項為標準的特別刑法。

普通刑法與特別刑法的關係，在新刑法第十一條的規定：

「本法總則於其他法令有刑罰之規定者，亦適用之。但其他法令有特別規定者，不在此限。」

就是說刑法總則的效力，不祇及於分則，並且也得適用於其他的特別刑法，不過特別刑法另有規定的，便不能適用。這是因為特別法有優先於普通法效力的緣故。細釋意義，這條文內含有三點限制：

1. 他種法令，沒有獨立的總則的，完全適用刑法總則。

2. 他種法令，有獨立的總則的，刑法總則，得適用於不相矛盾的範圍內。如陸、海、空軍刑法第十五條的規定是。

3. 他種法令，雖沒有獨立的總則，而已有明文規定，不適用總則某部分的，那末除了特別規定不適用的部分外，其他部分，仍得適用如出版法第四十二條是。

第六章 罪刑法定主義

「律無正條不爲罪」是現代刑法上的金科玉律。這話是說對於犯罪及其刑罰，在犯行之先都以明文預爲規定，審判官非根據法律條文，不得任意適用。換句話講，就是在道德上雖爲怎麼樣不道德的行爲，只要在法律上沒有條文規定，不認爲犯罪，對其行爲不得處罰。又對於如何窮兇極惡的犯人，除了科以法律上所規定應得刑罰外，不能再加以分外的罰，這叫做罪刑法定主義。例如阿花的丈夫馬泊六，在民國二十四年七月一日以前，（即新刑法施行以前）和四十而寡的豆腐西施通姦姦來，因爲那時候的刑法沒有明文規定，不得處罰。倘在新刑法施行之後，有了這樣行爲，便可根據新刑法第二百三十九條的規定，處他一年以下有期徒刑。

與罪刑法定主義對峙的，叫做自由裁量主義。這主義對於犯罪及其刑罰，不以法規預爲明白規定，有罪無罪，及罰的輕重，一任審判官的自由裁量，所以也稱擅斷主義。在古時與亂世，大都以人

爲治，採自由裁定主義，對於裁量罪刑，有無限的伸縮力，能够任事得人，固然隨情斟酌，明察秋毫，而爲適當的裁判，倘審判官不得其人，不管案情如何，任意出入，一味蠻斷，有罪的變成無罪，無罪的變成有罪，或者輕罪變重罪，重罪變輕罪，豈不是大糟其糕？所以在現代爲保障人權計，都捨自由裁定主義而採罪刑法定主義。

由上面看來，可知罪刑法定主義，是對專制裁判而引起的一種反動，它的目的，在糾正審判官的專橫，而保障人民權利的安全。因之，在它的意義上，包含着下列幾個要點：（一）無刑法的行爲不罰；（二）以成文刑法爲限，不認習慣刑法；（三）刑法無遡及的效力；（四）審判官不許有類推的自由。

我國向來司法辦案，無律引例，無例援案，引一例如不足以證明，引數例來證明，援一案如不足以斷定，援數案來斷定，人民的生命財產，受法律所保護的少，而被例案所摧殘的很多。前暫行刑律第十條規定：「法律無正條者，不罰何種行爲不爲罪。」可見關於犯罪，是採罪刑法定主義，一掃數百年來的弊政。自此以後，刑事案辦，不可不根據法律來審判，法官祇有適用法律的義務，而沒有左

右法律的權能，有罪則罰，無罪則釋，不得類推比附，濫加人罪。

新刑法第一條修正爲：「行爲之處罰，以行爲時之法律有明文規定者爲限。」也是明示罪刑法定主義的意思。至於其中特規定「行爲時」三字，這是表示「法律不遡既往」的精神。

第七章 刑法的解釋

一 獨幕劇（二幕）

第一幕 「禁止車馬入內」

場所 杭州湖濱公園

時間 初夏某日的傍晚

人物 警察 二十五歲

牛乳廠工人 三十歲

婦人 二十三四歲

遊客 多人

開幕時，夕陽西照，與湖水相映，反射出絳紅的豔麗景色，湖上遠處，三五扁舟，有如浮葉，公園中遊客往來不絕。一婦人推着搖籃車緩步前進，嘴裏哼着「催眠曲」，隱約可聞。警察站在公園的入口處，勸導遊客「靠左走」，身旁立有一塊「禁止車馬入內」的牌示。牛乳廠工人牽着一匹肥牛，正想進入公園。

警察（和平的向工人）喂，請你向外邊走，牽牛不能進公園。

工人（有朋友約在公園裏等我，我去找他談話，有點要緊事體，讓我進去，就出來的。

警察（對你講牽牛不能進公園，還不明白嗎？你看這牌示。（以手指身旁的牌示。）

工人（皺一皺眉頭，逐一字的讀牌示）唔，「禁……止……車……馬……入……內……」（一凝神，忽然若有所得）這裏寫着禁止的是「車馬」，並沒有寫「牛」，怎麼可以不准我牽牛進去呢？

警察（有怒意）牛當然也不准進去，強辯什麼！

工人（有怒意）你叫我看牌示，好得我也識得幾個字，這上面寫的明明是禁止「車」與「馬」，

我牽的既不是車，又不是馬，怎麼也在禁止之列？不是豈有此理！

警察 胡鬧什麼！快把牛牽開去！

工人（忽見公園裏有婦人推着搖籃車）哼！寫着禁止「車馬」，搖籃車倒可推進公園裏面去，沒有寫着禁止的牛，反而不准進去，不是明明欺侮我不是狗屁不通！（幕急下，尚聞爭執聲）

第二幕 無敵大贈品

場所 某布莊店面

時間 上午

人物 中年婦人

店員 十六七歲

商店樓上奏着拖了長音沒精打采的軍樂，店面前掛着許多「特別大減價」、「泥賤大狂賣」、「無敵大贈品」之類的廣告，可是街上行人多「過門而不入」或入而並不買東西，

表現出極度不景氣的景象。商店門口立有一幅用五彩畫的廣告，上面寫着：

購貨十元以上者 贈送圖案被單一幅

購貨十元以下者 贈送美術手帕一打

中年婦人被「圖案被單」所吸引，進去買了剛合十塊錢的衣料。店員將衣料包好之後，到櫃檯裏取出一打手帕，遞給她。

店員 這是贈品。

婦人 (驚奇狀) 怎麼，我買的衣料是十元以上不是應該給我被單嗎？

店員 是的，因為你剛合是十塊錢的東西，送的是手帕。

婦人 買十元以上的，不是寫着送被單嗎？

店員 但是買十元的，是贈手帕的？

婦人 但是我買的是十元以上呀，應該給我被單纔對呀？

店員 小號裏的規矩是這樣的，剛買滿十塊錢東西的顧客，祇贈手帕，祇好對你不过了。

婦人（失望帶怒貌）做生意真不規矩，那裏有這種道理！（帶有怒意，挾了衣料，手帕急下）
店員 臉兒倒還漂亮，怒起來的兇相，看她到吃得消謀殺親夫的。（幕下）

二 牛與馬

前面兩個問題，倒底應該如何解決？警察與牛乳廠工人，誰是有理？婦人與店員，錯誤在什麼地方？要解決這兩個問題，非一談刑法的解釋不可。

對於刑法的解釋，第一應以法律條文的語句為基礎，從文法上加以分析，以探究法律的真意，這叫做文理解釋。假使文理解釋，不能明確法律真義的時候，那祇有不拘泥於文字，根據一般法律的觀念，應用論理的法則，來研究法律條文所示的意思，綜合的，或系統的，闡明條文的真義，這叫做論理解釋。如上面所舉的第一個問題，「禁止車馬入內」，以文理解釋，「馬」是馬，似乎牛、驢、駱駝之類與牛一樣妨害行人的動物，並不包含在內，這樣解釋的結果，失之狹隘，應該從論理解釋，擴張「馬」的範圍，以期達到禁止馬進公園妨害行人的目的，所以凡與「馬」差不多大小，妨礙行人

的行爲等於馬，或基於馬的動物，不論牛、驢、駱駝，都在禁止之列。這種擴張法律文句的範圍，以求適合立法本旨的解釋，稱做「擴張解釋。」又，「車」以文理解釋，似乎凡稱爲「車」的，不論牛車、馬車、汽車、人力車、搖籃車，都在禁止之列，未免過於廣泛，失卻立法的原意，因爲禁止車進公園的用意，無非是以笨重的牛車、馬車等，拉進公園去，一方面要妨礙人行，同時又要糟蹋公園裏的路面，對於遊覽休息區域的宗旨不符，所以要禁止。至於小巧玲瓏的搖籃車，裏面坐的是小孩，在城市生活的小孩，缺乏與自然界接觸的機會，每當天氣良好的辰光，將他們帶到公園裏去玩，呼吸呼吸新鮮空氣，與自然界接觸，於他們心身的健康，都有利益，所以雖然是「車」，可不在禁止之列。這種將文理縮小範圍，加以限制的解釋，稱做「縮小解釋。」

至於第二個，「十元以上，十元以下」的問題，他的錯誤在於商店裏廣告寫得不明白，因之發生贈品糾紛問題來了，倘使寫做「購貨十元以上者，贈送圖案被單一條；購貨未滿十元者，贈送美術手帕一打，」就不會鬧亂子了。因爲法律上所稱以上以下，是連本數計算在內的，例如新刑法第

「意圖爲自己或第三人不法之所有，而搶奪他人之動產者，處六月以上，五年以下有期徒刑。」就是說犯這種搶奪罪的人，處刑至少是六個月，最多是五年。（六月與五年都是本數）所以商店大贈品的廣告，同時寫成「十元以上，十元以下」，則剛合十元的顧客，贈被單或贈手帕都可以，兩種矛盾，應該改寫「十元以上，未滿十元」，那就十分明白了。買貨剛合十元的，就可得被單的贈品，因爲「十元」已是「十元以上」的範圍，九元九角九分九釐，便是「十元未滿」，應得手帕的贈品。

三 芝蔴菜豆官

王冕的母親臨終的時候吩咐王冕道：「我眼見得不濟事了！但這幾年來，人都在我跟前說，你的學問有了，該勸你出去做官。做官怕不是榮宗耀祖的事，我看見這些做官的，都不得有甚好收場。況你的性情高傲，倘若弄出禍來，反而不美……」。像這樣父母不希望兒子做官的教訓，是少有的事。在我們中國的一般父母，誰不希望他們的兒子能够求得一官半職，來榮宗耀祖，大官求不到，也

就罷了，但芝麻菜豆官，總得弄一個到手，過過官癮。

從前稱做「官員」的這個名辭，現在時髦點叫做「公務員」，「爸爸」對「老子」名稱雖異，實則同是一個東西。然而什麼叫做「公務員」？這在社會的一般觀念中，對於國府主席、院長、部長、廳長、縣長以及公安局長一類大官，是不生問題的；祇是對於那批芝麻菜豆官，發生公務員身分問題的時候，卻是一個大可議論的。法律為解決這個糾紛起見，在新刑法第十條第二項下一定義：「稱公務員者，謂依法令從事於公務之人員。」依這定義，那末凡職官吏員，依法令從事於公務的，都是公務員，除此以外，其他的依法令從事於公務的議員或職員，也是公務員。例如省立學校校長，如經中央或省政府任命的，就是依法令從事於公務的職員，當然是公務員；又如保甲長及縣保衛團隊官長，他們從事於公務，倘使有法令可根據的，也是公務員；又如巡官警士，也是公務員。總之，公務員的條件是「依據法令」與「從事公務」，兩者缺一不可；所以像那營個人利益的事業的律師，執行一定事務的兵士，不能叫做公務員。

此外還要談一談公務員的兒子——公文書，什麼是公文書，新刑法第十條第三項規定：「稱

公文書者，謂公務員職務上制作之文書。」所謂文書，是表示我們的意思，用文字或者代文字的符號，記載法律上有關係事項的東西。公文書與普通文書不同的地方，是（1）公務員的身分，（2）基於他們的職務來制作兩點，缺少一點祇能稱為文書，而不能叫做公文書。例如法院書記官所作成的審判筆錄，推事所作成的判決書，是公文書，他們用私人資格所寫的信札，便是私文書了。至於冷街小巷貼着：「出賣傷風，一見成功。」一類的文字，當然不是什麼文書，乃是吳稚暉老人家常常說的「放屁，放屁，真正豈有此理。」

四 挖破卵泡是重傷嗎

小家碧玉張菊花，聽了媒妁之言，又爲了父母的貪財貪勢，不幸嫁給了土豪王黑虎的兒子王白癡爲妻，從此鮮花插在牛糞上，她一天一天地憔悴下去了。一天晚上，白癡在房裏大喊救命，王黑虎從夢中驚醒，一脚踢進房去。只見他兒子在牀上打滾，哭着說卵泡被他的老婆挖破了。王黑虎聽了，眼睛氣得發黑，當夜將白癡擡進醫院，一面向法院告他們媳婦謀殺他的兒子。我們現在對於張

有在持械鬥毆的用途如何，且不去論他，先來討論是否重傷的問題，因為刑法關於傷害，分普通傷害與重傷，普通傷害，只處三年以下有期徒刑，拘役或一千元以下罰金（第二七七條第一項）而重傷就要處五年以上十二年以下有期徒刑（第二七八條第一項），處刑的輕重，相差很遠哪。

然而怎麼樣可以叫做重傷呢？新刑法第十條第四項規定云：「稱重傷者，謂左列傷害：

- 一 毀敗一目或二目之視能。
- 二 毀敗一耳或二耳之聽能。
- 三 毀敗語能或嗅能。
- 四 毀敗一肢以上之機能。
- 五 毀敗生殖之機能。
- 六 其他於身體或健康，有重大不治或難治之傷害。」

所謂毀敗，是指效用全失而言，並且指最後的結果而言，所以只是減衰效用，或者效用全都喪失，只是一時的經過狀態，不能稱做毀敗。例如打傷一腿，只是曲伸不能隨意，而還能行動的話，是

沒有達到毀敗的程度；又如受傷之後，一時不能說話，這不過是受傷後的一時經過狀態，結果仍能說話，不能說是毀敗機能；又如打傷了手指，成爲廢手的一部，喪失活動的能力，還不是毀敗全肢的機能，不能稱做重傷。但所謂毀敗，着重在機能（就是效用），而在肉體，倘使機能全失，即使肉體並無傷害，也是重傷。反之，倘使肉體傷害而機能沒有全失，便不能稱做重傷。例如剝去一隻眼睛或者砍斷一手一足，那視能及肢的機能，當然完全喪失，是重傷不必說，如果割去了一隻耳朵，聽能倘不全失，便不能稱做重傷。反之，只是打了一個耳光，肉體雖然沒有損害，假使聽能全失，着底聾了的話，便不能說不是重傷。照這樣講，女的被男的只咬斷了舌尖，結果如只是說話有些含糊，而沒有機能全失，不能稱爲重傷，不能處男的五年以上十二年以下的有期徒刑的重刑。至於味能與嗅能也是如此，如果鼻子被人割掉像岳傳上的哈迷豎一樣，而嗅能並未全失的話，不能說是重傷；舌頭雖然受傷兒的存在，而辨別不出酸甜苦辣的時候，卻成立重傷。

現在再來講挖破卵泡的奇案吧，玉白癩雖然滿袴橫鮮血淋漓，如其只是外傷，沒有喪失生殖機能，便不是重傷；倘使從此與太豎一樣了的話，便是重傷，然而這非經過法醫妥爲鑑定不可。

至於所謂對於身體或健康有重大不治或難治的傷害，是說毀傷身體的一部或者好多部，或者用藥品使人家精神上或內臟受重大不治的疾病，永遠不能恢復以前身體或精神的健康狀態，例如姦夫用一種藥料交給姦婦，叫她放在本夫的食品裏，他的目的並非要毒殺本夫，那藥料也不能達到殺人的程度，不過要使本夫的威嚴心性，變為故縱不羈的心性，來達他們的肆無忌憚的目的。這種情形，如果那所用的毒藥，確係有意使本夫迷失本性的話，當然構成新刑法第二七八條使人受重傷罪。

五 拳頭是兇器嗎

刑法上犯竊盜罪的，如「攜帶兇器而犯之者」加重其刑。但是「兇器」二字，應該怎樣解釋，刑法上沒有種類的限制，那末，手槍，尖刀是兇器，我想誰都不會否認，因為在我們的一般觀念上，認為手槍與尖刀都是殺人的利器的緣故。但是假如竊賊拿了菜刀去偷人家的東西，菜刀是不是兇器呢？不無疑問。如說帶了尖刀去行竊的是兇器竊盜，帶了菜刀去行竊的不是兇器竊盜，似乎近於

偏面的解釋因爲菜刀的可以殺人，與尖刀有同樣的效用，看過「殺子報」戲劇的人，一定很可明瞭，因此，所謂兇器，並非一定是指專供殺人之用而製造的物件，祇要可供殺人之用的物件，都可說是兇器。依此解釋，那末不論尖刀與菜刀，都是屬於兇器的範圍，可謂公平之至。

然而問題又發生了，要是兇器祇要是可供殺人之用的物件都是的話，那末褲帶可供絞殺之用，難道因爲有條褲帶縛在腰間，也可說是攜帶兇器嗎？再進一步，拳頭也能打死人，難道同是一個竊賊去偷東西，他捏緊拳頭進去就說是「攜帶兇器」，不捏緊拳頭進去，便「不是攜帶兇器」嗎？要是法律是這樣可用非常識的來解釋，那真是「讀書不通，爲患無窮」了。

要之，關於這種解釋，須求適合立法之精神與解釋法之原理，並以健全的共同生活上之觀念爲標準，來謀判斷纒對。否則，就會鬧出像某官廳因有人用「來沙兒」自殺，因而明令禁售臭藥水同樣的笑話。

第八章 刑法的效力

一 刑法關於時的效力

刑法從什麼時候起，到什麼時候止，對於犯罪有適用的效力，這是刑法關於時的效力的問題。無論那一種法律，都從施行的時候起，到廢止的時候止，有它的效力，刑法也是如此。新刑法公布於民國二十四年一月，施行期，爲同年七月一日，就是從民國二十四年七月一日起，發生效力。這裏有應該注意的，就是施行與公布的意義不同。公布，是法典成立以後，布告於國中的意思，除在法律末尾有「本法自公布日施行」的規定，是公布與施行同一日期外，也有自公布之後，施行期延緩至數日或數月之後的，在延緩期中，還沒有實行的效力，一定要經過施行之後，纔完全發生效力，所以施行是指公布而且實行而言。

刑法效力，始於施行，所以對於犯人行爲，認爲有罪與否，應該先認定他的行爲，在於新法施行以前，還是在施行以後爲標準，犯罪行爲如在新法施行以後，那末依據新法處斷，如在施行以前，便不能適用新法。新刑法第一條云：「行爲之處罰，以行爲時之法律有明文規定者爲限。」這就是刑法採取罪刑法定主義的結果，所謂「不遑既往」的原則。例如張三（有婦之夫）在二十四年六月與豆腐西施札餅頭，對張三的通姦行爲可不處罰。李四（有婦之夫）在二十四年七月與梅香應娶札餅頭，李四與梅香，都有處一年以下有期徒刑的可能。因爲張三的通姦行爲在新刑法施行之前，不能適用新刑法，而適用行爲時的刑法，即舊刑法，舊刑法第二百五十六條：「有夫之婦與人通姦者，處二年以下有期徒刑。其相姦者亦同。」只規定「有夫之婦」與人通姦要處罰，對「有婦之夫」與人通姦，沒有規定，新刑法的效力不能追遡到施行以前，而對舊刑法不認爲罪的行爲加以處罰。至於李四的通姦行爲，在新刑法施行以後，當然適用新刑法，新刑法第二百三十九條改爲：「有配偶而與人通姦者，處一年以下有期徒刑，其相姦者亦同。」配偶是包括夫或妻的兩方面，所以不論「有夫之婦」或「有婦之夫」與人通姦，都要處罰了。

但是對於新舊刑法都認為有罪的行爲，而其行爲與審判跨於新舊兩法之間的，換句話說，就是行爲在新刑法施行之先，而審判在施行以後的案子，適用新法呢？還是適用舊法？新刑法第二條第一項前文云：「行爲後法律有變更者，適用裁判時之法律。」明示適用新法爲原則，即所謂從新主義。因爲新法的作成，必有鑒於舊法的不當，新法既然施行，當然不能再適用舊法。但有例外，即新法的刑罰如其比較舊法重的時候，仍適用輕的舊法，新刑法第二條第一項但書云：「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。」這就是所謂從輕主義。因爲單採從新主義，勢必使在舊法時犯輕罪的人，只因未確定裁判的緣故，而有受重刑之虞，這樣很不公平，所以裁判前的法律倘使有利於犯罪人的時候，仍舊應該適用最有利於犯罪人的舊法，以維平允。由此可知刑罰輕重的比較，除行爲時和裁判時兩種法律而外，且可比較中間的法律，如果行爲時和裁判時的法律，都定爲罪，若中間法律是不罰的，那末應該不罰。

照上面看來，可知我國新刑法是採取從新兼從輕主義的。不過保安處分適用裁判時的法律，而不適用從輕主義。

至於舊法以爲有罪，而新法不以爲有罪的，當然應該從新法處斷，並且對於舊法認爲有罪的犯人，確定處罰的裁判之後，當刑罰完全沒有執行，或者雖在執行中，而還沒有執行完畢的時候，一旦法律有了變更，認爲對他的行爲不處罰的話，那末對於以前沒有執行過的刑罰，及執行而沒有完畢的一部分，可以免除執行。這是新刑法第二條第三項所規定：「處罰之裁判確定後，未執行或執行未完畢，而法律有變更不處罰其行爲者，免其刑之執行。」立法的理由，不外國家頒行新法，必以社會情形有所變更，舊法不善，難以適合新社會的要求，倘使廢止後仍舊適用舊法，豈不是與頒行新法的本旨完全違背了嗎？

二 刑法關於人的效力

所謂刑法關於人的效力，是指刑法對於何種人犯罪，得有適用的效力而言，依新刑法第三條前段規定，原則上，對於在中華民國領域以內犯罪的，不問何人，都可適用。所謂中華民國領域以內犯罪的，除中國人外，外國人也包括在內，外國人有兩種：一種是有國籍的外國人，一種是無國籍的

外國人。至於中國人，包括固有中華民國國籍的，或取得中華民國國籍的兩種人而言。現在把他分述如左：

(A) 固有國籍 依國籍法第一條規定，下列幾種人，都屬中華民國國籍：

1. 生時父為中國人者；
2. 生於父死後，其父死時，為中國人者；
3. 父無可考，或無國籍，其母為中國人者；
4. 生於中國地，父母均無可考，或均無國籍者。

(B) 取得國籍 依國籍法第二條規定，外國人有下列五款情事之一的，都取得中華民國國籍：

1. 為中國人妻者（但依其本國法，保留國籍者，不在此限。）
2. 父為中國人，經其父認知者。
3. 父無可考，或未認知，母為中國人，經其母認知者。
4. 為中國人之養子者。

5. 歸化者。

但是前項原則，並非絕對適用，也有對在中華民國領域以內犯罪的人不處罰的數種例外。

(一)元首大總統 元首如英國君主，日本天皇，全無刑事責任。大總統在政治上的地位，爲一國的首領，除在任期中，犯內亂外患罪外，其餘犯罪，不受刑事追訴。

(二)國會議員 各國國會議員，在議院內的言論及表決，對於院外，不負責任。這是因爲注重國家的根本機關，而保護人民政治上言論自由的緣故。再議員除現行犯外，會期中非得議院許可，也不得逮捕。

(三)外國君主或大總統及其家屬與隨從人員 這是爲國際友誼的關係，使不負刑事責任，但隨從人員，不負刑事責任的，以「非中國人」爲限。

(四)外國的使節隨員及其家屬與從者 使節，指大使、公使、而言，隨員，包括隨從武官秘書而言，因爲這些人，各有外交上的秘密，假如要他們負刑事責任，搜索使館，扣沒書類，有暴露秘密之虞的緣故。

(五)既經承認的外國軍艦及軍隊。外國軍艦及軍隊，須在平時，並須經承認，纔不受駐屯國或停泊國刑法的支配。

上面(一)(二)兩項，係因國內法上原因，不負刑事責任，(三)(四)(五)三項人員，不負駐在國刑事責任，即享有治外法權，爲國際通例。並不是承認這些人犯罪行爲是適法行爲，行爲照舊是違法行爲，不過因爲國內法及國際上特別理由，沒有刑法的適用罷了。

此外還有因國際條約上的原因，而爲例外的，就是根據條約的認定，外國人在國境內，得不受駐在國法律的支配，仍受本國領事的裁判，這種領事，有適用自國法律，裁判他們僑民之權，叫做領事裁判權。領事裁判權，原非國際上的共通原則，也沒有劃一的辦法，都根據條約，定其行使範圍。它因條約而發生，也因條約而消滅，與治外法權極不相同。因爲治外法權，是根據國際慣例，兩國互相尊敬，爲優待代表外國者，所存在的一種平等的交換待遇，所以不論國土大小，國勢強弱，都得一律平等享受。而領事裁判權，係依約規定，弱國受強國的脅迫而發生，強國無論何人，一律全體享有，是一種祇限強國享有片面的權利，而弱國盡片面的義務的不平等待遇。

世界各國，曾受領事裁判權束縛的國家，如日本、暹羅、土耳其等，都已先後把這種領事裁判權撤廢，現在存在的只有我們中國，因為領事裁判權存在的緣故，我國國家主權，就不能完全行使。如何能使國家健強，怎樣改良裁判制度，養成司法人才，改良監獄，修訂法律，使外國人無所藉口，於最短期間，洗此奇恥大辱，責任全在我們！

三 刑法關於地的效力

新刑法關於地的效力，以屬地主義為原則，以屬人主義保護主義為補充，各種主義的得失，姑且不加批評，現在依新刑法的規定，分述如下：

第一 刑法及於國內的效力

新刑法第三條前段云：「本法於在中華民國領域內犯罪者適用之。」可見它的效力，以遍及於中華民國領域為原則。所謂領域，就是國權所及的區域，可分實質領域與想像領域兩種：

(A) 實質的領域 (1) 領土，包括各省及蒙古西藏。(2) 領水，可分為江河、內湖、海洋三種。江河與

湖，介於兩國之間的，通常以中線爲界；海洋以潮退時，距離海岸三海里的地方，爲領海，以外爲公海。但近代武器日精，領海範圍，有擴張之必要，一八九五年，國際法學會，有平時應以距海岸六海里之內爲領海的決議。(3)領空，依一九一九年一月二三日在巴黎所訂國際航空條約，認爲締約國對於其版圖上空有無限的領土權。

(B) 想像的領域 就是視同國境，而爲國權所能及的。新刑法第三條後段云：「在中華民國領域外之中華民國船艦或航空機內犯罪者，以在中華民國領域內犯罪論。」可見在公海中的中國商船及軍艦，或在公空中的中國航空機，應受內國法律的約束，就是在外國領水內的船艦，或外國領空內的航空機，也不受停泊國法律的支配。

第二 刑法及於國外的效力

新刑法第五條云：「本法於凡在中華民國領域外犯左列各罪者，適用之。」

一 內亂罪。

二 外患罪。

三 偽造貨幣罪。

四 第二百零一條及第二百零二條之偽造有價證券罪。

五 第二百一十一條，第二百一十四條，第二百一十六條及第二百一十八條之偽造文書印文罪。

六 第二百九十六條之妨害自由罪。

七 第三百三十三條及第三百三十四條之海盜罪。」

本條列舉各罪，不論本國人或外國人，在國外犯罪的，都適用本國法律，因為第一款對於中國的存立，第三、第四款對於中國的經濟，第五款對於中國的信用，都有重大的損害或危險。至於第六款，新刑法爲維持人類平等所特加。第七款海盜罪，爲萬國之公罪，不問何國都得處罰。

新刑法第六條云：「本法於中華民國公務員，在中華民國領域外，犯左列各罪者，適用之。」

一 第一百二十一條至第一百二十三條，第一百二十五條，第一百二十六條，第一百二十九條，第一百三十一條，第一百三十二條及第一百三十四條之瀆職罪。

二 第一百六十三條之脫逃罪。

三 第二百十三條之偽造文書罪。

四 第三百三十六條第一項之侵占罪。」

本條處罰在外國犯上列各罪的中國公務員，不以國籍爲限，就是外國人爲中國公務員的，也得適用。

新刑法第七條云：「本法於中華民國人民，在中華民國領域外犯前二條以外之罪，而其最輕本刑爲三年以上有期徒刑者，適用之。但依犯罪地之法律不罰者，不在此限。」

本條凡對於本國人在國外犯所定之罪，都可適用。至於被害人是本國人，還是外國人，可以不問。這就是學說上所謂屬人主義。

新刑法第八條云：「前條之規定，於在中華民國領域外，對於中華民國人民犯罪之外國人，準用之。」

本條規定外國人對於本國人，在國外犯罪的時候，可以適用，是爲保護主義。

第三 犯罪地問題的解決

犯罪的成立，必須具備行爲（身體的動靜）與結果。行爲與結果都在國內，認爲國內的犯罪，固無疑義。但是倘使行爲與結果跨於內外時——就是行爲在本國，而結果在外國，或行爲在外國，而結果在本國的時候，應該認爲國內犯罪呢？還是認爲國外犯罪？關於這問題，從來有三種說法：（1）行爲地說，以實施犯罪行爲之地，爲犯罪地。倘使行爲在國外，而結果雖在國內，仍認爲國外犯罪；如在國內實施犯罪，不問結果生在國內或國外，都是國內犯。（2）結果地說，以犯罪結果發生之地，爲犯罪地。（3）折衷說，行爲與結果，都爲犯罪成立的要件，不論行爲與結果，有一在國內的，就認爲國內犯罪，所以也叫做「行爲地兼結果地說」。例如在新刑法施行第一天，就有人在日本殖民地朝鮮新義州地方開鎗，射殺我們中國的遼寧省安東縣境內的人，這時候，行爲地在日本屬地，而結果發生在中國領域，行爲與結果跨於兩國之間，依行爲地主義，歸日本處斷；依結果地主義，依中國處斷；如依行爲結果兩地，都爲犯罪地主義而論，那末中日兩國，都得處斷了。新刑法第四條規定：「犯罪之行爲或結果，有一在中華民國領域內者，爲在中華民國領域內犯罪。」可見採的是折衷主義。

因爲行爲與結果，都爲構成犯罪的要素，沒有行爲，便沒有結果的發生，兩者不可有所偏重。

第四 已經外國裁判之罪的處罰

通常對於同一犯罪行爲，已經經過一次處罰後，不能再行第二次的處罰，這是法律上「一事不再理」的原則。但是對於在外國已受裁判的行爲，可否再行處罰？新刑法第九條前半段規定：「同一行爲，雖經外國確定裁判，仍得依本法處斷。」這不能認爲「一事不再理」原則的例外，因爲各國主權，完全獨立，外國法權下的裁判，對於內國，沒有多大價值，只是看做一種事實罷了，所以雖經外國裁判，內國仍得處斷。

但是近代國際習尚禁令，漸漸地接近了，甲國認爲有罪的，乙國也認爲有罪，並且科刑程度，也漸漸地差不許多了。固然不能因已受外國裁判，而免除本國裁判，可是犯罪者，如其已經受過刑的執行，「再來一個」，要他重受一次刑罰，終究不合情理，太兇了，所以同條但書云：「但在外國已受刑之全部或一部執行者，得免其刑之全部或一部之執行。」

總論

第一編 犯罪

第一章 什麼是犯罪

一 不准妥贖

什麼是犯罪？[？]字面是「犯了罪」的意思。但是所謂「犯了罪」是怎麼一回事？[？]合：

第一種場合是做了法律上所禁止的事，例如新刑法第二百七十一條第一項：「殺人者，處死刑，無期徒刑或十年以上有期徒刑。」因為殺人是不可行的，所以對殺人的行為，設一種禁止的規定，假使有人破壞這禁止的規定，便是犯罪。大部分的犯罪，都是由於對法律禁條有所破壞而成立，這

就是違背禁止的規定。

第二種場合，是法律上命令着要這樣做，要那樣做的事，違背了命令不做，或雖做而不依命令做，例如公司法第一百零九條中，有這樣的規定：「股份全由發起人認足者應於第九十一條所定之檢查完結後，股份非全由發起人認足者應於創立會完結後十五日內由董事將左列各款事項向主管官署聲請登記，一、第八十八條第一款至第五款所列事項，二、各股已繳之金額……」如果「聲請設立或增資登記時關於股份總數之認足，股款已繳之總數，有不實之陳述者。」依照同法第二百三十三條的規定，科以一年以下的徒刑或二千元以下的罰金。對這種命令人民應做的事而不做，或雖做而不依命令做，便是犯罪，這就是違背命令的規定。

上面前一種場合，是破壞禁止，後一種場合，是違背命令，不論破壞禁止或違背命令，都是犯罪所不同的，只是破壞禁止一定要積極的去「做」，纔能成立，至於違背命令，即使「不做」，也能成立犯罪。但是同一件事，禁止與命令兩種都可規定，例如我們認為娼淫是一件不好的事，應該早起纔好，假使給它寫做法律，那末，

「不准晏睡」這樣的禁止規定也可以，反之，

「必須早起」這樣的命令規定也可以。兩種規定的方法雖然不同，而它的意義是一樣的。

二 見色動心是姦淫嗎

違背了不可殺人的規定而殺人，便成犯罪，這是很明白的，但是不管三七二十一，一概而論是不行的，例外的事正多着。同是殺人，強盜殺了人，固然可以根據「殺人者處死刑……」云云，罪也成立，罰也可科；可是軍人在戰場上殺了人，還說什麼死刑不死刑，簡直是大忠臣，國家不懂不治以罪，還得授以勳章，升職加俸了。又同是傷害，一般人打架之後，稍有點皮傷血出，便要告對方以傷害罪，希望敵人下獄，坐得他頭上出毒草，可是醫生對於病人，一點皮傷血出算得什麼，剖肚子，割手脚，什麼罪也沒有，這是什麼緣故？

還有，不論怎麼樣因打架而傷害了人，要是出於六七歲的頑童的舉動，或者出於人事不清的傻子，呆徒的舉動，不成爲犯罪，因爲都是沒有責任能力的人。又如汽車的機司，正在開駛汽車疾馳

中，這時忽然有個人像飛機撲燈似的，向汽車投身自殺，這種事情，那機司是無罪的，想為諸位賢明的讀者所知道。最後還有一點，比如有人想要殺人，想要放火，只是想，而沒有行為，這不能說是犯了罪，就是單是思想，單是考慮，還是不成，非得更進一步轉到行為，不得稱為犯罪。聖經馬太傳中有句話，叫做「凡見婦女而起色情者，於其心已是姦淫。」照這話，說是見了婦女，只要起一種色情之念的人，便是姦淫，那真了不得，這年頭，人心不古，見了女子說漂亮談摩登的，大有人在，他們幾乎有每日造成幾個姦淫被害者的可能了，豈不駭煞人也。但是請勿耽心，宗教上如何，是別一問題，擱開不提，在法律上，見了婦女，即便起色情之念，也不構成犯罪，同樣，見了人家的財物而起偷意，還不能夠立刻就成為賊伯伯的，就是因為單是思想，單是考慮，不能成立犯罪的緣故，所以一般人色情之念儘管起在心頭，是不妨事的。

三 犯罪的要件

照上面所講的看起來，可以知道所謂犯罪，雖說是因為違背了法律上認為是罪的規定，而單

是如此，還不足把犯罪的意義包括殆盡，頑皮小孩的行爲不行，傻子的行爲不行，如戰爭與醫生那樣法律上所許可的行爲不行，再單是意思的存在也不行，因此，犯罪，非有下列幾個要件不可。

(一) 犯罪，非人的行爲不可。

僅有意思的存在不成犯罪，非有行爲不可，而所謂行爲，並不是指貓狗的行爲，而是指人類基於意思的身體動靜而言，但雖有身體的動靜，倘不是基於本人的意思，也不是犯罪行爲。

(二) 犯罪，非違法的行爲不可。

倘是用針刀刺割身體，普通便構成傷害罪，因為是違法行爲，而醫生爲治療疾病打針剖肉，便不成犯罪，因為法律上認爲是正當行爲而加以許可的緣故。

(三) 犯罪，非責任能力人的行爲不可。

所謂責任能力，是得爲負責行爲主體的能力。幼者、精神病者，雖有違法行爲，因為沒有責任能力，不能成立犯罪。

(四) 犯罪，非有故意或過失不可。

故意，是明知而故爲之，如明知刀能殺人，而舉刀向人是過失，是應注意且能注意而不注意，如練習射擊，不管前面有人沒有，而任意開鎗以致傷人是沒有故意或過失，是不可抗力的行爲，法律不認爲犯罪。前面汽車軋死人的例子，如機司有過失，便有罪，如係由於被軋死人的決意自殺，特地趁機司停車不及的時候，投身自殺，機司的軋人是由於不可抗力，沒有過失，不構成犯罪。

(五) 犯罪，非刑法所列舉的行爲不可。

不法行爲有種種，不能盡指爲犯罪，祇以在刑法上有明示犯罪，並規定其刑罰的爲限，否則，法律無正條，其行爲雖爲怎樣的不道德，也不認犯罪，就是前面已講過的所謂「罪刑法定主義」。上面五點，是犯罪不可缺的要件，缺少一個條件，罪犯就不成立。現在把它一言以蔽之，是：犯罪，是責任能力人，有故意或過失，而爲刑法所列舉的違法行爲。這是犯罪的定義。

第二章 犯罪的主體

國法上有犯罪的資格者，叫做犯罪的主體。在現代刑法上得爲犯罪的主體的，只限於人，而在古代刑罰思想幼稚時代，對人以外的東西，認爲犯罪，加以處罰的例子，不能說絕對沒有，如歐洲中世紀宗教法時代，對污瀆聖物的毛蟲、老鼠、死傷人的狗、牛、馬之類，很多要處罰的；日本古時，有一個白河帝，要至法勝寺，被大雨所阻，去不得，於是帝大爲震怒，判雨有罪，把牠裝進器具裏，放置監獄，當時把這事傳爲「雨的禁獄」。到了近世，法律思想以爲國法都是對人而設，犯罪的主體祇限於人，已成不易之論。不過「人」在法律上已成爲廣義的名詞，包括自然人與法人兩種：自然人，爲具有生命及肉體組織的人類；非自然人而在法律認爲有人的資格者，叫做法人。

就自然人而言，凡自然人應有人格，但他的人格的發生及消滅，很值得研究，就是從什麼時候起，纔得稱爲人，到什麼時候止，纔不得稱爲人，在未能稱爲人以前爲胎兒，在不得稱爲人以後爲死

體。我們應該研究的就是何時爲胎兒，何時爲死體的問題。以普通觀念看起來，胎兒與死體很容易與人區別，似乎不必饒舌，但是嚴格地講起來，卻有重大的關係，因爲從胎兒一變而爲人，從人一變而爲死體，其間相距非常微密，在這微密之間，大有關乎罪名的出入，例如殺未成人的人胎兒的，構成墮胎罪；殺已成人的人胎兒的，構成殺人罪；殺已死的人體的，構成毀壞屍體罪；三種的差別很遠。

以法律上論，凡已出生者爲胎兒。關於出生的界限，有六種學說，就是：(一)陣痛說；(二)一部產出說；(三)全部產出說；(四)發生說；(五)斷臍說；(六)獨立呼吸說。其中以獨立呼吸說爲近世學者所贊可。因爲胎兒沒有離開母體時，以母親的呼吸爲呼吸，脫離母體之後，纔能以自己肺臟，呼吸空氣，這時就是出生時期，同時享有人格。至於裁判上的鑑定方法，也很簡易，祇要將胎兒放進水中，如其沒有經過獨立呼吸的，進水就沈；曾經經過獨立呼吸的，進水就有泡沫，會上下浮沈，所以以獨立呼吸時爲出生，很是確實。關於死亡時期的學說也有種種，如脈搏停止說，心臟鼓動停止說等是，普通以心臟鼓動停止說爲當，因爲有脈搏已停止而心臟還是鼓動的，在心臟鼓動沒有完全停止之前，有時還有復活的希望，所以在脈搏停止後，心臟鼓動沒有停止以前，還得稱爲人，不得以死體論。

如有將他殺害的，仍當以殺人論罪。

凡自然人都得爲犯罪的主體嗎？不，自然人在出生之後，未達責任年齡以前，及法律上認爲缺少犯罪構成條件時，還不能爲犯罪的主體。但雖不能爲犯罪之主體，爲被害之主體是可以的，所以未成年入與殺嬰孩同罪，殺有責任能力人與殺無責任能力人亦同罪。

法人可否爲犯罪的主體？依普通刑法的規定看起來，很有非對於自然人不能執行的特徵，因爲刑法所規定的刑罰如徒刑，死刑，一關於自由，一關於生命，對於自然人可以執行，對於法人便不可能。或者說對法人祇處罰金尙無困難之處，但罰金不納的結果，仍當易服勞役，倘法人實在沒有實力可以繳納罰金的時候，則不能不易以勞役，而要使法人服勞役，當怎麼辦？不得已祇有把它封閉起來的一個法子，然而封閉並不是刑罰，所以關於這個問題，很爲學者間所爭論，而學者間有積極說與消極說兩種：主張積極說的，說自然人與法人既同爲權利義務之主體，同有人格，對於社會不僅是自然人的行爲足以生危害，法人的行爲也足以生危害，既同爲對於社會生危害的行爲，倘使一則處罰，一不處罰，怎麼能够維持社會安寧秩序呢？例如公司以廣告爲詐欺行爲時，與自然人

所爲的詐欺沒有兩樣，難道可以因爲是法人而不處罰嗎？所以主張法人應該爲犯罪的主體。主張消極說的，說法人本來不是自然人，不過法律上認爲有人格罷了，人格的存在祇能限於法律認許的範圍以內，對於它目的以外的行爲，本無人格，即使爲要達到它的目的而觸犯刑章，原不是法人的本質上所應做的，而是法人的代表者不遵守法人的正規而已，代表者觸犯刑律，應由代表者自行負責，所以不能認法人爲犯罪的主體。以上兩說各有理由，都不便加以否認，就立法政策立論，以近代社會的經濟事業，大半爲法人所經營，事業之大，非個人事業所能敵，活動範圍，既廣且繁，法律對這種集團的違法行爲，倘不加以制裁，不能昭平允而保公益，所以外國立法例，有在刑法中設處罰法人的規定，非無理由。不過照我國刑法，因爲沒有這種規定，不能說法人爲犯罪的主體。法人的代表犯罪時，由他的代表的自然人，負刑事責任，不能處罰法人的自身。但特別刑法中有特別規定時，仍得爲犯罪的主體。

第二章 犯罪的客體

犯罪的客體這一句話，有兩種意義：一指犯罪的對象而言，一指犯罪的受害者而言。

犯罪的對象，可分兩種：（1）一是犯罪行為的對象，人或物，例如殺傷、逮捕、監禁等行為的對象，為受其行為的人；竊取、強取、毀棄、損壞等行為的對象，為受其行為的物。（2）一是因犯罪而被侵害的公益，例如殺人罪的生命的安全，傷害罪的身體的安全，逮捕罪、監禁罪的身體自由的安全，竊盜罪、強盜罪的財物所持的安全，毀棄罪、損壞罪的目的物現狀的安全，對這種安全的公益（被害法益）因有所侵害而成立。可見罪的種類不同，它的被害法益也有異，但總括起來講，罪的對象，常常為國家的公益。

犯罪的受害者也可分為兩種：（1）一是犯罪行為的直接受害者，就是做它對手的個人，如被殺害、傷害、逮捕、監禁的人，被竊取、強取、毀棄、損壞的財物的權利者之類是。（2）一是犯罪行為的直

接間接的被害者，就是國家。因為違法行爲，有單是侵害個人的私益的（私法上的不法行爲）；有單是侵害國家的公益的，如內亂罪的對象爲秩序，國家就是直接被害者；也有對於個人的私益與國家的公益都被侵害的，如殺人罪，生命的安全是犯罪的對象，被殺的人是直接被害者，國家是間接被害者。而犯罪是屬於後面兩種的違法行爲，所以直接間接的被害者，常常是國家，檢察官是國家機關，得提起公訴，關於有被害個人的罪，個人有自訴權，理由就在於此。

第四章 犯罪行爲

一 潘金蓮鳩毒武大郎

犯罪，非人的行爲不可，人的特定行爲，爲犯罪的構成要件。這在前面已經大略講過。但是什麼行爲呢？所謂行爲，是基於意思的身體的動靜，詳細一點講，就是行爲者基於意思發動，企圖身體運動或靜止，而使外界發生變化的意思。當企圖一種特定行爲，在成立決意之先，必有種種內面的階層。殺人的時候，在未殺之先，普通都有一種動機。以潘金蓮毒殺武大郎爲例吧，武大郎的妻潘金蓮與西門慶通姦，打得火熱，將三分像人七分像鬼的武大郎，看做眼中釘，這是早已如此的了。自從武大郎捉姦不成，反而被西門慶所打，氣得武大郎發誓車第十一，喊着將來非告訴他的兄弟武松，替他報仇不可。武松是有名的好漢，潘金蓮以前曾經對他施過百般誘惑的手段，而終於不被她所

動。她與西門慶通姦的事與武大郎捉姦不成反而被辱的事，要是被武松知道了，一定於姦夫姦婦不利。害怕的了不得，爲要維持他們的姦情，而不致使武松知道，於是就起謀殺武大郎的決意。在打定決意之先，潘金蓮腦筋裏一定爲殺害嗎？不殺害嗎？的內面的暗鬪所苦，等到消極的感情被積極的感情所戰勝，殺害的決意於是成立。到這時候爲止，祇有內部的意思，沒有外部的表現，還不是行爲。

決意之後，繼續着的是外界的表現，就是對準殺人目標，而有身體的運動，或者身體的靜止，這就是行爲（或稱意思活動，或稱意志表現）。潘金蓮乘武大郎有病，拿了砒霜，放進藥裏，給武大郎服下，在這時候，就是殺人的實行行爲。

最後，發生外界的變化，實現行爲的目的，這是結果。武大郎的毒死，是他老婆潘金蓮行爲的目的，就是行爲的結果。

所以行爲是包含從決意起，到結果止的全體的。

二 夢中行爲犯罪嗎

上面講過，行爲是基於意思的身體動靜，那末不基於意思的身體動靜，就不是行爲。

例如一個強盜突然跑進一個醫生的家裏，拔出手鎗對準了醫生的胸膛，對他說：「能够毒死人的藥水配一瓶來，要靠得住的，否則，打死你！」這時候，醫生假使不配毒藥，勢所必死，沒辦法，祇得依從強盜，配給他一瓶毒藥。強盜果然拿了這瓶藥水去毒死了人，這時候，醫生對於配藥水是毒殺人用，是預先知道的，他是殺人的共犯嗎？不是共犯，爲什麼？因爲配調毒藥，並不是醫生的真正行爲，就是非基於醫生的自由意思的緣故。

一個農人，正在熟睡的時候，會起來開門，把一擔肥料挑到田裏去工作。工作完了，仍把盛肥料的器具挑回來放在原處，關上了門，仍回到牀上繼續的睡，到第二天間他，他什麼也不知道。這叫做夢遊病。有一所醫院，一間療養室裏住了三個病人，一天夜深，其中一個病人，起來將其他的一個病人殺死了，仍舊回到自己的牀上打鼾熟睡，對於自己殺了人這件事，一點也不知道。這種患者夢遊病。

的人在朦朧中所做的事，與上面同一理由，不能說是行爲。因此，要是有人在夢中呼名大罵其混帳忘八蛋，是不能構成侮辱罪的。

其他，如在痙攣發作中，絕氣中，或者所謂生理上，反射運動時候的動作，都不是行爲。因此而殺了人，傷了人，不能說是犯了罪，既不是犯罪，處罰也是不可的。

三 作爲與不作爲

行爲可分爲作爲與不作爲。前面所稱行爲，是指任意的身體運動與身體靜止，本於意思而身體運動的，叫做作爲（積極行爲），本於意思而身體靜止的，叫做不作爲（消極行爲），那末，身體運動，出於積極的作爲而犯罪的，叫做作爲犯。例如舉刀殺人，爲違背禁止的規定，就是「不當爲而爲之」。因身體的任意靜止，由消極的行爲而犯罪的，叫做不作爲犯。例如遺棄者爲違背命令的規定，就是「當爲而不爲」。

一個母親將嬰孩的鼻孔塞住，因而嬰孩窒氣而死，這是作爲的殺人；要是不給他奶吃，因而嬰

孩餓死，這是不作爲的殺人。因作爲而使發生不正結果的行爲，與違法的不作爲，而不防止結果的行爲，它的價值在法律上是沒有差別的。

不作爲犯，又可分爲純正不作爲犯與不純正不作爲犯兩種：依消極行爲犯命令的規定的，叫做純正不作爲犯，例如「對於無自救力之人，依法令或契約，應扶助、養育、或保護，而遺棄之，或不爲其生存所必要之扶助、養育或保護者，」（新刑法第二百九十四條）的遺棄罪是。依消極行爲犯禁止的規定的，叫做不純正不作爲犯，例如醫院裏的看護，明知毒藥，不爲防止，任病人服用，以致死亡是。

第五章 犯罪行為的階段

犯罪完成的順序，因犯罪種類而有不同，有突然決意，立刻實施，其間不能分多數階段的，有慢的一步一步進行，然後達到犯罪目的的，前面所舉「潘金蓮鴆毒武大郎」的例子裏，便經過犯罪行為的好多個階段。現在再就一般犯罪所常經過的行為階段，分別說明，就是分做犯罪決意，預備行為，着手行為與實行行為四個階段來說明。

一 犯罪決意

所謂犯罪決意，為犯罪行為的意思決定，雖有犯意，祕而不宣，就犯罪成立上講起來，無行為不為罪，自無成罪的理由，因為單純犯意，只是個人的意思，非外人所知道，祇有靠道德來制裁。即使以言語文字或舉動，表示於外，刑法上也以不罰為原則。因為不過是個人的意思，對於社會還沒有什

麼危害，本於刑事政策的要求，應該寬以去過自新的機會。

但是犯意的表示，對於社會假使有重大危險的時候，法律爲維持社會秩序，防禦國家公益計，不能不加以制裁，所以新刑法對於不罰犯罪決意原則，有二種例外：

(一)有犯意的表示時就成爲獨立罪，如煽惑軍人不執行職務，或不守紀律，或逃叛者（第一百零七條，第三款），以文字圖畫演說，煽惑軍人犯罪，或違背法令，或抗拒合法之命令者（第一百五十三條），及以加害生命、身體、自由、名譽、財產之事，恐嚇他人，致生危害於安全者（第一百零五條），這幾條犯罪的成立，不須要有實害的發生，祇要犯罪者有犯意的表示，罪就立刻成立。

(二)陰謀 所謂陰謀，指二人以上，對於一定的犯罪，互相協議的意思。它的成立要件有三，就是（一）必爲二人以上，一人的意思表示不是陰謀。（二）須指定犯罪的目的，沒有一定的犯罪目的的，不是陰謀。（三）須有受通知者的承諾。倘使只有一方提出，沒有得到他方的承諾時，不是陰謀。

陰謀以不處罰爲原則，新刑法祇就其情形重大的，加以處罰，如內亂罪的陰謀（第一一條，第一百零一條）及外患罪的陰謀（第一百零三條至第一百零七條，第一百零九條，第一百十一條）就是。

二 預備行爲

預備行爲，比犯罪決意，更進一級，陰謀專指犯罪的合意狀態，非有二人以上之共謀不可；預備行爲是指着手以前的一切舉動，一人也可做得，所以與陰謀不同，與犯罪決意也有區別。再就其還沒有到着手實行的一點觀察起來，與未遂犯也有差異。

預備行爲，刑法上以不罰爲原則。祇限於幾種犯罪的預備行爲，定它有罪，而加處罰。因爲預備行爲，爲實行犯罪的準備，犯罪事實，將由此接着着手實行，而達到實現。新刑法特別對於危險重大的犯罪，設例外的規定加以處罰，如內亂罪的預備（第一一條第二項，第一百零一條第二項）外患罪的預備（第一百零三條第三項，第一百零四條第三項，第一百零五條第三項，第一百零六條

第三項，第一百零七條第三項，第一百零九條第四項，第一百十一條第三項，公共危險罪的預備（第一百七十三條第四項，殺人罪的預備（第二百七十一條第三項，第二百七十二條第三項），強盜罪的預備（第三百二十八條第五項），擄人勒贖的預備（第三百四十七條第四項），此外又有以預備爲獨立的罪而處罰的，如第一百八十七條所規定：「意圖供自己或他人犯罪之用，而製造、販賣、運輸或持有炸藥、棉花藥、雷汞或其他類之爆裂物或軍用鎗礮子彈者，」及第一百九十九條所規定：「意圖供偽造、變造通用之貨幣、紙幣、銀行券或意圖供減損通用貨幣分量之用，而製造交付或收受各項器械原料者，」是。

犯罪行爲的階段，從決意開始，由預備漸漸的進於着手，實行。但是犯罪也有不經過預備，而直接進於着手實行的，所以預備並不是犯罪必要的階段。例如民國二十一年二月十一日，杭州西湖藝專女生劉夢瑩，被同學陶思瑾在石塔兒頭許宅殺害身死一案，劉陶共學三年，情感很深，有時大被同眠，因而發生同性戀愛，并締結一種永久盟約，決不與男性結婚。後因陶思瑾與本校女教師劉文如感情甚好，引起劉夢瑩的妒忌，要將過去一切情形描寫宣布。事件發生的那一天下午，室中祇

劉陶二人，劉夢瑩浴畢，重提劉文如的事情，致起口角，陶思瑾見劉夢瑩不能見諒，恐被描寫過去事實，牽涉劉文如，並有害自己名譽，一時感受刺激，觸動殺機，潛往廚房取得廚刀一柄，將劉夢瑩砍死。在殺人着手以前，本沒有殺人的意思，因憤激而決定殺意，立刻實行，自沒有預備的可言，所以她的惡性較有預備的為輕。

三 着手行爲

着手行爲，爲實行行爲的開始，比預備又進一級。但是着手與預備，相隣密接，彼此界限，很難區別。因之議論紛紛，互爭雄長。大別之可分兩說，依主觀說，應以可得認識有一定犯意的行爲爲着手，否則爲預備。例如火油不是專供放火之用，不能說買火油就是放火，等到用火接觸燃料時，犯意已可認識，所以說可以認識犯意的爲着手，不能認識的爲預備。但是照這說來，那末犯罪未着手之前，因有意思表示，人人都知道他爲預備行爲的，勢必硬以着手論了。這種說法是在犯人主觀的方面，求着手預備區別的標準。客觀說則在客觀的方面，求預備着手區別的標準，他的說明方法，有的說

與構成犯罪事實有密接關係的行爲爲着手，有的說完成犯罪所不可缺乏的行爲爲着手，又有說在犯罪完成有危險的行爲爲着手的。

其實，以抽象的理論，適用到事實，着手與預備的區別，很難明瞭，到底何種行爲爲着手行爲，只有從主觀客觀兩方面，依具體的各個事實來決定纔行。就是犯罪爲對於一定法益的侵害，應該以法益侵害的開始爲着手。例如彈丸的發射，爲法益侵害的開始，彈丸的塞入，就是着手以前的行爲。又如侵入家宅時，爲竊盜的着手，着手以前的行爲，是屬預備行爲。

總之，着手爲實行的開始，而預備又爲着手的開始。

四 實行行爲

實行行爲，就是具備刑法上構成犯罪特別要素的行爲，如強盜罪的強奪行爲，放火罪的燒燬行爲，殺人罪的殺人，傷害罪的傷人，都是犯罪的實行行爲。實行行爲，爲犯罪行爲的第四階級，於實行終了而發生結果的，叫做犯罪既遂，雖然實行終了，而沒有結果發生的，叫做犯罪未遂。普通講起

來，犯罪既經實行，當然有結果發生，但是在實行中忽然遇到遮斷妨止的他力介入，以致不能發生結果的，也往往有的，例如某甲正在放火，忽遇大雨，將火撲滅，以致不能發生結果是。但也有不要結果的發生而犯罪認為既遂的，例如侮辱罪及煽惑罪，祇要有侮辱或煽惑行為，罪就完全成立，刑法上並不問結果怎麼樣。

實行與着手相去不過一間之隔，所以說着手為實行的開始，而實行就是着手的結果。但也有着手以後，沒有達到實行的地域的，就是雖已着手，而沒有發生結果的。這種結果是指着手的結果而言，不是指犯罪行為的結果而講，所以未得結果的，祇稱為着手未遂，至於已達實行的地域而無結果發生的，是為實行未遂。例如A持刀殺B，A見B在數步距離之前，就舉刀跑上前去，這時就可稱為着手，倘使B見A來殺他，立刻逃避，以致刀未上身，就是着手未遂。假使刀已與B的肉體接觸，就是已入實行的地域，但B倘受刀傷而未死，就是實行未得結果，就是所謂實行的未遂。又這時的殺人目的雖未達到，而已得傷人的結果，可以稱做傷人的既遂嗎？不能，因為殺人與傷人的區別，不在結果的已死與未死，而注重於行為時的犯意。所以以殺人為目的的人，雖沒有發生死亡的結果，

仍構成殺人未遂犯；以傷人爲目的的人，雖發生死亡的結果，也以傷害致死論罪，不能成立殺人罪的既遂犯。舉例如下：「撲的只一拳，正打在鼻子上，打得鮮血迸流，鼻子歪在半邊，卻便似開了個油醬鋪，鹹的、酸的、辣的，一發都滾出來。鄭屠掙不起來，那把尖刀也丟在一邊，口裏只叫『打得好！』魯達罵道：『直娘賊！還敢應口！』捏起拳頭來，就眼睜際眉梢只一拳，打得眼稜縫裂，烏珠迸出，也似開了個彩帛鋪的，紅的、黑的、紫的，都綻將出來。兩邊看的人懼怕魯提轄，誰敢向前來勸。鄭屠當不過，討饒。魯達喝道：『咄！你是個破落戶！若只和俺硬到底，洒家便饒了你！你如今對俺討饒，洒家偏不饒你！』又只一拳，太陽上正着。卻似做了一個全堂水陸的道場，磬兒、鉦兒、鐃兒、一齊響。魯達看時，只見鄭屠挺在地上，口裏只有出的氣，沒了入的氣，動彈不得。魯提轄假意道：『你這廝詐死，洒家再打！』只見面皮漸漸的變了，魯達尋思道：『俺指望痛打這廝一頓，不想三拳真個打死了他。洒家須吃官司，又沒人送飯，不如及早撇開。』拔步便走。」（見水滸第二回魯提轄拳打鎮關西）魯達將鄭屠打死，應構成殺人罪的既遂嗎？不，因爲魯達本意只在痛打鄭屠一頓，想不到提着那醋鉢兒大小拳頭，打了三拳，就打死了。所以不成立殺人既遂，亦不成立單純的傷害既遂，而是傷害致死罪。

第六章 犯罪行為的不完成

一 未遂犯

三國志演義第四回謀董賊孟德獻刀一段，中有：「曹操佩着短刀，來至相府，問：『丞相何在？』從人云：『在小閣中。』操竟入見，董卓坐於牀上，呂布侍立於側，卓曰：『孟德來何遲？』操曰：『馬羸行遲耳。』卓顧謂布曰：『吾有西涼進來好馬，奉先可親去揀一騎賜與孟德。』布領命而去。操暗忖曰：『此賊合死！』即欲拔劍刺之，懼卓力大，未敢輕動。卓胖大不耐久坐，遂倒身而臥，轉面向內。操又思曰：『此賊當休矣！』急掣寶刀在手，恰待要刺，不想董卓仰面看衣鏡中，照見曹操在背後拔刀，急回身問曰：『孟德何爲？』……操惶遽，乃持刀跪下曰：『操有寶刀一口，獻上恩相。』」

這就是殺人未遂。新刑法第二十五條第一項規定：「已着手於犯罪之實行而不遂者，爲未遂。」

犯。」照這規定，未遂犯的成立，一定要具備下列三個要件，就是：（一）要有犯罪的故意，所以沒有過失未遂犯，例如幫助姪婦墮胎，因過失而反陷姪婦生命於危險的，不罰未遂罪。（二）要有着手以上的行爲，先起犯罪的決意，次爲實行的準備，進而着手於實行，這是犯罪行爲普通的程序，所以在沒有着手犯罪的實行之先，不生未遂的觀念。（三）要不達於既遂的狀態，所謂不達於既遂的狀態，指構成該犯罪要件未完成而言。就是雖已着手於犯罪的實行，而沒有充實犯罪的結果。

「已着手於犯罪之實行而不遂」這一句條文的意義，只是以（一）已着手於犯罪的實行，（二）不遂，做他的內容，對於不遂的原因，並沒有提及，可見包含很廣。不遂由於不能的，稱爲不能犯，不遂由於以自己意思中止的，稱爲中止犯，除掉這兩種之外，就是所謂普通未遂，學說上稱爲狹義的未遂犯。三種合起來，都稱做未遂犯。

未遂的狀態，可分做着手未遂與實行未遂，所謂着手未遂，又稱做中絕未遂，所謂實行未遂，又稱做缺效未遂，前一種指着手犯行，未能終結而言，後一種指實行終結，未生結果而言。所以對於未遂，又可分爲（一）未了未遂，與（二）既了未遂兩種。所謂未了，指實行已經開始而沒有終了而言，例

如甲舉刀殺乙，刀沒有砍到乙的身上，就被警察逮捕。所謂既了，是指實行已經終了而言，例如以鎗擊人，祇傷了一手或一腿，而沒有死亡是。條文既然以着手於犯罪的實行，爲未遂犯成立要件，那末在沒有達到這階級的行爲，如陰謀預備，不能成立未遂犯，這是當然的。

不遂是說構成犯罪必要的結果沒有發生，換句話說，就是未遂的成立，要沒有發生犯人預想的結果。至因這個未遂行爲致生別個的結果，有的要構成他罪，有的反爲犯人自害的原因，但是對於本罪的未遂，照舊成立，沒有什麼關係。譬如李逵要行強盜，正在強奪財物的時候，適遭官兵襲擊，因此財物未得，匆匆跑了，這種情形，固然已生強盜罪要件的暴行結果，但還欠缺強取要件，應構成強盜罪的未遂犯。又如西門慶深夜進入美女小白菜房間，要行強姦，剛要實行，被小白菜的丈夫突然一擊，致受重傷，倉皇逃走，仍要成立強姦罪的未遂犯。

「未遂犯之處罰，以有特別規定者爲限。」這是新刑法第二十五條第二項所明定，所以一切行爲，雖然它的性質具有未遂的狀態，而且對於他人或社會有危險之虞，倘使法無明文，仍不得加以處罰。

至於未遂犯應不應該與既遂犯同樣處罰？各國立法例很不一致，有採不減主義的，有採必減主義的，也有採折衷主義，即得減主義的。折衷主義認犯人惡性與行為的性質，足以危害社會，與既遂犯沒有兩樣，同等科刑，自非不當。但因不生結果，畢竟與既遂有差別，不予減輕，恐欠平允。於是審察犯意，權衡情節，或從減輕，使受寬典，或不論減，同樣科刑，一任審判官的自由裁量。新刑法第二十六條前段規定：「未遂犯之處罰，得按既遂犯之刑減輕之。」可見是採取得減主義的。所謂「得減」，是可減可不減的意思，雖不減輕，也不是違法。

二 中止犯

已着手於犯罪行為的實行，或實行完畢，因自己意思而中止着手進行，或防止結果的發生的，叫做中止犯。新刑法第二十七條：「已着手於犯罪行為之實行，而因自己意中止或防止其結果之發生者……」就是中止犯的規定。犯罪行為已着手，因自己意思中止實行的，叫做着手中止，例如舉鎗殺人，忽然覺得不忍殺死，因此而中止的是。犯罪行為已實行，因自己意思阻止發生結果的，叫做

實行中止，例如給人喝了毒藥後，忽念舊恩，因而立刻給他解毒是。

中止犯也是未遂犯的一種，前面關於未遂犯的說明，也適用於中止犯。中止犯的成立，除要有着手以上的行爲，及不遂兩要件外，還得具備下列兩個要件，就是（一）要因自己意思而中止，所以中止犯又有任意中止犯之稱，以表示與普通未遂有別。普通未遂與任意未遂的區別標準，在乎不至犯罪既遂的原因，是否繫於犯人意思的事實。（二）要現實防止結果的發生，不防止結果的發生，便不能說是中止。但防止行爲，不必限於自己去做，即使自己不做，委託人家防止結果的發生，亦不妨成立中止犯。譬如請醫師解除中毒，就是適例。

中止犯的處分，新刑法第二十七條規定爲：「減輕或免除其刑。」採取所謂必免減主義，裁判上所得斟酌的，祇在減與免之間，而或免或減，必居其一。因爲中止犯行，全由於自己的意思，較之普通未遂，情節爲輕，危險也少，採取必減免主義，可謂得當，也是一種獎勵中止的政策。

三 不能犯

犯罪行為不能發生實害的結果的，叫做不能犯。不能犯既已着手犯罪行為的實行，因為行為沒有發生犯罪結果的能力，以致不生預想的結果，沒有達到既遂的領域，所以也是未遂犯的一種。不能未遂犯與中止未遂犯，是不同的。因為中止未遂犯的原因，為任意中止，而不能未遂犯的原因，為基於行為的手段或標的的不能的緣故。

不能犯可分為絕對的不能犯與相對的不能犯兩種：

一 絕對的不能犯 所謂絕對的不能犯，是說欠缺構成犯罪要素的標的或手段，而行為者認為存在，決意遂行的。(1)關於標的的絕對不能犯，例如以殺人的意思，誤獸為人而殺之。(2)關於手段的絕對不能犯，例如以殺人的意思，用沒有裝子彈的手鎗，向人射擊。

二 相對的不能犯 所謂相對的不能犯，是說因標的或手段有所錯誤或拙劣，雖然着手實行，仍不能發生結果的意思。(1)關於標的的相對不能犯，例如探知他人的銀庫，而為竊盜，那裏知曉他人已將銀庫，移到別處，可憐像貓咬尿胞，一場空歡喜。(2)關於手段的相對不能犯，例如意圖殺人，誤信鈍刀為利刃，不達殺人的目的。

不能犯處罰與否，學者間議論很不一致，新刑法不論相對的不能與絕對的不能，都認為未遂犯，於第二十六條規定：「未遂犯之處罰，得按既遂犯之刑減輕之。但其行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，減輕或免除其刑。」照此規定，可知不能未遂犯的處罰，如係相對不能犯，與普通未遂犯同科，得照既遂犯的刑減輕。如係絕對不能犯，那未必減輕或免除其刑。

第七章 犯罪行為的責任

一 責任能力

一個七八歲的小孩，在書鋪裏偷了一本畫報，要不要處罰？一個瘋子一把火將他人房屋燒了，要不要科刑？一個八十歲老翁，強姦少女的奇聞，對於這老不死的強姦行為，應否與普通人犯強姦罪一樣論，判他五年以上的有期徒刑？這是責任能力的問題了。

什麼叫做責任能力？簡單地說一句，就是擔負刑法上責任的精神狀態。責任能力的有與沒有，以精神狀態的健全不健全為斷；就是精神發達健全的，為有責任能力，精神沒有發達或有障礙的，為無責任能力。又決定責任能力的有與沒有，以行為當時的能力做標準。行為人在行為前或行為後的能力怎麼樣，對於犯罪的成立不成立，法律上沒有什麼關係。

精神狀態正常者的責任能力，無須再說，以下祇將絕無責任與減輕責任兩種，分別說明。

一 絕無責任 就是絕對不負刑事上的責任，照新刑法的規定有兩種：

(一) 未滿十四歲人

年齡幼稚的人，因為機能未熟，知識淺薄，對於是非的辨別力又差，偶因不良行為，假使要他們與一般責任能力人同樣負起刑事責任，豈不是太殘酷了嗎？所以各國刑法，大都明定不到一定年齡，不負刑事上的責任。關於責任年齡，各國立法例並不一致，我國新刑法參酌國民的知識程度，及精神狀態發達情形，明定：「未滿十四歲人之行為，不罰。」（第十八條第一項）依這規定，凡未滿十四歲的人犯了罪，即使事實上證明他有責任能力所必要的能力，也不能叫他負起刑事上的責任。並且就是只差一天，也可適用這項規定，例如犯罪的那一天，是十三歲另十一個月二十九日，雖然這人是殺了人，也不能處罰他。但是過了這一天，滿了十四歲，就可處他死刑，無期徒刑或十年以上有期徒刑的重刑了。這樣，一定有人認為不公平，但這是解釋上無可如何的事。

現在對於前面所講一個七八歲的小孩偷了畫報，絕對不負刑事責任，是很明白的了。至於計算年齡的方法，應用周年法，實足計算他是否已滿十四歲，不能從身體的外表來推測，一定要根據事實上調查去決定。

(二)心神喪失人

「心神喪失人之行爲，不罰。」這是新刑法第十九條第一項所明定，但是什麼叫做心神喪失人？如文狂、武狂、白癡、癡呆、精神上知情、意三者都有障礙，莫有辨別是非的能力，他所爲的犯行，不是出於「自我」本人的意思，而純係疾病的結果。他的治療，應該求諸藥石，不能依於刑罰，若是隨便加以刑罰，無異拿甲的罪，加到乙的身上了。所以刑法上對於心神喪失人，不問他年齡怎樣，及罪狀的輕重，都認爲絕無責任。至於心神喪失的狀態，有爲一時的，心神障礙的，有爲繼續的，心神障礙的，也有屬於循環的，心神障礙的。心神障礙的原因繁雜，種類也多，有因營業失敗，有因情場失意，法律上卻不設什麼限制。心神喪失人得以絕無責任，一定要在行爲當時有心神喪失狀態，若在犯罪行爲時有責任能力，而在行爲前或行爲

後陷於心神喪失狀態的，不得援用這項規定，而主張不罰。所以犯人行爲當時，是否具有精神病，非由專門醫生切實鑑定不可。至於行爲後纔發生心神喪失的狀態的人，在訴訟中，應停止審判，在判決後，應停止死刑、徒刑及拘役的執行，這是別一問題，不可牽混。

二 減輕責任 就是相對的減輕刑事上的責任，新刑法所定，計有四種：

(一) 未滿十八歲人

「十四歲以上未滿十八歲人之行爲，得減輕其刑。」這是新刑法第十八條第二項所明定。因爲這種人的意思能力，雖較未滿十四歲人爲強，而與已滿十八歲的人比較起來，卻又是弱了。假使把他們定爲絕對無責任，或絕對有責任，似乎都有未妥，所以採相對減輕主義，減與不減，一任審判官的自由裁量，不一定以年齡爲斷。倘使審判官認爲精神狀態已經發達，不給他減輕，也無不可。

(二) 滿八十歲人

老人知識經驗，都較少壯的豐富，不應有不法之事，所以各國刑法，對老人犯罪，大都不

設減輕責任的規定。但老人風燭殘年，爲日無多，況且我國固有習慣，對於老人，向存矜恤，禮記曲禮有：「悼與耄，雖有罪不加刑焉。」唐律也有：「八十歲老人犯罪，收贖不論。」的例，歷代刑法，相沿已久，未便就除去，所以新刑法第十八條第三項規定：「滿八十歲人之行爲，得減輕其刑。」這樣，前面所講八十歲老翁，強姦少女的例子，這老翁未必與普通人犯強姦罪時同樣判刑，也許有減輕的可能。

(三) 精神耗弱人

「精神耗弱人之行爲，得減輕其刑。」這是新刑法第十九條第二項所規定。精神障礙程度最高的，爲心神喪失，較低弱的，便是精神耗弱，這兩種並不是原因的不同，而是因程度上的差異而區別。精神耗弱人，可說位於精神健全狀態與心神喪失狀態之間，他的行爲有時既不可與精神健全人的行爲同視，又與心神喪失人的行爲有別，所以新刑法規定得減輕其刑。

(四) 瘖啞人

「瘖啞人之行爲，得減輕其刑。」這是新刑法第二十條所規定。所謂瘖啞，指啞而兼聾的人而言。語能聽能，非常重要，在教育方法沒有進步的時候，啞而兼聾的人，接受教育的能力較差，所以法律上認爲他們的精神狀態，也弱於普通一般的人，規定這種人的行爲，得減輕其刑。但瘖啞有在出生時就如此的，也有在出生後纔成的，這裏所說的瘖啞人，限於前者呢，還是兼包後者呢？有的說應以出生時就瘖啞的人爲限；有的說出生後自幼瘖啞的人也包括在內；又有人說，條文上只稱瘖啞人，凡瘖啞人一概都是，不特不限於出生時就瘖啞的人，而且也不只包括自幼瘖啞的，即雖年長而後瘖啞的人，也不失爲本條的瘖啞人。以文理解釋，第三說自然也言之成理。然而減輕的理由，既因他們心神的狀態，推原於自幼的接受教育能力，還不如採用第二說——出生時及自幼而瘖啞的人爲限，比較正當。

二 責任條件

犯罪的成立，不僅行爲人要有責任能力，還得要有責任條件。所謂責任條件，指行爲人的行爲

要合乎某種條件纔負責任而言。責任條件，有兩種狀態：一種是故意，一種是過失。新刑法第十二條規定：「行爲非出於故意或過失者，不罰。」可見故意與過失，都是責任條件。但是刑法以故意爲原則，凡處罰的，除過失外，一定要有故意。過失的爲責任條件，只是例外而已。

一 故意

(一) 故意的意義

怎麼叫做故意？簡括的說一句，就是認識犯罪事實，而且要實現犯罪行爲的意思。關於故意的定義，從來學說不一，新刑法爲杜絕解釋紛歧起見，採取最新立法例，對故意很明白的規定牠的意義，第十三條第一項云：「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。」同條第二項云：「行爲人對於構成犯罪之事實，預見其發生而其發生並不違背本意者，以故意論。」第一項規定直接的故意，第二項規定間接的故意。依據上面的規定，可知構成故意，應具備兩個要件，就是：

(1) 要有犯罪事實的認識 所謂犯罪事實，就是犯罪構成事實及加重事實。構成故意，以

認識這兩種事實爲必要。假使缺乏構成犯罪要件事實的認識，不能說是故意，既沒有犯罪的故意，便不能處罰，所以新刑法第十二條第一項明定行爲非出於故意者，不罰。例如甲男不知乙女是孕婦，將她推倒而致使墮胎，當時因爲甲男對於乙女墮胎的結果，並不認識，就是沒有墮胎的故意，所以不構成墮胎罪，祇成立傷害罪。又如懷胎婦女肚皮大了，認爲是膨脹，吃藥以後，落下來的，是一個未足月的小寶實，不構成新刑法第二百零八條懷胎婦女自行墮胎罪。甲乙是一對夫妻，住在某旅館三〇三號房，子丑亦是一對夫妻，住同旅館三〇四號房子因事出去，與丑說明某日深夜回來，不料該夜沒有回來，而甲走錯了房間，甲誤認丑爲自己老婆乙，丑誤認甲爲她的丈夫子，甲丑因此「敦倫」不構成新刑法第二百零九條的犯罪。又假使缺乏加重刑罰要件事實的認識，便不能說有重罰行爲的故意，所以新刑法第十七條規定：「因犯罪致發生一定之結果，而有加重其刑之規定者，如行爲人不能預見其發生時，不適用之。」例如A要殺他的叔伯B，因爲認錯了，把A的老子C殺死；又如甲一脚踢傷乙，乙受傷後，因忿

懸樑自盡，都爲犯人所不能預料的結果，這種結果，雖然發生，也不能從重處斷。但如是本要殺死他的爸爸，殺錯了，把他的媽媽殺死，仍要負重罰結果的責任。

(?)要爲犯罪行爲的決意。故意的成立，既要有犯罪事實的認識，更要有犯罪行爲的決意，如果沒有，故意仍不能成立。所謂犯罪行爲的決意，就是要使所認識的犯罪事實實現的意思狀態。例如殺人罪既要知道這個是人，還要有把他殺死的意思，故意纔能成立。既然認識對象是人，因爲和他開玩笑，一刀揮去，這是沒有犯罪行爲的決意，犯罪故意不成立。要殺紅頭毛鬼，扳機發彈，不料擊死的不是鬼而是人，這雖有殺的決意，但是欠缺犯罪事實的認識，犯罪故意，也不成立。倘有過失的時候，成立過失致死的罪。又如A託B代帶寶石一方，B在海輪甲板上把玩寶石，起意侵占或毀棄，但還沒有決定，忽然颶風吹來，B跌倒甲板，寶石被颶風捲落海洋，亦缺犯罪行爲的決意，故意不能成立，新刑法既然沒有過失毀棄罪的規定，B不負任何刑事責任，至於損害賠償，是民事上的問題了。

(二)故意的種類

(1)單純故意預謀故意 犯人由於直思速決而犯罪的，叫做單純故意。由於深思熟慮而犯罪的，叫做預謀故意。我國從來對於殺人罪出於預謀的，稱為謀殺，不出於預謀的，稱為故殺，以此來區別處罰的輕重。可是近代學者大多反對，認為犯罪的情形出於預謀的未必常重，出於單純的未必常輕，而且單純故意與預謀故意，不過時間上長短的區別，在性質上毫無差異。所以新刑法不分預殺與故殺，而寬其處罰範圍，但法官得酌量情節，科處罰刑。

(2)確定故意與不確定故意 行爲人認識確定的事實，使牠實現，叫做確定故意，例如一刀砍去，或一鎗放出子彈，要將仇人殺死是。行爲人對於事實沒有確定的認識，而使或可實現的，叫做不確定故意。不確定的故意，可分爲兩種：一爲擇一的故意，就是認識數結果之中，必有一結果發生，例如張三對阿貓阿狗二人開鎗，預見射中的不是阿貓就是阿狗是。二爲概括的故意，就是對於特定結果的發生，沒有確定的認識，只概括的認

識結果可能發生，例如向人叢中投彈，放毒物在食井裏面，預料凡在人叢中的人，或凡飲這井水的人的死亡是。

(3) 直接故意與間接故意 前面說過的確定故意，又稱直接故意，不確定故意，又稱間接故意。犯罪的構成，祇要有故意的存在便够了，故意的直接或間接，在所不問。但這是原則，不是沒有例外，也有只處罰直接故意而不處罰間接故意的，就是新刑法分則中特標「明知」字樣的，如第十九章妨害農工商罪第二百五十四條，第二百五十五條第二項，及第二十三章傷害罪第二百八十五條等罪，都是以「明知」為犯罪成立的要件。

(4) 實害故意與危險故意 侵害他人法益的故意，叫做實害故意，使他人法益陷於危險的故意，叫做危險故意。前者如殺人的故意是，後者如遺棄私生子，希望人家去救護的，雖沒有使他實現死亡的決心，但認識可以發生沒人救護的危險。危險故意與不確定故意有分別，因為危險的故意，並不希望實害的發生，不過有發生危險的觀念罷了。至於不確定故意，不僅是有發生危險的觀念，而且還有可生實害的預見，如前面所舉例

子遺棄私生子的，雖期望着他人的救護，但已預見有或不被救的危險，這時就有危險故意的存在，應成立遺棄罪，而非殺人罪。如果做母親的遺棄她的嬰孩於深山窮谷之中，人跡不到之處，要他速死，而不希望他被救的，可說是有殺人的確定故意。再如遺棄於冷靜的土地殿裏，認識可以發生死亡的結果，轉想或可得救，未必就死，那便是殺人罪的不確定故意，應成立殺人罪，而不是遺棄罪了。

(5) 作為犯的故意與不作為犯的故意 作為犯的故意，又稱積極的故意，就是知道有某一種的舉動，必要發生某一種的結果，已經知道而仍積極的實行這種舉動的決意。例如曹操知道把七星寶刀向董卓身上砍去的舉動，必生董卓死亡的結果，因而向王允借得七星寶刀，來至相府，急掣寶刀在手，恰待要刺，而障礙發生，這是故意殺人犯，不過是未遂罷了。又如潘金蓮認識毒藥，認識武大吃下要死亡，而仍把毒藥向武大滿口灌進，亦是作為犯的故意。不作為犯的故意，又稱消極的故意，就是知道某結果的原因，剛在進行，已有防止的義務，而不為防止的決意。例如某甲在夜寢時，見油燈傾倒，勢必延

燒蚊帳，引起火災，某甲有防止的義務，而不爲防止，竟自悄悄地爬起來穿上衣服外出。又如醫院女看護看見病人拿錯了一瓶外擦毒藥，認爲內服的藥，女看護以爲這個孽畜打攪得我狠，他自要死，管他作甚，樂得清靜些，因此不加阻止，聽任病人服毒是。

(三)遠因與故意

遠因，爲促起犯意的原因，卽所謂「決意的動機」。大概一般犯罪之先，常有一種或數種遠因的存在，然後有犯罪的決意。如殺人罪，他的遠因有利慾、淫慾、復仇、怨恨、憤怒、嫉妬等的不同。遠因與故意，相似而實有別，兩者相較，有二點不同：

(1) 故意爲犯罪的決意，所以在同一犯罪中，同時只能有一個故意的存在；遠因爲決意的動機，所以可有多種多樣的存在。

(2) 除應論過失的外，故意爲犯罪構成的普通要素；而遠因未必爲犯罪構成的普通要素。遠因不能變更罪名，爲刑法的原則，只是刑法中有以一定遠因，爲構成犯罪的要素的。是於故意之外，必定具有特定的遠因，纔成立犯罪。凡分別各條中定有「意圖」字樣的，都

以特定遠因的存在爲必要，這是遠因有關於犯罪成立的所在。

二 過失

(一) 過失的意義

所謂過失，就是說對於犯罪事實，應該認識且能够認識，因爲不注意而未認識，以致犯罪事實的實現。構成過失，有兩種要素：

(1) 要對於犯罪事實欠缺認識。倘使認識犯罪事實，且使他實現，而爲其行爲的，這不是過失，而是故意。過失，必對於犯罪的事實，欠缺認識爲本質。所以故意與過失的區別，就在於犯人爲某行爲時，是否認識犯罪事實的一點。所謂欠缺認識，有的是對於全部犯罪事實都沒有認識，亦有的祇對於某一部分事實沒有認識，因而對全部事實的認識有所欠缺了。所以過失中的一種所謂認識的過失，對於犯罪事實的發生，也有認識；他與間接的故意，同是預見事實發生，似乎沒有差異，其實是有分別的。因爲間接的故意，對於事實發生，並不違反本意的，而認識的過失，是確信事實的不發生，以致發生實害，

不是出於本意的。

(2)要出於不注意。過失爲對於犯罪事實，欠缺認識，而其欠缺認識，必須基於本人的不注意，假使不是基於本人的不注意，而是由於不可避免的事由，便不構成犯罪，而屬於不可抗力的範圍，不屬於過失的範圍。

(二)過失的標準

過失的根本要素爲不注意，但只是說不注意三字，意義很是模糊，實際上要區別有沒
有過失，很感困難。因爲一個素來謹慎的人的不注意，與一個粗鹵的人的不注意，雖是同一
不注意，而相差得很遠，究竟以什麼程度的注意，爲決定過失的有與沒有的標準呢？新刑法
以應注意並能注意的兩點，爲不可或缺的前提要件，依這規定，在實用上，可得解決的方法
如下：

(1)行爲人的注意能力，較高於普通人應注意的標準時，則以普通人應注意的標準，決定
他的有無過失。例如鎚水能傷人，爲普通人所知道，倘使因不注意而給人飲，應以過失

論。

(2) 行爲人的注意能力，較低於普通人應注意的標準時，則以行爲人的注意能力，決定他的有無過失。如前例，倘使是阿木林，根本不知鐵水是什麼東西，即使認爲酒品給人飲了，也不以過失論。

(三) 過失的種類

(1) 無認識的過失與有認識的過失 所謂無認識的過失，是指行爲人對於犯罪事實，因不注意，以致欠缺認識而言。新刑法第十四條規定云：「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。」這就是所謂無認識的過失了。例如有人玩弄手鎗，而不知裏面裝有子彈，因他不加注意，觸動機件，子彈射出，將人打死或者打傷；又如汽車司機，開車前進，毫不加以注意，竟將行人軋斃是。所謂有認識的過失，是指行爲人對於犯罪事實，雖有實現可能的認識，而確信不致實現，因而那麼做了，終於發生實害的結果而言。新刑法第十四條第二項規定云：「行爲人對於構成犯罪之事實，雖預

見其能發生，而確信其不發生者，以過失論。」這就是所謂有認識的過失了。例如江湖賣藝的人令小孩以頭頂物，用鎗擊落所頂之物，自己確信必不至擊中頭部，而終於誤中小孩的頭部，小孩頭破腦流死去；又如 A 深信 B 擅於游泳，必不致有危險，於是將 B 推入深淵，以致 B 溺死。是有認識的過失與間接的故意，兩者區別的唯一要點，在乎有認識的過失，確信事實的不發生，而終於發生實害，不是出於本意的；而間接的故意，對於事實的發生，並不違背本意的一點，在前面過失的構成的要素中，已經說過，現在爲明瞭起見，再舉一個例子來說明，一個打獵人，認知標的物的左邊有一個農夫在工作，如不射中標的物，勢必射中那農夫，而獵人自恃射技熟練，手段高強，確信對於農夫絕對沒有危險，等一鎗射去，不料竟誤射中了農夫，這就是有認識的過失。依同例，獵人明知標的物左邊有農夫在，如不射中標的物，必將射中那農夫，不管三七二十一，仍舊決意開鎗，結果那農夫被他打死，因爲在開鎗的時候，對於農夫被打死的結果的發生，已有容認的決意，並不違背他的本意，這就是間接的故意了。

刑法分別規定有認識的過失，與無認識的過失，不過因其狀態不同罷了，而為刑事責任的要件，是一樣的。

(2) 業務的過失與普通的過失 有一定業務的人，負有特別注意的義務，因不注意而生過失行為的，叫做業務的過失；否則，凡一切因為沒有普通的注意，而構成過失罪的，都叫做普通的過失。法律上有規定業務人的過失責任，重於普通人的，其用意在乎促進業務人精密注意的義務。例如普通人誤將食品毒死了人，依新刑法第二百七十六條第一項普通過失致死罪，處二年以下有期徒刑，拘役或二千元以下的罰金。如身為醫生，認毒藥為普通藥品給病人吃了，以致身死，應依同條第二項業務上過失致死罪，處五年以下有期徒刑或拘役，得併科三千元以下的罰金了。

(四) 過失的處分

新刑法第十二條第一項規定云：「行為非出於故意或過失者，不罰。」明示故意與過失，同為責任的條件。但過失犯罪，究竟與故意犯罪不能同樣看待，自然不能與故意同樣一

律處罰，所以新刑法第十二條第二項規定云：「過失行爲之處罰，以有特別規定者爲限。」就是表明特定行爲，雖不是故意，而有過失時，爲例外的處罰。換句話講，就是刑法上處罰過失的，一定要依據條文的明示或暗示纔行，並不是一切犯罪行爲，都得成立過失罪的。過失成立犯罪，爲條文所明示的：如新刑法第一百零八條第二項的外患罪，第一百二十七條第二項，第一百三十二條第二項的瀆職罪，第一百六十三條第二項的便利脫逃罪，第一百七十九條第三項第四項的決水罪，第二百七十六條的過失致死罪，第二百八十四條的過失傷害罪之類是。過失成立犯罪，爲條文所暗示的：如新刑法第一百七十三條第二項，第一百七十四條第三項，第一百七十五條第三項的失火罪是。此外如竊盜、略誘、詐欺取財等罪，因爲沒有處罰過失的規定，便沒有過失犯。無責任能力人，雖有過失行爲，不負責任。有責任能力人，有了過失行爲，他的處罰輕於故意，這是當然的。

三 錯誤

錯誤，是說認識（觀念）與對象（事實）不相一致。如叫他拿香烟，拿來了烟灰盆，叫他拿葡萄酒，拿來了葡萄酒，這都是認識與對象的不相一致。A 很會奉承人家，B 對 A 說：「你會拍馬屁」A 就把 B 坐騎的屁股，撲撲撲……拍起來，這亦不失為錯誤。

錯誤就其狀態言，可分誤識與不知兩種：（1）誤識，是以無為有以有為無的認識，如對象為人，誤識為獸，對象為獸，誤識為人。（2）不知是對於對象完全不認識，如打獵時不知叢林中有人，一鎗打去，將人打死，這人的打死，是出於不知。再就錯誤的性質區別，可分做事實的錯誤與法律的錯誤，現在將他在下面分別說明。至於錯誤的犯罪行為，能否阻卻刑事責任，這要看錯誤的情形來決定，不能一概而論。

（一）事實的錯誤

事實的錯誤，就是對於現實的事實或由行為所生的結果，他的認識有錯誤。可分為標的的錯誤，與行為的錯誤。

（1）關於標的的錯誤 標的的錯誤，就是行為者所認識的標的，與現實犯罪的標的，不相一

致，可分左列二種來說明：

(A) 與犯罪成立與否有影響的。如以現實的標的論，應構成犯罪，若僅從行為者的認識，以爲自己行爲標的，並不構成犯罪的，就因欠缺故意條件，除應論過失的外，其行爲不爲罪。例如站在前面的本來是一個人，而行爲人誤認爲一隻大蟲，因而一鎗射殺他，又如行爲人誤認他人的東西，爲自己的東西，因而拿來塞在衣袋中，這種錯誤，以實在的事實與行爲人認識的事實，在法律上價值不同，對於實在的事實，雖能成立殺人罪或竊盜罪，但是因爲欠缺故意條件，所以這種行爲，在法律上並不成立犯罪。關於殺死人的例，行爲人如有過失，還可成立過失致人死的犯罪，至於過失竊盜，刑法上簡直沒有這個東西。

(B) 與犯罪成立與否無影響的。就是行爲者所認識的標的與現實的標的，都構成犯罪，換句話講，實在的對象與本人認識的對象，在法律上同其價值時，與犯罪的成立沒有影響，就是並不阻卻犯罪的故意。例如張三要殺死的，是一個老翁，因爲有錯誤，把一個童子殺死，李四要殺男子，而被殺的乃是一個女子，趙阿貓要殺死一個資本家，而所殺的乃是一

個窮光蛋，這種錯誤，對於殺人罪的成立，都沒有影響。又如急色兒小陳要略取西施小姐，因為有錯誤，而略取一個無鹽醜婢，對於略誘罪的成立，沒有影響。本來要無故侵入甲宅，而誤侵入乙宅，以及誤認銀錶為金錶而竊取之，在法律上的價值，亦是沒有兩樣的，所以不能阻卻故意，應該分別成立各該條的犯罪。

(2) 關於行爲的錯誤。行爲錯誤，或稱打擊錯誤，方法錯誤，例如甲欲用刀砍殺乙，而誤拿木棍將乙一擊死去，又如李大欲將趙小投在江中淹斃他，適投着巖石，觸得頭破死去，均於殺人罪的成立，毫沒有影響。又如甲本欲開鎗殺乙，而誤中於丙，這是打擊錯誤，甲的行爲對於乙應該構成殺人未遂，對於丙成立過失傷害致死罪。

(D) 法律的錯誤

法律的錯誤，就是對於法律的認識有錯誤。新刑法第十六條規定云：「不得因不知法律而免除刑事責任，但按情節得減輕其刑。如自信其行爲爲法律所許可，而有正當理由者，得免除其刑。」這就是關於法律的錯誤的規定。所謂不知法律，係指犯人不明法律，或對於刑事法

律有所錯誤而言。詳細一點講，就是某種行爲，有處罰的法律明明存在，而誤解以爲這種行爲，法律上並不爲罪；或誤信現行某種法律，還沒有施行，致犯罪行爲欠缺法律的認識。其所以不得因不知法律而免除刑事責任，這是爲要維持國家社會的安寧秩序，而保持刑法的效力的緣故。但是假使絕對依這原則，沒有減輕其刑的規定，又嫌過酷，因爲是法律錯誤，究與故意犯罪的不無輕重的分別，所以本條但書規定因其情節得減輕或免除其刑，但得減免與必減免不同，減與不減，及減輕多少，又應否免除其刑，認定之權，都在法官。現依本條的適用，分三種說明如左：

(1) 對於刑罰法律的存在有所誤解的，不免除刑事責任，但因其情節得減輕或免除其刑。至於犯人的行爲，在普通認識，便能察知他爲犯罪的，不得濫引本條，與以減輕，例如偷兒不知本法第三百二十條的規定，而爲竊盜行爲，又如潘金蓮不知本法第二百三十九條的規定，而與西門慶通姦，倘以爲這個鄉下人，這個婦人家，能有多少見識爲理由，引用第十六條但書的規定，減免刑罰，就屬不當了。

- (2) 因誤解法規，誤認自己行爲有違法阻卻原因的存在的，不免除刑事責任，例如誤想的防衛行爲，誤想的避難行爲，而殺人傷人，不得以錯誤爲理由而免除責任。若誤解非防衛行爲或避難行爲的範圍而殺傷人，但實際上卻不脫這個範圍的時候，當然不負何等罪責。
- (3) 對於構成犯罪事實法律關係的規定，有所誤解時，就是犯罪事實的不認識，不負何等刑事責任。例如甲誤認乙女爲丙男已休的老婆，而與乙女結婚，甲不成立第二百三十七條的重婚罪。又如李二按契管業，確信趙四父塋外的空梯屋基等，係自己因買賣契約所取得之物，加以處分，即有毀損，亦不能說他有犯罪的故意，不負甚麼犯罪責任。

四 因果關係

(一) 因果關係的概念

所謂因果關係，是說行爲與結果之間的必要關係，就是前事實與後事實之間的聯絡關係。其中因一定的前事實，致發生一定的後事實的，例如因有殺人的行爲，致發生被害人死亡

的結果，就是因有殺人的前事實，繼發生死亡的後事實，其間存有因果關係，非常顯著，原用不到多事研究。所成爲問題的，是在後事實不一定基於前事實也會發生的時候，應該怎麼解決？例如甲毆乙成傷，乙進醫院醫治，遇着醫院火起，乙被燒死，這時候，前事實的毆傷，能不能做後事實燒死的原因？就是毆傷的前事實與燒死的後事實，有沒有因果關係的存在？如其有的，那末毆傷的行爲人甲，對於乙的燒死事實，應負因傷害致死的責任；如其沒有的，那末甲對乙祇成立傷害罪，對於燒死部分，不負責任。在這有沒有因果關係之間，關係於犯罪責任，出入很大的。前面講過故意與過失，都爲責任的要件，行爲不是具有故意或過失，不負刑事責任，關係的重大已是如此，然而其中還有一個更重要的問題，便是因果關係的問題了。

(二) 因果關係的界限

關於因果關係問題，學說有種種，大別之可分爲二：

(1) 條件說 條件說以發生結果的一切條件行爲，都爲原因，沒有區分條件原因的必要，所以又稱條件即原因說。如前述甲毆乙成傷，乙進醫院受火災燒死的例來講，採條件說的，

說乙不受毆打便沒有傷害，沒有傷害便不會進醫院，因之也不會被火燒死，認傷害行為為致死的條件。

(2) 原因說 原因說又稱條件原因區別說，於發生結果數個條件之中，區分為單純條件，與原因條件，以與發生結果有關的條件為原因，至於與發生結果無關的條件，不認為原因，是為單純條件。原因說中立論又是不一，而為多數學者所採用的，是原因說中的相當因果關係說。

相當因果關係說，是說理論上結果發生的條件中，一定要以我們普通觀念上認為相當的，乃為結果發生的原因，這條件名之為相當條件。所以在理論上某種行為足為結果發生的條件的，如按諸我們的知識經驗，對於現在發生的結果，可認為由於偶然的事實，或異常的經過的時候，便不得為法律上的原因，例如甲向乙討索賭債，乙因無法償還，以致愁急自盡，這乙的自盡，非甲意料所及，應不負何等責任。又如搶奪行路婦女，致被搶奪婦女以外的人，因驚致病身死，不得認為與搶奪行為有相當的因果聯絡關係。又所謂

相當條件，除了發生結果係由於單一的條件行爲外，如只以現有的條件行爲，不足發生某種結果，因與他種條件相結合，纔發生某種結果的，而且在行爲當時，依我們的知識經驗，認爲與他種條件相結合，是可能的，那末就認這行爲，爲發生結果的條件行爲，例如甲毆乙成傷，因傷口進風而致死，這時受傷人可與感受破傷風的條件相結合，因而身死，依我們的知識經驗，認爲有可能的關係，所以應負傷害致死責任。倘使因受傷人在醫院治療，與遭火災的條件相結合，因而死亡的，係由於偶然的事實，不是普通人所能預料的，就不認有因果關係，只負傷害之責，而不負傷害致死的責任。

以上兩說，條件說失之太苛，自以相當因果關係說爲妥，依相當因果關係說，總括起來說一句：凡行爲足以稱爲相當條件的，必定要是足以認爲惹起現實結果的原因，換句話講，就是必定要以普通人的知識經驗，足以認爲惹起現實結果的原因，然後纔能稱爲是相當條件。

(三) 不作爲與因果關係

(1) 不作爲的引責關係 犯罪可分爲作爲犯與不作爲犯。凡法令所禁止的事項而作爲的，叫做作爲犯；凡法律所命令應作爲的事項，有作爲義務而不作爲的，叫做不作爲犯。這在前面已經講過了。不作爲在什麼條件之下，纔構成犯罪而受制裁？這要看有無作爲義務而定，因爲沒有義務就不生不作爲問題，而且一般的義務違反，不能說是犯罪，一定要違反義務而生刑法上的結果的時候，纔成立不作爲犯。那末作爲義務，有那幾種？可分爲兩項說明如下：

(A) 本於法令契約所生的作爲義務 本於法令的，例如父母對於子女，應負養育的義務。基於契約的，例如醫師看護，對於病人，有治療看護的義務；火車的信號手，在軌道有危險的時候，有通知信號的義務，以及其他基於法令或契約所明示或暗示的一切作爲義務都是。如果父母對於子女，不履行養育的義務，而致於死亡，應認爲殺人行爲。又如如果醫師看護，怠於療治看護的義務，故意致人於死的時候，也應認爲作爲犯的殺人罪；火車信號手怠於履行通知危險的信號，以致火車顛覆，應認爲與作爲

的顛覆火車同。新刑法第十五條第一項云：「對於一定結果之發生，法律上有防止之義務，能防止而不防止者，與因積極行為發生結果者同。」這就是規定不防止結果發生的不作爲犯，明示行爲人負有法律上的防止義務，能防止而不防止的，應負與積極行爲相同的刑事責任。但是倘使對於結果的發生，已不能防止，如醫生自己忽然患病，不能給病人療治，或對於結果雖能防止，而是並無防止義務的人，如行人見小孩落水而不救，都不能使他負刑事責任。

(B)由於自己行爲所生的作爲義務。這就是新刑法第十五條第二項所規定的：「因自己行爲致有發生一定結果之危險者，負防止其結果發生之義務。」例如汽車夫因過失撞傷行人的時候，應負設法救治的義務，如果不設法救治，竟不顧而去，以致被害人發生死亡的結果，汽車夫應負傷人致死的責任。又如偶一不慎，倒翻油燈，應負防止火災的義務，如不防止，竟致火起，應負放火的責任。本來，沒有法令的根據，不發生作爲的義務，然而法令的內容，並不單以法令的形式而論，所以作爲義務，不以

法令的明示爲必要，而以在法令的精神上，認爲有沒有這種義務爲已足。這是規定由於自己行爲所生的作爲義務的理由。

(2) 不作爲因果關係的學說 研究因果關係，通常係就作爲犯而言。至於不作爲犯的與因果關係，有積極消極兩說。積極說，認爲不作爲與作爲沒有兩樣，同有因果關係；消極說，則認爲不作爲自身，決不像作爲的可爲結果發生的原因，結果的發生，是另有原因在，使其自然進行，以致實現。但是行爲者因法律或契約，有應爲且得爲其防止義務而不作爲，不可不負責任。實際上解決問題，有對於純正的不作爲犯，因爲犯罪構成事實，不以結果的發生爲必要，而採消極說；對於不純正的不作爲犯，如乳母對於嬰孩，以不給奶吃的方法來殺死，採積極說的。要之，我們認爲凡屬居於可得防止原因的地位的人，而有不作爲的行爲時，對於結果的發生，與作爲同有原因力。

第八章 犯罪行爲的違法性

一 違法的意義

犯罪，是有違法性的行爲。所謂「違法性」這一句話，在形式上講起來，就是法定準則的違反，是說違反法律所命令或禁止的行爲。在實質上講起來，就是法益的攻擊，是說對於法律所保護的法益，加以侵害的行爲。凡是違反法定準則的行爲，必定是侵害法益，反一方面講，凡是侵害法益的行爲，也必定是與法定準則相違背的。

但是法定準則的違反與否，不能專從片面的條文來觀察，倘使純從片面的條文而爲觀察的時候，就近乎斷章取義，不能得到牠的真義，是無疑的。因爲有些刑法上的條文規定有罪的，而依他種原因可認爲無罪，例如殺人，依新刑法第二百七十一條來看，當然有罪，但是假使是出於執行死

刑，或正當防衛的行爲，便沒有罪了。所以法令的存在，並非各自獨立，是合全體的各法條而存在的。依這種法令或條文所禁止的事項，而依他種法令或條文認爲所要求所容許的，這就是所謂違法的阻卻，也有叫做排除違法性的原因的。新刑法第二十一條至第二十四條的規定，就是排除違法性原因的規定。

二 依法令的行爲

「依法令之行爲，不罰。」這是新刑法第二十一條第一項所明定。所謂依法令的行爲，指依法令所命令或容許的行爲而言，例如監獄官執行死刑，不受處罰是。執行死刑的行爲，可說與殺人同，而殺人者死，本法第二百七十一條有明文規定，這裏所以明定不罰其行爲的理由，因爲依法令的行爲，能阻卻行爲的違法性，是屬於客觀的不處罰原因的一種。

依法令的行爲，不勝枚舉，例示六種。

(一) 懲戒行爲 例如父母對於子女的懲戒行爲是。(參照民法第一千零八十五條及第一千零

九十七條)所以父母對於子女加以單純的毆打，不構成傷害罪，在相當時間，禁子女於密室之內，不構成私禁罪。但若超過相當範圍，就不能認為依法令的行爲。所以趙員外因爲兒子趙不肖做了賊伯伯，就把他活活埋死，朱遺老因爲他女兒朱偷漢未嫁養出小孩來，就逼她紅綾一丈長，懸樑成千古，這都不是懲戒行爲，而是犯罪的行爲。

(二)自害行爲 對於自己的法益，加以損害，要不要處罰呢？我們對於自己法益，有自由處分的權利，乃是世界各國法制的通例，所以對於自己的加害行爲，當然法律所容許所不問的。例如趙隱士獨坐斗室，整天沒出，不構成刑法上的私禁罪；錢賭棍賭輸了，還要孤注一擲，回家拿錢，看見老婆，怪不好意思的偷偷摸摸取了一捲鈔票出去，當然不構成刑法上的竊盜罪；孫作孽作孽太多，一時忽然覺悟，站在大庭廣衆之中，責備自己，罵得狗血噴頭，不構成刑法上的公然侮辱罪；李銅臭積錢不少，滿牀滿屋，一天忽覺銅臭撲鼻，不能耐忍，把許多金條銀塊，模仿今古奇觀上杜十娘怒沈百寶箱，叫一輛搬場汽車，搬到外灘，一箍腦兒投入黃浦江中，不構成刑法上的毀棄罪。照這樣看來，難道對自己一切法益自害的行爲，都不要負擔刑事上責任嗎？不，周地

主於人煙稠密都市裏，造一座洋房，後來嫌臭蟲多，惡惱起來，一把火將自己房屋燒了，要成立新刑法第一百七十三條第一項的放火罪，可處他無期徒刑或七年以上有期徒刑。吳老闆經營煤鑛生意，嫌鑛坑醜陋，鑛坑裏亦沒人在，決水浸沒牠，應該成立新刑法第一百七十九條第二項決水浸害自己鑛坑致生公共危險罪，可處六月以上五年以下有期徒刑。又如懷胎婦女自己把腹裏胎兒打落，亦不能說這是老娘的自由與法律沒關的。因為毀損自己的法益，同時發生侵害他種法益的結果，或有侵害別種法益的危險，是法律所禁止的，違反法律禁止的行為，法律自然不能置之不理了。

最重大的法益，自然是生命，次之就是身體。禮記祭義說：「身也者，父母之遺體也。」所以「父母全而生之，子全而歸。」孝經云：「身體髮膚，受之父母，不敢毀傷。」這都是教人要保重身體的意思，一個人一方面是家庭的分子，一方面是國家的一員，將自己生命毀棄了，把自己身體毀損了，都是不應該的事情，可是自殺要構成犯罪嗎？又不是的，因為自殺如已成功，不能加以刑罰，如自殺未遂，亦要處罰，那末，反促他自殺的既遂了，這便是自殺無罪的理由；但教唆

幫助自殺之人，仍然構成犯罪。自殺行爲，刑法上雖然無罪，可是自殺是弱者的行爲，一個人總要提起精神，掙扎奮鬥，苦幹硬幹纔好，切不要生自殺念頭，滿口說是環境逼迫啊！社會惡劣啊！而奮不顧身，投入黃浦之淵，要知道環境和社會，決不會站起來同你開辯論會的。

(三)同意行爲 同意行爲，就是得到法益保有人許可損害他的法益的行爲，亦可以說是法益保有人承諾的行爲。同意行爲，是否可以不構成犯罪，那是不能三七二十一，一概而論的，要看事實怎樣，纔能解決，現在列舉幾種，說明如下。

(1)經同意後爲適法行爲的 例如叫化子向慈悲太太說：「天氣冷啊！慈悲太太！求你化一些破棉襖禦寒吧！」慈悲太太回道：「好吧，你就把挂在那邊的一件羊皮袍拿去吧。」叫化子拿取羊皮袍，不構成竊盜罪。又如三國時人魯肅家裏很有些錢，周瑜聽得他家有兩囤米，各三千斛，特來求助，魯肅卽指一囤相贈，因此周瑜將三千斛米拿去，當然不構成新刑法第三百二十五條的搶奪罪。魯肅是個慷慨的人，寫下贈與字據，不會變掛，縱使變掛，周瑜亦可依民法第四百零九條，向魯肅請求交付贈與物；如又不肯的話，周公瑾儘可

向法院提起請求給付之訴。

(2) 經同意後爲放任行爲的 例如A與B二人旅行匪區，A手指寶石一顆，光射丈外，B對A說：「朋友，這年頭旅行還是不不要這東西爲妙，萬一被賊人看見，或者搜查出來，豈不要被認爲財神老爺，那時候怎樣分辯解脫呢？」A說：「對啊，交給你拋棄牠。」B把A寶石毀棄，既不是適法行爲，亦不是犯罪行爲，乃是法律不與保護不與處罰的放任行爲。

(3) 經同意後仍是犯罪行爲的 例如得到未滿十四歲女子的同意而姦淫，仍是強姦罪。得未滿十四歲男女的同意而猥褻，仍是強制猥褻罪。得十四歲以上未滿十六歲女子的同意而姦淫，仍構成新刑法第二百二十七條第一項姦淫罪。得十四歲以上未滿十六歲男女同意，爲猥褻行爲，仍構成新刑法第二百二十七條第二項猥褻行爲罪。甲男得到他人老婆的同意，或乙女得到他人丈夫的同意，爲通姦行爲，依新刑法第二百三十九條的規定，可處一年以下有期徒刑；就使沒有通姦情事，甲男得到A的老婆，或乙女得到B的丈夫的同意，使她或她脫離家庭，亦應該成立新刑法第二百四十條第二項和誘有配偶的人

脫離家庭罪，可處三年以下有期徒刑。得人同意施打嗎啡針，應構成新刑法第二百五十九條之罪。得到懷胎婦女同意，爲墮胎行爲，仍有新刑法第二百八十九條的適用。又如 A 看見 B 生着一身楊梅瘡，動彈不得，叫苦連天，A 對 B 說：「看你這樣苦痛，我非常不忍，還是幫你一鎗，送你早些壽終正寢，免受活罪吧。」B 說：「感謝，就照辦吧。」A 因此一鎗將 B 殺死了，A 的行爲，仍是新刑法第二百七十五條的殺人罪，可處一年以上七年以下有期徒刑。

(四) 自力救助的行爲 例如權利人爲保護自己權利，對於他人的自由或財產施以拘束收押或毀損的，在刑法上不負犯罪的責任。但以來不及受官署援助並非於這時候爲之，他的請求權就不得實行或實行顯有困難爲必要，並須即時向官署呈請援助。(參照民法第一五一條第一五二條)

(五) 因實行國民權而爲的行爲 例如逮捕現行犯的行爲，不成立妨害自由罪。但是應該即送交檢察官及司法警察官或司法警察核辦。(參照刑事訴訟法第八八條及第九二條)

(六)對於精神病者的監護行爲 例如對於瘋狂人等的監禁行爲，不成立犯罪是。

三 依所屬上級公務員命令的職務上行爲

長腳督軍派副官掠取公園遊客美女，以供淫樂，凶暴檢察官仿照唐時酷吏來俊臣的刑訊辦法，造成大枷十號，第一種叫做定百派，第二種叫做喘不得，第三種叫做突地吼，第四種叫做著卽承，第五種叫做失魂膽，第六種叫做實同反，第七種叫做反是實，第八種叫做死豬愁，第九種叫做求卽死，第十種叫做求破家。(參照舊唐書刑法志)命令司法警察施用，或斷薪爲杖，掙擊手足，來一個「掉柴」，或者木索並施，夾兩脛，來一個「夾幫」，或者纏絡於首，綁加以楔，來一個「腦箍」。或者反縛跪地，短豎堅木，交辯兩股，命令司法警察跳躍於其上，這便是「超棍」了。(參照宋史刑法志)副官奉命掠取美女的行爲，司法警察奉命施用刑訊的行爲，可以說這是上司差遣，概不由己，而主張不負刑事責任嗎？

「依所屬上級公務員命令之職務上行爲，不罰；但明知命令違法者，不在此限。」這是新刑法

第二十一條第二項所明定。所謂職務上行爲，就是公務員在他職務範圍以內的行爲。職務行爲有直接基於法律的命令而生的，有還須待上級公務員的命令纔得執行的，下級公務員依法有服從的義務，所以兩種都不失爲依法令的行爲。法律恐怕上級公務員濫用職權，特設本項規定，以明責任。

依上級公務員命令職務上行爲，應具備下列要件：（1）要有上級公務員職務上的命令例如審判官指揮獄吏，執行死刑，刑庭推事，命令承發吏爲民事強制執行，就是欠缺這個要件，獄吏與承發吏沒有服從執行的義務。又如上司要貪污，命令屬員作弊，貪污作弊，不是上級公務員職務上的行爲，屬員沒有服從作弊的義務。（2）要是下級公務員職務上的行爲，就是說上級公務員命令下級公務員所爲的行爲，要屬於下級公務員職務範圍以內的事項，例如檢察官指揮獄吏，命他審判獄內犯人，就是欠缺這個要件，獄吏沒有服從的義務。又如A是上級公務員，B是下級公務員，A命令B爲A公館買小菜，抱少爺，這樣事情，不是B職務範圍以內的事項，沒有服從的義務。（3）上級公務員的命令形式，要適合法令的規定，例如執行死刑，要用書狀，並附裁判書以資證明，然後可以

指揮獄吏執行，倘檢察官跑到監獄，口頭命令獄吏行刑，又如審判長不用拘票，僅以口頭命令司法警察拘提被告，都是欠缺這個要件，下級公務員沒有服從的義務。上級公務員的命令，具備以上各要件，雖使實質上實係違背法律，下級公務員，遵照這種實質上違法的命令，執行職務，而觸犯刑法的時候，仍是新刑法第二十一條第二項不罰的行爲。例如檢察官在偵查中，於職務範圍以內，將具備要件的拘票，命令司法警察，拘提被告，司法警察當然有執行的義務，明知被拘提的被告，沒有犯罪行爲，亦不能拒絕執行，不能說司法警察不拒絕執行，就要使他負妨害自由的罪責。反之，如檢察官A與犯人B有仇，A跑到監獄，口頭命令獄吏C執行死刑，報了冤讎，獄吏C明知命令要件不備，只爲討好長官起見，將B絞死，上級公務員A，下級公務員C，都構成刑法上的殺人罪。

四 業務上的正當行爲

三國演義第二十三回，吉太醫下毒遭刑節說：「次日曹操詐患頭風，召吉平用藥，平自思曰：『此賊合休！』暗藏毒藥入府，操臥於牀上，令平下藥。平曰：『此病可一服即愈。』教取藥罐，當

面煎之藥已半乾，平已暗下毒藥，親自送上。操知有毒，故意遲延不服，平曰：「乘熱服之，少汗即愈。」……平知事已泄，縱步向前，扯住操耳而灌之。操推藥潑地，磚皆迸裂。操未及言，左右已將吉平執下。」

這不是業務上的正當行爲，應構成殺人未遂犯。

又第七十五回關雲長刮骨療毒說：「公飲數杯酒畢，一面仍與馬良奕棋，伸臂令陀割之。陀取尖刀在手，令一小校，捧一大盆於臂下接血。陀曰：「某便下手，君侯勿驚。」公曰：「任汝醫治，吾豈比世間俗子，懼痛者耶？」陀乃下刀割開皮肉，直至於骨，骨上已青。陀用刀刮骨，悉悉有聲，帳上帳下見者皆掩面失色。公飲酒食肉，談笑奕棋，全無痛苦之色。」

這便是業務上的正當行爲了。

「業務上之正當行爲，不罰。」這是新刑法第二十二條所明定。所謂業務上的正當行爲，指法令上或習慣上認爲業務上的正當行爲而言，例如醫師的解剖屍體，不成立傷害罪；泥水匠的拆毀房屋，不成立毀棄損壞罪。損壞屍體與毀損房屋等行爲，本構成犯罪（新刑法第二四七條，第三

五三條)而法律所以不罰這種行爲的理由,因爲這種行爲,是法令所認許的正當業務行爲,所以依業務範圍內所實施的,正當行爲,具有違法阻卻的原因,也是屬於客觀的不處罰原因的一種。但是雖屬業務行爲,如未得權利人或關係人的同意,而遽爾實施的時候,或得同意而沒有遵守業務上的學術方面習慣方面各種條件,就不能說是正當,就不阻卻行爲的違法性了。

這裏有一個問題,例如妙齡女子賽西施,因爲小肚子發痛,求醫生A割治,醫生A說這是盲腸炎,要施全身麻醉,然後纔可刀割,賽西施當經同意,施用麻醉後,賽西施昏醉了,醫生A把她衣褲脫下,正要用手術割治的當兒,忽被默慾衝動,心癢難撓,忍耐不住,走上前,姦淫一下,A醫生施用麻醉的行爲,應仍認爲業務上的正當行爲?還是非業務上的正當行爲?如果認爲仍是業務上的正當行爲,那末,A醫生姦淫行爲,應該成立新刑法第二百二十五條第一項乘人心神喪失的姦淫罪,處三年以上十年以下有期徒刑。如果認爲不是業務上的正當行爲,那末,A醫生麻醉的施用,乃是使人不能抗拒的手段,應該構成新刑法第二百二十一條的強姦罪,處五年以上有期徒刑。究竟怎樣判斷,拿筆桿的,姑且不寫出來,待讀者諸公,統統腦筋,思索一下。

五 防衛行爲

第一例 大瀟三舉着拳頭急雨般打着小瀟三，小瀟三一腳踢去，大瀟三受傷了，小瀟三的傷害行爲，依新刑法第二十三條的規定，不罰。

第二例 淫棍脅迫摩登少年爲猥褻的行爲，摩登少年一口將淫棍的生殖器咬斷了，摩登少年咬斷淫棍生殖器的行爲，不構成重傷罪，依新刑法第二十三條不罰。

第三例 強盜入室行劫。室內主人將他拘禁起來，不構成妨害自由罪。

第四例 A是B的老婆，A被C強姦，B一刀殺死C，B殺人行爲，依刑法第二十三條不罰。這樣的例示，着實多哩，不再囉囉，且說明不罰的緣故吧。

防衛行爲，是指爲防衛權利，對於現在不法的侵害，加以反擊而言。新刑法第二十三條云：「對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行爲，不罰。」防衛行爲在法律上認爲適法的根據，有的說基於國家的授權行爲，有的說不法侵害人的自身已脫去法律保護的範圍，所以對他

而爲加害行爲，不是違法。然而根據通說在該權利的本能的，就有直接的根據，因爲我們對於不法侵害，原沒有退避義務，所以對於違法侵害迫不及待的時候，已沒有時間受公力的援助，對於不法侵害加以反擊，來保全自己的權利，法律不得不認爲正當。

行使防衛行爲，要具備左列要件：

(一)要對於現在的侵害。現在二字，含有緊急的意義，是現時急迫的侵害，而不是過去及未來的侵害，換句話講，就是侵害直接開始的迫切狀態，或已開始尚在繼續中的狀態。所以對於左列行爲，不得行使防衛權：

(1)對不迫切的將來侵害，不得行防衛行爲。例如對於平素有怨恨的人，想像將來或受侵害，而先將他殺死，仍成立殺人罪。但是，假使愁慮將來的侵害，對這將來的侵害設預防方法，當侵害發生時，纔使他發生效果，並非不當，例如預防盜賊的侵入，置玻璃片或裝置自發火鎗在牆上等，仍是防衛行爲，即使死傷了人，也不成立犯罪。

(2)侵害既被防止或終了之後，不得再行防衛行爲。因爲在侵害既去之後，再行加害行爲，這

不是防衛，而是復讐了。

(二)要對於不法的侵害，不法就是違法的行為，不法侵害，就是違背法律的侵害，所以

(1)對於適法的行為，不得行使防衛行為，例如公務員依法執行死刑或逮捕嫌疑人或沒收人民財產，不得對他行使防衛行為，因為這種行為是本於法令的緣故。

(2)對於防衛行為，不能再有防衛，因為防衛行為，既為法律賦與的權利，那末防衛行為，不能說是不法侵害，所以對於防衛行為，不能再有防衛。例如強盜甲對於乙橫加暴行，乙對他為反擊的行為，甲對於乙之反擊行為，不得主張有防衛的權利。但是過當的防衛行為，與侵害人停止侵害後的反擊行為，都含有不法的性質，對於這種行為，都可行使防衛。

(3)子女或學校生徒，對於父母教師的懲戒行為，不得行使防衛行為，因為尊親屬或教師對於卑幼或學徒，當然有相當的懲戒權，懲戒行為並非不法，所以不能對他行使防衛。譬如爸爸打了兒子幾下，兒子不能一拳打回去，打瞎了爸爸的眼珠，而主張是防衛行為；又如師長禁止學徒出外，學徒定要出去，因而一個巴掌打得師長的耳朵聾了，當然構成重傷。

罪，不是本條不罰的行爲。

(三)要出於防衛自己或他人權利的行爲。權利二字，包括一切生命、身體、自由、名譽、財產等法益而言。自己的權利如受不法侵害，固然可以行相當的防衛，即他人的權利如遇有急迫不法的侵害時，也可不問是親族或朋友與否，都得出來打抱不平，做一個義士、俠客、好漢。所謂他人不以自然人爲限，就是法人，亦包含在內。

(四)要防衛行爲不超越必要的程度。防衛超越必要的程度，就是所謂防衛過當了。防衛程度是「否過當」應該以不法侵害人的攻擊方法，並其緩急情形，與反擊人的行爲，兩相比較，做判定其爲必要與否的標準，不應該以被攻擊的法益，與防衛行爲所侵害的法益，比較其價值的輕重，而論爲當不當。例如不法侵害人，將殺人手指，被害人非殺死他，不能免他手指的被截，即使殺了不能說是過當。反之，倘使不須要殺死侵害人，以他法可以排除現時的侵害，而殺死不法侵害人的，就應以防衛過當論了。新刑法第二十三條但書云：「但防衛行爲過當者，得減輕或免除其刑。」減免與否，屬於審判官的自由量刑，即使不減免，也不是違法。

六 避難行爲

避難行爲，是因避免緊急危難，不得已而損害第三人的行爲。新刑法第二十四條第一項前段規定云：「因避免自己或他人生命、身體、自由、財產之緊急危難，而出於不得已之行爲，不罰。」可知與防衛行爲的有一違法侵害人不同，這裏的關係人，都是無過的，但因緊急狀態，得以犧牲第三者的法益，以保全自己或他人的法益，並不負任何罪責。避難行爲不罰的理由如何？有種種說法，可以說在緊急狀態中，喪失自由意志，他的行爲阻卻犯罪的責任能力，所以不處罰；亦可以說在緊急狀態的時候，爲保護權利起見，加害於第三人，是一種緊急權利；可以說緊急狀態行爲不是權利，原爲違法，不過法律上以這種違法行爲，基於特別狀態，不加處罰罷了。又可說緊急狀態行爲，非適法也非違法，依法的放任而立於適法與違法的中間的行爲。當以最後的一種說法爲正當。因爲法律於兩方權利發生衝突的時候，勢必不能兩全，只有聽他們自行解決，即使一方要保全權利，而犧牲他方的權利，亦不加制裁，完全是一種放任態度，所謂放任行爲是了。

構成刑法上避難行爲，須具備左列要件：

(一) 要避免自己或他人的緊急危難。避免，是逃避的意思。他人，指自己以外的一切自然人或法人而言，至於他人與被害人有沒有親族與知交的關係，可以不問。緊急，是現在急迫的意思，危難爲侵害法益的意外事實，來源怎樣，可以不問，有因於外力的，如風雨雷雹地震水災及其他一切變異，如虎豹追來，大蟒繞身都是。有出於人力的，如因人爲的強制不可抗拒是。危難一定要限於緊急，過去的危難，與將來的危難，都不是避難行爲的原因。

(二) 危難要爲對於生命身體自由財產。生命、身體、自由、財產，這是法律列舉的規定，得爲避難行爲所保全的法益，這些法益係屬自己，還是他人的，可以不問，但不能超過這範圍，所以對於名譽的侵害，就沒有避難行爲的適用了。

(三) 避難要出於不得已。不得已，就是因爲避免自己或他人生命、身體、自由、財產等法益的緊急危難，除實施加害行爲外，沒有其他方法可以救濟的意思。所以倘可用逃避及其他的手段避免這等危難的時候，都不得對於第三人行避難行爲，否則就不能免除刑事責任，加害行爲的

是否出於不得已，應由法院就具體的事實來認定。

(四) 避難行為要不過當 避難行為過當，就是避難行為超過必要的程度。避難行為過當與否的標準，不以行為人所欲救護的危難，與他所加害於他人的實害，兩相比較，權其輕重，應該審究危難情形，怎樣纔得救護這危難，來定加害行為是否超過必要的程度，因為在防衛行為，被侵害法益的價值，既然不必相等或輕於因防衛而受害的法益，那末，避難行為，所救護的法益，他的價值也不必相等或輕於因救護所損害的法益。總之，以是否基於必要為斷，如果超過必要的程度，便是避難行為過當，新刑法第二十四條第一項但書云：「避難行為過當者，得減輕或免除其刑。」所以避難行為過當時，仍不能免除刑事責任，不過得因其情節，減免本刑罷了。

避免自己的緊急危難，以沒有特別義務為限，如果因公務上或業務上的性質，對於某種危難，有不許自己先行逃避的，自然沒有避難行為不罰的適用，所以新刑法第二十四條第二項有：「前項關於避免自己危難之規定，於公務上或業務上有特別義務者，不適用之。」的規定。所謂公務上有特別義務人的行為，如軍官在前線因生命危險逃避而擄死他人，不得引用本條，主張不罰。所謂

業務上有特別義務人的行爲，如醫生看護，因疾病有傳染的危險爲理由而遺棄病人時，仍要構成違禁罪。又如船長在船舶遭遇急迫危難時，擊死旅客，奪得救生圈，應負殺人的罪責，不能說已經具備新刑法第二十四條所定避難行爲的要件，還要判決殺人罪，是「天大的冤枉」啊！

第九章 犯罪的種類

一 刑事犯行政犯

違反刑罰法令的犯罪，叫做刑事犯。行政犯如警察犯、財政犯是。警察犯爲違反違警罰法及其他警察上的取締規則，財政犯因滯納租稅，妨害國庫的收入而成立。違警罰法與租稅法，都是行政法規，不屬於刑法的範圍。所以違警罰法上所犯的事項，及拘留罰金等，不能做刑法上累犯與數罪併罰的原因。

二 普通犯特別犯

違反普通刑法的犯罪，叫做普通犯。違反普通刑法以外的刑罰法令的犯罪，叫做特別犯。這種

分類，是以所違反的法令爲標準，成立犯罪之點，兩種並沒有差異。

三 卽成犯繼續犯連續犯

實現犯罪行爲，罪卽時成立的，叫做卽成犯，大多數的犯罪，都屬於卽成犯。犯罪行爲實現後，還要若干時間繼續其違法的狀態的，叫做繼續犯。例如新刑法第三百零二條的私禁罪是連續犯，是數個同一的犯罪，基於同一的故意，連續觸犯同一的罪名。例如和姦有夫之婦，一次姦了，罪就成立，就是姦了數年，也是一個和姦罪。慣行犯，是以爲常業，反覆同一行爲，罪纔成立的，例如第二百六十七條的常業賭博罪，第三百二十二條的常業竊盜罪，第三百二十七條的常業搶奪罪，第三百三十一條的常業強盜罪，第三百四十條的常業詐欺罪，第三百四十五條的常業重利罪，及第三百五十條的常業贓物罪是。

繼續犯連續犯與卽成犯分別的實益，在於起算追訴權的實效極有關係，例如殺人放火爲卽成犯，從殺人放火的行爲終了時，卽時起算追訴權的時效。又如私行拘禁爲繼續犯，在行爲時犯罪

雖已成立，而追訴時效，應從解放被拘禁人的時候起算。

四 現行犯非現行犯

犯罪在實施中或實施後即時發覺的，叫做現行犯。（刑事訴訟法第八十八條第二項）又被追呼爲犯人的，以及因持有兇器、贓物或其他物件，或於身體、衣服等處露有犯罪痕跡，顯可疑爲犯人的，叫做準現行犯。（同法同條第三項）除了上列現行犯、準現行犯之外，都是非現行犯。現行犯與非現行犯的區別，對於逮捕，極有關係。現行犯與準現行犯，不問何人，得不用拘票，逕行逮捕，至於非現行犯，則非依法傳喚或拘提不可。

五 身分犯普通犯

以一定身分爲構成犯罪特別要件，或刑罰加重減輕的要件的，叫做身分犯。例如新刑法第一百二十條的委棄守地罪，以有公務員身分爲構成犯罪的要件；第二百七十二條的殺尊親屬罪，以

有卑幼身分爲構成的要件。一私禁罪，對於直系尊親屬犯了，刑要加重；一竊盜罪，如果是同財共居的親屬犯了，得免除其刑。這都是所謂以身分爲犯罪成立及刑罰重輕的要件的身分犯。至於普通犯，除身分犯外，一般的犯罪都叫做普通犯。

六 政治犯常事犯

侵害國家政治的秩序的犯罪，叫做政治犯。例如新刑法第二編第一章內亂罪及第二章外患罪是。其他一切的犯罪叫做常事犯。結合政治犯與常事犯而犯罪的，叫做混合犯。政治犯與常事犯區別的實益有兩點：（一）政治犯的第一審管轄權屬於高等法院；（二）政治犯以不引渡爲原則。

七 親告罪非親告罪

檢察官對於犯罪得直接追訴，不以被害人或其親屬的告訴或請求爲必要的，叫做非親告罪。大多數的犯罪都是。依法律的規定，必待受害者或其親屬的告訴或請求，纔得追訴的犯罪，叫做親

告罪。新刑法所定的親告罪，列舉如左：

- (1) 妨害友邦元首或外國代表名譽罪。
- (2) 損壞污辱外國國旗國章罪。(第一一九條)
- (3) 強姦婦女罪。
- (4) 共同輪姦罪。
- (5) 強姦致人死傷罪。
- (6) 強姦殺人罪。
- (7) 強制猥褻罪。
- (8) 乘人心神喪失的姦淫罪。
- (9) 乘人心神喪失的猥褻罪。
- (10) 乘人心神喪失的姦淫致死罪。
- (11) 乘人心神喪失的猥褻致死罪。

- (12) 姦淫十四歲以上未滿十六歲的女子罪。
- (13) 對於十四歲以上未滿十六歲的男女猥褻罪。
- (14) 利用權勢姦淫或猥褻罪。
- (15) 詐姦罪。
- (16) 親屬和姦罪。(第二三六條)
- (17) 詐術締結無效或得撤銷的婚姻罪。
- (18) 有配偶人與人通姦罪。
- (19) 和誘有配偶之人脫離家庭罪。(第二四五條)
- (20) 普通傷害罪。
- (21) 加暴直系血親尊親屬罪。
- (22) 過失傷害罪。
- (23) 姦淫猥褻傳染花柳病罪。(第二八七條)

- (24) 爲結婚賂誘婦女罪。
- (25) 爲營利或猥褻姦淫賂誘婦女罪。
- (26) 侵入或隱匿他人住宅罪。(第三〇八條)
- (27) 第二十七章的妨害名譽及信用罪。(第三一四條)
- (28) 第二十八章的妨害祕密罪。(第三一九條)
- (29) 親屬犯第二十九章的竊盜罪。(第三二四條)
- (30) 親屬犯第三十一章的侵占罪。(第三三八條)
- (31) 親屬犯第三十二章的詐欺及背信罪。(第三四三條)
- (32) 毀棄損壞文書罪。
- (33) 一般毀棄損壞罪。
- (34) 詐損財產罪。
- (35) 損害債權罪。(第三五七條)

第十章 共犯

一 共犯概念

犯罪，有一人犯一罪的，有數人犯一罪的，也有數人合同着而犯數罪的。一人單獨犯罪，情形單純，可以不生疑問。假使數人合同着而犯一罪，或者數人合同着而犯數罪的時候，犯罪行為者的狀態各有各樣，以殺人罪做例來講，其中有實施殺人的行為者，有教唆殺人的行為者，又有幫助殺人的行為者，這對於一個犯罪事實，存有各種共同關係。這種行為狀態既然與單行犯不同，那末他們的行為結果，應該怎樣負擔刑事責任？這就發生共犯問題了。

關於共犯的觀念，有兩種學說，一種是犯罪共同說，一種是行為共同說，本書採行為共同說。

(一) 犯罪共同說。是採客觀的見解，說共犯是數人共同而犯一罪。依這見解，那末對於各干與者成

立別種罪名的時候，不認爲是共犯。(二)行爲共同說，是採主觀的見解，說共犯是數人以共同行爲，爲各自的犯罪。依這見解，那末對於各干與者雖成立別種罪名的時候，因爲行爲是共同的，仍舊認爲是共犯。例如A以搶奪的目的，B以強姦的目的，共同去脅迫C，各自達到了目的的時候，依犯罪共同說，A與B所犯的罪名不同，不成立共犯。依行爲共同說，A、B是共犯，A負強姦罪的責任，B負強姦罪的責任。

共犯是獨立犯？還是從屬犯？有客觀說、主觀說兩說。(一)客觀說，就是主張犯罪共同說的，說共犯是從屬犯，祇有從屬性，沒有獨立性，一定要他人的犯罪成立，纔能成立。例如同正犯，一定要其他正犯成立，纔能成立，教唆犯與從犯，一定要正犯成立，纔能成立。因爲共犯的成立不成立，全係乎他人，所以如果他人的犯罪不成立的時候，便不生共犯觀念。(二)主觀說，就是主張行爲共同說的，說共犯是獨立犯。共犯是數人合同各自的行爲，以行各自的犯罪。共同正犯不必說，固然是各實行自己的犯罪，即教唆犯與從犯，也沒有不是自己實行自己的犯罪。行爲責任，既然是因自己的行爲而生，當然不能依他人犯罪的成立不成立，而異其命運的。本書在前面關於共犯的觀念，既採行爲

共同說，這裏採主觀說，認共犯是獨立犯，是當然的。

共犯的種類，依據我國的現行刑法，可分爲共同正犯，教唆犯與從犯三種，在下面將依次分節說明。

共犯通常又可分爲必要的共犯與任意的共犯兩種：必要的共犯，是指某種犯罪的性質上，非有二人以上不能實施犯罪而言，可分爲對合犯（如合姦、賭博、賄賂等罪）與湊和犯（如內亂、擾亂等罪）二種。任意的共犯，在犯罪的性質上，本可單獨實施，偶以多數人同共實施的，普通共犯，如強盜、竊盜、殺人等，都是任意的共犯。

二 共同正犯

（一）共同正犯的意義

「二人以上共同實施犯罪之行爲者，皆爲正犯。」這是新刑法第二十八條所明定。那末，共同實施犯罪的數人，就叫做共同正犯。例如甲、乙、丙三人共同實施竊盜行爲，就是竊盜罪的共同正犯。

又如過街老鼠張三、青草蛇、李四二人，共同犯詐欺取財罪，張三施欺罔的手段，李四為騙取的行為，張三、李四就是詐欺取財罪的共同正犯。又如王阿貓、趙阿狗二人，共謀強盜強姦，侵入丙家，王阿貓強取丙的財物，趙阿狗強姦丙的老婆，阿貓、阿狗就是強盜強姦的共同正犯。但是倘使沒有意思的聯絡，便沒有共同關係，不是共同正犯了。

(二)共同正犯的要件

(1) 要有意思的聯絡 共同正犯的主觀的要件，要有意思的聯絡。意思聯絡，就是有意與他人共同行為的意思。以有共同行為的認識便已足，不以雙方有共通犯罪認識為必要，即使當事者的一方欠缺共同的認識，也可成立共同正犯。例如甲用暴行強姦乙女的時候，有共同強姦意思的丙，在甲不知之間，將乙女的手足按住，這時丙是甲的強姦的共同正犯。意思聯絡，不以明示為限，也不存在於行為之初為必要，而以存在於實施終結前為必要。所以祇在事前參與計劃，而予以相當的助力的，不是共同正犯。

(2) 要有共同實施的行為 共同正犯的客觀的要件，要有共同實施的行為。所謂共同實施

犯罪行爲，凡犯罪陰謀、預備、着手、實行的實施，都包括在內，並不是僅指實行行爲而言。至於所實施的犯罪行爲，爲構成犯罪事實的全部或一部，可以不問，都可成立共同正犯。例如強盜共犯中的一人，因實施強暴脅迫的結果，致人死傷，其他共犯，應共同負責。又如甲乙丙丁四人，共謀強盜搶劫，甲拷問事主，乙搜取財物，丙監視事主家中的人，丁在外守門把風，皆不失爲共同正犯。事後曾否分贓，沒有關係。

(三) 共同正犯的處分

共同正犯，是相互利用對方的行爲，來完成犯罪的，各關係人，都有以自己的行爲，補充他人的行爲，再以他人的行爲，補充自己行爲的意思。新刑法第二十八條，明定都爲正犯。依這規定，行爲者各就他們的意思範圍內，對於犯罪行爲的結果，獨立負擔刑事上的全部責任。共同正犯意思與行爲都具備的，不必說，應負全部責任，就是對於共同實施犯罪的行爲，有意思的聯絡的，雖然各自實行數罪中的一罪，對於全體，仍應負擔責任。不過科處的刑罰，因各人惡性的大小，身分的不同，及其他特定關係，可以不必一致。

三 教唆犯

水滸第二十四回，王婆計賤西門慶一段說：「那西門慶聽了這話，卻似提在冰窖子裏，說道：『苦也！我須知景陽岡上打虎的武都頭，他是清河縣第一個好漢！我如今卻和你眷戀日久，情乎意合，卻不恁地理會。如今這等說時，正是怎地好？卻是苦也！』」王婆冷笑道：「我倒不曾見你是個把舵的，我是趁船的，我倒不慌，你倒慌了手脚！」西門慶道：「我枉自做了男子漢，到這般去處，卻擺布不開！你有甚麼主見，遮藏我們則個！」王婆道：「你們卻要長做夫妻，短做夫妻？」西門慶道：「乾娘，你且說如何是長做夫妻，短做夫妻？」王婆道：「若是短做夫妻，你們只就今日便分散；等武大將息好了起來，與他陪了話；武二歸來，都沒言語；待他再差使出去，卻再來相約。這是短做夫妻。你們若要長做夫妻，每日同一處不擔驚受怕，我卻有一條妙計，只是難教你。」西門慶道：「乾娘，周全了我們則個，只要長做夫妻。」王婆道：「這條計，用着件東西；別人家裏都沒，天生天化，大官人家裏卻有。」西門慶道：「便是要我的眼睛，也剗與你。卻是甚麼東西？」

王婆道：「如今這搗子病得重，趁他狼狽裏，卻好下手。大官人家裏取些砒霜來，卻教大娘子自己去贖一帖心痛的藥來，把這砒霜下在裏面，把這矮子結果了！一把火燒得乾乾淨淨的，沒了蹤跡，便是武二回來，待敢怎地？自古道：『嫂叔不通問。』初嫁從親，再嫁殺身。』阿叔如何管得？暗地裏來往半年一載，等待夫孝滿日，大官人娶了家去，這個不是長遠夫妻，偕老同歡？——此計如何？」西門慶道：「乾娘，只怕罪過？——罷！罷！罷！一不做，二不休！」王婆道：「可是好哩。這是斬草除根，萌芽不發，若是斬草不除根，春來萌芽再發！官人快去取些砒霜來，我自教娘子下手。事了時，卻要重重謝我。」西門慶道：「這個自然，不消你說。」便去真個包了一包砒霜來，把與王婆收了。這婆子卻看着那婦人道：「大娘子，我教你下藥的法度：如今武大便對你說道，教你看活他，你便把些小意兒貼戀他。他若問你討藥吃時，便把這砒霜調在心痛藥裏。待他一覺身動，你便把藥灌將下去，卻便走了起身。他若毒藥轉時，必然腸胃迸裂，大叫一聲，你卻把被只一蓋，都不要人聽得。預先燒了一鍋湯，煮着一條抹布。他若毒藥發時，必然七竅內流血，口脣上有牙齒咬的痕跡。他若放了命，便搗起被來，卻將煮的抹布一揩，都沒了血跡；便入在棺材裏，扛出

去燒了，有甚麼鳥事？」那婦人道：「好卻是好，只是奴手軟了，臨時安排不得屍首。」王婆道：「這一個容易，你只敲壁子，我自過來相幫你。」

王婆這樣行爲，應成立新刑法第二百七十一條殺人罪的教唆犯。

(一) 教唆犯的意義

新刑法第二十九條第一項云：「教唆他人犯罪者，爲教唆犯。」就是教唆犯爲教唆他人爲犯罪行爲之謂。例如姦夫甲給姦婦乙毒藥一包，叫她將她丈夫丙毒死，乙依甲的意思將丈夫毒死，姦夫甲就是教唆犯。又如如有責任能力者甲，唆令無責任能力者乙行竊，甲是教唆犯。（注意：在客觀說，認利用無責任能力及無故意的人，因而實行犯罪的，叫做間接正犯，但在主觀說，不認間接正犯。）又如甲唆使乙行竊，乙沒有實行而轉唆使丙，丙實施行竊，這時甲乙都是教唆犯。那教唆人的，叫做教唆人；那受人教唆的，叫做被教唆人。被教唆人的犯罪，固然是因教唆行爲而發生；但是教唆行爲自體，也是一個犯罪行爲，所以教唆犯是獨立犯罪，沒有附屬性質。因之，在實施教唆行爲的時候，就是實施犯罪行爲了。已經成立教唆犯，不必等正犯成立纔能成立。

(二) 教唆犯的要件

(1) 要有教唆的意思 教唆犯的成立，以有使被教唆人實施犯罪的意思為必要，沒有這種意思，就不能說是教唆。教唆犯有故意教唆犯與過失教唆犯的分別。故意教唆犯，一般由故意而教唆的都是。過失教唆犯，例如甲家被盜劫，強盜已經飽掠遠颺，鄰人乙聽得盜劫，持械闖進甲家，幫甲防衛，而甲驚魂甫定，疑是強盜又來了，爲了這教他兒子丙開鎗，因之引起丙殺乙的決意，而致實施殺乙的行爲，甲是過失教唆犯。又如甲因不注意將已經腐敗的材料製成點心，叫乙拿這點心請丙吃，丙因吃了這點心而生病，這時甲是過失的教唆犯。教唆意思，是不是要對於特定人及限於特定的犯罪？刑法祇規定教唆他人犯罪，別無限制明文，但這裏從限制解釋，例如甲在室內教唆乙去行竊，丙在隔壁聽見了就去行竊，因爲甲的教唆特定人是乙而不是丙，甲對丙的竊盜行爲，不負教唆的責任。又如甲對乙祇說殺人去，放火去，沒有指定殺誰或放誰家的火，不能說是教唆。至於教唆的遠因怎麼樣，在所不問，例如教唆殺人，教唆的遠因是怨恨，是復仇，是利慾，還是淫慾，於教唆犯的成立上，都沒有關係。

(2) 要有教唆的行為。教唆的行為，就是使他人決意實施犯罪的行為。一定要對本來沒有犯罪意思的人有教唆行為，纔是教唆犯。如果被教唆人已先有犯罪的意思，而同他共同計劃，或者與以訓導指示的，成立別種罪犯，而不是教唆犯了。教唆的方法，沒有限制，用言語或文字，有單是唆唆的，有出於忠告的形式，有依囑託的方法的，也有用恐嚇方法的，都不失為教唆。本於教唆的意思，進而為教唆行為，就構成教唆犯。被教唆人實施罪犯與否，及實施的結果如何，於教唆犯的成立，沒有影響。

(三) 教唆犯的處罰

教唆犯播犯罪的種子，造犯行的原因，使他人人生犯罪的意思，給社會以危險，所以他的行為自體，就是犯罪行為，他的處罰，是為教唆行為而處罰，並不因正犯實施犯罪行為，纔要他負起刑事責任。新刑法第二十九條第二項云：「教唆犯依其教唆之罪處罰之。」依這規定，教唆犯與共犯所負的刑事責任，以他們本人的意思為標準，與正犯實施的犯罪行為所構成的責任，概無關係。在教唆人所教唆的犯罪，與被教唆人所實施的犯罪，內容不盡相同的時候，不僅是科刑輕重，不必相同，就

是適用條文，也不必一致。例如甲教唆乙強盜，而乙實施詐欺取財的時候，教唆的內容與實施的內容，主要之點欠缺一致，乙成立詐欺取財罪，甲成立強盜未遂的教唆犯。又如甲教唆乙強取金錢，而乙強取香煙，犯罪構成事實相同，內容稍有齟齬的時候，甲乙各負強盜罪的責任。又如甲教唆乙傷害丙，而乙竟將丙殺死，是被教唆人的行爲，超過所教唆的犯罪，乙負殺人罪責，甲負教唆傷害罪責。但正犯所犯的罪，如因發生教唆人所能預見的結果而加重其刑的時候，例如因犯傷害罪的結果，致被害人於死亡的時候，教唆人與被教唆人都應負同一的傷害致死責任。

教唆犯雖然應該獨立處罰，但是如果被教唆人沒有犯罪，就處以教唆犯以既遂犯的刑，未免太苛酷了，所以新刑法第二十九條第三項規定：「被教唆人雖未至犯罪，教唆犯仍以未遂犯論；但以所教唆之罪有處罰未遂犯之規定者爲限。」所謂未至犯罪，凡教唆雖被承諾而沒有實施，或者教唆根本沒有被承諾，都包含在內，教唆犯的處罰未遂，既以所教唆之罪有處罰未遂犯規定的爲限，那末在分則中沒有規定處罰未遂犯的事項，倘使教唆了而被教唆人未至犯罪的時候，便可不罰，例如教唆有與配偶之人通姦，或公然侮辱人的，或強制猥褻行爲的，因爲這些都沒有處罰未

遂的規定的緣故。

四 從犯

水滸第二十三回王婆貪賄說風情一段說：「王婆道：「若是大官人肯使錢時，老身有一條計，便叫大官人和這雌兒會一面。只不知官人肯依我麼？」西門慶道：「不揀怎的我都依，乾娘有甚妙計？」王婆笑道：「今日晚了，且回去。過半年三個月，卻來商量。」西門慶便跪下道：「乾娘休要撒科，你作成我則個！」王婆笑道：「大官人卻又慌了，老身那條計，是個上着，雖然入不得武成王廟，端的強似孫武子教女兵，十捉九着。大官人，我今日對你說：這個人，原是清河縣大戶人家討來的養女，卻做得一手好針線。大官人，你便買一疋白綾，一疋藍紬，一疋白絹，再用十兩好綿，都把來與老身。我卻走將過去，問他討茶喫，卻與這雌兒說道：「有一個施主官人，與我一套送終衣料，特來借歷頭，央及娘子與老身揀個好日，去請個裁縫來做。」他若見我這般說，不睬我時，這事便休了。他若說：「我替你做。」不叫我叫裁縫時，這便有一分光。我便請他來家

做。他若說「將來我家裏做。」不肯過來，此事便休了。他若歡天喜地說，「我來做，就替你裁。」此光便有二分。若是肯來我家裏做時，卻要安排些酒食點心請他。第一日，你也不要來。第二日，他若說不便當時，定要將家去做，此事便休了。他若依前肯過我家做時，這光便有三分。這一日，你也不要來。到第三日晌午前，你整整齊齊打扮了來，咳嗽爲號。你便在門前說道：「怎地連日不見王乾娘？」我便出來，請你入房裏來。他若見你入來，便起身跑了歸去，難道我拖住他？此事便休了。若是見你入來，不動身時，這光便有四分。坐下時，便對雌兒說道：「這個便是與我衣料的施主官人。虧殺他！」我誇大官人許多好處，你便賣弄他的針線。若是他不來兜攬，應答，此事便休了。他若口裏應答說話時，這光便有五分。我卻說道：「難得這個娘子，與我作成出手做。虧殺你兩個施主：一個出錢的，一個出力的！不是老身路歧相，難得這個娘子在這裏，官人好做個主人，替老身與娘子澆手。」你便取出銀子來，央我買。若是他抽身便走時，不能扯住他，此事便休了。他若是不動身時，這光便有六分。我卻拿了銀子，臨出門對他道：「有勞娘子相待大官人坐一坐。」他若也起身走了家去時，我也難以阻擋他，此事便休了。若是他不

起身走動時，這事又好了，這光便有七分。等我買得東西來，擺在桌子上，我便道：「娘子且收拾生活，喫一杯兒酒，難得這位官人壞鈔。」他若不肯和你同桌喫時，走了回去，此事便休了。若是他只口裏說要去，卻不動身，這事又好了，這光便有八分了。待他喫的酒濃時，正說得入港，我便推道沒了酒，再叫你買，你便又央我去買。我只做去買酒，把門拽上，關你和他兩個在裏面。他若焦躁，跑了歸去，此事便休了。他若由我拽上門，不焦躁時，這光便有九分了。只欠一分光了，便完就……這一分倒難——大官人，你在房裏，着幾句甜淨的話兒，說將入去，你卻不可躁暴，便去動手動腳，打攪了事，那時我不管你。先假做把袖子在桌上拂落一隻筯去，你只做去地下拾筯，將手去他腳上捏一捏。他若鬧將起來，我自來搭救，此事也便休了，再也難得成。若是他不做聲時，這是十分光了！這時節——這時節——十分事都成了！——這條計策如何？」西門慶聽罷大笑道：「雖然上不得凌煙閣，端的好計！」王婆道：「不要忘了許我的十兩銀子。」西門慶道：「難得一片橘皮吃，莫便忘了洞庭湖這條計，幾時可行？」王婆道：「只在今晚，便有回報。我如今趁武大未歸，走過去細細地說誘他。你卻便使人將綾絹紬疋並綿子來。」西門慶道：「得

乾娘完成得這件事，如何敢失信。」……當時兩個就王婆房裏脫衣解帶，無所不至。」

王婆這樣行爲，性質上可以說是新刑法第二百三十九條配偶通姦罪的從犯。不過新刑法對於意圖營利，引誘或容良家婦女，與他人姦淫的，第二百三十一條定有處罰的明文，那末應該認爲第二百三十一條罪的正犯，而不認爲第二百三十九條罪的幫助。

一 從犯的意義

「幫助他人犯罪者，爲從犯。」爲新刑法第三十條第一項前段所明定。就是說從犯是知道他人犯罪而加以幫助，使他人易於犯罪的意思。從犯與共同正犯及教唆犯，都是共犯的一狀態，不過正犯爲實施行爲，教唆犯爲教唆行爲，而從犯爲幫助行爲罷了。教唆犯與從犯的區別，在看正犯有沒有實施犯罪的意思爲斷，如正犯本來沒有犯罪的意思，因教唆而實施犯罪的，爲教唆犯。如正犯先有犯罪的意思，不過在精神上或物質上加以幫助，以助成正犯的犯罪的，爲從犯，區別很是顯著。正犯與從犯，則容易混同，學者對於區別正犯與從犯的標準，有主觀客觀兩說，客觀說注重行爲的外表，以干與犯罪實施行爲人爲限，就是以其行爲爲犯罪結果發生的原因爲限，成立正犯。所以凡

下手實施的人，雖犯人的意思僅在幫助，應成立正犯。反之犯人雖經事前同謀，臨時並沒有實施，或祇是在場幫助，並沒有實施犯罪行為的人，祇能成立從犯。主觀說側重犯意，意思在於自己的犯罪而為其行為的，是正犯。意思在於加功於他人的犯罪而為其行為的，是從犯。換句話講，就是以他人行為有看做自己行為的意思，則其行為雖沒有犯罪的實施，祇是幫助而已，如事前指示，參與謀議，或臨時在場指揮，喝令下手，並未參與實施的，也成立正犯，不必限於實際上共同實施行為。反之，倘使犯人祇有幫助的意思，即使現有行為，已達到實施程度，也祇能成立從犯，不成立正犯。以上兩說，各有理由，而自立法論講起來，不如廢止正犯與從犯的區別，倘對於結果，具有原因，都是正犯，至於處罰的輕重，可任裁判官的量衡，庶幾可以沒有弊端。但是新刑法既然留有正犯與從犯的區別，依著者意思，認為與其從客觀說，毋寧採主觀說。

二 從犯的要件

(1) 要有幫助他人犯罪的意思 從犯主觀的要件，要有幫助他人犯罪的意思。幫助有故意幫助與過失幫助的分別，從犯的故意，就是明知或可以預見自己行為為幫助他人的犯罪行為的

意思，例如甲明知乙是強盜，在行搶劫之前，留乙在家住宿，供給器械，甲就是故意幫助。至於他人認識從犯的幫助與否，可以不問，新刑法第三十條第一項後段云：「雖他人不知幫助之情者，亦同。」就是這個意思。如例甲知道乙侵入丙室意圖殺丙，暗中在外把丙的房門加鎖，使丙不能脫逃，以便被乙殺害，甲的加鎖行為，雖然為乙所不知情，甲仍舊是故意幫助。過失從犯，就是對於構成犯罪的事實，可得認識，因不注意而不認識，以致有幫助行為的意思。例如夜間有甲等數個行跡可疑的人，向乙要求領路到丙家去，乙因不注意，不疑甲等是強盜，竟引甲等到了丙家，因而丙家遭甲等的搶劫，這時乙是過失從犯。

(2) 要有幫助他人犯罪的行為。從犯客觀的要件，要有幫助他人犯罪的行為。所謂幫助，就是對於他人犯罪，予以便利或容易的行為。幫助的手段有物質的與精神的，物質的幫助，如供給器具是精神的幫助，如指導方法是。幫助行為是積極還是消極，可以不問。至於時間，一定要在他人實施犯罪行為之前，或在他人實施犯罪行為之際，實施幫助行為，纔能成立，例如知情窩留強盜，應成立幫助強盜罪，於黑夜殺人的時候，幫助提燈照亮，應成立幫助殺人罪。至於在他人犯罪，已經完成，

做事後的加功，如湮沒罪證、藏匿犯人、便利逃脫及搬運受寄贓物等，除有時得成立別項罪名外，卻不能成立事後幫助的從犯。

(三) 從犯的處罰

「從犯之處罰，得按正犯之刑減輕之。」這是新刑法第三十條第二項所明定。各國立法例關於從犯的處罰，有三種主義，就是必減主義，不減主義及得減主義。主張客觀說的人，認從犯為從屬犯，從屬於他人犯罪，所以他的責任較輕，因之採必減主義。主張主觀說的人，認從犯為獨立犯，所以他的責任與正犯一樣，新刑法採主觀說的主張而稍加限制，就是所用的是得減主義。本項所謂正犯之刑，是指正犯應處的法定刑而言，並不是以正犯的裁定刑做比較的。所謂法定刑，是法律上規定的刑，裁定刑，是裁判上判決的刑。又從犯處以正犯之刑，也祇是處以正犯的刑罷了，並非就以正犯論。

將前面共同正犯、教唆犯及從犯三種綜合起來講，如果教唆與實施競合的時候，應該從他的實施處斷；幫助與實施競合的時候，也應該從他的實施處斷；至於教唆與幫助競合的時候，則應從

他的教唆處斷。

五 共犯與特定關係

(一) 特定關係的意義

刑法上的所謂特定關係，是指犯罪的特別構成要件，及有關於刑罰加減，免除等的特種情狀，專屬於犯人一身而言。特定關係有為犯罪構成的要件的，如收賄罪，以有公務員的身分為構成犯罪的特別要件；偽證罪，以有證人的身分為構成犯罪的特別要件是。特定關係有為刑罰加重，減輕的條件的，例如累犯的加重，自首的減輕是。特定關係有為刑罰免除的條件的，例如親屬犯竊盜，侵占，得免除其刑是。總之，所謂特定關係，範圍很廣，凡是刑法規定中，對於犯罪的成立，刑罰的輕重，有影響的，而明示或默示的特定關係都是，不僅是指親屬的關係，及公務員的資格而言，此外如承攬工程人，監工人（第一九三條），懷胎婦女（第二八八條），將受強制執行的債務人（第三五六條）等，也都是一種特定關係。

(二) 特定關係爲犯罪構成要件的

依法律，以特定關係爲構成要件的犯罪，如果沒有特定關係，他的犯罪就不成立。依同理，共犯中如有欠缺特定關係的，也應該是無罪。根據這個理論，徵諸事實，如果沒有特定關係的人，與人共犯了，可以逍遙法網之外，豈不是反乎法律制裁犯罪的精神嗎？例如公務員的妻收受了人家的賄賂，來與她的丈夫情商，公務員原沒有這個意思，經他妻的唆使，同意了。這時公務員固然成立了收賄罪，與他共犯的妻，因爲沒有公務員的資格，對這收賄罪，有沒有刑事責任？新刑法第三十一條第一項規定云：「因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實施或教唆幫助者，雖無特定關係，仍以共犯論。」就是明示以特定關係爲要件的犯罪，不必共犯全體，都有這種關係，其中如有一個人具有這關係，其他共犯雖然沒有這種同等的關係，也應該以正犯，教唆犯或從犯論。這樣，前例公務員與他的妻，無疑的成立收賄罪的共犯了。

法文所謂「因身分或其他特定關係」，可知身分是特定關係之一，並不認身分是包括一切的特定關係。

(三) 特定關係爲刑罰加重減輕免除條件的

以特定關係爲刑罰加重減輕或免除條件的犯罪，對於其犯的成立，固然沒有關係，但是因爲刑罰的重輕或免除有差異，無特定關係的人與有特定關係的人，他們的處分怎麼樣？例如甲教唆乙，殺死乙的尊親屬，A 教唆 B，竊取 B 父母的財物，對他們應該如何處斷？新刑法第三十一條第二項規定云：「因身分或其他特定關係致刑有重輕免除者，其無特定關係之人，科以通常之刑。」這樣就容易解決了，乙當適用新刑法第二百七十二條：「殺直系血親尊親屬者，處死刑或無期徒刑。」處斷；而甲適用第二百七十一條：「殺人者，處死刑，無期徒刑或十年以上有期徒刑。」的規定。A 適用第三百二十條的規定，處五年以下有期徒刑，拘役或五百元以下罰金；而 B 則依第三百二十四條，得免除其刑。

第二編 刑罰

第一章 刑罰的意義

刑罰的觀念，可分做形式的與實質的，這裏把實質的意義省略了，單說形式的意義是：刑罰是國家對於犯罪的制裁，用它來剝奪私人的法益。依這意義，把它分說起來：

(1) 刑罰是國家對於私人的制裁。國家與國家之間，無所謂刑罰，對於外國的不法加以制裁而戰爭的，例如蜀主劉備因他的老弟關公被殺，加兵東吳，不是刑罰；私人與私人之間，也無所謂刑罰，例如武松爲了三寸丁穀樹皮武大報仇，將潘金蓮西門慶二人殺死，也不是刑罰。私刑在我國是不許的。

(2) 刑罰是對於犯罪的制裁。刑罰必以犯罪爲理由而科以制裁，所以損害賠償處分，名譽回復

處分，贓物返還處分，懲戒處分以及其他類似刑罰處分，如強制罰等，都不是刑罰。

(3) 刑罰是剝奪私人的法益。這裏所謂法益，是生命、身體、自由、財產等的略稱。雖有些人說刑罰是給予犯罪人一種的苦痛，但是徵之現代的刑罰思想，重在犯罪預防，社會防衛，與以苦痛，並不是刑罰的目的，所以祇要剝奪犯人的法益就可以了。

第二章 刑罰的種類

新刑法第三十二條規定云：「刑分主刑及從刑。」所謂主刑是主要的刑，也稱本刑，就是可以獨立科處的刑。從刑就是附加刑，附隨於主刑而科處的刑。從刑因為有附屬的性質，所以凡主刑不存在的，除法律有特別規定外（如第三十九條規定）不能單科從刑。現在依刑的性質，照新刑法第三十三條及第三十四條的規定，列表如左：



一 生命刑

生命刑就是剝奪犯人生命的死刑，是主刑中最嚴酷的一種刑。死刑的存廢問題，是數百年來，一直到現在還未解決的一個問題，主重人情的論者如宗教家或文學者，多倡廢止論，理由不外是：(1)死刑是野蠻的，不適當於今日的文化；(2)死刑缺少人人所想像的威嚇力；(3)死刑是沒有回復性的刑罰，不適當；(4)死刑不能求輕重之差，沒有刑罰的資格。而主重社會利害的論者如司法界或社會學者，主張維持存留的也不在少數。近代各國刑法，廢止死刑的，有意大利、荷蘭、挪威、葡萄牙等國，至於我們中國，以現狀論，廢止死刑，似乎還嫌言之尚早，所以新刑法仍存留死刑，來對惡性最深的犯人，做一種絕對淘汰的方法。不過死刑的規定，已逐漸減少，現在將新刑法中所定死刑的罪，分舉如左：

新刑法分則編的規定，應處死刑的，有二：一為絕對的科死刑的，一為擇一的科死刑的。絕對的科死刑之罪，僅有四種：1. 第二百二十三條，犯強姦罪而故意殺被害人；2. 第三百三十三條，犯海盜

罪因而致人於死；3. 第三百三十四條，犯海盜罪而放火、強姦、擄人勒贖，或故意殺人；4. 第三百四十八條，擄人勒贖故意殺被害人，相對的科死刑之罪中，與無期徒刑相擇而科的，有十二種：1. 第一百零一條，暴動犯內亂首謀；2. 第一百零三條，通謀外國或其派遣之人，意圖使該國或他國對於中華民國開戰；3. 第一百零四條，通謀外國或其派遣之人，意圖使中華民國領域屬於該國或他國；4. 第一百零五條，中華民國人民在敵軍執役，或與敵國械抗中華民國或其同盟國；5. 第一百零七條，在與外國開戰或將開戰期內，以軍事上之利益供敵國，或以軍事上之不利益害中華民國或其同盟國，而有本條五款情形之一；6. 第二百六十一條，公務員利用權力強迫他人犯第二百零六條鴉片罪；7. 第二百七十二條，殺直系血親尊親屬；8. 第三百二十八條第三項，犯強盜罪因而致人於死；9. 第三百三十二條，強盜放火、強姦、擄人勒贖，或犯強盜故意殺人；10. 第三百三十三條第二項，犯海盜罪因而致人重傷；11. 第三百四十七條第二項，擄人勒贖致人於死或重傷；12. 第三百四十八條第二項，擄人勒贖強姦被害人，相對的科死刑之罪中，與無期徒刑或十年以上有期徒刑相擇而科的，有二種：1. 第二百七十一條，殺人；2. 第一百二十條，公務員委棄守地，與無期徒刑或七年以上有期

徒刑相擇而科的，有二種：1. 第三百三十三條第一項，海盜；2. 第三百四十七條第一項，擄人勒索。

二 自由刑

國家制裁犯罪，而剝奪私人的自由的，叫做自由刑。在現在死刑漸次減少或準備廢止的時代，自由刑便有擴大他的適用範圍，而做刑罰中樞的現象了。因為良刑的條件，要能警戒，尙感化，有伸縮，可回復，自由刑多合這些條件。新刑法分自由刑為三種：就是無期徒刑，有期徒刑及拘役是，現在把它分述如下：

(一) 無期徒刑

無期徒刑為終身自由刑，除了遇赦免假釋等情形，有時可有出獄的希望外，是終身拘禁犯人的自由，因之也招人家的非難，說無期徒刑慢慢斷絕犯人的生命，不但是慘酷，並且依人的壽命而異其執行的期間，簡直是不公平，所以有葡萄牙、塞爾維亞等國的刑法，已經廢止無期徒刑的。我們中國仍把他保留，但同時採假釋制度，來調劑長期自由刑的弊害。

(二) 有期徒刑

有期徒刑，就是有期徒刑，新刑法第三十三條第三款規定：「有期徒刑，二月以上十五年以下。但遇有加減時，得減至二月未滿，或加至二十年。」有期徒刑的最長期，各國法律不盡相同，如巴西刑法法定為三十年，可說是最長的了，如加拿大刑法法定為七年，可說是最短的了。新刑法規定以十五年為最長，二月為最短，是從多數立法例。遇有加減的時候，雖加至二十年，或減至二月未滿，但仍稱做有期徒刑。

(三) 拘役

拘役是最短期的自由刑，新刑法第三十三條第四款規定：「拘役，一日以上二月未滿，但遇有加重時，得加至四個月。」拘役的最長期為二月未滿，與違警罰法相銜接。如遇加重的時候，不能超過四個月。拘役與有期徒刑的區別，祇在受宣告或執行後，在法律上所得效果的不同，例如受有期徒刑執行後，纔得為累犯；受有期徒刑以上刑的宣告後，纔撤銷緩刑是。

三 財產刑

財產刑就是剝奪犯人財產上利益的刑，在主刑爲罰金，在從刑爲沒收，分述如下：

(一) 罰金

新刑法第三十三條第五款規定云：「罰金，一元以上。」既說是一元以上，那末科罰金的時候，最低限度是一元。至於最高限度，應該以分則各條最高度的規定做標準，例如第二百零八條：「行使違背定程之度量衡者，處三百元以下罰金。」這三百元就是最高度了。罰金刑有利也有弊，利是可以看犯罪的輕重與犯人的危險性，伸縮金額的多少，並且不加拘禁，不致妨害職業，同時又可免了感染監獄的惡風。罰金的弊病是科罰一失了均衡，便不能收刑罰的效果，例如同是一千元罰金，對有錢的人科了，與對沒錢的人科了，他們的負擔能力，顯然有天壤之別，有錢的人拿出了，猶如拔了一根汗毛，不關痛癢，而要沒錢的人拿出這個數目，有破了產還是不足，無異要他的命。所以最要緊的，科罰金刑的時候，除了酌量犯罪的情狀外，還得審酌犯人的資力及因犯罪所得的利益的大

小來下判斷纔可。

新刑法對於科處罰金刑，有專科、選科、併科、易科的分別。專科，就是法定刑祇有罰金一種，不能由法官自由科處其他的刑，例如第二百六十六條云：「在公共場所或公眾得出入之場所賭博財物者，處一千元以下罰金。」是選科，就是法定刑除罰金外，還列有有期徒刑或拘役，得由法官自由選科一種，例如第二百九十三條云：「遺棄無自救力之人者，處六月以上有期徒刑，拘役或一百元以下罰金。」是併科，就是法定刑除自由刑外，並列有得併科罰金，這種科罰，自由刑是必須科處的，罰金科處與否，聽諸法官的自由，例如第二百六十七條云：「以賭博為常業者，處二年以下有期徒刑，得併科一千元以下罰金。」是易科，係新刑法第四十一條的規定，留在第九章再講吧。

(二)沒收

沒收為從刑中的財產刑，就是把犯人的財產沒入於官的意思。沒收在古時有全部沒收的，但在現代，都採特定沒收了。那幾種物品應行沒收？依新刑法第三十八條第一項規定有三種，就是（1）違禁物；（2）供犯罪所用或供犯罪預備之物；（3）因犯罪所得之物。分說如下：

(1) 違禁物 違禁物指一切法令禁止私人製造或占有的物而言，例如偽造的貨幣、鴉片煙、猥褻的圖畫，以及私造私藏的爆裂物、軍用鎗械之類是。這種違禁物是犯罪構成的要素，所以同條第二項規定云：「前項第一款之物（違禁物）不問屬於犯人與否，沒收之。」採的是必科主義。

(2) 供犯罪所用或供犯罪預備之物 供犯罪所用之物，就是犯罪時供實行手段之物，例如供殺人用的刀鎗，供墮胎所用的藥品是。但要專供犯罪之用的物為限，例如供賭博用的賭具，固然可以沒收，賭博時所用的桌子，雖然也是供犯罪所用之物，因為不是專供賭博所用的，不得沒收。至於供犯罪預備之物，凡是要供實施犯罪使用而預備着，結果並沒有使用的物也，包括在內，但以法律上所罰的預備犯所預備的物為限，前者如強盜罪所預備着而結果沒有用的昏迷藥品是，後者如預備犯內亂罪所儲藏着的鎗礮是。

(3) 因犯罪所得之物 這就是犯罪後所獲得之物，例如因賭博所得的金錢，因賄賂所受的財物是。

沒收之物，還有數種限制：

(A) 供犯罪所用或供犯罪預備之物，與因犯罪所得之物，以屬於犯人者爲限，得沒收之。(第三十八條第三項前述) 所謂犯人，是指繫屬案件的犯人而言，至未曾到案受審的共犯，他是否確曾犯罪，還在不能預定之列，所以不能就指爲刑法第三十八條所稱的犯人。所謂屬於犯人之物，包括犯人所有及占有的而言，即使是無主物而一時屬於犯人的占有，也可以沒收。所以如官吏所受的賄賂，可以沒收；而竊盜所得的贓物，仍應歸還原主。不過上面規定的，祇關於沒收的原則，而分則中更有把沒收爲特別的規定的，那種特別規定，應該先於這普通規定而適用，所以同條第三項但書云：「但有特別規定者，依其規定。」例如第二百十九條規定的：「偽造之印章、印文或署押，不問屬於犯人與否，沒收之。」是。

(B) 沒收之物，依照前大理院(民國二年統字第二五號解釋，五年非字第七號判例)及司法院(二十年院字第五七四號解釋)的見解，都以動產爲限，例如用房屋來賄賂，不得沒收。但著者主張不應有這種限制。

(C) 沒收之物，以與犯罪有直接關係的爲限，例如強盜搶劫後，以所駕小船裝載豬隻，那小船與犯罪實施沒有直接關係，不得沒收。

(D) 沒收之物，以已經搜獲的爲限，那未經搜獲的，法律上沒有追徵明文的，不得沒收，例如官吏所受的賄賂，因有第一百二十二條的追徵明文，雖然已經費失了，仍可追徵。至於如賣妻所得的身價，刑法沒有追徵的明文，雖也應沒收，然而已經費失了，不能追徵。

此外新刑法對沒收還設有兩種特例，就是(1)第三十九條規定云：「免除其刑者，仍得專科沒收。」沒收是一種從刑，照理如果沒有主刑的成立，是不得獨科沒收的，但爲防止犯罪的憑藉起見，對於免除主刑的，仍可獨科沒收，例如殺人罪的中止犯或不能犯，免除主刑的時候，仍得獨立沒收他們供犯罪所用的刀鎗是。(2)第四十條規定云：「沒收於裁判時併宣告之，但違禁物得單獨宣告沒收。」沒收既然是一種從刑，自然應該在裁判時一併宣告，而對於違禁物得單獨宣告沒收，那末就是即使主刑不存在，也得專科沒收，這是在刑罰之中，兼寓保安處分的意味了。

四 能力刑

能力刑，就是褫奪公權，是國家對於犯罪的制裁，而剝奪私人一定的資格的意思。這種刑罰，直接使犯人喪失他享有一定公權的能力，而於犯人的名譽、生間接的影響，因此有些刑法學者，稱爲名譽刑。不過我的意見，稱爲能力刑是正當的，因爲坐監獄，罰了錢，難道名譽便沒有影響嗎？

新刑法第三十六條規定：褫奪公權者，褫奪左列資格。

(一) 爲公務員之資格 所謂公務員，是說依法令從事於公務的人員，所以凡職官吏員及依法令從事於公務的議員及職員，都是公務員。

(二) 公職候選人的資格 公職候選人的資格，就是依法律所定的中央或地方選舉，有公職被選舉的資格。

(三) 行使選舉、罷免、創制、複決四權之資格 這就是建國大綱第九條所規定的「一完全自治之縣，其國民有直接選舉官員之權，有直接罷免官員之權，有直接創制法律之權，有直接複決法

律之權。」是完全自治縣公民應有的政權。

褫奪公權可分無期褫奪與有期褫奪兩種：

(A) 無期褫奪公權 無期褫奪公權，就是終身褫奪公權的意思，新刑法第三十七條第一項規定云：「宣告死刑或無期徒刑者，宣告褫奪公權終身。」這就是無期褫奪公權了。或者說，人等到宣告死刑，生命已絕，公權當然無從依附；無期徒刑，終身囚禁在監獄裏，公權當然也無從享有，認為沒有再對他們宣告終身褫奪公權的必要。這就錯了，因為刑法有假釋的規定，約法有赦免的特典，如果有時候終於被假釋或赦免出獄了，那褫奪公權終身的宣告，就有用處了。能否假釋或赦免，事情都發生在裁判確定以後，法官在宣告判決的時候，是無從預料的，所以在判決的時候，如其宣告死刑或無期徒刑，就應該宣告褫奪公權終身，以免將來發生問題。

(B) 有期褫奪公權 新刑法第三十七條第二項云：「宣告六月以上有期徒刑，依犯罪之性質認為有褫奪公權之必要者，宣告褫奪公權一年以上十年以下。」這就是有期褫奪公權的規定了。依這規定，有期褫奪公權的要件有二：就是(1)要宣告六月以上有期徒刑；(2)要有褫奪

公權的必要，兩者缺一不可，如果宣告雖是六月以上有期徒刑，而法官認為沒有褫奪公權必要的時候，當然無須褫奪。反之，如果宣告是六月未滿有期徒刑，即使法官認為有褫奪公權的必要，也不能宣告褫奪的了。

褫奪公權因為是一種從刑，所以同條第三項規定：「褫奪公權，於裁判時併宣告之。」至於褫奪公權發生效力的時期，同條第四項規定云：「依第一項宣告褫奪公權者（無期褫奪公權）自裁判確定時發生效力。依第二項宣告褫奪公權者（有期褫奪公權）自主刑執行完畢或赦免之日起算。」有期褫奪公權限期的起算點，為什麼定為主刑執行完畢或赦免之日呢？因為如果不是這樣規定，恐不免有與徒刑的執行同時開始的，萬一褫奪公權的期限與徒刑的期限相等，或者較短的時候，那就變成褫奪公權的時間，都屬於執行徒刑的時間了。即使期限較長，而既限以一定的期間，竟致一部分消除在執行徒刑的期間裏面了，都不足以表現褫奪公權的效力，所以有特別明定的必要。

第三章 刑罰的適用

一 法定刑與宣告刑

刑罰可分做法定刑與宣告刑。法律對於一定的犯罪，抽象的規定的刑罰，叫做法定刑。法院對於各種犯罪的特定人，實際宣告應受的刑罰，叫做宣告刑。例如新刑法第二百七十一條規定：「殺人者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。」那所列舉的主刑，都是法定刑，假定某人犯了殺人罪，法官宣告為無期徒刑，這無期徒刑，就是宣告刑了。

二 刑罰輕重的比較

刑法中常有比較刑的輕重，從重處斷的規定，那末對於刑的輕重，自有明白規定的必要。新刑

法對於這問題，規定如左：

(一)主刑之輕重，依第三十三條之次序定之。(第三十五條第一項)

就是第一爲死刑，第二爲無期徒刑，第三爲有期徒刑，第四爲拘役，第五爲罰金。死刑最重，罰金最輕。

(二)同種之刑，以最高度之較長或較多者爲重。(同條第二項前段)

例如第二百十條的罪，處五年以下有期徒刑，第二百二十四條的罪，處七年以下有期徒刑，兩個刑期比較起來，自然是七年以下的最高度爲較長，就應以第二百二十四條爲重。罰金可照此類推。

(三)最高度相等者，以最低度之較長或較多者爲重。(同條同項後段)

例如第二百十一條的罪，處一年以上七年以下有期徒刑，第二百二十四條的罪，處七年以下有期徒刑，兩個刑的最高度相等，都是七年，祇有一個的最低度在一年以上，就應以第二百十一條爲重。罰金可以照此類推。

(四)除前二項規定外，刑之輕重，參酌前二項標準定之；不能依前二項標準定之者，依犯罪情節定之。(同條第三項)

就是說刑的輕重，除了第一第二兩項規定之外，其餘沒有規定的很多，能够參酌第一、第二兩項的標準來決定的，應該依那標準來決定，如果不能的話，仍取決於犯罪的情節。所謂犯罪情節，是指犯人的犯意，偏重於那一種罪而言。

第四章 累犯加重

一 癩痢阿三於民國二十年六月間，在王老人家裏偷了一箱衣服，被警察捉進法院，判他一年有期徒刑。到第二年六月間刑滿出獄，惡性不改，不久之後，又到李老二家裏去偷了東西，又被警察破案，送進法院裏去。這種先犯了罪，被法院宣告有期徒刑，在執行完了之後再犯罪的，叫做再犯。再犯後更犯罪的，叫做三犯，以至四犯、五犯……總名之曰累犯，應該加重處罰。照法律上的用語來講：「受有期徒刑之執行完畢，或受無期徒刑或有期徒刑一部之執行而赦免後，五年以內再犯有期徒刑以上之罪者，爲累犯，加重本刑至二分之一。」（第四十七條）

二 累犯的觀念可以明瞭了，現在把它的要件寫在下面：

（一）要前犯受有期徒刑的執行完畢，或受無期徒刑或有期徒刑一部的執行而赦免後，所謂「前犯受有期徒刑的執行完畢」就是前犯的罪，已經被法院宣告爲有期徒刑，並且已經執

行完了的意思。照這樣講，那末前犯的罪，被宣告爲死刑的，固然無從做累犯，如果被宣告爲拘役或罰金的，祇要宣告他們的最長期或者最多額就可以了，不能說是累犯。又以前曾經受過監護處分的，以後的犯罪，也不能說是累犯。至於所謂「受無期徒刑或有期徒刑一部的執行而赦免後」，就是前犯的罪，被法院宣告爲無期徒刑，祇執行了一部分而得了赦免出獄之後；或者被宣告爲有期徒刑，也祇執行了一部分的刑而得了赦免出獄之後的意思。因爲赦免祇能做消滅刑罰的原因，而不能做消滅犯罪的原因，所以雖然執行了一部得了赦免而出獄，仍然可以做累犯的條件。

(二)要在五年以內再犯有期徒刑以上的罪。在前犯的刑執行完畢或赦免之後，五年以內不再犯有期徒刑以上的罪的時候，足見前次所受的刑，已經得到相當的效果，不能再認爲有犯罪慣性，所以不能再認爲是累犯，來加重處罰。所謂「有期徒刑以上的罪」，這是指法定刑而言，本來包括死刑與無期徒刑，但死刑不得加重，無期徒刑不得加重，已經被第六十四條第一項及第六十五條第一項規定限制了，那末後犯的法定刑爲唯一的死刑或唯一的無期徒刑。

時，沒有加重的適用。那末實際上累犯的加重，祇有適用於再犯法定刑受有期徒刑的罪罷了。不過法定最重主刑是有期徒刑，而最輕主刑是拘役或罰金的時候，亦是可以成立累犯，祇有最重主刑是拘役以下的時候，不能說是累犯。

(三)要前犯與再犯的罪由同一系統的法院裁判。新刑法第四十九條規定：「累犯之規定，於前所犯罪，依軍法或外國法院受裁判者，不適用之。」因為軍法是適用於軍人的法律，與普通法的性質不同；外國裁判，不是本國的國權行動，在國法上不生效力，所以都不能做累犯的條件。

三 關於累犯的加重，前犯與再犯，是不是限於性質相同的罪呢？這不能不加以說明。有些國家的刑法，是前犯與再犯，限於性質相同的罪，纔加重的，例如癩痢阿三前犯竊盜罪，再犯竊盜罪或搶奪強盜罪的時候，纔加重處罰，這叫做特別累犯加重制。也有前犯與再犯，不限於性質相同的罪，一律加重的，例如癩痢阿三，自偷了王老大的東西受了刑罰執行完了之後，後來再犯殺人罪或放火罪的時候，也要加重處罰，這叫做普通累犯加重制。我們的新刑法祇概括的規定累犯加重本刑至二分之一，沒有性質相同的罪纔加重的限制，可見採的是普通累犯加重制了。

四 發見累犯最有效的方法，是指紋法，但是有些犯罪人往往今年在甲地犯一次罪，明年到乙地犯一次罪，或者本來姓趙，改做姓錢，有使在裁判確定前不能發覺他是累犯，而等到裁判確定之後纔發覺的。對於這種情形，應該怎樣處分？新刑法第四十八條前段規定云：「裁判確定後發覺爲累犯者，依前條之規定，更定其刑。」依原則講，裁判已經確定，爲尊重確定裁判的效力計，不應再有更動，但爲預防社會的危險，並貫徹累犯加重的宗旨起見，不能不更定其刑，來定一個裁判確定效力的例外。但是發覺在執行已經完畢或者免除之後的，爲犯人的利益起見，不應再來更定其刑，所以同條但書云：「但刑之執行完畢或赦免後發覺者，不在此限。」

第五章 數罪併罰

一 數罪併罰（實質的數罪）

一 地痞獨眼龍張黑，橫行鄉間，無惡不作，先被人家告發販賣鴉片，收受贓物，等到捉進官裏去，又由被害人告訴強姦婦女，詐欺取財，這時張黑四罪俱發，在舊刑法叫做併合論罪，在現在新刑法叫做數罪併罰。數罪併罰，一個人所犯的本來是獨立的數罰，不過將那數罪併合起來處罰罷了，然要在什麼情形之下，纔可併合處罰呢？各國的立法例，並不一致：

- (1) 以裁判宣告前所犯的罪爲限。
- (2) 以裁判確定前所犯的罪爲限。
- (4) 以執行未畢前所犯的罪爲限。

第三種在執行期內犯罪，可以推翻以前的確定裁判，使犯人享受數罪併罰的利，有獎勵犯罪之嫌。第一種在裁判宣告後犯罪，便不能享受數罪併罰的利益，又太嚴酷了，祇有第二種以裁判確定前所犯的罪為限，數罪併罰，最是正當，新刑法第五十條規定云：「裁判確定前犯數罪者，併合處罰之。」可見所採的是第二種立法例。

二 這樣說來，可以知道所謂數罪併罰，是把同一犯人在裁判確定之前所犯的數罪，併合科處刑罰的意思。犯人是同一的，這是與共犯不同之點；所犯的數罪都在裁判確定以前，這是與累犯相異之處。至於數罪是同時俱發，還是各別發覺，這可不生關係。現在把數罪併罰的要件寫在下面：

(一) 要由同一犯人實質上犯有數罪。如果同一犯人像像上犯有數罪的時候，那是「想像的數罪」，不是數罪併罰，所以數罪併罰與想像的數罪對稱的時候，又叫做「實質的數罪」。所謂實質上犯有數罪，就是犯人數個獨立的有責違法行為，侵害數個法益，都合於特定犯罪構成事實的意思。例如A先犯了竊盜罪，後犯了傷害罪，A的竊盜行為與傷害行為，都是各自獨立的有責違法行為，竊盜行為侵害的法益是財產，傷害行為侵害的法益是身體，這種情形，與竊

盜罪的構成事實及傷害罪的構成事實，都相符合的。

(二)所犯數罪要在裁判確定前。如果一罪在裁判確定前所犯，一罪在裁判確定後所犯的時候，便不構成數罪併罰。例如李阿毛先犯重婚、侵占兩罪，重婚罪先發覺，已經裁判確定了。侵占罪後發覺，在這時候又發覺李阿毛在重婚罪裁判確定之後，又犯過恐嚇罪。法官在審判侵占、恐嚇兩種罪的時候，因為侵占與重婚兩罪，都在裁判確定前所犯，是數罪併罰。至於恐嚇罪，因為他的犯罪時期，已經在重婚罪裁判確定之後了，不祇是對於重婚罪，不成立數罪併罰，就是對於侵占罪，也不能有數罪併罰的適用。

三 關於數罪併罰的處分如何？新刑法第五十一條規定云：

「數罪併罰，分別宣告其罪之刑，依左列各款定其應執行者。」

(一)「宣告多數死刑者執行其一。」

(二)「宣告之最重刑為死刑者不執行他刑，但從刑不在此限。」

這種輕刑被重刑所吸收，從重處斷的，叫做吸收主義。科死刑的只能執行其中之一，因為已

經被處了死刑，沒有再執行其他刑罰的餘地了。不過從刑（褫奪公權與沒收）的性質，與主刑不同，所以不妨一併執行。

(三)「宣告多數無期徒刑者執行其一。」

(四)「宣告之最重刑爲無期徒刑者不執行他刑。但罰金及從刑不在此限。」

犯人一經宣告無期徒刑，他的自由終身被奪去了，所以沒有再執行其他有期徒刑或拘役的必要。不過從刑一併執行是不妨的。這裏有點疑問吧，就是罰金爲什麼不併科於死刑，而併科於無期徒刑呢？因爲已經執行死刑，那受罰的不在犯人本身，而在繼承財產的人了，依據「刑止一身」的原則，所以不併科罰金。至於無期徒刑，雖然與死刑相差幾希，而法律上有假釋出獄希望，所以科了罰金，仍爲犯人本身所受的刑罰。

(五)「宣告多數有期徒刑者於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其刑期。但不得逾二十年。」

這種在法定刑範圍之內，把其中的最重刑加重，加以限制併科的，叫做限制加重主義。例

如麻皮阿二犯略誘罪處有期徒刑三年，犯傷害罪處有期徒刑二年，犯竊盜罪處有期徒刑四年，犯殺人罪處有期徒刑十五年，共計判處有期徒刑二十四年，依照本款的例可以另定執行的刑期，就是在最長期的十五年以上，各刑合併的刑期二十四年以下酌定，不過不得超過二十年，因為恐怕刑期過長了會等於無期徒刑，與有期徒刑的性質不合。

(六)「宣告多數拘役者，比照前款定其刑期，但不得逾四個月。」
這與前款的例相同。所謂不得逾四個月，也恐怕刑期過長，有失拘役的性質。

(七)「宣告多數罰金者，於各刑中之最多額以上，各刑合併之金額以下，定其金額。」
這與第五款的例同，不過那是刑期，這是金額罷了。罰金沒有設限制的必要，併科到數千成萬也不妨的。

(八)「宣告多數褫奪公權者，僅就其中最長期間執行之。」

褫奪公權的期間，自出獄的那天起算，加上在監獄裏的期間，總共起來，已經不短，所以採吸收主義，祇執行其中最長期的。

(九)「宣告多數沒收者，併執行之。」

這種不論多少刑罰，「一箇腦兒」執行的，叫做併科主義。就是凡有多少物件應該沒收的，一件一件都沒收下來。

(十)「依第五款至第九款所定之刑，併執行之。」

這就是說依第五款、第六款、第七款、第八款、第九款所已定出了的「應執行之刑。」不再加以酌定了，例如尖頭張老四依第五款的結果定為執行有期徒刑十年，依第六款的結果定為執行拘役一個月，依第七款的結果定為執行罰金五百元，依第八款的結果定為執行褫奪公權十年，依第九款的結果定為執行沒收物件八件，五種刑罰都應一併執行，不再講多論少了。

四 這裏有三個關於數罪併罰的問題：

(一)數罪各別發覺的處斷問題 長脚老王犯了傷害、竊盜兩罪，傷害罪先發覺，已經裁判確定，判處有期徒刑三年，等裁判確定之後，纔發覺他還犯過竊盜罪，這時候可否將已經裁判確定了

的傷害罪三年有期徒刑撤銷，與竊盜罪重新定刑？還是單以後發覺的竊盜罪處斷？新刑法第五十二條規定云：「數罪併罰，於裁判確定後，發覺未經裁判之餘罪者，就餘罪處斷。」依這規定，對於那先發覺的傷害罪已經裁判確定了的，不得撤銷，祇要把沒有經過裁判的竊盜罪處斷。

(二)數罪各別裁判的執行問題 這問題就是跟着上面的問題而發生的，長腳老王有了兩個以上的裁判，關於他的刑罰的執行，應該怎麼樣？新刑法第五十三條規定云：「數罪併罰，有二裁判以上者，依第五十一條之規定，定其應執行之刑。」就是長腳老王的傷害罪判決三年，第二次竊盜罪的判決假定為四年，依第五十一條第五款，在四年以上七年以下，來酌定他的應執行之刑。

(三)數罪併罰與赦免的關係問題 鐵頭老吳，犯了內亂、瀆職、遺棄三種罪，內亂罪判處無期徒刑，瀆職判處十年有期徒刑，遺棄罪判處三年有期徒刑，法官根據第五十一條第四款規定，宣告執行無期徒刑，這時候恰巧遇着政府下令大赦政治犯，於是鐵頭老吳的內亂罪被赦免，這時

對於所餘的兩種罪，將怎麼處分？新刑法第五十四條規定云：「數罪併罰，如各罪中有赦免者，餘罪仍依第五十一條之規定，定其應執行之刑；僅餘一罪者，依其宣告之刑執行。」依這規定，那末鐵頭老吳自內亂罪被赦之後，這時應將所餘的瀆職、遺棄兩種罪，依據第五十一條第五款的規定，在十年以上，十三年以下的範圍內，來酌定他的應執行之刑。如果瀆職罪也被赦免，祇剩遺棄一罪的時候，那末祇要執行三年有期徒刑就完了。

二 想像的數罪

一 阿二放了一鎗，打死了阿三，打傷了阿四，又損壞了一種花瓶。這種由於一個行爲，同時觸犯數項罪名的，叫做想像的數罪。新刑法第五十五條規定：「一行爲而觸犯數罪名……從一重處斷。」就是指這種情形而言。想像的數罪，又稱想像的競合，就是由於一個行爲，發生了數個結果，結果雖然是複數，而行爲只是單數，不過想像上像煞有數罪競合罷了。與前面講過的由於數個行爲而犯數項罪名的實質的數罪（又稱實體的競合）自然不同。

二、想像的數罪，可分做同種類想像的數罪與異種類想像的數罪。(1)例如由於一個詐欺的廣告，騙取了好多人的金錢；目的在於毒殺，在大眾吃着的食品裏，混入了毒藥；好多件偽造文書，同時一總行使，這種由於一個行爲，而侵害同種類的數法益的，叫做同種類想像的數罪。(2)例如竊取刑事被告案件的證據，就是一行爲而犯竊盜與湮滅證據兩項罪名；傷害執行職務中的公務員，就是一行爲而犯傷害與妨害公務兩項罪名；又如張三要殺死阿貓，一鎗放出，穿過阿貓的胸部死了，子彈落在阿狗手上受傷，就是一行爲而犯殺人既遂與過失傷害二項罪名，這種由於一個行爲，而侵害異種類的多數法益的，叫做異種類想像的數罪。不論同種類的或異種類的，都可以適用第十五條前段的規定，從一重處斷。所謂從一重處斷，就是對各結果的法定刑中，將那最重的刑罰來處斷的意思。

三、過失犯中，有沒有想像的數罪的存在？有的，例如點心店的店員因不注意，把砒霜認爲是普通可以吃的味精，混入在點心裏，賣給顧客吃了，因而多數人肚子痛了一陣就死去是。

四、想像的數罪與法規競合不同，有區別的必要。法規競合，是指對於一個犯罪，有數個處罰法規

的存在情形而言。這與想像的數罪的區別，在想像的數罪，是由於一個行爲，發生數個結果，所以可以適用的法規有數個，反之，在法規競合，是由於一個行爲，發生的結果不過一個，所以可以適用的法規祇有一個，在法規競合，那相競合的數個法規中的一個法規，當然排斥其他的法規。現在將主要的寫在下面：

(一)特別法排斥普通法 例如陸、海、空軍刑法對於普通刑法，陸、海、空軍刑法是特別法，所以軍人犯內亂罪的時候，對於他的行爲，有陸、海、空軍刑法與普通刑法兩個法規相競合，陸、海、空軍刑法排斥普通刑法而適用，不適用普通刑法。這種特別法優於普通法的原則，在同一法規中的各章各條之間，也可適用，例如新刑法第二百七十一條，是規定一般的殺人的處罰，下條第二百零七十二條，是規定殺直系血親尊親屬的處罰，所以對於殺直系血親尊親屬的時候，殺人特別法的第二百零七十二條，優先於一般法的第二百七十一條而適用。

(二)實害法吸收危險法 刑法大別之可分做處罰侵害法益行爲的規定，與處罰侵害法益危險行爲的規定，前者是實害法，後者是危險法，例如未遂犯是處罰侵害法益危險行爲的規定，既

遂犯是處罰侵害法益行爲的規定，所以對於既遂的行爲，不適用未遂的法規，這是因爲未遂行爲當然被包含在既遂行爲裏面的緣故，這就是實法吸收危險法，正犯與教唆犯從犯的關係，也是如此，在已經適用正犯法規的時候，便不再適用教唆犯從犯的規定了。

四 牽連犯

一 A 詐欺 B，要他的錢，把偽造的文書贈與 B，這行使偽造文書的行爲，是詐欺取財的方法。C 將 B 用尖刀戮死，把屍體拋在河裏，這遺棄屍體的行爲，是殺人的結果。這種犯人的意思，僅在單純的犯某種特定罪，祇因犯人在實施犯罪行爲的時候，他所用的方法，或者結果，又觸犯了他項罪名的，叫做牽連犯。新刑法第五十五條規定云：「犯一罪而其方法或結果之行爲，犯他罪名者，從一重處斷。」就是指牽連犯而言。

二 牽連犯的成立，以決意的單一爲要件，換句話講，就是犯人對於方法或結果相牽連的犯罪事實，是出於單一的決意的，就是牽連犯。所以如 A 的目的是毆人，侵入 B 的住宅後，偷了 B 的東西；C

侵入住宅後，發生新的殺人意思，將人殺死的時候，因為都不是單一的決意，都不成立牽連犯，有了繼續的犯意，即使完成了方法而沒有達到目的，也可成立牽連犯，例如A目的在詐欺，而想用行使偽造文書的方法來達到他的目的，文書是偽造成了，這時候已提起訟訴，結果沒有行使那偽造的文書，那偽造行為，為詐欺的方法，成立牽連犯。

至於像強姦少女，少女因被姦淫，以致下身受傷，這種傷害，是姦淫所生的結果；殺了人之後，為圖湮滅犯罪證據起見，用火焚燒屍體，那損壞屍體，是殺人所生的結果；把小孩帶到別處，拋入水裏，難免溺死，那賂誘行為，是預謀殺人的方法；負有保管房屋之責的人，叫人將那屋的椽瓦拆卸，意圖變賣，那毀壞建築物，是實行侵占的方法。統統是牽連犯，應該適用第五十五條規定，從一重處斷。

三 與牽連犯相似而實異的，是結合犯及吸收犯。結合犯，是說數個異種行為，結合起來，而成為法律上特別的一罪，例如用強暴脅迫而取他人財物，結合起來，祇成爲一個強盜罪；又如結合強盜與強姦兩個行為，成爲一個強盜強姦罪。他是本位的一罪，與牽連犯不同，不能依各罪從一重處斷。吸收犯是說一個行為觸犯數項罪名的時候，而在犯罪的性質上，那一個罪名的觀念中，包含了其他

罪名。其中有前行爲吸收後行爲的，例如偷了人家的東西，又持贓物賣給人家，祇成立竊盜罪，不成立侵佔罪或贖物罪。有後行爲吸收前行爲的，例如公務員先向人家要求賄賂，又向人家期約，最後收受賄賂，祇成立收受賄賂罪，不成立要求或期約賄賂罪。與牽連犯也不同，不能從一重處斷。

五 連續犯

一 連續犯，指新刑法第五十六條前段：「連續數行爲，而犯同一之罪名者，以一罪論」的情形而言，例如商店的小夥計偷老闆的錢，昨天偷一元，今天偷五角，明天偷兩元，雖然反覆的偷過一百回，偷了數百塊錢的時候，而聯合他行爲的全體，只以一個的竊盜罪論。

二 連續犯的成立要件有三個，現在把他寫在下面：

(一) 要有數個獨立的行爲 行爲如只有一個，那是單純一罪，或者是想像的數罪，而不是連續犯。連續犯一定要有數個獨立的行爲，纔能成立，如前面所舉小夥計偷錢的例，他的竊取行爲，行了一次，又行兩次三次……的時候，纔成立連續犯。

(二)要犯同一的罪名 所謂同一的罪名，是指罪質相同的罪名而言，而不限於一個法條，例如刑法上的普通竊盜與森林法上的森林竊盜，法條雖然不同，而罪質是相同的。

(三)要數個獨立的行爲連續地去做 連續與否，應該以犯人的意思做標準，如果犯人的意思連續（單一犯意），被害的法益雖不只一個，也成立連續犯，例如某甲以繼續的意思，先殺了乙，再殺了丙，被殺人雖不只一個，這與連續犯的本質沒有關係，成立連續犯。反之，如果先後行爲各別起意，而沒有連續的意思，即使被害法益同是一個，不是連續犯，例如A將未滿十六歲的女子B押做娼妓，是得到她行親權人C的同意的，並且曾共同使用押款。後來經C把B贖出，這時的B在C的親權監督之下，而A因爲營業失敗，想得非分之財來彌補，於是再起犯意，再將B誘去押爲娼妓，並且取得押款。這時A的前行爲與後行爲，是各別起意，不相連續，不能認爲連續犯。又如使用人先偷了一次主人的財物，他恐怕事情發覺後，要被主人報告警察，送進法院去辦，於是再生惡意，再去偷主人的財物預備逃走，這是二罪，而不是連續的一罪。

三 連續犯因爲連續的數個行爲，而犯的是同一的罪名，所以對他的處分，以一罪論。但是連續犯

有時候情節極重，敢作多數犯罪行為，他的惡性也比單純一罪來得大，所以得加重其刑至二分之一。（第五十六條但書）

第六章 刑罰的加重及減免

一 概說

一 刑法對於一個犯罪，常常規定着好多個刑罰，以待選擇，或者雖然只規定了一種刑罰，大都亦有相當範圍，由法官自由裁量，並參酌各個犯情，來定適當的刑罰。但是因為犯罪的千態萬樣，情狀的變幻無窮，不免有處了刑的最高度太寬，處了刑的最低度太嚴的情形發生，所以刑法許在一定條件之下，超過法定刑的範圍，伸縮刑量，適應犯情，這就是所謂刑罰的加重和減免。

刑罰的加重和減免，只有主刑可以適用，從刑是不能加重減免的。

二 刑罰的加重和減免，以方法講，可分爲法律上的加重和減免，與裁判上的加重和減免。以範圍講，可分爲一般的加重和減免，與特別的加重和減免。

二 刑罰的加重

一 法律上的加重

- (一) 一般的加重 一般的加重，規定在刑法總則中，牠的效用，及於犯罪，沒有限制，列表如下：
- 一般的加重
- (1) 絕對的加重……………累犯……………加重本刑至二分之一……………第四七條
- (2) 相對的加重……………連續犯……………得加重其刑至二分之一……………第五六條
- (二) 特別的加重 特別的加重，明定於刑法分則中，列表如下：

- 特別的加重
- (1) 妨害國交罪……………對友邦元首或外國代表犯故……………得加重三分之一……………第一一六條
- (2) 瀆職罪以外的罪由公務員故意犯的……………意傷害妨害自由名譽罪的……………加重二分之一……………第一三四條
- (3) 偽證及誣告罪……………意圖陷害直系血親尊親屬犯的……………加重二分之一……………第一七〇條
- (4) 妨害風化罪……………公務員包庇他人犯的……………加重二分之一……………第二三一條第四項
- (5) 侵害墳墓屍體罪……………對直系血親尊親屬犯的……………加重二分之一……………第二五〇條
- (6) 贖片罪……………公務員包庇他人犯的……………加重二分之一……………第二六四條
- (7) 賭博罪……………公務員包庇他人犯的……………加重二分之一……………第二七〇條
- (8) 傷害罪……………對直系血親尊親屬犯的……………加重二分之一……………第二八〇條
- (9) 遺棄罪……………對直系血親尊親屬犯的……………加重二分之一……………第二九五條
- (10) 妨害自由罪……………對直系血親尊親屬犯的……………加重二分之一……………第三〇三條

二 裁判上的加重

裁判上的加重，就是法官依他的權限，酌量情狀，得宣告法定最高限度以上的刑罰，也叫做「酌量加重」。新刑法酌量加重的規定，只有第五十八條：「科罰金時，除依前條規定外，並應審酌犯人之資力及因犯罪所得之利益。如所得之利益超過罰金最多額時，得於所得利益之範圍內酌量加重」。

二 刑罰的減輕

一 一般的減輕

依法律的規定而減輕的，有一般的與特別的，一般的減輕，規定在刑法總則中，對於任何犯罪，都可適用，列表如左：

一般的
減輕

- | | | |
|----------------------------------|----------|---------|
| (1) 因不知法律..... | 得減輕..... | 第一六條 |
| (2) 十四歲以上未滿十八歲人的行爲..... | 得減輕..... | 第一八條第二項 |
| (3) 滿八十歲人的行爲..... | 得減輕..... | 同條第三項 |
| (4) 精神耗弱人的行爲..... | 得減輕..... | 第一九條第二項 |
| (5) 渣啞人的行爲..... | 得減輕..... | 第二〇條 |
| (6) 防衛行爲過當..... | 得減輕..... | 第二三條 |
| (7) 避難行爲過當..... | 得減輕..... | 第二四條 |
| (8) 未遂..... | 得減輕..... | 第二六條 |
| (9) 不能..... | 減輕..... | 同 條 |
| (10) 中止..... | 減輕..... | 第二七條 |
| (11) 從犯..... | 得減輕..... | 第三〇條第二項 |
| (12) 自首..... | 減輕..... | 第六二條 |
| (13) 未滿十八歲人或滿八十歲人本刑爲死刑或無期徒刑..... | 減輕..... | 第六三條 |

上面一般的減輕中，大部分已經講過，祇有關於自首的減輕及未滿十八歲人或滿八十歲人的犯罪本刑爲死刑或無期徒刑的減輕，沒有講過，現在把它分述如左：

(一) 自首

摩登女子A，一天假借了事故，到X大學宿舍去訪她的情敵摩登女子B，拿出手鎗將B打死

後，跑到校門口對門警狂喊道：「我殺了人了，把我送到法院裏去吧！」於是門警將A帶到法院裏，在受訊的時候，她告訴自己殺B的動機與經過的情形，說「我本來與男子C感情很好，已經口頭訂過婚約，滿希望與C有結婚的可能，那裏知道自C與B認識後，B在C的面前百般獻媚，破壞我與C的感情，C竟被她奪了。我恨B之極，昨天買到了一柄手鎗，今天假借事故去訪她，我就將她一鎗打死。」這種犯人在犯罪發覺以前，自己向檢察官或者有搜查職權的相當官吏，告白自己的犯罪行為，而聽受處分的，叫做自首。新刑法第六十二條前段云：「對於未發覺之罪，自首而受裁判者，減輕其刑。」

法律對於自首的所以減輕，一方面在獎勵犯人的畏法，悔悟前罪；一方面可使法院早速知道，誰是犯人，可以避免處罰犯罪者的危險。同條但書云：「但有特別規定者，依其規定。」這就是表明在一般的自首減輕之外，還有特別的自首減免的法條，列如依第一〇二條，第一二二條第三項及第一五四條第二項的規定，犯預備或陰謀內亂的罪，犯行求期約或交付賄賂的罪，或者犯參與犯罪宗旨結社的罪而自首的，不只可以減輕，並且可以免除其刑。

現在把自首的要件寫在下面：

(1)要告白自己的犯罪。如果所告白的不是自己的犯罪，而是人家的犯罪，例如由被害人告加害人的，這叫做「告訴」，由第三人告加害人的，這叫做「告發」，都不是自首。

(2)要告白在未發覺以前。所謂未發覺，在犯罪事實完全沒有發覺，不必說，即使犯罪事實已經發覺，而在不知犯人的時候去告白，也以未發覺論，例如公安局發覺王老闆家裏被搶案後，正在竭力偵緝犯人的時候，犯人自己到公安局裏投案說：「我就是搶王老闆家東西的犯人。」這樣也是未發覺以前的告白，也應減輕其刑。但是等到捉到之後，犯人在受訊的時候，一五一十直認不諱的供出自己的犯情，這是自白，而不是自首了。

(3)要聽受裁判。所謂聽受裁判，就是願受處分的意思。原來告白的方法，是親自投案，或用電話，電報，書面，都沒有區別，只是來逮捕的時候，就有受捕的義務，如果光是用電話電報或書面通知了，自己卻匿不到案，豈不是開玩笑，不能認為自首。至於要向什麼人自首？在舊刑法規定為向該管公務員，或向被害人，告訴人或有請求權的人為限，新刑法卻沒有

這種規定，可見向自首的人的範圍，比舊刑法擴張，祇要聽受裁判就行了。

(二)未滿十八歲人或滿八十歲人本刑爲死刑或無期徒刑的減輕

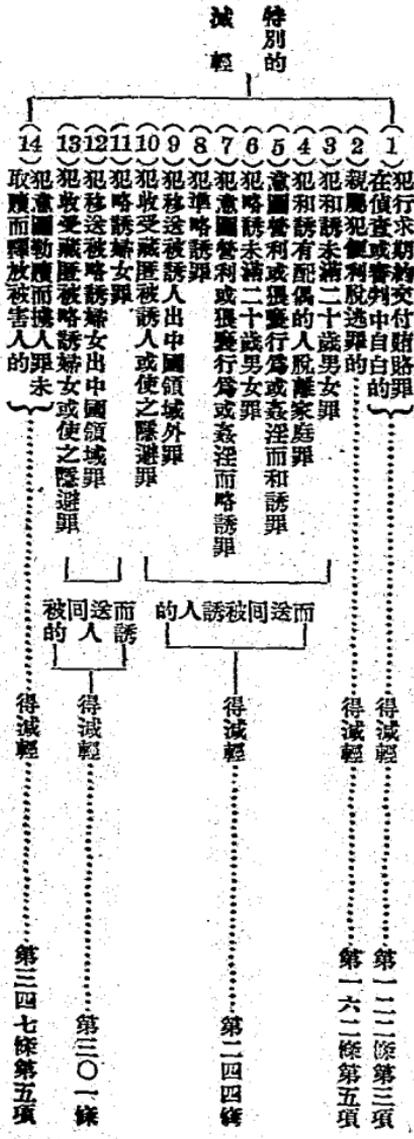
新刑法爲保護少年並憐恤高年起見，在前面第十八條裏，對於精神知識還未十分發達的未滿十八歲人的行爲，與風燭殘年的已滿八十歲人的行爲，已有減輕他們的刑事責任的規定，在這裏更進一層，再來限制對他們應科的刑罰，就是第六十三條第一項規定：「未滿十八歲人或滿八十歲人犯罪者，不得處死刑或無期徒刑；本刑爲死刑或無期徒刑者，減輕其刑。」就是對於這種小壞蛋與老不死所犯的罪，如果法定刑是「處死刑，無期徒刑或有期徒刑」的時候，不得科處死刑或者無期徒刑；如果法定刑是「處死刑或無期徒刑」或唯一「處死刑」的時候，必減輕其刑。

但是社會上一般人要狂叫吧，未滿十八歲的小壞蛋，犯了殺父母或祖父母一類尊親屬的時候，根本是畜生行爲，難道也得以精神知識的發達沒有充分做理由，原諒他們的惡性，減輕他們的科刑？不要慌，立法家想得周到，與大家有同感，在同條第二項規定云：「未滿十八歲人犯第二百七十二條第一項之罪者，不適用前項之規定。」就是對於小壞蛋犯殺直系血親尊親屬罪的時候，不

能享受這種減輕其刑的優待。

二 特別的減輕

特別的減輕，明白規定在刑法分則中，只能對於所規定的人，有適用的效力，其中有一「得減輕或免除」的，有單是「減輕」的，現在將單規定減輕的，列表在下面，那「得減輕或免除」的，列在後面特別的免除表裏，以免重複。



三 裁判上的減輕

裁判上的減輕，又稱酌量減輕，是說在法律上沒有減輕的原因，而對於犯罪的情狀，委實有減輕的必要的時候，換句話講，就是犯罪的情狀，顯可憫恕的時候，法官得酌減到法定最低刑以下。例如王阿狗為饑餓得要命，沒法在夜裏跑進張富翁的廚房裏偷了一個麵包，本來，依第三二一條的規定，犯竊盜罪而「於夜間侵入住宅」的，處六月以上五年以下有期徒刑，法官因他犯情顯可憫恕，不妨判他法定最低刑的六月以下。

四 刑罰的免除

一 一般的免除

一般的免除，規定在刑法總則中，計有六種：

一般的免除

- (1) 在外國已受刑之執行的.....得免除.....第九條
- (2) 自償行為為法律許可而有正當理由的.....得免除.....第一六條
- (3) 酌量行為適當的.....得減輕或免除.....第二三條
- (4) 避讓行為適當的.....得減輕或免除.....第二四條
- (5) 行為不致發生惡果或無危險的.....得減輕或免除.....第二六條
- (6) 已適中止或防止結果之發生的.....得減輕或免除.....第二七條

二 特別的免除

特別的免除，規定在刑法分則中，列表如左：

特別的免除

- (一) 相對的免除
 - 1 犯預備謀殺內亂罪而自首的.....減輕或免除.....第一〇二條
 - 2 犯行求期約交付賄賂罪而自首的.....減輕或免除.....第一二二條第三項
 - 3 犯盜竊罪或竊盜罪的被社罪而自首的.....減輕或免除.....第一五四條第二項
 - 4 犯運送證據罪在裁判確定前自首的.....減輕或免除.....第一六六條
 - 5 親屬竊盜罪人犯及運送證據罪的.....減輕或免除.....第一六七條
 - 6 犯偽造證書罪在裁判或懲戒處前自首的.....減輕或免除.....第一七二條
 - 7 謀殺同死而犯殺或幫助自殺或受囑託而殺之的.....得免除.....第二七五條第三項
 - 8 直系血親配偶或同財共居親屬同犯竊盜罪的.....得免除.....第三二四條
 - 9 直系血親配偶或同財共居親屬同犯竊盜罪的.....得免除.....第三五一條
- (二) 絕對的免除
 - 因疾病或其他防止生命上危險之必要而墮胎或離從他人墮胎的.....免除.....第二八八條第三項

第七章 刑罰的加減例

一 主刑加減的標準

第六十四條 死刑不得加重。

死刑減輕者，爲無期徒刑，或爲十五年以下十二年以上有期徒刑。

第六十五條 無期徒刑不得加重。

無期徒刑減輕者，爲七年以上有期徒刑。

刑罰的最高點是死刑，死刑之上，當然不能再加了，無期徒刑是終身自由刑，本來可以加至死刑，但他的性質與死刑不同，所以不能再加。至於死刑減輕的時候，爲無期徒刑，或爲十五年以下十二年以上有期徒刑無期徒刑減輕的時候，爲七年以上有期徒刑。前條指法定刑爲唯一的死刑而言，後條指法定刑爲唯一的無期徒刑而言。如果法定刑有二種以上主刑的時候，那末，應依第六十

九條規定處斷。

第六十六條 有期徒刑、拘役、罰金減輕者，減輕其刑至二分之一。但同時有免除其刑之規定者，其減輕得減至三分之二。

所謂減輕其刑至二分之一，就是最多不得超過二分之一。所謂同時有免除其刑之規定，如第一〇二條，第一五四條第二項是。

第六十七條 有期徒刑加減者，其最高度及最低度同加減之。

例如法定刑爲一年以上七年以下，最高度是七年，最低度是一年，如加二分之一的時候，就成爲一年六月以上十年六月以下有期徒刑了。減二分之一的時候，就成爲六月以上三年六月以下有期徒刑了。

第六十八條 拘役或罰金加減者，僅加減其最高度。

拘役爲一日以上二月未滿，遇有加減的時候，應該只加減牠的最高度，例如加二分之一，便成三月未滿，一日以上；減二分之一，便成一月未滿，一日以上。但不得加至徒刑，也不得減至罰金，因爲

他的性質，與徒刑罰金刑，都有不同的緣故。又罰金爲一元以上，遇有加減的時候，也應該只加減牠的最高度，例如法定刑爲三百元以下罰金的時候，加二分之一，就成四百五十元以下罰金；減二分之一，就成一百五十元以下罰金。卻不能就罰金的最寡額一元來加減。

二 選擇刑的加減例

分則各條的主刑倘使只有一種，他的加減，固然可以依上面的標準，但是如果兩種以上的主刑的時候，應該怎麼樣？新刑法第六十九條云：「有二種以上之主刑者，加減時併加減之。」例如第二百七十一條殺人罪，處死刑，無期徒刑或十年以上有期徒刑，如果加重二分之一，除死刑無期徒刑不得加重外，應該把十年以上有期徒刑加重二分之一，便成了死刑無期徒刑或十五年以上有期徒刑了。又如第二百三十四條公然猥褻罪，處拘役或一百以下罰金，減二分之一，便成了不滿一月拘役或五十元以下罰金了。

三 遞加或遞減的加減例

新刑法第七十條規定云：「有二種以上刑之加重或減輕者，遞加或遞減之。」遞加或遞減，就

是累加或累減的意思。例如依法定刑應處六月以上五年以下有期徒刑，因有兩種原因應加二分之一的，一次加重二分之一，變成九月以上七年六月以下有期徒刑，二次加重二分之一，變成一年一月十五日以上十一年二月以下有期徒刑了。那因有兩種原因應減二分之一的，可以類推。

四 刑罰加減的順序

新刑法第七十一條第一項云：「刑有加重及減輕者，先加後減。」爲什麼定爲先加後減？因爲先加後減，比較先減後加，有利於犯人的緣故。例如法定本刑爲無期徒刑，如果先減後加，那末先減爲七年以上有期徒刑（第六十五條第二項），再加重至二十年以下有期徒刑（第三十三條第三款但書）。反之，先加後減，那末無期徒刑不得加重，而減輕的時候，就得減至七年以上十五年以下有期徒刑了（第三十三條第三款）。

同條第二項云：「有二種以上之減輕者，先依較少之數減輕之。」例如有期徒刑同時減輕二分之一與三分之二的時候，應該先減二分之一，後減三分之二，這也是因爲先減較少之數比先減較多之數有利於犯人的緣故。

五 加減後剩餘零數的棄除

徒刑拘役或罰金，因加減計算之後，不免有奇零數目的剩餘，應該爲當事人的利益，並避免合算的困難起見，把他棄除了，不必計算，所以新刑法第七十二條規定云：「因刑之加重減輕，而有不滿一日之時間或不滿一元之額數者不算。」例如處六月以下有期徒刑，加重二分之一，便成九月以下，倘再加重二分之一，便成一年一月十五日以下，又再加重二分之一，便成一年八月七日以以下，這個半日，應該讓徒刑的受刑人占便宜了。又如一百元以下罰金，減輕三分之一，便成六十六元六角六分六釐以下，照本條的規定，這六角六分六釐大洋，就讓被告罰金的受刑人揩油了。

第八章 刑的酌科

一 概說

在法定刑範圍內科處刑罰，固然是屬於法官的權限，然而究竟應該科以法定刑內的最高度刑呢？還是應該科以最低度刑呢？在裁判上的加重減輕，怎樣纔能不失伸縮的本旨？這不能不設一個標準，所以有刑的酌科規定的必要。

二 科刑輕重的標準

新刑法第五十七條規定：「科刑時應審酌一切情狀，尤應注意左列事項爲科刑輕重之標準。」
「（一）犯罪之動機」（犯罪的動機，就是促起犯意的原因，例如因利慾而殺人，因義憤而殺人，殺人的動機不同，科刑輕重當然有異。）

「（二）犯罪之目的」（這是指犯罪故意的所在，例如同一偷竊，一在貪，一在貧，目的可惡的

當重罰，目的可宥的當輕罰。）

「(三) 犯罪時所受之激刺」(例如因受侮辱，盛氣毆人；因被誘惑，偶犯姦淫；受激刺而犯罪，究與惡性而犯罪不同。)

「(四) 犯罪之手段」(這就是犯罪時所用的方法，例如用鎗打與用刀殘殺，罪情有輕重的不同。)

「(五) 犯人之生活狀況」(例如竊盜，是否因為賭本不夠而行竊，還是因為沒飯吃而尋手)。
「(六) 犯人之品行」(這是指犯人平日的品行，如果素來是良善的，偶然犯了一次罪，應加原諒，否則，素來是不良的，沒有原諒的餘地。)

「(七) 犯人之知識程度」(犯人的知識，在教育方面，如果沒有受過教育的人，他的判斷力與理解力比較低淺，與知法犯法的人相比，不妨科以輕刑。在心理方面，如果雖在刑事責任年齡以上而辨識力薄弱的，他的情節自然比具有完全知識人要輕了。)

「(八) 犯人與被害人平日的關係」(例如同一竊取，對於親屬可免除；同一殺人，對於尊親

屬要加重。還有那積忿嫌怨，恩將仇報等，與普通犯罪，不能沒有分別。）

「(九)犯罪時所生之危險或損害」(因犯罪而生危險或損害重大的，應該重罰，否則，應該輕罰。)

「(十)犯罪後之態度」(這是指犯人在犯罪後，有沒有痛悔前非的意思，因為那在犯罪後表示真「悔不該」的，與表示毫不介意還要「再來一個」的情節當然大有不同。)

三 酌量加重

新刑法第五十八條規定：「科罰金時，除依前條規定外，並應審酌犯人之資力，及因犯罪所得之利益，如所得之利益，超過罰金最多額時，得於所得利益之範圍內，酌量加重。」例如犯第二百六十六條賭博罪的，法定刑為一千元以下罰金，如犯人贏得一千五百元，並已將這一筆款，娶了一個媳婦兒，這種處分賭錢所得的媳婦兒，不能沒收的，罰他千元罰金，還淨賺五百元。又如偷來鈔票六百元，翌日做一票投機商業，賺到一千元，就罰他千元，不是還得六百元嗎？爲了這，法律特地規定，得於所得利益的範圍以內，酌量加重，加到一千元以上，亦不妨的。

四 酌量減輕

新刑法第五十九條規定云：「犯罪之情狀可憫恕者，得酌量減輕其刑。」例如窮孝子李老四爲了沒錢醫治八十九歲老娘的病，在火車站偷了旅客的一個錢袋，依第三百二十一條第六款的規定，犯竊盜罪，「在車站或埠頭而犯之者，」處六月以上五年以下有期徒刑，法官因他的竊取行爲，情可憫恕，不妨酌量減輕到最低法定刑的六月以下。

又第六十條規定云：「依法律加重或減輕者，仍得依前條之規定酌量減輕其刑。」依法律加重的，如累犯是，依法律減輕的，如未滿十八歲人的行爲，精神耗弱人的行爲，自首，從犯之類是。刑的酌減，屬於法官的職權，依其他法條已經減輕過了的，如果還嫌過重的話，仍可依第五十九條再來一個酌量減輕。

五 酌量免除

新刑法第六十一條規定云：「犯左列各罪之一，情節輕微，顯可憫恕，認爲依第五十九條規定減輕其刑，仍嫌過重者，得免除其刑。」

「一 犯最重本刑爲三年以下有期徒刑，拘役或專科罰金之罪。但第一百三十二條第一項，第一百四十三條，第一百四十五條，第一百八十六條，第二百七十二條第三項及第二百零七十六條第一項之罪，不在此限。

「二 犯第三百二十條之竊盜罪。

「三 犯第三百三十五條之侵占罪。

「四 犯第三百三十九條之詐欺罪。

「五 犯第三百四十九條第二項之贓物罪。」

這條所列舉的罪名，依新刑事訴訟法第四百四十二條，爲簡易程序的案件，就是得以不經過通常的審判程序，直接以命令處刑。又依同法第二百三十二條，檢察官對於這種案件，認爲以不起訴爲適當的，得爲不起訴的處分。

第一款是以刑的輕重，做免除的標準，但書以下各條的最重本刑雖也在三年以下，但因爲有的關係於國家的威信，有的關係於人民的生命，犯情比較重些，所以特別除外，不能免除。自第二款

到第五款，是以犯罪的性質做免除的標準，因為竊盜、侵占、詐欺、贓物等罪的性質，直接受侵害的，只是個人的財產，對於社會的影響較輕，所以即使最重本刑在五年以下，也可酌量犯情，予法官以免除的職權。

第九章 刑罰的執行

一 生命刑的執行

一 關於死刑的執行，在從前有種種慘酷的方法，而在現代，既認為死刑的留存，是在不得已，那末，祇要能夠剝奪犯人的生命就行了，不必加以苦痛，而且也不應該加以苦痛，在可能範圍之內，力求執行的方法確實而迅速，縮短受苦痛的時間，所以在外國有用電氣殺人法來執行的。我們中國，在舊刑法中有「死刑用絞」的規定，但新刑法沒有方法的規定，推其用意，無非認為像那「風波亭」中的岳飛歸位，並不比斬首鎗決來得痛快，如有較頸絞法更適當的方法，儘可採用其他更適當的方法來執行的意思吧。

新刑法及新刑事訴訟法，對於執行死刑的方法，既然都沒有明文規定，難道炮烙也可以，剗髓

也可以，辜磔也可以，火燒也可以嗎？來一個五馬分屍，或者午門斬首，甚至模仿梁山泊好漢矮腳虎王英的老文章，叫一聲：「孩兒們，快動手！取下這牛子心肝來，造三分醒酒酸辣湯來。」也都行嗎？且慢，死囚們不要慌，待著者抄出一道命令來：「茲經本部參酌各地情形，及各種執行方法，仍以用絞爲宜。至於絞法分爲機器與人工兩種，（機器有鐵製木製兩種，每具約需銀二三百元，木製每具需洋百元左右。）各監獄應一律使用機器，以期簡單迅速，並於處決時就可能範圍內，先用麻醉方法減輕其痛苦，惟在機器未購置以前，則仍用人工絞法。」（見司法行政部二十四年六月十八日，第三〇九一號訓令。）

二 死刑應經司法行政最高官署令准，於令到三日內，在監獄內執行。除經檢察官或監獄長官的許可者外，不得入刑場內。因爲免得把殘忍的情形，宣示給一般的民衆，留了惡的影響。如果公開執行，使一般人聽到：「天呀！要受死刑了！可怕啊！現在執行了！血液漲滿啊！呼吸緊迫啊！氣息將要斷絕了！啊啊！啊啊！啊啊！……」死囚最後的哀鳴，有甚麼意義呢？受死刑諭知的人，如其是在心神喪失中，或婦女懷胎的期間，可以停止執行，等到痊愈或生產後再來執行。

二 自由刑的執行

被處徒刑及拘役的人犯，除法律別有規定外，都分別拘禁在監獄裏，叫他們服種種的勞役，或者紡織，或者印刷，或者編織，這要看監獄的設備如何而定，並不劃一。但也可因他們的情節，免服勞役。自由刑，在文明國裏，差不多成了刑的中樞，執行的得當不得當，關係於刑法的實效很大，所以監獄法的規定與監獄員的選擇問題，是絕對不容疏忽的一樁大事。對於裏面的設備、管理、教誨、衛生種種問題，都應隨着社會的進步，力求刷新，以免「監獄爲犯罪大學」的謾評纒好。受徒刑或拘役的諭知，而有（1）心神喪失者，（2）懷胎七月以上者，（3）生產未滿一月者，及（4）現罹疾病恐因執行而不能保其生命者等情形之一的時候，依檢察官的指揮，在他們痊愈或事故消滅前，停止執行。心神喪失及現罹疾病恐因執行而不能保其生命的停止執行受刑人，檢察官且得將他送入醫院或其他適當的處所。

三 財產刑的執行

一 罰金的執行

新刑法第四十二條第一項前段規定：「罰金應於裁判確定後兩個月內完納。期滿而不完納者，強制執行。」罰金從犯人的經濟上着想，即時執行，事實或者很感困難，所以給他們兩個月的預期間，在完納期間沒有屆滿之前，只可命令完納，不能強制他們完納。如果期限已經滿了，沒有完納的時候，可以強制執行。罰金的執行，原應依檢察官的命令執行，但如經受判人的同意而檢察官不在場的時候，得由推事當庭指揮執行。執行命令，與民事執行名義有同一的效力。又罰金得就受刑人的遺產執行。

二 沒收的執行

沒收應依檢察官的命令執行，這種命令與民事執行名義也有同一的效力。沒收也得就受刑人的遺產執行。沒收物由檢察官處分。沒收物於執行後三個月內由權利人聲請發還的，除了應該

將他破毀或廢棄的之外，檢察官應該發還，如果已經拍賣，應給與拍賣所得的價金。

四 易科

一 易科罰金

新刑法第四十一條規定云：「犯最重本刑為三年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受六月以下有期徒刑或拘役之宣告，因身體、教育、職業或家庭之關係，執行顯有困難者，得以一元以上三元以下折算一日，易科罰金。」易科罰金，適用於受短期自由刑宣告的犯罪人，這是所以補短期自由刑的流弊。因為輕微的犯罪，送監執行，善良的人遭了這種挫折，不免因此墮落；狡黠的人與多數囚徒在一塊，增加了犯罪的知識，等到出獄之後，有成爲習慣性或職業性犯罪的危險，不如易科罰金，比較妥當。現在將易科罰金的要件寫在下面：

(一) 要犯最重本刑爲三年以下有期徒刑以下的刑的罪。

(二) 要受六月以下有期徒刑或拘役的宣告。

(三)要因身體、教育、職業或家庭的關係執行顯有困難。

執行顯有困難由於身體的，例如現患疾病，執行後不能恢復他的健康是；由於教育的，例如求學將近畢業大考，一經執行，勢必不能參與考試而畢業，並引起其他問題是；由於職業的，例如外國船舶的水手，一經收押，那船勢難久待，一旦起錨歸航，在那船既失了所必要的水手，在本人又失了歸航的機會，而本國反因此增加了一個飄零的異國游民是；由於家庭的關係的，例如父母年老，只靠一子扶養，一經執行，勢必父母凍餓而死了。這種易科罰金的規定，並非單以犯罪人的個人着想，同時也為社會防衛起見，而基於預防犯罪的理由的。

二 易服勞役

易服勞役，就是犯人無力完納罰金的時候，不再執行罰金而換為執行勞役。新刑法第四十二條第一項後段云：「其無力完納（罰金）者，易服勞役。」要以無力完納為前提，如有力完納，而不肯完納的時候，可強制執行，而不能易服勞役。易服勞役的性質，仍然為罰金，不能就把他看做自由刑的執行，所以這種人是應該與徒刑或拘役的人犯，分別執行的。

罰金易服勞役的標準怎樣？同條第二項云：「易服勞役，以一元以上三元以下折算一日。但勞役期限，不得逾六個月。」依這規定，罰金雖有數千元之多，本來要易服勞役數年以上的，也不能縮短為六個月，因為期限過長了，會失了科罰金輕微罪刑的本旨。同條第三項規定云：「罰金總額折算逾六個月之日數者，以罰金總額與六個月之日數，比例折算。」這是規定折算的方法。例如A科罰金數為三千元，完納罰金的話，要三千元，如果易服勞役，是六個月，就是以三千元與六個月比例方法折算，以十六元折算一日。如果A在易服勞役幾天之後，完納了一千元，那末應折算勞役為二個月。附比例式如下：

$$3000\text{元} : 1000\text{元} = 180\text{日} (\text{即六個月}) : x \\ x = \frac{1000 \times 180}{3000} = 60\text{日} (\text{即二個月})$$

又同條第四項云：「科罰金之裁判，應依前二項之規定，載明折算一日之類數。」這就是規定對於無力完納罰金時，在一元以上三元以下的限度內，關於折算的確定標準，應在裁判內載明。

同條第五項云：「易服勞役，不滿一日之零數不算。」例如C罰金二十元，裁判載明以三元折算一日，那末以十八元折算六日，其餘二元就是不滿一日的零數，應不計算。

又同條第六項云：「易服勞役期內，納罰金者，以所納之數，依裁判所定之標準折算，扣除勞役之日期。」例如B罰金爲三十元，裁判載明以一元折算一日易服勞役，如果執行易服勞役十五天後，完納了罰金十五元，那就執行完畢了。

三 易以訓誡

訓誡，是對於犯輕微罪的人，因他們的犯罪的動機可原，免科刑罰，而代以口頭訓誨的處分。新刑法第四十三條規定云：「受拘役或罰金之宣告，而犯罪動機，在公益或道義上顯可宥恕者，得易以訓誡。」易以訓誡，由檢察官執行。現在把得易以訓誡的要件寫在下面：

(一) 要受拘役或罰金的宣告 宣告刑是拘役或罰金，是說所犯的是極其輕微的罪，正因為所犯的是極輕微的罪，纔有易以訓誡的可能。

(二) 要犯罪動機在公益或道義上顯可宥恕 犯罪動機在公益上顯可宥恕的，例如A因急於救火，一不留神，撞傷了B；C因急於救防水災，在工作的時候，不意誤傷了D是。犯罪動機在道義上顯可宥恕的，例如E因搶救將被車輛所軋的小孩，直衝過去，因而撞傷了F；甲與乙暑天遠

行，在途中乙病倒了，口渴不能耐，而近地又沒有水可喝，甲因而摘了人家一個瓜給乙解渴是。
四 易科的效力

易科罰金，易服勞役及易以訓誡的三種換刑的處分，在執行完畢之後，那裁判宣告的刑罰，不是以已執行論呢？這不能沒有明文規定，新刑法第四十四條云：「易科罰金，易服勞役或易以訓誡執行完畢者，其所受宣告之刑，以已執行論。」既然是以已執行論，那末除了易服勞役及易以訓誡外，倘是徒刑易科罰金的，是可以做累犯的基礎。

五 刑期的起算及羈押的日數

一 刑期的起算

犯人判決徒刑拘役後，刑期從什麼時候起算？新刑法第四十五條規定云：「刑期自裁判確定之日起算。」裁判雖經確定，其尚未受拘禁之日數，不算入刑期內。」裁判一經確定，被告再不能聲明不服來動搖原判的效力了，所以刑期自那天起算。但是被告有些固然早已在羈押中，可以在那

天起算刑期，然而也有交保在外的，如果那些交保在外而還沒有受拘禁的日數，也算入刑期內，太便宜了，所以明定不算入刑期內，應該從被告實際上受拘禁的那天起算。

二 羈押日數的抵算

王小貓犯了略誘婦女罪，被公安局捉去羈押了一天，纔送進法院，法院第一次開庭，第二次開庭，又經過了半個月，纔判他處有期徒刑一年，他自認倒黴，不再上訴，於是裁判確定。那種在裁判確定前一切拘束身體的羈押，都叫做未決羈押。王小貓在裁判確定前的十六天未決羈押，要是不把他抵入刑期內，不只他自己要大叫「天曉得」，就是一般人也認為沒有道理，因為羈押的苦痛與刑罰是差不多的。所以新刑法第四十六條規定：「裁判確定前羈押之日數，以一日抵有期徒刑或拘役一日，或第四十二條第四項裁判所定之罰金數額。」好了，王小貓一點也不吃虧，實足以一天抵一天，公平之極。至於抵算罰金，仍依第四十二條第四項裁判所定罰金數額做標準，如果裁判以一元折算一日的，就以一日抵一元；以二元折算一日的，就以一日抵二元；以三元折算一日的，就以一日抵三元。

第十章 緩刑及假釋

一 緩刑

一 緩刑，是對於短期自由刑，暫緩他的執行，以促進犯人的自新，來達到刑罰的目的的制度。因為被科短期自由刑的犯人，雖然是社會的名譽沒有墮失了的人，而一度經過了監獄生活，一方面使他們陷於自暴自棄，同時他方面使他們感染了獄內的惡風，流弊是很多的。所以對於沒有再犯危險的初犯者，不妨暫緩他們的刑的執行，如果在緩刑期內相安無事，即可失了刑罰宣告的效力，恢復他們的社會的地位；反之，緩刑期內再犯罪的，可把所緩的刑與再犯的刑，合併執行，來表現刑罰的威力。

二 但是在什麼條件之下，可宣告緩刑呢？新刑法第七十四條規定云：「受二年以下有期徒刑拘

役或罰金之宣告，而有左列情形之一，認為以暫不執行為適當者，得宣告二年以上五年以下之緩刑，其期間自裁判確定之日起算。

「一 未曾受有期徒刑以上刑之宣告者。

「二 前受有期徒刑以上刑之宣告，執行完畢或赦免後，五年以內未曾受有期徒刑以上刑之宣告者。」

依這規定，可知宣告緩刑，一定要具備左列幾個條件：

(一) 要受二年以下有期徒刑、拘役或罰金的宣告。就是法定刑如何，可以不問，只要宣告刑是二年以下有期徒刑、拘役或罰金便行。二年以下有期徒刑或拘役，都是短期自由刑，用這短期自由刑來處罰罪狀輕微的初犯，感化不足，惡化堪虞，所以定為可以宣告緩刑，來補救他的流弊。至於罰金，為鼓勵犯人勇於自新計，也可宣告緩刑。

(二) 要未曾受有期徒刑以上刑的宣告，或者

(三) 前受有期徒刑以上刑的宣告執行完畢或赦免後五年以內未曾受有期徒刑以上刑的宣告。

因爲以前曾經受過有期徒刑以上刑的宣告的，已經不能算是惡性輕微，但是能在執行完畢或赦免後，五年以內不曾受過有期徒刑以上刑之宣告的，足徵勇於自新，刑罰有了相當的成效，所以仍給以緩刑的利益。

(四)要認爲以暫不執行爲適當。適當不適當，這是事實問題，法官有自由裁量的職權。法官對於緩刑的宣告，自然應該慎重，若太濫了，不肖分子就要輕於嘗試，以爲犯了罪也沒有什麼不自由，在被害人一方面，倘是個「阿木林」，曉得甚麼刑事政策，以爲被告犯了罪，科了刑，而沒有執行，總疑心法官老爺的偏私作弊，而一般認棍奸人，還要靠着「緩刑」二個字，爲詐欺的工具，所以對於受宣告緩刑的人，平日性行，現時環境，及將來有無撤銷之虞，都應該切實注意。

此外，緩刑的期間，爲二年以上五年以下，從裁判確定那天起算。在緩刑期內，可以付保護管束。三 對於受緩刑宣告的人，在某種情形之下，將所緩刑的宣告撤銷，仍舊執行原來所宣告的刑。這叫做緩刑宣告的撤銷。新刑法第七十五條云：「受緩刑之宣告，而有左列情形之一者，撤銷其宣告。

「一 緩刑期內更犯罪，受有有期徒刑以上刑之宣告者。

「二 緩刑前犯他罪，而在緩刑期內受有期徒刑以上刑之宣告者。

「因過失犯罪者，不適用前項之規定。」

第一款，緩刑期內更犯罪，以宣告刑爲有期徒刑以上刑爲限，那末，宣告刑是拘役或罰金的時候，不能撤銷緩刑宣告。第二款是說在緩刑宣告前犯了其他的罪，而在緩刑期內纔發覺，宣告有期徒刑以上的刑。但是都要限於故意的犯罪，如果是過失的犯罪，便不足以證實犯人沒有悔改之心，不能撤銷緩刑宣告的條件。除了上面兩種事由之外，依新刑法第九十三條第三項的規定，受緩刑宣告的，違反保護管束規則，情節重大的，也可撤銷緩刑的宣告。

緩刑的宣告應該撤銷的，由受刑人所在地或者他們最後住所地的地方法院檢察官，聲請該法院裁定。

四 緩刑宣告經撤銷時，仍舊執行宣告的刑罰，這是沒有問題，但緩刑期滿，而緩刑宣告，沒有撤銷的，效力怎麼樣？新刑法第七十六條規定云：「緩刑期滿，而緩刑之宣告未經撤銷者，其刑之宣告，失其效力。」例如A犯了侵占罪，宣告處有期徒刑一年，法官給他自新起見，宣告緩刑三年，A安分守

已地做人滿了三年後，那以前宣告的一年有期徒刑，就失了效力，等於沒有受過刑罰的宣告。

二 假釋

一 假釋，是對於有悔悟實據的徒刑受刑人，許其出獄生活的辦法。那沒有得到假釋的，希望得到假釋，可使他們自己進於悔悟的道路；那已經得到假釋的，唯恐失了假釋，可使他們斷了再犯的念頭，不但如此，並且可以預防因由獄舍生活忽然轉到自由生活所生的種種弊害，有利於社會不少。

二 假釋許可的條件及期間怎麼樣？新刑法第七十七條云：「受徒刑之執行而有悛悔實據者，無期徒刑逾十年後，有期徒刑逾二分之一後，由監獄長官呈請司法行政最高官署，得許假釋出獄，但有期徒刑之執行未滿一年者，不在此限。」前項執行期間，遇有第四十六條情形者，以所餘之刑期計算。」依這規定，可知假釋許可，一定要具備左列兩個條件：

(一) 要有悛悔實據。

(二) 無期徒刑逾十年，有期徒刑逾二分之一。

假釋制度，原爲救濟長期自由刑而設，所以對於受拘役或罰金刑的，不能呈請假釋。又有期徒刑的執行未滿一年的，即使已超過了二分之一，這種短期自由刑，也沒有假釋的必要。前面的兩個條件，缺一不可，就是雖有後悔實據而沒有經過所定的期間，不許假釋；雖經過了期間而沒有後悔實據，也是不許可的。那期間不能加入未決羈押折抵的刑期，只能把所餘的刑期計算。

假釋是一種行政處分，假釋的手續，是由監獄官呈請司法行政最高官署，聲請假釋。但是許可，不許可，屬於司法行政最高官署的職權。又假釋出獄的，在假釋中，應付保護管束。

三 新刑法第七十八條規定假釋撤銷的條件云：「假釋中更犯罪，受有期徒刑以上刑之宣告者，撤銷其假釋。」因過失犯罪者，不適用前項之規定。」「假釋撤銷後，其出獄日數不算入刑期內。」假釋的許可，原爲犯人有後悔的實據，而今在假釋中又犯了罪，並且犯的是宣告有期徒刑以上刑的重罪，豈不是以前的後悔是騙人？當然應該立刻撤銷他們的假釋，仍舊叫他們去過監獄生活，繼續管鐵窗風味。不過要以故意的犯罪爲限，過失的犯罪，卻又情有可原，不得撤銷假釋。假釋撤銷之後，自然應該實足補滿刑期，不能把出獄的日數也算在裏面，便宜了犯人。除了上述條件外，還有假

釋中違反保護管束規則情節重大的，也得撤銷假釋。

四 假釋未經撤銷的效力如何？新刑法第七十九條第一項規定云：「在無期徒刑假釋後滿十年，或在有期徒刑所餘刑期內未經撤銷假釋者，其未執行之刑，以已執行論。」就是把沒有執行的剩餘刑罰，作為已經執行。

同條第二項規定云：「假釋中因他罪受刑之執行者，其執行之期間，不算入假釋期內。」所謂因他罪受刑的執行，如假釋前所犯的罪，而假釋期內受有期徒刑或拘役的宣告及執行，或於假釋前受他刑的宣告，而於假釋期內執行的都是。如果這種因他罪受刑的執行期間，算入假釋期內，例如假釋期為兩年，而他罪的刑為三年，受他罪的刑的執行，還沒有滿期，而假釋期已滿，也得依第一項以未執行的刑作為已經執行，不是豈有此理？所以規定不算入假釋期內。

第十一章 刑罰消滅的原因

一 時效

一 刑法上有兩種時效：一種是犯了罪經過法律所定的一定期間，代表國家追訴犯罪的檢察官不向法院追訴，以後便不能再追訴，消滅追訴權，這叫做「追訴權的時效。」一種是受了確定判決的犯人逃走後，經過一定期間，官警捉捕不到的時候，就消滅刑罰的執行權，這叫做「行刑權的時效。」

二 追訴權的時效

(一) 追訴權時效的期間 新刑法第八十條第一項規定云：「追訴權因左列期間內不行使而消滅。」

「一 死刑無期徒刑或十年以上有期徒刑者，二十年。

「二 三年以上十年未滿有期徒刑者，十年。

「三 一年以上三年未滿有期徒刑者，五年。

「四 一年未滿有期徒刑者，三年。

「五 拘役或罰金者，一年。」

追訴權時效消滅，爲刑罰消滅原因之一，不祇消滅刑罰請求權，與刑罰執行權，並且消滅犯罪，等於沒有犯過罪，這是與後面所述行刑權時效消滅的效力不同的地方。

(一) 追訴權時效的起算 新刑法第八十條第二項云：「前項期間，自犯罪成立之日起算，但犯罪行爲，有連續或繼續之狀態者，自行爲終了之日起算。」就是計算追訴權消滅時效，在即成犯，應從犯罪行爲既遂或未遂的那天起算，在連續犯或有繼續狀態的犯罪，應從繼續行爲最後的那天起算。

(二) 追訴權時效期間的計算標準 (1) 新刑法第八十一條規定：「追訴權之時效期間，依本刑

之最高度計算。有二種以上之主刑者，依最重主刑或最重主刑之最高度計算。」例如犯第二百九十六條使人為奴隸罪的，處一年以上七年以下有期徒刑，追訴權時效期間的計算，應該以本刑的最高度七年做標準，定時效期間為十年是。有二種以上主刑的，例如犯強姦罪致被害人於死的，處無期徒刑或七年以上有期徒刑，應該以最重主刑的最高度計算，就是以無期徒刑做標準計算，定追訴權時效期間為二十年是。(2)第八十二條云：「本刑應加重或減輕者，追訴權之時效期間，仍依本刑計算。」加重的如累犯，減輕的如自首，宣告刑如何，可以不問，仍舊依本刑計算時效期間。

(四)追訴權時效的停止，新刑法第八十三條第一項云：「追訴權之時效，如依法律之規定，偵查追訴或審判之程序不能開始或繼續時，停止其進行。」例如被告心神喪失或者疾病，或者所在不明，不能開始或繼續偵查起訴及審判等程序的時候，應該停止追訴權時效期間的進行。同條第二項云：「前項時效停止，自停止原因消滅之日起，與停止前已經經過之期間，一併計算。」停止原因消滅之日，例如犯人心神回復或疾病痊愈之日是。那停止前已經經過的期間，與停

止後重新進行的期間，應該合併計算。同條第三項又云：「停止原因繼續存在之期間，如達於第八十條第一項各款所定期間四分之一者，其停止原因，視為消滅。」就是停止原因繼續存在的期間，在「死刑無期徒刑或十年以上有期徒刑」如果超過「五年」，在「三年以上十年未滿有期徒刑」如果超過「二年六個月」，在「一年以上三年未滿有期徒刑」如果超過「一年三個月」，在「一年未滿有期徒刑」如果超過「九個月」，在「拘役罰金」如果超過「三個月」的時候，就應該看做時效停止的原因，已經消滅，時效繼續進行，自那天起，與停止前已經進行了的時效期間，併合計算。

三 行刑權的時效

(一) 行刑權時效的期間 新刑法第八十四條第一項規定云：「行刑權因左列期間內不行使而消滅。」

「一 死刑無期徒刑或十年以上有期徒刑者，三十年。

「二 三年以上十年未滿有期徒刑者，十五年。

「三 一年以上三年未滿有期徒刑者，七年。

「四 一年未滿有期徒刑者，五年。

「五 拘役罰金或專科沒收者，三年。」

行刑權因時效而消滅的，其刑罰就作為已經執行，但只是消滅刑罰，而有罪的判決，照舊存在，所以與追訴權時效消滅的效力不同。

(二) 行刑權時效的起算 同條第二項規定云：「前項期間，自裁判確定之日起算。」行刑權時效，要裁判確定後，纔能適用。因為罪刑既沒有確定，時效當然不能搶先開步走。

(三) 行刑權時效的停止 新刑法第八十五條規定云：「行刑權之時效，如依法律之規定，不能開始或繼續執行時，停止其進行。」「前項時效停止，自停止原因消滅之日起，與停止前已經過之期間，一併計算。」「停止原因繼續存在之期間，如達於第八十四條第一項各款所定期間四分之一者，其停止原因視為消滅。」所謂依法律的規定，不能開始或繼續執行，是指犯人因心神喪失，懷胎生產，或者現罹疾病等情形而言，這種情形，一定要等到原因消滅的時候，就是

心神回復，生產之後，或者疾病痊愈的時候，從那天起，與停止前已經經過的期間，一併計算。又停止原因繼續存在的期間，如果達於第八十四條第一項各款所定期間四分之一的時候，停止原因也看做消滅，自那天起，仍舊進行行刑權的時效期間。

二 赦免減刑及復權

(1) 大赦，是遇國家有特典的時候，對於一般的或特定的犯人，根本上消滅他們的罪與刑的命令。受這種赦令的，與沒有犯罪過的一樣，所以不得做累犯的基礎。(2) 特赦，是對於受刑的宣告的特定人，免除他的刑的全部執行的命令，他的效力只能消滅刑罰執行權，所以可做累犯的基礎。(3) 減刑，是中央政府對於已經判決有罪的人，以命令減去刑的一部執行，與減輕不同，減輕是屬於裁判上的，而減刑是屬於中央命令的。(4) 復權，是對於已被褫奪了的公權，以中央政府命令，回復他們的享有。祇能回復將來的資格，不能回復以前因褫奪公權所喪失的職位，因為赦免的性質，祇能自消極方面免了他的刑責，決不能自積極方面，回復他的職位或已經失去的權利，所以不得

因已復權，就「脫卻藍衫換紫袍。」

三 執行完畢

刑罰在內國，以執行完畢而消滅，在外國的處罰，同一行爲，卻不妨再在內國加以處罰，只是在外國已經受過刑罰的全部或一部執行的時候，可以免除他們刑罰全部或一部的執行罷了。

其餘如因犯人的死亡，緩刑期滿，假釋期滿，也是刑罰消滅的原因。

第十二章 保安處分

一 保安處分的觀念

一 對於犯罪的社會防衛方法，單靠刑罰的力量來達到牠的目的，是不夠的，刑罰之外，更有保安處分的必要。

二 無責任能力的人，不屬於刑罰的領域，然而雖是無責任能力的人，卻不能說不是社會防衛的對象，所以對於這種人，有設保安處分的必要。並且即使是有責任能力的人，在刑罰之外，或者代替刑罰，也有對他們施以特別方法的必要，例如對於酗酒或吸食鴉片而犯罪的，有禁戒處分的必要；對於習慣犯常業犯等，在科刑之外，有施以強制工作的必要。

三 要之，保安處分的特徵有兩點：（1）在剝奪單純法益之外，再施以教育、醫療或其他方法。（2）

在本人的社會危險性繼續的期間內，對本人繼續地加以一定的管束。

二 保安處分的種類

一 感化教育

感化教育，是對於少年犯所施的補充的強制教育處分。新刑法第八十六條第一項云：「因未滿十四歲而不罰者，得令入感化教育處所，施以感化教育。」同條第二項前段云：「因未滿十八歲而減輕其刑者，得於刑之執行完畢或赦免後，令入感化教育處所，施以感化教育。」刑法對於這種少年犯，不能單是不罰他們的犯罪，或者減輕他們的刑事責任，就算了事。如果就此了事，試想他們沒有父兄的，根本得不到教誨，即使有了父兄，或者父兄不知訓導他們的方法，也是枉然，對於他們的不良行爲，永遠沒有一個使他們改悔的機會，徒然損失了國家的基本的人材，而增加了社會的憂患；所以有叫他們進入感化處所，專門對他們施以特殊教育之必要，藉此來感化他們的惡習，培養他們的德性，使不致再發生犯罪的不幸事實，挽救起一批容易被社會忽略而實在對於國家盛

要有莫大關係的預備人員。

因未滿十八歲而減輕其刑的，給他們入感化教育處所的時間，通常是在刑罰執行完了後，或者赦免後，但也可在執行前對他們施以感化的，就是同條第二項但書規定：「但宣告三年以下有期徒刑拘役或罰金者，得於執行前爲之。」在刑罰執行前施以感化教育的少年犯，如果因感化教育的實施，已經能夠改過遷善，不致有流爲再犯之虞的時候，是否出了感化處所之後，仍要補執行刑罰呢？同條第四項規定云：「第二項但書情形，依感化教育之執行，認爲無執行刑之必要者，得免其刑之執行。」可見刑法的目的是在改善犯人，並非要犯人徒受苦痛，少年犯既然能夠改過自新，那末目的已達，沒有再執行刑罰的必要了。

二 監護處分

監護處分，是對心神喪失人，精神耗弱人或瘖啞人所施的一種處分。新刑法第八十七條第一項云：「因心神喪失而不罰者，得令入相當處所，施行監護。」第二項云：「因精神耗弱或瘖啞而減輕其刑者，得於刑之執行完畢或赦免後，令入相當處所，施以監護。」對於心神喪失，精神耗弱或瘖

墮人的行爲，不罰的不罰了，減輕的減輕了，也不能就此完了責任，深恐他們自己不能悔改，又沒有負責的人對他們加以適當的監護，所以特地設一種監護處分，來改正他們的行爲。因爲一個進步的國家，對於這種病態的犯罪者，應該在可能範圍之內，用進步的醫學方法，來回復他們的常態，挽救那已失或將失的國家總員的一部。這種監護處分，依法條規定，一定在刑罰執行完畢或赦免後行的，卻不能行於執行之前，其實也有可議的地方。

三 禁戒處分

禁戒處分是對使用鴉片等毒物或酗酒而犯罪的人，所施的處分。新刑法第八十八條第一項云：「犯吸食鴉片或施打嗎啡或使用高根、海洛因或其他合質料之罪者，得令入相當處分，施以禁戒。」第二項前段云：「前項處分，於刑之執行前爲之。」又第八十九條第一項云：「因酗酒而犯罪者，得於刑之執行完畢或赦免後，令入相當處分，施以禁戒。」

對於吸食鴉片或施打嗎啡或使用高根、海洛因或其他合質料的行爲，在本法第二百六十二條，已有處罰的規定了。因爲犯了這種惡嗜好，不能立刻就除了的，所以在處刑之外，有再施禁戒處

分的必要。犯有這種惡嗜好極深的人，立刻放進監獄，要他們絕糧，勢必淚涕交流，尋死覓活起來，對於他們的身體，恐怕會發生意外的事情，所以應該在刑的執行前施以禁戒。如果在禁戒期內，能完全斷癮，可以保證他們不再吸用的時候，那末刑罰的目的已經達到。照理已沒有再執行刑罰的必要，所以第八十八條第三項規定云：「依禁戒處分之執行，法院認為無執行刑之必要者，得免除其刑之執行。」不過事實上這很難說，因為犯了這種惡嗜好的人，很難得不再吸食的決心，所謂「戒掉容易要守難」，是他們一致承認的事實，還得要靠禁種、禁運、禁賣、同時並進，切實厲行纔能奏效。

至於酗酒，因為酒精中毒，非但容易犯罪，並且遺毒後嗣，對於犯罪的社會防衛與優種兩方面，都有極大的關係，所以不能沒有保安處分。對於這種因酗酒而犯罪的人，可在刑罰的執行完畢，或者赦免之後，叫他們進相當處所，施以禁戒。

四 強制工作

強制工作，是對有犯罪的習慣或以犯罪為常業或因遊蕩或懶惰成習而犯罪的人，所施的處

分。新刑法第九十條第一項云：「有犯罪之習慣或以犯罪爲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。」所謂有犯罪的習慣，例如有賭人的習慣，賭博的習慣是；以犯罪爲常業，就是以犯罪爲生活，例如常業賭博，常業詐欺是；因遊蕩或懶惰成習而犯罪，就是勤吃懶做，遊手好閑，因而常犯詐欺、略誘、包攬訟事等罪是。這批犯人的犯罪原因，不外縱意與怠惰，在刑罰的執行完畢或赦免後，叫他們進勞動場所，強制工作，消極方面可減少他們犯罪的機會，積極方面可練成一種克勤克儉的精神，並且因此養成一種相當的生產技能，供他們日後得以自謀立業，經營合於正規的生活，不致流爲再犯，一正一反，於國家社會的利害，關係極大。

五 強制治療

強制治療，是對患有花柳病或麻瘋而傳染給人家的犯罪人，所施的處分。新刑法第九十一條第一項云：「犯第二百八十五條之罪者，得令入相當處所，強制治療。」花柳病與麻瘋，都是危險難治的疾病，最容易傳染給人家，病人本人受害之烈，不必說，並且不能生殖，或使後嗣早夭，畸形，關係於優種很大。如果不對他們施用特別保安方法，流毒社會，損弱民族，無形的爲害，決不是淺鮮的；所

以可在刑罰的執行完畢或赦免之後，叫他們進花柳病院或麻瘋病院等相當處所，施以強制治療。

六 保護管束

(1) 保護管束的意義 保護管束就是把特定的犯人，交給特別機關或者適當的人，由他們對於那特定的犯人，負起保護管束的責任的意思。新刑法第九十二條第一項云：「第八十六條至第九十條之處分，按其情形，得以保護管束代之。」就是第八十六條的感化教育，第八十七條的監護處分，第八十八條第八十九條的禁戒處分，及第九十條的強制工作，如果按他們的情形，可用保護管束來代替的話，就得施以保護管束。因為在我們中國初創保安處分的目前，對於各種施行保安處分的機關，事實上不能設備完善，倘使有其他團體設立的相當機關，或者適當的人，能够對那種犯人，有適當的改善辦法，不妨盡量用保護管束來代替。

除了上述感化教育監護禁戒及強制工作四種處分的犯人，得以代行保護管束外，還有：「受緩刑之宣告者，在緩刑期內，得付保護管束。」（第九十三條第一項）及「假釋出獄者，在假釋中付保護管束。」（同條第二項）

(2) 保護管束的機關及適當的人 保護管束由什麼機關或適當的人來實施呢？新刑法第九十四條規定云：「保護管束，交由警察官署、自治團體、慈善團體、本人之最近親屬或其他適當之人行之。」所謂適當的人，不限於有什麼身分的人，祇要能夠代行保護管束，達到保安處分目的就行，例如學校校長、村閭長等都可以。

(3) 保護管束的撤銷 新刑法第九十二條第二項規定云：「前項保護管束期間為三年以下，其不能收效者，得隨時撤銷之，仍執行原處分。」就是代替感化教育、監護、禁戒、強制工作四種處分的保護管束期間，不得超過三年，如依保護管束的方法，不能收效的時候，不論何時，都可撤銷保護管束，仍然執行原來的處分。

至於受緩刑的宣告及假釋出獄人的保護管束的撤銷，為新刑法第九十三條第三項所規定：「前二項情形，違反保護管束規則情節重大者，得撤銷緩刑之宣告或假釋。」因為這種人既然是「待他者氣，認爲是自己的福氣。」而今要違反保護管束規則，而且違反的情節重大，當然不必再費值他們，仍舊要他們去嘗鐵齒風味，繼續唱着「我好比籠中鳥」的幽嘆。

七 驅逐出境

驅逐出境，是對外國人犯罪，執行刑罰後所行的處分。新刑法第九十五條規定云：「外國人受有期徒刑以上刑之宣告者，得於刑之執行完畢或赦免後，驅逐出境。」在中國從前，本來有所謂充軍黑龍江，逐出潼關的流遣刑，不過那是對自國人民犯罪所施的處分，現在外國人既犯了處有期徒刑以上刑的重罪，根本不是善良的人，要他們在中國搗亂社會幹嗎？自然以逐出國境，使他們與中國社會斷絕關係為妙。

三 保安處分的期間

一 法定期間

- (1) 三個月以下的：為因酗酒而犯罪的禁戒處分。（第八九條第二項）
- (2) 六個月以下的：為犯吸食鴉片或其代用品的罪的禁戒處分。（第八八條第二項後段）
- (3) 三年以下的：為感化教育（第八六條第三項）、監護處分（第八七條第三項）、強制

工作（第九〇條第二項），保護管束（第九二條第二項）。

二 期間的酌量伸縮

新刑法第九十七條規定云：「依第八十六條至第九十條及第九十二條規定宣告之保安處分期間未終了前，認為無繼續執行之必要者，法院得免其處分之執行。如認為有延長之必要者，法院得就法定期間之範圍內，酌量延長之。」例如一個十三歲的小孩，犯了竊盜罪，法院宣告處感化教育處分二年，這小孩很能改善，在經過感化教育一年之後，檢察官認為可以出感化教育處所了，沒有繼續執行到滿二年的必要的時候，檢察官得聲請法院，以裁定來免除那一年的殘餘期間的執行。反之，如果這小孩很不容易感化生效，在宣告二年的期間執行完畢後，檢察官認為還不能出感化教育處所，有延長的必要的時候，檢察官也得聲請法院，以裁定酌量延長，不過不能延長到超過法定期間「三年以下」（第八十六條第三項）的範圍，其餘可以類推。

四 宣告保安處分的時期

新刑法第九十六條規定云：「保安處分，於裁判時併宣告之。但因假釋或於刑之赦免後付保安處分者，不在此限。」依這規定，宣告保安處分，法院應在裁判時同時宣告。但那因假釋或刑的赦免後付保安處分的，應由檢察官聲請法院裁定。

五 保安處分執行的免除

新刑法第九十八條規定云：「依第八十六條，第八十七條，第八十九條及第九十條規定宣告之保安處分，於刑之執行完畢或赦免後，認為無執行之必要者，法院得免其處分之執行。」保安處分，原為補充刑罰的效力而產生，那末在刑罰本身已能奏效的時候，自然無須再執行保安處分了，所以在刑之執行完畢或赦免之後，對於以前所宣告的保安處分，認為沒有執行必要的時候，可以免除處分的執行。至於這裏為什麼不把第八十八條與第九十一條的處分也規定在內，是因為那兩條的禁戒處分與強制治療，是非經過實施禁戒或治療，不能除去他們的嗜好或疾病的緣故。

六 保安處分執行的限制

保安處分，經過長時間的不執行之後，是否仍要執行？這不能沒有明文規定，新刑法第九十九條云：「第八十六條至第九十一條之保安處分，自應執行之日起，經過三年未執行者，非得法院許可，不得執行之。」這就是對於執行保安處分的限制了。什麼時候是「應執行之日」？在第八十六條第一項的感化教育，第八十七條第一項的監護處分，第八十八條第一項的禁戒處分與第九十一條的強制治療，為裁判確定後或者刑的執行前；在第八十六條第二項的感化教育（但書除外），第八十七條第二項的監護處分，第八十九條第一項的禁戒處分與第九十條的強制工作，為刑的執行完畢或赦免後。自那應執行保安處分的那天起算，凡經過三年而沒有執行的，非經過法院的許可，不得「冷灰裏爆出栗子來」地再來執行了。

58

78-114

