

行頒新最府國照依

論總學法刑

版初月四年十二國民

著方朱



版出社學政法海上

售經局書益廣

序

今人輒謂法律易學。刑法更易學。嗚呼。何其言之易易也。法律亦爲一種學問。非具有哲學科學之根抵者。決難道其隻字。且須熟諳歷史、地理、社會習慣、經濟狀況。而後始可左右逢原。不然者。必至扞格難行。故一部刑法。有白首研究而未能通其全者。吾人不必遠徵學說。卽一覽司法公報。觀乎各地法院請示司法院解釋之多。以及最高法院改正各級法院判案之衆。卽可知法律實未易言。而刑法亦實未易言。不然者。身居士師之位。對於法學。豈僅一知半解。而竟尙有如此其貽誤乎。是可見欲深造精詣。融會貫通。實非僅襲皮毛者所能。居恆與二三友人縱談。欲通法學。須先熟法學通論。法學通論。實爲研究法律之敲門磚。此門既開。然後按級而進。以研究各種法律之總論。卽以刑法言。使於總則一百零二條。一無心得。則雖將分則三十四章。一一爛熟於胸。亦無所用。蓋如何謂之爲犯罪。如何須處以刑罰。如何可減輕或免除其刑。如何須特別加重其罰。且同一犯

罪行爲也。而有罰有不罰。同一觸犯某條也。而有須處死刑者。有須處無期徒刑者。有僅處有期徒刑者。此皆一一規入於總則之中。苟於此而茫然不曉。必至笑柄百出。謬誤萬端。若先將總則一一瞭然於胸。則分則自可迎刃而解。卽有疑義亦一叩卽知。今之言法律者。往往舍本逐末。因果倒置。僅翻閱一二條文。卽斤斤也以通曉法律自命。甚且謂法律易學。嗚呼。何其言之易易也。吾友朱方大律師。於法學固極精湛。而又長於國學。縱筆所至。日可萬言。前已編著法學通論一冊。刊而問世。一紙風行。不經而走。其嘉惠於法曹者。正非淺尠。今又編纂刑法學總論十餘萬言。以疎暢條達之筆。敘縝密精細之學。洋洋灑灑。剖晰至精。於刑法之原理原則。以及中外比較。古今沿革。並一條一欸之末。靡不精博詳瞻。彼易言刑法易學者。得此一卷。當可恍然於言之非易。而起駟不及舌之悔也。於其刊布也。而爲之序。

中華民國二十年三月吳瑞書

例言

一 本書編纂。以日本隴川幸辰之刑法學總論爲根據。間參以岡田朝太郎。牧野英一。小野清一郎。大場茂馬等所著刑法學彙集各家名著。插取其長。其與吾國現行刑法有不合者。則概爲刪棄。

一 吾國現行刑法。多半承襲暫行刑律。且自有清迄今。將刑法草案。幾度修改。其歷次修改之理由。均極詳備。本書引以爲參攷之資料者。亦復不少。其外如九通上之刑法志。沈家本所著之刑法史。以及最近各書局出版之刑法學等。亦多用作參攷。藉資借鏡。

一 歷來大理院之解釋例判決例。以及司法院之解釋例。最高法院之解釋例。判決例實具有解釋刑法之無上權威。本書遇法文上有意義難明之處。卽以是爲根據。蓋是種解釋。爲有權解釋。足以拘束全國各級之法院也。

一 自民法頒布後。刑法上親屬之規定。發生動搖。所有宗親外親妻親等規定。

將失其根據。但在未經立法院修正前。仍屬絕對有效。本書因將民刑兩法歧異之處。一一爲之說明。俾閱者得一覽了然。不至歧誤。

編者才疏學淺。加以執行律師職務。事冗時迫。隨意揮寫。自知疵謬難免。貽笑方家。還乞高名。一指正。俾於再版時重行訂正。

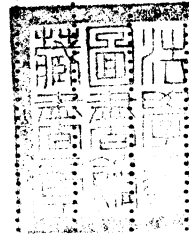
本書出版匆促。雖經一再校對。誤植脫落之處。在所難免。再版時當再爲校勘改正。務期盡善。

本書僅述刑法總則。現正編纂刑法學各論。啣接本書。成一完備之刑法學。計兩月可以殺青。如承見教。毋任歡迎。俾有遵循。得免謬誤。

目次

第一編 概論

第一章 刑法學之意義	一
第二章 刑法學與刑事學	三
第三章 刑法之意義	六
第四章 刑法之標的	七
第五章 刑罰權之根據	一〇
第六章 刑罰權之行使	一二
第七章 刑罰之適用	一六
第八章 刑法之沿革	一九
第一節 吾國刑法之沿革	一九
第二節 世界刑法之沿革	二四
第九章 刑法之學派	二七



第十章	刑法之種類	三一
第十一章	刑法之效力	三三
第十二章	刑法與國際法	四七
第十三章	刑法總則對其他刑事法規之效力	五〇
第十四章	刑法之解釋	五二

第二編 犯罪論

第一章	犯罪之意義	六五
第二章	犯罪之主體	六九
第三章	犯罪之客體	七二
第四章	犯罪行爲	七三
第一節	犯罪行爲之發生	七四
第二節	犯罪行爲之要素	七五
第三節	犯罪行爲之界限	七七

第四節	犯罪行為之種類	七九
第五節	因果關係	八〇
第六節	犯罪行為之階段	八五
第五章	犯罪之種類	九〇
第六章	犯罪之成立時日	九四
第七章	刑事責任	九六
第一節	責任能力	九六
第二節	責任條件	一〇五
第三節	責任阻却	一一二
第八章	違法阻却	一一二
第一節	正當防衛	一一二
第二節	法令上之行為	一一四
第三節	正當業務之行為	一二五
第四節	破壞自己法益之行為	一二七

第九章 未遂犯 一三〇

第一節 未遂犯 一三〇

第二節 不能犯 一三三

第三節 中止犯 一三四

第十章 共犯 一三六

第一節 共犯之意義 一三六

第二節 共同正犯 一三九

第三節 教唆犯 一四一

第四節 從犯 一四五

第三編 刑罰論

第一章 刑罰之意義 一四七

第二章 刑名 一四八

第一節 主刑 一四九

第二節	從刑	一五五
第三章	累犯	一五八
第四章	併合論罪	一六一
第一節	併合論罪之意義	一六一
第二節	實質上之併合罪	一六二
第三節	想像上之併合罪	一六六
第四節	連續罪	一六七
第五節	法規之競合	一六八
第五章	刑之酌科	一六九
第一節	刑罰輕重之標準	一六九
第二節	刑罰之加重	一七一
第三節	刑罰之減輕	一七二
第四節	刑罰之免除	一七五
第六章	加減例	一七六

第七章 緩刑	一七八
第八章 假釋	一八〇
第九章 時效	一八二
第十章 刑罰之執行	一六八
第十一章 刑罰之消滅	一八九

依照國府
最新頒行
刑法學總論

法學士朱方律師編著

第一編 概論

第一章 刑法學之意義

何謂刑法學。刑法學也者。以刑法爲對象而研究之法律學也。人在世界不能無組織。有組織矣。不能無社會。有社會矣。不能不爲維持社會秩序之故而有規約。此法律之所由生也。且人在社會不能不與交接。交接矣。不能不有來往。而爭執卽以隨之。有爭執矣。卽不能不有是非曲直。有是非曲直矣。卽不能不有物以判斷之。是亦法律之所由生也。蓋生民之初。草木榛榛。鹿豕狃狃。固無何種法律觀念也。浸至於有組織矣。有社會矣。則不能無所爭。有所爭矣。則羣集於賢且智者而聽其判斷焉。賢且智者。旣爲一羣所推戴。則不能不設法以持維之。告之以直而不改。則痛之而後畏。由是法律生焉。故地無中外。必先有刑法。然斯時之所謂刑法者。合民法及訴訟法而一之。凡一切公法、私法、實體法、程序法。無一不包含其中。混一而不分。僅有法律之觀念。而無公法、私法、實體法、程序法之分析。且其設立法律之主旨。悉取報復主義。殺人之父。人亦殺其父。殺人之兄。人亦殺其兄。漢高祖入關。與秦父老約法三章。卽言殺

人者死。傷人及盜抵罪。此即報復主義之表現。至於今數千年來。尙有殺人償命。借債還錢之語。是可見古來法律之性質與夫法律之效用矣。自法學進步。漸將法律分析。先將刑法與民法分其域。再將實體法與程序法異其途。同一不法行爲也。而屬於民事者。則以民法制裁之。屬於刑事者。則以刑法制裁之。例如故意傷人。一方負民事上之責任。使之賠償其損害。一方更使之負刑事上之責任。而予以罰則。蓋民事責任。僅在回復未損害前之原狀。使被害人因加害人所爲不法行爲而生之損害。得以填補。而刑事責任。則在確保國家之法益。使社會安寧秩序。不至於紊亂。一以保護私人權利。一以保護國家法益。其性質既根本不同。其法律亦緣之而異。而實體法與程序法。更截然異其效用。實體法者。所以定事由之是非曲直。而予以相當制裁之法律也。程序法者。所以確定訴訟之關係。如何提起。如何進行。如何消滅。以及如何執行實體法之所制裁。而顯其實體法之效力之法律也。其效用既迥乎不同。其法律自亦不可混而爲一。故民刑區分。界限甚嚴。而刑法與刑事訴訟法。亦全然各別。因之今日之所謂刑法學者。即僅僅以刑法爲對象。而用以研究之法律學也。

刑法學所研究之對象。既爲刑法。則凡刑法之所緣以生與夫刑法之所緣以用。均在刑法學研究之範圍。刑法之所緣以生。則爲犯罪。苟使無犯罪者。刑法即無由設。刑法之所緣以用。則爲刑罰。苟使犯罪而不加以刑罰者。刑法亦不必設。故刑法學也者。即於現行之刑法上。研究其犯罪與刑罰之原理。原

則及其適用也。如何而謂之爲犯罪。如何而謂之爲非犯罪。如何而應加以刑罰。如何而不應加以刑罰。以至犯罪之種類。刑罰之適用。悉在刑法學所應研究之列。蓋必如是。而後得明其意義。斷其性質。知其應用。故欲知刑法者。不可不先研究刑法學。

第二章 刑法學與刑事學

刑法學研究之範圍。本不盡於此。以廣義言。則凡犯罪之原因。與夫防止犯罪之政策。以及刑法上之立法主義。運用方針。皆在其範圍。今以狹義言。則刑法學。僅以現行刑法爲對象。而研究其犯罪及刑罰之原理。原則及適用。關於後者。則另屬於刑事學之範圍。故刑事學也者。卽研究犯罪之原因。與夫犯罪之預防。而定其立法主義及運用方針者是也。故刑法學與刑事學。實有不可分離之關係。且欲研究刑法學者。不可不先一明刑事學。否則必至知其然而不知其所以然。同一殺人也。何以刑罰有輕有重。同一姦淫也。何以刑法上有罰有不罰。此皆刑法學與刑事學上所應十分注意者。原來研究刑法學。不外三種。其一爲比較刑法學。卽以各國之刑法。綜合而比較之。以發見其異同。其二爲歷史刑法學。卽以古今歷代之刑法。彙核而比較。以發見其異同。此皆用以備立法者之參攷。且爲研究刑事學所不可少者。其三爲解釋刑法學。卽就本國現行之刑法。而爲之分條研究。以求其立法之原則及法律之適用。通常所謂之刑法學。卽屬於此。本書亦其一也。然欲求其立法之原則。卽不可不一求刑事學。蓋關於犯罪

之原因及犯罪之預防。皆至有關係也。

刑事學既在研究犯罪之原因與夫犯罪之預防。以定刑法之立法主義及運用方針。則與社會學、人類學、經濟學、教育學。皆至有關係。而一國之歷史、地理、宗教、風俗、習慣等。亦不可不為注意。自來言犯罪之原因。約分二派。其一為刑事社會學。其一為刑事人類學。所謂刑事社會學者。專以社會之良窳。為犯罪之原因。蓋以人類之行爲。不外受環境之支配。社會而良者。犯罪自少。社會而不良者。犯罪自多。而氣候之差別。人口之多寡。教育及實業之發達與否。悉與犯罪之原因。有不可分離之關係。富歲子弟多賴。凶歲子弟多暴。即由於此。以故都市人之犯罪。必多於鄉村。熱帶人之犯罪。必多於寒帶。亂時人之犯罪。必多於平時。富人多犯姦淫。貧人多犯竊盜。夏秋多身體犯。春冬多財產犯。此皆社會之環境。有以致之也。所謂刑事人類學者。則以人性為主。謂犯罪之原因。當求諸個人之狀況。人之生理作用。各不相同。因之其心理亦自各異。祖先之性質。恆遺傳及於子孫。以堯之子而生丹朱。以舜之子而生均。乃爲偶然之事例。餘則大都賢父兄則生賢子弟。不肖父兄則生不肖子弟。故明德之後。必有達人。而習慣性之犯人。雖未必悉受祖先之遺傳。而因種種事由。亦往往改易其性情。故犯罪之原因。當於犯人之自身求之。此二派主張。雖各有其相當之理由。然一則太偏社會狀況。一則太偏個人性格。應調和而折衷之。蓋遺傳之性雖極惡。而教育亦足矯正之。遺傳之性雖善。而生活亦足變易之。且也上智與下愚不移。環境雖

惡亦未嘗無出類拔萃之人。環境雖良，亦未嘗無桀傲暴戾之子。故研究犯罪原因，一方固須顧及社會狀況，一方亦須顧及個人性格。有因其本性而犯罪者，有不因其本性而犯罪者，萬不能偏於一方而爲獨斷立論也。

犯罪之原因。既由於社會之狀況及個人之性格，則進而籌預防之策，不可不卽以此爲根據。其犯罪之原因由於社會之不良者，則從改正社會入手。如教育之普及，實業之發展，皆爲必要。蓋教育普及，則人人有恆心，知廉恥，不至放僻邪恥，無所不爲。實業發展，則人人有恆產，足以自贍其生計，不至迫於飢寒爲非作惡。此皆爲一種犯罪預防政策。老子曰：民不畏死，奈何以死懼之。管子曰：食廩實而後知禮節，衣食足而後知榮辱。孟子曰：救死不贍，奚暇禮義。鼂錯曰：雖有高城深池，嚴法峻法，亦無所用。此皆灼見徒法之不能以自行，必須於刑法外別求預防之法。然此爲刑事社會政策，而非刑事立法政策也。蓋使果盡若是者，刑法亦無所用矣。刑法之設，蓋所以補社會政策之不足，而有非此不可者。故必須於刑事社會政策而外，更於刑法中求預防之方法。此卽所謂刑事立法政策也。亦卽立法主義也。古代立法主義，多趨重於鎮壓政策，所謂大法小廉，所謂殺一儆百，所謂刑期於無刑，所謂辟以止辟，所謂刑亂國用重典，皆由於是。故刑人必於市，所以使衆周知，而有所畏懼也。此種鎮壓政策，雖亦爲預防方法之一，然收效甚微。因改從鎮壓外之其他預防政策入手，一方厲行刑事社會政策，以減少犯罪之根本，一方

慎用刑事立法政策。以維持社會之安寧秩序。且感化犯罪人。使之愧悔。如刑法上規定刑之減免。刑之酌科。緩刑及假釋等。皆由是而來。

第三章 刑法之意義

刑事學既略知其大概。而後可進言刑法矣。刑法之意義。乃爲規定關於犯罪及刑罰之公法也。公法與私法之分。在法學通論中已詳言矣。而非本書之範圍。間言之。公法者。卽其法律之標的。在維持國家之法益。使社會安寧秩序。得以確立。而私法者。則爲保護個人之權利。與國家無關。例如有入於此。將他人之物故意毀損。一方因侵害被害人個人之權利。應用民法以爲之制裁。民法者。私法也。一方又侵害國家之法益。使社會安寧秩序。發生紊亂。應用刑法以爲之制裁。刑法者。公法也。故苟有觸犯刑法者。除親告罪外。人人皆得而告發。卽不爲告發。代表國家之檢察官。亦得依法檢舉。蓋刑法之被害人。並非受其害之個人。而實爲國家之法益。故以國家爲被害人。而以代表國家之檢察官爲原告人。決不許私人起滅自由。至刑法之本體。乃在對於犯罪之一定行爲而予以一定之刑罰是也。其行爲犯何種罪者。卽以何種刑罰懲處之。故何種行爲爲犯罪。何種行爲爲非犯罪。何種犯罪應懲治。何種犯罪得減免。皆一一明定於刑法。蓋刑法之實質。乃爲人類行爲一定之準則。其內容包含犯罪與刑罰二者。犯罪者。刑法之所緣以生。刑罰者。刑法之所緣以用。合此二者。乃成刑法。而此刑法學者。乃研究對於人類如何之

行爲始爲犯罪。以及對於犯罪人應加以如何之刑罰是也。若再分析言之。則刑法中又分總論與各論。總論者論其總則。各論者論其分則。故總則爲總論所研究之範圍。分則爲各論所研究之範圍。本書則專研究刑法總則者也。故曰刑法總論。蓋卽研究刑法上規定犯罪之意義及刑罰之意義。至何種犯罪應處何種刑罰。分別其界限。區畫其輕重。確定其種類。則在刑法各論範圍。茲不贅及。

法律上對於人類之行爲。計分三種。其一爲放任行爲。卽對於其行爲。概不加以干涉。作爲可。不作爲亦可。其一爲禁止行爲。卽對於其行爲加以禁止是也。苟不聽此禁止而爲之者。國家卽予以相當之制裁。其一爲命令行爲。卽對於其行爲。命令其必須作爲。苟不聽此命令而不作爲者。國家亦予以相當之懲處。刑法之實質。乃爲人類行爲之準則。一部爲禁止行爲。一部爲命令行爲。苟有觸犯者。國家卽依其規定。而予以刑罰。例如殺人放火。乃禁止行爲也。爲之者卽爲犯罪。犯罪者卽處以刑罰。依法令或契約所應扶養之人而爲扶養。此命令行爲也。苟不爲者亦爲犯罪。犯罪者亦卽處以刑罰。故刑法之實質。實爲全國人民一切行爲之準則。苟法有明文而人之行爲抵觸之者。不問爲積極之作爲。或消極之不作爲。皆爲犯罪。蓋一則觸犯禁止行爲。一則觸犯命令行爲。臧穀亡羊。其義則一。悉須予以國家之刑罰也。故刑法之意義。實爲規定關於人民犯罪及刑罰之公法。

第四章 刑法之標的

刑法之標的。是在維持國家之公益。使社會之安寧秩序。得以確保。何謂公益。公益也者。即國家法律上所保護之利益也。凡人民所受之利益。有正當者。有不當者。正當者則法律予以保護之。不當者則法律予以排除之。凡法律所保護之利益。即曰公益。公益有三種。其一為國家之公益。其二為社會之公益。其三為私人之公益。苟有侵害公益者。國家必以公力保護之。將侵害人予以排除。如僅為私人間之關係者。則受民法之制裁。或強制履行。或回復原狀。或損害賠償。若涉及公法者。則刑法上予以刑罰。故刑法之標的。專在維持國家之公益。使社會確保其安寧秩序。否則強凌弱。眾暴寡。社會之秩序。固為之以紊亂。而國家之生存。亦不可保。須知國家之所以成爲國家。不至凌亂無序者。全賴社會之安寧。使有人出而破壞之者。直接受其害者。雖似爲個人。然其害尙淺。而間接受其害者。即爲國家之自身。其害實大。蓋社會之安寧秩序。一日不可保。則國家之生命。亦一日可危。刑法者。即所以排除此破壞秩序之行為。以維持自己之生存也。故刑法之作用。並不在保護個人。而在保護國家自身。其保護個人者。不過爲法律之反射。非其本質也。唯其然。故刑事之原告人。除侵害私人公益得由被害人自行提起訴訟者外。均須代表國家之檢察官爲之。蓋唯國家。實爲犯罪之被害人也。不僅此也。刑法之標的。一方固在排除犯罪行爲。即破壞社會安寧秩序行爲。亦即侵害國家公益行爲。而一方即所以謀防止之政策。使不至有此等情事發生。申言之。刑法上之所規定。一面爲命令行爲。使之爲一定之符。爲一面又爲禁止行爲。

使之不許爲一定之作爲。故其處罰也。一面爲懲治已經發作之罪。一面又杜未來犯罪之發作。因之其
所用之方法。亦有二者。其一爲社會適合方法。其一爲社會排斥方法。所謂社會適合方法者。卽以國家
之權力。將犯罪人之利益剝奪。使之改過遷善。更施以適當之感化教育。以矯正其非社會性。使適合於
社會之生活。如有期徒刑、拘役、罰金、沒收等種種方法是也。然攷其原因。察其情節。苟認爲已臻此標的
者。卽予以寬宥。如減等、免刑、緩刑、假釋等是。若攷其原因。察其情節。雖經此一度懲治而猶不能收效者。
卽加重之以延長其感悟之時間。如累犯及併合論罪之加重其刑等是。所謂社會排斥方法者。卽以其
人具有絕大惡性。實無遷善改過之望。使再容留於社會。必至全社會蒙其不利。因此將犯罪人排斥於
社會之外。與社會永遠隔絕。不至再有破壞社會之事發生。如死刑及無期徒刑是。然苟有悔悟之誠意。
尙能容留於社會。不至再有破壞社會之行爲者。亦不妨採用社會適合方法。故無期徒刑。亦設有假釋
之條文。卽以此也。

在昔日法律學未發達以前。刑法與民法不分。凡對於道德上有虧者。對於私人間有損害者。對於
國家及社會有不利者。一律處以刑罰。直至後代。始漸漸分晰清楚。僅對於道德上有虧者。則以社會之
力及輿論之力制裁之。對於私人間有損者。則以民法制裁之。必對於國家及社會有危險卽所謂犯罪
行爲者。而後始以刑法制裁之。若僅於道德上有虧或僅於私人間有損。而於國家及社會無危險性者。

則國家儘可聽其存存。無須排除。故昔日刑法之標的。全採報復主義。並厲行鎮壓政策。其行爲愈不良者。使之受痛苦愈重。甚之罪及三族。罪及九族。卽犯罪人枯骨已朽。亦用戮屍之刑。使社會周知。九族胆寒。蓋其立法政策。全在鎮壓。一方取報復。一方取威嚇。若今日刑法之標的。與昔日全異其趨。重在防止。故一方取社會適合方法。使犯罪人有所感化。而自行悔悟其非。以遷善去惡。一方更取社會排斥方法。將惡性甚深者。與社會隔絕。不致再貽害於社會。而對於偶發性犯罪。激情性犯罪。以及先天性犯罪。習慣性犯罪。皆予以深切之注意。以期得當。庶合於刑法之標的。且罪不及孥。罪不及死者。無論如何窮凶極惡。犯罪人一經死亡。卽行消滅。蓋不必排斥而自排斥。且其人已死。又無須適合也。卽其人而在。依法加以刑罰。亦不過用社會適合方法。或社會排斥方法。以防止後日之再行犯罪。故重者剝奪其生命。輕者剝奪其自由。亦無須使之受何種痛苦。卽言痛苦。亦不過使之受精神上之痛苦。不受身體上之痛苦。蓋其標的。全在防止未來。不使之再爲害於社會。而非如昔日之使之身體上受有痛苦也。

第五章 刑罰權之根據

何謂刑罰權。卽處罰犯罪人之權也。此種刑罰權。唯國家得以有之。國家而外。皆無此權者也。原來國家由人民組織而成。故人民爲組織國家之要素。而人民之生命、身體、自由、名譽、以至財產。無一不需國家之保護。而國家欲維持自己之生存。對於人民正當之利益。應亦須特訂法律以爲之保護。蓋保護

人民之生存。卽保護國家自己之生存也。苟有人而違犯此法律。以侵害國家法律所保護之利益者。卽爲犯罪行爲。國家不能不處以適當之刑罰。是卽刑罰權也。古代社會。未有國家之形成。殺人者。人亦殺其人。傷人者。人亦傷其人。在在取報復主義。然人人相殺相傷。則冤冤無已。報之不息。其必至紊亂社會之安寧秩序。以破壞一羣之治安。故於國家形成而後。卽不許私人間互相報復。以刑罰權專屬諸國家。除國家外。不許何人得操此權。如是則人民之生存。得以安全。而國家之生存。亦不至岌岌不可保。此所以刑罰權必屬諸國家。而不許國家以外任何人得有此柄也。

國家有刑罰權之根據。其學說有四。其一爲神權說。謂刑罰權操之於神。唯神而後有此權。然神不能直接處罰人民。不得不假手於特定之人。此特定之人。卽爲一國之元首。故唯一國之元首。得操此刑罰權。蓋其權由神所授與也。故一國之元首。尊之曰天王。名之曰天子。其刑人也曰天討。曰天罰。卽由於是。其二爲社會契約說。此說盛唱於歐洲十八九世紀間。以爲社會之起原。實由於人民之集合。而此集合也。必本於一種共同之契約。國家之所以成。亦由於契約而來。刑罰亦爲契約中之一種。故國家得根據此契約以操刑罰權。其三爲自然說。此說乃繼社會契約說而起。以爲社會之起原。無所謂契約。乃全由自然之趨勢而成。由家以成社會。由社會以成國。事勢所迫。莫之能逆。當國家組織之初。必有一才且智者。出而主持一切。又恐徒善之不足爲政。於是頒行一種共同遵守之準則。令全體服從。苟違之者。則

設種種方法以痛苦之所謂告之以直而不改。必痛之而後畏。此卽刑罰權之所由發生也。故操此刑罰權者。初爲一羣之長。繼爲一國之元首。迨至今日。則由元首而變爲國家矣。其四爲實利說。以爲國家之組織。原爲謀公共之福利。故凡有福利於公共人民者。法律必設法予以保護。苟有觸犯之者。卽爲不利於公共人民。亦卽不利於國家。國家爲維持其自己之生存故。因以刑罰懲治之。俾善良者得有保護。此四種學說。第一種神權說。毫無根據。乃民智未開時代之一種臆說。所謂神道設教。卽以此也。第二種社會契約說。係神權說之反動。完全推翻一人專制者。世界各國之革命風潮。卽由是學說以起。然按諸實際。亦無甚根據。與神權說實相伯仲。雖其意義相反。而其爲無根據則一。第三種自然說。乃本諸歷史者。古代刑罰權之發生。實卽由是。然其所說明者。僅及於刑罰權之發生。而刑罰權之所以必操自國家。尙少相當之說明。而第四種實利說。卽緣是以發生。蓋使國家而無此刑罰權。或刑罰權而不操自國家。則必至於人相食而後已。安能保持社會之安寧秩序。而使國家永久不敝。故刑罰權之發生。實不能不推崇自然說。而刑罰權之所以必由國家操持。實不能不推崇實利說。兩者相合。乃爲刑罰權之根據。

第六章 刑罰權之行使

國家對於刑罰權之行使。各有其主義。此種主義。隨時代而變遷。大別之則有三者。其一爲報復主義與目的主義。所謂報復主義者。以爲刑罰之加。必與犯罪人之行爲成正比例。其損害於他人者。至如

何程度。則予以刑罰。亦至如何程度。縱不能盡行適當。使無毫髮之差。然犯罪人所受之痛苦。必與被害人所受之痛苦相等。蓋以此種刑罰。非國家加之。乃被害人加之。亦卽犯罪人自求之。國家不過代行其職權而已。故曰天作孽。猶可爲。自作孽。不可活。一方所以平被害人之氣。伸被害人之冤。而一方使犯罪人知所痛苦。予殺人子多矣。能無及乎。此實完全報復主義之表現。然此報復主義。又分三者。在最古時代。則假託於神意。此時民智盲塞。只神道可以鎮壓之。故其報復主義。爲神意報復。故祀神不敬。視爲罪大惡極之事。試讀歷史。夏啓之征有扈也。責以威侮五行。怠棄三正。而自謂躬行天之罰。商湯之始征也。以葛伯不祀爲藉口。在今日視之。誠不值一笑。而在當時。則固無敢非議者。自後民智漸開。神意之說。不足取信於羣衆。於是繼而爲道德報復。以人之犯罪。乃由於違反道德。故刑罰卽爲對此種犯罪之報復。如漢唐晉宋。皆以孝立國。以不孝爲罪大惡極之一。忤逆之罪。幾較殺人爲尤重。而姦淫之罪。又駭駭乎較竊盜爲更甚。最後道德之說。又不足以維持。於是更起而爲法律報復之說。故誣告或僞證罪。必處以反坐之罪。此卽報復主義之變遷也。所謂目的主義者。乃以刑罰爲對於犯罪人所加之一種防衛手段。以期保全社會之安寧秩序者也。故其人而有犯罪行爲者。不問其犯罪之原因爲何。其人平素之品性如何。一律加以相當之制裁。使之不至於再犯。蓋以此視爲治療犯罪之一種工具也。旣以刑罰爲治療犯罪之工具。故其用意。專在消滅犯罪。苟使犯罪得歸於消滅者。不必施以相當之報復。故有酌刑主

義之發生。此即目的主義也。其二爲事實主義與人格主義。所謂事實主義者。即以所犯之罪之大小輕重而定刑罰之寬嚴也。其所犯之罪小者。則所處之刑亦輕。其所犯之罪大者。則所處之刑亦重。故其刑罰之輕重。全以犯罪之結果爲衡。而其犯罪之原因如何。犯罪人平日之品性如何。皆不之顧。故對於偶發性犯罪與習慣性犯罪。不加以區別。所謂人格主義者。則刑罰之輕重。不以犯罪之結果爲準。而常以犯罪人之性情爲標準。其人而平日品性善良也。因偶發之事故。或激情之原因。致誤觸法網。陷入於罪。則雖結果甚大者。亦不加以罪責。使爲遺傳性犯罪。習慣性犯罪。則雖所犯之罪甚小。亦必以重刑處之。蓋其處罰也。不以犯罪之事實論。而以犯罪人之性格論。吾國昔日刑法上有所謂議賢議能議功者。雖未必與此人格主義全相脗合。然亦人格主義之一種表現也。故曰宥過無大。刑故無小。又曰刑不上大夫。其三爲感應主義。所謂感應主義者。即刑罰之輕重。專以犯罪人感懣力如何以爲準。即一方審查其犯罪之事實。一方又審查其犯罪人之性格。合雙方而攷驗之。以定其所處之刑罰。蓋即折衷事實主義與人格主義者也。例如有一士人於此。平日規行矩步。素抱懷刑之念。刻木爲吏。期不對。晝地爲牢。期不入。一旦乃因偶然之事故。其理性不能抑制其感情。而爲犯罪之行爲。則雖不加以相當之刑罰。亦必愧悔萬分。引爲奇恥大辱。故只須加以薄懲。即已收效。反之使其人而慣性暴戾。既無道揆。又無法守。甚者以違法爲榮。則一旦犯罪後。欲使之改過遷善。非加以甚重之刑罰不可。然事實有大小。又不能一概而

論。非然者。將人人自託於君子。而圖僥倖以一逞。則世無小人。刑法即可不必設矣。故數種主義中。要以感應主義爲最善。而近世刑法。亦皆以此爲根據。既不偏於事實。亦不偏於人格。緩刑假釋。減等。免刑。以及累犯等之加重。卽取是感應主義。

近代各國立法例。既多採取感應主義。則對於事實主義及人格主義。當然兼收並蓄。卽對於報復主義及目的主義。亦雙方兼納。兩世紀以來。歐洲方面。法學家已成新舊兩大派之爭執。舊派則堅持報復主義及事實主義。而新派則堅持目的主義及人格主義。於是感應主義。卽緣是而起。其所定法條。仍以事實主義爲原則。不能努力容納新派人格主義之主張。蓋刑法之主義。既在爲人類行爲之準。則則其所定刑罰之輕重。仍不能不以犯罪行爲爲準。其犯罪行爲大者。則處罰較重。其犯罪行爲小者。則處罰較輕。否則刑法將全失其意義。且使完全採取人格主義。則極其所至。勢必人各異其法律。不能預定之於條文。以科犯罪人。蓋行爲有標準。有一定。而人之性格。則千變萬化。而又甚難鑑別。其流弊所至。又勢必將全部刑法。拉雜而摧燒之一。任司法官之心證。而在人民方面。亦毫無可守之法。必至於人自爲政。若取事實主義以立法。則人民可一望而知。何者爲刑法上之禁止行爲。何者爲刑法上之命令行爲。故雖極主張新派者。亦不能不以舊派之事實主義爲立法標準。不過於事實主義之中。在在顧及人格主義。不至如舊派之完全舍棄人格主義。並犯罪之原因及犯罪人之性格亦不加一顧耳。

△ 第十七章 刑罰之適用

刑法爲人類行爲之準則。故不問何人。苟有觸犯之者。卽爲犯罪行爲。此所謂行爲者。不僅爲積極之作爲。卽消極之不作爲。亦在其列。苟有犯罪者。國家卽本其刑罰權以制裁之。此刑罰制度之原則也。但關於定犯罪與刑罰之方法。則其義非一。大概分爲三派。其一爲擅斷主義。法律不完成時代。大率皆取此主義。蓋以人爲治。全無準則。卽有之。亦簡陋不完。無一定之範圍。故何者謂之爲犯罪行爲。何者謂之爲非犯罪行爲。皆一任國家元首及官吏之主見。卽認爲犯罪行爲矣。應處以何種之刑罰。亦一任國家元首及官吏之主見。故同一行爲也。或以爲犯罪。或以爲不犯罪。同一犯罪也。或處以極刑。或處以輕刑。絕無訂法律以爲信守者。甚至反以訂法律爲大戒。夏作禹刑而民叛。殷修湯刑而德衰。鄭子產鑄刑書。晉叔向至馳書相戒。詆爲罕氏必先亡。故一切犯罪與刑罰。皆無準則。唯恃一二人之擅斷。而此一二入者。或因時制宜。或喜怒不測。例如飲酒細事。也不涉於刑法。且亦決非刑罰之所得加。然而周武王之誥康叔。竟命其羣飲汝勿佚。盡執拘以歸於周。在今日視之。不幾大足駭人乎。此卽因時制宜也。而以喜怒爲愛憎。以愛憎爲好惡者。更數見不鮮。故擅斷主義。決不能得其公平。一至法律完成時代。卽已棄之如土芥。不足供法學家之一快。其二爲絕對法定主義。此與擅斷主義相反。事事規定於法律。犯何罪者。卽處以何種之刑。絕對不許官吏有自由裁量之餘地。然果如是者。又必窒礙難行。一則犯罪之狀況不

一。法條雖極繁密。終有疏漏之處。若曲爲遷就。必使合於一定不變之法條。又必致削足適履。或失入。或失出。欲求其平。而卒不能平。否則犯罪之原因不一。同一殺人。而有謀殺。故殺。誤殺。過失殺之分。同一竊盜。有因貧而犯者。有因利而犯者。有習慣性犯者。法律勢難一一預定於條文之中。故有事極可誅。而其情可憫者。亦有其情可誅。而其事極輕微者。於人格主義。又多牴觸。故絕對法定主義。必至窒礙。而不能行。其三爲相對法定主義。此則折衷擅斷主義及絕對法定主義而來者。在事實上亦自古及今皆如是者。一方矯正擅斷主義之失。一方又免除絕對法定主義之弊。故相對法定主義。實爲有利而無害者。其方法若何。卽由立法者制定一種適當之範圍。任官吏於此範圍之內自由裁量。既不致有擅斷之虞。亦不至有窒礙難行之慮。其情可憫者。則於一定範圍之中。不妨擇其最輕者而處之。其情可誅者。則於一定範圍之中。亦不妨擇其最重者而處之。例如刑法第二百八十二條。「殺人者。處死刑。無期徒刑。或十年以上有期徒刑。」如其情可憫者。則處以十年以上之有期徒刑。其情可誅者。則處以死刑。屆乎其中者。則處以無期徒刑。在此範圍之中。可由司法官自由裁量。庶與事實主義及人格主義。兩無所背。蓋同一殺人。而其情千差萬別。人之行爲。既不能盡同。則處以刑罰。亦當然不能一律。用此相對法定主義。庶無畸輕畸重之弊。蓋一方有範圍以爲之限制。不致流於擅斷。一方又可隨其罪狀。以爲伸縮。不致悉受其拘束。是實刑罰制度之最良者也。

吾國刑法對於刑罰制度。固取相對法定主義。然猶恐流入於擅斷。故開宗明義第一條。卽爲之規定。「行爲時之法律。無明文科以刑罰者。其行爲不爲罪。」卽此可知司法官對於人之行爲。在刑法上非有明文規定科以刑罰者。卽不在犯罪之列。縱社會認爲窮凶極惡。人人得而誅之者。苟法無明文。卽不得妄視爲犯罪行爲。而加以刑罰。故刑法解釋。應取嚴格主義。不許比附援引。於法律外科人以刑罰。蓋其行爲。並非犯罪行爲也。且有時明明爲犯罪行爲。律有明文。苟合於某種條件者。亦認爲其情可憫。而不加以刑罰。如刑法各條中所規定之「不罰」或「免除其刑」。卽屬於此。務使司法官於自由裁量之中。仍不得越出範圍。吾國昔時法律。有一極大弊病。卽形式取絕對法定主義。而其實則取擅斷主義。遠者勿論。卽以前清之現行刑律言之。觀其條文。則罰則悉有一定。絕無司法官伸縮之餘地。如處八等罰者。不得處以九等罰。處十等罰者。亦不得處以九等罰。絕無自何等至何等者。果使司法官而果守法不阿。必處處捉襟肘見。有窒礙難行之處。然一攷實際。則又似採取擅斷主義。對於人民。得擅施敲扑。而真正犯罪之人。反有幸而獲免者。遇喜則矜其情於法中。逢怒則求其罪於事外。所愛則出其毛羽。所惡則剔其癥垢。絕無一定之準則。馴至知有人而不知有法。上下其手。文致周內。此豈悉由於奉法者之不善。立法政策之不盡良。亦有以促成之也。故今日一矯此弊。去其短而留其長。採取最新之相對法定主義。庶昔日弊政。悉可蠲除。而於感應主義。亦絕無舛注。

第八章 刑法之沿革

第一節 吾國刑法之沿革

吾國刑法。在唐虞以前。不可攷矣。其首先見於史者。爲尙書中之舜典。所謂「象以典刑。流宥五刑。鞭作官刑。扑作教刑。金作贖刑。眚災肆赦。怙終賊刑」是也。自來釋經者。對此多不一其辭。而所謂五刑者。又指所犯乎。抑指所罰乎。而周官之所謂五刑。更是否卽爲唐虞時代之所謂五刑。此皆不可攷矣。至其詳細之規定。更無可搜索矣。再以當時事實言之。舜典中所載之語。當然爲一種文告。卽陳典刑之義。以告天下之人民。其外更必有詳細之規定。決不至卽此了了數語而已也。「流共工於幽州。放驩兜於崇山。殺三苗於三危。殛鯀於羽山。四罪而天下咸服。」所犯何罪。不可得而知。想亦必有犯罪之事實。所犯之法條。曰殺曰殛。當然在五刑之中。卽今之所謂死刑。而曰流曰放。當卽所謂「流宥五刑」者。本治以五刑之罪。以其情尙可原。故特不將五刑執行。而僅放流於遠地。卽後世之所謂充軍發邊也。且是時立法政策。已不盡採報復主義。而參用目的主義。不盡取事實主義。而間用人格主義。所謂「刑期於無刑」。所謂「宥過無大。刑故無小」。在在表見其注重於預防政策。而「眚災肆赦。怙終賊刑」。二語。卽開後世初犯緩刑及累犯加重之制度。是時在歐洲各國。尙不見有何法律。卽後此數世紀。其法律亦絕無如此之合於刑法標的者。是亦吾國民最可光榮之事。足以向世界自豪者也。夏商之世。其文不詳。其見

於書者。僅湯之三風十愆。然此爲懲治官吏之用者。實今之官吏懲戒法。官吏服務令。不得謂之爲刑法。迨至有周。其制稍詳。其見於周官者。則以大司寇掌三典以佐王。刑邦國。詰四方。所謂三典者。刑新國用輕典。刑平國用中典。刑亂國用重典。又以五刑糾萬民。所謂五刑者。指犯人所犯之罪。分野刑、軍刑、鄉刑、官刑、及國刑、野刑上功糾力。軍刑上命糾守。鄉刑上德糾孝。官刑上能糾職。國刑上惡糾暴。更以司刑掌五刑之法。此所謂五刑者。乃指國家對犯罪人所處之罰。一曰墨。二曰劓。三曰剕。四曰宮。五曰大辟。大辟卽今之死刑也。墨者刺其面。使之守門。劓者割其鼻。使之守關。剕者刖其足。使之守園囿。宮者閹其勢。使之守王宮。又以小司寇以五聲聽訟。所謂五聲者。一曰辭聽。聞其出言。不直則煩。二曰色聽。觀其顏色。不直則赧。三曰氣聽。觀其氣色。不直則喘。四曰耳聽。觀其聽聆。不直則惑。五曰目聽。觀其眸子。不直則眊。此則聽訟之方法。且許司法官對於犯人。得採用自由心證。有罪者則以五刑治之。次則置於圜土。圜土則今之監獄也。其悔而改過者。置之鄉里。上罪三年而舍。中罪二年而舍。下罪一年而舍。此卽後世緩刑及假釋之所自昉。其後周道中衰。穆王命呂侯作呂刑。墨罰之屬千。劓罰之屬五百。宮罰之屬三百。大辟之屬二百。五刑之屬三千。其言雖不可得而詳。想必犯罪行爲也。卽屬於墨罰者。其行爲五千。屬於劓罰者。其行爲有五百。屬於宮刑者。其行爲有三百。屬於大辟之罰者。其行爲有二百。合計之則爲三千。是時民刑不分。又無普通法特別法之殊異。約計之當須若是。其後又

於此五刑外加以流贖鞭扑四刑。合爲九刑。此周代之法制也。洎乎戰國。魏李悝始著法經六篇。是實吾國刑法專篇之鼻祖。六法者。其一監法。其二賊法。其三囚法。其四捕法。其五雜法。最後則爲具法。具法者。今刑名也。亦卽今日之刑法總則也。囚法與捕法。則包含今之監獄法及刑事訴訟法。雜法則除盜賊外。之一切刑罰。其後商鞅因之以變法。李斯因之以定刑。又加抽脅鑊烹之制。漢興令蕭何定律。蕭何卽本秦法作律九章。蓋於李悝六法以外。更加以事律、擅興、及廢戶三篇。合爲九章。其後叔孫通增附律十八篇。趙禹朝律六篇。張湯越宮律二十七篇。共爲六十篇。至呂后之世。除三族之罪。文帝又除肉刑。廢同坐。將墨劓刑三刑。易以鞭笞。然宮刑仍在也。至景帝時。更將笞數減省。五百者改三百。三百者改二百。其後又減爲一百。並將笞背易爲笞臀。光武中興。用郭躬陳寵之輩。於嚴刑多所減削。三國時魏明帝定魏律十八篇。較蕭何九篇倍之。其所增者。爲刳殺、詐僞、毀亡、告劾、繫訊、斷獄、請賊、驚事、償贓。而改具法爲刑名。冠於其首。晉武帝又定晉律。就漢蕭何九篇增加十一篇。計爲二十篇。更將刑名分析爲刑名及法例二篇。凡六百三十條。降至南北朝。梁武帝定梁律二十篇。陳武帝定陳律三十篇。後魏則定魏律三百七十七條。北齊定齊律十二篇。將刑名與法律二篇。合而爲一名。曰名例。冠於篇首。後周定大律二十五篇。至隋一統南北。文帝定律十二篇。爲五百條。廢除宮刑。分刑名爲死刑、流刑、徒刑、杖刑、及笞刑五種。於此古代之所謂五刑。除大辟外。一例廢除矣。計死刑二。一曰絞。一曰斬。流刑三。自一千里至二千里。徒刑五。自一

年自三年杖刑。自六十以至一百五十。笞刑。自十以至五十。又定十惡之條。爲謀反、謀大逆、謀叛、惡逆、不道、大不敬、不孝、不睦、不義、內亂十者。又定枷杖程式。至所謂十二篇者。一名例。二衛禁。三職制。四戶婚。五廐庫。六擅輿。七盜賊。八鬥訟。九詐僞。十雜律。十一捕亡。十二斷獄。是仍包括民事刑事以及訴訟法。監獄法等。在內。後至煬帝。又將律令修改。除十惡之條。並增十二篇爲十八篇。曰名例。曰衛宮。曰違制。曰請賊。曰戶律。曰婚律。曰擅輿。曰告劾。曰賊律。曰盜律。曰鬥律。曰捕亡。曰倉庫。曰廐牧。曰關市。曰雜律。曰詐僞。曰斷獄。唐興而後。因隋煬帝之舊。爲十二篇。太宗時。又加以修改。計三十篇。爲一千五百九十條。高宗時。又令長孫無忌等撰律疏三十卷。卽今日所傳之唐律疏義也。此疏義效力頗宏。直至清季。沈家本徐謙等撰修現行刑律。仍多因之以作根據。唐亡而後。宋元皆因之。至明太祖則極注意於此。更定大明律。其篇目仍因唐律。計三十篇。爲六百零六條。至後更以司法官引用不便。爲之編類頒行。減至四百六十六條。第一爲名例。合刑名及法例爲一。計四十七條。次曰吏律。爲二篇。計分職制十五條。公式十八條。次曰吏律。爲七篇。計分戶役十五條。田宅十一條。婚姻十八條。倉庫二十四條。課程十九條。錢債三條。市廛五條。再次曰禮律。爲二篇。祭祀六條。儀制二十條。再次曰兵律。爲五篇。宮衛十九條。軍政二十條。關律七條。廐牧十二條。郵驛十八條。再次曰刑律。爲十一篇。盜賊二十八條。人命二十條。鬥毆二十二條。罵詈八條。訴訟十二條。受贓十一條。詐僞十二條。犯姦十條。雜犯十一條。捕亡八條。斷獄二十九條。最後爲工律。計

二篇。營造九條。河防四條。此外更有十惡及八議。十惡與隋律相同。八議者。仿自唐律。蓋同於周制。卽議親、議故、議賢、議能、議功、議貴、議勤、議賓是也。凡犯罪人而合此八議中條款之一者。流罪以下。減一等處罰。如死刑則須先奏請議。議定奏裁。但如所犯之罪。爲十惡中之一款者。卽依法處罰。毋須請議。此皆沿隋唐律之舊文。其外又代箠背以杖臀。且數不過百。易黥面爲刺臂。又僅限於盜賊。罪輕者更可聽其贖。作或贖錢。不必身入囹圄。且又加荷校之制。並於死刑之下。增入徙邊戍邊及永戍三者。後有清入關。沿明之舊。唯酌加增撰。定大清律四百三十六條。其分類一仍明律。至康熙時。重加修訂。於律外更附以一千四十二條之例。卽今日所謂大清律例是也。律則一成不變。而例則可因事增入。至嘉慶朝。又增爲一千五百七十餘例。所謂例者。卽先例也。蓋以律旣一成不變。而或情有可原者。事有可議者。不便盡依律文處斷。則由司法官斟酌於律文。而奏請議處。一經奏可。卽爲成例。故斷罪之法。有例者卽可不引律。如更有單行法者。則又不引例。以今日言之。其有例而不引律者。卽後法優於前法。其有單行法而不引例者。卽特別法優於普通法。蓋例之設立。名雖輔律。實則卽嫌律之不足。而另行設例以規定之。故有例卽可廢律。不過在專制君主時代。以事關先皇先帝。爲之子臣者。未便嘗議。故爲之曲說如此。實則卽後法頒而前法廢也。至其刑罰。則完全與明相同。且亦不出隋唐窩日。所謂五刑者。爲笞杖流徒及死。而死之中。除斬及絞外。又加以凌遲。流之外。更有發遣及充軍二者。發遣則指有一定之地。而充軍則臨時定之。

分附近、近邊、遠邊、烟瘴、及極邊之別。又贖刑亦分收贖及納贖二者。收贖明定於法律之中。而納贖則實重臨定。且死刑又分立決與監候二種。立決則一經上奏。苟認爲無誤者。卽將行文發回。予以執行。而監候則必經秋審。所謂秋審者。卽須屆秋日。始由刑部開單上奏。而十案中卽准予執行者。猶不過半數。其未准者。則須俟來年秋日。再行上奏。如三次未經核准。得減一等。故立決則必死無疑。而監候則尙有一緩生路。流刑分三謂之三流。有二千里者。有二千五百里者。有三千里者。徒刑則分五。謂之五徒。有一年者。有一年半者。有二年者。有二年半者。有三年者。至充軍則附近爲二千里。近邊爲二千五百里。邊遠爲三千里。烟瘴與極邊。皆爲四千里。杖與笞亦分五等。杖則由六十以至一百。笞則由十至五十。每等加十。至有清末造。從事革新。因有修訂法律館之設。由沈家本主其事。又將大清律例從事修改。去其太甚。如凌遲、梟首、戮屍、刺字等項。一律刪除。且取罪不及孥主義。凡緣坐之條。一體刪去。是爲大清現行刑律。是時新刑律草案。亦告厥成功。上奏後發交各部及各省督撫簽議。當時新舊家之爭執甚烈。反對者幾於遍地皆是。最後彙集羣言。交修訂法律館覆議修正。再交憲政編查館核定。至宣統二年。交付資政府通過。同年十二月二十五日公布。定四年施行。乃未及期而民國成立。因由臨時參議院議決。將新刑律中與民國國體牴觸者加以刪除。更名爲中華民國暫行新刑律。於元年三月三十日公布施行。

第二節 世界刑法之沿革

世界各國之刑法。其在羅馬以前。不甚可攷矣。是時約在西歷紀元前四五百年。適當吾國周末。吾國刑法。在唐虞時已燦然大備。至周更漸精密。且已參用目的主義及人格主義。而歐西則是時尙無所謂法律。希臘雅典斯巴達強盛時代。雖粗有刑制。然極不完備。直至羅馬。始有十二銅標。將法律揭示於銅標之上。使衆周知。正如吾國春秋時代鄭子產鑄刑書之意。十二銅標之公布。相傳在紀元前四百五十一年。即在羅馬建國後三百零三年。其內容包括民法、刑法、及民刑訴訟法。此亦與吾國相類。蓋此時法律思想。極爲幼稚。無公法與私法之區別。更無實體法與程序法之分類。此銅標已毀於兵燹。原文不可攷。據後世傳述。則第一爲提傳程序。第二爲審問程序。第三爲執行程序。第四爲家長權。第五爲繼承及監護。第六爲所有權及占有。第七爲不動產。第八爲私犯法。第九爲國法。第十爲宗教法。第十一爲第一標至第五標之補遺。第十二爲第六標至第十標之補遺。但內容如何。已無從查攷矣。即其內容之是否如是。亦無從證實矣。羅馬以降。歐洲卽呈四分五裂之象。各國競起。直至於今。列國十數。各自爲政。然其源皆出自羅馬。不過參酌時勢。以爲損益耳。猶之吾國法律。在民國以前。自隋唐迄於有清。皆未有重大改革。蓋法律爲適應社會之具。社會不變。法律亦不變。所謂所損益。可知也。歐洲各國。雖各有其法。而要皆沿羅馬之舊。不過隨時勢以爲移轉。約計之。則可分爲三大時期。第一時期在十八世紀法蘭西大革命前。各國法律。皆取報復主義及威嚇主義。且採擅斷主義。大概世際清平。競爭不烈。而又遇賢明寬厚。

之君主。則取報復主義。犯何種罪名。卽處以何等之罰。務使雙方各得其平。而一遇暴君污吏。又當競爭猛烈之際。則取威嚇主義。在上者欲民之不叛。日肆其嚴刑峻法。而教皇專政時代卽所謂黑暗時代。尤爲慘無人道。苟稍陷於嫌疑。卽治以極刑。或釘死。或燒死。蓋其處罰也。不僅達其適當之罪。更於適當之罪外。加以殘酷之罰。使人民咸知所畏懼。正與吾國秦始皇時代無異。故人民生命身體財產之生殺予奪。皆一任諸教皇君主及一二官吏之手。第二時期。則爲法蘭西大革命後至十九世紀產業革命前。各國人民。悉厭惡教皇及君主之專橫。紛起革命。於是人權思想。日臻發達。所謂社會契約說。風靡一時。甚至否認國家有刑罰權。蓋完全爲威嚇主義之一種反動也。勦力愈甚。反勦力亦愈甚。一改從前之所爲。而矯枉過正。處處主張省刑罰。且不許官吏上下其手。而改用罪刑法定主義。規定人類如何行爲。始爲犯如何之罪。而後加以何種之刑罰。於是刑法法典。漸見告成。然其刑罰太見寬鬆。昔之認爲犯罪者。今多認爲自由行動矣。昔之應加以嚴刑者。今多予以薄懲矣。然因此犯罪益多。全無效力。第三時期。在十九世紀產業革命後。各國法學家。知舊法之不足利於公衆。漸漸起而改革。在在以科學爲根據。不尙空談。必求實益。而同時犯罪心理學及犯罪人類學。研求日精。而社會學亦突飛猛進。於是立法主義。一改舊觀。一方努力主張預防政策。以保社會之安寧秩序。一方更採取人格主義。在在探查犯罪之原因。及犯罪人之性格。既從事於預防。則昔日之威嚇主義。尙有一顧之價值。未可全然吐棄。既採用人格主義。

則一方宜施以刑法外之預防政策。一方亦不可不慎刑。故斟酌情勢。因時制宜。而有今日之法制。且採用相對法定主義。使司法官不至於窒礙難行。又歐洲各國法制。大概分英美系及大陸系。英美系則處處依時勢而為變遷。無一成不易之法典。凡地方上之習慣。法學家之學識。司法官之判決例。悉可隨時視為法律。而資應用。若大陸系則重視法律條文。不能隨時隨處增損。故不問法蘭西、德意志、俄羅斯、意大利以及各國。莫不具有燦然之法典。即欲有所改革。非經過修正程序不可。

第九章 刑法之學派

刑法之學派。計有二者。其一為德意志學派。其一為意大利學派。此二國學派。實相對立。其根本理論。全然不同。在德意志學派。則以康德及黑格爾之哲學為背景。為形而上學派。亦名理論學派。在意大利學派。則以自然科學為基礎。另成一種實證方法。故為實證學派。適與德意志之理論學派。處於對立地位。要之一。則以哲學為根據。一則以科學為根據。一則重理論。一則重實證。於是德意志學派所研究者。多為刑罰之作用。而意大利學派所注重者。則為犯罪之原因。德意志學派中。更分康德派及黑格爾派。意大利學派者。亦分龍波洛梭派、菲里派及加爾法羅派。今日各國刑法之基礎。實皆由此德意志及意大利兩學派之學派而來。即吾國今日刑法。亦不能脫其窠臼。茲分別言之如左。亦研究刑法者所不可不知者也。

其一德意志學派。德意志學派。重在刑罰之作用。以爲刑罰也者。乃對於犯罪人之報應。苟有犯罪者。卽由國家科之以痛苦。因是刑罰之爲用。或在威嚇犯人及一般之社會。或在改善犯人使之有所畏懼忌憚。或對於犯人使之永久失其犯罪之機會。其中更分康德學派及黑格爾學派。康德對於刑法。處處求之於實踐理性之無上命令。而其基礎則由社會契約說而來。以爲社會之成立。由於各人訂結契約而來。其契約之最要標的。則爲各人不得互相侵犯。此種契約。卽爲實踐理性之無上命令。苟違反此命令者。卽處以刑罰。其所施刑罰之輕重。則視其犯罪程度而定。傷人目者。償以目。傷人齒者。償以齒。蓋非此則不足以使人有所畏懼忌憚。且無以維持社會之安寧秩序也。故刑罰之加。非他人加之也。亦非國家加之也。乃以違反社會契約故。依社會契約之規定。而加以刑罰也。原來人絕對自由者也。以維持社會秩序故。不得不訂立社會契約。其內容係各人於絕對自由之中。拋棄其一部分之自由。以貢獻於社會。而綜合此各人所拋棄一部分之自由。以維持社會之安寧秩序。從而有刑法之制定。故刑法也者。一方面由各人拋棄其自由以維持全社會。一方面確定人民之自由。使他人不得任意侵犯。是以刑法之本質。實爲一種實踐理性之無上命令。此康德之學說也。其後繼此而起者。則爲費爾巴黑。其於所著刑法論中。頗有說明。以爲國家也者。保護各人相互自由之一種共同團體。苟有侵害者。卽爲違反國家。國家基於理性之要求。不得不設有強制制度以範圍之。此種強制。有由外部而來者。有由內部而來者。

外部之強制。即於權利被侵害以前。努力設法防止。而於被侵害以後。則予侵害者以痛苦。然事前不能預知。事後又無補於被侵害者之痛苦。因於外部強制而外。更不能不有內部強制。所謂內部強制者。即使一般人預知犯罪後應受痛苦。而自行抑制其犯罪性。蓋即於威嚇主義之中。寓有預防政策。其理論之出發點。全然與康德相同。不過康德不認刑法有何種之目的。僅爲一種報應主義。使犯人有所畏懼。忌憚。以維持社會之秩序。而費爾巴黑則認刑法爲有目的者。其目的在預防犯罪之發生。故其作用。在抑制人類自然之本能。使之不敢爲犯罪之行爲。此則稍有差別者也。黑格爾對於刑法。以哲學爲基礎。而成一種辯證方法。辯證方法。爲社會進化之思想。用正反合三者而成。故其對於刑罰。認爲因恢復社會秩序之必要而始有此要求。蓋人之相處。所以能安然無事。權利不至於任意被人侵犯者。以有社會秩序也。苟一旦有以侵害之。社會秩序。卽爲之紊亂。一經紊亂。卽至於人相食。無復有社會之可言。必不能一日存在。因欲恢復社會秩序計。不得不有刑罰之設。故刑罰也者。不過爲恢復社會秩序之一種要求。其後刑法上之時效制度。卽從黑格爾此種學說而來。蓋使社會秩序業已恢復。刑罰卽無所用也。後此繼黑格爾而起者。則爲科爾。科爾之學說。全然代表黑格爾學派。但其對於刑罰。又較多一概念。卽認刑罰之作用。除恢復社會秩序外。更含有贖罪主義。其意卽一方面所以恢復社會秩序。一方面又使犯罪人因受刑罰而得以自渝其惡。

其二意大利學派。意大利之刑法論。多其自然科學爲出發點。其最著爲三人。其一龍波洛梭。其二菲里。其三加爾法羅。龍波洛梭爲大醫學家。以醫學上之實證方法。應用於刑法。於一八七六年著有「犯人」一書。專以犯人之心理生理爲研究。一時全世界大受震動。其意以爲犯人之精神與肉體。大率與普通人相異。即在外。亦有一定之特徵。是即所謂犯人型。此種犯人。不僅自身易於犯罪。卽一傳再傳而後。因隔世遺傳之故。有再現於其子孫者。其子孫受此遺傳。亦易於犯罪。苟稍有刺戟。卽發見其本性。不惜自陷羅網。故對於犯人不應加以刑罰。應先研究犯人之性質。今之所謂刑事人類學。卽由是而起。蓋其犯罪也。非由其人之作用。而實由於病之作用。既由於病之作用。只可療治。不可刑罰。今日各國刑法之參用人格主義。特定加重、減輕、免除、緩刑、假釋等之規定者。全由於是。菲里之學說。與龍波洛梭雖同一用自然科學。以爲實證之方法。然其中心。則不在犯人而在社會。一八二二年。刊有「犯罪社會學」一書。風靡一時。此卽後世所主張之刑事社會學也。而刑事社會政策。卽由是而起。振興實業以救窮。普及教育以養性。發展經濟以致富。悉以刑法外之政策。預防犯罪之發生者。原來菲里之意。人非生而好犯罪者也。必環境有以迫之。先之以受氣候及風土之影響。繼之以受政治組織及經濟狀態之現象。富歲則子弟多賴。凶歲則子弟多暴。居移氣。養移體。故犯人之個人原因。誠亦占犯罪原因幾分之幾。然使無環境有以迫之。亦不至陷入於犯罪。故犯罪之原因。端在社會之必然現象。欲防止犯罪。應於社

會情狀着手。不能徒以注重犯人個人之性格爲畢事。加爾法羅則折衷於刑事人類學及刑事社會學。而合而爲一。以研究刑法之性質。其於一八八五年出版「犯罪學」一書。極負盛譽。爲後世感應主義之鼻祖。蓋一方極承認龍波洛梭之學說。凡對於具有犯人型之犯人。應予以同情。爲適宜之處置。一方面更採取非里之學說。承認社會狀況之足以增損犯罪。而爲相當之改善。其刑罰之所加。必使犯人能受其感應。質言之。卽以其感應之多寡而定刑罰之輕重。故此意大利學派。實爲刑法學上之一大進步。而此三人者。尤爲刑法學上之三大偉人。由哲學上之概向而移於自然科學。由犯罪中心思想而移於犯人中心。由事實主義而移於人格主義。繼往開來。前無古人。至於今言刑事學者。不能不首推此意大利之三學派。其有功於刑法學者。誠不爲少也。且此三派之學說。在形式上或不盡同。一則以犯罪人類學爲要素。一則有犯罪社會學爲基礎。一則以犯罪法律學爲本質。而一攷其因。則實一貫而來者。各有其特色。而各不可偏廢。厥功正相同也。

第十章 刑法之種類

刑法之爲義。乃在規定犯罪與刑罰二者。卽人類何種行爲。謂之曰犯罪。犯何種罪者。應加以何種之刑罰是也。故刑法爲人類行爲之準則。苟其法律爲規定犯罪與刑罰者。皆得稱之曰刑法。但茲所謂刑法者。乃指政府於十七年三月十日正式公布同年九月一日正式施行之中華民國刑法。其外一切

規定犯罪與刑罰之法律。皆不在內。原來刑法有普通刑法與特別刑法之分。又有形式刑法與實質刑法之別。前者以其適用範圍而異。後者因其所處地位而異。尋常所謂之刑法。即專指普通刑法而言也。茲將刑法之種類。詳述如左。

其一普通刑法與特別刑法。普通法與特別法之分。不僅刑法爲然。其他法律。亦多有之。其詳應於法學通論中言之。茲所言者。乃指刑法之普通法與特別法而已。普通刑法。即其法之效力。苟在一國主權之下。不問爲何省何縣。爲農爲工。皆得適用。質言之。中華民國之刑法。其效力及於中華民國全國人民。近自首都。遠至極邊。上自國民政府中央委員。下至一介細民。其一切行爲之爲犯罪與否。以及犯罪後應加以何等之刑罰。皆適用刑法之規定。所謂特別法者。乃其效力或僅適用於特定之某一區域。或只適用於特定之某一種人。或只適用於特定某一時期。或只適用於特定之某一事項。非適用於全國人民也。故普通刑法與特別刑法之分。有以地爲標準者。有以人爲標準者。有以時爲標準者。有以事爲標準者。吾國無殖民地。更無特種區域。故關於地之標準。尙屬罕見。若以人爲標準者。如陸海空軍刑法。如其產黨人自首法。如黨員背誓罪條例等皆是。若以時爲標準者。如戒嚴法是。蓋戒嚴法專用於戒嚴時期。一經解嚴。其法即不適用。若以事爲標準者。如反革命治罪條例。如懲治土豪劣紳條例。如懲治盜匪暫行條例。如懲治綁匪條例。以及禁烟法等皆是。此種刑法。其效力不能及於全中華民國之人。

民。或只限於某一種人。或某一種事。或某一種時。且使特別法而未有規定者。仍適用其普刑法。且特別法例無總則。皆適用普通刑法之總則。例如何謂未遂罪。何謂共犯。何謂累犯。如何應予加重。如何應予減輕。以及加重或減輕之辦法。悉依普通刑法之規定。至普通刑法與特別刑法規定不同之點。則有二。其一爲普通刑法所無而特別刑法有之者。其一爲普通刑法之規定與特別刑法之規定不相同者。卽以普通刑法中之搶奪及強盜罪。與懲治盜匪暫行條例及懲治綁匪條例相較。卽可見其一斑。

其二形式刑法與實質刑法。所謂形式刑法者。卽其法律之訂定。專爲規定犯罪與刑罰者。不問普通刑法與特別刑法。苟具有刑法之形式者。全體屬之。而實質刑法。則不如是。卽於其他法令之中。雜以刑罰法規是也。例如公司條例、海商法、保險法、交易所法、管理藥商章程、以及狩獵法、工廠法等。其外形皆非刑罰法規。或屬於民法。或屬於行政法令。然其中亦有規定犯罪與刑罰者。是卽所謂實質刑法也。

第十章 刑法之效力

刑法之效力。計有三者。其一爲時之效力。其二爲地之效力。其三爲人之效力。凡一種法律之頒行。必有其效力。而其效力。有關於時者。關於地者。關於人者。此其詳亦應於法學通論中言之。茲所研究者。則僅關於中華民國刑法之效力而已。爲之分述如下。

其一關於時之效力 所謂關於時之效力者。即此刑法於何時開始發生效力。於何時此效力終止。以及刑法施行前人民之一切行為是否亦以此刑法為準則。關於第一問題。則依法律通例。本法中或施行法中規定施行日期者。從其施行日期。若本法或施行法中並未規定施行日期者。則依其命令原來法律之公布與法律之施行。並不一致。必經施行。始有效力。若未經施行。則雖皇然公布。亦僅成爲一種法律。依然不能生效。法律制定之程序。計有三者。第一制定。此制定包含起草及通過而言。自起草案之日起。以至立法院通過之日止。皆在制定期內。第二公布。即立法院制定後。送交政府用命令公布之。使全國周知是也。法律未經公布者。只可目之曰草案。不能謂之爲法律。必俟政府用命令公布後。始正式成爲法律。然未經施行。仍不生效力也。必至施行而後。始有效力。中華民國刑法。公布於民國十七年三月十日。然尙未施行。依然不能發生效力。其施行日期。爲同年九月一日。是中華民國刑法之生效力。乃在中華民國十七年九月一日。關於第二問題。則依法律通例。本法或施行法規定其施行之期間者。則期間之終止。即其法效力之終止。如懲治盜匪暫行條例。其施行期間。規定爲六個月。是苟本或施行法。未經規定其施行期間者。則必後法頒行。而後前法始廢。且分明示廢止及默示廢止二種。明示廢止者。即於新法中明定將前法廢止是也。或另以命令將某某法廢止是也。默示廢止者。即法律中雖無明文規定。而以法理言之。當然知爲廢止是也。其一爲新法行而舊法廢。如中華民國刑法頒行。

則舊日之中華民國暫行新法律。當然廢止。蓋一同事件。不容有二種以上之法律並行也。其二新法爲普通法而舊法爲特別法時。苟舊法中規定。新法中亦規定者。則舊法亦即廢止。適用新法而不適用舊法。但使新法之規定。非以舊法所規定之事項爲目的者。則舊法亦尙有效。其三新法爲特別法而舊法爲普通法者。則凡舊法中規定。而新法中亦有規定者。即將新舊兩法並有之部分。適用新法而廢舊法。但新法所未經規定者。其效力仍然存在。所謂特別法優於普通法也。除此而外。則法律之效力。雖千百年而永久存在。決無終止之一日。關於第三問題。則刑法第二條及施行法中已有規定。法律本以不溯既往爲原則。凡新法未經施行前之一切事實。皆不能適用。即以刑法言。其開始施行之日。既爲十七年九月一日。則爲十七年九月一日前人民之一切犯罪行爲。皆依暫行新刑律以爲斷。不能預將未至施行日期之刑法爲根據。此一定不易之理也。雖明知明日之法律與今日之法律異。然既在今日。即不能不適用今日之法律。然於此有一問題也。即其行爲發生於刑法未施行之前。而其判決則在刑法施行以後。果依行爲時之法律爲準乎。抑依判斷時之法律爲準乎。如用前者。則判決之時。舊法已失其效力。不復能援用。如依後者。則在行爲時新法尙未施行。不能追溯及於既往。而又不能因此之故。司法官藉口於無法依據。而放任不理。於是不得不立一過渡辦法。蓋有行爲在舊法有效時期而審判則在新法頒行後。而兩者之法律規定不同者。亦在行爲發生於舊法有效時效。而其行爲延至新法頒行後。而兩

者之法律規定不同者。各國立法例及學說。對此有三種辦法。其一概從新法。然此中又有二者。一則不問新舊兩法是否有差別。皆一律適用新法。一則雖不問新舊法規定有無輕重之差。而在舊法時代如認為完全不為罪者。仍依舊法。蓋在舊法既明明准許其為此行為。堂哉臬哉。乃以新法頒行之故。竟予以刑罰。受刑者實太冤枉。其二概從舊法。然為多數所反對。認為無完全充分之理由也。其三比較新舊二法之規定。而從其輕者。然此中又有二者之區分。一則以從舊法為原則。如新法較輕者。則從新法。一則以從新法為原則。如舊法較輕者。則從舊法。前者如法蘭西、德意志、意大利、比利時、丹麥、荷蘭、瑞典、挪威、西班牙、匈牙利、以及日本等國。而後者則為瑞士數州。吾國刑法。亦依此例。故刑法第二條。『犯罪時之法律與裁判時之法律遇有變更者。依裁判時之法律處斷。但犯罪時法律之刑較輕者。適用較輕之刑。』即若是也。

其二關於地及人之效力。地與人之效力。依各國學說。可分五種。其一為屬地主義。其二為屬人主義。其三為保護主義。其四為世界主義。其五為折衷主義。所謂屬地主義者。即刑法之效力。及於全國領土。苟在領土內者。不問何人犯罪。均以刑法治之。此近世各國所採用者也。然使本國人而在國外犯罪者。即非刑法之效力所能及。所謂屬人主義者。即刑法之效力。及於全國之國民。苟為本國國民。而犯罪者。不問在國內或國外。均為刑法之效力所能及。然使其人而非本國國民。則雖在本國領土內犯罪。

亦不得以刑法加之。至本國人在外國犯罪者。本國之刑法。是否能在外國行使。則尤爲一疑問。各國之在吾國獲得領事裁判權。卽爲屬人主義之表現。然外國則皆取屬地主義。吾國人而苟在外國犯罪者。卽非吾國刑法之所得加。故亦爲不平等條約之一。非努力廢止之不可。所謂保護主義者。卽凡對於本國或本國人民而有犯罪行爲者。不問爲本國人或外國人。亦亦不問在本國領土內或本國領土外。悉以刑法加之。蓋全爲保護本國及本國人民而設也。屬地主義。以地爲標準。屬人主義。以犯罪人爲標準。而保護主義。則以被害人爲標準。然此亦有不少窒礙難行之處。例如英國人在其本國刑法第一百二十一條之侵犯吾國元首罪。吾國刑法是否能施行。施行矣。能否不起英國政府之抗議。是皆一事實問題。故雖可採取。當從嚴格。萬國國際法學會對此問題。已屢有討論。各國亦多採入於刑法之中。然事實上果生如何現象。尙無把握。所謂世界主義者。卽大同主義。不問犯罪地爲何地。犯罪人爲何國人。皆可適用。天下之惡一也。惡於此而不惡於彼。決無此理。故此種主義。實爲最高尙之主義。然世界尙未大同。各國間不能無此疆彼界之分。故在事實上。除懲罰海盜及略誘外。無一採用者。所謂折衷主義者。卽將上述之四主義。擇善而取。且擇其能行者而行之。大概以屬地主義爲原則。而以其他之三主義爲例外。現日世界各國。悉採用之。吾國刑法亦然。其第三條卽完全屬地主義者。而第五條第六條及第七條。則兼採屬人主義保護主義及世界主義者。是爲屬地主義之例外規定。而刑法第八條。更規定犯罪人

若已在外國受刑罰後吾國是否更加以刑罰。此種事件。學者間本有兩種議論。其一反對本國再加以刑罰者。其一則贊成本國再加以刑罰者。雙方皆有相當之理由。而吾國刑法。則規定可以再加刑罰者。但其但書。則為例外之規定。其條文曰。「除前條（即第七條）之規定外。同一行為。雖經外國確定裁判。仍得依本法處罰。但在外國已受刑之執行或經免除者。減輕或免除本法之刑。」是可見矣。例如有留外學生甲。在外國犯重婚之罪。雖經外國法院確定判決。苟未經執行完畢或免除其刑者。一則本國本國當地之檢察官仍可依刑法第二百五十四條起訴。法院亦仍得處以五年以下有期徒刑。並不問其在外國受何種刑罰之判決也。但在外國已經執行完畢或經免除者。則應減輕或免除之。茲為明晰起見。再將刑法第三條至第七條。分類以言之。

（甲）刑法上之領域 所謂領域者。即包含領土、領水、船艦、領空、無主區域、及治外法權地、軍隊占領地而言之也。凡在領域以內者。因刑法根據屬地主權之故。皆為效力之所能及。苟有犯罪者。悉以刑法治之。不論犯罪人為何人。被害人為何人也。所謂領土者。即本國版圖以內之土地也。凡其地為吾國主權之所及。在中華民國版圖之內者。悉謂之為領土。皆適用普通刑法。所謂領水者。除國內河江湖三種外。即洋與海。苟在沿岸三海里以內者。亦一體屬之。洋與海本為萬國所公有。無論何國。不得據為私有。而排斥他國。特其沿岸之部分。與沿岸國實有密切之關係。未便放棄之。為萬國所公有。因將離岸三

海里之海面。劃入海岸國所有。卽謂之爲領海。船艦本各有其國籍。屬於何國國籍者。卽爲何國之領域。蓋船艦本航行各地者。不僅行於國內。更可行於國外。且常通行於萬國所公有之洋及海中。若不規定。則萬一在行駛洋或海中發生犯罪行爲。將如之何。故苟爲何國之船艦者。卽視爲何國之領域。刑法第三條第二項。「本法於凡在民國領域外之民國船艦內犯罪者。適用之。」卽此意也。例如甲乙兩人在中華民國船艦上發生犯罪行爲。使船艦而行於國內者。固應受中華民國刑法之制裁。卽不行於國內而行於洋或海中者。洋或海雖非中華民國之領域。亦能處以中華民國之刑法。蓋其船艦既屬於中華民國國籍。則苟在此船艦內發生事故者。亦視爲在中華民國之領域。但於此又有一問題也。使在洋或海中爲萬國所公有者。固無問題。使在他國之領海內發生犯罪行爲。果能不受外國刑法之制裁否。以國際公法言。軍艦則有治外法權。不受他國法律之支配。雖在他國之領海內。亦依然受本國之法律。若商船則不在此限。在行駛中則受本國法律之制裁。如已停泊。則爲停泊國國權計。絕對受停泊國法律之制裁。蓋船艦雖爲中國所有。而其停泊之地。則固爲他國之領域也。但依刑法本條解釋。且參以第八條之規定。則苟在中華民國船艦內犯罪者。不問曾否受他國法律之審判。仍得依本國刑法處罰之。所謂領空者。卽領土上之天空也。自飛機發明。於是於領土及領水外。更多一領空。凡天空之中。苟其下之土地。爲吾中華民國之領土者。則其天空。亦卽爲中華民國所有。是謂之爲領空。如在此領空中有犯罪

行爲。當然視爲與在此天空下之領土上犯罪無異。適用吾中華民國之刑法。至無主區域。乃指萬國公有或無一國所有之區域。前者如洋或海。後者如無主荒島。此種區域。雖非爲一國所有。不能妄行使刑法。然苟犯罪人或被害人爲何國之國民者。卽得以何國之刑法加之。此卽屬人主義及保護主義之表現也。否則一任所爲。不加制裁。則犯罪人得逍遙法外。被害人將受屈無窮。所謂治外法權地者。依國際公法。爲尊重邦交計。凡友邦之元首、大使館人員、公使館人員、以及軍隊、軍艦、軍人。皆有治外法權。無論居任何國。悉受本國法律之制裁。不受駐在國法律之支配。外邦對吾然。吾對外邦亦然。例如吾國駐在日本之公使。其隨員甲乙二人。因事忽在使館中發生爭執。竟致犯刑法上殺人之罪。以屬地主義言。此使館旣建築於日本之領土上。應受日本刑法之支配。然以使館爲治外法權地。仍受吾中華民國刑法之制裁。適用中華民國刑法。而不適用日本刑法。至軍隊占領地。凡甲國與乙國開戰時。不問甲國占領乙國之土地。或乙國占領甲國之土地。雖其地爲敵國所有。然爲維持占領地之安寧秩序。防止占領國軍隊之危險。在此占領時期。適用占領國之刑法。

於此又有一問題也。凡在領域內犯罪者。固認爲國內之犯罪。以本國之刑法治之。使完全在領域外犯罪者。亦不適用刑法第五條第六條第七條及第八條之規定。無規定者。依國際公法。由犯罪所在地之國家。依其國之刑法懲治之。此悉不成問題者也。但如犯罪跨兩國之領域而成立者。又將何如果

從何國之法律乎。自來法學家對此有三派。其一以行爲地爲犯罪地者。卽其人在何國領域內爲犯罪行爲者。卽以其行爲之地爲犯罪地。適用何國之刑法。其二以結果地爲犯罪地者。卽其犯罪之結果在何國領域者。卽以其結果之地爲犯罪地。適用何國之刑法。其三以行爲地結果地並認爲犯罪地者。卽不問其爲犯罪之行爲或犯罪之結果。苟有一也。皆可認爲犯罪地。而以刑法處之。例如有甲也在中華民國領域內開槍殺傷在日本領域內之人民。或有乙也在日本領域內開槍殺傷在中華民國領域內之人民。開槍者爲犯罪之行爲。殺傷者乃犯罪之結果。如以行爲地結果地並認爲犯罪地。則不問中華民國。不問日本。對於甲乙二人。皆有權以本國刑法懲處之。刑法第四條卽爲此規定者也。其條文曰：「犯罪之行爲。在民國領域內。而其結果在民國領域外。或犯罪之行爲。在民國領域外。而其結果在民國領域內者。以在民國領域內犯罪論。」是卽採用第三種以行爲地及結果地均認爲犯罪地是也。原來行爲者。發生結果之身體舉動。結果者。本於行爲之外界影響。凡一切犯罪。未有不本於行爲與結果而成立者。故犯罪行爲與犯罪結果。並屬犯罪成立之要件。無捨此就彼之理。故行爲與結果。苟有其一。皆可認爲犯罪地。又所謂結果地者。細分之更有三種。其一曰初發結果地。例如以槍殺人。以被害人之受槍地爲結果地。其二曰中間結果地。例如被害人受傷後。以其養傷地爲結果地。第三曰最終結果地。例如被害人不養傷不愈。以至於死。以其死地爲結果地。然無論何者。皆得謂之爲結果地。苟有一也在華民

國領域內者。即得適用中華民國刑法。

(乙)領域內適用刑法之例外 刑法既以屬地主義爲原則。故其第三條。即明爲規定。「本法於凡在民國領域內犯罪者。適用之。」是可見也。然既有原則。亦自有例外。即犯罪雖在中華民國之領域內。而不能以中華民國刑法加之是也。其原因有二。其一屬於國內法者。如陸海空軍人員犯罪。即適用陸海空軍刑法。不適用普通刑法。然此非絕對不適用普通刑法。如陸海空軍刑法中無規定者。仍得以普通刑法治之。而刑法總則之效力。更及於陸海空軍。因有特別刑法故。將普通刑法停止其效力耳。其二屬於國際法者。國際法上。凡外國之元首、大使、公使、軍隊、軍艦。及其一切隨從人員。皆享有治外法權。甚至管理僑民商務之領事。亦享有此權。既享有此權。則凡犯有罪者。駐在國即不得以刑法加之。至多照會其本國政府。將其召回。護送出境。此其故。一則由於敦睦邦交。一則由於尊重職務。故此種治外法權。不必訂定於條約。而各國悉謹守之。且不問國家之強弱大小。一體平等。蓋所謂治外法權者。即在本國主權而外之一種法權也。在駐在國視之。則爲其主權所不能及之一種國際上義務。而在享有治外法權者視之。則爲其主權及於國外之一種國際上權利。此外更有一種領事裁判權。乃由於強國對弱國之不平等條約而來。而非國際上應有之事。所謂領事裁判權者。即由於條約上之效力。凡外國人在吾中華民國領域內。無論犯何罪責。皆不受吾中華民國刑法之制裁。歸其本國之領事

裁判者也。例如有一英國人或日本人在吾國領域內犯有殺人案件，吾國官吏將其逮捕後，不能依刑法審理處罰。只可將其交付於英國或日本國之領事，由領事裁判。此種領事裁判權，實大足損害吾國之主權。今德俄兩國業已撤銷，餘外新訂條約各國亦將領事裁判權撤廢。所存者僅有英、法、美、意及日本各國。吾國政府已決定一律撤廢。完吾主權。故而今而後，領域內適用刑法之例外，在國際上除治外法權外，將無其他之事實矣。是亦取消不平條約之一也。

(丙)吾國刑法之規定 吾國刑法對此問題，自第三條以迄第七條，皆有明白之規定。其第三條云：「本法於凡在民國領域內犯罪者適用之。本法於凡在民國領域外之民國船艦內犯罪者亦適用之。」此完全根據屬地主義者，亦即保全本國主權之效力完全及於國內也。至在民國領域以外，則除無主地外，完全為外國領域。既為外國領域，則當然非吾國主權之所能及，不能受中華民國刑法之制裁。但既在中華民國之船艦以內犯罪，亦不妨視作民國之領域，適用民國之刑法。其第四條則根據前條而來，蓋為規定犯罪地者。其條文曰：「犯罪之行為，在民國領域內，而其結果在民國領域內，或犯罪之行為，在民國領域外，而其結果在民國領域內者，以在民國領域內犯罪論。」是即對於犯罪之行為與犯罪之結果，苟有一在民國領域內者而為之規定，蓋行為與結果同在民國領域內，固無問題。使不同在民國領域內者，亦無問題。若一在域內，一在域外，即易發生問題。故刑法第四條特為之規定。其

第五條則採保護主義。凡有人侵害中華民國者。不問在中華民國領域內。或在中華民國領域外。更不問爲中華民國人。抑爲非中華民國人。爲保護中華民國計。一律予以處罰。但使範圍甚廣。無一定之限制。則不特其事有窒礙難行。且亦非採取保護主義之標的。故必有對於中華民國有之存立、信用、財政、經濟等有莫大之損害。然後以刑法處罰之。蓋在學說上。卽所謂自衛主義也。此案亦曾經萬國國際法學會屢經討論。吾國刑法第五條之規定。卽本於萬國國際法學會之議決案而訂立者。蓋如是庶雙方兼顧。既可自衛其國家。又不致過妨害吾國之法權。誠至善也。其條文曰：「本法於凡在民國領域外。有左列各罪者。適用之。一、第一百零三條至第一百零六條之內亂罪。二、第一百零七條至第一百二十七條之外患罪。三、第二百一一條至第二百十七條之偽造貨幣罪。四、第二百二十五條至第二百二十七條。第二百五十一條至第二百五十三條及第二百五十五條之偽造文書印文罪。五、第三百五十二條及第三百五十三條之海盜罪。」本條第一款至第四款。純爲自衛主義。所以保國家之生存信用財政經濟等。而第五款之海盜罪。則更採世界主義。其第六條則採屬人主義。其主旨在懲罰國家公務員。但所謂公務員。依刑法第十七條規定。凡屬於中華民國之職官吏員及其他依法令從事於公務之議員及職員。悉在其列。苟爲中華民國之公務員者。不問爲中華民國人。抑爲非中華民國籍之外國人。皆在其列。例如吾國今日海關之稅務司。郵政局之總辦。皆聘由外人爲之者。然既從事於吾國之公務。卽爲

吾國之公務員與吾國人之爲公務員者無殊。其在中華民國領域內有犯罪行爲者。固受中華民國刑法之制裁。卽在中華民國領域外有犯罪行爲者。苟妨害及於吾中華民國之公務者。亦一律以中華民國刑法處治之。不稍予以寬貸。其條文曰。「本法於民國公務員在民國領域外犯左列各罪者。適用之。一、第一百二十八條、第一百二十九條、第一百三十一條、第一百三十三條、第一百三十五條、第一百三十六條、第一百三十九條、及第一百四十條之贖職罪。二、第一百二十七條之脫逃罪。三、第二百三十條之偽造文書罪。」蓋以此種犯罪行爲。悉有損於吾中華民國之公務。致影響及於吾中華民國之治安信用等。故雖犯罪在中華民國領域以外。亦須用中華民國刑法懲處之。其第七條。亦爲屬人主義。而其二項。更採保護主義。其條文曰。「本法於民國人民。在民國領域外。犯前二條以外之罪。具備左列情形者。適用之。一、所犯之罪。其最輕本刑。爲有期徒刑以上者。二、犯罪地之法律。以爲罪者。三、犯人在外國未受無罪之確定裁判。或雖受有罪之確定裁判。而其刑未經執行完畢。或免除者。前項之規定。於在民國領域外。對於民國人民犯罪之外國人。準用之。」是凡在民國領域以外。苟有人犯此罪者。如具備本條所列三款事宜。無論爲民國人民所犯。抑爲外國人民對吾民國人民所犯。吾中華民國仍有權適用刑法以處治之。蓋完全根據屬人主義及保護主義也。例如有一中華民國人民。在外國領域內。將他人殺害。或有一外國人民。在其本國地方。將吾僑民殺死。殺人之罪。依吾國刑法規定。最輕爲十年以上有

期徒刑。而在外國刑法上亦認為有罪者。苟其人未經其本國法院確定判決無罪。或雖受有罪之確定判決。而其刑法未經執行完畢或免除者。則一旦來至吾國。吾國檢察官即得依法為偵查起訴。而於起訴後。司法官亦得依法加以殺人罪之刑罰。不以其犯罪地在民國領域之外。或犯罪人並非中華民國之國人。而即寬其罪責也。此蓋完全為屬人主義及保護主義之表現。

於此又有一問題也。同一人也。如何謂為民國國民。如何謂為非民國國民。此則在刑法上並無明文。應依國籍法以為準。凡其人而有中華民國國籍者。即為中華民國國民。否則非中華民國國民。中華民國國籍之享受。計有二者。其一為固有國籍。其一為取得國籍。所謂固有國籍者。即不必具備何種程序。亦不必有何種法律根據。當然屬於中華民國國籍也。依國籍法第一條規定。計有四者。一、生時父母為中國人者。二、生於父死後。其父死時為中國人者。三、生於中國地。父無可攷。或無國籍。其母為中國人者。四、生於中國地。父母均無可攷。或均無國籍者。所謂取得國籍者。乃其人本非中華民國國籍之人。依某種法律條件之故。或依某種程序。拋棄其固有之國籍而取得中華民國國籍也。依國籍法第二條規定。亦有五者。一、為中國人妻者。二、父為中國人妻。經其父認知者。三、父無可攷。或未認知。母為中國人。經其母認知者。四、為中國人之養子者。五、歸化者。凡刑法上所稱之中華民國國民。只須有中華民國國籍。不問為固有國籍。取得國籍。一體屬之。例如有一法蘭人於此。是固法蘭西人也。使一旦取得中華民國

國籍。即完全爲中華民國之國民。應受中華民國刑法之制裁及保護。但中華民國國民。亦有因事喪失其國籍。而爲非中華民國國民者。依國籍法第十條及第十一條規定。計有四者。一、爲外國人妻。自請脫離國籍。經內政部許可者。二、父爲外國人。經其父認知者。三、父無可攷。或未認知。母爲外國人。經其母認可者。四、自願取得外國國籍。經內政部許可。喪失中華民國國籍者。一經喪失國籍。卽爲非中華民國之國民。苟在民國領域以外。卽不受中華民國刑法之支配。但依國籍法第十三條規定。苟喪失國籍者。而爲刑事嫌疑人或被告人。或受刑之宣告執行尙未終結者。則仍不喪失國籍。依然適用中華民國刑法。例如有甲於此。本爲中國人。忽然在外國犯殺人之罪。未經宣判。後卽喪失中華民國國籍。改入外籍。彼其人一旦來至中國。仍可依中華民國刑法處罰之。蓋其爲犯罪行爲時。尙未喪失中華民國國籍也。

第十一章 刑法與國際法

刑法與國際法。本截然爲兩物。然刑法如與國際法或國際上條約有衝突者。則刑法不得不受國際法或國際上條約之限制。例如國際法上之治外法權。國際條約上所發生之領事裁判權。皆與刑法第三條相衝突。以致刑法第三條之規定。不能不受國際法及國際上條約之限制。而失其一部分之效力。此雖不必規入於刑法。如暫行新刑律第八條之規定。然以法理言。刑法當然不得變更國際法及條約也。但於此又有一問題也。中華民國刑法之效力。僅能及於中華民國之領域。若犯罪人因犯罪之故。

滯在外國或逃至外國時。將如之何。又使犯罪之證據存在外國時。又如之何。前者爲犯罪人之交付。後者爲犯罪證據之調查。此種事件。有根據於國際法者。有根據於條約者。或補助刑法效力之所不及。而使刑法上之制裁。得以實現。或阻礙刑法之效力。而使刑法之制裁。不能實現。然皆刑法與國際法之關係。茲擇要言之如次。

其一、犯人之交付 凡甲國之人因犯罪而滯在乙國或逃至乙國者。甲國政府得請求乙國將犯罪人交付。蓋天下之惡一也。決無惡於此而不惡於彼者。既在甲國犯有罪惡。在甲國爲維持社會之安寧秩序計。爲保護國家之法益計。自應予以刑罰。在乙國雖未嘗受其痛苦。然其人既犯罪於甲國。安知後日不再犯罪於乙國。使乙國斯時而不爲交付。任其逍遙法外。則後日在乙國犯法後。亦不難再設法以逃至丙國或丁國。將與甲國受同一之困苦。故爲防止妨害人類及社會之安寧。應負交付之責。但交付亦有限制。一、政治犯不交付。二、本國人民不交付。三、非請求國所管轄之罪犯不交付。四、非兩國法律悉認爲犯罪者不交付。五、非重大之犯罪不交付。六、已經過時效者不交付。且交付而後。僅能就請求交付時所指定之犯罪而裁判之。不得越出範圍。蓋政治犯非爲各國之公敵。只與之處於對敵地位之本國政府。始認爲罪惡。其實是否爲罪惡。抑對於國家實有忠實公正之思想。俱不可知。故不負交付之義務。至本國人民應服從本國之法律。而其本國之刑法。又絕對有權以制裁之。無須交付於他國。一任他

國之處罰。又請求交付。必須其犯有請求國所管轄之罪。使不然者。何容越俎代庖。故亦不必交付。且犯罪人所爲之行爲。在刑法上是否爲犯罪行爲。抑亦合法行爲。須以刑法爲準。且須合兩國刑法而比較之。如雙方悉認爲爲犯罪行爲者。始應予以交付。蓋在請求國認爲有罪。應予以刑罰。而在被請求國。亦同樣認爲犯罪。應予以刑罰也。使不然者。即不必交付。蓋在請求國誠認爲犯罪。而在被請求國。則固認爲合法行爲。無須科以刑罰也。至所犯之罪。有重刑者。有輕微者。重刑之罪。固應交付。若輕微之罪。而亦交付。未免太涉煩瑣。故非重大之罪。亦不交付。且即使犯有重大之罪。苟已經過時效。不能加以刑罰者。亦不交付。故必限於非政治犯。非本國人民。確爲請求國所管轄之罪犯。且兩國共認爲犯罪。而所犯之罪。又確爲重犯。更未經過時效者。始負必須交付之義務。然交付而後。又必須就請求時所指定之犯罪。而爲審判。不得越出範圍。否則易生流弊。至交付之程序。明訂於條約之中。如條約中未訂明者。則以實際上之慣例行之。大概請求交付之程序有三。其一、僅有交付之請求。不必有其他之程序者。其二、請求時須附交相當官署之傳票或拘票者。其三、請求時更須附一定之犯罪證據者。至被請求交付之程序。亦有三者。其一爲行政主義。即由外交部接受請求文書後。轉送司法部。由部令知犯人所在地之法院。檢察官將其拘案調查。拘案調查後。即具調查書及意見書。連同犯罪人。一併送交總檢察長轉解司法部。乃於元首前提出。經元首批准後。送交外交部轉行交付。此種程序。歐洲大陸各國悉行之。其二爲司

法主義。即由外交部受理請求文書後。轉送司法部。由部令知犯罪人所在地之法院。將犯人拘案。再爲正式之裁判。如裁判後認請求爲正當。然後將裁決書連同犯人解送司法部。解由外交部實行交付。此種程序。英國行之。其三爲折衷主義。即折衷行政主義及司法主義而爲規定。即由外交部受理請求交付文書後。轉咨司法部。令知犯罪人所在地之法院。將犯人拘案審問。審問後如認爲應予交付者。即開具裁決書呈報司法部。由司法部批准後。再解送外交部。實行交付。此種程序。比利時即行之。至吾國與各國之交付犯罪人辦法。大率訂明於通商條約之中。不經中央政府。即由犯罪人藏匿地之外國領事官向當地地方官請求。吾國對於外國亦然。至實行交付。在外國各依其本國之法令及慣例辦理。而在吾國。則即由當地地方官爲之。但亦須經法院審問一過。如證據充足者。即予交付。

其二、證據之調查。犯罪人之犯罪證據。如存在於外國者。則須向外國政府請求之。蓋各國皆有主權關係。不容他國擅爲調查也。但在證據貯藏之國。並無必須交付證據之義務。故此等事件。必須由雙方明訂於條約之上。如條約上未經訂定者。則須臨時由外交部設法請求。然外國有拒絕請求之權利。非如交付犯人之爲一種國際上義務也。

第十二章 刑法總則對其他刑事法規之效力

刑法爲普通法。前已言之矣。凡一切特別刑法。實質刑法。苟無與刑法有反對之規定。或未經規定。

者。悉得適用普通刑法之規定。而刑法總則。其效力更強。凡不問何種刑事法規。苟非另有規定。或有反對之規定者。悉有適用之效力。刑法第九條。「本法總則於其他法令之定有刑名者。亦適用之。但有特別規定者。不在此限。」是可見也。所謂「其他法令之定有刑名者。」乃指一切法令中定有罰則而言。形式刑法。如陸海空軍刑法。如懲治盜匪暫行條例。如懲治綁匪條例。固爲定有刑名者。苟無特別規定。當然適用普通刑法之總則。卽實質刑法。如公司條例。如海商法。如保險法。如交易所法。以至工廠法等。苟其中有刑名之規定者。亦應適用普通刑法之總則。卽以保險法論。保險法爲一種民事法規。爲民法之特別法。與刑法絕無關涉者也。然其第六十三條第二項。「保險法要保人故意違反前項之規定者。處一年以下有期徒刑、拘役或五百元以下之罰金。」是卽定有刑名之法律也。在法律上言之。卽謂爲實質刑法。如要保人或保險法自首者。卽適用刑法第三十八條之規定。有教唆其爲之者。卽適用刑法第四十三條之規定。累犯者。卽適用刑法第六十六條第一項或第二項之規定。如與他罪併發者。卽適用刑法第七十條之規定。且對於觸犯保險法第六十三條第二項之罪者。苟合於刑法第九十條之規定。亦得宣告緩刑。是卽刑法總則對於其他刑事法規之效力也。更據昔日大理院四年統字第一九七號解釋例。「前清理藩院則例。係對於蒙古地方特別法規。其關於民事及訴訟程序等規定。自應繼續有效。至關於罪刑部分。該則例審斷門規定。蒙古例無專條。引用法律。是該則例關於是刑律部分。乃前

清刑律之特別法。依後法勝前法特別法勝普通法之原則。前清法律業已暫行新刑律之施行而失其效力。該則例即係暫行新刑律及其他現行刑事法規之特別法。關於罪刑。該則例有明文規定者。適用該則例。該則例規定適用刑律或別無明文者。適用暫行新刑律及其他現行特別刑法。據是而觀。則今日以刑法頒行之故而廢止暫行新刑律。則凡該則例無明文規定或規定適用刑律者。悉應改用中華民國刑法。毫無疑義也。

第十三章 刑法之解釋

法律爲一種死物。或因文字意義之不同而有疑義。或因時代之變遷而有變更。故不能不有賴於解釋。此亦不僅刑法爲然。凡百法律。皆如是也。其詳應於法學通論中言之。非本書之範圍。但解釋刑法。須有注意者。即不問爲文理解釋。爲論理解釋。只許爲制限解釋。不許爲擴張解釋。只許爲當然解釋。不許爲類推解釋。所謂文理解釋者。即就其條文中之意義而爲解釋是也。其立法時之用意如何。可以不問。論理解釋者。就其立法之旨趣以及其前後條文相同或相異之規定。以尋釋其真意是也。一則以法文之字句爲基礎。一則以論理之定則爲根據。制限解釋。又名縮小解釋。即將條文中之意義。竭力縮小其範圍。擴張解釋。則與是相反。將條文之意義擴充。當然解釋。又名自然解釋。即將條文之意義。推究其立法時之用意所在。而爲之擴張至文句之外是也。例如違警罰法載採折樹木花卉者處罰。使採折竹

枝亦當然在其列。類推解釋。即舊律之所謂比附援引。例如對於某行爲於法並不認爲犯罪。加以刑罰。而以其狀態與他法條規定有類似之處。因即比附援引以入於罪。而加以刑法是也。解釋刑法。只可從嚴。否則易陷人於法。故僅許制限解釋。不許擴充解釋。僅可當然解釋。不可類推解釋。此則解釋刑法者不可不注意者也。至解釋刑法之效力。應分有權解釋及無權解釋二者。無權解釋。謂之爲學理解釋。即依各學者之見解。而爲之解釋是也。此種學理解釋。僅足供立法者或司法者之參攷。絕無權力可以拘束人民。而有權解釋。則爲有拘束力者。分爲立法解釋及司法解釋二者。司法解釋。依吾國法令。只司法院院長有之。凡對於法文中疑義者。各級司法機關皆可請求司法院院長解釋之。此種解釋。有拘束全國各級法院之力。各級法院。須受其拘束。但使各級法院對此別有見解。認其解釋爲不當者。亦可提出相當之理由。再行呈請司法院院長解釋。但審判係級級獨立者。故上級法院不能干涉下級法院之審判。故具體案件。例不解釋。否則近於干涉審判矣。立法解釋。即立法院自己所有之解釋。更分三者。其一爲釋明法律者。即每條法文下所附之理由是。此種解釋。對於法院及人民無拘束力。只可供參攷之用。其二爲記載於報告書者。即於法律制定後。爲說明其理由故。特制一報告書是。此種解釋。亦不具拘束力。其三爲明訂於法律中者。此已成爲法律。有絕對之拘束力。無論何人不得違反。苟違反者。即爲違反法律。但其形式。亦有二者。其一插入於法律條文中者。如刑法第一百零三條、第二百四十條、第三百

二十五條、第三百三十七條、及第三百四十七條等皆是。又其二特訂條文者。如刑法第二章所規定文例之各條是。此種解釋。實與法律同視。有絕對之效力。茲探第二章名例各條。除第十條無須說明外。一一說明之如左。

刑法第十一條。「稱親屬者。爲左列各親。一、夫妻。二、四親等內之宗親。三、三親等內之外親。四、二親等內之妻親」各條規定。乃所以解釋親屬者。與昔日之民法草案相同。此種規定。本非刑法之所有事。應定之於民法親屬編。特因刑法制定之時。民法尙未制定。而舊律之服制圖。與現日情形。又不相附合。不能採用。故抄錄民法草案中所規定者。訂入於刑法之中。使有所遵循。吾國舊日。素重倫常之制。以禮教立國。故親屬範圍。向以服制圖爲根據。親屬較近者。服制較隆。以次相殺。故曰親親之殺。其始也。尙在周代。至今仍仍相因。未有變更。故服制圖尙行自喪禮。雖經唐宋元明各朝加以增損。然亦有隆無殺。除斬衰三年外。分期功及緦麻四種。一年曰期。九月曰大功。五月曰小功。三月曰緦麻。以一世爲一等。上殺至高祖。計爲四世。由斬衰三年而爲緦。下殺至玄孫。亦爲四世。由期而爲緦。旁殺至族兄弟。亦爲四世。由期而爲緦。故宗親之服。以四世而止。所謂宗親者。卽同一宗祧之親也。吾國歷來。素以男子爲本位。故宗親專指男系。若母黨。若姑黨。若女黨。則皆謂之爲外親。所謂外親者。卽別於宗親而言也。外親之服。止及二世。然服制圖則擴至爲三世。若妻親。則爲妻黨。血屬較疎。故服制止及一世。然服制圖則擴爲二世。故

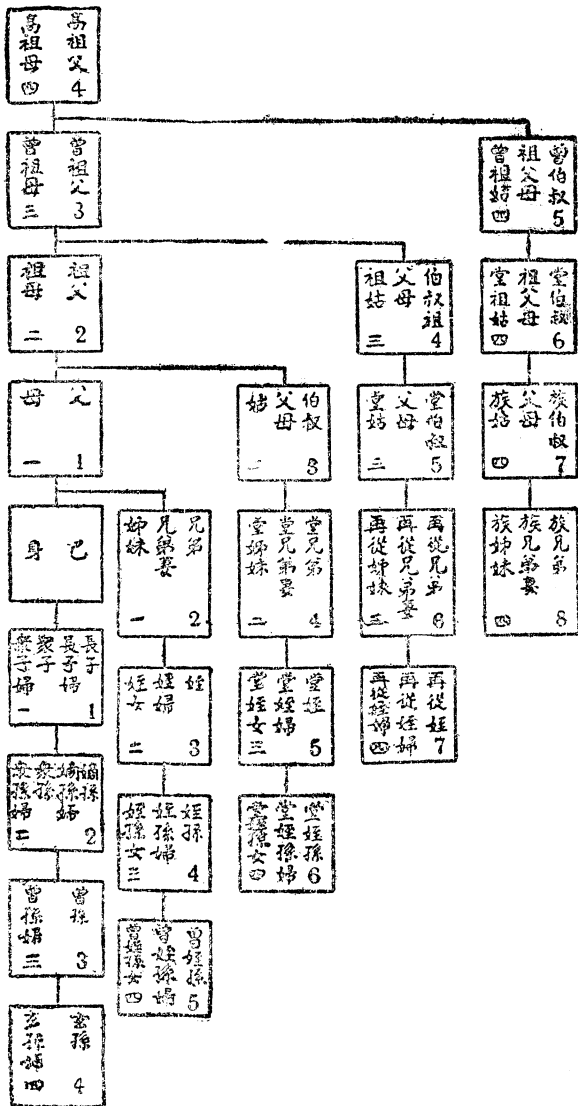
使以一世爲一親等者。則宗親止於四世。外親止於三世。妻親止於二世。舊律服制圖。合計有七。其一曰本宗九族五服正服圖。其二曰妻爲夫親服圖。其三曰妾爲家長族服圖。其四曰三父八母服圖。其五曰出嫁女爲本宗降服圖。其六曰外親服圖。其七曰妻親服圖。此外更有一喪服總圖。其規定也。甚爲單贍。種服制。只及於禮。不及於刑。吾國古昔。禮刑不分。以爲出於禮者。卽入於刑。故將應規定於禮。然此制中之服制。而納入於刑法之中。是實大違刑法之本性。蓋禮自禮。刑自刑。出乎禮者。未必卽入乎刑也。故今日刑法。舍之而改用親等計算法。且與世界各國法制相同。不至獨異。亦運會使然也。雖然。今日民法親屬編頒布矣。且定五月五日施行矣。以廢止封建思想及實行男女平等計。將宗親外親妻親等分類撤廢。仿照歐美日本之制。改分血親及姻親二種。彼此由血系結合者。則曰血親。雖異姓之表弟兄亦然。由婚姻關係而結合者。則曰姻親。雖同一家庭之翁媳亦然。蓋不專以男子爲本位。而以血統及婚姻關係爲標準也。且親等計算之方法。亦與刑法相異。不以寺院法。而用羅馬法。民法之親屬名稱及計算法。既有變更。則刑法上之親屬名稱及計算法。究竟將改從民法乎。抑仍其舊乎。使改從民法者。則非將刑法變更不可。若一仍其舊。則民法自民法。刑法自刑法。不特民刑法對於親屬之規定。未能一致。而於事實上亦甚感不便。此則須俟立法者之攷慮也。

刑法第十二條。『己身所從出或從己身所出者。爲直系親。非直系親而與己身或妻出於同源之

祖若父者。爲旁系親。」其第十三條。「親等之計算。直系親從己身上下數。以一世爲一親等。旁系親從己身或妻數至同源之祖若父。並從所指之親屬數至同源之祖若父。其世數相同者。以一方之世數定之。世數不相同者。從其多者定之。」此兩條蓋說明計算親等之法也。親等之計算。當然以一世爲一親等。然直系親易算。而旁系親難計。計算親等之法。原來有寺院法及羅馬法二種。寺院法。創自日耳曼。吾國舊律上所載之服制圖。亦與之暗合。不過服制圖取階級親等制。如子爲父母服斬衰三年。而父母僅爲子服期。且夫妻不同。姪爲伯叔服期。而姪婦則爲大功。且以男子與女子不同之故。祖父母則期服。而外祖父母僅爲小功。彼此不相同。故有世數同者。而服制相異。服制同者。而世數相異。蓋於一世爲一親等外。又計及地位之尊卑。恩情之厚薄。與夫男女之別。名義之微。而親等計算。則彼此一致。父於子爲一親等。而子於父亦爲一親等。姪於伯叔爲一親等。而姪婦亦然。故一觀其夫爲幾親等。其妻當然亦幾親等。而又無男子親與女子親之別。孫於祖父母爲二親等。外孫於外祖父母亦爲二親等。堂兄弟爲二親等。表兄弟亦爲二親等。蓋所謂世數親等制。與服制圖之階級親等制不同也。其計算之法。卽刑法十三條所規定者。蓋吾國刑法上規定之親等計算法。純採用寺院法。以其與舊律服制圖相符也。直系親則以一世爲一親等。而旁系親。則先從己身數至與所指之親屬出自同源之祖若父。再從所指親屬數至與己身出自同源之祖若父。雙方世數相同者。則任取何一方定之。蓋彼此一致也。例如堂兄弟。同出自

祖父。由己身數至祖父。計爲二世。卽二親等。再從堂兄弟數至祖父。亦爲二世。計二親等。則任取一方皆可。以同爲二親等也。若雙方世數不相同者。則取多者以定親等。例如胞叔與胞姪。在胞叔則與胞姪同出。卽父。卽胞姪之祖父。在胞姪則與胞叔同出自祖父。卽胞叔之父。在胞叔則由己身數至父爲一世。計一親等。而在胞姪則由己至數至祖父爲二世。計二親等。從其多者以定。則胞叔與胞姪。爲二親等。蓋應以胞姪所數者爲準也。此則爲寺院法之計算。亦卽刑法第十三條所規定者。羅馬法計算。除直系親與寺院法相同外。旁系親之計算。則不如是。吾國今日頒行之民法。其計算刑法方法。卽採用之。與刑法不相同者也。其計算旁系親之法。先從己身數至與所指親屬出自同源之祖若父。再由同源之祖若父數至所指之親屬。一一計算其世數。而總合之以爲親等之數。例如堂兄弟。用寺院法計算。固爲二親等。而以羅馬法計算之。則爲四親等。蓋雙方同出自祖父。是由己身數至祖爲二世。再由祖數至堂兄弟。又爲二世。雙方合計。則爲四世。卽四親等。再如胞叔與胞姪。用寺院法計算。爲二親等。而用羅馬法計算之。則爲三親等。蓋由胞姪以數至與胞叔同源之祖爲二世。再由祖數至胞叔爲一世。雙方合計。乃爲三世。卽三親等。今日歐西各國及日本。皆採用羅馬法計算親等。吾國新頒之民法亦然。故民法上之親等。與刑法不合。後日究民刑兩法各自規定。抑將刑法修改。使同於民法。在今日尙未能定。須俟後日立法院之攷慮矣。茲將刑法上之親等計算（卽寺院法）與民法上之親等計算（卽羅馬法）其異點列圖如

左其用文字表示者。則為刑法上之親等。用號碼表示者。則為民法上之親等。



刑法第十四條。「稱直系尊親屬者。謂左列各親。一、父母。二、祖父母。曾祖父母。高祖父母。及高祖以上祖父母。三、外祖父母。爲人後者。於本生直系尊親屬。仍以直系尊親屬論。」其第十五條。「稱旁系尊親屬者。一、胞伯叔祖父母。胞伯叔父母。及在室胞姑。二、母之胞兄弟姊妹。三、胞兄及在室胞姊。」其第十六條。「夫於妻之父母及祖父母。以旁系尊親屬論。妻於夫之父母及祖父母同。」此三條規定。乃爲解釋刑法中尊親屬者。而其第十六條第二項。更爲確立男女平等制度者。統親刑法各條文。凡關涉尊親屬者。乃爲加重犯罪者之刑罰。蓋以其身分而加重其刑也。例如刑法第二百八十二條。「殺人者。處死刑。無期徒刑。或十年以上有期徒刑。」而第二百八十三條。「殺直系尊親屬者。處死刑。殺旁系尊親屬者。處死刑。或無期徒刑。」是可見矣。然關涉親屬者。乃爲減輕或免除犯罪人之刑罰。蓋以其親親之誼。而得減免其刑也。例如刑法第一百七十七條。第一百八十三條。第三百四十一條。第三百六十一條。第三百六十八條。及第三百七十八條等皆是。故一則用意在加重其刑。凡對於尊親屬犯罪者。刑須加重。一則用意在減免其刑。凡對於親屬犯罪者。或予以減輕。或予以免除。二者之規定。實不容混視也。

親刑法第十一條至第十六條之規定。有須注意者三事。其一、妻於夫之親屬應如何計算。其二、宗親之範圍。既限於四親等。何以直系尊親屬中。又有「高祖父母以上祖父母」之規定。其三、何以有旁系尊親屬第一問題。頗滋疑慮。蓋妻於夫之親屬。除第十六條第二項規定「妻於夫之父母及祖父母

「一語外絕無何者規定。究竟妻對於夫之兄弟姊妹及一切宗親外親。果亦視為親屬乎。而此親屬又以幾親等爲限乎。昔日暫行新刑律。尙有第八十二條第三項第五款「妻爲夫族服圖期服以下者」一語。可以定妻於夫親之親屬範圍。而刑法則一字無之。適用時不免發生疑義。例如分則中妨害風化罪。妨害婚姻及家庭罪。侵害屍體墳墓罪。竊盜罪。詐欺罪。贓物罪。傷害罪等。關於親屬之規定。或爲告訴之根據。或爲處刑之原因。或爲減免之標準。悉與此有重大關係。且以情理言。胞姪孫對於胞伯叔祖母。胞姪對於胞伯叔母。既認爲旁系尊親屬。而一方胞伯叔祖母對於胞姪孫。胞伯叔母對於胞姪。反不在親屬範圍。實非理所應有。若曰妻入夫家。卽爲夫之家屬。應視同夫。依第十二條及第十三條規定計算。則此兩條中。僅言「己身及妻」。並無「夫」字。又如何計算。况所謂宗親者。係專指同宗祧之親屬。卽同一祖先所出之男子血統而言。妻對於夫之宗親。並無血統可言。故自刑法頒行後。各級法院之以此呈請解釋者。實繁有徒。甚者詆爲刑法上之最大瑕疵。此誠不誤。後據最高法院及司法院一再解釋。認刑法第十二條及第十三條中所謂「己身及妻」之「妻」字。包括夫之意義在內。可準用於夫。故夫之宗親外親。卽爲妻之宗親外親。且以妻入夫家。凡夫之親屬。當然卽視同己之親屬。故以今日刑法言。關於親屬一節。妻親僅以二親等爲限。而夫親則與夫同。第二問題親屬之計算。宗親當然以四親等爲限。但吾國有一特異之觀念。卽有時遇特殊之事件。雖對於四親等以外者。亦不失其親屬關係。更不以

死亡爲消滅原因。故子孫對於遠祖之墳墓。仍有維持之義務。認爲未絕親屬關係。刑法第十四條第一項第二款之規定。蓋爲同法第二百六十五條而設者。故立法理由。明言「毀掘墳墓罪。對於六世以上有犯之者。刑法豈能與毀掘常人之墳墓等視。」是可見其用意之所在矣。第三問題。則純爲顧及吾國數千年之倫常主義。禮教觀念。故於直系尊親屬外。更增一旁系尊親屬。且吾國家制尙未廢除。無父之兒。往往有被養於伯叔姑母兄姊以及母舅姨母等處者。飲之食之。教之誨之。不能與尋常親屬等量齊觀。故特定爲旁系尊親屬。苟對之而有犯罪行爲者。卽加重其刑。此亦吾國特有之法律觀念也。

刑法第十七條。稱公務員者。謂職官吏員及其他依法令從事於公務之議員及職員。其第十八條。稱公署者。謂公務員執行職務之處所。其第十九條。稱公文書者。謂公務員職務上製作之文書。此三條規定。乃以解釋公務員、公署及公文書者。而後二條又本於前一條而生。蓋皆爲前一條公務員之關係也。原來公務員有廣義與狹義之別。而刑法上之公務員。又與行政法上之官吏不同。其範圍絕異。所謂廣義之公務員者。卽刑法第十七條所稱。苟從事於國家或地方之公務。不論爲職官、爲吏員、爲議員、爲職員。均已合於其列。如爲狹義之公務員。則必須受國家官職之人員。卽所謂特任、簡任、薦任、委任等各職官是也。例如公安局之崗警、法院之庭丁、縣公署之書記。在刑法上皆謂之爲公務員。取得國家公務員之身分。若以狹義言。皆不屬於職官之範圍。再以刑法與行政法比較。刑法上之所謂

公務員。必指現任者而言。不特有官階。且須有職守。苟一旦脫離其職務。即不得再謂之爲公務員。若以行政法言。則凡候補人員。休職人員。皆得謂之爲官吏。故刑法上之所公務員。實包括一切職官吏員。以及從事於公務之議員及職員而言。決不能以行政法上之所謂官員同視。至所謂職官者。即凡依國家組織法而任國家之職務。對國家直接負責任者是也。所謂吏員者。即凡依國家法令而佐理職官爲國家服務者是也。所謂議員者。即凡依國家法令所組織之各種議會。在此議會中任議員之職者是也。所謂其他職員者。即除職官吏員及議員外。凡服務於依法令組織之機關中。從事於公務之各種人員是也。公務員之資格既明。則凡公務員辦公之處所。皆得謂之爲公署。不問其名稱爲府、爲廳、爲局、爲處、爲所。一律稱爲公署。蓋爲公務員執行職務之地也。若公務員依職務而所製作之文書。即謂之爲公文書。其名稱不問爲令、爲咨、爲函、爲呈、爲批、爲書。以及其內容爲文字、爲圖畫、爲附號。一律以公文書稱之。蓋皆爲公務員依職務而所製作之文書也。但於此有須注意者二事。其一、所謂公署者。必爲公務員執行職務之處所。而非爲公務員居住之處所。且必須爲公務員固定執行職務之處所。而非爲公務員偶然執行職務之處所。例如有一職官於此。以事務較忙。不暇在衙門中執行職務。竟將其公事攜回私人住宅批閱文件。誠然爲執行職務之一種。然不得以此而即認其私人住宅爲公署。其二、所謂公文書者。必爲公務員依職務而所製作之文書。而非私人之文書。且必須爲公務員依法定程序而所製作之

文書。而非爲公務員隨便所製作之文書。例如官署所發出之批示。當然爲一種公文書。然使未經依法定程序製作。或已贖正而未經蓋印。或雖蓋印而未填年月日。卽不得遽謂之爲公文書。蓋公文書必須依法定程序製作也。

刑法第二十條。「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。四、毀敗一肢以上之機能。五、於身體或健康有重大不治之傷害。六、雙更容貌且有重大不治之傷害。七、毀敗陰陽。」此條規定。係確定傷害之重輕者。原來傷害程度之重輕。甚難得一定不易之標準。吾國昔日舊律。對此計分四者。一曰傷。最爲輕微。凡肌肉之傷屬之。二曰打傷。較爲重大。骨傷屬之。三曰廢病。凡折斷一肢或瞎一目者屬之。四曰篤疾。最爲重大。凡打斷兩肢或瞎兩目者屬之。且有一定之保辜期限。暫行新刑律則分傷害爲三等。一曰轉微傷害。卽等於舊律之所謂傷。二曰廢疾。凡減衰視能。聽能。語能。以及減衰一肢以上之機能。或病至三十日以上者皆屬之。三曰篤疾。則爲毀敗視能。聽能。語能。陰陽。以及一肢以上之機能。或變更容貌者皆屬之。故暫行新刑律之所稱廢疾。實等於舊律之所謂打傷及廢疾之一部。而所謂篤疾者。卽等於舊律之篤疾及廢疾之一部。然減衰與毀敗之界限。甚不易區別。據資政院在暫行新刑律上之補箋。則謂「毀敗與減衰之分。在視能上以三分之一半突之距離。可否識別指頭之數爲斷。在聽能上以通常之距離。可否聽取他人通常之語音爲斷。在語能上以

通常之距離本人語言能否達入他人聽覺爲斷。總之毀敗者全部喪失其能力。減衰者一部喪失其能力也。」又謂「曰視能、聽能、語能者。卽能力之謂。對於物質而言。而物質卽包括於能力之內。蓋常有物質依然。而能力喪失者。未有物質既喪失。而能力猶存者也。機能罪對於物質而言。其理亦同。」其言廢疾與篤疾之區分。固已極爲明了。然猶難得其正鵠。刑法因一律撤銷之而僅區分之而爲二。一爲重傷。一爲傷害。所謂重傷者。卽併合暫行新刑律之篤疾及廢疾之一部。餘則皆爲傷害。不復分等級。其傷害程度之是否輕微。以及處刑之輕重如何。一俟司法官之審斷。原來各國對於傷害罪之立法例。有不分等級者。如日本法是有分爲二等級者。此英德美荷等是有分爲三等級者。如瑞士及法國等。是其最詳細者。要推意大利計分四級。分級太繁。則審判上甚感不便。而於事實上亦不易正確。如不爲分級。則又過於概括。皆非所宜。刑法因折衷之而分爲二級。一爲重傷。一爲傷害。又舊律有所謂保辜期限者。至暫行新刑律。則已廢除。但仍定凡傷至三十日以上者。則以廢疾論。然以日數之短長爲傷害輕重之標準。實有洽。因同一傷害。使卽得良醫以爲診治。則易於速愈。使遷延時日。不卽診治。或卽爲診治。而醫生適又不良。則其病卽遷延而不易速愈。是又豈情理之平。極其結果。勢必以醫生之良否。而定犯罪人刑罰之輕重。故刑法亦毅然將此規定撤廢。只問傷害之是否重大。不問其傷害日數之短長。

第二編 犯罪論

第一章 犯罪之意義

所謂犯罪者。即觸犯刑罰法令所規定之行爲是也。刑法本爲人類行爲之準則。有禁止者。卽不許其爲某種行爲是也。有命令者。卽強制其爲某種行爲是也。苟有觸犯之者。或不應作爲而作爲。或應作爲而不作爲。皆爲犯罪。故犯罪必須有行爲。使無行爲。僅僅有內部之意思。卽非刑法之所問。且亦無從問。有人於此。苟有犯罪之行爲。是卽可按法以求之。使並無犯罪之行爲。而欲求其內部意思之何若。則不特不必。抑且無從。况刑法之設。在保護國家之法益。維持社會之安寧秩序。故必有紊亂社會之安寧秩序。致國家法益受厥侵害者。始以刑罰加之。內部之意思。縱極凶橫。或思殺人。或思放火。或思搶劫。然苟無外部之行爲。社會上之安寧秩序。卽毫無影響。國家法益。仍依然無害。故犯罪必須有外部之行爲。使僅有意思而無行爲者。除有少數之例外外。決不能遽謂爲犯罪。雖然。刑法第二十四條。「非故意之行爲。不罰。」其第三十條。「未滿十三歲人之行爲。不罰。」其第三十一條。「心神喪失人之行爲。不罰。」其第三十四條。「依法令之行爲。或正當業務之行爲。不罰。」其第三十五條。「依所屬上級公務員命令之職務上行爲。不罰。」其第三十六條。「對於現行不法之侵害而出於防衛自己或他人權利之行

爲不罰。」其第三十七條「因救護自己或他人生命、身體、自由、財產之急急危難而出於不得已之行為不罰。」是行爲雖屬犯罪。苟依某種條件。亦有不加以刑罰。非一有犯罪行爲。即須加以刑罰也。不過不罰與不爲罪異。不爲罪者。即其行爲爲正當合法之行爲。並非犯罪行爲也。至不罰。則儘不加以刑罰。而非謂其行爲之非犯罪行爲也。例如有未滿十三歲之小兒。無意中傷害一人。依刑法第二十四條及第三十條規定。當然在不罰之列。然不罰儘管不罰。而其所爲之行爲。則不能不謂之爲犯罪行爲。蓋依刑法第二百九十三條之規定。其傷害人之行爲。當然觸犯法益。不得以其不罰之故。而即否認爲犯罪行爲也。故犯罪之第一要件。只爲行爲。不過是否加以刑罰。須其行爲。具備各種要件。第一須有犯罪能力。第二須爲故意或過失。第三須無違法之阻却。苟三者之中而缺其一。即不得以刑罰加之。蓋其行爲雖爲犯罪。而依法規定。仍在不罰之列也。今人往往誤認不罰即不爲罪。以爲不罰與不爲罪。不過名詞上之相異。實則一而二而一。故其解釋犯罪。除必須有行爲以外。更謂爲須有犯罪能力。須爲故意或過失。須無違法之阻却。此則不免稍誤。不特無解於不罰及不爲罪之意義。且亦未及注意刑法第一條之規定。此則不可不辨別者也。

何謂犯罪能力。卽有能力以負此犯罪之責任是也。故犯罪能力。一名責任能力。但尋常所謂責任能力者。往往指民法上之不法行爲而言。而於刑事上之犯罪行爲。另名之曰犯罪能力。能力有無之標

準有二。其一依其年齡而定其有無者。其二依其精神而定其能力之有無者。蓋年齡過小。智識未充。全無犯罪之認識。使授刀以畀孩提。孩提必不知其爲殺人之利器。且亦未知殺人爲何事。使授之於瘋子。其狀況亦然。以此不識不知之人。而使之負刑事上之責任。不特殘酷不仁。抑且非國家設立刑罰之本意。蓋刑罰之設。全在排除惡性。使不至再現。以保社會之安寧。對不識不知者。而加以刑罰。安能收效。故即使有犯罪行爲。依法不罰。何謂故意與過失。故意者。明知之而仍爲之是也。例如以刀殺人。明知刀爲殺人之利器。殺人之必死。原來行爲也者。必本於意思之動作。苟無意思。無由發動。苟無動作。無由實現。故行爲之要件。其一爲意思。其二爲動作。而非故意之行爲。卽其行爲之來。並無意思之發動。乃出於不識不知。既出於不識不知。卽不應加之罪責。故刑罰之加。必以出於故意者爲限。非故意之行爲。刑罰卽不之及。但有無故意。藏在內部。無從而知。故法律必再爲之規定。以明其界限。此刑法第二十六條之所爲設也。但有雖非出自故意。而應注意不爲注意者。亦不得概予以不罰。否則人人可以非故意爲藉口。而竟免於刑罰矣。故過失亦須處罰。過失也者。卽雖非故意。而應爲之注意。且能注意。而竟不爲注意是也。例如開槍射虎。不問前面有無人在。而竟漫不經心。致開槍殺人。是卽過失。何謂違法之阻却。卽其行爲雖確爲犯罪行爲。但出於萬不得已。而非其本性。以故阻却其違法性是也。例如殺人者。人皆知爲犯罪者也。然其殺人之原因。乃在迫不得已。苟非將其人殺死。自己或他人之生命亦將不保。殺之或免自

己之禍。或免他人之禍。則兵出有名。應原其情而略其迹。不復加以刑罰。如刑法第三十六條之正當防衛。第三十七條之救護緊急危險。悉屬於此。刑法本不取自衛主義。更不採報復主義。不能曰彼殺之我乃殺之。然於某種狀態之下。形勢非常危急。問不容髮。且無可告語。無可呼欲。則爲保護自己或他人之正當權利。以免於損害。勢非採取自衛手段不可。即舊律所謂格殺勿論也。使刑法再加之。以罰。則非保護社會之安寧秩序。直保護犯罪人。反以破壞社會之安寧秩序也。故特定不罰之條。蓋以其違法律性有所阻却也。其外依法令之行為。或正當業務之合法行為。以及依所屬上級公務員命令之職務上行為。亦無違法律性存在。雖有犯罪之行為。亦法律不加以罰。蓋完全非有惡性。無須乎排除也。

人之行為。本不外合法行為與不合法行為二者。凡其行為爲法令所許可而不加制止者。則曰合法行為。如其行為爲法令所制止。爲之即須受法律之制裁者。則曰不合法行為。不合法行為中。又有三者。其一爲民事上之不合法行為。其二爲行政法上之不合法行為。其三爲刑法上之不合法行為。則曰犯罪行為。因其行為皆抵觸刑法之所規定。依法即入於罪也。然如何而爲犯罪行為。則依刑法第一條之規定。即其行為受有刑法上明文處罰者是。如刑法上並無明文處罰者。即不在犯罪之列。儘可堂哉皇哉爲之。縱於道德上或有令人可議之處。然僅負道德上之責任。而非犯罪行為。故犯罪之意義。必其行為觸犯刑法上之規定。在刑法上應予以懲罰者。例如和姦無夫之婦。在道德上誠有可疵。甚

者爲輿論所不容。鄉黨所不齒。然既刑法上並無明文規定。卽不認其和姦無夫之婦爲罪。而其和姦無夫之婦之行爲。亦卽非犯罪行爲。故其行爲之是否犯罪。全以刑法上有無處罰明文爲斷。刑法第一條「行爲時之法律。無明文科以刑罰者。其行爲不爲罪。」卽此可見。且罪刑必由法定。卽所謂罪刑法定主義。何種行爲爲犯罪。何種行爲爲非犯罪。何種行爲爲應處罰。何種行爲爲不應處罰。皆有一定之明文。不能如昔日專制君主時代之一憑元首及官吏意志。以無罪爲有罪。以有罪爲無罪。故「言出法隨」一語。在昔日擅斷主義時代。誠不失爲一種善政。而在今日罪刑法定主義時代。則此語已不成文章。例如今日官吏嚴禁賭博。甚至將出售賭具之商店。處以懲罰。此在行政上固自有其理。未可厚非。然以刑法言之。則賭博財物者。誠爲第二百七十八條明文所規定。當然爲一種犯罪行爲。使不賭博財物。而以供人暫時娛樂之物爲賭者。卽不在刑法科以刑罰之列。不得謂爲犯罪行爲。既非犯罪行爲。卽不能枉加以刑罰。否則罪刑法定主義之謂何。使以當局者一時之喜怒好惡爲準。則人將不知何種行爲爲犯罪。何種行爲爲非犯罪。犯罪與非犯罪。既無一定準則。則善良者日懷疑懼。跬步羅網。而狡黠者反有時徼幸以無事。國家社會之安寧秩序。何由克保。故犯罪之第一義。要在觸犯刑法上有明文科以刑罰之行爲。

第二章 犯罪之主體

所謂犯罪之主體者。卽其有犯罪之資格是也。無犯罪之資格者。卽有犯罪行爲。刑法上亦不能認

爲犯罪。例如殺人。犯罪行爲也。猛虎食人。未聞有誰何治以刑法第二百八十二條之罪者。蓋以虎無犯罪之資格也。然何者得有犯罪之資格乎。以今日刑法言之。當然爲唯一之人。故僅人得爲犯罪之主體。雖然。人有二。其一爲自然人。又其一爲法人。蓋人之意義。在法律上與生物學上不同。以生物學言之。凡圓顛方趾者。一律謂之爲人。此外皆非人也。而以法律言之。則凡其能力可以享權利。負義務。爲權利義務之主體者。悉謂之爲人。故於自然人外。更有法人之存在。何謂法人。卽本非人類而在法律上賦予以人格。使之得爲權利義務之主體。同於自然人。故曰法人。蓋卽法制上特擬之爲人也。然既稱曰人。可以爲權利義務之主體。則對於刑事。當然亦負有相當之責任。但法人究與自然人異。自然人可加以刑罰。對於法人。卽不可能。且法人究非能自行犯罪者。其爲犯罪之行爲。亦由自然人爲之。例如有公司於此。曾經依法登記。此已取得法人資格者也。得爲權利義務之主體者也。一旦忽以與他公司競爭營業之故。或冒用他人之商標。或散發傳單以毀壞他人之名譽或信用。此實犯罪行爲也。依刑法第二百六十九條或第三百三十條之規定。卽應處以相當之刑罰。然對於公司。又果如何懲罰乎。卽曰可處以罰金。然使罰金不納者。又如之何。依刑法第五十五條第二項。則應處以監禁。然對於法人。又如何監禁之乎。且爲此犯罪行爲者。名雖法人。實亦出於自然人。法人自身。不能冒用他人之商標或散發傳單以毀壞他人名譽或信用也。故不如直接罰其自然人。一則情真罪當。一則易於執行。故吾國刑法。對於犯罪之

主體。除有明文特別規定得罰法人外。大概不認法人有犯罪之能力。蓋不以法人爲犯罪之主體也。原來對此問題。法學界有積極說及消極說兩種。積極說則認法人爲犯罪之主體。而消極說則否認法人爲犯罪之主體。以爲法人人格之存在。只能限於法律所認許之範圍內。過此即無人格。其爲犯罪之行爲。非法人自身爲之。實代表法人之自然人爲之。代表法人之自然人甘心爲犯罪之行爲。法人實無制止之能力。故其犯罪責任。應由代表法人之自然人負之。況法院審問時。亦不能不以代表法人之自然人爲被告。其說殊覺積極說爲正當。但有時積極說之主張。亦不可廢。蓋法人之犯罪行爲。往往出於法人全體社員之意思。不能僅處罰其一二之代表人。故吾國刑法。將積極消極兩說而折衷之。在普通刑法中。不認法人爲犯罪之主體。而於特別刑法中。苟認法人亦足爲犯罪之主體者。特以明文規定之。苟未有明文規定者。則不認法人爲犯罪之主體。遇有犯罪行爲。卽罰其代表法人之自然人。蓋只認自然人爲犯罪之主體也。

雖然所謂自然人者。果起於何時。終於何時乎。此則須視民法之所定。民法規定。「人之權利能力始於出生。終於死亡。」是在未出生前。只可謂爲胎兒。不得謂之爲人。其在已死亡後。只可謂爲屍體。亦不能謂之爲人。此則須嚴爲分別者也。但於此又有一重要問題也。卽如何爲出生。如何爲死亡。蓋卽出生與死亡之界限也。出生之界限。學說有六。其一爲陣痛開始說。其二爲一部露出說。其三爲全部露出

說其四爲生聲說。其五爲斷臍帶說。其六爲獨立呼吸說。死亡之界限。學說亦有二。其一爲脈搏停止說。其二爲心臟鼓動停止說。吾國民刑法上。雖無具體之規定。然以多數學者見解。當認前者以獨立呼吸說爲準。後者以心臟鼓動停止說爲準。但此不過爲人之界說。若刑罰所加。則須至有犯罪能力發生始。苟未有此犯罪能力者。卽不爲犯罪之主體。刑法第三十條。「未滿十三條人之行爲。不罰」。其第三十條。「心神喪失人之行爲。不罰」。是可見也。

第三章 犯罪之客體

何謂犯罪之客體。卽被害者是也。凡爲國家。爲社會。爲個人。皆可爲犯罪之客體。故客體有二種意義。其一爲法益。其二爲被害人。所謂法益者。卽法律保護之利益也。被害法益者。卽被犯罪人所侵害之法益也。例如有甲於此。將乙殺。死乙之生命。爲法律所保護。侵害乙之生命。卽爲侵害法益。蓋法律固保護人之生命也。又如丙於此。強姦丁女。致破壞丁之貞操。污辱丁之身體。丁之貞操及身體。亦爲法律所保護。侵害丁之貞操及身體。卽侵害法益。蓋法律固保護人之貞操及身體也。而此種法益。學者又分之爲三。其一爲國家之法益。其二爲社會之法益。其三爲私人之法益。前二者可謂之爲公益。後一者可謂之爲私益。然不問爲公益。爲私益。其爲法益則一。苟有侵害之者。刑法必以刑罰加之。蓋所以保護國家之法益也。至所謂被害人者。卽受犯罪人侵害之人也。例如甲將乙殺死。乙卽爲被害人。丙將丁強姦。

丁卽爲被害人。被害人不必限於自然人。國家及社會亦得爲刑法上之被害人。大概刑法上之被害者卽所謂犯罪之客體。必含有兩方面。其一方面則爲被害之法益。一方面則爲被害人。兩者實有不可分離之關係。卽以前例言。甲將乙殺死。丙將丁強姦。乙與丙則爲被害人。而乙之生命與丁之貞操及身體。則爲被害之法益。二者實無法強使之分離。不過以刑法言。其所保護者。乃爲法益。而非被害之人。其保護被害人者。完全爲保護法益之反射。苟只侵害人而不侵害及法益者。卽非刑法之所問。例如甲欠乙之錢。久索不還。在乙固受厥害矣。不得不謂之爲被害人。然甲所侵害者。僅爲乙個人。並未侵害及於法益。故無論欠有若干鉅款。乙不得訴諸刑法。以刑法上之刑罰加之。蓋甲固只侵害乙個人。未侵害法益也。古代民法不分。法律專用以保護私人。苟私人受有侵害者。悉得請求國家以刑罰加之。此實大誤。自法學發達。民刑分途。於是知刑法之爲用。實不在保護私人。而在保護法益。故犯罪之客體。不僅爲被害人。又爲被害之法益。且也苟法益被侵害。而個人不被侵害者。亦足成爲犯罪之行爲。例如甲乙丙丁四人共同賭博財物。是並無被害之人也。然賭博財物。旣爲刑法所嚴禁。則觸犯之者。當然爲犯罪之行爲。蓋卽侵害國家之法益及社會之法益也。旣侵害及於國家及社會之法益。刑法爲保護法益計。卽不可不加以相當之刑罰。不問其有無被害人也。故犯罪之客體。嚴格言之。實卽被害之法益。

第四章 犯罪行爲

第一節 犯罪行為之發生

犯罪行為如何而發生乎。欲明乎此。不可不研究行為。行為者。由於意思之動作也。例如書欲寫字。是卽一種意思。本此意思而執筆磨墨。是卽一種動作。合此意思與動作二者。乃成一種寫字之行爲。故行爲之成。必由於意思與動作二者。且其動作必本於意思而來。否則卽爲無意識之動作。在刑法上不構成行爲。或者其行爲之發動。雖由於自己之意思。然非本人之真意。不得已而爲之。在刑法上亦不構成行爲。非不構成行爲也。其行爲認爲可原。刑法上不予處罰也。雖然。犯罪之成立。其原則固必由於行爲。而亦有不必有行爲在刑法上亦認爲犯罪者。更有雖有行爲。在刑法上仍不認爲犯罪者。前者則爲意思犯。後者則爲結果犯。所謂意思犯者。卽其人不必有犯罪之行爲。只須有犯罪之意思表現於外。卽認爲犯罪。蓋刑法之設。原所以防止社會發生危險。苟有發生危險之狀態者。不必已有行爲。卽應加以防止。故有重大之危險發生。雖只有意思表示。國家卽須一體禁止。則社會之安甯秩序。得以維持。如刑法第一百零三條第二項、第一百零四條第二項、及第條百零七條第二項、第一百零八條第三項、第一百零九條第三項、第一百十條第三項、第一百十一條第三項、第一百十二條第三項、第一百十四條第四項、第一百十六條第三項、又第一百二十一條第三項、第一百二十四條第三項等悉屬之。蓋對於此種重大事故。苟不預爲防止。必俟有行爲發生後。始加以刑罰。則不問國家、社會、及人民。所損實多。故特有

此例外。雖無行爲。亦處以罪。所謂結果犯者。又名爲實質犯。即行爲而後。必須有一定之結果。如無結果。即不能謂爲犯罪。例如傷害罪。即爲結果犯也。傷人者爲其行爲。而被害人之受傷。則爲結果。若僅有傷人之行爲。而被害人並未受傷。依然無恙。是僅有行爲而無結果。無結果之行爲。其行爲即不構成犯罪。蓋結果犯以結果爲要件。否則其罪即不能成立。如爲行爲犯。則不如是。雖未有結果發生。亦加以刑罰。在刑法上。即謂爲未遂罪。即以殺人罪而言。殺人爲行爲犯。而非結果犯。使有甲於此。持刀殺乙。其殺人之行爲。已完全具備矣。乃乙將身一躲。未遭殺死。是即未有殺人之結果。依法結果犯。必須有結果。後始行加以刑罰。而行爲犯。則不然。殺人一事。完全爲行爲犯。故特規定未遂犯之罰。則雖無結果。亦須處刑。是乃一種行爲犯之規定。然即使爲行爲犯。苟無此明文者。對於未遂犯。亦不能認爲犯罪。故刑法第三十九條第二項。「未遂罪之處罰。以有特別規定者爲限。」是苟刑法上未有明文特別規定者。即不認其爲犯罪行爲。

第二節 犯罪行爲之要素

犯罪行爲之構成。往往不由於單一動作。而須由多數動作以聯合之。始行構成者。原來構成犯罪。必有要素。而此要素。更分普通要素與特別要素二者。所謂普通要素者。即法律上所規定一切行爲所不可或缺之要素。如犯罪能力。如意思發動。如身體動作等。悉屬於此。苟此要素而有所欠缺。即不能成

立犯罪行為。質言之。凡所謂普通要素者。即犯罪行為成立之共同必要條件。無論所犯何罪。此要素均不可或缺。所謂特別要素者。即構成某種犯罪行為所不可缺之要素。例如犯刑法第二百八十二條之殺人罪。則以殺人為特別要素。犯第三百三十七條之竊盜罪。則以意圖為自己或第三人不法之所有而取他人所有物為特別要素。使缺乏之。其罪即不能成立。而由多數動作聯合之始成此犯罪行為者。則必於多數之動作中。有其一種為構成犯罪之特別要素。否則雖有其他之多種動作。亦不構成犯罪行為。即以殺人及竊盜二者言。殺人之行為。甚少單一動作者。事前相度情形。購置凶器。臨時侵入第宅。舉手殺人。皆為殺人之行為。竊賊行為亦然。事前察看地址。預備器具。臨時侵入第宅。舉手取物。悉為竊盜之行為。然此多數行為中。前者以舉手殺人為構成殺人罪之特別要素。後者以舉手取物為構成竊盜罪之特別要素。使無此者。則雖有其他之行為。亦不構成犯罪。蓋尙欠缺特別要素也。故法學上對此犯罪行為之事實。往往分而為二。一曰中心事實。即構成犯罪特別要素之事實也。二曰附隨事實。即並不以此為構成犯罪之特別要素之事實。僅為犯罪行為相密接之事實也。有之不加重其罪。無之不減免其罪。即以強姦論。事前則有相度地勢之事實。有攜帶器具之事實。臨時又有侵入第宅之事實。有強暴或脅迫等之事實。有姦淫之事實。合此多種事實。而後強姦之行為。得以成立。然其構成強姦盜之特別要素。而僅為強暴或脅迫及姦淫之事實。其外悉非要素。故其強暴或脅迫及姦淫之事實。應謂之為

犯罪之中心事實。餘外悉爲附隨事實。其有與無。刑法概不加以過問。蓋皆不構成犯罪之要素也。卽有爲構成犯罪之要素者。亦僅構成他種犯罪之特別要素。如侵入第宅。則觸犯刑法第三百二十條之罪。爲構成第三百二十條之特別要素。若一入強姦者。卽爲附隨事實。有與無不生問題矣。蓋雖未嘗侵入被害人之第宅。或狹路相逢。或被害人自至犯罪人家。其所有之罪。所處之刑。固完全與侵入被害人家第宅相同也。

第三節 犯罪行爲之界限

犯罪行爲之發生。必本於意思。是意思固已可包括入行爲之中矣。蓋無意思卽無行爲。其意思發動實爲犯罪行爲之第一步。但犯罪之結果。果亦包括於行爲中否。法學上對此頗有二派主張。其一認結果包括於行爲中者。其一則認結果不包括於行爲犯。而以結果與行爲相對待者。二派之主張。各有見解。但以最近多數學者之主張。則偏袒第二說。卽認結果不包含於行爲中。行爲自行爲。結果自結果。例以殺人罪。殺人者乃其行爲。被害人因而致死者。乃其殺人之結果。有結果者。固爲殺人之行爲。卽未有結果者。亦不失其爲殺人之行爲。使結果而果包括於行爲之中。則凡未有結果者。卽其行爲有所欠缺。不得謂爲行爲矣。故行爲決不能包括結果在內。以其動作爲止。而其有無結果。則爲行爲外之另一事實。若合行爲與結果而一之。則應另名之曰所爲。所謂所爲者。卽所以構成此犯罪者也。自意思發動

以至行爲並其結果。悉包括於所爲二字之內。再以殺人言。有甲於此。意圖殺乙。是甲之殺人意思發動也。因此意思之發動。遂進而實行舉刀殺乙。是甲之殺人動作也。不問乙是否被甲殺死。而甲殺人之行爲。卽已完全成立。故行爲之界限。卽始自意思發動。終至實行動作。使乙而果被甲殺死也。則爲甲殺人之結果。使乙而未被甲殺死也。卽爲未有結果。若所爲者。則合其行爲與結果而一併包含在內。故自意思發動以迄結果。應統名之曰所爲。而不能單謂之曰行爲。所爲可包括行爲。而行爲卽不能代表所爲。此卽行爲之界限。而亦行爲與所爲一字之異也。

於此又有一問題也。無意思之行爲。亦得謂爲行爲否。例如有甲於此。持刀赴操場練習。一不經心。誤墮於乙之身上。將乙殺死。是得謂爲甲之殺人行爲否。此種行爲。以刑法言之。當然爲非故意。但應觀其不經心之處。是否爲應注意且能注意而竟不注意。如曰否也。則爲非故意之行爲。依刑法第二十四條之規定。當然在不罰之列。如曰是也。則爲過失殺人。應依刑法第二百九十一條處罰。然不問是否過失。而其墮刀殺人之事實。則仍不得不謂之曰行爲。是否故意。可以不問。蓋其行爲由意思發動者。固爲行爲。卽不由於意思發動者。亦爲行爲。不過前者爲故意之行爲。刑法之所必罰。而後者則爲非故意之行爲。刑法不予處罰耳。故刑法上之所謂行爲。在普通言之。其界限誠包括意思及動作二者。苟缺其一。卽非行爲。然嚴格言之。無意思之行爲。亦爲行爲。只問其有無動作。不問其內部之意思若何。卽無意思

發動。出自偶然。亦不失其行爲。故意思自意思。行爲自行爲。結果自結果。僅有聯絡之關係。而非一物。不過普通所稱之行爲。必包括意思在內。蓋必先由內涵之意思。而後形諸動作。其突然而爲此動作。並不由於內部意思之發動者。雖亦有之。然究爲少數。未可以概全體也。

第四節 犯罪行爲之種類

犯罪行爲之種類。乃指其行爲之種類。而非犯罪之種類。以犯罪種類計之。則以刑法分則言。固有不少。即以每章計。亦有三十四章。而每章中又有分爲數罪者。故其分類。當在二百以上。然此猶專指普通刑法上所定罪名而言。使以特別刑法及實質刑法併計之。恐不下千數。然此爲犯罪之種類。而非犯罪行爲之種類。自來言犯罪行爲之種類者。大概以行爲之狀態言。即以其行爲之狀態。而定其犯罪行爲之種類。其一曰積極行爲。其二曰消極行爲。積極行爲。又名作爲。在刑法上謂之爲作爲者。即屬於刑法所禁止之行爲。而竟違法以爲之是也。負言之。即於法律上不應作爲之事而作爲之是。消極行爲。又名不作爲。在刑法上謂之爲不作爲是。即屬於刑法上所命令其應爲之行爲。而故意拋棄之不作爲是也。質言之。即於法律上應作爲之事而不作爲之是。故前者之行爲。爲違反刑法上禁止之行爲。而後者之行爲。爲違反刑法上命令之行爲。例如賭博。刑法上所禁止者也。不應爲之。使有爲之者。即構成第二百七十八條之犯罪行爲。是曰作爲犯。又如見有殺人者必以告。在刑法上所命令者也。應作爲之。使有

犯殺人而不以告者。即構成第一百六十二條第五款之犯罪行為。是曰不作爲犯。刑法上之犯罪行為。十之九爲禁止行為。而十之一則爲命令行為。故作爲犯居其多數。而不作爲犯亦有不少。其外尙有以犯罪行為之作用而分其種類者。一曰故意之行為。一曰非故意之行為。此則已詳於前節犯罪行為之界限中。又有以犯罪行為之性質而分其種類者。一曰行爲犯。即不需結果之行為。一曰結果犯。即需有結果之行為。行爲犯重在行爲。結果犯則重在結果。如無結果。即不成爲犯罪。此則又詳於本章第一節犯罪行為之發生中。茲皆不贅。

第五節 因果關係

凡刑法上之所謂結果犯者。其要件爲結果。使無結果。即不能構成犯罪。然自意思表示以迄於結果之發生。中間必經過多少之階段。而自實行至結果發生。亦必有經過多少之關係者。究竟其結果之發生。是否悉由於犯人之行爲。此中實亦不少研究之處。是即所謂因果關係也。因果關係論。在今日刑法上。亦爲一重要之問題。例如刑法第二百九十五條及第二百九十六條所規定犯傷害罪。因而致人重傷及犯傷害罪。因而致人於死。是即不可不先解決因果關係。因果關係之說。起源不古。十九世紀初始經研究。至二十世紀而大盛。至於今更視爲刑法上之重要問題。例如人死。是其事實也。即所謂果。然其因何在。甚難明瞭。死於病乎。死於醫乎。死於看護之不慎乎。即言死於病。而病之起因何在。受寒乎。受

飢乎。過溫乎。抑過飽乎。此皆成問題者也。例如甲以拳毆乙。乙因而致死。是當然犯刑法第二百九十六條之傷害致死罪。然其致死之因果爲傷害乎。蓋其死或由於醫者之不慎。或由於看護之不謹。未必皆由於傷害。學者於此。分個別觀察與一般觀察二者。個別觀察者。其前提以犯罪之實行。對於犯罪之結果。果與以如何之效果而定也。其一爲最有力條件說。其一爲共同原因說。所謂最有力條件者。以其犯罪之實行。對於其犯罪之結果。是否爲最有力。如最有力也。則當然構成因果關係。否則不成其爲因果關係。僅爲一種條件。但此甚難計算。且有最大之努力不引起強有力之作用者。亦有以最小之力量。而因他種關係反引起強有力之作用者。例如甲欲殺乙。以六分之毒藥吞之。然此六分之量。決非致死量。乙雖服之。可無恙也。乃同時有丙者。亦謀殺乙。不期而與甲合。同時亦以六分之毒藥吞之。乙因服十二分之毒藥。以至於死。使用最有力條件說。則甲及丙之行爲。果何者爲最有力乎。於是又不得不採取共同原因說。所謂共同原因說者。凡可發生結果之一切行爲。皆認爲原因。故甲與乙皆爲殺害乙之既遂罪。一般觀察者。其前提以普通原則上某種行爲是否發生某種結果爲斷。即所謂適當條件是。例如甲毆傷乙之頭面。此爲輕微傷害。在原則上決不致死。然使乙因此而於傷口侵入細菌。引起破傷風。以致於死。則又何如。使從個別觀察者。則甲不傷乙。乙即不負傷。乙不負傷。細菌即無由侵入。細菌不侵入。即不致引起破傷風。不起破傷風。即不致死。當然有因果關係。而用一般觀察。則傷爲普通之事。而致死

則出於人之意外。甲僅負傷害罪之責任。而不負傷害致死罪之責任。此二種觀察。各有見地。吾國歷來判決例。則採取個別觀察。凡發生結果之行為有數個時。而其數個之行為又相等者。即認其數個之行為爲共同原因。若數個之行為不相等者。則以其最有力之一行為爲原因。如第一例。則甲丙皆負殺人罪。如第二例。則認甲之毆傷行為爲最有力之條件。應令甲負傷害致死之責任。但以刑法第二十九條規定。犯罪人如不能預見其結果者。則亦採一般觀察。所謂條件者。即對於結果有間接關係是也。直接關係即爲原因。故條件與原因不同。最有力條件說。即以條件中之最有力者認爲原因。共同原因說。則以一切條件皆認爲原因。故學者於此。更將個別觀察分之而爲二。前者謂之爲原因說。後者謂之條件說。原因說即所謂最有力條件說。條件說即所謂共同原因說。蓋前者別條件於原因之外。數個條件中。只認最有力之一個條件爲原因。故曰原因說。而條件說則不分條件與原因。以條件即原因。故曰條件說。至一般觀察。則爲適當條件說。亦分條件與原因爲二。必其條件可爲適當之原因者。始認爲原因。否則不成其爲原因。故又名相當因果關係說。即以各條件之爲一般人所認爲原因者。始爲原因。否則爲偶然之事實。如因受人誹謗而氣憤。因氣憤而投河。因投河而致死。實非一般人所能預想。爲例外之事實。即不能認誹謗爲致死之原因。而成立因果關係。

因果關係之界限。既如前述矣。茲再一言因果關係與他行為之競合及介入。以及介入與因果關

係發生何種關係。所謂競合者。卽於因果關係之連續中有他行爲與之相合是也。如前述甲以毒藥殺乙。同時丙亦以毒藥殺乙。是卽甲與丙之競合。凡有競合時。不問其數個行爲是否能獨立生犯罪之結果。抑必須競合後始能發生犯罪之結果。一體認數行爲爲共同原因。故採條件說。所謂介入者。卽一個行爲完畢後。尙在因果關係連續之中。而有他種行爲參加其內是也。如前述甲毆傷乙之頭面。尙未復原。而由細菌介入。致引起破傷風。以至於死。是爲自然力之介入。此種介入。應採原因說。卽所謂最有力條件說。認甲之毆傷爲最有力之行爲。卽認此條件爲原因。蓋無第一之條件。卽無第二之條件。更無第三之條件。決不至於死亡。故以第一之條件爲最有力之條件。認爲致死之原因。但介入不僅自然力。更有其他之人力也。例如甲將乙毆傷。送入醫院。其傷甚輕。固不至於死也。乃乙於中途被丙墮落車下。立時斃命。是非自然力之介入。乃人力之介入。此種介入。果如何處斷。採共同原因說乎。採最有力條件說乎。抑採適當條件說乎。此卽介入與因果關係之關係。學者於此。約分三種主張。其一採共同原因說。謂介入不妨礙因果關係之連續。故於此又名因果關係連續說。以爲甲之毆傷與乙之致死。當然存有因果關係。蓋使甲不傷害乙者。乙不至於入醫院。不至於墮車而死。故甲應負其責。而丙之將乙墮下。更爲乙致死之直接原因。但不能因有丙之行爲介入。而中斷甲乙間之因果關係。故甲丙對於乙之致死。均負責任。蓋苟無丙之介入。乙是否不至於死。固爲一種疑問。使甲果不將乙毆傷者。乙亦何至墮車而

死。故甲之責任。仍不能脫卸。其二探最有力條件說。以丙之行爲。足以中斷甲乙間之因果關係。故於此。又名因果關係中斷說。蓋以乙之致死。其遠因雖出於甲之毆傷。而其直接原因。則爲丙之將其墮入車下。故丙之行爲。可爲乙致死之原因。而甲之傷害行爲。只爲乙致死之條件。不能爲乙致死之原因。故丙之介入。足以中斷甲乙間之因果關係。蓋只認甲之行爲爲條件。而不認爲原因也。但使丙之行爲。非出於故意。而爲刑法上之非故意者。則丙之行爲。又並非爲最有力之行爲。應以甲之行爲爲最有力之行爲。故乙致死之責。仍由甲完全負之。蓋以甲之毆傷。爲乙致死最有力之條件也。其三探適當條件說。卽以甲之行爲與丙之行爲相比較。果何者能預見其結果之發生爲斷。故何人能預見者。何人負其責任。於此因又名責任更新說。甲之行爲。僅在傷害。只有傷害之認識。而無傷害致死之認識。當然與乙之死無相當因果關係。卽無丙之介入行爲。甲之所爲與乙之結果。亦不發生因果關係。故無所謂中斷。亦無所謂介入。而丙之將乙墮入車下。以致於死。則當然犯有殺人之責任。故此種行爲之介入。只有責任間題。而無因果關係問題。故甲對於乙。只負傷害之責任。至乙致死之責任。全應由丙負之。與甲無涉。此三種主張。各有見地。吾國歷來判決例。大概取最有力條件說。如情形相等。則採共同原因說。但使被害人之致死。確非犯罪人所能預見者。則亦採適當條件說。刑法第二十九條。明爲規定。「犯罪因發生一定之結果。而加重其刑者。若犯人不能預見其發生時。不得從重處斷。」是即可見也。又不作爲犯。亦有因

果關係。雖有多數否認。然仍無害其成立。且亦有中斷。蓋有作爲義務者於他之原因進行時。若不爲結果之防止。卽爲發生結果之原因。如能防止。則其因果關係卽行中斷。

第六節 犯罪行爲之階段

犯罪行爲之界限。既自意思發動以至於實行動作。則其中間所分之階段。計有四者。一曰陰謀。二曰預備。三曰着手。四曰實行。嚴格言之。後二者。誠爲純正之行爲。而前二者。尙未入於行爲之域。不過爲一種發動之事實。故刑法上對於未遂罪之界說。其於第三十九條規定。『已着手於犯罪之實行』者。卽犯罪者。爲未遂罪。『所謂「不遂」者。卽僅有行爲而未有結果是也。所謂「已着手於犯罪之實行」者。卽犯罪之純正行爲也。前於着手之陰謀及預備二者。不過爲一種犯罪行爲之發動。而非爲純正之行爲。故刑法不加以罪責。蓋尙未成爲犯罪行爲也。茲一一說明之如左。

其一陰謀。何謂陰謀。卽犯意發動後之表示是也。意思藏於人之心。中不可得而見。故非表示於外。無人能知之。然僅僅表示。尙不成其爲陰謀。蓋不過對外爲一種表示。其真其僞。仍不可得而知。所謂陰謀者。必有二人以上。其同謀劃是也。例如甲將殺乙。而與丙商議。是使甲僅將殺乙之意思藏於胸中。不與丙商議。丙亦無從而知悉。故其犯意之有無人不得而知之。必表示於外。而爲他人所得知者。始行知之。然卽表示矣。而未與之謀劃。未得其同意。亦不成其爲陰謀。蓋必有同謀者。而後陰謀乃成。其謀劃

也。又不同爲語言爲文字爲附號爲圖畫。苟足以使雙方明了其意者。其陰謀行爲成立。故陰謀之成立。必於意思表示而外。更有謀劃之事。且其謀劃。又必有一定之事。使僅僅爲空泛之謀劃。而無特定犯罪之事者。亦不得謂爲陰謀。例如有甲與乙。將欲殺人。而告知於乙。此僅爲一種之意思表示。而非陰謀。又如甲與乙商議。欲爲一件犯罪之行爲。而所犯何罪。未經指定。卽指定矣。而未有所切實之計議。亦非陰謀。且卽指定矣。而苟未得乙之同意。不與之同謀者。亦非陰謀。故陰謀成立之條件。必有四者。其一。必須主謀人將意思表示於外。其二。必須於意思表示而外。更有請求商酌之意。其三。必須指定犯罪之一定事實。其四。必須雙方同謀。四者苟缺其一。卽不成立。陰謀之處罰。必限於有明文規定。苟無明文規定者。卽不加以罪責。蓋不特有犯罪之結果。實僅有犯罪之意思。並犯罪之行爲。而亦不完成也。故必須就其情形重大。足以發生國家社會或個人之極大危險者。始以明文規定其刑罰。否則置諸不論。不議之列也。於此。又有須注意者。犯罪行爲之第一階段。爲意思發動。而陰謀爲意思表示之一種。且必有共犯。而後有陰謀。如無共犯。卽無所用其陰謀。而意思表示。亦不僅一種。陰謀。有單獨向被害人表示者。此則或購成刑法第三百三十一條之恐嚇罪。有單向第三人表示者。此則並不構成何種罪刑。亦有始終不表示意思者。此則更無人能知其犯意。故犯罪之意思發動後。不必卽爲陰謀。且有始終未經過陰謀之一階段者。此又不可不知之者也。

其二預備 何謂預備。卽犯罪之意思發動後準備爲犯罪行爲是也。預備行爲。亦不得謂爲純正之犯罪行爲。故苟祇有預備而尙未入於着手者。亦視爲行爲之不完。成。不予以處罰。特就其情形重大足以發生國家社會或個人之極大危險者。始特定明文以處罰之。然亦有以豫備爲獨立之罪而處以刑罰者。如刑法第三百零三條之規定是。亦有以預備爲構成從犯之條件者。如刑法第三十一條之規定是。蓋所謂預備者。卽犯罪行爲之準備。例如謀殺人而察勘地址。相度情形。以及購買凶器等皆是。其狀況實已較意思表示爲更進一步。故定爲犯罪行爲之第二階段。由是而再進一步。卽爲着手矣。但預備亦與陰謀同。非必要之階段。亦有不經預備而卽着手於犯罪之實行者。例如甲乙二人。本無仇隙。一旦忽因事爭執。由爭執而扭毆。由扭毆而殺死。由意思發動以至於殺死。不過一剎那之傾。全未有預備之存在。故預備之有無。與犯罪行爲全無關係。故有預備者。固爲犯罪行爲。故未有預備者。亦不害其爲犯罪行爲。卽以預備而言。有意思發動後立時預備者。有意思發動後經過陰謀之階段而進爲預備者。亦有意思發動後遲之又久而後預備者。預備而後亦有立時着手於實行者。亦有遲之久而始着手於實行者。故預備例不處罰。且以不處罰爲原則。雖有一二例外。亦僅爲少數中之少數。但於此有一事須注意者。預備之有無。誠無關於犯罪行爲。然未有預備者。其惡性必較輕。大率出於一時之感情。而不能自己。苟有預備者。則必其對於犯罪之心理。蓄之已久。例如甲欲殺乙。使出於一時之氣忿。全未有若何

之預備。則其情尙有可原。蓋犯罪人之始意。當不及此。而於事後又必多方遺憾。或深咎鹵莽。或自責粗暴。後日倘不幸而再遇此等情事。必深自儆惕。不敢復爲此殺人之舉矣。且使乙當時得以避其鋒。時過境遷而後。甲亦必不再爲此。若蓄心已久。早有預備者。則日夜枕戈以俟。今日不能則明日。明日不能則後日。終必有實行犯罪之一日。事後不特不自追悔。反深冀其事之成功。竊自慶幸。則其惡性已深。人言旨無可救。止陰謀亦然。有陰謀者。其惡性必較無陰謀者爲重。此不待論也。

其三着手 犯罪行爲。雖包括意思發動、意思表示、陰謀、預備、以至着手及實行一切在內。然純正之犯罪行爲。應以着手爲起點。一經着手。即構成犯罪行爲。即行爲而未有結果。多數亦構成未遂罪。蓋犯罪行爲中。有爲行爲犯者。有爲結果犯者。結果犯誠然必須以結果爲要素。無結果即無犯罪可言。而行爲犯則重在行爲。一有行爲。刑法即處以刑罰。不過未有結果者。謂之爲未遂罪耳。然其可以論爲未遂者。亦必其犯罪行爲已入於着手之階段而後可。故着手爲純正犯罪行爲之起點。而亦爲犯罪行爲必要之階段。非此即不成其爲犯罪行爲。此即與上述陰謀及預備大相差異之點也。但如何而謂之爲着手乎。此則不能不加以研究者也。法學家對此見解。頗不一致。大概分主觀說與客觀說二種。主觀說則以犯罪行爲是否爲人識別爲準。不能爲人識別者。則非着手。能爲人識別者。則爲着手。例如持刀殺人。只持刀而未殺人。則人不能識別其持刀之用意何在。殺人可殺豬亦可。何從而知其必爲殺人。故主

持刀也。只可謂之爲預備。不能遽謂爲殺人。若其刀已向人提起。則人已識別其用意之所在。無可復飾。是爲着手。此說固甚有理由。然使人先以意思表示者。又將如何。蓋意思一經表示。人即識別其用意之所在。即不必着手。甚至不必有預備。不必有陰謀。人皆知悉其內蘊。是果即以其意思表示爲着手乎。客觀說則以犯罪人外部之動作爲標準。凡其行爲密接於實行行爲之動作者。不問他人能否識別。悉得謂之爲着手。即以殺人言。以刀入於人之肌膚。是爲實行。然在實行之前。必有一種動作。而此動作又與實行行爲相密接而不可分離者。如提刀向人斬下是。此提刀向人斬下之行爲。即謂之爲着手。蓋於實行之前。必先有此一種行爲。無此行爲。即不能實行。而此實行前必不可少之行爲。即所謂着手行爲也。此說亦甚有理由。但於實際適用上。不免發生不一致之弊病。往往同一行爲。或以爲尙未入於着手。或以爲已經着手。不過兩利相權取其重。兩害相權取其輕。與其取主觀說而窒礙甚多。毋寧取客觀說而窒礙較少。因之近人對於着手之解釋。多數採取客觀說之主張。雖未必盡善無疵。然亦所謂不得已而求其次也。

其四實行 所謂實行者。即實行犯罪之行爲也。例如殺人而將刀斬入人肌膚。放火而將物件焚燒。皆爲實行。有此實行。即爲犯罪行爲成立。如僅着手而未經實行者。例如舉刀向人而未斬入人之肌膚。以火接觸物件而未將物件焚燒。是雖已入於着手之階段。尙未進而至於實行。其犯罪行爲尙有所

欠缺。然着手與實行不過相去一間。着手者實行之開始。實行者着手之結果。雖或未至實行之階段而已着手者。即與實行相等。故凡刑法上之行為犯。苟有未遂罪之規定者。則不問爲着手未遂。抑實行未遂。悉成立未遂罪。且毫無區別。是可見也。至實行而後。有發生結果者。有不發生結果者。亦有不須結果者。發生結果者。即謂之爲既遂。未發生結果者。則謂之爲未遂。而不須發生結果者。則一經實行行爲終了。其罪已完全成立。其有無結果。可不必問。如侮辱罪、恐嚇罪、脅迫罪、煽惑罪等。皆爲不必發生結果者。一經實行爲犯罪之行爲。其罪即已完成。雖然。於此又有一問題也。即不作爲犯果以何者爲實行乎。不作爲犯中。固亦有必須着手及實行者。而如刑法第一百六十二條之規定。則固完全爲一種消極之行爲。果以何者爲實行乎。然此亦無難者也。作爲犯之實行。以作爲爲實行之時。而不作爲之實行。即以不作爲爲實行之時。即如刑法第一百六十二條。『於犯罪可以預防之際。知有將犯左列各罪。而不向該管公務員或將被加害之人報告者。處一年以下有期徒刑、拘役、或三百元以下罰金。』該條之特別要素。即在知有將犯罪而不爲預防。是知有將犯罪之時。即爲其自身構成刑法第一百六十二條罪責之時。以法律上言。亦即爲犯罪成立之時。犯罪之成立。必由於實行。是犯罪成立之時。亦必爲犯罪行爲實行之時。故不問爲積極犯罪行爲。消極犯罪行爲。必皆以實行爲準。無可疑也。

第五章 犯罪之種類

犯罪之種類與犯罪行為之種類。截然不同。犯罪行為之種類。指其行為而言。大概分積極行為與消極行為。有故意之行為與非故意之行為。雷結果之行為與不需結果之行為。此則已詳於前章各節中。所謂犯罪之種類者。乃以其犯罪之行為、性質、狀態、時間等而爲之區分也。其最著者則有五。其一曰現行犯與非現行犯。此乃以犯罪之發覺時間而爲之區別者。現行犯。即於犯罪行為實行時或於實行後尙未完畢或其行為方終了時而即被人發覺之犯罪也。非現行犯。則於犯罪行為完畢後始行被人發覺之犯罪也。此種區別。在刑法上無甚關係。而在刑事訴訟法上。則兩者之區別。極關重要。現行犯則不問何人。得以不用拘票。逕行逮捕。例如有甲於此。見乙犯罪。使乙爲現行犯者。則可直前將乙拘捕。使爲非現行犯者。則不得如是。即須依法向法院告發。故現行犯與非現行犯之區別。應詳於刑事訴訟法中。而於刑法上則甚少關係。刑事訴訟法第四十九條。『現行犯。不問何人。得不用拘票。逕行逮捕。犯罪者。在實施中或實施後即時發覺者。爲現行犯。有左列情形之一者。以現行犯論。一、被追呼爲犯人者。二、於犯罪發覺後。最近期間內。持有凶器、贓物或其他物件。可疑爲該罪之犯人。或於身體衣服等處。顯露犯罪之痕迹者。』此即現行犯之界說也。其二曰即成犯與繼續犯。此乃以犯罪之狀態而爲之區別者。即成犯。即犯罪之行為一經入於實行之階段。其行為即行終了是也。繼續犯。即犯罪達於實行之程度後。其行為仍不終了。更須繼續是也。此種區別。於計算時效上。甚有關係。例如殺人行爲爲即成犯。一

經實行將被害人殺死。其行為即行終了。而如賂誘和誘犯。則爲繼續犯。雖經實行將被害人誘拐。其行爲依然繼續。仍不終了。必俟將被害人恢復自由後。始爲終了。故計算起訴權之時效。即成犯應自犯罪行爲終了時開始。而繼續犯則應至繼續犯終了時開始。不能僅以實行時爲準。例如刑法第三百三十三條。「使人爲奴隸者。處一年以上七年以下有期徒刑。」此種犯罪。當然爲繼續犯。使甲於民國二十一年一月一日買乙爲奴隸。期限十年。至民國二十九年十二月三十一日爲止。後日被入告發。其起訴權之時效。並不從二十年一月一日開始。應以犯罪行爲最終之一日。即二十九年十二月三十一日開始。卽其例也。又所謂繼續犯者。更分永續犯、連續犯、徐行犯、慣行犯等。永續犯卽普通之所謂繼續犯。於實行後其行爲仍須繼續。並不終了。如賂誘和誘、私擅監禁等。是連續犯。乃以連續之意思而連續以行爲之。是和姦罪卽其好例。其犯意同。其犯行同。其所侵害之法益亦同。在表面視之。雖有多數次之犯罪行爲。而其犯意則一。故謂之爲連續犯。只成爲一個犯罪行爲。刑法第七十五條。「連續數行爲而犯同一之罪名者。以一罪論。」卽可見也。徐行犯乃連合數次之犯罪行爲而始達到目的之犯罪也。慣行犯乃本於習慣而所爲之犯罪也。凡此四種。在刑律學上悉謂之爲繼續犯。其三曰政治犯與刑事犯。此乃以犯罪之性質而爲之區別者。政治犯乃爲抵觸關於內亂及外患等之罪者。如圖謀顛覆政府。圖謀擾亂國家皆是。刑事犯則爲普通犯罪行爲。此種區別。甚關重要。在政治上往往以某種原因之故。將政治犯

特予赦免。或以某種事件之故。特將政治犯予以加重處置。若爲刑事犯。則既難邀此寬典。亦不至加重刑罰。若在國際法上。對於政治犯又例不交付。且特予以保護。而對於刑事犯則否。例如有甲於此。以殺人之故。逃往外國。此刑事犯也。吾國對於犯人所遁逃之國。得要求交付。而其國亦不得無故拒絕。苟無正當之理由者。卽負有將犯人交付之義務。但使甲之所犯者。而爲顛覆政府之罪。則爲政治犯矣。吾國卽不便請求外人交付。請妄爲請求。外人亦得以拒絕。此卽政治犯與刑事犯之區別也。其四曰親告罪。與非親告罪。此亦以犯罪之性質而爲之區分者。刑法之設。原爲維持社會之安寧秩序。保護國家之益。苟有侵犯之者。則國家卽行使其刑罰權懲治之。故刑事事件。不許私人起滅自由。必由代表國家之檢察官爲原告人。且無須被害人自行告訴。人人得以告發。卽不爲告發。檢察官亦可本其職權。實行檢舉。故刑事取糾彈主義。雖然。法律對於某種犯罪。認爲只侵害私人之利益。不牽涉於公衆者。則爲保全家庭和平及關係人名譽起見。特規定「告訴乃論」。卽所謂親告罪犯也。非親告罪。則不限被害人或被害人親屬之告訴。任何人皆得告發。此種區別。在追訴權上甚爲重要。蓋使所犯者而爲親告罪。則犯罪人之犯罪行爲。雖已完全成立。然使無告訴權人出而依法告訴。國家卽不加以刑罰。如爲非親告罪。則無訴追條件之可言。除已過消滅時效外。任何人皆得向法院告發。至何者爲親告罪。何者爲非親告罪。則規定於刑法之中。凡規定「告訴乃論」或「請求乃論」者。均屬於親告罪。無此規定者。則爲非

親告罪。於此又有須注意者。凡侵害法益。皆須處罪。此刑法之所以設。而亦刑事不許起滅自由之原則也。故除破壞自己法益外。悉須科以刑。但爲親告罪。則凡侵害他人之法益。而苟得被侵害人之承諾者。亦不科刑。例如毀損他人之物件。依刑法第三百八十二條之規定。應予處罰。但依同法第三百八十七條之規定。實屬親告之範圍。苟被害人而承諾其行爲。不爲告訴。則以訴追條件之欠缺。國家即不便科以一年以下有期徒刑或五百元以下罰金。故親告罪之犯罪行爲。只須被害人承諾其行爲。即可免予處罰。此非謂犯罪行爲之不成立也。實欠缺訴追條件之故。此須辨別者也。其五曰單一犯與結合犯。此乃以犯罪之行爲而區分者。單一犯則以一個之行爲而成。而結合犯則連合多數之犯罪行爲而成。例如強姦罪。一重行爲爲強暴脅迫罪。一重行爲爲姦淫。此二重罪相結合。乃成立一個強姦罪。故結合罪之成立。必須有二重以上之行爲。實言之。即必須有二個以上之特別要素也。如僅有一個特別要素。即能構成犯罪者。即爲單一犯而非結合犯。

第六章 犯罪成立之時日

凡犯罪上計算時效。依第九十七條第二項規定。以犯罪成立之日起算。犯罪成立之日。果爲何日乎。即成犯則成立於犯罪行爲實行之時。而繼續犯則成立於犯罪行爲終了之時。此固已詳於前章中矣。但又有一問題也。犯罪行爲實施之時。使並不與犯罪結果同其時日。而有差異者。則犯罪成立之日。

果以行爲之日爲準乎。抑以發生結果之日爲準乎。例如甲欲殺乙。用炸藥製成物件。裝於箱內。中藏機關。交郵局遞寄至乙處。俟乙收到後。開箱觸機。其藥即行爆發。將乙殺死。而甲居上海。乙居雲南。相距萬里。甲寄郵之時。與乙收到被殺之時。相去竟隔二月或三月。以實施犯罪行爲論。則犯罪成立之日。卽爲甲交郵遞寄之日。如以結果論。則犯罪成立之日。須乙開箱被殺之日。二者究以何者爲準乎。於是有主實施行爲時爲準者。有主結果發生時爲準者。據最近多數法學家意見。則對此事件。應先區分犯罪之性質。究爲結果犯。抑爲行爲犯。如爲結果犯者。則以結果爲要件。無結果卽無犯罪。自應以結果發生之日。爲犯罪成立之日。如爲行爲犯者。則以實施犯罪行爲爲準。何日實施犯罪行爲者。卽以何日爲犯罪成立之日。但亦須爲之分別有無結果。如有結果者。則仍以結果發生之日爲犯罪成立之日。如無須結果。僅以實施犯罪行爲卽構成犯罪者。則以實施犯罪行爲之日。爲犯罪成立之日。如須有結果而結果未發生者。則認爲未遂。倘法文規定未遂亦應處罰者。則以實施之日。卽爲未遂罪成立之日。卽以前述之殺人罪言。如甲於民國二十年一月一日由上海交郵。於三月三十一日將乙致死。則甲殺人之罪。應成立於三月三十一日。蓋在三月三十一日以前。乙固無恙。甲亦未曾殺人。但使於乙未致死以前。而卽行發覺者。則以甲殺人未遂罪論。蓋其交郵遞寄。已明明爲着手於犯罪之實行也。其着手於犯罪之實行。既在一月一日。則其犯罪成立之時。亦當然爲一月一日無疑。此外更有一事。須爲注意者。刑法第

三十一條。「心神喪失人之行爲。不罰。」使有一人也。實施犯罪行爲。在心神喪失之中。而其結果發生。則已在心神回復之時。又或實施犯罪之時。在心神健全之時。而其結果發生之日。則在心神喪失之中。如是者果罰乎。抑不罰乎。學者對此。亦有不少意見。但多數主張。法文既稱「心神喪失時之行爲」。則明明指行爲而言。不問爲行爲犯。爲結果犯。皆應專以犯罪行爲時爲準。使果行爲時心神喪失者。則其結果發生時。雖已病體回復。與常人相等。亦不應科以刑罰。蓋實施犯罪行爲時。全然不識不知。無犯罪之認識也。若行爲時心神無恙。及至結果發生時。心神突呈喪失之狀。則既以行爲時爲標準。對此仍應科以刑罰。不能以其日後之心神喪失。而特予以不罰。不過在心神喪失之中。於事實上不便加以懲處。然此爲執行上之一種事實。而非刑法上所應研究之問題。刑事訴訟法第四百八十四條第四百八十五條及第四百八十六條。悉已爲之規定。故對此問題。應以實施犯罪行爲時。爲犯罪成立之日。而與前述計算時效之起點。異其方法也。

第七章 刑事責任

第一節 責任能力

所謂責任能力者。在刑事上卽所謂犯罪能力也。必有此能力。而後犯罪者國家予以刑罰。苟犯罪者而無此能力。則雖有犯罪之行爲。亦以其能力未充而不爲處罰。蓋其人尙不堪負担此犯罪之責任。

也。孩提拾物。瘋子殺人。皆不失爲犯罪行爲。然一則稚子無知。一則心神喪失。皆不能負此犯罪之責任。國家不便卽予以刑罰。故犯罪能力之有無。實爲處罰或不罰之一種重要關鍵。但犯罪能力之有無。果又如何決定。間不可不於法律上明爲規定。使司法官無所上下其手。當事人無所推諉躲卸。此刑法第三十條至第三十三條。所以詳爲訂明也。蓋犯罪能力之有無。應以年齡及精神狀態二者決之。人之智識程度。雖萬有不齊。或以遺傳之善否而分。或以教育之受否而分。或以環境之良否而分。或以體力之優否而分。然綜其大要。當必與年俱進。孩提之時。不識不知。童年之中。半智半愚。而一至成年。則已智識充足。足以辨別是非。認識善惡。此犯罪能力之有無。所以年齡之高低。爲唯一之標準也。然年齡高矣。有此能力矣。而其精神狀態。發生變化。致陷入於心神喪失之域。不知不識。若呆若愚。則亦不能強使之負刑事責任。此犯罪能力之有無。又所以精神狀態之有無變化。爲標準之一種也。茲爲二際詳贍起見。更細爲述之如左。

其一年齡 以年齡區別人智識之高下。本非盡善方法。蓋有年齡雖幼。其知識已高人一等者。亦有年齡雖長。而童心猶未去者。然舍此而外。更無善法。故不得已而求其次。以年齡之高下。爲區別智識之程度。各國之法律。對此規定。各不相同。有用四分制者。卽將責任年齡分爲四級。其一爲絕對無責任。其二爲相對無責任。其三爲減輕責任。其四爲全負責任。如俄羅斯、意大利、西班牙、巴西、土耳其、丹麥及

吾國前清舊律。是前清舊律。亦採四分制。七歲以下者絕對無責任。十歲以下者相對無責任。十五歲以下者減輕責任。十六歲以上者全負責任。有用二分制者。即將責任年齡分爲二級。其一爲絕對無責任。或相對無責任。其二爲全負責任。如法蘭西、比利時、以至日本等是。有用三分制者。其一爲絕對無責任。其二爲絕對無責任或減輕責任。其三爲全負責任。如英、吉、利、德、意、志、匈、牙、利、希、臘、瑞、典、荷、蘭、及吾國是。吾國刑法。將責任年齡分爲三級。其一級爲絕對無責任。凡未滿十三歲者悉屬之。刑法第三十條第一項。「未滿十三歲人之行爲。不罰。」是第一級也。第二級爲減輕責任。其所爲之犯罪行爲。雖應絕對負責。但以智識未充或老耄昏聩之故。在情理上似宜予以矜恤。因將其責任從寬減輕。凡未滿十六歲之人。或已滿八十歲之人。悉屬之。刑法第三十條第二項。「十三歲以上未滿十六歲人之行爲。得減輕本刑二分之一。」其第三項。「滿八十歲人之行爲。得減輕本刑二分之一。」是第二級也。舍此而外。凡已滿十六歲之人。或未滿八十歲之人。對於犯罪行爲。悉須完全負其責任。是第三級也。雖然所謂絕對無責任或減輕責任者。非放任也。使果出於年齡幼小智識未充之故。無意中而爲犯罪之行爲。當然無犯罪之認識。不能處罰。若有心爲犯罪行爲。甚至自恃年幼之故。益無忌憚。則長此放任。不啻養癰貽害。刑法之設。原以防止罪惡。今若此。則非所以防止。反所以獎勵矣。故不能不更思一種補救方法。刑法第三十條第一項及第二項。皆有但書之規定。「但因其情節。得施以感化教育。或令其監護人保佐人繳

約相當之保證金。於一年以上三年以下之期間內。監督其品行。各國對於此種犯罪人。大都設有感化院。施以感化。鍛練其身心。涵養其德性。使之日進於善。長成一良好之國民。而其內容。有採用學校式之強制教育制度者。有採用刑罰式之強制教育制度者。有以強制教育爲刑罰執行後之補充方法者。而吾國則以尙無是項設備。故僅責令其監護人或保佐人施以監督。至年齡之計算方法。應依民法規定。民法第一百二十四條。『年齡自出生之日計算。出生之日無從確定時。推定其爲七月一日出生。知其出生之月而不知出生之日者。推定其爲該月十五日出生。』故必須實足計算。如爲十二月三十一日生者。則須至次年十二月三十一日。始爲滿一歲。與昔日之以年計算。越一年爲一歲者。迥然不同。

刑事責任年齡。吾國則定爲十三歲以下。絕對無責任。十三歲以上未滿十六歲者。減輕責任。八十歲以上者亦同。十六歲以上未滿八十歲者。全負責任。其在各國立法例。則不盡然。大率視其習慣、風俗、人情、氣候等而定。絕對無責任之年齡。最低者爲七歲。最高者爲十四歲。全負責任之年齡。最低者爲十二歲。最高者爲二十一歲。吾國則參酌各國之立法例。以及吾國固有之習慣及氣候爲準。第一級定爲十三歲。第二級定爲未滿十六歲。全負責任之年齡。則定爲已滿十六歲。其是否得當。固爲另一問題。然既定爲法律。頒行全國。則依法卽不容人民有何批評。前清所定暫行刑律時。各方對此。曾屢起爭執。第一次草案定十六歲爲負責年齡。修正案改十五歲。皆用二分制。憲政編查館。則改爲三分制。以十二歲

以下爲絕對無責任。十六歲未滿爲減輕責任。已滿十六歲則全負責任。及至資政院決時。又採十五歲制。至宣統二年公布。又改爲十二歲。意見紛歧。議論靡雜。蓋迄無適當之辦法也。刑法則改爲十三歲未滿者。絕對無責任。茲再將各國立法例關於責任年齡之規定。列表錄左。又各國立法例。採用二分制者。計分二種。其一只有絕對無責任而無相對無責任。如挪威、日本等是。其二只有相對無責任而無絕對無責任。如法蘭西、比利時等是。其採用三分制者。大率皆只有相對無責任而無減輕責任。唯芬蘭則取減輕責任制。而無相對無責任制。吾國今日刑法上之規定。即仿自芬蘭者也。故左表計分四種。第一種係採四分制者。第二種係採三分制者。第三種係採二分制中只有相對無責任而無絕對無責任者。第四種係採二分制中只有絕對無責任而無相對無責任者。用錄如左。

國名	絕對無責任	相對無責任	減輕責任	全負責任
俄羅斯	七歲未滿	七—— —— 一四	一四—— —— 二一	二一以上
意大利	九歲未滿	九—— —— 一四	一四—— —— 二一	二一以上
西班牙	九歲未滿	九—— —— 一五	一五—— —— 一八	一八以上
丹麥	十歲未滿	一〇—— —— 一五	一五—— —— 一八	一八以上

種		二		第		種						
芬 蘭	瑞 典	墨 西 哥	暹 羅	匈 牙 利	希 獵	荷 蘭	德 意 志	英 吉 利	葡 萄 牙	土 耳 其	巴 西	羅 馬 尼 亞
十五歲未滿	十四歲未滿	九歲未滿	十四歲未滿	十二歲未滿	十歲未滿	十歲未滿	十二歲未滿	七歲未滿	七歲未滿	十三歲未滿	九歲未滿	八歲未滿
無	一四——一五	九——一四	一四——一六	一二——一六	一〇——一四	一〇——一六	一二——一八	七——一四	七——一四	一三——一五	九——一四	八——一五
一五——一八	無	無	無	無	無	無	無	無	一四——二〇	一五——一八	一四——二一	一五——二〇
一八以上	一五以上	一四以上	一六以上	一六以上	一四以上	一六以上	一八以上	一四以上	二〇以上	一八以上	二一以上	二〇以上

種 三	第 三	種 三	第 三	種 四	第 四
盧森堡	比利時	法蘭西	奧大利	日本	那威
無	無	無	十四歲未滿	十四歲未滿	十四歲未滿
十六歲未滿	十六歲未滿	十六歲未滿	無	無	無
無	無	無	無	無	無
一六以上	一六以上	一六以上	十四以上	十四以上	十四以上

其二精神狀態 人之精神狀態。在平常時。固不生問題。然一遇變態。則與刑事責任上至有重大關係存在。例如心神喪失人、瘖啞人、以及心神耗弱人。其智識程度。皆因其精神上之變態。而為之減退。甚至全然不識不知。與孩提無異。故亦不能處以刑罰。即不至若是。僅僅心神耗弱。亦應減輕其責任。刑法第三十一條。「心神喪失人之行為。不罰。但因其情節。得施以監禁處分。心神耗弱人之行為。減輕本刑。但因其情節。得於執行完畢或免除後。施以監禁處分。」第三十三條。「瘖啞人之行為。減輕本刑。」是即對於精神有變態之人。特為之規定其刑事責任。其心神喪失人等之行為。並非其人之行為。乃由於心神喪失之作用。只能以醫藥治之。決不能施以刑罰。蓋非犯罪之主體也。例如有甲於此。突然發瘋。

持刀殺人其殺人之行爲誠爲犯罪行爲應處以刑法第二百八十二條之罪然此非甲之本心完全由於發瘋所致其殺人也全無犯罪之認識欲防止其犯罪只有醫藥之一途決非刑罰所能收效至心神耗弱人及瘖啞人其知覺雖不至完全喪失有時仍有犯罪之認識然其智識必較常人爲低下蓋其心神已生障礙乏推理決事之能力故亦減輕其責任至刑法第三十一條第一項及第二項但書乃爲防止再行犯罪而設故雖不處罰或減輕其刑而爲社會安寧秩序計應早早施以防止於相當程度下施以監禁處分庶與社會隔絕不至到處闖禍舊日瘋子家庭中皆予以監禁卽今日醫院中遇有瘋人亦必將其監禁蓋不爲監禁必至到處闖禍也故凡心神喪失人或心神耗弱人苟情節重大非監禁不足以保其不再爲犯罪之行爲者應予以監禁處分或監禁於家中或監禁於醫院皆無不可至此種監禁其性質乃屬於行政處分與自由刑之性質絕對相異所謂情節者乃專指犯罪人卽病人心神喪失或耗弱之狀態對於社會發生危險之程度及監護人有無相當看護或監督之情形而言與普通所用犯罪情節有輕重大小之別者全然異其性質蓋此種人之行爲雖依法或絕對無責任或減輕責任然於社會苟有意外之危險而其監護人又不能爲相當之監督者應卽設法施以監禁處分亦防止紊亂社會安寧秩序之一種方法也故監禁不得逾治療必須期間如逾期其危險社會之程度並未減輕者得延期處分若已瘳可隨時得以解禁且使有他法可以代替監禁並不至危險發生者亦得不予監禁蓋

監禁亦屬不得已之處分也。

所謂心神喪失者。乃指心神完全喪失而言。換言之。卽癡子瘋漢是也。癡子瘋漢。心神皆不能自主。既無感覺。更無智識。其一切行爲。悉由於病之作用。故例不處罰。蓋不特不能罰。且亦不可罰也。若僅僅心神耗弱。缺少推理力或記憶力。卽所謂呆癡者。則非絕對無責任。不過減輕責任。蓋既不應處以通常之刑。又不應全免其責任。故爲此減輕之規定。亦折衷之道也。但於此有須研究者二事。其行爲自招心神耗失者。其刑事責任果爲如何。其二爲酗酒者。其刑事責任又果何如。心神喪失。有來自先天者。卽生下卽心神喪失。有來自疾病者。卽生後並不喪失而以疾病之故發生者。但此皆不生問題。所生問題者。卽其心神之喪失。既不由於先天。亦非由於疾病。乃出於自己所招致。利用此心神喪失以爲犯罪之行者。則果使之與常人相等。負刑事責任乎。抑從外形觀察。不問其心神喪失之原因何若。而概免其責乎。學者間對此。大概分積極說與消極說二者。主張積極說者。則認爲犯罪。以爲利用心神喪失爲其犯罪之手段。則與使無能力者犯罪行爲正同。不以心神喪失論。違反予刑罰。主張消極說者。則認爲在不罰之列。與本患心神喪失者之行爲無殊。此二說各有見地。若以今日大多數學說言。則主張積極說者爲衆。但在心神喪失前並無犯罪之意思。及心神喪失而後始爲犯罪之行爲者。則仍認爲心神喪失中之行爲。依法不罰。至酗酒者之行爲。依法仍須負責。否則凡欲爲犯罪行爲者。皆可以酗酒爲藉口。而

不負責任矣。故酗酒中之犯罪行為，依然視與常人之犯罪行為相等。且酗酒者未必全喪失其心神。不過其心神稍有障礙耳。尤不能與心神喪失人相比擬。故刑法第三十二條，「不得因酗酒而免除刑事責任。」不過酗酒中之精神狀態，確與常人不相同。使處以常人之刑，未免太不公平。故其酗酒苟非出於犯罪人之本意，質言之，即在酗酒前並無犯意，非利用酗酒以爲犯罪之行為者，則亦應減輕本刑。故該條但書規定，「但酗酒非出己意者，減輕本刑。」卽此故也。又所謂瘖啞人者，依昔日暫行新刑律原案注意，謂「聾啞有生而聾啞者，有因疾病或受傷而聾啞者，生而聾啞，乃自來痼疾，不能承受教育，能力薄弱，故各國等諸幼年之例，若因疾病或受傷而聾啞者，不過肢體不具，其精神智識與普通無異，則不能適用此例。」故所謂瘖啞人者，必生來瘖啞，始在減輕之列。否則與常人無異，仍負刑事責任。

第二節 責任條件

責任之要素有二。其一爲責任能力。前節已詳述之矣。其二爲責任條件。原來所謂刑事責任者，卽就其特定之態度而應受特定非難之心理素質也。欲定其心理素質之有無，不可不就其責任能力及責任條件之何者。所謂責任條件者，卽其行為須合於某種條件始行負其責任是也。其在主觀上則行爲者除具備能力以外，更須有違反條理之認識。其在客觀上，則須其事實有違反條理之行動。如只有主觀上之條件而無客觀上之條件，在道德上誠有問題，應負責任，而在法律上則無責任可言。故刑法

上之責任條件。內部須有違反條理之認識。外部更須有現實之事。例如同一毆人。在道德上則不問其結果如何。爲同一價值。而在法律上則必須問其結果。或爲傷害。或爲重傷。或爲傷害致死。或僅僅暴行。因其結果之如何。而全然異其評價。此即所謂責任條件也。可分故意與過失二者。然皆具備主觀上及客觀上之條件。蓋不僅內部有違反條理之認識。而在外部更有行動之事實。茲分別述之如左。

其一故意 所謂故意者。即對於其行爲有違反條理之認識而仍決意以爲之是也。條理云者。即準則是也。其合於人類行爲之準則者。則爲條理。違乎人類行爲之準則者。即爲違反條理。苟在刑事上而其行爲爲違反條理者。即爲犯罪行爲。自來學者對於故意之解釋。計有二派。其一爲意欲主義。即所謂希望說。其二爲認識主義。即所謂認識說。前者凡對於所犯之事實而有所希望。然後決意以爲之者。是後者凡對於所犯之事實而有所認識。竟決意以爲之者。是此二種主義。微有差別。吾國刑法。則採後者。以認識爲構成故意之要件。故凡認識所犯事實而決意以爲之者。即爲故意。不問其是否以所犯事實爲希望也。刑法第二十六條。「犯人對於構成犯罪之事實。明知及有意使其發生者。爲故意。犯人對於構成犯罪之事實。預見其發生。而其發生並不違背犯人本意者。以故意論。」所謂「明知」。所謂「預見」。皆認識也。第一項爲直接之故意。第二項則爲間接之故意。然不問直接之故意。爲間接之故意。要皆爲出於故意之行爲。即犯罪人實施犯罪行爲時。對於構成犯罪之事實。有所認識。而其爲此行爲。亦有決

心。例如舉刀殺人。其舉刀之時。對於殺人之事實。必先認識。決無不認識其事實之爲殺人者。而其心中又必有殺人之決意。決無舉刀實行後尙無殺人之決意者。故二者合備。卽成立故意之行爲。不問其爲直接抑爲間接也。但於此有須注意者。所謂認識者。必認識其犯罪之事實。若其事實是否爲犯罪行爲。則不能盡屬於認識者。卽犯人不能認識。亦無妨於犯罪之成立。刑法第二十八條。『不得因不知法令而免除刑事責任。』蓋以此也。例如賭博財物。犯罪行爲也。刑法第二百七十八條規定甚明。然使有人不知其爲犯罪而爲之。是其人並無犯罪之認識。然仍不得因此而免除其刑事責任。蓋其爲賭博財物也。因認識其所爲之事實爲賭博財物。而又有決意以爲之。已完全構成故意之行爲。蓋既對於賭博財物之事實。有所認識。而又有決意。當然構成責任之條件。不得藉口於未認識其爲犯罪行爲。而免除其責任。又所謂認識者。其原則本包括舉動及結果二者。但有某種犯罪。不以認識結果爲要件者。苟認識之所爲犯罪之事實。縱未嘗預見其結果。苟有結果發生。亦負其責任。例如傷害致死。加害人雖有傷害之認識。未有致死之預見。然使因此傷害而死。則加害人縱不能有所預見。亦負致死之責任。故其原則雖須對於事實及結果均有認識。然亦不無例外之事件。此不可不注意者也。

故意又有三種分類。其一曰事前故意及事後故意。其二曰確定故意及不確定故意。其三曰預謀故意及非預謀故意。事前故意者。其行爲尙未有結果發生。而犯罪人誤認爲已發生結果。更因而爲其

他之行為助成其結果是也。事後故意者。其行為本非出之於故意。而於事後利用此無故意之行為。而以故意為犯罪行為是也。確定故意者。犯罪對於其所為之犯罪行為。有確定之結果是也。不確定故意者。犯人對於其所犯罪之行為。其結果不能預行確定是也。此種不確定之故意。又可分為三種。一曰概括的故意。二曰擇一的故意。三曰未必的故意。概括的故意者。即其受害之人。雖不能事前確定。然無論如何。終必有人受害是也。擇一的故意者。即其受害之人。雖有所確定。然究竟為甲為乙。尚不可知。不過此二人或數人中。必有一人受其害是也。未必的故意者。其犯罪行為實施後。究竟有無結果。在不可知之數是也。預謀故意者。即犯人於實施行為前。已經過一番考慮是也。非預謀故意者。即犯人於實施犯罪行為前。並未如何預謀。臨時發動其犯意是也。此各種分類。在刑法上。實無區別。即於處刑之輕重上。亦無甚關係。不過預謀故意。其心之殘忍。往往較非預謀故意為甚。非預謀故意。多出於一時之情感。事後或起追悔。而預謀故意。則處心積慮已久。其惡性甚深。故在法律上。雖毫無差異。而司法官於判決之際。則不可不量其情形。以為處刑輕重之標準。否則不能收刑罰之效果。且也故意與動機。亦有密切之關係。所謂動機者。即遠因也。其何為而有此犯罪之決心。當然有動機存在。同一故意殺人。其動機或由於復仇。或由於妬姦。或由於謀財。或由於意氣。往往萬有不齊。苟法官於此。更不可不為之嚴密研究。以為處刑之輕重。蓋故意之來。必有所由起。決非無因而至也。

其二過失 刑法第二十五條。「過失應處罰者。以有特別規定者爲限。」何謂過失。卽犯罪人並無犯罪之故意。而以漫不經心。致發生犯罪是也。「非故意之行爲。不罰。」既明定於刑法第二十四條。以副刑法上「無故意者無刑」之大原則。然則何以又有過失行爲。遇某種事件。仍爲之處罰。原來所謂過失者。非全無認識也。卽於應認識且可以認識之事實。而不爲注意。以至於不認識是也。至其對於事實之本體。仍非不認識者。例以甲以刀殺人。是可以認識者也。卽不爲殺人而以刀飛弄。苟有人衆在旁。亦應認識此刀苟落於他人身上。必致殺人。此不特犯罪人有此認識。卽在旁之人衆。亦應認識。苟萬一飛弄不穩。飛入他人身上。必致被害。乃犯罪人有此認識。而漫不注意。結果竟飛刀於他人身上。將人殺死。是雖無犯罪之故意。要不能不謂爲無相當之認識。因此於某種事件之下。特處以刑罰。蓋所以懲戒玩忽者也。故過失之處罰。必限於有明文特別規定。苟無明文規定。卽不得處罰。實言之。卽以不處罰爲原則。而以處罰爲例外。蓋既非爲故意之行爲。依刑法原則。本不應處以刑罰也。至過失之界說。刑法第二十七條。特爲之明白規定。「犯人雖非故意。但按其情節。應注意與能注意而不注意者。爲過失。犯人對於犯罪構成之事實。雖能預見其發生。但確信其不發生者。以過失論。」析其主義。前者實爲不認識之過失。而後者卽爲認識之過失。不認識之過失。又名曰懈怠之過失。其原因起自懈怠。對於犯罪事實。實全行認識。認識之過失。又名曰疏忽之過失。其起因由於疏忽。對於犯罪之事實。並非全無認識。但其

事實之發現。則往往出諸意料之外。原來既稱過失。即無認識可言。既經認識。即爲故意之行爲。而非過失之行爲。故過失當無認識可言。今所云認識過失者。不過爲行文之便利起見。實則並無確實之認識也。至過失與非故意之區別。則在對於犯罪之事實。有無得知之狀態。如得知也。則爲過失。如全不得知。則爲非故意。非故意則全然不罰。蓋既無犯罪之認識。更無犯罪之決意。至過失。則雖亦未嘗有犯罪之認識。犯罪之決意。然固有得知其犯罪之狀態者也。例如開槍打鳥。旁有人衆。在打鳥者固全無殺人之意思。然槍彈而能殺人。則固當然得知者也。萬一子彈橫飛。不中於鳥而中於人身。亦爲明朋得知者也。知之而不爲注意。是其人雖無犯罪之認識。犯罪之決意。然既有得知之狀態。即應以過失論。過失之行爲。在原則上固亦不罰。而對於某種特定事件。則亦予以刑罰者也。是故故意者在犯罪人爲犯罪行爲時。即認識其犯罪之事實。而有決心以爲之。過失者。乃犯罪人雖無認識。雖無決意。而終不免有得知其犯罪之狀態者也。若非故意。則不特無犯罪之認識。與犯罪之決意。並其得知之狀態。而亦無之。此即故意過失。及非故意三者之區別點也。例如以槍殺人是故意者也。開槍打鳥而誤中人身。是過失也。若以珠彈雀而誤中人之要害。竟至打死。是即非故意也。蓋珠決不能傷人。更不能殺人。故無須用其注意。乃竟事有湊合。而適中人之要害。以至於死。是不特未有殺人之認識。且絕無可以得知者。故曰非故意。若易珠而爲槍彈。則槍能殺人。應有得知之狀態矣。即應以過失論。不得以其無認識。無決意。而竟謂之爲

無故意。予以不罰。此須注意者也。

雖然。所謂注意者。果有如何之界限乎。使無界限。則過失之標準。將何而定。學者對此。計有三說。其一爲抽象說。又名客觀說。卽從客觀方面。以定其行爲之是否過失。卽以普通人所應注意且能注意者爲準。苟於普通人所應注意且能注意者而不爲注意。卽曰過失。例如刀能殺人。此普通人所應注意且能注意者也。使因不注意之故而。以殺人。卽爲不注意。應以過失論。其二爲具體說。又名主觀說。卽從主觀方面。以定其行爲之是否過失。卽以犯罪人通常所應注意且能注意者爲準。苟於通常所應注意且能注意者而不爲注意。卽曰過失。例如醫師、看護婦、藥劑師等。皆能識各種藥性者也。因一時之粗魯。竟誤將毒藥與人。致人於死。是卽過失。蓋其人本應注意且能注意者也。如爲普通人。本不知爲何物。而以與人。是又非故意之行爲也。其三爲折衷說。卽將客觀主觀二者而折衷之。凡一般注意之程度。以普通人爲標準。苟人人應注意且能注意者。則苟本人未爲注意。亦以不注意論。但使本人之注意力。其程度不及普通人者。則以本人所能注意之程度爲標準。而不使人以所難。反之若本人注意力之程度高。出於普通人時。則採「宥過無大」意義。仍以普通人之注意力程度爲標準。例如鴉片能殺人。此固人人皆知者也。以此飲人。當然爲故意殺人。然使彼雖無知。不知其爲鴉片。而誤認爲糖漿或補藥膏。以之飲人。則爲非故意矣。然使其人而非鄉愚無知。亦非素未見此鴉片者。則爲應注意且能注意而不注意。應

以過失論矣。此即折衷說之所主張也。今之法學家。大多採用折衷說。雖有少數人主張用具體說者。然究爲少數。未足以適用也。

第三節 責任阻却

(甲)錯誤 所謂錯誤者。卽其事實與犯罪人之認識不相一致是也。刑事責任之第一義。乃在行為者違反條理之認識。而此違反條理之認識。由於內部之意志。故有無犯意。實爲刑事責任有無之唯一要件。但使所構成之事實。與其犯意不相一致。則其刑事責任之有無。卽爲一重要問題。是卽錯誤也。故錯誤實亦爲責任阻却之一。蓋其性質。實有阻却其刑事責任者在也。至從其狀態言之。則有二義。其一曰不知。卽不認識其一定之事實也。其二曰誤解。卽僅有認識而無事實也。然不問其爲不知。抑爲誤解。皆與其犯罪之意思不一致。故在刑法上同其價值。無所軒輊。若以性質言之。更分事實上之錯誤。與法律上之錯誤二者。前者誤認事實之存在或不存。後者係誤認刑罰法令之存在或不存。然此種區別。亦非必要。故學者多否認之。謂爲並無何種之關係。然以吾國刑法言之。則不盡如是。刑法第二十八條。「不得因不知法令。而免除刑事責任。但因其情節。得減輕本刑二分之一。」爲人民者。對於國家之法令。固應無不知者。然以習慣之沿革。法律之變更。往往有對於法律而發生錯誤者。例如搶親。依刑法言之。當然構成第三百十五條之罪。應處一年以上七年以下有期徒刑。然在鄉愚。則視爲當然之事。

並不知其此種行爲之爲犯法令者。卽應減處二分之一。是卽法律上之錯誤。得以阻却其刑事責任。從輕予以刑罰也。若事實上之錯誤。則並無減輕處罰之明文。是二者在吾國刑法上實有重大之區別也。至事實上錯誤之種類。其最重要者有二。其一爲標的物之錯誤。其二爲打擊錯誤。標的物之錯誤者。卽誤認犯罪之標的物是也。此其中亦有二者之區分。其一爲存在於構成犯罪要素以外者。如甲持刀殺乙。而一時誤認丙卽爲乙。將丙殺死是也。此種錯誤。在刑法上毫不重要。不問其所殺死者爲乙或爲丙。而甲要皆有殺人之認識。殺人之決意。應負故意殺人之責任。並不以其標的物有所錯誤。而異其評價也。其二爲存在於構成犯罪要素者。其中又分而爲二。一則犯罪輕而結果重。一則犯罪重而結果輕。前者例如誤人爲犬。而開槍以殺之。結果將人傷害。其人之犯意。乃在殺害動物。而其結果。則爲過失傷害人。後者如見有人而開槍擊之。然所見者實爲犬而非人。結果不過將犬殺死。其人之犯意。乃在殺人。而其結果。則爲殺害動物。是種情形。在前者則爲過失傷失罪。應處以刑法第三百零一條六月以下有期徒刑拘役或五百元以下罰金。後者則更在不爲罪之列。此皆屬於標的物之錯誤也。打擊錯誤者。因犯罪手段之有異。而其結果。致全出於犯罪人行爲之外。此其中亦有二者之區分。其一例如甲開槍殺乙。而與中丙之身。致將丙殺死。在甲之預期。爲將乙殺死。而結果乃死者爲丙。是出於甲預期之外。是種情形。誤標的物之錯誤。同一辦理。蓋其所被殺者。雖有乙與丙之區別。而甲之有殺人決意。殺人認識。則固

無殊也。故仍以殺人論罪。不以其打擊錯誤而有何曲恕。其二、例如甲投石擊犬而誤中乙之身。致將乙傷害。又或將刀殺乙而誤中於犬之身。是種情形。亦與標的物之錯誤同一辦理。但殺人而誤中犬。苟有殺人之情節。即應處以刑法第二百八十二條第二項之殺人未遂罪。至標的物之錯誤與打擊之錯誤相異者。一則出於標的物之誤認。如有心殺乙而認丙即爲乙。竟不辨真假而殺之。是一則出於打擊之錯誤。如有心殺乙而以手段之惡劣。竟錯殺旁立之丙。是此即二者之區別。不可不注意者也。

(乙)救護行爲 所謂救護行爲者。即人當緊急危險之時。不得已觸犯刑法。以自解免其危險是也。其與下章所述之正當防衛不同者有二。其一以事實言。正當防衛乃對於侵害人之一種防衛。以排除他人之不法侵害也。例如甲持刀殺乙。乙爲防衛其自己生命。故起而奪其刀。甚至反將甲殺死。是也。而救護行爲者。則對於侵害人以外之第三人。加以不法之侵害。以避免其當時之危險是也。即並無侵害人。而以自然之厄。致處於緊急危險者。亦得行之。例如因遇火災。無可逃避。苟將其鄰人牆壁毀損者。即得逃生。則雖毀損之。亦無所害。又如乘船遇險。逃生無路。苟將他人之救命圈奪下。即得泗水以活命者。則雖奪下他人之救命圈。亦不爲罪。夫此指自然之厄言。又如猝遇強盜。持槍行劫。是時千斤一髮。苟將他人之財物悉索以獻者。即可免予一死。則雖皇然將他人之財產悉索以獻。亦不能處以刑罰。蓋非犧牲他人之財產。獻於強盜。強盜即砰然一聲。結果其生命也。爲欲保全其自己之生命。故不得不犧牲

他人之財產。此亦不得予以刑罰也。此即所謂救護行爲也。刑法第三十七條第一項「因救護自己或他人生命身體自由財產之緊急危險。而出於不得已之行爲。不罰。」是即可見也。其二以性質言。正常防衛爲一種權利行爲。阻却其違法性。而爲違法阻却救護行爲。爲一種放任行爲。阻却其刑事之責任。而爲責任阻却。原來人之行爲。苟觸及刑法規定者。以法律言。皆爲一種犯罪行爲。既爲犯罪行爲。即應負其責任。受國家刑法之懲處。然苟合於某種條件。而可由國家放任者。則在刑法上認爲一種放任行爲。而阻却其責任。不爲國家刑罰之所懲治。蓋其行爲。雖屬於犯罪行爲。然有某種原因存在。法律不責人以所不能。從井教人。君子所病。舍己從人。聖人所難。而况乎尋常之人。其必不能也明矣。故法律對此。只可取放任主義。一任其自然。故謂之爲放任行爲。既爲放任行爲。即可卸其刑事上之責任。蓋於其責任上有所阻却也。責任上既有所阻却。國家即不便于以刑罰。此刑法第三十七條第一項所以定爲不罰也。雖然。此種救護行爲。亦有一定之要件。三。其一須爲不測之危險。所謂不測者。即其危險之來。出乎意料之外。而非事前所能預見。若能於事前早爲預見。則應事前即早爲預防。不應一籌莫展。至事變來後。始爲此侵害他人之舉。是其侵害他人。非出於不得已之行爲。乃由於故意。既爲故意侵害他人。即應負刑事上之責任。法律不復能予以放任。故所謂救護行爲者。必須其危險出自不測。無可預防。無可逃避。而後始得爲之。其二須因避免危險而有不得已之情形。所謂不得已者。即非如此不可也。若非此而

亦可。即不得謂爲不得已。故救護行爲。必以避免危險而有不得已之情形爲限。蓋正當防衛。爲權利之行使。對於侵害人而爲之。而此則無端加損害於第三人。使無辜之第三人。突然遭其侵害。在其自身。固爲避免危險之一種。不得已行爲。然而此被侵害之人。則無端遭其損害矣。故非因避免危險而有不得已之情形者。法律即不復放任。例如甲開設一店。雇乙爲經理。強盜入室。迫令乙獻甲之物。使乙果可逃避。或用他法抗拒者。即不得如其所言。將甲之物獻出。必至萬不得已。乙苟不獻甲之物。即須危害其生命者。始得爲之。蓋乙非故意將甲之物犧牲。實爲情勢所迫。爲保全其自己之生命計。不得不侵害甲之所有財產也。苟不至於此。而即侵害甲之所有財產者。即須處以刑罰。即出於非故意之行爲。或可逃而不逃。或可抗拒而不抗拒。亦不失爲過當之行爲。刑法第三十七條第一項。但書規定。『但救護行爲爲過當者。得減輕或免除本刑。』即此意也。否則人人將以此救護行爲爲藉口。而濫用之。以致所辜者受其損害。豈國家設立刑法之本旨。且此種救護行爲。即遇有緊急危險者。苟有特別義務之人。即不能用之。例如甲開設一店。爲防盜計。雇丙爲保鏢。是丙對於甲之店產。有防衛之義務。使有盜入室。迫令丙獻甲財物。則丙無論危險至何種程度。縱盜以槍彈飛入於腹。亦不得聽從其言。而將甲之財物獻出。蓋丙負有特別之義務。對此緊急危險。應設法以防禦。不應設法以避免。更不應以避免緊急危險之故。而違背其特別之義務。將甲之財物竟獻於盜也。故刑法第三十七條第二項。更爲之規定。『前項關於救護自

己之規定。於公務上或業務上有特別義務者。不適用之。是即此意也。否則負有特別義務者。亦將以此救護行爲爲辭。而巧避其責任。他人尙將何賴。其三其行爲必須對於第三人爲之。此即與正當防衛不同之點。若即對於侵害之人而爲之。如盜迫令其獻物。而即肆力抗拒。將盜擊退。甚至將盜殺死。是乃對於侵害之人之一種自衛方法。完全爲正當防衛。而非救護行爲。若對於侵害之人以外之第三人而有所損害。如盜迫令其獻物。而即將第三人之物獻之。此即侵害第三人之行爲。是爲救護行爲。故救護行爲。必須具備此三項要件。而後可阻却其刑事上之責任。爲國家法律所放任。不予以刑罰。否則即欠缺救護行爲之要件。須視其情形而論其罪責矣。

於此又須有注意者。即損害過當之界限如何。例如甲強迫乙獻丙之物。而乙竟將丙傷害。是固不失爲損害過當。不生問題者也。又如甲強迫乙殺丙一人。而乙竟於殺丙後。又將丁殺死。是亦損害過當也。且亦不生問題者也。而此所應注意者。其一爲保全自己或他人之輕微法益。而損害他人之重大法益。例如甲猝遇強暴。持刀相恐。謂不即殺乙者。則將甲之衣裳剝下。甲無可逃避。無可抵抗。不得已將乙殺死。是在法律上果爲何如。在甲之意。則爲避免緊急危險計。不得不將乙殺死。否則即須喪失其衣裳。而衣裳則爲財產之一種。救護衣裳。即爲救護財產。因救護財產。而加他人以侵害。依法例不處罰。蓋完全阻却其責任也。然反駁之者。則謂衣裳不過身外之物。其法益較輕。而生命則一死不可復生。法益較

重。以救護自己較輕之法益。致犧牲他人甚重之法益。雙方相較。實爲過當。蓋即使甲不從其意。不將乙殺死。甲之所被侵害者。亦不過些微之衣裳。以救護衣裳之故而殺死乙之生命。當然爲損害過當。不應完全放任。仍須處以刑罰。此二說也。各有見解。但以情理言。則應以損害過當論。甲之所言。雖合於法。然不便以救護這些衣蓋之故而竟損害他人之生命。其二爲保全此一人之生命身體而損害他一人之生命身體。例如有甲於此持刀向乙強迫乙殺丙。否則即致乙於死地。適有丁者。既不能設法救乙。又無力抗甲。因即殺丙以救乙。此種情形。在丁之意。以爲苟不殺丙。乙即被殺。刑法規定救護行爲。不限於救護自己。即救護他人。亦所許可。刑法既許人以救護他人。則其殺丙以救乙。亦當然爲救護行爲之一。不得以其事不于己而予以刑罰。然反駁之者。則謂乙之生命。固應救護。然丙之生命。亦應保全。不能以救護乙之生命故。而將丙之生命殺死。豈乙之生命獨貴。丙之生命獨賤乎。在乙爲此。固出於情理之中。非此不足以救其緊急危險。而丁則第三人。不應予以助力。是丁之殺丙。縱完全出自救護乙之善心。而對於被害之丙。要不能不負其責任。毫無可以阻却。即曰緊急危險。亦不得不謂爲過當。仍予以罰。此二說也。亦各有理由。但以情理言。則丁之行爲。實未免過當。蓋乙與丙之生命。均其寶貴。何可以救乙之生命。而侵害丙之生命。不過使丁與乙有特殊關係。或爲親屬。或爲監護人。則尙有可原。否則直不足爲訓。蓋丁爲第三人。乙與丙雙方悉有生命關係。且悉非不法之侵害人。同屬無辜。同屬生命。應聽其自爲生。

存之競存。何可妄加以助力。刑法雖規定得爲他人爲救護行爲。然亦有大小輕重。非可一概論也。

(丙)職務上行爲。職務上行爲。與下章所述之業務上行爲不同。業務上行爲。乃指受國家法令所許。可其爲此行爲之一種合法行爲。其爲此行爲也。實伴於其正當業務而來。故阻却其違法。而職務上行爲。則指受上官之合法命令而所爲之行爲。其爲此行爲也。實由於服從上官之合法命令。在自身實全無責任。故阻却其責任。不爲刑法所罰。在外觀上。此二者甚相一致。然一則爲違法阻却。一則爲責任阻却。其性質不同也。刑法第三十五條。「依所屬上級公務員命令之職務上行爲。不罰。」蓋卽認爲責任阻却也。蓋其所爲。完全本諸上級公務員之命令。其奉行也。乃法所當然。而非其自爲之。故其行爲。雖有似乎犯罪。如司法警察之奉令逮捕犯罪嫌疑人。奉令執行死刑。然皆奉令差遣。不能自主。故自身實無責任之可言。雖然。於此當注意者。凡上級公務員之命令。非盡合法者也。其爲合法命令。下級公務員固須絕對服從。如爲不合法之命令。則下級公務員卽有審查之義務。如不爲審查盲從之而爲犯罪行爲。則依法亦須負其全責。不得藉口於上級公務員之命令而卸其刑事上之責任。但所謂合法與否者。非指命令之內容。其內容之合法與否。下級公務員絕無審查之義務。雖顯違法命令。亦不得稍有反抗。蓋官吏之服從上級命令。爲絕對義務。其命令內容之是否合法。下級公務員全然無權過問。茲所謂合法者。乃指命令之形式而言。其事件有二。其一。是否爲權限內之事。如雙方皆在權限以內也。則爲合法。

如雙方皆不在權限內或一方雖在權限內而一方不在權限內者即爲不合法。例如教育部專管教育事務者也。教育局亦專管教育事務者也。使教育部忽然命令所屬之教育局將某甲逮捕槍決。是全然越出權限以外。顯然爲不合法者。教育局例不奉行。使奉行者。教育局長即犯殺人之罪。不得藉口於奉有教育部之命令。而卸其責任。此蓋雙方皆不在權限內也。如一方不在權限內者。其責負亦同。例如軍政部命令財政局逮捕逃兵。交通部命令公安局逮捕違警犯。一方雖在權限以內。未嘗逸出範圍。而一方則全然超出權限以外。財政局非管理逃兵之機關。交通部非管理違警案件之公署。上不應命令。下不應服從。苟盲從者。即須自負其責。此其一也。其二是形式完備。即雙方皆在權限內矣。在上者應發此命令。並未越權。在下者應服從此命令。並未違法。例如檢察官命令司法警察逮捕犯罪人。財政廳命令財政局征收賦稅。此本在權限內之事。然苟其命令之形式不完。或未蓋印章。或忘填官署。則下級亦無服從之義務。認爲違法之命令。不爲遵行。苟遵行者。即須自負其責任。不能藉口於上級命令。而輕寬其責。此其二也。故下級之服從上級命令。須審查是二者。其一是在否在權限內之事。其二是形式完備。如其然也。即應服從。縱其命令內容。或有未盡合法之處。下級自無反抗之餘地。即因之而有犯罪行爲。亦不復負其責任。自有上級之公務員。在使不然也。則下級即無服從之義務。如因之而有犯罪行爲。下級須絕對負其責任。發命令之上級公務員。有時固亦須共同負其責任。或爲教唆犯。或爲間接正犯。依

法處以刑罰。然奉行之下級公務員。亦負共同實施犯罪行為之責任。無可逃避。此不可不注意者也。否則爲下級公務員者。皆可以上級命令爲藉口。而逃其刑事上之責任矣。

第八章 違法阻却

第一節 正當防衛

所謂正當防衛者。以法言之。並非責任阻却。乃違法阻却。責任阻却。與違法阻却異。責任阻却者。即其人之行為。應負刑事上之責任。特以某種之事故。將其責任阻却。如錯誤。如救護行為。皆屬於是。違法阻却。即其人之行為。完全爲一種違法之行為。特以某種條件之下。欠缺違法性。應不處以刑罰。如正當防衛。卽其一也。刑法第三十六條。「對於現在不法之侵害。而出於防衛自己或他人權利之行為。不罰。但防衛行爲過當者。得減輕或免除本刑。」此卽正當防衛也。故正當防衛云者。爲防衛自己或他人之權利。不及聲請官署。以法律排除。不得已而用私人之力。以排除不正之侵害之一種行為也。質言之。卽屬於權利行使之一種。蓋非此不足以保護其權利也。原來刑法之設。本所以防止私人報復之行為也。刑法未設以前。一切怨仇敵恨。皆以私人之報復行之。國家因欲禁止此種行為。所以有刑法之設。凡有犯罪者。悉由國家以刑罰權懲創之。故私人以自力保護者。實爲刑法之所禁。然遇有不得已時。不及呈請國家。則爲保護其權利計。自不得不以自力相救濟。國家亦無法可以禁止。不能不認爲適法。故正當

防衛概不處罰。非不罰也。蓋以其阻却違法性也。但此有必要之條件四。其一、必須對於現在之侵害。使已成過去者。即不能行使此正當防衛權。非呈訴於國家不可。其二、必須對於不法之侵害。使其侵害而合於法律者。即爲一種合法之行爲。不得妄行使此權利。其三、必須出於防衛權利。此種權利。不限於生命及身體。苟爲權利者。不問爲人格權或財產權。皆得爲之。又不問爲自己權利或他人權利。亦悉得行使之。例如甲以不法之手段。侵害乙之權利。丙雖無關。然爲防衛乙之權利計。亦得對甲而行使此正當防衛權。其四、必須防衛之程度與侵害之程度相當。所謂相當者。非一拳還以一拳。一刀還以一刀是也。即依其侵害手段之急迫與否而定其防衛之程度。質言之。即其防衛之手段。在防衛上是否必要是也。至於所侵害之法益。則不必均等。且亦無從均等。蓋當危害急迫之際。防衛者只在顧全其自己之權利。以行使防衛。何能再顧對等價值。故須視其侵害之手段是否急迫。以定其防衛手段之是否必要。使有甲於此持刀殺乙。使乙之力而大於甲者。則奪其刀。即已足矣。不必再從事於還殺。使乙之力而小於甲也。則於情勢萬分危急之時。不得已至開槍自衛。將甲殺死。亦不失爲防衛之行爲。故程度相當與否。不在乎侵害法益之大小輕重。而在侵害行爲之緩急。苟其防衛之手段逾越其所應行使之程度者。即以防衛過當論。蓋已超出防衛之範圍。實已非法侵害他人之權利矣。故雖其情可原。仍應予以刑罰。不以諒其情節。或得減輕。或免除耳。曰得者。乃任意之詞。而非命令之詞。減輕可。不減輕亦可。免除可。不免

除亦可。此須審其情形而爲之判斷。例如有甲入室竊取乙之衣服。乙見之。卽須大聲一喝。甲卽逃避不遑。或竟執而送之官署。由國家以刑罰處之。亦無不可。若竟藉口於防衛自己權利。竟予以殺害。則已越出防衛之程度。應以防衛過當論。蓋非防衛上之必要手段也。然過當之程度不一。有稍稍過當者。有過當甚巨者。有情實可原者。有居心叵測者。勢難一例而論。既不便一律減免。又不便一律處罰。因是予司法官以伸縮之自由。量其情形。以施判斷。

於此又有須注意者。所謂「現在」者。其界限如何。正當防衛權之行使。所以必須對現在不法之侵害者。以事機急迫。舍此別無他方法可以保護其權利也。如已爲過去之事。則應請由國家以刑法治之。如爲未來者。亦可設法以爲之預防。皆不許私人以自身報復。以自身對付。故必限於現在。現在之意義。計有二說。其一從嚴格解釋者。謂現在只限於實施行爲時之一刹那。若在開始之際。應屬於未來。於將終之際。應屬於過去。皆非真正之現在。故其能行使正當防衛權者。亦只限於實施侵害時之一刹那。於未來。於過去。皆不應行使此權利。其一從廣義解釋者。謂現在係指自開始實行時以至實行終了時。皆包含之。例如行竊。自犯罪人開始實行竊取時起。以迄實行竊取終了時止。皆屬於現在。被侵害者在此時期內。悉有權以行使正當防衛。此二說言之各有理由。但以正當防衛之性質言。則應以後者爲較得其實。原來正當防衛。爲一種違法阻却。所謂違法阻却者。卽其行爲雖屬於違法。然爲保護其權利計。法

律上認爲一種權利行爲。可以阻却其違法性。故正當防衛之行爲。純爲一種權利行爲。與緊急危難等之爲放任行爲者不同。因是放任行爲。爲責任阻却行爲。而權利行爲。爲違法阻却行爲。二者性質截然相異也。正當防衛。既爲權利行爲。則於侵害將臨之際。以及侵害將終之際。苟非以私人自力救濟者。亦不妨行使此正當防衛權。以保護其權利。若必須嚴格解釋。於侵害將臨或侵害將終之際。即認爲未來或過去。不許加以防衛。則危險未免太屬重大。故現在二字。應從廣義解釋。庶合於權利行爲。蓋欲保全其權利。非如此即不易達其目的也。若有過當行爲。則自有法律以懲治之。不必問其在侵害將臨抑侵害將終。以及正在實施侵害行爲之一刹那也。又所謂權利行爲者。又分三說。其一爲不正消滅說。言消滅他人不正之行爲也。其二爲刑罰權消滅說。言有此正當防衛後。國家對於侵害人之侵害行爲。可無須再加以刑罰也。其三爲代行國權說。言此種正當防衛行爲。乃所以代國家而行使其權利也。此三說各言之成理。但其意義則一。苟皆認正當防衛爲行使權利之行爲。既爲行使權利之行爲。則雖其行爲屬於違法。然因其爲權利行爲故。而將違法性阻却。國家不復予以處罰。

第二節 法令上之行爲

所謂法令上之行爲者。即其行爲非出於自己之故意。乃由法令上之所規定。依此法令而爲犯罪之行爲者。其行爲雖屬於犯罪。然以根據法令之故。而阻却其違法性。與上述之正當防衛性質相同。

屬於違法阻却。「人可殺乎。曰可。孰可以殺之。曰爲士師。則可以殺之。」是卽法令上之行爲也。卽以最普通者言之。人之身體。不許擅爲逮捕或監禁者。爲之卽犯刑法上之妨害自由罪。然而依法令上之規定。對於犯罪嫌疑人。卽可逮捕。若爲現行犯。更人人得而逮捕之。而刑事嫌疑人之羈押。民事被告人之看守。以及犯罪人之監禁。悉爲法令所許可。又人之財產。不得侵害者。也。侵害之者。或犯刑法上之竊盜搶奪強盜侵占以及詐欺等罪。卽不至若是。亦構成民法上之侵權行爲。然而依法令上之規定。如債權人之行使留置權。如司法官之強制執行。悉爲法令所許可。又如毆打爲法律所禁止。而父母以懲戒其子女之故。加以杖責。法律例不過問。蓋父母對於其子女。本得行使其懲戒權也。又如監禁爲法律所禁止。然而教師之對於生徒。以留置之權。卽監護人對於心神喪失人。亦得施以監禁處分。此雖未嘗明定於法律。而依法令之意義論之。亦當然不能加以刑罰。蓋其所爲之行爲。雖有似乎犯罪。或爲加暴行於人。或爲妨害自由。甚至爲搶奪侵占等之行爲。然其所爲。實皆依於法令。故皆阻却其違法性。一律不加以罰。刑法第三十四條。「依法令之行爲。或正當業務之合法行爲。不罰。」卽是故也。

第三節 正當業務之行爲

凡依據法令之行爲。縱其行爲爲犯罪行爲。亦以其依法令而行之故。阻却其違法性。而不予處罰。然苟其行爲雖未嘗依於法令。而以其爲正當業務之故。依法亦不爲處罰。但所謂正當業務者。必其所

爲之行爲。爲執行業務上之行爲。而此業務。又爲國家所許可者。且爲合法者。而後乃阻却其違法性。不
予以罰。故刑法第三十四條。特爲規定。與「依法分上之行爲」相等。例如斷人手足。完全爲犯罪行爲。屬
於刑法上之傷害罪。然醫生以治療疾病之故。認爲非斷其手或斷其足不能治愈其病者。則斷其手足。
亦不違法。又如外科手術之剖腹。齒科醫生之拔牙。皆不成爲傷害罪。此蓋正當業務之合法行爲也。既
爲正當業務之合法行爲。則其行爲雖有類於犯罪。爲刑罰之所必懲。然以其爲國家法令之所許可。故
阻却其違法性。絕對不處以罰。非寬恕也。實不能罰也。又所謂正當業務者。不以業務之高尙與否爲斷。
全以國家法令所許可與否爲斷。例如賣淫。最賤之業務也。然其開設妓院。既爲國家法令所許可。卽不
失其爲正當之業務。反之。如製造毒藥以供醫師及化學師之應用。苟未爲國家法令所特許者。卽不在
正當業務之列。如有犯之者。必爲法律之所懲處。故刑法第三十四條之所云正當業務。全以國家之法
令爲根據。與習慣上所認爲正當與否者無涉。

此外又有一問題也。如其行爲確爲犯罪行爲。且爲刑法上所嚴禁。而又非依法令之行爲。非正當
業務之合法行爲。但並不違背公共秩序及善良風俗習慣者。則如之何。例如刑法第二百六十四條。「
發掘墳墓而損壞遺棄污辱或盜取遺骨遺髮屍體者。處三年以上十年以下有期徒刑。發掘墳墓而損
壞遺棄或盜取遺骨遺髮殮物或火葬之遺灰者。處一年以上七年以下有期徒刑。」其第二百六十五

條「對於直系尊親屬犯第二百六十四條之罪者。處無期徒刑或七年以上有期徒刑。」然而爲子孫者。往往有發掘父母墳墓將棺柩遷葬之事。其年遠者更有捉骨之舉。依刑法言當者構成第二百六十五條之罪。然爲習慣所許。又無害於公共秩序及善良風俗。果處以刑罰乎。抑放任其行爲乎。按其情理。則當然在不罰之列。然以嚴格之法律言。則無逃於刑法第三百六十五條之規定。蓋在本條既無例外之規定。而在此總則中又別無不罰之明文。萬一有人執此以爲告發。司法官將如何以判斷。昔日暫行新刑律對此則有「不背公共秩序及善良風俗習慣不爲罪」之明文。可執此以爲辯護。刑法則已將此句刪除。其理由則謂「分則所規定。無非罰其違背公共秩序善良風俗習慣之行爲。此外則屬本案第一條不爲罪之行爲。似不必有此規定。」其言誠辯。然如遷葬捉骨等事。既不能謂爲不爲罪。又未便謂爲違背公共秩序及善良風俗習慣。則將如何而判。查刑法之設。原所以排除惡性也。遷葬捉骨。並無惡性。然有罪必罰。又刑法之根本大義也。而罪刑法定。更爲不刊之原則。刑法第二百六十五條。既有此規定。似不能謂爲並無惡性。而可放任。况總則中更無此放任之明文。是則須質諸解釋法律之司法院者也。

第四節 破壞自己法益之行爲

所謂犯罪者。卽爲侵害國家之法益。苟有侵害法益者。除責任阻却及違法阻却外。皆須處以刑罰。

此設立刑法之大原則也。雖然使被侵害之法益而屬於侵害人自己者。則又何如。如人之生命不可侵害者。故殺人者必處以罰。然使所侵害者而為自己之生命。則將如何。罰之乎。抑放任之乎。法學家對此計有二派主張。其一主張刑罰者。謂對於他人之法益。固絕對不許侵害。即對於自己之法益。亦絕對不得破壞。蓋人爲國家之一分子。社會之一分子。殺人與自殺。雖所侵害之法益不同。然其爲國家及社會之害。則一而已矣。例如自殺。被殺者雖爲自己之生命。與他人無異。然在國家則少一國民。在社會則少一分子。其影響於國家及社會者。決非淺鮮。且以國家之法益言。殺人與自殺。亦全無區別。皆爲侵害法益。故破壞自己之法益。亦應同等處以刑罰。再以刑法性質言。刑法爲公法。應以代表國家之檢察官爲原告人。被害人只可告訴。不得爲刑事訴訟之當事人。雖有若干屬於自訴案件。可以被害人爲當事人。然實爲一種例外。故刑事上真正受其害者。乃國家而非個人。既爲國家而非個人。則以被害人論。誠有他人與自己之區分。而以被害之法益言。則人無差異。均爲國家。破壞他人之法益。國家固受其侵害。即破壞自己之法益。國家亦受其害。國家既同受其害。則應不分彼此。一例處罰。庶符刑法之真意義。其一主張放任者。謂侵害他人之法益。誠絕對不容曲恕。所以保國家之法益。亦即保護人民之權利。若破壞自己之法益。則無害於他人。其自身卽爲被害人。以自己而侵害自己。國家儘可置諸不問。譬如我有財產。此我之所有權利也。此所有權利。國家固絕對予以保護。任何人不得侵害之。如有侵害者。卽可依法

評諸國家加以刑罰。若在我自身，則有完全處分之權，可任意拋棄，贈與，可破壞，亦可無勞國家之干涉也。財產如是，生命及身體，亦何獨不然。儘可自由破壞，然使破壞之而危險及於他人者，仍須處罰。如刑法上之公共危險罪，即其一例。故於「自己所有物」後，緊接以「致生公共危險者」一語，蓋其要件不在破壞「自己所有物」，而在「致生公共危險」。是刑罰之加，仍非以破壞自己法益故。乃在生危害於他人故。是破壞自己之法益，國家應取放任主義，概不處罰。此二說也。各具相當之理由。然大多數則採後一說。即取放任主義者。吾國刑法亦然。凡破壞自己之法益者，除足生他人以危害外，一體不處以刑罰。故破壞自己之法益，亦概認為違法阻却，全然不罰。

於此又有一問題也。破壞自己之法益，固可不予以刑罰，認為放任行為。而對於他人法益之加以侵害者，在他人而未經承諾，固將以被害人之資格，出而向法院告訴，治以應得之罪。若使被害人而承諾其侵害者，果如之何。予以刑罰乎。抑亦取放任主義乎。此一問題也。須視其所侵害之法益而定。如其所侵害之法益而屬於個人者，則本人有承諾之權。苟經其承諾而侵害者，即不予以罰則。例如保管之物。如保管人侵占之者，即依法成立侵占罪。然使得本人之同意，而後侵占之者，即不成立侵占罪。又如毀損他人之物品，即依法成立毀棄損壞罪。然使得本人之承諾者，即不成立毀棄損壞罪。故凡刑法中規定「告訴乃論」之罪者，苟得本人承諾，皆不成立。如其所侵害之法益而屬於國家或社會者，則本

能構成犯罪。或只須着手實行即已成立既遂。悉無未遂可言。此外則皆有未遂者也。

着手實行而未得結果者。則曰未遂犯。如僅有預備而未着手實行者。即不在未遂之列。蓋尙未遂之程度也。然則未遂與預備之分界綫果如何乎。此有主觀說及客觀說二者。前者則以犯罪意思因行爲而已顯露於外。爲人所能識別者。則曰着手實行。後者則以構成要件之一部業已實現者。則曰着手實行。此二說各不相同。然其歸宿點則一。蓋着手與預備之間。法益危險之程度。起顯著之變化。此即所謂質的差異。此質的差異。即爲預備與未遂之分界綫。苟其犯罪之意思因行爲而已爲人確定。而其構成之要件。又已有一部實現於外。則已入於着手。非然者。不過預備而已。例如謀殺人而購買凶器。此尙預備也。若至進而入被害人之室。拔刀相向。則已入於着手矣。此則無論從主觀說。或從客觀說。其結論殆相一致者也。又凡所謂未遂者。有着手未遂與實行未遂二者。前者又名中絕未遂。即於犯罪完成之必要行爲前。尙未充分進行。而遇意外之障礙。以致未能達其標的。是後者又名終了未遂。即犯罪完成之必要行爲業已終了。而以他種原因。致未發生結果。例如開槍殺人。彈將發而忽被人奪去。是曰着手未遂。若槍彈已發。或未能命中。或命中而僅負傷。則皆爲實行未遂。然在刑法上。則無論爲着手未遂。抑實行未遂。皆同等視之。至各國立法例對於未遂犯之處罰。大概不外三種。其一同等主義。即與既遂同等處罰。並不論既遂未遂。蓋其爲故意犯罪則一。刑法在排除惡性。事雖未遂。其爲有惡性則一。其

二必減主義。即必須較既遂減輕。此蓋從事實方面着手。例如殺人未遂。犯罪人雖有殺人之故意。而究竟未有殺人之事實。未能與殺人同科。故必須減輕其罰。其三得減主義。即較既遂爲可減可不減也。此實從社會方面着想。如其惡性較巨。足生危險於社會者。則爲排除惡性計。應與既遂同科。反之如爲侵害個人之利益。於社會無甚影響者。則取減輕主義。而其是否應減。則一付司法官之裁量。可減則減。不可減則不減。吾國刑法。則探取得減主義者。其第四十條前段規定。「未遂罪之刑。得減既遂之刑二分之一。」是即可見。

第二節 不能犯

不能犯。亦屬於未遂犯之列。其犯罪行爲。並不完成。蓋其犯罪之行爲。無論如何。必不能發見其結果是也。其與前述之未遂犯有異者。未遂犯則雖無實害發生。然已足生危險。而不能犯則不特不發生實害。並危險而無之。例如誤以糖漿爲鴉片。而使之吞服。又如誤向男子而爲強姦之行爲。是不特無構成事實之可能性。且亦不危險及於法益。故其行爲有實現犯罪意思之可能性者。則爲未遂犯。如缺乏此可能性。永不能達其犯罪之標的者。則曰不能犯。蓋一則有危險性。而一則絕無危險性也。原來不能犯有數種。其一爲目的上之不能。其二爲手段上之不能。目的上之不能者。其所侵害之目的。不能構成其犯罪行爲者也。手段上之不能者。其所使用之手段。不能構成其犯罪行爲者也。此二者皆有抽象

的不能與具體的不能之區別。前者又名絕對不能。後者又名相對不能。目的上之抽象不能者。如對男子而為強姦是。無論如何。不能達其標的者也。手段上之抽象不能者。如以糖漿為鴉片而殺人是。無論糖漿之量加重至若何。亦決不能達其標的者也。此抽象不能。即為真正之不能犯。大概得以免除其刑。或者得以減輕。目的上之具體不能者。如入室殺人而其室實為空屋無人居住是。手段上之具體不能者。如以槍擊人而其槍彈不能命中是。是則認為未遂罪。以未遂罪論。刑法第三十八條第一項後段。「其不能發生犯罪之結果者」是包含一切不能犯而言。凡抽象的不能犯以及具體的不能犯。一體屬之。而其第四十條但書。「但犯罪之方法。決不能發罪之結果者。得減輕或免除本刑」此乃僅指抽象的不能犯而言。蓋具體的不能犯。或者會逢其適。或者手段拙劣。故不能發生犯罪之結果。一次不能。不妨再次三次。法益實足危險。故以未遂犯論。若抽象的不能犯。則無論再次三次。以至於無數次。決不能發生結果。故於法益絕無危害。實為刑法上純正之不能犯。量其情節。得減輕。免除本刑。

第三節 中止犯

所謂中止犯者。亦包括於未遂犯之中。與不能犯相同。其犯罪行為。亦未完成。不過其未遂也。非出於意外之障礙。乃以自己之意思而中止之。刑法第四十一條。「已着手於犯罪之實行。而以己意中止者。減輕或免除本刑」此即中止犯也。中止犯之要件。為以自己之意思而中止其進行。如因意外之障

礙而中止者。卽非中止犯。例如竊賊入室行竊。適風吹樹動。落葉有聲。於是疑爲足音。自行退出。此非中止也。以聞有足音。誤爲人至。是實意外之障礙。應以未遂罪論。不得以中止犯論。蓋其中止。完全出自意外之障礙也。故中止犯之構成。必由於外界全無障礙。或由於犯罪人之悔悟。或由於犯罪人之畏懼。若其中止之原因。爲誤認發生意外之障礙。如聞落葉而誤爲人至。是卽未遂犯而非中止犯。此不可不區別者也。至中止犯之種類。與未遂犯同。亦分二者。其一曰着手之中止。其二曰實行之中止。前者卽於着手後。而因自己之意。思忽不進者。是不問其由於中止悔悟。或中止畏懼。皆一也。例如持刀殺人。於行將近身可殺之際。而忽天良發現。不忍見其殺。或畏禍之至。而有所懼怯。因以己意中止。是後者卽於實行而後。而因自己之意思挽救之。亦不問其由於悔悟。或畏懼。例如殺人者於砍下而後。或良心難安。或畏懼刑罰。急爲之延醫治療。使之無恙。是此種中止行爲。既全出於本心。而非由於意外之障礙。則應略迹原情。故刑法取必滅主義。司法官應量其情迹。或爲之減輕。或竟免除。原來刑法之目的。在排除惡性。不使之再有犯罪行爲發生。今其人既自行中止其犯意。不問出於悔悟。抑或出於畏懼。然已受有刑法之感應。不必刑罰之加。卽已將其惡性去除。故無復用其刑罰。卽其情節有不可原者。亦應予以減輕。否則感應主義之謂何。人而不爲犯罪行爲則已。一經爲之。則無復有中止之舉。蓋中止亦受刑罰。不中止亦受刑罰。人將無復有悔禍之心。古人所謂「過我而不假道。鄙我也。鄙我也。殺其使者必伐我。伐我。

亦亡也不如殺之。」如中止犯而不爲減輕或免除本刑。其弊所至必有若此者。

於此更有注意者。卽共犯之中止犯是也。關於共犯之中止犯。計有三種。其一、正犯爲中止犯。而教唆犯及從犯如何。亦以中止論否。其二、共同正犯中之一人爲中止犯。而其他正犯如何。亦以中止論否。其三、教唆犯或從犯爲中止犯。正犯則如何。亦以中止論否。查中止犯以自己之意思爲限。苟其中止並非出於自己之意思者。無論其中止之原因何在。只可謂爲遇有意外之障礙。可構成未遂犯。不能構成中止犯。故共犯中無論爲正犯。爲教唆犯。爲從犯。或爲共同正犯中之一人。苟以己意而中止其犯罪行爲者。只以其一人爲中止犯。餘皆不得以中止犯論。如其事未成者。則原因於意外之障礙。應以未遂犯論。不能亦附於中止犯。如事已成者。則固爲既遂犯。更不受一人中止之影響。

第十章 共犯

第一節 共犯之意義

所謂共犯者。卽二人以上共同實施犯罪之行爲也。有正犯。有從犯。有教唆犯。有間接正犯。其成立之要件。爲必須有犯罪意思之聯絡。更須有犯罪行爲之聯絡。如缺其一者。卽非共犯。但亦有例外。如遇一方共犯者。卽一方雖知其共同。而一方却未知情。只有行爲之聯絡。而無意思之聯絡。是亦謂之爲共犯。若教唆犯與間接正犯。只有教唆犯罪之行爲。而無共同實施之行爲。故只有意思之聯絡。而無行爲

之聯絡。然亦不失爲共犯。此皆爲構成共犯之例外。若以原則言。則意思與行爲二者悉須聯絡。不可偏廢其一也。故同時犯與事後犯。其在外觀上。雖有似乎共犯。實則不然。應各自單獨負其責任。蓋雖有行爲之聯絡。並無意思之聯絡也。至共犯與非共犯在刑法上之區別。共犯則應負同一之責任。如乙丙三人共同殺丁。其一人下手。其二人雖亦到場。然以一人已將丁殺死之故。不復下手。以事實言。負殺人之責任者。應爲下手之一人。餘外二人。固未嘗下手也。然以共犯之故。餘二人亦同負殺人之責。不能以其未曾下手而可未減。蓋其有殺人之故意則一。使一人而不能單獨終了之者。則此二人亦必下手矣。如三人而無意思之聯絡者。適會其逢。則下手殺丁之一人爲殺人犯。餘二人皆爲不能犯。蓋其人已死。不問如何。不能構成殺人之罪也。故應分別負其責任。但共犯中所負之責任。亦有不相同者。如從犯則輕於正犯。而正犯中亦有依行爲合同說而不負同一之責任者。原來對共犯之解釋。計分爲二。其一爲犯罪合同說。苟爲共犯。則共犯中任何一人所爲之行爲。皆負其全責。例如甲乙丙三人共謀殺丁。乃實行中。甲忽於殺丁而外。更殺戊一人。此甲之行爲。雖在其犯意思之外。然乙丙既爲共犯。亦須與甲同負其責。又其一爲行爲合同說。必須共同實施犯罪者。始同負其責。卽以前例言。殺丁固在甲乙丙三人共犯之中。有意思之聯絡。更有行爲之聯絡。若殺戊則爲乙丙所意料之外者。由甲一人爲之。乙丙不能同負其責。前說太苛。今日法學家皆從後說。故凡發生之結果。爲共犯所不能預見。事前既無意思之聯絡。

臨時又無共同之行爲。則僅有共犯中實施一人者負其全責。認爲共犯外之單獨行爲。餘犯不與之同負責任。

共犯之所由成。計有二者。一爲任意的共犯。一爲必然的共犯。必然的共犯者。其犯罪行爲之構成。必須由二人以上爲之。一人決不能單獨以爲之者是也。其中又分會合犯與集團犯二者。集團犯者。以同一之意思。對同一之標的。向同一之方向是也。如內亂罪、如妨害秩序罪等。悉屬於是。會合犯者。以同一之意思。而爲對立之方向。如和姦罪、如賭博罪等。悉屬於是。任意的共犯者。則其犯罪行爲。儘可由一人單獨爲之。不必須有多數之人。特以志同意合。且恐一人之力所不能成。故由二人以上者共同爲之。至共犯之責任。則分爲正犯及從犯二者。正犯中更分共同正犯及教唆犯二者。共同正犯者。有形正犯也。教唆犯者。無形正犯也。而從犯之在實施犯罪行爲中。爲直接及重要之幫助者。亦爲正犯。與正犯同科。學者名之曰準正犯。言雖非正犯。而其情與正犯無殊也。若教唆犯則更分造意犯及間接正犯二者。造意犯者。教唆有刑事責任能力者爲犯罪行爲是也。間接正犯者。教唆利用或強迫無責任能力或欠缺責任條件者而爲犯罪行爲是也。若從犯亦分爲二。其一爲從犯。即幫助正犯者。其一爲準從犯。即教唆或幫助從犯者。從犯之處罰。較正犯減輕二分之一。又依刑法規定。凡因身分而成立之罪。共犯雖無身分。仍以共犯論。例如公務員受賄。是因身分而成立之罪也。苟非公務員。即不構成此瀆職罪。然與之

共同受賄者。雖非公務員。而亦共同負其責任。又如因身分關係而將刑罰加重或減輕者。如殺人罪或處死刑。或處無期徒刑。或處十年以上有期徒刑。而殺死尊親屬。則須處死刑。又如竊盜罪。應處五年以下有期徒刑。拘役。或五百元以下罰金。而同財共居親屬間犯竊盜者。得免除其刑。是一則以身分關係而加重。一則以身分關係而減輕。然與之同犯者。不以此而受影響。仍科以通常之刑。蓋否則或失之太苛。或失之徼幸也。故共犯中雖負同一責任。而所受之刑罰。有不相同者。此即以身分關係之故。而有輕重之差也。

第二節 共同正犯

所謂共同正犯者。依刑法第四十二條規定。即「二人以上共同實施犯罪行為」也。而依第四十三條第二項及第四十四條第三項但書。則教唆犯及從犯之於實施犯罪行為中。為直接及重要之幫助者。亦為正犯。但此另詳於下。茲所言者。即第四十二條之所謂正犯也。凡為共同正犯者。其要件有三。其一必須雙方有能力者。其二必須有意思之聯絡者。其三必須有行為之聯絡者。質言之。即共犯必須有共同一致犯罪之決意。且向同一標的。同一方向。而為同一行為是也。夫所謂同一行為者。非必担任同一之事務也。不過其標的相同。各本其互助之行為。以共同完成犯罪行為。例如甲乙丙丁共為強盜。甲則入室搜索。乙則把門觀望。丙則捲取財物。丁則持刀威嚇。此四人者。其所犯之行為。雖不一致。而

其犯強盜之行爲則一。故可謂之犯同一行爲。既犯同一行爲。則雖所担任之事務不同。而其應共同負責則一。如有人不受丁之威嚇。或有人竟入內捕盜。與乙抗拒。結果乙亦殺人。丁亦殺人。此丁與乙殺人之所犯。甲與丙雖未下手。或者在當時竟未知情。然入室行劫之時。四人實早已對此有所預見。故甲與丙實負同一之殺人責任。蓋共同正犯。要以彼此相互的理解爲必要。而此相互的理解。卽爲共同正犯之構成要件。既有相互的理解。則其一切行爲。亦當然相同。故更必有同一之實施犯罪行爲。而此同一之實施犯罪行爲。亦爲共同正犯構成之要件。前者卽犯意之聯絡。爲主觀要件。後者卽行爲之聯絡。爲客觀要件。苟缺其一。卽不構成共同正犯。至共同正犯與從犯之區別。法學家頗不一致。有主犯意者。謂以自己之意思而犯罪者。則爲正犯。如爲他人而爲犯罪者。則爲從犯。有主行爲者。謂其担任之事務重要者。則爲正犯。否則以從犯論。此二種主張。各有理由。而亦各有缺點。如以吾國刑法言。則稍稍取行爲說。此觀於刑法第四十二條及第四十四條而可見也。故雖幫助他人之行爲。而非爲自己之行爲。然苟共同實施其犯罪。或在實施犯罪之際。予以直接及重要之幫助者。皆以正犯論。是可見重在行爲而不重意思也。

共同正犯之責任。亦爲研究共犯之一大問題。共犯之性質。既爲行爲合同。則凡在行爲中者。對於全部之結果。悉須負其責任。不問曾否下手。甚至或是否知情也。若在共同行爲外者。則由犯罪者單獨

負其責任。而與他人無涉。蓋已超越共同行爲之外。而非共同行爲人所能預見其結果之發生也。故綜此見解。計有注意者數事。其一、共同正犯基於共同目的之行爲。對於全部之結果。悉應負其責任。蓋以此種行爲。既爲共同目的之行爲。則其發生。當然由於達到共同目的。既由於達到共同目的。則早爲共犯所能預見。應全數負其責任。其二、共同正犯中。有行爲超越共同目的以外者。其他之共同正犯。不負其責。蓋此種行爲。爲個人單獨所爲之事。不在共同目的以內。且絕非各共同正犯所能預見。故只可由行爲人單獨負其全責。不能使未能預見之人。亦連帶負其責任。例如甲乙丙丁四人共同入室行竊。乃中途甲忽將戊毆斃。此種毆斃之行爲。爲甲個人所爲之事。實超越共同行竊目的之外。絕非乙丙丁三人意料之所及。故乙丙丁等全然不負其責。其三、共同正犯中。如於共同範圍以內而獨自爲結果較重之犯罪行爲時。其他共同正犯亦連帶負其責任。蓋此種行爲。雖爲單獨之行爲。而非共同之行爲。且亦非其他共同正犯所能事前預見。然其所爲之行爲。究在共同犯意之範圍內。故雖一人獨自爲結果較重之行爲。他人亦必負責。例如甲乙丙丁四人共同毆打戊。甲一時漫不經心。將戊毆傷。傷重身死。此雖由於甲之單獨行爲。非丙乙丁等事前所得預見。然既有共同毆打戊之犯意。更有共同毆打戊之行爲。則戊之因傷致死。雖單獨出自甲一人之所爲。然亦在乙丙丁等共同範圍之內。蓋使不共同毆打戊。亦何至受傷。戊不受傷。亦何至於死。故其責仍須由甲乙丙丁四人共同負之。其四、共同正犯中有具備

刑罰減免之原因。訴追條件之欠缺。或累犯加重者。得單獨發生效力。他人不與之相等。蓋此種原因。全爲個人之事。與其他共同正犯無涉。例如甲乙丙三人共同竊取丁之財物。是三人悉應構成刑法第三百三十七條之竊盜罪。應處五年以下有期徒刑。拘役。或五百元以下罰金。然使甲則爲無責任能力人。乙則與丁爲同財共居者。而丙則於五年內曾犯有竊盜罪者。是其處刑即各各不同矣。甲則以無責任能力之故。例不處罰。乙則以與被害人同財共居親屬之故。而免除其刑。丙則以累犯之故。依刑法第六十六條第二項之規定。加重本刑二分之一。應處七年半以下之有期徒刑。或七百五十元以下之罰金。不能因其爲共同正犯之故。而一例治以刑罰。蓋其所爲之行爲。誠應共同負責。而以各個人有特別原因之故。則應分別依其特別原因。而或爲減免。或爲加重。不能妄爲抹殺。而一體處以同等之刑罰也。

第三節 教唆犯

所謂教唆者。依刑法第四十三條規定。「教唆他人使之實施犯罪之行爲者。爲教唆犯。教唆教唆犯者亦同。教唆犯處以正犯之刑。」是教唆犯者。即教唆他人使之生犯罪之決意。而實行其所受教唆之犯罪行爲也。故亦謂之爲造意犯。蓋被教唆犯。本無犯罪之意。由教唆者所喚起。使之實施犯罪之爲。例如甲本不欲殺乙。乃丙百般教唆之。以動搖甲之意思。甲一時不察。被其誘掖獎勵。竟起而爲殺乙之行爲。是甲爲殺人之正犯。丙爲殺人之教唆犯。蓋使無丙之教唆。甲即不至於犯殺人之罪。故甲與丙

實同負其責。應處同等之刑罰。蓋教唆犯成立之要件。計有三者。其一須有教唆之故意。凡被教唆者所爲之犯罪行爲。必須爲教唆者所能預見。若不能預見。即不能成立教唆犯。例如甲戲謂乙。某處有財產甚多。可往竊取。此本出自甲之戲謔。決不能預見乙之果聽從其言。使乙而不從也。固不生教唆問題。即使乙而果聽從其言。前往竊取。甲亦不成立教唆犯。以其教唆非出於故意也。既非出自故意。即無教唆之可言。其二須被教唆犯者本無犯罪之意思。因受其教唆而始爲此犯罪行爲。凡被教唆者所實施之犯罪行爲。必須出自教唆者之教唆。若其人本已有此犯罪。不過逡巡未行。後因教唆犯者之一激。起而實行。則被教唆者之行爲。乃本其自己之意思而行。並非由於教唆者之教唆所致。亦不成立教唆犯。其三須被教唆者所爲之犯罪行爲。全出於教唆者所教唆之範圍以內。凡被教唆者所爲之犯罪行爲。既由於教唆者之所教唆。被教唆者本全無犯罪。則其所爲之犯罪行爲。應不出教唆者所教唆之範圍。使出乎範圍。與教唆者之所教唆。不相一致。例如甲教唆乙以殺人。而乙觸犯竊盜。則全然非教唆者所能預見。不能令甲負教唆之罪責。蓋被教唆者所爲之行爲。全非教唆者之所教唆也。此三者實爲教唆犯成立之要件。苟缺其一。即無教唆犯之可言。以故教唆而前。使被教唆者已有此犯罪之決心。或教唆而後。被教唆者不應此教唆。或不依其教唆而爲其他犯罪之行爲。則皆不能構成教唆犯。

教唆犯之處分。應依被教唆者之犯罪行爲而定。如被教唆者聽其教唆而後。不爲犯罪。則教唆者

之教唆行爲。雖已完畢。然以未發生行罪之故。教唆罪不能成立。即被教唆者聽其教唆。進而於着手實行。然苟未至於發生結果。成立未遂罪之所爲。則教唆者亦爲未遂罪。故教唆者所受之刑罰。以被教唆者爲標準。然亦有未盡然者。如屬於中止犯。或因身分而成立之罪。或被教唆者因某種特別原因而加減其刑者。則教唆犯不受其影響。此節已詳於前章中止犯及本章前節共同正犯中。茲可不贅。又若教唆者之教唆與被教唆者之實行相齟齬時。如甲教唆乙傷人而乙竟至於殺人。或甲教唆乙殺人而乙僅僅爲傷人。則應就其責任輕者而論。如甲教唆傷人而乙竟至殺人。則乙之殺人行爲。出乎甲預見之外。非甲所教唆之範圍。故乙雖負殺人之責任。而甲僅負傷人之責。反之甲教唆乙殺人而乙僅僅傷人。則甲所負之責。與乙相等。蓋教唆者所應受之處分。以被教唆者所爲之行爲爲標準也。

教唆之手段。各各不同。有用語言者。有用文字者。有用暗示者。然苟合乎教唆之要件。不問其所用之教唆手段爲何。要皆成立教唆罪。但於此有注意者二事。其一爲間接正犯。何謂間接正犯。即被教唆者完全失其意思自由時是也。原來教唆罪之成立。誠須被教唆者聽其教唆而起。然聽從與否。應一任被教唆者之意思自由。即不爲聽從。教唆者亦無如之何。若被教唆者失其意思自由時。或被教唆者爲無責任能力人。或被教唆人受教唆人之強暴脅迫恐嚇時。或被教唆人受教唆人之所屬下級公務員。教唆人利用其服從之義務而使之爲犯罪行爲。或利用他人之錯誤。則皆非教唆犯而爲間接正犯。故

凡被教唆人而有意思自由時。且明知爲犯罪時。則教唆之者應成立教唆犯。如被教唆者而失其意思自由時。或完全不知爲犯罪時。則教唆之者應爲間接正犯。此卽教唆犯與間接正犯之區別也。此外教唆犯與煽惑犯亦不相同。教唆犯之構成。必須被教唆人聽其教唆而實施犯罪行爲。若被教唆者無犯罪可言。教唆者亦全然不發生問題。煽惑犯則不如是一經煽惑。則已成爲行爲之既遂。卽須處以刑罰。被煽惑者是否受其煽惑。在所不問。受其煽惑也。固應處罰。卽未有人受其煽惑。亦無減於煽惑之成立。此又教唆犯與煽惑犯之區別也。

第四節 從犯

所謂從犯者。依刑法第四十四條規定。卽幫助正犯者也。其條文曰。「幫助正犯者爲從犯。教唆從犯者。以從犯論。從犯之刑。減正犯之刑二分之一。但於實施犯罪行爲之際。爲直接及重要之幫助者。處以正犯之刑。」又第四十八條規定。「知正犯之情而幫助正犯者。雖正犯不知共同之情。仍以從犯論。」是卽從犯之界說也。從犯與共同正犯之區別。甚難解決。有以犯意定者。有以行爲定者。此二說各有見地。然意思難測。而行爲易知。故多從行爲說。卽其行爲而爲幫助正犯者。則爲從犯。如與正犯共同實施。其幫助正犯爲直接及重要者。則不問其意思如何。果爲自己而爲。抑爲幫助他人而爲。悉成立正犯之罪。故從犯之要件。計有三者。其一。必須有幫助正犯之故意。卽認識正犯之故意犯罪行爲。如爲過失者。

則不爲從犯。應獨立處以過失罪。刑法第四十七條。早經明定。故從犯必須認識正犯之犯罪行爲。而加以幫助。其二必須有幫助正犯之行爲。卽對於正犯予以便宜之行爲也。不問爲積極行爲或消極行爲。更不問爲物理上之幫助或心理上之幫助。要皆同等視之。其三必須正犯之罪成立。原來從犯之性質。與教唆犯同。皆屬共犯之從屬性。所謂從屬性者。卽不能單獨犯罪。必依他人之犯罪與否而定。他人犯罪者。彼亦犯罪。他人不犯罪者。彼亦不犯罪。故從犯之處罰與否。悉依正犯而定。正犯之罪不成立者。從犯亦當然不成立。猶之教唆犯與實行犯。至從犯之責任。依法減正犯之刑二分之一。至如正犯與從犯。其行爲有相齟齬者。則依教唆犯例。擇其輕者而罰之。不必盡依正犯而定也。至從犯之幫助行爲。無論正犯知其幫助與否。皆不影響於從犯之成立。縱正犯未知其情。亦依然構成從犯之罪。蓋只問從犯之是否認識正犯行爲。不問正犯之是否認識從犯行爲也。

第三編 刑罰論

第一章 刑罰之意義

所謂刑罰者。依刑法規定。凡人犯有罪者。國家爲保護法益計。且爲排除惡性。以維持社會之安甯秩序。而對之所加之懲罰也。故人民有違犯法律者。國家即以法律處治之。如爲私人行爲。則以私法制裁。如民法上之損害賠償及強制執行等是。然此並不涉及刑罰。唯觸犯刑法者。則國家以刑罰懲治之。此種刑罰權。只國家乃得有之。私人間不許有之也。私人間而犯之者。卽爲報復行爲。爲國家所懲治。亦觸犯刑法。故唯國家乃有刑罰權。而受此刑罰者。只爲犯罪人。吾國古代。雖有罪不及孥之說。然以攬斷主義之故。且爲君主個人之保護。其萬年一統主義故。對於謀反叛逆者。往往誅夷及於九族。非犯罪人而亦受其害。此實大違刑罰之原則。實等於行政法上之一種懲戒。欲使九族之人。悉負監察之責任。今則在刑法上已不復有此。何人犯罪者。刑罰卽及於何人。雖親如父子。曠如夫妻。亦各不相關。故刑罰之所加者。僅在犯罪人。且不許司法官比附援引。苟其行爲在刑法上不認爲犯罪者。不得加以刑罰。亦不許私人起滅自由。苟其行爲確爲刑法所認爲犯罪者。除特種之事件。如親告罪或刑事訴訟法上之自訴罪等外。一概須由國家提起。至所謂刑罰者。其本質則爲報應。其內容則爲剝奪犯罪人之法益。其

目的則爲維持社會之安寧秩序。質言之。卽爲對於犯罪人之一種惡報。使之知刑罰之痛苦。感應之使。之去惡遷善。不至於再存惡性。以爲害於國家。爲害於社會。而在執行期中。一方固因之施行感化。一方亦使之與社會脫離。不至使社會再蒙其危害。故刑罰之意義。含有報應、威嚇、感化、淘汰等性質。而非可語於一端。蓋對於被害人方面。則以刑罰爲滿足其報復之心思。古代取私人報復主義。自有刑罰。則國家以刑罰代之。可以平人之不平。以社會方面言。則以刑罰爲威嚇之具。使社會民衆悉知刑罰之可畏。其權足以剝奪人之法益。自相儆相戒。不至於再犯。至對於犯罪人方面。則用感化政策。或用匡正方法。養成犯罪人以遵守法律之習慣。或用教育方法。授犯罪人以技能。得自贖其生計。或用懲戒方法。使之知刑罰之可懼。而排除其惡性。若其人惡性已深。非可感化。則利用淘汰方法。使之永遠不與社會相接觸。卽死刑及無期徒刑是也。故刑罰之意義。實卽不外此數者。蓋國家所以對於犯罪人之一種制裁。而謀排除其惡性。以維持社會之安寧秩序也。既非民法上之制裁。亦非行政上之懲戒。而與不良少年之感化院及精神病人之醫院。亦截然非爲一物。蓋其意義。根本不相同也。

第二章 刑名

所謂刑名者。卽刑罰之種類是也。刑罰之種類。依刑法言之。計有二種。其一爲主刑。其二爲從刑。主刑中更分死刑。卽所謂生命刑。無期徒刑。有期徒刑。拘役。卽所謂自由刑。以及財產刑之罰金。從刑中亦

分褫奪公權及沒收二者。前者爲權利刑。後者爲財產刑。茲爲分述之如左。

第一節 主刑

其一死刑。所謂死刑者。即將犯罪人處之於死地。剝奪其生命。使永遠與社會隔離。不至社會再受其危害是也。此爲刑罰中之最重者。蓋死者不可復生。一經執行死刑。即永無在人之望。亦即無遷善悔過之日。故今世法學家多唱導死刑廢止論者。其理由有六。不適當現代文化。失其威嚇力。無自新之路。不能求輕重之差。無事後改正之望。無人道主義。故北美合衆國中有九州。中美及南美多數國家。以及歐洲之羅馬尼亞、那威、義大利、奧大利、荷蘭、葡萄牙、以及海洋洲等。皆已將死刑廢止。大勢所趨。各國當亦不免。不過時間上之遲早問題。而吾國刑法。則仍將死刑存在。蓋根據法理、歷史、及社會心理。皆認爲不能廢止。但全部刑法中。凡處唯一之死刑者。已減而又減。僅存七條。餘者皆有伸縮之餘地。且慎之又慎。凡處死刑者。一經裁判確定後。更須呈報司法部覆准。遇有不洽之處。可發交最高法院檢察官提起非常上訴。以爲救濟。是亦可見對於死刑之特別慎重矣。蓋不專處死刑者。固有伸縮之餘地。即專處死刑。如刑法第一百三十一條之殺友邦元首。第二百四十條之強姦殺人。第二百八十三條之殺直系尊親屬。第三百五十條之強盜殺人。第三百五十三條之海盜殺人。第三百五十三條之海盜放火強姦或殺人。第三百七十二條之擄人勒贖殺人。苟依第七十七條之規定。亦得從事於酌減。故非惡性已

深決無改過遷善之望者。決不輕處死刑。是亦可見非至萬不得已。必不能擅處死刑。以剝奪其生命也。

其二無期徒刑。無期徒刑。為自由刑中之最重者。與死刑只相去一間。蓋縱不剝奪其生命。而終身幽於圜牆之中。亦永無自由之一日。其目的在使犯罪人與社會永永隔離。不能再有危險及於社會。蓋其人而判刑至無期徒刑。其惡性必已甚深。非如此永遠監禁。則社會在在有危險之虞。然使犯罪人受刑之後。而已有之感應。痛自悔改。實心為善。則十年而後。可以假釋出獄。以恢復其自由。仍與社會相接觸。今日之盛唱死刑廢止論者。大概多主以無期徒刑代死刑。蓋死刑之目的。在使犯罪人永永不能與社會接觸。社會之安寧秩序。得以保持。而無期徒刑亦然。與死刑有同一效力。然死者不可復生。雖欲遷善去惡。亦無所能。而無期徒刑。則有自新之路。使果惡性革除。不至再妨害社會之安寧秩序。亦有自由恢復之一日。且無期徒刑。一方採用社會隔離主義。一方又努力施行感化政策。使之工作。以養成其自贖生活之技能。施以教育。以養成其種種善良之習慣。雙方並進。實足達其排除惡性之目的。而遂其效用。故將來必有全體廢止死刑而以無期徒刑代之者。此可斷言也。不過在最近若干時期內。尙未能悉行採用。蓋今日之刑罰。尙帶有不少威嚇主義。所謂殺一以儆百。雖曰民不畏死。然究物物貪生。死刑之設。實欲保全其威嚇之政策。使人人有所畏懼。故無期徒刑之在今日。尙居死刑之次也。

其三有期徒刑。有期徒刑。次於無期徒刑之下。即其所受之監禁。自有一定之日期。並非如無期

徒刑之永遠被拘於圖土中也。最短者爲二個月。最長者爲十五年。在分則各條中有一定之期限。在此一定之期限中。由司法官審核犯罪之原因。犯罪之情節。以及犯罪人之性情環境等。而自由伸縮之例。如法定條文爲一年以上五年以下。則最短者爲一年。最長者爲五年。一任司法官之判斷。亦有只規定最高期限而不設最低期限者。如十年以下五年以下等是也。如是者。則凡在最高刑期以下。司法官悉可自由裁量。雖僅判處二月。亦不爲違法。故前者其最短之期。不得低於法定刑期之下。而後者則無限制。又有只規定其最優期限而不規定最高期限者。如上年以上七年以上等是也。如是者。則凡在最低刑期以上。司法官悉可自由裁量。雖判至十五年。亦不爲過。又依刑法第四十九條第三款但書規定。「但遇有加減時。得減至二月。未滿或加至二十年。」是凡遇有累犯及併合論罪。有期徒刑。可加以二十年。而遇有未遂犯。自首。以及防衛過當。救護緊急危險過當等。應減輕其刑者。亦得減至二月未滿。例如有甲犯刑法第三百三十五條之誹謗罪。依法定條文。應處六月以下之有期徒刑。司法官判決處刑三個月。然以其爲心神耗弱人。依刑法第三十一條第二項之規定。應減輕本刑。再依同法第八十四條「減輕本刑無若干分之幾之規定者。至少減輕本刑二分之一」規定。則三個月之二分之一。應爲一個半月。是即減至二月未滿也。但雖減至二月未滿。仍與拘役不同。其區別之點。拘役無累犯。而有期徒刑則有累犯。如判處拘役二個月。後再犯有期徒刑之罪。不在累犯之列。不依法加重其刑。而此則雖僅

判處一個半月。然亦以有期徒刑計算。後再犯有期徒刑之罪。即爲累犯。依法須加重其刑。此即二者之區別也。又有期徒刑。在昔日暫行新刑律。則爲等級制。由一等以至五等。此雖便於計算。然加減必一等。未免有畸重畸輕之病。故刑法改從多數各國立法例。用年月制。庶無定刑失當之弊。並不致因一加一減而輕重懸殊。

其四拘役 拘役爲自由刑中最輕之刑。爲二月未滿一日以上。然依刑法第四十九條第四款但書規定。「但遇有加重時。得加至二月上。」例如有甲於此。先犯第三百三十七條之竊盜罪。判處拘役一個半月。又犯同法第三百六十五條之侵占罪。又判處拘役一個半月。依同法第七十條第四款規定。判執行二個月。此則超過二月之刑期矣。但雖超過。仍以拘役論。如再犯罪。不以累犯計算。抑有言者。今日法學家竭力主張廢止短期刑。謂長期徒刑。於感化上不無裨益。既可以使之感到喪失自由之痛苦。又可加以教育。教以技能。使出獄後得以遷善自新。若短期刑。不問爲有期徒刑或拘役。既無以收教導之功。又不能習得一種技能。於感化主義上。殊無效力可言。且牢獄中之犯人。大都不良之輩。身處其中。難免不因此而反受其惡習。而增加其惡性。且凡受短期刑之人。大率惡性甚淺。本係善良之人。或者因一時之意氣。或者因一時之情感。不知不覺。而羈於犯罪。使一旦入獄。在社會上則視爲犯人。而喪失其人格。信用。名譽。甚者喪失其生活地位。其在本人。雖不乏自然自愛。而痛自悔改者。然因此或反老

羞成怒。或沾染惡習。以至於潰敗決裂而不可收拾者。雙方相併。於是出獄而後。有非再犯罪不足以爲生者。是短期刑非唯不能收感應之效。刑期於無刑。而在事實上。反十之八促成其犯罪。以堅固其惡性。故短期刑名雖排除惡性。實則助長其惡性。然吾國刑法所以不爲廢止。卽世界各國亦均不爲廢止者。非對於短期刑而有所辯護也。是明知其弊而不得不仍其舊也。蓋對於犯罪輕微之人。旣不能置諸不問。任其逍遙法外。又不能處以較重之刑。雖可處以罰金。然亦有若干種犯罪不便處以罰金者。且有若干種人雖處以罰金而仍不能執行非拘禁不可者。故明知短期刑之有大弊害。而在事實上不能遽行廢止。因此對於緩刑之制度。努力設法推行。依刑法第九十條規定。苟其所受之刑在二年有期徒刑以下者。如前此未曾受拘役以上之刑。或雖受有拘役以上之刑而執行完畢或免除後三年內未曾再犯者。一體得宣告緩刑。蓋所以免短期刑執行之弊。使之在社會上旣不致喪失人格。窮無所歸。而在自身亦時時警惕。深恐流入囹圄。其收效較執行而又過之。故近來各國對於受短期刑之宣告者。苟可宣告緩刑。無不宣告。蓋用以救濟短期刑之弊害也。

其五罰金 罰金爲財產刑之一種。所以剝奪犯罪人之財產也。但罰金制度。法學家多有反對之者。主張罰金廢止論。其理甚多。舉其要者。第一罰金非加於身體上之刑。未能收懲戒之效。若曰制裁利慾之犯罪。則在事實上往往適得其反。蓋使其人而富有者。則正可恃財橫行。使其人而窮乏者。則剝奪

其財產之後。更形窮乏。勢非再犯罪不可。且其人而既利慾薰心。則一旦去其財產後。更將日圖恢復。故罰金非特不足以懲戒。且反促其犯罪。第二對於無資力者。無從執行。如窮乏者本以無錢而犯罪。犯罪後又須奪其財產。勢必窒礙難行。第三太不平等。在窮乏者或者因罰金之故。於精神上感受非常痛苦。而在富有者。則毫不足懼。例如罰金五百元。在太窮乏者。無以執行。而本爲富有者。又毫不介意。一席之費。或較此爲更鉅。而鼻感痛苦者。厥唯中等階級。是罰金之制。徒然使貧困者感受痛苦而已。故罰金之制。多爲法學家所抨擊。但吾國刑法。今尙保存此制。卽各國亦尙無廢除者。良以罰金之制。可以代短期之自由刑。免除短期刑之弊害。且有此可以免去輕微犯罪人在社會上損失其人格、信用、名譽。以及生活上之地位。卽於犯罪人之職業。亦全不妨害。所請兩利相權取其重。兩害相權取其輕。亦不得已之辦法也。且刑法上規定罰金者。大率爲輕微罪。而專科罰金者。更又寥寥無幾。餘則悉爲選科。司法官於此亦不患無斟酌之餘地。若以刑法第四十九條第五條但書規定。「但因犯貧。得減至五分之一。」是更對於貧困之犯人。大有伸縮。例如刑法第二百七十八條。「賭博財物者。處一千元以下罰金。」司法官判處罰金三十元。但使犯人之爲此。乃因貧困而起。或思於中取利。或思藉以餬口。而其人又一貧如洗。無此能力完納。則其情可憫。得減至五分之一。只須六元。如此規定。庶不致窒礙難行。亦不得已補救方法之一也。卽此六元亦尙不得完納。則可易以盜禁。如以三元折抵一日。不過拘禁二日。亦無妨於犯罪。

人之生活地位。故一方仍保存罰金之制。一方亦力救其弊害。庶兩無相妨。但於此又有一問題也。卽判處罰金後。而其人於尙未完納前遽作古者。則如之何。免于執行乎。抑或就其遺產執行乎。法學家於此。有相反之意見。或主免除。或主執行。吾國刑事訴訟法第四百九十二條第二項。則規定「罰金追徵。得就受刑人之遺產執行」。是不主張免除。仍主張執行矣。夫此爲刑罰之執行問題。非本論所及。姑讓諸下文。茲不先贅。

第二節 從刑

上述五種。皆爲主刑。此主刑五種中。以生命刑爲最重。自由刑次之。自由刑中。更分無期徒刑。有期徒刑。及拘役三種。而以財產刑之罰金爲最輕。其外則爲從刑。從刑之種類。依刑法第五十條。則爲褫奪公權及沒收二種。所謂從刑者。卽附帶於主刑而來。苟主刑不成立者。從刑亦不成立。但亦有免除主刑。得專科從刑者。刑法第五十二條。「依第八條免除主刑者。得專科褫奪公權。免除主刑者。得專科沒收。」例如在外國犯有刑罰。已經外國法院依其本國法判處刑罰。且已執行者。則一旦回至本國。本國法院亦得依法處以刑罰。但以其在外國曾受刑罰。故得宣告免除其刑。而專褫奪其公權。又如有人藏匿違禁物品。雖在刑法上並不認爲犯罪行爲。無主刑之可加。然亦得專科沒收。舍此而外。則從刑必附隨於主刑。決無舍主刑而單科從刑者。茲將從刑之性質效用等。再分述如下。

其一褫奪公權 所謂公權者。依刑法第五十六條規定。計有五者。爲公務員之資格。依法律所定之中央及地方選舉爲選舉人及被選舉人之資格。入軍籍之資格。爲官立公立學校職員及教員之資格。爲律師之資格。此五種資格。本爲國民依公法上所應享之權利。故曰公權。此種公權。爲國家法律所賦予。若一犯刑法。遇宣告六月以上之有期徒刑者。除過失犯外。皆得宣告褫奪。此種褫奪。亦分無期及有期兩種。依刑法第五十七條規定。有期徒刑者。除過失犯外。皆得宣告褫奪。此種褫奪。亦分無期及無期徒刑者。其褫奪公權爲無期。宣告十年以上有期徒刑者。其褫奪公權爲無期或有期。宣告六月以上十年未滿有期徒刑者。其褫奪公權不得逾十年。又依同法第五十八條規定。宣告六月未滿有期徒刑。拘役、罰金、或因過失犯罪者。皆不得褫奪公權。又褫奪公權。規定於分則中每章之末條。其標準不依罪刑之輕重。而以犯罪之性質。故如妨害國交罪、鴉片罪、賭博罪、墮胎罪、妨害名譽及信用罪、妨害秘密罪、以及毀棄損壞罪等各章。皆不褫奪公權。縱犯極重之罪。亦不褫奪公權。其餘則依總則第五十七條及第五十八條之規定。依其主刑而定。但非必褫奪而爲得褫奪。其是否褫奪。悉依司法官之判斷。無必褫奪之規定。至褫奪公權之日期。則以自主刑執行完畢或免除之日起算。例如甲於民國二十年犯罪。宣告處有期徒刑十年。褫奪公權十年。則其褫奪公權之日期。應自民國三十年徒刑執行完畢之日起算。至民國四十年期滿再行恢復公權。蓋在民國二十年至三十年之十年中。身幽囹圄。當然無公權之

可享受。又主刑雖經加減，褫奪公權並不因而加減。司法官仍得斟酌情形，獨立科之。又凡主刑遇有赦免者，褫奪公權不在赦免之列。故雖宣告死刑或無期徒刑，終身無公權享受。其於宣告時，亦一併列入判決書中。否則或遇赦免，即生問題也。蓋如有人於此，以犯罪故，宣告死刑。在原則上，其人既宣告死刑，當然永絕於人羣。無再褫奪公權之必要。然宣告後萬一遭遇赦免，則其人又必以未經宣告褫奪公權之故，仍享有公權。於事實上，均難得其平。若當時曾爲宣告，則主刑雖遭赦免，而於從刑之褫奪公權，全不因此而受其影響。

其二沒收 沒收與罰金相同，皆爲財產刑。然罰金爲主刑，而此則爲從刑，與褫奪公權相同。不過褫奪公權爲權利刑，而此則爲財產刑。應沒收之物，依刑法第六十條規定，計有三者。其一爲違禁物。其二爲供犯罪所用及犯罪預備之物。其三爲犯罪所得之物。後二者之沒收，有二種限制。一則爲須爲犯罪人所有之物。如屬於他人所有者，不得沒收之。例如甲以乙之刀殺人，此刀本可沒收者也。然使乙而並不同謀或共犯者，即不得沒收之。蓋乙非犯罪人也。二則爲犯人所受之主刑，必須其本刑在有期徒刑以上。如最重本刑爲拘役或罰金者，非有特別之規定，不得擅爲沒收。前一者之沒收，則不問是否爲犯人所有，更不問其主刑爲徒刑爲拘役爲罰金，且可並無主刑宣告而專科沒收者。但於此有須注意者。沒收之物，應以動產爲限。如爲不動產，即不能沒收。雖在特別刑法中，或有沒收房屋之規定，然爲一

種例外。若以普通刑法言。則無此法律也。而供犯罪之用之物及預備犯罪之物。其能沒收者。應以犯罪時必需之物爲限。如非必需之物。而又非專用之物。則不得沒收。蓋其所得沒收者。必須爲犯罪專用之物。而又爲必需之物。否則犯罪人所穿之衣裳。亦可沒收矣。蓋不穿衣裳。不能外出。不能外出。即不能犯罪。有是理乎。又犯罪沒收之物。除有追徵明文外。悉以破獲者爲限。若已經喪失。即不在沒收之列。

第三章 累犯

累犯者。犯有期徒刑以上之刑。經執行後未滿五年。而再犯有期徒刑以上之犯是也。累犯須加重其犯。其所以必須加重者。以其惡性甚深。非加重不足以收刑罰之效也。原來人之犯罪。或由於感情上之衝動。或由於一時之過失。或由於環境之不良。或由於事機之巧合。情尙可原。若再犯則明明爲其人已有深根固蒂之惡性。欲排除之而感化之。使之日遷於良。則非區區短時間之自由刑所能收效。故必加重其刑罰。而後能生效果。但此犯罪加重之條件。果爲如何乎。其一、累犯之罪。是否須與初犯之罪爲同一種類。其二、初犯與累犯之間。是否須有一定之期間。此二問題也。解決之者。約有二種主義。其一、則全無限制。苟一次犯罪而後。使再犯罪者。不問其所犯之罪。是否同一種類。亦不問其相距之時間。計有多少。皆以累犯論。如是者。則爲一般累犯主義。又一種則於犯罪之種類。以及再犯與初犯相距離之時間。皆有一定之限制。苟種類不相同。或時間太遠者。即不以累犯計算。如是者。則爲特別累犯主義。此

二種主義。各有得失。依前所言。則何解於時效之規定。凡犯罪經過一定之期間。其公訴權及行刑權皆爲之消滅。此尙指未經執行而言。若已經執行。則更將其罪惡消滅。乃獨於此而不爲一定時期之限制。苟有一次犯罪者。不論至何年月。永永不能自滿。倘再遇犯罪。卽須加重。實未免太近苛酷。此一般累犯主義之失也。以後著言人之犯罪。雖過失外。皆本於惡性。刑罰之設。所以排去其惡性也。其犯罪之種類。彼此不同。而其爲惡性之發現則一。使必犯同種類者。而後謂之爲累犯。認爲惡性之未滿除。加重其刑罰。則如初次竊盜。再犯侵占。三次殺人。皆不得謂之爲惡性再現矣。此特別累犯主義之失也。吾國刑法。則取折衷主義。凡在五年以內再犯者。不問其種類是否相同。皆認爲累犯。而加重其刑罰。若其再犯之罪與初犯性質類似者。則更較普通累犯加重其刑。但使在五年以外而再犯者。則不問所犯之罪何若。概不認爲累犯。蓋取二者之長而舍其短也。刑法第六十五條。『受有期徒刑以上之罪者。爲累犯。』其第六十六條。『累犯或有期徒刑之一部執行而免除後五年內。再犯有期徒刑以上之罪者。爲累犯。』其第六十六條。『累犯不同一之罪或左列不同款之罪。一次者加重本刑三分之一。二次以上者加重本刑二分之一。累犯同一之罪或左列同款之罪。一次者加重本刑二分之一。二次以上者加重本刑一倍。一內亂罪、外患罪、妨害國交罪、二瀆職罪、妨害公務罪、妨害選舉罪、妨害秩序罪、三脫逃罪、藏匿犯人及湮沒證據罪、偽證及告罪、四公共危險罪、五偽造貨幣罪、偽造度量衡罪、偽造文書印文罪、六妨害風化罪、妨害婚姻及

家庭罪。七、褻瀆祀典及侵害墳墓屍體罪。八、妨害農工商罪。九、鴉片罪。賭博罪。十、殺人罪、傷害罪、墮胎罪、遺棄罪。十一、妨害自由罪、妨害名譽及信用罪、妨害秘密罪。十二、竊盜罪、搶奪強盜及海盜罪、侵占罪、詐欺及背信罪、恐嚇罪、贓物罪、毀棄損壞罪。」是亦可見吾國刑法之規定。採取折衷主義矣。雖然。釋此條文。則有須注意者三事。蓋卽累犯之要件也。其一、初犯及再犯之罪必須均爲有期徒刑。使僅處拘役或罰金者。則不在累犯之列。雖犯至十次百次。亦不作累犯。蓋僅處拘役或罰金。其惡性必不甚重。故其所處之刑罰。亦不必加甚。若犯至有期徒刑以上。則其惡性必已甚重。使仍處以通常之刑。必不能資感化。而收感應之效。故必加重其刑罰。而後始可將其惡性排除。其二、初犯之刑必須曾經執行。蓋累犯之所以必須加重者。以其雖經受有徒刑之執行而猶不悛悔也。今再經犯罪。非加重其刑罰。不足以收執行之效。若仍處以通常之刑。則前車已覆。殷鑒不遠。其必不足以資感化可知也。若初犯未經執行。或遭遇赦免。或宣告緩刑。則其人既未一日受有刑罰。自然無感應之可言。故雖再經犯罪。亦不能加重其刑。蓋其人既並未受有刑罰之執行。自不知刑罰之爲何物。排除惡性之目的。當然不達。感應之效。當然不生。故未便於再犯前加重其犯。至執行之刑期。不問全部或一部。一體視之。所謂全部者。執行全部是也。如判決有期徒刑一年。執行滿足一年是。所謂一部者。僅執行一部。或遇赦免。或遇減等。或遇假釋。並未滿足其刑期。如判決有期徒刑一年。僅執行幾個月。忽遇特赦。將其出獄。是其三。初犯執行完畢。或遇免除後

須在五年內再犯者始爲累犯。若已逾五年則雖經再犯亦不以累犯計。仍科以通常之犯。蓋其人既於五年中未曾犯有罪惡。是可見前次之刑罰已收相當之效果。後次雖屬再犯。苟卽科以通常之刑亦足收效。不必再爲加重。故累犯加重。依刑法規定。須有此三要件。否則決不成立。又凡累犯之成立。必須前次犯罪。經法院有效之判決。且必所犯者爲刑法上之罪。使不然者。或爲軍法審判。或爲外國之法院審判。或所犯非刑法上規定之罪。則後次再犯。仍不以累犯計。例如有甲於此前歲曾犯有軍法。遭軍法審判。判處徒刑八月。去歲又在外國犯法。遭外國法院判決徒刑一年。乃出獄回國後。又經犯罪。在外觀上固明明二犯以上。應依法特別加重。然並不以累犯視之。蓋一則爲軍法審判。一則爲外國法院審判。皆非法院有效之審判。故不以累犯論也。若爲法院審判者。卽爲累犯。不問犯罪之地方是否同一。亦不問審判之機關是否同一。苟爲法院審判者。皆以累犯論。卽於再犯審判時未經發覺。爲其隱蔽。苟一旦發覺其爲累犯。則雖於審判確定而後。苟執行未經完畢者。亦得更定其刑。不予寬縱。此所以防犯罪人變更姓名逃匿異鄉也。

第四章 併合論罪

第一節 併合論罪之意義

所謂併合論罪。卽同一犯罪人。於未受裁判宣告前。有犯二罪以上之罪是也。此種犯罪人。計有三

者。其一爲實質上之併合罪。卽一人而犯有數罪。如先犯竊盜罪。再犯搶奪罪。再犯殺人罪是也。又或同時而犯數罪。如一手搶奪財物。一手殺人。一脚又傷害他人是也。其二爲想像上之併合罪。其中又分二種。第一種爲一行爲而犯數項罪者。又一種爲以犯一罪之方法或其結果而犯他項罪名者。前者例如甲闖入乙家。奪乙案上之刀。將乙殺死。分析言之。則其闖入乙家。爲妨害自由罪。奪乙案上之刀。爲搶奪罪。而其殺乙。則爲殺人罪。是以一個爲行而犯有數次罪名。後者例如行使僞造貨幣以騙取人財。論其結果。則爲詐欺之罪。而其所用之方法。則爲僞造貨幣罪。其三爲連續罪。卽以同一之意思。侵害同一之法益。而分爲數次之犯罪行爲。例如甲與乙姦通。今日爲之。明日再爲之。甚至有連續數十年之久者。然其犯意則一。其所侵害之法益又一。凡此者。皆謂之爲併合論罪。卽以各種罪名併合而論之是也。故刑法上所謂併合論罪者。卽於裁判宣告前將數罪併合而論其刑罰是也。實質上之併合罪。卽刑法第七十條規定。取併科主義。但限制其加重之度。想像上之併合罪。卽刑法第七十四條規定。取吸收主義。擇其重者而科罰之。連續犯。卽刑法第七十五條規定。以一罪論。

第二節 實質上之併合罪

實質上之併合罪。卽刑法第六十九條所規定者。在裁判宣告前犯有數罪是也。其犯數罪同時與異時。不生問題。異時犯數罪者。固爲併合罪。卽同時犯數罪者。如發一炸彈。而連殺數人時。蓋其拋擲炸

彈。雖爲一個行爲。而被害者則有數個法益。以一個法益計算一罪。卽同時而犯數罪。蓋依據法律。凡侵害一個法益者爲一罪。其計算之法。各各不同。人之生命。則以一個生命爲一法益。身體亦然。一個身體爲一法益。財產則以監督權計算。以侵害一個監督權者爲一法益。例如甲入室行竊。竊取乙丙丁三人財物若干。如屬於三個監督權者。爲侵害三個法益。以三罪論。如僅屬於一個監督權者。則其物雖爲三人所有。亦只爲侵害一個法益。以一罪論。如僞證及誣告。則以一個國家機關爲一法益。故一狀而誣告數人。雖被誣者有數人之衆。苟只投狀於一衙門。只以一個法益計。僅爲一罪。反之如僅誣告一人。苟分投數個衙門者。則以侵害數個法益計。作爲數罪。此種併合論罪之科刑。有採併科主義者。有採吸收主義者。有採折衷主義者。併科主義者。分別宣告其所犯罪之刑。而合併科之是也。除死刑及無期徒刑不能併科外。皆併科之。如甲先犯一罪。應處有期徒刑十五年。再犯亦然。三罪亦然。如是者則須執行徒刑至四十五年。多者依此類推。然如是一舉。則宣告多數之有期徒刑。事實上可加至無期徒刑。如一個人而犯十個十五年有期徒刑。則併科而後。非執行一百五十年不可。不幾等於無期徒刑乎。此不可也。吸收主義者。卽只計最重之一罪。而將他罪不計是也。然如是。則犯一罪與犯十罪相同。蓋僅犯一罪。亦處徒刑若干年。使犯十罪。亦不過如是。則人而不犯罪則已。一經犯罪。勢必自恃無恐。而更犯罪。蓋犯多與犯少。厥罪維均。此亦不可也。故吾國刑法。取折衷主義。先分別其所宣告之刑。次則將各刑合併之。於各

刑中之最長刑期以上各刑合併之刑期以下。而定其應執行之刑期。但有期徒刑。至多不得過二十年。例如甲犯有三罪。一罪判處十二年。一罪十年。一罪八年。其各刑中之最長刑期。則爲十二年。而合併之則爲三十年。應於三十年以下十二年以上而定一執行之刑期。自十二年零一日起。以至二十九年十一個月又二十九日爲止。悉由司法官自由斟酌犯罪情節以爲斷。但至多不得過二十年。故最短者爲十二年零一日。最長者爲二十年。其判處拘役及罰金亦然。但並無制限。苟在各刑合併之刑期及金額以下。均得執行之。若爲死刑。無期徒刑。及從刑之褫奪公權。則只執行其一。卽執行其最重之一罪是也。但主刑而又附有從刑者。不在此限。如一罪判死刑。一罪判無期徒刑。一罪判十年有期徒刑。一罪判罰金一千元。則執行時。只執行其最重之死刑。如附有從刑者。亦一併執行之。但使最重刑而非死刑爲無期徒刑者。則除執行最重之無期徒刑外。更須執行罰金。卽以前述之例。使除去一罪判死刑者。則應執行無期徒刑及罰金一千元。而十年有期徒刑之一罪。不再執行。又宣告多數之罰金者。則取併科主義。一併執行。又併合論罪。於數罪中有已經裁判及未經裁判者。有二裁判以上者。有各罪中有一罪或數罪遭逢赦免者。其處刑之方法。應須明定。故刑法第七十一條至第七十三條。皆爲規定。以免執行時發生疑問。甚者司法官上下其手。致失入失出。茲將刑法第七十條至第七十三條一併錄下。亦可以窺見刑法對於併合論罪之規定矣。其第七十條規定。「併合論罪。分別宣告其罪之刑。依左列定其應執行

者。一、宣告之最重刑爲死刑者。不執行他刑。但從刑不在此限。二、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。三、宣告多數之有期徒刑者。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。四、宣告多數之拘役者。依前款之例。定其刑期。五、宣告多數之罰金者。於各刑中之最多額以上。各刑合併之金額以下。定其金額。六、宣告多數之有期褫奪公權者。只執行其中最長期之褫奪公權。七、宣告多數之沒收者。併執行之。八、依第三款至第六款所定之刑。併執行之。其第七十一條規定。併合論罪。有已經裁判及未經裁判者。就未經裁判之刑處斷。其七十二條規定。併合論罪。有二裁判以上者。依第七十條之規定。定其應執行之刑。此二條乃爲規定數罪各別發覺之處罪方法。例如甲犯有一罪。判處有期徒刑五年。於判決後。又發覺在裁判宣告前尙犯一罪。是應專就未裁判之罪處斷。如亦判處有期徒刑五年。則與前處之刑。依第七十條規定。將五罪以上十年以下中。定其執行之刑期。但於此有須注意者二事。其一、併合論罪。限於裁判宣告前觸犯數罪。如於裁判宣告後而更犯罪者。卽不以併合罪論。倘在執行未完畢或在未赦免前者。亦不以累犯計。例如甲犯罪後。已經宣告裁判。處刑五年。乃於執行中或尙未執行中。又犯一罪。判處五年。則既非併合論罪。亦非累犯。應將二者併予執行。處刑十年。其二、併合論罪。如一判有期徒刑。一判拘役。一判罰金。其刑名既不相同。一應依刑法第七十條第八款規定。合併執行。不更定期限。如一罪判處有期徒刑六年。一罪判處

拘役二月。一罪判處罰金五百元。則應執行徒刑六年又二月。併科罰金五百元。其第七十三條規定。併合論罪。已經處斷。若各罪中有受赦免者。餘罪仍依第七十條之規定。定其應執行之刑。但僅餘一罪者。依其宣告之共執行。例如一罪判處死刑或無期徒刑。一罪判處有期徒刑五年。一罪判處三年。一罪判處二年。依刑法第七十條第一款及第二款規定。只須執行其最重之死刑或無期徒刑。但此最重之刑而遇赦免者。即應依同條第三款計算。將合併刑期之十年以下最長刑期之五年以上。定其刑期。但僅餘一罪者。則依其一罪宣告之刑執行。不再加重或減輕。如各罪均赦。只餘宣告五年之一罪者。則執行五年。

第三節 想像上之併合罪

想像上之併合罪。即刑法第七十四條所規定者。凡此者皆認爲一罪。而以最重一罪之刑處之。蓋其意思與行爲。皆只有一個。並非如實質上併合罪之爲二個以上之獨立犯罪也。故只從一重處斷。而將餘罪悉吸收其中。或先之所爲吸收後之所爲。或後之所爲吸收先之所爲。列如甲謀殺乙於殺死後。爲湮滅證據棄見。將乙之屍體毀棄。是只論殺人之罪。不復問毀棄屍體之罪。是先之所爲吸收後之所爲矣。又如甲謀殺乙。以無凶器故。先竊取乙之刀。及至事發。只論殺人之罪。不復問竊刀之罪。是後之所爲吸收前之所爲矣。但於此有須注意者。凡以一行爲而犯數項罪名。或以一罪之方法或其結果而犯

他項罪名者。不特應研究其行爲。更須研究其犯意。使爲一個犯意者。則成一罪。使爲二個犯意者。即成立二罪。應以刑法第七十條規定處刑。不應以刑法第七十七條規定從一重處斷。即以前述之兩例言。使甲之毀棄乙屍。並不在毀滅其犯殺人罪之證據。而另有毀棄屍體之犯意。即應成立二罪。又如甲之竊刀。使其犯意並不在持以殺乙。另有竊取之犯意。是亦應成立二罪。蓋完全爲二個獨立之犯罪。並不牽連。不能僅以一罪計算也。又如侵害之法益。使爲一法益者。固成立一罪。如爲二個以上之法益者。在實質上之併合罪。固以法益計數其罪數。而在想像上之併合罪。則亦從一重處斷。例如甲無故闖入乙家。奪取案上所置丙之凶器。將丁殺死。以法益論。固爲乙丙丁三個法益。對乙爲妨害自由罪。對丙爲搶奪罪。對丁爲殺人罪。然亦僅處以一個最重之殺人罪。而將妨害自由罪及搶奪罪吸收。蓋只有一個殺人之犯意。只有一個殺人之行爲。雖觸犯數項罪名。侵害數個法益。亦在所不問。又如偽造圖章。私立借據。向人詐取財物。在刑法上實觸犯二種罪名。一爲偽造文書印文罪。一爲詐欺罪。然其人只有一個犯意。一個行爲。亦只成立一罪。從一重處斷。此即想像上之併合罪與實質上之併合罪相異也。

第四節 連續犯

所謂連續犯者。即以同一之犯意。侵害同一之法益。而爲數個之獨立犯罪行爲也。一次行爲。固無連續之可言。若數次行爲。而非各爲獨立之行爲。亦不構成連續犯。例如對於犯罪事項。先爲陰謀。再爲

預備。再爲着手。再爲實行。一旦事成。則所謂陰謀預備及着手者。悉被吸收於實行之中。亦當然無連續之可言。故必須爲各個獨立犯罪行爲。然此各個獨立行爲。又必須出於同一之犯意。卽只萌有一個之犯意。如出於二個犯意者。亦非連續犯。至所犯之罪名。更須同一。所侵害之法益。亦必同一。苟不然者。亦不成爲連續犯。例如甲爲有夫之婦。乙與之通姦。通姦一次者。亦爲一罪。通姦十次百次千次者。亦爲一罪。蓋其每次通姦行爲。皆爲獨立之犯罪行爲。其犯意又同出於一。且犯同一之罪名。侵害同一之法益。故不問通姦至千次萬次。與一次相等。只認爲一罪。故連續犯之構成要件。計爲四者。其一須有數次之獨立犯罪行爲。其二須數次行爲出於一個犯意。其三數次行爲須觸犯同一罪名。其四數次行爲須侵害同一法益。四者具備。而後連續犯乃成。否則卽非連續犯。例如今日通姦有夫之婦甲。明日又通姦有夫之婦乙。雖觸犯同一罪名。而其所侵害之法益。則一爲甲而一爲乙。卽成爲二個通姦罪。應成立併合論罪。而非連續犯。又使今日通姦有夫之婦甲。明日又詐取甲之財產。雖侵害同一法益。而其所觸犯之罪名爲二。一爲通姦。一爲詐欺。亦應成立二個之罪。只爲併合論罪。不能爲連續犯。凡此者。皆須注意也。

第五節 法規之競合

法規之競合。卽同一犯罪所爲而觸犯及於數種法律。此種情形。往往有之。依法律原則。遇此者應依下列處斷。其一、特別法優於普通法。如盜匪劫奪財物。刑法上有之。懲治盜匪暫行條例亦有之。然一

爲普通法一爲特別法。應依特別法處斷。其二、充實法優於局部法。例如預備縱火。犯刑法第一百八十七條第四款之罪。此爲局部法。如進而實行。則犯同條第一項之罪。是卽爲充實法。若先有預備之行爲。再進而至於實行。則只治以刑法第一百八十七條第一項之罪。不再問其第四項之罪。其三、實害法優於危險法。例如意圖供行使之用而減損通用貨幣之分量。犯刑法第二百十三條。此爲危險法。若進而實行之。則觸犯同法第二百十四條。此爲實害法。二者相較。應處以實害法。而不再問其危險法。此外如有包括法規者。則應依包括法規。例如強暴脅迫一罪也。姦通又一罪也。然使二者相合。不構成強暴罪與通姦罪之併合論罪。只以刑法第二百四十條處斷。蓋其規定已包括強暴脅迫與姦通二者在內也。又如獨立法規與不獨立法規相遇。則應以獨立法規處斷。例如同謀殺人一罪也。進而實行。又爲一罪也。兩者相遇。只處以殺人正犯之罪。不再問其同謀殺人之罪。蓋同謀爲非獨立罪。而實行殺人。則爲獨立罪也。

第五章 刑之酌科

第一節 刑罰輕重之標準

刑法之目的有二。其一因犯罪而保護社會者。由此目的。對於犯罪者而所加之刑罰。其種類及範圍。不可固定不變。應從其犯人之性格。卽所謂人格主義。其結果必流於擅斷主義。其一因刑罰而保護

犯人者。因此目的。對於犯罪者而所加之刑罰。其種類及範圍。不可不爲固定。其結果則爲絕對罪刑法定主義。然此二者。均有得失。一則過於寬。一則過於嚴。於是折衷之而取相對法定主義。卽於法定刑期中。予司法官以自由裁量之餘地。然猶恐不足以盡。於是更有加重減輕及免除之規定。或則明訂於條文。或則任司法官之裁量。因是刑法第十章有「刑之酌科」之規定。所謂「刑之酌科」者。卽量度犯人心術、犯罪情節、以及犯罪原因等。而爲刑罰之適用。其加重減輕或免除。亦由此而定。刑法第七十六條。「科刑時應審酌一切情形。爲法定刑內科刑重輕之標準。並應分別情形。注意左列事項。一、犯罪之原因。二、犯罪之目的。三、犯罪時所受之激刺。四、犯人之心術。五、犯人與被害人平日之關係。六、犯人之品行。七、犯人智識之程度。八、犯罪之結果。九、犯罪後之態度。科罰金時。並應審酌犯人之資力。」蓋同一殺人。也。而其情狀千態萬變。有絕對不相同者。或出於復仇。或出於妬姦。或出於謀財。或出於忿憤。而殺人罪。所應處之刑罰。依刑法第二百八十二條。亦分死刑、無期徒刑、及十年以上有期徒刑三種。司法官於此。果判其死刑乎。抑判其無期徒刑乎。或判其十年以上有期徒刑乎。卽以十年以上有期徒刑論。果爲十年乎。抑爲最長期之十五年乎。或十一年、十二年、十三年、十四年乎。司法官於此。應卽酌量其一切情節。而加以適當之判決。務使可收刑法之效果。蓋今日之刑法。純取感應主義。刑而過輕。不足以收感應之效。刑而過重。亦未免違反刑事政策。故必審慎又審慎。務使執中得當。此卽刑法之適用。亦卽刑法第十

章規定「刑之酌科」之唯一意義也。

第二節 刑法之加重

刑法之加重。計有二。其一爲累犯。此則已於本編第三章中言之。即所謂一般加重。若特別加重。則規定於刑法之分則中。非總論之範圍。原來吾國刑法。取相對法定主義。使果情真罪當。司法官不妨處以最重之刑。無所用其再加重。例如刑法第二百八十二條。「殺人者。處死刑。無期徒刑。或十年以上有期徒刑。」使果罪在不赦。儘可處以死刑。即專以有期徒刑論。如刑法第三百十三條。「使人爲奴隸者。處一年以上七年以下有期徒刑。」使果罪大惡極。非可輕邀寬典。則司法官不妨處以七年之刑期。故除一般加重外。殊無特別加重之必要。蓋累犯爲一種怙惡不悛之證據。對於一犯再犯惡性甚深者。誠宜加重其罪。使之有所警惕。若特別加重。本可不必。但有時因其身分。因其行爲。因其目的。因其手段。而不能不較尋常者爲加重。否則未免輕重失均。例如殺人者處死刑。無期徒刑。或十年以上有期徒刑。而殺直系尊親屬者。則加重其刑。爲唯一之死刑。又如強姦婦女。處七年以上有期徒刑。若尊親屬對於幼輩而爲強姦者。須加重本刑三分之一。又如引誘良家婦女與人姦淫。依法應處三年以下有期徒刑。若夫對於妻或尊親屬對於卑幼而爲之者。即須加重至五年以上有期徒刑。是即可見。否則將無所區別。非失之太寬。卽失之太苛。故遇有特別情狀時。應卽加重其刑。以示輕重得當。以全部刑法言。除一般

加重應依總則規定之累犯外。如特別加重。有因被害人之身分者。如第二百四十三條、第二百四十七條及第三百十一條、第三百十七條等。是有以被害人_之智識程度者。如第二百四十條第二項及第二百四十一條第二項等。是有以犯罪行為之更違法者。如第一百二十九條。是有以犯罪行為之手段者。如第一百七十條第二項第三項及第一百七十一條第二項第三項等。是有以犯罪行為之危險程度者。如第一百八十七條第一項。是有以犯罪行為之結果者。如第二百九十五條及第二百九十六條等。是有以犯罪行為之目的者。如二百五十七條第二項。是有以犯罪後對於結果之處置者。如第二百五十七條第三項及第三百十五條第三項等。是有以犯罪人之數目者。如第三百三十八條第一項第四款、第三百四十四條第一項、及第三百四十八條第一項。是有以犯罪人之責任關係者。如第三百五十七條。是有以犯罪行為之合併者。如第一百十一條、第三百四十九條及第三百五十三條等。是有以犯罪行為之慣行者。如第二百七十九條。是有以被侵害法益之性質者。如第二百二十五條。是有以犯罪人担任之行為者。如第一百零三條後段及第一百零四條後段等。是其外尚有_不少。蓋皆以其情迹較重。雖處以極重之刑。亦嫌過輕。因有此加重之規定。

第三節 刑法之減輕

刑罰之減輕。其用意亦與加重不殊。蓋刑法雖採用相對法定主義。司法官得於法定刑內酌量裁

判然有犯罪之情節甚輕。雖判以極輕之刑。似乎猶嫌其過重者。於是不得不於法定刑外。再為減輕。此亦救濟之一道也。其種類有二者。一曰法律上之減輕。即根據法律上一定之原因而減輕其刑也。此其中又分為二。其一為一般減輕。則規定於刑法總則之內。不問何種犯罪。悉得適用。其二為特別減輕。即將其應行減輕之點。一一規定於分則各條之中。二曰審判上之減輕。即由法官依據刑法第四十九條第五款但書及第七十七條之規定。而酌量減輕其刑是也。一般減輕。又分必減與得減二者。必減者。必須減輕也。得減者。可減輕亦可不減輕。一任司法官之自由裁量也。必減有五。一曰心神耗弱。刑法第三十一條第二項。二曰酗酒非出己意。第三十二條但書。三曰瘖啞人。第三十三條。四曰中止。刑法第四十一條。五曰從犯。第四十四條第二項。此五者必須減輕其刑者也。得減有八。一曰在外國已受刑之執行或免除。刑法第八條但書。二曰不知法令。第二十八條但書。三曰未滿十六歲。第三十條第二項。四曰滿八十歲。第三十條第三項。五曰防衛過當。第三十六條但書。六曰救護緊急危險過當。第三十七條但書。七曰自首。第三十八條。八曰未遂。第四十條。此八者可減輕亦可不減輕。一任司法官之判斷。並非如必減之根據於法律上規定。對犯罪人必須減輕其刑也。至散見於分則中為特別減輕者。則更數見不鮮。所謂自首者。依刑法第三十八條規定。「對於未發覺之罪自首於該管公務員受裁判者得減所首罪之刑三分之一。向被害人告訴人或有請求權之人自首而受該管公務員裁判者亦同。」依其條文

規定。其要件有四。其一須於犯罪未發覺前。其二須犯罪人親自告知。其三須向有搜查權之公務員或被害人或有告訴權請求權之人。其四須經公務員之裁判。四者缺一。即不成其爲自首。然自首而後。雖應將其罪減輕。尙不可必以刑法規定。只爲得減而非必減也。此其中有可注意者。所謂未發覺。乃指該管之公務員、被害人、告訴人、或請求權人未知其爲犯罪是也。故其所犯罪之案。雖早經發覺。然尙未知爲某人所犯。正在緝凶之中。亦以未發覺論。又自首與自白不同。自白者。經審問後告知其事是也。即所謂口供。自白而能邀減輕或免除者。只限於刑法第一百八十四條之規定。否則均屬不能。若自首。則在未發覺前向該管公務員、被害人、告訴人、或有請求權人之一種自白。若發覺而後。或在發覺前向他人陳述。只可謂爲自白。不能謂爲自首。且自首必須東身法院。聽其審判。即所謂自行投案。若用間接方法投函通知。而自身仍不投案。亦不得謂爲自首。至審判上之減輕。則依刑法第七十七條之規定。即所謂酌減。而同法第四十九條第五款但書。亦實包含於其中。蓋於法律絕無減輕之規定。而審核其情節。實有減輕之必要是也。故一任司法官之酌量。例如餓夫爲維持其生命計。不得已搶奪一飯。依法律言。當然觸犯刑法第三百四十三條之規定。最低刑期。亦應處以六個月之徒刑。然核其情節。尙嫌太苛。司法官因可根據刑法第七十七條之規定。予以酌減。處以三個月之徒刑。如是庶情法兩得其平。不至窒礙難行矣。

第四節 刑罰之免除

相罰之免除與減輕相同。但只有法律上之免除。而無審判上之免除。與此減輕相異之點也。免除之分類有二。一爲一般免除。一爲特別免除。特別免除。規定於分則各章之中。分必免與得免二者。必免者。必須免除其刑。不得強爲治罪。如第刑法一百七十七條之脫逃罪及第三百七十八條之贓物罪是。又第一百八十四條之偽證及誣告罪。雖亦爲必免之規定。然不免除其刑而僅減輕其刑者。亦無不可。以其規定爲「減輕或免除其法」也。若得免則免除可不免除亦可。一任司法官之裁量。其免除也。固非違法。卽不爲免除。仍科以通常之刑。亦不得謂爲非是。如刑法第一百八十七條第四項但書及第一百八十八條第五項但書之預備放火罪。第二百九十條第三項之同謀自殺罪。第三百四十一條之竊盜罪。第三百六十一條之侵占罪。第三百六十八條之詐欺及背信罪。司法官審核其情節。苟有可原。卽得判決免除其刑。然不爲免除者亦可。蓋得免而非必免也。至一般免除。則規定於總則之中。不問犯何罪名。皆得依之而爲免除。但免除與減輕不同。其關係甚大。故除有特殊情形外。不能於事前多所規定。因此。在總則中。只有第八條、第三十六條、第三十七條、第四十條及第四十一條。然除第八條及第四十一條外。餘皆爲得免之規定。尙非爲必免之規定也。且卽以第八條及第四十一條言。雖爲必免之規定。然皆明定「減輕或免除本刑」。究竟爲減輕。爲免除。尙不可必。須任司法官之裁量。未可一概免除。蓋司

法官不爲免除而僅爲減輕之宣告者。受刑人亦未如之何。故關於刑罰免除之規定。在總則中。只有相對免除。而無絕對免除。

第六章 加減例

刑罰之加減方法。果如何乎。此不可不明定於刑法中者也。否則司法官即可上下其手。故刑法第十一章。特設加減例。計自第七十九條以至第八十九條。計共十一條。茲一一分述如下。第七十九條。「死刑不得加重。死刑減輕三分之一者。爲無期徒刑。減輕三分之二者。爲十二年以上二十年以下有期徒刑。」第八十條。「無期徒刑。不得加重。無期徒刑減輕三分之一者。爲十年以上十五年以下有期徒刑。減輕二分之一者。爲七年以上十二年以下有期徒刑。」此二條不必解釋。一覽了然。第八十一條。「有期徒刑應加減者。其最高度與最低度同加減之。」例如依法應處一年以上五年以下有期徒刑。如加重二分之一。則應將最高度與最低度同加。爲二年以上十年以下。減輕三分之一者亦然。爲六個月以上二年半以下。第八十二條。「拘役應加減者。止加減其最高度。」第八十三條。「罰金應加減者。止加減其最高度。」此二條規定相同。與第八十一條相異。卽遇有加減。止加減其最高度。而其最低度不受影響也。例如應處拘役。爲二月未滿一日以上。加重二分之一。則爲四月未滿。減輕二分之一。則爲一月未滿。罰金亦然。例如應處五百元以下罰金。加重二分之一。則爲一千元以下。減輕二分之一。則爲二百

五十元以下。其於最低限度。不受影響也。第八十四條。「減輕本刑而無若干分之幾之規定者。至少減輕二分之一。」凡減輕本刑。大率皆有規定。或三分之一。或二分之一。若並無規定。只云減輕本刑者。則至少須減輕本刑二分之一。使爲五年以下有期徒刑者。則至少須減爲二年半以下。如爲一年以上者。至少亦減爲半年以上。且無一定之限制。即減至三分之一。四分之三。五分之四。亦無不可。蓋僅有至少之規定。並無至多之限制也。若爲酌減本刑者。則至多僅能減本刑二分之一。不得再爲減輕。最高法院十七年解字第二百零四號。曾明白言之。「查刑法第八十四條載。減輕本刑而無若干分之幾之規定者。至少減輕本刑二分之一。至少之數。雖經規定。至多之數。並無一定之限制。但同法第七十七條所謂酌減本刑。與減輕本刑異。至多僅能減本刑二分之一。」是可見也。第八十五條。「有二種以上之主刑。應加減者。同時併加減之。」凡併科之刑。如處五年以下有期徒刑併科一千元以下罰金。則有期徒刑與罰金。加則同加。減則同減。第八十六條。「同時刑有同等分數之加重及減輕者。互相抵銷。同時刑有不同等分數之加重及減輕者。先加後減。」例如處五年以下有期徒刑。以某原因加重二分之一。又以某原因而減輕二分之一。加減之分數相同。則兩相抵銷。仍就本刑範圍處斷。如不同等。加則爲三分之一。而減則爲二分之一。或加則爲二分之一。減則爲三分之一。則先加後減。第八十七條。「有二種以上應加或應減者。遞加或遞減之。有二種以上不同等分數之減輕者。先依較少之分數減輕之。」所謂有

二種以上者。卽其加重或減輕有二種以上者。例如某依法處十二年以下有期徒刑。乃因某原因而減三分之一。又因某原因而減三分之一。是卽二種以上。先減其較少之分數。再減其較多之分數。以三分之一與二分之一相較。則三分之一爲少。二分之一較多。應先減三分之一。爲八年以下有期徒刑。再減二分之一。爲四年以下有期徒刑。第八十八條。「徒刑或拘役。因加減有不滿一日之時間者。不計罰金。因加減有不滿一角之額數者。不計。」所謂不計者。卽不爲計算也。卽等於免除其刑罰也。第八十九條。「從刑不得加重或減輕。」凡從刑不隨主刑之加重或減輕。而亦加重或減輕。蓋凡加重或減輕者。皆指主刑而言。故僅主刑有加減。從刑全然不與。

第七章 緩刑

所謂緩刑者。卽將犯罪人應執行之刑。而緩其期間是也。此種緩刑制度。乃爲救濟短期自由刑之弊。使之不至因偶然犯法。而失其固有之人格、名譽、信用。以及生活地位。刑法之標的。乃在感應。使之排除惡性。不至再觸犯法網。若短期自由刑。既不足收感化之效。復不足以教成其技能。而與衆犯人相處。或反受其薰陶。日趨於不良。或者羞成怒。反潰敗決裂。故在刑事政策上。特採用此緩刑之制。以補救其弊。然猶恐司法官濫用其職權。有違「有罪必罰」之主義。故又特定條件。重重限制。務使利多而害少。吾國刑法第九十條。「受二年以下有期徒刑。拘役。或罰金之宣告。而有左列情形之一者。得同時宣告

二年以上五年以下之緩刑。其期間自裁判確定之日起算。未曾受拘役以上刑之宣告者。二前受拘役以上刑之宣告。執行完畢或免除後。三年以內。未曾受拘役以上刑之宣告者。是得受緩刑利益之要件。其一、必爲所受之刑爲二年以下有期徒刑拘役或罰金之宣告者。所謂宣告者。乃司法官判決其所應執行之刑。而非刑法上規定之刑也。有法條上規定其主刑爲六年以下或五年以下。而宣告僅爲二年以下者。卽以其所受宣告之刑爲準。其所定主刑如何在所不問。其二、必爲未曾受拘役以上刑之宣告。或雖受拘役以上刑之宣告。執行完畢或免除後。三年內未曾受拘役以上刑之宣告者。此二者非具備條件。苟有其一。卽構成宣告緩刑之資格。享受宣告緩刑之利益。至緩刑之宣告。與裁判之宣告。應同時行之。若宣告緩行而後。至期滿而未受緩刑撤銷之宣告者。卽爲刑罰消滅。其刑之宣告爲無效。例如甲判處有期徒刑二年。宣告緩刑三年。至三年期滿而未將緩刑之宣告撤銷者。其所處之二年有期徒刑。卽爲消滅。然在緩刑期中而更犯有期徒刑以上刑之宣告者。或發覺在緩刑前曾犯有他罪。受有期徒刑以上刑之宣告者。則其所宣告之緩刑。應卽撤銷。立行依判執行。例如甲判處有期徒刑一年。緩刑三年。在此三年中如再犯罪。判處有期徒刑。或雖不犯罪而發覺其在犯罪前曾因犯罪而受有期徒刑者。立將緩刑之宣告撤銷。由檢察官依法院所判之有期徒刑二年。予以執行。但其所犯之罪爲過失犯者。不在此限。

第八章 假釋

所謂假釋者。即於犯罪人未經執行完畢之際。有懊悔之實據。而許其權爲出獄是也。刑法之標的。原在排除犯罪人之惡性。使之不致再有犯罪之行爲。而非如昔日之取報復主義、威嚇主義。故苟犯罪人有懊悔之實據。認爲已將固有之惡性排除者。則刑罰之目的。即已達到。而刑法之效果。亦已收得。雖其應受執行之刑期。尙未屆滿。然亦不必再使之幽於囹圄。以剝奪其自由。蓋刑罰之效果已收。效力已見。無復執行之必要矣。故有假釋之制度。刑法第九十三條。「受徒刑之執行。而有懊悔實據者。無期徒刑逾十年後。有期徒刑逾二分之一後。由監獄官呈司法部得許假釋出獄。但有期徒刑之執行未滿二年者。不在此限。前項執行期間。遇有第六十四條情形者。以所餘之刑期計算。」夫犯罪而至判有期徒刑。則其人之惡性當必甚深。故非懊悔確有實據。決不足以表示其惡性已除。「始吾於人也。聽其言。信其行。今吾於人也。聽其言而觀其行。」故僅言語表示。而未有懊悔之確實憑據者。決不足構成假釋之條件。然懊悔非一時所能。即或一時愧悔。有所憬悟。然是否能持之以久。正不可知。故於此更有期間之限制。無期徒刑。須逾十年。有期徒刑。須逾二分之一。且必須逾執行之刑期二年。夫然後知其所受感化已深。其懊悔也。確係出自愧悟之本心。而非一時微幸嘗試之工具。蓋僞言僞行。只可相持一時。決不能行之久遠。行之久遠而不變者。則其懊悔已確出自憬悟之一念。且必由最相接觸最知底蘊之監獄

官呈報。蓋其關係甚重。攷慮不得不格外審慎也。但於此又有一問題也。卽遇刑法第六十四時情事時。其計算將如何。刑法第六十四條。「裁判確定前羈押之日數。得以二日抵有期徒刑或拘役一日。或以一日抵第五十五條第七項裁判所定之罰金額數。」其後段乃用以抵罰金者。與假釋無涉。唯前段則與假釋有至大之關係。例如甲因犯罪判處有期徒刑十年。在羈押中已有三年。判折抵徒刑一年半。是十年中減去一年半。只有八年半矣。此一年半之折抵日數。果視爲執行乎。抑視爲不在執行之數乎。依前者言。只須在獄三年半有奇。卽已逾二分之一。如依後者言。則非入獄後五年外。不能假釋。故刑法特爲規定。以所餘之刑期計算。卽在此十年刑期中。扣去羈押日期。抵折之一年半。而以八年半計算。如逾此八年半之二分之一者。卽可假釋出獄。蓋取折衷制度。既不須五年。亦不便卽以三年半爲準。須入獄後四年三個月外。始得假釋。若無期徒刑。則入獄後。仍須十年以外。且無論有期徒刑爲若干年。至少必須入獄後執行二年以上。至假釋而後。如犯罪期屆滿而不更犯受拘役以上刑之宣告。或犯假釋管束規則者。則其刑完全消滅。例如甲犯罪後判處有期徒刑十年。滿六年後。假釋出獄。如出獄後而確已悔。並不再行犯罪。亦無犯假釋管束規則情事。則再經四年。卽十年之刑期已滿者。其所宣告之刑罰。卽爲消滅。等於執行已滿也。然使在此四年之中。再犯罪受拘役以上之宣告。或犯假釋管束規則。則將其假釋之宣告撤銷。更予入獄。且其出獄日數。不算入刑期之內。例如甲於民國二十年一月一日出獄。

尙餘四年。應至二十四年一月一日執行滿期。若至二十三年十二月三十一日更犯他罪。受拘役以上刑之宣告。或犯假釋管束規則。將假釋之宣告撤銷者。則甲須重行入獄執行四年。自二十三年十二月三十一日起。至二十六年十二月三十一日期滿出獄。其昔日假釋出獄之日數。不計在內。但所謂得撤銷者。非必撤銷之謂。撤銷與否。一任司法官之自由裁量。或撤銷。或不撤銷。均無不可。又凡在假釋前犯有罪者。不影響及於假釋。蓋其人既有悛悔前罪之實據。而予以假釋。則不宜復溯及悛悔以前之情狀。而撤銷其假釋。只獨立科以刑罰。彼此不相牽涉。又刑法第八十一條。更規定「假釋期內因他罪受刑之執行者。其執行之期間。不算入假釋期內。」例如甲於假釋期內。犯有他罪。宣告處有期徒刑一年。則此執行之一年。不算入假釋期內。完全執行。蓋以原則言。假釋期內。既再犯罪。而有刑之宣告。其假釋自應撤銷。然司法官有量其情節。不爲撤銷者。則僅獨立執行其刑一年。然此一年。不算入假釋期內。如假釋之期四年。由民國二十年一月一日爲始。至民國二十三年一月一日屆滿。今因執行他罪。徒刑一年。則應在假釋期中扣去一年。須展至民國二十四年一月一日屆滿。

第九章 時效

所謂時效者。卽因經過一定之時間。而將國家之刑罰權消滅是也。在民事上有取得時效及消滅時效之分。取得時效。因經過一定之時間。而取得其權利也。消滅時效者。因經過一定之時間。而消滅其

權利也。若此刑法上之時效。乃只爲一種消滅時效。將國家之訴追權或行刑權消滅。時效之設。法學家各有主張。議論不一。其最要者。則以刑法之標的。在維持社會之安寧秩序。若犯罪時未能訴追。或將犯罪人處罪。任其消聲匿迹。而於事過境遷而後。其人已在社會中獲得相當地位。且於此一定時期中。未曾再有犯罪行爲。則其惡性已除。不特不足以害社會。或且爲社會不可缺之一分子。乃忽也。舊事重提。則不特不足以收維持社會安寧秩序之效。反足使社會頓起不安之現象。與刑法之標的。適相反對。故設此時效之制。凡過此一定之時期者。國家之訴追權或行刑權爲之消滅。蓋所以保社會之安寧秩序也。各國立法例。有將時效定於刑事訴訟法中者。有將訴追權之時效規入刑事訴訟法而以行刑權之時效規入刑法者。吾國則一體規入於刑法。茲分述如下。

其一 訴追權時效 訴追權者。國家對於犯罪人所提起之訴追是也。依刑法第九十七條規定。凡其所犯之罪。最重之主刑爲死刑。無期徒刑。或十年以上有期徒刑者。其時效爲二十年。一年以上十年未滿有期徒刑者。其時效爲十年。一年未滿有期徒刑。拘役。或罰金者。其時效爲三年。其期限自犯罪成立之日起算。但爲連續犯。則以犯罪最終之日起算。而其標準。則以本刑之最高度爲準。且不問加重或減輕。悉以本刑爲準。蓋在尙未審判以前。不能遽定其刑。更無從知爲加重或減輕。故爲此規定。若其人而犯有數罪者。而以數罪中一罪之最重主刑之最高度計算。例如甲犯刑法第二百八十二條之殺人

罪。則以本刑最高度之死刑計算。其時效爲二十年。又如乙一犯第二百七十八條之賭博罪。其主刑之最高度爲一千元以下罰金。一犯第三百三十七條之竊盜罪。其主刑之最高度爲五年以下有期徒刑。一犯第三百四十八條之強盜罪。其主刑之最高度爲十年以下有期徒刑。則將此三者比較。以何罪爲最重。比較後以第三百四十八條爲最重。則以十年以下有期徒刑爲最重。主刑之最高度而定其時效爲二十年。

其二行刑權時效 行刑權者。國家對於犯罪人而執行其刑罰是也。凡裁判後。犯罪人或有脫逃。不能將其執行刑罰者。依原則言。應立發捕狀。將其拘捕。但亦有久久不獲者。於是此有此行刑權時效之。殺行刑權之時效。依刑法第一百零一條規定。凡宣告死刑、無期徒刑、或十年以上有期徒刑者。其時效爲三十年。十年以上十年未滿有期徒刑者。其時效爲十五年。一年未滿有期徒刑、拘役、罰金、或專科沒收者。其時效爲五年。此種時效之計算。以裁判確定之日爲始。其標準則以司法官所宣告者爲準。不問其主刑之最高度若何。更不問爲本刑或加減後之刑。與訴追權絕然不同。如同一犯刑法第三百四十三條之竊盜罪。依訴追權時效。則應以最高度之五年有期徒刑爲準。如經審判後。宣告爲十個月有期徒刑。則其行刑權之時效。卽以所宣告之十個月有期徒刑爲準。不復問其最高度爲若何。如有加重或減輕者。亦悉以宣告之刑爲準。此則須注意者也。

時效之制度。在今國立法例上。有因故中斷及停止者。中斷者。將時效中斷。凡自中斷之後。由中斷原因消滅之日。更行起算。凡中斷以前所經過之時日。概行取消。然其弊也。可使根本將時效制度消滅。蓋使屢屢中斷。則時效永永不爲屆滿。故吾國刑法。無此規定。只有停止。停止者。將時效之進行爲之停止也。在停止時期中。不計入時效之時期。由停止原因消滅之日。再爲計算。然與停止前已經過之期間。一併計算。例如甲犯殺人罪。其訴追權之時效。爲二十年。自民國二十年一月一日起至民國二十一年二月三十一日爲止。使於其中發生停止原因。停止一年。則此一年不爲算入。須延展至民國二十一年十二月三十一日。始行屆滿。此即與中斷根本不同之點。蓋中斷者。凡中斷前所經過之時日。概行取消。例如甲之時效。本至民國二十年十二月三十一日屆滿。若不幸於民國二十年十二月三十日忽發生中斷原因。則以前所經過之二十年。全歸無效。須後日重行計算。至民國四十年始行屆滿。吾國刑法。對於時效中斷制。固不採用。而對於時效停止制。則仍規定。其第一百條。『起訴權之時效。遇有依法令不能開始或繼續偵查預審起訴或審判之程序時停止之。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。』其第一百零二條。『行刑權之時效。遇有依法令不得開始或繼續執行時。停止之。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。』所謂『遇法令不能』者。或以天災。或以時變。凡依據法令不應進行或不能進行者。一體屬之。

第十章 刑罰之執行

凡刑法一經宣告後。即須執行。否則其效力不生。其目的不達。刑法之設。亦爲多事。故刑法於宣告後。必須依其宣告而執行。除遭遇大赦、特赦、緩刑、假釋、行刑權發生窒礙。以及犯罪人死亡等。在法令上。或事實上無從執行。或無可執行外。悉須執行。此種刑法之執行。其詳規定於刑事訴訟法及監獄法中。蓋爲一種程序。而非刑事上之實體問題。但如刑法第五十三條、第五十四條、及第五十五條。亦爲之規定。其第五十三條。『死刑用絞於監獄內執行之死刑。非經司法部覆准。不得執行。』昔之刑法。在威嚇社會。使人人知所戒懼。故刑人必於市。即所謂肆諸市朝。且合與民共棄之意。並其目的。在使犯罪人受有痛苦。故分斬首、絞頸、及凌遲等次序。今之刑罰。則不在報復主義及威嚇主義。唯在保持社會之安寧秩序。而謀犯罪人惡性之排除。如其人而果罪大惡極。無法排除者。始剝奪其生命。使與社會永隔離。不再危害及於社會。故一死已足。無取乎斬及絞之分別。更宜祕不公開。不使人長慘酷殘忍之習。但人一死不可復生。究竟應否處死。不可不慎。又慎。故必呈報司法部。俟其覆准。若情有可原者。則可爲之特赦或減輕。而法律有錯誤者。則可交最高法院檢察官提起非常上訴。以謀挽救。故死刑之執行。必須俟司法部之覆准。蓋必情真罪當。而後予以覆准也。至自由刑之執行。依刑法第五十四條規定。『徒刑及拘役之囚犯。於監獄內拘禁之。徒刑及拘役之囚犯。令服勞役。但得因其情節。免服勞役。』是凡判處

無期徒刑、有期徒刑、或拘役者。悉拘禁於獄中。且須令服勞役。蓋一方使之受失去自由之痛苦。一方又設法感化。而一方更使之勞役。教以相當之技能。不至出獄後無以餬口也。但得因其情節。如犯罪人之體質、年齡、罪質、身分等。而免其服務。至拘禁之方法。則規定於監獄法中。非刑法之所及。又舊日暫行新刑律有易科罰金制度。即受刑在五等有期徒刑以下者。得易科罰金。以一日折抵一元。但刑法則將此制廢除。以爲易科罰金。有違刑罰本旨。且爲世界各國所無。故毅然廢除。至罰金之執行。依刑法第五十五條規定。「罰金。於裁判確定後。令一月以後完納之。期滿而不完納者。強制執行。其未完納者。易科監禁。易科監禁。以一元以上三元以下折算一日。但因犯貧而減罰金者。得以減得之數。比例計算。科罰金之裁判。應依前項之規定。載明折算一日之額數。但監禁期限。不得逾一年。完納期內。經本人之承諾者。得易科監禁。即時執行。易科監禁。於監獄內附設之監禁所執行之。得令服勞役。易科監禁期內。納罰金者。如所納之數。依裁判所定之標準折算。扣除監禁日期。罰金總額。逾一年之日數者。以罰金總額與一年之日數。比例折算。易科監禁。不滿一日之零數不算。」本條共分九項。凡判處罰金者。並不於裁判確定時即執行。得有一個月之猶豫期間。由執行刑法之檢察官命令完納。如過一月者。則可強制執行。所謂強制執行者。即依民事訴訟法之規定。或扣押。或處分。如實無資力者。則爲保持有罪必罰之旨。改用監禁。但依刑法第七十六條第二項規定。司法官於判處罰金時。應先審酌犯人之資力。庶於執行時不

至發生窒礙。在各國立法例。則對此有分期完納及以工易罰之辦法。吾國刑法。則無此制。只有出於易科監禁之一途。但此種監禁。不同於徒刑及拘役。應於監獄中附設監禁。所以容納之。蓋其宣告之刑。只有罰金。其性質與徒刑及拘役截然不同。未便以執行徒刑及拘役之程序。施諸罰金者。故必另設監禁。所以監禁之其折算方法。應以一元至三元折抵監禁一日。如因犯貧而減其罰金者。亦應以減得之數折算。例如甲判處罰金五百元。但因犯貧。減為一百元。則其折算之數。亦應以一百元計。且監禁之日數。至多不得過一年。即其罰金之數為三千元。雖以三元折算一日。亦須二年。然亦只可監禁一年。以三百六十日計算三千元。且須於宣告判決時。即須於判決書中載明。蓋預防其無力完納。或須易科監禁也。又在完納期內。即裁判確定後之一個月內。本人可不待檢察官之追繳。而自請易科監禁。如是則可即時執行。不必過一個月之猶豫期間。而易科監禁後。苟感受剝奪自由之痛苦。亦得隨時將罰金繳納。恢復自由。且將已監禁之日數。扣除折算罰金之額數。例如甲被判罰金二千元。是以六元折算監禁一日矣。乃甲自量無此資力。即自請易科監禁。若三個月而後。忽得到財產。有此資力。亦得請求完納。以每日六元計。使已監禁一百日者。即可於二千元中扣去六百元。僅繳一千四百元。依次推類。又如二千元之罰金。使追繳時。其資力僅有一千元。餘實無力繳納。雖強制執行亦無效者。則依其所欠一千元之數。易科監禁半年。

第十一章 刑罰之消滅

所謂刑罰之消滅者。即宣告之刑罰消滅是也。刑罰消滅之原因。計有數者。其一爲刑之執行終了。刑罰一經宣告後。即應予執行。刑罰之執行。規定於刑事訴訟法中。非刑法之範圍。然刑罰對此。亦略有規定。附於刑名之中。如第五十三條至第五十五條是。刑罰一經執行終了。即行消滅。其二爲緩刑期滿。其三爲假釋期滿。其四爲行刑權因時效而消滅。其五爲赦免。所謂赦免者。即政府根據政治上之作用。而爲之赦免是也。其中更有大赦與特赦之分。大赦者。對於一般之罪犯。悉予以赦免是也。凡經大赦後。其所爲之犯罪行爲。根本消滅。與未犯罪相等。未起訴者。其起訴權消滅。已起訴或已判決者。其行刑權消滅。蓋根本上否認其犯罪也。故在大赦前雖曾犯罪。至大赦後而再犯罪者。不適用累犯加重之例。以其犯罪性質。完全消滅也。特赦者。對於已受刑罰宣告之人。而特別予以赦免是也。且特赦之意義。僅在免除其刑罰之執行。其犯罪資格。仍然存在。故特赦不能消滅其刑罰宣告之效力。且只赦免其主刑。而不赦免其從刑。此即特赦與大赦之分。而亦根本上不同其性質者也。其外爲犯罪人死亡。刑罰之加。只及於犯罪人。犯罪人以外。雖父子不相及。故犯罪人一經死亡。刑罰即無從適用。但罰金刑有就犯罪人之遺產執行者。然亦以有明文特別規定者爲限。亦刑罰執行上之一種例外規定也。

自來法學家對於刑罰之消滅。分爲二者。其一爲曠義之消滅。即上文所述是也。凡執行終了。緩刑

期滿。假釋期滿。行刑權因時效而消滅。赦免。以及犯罪人死亡。一體屬之。質言之。即凡刑罰所不復加於其身者。悉謂之爲刑罰之消滅。其一爲狹義之消滅。先否認刑罰之執行終了爲消滅。以刑罰執行終了。乃執行刑罰之當然結果。而非刑罰之消滅。且消滅與執行相反。既經執行終了。即無復所謂消滅。况執行終了而後。其受刑資格。依然存在。並不因之而失。其刑罰宣告之效力。故執行終了後於一定期間內。再犯罪者。卽爲累犯。其次將假釋期滿。赦免中之特赦。以及犯罪人死亡。亦皆不認爲刑罰之消滅。以假釋期滿。等於執行終了。無所謂消滅。若在假釋期內。則其刑罰之宣告效力。更依然如故。若赦免中之特赦。不過爲免除其刑罰之執行。並不根本消滅其刑罰宣告之效力。而犯罪人死亡。亦非刑罰之消滅。乃事實上之不能執行。其刑罰宣告之效力。並不因此而失墜。故犯罪人死亡而後。其親屬爲死亡之受刑人利益起見。仍得依法提起再審之訴。請求撤銷其刑罰之宣告。其外如行刑權時效之經過。亦不認爲刑罰之消滅。只認爲行刑權之消滅。猶之民法上之消滅時效。乃行使權之消滅。而非債權之消滅。因此其認爲刑罰之消滅者。只有二項。其一爲緩刑期滿。其二爲赦免中之大赦。蓋此二者。不特不執行其所受宣告之刑罰。根本上且不認爲處刑之人。將司法官所宣告之刑罰。完全消滅。無復效力之可言。故刑罰之消滅。在狹義言之。只爲此二者。餘則或爲執行終了。或爲刑罰之不執行。不得謂爲刑罰之消滅。但以廣義言之。則一體在內。皆可謂爲刑罰之消滅。

中華民國二十年四月出版

依照國府
最新頒行
刑法學總論

版 權 所 有

著 者 法 學 士 朱 方

校 勘 者 前遠東大學
法科教授 吳 瑞 書

出 版 者 上 海 法 政 學 社

發 行 者 上 海 廣 益 書 局

冊 一 裝 洋

角二元一洋大價定

總發行所 上海福州路廣益書局

(分發行所 廣州 長沙 漢口 北平 南昌 宜昌 開封 瀋陽 廣益書局)

依照國府
最新頒行
刑法學各論

上海
廣益書局

總發行

洋裝一冊 定價大洋一元二角

著方 朱士學法

●版出近最社學政法海上●

本書接續刑法學總論而來。不知總論。無以貫刑法之通。然不知分則。亦無以立刑法之用。本書專論分則。將刑法分則三十四章。計二百八十六條。分門別類。一一爲之詮釋。雖一字一語。亦必窮其源委。嚴其界說。務其一覽了然。誠刑法各論中最完備之書。凡法官律師。法學教授及學生。皆不可不瀏覽一過。

◀所行發分省各▶

局書益廣

滬
閩
寧
昌
封

北
平
長
沙
州