

一之書叢義釋律法行現

義釋則總法刑

著 覺 元 衛 郭

冊 上

社 譯 編 學 法 海 上

行 發 局 書 記 新 堂 文 會

36562

MO
D9-9.6
1892
:

中華民國
刑法總則釋義上冊目錄

通義

第一編 總則.....五

第一章 法例.....七

第二章 文例.....五〇

第三章 時例.....九七

第四章 刑事責任及刑之減免.....一〇一

第五章 未遂罪.....二五三

目錄



刑法釋義 上册

中華民國
刑法總則釋義 上册

郭衛元 著

通義

(一) 刑法者、爲規定國家刑罰權之實體的法規也。申言之。國家行使刑罰權。當有一定之條件。與一定之範圍。刑法者、卽係規定此項條件與範圍之法規也。刑罰之前提爲犯罪。故刑法者、又可謂爲犯罪與刑罰之法規。從質的方面、規定對於何種性質之行爲。始得認爲犯罪。又規定對於何種性質之犯罪。始得加以刑罰。及依如何之標準。以運用其刑罰權。是爲刑法總則。從量的方法來規定何種之犯罪。應處以何程度之

刑罰。明其界限而別其重輕。是爲刑法分則。合總則與分則。則爲刑法之全體也。

(一) 從廣義言之。刑法之本質。卽爲規定犯罪與刑罰之法規。然有犯罪與刑罰之規定者。不能盡以刑法二字稱之。故刑法有普通刑法與特別刑法之分。普通刑法。其適用範圍甚廣。特別刑法。其適用範圍甚狹。如以場所爲標準時。能適用於一般之地方者。爲普通刑法。(如刑法第三條至第七條規定)其僅限於國內某特別地方之場所者。爲特別刑法。(如前理藩部則例)又如以人爲標準時。其能適用於一般之人者。爲普通刑法。(如刑法第三條至第七條規定)其僅限於某種身分之人者。爲特別刑法。(如陸海空軍刑法)又如以某事項爲標準時。能網羅諸種之犯罪

事項者。爲普通刑法。僅就特種個個之事項爲規定者。爲特別刑法。（如禁烟法）又如各種行政法規中。亦有附帶刑罰之規定者。（如印花稅法）亦屬之特別刑法之種類。總之普通刑法。其效力不限於地於人及事項。特別刑法之效力。有兩種特異之點。（一）或限於某種人。或某地方。或某種事項。（二）行政法規中附隨的刑罰規定。係以行政事項爲主眼。其規定犯罪與刑罰。不過爲附隨的性質。依上述論旨。則稱爲刑法者。（一）爲普通刑法。而附有刑法名稱之法典。（二）以規定犯罪與刑罰爲主眼。（三）所規定及其效能。能及於一般之人與地與事項。如本法者、則稱爲刑法也。

（三） 刑法爲國家關於犯罪與刑罰之規定。換言之。卽爲國家畫定行使

刑罰權力之範疇。故刑法亦即爲國家行使刑罰權之法規。然關於行使刑罰權之法規。亦不能皆謂爲刑法。蓋刑法上於運用刑罰權之關係。係預先行使刑罰權之限界。即實體的規定犯罪之事項與性質。及連結該犯罪而預定其應處之刑罰。爲國家行使刑罰權之實體的法律。至實際方面。根據此實體的法律。實地的運用刑罰權之手續。及機關與職制。如刑事訴訟法、法院編制法、監獄法等。均爲國家行使刑罰權之手續的法律。故在學說上。稱前者爲刑事實體法。(即刑法)後者爲刑事手續法。(即編制、監獄、訴訟等法)兩者并稱爲刑事法也。

(四) 我國自遜清以前之刑法。係合民事與刑事并爲規定。統稱爲律。或律例。無刑法之名稱。其與民事分立而成爲有系統之刑法。則自民國

元年三月十日頒布之暫行新刑律始。至民國四年。設立法律編查會。將暫行新刑律加以修正。曰刑法修正案。其內容較暫行新刑律稍有不同。嗣於民國八年。又設立修訂法律館。復有第二次修正案。（旋有改定第二次修正案。）內容頗多改善之處。國民政府。即採取第二次修正案。稍加釐定。經中央執行委員會政治會議議決。於民國十七年三月十日正式公布。定名為中華民國刑法。即現行刑法是也。（本書內所稱暫行律。即指暫行新刑律。所稱第二次修正案。即指民八二次修正案。）

第一編 總則

刑法總則所規定之內容。一為關於刑罰法規之共同法則。二為關於犯罪

之一般要素。三爲關於刑罰之一般的要素。關於刑罰法規者。除本法外。如特別刑法。及其他法令中之附隨刑法。如該本法無特別規定者。亦適用本總則之規定。關於犯罪及刑罰者。爲關於犯罪之構成。及使用刑罰之準則。其犯罪構成及使用刑罰準則之各個的要素。係規定於各本條。其共通之要素及法則。則爲總則所規定者也。故總則之義例。略與我國舊律之名例相似。我國自古昔李悝法經六篇。殿以具法。魏律改稱刑名。居十八篇之首。晉律分刑名法例爲二。北齊始合爲一。曰名例。沿用至於前清。至民國暫行新刑律。（以下簡稱暫行律）採取最新法例。定爲系統刑法。義例尤取精嚴。因是編於刑名法例之外。凡一切通則。均宜賅載。若仍用名例。其義過狹。故倣歐美及日本各刑法之例。定名曰

總則。本法亦因之也。

第一章 法例

本章係規定刑法之效力。如關於時之效力。關於地及人之效力。及刑法總則對於本法以外、其他罰則之效力。故曰法例。即運用本法之定例也。

刑法關於時之效力。可分爲三。一其效力自何時發生。二其效力至何時終止。三對於新法頒行以前之事實。新舊法律如何適用之各問題。關於第一問題。暫行律亦會規定於明文。本法以其性質屬於施行範圍。無列入法文之必要。故本法不列入此種規定。而由中央執行委員會於第一百二十次常務會議決。以十七年三月十日爲公布期。同年九月一日爲施行期。換言之。即爲本法效力之發生期。由國民政府以命令公布之。關於第二問題。因刑法廢止之原因。與一般法律廢止之原因相同。（參照拙著刑法學總論第七五頁）無特別規定之必要。故暫行律及本法。均不列此規定。則本章所規定關於時之效力者。僅第三之問題也。

刑法關於地與人之效力。即對於如何之地。與如何之人。始能適用本刑法之問題也。刑法總則對於其他罰則之效力。即對於各種特別刑法。及各法令中附隨的刑罰法規。有如何之效力之問題也。

第一條 行爲時之法律。無明文科以刑罰者。其行爲不爲罪。

本條之要旨。係規定本法關於時之效力。含有兩種意義。(1)即規定本法所認爲犯罪之行爲。有時的限制。若其行爲在本法頒行前。雖本法對於該行爲有處罰之明文。若在其行爲時之法律未認爲犯罪者。即不能依本法而處罰。例如本法施行期爲民國十七年九月一日。倘有人在八月三十一日以前。犯本法第一六二條之犯罪行爲。經本法施行後始發覺。亦不能因本法有爲罪之規定而處罰。蓋行爲時(八月三十一日以前)之法律(暫行律)無明文科以刑罰也。(2)爲規定本法所認爲犯罪之行爲。以本法有明文者爲限。本法無科以刑罰之明文者。無論其行爲如何。概不能比附或援引本法而處罰。即暫行律第十條所云律無正條。

論何種行為。不爲罪之意義也。

二

第一 本條在暫行律列入不爲罪章第十條。卽學者所云罪刑法定主義。以本條文理上之變更。其含義遂有廣狹之不同矣。查第二次修正案略謂、本條爲刑法之根本主義。卽學者所謂爲罪刑法定主義。凡行爲受法律科罰者爲罪。否則不爲罪。各國對於罪刑法定主義之條文。均列入首章。如日、德、法、俄、瑞士、比利時、布加利亞、意大利、荷蘭、各刑法。皆其例也。又原案(暫行律下做此)之文句。其意義不甚明晰。擬改作行爲時之法律無明文科以刑罰者。其行爲不爲罪。且行爲時三字。尤能顯出刑律不遑及既往之原則。故行爲時法律不以爲罪者。以後新法雖以爲有罪。亦不科罰云。本法採之。

第二 刑法關於時之效力亦與一般法令關於時之效力無異。自法國人權宣言以來。各國刑法所採用者。約可分爲三種。一、新法實施以前之犯罪行爲。不適用新法之規定以科罰。二、舊法廢止以後之犯罪行爲。不適用舊法之規定以科罰。三、行爲當時之法律不以爲罪

。無論其行爲在新法時期。與在舊法時期。均不得比附或援新法或舊法之規定以科罰。本條之意義。蓋採用第三之原則者也。蓋刑法之處罰犯罪。非僅對於犯罪之事實而處罰。尤重在對於犯罪人之惡性而處罰。若其行爲在當時之法律。不以爲罪者。則其行爲在行爲之當時。自係認爲無違反社會之條理性。行爲者在當時對於其事實。自亦無違反社會條理之認識。則可視爲未遑有犯罪之惡性。於此而科以刑罰。不第違反刑法之大原則。且不得謂爲事理之平。且今日已爲無罪之人。或因異日新法之施行。或因法官之比附援引。遂致令其身陷縲紲之中。將致社會之人。各懷慄慄不安之意。亦非保障人權之旨也。惟自他之方面以爲觀察。則於事實上尙有足成爲問題者。一、其行爲在舊法與新法均以爲罪。而行爲在舊法有效時期。處理在新法施行以後。而兩法所規定之罪質有輕重之不同者。或在舊法認爲有罪。而新法不以爲罪者。二、一行爲在舊法與新法均以爲罪。而行爲係發生於舊法有效時期。延至新法施行以後。方始終止。或尙未終止者。（連續犯）則不得不有其例外。以爲過渡之辦法。故本法有次條之規定焉。

三

前大理院解釋例 對於法人。除有明文規定外。不認為有犯罪能力。(統字一八四號)

又有甲謀買乙田未遂。買針逼授乙田。經乙查實。不敢耕作。以致該田荒廢。甲之行爲

。刑律無正條。應不爲罪。惟該田荒廢所生之損害。可爲民事上之請求。(統字七八五號)

又 販賣烟土。雖有土藥局收稅憑單。倘非行爲當時法律所明許。仍應依律酌辦。(統字一〇一九號)

號)

最高法院解釋例 軍用子彈。無論有無槍砲。原爲爆裂物之一種。如遇製造持有。或自外

國輸入者。應依法論罪。其僅有槍砲而無子彈。新刑法既無特別規定。即不能認爲爆裂物

。在特別法(如軍械取締法)未頒布以前。依新刑法第一條。應不處罰。(解字一一號)(查槍砲

取締法。現已公布)

最高法院判例 刑法施行前之犯罪。於刑法施行時。其起訴權者已消滅。不得復因刑法施

行而改依刑法計算。(院字一八號)(統字二)

又清查戶口。實行連保連坐。刑法無科以刑罰明文。應不爲罪。(憲字一七七號)

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。

本條之要旨亦係規定本法關於時之效力。計分原則及例外兩項。原則即係規定一行爲在舊法與新法均以爲罪。而犯罪時之法律。與裁判時之法律。遇有變更時。應依裁判時之法律處斷。例如犯殺人罪者。在暫行律則依該律第三一一條之規定處罰。若有人於民國十六年犯殺人罪。其時在暫行律施行期中。至十七年九月一日以後始受裁判。此時已在本法施行後。即應依本法第二八二條處斷。不適用暫行律第三一一條矣。蓋本法係採從新主義爲原則。新法既已施行。必較舊法爲優。且舊法業因新法之施行而廢止。於新法施行中。未便仍用舊法以爲裁判。此原則也。但其行爲在舊法施行時期中。若舊法并無認該種行爲爲犯罪之規定。則當依本法第一條辦理。自不能適用本條以爲依據。若其行爲在舊法施行期中

。雖舊新兩法均認爲犯罪。而其刑之輕重不同。若犯罪當時之舊法所規定之刑較重或相等者。則適用本條原則之規定(本條前半)若犯罪當時之舊法所規定之刑較輕者。則不使仍負新法較重之罰。例如有入於暫行律施行期中犯該律第三二四條之過失致人死傷罪。依該條之規定。最重不過處以五百元之罰金。如在本法施行期中受裁判。依本條前半之規定。應援用本法第三〇一條。則可處以六月以下之有期徒刑。但須依本條後半之規定。則祇可處以罰金。不能處徒刑矣。此例外也。依上述法意。則本條及前條所規定關於新舊法交替時之適用法例。可分爲三項辦法。一舊法爲無罪、新法爲有罪之行爲。應依第一條處斷。舊法爲有罪、新法爲無罪之行爲。及舊新兩法均爲有罪。而舊法與新法之刑較重或相等之行爲。均應依本條前半處斷。舊新兩法均爲有罪。而舊法之刑較輕之行爲。則應依本條後半處斷。但以上均爲關於行爲在舊法時期。審理在新法時期而言。若在新法時期中之行爲。則完全不在本條問題之中。

二

第一 本條亦係採取第二次修正案。該案理由書略云。刑法關於時之效力有二(1)行爲時之法律不爲罪。而行爲後之法律以爲罪者。(2)行爲時與行爲後之法律皆以爲罪而有異同者。關於(1)問題。本法第一條已有規定。(2)問題。攷之各國立法例。(A)不論新舊法之輕重。概從舊法。(即新法概不追遡既往行爲)採此主義者。爲英、美。(B)概從舊法。但新法較輕者從輕。(即新法不追遡既往行爲爲原則。但新法較輕者爲例外。)採此主義者。爲德、法、比、意、丹麥、荷蘭、挪威、瑞典、西班牙、匈牙利、葡萄牙、瑞士數州、布加利亞、日本諸國。(C)概從新法。但舊法較輕者從輕。(即從新爲原則。但舊法較輕者爲例外)採此主義者。爲奧國。(D)概從新法(即從新主義)採此主義者爲中國暫行新刑律、俄國。(但有例外)及瑞士數州。(A)主義概從舊法。此主義已成陳說。因新法既頒。已認舊法爲不合時宜。概從舊法。豈不駟枝。(D)主義概從新法。又流於相對之極端。蓋新法概追遡既往。則人民生命安全。常爲立法者所左右。今日所犯輕罪。明日將爲重罪。人民常懷疑懼。則刑法所以保護治安者。適以危害之。抑豈立法之本意。數年以來。我國

已有事實。如犯賊條例。禁煙法。懲治盜匪條例等。是其明證。況我國近年特別法。多出於一時之主張。稍嫌新法偏輕。特別法即改作死刑。尤為世界各國立法例所無。其標準毫無一定者也。西儒非議(D)主義者。尤有一說。謂可藉從新主義。為政敵深陷人罪之謀。立法者固不能預防也。(B)(C)主義。均係從輕。攷之各國立法及學說。以為不如是不足以示公平。持反對說者曰。刑不得為活恩之具。然法儒加勞曰。從輕主義者。因公平。非活恩也。故各國多採從輕主義。本條採(C)主義以從新為本旨。以從輕為例外。蓋新法既頒。自應收新法之利。但舊法較新法輕者。則予從輕。以符公平之說則得所折衷矣。

第二 刑法不遑及既往。及新法既已施行。舊法即不適用。本為法律共通之原則。大概觀察之。則二者似不無互有衝突。然按之實際。則刑法不遑及既往之真義。係消極的而非積極的。蓋不遑及既往之無罪或輕罪。而以為有罪或重罪也。至既往之有罪或較重罪。則不能仍執守不遑及之極端。而以為不能變更為無罪或輕罪。且立法者於特種情形之下。特設例外之規定。亦非不法。如本條前半之規定。則新法當仍有遑及之效力。本條後半之但書

• 則舊法仍有適用之效力。蓋本條前半之法意。因(1)裁判所應適用裁判當時具有實施力之法律。若既歸廢止之法律。非有特別之規定。實無適用之權能。(2)立法者既以舊法之不充分。而改立新法。則適用新法。適爲至當。(3)凡關於公序良俗之法規。舊法規之下所確定之事實。亦隨新法規而有所變更。此亦立法之大原則。故適用新法。實與原則相符。故當新舊兩法交替時期。在舊法施行期中。尙未受裁判之犯罪行爲。至新法施行期中。舊法因廢止之原因。當然不再適用。若採取新法不遑既往之極端。國家對於犯罪人之一部分。遂致失其刑罰權。亦豈立法之本旨。故不能不採用後法優於先法之原則。以後法代替先法時期中遞遺之裁判。洵爲過渡允當之辦法。然若固執從新主義之極端。其流弊亦將與固守不遑及主義之極端相埒。蓋對於在舊法時期中。爲舊法所認爲較輕之行爲。而亦一律治以新法較重之刑。(1)則舊法時期中社會之觀念。與新法時期中之社會觀念。不能認爲完全相同。舊法立法時。亦係順應當時社會情形而序其重輕。行爲者既係在舊法時期中之行爲。則舊法所認爲適應較輕之刑。必其行爲對於當時之反社會性爲輕。今必依照新法時

期社會之觀念。以重繩既往所視為輕微之惡性。則於刑法爲預防未來非預防已往之本質相遠。(2)則行爲者在行爲當時之刑法既較輕。而因新法之施行而變爲應受重罰。則與在當時犯同一行爲之已受當時裁判者相較。未免生今昔不幸之感。亦足以爲立法上公平之缺痕。且舊法時期中未受裁判之犯人。至新法施行期中雖尙未受判決。而其間所受無形之苦痛。或其有形之苦累。已較在當時即受裁判者爲深。今復因法律之變更。而意外加重其刑責。實愈增一層之冤苦。刑法之本旨。本所以促起犯人之反省。而改易其惡性。若使其發生上項之冤感。寧得爲刑法對於犯人之適應性。(3)刑法雖非活恩之意。然舊時犯罪者祇可謂爲當受新法之利益。而不能謂有受新法之痛苦之義務。故於舊法之刑較輕時。特設仍適用較輕之刑之例外。蓋係適用其較輕之刑量以符用法貴得其平之旨。而不能即謂爲係認舊法之有拘束力也。故本條文理上於前半則爲依裁判時之法律處斷。於但書內則云適用其較輕之刑也。

第三 總括本條之意義。關於適用範圍。須具如左之要件。

第一編 總則 第一章 法例

A 必犯罪時之法律。認爲有罪之行爲。犯罪時之法律所容許之行爲。當依第一條之規定辦理。自無適用本條之餘地。

B 必在犯罪時未經確定審判之行爲。確定審判。當依犯罪時之法律。所規定審判之程序。其審判是否確定者以爲斷。蓋既經確定審判之行爲。自不能依新法而任意變更。若審判未經確定。則無論其罪質若何。又無論其現系屬於第一審或二審。除犯罪時之法律認爲無罪外。自可適用本條之規定。

C 必爲犯罪時公訴時效尙未完成之時。公訴時效期間。舊法與新法。多有所變更。若其行爲依犯罪當時法律之公訴時效。其期間業已完滿。則依犯罪當時法律之公訴權。業已消滅。自不能再依新法公訴時效計算。而復有裁判之餘地也。

三

司法院解釋例 刑法施行前之犯罪。於刑法施行時。其起訴權、未因刑律所定時效期限消滅者。自應適用刑法之規定。若已消滅。即不得改依刑法計算。(院字二八號)

又 白晝侵入人家行竊。於刑法施行以前。起訴權既未因刑律上之時效。歸於消滅。則自刑法施行後。關於論罪及計算時效。均應依刑法辦理。(院字二〇四號)

最高法院解釋例 刑法第二條但書所規定。係就新舊兩法所定之刑。比較而適用其輕者。與刑以外之事項無涉。(解字一二〇號)

又 各法院於十七年八月以前。依新刑法判決之案。如未上訴。其判決仍有確定效力。若經上訴後。其上訴審判時。在八月以前者。仍應依舊律糾正。(解字一三五號)

又 第二審裁判時。若已在刑法施行後。應查照該法第二條之規定。依裁判時之法律改判之。(解字一七三號)

又 刑法施行法所稱比較新舊兩法所定刑之輕重。刑法之刑。應依刑法加減之例加減之。刑律之刑。應依刑律加減之例加減之。兩者各自加減之後。再比較其輕重。(解字一八九號)

又 舊刑律與新刑法比較自由刑之輕重。應先就其最重主刑之刑期比較。若相等者乃就其最輕之刑期相較。故輕微傷害罪之刑。仍以新刑法爲重。(解字二三九號)

又（一）比較新舊法之輕重。應減免其刑者。較諸得減免其刑。或不減免其刑者爲輕。（

2）比較新舊二法未遂罪刑之輕重。應以依新刑法得減二分之一。及依舊刑律得減二等後

。較其輕重。（解字二
四一號）

第三條。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。

一

本條之要旨。係規定本法關於地之效力。即本法之施行地域。以在本國領域內。及領域外之本國船艦內爲限。但本法之所謂領域。與地理學上之所謂領域者不同。地理學上之所謂領域。爲狹義的。本條之所謂領域。乃廣義的領域也。茲列舉如次。

（一）領土 領土者。本國版圖內之土地也。即本國所領有之土地意義。惟於刑法之適用。有一例外。如蒙古等處。雖向爲我國領土。因向例爲我國藩屬。其人情風俗。未能與中原同化。以其具有特別情形。不適用我國之普通刑法。而另定有特別刑法（理藩部則

例)焉。

(2) 領水 領水分河海湖三種。海洋之沿岸部分。因與沿岸國有密切關係。不能不劃歸沿岸國所管轄。其劃歸之部分謂之領海。領海之範圍。初以砲彈所及處為限。繼因砲力之強弱。出於人力製造。殊不能作固定之標準。遂易為三海哩。後又改為六海哩。然至今一般所公認者。仍為三海哩也。河川可通航者。以最深點為國界。不能通航者。以中線為國界。湖則自其中點。向各濱湖之國境線連接成直線。即以此種直線為國界。(3) 領空 船舶所行使之處為水面。飛機所行使之處為空間。水面既有領水之界限。故空間亦有領空之規定。即係從國境線向天空所作之直線為界限也。

上述三種領域之外。如本國軍隊佔領地。無主區域。(如在公海中之無主荒島)領事裁判區域(中國在外無領事裁判區域)等。皆可以本條之領域論。

依本條第二項之規定。其在國外之本國船艦。亦適用本法。惟船艦在國外之公海時。固無問題。若在他國領土時。是否不受他國主權之支配。則國際公法之原則。對於軍艦與

商船。略有區別。因軍艦爲供國防之用。與內地之砲臺相同。無論駛往何處。其艦內自不容外國權力之侵入。若爲商船。則應服從駐在國之法律。近時國際法學者。謂商船於駛行而未停泊時。則仍受本國法律之支配。本條所以無此區別而爲概括的規定者。蓋一方雖因不能避免而受外國之支配。倘該船回國時。仍可受本法之支配也。

二

第一 國家刑罰權。爲統治權作用之一。國家於其領土領水領空之範圍內。有行使統治之權力。卽有行使刑罰之權能。故無論何國。其國家制定之刑法。當以施行凡在本國領土內之人民爲原則。惟於其領域內。規定刑法施行之內容。則從來各國之立法例。亦不盡從同。有採法系統一主義者。於得實施其刑法之區域內。均規定爲統一之刑罰法律。如德國等是。有採法系分割主義者。於得行使其刑法之區域內。隨各區域而所定之刑罰法規各有不同。如日本之於台灣朝鮮等是。究之此種分割主義。缺乏刑法之統一性。從司法上之利害觀察之。實生種種不便利之問題。故原則上以採用統一主義爲宜。本條之立法例。卽屬於

前者之制度也。至不得已之範圍內。則不得有例外者。如我國之於蒙古等處。有理藩部則例之設定。沿習已久。亦不失爲實施上之便利計也。

第二 從普通意義論斷之。一國之刑法。無論何人。但以在本國領域內有犯罪行爲者。均有適用之效力。此各國之通例。亦立法之原則也。然有時以基於國際法之通例。或外交上之成約。或國內其他法令之特別規定。亦不無一二之例外者。基於國際公例及成約者。如來遊本國之外國元首。并其家屬與隨從。又外國公使及使館并其從屬。或雖非公使而有外交官之名義者。又會得本國承諾而駐在本國領域內之外國軍隊軍艦。又在本國有領事裁判權之外國人等。皆不負本國之刑事責任者也。基於國內法者。稽之各國立法例。如君主、攝政、大總統、在會議席中之國會議員。皆爲不負刑事上責任者。我國前臨時約法。對於大總統及在會議席中之國會議員。亦規定爲有限制的而非全部負刑法上之責任者。國民政府成立以來。憲法尙未制定。對於上項同等身分之人。將來有無刑事責任。尙不可致。惟上述各種例外。依法例的體系。通不在列入明文之例。蓋僅爲刑法與國際公例、或成約、

及國內特別法令所生之例外關係而已。此項例外關係之權源姑不贅述。（參照拙著刑法學總論）然上列具有例外資格之人類。雖因特殊關係。不負本國內之刑法責任。而其所在之地域。不能因之而即可謂為非本國刑法上所指之領域。是其犯罪行為的當時。若尚未離開本國領域。即不可不謂為本國領域內之犯罪人。故此項犯罪人。於其例外之資格。一旦消滅時。例如外國元首、公使、外交官、之已退職。外藉艦隊人員。或其本身無治外法權之公使館人員。一旦離其艦隊或使館的地點。又如領事裁判權之撤銷。成約之廢棄。或國交之斷絕。又如本國大總統之已退職。及國會議員之不在席時。以上均可為消滅其例外資格之原因。則隨時即可適用本國刑法效力之全部。加以逮捕或處罰之也。

第三 刑法之對象為犯罪。犯罪有在國內與在國外之場合。犯罪人有為國內人與國外人之場合。統此數場合之犯罪。應如何適用國內之刑法。亦國內法所應規定者。本條至第七條之規定。均為解決此問題者。關於解決本問題之主張。從來各學者間之議論。及各立法例間之定制。亦不一致。約言之。可分為屬地主義。屬人主義。保護主義。折衷主義之四種

。茲爲分別述之。

(A)屬地主義 凡在本國領域內犯罪者。不問其人之國籍爲內國或爲外國。均適用本國刑法。反之在國外犯罪者。卽爲本國人。亦不受本國刑法之支配。古代法律。往往如此。依此主義。則本國人在外國犯罪時。均由外國刑法處治。其結果則本國法律。轉有不能適用於本國人者。且有在外國之犯罪。縱有侵害本國國家之重大行爲。因此主義。亦致坐視而不能處罰。於保持自國法律之秩序上。常多缺痕。故單純之屬地主義。未免失之過狹。

(B)屬人主義 凡屬本國人民。無論在國內與國外者。遇有犯罪行爲時。均適用本國刑法。反之若係外國人民。無論在國外與國內。均一主於放任。中古時代法律。往往如此。依此主義。其結果則凡外國人在本國。縱對於本國國家及人民。犯有重大之侵害行爲。在本國刑法上。亦惟有忍受不能過問。是國家之司法權。在本國已受限制。不第有損國家主權。且於本國之安寧秩序。亦將難於維持。各國在外國之領事裁判權。本可爲屬

人主義之一種表現。此種辦法。惟強國對於弱國則有之。亦惟弱國則忍受之。然常引以爲大恥辱而日思滯滌者。故單純之屬人主義。其失也亦與單純之屬地主義同。

(C) 保護主義 不問犯罪地之屬於國內或國外。犯罪人之爲本國籍或外國籍。凡對於本國人民之利益有妨害者。一律有適用國內刑法之效力。蓋凡對於本國人民之利益有妨害者。應悉受本國法律之支配也。此主義所以如此主張者。係謂刑法之規定。原爲保護本國或本國人民之利益而設。若不能運用刑罰權於滯在國外之人。或不能處治在國內之外國人。則不能達刑罰之目的。但爲事勢所阻碍。不能不設若干之例外耳。

(D) 折衷主義 關於在本國領域內之犯罪行爲。不問犯罪人之國籍爲何屬。均適用本國刑法。(屬地主義)至關於在外國領域內之犯罪行爲。則以維持本國秩序之必要範圍內爲限。定爲適用本國刑法。此必要範圍之標準。有二種原則。(1)以犯罪之主體爲標準。即犯罪行爲人。有本國法律上之身分者。[註]當適用本國刑法處治。其他則放任之。(身分主義。包含屬人主義)(2)以被害之法益爲標準。即被害法益。屬於本國或本國人

民者。其犯罪之處罰。不論犯罪者爲本國人或外國人。均當適用本國刑法。（保護主義。亦曰實質主義）其他則放任之。從來英國多數學者。對於此主義。亦有批難之論。略謂處罰在外國犯罪之外國人。不適於屬地屬人兩原則。且亦爲事實所難能。蓋於外國領域內。對於自國人民。尙有屬人的管轄權。對於在外國之外國人。則屬地屬人上、兩無管轄權之存在。故所謂保護主義。在法理上亦缺少根據。加之其犯罪事實之重大者。由犯罪地之國家處罰之可也。其輕微者、即付之不問可也。卽如政治犯。雖不能接受引渡。然有藉他國領域以爲圖謀危害自國政治組織之根據地者。依外交上之抗議方法。亦可收防止之效果。故保護主義。實際上無存在之必要云。然在一八八三年之國際法萬國會之決議案。則適與此說相反。其理由以國家對於外國之不正侵害。原有自衛之權利。保護主義者。不能不認爲國家自衛權之發動者也。

【註】 本國法律上之身分。一爲係本國籍者。如本法第七條所規定。一爲任有本國之職務者。卽爲本國公務員。如本法第六條所規定。均爲具有本國法律上之身分

者也。

折衷主義。以包括屬地、屬人、保護、三種主義所組成。是該三種主義。同時參合則因應適宜。單純分離則流於偏狹。近世歐西及日本各國之立法新例。原則上均係採用此主義者。我國暫行律及現行刑法。亦均以此主義為原則者。如本條及第四條。即係屬地之合義。第五條至第七條。即係身分及保護之合義者也。

說者謂、刑法為國內法。其內容乃規及在外國領域內之犯罪。并及在外國犯罪之外國人。毋乃有涉侵害外國法權之嫌。斯說也。亦與謂本條至第七條為國際刑法之說。同一誤解。蓋國際法者。係規定國家與國家間之法律。故若係規定國家與國家間之刑法。即可謂為國際刑法。本條至第七條。係規定國家與私人間之刑法。雖有涉及在外國犯罪。及在外國犯罪之外國人。然一為基於身分之共通原則。一為基於保護主義、即國家自衛之共通原則。不第無絲毫之國際性質。且亦無絲毫侵及外國法權之嫌疑。故各國相互間之立法例。均以此原則為原則。而不認為有侵害外國法權之意義也。

第四條 犯罪之行為。在民國領域內。而其結果在民國領域外。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。

一
本條之要旨。係規定犯罪跨兩國領域而成立之場合。即犯罪之行為與結果。不在同一國境時。應適用何國法律之問題也。依本條之規定。其行為或結果。有一在民國領域內者。即可適用本法。例如有自民國境外、開槍射擊民國境內之人。則行為地在外國境域。而結果地在民國境域。若無本條之規定。即外交上難免爭議。故本條即為解決此種問題而設。以為適用之根據也。

二
第一 本條之立法理由。以行為者、為發生結果之身體舉動。結果者、即本於行為之外界影響。凡一切犯罪、未有不本於行為與結果而成立者。惟可以為罪之行為。(例如擅自放

槍)與可以爲罪之結果。(例如殺傷人)倘異地而發生。究以何地爲發罪地。爲亟應定明者。關於解決本問題之議論。從來學者間之主張、可分爲三種。(一)以行爲地爲犯罪地。(二)以結果地爲犯罪地。(三)以行爲地與結果地并爲犯罪地。夫行爲與結果。既并屬犯罪成立之要件。則無捨此取彼之理。故本條採第三種主張。凡行爲與結果。苟有其一在民國領域內者。卽認爲在民國領域內犯罪也。

本條規定之必要。於本國國權上尙有二種便利。(一)凡犯罪在本國境域內。本國卽有行使刑罰之權力。此法治上普通原則。各國之立法例。亦大抵皆然。倘本國無此法例。則例如有人在本國境界內或船艦上放槍殺傷本國境界內或船艦上之人。是犯罪界於兩國境界而成。外國卽可依據行爲地之法律以處治。而本國遂致無過問之根據。因有此規定。則關於上述事實。遂有依本國法處治之權源。雖犯人在外國時。尙可爲要求引渡之適當理由。卽事實上有一時的難於直接適用本法之情形。仍可爲缺席判決。俟本國人之自回本籍。及外國人之自來本國時。尙有執行之餘地也。(二)例如有人在本國境界內或船艦內。放槍殺傷

外國境界內或船艦上之人。若本國無此法例。則外國又可援據結果地之法律以處治。反有向本國要求引渡犯人之權。查本國人民。無有因犯罪之故而交付於外國使受裁判者。此雖為各國間之通例。然有時亦有不能固守此通例者。例如日本雖亦認定內國人不引渡為原則者。然同時若有相互之擔保時。雖內國人亦有引渡之例外。（參照泉二博士日本刑法總論二五一頁）又如英國則不認內國人不引渡之原則。又如倘本國與某外國訂有雙方引渡國內人之例外時。及上述之犯罪行為者係外國籍時。不有本條之規定。則更無拒絕引渡之理由。故國有本規定而後有排除上述窒礙之依據也。

第二行為與結果之界說。學者間之論點。亦不一致。茲以非本條範圍。容緩縷述。要之行為者。係與結果相連結之身體動作也。所謂行為地者。當以遂行其行為。即行為之終了行為為地。例如有某甲在A國境內。故意利用郵局以寄送包藏毒品之餅餌。交與在B國居留之某乙。某乙信為善意之餽遺。因食之。遂致死。關於此問題。有謂某甲寄送毒物時。雖在A國。而毒物之入於被害人之手。則在B國。其毒人致死之行為。須至B國由郵局交

付毒物與被害人服食後。始爲行爲之終了。則其行爲地仍在B國。有謂某甲係利用郵局以遞送殺人毒物。卽係利用自然力之犯罪行爲。不能與直接加害於被害人身體之行爲併論。當以利用行爲終了。爲犯罪行爲終了。例如以槍擊人者。係利用其槍管之射擊。以直送其子彈於被害人之身體。郵局之能否將毒物送到於被害人之手。及被害人之是否卽行服食。亦由槍彈之能否射入於被害人之體內。此爲既遂未遂之問題。而實行之終了。則在實行放出子彈時。與實行將毒物投入郵局。依照郵局手續完畢。經郵局實行收受時。卽爲終了時。故實行投郵完畢。既在A國。則其行爲地當在A國。余亦贊成後說者也。所謂結果地者。亦有數種之分說。(一)初發結果地說。例如以槍殺人。以被害者之受槍地爲結果地。(二)中間結果地說。以被害者之養傷地爲結果地。(三)最終結果地說。以被殺者致死地爲結果地。要之當以完備構成犯罪之要件地爲結果地。如本例則當以被害者受槍時卽可爲結果地。其致死者。爲既遂之結果。其未致死者。爲未遂之結果。要之均爲結果。卽均爲結果地也。

第五條 本法於凡在民國領域外。犯左列各罪者。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條之外患罪。

三 第二百一十一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二百三十一條第二百三十

三條及第二百三十五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。

本條之要旨。係採保護主義。以保護本國之重大利益。遇有侵害本國重大利益之犯罪行為。雖犯罪地在本國領域以外。亦不問犯罪者是本國籍與外國籍人。但以本條所列舉關係國家之重要各罪為限。亦當適用本法之支配。但依此主義以運用刑罰權於外國領域內。事實殊多困難。適用時。仍要兼履國際公法、國際慣例、及兩國間條約之規定。以定實施之

手續。不如適用於國內犯罪之易也。

二

第一 本條事例。在我國暫行律上之規定。其範圍較廣。如妨害國交罪。妨害公務罪。毀棄損壞罪。亦皆列爲本條事例。本法以事關涉外。範圍過廣。易生窒礙。故採取第二次修正案。刪除此上各罪。不列入於本條。而加入海盜罪。該修正案理由。略謂、刑法適用法範圍。以屬地主義爲原則。本條及後二條。卽其例外。本條列舉各罪。不論本國人或外國人在國外犯罪者。均適用本國法律。卽學說上所謂自衛主義。所舉者皆關於民國之存立、信用、財政、經濟等。有重大之損害或危險故也、至海盜罪。法律上認爲萬國之公罪。卽學說上所謂世界主義。故本條亦一律增入之。

第二 凡犯罪之場合。有國內與國外之不同。關於刑罰施行之範圍。在國內犯罪之場合。固宜由國內法規定。至在國外犯罪之場合。有必須施用國內之刑罰者。亦當於國內法上規定。此并非侵害外國之主權。已於第三條內說明。此項法例。在萬國會議。亦有認爲國家

自衛上正當權利之決議。在近世亦幾成爲各國立法上之公例。故關於處罰本條之犯罪人。可不問其人之爲內國人與外國人。又可問外國(犯罪地)之法律。對於該行爲之處罰。係較輕或較重也。在外國立法例中。亦有以須外國(犯罪地)之法律以爲有罪者爲限。方得適用內國之刑罰者。(德國改正案第二條。意大利草案第六條)有以外國(犯罪地)法律之刑。較內國爲輕爲限。方適用內國之刑者。上列兩種之限制主義。除本法第七條情形外。非我刑法之所採用者。我刑法所採之限制。則係以列舉主義爲限。其在列舉以內者。因爲立國之根本。不可不保有自衛之權力。則一律須適用本國之刑法。其在列舉以外者。則除本國人民有第六條至第八條情事外。對於外國人在國外犯罪者。則一律不予置問。又本法對於國外犯罪之適用例。既係採用列舉主義。其結果則本條至第七條之規定。除本法以外。其他之刑罰法令(如陸海空軍刑法)亦無適用之餘地。故其他之刑罰法令。若有適用於國外犯罪之必要時。非另有特別之規定不可也。(如陸海空軍刑法第三第四條之規定)蓋對於處罰在外國之犯罪。尤其對於處罰在外國犯罪之外國人。其處罰權若過於擴充。其結果反致成

爲事實上之所不能。反致有損本國法律之威信也。

第三 說者謂、罪刑法定主義。一方面之意旨。爲有罰者必爲法律上之罪。他一方面之意旨。則爲有法律之罪者必有罰。蓋所以保持法律之威信也。故法律當避免其所不能行者。以保持其威信。若關於在國外之犯罪。及在國外犯罪之外國人。亦欲依法而執行其刑。誠爲事實上之絕對不能。徒足以損法律之威信。故寧以不規定爲宜。然此實爲因噎而廢食之意見。夫執行在國外犯罪者、及在國外犯罪之外國人之刑罰。在事實上固屬不無困難。然亦不致毫無救濟之法。如請求引渡。及犯人自回本國時是也。反之若竟因避免困難而廢去其規定。則對於犯本國之罪者。卽遇有可以執行處罰之機會。亦惟有坐視而不能過問。不愈貽法律之差乎。

第六條 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

十條之瀆職罪。

一一 第一百七十二條之脫逃罪。

一二 第二百三十條之偽造文書罪。

本條之要旨。係規定在國外之本國公務員犯罪之處置。犯本條之罪者。祇要爲本國之公務員。不論其國籍爲本國或外國。既爲本國之公務員。則具有本國法律之身分。故不論其人之何籍。其犯罪地雖在本國外。均不能不受本國法律之支配也。所以限於列舉各罪者。以其關係於國家公務者較重耳。

本條事例。在我國暫行律上之規定。其範圍亦較廣。如妨害國交罪。洩漏機務罪。妨害交通罪。妨害秩序罪。亦列爲本條事例。本條則僅以瀆職罪。脫逃罪。偽造文書罪爲限。因本條爲規定公務員所特有之犯罪行爲。而其最重要之目的。尤以外籍之服務於民國之公務

員。若非有本條之規定。則在外國之外籍人員。於服務於民國時。犯有本條所列舉之事實。將無從處罰。則無以保持國家公務上之秩序。故一則將暫行律第四條僅稱中華民國人民之用語。改爲中國民國公務員。以示文理之包括。二則僅列舉瀆職、脫逃、偽造文書、之可能的犯罪。以符立法之原意。至妨害國交罪。洩漏機務罪。妨害交通罪。則非僅公務員特有之行為。縱在外國有此項犯罪事實。尚有第七條及同條之末項。可資適用也。故依本條立法之旨趣。可歸納之爲二點。一爲適用本條之規定者。以民國公務員爲限。非民國公務員者。不適用之。二所稱民國公務員。不以國籍爲限。卽外國人之服務於民國者。亦當然爲本條之民國公務員也。

第七條 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。爲有期徒刑者。
- 二 犯罪地之法律。以爲有罪者。

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。

一

本條之要旨。與前二條同爲規定在民國領域外犯罪者。但前二條之規定。其犯罪主體。不同爲本國籍人與外國籍人。皆當受本法之支配。不過以列舉之罪爲限耳。其罪之不屬該條列舉範圍內者。仍不適用。其範圍較本條爲狹。其所以較狹者。因其所規定犯罪之主體。爲包括外籍人在內也。本條則專指本國人在外國犯罪而言。故其規定適用之範圍較寬。但原則上雖以在外国之本國人爲限。而依本條後項之規定。其在國外對我國人民犯罪之外國人。亦能準用本條之規定。特前項之被害人。包括外籍人在內。後項之被害人。限於本國人民也。

第一 本條之立法例。一爲專規定本國人在外國犯罪前二條以外之罪之場合。是爲屬人主義。二則兼規定外國人在外國對本國人民犯罪之場合。此爲擴充保護主義。所以保護本國人民之利益者。查本國犯罪人當受本國刑法之支配。此固一定之原則。毫無疑義。然以犯罪之地域。不在本國。則不無特殊之情形。故須有本條之規定。所謂特殊之情形者。(1)犯罪人雖爲本國人。而被害人即外籍人亦包括在內。(2)在國外之輕微犯罪。於國內即無檢舉之價值。(3)犯罪地(外國)之法律。亦爲犯罪地之國權所關。故一面雖應採守適用本國法之原則。一面仍當顧慮兩國間國權之衝突。一面又當顧慮在外國犯罪之本國人。有受二重處罰之不平。故第一、本國人在外國犯罪。無論被害人爲本國人與外籍人。須所犯之罪在有期徒刑以上者。方使其受本法之處治。第二、仍須視犯罪地(外國)之法律亦認爲罪者。方適用本法。若犯罪地法律所視爲無罪之事實。則在犯罪地當視其行爲、爲無害於公之秩序。犯罪人已得沾外國法律之利益。則本國亦無訴追之必要。且依各國通例。凡該國法

律不認爲犯罪之人。對於他國之請求引渡。絕對不認有交付之義務。且於犯罪人行至他國時。若他國人仍以該犯罪事實爲原因。加以逮捕而處罰時。多有提出抗議之事實。例如前有墨西哥國人卡登。在北美之迭薩司州。對於自國人有犯罪行爲。後卡登行至墨西哥國。遂被拘捕。(一八八六年)後爲美州提出抗議。卒被釋放。即英國亦有不少之同樣實例。此爲國權之衝突問題。故各國之立法例。對於本國人民在外國犯罪行爲。於適用本國刑法之規定。類多附以限制者。亦與本條同一用意也。第三、即所犯之罪雖具有本條第一項第二項之要件。雖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。方爲具備本條適用例之要件。此即免除犯罪人受兩重刑罰之不平也。本條文理上具備之意義。即須統括上列一二三之要件。以爲本條適用例之總要件也。至末項之規定。則所以保護本國人之利益者。其被害人當專爲本國人民。然在外國之外國人民。有侵害本國人民之行爲時。亦以具備上述三種要件。方能準用本條之規定也。

依上述立法意義。前項之內容。犯罪之主體爲本國人。而客體(被害法益)則屬於本國或外

國的。後項之內容。犯罪之主體爲外國人。而客體則專屬於本國人民者。是假定關於前項犯罪之主體。若於犯罪後。依兩國間之國籍法而變爲他國籍時。則於其客體之屬於外國之場合。遂無適用本條之必要。若其客體爲屬於本國人時。則仍有適用之必要也。又假定關於後項犯罪之客體。其被害者於被害後。已依法變爲他國籍時。則完全無準用本條之餘地矣。

第二 國家常不得於他國領土內。爲直接之權利行動。此通則也。從此通則。則凡有犯罪行爲。爲應當適用本國刑法之場合。而犯罪人在外國。或犯罪人已由內國而逃往外國。勢將有損於刑罰權之實效。此一大缺痕也。爲欲彌補此缺痕。則惟有向外國請求引渡之方法。此國際法上所以有犯人引渡制之緣起也。然請求犯人引渡之權利。及受請求犯人引渡之義務。雖爲國際法上之制度。而此項制度。不能即視爲國際裁判。亦不能即視爲受引渡國刑罰權實行之效果。而爲國家間法律上之相互共助行爲。故須基於兩國間之特別條約。若兩國間無此項條約時。此項權利義務之關係。仍不能發生也。

引渡犯罪。雖基於兩國間條約。而發生其權力與義務之關係。然徵之各國間之條約。及法令規定引渡之原則。尚不無多少之限制。(1)輕微罪不引渡。(2)非請求國及被請求國雙方均認為罪者不引渡。(3)非請求國所管轄之犯罪不引渡。所謂管轄範圍者。即裁判權管轄範圍也。(4)本國人不引渡。以本國人應由本國處治。無反送於外國處治之理。但有相互引渡之條約者。不在此限。(5)政治犯不引渡。蓋政治犯在各國均認為非社會犯。而僅為對政府犯。且認政治犯均為高尚純潔之士。若引渡則視為國家之羞。但如各國所公認為政治之敵者。如虛無黨、無政府黨之專以暗殺擄掠為手段者。則多屏除於政治犯之外。(6)奴隸不引渡。以人道主義故。(7)引渡後祇能就請求時所指定之犯罪而為裁判。若裁判時、其所裁判事實。超越請求時指定犯罪事實範圍以外。則當提出抗議。故受引渡國之政府。若欲使被引渡人受引渡原因以外事件之裁判。則非俟被引渡人開釋後。於相當時期後。再行拘捕不可。(8)要未經過時效。以上各種原則。已有成爲各國間引渡限制之普通趨勢矣。

【註】我國與各國間。向無引渡專約。關於兩國間引渡之權利義務關係。多係附訂於各通商條約中。其詳晰參照拙著刑法學總論。

第八條 除前條之規定外。同一行爲。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。

第一 本條之要旨。與第七條所規定之旨趣。稍有出入。蓋第七條所規定之主旨。係除第五條第六條以外之適用本法例。本條規定之主旨。係除第七條以外之裁判適用例。故在第七條之情形。於本法之適用例。係附有制限的。在本條之情形。於本法之處罰權。是無制限的。不過在外國已受刑之執行。或經免除者。得爲減輕或免除之原因而已。仍非生有拘束力之性質也。

第二 同一行爲。在刑法上本有不再理再罰之原則。以本條之規定視之。其形式上似係再理再罰。有背於上項原則。但所謂不再理再罰者。係指同一刑罰權之下之同一事實而言。

本國對於外國裁判。祇能認爲一種事實。不能與本國之裁判同視。故仍得視作未理未罰之行爲也。卽第七條第三項。其立法之精神。對於外國裁判。仍純然視爲一種事實。該項前半。以犯人在外國未受無罪之確定裁判爲要件。卽係該條第二項之換文。蓋若在外國已受無罪之確定裁判者。卽成爲第二項所指之犯罪地之法律以爲無罪者矣。非卽視外國之裁判爲足以生拘束力也。故該項後半之法意亦不過以該條所包括之犯人。核其情事。若已在外國經過受罰之事實。則本法可不再科以罰。以示體恤之意。本條之法意。則以本條所包括之犯人。雖已在外國經過事實上之裁判。而是否應處罰。或應減輕或免除。仍當依本國之法律以爲裁判。以示外國之裁判力。不能抵銷本國之法權。因本條之犯人。與第七條之犯人。其性質稍殊。故關於外國裁判事實之規定。其文理上自不無稍異。然其立法之精神仍一致也。

二

查第二次修正案理由書。略謂、暫行律第六條謂犯罪者雖經外國確定審判。仍得依本律處

斷。犯罪者三字。應改爲同一行爲。蓋本條之適用。以同一行爲爲準。非以同一罪名爲準。。同一行爲而法律罪名不同者各國往往有之若用犯罪二字。恐於同一行爲。在外國被處罰之罪名。與在本國被處罰之罪名不同。致有不適用本條之誤會。日本修正刑法草案用犯人二字。或主張用事件二字。後亦改用行爲字樣。又暫行律第六條但書。係得免除或減輕本律之刑。本條刪去得字。蓋各國立法例。對於在外国已受處罰之犯人。應否減輕本國法律之刑。有聽裁判官自由決定者。(如日本)有以在外国所受之刑。照算入本國法律之刑。與之相抵者。(如瑞士)由前例、恐有一罪兩罰之失。由後例、各國刑名不同。難於比較。故本條折衷其間。將得減改爲必減。至所減之額。則聽法官酌情定奪。

三

前大理院解釋例 上海會審公廨。係根據前清同治七年、洋運濱設官章程。本係因條約所生之特別制度。該公廨審理民刑專訴訟。依照條約。既應在中國領土內。行使中國之司法權。卽其裁判、不能視爲外國裁判。自無疑議。惟該公廨自辛亥以來。係由滬領事團代行

管理。其判案之適用法律。亦與原條約所定。不能相符。該項條約之效力。即因事實上一時之阻礙而停止。此種阻礙事實。中國國家未明認其於國際間爲有效。則此事實上之判斷行爲。不得即爲條約上中國司法官署之裁判。亦無可疑。猶之在中國國法上毫無司法權限之機關或個人。使事實上處理司法案件。仍不能即視爲法律上有效之裁判。故現在會審公廨判決之案。如仍系屬於他處審判衙門。自未便執一事不再理之說以相繩。其刑事雖不能認爲與暫行律第六條相當。惟因被告尙未受有法律上之裁判。自應仍許該管檢察官按律訴追。以重法權。(統字五九二號)

【註】上海會審公廨。現已撤銷。改爲特區地方法院。完全爲民國司法官署。惟上海法租界事實上之會審公堂。仍然存在。與前公共界租之事實上會審公廨相等。

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。

本條之要旨。係規定本法總則之效力。不僅適用於本法分則。且在他種定有刑名之法規上。於該法無特別規定之場合。亦有適用之效力。例如本法總則關於時例時效及未遂等之規定。在陸海空軍刑法總則上未有特別規定。即當適用本法總則所規定之法例。以爲判斷之準則也。蓋本法總則。關於罪刑一般之要件。其規定較他種特別法爲詳。可以補特別刑法之不足耳。刑法之事例。歸納之不外爲二項。一爲犯罪。一爲刑罰。對於犯罪之要素。及制裁犯罪之方法及各要件。皆爲總則所規定。至犯何種之罪。應配以何種之刑。則爲分則之職務。在各種特別刑法。多注重分則之職務。對於總則所規定之事項。多略焉不詳。故不得不借用本法總則之規定也。

二

本條立法之理由。因本法爲刑法之根本。本法總則。爲刑法共通之法則。故本法總則。可適用於無特別規定之一切罰則。所謂特別規定者。其意義可分爲自有之規定。與反對之規定。自有之規定者。無論其規定與本法是否相同。均適用其自有之規定。而不引用本總則

。反對之規定者。例如黨員背誓罪條例第二條。有不分既遂及未遂之規定。則適用該條例時。遂不適用本法總則關於未遂之規定也。

三

前大理院解釋 暫行律第九條規定本律總則。於其他法令之定有刑名者適用之。依此則暫行律第六章共犯罪之規定。當然適用於買賣人口之犯罪。(按買賣人口犯罪條例現已廢止)其居間者若係主謀。可以適用暫行律第三十條之規定。(造意犯)若係助惡。可以分別情形。適用該章其他條文之規定。(八統字)

又前清理藩院則例。係對於蒙古之特別法。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。引用刑律。是該則例關於刑律部分。乃前清刑律之特別法。亦即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。該則例無規定者。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。(統字一) (九七號)

前大理院判例 查特別法優於普通法之公例。係指兩種法規競合時而言。若所犯僅係普通法上罪名。於特別法并無規定者。祇能依普通法處斷。無適用特別法之餘地。（按如軍人犯罪。而陸海空軍刑法無規定時。應仍適用普通刑法。）（上字三二號）

司法院解釋例 暫行反革命治罪法第十條未遂犯之科刑。應適用刑法第九條第四十條辦理。（院字二〇八號）

最高法院解釋例 反革命治罪法。為特別刑法。關於時之效力。該法既有特別規定。自不能適用刑法之規定。（覆江寧律師公會函）

【註】 危害民國緊急治罪法。已於二十年三月一日施行。該法第十一條第二項規定。暫行反革命治罪法。於本法施行之日廢止。

第二章 文例

文例者、法律上用語之定例也。刑法上用語之觀念。與罪質及刑量之關係甚鉅。故關於法

文上普通一般之文例。須有精確不移之定義。以明法文上於同一之語句。即爲表示同一之意義。方足爲衡量罪刑之準則。而免用法者有任意推解之虞。本章即爲規定本法用語之準則也。

暫行律於文例之規定。列入總則之末。爲第十七章。第二次修正案理由云。致各國刑法。有不立文例專章。而僅於法例章內規定一二條文者。如日本德國是也。立爲專章者。如中國（暫行律）荷蘭暹羅蘇丹是也。但無論立專章與否。其次序均列於總則之前。惟荷蘭列於總則之後。暫行律取法荷蘭。其理由謂文例之規定。不僅關於總則。而關於分則者爲多。然似不足以此爲定章次之先後。況文例一章。關係於總則者不少。用語在前。而用語之援證反在後。未免失序。故本案擬從多數國立法例。將文例列爲第二章云。本法於本章之立法例。即係採用上項理由。余亦認其序列實較暫行律爲優也。

第十條 稱以上以下以內者。俱連本數或本刑計算。

本條之要旨。係規定本法各條文內所稱以上以下以內之界限。免致有所誤解。在一般普通行文時。往往囿隘吞棗。不甚注意。以致時起紛議。例如同一系屬之數目。稱千元以下。同時又稱千元以上者。則洽爲千元之整數時。便不能決定爲屬於以上以下之範圍矣。依本條之規定。則以上以下。俱連本數計算。稱千元以上者。則千元之整數。應包括在內。則凡不包括千元整數在內者。例如所指數必以一千零一元爲起點之數。則必稱爲超過千元。反之若稱千元以下者。則千元整數。亦應包括在內。則凡不包括千元整數在內者。例如所指數僅以九百九十九元爲限度。則必稱爲千元未滿也。例如本法第三十條所稱未滿十三歲。及十三歲以上。未滿十六歲。則所云十三歲以上者。應包括十三歲之整數在內。所云未滿十三歲。及未滿十六歲者。應不包括十三歲與十六歲之整數在內。即應不能稱爲十三歲以下。或十六歲以下也。又如本法第三三八條結夥三人以上而犯竊盜罪者。爲竊盜加重行爲。是所謂三人以上者。當連三人之數在內。而不能解爲三人以上之數。至少必須有四人也。反之若結夥僅爲二人。則不構成竊盜加重罪。然只可云竊盜結夥未滿三人者。不構成

加重罪。不能云竊盜結夥在三人以下者。不構成加重罪也。依此類推而以內之例亦可知矣。至連本刑計算者。則用爲單有刑名者之計算標準。如本法第九十條第一第二項所稱拘役以上刑之宣告之例也。

第十一條 稱親屬者。謂左列各親。

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

本條之要旨。係確定刑法上關於親屬之範圍。宗親者、卽血統上之親。世所稱同宗者是也。外親者卽女系親。外親爲異姓。可分爲二種。一爲母黨親。一爲出嫁族親。總之因女系所連結之異姓親也。妻親卽妻系親也。我國舊服制圖。宗親有服之範圍。止於四世。故本

法宗親亦以四親等爲限。外親有服者止於二世。妻親有服者止於一世。暫行律均加無服親一世。故本法外親以三親等爲限。妻親以二親等爲限。其計算之法甚複雜。其詳俟論之於後。蓋以本法分則。常有關於親屬之名詞。若無確定之範圍。則於適用上易生疑義。例如依第三四一條第二項之規定。親屬間犯竊盜罪者。須告訴乃論。第一七七條及第一八三條之關於圖利親屬、或保存親屬、而犯第九章及第一七九條之罪者。免除其刑。則竊何人之物。始須告訴。圖利或保存何等親屬。始免除其刑。不能不有本條所定之範圍。以作解釋之標準。至何者爲某親等之某親。及親等之計算法。概依第十二條十三條之規定以爲準則也。

現行刑法雖係改用親等制。然關於規定親等之範圍。其立法之旨趣。仍係根據服制圖者。茲爲備讀者之參稽。仍附列服制圖如左。

本宗九族五服正服之圖

凡嫡孫父卒為祖父母承重服斬衰三年者為曾高祖父母承重服亦同

高	齊衰	曾伯叔祖父母	伯叔祖父母	族伯叔祖父母	族伯叔父母	再從兄弟功	再從兄弟功	族兄弟	族兄弟
祖	齊衰	麻	功	麻	麻	從兄弟妻	再從兄弟妻	族兄弟妻	族兄弟妻
曾	齊衰	總	小	總	小	無	無	無	無
祖	齊衰	伯叔祖父母	伯叔祖父母	堂伯叔父母	堂伯叔父母	無	無	無	無
祖	齊衰	麻	功	麻	麻	無	無	無	無
父	齊衰	伯叔父母	伯叔父母	堂伯叔父母	堂伯叔父母	無	無	無	無
父	斬衰	年	功	功	功	無	無	無	無
已		兄弟	兄弟	堂兄弟	堂兄弟	無	無	無	無
		弟	弟	兄弟	兄弟	無	無	無	無
		妻	妻	兄弟	兄弟	無	無	無	無
		小	小	妻	妻	無	無	無	無
長子	長子	姪	姪	堂姪	堂姪	再從姪	再從姪	再從姪	再從姪
孫	孫	姪	姪	姪	姪	無	無	無	無
孫	孫	姪	姪	堂姪	堂姪	無	無	無	無
孫	孫	姪	姪	堂姪	堂姪	無	無	無	無
孫	孫	姪	姪	堂姪	堂姪	無	無	無	無
曾	曾	曾姪	曾姪	曾姪	曾姪	無	無	無	無
孫	孫	曾姪	曾姪	曾姪	曾姪	無	無	無	無
元	元	孫	孫	孫	孫	無	無	無	無
孫	孫	孫	孫	孫	孫	無	無	無	無

凡男為人後者為本生親屬孝服皆降一等本生父母亦降服不杖期父母報服同

父	母	曾祖	祖	族	族	族	族	族	族
三月	五月	出嫁無服	出嫁無服	出嫁無服	出嫁無服	出嫁無服	出嫁無服	出嫁無服	出嫁無服
母父	母母	在室總麻	在室總麻	在室總麻	在室總麻	在室總麻	在室總麻	在室總麻	在室總麻
杖期	杖期	出嫁總麻	出嫁總麻	出嫁總麻	出嫁總麻	出嫁總麻	出嫁總麻	出嫁總麻	出嫁總麻
母	母	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功
三年	三年	在室小功	在室小功	在室小功	在室小功	在室小功	在室小功	在室小功	在室小功
身	身	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功
衆子	衆子	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功
子期	子期	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功
衆孫	衆孫	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功
孫大	孫大	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功
衆孫	衆孫	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功
元孫	元孫	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功
服無	服無	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功

凡姑姊妹女及孫女在室
 或已嫁被出而歸服並男
 子同出嫁而無夫與子者
 爲兄弟姊妹及姪皆不杖
 期

凡同五世祖族屬在總麻
 絕服之外皆爲袒免親遇
 喪葬則服素服尺布纏頭

妻爲夫族服圖

夫爲祖父母及曾高祖
父母承重者並從夫服

夫高祖	總								
夫曾祖	總	夫曾祖伯 叔 無							
夫祖	大	夫伯叔祖 父母 大	夫族伯叔 父母 無						
夫舅	斬衰	夫伯叔父母 功	夫堂伯叔 父母 總	夫族伯叔 父母 無					
妻爲夫	斬衰 三年	夫兄弟及妻 功	夫堂兄及妻 功	夫再從兄弟 無	夫族兄弟 無				
長子	長子 婚期	夫姪 功大	夫姪 婚期	夫再從姪 總					
孫	功大	夫姪孫 總	夫姪孫 功小	夫堂姪孫 總					
曾		夫曾姪孫 總							
總									
元									
總									

第一編 總則 第二章 文例

					父 麻
				母 麻	父 麻
			夫曾祖姑 服無	母 麻	父 麻
		夫堂祖姑 服無	夫祖姑 出嫁無服	在室總麻 功	母 功
	夫族姑 服無	夫堂姑 出嫁無服	夫親姑 功小	姑 三年	姑 三年
夫族姊妹 服無	夫再從姊妹 服無	夫堂姊妹 麻總	夫姊妹 功小	夫為妻 父母在不杖	齊衰杖期
	夫再從姪女 出嫁無服	夫堂姪女 出嫁總麻	夫姪女 出嫁大功	衆子 大功	衆子 年期
		夫堂姪孫女 出嫁無服	夫姪孫女 出嫁總麻	在室小功	孫 總麻
			夫曾孫女 出嫁無服	在室總麻	孫 麻
					孫 麻

夫為人後其妻為本生姑
舅服大功

妾爲家長族服之圖

嫡孫衆孫爲庶
祖母小功五月

		家長祖母 小功			
		家長父母 年			
		正	家		
		年妻期	三年長斬衰		
爲其子	期	家長長子		家長衆子	期
年		年	期	年	期
爲其孫	大	家長嫡孫		家長衆孫	無
幼		服		服	無

第一編 總則 第二章 文例

妻親服圖

刑法釋義

		妻祖父母 服 無			
	妻之姑 服 無	妻父 原母總 服 無	妻伯叔 服 無		
	妻之姊妹 服 無	己 總原 爲增 身 服 無	妻兄弟及姪 服 無	妻外祖父母 服 無	
	妻姊妹子 服 無	女之 原子總 服 無	妻兄弟子 服 無		
		女之 原孫 服 無			

三父八母服圖

<p>兩無大功親為繼父無子孫已身亦無伯叔兄弟之類</p> <p>期年</p>	<p>同居繼父</p> <p>兩有大功親謂繼父有子孫自己亦有伯叔兄弟之類</p> <p>齊衰三月</p>	<p>先曾與繼父同居今不同居 齊衰三月</p> <p>不同居繼父</p> <p>自來不曾隨母與繼父同居 無服</p>	<p>從繼母嫁</p> <p>齊衰杖期</p>	<p>齊衰三月</p>
<p>謂自幼過</p> <p>養母</p> <p>斬衰三年</p>	<p>房與</p> <p>人</p>	<p>謂妻生子女</p> <p>嫡母</p> <p>斬衰三年</p>	<p>謂父之正妻</p> <p>稱父之正妻</p>	<p>謂父死繼母再嫁他人</p> <p>謂父死繼母再嫁他人</p> <p>隨去者</p>
<p>謂父有子女委嫡</p> <p>庶母</p> <p>斬衰三年</p>	<p>謂親母因父</p> <p>嫁母</p> <p>齊衰杖期</p>	<p>死再嫁他人</p> <p>謂親母後</p> <p>出母</p> <p>齊衰杖期</p>	<p>謂父委乳哺</p> <p>乳母</p> <p>總麻</p>	<p>謂所生母死父</p> <p>慈母</p> <p>斬衰三年</p>
<p>令別妾撫育者</p>	<p>之</p> <p>後</p> <p>妻</p>	<p>父</p> <p>出</p> <p>者</p>	<p>父</p> <p>出</p> <p>者</p>	<p>齊衰三月</p>

出嫁女爲本宗降服之圖

		齊衰 三月		齊衰 五月			
		高祖父母		曾祖父母			
		祖 姊 妹 出嫁無服		祖 父 母 年		祖 兄 弟 總 麻	
父 堂 姊 妹 出嫁無服		父 姊 妹 出嫁小功		父 年 母 期		父 堂 兄 弟 總 麻	
父 堂 姊 妹 出嫁無服		父 姊 妹 出嫁小功		父 年 母 期		父 堂 兄 弟 小 功	
父 堂 姪 女 出嫁無服		兄 弟 女 出嫁小功		兄 弟 子 大 功		堂 姪 總 麻	

外親服圖

妻爲服夫外親服
外一等

		母 祖 父 母 無 服			
		母 之 姊 小 功		外 祖 父 母 小 功	
堂 舅 之 子 無 服		兩 姨 之 子 無 服		已 身 總 服	
		姨 之 孫 無 服		姑 之 子 總 服	
				姑 之 孫 無 服	

第一編 總則 第二章 文例

圖 總 服 喪

		斬 三 年 衰			
邊 下 纒 不 之 爲 布 麻 麤 至 用					
		齊 衰			
三 月	不 杖 期	杖 期	五 月		
邊 下 纒 之 爲 布 麻 麤 稍 用					
		大 九 月 功			
之 爲 布 熟 麤 用					
		小 五 月 功			
之 爲 布 熟 麤 稍 用					
		總 三 月 麻			
之 爲 布 熟 細 稍 用					

刑法釋義

六四

第一 我國新民法未制定以前。關於親屬範圍。向係以服制圖爲準。故暫行律關於親屬範圍之規定。亦以服制爲根據。第二次修正案理由之要旨。略謂(1)服制圖衍自喪禮。期功總麻。等差昭然。故舊律刑罰。均以之爲等差。然暫行律除尊親屬外。刑罰同一。已無區別之必要。故不如將服制圖。專讓之於禮制。而刑律親屬之範圍。則用親等計算法。(2)舊律服制圖。爲圖凡七。繁複細密。既非庸愚所能週知。卽賢智亦難猝記。親等計算法。較爲簡易。(3)民律之親屬範圍。亦以親等計算法爲準。民刑兩法。自以合符爲宜。(4)禮制爲一國所自有。不妨從異。法律則須審取他國之良例以爲衡。親屬範圍。各國均用親等計算法。近日本亦用此法而廢棄舊有之制。故我國亦宜採用。以示擇善而從之意。

第二 查民律草案理由。謂據服制圖以定親屬之範圍。其間有須注意者三事。茲附及之。以供參證。

(1)喪服圖中所載無服親。亦應入親屬之範圍。就服制圖之內容研究之。各服圖均載有

無服親。若謂有服親是屬於親屬範圍。無服親全屬於親屬範圍以外。則如妻親服圖所載。凡爲婚者、惟對於妻之父母有服。將惟對於妻之父母。可稱妻親。其餘、妻之兄弟及姊妹。均不得謂之妻親矣。是未免失諸過狹。細釋妻親服圖。於妻之兄弟及兄弟婦之下。尙載有妻之兄弟之子。然此四項之下。均註無服。夫對於妻兄弟及兄弟婦已無服。則對於其子自無服。初不待言。對於妻姊妹已無服。則對於其子更無服。可想而知。而服圖必并載者。非明示服雖無服。親猶是親之意乎。服制圖既載有服親。并載無服親。是其親屬之範圍。不以有服親爲限。凡列於圖內者。雖無服親。均應謂之親屬。亦可想而知。故據服制圖以定親屬之範圍。凡列於圖內者。均應列入親屬範圍。不應以有服親爲限。觀諸妻親服圖。則他圖之無服親。概可類推。

(2) 同宗之曾祖姑、族祖姑、族姑、族姊妹、再從姪女、堂姪孫女、曾姪孫女。等。在室中皆有總麻之服。出嫁後則無服。是出嫁女既可以有服爲無服。則易起出嫁女可由親屬變爲非親屬之疑。不知同宗之親族關係。因天然血統而發生。天然之親屬關係。凡既

相聯絡者。永久不可斷絕。非如喪服制度。可由尊卑恩義厚名分。而制定也。故同宗之女。於出嫁後。雖由有服而成爲無服。而天然之親族關係。不因出嫁而斷絕。凡向來在親族範圍內者。出嫁後亦依然親屬也。觀此則同宗之女。因出嫁而祇降親者。益可類推。

(3) 喪服圖、如妻親服圖中妻之姊妹之子。雖載圖內。其對於母之姊妹之夫。并不載圖內。又服制圖關係。由尊卑之分際而定。如子服父喪三年。父對於子則期年。然親屬關係。與喪服關係。實異其性質。是彼此相對立。所謂相對立者。卽此對於彼。謂之親屬。彼對於此。亦謂之親屬。子對於父。有扶養之義務。父對於子。亦有扶養之義務。其所定之範圍。但問親疏。不問尊卑也。

據右述理由觀之。足徵服制與親屬。其性質與範圍原屬兩事。故本法分服制使屬之體制。而以親等法以定親屬之範圍。則較向例爲覈實。此本法優於舊法之處也。

第三 親屬關係之發生。一由於天然的。一由於人爲的。由於天然的關係者。爲基於血統

之綿延及分衍而成。卽爲宗親。由於人爲的關係者。爲基於本身及本身之血親之婚姻關係連結而成。卽爲外親與妻親。論人與人之間之關係。當以親屬爲密。以普通人爲疏。論親屬間之關係。當以天然的結合爲密。以人爲的結合爲疏。故宗親爲天然的親屬。則其關係至四親等而止。外親雖爲人爲的親屬。然亦含有血族關係之連結。如外親中之母族親。母爲己之所自出。則母之父母兄弟姊妹等。與己身亦含有血族關係。故外親之關係。則至三親等而止。妻親則除夫妻互爲配偶。不生親等關係外。其妻族親完全爲人爲的親屬。故妻親之關係。至二親等而止。所謂親親之殺。關係愈遠者。則情誼愈疏。而禮制之範圍亦愈殺。雖刑法制度。亦不能脫離禮制觀念。而強爲樹異。惟本法於親屬範圍內。僅有夫之妻親。而無妻之夫親。原立草案。於本條第四項下。本有或夫親三字。後被刪除。說者遂謂夫於妻親。以二親等爲止。妻於夫親。則爲無限。此種解說。殊欠允當。在昔宗法制度。宗親係以男系爲主。故宗之團體內。凡來歸之婦。及未嫁之女。均包括爲宗親。然依本法之文理及立法例以爲觀察。則本條文理上。既云稱親屬者謂左列各親。則左所未列者。當然

不在親屬範圍以內。又第十六條規定妻於夫之父母及祖父母。以旁系尊親屬論。是明示妻於夫之親系。不相包括。且妻於夫之尊親屬。在第十六條既有分列之必要。又可知在本條上無包括夫親於宗親之法例。是直可解爲妻於夫之親屬。除尊親屬外。其餘則不在親屬範圍以內。然以實際論之。我國之家制組織。向係以妻嫁夫。妻係同居夫家。故妻不可不謂爲夫之家屬之一份子。此已有悠久之歷史與習慣。妻於夫家之關係。較夫與岳家之關係。其觀念上爲前者甚密而後者尙疏。本法於夫於妻親則列爲親屬。妻於夫之親屬。除尊親屬外。則無親屬關係。似未免失於疏漏。故最高法院之解釋。謂妻於夫之宗親。在四親等內者。應認爲親屬。將來或有修正時。幸望立法者加以注意也。

第四 親屬之種類。依本條之規定。則本法上之親屬爲四種。一夫妻。二宗親。三外親。四妻親。亦與服制圖之分類相同。所不同者。不從服制以定親疏。而從親等計算法以定親疏。換言之。即係不以服制之等差以定刑罰之輕重。而以親等之等差以定刑罰之輕重耳。蓋服制圖係本於我國固有之禮制。故關於親屬分類。親疏等差。義例精嚴。刑法自不能完

全脫離本國固有之禮制觀念。另樹一人類行爲之規律。然我國禮制上之宗法觀念。係偏主於男系。故言宗親者則僅爲男系親。言外親者則爲女系親。女系之爲宗親者。在室則隨其父而爲父系之宗親。出嫁則從其夫而爲夫系之宗親。故女子僅爲附屬性之宗親。至外親之觀念。則所重者爲母族親。其出嫁族親。如對於姑姊妹及女之夫族親。久成爲穀朔之餼羊矣。從本法之法意研究之。其第十二條關於旁系親之定義。第十三條關於旁系親親等之計算。均以己身與妻之同源并計。又第十六條夫於妻之父母祖父母。與妻於夫之父母祖父母。亦係并立。則對於偏主男系之家族制度。已力事糾正。惟第十一條不列夫親。第十五條之胞姑姊妹。以在室爲限。則仍沿襲服制圖的舊宗法意義。特本法關於親屬範圍。雖以服制圖爲根據。然係採取民律草案以爲規定者。查民律草案謂據服制圖以定親屬之範圍。其間有須注意者三事。已如上述。(參照本項第二段)該注意內第二項云。同宗之女。因出嫁而祇爲降親。天然之親族。不由出嫁而斷絕。此可推解本條之所謂宗親。不僅指男系親。而爲包括女系在內也。至外親意義。觀於本法第十四條第三項。則仍爲外親重母族意義。

蓋尊其所自生也。

由上所述。則本法上之親屬。與新頒民法第四編（親屬法）上之親屬。其種類有不同。而其範圍與定義亦自各別。民法第四編關於親屬之分類。僅有血親與姻親之二種。稱血親者。與本法宗親同。稱姻親者。該法第九六九條云。稱姻親者。謂血親之配偶。配偶之血親。及配偶之血親之配偶。核其意義。是民法上所謂姻親。一爲血親之配偶。卽舊時宗法中所謂來歸之宗親。二爲妻親。三爲夫親。四爲出嫁族親。卽外親中之一種。而本法及其舊時宗法所重視之母族外親。則在民法上反無其地位。又民法第九七〇條第一項。血親之配偶。從其配偶之親系。同條第二項。配偶之血親。從其與配偶親系。同條第三項。配偶之血親之配偶。從其與配偶親系。依上規定之結果。是民法與本法關於親屬之重要異點（1）夫妻間。在民法上係相互或爲一體的。無所謂親屬名稱。而本法上則亦以爲親屬。（2）夫妻間之親屬。在民法上爲相互的。而在本法上則不爲相互的。（3）男女系之親屬。在民法上爲完全相同。在本法上則尙有降親之區別。例如本法第十五條。姊妹有在室與不在室之區

別。而在民法上則無此區別。(4)直系親與旁系親之範圍。在民法上為廣。在本法上則甚狹。如依本法第十二條之結果。則直系親僅以血親為限。其他親屬。則均無直系親之可言。依民法第九七〇條之結果。則姻親亦從血親而有直系親。例如本法第十四條。僅有第一二兩項。為正當之直系尊親屬。而第三項尚為例外之直系尊親屬。依民法第九七〇條第二項。則岳父母岳祖父母亦成為直系尊親屬。又如本法第十六條。夫於妻之父母及祖父母。及妻於夫之父母及祖父母。均為旁系尊親屬。依民法第九七〇條第二項。則均為直系親。(5)本法第十四條第三項。及十五條第二項。在民法上不列於親屬之地位。(6)因親等計算之方法。根本不同。而所謂親屬之範圍。愈不一致。(參照第十三條第二段)以上僅就其重要之相異者而言。其他則非本論範圍所及。夫同一法系。必為同一主義。此本為立法之大原則。然刑法與民法。其目的不盡相同。關於各事項之限度及其範圍。則可各因其立法之精神。而不必為一致之規定。然其關於立法之主義及其綱要。則不可各立為途徑者。依後法優於前法之例。則關於本法上之親屬用語問題。將來或當有修正之必要。本書係為

便於讀者之研究起見。故有以上之論及也。

三

最高法院解釋例 妻於夫之宗親。在四親等內者。應視為親屬。(解字一) 九三號

又妻對於夫之尊親屬。如合於刑法第十一條第二款或第三款之規定者。無論是否旁系尊親

屬。均當認為親屬。(解字二) 〇八號

司法院解釋例 夫之四親等內宗親。應視為妻之親屬。(解字二) 二號

第十二條 己身所從出。或從己身所出者。為直系親。非直系親而與己身或妻出於同源之祖若父者。為旁系親。

一

本條之要旨。係規定直系親與旁系親之分別。為親等制之基本問題。所謂己身所從出者。如父母、祖父母、曾高祖父母直溯至於始祖祖皆是。從己身所出者。如子女、孫子女、曾玄孫子女、直下至於雲耳皆是。與己身或妻出於同源之祖若父者。如己身及妻之伯叔父母、

伯叔祖父母、及其子孫并兄弟姊妹等皆是。此外尚有爲人後者。雖非嗣父母之所出。其相互間仍爲直系親。又嫡母與庶母之子。繼母與前子。其相互間仍爲直系親。此雖均非從己身所出或己身所從出。而視爲己身所出或己身所從出。所謂人爲的關係。又爲擬制的親系。此一例外也。故爲人後者。一方對於嗣父母視爲己身所從出。一方對於己身所從出之本生父母。亦爲直系親。其庶子與繼子亦同此例也。但依新頒之民法親屬編則異是矣。

第十三條 親等之計算。直系親、從己身上下數。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。

本條之要旨。係規定親等計算法。親等計算法有二種。一爲羅馬計算法。一爲寺院計算法。寺院計算法。於直系親、則依世數而定親等。故世代之數。與親等之數相合。其法從己

身起。上數至父母。下數至子女。均爲一世。則均爲一親等。又上數至祖父母。下數至孫或孫女。均爲二世。則均爲二親等。推之而上至高曾祖。下至曾元孫。增一世代。則增一親等。上下均至四親等而止。至旁系親親等之計算。則由同源之始祖。下降至旁系親之各方。其世數雙方相等者。無論從何方均同。卽以其世數定親等之數。若其世數雙方不相等者。則從其較多世數之一方。依其較多之世數以定親等之數。例如兄弟姊妹間。從其同源之父母起算。無論下數至何方。(例如兄方或弟方)均是一世。卽可任依其一方之世數以定親等。故兄弟姊妹間。卽爲一親等之旁系親。至伯叔與姪間。從其同源之始祖(卽姪之祖父母。伯叔之父母。)起算。下至伯叔爲一世。下至於姪爲二世。則依其姪方較多之世數以定親等。故伯叔與姪間。卽爲二親等之旁系親。從兄弟姊妹亦爲二親等旁系親。其餘依此類推。此寺院法之親等計算法也。至羅馬法之計算法。於直系親亦與寺院法之計算同。於旁系親之計算法。則不以世數較多方面之世數定親等。而係合算雙方世數以定親等。其法係由旁系親之一方。溯諸同源始祖。再由同源始祖。更下數至他方。合算其世數以定親

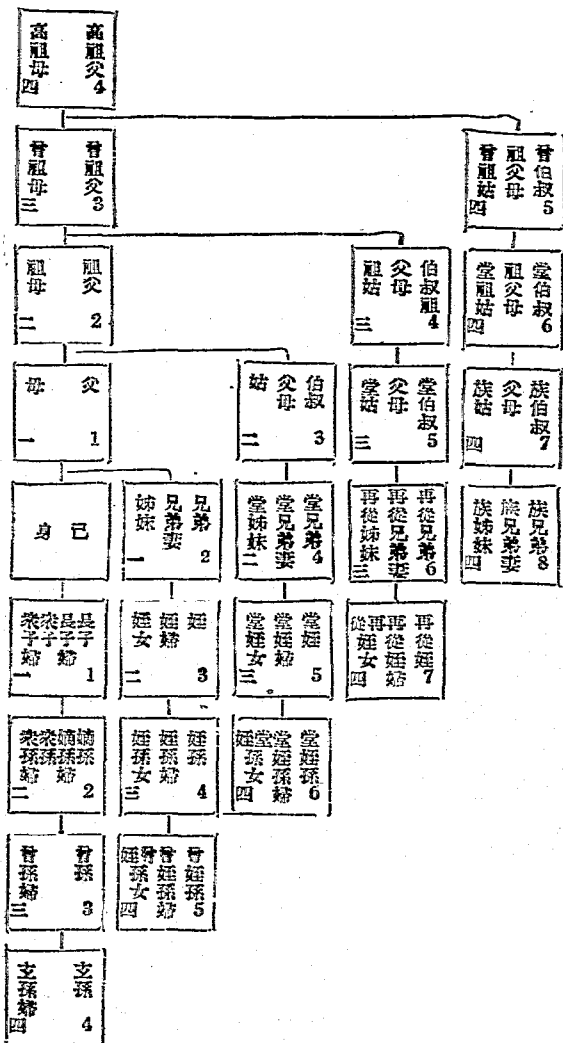
等。例如兄弟姊妹間之親等。先從一方溯諸同源之父母爲一等。更從父母下至他方又加一等。故兄弟姊妹間。卽爲二親等之旁系親。伯叔與姪間之親等。先由姪溯諸其父母。爲一等。更由其父母溯諸同源之祖父母。又加一等。由祖父母更下至伯叔。再加一等。故伯叔與姪間。卽爲三親等之旁系親。從兄弟姊妹間。爲四親等之旁系親。此羅馬法之親等計算法也。歐西各國及日本。均用羅馬計算法。本條之規定。卽採用寺院計算法者也。故直系親則從己身上數至高曾。下數至曾元。以一世爲一親等。旁系親則從己身或妻數至同源之祖若父。并從所指之親屬。數至同源之祖若父。其世數相同者。以一方之世數定親等之數。世數不相同者。從其世數之較多者。以定親等之數。換言之。卽係如上所述從同源之始祖。下降至旁系親之各方。其世數雙方相等者。無論從何方均同。卽以其世數定親等。其世數雙方不相等者。卽從其較多世數之一方定親等。同一意義也。

二

本法採取寺院法親等計算法之理由。係採取民律草案法例。該草案所具之理由。以爲中國

直系親。由已上數至高祖。下數至元孫。均以四世爲止。旁系親則族兄弟與再從姪。亦認其在親屬範圍內。若取羅馬法計算法。其直系親以一世爲一親等。應以四親等爲限。至旁系親則須至八親等爲限。於理殊爲不合。故不如採用寺院法計算法。直系旁系。均以四親等爲限。則與舊律限制宗親之範圍適合云。本法雖不用限制圖。而用親等計算法。然親屬範圍。仍係取義於服制圖。故採用民律草案理由。而用寺院法親等計算法。然新民法第四編(親屬法)現已公布。其親等計算法。則係採用羅馬法制者。以現時之法制言之。則本法十一條所指之親等範圍。與民法上所指之親等範圍。實大相懸殊也。茲附列寺院計算法親等與羅馬計算法親等比較圖如左。以資參證。

寺院計算法
羅馬計算法
親等比較圖
中國數字代表寺院法親等數
羅馬數字代表羅馬法親等數



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。

一
本條之要旨。爲規定本法上所稱直系尊親屬之範圍。凡所列舉者。皆爲本法上所稱之直系尊親屬也。

二

尊親屬意義。在本法上則爲有對於此項身分之人。加以侵害行爲者。爲加重其刑之原因。故於親屬中、特別分爲尊親屬與普通親屬。尊親屬中、又分直系尊親屬與旁系尊親屬。以身分之隆殺。定施刑之準則。本條卽爲規定直系尊親屬之範圍。其有可資研究之興趣者。

(1) 本條第二項。在舊律及暫行律。均有世數之限度。如服制圖。自本身上數至高祖四世而止。暫行律第八十二條。關於尊親屬之規定。亦至高祖而止。故前大理院統字六三二號解釋云。八代遠祖。不以尊親屬論。其意以八代遠祖。至八代遠孫有犯罪能力時。必離世已久。事實上已無對之為犯罪之可能。然因此而遂謂高祖以上。不為尊親屬。則殊不合理。且如本法上第二百六十五條之犯罪行為。對於高祖以上之祖父母。不能謂無侵犯之可能。若於高祖以上則不能謂為尊親屬。勢亦將與第二百六十二條第二百六十三條之普通犯罪行為等乎。即其他犯罪之對於高祖以上者。雖為事實上之所罕有。然亦不能謂其絕無。在我國之善良禮教觀念。則更不能與對於常人者相提并論。依本條第二項之法例。則對於直系尊親屬。無論上溯至何世。均為本法上認為直系尊親屬。此足為我國文化上之一表徵也。

(2) 本條第三項之外祖父母。若依第十二條定義。則當為旁系尊親屬。而本條亦稱為直系尊親屬者。蓋外祖父母為母之直系尊親屬。雖為外親。而實有血族之連結關係。為尊其所自生。則外祖父母亦不亞於祖父母。在舊律時代。關於對於外祖父母之犯罪。亦與對祖

父母同。本條爲規定在刑法之客體上。具有特別身分之範圍。與第十二條之意義不同。與親屬法之性質亦異。故不妨從道德與禮教之關係。而爲特別之規定。亦無害於立法原則也。依新民法第四編。則本項反列在親屬範圍之外。然實於我國數千年之歷史習慣。相去太遠。究之民法爲親屬法之性質。其着眼在世系之連絡。刑法爲人爲之規律。其着眼在保持國家優良之秩紀。是雖爲民法之所不規定。而刑法特爲規定。以其立法之主旨。不關於規定親屬之系統。故亦無妨於立法之系統也。

三

前大理院解釋例 出繼子對於本生父母。及親子對於出母。有犯時。均應以直系尊親屬論

。(統字五
五號)

最高法院解釋例 刑法第十四條及第十五條所稱尊親屬。父妾不包括在內。(解字二
一三號)

司法院解釋例 (一)改嫁母如係本生母。刑法上應認爲直系尊親屬。(二)子從母嫁。雖已改從繼父姓氏。於對繼父。刑法上不能認爲直系尊親屬。(院字
五號)

又 繼母爲直系尊親屬。

又 刑法第十四條第一項第一款規定之母。包括生母嫡母繼母而言。又妻於所出之子。自

係直系尊親屬。(三十七號)

第十五條 稱旁系尊親屬者。謂左列各親。

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。

本條之要旨。爲規定本法上所稱旁系尊親屬之範圍。以本法所列舉爲限。蓋本法所以規定尊親屬範之理由。大抵爲對於尊親屬有犯。必加其罰之原因。前已述及。而旁系尊親屬。其關係固較普通親屬爲高。而較直系尊親屬則稍有間。故前條第二項。關於直系尊親屬。則無論上溯至何世。皆稱爲尊親屬。以重其所自出也。本條第一項。則僅以胞伯叔祖父母

胞伯叔父母及在室胞姑爲限。第二項。僅以母之胞兄弟姊妹爲限。第三項僅以胞兄及在室胞姊爲限。以外則關係較爲疏遠。自不能一律從同。以明親疏之等差也。惟母之胞姊妹不在室爲限。而胞姑及胞姊。反以在室爲限。在立法當時。對於親疏等差之權衡。似尙不無疑義焉。

二

最高法院判例 出繼人對於本宗同胞兄弟。須依所繼地位。論其服之遠近。不得更以同胞稱。卽難以同父週親論。

第十六條 夫於妻之夫母及祖父母。以旁系尊親屬論。

妻於夫之父母及祖父母同。

一

本條之要旨。爲規定夫妻雙方親屬之範圍。夫妻雙方之親屬關係。其產生由於婚姻。實係人爲的親屬。根據男女平等之原則。一變向來單以妻從夫之家庭系統。故妻對於夫之直系

尊親屬。以旁系尊親屬論。且以上至祖父母而止。夫對於妻之直系尊親屬。亦爲同等之關係。以再遠則關係愈疏也。

二

舊律與暫行律。妻於夫之尊親屬。均與夫同。夫於妻之尊親屬。則僅爲親屬。是夫之尊親屬。無論溯至何世。均爲妻之尊親屬。至妻之尊親屬。則雖妻之父母及祖父母。亦不爲夫之尊親屬。按之界女平等之意義。實過於懸殊。且刑法分則各條。關於尊親屬及親屬身分之區別。實有重大不同之意義。前已論及。且從實際言。妻於夫之尊親屬。推而至於無論何世。亦未免迂拘不近事情。蓋在夫之本身。爲尊重其所自生。或可謂爲必要。而自妻方視之。則關係較爲疏遠。實無強使其從夫之理由。至夫雖對於妻之夫母及祖父母犯罪。亦不能受加重之刑責。其輕重之偏頗。尤顯悖乎人情。本法以妻對於夫之父母及祖父母。均以旁系尊親屬論。明乎妻對於夫之祖父母以上。則不強與夫從同。而本法第十四條第十五條之夫之尊親屬。有不能包括爲妻之尊親屬矣。又夫對於妻之父母及祖父母。亦以旁系尊

親屬論。明乎夫妻相互間之父母及祖父母。夫不能對於妻方面獨異。此新法較優於舊法之點也。

夫妻相互間之親系問題。依民法第九七〇條第二項第三項之規定。則均爲同樣之關係。換言之。卽夫之親系。均可爲妻之親系。又妻之親屬。均可爲夫之親系。是互爲一體而無限制的。其範圍較本條爲廣。故依民法則如本法第十四條第十五條夫方面之尊親屬。均爲妻之尊親屬。他一面如本法第十四條第十五條妻方面之尊親屬。均爲夫之尊親屬。對於本法第十一條之親屬亦同。然本條之規定。在明定夫妻雙方對於相互間尊親屬。在刑事上所負責任之範圍。與規定親屬之世系法不同。自當有廣狹意義之各別也。

三

前大理院解釋例 童養媳對於未婚夫父母。應以尊親屬論。(總字七一九號)

又 無效婚姻。根本上不能認爲婚姻存在。一切親屬關係。自無從發生。則雖對於男之尊親屬有犯。仍應按照通常之律處斷。(總字一四七七號)

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。

一

本條之要旨。係規定本法上所稱公務員之意義。凡依國家組織法而任國家職務。直接有分擔國家事務之權力與義務者。皆謂之職官。在行政法上、原可包括候補及休職者在內。在刑法上則專以現任者爲限。凡間接爲國家任職務。卽佐理職官爲國家服務者。皆謂之吏員。如承發吏執達吏是也。合職官吏員。統謂之職員。合職員及依法令從事公務之議員。皆爲刑法上之公務員。是刑法上所謂公務員。祇要依法令從事於公務。不論其位置之高下。凡所任之職務。合乎本條之意義者。皆以公務員論也。

二

第一 本條所規定之公務員。與次條所規定之公務署。在刑法上實有特別重要之意義。刑法上不僅對於公務之瀆職罪、及妨害公務罪。爲一種獨立罪質。其散見於各本條中。以公

務關係爲特別條件之場合。亦不尠見。蓋爲預防公務機關人員犯罪。及對於公務機關及人員之犯罪。以期保持公務上之安全與公平也。故刑法上之公務員意義。非因於各公務員之私人身分。而有特設之規定者。蓋爲保持國家公務。而非特別的保持公務員個人之身價也。故凡依國家法令從事於公務之人員。均爲刑法上之公務員。反之卽爲職官吏員及從事於公務之議員職員。在非執行公務之場合。仍非刑法上之所謂公務員也。

第二 刑法上因保護公務之關係。故於公務員之範圍。較行政法令上所謂公務員之意義。有廣狹之不同。行政法令中所稱公務員。重在有任命之形式。刑法上所稱公務員。重在有現實之職守。故行政法令上對於雖在從事公務之人員。而未經過正式任命之形式者。仍不得認爲公務員資格。(如未經部派法官)反之若經過正式任命形式者。卽未從事公務時。亦認爲公務員。(如假期中之職官)而在刑法上則對於雖具備任命形式之職官。而未在現實執行職務時。仍不視爲本法上所指之公務員。反之若現實執行依法令之職務者。卽未具備正式任命形式時。(例如法官雖未經部派。而受有高等法院委任。并在職者。)亦認爲本法上

所指之公務員。茲就本法上所指之公務員之意義分述如次。

(1) 公務 即國家行政。或輔助國家行政。而屬於國家公共團體事務之一部也。其事務之性質。無論為權力的。為學問的及技術的。均依其主體之性質。以為公務與非公務之區別。例如教育事業。其主體為國立公立學校。則其事務為公務。反之則不為公務。又如律師。雖亦基於國家法令。而亦復受國家官廳之監督而行使其職務。然因其事務之主體。為辯護關於個人之業務。亦不得為公務。故國立公立學校校長為公務員。律師不為公務員也。

(2) 職員 所謂職員者。即本條職官吏員之易辭。為基於法令上特別原因。(如任命、委託、囑託、選舉之類。)從事於一定之組織的國家機關。而執行不定量之公務者也。故從事於單一事件之公務。例如鑑定人、公證人者。不能謂之職員。即不能謂之公務員。反之其地位若係從事於不定量之公務。則不問期間之長短。在從事公務期間內。均謂之公務員。又雖從事於一定之任務。如非基於法令上特別之原因。而為國民一般之義務

。如兵士者。亦不能謂爲有職員之地位。卽亦不得謂爲公務員也。

(3) 公務員者、要爲依法令從事於公務之人員。此有二種意義。一爲依法令之公務。一爲依法令而從事於公務。所謂依法令之公務。已如上述。申言之。卽依國家公法。及依國家公法所委託機關之命令或委託之職務也。所謂依法令從事於公務。卽其所從事之公務。基於依法令有權者之指定也。(如國民政府及院部省縣并各國家機關各輔助國家機關之公共團體。基於其職權所命令或委託囑託選舉等)如其職務雖爲公之性質。而非依法令規定之職務。又雖爲依法令規定之職務。而非基於有權者所命令或委託囑託選舉。則雖有其行爲。不能認爲公務。仍不能謂有公務員資格。如運動會之評議員。(非依法令規定之職務)公務員私人之助手。及其所僱用之公役。不得謂爲公務員也。於此有當注意者。卽雖具備以上所述之公務員資格。而當其未執行職務時。仍非本法上之所謂公務員。換言之。卽公務員當其未執行職務時之行爲。不能謂爲公務員之行爲也。

三

前大理院解釋例 現役兵士。礙難以吏員論。(統字九六號)

又 司法警察人員及廕丁。皆係依現行法令從事於公務之職員。(統字一〇號)

又 審判衙門。常置繙譯官。係依據法院編制法之規定。爲組織法庭之一部。完全有刑律

上官員之資格。(統字二四〇號)

前大理院判例 查刑律所稱官員。須有一定條件。非依法令從事於公務之職員。不能列於

官員之內。本條上告人劉殿奎。據原判認定事實。僅敘明爲縣署僱員。如因該縣徵收處辦

事人均屬僱員。亦必中央或該省有指定僱員辦理賦稅徵收章程。抑經該縣知事詳請該管長

官批准。予該僱員以特定之職務。始能認爲刑律上之官員。(上字四七八號)

最高法院解釋例 黨務得認爲公務之一種。對於正式黨部。有妨害行爲。可依妨害公務罪

論。(解字一七號)

司法院解釋例 律師不包括在刑法第十七條規定之內。(統字一九五號)

又 省立學校校長。如經中央或省政府任命。當然包括於刑法第十七條公務員範圍之內。

(院字二)
三九號

第十八條 稱公署者。謂公務員執行職務之處所。

本條之要旨。係規定公署之意義。凡爲辦理依法令公務所設之處所。皆謂之公署。若非爲辦理依法令公務所設之處所。雖有公務員住居於內。亦不得謂之公署。如公務員住宅及宿舍。不謂爲公署也。

二

公署之觀念。依本條文理上之解釋。實較普通所謂院部府署及廳處局所之意義爲廣。公務員執行職務。在通常一定之場所。固不離乎院部府署及廳處局所。然在特別無定之場所。執行依法支配之事務。(如檢閱場、檢驗場)亦所時有。在此時既爲公務員執行職務之處所。即不能不認爲有本條所稱公署意義。反之即爲院部府署及廳處局所。如事實上公務員未在其內執行職務。或事實上雖有公務員遷入其內。尙未開始辦公。亦不能即認爲有本條所

稱爲公署意義也。關於此問題。日本泉二新熊博士曾有論列曰。法典上所謂公務所之意義。爲公務員實行其依法支配公務之無形機關。公務員當執行其職務時。通常固係使用一定之場所或建築物。然此有形之場所或建築物。非可卽謂爲公務所也。又云官署爲國務之一機關。本非權利主體。然公務之執行上。於國權行使之必要範圍內。公務所常有行使國權之權能。此權能仍與執行公務之義務不相分離。故擬定公署爲有法人資格。而得認爲執行公務之權利義務之繼續的主體。又德國學者拉巴脫云。國權之實際的主體爲國家。公署不過爲行使國權之機關而已。所以認爲職權職務之主體者。蓋基於人民之觀念。對公署與國家常無二致。故便宜上卽擬制的爲權利義務之主體。其實則公署非對於國家而有獨立之人格也。兩氏之說。關於公署之觀念。亦有足供參攷之價值也。

第十九條 稱公文書者。謂公務員上職務上制作之文書。

本條之意旨。係規定公文書之意義。凡公務員依其職務所制作之文書。皆謂之公文書。其

內容爲文字爲圖畫或爲符號。祇係爲代表其職務意思所作之文書。皆不妨於公文書之意義也。故公文書之意義。以二種要件而完成。一爲公務員所作。一其內容爲公務。兩者缺一不能完成公文書意義。例如律師會計師所作文書。亦有公務之性質。因律師會計師非公務員。故其所作之文書。不得謂爲公文書。（但律師會計師受公務員依職權委託所製作之公務文書。仍得爲公文書。）又例如公務員之私函。雖爲公務員所作。然其內容非公務。故亦不得謂爲公文書也。

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 變更容貌。且有重大不治之傷害。

七 毀敗陰陽。

第一 本條之要旨。係規定重傷之範圍。謂重傷者。以本條所列舉者爲限。本條所列舉各重傷之程度。皆爲關於人生之生存上。予有重大之損害者。故須至於毀敗及不治之程度。始稱爲重大傷害。毀敗者、卽全部喪失其作用之謂。不治者、卽全部毫無恢復可能之謂。例如視能。若僅在通常之距離。不能辨析。而在通常距離點以下。仍能識別者。聽能僅於通常之距離及聲息不能聽取。而在通常距離點以下。或較大之音響。仍能聽取者。語能僅成爲發音艱澀。或發音欠缺之程度者。肢之機能僅達於伸縮不良之程度。而猶能動作者。其於視能、聽能、語能、肢能上。祇可云減衰。不能謂爲毀敗也。總之須以被害人因受傷之結果。致生存上、身體上、精神上之重要部分。有全失其效用及不治之損害。方構成本條所指之重傷。循此義而第五第六第七諸項。亦可類推而知矣。但關於精神及神經上之疾

病。若其發生與傷害有因果之聯絡者。亦當包含於第五項之內。此亦爲自然之解釋也。

第二 傷害上分重傷與輕傷。本難得相當之標準。暫行律有篤疾廢疾及輕微傷害之三種區別。雖於文例內定有相當之範圍。然於實際上仍難謂爲恰當。本條僅有重傷之規定。係別乎普通傷害而言耳。凡非本條所列舉之各種傷害。及其傷害之程度。皆當以普通傷害論也。

二

第二次修正案理由。略謂暫行律分篤疾廢疾輕微傷害爲三種。本案擬改爲傷害及重傷二種。蓋損害至重傷者。顯而易見。法律預定其範圍。處加害者以較重之刑。未爲不善。至於其餘傷害。則非逐案審察。恐有強入輕重之虞。考外國立法例。分析傷害罪。最爲詳細者爲意大利。(計分四種)最簡單者爲日本。(不分等級)若法國那威瑞士分三種。德國英國美國荷蘭分兩種。晚近德國刑法準備草案。亦將傷害分爲兩種。日本新刑法理由書。謂此種細密區別。不獨裁判上發生不便。卽實際上亦難期正確。德國刑法準備草案理由書內。亦有詳論。大意亦各相同。本案關於此條。頗嫌暫行律過於細密。亦頗嫌日本之過於概括。

故折衷各國立法例。擇其傷害重大。如暫行律所謂篤疾者。改爲重傷。以示標準。處加害者以較重之刑。其餘傷害。統名爲傷害。由法官臨時斟酌輕重利斷。庶免事前強定之失。

三

前大理院判例 割斷腳筋。使其行動不能自由。係與減衷一股以上之機能相當。并未至於毀敗肢能之程度。(非字五)
一號

又 所謂毀敗機能者。乃指傷害之結果而言。若一時不能說話坐立。不過係受傷害後之狀態。究應發現何種結果。非經專門學術人員妥爲鑑定。不能遽斷。(上字一)
四〇號

又 刑律第八十八條規定毀敗一肢以上。所謂毀敗者。係指全部喪失效用而言。若僅屈伸不能自如。而尚能行動。自未到毀敗程度。(上字三)
四號

前大理院解釋例 查刑律所稱傷害。并不限於外傷。凡有損害人機能之行為。皆可成立傷害罪。甲夫之婦乙。同媳丁。與長子丙衝突。丙被毆打。雖未成傷。丙果因驚成癡。因癡致死。乙丁自應負傷害人致死之責任。若有因果中斷情形。則應查明丙之癡。是否不治之

病。定其所犯爲何項之傷害。(統字一三)
九一號)

司法院解釋例 精神狀態包括於健康狀態中。但刑法第二十條第五款。非專就精神狀態而言。(統字二)
三七一號)

第三章 時例

本章爲關於時期之計算法。例如刑期、時效、緩刑、假釋、及累犯各例。時期盈蝕。關係至鉅。故有本章之規定。

第二十一條 時期以日計者。閱二十四小時。以月或年計者。從歷。
時期以若干分之幾計算者。一月三十日。一年爲十二月。

本條之要旨。係規定期間之計算法。普通有自然的及歷法的兩種。依本條之規定。除以月或年計者從歷外。餘皆以自然的計算法計算之。如本法各條所定之期間。及依本法裁判之

期間。爲幾月或幾年時。則其計算之法。當從歷。蓋以省積算之繁也。從歷之算法。雖其歷年有平閏。歷月有大小。其中日數之差異。均所不計。僅以整月或整年爲計算之準則。例如期間之數。係從某月或某年之初日起算。定爲幾個月或幾個年時。則常至其最終之月或最終之年之末日爲滿了期。中間有因大小平閏而差之日數或月數。不能變動其計算之數也。若其期間之數。不係從某月或某年之初日爲起算時。則當至其最終之月或年。與起算日相當之前一日爲滿了期。若其月無相當之日。例如起算日爲某月之三十一日。而最終之月祇有二十八日或三十日。卽爲月之末日。而無三十一日。則以其最終月之末日爲滿期。此普通之原則。蓋從歷之本旨及方法。原係取乎簡便。故平閏大小中之日數差異。均不計及也。至以若干分之幾計算者。若仍從歷。則乘除之際。多有不便。故有後項之規定也。

二

前大理院解釋例 查刑律第七十七條後段。載明以年計者閱十二月。顯不以日計算。何得

與計月之法牽混。

（統字一五）
（一五號）

第二十二條 時期之初日。不計時刻。以一日論。最終之日。須閱全日。放免囚犯。於期滿之次日午前行之。

本條之要旨。爲規定計算刑期初日與最終日之計算準則。以備執行刑期起訖之標準。爲期間計算法之補充。第二段之規定。依本法易科監禁者。亦當然適用之也。

第二十三條 刑期自裁判確定之日起算。

裁判雖經確定。其尙未受拘禁之日數。不算入刑期內。

本條之要旨。係規定刑期之起算點。亦以備執行刑期起訖之標準。前條爲規定日數起訖之標準。本條爲規定時效起算之標準也。所謂刑期自裁判確定之日起算者。有兩種意義。

1) 被告往往於裁判未確定前。即被羈禁於看守所者。此羈禁之日數。除裁判宣告時。以

明文折抵刑期者外。均不能算入刑期。故被羈禁之日。不能爲刑期之起算日。而須以裁判確定之日。爲刑期之起算日也。(2) 羈押於看守所之被告。往往於裁判確定後。尙未正式執行。在縣公署兼理司法時。此項情事最多。且有正式執行。與看守所分別者。若仍以未決羈押論。殊欠公平。故無論正式執行與否。其刑期之計算。均以裁判確定之日。卽爲起算點也。其裁判雖經確定。因特種原因而尙未受羈禁者。(例如在逃及在外醫病)自應以從入獄之時日起算。而又不能卽以裁判確定時起算。故第二項有未受拘禁之日數。不算入刑期之規定。至所謂裁判確定者。卽係經過刑訴法之上訴期間而未上訴。或自捨棄上訴。或已用盡上訴方法。質言之。卽係依據通常上訴程序。別無方法可以使其裁判再受變更時。卽爲裁判已經確定。故終審上訴之裁判。卽自裁判宣告時。卽爲裁判確定。但在縣署兼理司法時。應送覆判之案。雖經過上訴期間。而仍以覆判核准之日。爲裁判確定日也。

二

前大理院解釋例 第七十九條第二項(與本條同)係指未受監禁者而言。凡未決羈押之人。

經判決確定後。仍然監禁者。判決確定後之監禁日數。雖未備執行手續。仍應算入刑期。

(統字九
九二號)

又 覆判核准部分。因他被告、或應更正。或應覆審。另行宣告裁判時。其執行刑期。可

照追認辦法計算。(統字一二
五九號)

最高法院解釋例 在所羈押之徒刑人犯。於判決確定後。雖未經檢察官指揮執行。亦以已

執行論。(統字九
四號)

第四章 刑事責任及刑之減免

(1) 刑法之任務。在預防犯罪。故刑法為規定對於一定之犯罪行為。應如何施以適應刑罰。然欲求刑罰之適應犯罪性。須先明犯罪之適應刑罰性。依普通之犯罪定義。謂犯罪者為違反刑罰法令之行為。即為應科罰之行為。然此僅具有形式的概念。於犯罪實質上。仍不能謂有明確之理解。若依此義以為科罰之準則。仍不能求得刑罰之適應性。即仍不能謂為

適宜之預防法。日本牧野博士有較爲精確之定義曰。犯罪者、其行爲爲刑罰法令所列舉之有責違法行爲也。此定義所舉之犯罪實質。一爲違法行爲。二爲刑罰法令所列舉之行爲。三爲有責行爲。而最關重要之元素。則爲第三點之有責行爲。換言之即其違反刑罰法令所列舉之行爲。要爲可歸責於行爲者。方構成刑法上所列舉之應科罰行爲也。

刑罰須施於有責任之違法行爲。斯爲適當之刑罰。此近今刑事立法上之大原則。依此原則。則所謂責任者。即處罰上必要具備之主觀的要素也。從另一面言之。即負擔刑罰者。必要具備主觀的要素。方爲適格也。從來關於責任之定義。有謂係義務之意味者。有謂係本人之行爲。必要連結有主觀的要素之全體之意義者。有謂對於一定之行爲。其客觀的責任。(即刑罰制裁)必連結有本人必要之主觀的要素之全體。即爲責任意義。余以爲此均爲責任條件。所謂責任意義者。即行爲者對於客觀之事實。須有主觀的可以負責之原因與負責之適應力之意味也。

上述的責任意義。實與從來所謂道義的責任(亦曰主觀的責任)觀念爲一致。現行刑法(本

法)之責任觀念。亦係採取道義責任觀念者。依演繹法言之。則責任可分爲主觀的意志責任。與能力責任。及客觀的事實責任之三種。如本章第二十四條至第二十九條。(意思責任)又第三十條至第三十三條。(能力責任)卽主觀的刑事無責任之原因。第三十五條至第三十七條。(事實責任)卽客觀的刑事無責任之原因。然客觀的刑事無責任之原因。亦以其客觀的事實。非出於有主觀的犯罪故意之行爲。則亦可歸納於意思責任而爲主觀的原因。故歸納言之。僅當分爲主觀的意志責任與能力責任之二種也。

責任可分爲民事責任、與刑事責任。二者之區別。學者間議論亦不一致。要而言之。民事上之責任。卽爲對於私人之不法行爲。應負賠償之責任。刑事上之責任。卽爲對於違反國家秩序之不法行爲。應受制裁之責任。本章所規定者。卽刑事責任也。從廣義言之。刑事責任。要具備主觀要素之全體。則屬於責任意義中之犯意或過失、與能力。於行爲當時。須有併存之必要。方足以構成應罰之行爲。若有能力而無犯意或過失者。不能處罰。有犯意或過失而無能力者。亦不應處罰。蓋無能力者未必無犯意。如未成年者、雖爲無能力。

然不得謂爲不能有竊盜之犯意也。特無負擔刑罰之能力耳。新學派於從來責任能力之用語。改稱爲適應能力。卽責任能力者與責任無能力者之區別。變更爲適應能力者、與適應無能力者之區別。所謂適應能力之意義。卽適應其刑罰之能力。換言之卽能因刑罰之制裁。而有改善與悔罪之能力也。若欠缺適應能力者。卽對於刑罰之執行。於其改善及預防上之作用。可謂毫無意味。雖新學派所稱適應能力之觀念。與從來所謂責任能力之舊義。不必完全相同。然責任能力之意義。應當以適應能力之觀念爲宜。本法對於責任能力之規定。亦不能全外乎適應能力之意義也。

近代法律之新思潮。有反對責任說者。謂責任說之緣起。實基於古先哲學之意思自由論。以人之意思。爲絕對自由的。而不受外界一切之支配。故基於其自由意思之行爲。卽爲其責任行爲。然從實證的之經驗。及科學方法之攷察。則人之意思。爲非絕對自由的。故人之意思活動。實完全受外界環境之誘迫力所支配。而勢所必至的。與其謂爲意思自由。毋謂謂爲意思必至。所謂責任之一種名詞。在哲學的舊觀念已成爲過去無用之思想。卽所謂

責任論亦遂無存在之價值。主此說者首倡於德國之新派學者。然德國新派學者如李斯脫。如畢柏魯。亦主此說者。其解釋犯意。李斯脫則以爲係反社會情操的表現。畢柏魯則以爲係行爲者與行爲之結果間。所存之一定精神關係。吾人對於此種關係之行爲。加以批難。實爲正當云云。則仍不能充分脫離舊來責任論之意義。其他各新派學者。一面雖否認責任論。一面於持論中仍均不能脫離責任論者。特易責任論爲方法論。謂刑法對於犯意行爲之科罰。爲社會預防上之方法。而非對於犯罪個人之責任耳。若絕對採取犯罪必至論。否認犯罪責任論。則僅當以改良社會爲預防之法。又何取義於刑罰。故否認責任說。尚不如社會責任說爲比較的有相當之真理。而有可供研究之價值也。

新學派之見解中。有主張社會責任說者。謂人爲社會之一員。其行爲若爲有害於社會。則社會對於其行爲。自當因自衛而予以反動。此社會的反動。於犯行者之主觀的自由之有無。及精神之健弱。均可不問。審其行爲對於社會之危險性程度。不可不科以相當之制裁。換言之。社會的責任。爲人人所共有。只因其人而有種類之不同耳。如吾人於受他人急迫

之攻擊時。自當毫不遲疑。起而施以反擊。且有反擊之必要。社會對於社會秩序之破壞者。亦正相同。其破壞者之主觀的意思之是否自由。及其能力之狀態若何。自所不計。僅當講求所以防禦之方法耳。此新思想之見解。亦有相當之真理。不能謂完全不當。然細釋此派主張之內容。亦謂社會的責任。因人而異其種類。則其防禦之方法。亦自因其行為者之種類。而異其措施也。本法之採主觀的責任。亦非與社會責任。有多少衝突。蓋僅以社會責任中之主觀的責任行為。規定於本法。其他之部分的責任。如對於精神病者之保安處分。及未成年者之保護及感化處分。則以讓之於各種特別法規之規定。亦非不當也。

(2) 本章亦係採取第二次修正案。合併暫行律內之不為罪章、宥減章、自首章而立為本章。該修正案理由。略謂暫行律本章不為罪之名稱。未盡妥善。前法律館草案、及修正案、原名不論罪。不論罪者。指有罪而不論。亦不能包括本章各條。即如依法令或正當業務之行為。謂為有罪而不論。於常情及法理。均有未允。憲政館核訂案。改名不為罪章。但不為罪之名稱。亦未允當。與不論罪之失相等。如該律第十一條未滿十二歲人之行為不為罪

云云。第十二條精神病人之行為不爲罪云云。按照其犯之解釋。教唆及幫助犯。其罪之成立與否。一依正犯之罪爲準。實言之。卽共犯爲附屬正犯之性質。不能獨立自成一罪。若謂未滿年齡人及精神病人之行為不爲罪。則幫助此等人之行為。照其犯之解釋。亦當然不爲罪。使幫助幼年及精神病人犯罪者。無所顧忌。恐非立法者之本意。況不爲罪章程文中。亦有規定爲罪而處罰者。如該律第十三條但書。及其他減刑若干等之條文。均係有罪而處罰者。此不爲罪之名稱。應當改正者也。又有減章及自首兩章關於減等或免除各條。意旨相類。故本案擬將宥減自首兩章。併入不爲罪章。名曰刑事責任及刑之減免章。

第二十四條 非故意之行為。不罰。

本條之要旨。係規定刑事責任之條件。其行為以有故意爲限。始行處罰。故意之反面。爲不可抗力。卽其行爲非人之力量所能遏止也。例如看護病人者。照例以醫生所給之藥。供病人服食。若有人乘其他往。潛易以不利於病人之藥品。看護者卽舉以與病人服食。此種

行爲。即非故意之行爲也。即病人因服被易之藥而致死。看護者亦不負刑事之責任。故對之亦不處罰。但其中若有過失行爲之介入。仍當論以過失致人於死之罪。如前例倘被易之藥。其顏色分量狀態顯有不同時。看護者不予以注意。而竟貿然進與病人。則爲有過失之行爲矣。至故意與過失之定義。容俟第二十六條論及之。

二

本條立法。在暫行律十三條係規定不爲罪。該律所附理由。謂本條係確立無犯意則非犯罪之原則。凡非由於故意。不得謂爲其人之行爲。即不得謂其人犯有罪惡云云。本條立法意旨。亦與該律相似而微有不同。蓋無論何人。其行爲無不由於意思之活動。既由其意思活動。即爲其人之行爲。其行爲若爲法律所禁制。則事實上仍可謂爲犯罪。特以其非出於故意。則與處罰上必要之主觀要素不備。故不處罰。蓋以刑罰爲處罰及改善犯人之惡性而設。若無犯意之行爲。即無惡性存在於其中。故無處罰之必要。此學者所謂爲意思責任也。
 (意思活動與意思責任之區別。於第二十六條論之)申言之。凡可構成犯罪事實之要素爲意

思活動。意思活動之對象爲物體。意思活動與物體之被侵害間。爲因果關係。一定之意思活動。致生相當因果關係之結果。雖應當歸責於其行爲者。然因無意思責任(故意)存在之因果關係。不能爲被處罰之原因。蓋意思活動與相當的因果關係。僅爲刑罰制裁之客觀的要件。犯意或過失。則爲負擔刑罰之主觀的要件。主觀的要件不具。雖有客觀的事實之成立。仍不能發生若何之刑事責任。此一定之原則也。

三

前大理院解釋例 看守所長。對於已決未決人犯脫逃。既非故縱。僅係疏脫。依刑律第十三條第一項。當然不爲罪。(統字五
一六號)

【註】前例之情形。若有構成過失之情事。在本法上仍爲有罪。在暫行律上乃爲無罪。但應受懲戒處分耳。

又以將死之人。移置他處以遠其死者。應負刑事上之責任。如因服毒後赴人家圍害。乃移回。冀免拖累者。不爲罪。(統字九
九七號)

又 誤信他人休妻。故買爲妻。自應適用錯誤法理。不爲罪。(續字一〇)(此就刑律補四六號)

又 被匪脅迫入夥。如果顯係喪失意思自由。應不爲罪。(續字一一)(四七號)

最高法院判例 縱屬知有犯罪情形。未加阻止。然苟未能指出有共同犯罪或其他幫助行爲。亦不能負刑事上之責任。(上字一)(一九號)

第二十五條 過失應處罰者。以有特別規定者爲限。

一

本條之要旨。係規定過失處罰之範圍。以有特別規定者爲限。所謂特別規定者。卽於本法分則各條中。規定應論過失罪時。始處罰其過失行爲。否則雖因過失而致生犯罪之行爲。亦不處罰。例如因過失致人於死者。因分則第二九一條有處罰之規定。則可照該條處罰。又如因過失致毀棄他人之房屋者。分則中無處罰之明文。則不予以處罰也。但有時其行爲在本法分則并無處罰明文。而依其他有效之特別法規定應處罰者。則須依特別法之規定耳。至過失之定義。俟第二十七條論之。

第一 過失與故意。同爲刑事之責任條件。從無犯意則非犯罪之說。則過失爲無犯意。過失之行爲當然非犯罪矣。然過失之行爲。亦不能不謂爲出於意思之活動。既因其意思活動之行爲。致生觸犯禁制之結果。則仍不能不謂其行爲之爲犯罪。特謂其行爲之無故意耳。依第二十四條之原則。亦當在不罰之例。而法律上所以仍有處罰者。因吾人處社會中。應有避免危害社會事實發生之注意的義務。過失之行動。爲違背注意的義務之意思活動。法律特予以儆戒。蓋爲促其注意也。故過失之結果。須於社會上有重大之危險者。始加以刑罰。而其刑罰仍較故意犯爲輕。故本法規定處罰過失者。僅有公務員便利囚人脫逃^(二七)失火^(一八七至一九〇條)決水^(一九二至一九五條)危害交通^(一九七)損壞墾坑工廠^(三〇)危害公共飲料^(四〇)致人於死^(二九)傷害^(三〇)諸罪而已。而其所定之刑名。均較各該條之故意犯爲最輕也。

第二 過失有懈怠之過失。與疏忽之過失。前者爲對於所犯事實。無何等之觀念。例如獵者發槍擊獸。其獸旁之有人與否。因怠於檢點。致擊中獸旁之人。當其發槍時。毫無有人

及傷人之觀念也。後者爲對於所犯事實。有多少之觀念。因錯誤遂致判斷欠缺確實。如前例發槍擊獸。明知獸旁不遠即有人。自恃手術甚精。以爲必不傷人。因而誤傷及人是也。德國學者。多認前者爲無意識之過失。後者爲有意識之過失。前者處罰當輕。後者處罰當重。本法不採此區別。特於各本條中。因注意義務之種類。與影響於社會之程度。分別責任之階級。例如過失致人死罪。及玩忽業務上必要之注意罪。較普通一般之過失爲重耳。而無一般之重過失與輕過失之區別也。

第三 過失與故意。同爲心理之狀態。均須藉行爲之狀態以爲表徵。故過失與故意。須與其行爲相聯結。始完成責任之條件。於此有一問題。即前條之故意。若與行爲不相聯結。及本條之過失。若與故意相競合時。則應負刑事上之何種責任。第一例如所犯之行爲。輕於犯人所知者。則犯人之故意(心理狀態)較行爲所表徵者爲重。而行爲之結果(表徵)或因意外之障礙。較犯人之初意爲輕。於斯場合。將從其犯意使負刑事責任乎。抑僅從其行爲使負刑事責任乎。第二例如所犯之行爲。重於犯人所知者。則犯人之心理狀態(故意)與行

爲的表徵。(結果)或因意外之過失。超越犯人所預期之範圍時。於斯場合。將從其犯意使負刑事責任乎。抑從其行爲使負刑事責任乎。抑從其犯意并從其行爲。使分別負刑事責任乎。關於第一例。在暫行律則以明文規定。爲從其所犯。本法係採處罰行爲主義。觀於第一條之文義。即可證明。蓋犯意係藉行爲爲表徵。特行爲中無犯意者不能處罰。而犯意之尚未表徵於行爲者。自不能僅以推斷的結果。而僅據犯意以定刑事責任。此爲法理上普通之解釋。亦普通立法例之大原則。(法文中特別規定僅處罰犯意者。例如內亂罪中之處罰陰謀。此爲例外)無俟以明文規定之必要。至關於第二例。則又可分爲二種。一所犯重於犯人所知。而犯罪客體之法定價值爲一致時。前者例如故意行爲。本係毀損他人之物。因過失并傷及其物旁之人。則對於毀損罪爲一客體。當然使負故意罪之責任。對於傷害罪爲又一客體。當然使負過失罪之責任。此爲完全二個之獨立罪。不能成爲問題。後者例如以傷人之故意而毆人。毆打之結果。因不注意而致人於死。是對於同一客體。因故意之行爲而生預期以外之結果。然此種

結果。爲過失與非爲過失。實難分別。若法律上許以過失論責。恐其流弊將更滋大。故該罪本條上有明文規定。即故意傷人而生死亡之結果者。不問其是否由於過失。均不以過失致人死論。而仍以故意傷人致死論。須因過失傷人因而致死亡之結果者。方以過失傷人致死論。總之關於過失與故意。或併存或競合之場合。一當視其犯罪之情事。規定於各本條。而不能爲抽象之預定者也。

三

最高法院解釋例 因過失毀棄。刑法無處罰明文。不能認爲犯罪。(解字一) (九一號)

司法院解釋例 值人故意犯罪之際。而有過失之事實。如依法應論過失罪。應視爲獨立之

過失犯。(解字七) (四號)

第二十六條 犯人對於構成犯罪之事實。明知并有意使其發生者。爲故意。
意。

犯人對於構成犯罪之事實。豫見其發生。而其發生并不違背犯人本意

者。以故意論。

一

本條之要旨。係確定故意之界說。所謂犯人對於構成犯罪之事實。明知及有意使其發生者。即係有所犯事實之認識。及所犯行為之決意也。謂所犯事實者。乃犯罪構成或加重之事實也。刑法上所列舉加重之事實。因主體之資格。客體之性質。方法之種類。結果之大小。各有不同。例如殺尊親屬。較殺普通人罪重。即主體之資格不同也。放火燒燬現供人使用之住宅。較非現供人使用之住宅爲重。即客體之性質不同也。強姦婦女。較和姦罪爲重。即方法之不同也。傷害人致重傷。較輕微傷害爲重。即結果之大小不同也。認識者、心象再見之謂也。例如火之作用。平日有知其能燃燒之心象。放火者、其心象之再見也。所犯行為之決意者。即指揮可成爲犯罪動作之心理作用也。在認識與決意。本爲犯罪行為之要件。同爲心理作用。不過一關於智力的。(認識)一關於意力的(決意)而已。然二者缺一。不得謂之有故意也。

對於犯罪構成之事實。豫見其發生。而其發生并不違背犯人本意者。亦以故意論。蓋雖無使其發生之意志。既有知其能發生而仍悍然爲之。亦不可不視爲有故意。例如放槍擊斃。明知所擊之牆外立有人。并可豫其必致擊斃人者。乃仍悍然放槍而不顧。遂致射斃牆外之人。雖放槍時無擊人之意欲。仍不能不以故意殺人論。此第二項規定之法意也。

二

第一 第二次修正案理由。謂暫行律於故意及過失之範圍。未嘗確定。解釋上一伸一縮。卽易出入人罪。其關係洵非淺鮮。且故意與過失。法家學說。各自不同。若不確定其範圍。非獨律文之解釋。不能盡一。而犯人之處罰。尤患失平。近世立法例。如意大利俄國暹羅等國刑法典。及瑞士前後各草案。德國刑法準備草案。與該國委員會刑法草案。皆於條文上規定故意及過失之定義。故本案亦採其例。

第二 人之一切行爲。無一不由於意志活動。蓋必有意志活動而後始有行爲。無論爲瘋狂者。爲幼稚者。雖其行爲爲無意識的。而要不能不係爲一時的意志之衝動。故同爲意志活

動。一爲出於自然的或偶然的表現。卽爲無意識之意志活動。一爲出於智力的或意力的表現。卽爲有故意之意志活動。故故意之內容。須以有客觀的事實之認識。而又有主觀的使其發生之決意爲要素。換言之。卽事實之發生。須與行爲時之認識與決意。有因果關係之聯結。卽德儒畢柏魯氏所說。行爲者與行爲之結果間之精神關係是也。學者間有稱犯意與行爲。爲無形之因果關係。行爲與結果。爲有形之因果關係。而無形之因果關係。則包含兩種意義。一爲對於行爲之決意。其行爲卽因此決意而成立結果。一爲先認識一定之事實。基於自己一定之行爲卽可發生。因有此認識之成立。而後有此行爲之決意。此項之認識與行爲。爲無形的因果關係。依此說明。則故意之形成。除包含認識與決意之條件外。尚含有希望主義(意欲主義)之存在也。本法立法之旨趣。於各本條中採希望主義者。亦不少見。如各本條中之以意圖某某爲構成犯罪之一要素者。可謂爲係採希望主義。而在一般之場合。則以認識與決意爲原則也。

第三 犯罪事實。與自己之決意及認識之意思活動。成爲一致之聯結關係。此關係卽爲故

意。已如上述。此關係上所謂認識之範圍。僅於自己之行爲。可爲構成犯罪事實之一條件者。但於此一條件有所認識。卽爲已足。至因果關係之發展的狀態。與分析的作用。不必均有認識也。換言之。卽自己所認識之意思活動。與客觀的相當之因果聯絡。有概括的認識。卽可構成故意。(概括的犯意)例如於衆人往來之處。穿作陷阱。雖不知陷落何人。而預料必有陷落者。是當其作陷阱時。於此陷阱之能陷落人。已在認識之中。因此陷阱遂致生陷落人之結果。則陷阱實爲陷落人之一條件。作陷阱者於此一條件既有認識。則與客觀的被陷落者之因果。遂生聯絡。卽足構成故意。至被陷落者之或傷或死。(因果發展狀態)又或爲甲爲乙。或一人。或數人。(因果分析作用)雖作陷阱者當時未有認識。仍不能不構成故意也。又認實之事實。與事實發生之實相。不必須有具體的一致。卽有抽象的符合。亦足構成故意。例如欲盜取他人行篋中之錢物。當行竊時。意中之認識爲鈔票。而竊取入手時。其實僅爲衣物。此其認識與事實。對於竊取他人財物之點。已有抽象的符合。至竊取物之價值。雖與所認識者不一致。法律上不以此項具體的之差異。爲犯意之消長也。又

如甲教唆乙往殺害丙。而乙實行之結果。則所殺者爲丁。依上述同一之條理。於甲之教唆殺人之犯意。固無何等之影響也。

第四 犯意以行爲當時。對於其行爲。認識爲犯罪事實爲要件。所謂認識爲犯罪事實者。非必認識爲法律上所具體的規定之禁制事實。(不知法令者。不得爲非故意)特抽象的認識爲不合於社會正理之事實。即違反常規性之事實。學者間有稱爲違反社會日常生活條理之事實。有稱爲違反公之良序美俗事實。有稱爲違反社會義務事實。即本條所稱爲構成犯罪事實之意義也。然於犯罪事實之存在。其行爲當時。有確信其事實之必發生者。此爲確定之認識。學說上稱爲確定犯意。又云直接犯意。至行爲當時。非確信其事實之必發生。僅預料其事實之存在。及有發生之可能。此爲不確定之認識。學者稱爲不確定犯意。又云間接犯意。刑法上之故意。有解爲須有確定犯意之必要者。然原則上則僅有不確定犯意爲已足。至不確定犯意。細別之更可分爲概括的犯意。擇一的犯意。及未必的犯意。又云偶然的犯意之三種。茲爲分別說明之。

(A) 概括的犯意 卽行爲者、對於事實、非有特定之確定認識。而僅有概括的確定認識也。其義例已於前段述及。茲再爲引伸言之。例如犯人誤認所犯之事實。已達到目的上之結果。爲消滅其痕跡起見。因而爲第二之行爲。究之其第一次行爲之目的上之結果。實於第二之行爲始發生。於此場合。其因果關係。基於第一之意思活動。與第二之意思活動所合併而發生。則第一與第二之意思活動。均同爲概括的事前犯意也。再舉實例以說明之。如甲以殺乙之意而加以創傷。乙因被創傷而一時昏暈。甲誤信爲已死。因投之水中。圖滅其跡。實際上、乙被創時。實未氣絕。因被水淹溺而致於死亡。於此場合。乙之死亡關係。因於甲之創傷及淹溺兩行爲。則甲之第一與第二之意思行動。均爲概括的犯意也。

(B) 擇一的犯意 卽行爲者對於特定之事實。非有特定之認識。而於多數之事實中。認識其必有一事實之發生也。例如甲向衆人聚處之地發槍。雖不能特定認識被擊者爲乙爲丙丁或戊己。然乙丙丁戊己中。總有爲被槍所擊中者。此爲甲之所豫見者。於此場合。

卽謂爲擇一的犯意也。

(C)未必的犯意 卽行爲者於犯罪事實之存在或發生。非有確定之認識。僅有發生可能之確定認識。例如發槍射物。而物旁適有人。放槍者恃其手段與眼力之熟練。冀僥倖不致射中其旁立之人。其結果竟至射中者爲人。此項未必之犯意。在專探希望主義之學者。則以有結果之希望。爲犯意之要素。如上例放槍者之希望在射物。其不幸而射中旁人。猶敢悍然行之而不顧。其結果既與豫見者相符。則亦不能不認爲故意之行爲。若於事實之存在。雖預見其有發生之可能。而本人確信其不發生。其結果適與確信者相反。於此場合。始能認爲過失。蓋一則僥倖其不致發生。一則確信其不致發生。其最初之心理狀態不同。此故意與過失之分界也。

三

前大理院判例 刑律所謂故意。爲犯人對於犯罪事實。有一般認識豫見之謂。以鐵鎚毆擊

人。謂無殺人之故意則可。不能謂無傷害人之認識。(上字二)
(七號)

又 犯罪行為之是否出於故意。應以犯罪人實施犯罪時。對於構成犯罪事實。有無認識。及其行為有無決心為斷。本院詳核原案所附傷單。載明屍傷。計有五處。以頂心一傷為致命傷。左額角及左脚兩傷。均深透入骨。是該上告人連砍至四五傷之多。且受傷部分。顯係致命。自不謂其對於犯罪事實。不能認識。即不得斷其無殺之決心。(上字一)
(六六號)

又 犯罪之成立。以認識犯罪事實為要件。故行使偽造私文書之犯罪。必須知該文書為偽造。而故意行使。始能構成。如果誤信贗約為真據。則收受後在訴訟上提出為證。不能遽科以行使之罪。(上字二)
(三三號)

又 遺失犯罪。必因不注意而不能認識犯罪之事實。始能成立。若對於犯罪結果之事實。不能確定。而其行為已具有相當之認識者。是謂不確定之故意。不得以過失論。(非字)
(一號)

第二十七條 犯人雖非故意。但按其情節。應注意并能注意而不注意者。為過失。

犯人對於構成犯罪之事實。雖豫見其能發生。而確信其不發生者。以過失論。

本條之要旨。係規定過失之界說。即故意與不可抗力之中間情形也。在不可抗力之情形。本不處罰。以其無故意也。若其行為雖無故意。而其結果之所以能發生者。由於應注意并能注意而不注意。則雖無故意。要亦不能不有相當之責任。以其對於其行為。未盡其應盡之能事也。故過失之要件。須具備(1)應注意。(2)能注意。(3)不注意之三者。而後可稱為過失。缺一則為不可抗力矣。此種過失。在學者稱為無認識之過失。即由於懈怠之過失。例如藥劑師為人配藥。怠於檢點。誤以他藥致人於死傷是也。

本條第二項之所規定者。為有認識之過失。即由於疏忽之過失。例如舉槍擊獸。明知槍能殺傷人。倘因自恃其技甚精。確信其不致誤傷他人。乃竟因此疏忽而誤傷及人。是既認識槍能殺傷人。即成為有認識之過失矣。

第一 本條規定之必要。與第二十六條之理由同。在暫行律因無本條之規定。故對於過失之範圍。及過失之定義。一任學者之主張。及前大理院之解釋。不如本法規定於明文。爲有標準之可守也。

第二 過失與故意。同爲組成意思責任之主觀要素。從來學者間。多有稱過失爲無意犯者。殊非正確。蓋過失非屬意思之欠缺。而爲因不注意。遂致對於構成犯罪及加重之必要事實。欠缺其認識之意思狀態也。故過失意義之內容。分析言之。則有如下之四種。

(A) 過失者、爲缺少事實之認識。與預見之意思狀態也。此爲過失與故意相區別之點。行爲者於事實之發生。在發生前完全缺乏該事實之觀念者。固爲過失。卽於該事實發生之可能性。雖有幾微之認識。而其確信之意思。則以爲必不發生者。仍爲過失也。

(B) 過失者、對於事實之構成犯罪及加重。缺乏認識與預見之意思狀態也。關於構成過失之不認識與預見。非謂其不認識一定之行爲。及全部之事實。乃指其不認識足爲構

成犯罪及加重之必要事實。例如槍能傷人。應爲認識之事實。若偶然玩弄其機而出彈傷人。蓋當其弄機之時。缺乏出彈之認識與預見而已。反之例如擦槍者、嘗抹擦其槍時。本經檢察槍管內確未裝彈。偶爾放手離開。被他人以彈裝入。及返而爲繼續抹擦時。因不知有裝彈事實之存在。遂致誤觸其機而傷人。此爲全部之事實俱無認識。則爲不可抗力矣。不能謂爲過失也。

(C) 過失者、缺乏結果之認識與預見也。故原則上無未遂之過失。對於僅有過失之舉動。而未能發生特定之結果者。不以過失論。例如槍筒內本裝有彈。持槍者怠於審察。誤信以爲無彈。乃戲以擬擊其至好之友。而所實之彈。因之礮然而出。惟幸而未致射中。於此場合。雖有過失之舉動。亦不能構成應處罰之過失也。

(D) 過失者、對於構成犯罪及加重事實的結果之不認識與預見。須爲出於不注意也。若非出於不注意。則不能有意思責任之過失存在。不注意者。於事實之結果。有得認識與預見之可能。而心意上不使此能力之活動。或不充分活動。因致發生結果也。若因本

人之能力所不及。而欠缺其認識與預見時。則爲不可抗力之事實。不能認爲不注意之結果。卽不能認爲過失。故所謂應注意者。卽指本人之能力所能及。或本人之職業上所必要之注意也。

第三 過失爲不注意之意思責任。然不注意之行爲。究以若何程度。乃爲構成過失。關於此點。從來學說。亦不一致。(甲)說、謂其行爲是否有相當之注意。可從抽象的以爲斷定。換言之。卽過失之有無。可以抽象的普通一般所能注意之程度爲標準。苟普通一般之注意所能避免之事實。而有怠於注意之行爲。卽本人縱屬愚魯。亦不能免過失之責任。反之若爲普通一般之注意所不能避免之事實。則爲不可抗力之行爲。卽不能認爲有過失之存在。此爲抽象說。亦稱爲客觀說。(乙)說、謂過失之有無。不能以普通一般注意之程度爲標準。而當以本人之智識技能爲標準。當審判時。非從本人素習之智能。及行爲當時之智能。加以審查。不可遽以爲注意與否之判斷。換言之。卽謂過失之有無。當以本人通常及行爲當時所能注意之程度爲標準。若欠缺其通常或當時所能之注意。卽謂之不注意。此爲主

觀說。又爲具體說。(丙)說、於普通一般之注意範圍內。更以本人之注意能力爲標準。謂甲說以違背一般注意義務。卽認爲過失。而毫不顧慮本人之能力。僅以客觀的定刑事之責任。而置主觀的於不顧。則於意思責任之原則不符。又乙說則能力較優者。負擔責任較重。亦非公平之見解。此爲折衷說。致意大利刑法改正草案第十二條云「非出於故意之犯行。若行爲者、係因於不遵守本人之特別義務。或規則命令所訓示。及於社會上普通之經驗。并普通之動作方法。因此種疏忽懈怠致惹起危害社會之事實時。以有明文規定者爲限。應受法律上之制裁」。此項規定之趣旨。係以普通注意之有無。爲過失之標準。蓋採客觀說者也。反之一九二七年德國改正案第十四條云「於事實之狀況。及本身之關係上。有須注意且能注意者。若怠於注意。致生可罰行爲之結果者。雖缺乏可罰行爲之預見。及雖有事實發生可能之預料而確信其不致發生者。爲過失」。此採折衷說者也。近今東西學者間。採取折衷說者爲多。日本泉二博士。於採取折衷說中。另有擴張之主張。謂除責任無能力者外。於法律要求之最低限度。則無論何人。均當解爲有法律上必要注意之能力。特於

普通責任能力者與減低責任能力者（心神耗弱者及一部之瘡痍者）之間。其注意能力。不可不認爲於法律上之程度。各有差等。卽於普通能力者有認爲過失之存在時。於減低能力者。有不能認爲過失存在之場合。此仍趨向於主觀的也。余則贊同第二說。（主觀說）以合乎主觀主義之原則。蓋過失亦爲一種之意思責任。過失之存否。在乎注意之有無。注意之程度。自當隨其本人智識之高低。以爲衡定。同一事實。在智識淺薄者。無注意之可能。則爲不可抗力矣。若在智識優裕者。則隨在而可辨別。若有疏忽之行爲。自當認爲不注意。若第一說僅從客觀的以定刑事責任。固爲學者所非難。而第三說之結果。則對於有最高注意力之人。亦以普通一般律之。亦與意思責任之法理。及刑法處罰過失之政策不符。惟審按犯人之能力。以定注意之責任。則不致有失人失出之弊。例如普通人誤以毒藥爲普通藥品。給與病人服食。因致傷害或死亡。則其過失之責任。較之醫師誤以毒藥爲普通藥品。給與病人服食。致生同樣之結果者。則普通人之過失責任當較輕。醫師之過失責任當較重矣。又如洩漏電氣蒸汽煤氣。以致損壞建築物者。在普通工人。則可構成過失者甚少。

在工程師則可構成過失之情事者甚多。此注意之程度。須隨主觀的以爲區別之明證也。在反對主觀說者。謂從主觀以定注意之程度。則富於智識經驗之人。較普通一般之人所負責任獨多。恐失事理之平。（折衷說亦持此論調）然刑罰之原則。要與受罰者之責任能力適當。方爲事理之平。非以均等故公平。故近世刑法。多採個別主義也。同爲意思責任。在故意犯則以主觀的認識與否。爲歸責與否之標準。於過失之情形。亦何獨不須以主觀的能注意與否。爲歸責與否之標準耶。依本條之文理。以細釋其立法之意旨。蓋亦採主觀說者也。

第四 事實認識之欠缺。卽爲（1）對於事實無何等之觀念。（2）對於事實雖有若干之觀念。而缺乏正當之判斷。前者爲懈怠之過失。後者爲疏忽之過失。此意義前已說明。（參第二十五條第二段）惟有當爲注意之點。則疏忽之過失。與所謂未必之犯意。其外形頗有相類。然二者實不可混同。蓋所謂未必犯意者。犯人於事實之存在。及發生之可能。爲意識中所承認的。而疎虞之場合。則於事實之存在。及發生之可能。爲意識中所否認的。（卽確信其不發生）此故意與過失本質之差異。與罪刑之出入。所關至鉅。但在緝探希望主

義之學說。則須本人時對於事實。有發生預期結果之希望。方謂爲故意。故不承認未必犯意爲故意之條件。則未必之犯意。與疏忽之過失。自專探希望主義者論之。則同爲過失而無所區別矣。然專探希望主義說。已爲近今多數立法例及學說間所不取。故本法亦非純探希望主義者也。

第五 由犯罪之行爲言之。故意犯罪。有作爲犯與不作爲犯之區別。過失是否亦有不作爲犯。依事實上之經驗。則過失亦有不作爲犯。例如因不注意致以槍傷人者。過失之作爲犯也。因不注意遂忘哺嬰兒以乳。致嬰兒因而餓斃者。過失之不作爲犯也。

三

前大理院解釋例 過失云者。無犯意而因不注意致成犯罪事實。故是否過失。應以有無其行爲結果之認識爲準。若明知有此結果。悍然爲之。自不能謂爲過失。(統字七)八號

又 甲以餅毒乙。乙與丙分食俱斃。甲對於丙。果無確定及不確定之預見。自難論以故殺。至應否論以過失致人死罪。應就事實分別其是否能注意而不注意以爲斷。(統字一)七六號

前大理院判例 刑律上過失犯之成立。應以不注意於可以預知之事實爲條件。如係不能預知之事實。卽屬無從注意。自不能發生過失問題。(上字三九一號)

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。

本條之要旨。以法令一經頒行。卽人人有被其拘束之義務。應不能問其知悉與否。蓋法令對於其行爲有處罰之規定時。必其行爲係危害於社會者。法令係處罰其危害性。故不問其行爲者有法令之認識與否也。例如不知刑法上有販賣淫書之規定。而竟販賣淫書。是雖不知法令。但淫書有害風化。故不能因其不知法令而免除其刑事責任。惟現代社會情狀。日趨複雜。對於某種之犯罪行爲。有時確非普通一般人民所能認爲犯罪事實者。或其規定係新法所增設。尙未普遍於社會者。(例如本法第一六二條)有犯而處罰。其情形殊爲可憫。則又不能不有原情之辦法。此本條後半所由規定也。

不知法令者。即對於行爲之事實。不知有禁制之法令存在。或本爲法令之所禁制。而誤認爲法令之所不禁制。或舊法所許之行爲。至新法已有禁止之規定。(如本法第一六二條)而仍誤依舊法因信亦爲新法之所許也。在法律上祇要行爲者對於其犯罪行爲。有事實之認識。與行爲之決意。即構成處罰之條件。至對於法令有認識與否。與刑事責任上不生若何影響也。

二

第一 刑事責任。其最主要之條件即爲犯意。關於犯意之定義。以有認識與決意爲構成之元素。此爲學者所不爭之點。惟關於認識之範圍。有謂僅須認識其所犯之事實。即爲犯意之成立。有謂須認識其所犯之事實。爲違反法令之事實。方爲犯意之成立。換言之。即未有違反法令之認識者。則不能成立故意。除有過失情形外。均不應負刑事之責任。二說爭論紛紛。今尙莫衷一是。本法係採前說者。故將不知法令不得免除刑責之原則。規定於明文。所以杜解釋者之紛爭。而免用法者之各以己意爲出入也。從前暫行律關於本問題。亦

有同意旨之規定。惟法文上係云不知法令不得爲非故意。是以解釋故意之本質爲歸着。本條則云不得因不知法令而免除刑事責任。是以責任之範圍爲歸着。而故意之解釋亦包舉於內矣。蓋不知法令者。卽過失亦當不能以之爲免除刑事責任之原因。非獨故意犯爲然。故本條與暫行律第十三條第二項。因其文理上之變更。而意義之廣狹亦自不同矣。

不知法令之意義。已於第一段內述明。卽學者所謂法律上之錯誤也。關於法律上之錯誤。各國立法例間。約有四種之不同。(1)分錯誤爲事實上之錯誤。與法律上之錯誤。(其詳於下論及之)事實之錯誤。多可爲違法阻却之原因。法律之錯誤。則以不能阻却犯意之成立爲原則。如匈牙利日本刑法是也。(2)僅於法律之錯誤。則規定不能阻却犯意之成立。於事實之錯誤。則略而不論。如奧國意國刑法是也。(3)僅規定關於犯罪事實之不知不負刑事責任。於法律之不知。則略而不論。如德國刑法是也。(4)事實之錯誤。及法律之錯誤。均無規定。如法國刑法是也。本條之立法例。亦係第二類者也。近者各國從事於改正刑法之事業。關於法律之錯誤。已成爲立法上論爭之一大問題。德國刑法草案改正案。則

與該國現行案適相反。對於事實之錯誤。則無何種規定。對於法律之錯誤。則分爲刑罰法規之錯誤。與刑罰法規以外之錯誤。關於刑罰法規之錯誤。則裁判官得適用未遂上之減輕。關於刑罰法規以外之錯誤。則不構成犯意。該案修改委員會。對於此項規定。贊成與反對者。各有相當之勢力。現尙成爲刑法上之困難問題。同時意大利、瑞士。於改進刑法之進程中。對於法律之錯誤。其行爲之處罰性。究竟如何制定。亦爲論爭之一點。總之社會情形。日趨複雜。法令種類。日有增益。對於不知法令者之行爲。若予以放任。則無以維持法令之效能。若一概處罰。亦有時未免於個人之自由利益。迹近剝奪。法律當以顧全社會與個人爲立法原則。則關於此問題。欲以簡單之條文。羅列萬有之情勢。尤所難能。故各國之立法例。關於民事責任。則類多以個人爲重心。關於刑事責任。則類多以社會治安及法令效能爲重心。故對於法令之不知者。多以不能阻却刑事責任爲原則。惟於特別情節。事屬可恕。則許爲酌量減等。予裁判官以量情伸縮之權。以爲調節社會與個人間之損益。以吾人之意見。似宜將裁量之餘他加廣。則調節之效用當愈大也。

第二 法令之不知。與刑事之責任。學者之見解甚不一致。歸納之可分爲積極說與消極說兩種。積極說中又可分爲一般的要件說。與特別的要件說兩種。茲分述之。

(A) 積極說中之一般要件說 謂違法之認識。係以認實法令一般的爲已足。而不必以認識特定的法令內容爲要件。例如殺人事實。一般的可認爲違反法律。至法律上所規定殺人罪之種類。及科刑之等則。可無認識之必要。其理由以近世刑法上處罰原則。係以意思責任爲必要。所謂意思責任者。須以行爲能力者。於自己之行爲。認識爲違反法規之行爲。卽知其爲違反法規之行爲而爲之也。責任之性質。若非基於此項意義。則無責任之可言。從來對於此定義之非難者。謂以有違法之認識。爲責任條件之要素。則對於犯罪者常有不能處罰之虞。將予法律實施上以無窮障礙。爲此說者。爲不知刑法史與違法認識之真義。所以有此誤解。如各國現行法。如羅馬法。如古代之德國法。類以有違法之認識。爲犯意成立之要素。特於法令處罰之種類及分量之具體的條文。其認識與否。與責任問題無何等影響。而要須有抽象的知爲違反法令。始爲有犯意之責任也。故犯

意者不必爲確定也。如所謂不確定之犯意。卽於其行爲。不必以確知其具體的法條爲必要。僅有一般的且不確定的認識爲違反法律者。卽足構成犯意。例如行爲者因憤其人之大惡不道而殺之。當時係僅於殺豺狼不爲損德之觀念。自以爲不致違反法律。然行爲者固知一般之殺人爲違法之事。僅於此特定之事實。徒懷一不致違法之妄想。要仍不能不謂有犯意之存在。卽亦不能不負其刑事之責任。亦何致有倖逃法網之虞。又何致生法律上之障礙耶。主此說者以德國學者爲最著。

(B)積極說中之特別要件說 謂犯意之成立。在一般之場合。不以有違法之認識爲必要。惟於特別之場合。卽當有違法之認識。換言之。在此場合。若行爲者不知法令之存在。則不能認爲有犯罪之故意。卽無刑事責任也。例如對於多數財產之罪。婚姻之罪。若行爲者因誤信其行爲爲自己權利之行爲。而致觸犯法律之場合。不能卽謂有犯意之存在。主此說者中。以牧野英一博士之說明爲最合事理。謂犯罪之行爲。有所謂自然犯者。其行爲之本質。原有反社會之性格。故僅於構成犯罪之事實。有所認識。卽爲犯意之成

立。無認識爲違反法令之必要。蓋既認識其爲反社會性之事實。而復悍然行之。則其人之行爲。卽具有反社會性也。反之、有所謂禁制犯(法定犯)者。其行爲之本質。原非有反社會之性格。特因爲法令上之所禁制。始有違法性。在此種行爲。若非預知其爲違反法令。自不可謂有犯意之存在。蓋其所認識之事實。既非有反社會性之存在。而又不知係法令所禁止之事實。則其行爲當然無犯意也。近者意大利刑法改正草案亦有規定云「凡不知法令上所禁制之事實。係出於不可抗力者。原則上當視爲正當」。實與牧野氏之主張正同。蓋事實之性質。原與社會中之條理無違反性。僅因法律上之有禁制規定。始成爲違法之行爲。則不知此規定者。亦爲出於不可抗力也。此種行爲。除特種法令上之規定。不必有犯意之存在者外。在理論上似以不負刑事責任爲允當。然究竟行爲者之心。理。是否知有此種法令。亦實難以證明。倘人人得藉口不知法令以爲免除刑責之原因。則此種法令之效力。勢將等於算數之零。亦立法者所當顧慮。故本條不採此項分別之規定。然其但書所謂因其情節。得減本刑者。亦未嘗不含有此項分別之意義也。

(C)消極說 謂(1)違反法令之行爲。其行爲之事實。類含有危險性。行爲者既認識爲危險事實而行之。則其行爲自足破壞社會之秩序。法律爲維持社會秩序起見。對於其行爲。必加以處罰。此自然之正誼。若必以認識爲違反法令爲處罰之要件。則凡有故意危害社會之行爲。而行爲者未知法令。則當不予以罰。然事實上有故意危害社會之行爲者。類係不知法令者爲多。若依不知法令者不罰之原則。則必有多數之犯罪者不能處罰。而法律之效能。遂大受其減損。且直接無異於獎勵人之不注意法律。間接無異於獎勵人之犯罪也。(2)刑罰爲國家防衛社會之威力。故國家非對於犯罪事實處罰。而係對於違反法令之命令或禁令之行爲而處罰。故對於有違反法令之行爲。則有處罰之必要。不能問其人之知有此法令否也。若必以知法令始得受法令上之罰。則無以行使國家之威力。而失刑罰重要之性質矣。(3)刑事責任之觀念。近已脫離個人之見地。而爲社會之見地。國家爲保護社會之大多數利益。不能不犧牲個人之少數利益。蓋社會爲人類之共同生活。人有危及社會之行爲。若因不知法令而予以放任。則社會之共同生活。將因之而被

毀。故國家於法律之錯誤行爲。不保護個人。實政策上之所當然也。(4)法令經公布而後施行。卽人人有應知法令之義務。卽國家亦當視社會無不知法令之人。且執各行爲者而一一鑑別其心理上之是否知曉法令。則於犯意之證明上實感困難。爲厲行司法當務之急起見。實不能以不知法令爲免除刑責之理由也。此爲單純之消極說。卽主張不知法令者。無論在何種情形之下。均有完全之刑事責任。本法在原則上亦係採此說者。然但書內仍有得由司法者裁量之餘地。亦非單純之消極說。蓋如上述兼含有積極說中特別要件說之取義也。

第三 刑法上之責任。近已由道義的責任說。漸進於社會的責任說。道義的與社會的之本質。原無格別之差異。特前者僅關於個人的。後者則關於社會的。二者之區別。不過有範圍廣狹之不同。而社會的責任。仍包含有道義的責任於其中。刑法之規定。亦係綜合道義的、社會的、及宗教的之風俗習慣。定其應爲與不應爲之抽象的條件。而立爲命令與禁制之規範。歸納言之。卽刑法之性質。亦不外爲社會之常規。故刑法之對象。卽反社會之常

規性。行爲者於其行爲之事實。祇要知爲違反社會常規性。即可知爲違反法律性。其行爲既有反社會之常規性。卽爲違反法令之行爲。國家爲保護社會及維持法令起見。認故意違反社會常規之行爲。卽視爲故意違反法令之行爲。自當令其負刑事上之責任。一以免反社會常規者之累見。一以謀反社會常規性之改善。至犯人於其反社會常規之行爲。於法令之形式上。有若何具體之規定。其知與不知。可不問也。關於此種意義。證之各國學者間之論旨。如瀧川學士之論曰。法律之認識。屬於專門智識之範圍。非一般構成犯罪者所必知之要件。行爲者於其事實。有違反日常生活條理之認識。卽爲反社會性之表現。牧野博士之論曰。行爲者於其事實。認識爲有害於公之善良秩序風俗。而復毅然行之。卽可認爲有反社會之情緒。格拉氏之論曰。刑事責任之歸着。須於認實犯罪事實之外。并認識自己之行爲。於社會一般中。欠缺調和性。反之若僅知其事實而不知其不調和性。仍不生刑事之責任。所謂條理者。公之善良秩序風俗者。調和性者。皆社會常規性之意義也。綜上意義。是刑事責任條件之要素。其最重要者爲意識。意識之範圍。非僅限於行爲與結果之認識。

。而必有行爲事實之價值之判斷。所謂價值之判斷者。非法律上具體的規定價值之判斷。而僅爲有社會常規性之判斷。知其事實爲違反社會常規性者。卽完成認識之意義。而復得然行之者。卽完成刑事之責任。故刑事責任之發生。於法令之知與不知無關係也。

第四 刑事責任之原則。關於法令之知與不知。不過得爲減等之理由。通常不認爲免除刑責之原因。然亦不無例外者。如其人基於法令上有行使法令及解釋法令之職權者。若因誤解法令之故。認其事實爲自己職權內有應當行使之理由。或認其行爲之事實。爲足以阻却犯罪之原因。其行爲之結果。固而致可爲罪者。此項之誤解。亦爲法律之錯誤。換言之。卽亦爲法令之不知也。然基於此項之不知。仍得爲阻却犯意之成立。例如審判官或檢察官。於本爲無罪之事實。因誤解法令而認爲有罪。依照現行犯處分方法。將該事實之行爲者。逮捕而拘禁之。此不能構成濫用職權罪之犯意。卽不能負刑事上之責任。又如審判官於被告之行爲。本爲無罪或輕罪。因誤解法令之故。判決爲有罪或重罪。因上訴或上告而致發見該判決之爲違法。此項法令之誤解。亦屬於不知法令。然亦不能認爲犯意之成立。則

亦無負擔刑責之原因也。

第五 不知法令者不得免除刑事責任。換言之。卽不知法令者不得謂無犯意也。限於本問題。日本立法例。亦與我國無異。其文理則與我國暫行律同。牧野英一博士。對於本問題。曾有專論。題爲法律之不知。頗足供吾人研究之資。茲節譯如下。似供讀者之參證。

附譯牧野博士法律之不知論(參照同博士刑法研究第一卷二五七頁)

不知法律規則。不得爲無犯意。法條炳然。無可疑議。然實際上之應用。亦常致惹起困難問題。故學者間對於本問題。不無異論之發生。余今試就此原則。加以討論。亦非於此原則之適用上。另有新義。特探索此原則之由來。頗與一般之解釋。稍異其趣旨耳。

(一) 各學者間解釋此原則之理由。每根據 *homo ignarus conscientia* 之一種格言。

此格言卽謂無論何人。不得認爲不知法律。故不知法律。不得謂無犯意也。然此種格言所定之原則。亦不無可議之點。

(第二) 法律須經公布。始生效力。此現代之原則也。然公布之事實。非必卽爲使世人

週知法律制定之方法。即認為使世人週知之方法。以現代法制之錯綜繁複。到底非一般所能瞭解。故法律僅就有必要知曉法律之業務者。始檢定其法律上之智識。則無論何人不得視為不知法律之原則。即法律自身上當亦不能認定。

(第二)現代民法所定關於錯誤之效力。事實之錯誤。與法律之錯誤無區別。(按即同爲無責任)事雖屬於私法。然苟爲法律上之秩序。則亦不能謂爲完全單純之私事。法律經公布後。於民事上之不知。則不付予以一定之效力。何獨於刑事而必有全相反對之規定。則無論何人不得視為不知法律之原則。對於此項之區別。不能釋明也。

(三)一派之學者曰。法律雖不必認定法律之知識爲普及的。然於刑法之範圍。爲維持法紀當務之急。遂不能分別法之知與不知。而有二種處分之餘地矣。在私法之領域。凡事必先顧全個人之利益。然後及於公益。故法之知與不知。可有所區別。以從個人之便宜也。在刑法則凡事均直接關於公益。故社會上不遑論及個人之便宜。惟當以擁護公益爲主。即取締之必要上。於法律之不知者。在刑法之效力上。不能有絲毫之影響也。

右之論旨。亦不能謂爲定理。現所謂取締上之法規者。如警察法規。財政法規。爲鞏固法規之施行力起見。殆將個人之地位。置之不問。在此種法規。於刑法之不論罪及減輕并再犯加重之規定。亦全不適用。不問爲故意與爲過失。爲成年與未成年者。爲累犯與初犯者。在該取締法之法規上。均一體待遇。毫無軒輊。其法規之知與不知。更無論矣。此所謂取締之急者也。然現代之刑法。所謂取締觀念者。不過一種例外之現象。同一之罪。不必受同一之制裁。尚須基於犯人之環境與其個性。以定其科刑之種類及程度。所謂刑之個別主義 *Individualisation de la peine* 之原則。現代刑法上。當據此原則以爲刑之裁量也。良以近今社會之制度。日益完備。國體之基礎。亦日增鞏固。對於爲社會之侵擊者。已不必以無意識的或盲目的與以反擊之必要。須審按其侵擊之性質。分別科刑之目的。或使侵擊者與社會同化。(匡正主義之科刑)或排除之於社會以外。(排害主義之科刑)若僅以單純之取締觀念。以爲不知法律不能阻却犯罪之說明。仍爲不當也。

(三) 在舊派之刑法思想。謂刑法爲個人自由大原則之例外。故極端尊重罪刑法定主義

。謂刑法全由於法定。無法則無刑。不知法者亦不可不科以刑。此爲一定之理論。若不知法則可免除其刑。則終無以維持其法律。故學者設爲無論何人不得視爲不知法律之一種擬制。卽藉此擬制以避論理上之矛盾。而救濟實際上之不便。此第一說也。反之第二說。則全從社會本位以爲立論之基礎。謂人對於社會有侵擊之行爲。則社會當直予以反擊。於維持秩序及擁護法益上。實不可不採此態度也。按團體之進化。尙未增鞏固之時代。爲急於維持團體計。因未遑顧及個人之利益。此亦社會之常態。在此時代。於犯罪之發生。無論出於故意。或出於過失。僅視其外部之行爲之結果。科以威嚇主義之刑。如歐洲中世之刑法是也。繼此極端的社會本位論。其反動之影響。又發生極端的個人論。以社會爲個人之所積。因有個人而後有社會之存在。維持社會而不顧及個人。亦爲不合原理。此種反動思想。會見於十八世紀之末及十九世紀之初。迨至近世。則又不表同情於此極端之個人論。而認社會自有固有之存在。如上述第二說之所主張。此徵之思想之沿革如此。亦不能謂無理由也。

(四) 現代之社會觀念。則於社會之外。認有個人本位。個人之外。認有社會本位。常欲謀得兩者之調和。從此觀念。於科刑上。一方面不可不顧及個人。於剝奪個人之利益。當僅限於必要之最小限度。一方面尤不可不顧及社會。而盡其社會防衛之最大限度。故刑法與民法之區別。在一面當謀個人之利益。不能爲無益之剝奪。(與民法同)同時又當盡社會防衛之必要。(與民法異)現代犯罪之觀念。因基於此種思想而日趨進步。以犯罪者爲非屬於單純之行爲。而爲因犯罪行爲所表現之犯人的反社會性。所謂反社會性者。卽意大利學派之所謂 *Tentativa*。萬國刑事學協會之學者所稱爲犯人之危險狀態 *état dangereux du delinquant* 或稱爲共同危險性 *gemeinsame fahrlässigkeit* 者也。

依上述之意義。以論刑事制度。則刑罰者爲處罰反社會性者也。犯人之反社會性。不必以有違反法規之認識爲要件。例如殺傷或竊盜。其行爲常足以危害現代之社會。則其行爲者之性格。自足以表現其有反社會性。故無論其行爲者知爲法令之禁制與否。自信爲非危及於社會否。及誤信爲善行與否。均須一律處以罰也。抑處罰之方針。固不必俟其

行爲者有違法之認識。單有所謂犯罪事實之認識。卽爲已足也。

(五) 關於此點。學者間有所謂自然犯罪。與成文法上之犯罪。亦有區別之必要。所謂自然犯罪之觀念。雖今日之學者間。其議論尙未一致。要之爲於一定之時代。爲一定之社會所共認爲反社會的行爲也。如殺傷或竊盜。固不俟法律上明文之禁止。在今日之時代。爲今日之社會所共認爲反社會的行爲無疑。此卽所謂自然犯罪者也。然在或種之犯罪。尤其所謂違警罪內之種目。此種目內所規定之行爲。其所認爲反社會的行爲者。多未必爲行爲自體所認爲當然反社會之性質者。此則待於法令之禁制。而始成爲犯罪。此卽成文法上之犯罪也。故雖同爲損害社會之行爲。所謂自然犯罪者。則無論其法律之知與不知。則可得檢定其犯人之反社會性。所謂成文法上之犯罪者。則不可不先檢定其法律之知與不知。以爲犯人之是否有反社會性之鑑別也。

現代之刑事制度。於法律之知與不知。在法律之效果上。毫不生影響。且不認所謂自然犯罪與成文法上犯罪之區別。爲刑事上之適當方策。卽對於不知法律之過失。亦僅認爲

得以減輕之理由。而俾其權於審判官之自由裁量焉。

三

前大理院判例 不知法令者。係指對於刑罰法令。有所錯誤。詳言之。卽某種行爲。有處罰之法令明文存在。而誤解以爲此種行爲。法令上并不爲罪。或誤信現行某法令。尚未施行。或誤認未公布之法令。已經有效。致犯罪行爲。欠缺違法之認識。始足當此。(上字一
二二號)

又 第十三條第二項(指暫行律)係指犯人關於法令之見解。生有錯誤。或竟不知有此法令而言。不得以鄉愚無知爲理由。遽引該條項濫爲減輕。(上字五〇
〇〇號)

前大理院解釋例 饑民搶刼糧食。應否依該條項減輕。係事實問題。非可一概論定。(統
字

八四二)

第二十九條 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。

一
本條之要旨。亦爲關於意思責任之規定。法律上關於意思責任。有對於一定之結果而須加重其刑者。若犯人於其行爲時。未能預見其能發生此一定之結果。則其行爲與結果之聯絡。非爲犯人意識中所認識之聯絡。換言之。此一定之結果之發生。實出於犯人所預見的結果之範圍以外。其事實上雖不無因果之關係。然律以犯意構成之條件。則犯罪者當就其所認識的結果之範圍以內。使負其刑事上之責任。而於所不能認識的意外的結果。則不應令其負責也。例如本法一二二條之情形。若犯罪者於行爲當時本人所預見的結果。僅知其能發生傷害及自由與名譽之妨害。而不知其客體即爲友邦元首。則事實上雖因犯傷害。及妨害自由或名譽。而傷及或妨及友邦元首。依本條之規定。仍不能依一二二條之加重處斷也。

二

第一 本條爲前暫行律所無。第二次修正案理由云。分則上於犯某罪而發生其他結果者加重其刑之條文。頗不鈔見。按科刑專以結果爲斷。不問犯人之罪責若何。此爲古代刑法則

然。近世學者深非之。蓋犯罪所生之結果。其在犯人意中者。當然可科以較重之刑。若意外之結果。其原因至爲複雜。因偶然之事實。使犯人負此意外之責任。不獨受罰者自痛不平。卽刑事政策。亦不應爾爾。一九〇二年萬國刑法學協會議決。犯人對於犯罪行爲之結果。所負之刑事責任。應以其能預見者爲限。晚近立法例。如那威刑法典。及奧國瑞士德國各刑法準備案。皆規定犯人祇對於其能預見之結果而負其責任。故本案增入本條。

第二 本條立法之意旨。與暫行律第十三條第三項規定。『所犯重於犯人所知者。從其所知』之意義。大體相同。而內容之性質則有異。暫行律所規定者。於不單以客觀的結果爲斷。而須合以主觀的意識爲斷之點。則與本條同。然從文理上之解釋。暫行律所謂所犯重於犯人所知者。卽係非犯人所預期之意義。依此解釋。則本意義之內容。係指犯罪結果之程度而言。換言之。卽指發生結果力之進展而言。學者間稱爲量的方面。又稱爲縱的方面之問題。卽犯罪事實之發生。比犯人所預期之結果爲重。則從其所預期者爲斷。依此規定。則凡非犯罪人所預期者。均當包括在本條意義以內。然以犯某罪而致人死傷之處罰。在

本法及暫行律之分則各本條。均係就其結果擔負責任者。所謂結果犯是也。即因果關係說中。所謂有相當的因果關係者是也。蓋以犯某罪之性質。有足以致人死傷可能之相當因果關係。故其犯罪之條件。與結果間發生有自然因果關係之聯絡。則其結果雖非犯罪行為者所預期。亦當負其因果關係之責任。如前大理院判例云。『以傷害意思而生死亡之結果者。即應就其結果擔負責任。所謂結果犯是也。故縱令傷害後因自然力之參入。以助成其傷害所應生之結果者。其因果關係。并非中斷。申言之。即仍不能解除傷害致死之責任』。

（七
九
三
七
號）即其例也。依上述法令所規定。及前大理院判例意義。則暫行律第十三條第三項所規定。其一部分實不無與該律及本法各分則所規定者。有抵觸之虞。若從本條之文理解釋之。則所謂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云云。即係於發生之預見為不可能的。亦即出於不可抗力之意義。依此解釋。則係指犯罪結果之性質而言。又即指結果之擴充而言。學說上所謂質的方面。亦稱橫的方面之問題。即於犯人所預期之結果。而又有其他之結果為附加之結合。而成為加重之一定結果。此一定之結果

爲犯人所能預見者。因此結果。非本行爲之性質上。爲當然足以發生之原因。換言之。即非因本行爲所應生之當然的結果。故其結果常有爲犯人預見之所不可能者。例如本法第一二二條之場合。其傷害與妨害之結果的程度。雖與所預期者。不能盡符。而要有預見之可能性。因無論其結果之程度爲重爲輕。均爲本行爲之性質上所可發生之結果。至發生爲對於友邦元首之加重之一定之結果。非本行爲之性質上所當然發生之結果。因被害者適爲友邦元首之附加的結果與之結合。遂發生加重之一定結果。此友邦元首。亦常非人人所能預識者。故若犯罪者非預見爲友邦元首時。則事實上雖有傷害或妨害友邦元首之行爲。然律以犯意與結果必相聯結。則至少必有抽象的符合。始構成處罰之要件。則於此傷合。仍不能即令其依第一二二條而負其加重之責也。又例如犯傷害罪者。僅戮傷他人之皮肉。被戮傷者適在途中觸雷電而致死亡。此觸雷電而致死亡之結果。則非傷害行爲之本質上應發生之事實。亦爲犯傷害行爲者所預見之不可能者。故不得依傷害致死以爲處斷。反之若被戮傷者。傷口被風襲入。因致中風而死亡。是傷害皮肉之本質上。可以爲中風死亡之原

因。雖非犯人所預期。然不能謂爲犯人所絕對不能預見之結果。蓋不能者、即吾人之意識力所推度之不能也。故雖由於天然力之介入。而既有推度之可能。所以前大理院判例之見解。仍認爲應負傷害致死之加重責任。依此例旨。則與分則各本條之規定。遂不致有抵觸之虞矣。此不能預見與不知之意義。大有區別之點也。本條與暫行律第十三條第三項第一款之規定。非關於本文位置之變易而已。於適用之範圍及性質。亦有所不同。故二者未可混合觀察也。

第三 從因果關係律論之。有所謂論理上之因果關係說。與法律上之因果關係說。在論理上之因果關係。爲或種之現象。與他種之現象。其間有條件之連絡。卽有因果之關係。換言之。則假定無甲現象。則現所有之具體的乙現象亦不發生。因有甲現象。遂生乙現象。有甲乙二種之現象。則生因果關係。例如甲毆乙。乙受傷。假定甲不毆乙。則乙不受傷。因有甲毆乙之現象。所以發生乙受傷之現象。故有甲乙二種之現象。遂連結成因果關係。又如甲毆乙。乙受傷後、因赴醫診治。中途觸電身死。依論理上之因果關係律。則假定甲

不設乙。則乙不赴醫。乙不赴醫。則不中途觸電身死。故因甲乙二現象之條件連落。亦即爲因果之關係。以乙之死。雖由於觸電。而觸電之原因由於赴醫。赴醫之原因由於受甲之毆傷也。此又爲自然科學的見解。蓋自然科學的見解。係由果以溯因。於外界之現象。先就其結果以推度其所以至於結果之條件。即認此條件爲有原因力者也。行爲者既有如此之條件因果關係。則當對於其所發生之外界現象而負責任。此自然科學與論理上之因果律。均係於事後。就行爲之效果。之立場以爲論斷者。若以法律上之因果關係律言之。則與自然科學及論理上之見解爲不同。以近今之立法例及各法學家之意見。對於因果關係。則係從事前。就行爲之立場以爲論斷。以一定之行爲之性質。及隨伴此行爲性質所生之一定現象。其間相連結而成一致之關係。即認爲因果關係。而不採取事物性質與論理條件主義以論因果關係。故刑法上之因果關係。其要件在行爲之評價。而非結果之評價。關於行爲之評價。須先評論其徵表性。與所徵表之事實（結果）爲不可分離者。斯爲刑事責任上之因果關係。申言之。即行爲者之行爲。僅限於其行爲之常態上所存之原因力。爲吾人經驗上之常識、

所認為具有相當之因果關係者。斯其行為對於其結果。方為有原因力。否則當該意思活動。其自體非有相當原因力之存在。僅有可視為不可抗力之及偶然的事體之附加。遂以形成其偶然的因果聯絡。此偶然的因果聯絡之形成。僅有事實上之結果。而無意識上之原因。是為結果與原因成為兩概者。故不得認為有關係。即不得歸其責任於當該意思活動者也。例如甲意欲殺死其不共戴天之仇某乙。昏夜要於途中以狙擊之。適甲父由此處經過。昏暗甲中甲誤認為乙而擊殺之。於此場合。若依論理上因果律。則甲遂因偶然的不可預見的新附加。遂以形成其殺傷尊親屬之因果聯絡。(即本條所謂須加重其刑之一定之結果)又如某丙犯強姦罪。婦女被強姦後。因其夫誤認該婦為和姦行為。激於一時之憤怒。致將該婦殺死。於此場合。若依論理上之因果律。則某丙遂因偶然的不能預見之新附加。遂以形成其強姦致死之因果聯絡。(亦本條所謂須加重其刑之一定之結果)然刑法上對於此項標的之錯誤。及偶然的條件之介入。不能負此項僅有事實之新加責任也。蓋以事物之因果觀念。可從客觀上以為觀察。而責任上、尤其刑事責任上之因果觀念。則不能不從主觀的以為觀

察也。從客觀者則稱爲論理的因果關係。從主觀的則稱爲相當的因果關係。本條即採用相當的因果關係說也。

附論 錯誤

第一 本法無錯誤專條之規定。然錯誤亦爲意思責任中一重要問題。如關於故意過失及未遂諸問題。與錯誤問題。每有連結之關係。故不明錯誤之法理者。於上項各問題之解決。及法律之適用上。每易生疑慮之困感。茲爲研究之便。特附述如左。

第二 錯誤者、即意識與事實相齟齬之現象也。構成犯罪事實之認識。爲犯意構成之要素。乃或因外界發生之事實。與內心所認識者不符。或因內心所認識之事實。與外界現存者相左。律以概念的或形式的之理論。則認識與事實既不符合。則其事實爲非出於認識。自可爲阻却犯罪之原因。然從刑法之基本原理以爲論斷。則此種錯誤之現象。有可以爲阻却犯罪之原因者。亦有不能爲阻却犯罪之原因者。則當各因其錯誤之現象而有不同。未可執一定之概念以爲定義。蓋錯誤之現象。亦各有其種類之不同也。

第三 依錯誤之性質言之。則錯誤者可分爲事實之錯誤及法律之錯誤二種。事實之錯誤者。即事實本存在。而誤以爲不存在。或事實本不存在。而誤以爲存在。此爲幻覺之錯誤者。又或事實本可有發生之影響。而誤以爲不致發生。或事實本無可發生之影響。而誤以爲能發生。又或所認實之事實本屬於甲。而發生之事實則移於乙。此爲錯覺之錯誤者。法律之錯誤。則或爲不知法律之存在。或爲不知法律之不存在。或本爲法律所禁止。而誤解爲法律所容許是也。學者間往往以事實之錯誤。爲均可爲阻却犯罪之原因。法律之錯誤。爲均不可爲阻却犯罪之原因。然按之實際。錯誤情形。錯綜複雜。烏能概括定斷。例如關於錯覺之錯誤。有屬於過失犯之範圍者。并有屬於故意犯之範圍者。關於幻覺之錯誤。有屬於不能犯之範圍中者。則概括的論定爲不當可知矣。至法律之錯誤。則各國立法例。多以爲完全不能爲阻却犯罪之原因。本法亦然。已如上述(參照第二十八條)無庸贅及。本論所述者。則爲關於事實之錯誤也。

第四 事實之錯誤。依其狀態言。可分爲目的之錯誤。(亦爲客體之錯誤)與手段之錯誤。

(亦爲方法之錯誤)所謂目的之錯誤者。即行爲者所認識之對象。(客體)於實際上發生錯誤也。此又可分爲在法定上價值相同之客體錯誤。與在法定上價值不相同之客體錯誤。例如行爲者於昏夜中要於途以殺甲。而其結果則誤殺及乙。是行爲者之認識中之目的爲甲。而誤乙爲甲。則目的物之錯誤也。然甲與乙均爲人。在法定上之價值爲相同的。此爲法定價值相同之錯誤。又例如行爲者於昏夜中往伐電桿。而其結果則誤砍一人。是行爲者意識之目的爲電桿。而誤認人爲電桿。則目的之錯誤也。然電桿與人。在法定上之價值爲不相同的。此爲法定價值不相同之錯誤。所謂手段之錯誤者。即行爲者於其實行行爲之手段。發生錯誤也。例如舉槍擬擊在左之甲。因手段不精。致誤傷在右之乙。又如行爲者以安眠藥水與病人服食。因用意過多。以致服後遂不能醒覺以致於死亡。此均手段之錯誤也。

第五 錯誤行爲。在刑事上究有何項責任。學者間主張不一。且爭論甚烈。約而言之。則可分爲三類。

A 說 手段之錯誤。不能阻却犯意之成立。則完全不能阻却刑事責任。目的之錯誤。則

因錯誤所發生事實之客體。與意識中所認識之客體。若在法定上之價值相同時。則不能阻却刑事責任。若其價值為不相同時。則除有過失情形外。應不負何種之刑責。例如甲本欲擊乙。因誤認丙為乙而擊之。此客體在法定上之價值為相同。則甲當負擊人之責任。又如甲本欲擊獸。因誤人為獸而擊之。此客體在法定上之價值為不相同。則若有能注意而不注意之情實。以致發生此錯誤時。當構成過失之責任。以外則無何種責任之成立也。

B說 錯誤問題。純然屬於犯意問題。所謂犯意者。以對於構成犯罪事實有完全認識為必要條件。故其發生之具體事實。與其意識中所認定之具體事實不相符合時。則不能為犯意之成立。申言之其事實為出於偶然之事實。而非出於犯意之事實。則無論為出於目的之錯誤。抑手段之錯誤。其事實既與其意思不符。則其事實為與犯意無關。均不在應負刑事責任之例也。

C說 犯意以有犯罪事實之認識為必要條件。亦其所承認者。特認識之範圍。僅於法定

事實之範圍內。有抽象的（一般的）之認識。即爲已足。至於事實之具體。即個別事實。有認識與否。與犯意之成立。毫無關係。申言之。若對於犯罪之要件的事實毫無認知。則其發生之事實。與意識中之事實。有錯誤時。此爲基本的錯誤。當然無刑事責任之可言。例如擊獸者之意思認識爲獸。而發生之事實。則擊及於人。是對其犯罪之要件（人）的事實。毫無認知。此爲有基本之錯誤。則當然無犯意之可言。即無刑責之原因。若僅係個別的事實發生錯誤時。則非基本的錯誤。此不過發生之事實。與意識之認識。非有具體的一致。而實有抽象的與法定的一致。例如擊甲而誤擊及乙。其事實之發生。於擊人的事實爲一致的。（法定的或抽象的一致）特爲甲爲乙之個別的事實（具體的事實）不一致而已。此仍不能解爲非有擊人之故意的表現。即對於擊人之事實仍當負其責。蓋犯人於犯罪事實。在刑法的基本原理上。祇須有法律上構成犯罪之必要諸點。有所認識。則對於此項認識之事實。必任其責。反之則不認其責。所謂目的之錯誤。與手段之錯誤。則實無區別之理由也。

第六 錯誤責任之問題。卽爲意思責任之問題。從此點以爲認定錯誤之出發點。實爲無可非難。故依錯誤之狀態而言。則可分爲目的之錯誤。與手段之錯誤。而關於錯誤責任之認定。則無分別之必要。A說以目的錯誤與手段錯誤。爲有責無責之區別。未免涉於疏括而不切合事理。至B說與C說論爭之點。則各有出發點之不同。B說以意識與犯罪事實。必有具體條件的符合爲要。C說以意識與犯罪事實。僅有法定條件的符合卽爲成立。是B說係以現實論爲出發點。謂犯意之成立。須有與意識相聯結之現實具體事實爲原則。C說係以徵表論爲出發點。謂犯意之成立。僅須有與意識相聯結之抽象事實。卽足爲惡性之徵表。能爲惡性之徵表卽爲犯意爲原則也。

右述之爭論問題。可以近世所認爲進步上之理論。以爲證斷。德國亨特斯之論旨曰。犯罪之結果。與犯人之動機所確定之具體的個體。雖有不符。然既有遂行其法律所規定犯罪事實之意思。則此意思及認識之具體的事項。與法定之要件無關。故苟具備法律上之必要諸點。與主觀的企圖爲抽象的一致時。雖與具體的之個體爲不符。亦不能阻却犯罪意思之責

任。無論爲手段之錯誤。目的之錯誤。與客體單純之性質的錯誤。均無區別之必要也。又敬野英一之論旨曰。犯罪爲惡性之徵表。事實之發現於外界者。既足以徵表其惡性。卽爲犯罪之完成。故所爲既遂與未遂之區別者。爲從來應報主義客觀主義之遺物。然亦可以沿革的見解以爲觀察。蓋從來的個人本位。至近今已移入於社會本位。依社會本位以爲理解之根據。則當以社會有無現實損害。爲既遂與未遂之標準。蓋刑法之適用。在近今之趨勢。當以社會的見地爲定則。犯人方面。既有反社會之徵表的行爲。則社會方面。若既受有現實損害。當然可認爲犯意行爲之既遂。而科以鎮壓之方法。此爲具有十分理由者。至犯人認識之犯罪事實。與現實發生之犯罪事實。不必有具體的一致之必要。若既有法定的一致以上。則充分的可謂爲犯罪之既遂。從此主義。則無論爲手段之錯誤。與目的之錯誤。若與意識中所認定之事實一有法定的一致時。卽可成立犯罪之既遂也。又泉二新熊之論旨曰。無論爲目的物之錯誤。與手段之錯誤。均有不能阻却犯意者。蓋對於因果關係之錯誤。祇有抽象的與實在的一致。而二者在法律上之價值爲同等時。假令具體的雖不一致。亦

無妨於犯意之成立。例如被害者爲甲與爲乙。於法定犯罪事實係毫無影響者。故以甲爲對象之意思活動。而發生結果係及於乙之身。於犯意之點。毫無區別也。

第七 近今刑法上之觀念。蓋已由客觀的及報應的主義而趨於主觀主義。由個人的本位而移爲社會的本位。綜合上述各學說以爲論證。則刑法上關於錯誤之意思責任問題。可分別爲以下之說明。(1)行爲者意識之事實。與現實之事實。以有法定的一致爲已足。不以具體的(個別的)一致爲必要。換言之。則僅有具體的事實之錯誤。尚不能爲犯意之阻却。須有抽象的或法定的事實之錯誤。方不能構成意思責任。(2)行爲者意識之事實。與現實之事實。以有法定上同一之價值爲必要。若於法定上之價值爲不相同時。則除有過失之情事外。不能成爲意思責任之條件。(3)錯誤與故意競合時。其事實在法律上之價值爲相同者。則以單純之一罪論。其事實在法律上之價值爲不相同者。則從一重處斷。其事實在法定上不相同。而一爲有法定之價值。一爲無法定之價值者。則對有法定價值之部分。係故意者以故意論。係錯誤者以有過失之情形爲限。以過失論。而無法定價值之部分。則無論罪

之餘地。(4)所犯重於所知之錯誤。則從其所知。所知重於所犯之錯誤。則從其所犯。蓋以刑法之原則。係處罰有意識之行爲。本法亦然。故意思當以行爲爲徵表。行爲當以意識爲要素。根據此原則。則於錯誤責任問題。無不可解決之疑難矣。

第三十條 未滿十三歲人之行爲。不罰。但因其情節。得施以感化教育。或令其監護人保佐人繳納相當之保證金。於一年以上。三年以下之期間內。監督其品行。

十三歲以上。未滿十六歲人之行爲。得減輕本刑二分之一。但減輕本刑者。因其情節。得施以感化教育。或令其監護人保佐人繳納相當之保證金。於一年以上。三年以下之期間內。監督其品行。

滿八十歲人之行爲。得減輕本刑二分之一。

一
本條之要旨。係關於刑事責任能力之規定。所謂責任能力者。卽任責的能力。換言之。卽

負擔刑罰之力量。近代學者所謂因負擔刑罰而能收刑事政策的效果之力量也。此項力量之實質。通常以其具有辨別能力之智識程度。與具有自由意思之精神狀態為適格。精神狀態之標準。則於次條有規定。智識程度之標準。通例均以年齡區別之。依本條之規定。則以人在未滿十三歲之時期。為智識程度完全未成熟之時期。即對於自己行為之事實。與社會上道德上法律上之關係。以及由此種關係所生之結果若何。係全無識別力者。其意思活動。完全由於機械式之發動。對於此機械式之發動。實毫無支配之意思的力量。簡言之。人類在此項年齡以內。實無社會性。無善惡性者也。故對於此種年齡人之行為。不能認為有受刑罰之適格。且在刑事政策上尤不可以刑罰的制裁為預防及改善之方法。而須以他項方法。以匡救其惡性與非社會性之萌芽。而啓發其善良性與社會性之發育。即近今刑事政策上之格言所謂、兒童可施以教而不可施以刑之理由。此近今刑事政策上之進步的覺悟者也。故本條亦時為規定未滿十三歲人之行為不罰。但因其情節。得施以感化教育。此即格言中所謂施以教之方法。以此項年齡人。不可置諸監獄。以防其沾染惡性。而應置諸感化場

所。以濟庸其善性也。

近今文明各國。多有感化院之設置。其組織多與家庭相似。以四五人或六七人為一家。視作父子兄弟。訓以德育上之道義。輸以智育上之技能。并課以體育上之勞動。務使與受良好家庭教育、或學校教育者。收同一之效果。特其性質為強制的。管理為嚴格的而已。吾國目前尚無此項感化院之設備。故又規定或令其監護人保佐人、繳納相當之保證金。於一年以上三年以下之期間內。監督其品行。所以必令其監護人保佐人繳納相當之保證金者。所以促令監護人或保佐人之注意。實行負擔監督之職責。原來幼年人既有犯罪事實之行為。則可知其監護人與保佐人多為懈怠其監督之職責者。故須以保證金之制促其注意。則又可推知其繳納之金額。以能促令其監督者注意之程度。為相當繳納額也。

未滿十三歲之年齡。從理論上言。應扣足計算。則非自其出生之日起算、已達十三年者。不得以已滿十三歲論。第二項未滿十六歲之計算法亦同。前大理院曾有判例云。減等之年齡計算。當從週年法而不能用歷年法也（參照上字三九八號判例）

十三歲以上、未滿十六歲人。卽爲兒童與成年人中間年齡之人。此項年齡以內之人。其智識程度。較未滿十三歲之兒童。固爲豐富。然亦不能認爲已達於健全者。故各國之立法例上。對於其行爲。均以得減輕其刑、與感化制度相輔而行。至新派學者間與立法者之主張。則多有認爲無處刑之必要。而直接易以保安處分者。有主張宜先令其受感化處分。或保安處分。俟其不能得相當之效果時。然後由法院更判其刑。其用意以此項中間年齡人。甫脫離兒童時期。尙無成年人者之成熟能力。遇有犯罪行爲。亦當先導之以教。然後再齊之以刑爲宜。窺測本條立法之意旨。亦係折衷上述各論例而規定者。故對於此項中間年齡人。規定得減本刑。又其減輕本刑者。并得施以感化教育、及交付監督方法。亦與前項同。但減刑與施以感化教育、或交付監督之制裁。或單用其一項。或減刑與感化或交付監督並行。依本條之法意。及文理上之解釋。則裁判官因其情節而有裁量之餘地也。故次條之第二項。則特別的有「於執行完畢或免除後」字句。而本條第二項則無此字句。其規定之精神亦可瞭然矣。

滿八十歲人。爲意思力退減時期。質言之。卽爲精神昏耗時期。又爲能力減弱時期。無論其存在於社會之日無多。卽危害於社會之力亦不至甚鉅。故本條第三項。對於其行爲。亦有得減本刑之規定。

二

第一 關於責任年齡之立法例。在各國間各因其立法當時之一般的國民智育發達之程度以爲定。以民智發育之遲速。與其國之教育、社會、氣候、及法律之制度上。有密切之關係。然亦不過爲立法者當時所據以爲推理上之認定。亦不能卽謂爲區別責任年齡上之有如數學上不變之定例。蓋舍此推理上之認定外。實無別項可爲正確不易之測量也。我國清律。原分十五歲以下、七十歲以上。十歲以下、八十歲以上。七歲以下、九十歲以上。三項於恤例。清時刑律第一次草案。擬定十六歲起爲負責年齡。修正案改爲十五歲。憲政館仍認爲太高。援照匈牙利及德國之例。改爲十二歲。而以未滿十六歲者爲減輕責任年齡。規定於省減章。及資政院議決時。採用修正案而刪去未滿十六歲得減輕之規定。民國暫行律。

於無責任年齡。則仍照清刑律爲十二歲。規定於不爲罪章。而以未滿十六歲、或滿八十歲人犯罪者。得減本刑一等或二等。規定於宥減章。本法則將不罰年齡。加爲十三歲。其未滿十六歲人及已滿八十歲人之行爲。得減輕。亦如暫行律。而併爲規定於本條。此我國立法例上之沿革情形也。

各國於責任年齡之立法例。約分三種。第一爲二分制。分年齡爲二級。第二爲三分制。分年齡爲三級。第三爲四分制。分年齡爲四級。如日本與國。以十四歲爲不罰年齡。法比等國。以十六歲未滿爲不罰年齡。十四歲以上。及十六歲以上。則與成年者等。此二分制也。如英美等國。均以七歲未滿爲不罰年齡。七歲以上。或至十二歲。或至十四歲。爲相對責任、或減輕責任年齡。再以上則與成人等。此三分制也。如葡萄牙以七歲未滿。意大利以九歲未滿。爲不罰年齡。又葡以七歲至十四歲。意以九歲至十四歲。爲相對責任年齡。葡以十四至二十一歲。意以十四至十八歲。爲減輕責任年齡。再以上則均爲完全責任年齡。此四分制也。(詳參參照拙著刑法學總論)依各國現行法例。採用三四分制者爲多。採用

二分制之國家則較少。蓋順應人類智識發育之階段。不能不從嚴密為規定。所最當注意審酌者。為不罰年齡、與完全責任年齡之兩種。蓋不罰年齡不可過高。免致流於放任。而完全責任年齡又不宜過低。則不得不有中間年齡。以資迴旋。此迴旋之年齡。其範圍須較寬。使審判官得以審度情節。盡其裁量之能事也。

第二 依上述古今中外之法例。對於刑事責任年齡之區分制度。雖其間有階段之不同。要之認為有區別之必要。則殆無不具有同情者。然其立法之精神。換言之。即其所以分別責任年齡之基礎理由。與其基本目的。則因其思想上與其政策上之觀念。日有變遷。隨之而立法之旨趣。亦有今昔之不同。此項不同之內容。蓋係基於二個不同之出發點。即(甲)為罪與不為罪之觀念。從來之學者。多認定責任能力為構成犯罪之要件。故將少年之犯罪。分為全無責任能力時期。與減弱責任能力時期。對於全無責任能力時期之行爲。則認係一種自然界之現象。而不認為犯罪。主張此種觀念者。其理由、(1)謂全無責任能力時期之行爲。為無意識之行爲。當然不能構成犯罪。(2)謂犯罪行爲。即刑法上應科罰之行爲。

無負擔刑罰責任能力者。其爲無犯罪能力無疑。此說認刑法上普通一般的所視爲有犯罪能力者。當以有責任能力爲準。故無責任能力者、即無犯罪能力者。所以全無責任能力時期之行爲。即非犯罪行爲。至對於減低責任能力時期之行爲。即當認爲犯罪。因人類年齡。一達此時期。則不能謂爲全無辨別力。特因其智能尚未發育至於健全之程度。係在全無能力與全有能力之中間者。其對於足爲犯罪之事實。及其事實與法律上及道德上之關係。只可謂其識別力尚未臻於充實耳。故對於此種年齡人之行爲。當認爲有意識行爲。而不可仍認爲自然界現象。故即須認爲犯罪。此全基於犯人之主觀的以論犯罪之定義者。反之、則謂犯人之主觀主義。係以爲衡量犯人責任之當然的觀念。而非決定爲罪與不爲罪之適當的觀念。因犯罪行爲。爲足以危害社會行爲。凡屬有危害及社會者。即均爲犯罪行爲。申言之。即不能不謂其行爲爲有危險性。此危險性即犯罪性。有犯罪性行爲。即當然爲犯罪行爲。故無論其行爲者。爲全無責任能力者。爲中間者。均當認爲犯罪行爲。特無責任能力時期人之犯罪行爲。法律上雖認有犯罪性。而不認爲有處罰性。有責任能力時期人之犯罪

行爲。法律上認有犯罪性而并認爲有處罰性。中間者之犯罪行爲。法律上認有犯罪性而又認爲有相當之處罰性。此基於社會的觀念以論犯罪之定義者。我暫行律將未滿十二歲人之行爲。規定於不爲罪章。而明定爲不爲罪。將未滿十六歲人及已滿八十歲人之行爲。則列入於宥減章。而規定得爲減等。此採前說者也。本法則均規於本條。而僅云不處罰。及減輕本刑二分之一。係採後說者也。(乙)矜恤與防衛之觀念。矜恤者。於某種犯罪行爲。或直認不爲罪而放任之。或雖認爲罪。固矜憫之意思而放任之或有減之。此即國家寬仁政策之觀念。防衛者。無論何種犯罪行爲。只以於社會上有危險性。即認爲犯罪。但於某種之犯罪。有不罰者。有減輕者。其不罰與減輕之意義。非放任與宥恕之意味。而爲一種社會防衛之一種策略。此即社會防衛說之觀念。如本條責任年齡問題。在採矜恤主義者。以全無責任能力時期之幼年者。及減弱責任能力時期之幼年或老年者。其行爲或係出於無知識。或係出於知識力之衰弱。若使其與有健全智識者一例同受法律上之處罰。則有違於人道主義。故或直認爲無罪而放任之。或雖認爲罪而有減之。以示矜恤而全人道也。例如濛清

舊律之三項矜恤例（參照第一段）及東西國古代法制。多有幼者無罪及減等之規定。而無其他替代防衛之方法。此全為矜恤主義者。我暫行律第十一條、第十二條、第十五條。雖非全為矜恤主義。然其認為不為罪。認為有減。則亦不能謂為全無此項的因襲之合義者也。反之、在探社會防衛主義者。以幼年者亦同為社會之一份子。既有妨害社會之犯罪行為。則社會當起而防止之與糾正之。一以免此項不良份子之蔓延。一以免此項不良份子之終歸於墮落。此為社會應有之義務。亦為對於不良份子應有之救濟。特其防止與糾正之方法。不以刑罰而以其他方法。如感化教育。強制教育。交付監督。特別監護等方法。其所以不以刑罰者。恐其與一般成年同處受罰。反使此不定性之份子。沾染其犯罪之惡性。則愈令其墮落。且幼年者非僅以刑罰所能糾正。而須以感化教育等方術乃能使其改善也。故云幼年者可教而不可罰。非基於矜恤之意義。而為社會防衛之一方略也。依近今法家新派之見解。則並中間年齡者。（如本條十三歲以上未滿十六歲）亦不認以減輕刑之制度為當。而以為均當施以特別防衛之方法。即日本現行刑法。近雖改為二分制。規定自十四歲以上。則

與成年者等。然同時有所謂少年法之制定。依該法之結果。則原則上對於十八歲未滿者。實以保護處分代替刑罰者也。又意大利近今刑法草案（一九二〇年）。其主旨以社會防衛之對象。成年者與少年者間。無所用其區別。所當區別者則在處遇上之種類。所以該草案一概避免刑字之用語。而易以制裁字樣。對於一定之不法行為。為社會防衛起見。自當科以制裁。其制裁之種類。則因十八歲以上與未滿十八歲以下之人而有不同。此近今立法之新趨勢。一、不認有中間幼年者減刑之規定。二、表示幼年與成年之犯罪。均應予以制裁。特其制裁之方法為各異之例也。本條之趣旨。雖非為極端之社會化。然其採用社會防衛之精神。則較暫行律為顯明。故立法之觀念。因基於上述二個不同之出發點。隨之而立法之精神。遂形成為二種不同之意義與二種不同之目的。蓋前者為國家之恩惠政策。後者為社會之防衛政策。又刑事政策之接近於社會政策者也。

第三 依上項說明。本條之立法例。在舊時代不過為人道問題。在今日則為刑事政策與社會問題。可知其關係與價值之不同。蓋自二十世紀以來。關於刑法學之研究。均注重於實

證的觀察。以近今犯罪者之日益增多。其故實由於社會之不良。社會不良。多種因於少年根性之惡化。遂感覺以改良少年之惡性。爲預防政策上最重要之事業。關於本問題之理由。日本平沼博士頗有詳盡之說明。氏之言曰。罪惡之原因。有基於社會者。有基於個人者。就中爲原因之最有力量而最可恐怖者。則爲基因於少年時代之原因。大凡犯罪之最爲流毒於社會者。以職業的習慣犯爲最烈。此項之職業的習慣性。必有其養成之由來。例如以犯罪竊盜、及詐欺取財、爲常業之人。其當經營其業時。亦非易易者。必也勞其精神。苦乏其身。尤須有必要之技能與體力。且同時尚有極大之危險隱臨其後。以此等忍苦耐勞之程度。與其大無畏之精神。若使其從事於正業。則其成績亦不可同日而語。是人類若已達於成年而有正業時。彼必不自尋苦惱而轉營此盜欺業。即可知陷於此項罪惡之動機。其發生於成年後者甚爲稀少。其大部分多種因於少年時代之根性業已惡化。遂致造成其習慣性而不知自拔。因永陷落於此不幸之途境。故人類在少年時代。若不有規律的生活。則長成時代。卽不能從事正業。蓋正業必爲規律之行動。厭棄規律者。自於正業之觀念甚爲淡薄。

因少年時代。不能養成規律之生活。則必養成驕惰之習性。而又適以增長其慾欲之意念。爲欲滿足其驕惰與慾欲之習念。遂致常出於不正當之手段。此自然之數也。故不幸而一旦陷落於此項之境遇。再加以社會種種原因之助長。而犯罪之性癖遂以養成。故職業的習慣性之犯罪。其源多發於少年時代之墮落。其事蹟洵爲顯明。將欲預防此項習慣犯罪之發源。必以救濟此項發源之原子爲惟一之方法。與其俟此項原子散播殆遍。而性癖又已養成以後。始謀匡救之術。不如當其尙未沉溺時而援引之使入於坦蕩之途之爲得也云云。（日本法曹記事第二十二卷第二項參照）其言頗爲詳盡。故現今東西諸觀。無不以勵行少年感化及監督與保護事業。爲預防犯罪之重要企圖。立法者與學者間。對於此項企圖之設計及研究。幾於日不暇給。成爲預防政策上最緊張之一問題。最近各國多成立少年專法。及少年裁判專法。將一切不良少年。均納入此專法之領域。施以治療。其他如保護觀察制度。及強制教育制度。且方興未艾。我國北鄰之俄國。及東鄰之日本。近今亦有少年法之制定。政府之勵行。學者之研究。均視此爲一重大事業。惟吾國對於此項重要制度。立法與學者

兩界。均尚存淡漠之態念。其實則此事關係刑政及社會。至爲重要。深望立法當局及法學人士當加以注意也。茲爲讀者研究之便利。特附述各國間少年法制之大概情形如次。以資參證。

附錄（本附錄係取材日本泉二博士刑法總論第七三頁至九九頁）

第一 少年法制之起因 近以科學研究之結果。就中如刑事人類學。刑事社會學。實于刑事上以一新紀元之大推動力。尤其關於兒童之研究。以從來法律上對於兒童之態度。其意義實有根本的錯誤。少年犯罪及職業犯人之日有增加。此項法制上之根本錯誤。實可爲其主因。實言之。卽實爲刑政上之一大弊害。故關於兒童之從來法制上之態度。實有根本的變革之必要。基於上項研究之意見。遂引起世界各處之兒童研究熱。研究之集結點。均以社會制度之不備。及教育之缺陷。爲少年犯罪之最大原因。刑事政策之要求。在探求犯罪之原因。以爲對於其原因之個別的處置。所以少年犯罪預防之途徑。惟有力謀少年之保護。及除去其教育之缺陷。此少年法制之所由胚胎也。

第二 少年法之意義 從廣義言之。則少年法者。其法規之全體。係以預防及遏止少年墮落之原因。(身體上及精神上之遺棄。爲此原因之主因)爲目的者也。然在歐洲各國間之多數立法例。大都係以改善少年之業已墮落者爲主體。而特稱爲少年法。此以少年爲將來支持國家及社會之份子。其腐敗與墮落。實爲國家及社會之大損害。又大危害者也。故少年之保護、監督、感化。實爲刑事政策上之要求。又實爲一般社會政策上之要求。并可謂爲人道上之要求。少年法制度之精神。卽係以滿足上項要求爲目的。故在社會一方面。亦不可不共起努力。助成國家以求此精神之貫徹也。

第三 少年法之沿革 少年法制度。係起源於北美合衆國之芝加哥及洛脫亞蘭兩州。其創設之少年裁判所。(時爲一八九九年)實爲此制度實施之嚆矢。今則該合衆國實行少年裁判所之法制者。已達四十八州。其尙未有此法制之施行者。僅爲數州而已。次則爲英國。英國關於保護兒童之諸種法令。固早有陸續的制定。而特別有少年裁判所之名稱。則始自一九〇八年之少年條例。大陸諸國。首先採用少年法制度者。爲白耳義。次則爲法國。各於

一九二二年、先後制定少年保護法、少年裁判所法、及保護監視諸法。繼此則爲德國各聯邦及德帝國。遂以風靡於世界。亦與猶豫制之源流。爲同一途徑。亦係由美而英而白耳義而法德以推及於世界各國者也。此亦並非偶然之現象。亦爲諸國間對於刑事政策與社會政策之注意與努力的程度之表徵也。東亞各國之繼起者爲日本（大正十一年）與俄國（一九一〇年）。俄國現在之蘇維埃政府。亦有少年法制之施行。及少年裁判所之設立。少年法制度。於此短時間內有如此之長足進步者。亦以各國間均不能脫離刑事政策與社會政策之要求而然也。

第四 少年法上之少年年齡 適用少年法之最高年齡。各立法例亦不一致。依其得受少年裁判之年齡限度觀察之。在北美諸州。有以十六歲未滿爲限度者。有以十七或十八歲或二十一歲未滿爲限度者。至少年裁判所處分執行之終期。依各國之立法例。則可延長其年齡限度。例如白耳義。其處分執行期。可延長至成年後二十年。使其繼續受強制教育。又如北米合衆國之感化制度。爲屬於少年法之範圍。然其繼續收容之年齡。可延長自十六歲以

上至三十歲。甚有至四十歲者。蓋以欲達到感化之目的。若僅以收容至於成年為限。則成年時雖尚未收得相當之效果。亦勢不能不釋之於感化場之外。或將由裁判所更新裁判。而另移置於監獄之中。使受刑罰處分。則於少年法政策之目的。將多所缺痕而無美滿效能之希望矣。故其執行年齡之範圍。不可不加廣也。至發送感化院之命令。須由裁判所決定而發送之。惟此不限於少年裁判所之特有處分。即通常裁判所於裁判時。亦不可不有此種注意也。

第五 少年裁判所之管轄 關於此問題。甚為複雜。依各國立法例。大別之可分為(1)僅以犯罪少年為屬於少年裁判所管轄之範圍者。(2)犯罪少年、及其他之不良少年有受保護監督之必要者。均屬於少年裁判所管轄範圍之兩種。例如依法國少年裁判所法。則以十三歲以上十六歲未滿之犯重罪者。及十六歲以上至十八歲之犯輕罪者。則屬於特別刑事部的少年裁判所之管轄。十三歲未滿之犯重罪或輕罪之被告。則屬於地方裁判所民事部之管轄。依德國刑事手續法草案。則管轄十四歲以上十八歲未滿之犯罪少年。為區裁判所之特別

課。其刑事責任無能力之少年犯罪行為。及有特定保護監督之必要的少年。則屬於後見裁判所之管轄。又爲白耳義少年裁判所。則其所管轄者不僅犯罪少年。凡品行不良、性質不馴、足以惹起其監督權者之不滿意之一切少年。亦均歸其管轄。在溫哥倫法上之少年裁判所。凡不良少年。及少年有道義的墮落之危險狀態者。均歸其管轄。英美及日本之少年裁判所。凡少年有觸犯刑罰法令之行爲。及有違犯刑罰法令行爲之虞者。均屬其管轄範圍也。

第六 少年裁判所之組織 此亦依各國制度而有不同。有爲特別裁判所者。有爲刑事裁判所或民事裁判所之一部者。有分離爲特別處所者。有與民事裁判所同一建築物者。如紐約之少年裁判所爲其前例。柏林之少年裁判所其後例也。日本少年法。係以裁判所與少年審判所各爲獨立。有單獨之少年審判官。專管少年之保護處分。然無論在何種組織制度之下。少年法之成績。爲足以滿足刑事政策及社會政策之要求。則已成爲不可掩之事實。其管轄與其組織問題。因各國間情形與立法者之見解而各有不同。本屬當然之事實。但於少年

法及少年裁判所之根本觀念。能有澈底之理解。與澈底之實行。自無不得良好之效果者。故各國間對於少年法制度之根本的意義。及高尚之目的。殆無不趨於同一之軌範者。故其成功則一也。管轄與組織。不過為形式上之問題矣。

第七 少年之保護處分 對於少年之保護處分。為對於已墮落於犯罪境遇之少年。依教育的處置。以期達到保護及救濟之目的者。蓋少年墮落之原因。其主因仍當歸責社會之自體。故除去其原因之任務。亦社會自體之責任與義務也。少年保護處分。即為除去墮落原因之手段。與刑罰上所謂制裁處分之精神則有以異也。意大利刑法草案。對於少年之處分。亦以為犯罪制裁之一種。然不過係表示為強制處分之性質。究非刑法上普通所稱制裁之精神。要稱為保護之精神為宜也。

各國少年法。對於少年之特別保護處分。大約區別如左。

(1) 譴責。

(2) 交付其從來之監督者 此項處分。多係對於其從來之監督者。特命其負擔更加切實

之監督義務。然於爲此項處分之外。在通例上、同時并附以保護觀察(意義見下)也。

(3) 送致於他之適當家庭 爲此處分。亦同時附以保護觀察。此亦通例也。

(4) 委托該少年於以保護少年爲目的之公私學校、協會、養育院、保護所、及其他同樣之設備等處所。使代管理教育之。

(5) 強制收容於強制教育場(實業學校、感化學校等) 此處分爲少年裁判所最嚴重之特別處分。又爲不可缺少之處分。對於少年之因環境關係。致通義上有極顯著的墮落之危險者。或既已趨入墮落之少年。在通例上均以此處分爲必要。收容之期間。以達於成年時爲限者有之。以自宣判時起。可繼續至十年或二十年間者亦有之。其他之刑者亦有之。蓋各因其法例而有不同也。

(6) 此外之事例 如白耳義法。對於該當死刑或較高徒刑之少年。(十六歲未滿)其收容之期限。於達到成年後。尙可繼續至二十五年間之限度。對於犯他罪之少年。其收容期限。以達到二十五歲爲限度。又匈牙利國(溫哥倫法)。有授其懲戒權於家庭。施以懲戒

。或委託學校。施以懲罰。(譴責、或留禁於學校)又或自午前八時至午後八時之時間內。絕其三時間或至十二時間之食。或減少其食。并監視於裁判所內之一室。而爲看守之處分也。

(7)日本少年法 對於少年有觸犯刑罰法令之行為。及有觸犯刑罰法令之虞之行為。依其情形施以如下之處分。(甲)訓誡。(乙)委託學校校長訓誡。(丙)令其出具誓願改過書。(丁)附以條件、交付於其保護者。(戊)委託寺院、教會、保護團體、及其他適當處所管教之。(己)發付少年保護司觀察之。(庚)送致感化院。(辛)送致矯正院。(壬)以委託之方式送致於醫院。

第八 少年法可否併科 對於適用少年法之少年。於特別保護處分外。可否併科以刑罰。尚爲學說上之一問題。然從各立法間之實際觀之。對於此種少年有科刑之必要時。亦非絕對的否認者也。但其範圍、則依各立法例而有廣狹之差異。例如北米諸州之少年法。除犯該當死刑或無期徒刑之少年外。均以保護處分代替刑罰之制裁爲原則。反之、如德國諸

邦。則於科以應報刑罰以後。（按德國現正準備改訂刑法。其現有刑罰。尚係最早所定。係採應報主義者）如必要時。更可施以保護處分。日本少年法。雖亦認少年有時可科以刑罰。然認定刑罰與保護處分。其目的爲不相容的。故不許爲併科。每遇少年犯罪案發生。在認定以保護處分爲相當時。則不科以刑罰。於此場合。則由檢察或裁判所將該罪案少年犯、送致於少年審判所。又若認定以刑罰制裁爲相當時。則不施以保護處分。於此場合。則可取消其保護處分。由少年審判官將該罪案少年犯、送致於檢察可也。

第九 少年保護處分之手續 在英米及匈牙利等國之少年裁判所法。少年犯罪案件。可經由檢察官送致於少年裁判所。詳言之。檢察官除得自行檢舉外。并可直接受理少年事件之告訴告發。受理後審定係少年裁判所事件。則送致於少年裁判所。若其他官廳收受有少年事件之告訴或告發。又或警察官吏逮捕有少年犯時。須速即送致於少年裁判所。在白法德奧等國少年法。則關於少年事件。須由少年檢察官起訴。日本少年法。則關於少年案件。少年審判所可依其職權逕爲調查而審理之。此各國關於受理少年事件手續不同之大概情形。

也。至審理期中。在通例上均不得施以未決前之羈押。如有羈留之必要情形。則僅可交付保護觀察官、爲之監督。或委託其親族中之家庭、使之監督。或收容於公私立保護所。或看守於感化學校。必於不得已時。(卽上項諸法均不可行時)則或送致之於感化院或矯正院。或限於短時期內與成年犯隔離拘禁之。以免受無形之不良沾染也。

少年裁判所。爲調查事實真相。及少年性格與其精神。并其道德上之觀念與生活狀況之實際。可行使一種之準備處分。此準備處分。可利用保護觀察官、及少年裁判所志願補助員、并各從事保護事業之團體。爲之調查報告。又可請求他之學校官廳及醫師等。就指定事件予以說明。至警察官吏。非在緊急之場合。不得於未受少年裁判官指揮時。逕自對於少年爲搜查處分也。

少年裁判官。於準備調查終了時。若認爲不必行使他項審理。卽可直接決定特別處分。若認有口頭審理必要時。則可開始口頭審理。特通例上於審理少年時。須避免其與成年者接觸。故行使審理時。須有特別法庭。不可公開。惟利害關係人、及與少年保護事業有關係

人。則特許其入庭也。

少年裁判所。對於少年事件之裁判。在各國間、有無須諮詢檢察官意見者。有可諮詢檢察官意見而不必受其拘束者。日本少年審判所制度。則以審判所與裁判所不同。不須諮詢檢察官意見。且並不許律師出庭。蓋以審判所之審判。係爲保護少年而非處罰少年也。但少年保護司、或少年之保護者、或其輔佐人。則可得出庭爲意見之陳述也。

要之少年裁判。須澈底的達到保護及教育目的。故須避免足以媒介少年自暴自棄及容易感染惡性之原因。因之凡容易發生上項原因之機會及事象。均在急當除去之列。所以各國少年法。關於少年事件。不但禁止新聞紙爲顯明的揭載。卽隱寓該事件之圖畫或文字。使閱者可揣知爲某事件之暗示的揭載。亦在禁止之例。良有以也。

第十 保護觀察 保護觀察之目的。爲保護及監督指導系屬於少年裁判所之少年而設也。保護觀察制度。各國間之成規亦不一致。然其共通之意義。要不外爲對於不良少年。於其達到成年時止。使其受少年裁判所之保護觀察員、隨時加以保護觀察也。保護觀察員之選

定。類係少年裁判所於公立私立各少年保護團體及感化院中之男女職員中選任之。此項職務。有定爲無給的。有定爲有給的。有定爲最高之有給的。以現今趨勢觀之。於可能範圍內。多主張爲有給職也。

保護觀察員之職責。必於力所能及之範圍內。隨時與被保護者相接近審察其性格、品行、環境、及生活狀況。依審察結果。報告於少年裁判所。并陳述關於保護上適當處置之意見。以資少年裁判所之審擇。至臨時有被任爲搜查爲執行之輔助者。則非其主任務也。

第十一 強制教育(又曰保護教育) 強制教育。爲少年法上一種特別處分。少年中有因家庭教育腐壞。或甚而至於缺乏教育者。每致沉溺於墮落之境地而不知自拔。雖有保護觀察等方法而亦不能收其救濟之效果。則不得不有強制教育之方法。在此場合。有認爲可科以監禁之刑者。(例如匈牙利)或有認爲當少年行爲。在有處罰必要時。即可適用強制教育處分者。此中之是非得失。其議論尙未一致。依吾人意見。則贊同第二例者也。

強制教育之設施及執行。亦依各國立法例而有不同。有分強制教育場爲數種類者。如英米

法律。於實行保護及感化場所。分設爲二種學校。一爲實習學校。一爲感化學校。十二歲未滿之犯罪者。則必收容於實習校。十四歲以上、十六歲未滿之犯罪者。則必收容於感化校。兩者之中間年齡。則因其情形、或收於實習校或收於感化校。日本少年法。有感化院與矯正院之區分。前者則收容於感化院。後者則收容於矯正院也。

強制教育場之經費。有國設者。有公設者。有私設者。有由國庫補助之私設者。其經費、依各國之通例。多係於其父兄之可能範圍內取給之。德國諸邦。於其父兄無力負擔之場合。則由國庫補助三分之二。由市鎮鄉補助三分之一。日本之矯正院。雖係國立。然犯罪少年在矯正院所生之費用。則得向其本人或其扶養義務者、徵收其費用之全部或一部。又感化院、則多係地方費及府縣費所設立。亦有私立之感化事業設備者。此項設備。亦可爲感化院之代用場。國庫對於其設備。亦常有與以六分一乃至二分一之補助費者。少年在院費之全部或一部。均係徵收該少年之扶養義務者。依上項制度。庶能使強制教育場所之設置。輕而易舉。所以普及易而收效宏也。

有強制教育處分之命令權者。原則上必為少年裁判所。然英國與德國之通常裁判所。及德國之後見裁判所。均得為之。特要為裁判所。始有此命令權。而行政機關則不能有此權。此則各國間均相同者。蓋強制教育處分。其直接目的。雖與刑罰不同。然其為於長期間束縛個人之自由。則亦與刑罰無異者。又關於此項處分之決定。亦與刑事上之手續不甚懸殊。非經過諸項之強制的及精確的調查與審理。亦不能達到相當之目的。故關於其處分之裁決。不以委諸行政機關。而必委之於裁判所也。

以上所述。為各國少年法制度之概約的情形。於此可見各國對於少年豫防次第。在刑事政策上及法律上之觀念。實有根本之改革。又於此可以窺見各國間對於預防犯罪及遏止犯罪之策略。實有革新之見解。然此項之革新的見解與策略。非有社會人士共起而與以協力之補助。亦非可驟底於成者。是所望於我邦人士。當有其通之覺悟者也。

三

前大理院判例 犯罪年齡。是否已滿十二歲以上。(據暫律則以未滿十二歲為不論罪年齡)

與罪刑成立。關係甚鉅。非從事調查明確。不能率爾定讞。若僅以被告智識發達之程度。與體格長成之狀態。為推測之斷定。不能謂有法律上之根據。蓋體格與智能之發達。雖與年齡大有關係。然此種現象。往往因遺傳、稟賦、氣候、教育、及其他原因。而有發育遲速之不同。不能以主觀之推測。即據為年齡之確數。(上字七
八五號)

又查刑律未滿十六歲人犯罪、得減等之規定。其計算年齡。係用週年法而非用歷年法。本案孫洪。係舊歷辛丑年八月二十二日出生。計至犯罪時(民國六年五月十五日即舊歷三月二十五日)實未滿十六歲。檢察官謂應依歷年法計算。其見解未免錯誤。(上字三
九六號)

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。

本條立法之要旨。亦爲關於刑事責任能力之規定。因精神喪失人。爲喪失自由意思力之人。即爲缺乏意識力之人。其表現於外界之身體動作。實非基於內心的秩序之動作。詳言之。心神喪失人之動作云爲。毫無事象之辨識。其動作之動機。毫非基於內心所支配。即本人於動作當時。毫無基於道德上、宗教上、法律上、之觀念。以支配其動機、或抑止其動機之意思能力。故精神喪失人之行爲。非可謂爲本人之行爲。而實爲一種之病理行爲。病理行爲。只可以藥石治療之。而非可以刑罰治療之所能收效也。故亦爲無刑事責任能力之人。此本條前半之所由規定也。但此種人雖爲無責任能力。然其行爲實足予社會以危害。故其人若無確實監督責任者爲之監督。則得加以監禁之處分。俾其於精神狀態未回復本能之時以內。不致有擾害社會秩序之影響。此本條後半之所由規定也。所謂因其情節者。非因其犯罪輕重之情節。即視其有無確實監督責任者之情節也。此項監禁處分。亦非爲刑罰之性質。而爲一種行政上之處分性質者也。

心神耗弱之人。亦爲無責任能力原因之一。特心神耗弱者。僅爲比較普通之精神狀態。有

程度上之差異。而非爲完全無識別其行動及支配其行動之意思力。不過爲識別與支配之精神程度。不如普通一般的之健全。即學者所謂爲減弱責任能力者。又稱爲低能者也。對於此項低能人之行爲。原則上亦當予以減等。此本條第二項之所由設定也。本項後半規定之意旨。亦與前項之後半同。

監禁之執行。爲一種處分性質。而非刑罰性質。蓋爲欲達到特別預防目的。於無監督者之場合。不得不有此項處分也。此種處分。亦由法院於不罰或減刑之判決書內宣告之。其期間當以患心神病人治愈時爲止。又如有他法（例如有醫院或其他慈善團體能收容此項犯人時）可以代收監禁之效果。使其於社會不致生危害時。即可不予以監禁。而以他法代之。亦不違背法意也。

二

第一 本條立法之意旨。在現今各國刑法上。已成爲不易之原則。我暫行律之規定。其大體亦屬相同。惟暫行律稱爲「精神病人之行爲不爲罪」。蓋學者間有謂心神喪失。僅能爲精

精神病之一種。患精神病者固多爲心神喪失。但心神未喪失。而僅不具記憶力或推理力者。亦得稱爲精神病。故以精神病三字爲足以包括精神病之一切人。以文理言之。則暫行律所稱「精神病人之行爲不爲罪」之範圍。似較本條所指之範圍較廣。然詳釋該律理由書。則稱精神病人之行爲。非其人之行爲。乃疾病之作爲。又法文上則明定精神病人之行爲不爲罪。是其立法之本旨。當係認精神病入爲完全無意識力及支配力之人。蓋若僅不具記憶力及推理力之人。則不能謂其行爲爲完全非其人之行爲。又此種人之行爲。亦無不以爲罪之理由也。然完全無意識力及支配力之態樣。卽爲心神喪失之態樣也。法律上之用語。當有一定之程度。不似醫理上之用語。得爲廣義之包括。故若兼指心神未喪失。而僅有如本條第二項所謂耗弱之狀態。則必有如本條第二項之另有相對的規定爲宜。否則未免有失出之嫌矣。故法律上於規定關係罪刑出入之用語。必當有具有程度性之名詞。以免啓用法者得以擴張解釋之弊。本條不採取醫理上廣義之精神病用語。而採取具有程度性之心神喪失字樣。以爲用語。而於廣義之精神病中所包含的心神耗弱之一種狀態。則另爲一項相當之規定。

。於法理法例上均較爲適當也。

本條第二項。係採取第二次修正案。其理由書云。本條第二項。暫行律無規定。惟心神喪失人不處罰。而常人則處罰。若心神耗弱人。其重者幾與喪失等。其輕者或亦與常人不甚懸殊。既不應處以通常之刑。又不應全免其刑事責任。故不能不有特別之規定。此爲各國刑法家及醫學家之公認者也。外國刑法典有類似之規定者。如意大利、那威、西班牙、丹麥、瑞典、芬蘭、希臘、日本等國刑法典。及瑞士與德國之刑法準備草案。與法國委員會刑法草案。皆有心神耗弱之條文。一九〇五年萬國刑法學會議議決。亦贊成對於心神耗弱人科以較輕之刑。本案故增入本項。至其刑期比常人較短。於執行完畢或免除後。若聽其自由行動。恐貽害社會。故因其情節。得施行監禁處分也。

心神病間斷時之行爲。在暫行律上有規定。本法係採行爲主義。故本條所謂心神喪失人之行爲。係以行爲當時有心神喪失之病態而言。至行爲前與行爲後雖無此項病態。若行爲當時實有此項病態。仍當以本條之心神喪失人行爲論。反之若在行爲時無此項病態。則雖在

行爲前或行爲後有此項病態。則仍不能以本條之心神喪失行爲論。即仍當負通常責任也。故心神病中斷時之行爲。不能適用本條。乃行爲說之當然的解釋。本法既係採行爲說。所以無規定於明文之必要矣。

第二 心神喪失之狀態。當從其心神作用之全體觀察之。心神作用者。即智覺作用。感情作用。支配作用之三種。約言之。即智情意之三種作用。較普通一般人爲有顯著的完全喪失之狀態。斯爲法律上所謂心神喪失之狀態。所謂智覺者。即能依五官之接觸作用。而能辨別或理會其外界之事物。換言之。即內界之心象。能適合其所接觸之外界之事物象也。情覺者。其快與不快之念。即因感觸其一定之事情。而能生一定之情感也。意覺者。即意識中、能發生一定之動機。或抑制一定之動機。對於其動機有完全支配之意思力。換言之。即於一定之作爲與不作爲之動機。能隨自己自由意思一定之支配。而不受外界機械式之強制。又外界之身體動作。必爲內心之計畫所支配者也。此三種之作用。若一種有輕微之異狀時。固當然不能影響及其他之作用。然若其一種有顯著的重大之異狀時。則他之作用

。亦可因其影響而生同樣之障礙。例如驟遇劇烈之驚恐。遂生其狼狽不堪之感動作用。因而智能與意思之作用。亦能於此瞬間達於喪失之狀態。又例如智覺作用。若已達於全然喪失之程度。則意思與感覺作用。亦可同時至於喪失之狀態也。法律上所稱之心神喪失。爲上述三種作用。全體發生缺陷之原因。此原因之爲生來的、或生後的。抑一時偶然的。在法律上均無所用其區別。又如醫學上所謂爲瘋狂爲白癡等類名稱之區別。在法律上亦毫無關係。法律上所當分別的。則須審察此項病態之來由。爲由於天然的。抑由於自招的。自招的則如次條之情形。因酗於酒而致陷於心神喪失之病態。又或自服催眠藥劑、或倩人催眠、或以他方法而致陷於同樣之病態是也。天然者、即因於自然之病理而生之同樣病態。如因於病理而生之癡癩白癡之類是也。此問題本有消極與積極之兩種主張。主張消極說者、謂酗酒或催眠。若既已陷入於心神喪失之領域。則與爲一時的心神喪失病無異。其行爲亦當爲無責任。主張積極說者、謂法理上所謂心神喪失人之行爲。爲病理作用。因出自天然之障礙。故與本人之行爲無關。而自招的心神喪失病態。則仍由於人爲的自作之障礙

。不能謂與本人之行爲無關。故無論在行爲時有無心神之缺陷。均應負其責任。且有以利用心神喪失狀態爲犯罪手段者。亦與利用無能力者犯罪相等。更不能以心神喪失人之行爲論也。本法立法之精神。蓋探後說者也。

第三 心神耗弱與心神喪失。僅爲程度上之差異。其心神比較社會平均精神程度之狀態。爲顯著的完全缺陷者。則爲心神喪失狀態。具此狀態之人。卽爲完全無能力者。至其無能力狀態、雖不至如心神喪失者之程度。而比較社會平均精神程度、爲有顯著的減低狀態者。則爲心神耗弱狀態。具此狀態之人。卽爲減弱能力者。減弱能力者在普通刑法上之觀念。均當減少其刑事責任。於此有一問題。卽有一種具有偏好犯某一種罪之癖性者。此種人常易爲其癖性所驅使。其內心之抑制力。常不能敵其癖性之衝動力。當其癖性衝動力戰勝內心抑制力而成爲行爲時。亦如陷入於瘋狂之狀態。如有所謂殺人狂。放火狂。竊盜狂。色情狂等類是也。此項之單一狂。尙未陷入喪失知覺之領域。不能謂爲心神喪失。固無疑義。然亦有認爲心神耗弱之狀態者。謂此等單一狂。爲介在心神健全與心神喪失之中間者

。心神病的中間者。卽心神耗弱之謂也。然以吾人之意見。此項單一狂。其狂性之發動時。雖亦有類於瘋狂之狀態。然其內心之辨識力。固尙未減少。卽對於該行爲事實之於道德上法律上之關係。亦爲有認識之能力者。特其內心支配力之程度。僅有時不能抑制此種單一癖性之衝動力耳。且其行爲時并能爲有秩序之計畫者（如陰謀預備着手等）。於心神喪失之條件。固不相類。卽於心神耗弱之條件。亦不具備。對於此種單一狂之行爲。雖於其心神上有輕微之因果關係。然此種因果關係。實因於缺乏堅毅之修養力。并非因於欠缺心身上之若何素質。則必不能不使其負刑事上之完全責任。卽就刑事政策言。若對於此種單一狂人之行爲。亦以心神耗弱人之行爲論。則適以助長累犯之增加也。

對於心神耗弱人之行爲。認爲減弱責任行爲之點。學者間亦不無異議。謂心神喪失人行爲。爲完全病理行爲。故第宜以藥石治療之。而不宜以刑罰治療之。若心神耗弱人之行爲。不可不謂爲其人之行爲。雖以其人之心神。較普通程度爲欠缺。亦不過等於一時的幻覺行爲。卽律以道義的責任之觀念。亦當分別其行爲之結果。與心神耗弱有因果之聯絡關係否

。其與心神耗弱因果關係者。則雖其人素爲心神耗弱人。亦當負完全之刑事責任。其與心神耗弱有因果關係者。卽宜直予以保安處分爲當。而亦無減刑之理由。又有一派之主張者。謂心神耗弱之程度。亦不一律。其重者幾與心神喪失等。其輕者亦幾與常人等。法律上雖不能爲詳細之區別規定。而亦不宜爲必減之規定。以便審判官得因鑒定之程度。而有裁量之餘地。其犯罪之因果關係。實因心神耗弱而生者。則可爲量減之處置。其因果關係與心神耗弱無重大之原因力者。則仍當與常人責任同。否則例如法國刑法、及同法系之數多刑法。僅以精神障礙、卽成爲無罪之理由。其結果、一經醫家鑒定其行爲人爲精神障礙。卽無論其程度之輕重若何。與因果關係之程度若何。卽當爲無罪之宣告。此種弊害。已引起刑法界之重大注意。爲世人所詬病。故立法者不可不加以注意也。以上二說。前者爲近今最新學派之見解。完全脫離個人本位。而從社會防衛方法以立論者。後者係鑒於法國法系廣漠之規定。致常有失出之弊。故主張宜有區別之餘地者。依本條第二項立法例。對於心神耗弱人之行爲。雖係採絕對減刑之制。然亦不至毫無裁量之餘地者。是在司審判之

責者。善於適用本法耳。我司法官於處理此種行爲時。要當明瞭上述之旨趣。不可不注意於程度論。免致蹈襲法國法系之弊害。於其人之是否有心神耗弱性。則可採取醫生之鑑定。至其心神耗弱之程度。與其行爲之與心神耗弱程度之因果關係。可否以本條心神耗弱人之行爲論。當裁量其情形以爲認定。非謂心神上一有耗弱。即當依本條而必減其刑也。蓋本法係採行爲主義者。必其行爲實與心神耗弱有直接之因果關係連結。方能爲本條所指之心神耗弱行爲。非謂凡係心神耗弱者。不論其程度若何。與行爲之關係若何。而一概爲必減其刑也。

三

前大理院判例 精神病人監禁。亦屬行政處分之一種。與自由刑之性質絕不相侔。(非字三
七號)

又 刑律第十二條情節二字。乃專就精神病人於社會危險程度。與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不同。誠以精神病人之行爲。雖按法不

能爲罪。然於社會苟有意外之危險。而其親屬又不能爲相當監督者。得依但書規定。或交付精神病院。或其他處所。禁制其自由。以防危險。(非字三)七號

又 精神病人之行爲。雖依法不能爲罪。然於社會或有意外危險。故許施以監禁處分。則

此項處分。顯應以精神病人不至危及社會之日止。原審宣告監禁終身。亦屬錯誤。(非字三)三號

前大理院解釋例 監禁精神病人。不得逾治療必須期間。應調查實況。酌定期間。逾期其

危險程度並未減輕者。得爲延期處分。期內若已痊可者。得爲解禁處分。又如他法可以

代替監禁。使其於人不生危險時。亦得不予監禁。(統字一三)五〇號

最高法院解釋例 監禁處分。不必在監獄內執行。某甲親屬。自願在家禁制甲之行動。如

認爲於社會不致發生危險。自可照准。(解字八)八號

第三十二條 不得因酗酒而免除刑事責任。但酗酒非出於己意者。減輕

本刑。

一

本條之要旨。係規定人爲的心神病。不能免除刑事責任之原則。因酗酒雖亦能使人陷於一時的心神喪失或心神耗弱之狀態。然陷入之原因。實爲人力所能預防而自加裁抑者。若竟因酗酒而致有違法之行爲。其行爲雖亦係由於一時的心神病之原因。因其原因爲自招的。故欲使利用酗酒以爲不法之行爲。及沈湎於酒。罔知顧忌者之行爲。不能利用第三十一條以爲倖逃法網計。所以必有如是之規定也。然有時之酗酒。爲出於全無意識者。例如閑居無聊。藉酒自娛。在初時原無有使其引入沉醉之意識。亦無有利用沉醉以爲某項行動之意識。乃忽因意外之刺激。以致促使入於昏聩之狀態。又如因親朋會宴。勸酬聯歡。因被友誼上之強制。致爲過量之釀飲。意志原無惡劣。釀酒實出不虞。類此兩種場合。其心神損耗之狀況。與外力介入之偶然。實非本人預料所及。故縱有引起不法行爲。亦當以其意思責任爲比例。酌量減輕其本刑。此本條但書之所由設立也。

二

第一 本條立法原則。與暫行律同。但暫行律無本條但書之規定。其第十二條（該條第二

項有酗酒不能免罪之規定。注意書內。謂酗酒之人。在病理上祇屬一時之精神病。【註】此種病係人力所能自裁抑。乃竟藉酗酒以逞非行。法律所不許也。是以酗酒無論是否出於己意。其責任概與常人同。又第二次修正案。原則上亦與本條同。其但書則謂酗酒非出於己意者。仍可適用前條之規定。照該案解釋。則謂非出於己意之酗酒行為。當分別行為當時之心理狀態。若其心理狀態已達於心神喪失之程度。則適用前條第一項不罰之例。若僅達於心神耗弱之程度。則當適用前條第二項減輕之例。查暫行律於酗酒之行為。完全不問其是否出於己意。未免失之過嚴。而第二次修正案則將人爲之障礙。與天然之障礙同視。亦於法理未合。依立法上原理而言。權衡於二者之至當。則以本條之立法例爲宜也。

【註】 刑事責任能力。以犯罪行為之當時。爲有存在之必要。卽意思活動(行爲)之瞬間。若無責任能力時。雖行爲以前或以後爲有責任能力者。亦不能使本人負其刑事之責任也。反之若以前或以後雖爲無責任能力者。若其意思活動之瞬間。爲有責任能力之存在。卽爲無責任能力之原因已中斷。則仍不能使本人不負其行爲之刑

事責任也。暫行律第十二條注意書內。所謂酩酊之人。在病理上祇係一時之精神病。即據以爲不能免除刑事責任之理由。依上述刑法原理。則該注意書內所據之理由爲不充分也。

第二 刑事責任之存在。當以責任能力爲比例。此固然也。然非有責任無能力之正當原因存在時。仍不能即謂無責任能力之存在。故主積極說者。謂刑責之成立。以行爲當時有責任能力之存在爲限。反之若行爲當時無責任能力。則不問以前或以後有無責任能力。均不能認爲當負本行爲之責任。酩酒者亦係於行爲當時、爲一時的陷入於無責任能力之境遇。故其行爲亦無刑事責任之可言。爲此說者。全不問其所以無責任能力之原因。故其論旨遂多疏謬。蓋前條所舉心神喪失及耗弱人。所以能認爲無責任能力者。因其喪失或耗弱之由來。實原因於天然的。故其行爲祇能認爲病理之行爲。若酩酒者雖有時亦能陷入於心神喪失或耗弱之境地。然實原因於自惹的。故其行爲即不能認爲係病理之原因。以其所以使令偶然的發生此病理之狀態。仍爲有責任能力存在之行爲（酩酒行爲）所致。進而言之。假若

飲酒時即已有其他責任無能力之條件存在。則醜醉後之行爲。當然可認爲無責任能力之行爲。否則仍不能免除刑事責任也。且犯罪之手段不一。有利用瘋狂者或幼年者等之無責任能力者之行爲。以達到自己所欲犯之目的者。亦何不可利用醜酒以使自己陷入於無責任能力之狀態。以遂行其所欲犯之行爲。希冀得免於罪責耶。若將醜酒者之行爲。概認爲於刑事上無責任。則利用醜酒者、且狂飲無度者。誠爲得計。關於此項犯罪之罪犯。將日出而不窮。豈刑法上預防犯罪之目的乎。

關於醜酒者之責任能力問題。日本泉二博士之論旨曰。在特別場合。其責任無能力狀態。若其發生之原因。可歸責於本人時。則基於此狀態所生之結果。亦當歸責於本人。例如乳母欲壓殺其嬰兒。於同寢時故爲酩酊之飲。使自己陷入無意識之狀態。因利用此狀態之身體動作。致將嬰兒壓斃。其酒精之飲用。可作爲發生因果關係之條件。故對於壓斃嬰兒。不可不負殺人之責任。又云。行爲者在有責任能力時期。若無該行爲之故意及過失時。縱令因任意之手段。致惹起責任無能力之狀態。在此場合。對於其後之事實。可不負其責任。

。例如知因酗酒爲可陷入於無意思之狀態。而仍爲過量之釀飲。以致有殺人行爲。因飲酒時無殺人故意。故雖因飲酒而入於無意識之狀態。然對於此項無意識之殺人行爲。不得以故意犯論。并引用德國民法第八二七條『因無意識態、又或因精神病的障礙。致不有意思之自由。而加損害於他人者。不負損害賠償之責。因興奮性之飲料、成類似之手段。而陷入一時的無意識之狀態時。由此狀態所生之不法行爲。其損害賠償責任。與過失同。但無過失而陷入此狀態者。則不在此限』。以證明其說。博士前項之論旨。吾人亦認爲允當。其後項之論旨。則未免偏重於形式的及概念的觀念。又其立論係偏主於個人的本位。而非從社會的本位以爲論斷者也。依博士後項之論旨。則因酗酒之行爲。於飲酒時須以有犯罪之故意及過失爲限。始能負刑事之責任。然博士既明言『其責任無能力之狀態。若其發生之原因。可歸責於本人者。則基於此狀態所生之結果。亦當歸責於本人』。則明知酗酒爲足以惹起狂亂之狀態。基於此狀態則可致發生危害之行爲。則雖無該行爲之故意或過失。而因故意之酗酒。以致促成其狂亂。則酗酒卽爲發生狂亂之原因。是因酗酒以致發生其行

爲之結果。亦爲發生因果關係之一條件。何以又云「若無行爲之故意與過失時。縱令因任意之手段。致惹起責任無能力之狀態。對於其後之事實。可不負其責任」。蓋此論調。則對於博士所舉飲酒之後例。於明知酒可亂性。仍然過飲以致殺人。亦認爲無意識之行爲而并不得以過失論。有如右述積極說者完全相同矣。則博士前後之論調。未免矛盾。且民事責任。爲國家規定對於私人與私人之賠償責任。刑事責任。爲國家規定私人有危害社會之責任。一爲賠償主義。一爲預防主義。有根本上之不同。未便卽足爲例證。卽依德國民法第八二七條後段之文理解釋之。因與齋之飲料。或類似之手段。而陷入無意識之行爲者。仍有過失之責任。但無過失而陷入於無意識之狀態者則不在此限云云。所云無過失者。卽本條但書所云醜酒非出於己意之義。非如博士所云無犯罪故意或過失。卽明知酒能陷人於無意識之狀態。仍可爲過量之釀飲之意義也。所以歐美諸國。對於飲酒有特懸爲禁令者。英國兒童條理上。尤爲嚴禁。一部份固爲保護生理之原因。一部份亦係預防犯罪之政策。故飲酒卽爲違禁。因飲酒而生犯罪之行爲。其必處罰也又何疑。不過醜酒有出於故意者。

有出於過失者。其責任當有軒輊。所以本條之立法例。與德民法第八二七條之意旨亦正相同。特一爲民事責任法。一爲刑事責任法。其處分自當有異也。

三

前大理院判例 查酗酒行爲。與非故意之行爲。截然不同。刑律第十二條第二項及第十三條分別規定。誠以非故意者無行爲意思之聯絡。故不爲罪。至酗酒行爲。本爲人力所能裁制。其行爲意思是否聯絡。自當以犯罪行爲之事實爲斷。不得以酒後行爲。盡認爲全無意識。冀免犯罪之責任。(上字三) (五一號)

第三十三條 瘖啞人之行爲。減輕本刑。

一

本條之要旨。亦係關於減弱責任能力之規定。所謂瘖啞者。係生而聾且啞也。其聽能與語能。自始卽不具備。卽係關於精神及智能之生理。爲自始卽有所欠缺。所以關於精神之成熟上。瘖啞者既生而且此痼疾。其智能程度。自當遠不如常人。故對於瘖啞人之行爲。亦

等語中間幼年者及心神耗弱者之例。予以減刑。基此理由。則所當注意者。本條所稱之瘖。爲先天之瘖。若後天之瘖。卽自有生後、因其他之原因而成爲瘖者。其精神智能。不能卽認爲遠遜於常人。則不在本條範圍內也。

二

本條立法例。與暫行律稍異。暫行律第五十條規定瘖人之行爲。得減輕本刑。其用意以瘖人之情形。因今日科學之進步。對於瘖者。亦可受相當之教育。可以使其智能之發育與常人等。故不能認爲絕對之減弱責任能力。一聽執法者鑒定其智能及精神。與社會上普通一般之狀態。其距離之程度爲何如。而爲得減或不減之裁量。此主義在英法及日本之法律亦然。對於瘖人、常以具有癡鈍之精神狀態者。區別其狀態之輕重。而爲或減刑或竟不罰。若能證明其具有理解力與常人無異者。則仍使負通常之責任。本條之規定。則不採用上述各例。而以必減爲原則。其理由要亦不外爲保存我國之道義的習慣對於此項生而成廢者。當予以矜恤之意也。

前大理院判例 查刑律第五十條所稱瘖瘡者。係指生而聾啞者而言。其因疾病致生聾啞者。自不在其內。(上字八) (四〇號)

第三十四條 依法令之行為。或正當業務之合法行為 不罰。

一

本條至三十七條。均係規定客觀的刑事無責任之原因。在學說上又為客觀的不論罪原因。或云違法阻却之原因。刑事責任之觀察。歸納言之。則皆可為主觀的。演繹言之。則可分為主觀的與客觀的二方面。主觀的責任。為能力與故意。客觀的責任。為行為之違法性。故主觀的刑事無責任之原因。為能力與意思之缺乏。如第二十四條、第三十條、第三十一條、所規定是也。客觀的刑事無責任之原因。為其行為之違法性因其他合法之原因而當然消滅。如本條、及三十五條、三十六條、三十七條、所規定是也。申言之。在刑法分則上所規定之各事實。均為刑法上所認為處罰之行為。故其行為若具備分則上如本條之事實的

條件。在形式上雖當然爲違法而應處以罰。然此種行爲。若係法令之明文上、(其他法令包含在內)或社會所共認爲合法及權利之習慣上、所要求或所容許者。則雖外形上具備刑法分則各本條之事實條件。而實質的遂不能仍謂爲係侵害法益之行爲。因其行爲因上述之要求或容許。而無違法性之存在矣。此種之外形上具有犯罪事實之條件。而實際上不能成爲可罰之事實。總稱之爲客觀的刑事無責任之原因。在學說上雖尚有稱爲客觀的不論罪原因。或違法阻却原因。或又稱爲排除違法性之原因。然在我現行刑法上。當以稱爲客觀的刑事無責任之原因爲適當也。

依法令之行爲。卽爲法令規定上所許可之行爲。例如依民法商法上所規定之權利行爲。及依訴訟法上所規定之拘傳羈禁之行爲。其行爲既係依據法令所規定。則不能成爲違法行爲。反之若權利行爲、逾越民法所定之程度以外。拘傳羈禁、逾越訴訟法所規定之範圍以外。則成爲過當之行爲。仍不能不負刑事責任也。正當業務之合法行爲。卽爲法律上或社會上所認許或要求之業務行爲。例如醫師針割病人之身體。係法律所應許。又爲社會所要求

求者。故不爲違法。反之若非醫師、或雖係醫師而未受國家之允許登記者。則不能謂爲正當業務。若如前項行爲。則不認爲正當業務行爲。又雖係正當醫師。若非準據醫理上合法之治療。而妄用針劑術。則非爲業務之合法行爲。非正當業務與業務之合法行爲。其行爲仍不能不負刑事責任也。

二

第一 本條立法例。與暫行律亦大致相同。但暫行律於規定本事例條文內（十四條）尙有「或不背公共秩序善良風俗之行爲」句。本法所以不採用此項規定者。以分則所規定。不外罰其違背公共秩序善良風俗之行爲。其不違背者則屬本法第一條之行爲。故無特予規定之必要。然從其文理上解釋之。則本條之立法例。較暫行律爲嚴格的矣。蓋本條立法意義。係規定其行爲已具備分則各本條事實條件之形式。特因有本條所規定之原因。所以認爲不罰之行爲。依此解釋。則其行爲雖不違背公共秩序善良風俗習慣。若外形上具備分則各本條之事實條件。而不在本條規定之範圍。遂不得成爲阻却責任之原因矣。例如我國習慣上

所有之族約。凡本族子弟有怙惡不悛。及有抵觸法律之虞者。族中得加以預防的懲戒。其懲戒之方法。得以鞭責或予以短時期之禁閉。以使其改善。其用意亦與各國少年保護法同。其成績亦已顯著。實足為刑事政策之一輔助。在社會上亦久已公認為不背公共秩序善良風俗習慣。此種行為。依暫行律文理解釋。則可為阻却刑事責任之原因。依本法則不在本條範圍內之行為。是仍當依第三百十六條處罰。所以本法較暫行律之規定為嚴格的也。

第二 依法令之行為。或正當業務之合法行為。其行為者之始意。初無違法性及反社會性之存在。且為具有擁護法律及維護社會之意思行動。比種行動。在刑事責任上。當然無適應性之可言。然刑法為避免外形上之衝突計。所有必有明文之規定。以免用法者之多所猜疑。蓋刑法各本條於構成犯罪事實之條件。只有抽象的規定之可能。而依法令行為。或正當業務合法行為。其行為之表彰上。每有與抽象的規定之條件適合者。因有實質之不同。遂於罪刑出入之關係上。大相逕庭。所以凡行為之違法與否。固不能僅從抽象的單一條文以為論斷。而要綜合實質及相互之條文與法令為連結的觀察。又可知刑法的條文。非係各

個獨立者。各個單一條文之事實。尚非該條之全體的真詮也。

第三 依法令的行爲。及正當業務的行爲。種類繁頤。實無列舉以爲說明之可能。從廣義言之。則正當防衛與緊急避難行爲。亦爲一種依法令行爲。次條所列之職務行爲。亦爲一種正當業務行爲。例如普通醫師行爲。爲正當業務行爲。若監獄署之醫師。於其所爲之業務行爲。則當稱爲職務行爲矣。本法上於正當防衛、緊急避難、及次條之職務各行爲。因事項之性質。較他種行爲爲繁重。須爲明確其範圍。故特立爲條。則除第三十五條至三十七條之行爲外。其餘之依法行爲、業務行爲。均當在本條範圍之內。茲於可能範圍內。約爲說明如左。

(A) 依法令行爲。大別之則(1)爲法律所容許之行爲。此種行爲。除民商法所予之權利行爲外。又例如現行犯逮捕行爲。親屬藏匿犯人行爲。親權者懲戒行爲。監護權者對於瘋癲者監禁行爲等是也。(2)爲法令所命令之行爲。即爲依法令之義務行爲。(如依陸海空軍刑法第九九條執送逃亡官兵之行爲)又基於長官依法令所命令行爲皆是也。惟

基於長官命令之職務行爲。因有次條之規定。而不屬於本條範圍矣。

(B) 正當業務之合法行爲。從廣義言之。凡爲法令所不禁止之業務。均可爲正當業務。其行爲即可爲正當業務行爲。但在本條所謂正當業務之合法行爲。則(1)依其業務之性質上。尙有須取得法律上之認許證者。如醫師、律師、須依法領得認許證。方爲正當業務。前已述及。(2)關於其行爲之性質上。尙有須得其對方之承諾。且須合於學術上與手續上之正當方法者。例如醫師之針割他人肢體。工程師之拆毀他人建築物。若未取得對方之同意。則仍不能謂爲合法行爲。卽已得其同意。而非用學術上及手續上正當方法。致戕害人之身體。或損毀他人之所物。亦不能謂爲合法行爲。此正當業務行爲與依法行爲相異之點也。

(C) 依法令及業務上之權利義務行爲。亦有可資爲犯罪之手段者。例如醫師欲傷害他人身體。於當爲緊急施用針割之病理。藉口有審慎之必要。故意遲延其針割手術期。迨至依法加以針割之日。因爲日已久。已釀成劇烈發炎。勢將不治。又以非割去一部之肢

體不能保全其生命相恐嚇。因得病者之承諾。而遂割去其一部之肢體。於此場合。審慎與割折。形式上均爲合法行爲。而實利用以達到傷害之目的。其審慎與割去肢體之行爲。係出於利用。則其全部之行動。遂爲業務上之不合法行爲。亦仍當依傷害罪處罰矣。蓋法律係不處罰依法令及業務之權利義務行爲。爲其無犯罪之惡意存在。若上述之例。是利用其權利義務行爲以爲犯罪之手段。其行爲當時。爲有惡意之連結。則其行爲之性質。當然非本條之合法行爲矣。故本條意義。亦仍與第二十四條相連絡者也。又如同一行爲而有合法與不合法之競合時。例如債權者以使債務人交付財物於己爲目的。而將債務人拘禁之行爲。又例如醫師因施用手術於病婦。而以麻醉劑令其喪失知覺。於實施手術之際。忽爲獸慾所衝動。致對於被手術之婦女。加以姦淫之行爲。於二例之情形。當合全部之行動而處以擄人勒贖罪（對前例）及強姦罪（對後例）之刑罰乎。抑分離論斷。於合法之部分爲不處罰。僅於其不合法之部分處以罰乎。依吾人之意見。前者之例。其使債務人將財物交付於己。依法令爲債權者正當之權利。不能謂爲不合法行爲。惟拘禁債

務人之部分。為非依法令行為。則僅當處以本法第三百十六條之罪。以不能謂為構成本法第三百七十一條之罪也。後者之例。於施用麻醉藥劑行為之部分。其目的為施用手術。而非為姦淫。則為業務上之合法行為。僅後者姦淫之部分。則當構成本法第二百四十二條之罪。反之若施用麻醉劑時即係以姦淫為目的。不過藉施用手術以為遂行其麻醉之手段。則合以後者姦淫之部分。而構成本法第二百四十條之罪矣。蓋本法第三百七十一條之要素。係以得非法之財物為目的。第二百四十條之要素。係以姦淫為目的。前二例之行為雖為連帶的。而行為之階段上所連結之目的。固為各別的。故僅可就其有不法連結之一段為當處罰。不能從其行為之全部為論斷也。

第二十五條 依所屬上級公務員命令之職務上行為。不罰。

本條之要旨。係規定基於所屬上級長官之命令。而為執行職務之行為。例如司法警察。受持檢察官之拘票。而執行拘捕人之職務。行刑人奉有檢察官執行死刑之命令。而執行絞決

人之事務。監獄官依奉檢察長執行徒刑之命令。而執行監禁人之職務。拘捕人、絞決人、監禁人。在形式上亦可爲犯罪之事實。因係基於長官之命令而行者。則成爲職務的而非私擅的矣。故不處罰也。蓋下級公務員之職務上。有執行所屬上級公務員命令之義務。若所依之命令、依法令上爲發令人與受令人之職務內事項。則其執行命令之行爲。雖直接爲依命令之行爲。間接仍爲依法令之行爲也。故亦爲客觀的刑事無責任之一原因也。

二

第一 本條立法例。亦爲依法令行爲之一種。故在暫行律上。係包括於依法令行爲之內。本法係倣意大利、荷蘭等國立法例而專設爲一條。以本條之行爲。爲間接基於法令者。與直接依法令之行爲。其性質上究有不同之點也。

第二 依上級公務員命令之職務上行爲。刑法所以認爲無刑事責任之一原因者。以其行爲係基於上官之命令也。若係依據上官非法命令之行爲。其行爲亦得爲職務上合法之行爲與否。則當以服從命令之範圍爲先決問題。關於此問題。各學者所持之理由。亦不一致。(

甲)說、謂下級公務員對於所屬上級公務員。有絕對服從之義務。故上級公務員之命令。對於下級公務員實有強制之權能。下級公務員惟有依其命令而行之職務。絕對無審查其命令合法與否之權能。故依所屬上級公務員命令之行爲。無異爲基於強制而不可抗力之行爲。其行爲祇能視爲發令者之行爲。而不能視爲受令者自由意思之行爲。故其行爲當然無責任。(乙)說、謂下級公務員。對於自己之職務。固有審量之權。對於上級命令之形式與實質之合法與否。亦絕對有審查之責任。否則上級公務員命其爲叛逆。將服從之而爲叛逆之行爲而不負其責任乎。且下級公務員對於上級公務員。僅有階級之高下。要之同爲有遵守法令之義務與職權。故下級公務員。對於遵守法令之義務與職權範圍內。不能因上級命令而遂致喪失其自由。因法律效力。尤優於上級命令之效力。上級命令。實無變更法令之權能也。故依上級命令之行爲。若缺乏上項之條件。則非係法令上之職務行爲。仍不能依據本條之法例而冀免其責任也。(丙)說、謂下級公務員對於直屬上級公務員之命令。於命令之形式。是否合法。及命令之事項。是否屬於自己職務之範圍。有審查之必要。若命令之

實質上是否合法。則下級公務員。無審查之權能。因解釋法令之實質。係發令人之上級者、及發令人、依據法令所賦予之職權。而非受令者所有之職權。故若命令具備合法之形式。而命令所指之事項。亦屬於自己職務之範圍。則受令者惟有依其命令而為職務上之行爲。其實質之合法與否。於受令者之行爲。不生如何之責任也。例如教育廳或財政廳長官。命令兼理司法之縣長爲殺人行爲。此非發令者職權範圍內之行爲。其命令之形式上。當然爲不合法。又例如審判長命令承發吏爲執行死刑之職務。此非發令者職權內之行爲。而又非受令者職務內之行爲。其命令之形式上亦爲不合法。若對於上項之形式上不合法命令而亦依命令以爲執行。則不能認爲係本條之行爲。又例如檢察官命令司法警察爲拘捕犯罪人之行爲。司法警察領受有正式拘票。自當依其拘票之內容。執行其拘捕之職務。其被拘人是否爲犯罪人。則爲拘捕之實質上問題。司法警察即無審查之職權。亦不負其合法與否之責任。此爲丙說所主張。係從甲乙兩者之見解。爲折衷之認定者也。依前大理院判例。亦係採用丙說者。吾人之見解。亦以丙說爲宜也。

依上述理由。則上級公務員。依其命令之權能。利用下級公務員以實行其非法之行為。上級公務員。因為間接之正犯。下級公務員。若明知其利用、而亦為服從命令之行為。其行為亦不能謂為本條之職務行為無疑。蓋無論何項長官。當然無違法之職權。亦無論何項屬員。當然無被利用為違法之義務。職權外之行動。與義務外之服從。要之同為非法之行為。則自當負共同之責任也。例如檢察官利用指揮司法警察之權能。命令司法警察為擄掠婦女之行為。此命令之顯然為違法。與顯然為利用。毫無疑慮之餘地。若依其命令而為之執行。自不能藉口為依所屬公務員命令之行為。而不負擔掠婦女之共同責任也。

三

前大理院判例 查服從長官之命令。必其命令在職務權限之內。始生服從之義務。至濫私仇殺人之行為。不在職務權限之內。乃明知之而聽從實施。自應負殺人之刑責。(上字九七號)

又 據無效力之批以殺人。仍不得為依法令執行職務。實構成刑法上殺人罪。(上字一八二號)

又馬明旺受馬燮元之指揮。將李開明管責致傷身死。即屬共同正犯。原判馬明旺迫於長官之命令。對於所生之結果不負責任。似不無曲解。蓋長官命令。雖有服從之義務。而不合法命令則否。矧第十三條(指暫行律)所稱故意者。係對於過失及無意識之舉動而言。馬明旺雖迫於長官之命令。何致遽喪失其自由之意思。其管責行為。不可謂非故意。(上字一) (二八號)

【註】右判例意旨。(1)謂對於長官不法命令。無服從義務。(2)謂雖迫於長官之命令

。不致遽喪失其自由之意思。故其行為不得為非故意。然按以近今事實。則右判例第(2)項之論斷。亦有不盡然者。尤其在軍隊中之屬官。以服從為天職。對於長官命令。無論其是否合法。在事實上若有不服從之行為。則立即當受過量之懲治。如右例馬明旺與馬燮元若係軍職隸屬關係。則馬明旺若不受馬燮元之指揮而管人致死。則馬明旺自身亦非絕對的不能遭顯戮之刑。故亦非絕對的不致喪失自由意思。是當審察實際情形。在馬明旺受馬燮元指揮管責李開明致傷身死之當時。有無可以致喪其自由意思之原因。而未可遽以普通事理為懸斷者。特馬明旺若

第一編 總則 第四章 刑事責任及刑之減免

實有喪失其自由意思之原因。亦不能謂爲係依法令之職務行爲。而祇可謂爲緊急避難行爲。當引暫行律第十六條（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）（本法第三十七條）處斷。而不能依該律第十四條處斷也。

又 上告人於飭令鎗斃余安和一節。藉口貴州省長。准其擇尤槍斃烟犯之通令。以爲解除刑責之理由。本院查裁種罌粟。刑律已有處罰明文。當然有支配全國之效力。至地方行政官廳。僅有依法禁種之責。并無另定罰則之權。無論該省行政長官有無此項通令。既與刑律抵觸。依命令不得變更法律之原則。自無優越之效力。且此種違法命令。依官吏服務令第二條第一項。下級官吏。亦無服從之義務。（上字五
六四號）

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爲。不罰。但防衛行爲過當者。得減輕或免除本刑。

本條之要旨。係規定關於防衛自己或他人之權利行爲。即學說上所謂正當防衛權。權利所有者。在法律範圍內。具有不可侵權。故當有不法侵害相加時。不可不有防衛之手段。惟防衛意義。係對於侵害開始之瞬間。以手段排除之。使權利不至於受侵害。若在已受侵害後。則當訴諸公力、以謀回復。非防衛範圍矣。故法律以現在不法之侵害爲限。認私人以腕力爲防衛之行爲、爲正當。對此種行爲。亦爲刑事無責任之一原因。但防衛係以排除侵害爲目的。其排除力之程度。自當以能達到排除之目的爲止。若超越排除之正當程度以外。則超越程度之行爲。又成爲侵害他人權利之行爲。亦爲法律所不許。特防衛人當事變倉皇之際。對於防衛程度。容有無暇細爲評量者。故法律對於防衛過當之行爲。其所定刑事責任範圍。甚爲廣漠。聽裁判者審察當時情形。及其認識之程度。以爲裁量。此本條但書之例義也。

二

第一 本條立法例。東西各國。在原則上、均大體相同。但法律文理及防衛之範圍。不無

略有差異之規定。我國舊律。亦有格殺勿論等例。散見於姦盜各條中。亦屬正當防衛意義。特為狹義的而非廣義的。至民國暫行律。其規定遂與本法同。但於防衛過當者、僅有得減之規定。而無得免除本刑之規定。本法以防衛過當行為。若其過當之程度甚輕。在行為時因急不暇擇。而視為未過當者亦往往有之。對於此項輕微之行為。或無認識之行為。亦為防衛倉猝時所不能免者。若一律須科以罰。未免失之太苛。故本條增入或免除字樣。洵為允當。

正當防衛之範圍。各國立法例。有於文理上附以狹義的條件者。有於條文後附以防衛方法之準則者。如日本刑法。從其條文之文理解釋。則防衛行使之條件。(一)須於急迫不正之侵害。(二)須在不得已之場合。換言之。即除以腕力防禦外。他無可逃免之場合。故日本學者稱正當防衛為緊急防衛。以表示防衛事項之發生。須在緊急場合。方有正當防衛權。又印度刑法典、於法文內規定防衛行為中得為殺傷之制限。即(甲)對於有加害生命危險、及其他重大傷害危險之暴行人。或以非法、猥褻、及賂誘、賂取、私禁為目的之暴行人。

則得予以殺傷。對於其他暴行人。不得爲殺傷之行爲。(乙)對於行使財產防衛權者。限於強盜、及夜間侵入家宅。或竊盜有放火及足生其他重大危害之暴行者得予以殺傷。對於其他暴行人。不得殺傷。又英國刑法、於正文外、亦附有一定之標準。即(A)對於他人之侵害程度、能直令自己有喪失其生命、及必受重大傷害之危難時。得即時殺傷其侵害者。以爲防衛之手段。(B)(1)於自己住宅內。(2)於自己履行法律義務之際。(3)基於法律而行使其權力之際。若在上述場合受不法之侵害時。得爲防衛自己起見。隨其侵害之緩急。施以適當之腕力。以上各法例。日本則須在危害迫切、無法避免之場合。方認爲有正當防衛權。印度與英國。則以因防衛所生之損害。與侵害者所生之損害。其程度須爲相等。此爲防衛權之條件。近今德國、奧國、瑞士等刑法改正案。則適與以上各例相反。僅抽象的規定於正當範圍內、行使其防衛行爲。卽認爲適法。日本學者間。近亦有以此項狹義的規定、爲不適於法律上保護權利之原則。而贊成德奧等國之新例。希望該國立法者加以注意者。本法亦係不採用狹義制及條件附制者。第二次修正案理由書、大旨略謂、正當防衛

。各國皆以不法之侵害爲限。既屬不法。卽未至不得已時。亦得防衛。與次條緊急狀態之行為不同。就日本刑法而論。對於不法侵害。須待至不得已時。方可予以防衛。事實上既有所不能。而於立法者保護法益之意。亦有所未盡云云。故本法亦與德與瑞改正案及其他多數國之例同。凡遇不法之侵害。卽得爲正當防衛。於防衛之程度。但分別適當與不適當。無其他條件附之必要。其義例尤爲精確也。

第二 正當防衛權、在法律上之根據。學說亦不一致。或云正當防衛權、非基於成文之法律。而爲一種之自然的法律。然一切權利之淵源。何一非基於社會自然之法則。其意義殊失之廣泛。或云、爲不法之侵害者。其侵害人自身已失其法律之保障。故對之加以防衛之腕力。於法當然無責任。爲此說者。就本條卽有可批難之點。侵害人自身、若完全失其法律之保障。則防衛者可施以任何之手段。在法律上、當不能認爲過當。但本條但書之意義。實認過當之防衛。爲已達於侵害其侵害人權利之範圍。是但書之規定。卽所以保障侵害人之自體也。且若從其說而僅偏重防衛者之權利。勢將啓防衛者以過當之漸。則此說亦甚

不足取。或又云被侵害者、因當時迫切危害。已入於緊急狀態。而失其意志之自由。法律對於無自由意志之行爲。當然不處以罰。此說係將正當防衛、與緊急避難。混而爲一。已失正當防衛之真義。或又云、正當防衛權。其根據係直接於權利之本能。蓋權利之所有者。在法律之範圍內。實賦有不可侵害之權力。當受侵害時。自應有其救護之本能。法律上所以許其有防衛權者。是權利之本質然也。余亦主張此說者。蓋權利所有者。對於其權利被不法之侵害。應有自衛之權力。因受不法侵害而行使其正當之權力。故應不負刑事之責任也。或有持反對之說者。謂在法律之一般場合。於不法之侵害。自可訴諸公力以求相當保護。若以私人腕力以盡防衛方法。恐適足以妨害社會之秩序。然公力之性質。固爲預防犯罪之作用。特公力作用之實施。須在預知其侵害行爲之將發生時。或侵害行爲之已表現後。始能覓其作用之效力。若於侵害行爲現在之瞬間。被侵害者既無訴諸公力之機會。法律上自不能認定被侵害者祇有束手受縛之義務。而禁制其自行防衛之行爲。抑更有進者。在法律上若不認有正當防衛權之存在。則遇有上述之場合。法律對於自身所賦予人之正當權

利。無異於自身上削弱其保護效能之一部。反以促進不法侵害者進行之力量。迨至侵害行為、已底於完成時。始為回復權利之救濟。微論在回復救濟期間。被害者與國家間。均已受無形上之不經濟。而權利之性質。亦有於被侵害後。絕無回復之可能者。如人死不可復生。物毀不可復合。被焚者不可復反其本質等例是也。則個人方面、及社會方面、之損害程度。及社會秩序之不安程度。當較持反對說者所顧慮之限度為尤大矣。故對於權利受不法之侵害時。權利自體上所為之防禦活動。當然為法律所必許也。

正當防衛權之意義。已如上述。然有謂正當防衛權、為個人防衛權者。其定義未免過狹。蓋法律并認許對於他人權利、亦有正當防衛權也。此種防衛權、在法律上之根據。依余之意見。則為基於義務的。國家認許私人之防衛權。一面係於一定之場合。承認私人有自救權。一面係於一定之場合。承認自救權為輔助公力之不及。同一國家之人民。即同有輔助公力之義務。法律上固亦認許其有執行義務之權能。如法律對於普通人、承認其有逮捕現行犯之權能同。在行使逮捕方面言之。則為權力。在輔助公力方面言之。則為義務的。

同一意義。對於他人之權利防衛行為。從行使防衛方面觀察之。則爲權力的。從輔助公力方面觀察之。則爲義務的。故紐約刑法上、關於正當防衛之規定。則條文上明白揭示爲防護自己、及自己有保護義務之他人之行為云云。則對於他人權利之正當防衛權。其在法律上之根據。係基於義務的。法律因其具有此項義務而賦以此項權能。益足以證明而無所用其疑慮矣。

第三 正當防衛權之成立。依本條之文理觀察之。須具有如左之要件。

(A) 現在之侵害 侵害之意義。即甲方侵入乙方權利之領域、而加以損害之謂也。無侵害事實之發生。即無防衛權利之可言。但侵害之加臨。被侵害者、須在侵害之現時。爲有正當防衛權。若在侵害將臨。或預想其有侵害之將臨。而未開始侵害時。有被侵害之虞者。僅得以他項方法、或訴諸公力。以爲預防。不能即因其想像上之推斷。遂直接施以腕力之對付。若在已受侵害以後。則僅有回復之問題。與懲戒之問題。而無防護之問題可言矣。回復與懲戒。其權屬諸公力。若私人猶以腕力相報復。則爲復仇行為、而非

防衛行為矣。故法律僅限於侵害之現在。認被害者爲有正當防衛權也。但現在之界限。究以何時起、卽爲現在。何時止、卽不爲現在。在學說上亦紛紜不一致。有謂在侵害之將開始時、與將終了時。均不能謂爲現在。須在開始後與將終了前之中間時期。方可謂爲現在。有謂此兩時期均可謂爲現在。然開始與終了之界限。又當以何爲標準。學說上亦聚訟未已。究之均係事實問題。不能成爲法律問題。因侵害之事實萬殊。若於侵害之將臨。除早爲迎擊外。必無可以避免之途。卽將開始而未開始時。亦可視爲現在也。例如人已舉槍向我作瞄準勢。特未照準及扳機時。我除預爲迎擊外。則俟人已扳動槍機時。已無迎擊之機會。則在人舉槍瞄我時。卽可視爲侵害之現在也。又如人持鐵鎚毀我之建築物。已舉鎚而鎚尚未接觸及建築物。則雖舉鎚時。仍不能視爲侵害之現在也。若以火燬我之建築物。則舉火時卽可視爲現在矣。又如雖在侵害終了以後。若仍有繼續侵害之狀態者。仍可不視爲終了。例如行竊者於行竊已畢。雖已成爲終了。然若在竊所而仍懸懸有積竊之情況者。則仍可不視爲終了、而視爲現在也。總之事實紛異。要當隨各種場

合以爲判斷。不能以抽象的定其界說也。

(B)不法之侵害 正當防衛之對象。須爲現在之侵害。然現在之侵害。尙須係出於不法者。不法者、卽違反法律之謂也。若侵害雖係現在。而其侵害或係由於依法之逮捕。或係由於依法之懲戒。或係由於互毆。或係由於其他之適法行爲。則被侵害者仍不能主張正當防衛權也。但關於不法之問題。有主觀說與客觀說之不同。主觀說、謂不法之行爲。須爲法律上有責之行爲。若未成年入、心神喪失人、及無故意與過失之行爲。皆不能以不法之侵害行爲論。客觀說、謂不法乃客觀的關係。與主觀的要素無關。無責任能力人、及無意思責任人之行爲。均可爲不法之侵害行爲。余以爲主觀的責任問題。係行爲之責任問題。非行爲之權利問題。故責任無能力、與意思無責任之行爲。在刑事上第一不負何種之責任。非具有加害他人之權利也。正當防衛行爲。爲權利保護行爲。爲因保護權利而排除無權者之侵害行爲。故對於一切無權者之侵害。卽視爲不法之侵害。無論其行爲在刑事上是否有責。均在正當防衛之範圍。所以正當防衛、爲客觀的刑事無責任之

原因。其被害防衛之行爲。當然爲客觀的之關係。無論爲未成年者、心神喪失者、及無故意與過失者之行爲。均得爲正當防衛內之不法侵害行爲也。近今各學說及各立法例之精神。對於此項問題。均係主張客觀說者。如印度刑法典。則并以明文規定云、「對於年少者、或理解力未成熟者、精神障礙者、酗酒者、或出於錯誤之諸種不構成犯罪行爲。亦得爲正當防衛」。其立法的解釋例云、「甲於發狂中爲殺乙之行爲。甲雖無犯罪之責任。乙對甲仍有防衛權」。我本法雖無明文之規定。然其立法之精神。亦爲採客觀說者也。

(C)出於保護自己或他人權利之適當行爲 權利者、即包括生命、身體、自由、名譽、財產、等之總稱也。凡關於生命、身體、自由、名譽、財產。均可爲被保護之目的物。在受不法之侵害當時。法律許其有防衛權。惟行使防衛權。須以保護爲目的。於保護其所被害之權利範圍內。施以相當之手段。能使權利不受侵害而止。方爲正當。蓋保護者、即排除侵害之意味也。若以報仇之意思。乘自己或他人權利被侵害之機會。對於對方

施以過量之打擊。則不能視為出於保護之行爲。例如他人以刀將砍壞我之器物。我即以刀砍傷他人之手。不能認為出於保護器物之行爲也。又如乳母不予嬰兒以乳食。致嬰兒已瀕於餓斃。乃藉口保護嬰兒。將乳母殺死。殺死乳母之手段。非足以免除嬰兒餓斃之手段。是其殺死乳母之行爲。不能認為出於保護嬰兒權利之行爲也。蓋保護之手段。須於被保護之權利、其性質上、及其程度上適合。非定須加害他人之身體。方能達到保護之目的也。故非以正當之目的與適當之手段。仍不能成立正當防衛權也。

第四 正當防衛權之廣義。關於正當防衛權。尙有可爲說明之諸問題。(1)侵害之原因。係由被侵害者所誘起者之問題。(2)因防衛所生之損害問題。(3)防衛權者之身分問題。關於第(1)問題。在學說上有認為完全無防衛權者。有認為完全有防衛權者。依余之意見。當分誘起侵害者之意思以爲斷。被侵害者於誘起侵害之原因時。若有利用其侵害、以圖遂行其加害侵害者之陰謀。例如意圖殺害他人。乘他人正在瘋狂中。故意引動瘋狂者加侵害於自己之身體。乃乘此機會主張防衛權、遂將瘋狂者殺斃。此非出於防衛權利之行爲。

不能認爲有正當防衛權之存在。反之若僅有挑撥之行爲。而無利用其侵害之意思。如前例甲於乙正在瘋狂中。因與之戲弄。致乙有加害甲身體之動作。在此場合。乙之侵害行動。雖由於甲之挑動。然甲仍得有正當防衛權。故防衛權過當時。被防衛者對於過當之部分。亦仍有正當防衛權。卽與此同其旨趣也。關於第(2)問題。侵害者所加於被侵害者之損害。與被侵害者因防衛行爲所加於侵害者之損害。其程度若不相等時。有主張須以損害程度相等爲防衛之適當。否則爲過當。有主張不論損害程度之是否相等。但論其防衛之手段、與防衛之目的適合者爲正當。若所施之手段、超過防衛目的之範圍。則爲不適當。例如防衛之目的爲一瓦釜。而他人以水晶質之椎以爲擊毀瓦釜之用。防衛者若於必要之情形。須擊毀其水晶質之椎。始能保全其瓦釜。則雖擊毀其水晶質之椎。亦不能因雙方損害之價值爲不相等、而謂爲過當。反之若竟砍斷他人之手。則爲過當矣。余亦主張後說者。關於第(3)問題。例如尊親屬侵害其卑親屬之權利。與官吏侵害人民之權利。被侵害者是否有防衛權。依余之意見。祇問侵害者是否合法。如侵害者之行爲出於非法。則無論被侵害者之

身分如何。與侵害者之身分如何。均有正當防衛權也。

三

前大理院判例 行使正當防衛權。非有不正侵害在間不容髮之際。舍此別無排除之方法者。不得濫用。若其侵害已過。卽不成防衛問題。(上字四) (二一號)

又 甲意在行竊。本非行竊。乙誤認爲賊。以防衛財產之目的。致將甲毆傷。自應依第十五條(暫行律規定防衛權條)之例。宣告無罪。(上字八) (六號)

又 被人竊去牛隻。聞聲驚覺追逐。瞥見賊人避入廟內。卽向開放一槍。賊人卽行斃命者。方其持槍追賊之際。該賊已棄賊而逃。避入廟內。則所謂不正之侵害業已過去。仍然開槍轟擊。自無防衛之可言。且槍能殺人。本所預見。而持以擊人。卽對於殺人之結果。具有完全之認識。故應論以故意殺人罪。(上字一〇) (〇七號)

又 被人不正開放已田之水。阻止無效。而將其人綑縛者。不失爲防衛。(上字一) (四六號)

前大理院解釋例 甲乙二兵。入民家強姦婦女丙。其一正行姦時。爲丙與夫丁格斃。其一

爲丁一人在姦所外格斃之。後由丁約同父戊婦丙。將兩屍遺棄山溝。匿案未報。查丙丁在姦所格斃一兵。均係正當防衛。應不爲罪。祇能就其遺棄屍體科斷。丁又在姦所外格斃一兵。須查明有無防衛或防衛過當情形。方能定斷。(統字八) (一六號)

又 互毆不得主張防衛權。如果一方初無傷人之意。防衛情形復極明顯。仍以正當防衛論。(統字九) (九五號)

最高法院判例 因口角互毆成傷。不能證明係他人先行侵害。尙有何防衛之可言。(上字三) (八四號)

又 被害人擊毀壽簪。本基於事前贖田之成約。則被告不能認爲侵害。而主張防衛權。(上字四) (八一號)

第三十七條 因救護自己或他人生命身體自由財產之緊急危險。而出於不得已之行為。不罰。但救護行爲過當者。得減輕或免除本刑。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。

本條之要旨。係規定關於救護自己或他人之生命、身體、自由、財產上之緊急危險。迫而出於不得已之行為。即學說上所謂爲緊急避難行爲。例如人猝遇火災。奪門闖逃。因推跌他人陷身火窟。又如猝遇強盜以死傷相脅迫。不得已而有幫助盜劫行爲。又如因救火而拆毀火發處左右鄰之屋之一部。以斷絕其火勢蔓延之行爲。及凡迫於外界不可抗力之強制行爲。其行爲係出於救護危難。則法律不責人以所不可能。故與前條正當防衛、同認爲客觀的刑事無責任原因之一。特正當防衛、係排除他人不法之侵害。其行爲即爲權利行爲。緊急避難、係迫於救護驟然之緊急危險。不得已而侵害非不法之他人。其行爲特爲放任行爲。故正當防衛行爲。其範圍較廣。緊急避難行爲。僅以關於生命、身體、自由、財產爲限。且爲出於不得已之時。方爲法律所容許。如前所舉各例。雖爲關於生命、身體、自由、財產之緊急危險。然若有其他可以避免之機會。而仍有上述侵害他人之行爲。則仍不能謂

爲法律之所許也。

緊急救護行爲。其行爲之結果。係侵害非不法之他人。則救護所施之手段。必當與救護目的之性質相當。例如因救護生命緊急危險。致侵害他人之生命。其救護手段、尙未逾分。若因救護身體傷害之緊急危險而致侵害他人之生命。其救護手段卽爲過當矣。又如因受生命危險之強制。致損害他人之財產。其損害程度則爲相當。若因受財產危險之強制。致損害他人之生命。則其損害程度爲過當矣。凡此手段過當、與所生損害程度之不相若。均爲救護行爲過當。法律上當然仍予以處罰。但人當事變倉遑。急不遑擇。衡其情事。亦有可原者。法律上仍予審判官以裁量之餘地。俾得爲減輕或免除本刑之處置。使適當其平也。緊急避難行爲。係對於無義務之危難。法律上始容許其有避免之行爲。若因公務上或業務上有特別義務者。如軍人之冒險衝鋒。船主之於船將覆溺時。均有特別義務。不能適用緊急避難之理由。而先他人爲逃免之行爲也。

第一 本條規定事項。與暫行律有廣狹不同。暫行律第十六條。關於危險事項。無列舉之規定。其範圍較廣。本條則以危險事項（生命、身體、自由、財產。）列舉於明文。其範圍則非漫無限制。又暫行律關於救護行為。無得代他人為之之明文。而本條則以救護自己與他人并列為規定。其範圍又較暫行律為廣。暫行律十六條之但書。無得免除本刑之規定。本條增設之。綜觀新舊立法例。本條之新規定。實有較詳審之點。蓋緊急避難。非如正當防衛之以違法侵害人為對象可比。其對於侵害者以外之第三人之法益。似保全自己或他人法益之故。致有予以侵害之行為。則其行為之適用法律範圍。自必有嚴格之限制。故必列舉關於生命、身體、自由、財產、之屬於重大事項。始容許其得以犧牲第三者之法益。以為緊急救護之行為。在明文列舉以外之事項。及不關緊急事項。當不許其以緊急救護為理由。致容易蹂躪第三者之利益。此於衡情酌理之中。仍有預防流弊之意。近世多數國立法例及改正案。均寓有此項趣旨也。至代他人而為緊急救護之行為。亦與救護自己之規定相等。則本條係採用日本新刑法、及德國一九一九年刑法改正案、又意大利一九二一年改正

草案、各法例者。德國刑法改正案、稱救護自己、爲緊急避難。救護他人、爲緊急救助。日本舊刑法、則以救護自己及親族爲限。其親族以外之他人。則不在規定之中。在一般情理上言之。緊急避難行爲。既非抵抗不正之侵害。又係侵害無辜之第三者法益。無關係之他人。當予以緊急救助時。其行爲之手段、自當有所區別。例如爲救護他人之生命、而破毀第三者之財物。則爲緊急救助之正當行爲。若爲救護他人生命、而被毀第三者之生命。則雙方均係生命。救助者又何所用其軒輊。然就各立法例及本條之意旨觀察之。則法律對於緊急救助行爲。原非保護之意旨。特對於兩種法益不能并存時。但於不超越相當損害範圍內。其雙方之制勝如何。存廢如何。法律惟有放任之而不加以處罰而已。故不問爲救護自己或他人之行爲。皆可予以默視。且事實上若毫無關係之他人。亦無以犧牲一方面以救助一方面之舉。若其救助之舉。另含有報復私仇之意義。則其所予他方以犧牲之行爲。在法律上則非本條範圍內之行爲矣。

第二 緊急避難行爲之成立。須具備如左之要件。

(A) 危險之要件。

(一) 緊急危險 卽禍起倉遽。未能預防。及危難迫切。正當現在之際。若可預知之危險。及已過去之危險。均不能爲緊急之原因。卽不能成立緊急狀態。

(二) 自己或他人生命、身體、自由、財產之緊急危險 雖危險已達於緊急狀態。然非關於生命、身體、自由、財產之各重大事項。仍不能成立緊急之原因。卽亦不能因救護行爲。致損及第三者之法益。

(三) 危險之加予。有不可抗之強制力。不必係不法之侵害。(此與正當防衛相異之點)

例如緊急避難對緊急避難。雙方之侵害。均非不法行爲。雙方之救護行爲。均爲緊急避難行爲。又如受他人不法之侵害。卽可以腕力與之抵抗。若其侵害已達於不可抗力之強制程度。致有加害於第三者以爲救免之行爲。其行爲亦不爲非法。然前者之抵抗部分。則爲正當防衛行爲。後者之侵害第三者部分。則成爲緊急避難行爲。換言之。則前者之危害。爲防衛之原因。後者之危害。爲緊急之原因。例如甲猝遇乙之強暴

脅迫。令其殺傷丙。在此時若甲尚有與乙抵抗之力。則甲可對乙爲對等之強暴抵抗。而可不殺傷丙。此則爲甲之正當防衛行爲。其乙對甲之強暴侵害。則爲乙之防衛原因。如甲對乙之強暴力。已居於不可抗之被強制地位。則甲不殺傷丙。乙必殺傷甲。甲此時因受此不可抗之強制而失其自由。遂致殺傷丙以圖自救。則甲爲緊急行爲。而乙所加於甲之強暴強制。遂成爲緊急之原因。反之丙對於甲之侵害。因甲係緊急行爲。不能成爲防衛之原因。僅成爲緊急之原因。丙對於甲予以腕力之抵抗。則成爲緊急避難行爲。而非正當防衛矣。此緊急之危險狀態。與防衛上之危險狀態不同之點也。於此有一問題焉。卽對於瘋狂者之危害。與對於猛獸之危害。其危害之狀態。屬於防衛上之侵害乎。抑屬於緊急狀態之危險乎。學者議論不一。有謂瘋狂者與猛獸。同爲無知識之動作。卽同爲緊急之狀態。對於瘋狂者與以抵抗。與對於猛獸與以抵抗。同爲緊急避難行爲。有謂瘋狂者爲人。而猛獸爲物。不能以人與物同論。瘋狂者之加害行爲仍爲防衛上之侵害。猛獸之加害動作。則爲緊急之危險。對於瘋狂者之抵抗行爲

。爲防衛行爲。對於猛獸之抵抗行爲。爲緊急行爲。有謂瘋狂與猛獸之加害。同爲防衛上之危害。對於瘋狂者與猛獸之排除危害行爲。同爲防衛行爲。而非爲緊急行爲。然防衛行爲之對象爲不法之侵害。緊急行爲之對象爲不可抗力之危險。其加危險者之是否出於不法。不生關係。瘋狂者之加害行爲。法律雖不加以刑罰。然不能謂爲放任行爲。其行爲既係出於人爲。則不能與獸類同視。仍當視爲防衛上之侵害行爲。猛獸之動作。原與法律無關。其加害於人之動作。祇能視爲緊急危險。人雖直接對之施以反擊。其形式上似於防衛。而實質上仍係緊急避難行爲也。

(四)危險之原因。非可歸責於自己者。蓋緊急之危險。以偶然的爲要件。如天災地變及人爲之不可抗力之危險是也。若自己因故意或過失之行爲、所引起之危險。其危險非出於偶然的。卽不能成爲緊急之原因。亦不能因救護此種危險而嫁害於他人也。關於此問題。德國刑法改正案、及意大利刑法草案。并有明文規定也。

(五)危險之加臨。非出於法律上正當之要求。例如依法律判處死刑。及查封財產處分

。其被執行死刑、及被查封財產之人。雖亦爲身被危害之強制。然不能謂爲緊急之危險。而有以私力救護之可行也。

(B) 因救護所生加害行爲之要件。

(一) 必在不得已之時 緊急避難之加害行爲。其加害之客體。非直接對於予以危害者。而爲對於予以危害者以外之第三人。故其加害之行爲。非在危害緊迫。無他法可以避免之時。不得已而出於損人以利己。或損害此一方面以救助彼一方面。則不能成立緊急避難之理由。非如正當防衛。係對於直接發生危害之人。不必在不得已時。亦可予以反擊也。

(二) 係對於第三者之行爲 正當防衛行爲。爲對於侵害者施以反擊。緊急避難行爲。爲對於第三者加以侵害。故若係直接對於侵害者而反加以侵害。則爲防衛上之抵抗行爲。而非緊急避難行爲矣。然對於緊急避難行爲之緊急避難行爲。及如前例所舉對於猛獸之反擊行爲。則爲直接對於侵害者。而亦爲緊急避難行爲。此爲例外者也。

(三)緊急行爲之範圍 加害行爲、爲救護之手段。其手段以能達到救護目的爲限。其加害所生之損害程度。當與危險狀態所可生之損害程度相當。例如因救護水災。若僅開掘他人之堤口即足以宣洩水患者。而必毀敗他人之全部堤岸、則爲過當矣。又如救護財產而致殺死他人生命。救護少數財產而必損害他人多數財產。則亦爲過當也。其過當行爲。均非緊急避難範圍內之行爲矣。

第三 法律認容緊急避難行爲之理由。學說上亦不一致。主張主觀說者、謂人當事變倉皇之際。已喪失其意志之自由。對於外界之行動。已無選擇能力。故緊急避難行爲。在法律上亦爲責任無能力之行爲。故亦爲刑事無責任之原因。主張客觀說者、亦有數派。其最有研究之價值者。(1)說、謂緊急避難行爲。亦爲私力救濟行爲。法律所賦予人之權利。法律保護之力有所不及時。不能不認許人有私力救濟之權。故當緊急危險時、爲保護權利起見。對於第三者之加害行爲。實爲其緊急權利。(2)說、謂緊急避難行爲。非權利行爲。亦非適法行爲。特法律於特別狀態之下。當雙方權利不能完全保護時。不得已而惟有任聽

其一方侵害他方之權利。以爲保全其一方之權利。而不加以刑責。并非保護其一方有侵害他方之權利。而認他方之權利、有應當消滅之理由。故因緊急避難、所加於他人之損害。在刑事上雖判決無責任。在民事上、則仍負損害賠償之責也。依余所觀察。緊急避難行爲者。當其侵害他人之法益。以救護自己之法益。實出於本人意志之決定。不能謂無意志與選擇之自由。且在救護他人之法益時。其對於侵害第三者之行爲。更不能解爲喪失其意思力之自由也。余素贊同以緊急避難爲客觀的刑事無責任之說者。對於主觀的責任無能力之說。當然不能認爲有成立之理由。至客觀的第一說、謂緊急避難爲緊急權利。此不第與正當防衛相混。亦非緊急避難之本質上正當之意義。要以客觀的第二說爲合乎法律之真諦。蓋舍身取義、與損己利人之舉。本爲最高尚之道德。然爲世俗人所難能。法律上不能以社會一般所難能之道義。懸爲規律。故對於復仇主義之私力救濟。則當然爲法律之所不許。對於被不可抗力之危難強制、而爲私力救濟之行爲。則惟有默許而不加以刑責。若因不加刑責之理由。卽謂法律對於此種之自救。係明認爲一種權力而特加以保護。則殊不敢附和

其說也。

三

前大理院解釋例 富戶某甲。與強盜乙丙鄰居。乙丙會擄一事主藏於家。希圖勒贖。當夜該事主逃至甲家求救。甲懼其脫逃禍恐累己。遂通知乙丙、復將事主捉回。甲之行爲。自係幫助勒贖。然若有刑律第十六條（即緊急狀態）情形。應依該條不爲罪或減輕其刑。（統字五號三八）

又 被匪脅迫入夥。如果顯係喪失意思自由。應不爲罪。（統字一四七號）

第二十八條 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。

一

本條之要旨。係獎勵犯罪者自首之規定。自首者、即犯人於犯罪後。在未經公務員之檢舉

。及被害人、告訴人、或有請求權人之告訴以前。而自行首告於該管公務員、或告知被害人、告訴人或有請求權人、因而告訴於該管公務員、受裁判之謂也。人於犯罪後即願自首受裁判。是其人尙知尊重法律。必無重大惡性。且足以減免官署偵查之繁難。故在刑事政策上、及司法經濟上。均有減等與獎勉之必要。此本條之所由規定也。

一一

第一 本條之立法例。在暫行律上係分定於該律第五十一條及第五十二條。本法則併合規定爲本條。而自首人之範圍亦比較的擴張。查第二次修正案理由書云。原案第五十一條第一項規定、一罪未發覺而自首。第五十二條規定、一罪既發。別首未發餘罪。本案擬併作一條。爲本條第一項。又原案第五十一條第二項。犯親告罪、而向有告訴權之人首服、受官之裁判者、亦同。修正案(指民國四年法律編查會案)改爲向被害人自首、而受官之裁判者、亦同。未具理由。殆欲擴充自首之範圍。而不以親告罪爲限。我國警察。及偵探犯人各機關。多未設備。擴充自首。俾罪有所歸。用意本善。但以向被害人自首爲限。於親告

罪反形縮小。本案擬將此二義一併規定。并增入請求罪。似較完密云。本條即採用此項理由以爲規定者也。

第二 自首之要件。約有四項。(1)自己之犯罪。(2)必在未發覺以前。若已經官署發覺檢舉。或已經人告發於官署。然後認服已罪。乃屬自白。非屬自首。惟犯罪事實、雖經發覺。而犯人爲誰、尙未經人察覺。即自行出首者。仍得爲自首。(3)必向該管公務員(公務署亦同)或被害人、告訴人、有請求權人、告知已罪。所謂公務員者。例如警察署之警察人員、法院之法官兼理司法之縣長、及其他有搜查犯罪職權各機關及人員均屬之。若僅向無搜查犯罪權責之各機關或各人員告知。或向無關係之他人告知。而并無委託其代爲告發之意思。不可謂爲已有自首之表示。(4)必到官署受審判。若僅有聲明已罪之舉。而匿不到案。經官署查緝獲案、始受裁判者。亦非本條之所謂自首。以上四項具備。始可完成自首之要件。四者缺一。仍不能適用本條之規定也。

第三 自首得減輕主義。學者間亦不無異議。謂國家規定罪刑。所以維持秩紀。有罪則有

刑。爲法定主義之大原則。若因自首即得減輕。是予狡黠者以減卸責任之機會。無異於獎勵豪猾者之投機。實際上反有影響於刑事之效果。致不能收豫防之作用。殊非刑事政策所宜云。然國家設立刑罰。本爲預防犯罪。欲收預防之效果。尤在於科刑時適合刑罰之適應性。卽刑罰之程度。須適應犯人惡性之程度。故近世刑法、多採用個別主義。以爲科刑準則。亦求合乎刑罰之適應性也。自首得減輕之理由。要不外乎三項。(1)自首之犯人。可視爲有尊重法律之意識。(2)犯人之自首。可視爲悔悔之表徵。(3)社會日趨複雜。犯罪之方法。與避卸刑責之機巧。日趨離奇。狡黠者希圖卸責。多不出於自首之途。是自首者尙可認爲無重大惡性、及非有犯罪之習慣性。國家爲講求刑罰之適應。於可能範圍內、予以改悔之策勵。且可速知真正犯人及真正罪情之所在。以實施刑罰之作用。正所以圖收豫防之效果。否則藐視法律。巧於趨避者。反致倖逃法網。而尊重法權。自行首服者。反不得邀末減。亦豈合乎刑罰之適應性乎。特罪情萬變。如持異謬者所說之奸狡成性。及重大事犯。情無可原者。亦不能謂爲事所必無。故本法僅有得減之規定。使裁判者得審按犯人

必術、及犯罪情節。尚有裁量之餘地。總以求合乎刑罰之適應性而已。

三

前大理院判例 抗傳不到。後經知事用函勸誘。乃得獲案。不得謂爲自首。(二十六年上字) (二六二號)

又 自首係以犯罪未發覺爲條件。雖犯罪事實已發覺。而尙未知何人犯罪。仍屬未發覺。

(二十六年上字)
(七八號)

又 被告殺人之後。雖稱會向地方告知其事。然地方并非搜查犯罪之官吏。僅向地方告知。尙不能謂爲自首。如果當時被告有委託地方赴縣報案投審之意思。則雖地方代爲報案。仍不失爲自首。(二十六年上字)
(二二二號)

第五章 未遂罪

一定之意思活動。已完成本意思所認識之事實。爲既遂。否則爲未遂。一定之意思活動。已完成各本條所定構成犯罪事實之要素。爲既遂罪。否則爲未遂罪。就一般言之。各種犯

罪。均存有既遂與未遂之概念。然在刑法上言之。則未遂之概念。僅於故意罪中則可存在。如過失犯則無未遂之可言。蓋必有意欲然後有未遂也。故無故意之場合。僅有既遂罪之成立。(如過失既遂)若未遂罪之成立。則必於有認識之事實之場合方能成立也。

本法分則各本條。規定未遂罪須處罰者甚多。然未遂罪之實質。亦隨在各別。未遂罪之刑罰準則。亦為分則所不能具體的規定。故關於未遂罪之種類及性質。與隨其種類性質而予以適應之處分。以為分則各本條關於未遂罪刑罰之準則。自不能不有共通之規定。此本章所由設立也。

第三十九條 已着手於犯罪之實行。而不遂者。為未遂。其不能發生犯罪之結果者。亦同。

未遂罪之處罰。以有特別規定者為限。

本條之要旨。係規定關於未遂罪之概念。及未遂罪處罰之標準。凡犯罪行為之階段。在一

般情形上、可分爲四級。一陰謀、二預備、三着手、四實行。在陰謀與預備時期。其犯意尙未顯現。至着手與實行。則已入於表現犯行之領域。法律以處罰意識之行為爲原則。故於其着手於犯罪之實行。始認其有犯罪行為。其行為如已發生犯罪之結果者。則爲既遂罪。其行為而無結果之發生者。是其行為者之意思爲未遂。則爲未遂罪。結果之不發生。有由於手段之不充分。有由於他力之介入。而致失其行為之效力者。有偶然的事實之欠缺。爲行為者之所不預料者。前二者爲缺效未遂。後者則爲不能發生結果之未遂。例如舉槍擊人。槍彈發出。因未瞄準、以致未能射中。則爲手段不充分。或槍已瞄準。適被擊者疾走避免。則爲外力介入。其不致發生殺傷人之結果者。爲缺效未遂也。又如向無人之室、發槍以擊人。此爲不能發生結果之未遂也。不能發生結果之未遂、又有相對的與絕對的之區別。如前例向室以槍狙擊人。若該室本住有人在內。適射擊時無人在室。此爲相對的不能發生結果者。若該室爲無人住居之空屋。則爲絕對的不能發生殺傷人之結果也。本條所謂不能發生犯罪之結果者。指相對的而言也。

刑法上處罰犯罪。有僅處罰其有意識之行爲者。有須俟其有發生結果之行爲、始處以罰者。故未遂罪之處罰與否。須視其關於未遂之犯罪。在各本條有無處罰未遂之特別規定爲限。有處罰之特別規定者則當處罰。無處罰之特別規定者。則不能處罰也。

二

第一 本條之立法例。在各國間有德法系與法法系之不同。德法系於未遂罪之概念。不問未遂之原因、是否出於行爲者之意外。皆爲未遂罪。法法系則以因意外之障礙而未遂者、爲未遂罪。我國暫行律第十七條所規定。係以因意外之障礙。而不發生犯罪之結果者、爲未遂罪。係採法系者。本條則係採德系者。第二次修正案理由。略謂、未遂罪之定義。分爲兩派。從法國派者、爲比利時、荷蘭、意大利等國。從德國派者。爲那威、瑞士刑法準備草案、日本等國。兩派定義不同。故對於學說上所謂中止犯。大有分別。蓋未遂犯若以出於意外者爲限。則中止犯當然不能以未遂罪論。原案中止犯應處罰。則未遂罪之定義。當從德國派。以免抵觸。本條亦採此理由者也。

第二 未遂罪之成立。一爲着手於犯罪之實行。二爲未遂。可爲分別說明之。

(1)着手於犯罪之實行 着手者、即實行之開始。實行者、即着手之結果。其間本間不容髮。不過實行之初步即爲着手。着手之進步即爲實行。着手與實行。均爲行爲進展狀態之用語。要之均爲意思表示之活動。犯罪行爲之普通順序。初爲犯罪行爲之決意。因決意進而有預備。由預備進而爲着手於實行。故犯罪行爲。一入於着手於實行之界域。則有發生結果之可能矣。其已發生結果者爲既遂。其未發生結果者爲未遂。故未遂犯。當在着手於實行之後。始能成立也。

預備與着手。同爲犯意之活動。其界限有時容易相混。而關係犯罪之構成則甚鉅。法律上雖有處罰預備罪。(如內亂、外患等罪。)及以預備爲獨立罪而處罰者。(如本法第二百條)與預備亦能成立未遂罪者。(如本法第二百條第二項)但均係特殊之場合。普通原則上、則預備爲非構成犯罪之要素。故着手與預備之區別。實爲學者所當注意。然學者間對於着手與預備區別之標準。亦不一致。大別之可分爲主觀說、客觀說、常識說之三

種。主觀說、謂其行爲已至於可爲犯罪意思之確定的表現者。則爲着手。否則尙爲預備。換言之。卽就其行爲、可以識別爲犯罪者爲着手。否則尙爲預備。例如因放火而購火油。雖能謂爲放火之預備。然火油非專爲放火之用者。不能謂購火油卽足認爲放火。至以火油接觸燃料時。其犯罪之意思、可以識別矣。故謂以能識別爲犯罪意思之確定的表現者爲着手。否則尙爲預備也。依此說以爲預備與着手區別之標準。其意義終難確定。蓋以能識別其行爲爲犯罪時卽爲着手。如犯罪者於未着手以前。卽有意思之確定表示。如前例當購買火油時。卽預告人係爲放火之用。是人已可識別其確定爲放火之預備行爲。在此場合。卽可謂爲放火之着手、而可擄成放火未遂罪乎。依此解說、則凡屬預備行爲之爲人所能識別者。當皆以着手論。殊未足爲兩者實質上之區別也。至客觀者之說。則以行爲之程度、爲着手與預備之區別。其說明亦不一致。(甲)說、其行爲、對於結果尙不能有因果之關係者、爲預備。其行爲、對於結果已能生因果之關係者、爲着手。(乙)說、其行爲已接近於實行。具其程度、依普通一般之認識。爲已達於有完成具體的

犯罪事實之危險。則爲着手。否則爲預備。(丙)說、其行爲屬於實行之舉動。及直接密接於實行之舉動。總括之爲着手行爲。其以前之舉動。如計畫、及購置犯罪工具等。均爲預備。以上客觀各說。其說明之方法。雖各有不同。而其內容之實質。實大同小異。關於預備與着手之界說。雖較主觀說者爲趨於實證的。然所謂因果關係。所謂密接於實行。所謂足生具體的危險各說法。仍難謂有確定不移之界限。萬有之罪象。實不能於此數種抽象的定說。卽足爲適用上包括一切的準則。於是有折衷說者焉。(卽常識解釋說)謂預備與着手。僅爲程度上之差異。非有絕對的性質上之區別。故無論依何種之定義。均不能以之卽足解決萬有一切之場合之問題。蓋實行之着手。卽實行之開始之意味。是開始以前卽爲預備。開始以後卽爲着手。此解釋固無何種之爭議。所困難者、在如何之狀態、方爲實行之開始之判斷耳。所謂主觀說之犯意實現。究以如何之場合、卽爲實現之狀態。如何之場合則否。又所謂客觀說之接近實行之舉動。及所謂足生危險之程度。究以如何之場合、卽爲實行狀態。卽爲足生危險。如何之場合則否。要之均須隨各種之

事實以爲判斷。質言之。卽爲事實問題。又程度問題。列舉之固有所不能盡。抽象的亦實萬難包括。是須隨各事實之性質與其狀況。加以常識上之判斷。卽爲至當。至詳言之。實行之着手。卽爲實行之開始。實行之開始。卽從犯罪者一定之意思上。與基於其意思之行為上。及事實之性質上。合主觀客觀兩方面、依常識的解決其何種狀態爲入於犯罪之實行。爲接近實行之意思活動。若僅執一種抽象之定例、以爲論斷。終有掛一漏萬之嫌也。余則贊同常識解釋說也。

(2) 未遂 一定之意思活動。若已達於着手實行之界域。則必有既遂或未遂之一面的成立。既遂罪之成立。須本人之意思活動、其所發生之影響。完全構成犯罪要素之事實。未遂罪之成立。須本人之意思活動、其所發之影響。不至完全構成犯罪要素之事實。故一定之意思活動。一構成犯罪要素之事實。雖活動尚在繼續中。仍爲既遂。例如竊取他人之所有物。其物已竊取入手。正在陸續搬運。中途或被所有者、或警察遇見。因被阻截。此則爲自己不法所有之目的雖未達。而仍爲既遂。反之若正在行竊之時。而物尚

未入於竊者之手。卽被逮捕。此則爲未遂也。但一定之意思活動。有未至於終結時。因他之原因。不能至於終結者。有終結後。須遲至若干時日、始發生一定之效果者。有終結後。不發生本意思活動之一定之效果。而發生其他之效果者。第一之場合。爲着手未遂。例如見欲殺之人在前。卽舉刀追殺。適其人疾走逃避是也。第二之場合。爲缺效未遂。又曰實行未遂。如前例、已追及其人。其刀已接觸其人之肉體。其人卽遇救而未致於身死是也。第三之場合。在未發生一定之效果時。則爲未遂。至發生一定之效果時。則爲既遂。如前例、刀已入人之肉體。在當時因遇救未至登時被其殺斃。然已傷及要害。雖醫治若干日。仍至於斃命是也。第四之場合。則仍爲本行爲之未遂。如前例、刀已入於其人之肉體。其人經過救。故僅受傷害而未致於死。然仍爲殺人未遂罪。而不爲傷害既遂罪。蓋既遂與未遂之犯罪事實。雖以結果爲標準。而仍以行爲時犯人之意思目的以爲區別也。但若有過失罪之成立時。則於本行爲爲未遂罪。於過失行爲、爲成立過失既遂罪也。

一般之犯罪行為。一達於着手實行之領域。不有既遂之情形發生。即有未遂之情形發生。故多有未遂或既遂之成立。然亦有無未遂成立之可言者。蓋犯罪之構成。有不待結果之發生。即成立既遂者。(如一百〇三條之內亂罪。及侮辱罪等。)有不待着手實行。僅以有陰謀或預備、即為既遂罪之成立者。(如第一〇四條之內亂罪)故結果與着手實行有同時發生者。或不待着手實行、即成立犯罪。自無未遂觀念之存在。若為非故意之犯罪。自亦無未遂觀念之存在。蓋刑法上之未遂罪。須以有行為之故意始能存在也。

第三 不作爲犯之犯罪。是否有未遂罪之存在。學者間尙無一定之論斷。大別之可分爲三派。一說、不作爲犯、因不爲法律上所命令之行為而構成犯罪。蓋法律有命令人於一定之場合、或一定之時期。爲一定之作爲。(如本法第一百六十二條)縱以前即有不作爲之注意。然屬於預備與陰謀。尙未構成犯罪。殆至不作爲之瞬間以後。即已無回復之可能。故不作爲、祇有既遂與無罪之兩途。而無未遂罪之存在。二說、謂純正不作爲犯。則無未遂罪之存在。其不純正之不作爲犯。則有缺效未遂。無着手未遂。例如看守鐵路軌道者。意

欲顛覆火車。見有障碍物橫梗鐵軌上。不爲之除去。至火車駛臨之際。適因他力爲之除去其障碍物。致火車未至顛覆。此則爲缺效未遂也。三說、謂純正不作爲犯、與不純正不作爲犯。均有未遂之存在。蓋不作爲、亦行爲也。其於行爲發展之過程。亦如一般之有預備、着手、實行之階段可尋。不作爲者於犯罪之場合。對於不作爲之行爲。亦有可認爲實行行爲之痕迹。此種實行之痕迹。亦可有開始時、與終了時。不作爲之行爲開始後。若未能至於終了時。則不可不認爲着手未遂。不作爲之行爲至於終了時。若不發生效果。則不可不認爲缺效未遂。純正不作爲犯、與不純正不作爲犯。均無區別。試先就不純正不作爲犯言之。例如有精神病人甲。欲殺乙。甲之看護者丙。見甲之舉動。不爲防止。放任甲爲殺乙之行爲。適有巡查者來。將甲制止。巡查之制止者雖爲甲之舉動。然因巡查之防阻、遂不得遂行其不作爲犯罪之終了。依此例則丙之不作爲犯。當然爲着手未遂。又如前例。甲已向乙發槍。特未命中。是丙之不作爲犯。當然爲缺效未遂。再就純正不作爲犯言之。例如假定有甲。依法律之命令、有爲一定之行爲的義務。由甲之舉動。可以識別其有不履行其

義務之行爲。則甲之行爲。卽爲犯罪着手之時。是時甲之妻、因甲之行爲已爲所識別。卽急爲代履行其義務。是甲之不作爲行爲、卽爲着手未遂。又如土地之所有者。發見有被遺棄之嬰兒在其地內。意欲不爲之扶養。遂以物掩蔽之免爲人所見。適爲其妻所見。始代爲之扶養。是土地所有者之不作爲行爲。卽爲缺效未遂。然以理論言之。不純正之不作爲犯。須有結果之發生。當有未遂罪之存在。若純正之不作爲犯。其犯罪之成立。不以有無結果之發生爲斷。卽於不作爲之同時卽成立既遂。如遺棄嬰兒。只有不扶養之行爲。卽成立不作爲犯罪。不論被棄之嬰兒是否已至於死亡也。卽有他人代行其義務。不過有使其犯罪不致於發覺之效力。而犯罪之成就。仍不能消滅。故純正之不作爲犯。要以不能成立未遂爲當。(上舉各例不過就行爲之狀態言之。其行爲是否構成現行法上之犯罪。乃另一問題。)

第四 不能犯與未遂之關係。學者間常有激烈之論爭。其間亦可分爲客觀說、主觀說、折衷說之三種。

(1)客觀說 此說亦分爲三種。(A)謂犯罪之手段與目的。當分爲絕對的不能。與相對的不能。絕對的不能之場合。則爲犯罪之不能。質言之。卽不能構成犯罪。相對的不能之場合。則構成未遂罪。其說明之方法。約謂、絕對的不能之場合。卽其犯罪之目的物全不存在。或其犯罪之手段。全然欠缺其足以發生結果之效力。其犯罪絕無實現之可能。蓋其最初卽無犯罪事實之成立。卽不得有未遂罪之存在。例如向空曠無人之地而放槍擊人。是其目的物全不存在。又或以咖啡糖爲毒藥而以之毒人。是其手段全然無足以發生毒人之效力。此爲自始卽無既遂之問題發生。故亦無未遂之問題存在也。至相對的不能。則或因目的物偶然不在其特定之場合。或因手段之不充分。以致無發生結果之可能。然其犯罪尙有實現的可能之危險。特因犯人意外之障礙。以致不得發生結果耳。如前例、係向本有人住居之室、發槍擊人、適其人偶然不在室內。又用真質之藥以毒人。適因毒藥之力太輕。上二種情事。實有可發生結果之危險。特以其人之偶然的外出。其藥力之太輕。爲出於犯人意料之外。以致未生殺人之結果。此則當然構成未遂罪者也。現

時多數學者、係主此說者。(B)謂不能之絕對與相對。可無所用其區別。但視其行為有發生結果之可能性、而未發生結果者。則認為未遂罪。其無足以發生結果之危險者。則為不能犯。至危險之有無。可於行為者行為之當時。依一般普通所能認識者、及行為本人所認識者、以為斷定。固不必於事後始按其情節以為判斷也。例如以硫磺為毒藥以毒人。其實、硫磺本不能發生毒人之效力。然在普通一般人之認識。及行為者本人之認識。均以硫磺為有毒人之可能性。是其行為實有實現犯罪之可能性。換言之。即有足以發生結果之危險。行為者既悍然為之。則雖不能發生殺人之結果。然不能於事後因專門家之鑒定。以硫磺無毒人之可能。遂斷為不能犯。而要當認為未遂犯也。(參照牧野英一著刑法研究第二卷八四——九八頁)此說亦與主觀說相類似。(C)謂不能者、當分為事實上之不能。與法律上之不能。事實上之不能。常得認為未遂罪之成立。法律上之不能。所謂不能之原因。不足以構成未遂罪。其說明之要旨。約謂事實上之不能。常係出於犯人意外之障礙。未遂罪成立之原因。係以犯罪之行為。已入於實行之程序。其實行之

端緒。爲有發生其意識中事實之可能性。卽爲犯罪意思之業已表現。其意思中之事實。能否達於實現。又其所以不能實現之原因如何。均爲事實上之程度問題。與意思上之責任問題、不有何等之關係。例如以藥毒人而藥力適太輕。以槍擊室內之人、而人適不在其室。其藥力之太輕、與其人之適不在其室。均爲事實之程度問題。其不能達到犯人意識中之事實程度者。係完全出於犯人意料之外。故雖未遂其犯人之期望。而其實行之端緒。既有既遂之可能。則當有未遂罪之成立。若法律上之不能者。則於其着手之初。已欠缺法律上構成犯罪之要件。例如對男性爲強姦。用咖啡以毒人。向空曠之地以發槍。則自始卽無法律上構成犯罪事實之對象存在。又自始卽非法律上所認爲有發生犯罪事實之可能性。是不第不能發生犯罪之結果。並不能有實行犯罪之開始。當然無既遂與未遂之問題存在也。

(2) 主觀說 謂法律處罰犯罪之意義。非對於犯罪之事實而處罰。而爲對於犯人因其事實所表現之惡性而處罰。刑罰之目的。非對於犯罪所生之現實損害而責令其賠償。而爲

預防社會上有犯罪事實之發現。故人之行爲。若依其主觀的行爲。爲足以證明其惡性之業已表現。則無論爲絕對的或相對的不能發生犯罪之結果。又無論其爲事實上與法律上之不能。是均爲出於犯人意料之外之關係。於犯人意識中之惡性。不生如何之關係。故其行爲若既入於有惡性表現之實行程度。則於其既遂者當處以既遂之刑。於其未遂時亦當成立未遂之罪。例如對於未懷胎之婦人。因認爲有胎而施以墮胎之方法。對於已死之屍體。因認爲未死而施以槍殺之手段。雖事實上與手段上均不能有墮胎與殺人之結果。然既有墮胎與殺人之意欲。則其行爲若遇其婦人之真有胎孕。或死體尚在未氣絕之前。仍有墮胎與殺人之結果之可能性。其所以不致發生墮胎與殺人之事實者。亦係偶然的手段之不充分。與偶然的目的之變異而然。於此場合。仍當認爲犯罪意思之未遂。不能認爲犯罪之不能也。反之若知爲無胎之婦人而予以墮胎之藥品。知爲已死之屍體而施以槍殺之手段。則可謂爲自始即無墮胎與殺人事實之存在。亦無既遂與未遂成立之問題矣。

(3) 折衷說 依上述客觀派之三說。亦不過其說明之方法、各有不同。對於未遂與不能

之區別上、根本之觀察點。亦係殊途而同歸者。其要旨一爲着手於犯罪之實行時。其實行之端緒。本有發生犯罪事實之可能性者。因他種之原因。致令其事實不至於實現。此則爲未遂。二爲着手於犯罪之實行時。其實行之端緒。自始即不能有發生犯罪結果之程度者。不必俟有他種之原因。其事實在本上絕無危險之存在。此則爲不能。依此以爲觀察之標準。則未遂犯與不能犯之成立原因。僅以事實上之程度以爲區別。除第二說（B說）對於犯人行爲之性質。尚須視爲注意之點外。其第一（A說）第三說（C說）、則於犯罪之主觀方面、均置而不問。於法律之觀念上。容有未臻於精當者。故依純正之客觀方面、以爲未遂與不能之說明。在持主觀說者多有不滿之論議也。然依純正之主觀的說明。以既有表示犯意之行為成立。則不問其行為之實質如何。（即對於犯罪事實完成之關係）均謂爲未遂罪之成立。果如此說。則可謂不認有不能犯之存在矣。是此項主觀的立論。微論爲多數學者之所不贊同。即素持主觀主義者、對於此種說明、亦不能不有懷疑之處也。於是有折衷之說出。即所謂危險說是也。危險說對於未遂與不能之觀念。其

立論之基礎。係依客觀的事實。合以主觀之觀察。以其行爲之實質、有無危險性、爲區別之標準。其說明之方法。約謂犯罪之行爲。爲犯人惡性之徵表。徵表之成立。須從二方面觀察之。一爲行爲之形式方面。卽其行爲是否已出於預備之領域、而人於實行之開始。二爲行爲之實質方面。卽其行爲之內容。是否可爲犯罪之徵表。若其行爲已入於實行之領域。其行爲之價值、與結果之關係。在行爲者之主觀的評量。與一般人對於其行爲之實質的評量。均認爲依其行爲卽有發生某罪之可能。斯其行爲卽爲具有危險性。換言之卽爲行爲者之惡性已表現。其結果之事實、與行爲之實質不能一致時。卽爲未遂之徵表的意義也。反之在行爲者之主觀的評量。與一般人對於其行爲之內容卽其實質。均認爲無發生某罪之可能。斯其行爲之實質上卽無危險性。無危險性之行爲。卽不能組成犯罪事實。此卽爲不能犯之意味。例如求神許願。冀利用神力以加誅戮於某人。是其行爲之實質。在行爲者主觀的評量及一般人之觀念。均未能確認其行爲爲足以發生殺人之效力。是其行爲爲不具有危險性。則爲殺人之不能的行爲。又如用滅虫粉以謀毒殺人。

滅虫粉係真含有毒性者。雖其結果或不能毒人致死。然其行爲之實質。爲行爲者自己之觀念、及一般之觀念、均認識爲有危險性者。其不能發生殺人之結果。當認爲殺人之未遂。而不能認爲殺人之不能也。此項說明之方法。亦與相對的不能與絕對的不能之說相似。特此說對於客觀的相對的及絕對的不能之觀念中。仍須合以主觀的之認識主義。所謂犯罪徵表論之原則也。

依本法之立法例觀察之。則關於未遂與不能之觀念。係與折衷說相類似。蓋本法係採處罰行爲主義者。依其行爲之有無危險性、以定處罰之準則。而行爲之有無危險性之認定。又須以行爲者之主觀的認識、與其行爲對於社會所生之客觀的影響、以爲定衡。此本法立法上之一貫的精神也。故於不能犯則無論爲相對的不能、與絕對的不能。祇以其行爲、在主觀的與客觀的之評量上視爲已入於有危險性表現之程序者。則均爲未遂罪。此則趨重於主觀主義者。惟於絕對的不能犯之場合。則其處罰之程度。較未遂犯之處罰爲輕。觀於第四十條但書之意義而可瞭然。則又以客觀的事實之危險程度以爲量刑之比例者。蓋合主觀與

客觀二方面、而爲折衷之制度也。

三

前大理院判例 竊盜如確定往竊某處。中途被獲。得以未遂罪論。(四年上字) (五二六號)

又 扭鎖入室上樓。正欲行竊。適被人撞破。鳴警抓獲。尙屬竊盜未遂。(五年上字) (三一四號)

又 查竊盜罪、應以其竊取行爲、已未終結。爲既遂與未遂之標準。竊取財物。雖因被人遇見。不得攜逃。然當時物既歸伊所持。其行爲卽已終結。至結果若何。固可不問。原判誤認爲行竊未遂。實屬錯誤。(五年上字) (四二一號)

又 查犯罪預備與未遂之區別。全以已未着手爲標準。凡實施構成犯罪要素之行爲。謂之實施。着手者、卽指開始實施而言。與實施有緊接之關係。該上告人携槍出外。尙未成行。卽被攔阻。據證人供上告携槍時。尙看不見所欲殺之人。是當時縱欲殺人。亦無從開始實施。自無着手可言。核其所爲。尙在殺人預備之程度。原判認爲殺人未遂。實屬錯誤。

(九年上字) (八三九號)

【註】右判例意旨。關於着手與預備之分界。係以緊接於實施之程度。即爲着手之初步。而實施之開始。須以犯人有看見目的物之可能。方有實施開始之可能。是在未到達目的物處以前。不能有實施之開始。換言之。即不能有緊接於實施之着手行爲。此意義亦爲一般學說上之公認者。而前揭四年上字五二六號判例。謂竊盜往竊某處。在中途被獲者。亦得以未遂罪論。竊盜既尚在中途。未至行竊處所。則亦爲未到達目的物處以前。不能即謂爲已緊接於實施之程度。依右判例及一般學理上所公認之見解。則前判例所揭之竊盜行爲。爲尚在預備程序中。不能即以未遂罪論。是前揭之四年上字五二六號判例之意旨。已因右判例而有所變更矣。

前大理院解釋例 甲聽從乙丙丁糾兇夥劫。業經指明目的地。未及約定日期。即被拿獲。尚係預備行爲。不能以未遂論。(七年統字七七〇號)

【註】按右揭情形。依學理論。則尚係陰謀行爲。未入於預備之界域。

又 甲詐取乙馬到手之後。其馬復跑回乙家。係犯罪行爲終結後發生之事實。不得謂行其

爲爲未遂。(八年統字)
(九九六號)

最高法院判例 犯罪已至實行程度。雖有一部尙未完成。不能謂爲犯罪未遂。(十七年上字)
(一六三號)

第四十條 未遂罪之刑。得減既遂罪之刑二分之一。但犯罪之方法。決不能發生犯罪之結果者。得減輕或免除本刑。

一

本條之要旨。係規定關於未遂罪科刑之標準。本法上關於未遂罪之處置。有科罰者。有不科罰者。則分別規定於分則各本條之後。惟分則各本條、係僅對於未遂罪之當罰者、有特別規定。至處罰之刑量。仍當按其既遂罪之各本條所規定之本刑以爲標準。斟酌其情形之重輕。以定或減或不減耳。至得減之情形。究以比較既遂刑之標準、得減至何程度爲限乎。則不得不有共通標準之規定。以爲凡關於未遂罪科罰時之適用。即係以二分之一爲限。此本條之所由規定也。

未遂罪之行爲。由前條所說明。關於犯人意思責任方面。爲全部的。惟關於社會所受之現

實損害方面。則尙未至如既遂罪之重大。按其情形。有當從未減者。亦有可以不減者。故本條規定爲得減而不視爲必減。其得減之程度。亦以比較既遂之刑、減至二分之一爲率。至其行爲之方法。有決不能發生犯罪之結果者。即學說上所謂絕對的不能犯之行爲。其行爲之危險性則又較輕。然依其行爲所表現之犯人危險性。則有時亦有不可原者。故本條特對此種行爲、另爲但書之規定。認爲得減而不設減率之限制。并於審按其犯人之心術亦有可原時。得免除其刑。其減免與否。則隨所犯事實爲斷。俾審判官以臨事裁量之權也。

二

第一 未遂犯處罰主義。學者間之主張亦不一致。各國間之立法例亦各自不同。大別之可分爲三種。(1)同等主義。卽未遂犯之處罰。須與既遂罪爲同等也。此爲主觀主義之論旨。謂犯罪已入於實行之領域。其行爲已經過決意與預備之程序。犯人之惡性。已完全表現。有無一定之結果。乃由於犯人以外之原因而生。雖因意外之障礙而未遂。其障礙乃非犯人之所預識。而爲外界之偶然之介入。換言之。若無外界之偶然之障礙。其行爲之實質。

實有必生一定結果之可能。其行為之危險性、與犯人之惡性、所表現者。不能謂與既遂罪之行為較減。質言之。即不宜有未遂與既遂之區別。須一律處以同等之罰。蓋未遂與既遂之區別。不過為應報主義、現實主義之遺物。非最新之刑事政策上所應採取之主義也。

(2) 必減主義。即未遂犯之處罰。必較既遂罪之刑減等也。此為客觀主義(現實主義)之論旨。謂犯罪既未發生既遂之結果。其對於被害人方面及社會方面所生之現實損害。尚屬輕微。且甚至於完全無所損害者。雖其犯人之意思為有實行其犯罪之決心。然其所決定之意思中事實。既未至於實現。則必當予以減等。倘仍須與既遂罪同一處罰。則為處罰犯意。而非處罰犯罪事實。與刑法上之原則不符矣。(3) 折衷主義。又為得減主義。即未遂犯之處罰。得較既遂罪之刑減等。而非必減。即因情形而可以不減等也。謂犯人因意外之障礙而至不能達其預期之結果。其惡性之徵表、與行為之性質為足以危害社會。亦與既遂罪之行為無差異。就犯人方面言之。其刑不必減輕。惟就社會方面觀察。則社會因其行為所受之損害。究與既遂罪者有間。故折衷於主觀的及客觀的兩說。由審判官審接各場合之情實

以爲酌減或不減之處分。例如擾亂治安、妨害秩序之行爲。雖屬未遂。而社會所感受之危險性仍屬重大。則無減輕之必要。他如於社會上無重大危險之未遂行爲。則按其行爲之性質、與犯人之性格、而可爲酌量之減輕。我暫行律與本法均係採此主義者也。

第二不能犯之處罰標準。各國間之學說、及立法例亦不一致。有須與未遂罪同處罰。而概無區別者。有採取絕對的不能與相對的不能之區別、而分別爲減等或免除者。有全無規定者。本法係於相對的不能發生結果之行爲。則與普通未遂之處罰同一原則。於絕對的不能發生結果之行爲。則有分別之規定。查第二次修正案理由書云。學說上所謂不能犯。應否處罰。爲刑法學者數十年來最劇烈之爭點。至今尙無定論。主觀之說。謂既着手實行犯罪。無論其能否發生犯罪事實。皆足危害社會。故應處罰。客觀之說。謂不能發生犯罪事實時。其行爲與犯罪相去甚遠。罰之恐涉處罰犯罪意思、而非處罰犯罪行爲之嫌。兩說雖各有理由。極其所主張。均有不當。是以最近立法例。對於不能犯。多採主觀說、科以刑罰。而以絕對不能犯爲例外。庶免趨於極端。本案擬從不能犯須處罰主義。但對於絕對不

能犯。由法官斟酌情節、得減輕或免除本刑云。按未遂與不能。在實際上本無所用甚區別。蓋一切犯罪未遂之原因。均由於不能發生犯罪之結果。非於不能之原因外、另有其他未遂之原因存在也。學說上於未遂之中。區別有不能之行爲。係僅就其事實之狀態、與行爲之端緒上。分別其孰爲有發生因果關係之可能者而未遂。孰爲無發生因果關係之可能者而未遂。故於不能中又分爲絕對的與相對的之二種。以爲事實上輕重之評量。究與犯人之性格及行爲之性質上、無重大之關係。本法採用第二次修正案之理由。關於未遂與不能。均不認爲有性質之歧異。特於絕對的不能有危險之影響事實。仍當按其犯人之性格及行爲之性質上、之情有可原者。方始爲減輕或免刑之處遇。非於未遂犯之罪種外。認有不能犯之種類存在也。

第四十一條 已着手於犯罪之實行。而因已意中止者。減輕或免除本刑。

本條之要旨。係規定關於自己中止犯行、使不發生犯罪結果者之例。在學說上稱爲中止犯。第三十九條之未遂。其不發生結果之原因。係基於外界之障礙。本條之中止。其不發生結果之原因。係由於犯人自動之防止。故學者間有稱第三十九條之未遂、爲普通未遂。本條之中止、爲任意未遂者。中止之狀態。有於犯罪之着手實行時。忽覺其事不可爲。而自動停止其實行者。此爲着手後之中止。有於犯罪之實行已終結。忽不願其事實之發生。而自動防止其發生結果者。此爲實行後之中止。其歸着點要在實行爲本人之意思。不因感受外界阻礙之影響、及未發現外界阻礙原因以前。而自動的消滅其犯罪之原因力。因而致犯罪之結果事實。中止其發生者。均爲本條所指之中止意義。中止犯之性質。於犯人之主觀上、(犯罪性)及犯罪之客觀上、(危險事實)均較未遂犯爲最輕微。以常理論。本可不罰。然人性質好不一。事態亦變幻無常。中止之形式。固無二致。而中止之原因。每多紛歧。有可原者。亦有無可恕者。故本條設爲必減與免刑之寬廣範圍。一以獎勵犯罪之中止。一以防法網之倖逃。使審判官審察犯罪人中止之原因。分別可恕與不可恕之程度。以爲量

刑之標準也。

二

第一 關於中止犯之立法例。各國間亦各自不同。有以中止犯爲無罪者。如瑞威刑法、及德國、瑞士、奧大利等刑法準備草案是。有以中止犯爲無罪、而實行後之中止、則不認爲中止犯。仍爲普通之未遂犯而須處罰者。如普魯士等刑法是。有以中止犯爲得減輕或免除其刑者。如我暫行律是。有以中止犯爲必減輕或免除其刑者。如日本刑法及本法是也。暫行律立法之理由。謂犯罪者於着手實行之際。雖無障礙足以阻止。而因自己意思、不再續行。或自行阻止其結果之發生。其性質與未遂犯不同。故不能與未遂犯同其處分。惟關於中止犯有二例。一以獎勵自止之意。定爲純爲無罪者。一以自止中有可恕者。有不可恕者。如其人因欲待時而動。忽而自止。卽無可恕之理。故有得免除其刑、或僅減輕者。後例較前例於理爲優。故本律從之云。第二次修正案理由云。外國立法例。對於中止犯。多不科罰。暫行律則規定得減輕或免除本刑。然因已意中止。其情節較輕。故本案改爲必減輕

免除本刑。以獎勵犯人之自行中止云。本法不以中止犯爲純然不罰。則係採取暫行律之理由者。於中止犯定爲必減輕或免除本刑。則係採取第二次修正案理由者。從本法之立法意義觀察之。可得二種之結論。一係於前揭二例中採折衷主義。而仍係取獎勵中止之意義者。二爲認定中止犯與未遂犯、其性質爲不相同。而不採取中止爲任意未遂說者。（日本刑法將中止規定於未遂本條。同一處遇。是以中止亦爲未遂者。）其將中止犯規定於本章程。特以其犯罪已入於着手實行之程序。而不發生犯罪之結果。其形體上有相類似。故附定之本章。其不發生結果之原因及犯罪之性質爲不相同。故別立爲本條也。

第二 中止成立之條件。亦可分爲主觀的與客觀的二方面說明之。

甲、主觀方面之條件。

(A) 中止與未遂之觀念。其基本之區別。則爲惡性存留之多寡。蓋中止與未遂。同爲犯罪已入於實行而未發生結果。其外形上頗相似。特未遂之不發生結果。其原因由於外部之障礙。中止之不發生結果。其原因由於內心之自由。由於外部之障礙者。其

惡性所表現之事實、雖未實現。而其惡性并未稍有退減。由於內心之自由者。其行為時所存之惡性業已改變。故其防止其事實之發生。可視為惡性之業已退除。甚此意義。則其阻止犯罪行為進行之原因。若係基於外界有形或無形之影響。因而歛手退縮者。其退縮雖出於本人之自由。然仍係因外界之障礙。不能謂為出於本人意思中之自由。例如入室以圖行竊。方入室時、忽聞履聲。忽幻覺以為有人將至。即自由中止其竊取行為。是其行竊之中止。雖未實際上因被人遇見或攔阻。而仍為基於外界之強制。而非基於本人之純潔的意思自由。又如舉刀殺人。方舉刀之際。適見有警察自遠而來。恐為所見而被捕。或適察覺其人非已所殺之人。或適察覺其刀不能奏殺人之效。恐反為被殺之人所乘。因而放棄兇器。自行中止其行為。此項中止之原因。亦係由於外界之強制。或目的與手段之不適合。不能謂為出於本意之自由也。要之中止之成立。其中止之原因須為完全出於己意。所謂完全出於己意者。其心意之發現。絲毫不因外部之影響。換言之。即須為自動的而非他動的。若由於他動。而致牽制其意思。則基

於此項被牽制之意思而中止其行爲。仍爲障礙未遂之範圍。而非已意中止之範圍也。

(B) 中止之意思。須由於意思中之直覺的作用。而非由於外界事象之反射的作用。已如上述。至意思中直覺作用之動機。則不論由於道德的觀念。由於利害的觀念。由於得失的觀念。祇以有消滅其本犯罪之自動的決意。中斷其動作之連續。或防止其事實之發現。即爲中止之成立。然若無消滅其犯罪之決意。而僅有中斷其動作之連續。例如今日因疲勞太甚。意圖休息一日或數日。因而中止其行動。此爲行爲已中止。而犯意未中止。僅可謂爲休止。而不可謂爲中止。依此則中止之意義。在主觀的方面。可得如下之論結。(1) 中止之意思。完全由於內心直接之發動。而非因他象之激動。(2) 中止爲非出於利用之意思。故終止須在障礙未發生以前。及危險未過去以後。若障礙業已發生。危險業已過去。則本無發生事實之可能。行爲者若利用此機會。而自動的中止其行爲。或爲防止其發生之行爲。不得即謂爲因已意而中止也。例如竊盜之行爲。已入其目的物所在之室。忽聞隔室有人語聲。因恐怖之念而中止其行爲。恐怖

即障礙。此爲中止在障礙發生以後也。又如毒殺人行爲。既給人以毒藥。人服食後旋即察覺爲毒品。已急設法解除。以毒藥之危險業已過去。而毒殺人之行爲者。於此時始送予解毒藥。以爲防止其發生毒力。此爲中止在危險已過去之時也。(3)中止之行爲。對於本行爲、須有終局放棄之意思。又須放棄其行爲效力之全部。例如糾夥強取人財物之行爲。因見人戒備甚嚴。遂自動的解散夥黨。停止動作。然意欲俟其戒備稍疏時。始行搶劫。此雖暫爲終止。尚無終局放棄之念。不可謂之中止。又例如爲決潰隄防之行爲。已傷損隄身之一小部分。即自行中止。然不爲之修復。任此小部分之損傷現狀、被水日浸月蝕。終至潰決。此雖中止其行爲。仍保留其行爲之效力。不爲全部放棄。是仍認爲無中止之誠意。遂亦不能認爲中止之成立也。(4)須爲故意之犯罪。若過失犯、則事前本出於不注意。自無終止之可言。(5)預備與陰謀。僅有犯意而未入於着手實行。亦不能有中止犯也。

乙 客觀方面之條件。

(子) 犯行之中止。僅須在未遂以前。不問其在事實之發覺前、抑在發覺後。均可成立。在未遂以前者。例如以槍擊人。雖放出一槍。然幸未命中。因翻然悔悟。即棄槍不再發放。亦可以爲中止。反之若因仰之客觀原因。致未能再放。則不能成立中止矣。至事雖發覺以後。若犯行者尙屬不知。或幻想以爲即發覺亦於已無害。而任意的爲防止之行爲。終至事實不發生。亦可謂之中止。例如有親權者。對於卑屬施行懲戒權。而有傷害卑屬之行爲。幻想以爲事雖發覺。不爲違法。然因不忍之念。即時中止其傷害行爲。或竭力爲之醫治。使未成爲傷害。此亦無妨於中止之成立。反之若因恐怖之念而中止其行爲、或防止其發生。則爲中止之不成立矣。各國間刑法。有以須在事實發覺前爲中止成立之客觀的要件者。依本法之規定。則不採此限制也。

(丑) 中止之成立。須現實已防止結果之發生。蓋法律認有中止犯之意思。一方面在獎勵犯人之悔改。一方面係預防其害惡之發現。故即令對於自己行爲。有防止結果之努力。而若不能現實阻止其結果之果不發生。不得謂爲中止。例如放火之後。變改其

犯意。盡力於消防。施毒之後。變改其犯意。盡力於解毒。因其初所實施之原因力。已至於充分。其後已無補救之可能。所以雖努力防止而終不克有效。則社會仍蒙其損害。法律亦不能認爲中止而減輕其責任也。

(真) 防止結果之發生。僅以出於己意爲要件。而不必定以出於自己之行為爲要件。或與他人協力、或委託他人、使防止其結果之發生。例如聚合多人以防止其放火結果之實現。請託醫生以防止其毒殺結果之實現。均無妨於中止之成立也。

第三 中止犯之處分。可分爲中止犯之處分問題。及處分中止犯之標準問題。茲爲分別說明之。

(A) 中止犯之處分問題。關於此問題亦有二說。

(1) 不罰主義 主張此說者。謂一、從犯罪之性質言。則犯罪構成之要件、爲故意與行爲。而構成犯罪之故意與行爲。當以故意與行爲有危險性爲前提。中止者、於其着手實行時。即已翻然悔悟。頓改前非。不第其行爲無何等危險。即犯意亦旋即消滅

• 換言之。基於中止之行爲。卽爲表現行爲者之意思與行爲。已無危險性之存在。既有無危險性存在之徵表。卽不能認爲仍有犯罪之意思。與仍係犯罪之行爲。則中止之行爲。爲欠缺犯罪構成之要件也。二、從刑罰之目的言。刑罰之加於犯罪者。係以預防社會之危險、改善犯人之性格、爲目的者也。中止之行爲。在社會方面毫無現實之損害。在行爲者方面。已無惡性之存留。在刑事政策上、於有罪之犯。察其有後悔之實據者。尙當勵行緩刑假釋之制度。對於此甫着手實行卽有顯著之悔改。而同時卽自行消滅其意思上與行爲上一瞬間所存留之危險性。而使之復還原於善良者。則祇有獎勵之必要。無處罰之可言也。

(2) 處罰主義 主張此說者。謂不罰主義之二項理由。均不切合事情。對於甫着手而卽出於真誠之後悔。并有爲永久中止之決意者。依該項之理由。尙可無大礙於法律之性質。對於一時的中止、及實行後之中止。謂爲其意思與行爲爲毫無惡性之保留。又社會上毫無損害之感受。寧得謂爲合於事理。且中止者一律不處以罰。則犯行者將

視此爲犯罪上之便宜。而利用中止之無罰。以達種種目的之故。預期中止。卽可以恣其所欲行。亦豈爲刑事政策所宜。特自行中止之行爲。無論在何種情形之下。其情節較未遂犯爲輕。第當分別其情實。爲減輕之處罰。或竟免除其刑。使司審判者隨各場合以爲判處耳。若概從不罰主義。則未見其有當也。本條亦採此說者也。

(B) 處分中止犯之標準問題。關於此問題。概括言之。則有本條之規定在。然適用上則有下列之關係在焉。

(1) 刑法上關於犯罪之規定。有合二個之犯罪行爲而成爲一獨立之罪者。(結合罪) 例如。於夜間侵入人住宅而犯竊盜者。則爲構成本法第三三八條第一項之罪。有人於夜間已侵入人住宅。忽覺竊盜不可爲。因而中止其行竊之行爲。是行竊之行爲已中止。而侵入人住宅之行爲則既遂。以行爲之方法言。則侵入人住宅之行爲。爲夜間入人家行竊所必有之手段。以行爲之性質言。則侵入人住宅之行爲。亦爲犯罪行爲。此關於本行爲已成立中止。關於本行爲之手段行爲。已成立既遂之處分問題也。依法理言

。若行竊之行爲須免除其刑時。則侵入人住宅之行爲。仍不能隨之而免除其刑也。

(2) 中止之影響。有因甲罪之行爲已中止、而生乙罪之結果者。例如殺人之罪已中止。而發生傷害之結果是也。關於此問題。學者間亦有二說。甲說、謂殺人之犯意。常包含有傷人之犯意。是傷害已成立。則當認爲殺人之未遂。而不能認爲殺人之中止也。乙說、謂犯人之意思係殺人。非以傷害人爲主旨。因殺人之着手後即自行中止。致使被害者有負傷之結果。當認爲傷害罪之成立。而殺人之行爲係爲中止也。依本法之規定上解釋之。則本法分則上既有殺人未遂罪之規定。於此場合。自不能認爲傷害既遂罪。而要以甲說爲當也。

(3) 中止與共犯之關係。亦可分爲數項說明之。

(甲) 共犯中之一人。於着手實行中自動中止。其他之共犯。不因之而發減輕之結果。然於此有兩種場合。一、因共犯中之一人中止。而其事實不能發生時。則其他之共犯爲未遂犯。而自動中止之人爲中止犯。例如甲乙丙共同前往行劫。於甫抵目

的處所時。甲卽自動中止。并鳴警將乙丙驅散。以致劫奪事實。全部不致實現。於此場合。則甲爲中止犯。乙丙爲未遂犯。二、共犯中之一人雖中止。而其他之共犯仍進行結果時。於此有二說。子說、謂其犯中之一人雖中止。而未能防止結果之發生。是仍未完成全然中止之效果。例如甲乙共往行竊。甲於抵盜所後卽自動退出。不爲進行之實施。惟乙則仍依照原定計畫進行終結。并取得財物入手。於此場合。甲未能防止乙之結果。則仍不能謂爲有全部中止之效果。甲與乙仍共爲既遂犯。而甲不能特成立中止犯。丑說、謂法律對於中止犯之減輕處罰、或竟不處罰。係原其犯人能自行悔悟。所以示獎勵之意。在單獨犯之行爲。自當以能防止其結果之發生爲中止全部條件之一。而在共犯之行爲。則其一人既於着手實行中翻然反悔。歛手退去。於其他共犯人之繼續行爲。既未再與爲共同之實施。又其他共犯人所犯之事實。已非在其合同意思之內。其他之共犯人。自當以既遂罪論。而中止者之一人。仍當以中止論。如前例、則甲於抵盜所後卽自動退出。未再實施。則乙以後之行

爲。已非屬與甲爲合同意思之行爲。且非爲甲所不知之行爲。則甲自不能仍負共同之責任。故乙則爲既遂犯。而甲仍當爲中止犯。依吾人之意見。則以丑說爲當。徵之前大理院判例。亦係以丑說爲正當也。(參照前大理院六年非字六七號判例)。

(乙) 正犯之中止行爲。教唆及從犯者不因之而得享減輕之利益。於此亦有二說。一、謂教唆及從犯。係附屬於正犯而成立罪責。正犯既中止其行爲。其效力可及於教唆者或從犯。二、謂教唆及從犯。於正犯尙未着手實行之場合。則以不成立教唆或從犯爲原則。正犯已着手於實行。而教唆及從犯之罪即已完全成立。正犯於此場合、自動的中止其實行。則中止之原因。與教唆者及從犯已無關。即中止後不利益。亦於教唆者及從犯無關。因正犯於實行中所爲之中止行爲。於教唆者及從犯。等於意外之障礙發生而已。故教唆者及從犯實成立未遂之狀態。而不能隨之亦爲中止犯。反之若正犯之中止原因。由於教唆者及從犯所商合。則教唆者與從犯。則可同爲中止犯。此說甚合事理。近今各學者間多數係採取此說。且與法律獎勵中止犯之

主觀主義相符合。吾人亦贊同此說之主張也。

三

前大理院判例 刑律第十八條。中止犯以犯罪已着手爲前提。該被告罪所犯陰謀內亂罪。陰謀程度。在着手以前。自無中止之可言。(五年上字三三四號)

又 共謀行劫。同行上盜。經抵事主門首後。心生畏懼。卽行逃回。事後亦未分得贓物者。既已於着手強盜之際。以己意而中止。則對夥犯入室後之拒傷事主。自不負責。(六年非字六六七號)

又 聽人糾邀。隨同前往殺人。行至中途。託故不往。該其所爲。殺人之行爲雖已終止。而預備殺人之行爲。實已完成。雖犯罪尙在預備期中。與法律上之中止犯性質不同。而刑律第三百二十八條第一項之罪責。要難解免。(六年非字第二七號)

【註】 暫行律第三百二十八條預備或陰謀犯第三百十一條之罪者。處五等有期徒刑拘役或一百元以下罰金。又同律第三百十一條殺人者處死刑無期徒刑或一等有期徒刑。

8

0723

44

10/10/10