

民國九年六月增訂四版

刑律通詮

MK
7929.6
1983

舊學商量加

邃密 宰純仁弟

訂正所輯刑律屬題數

字書考亭白始之江庸



教明

刑弼

丙辰冬
張耀曾

民皆儀刑

桃震

慎思明辨

尹朝楨題



再版刑律通詮序

老子曰法令滋章盜賊多有古先哲恃以範民軌轍者必於法之外復有物焉陶淑蚩蚩而後民始寧必於法之內疏圍滌滯刮翳磨垢炳若列星朗若燃犀使夫偏氓村黎家喻而戶曉而後民始遵否則大本內移蕪瞽日益而民之陵襲驟架者衆矣老氏之言不其驗耶謝君越石究心法學識解卓絕嘗病我國刑律意文奧簡殫精踰月逐條詮釋真諦臚義氷解的破書凡再版風靡海隅徵第司法者取資焉販輿皂斷

人手一編，知所警惕，其於砭俗鍼頑，明罰止辟之功，鉅矣。若上之人，更以德化相輔，廣播無垠，則彝倫攸叙，閭閻熙皞，大平隆治，不難期也。

民國五年十一月汪有齡序

再版刑律通詮序

史稱法家者流出於理官信賞必罰以輔禮制易曰先王以明罰飭法此其所長也及刻者爲之則無教化去仁愛專任刑法而欲以致治至於殘害至親傷恩薄厚是以儒者矯之務以醇化諱言法卒之道德齊禮未可驟幾而隄防隱遲人欲橫決相爭相攘而後知刑罰不可以廢於國夫聖人因天討而作五刑刑罰威獄所以類天之震曜殺戮古之言刑法者尙矣後世政偷而法密文繁而意晦亂獄滋豐刑罰不中民罔知所措而吏因以爲奸故法於此壞而民病焉讀漢宣帝詔曰律令繁多而不約自典文者不能分明而欲羅元元之不逮是失刑中之意也近世國家進於法治舉國之常刑皆麗於法而公布於民教之以弗爲而約之以必罰本古者屬民讀法意取明刑以恥之使受者知所悔而觀者知所戒焉惟是法文虛括其義簡奧非專門靡得其故必欲進蚩蚩者一一詔之如木鐸之徇諸路是有待於學者吾鄉謝子宰純精於法以所著刑律通詮公於世博探學說演繹精理崇論閎議爲法學中傑構其於闡謬晰疑

刑律通序

導民訓俗有資於治化者匪淺初梓風行一時今再版余讀之喜而爲之序

中華民國五年十二月萍鄉文羣序

二

刑律通詮序

董子云。正其誼不謀其利。明其道不計其功。稽古大儒。著書立說。言爲世法。足與立德立功。並垂不朽。夔乎尙矣。後世羣言雜糅。治尙驩虞。多士務學時敏。視國家政教爲轉移。漢黜百家。羣重經義。宋尙道學。競談性理。各有師承。遂成風尙學術隆污。關乎治道之升降。一代之中。恆賴有一二傑出之士。集其大成。著爲典籍。以析羣疑。衆難與天下以共信焉。自歐化東漸以來。國家競爭文明。力圖法治。於是有法學人才。造就於學校。使法律知識。普及於人民。學說之勢力擴張。足以左右國政。故覘國家強弱之趨勢。國民文野之程度。一視著作之進化與否。然若徒拾唾餘。罔求心得。剽竊雷同。急功市利。固不足以語學者。吾友謝君宰純。自幼同學。志道窮經。素心印證。十餘年奇文欣賞。疑義共析。讀書務造其極。薄舉業不屑爲。及壯散游。昇羈贛省。宰純留學京華。同肄法律。新知舊學。異地商量。問難質疑。如共晨夕。迨畢業返梓。章垣重聚。點檢校中筆記。卷帙

盈筭。分門別類。已成巨製。出以質余。盡窺全豹。乃知國學講師。會萃中外專家。固足爲全國冠。益以宰純卓識勵學。深造自得。有此成績。洵法學中之傑構也。勸其出版行世。猶以報顏著述爲之歉然。未幾同任廣信推事。承審案件。適用法律。必相互誠求。詳慎折衷。始宣判決。故信人罔弗悅服。在任期年。判案累至百件。無一上訴者。非其學識過人。輔之以道德經驗。其成效曷克臻此。因嘗見有拘牽文義。誤解法理者。以辭害意。失出失入。爲世詬病。有損法院信用。實司法者之過。不盡屬立法之咎。遂毅然以解釋法律自任。以刑律關係人民法益爲尤切。取平日所藏筆錄。證以經歷事例。每於公退之暇。逐條詮釋。首成刑律通詮一書。文義理由。詳徵博探。精求至當。其關乎國俗民情。窒礙疑難之處。則附論參考。比較得失。俾司法者奉爲圭臬。立法者藉資考鏡。足爲吾國法治進步之一助也。謝安謂陶侃用法。能得法外意。吾於宰純亦云然。今五月哉。廳卸事。聯袂入都。束原稿於篋。青雲之士。許以萬金購其名。弗欲也。虛衷自攝。恆恐

貽博雅羞。因勉徇同志之請。出以付梓。吾知宰純法學淹貫。著述繁頤。將來羣籍森羅。灌輸社會。固不止此。而此書風行。可預卜洛陽紙貴。昇知之最深。故言之甚詳。實之諸大法家。當不謂阿其所好也。

中華民國三年十一月一日萍鄉歐陽昇序於京都之萍踪寄廬

刑律通詮編纂述畧

一本律起草於前清。稿凡數易。初爲法律館草案。嗣經各部首簽註之後。復定爲法律館修正案。三爲憲政編查館核訂案。四爲資政院通過案。祇通過總則一編。其分則並未過。迄國體變更。民國

三通過之總則。并修改分則。刪其與國體牴觸之一部分。定爲暫行刑律。一。

關於刑律之特別法令。如刑律施行細則。補充條例等類。單譯。又如著作權法。森林法等類。附屬刑法。則摘錄各種。曰刑律通詮。

於律文解釋。不立統系。依其原定章條之順序。通國民所能了解。

毋章標以義例。闡明立法上之意旨。旁引并揭其範圍。俾了然於各章。

爲字句之訓。

之。若理由則

附錄之。

至附論以質疑難

所稱原案。即指本律初出之草案。所

文迭經修改。有與原注不甚相符者。無庸

詳悉採取之。而引伸之。期折衷於一是。

訂者爲多。博士在前清時。我國延聘爲法律館調
加本律立法上之起草理由。言之綦詳。鄙人親聆講授。

參引日本新舊刑法之立法例。

最完善之刑律。惟律文中尙多疑誤之處。或刑罰重輕未當。或

字句顯有錯訛。或意義不無漏略。凡此種種。皆有待於修改補正。是以

於各條之後。妄參鄙見。以備修律者之芻採。僭擬之譏。誠所不免。閱者諒之。

一本著業經付印四版。雖間有修正之處。而因法令變更。其原文論說之中。有援引已廢止
之法。令發表意見者。概仍其舊。以免牽動全部。閱者諒之。

暫行刑律目錄

第一編 總則

- 第一章 法例(第一條至第九條)
- 第二章 不爲罪(第十條至第十六條)
- 第三章 未遂罪(第十七條至第十八條)
- 第四章 累犯罪(第十九條至第二十二條)
- 第五章 俱發罪(第二十三條至第二十八條)
- 第六章 共犯罪(第二十九條至第三十六條)
- 第七章 刑名(第三十七條至第四十九條)
- 第八章 宥減(第五十條)
- 第九章 自首(第五十一條至第五十三條)
- 第十章 酌減(第五十四條至第五十五條)
- 第十一章 加減例(第五十六條至第六十二條)
- 第十二章 緩刑(第六十三條至第六十五條)

第十三章 假釋(第六十六條至第六十七條)

第十四章 赦免(第六十八條)

第十五章 時效(第六十九條至第七十六條)

第十六章 時例(第七十七條至第八十條)

第十七章 文函(第八十一條至第八十八條)

第二編 分則

第一章 侵犯皇室罪(此章已刪除)

第二章 內亂罪(第一百零一條至第一百零七條)

第三章 外患罪(第一百零八條至第一百七條)

第四章 妨害國交罪(第一百十八條至第一百三十二條)

第五章 漏洩機務罪(第一百三十三條至第一百三十九條)

第六章 瀆職罪(第一百四十條至第一百五十二條)

第七章 妨害公務罪(第一百五十三條至第一百五十七條)

第八章 妨害選舉罪(第一百五十八條至第一百六十三條)

- 第九章 騷擾罪(第一百六十四條至第一百六十七條)
- 第十章 逮捕監禁人脫逃罪(第一百六十八條至第一百七十六條)
- 第十一章 藏匿罪人及湮滅證據罪(第一百七十七條至第一百八十條)
- 第十二章 偽證及誣告罪(第一百八十一條至第一百八十五條)
- 第十三章 放火決水及妨害水利罪(第一百八十六條至第二百零二條)
- 第十四章 危險物罪(第二百零三條至第二百零九條)
- 第十五章 妨害交通罪(第二百十條至第二百二十條)
- 第十六章 妨害秩序罪(第二百二十一條至第二百二十八條)
- 第十七章 偽造貨幣罪(第二百二十九條至第二百三十七條)
- 第十八章 偽造文書印文罪(第二百三十八條至第二百四十一條)
- 第十九章 偽造度量衡罪(第二百五十二條至第二百五十六條)
- 第二十章 褻瀆祀典及發掘墳墓罪(第二百五十七條至第二百六十五條)
- 第二十一章 鴉片煙罪(第二百六十六條至第二百七十五條)
- 第二十二章 賭博罪(第二百七十六條至第二百八十二條)

- 第二十三章 姦非及重婚罪(第二百八十三條至第二百九十五條)
- 第二十四章 妨害飲料水罪(第二百九十六條至第二百零四條)
- 第二十五章 妨害衛生罪(第二百零五條至第二百十條)
- 第二十六章 殺傷罪(第三百十一條至第三百二十一條)
- 第二十七章 墮胎罪(第三百三十二條至第三百三十八條)
- 第二十八章 遺棄罪(第三百三十九條至第三百四十三條)
- 第二十九章 私濫逮捕監禁罪(第三百四十四條至第三百四十八條)
- 第三十章 略誘及和誘罪(第三百四十九條至第三百五十六條)
- 第三十一章 妨害安全信用名譽及秘密罪(第三百五十七條至第三百六十六條)
- 第三十二章 竊盜及強盜罪(第三百六十七條至第三百八十二條)
- 第三十三章 詐欺取財罪(第三百八十二條至第三百九十條)
- 第三十四章 侵占罪(第三百九十一條至第三百九十六條)
- 第三十五章 贓物罪(第三百九十七條至第四百零一條)
- 第三十六章 毀棄損壞罪(第四百零二條至第四百十一條)

刑律通詮總則叙論

自脫離混沌之刑事制度。而推闡獨立之刑事法理。於是刑律在國法上之地位。確樹一職。爲國權實施之要素。在近世文明國家。法律修明。殆與其學理研究。同臻進步。雖編制體裁。各有繼受之法系。而基礎觀念。已漸趨於大同。其前此經過之階級。所持之立法例與學說。今已不足深論。且欲原原本本。探討分析。自屬刑法哲學之所精求。解釋家未易從事。茲據近世相持之理論。及本案採取之主義。就其數大原則而論之。

第一、刑律之性質。夫刑律爲國內公法之一種。含有強制性質。其定罪科刑。即爲維持法律利益。以強制力行其制裁也。或有謂其制裁。爲附屬於一般法律之必要。使人知所遵守者。而不知刑律上制裁。爲其固有之本質。絕對使人服從。非附制裁於他之法律。而以爲刑。是以知刑律之有強制力之制裁。實爲國家與人民間。確定權力關係之一實體法也。斯固近日不刊之定論。

第二、刑罰權之根本。國家之有此刑罰權。果何所根據而來。抱純理主義者。以正義爲歸宿。從因果報應。罪惡必罰之理。說明之。而持實利主義者。以法律利益爲基礎。從維持國利民福。要求防衛之理。說明之。前說以是爲對於道義的責任。尙未盡脫宗教之窠臼。而

且混入道德之範圍。其界說甚爲曖昧。後說則以是爲對於社會的責任。因關係公共生存發達。有保全秩序安寧之必要。刑罰權即應其必要而生。是說之較優於前。已爲近世之所公認者。本律立法上之根本主義。亦不外是。

第三、刑律之目的。刑罰實施之效用。即刑律之目的所在。亦基於根本主義而不同。主張純理主義者。即以報復主義爲目的。以爲福善禍淫。天道雖遠。而人類感情。見夫正邪曲直。各因類受報。而心爲之平。故因此分析之。又可區爲痛苦主義。對於犯人而言與威嚇主義。對於犯人而言相合。而爲報復之目的主義也。若主張實利主義者。其目的不在於痛苦威嚇。而在於感化及防衛。故除死刑爲絕對淘汰外。其餘皆予以自新之路。一面以匡正犯人爲目的。使自知改悔。是爲感化主義。一面以減少犯罪爲目的。使人各相安。是爲防衛主義。若以刑罰之實益爲準。不限於有罪必罰之原則也。

第四、刑罰之程度。持純理而實行報復。則量犯罪輕重。一依於實害之大小。定刑罰之程度。是爲事實主義。若主實利而利用感化。則刑罰重輕。不以實害之大小爲斷。一準諸犯人惡性之淺深。故有實害小而惡性甚深者。可以從重。亦有實害大而惡性尚淺者。不妨從輕。此當察其犯罪之內因外因。以確定其人格。爲實施刑罰之標準。是爲人格主義。斯

二者之區別。亦基於根本上之觀念。及目的所在之主義各殊。而異其程度。蓋其注重人格之理由。以人類自由意思。不皆平等。各支配於其個人性格。與所處之境遇而不同。故犯罪人之觀念。不能憑一人之理想而抽象定之。必察其性格與境遇之原因所屬。其原因於社會境况者。或可以改良社會。爲撲滅之策。若原因於個人性格。則分別出於常性。或偶性。或病理作用而然。斯處分之程度。乃可得而斷定矣。

暫行刑律通詮

萍鄉



第一編 總則

義例

凡編立一部法典。必有一般準則。足以貫徹全體者。如衆目之有綱然。如衆系之有統然。有若總綱總例等名目。爲諸書所習見者。與刑民商律之各有總則。取義無弗同也。惟刑律之總則。略與舊律之名例相似。往古律例。無總則與名例之稱。各國皆然。其在中國。季愷法經六篇。殿以具法。漢律益戶興廡三篇。合爲九章。而具法。列於第六。魏律始改稱刑名。居十八篇之首。晉律分刑名法例爲二。北齊始合而爲一。謂之名例。歷隋唐宋元。迄於明清。皆沿斯例不改。是編以刑名法例二者。應屬總則中之一部分。不包括一切通則。其他如罪例。如第二章至第六章是刑例。如第八章至第十四章是時例文例等。皆適用於刑律全體者。是以依次備載。而概括爲其總則。凡十七章。計共八十八條。此第一編之概略也。

第一章 法例

刑律通詮 第一編 總則 第一章 法例

義例

法例之名。沿於晉律。其後併於名例。取制不同。內容各別。非特義有廣狹而已。若本章所定。專就刑律適用之效力列舉之。故如第一條。關於時之效力。第二條至第八條。關於人及地之效力。第九條。則對於此外法令準據之效力。統名之曰法例。爲實施刑律時。首應解決之問題。是以各國刑法編纂。多從此等法例入手。以示開宗明義之第一要旨。故本章採用之。

第一條 本律於凡犯罪在本律頒行以後者適用之

其頒行以前未經確定審判者亦同但頒行以前之法律不以爲罪者不在此限

文義

凡犯罪云者。概括其全部刑律之犯罪行爲也。頒行。卽施行意。頒行以後。卽發生效力之時期也。本律頒行在民國元年三月十日。由大總統以命令公布之。適用者。卽依據其所定罪刑以處斷之也。確定審判者。卽經宣告判決。而上訴之期限已過。現以十日爲限度。或上訴之方法已盡。如經過第三審者。不能變更其宣告者。是爲確定。未經確定者。雖已爲宣告。仍得依上訴而變更之。凡案件具此情節。檢察官即得上訴。請求引用新律。其上訴方法。及其限制。一以訴訟律爲根據。

理由 本條規定關於時之效力。第一項即採用刑律不遯既往之原則。第二項爲新舊過渡時代分別適用之例外。

凡法律以頒行而效力發生。因廢止而效力消滅。故人民之有遵從義務。以實施期內爲標準。自頒行以迄廢止中爲有效之期間。是爲不遯既往之大原則。本律採之。明揭於本條第一項。以示在頒行以前之行為。雖足構成本律犯罪。不得據以處罰。與第十條律無正條不處罰之原則相輔而行。即第二項但書之規定。亦與此正相發明矣。然在頒行以前。廢止以後。亦有時以明文承認其效力者。則因事實。在頒行前。審判在頒行後。於新舊二律之中。孰當引用。故有第二項分別規定。一以頒行後之法律。尙可支配於頒行前之事實。如未經確定審判者。是也。一以頒行前之法律。亦有可拘束於頒行後之審判。如舊律不以爲罪者。是也。前者對第一項而成例外。後者又爲例外之例外。而實暗合第一項之原則也。

惟關於頒行以前。未經確定審判之犯罪。適用法律問題。查各國立法例。可分爲四種主義。一、有依行爲時之法律（舊法）處斷者。二、有依審判時之法律（新法）處斷者。三、有從舊法。而新法較輕時則從輕者。四、有從新法。而舊法較輕時則從輕者。三四兩種。亦概謂爲比較從輕主義。故原案理由中混而爲一。而其實不同。此四種主義。中惟第三種從輕主義。爲多數立法例所同。原案獨舉此以與從新主義相較。而力闢其非。約謂人民對於國家。

不能主張受刑權利。而適用舊法。若謂對舊律時代犯人。以新律之重刑。與已受舊律輕刑之同種犯人相較。似失其平。則同時裁判新舊時代之同種犯人。因適用法律不同而分輕重。其不平抑又甚矣。若謂從新律之輕者。以示寬大。則刑罰不得為活恩之具。非可嚴亦非可寬。其攻擊可謂詳盡。蓋因本條第二項前半規定。係採用從新主義。以為國家制定法律。須斟酌社會之情狀與夫國民之程度。因時制宜。故新法刑罰之重輕。既對於舊法有所損益。其減輕者。固有鑒於舊法之重。其加重者。亦所以救舊法之輕。必審其未當而改之。期於盡善盡美。足垂為一代之憲章。而後頒布施行。若在新法時代。復比較舊法之輕重。惟適用新法之輕者。則舊法必尚有可取。新法必容有未適也。於立法上之理由。至為齟齬。况新法施行以後。以舊法失效為原則。尤不應同時並用兩法。以妨害其效力。此本條所以規定也。

雖然。竊從新法處斷。亦未免趨於極端。而滋生流弊。蓋就寔際而論。新舊二法。如屬輕重相等。或新法輕於舊法。時則從新處斷。其結果無異從輕。但恐新法重於舊法。因新法之刑罰。可以溯及既往。行為時所犯輕罪。裁判時將變為重罪。則人民之權利。可為立法者所左右。常立於危險之地位。是滋人心之驚貳。損法律之威信。莫此為甚。夫刑法所以保障人民。而使之信仰。乃適以危害人民。而使之疑懼。自非立法者所能出此。是以。從輕者。皆力持此議。以與之相抗。或謂我國舊律。為前清律例所定。多係重刑。且未協於法理。即比較舊律。已無從輕可言。則漸從新法。亦不悖乎從輕之旨。然刑法為國家常憲。其總則所規定。並適用於一切刑事法典。所謂新舊問題。不獨為本律與舊律之關係。當注意其他法令與本律之關係。若欲之我國事憲。近年以特別刑法加重。如犯贓。治盜。發掘墳墓等條例。往往出於一時之主張。因溯及既往。而加以重刑。則從新之危險。不可勝言。自出於立法者意料之外。此亦從新主義之不可恃也。故近日有以第四主義折衷其間。乃擴充從新之範圍。惟舊法較輕者。從輕。是仍以從新為原則。而兼採從輕之例外。庶無第三主義之失。或可以救第二主義之弊也。（見法律雜誌會第二次修正刑法草案理由書）

第二項後半。其旨與前半微異。蓋彼則新舊一律俱屬不應爲之罪惡。不過輕重之差。此則新律雖爲有罪。而舊律實認許其行爲。若因判決在後。科以刑罰。非特有傷豁刻。且與前項不遑既往之原則相背。况前此律無正文。而事後入人於罰。是不啻設阱以陷人也。故應以但書申明之。

第二條 本律於凡在中華民國內犯罪者不問何人適用之
其在中華民國外之中華民國船艦內犯罪者亦同

文義

在中華民國內犯罪者。犯罪行爲地。在民國領域內也。不問何人。不區別犯人國籍之爲內外也。船艦視爲國家浮離領土之一部。故在民國外之民國船艦內者亦然。

理由

自本條至第八條規定。皆關於人及地之效力。本條以採屬地主義爲原則。實即折衷主義之一端。通觀後此各條。知非絕對以領土支配力爲根據者。惟世界普通法例。一國主權普及於一國領土。不受他國干涉。而亦不越乎版圖以外。侵及他國法權。是國家對於國內。或國外之本國船艦內。爲犯罪行爲。其犯人不論爲本國人。或爲外國人。皆一律適用本律。此本條規定之旨也。惟極端持此原則。於刑律之目

的不能貫徹。是以本案折衷於屬地屬人兩主義。及特定犯罪事實。併設以下各條。第三條至第八條 例外之規定。

或慮現在外國領事裁判權。尙未收回。國際條約往往爲之限制。是本條不問何人適用一語。且類具文。然原案理由中。固明定適用外國人之範圍。一爲無國籍之外國人。二爲無特別條約之外國人。三爲條約改正後之外國人。一二兩類。與已未收回裁判權無關。第三類。即指既收回裁判權之時而言。疏解明顯。足見實行之無窒礙。蓋刑律爲國家常憲。特別條約。乃一時不得已之行爲。現在正議華洋訴訟辦法。籌備修改。終當達到目的。收回法權。則外人之應服從。又何疑乎。

雖然。不問何人。適用。揆之國內公法。及國際公法之原則。亦有不能適用本律者。前者如君主國之君主。爲至尊神聖。不可侵犯。民主國之大總統。限於特種犯罪。叛逆罪 規定於憲法中。民主國憲法皆有特別規定 後者爲有治外法權之人。一爲外國之君主大總統。及其家族從者。二已經承認之外國交際官。公使及其家族。並其雇人而非內國者。三已經承認之外國軍隊及軍艦。是也。凡此等人。皆因身分免用刑罰。其身分繼續間所爲行爲。刑罰權既絕不施行。即身分消滅之後。亦不得對之起訴。蓋一爲尊主權。一爲

重國交。故非刑律效力所能及。此爲世界通例。不獨我國爲然。不必以明文規定也。但因人之身分。不適用刑律者。不可認爲犯罪之不成。蓋身分雖不受法律之支配。而行爲仍爲違法犯罪。是與正當行爲及無責任行爲。不可相混。故凡對此行爲。得行使正當防衛權。且如其同實施。或教唆補助之人。仍當分別以共犯處分之。

此外尚有一問題。即關於青海番地。另有番例條款。因其民情風俗迥異。內地在前大清律例。已不適用於該番地。故民國三年。經大理院解釋。統字一百〇一號。承認該番例條款繼續有效。定本律施行之區域。當以前清現行律施行之區域爲限。其青海等處。因適用特別刑法之故。雖在民國內犯罪。不得適用本律。是亦本條之一例外也。

第三條 本律於凡在中華民國外對於中華民國犯左列各罪者不問何人適用之

- 一 此款刪除 侵犯皇室罪
- 二 第一百零一條及第一百零四條之罪 內亂罪
- 三 第一百零八條及第一百十條至一百十二條之罪 外患罪
- 四 第一百二十五條之罪 妨害國交罪
- 五 第一百五十三條及一百五十五條之罪 妨害公務罪
- 六 第二百二十九條及第二百三十一條第一項之罪 偽造貨幣罪
- 七 第二百三十九條第二百四十一條及第二百四十二條之罪 偽造文書罪

八 第四百零二條及第四百零三條之罪

毀棄
壞罪

文義

在中華民國外。包括外國所屬之地。及未有所屬之地。在內。對於中華民國。屬國家言。與第五條對於國民人民犯罪者。有別。觀列舉各條自明。

理由

本條規定。採用國外犯罪亦適用本律之折衷主義。屬前條之例外。蓋列舉特定各罪。皆關係民國之存立。信用。財政。經濟。各方面。有重大之損害或危險。其犯罪地雖在領域以外。而被害者實為民國國家。刑律為特別必要時。對於此等犯罪。涉及國外而處罰之。且無內外國人之別。蓋為保障國家安全。貫徹刑罰目的。出於不得已之規定。學說上亦謂之為保護主義也。

雖然。國外犯罪。適用本律。且不分內外國人。然徵之法理上。既有不以內國人執交外國。而受其起訴審問處罰之原則。是本條效力。祇適用於國外犯罪之內國人。惟此等犯人。或係自行回國。或由外國交付。或為缺席裁判。三者必居其一。其自行回國。係事實上之問題。法律不必為之規定。至交付之要件。定自國際條約。缺席裁判之事宜。另詳刑事訴訟律。均非刑律範圍所及也。

第四條 本律於中華民國人民在中華民國外犯左列各罪者適用之

- 一 第一百十八條及第一百二十四條之罪 妨害國交罪
- 二 第一百三十三條及第一百三十五條之罪 滯留機務罪
- 三 第一百四十條及第一百四十一條之罪 讀職罪
- 四 第一百四十四條及第一百四十八條之罪 演職罪
- 五 第一百七十二條之罪 逮捕監禁人脫逃罪
- 六 第二百十七條之罪 妨害交通罪
- 七 第二百二十六條之罪 妨害秩序罪
- 八 第二百四十條第一項之罪 偽造文書罪

理由

本條規定以採屬人主義為原則。對屬地主義而成例外。實亦即折衷主義之一端。專為懲治在國外犯罪之本國人民而設。不外乎主權有普及於人民之效力也。蓋列舉特定各罪。皆直接或間接妨害國家公益及吏員之職務與名譽者。惟人民對於國家應服忠誠義務。故應與以刑事處分。不得以犯罪地在國外而倖逃法網。是專以對人民之支配力為根據。若國外之外國人。非特法理上不負此責任。實際亦無從而犯之。此本條規定。所以與前後兩條適用有範圍廣狹之不同也。

第五條 本律於中華民國人民在中華民國外或外國人在中華民國外對

中華民國人民犯左列各罪者適用之

一 第一百八十一條及第一百八十三條之罪 偽證 誣告罪

二 第一百八十六條至第一百八十八條第一百九十二條及第一百九

十三條之罪 放火 決水罪

三 第二百一十一條至第二百十六條之罪 妨害 交通 通罪

四 第二百四十條第二項第二百四十一條第二百四十三條至第二百

四十五條之罪 偽造 文書罪

五 第二百五十八條及第二百六十三條之罪 發掘 墳墓罪

六 第二百八十三條至第二百八十七條及第二百九十一條之罪 竊 非罪

七 第三百一十一條至第三百十四條及第三百二十條至第三百二十六

條之罪 殺 傷罪

八 第三百三十四條第三百三十五條及第三百三十七條第一項之罪

墮胎 罪

九 第三百三十九條及第三百四十條之罪 遺棄罪

十 第三百四十四條至第三百四十六條之罪 私濫逮捕
監禁罪

十一 第三百四十九條至第三百五十三條之罪 路誘和
誘罪

十二 第三百五十七條至第三百六十一條之罪 妨害安全信用
名譽及秘密罪

十三 第三百六十七條至第三百七十七條之罪 竊盜及
強盜罪

十四 第三百八十二條至第三百八十六條之罪 詐欺取
財罪

十五 第三百九十一條至第三百九十三條之罪 侵占
罪

十六 第三百九十七條之罪 贓物
罪

十七 第四百零四條及第四百零五條之罪 毀棄損
壞罪

文義

民國人在民國外犯罪。無論被害者為民國人或外國人。皆包括之。外國人

在民國外犯罪。則以被害者屬民國人為限。故對中華民國人民一語。專屬下

句而言。不與上句相銜接。本條原案析為兩項。第一項即指中國人在國外犯罪。左列

而被害者同一。適用今修併為一。適

理由

本條規定亦採國外犯罪適用本律之折衷主義。即加害者與被害者無論其列舉各罪。係害人生命、身體、自由、名譽、及財產。雖刑罰或輕或重。而此種非行。最足破壞國民廉恥。妨害他人法益。故一方為國民人在國外犯此種罪名。不問加害於中國人或外國人。皆適用本律治罪。所以整飭本國人民之規律也。其他一方為國民人在國外。因外國人犯此種罪而被害者。亦適用本律治罪。所以保護本國人民之權利也。惟本條適用之範圍。如上段所舉。國民人在民國外犯罪。本與前條相同。而不賅載於前條者。其犯罪之主體。有廣狹之不同也。又如下段所舉。外國人在民國外犯罪。亦應吸收於第三條以內。而必揭出於本條者。因第三條各款罪名。專以對於民國國家有犯者而言。本條則專指定對於民國人民有犯者。其犯罪之客體。亦有廣狹之不同也。故適用時。必不能與前此二條一致。觀所列各款罪質。自難混合。此所以特設專條。為本律適用之又一例外也。

第六條 凡犯罪者。雖經外國確定審判後。仍得依本律處斷。但已受其刑之執行。或經免除者。得免除或減輕本律之刑。

文義

犯罪經外國確定審判者。必如前數條所定。我國對地之支配力。法權與他國對人之支配力。法權相抵觸。或我國對人之支配力。與他國對地之支配力相抵觸時。而事實上。在外國已依據其國刑律。先行審判。而且確定者也。已受其刑之執行者。包括全部執行完畢。或一部執行。其他一部免除。或得假釋者。皆在內。經免除者。亦包括刑之全部或一部言。得免除或減輕者。乃按其情節。可以如此辦理者。並非必然之詞。凡所謂得者。即不必得之謂。由審判官權衡定之。他條皆准此。亦本律文義上之通例也。

理由

本條規定。外國審判。無侵及我國法權之效力。即所以鞏固本律適用之效力也。夫一事不再理。一罪不再罰。本為刑律上之大原則。似既經外國審判確定。無庸再事審問。然外國裁判。在民國視之。不過為一種事實。自非可與民國裁判視同一律。故不得承認外國裁判有效。侵及本律適用之範圍。則遇有此等情節。仍得依法檢舉。按照本律處斷。所以保障刑律効力。即以伸張國家主權。特設本條明文。不可視為再審之例外也。

惟該犯人在外國裁判之後。曾受其刑之全部或一部執行者。不必再因民國審判。而

執行本律所定刑之全部。故許審判官得援外國裁判以爲事實參考得免除或減輕之。如在外國已受刑之全部執行者。若審判官認其所執行之刑核之民國刑律不足。以昭懲肅。可仍命執行本律所定刑之全部。其在外國僅受刑之一部執行而經免除者。若審判官認爲已足示懲。即可免除本律所定之刑。若其情節在我國法律有可量爲減輕者。亦可由此理推之。但審判官實施此等權衡。必實際上有一定之案件。乃得以外國裁判及其刑之執行。與我國法律上相當之規定。互相比較而後得之。非律文所可預定。是以本條範圍甚寬。一以審判官之查勘爲準。

第七條 犯罪之行爲或其結果有一在中華民國領域或船艦內者以在中華民國國內犯罪論

文義

行爲者。本於人類意思所生之物界現象。即發生結果之身體舉動也。犯罪之行爲。須具有責任、違法、科罰各種要素。方是。但包括動作積極及不動作消極在內。結果者。本於行爲之外界影響也。若與行爲無因果關係。別爲一種事實。不得謂爲犯罪之結果。

理由 本條規定犯罪地之標準。劃清國際上審判管轄。即以明示第二條適用之範圍也。凡一切犯罪。未有不基於行為與結果爲成立之要素。惟可以爲罪之行

爲。與可以爲罪之結果。倘異地而發生。則應以何處爲犯罪地。學說上。解決本問題之

議論有三。一、以行爲之地爲犯地。一、以結果之地爲犯地。結果地說又分爲三。一切發

害者之受傷地爲結果地。二、中間結果地說。如前例以養傷地爲其結果地。三、最終結

果地說。如前例以死地爲結果地。是也要之須足以完成犯罪之要件。即足爲其結果

地。本條既不專採結。一、以行爲與結果之地並認爲犯罪地。然法律上犯罪成立。必合

各種元素方爲一罪。其行爲與結果。既皆足爲犯罪要件。舍此取彼。均無當於條理。故

本條取第三種學說爲正。凡行爲與結果。有一在民國領域或船艦內者。即可認爲國

內犯罪。而依本律處斷之。此本條所以設也。

例如有自民國境外。或自外國船內。放槍殺傷在民國國內之人。是犯一罪。界於兩國

之間而成立。在民國以有本條規定。以結果地。則犯人須照民國刑律處斷。而犯人係

在外國。其逮捕探訪致罰等事。則依國際條約及刑事訴訟律等之規定。反是。若犯人在

在民國境內。或船內。放鎗殺傷外國境內之人。在民國亦得依本條規定。即有處罰之

權。故其犯人雖屬外國之人。自無庸更俟外國交付也。外國人民無因處罰之故。交付

外國者是爲今日各國之通例。

刑律通詮 第一編 總則 第一章 法例 第七條 一五

(節錄原案注意)

犯罪之行爲既兼消極行爲而言。則關於不動作之犯罪。以本人不爲當爲之動作。及因不動作所生之結果。爲其要素。自應以當爲此動作之地。爲行爲地。與夫結果發生之地。並認爲犯地也。

第八條 第二條第三條第五條及第六條之規定若因國際上有成例而不適用者仍依成例

文義

國際成例者。即國際上條約法規及慣例之謂也。原案本定爲特別條約法規。或慣例修正案。改爲成例。自足賅括一切。不適用者。因各該條規定之效力。與成例相抵觸。而行之有窒礙也。

理由

本條規定。本於國內法不得變更國際成例之原則。而設。蓋依二三五六各條。本律之效力。有時支配於外國人民。或涉及於外國領土。如與國際成例。不相抵觸。自無問題發生。惟其不能推行。蓋利。故有本條例外之規定。以成例限制其適用也。

國際上成例。既包舉特別條約法規及慣例而言。除特別條約之制限。現爲我國所獨

者。其他如海牙會議。所決議之陸戰海戰一切法規。及尊重治外法權之慣例。固各國所當共同遵守。不獨我國爲然也。惟依此等成例。有限於全體刑律者。有限於一定之犯罪事宜者。因特別條約而制限全體刑律之適用者。如外國領事裁判權是。若僅關於一定事宜。因條約而失其效力。如輸入鴉片煙之罪。中英條約現議修正不能適用於外國人。皆現時不得已之辦法。必待修改後。乃得完全適用。是皆爲特別條約結果。不得不依成例辦理之一證也。因法規或慣例。制限全體刑律之適用者。即尊重治外法權之人。是解見第二條此係慣例若僅認爲一定事宜。因例規而失其效力。如被敵人占領地界內。人民應敵國正當之徵發。不能處罰之類。此係法規見保和會決議陸戰法規第五十二條是皆爲普通法規或慣例。不得不依成例辦理之又一證也。凡對於此等情形。關係國際交涉。既應援據成例。以昭慎重。則二三五六各條。適用之範圍。自因之而縮小。故有本條以明文規定之。

附論

關於本條規定。主持反對之說者。議論不一。茲將各說之大概述之。以供研究。

甲說。謂本條爲混國法與國際法之界限者。其言曰。立法者本意。僅爲防止本律與國際法之衝突而設。不知刑法與國際法。截然兩物。牽彼入此。實爲大謬。譬如國法上。

至尊神聖不可侵犯。不聞有何國刑法。定主權者不受本法適用之條文。因國法與刑法各有界限。故也。國際法之於刑法亦然。故如有治外法權者。既爲國際法之所公認。其各國刑法中。皆不必有此例外之規定。自不得以不論何人適用一語。而審判有治外法權之外國人。則本條之設。誠屬多事。

乙說謂本條係以條約上之權利。變爲法律上之權利者。其言曰。國際條約上之權利。與內國法律上之權利。自當有間。若爲內國法律付與之權利。當不因開戰而失效。若僅爲條約上之權利。則開戰時可以失效。今將變條約上之權利。而以刑律定之。於我國所損滋多。自非削除不可。

丙說謂本條規定有損民國體面者。其言曰。立法者之理由。爲現在事勢計。則得矣。然此等條文。乃世界文明各國所未有之規定。以此定之刑律。垂爲常憲。誠爲民國法典上莫大之污點。有損民國體面實甚。

總觀以上各說。如甲乙二說。有出於誤解法理者。有出於誤解文義者。蓋國內法既不能變更國際法。則刑法自因國際成例相衝而受限制。此屬法理上之當然。本條即爲聲明此種限制而設。並非牽國際法入於刑律之內。故甲說不足以難之。至國際成例。

不僅關及。有法規慣例，即僅就條約一端言之，已失立法本旨。且條約亦不盡因戰時而為。因戰時而效力始生者，故乙說亦不足為辯駁也。惟丙說以尊重國體為詞，固有受理之可採，且以我國現時事情而論，有此等反對條文，或至生國際間之疑難，故非刪去此條不可。或慮刪去則二、三、五、六各條，顯與現行條約有所衝突，其效力甚不完全，不得不設此例外。然條約不過為國際成例之一，原屬暫時不得已之辦法。在未改正條約以前，或於施行法內別以明文限制之，尚無不可。若刑律中實無規定之必要，而有此適足留為司法上之污點耳。

第九條 本律總則於其他法令之定有刑名者亦適用之，但有特別規定時不在此限。

文義

其他法令之定有刑名者，包括一切關於刑事之特別法令，如違警治盜私鹽嗎啡等條例皆是。又如其他行政法中定有刑名，如礦業森林等法內所定罰則各條文皆屬之。特別規定者，與本總則有反對之規定也。如懲治盜匪及私鹽治罪法規定死刑得用槍斃，又如治安警察及出版法等特定公訴時效之類。

理由

本條規定以本律為國家刑罰之根本，故其總則效力可推及於無反對規定之一切罰則而適用之。蓋刑律為制定刑罰之普通法，其總則尤為構成犯罪

及科刑之通例。故以可適用於其他定有刑名之法令爲原則。惟其他法令。既立於普通刑律以外。自爲一種之特別法則。如有反對明文。與本總則自首減免宥恕及俱發累犯緩刑假釋等。例相背。是又特別規定。應優於普通規定。本總則因而失效。不限於一律適用。亦法律上不易之解釋也。故用但書以重申之。

第二章 不爲罪

義例

凡人類行爲。法律上認爲犯罪者。必有違法概念。卽違背國家禁令及所命令之行爲。而又以侵害法律利益爲其實質也。惟行爲雖屬違法。而有可歸責於本人者。亦有不可歸責於本人者。具有歸責之原因在。則爲有責行爲。犯罪以有責行爲爲限。有責云者。以責任能力故意過失爲要件。必此等要件完備。方足爲有責違法之行爲。得予以法律上之裁判。然國家對之科罰。尤必有法律明文之規定。且無阻止犯罪之原因。而後成立犯罪行爲。否則仍不得以爲罪也。

惟構成犯罪之要件。與阻止犯罪之原因。二者皆有一般的與特別的分。其構成之

特別要件。

特別原因。如同居親屬相盜等例。

皆於分則各正條定之。本章所定。則惟構成犯罪之要件及阻止犯罪之一般原因也。前者如責任能力故意過失等。屬之

後者如執行法令或正當業務正當防衛及不得已之行爲等屬之。故如第十一條至第十三條規定之各種要件。有一不備。法學上謂之無責任行爲。固不能成立爲罪。反之如第十四條至第十六條規定之各種原因。有一於此。法學上謂之正當行爲。亦不能成立爲罪。此本章所由設也。

比較

自本章至第六章。皆關於定罪之通例。惟本章爲成立之一般要件。卽凡普通犯罪者所不可缺之元素也。其次章以下。則爲各別犯罪之特種情節。非普通

所必備者。此等規定。參之我國舊律。自隋唐以來。名例中間有相當之條文。如一、斷罪無正條。本律第一條 二、本條別有罪名。本律第十三條 三、老小廢疾收贖。犯罪時未老

疾。本律第十一條 四、二罪俱發以重論。本律第二十三條 五、共犯分首

從。本律第二十九條 等類。雖其中法理。多與本律未合。新舊取義不同。而尙知定爲刑

律上之通則也。至於故意與過失之區別。及正當行爲。不得已行爲。未遂。累犯。等例。則

舊律名例所無。雖往往散見各條之中。而不能適用於犯罪全體。是以本律補正。概編

入於總則。以便援用。此本於法學上不易之理。徵之近世各國之立法例。亦大都然也。

第十條 法律無正條者不問何種行爲不爲罪

文義

法律、概括各項定有刑罰之成文法而言。不專限於本律也。故不曰刑律而曰法律。正條者、即各該犯罪之專條也。如本律分則所規定者是。不問何種行爲不爲罪者、非不審判及全免其刑之謂。乃經審判上調查其行爲之人、確合乎本章各條所規定、則其行爲自不成罪。

理由

本條規定、即不許比附定罪、罰及律無正條之行爲。此採用法定犯罪主義、限制類推的解釋、爲刑律上之大原則也。蓋自其原理論言之、何者行爲爲罪、必以法律明文爲斷。方不至於枉濫、而人民有所遵守。其無正條之行爲、即律所不認爲罪者、不認爲罪而罰之、非立法者之過、而解釋上之咎也。故採法定犯罪主義之結果、絕對不許比附。在立法者之意旨、對於比附援引於原案理由中、曾揭出其弊有三。其一、謂審判官於律無正條之行爲、得以已意致人於罰、是以司法而干立法之權矣。立法司法混而爲一、於政體殊多不合。其二、謂法者與民共信之物、律有明文、乃知應爲與不應爲。若於正條外參以審判官之意見、羅致罪名、民將無所適從。是不異於以機阱殺人。其三、謂人心不同、各如其面。若許審判官得罰無正條之行爲、非特見解互異、且可恣意出入、刑事裁判之統一、必不可得而期也。因有此三大理由、故現

今惟英國准用習慣法。與成文法有同等效力。其他歐美各國及日本刑法。皆以法定犯罪爲惟一之法則。不復認有裁定犯罪主義。一曰撞新主義者。我國尤有鑒於舊律之弊。故採取最近通行之法理。而以本條明定之。後段節錄原案理由

附論

查我國舊律。斷罪無正條者。引律比附。應加應減。定擬罪名。自隋唐垂爲定例。數千年相沿不改。故人心狃於習見。墨守陳說。對於本條規定。駁詰尤力。持論各有不同。大致皆以情僞萬端。律例既難賅載。自非比附。不足以資懲創。若限於法律正條。方以爲罪。人將擇正條所無之罪而犯之。司法官雖明知其有罪。而格於律文缺漏。又不能類推解釋。是立此準繩。以杜弊。適足以啟刁狡避之門也。故不如仍存比附之舊制爲愈。而其實此等理論。無足辯難。在法律館修正時。已力闢其非。今節錄其案語有曰。舊律毛舉細端。幾於一事一例。總計大清律例全書。不下一千八百餘條。而比附定案。時有所聞。誠以條文有限。人事無窮。縱極繁密。聖漏實多。若本律正條。一以概括爲主。實無斯弊。例如殺人者。處死刑。無期徒刑。或一等有期徒刑。一條。初不區別其被害者之年齡身分。及其手段如何。是以一條已足賅舊律中之數十百條。其他依此類推。人之犯罪。雖工斷不能軼此範圍。昔日本舊刑法採用法國之制。即以此

條冠於編首。行之數十年。惟竊引電氣一案。解釋頗滋疑議。卒以電氣具有流質。亦屬物體之一。仍當竊盜之罪。初未聞有巨奸大惡。有罪無罰。優游於法外之虞。况本律每條刑名。均設數等。每等又有上下之限。司法者儘可酌情節之輕重。予以相當之處分。是無比附之名。而有加減之實。不過略示限制。不似舊日可以任意出入於其間耳。此揆諸新制。比附之可不必存者一也。刑法與憲法相爲表裏。立憲國尊重人權。非據定律不得處罰其人民。此爲近世東西各國之通例。故皆明定於憲法。兼有備載於刑法者。即刑律外一切罰則。亦必以法律爲準。而刑律則關係尤鉅。若於此猶持異議。實與政體相違。此鑒於憲法比附之必不宜存者又一也。

中後二段皆勸
錄修正案語

且引律比附之弊制。自隋唐始定爲例。在漢時不過用之於疑獄。高帝詔獄疑者廷尉
當上律
令以斷然昔人已有倡言其非者。唐神龍時。趙冬曦上書曰。古律條目千餘。隋時奸臣侮法。著律曰。律無正條者。出罪舉重以明輕。入罪舉輕以明重。一辭而廢數百條。自是死生罔由於法律。輕重必因乎愛憎。受罰者不知其然。舉事者不知其法。洵爲不刊之論。况積至千餘年。其弊尤有不可勝言者。是爲我中國法制史上最大之污點。爲各文明國所輕視。自謂我國舊
律爲廢刑者此其一端也。而謂政體變更。人權發達。如今日之國家。法律

務期修明。安有此等弊制存在之餘地乎。

雖然本律不許比附以爲類推的解釋。亦曰類似而究許爲當然的解釋。亦曰自然的解釋。又曰况

於的當然解釋者。乃基於文理及論理的解釋。即以法律字句爲根據的。並探究立

法本旨的。於其理由更爲充足。雖止條尙未顯著。而事實實與正條同類。或加甚。應

包含於其中者。則可於正條解釋而適用之也。此等當然解釋。所以別於類推解釋之

處。蓋彼爲對於律文所不包含之事。以類似的條款比附援用。溢出法定犯罪之外。此

則對於律文雖未表示。而實包括於其意義之中。與正條同類者。例如修築馬路。止有

禁止牛馬經過之正條。則象與駱駝。當然在禁止之律。較正條加甚者。例如保護魚塘。

止有禁止垂釣之正條。並未禁止投網。而投網較甚於垂釣。亦當然在禁止之列。違者

即可據各正條解釋以罰之。是爲當然解釋之結果。必如是而後貫徹其法定目的。自

不戾乎立法者之精神也。

第十一條 凡未滿十二歲人之行爲不爲罪。但因其情節得施以感化教育。

未滿十二歲者。定絕對無責任之年齡也。按法律館草案。初定爲十六歲。修正

文義。案改爲十五歲。嗣憲政編查館。改爲十二歲。而以未滿十六歲者。另訂專條於

第八章宥減之內。後資政院議決時。復依修正案通過。至宣統二年冬。頒布。奉上諭。依憲政館議奏。仍改爲十二歲。而加入未滿十六歲一層。於第五十條文內。民國仍之。與原案所取之主義異矣。附錄岡田博士論說於後 因其情節者。非指罪狀輕重之情節。乃指無父兄。或有父兄而不知施教育者是也。感化教育。乃設立感化場。以代行教育也。按感化場之規則。文明各國多行之者。而英日尤甚。有國立公立私立三種。乃倣效家庭之組織。非學校之組織也。類以五六人。或八九人。爲一家。如父子兄弟然。教以德育智育體育。勞動以養其活潑之精神。寄宿以脫其不良之習慣。故入感化場之子弟。與其監督者以親權。而同時廢止其有親權者之親權。或其他法定代理人之監護權也。

理由

本律規定犯罪之責任年齡。以十二歲爲斷。其未滿此年齡者。無此責任能力。斯無爲犯罪主體之資格。故其所爲行爲。不問有無違法。及其大小輕重。均不負刑事上之一切責任。此學說上所認爲絕對無責任年齡也。本條之規定。以此。夫以年齡分別責任之有無。爲世界各國通例。即我國舊律。亦有十五歲以下。十歲以下。七歲以下。三項矜卹之條。良以未達丁年。乃教育之主體。非刑罰之主體也。惟年齡遲早。各國取制不同。草案定爲十六歲。修正時改爲十五歲。採最近之學理。立最新之

法例主義固各有當。而現在定爲十二歲者。本於前清憲政編查館之所改正。仍以有無辨別是非心爲基礎。定有無犯罪之責任。不以能受感化之年齡爲主。故反對原案所定。涉於過寬。易滋流弊。謂年齡或遲或早。各視其國民普通知識之發達而定。既有能識法律上效果之辨別力。自應對於行爲負責。不得舍刑罰而曲從教育。故斷自十二歲。如德意志匈牙利巴那斐里伏各國之制。最爲適中。足爲本條採用之先例也。

參考

對於本條規定。持反對之說者。議論紛歧。其一從制度上推翻。其二從年齡上辨難。然攻擊感化制度者。毫無理由。不足研究。至年齡之遲早。則取義各有所當。茲附錄法律館修正案語。及岡田博士之學說。各一則。以供參考者之取鏡焉。

法律館修正案語有云。各都省之簽註。持反對之論者。撮其大要。約分四說。一以未滿十六歲爲無責任。則教唆之事日出。二感化主義。行於我國尙早。三幼年犯重大之罪。不可不罰。四戶口清查不易。適啟規避之階。查教唆無責任者。屬於刑法學上所謂之間接正犯。當與親身下手者。受同一之處分。法理上毫無流弊。是第一說可無足慮也。感化教育。乃減少犯罪之良策。各國行之。成效卓著。不論何時何國。皆可取法無疑。從未聞有以民智未濬而闕之者。是第二說亦非通論也。幼年犯重大之罪。科之以刑責。

無懲戒之效。以教育感化之。或可冀其改悔。此東西各國歷年考驗之實情。本條採用斯制。初非置犯罪於不問。爲第二說者。殆未即道德齊禮之哲言而尋繹之也。清查戶口。警政初基。現值整飭庶務。亟應實力奉行。乃以冊籍未明。不責有司之奉行不力。而反藉奉行不力。以爲阻撓國政維新之張本。因循自誤。是誠何心。則第四說。更不足深論也。惟原案所定年齡。以十六歲爲斷。不無過寬。然如那威新刑法。暨日本改正刑法。酌減爲十四歲。亦爲各國學者所贊議。茲酌定爲十五歲。庶於新舊之間。亦兩得其平也。

岡田博士論曰。此論本即原案理由而引伸之原訂草案規定。凡未滿十六歲之行為。不爲罪。一經修正。改爲十五歲。茲聞核訂之本。復改爲十二歲。即對憲政編查館核訂而言。現律文所採用者。不可不辯其非。查中國唐明及大清刑律。均分爲十五歲以下。十歲以下。七歲以下。三項矜卹之例。而十五歲以下。七歲以上。係一種相對無責任。七歲以下。則爲絕對無責任。徵之東西各國刑罰與草案。亦皆有絕對相對無責任之規定。惟此制尙有四種區別。

責任年齡表

國

名絕對無責任相對無責任減輕時代刑事丁年

第	種	第
紐英 約言 利	日本 雷伊 那威 丹 澳地 西班 意大 羅馬 葡葡 俄羅	斯
七歲未滿	一〇歲未滿	七歲未滿
七十一	一〇一	七十一
七十一	一〇一	七十一
七十一	一〇一	七十一
無	一〇一	無
一二以上	一〇一	一二以上

第四種						第三種			
瑞 西	斐 蘭 特	奧 地 利	俄 羅 斯	日 本	匈 摩 甸	那 威	土 耳 其	里 克 薩 勃 兒	比 利 時
草 案	特	草 案	一 九 〇 三 年	現 行 法					
一 五 歲 未 滿	一 五 歲 未 滿	一 四 歲 未 滿	一 四 歲 未 滿	一 四 歲 未 滿	一 四 歲 未 滿	一 四 歲 未 滿	無	無	無
1	1	無	1	無	無	無	一 五 歲 未 滿	一 六 歲 未 滿	一 六 歲 未 滿
1	1	無	1	無	無	無	無	無	無
一 五 以 上	一 五 以 上	一 四 以 上	一 四 以 上	一 四 以 上	一 四 以 上	一 四 以 上	一 五 以 上	一 六 以 上	一 六 以 上

從來學者，恆依右表第一種所揭之分別，謂在第一期之人，全然不能辨別是非善惡，是以絕對無責任。在第二期之人，未便預斷有無辨別心，故為相對無責任，而犯罪時

有辨別心者應負責任。無辨別心者不應負責任。至在第三期之人必有辨別心。雖未充滿。應當減輕其刑。其達第四期之人全負責任。第二種與第三種立法例亦皆以有無辨別心爲斷。惟第二種之法例。削去減輕時代。第三種之法例。排斥絕對無責任時期。而以有無辨別心爲有無責任標準之說。至近年既爲陳腐。蓋犯罪如殺傷賊盜放火損壞之類。雖四五歲童稚。無不知其爲惡事者。以是非善惡之知與不知而定責任年齡。安可以七八九歲十歲十二歲十四歲爲標準哉。若據此說。各國法制之失當。不待言而顯然矣。

夫刑者乃出於不得已而爲最後之制裁也。幼者可教而不可罰。以教育涵養其德性。而化其惡習。使爲善良之民。此明刑弼教之義也。凡教育之力所能動者。其年齡依各國學校及感化場之實驗。以十六七歲之間。爲確實有效之限。故原訂草案。擬定以十六歲爲責任年齡。惟十六歲年齡。內外各衙門簽註。多數認爲不無過寬。修正草案有鑒於此。復因中國古來制度。亦有以十五歲爲成年之例。改以十五歲爲斷。其理由不外於捨有無辨別心之舊說。而取有無教育效力之新說。

此次編纂刑律草案。重視國體。兼之保護倫常。固不待言。且調查東西各國立法例。參

以多數實地之經驗。與最新學說之趨勢。取長捨短。期作完備之法典。則責任年齡。更不宜墨守舊制也明矣。本草案初稿。定爲十六歲。改定案定爲十五歲。均係調查各國學校感化場之統計。學者之研究。及實地家之定說。並非毫無依據。况近二十年來。東西各國最新立法例及草案。未有降至十四歲以下者。西歷一千八百八十九年。斐蘭特刑法。一千九百零二年。瑞典刑法。均採用十五歲說。又與瑞典同年頒布之那威刑法。一千九百零三年。所訂俄羅斯及瑞士刑法草案。一千九百零七年之奧國刑法草案。一千九百零八年。明治卅四年實施之日本現行刑法。均採用十四歲說。在十四歲以下。絕未聞學者主唱其說也。

比較

本條定自然人犯罪之責任能力。與民律所定行為能力相當。而主義不同。在民律認自然人出生。即足爲權利主體。有權利能力刑律上即可爲被害主體。犯罪客體

此其所同也。至其行為能力。在民律上。以其足爲法律行為生效力之前提。律以保護其本人之利益爲主。故成丁之年齡。不妨從寬。民律草案定爲二十歲若責任能力。則以其足爲違法行為歸責於本人之前提。其無責任能力者。民律上固不認爲有效行為。刑律上即無犯罪之構成要素。律以保護被害之法益爲重。故預責之年齡。法定宜早。此其

所以異也。惟自其年齡遲早言之。有責任能力者。不必有行爲能力。然本條斷定責任年齡。既有無辨別力爲基礎。是認其意思能力。對於所爲行爲。能識有法律上效果之謂。非必辨別其行爲之遲早也。則有責任能力者。自必基於行爲能力。不過較之民律規定。其意義有廣狹之別耳。

附論

夫責任能力以年齡及格而有之。自當以自然人爲限。不待言也。而法人是否負有責任。亦刑律上應研究之問題。夫法人者。乃依法律享有權利能力之實在組織體也。此探察在說之定或與擬制說相反對。依此定義。法律對於法人。既認有權利能力。足爲被害主體。其法人機關。依一定之方法。發表意思。即爲法人意思。從一定之形式。實行意思。即爲法人行爲。是法人之意思能力。與行爲能力俱全。若居法律上代理人之地位者。實以其法人機關之資格而執行之。故其所爲法律行爲。不啻法人自己之行爲。爲法人既有效力。對法人亦有效力。此即其責任能力之所由生也。

况法人行爲。有適法者。有違法者。其適法行爲。無論關於公法私法。在法人得享有能力。固無異議。今謂屬於適法之範圍。認有行爲能力。而屬於違法之範圍。則無責任能力。無是理也。若謂適法行爲。既可歸諸法人。而因其違法之故。遂非法人行爲。尤孰是

理。是以違法行爲。有爲民律上之不法行爲者。有爲刑律上之犯罪者。故法人而爲不法行爲。應負民律上賠償損害之責。則法人而爲犯罪。亦得處以刑罰。其當然負有刑律上之責任能力。又何疑乎。

然學說中又有以法人爲法律上擬制之人格者。非有獨立呼吸之生活主體。故法人本無行爲能力。亦無犯罪能力。夫何刑事責任之有。以通常之理解言之。在法人當然無犯罪刑罰之實體。在除罰金而外。如死刑。徒刑。皆無從執行。則斯說亦未爲不當。但此等議論。各有根據。學理上最難斷定。專就刑事政策而言。法人犯罪若不處罰。則刑律之效用。必不能全。故因實際之必要。國家對於法人。當設特別規定。以罰之。而後可。

日本自處罰法人之法令。如稅則。紙煙買賣法之罰則。及明治三十七年內務省令第一號關於豫防肺結核細則第十條是也。

第十二條 精神病人之行爲不爲罪。但因其情節得施以監禁處分。

前項之規定。於酗酒或精神病間斷時之行爲。不適用之。

文義

精神病者。乃精神上生有空礙。神經錯亂。失其作用之常度也。如白痴。瘋狂等類。屬之。與違警律所謂心疾。及日本刑法所謂心神喪失者。相當。惟心疾與心神喪失。意義廣泛。揆之法理及病理上。不如用精神病字樣。較爲確當。其種類。區別。屬

醫學上研究之。精神病人之行爲。乃由疾病的作用之行動。在本人已失其意思能力。不得視爲本人行爲。故可斷定無責任能力。不成立爲罪也。因其情節云者。與前條文義相同。監禁處分者。不可混爲尋常監獄。乃一種特別之監督制度。專爲處分精神病者而設也。如日本已有精神病者監護法。明治三十三年所定。凡二十三條。足資參考。我國將來亦必特定。惟現在此項法律未備。不得不依尋常處分監禁之。醜者。醉怒之謂也。以酒爲凶曰醜。云沉醜於酒。其醜酒時之人在。病理上亦謂之一時之精神病。精神病間斷時。指精神病中止時而言。此病多有時愈時發。其愈時一如平生。故病有間斷者。當分別定之。

理由

本條規定。爲精神病人無責任能力而設。夫責任之有無。既以有無辨別是非。善惡之能力爲準。則必基於其意思能力。所爲舉動。方爲本人之行爲。如有精神病者。固有之知識喪失。本來之神經錯亂。致動作失其常度。妄觸刑辟。已絕對無意思能力。純爲疾病之作用使然。則既不得認有本人之犯罪意思。自不得認爲本人之犯罪行爲。而歸責於本人。是以各國立法例。對於精神病人之行爲。皆不以爲有罪。爲其無責任能力。當與年齡未屆者之意旨相同。此本條所以採取斯義。而以次列於此。

也。

然精神病人之行爲。雖無責任能力。而因其行爲結果。影響所及。貽害社會。關係公益匪淺。放任之自非所宜。惟刑律既不以爲罪。濫行拘束人身之自由。又爲文明法律所不許。故各國特定監督之法。得因其實際情節。有監禁之必要者。即予以監禁之。此非有罪之制裁。乃爲養病及防患計。實施特別法令之處分。亦以補助刑事政策也。本條但書之規定以此。

雖然精神病有間斷與不間斷之分。無間斷之精神病。其病人之行爲。常無責任能力。固不待言。惟有間斷之精神病。在間斷時。有可以成罪之行爲。究應如何辦理。如依第一項概括解釋。該精神病人之行爲。皆不爲罪。然立法者本旨。非對其人特設寬宥之例。乃專指疾病作用。發而爲外部動作。則直爲病之行爲。與其人之意思。絕無因果關係。自無對於疾病而負刑責之理。故應區別此等人行爲。以精神病中之動作爲限。屬於不爲罪之列。若病既中止。精神如常。本人亦既回復自由意思。自爲一切行爲。則當然負有責任。不適用前項之例。此第二項所以揭出之。

此外酗酒之人。亦屬暫時之精神病。其酗酒時之行爲。不可謂非精神病中之行爲。惟

此種病源係本人所自行干犯。而亦自能制止。非若其他精神病。別有生理與病理上之原因。不能由人力遏抑者。偷放任之而不爲罪。則沉湎者愈恣肆而無忌憚。刁狡者尤藉狂醉以逞非行。法律所不許也。故律文特揭明酗酒一類。加入於第二項。以視與精神病間斷時人。同負有普通之責任也。但此等酗酒時之行爲。若係全無意識。而非出於故意。且並無別項之遠因。在酗酒人果不知而爲之者。則處罰未免失當。自可援第十三條規定。非故意之行爲不爲罪。以欠缺責任之要件論。亦不得以酗酒之故。遂爲無責任能力。此解釋之結果如是。不必有明文規定者也。

惟精神病之有無。屬醫學上問題。審判官如不能識別。則倩專門醫學者鑑定。藉其診斷結果。以供審判材料。故鑑定人於刑訴上。居重要之地位。即對於刑律上。負特別之責務。或慮醫學未精。而精神病學。尤少專家。使鑑定不真。足使裁判失當。此非立法者之過也。况醫師之鑑定。原無拘束審判官之效力。萬一遇有疑難。不妨廣徵學術。精密審查。若有失出入。其責仍歸諸審判者。但介於疑似之間。終難斷定時。得依本條。以不爲罪爲當。如間斷時所爲行爲。及酗酒時果無故意與否。則尤費研究之甚者也。

第十三條 非故意之行爲不爲罪。但應論以過失者。不在此限。

不知法令不得爲非故意。但因其情節得減本刑一等或二等。犯罪之事實與犯人所知有異者依左列處斷。

第一 所犯重於犯人所知或相等者從其所知。

第二 所犯輕於犯人所知者從其所犯。

文義

故意者。謂認識犯罪事實。而又有犯罪行爲之決意也。必兩者具備。而後成爲故意。過失者。即不認識當認識之事實。或無有犯罪行爲之決意也。故過失行爲。即非故意之行爲。故意與過失不能兩存。而同爲犯罪之責任要件。若兩者俱無存在。則直爲無意之動靜而已。應論過失罪之行爲。定於分則各條。別有一定條件爲前提。而成過失犯。總則中未便立一標準。蓋過失以不罰爲原則。應論者。其例外也。

不知法令。包括一切法律命令而言。不知者。即不認識實在法令。或幻覺不實在法令之謂。此等行爲。自廣義言之。似非有犯罪之故意。然已具備認識事實。及決意行爲之要件。故不得謂非故意也。惟以其不知爲犯罪之故。學說上謂之法律之錯誤。犯罪之事實。指實現之結果而言。有法定事實。與具體事實之別。如殺人罪。以殺人爲法定事實。所殺之人。爲甲或乙。則具體事實也。犯人所知者。指豫期之結果而言。即其

所認識之事實。及決意行爲之目的也。與犯人所知有異。即觀念與對象齟齬。其實現之結果。非所豫期。亦即其認識之事實。異乎實在之事實也。學說上謂之事實之錯誤。輕重相等。皆蒙犯罪情節。及法定主刑兩者而言。相等者。輕重同而事實異也。從其所知者。專罰有犯意之行爲也。從其所犯者。不罰無犯行之意思也。

理由

本條規定。係確立無犯意即非犯罪之原則。并規定例外者。得以過失論罪。因故意與過失。同足爲犯罪成立之責任要件也。夫人之有行爲。必基於意思發動。若無意之動靜。不論身體如何狀態。及發生何等結果。與本人意思無關。皆不得謂之行爲。蓋故意與過失。既絕無存在。祇爲一種事件。自不入刑律範圍之內。故本條所揭之行爲。其故意過失。二者必居一於此也。若對於無意動靜與以原因之任意動行爲雖有故意有過失。而故意爲犯罪之要素。爲負責之前提。刑律上處罰之主要理由。亦不外是。所以禁奸惡。懲暴亂也。若無故意存在。則前提要素已不成立。故一切過失行爲。皆以不爲罪爲原則。惟因其不加適當注意之故。發生重大損害或危險。影響於社會甚鉅。國家爲保護公益。在特定事情之下。有必要處罰其過失犯者。於分別各條定之。是爲專罰犯行之例外。不可與通常非故意之行爲相混。所以全刑律之效。

用而貫徹刑罰之宗旨也。

然使不知法令而爲之者。雖認識事實。而不知卽爲犯罪事實。或雖有行爲決意。而不知卽爲犯罪行爲。因其犯罪與否。全以法律正條爲依據。不能責人皆盡知。則果出於不知之行爲。自與故意犯罪者有別。然法令既已公布施行。人民卽有應知之義務。知與不知。法理上固不可因人而異。實際上亦不能盡人而判之。如以不知者爲非故意。則藉詞規避。法律將無實施之日。故原則上不得謂非故意也。惟極端適用此主義。而社會事情複雜。法令日益煩瑣。人固有實在不諳法律。偶于例禁。其情節尙可原者。故許審判上以得減之權衡。此關於法律上之錯誤。以不阻止故意爲原則。惟當察其程度原因及性質。而定減輕之例。是亦調和之一例外也。

第一第二兩項均區別有無故意之成立。在故意犯罪者。必有認識事實及其決意行爲爲要件。故其行爲與事實相符。適合本人豫期之結果。卽所犯不出乎所知者。自依通常法則適用無疑。若夫觀念與對象齟齬。其實現結果。與本人之豫期結果有異。則關於事實之錯誤。視第二項法律之錯誤者。似當有間。然其犯罪之事。雖與犯人認識之事實^{犯人}不同。而對於本人之決意行爲。究未斷絕因果關係。是亦不能阻止犯罪。

之故意。惟處罰行爲。或處罰意思。不能一律適用。斯當區別輕重處斷之。此第三項規定。所以分列二款也。

甲 第一款規定。係由第一項前半規定而生。亦爲無犯意即非犯罪之原則。惟第一項非故意情形。本人對於犯罪事實之全部。毫無故意。若所犯重於所知者。僅對於過重之一部犯罪事實。無有故意。則因錯誤而生之一部。確非故意行爲。不負刑事之責。故律以從其所知者論罪。專罰其有犯意之行爲也。但此等錯誤。必屬於具體事實。如誤以尊親屬爲常人而殺之。是所犯重者。或誤以甲爲乙而殺之。是相等者。以法定事實性質相符。則從其所知。均以殺人罪論。若屬於法定事實之錯誤。其本罪已不成立。惟在一定前提之下。如殺人放火。決水等類。別成過失犯罪。如以人爲犬而殺之。或因竊物而誤傷人。皆以過失殺人傷人罪論。不僅從其所知。爲殺犬竊物之未遂罪也。

乙 第二款規定。本於無犯行即非犯罪之原則。與第一款從其所知。正相反對。蓋人之犯罪。固有謀之甚重。而行之甚輕者。則所犯輕於所知。僅使之對於行爲真實。不復罰其無犯行之意思也。但此等錯誤。亦以僅屬於具體事實。而法定事實之性質相同。則一律從其所犯。如意圖姦淫幼女。誤認有夫婦爲幼女而行和姦之類。是也。若其錯

誤屬於法定事實。又當分別論之。如以他人之犬。認爲人而殺之。是僅爲主觀之幻覺。其法定事實本不存在。故惟以現實結果。成立既遂。專從其所犯也。如殺人而誤斃其所携之犬。或殺甲而誤破甲所乘坐之船。是具有客觀之危險。其法定事實固已存在。則仍以豫期結果。成立未遂。不僅論其殺犬毀船之過失行爲也。

蓋第三項之規定。於法律上。固各有專罰犯意。或僅罰犯行之原理。而政策上實隱寓罪疑惟輕之深意。所謂輕重互異。皆屬事實之錯誤。但錯誤有不成立故意者。結果較重之一部事實。是也。有得視爲故意者。結果相等之全部事實。是也。有可阻止故意者。結果事實較輕。其豫期之一部事實。是也。至於具體錯誤與法定錯誤之別。乃從學理上分析。爲當然之解釋。律文雖不立此界說。亦適用時所宜注意也。

且第三項之例。不獨適用於單獨犯罪者。共犯時之適用尤多。例如甲乙共謀竊取財物。甲入室。而乙在外瞭望。若甲入室後。臨時變爲強盜。則據第一款從其所知。乙仍以竊盜論。反之。甲乙共謀強盜。甲入室。僅爲竊取以出。而乙之爲瞭望者。據第二款。亦以竊盜論。則從其所犯也。此等實現結果。與豫期之結果相違。學說上謂之共犯罪之齟齬。

第十四條 依法令或正當業務之行爲或不背公共秩序善良風俗習慣之行爲不爲罪

文義

依法令之行爲。即依法令規定。執行其權限內之職務及其他權利行爲也。

正當業務。包括一切技術行世者。不限於準據法令。但爲法令所不禁止者。皆爲正當。業務之行爲。即執行業務必要之行爲也。各國關於執行業務事。皆有準據之規則。我國尙待制定。不背公共秩序者。不致紊亂其公序也。不背善良風俗者。不妨害其善俗也。習慣之行爲。乃習慣上認許之行爲。以不背公序善俗爲要件。亦得視爲正當。

理由

本條概括正當行爲不爲罪之規定。皆其行爲外形。酷類犯罪。而實質確非犯罪者。得阻止犯罪之一原因也。蓋因實際上適用刑律。有與其他法令相衝突。或與國家准許之業務。行爲相衝突。又或與習慣上認許之行爲相衝突。關於此等情形。比無犯罪性質。又有其他法令習慣。認爲正當。自不能極端適用刑律。概爲有罪。而抹煞一切。復不能不顧刑律效用。斷爲無罪。而視若具文。故特設本條。以明其旨。應先從法令習慣。不以爲罪。庶使司法者有所依據。不致以辭害意。而罰及無辜也。茲

分別說明之。

第一 依法令之行爲。當事者依法令明文規定。在法律上地位。有不得不爲之行爲。謂之義務。有當然得爲之行爲。謂之權利。此等行爲。雖有害法律利益。與犯罪有同一之內容。刑律不作爲犯罪而罰之。茲舉其重要者如左。

甲 職務行爲。凡官員或其佐理。在職務上。所爲行爲。有直接法定權限。則實施權限內之所爲。或職務上須絕對服從長官命令。則執行命令之所爲。皆得視爲正當者。故屬官服從命令。既爲不得拒絕。則內容雖係違法。當以長官爲間接正犯。在屬官依之而行。不爲罪也。如警察奉命逮捕某人。其人無故破壞。則雖係違法。但屬官對於捕之罪。在長官不在警察。以警察不能拒絕也。命令事宜。在形式上。必係該長官職權。爲屬官職務所不能拒絕者。始有服從義務。否則爲權限外之行爲。當然可以拒絕。乃屬官明知違法而爲之。不得謂非共犯也。

如長官命屬官貪贓。又如長官命屬吏殺其仇人者是。

乙 懲戒行爲。依民法及他法令。有懲戒權者。在其權利範圍內之所爲。均爲正當。如父母懲戒其子。但以不越相當之處分爲限。至其過當行爲。仍屬違法。如父母因懲戒而殺其子。惟懲戒權之範圍。若法無明文者。則依一般習慣。認爲相當者定之。

且有懲戒權者。可以實行懲戒之事。委託他人。故受託者。在其委託之相當範圍內。所爲行爲。亦爲正當之懲戒行爲。如父母委託奴婢懲戒其子女是此與屬官執行長官之命令者同。

丙 監督行爲。依特別法令規定。有監督權者。在其權利範圍內。對被監督者所施處

分。與懲戒行爲同爲實施正當權利。此如感化院院長監獄官長學

丁 現行犯逮捕行爲。依刑訟律規定。不論何人。皆得逮捕現行犯。故此等行爲。非侵

害人之自由。不得視爲私擅逮捕。且與官吏按律逮捕。別爲執行職務者不同。蓋普

通人民行逮捕權。以現行犯爲限。亦得爲依法令實施之正當行爲也。

第二 依正當業務之行爲。業務之正當與否。有爲成文法所規定者。有僭不爲一

般法則所禁止者。前者固有法令明文。可爲標準。如醫藥產婆及一切後者既不屬國

家禁令之中。如命相卜卦祈禱皆不得謂非正當業務。則關於此業務之行爲。均爲正當

行爲。不得以其行爲形式。適合刑律條文。構成犯罪。而變易其行爲之實質也。如醫師

之精神入事。或不成。或醫藥之類。但此等行爲。須以必要相當。及適當注意爲準。如非必要而施適當

之手段。仍對於適當之一部分負責。或因不注意之故。致生損害。則在一定條件之下。

類。如放火。或決水者是。別成爲過失犯也。

第三 不背公序善俗之習慣上行爲。習慣之行爲。有明爲法律所准許者。有適合法律所禁止者。其准許之行爲。民律上認爲有效。即刑律上不爲犯罪。固不待言。惟爲法律禁止。又爲習慣准許之行爲。自法律效力言之。則違法之習慣不能存在。自行爲之性質言之。則不背公序善俗之習慣。固可寬容。蓋習慣出於相沿。本不因法律而生滅變更。法律爲保護公共秩序。善良風俗。其有害於公序善俗之惡習慣。得因而矯正之。則無害於公序善俗之良習慣。自不妨認容之。是以本條規定。即因分則列舉之行爲。偶有與習慣衝突者。而其行爲實質。實不背於公序善俗。故放任之不以爲罪。視與正當行爲相同。有本條明示準則。斯法庭有所依據。以決定罪之有無。是亦取習慣上之效力。而定爲法律上之效力。以爲阻止犯罪之普通原因。不得謂習慣強於法律也。例如習慣於一定日期。許在路傍開設商店。違警律之妨不得爲妨害交通之罪。又如爲祭祀婚喪等事。有僭用官員服飾之習慣。不得爲妨害秩序之罪。皆以不背乎公序善俗也。其餘以此類推。

第十五條 對現在不正之侵害而出於防衛自己或他人權利之行爲不爲罪但逾防衛行爲過當者得減本刑一等至三等

文義

現在指現行加害之時而言。即既開始而尙繼續。或未開始而即將開始之狀態也。但以何時爲繼續。何時爲終了。當依行爲時之情況而定。不正侵害。即不出於正當行爲。而加害人之法益者。是其行爲不必成立犯罪。故即無責任者之不正侵害。亦包括之。出於防衛者。爲防禦侵害計。對侵害者加以反擊之行爲也。自己或他人。皆指被害之主體。言以實施防衛者言之。而分爲己爲人也。他人。無論親屬知交與否。皆包括之。權利。概括生命、身體、自由、名譽、財產、一切法益而言。逾越。過當者。越過防衛之程度也。其程度以達防衛目的之必要範圍內爲適法。否則爲過當也。

理由

本條規定正當防衛行爲不爲罪之原則。因防衛法律利益。對侵害者加以反擊之行爲。學說上名曰正當防衛。其實施正當防衛行爲者。無論發生何等損害。得視爲阻止犯罪之一原因也。惟正當防衛。以侵害行爲爲原因。以對侵害行爲者。實行防衛爲實質。故對何種之侵害行爲。得行何種之防衛行爲。當分別說明之。

第一 侵害行爲須具左列之條件。

甲、人類之侵害行爲。正當防衛當對人類之侵害而行。若人類以外之動物。或無

生物生有危害。欲排除之者。有其他之正當行爲。即次條不得不得曰正當防衛。他國學說立法例。有以對物體危害。加以反擊。與對人類加害行爲並論者。是與現今一般之學理相反。

乙、不正之侵害行爲。正當防衛。乃對不正之侵害而行。對於正當行爲。無有防衛。故對執行職務。及他人正當防衛之行爲。而行排除之者。非正當防衛。惟解釋不正侵害。不可混爲犯罪行爲。蓋不正雖爲違法。不必出於有責。不必對其行爲。必有法律制裁。故無責任能力者。如幼兒及精神病人之行爲。或無責任要件者。如非有故意過失之行爲。又或不受國法制裁。如有治外法權人之行爲。苟有不正侵害。皆可以對之防禦。而實施正當防衛權。

丙、現在之侵害行爲。正當防衛。以急迫之危害爲前提。方有衛護之必要。故應以現在侵害時爲限。若對未來之侵害。可請求公力豫防。對既往之侵害。亦可訴諸公力處分。皆不許有正當防衛權。如自以爲防衛而反擊之。則成爲違法矣。

第二 防衛行爲。須具左列之條件。

甲、防衛行爲。須加諸侵害之人。正當防衛行爲。即反擊侵害行爲者之行爲。苟因

侵害行爲。生有危難。以欲退避之故。對侵害者以外之人。有所加害。亦有其他之

正當行爲。亦次條不得不得爲正當防衛。

乙、防衛目的。在全自己或他人之法益。自己法益被害。得行防衛無疑。若他人爲被害主體。不屬親族知交。自無防衛義務。然得主張正當防衛權。代行防衛行爲。是爲公許之義。所以獎勵義俠也。

依右所述。可知正當防衛權之所由來。及其實質。惟實施此種行爲。尤有一限制之要件。即不得越必要之程度是也。蓋正當防衛。其目的在保護被害者之法益。以能達到保護目的。在必要之範圍內。得施一切反擊行爲。法律始認爲正當。若非必要而施過當行爲。是以暴易暴。對於過當之部分。仍負刑事之責。雖有時得減輕其刑。而不必一定減輕。在審判官按其實際情節而定。改用但書以重申之。

惟反擊行爲。越過必要之程度與否。全屬事實問題。一任審判官之權衡。並不以侵害行爲。與防衛行爲。兩方發生之實害。比較上有相當之程度爲準。蓋侵害之法益雖重。而反擊可以甚輕者。或侵害之法益雖輕。而反擊不得不重者。皆以防衛之必要行爲爲度也。至過當行爲。反擊者自爲不正。與被反擊者又得對於過當部分。復行反擊。而

主張正當防衛權也。此爲解釋之結果如是。

比較

正當防衛之制。在我國舊律。往往散見於各種事例之中。如無故入人家登時殺傷者勿論及復讐各條類是。法國刑法。與日本舊刑法。亦惟有因防衛而殺傷人者。乃規定特別

不論罪之例。且以對生命身體之暴行。與財產家宅之特種犯行。得施防衛。其他之侵害行爲。與夫防衛行爲。皆無規定。其範圍已至狹。然立法本旨。既爲保護法益。排除現行侵害。則一切自由名譽財產。斷無坐視被人侵害之理。而防衛既爲必要。亦不應以殺傷爲限。且殺傷可不論罪。則殺傷外之其他反擊行爲。決無不許防衛而加罪之理。是以本律纂入總則。不問何等侵害。皆得對之防衛。而防衛之必要行爲。皆得認爲正當。不得謂非法律上之進步也。

第十六條

避不能抗拒之危難。強制而出於不得已之行爲。不爲罪。但加過當之損害者。得減本刑一等至三等。

前項之規定。於公務上或業務上有特別義務者。不適用之。

文義

避者。有形之迴避也。有圖幸損害意。不能抗拒者。屬自力不能抵抗。拒却前言。學說上謂之不可抗力。危難。包括人類行爲。或人類行爲以外之事實。如

天災地變及一切動物無生物等之強制力而言。強制有脅迫意。即以危難相迫爲人力之不可抗也。出於不得已者。須達不能抗拒之程度。則其所爲行爲。謂之緊急狀態行爲。過當義與前條相同。蓋不得已之行爲。以能避其危難爲度。若加過分損害。是得已而不得已也。特別義務者在公務上。依法令規定。或業務上有一定準則。皆不能行使緊急狀態行爲者。故不適用之。

理由

本條規定緊急狀態行爲。不爲罪之原則。蓋因有不能抗拒之危難。強制以欲避之之故。不得已而加害於人者。法律上視爲放任行爲。亦得爲阻止犯罪之普通原因也。夫自道德言之。損人利己。甚非仁人君子之所爲。然法律上之主旨。係注重公共利益。而設一般之法則。不責人以所難能。且值此緊急狀態。亦非刑律效力所能及。故定爲不得已之行爲。當彼此法益相衝突之時。勢難兩存。欲救濟其一。必至犧牲其一者。則許一方爲避免之故。而加害他之法益。法律於此不加保護。亦不予以刑罰。一聽其自力排除。直放任之而已矣。

惟緊急狀態行爲。以危難強制爲原因。以避害必要爲實質。其與正當防衛行爲。互有異同之處。今分析其成就條件。得其同者有二。其不同者亦有二。一危難強制。必屬現

在情形。方有不能抗拒而陷於緊急狀態。此從文理上解釋而得之者也。二、避害目的。在全自己或他人之法益。律文雖未明言。而立法本旨。既因不得已而放任之。自應與正當防衛同斯一理。此從論理上解釋而得之者也。斯二者之所同也。至於相異之點。則危難強制之原因。一、不限於人類行為。二、不限於不正行為。蓋緊急狀態。有由於人類之行為者。有出於人類以外之物體自然力者。而人類行為中。又有係正當行為者。有係違法行為者。因物體自然力之危難。不能抗拒。以欲避之之故。不得已為加害行為。均可為緊急狀態行為。如圖免水火震災。及動物之襲擊。器械之運動。等是也。因人類之正當行為。生有危難強制。以欲避免之故。亦得為緊急狀態行為者。如甲為緊急狀態行為。使乙陷於危難。乙亦得以緊急狀態行為。施之於丙。或反施之於甲。皆可也。若因人類之違法行為。生有危難強制。以欲避免之故。對違法行為之本人。實行反擊。斯為正當防衛。必不得已而加害第三者。乃為緊急狀態行為也。但危難之原因。雖由物體作用。而實發生於自己行為時。是否得為緊急狀態行為。律文並未分別規定。當無限制之必要。則對此等危難。所為緊急狀態行為。亦應視為適法。不得以遠因而變易其性質也。惟危難在所豫見。或易得豫見者。因避之而加害於

人自當依一般法例以故意或過失負刑事之責。不得復主張緊急狀態行為爲索。

且因危難而陷於緊急狀態。有使意識作用全歸喪失者。是爲無意之動靜。有阻止精神作用。至失辨別力者。是無負責之能力。皆別爲無行為要素。與無責任要素。即第十

定不復以出於危難與不得已之行為並論。蓋不得已之行為。非不具有故意過失。不

能構成犯罪。但因其緊急狀態。特視爲阻止犯罪之正當原因耳。

至於危難之程度。與因避難而加害於人之程度。雖有輕重之差。不得以此定緊急狀態行為。越不得已之程度與否。其旨與正當防衛同。故對於過當之損害負責。及刑罰

之減等。皆與前條理由一致。參考前條理由未段惟本條有一特別之除外例。則有一定之公務

或業務者。依法令或習慣認定。關於執行職業。負有特別義務。當不能以避危難之故。

自爲緊急狀態行為。致使放棄責任。而貽人重大損害。且以墜公務上之信仰。失業務

上之依賴也。例如軍人臨陣。不能避敵鋒而脫逃。又如船長行船遇險。不能棄置弗顧。

而自行走免之類。此關於身分之限制。不能適用。故設第二項以規定之。

第三章 未遂罪

義例

凡犯罪之普通要件。必有責任能力。成年者及非精神病人及責任要素。故意或過失為前提。而又無阻止犯罪之一般原因。方足構成犯罪行為。至其各罪之特別要件。規定於分別各條。自犯罪之階級言之。有實行與結案之分。自犯罪之事實言之。有實害與危險之別。而在各罪成立上。必完備此等要件無疑。但因各罪性質不同。有以結果為既遂者。有僅以實行為既遂者。却有因既遂而生實害。或僅生危險者。其未至於既遂之程度。斯為未遂。未遂者。非絕對不為罪。特有罰有不罰耳。是以本章規定。舉凡實行未終結。或結果未發生之犯罪者。立一未遂之標準。徵之我國舊律。亦有謀殺已行未傷。及傷而未死。盜未得財。強姦未成等類。皆屬未遂情節。惟散見各門。並未列諸名例。不過數種之犯罪行為。可以適用。而不知此等事實。除過失犯外。實為各罪共有之情形。應定為刑律全體之通例。故採取歐美日本各國之立法例。特設為總則內之專章也。

惟未遂犯之原因有三。一、因意外之障礙不遂。二、因目的手段之不能。三、因已意中止。皆吸收於廣義未遂之中。其實二三兩者。意義固各有別。故第十七條第一項前半。乃限定未遂成立之要件。其後半。則適用於不能犯。名義異而處分相同。其第十八條規

定。則推及於中止犯。名義殊而處分亦異。爲其性質上有區別之要點也。如不遂與不
而因意外與因己
意者自應區別

第十七條 犯罪已著手而因意外之障礙不遂者爲未遂犯其不能生犯罪
之結果者亦同

未遂犯之爲罪於分則各條定之

未遂罪之刑得減既遂罪之刑一等或二等

文義

著手云者、開手實行前之狀態也。因原因也。意外者、意料所不及也。障
礙者、阻其實行不能成就也。意外障礙之事實、包括自然力及人類行爲而
言。不遂者、即未完成其犯罪事實也。包括行爲未終結、及結果未發生而言。前者爲
已着手而未達於實行之未遂。後者爲已實行而尙無結果之未遂。不能生結果者
與因障礙而不生結果者、有別。學說上謂此爲不能犯。而刑律上處分則同。於分則
各條定之者、因未遂犯不盡爲罪也。其刑得減云者、即不必減之謂。與法定應減者
不同。

理由

本條規定未遂犯成立及其定罪與處罰之通例。夫不成既遂之行爲。在主觀。有以犯罪事實之觀念而爲者。有無此觀念者。在客觀。有完成犯罪之危險者。有無此危險者。本條應論之未遂犯。則須以本人有犯罪事實之觀念。及其行爲有威犯罪之危險。爲其要件。申言之。即非故意之行爲。不成未遂。如過失犯。當然不屬本條範圍也。或有故意行爲。尙未接近危險者。亦不成未遂。如未至著手以前之行爲。除另有處罰豫謀之罪外。亦當然非本條所能賅括也。故必限定犯罪已著手。而後有研究未遂之問題。

試先即犯罪之行爲階級。舉例證之。普通爲豫備、著手、實行三者。其豫備前之犯罪。決意實行後之犯罪結果。皆不包括行爲階級之中。故僅論其行爲。如以紊亂國憲爲目的而起暴動者。爲內亂罪。竊取他人所有物者。爲竊盜罪。放火燒燬他人屋宇者。爲放火罪。其暴動竊取燒燬。依分則各條規定。爲各罪成立之要件。所謂實行也。將暴動而召集黨羽。因竊取而侵入第宅。欲燒燬而施火具。是爲密接實行之行爲。所爲著手也。未召黨羽而先儲軍械。未入第宅而先窺門徑。未施火具而先購燃料。是爲活動犯意之行爲。所謂豫備也。本條則僅論其著手以後之情形。

是故由著手而達於實行爲終結犯罪行爲。由實行而發現事實爲完成犯罪結果。其因意外之障礙不遂屬實行之未終乎。抑結果之未成乎。此不能執一以論也。蓋因各罪性質不同。有以實行終結爲既遂要件者。有並以結果發生爲既遂要件者。前者爲未實行之未遂。後者爲已實行之未遂。已實行之未遂。尙未至於實行。亦固以未遂論。如殺人以至死爲既遂結果。傷而未死爲已實行之未遂。皆以既爲著手行爲。而因意外遂僅持刀追逐而爲他人所奪。是爲未實行之未遂。障礙不構成既遂要件。成立未遂。解釋上雖有已未實行之分。而律文不區別之。

障礙之原因。有出於自然力者。如放火而逢天雨竊盜。有由於人爲者。如殺人而適值人撲。法律上無區別。惟以其原因出乎意外。必非犯罪者豫料所及。此自主觀言之。爲

達犯罪目的。不計及此等障礙。或僥倖免其障礙者。皆爲意外。非自客觀推測其能否豫料也。但其障礙事實存在。在本人明明知其有礙。絕無完成既遂之望。則當分別情節。或得以本罪不能犯論。或當另成他罪。又未可以一律論也。

第一項前半。包括已實行之未遂。所謂結果未發生者。有兩注意之點。第一。不可與未遂犯罪目的者相混。第一。不可與不能發生結果者同視。蓋犯罪成立。祇有特定其遠因。即在目的爲前提要件者。不必以目的成就爲既遂要件。且其結果所生危害。亦不能

適合於目的是未遂犯罪目的者無影響於既遂未遂也。至不能發生結果屬於後半之規定。所謂不能犯者。基於目的物或手段之不能。與因障礙而不生結果者有別。是否成立未遂。學說紛歧。本條以明文定之。括入未遂之範圍。以示其處分相同也。惟從不能犯之種類言之。有屬於目的物之不能者。有屬於手段之不能者。而目的物與手段。又分爲絕對不能與相對不能之別。故關於不能犯之處分。言人人殊。一有以絕對不能者。如以木石爲人而殺之。是目的物之絕對不能也。如皆屬無罪。若相對不能。如持刀殺人而其人身穿鐵甲不能入。是爲目的物相對不能。則成未遂犯。二有以目的物之不能者。無罪而手段不能。則成未遂犯。三有僅以手段之相對不能者。與未遂同論。其餘皆無罪。四有謂一定之行爲。若惹起一定之結果與否。二者必居其一。無須分絕對不能與相對不能。皆應爲未遂犯。祇察其行爲得認其犯意所在。均得處罰。五謂凡主張無罪者。皆以不具法定要素爲根據。無論目的物與手段。在法律上如認爲犯罪成立之要素不存在時。均爲無罪。否則應作爲未遂而罰之。以上列舉之一二三說。皆根據曖昧。無從採取。其四爲主觀說。於學理頗有價值。爲立法上所置重者。其五爲法律上不能說。主張法理亦屬正當。惟最近學說多注重客觀主義。以有無危險爲斷。謂法律所以處罰未遂者。因其有具體之危險。則不能犯亦當

視此而決。本條第一項後半不能發生結果者亦同。意義廣泛。自足概括一切不能犯。皆與未遂同論。以致解釋紛歧。故修正刑法草案擬於不能發生結果下加入而危險三字以別之。明示其所採主義也。

第二項規定未遂犯之爲罪。以分則各條定有明文者爲限。本條不過明示處罰未遂犯之限制。因未遂犯不皆爲罪。不得不於分則中分別定之。查分則各章規定。對於未遂犯本以處罰爲原則。其不處罰者。卽含有事不確實或事甚輕微。可以不罰之義。應各視其罪情而定。總則中不能豫定其標準也。

未遂犯之爲罪。已如前述。未遂罪之處罰。又當何如。從來學說及立法例。亦分兩種主義。其一謂未生既遂之結果。危害尙屬輕微。於法律必減輕一等或二等。其一謂不遂乃出於犯人意外。而以犯意自爲犯行。危害社會。當與既遂無異。故刑不必減。惟各按其情節。亦或可以減輕。前者以減輕爲原則。謂之應減主義。（亦謂之客觀主義）後者以減輕爲例外。謂之得減主義。（亦謂之主觀主義）近世立法上之趨向。皆注重於後者。爲貫徹刑罰上之宗旨。付與以審判上之權衡。此第三項所由規定也。

第十八條 犯罪已著手而因己意中止者。準未遂犯論。得免除或減輕本刑。

文義

因己意中止者。並無意外障礙。而由自己意思。中止行動。不再續行。或行爲終結。而自行阻止其結果之發生者也。前者爲未實行之中止。後者爲已實行之中止。準準據也。準未遂犯論者。準據分則處罰未遂犯各條論罪也。爲其性質雖

與未遂有別。而犯罪事實不至既遂。於法理上。應視為未遂之一種。故曰準未遂犯論。得免除或減輕之者。即不必一定減免之謂。與前條得減相同。但本條範圍較寬。故減輕不限等次。且得免除之。免刑究與減等有別。非減盡不科之謂也。

理由

本條規定。係從未遂犯中。區別爲中止犯。及其處分之特例。夫犯罪至著手以後。除有意外之原因。不至既遂。法定爲未遂要件。其因自己自由意思中止者。當然不成未遂。而本條仍視爲未遂之一種。準據分則各條規定。以處罰未遂犯者。論因其性質雖別。而法理上無區別之必要。惟處分可以較寬耳。試即構成中止犯之要件。及處分中止犯之主義。以次說明之。

中止犯之情形。祇在著手以後。無論已未實行時。均有之。此與未遂犯相同。未實行之中止。由自己決意。不再進行。使實行不至終結。其行動出於消極。已實行之中止。由自己決意。防止結果。使犯罪不成既遂。其行動出於積極。在以消極手段中止。固無問題發生。而以積極手段中止。則當注意之條件有三。其一。必有發生結果之危險。方得中止。若危險既排除後。則無所謂中止也。如以毒殺人。被害者已自服藥。解險而犯人其。二。必能防止實際之結果。即中止行動。必生效力始可。否則。雖有防止行爲。而結果

仍能發生。不得謂之中止也。如受毒已深，即投以解毒湯，終歸無效，以但因意外障礙，使中止不奏其效時，有主張反對之說者，謂已為防止結果之行，為即未有，用之。其三，中止行動，必直接或間接，足以防止結果，若其行動并無效用，因他之原因，而防止結果時，則中止犯亦不成立。惟中止行動，不必限於本人直接，祇由本人意思，或使他人間接為之，而有效者，亦成立中止犯也。

中止犯之決意，其動機必發自己，不由他動之窒礙，或幻覺之窒礙而生。如竊盜見有此是為他動之窒礙，或本無人在，以為有人而中。人知覺而中止是為幻覺之窒礙，皆屬未遂犯，而非中止犯也。既由自己決意中止，則其動機之原因，或出於悔悟，或出於恐怖，或出於利害之觀念，其為決意則一旦不必有阻止犯罪之決意，祇犯人現行中止已足，故以俟諸異日之意思，而行中止，亦不得謂非中止犯也。

中止犯之處分，向有兩種主義。一以獎勵自止之意，純為無罪者。一以自止中情節不一，非皆有可恕者，故僅予以得減免之例。查日本舊刑法，中止犯無特別規定，而未遂犯中，又當然不包括中止者，則解釋自不得以為罪。此採第一主義者也。若本律則採第二主義，得免除或減輕本刑者，仍屬裁量減免，由審判官視其情形而定，以為不宜。

減輕者固可與既遂犯同科。以爲宜量予減輕者。無論輕於本刑一等或數等。若以爲不必處罰者。則直免除之而已。其自由酌定之範圍甚廣。以視日本新刑法。減輕或免除其刑。第四十三條未句有必須減輕或免除之義務。則在減等免刑中。審判官必取其一。決無有與既遂同科之處分。是又兩者處罰主義雖同。而法定範圍。已不無廣狹之別。孰得孰失。在適用之實際上。固無比較可言。而從法理上立論。似不得謂非彼善於此也。

第四章 累犯罪

義例

國家明罰勅刑。以防遏犯罪爲歸宿。是故公布一法。使衆人不敢冒犯者。固刑罰設立之希望也。而受罰一次。使終身不再爲非者。則刑罰實施之效驗也。然理想上之希望。欲期諸普通人民。無論國民如何程度。決難達到。而實際上之效驗。則必有刑事政策以維持之。務使受刑之人。懲前毖後。以改惡遷善有恥且格。著爲刑罰之效用。斯貫徹立法之宗旨。所謂刑期於無刑者也。故對於怙惡不悛之人。懲不畏法。既非普通之刑。所能懲處。自非予以加重之例。不能奏效。在我國舊律。向有徒流人又犯罪。及搶奪、竊盜、受贓等條。有以決後犯數加重之規定。亦本律重誅心之意。惟主義不同。取制各異。其徒流人又犯罪。但指已發配者而言。且不適用於一切累犯。是以本律探近世之法例。

以支配其一般犯罪者。知所儆戒。特定爲累犯罪之專章。非特法理宜然。亦刑事政策上所必要也。

第十九條 已受徒刑之執行。更犯徒刑以上之罪者。爲再犯。加本刑一等。但有期徒刑執行完畢。無期徒刑或有期徒刑執行一部而免除後。逾五年。再犯者。不在加重之限。

文義

已受徒刑執行。徒刑兼無期。有期而言。已受者。包括已經執行後及尙在執行中者。不論日期久暫。皆可謂之已受。此解與原案理由稍有出入。最近大法院解釋及判例更正有

期徒刑執行完畢。無期或有期徒刑執行一部而免除者。則專指已受執行後而言。與首句已受徒刑之執行有別。徒刑以上之罪。即死刑亦包括之。再犯爲累犯之一種。對初犯而言爲再犯也。但須具本條法定要件。方足爲法律上之再犯。本刑指再犯之罪之主刑而言。完畢與免除後。即前次執行終了之日。爲計算五年之起點也。逾五年而再犯者。不在加重之限。以五年爲法定期間。加重再犯之刑。如再犯在五年以後者。則不加重。以示限制也。

理由

本條規定。再犯罪成立之要件。及其加重之限制。爲狹義之累犯罪也。夫對一罪科以一刑。各條自有一定之主刑範圍。無論初犯再犯。前後既無因果關係。

且前罪既受處分。前刑亦既消滅。復因再犯。溯及初犯。而認爲加重之根據。似涉再罰之嫌。而實不然也。刑罰之設。所以匡正犯罪。既加諸其人之身。則必由懲處以漸就感化。乃因其怙惡習非之故。至於再犯。在犯人之心術。已非初犯所可比擬。自非普通之刑所能奏效。故應予以加重之制裁。非追罰其初犯也。是以本條規定再犯加重者。特設種種制限。茲舉其要件有四。各有一定之理由在。試分述之。

甲前犯爲執行徒刑者。本律主刑爲死刑。徒刑。拘役。罰金四種。本條定再犯成立之要件。以前犯係執行徒刑者爲準。執行徒刑不論有期無期。且不問已執行後或在執行中。皆可發生再犯。至重於徒刑之死刑。已受執行。無從再犯。自不待言。輕於徒刑之拘役。或罰金。無加等之必要。如情節較重。則宣告最長期最多額。以處罰再犯者。已足。故本條以徒刑爲限。惟宣告死刑而經免除。或減爲徒刑執行者。日本刑法以限於同質罪中。謂前後二罪。性質相同。被處死刑。而免除執行者。亦適用再犯加重之例。本律無此明文。則減爲徒刑執行者。解釋上自當一致。若免除執行之死刑。當不能比附援用之。

乙已受徒刑之執行者。查各國新法規定再犯。有以宣告刑罰後。即定再犯加重之例。然初犯徒刑。雖受宣告而未執行。自非刑之效力所能及。故本條以已受徒刑之執行

爲限。惟查原案理由。以初犯徒刑全部或一部執行既終者。方爲已受執行。故謂無期徒刑。必其一部免除執行者。始有此情形。是以已受執行。即限於有期徒刑執行完畢。無期或有期徒刑執行一部而免除後。不包括尙在執行中者。其意義實過於拘泥。茲依大理院最近解釋及判例。糾正此說。凡已執行後。或尙在執行中。皆視爲已受執行。足以構成再犯也。

丙再犯爲徒刑以上之罪者。有以前後兩罪種類相同。如兩次皆爲殺人。或皆爲竊盜罪。定爲再犯。

加重之要件者。此甚不合於刑事法理。蓋刑以瘡惡。固非用於一途。而人之爲非。亦不必盡出於慣技。此等再犯之人。既無畏罪懷刑之觀念。苟有機可乘。即無惡不作。如其罪質不同而寬假之。則刁狡者知所選擇。以爲避重就輕之計。尙何刑律效力之有。故本條不論前後罪之種類。祇限於徒刑以上。定爲再犯加重之例。至再犯爲拘役罰金之刑。當不適用加重。其理由與第一要件同。

丁執行後未逾五年者。蓋再犯加重。嚴懲其人無悛悔之心。如人能改惡遷善。終身不敢爲非。固立法者之希望。然不可以此限定刑律之效用。以施諸普通之人民。是以法定五年爲有效期間。逾五年而後再犯。則其人有所懲處。其刑已著效驗。不復用加重之例。各國刑法中。有不限定期間者。以期諸終身不至再犯。未免過苛。且此

較各國統計。再犯之人。既非刑所能懲。其實行多在二年以內。間有在三年以內者。若能至五年不再犯罪。則斷定其人知所儆而不爲。亦非空論也。

參考

日本舊刑法第九十七條規定。謂因大赦而免罪者。雖再犯罪。不得以再犯論。是因大赦有消滅有罪判決之效力。故也。如特赦則無此效力。蓋雖爲一部免除。可以變更前犯之刑。非使前犯之罪。歸諸消滅也。本律無此等規定。而理論自當一致。則本條所指一部免除者。當以特赦爲限。大赦免除。不得以再犯論。至於時效消滅。與夫全未執行而經免除者。又無論大赦特赦。既無已受執行之前提要件。亦當然不在加重之限也。

第二十條 三犯以上者加本刑二等仍適用前條之例

文義

三犯者。對於再犯復有再犯之關係也。可謂爲二次再犯。三犯以上。即二次以上再犯。或至三次四次者。概可以累犯包之。仍適用前條之例者。依據前條制限再犯之四種要件。即須已受再犯徒刑執行後。未逾五年。而又再犯徒刑以上之罪者。方適用之。

理由

本條規定三犯以上者加重之例爲廣義之累犯罪也。其加重之理由與前條同。而比較又加重一等。徵之各國刑法。處罰三犯以上者。大率俱照再犯之例。然再犯已加一等。則三犯加至二等。衡情準理。自不爲過。在立法者本旨。并非錙銖計較刑之分量。而一一差別之。祇爲怙惡習非。至再至三。誅心宜嚴也。至於四犯五犯。自不必逐次增加。過爲繁重。則任審判官於加等之法。定主刑內。宣告其最長刑期。已足示懲矣。

第二十一條 凡審判確定後於執行其刑之時發覺爲累犯者依前二條之例更定其刑

文義

執行其刑之時。正在執行中也。若已執行後。則不包括之。發覺。無論由於告訴。告發。報告。或調查而得者。皆是。發覺爲累犯者。即發見前五年內。因犯罪已受徒刑執行。而此次爲再犯。或三犯以上也。更定其刑者。謂變更已宣告之刑期。仍依加等而判定之。此惟變動其執行刑期之一部。非能變易罪名。或更改其審判之全部也。

理由 本條規定。係事後發覺累犯者。適用之例外。夫宣告判決而後。經過法定期間。既已確定審判。則不能變更刑期。此訴訟法之原則。故本條係一例外。以累犯

之刑。必須加重。特許於審判確定後。執行徒刑中。發見爲累犯之時。仍須分別再犯或三犯以上。依前二條加重。而更爲判決。宣告其應執行之刑期也。

第二十二條 依軍律或於外國審判衙門受有罪審判者不用加重之例

理由 本條規定。前後審判。罪刑各別。不適用加重之例。蓋累犯加重。必以刑既執行

爲前提。所以維持刑罰之效果。而嚴懲犯人之心術也。若前犯係依軍律。受有罪之審判。則犯罪性質不同。適用法律亦異。特別刑律之施行。非普通刑律之效力所及。不得因再犯而適用加重之例者。以此至在外國受有罪之審判。尤爲法權各別。不問罪刑如何。在我國祇爲一種事實。不得視同我國裁判。自與我國刑律之效力無涉。亦不得以爲再犯而加重之。此本條規定。所以特揭斯二者之例外也。

第五章 俱發罪

義例

凡犯一罪。各有一罪之獨立性質。故科一刑。各有一刑之處分主義。法律無併合數罪爲一之理。而有併合數刑爲一之例。此所謂俱發罪也。我國舊律名例

中。二罪以上俱發。日本謂之併合罪。皆規定斯例之適用也。蓋俱發之範圍。以未經確定審判之多數犯罪。同時發覺。或一罪已經判決確定。併合後發之餘罪。或數罪各別經審判者。皆得謂之俱發。爲審判上併合數刑爲一之根據。但想像上俱發。與夫罪名競合。亦謂之法律上競合及連續行爲者。皆爲獨立之一罪。不得與俱發同論。此本章所由分別規定也。

俱發罪之處分。向有三種主義。一、吸收主義。即二罪以上俱發。從重。相等者從一科斷也。二、併科主義。即併科以數罪各別之本刑。一一執行也。三、制限加重主義。即就俱發各罪中。以應科最重之刑爲本刑。參以他罪應科之刑而加重之。但不得逾法定最長之範圍爲限。三者相較。吸收主義。犯人屢犯同等或較輕之罪。於其本刑毫無損益。頗有獎勵犯罪之趨向。此其弊也。各國中惟屬於法國法系者採之。我國唐律迄於明清。皆然。併科主義。犯罪次數多者。其刑異常繁重。必逾一定之程度。且因執行遲延之故。至授以重犯他罪之機會。即國家亦不能不任其責。此又其弊也。今惟巴西國刑法採之。然則重於其最重之刑。而輕於其應併科之刑。酌乎其中。而取制限加重主義。殆俱發罪處分之原理所當然者。是以現今多數之學說及立法例。皆所主張。惟加重之

程度。仍須視其案情以爲輕重。非立法者所能豫定也。雖然。本章定例。以制限加重爲原則。而因其刑罰性質不同。執行時不能一律。有時吸收執行其一而已足。如科死刑者。有時併執行而無害。如徒刑拘役或罰金可以併科是。則折衷而用之。故又統謂之爲折衷主義。

第二十三條 確定審判前犯數罪者爲俱發罪各科其刑並依左列定其應

執行者

第一 科死刑者不執行他刑科多數之死刑者執行其一

第二 科無期徒刑者不執行他刑科多數無期徒刑者執行其一

第三 科多數之有期徒刑者於各刑合併之刑期以下其中最長之刑期

以上定其刑期但不得逾二十年

第四 科多數之拘役者照前款之例定其刑期

第五 科多數之罰金者於各刑合併之金額以下其中最多之金額以上

定其金額

第六 依第三款至第五款所定之有期徒刑拘役及罰金併執行之有期

徒刑拘役及罰金各科其一者亦同

第七 褫奪公權及沒收併執行之

文義

確定審判前指數罪皆未經確定者也。犯數罪者同一犯人而有數個犯罪。不限於同種類也。俱發有同時發覺或先後發覺者。總以在確定前犯之者。

皆得謂之俱發。各科其刑。謂就各罪分別宣告其應處之刑罰也。科刑僅以宣告爲止。原案作宣告各罪之刑與定執行者有別。定其應執行者。總結各罪應科之刑。而斷定一執

行之標準也。不執行他刑及執行其一者。雖與吸收從重從一之主義有別。而實際則與吸收相同。第六款之併執行。亦與併科主義不同。乃已分別科刑。就其所定應執行者。而併爲執行之。惟有期徒刑、拘役及罰金各科其一者。亦併執行之。則實際與併科無異。

理由

本條規定。俱發罪加重處分。及其制限之通則。夫俱發罪之應加重。理由固屬明顯。各國皆有特例。惟所採主義不同。見本章義例本條則本折衷主義。以制限加重爲原則。并爲執行之實益。兼採吸收併科之例外。依左列各款規定。有必要之規則。四種。試即原案理由而分述之。

甲、各科其刑之必要。俱發罪之處分。雖不分別各刑一一執行。然不就各罪之情節。

各判定其所當科之刑。則不能出罪狀之輕重。若更因上訴或赦免之。致其最重之刑。經審判有所變更。或竟歸消滅。則所犯次重之刑。不得不再事審查矣。故本條定爲各科其刑。必就各罪審判。宣告各罪應科之刑期金額。而後定其應執行者。是爲折衷主義必要之規則一也。

乙從重從一之必要。俱發罪之處分。應比重罪之刑重。各罪併科之刑輕。然使其最重刑爲死刑。已無從再爲加重。又或最重爲無期徒刑。亦不得加入於死。爲法律上原則。第五十六條規定。以二刑非程度上之重輕。乃性質上之差別也。故本條一二兩款規定。俱發各罪之刑。倘有一係死刑。或無期徒刑者。則不執行他刑。多數者則執行其一。爲限於刑罰性質上。有必從一重執行者。其結果與吸收無異。是爲折衷主義必要之規則二也。

丙制限加重之必要。本條處分俱發罪之主義。在加重而復限定其範圍。如第三款至第五款規定。其應宣告之有期徒刑。拘役。或罰金之數個犯罪。於其中最重者以上併科以下。仍宣告其應當執行之刑期金額。即重於其最重之刑。而輕於其應併科之刑。復以二十年爲法定之最長刑期。所謂制限加重之原則如是。是爲折衷主義

義必要之規則三也。

一、各刑併科之必要。多數之有期徒刑、拘役、或罰金、一切併科。未免失之過重。故有第三款至第五款所定之制限。若依此制限加重。已定其應當執行之刑期金額各一種。併執行之。即免失於繁重。弊矣。其係有期徒刑、拘役、罰金。各科一罪。而互合者。亦然。故設第六款之規定。兼採併科主義。是爲折衷主義必要之規則。四也。

第七款之併執行者。爲奪權與沒收。本屬從刑。自不離主刑而獨立處罰。則併執行者。謂對於主刑而併科之。或二者同時併科亦可。是又爲當然之規則如是。

按本條所採之折衷主義。本即吸收併科二者。審擇併用。如一、二兩款之從一重執行。六、七兩款之併執行。固已。即三、五兩款之制限加重。爲本主義之原則。原係從吸收併科二者輕重之間。折衷處斷。別定期金。宣告應執行者。然當定應執行之時。猶宜酌核案件情形。有時可僅執行其一重之刑。亦有時可執行併科之刑。不必於中間別定其刑者。例如犯竊盜三次。甲罪甚輕。應科三月有期徒刑。乙罪亦然。而丙罪係結夥夜入家宅。得贓巨萬。應科徒刑十年。以十年刑期。加以數月。其效與不加同。此即僅從一重者。定應執行十年之有期徒刑。亦可。又如甲、乙、丙三罪。各應科有期徒刑一年。則

僅命以執行一年。自難獲效。故即併執行其三年徒刑。亦無不可。蓋既爲最重刑以上。併科刑以下。一任審判官臨時決定。皆同在法定範圍之中。當無虞操縱之弊也。

第二十四條 一罪先發已經確定審判餘罪後發或數罪各別經確定審判

者從前條之例更定其刑其最重刑消滅仍餘數罪者亦同

文義

一罪先發餘罪後發者發覺先後之時期不同。而同在未確定審判前爲之者。數罪各別經確定者則併審判管轄之地點不同也。而皆以未確定前之犯罪爲限。更定其刑謂變更已確定者併合數罪而重定其應執行之刑也。最重刑消滅原注專就赦免而言謂重罪在赦前餘罪在赦後者也。此外消滅之原因依時效或執行完畢者皆當然不包括之。

理由

本條規定之俱發罪係事實上之例外。於法律無所變更也。在前條專指在同未確定審判以前發覺之二罪以上。此則概指先後發覺或各別審判或重刑消滅者總之數罪均犯在未確定以前。皆得謂之俱發。但恐因發覺有先後或管轄不同之故致疑於前條之例不能適用故有本條特別規定以便有所遵循。遇有此等情形應依前條之例而更定之茲分別舉其實例如左。

其一、一罪先發、既經確定審判、而餘罪後發者。此為發覺先後之時期不同。例如犯甲乙兩罪者。甲罪先發。已確定徒刑三年。方執行時。而後發覺乙罪。亦應科三年徒刑。即據前條第三款。於六年以下、三年以上。定應執行四年。或五年。刑期之類。倘先發之罪。既經執行一年。亦據前例統算。而執行其餘之刑期三年。此在我國舊律。一罪先發。已經論決。餘罪後發。其輕者等勿論。重者更論之。通計前罪以充後數。是所採主義各殊。其歸宿自不得不異矣。

其二、數罪各自獨立、別經確定審判者。此為審判管轄之地點不同。例如在甲地犯罪。已確定徒刑三年。未及執行。而逃往乙地。又因乙罪發。應科徒刑三年。此乙犯在甲罪未確定以前。固為俱發。即犯甲罪確定以後。而甲罪未受執行。亦仍以俱發論。不論其累犯也。皆以本例擬之。方執行時。而發覺甲罪確定之刑。則應在乙地審判。應以俱發論。於六年以下、三年以上。更定應執行刑期四年之類。是也。

其三、最重刑消滅、仍餘數罪者。此指已確定之刑中。最重者消滅。更定餘罪之應執行者。例如甲乙丙三罪。甲罪應處死刑。或無期徒刑。其乙丙兩罪。均應科有期徒刑三年。方據前條一二兩款處斷之際。而甲罪遇赦援免。則其所餘之刑。應於六年

以下三年以上之範圍內。更定應執行刑期四年之類是也。

查原案本條尙有第二項規定。對於有期徒刑、拘役、或罰金、已受執行者。仍依前條之例通算。係以既執行之刑期金額。與後來之刑統算之例。非惟用於方執行之時。即執行既終。亦適用之。今雖刪除此文。而適用此等事例時。亦當然之解釋也。

第二十五條 俱發與累犯互合者其俱發罪依前二條之例處斷與累犯罪之刑併執行之

文義

俱發與累犯互合者。俱發數罪中。復有累犯之關係者也。因累犯。而發見初犯。確定前之數罪俱發。故謂之互合。不包括累犯數罪。同時俱發者也。

理由

本條規定俱發與累犯互合者。適用之通例。爲此等情形複雜。如無特別規定。可資遵守。則當此事實發生之時。以俱發論乎。抑以累犯論乎。專論俱發。則累犯加等之目的。不能達到。專論累犯。則俱發加重之精神。不能貫徹。是非兩者並論不可。故本條以明文定之。如甲乙兩罪。其甲罪應處徒刑三年。尙未發覺。僅以乙罪受審判。宣告徒刑五年。執行既終。後再犯丙罪。值審判丙罪之際。同甲罪一併發覺。此種情形。應據本條適用。先就其甲乙兩罪。援用前二條。以甲罪之徒刑三年。與乙罪併合於

八年以下五年以上之範圍內。定應執行之刑期六年。以前此五年執行既終。故以其餘刑期一年。與再犯丙罪之刑。併執行之。此其實例也。

或疑初犯甲罪。其徒刑執行既終。五年內再犯乙丙兩罪。同時發覺。則乙丙二罪對於甲罪均爲再犯。丙罪與乙罪又爲俱發。是亦爲俱發與累犯互合者。是否援用本條之例。然此等情形。當先論再犯。各科乙丙兩罪加等之刑。復將兩罪應科之刑併合。定其應執行者。今假定乙丙兩罪本刑均爲四等以下。有期徒刑拘役。依第十九條之例。各加重一等。爲三等至五等有期徒刑。應科乙罪徒刑四年。丙罪徒刑三年。仍依第二十三條第三款。於七年以下。四年以上之範圍內。定應執行之刑期五年。此例自應分別論其累犯俱發。各有正條適用。不必與本條強合。蓋本條專爲發見初犯前之數罪。與累犯之刑併執行之故。有特別規定之必要。若因累犯數罪而同時發覺者。本爲習見事實。各有適用通則。無庸援用本條。故並舉後例以證明前例。益足見本條規定之意義矣。

第二十六條 以犯一罪之方法或其結果而生他罪者。從一重處斷。但於分別有特別規定者。不在此限。

文義

以者用也。因也。

犯一罪云者。指犯人所犯之本罪也。

方法者。欲達犯罪利

用之手段也。

結果者。因犯罪發生之事實也。

生他罪者。即屬於方法或結

果上所受之影響也。

以犯一罪之方法而生他罪者。即以犯甲罪之目的。而用乙之

手段。致生乙罪。

或其結果而生他罪者。因犯甲罪之行爲。其結果必及乎丙罪也。

從一重處斷者。就其方法結果所生他罪。與其本罪比較。從一重者吸收之。此從行爲

性質上有吸收之必要。非吸收數罪爲一也。因先之行爲。爲後之行爲所吸收。或後之

行爲。爲先之行爲所吸收。祇從一重處斷。其方法結果與他罪。重於本罪時。則專論其

方法或結果之罪。若輕於本罪時。斯以本罪論足矣。特別規定者。不在此限。即分別

各條特定以結果上俱發論罪者。不在此從一重論之限也。

理由

本條規定一行爲不得爲數罪之原則。蓋俱發罪之加重。專爲犯二種以上之

理由

獨立罪。科以特別處分。若本條之情形。則與此迥異者。其一行爲性質上。實係

一種之犯罪。其二犯人心術上。並無二種獨立罪之犯意也。故本條於此。採用主觀主

義。以犯一罪爲歸宿。特從一重者處斷。不從客觀主義。以有其他方法。或結果。構成他

罪。而適用數罪俱發之例也。

以犯一罪之方法。或其結果。而生他罪者。因先之行爲。爲後之行爲所吸收。或後之行爲。爲先之行爲所吸收。其實即單一之犯罪行爲。不得以其方法結果。而分爲二個以上行爲。故祇應構成一種獨立之罪。舉例以明之。如以盜取被監禁人第七十條之方法。而侵入公署。第二百五十五條則先之行爲。爲後之行爲所吸收也。如殺人第三十條而至遺棄屍體。第二百五十八條則後之行爲。爲先之行爲所吸收也。

然法理上關於一行爲不得爲數罪之論定。尙有兩說。足爲本條之當然解釋。亦可援本條以從一重論者。一生數結果。謂之想像上俱發。一千數罪名。謂之法律上競合。而想像上俱發者。復有同種與異種之別。如以一發之炸彈。而殺二人。爲同種之俱發。若以一發之炸彈殺人。而并破屋毀物。爲異種之俱發。學說於此。雖有一罪數罪之爭論。而各國刑法。及判決例。罔不視爲一罪者。本條因一罪方法。或結果。而生他罪。以吸收數行爲。爲一個之犯罪行爲爲主。自概括此等情形。爲其祇一行爲而生數結果。其解釋上尤不應成立爲數罪也。故名爲想像上俱發。以別於法律上特定之俱發罪也。至於法律上競合。以一行爲而觸數罪名。其律條雖各自獨立。而實當然吸收者。故似數罪而非。惟定罪時。適用法律之標準。有二。一曰特別法優於普通法。又曰狹義法例

如同盟罷工罪。有同盟拒絕執業之條文。第二百二十二條 又有同謀杜絕供給飲料水之條文。第二百三十一條 則當供給飲料水者之同盟罷工。自適用後之條文。因其為特法也。二曰全部法優於分部法。例如偽造貨幣罪。由預備各種器械原料。第二百三十一條 以至實行偽造。第二百三十二條 則惟治其偽造一罪。因其為全部也。凡犯罪既遂則不論三日實害法優於危險法。例如過失殺傷罪。由黑夜無燈疾馳車馬。第二百二十七條 因而殺傷人者。第二百二十九條 則惟治其過失殺傷一罪。因其為實害也。原案初定時。本條首句有一行為而觸發罪名一語。此沿於日本刑法而然。日刑法第五十四條 後經資政院刪除。關於此等法例。已為世界學者及立法家所公認。不必有明文規定者。故刪之亦未為非。是。

分則有特別規定者。如第一百零五條等所定。依第二十三條之例處斷。即從結果上所生他罪。以俱發論之例外也。此等條文。皆因有殺傷情事而定。或并及於放火。決水。掠奪。損壞各種情形。有論俱發之必要者。故特別規定之。如第一〇五條。一四四條之六條。一七五條。二〇一條。二〇七條。二二項。二一〇條。三項。一五三條。一四四條之三項。三〇三條。三三七條。之四項。三四二條。三四七條。四〇五條。之三項。四一六條。之六項。一七五條。二〇一條。二〇七條。二二項。二一〇條。三項。一五三條。一四四條之三項。三〇三條。三三七條。之四項。三四二條。三四七條。四〇五條。之三項。四一六條。之六項。

第二十七條 犯罪之重輕比較各罪最重主刑之重輕定之最重刑相等者比較其最輕主刑之重輕定之

主刑輕重俱等者據犯罪情節定之

理由

本條為前條補充之規則。於數罪中從一重論所適用之標準也。即俱發罪處分之外。有必須知其各罪之重輕者。亦不可不據本條之規定。如第一項。乃屬當然之法定比較。第二項。特予以審判之權衡。以各罪情節為比較。宜按其事實發生而定。非法律所能豫斷也。茲舉例以明之。比較最重主刑定之者。例如甲罪為二等至四等有期徒刑。乙罪為三等或四等有期徒刑。則以甲罪為重。是也。最重刑相等。比較最輕主刑定之者。例如甲罪為一等至三等有期徒刑。乙罪為一等至二等有期徒刑。則以乙罪為重。是也。其輕重俱等。據犯罪情節定之者。例如如暴行於看守官吏。第一百三十三條而損壞其封印。第一百五十四條兩罪主刑皆係同等。皆定為四等以下倘按其暴行情節。應科徒刑二年。而損壞封印。應科徒刑一年者。則以前者為重。是也。

第二十八條 連續犯罪者以一罪論

文義

論

連續犯罪者。乃連續為同一犯行。侵害一個法益之犯罪也。其一次為之。已足成罪。而數次連續為之。亦祇足成一罪者。是為連續犯之特質也。故曰以一罪

理由

本條概括多數行為。成爲一罪之規定。蓋學說關於犯罪成立之區別。爲即成犯與繼續犯二種。即成犯者。謂於少許之時間。完成其犯罪行為。例如殺人。舉刀而罪即成立矣。繼續犯者。於多費時間。多次動作。以完成其行為。而爲一罪也。其種類又分爲四。連續犯罪者。即其一類也。此外尙有慣行犯。永續犯。徐行犯之類。慣行犯者。謂必於斷續時間。反覆同一行為。其罪始得成立。如未受公署允准。而私營醫業者。是若偶一爲之。則不爲罪也。永續犯者。謂所爲之結果。必延長時間。其罪始得成立。如私擅監禁人者。是第若係俄頃間之羈留。則不爲監禁之罪也。徐行犯者。本可以即成之犯罪行為。而犯人豫謀徐徐進行。偏延長時間。多費勞力。以爲之。例如欲破壞他人第宅。而今日毀其瓦。明日拆其牆。故爲曠日持久。而成此損壞建築物之罪也。三者皆與連續犯有別。蓋慣行犯與永續犯之繼續爲之者。其性質上祇爲一個行為。自爲一罪。徐行犯之繼續爲之者。從事實上結合多數行為。構成一罪。皆不必有明文規定。若本條之連續犯罪者。乃一次行為。性質上本可成罪。而多次爲之。亦僅成同一之罪。例如連日竊取倉庫財物。或姦經數年。而爲一罪之類。皆似數罪而非者。故本條特別定之。以示與俱發罪。不相混也。

惟適用本條時。有當注意者二。其一。侵害人之法益。有與本人不能分離者。如生命、身體、自由、名譽、節操等是。則視被害者之數。爲犯罪成立之數。例如甲繼續殺乙丙丁三人。因被害者之生命有三。不得援用本條以一罪論。然若乙丙丁。於同時同地。被殺於甲之手。如炸彈劇發之類。則非繼續行爲。當依第二十六條。以想像上俱發從一重論。亦不涉本條之範圍也。其二。侵害人之法益。有與本人可以分離者。如所有財物是。則視監督者之數。爲犯罪成立之數。例如甲倉衣服。乙倉銀錢。雖同爲一人所有。而繼續竊之者。其罪爲二。以監督之人有二故也。反之。同一倉庫。所貯金錢衣服。雖屬二人所有。而繼續竊之者。其罪爲一。以其爲一人所監督者也。是故前者應論俱發。後者方援用本條處斷。

第六章 共犯罪

義例

凡以一人之單獨行爲。完成罪素。自負刑責。當然爲獨立正犯。不發生共犯問題。題然而犯罪性質上。有非二人以上共爲。不能成立者。且有一人能便成立。而犯罪事實上。多有二人以上共爲之者。前者爲必要之共犯。後者爲任意之共犯。皆以一人之行爲。與他人之行爲相合。而構成犯罪。法律關於此等共犯。除有聚眾結夥之

特種情形特別規定於分則各章。其他一切共同犯罪皆應有聲依據以定其犯處分。此本章所由設也。

惟論定共犯關係之根本理由以立一其犯標準。向有犯意共同與行為共同之兩說。其主張犯意共同說者。從主觀立論。必二人以上之犯罪故意。互相通同。則連結雙方之意思。為一致之進行。方發生共犯關係。若僅以故意之行為偶合。或由無故意之行為相連。又或故意與非故意。故知情與不知情者之間。互相結合之行為。皆缺此犯意共同之要件。不成立為共犯也。若主張行為共同說者。則正立於反對之地位。專從客觀斷定。祇以二人以上之行為集合。而構成犯罪時。則以其數行為。既有密切關係。聯為一體。其行為之人。自應發生共同關係。而成為共犯。不問其犯意之是否共同也。本章係採取後說。以為共犯成立之基礎。除無責任能力及責任要件者。依第二章各條。不以為罪之人。不得與為共犯。此外共同行為。皆取積極之規定。惟依其行為之性質與程度。而分別定之。必二人以上。共同實施者。為共同正犯。僅加功於實施中者。則準正犯論也。若不與實行。而事前教唆者。為造意犯。事前幫助者。為從犯。僅間接予以教唆幫助者。則亦準造意犯。或從犯論也。且推及於一方共犯。過失共犯。及一方過失共

犯。皆概括於本章共犯罪中。無非以客觀上有行為共同之標準而定。知此可以瞭然於本章之主義矣。

第二十九條 二人以上共同實施犯罪之行為者皆爲正犯各科其刑

於實施犯罪行為之際幫助正犯者準正犯論

文義

二人以上皆就犯罪者之主體言之。與聚眾結夥者有別。此爲普通共犯之入數。彼爲分則所定之特別情形也。實施者即着手實行之謂。必著手實行犯罪行為。而後成爲正犯。共同實施云者。必共爲着手實行。未至著手前之陰謀豫備。即有共同。或爲教唆幫助。不得謂之共同實施之行為也。皆爲正犯者。即因其共爲實施。應負同等罪責。故皆爲共同正犯。不分別孰爲主從也。於實施犯罪行為之際。即對於主犯罪者。正在着手實行之行為中也。幫助者。予以助力也。不分言語舉動。皆包括之。惟有事前幫助。與當場幫助之別。本條則專指當場幫助者。故以實施行為之際爲限。不問其出於豫謀與否。蓋在正犯者手實行中。其幫助尤爲重要也。各科其刑。各應處以正犯之全部本刑。非分擔其一部之刑也。但數人同科。亦可各按情節。以分輕重。不過以同一正條爲處分基礎。其刑期金額。固不限於一致也。準正犯論

者。即援彼以定此之罪質及其處分也。

理由

本條規定，共同實施正犯之成立及其處分，必二人以上，共爲著手實行犯罪之行為。方爲共同正犯。其實施不限於同一程度。故有各行爲自足構成犯罪要件，因互合而爲共同正犯者。亦有各行爲分擔犯罪要件，必互合而始爲共同正犯者。且有一人不能成立正犯，因與他人共同實施，而成共同正犯者。第一例，如二人同時下手，傷害一人者。無論孰重孰輕，皆爲傷害罪之正犯。第二例，如甲乙共爲強盜，甲脅迫其主人乙奪取其財物者，皆爲強盜罪之正犯。第三例，如婦人不能犯強姦罪，因與男子共同實施，使之不能抗拒，亦皆爲強姦罪之正犯。凡此等情形，皆因一人之實施，與他人之實施相合，行爲上既有共同關係，不啻以一方之行爲，利用他方之行爲，互相加功，使完成其結果，故不成主從問題。在共犯中，無論何人，皆應以該犯罪行爲全部，歸責於己。各科以正犯之刑罰焉。

以幫助行爲準正犯論者，限於加功於著手實行之中，非幫助，則正犯不能成立也。如授殺人者以凶器，在預備於事前，本爲從犯之幫助行爲。若在正犯實施之際，當場授之以刀，則其幫助行爲，實與着手無異，已分擔其構成犯罪要件也。蓋此等情形，在犯

人意。思有無圖謀。及加功之程度重輕。皆可不必深究。惟自其客觀觀察。確已加入實施行為。當場予以助力。特定為準正犯論。應使對其正犯所爲之犯罪事實。同負全部之刑事責任。即準據其罪質及處分以定之。是亦採行為共同之結果。第二項之條以規定也。

或謂本條規定。雖採行為共同主義。祇對於行為實施。限制共同之要件。其意思必要共同與否。並未明言。然依學理以解釋本條之原則。似應兼以犯意共同爲基礎。必二人以上。對於同一犯罪行為。互有共同之故意。而成立。申言之。即數人共同實施一罪。皆有行為故意。而其意思又要共通。是也。若僅以一人之行為。與他人之行為合。惹起結果。而意思間並無共通。雖別條有同爲共犯之規定。而不可律於本條之共同實施正犯。然觀本章對於共犯。既均以積極之說爲主。故第三十四條以下。並許有一方共犯過失共犯之情形。其立法之意旨。祇注重客觀之行為共同。從犯罪着手以後。既有共同實施之行為。自不問着手以前。有無一致進行之同意。而皆爲共同正犯。在解釋者。自應以明文爲斷也。

第三十條 教唆他人使之實施犯罪之行為者爲造意犯。依正犯之例處斷。

教唆造意犯者準造意犯論

文義

教唆者、教導唆使之謂。

教唆他人使之犯罪。必他人自無犯罪意思。由自己

故意慫恿。予以決意之原因。而被教唆者實施之行爲。即爲教唆者所使之決

意行爲也。故謂爲造意犯。

依正犯之例處斷。爲其罪質與處分。皆當依據正犯同一

法條以定之。凡律文所稱準論。或亦同者。皆然。

教唆造意犯。對於實施正犯。爲間接

數唆者。故亦準造意犯論。

理由

本條規定。造意犯之成立。及其處分。夫造意犯成立之要件。其一。必對他人有

予以犯罪決意之原因。若被教唆者先有犯意。則爲訓導指示之從犯。非造意

犯也。其二。教唆者之行爲。能發生他人犯意。必自其主觀認識始可。若無故意存在。而

他人偶因其教唆行爲。決意犯罪。或因過失惹起他人之犯意者。皆非造意犯也。其三。

被教唆者之實施犯罪。即爲教唆者之決意行爲。若其行爲實施。與教唆者不合。則不

成造意犯。惟實施行爲有重輕時。則同時宜據第十三條第三項。分別對於所知或所

犯之一部。仍成爲造意犯也。如教人爲竊盜。而實施者竟爲強盜。則教唆者祇成竊盜

教唆竊盜之造意犯也。蓋以被教唆者之犯意。與教唆者之行爲。確有因果關係而後成立。至於

刑律通詮 第一編 總則 第六章 共犯罪 · 第三十條

教唆者之遠因。或出於報復。或出於利慾。其教唆之手段。或由於贈與。或加以脅迫。或利用權勢。均非刑律上所必區別也。

教唆犯之要件。依上所述。自教唆者言之。必有與正犯連結之意。而自正犯言之。無有與教唆犯意思連結之必要。故直接教唆者。意思可謂密切。而間接教唆者。意思尙未連絡。而法律上無有差異。故祇以教唆者一方對正犯有此犯罪決意之原因。即止犯不知教唆之所由來。而教唆造意犯者。亦應準造意犯論。此第二項所以規定也。次條之教唆或幫助從犯者。亦然。

造意犯之處分。依正犯之例處斷。其標準與實施犯罪者不同。解釋此規定之主義。有二說。一謂教唆者雖不實施。仍受親自實施之處分。一謂教唆者爲實施犯罪行爲之淵源。故準據被教唆者應科之刑罰以處分教唆者。然刑律上之處分。須從真正之事實。定其罪之有無。非可以假定者。犯意雖決於造意之人。而造意犯之行爲。實以教唆而完了。其着手實行。原出於被教唆者之所爲。由前之說。必假定教唆者爲親自實施。以其假定爲處分標準。不免有變更事實之嫌。由後之說。乃取處分實施者之刑罰。定教唆者處分之標準。祇斷定同一罪質。不至變更事實。故本條以後說爲當。此兩種解

釋之結果。舉例以證之。如尋常人甲、教唆官員乙、受賄。依前說。則甲無官員身分。即假定其爲自己實施行爲。亦不成受賄罪之共犯。依後說。則乙既以有身分而成立正犯。甲依乙例處斷。仍成立共犯無疑。此與第三十三條第一項規定。理由一致。可以互相證明。但所謂依例處斷。非必造意犯應科之刑期金額。一一盡同於正犯。祇依據同一正條爲處分基礎。至其輕重。則仍各按情節而定之。

然造意犯之非獨立犯罪。應隨正犯而成。立。爲其造意犯行爲。至教唆而終了。必有正犯實施爲條件。故其刑罰即適用正犯之例。亦明示教唆者。不得獨立處罰也。但有一必要注意之點。則被教唆者。必應負普通刑事之責。若被教唆者。自無責任能力及責任要件。則正犯已不成立。被教唆之行爲。直爲造意者之行爲。其被教唆者。即爲造意者利用之機械。自應以其行爲全部。歸着於教唆之人。此時法律上不發生共犯關係。故即以教唆者爲單獨之間接正犯。今列舉各種間接正犯之事例言之。一、爲曠使無責任能力之人。實行犯罪者。二、爲使他人罹於精神喪失。利用其病中行爲者。三、陷人於不能抗拒之危難。利用其緊急狀態行爲者。四、長官利用屬官之職務行爲者。五、誘惑無此犯意人之行爲。以遂自己犯意者。六、犯罪要一定目的時。有此目的的人。利用無

目的人之行爲者。凡此等情形。在利用者自不行事。而使無責任能力要件之人。被其利用而爲之。是與利用人爲以外之自然物力者相同。故應歸責於利用者。蓋非於共犯中。免除正犯處分。而獨立處罰其造意犯。實當然使利用者。獨立成爲正犯。惟與直接實施者稍異。而別之爲間接正犯。不過學說之解釋。如是在法律上並不立此區別也。

第三十一條 於實施犯罪行爲以前幫助正犯者爲從犯得減正犯之刑一等或二等

教唆或幫助從犯者準從犯論

文義

實施行爲以前。犯罪尙未至於着手也。

幫助與第二十九條義同。惟此則幫

助在實施前。與幫助於實施中者。大有區別。從者有附屬之旨。從犯對於主

犯而言。明與正犯有主從之關係也。視舊律分別首從名同而實異。教唆從犯者以

已意教唆他人。使爲幫助之行爲也。幫助從犯者。對於從犯指示幫助方法。或予以

幫助機會也。準從犯論。亦因其爲間接從犯。故準用從犯之罪質及處分以論之。

理由

本條規定從犯之成立及其處分。夫從犯以有正犯爲主體。固無疑義。從犯之行爲。以幫助主行爲爲要件。亦甚明顯。此爲主從間當然之關係。如是。蓋從犯之幫助行爲。在使正犯易於實行。事實上有助以動作者。爲有形幫助。有助以思慮者。爲無形幫助。在幫助者。皆不能獨立犯罪。法律上以幫助行爲定爲從犯。亦有以幫助行爲作爲共同正犯者。其間區別之標準。頗難斷定。不得謂正犯以外之幫助者。皆從犯也。從來學者向有兩說。採主觀主義者。謂犯意出於自己主動者。爲正犯。非自己之原動。而隨從他人意思爲之者。爲從犯。我國舊律共犯罪分首從。以造意者爲首。隨從者減一等。即此主義也。此專以犯罪者之意思爲標準。不問事實如何。法埋上固未盡合。採客觀主義者。謂與以重要助力者。爲正犯。否則爲從犯。現今各國多從之。此專從事實上觀察。而以助力之輕重爲標準。固較主觀主義爲優。然助力輕重。其程度究有難定之虞。故本條嚴定行爲階級。一以幫助之時間爲斷。其幫助在正犯實施行爲中者。準正犯論。必限於實施行爲以前。幫助正犯者。方爲從犯。是亦最新之學理。而適於實際之便利已甚。

從犯之處分。比正犯之刑減一等。本我國舊律所規定。各國亦多數從同。然從犯不必

一定減輕。有時應科原刑者。如顛覆巨艦。非一人之力所能及。當其豫備之際。從犯忽給以水雷。即事前供給器械之從犯其情節不得謂輕於正犯。甚或事前幫助之人。情節有重於正犯者。故本律對於此等從犯。必於分則特設處分。如第一百零二條供給器械。本為內徒刑較之第一白零一條正犯之輕者可處二等從刑。則從犯為重。而同時認一般從犯。不能依法定減輕。故祇定為得減之例。而推廣其範圍較之各國刑法規定。比正犯之刑減一等。或得減一等者。審判上較有裁量餘地。蓋為幫助之情節甚輕時。減一等尚未持平。是以定為得減一等或二等之例。則重者可不必要減。輕者可減至二等。以期裁判公平。無為律文所囿。是亦立法者之精神也。

第二項準從犯論。法律上謂之間接從犯。間接從犯之教唆或幫助。與正犯之故意。無有意思連結之必要。自與間接造意犯相同。惟教唆造意犯者。究與本條之教唆從犯者。對於正犯之因果關係。常有區別。蓋以教唆之本義。皆以自己故意。予他人以犯罪決意之原因。而教唆造意犯者。其決意即在於正犯之實施行為。若教唆從犯者。其決意僅在從犯之幫助行為而止。故前者應準造意犯。同依正犯之例處斷。而後者亦仍準從犯論。與幫助從犯者。實無以異也。

夫教唆他人犯罪。有時成爲間接正犯者。前條已詳論之。而幫助他人犯罪者。關於同一原因。及無責任要件者。正犯不成立時。是否亦可爲間接正犯。徵之學者解釋。多以教唆幫助。相提並論。則幫助之行爲。亦得因此而成間接正犯無疑。惟從幫助之實質論。必他人先有犯意。而與以助力者。方爲幫助。以幫助而科正犯之刑。未免過苛。且教唆者。犯意先發自己。幫助者。犯意先發自己。兩者不無區別。然從實際觀察之。以無責任能力及無責任要件之人。無論如何行爲。其無犯意可知。利用其無犯意之動作。從而加功。以致於罪。明明爲加功者之故意犯罪。其行爲雖近幫助。其性質無異教唆。此時之犯罪行爲實施者。既不負責。以歸著於故意幫助者。間接成爲正犯。於法理未爲不當。但此等情形。若先有造意之人。利用其爲機械作用。而從中予以助力。則仍以造意者爲間接實施正犯。而幫助者仍對於間接正犯。而爲從犯。試舉例以証之。如對有精神病者。利用其狂易殺人。有某甲事前授以凶器。是甲以幫助而成間接正犯。若其殺人係爲某乙所指使。甲知之而授以凶器。則甲仍爲從犯。而在造意指使之。獨間接爲實施之正犯矣。

第三十二條 於前教唆或幫助其後加入實施犯罪之行爲者從其所實施

者處斷

文義

於前云者。即指在未至着手以前也。其後亦指正犯既着手以後而言。加入實施行為者。則已爲共同實施犯罪之行為也。從其所實施者處斷。即法律上視爲共同實施正犯。不復論前此之教唆或幫助也。是亦爲多數行為仍爲一罪之規定。

理由

本條規定。對一犯罪事實。有兩種負責行為。祇論一罪之通例。夫造意犯與從犯之意思發動。進而爲教唆幫助。再進而爲正犯實施。在犯罪事實上。有客觀之因果關係。故自理論言之。正犯之一切犯罪行為。皆可作爲造意犯從犯實施之行為。惟在法律言之。造意犯行為。以教唆而終止。從犯行為。以幫助而終止。皆在着手以前爲之者。其後實施。則待諸正犯。其間前後之因果關係。雖未中斷。犯罪之行為全部尙未完成。而造意犯從犯行為之階段。已經履行。惟以其不能獨立爲罪。必正犯之有實施而成立。故不必自己加入實施。即以其正犯之實施行為。爲構成造意犯從犯之要件。若併加入實施之中。則已爲共同正犯。無再論其教唆幫助之必要。且無重科其造意犯或從犯之理由。故應從其所實施者處斷。是爲對一犯罪事實。以一人而兼有

教唆與實施。或兼有幫助與實施。前後兩種負責行為。皆應以前之行為。吸收於後之行為中。亦當然之法則也。若一人兼有教唆與幫助兩種則以幫助吸收於教唆之中不必有明文規定者也
關於造意犯。從犯。與實施正犯之關係。除依正條當然解釋以外。尚有當注意之點。援據學理以說明之。

甲、犯罪以多數人爲加重要件時。必以實施行為者爲限。其未加入實施之造意犯。從犯。不算入多數之內。此法律上當然之制限也。

乙、實施犯罪與造意犯。從犯之故意齟齬時。則超於其教唆或幫助之一部。所犯重於所犯輕者及未履行其教唆或幫助之一部。所犯輕於所犯重者不負造意犯。從犯之責。此時應據第十

三條第三項以適用之。

丙、實施行為未遂時。若原因於意外障礙。共犯者。同負未遂之責。而在造意犯。從犯者。自身無獨立之未遂。惟可以阻止其教唆或幫助之效力。使主行為不得成立者。則有之。

丁、實施正犯者中止時。若基於造意犯。從犯之意思而爲之者。固同以中止論。如僅爲正犯者已意中止。則正犯可援中止之例。而共犯中之教唆幫助者。仍以未遂犯之

罪罪之反。若正犯實施後。在教唆或幫助者。自以已意直接阻止其結果。已奏實效。斯時之處分當何如。依前例論之。則正犯仍爲未遂。而造意犯與從犯。當別以中止論。雖法理上有不認教唆與幫助者。獨立中止之學說。而實例上許爲中止。亦刑事政策之所應爾也。

戊。定犯罪行爲之時與地時。造意犯從犯。不以正犯實施之時與地。爲其共犯之時與地。蓋造意犯以教唆行爲而完了。從犯以幫助行爲而完了。祇應以其教唆幫助之行爲。實行以迄結果。其間之時與地。即足定其犯罪成立所在之標準。

第三十三條 凡因身分成立之罪其教唆或幫助者雖無身分仍以共犯論
因身分致刑有重輕者其無身分之人仍科通常之刑

文義

因身分成立之罪。以身分爲犯罪構成之要件也。非普通人所得犯之者。如贖罪之官員身分。偽証罪之證人鑑定人身分之類。因身分致刑有重輕者。以身分爲加重之原因也。有廣狹二義。狹義如分則規定。若妨害交通罪之從事郵電人脫逃罪之看守護送人及各章中對尊親屬有犯者之類。皆以身分而從重。無此身分者。則較輕。廣義如總則所定。加重如果犯俱發。減輕如有恕等例。是爲法律上之加

減亦關乎身分重輕。本條概包括之。無身分者，第一項專指教唆或幫助者言之。第二項則概括其共犯者，不論何人皆然。

理由 本條規定身分與共犯之關係。有以身分爲犯罪成立之要件者。有以身分爲處分重輕之原因者。故分列兩項規定之。

第一項身分爲構成犯罪之要件時。若一人有身分。而他人無有。自理論言之。不得以一人之特別事故。影響及於他人。則對無身分者。似以不處罰爲當。然法律上當分別觀察。故如正犯自有身分。犯罪確已構成。其教唆或幫助之人。即無身分。亦應隨正犯而成立。科以共犯處分。仍使負造意犯從犯之罪責。如常人教唆官員受賄。官員以身分成爲正犯。而無身分之常人。亦仍爲受賄罪之造意犯。其幫助者仍爲從犯。蓋此等人。若不以共犯論。別無處罰條文。任其超然事外。法理固未允協。即刑事政策。亦不能貫徹。是以本條以明文規定。則當此事實發生。有所依據。不致以律無正條。而滋疑義也。若反之。以有身分人。自爲教唆幫助。使無身分之人實施。則實施者缺此身分要件。不以爲罪。而教唆或幫助者。具此身分要件。自不能無罪。惟此時仍以間接實施。而負正犯之責。亦不得獨立成爲造意犯或從犯也。然按前述之間接實施情形。在彼之被

利用者。必不具責任能力及責任要件。其行為與機械作用等。故指其利用者。為間接正犯。而此之實施者。固不必無負責之能力要件。但因不備各罪之特定身分。可以無罪。其有身分者之教唆或幫助行為。似與間接實施有別。雖然。所謂間接實施者。非刑律上所規定。乃學說上之名詞。則照廣義解釋。以此作為間接正犯而處罰之。當無不可也。

第二項以身分為刑罰輕重之原因時。則法律上效力。與第一項不同。其在造意犯從犯之身分。有加重減輕時。固不及於實施正犯。即實施正犯之身分。有因之加重減輕者。亦無影響於其他共犯。故無論其身分屬於共犯中何人。各以其應加應減之故。分別重輕。其無身分之人。仍科以通常處分。是非使之脫離共犯關係。各以獨立論罪。特不使之同負連帶責任。而可以輕重其刑耳。此第二項所以重申之。

第三十四條 知本犯之情而共同者雖本犯不知共同之情仍以共犯論

文義

本犯。概指故意犯罪者之本人而言。在共犯中。即為實施正犯。知情而共同者。自共犯者主觀言之。知本犯故意犯罪之情。而加入共同行為。予以助力也。不知共同之情。自本犯主觀言之。不認識其為共犯之行為也。仍以共犯論。包括

共同實施及幫助而言。當分別共犯情形而論之。惟教唆當不括入本條共犯之內。以既屬知情而爲之。無須予以犯罪之決意也。

理由

本條規定一方共犯之處分。爲本章採取行爲共同之積極主義。許有一方共犯之成立。其不適於反對之一般學理。已略述於前。本條既以明文爲斷。則遇有此等情形。其不知情之本犯。自成單獨犯罪。專以知情而爲共犯行爲者。成立一方共犯。依此解釋結果。在本犯主觀。對於共同行爲。祇認爲一種事實。或并不認識有此事實者。有之。而在共犯者主觀。對於本犯行爲。故意予以助力。或并加入實施者。亦有之。此時雙方關係。既無通同之犯意。而一方之行爲共同。且係知情而後爲之者。故止有幫助而無教唆。惟其幫助實施中者。準正犯論。即以本犯之罪罪之。若幫助在實施以前。仍爲從犯。得減本犯之刑一等或二等。此本條所應包括之兩種情形也。

第三十五條 於過失罪有共同過失者以共犯論

文義 過失罪。以分別應論過失者爲限。共同過失。以有二人以上。無故意之行爲相合而成也。以共犯論。專指應論過失共同正犯者言。無過失之造意犯從犯也。

理由

本條規定過失共犯之例。凡過失之有無共犯。各國刑法多未明定。其學說與判決例。各不相同。主張不成共犯之說者。皆從主觀主義。以犯意共同爲共犯根據。謂多數之過失行爲。既無犯罪事實之故意。更無共同犯罪之觀念。不發生共犯關係。故一過失行爲。與他之過失行爲。相合。完成罪素時。祇應構成多數之獨立過失。犯若本章則專從客觀主義。以行爲共同爲基礎。則對於共同過失者。其行爲已不無連貫關係。是以本條亦取積極之論。而規定過失共犯。例如二人共弄火器。致人死傷。或肇火災者。應照過失殺傷或失火之共犯處分。此與前說正立於反對之地位。然既有明文爲斷。自無費解釋者之紛爭也。

第三十六條 值人故意犯罪之際。因過失而助成其結果者。準過失共同正犯論。但以其罪應論過失者爲限。

文義

值人故意犯罪之際。有偶然遭逢意。不問過失者是否知情也。即知情而行爲。非出故意。亦謂之爲過失。助成其結果者。謂犯罪之結果。非助力則不完竣也。準過失共同正犯論。即準用前條之例。其罪應論過失者。必其罪之性質程度。即無與爲共犯者。亦當爲獨立之過失犯也。其應論範圍。則依分則所定。如失火。失

水過失殺傷等是。若姦非竊盜無此規定者。無過失犯也。

過由

本條規定一方過失共犯之例。亦即前二條爲依據而定之。夫一人知情共同。既許有一方故意共犯。而無故意者之間。又許有過失共犯。則以無故意行爲助成其故意犯罪結果之時。亦得成立一方之過失共犯。此推論積極主義之結果所當然也。惟此時故意犯罪之人。仍成爲獨立正犯。而過失者限於應科過失罪之範圍內。準依前條之例。以過失共同正犯論。爲其性質本非共犯。不得隨有故意之人。任犯何罪。而皆予以過失共犯之處分也。故又設但書之限制。免滋疑義。

第七章 刑名

義例

五刑之名。始於舜典。即舊說之墨、劓、剕、宮、大辟。是也。合之流刑、鞭刑、朴刑、贖刑。亦稱凡刑。其後夏以大辟、贖、宮、墨、劓爲五刑。周以墨、劓、剕、宮、剕殺爲五刑。漢魏六朝。刑名代有更換。自隋開皇制律。始定笞、杖、徒、流、死爲五刑。唐迄明清。相沿不改。此我國刑名在法制歷史上之大畧也。蓋除死刑而外。漢以前多注重於肉刑。如墨、劓、剕、宮。漢以後多注重於體刑。如鞭、朴、笞。皆以感犯人之痛苦。而示天下以威嚇。爲不易之主義。顯與現在刑罰之基礎觀念。不能相容。是以本律制定刑名。深有見夫舊日刑制。不

適於今之法律。而關於身體之刑。尤有乖乎人道。故一破數千年保守之積習。絕不相容。參探各國文明之新法。折衷至善。專以死刑、自由刑、及罰金、爲主刑。附以褫奪公權、及沒收、爲從刑。而主刑之中。尤擴張自由刑之範圍。蓋以感化爲宗旨。而利用隔離之方法。爲自由刑之特色。即爲刑律全體之精神所在。非徒以新天下人之耳目也。

律著刑名。創於魏。晉。編制既異。體例各殊。本章所定。首列各刑之性質。及其階級。次分列執行各刑之方法。及其制限。與日本新舊刑法新刑法總則第二章第一節規定之大致相當。皆以貫諸刑律全體之適用。在審判宣告時。所不可離之一般準則。是爲本章之內容也。

第三十七條 刑分爲主刑及從刑

主刑之種類及重輕之次序如左

第一 死刑

第二 無期徒刑

第三 有期徒刑

一 一等有期徒刑 十五年以下十年以上

- 二 二等有期徒刑 十年未滿五年以上
 - 三 三等有期徒刑 五年未滿三年以上
 - 四 四等有期徒刑 三年未滿一年以上
 - 五 五等有期徒刑 一年未滿二月以上
 - 第四 拘役 二月未滿一日以上
 - 第五 罰金 一圓以上
- 從刑之種類如左

第一 褫奪公權

第二 沒收

文義

主刑爲處罰各罪必要之正刑也。從刑爲各罪併科之附加刑。有應科者。有不應科者。徒者。徒隸之意。視罪人爲賤役也。其實質即監禁。今以定役爲徒。亦暗合乎古義。拘役即拘束而役使之意。爲最短期之監禁也。初定名爲拘留。因與違警律刑名相混。修正時改定今名。

理由

本條規定刑罰之名稱及其制度。大別爲主刑從刑兩種。而剝奪犯人之法律利益。則主刑惟對於生命自由財產。加以制裁。從刑專對於名譽及財產。附加處分。各有其設立之一定理由。茲就法定之種類。分別說明之。

第一生命刑。夫死刑乃絕人生命。爲刑罰最終之制裁。而亦其最酷者。現在廢止之說盛行。大要注重人道感化兩主義。而立論互有不同。查各國採用此等學說。而實行廢止死刑者。已居多數。我國之存廢死刑問題。尙未供人研究。而以現在之國情言之。則距廢止之期尙早。蓋有不可廢者。一曰法理。死刑所以科元惡大愆。爲除莠而後安良。如治瘡疥之割去癰疽。除毒務盡。使對此大惡不治之犯人。不能絕對淘汰。而留以害羣。有乖刑期無刑之道。二曰歷史觀念。我國自有史以來。對於逆倫重案。非處極刑不足以厭人心。歷代相沿不改。亦隱賴以維持禮教於不敝。今一旦遽行廢止。則對此重案之裁判。必致駭人聽聞。三曰社會心理。我國死刑相沿既久。文化進步尙遲。社會一般心理。未能驟更。雖現在刑罰不取威嚇主義。而兇惡之徒。因有所憚而不爲者尙多。如遽行廢止。則無所顧忌。必至愈恣兇橫矣。是以本律仍存而不廢。特定爲主刑中之最重者。

第二自由刑。自由刑乃拘禁人之身體使之湮濯前愆漸就感化於刑罰中之地位。最佔多數。故範圍最廣。效用亦大。依本律所定。以刑期有無長短。分重輕之次序。又別爲無期徒刑及拘役之三種。

甲、無期徒刑。夫無期徒刑乃剝奪犯人終身之自由。其性質雖輕於死刑。其効力實無異於死。蓋人至終身不能自由。前途之希望已絕。生人之樂趣已窮。故學者有目爲遲緩之死刑。且有謂此永墮最悲慘之地獄。尤爲死刑以上之極刑者。故現在主張廢止者尤力。在各國亦有實行之者。其理由頗足研究。然而多數國家皆不贊同。我國之不宜輕於議廢。固不待言。况刑罰既以感化爲主。即處無期徒刑。猶可察其在獄性行。果有悔悟自新。則在一定條件之下。仍許有出獄之例外。法理與政策並施。雖無期之中。而隱寓有期之意。蓋深欲引人遷善。不至使人絕望。是爲立法之精神。故本案仍以之次於死刑。不徒執空理而昧於實用也。

乙、有期徒刑。徒刑以期限之長短。定其等差。故統名曰有期徒刑。爲自由刑最廣之範圍。審判上尤有活動之地步。惟長期短期之限度。各國取制不同。以最長期而論。有長至三十年之久者。如白來齊及烏魯魁是。有僅長至七年爲限者。如加拿大是。而最短期愈小。

二致。本律綜取各國定制。於最長期以十五年爲度。折中至當。而亦多數從同者。於最短期則以二月爲度。以與拘役之長期銜接。而於此十五年以下。二月以上。總括之法定範圍內。又分列爲五等。每等各附以長期短期。爲各別之法定範圍。因犯罪之情狀萬殊。裁判之標準莫定。揆損害之程度。酌善惡之性質。固宜各按事實。予以審判上之權衡。又須區別等級。劃清界限。庶幾應用曲當。執法而不囿於法。故立法者於此。不厭求詳。而爲之細別。其上下之尺度也。

丙、拘役。拘役爲自由刑之最短期者。性質本無異於有期徒刑。而必別爲拘役者。祇有程度之輕重問題。爲對最輕之犯罪者。予以最短之拘役。不使與受徒刑之人。視同一律。故關於易刑、奪權、及累犯加重時。皆有區別之必要。至其執行方法不同之處。則依第四十三條規定。以適用之。

第三、財產刑。夫處分犯人_之財產。在私法上。有賠償損害強制執行之制裁。及訴訟法上之担負訟費、并違約金等例。皆非所謂之財產刑也。故法律上之財產刑。專以科罰犯罪者。在主刑中。爲罰金。在從刑中。則爲特定物之沒收。斯二者之區別。固可得而言之。

甲、罰金。罰金爲普通之財產刑。刑律以之定於主刑者。爲其無犯意而生損害。及犯
意輕而損害微者。爲應科獨立罰金之原則。又爲犯意因而得利者。可併科以罰金。
或犯意情節莫定者。可選擇科以罰金。一爲保全廉恥而略其迹。一爲重懲貪婪以
誅其心。本此兩種主義。皆應予以財產上之處分。其應獨立併科與選擇。及其金額
多少。各於分則特別定之。故本條祇規定其最少額也。惟律文以此次於拘役。視爲
重輕之次序所當然。則宜分別觀之。因二者之區別。在性質不在程度。如本第一主
義以處罰之時。性質上固有重輕可言。若本第二主義以處罰。則重輕尤不成問題。
况以最多額之罰金。與最短期之拘役相較。在犯人所受痛苦。尤屬因人而異者。然
而本條祇從性質上定其次序。因第一種主義。究爲刑罰之原則。不得以勾金與羽
之比例。殊其輕重。觀於易刑。與加減例。及緩刑。假釋。各章之制限。可以推知其故矣。
乙、沒收。沒收屬於從刑。以其種類言之。亦得視爲財產上之處分。但沒收祇限於特
定之物。不及於一般財產。且須隨主刑而併科。無離主刑而獨立沒收之理。此皆爲
主從間之當然區別也。至其沒收範圍及限制。詳於第四十八條及四十九條之規
定。

第四、名譽刑。名譽者，非直接毀損犯人之名譽，乃剝奪犯人在法律上所享有之特定資格也。故有本條所定之褫奪公權。其性質亦屬從刑。本於日本舊刑法，剝奪公權、與停止公權、兩種而包舉之。惟日本現行刑法中，已無此等規定。以爲公權之剝奪、停止及復權事項，皆應屬大權範圍。當讓諸特別法令。不必定於刑律中者。此關於立法上問題。本律既定爲從刑之一種，則應隨主刑而併科，自與沒收無異。至其褫奪之結果，犯人在法律上喪失何種資格，及其年限，均詳第四十六條及第四十七條之規定。

附論

我國刑名，向有三流二遣之制。行之最久。其意在使兇惡之人，竄居遠方。逃諸原來社會以外。然而東西南北，皆屬中國土地。與之相接者，皆中國人民也。此等易地之刑，實於法理未當。故本律毅然去之。惟現在徒刑改遣條，又已公布施行。三年七月二十九日公布是於本條刑名之外，復有遣刑一種。其名義似與古同。究其實質，不能強合。非特道里遠近，年限有無，制度上之差異而已。蓋改遣之設，以濟刑獄之窮。兼以行移民實邊之策。專對於無期徒刑，或特種犯罪之長期徒刑，得移諸邊境，不必置諸監獄。其本刑仍爲徒刑。不過改爲發遣以執行之。故可謂此爲監獄施行之

特例。隱寓殖邊政策。不必涉於刑事法理。較之流遣古制。性質不同。得失亦未可同日語也。雖然。此等暫行條例。施之今日。監獄尙未改良。洵可以濟其窮而救其益。若以之定於刑律。則終未見其可也。茲將改遺條例。附錄於本律之後。並加詮釋。以便參考。究與本條刑名。不可相混。故著論於此以辨之。

第三十八條 死刑用絞於獄內執行之

文義

絞者。縊殺也。以兩繩相交而縊之。左傳曰。絞縊以戮。其制甚古。至六朝刑名。始定名曰絞。於獄內執行者。卽在獄內建設行刑場也。

理由

本條規定執行死刑之方法。去斬用絞。兼採密行主義。查死刑之執行。代各異制。如大辟、轆、磬、梟、裂、烹、磔、棄市、腰斬、支解、凌遲、種種名目。難以枚舉。至明清定律。僅留斬絞二種。在前此之慘酷極刑。固不待論。卽以斬絞並行。猶屬計較死刑之方法。以處決罪之輕重。然同一剝奪生命。使不再爲社會害。在刑罰上之目的。與受刑人之主觀。皆無輕重之效力可言。若謂身首異處。斬重於絞。不過就客觀之感情言之。而實非人情所忍見。故本律採用惟一之絞刑。亦多數國家所從同也。

至於死刑公行。本古者肆諸市朝。與衆共棄之義。其後變其主義爲威嚇衆人。使不敢

犯。然徵之我國歷史及歐洲各國之實驗。七八為習見殺人者。殺以止殺。非惟無警戒之效力。且以長人民殘忍之風。亦非刑事政策所宜也。故用絞之國。無不秘密執行者。本條定為獄內密行。良非無故。

惟現在死刑之方法。尚有鎗斃一種。我國現用之以處決軍犯。視為特別辦法。在各國亦有定為常律者。惟用鎗斃之國。皆係公行。此係維持往昔西班牙殖民地之舊慣。非其刑有所獨優也。

第三十九條 受死刑之宣告者迄至其執行與他囚人分別監禁

文義

宣告者。審判官於各罪法定刑名內。指定應科之刑。而經宣告判決者。故曰宣告刑。受宣告後以迄執行前。即判決尚未經過確定期限。并確定後呈報法部。尚待回報之期間。皆包括之。

理由

本條規定死刑尚未執行之處置方法。夫執行死刑者。不執行他刑。無重為監禁處分之理。惟判決宣告後。尚須經過確定期限。若死刑則雖確定後。猶須俟覆准回報。則自宣告以迄執行。其中繼續期間。在事實上。有監禁之必要。此與受徒刑之執行者。性質不同。故監禁應有分別。不使與他之囚人羣居聚處。蓋國母由刑之執

行。皆許有變改之日。以漸就感化爲主。不若受死刑之宣告者。必屬罪大惡極。法律上絕對淘汰。犯人己無自新之希望。愈有以釀成犯罪之危險。且不播其惡習於衆。囚皆爲刑事豫防計之所當然也。

第四十條 凡死刑非經法部覆准回報不得執行

理由

本條規定爲慎重執行死刑之特別辦法。無非重視人命。本舊律議擬奏附之遺意。即日本舊刑法亦有類此之規定。夫審判獨立。自受理至於宣告而止。其執行刑罰。屬諸司法行政官之職務。故自自由刑以下。檢察官即依宣告之刑期金額以爲執行。惟死刑雖經確定。尙應盡呈報之義務。一俟法部覆准回報。然後執行。此以檢察官應受法部之指揮而執行之。非以法部干涉審判之執行而變更之。故除有赦免復權等之特別命令外。不許爲任意翻案。而侵及審判獨立之權限也。查原案。有凡孕婦受死刑之宣告。產後經一百日。非更受法部命令。不得執行之規定。現經刪除。而另訂於施行細則第七條。

第四十一條 宣告徒刑及拘役不得未滿二日罰金不得未滿一圓

理由

本條規定專為減輕之制限而設。據第三十七條所定。拘役最短期為一日以上。罰金最少額為一圓以上。斷無處拘役數時。或罰金數角之理。且徒刑限於二月以上。更無宣告徒刑而至一日者。本條原無規定之必要。故為原案所無。而修正時增補入律。據其案語說明。為因減輕而至一日或一圓以下者。若即免除。不足以昭懲創。然通觀本章刑名定制。及次章加減例之規定。是未免過慮。而重為贅文也。

第四十二條 徒刑之囚於監獄監禁之令服法定勞役其監禁方法及勞役種類依監獄法之規定

文義

徒刑之囚。包無期有期。已經確定審判之犯人而言。監獄為執行徒刑之所。在監禁其執行方法也。令服法定勞役。有強制意。使服一定之勞務。故曰法定。

定。監禁方法。即監獄法所定之。收監分房戒護等規則。皆是現行監獄規則共一百零三條已公布施行。勞役種類。依其工業勞務。分類以便於操作也。

理由

本條規定。徒刑執行之方法。以法定勞役為主。即採有定役為自由刑之特質。在各國之自由刑。有以有定役與無定役并行者。其意謂留此無定役制。以優待尚未破壞廉恥之犯人。如日本舊刑法所指之國事犯是也。然而本律不取此制。其

理由固有可得而舉者。第一、以拘禁人於監獄。經年累月。逐日幽閉無事。其精神更有無窮之痛苦。反不若操作勞動較易過日。今以無定役爲優待。其學說已不成立。第二、謂勞動與人之身分地位。固不盡相宜。然既經犯罪入獄。自應以其罪爲受刑之標準。不應計較其人之身分地位。如以勞動爲小民賤業。則社會之託業於勞動者。又將何說。是以本律採取有定役制。特以令服法定勞役著於本條。以示有強制之性質。不啻爲徒刑之要素也。

况以定役之目的而論。尤有實益可言。第一、爲主要目的。刑罰之設。既以感化爲主。在犯罪之人。大率游惰成性。則使服勞役。以矯其安逸怠惰之性根。漸就改良。減少犯罪。法理與政策。皆所宜然也。第二、爲附隨目的。則一方養成勞作之習慣。能力預備出獄後之生活資本。一方又爲補助監獄費用。直接減縮庫之供給。即間接可以輕良民之擔負。此定役所以必需也。至其種類方法。另詳於監獄律規定。非刑律範圍之所能及。故於此不具論。

第四十二條 拘役之囚於監獄監禁之令服勞役但其情節得免勞役

理由

本條規定拘役執行之方法。仍以服役爲原則。併設免役之例外。此其與前條異也。蓋前條令服法定勞役。有失律上強制之性質。此則僅爲令服勞役。而又因其情節得免。有審判上裁量之權衡。蓋爲拘役之時。間甚短者。本無裨於實際。或罪情甚微者。不使伍於衆囚。又或因其身體能力。不勝操作者。皆得視其情節而免之。未始非計之得者也。

第四十四條 受五等有期徒刑或拘役之宣告者其執行若實有空礙得以一日折算一圓易以罰金

依前項之例易罰金者於法律以受徒刑或拘役之執行者論

文義

空礙情形。專就執行之實際觀察。凡犯罪之情節無關。固有云者。必確實顯著。而無可假借也。易者。更換也。本條易爲罰金。與次條易爲監禁。皆謂之換刑。換刑之罰金監禁。不可與本刑相混。法律以受徒刑拘役之執行論。爲易其執行。而非可變其宣告也。

理由

本條規定。爲易科罰金之變例。據最新之學理。沿各國之判例而設。與舊律收贖納贖之例。絕不相蒙。夫自由刑與財產刑法律上性質不同。故以自由刑易

爲贖金。素爲學者所訾議。以其有乖刑罰之宗旨也。然而實際上。有宜從權應變者。爲其執行之窒礙。影響及於社會。不獨關係於犯人一身。國家爲謀公共利益起見。不得徒執法律平等之說。置一切利害於不顧。故有此例外規定。並設爲嚴格之限制。一。爲受宣告之本刑。僅屬五等有期徒刑或拘役者。其受較重之刑。則不能援此變例也。二。爲執行必實有窒礙。由審判上體察其實際情形而認定之。合乎此等條件。而後得援一日折算一元之比例。易以罰金執行。此全屬諸司法官裁量事實。有斟酌易刑之權衡。非由受刑人不服執行。可主張易刑之權利也。是亦所以異於贖刑之旨也。

惟執行必實有窒礙。所謂窒礙云者。其程度究以何等情形爲標準。今將原案所舉之例證之。如外國船舶之水手。於碇泊地犯輕微之罪。應科以拘役者。該船勢難久待。一旦啓碇歸航。在本船既失必需之水手。在本人又失歸國之便。而本國反因此增一飄零無業之異國游民。故權其利害。以易科罰金爲宜。準此理由。則本條有此規定。解釋固應從嚴。必其窒礙情形。關係公益。非注重於私人之利害。惟婦女犯輕罪者。依司法部特別處理通飭（五年三月二日通飭）其受刑罰宣告。在五等有期徒刑以下者。酌予改易罰金。則不妨從寬援用也。

然而刑之執行。雖易而刑之宣告。不因之而易。爲其窒礙。祇在執行。不能變更其審判也。故法律上效力。仍以受徒刑拘役之本刑論。因對於累犯。緩刑假釋及褫奪公權等。

關係至爲重要。此第二項所以聲明之。

第四十五條 罰金於審判確定後令一月以內完納逾期不完納者從左例處斷

第一 有資力者強制令完納之

第二 無資力者以一圓折算一日易以監禁

監禁於監獄內附設之監禁所執行之

監禁日數不得逾三年

罰金已納一部分者計其餘額依第一項第二款之例易以監禁罰金總額之比例逾三年之日數而已納其一部者以按分比例定監禁日數依本條之例易監禁者除脫逃罪外於法律以受罰金之執行者論

文義

令一月以內完納。許其自由呈繳之期限也。至其完納方法。應詳手續法內。

強制完納。雖與民訴律之強制執行有別。而實質則同。如查封拍賣之類。附

設監禁所。以示與監獄不相混也。不得逾三年。示易科監禁之最長期限也。按分

比例者。爲罰金總額過多。而監禁限於三年。不能準用一圓折算一日之原則。應將其

總額若干。以三年之日數分配之。按其已納未納之分數。比例餘額以定其應當執行之監禁日數也。逃脫罪。即指因受易科監禁而脫逃者言。不及其他之脫逃罪也。

理由

本條規定罰金執行之方法。及其易科之制限。夫易罰金爲監禁。與前條易徒刑。刑拘役爲罰金。皆屬審判上之變則。故對於有完納之資力者。既示以一定之期限。復施以強制之手續。必依原判執行而後已。半對無資力者。而易以監禁。乃不得已之辦法。故第一項分爲兩款規定之。以一圓折算一日。原案祇作半圓。經修正案改正。期與前條相符。同一易科之刑。不應分軒輊也。

第二項規定。執行於監獄內附設之監禁所。原案本係執行於監獄。惟未滿二月者。得執行於警察署內之拘留場。經修正案改正。蓋罰金罪質既異。而易刑之監禁。究與本刑之處分不同。自應分別執行。免與衆因爲伍。濡染惡習。而又以保全名譽。養其廉恥也。

第三項規定監禁之最長期。以三年爲度。明示制限也。第四項前半。爲已納罰金之部分者。計其未納之餘額。仍照一圓折算一日之例。易一部分以監禁。既專就罰金總額之圓數。未逾三年之日數者言之。若其總額比例。超過三年日數。則當據其已納之

一部與未納之一部按分比例。以定其餘額。應執行監禁之日數。故又有第四項後半聲明之。例如受罰金三千圓之宣告。已納一千五百元。得免一年半監禁之類。是也。第五項規定。法律上易刑之效力。其理由與前條第二項同。惟在執行監禁中而脫逃者。則仍視爲按律監禁之人。當成立第一百六十八條之脫逃罪。不在以罰金論之列。故以明文除外之。遇有此等情形。適用時免滋疑義也。

夫科罰金之主刑者。依其種類可分爲三。一曰獨立罰金。即分則各條規定。祇科罰金之一種主刑者。是。二曰選擇罰金。即分則各條。有處徒刑拘役。或罰金之兩種主刑。任其選擇者。是。三曰併科罰金。即分則各條。處以徒刑拘役。又併科罰金若干者。是本條所稱宣告罰金。實兼三種情形而有之。皆可以易處監禁者。惟與前條易科之罰金性質不同耳。

第四十六條 褫奪公權者終身奪其左列資格之全部或一部

- 一 爲官員之資格
- 二 爲選舉人之資格
- 三 膺勳章之資格

四 入軍籍之資格

五 爲學堂監督職員教習之資格

六 爲律師之資格

文義

褫奪猶言剝奪也。公權對私權而言。範圍甚廣。本條所列記者其實質即爲

參政權。資格即私人在公法上享有之能力也。換言之亦曰特定之名譽。

全部或一部皆以左列資格爲限。不及其他公權也。官員選舉人義詳第十七章文例。膺受也。勳與章不同。勳爲勳位。現定爲五級。章爲國章。如嘉禾文虎之類。入軍籍屬普通軍人言之。監督職員教習律師雖與官員有別。而皆爲有俸給之公職。爲社會所信仰者。故亦屬於公權之內。

理由

本條規定褫奪公權之原則及其範圍。依分別有明文規定時而適用之。惟當注意之要點有三。其一、褫奪以終身爲期。是爲法定之制限。其二、奪其全部或

一部。則爲審判之權衡。其三、以列記之資格爲限。定爲法律上公權之範圍。蓋必終身褫奪其左列資格之全部或一部者。無非以此等犯人既爲害於國家社會。當剝奪其公法上地位。受名譽之制裁。不復使直接或間接得享有其參政權。觀所列記之種類。

知刑罰之目的、固有所在也。其他請願訴訟及自由等公權、不備載於本條者、固不可得而褫奪之也。

第四十七條 於分則有得褫奪公權之規定者、得褫奪現在之地位、或於一定期限內褫奪前條所列資格之全部、或一部、但以應科徒刑以上之刑者為限。

文義

得者、不必得之謂。即不確定之名詞也。律文用此、皆屬審判上之裁量。分則中有此規定者不少。謂之為裁量褫奪。與前條法定褫奪不同。其區別、即注處於得字及或字。現在地位、即犯人現居公權上之地位也。其種類、自以屬於列記範圍內者為限。得褫奪現在地位、與分則特定為併免現職者、有別。亦以此為裁量褫奪。彼為法定免職。故有特定之必要也。一定期限內、即限定年度為褫奪之期。期滿當然回復。是為有期之褫奪。日本謂之停止公權。是也。應科徒刑者、指審判宣告應科之主刑而言。非謂各條法定主刑內、有處徒刑者、即為應科也。例如各條應處四等以下有期徒刑或拘役之刑、而審判僅宣告科以拘役者、則援本條、但書、不得褫奪之也。其他因減輕而處拘役、或由選擇而處罰金者、皆然。

理由

本條規定停止公權之裁量處分及其制限。依分則有得褫奪公權之規定者。而適用之一得褫奪現在之地位。一得於一定期限滿。奪其前條所列資格之全部或一部。皆予以審判上之裁量。按其犯人心術及犯罪情節。一視其毀破廉恥與否爲標準。或奪其現在地位。而不停止其列記資格。或既奪其現在地位。併於定期內奪其列記資格。又或兩者皆不必奪。亦無不可。惟必實施褫奪或停止處分時。須以應科徒刑以上之刑者爲限。若主刑僅爲拘役或罰金。則罪情已屬輕微。無併科此等從刑之必要。亦以重視名譽上制裁。特設爲裁量之限度也。

附論

惟受死刑之宣告者。是否應褫奪公權。頗滋解釋上之疑義。以爲生命既絕。公權無所附麗。無庸褫奪。爲死後之制裁。此一說也。以爲既褫奪死刑人之公權。則皆屬終身褫奪。無復爲一定期限之停止。此又一說也。然而受死刑之人。歐法既應褫奪。必使喪失其資格。依法祇得褫奪者。亦僅得停止其資格。立法上各有一定理由。司法上自應守一定標準。况以其實益言之。如死刑宣告後而遇免除。則終身褫奪與定期褫奪。其效力固有不同。是以大理院判決例。已數見而無庸疑矣。無期徒刑之應褫奪或得褫奪者。亦然。

第四十八條 沒收之物如左

- 一 違禁私造私有之物
- 二 供犯罪所用及豫備之物
- 三 因犯罪所得之物

文義

違禁私造者。即國家禁止不許私人製造之物。如偽造貨幣及度量衡等之類。私有者。即國家禁止不許私人視為所有權利之目的物。如私有軍械火藥鴉片煙之類。供犯罪所用者。為供給犯罪時使用之物也。預備之物。即將供使用者也。因犯罪所得之物。如賭博所獲之錢財。賄賂之贓物之類。又如侵占之遺失物及強竊盜之贓物。亦是。但以所有主不能明時。而後沒收之。是亦屬於次條之制限。

理由

本條規定沒收物之種類。限於列記三款。其一。違禁之物。不許私造私有者。使消滅危險物品。且遏止實害之發生也。其二。供犯罪所用及預備之物。不使留犯罪紀念。易啓悔改之觀念也。其三。因犯罪所得之物。不使人以不法之利益。以自利也。是皆根據於法理與政策所當然者。其他不涉本條各款範圍。及分別無特別規定者。則不得沒收之。

第四十九條 沒收之物以犯人以外無有權利者爲限

文義

沒收之物即合乎前條各款之應沒收者。犯人以外有權利者即第三人對於該物有正當之物權所有或共有也。

理由

本條規定沒收物之制限以刑罰不害及他人法益爲主。在古代蠻刑藉沒之廢止。本律於前條定其範圍。已絕無沒收犯人之家產。害及其家屬或繼承人之權利。復於本條特設制限以保護第三人。因正當權原所有或共有之權利。蓋沒收之物雖合乎前條列記各款。而他人不知。已設定正當物權。或係犯罪者利用他人所有之物。自無對犯人以外之人加以損害之理。且沒收本爲附加之從刑。對於犯人以外之人。主刑既未宣告。更不能獨立予以從刑之制裁。此揆之刑事法理與刑罰性質。皆應受此制限者。斯本條所以必設也。

第八章 宥減

義例

凡老幼疾病之人。犯罪有矜恤之條。本各國刑法所同也。惟立法者之宗旨。有由於法理上不能成罪者。亦有由於審判上減輕處分者。前者謂之絕對無責。

任。已規定不爲罪章。後者謂之相對無責任。各國亦有以附於不論罪之後。然究之相對無責任者。法律上已負責任。仍以一般處罰爲原則。特設有恕減輕之例外。在審判官有裁量得減之權衡。非犯人有要求減等之權利。是無罪與宥減兩者根據之主義。絕不相同。此本章所以獨立規定也。

本章之規定。原案共分二條。前條爲十六歲以上、二十歲未滿之犯罪者。得減本刑一等。次條即定聾啞者。及滿八十歲人。得減至二等。修正案因各省簽註。刪去前條。并改正第十一條之未滿十六歲。爲十五歲。嗣憲政編查館核定。對於第十一條。改爲十二歲。復於本章修復原案條文。改爲未滿十六歲。且得減至二等。至資政院通過時。仍依修正案修改。將憲政館所增者刪除。至宣統二年頒布。特以上諭准依憲政編查館原議更正。故將未滿十六歲人一語。加入於第五十條之內。民國仍之。

第五十條 瘖啞人或未滿十六歲人或滿八十歲人犯罪者得減本刑一等或二等

文義

瘖啞。原案本作聾啞。兼欠缺聽能語能而言。必聾而且啞者是也。資政院改爲瘖啞。專爲欠缺語能者。即是考之字義。無聲之謂瘖。釋名不言之謂啞。玉又有啞

訓爲瘖^集之義。二字之種類程度皆同。按之生理學醫學。瘖啞固未有不聾者。聾則未必至於瘖啞。則去聾而疊用瘖啞亦宜然。

理由

本條規定宥恕減輕之特例爲精神不完備之病者。精神未發育之幼者。及精神漸昏眩之老者。不能與普通之犯人一律。雖原則上同負責任。與純粹不爲罪者有別。然得因其情節。特設減等之例外。由審判上裁量減輕。試即其各項理由而分述之。

考屬禮三赦之法。內有蠢愚一項。注謂生而癡騃童昏者。原案考察沿革。謂即指聾啞而言。然此等病人之應矜恤。我國代有成例。卽各國亦莫不同。惟瘖啞究與精神病人有別。蓋有生而瘖啞者。有因疾病或受傷而致者。必屬生而瘖啞。已成自來癩疾。不能感受教育。能力薄弱。各國且有等諸幼年不爲罪之例。故本條定爲宥減之原因。若因病或傷而致者。不過肢體不具。而精神知識與衆無異。不能適用此例。卽有可原情節。自有酌減之例在也。

又如瘖啞以外之篤疾者。亦有肢體不具。聰明欠缺。智力不及常人。如聾者瞽者之類。在本條旣明以瘖啞人爲限。自不能比附援用。予以宥減。亦得因其情節適用酌減之

例。

未滿十六歲之幼者。各國有定爲不負責任年齡。原案亦然。蓋不取有無辨別心爲標準。而以能受感化教育之年齡爲主。參觀第十一條是爲最新之學說。然揆之我國人民智力之發育。社會之心理。及歷史上成例。亦有十五歲以下、十歲以下、七歲以下、三項階級。分別矜恤之條。若概以十六歲爲斷。不無過寬。故憲政編查館核訂於第十一條改正爲十二歲。而以未滿十六歲人。加入於宥減之例。不可謂非權衡適中之制也。

八十歲以上。舊律向有收贖勿論之例。以示矜恤。老年。而本條規定。僅得減等者。何以故。蓋以老年人閱世既深。善惡邪正。辨之宜審。精神無異衆人。而智謀或且過之。即與普通人受同等之處分。於法理亦未爲不當。即此特設宥減之例。亦全爲中國歷代之風俗成例起見。非立法上有必要之理由也。若謂八十以上之老人。精神昏憤。權醫學上之所謂老耄狂者。則依第十二條。屬精神病人之行爲。全無責任。又無庸援用本條宥減而已也。

第九章 自首

義例

凡犯罪有減輕之原因者。必於犯罪成立以前。有此事實。或隨犯罪事實而減輕。立如未遂從犯宥減之類是也。至於犯罪成立以後。予以減輕之原因者。則惟自首二例。蓋前者根據於法理。不可與一般之犯罪同論。後者則根據於政策。其犯罪實質無所區別。惟以引起犯人悔過投誠。兼以犯罪真象。易於明確。在官廳免費無益搜查之手續。在第三者免受無故牽累之嫌疑。有此數利。此自首者。所以特予以減輕原因於其事後也。

查各國規定自首。復有不同。其多數立法例。祇認特別自首者。著之於分則。而總則中無一般自首之規定。惟我國舊律名例。向有自首減免之條。如日本新舊刑法皆有之。本緣於我國法系。而然者。若本章所定。又緣於日本法例。而與舊律不同。在舊律自首。以免罪為原則。本章則除未至實行之特定各罪。自首得以免除外。其餘僅得減一等。在舊律以損傷於人及物事發在逃。越廟犯姦等罪。不准自首。本章則不立此區別。蓋其宗旨不同。寬嚴各異。彼為免罪之特典。固不能濫予寬容。此僅為減等之處分。故無論何罪。概應准其自首也。况得減者。非法定必減之謂。一任審判官之權衡而定。果有損害重大情節。萬無可原。亦可以不予減輕。自無庸特設不許自首之制限為也。是以

本章規定。係一般自首之通例。而對於各罪之特別自首者。仍讓諸分別各章特定之。第五十一條 犯罪未發覺而自首於官受審判者得減本刑一等

犯罪未發覺而向有告訴權之人首服受官之審判者亦同

文義

犯罪未發覺。指犯罪之人。尙未經告訴或告發於官也。包括犯罪事實未披露。或知其事實。而犯人未指定時。皆謂之未發覺者。自首於官。自己出首於當該官廳。告言已罪也。所謂官者。應從廣義解釋。指有受理職權之司法官。或兼理司法之行政官吏。皆是。受審判者。有親身投案意。如間接或僅以書函告知。不得謂之就受審判。親告罪。於分則各條定之。有告訴權之人。不限於被害者。如家屬。或其法定代理人。皆得有之。向有告訴權人首服。與直接自首於官者有別。而以親告罪爲限。得視爲準自首之例外也。

理由

本條規定。自首減等之例。第一項。爲自首之原則。有法定之四種要件。一。爲自己之犯罪。若代他人首告。或其親屬犯罪者。非自首也。二。必於未發覺前。犯罪事實之未發覺。無論已。律祇限於犯人未披露以前。皆准自首。若待發覺後。告言已罪。乃自白。非自首也。三。須首於相當官署。四。於官就受審判。若非有管理司法之官吏。或

以間接之手續告知者。皆不得謂爲自首。蓋自首減等之例。既爲投誠悔過者。隱寓獎勵之意。而尤使案情易於明瞭。有免費搜查逮捕。株連無辜之實益。至於自首之原因。果出於心誠悔悟。或懼其事發加重。雖爲審判上得減與否之權衡。而法律不設此區別。故祇限於要件完備。即爲自首。若非具備此等要件。濫予犯罪者。僥倖減輕之門。實與立法之精神。背道而馳矣。

惟親告罪之犯人。向有告訴權之人首服。而受官之審判者。亦准自首之例。蓋親告權本可自由拋棄。即犯人自首於官。非得有告訴權者。自行呈訴。不爲受理。故關於此等犯罪。許其直接首服於有告訴權之人。而間接受官之審判。視與自首於官受審判者同。此對於一般原則而爲例外。實則親告罪之當然法則也。故以第二項規定之。

第五十一條 一罪既發別首未發餘罪者得減所首餘罪之刑一等

理由

本條規定。係俱發與自首互合之例。夫一罪既發。別首未發餘罪者。是以非自首之罪。與自首之罪相合。而爲俱發。其所首之餘罪。無論一罪或數罪。皆得各減一等。惟不得減及既發之一罪。故有本條聲明之。其理由實與前條無異。惟此等事。例既援自首減等。仍將其應科之刑。與既發一罪之刑併合。依第二十三條。以俱發之

例處斷。可無疑也。

第五十三條 豫備或陰謀犯分則特定各條之罪未至實行而自首於官受審判者得免除或減輕其刑但沒收不在免除之限

文義

預備陰謀。自行爲階級言之。皆未至於着手犯罪也。分則特定各條之罪。即分別各章中有獨立處罰預備陰謀罪之規定者是也。未至實行仍包括未發覺在內。蓋前爲已實行犯罪者。故以未發覺爲限。此爲預謀犯罪者。故曰未至實行。倘在豫謀時。而爲人所發覺。則亦不成自首也。

理由

本條規定特別自首之例。夫犯罪之程度。始陰謀。次預備。次着手。而達於實行。犯罪始得完成。是未至於着手實行。原則上并不成立犯罪。無庸適用自首減免之例。惟陰謀及豫備行爲。有時得視爲犯罪之例外。分則中以此特定爲正條者。蓋爲事之重大危險。宜防患於未然。故有獨立處罰之明文。其例較未遂犯爲尤夥。然此等人犯。亟宜破其詭謀。解其脅從。以減少犯罪。故本條規定特別自首。於未實行以前。特予減免之例。以寬典而消弭巨患。此亦刑事政策。必要之處分也。至其沒收之從刑。既以特定物品爲斷。不因犯人減免。而變易物之性質。自不在援免

之限。亦從刑不隨主刑減免之一例。故用但書以聲明之。

第十章 酌減

義例

凡對於法定範圍之刑罰。法律上特予以減輕處分者。必有一定條件爲前提。如未遂、從犯、宥減、自首之例是也。然犯罪情狀萬殊。刑律係確立不易立法者。祇能爲抽象的概括規定。不能一一調查其具體事實。則有時罪與刑不能適合。未免有法重情輕之弊。在法律上既無一定條件。固不得自由減輕。或即援一定條件減輕。而罪刑尚不相當者。審判上如無裁酌餘地。不得不囿於法。而失之過重。是以有本章酌減之特例。許審判官按其情節可原者。得以職權減輕之名爲審判上之減輕。以別於法律上之減輕。此全出於審判官矜恤之忱。故學者有謂爲審判官之淚者。然亦立於法律上之精神所貫注而無違也。

顧或謂酌減之例。漫無限制。全屬審判上之權衡。不免上下其手。適足啓故出人罪之弊。而不知法律與道德相維。刑罰不越情理之外。原情而量。予未減。在我國舊律時代。向有秋審酌入可矜之例。意在慎刑而不慮其枉法。何獨於本律而疑之。况減等尚有了一定程度。酌量亦自有無形之標準。必不得已而後適用。不得謂有此而盡破其法定

範圍。若謂曲法徇情。則舍此不用。亦未能盡塞其弊。此用人不當之過。以歸咎於立法者。尤不成問題也。

第五十四條

審按犯人之心術及犯罪之事實其情輕者得減本刑一等或

二等

文義

犯人之心術。即犯罪之遠因也。須察其內因、外因、而區別之。犯罪事實。即其行為及所生損害之結果也。其情輕者。應比較其本刑法重而覺其情輕也。

非泛言情節輕微之謂。

理由

本條規定酌減之標準。為審判上減輕之根據。一從主觀觀察。以犯人之心術為衡。一從客觀觀察。以犯罪之事實而定。二者不相混同。有一可以原諒。覺其法重而情輕者。則可援本條而酌減之。至一等或二等。是在審判官臨事決定。法律不能豫斷也。例如竊取他人財物。有專為淫侈遊蕩。不事正業者。有迫於親老家貧。暫濟生活者。此事實同而心術異。又如為貧困所迫。有竊取貧家之重金者。有竊取富家之微物者。此心術同而事實異。若審判官按其心術事實。大可矜憫。處以短期之拘役。已足。而該竊盜本刑係三等至五等有期徒刑。第三百六十七條則酌減一等。可也。如該竊盜係

侵入人家宅而取之者。其本刑爲二等或三等有期徒刑。第三百六十八條減一等猶覺過重。則酌減二等亦可也。凡此皆應據其應科之本刑。以定得減與否。及其減輕之程度。若於其最輕主刑之範圍內。可以宣告相當之刑。則亦無所用其酌減矣。皆大理院判決例。對於審判上減輕與其他法律上減輕。適用時解釋不同。例如本刑爲二等至四等有期徒刑。以法律上之原因減輕一等。爲三等至五等有期徒刑。於三等至五等之範圍內。宣告三等或四等之徒刑。仍無不可。若因於審判上酌減時。則祇應宣告五等有期徒刑。蓋必因最輕本刑之四等徒刑。猶不相當。而後有酌減之必要。而後有酌減之實益矣。

第五十五條 依法律加重或減輕者仍得依前條之例減輕其刑

文義

依法律加重者。如累犯俱發之類。減輕者。如未遂從犯宥減自首之類。皆爲一般之加重減輕也。若特別加重或減輕。規定於分則中者。本條不包括之。

理由

本條規定。係適用酌減之例。夫法律上以一定條件。加減各罪之本刑。不必盡與各罪之情節相合。故如累犯俱發之罪。應依法律加重。而其情實可矜者。有之。又如未遂從犯宥恕自首之罪。既依法律減輕。而其刑猶過重者。有之。雖各項情形

競合。苟審判上尙有酌減之情形。無論法律上加重者。可以酌量減輕。即法律上減輕者。亦可以酌量再減。因彼之加減。既爲法律所囿。不能拘束審判上之權衡也。此本條所以規定之。

第十一章 加減例

義例

凡加重減輕之次序及其分量。自有一定之準則。學理上無甚研究。而實際之作用。則關係甚大。若適用時無所依據。由各人意爲解釋。則毫釐之差。謬以千里。裁判上必多窒礙。是以我國舊律。向有加減專條。著於名例。日本新舊刑法。總則中皆有此等規定。無論法律上加重減輕。或審判上減輕時。均以是爲法定標準。故本律採之。特輯爲加減例之專章也。

第五十六條 死刑徒刑拘役依第三十七條所列次序加重減輕之

徒刑不得加至死刑

拘役不得減至罰金及免除之

罰金不得加至拘役及徒刑

理由 本條規定拘役刑以上之加減例。不言罰金者。以罰金之性質不同。不與他刑相混。另依第五十八條之規定。故本條祇定其死刑徒刑拘役之應加應減者。

第一項。爲加減之原則。第二項至第四項。示加減之限制。試分別舉例以證之。

第一項。從第三十七條加重減輕者。其加重。例如有期徒刑。三等加爲二等。二等加爲一等。是也。其減輕。例如死刑。減一等。爲無期徒刑。無期徒刑。減一等。爲一等有期徒刑。是也。其餘以此類推。

第二項。不得加至死刑。本舊律之意義。參以近世之法理。以死刑係剝奪生命。具有特別之性質。若以自由刑而加入於死。非所以尊重人權。亦且顯違法理。故特設此制限。使不得依第三十七條所列次序。而加重至於死刑也。

第三第四兩項。即明示自由刑與財產刑之界限。以二者非程度輕重之問題。乃性質之各別也。故嚴定加減之分量。不得依第三十七條所列次序。由拘役減至罰金。或由罰金加至拘役。至拘役不得免除。即不能減盡不科之意。罰金不得加至徒刑。尤爲當然解釋。不必贅有明文者矣。

附論

查原案本條第二項規定。爲不得加入死刑及無期徒刑。但一等有期徒刑應加一等者。爲二十年以下。十年以上。應加二等者。爲二十年以下十五年以上等語。與第二十三條第三款之制限加重相同。嗣經法律館修正。節刪此文。援舊例滿流。可以加遣爲根據。是有期徒刑。得因加重而入無期徒刑。與第二十三條之原則相反。復查加重及併科不得逾二十年之制限。原案初定於第三十七條一等有期徒刑之下。因修正時。增入第二十三條第三款之但書。但不得逾二十年遂將第三十七條第二項第三款一號之但書。但加重及併科時以二十年爲其最長刑期刪除。以免重複。曾於修正案語聲明理由。並非變更初定之宗旨也。似此。則本條雖經節刪。而既不列反對之明文。尙可依第二十三條。適用制限加重之例。然而彼爲俱發加重之制限。此爲一般加重之通例。在修正時。實以舊例加遣爲辭。明許其得加入無期徒刑。固未可曲爲解釋者。現在各國盛倡廢止死刑及廢止無期徒刑之說。亦以無期徒刑。同具特別之性質。與死刑相差無幾。今廢止固未可輕議。而以加重之故。得致人於終身縲紲。未免爲刑律上之缺點。所望於修改之時。仍可刪去第二十三條之但書。而修復於本條之內。庶幾無紊於刑罰性質而不致失之於酷也。

第五十七條 分則定有二種以上主刑應加減者依第三十七條所列次序按等加減之

最重主刑係死刑應加重者止加重其徒刑無期徒刑應加重者止加重其有期徒刑

最輕主刑係拘役應減輕者止減輕其徒刑徒刑減盡者止處拘役

理由 本條規定二種以上主刑之加減例。蓋主刑不止二種。分則各條定罪科刑。採用相對之法定制率以一罪設定數種主刑為原則。以指定一刑為例外。本條

即對此原則而分別定之。其例說明如左。

第一項按等加減者。例如本刑為二等至四等有期徒刑。加一等。則處一等至三等。減一等。則處二等至五等。又如本刑為四等以下有期徒刑。加一等。則處三等或四等。減一等。則處五等或拘役。是也。

第二項應加重者。以最重主刑為死刑。或無期徒刑。皆無可加。則止加重其輕者。例如殺人罪。應處死刑。無期徒刑。或一等有期徒刑。分為三階級。又如傷害罪。因而致死或篤疾者。應處無期徒刑。或二等有期徒刑。亦分為三階級。若果犯殺人罪。其最重

主刑爲死刑。以累犯之故。加一等者。止除去一等有期徒刑之一級。加二等者。并除去無期徒刑。而專就死刑一種。以爲處分。是也。又若累犯傷害罪。其最重主刑。爲無期徒刑。以累犯之故。加一等者。止除去二等有期徒刑之一級。加二等者。并除去一等有期徒刑。而專科無期徒刑。是也。是即所謂止加重其徒刑。及止加重其有期徒刑之實例也。

前例因加重而專科死刑者。與前條第二項。不得加至死刑之制度。亦無抵觸。蓋彼指本刑中。未設死刑之罪而言。此則本有死刑。特因加重而宣告其最重者。非因加重而加入於死也。以殺人罪與傷害罪之規定。合較之而自明矣。

第三項。應減輕者。以最輕主刑爲拘役。應受前條第三款之制限。已無可減。故止減輕其重者。例如四等以下有期徒刑或拘役之罪。減一等者。止除去四等有期徒刑之一級。減二等者。並除去五等有期徒刑。是即徒刑減盡。止處拘役之實例也。

第五十八條 罰金依分則所定之額以四分之一爲一等加重減輕之

罰金應加減者最多額與最少額同加減之其僅定有最多額者止加減其最多額

理由 本條規定罰金獨立加減之例。以定額四分之一爲一等。如定額一千元。則以二百五十元爲一等之類。此沿於日本舊刑法之規定。現在日本新刑法。以二分之一爲等。相差大甚。不如舊制之爲愈也。故本條採之。

多少額同加減者。如定額爲一千元以下。一百元以上。減一等。爲七百五十元以下。七十五元以上。加一等。則爲一千二百五十元以下。一百二十五元以上。是其例也。其僅定有最多額者。分則中實例恒多。則最少額無庸加減。均應以一元以上爲度。故止應加減其最多額也。

第五十九條 分則所定併科之罰金若徒刑應加減者亦加減之

其易科之罰金若徒刑應減輕者亦減輕之

文義

併科罰金。依分則規定。有處徒刑拘役併科罰金。兩種主刑。應同時宣告也。易科罰金。即分則規定。有處徒刑拘役或罰金。兩種主刑。可以選擇任科其一。

故舍徒刑而科罰金者。即爲易科罰金。亦謂之選擇罰金。

理由

本條規定併科罰金或易科時之加減例。併科之罰金。隨徒刑而加減者。例如處四等以下有期徒刑或拘役。併科三百元以下罰金。加一等爲三等至五等有期徒刑。則併科三百七十五元以下罰金。減一等爲五等有期徒刑或拘役。則併科

二百二十五元以下罰金是也。

第二項。易科罰金。隨徒刑而減輕。本原案所無。係修正時增入。蓋易科罰金。各條法定。兩種主刑。可以選擇科斷。故有舍徒刑。而易科罰金者。若徒刑應減輕一等。罰金亦隨之減輕。例如處四等以下有期徒刑。拘役或三百元以下罰金。減一等。則爲五等有期徒刑。拘役或二百二十五元以下罰金。以此類推。本屬當然解釋。無庸規定也。

第六十條 同時刑有加重減輕者互相抵銷

理由

本條規定。加減抵銷之例。同時刑有加重減輕。謂爲法律上之加減競合。例如再犯之加重一等。與自首之減輕一等。同時互合。准其抵銷。無庸加減。若應加二等。而止減一等。或應減二等。而止加一等。則抵銷後。尙應加減一等。然無論如何抵銷。皆須以裁判宣告之。

第六十一條 有二種以上應減者得累減之

理由

本條規定。同時累減之例。夫犯罪得累減。本爲我國舊律所同。而微有制限。查舊律累減之條。如爲從減。自首減。故失減。公罪遞減之類甚多。有減至七等或九等者。並得減盡不科。本律除從犯自首外。尙有未遂宥減。皆爲法律上減輕。如有二種以上競合。得累減之。且依第五十五條規定。仍許再爲審判上之酌減。惟得減盡與

否。雖未明設限制。而依第五十六條第三項規定。則不得因累減而免除之。

至於二種以上應加者。同時並發。自有第二十五條。俱發與累犯互合之例。蓋犯罪加重者。除有分則各條。特別加重外。總則上。則止有累犯俱發之兩種原因。別有專條適用。是以本條僅爲累減之規定而已。

第六十二條 從刑不隨主刑加重減輕

理由

本條規定從刑無加減之原則。從刑隨主刑而併科。爲褫奪公權及沒收之性質。故本條即申明此義也。惟褫奪公權之全部或一部。及一定期限之長短。可由審判官酌量加減之。然亦非隨主刑而加重減輕者。詳第四十六條及第四十七條之說明。

第十一章 緩刑

義例

緩刑之制。沿於歐美各國。日本謂之猶豫執行。在昔裁判官。權限極廣。不待法律明文。按其犯罪情節。可原者。自由酌定。暫緩其刑之執行。執近各國。因此定爲專例。初始於美國。瑪賽秋裁州。行之尙有利無弊。現今定爲成文法者。已居多數。如法德意比瑞那威日。本北美合衆國。皆然。據各國統計。以平均計算。罪犯百人之中。累犯者居四五十人。而

採用此制之國。其在緩刑期內犯罪者。百人中不過十五六人。二者之得失。可概見也。蓋犯罪之人。習於爲惡。不思湔濯者。固宜懲處。而一時錯誤。奮然改悔者。尤宜矜恤。若概屏之監獄。雖以匡正犯人爲主義。亦間收改過遷善之效果。而萃集良莠。言不及義。因而染污效尤者亦多。苟監督失於懈弛。則監獄反爲犯罪之研究所也。是以特設此制。以處輕微之初犯。及經過一定期限之再犯輕罪者。不投之於監獄。一面示免除之寬典。引起悔改之心。一面定試驗之期間。預爲撤銷之地。裁判上既無窒碍。而實際多所裨益。是誠法良意美。宜乎爲世界所公認也。故本章亦採用之。

惟本章各條所定積極消極之要件。各有特定之理由在。然雖具此要件。其應否適用。緩刑。猶非該犯人應有之權利。一任審判官之權衡。以職權宣告之。此中標準。非法律所能豫定。例如血氣未定。偶因酒色墮落。致竊取他人少數之金錢者。或酗酒殺人。致負微傷者。或誤會他項事由。毀壞他人器物。及殺傷牛馬者。凡此情形。以出於一時偶發爲限。或事後痛自悔悟。皆可謂宜於緩刑。是在審判官之調查真實焉耳。

第六十三條 具有左列要件。而受四等以下有期徒刑或拘役之宣告者。自審判確定之日起。得宣告緩刑五年以下。三年以上。

一 未曾受拘役以上之刑者

二 前受三等至五等有期徒刑執行完畢或免除後逾七年或前受拘役執行完畢或免除後逾二年者

三 有一定之住所及職業者

四 有親屬或故舊監督緩刑期內之品行者

文義

具有云者必完全具備也。惟一二兩款情形則必不同具。受四等以下徒刑或拘役之宣告者。指判決宣告之刑期而言。非泛言法定主刑也。他條所舉刑之宣告者皆然。自審判確定日起。即爲起算緩刑期限之日也。緩刑者。緩其刑之執行也。宣告緩刑。非必於確定之日。再爲宣告。不過分別應科刑期。與緩刑期限。而實爲同一之宣告也。第一款屬初犯言。第二款屬一定期間後之再犯言。二者必不可得而兼也。一定住所。指生活之根據地。暫時居所不在其內。職業。指正當之職務或業務也。親屬故舊。範圍甚廣。然必認定其有監督之資格者。方足以當之。監督有隱寓間接試驗之意。

理由

本條規定宣告緩刑之要件及其制限。專爲宣告四等以下有期徒刑或拘役之輕微罪者。設特別之寬典。蓋爲重至三等徒刑以上之罪。非實行執行。不能收刑罰之效力。於法理上不宜緩刑。而僅科罰金之罪。實際上亦無庸緩刑執行也。故以受四等徒刑至拘役之宣告者爲限。得宣告緩刑。復以五年以下。三年以上。爲法定試驗期間。自審判確定之日。爲起算點。由審判官爲適宜之宣告。在此期限內。有免除之希望。復有撤銷之監督。其人利害之關係甚巨。故自願改悔者。十居八九。是則此制之善。眞所謂刑期於無刑也。惟實行此制時。當具備之各種要件。尙各有一定理由。在試分別說明之。

第一款。爲初犯輕罪者。故曰未曾受拘役以上之刑。其僅受過罰金之刑者。亦依此款以初犯論。第二款。爲經過一定期間後之再犯輕罪者。必前受三等至五等徒刑。已逾七年。或前受拘役之刑。已逾三年。則前受二等等以上徒刑之執行者。無論經過若干年。不在此例。總之一二兩款情形雖異。無非以情節輕微。尙非習於爲惡者。方可適用緩刑。是爲消極之要件。二者必居一於此也。

第三款。有一定之住所職業。爲緩刑不及於一般游民也。第四款。有監督之親屬故舊。

爲緩刑期內，有視察其品行之必要也。蓋緩刑之設，原屬改良自新之意。所以匡正犯罪者，必較實施刑罰之效力尤速。非徒示寬免之典，而拋棄執行之權也。若受刑人既無住所職業，或無可監督之親故，無從視察其品行，以徵試驗之效果，而撤銷時尤有不能執行之慮。顯與緩刑之宗旨相違。故三四兩款，定爲積極之要件，二者缺一不可也。

附論

緩刑之制度，各國不同。英美主義，緩其刑之宣告。比法主義，緩其刑之執行。二者各有所長。而比法爲優。蓋判決必須蒐集證據。若緩其罪之宣告，如日後撤銷緩刑時，非再事搜集不可。而證據又慮散逸，且未經審判確定，犯人尙有冀倖之心。審判上亦難定其標準。故本條不採英美主義，而以緩其刑之執行爲宜。

然此制之設，尙有從法理上攻擊之者。謂背乎有罪必罰之原則。此說原於宗教，以爲有惡因必有惡果。有罪不罰，如道德何。不知赦免時效，及不爲罪自首免除等例，皆有罪不罰之制也。蓋罪之應罰與否，不取報復主義。當視其罰之是否有利。方爲完善。執理論而不察實際，則謬矣。更有從事實上攻擊之者。其說有二。一謂使犯人玩視典刑，大損法律之威信。然從人類心理上察之，刑固可畏，而罪名猶可畏。自非不顧廉恥之

八處以短期之文明獄。雖所損無多。而因負罪名而損人格。當終身引以爲玷。已足示懲而不敢玩法。故本條僅緩其刑之執行。則此弊可無虞矣。二謂啓初犯者僥倖之心。輕微之初犯。將日有加。而不知本條所列四款。設有種種要件。次條又規定種種撤銷情形。且事前憑審判官酌定。限內復施以監督方法。立法者固早已防之。則此弊又可無虞矣。

第六十四條 受緩刑之宣告而有左列情形之一者撤銷其宣告

- 一 緩刑期內更犯罪受拘役以上之宣告者
- 二 因緩刑前犯罪而受拘役以上之宣告者
- 三 不備前條第二款之要件後經發覺者
- 四 喪失住所及職業者
- 五 監督人請求刑之執行其言有理由者

文義

撤銷宣告者。即取消緩刑之宣告。而仍執行其猶豫之本刑也。第一款屬緩刑期內之再犯言。第二款屬犯罪在緩刑前。而發覺於緩刑期內者言。第三款後經發覺者。亦指於緩刑期內發覺其未逾七年或未逾三年之限制。故曰不備。

前條第二款之要件。第四款、喪失住所職業、亦限於緩刑期內喪失者言之。第五款請求之言有理由。由審判官核定之。

理由

本條規定、撤銷緩刑之要件、所列五款情形、皆限於緩刑期限內發生、足為撤銷之原因。若緩刑期滿、其本刑之宣告已無效、則不得遡及既往而撤銷之。

因第一款情形而撤銷者、為緩刑期內再犯拘役以上之罪、其人已顯無悔改之心、故應撤銷之。且得依第二十三條、併科前後兩罪之刑。因前罪未受執行、不以累犯論、而以俱發論也。

因第二款情形而撤銷者、為緩刑期內發覺前犯拘役以上之罪、其發覺之罪與已緩刑之罪、當然有俱發關係。合二個裁判而併科之、無復適用緩刑之理由矣。惟二罪以上、前已俱發而受單一裁判時、果合乎前條要件、尚可宣告緩刑。與本款情形不同。因第三款情形而撤銷者、即前條第二款之要件欠缺。此當審察於宣告緩刑前者、特恐事前失察、事後發覺、故設此以救濟之。亦以杜犯罪者欺罔倖邀之弊也。

因第四款情形而撤銷者、為緩刑期內、喪失住所職業、有流離失所之虞、自無勉勵自新之望。故應撤銷緩刑、而從速執行之為愈也。

因第五款情形而撤銷者。必其監督人請求。確爲品行上之監察。有墮落而無改悔。由審判官認定其言之有理由。而後撤銷之。若因小節或挾私忿。而藉詞請求者。不得謂有撤銷之理由也。

第六十五條 逾緩刑之期而未撤銷緩刑之宣告者其刑之宣告爲無效

又義

未撤銷緩刑之宣告者。指經過所定緩刑期限。並未撤銷者言之。至其期內果有前條所列撤銷之原因與否。已不復論。故卽有此情形。而既逾期未撤銷者。亦然。無效者。消滅其宣告之謂。非特免其執行而已也。

理由

本條規定緩刑期滿之效力。夫緩刑之宣告。必豫設一定之試驗期。在此期限內。其刑之效力常存。故一經撤銷。卽須全部執行。并不因而未滅。是較之免除執行者。取締爲嚴。若逾此期限以外。則試驗已畢。足徵犯人確有悔之真情。而緩刑亦已收策勵之實益。故應使其本刑當然消滅無效。法律上不復以受徒刑或拘役之宣告者論。是亦所以異於免刑之效力也。

第十三章 假釋

義例

夫自由刑之設。既以感化爲歸宿。不復取痛苦報復之主義。則當刑期執行之中。倘其人果有悛悔實據。足信其改過遷善而無疑。則以行政官之權衡。爲審判後之救濟。姑與以暫行出獄。以獎勵自新。是非侵越審判之職權。而實隱符刑罰之宗旨。此假釋之制之所由生也。

查假釋之制。日本謂之假出獄。其初昉於法國。惟對於幼年囚行之。其施用於一般囚徒。採用斯制者。自英國始。現在各國已認爲通例。惟有訂於刑法中者。有另纂爲單行法者。有依恩赦之形式行之者。而實際上則無弗同。惟規定之條件。寬嚴稍別。本律採之。特定爲刑律專章。其制度亦折衷於各國者爲多。誠進步之法典也。

第六十六條 受徒刑之執行而有悛悔實據者無期徒刑逾十年後有期徒刑逾二分之一後由監獄官申達法部得許假釋出獄但有期徒刑之執行未滿三年者不在此限

文義

受徒刑之執行。雖不限於何等。而依但書制限。必屬執行三等以上徒刑時。方適用之。有悛悔實據者。在司獄官留心監察。確有實據而非空言也。如日本以賞表爲假出獄之證據者。是其詳當另訂於監獄律中。逾二分之一者。已執行刑

期之半也。未滿三年者已逾二分之一而尙未滿三年也。其未逾二分之一者固不待論。

理由

本條規定假釋之要件及其權限。所謂要件者有二。一爲實質上要件。即須有悔悟實據。足徵其刑罰匡止之效力。及犯人改良之決心。非可以空言逃法。爲司獄官徇情市恩之具也。一爲形式上要件。即無期徒刑執行已逾十年。或有期徒刑執行已逾二分之一。且已滿三年者。蓋必經此刑期之久。而後能洞察其真象。鑒別其心理。若短期徒刑之執行。在四等以下者。則亦無待乎假釋也。至其假釋之權限。由有監督權之監獄官。據情申達。得司法部之許可。以司法行政官之命令行之。與審判官無涉。因審判確定。本不得中途變更。故此等特別處分。專屬行政上權衡爲執行中之救濟。冀有以達到刑罰之目的而後已。

第六十七條 假釋出獄而有左列情形之一者撤銷其假釋其出獄日數不
算入刑期之內

- 二 假釋期限內更犯罪受拘役以上之宣告者
- 二 因假釋前所犯罪而受拘役以上之宣告者

三 因假釋前所受拘役以上之宣告而應執行者

四 犯假釋管束規則中應撤銷假釋之條項者

未經撤銷假釋者其出獄日數算入刑期之內

文義

撤銷假釋者。以在假釋期限內爲準。逾期自不撤銷之。出獄日數。不算入刑

期之內。仍執行所餘之刑期也。算入刑期之內。則期滿免除其執行。皆就有期

徒刑之得假釋者言之。假釋期限內。有期徒刑。即以所餘之刑期爲期限。無期徒刑

則終身在其期限中。雖有行刑時效。亦因第七十六條之規定而停止之。第一款假

釋期內再犯罪而經判決宣告者。第二款犯罪在假釋前而宣告在後者。第三款

犯罪已宣告在假釋前而發覺應執行者。此惟數罪各別經審判確定時有之。假釋

管束規則中。應撤銷之條項。當另訂爲單行法。非刑律所能詳。現行假釋管理規則共二十一條

理由

本條規定撤銷假釋之要件。據第一項所列四款情形。得撤銷其假釋者。皆應

以在假釋期限內爲度。惟假釋期限。有期徒刑。應以所餘之刑期定之。若無期

徒刑。既無所謂期限。則終身立於可以撤銷之地位。至撤銷之結果。其出獄日數。不

入刑期。亦因無期徒刑。與有期徒刑。而各別。在無期徒刑。無論因何種情形。撤銷。仍執

行無期徒刑。固不待論。若屬有期徒刑。則以撤銷之原因不同。而實際亦異。

因第一款情形而撤銷者。爲假釋期限內再犯拘役以上之罪。其人後改無狀。故態復萌。故應撤銷之。且後犯之一罪。果合乎累犯要件。仍當依第十九條加重之例。否則以與前罪所餘之刑。併執行之。

因第二款情形而撤銷者。即一罪先發。餘罪後發之實例。因第三款情形而撤銷者。即數罪各別經審判確定之實例。二者皆以俱發之故。定爲撤銷原因。且應援第二十四條規定。依第二十三條之例。更定其刑。而執行之。

至因第四款情形而撤銷者。另有單行之規則。定假釋中之監督方法。及其執行處分。刑律上特以明文承認之。

第二項未經撤銷假釋者。本聲明期滿免除之意。第日出獄日數。算入刑期。則刑期抵銷後。當然免其執行。此不必有明文規定者也。

又按第一項前列之三款情形。均限於拘役以上之刑。以自由刑之性質爲標準也。若犯罰金。則無事乎撤銷。其理由有二。其一。以假釋爲寬免其自由刑。非再加同種之刑。無庸撤銷。其二。罰金多出於過失或輕微之犯。不可謂爲仍蹈故轍。非有不可恕之

情節。亦不得撤銷。此撤銷假釋之制限。與撤銷緩刑相同。其意義自無以異也。

第十四章 赦免

義例

國家之有赦免。基於元首大權。無論古今中外皆然。惟各國多有僅著於憲法中者。本非刑律必要之規定。然我國自唐律。即有赦降之條。明清舊律。亦列常赦不原之例。此制并非因憲法而生。雖論其性質。自屬行政上之大權命令。而其適用之實際。則與刑律之效力攸關。現在我國憲法尙未議定。約法已著有明文。則並以此入於刑律範圍。藉明關係之所在。不得謂非適宜之制也。

第六十八條 赦免依赦免條欵臨時分別行之

理由

本條規定赦免之制度。夫赦免之在國法上地位。本屬於元首大權。其詳細條欵。應由臨時酌斟而定。以命令行之。非刑律所能豫斷。本條有此規定。不過以法律承認其效力。免致以命令變更法律之嫌。試將刑律上赦免之關係。分別說明之。

第一、赦免之效力。夫赦免之種類不一。斯効力亦因之而異。我國舊制。向有大赦常赦之分。依現行約法所定。亦有大赦特赦減刑復權之四種。日本憲法亦同。故自其性質言之。大赦者。消滅其審判之效力。不但取消其刑之執行已也。特赦者。免除其刑之全

部執行而有罪之判決如故也。減刑者，僅免除其刑之一部執行也。復權者，則回復其已剝奪之公權也。此皆赦免之效力。為刑律上關係之最著者也。

第二、赦免之實益。以赦免之利益言之，可分為二：一、可補法律之不備。分則各條，雖多有一種以上主刑，以聽審判官之適用。然亦有宣告法定最輕之刑，而猶覺其重者，即酌減之制，亦限於二等而止。惟赦免可以補救之。一、可正審判之錯誤。普通上訴，有一定之期限。非常上告，有一定之要件。審判上如有錯誤，終不免為期限或要件所限。惟赦免可以糾正之。此皆赦免之實益。足為刑律上之補助者也。

第三、適用赦免之主義。赦免雖為宥恕犯人之寬典，而亦為獎進犯人之改悔而設。其主義有類於緩刑假釋者然。惟緩刑屬審判上之權衡，專對於輕罪而適用之。假釋雖同為行政上之救濟，又必經過一定刑期而後適用。且當緩刑假釋之特定期限未滿，其本刑並未消滅。若赦免則無此種種限制。祇察其真能改悔而後行之。且可於既受緩刑或假釋之中，復行赦免。其效用為尤廣也。

參考

民國成立以來，實行大赦一次。見元年三月十日大總統令與本刑律同日施行而特赦減刑則已屢見不一見矣。茲附大赦令及不准除免條款於後。

大赦令文。國體變更。首在盪滌瘴疴。與民更始。我國民積受專制官吏之弊。失教罹罰。政多未平。陷於囹圄。或非其辜。當茲民國初基。正宜湔除舊染。咸與維新。凡自中華民國元年三月初十以前。我國民不幸而罹於罪者。除真正人命及強盜外。無論輕罪重罪。已發覺未發覺。已結正未結正者。皆除免之。我國民其自納於軌軌。懷茲刑辟。毋蹈匪彝。以保我同胞之身命與名譽於無極。此令。

司法部呈擬不准除免條款文。為呈請事。中錄前令竊惟共和肇造。一切更始。專制

時代之法律。當然失其效力。况夫有司不教而誅。官吏違法枉斷。尤為專制時代之積弊。非舉從前舊染之污。掃除而廓清之。不足以伸固有之民權。而立維新之政體。今之共和友邦。若美若法。大總統均有赦免之權。即此意也。惟曠典責在速行。而辦理應有程序。查赦法為司法部所司。向由司法部酌定條款。即新刑律第六十八條。亦有遵依臨時條款之規定。此次既以真正人命及強盜兩項不在除免之列。而各省對發此兩項所定之罪。又有適用新舊法律之差。自應將新刑律及現行刑律中。關於此兩項者。列為條款。以定覈辦之標準。抑案情不一。有屬於此兩項。而情節較輕者。向來赦款。皆準援免。民國遇赦。自無比較從嚴之理。此不得不於令中所除。稍為引伸其義者也。至條款

既定之後。覈辦應趨簡易。庶可一矯舊習而便推行。凡應除免者。未發覺之案。不得再行發覺。已發覺之案。未結正者。在檢察。應不行公訴之權。在審判。應確遵免訴之法。其已結正者。京師應由各級司法衙門。按照條款。擬准應除免不應除免。報部查覈覆准後。即予開釋。各省報由提法使或法司。覈准釋放。咨部存案。惟除免之案。公訴權雖應消滅。其有應附帶私訴。如追人追贓及追銀者。仍照法律辦理。俟覈辦完竣後。統由法部歸入司法統計。以備考核。所有酌擬條款。相應繕單。呈請 大總統迅速核示。不准除免條款之真正人命。

關於新刑律者五 第三百十一條 第三百十二條 第三百十三條第一款致死
者 第三百十四條第一款致死者 第三百十八條第二項殺人者
關於現行刑律者三十三 謀故殺及貪賄挾嫌因姦因盜謀殺加功者 謀故殺而
誤殺旁人者 謀殺祖父母父母者 姦夫起意同謀殺死親夫者 雇工謀殺家長
者 妻妾因姦同謀殺死親夫者 謀殺卑幼致死依故殺法理曲殘忍者 圖財害
命得財因而殺死人命者 誣告將案外之人拖累拷禁致死一二人者 故殺恩養
未久義子者 故殺妻理曲慘忍者 故殺同堂弟妹理曲殘忍者 殺一家非死罪

三人者 火器殺人者 竊匪姦匪賄匪斃命情傷較重者 致斃老人幼孩婦女情傷較重者 鬪殺及共毆案內金刃十傷以上暨鐵器二十五傷以上情節較兇者 鬪殺刃傷要害奇重及洞胸貫脇者 監禁罪犯在監毆斃人命者 卑幼逞兇犯尊毆死期功尊長者 卑幼毆本宗總麻兄姊尊屬至死情重者 毆死祖妾父妾情重者 共毆致斃彼造四命以上案內下手致斃一命者 互毆致斃六命以上案內下手致斃一命者 聚眾共毆致斃一家三命為從下手傷重者 威力制縛主使人致死情重者 搶奪婦女已成夥犯拒殺事主或致本婦自盡者 罪人拒捕殺人情節兇惡者 搶奪殺人為首者 誘賣不從殺死人命者 竊盜拒捕殺人為首者 竊盜從犯執持火器拒捕殺人者 強姦十二歲以下幼女因而致死者 不准除免條款之強盜

關於新刑律者四 第三百七十條 第三百七十三條 第三百七十四條 第三百七十六條

關於現行刑律者二 強盜及竊盜臨時行強但得財者 強盜罪在遺流以上者 以上不准除免條款共四十四條其餘不在條款之內者均一概免除

第十五章 時效

義例

時效之稱。沿於泰西舊語。今已成爲法律上名詞。其義似與期限相同而實異。蓋單言期限。專就官署一方言之。含有命令之意。時效則以法律豫定其期間。當事人逾此定限。即生取得權利。或免除義務之效力也。故自其廣義言之。前者謂之得權時效。後者謂之免責時效。關於行政法。民法。商法。訴訟法等。各國皆設時效之制度。我國習慣。向亦有此。現在編纂各項法典。皆已分別採用。惟在刑事法之範圍內。無得權時效可言。止有屬於免責時效一部之公訴時效。與行刑時效二者而已。是爲狹義之時效。

然刑事法中規定時效之地位。向有三種不同。第一主義。以時效全部同屬於刑事訴訟法中。探之。以爲公訴及行刑。既關係起訴及執行權。皆訴訟法之所有事也。第二主義。以起訴權時效。屬於刑訴法中。而行刑權之時效。則以刑法定之。探之。蓋以起訴權之時效。雖屬訴訟法之關係。而行刑之時效。則關乎科刑之制度。故應分別定之。第三主義。以兩種時效。全定於刑法之中。蓋以刑法雖爲各種犯罪。定其所科之刑。而設然入起訴權及行刑權之時效者。其科刑已不必實施。是其時效。即爲刑法上一種科刑。

之制限也。比較三種主義。其第三種最適於條理。而且便於援用。故爲現今多數之立法例所同。如德意志、匈牙利、荷蘭、布加利亞、墨是以本章採之。

第六十九條 提起公訴權之時效期限依左例定之

- 一 係死刑者十五年
 - 二 係無期徒刑或一等有期徒刑者十年
 - 三 係二等有期徒刑者七年
 - 四 係三等有期徒刑者三年
 - 五 係四等有期徒刑者一年
 - 六 係五等有期徒刑或拘役罰金者六月
- 前項期限自犯罪行爲完畢之日起算。逾期不起诉者其起訴權消滅。

文義

提起公訴者爲原告對於犯罪嫌疑之人提出於審判廳。要求判決有罪與否之謂。此等起訴權應使國家機關_{即檢察官}執行。立於原告地位不能任私人之取捨。故名之爲公訴權。時效期限即定時效之期間限度。時效言其性質。期限定其分量也。行爲完畢必自其全部言之。犯罪已構成也。消滅專就有權者一方言之。其

相對之一方。則因之而免責也。係某刑云者。指法定最重之主刑言之。

理由、本條規定公訴權之時效期限。自犯罪行為既終之日起算。其公訴機關於法定期限內。有原告起訴之權。若逾期不為起訴。則時效完成。法律上之效果自

異。故依第一項所列各款。因罪刑之輕重。分期間之長短。以爲在此一定之年月以內。不爲訴訟進行。則歷時既久。證據散逸。勢必至以不確實之故。曖昧科罰。最爲刑事所忌。且事過境遷。舊案重提。徒予當事人以不利。不能收審判上之實益。此所以有公訴期限之規定。使犯人以訴權消滅之故。當然取得其免責之時效也。

然提起公訴之權。在犯罪發覺以後。由起訴而公判。迄於判決確定以前。皆得主張之。亦皆可以時效消滅之。觀於第七十二條中斷。及第七十三條停止。皆既爲訴訟行爲。復得計算時效。可知訴權之存在與消滅。固不限於起訴以前之期限矣。惟本條之原則。則祇就犯罪未發覺。或發覺而未爲訴訟行爲者。經過法定期限。而直接消滅其起訴權也。

第七十條 二罪以上之起訴權之時效期限據最重刑依前條之例定之

理由

本條規定爲二罪以上俱發時。據其最重之刑。定起訴權之時效期限。因數罪併合而爲一個審判。即係爲一個訴權。雖其中輕罪之時效經過。而因最重刑之時效尙在。仍以併合關係。不得消滅其訴權。此例如一人犯竊盜及強盜兩罪。同時俱發。竊盜一罪。最重主刑爲三年。強盜一罪。最重主刑爲一等徒刑。其時效爲十年。兩罪如已在三年之內發覺。有併合之關係。則雖在三年以外。尙可據強盜罪之期限未滿。連竊盜罪一併提起公訴。而受俱發罪之處分也。但若竊盜罪已逾三年。而後犯強盜罪。或竊盜罪已逾三年。而後與強盜罪併發。則竊盜罪之時效成就。已獨立消滅訴權。不復與強盜罪有併合關係。此時祇專論最重刑之強盜罪。依前條定其時效。不成立二罪以上之一個起訴權也。

第七十一條

本刑應加重或減輕者起訴權之時效期限仍據本刑計算

理由

本條規定。爲加減之刑。不變更本刑之時效期限。因提起公訴。爲訴訟之行爲。而加重減輕。爲審判之結果。在未受審判宣告以前。不能預定將來之應加應減。且未經確定。即加減亦復有變動之時。自不能以之定時效之標準。故仍據法定之本刑。計算其時效期限。此本條所以聲明之。

第七十二條 起訴權之時效遇有左列行爲之一中斷之俟行爲停止更行起算

一 偵查及豫審上強制處分

二 公判上訴訟行爲

前項行爲於一切共犯有同一之效力

文義

中斷者。在中斷前經過之時間。不算入時效內。必俟中斷原因停止時。而復開始進行時效也。行爲停止。即指所列各款之中斷原因停止也。更行起算。

即再行開始進行之謂。爲再定第六十九條所列期限之起算點也。偵查豫審之強制處分。包括檢證、搜索、逮捕、勾攝、羈押。一切處分。概爲準備公訴之行爲。其詳另訂於刑訴律。惟現依暫行章程。預審屬審判廳權限。與刑訴律草案不同。則預審已在起訴後。屬於公判上之行爲矣。公判上訴訟行爲。即準備公判之一切手續。亦於刑訴律詳定之。共犯有同一之效力。即對一人有中斷行爲之原因。共犯中各人之時效。皆中斷也。

理由

本條規定爲起訴權時效中斷之原因及其效力。所謂原因者。即一爲準備公訴之強制處分。一爲準備公判之訴訟行爲。如第一項所列兩款。有一即一爲時效之中斷也。至於中斷之效力。則消滅其已經過之期間。不算入時效之內。并得將訴訟停止後之期間。再依時效起算。而且及於一切共犯。同受中斷之結果。刑律爲一般犯罪者。對於國家未有訴訟行爲以前。寬予以時效期限。若既爲訴訟行爲者。則一面限制其時效進行。而一面仍許爲時效開始。故遇有元惡大憝。罪無可道者。仍得因本條所揭行爲中斷其時效。致起訴權永不消滅。亦所以杜逃刑之弊也。

第七十三條 起訴權之時效遇被告人罹精神病其他重病而停止公判者停止之

文義

停止公判者。乃已在訴訟中。而因被告人病重之故。停止公判上之行爲也。屬前條行爲停止之一種。惟前條以停止之日。即更行起算時效之日。是爲中斷。本條因病而停止公判。在其停止期間。時效亦應停止。不再起算。必俟其停止原因消滅時。人病愈。尚不進行公判者。而後可繼續時效。是爲時效之停止。

理由

本條規定起訴權時效停止之制限。爲已在訴訟之中。因訴訟行爲停止。依前條中斷之例。得再行起算時效。本條則專對被告人罹精神病及其他重病者。事實上不得不因而停止。是爲停止之特別原因。倘不俟其原因消滅。仍照前例起算。與中斷之效力無異。且與時效之本旨相違。是以本條規定。在因病而停止公判期間。即應停止時效進行。不得以被告人病重延期之故。而使訴權歸於消滅也。

第七十四條 行刑權之時效期限依左例定之

- 一 死刑三十年
- 二 無期徒刑二十五年
- 三 一等有期徒刑二十年
- 四 二等有期徒刑十五年
- 五 三等有期徒刑十年
- 六 四等有期徒刑五年
- 七 五等有期徒刑三年
- 八 拘役罰金一年

前項期限自宣告確定之日起算逾期不行刑者其行刑權消滅

文義

行刑權者乃依判決宣告已經確定之刑。由國家機關即檢察官執行之。是爲行刑權。逾期不行刑者。必已宣告而犯人逃亡之時也。行刑權消滅者。僅免其刑之執行。而有罪之判決如故。與公訴權消滅。未受宣告罪刑者。有別。

理由

本條規定行刑權之時效期限。必自判決確定之日起算。以有罪之事實既明。刑罰之宣告既定。無復證據散逸之虞。是以本條之時效期限。較起訴權之時效期限。延長一倍。在此法定期內。仍應執行其刑罰也。然若逾此期限未受執行。其人已照常生計於社會。因此所生之普通生活關係。必已不勝枚舉。便念其舊惡。再受刑之執行。則法律以保護安寧者。適足以害安寧。是以本條規定。專爲維持永年間繼續之事實。對於社會秩序。有應加尊重之理由。彼學者之解釋。有謂久歷歲月。當認社會爲已忘其爲犯罪之人者。有謂犯人於永年間求免刑之苦心與事實。可予以免刑之理由者。其說皆未完備。試舉例以證之。設有人於二十歲受死刑之宣告。乃脫逃後經三十年。其人已滿五十。此其時。或已立室家。或已就正業。得有相當之地位。倘仍以三十年前之罪。致之大辟。是直破壞三十年間普通生計。其關係必及於犯人以外之人。

雖未身被其刑。而所受惡果。或更有甚者。是使人忘刑之威嚴。而但覺刑之殘酷。實非刑事政策所宜。死刑如此。其餘可以類推。故律有行刑時效規定之必要。自宣告確定後。逾此法定期限。則消滅其行刑權。亦使人於社會上地位。不可久無確定之法也。

第七十五條 行刑權之時效。遇因執行而犯人已就逮捕者。中斷之。但其他未知悉之刑。不在此限。

罰金及沒收之時效。遇有執行行為中斷之。

文義

因執行已就逮捕。則非為執行。而因他罪逮捕。或雖為執行逮捕。而尙未就逮者。皆不包括之。其他未知悉之刑。非指未發覺之罪。乃專指已確定之刑而言。如一人因甲乙兩罪。各有別經確定之刑。止為執行甲刑而就逮。其未知悉之乙刑。不因之中斷時效也。第二項執行行為。指強制完納及呈繳之一切手續言之。因財產刑之執行。不以逮捕為必要也。

理由

本條規定行刑權時效之中斷。專為執行刑罰。犯人已就逮捕。而復脫逃者。而設。其中斷之效力。及必要中斷之意旨。與第七十二條相同。惟本條係執行確定之刑。其中斷之原因。必以因執行而犯人已就逮捕者為限。法為未受執行之犯人。

寬予以時效期限。復爲中間已就逮捕之犯人。斷絕其時效進行。仍從其執行行爲停止時。再依前條之例起算。此固無可疑者。例如受死刑之宣告而逃亡者。經二十九年。方因執行而就逮捕。此時若無再行脫逃之事。則有執行而無中斷問題。故必就逮捕後再逃。則中斷前此之時效。非再逾三十年之期限。不消滅其行刑權。此爲罪大惡極之人。行險僥倖。既爲前此之狡脫。復冀後此之倖免。以長其玩法逃刑之弊。故爲本條以救濟之。至其他未知悉之刑。既分離而受宣告。別經確定判決。當不發生併合關係而受中斷之影響也。

第二項。罰金沒收之刑。亦有因執行而受逮捕之時。於第一項情形。本可包括之。但以執行財產刑。并非如拘役以上之刑。以必要逮捕爲限。則他之執行行爲。亦可視爲中斷之原因。是以第二項規定之。

第七十六條 行刑權之時效遇有法律停止執行者停止之

理由

本條規定行刑權時效之停止。以依法律停止執行者爲限。如第十二章所定緩刑。第十三章所定假釋。及其他法令停止執行刑罰之時。此等情形。皆依律不應執行。非第七十四條所謂不受執行者。故於此期間。不算入法定期限之內。使執

行權之時效亦停止。是爲行刑時效之停止。蓋既爲法律停止。自別有一定條件。與夫一定期間。以爲消滅行刑之原因。不復與普通時效之例相混。致生法律上之牴觸。故設本條以聲明之。

惟停止與中斷之原因不同。法律上之效果亦異。依原註。謂停止者。通算停止先後之時間。以充第七十四條所定期限之數。中斷者。惟以中斷後之時間。充第七十四條所定期限之數。則中斷前經過之期間。全歸消滅也。斯二者性質上之區別。對於犯人實際之利害甚切。無論起訴與行刑之時效皆然。是以本章皆分別規定之。

第十六章 時例

義例

刑律上之效力。有與時爲關係者。凡三。一、爲刑律實施之效力。即第一條規定之法例。是也。二、爲刑罰消滅之效力。即前章規定之時效。是也。三、爲期間計算之效力。於本章之時例。定之。我國舊律名例。向有稱日計工之明文。日本刑法。即謂之期間計算。皆以刑期。時效。緩刑。假釋。及累犯各例。時期盈昃。關係甚重。必有一定計算之法。著爲通例。以期畫一。而免參差。此時例之所由設也。

第七十七條 時期以日計者。閱二十四小時。以月計者。閱三十日。以年計者。

已無須用此特例。將來修改時。自應改律從曆。如日本刑法。以依曆計算。定年月之時。期。方可以便於適用。免解釋者之紛歧也。

第七十八條 時期之初日不計時刻以一日論。最終之日閱全一日。放免有期徒刑及拘役之囚人於期滿之次日午前行之。

文義

初日。即開始起算之日也。不計時刻。以一日論。即不必閱全一日也。閱全一日者。必滿二十四小時也。放免者。釋放及免除之謂。次日午前行之者。亦以最終期滿之日。必閱全一日。故必於次日行之。惟以午前為限。

理由

本條規定計算時期始終之例。第一項。為刑律上普通之時期計算。皆適用之。第二項。專為放免徒刑拘役之囚人。必行於期滿之次日。在入獄之初日。雖不致致計較時刻。而最終期滿之日。既必閱全一日。以劑其平。勢必有待於次日也。但不特延至午後。以示限制。

第七十九條 刑期自審判確定之日起算

審判雖經確定而尚未受監禁者其日數不算入刑期

理由 本條規定刑期起算之例。第二項以審判確定之日爲起算點。是爲法律上之原則。第二項雖確定而未受監禁。是爲事實上之例外。蓋因訴訟案件。輕重不同。在審判之中。未必概行拘留。故如極輕微之罪。本可許被告之代理人出庭。又如被告人之受保釋責付者。亦可以暫時在外。凡此等情形。其未入獄日數。不得以確定之。故而算入刑期也。方與第一項之原則相合。故特以明文定之。

第八十條 未決期內羈押之日數得以一日抵徒刑拘役一日或抵罰金一圓

圖

文義 未決期內。即未至判決確定以前之時期也。羈押者。凡因有罪嫌疑。尙未確定。被留置於看守所之被告人。皆謂之羈押。所以別於監禁也。抵者。即抵銷之謂。

理由

本條規定。以羈押日數。抵銷刑期或金額之例。夫未決時羈押日數。算入刑期。已爲近世學說所公認。因刑事訴訟進行中。被告多受羈押。如遇有重要案件。凡豫審檢證等事。必須慎重。羈押待質。勢必延長期間。固有遲至數年或十數年始結者。久困囹圄。不無可矜。故特設此例。以救濟之。惟未決中羈押之期。究與囚人之受監

禁者有別。故計算之法。以二與一之比例定之。所謂以二日抵徒刑拘役一日。或罰金二圓者。亦折中之制也。

雖然。羈押與監禁性質不同。本條之例。特爲久羈受累者。從權算入。准予抵銷。然既有此規定。則無論羈押日數之長短。皆可援例而適用之。無疑。但此等處分。究屬審判上之權衡。必於判決宣告而後。可以相抵。非犯人應享之權利。不過實際上。則未有不適用此例者耳。

第十七章 文例

義例

凡刑律上之用語。別有一定之意義及其範圍者。不可與普通文義同論。適用時關係甚重。故必有明文規定之。是爲立法上之解釋。我國舊律。向有此等條文。揭於名例中者。如稱乘輿車駕。如稱乘輿車駕。如稱乘輿車駕。而各國刑法。對於期限計算。及制限公務員名稱等例。亦多散見於一二條文。並不完備。其特設爲一種文例者。則惟那威及荷蘭兩國刑法。有此先例。惟其位置不同。那威刑法。定爲總則中之凡例。荷蘭刑法。列爲總則後之專章。然按文例之適用。不僅關於總則之用語。其關於分則之用語尤多。是以本律採荷蘭法例。獨立一章。而殿諸總則之後。

第八十一條 刪除

第八十二條 稱尊親屬者爲左列各人

一 祖父母高曾同

二 父母

妻於夫之尊親屬與夫同

稱親屬者爲尊親屬及左列各人

一 夫妻

二 本宗服圖期服以下者

三 外親服圖小功以下者

四 妻親服圖總麻以下者

五 妻爲夫族服圖期服以下者

六 出嫁女爲本宗服圖大功以下者

文義

尊親屬專指直系之血統親屬而言。但以及身五代爲限。親屬無論直系旁系及外親姻親皆包括之。服圖概從舊制。民律親族編草案改爲親等名異。

而實同。惟服制現議修改。親等亦未議定。本條既以服制爲標準。自應從舊例解釋。以下者。律文從服制之重輕。以別內外之界限。猶言以內也。

理由

本條規定尊親屬及親屬之範圍。因分則各條特定之罪。有因此等身分爲加重減輕之原因者。故必有以明定之。以直系血統爲尊親屬。尊其所自出也。限於及身五代。自高祖以上。親盡則情疎也。妻與夫同。夫爲妻綱也。親族之範圍。包括直系旁系配偶者。并及於外姻之母黨妻黨。推恩自近者始也。據服制以別內外。沿舊例而存國粹也。蓋自有禮制以來。歷代相傳。雖服圖不無變易。而親等未可凌夷。故敬其所尊。愛其所親。本天然之良質。爲社會之善俗。非特我國倫理素重。禮教攸關。未可以膜視平等。即各國人心風俗。亦莫不從同。類皆以法律尊重之而維持之。若刑律上之關係。則尤爲重要者也。

第八十三條 稱官員者謂職官吏員及其他依法令從事於公務之議員委

員職員

稱公署者謂官員奉行職務之衙署局所

稱公文書者謂官員及公署應製作之文書

定義 官員字樣本習慣之用語。定爲法律上之名詞。職官吏員及其他從事公務之職員。委員職員。皆以現在地位爲限。衛警局。自下。皆爲公署機關

之所在地點也。官員及公署應製作之文書。即以官員身分。之兩種實

格。依法製成者。皆謂之爲公文書。

理由 本條規定官員公署公文書之名稱及其範圍。凡分則。辦官員以爲犯

罪成立之要件。或爲加重刑罰之要件者。皆準本條解釋。其有指定爲審判檢

察巡警監獄稅關各項官員者。則不適用於其他官員。是以本條係定一般官員之通

稱。舉凡代表國家機關處理公務。現屬公法人地位者。皆足以當之。至於官員奉行職

務之公署。及官員公署製作之公文書。又可據官員之定義爲前提。以斷定其名稱及

範圍者也。

第八十四條 稱議會及選舉者。謂依法令所設立中央及地方參與政事之

議會及其議員之選舉

理由 本條規定議會及選舉之名稱。以依法令設立爲前提。凡屬中央之參政立法

機關及地方之自治機關。皆有直接或間接參與政事之公權。爲法律上所應

刑律通詮 第一編 刑則 第十七章 文例 第八十四條 一七七

特別尊重者。是以關於此等議會。即刑律上所稱議會。關於此等議員之選舉。即刑律上所稱選舉也。惟本條適用之範圍。止見於分則第八章之妨害選舉。此外并未有此名稱。不可謂為刑律之普通文例。而分則既列專章。自可以明文詳細規定。在總則中。無特定其文例之必要也。按議會名稱并不見於刑律尤為贅文。

第八十五條 稱僧道者謂僧尼道士女冠及其他宗教師

文義 僧。本佛教。尼。即女僧也。道教緣於老子。今之道士。即巫祝之流。俗稱為黃冠也。女冠。即女道士。婦人不冠。因為道士而冠。故名女冠。其他宗教師。概指回

教。喇嘛教。及天主耶穌等教之主教神甫牧師等類。惟左道妖術。不包括宗教之內。

理由 本條規定僧道之範圍。沿舊律之明文。并加其他宗教師一語。此係資政院增補入律。原定草案。并無本條文例。然居此等地位之人。

未可與普通人同論。惟查分則各章特定之罪。止第三百六十五條。之職業。洩

漏人之秘密者。可以適用。其非普通文例。自與前條相同。亦可於詳定之。是以

原案於總則中從略。若必如此詳訂。則文例不勝其繁。而舉一適以漏萬。在增補時特未之思耳。

第八十六條 依分則援用別條處斷而別條之罪應論未遂豫備或陰謀者於處本條之未遂豫備或陰謀犯並援用之於造意犯及從犯亦同

文義

依分則援用別條處斷者。即分則所定各條項中。於本罪不設刑名。僅定爲援用某條處斷。或依某條之例。或以某罪論。皆適用別條之刑以罪之者。是也。並援用之者。以別條有應論未遂豫備陰謀等罪之條文。並可援用。以處斷本罪之未遂豫備或陰謀犯也。造意犯從犯亦同者。同於本罪正犯之援用也。

理由

本條規定援用別條處分之例。在分則各條中。有以其罪質與別條相同。或結果涉及他罪。於本條不設刑名。許援用別條以定處分者。其例甚多。凡此類情形。在本條之未遂豫備或陰謀。自與所援別條之未遂豫備陰謀犯者相等。則別條有應處罰此等犯人者。本條亦應處罰。惟援用止限於別條既遂罪之刑。對於未遂豫備或陰謀犯。斷無以律無正文而處罰之理。是以本條特定爲並援用之處分。視爲各條應有之義。著於普通文例之中。以便適用而省繁文也。第二項造意犯從犯之再聲明者。亦然。

第八十七條 稱以下以上以內者俱連本數計算

文義

以下者自其最多數言之。以上者自其最少數言之。以內者同於以下之義。本數者即其起算或終算之定限也。

理由

本條規定計算上下之例。如十五年以下、五年以上之刑期。或有期徒刑。或五百圓以下、五十圓以上之金額。其指定之十五年、五年、及五百圓、五十圓之本數。皆在法定範圍之內。是以應連計算之。此例適用於刑期金額及其他法定期限者。甚多。不限於期間計算。故不入時例。而定於文例之中。亦解釋之所當然也。

第八十八條 稱篤疾者謂左列傷害

- 一 毀敗視能者
- 二 毀敗聽能者
- 三 毀敗語能者
- 四 毀敗一肢以上或終身毀敗其機能者
- 五 於精神或身體有重大不治之病者
- 六 變更容貌且有重大不治之傷害者

七 毀敗陰陽者

稱廢疾者謂左列傷害

一 減衰視能者

二 減衰聽能者

三 減衰語能者

四 減衰一肢以上之機能者

五 於精神或身體有至三十日以上之病者

六 有致廢棄業務至三十日以上之病者

稱輕微傷害者謂前二項所列以外之疾病傷害

六 義

篤疾者疾之甚也。廢疾猶言殘疾。謂官體傷殘不完全也。篤與廢皆形容病重之詞。其本義并無程度問題。而法律上用語則有區別。故本條列記之。毀敗

者全部喪失其能力也。減衰者一部損壞其能力也。視能聽能語能即目耳口各

官固有之能力也。若至於全部喪失。既成爲聾聵瘖啞者。斯爲毀敗。未至於聾聵瘖啞

而無完全作用者。是爲減衰。二者皆不限於傷及形體。但就其能力言之。故對於能力

無損而止傷其形體。有重大不治者。以變更容貌論。機能屬於四肢。卽人之手足也。毀敗一肢以上。如割斷其一手或一足也。若肢體具在。而使失其作用。終身不治者。是爲毀敗機能。若並未全部喪失。特一部減損其作用者。是爲減衰機能。一肢以上者。謂一肢。或全體四肢。皆然。止論受傷之重輕。不論其肢數之多少也。精神病。或身體之病。皆屬內部物質之損害言。重大不治者。終身不能救療也。變更容貌。且有重大不治之傷害者。專屬面部形體言。不能回復其原狀也。與各官能力及內部物質無關。陰陽。卽指男女之生殖機能而言。祇有毀敗而無所謂減衰也。病至三十日以上者。一以實質爲斷。卽其精神或身體之病。確逾此期間未愈也。一以結果爲斷。確因病而廢棄業務。逾此期間不能操作也。傷害兼疾病言。因犯罪而致人於疾病者。皆得謂之傷害。

理由

本條規定傷害重輕之標準。及其定稱。從傷害之結果。區別重輕。而重傷又分爲篤疾廢疾。已成爲法律上用語。因程度之差。而異其處分。名與實自應相符。故取列記主義。詳定其內容。以爲立法上之解釋。如一二兩項之所規定者。是也。至第三項輕微傷害。則除列記以外。而概括定之。凡不合乎前二項之情形。皆可謂之輕微。

傷害者。蓋分別各條。對於傷害之罪。皆區分三種階級。以定刑罰。如無一定標準。由審判官臨時決定。不免有曖昧武斷之嫌。是以本條不厭求詳。因名稱而立界限。並列舉條件以定範圍。使審判上有所依據。適用時不致疑難。其關係於人民利害。實非淺鮮矣。

夫毀敗與減衰之分量。已區別於文義之中。現依一般學說。以下定義。謂在視能上。以三分之一米突之距離。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。可否達入他人聽覺爲斷。其尙能識別聽取達入者。爲減衰。逾此則爲毀敗。當事實不明瞭時。憑審判官以此調查真象。確定界說。是亦足備一義。總之毀敗者。全部喪失其能力。減衰者。一部損壞其能力。執此以爲定衡。亦斷未有鑒別之困難也。

附論

本條分篤疾廢疾輕傷三種。爲處罰傷害罪之標準。是否確當。不能無疑。考各國立法例。關於傷害罪之規定。區別最詳密者。爲意大利刑法。分重輕爲四種。最簡單者。爲日本刑法。祇以傷害二字概括之。此外如法蘭西那威瑞士各國。分爲三

種。德英美荷蘭各國。分爲兩種。本律採用三種之區別。固優於日本刑法之失於簡略。亦較勝於意大利刑法之過爲繁密。惟最近德日諸國學說。及草案理由。皆以重輕兩種區別爲最適中。本律定爲三種。並不能認爲正確。且依本條規定。亦尙有可議者。其一。爲篤疾與廢疾之區別。依篤廢二字解釋。皆足以形容重傷。而何以毀敗官能者爲篤。減衰官能者爲廢。於文理上實無根據。而必分舉各種傷害程度。強定範圍。創爲法律上之用語。誠不得謂爲適當。其二。爲廢疾與輕傷之區別。實際上適用最多。而流弊最重者。莫過於第二項五六兩款。以疾病或廢業。至三十日以上者。爲廢疾。否則爲輕微傷。尤屬臆斷。夫同一傷害。因醫藥之良否。而收效有遲速。而遇庸醫施治無效。或被害人失於調養之故。致逾法定日數。變輕傷爲廢疾。使犯人負其責。自非平允。况現時訴訟統計。以傷害罪爲多。有此規定。必經過法定日數。或傷已平復。而後審判上。可以引律定刑。則訴訟之進行窒礙。案件之積壓停滯。在所不免。於國家及犯人均蒙其不利。亦未見其可也。

