

司法部理事官 董沂
司法部理事官 劉文魁 共著
法學士 郭際開

刑
法
概
要

益智書店印行

司法部理事官 董沂

司法部理事官 劉文魁 共著

法學士 郭際開

刑法概

益智書店印行

康德九年四月十日印刷
康德九年五月三十日發行

刑 法 概 要

(定價壹圓叁角)
(外埠加郵費)

代表著作人

郭 際 開
新 京 北 大 街 三 十 號

發 行 人

宋 逸 民
新 京 北 大 街 益 智 書 店

印 刷 人

劉 守 業
新 京 西 三 道 街 財 神 廟 二 四 號

印 刷 所

益 智 書 店 印 刷 部
新 京 西 三 道 街 財 神 廟 二 四 號

總 發 行 所

新 京 市
北 大 街

益 智 書 店

電 話 二 一 五 一 九 一 番

振 替 新 京 二 三 五 六 號

刑法概要 總則

——刑法解釋之諸問題——

緒言

本書乃集錄最高法院審判官劉文魁及同法院書記官郭際開暨司法部理事官童沂三氏之論文，而編纂成書者。全部共四十編，其順序依一般教科書之編制。凡屬刑法總則之重要問題，均已論及。故定名曰「刑法概要」。然其內容，非為系統之說明，而僅為個個問題之討論，故更綴以「刑法解釋之諸問題」。惟執筆者係出於三氏之手，前後各編之理論，不免有欠缺一致之處。又各論文大體乃傾向於主觀主義者，於現行刑法之全般解釋上亦不免有欠缺調和之處。諸希閱者教正為幸。

- 二 本書所集錄之論文，除為一般的理論的說明外，並注意最高法院判決例之動向。惟若對照參考本書店出版之「刑事法規判例總覽」，則較易明瞭現行刑法之正當運用。
- 三 本書倉卒付梓，錯誤之處，在所難免，惟希閱者諒之。

刑
法
概
要
著
精

刑法概要 總則 目次

—— 刑法解釋之諸問題 ——

- 一 刑法之學派…………… 郭際開…………… 一
- 二 刑罰之目的…………… 郭際開…………… 四
- 三 刑罰之本質…………… 郭際開…………… 九
- 四 主觀主義之刑法理論…………… 郭際開…………… 一四
- 五 罪刑法定主義…………… 郭際開…………… 一六
- 六 刑法關於時之効力…………… 劉文魁…………… 二一
- 七 犯罪三分法…………… 童 沂…………… 二三
- 八 犯罪之要件…………… 郭際開…………… 二七
- 九 因果關係…………… 郭際開…………… 三〇
- 一〇 不作爲犯…………… 郭際開…………… 三六

- 一一 依法令及正當業務或法律上所容認之行為……………郭際開……………四一
- 一二 正當防衛……………郭際開……………四六
- 一三 正當防衛與緊急避難之異同……………郭際開……………五〇
- 一四 被害人之承諾……………郭際開……………五三
- 一五 責任之意義……………郭際開……………五七
- 一六 責任能力……………郭際開……………五九
- 一七 故意……………郭際開……………六四
- 一八 故意與違法性之認識……………郭際開……………六八
- 一九 過失……………郭際開……………七三
- 二〇 未必的故意與過失之區別……………郭際開……………七八
- 二一 錯誤……………郭際開……………八〇
- 二二 行為發展之階段……………郭際開……………八四
- 二三 未遂犯……………劉文魁……………八八

二四	未遂犯之若干問題	劉文魁	九三
二五	中止犯	劉文魁	九五
二六	不能犯	劉文魁	九七
二七	迷信犯	劉文魁	一〇一
二八	罪數算定之標準	童沂	一〇三
二九	共犯	劉文魁	一〇六
三〇	競合犯	劉文魁	一一八
三一	想像的競合犯	劉文魁	一二二
三二	牽連犯	劉文魁	一二五
三三	連續犯	劉文魁	一二八
三四	累犯	劉文魁	一三三
三五	刑罰之適用	劉文魁	一三六
三六	死刑	劉文魁	一四〇

三七	自由刑·····	劉文魁·····	一四三
三八	刑罰之執行·····	劉文魁·····	一四六
三九	刑之執行猶豫·····	劉文魁·····	一四九
四〇	假釋放·····	劉文魁·····	一五三

一 刑法之學派

第一 總說

犯罪及刑罰，於刑法學上得具備其體系，並加以理論的考察，乃始於刑法史所謂之博愛時代。考其原因，於一面係因學問之勃興，合理的研討一切的事物。而於他面則因個人對於國家之自覺，進而批判從來國家之擅斷刑罰制度。如斯所生之刑法學，於現代分爲二學派相對立，其一即以法國革命前後之「法治國思想」及「形而上學」爲背景之舊派。其二即以現代之「文化國思想」及「社會學」「醫學」「心理學」等之實證的諸科學爲基礎之新派是也。

第二 舊派

茲舉舊派刑法理論之重要者如次：

(一) 人達於一定之年齡，除精神有異狀者外，皆有從理性而行動之自由意思。

(二) 人雖有從理性而行動之自由意思，然恆有反乎其理性要求而為某行為者，如斯之行為此即所謂之犯罪也。

(三) 犯罪乃係自由意思所產，而人因有平等之自由意思，故其應科之刑罰，得依犯罪之性質而定之。

(四) 犯罪係一單純之法律現象，故如有一定之犯罪，則相應此犯罪，科以一定刑罰為已足。故舊派刑法理論之骨子係在於「應報主義」與「客觀主義」。

蓋一八世紀啓蒙時代之哲學及政治思想，乃以自由主義及個人主義為基調。所謂自由主義者，係以人之自由意思為主體，人皆得從理性之所要求，而自由為其行動之謂也。所謂個人主義者，乃承認個人之實在，而不承認社會之實在以社會不過為個人之狀態而已。基此思想或演進而成「社會契約說」，或成爲「人權宣言」，延而至一九世紀開闢一新面目，刑法學亦頗受此思想之影響也。

總之，舊派係採取自由意思論，以犯罪為議論之中心，而其功績之顯著者有二，其一對於近世刑法，與以統一之體系，其二以犯罪為一事實而予以分析解剖，對於種種制度規定之意義及區別，極臻明確者也。

第三 新派

茲舉新派刑法理論之重要者如次：

(一) 人非皆有平等之意思。人之意思乃被決定於其個人之性格（個人的原因）及環境（社會的原因）乃受「必至的反則」之支配。

(二) 從而犯罪之本質，係依存於其個人的或社會的原因之如何。

(三) 由來於社會原因之犯罪，可依社會之改良而除去，反之，由來於個人原因之犯罪，其原因或由於病抑或因習慣與偶發的，凡此均可適應其原因，而講求其方策。

(四) 刑罰者乃對於犯罪人之社會防衛手段也。故關於刑罰之裁量，須依犯罪人之個人性格而定之。而一般所謂之刑罰，即係對於通常犯罪人方法之一。故新派刑法理論之

骨子，乃「目的主義」與「主觀主義」。

迨一九世紀中葉，自然科學勃興，尤因進化論之唱導，刑法學說亦受一大影響，舊派之學說亦遂有修正之必要矣。因是而生之刑法學說，即爲新派，其源發自意大利。新派之功績，乃不僅明確犯罪之自然科學的性質，且同時又以刑事問題，非祇爲法律問題更成爲政策問題者也。

新派刑事政策刑法論，促進刑法理論之發展，於違法性論，責任論等，亦反於從來之形式的，概念的理論，而主張俱備實質的內容之理論，強調適應於實生活之刑法概念遂漸近而認識把握刑法概念規範的重要性，新派學說又發展及於行刑之領域，而高唱「教育刑論」即主張代替從來之苦痛刑而科以教育刑，爲社會防衛之最善方法，新派刑法論於講求刑事政策諸種方策反面，於行刑上，亦大試改革，此誠可注意者也。

二 刑罰之目的

第一 序說

國家行使刑罰權，其目的所在，會有幾多之見解，然大別之有二。其一即以刑罰之自身爲其目的，其外并無相對之目的，如應報主義，絕對主義，事實主義，正義主義等是也。其二刑罰，爲達成他目的之手段，如目的主義，相對主義，豫防主義等是也。此種主義更有一般豫防主義與特別豫防主義之別，茲就各主義分別批評如次：

第二 應報主義

應報主義之理論亦必非同一，惟此主義要不外主張犯罪與刑罰之關係，應依據因果報應之法理，即國家對於犯罪之原因，行以刑罰之報應，而刑罰既係對於所犯之犯罪而科之者，故其程度，應依犯罪事實之大小而決定之。

惟此主義乃係舊學派所主張者，於現在作爲純粹之刑法理論，已失其獨自的價值，而僅與後將述及之一般豫防說相結合時，始有其存在也。至其理由，雖有多端，而主張

此主義者，謂「刑罰之根據，應求之於人之自然的本能」云云，惟此并不適合於合理化目的之現代文化。又謂「刑罰與犯罪之分量，應使其相應」云云，惟此亦有忽視犯罪與刑罰之測定標準，於事實上價值上，有難以存在之缺點。又此主義之結論謂「刑罰之內容，須是苦痛害惡」云云，而此亦有一方誤認刑罰之實際的作用，他方對於擔當執行刑罰之任者，亦有否定其文化的目的等之缺點也。

第三 目的主義

此種主義主張刑罰權之行使，非如應報主義所主張者，係以對於過去之應報爲目的而主張以豫防將來之犯罪爲目的，此特爲新派刑法理論（リスト）所主張者也。

目的主義係（1）對於應報主義之盲目的本能主義轉爲合理主義。（2）並對其害惡刑主義轉爲人道主義。（3）更就其個人主義轉爲社會本位主義。對此主義雖或有就全體上批評，謂「其未爲刑罰與保安處分之區別者」，或有謂「其忽視正義者」，然刑罰與保安處分，本無質的差異，又所謂之正義，究屬語義的問題，且應報主義係以等分

的正義（對於同一物應以同一物支付之意）為基礎，反之，目的主義乃以配分的正義（依每個物之特性，而與以適當之物之意）為基礎，故其批難均非妥當充分。尤其此種主義，學者間之主張，亦必非同一，茲大別批判之如次：

（一）一般豫防主義 此主義乃主張以刑罰豫防犯人以外之一般社會，使勿陷於犯罪之手段也。更區別之如次：

（1）威嚇說 此說「乃以刑罰之執行，而達成一般的豫防目的者，故主張嚴峻刑罰之執行公開」。惟此者係與期望刑罰執行密行之近代文化相反，且如依此說，而將刑罰公開，反有發生刺激人心之反對結果焉。

（2）心理強制說 此說主張「犯罪之基礎，本係在於滿足慾望之快感，故若於法律明定刑罰，而佈其執行確實，則人自將以抑制自己行為之不快，與科刑罰所生之不快相比較，而抑制其犯罪的衝動矣。惟此見解之缺點，乃在於忽視犯罪人多為欠缺合理判斷之非常規人。且人亦非必基於快不快之算盤而行動者，更一般豫防說，因其輕視刑罰對於犯人之性質，故其結果且往往對於犯人有行以過度刑罰之缺點，至於其共通的立於

害惡主義之點，亦將與應報主義受同一之非難矣。

(二) 特別豫防主義 此種主義係對於已犯罪之人，以豫防其將來犯罪而為刑罰之主要目的也。

リスト分犯人為三種，主張「對於偶發犯人，應施以威嚇，對於改善可能犯人應施以匡正，對於改善不能者應施以排害之刑罰」。而於最近，此種見解又經其他之學者之發展，以刑罰僅為社會的防衛手段，且以其目的不僅解為祇應化犯人個性之特別豫防，而更主張以刑罰使犯人再復歸而為社會的人，換言之，即主張刑罰不外為教育，斯謂之曰教育刑理論。

對於此種主義，又有種種之批難，約言如下：

(1) 「特別豫防主義，因對於犯人科以不當的寬大之刑，故將失却此刑罰之威嚇力」。惟此見解並不適當，蓋特別豫防主義既採用所謂犯人主義之不定期刑制度，故頗可認有充分彈力性之刑罰也。

(2) 所謂教育刑論乃使刑罰與一般教育之區別消滅，誠屬不當也。惟此種批評

乃係誤認教育刑論之教育，爲對於犯罪者之特殊強制教育也。

3) 「特別豫防主義於其犯人主義，不定期刑主義之點，乃有不當威脅個人自由之不當」。惟此種批評，乃基因其未理解目的刑論於根本上即視個人之價值，爲社會價值之支生，而以刑法之目的，在於個人與社會之調和之思想也。且社會的正義往往以控制或修正個人的正義爲必要也。

總之，刑罰之目的當依特別豫防主義而理解之。

三 刑罰之本質

第一 總說

刑罰爲應報之思想，所主要者乃關於刑罰之根據，目的內容等，而與目的刑論思想相對立者。目的刑論係由於刑法之新學派所主張，反之，此應報思想乃由於古典學派即

舊派刑法理論所主張者也。

以刑罰爲應報之思想，其刑罰之目的，除應報以外，并別不認其他之任何目的，從而，亦稱之曰絕對的理論。惟其理論的構成，并非僅此一端，而其中心乃存於應報概念之中，茲先述應報之概念如下。

第二 應報之概念

應報概念，或以其爲神秘而不過爲一種體驗者。或以其爲範疇的概念而謂爲先驗的者。惟依此等之說，并不能說明刑罰。至普通所用之應報，其概念中，乃有三種相異之意義，更依此等之意義，應報刑論始有其特徵，茲說明之如次：

(一) 應報乃對於「動」之「反動」說 此種見解，主張對於犯罪之國家反動，即爲刑罰之根據，同時亦即爲其目的也。惟此反動乃蘊蓄於人之自然本能中，故於此意義上所謂刑罰爲應報者，即設刑罰爲基於人之本能要求之意也。

(二) 應報乃對於「同一物」支付「同一物」說 此種意味，即應報應與正義，具有

同一之意味——等分的正義——從而，此項見解乃主張刑罰本身乃施行持有絕對的價值與必然性之正義者也。此項場合，又因其正義淵源如何，而有如次不同之見解。

(1) 宗教的應報說 正義之淵源，求之於神之見解。

(2) 道德的應報說 正義之淵源，求之於道德之見解。」

(3) 法律的應報說 正義之淵源，求之於國家本身之見解。」

此於三說中，近來一般所最流行者，更分別之如次：

(a) 所謂タリオ說 此為カント等所唱導，將對於同一物支付同一物之關係，解為事實的，即對於犯罪乃係反坐的，傷人之齒者報之以齒，傷人之目者報之以目是也。

(b) 等價說 此ヘーゲル等所提倡，將對於同一物支付同一物之關係，解為價值的，即在本說，主張對於犯罪之應報，非必以目報目，以齒報齒，對於犯罪祇在價值上以相當之手段支付之為已足，本說殆為應報刑論之理論的說明中之上乘者焉。

(三) 應報乃犯罪之對於國家秩序侵害即對於害惡之害惡的反動說 此說乃將應報概

念之中心，置於害惡，痛苦之上，於此種意味之應報概念，要於說明刑罰之內容時用之。

總之以刑罰為應報之思想，或以上開諸種應報概念之一為中心，或結合此等概念而構成者也。

第三 應報刑論之刑法的價值

應報刑論之刑法的價值，爾今可謂已失其純粹理論之價值矣。（但與一般豫防說結合時則為另一問題。）其理由如次：

（一）以刑罰之根據，求之於人之自然本能之應報刑論，頗不能說明現代文化國之刑罰根據。蓋自然本能僅為一事實，不能以之說明刑罰之價值的根據，又人類社會之進步乃在於本能之合理化，而逕以本能代其目的故也。換言之，此項意味之應報刑論，僅不過為便於說明原始社會之刑罰耳。

（二）應報刑論主張刑罰之分量，應相應於犯罪之分量，而前者不應超過於後者，此

對於中世的擅斷刑，加以消極的限制，於文化上頗有重要之意義，惟使刑罰與犯罪之分量相等價，乃為事實上之不可能，而犯罪與刑罰之測定標準，尤難豫想。

(三) 應報刑論主張刑罰之內容，應為害惡或痛苦者，然此無文化上之價值，殆勿贅言，又依害惡刑而除去犯罪，此亦屬不可能，徒使人類社會及國家對於犯人有反感憎惡之念也。

我刑法典究以刑罰為非屬應報者乎，徵諸泉二博士於「滿洲國刑法典制定之基本問題」中有如次之說明。

「在本法典並未明言以刑罰認為非屬應報，而為預防手段之趣旨。然而其反對之趣旨，亦無所表明。蓋因在法典方面，本無明言之必要。然於本法典非為採用絕對的應報主義，徵諸法典第六十四條以下，認有刑之執行，猶豫之制度，及於同國刑事訴訟法第二百四十一條實行採用起訴便宜主義之點觀之，自可明瞭。然而依犯罪之類型如何，於法定刑設有顯著之輕重的差異，仍不能不謂係基於一種之應報的觀念者。要之此法典乃係於應報主義與預防主義之間，行有適當之折衷。」云云。不難明瞭者也。

四 主觀主義之刑法理論

第一 主觀主義之概要

主觀主義，乃對於爲刑罰對象者之人的行動，與客觀主義相對立之刑法根本理論之一，由於新派學派所提唱者也。其概要謂：「主觀主義非將刑罰重點，置於外部的客觀事實上，而係置於內部的主觀事實」。換言之，主觀主義者，非行爲主義，而乃「行爲者主義」或「人格主義」也。主觀主義雖亦不否定刑罰對象的外部事實之犯罪行爲價值，然僅以外部事實之犯罪行爲，爲行爲者之人格及主觀之表現，是其并非現實主義，亦所以稱爲「徵表主義」之原因也。

對於刑罰之根據，目的，內容等，尤有應報主義與目的刑論之對立，然此者并非與客觀主義及主觀主義間之對立相一致，蓋應報刑論有時或與主觀主義相結合，更於目的

刑論者間亦有與客觀主義相結合故也。然於大體上，應報刑論則傾向於客觀主義。目的刑論，特別豫防說則完全與主觀主義一致。

第二 主觀主義之批評

主觀主義之思想謂：「主觀主義乃否認如客觀主義所謂之自由意思觀念，人之行為因應依性格而決定，故刑罰如僅以表現於外部之犯罪事實為標準，實欠充分，應以犯罪原因之性格為中心，以其性格所顯示之侵害的危險性——即反社會性——為基礎及標準從而主觀主義亦包含客觀的事實，而考慮主觀的事實，又主觀主義因批判客觀主義之形而上學」思想，始得立脚於科學的基礎之上也。

對於主觀主義之批評曰：『此僅考慮人之內部心意，而忽視外部的事實，是有化為「情操刑法之虞」云云，惟此乃係忽視主觀主義之重視犯罪之徵表的意味也。』

觀諸學界之趨勢，曩者曾對於中世之擅斷主義，主張應以保障個人之權利義務為急務，遂高唱客觀主義，又於哲學界亦極力主張個人之自由意思，故客觀主義極有勢力。

惟其後因客觀主義對於犯罪之無力，漸趨明瞭，且犯罪之自然科學的性質，亦逐漸闡明，故隨時代思想之變遷，防止主觀主義遂亦漸次具有其勢力焉。

此種傾向又反向映於立法，諸國刑法對此主觀主義之彩色，亦漸次濃厚，我國現行刑法，如既遂及重罪之未遂犯必罰，祇限於輕罪之未遂，除有特別規定外不罰（第二十二條二項）而他方又承認刑之執行猶豫，（第六十四條）假釋放，（第六十八條）酌量減輕（第五十八條）等，並累犯加重，（第四十五條）未遂犯之刑，原則上亦與既遂相同（第二十三條前半）其中亦極表現此主觀主義。且此傾向於刑事訴訟法就起訴便宜主義之規定中（刑事訴訟法第二百四十一條）亦極強度顯示此主義者也。

註 參照泉博士「滿洲國刑法定之基本問題」見法曹雜誌第四卷第六號第九一〇頁以下

五 罪刑法定主義

第一 罪刑法定主義之意義

罪刑法定主義者，犯罪及刑罰，俱須以成文法律規定之，此乃支配近代刑法之一大原因也。一言以蔽之曰：即「無法律即無刑罰」之原則也。

第二 罪刑法定主義之沿革

罪刑法定主義有謂係起源於一二一五年英皇ジョン所頒佈之「大憲章」，即於其第三九條中規定謂：自由人之逮捕，拘禁，財產剝奪，追放等，如非依於「與自己同一身分者之適法裁判與國家之法律」不得爲之。

此種思想其後又傳於美國殖民地及歐羅巴大陸，一七八九年八月二六日之法國革命人權宣言中規定謂：「法律除絕對必要之刑罰外，不得定之。無論何人，如非依於犯罪前所制定公布及合法所適用之法律，不得處罰。」（同宣言第八條）是此原則，已於歐羅巴諸國憲法及刑法中，皆予規定，蓋已爲極明顯之原則也。

第三 我國刑法與罪刑法定主義

日本刑法上，於舊刑法第二條規定謂：「法律無正條者，雖爲任何之所爲亦不得罰之。」此即將罪刑法定主義之原則，予以明文規定。然日本現行刑法雖無相當於此條文之規定，然於憲法第二三條謂「日本臣民非依法律不得逮捕監禁審問處罰」，是關於處罰事項，憲法上已規定須要法律之明示也，從而，日本現行刑法上，雖無特別規定，然對於罪刑法定主義之原則，猶屬存在。我國刑法則於第一條明示「罪與刑依法律所定，」是即關於罪刑主義原則之規定也。

第四 罪刑法定主義之根據

罪刑法定主義理論之根據，約有二思想，茲說明之於次：

(一) 三權分立之思想 依據孟德斯鳩所唱導之三權分立思想，其主張謂立法權與行政權，司法權，應嚴密分離，於司法則將立法者所制定之法律，須由不受行政權干涉之

司法官適用之。即司法官不過爲宣言法律之機械的工具，從而，法律須明確而且完全，於是爲保障個人之自由，遂誕生「無法律即無犯罪」之原則思想焉。

(二) 心理強制說 此係由費也巴哈所提唱，謂人之慾望，因受對於行爲之快感所戟刺，而始行爲者，犯罪亦然。故擬除去犯罪，必使人認識於一般不爲犯罪所感之不快，較其因犯罪所受之刑罰而生之不快爲大，因而犯罪與刑罰之關係，須豫先於法律中，嚴爲規定，而罪刑法定主義之國法學的，政治的根據，固基於前者，但爲刑法學的根據者實基於此思想也。

第五 罪刑法定主義存在之價值

夫爲罪刑法定主義刑法學根據之心理強制說，乃對於行爲之結果，爲以合理的判斷以對於行爲之利害得失，自己可自爲判斷之理性人爲前提所構成之刑法理論也。惟於十九世紀，對於犯罪及犯人之實證的研究結果，已知犯罪者乃係不能爲該合理判斷之有肉體的，精神的缺陷之人之行爲，故現今心理強制說已失其價值，不得以之爲罪刑法定主

義之根據。

故現今之罪刑法定主義原則，僅能於政治機能之保障對於國家權力之個人自由之點理解之，但對於此點，一方因對社會價值之逐漸自覺，個人主義的思想，遂有所限制，他方因刑法之任務，并非為保障犯人自由所設定之國家權力之制限，乃應解為係在於防衛社會之犯罪的侵害，故罪刑法定主義原則之個人主義及犯人擁護思想，遂漸被限制，迄今僅其中之法定刑思想，尙有其價值焉。

第六 枝生的原則

罪刑法定主義之枝生的原則，有如次之四項。

- (一) 習慣法之排斥
- (二) 刑法效力不遡及之原則
- (三) 刑法類推解釋之禁止
- (四) 絕對不定期刑之否定

惟依近來之學說，習慣法爲刑法法源之一，於決定行爲之違法範圍，不作爲犯之有無作爲義務等，乃爲所不可避免之事，又類推解釋，限其可成立爲論理的解釋，亦無可禁止之理由，至絕對的不定期刑，隨教育刑論之發達，在理論上，刑罰之個別化，又最爲適當之手段也。故此等枝生的原則，於今日已不爲罪刑法定主義原則所應嚴守之必然結論，頗堪注意也。

註 參照清水判事「關於刑法上若干之問題」法曹雜誌第六卷第四號第五三八頁以下

六 刑法關於時之效力

第一 原則

刑法對於如何時期，所行之犯罪得適用之乎。此刑法關於時之效力之問題也。

刑法關於時之效力，與一般法令關於時之效力無異。即刑法僅由其實施之始期至其

廢止之期間所發生之事實有其適用爲原則。即對於其施行以前不爲罪之行爲無其適用。

（不遡及之原則）又對於其廢止後所生之行爲，亦不適用。（不追及之原則）

日本舊刑法第三條第一項明示刑法不遡及之原則然而日本現行刑法以此爲自明之條理明文省却。一派學者謂凡公法益以遡及既往爲原則，刑法亦同。然依我刑法第一條絕非現行法之正當解釋。

第二 例外

刑法對不遡及之原則，有一大例外。刑法第八條規定「犯罪後法律有變更者，適用新法。但不得較重舊法之所定處斷」是也。此明文規定，可謂爲較滿洲國之舊法爲進步者。又與日本刑法第六條「因犯罪後之法律有刑之變更時適用其輕者」之規定不同。然一面於我刑法第一條所定採用罪刑法定主義，並就個人之自由保障及利益保護加以考慮故當適用新法之際，其刑若較舊法之刑爲重時乃定爲不得較重舊法之刑處斷。而力保持刑之衡平也。此於前示第八條所以有但書之規定也。

第三 刑法第八條有多數解釋上之問題如次

(一) 行爲當時依法律爲犯罪之行爲，依判決當時之法律而不爲犯罪時，應爲如何。於此情形，若由主觀主義觀之，當然不應處罰。我刑事訴訟法第二百九十八條本文乃規定「左列各款情形應爲免訴之判決。」在同法第二款規定，爲「犯罪後之法令廢止其刑者」，而明示應爲免訴之裁判。

(二) 行爲當時之法律與判決當時之法律間，有中間法時，而此法律之刑爲最輕時，應如何。此依刑法第八條但書之精神雖係適用新法，然認爲不得較此刑爲重而處斷。

(三) 當犯罪之中途法律變更而刑亦變更時，應如何。就如此情形，尙未終了之事件，乃不得適用第八條。故基於一般之法則，應適用犯罪終了時所行之法律，即新法也。

七 犯罪三分法

一 序說

刑法第二條第一項規定：「罪分爲重罪輕罪及違警罪」，同條第二項更明示其內容：

イ 重罪 死刑無期一年以上之徒刑或禁錮之罪。

ロ 輕罪 未滿短期一年之徒刑禁錮或罰金之罪。

ハ 違警罪 僅定拘留或科料之罪。

其立法理由，依飯塚判事——前我國司法部刑事司長——所論：「從新訂正重罪輕罪及違警罪，三分一切之犯罪，使國民便於識別察知國家以孰爲大辟，而有所自警自戒。」（註）惟如此見解，果足以充分說明我刑法所以採用「犯罪三分法」之理由乎？

註 前司法部刑事司長飯塚敏夫氏「新刑典の公布に際して」

二 犯罪三分法之史的過程

犯罪三分法，乃發源於ドイツ之中世法，第十七世紀イタリア法學者 Fulius clarus 及サクリニア法曹 Carifov 亦承認如斯之分類法。直至一七九一年之フランス法，遂普為各國刑法所採用。如一八一三年バイエル刑法，一八五一年プロシア刑法，一八七一年獨逸舊帝國刑法，一七六八年奧國刑法。

犯罪三分法所包含之原則如次

- a. 於定裁判之管轄上有其意義。
- b. 對於違警罪不認外國之犯罪。
- c. 沒收刑以重罪輕罪為限。
- d. 未遂犯處罰之範圍以重罪輕罪為限。

然如斯之原則，於今日各國之刑法，已非必充分貫徹之矣，蓋犯罪三分法恰如獨逸 V. Winkler 所論「如斯之分類僅從抽象的法定刑而為之分類，乃係形式的分類，而非具體的實質的分類。……」惟吾人就我國刑法所以採用如斯之分類法，則擬以如次之理由而說明之。

イ 立法技術上得依此分類，造成多數刑罰法規之體系化。

ロ 使多數之法條，得以較簡潔之方法而表示之。

ハ 便於就多數法條所法定刑之自體，理解其可罰性及其範圍。

犯罪三分法，僅依右所列舉之意義，得維持其存在之價值。若以此分類，在使國民知所自警，直有轉使此分類法，失却其真正存在之價值矣。

三 犯罪三分法四原則之運用

第一 定裁判之管轄

法院編制法，常利用此分類法，定刑事訴訟案件之管轄。例如同法第二十四條。

第二 領域外之犯罪適用之範圍

刑法就領域外之犯罪，對於帝國臣民及外國人應適用本法之範圍如次，——刑法第

五條第一項第六條第一款前半。

イ 重罪。

口 長期五年以上徒刑或禁錮之輕罪。

第三 徒刑的適用的範圍

刑法第四十三條規定，過失犯及違警罪除有特別規定外不科從刑。——沒收及毀滅效用。

第四 未遂犯處罰之範圍

刑法第二十二條第二項規定重罪之未遂犯罰之，輕罪之未遂犯，除有特別規定外不罰。

八 犯罪之要件

第一 總說

犯罪之要件者，於犯罪之成立上所必要之要素也。

犯罪之要件，可分爲主觀的要件，與客觀的要件。屬於前者，有責任能力及責任條件。屬於後者，爲行爲之犯罪事實適應性，行爲違法性及刑罰制裁。犯罪畢竟不外爲法律所評價之社會無價值之犯人行爲，故以主觀的要件——犯人，客觀的要素——犯行爲必要也。

主觀的要件與客觀的要件之關係爲何？即主觀的要件乃爲法律價值判斷之間接對象而客觀的要件乃爲直接對象也。故客觀的要件比較多有法律的意味，於刑法學上，主觀的要件亦必以客觀的要件爲前提也。惟欲實現刑法的價值，依據犯人主觀的狀態之點頗多，故在此意味上，主觀的要件又較客觀的要件爲重要也。

第二 主觀的要件

(一) 責任能力 責任能力者，基於一定之行爲，有受一定刑罰效果之適格也。而欲其有責任能力，必須精神成熟且無障礙，又因精神之不成熟及精神障礙而阻却之。

關於責任能力之本質，有諸多學說，有解爲以一定之行爲，於法律上，使其歸着於

一定人之要件，即所謂之「歸責能力」，又有解爲欲達成刑罰之目的，於犯人所必有之能力，即所謂之「刑罰適應性」也。

(二) 責任條件（犯意或過失）責任能力者之行爲，欲使其成爲犯罪，更以有爲其行爲之原動力，表現犯人惡性之意識狀態爲必要，此稱之曰責任條件。

責任條件，於原則上須有一定事實之認識，即有犯意，例外的以不知一定應認識之事實爲已足，即有過失。

第三 客觀的要件

(一) 行爲之犯罪事實適應性 行爲之犯罪事實適應性者，乃以行爲適應於法定犯罪構成事實之謂，亦犯罪之客觀要素之一也。

緣法律并非處罰所有的不正行爲，而應科刑罰之行爲事實，必須於刑法有明確之記載，且犯人之反社會的性格，爲刑法所規定之犯罪構成事實而客觀化時，始成立犯罪也。

(二) 行爲之違法性 行爲又須爲違法，而行爲是否爲違法，乃并非依於犯人之主觀而決定之。在通常之情形，乃在於社會以爲「不正」，從而法律以爲不法者，乃相當於不正之意味。惟於例外有僅因法律之規定而爲違法之場合。

(三) 刑罰制裁 欲使違法之行爲成爲犯罪，更須對之科以刑罰制裁，且刑罰亦須依法律而予規定。

九 因果關係

第一 因果關係之意義

因果關係者，某現象與他現象間之條件的關係也。換言之，甲現象之存在，爲乙現象存在之前提條件。更詳言之，如假定無甲現象時，則乙現象亦不發生，若兩現象間，存有此種推理之關係時，則對此二者間所有之關係，稱曰因果關係。此項因果關係，乃

於法律之全般成爲問題者，而其主要者，爲於民法及刑法之關係，以下就刑法上之因果關係論之。

第二 關於因果關係之界限之學說

刑法上爲因果關係論之中心點者，即於因果關係上，是否可認有一定之界限乎？又其根據如何？且如認有界限，其界限如何是也。對此有多數之學說，茲舉其主要者如次：

(一) 條件說 (同等說) 本說主張一定之結果，對其原因行爲，如有若無此原因，即無此結果之關係時，則可認爲成立因果關係也。

(二) 原因說 (重要條件說) 本說主張以所有之條件，均不成爲原因，而原因與條件應予區別者，本說更分爲必要條件說，優勢條件說，最後條件說，背則條件說，相當因果關係說等，其中之重要者爲相當因果關係說，本說主張必某項原因，經驗上於一般過程中可發生此項結果者，始認有因果關係，本說又可分爲三種：

(1) 主觀的相當因果關係說 本說對於因行爲者之行爲及行爲者所認識之事情，在過常過程上所發生之結果，承認相當因果關係。

(2) 客觀的相當因果關係說 本說謂應基於爾後之審查，由第三者即審判官之立場，爲客觀的觀察，綜合行爲當時所成立之事情，以考察其是否追尋通常之過程也。

(3) 折衷說 本說以行爲當時一般人可得知之事情爲基礎而考慮之，且就一般人不得知之事情，如行爲知之者，亦應包含而考慮之。

第三 批評

條件說，與相當因果關係說間之爭論，要不外由於行爲所出發之因果關係，其間伴隨意外且偶然之事情，因有其遠因連絡之存續，故始到達其結果之場合，應否認有因果關係之存在。又是否可認有犯罪之既遂之問題也。而依條件說，於此場合，仍應認有犯罪之既遂，乃發生頗反乎常識之結果，此亦即條件說所以極受反對者也。然近時條件說自有相當因果關係說之唱導以來。轉風靡一世，頗有成爲通說之觀焉。

惟相當因果關係說，本係對於使其以刑事責任發生結果之點而出發者，故以一定之犯罪結果爲基礎，而又進而考慮，其應報之平衡。則自應採取相當因果關係說。然若就刑事責任理論採取主觀主義，以犯人之人格爲基礎。其惡性徵表之行爲，對於社會果發生如何之侵害事實？以如斯立場觀察時，則必採取條件說也。

從而，若爲純正之形式的理論的考察時，固應以條件說爲正當。然就生活之實際而論因果關係時，就其形式的理論的因果關係，則應於其目的事項實質，具備一定之內容且就刑法考察之，夫刑法之目的，爲對於侵害法益之社會防衛，若對於此目的而適用形式的理論的因果關係時，勢必須論其範圍，而由此點論之，則因果關係，於行爲與結果間之關係上，應以對其行爲是否感有危險而定之。且危險之觀念，於結果之前，雖爲結果發生之可能力，而於結果事後觀之，應爲因果關係之現實力。此種見解，乃係將刑法上之因果關係，由刑法之目的而着想之一種主觀見地。與相當因果關係說雖同其基礎而於其適用之實際，則與條件說歸爲同一。

第四 因果關係之中斷

從來多數學者均承認因果關係之中斷，即在行爲與結果間理論上認定有因果關係之存在時，對其行爲，因附加他之條件，從而乃對於當該結果，否認某行爲爲其原因。

夫因果關係中斷論，因條件主義之因果關係，於其適用上每有發生非常識之結果，乃用是以資救濟。然若使因果關係止於常識的範圍內，則以相當因果關係論爲已足。且於捨棄客觀的應報的見地之結果，以因果關係，不止於相當因果關係者，則中斷論亦應予排斥也。即甲者與丙者間之因果關係，與乙者之是否介在於其間，在法律上乃并不發生任何之影響。對於丙予以原因者，在甲亦然，在乙亦然，并非由於兩者之競合而發生丙之結果。不應有所區別者也。

第五 判例之傾向

最高法院判決例，關於因果關係，有如次就結果加重犯之三判例。

一 於結果加重犯，其故意與犯人未預見之結果間，除具有無此犯罪，則不生此結果之條件的因果關係外，尚須於一般人客觀的見地，以可能預見其結果之發生，爲刑責之要件。（同院康德四年九月十五日刑事庭判決）

二 無殺人之故意，於三日間，繼續毒打被害人，加予同人以傷害，並因其傷害而致死者。因犯人可能預見其致死結果，故不得免其結果的加重犯之傷害致死責任。（同院康德四年八月十六日刑事庭判決）

三 結果加重犯之是否可得豫見其結果發生之判斷，除應以行爲當時之客觀事情爲判定之基礎外。並亦斟酌行爲者所認識之特別事情爲相當。（同院康德七年五月三十一日刑事庭判決）

判例上關於因果關係理論之構成，除關於結果加重犯有如上所列舉之二三判例外。對於一般究以如何之見解，而定因果關係之界限乎。雖欠明瞭。然綜合最高法院判決例之傾向，則係採條件說，固屬明正。即於康德四年九月十五日刑事庭判決中亦復明言「查視爲有結果加重犯之傷害致死罪之刑責故意犯之傷害罪與犯人未預見之結果間除具有

無此犯罪則不生此結果之條件的因果關係外……」是不難窺知者也。

· 惟最高法院所採之條件說。乃就原因與結果間別為三種場合。(一)預見，(二)可能預見，(三)不能預見。如(一)(二)之場合，認有因果關係。於(三)之場合則無因果關係。學者間有稱之為「新條件說」者。惟自康德七年五月三十一日刑事庭之判例出。此新條件說實際之運用，行將類似於相當因果關係說中之折衷說者矣。

一〇 不作爲犯

第一 總說

行爲可分爲作爲與不作爲。對某一定之行爲，爲積極的觀察，則謂爲作爲，爲消極的觀察，則謂爲不作爲。而某行爲是否爲作爲抑不作爲，乃不得爲絕對之決定。應併觀察其他之事情，由一定之觀點上，而予以相對的決定也。

因不作爲之犯罪，在法律上有以一定之不作爲規定爲犯罪之內容者，（第一三四條第二一二條。）又以一定之作爲爲犯罪內容之場合，一般學者亦肯定得以不作爲犯之。前者稱爲「純正不作爲犯」，後者稱爲「不純正不作爲犯」。而不作爲犯罪之最有議論者，爲不純正不作爲犯，以下就此詳述之。

第二 不作爲犯之成立要件

不作爲犯之成立，須有作爲義務，即法律期待其作爲而竟未作爲也。而法律上期待作爲之場合，有如下三項：

- （一）法令上特予規定作爲義務之場合 例如爲親權者有養育義務。
- （二）依契約及其他法律行爲而有其義務之場合 例如火車之信號夫，有爲信號之義務。

（三）不作爲認係違反公共秩序或善良風俗之場合 此項場合乃係由法律全體之趣旨而認定其作爲義務，例如買主自己誤爲超過約定價金之金額以上之支付之場合，賣主則

有予以注意之義務也。

第三 不作爲犯與因果關係

不作爲犯於以上之條件下成立時，其與因果關係又應爲如何之解釋，此於學說中，頗有分歧，惟此又爲不作爲犯之最重要問題，茲就其主要學說，批判如次：

(一) 消極說 本說以因果關係爲物理上之觀念，不作爲因其自身爲消極的行爲，故雖無因果關係，然有防止其他原因進行之義務者，而不防止其進行時，在法律上則自應與爲其原因者視爲相同也。惟何故將無因果關係者，而竟與有因果關係之場合同視耶？又何故將有作爲義務者之不作爲，與有因果關係之場合同視耶？

(二) 積極說

(1) 結果條件抑壓說 本說乃以對於結果發生之起果條件(積極的條件)及妨果條件(消極的條件)爲論議也。即於本說曰：「一定之結果，乃由於直接增加起果條件勢力之事實及抑壓起果條件之事實而惹起之。而吾人於法律上有應防止某結果發生之義

務場合，應以吾人之積極的行爲，爲妨果條件，故不爲此妨果條件之積極行爲者，亦即不外爲抑壓其妨果條件，此亦可爲原因之一種也。」

(2) 他因利用說 本說曰：「惹起外界變狀之無數因果連絡，或由於人之意思實現而生，或由於自然界之事實而生。而人得任意支配此等因果連絡時，則可將其因果連絡歸其責於其人。故可防止其他原因力之進行者，而逕不妨止之場合，則其不作爲中，自有其原因力存焉。」

以上兩說，乃對因果關係爲社會的觀察，基於一種附條件之關係，而肯定不作爲中之因果關係者，惟亦有可非難者焉。

(3) 危險關係說 本說以因果關係爲危險關係，故於不作爲中之因果關係，亦基於此種見地而說明之。即於本說曰：「僅以論理而論時，所有不作爲對於由其他原因而生之結果，均有條件關係。惟若由危險關係而觀察時，則僅限於有妨止結果發生可能性者之不作爲，始可肯定其原因力，從而雖有作爲義務，若其作爲爲不能之場合，乃不成立不作爲犯。」夫本說乃對於作爲義務之存在，代以作爲之可能性，更依之對於不作

爲之因果關係，即所謂之危險關係，由客觀方面而確立者；又對於不作爲之因果關係，以作爲之可能性而制約之，且證明不作爲之因果關係乃無普遍性者，蓋屬正當之見解也。

第四 不作爲犯與違法性

不作爲亦屬行爲之一形態，而欲使其成爲犯罪，於有因果關係之外，更須爲違法也作爲犯（不純正不作爲犯）之成立，以有作爲義務爲必要者（見前），可於此意味上理解之。換言之，即作爲犯違反不作爲義務，反之不作爲犯違反作爲義務。

第五 不作爲犯與未遂

不作爲犯是否亦有未遂，學者間頗有爭執。惟不作爲亦屬行爲，故犯罪於行爲未完了者，或雖行爲完了，而未發生結果者，均可成立未遂，此在作爲犯與不作爲犯間，并無區別也。更分別說明如次：

甲 不作爲犯之未遂。不作爲犯有未遂乎？不作爲亦與作爲相同，既係一種行爲，故對於不作爲犯，亦可想像有未遂狀態者，故不足論矣。但現行刑法，真正不作爲犯之未遂不罰。從而現行刑法中處罰不作爲犯之未遂，只限於故意犯中之重要者。

乙 着手時期。果爾，不作爲犯之着手時期又爲何時耶？例如精神病者甲欲殺乙之場合，甲之看護人丙雖見之而不爲防止，竟放任乙之殺害，則丙即爲已着手於不作爲犯右者係不純正不作爲犯之設例，次更就純正不作爲犯之場合考慮之，例如甲某雖有法律上命爲行爲之義務，而由於甲某之一定行爲，已認識其終不能達其義務之場合，斯時可謂爲已有其着手也。

一一 依法令及正當業務或法律上所容認之行爲

第一 總說

刑法第十條所謂依法令之行爲云者，乃指依法令之規定，承認爲權利或義務之行爲而言。因正當業務之行爲云者，乃指法令或社會一般慣例上所組成之正當業務行爲而言，又法律上所容認之行爲云者，乃指雖非正當業務之行爲，而於法律上爲正當行爲（改正日本刑法假案第十七條）而言也。因法令之行爲，因係準據法令，故其形式上不得爲違法，又正當業務之行爲，及法律上所容認之行爲，因其無實質的違法性，故均可阻却其違法性也。

第二 因法令之行爲

刑法第十條所謂法令者，乃廣指一般法令而言。從而，基於民法，商法之權利行爲爲依刑事訴訟法而逮捕現行犯之權能的行爲，特定公務員之武器使用，依精神病者看護法之留置，依取引所法之差金授受取引，依競馬法之勝馬投票券買賣等，均爲因法令之行爲也。又於法律上要求應爲之義務行爲，亦爲因法令之行爲也。

其他應特予記述之行爲如次：

(一) 公務員之職務行爲 公務員之職務行爲爲依法令之規定而屬於公務員之義務，同時亦屬於其權利，自該當刑法第十條所謂之依法令之行爲也。但有如次之例外：

(1) 職務行爲或直接基於法令，或基於本屬長官之命令，後者之場合，若無其命令而執行者爲違法。例如巡查并無令狀而逮捕非現行犯人之場合。

(2) 本屬長官之命令，實質上或形式上爲違法之場合，則基此命令所爲之下級官吏行爲又是否爲違法耶？

欲解決此項問題時，勢須先決定命令服從關係之範圍，而關於此點，於行政法學中間，約有如次諸說：

(a) 第一說 下級官吏并不調查長官命令之形式或實質，須絕對服從之。

(b) 第二說 下級官吏就長官命令之形式並實質，乃有審查權。

(c) 第三說 下級官吏就長官命令之形式，雖有審查權，而就實質則無審查權。

通說爲第三說，即依通說，下級官吏對於長官之命令，若確認係於其職權範圍內所

發，且其形式亦適合於法令之規定，並其所命令之事項，係屬於自己之職務範圍內者，則縱其命令於實質上為違法，亦須服從，從而，其行為為不違法也。

(3) 命令事項是否關於職務者，若長官與下級官吏見解相異時，原則上，下等官吏應服從長官之見解，惟下級官吏若確認長官有犯意時，則須拒絕長官之命令，若於此場合竟不拒絕，則其所為之行為為違法也。

總之，於職務上，在其有服從義務之範圍內，依從適式命令所為之行為，即為職務行為，故不構成犯罪。但如故意濫用職權，實質上使其執行違法命令之上官，則自應為共犯而予處罰者，固屬當然也。

凡公務員之行為，權使其得為一定之職務行為者，必當該行為須為公務員由行使其職務權限之意思而出者，且行為之目的事項，須屬於抽象的職務權限範圍內者。然有一定之職權職務者，於其執行在必要範圍內，乃有自為解釋法律，認定事實之權限。從而公務員於特定之場合，若認為已具備必為職務行為之條件，而以行使職務之意思為一定之行為者，即假令其裁量錯誤，致生與客觀事實相矛盾之結果，而其行為亦為職務行為。

也。要之，公務員抽象的就屬於一己職務權限之事項，若藉名職權實行，而具體的敢爲不屬於一己職權之不正行爲者，則不得以之謂爲職務行爲。

(二) 懲戒行爲 關於懲戒權之行使，有特就其手續及實體，以法令明爲規定者，例如文官令之懲戒，宮內官令之懲戒，等是也。反之，若其懲戒權之範圍及程度，法令未明爲規定者，例如基於親權之懲戒權等，其範圍及程度則應依社會一般之正當慣例，正當見解決定之。小學校教師對於學生之體罰以外之懲戒亦同。

第三 因正當業務之行爲或其他法律上所容認之行爲

正當業務行爲者，例如醫術行爲，鍼灸，理髮等是也。由於此等行爲所成之業務，欲使其確認爲正當，則須要當該官廳之許可或認可爲通例，且欲使其阻却違法性，又須依其業務之種類及性質，具備認爲必要之學術上並習慣上之要件，並須不超過社會所要求之相當限制。

然則非因業務關係之正當行爲，例如因學生相互間運動競技等之加害行爲，是否可

阻却違法性？頗有考慮之餘地。學者就日本刑法第三十五條曾爲如次之解釋，謂「於刑法上正當業務行爲所以爲適法者，寧可謂係乃因組成其業務之個個行爲爲正當也，且前開諸行爲，又均於社會一般之慣例上，認係正當之行爲。從而，由刑法之精神觀之，縱非業務之行爲，若爲正當行爲者，亦應視爲適法也。」但我刑法爲避免如斯解釋上之困難，於第十條規定「其他法律上所容認之行爲，」則凡非業務之行爲，而於法律上爲正當者，即可逕視爲法律上所容認之行爲。且法律上所放任之行爲，亦應解爲該當於茲所設之容認之行爲也。

一一 正當防衛

第一 正當防衛之意義

正當防衛者，乃對於急迫不正之侵害，爲防衛自己或他人之權利，不得已所爲之反

擊也。刑法承認正當防衛之合法性，依同法第十一條第一項不爲罪。

第二 正當防衛之合法性

關於正當防衛之合法性，學說頗爲分歧。

通說以正當防衛行爲之合法性之基礎，認定乃在於權利本質之中。即謂「法律之使命，乃在於保護權利，故持有權利者，對其就於權利之不正侵害，當然不得不主張其權利之存立。即所以容許此正當防衛者，乃欲完成權利之保全也。法律於一般之場合，雖均以公力完成其權利保護，不容許以私力爲自己救濟，然對於急迫不正之侵害，則容許權利者自身之直接反動。

夫刑法之規定，雖表面上僅不過否定正當防衛行爲之違法性，而於法律，則應解爲對保全權利所必要之行爲，於某一定之限制下，積極的容認此行爲，故得確立正當防衛權之觀念。

惟正當防衛雖稱之曰「權利」，然更應考慮並無可對應此權利之義務。由此點觀之

正當防衛於其本質上，又是否應解為緊急避難耶？換言之，由於事態緊急不能待諸國家之力而為救濟，始容許其自為處理。故以解為與緊急避難行為無異方為妥當。

第三 正當防衛之要件

正當防衛由於侵害與防衛成立之。

(一) 侵害 侵害者對於他人權利之攻擊也，是為防衛之前提。侵害之要件如次：

(1) 侵害須為急迫 急迫者即現在切迫之謂，即此侵害須在繼續中，或直接即將開始之狀態也。

惟所應注意者，即侵害急迫云者，并非以為防衛行為之時為標準，乃應以防衛行為發生其效果之時為標準。但於未有侵害以前，豫為防衛行為裝置者，對於其是否具備他之要件即所謂「出於不得已」者，則另一問題也。

(2) 侵害須為不正 不正者違法之謂也。

侵害是否為違法，應以客觀決定之。即對於責任無能力者，無故意過失者，不受刑

法適用者之行為，亦得爲正當防衛也。對於緊急避難，雖不無疑問，然緊急避難行為亦爲法所容許之行為，不得謂爲違法，應從消極解釋爲宜。至於動物之侵害，由客觀觀之亦屬於一種之違法狀態，故對之應解爲準用正當防衛之規定。

(二) 防衛 防衛者爲排斥侵害，保護權利，出於不得已所爲之加害行為，是爲正當防衛之實體。

(1) 防衛須爲保護自己或他人之權利而爲者

凡受法律保護者，對於他人出於違反公之秩序，善良風俗之行為，有不受其侵害之權利。從而，法律上雖未特別指明其爲權利，然侵害若以違反公之秩序，善良風俗之行為，侵害人之利益時，即得對之爲正當防衛。又公益較諸特定個人之權利，因無輕重之差異，故防衛公益之行為，亦可爲正當防衛。

(2) 防衛須出於不得已而爲者，此即所謂之「必要性」，而防衛行為須於不違反社會共同生活上之公序良俗之程度內爲之。由此見地觀之，對於侵害原得容易逃避，而不逃避，而竟爲防衛行為之場合，或爲防衛輕微之權利，而對於侵害者重大之法益，加

以反擊之場合等，應解爲不該當於前所謂之正當防衛。

急迫不正之侵害，乃由於防衛者之不正行爲所挑發之場合，其侵害限於不正者，對之雖亦可認有緊急防衛。惟以不正之目的，濫用正當防衛權者，固屬違法也。

至所謂出於不得已之行爲，乃對於防衛行爲之程度而言，無行爲果係出於不得已乎應從社會的見解定之。即應就個個之場合依一般人之見解論定其防衛行爲是否相當乃至必要也。

第四 過剩防衛

防衛行爲超過適當之程度者，依其情狀得減輕或免除其刑。（第十一條第二項。）

一三 正當防衛與緊急避難之異同

第一 總說

正當防衛者，乃為排除侵害，對侵害者自身所加之反擊。反之，緊急避難者，乃為避免由危難所生之損害，而害及他人利益也。均屬於阻却違法性之事由者也。

就其本質，通說謂正當防衛乃係「正」對「不正」之關係，為一權利行為，反之，緊急避難乃係「正」對「正」之關係，祇不過為法律上所容許之行為，即放任行為也。對此又有謂兩者之本質均為放任行為者。

第二 要件上之異同

正當防衛與緊急避難間其要件之異同，略述如次：

(一) 正當防衛之成立，須有急迫不正之侵害，對此緊急避難之成立，則須有對於自己或他人之生命，身體，自由或財產之急迫危難。

正當防衛之所謂侵害者，乃對於他人權利之急迫不正之攻擊也。而緊急避難之所謂

危難者，乃指由於天災，地變及其偶然之事實，而有發生實害之虞之狀態而言也。他人之偶然行爲，雖亦爲危難之一，然須非違法者。

依刑法第十一條第一項正當防衛所侵害之權利，并無任何之限制。反之，依刑法第十二條第一項緊急避難，其危難則限於係對於自己或他人之生命，身體，自由或財產者。

惟關於侵害須係急迫者，在危難亦須係急迫者則於兩者之要件上，毫無不同。

(二) 正當防衛與緊急避難之實體，均係出於不得已所爲之加害行爲。惟於正當防衛其對方雖爲侵害者，而於緊急避難，則使其發生危難者，有出於第三人之場合。故其加害行爲，於阻却違法性之要件上，其如次顯著之差異。

(1) 正當防衛，原則上因侵害行爲所生之害之程度，與由防衛行爲所生之害之程度間，不以法益之權衡爲必要。反之，緊急避難則須因其加害行爲所生之害，不超過無所欲避免之害之程度，即須保持法益之權衡也。

(2) 正當防衛於防衛其權利所爲之行爲，祇須出於不得已者，即於社會一般人認

爲相當乃至必要，就其生命，身體等之法益，雖依其他之方法，亦可得保持，然原則上亦得爲正當防衛。反之，緊急避難則須除爲其加害行爲外，別無任何可執之方法，換言之，即須其行爲乃係爲保全自己或他人法益之唯一方法也。所謂須依「補充性之原則」者，即此之謂也。

第三 其他之異同

正當防衛，緊急避難若超過其程度之行爲，均依其情狀得減輕或免除其始。

惟對於業務上有應冒危險之義務者，例如軍人，船員，警察官，消防夫等，於其業務上，有冒緊急狀態之義務，則於其義務之範圍內，不得以緊急避難爲理由而阻却無行爲之違法性。故刑法第十二條第三項規定，於此場合，不適用同法條前二項規定之也。

一四 被害人之承諾

第一 被害人之不承諾爲犯罪構成要件之場合

當說明犯罪之成立與被害人之承諾之關係時，應首先區別無被害人之同意爲犯罪構成要件之場合，與不然之場合而考察之。且以被害人之不承諾爲犯罪構成要件之場合，如有其承諾時，則自不成立犯罪，例如得被害人承諾之竊盜。

第二 被害人之不承諾不爲犯罪構成要件之場合

被害人之不承諾，不爲犯罪構成要件之場合，如有被害人之承諾時，是否成立犯罪乎？若犯罪之被害法益主要的爲公共法益者，則應解爲被害人之承諾不得左右犯罪之成立。蓋被害法益爲公共的場合，雖係被害人亦無參加自己之意思之自由故也。

惟被害法益非爲公共的，均可由被害者任意處分時，則被害人之承諾，有解爲阻却行爲之違法性，不成立犯罪者。但關於被害人之承諾與犯罪成否之關係，學說頗爲分歧茲於次項詳述之。

第三 學說

(一) 積極說 本說謂被害人之承諾，原則上本無妨於犯罪之成立，其理由謂「刑法乃爲維持公衆秩序，圖謀社會全體之利益，始科以刑罰者，故不得以個人之意思而左右刑法也」。

(二) 消極說 本說謂「吾人所享有之法益，得自爲處分，乃屬當然，故基於法益享有者之承諾，其加害行爲原則上自不爲罪也」。

(三) 折衷說 德國之多數學者採折衷的態度，惟由於被害人之承諾不成立犯罪，無見解亦復有種種，或有謂「被害法益得讓渡者，則不成立犯罪者」；或有謂「被害法益若祇爲一私人權利或法益者則不成立犯罪」，或有謂「所犯之罪爲親告罪者則不成立犯罪」。

右開學說中之積極說，關於就公共法益犯罪之成立，則與吾人所主張「不承認被害人之承諾見解，同出一轍，又消極說因承認必要以上之個人自由，其影響幾及於刑法所

保護之社會利益，如斯極論，誠非吾人所得贊同者，至折衷說亦不得稱爲完全之說明。

第四 吾人之見解

果爾，則吾人之見解又當如何乎？蓋限於被害人得任意處分被害法益之場合，始成爲問題，而於此場合，由於有被害人之承諾，其行爲不違反公之秩序，善良風俗，始解爲阻却其行爲之違法性，不成立犯罪。

此項問題，本欲將個人之意思，爲社會的評價，應附以條件者，乃屬當然，且其條件又必觸及阻却違法性之根本觀念。而阻却違法性之根本觀念，亦即在承認行爲之實質的適法性之社會的價值之點。從而，例如爲醫療雙親之疾病，而割其子之肉者，如其子承諾，固不爲罪，反之，若受將成乞丐者之囑託，而傷害之者，則應爲罪也。

承諾阻却行爲違法性之場合，雖不以承諾者之行爲能力爲必要，然須有辨識所承諾者爲何事之能力，即須基於自由判斷所爲之決意。但被害人縱無承諾之資格，而其親權者及其他之人爲承諾，亦有與被害人之承諾，視爲同一視者。

惟行爲者如知被害者之承諾乃係出諸錯誤者，則爲故意犯，如不知其爲錯誤者，則爲過失犯或無罪。

一五 責任之意義

第一 客觀意義之責任

一般之用語上，所謂責任云者，乃指爲刑事之責任，而必應負擔之刑罰而言也。（或爲民事上之責任而必應負擔之賠償）又重責任者，係指其刑期爲長期者而言。（或其賠償額多者）

第二 主觀意義之責任

此乃指負擔右述客觀責任所須之法律上地位或責任而言，例如殺人須負擔重責任（

或與他人以重大損害，須負重責）之類也。此與客觀意義之責任，兩兩相對，為一般之用語，在常識上當然可得理解者也。

第三 法律上特殊意義之責任

法律上特殊意義之責任云者，乃指應負擔以上兩者意義之責任之行為者的精神狀態而言，即於此意義之責任，應包含如次之兩者。

(一) 責任能力 責任能力者，即一定之行為，欲使其發生一定之刑法上效果，而於其行為者所必要之一定適格也。刑法上對於精神不成熟者或精神有障礙者，則為責任無能力，其行為為不罰。

(二) 責任條件 責任能力者之行為，在法律上欲使其犯罪，其行為者在原則上必須有犯意（故意），例外須有過失，此即所謂之責任條件。

責任要件，於右開兩者之外，更有舉「決意之自由」為重要要件者，惟考慮責任阻却之事由，可區別為生理的（少年）病理的（精神障礙）心理的（強制）三種，故在此意

味上，決意之自由，可視爲屬於獨立之概念。然缺欠決意自由之場合，則一方可視爲欠缺責任能力，同時於他方又可解爲此項決意乃係欠缺無責任條件者，故爲責任要件，應解爲祇須責任能力及責任條件二者即爲已足。

總之，於此種意義之責任，雖爲第一，第二兩種意義責任之要件，至於此種意義責任之本質如何，又其內容如何，於學者間則頗有議論者也。

一六 責任能力

第一 關於責任能力觀念之學說

責任能力者，欲使一定之行爲，發生一定之刑法上效果，於其行爲者所必要之一定格適之謂也。而關其本質，有如次之學說：

(一) 犯罪能力說 依諸道義的責任論，所謂責任能力者，乃將個人之犯罪行爲，就

行爲者之人格，爲道德的評價，指其適當資格之主觀的狀態而言。即由行爲之道德的價值判斷，而決定其責任能力觀念，總之，謂責任能力之本質者，即「自由意思」，「意思能力」，「犯罪能力」是也。

(二) 刑罰能力說 依諸社會的責任論，所謂責任能力者，乃指對於犯罪人得收科以刑罰之特殊制裁之效果，即得收社會防衛之實之適當資格也。換言之，即由犯罪之社會防衛之點，而決定重責任能力之觀念，結局，謂責任能力者，即「刑罰能力」，「刑罰適應性」是也。

(三) 常態意思說 一派之學者，有主張以意思決定之常態，爲責任能力之內容者，換言之，以理解行爲之社會的道義的意義，且基此理解，而決定意思之能力，爲責任能力也。惟在事實上，吾人之社會生活，僅對於在道德意識有自由意思之人，始就其行爲可爲道義的價值判斷。以此事實爲基本而理解事態時，吾人於一般所信爲自由意思者，於一方亦不外爲常態之意思，故僅就常態意思，始可承認道義的責任。又於他方因刑罰之效果僅對常態意思所設定者，故此見解終不外爲融合道義的責任論之「犯罪能力說」

及社會的責任論之「刑罰能力說」也。

第二 批評

理論上，責任能力者，以解爲社會的責任論上之所謂「刑罰適應性」爲妥當。

由於輓近心理學乃至精神病學之發達，自由意思遂至發生疑義，動機與意思決定間之因果關係，常可由科學予以證明，又由於社會現象之因果法則的研究，已屬顯著發達之社會學，則犯罪之一社會現象，乃與他之社會現象，立於密接之函數關係，亦臻明瞭（例如穀物價格之高下與竊盜罪數之增減）由此諸點觀之，以自由意思爲責任之基本，依自由意思之行爲，當然應有責任，同時，無自由意思者，則無責任，此項道義的見解乃根本發生疑問矣。

假令肯定其自由意思，而幼者及精神病者亦有之，更對於幼者及精神病者之犯罪亦有以適當之方法而爲社會防衛之必要。於道義的責任論中，所謂「就其行爲，可爲道的非難其行爲者之心理的關係，責任能力者與無能力者間，則并無實質上區別之理

由」。此即責任能力之本質，不應求之於自由意思，而應解為刑罰適應性為至當也。

一 法典上所謂之「罪」應否以正常精神狀態為其要素乎。泉二博士於「滿洲國刑法典制定之基本問題」文中，曾謂，「正常精神狀態，（舊學派所謂之自由意思）並非犯罪之要素，而不外為刑罰適應能力」，故正常的精神能力，應被視為刑罰負擔能力，（或刑罰順應能力）自不待論，故名之為刑罰責任能力，（或簡稱責任能力）亦毫無障礙也。」參照法曹什誌第四卷第六號第九〇頁以下）

第三 關於責任能力諸問題

（一）責任能力是否認有程度之差，於法律上是否承認限定責任能力？由於十九世紀之心理學及精神病學之發達，對於精神障礙上所謂中間者之存在，已予証實矣。而道義的責任論者主張對於此種之人，應為刑之減輕。

惟社會的責任論者謂對於限定責任能力者應施以適當方法，而於法律上，無特為承認限定責任能力者之必要。

然依諸自由意思論，謂其自由意思之自由，如減少五成，則其刑亦應減少五成，故問題似已爲解決者，但此終不外爲形式的解決，實質上對於心神耗弱者之社會生活侵害或威脅之防衛問題，則毫末解決也。由此點觀之，對於所謂中間者，如社會責任論者之主張於刑之外施以他方法，或代替刑罰而另施以其他之方法，應解爲正當也。

惟於我刑法，關於犯罪之成立，精神能力之常異，雖非所問。然對於科處刑罰，要須精神狀態相當成熟。故應重程度，而設有第十九條第二項，及第二十條後段之規定焉。

(二) 欲其行爲無責任，是否須其行爲乃基因於無責任乎？抑以責任無能力者之行爲爲已足耶？ 是否有精神障礙，乃并非就其特殊機能，各別論斷，以就其全般判斷爲通說。即責任無能力者之行爲，僅爲無能力者之行爲，故解爲無責任。

(三) 決定有無責任能力之時期如何？ 乃應以行爲之時決定之，採用刑罰能力說者亦然。蓋責任無能力者，如僅於其行爲時爲無能力，若據此行爲，而在其成爲能力者後科以刑罰，乃終非完成其刑罰作用之道也。

一七 故意

第一 序說

「故意」者，乃規定於刑法第十三條，普通學者間有稱爲犯意者，緣犯罪之成立，犯人須對於法益之侵害有一定之意思決定，此意思決定有二種態樣，其一曰故意，其二曰過失，而刑法以故意爲原則。

第二 故意之意義

故意者，認識一定之犯罪事實，而爲一定之行爲之決意也。由二種要件成立之。

(一) 知的要件 即犯罪事實之認識也。犯罪事實者，乃行爲之危險性及違法性之意也。能具備此兩者，則可謂其行爲帶有反社會性。知是反社會性，而敢爲之者，則可謂

行爲者已完全表現反社會的性格矣。

從而，犯罪事實以要認識其全部爲原則，他方如認識阻却行爲違法之事由者，則阻却故意之成立。又故意亦包含因果關係之認識，迷信犯則因欠缺因果關係之認識，而阻却其故意之成立。惟如次之各情形，則於故意之成立無影響。

(1) 自信爲責任無能力者時

(2) 行爲雖不該當於一定之犯罪事實，祇認識其爲違反法規者，即所謂之幻覺犯是也。

(3) 行爲雖該當於一定之犯罪事實，而行爲者信爲其行爲乃法律上所許可者，此已有明文規定(第十六條)但依其情狀，可減輕或免除其刑，惟於特別法中，則有對此減輕例，設除外之規定者。

(二) 意的要件 亦即敢爲行爲之決意也。故意不祇爲單純之認識作用，又爲一意思作用，亦惟此意思作用之點，應受社會的價值判斷也。

第三 關於故意成立之學說

關於故意成立之學說有二

(一) 希望主義（或意思主義）於此主義，欲使其成立故意，乃不止於認識犯罪構成要件，猶須希望其實現或慾求其實現。

(二) 認識主義（或觀念主義）於此主義，欲使其成立故意，祇須有犯罪構成事實之認識，即爲已足。并無須有慾求犯罪構成事實之實現。

右開兩主義對於未希望之共發結果或未必結果，則異其適用，依諸希望主義，此兩者均否定故意之成立，依諸認識主義，可肯定故意之成立。惟該希望一語，爲廣義解釋雖直接未爲希望，而亦及無影響於直接希望者當然所伴隨之人時，則關於此等問題，此二種主義之結論，均相同也，惟認識主義則爲通說。蓋雖未認識犯罪事實，而竟爲其犯罪者，則已可充分認定反社會性之表現故也。茲即依認識主義而說明故意之意義。

第四 故意之態樣

故意乃由於犯罪事實或其違法性之認識程度如何，而異其態樣。茲將從來所認定之

犯意態樣，說明如次：

(一) 確定故意 認識具體的確定犯罪事實，尤對於結果確定的認識之故意也。

(二) 不確定故意 對於犯罪事實雖有認識，而其認識為不確定之故意也。更可分之為二：

(1) 結果之發生雖屬確實，而對於如何之客體斯可發生此結果為不確實之場合

此項場合又可分為二種：

(a) 擇一的故意 對於數個客體中之一個，知其有此結果之發生。

(b) 概括的故意 僅概括的知悉發生結果之客體。

(2) 未必的故意 對其結果之發生，不確實認識之故意也。

未必的認識，如採希望主義者，至少於一般之場合，不構成故意。又如採認識主義者，與所謂有認識之過失，應為如何之區別，殊有疑義。惟結果之發生為未必的，其行為不止於一般之場合有危險，即於自己具體的場合亦有危險，而竟敢為其行為者，則應解為有故意。

此外猶有稱爲事前故意及事後故意者，事前故意乃就某種犯罪，誤認爲既遂，爲防止其發覺，或以其他之目的，而又爲其他之行爲，因而始發生先所豫見之事實之場合是也。事後故意乃先無故意，而於爲發生一定結果之行爲後，始發生故意，又就無以後之事態，放任其自然進展之場合是也。但兩者均爲事實上特殊故意之場合，并非表現相對立之一般的故意態樣。於前者之場合，僅觸及於錯誤，或因果關係之問題，於後者之場合，則僅觸及於不作爲犯之問題。

一八 故意與違法性之認識

第一 總說

於說明故意與違法認識之關係之先，所應敘述者，爲違法認識一語之意義。可思惟許可之違法事實場合有二，其一，爲誤解違法性內容之事實，其二，爲僅屬法律錯誤。

而故意於其本質上爲社會情操之發現，故而須要有行爲之危險性與違法性之認識，於前開第一場合，當然無犯意之成立。從而，在犯意與違法認識之關係上所應說明者，僅爲前開第二場合即法律錯誤之問題也。

現行刑法第十六條規定謂「不得以不知法律爲無故意」，此即關於法律錯誤之規定。此項規定乍見之頗似一目瞭然，其實於成爲問題之點，則於解釋上頗有種種之議論。

第二 於故意之成立是否以違法之認識爲必要

(一) 積極說 德國通說，於故意之成立，以有違法之認識爲必要。其理由因於欠缺違法認識之場合，即信自己之行爲乃法律上所容許者，亦即欠缺法律的意思，而竟對之認有責任之存在殊爲不當。依諸此項學說爲我國刑法第十三條之解釋者，或謂「故意乃違反條理之認識，刑法之規定，於故意之成立上，應解係勿須知曉各個法規之意味」。或謂「犯罪係由於違反法律規範之責任，而有違反其規範之意思時，始得爲有故意。從而欠缺違法之認識者，則無故意之成立，刑法規定對於不知法律之過失，其責任應解爲

與有故意之場合同。

(二) 消極說 本說解爲故意以發現其反社會的情操爲已足，而對於法律上所爲犯罪之行爲，若有敢爲之意思時，縱令行爲者信爲法律上所容許，亦應謂爲反社會者。基於此項理由，則謂犯罪之成立，乃不以違法之認識爲要件。換言之，即於故意所認識之對象之犯罪事實中，已包含其事實所有之違法性，故犯意於認識犯罪事實之外，不另以違法性之認識爲必要也。

(三) 折衷說 本說謂於一般之場合，雖不以違法之認識爲犯意之要件，而於法律上特就其行爲之違法性設有規定者，（例如住居侵入罪——第二百二十九條）則以有違法之認識爲必要也。

惟法律就行爲之違法性特爲規定者，乃不能解係出乎於一般違法性之外，更以特別之違法性爲必要也。此不過僅於規定之體裁上，言明無違法性耳。從而，折衷說無可採用。更由道義的責任論考察之，其於故意之成立上，以違法之認識爲必要，固有一理，惟由社會的責任論考察時，則置重點於犯罪事實之認識，故應贊成消極說。然於消極的

見解下，亦有例外。

第三 關於法定犯等之例外

所謂自然犯，即社會之一般道義心，所是認為犯罪之行為，雖為行為者不知其為違法之場合，然既有敢為其行為之意思，此即有為及於社會的危險之意思，故必應處罰也。惟所謂法定犯，法律上既特予禁止，故其為反社會的行為，於此場合，以無違法性之認識者，即無反社會的意思之成立也。從而，若斯場合，如無違法之認識者，應解為無故意之成立。而右開見解，即於自然犯，若行為者信其行為有可阻却違法之特別事由者，亦可適用之。蓋由一般道義心上考察之，如可認定其依於一定之事由，可阻却行為之違法性時，則行為者可謂已欠缺違反一般道義心所命之意思故也。

第四 非刑罰法規之錯誤

犯意之成立，原則上不以違法之認識為其要件者，已如上述。惟於此所應一言道及

者，爲非刑罰法規之錯誤情形也。例如因誤解民法之結果，信爲自己占有他人之物之場合，似可適用刑法策二百六十條成立侵占罪，然於此項場合，即與僅基於事實上之錯誤而信爲他人之物爲自己之物之場合之內容同一，故不相當於法律錯誤之場合。

惟刑罰法規以外之法律錯誤，即對於規定就自己之行爲，可發生法律上效果之前提的法律關係之法規而有錯誤也。因其已成立或未成立之法律關係，即對於犯罪事實之一部，已成立，或未成立。故結局應謂爲欠缺犯罪事實之認識也。右開見解，極屬妥當。而違法認識不阻却故意成立之原則，應僅於刑罰法規錯誤之場合適用之。

惟此項見解，就刑罰法規之錯誤與非刑罰法規之錯誤間之區別，不免往往有發生困難之缺點，從而，舍此項區別而論故意之本質，乃正爲學者間嘗試之問題焉。

第五 最高法院判決例之傾向

故意之成立，原則上不以違法性之認識爲要件，已如前述。惟須注意者，最高法院判決例，就故意之成立，則有趨於前記積極說之傾向，是雖未以此作爲判例，然於康德

四年十月二十六日刑事庭判決，則明言「有故意云者既不僅有犯罪事實之認識，猶須以有無違法性之認識爲要件」同院判決例第二卷第六一〇頁）故其結論，與本文所敘述者即不能不有所出入也。

一九 過失

第一 過失犯之意義

過失犯者，由於過失之犯罪也。所謂過失云者，乃由於欠缺注意，而至於未認識犯罪事實之謂也。

緣犯罪之成立，乃對於法益之侵害，犯人爲一定之意思決定，即須有所謂惡性之表現，且其意思決定之一態樣，雖爲故意，但過失亦然。由於有故意或過失發動之行爲，始得認定行爲者之反社會的情操也。

過失與故意共爲責任條件，故意爲積極的責任條件，而過失則爲消極的責任條件也。如爲客觀觀察，凡由於故意可犯之所有違法行爲，亦可由於過失而犯之。又雖未發生結果，亦得成立故意犯。未發生結果之過失犯亦可認定爲過失犯之未遂。惟刑法只例外的處罰過失犯，（第十三條第二項）至對其未遂犯，則不處罰也。

第二 過失之概念

（一）犯罪事實之不知 過失以犯罪事實之不知，爲其本質。惟過失并非未認識任何之事實，乃認識自己之行爲及其他之事實，而因未知他之事實，致就全體之犯罪事實，欠缺認識也。換言之，犯罪構成事實全部之不知，非爲過失之內容，乃已知犯罪構成事實之一部，且如知此事實，則他之事實，亦當然應知之，乃竟未知之場合，始爲過失也。

（二）注意之欠缺 過失以不注意爲其骨子。蓋非基於不注意，而不認識犯罪事實，於行爲者言之，乃爲不可抗力，不得謂爲行爲者有惡性之表現。此所以不注意就過失之

不認識，與就故意時之認識，同爲責任條件者也。

決定爲過失要素之不注意之有無的標準，有二學說：

(1) 客觀說 本說以普通人爲標準，於同一事情之下，若欠缺任何人所用同程度之注意時，始爲不注意。

(2) 主觀說 本說以具體的行爲者之注意能力爲基礎，行爲者怠於爲自己所用同一之注意之場合，爲不注意。

總之，客觀說以個人之社會的注意義務，爲其論據，而主觀說則要求應盡其各個人之注意能力，且通說爲主觀說。惟最高法院判例中常基於客觀說的見地而論過失。但爲確保社會之存立，於其各自，以爲一定之注意爲必要，故不注意之責任基本，乃不應求之於各自之注意能力，而在於一般之注意義務也。且注意之義務，原則上雖應依據於客觀的標準，然依於某種場合，有減輕之而依據於主觀的標準者，(例如民法第六百七十條) 惟於刑法以過失爲犯罪之現在範圍內，應解爲以依據客觀說爲妥當。

第三 過失犯成立之範圍

現行刑法上處罰過失犯乃屬於例外者，已如前述矣。刑法上就過失犯特有明文規定者，有過失致死傷（第二百零三條第二百零四條）失火（第一百四十八條，第一項第三項）過失溢水（第一百四十八條第二項第三項）及過失往來妨害（第一百五十三條）等，乃僅限於為維持社會秩序，而有重大關係之場合也。

其他關於是否認過失犯之成否之問題，茲述之如次：

（一）可得認定過失犯之共犯乎？在共犯理論中採取犯罪共同說者，則否定其存在反之，採取行為共同說者，則肯定無成立即非僅就故意犯得成立共犯，而過失犯亦然。因而承認過失犯之教唆，及由於過失之教唆乃至過失犯之共同正犯，故意犯與過失犯間之共同正犯等。於我國刑法之共犯規定，似亦不妨認為共犯者也。

（二）於過失犯可得承認連續犯乎？對此問題，學說亦頗分歧。日本判例則以連續犯必要單一犯意之理由，對於欠缺故意之過失犯，雖反覆為同一過失之場合，亦不成立

連續犯。(大正十一年一月二四日大審院判例)對此尙有謂應將連續之行爲，包括考慮。即於無故意之場合，亦屬可能。凡基於繼續之一定意思，於其連續的行爲中，若可認定過失行爲之反覆者，將其包括之而解爲連續犯爲相當。但於我刑法上究應如何乎？容另述之，於茲亦僅爲問題之提示耳。

第四 過失犯之態樣

(一)普通過失犯與業務上過失犯 刑法對於從事於一定業務者，若怠於其業務上應守之注意時，特加重其刑。稱謂業務上之過失犯，至此外之過失犯稱之曰普通過失犯。

刑法中爲業務上之過失犯者有如次所舉示之數端。其一關於失火溢水者(刑法第一百四十八條第三項)。其二關於妨害鐵道鑑船者，(刑法第一百五十三條第二項)其三關於殺傷者(刑法第二百零三條第二項第二百零四條第二項)，於此情形所謂之業務者，如第一第三，乃指有發生當該犯罪事實之危險之業務，如第二則須爲從事於刑法第一百五十一條第一項或第一百五十二條第一項之交通業務也。

通鑑「以從事業務者，較諸之通常人，應有更大之注意義務，故主張應較通常人從重處罰」。又有謂「注意義務之程度雖與通常人同，然從事業務者，對於犯罪事實，尤其結果之發生，原具有高度之智識及經驗，而竟未盡其能力，並於業務犯，其侵害法益之結果，較之通常犯為大，斯乃為應加重處罰之根據」云云。

(二) 無認識過失犯與認識過失犯 此所謂無認識過失犯云者，乃指出於通常過失之過失犯也。對此所謂認識的過失犯者，行為者於其行為及無事情之一般，雖已知其有發生犯罪事實之可能，而於自己之具體的場合，則信以為必屬例外之場合也。(依據認識主義) 然於後者亦構成過失犯，惟若於自己之具體的場合，已知其不能脫免於一般之常例者，則構成故意犯。

二〇 未必的故意與過失之區別

未必故意與過失區別之標準，學說頗為分歧，茲說明其主要之見解如次：

(一) 希望主義 (意思主義) 此主義主張謂犯意之成立，乃不止祇認識犯罪構成事實更應希望其實現或慾求其實現也。依此主義，則有於許多之情形，不得不否定未必故意之成立，蓋未必故意云者，乃指不確實認識結果發生之場合而言，原則上並不存在發生結果之希望故也。

惟依此主義亦有可認定未必故意之場合。即行爲者對於其未必的結果，希望其不發生，或以爲多半不能發生其結果，而爲其行爲之場合，此雖似不得認定故意之成立，然於行爲者既不拋棄該行爲，則寧可謂有選擇其結果發生之意思。從而可認定其故意之成立且亦可以此與過失相區別也。

(二) 認識主義 (觀念主義) 此主義謂故意之成立，如有犯罪構成事實之認識，已爲已足，并不以慾求犯罪構成事實之實現爲必要，是乃從來故意成立之通說也。

依此主義，苟其結果之發生乃屬可能，且有敢爲其行爲之意思時，已可充分謂有故意，故雖係未必的認識其結果之發生，然要非不可能者，即於已認識其結果發生之可能性時，應解爲已充足故意之要件也。

最高法院關於未必之故意，曾有如次之判例謂，「犯意非必為確定的，如未必的意識犯罪結果之發生，而竟出諸犯行，即為充分」云云。（康德四年六月十一日涉外庭判決）是即採取認識主義者也。

果爾，其與過失之區別又當如何乎？若結果之發生為未必的，其行為不僅於一般之場合為有危險，且於自己具體之場合，亦有其危險，而竟敢為其行為者，則應解為有故意惟其行為乃至於一般之事情。雖認識犯罪事實，且認識或發生其結果，然於自己行為之具體場合，信為例外的，不能發生犯罪事實及其結果，則應謂為過失。是即兩者之區別也。

二一 錯誤

第一 法律錯誤及於犯罪行為之效力

錯誤者事實與觀念不一致之謂也。可分爲法律之錯誤（故意與違法之認識）與事實之錯誤（故意與事實之符合）。茲先就法律錯誤及於犯罪行爲之效力觀之。

（一）誤解法律對於不爲罪者信其爲罪之場合 亦即所謂之幻覺犯，不成立犯罪。

（二）誤解法律對於不法之行爲信爲容許行爲之場合 此項場合，即關於故意之成立是否須要違法（法規違反）認識之問題 刑法第十六條對於此點規定謂「不得以不知法律爲無故意」，但就此規定之解釋，學說頗爲分歧。

（一）第一說 刑罰法規之錯誤，并無自然犯與法定犯之區別，於犯罪行爲之成立亦無影響。

（二）第二說 因法律之錯誤，信自己之行爲不違反條理者，犯罪行爲不成立，但僅不知各個刑罰者，依第十六條其犯罪行爲成立。

（三）第三說 於不知法律之場合，理論上犯罪行爲雖不成立，然就其不知之點爲有過失者，則與有故意之場合同視，其犯罪行爲成立。

（四）第四說 既有犯罪事實之認識，則其違法認識之有無，於犯罪行爲之成立無

關，但此原則僅對自然犯爲妥當。故就法定犯於事物之性質上，限於有違反法規之認識者，爲有故意，始應肯定犯罪行爲之成立。

(5) 第五說 法律之錯誤，關於非刑罰法規之場合亦不阻却故意，其犯罪行爲成立。

總之，關於本問題，乃依於刑法第十六條之解釋如何，而異其結論，而通說及判例趨向則採第一說。

第二 事實錯誤及於犯罪行爲之效力

次就事實錯誤及於犯罪行爲之效力觀之

(一) 不知應爲罪之事實而犯者 此場合依刑法第十四條第一項不得謂有故意，從而亦無犯罪行爲之成立，但就其不知之點，係出於不注意者，限於有特別規定之場合，發生過失犯之問題。

(二) 行爲者所認識之事實與現所發生之事實，雖同屬犯罪事實，而其內容爲不一致

時，依刑法第十四條第二項規定謂「罪本應重而犯時不知者，不得爲有犯重之罪之故意」。從而，與此規定之解釋相關聯，發生如次相分歧之諸學說。

(1) 具體的符合說 本說主張關於犯罪之成立，於認識及事實之間，須以具體爲符合爲必要，認識與事實雖係同一之法定事實，然若具體的欠缺一致時，則無犯罪行爲既遂之成立。關於客體，則區別客體性質之錯誤，與客體自身之錯誤。以前者爲既遂。以後者爲犯罪之未完成（未遂或不能）與過失之競合犯。刑法第十四條第二項乃適用於認識與事實爲同種犯罪之場合，於此場合則應以輕事實之既遂論之。

(2) 法定的符合說 本說主張苟係於法律抽象上所定之一定犯罪範圍內，犯意與事實一致時，即爲犯罪行爲之既遂。惟於此以外之場合，尙有犯罪之未完成（未遂或不能）與過失之競合。且雖於法定符合之場合，若於其刑罰加重要件有錯誤者，依第十四條第二項之規定，不得爲有犯重之罪之故意。

(3) 抽象的符合說 本說乃更進一步，主張苟已認識應爲罪之事實，而實現應爲罪之事實者，於第十四條第二項之限度內，對其事實應論犯罪之既遂。更依本說，以犯

輕之甲罪之故意，而實現重之乙罪者，則對於甲罪成立既遂，對於乙罪，論其有無過失合一其處罰，爲想像的競合，又於重之甲罪之故意下，而實現輕之乙罪之事實者，則於其輕之事實範圍內，成立犯罪之既遂，就其重之故意之點，論犯罪之未完成（未遂或不能），將其合一考察而依其重者處斷之。

總之，具體的符合說乃以具體所發生之事實爲基礎，即基客觀主義，而論犯罪者。法定的符合說，尤其抽象的符合說，乃以犯意爲基礎，即基於主觀主義而論犯罪者。且依其學說之如何而其結論亦異。現在我國判例不完全採取具體的符合說，且亦不承認抽象的符合說，結局似係採法定的符合說者（最高法院康德四年九月三十日刑事庭判決參照判決例第二卷第五一四頁）。惟學說上，則似有由法定的符合說而推移於抽象的符合說之傾向。

二二 行爲發展之階段

第一 豫備

豫備者，乃以犯罪之目的爲其準備，而未至於開始犯罪之實行（著手）之「謂也」。

豫備於原則上依刑法第二十四條爲不罰。例外於刑法各本條設有特別規定者處罰之。例如刑法第八十四條，第九十四條，第九十九條，第一百六十條第一百六十六條第二百五十四條等是也。

豫備不拘依如何之手段，均不影響於犯罪之成立。日本刑法第一百五十三條關於偽造通貨之豫備，設例外之規定，須以同條所定之目的準備器械或原料。然於我刑法並無同上趣旨之規定，故關於偽造通貨之豫備，亦不拘其依於如何之手段也。

第二 開始犯罪之實行

開始犯罪之實行即着手於實行（爲犯罪內容之行爲）之開始也。（以下簡稱著手）惟其實質的意義，大別之有如次二說：

(一) 客觀說 乃於客觀上定著手之觀念，即可為犯罪內容之行為，得於客觀上確定時為着手之觀念也。依諸本說，或以「實行犯罪構成要件之一部時為着手」，或以「對於犯罪之完成，已立於必要的關係者為着手」，或以「經驗上於犯罪已為一般行為者為着手」，或以「現出犯罪之危險時為着手」更有謂「實行犯罪構成行為之一部及與其相密接之行為時為著手」也。

(二) 主觀說 乃於主觀上定著手之觀念即將犯罪觀念之要點，求之於主觀方面，依諸本說如以犯罪解為犯意之表現則應以犯意之成立，依其遂行的行為，而確定的得認定時為着手。學者間或以「着手為意思之客觀化」或「依其行為而可識別其意思時為着手」，或以「着手為犯罪之確實性及遂行性」，然其意義則一也。

學者間又有以右開各說，不過其說明之形式相異，於實際上則究應參照諸般事情，而予判斷之事實問題，其實質并無差異也。此見解亦非無一理，惟着手亦與其他之法律觀念相同，乃有為理論考慮之必要，而余則贊成主觀說。然最高法院判決例，則採客觀說中最後之見解。是乃與日本大審院判例，採取同一之步驟也。

第三 未遂

未遂者雖已開始犯罪之實行，而不遂之場合也。犯罪之既遂與未遂，乃不問行爲者之目的如何，而應依其行爲是否已充足法律上所規定之犯罪構成要件而決定之。未遂者即直接并不適合於刑法分則所定之犯罪構成要件，故學者間有以未遂爲刑罰擴張原因之一者。

現行刑法第二十二條重罪之未遂犯罰之，輕罪之未遂犯除有特別規定外不罰。過失犯之未遂不罰之。又不作爲犯中雖亦有未遂，而所謂真正不作爲犯之未遂，則不罰之。

第四 既遂

既遂者犯罪之完了也。換言之，即於構成犯罪所必要之事實，已完全充實之場合也。

形式犯即於犯罪之成立，不必要一定結果發生之犯罪，乃依其實行之終了，而爲既

遂，實質犯即於犯罪之成立，必要一定結果發生之犯罪，則必俟其結果之發生，始為既遂也。

二三 未遂犯

第一 未遂罪之概念

未遂罪者開始犯罪之實行，（著手）而未至完成其犯罪狀態之謂也。（註一）其要件如次。

（一）要開始——着手——犯罪之實行 關於犯罪實行開始——着手——之觀念，有依形式的方面與實質的方面考察之必要。

（二）形式的方面 以此實行爲預備之問題，學者之見解，非必一致，大別之爲客觀說與主觀說。

即客觀說，以應為犯罪內容之行為，於客觀可得確定者，以此為基本而定着手之觀念；反之，主觀說以犯罪為犯意之表現，而理解之，以此為基本而定着手之觀念，予則從後者，犯意之成立，依其遂行的行為至可認為確定時，解為着手。（註二）

（2）實質的方面，此以不能犯從未遂罪區別之問題，學者之見解，分為種種，惟未遂罪處罰之基礎，解為置重於犯意之點，故否認不能犯，不無一理，雖然實行之觀念不僅於形式的，即實質的亦有明白之必要，而於此見地考察，則為犯罪之實行，須有足以證明犯意之實質，何則犯罪為犯意之徵表，犯意要依犯罪事實證明之故也。依此理由予則以為未遂實行的着手，解為要客觀的可能結果發生之場合，而其事實之範圍，採取犯人主觀為標準之見解。（註三）

（二）要開始——着手——犯罪之實行，其犯罪未至既遂者，犯罪於如何場合為既遂，有二種見解，一主觀說，犯人遂其目的時為既遂，二客觀說，於各本條規定之構成要件全部完成時為既遂，惟犯罪之既遂與否，不問行為者目的如何，依行為之犯罪構成要件法律上所規定者充足與否而決定之，以後說為妥當。

由此觀之，未遂罪非直接適合於刑法各則之要件者，故學者有以未遂爲刑罰擴張原因之一者，或有以其爲構成要件之修正形式者。

第二 未遂罪之種類

(一) 障礙未遂與中止未遂 障礙未遂者，行爲者因意外之障礙而犯罪不完了之場合（刑法第二十二條第二十三條第一項）中止未遂者行爲者因自己之意思而中止犯罪之實或防止其結果之發生者之謂也，（刑法第二十三條第二項）刑法上異其處分。

關於兩種未遂之區別，學說上或以「未遂是否由於物質的障害而區別之」，或以「未遂是否由於後悔而區別之」，然而通說則未遂之原因，依社會一般之見解，是否可認爲通常妨害犯罪完了之性質而區別之，以通說之見解爲妥當。再應區別兩種未遂之未遂原因事實之範圍及性質，應以行爲者之主觀爲標準而決定之。

(二) 着手未遂與實行未遂 雖着手於犯罪之實行，以不能終了其實行之場合，謂爲着手未遂。實行雖終了，以不使發生結果之場合，稱爲實行未遂或缺效犯。我刑法不認

兩者之區別。

第三 未遂罪之範圍

未遂罪就某種之犯罪，雖得成立，而就他種類之犯罪，有不能成立者，茲述其主要之場合如次。

(一) 現行法上未遂罪之成立，限於故意犯，過失犯未遂狀態之成立，雖得想定，然現行法上過失犯僅認一定結果發生之場合，故過失犯無未遂罪之成立。

(二) 結果的加重犯，該當於重罪之場合，有未遂犯之成立，如傷害致人死，(刑法第一百九十八條) 強盜致人死(刑法第二百五十一條第二項前段) 等。因屬重罪，依刑法第二十二條第二項罰之。但該當於輕罪者，原則無未遂犯之成立。

(三) 不作爲犯理論上有成立未遂罪與否，見解亦不一致，然而現行刑法真正不作爲犯之未遂不罰之。

第四 未遂罪之處分

未遂罪之處分，爲立法論而學說分爲。

(一) 客觀說 本說未遂罪與既遂罪異其處罰之範圍及方法，應從輕者是也。

(二) 主觀說 本說未遂罪與既遂罪，毫無區別之理由，苟得容認未遂罪觀念之犯罪則應處罰一切之未遂罪，且與既遂罪認同一科刑爲妥當。

現行刑法關於未遂罪處罰之範圍及處分方法，採折衷主義。即普通未遂得減輕，對中止犯，應減輕或免除其刑，且對於重罪之未遂犯罰之，輕罪之未遂犯除有特別規定外不罰。

註一 小野博士「滿洲國の刑法」解係客觀主義的定義——法學協會雜誌第五五卷第四四一頁

註二 最高法院判決例則採客觀說——康德五年上第一八一號判決

註三 現行法解釋上不罰不能犯——最高法院康德四年上第二九四號判決

二四 未遂犯之若干問題

第一 未遂處罰之理由

未遂爲雖着手犯罪之實行，未至完成其犯罪之場合，非直接適合於刑法各則之要件者，而刑法規定處罰未遂之旨，其理由爲何？或因其所生之實害或危險不少之故；又他之學者則處罰未遂罪，以結果之關係，完全度外視之，依其行爲自體，確知犯意之存在故也，畢竟爲對犯罪採客觀的態度乎？抑採主觀的態度乎？而生見解差異也，余則以犯罪之本質，解於主觀的，爲惡性之表現，故未遂處罰之理由，捨其爲危險乎爲實害乎之思考方，而應贊成因其犯罪已從行爲而表見於外部之點是也。

第二 未遂減輕之理由

刑法規定未遂得減輕，其理由爲何？於客觀上論未遂其理由明正，何則未遂之場合犯罪未完了，尤其無結果之發生故也。然於主觀上論之，於未遂罪，犯人既有犯意，且其犯意由其遂行的犯罪而客觀化，故處罰未遂，不可不與既遂相同，即依主觀的見地而論時，在置重於行爲者之人格，故未遂無減輕之理由

第三 中止特例之理由

刑法對中止犯設特例，規定減輕或免除其刑，其理由爲何？原來中止犯爲因自己之意思中止或防止其結果之發生犯罪之實行，或防止其結果之發生，與因障害而不完了犯罪者，自有不同，犯情有可憫恕者也，又對一切中止犯認特例，減輕或免除其刑，乃出於使不遂行犯罪之政策也。

第四 未遂限定之理由

刑法處罰未遂罪之場合，依同法第二十二條第二項重罪之未遂，犯罰之輕罪之未遂

犯除有特別規定外不罰，其理由爲何，畢竟基於客觀的見解，出於限定主要犯罪之趣旨，然而依主觀的見地觀之時，則無未遂限定之理由，對一切犯罪之未遂，均應處罰。

第五 預備中止特例之理由

刑法第二十六條規定，「爲犯罪準備後，拋棄實行開始之意圖者，免除其刑」云云，乃對於同法第二十三條第二項而設之規定，以圖彼此刑之權衡也。

二五 中止犯

一、中止犯爲廣義未遂犯之一態樣，謂行爲者因自身之意思不完了犯罪之場合，對之未遂犯，則謂行爲者因意外的障害而不完了犯罪之場合是也。

刑法規定區別中止犯與未遂犯，中止犯減輕或免除其刑，對之未遂犯，原則上與既遂同視，但法院得爲減輕，然而兩者之區別，學說分歧，有以下三說。

第一說 依未遂是否因物質的障害而區別之，依本說則認廣範圍之中止犯。

第二說 依未遂是否出於後悔而區別之，依本說則與第一說反對，認中止犯之範圍有過狹之缺點。

第三說 未遂之原因，依社會一般之見解，是否應認爲通常可妨害犯罪完了之性質者，爲兩者之區別，本說較上記兩說爲妥當，通說是也。

二、一定之事由應視爲未遂犯之事由耶？將應視爲中止犯之事由耶？對其事由依一般的見解定之，雖然其事由之範圍應如何定之乎？發生問題。

惟兩者區別之要點，主要在行爲者心理狀態之差異，從而行爲者是否因自己之意思而不使完了犯罪，有重大的意義，故應區別兩種未遂之未遂原因事由之範圍，應以行爲者之主觀而決定之，故客觀的誤認非障害之事實，爲應爲障害之事實時，應解爲未遂犯反之客觀的誤認爲障害之事實，基其誤認而中止時，應解爲中止犯。

三、中止行爲因障害而不實現其效果之場合，仍應認爲中止犯與否對之有異說。

置重於行爲者之意思時，於此場合，雖亦認爲成立中止犯，然立於客觀的見地，則

不然，就結果言之，雖以後說爲正當，然此種事情得爲酌量減輕之事由。

二六 不能犯

第一 總說

行爲之性質上，使發生結果，當然不能之場合，與通常障礙未遂，應區別觀之，通說以此，稱爲不能犯。

應否處罰不能犯，羅馬之法學者間，既加研究，努力區別應處罰之場合，與不應處罰之場合，然尙未成爲一般的原則。普通法時代之德意志法，則就毒物使用罪，並墮胎罪等認不能犯，對於既遂罪爲通常減刑之理由。第十九世紀フオイエルバツ以來，關於不能犯學說，頓見勃興，學說大別爲三。

第二一 客觀說

(一) 古典說 本說分不能爲所謂絕對的不能，與相對的不能。前者其行爲之手段，對其行爲之目的，無論如何之場合，亦不能得結果之場合是也。(即概念的或一般的不能，——例如爲殺人而使用砂糖，誤認死者爲生者而殺之，反之後者，手段或目的物於一般的場合，使發生結果，雖屬適當，然於箇箇具體的場合，因特別事情，爲不適當之場合，(即具體的或特殊的不能，——例如狙擊不完全，而不能命中，對生者之存在所發砲，偶然爲不在中之場合等)，前者屬於不能犯，後者爲未遂罪，但二三之學者，關於目的物不能，常屬於絕對的不能，僅關於手段之相對的不能，爲未遂罪。(例如狙擊不完全而不能命中之場合)。

(二) 法的不能說 本說區別不能爲事實上不能與法律上不能。主張僅法律上不能爲不能犯之原因，例如依本說則殺人投不發之爆彈之場合成立未遂犯。然對於不懷胎之婦女行墮胎手段爲不能犯，本說所謂法律上不能實際上多係相當古典說所謂目的物之絕對

不能也。

第三 主觀說

本說主張「一定行爲，對於一定預想之結果之惹起，爲適當乎抑不適當乎，常居其一，而幾不得爲不適當者。而於一般上欠缺犯罪構成事實未遂之本質，乃存於犯罪的意思之具體化。此本質於不能犯之場合，亦復存在。故所謂不能犯亦未遂罪也。」於本說誤想犯迷信犯等，雖不構成犯罪。然結局乃否定不能犯之成立。德意志帝國裁判所之判例，對於嬰兒認嬰兒殺未遂，對於不懷胎之婦女，認墮胎未遂，完全贊同此說者也。

第四 危險說

本說依危險之有無，爲區別未遂犯與不能犯是也。

(一) 具體的危險說 本說非任意將行爲一般化而觀察之，乃顧慮其所伴隨之一切特殊事情，檢討其具體的危險性之有無，有區別不能犯與未遂犯。其具體的事情，應就其

實行當時，一般人可得預見之事情，或行爲者現在可得預見之事情決定之。此爲リスト所提唱者。而將本說展開於客觀的或主觀的者則有以下之二說。

(二) 容觀的危險說 本說以具體的危險說，更於客觀上論之。行爲之危險性「乃從事後之審查判斷而決定之，不僅行爲當初之狀況，即事後之狀況，亦不可不供判斷之材料。」於日本泉二博士主張此說。

(三) 主觀的危險說 本說或稱爲抽象的危險說，於日本牧野博士主張之，依本說則實行之着手，於客觀上可能成爲結果與否，僅以行爲者之預想爲標準而決定之。可能時爲未遂罪，不可能時爲不能犯。依本說則迷信犯當然爲不能犯。而其實際之適用，殆與主觀說無異其趣旨。

第五 判例之側向

我國最高法院判決例謂「於現行刑法未遂犯規定之解釋上，可認其不罰不能犯之觀念。其觀念解爲應以於具體的事情下，依客觀的判斷，所施用之方法或於客體之性質上

一般的無發生結果危險性之場合爲界限。〔參照同法院康德四年十二月二十三日涉外庭判決〕蓋以刑法第二十二條第一項，將開始該當於犯罪構成要件之行為未至完了者，爲未遂犯。以行為危險性之客觀的存立爲前提，以定其未遂犯可罰性之根基者也。然則於一定之範圍內，當可認其不罰不能犯者矣。

二七 迷信犯

第一 迷信犯之意義

迷信犯云者，依迷信即依賴超自然的方法而行犯罪之場合之謂也。例如咒咀殺人。就此場合，與普通之未遂不同，頗異其性質者也。

第二 犯罪之成否如何

迷信犯成立犯罪與否，不可不消極斷之。有力之學說如次。

(一) 甲說 於迷信犯犯人所預見之事實，屬於犯罪事實，由此點觀之，迷信犯亦須處罰。然而他方其方法結果無發生之可能性。換言之，就其方法之危險性觀之，為欠缺該當實行行為之意識。於此點迷信犯應謂欠缺犯意。(犯意之要件，要因果關係之認識。)從而迷信犯不應處罰。

(二) 乙說 迷信犯者以藉神之力為其犯罪之方法手段——超自然的方法——該方法手段，於行為者之性格上，無以現實手段而行之危險。該行為抑亦無任何抽象的危險，且不得謂為違法。故迷信犯應解為放任行為。

甲說、屬於就不能犯，採主觀的危險說(抽象的危險說)之學者(收野博士)所主張者也。乙說就不能犯依採純正主觀說之學者(宮本博士)所主張者也。其結論雖同，予則依甲說之見解。

但於此成問題者，不能的行為，偶然發生結果之場合是也。例如依迷信施用砂糖，欲以之殺人，因錯誤與以昇汞而得其結果之場合。惟如此場合，亦無犯罪之成立，不待

多言。從而故意犯雖無犯罪之成立。但尚有討論過失有無之餘地。如有過失時，應問過失犯之責任。

最高法院判例，不罰不能犯，已如前述。對於欠缺客觀的危險性之迷信犯，不應處罰，自屬明正。

二八 罪數算定之標準

第一 序說

同一人犯一罪之場合，與犯數罪之場合，之規定異其處罰之場合，其算定罪數之標準究應如何，當初基於自然的觀察，以一個自然的事實，為一箇犯罪。然其後伴隨法律之發達，漸次生出特殊之學說。

第二 客觀說

(一) 行爲說 本說以行爲之數爲標準，而決定罪數。因犯罪之本質乃基礎於行爲故也。於本說必要決定行爲之實體，惟關於此點，有以意思實現爲標準說，與以行爲之結果爲標準說。後說與以下所述之法益說，實際多同其結果。

對於本說有種種之批難，假如本說僅着眼於舉動方面，而忽視意思方面之結果，則犯人若以二箇舉動殺二人，爲數罪，而重處分。若恰巧以一舉動，而殺二人爲一罪，而應輕處分耶。故不免有爲機械的見解之不當也。又有對於不存有積極的舉動之不作爲犯欠缺決定其罪數之標準等之批難。

(二) 法益說 本說乃主張犯罪之本質，爲法益之侵害。應以被害法益之數而決定罪數者也。本說先須決定被害法益單複之標準。關於此點，我國之判例，區別專屬於人格之專屬法益，與不然者。專屬的法益，就每各人成立一箇，又於財產罪以對財物監督之單複，爲法益數之標準。

惟如本說被害法益之數以犯罪之性質爲資料。反之，論犯罪之單複，則取材於犯罪之分量。然犯罪於其性質雖重，於分量有爲單一。或其分量雖重，然其性質有爲輕微者刑之裁量，就各場合審判官不可不適宜定之。故以法益之數，論犯罪之單複，有不妥當之嫌。

第三 主觀說

本說依意思之單複，而決定罪數者也。本說之根據，乃以犯罪之本質，在於犯人惡性之徵表。而意思之單複，一般雖應依犯意之數而決定，然而又有主張應依犯罪決意之數者。

第四 判例之傾向

最高法院判決例，（一）人格的法益，應解爲每一人存有一個獨立之法益，故受侵害者數人時，有數罪之成立。——同法院康德五年三月八日刑事庭判決——（二）竊盜

之被害物件，在數人之監督內時，須解爲乃相應監督之個數，而有其法益之侵害，從而成立數個之竊盜罪。——同法院康德六年十二月五日刑事庭決判——（三）以一通之信關於數人爲虛僞之申告者，乃係侵害關於國家裁判之公之法益，並侵害關於個人之名譽信用之私之法益。故誣告罪之罪數，應就侵害私之法益之個數定之。——康德四年六月二十一日刑事庭乙判決——通觀以上各判例，乃採取法益說，自屬明正。

二九 共犯

一 序言

現行刑法關於共犯之規定，於刑罰思潮上乃至今後之刑法形態，實爲一貴重之參考資料，不能謂非新刑法上之一大特色也。然我最初之刑法草案關於共犯之規定，與現行刑法之規定，則異其趣旨。（註一）而後經泉二博士之審核，始決定設置如現行刑法之規

定。當時司立法之任之飯塚司長，曾述其所見謂，「關於共犯之規定，極其簡素。（第二十七條至第二十九條）一掃從來煩瑣之共同正犯教唆犯及從犯之區別。應共犯者各自之情狀，適當處斷，以圖運用之便。此外並一掃共犯從屬性理論之痕跡，爲表示獨立犯論之正當限界，而新設第二十五條劃期之規定」令云。（註二）

註一 最初草案，就刑法第二十七條，大體仍從日本刑法改正草案第二十五條之立法例。規定「二人以上共同犯罪者皆爲正犯。」並設置關於教唆犯之條文，謂「教唆他人犯罪者爲教唆犯。」如現行刑法第二十五條之規定，則列入共犯章內。

註二 日本法學第三卷第三號第七三頁

「共犯」於刑法上乃一困難之問題。過去約半世紀，關於共犯之文獻，達數百之多。無論爭迄無已時。我現行刑法一掃過去一切之論爭，而奠定如現行刑法之三條條文。當施行之初，識者對於將來之實際運用上，頗多懷疑。然數年以來，吾儕於實務上，尙未發見任何之不便。不能謂非嘗試上之一大收穫。然於現行刑法究基於如何之立場，而構成其共犯理論乎。茲擬以判例上共犯理論之構成爲中心，說明如次。

二 共犯之觀念

「二人以上加功於罪之成立者爲共犯。」關於共犯之觀念，於學說上有兩問題。一）共犯究以何者爲共同乎。（二）所謂從屬犯之觀念。關於（一）者，夙有對立之兩學說。

（1）客觀說——犯罪共同說 依從來一般之學說，共犯者乃數人共同爲一個犯罪之謂也。即以加功於一個之犯罪事實之數人爲共犯。如斯見解，於客觀上先豫定一個犯罪事實，而以此事實爲基礎，而論數人之加功事實。採此見解者，於日本爲大場博士，（刑法總論第九九九頁第一〇三二頁）泉二博士。（日本刑法論總論第六二七頁）

（2）主觀說——行爲共同說 若以犯罪爲惡性之表現，而於主觀上理解時，則共犯者乃數人依共同行爲而遂行犯罪之謂也。如斯見解，先豫定共同事實，而就此事實論犯罪之成立。惟於茲所謂「共同事實」，與犯罪事實法律上之構成者無涉。（甲）有跨於數個之犯罪事實，而成立者。（乙）有僅限於一個之犯罪事實之一部者。又茲所謂之

「數人」，其犯意無須同一。於共同行爲具甲之犯意者，成立甲罪。具乙之犯意者，成立乙罪。採取見解之日本學者，爲牧野博士。（重訂日本刑法上卷第四〇九頁）

學說上，關於（二）者，即所謂從屬性之觀念，亦有如次對立之兩見解。

（1）客觀說——從屬犯說 就一定之犯罪事實，占直接或重要之地位者，對其犯罪事實，雖得爲獨立之犯罪。然不過有輕微之關係者，不得爲獨立之犯罪。僅得爲從屬於爲主者之他之犯罪。如斯見解，共同數人之行爲中，對於獨立而爲犯罪者，而僅從屬而爲犯罪之人。特稱曰「從屬犯。」共犯觀念，亦特限於此從屬犯者也。換言之，教唆犯僅從屬於正犯而成立。主張共犯之從屬性者，乃犯罪共同說之適用，亦即對於犯罪採客觀的見解者也。惟依此說，共犯一語，有廣狹二義。廣義之共犯，雖包含犯罪共同之一切場合。而狹義之共犯，則對於獨立犯之共同正犯，而僅指從屬犯之教唆犯從犯而言。（加擔犯）然則教唆及從犯之責任，不可不解爲因他人之行爲，而生其責任者也。

（2）主觀說——獨立犯說 然以犯罪爲惡性之表現，則犯罪非從屬於他人之犯罪而成立。教唆犯從犯，將其固有之反社會性，表明於外部，故須謂行爲者乃基於其教唆

或幫助之行爲自體，而生其責任。行爲與犯罪事實之間，既有因果關係，則無更將其關係區別爲「直接或重要者」與「間接或輕微者」之理由。依此說，教唆及從犯爲獨立之犯罪。共犯一語，無復認廣狹二義之必要。是爲「共犯固有犯罪說。」

總之，於刑法理論採客觀主義者，於共犯則取「共同責任之理論。」於刑法理論採主觀主義者，於共犯則取「個人責任之理論」。關於共犯本質，因二見解之相違，共犯規定於運用上，亦生對立之結論。

共犯從屬犯說與共犯獨立犯說，論爭之結果，更生如次之新共犯理論（註）

（1）擴張的正犯說 凡爲該當於刑法各本條之構成要件之行爲者，不問其爲直接的間接的，抑積極的消極的，均涉及法益之侵害。直接且單獨以自己之手而爲者，與教唆或由幫助之方法利用他人者，理論上無何等之相違。若無共犯之規定，則一切均應以正犯罰之。惟因刑法上設共犯之規定。理論上之正犯，受成法上之制限。將理論上當然應爲正犯者，與成法上附以教唆或從犯之名稱者相別，而異其處理。

（2）擴張的共犯說 此說仍固守「出於自己之手爲正犯之一般原型」之主張，排

斥通說——極端從屬形態之共犯理論——所視爲間接正犯之觀念。（即利用無身分或無目的者而犯身分犯或目的犯之場合）實行行爲之實現，爲正犯之本質，收容通說所謂之間接正犯於共犯之中，而構成擴張共犯之理論。共犯之可罰，以正犯之行爲爲違法即爲已足。不以有責爲必要。亦呼爲「制限從屬形態。」

（3）共同意思主體說 二人以上共同爲犯罪之場合，視爲一個共同意思主體——同心一體——之活動。至少以其中之一人著手犯罪之實行，爲其犯罪之成立要件。即共犯有「成立上從屬性。」然共同意思主體，不能負重責任。責任應歸於構成共同意思主體之個人，即共犯有「處罰上獨立性。」

現在於ドイツ代替共犯從屬性說對共犯獨立性說之論爭，而爲擴張的正犯說對擴張的共犯說之論爭。於日本學者主張擴張的正犯說者，爲竹田教授。又主張擴張的共犯說者，爲佐伯教授。共同意思主體說，乃草野判事之共犯理論。現已於大審院判例上，造成「共犯團體說」之共犯理論。

註 瀧川幸辰「共犯の或理論構成」見民商法雜誌第七卷第一號第一五九頁以下

然則刑法立法上，究以何人視為正犯行為者乎。大約有如次之三種形式。（註）

一、擴張的正犯概念 凡參加於犯罪的結果之惹起的一切行為者，悉為正犯。

二、制限的正犯概念 自己實行所定事實，或利用他人實行所定事實者，為正犯。不認教唆者或從犯，乃至有一身的刑罰阻却原因者，為正犯。

三、狹義的正犯概念 祇以為正犯者之意思，而親自實行犯罪者，為正犯。從而所謂間接正犯，教唆及從犯者，不與焉。

註 安平教授「共犯理論」其ノ立法形式ノ問題」見日本法學第三卷第四號第二〇頁

我刑法第二十七條第一項規定「二人以上加功於罪之成立者為共犯。」同條第二項規定，「共犯皆照各本條處斷。」果出於如何之立法形式乎，亦因學者所見之不同，而異其結論。

三 共犯理論之關係文獻

茲就余之所知，略述關於我刑法共犯規定之關係文獻。

一 牧野博士於「教唆ノ未遂」滿洲國刑法（見國家試驗第十卷第十一號第三頁）曾謂「依第二十七條之規定，於共犯雖似不認如一般刑法所採三種態樣之區別，然果應如此解釋乎、區別共犯爲三種態樣，乃係不當，夙爲主觀主義所嚮導。滿洲國刑法果從主觀主義乎。滿洲國刑法別於第三章「未遂犯及豫備犯中」，認教唆之特別概念。其第二十五條規定，「對於他人教唆犯罪，被教唆人未至犯罪時，準預備犯論。」由此觀之，於第二十七條雖設共犯無差別之原則。依第二十五條於一般共犯中，仍認關於教唆之特例第二十八條所謂在附隨地位或爲輕微行爲，豈非仍須適用傳統的從犯觀念乎。如第二十七條正面雖宣示共犯無差別之原則，採用主觀主義。其實仍保持舊派理論傳統之立場。……」

二 小野博士於「滿洲國ノ刑法」（見法學協會雜誌第五卷第三號第四四三頁）曾謂「關於共犯以第二十七條規定，最可注意。（中略）此點乃從來主觀主義者之主張。而將ナチニ立法者所企圖實現者，先移於實行。撤廢如斯之共犯類型，於一方雖係圖刑事司法實際上之便宜，然於他方豈非使對於構成要件的行爲，居於極遠之關係者，亦負同

一之責任乎。而於第二八條，雖得依裁判官之裁量減輕其刑，然此不外於某意味再認從犯。如右之共犯規定，未必即係認所謂共犯獨立性者。……

三 安平教授於「滿洲國ノ新刑法ニ就テ」(見臺法月報第三一卷第三號)及「共犯理論ト其ノ立法形式ノ問題」(見日本法學第三卷第四號)兩文中，力言我刑法共犯，乃採擴張的正犯概念之立法形式者也。

茲更一述泉博士，就我刑法共犯規定所持之見解。我刑法關於共犯之規定，乃出於同博士之創案。同博士於「滿洲國刑法典制定之基本問題」(見法曹雜誌第四卷第六號第九一二頁以下)文中，曾論述及此，摘叙其要點如次。

1. 間接正犯，與共犯無實行區別之必要。將共犯之規定併適用於間接正犯，即爲已足。

2. 第二十七條所謂之罪，無須出於責任能力者之行爲。是故如教唆狂人而使之殺人之場合，對於該狂人雖不能科以刑罰，然對於教唆之人，應作爲共犯，依第二十七條第二項照各本條處斷。

3. 本法典第二十七條第一項，所謂二人以上加功於罪之成立時，乃係以客觀的違法行為之成立，爲其前提。故教唆及幫助，於其成立上乃以實行行為之存在，爲其條件。

4. 本法典不認教唆之未遂，爲實行之未遂。然而所謂教唆重大之犯罪，不拘被教唆者，應納與否。其行為爲自體，應視爲存有危險性者。是以依某種條件，作爲獨立罪，而設第二十五條之規定。

5. 教唆及幫助行為，並不能常較正犯之責任爲輕。但視其地位及其行為實際之影響，得適用第二十八條之規定。

四 判例上共犯理論之構成

最高法院涉外庭，於康德四年一月二十九日，就同年上第四二三號許岐山強盜致死被告事件，構成如次之共犯理論，而奠定現行刑法關於共犯之正當解釋。（見同院判例第三卷第十九頁以下）茲摘示其要旨及其判決理由如左。

要旨一 刑法第二十七條所謂，共犯者既係訊稱於犯罪之成立，爲有形無形之協力之趣旨。故屬單純之關與謀議者，而未擔當犯罪之實行，亦應舍入於同條之共犯。

理由 「共犯規定中，未置關於教唆從犯之獨立規定，可察知其爲廢止從來辦法中之正犯教唆犯從犯之區別，而出於一律均爲共犯之觀念。故可解爲若係有形的或無形的協力於犯罪之成立，即不問其協力之態樣如何，均爲共犯。果爾則犯罪之實行者，教唆者幫助者，均入於本條所謂之共犯。且即未分擔實行，苟關與犯罪之謀議即不外爲精神的協力，亦不妨目爲本條之共犯。」

要旨二 刑法第二十七條共犯之成立，以依共同者中之任何人之手，施行該當於構成要件之實行行爲爲要件。

理由 「但以如廢止一切共犯類型爲理由，而解爲本法全面採用共犯獨立說，以教唆從犯直接觀念爲該當構成要素之實行行爲者，亦屬不當。本法立法精神之根基乃因鑑於從來立法所定之共犯態樣之區別，反生煩瑣無用之論議，致惹起處理上之種種不便，而並無任何之實益，實不如將科刑委諸犯情之差異，不取以教唆幫助等

之行爲爲該當構成要件之形式。不僅此也，且於刑法第二十五條明定，應以教唆犯爲獨立犯而處罰之限界之點觀之，則與該條之對照上自知本條共犯之成立，以已有爲構成要件之實行行爲爲要件。關於此點，與單獨犯無異之理由。惟共犯作爲共同現象面統一的觀察之關係上，僅有依其共同人中任何人之手爲實行行爲爲已足之差異而已。徵諸本條之用語，罪之成立以特定犯罪之成立爲前提，而稱爲共犯之成立亦屬明瞭。故關與犯罪之謀議，雖未自當其犯罪之實行，既由共謀中之一人或數人已爲實行，即應爲刑法第二十七條之共犯而負刑責。

要旨三 強爲關與犯罪之實行行爲者，以於共同關係犯人之地位爲基礎而予觀察，限無可得認係在附隨之地位者，對之亦不妨適用刑法第二十八條，而予減輕。

理由 所謂是否影響輕微之行爲，即應實質的觀察，對於犯罪完成之行爲之效果而定之。反之，是否爲所謂附隨之地位，以在共同關係之犯人之地位自體爲基礎而定之。故雖係共同實行人，於如斯之觀點，以應認係在從之地位者爲限，不妨適用同法條。

三〇 競合犯

第一 競合犯之意義

競合犯者，未經確定裁判之數罪之謂也。若某罪有確定裁判者，祇以其罪與其裁判確定前所犯之罪，爲競合犯。即競合犯之關係，存於最初確定判決前所犯之數罪相互間及其確定判決以後，於其次面之確定判決前，所犯之數罪相互間。

而於此所謂確定判決者，依刑事訴訟法之規定之確定判決也。從而雖有判決之宣告於其判決尙未確定前所犯之犯罪，此犯罪與有判決宣告之犯罪，仍爲未經確定判決之數罪，生競合犯之關係。

第二 競合犯與累犯之關係

競合犯與累犯，均爲刑法上數罪。（同一人犯數個之犯罪）然而累犯爲發生於某罪與其經過確定判決後所犯一定犯罪之間之關係，與競合犯不同。

從而未經確定判決者所刑之數罪相互間，或應爲同一累犯之累犯數罪相互間，雖得生競合之關係。然初犯與累犯之間，或不同之累次累犯相互間，（例如再犯與三犯）不生競合犯之關係。又某確定判決前之競合犯，與其判決後之競合犯之間，雖得生累犯之關係。然未界以某確定判決之競合犯相互間，不生累犯之關係，且競合犯與累犯異其處分。

第三 競合犯之處分

競合犯者，以數罪之數個之刑，合一處分之

競合犯之處分，有吸收主義，（依數罪中最重之刑而處罰全體之主義）併科主義，（合各罪之刑而處罰之主義）及制限加重主義，即於某制限之下加重其刑期之主義）之三主義。依最適於競合犯之趣旨之立場上論之，應以制限加重主義爲原則，別於特別場

合，依吸收併科之二主義。茲述現行刑法之規定如次。

(一) 制限加重主義 競合犯中，有數罪應處有期之徒刑或禁錮者，以於其最重刑長期加其半數者爲長期，以各刑短期之最長者爲短期。但其長期不得逾合算各刑之長期者並逾二十年。(第四十九條) 定刑之輕重依第三十一條第二十一條之規定惟於茲所應注意者，我刑法第四十九條與日本刑法第四十七條之規定不同，並非就其中之重罪爲刑之加重也。

(二) 吸收主義 競合犯中之一罪科死刑者，不科他刑。科無期徒刑者不科無期禁錮科無期之徒刑或禁錮者，不科他刑。(第四十八條)。

(三) 併科主義 罰金拘留或科料，與他刑併科之。但於第四十八條之情形，不在此限。數個之罰金拘留科料或徒刑併科之。併科罰金或併科罰金與科料者，留置於勞役場之期間，不得逾三年。併科科料者，不得逾七十日。(第五十條)

第四 餘罪

競合犯不必要同時裁判。日本判例曰，刑法第四十五條之規定，（滿洲國刑法第四十七條）不過僅定競合犯之意義，而有競合犯關係之數罪，不必定須於同一裁判所，同時審判之趣旨。

競合犯中有已經裁判之罪，與未經裁判之罪者，就未經裁判之罪（餘罪）處斷。關於餘罪之處分，於前發競合犯之裁判無關係，科獨立之刑。（餘罪為數個時，關於其間從競合犯之規定。）然如此就競合犯生二個以上裁判之場合，與其餘罪應經同時裁判之場合生相異之結果，不能貫徹刑法上關於競合犯處分之趣旨，故有第五十二條之規定。

第五 競合犯與大赦

同時應為裁判之競合犯，科一個之刑，以其為處罰數個犯罪之趣旨也。然就某罪不無因恩赦而被恩赦者，就一定種類之犯罪，使消滅刑法上之效果。故於此場合，就未受恩赦之罪，有更定其刑之必要。第五十三條即關於此場合，而設有規定。

刑法第五十三條所謂之恩赦，依恩赦令第一條，包含大赦特赦減刑及復權。而於同

條所成爲問題者，多在於大赦之場合，（恩赦令第二條第三條）又如同條規定之場合於恩赦令別有規定者，應依恩赦令之規定。

三一 想像的競合犯

第一 想像的競合犯之意義

一箇行爲而觸數箇罪名之場合（對於以通常之競合犯稱爲實體的競合犯，稱爲想像的競合犯（第五四條第一項前段）想像的競合犯，依刑法第五十四條第一項亦依競合犯之例而處斷。

第二 想象的競合犯之種類

想像的競合犯依學者有左列二種

(一) 異種類之想像的競合犯 數個罪名異其種類者也。例如投一箇爆彈，破壞建築物且傷害數人之場合。

(二) 同種類之想像的競合犯 數個罪名同其種類之場合也。例如投一箇爆彈，而傷害數人之場合。

但關於罪數之標準，採犯意說者，同種類之想像的競合犯，以犯意該當於單一法條之單一者。以此種類之區別爲無用。

第三 關於想像的競合犯之學說

想像的競合犯爲一罪之理由，學說分爲

(一) 行爲說 此說想像的競合犯，爲一行爲，故爲一罪。

(二) 法益說 此說想像的競合犯，實質上雖爲數罪。然依法律特別之理由，即若從形式言之爲一行爲。而以其爲一罪也。

(三) 犯意說 此說想像的競合犯之犯意爲單一，故犯罪亦當然一罪也。

此說行爲該當數法條時，從異其法條，視爲異其犯意之一般的見解上，一見即爲不當。惟主張此說者，一方關於犯罪之主觀的要件與客觀的要件之符合排斥所謂法定的符合說，或具體的符合說，採抽象的符合說。以此觀念（以甲罪之決意而使發生乙罪之事實之場合仍有兩者符合之見解）爲基礎，更進一步，於想像的競合犯之場合，其行爲雖該當數個法條，以其該當數個法條之決意包括觀之，解爲依單一之行爲，而表示單一之決意，亦非不當。

第四 想像的競合犯之要件

想像的競合犯，依同一行爲而有應該當數箇法條事實之發生爲已足，其事實間不必要特有牽連者，此通說也。雖然學者主張要其數個事實相隨伴，於普通之場合，依一箇行爲而爲者。惟依最高法院判決例則謂「如其犯罪行爲構成要件之一部行爲，同時相當於他項犯罪構成要件行爲者，乃可解釋爲一行爲而犯數罪名，（康德三年四月十七日涉外庭判決）大體從通說之見解也。

第五 想像的競合犯之處分

現行刑法關於想像的競合犯規定，依競合犯之例處斷，又有二箇以上之沒收時，應併科之。

三二 牽連犯

第一 牽連犯之意義

犯罪之手段或結果之行爲而觸犯他罪名之場合，包括其手段或結果之行爲，與目的或原因之行爲，稱爲牽連犯，（第五四條第一項後段）法律上依競合犯之例。

最高法院判決例，關於牽連犯之意義謂，「數個犯罪行爲相互獨立，以其各構成要件之行爲，與犯他項罪名之行爲之構成要件，並非共同者爲前提。」——同法院康德三

年四月十七日涉外庭判決。

第二 牽連犯之種類

牽連犯有二種：（一）爲目的手段之關係而牽連者，（二）爲原因結果之關係而牽連者是也，犯罪手段之行爲者，不屬於爲目的犯罪之法定構成要件，而爲其實行手段之行爲之謂也，犯罪結果之行爲者，爲原因之犯罪當然之結果之行爲之謂也。

第三 關於牽連犯之學說

牽連犯之牽連性，學說分爲：

（一）客觀說 行爲須客觀的被牽連。且以此爲已足。

（二）主觀說 犯人之主觀，須以行爲於目的手段或原因結果間有牽連之關係。且以此爲已足。

再就牽連關係，有要求抽象的存在者，與要求具體的存在者。

日本判例數個事實於通常之事例，限於有目的手段或原因結果之關係之場合，認牽連犯。關於牽連性，可謂採抽象的客觀說，且日本學者，概採用此見解。

第四 牽連犯之實質

牽連犯實質上，應解為一罪乎？應解為數罪乎？學說亦復不同。

(一) 數罪說 關於罪數論，採客觀的見解者，牽連犯實質上為數罪，何則，蓋於牽連犯存有牽連之數個行為，數個之被害法益，或數個之結果故也。

(二) 一罪說 關於罪數論，採主觀的見解者，牽連犯實質上亦一罪也。

第五 牽連犯之處分及辦理

牽連犯依我國刑法第五四條第一項後段，依競合犯之例。有二個以上之沒收時，應併科之。

第六 牽連犯與結合犯吸收犯

似牽連犯而非者，有左之二者。

(一) 結合犯 本係應為各別犯罪之數個異種類之行爲，依刑法之各本條規定之構成要件，合一的結合為一罪者也。例如暴行或脅迫與竊盜相結合而構成強盜罪之場合是。

(二) 吸收犯 此為各本條規定之性質上，依吾人日常之見解上，認為當然一方包含他方者，例如為殺人之方法，而行之衣服之毀棄。為竊盜之方法，而侵入住居等是。其本質與牽連犯雖無異其趣旨，然不適用第五十四條第一項、應解為當然一罪也。

三三 連續犯

第一 連續犯之意義

刑法第五四條第二項規定，「連續之數箇行爲，雖有觸同一罪名，而侵害數箇法益，亦與前項同」，依此規定爲反面之解釋，則所連續之數箇行爲，觸犯同一罪名，且侵害同一之法益者，爲連續犯。即連續犯者，獨立得爲犯罪，連續數個之同種行爲，包括而爲處分之一罪之場合は也。（最高法院康德三年十二月二十六日涉外庭判決）連續犯關於此點，與慣行犯，繼續犯，狀態犯等相區別，慣行犯者，依行爲之反覆，始爲犯罪之成立（第一百九十條第二項）繼續犯者，犯罪之狀態繼續。（第二百一十四條）狀態犯者，犯罪之違法狀態雖繼續，然僅止於違法，別不構成犯罪之場合也，（例如犯重婚罪者同居場合，）法文之解釋上，要以數箇同種類之行爲包括的觀察，而認犯罪成立之場合（如例於內亂罪繼續的所行之多數之暴行或脅迫，）亦爲單一罪，而非連續犯。

第二 連續犯之要件

茲先說明學說上連續犯之要件，如次。

（一）得獨立而爲罪之行爲，反覆爲之 連續犯要得獨立爲罪之行爲，反覆爲之，例

如以毒殺之目的，於每日分送毒物，僅爲實行之過程，而反覆爲同種行爲者非連續犯。就此點與慣行犯等應區別之，前已述之矣。

(二) 觸犯同一罪名 連續犯要觸犯之同一罪名，關於同一罪名之意義，學說判例所說明者，雖欠明瞭，然大體不過解於「同性質之同種之罪名」之意義。日本判例竊盜與強盜之間，竊盜未遂與強盜致死之間等，認罪名之同一，殺人與傷害，私文書偽造與傷害，私文書偽造與公文書偽造之間等，不認罪名之同一。

最高法院判決例竊盜與強盜之間，不認罪名之同一，其判決要旨，謂如竊盜罪與強盜罪，不但未在同一條章內規定，且一爲單純之奪取罪，一爲因暴行脅迫之強取罪，其罪質各自不同，不可以前揭二者爲連續犯而處分之。

(三) 連續行爲總括的被預見 但關於此點，學說分歧，爲連續犯中最重要之問題也改項述之。

第三 關於連續犯之學說

連續犯之本質的要件，有三箇學說。

(一) 法益說 本說以被害法益或結果之單一，爲連續犯也。

(二) 同種行爲說 本說以行爲之類似，即以同種行爲爲連續犯也。

(三) 犯意說 本說以犯意之單一，爲連續犯也。

要之法益說，依被害法益或結果之單一，而以連續犯之數個行爲，於客觀的解爲一箇事實。同種行爲說，着眼於反覆累行同種行爲之犯人之心理狀態，而欲於此發見連續犯爲一罪之所以也。對之犯意說，依意思之單一，以連續犯之數箇行爲，於主觀的解爲一箇，而欲就此說明連續犯之一罪性者也。

日本判例，曾以意思之繼續與被害法益之單一爲連續犯之要件，然以後僅以意思之繼續爲其要件。關於所謂意思繼續觀念之內容，亦不無學說，(一)意思之繼續云者，「謂連續行爲中，舊犯意依新犯意而被承繼之場合，」(二)又有謂「連續行爲，必要總括的而被預見者，」前者之見解，雖適合實際之事情，然後之見解、較爲明瞭，而余則從最後之見解，贊成犯意說者也。從而連續犯犯意爲單一者，實質上亦爲一罪。

最高法院判決例，定連續犯之觀念，謂「即於刑法競合犯規定下，觸犯有時間的接近，且具有包括行為並結果而得單一視之事情之同一罪名之數行為，而侵害同一法益者應為連續犯觀念為一罪」。〔康德五年六月三十日涉外庭判決〕故結局應謂數行為不僅要有時間的接近而行者，更須有可得包括單一視之事情存在，而為此種事情之主要者，為犯意之單一，（初發之犯意包括總結果之場合或後發之意思想起繼續初發犯意之場合）或利用同一關係等是也。

第四 連續犯之種類

連續犯有以下三種類。

（一）故意犯之連續犯。

（二）過失犯之連續犯 日本判例連續犯以單一犯意要件為其理由，欠缺犯意之場合同一之過失，雖反覆為之時，亦無連續犯之成立，然而將連續之行為，包括的觀察，無犯意之場合，固屬可能，然包括基於繼續一定意思之連續的行為，可認過失行為之反覆

時，應解爲連續犯，（參照前揭之第十九問題）。

第五 連續犯之處分

連續犯爲一罪而處斷，而連續犯中之某行爲，雖爲未遂，他之行爲，既爲既遂，作爲連續犯之既遂，學說及判例所共認者也。

連續行爲中其法定刑有輕重之場合，應從最重刑處斷之。

三四 累犯

第一 累犯之意義

累犯者，指累次的所行之數罪之謂也。

徒刑執行終了，或已得免除其執行後五年以內，更犯罪應處有期徒刑者，爲累犯。

徒刑執行中被假釋者，更犯罪應處有期徒刑者，亦與前項同。（第四四條）再犯者，依與此同樣之條件，三犯四犯五犯以下皆準此。

累犯與一定要件之下，加重其刑。蓋累犯之發生，依一般的觀察，證明對前犯之刑事處分爲無效。故更有爲加重其刑之有效處分之必要故也。

第二 累犯加重之要件

（一）累犯加重限於有期徒刑 即要前犯被處徒刑，後犯亦應處徒刑者。

（二）要前犯之徒刑執行終了，或已得執行之免除。前犯徒刑之執行中，所犯之罪，不得爲累犯之加重。

（三）要後犯由前犯執行終了或已得執行之免除日起五年以內所犯者。即前犯與後犯之間，必要一定之期間。

但徒刑之執行中，經假釋者，更犯罪應處有期徒刑之罪時，亦同。假如前科爲禁錮或罰金科料等時，則不成累犯。經受執行猶預之判決，而尙在其期間中時，不成累犯。

累犯加重之要件，以如上者爲已足。即後犯之刑，雖比前犯之刑當然爲重之場合，亦得爲累犯之加重。又前犯與後犯不必要同一罪質。

第三 累犯之處分

(一) 加重之主義 關於累犯加重之程度有三主義 其一爲全然變更刑之種類，科重種類之刑者也。其二爲增大其刑之最大限度者。其三爲止於多少加重其刑者也。日本舊刑法雖採第三主義，然日本現行法與我現行法採第二主義也。

(二) 加重之程度 累犯之刑爲就其罪所定徒刑之長期之二倍以下，但不得過二十年（第四五條）日本刑法第五九條規定雖三犯以上者仍同再犯之例，我刑法雖此項明文，但解釋上應屬相同。而應如何加重其刑乎，於法定之範圍內，由裁判所定之。

(三) 加重之特例 裁判確定後發覺爲累犯者，得依同樣之方法爲累犯之加重。但後犯之刑執行終了，或已得免除其執行後，不得爲加重。（第四六條）依以上之規定，更定刑時，既經執行刑之日數通算之。

三五 刑罰之適用

第一 總說

刑法以抽象的所定之刑罰，使適應於具體的犯罪，謂為刑罰之適用。有以下各主義：

(一) 絕對法定制與相對法定制 法律就定刑罰方法之區別，對於一定犯罪之刑罰，由法律絕對的一定，謂為絕對法定制。刑罰由法律相對的規定，而裁判官在一定範圍內有自由裁量刑罰之餘地，謂為相對法定制。現今各國原則均採用相對法定制，我國之刑法亦然。

(二) 專斷適用主義，與法定適用主義 為法院就適用刑罰之區別，當適用刑罰之際許審判官之專斷與否，其適用依加法定之制限與否而生之區別者也。法院顧慮刑罰之目

的，以相對的法定刑罰，於法定之制限內，適應於具體的犯罪。如此適用於現代始有刑罰適用之價值。

第二 刑罰之輕重

當刑罰適用之際，先成問題者，刑罰之輕重也。此問題刑法中特定比較刑應從重處斷之場合，有明白之必要。而關於刑罰之輕重，有刑法第三十一條之規定。

第三 刑罰之減免

法定刑有減輕或免除，減輕有依法律上之事由者，與依裁判上之事由者。免除當依法律上之事由，無依裁判上之事由者。免除刑之場合若本來為無刑罰請求權之場合，則無刑之適用之問題。然而現行法以免除刑與否有委之於審判官裁量之場合，於此意義亦屬於刑之適用。

(一) 法律上之減免 屬於此者，對於過剩防衛之減免。(第十一條第二項)對於過

剝避難之減免。(第十二條第二項)因法律錯誤之減輕。(第十六條但書)因能力耗弱之減輕。(第二十條後段)自首減免。(第五十七條第八十六條)未遂罪減輕。(第二十三條但書)中止置減免。(第二十三條第二項)共犯中在附隨之地位及影響輕微行為之減輕。(第二十八條)及於各本條規定之特別減免是也。

(二)裁判上之減輕 裁判上之減輕，稱爲酌量減輕。即犯罪之情狀有可憫恕者之場合，法院酌量之，得減輕其刑。(第五十八條)依法律而加重或減輕刑之場合，亦然。

第四 刑之加重

刑之加重，常爲法律上者也。

法律上加重，有競合犯加重，與累犯加重。競合犯之加重，以其最重刑長期加其半數者爲長期，以各刑短期之最長者爲短期。(第四十九條)累犯之加重，爲就其罪所定徒刑之長期之二倍以下。(第四十五條)。

第五 加減例

當加重或減輕刑罰之際，應從之準則。稱爲加減例。各有一定之規定。刑應加重減輕之事由競合者，依左列順序。

- (一) 累犯加重
- (二) 法律上減輕
- (三) 競合犯加重
- (四) 酌量減輕

第六 刑之量定

對於法定刑爲如以上所述之加減，而得刑之範圍。即各場合之適用刑（處斷刑）也。審判官於適用刑之範圍內，要具體的定宣告刑，以此稱爲刑之量定。

關於刑之量定，我刑法採用宣告絕對的一定之刑罰。所謂絕對決定主義。然而對此

有爲不定期刑宣告之相對決定主義者。

法院於刑之量定，同時要決定之重要事項爲三年之徒刑或禁錮宣告之場合，應猶預其執行與否。有沒收物之場合，應附加沒收與否之問題也。而解決此等問題，以其判斷之材料爲廣義之犯罪之情狀。但此廣義犯罪情狀之意義，刑法雖無特別之規定。然刑訴第二百四十一條但書之規定，得想爲間接示其大體之標準。

尤其關於刑之量定，僅應依刑訴第二百四十一條規定之種類之情狀耶。將仍考慮應報觀念之滿足，並一般威嚇之作用乎。更爲成問題之原因，然此畢竟歸着於刑法理論之爭執者也。

三六 死刑

第一 死刑之意義

死刑者，爲生命刑，剝奪生命，刑罰中之最重者也。

第二 死刑之執行

我現行法死刑於監獄內絞首執行之。受死刑之判決者，至其執行時止，於監獄拘留之。司法部大臣命令死刑之執行時，應於五日內執行之。而心神喪失者及懷胎之婦女，依司法部大臣之命令停止執行。依前項規定停止死刑之執行者，於痊癒或分娩後依司法部大臣之命令執行之。

又日本對於犯罪時未滿十六歲之少年，除犯日本刑法第七十三條，第七十五條，或第二〇〇條之罪外，不科死刑。應以死刑處斷時，處十年以上十五年以下之徒刑或禁錮。

第三 死刑廢止論之是非

死刑爲刑罰中最奮，且社會上常行之制度也。尤其在後讐時代，演成重要之用途。

然而其後伴時代之進行，財產刑自由刑等漸次代之。因而於十八世紀之啓蒙期之ベツカリア主張死刑廢止論，伊大德意志中之諸國受其影響，至廢止死刑。而第十九世紀後半以後，死刑廢止論頓增其威勢。伊大利ルーマニヤ，葡萄牙，和蘭，諾威，奧大利，瑞典，瑞西聯邦中之諸國，北美合衆國中之九州，南美中之諸國濠洲等，已廢止死刑。自耳義於一八六三年以來，不實行死刑。他方法蘭西，德意志，其他之諸國，不廢止死刑。我國亦存置之。然而主張死刑廢止論者，其理由大要如次。

(一) 死刑爲唯一無二之刑罰，不得應犯人之責任而分割。

(二) 死刑對於有限之犯罪事實，而附以無限之刑罰效果者也。

(三) 國家認無視生命不可侵之死刑，悖於人道，而反於文化之理想。

(四) 死刑有基於誤判，而斷無辜生命之可能性。

(五) 犯當死刑之罪者，已覺悟死之場合，故死刑對於社會不僅無威嚇力，爲威嚇並淘汰之目的，用無期自由刑，爲已足。

右理由中最重要者第三與第五之理由也。對之死刑存置論者，以應報觀念之滿足，

與一般威嚇之作用，爲有力之理由。

惟死刑之有威嚇作用，雖不能立舉一般的威嚇作用之效果。然若以爲用無期徒刑，代替死刑，足適合於其目的之執行，則不僅與死刑之程度相同，且有較死刑更爲悲慘且殘忍。死刑之事實的根據，在於國民一般之應報觀念或正義的確信，由此點觀之，死刑廢止論，於今日其時期不免有尙早之嫌。

三七 自由刑

第一 意義

自由刑者，依拘禁而剝奪自由之刑罰也。於有現代的刑法之國，其適用之廣，並其作用之大，在刑罰法系中，占最重要之地位。然而作爲刑之一方法，於生命刑身體刑等之外，認自由刑，寧屬於近世之事也。

第二 種類

現行刑法上，所認之自由刑有三種，徒刑禁錮及拘留是也。徒刑拘留於徒刑監，禁錮拘留於禁錮監，依定役之有無，爲兩者之區別。各有有期與無期之分。有期各爲一月以上十五年以下，有期之徒刑及禁錮加重之場合，得至二十年。減輕之場合，不妨降至一月以下。拘留爲一日以上，六十日以下，拘留於拘留場。

自由刑之種類尙應考慮者，有流刑監視居住制限追放等，又新制度有不定期自由刑此爲鑑於從來定期刑主義之缺點而被考案者，日本少年法認之，但其規定，乃相對的不定期刑也。

第三 執行

自由刑之執行方法，另於監獄法刑事訴訟法定之。茲述其大要，監獄設男監及女監而分離之。有徒刑監禁禁錮監拘留場等。徒刑囚斟酌衛生經濟，及在監者之刑期健康技能

職業將來之生計等，而課以作業。拘留囚或禁錮囚亦依其希望，得允許作業。對十八歲未滿之受刑者，要施以教育，行獨居拘禁，或雜居拘禁不問刑期長短或進行程度，依監獄長之職權裁量定之。雜居監房除療養其他不得已之場合外，拘禁三人以上，雜居監房工場等禁止交談。而自由刑之執行以密行為原則，對受刑者要施以教誨。

現行刑法上關於自由刑之執行有二個特殊之制度如次。

(一) 刑之執行猶豫 此為一方除去短期自由刑之弊害，一方不執行刑罰與已經執行欲收同一之效果而設者。現行刑法採用之制度，稱為所謂條件附科刑主義者也。

(二) 假釋放 由特別豫防主義之見地言之，犯人被處一定自由刑之場合，不必要執行刑之全部，此為設假釋放制度之所以。現行刑法亦認此制度。自由刑之執行中，於某時期不執行殘餘之刑，規定得使其假釋放。

第四 自由刑改正運動

最近之思潮，主張自由刑之醇化，使自由刑止於自由之拘束。從此使遊歷生命刑的

要素，身體刑的要素，及名譽刑的要素。同時以其自由之拘束努力，進行於教育的作用。監獄改良運動，於此意義進行發展獨房制自治制累進制（階級行刑）等，亦加以考慮。

惟最近自由刑之發展，得區別之爲三期，即第一期戒護時代，第二期作業時代，第三期教育時代，現代屬於第三期，自由刑之種類使簡單化，一方其內容愈趨複雜，關於自由刑概念之法律問題漸次解消，而行刑實際的設施如何爲問題之中心，應值注目。

三八 刑罰之執行

第一 總說

刑罰之執行者，依刑罰之適用，而實行其內容所確定之刑罰之謂也。若從手續法言，爲裁判之執行。裁判確定後，依檢察廳之指揮或命令執行之。刑罰中死刑與自由刑依指揮而執行，行刑官吏實施之。罰金科料及沒收依命令而執行。又違警罪即決處分刑

之執行，於爲其即決處分之警察官署担當之。刑罰之執行，往往生期間計算之問題。關於此點，刑法之規定刑之期間以月或年定之者從曆計算。（第七十六條）刑期自裁判確定之日起算，未被拘禁之日數，雖裁判確定後，不算入刑期。（第七十七條）受刑之初始日，不論時間以一日計算。放免於刑期終了之翌日行之。

第二 死刑之執行

死刑之執行，依司法部大臣之命令。自有其命令之日起五日以內執行之。對於心神喪失者，及懷胎之婦女，依司法部大臣之命令而停止執行。於其痊癒或分娩後執行之。又大祭祀日等不執行之。

第三 自由刑之執行

自由刑者，依拘禁而剝奪自由之刑罰也。現行刑法上，有徒刑禁錮及拘留之三種。徒刑及禁錮均拘置於監獄。依定役之有無而區別之。有期爲一月以上，十五年以下。更

得爲加重減輕。拘留拘置於拘留場，爲一日以上六十日以下。（第三十六條）而其執行於監獄法有詳細之規定。

刑事上之拘禁，更有未決拘禁之制度。於監獄法雖有其規定。然此並非刑罰，但其日數得以其全部或一部通算於本刑。（第六十三條）

關於自由刑之執行有二特殊之制度。即刑之執行猶預，（第六十四條第六十五條）及假釋放（第六十八條）是也。前者對於一定之犯人，而猶預其刑之執行，在其猶預期間內，認犯人有悔改之情之場合，對之不科其刑，而與已執行刑收同一效果之制度。我現行刑法採用所謂條件附科刑主義。後者於自由刑執行中之某時期，不執行殘餘之刑，爲假釋放之制度，刑法上規定一定之要件。

第四 財產刑之執行

財產刑有罰金科料及沒收，其執行依檢察廳之命令，與有執行力之債義名義有同一之效力。對於不任意納付之場合，準用強制執行法之規定。（刑訴第四三八條）

(一) 不能完納罰金者，以一日以上二年以下之期間，留置於勞役場。科料爲一日以上五十日以下。罰金或科料已納其一部時，按罰金或科料之金額，與留置日數之比例，由留置日數扣除其已納金額之相當日數。

(二) 沒收之目的物有二種 供犯罪用，或擬供犯罪用之物，由犯罪所生，或因犯罪所得之物。(第四十條) 一物件有兼二箇以上種類之物。又沒收以其物不屬於犯人以外者爲限。沒收與否爲審判官之任意。過失犯及違警罪除有特別規定外不科沒收。(第四十三條) 再除以上關於沒收一般原則之外，於各本條又設有特別規定之沒收者。

三九 刑之執行猶豫

第一 執行猶豫之意義

刑之執行猶豫者，對於一定犯人，而猶豫刑之執行，於其猶豫期間內，認犯人有悛

悔之情之場合，對之不科其刑，而與已執行刑者收同樣結果之制度也。對於偶發原因之初犯者，其他應準此者，科短期自由刑之場合，有使彼等陷於自暴自棄，且於獄內被同囚人惡影響，而供助長其惡性之傾向，此認此制度之所以也。

刑之執行猶預，由立法主義分之有宣告猶預主義，（英美主義）執行猶預主義，（以上二主義均為裁判主義）及特赦主義。（德意志主義）

宣告猶預主義者，對於一定之犯人，於一定期間內，猶預科刑之宣告，於其期間內無特別事故之場合，犯人結局為不受科刑之宣告者也。例如暫行懲治叛徒法第十三條第一項之規定。

執行猶預主義，更有二派。其一為條件附科刑主義，在其猶預期間內無事故時，使有罪判決失其效力。反之其二為執行免除主義者，不使失有罪判決之效力，而止免除其刑之執行。

特赦主義者，以行政處分為條件附特赦者也。

我國現行刑法，乃採用條件附科刑主義。

第二一 執行猶預之條件

(一) 徒刑或禁錮之場合

1. 以前無因故意犯，被處禁錮以上之刑者。
 2. 以前雖有因故意犯被處禁錮以上之刑，已終了其執行或得其免除後至犯罪時，經過五年以上者。
 3. 應處三年以下之徒刑或禁錮者。
- 以上情形之執行猶預期間爲一年以上五年以下。

(二) 罰金之場合

1. 三年以內，無被處罰金以上之刑者。
 2. 應爲處五百圓以下之罰金刑時，而執行猶預期間乃爲六月以上三年以下。
- 再者刑之併科時，得僅就其一宣告執行猶預。

第三 執行猶預之失效及撤銷

有如下之事故時，爲失效或撤銷執行猶預。

(一) 猶預期間內，因故意犯被處禁錮以上之刑者，徒刑或禁錮執行猶預之宣告，當然失其效力。

(二) 猶預期間內，因故意犯被處罰金以上之刑者，罰金之執行猶預之宣告，當然失其效力。

(三) 猶預期間中發覺係不應爲刑之執行猶預者，(不合猶預條件時) 法院應爲執行猶預之撤銷。

第四 執行猶預之效力

現行刑法上刑之執行猶預之效力如次。

(一) 自裁判確定之日起於一年以上五年以下之期間，猶預其刑之執行。其猶預期間

在以上之範圍內，由法院定之。

(二) 執行猶預之宣告，不失其效力，或未被撤銷而經過猶預期間者，刑之宣告，向將來失其效力。

四〇 假釋放

第一 假釋放之意義並目的

假釋放者，未終了自由刑之執行，依其一部執行之狀況，不必要殘餘刑罰執行之場合，附一定條件爲假釋放。因經過殘餘刑期相當之期間，不違反條件，而殘餘之刑罰歸於消滅，行刑上之一處分之謂也。

其目的第一，因此爲促囚徒之自省，而獎勵其悔改，囚徒有許假釋放之希望，故欲得之者，應悔改遷善。又既得之者，有再投獄之虞。故更謹其行狀，應抑制再犯之惡念

第二假釋放依之欲避免由舍生活劇變爲自由境遇而生之弊害。蓋囚徒刑期滿了後，若移於自由生活，使踟躕於鐵窗苦役之反動，而流於放逸遊惰，遂失自活之途，可再至犯罪也。假釋放爲達以上二目的之政策，不僅爲必要，且與刑之執行猶預之制度相俟，使容易改善之犯人，免去不必要受刑之苦，同時監獄費用，亦可節減也。

第二 假釋放之沿革

假釋放始於一七九一年英國殖民地オーストラリア，以流刑之囚人，留於島內，爲條件而釋放之。次依一八二九年及一八三三年之法律，與「囚人分類制」之採用，均爲對於最上級者之處遇。因而確立以取消爲條件之假釋放也。其後此制移入於本國，一方於アメリカ諸州，亦特殊發達。而由第十九世紀中葉於歐大陸諸國亦廣行採用。我國自舊刑法以來亦承認之。

第三 現行刑法之假釋放

現行刑法假釋放之要件，如次。

(一) 假釋放要受徒刑或禁錮之執行者。

(二) 處有期徒刑或禁錮者。要經過其刑期三分之一，處無期徒刑或禁錮者，要經過十年。

(三) 要有顯著悛悔之情者。有悛悔之情與否之判斷，頗為困難。實際上釋放後若無就正業之望者，不許假釋放。

(四) 以行政官廳之處分之。即許可與否，基於嘗該官廳之職權。

第四 假釋放法律上之性質

假釋放法律上之性質，學者間不無議論。或以此為通常之行政處分。或為恩赦之一種。或為行刑之延長。或為限制其形式的正義而欲實現具體的正義及相合之要求。尤其在惜自由刑執行之點，與執行猶預同其精神也。大體以最後之見解為妥當。而其合理的根據。祇依教育刑主義可能說明之。以行刑累進制與不定期刑制度必然的預定，三者為

不可分之一體也。

第五 假釋放之手續及假釋放中之取締

對於受刑者認為有應允許假釋放情事時，由典獄於普通法院所處斷者，向司法部大臣。於軍法會議所處斷者向治安部大臣聲請，因有大臣之許可允許假釋放。

由假釋放而解除拘禁。對其行動有一定之條件，其條件之主要者，（一）保就正業之善行，（二）受警察官署之監督，（三）對監督警察官署呈報關於職業其他生計，（四）轉移住居或為十日以上旅行時，請監督者之許可等是也。

第六 假釋放之失效及撤消

假釋放，因有一定之事由而失效及撤消。（一）假釋放中，因故意犯被處禁錮以上之刑時，假釋放失其效力。（二）假釋放中，就他罪應執行禁錮以上之刑時，得撤銷假釋放。（三）違反假釋放取締規則時亦得撤銷假釋放。

第七 效果

(一) 假釋放處分，失其效力，或被撤銷者。釋放中之日數，不算入於刑期。

(二) 假釋放應分不失其效力，或未被撤銷。自釋放之日起，經過左列期間者，免除殘刑之執行。

1. 無期徒刑者十五年。

2. 有期刑者殘餘刑期。

——刑法概要終——

