

余介民編著

刑
法
與
犯
罪
研
究

王
冠
忠



正
中
書
局
印
行

法

余介民編著

刑法

與國
犯者
罪



正中書局印行

585
8975

許序

古代立法之意多趨重於報復，今之學者則謂重在感化，此殆卽古人所謂刑期無刑之義歟？余嘗論孔子云政刑不如德禮，歷觀刑罰之有無，卽可以知其時之治亂，是豈非感化之明證歟？天民仁弟精於法學，今著書問世，吾知必有以裨益於國家矣。

三十一年初秋許世英題

121866



181285

洪序

宣尼之言曰：「道之以政，齊之以刑，民免而無恥，道之以德，齊之以禮，有恥且格。」又曰：「聽訟吾猶人也，必也使無訟乎。」此禮治之極軌，亦即我國歷代以儒術治國者之所宗，必禮之所不能及，然後加之以刑，所謂出乎禮者入乎刑，舞道德之規範，尤重於法律之規範也。此種立論與極端之法治主義者雖不相容，顯其準乎人情，酌乎事理，因果之律，固彰彰明甚。法律原所以濟道德之窮，必望人人能明禮義知廉恥而不爲犯法亂紀之人，以達刑期無刑之旨，庶法之爲用始益顯也。近世刑法學者之思想，率由報應主義，傾向於目的主義，亦即所謂預防主義是。此一福音，不獨爲學者思想上之一大轉變，抑且爲芸芸衆生，消弭犯罪於無形，根絕犯罪於社會。其言仁，其利溥，與我國儒家之學說，可謂不謀而合矣。余君天民，精三尺法，豸冠講學之餘，成刑法與犯罪研究一書，於刑法預防主義三致意焉。余幸獲觀余君之巨著，復感於吾國聖哲之思想，雖遠在數千年以上，而與近世學者之主張，並無歧異，若表而出之，向之視爲腐朽者，今將譽爲神奇矣。抑尤有進者，軍興以來，法學新著，頗感缺乏，而研法之士，所需於法律著述以資參考者

則甚殷切；然則斯編之刊行，其裨益學人，豈淺鮮哉！是爲序。

中華民國三十二年十二月洪蘭友序於陪都



自序

現代刑法思潮，傾向於預防犯罪，藉以遏止社會危害，消患未然，與曩昔專注重報應主義，威嚇主義，大相懸殊。本書基於此種新思潮為出發點，故於刑法上最新之原理原則，包括靡遺；並博稽衆說，逐一引伸，而加以批判與分析；對於犯罪原因及防止方案，亦均予以詳盡之闡明；尤於緩刑，假釋與保安處分等新刑事制度，三致意焉。惟關於學說旁徵曲引，內容涉及刑法總論者較詳，而分則從略。以分則各專條，雖各有其個別性，要不外由此等原理，觸類而引伸之，故東西一般刑法學者，大率對於刑法總論，成立有系統之著述，專就刑法與犯罪動機，從事於法理上之探討。本書亦注重此點，理論上就刑與罪之關係，同時為綜合的研究，而所斤斤者，則為站在維護社會立場，特別注意犯罪之如何防止？並提出具體辦法兼搜集許多已漸收效之例證，以供一般司法官吏與刑事學者之參考，而冀犯罪之逐漸減少與消滅，庶克盡刑法保障公共安全秩序之能事，此其一。

復次，我國新刑法，本條參酌世界文明各國家刑法典訂成，從前因不平等條約作祟，致我司法主權，大受損害。邇值不平等條約廢除，外人在華之特權，已失其憑藉與根據，

再不能援引廢約，以維持其片面的特殊利益。今後行使法權，當可運用自如；至法條內容，可隨時斟酌損益，期與時代精神適應，自無疑義。本書論述刑法效力，就刑法與國際法兩方面相互連帶的關係，細為剖析，並列舉屬人、屬地、保護、世界諸主義分別比較，而證示我刑法採取折衷主義，於國內法及國際私法上可收相得益彰之效，似亦與專注國內應用者有別，此其二。

惟本書所探之範圍，原則上以一般適用之普通刑法為限。關於軍事法規所定罪刑，則為特別法，平時無論已，在戰時軍事緊急，制裁軍事犯，事貴迅捷，特別法實可濟普通法之窮；而特別法之廢止與保留問題，學者主張，又殊不一致，要之視為例外的法規，未始不可。本書對此未予論及。並非疏略，實欲留待司法制度完全統一時再談，此時則不欲混於一編，蓋以體裁關係，不得不然也。

著者研究刑法與犯罪防止問題，頗感興趣，鑒於國內此項專著尙少，故益加奮勉。前在北大，即留心此項學科，迨入中央研究院，院長蔡子民先師雅意羅致名宿，進行社會科學研究事宜，朝夕慇懃勸勵，尤以此為中心課題。旋留學日本帝大，亦致力於此；並以國際政治與法規，暨國際刑事問題，關於集體安全甚鉅，故同時加以研討。八一三抗戰後，由日返國，滯留香港教書，課餘將所得新舊參考資料，着手整理就緒，寫此稿未竣，突遭寇亂，攜稿化裝於難民叢中逃出，沿途被寇兵檢查，幸未察覺。抵內地未久，驚魂甫定，

倉卒完成此稿，未敢自信，復就正諸師友，細加補充與修飾，僉謂有可存價值，懇懇付梓，乃泚筆誌寫稿動機，兼述在荆天棘地艱險備嘗中，此稿幸免化爲劫灰之經過。伏祈海內賢達有以教正之，幸甚。

中華民國三十二年八月余天民自序於重慶中四路漁村

拙著承師友及諸法學先進，紛題珠玉藻飾，甚感雅意。惟以戰時工料昂貴，製版異常困難，經書局函商緩印，只好暫行割愛，敬希鑒原是幸！

著者敬白三十三、七、一九於童家溪國立中工



第一章 刑法之意義

刑法者，對於一定之犯罪行為規定附與一定刑罰之制裁之法規（註一）是也。此種制裁一稱爲附與刑罰法律之效果。制裁犯罪，是謂刑罰，而規定罪刑之法律，則爲刑法，別稱刑律。蓋犯罪應科何刑，爲司法官吏認爲宜極端慎重之問題，非將犯罪刑罰，詳加網羅，分別規定於法規內，則無由昭示刑當其罪；且罪與刑之性質尤有剖析必要，否則失其平衡，不免有偏枯之虞。故定何種行為始爲犯罪，對於犯罪應用何種刑罰制裁，乃屬刑法之範圍，揆厥意義必以罪與刑（註二）互爲對勘，而其作用始顯著，若徒定刑而不定罪，則其內容太泛；僅言罪而不處刑，則其實效難期，而刑法本義因之反晦。

（註一）牧野英一，改訂日本刑法第六十八頁。

（註二）罪與刑 *Das Verbrechen und die Strafe*。

罪與刑不分，或僅節取一端而流於偏枯之弊，在東西各國古代刑法中，蓋數見不鮮，前清律例亦多置重刑罰，於犯罪方面殊少明確之規定。現行刑法，則於此二端規定較爲明晰，以罪爲刑之條件（註三），而以刑爲對於罪之法律的效果（註四）。兩相平列，乃無所

偏，而刑法之功用亦著，不得謂非刑法涵義之進步也。

(註三)罪爲刑之條件 *das Verbrechen als die Strafe's Bedingung.*

(註四)法律的效果 *der Rechtsertolg.*

以發見犯罪與刑罰之原理原則爲目的，而於實體的刑法上加以系統的說明(註五)者曰刑法學(註六)，此種學問由多數複雜現象中，抽出同一性質的現象，而發見其共通之元素，就犯罪與刑罰的關係爲元元本本之敘述，其所負之任務，包含犯罪學與刑罰學(註七)而罔有遺漏。故研究刑法，對於刑與罪必須同時兼顧，即：一方面爲犯罪，而他方面爲刑罰。

(註五)泉二新熊，改訂刑法大要第一至第二頁。

(註六)刑法學 *dis Wissenschaft des Strafrechts.*

(註七)犯罪學與刑罰學 *die Wissenschaft von Verbrechen und Strafe.*

有以犯罪與刑罰爲刑法之三大眼目(註八)者，又有以刑法爲定罪與刑之法規(註九)者，惟德國刑法學者李士特(Liszt)謂：刑法爲對於犯罪事實科以刑罰制裁之國家法規的總和(註一〇)，一般學者甚韙之，實則所謂刑法爲科刑之法規的總和云者，其刑罰究向何科之，要不離乎犯罪事實是已。而由犯罪行爲與刑罰相聯繫之點以觀，則刑法仍不失爲對於一定犯罪附與一定刑罰制裁的規定之法規也。

(註八)松原一雄，新刑法論第一頁。

(註九)岡田朝太郎，刑法總論第一至第二頁。

(註一〇) Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts 第1頁。

刑法之意義既如上述，然學者間對於刑法法則之制定，因學派不同見解亦多歧異之處，其中新舊二派聚訟紛紜，當於下面刑法學派專章內細述之。此處僅節取關於刑法學範圍一端，以明雙方見解之懸殊。

舊派學者之言曰：刑法者以鎮壓犯罪(註一一)爲目的而制定之法則也，刑法學即說明此種法則對於犯罪與刑罰之意義者。新派則以制定刑法法則之目的，在預防犯罪(註一二)，以免妨害社會之公共安全與福利，而刑法之意義，亦不外是。是蓋置重於社會預防，而擴張刑法學於一嶄新之領域內者，與舊派主張，實格格不入。

(註一一)鎮壓犯罪 Repression.

(註一二)預防犯罪 Prävention.

此二派之見解孰優孰劣，殊難率爾論定，蓋其說明制定刑法之意義，固各持之有理，言之有故也。然自文明進化後，世界煥新，人類智識大啓，作姦犯科之事非復如曩時之簡單，用刑罰以鎮壓犯罪，幾如火之燎原不可嚮邇，乃至犯罪益多，司法機關與監獄亦感棘手，則毋寧採犯罪預防政策之爲愈。故現時文明各國刑事立法例及刑法皆採取新派見解

傾向於犯罪預防，我刑法典亦然。因之吾人對於刑法學之範圍，亦置重於此種見解內，雖屬於刑法目的，然刑法之意義固不難概括之焉。

刑法爲附與刑罰法律效果之法規，已於卷首開宗明義言之，對於犯罪而附與此項法規，以求法律上收獲良好之效果，知立法方面，意在取預防犯罪而不採鎮壓犯罪也明矣。何則？法律上能收良好效果與否，端視社會之安全與否以爲衡，而社會安全罔不由犯罪減少之故，能預防犯罪則犯罪自然減少，刑措之風雖不易觀，然使犯罪之水準逐漸降低，亦未嘗非社會之福，是知預防政策較鎮壓手段能收良效，雖對於一定犯罪（註一三）仍不能不予制裁，然惟附與一定刑罰，而無取乎專事鎮壓主義，概可想見，在刑法學之範圍如此，在刑法上之意義亦如此，準諸時代趨勢，折衷諸家學說，要無事乎外求也。

（註一三）一定犯罪 Das bestimmte Verbrechen.

第二章 刑法之基礎觀念

時無論古今，地無論中外，凡屬圓顛方趾之儔類，有犯罪則不免刑罰制裁，其理無二。犯罪科刑固已，惟何以必須處犯人以刑？則關於刑法之基礎觀念（註一四），不可不明瞭也。歐洲自中世紀以來，猶太基督教義與希臘之哲學及羅馬之法律學說互相融合而成之刑罰思想，學者間頗多爭論，願此屬於學說史要之範圍，本章固無庸涉及，惟取十八世紀

中葉古典刑罰學派發展後關於刑法上各種主義，一一撮要敘述於次：

(註一四)基礎觀念(根本觀念) die Grundidee. 作根本概念 der Grundbegriff. 或稱根本思想 der Grundgedanke.

第一 報應主義與目的主義

(一)報應主義 報應主義一稱報應刑主義(註一五)，為舊派刑法學者所主張，其所持理由以犯罪為違背正義之行為，對之科以刑罰，為純理上之當然，即刑罰對於犯罪，基於有罪必罰之原理(註一六)，依正義的要求，認為種惡因自應受惡報，故謂之報應主義(註一七)，又稱絕對主義(註一八)，且因其報應係根據正義的要求，故亦稱正義主義(註一九)。

(註一五)報應刑主義 Theorie der Vergeltungstrafe.

(註一六)原理 das Grundprinzip.

(註一七)報應主義 die Vergeltungstheorie.

(註一八)絕對主義 die Absolute Theorie.

(註一九)正義主義 die Gerechtigkeitstheorie.

此主義細別之為四種(註二〇)如左：

(註二〇)泉二新熊，改訂刑法大要第十九至二十頁。

(1) 神意的報應主義 (Gottliche Vergeltungstheorie) 代表此派者為斯達爾 (Stahl) 及柏克爾 (Becker) 等，大旨謂犯罪係違反神之意思與命令，國家秉承神意，維持正義，故應處罰犯罪。此說專主神意，不脫宗教色彩，重信仰而忽實際，全無學術上之根據，殊與現代思潮，大相背馳。在古代神權甚張時，或可鼓舞一時之人心，使其忱惕神明而不敢為惡，若處茲科學昌明時代，已成落伍之學說，自不可採。

(2) 理性的報應主義 (Vernünftliche Vergeltungstheorie) 此為黑智爾 (Hegel) 所主張，氏謂犯罪為理性之否定 (註111)，而刑罰撲滅犯罪為理性之否定之否定 (註112)，蓋違悖理性無逾犯罪，刑罰乃用以制裁犯罪者，則即謂為克復理性之支配力可也，故稱理性的報應主義。此說對於否認理性之犯罪行為，復加以否認，而重在理性之恢復；不知犯罪行為初不僅以違反理性為限，若徒對於此種犯行加罰，然則其他犯行之較重者，將以其非違悖理性而聽之乎！如一律處罰，則又奚用此名義為也，且對於刑罰處罰犯罪之作用亦多未措意，故此說不為人所重視。

(註111) 理性之否定 Negation der Vernunft.

(註112) 理性之否定之否定 Negation der Negation der Vernunft

(e) 道德的報應主義 (Sittliche Vergeltungstheorie) 康德 (Kant) 氏主張以道德觀念為報應主義之起因，大意謂加害於人係違背道德上之原則，應受惡報，其所著之實際的理

性評論於一千七百八十八年出版（註二三），對此主旨闡發甚力，不過依據道德觀念加刑罰於犯罪人，而施以報應，以期恢復道德上之秩序，亦僅屬一種理想。蓋道德觀念不可與刑罰實質同論，道德報應，在刑罰概念上雖可為抽象之說明，然與國家用刑之手段無關，非刑法本體所應探討之問題，僅為消極的論理思想（註二四）而已。

（註二四）Kant. Kritik der Praktischen Vernunft, 1788.

（註二五）消極的論理思想 Negative Ethikgedanke.

（4）法律的報應主義（Rechtliche Vergeltungstheorie）此說謂刑罰依正義之要求，對於違法行為之犯人處罰，即屬於法律上的報應，蓋刑罰以有罪必罰為本旨，無論為報復或反坐，皆保持刑法上絕對的命令（註二五），藉以達刑罰之目的，故刑罰乃所有法律對於犯罪的報應，換言之，即刑罰根據法律以報復犯罪行為也。德儒康德於一千七百九十七年，著法律學形而上之發端（註二六），對於此主義予以多次之提倡與揄揚，自是厥後，凡屬於古典刑法學派而以正統刑法學派自詡者皆奉為天經地義，金科玉律，認為至當不易之學說。實則犯罪行為有時依法定罪，不罰較處罰之結果轉優者，則此主義之無上性已不免根本搖動；況刑罰為國家達某種目的所取之手段，其本身固無所謂目的，此派斤斤於法律報應，注重刑罰目的，而不知國家執行刑罰權之主要作用，將毋所謂務其小者近者而遺其大者遠者乎，故此說亦難盡個人意。

(註二五) 絕對的命令 Kategorischer Imperativ.

(註二六) Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre 1797.

(二) 目的主義 此派謂刑罰以預防將來犯罪為目的，故稱目的主義（註二七），又稱預防主義（註二八），學說約分三種：

(1) 一般預防主義 (Generalprävention) 此主義可細別之為三：

(a) 威嚇主義 (Abschreckungstheorie) 唱導是說者為古墨林 (Gmelin) (註二九) 謂欲預防人民犯罪應以嚴刑峻法治之，使有所恐怖而不敢為惡，亦我國古代「辟以止辟」之意，此說在刑罰史上雖有實跡可徵，然近於殘忍，與現代刑罰觀念不合。

(b) 心理強制主義 (Psychologische Zwangstheorie) 此說謂國家宜用刑罰強制犯人之心理，以遏止其犯罪慾望與動機，使知所痛苦而不敢以身試法。代表此派者為費爾巴黑 (Feuerbach) (註三〇)，雖足以說明刑罰一部分之目的，然主張重刑，與威嚇主義不啻殊途同歸，故無足取。

(c) 警戒主義 (Warnungstheorie) 此說唱自己葉爾 (Bauer) (註三一)，大意謂國家對於犯罪，如思患預防，應就刑罰要點及刑法主旨對人民分別曉諭與誥誡。使凜然自行矯正瑕疵，免致犯罪。與我國往古「明刑弼教」之旨相近，然認刑法為民衆教育之一種，立論離奇，超出刑法固有範圍，殊不可從。

(註二七)目的主義 Zwecktheorie.

(註二八)預防主義 Präventionstheorie.

(註二九)古墨林·關於犯罪及刑罰之立法原則 Gmelin, Grundsätze der Gesetzgebung über Verbrechen und Strafen, 1785.

(註三〇)費爾巴黑·現行刑法之原則及根本觀念之革新 Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des Positiven Peinlichen Rechts, 1799.

(註三一)巴葉爾·警戒主義 die Warnungstheorie, 1830.

(2)特別預防主義 (Spezialpräventionstheorie) (註三二) 此主義注重預防犯人之再犯，故稱特別預防主義，可得而述者約二種：

(註三二)泉二新熊，改訂刑法大要第二十一頁。

(a)改善主義 (Besserungstheorie) 此說以國家刑罰罪犯係用以防止再度犯罪，以達改善犯罪行為之目的，是即改善主義之本旨。然犯罪處罰之觀念，國家亟應廢止，所謂刑罰罪犯者乃以刑罰改善犯人，引導其為善行，使復為良民，初非報復、威嚇手段所可同日而語。勒德爾(Roder)於一千八百四十六年著改善刑之根據，復於一千八百六十四年著改善刑及感化院，皆主張刑法宜採改善主義，藉以達特別防止犯罪之目的(註三三)。此主義置重改善犯人，不主殘忍刑罰，而主用懲治與指導之方法，使其逐漸改善，按之近代刑事政策，誠可謂脗合無間。惟以其主張廢除犯罪及處刑觀念，仍不免遭舊派之排擊。

(註三三) Röder, Zur Rechtsbegründung der Besserungsstrafe, 1846. Derselbe, Besserungsstrafe und Besserungsanstalten als Rechtsordnung, 1854.

(e) 狹義的預防主義 (die Präventionstheorie im engeren Sinne) 唱此說者，為葛羅曼 (v. Grolmann)，氏於一七九九年著刑法理由 (註三四)，大旨謂國家對於犯罪人，須用刑罰強制力，以保障法律狀態。此種強制力，原始的卽用以預防違法行為者，惟防患未然，有強制於一時而收效，不久又有再度犯罪之虞，故必用刑罰威嚇使其改善，萬一無改善希望，則即使剝奪犯人自由亦所不惜，務使其不致再犯始能維持正常狀態。此主義以狹義的預防為刑法的目的，故於保障法律不諱言強制力，於改善不能，不諱言剝奪自由，蓋重在遏制犯罪，以排除國家與社會之危險，於說明刑法真諦尙中肯綮，故現時學者多傾向於此說。

(註三五) v. Gorlmann, über die Begründung des Strafrechts, 1799.

(e) 兩面預防主義 (die Zweiseitigpräventionstheorie) 此派認為一般預防與特別預防同屬刑罰目的，細別之為二：其一、以刑罰主要目的在一般預防，而以特別預防為其附屬作用。其二、重視特別預防，而置一般預防於次要，謂欲收預防實效應從前者着手；以阻止未來犯罪，為刑罰真正目的所在。此主義置重預防，與舊刑法學派之報應主義大相牴牾，又因採二重主義，與近時力唱特別預防說者亦有未合，故大受新舊兩派之舐排。

第一 折衷主義

介於報應主義與目的主義間，尚有所謂折衷主義 (Vereinigungstheorie) (註三五)者，一稱混合主義 (Vermischungstheorie)，以其認報應爲刑罰權存在之根據，目的爲從屬的關係而附加說明之故也。換言之，要不外乎維持正義與防衛社會二者是已，前者之作用爲損害賠償，後者之作用爲危險預防，惟一則屬民事責任範圍，以補償爲其歸宿，一則在刑事責任方面，以預防爲其目的 (註三六)。夫民刑事在今日分化進程中本截然不容混淆者，折衷主義乃竟合一爐而冶之，於法理殊爲不合，自無詳細探討之價值也。

(註三五)泉二新照，改訂刑法大要第二一至二二頁。

(註三六)牧野英一，改訂日本刑法第一七至二二頁。

第二 客觀主義與主觀主義

客觀主義 (註三七)爲事實主義，以其專置重事實也。即刑事基本責任存在於犯罪行為，其輕重依行爲所發生之實害與危險之大小爲斷 (註三八)。

主觀主義 (註三九)以人格主義爲要旨，即刑事基本責任非置重於犯罪行爲，而存在於犯人之性格，故其責任之輕重按其在社會之危險性 (état dangereux, Gemeingefährlichkeit)。

c), 卽有犯行反覆之虞的惡性 (temeritas, periculositas, nocuité) 而定 (註四〇)。此在意義內，主觀主義與預防主義，具有同一之姿態。但預防主義爲達防衛社會目的，常行使威嚇手段，而主觀主義則否。

客觀主義與主觀主義固自不同，卽與報應主義亦有區別，蓋客觀主義重在實害若何以定刑罰標準，而報應主義則據犯罪者之犯罪動機以爲衡。

要之，採客觀主義者一般預防主義及折衷主義近之，而特別預防主義及報應主義則大體近主觀主義，不過所取之手段略有出入耳。

現代刑法思潮多傾向主觀主義，故各國刑法制度莫不採此主義，以確定立法原則，如加減例、緩刑、假釋等皆然。惟我國新刑法則客觀主義與主觀主義兼採，似未免與時代新趨勢背馳，亟盼從速修正焉。

(註三七) 客觀主義 Objectives System.

(註三八) 牧野英一，改訂日本刑法第二十二頁。

(註三九) 主觀主義 Subjectives System.

(註四〇) 牧野英一，改訂日本刑法第二十二頁。

第四 民事責任與刑事責任

不法行爲同時發生兩方面責任。其一、民事責任 (Zivilrechtliche Verantwortlichkeit) ···
其二、刑事責任 (strafrechtliche Verantwortlichkeit) 。

民事責任之本質損害賠償是也。而以補償因不法行爲所生之損害，使社會恢復不平均之常態爲其目的。故其基本責任爲客觀的實害，其客體爲過去之事實。

反之，刑事責任之本質厥惟刑罰，其目的在排除因不法行爲而生之社會的不安，藉以維持社會之水平。故其基本責任爲主觀的惡性，其客體爲未來之危險 (註四一)。

古代盛行復讎及償金制度，民事關係以請求賠償爲手段，同時又爲實際的刑事之上制裁，換言之，同一制度而兼有現代制度上民事的作用與刑事的作用是也。社會進化後，兩者同時分化，漸次區別爲滿足個人間關係之方法與維持社會秩序之方法二者。誠然，在分化初期，損害賠償內包含着刑罰的分子，刑罰內包含着賠償的分子，諒所難免。惟現在制度，關於此等區別乃大明瞭。蓋民事責任不求之於行爲者主觀的方面，而注重於行爲者之性質的自體，故凡有對社會發生危險性質之行爲，不論有無故意與過失，概須負損害賠償責任 (註四二)，而在刑事責任則故意必須處罰，過失處罰者罕見，例外則處罰從輕 (註四三)。

(註四一) 牧野英一，改訂日本刑法第二十九頁。

(註四二) 岡松博士，損害賠償責任論 (大正五年版)。

(註四三)牧野英一，改訂日本刑法第三十一頁。

損害賠償與刑罰，混而同之，固未始不可使犯人知所警惕及被害者得到滿意，然按諸民法與刑法上不法行為成立之要件既有不同，則將二者之界線劃清，設立差異規定，使社會秩序，及個人利益得以互相調和，不特克符民刑制度之本旨，而亦法制思想進步之表現也。

第五 現代社會新趨勢

社會制度因社會進化而臻於新的境界，換言之，即社會趨勢正向着嶄新的領域內發展，而制度的本身亦不能不適應此等現實也。舉其要，可於下列二法則內歸納之：

(1) 社會進化使社會制度由反射的而漸移於自覺的(註四四)，此種自覺的動作，乃因社會的活動，對於外來刺激由自然的本能的反動，漸次由生有必然而進於反省的行動也。古代制度對於一定之行為，因不當之故，即科以惡報，例如復讎是。揆諸其時代精神，無非以科犯人以制裁即可達某種目的，故自體的要求亦可滿足，實際上此項制裁，對於不法行為不過無意識的反射而已。然近世思想，則大異趣，對於不法行為加以制裁者，蓋以離開刑事制裁而別有其目的故也。即科刑為維持正義或為預防犯罪起見，而以制裁為手段，是為理想的自覺，基於如斯觀念，故即可謂：制裁對於違法行為乃社會自覺的行動。

(註四四)牧野英一，改訂日本刑法第三十三頁。

(2) 社會進化，使制度之分化，漸次細緻。例如高等生物之構造，較劣等爲複雜；進化社會比未開化者之分業，亦爲緻密；法律制度，當然不能例外。古代民事責任，與刑事責任，靡有區別，認復讎及償金制度，對於不法行爲，爲唯一之良好制裁。蓋在當時，團體與個人之關係不明，因之公法與私法之區劃，理解亦未清晰。洎夫社會漸次進步，結果統括社會之權力發達，團體與個人，地位分離，而團體與個人相互關係，比諸個人相互關係，亦判然不同。如斯現象，是謂責任之分化。一方面爲維護團體之必要，而產生刑罰制度，他方面由滿足個人相互間關係，而成立賠償制度，換言之，一則爲公法上之制裁，而其他則爲私法上之制裁是也。徵諸一般法制史上，其分化之趨勢，由於社會進步使然，蓋爲顯然不可掩之事實矣（註四五）。

以上二法則，有相互之關聯，制度乃無意識者，在其結果上，制度不生分化問題，但就制度之目的言，不得不認其有分化作用耳。

關於責任分化之進化的趨勢，不外適用關於社會進化之一般法則，而其進化實由社會與個人相調和之故。吾人就此種進化趨勢，對於社會生活，推闡其理論，將其目的，聯屬於自覺方面，認制度的分化作用，更爲妥當。故社會進化者，使社會行動，在其理想上最適合於經濟的原則之謂也。

(註四五)牧野英一，改訂日本刑法第三十六頁。

如斯爲社會的反射運動之報應主義，乃漸移入於自覺的目的主義。蓋已捨棄單純以滿足報復爲本能的主義，而進於預防主義之階段。

刑法之基礎觀念，就以上各種主義言之，其間何去何從？當以社會新趨勢爲準。社會進化，民事責任與刑事責任之區別，亦至顯明，卽由客觀的一般預防主義，對於主觀的特別預防主義之途徑，悉力以赴是也。換言之，目的主義中之特別預防主義，乃爲最進步者(註四六)，而現代刑法之基礎觀念，固不待煩言而知建築於此主義上矣。

(註四六)牧野英一，刑法學之新思潮，第一百二十二頁以下。

第三章 刑罰權之根據

關於刑罰權之根據，學者間有謂犯罪爲心理變態所致，如瘋狂白癡等病症，國家有爲療治之義務，且以其病症在刑罰難收效果，因而否認國家刑罰權之存在者。惟多數學者則承認國家有刑罰權，不過關於刑罰權何所根據，則又主張不一，舉其要者，約有三說(註四七)：

第一、社會契約說 主此說者，爲英之霍布斯(Hobbes)，法之盧騷(Rousseau)，德之斐希特(Fichte)，此派見解，以刑罰權由社會契約產生，原始人類，常在戰爭狀態中營生

活；其後厭倦戰爭而希望平和，乃割讓其一部份權利，以契約委任代理人，使肩保護責任；而此代理人，即爲實際的主權之行使者。基於此種契約，主權者爲保護各人在必要之自由範圍內，對違反契約者，加以刑罰制裁，自屬正當。惟如超過此範圍而濫行刑罰權，則屬一種暴行，無服從義務。

第二、神授說 德國學者斯達爾(Stahl)唱此說，大旨謂神之秩序，發現於俗界爲國家。神明秩序之基礎，厥惟俗界人民身體健全，財產保護，家族順序，國家成立，寺院存續等，犯罪即屬破壞此秩序，神乃以國家爲俗界中之權力代表者，使其處罰犯罪，是即國家刑罰權之來源。

第三、必要說 就法律上見地主張刑罰必要說者，爲英之邊沁(Bentham)氏，大意以國家爲維持社會秩序起見，有行使刑罰權必要，即刑罰權之起因，以保持社會秩序安全爲唯一主旨也。

從進化論觀察上主張刑罰必要說者，爲意大利之龍波羅梭(Lombroso)氏，其大旨謂社會受進化理法之支配，故社會對於侵犯其生存之犯行，予以壓抑，爲自身進化所必要，刑罰權即基於此必要上發生。

(註四七)泉二新熊，改訂刑法大要，第十五至第十八頁。

以上各說，否認國家有刑罰權者，其見解過於消極，且抹煞現代事實，殊無可從理

由。社會契約與神授二說，雖承認國家刑罰權之存在，屬於積極的學說，惟所謂契約云者，與現代社會狀態 (Sozialismus-Zustand)，及其構造原因，似不十分脗合。神授學說，則又近於宗教觀念，帶有迷信色彩，亦不能使人滿意。惟必要說之主張，於法律與進化二觀點方面，理由事實，均能符合一致，且合於現代社會組織之真正狀況，以國家刑罰權，為維持國家社會安全秩序起見，自有其正確的必要意義在也。(註四八)。此說既非消極的而為積極的，又無前兩說之弱點，故一般學者，均取此以為論定之準則焉。

(註四八)泉二新熊，改訂刑法大要第十八頁。

第四章 刑法之地位

刑法在法律上之地位，依其在國內法系統定之。犯罪行為，有屬於私權關係 (Privatrechtsverhältnais) 者，亦有在公的方面發生刑事責任 (strafrechtliche Verantwortlichkeit) 者，例如詐欺取財罪，由前者言之，不外乎侵害私人之法益 (Rechtsinteresse)，應負私法上的責任；由後者言之，則為違反個人對於社會公共秩序與安全之義務，法律上為維持社會起見，即不能不加以制裁，因而有處罰犯罪之規定，其所以必須處罰者，以其對於公的方面犯罪也。說者謂公私界限，殊難絕對的認定；然私法範圍，以賠償損害為滿足條件，固不生刑罰問題，若一經處罰，則是國家施行刑罰權以處置犯罪，而為主權自體之活動，

其屬於公的性質，顯無疑義；其與私人爲賠償損害之要求，自難一律同論，何則？刑法爲國家行使刑罰權以懲罰犯行之法規，由主權自體活動而爲執行，當然不屬於私權之範圍。所謂公法者，即指國家自以其主權對於一切事物活動，因以規定其活動關係而言，而刑法即屬此種法規，故刑法在法律系統，實立於公法之地位。除此觀念以外，學者間亦有以規定個人關係爲私法，規定國家與人民關係爲公法者，又有以區別公私法之標準，端在權力與權利兩種關係，而謂屬權力爲公，屬權利爲私者，惟無論如何，不能推翻刑法爲公法之論據（註四九）。

（註四九）牧野英一，改訂日本刑法，第六八頁。

第五章 刑法之淵源

古代處罰犯罪，單依照審判官意見而行制裁，即審判官依自己的確信，創立罪名，或準據條理與慣習，或比附援引其他條規，以定擬罪刑。在如斯情況下，審判官之擅斷與專恣橫暴，自不能免（註五〇）。然自法國人權宣言以來，非依法律不得斷定罪刑之原則，文明諸國刑法皆仿效之，罪刑法定主義，由是成立。我國訓政時期約法，曾規定「人民非依法律，不得逮捕拘禁審問處罰」。刑法第一條（註五一），亦有「行爲時之處罰，以行爲時之法律有明文規定者爲限」之明文，所謂無法律，則無刑罰，已成爲刑法上之普遍之信

條，因是討論刑法之淵源 (sources, Quellen)，可得數點明確之觀念如下：

(註五〇) 泉二新熊，改訂刑法大要，第三十八頁。

(註五一) 中華民國刑法，由國民政府於二十四年一月一日公布，七月七日施行，是為新刑法，其在十七年三月十日公布者，稱為舊刑法，關於罪刑法定主義，舊刑法第一條，亦規定「行爲時之法律，無明文科以刑罰者，其行爲不爲罪」。

一 成文法律無正條不爲罪，所謂罪刑法定主義者，即依法律上所規定的罪刑，而奉爲施刑準據之主義也。罪刑由法律規定，即爲成文法，亦即法律上的正條，故無成文法，無所謂犯罪，亦無所謂刑罰，是成文法爲刑法之淵源，瞭然可見。歐洲除英國外，皆採用成文法爲科刑標準，我國與日本亦然。按英國在歷史上即置重習慣法與片段的刑罰規條，當然無「無法律則無刑罰」之限制。考習慣法在古代皆認爲刑法法源，故英國至今猶循之未改，而大陸派諸國，恆以是爲英國詬病，蓋以無一定之法律明文，可資依據，審判官將不免從心所欲，上下其手，而用法難期持平故也。然英國雖不採成文法，尙無若何弊害發見，得毋習慣法亦有可採用者歟？原習慣及條理，乃以決定行爲之違法性，而又間接的爲刑罰法規之內容者，換言之，即一定行爲，依據法令或正當行爲而適合社會正常狀態者，其行爲不爲罪；且關於其決定之標準，法律上亦往往無直接規定，故依一般理論，不可不從習慣或條理行之（註五二）。故在此情況下，習慣法亦未嘗無可採者在，但適用殊不

普遍，要不能衡以英國之特殊的歷史關係耳。總之，成文法爲世界多數文明國家所採用，立法例應從多數主張，則關於刑法法源，舍成文法奚以說明。

(註五二)牧野英一，改訂日本刑法，第五十九頁。

二 習慣與條理 習慣與條理，不能與成文法比量同觀，上已言之。然有時依習慣或條理，而可定犯罪事實前提的法律關係之內容者，則習慣與條理，不可謂非間接的爲刑罰法規之內容，是其可爲刑法淵源。依此論據衡之，亦難以否認，何況古代早已承認習慣法爲刑法之法源乎，惟較成文法之完密，終有遜色。

三 最高法院判例 最高法院，所下判決例，學者間有謂其爲刑法之法源者，亦有否認之者。由前之說，最高法院判例之實際的作用，爲統一法律之解釋，依其見解而可變更法律之內容，則應認其爲刑法之淵源。但後說則以爲最高法院判例，乃關於特定事件而爲判決，僅就法律之點，表示意見，以拘束下級法院，而非有一般之拘束力；且爲適用法律機關，非具有制定法律之權能，其意見亦不過對於既存的法規之內容，加以闡述而已，自不能謂其判例爲刑法之法源。此二說，自以後者之理由爲充分，惟關於英國法制，當採用反對的解釋(註五三)。

(註五三)泉二新熊，改訂刑法大要，第四十一頁。

四 學說 學說亦屬於討論法規之理論，若謂其可爲法源，則須就其本質檢討之。蓋

學說僅有解釋法令意義與批判得失之效用，初與設定法規不同，充其量，亦不過促進法規變更與設定之動機已耳，其自體既非法規，當然不能認為法律之淵源也。

第六章 刑法之沿革

談刑法之沿革，屬於刑法史要的範圍，可由此而窺見刑法發達和進展之過程，分我國固有法系與歐洲法系二項述之如下：

第一 我國固有法系

我國刑法思想，起於上古唐虞時代。尚書舜典：「象以典刑，流宥五刑，鞭作官刑，扑作教刑，金作贖刑，眚災肆赦，怙終賊刑。欽哉欽哉！惟刑之恤哉！」大禹謨亦有「明于五刑，以弼五教，期于予治，刑期于無刑」之語。洎夫周代，穆王作呂刑以詰四方，哀矜惻怛之意，亦具詳於書經「呂刑」篇中，關於五刑，五辭，五罰與五過，皆有所闡明，實為我國古代刑法制度之嚆矢。然僅散見古籍，無專書記載，學者往往以闕略病之。自春秋以迄戰國，人事日繁，刑法思想，亦漸趨發達，其有成典可供稽核與考究者，實始於戰國魏李悝之法經。其中所列法令科條雖簡，然統序略具，為研究我國古代刑法史要者所莫能外焉。茲姑由戰國魏律起，依次敘述歷朝刑法之大概如左：

(一)戰國魏律 魏律即李悝所作法經，內分六篇：(1)盜法，(2)賊法，(3)囚法，(4)捕法，(5)雜法，(6)具法。

(二)秦律 商鞅相秦，取魏李悝法經用之於秦，改法爲律，內容無所變，稱秦律。

(三)漢律 初爲三章，即殺人者死，傷人及盜抵罪，爲高祖入關與秦民父老約定之法，所謂約法三章也。後以三章過於簡略，乃令蕭何於魏律外，增加戶、興、廄三篇，是謂九章。

(四)魏律 魏陳羣劉劭等，奉明帝命制律，共成新律十八篇，內容爲(1)劫掠，(2)詐僞，(3)毀亡，(4)告劾，(5)繫訊，(6)斷獄，(7)請賊，(8)警事，(9)償贓，另增入漢九章，合成十八篇。

(五)晉律 撰自賈充等，係損益漢魏律而成，共二十篇，(1)刑名，(2)法例，(3)盜律，(4)賊律，(5)詐僞，(6)請賊，(7)告劾，(8)捕律，(9)繫訊，(10)斷獄，(11)雜律，(12)戶律，(13)擅興，(14)毀亡，(15)衛宮，(16)水火，(17)廄律，(18)關市，(19)違制，(20)諸侯。

(六)北齊律 北齊律篇目共十二。(1)名例，係將晉律刑名法例合併而成，(2)禁衛，(3)婚戶，(4)擅興，(5)違制，(6)詐僞，(7)鬪訟，(8)賊盜，(9)捕斷，(10)毀損，(11)廄牧，(12)雜律。

(七)北周律 較北齊律煩而寡要，制自趙肅等，共二十五篇。(1)刑名，(2)法例，(3)祀享，(4)朝會，(5)婚姻，(6)戶禁，(7)水火，(8)興繕，(9)衛宮，(10)市廛，(11)門競，(12)劫盜，(13)賊叛，(14)窮亡，(15)違制，(16)關津，(17)諸侯，(18)厩牧。(19)雜犯，(20)詐僞，(21)請賊，(22)告言，(23)逃亡，(24)繫訊，(25)斷獄。

(八)南齊律 成於永明九年，表上者為廷尉孔稚圭，係沿用晉律。

(九)梁律 係增損北齊律而成，制律者為蔡法度等，共二十篇。(1)刑名，(2)法例，(3)盜劫，(4)賊叛，(5)詐僞，(6)受賕，(7)告劾，(8)討捕，(9)繫訊，(10)斷獄，(11)雜律，(12)戶律，(13)擅興，(14)毀亡，(15)衛宮，(16)水火，(17)倉庫，(18)厩律，(19)關市，(20)違制。

(十)陳律 篇目大略與梁律同，惟律文久佚，難窺全豹。

(十一)隋律 隋律有二，初由高穎，楊素等撰開皇律十二篇，(1)名例，(2)禁衛，(3)職制，(4)戶婚，(5)厩庫，(6)擅興，(7)賊盜，(8)鬪訟，(9)詐僞，(10)雜律，(11)捕亡，(12)斷律。後由牛弘等撰大業律十八篇，(1)名例，(2)衛宮，(3)違禁，(4)請賊，(5)戶律，(6)婚律，(7)擅興，(8)告劾，(9)賊律，(10)盜律，(11)鬪律，(12)捕亡，(13)倉庫，(14)厩牧，(15)關市，(16)雜律，(17)詐僞，(18)斷獄。

(十二)唐律 初期沿隋開皇律之舊，篇目十二，為裴寂等所撰。貞觀二年，復詔房玄

齡等定律令名稱，爲律、令、格、式四種。永徽二年，更由長孫無忌等撰律疏三十卷。

(十三)五代律 梁、唐、晉、漢、周五代，享國俱促，未遑制作律令，中惟朱梁開平四年詔刪定律令及目錄十三卷，可取作代表以說明之。

(十四)宋律 宋代沿用唐律，而遇律文未備之點，則用編敕以濟其窮，神宗時，特更其名爲敕令格式。

(十五)元律 元律名至元新格，旁及理財，治民等治術，雜而不純，其篇目載元史刑法志，計二十篇。(1)名例，(2)宿衛，(3)職志，(4)祭令，(5)學規，(6)軍律，(7)戶婚，(8)食貨，(9)大惡，(10)姦非，(11)盜賊，(12)詐僞，(13)訴訟，(14)鬪毆，(15)殺傷，(16)禁令，(17)雜犯，(18)捕亡，(19)恤刑，(20)平反。

(十六)明律 明初律令，共二百八十五條，因世無傳本，內容未詳。洪武六年，新定大明律，凡十二篇，(1)禁衛，(2)職志，(3)戶婚，(4)厩庫，(5)擅輿，(6)賊盜，(7)鬪訟，(8)詐僞，(9)雜犯，(10)捕亡，(11)斷獄，(12)名例。

(十七)清律 清初增損明律行之，經順治、康熙、乾隆三朝迭次刪改，共成四十七卷，都四百三十六條，光緒三十一年，諭令廢止戮屍、緣坐、黥刑諸端，而以斬決代凌遲、梟首各條。宣統間，復改正現行刑律，後又參酌各國刑律，革新刑制，皆由修訂法律大臣沈家本主持辦理。前者共三百八十九條，計名例三十九條，職制九條，公式十一條。

戶役十二條，田宅十條，婚姻十五條，倉庫二十三條，課程四條，錢債三條，市廛五條，祭祀六條，禮制十九條，宮衛十五條，軍政十八條，關津二條，厩牧十條，郵驛十五條，賊盜二十七條，人命二十條，鬪毆二十一條，罵詈八條，訴訟十條，受贓十條，詐僞十一條，犯姦九條，雜犯十條，捕亡七條，斷獄二十八條，營造八條，河防四條，是謂大清現行律，於宣統二年四月初七日頒行。後者由沈家本聘日本岡田朝太郎博士起草，奏請各部院及疆吏箋註，並提交資政院審核，惜因頒布年限太促，該院僅將總則議決，分則未遑詳議，草草了事，是謂大清新刑律，於宣統二年十二月二十五日公布施行。

(十八) 民國律 辛亥革命成功，專制政體改爲共和，法部爰將新刑律中有牴觸民國國體各項條例，分別刪除，呈請大總統以命令公布施行。以未交國會通過，故稱暫行新刑律。南京國民政府成立，命王寵惠、伍朝樞等將暫行律再加改定，於民國十七年三月十日公布，是謂中華民國刑法。後又經立法院重行審查改正，呈請國民政府於民國二十四年一月一日公布，稱中華民國新刑法，而稱十七年公布者爲舊刑法，以資區別。

上述我國各朝代刑律，詳略互異，皆屬歷史陳迹。清律雖較新，然尙難適應犯罪一般情況，以達預防目的，是猶未足稱理想中之刑律也。

第二 歐洲法系

歐洲近世刑法，由北方的反坐思想與南方的誅心思想，受着戰爭，通商與講學的影響，漸次融和而成。於此種情況中而欲研究其歷史關係的刑法基礎觀念變遷之跡，可分爲五個時期（註五四）說明如左：

（一）復讎時期 上古民風渾噩，少團結力與固定性，社會組織，更屬薄弱，無所謂公權力，自然談不到刑罰權存在的問題。迨人事稍繁，人類對外不能無交接，遇交接齟齬，則發生衝突，被害者漸知聯合族類，以實行報復，於是報復觀念，日趨濃厚，由個人擴大爲家族報復，乃至於部落報復，是謂復讎時期。

（二）贖罪時期 贖罪方式，有以金錢行之者，即對於侵害者執行金錢補償律，使受物質痛苦，以滿足被害人之要求是也。此與我國上古唐虞時代「金作贖刑」之旨，固毫無殊異。亦有出於宗教儀式者，此種贖罪，無非爲侵害者求神宥免，故執行刑罰，以爲之贖罪，蓋爲犯罪人保得罪於天神，其代理人如酋長或君主等，若不爲贖罪，則神必降譴，乃純由神權觀念而來，實則統治階級藉神以鞏固公權力之一種政治作用。

（三）威嚇時期 統治者主權確已穩固之後，則無須藉神權以資護符，可直接行使大權，以震懾人民，乃利用刑罰爲威嚇工具，鎮壓反叛或暴動，以維持獨夫地位，由是種種非刑，極盡殘酷，創造歷史上最令人驚心動魄之一頁。在此時期最顯著之觀念，厥惟國家官吏代表爲報復行爲，而不許私人復讎，同時產生社會防衛說，認社會可利用刑罰之恐嚇

性以爲本身的防衛，此實爲有史以來刑法思想之一大轉捩（註五）。

十八世紀以前，爲復讎、贖罪、威嚇三觀念盛行時期，除復讎絕跡較早外，餘如贖罪觀念，伴着神權作用，供君主利用之時期較長，迄於法國大革命後，始漸消滅。惟威嚇觀念，猶散見於各國特別法令內，我國特別法令，關於死刑之條文，更覺觸目皆是，衡諸近代思潮，實有改正必要。

（四）博愛時期 威嚇時期，嚴刑峻罰，慘無人道，爲一般抱博愛主義之基督教徒所不忍觀，不期然而然，共爲宗教上之宣傳，從事救濟，此十七世紀末期事也。同時學者間之著作，亦極力爲人道主義張目，以謀刑法本身之改革，如一七六二年法入盧騷發刊之民約論，一七六四年意人白克加利亞（Beccaria）出版之罪與刑（*Des crimes et des Peines*），皆大聲疾呼，以警醒當時之極權主義者，由是人權思想，遂瀰漫歐陸，至孕育法國大革命，乃一發而不可復遏。

人權宣言，爲法國大革命後之產物，法國一千八百一十年的刑法，很受其影響，即國家不能於法律規定外，處人民以罪刑；法律以防衛侵犯社會行爲爲原則，亦不得超越其所需要之限度；又犯罪應由個人負責，不得及於家族；犯罪之懲罰，乃對於犯行而非對犯罪人爲處分。此外法律不能干涉宗教信仰的自由，並廢除一切階級不平等的規定。以上主旨，皆經大革命後國民會議議決，而逐漸促其實行，於是法國刑法，遂由極殘酷過程而轉

入博愛時期，其他德、奧各國，亦先後廢掉恐嚇主義，而隨新思潮以改訂刑法，如奧之一八五二年刑法，德之一八七一年刑法，皆可供例證。不過博愛時期，刑罰缺乏鎮壓犯罪之效力，常有造成犯罪普遍增加之流弊，經許多學者，絞腦力以從事研究，知刑法對於人類社會，決不僅以博愛主義為滿足，而尚負有更重大之使命。

(五)科學時期 刑法在科學上的基礎，首先奠定者，為意大利龍波羅梭(Lombroso)氏於一八七六年所出版之犯罪人論名著，其後費利(Ferri)氏著犯罪社會學，加洛法羅(Rita di Carolato)氏著犯罪學，皆從實證方面，研究犯罪和人類社會關係，並決定法律責任與社會責任二種重要因素，遂以完成刑法在科學上之體系。

一八九一年，瑞士斯托思(Garl Stösser)教授，起草刑法草案，確定保安處分的名稱，於是刑法由科學理論踏入於實用時期，但尚屬於部分表現。迨一九二一年費利氏草案披露後，廢止刑罰稱號，便將新刑法整個姿態都顯現出來。目前各國，尚多未正式採用，僅有部分改造，例外者亦僅有蘇俄耳。故科學時期，祇可謂為開始，而距成功時尚遠，仍有待於刑法學者之繼續努力，俾克實現。

在此時期，刑事組織之特點，厥惟變更舊時刑法基礎觀念，而注重犯罪預防之方法，略述如下：

(1)犯罪行為，乃行為者危險狀態的象徵，刑罰處分，係對於有危險狀態的行為者，

而非對犯罪行爲。

(2) 刑罰裁制犯罪，其價值遠不若預防犯罪之重大。

(3) 犯罪由許多複雜原因造成，故應以法律責任，去替代道德責任，無論道德上負責與否，均應服從刑罰制裁。

(4) 刑罰宜適應犯罪人危險性，而不應取客觀的嚴重性爲比例，庶可達防衛社會之目的。

(5) 調和社會與個人利益，用刑寬嚴適中，無畸輕畸重之弊。

右五點，皆刑法在科學時期之特色，尤以(4)、(5)二點，最適應於現代思潮。

我國刑法制度，代有損益，自國際交通以後，刑律中舊時條文，亦多刪改，期與東西法律接軌。顧自刑法理論上言之，各國刑律，缺陷尙多，在復讎、贖罪與威嚇三時期，爲反射的刑事組織，博愛與科學二期，爲自覺的刑事組織，前四期皆採報應主義，末一期則採目的主義，與前大異，蓋置重於社會與個人對立之關係上，以爲刑事制度之準則也。然刑罰實際，皆傾向於局部動作，如何而謂爲自覺的運用？如何而謂爲目的主義之實行？自非有徹底的改造不可。顧各國司法當局，乃皆無此廓清摧陷之勇氣，遂使封建殘餘思想，仍不免少數存在於新時代之刑律內，雖刑事理論進化，而實際仍未能符合，是亦吾人所認爲未能滿意者，而根本之改造，殊有必要矣。

(註五四)岡田朝太郎，刑法總論第三章第五頁至第六頁。許鵬飛，比較刑法綱要，第四章第四十六頁。王銳，中華刑法論，第三十九頁至第四十九頁。

(註五五)許鵬飛，比較刑法綱要，第四章第四十九頁。

第七章 刑法之學派

刑法理論，有舊派與新派之分，新派中又分二大刑事學派，略述如下：

一 舊派 關於犯罪及刑罰為理論的考察者，始於刑法之博愛時期。蓋十八世紀哲學，

以個人主義及自由主義為骨幹，由此立論以闡明犯罪及刑罰關係者，概稱為舊派 (école classique, classique Schule)。而意大利學者白克加利亞(註五六)，所著之犯罪及刑罰論(註五七)，實為此派代表，舉其要旨如左：

(1) 凡人達到一定年齡時，除精神(Geist)特別有異狀者外，皆有依從理性(Vernunft)而為行動自由之意思。

(2) 犯罪為人依從理性而為行動自由意思時，因其行為反乎理性要求而成立。

(3) 犯罪為自由意思所產生，因人有平等自由意思，故科刑應依犯罪性質定之，以求寬嚴適宜。

(4) 犯罪為一單純之法律現象，一定犯罪行為，以一定刑罰科之而滿足。

舊派功績之最著者，有二：其一、與近世刑法以統一的體系。其二、以犯罪爲一事實而分析解剖之，對於種種制度，闡明其定義及區別。換言之，近於法律學之刑法者，可謂因舊派而得其形態也。

(註五六) 白克加利亞 Cesare Beccaria (1736-1794).

(註五七) 犯罪及刑罰論 *Dei delitti e delle pene*, 1764.

二 新派 十九世紀中葉，自然科學勃興，特別是進化論之唱導，刑法上見解，亦大受其影響，結果得如下之主張：

(1) 吾人之意思，非必自由，常由個人性格（個人的原因）與環境如何（社會的原因）以爲決定的要素，而受支配於一定法則之下。

(2) 犯罪本質，毋寧謂存在於個人的及社會的原因如何之觀察點內。

(3) 犯罪之由於社會的原因者，因之不可不謀改良社會，以圖犯罪之減少與撲滅。其由於個人的原因者，由犯罪人的疾病，慣習與偶發的區別，而有個別的講求適應方策之必要。

(4) 刑罰者，對於犯罪人所採取防衛社會之手段也。故刑罰之裁制，不可不依犯罪人個性定之。而一般所稱爲刑罰者，通常爲對於犯罪人所施行之一種方法與手段。

此主張與舊派大異，是謂新派 (*école nouvelle*, *neue od. moderne Schule*)。其功績在

闡明犯罪的自然科學的性質，因之近時刑事問題，不僅單獨的爲法律問題，而且爲政策之問題。

新派主張，發源於意大利，一稱「意大利學派」(école italienne, italienische Schule)。此派爲意人龍波羅梭氏創始，後復有費利(Ferri)加洛法羅(Garofalo)氏，分別補充以完成其學說，世以其用科學的實驗方法，依論理歸納，而爲積極的確定之一種原則，故又稱科學派或積極學派(Wissenschaftliche oder positive Schule)。其特色所在，爲犯罪人論，因之對於犯罪人講求合理的處置之一點，大受一般人之傾聽與注意。然刑事組織問題，於講求犯人處置外，對於個人自由爲適當保障之途徑，亦不可不明。關於此點，刑法對於犯罪人爲自然科學的研究外，以獨立的法律的議論爲必要。其立腳點以有關犯罪及刑罰上之實證的研究爲基礎，故總稱爲新派。

三 新派中二學派 新派在刑法上之主張，已詳上述，其中又分二大派別，茲略陳其梗概如左：

(1) 刑事人類學派 (école L'anthropologie criminelle, kriminalanthropologische Schule) 意大利學派爲此派中心，其大旨基於人類學之觀點，以爲闡論犯罪原因之根據，謂犯罪人之精神狀態與身體構造，迥異常人，刑法爲防衛社會而處罰犯罪，非因犯罪人有任責能力而罰之，乃行使社會防衛權之必然的結果，故不宜以報應爲基準，應依自然科學研究的

結果，以定適當之刑罰。代表此派者，即爲意大利龍波羅梭氏，氏於一八九〇年，著有關於人類學醫學法學之犯罪人，復於一九〇二年，著犯罪之原因及鎮滅，皆有獨特之見解。此派於一八八五年至一九〇五年，開刑事人類學會，共會議六次，一九一一年於倫敦舉行第七次會議，德國刑事學者，亦多數參加。

(2) 刑事社會學派 (*école sociologique, soziologische Schule*) 此派理論與刑事人類學派對立，乃由社會學的見地，以從事於犯罪原因之研究，其大旨謂搜求犯罪原因，應從社會方面着手，以犯罪與社會環境，大有關係也，唱導者爲李斯特 (*v. Liszt*) 費利諸氏，於一八八九年設立萬國刑事學協會，以後即由該會代表此派之主張。此派起源，實由於已成爲獨立學科之刑事社會學，比利時天文學者揭特勒 (*Ortelet*) 氏，首揭穢斯義，氏於一八六九年，著社會物理論，以犯罪之增減，多受社會環境之影響，並以寒帶收穫少，易犯盜罪，溫帶物產豐，易犯生命與風俗等罪，證明犯罪消長與其四面環境關係之密切。近世學者由犯罪統計上考察之，謂意大利凶年則多盜賊，豐年則多命案，皆以此說爲正確。此派於一八八九年開成立會於布魯塞爾，迄一九一三年止，共開會十一次，參加者人數甚衆。

此二派各因其觀察點置重所在，而爲立論之主張，立場固不可強同，要其研討之勤勵，示證之詳審，亦自各有其特色可言也。

第八章 刑罰之定義

於現代法制內，列舉刑罰(Peine, Strafe)之共通性，是即對於刑罰所下之定義也。欲知刑罰之定義何若？須先明刑與罰及刑法之觀念。現行刑法第五章第三十三條至第三十四條，規定刑爲主刑及從刑二種，是爲「刑」之字在法規上之根據。加罰字於「刑」之名稱下而稱爲刑罰，乃於刑法內具有形式的意義者。罰之種類不一，而刑罰亦屬於罰之一部分，世所稱之懲戒罰、秩序罰、強制罰等，皆屬於國家執行行政權之作用，而不得謂爲刑罰，又通常所謂刑法者，乃爲網羅犯罪與刑罰之一種法規的規定，亦不得謂刑法即刑罰，而與之混爲一談。刑與罰及刑法之觀念既明，因是可得刑罰之概念如下：

(1) 刑罰爲國家執行公法上之嚴厲制裁。法規上之制裁，分公法與私法二種，公法上之制裁，又有刑罰法規上的制裁與行政法規上的制裁之分。刑罰爲公法上之嚴厲制裁，久爲學者所公認。

(2) 刑罰爲國家對於違法行爲之私人所加之制裁。國家與國家之關係，至不得已時，可訴之於戰爭，而不得謂爲刑罰。又私人與私人間之關係，如不圓滿時，有損害賠償制度以資救濟，亦不得謂爲刑罰。惟國家與私人間所成立之法律關係，乃爲刑罰。不過國家行刑，必以違法行爲存在爲條件，如私人無違法行爲，國家自不得濫行使其刑罰權，而無故

加以制裁也。

(5) 刑罰爲剝奪犯人法益之制裁。行爲之違反法律規定者，非必概屬犯罪，而制裁違法行爲，亦不得即謂爲刑罰，例如解散法人，強制執行皆是。要必出於預防將來犯罪之主旨，對於犯罪人之法益予以剝奪，此種制裁，始可謂之刑罰。惟既稱犯人法益，原則上當以犯人本身爲限，不及家屬。至例外規定者，如從事業務人所爲之行爲，有使營業主人受制裁者，則屬特別法，此不具論。

(4) 刑罰爲法律上之效果。無犯罪，無刑罰，刑法爲對於犯罪行爲附與刑罰法律效果之法規，則刑罰爲犯罪人在法律上所得之效果，蓋犯罪爲刑罰之條件，故刑罰爲對於犯罪之法律的效果，現行刑法，對此已有規定，較諸以前偏於一端，僅定刑而不定罪之舊律，大有進步。

由上述四種概念，歸納起來，則刑罰之定義，已在吾人極度明瞭之想像中，質言之，刑罰者，國家對於私人之不法行爲，施以公法上之嚴厲制裁，而剝奪其法益之一種法律上的效果也。

第九章 刑法之目的

刑罰之目的，其終局固然在對於犯罪，爲社會之防衛，然其作用，可由次列三方面觀

察而得(註五八)。

(註五八)牧野英一，改訂日本刑法，第四十五版，第五一四頁。

一 對於犯人方面 刑罰以對於犯人預防再犯之作用爲最要，稱此作用爲特別的預防 (prévention spéciale, Spezialprävention)。又分爲二：

(1) 社會的適合 (adaptation sociale, Anpassung) 刑罰所以矯正犯人惡性，以犯人生活適合於社會生活爲目的。依此目的，故對於犯人，有時取匡正手段 (pein réformatrice, Bessung)，有時取教育手段 (pein éducatrice, Erziehung)，或有時用威嚇手段 (pein intimidante)，因人而異其作用，以期目的之易達。

(2) 社會的隔離 (élimination sociale, Ausscheidung) 刑罰以使犯人不加侵害於社會爲目的，欲達此目的，非令犯人與社會隔離不可。隔離之久暫，視惡性之輕重而異。輕者行一時隔離方法，重者則用永久隔離方法，庶可防衛社會之安全秩序。

二 對於公衆方面 刑罰所以警戒一般公衆，以防再蹈覆轍爲目的，此種作用，稱爲一般的預防 (prévention générale, Generalprävention)，同時兼具有滿足一般社會報應思想之作用。

三 對於被害人方面 刑罰對於被害人法益受侵害時，加犯人以制裁，予被害人精神以滿足，實具有慰藉被害人之作用。

以上三種刑罰作用，究宜置重何種，則依時代而有差異。古代用刑，以慰藉被害人為主旨，中世則注重一般的預防，現代思潮，刑罰犯罪人，則純基於社會防衛之觀點，而採取特別預防手段。同時對於犯罪人，剝奪其法益，另以損害賠償，為滿足被害人要求之工具，對社會則施行預防政策，尤以社會的適合為最大之努力，蓋非如此，不足以防衛社會也。

第十章 刑法之解釋

關於刑法律文之解釋，以不可不從嚴格為通說。從而對於刑法為類推解釋（註五九），亦以不許可為通說。日本刑法學者牧野英一氏謂此種主張，乃由適用罪刑法定主義之結果而來。蓋刑罰對於人民權利自由，儘有依例外的規定，而趨於狹義的解釋者，亦有依被告利益（註六〇），而為從輕的解釋（註六一）者。依後述原則，則與嚴格的主張，適立於反對的地位。然學者多以為限於被告有罪時，為被告之利益起見，如刑之減輕或免除等類，亦許可類推解釋（註六二）為通說。

（註五九）類推解釋 *analogie*，見牧野英一，改訂日本刑法，第六十一頁。

（註六〇）被告利益 *in dubio pro reo*。

（註六一）從輕 *in dubio mitius*。

（註六二）*V. Listl, S. 88. Alteld I. S. 81, Ringel S. 83.*

解釋法律，就法文中字句意義詮釋者，爲文理解釋，此外又有論理解釋，對於法文之意義，依論理方法闡明，使其擴張或縮小。類推解釋，爲論理解釋之一。在論理不許可範圍內，雖對於他項法令，亦不許爲類推解釋。反之，若在論理許可範圍內，刑法亦不可不適用類推解釋，故專主刑法從嚴解釋者，未見其當也。惟民事上慣習及條理，雖成法文亦得爲獨立法源，而刑事法源，則以有法律上之根據爲必要，此僅爲二者之差別耳。民事法規之適用，原被兩造間，貴乎公平，刑事法規之適用，於社會與犯罪人間，自亦不能離乎公平原則。若謂刑事法規，應依論理爲嚴格之解釋，則民事法規，亦應基於論理而爲適用焉。

關於民事法規，有所謂自由法運動(註六三)，以法規之解釋，不可僅僅拘泥於論理形式上，而必須參酌社會之要求，乃克適用。近代民法發達之結果，負荷此種運動而爲解釋者，大不乏人，刑法則束縛於罪刑法定主義中，故罕見唱自由法論者，因之現時所稱刑法改革者，毋寧謂立法上之改革，多依據刑事政策以爲創設耳。不知法規之解釋，原以便利法律之應用，處現代社會，解釋法文，當然要具有現代的意義；又社會因變遷，而生法律解釋的變動，亦屬情勢之必然，故限制刑法爲類推或擴張解釋者，徒然囿於二十世紀初期之思想，可謂昧於法律進化之途徑，而貿然不加思索者矣。

(註六三)自由法運動 *Freirechtshewegung*，見牧野英一，改訂日本刑法第四十五版第六十二頁。

第十一章 刑法之內容

關於刑法之內容，涵義甚為廣泛，惟以篇幅關係，姑就狹義的範圍，舉其要點有三（註六四）：

一 刑事法及刑法 刑事法包含種種法規。第一、司法警察法規；第二、刑事法院組織法；第三、刑事訴訟法；第四、刑法，即刑事事實體法；第五、刑之執行法規，特別是行刑法。

學者間多以司法警察法規及刑之執行法規，即行刑法，非直接屬於司法領域之下，應置諸刑事法研究之範圍外；而專指刑事法院組織法，刑事訴訟法及刑法為刑事法者，蓋泥於三權分立思想之餘波，而以警察及執行法規應與刑事法為全然分離之觀察。但刑法要旨原在防衛社會，欲達預防犯罪之目的，則法院與監獄及司法警察機關，非互相溝通聲氣，詳細審察犯人個性，以斟酌刑之裁量與執行，恐此種目的，未易貫徹也。故警察及執行法規，似以不與刑事法分離為宜，彼為分離主張者其見解徒形太拘耳。

二 普通刑法及特別刑法 刑法分普通刑法與特別刑法二種。行使於一般範圍內者為普通刑法；行使於特種範圍內者為特別刑法。其區分之標準，依法律效力所及之範圍，有因人、因地及因事項三者之差別，茲逐一說明如下：

(1) 因人而分者 刑法效力及於一般人民者曰普通刑法，如刑法典是。僅及於特種人民者曰特別刑法，如陸海空軍刑法是。

(2) 因土地而分者 刑法行於中華民國全版圖內者曰普通刑法；僅行於中華民國版圖內一部分者曰特別刑法。前者如刑法典及其他法令是，後者如青海之番例條款及蒙古之理藩院則例皆是。

(3) 因事項而分者 將一切犯罪網羅而以法規規定者曰普通刑法；依特殊事項所定之刑法曰特別刑法。前者如刑法典是，後者如所謂專定犯罪與刑罰之單一刑法是。又有關於行政事項而附帶規定刑罰者，學者稱爲附屬的刑罰法規。而與懲治土豪劣紳條例，暫行反革命治罪法等之單行刑法，同屬於後者之範圍。不過普通事項與特殊事項之區分，殊難得正確觀念，亦僅能爲相對的區別耳。

日本刑法學者牧野英一氏，謂刑事之普通法爲刑法典，故其他刑罰法規，如無特別規定之制限時，則刑法總則尙能補充於特別刑法而爲其所適用（註六五）。反之若在某種特別法，已明白規定將刑法總則除外之旨趣時，如警察法規之類，則刑法總則自不能適用。

三 實質的刑法及形式的刑法 刑法乃罪與刑一切規定之總稱，廣義的解釋，凡所謂刑、法典各種刑罰法令及程序法與監獄法者皆屬之。學者於此，區分爲實質的與形式的刑法，即稱刑法典及各種刑罰法令，爲實質的刑法、程序法及監獄法，爲形式的刑法。亦有

謂關於刑事責任實體的規定上具有實質的意義者，謂之刑法。然法律特於一定刑事制裁，稱之曰刑，故此所謂刑，為屬於實體的規定，而具有形式的意義者乃為刑法。刑法總則為形式的刑法，而非廣義的實質的刑法，乃由此而得一概念者。惟通常所謂刑法，皆指實質的刑法而言，謂為形式的刑法，非一般之通說，且形式的刑法，亦不包含於此種通常稱謂之內，是又不可不知者也。

(註六四)牧野英一，改訂日本刑法第四十五版第六十七頁。

(註六五)牧野英一，改訂日本刑法第四十五版第六十八頁。

第十一章 刑法之效力

第一 關於時之效力

(1) 法律效力，以不溯及實施以前的事實為原則。是謂刑法不溯及既往(註六六)。刑法既不能溯及既往，則犯罪在刑罰廢止後，自不能用廢法制裁犯罪，是謂刑法不追及將來(註六七)。

法律之廢止，有因國家對於刑法以明文廢止而消滅者，稱為明示廢止。有因新舊兩法就同一事項規定，依後法廢止前法(註六八)的原則，而前法歸於消滅者，稱為默示廢止。習慣法有廢止成文刑文之效力與否？學者議論不一。李斯特謂習慣法未足消滅刑法

(註六九) 泉二新熊氏，謂習慣法不有消滅成文刑法之力(註七〇)。其在反對方面者，佛蘭克、赫爾斯勒等均主張習慣法有廢止成文刑法之效力，謂與其他法律相等(註七一)。

無法律、則無罪刑，為罪刑法定主義之特色，我刑法第一條(註七二)即採此主義。

法定主義，不許新訂刑法，適用於實施行為以前之犯罪，要無非以現有之刑法應適用於現在犯罪行為，而不能及於行為實施前之犯罪故耳。

(註六六) 不溯及既往 *Nichtrückwirkung*。

(註六七) 不追及將來 *Nichtnachwirkung*。

(註六八) 後法廢止前法 *Lex posterior derogat lex priori*。

(註六九) *v. Liszt, Lehrbuch, § 19*。

(註七〇) 泉二新熊，日本刑法論第四十版第二百一十一頁。

(註七一) *Frank, § 2.1; Häfchner, I. 865*。

(註七二) 新刑法(二十四年一月一日公布)第一條：行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限；舊刑法

(十七年三月十日公布)第一條：行為時之法律，無明文科以刑罰者，其行為不為罪，皆採罪刑法定主義。

(2) 犯罪時之法律，與裁判時之法律，遇有變更，應適用何種法律？學說上分為四種見解如下：

(一) 不論新舊法輕重如何，概從舊法處斷。

(二) 不論新舊法輕重如何，概從新法處斷。

(三) 從舊法，但新法較輕者從新處斷。

(四) 從新法，但舊法較輕者從舊處斷。

右三、四兩種，概係從輕主義，惟多數立法例，如德、法、比、意、瑞、西、丹、荷、葡、匈、日、泰、美、墨、智利、阿根廷諸國，皆採第三種。

另有主張從新主義者，其所持理由有六：

(一) 法院無適用已廢法令之權；

(二) 公共秩序法規，原則上宜適用新法以變更舊法下之既定事實；

(三) 制新律以糾正舊法之缺漏，若仍用舊法，不啻認舊法尚有可取，殊違變法本意；

(四) 科舊法時代犯人以新法重刑，較已受舊法輕刑之犯人，雖未為公允，然據新律科

新律時代犯人以重典，按舊律科舊律時代犯人以輕刑，同時審判，而用法輕重迥異，亦豈得事理之平；

(五) 刑罰所以防衛侵害社會，從輕近於沾恩，無以達預防目的；

(六) 人民無向國家表示為受刑主張的權利，故不能適用舊法以採取從輕主義。

以上為從新主義反對從輕主義之理由，惟概依新法，倘新法之刑罰較舊法重，溯及既往，將不免使在舊法行為時所犯輕罪，於用新法審判時變為重罪，不特危害人民權利，抑

且喪失法律威信，亦殊未見其可。

專限於從新主義，其弊又如上述，而第三（即從輕）主義及第一、第二主義之不適當，尤其是第三，亦已闡明。故我刑法（註七三）特採第四主義，即擴張從新範圍，原則上從新，例外則兼採從舊法之輕者，雖稍違「不能適用廢法」之本旨，然按諸法律上適用之原則，此嘗議立法者斟酌事理之苦心，亦似嫌拘泥太過矣。

（註七三）新刑法（二十四年一月一日公布）第二條：行爲後，法律有變更者，適用裁判時之法律。但裁判前之法律，有利於行爲人者，適用最有利於行爲人之法律。

（3）刑法第二條所謂「法律」，指刑法法規及其以外之法規而言，換言之，刑法法規有變更或以外之法律有變更，因以變更構成犯罪要件而至變更刑罰者，仍然是刑法第二條所稱「行爲後法律有變更者，適用裁判時之法律」。李斯特以之專指刑罰法令（註七四），不作廣義解釋，其他學者爲羅曼、巴爾、瑪葉爾等，皆主張不以刑法法規爲限（註七五）。日本島田武夫亦抱同一見解，並舉明顯例證，謂未成年人之年齡，因民法親屬範圍變更而同時與之變更，致影響於刑法者，其「法律」二字之解釋，仍應適用此項規定。

（註七五）V. Liszt, § 19.

（註七四）Neumann, das Blankgesetz; v. Bar, Ges. und Schuld, I. S. 78; Mayer, Straf - recht, S.

30.

(4)關於公訴時效之規定，有規定對實體法中者，亦有於程序法中規定者。我國刑法，從實體法法條解釋，將公訴時效規定於第八十條中，犯罪在新刑法實施前其公訴時效已完成於新刑法實施前者，不能提前公訴。例如某種刑事案件之起訴權，在適用舊律時代，已因罹時效消滅，依新刑法規定，其起訴權實未消滅，但依舊律規定，既經消滅時效，自不能於新法施行時復活。又犯罪在新刑法施行前，時效尚未完成，迨實施新法，其所定時效較舊法為長時，依刑法第二條但書規定，從舊法定起訴權之時效期限。例如某種刑事案件之起訴權，依新法尚未消滅公訴時效，惟以新法所定時效較長於舊法，新法實施後發覺犯罪已逾舊法截止之期，自舊刑法第六十九條第一項第四款觀之，是為逾期而不起訴，應依刑法第二條但書規定，從舊法，認為起訴權已消滅。

反之實施新法，犯罪已於施行新法以前完畢，而新刑法所定時效，較舊法為短時，從新法，即刑法第二條所謂「適用裁判時之法律」是也。

第二 關於人之效力

刑法關於人之效力，能遍及於我國領土內之犯罪人，換言之，無論內國人、外國人、無國籍人，凡在中華民國國內者，概須受我刑法之支配於至其留滯之臨時與永久，均可不問。但左列數種人，因有國法上及國際法上之關係，則為例外：

(1) 國法上之關係

(a) 元首 元首總攬一國政務，其地位至高尙，爲圖政務之發展及保持其尊嚴計，故除特種犯罪，餘均不負刑事責任，此純屬於政治上之理由，非謂其行爲不違法，不過以其享有不可侵權，止於犯罪不罰而已，君主如是，民主國元首，亦同屬一理。

(b) 立法院委員(國會議員同) 立法院委員，在院內發表意見及表決議案之範圍內，爲確保其言論自由及身體安全，俾得盡職暢言起見，故對於院外，不負刑法上之責任，蓋以保障立法權之獨立精神也。但僅以院內爲限，若在院外講演或散布刊物，攻擊政府，觸犯刑律，仍須負刑法責任。惟其在任期中，除現行犯外，施以停止刑事訴訟之手續，非謂其無刑事責任，不過未得立法院許可，不得逕行逮捕或監視之耳，此種手續，自與刑法上之無責任不同。其在議會制國家，國會議員在職所爲之言論，亦同一結論。

(2) 國際法上之關係

(a) 外國元首 外國元首，享有國際法上不可侵權，於留滯駐在國內，發生犯罪行爲時，不受駐在國之刑法支配，此不外爲敦睦邦交，維持國際和平與對等待遇之故。但其元首已遜位，或微服來遊或曾參加戰爭者，則爲例外。又外國元首隨行之家屬及侍從人員，除侍從爲內國人外，概受同一待遇。

(b) 外國使節 外國使節，如大使、公使等，經駐在國政府接受其呈遞之國書時，照

國際法原則，有不受駐在國刑事管轄與審判之權利，蓋使節爲外國元首之代表，外國元首，既享有不可侵權，則其使節自不應負刑事上之責任，否則國際和平，末由維持也。且於其執行職務時，所有書類（書信文件），不無國交上之秘密，如駐在國政府以外國使節犯罪爲藉口，將其秘密文書，搜索扣押，則有妨礙其職務進行之虞，故應畀以不可侵權，以資保護。其同來之家屬、隨員、侍從，除後二者爲內國人外，均享有此權。至於使節犯罪情形重大而急迫者，駐在國得將其送出國外，或電知其本國召回，以其犯罪爲駐在國刑法所不能及，非此無由救濟也。

(c) 外國軍隊及軍艦 外國軍隊及軍艦在內國領土與領海內屯駐、停泊時，不受駐在國刑法之支配，但得駐在國政府之承諾者爲限。

(d) 外國領事 外國領事，非國家代表，亦非外國元首代表，依國際法原則言，當然不能謂外國領事犯罪不負刑事責任。但近時對於領事，漸多傾向於無責的主張，以條約限定，使於一定範圍內不受駐在國之刑法支配。

第三 關於地之效力

(一) 刑法關於地之效力各主義

(甲) 屬地主義 (Territorialprinzip, 1 名領域主義 Territorialitätsprinzip) 此主義以土地

爲本旨。根據國際法上之領土主權，凡在國內犯罪，均適用國內刑法，而犯罪人被害人之國籍何在？與被害法益之何屬？概所不問，以其不置重於人，易於貫徹國內刑法權也。然使犯人（本國人或外國人）對於本國所爲之犯行，發生於外國時，則爲刑法效力所不能及，是本國之安寧秩序與人民利益，均無從維持與保障，不得謂非一大缺點。

(乙) 屬人主義 (Personalitätssprinzip) 稱國民主義 (Nationalitätssprinzip) 凡爲本國人民違反本國刑法而犯罪者，不問其在國內與國外，亦不問其被害法益之誰屬，概在處罰之列，是謂屬人主義。此主義以人民爲本旨，故凡非本國人民而在國內犯罪者，例如外國人所爲之犯行，雖有妨自國之安全秩序，亦均取放任態度，殊不足以維持一國之治安。有謂可將在國內之外國人，認爲一時的內國人而施以制裁者，似又與主義之本體矛盾，故亦不可從，是則此主義之失也。

(丙) 保護主義 (Schutzsprinzip) 一名實質主義 (Realprinzip) 又稱消極的國民主義 (Passive Nationalitätssprinzip) 此主義着眼於被害法益，以保護本國或本國人民爲主旨，凡犯罪有妨害本國或本國人民法益者，不問犯罪人國籍何屬？犯罪行爲地何在？概行處罰。畢林克 (註七六) 亟稱此主義完善，謂除此別無良法。

(註七六) *Beijing Grundzüge*, S. 68.

(丁) 世界主義 (Weltrechtssprinzip) 一名宇宙主義 (Universalprinzip) 凡有對本國爲犯

罪行爲之犯人，無論何國，皆得逮捕，依本國刑法處罰，其犯人國籍，犯罪行爲地何在？及被害法益何屬？皆可不問，是謂世界主義。近時國際刑事上認爲法律的共助之事件，以及犯罪人交付制度，卽爲此主義之萌芽。但事實上用本國刑法以處罰國外犯罪之外國人，不易做到，且不免侵他國刑法權，使起反感，故此主義，亦不見適當。

(戊)折衷主義 此主義在原則上採用屬地主義，而以他種主義補充之，故名折衷主義。例如國內刑法，對國內犯罪者不問其國籍何屬，一律適用，爲屬地主義。本國人民犯重大罪於國外者，適用本國刑法，爲屬人主義。一國關於其本身存立及人民法益上，受外國人在外國爲重大犯行之妨害，限於維護內國安全必要範圍內，得以本國刑法處罰之，爲保護主義。又國內刑法，效力得及於世界公共利益，如國際貿易安全、海盜、奴隸販賣等罪行，爲世界主義。

以上五種主義，前四種各有缺點，惟末種（折衷主義）尙可彌補其缺略，故我國刑法特依此趣旨規定之。

(二)我國刑法典所採之主義

我國刑法（二十四年一月公布者）第三條規定，係採屬地主義。第五條第六條第八條之規定，係採保護主義。第七條規定，係採屬人主義。惟法條中關於世界主義，尙無直接明文規定，刑法第五條第七款之海盜罪，學者有謂卽係採用世界主義者，亦有認係採保護

主義者，學說紛紛，迄無定論，法文既無規定，自可置世界主義緩談，而先將屬地、保護、屬人等主義分述要旨如次：

(甲)我刑法所採之屬地主義 我刑法第三條，「本法於在中華民國領域內犯罪者，適用之」。「在中華民國領域外之中華民國船艦或航空機內犯罪者，以在中華民國領域內犯罪論」。按全條語意，明明採屬地主義。惟所謂「領域」云者，應就國際法上及國內法上我國刑法施行力之範圍述之：

(a)在國際法上中華民國之領域：

(1)陸地、領海、領空、中華民國外之中華民國船艦 陸地指我國固有疆域。領海以退潮線水陸分界點三哩處為界限，惟近時武器進步，故領海範圍有議以六海哩為準則者。(註七七)我國仍定為三海哩。

(註七七)一八九五年，萬國國際法協會，議決：領海範圍為六海哩，惟各國所定，頗不一致。

領空之範圍，學者謂與領水同，應依砲彈到達之距離為限。亦有謂宜以領土領水上面空間之蒙氣 *atmosphere* 為限者，但前說多數從同。

中華民國外之中華民國船艦，分國有與私有二種，前者如軍艦郵船之類，為我國版圖之一部分，雖停於外國領水內，亦適用我國刑法。後者限於不在外國領水內者，受我刑法之適用。

(2) 駐外使館，軍隊佔領地 原則上外國領域，概受其本國刑法權支配，他國不得行使裁判權。但我駐外之大使館與公使館，服從我國法權，有在館內犯罪者應受我刑法支配，不服從駐在國之刑事審判權。又陸海空軍隊所佔領之外國領域，依國際法規定之限度內得行使自國審判權，陸海空軍刑法第四條，即由國際法原則所訂定而為適用者也。

(3) 非屬於任何國管轄區域 國際上無管轄地域，如非洲內地或公海上之犯罪，無論何國，均可依自國刑法行使裁判。

(b) 在國內法上中華民國之領域：

我刑法第三條，係採法系分割主義，而非採統一主義，故本法不能施行及於領域全部有效，以蒙古地方，多適用理藩院則例，青海等處，復另有番例條款，因之我刑法典在全國領域行使之範圍，受有特殊限制。法系分割，使國內刑法效力，失去其共通性，故近世先進諸國，原則上均採統一主義，若至不得已時，始例外認許法系分割主義。

(乙) 我刑法所採之保護主義 刑法第五條規定，犯罪地雖在本國領域外，仍適用本國刑法處罰。第六條規定，本國公務員在本國領域外犯罪，依本國法處斷。第八條規定，處罰在國外對本國人民犯罪之外國人，此為一種補充規定，皆所以保護本國人民之法益也。

(丙) 我刑法所採之屬人主義 刑法第七條所謂「中華民國人民」者，乃指現未喪失與已

取得中華民國國籍之人民而言，其犯罪如無特別規定，概依行爲之時爲衡。此條之要點，不適用於外國人，專適用於本國人民，且以適合該條所規定之各種犯罪爲限。

(丁)我刑法兼採屬人主義及保護主義。刑法第九條規定犯罪人雖經外國確定裁判，受無罪或有罪之宣告，我國法院，仍得依據本國法律處斷。但如犯罪人在外國已受全部刑或一部刑之執行，則本國法院，得免其刑之全部或一部之執行，是蓋兼採屬人及保護兩主義，而期事實上之公允者也。此與「一事不再理」之原則，絕無牴牾，蓋此原則祇能於同一刑罰權下見之，若外國裁判，不過爲一種事實，當然不可與本國刑罰權同論，故關於內國審判與外國審判問題，非屬同一刑罰權，顯然可見，此原則自有不能適用者矣。

(三)犯罪人引渡程序

一國之權力，原則上不能侵入他國領域，有人於此，犯罪甲國而逃亡乙國，藉乙國爲遁逃藪，逍遙法外，則國際刑法之效力，直等於無，將何由保障刑罰權於不墜乎？欲據此弊，非請求引渡犯罪人不可。惟引渡犯人，常限於特定條約，否則不能請求引渡，而犯人滯在國，亦不負此種引渡之義務也。

犯人引渡制度，爲請求引渡國與犯人所在地國家基於國際法律互助共同合作之精神所形成，而以條約特別規定其引渡程序。我國與外國所締約章，無引渡犯罪人專約，僅散見於各條約內，故無庸逐一細述，茲僅舉現在各國引渡犯人程序如次：

(甲) 犯罪人須非本國人民。歐洲大陸諸國，皆以本國人民不引渡外國審訊處罰為原則，惟英國無此慣例。日本承認此原則，例外規定，須有確實擔保，始能引渡於請求國。惟如已締結犯人引渡條約，因犯人為本國人民而不予引渡，似有庇護嫌疑，且無異鼓勵人民於他國犯罪，故此原則，殊無可採。

(乙) 犯罪種類，須有條約上之根據。引渡犯罪，須有明文規定於條約內，被請求國依條約規定應行引渡犯罪之種類而為引渡。其規定方式，具體與抽象均可。

(丙) 須非政治犯 (Delits politiques)。政治犯罪，各國俱不引渡。原來歐洲往時革命志士憤其國政治黑暗，力圖革新，不成，出亡於已革新之國內，此國視為同志，不肯引渡於請求國。現政治犯不引渡，已成爲國防法之確定的原則矣。

(丁) 被請求國得自由引渡或審判。犯人在被請求國受引渡犯罪以外事件之審判，原則上須俟免訴或執行刑完畢始能引渡。惟被請求國爲便利請求國審判起見，認爲有引渡必要時，亦可先行引渡。

(戊) 犯罪須在請求國領域內實施。依屬地主義，犯罪行爲地國家有向被請求國據約請求引渡之權利。如在他國 (被請求國或第三國) 犯罪，亦可不引渡。

(己) 請求引渡限於有處罰權之國家。凡與犯人有法律關係之國家即對於犯人有處罰權，惟同時有數國請求引渡同一犯人，究應先交何國？抑一問題。學說上有謂宜先引渡有

優先權之犯罪人本國者，有主張依犯罪重輕以決定引渡之先後者，學說不一，似以從條約或法律規定爲是。

(庚)須締約國雙方刑法認爲犯罪且非屬輕微罪。凡請求引渡國與被請求引渡國雙方刑法，均認爲犯罪行爲，而其犯罪又非輕微者，始得引渡。

第十三章 刑罰與犯人的關聯性及其例外

刑罰之主體，限於犯罪人本身，爲現代文明諸國刑法典共同採用之原則。古代刑罰殘酷，虐及無辜，一人犯罪，妻孥骨肉，皆不免於禍，甚至有株連及於犯人九族者。現行法對於犯人以外，科以刑罰，全不經見，且亦絕無此規定，不能謂非刑法思想之一大進步。在文化程度甚低之民族，其法律中頗多可笑之事實，有對於動物行爲而認爲犯罪者，亦有對於山河風雨而施以刑罰者。歐洲於十八世紀，亦尙認對於動物得以科刑及訴追 (Tierstrafe und Tierprozesse) (註七八)，泊夫博愛時期，學說上多傾向於刑法革新，迄於法蘭西革命後，對於舊有刑法的陳腐思想，遂予以根本之廓清。自是刑罰主體，非人莫屬，且必須犯人本身，始得爲刑罰之對象焉。

(註七八)牧野英一，改訂日本刑法，第八十六頁；List Schmidt, 第二十八節，註二，第一百五十五頁。

犯罪人爲刑罰之主體，原則上一般從同，但亦有例外規定，許多特別法中，皆有規定



就他人所爲之犯罪行爲，而由本人負刑事上之責任者。茲舉二例以證明之如下：

(1) 鑛業法第一百十七條：「鑛業權者，於其代理人、僱用人、或其他之從業者，關於業務，違犯本法時，不得以非出己意，免本法之處罰」。

(2) 管理藥商規則第二十七條第二項：「代理人、僱人、或其他從業者，關於業務上，觸犯本規則所定罰則時，由藥商本人負其責」。

同規則第二十六條：「所犯涉及刑事範圍時，依刑事法規之規定辦理」。

鑛業權人，不得以其代理人、僱用人、或其他從業者關於業務犯罪，非出於本人之意而免除刑罰責任。藥商之代理人、僱用人、或其他從業者，觸犯規則，負責者爲藥商本人。此等規定，皆爲原則上之例外，乃就他人所爲之犯罪行爲，而由本人負刑事上之責任，亦即特別法異於普通法之所在也。

法人在特別法中(註七九)亦須負其責任，如取得鑛業權之法人，因代理人、僱人、或其他之從業者，違犯鑛業法規時，法人本身(如股分公司等類)亦不免受刑事處分，是又就他人所爲之犯罪行爲而由本人擔負刑責者矣。

(註七九)見鑛業法第五條第二項。

刑罰應由犯罪人負責，以其爲刑罰之主體也，今使有瘋犬咬人，不得謂爲犯罪主體，亦即不得謂爲刑罰主體，大爲人所擊，自不能謂受刑事處分，故刑罰主體，(1)須爲人，

(2) 須爲犯罪人，是爲刑法原則。至於例外之規定，究屬非普遍性，然有特別法爲之容納，性質固無桎鑿也。

第十四章 刑事責任

刑事責任 (responsabilité pénale, strafrechtliche Verantwortlichkeit) 之本質，與民事責任 (responsabilité civile, zivilrechtliche Verantwortlichkeit) 異，後者之本質，爲損害賠償，而前者則爲刑罰是已。

古代復讎及償金制度，爲刑事責任及民事責任之起源，自社會進化後，兩者漸次分化，而各獨立系統。現代制度於此二者區別至爲顯明，故民事責任已劃歸民事部分，爲一般法學家所從同，其散見於刑法中者僅屬溯源一方面，爲附帶之說明耳。

刑事責任，其目的在排除因不法行爲而生社會上種種不安狀態，藉以維持社會水準，故其基本上着眼點，爲犯罪人主觀的惡性，而其客體爲未來的危險。與民事責任對於過去不法行爲成立損害賠償制度不同，蓋完全注重預防也。

犯罪方面，以行爲與犯意伴隨始加以懲罰爲原則，出於過失者爲少數之例外，亦不過從輕處罰。如累犯加重，則不問其實害如何而加重刑罰者有之，又出於緩刑等寬大處置者亦有之。關於刑法範圍，可見主觀主義，已漸次得勢。即民事責任的理論，漸次客觀化，

而刑事責任的理論，漸次主觀化（註八〇）。

（註八〇）岡松博士，無過失損害賠償責任論（大正五年版）。牧野英一，無過失責任。牧野英一，關於法律之進化與進步（第一百六十九頁以下）。

應負刑事上之責任者，限於精神成熟而健全及正當認識社會要求而有違反社會的行為之人。此種人而爲此違法行爲，是謂責任能力（Zurechnungsfähigkeit）。

責任能力之觀念，學說不一，舊派採道義的責任論，以有了解力與意思力爲準，畢爾克瑪（註八一）、岡田朝太郎、泉二新熊、大場茂馬等主之。新派則主張以社會的責任爲基礎，據此以定責任能力之觀念，是謂刑罰適應性，謂科刑原以達刑罰目的，若對於無刑罰適應性之無能力人而科刑罰，不足以收刑罰之效果，故不加以處罰，李斯特（註八二）、牧野英一（註八三）等主之。此兩說以新派爲適當。

（註八一）V. Birkmeyer, S. 1123.

（註八二）V. List, S. 168.

（註八三）牧野英一，改訂日本刑法。第一百三十三頁（第四十五版），牧野氏謂責任能力，即爲刑罰能力，又可稱爲刑罰適應性。

我刑法第十八條（舊刑法第三十條）、第十九條（舊刑法第三十一條）僅規定未滿十四歲人、心神喪失人爲無能力人，換言之，此外皆屬責任能力人。蓋責任能力，以精神狀態定之，精神狀態如較之一般人具有顯著缺陷，即屬責任無能力，如未滿十四歲人、心神

喪失人自不能與普通人精神狀態同論，故依刑罰適應性言之，縱令科刑亦不見有若何成效也。

對於精神耗弱人之行爲，我刑法第十九條第二項規定，得減輕其刑。此種人既與全無責任能力之心神喪失人有異，亦與全負責任之普通犯罪人不同，故應視其精神耗弱程度，以定所負責任之輕重；意大利、丹麥、日本等刑法，皆有減刑規定；但法國與比利時刑法，則歸納於心神喪失之規定中，任法官自由解釋適用；此外蘇俄刑法，絕無精神耗弱人存在之明文，殆依據實證派理論，故不認其存在耳。

各國立法例，對於責任年齡多採三分制，其絕對無責任者，英國、意大利、日本等刑法，皆規定爲十四歲未滿，德國定爲十二歲未滿，法國爲十三歲未滿，美國紐約州定爲七歲未滿。減輕責任者，英國定爲十四至十六，意大利爲十四至十八，紐約州爲七至十二，德國爲十二至十八，法國爲十三至十六至十八，日本爲十四至十六至十八。全負責任者，英國爲十六以上，美國紐約州爲十二以上，意大利和德法日，皆爲十八以上。

我國舊律，多以矜恤老人爲主旨，對老人犯罪，準照幼年人犯罪處斷（註八四），唐律規定八十歲老人犯罪，收贖勿論，亦同一見解。但歐洲法系刑法，皆無此刑不及老人之規定，蓋同屬犯罪，僅僅矜恤老人，而使免罪責，似太偏枯，且無以達防衛社會改善犯人惡性之目的。不過老人精神昏憤而犯罪得從宥減，此非出於恤老，特以其精神有障礙故耳，

其障礙程度甚深者，當然不負刑事責任。現行刑法仍保存固有習慣，於第十八條第三項規定「滿八十歲人之行為得減輕其刑，是否因老人之精神有障礙而予宥減？則未見明文，亦仍任法官之自由解釋適用；至老人犯罪，如由於精神障礙甚深，自應依刑法第十九條之規定，不予處罰。

（註八四）舊律規定：「七十以上之老人犯罪者，準十五歲以下之幼年人處斷；八十以上之老人犯罪者，準十歲以下之幼年人處斷；九十以上之老人犯罪者，準七歲以下之幼年人處斷」，即雖犯罪不判刑，此純爲恤老起見，在法理上毫無根據。

酗酒犯罪所應負之刑事責任，各國立法例多主從嚴，如英、法、比、意、蘇俄、瑞典等刑法，都有明文規定。亦有認酗酒宜分不出己意與故意兩種，法法宜斟酌此等情況，以定罪之應否減輕者，如德國，泰國等刑法與我國舊刑法第三十二條規定，皆可證明。但我現行刑法廢棄舊刑法第三十二條，學者以爲酗酒者心神不克自主，可適用心神喪失的規定，似無特別規定必要，故應廢止。不知心神喪失人之行為，不負刑事責任，酗酒者不過一時酩酊，且有因故意而自陷於心神喪失以豫期結果發生者，安得與真正之心神喪失人等量齊觀。查中華民國刑法修正案要旨第一一號說明，有「酗酒犯罪，依法當然處罰，無特別規定之必要，故本案將現行法（即舊刑法）第三十二條刪去」之明文，可知法本意，並非適用心神喪失的規定，而係採從嚴處罰之當然解釋也。

瘖啞人缺乏聽能與語能，應否負刑事責任？頗成問題。各國立法例，對此殊不一致，德國刑法第五十八條規定「瘖啞人犯罪，無辨明其刑罰所必要之智識者，須宣告無罪」；法國刑法，根本無此項規定，一任法官適用心神喪失人之行為處斷；比利時刑法第七十六條，是適用未成年人的待遇，凡已滿十四歲而沒有辨別力的瘖啞人，皆不負刑事責任；意大利刑法第九十二條及第九十三條，則限於不識字或不知書寫的瘖啞人，方可與未成年人同視；墨西哥刑法第三十四條規定「生而瘖啞或幼時瘖啞者，方能免除刑事責任」；我現行法第二十條規定「瘖啞人之行為，得減輕其刑」，意謂非必減輕刑，而可由審判官臨時斟酌行之也。蓋自科學進步後，教育方法日新月異，聾啞學校逐應運而興，以啓迪瘖啞人之智識而成熟其精神，故以瘖啞人與絕對無責任能力人同視，殊屬不當；惟其精神如與普通人有顯著之差異時，則得減輕刑罰，以示不與常人同科，是亦可謂情法平允矣。

此外形體不具之盲人與僂僂人等犯罪，法律上並無特別規定，以盲人雖缺視覺而聽覺大多數銳敏，僂僂人雖脊梁彎曲，精神亦多與常人無殊，故無特別規定必要，如係有心神喪失事實存在，可依第十九條第一項之規定，不予處罰，倘係精神耗弱，則該條第二項之規定，亦可適用之，以減輕其刑，法條固不病其疎略也。

關於法人之刑事責任如何？學者間有擬制與實在二說，爲擬制說者，認法人僅爲法律

上的擬制人，非若自然人具有意思和行為能力得為犯罪主體，多數國家如德國、法國及我國刑法皆無明文規定，惟大體認法人無犯罪能力，自然不負刑事責任。為實在說者，則以法人與自然人有同等負刑事責任能力，英國一八八九年法令，有「關於適用刑法，苟無特殊規定，法人一概科罰」之規定，美國紐約州刑法第四二三條，規定：鐵道公司應負侵害公共安全的罪責，法國舊刑事法（一八五）亦規定：省市鄉鎮及公司等，均得為犯罪主體，可見法人因行為構成犯罪，一樣和自然人要負責任。此二種立法例，前者如遇法人犯罪，便成問題，雖巴西刑法有「法人行為觸犯刑法，則罰其代表人」之規定（註八六）然法人因利己行為而犯罪，縱使以一代表人為犧牲品，亦所樂為，是處罰猶不見畏懼，何況認為無犯罪能力而不罰之乎！故必如後者主張，法人犯罪應與自然人同等科罰，始足以制止利用集團違法的罪惡。

（註八五）見法國一六七·年刑事法。

（註八六）見巴西刑法第二十五條。

刑事責任，以有責任能力應受處罰固已，其無責任能力人之行為不罰，雖在刑法上不生問題，然其帶有社會危險性則固無二致。夫刑法本以講求防衛社會為目的，社會既有危險事實存在，又不能根據刑章以施裁制，將何以維護社會之公共安全乎？則惟有施以感化教育與監禁處分（一作禁制處分）之法而已。此二者皆屬於保安處分，前者對於幼年犯罪

而設，後者乃對於心神喪失人犯罪所爲之處分也。感化教育於有相當設備之感化場行之，其組織方式有學校式、家庭式、兵營式之別，三者惟學校式能寬猛相濟，恩威並用，故近世採此制者多。我國感化學校章程，規定四年畢業，惟成績不良者得延長期間，其延長之日數並無明文，是則不良少年受感化結果而能濯磨自新受人僱用者，尙不能不待事實之證明耳。至於監禁處分，因心神喪失人之行爲不罰，已爲刑法第十九條第一項明文所規定，故保安處分章程乃特設此種處分以資救濟，藉以達防衛社會之目的，不過此種監禁屬行政處分之一種，與監獄之監禁性質不侔，故亦有稱爲禁制處分以避免混淆者。原則上雖由國家執行，但如其親屬善爲監督看護，俾不致貽害社會，亦可解禁，聽其親屬自行監視，簡言之，此項立法例要亦不外爲維持公共安全着眼而已。

第十五章 犯罪之主體

犯罪之主體不全爲刑罰之主體，於第十二章中所舉例外規定已備述之，但人類行爲以刑法爲強制之準則，是刑罰之實施，必以人類之犯罪爲對象明矣，蓋違反刑法者爲人，則應受刑罰制裁者亦非人莫屬，故惟人始得爲犯罪行爲，已成爲刑法上之鐵案，近世各國刑法對於犯罪主體莫不以人爲限（如古代刑法，罰及人以外之物，可謂絕無），厥有由也。

試以古時各國對人以外之物施罰的事實例證之，其奇特有趣，殊數見不鮮：

(1) 在以色列 (Israel)，如牛觸死男或女，必以石擊斃其牛，可不食其肉，但牛主人無罪 (註八七)。

(2) 希伯來 (Hebrew) 地方，如有牛將人撞死，其牛之性情暴烈盡人皆知，但牛主人不將牛關閉屋中，牛自然被殺，若是被害人不同意接受贖款作為死者之代價，則牛主人亦同樣處以死刑 (註八八)。

(3) 日本古代白河帝時代，帝幸法勝寺為雨所阻，不果行，帝大怒曰，雨有罪，即以器盛雨下獄，時人稱其獄為雨之禁獄 (註八九)。

(4) 歐洲中世紀，依宗教法 (寺院法) 所示，刑罰及於污壞聖物之毛蟲、鼠，又對於傷害人之犬、牛、馬亦然，其例不勝枚舉 (註九〇)。

(5) 特別是已死之人，人格已消滅，法律上即不認之為人，而古代各國刑法，尚對死體加刑，謂之戮屍之刑，其例亦繁 (註九一)。

蓋當時思想，多傾向於有罪必罰，以顯示威嚇主義之存在。迨文明進步，始以國法勒為禁令，示刑罰專對人而設，人以外之物不過得為權利義務之客體，而不得為主體，結果刑法之範圍，關於認人以外之物為犯罪主體之制度，亦遂絕跡而不經見，殆已失其憑藉故耳。

(註八七)見舊約埃及記第二十一章第二十八節。

(註八八)齊林著，查良鑑譯，犯罪學及刑罰學中，第四百四十二頁。

(註八九)岡田朝太郎，刑法論第三十五頁。

(註九〇)註同八九。

(註九一)註同八九。又王親著，中華刑法論總則中，第一百六十六頁。

人爲犯罪主體，經已闡明，惟所謂人者，包括自然人與法人兩種而言。

自然人之生死，爲人類社會重大事體，且與法律上具有種種必要關係。關於自然人出生時期，學說不一，有開口陳痛說，一部產出說，全部產出說，生聲說，臍帶切斷說，獨立呼吸說六種，其中以獨立呼吸說爲適當，爲多數學者之所主張，且經立法方面明白採用。出生以後，自然人具有刑法上人之能力者，因被害方面與加害方面而異其規定，被害方面，由出生之瞬間起，即與普通人有同一能力，加害方面，以達責任年齡，始得有之。

自然人死亡時期，以心臟鼓動停止絕滅爲通常標準，但實際上有種種變例。死亡後，人格經已消滅，與生者斷絕常存之一切國法關係，但爲維持社會秩序及基於宗教觀念，對於死體遺骨，與他物異其待遇，此則爲人所周知之事實也。

自然人以有人格，得爲犯罪之主體，然其行爲如不出於故意者不能構成犯罪，又自然

人如無刑罰適應性，則不處罰，法律上視為無責任能力人，現已訂定保安處分章程以資適用，蓋已由刑事處分轉入行政處分之途徑矣。

更就法人言，法人之刑事責任，上章已經述及，茲處特取以與自然人對勘，覺所謂人格云者，為自然人之所有，而亦為法人之所有也，不過人格不宜與犯罪主體混為一談耳。

法人得為犯罪主體否，各國立法例不一，德法等國，皆以法人不負刑責，英美則對法人一律處罰，即法國舊刑事法亦然（見上章）。學者間如平丁克（Binding, I. S. 484）阿爾菲爾托（Alfeld, S. 120）畢爾克瑪（v. Birkenmeyer, S. 1121）等，皆否認法人有犯罪能力，反之主張法人有此能力者，如李斯特（v. List, § 27）、蔑爾克爾（Adolf Merkel, Lehrbuch, § 50）泉二新熊（泉二新熊，日本刑法論，第四十版第二百八十三頁之二）等皆是。

我刑法在原則上不認法人有犯罪能力，故亦無處罰法人之規定，試就刑法典所規定之刑罰，如自由刑、生命刑、罰金刑（關於罰金易服勞役）等細觀之，皆為自然人所能承受之刑罰，而法人則概不能適用，亦可知此等條文，專為制裁自然人犯罪之用而不及其他也。

雖然，立法原意，苟不欲制裁法人則已，否則財產刑亦未始不可適用於法人，況刑法本以防衛社會為本旨，若法人犯罪不罰，則大規模之集體犯罪，將有繼長增高之虞，如僅

罰其代表人，亦不免如上章所云，犧牲一人，以博取犯罪意圖上之實利的大代價等流弊。我刑法第四十二條，雖有罰金刑規定，但得易服勞役，則明指自然人，無待煩言；民法第二十八條及公司法第三十三條，亦僅規定法人與行為人連帶負賠償責任，且屬民事範圍；而刑法上則絕未規定法人犯罪之處罰條文，前大理院判例（註九二），亦否認法人為犯罪主體，謂處罰法人，須有特別規定，否則應以實施行為之自然人為犯罪主體，是則仍不過犧牲一行為人而已，實無由遏止整個集團社會犯罪之毒蘊，故余主張刑法上應以明文規定處罰法人為宜（前兩章專就刑責言，本章就犯罪言，討論法人，詳略互見，而側重之點，各有不同，閱者可細為參照）。

（註九二）民國四年，前大理院上字第一千零十二號判例。

第十六章 犯罪之客體

犯罪之客體，涵義有二：（一）為被害法益（Rechtsgut），（二）為被害人。

被害法益，指法益之被損害者言，法益為法律上保護之利益，不必限於權利，凡一切法益，皆得為犯罪目的物，例如生命、身體、名譽、貞操、財產、信用、風俗、胎兒乃至無主物如鳥獸草木等均足。亦有區別為專屬的法益與非專屬的法益者，前者指生命、身體、名譽、貞操等；後者指財產、信用、風俗，以其不專屬於人也。

所謂被害人者，在現行刑法上，係指直接被侵害者言，凡心神喪失人、幼年人、不具

人及受死刑宣告人，皆得爲法益主體而爲犯罪之被害人，此就私人（自然人、法人）說，換言之，直接受害者私人，而間接受害者國家也。至若國家法益被侵害，則國家直接成爲犯罪之客體，解釋要目不同。

以被害法益爲犯罪客體，與以被害人爲犯罪客體，法律用語上之爭執，人各異辭，孰是孰非，應有決擇，否則二者混用，必致思想錯雜，故應依照第一說，以犯罪客體歸屬於爲犯罪行爲對象之被害法益爲是，至於被害人，則置於被害法益的主體之地位，例如竊盜罪，以財物爲客體，而所有人卽爲被害人；內亂罪以公共安全爲客體，而國家卽爲被害人是已。

被害人因受犯罪行爲之損害，享有告訴權與請求回復損害之權，惟前者屬刑事範圍，後者則屬民事範圍，刑事訴訟法爲便利被害人請求起見，特設有附帶私訴規定，使被害人得向刑事法院，附帶提起民事訴訟請求回復損害，以保護其權利焉。

然在同一犯罪中，被害人爲二人以上者亦有之，例如竊盜強制店中小夥（註九三），奪取其主人之財物，竊盜侵害主人所有權，故主人爲被害人；但同時竊盜侵害小夥之自由與職守，故小夥亦爲被害人，主人與小夥，雖同屬被害，而其被害之程度，又各有殊異者在也。

（註九三）松原一雄，新刑法論第三十三頁。

第十七章 犯罪構成之原因

人類犯罪，必具有一種犯罪動機，是即犯罪構成之原因也，茲分爲物質環境的原因，心理的原因，遺傳的原因，個人體質變態的原因，社會的原因，經濟的原因及政治的原因七者說明於左：

第一 物質環境的原因

(1) 地理的原因 意大利龍波羅梭氏曾經發現法國犯強姦罪及侵犯財產罪，以平原地方爲最多，據氏之解釋，是因爲平原地方人口比較集中之故。

(2) 氣候與季節的原因 熱帶氣候酷暑，侵害他人的犯罪率比較寒帶爲高，據一般人解釋，皆以爲炎熱過度刺激人身，足以衝動人類情感。龍波羅梭氏亦曾證明意大利南部犯罪率高於北部，但德國犯罪率東方比西方高，不能不說是一種例外。

費利氏研究犯罪與季節關係，證明殺人罪及偽害罪在七月最多，侵犯財產罪，以在十二月及一月犯者較多，強姦罪最多是六月，就此中觀察，不外夏季在戶外者多，接觸較易，而犯罪之機會亦自然較多，至於在冬季需要經濟力比夏季大，故竊盜罪的動機，亦容易觸發。

(3) 天氣的原因 天氣是指晴天和陰天暴風大雨言，與寒溫帶氣候有異。據得克斯特 (Dexter) 氏研究天氣與犯罪之結果，風雨表降低，犯罪的人數較多，氏以爲暴風雨將臨，常使人發生銳敏感覺，易作出種種強暴行爲；又以爲高溫及低溼度，皆可加速人生的酸化作用，構成一切不規則行爲。

第二 心理的原因

反常的心理現象，如智力欠缺、精神病態、構造方面低劣、瘋癲、癡呆等，經心理學家和精神病學家證明，皆爲犯罪構成之原因：

(1) 智力欠缺的原因 據哥林 (Goring) 博士估計，英國罪犯中有百分之十至二十爲智力欠缺者。其在美國，哥達德 (Goddard) 氏認爲罪犯中智力欠缺之成分至少爲百分之五十，少年犯罪其比數尤高。

(2) 精神病態的原因 據德國刑罰機關的教員和考察員證明，罪犯百人中約有六十七人多少帶幾許精神耗弱狀態，智力亦比較常人低劣得多，並且在犯案疊疊中，亦常發覺此種精神耗弱人。其在美國，托馬斯海恩斯 (Thomas H. Haines) 氏檢查俄海俄 (Ohio) 州罪犯，發見百人中有二十人爲精神耗弱；紐約州立婦女感化院內，精神耗弱犯罪人竟達百分之三十、雅科俾 (Jacoby) 博士考查軍事法庭送到監獄的水兵，發見其中百分之五十四有極

重的智力或神經上的病症。

(3) 構造方面低劣之原因 構造低劣，就心理上說，如易惱怒、易疲勞、易受人引誘為惡皆是；若就身體方面說，亦有低劣的徵兆，如發育遲延、形態矮小、畸形而不平均、肌肉痙攣、特別感覺殘缺等，均屬於構造低劣。如美國薩牟埃爾安得斯(Samuel Anders)以游蕩被捕事實的紀錄內查驗員所云：「他的不幸習慣，天生的缺乏普通力量，以控制自己身體方面的激動和誘惑，他犯罪的方式，是頗幼稚而且懦弱，就是他沒有丈夫的氣概」。據此以觀，此種構造低劣情形，處在惡劣社會環境之下，便有構成犯罪之虞，但如果處置於適當環境，亦不見有若何危害社會也，須謀適合其特點，教以新習慣，支配其所處之社會環境，自可不致犯罪。

(4) 瘋癲與心理變態的原因 蒲波羅梭氏對於瘋症，以羊癩瘋為最烈，認為構成犯罪極重要之原因，氏常稱多數罪犯為羊癩瘋犯，厥有由也。羊癩瘋的特徵，為跌倒和抽筋，患者常失去知覺，輕微者或不全失，惟時生痙攣，患者於其環境，往往有反應行為。希利(Healy)氏研究羊癩瘋和犯罪關係，在一千個少年累犯案件中，證實有百分之七，為確定的羊癩瘋，不過此種病象，多發現於兒童或少年時代，倘及時施以正當看護，並非不可預防者。

癡癲病對於犯罪有密切關係，美國希克生(Hickson)博士在芝加哥市法院精神病試驗

所內，發現七百二十八個呆子中，有癡癲病者占百分之一四·七，患者心境煩苦，行爲多有奇特之傾向，爲招致犯罪之要因。苦悶癡癲病，衰老癡癲病及憂鬱病等皆屬之。

心理變態，卽心理反常，人類受種種刺激而起心理上之反應，結果卽生犯罪行爲。心理變態，大都由於神經錯亂，或因重大癡癲病而陷入心神喪失亦有之，此乃特指「年久而有組織的癡癲病」而言。此種荒謬心理，常以爲他人將加害於彼，不如先下手爲強，故常爲盲目之犯罪。又有許多大逆不道的案件，亦由心理變態人爲之，但如認爲確係心神喪失，尙須待特殊之考察與證明，因與刑事責任關聯甚切也。

此外心智衝突，卽一種事實使人類心智及感情方面的均勢爲之完全顛倒，容易構成連環式的意識，令心境極度不安，在青年及兒童時代更甚。例如習聞撒謊故事及性慾穢談，或他人對於其父母不敬之消息，皆足以刺激其精神，而促成其犯罪之動機如美國威廉勒哀白脫與撒謊者喬治爲友而犯竊盜汽車罪，英國愛德華因母親竊物受刺激其犯竊盜罪的事實（註九四），卽可知心智衝突亦可構成犯罪矣。

（註九四）齊林(John Lewis Gillin)著，查良鑑譯，犯罪學及刑罰學(Criminology and Penology)中卷二頁十四頁至二百二十頁。

第三 遺傳的原因

許多犯罪學專家，皆以爲祖先犯罪會遺傳到子孫犯罪，如意大利龍波維梭氏所作之犯罪遺傳的統計，據其研究結果，在一百零四個罪犯中，有七十一人受遺傳影響而犯罪。但在生物學家中，有一共同意見，只認爲精神耗弱及有發神經病的神經組織如瘋癲實例，有生理上遺傳的可能；至於犯罪乃係個人身體和智力的特質以及影響那種人格的環境合併產生之一種現象，簡言之，犯罪不是生物上的單位，故不會遺傳；不過可以遺傳的，是有產生犯罪的天然特質，此種特質，容易使個人因受衝動而傾向於反社會的行爲，故在此情況下，會變成罪犯；譬如肺癆病之本身，不會遺傳，惟此種疾病的傾向性質，是可以遺傳的，其他皆可類推。最重要者，是精神耗弱對於犯罪具有密切關係，已爲大衆所公認，據哥達德(Goddard)氏提出曾經予以研究過的精神耗弱者之家庭歷史圖表，在一百六十四個有精神耗弱遺傳的家庭中，有一百零六個犯罪被捕。至於由遺傳的反常數量，大約精神耗弱中有三分之二以上的人，是由遺傳得來的殘缺；氏以爲每一個精神耗弱的人，是一個潛伏的罪犯，無論其氣質如何，若是處在不良環境中，有成爲犯罪的可能，除非是一個遲鈍而又弱於衝動力的人，或許不至受衝動，去做犯罪的事，否則是一定犯罪的。至於蒙根毛勒(Morkennoller)氏在利克頓堡(Lichtenberg)棄兒留養所中，對於二百個兒童所作之研究報告，證明有一百二十四人之父母，曾患瘋癲病，有二十六人之父母，曾患羊癩瘋症，其餘之父母，皆是患各種神經病的人。科拉(Kollar)氏在一千八百五十個瘋癲人中，發現其

祖先有殘缺歷史的占百分之七二。二，據其考查結果，瘋癲人似乎較常態人容易犯罪。哈得門(Hartman)氏於其所考察之罪犯中，發現有百分之三二。七的祖先是犯罪的人。但就各項材料細加研究，知道並不是一個簡單的犯罪遺傳問題，而是身體上和心理上的特質有趨向於產生犯罪的問題。產生犯罪的個人特質，既是從祖先遺傳而來，一遇環境上任何衝動，就可釀成犯罪事實，所以犯罪關於遺傳的原因，實在是犯罪學上一最重大的問題而不可不求所以徹底解決之方案者也。

第四 個人身體特徵的原因

一般研究犯罪學的人，皆以為犯罪行為結果，為遺傳性與環境產物的合併，至少具有連帶關係。就犯人體質的勢力而論，其身體特徵與其變態，不見得帶有遺傳性，並且許多特徵，乃為其所獨有者，基於犯罪的生理方面之原因，其種種特徵，亦有值得研究者在。

據意大利龍波羅梭氏證明，犯人身體種種退化的徵象，即是犯罪標記，彼對於罪犯在生理上生就之特質極力加以闡明，以為罪犯之頭部面積和形狀皆與常人異，即面部不平均，顴骨過大，兩耳特別大，有時特別小，或豎起於頭部。殺人兇犯，有時鷹嘴鳥喙，有時鼻孔填起上達尖端有如山峯，上顎裂開，牙齒排列無序，下頰推進，或過長，或短平，胸部肋骨，過多或過少，手臂特長；竊盜鼻部不正，有時上翻，或扁平塌陷，凡此皆為龍

波羅梭氏所認為犯人在生理方面具有之犯罪特質的標識。

不過在現代討論犯罪人身體方面原因，似不逮龍波羅梭氏如斯之重視，因為經研究結果，證明在平常人中，亦可發見同樣之變態情形，並且證明此種變態情形，亦不見得就會發生犯罪。龍氏根據隔世遺傳學說來作犯罪解釋，而用此種變態情形來作犯罪證明，彼以為犯人生理上和心靈上發生一種狀態，所以犯罪，在進化史初期，頗有犯人具此狀態，不能否認其無相當之見地，因為許多反社會行為，往往因經濟不調和及感情上衝動而發生，也許由生理變態情形，間接的招致，但有時亦不會發生影響。所以一般生物學和社會學家對龍氏學說，不能無所懷疑，因而引起大家用科學方法對於罪犯更精密之研究，自然是龍氏之功績。同時在事實上證明龍氏僅注意到生理變態情形，未曾對於社會、經濟及智力程度同等者為比較研究的工作。因為監獄中囚犯，其心靈上有變態者較多，所受恆人之妒恨、憎惡、嫉視，會引起一種反感，或不免有充分厭恨現社會之情緒，表現凶暴可怖狀態，有時偶與其生理變態情形，外觀幾若一致，所以能吸收龍氏之重大注意點，但在實際上尚難遽下一躁急與武斷之結論也。

據許多生物學家和社會學家心理學家從事研究犯罪原因之結果，以為個人身體特徵與其變態，在某種不同情況下，可以影響其行為。例如膂力大者，易施行強暴罪，柔弱或生理上殘廢者，常厭惡公衆集會及減少教育興趣，常起自覺卑微心理。而不能充分發展其人

格，結果常與不受社會歡迎的人站立着一塊，容易發生犯行，惟並未承認為犯罪之原因，僅表明其所及於行為之影響耳。

體格可影響犯罪行為者，希利(Healy)氏於其所研究之八百二十三個兒童裏，有百分之十三是因為身體方面變態的發育而為犯罪。布羅克衛(Brockway)明示在紐約州感化院內有八千犯人經克利斯興(Christian)博士考查結果，發現身體殘廢和患衰弱病症者，約占百分之二十五，此外還有視覺、聽覺及牙齒方面的殘缺。

另有關於身體高度的一點，羅克斯來斯脫(Rock Steyer)博士曾謂美國威斯康星(Wisconsin)州監獄中累犯，平均年齡三十三歲，但比較同年齡美國人身材高度，要短小二寸五分，又比哈佛(Harvard)大學學生要短小二寸七分，多屬於犯竊盜及放火罪之身體弱小的犯人。哥林(Goring)氏研究罪犯體格之結果，認為就全體罪犯看來，比平常人都短而且輕，氏以為此種身體弱點可引起犯罪，因為生理上不健全的人，在職業上與困難奮鬥的關係，有成為犯罪可能，並且相信體格強壯的人，較弱小不健全者，不容易發生犯罪，其與龍波羅梭氏解釋犯罪原因，大相逕庭，是誠堪味玩者也。

近來醫學界於犯人身體內分泌或無管腺影響於犯罪行為的學理方面，有一種新貢獻，即認為人體幾種主要腺，如橢形腺、胸腺、分泌黏液腺，松果腺及間隙腺等，其中有一種發生變化，全體之循環作用，便會失去均勢，性生活自然受重大影響，因為此種腺關於性

機能之成熟，甚爲密切之故。又如神經昏亂，據班特勒（Bartler）氏說，是由於松果腺所生的病症，此腺與心理方面有重要關聯，可引起神經煩悶、憂鬱、失常乃至於衰弱。最顯著的，就是橢形腺過分活動，容易犯性慾罪的例子，像華盛頓聖依利薩伯（St. Elizabeth）醫院診斷少年阿爾斯忒（Usher）之病症，斷爲此種腺過度漲大，對於個人可生刺激性之作用，結果使其墮落而向女人們爲不正當之求愛，在此種反常的刺激性之情況中，自然使人易傾向於犯罪行爲。不過學者間對此尙不無持異議者，拘守舊說的荷斯金（Hoskins）教授，曾在美國科學改進會寫了一篇關於腺的功用之文章，認爲是以奇異之幻想，駭人聽聞，在科學歷史中是絕無僅有的情形，然當其看到支配內分泌原子，可以發生及改造性現象時，結論內似乎又有承認內分泌學佔近代生物學中最重要一部分的傾向。此等腺經科學上考察，對於低能兒、長人、矮子及性生活之發育，確有顯著力量，雖然尙未能知其與犯罪關係如何，但其能影響於智力體力之發育，似難否認。

行爲結果，是否爲遺傳性與社會環境產物之合併，尙未經科學上之肯定，有許多案件，非由心理學家及精神病學家和實地調查犯罪工作人員詳細考察，不能率爾斷定。若照龍波羅梭氏犯罪具有定型之說，自難認爲十分滿意。至體格變態是否可影響於行爲，如上述荷斯金氏見解，在學說方面亦尙無定論。所以歸納說來，很難確證犯罪原因與身體特徵具有何等重要因果關係，不過事實證明犯人體質變態，缺點及病症，通常都認爲應施以一

種必要之注意。故在處置及預防犯罪方面，自須格外審慎從事，並應採用醫學內外科補救方法，以資治療，是不僅犯罪學研究之問題，即人道主義亦當如是耳。

第五 社會的原因

犯罪行為，很多由社會環境不良造成，其中一切刺激，影響到犯罪事實發生，關係甚鉅。茲將社會方面構成犯罪之種種原因，分述於左：

(1) 家庭的原因 關於少年犯罪，以受家庭影響者為多。(一)在貧困之家庭，缺乏普通的適當生活，而父母因常在外作工，兒童受不到適當的教訓與管理，不得不往街道覓伴遊戲，染受不良習慣，很容易構成犯罪。布隆拉(Bronner)氏研究芝加哥少年法院的少年，發見其中有四分之一由於家庭貧困而致犯罪。(二)移民的家庭，其兒童正常人格之發展，不適應移民國環境，例如芝加哥少年法院中，有二百八十個男孩，其父母都是不能操英語的人，不熟悉美國情形，對於通常家庭設備，不適於兒童發育，所以移民子女，亦常出現於少年法院中。(三)破裂的家庭，即反常的家庭，指父或母死亡，或離婚，或別居而言，在芝加哥少年法院，犯罪兒童，有百分之三四一，來自此等家庭，自然是教訓與管理根本缺乏所致。(四)退化的家庭，謂充滿卑污觀念，粗俗鄙穢，不道德及具各種腐敗情形之家庭，如再和反常的遺傳併合，便極易發生犯罪，在芝加哥少年法院內，發見因家庭腐敗而

犯罪之兒童，有百分之二十乃至二十八，可以想見其危險性之嚴重。(五)混亂無秩序的家庭，大都由於兩人結婚，每人各帶有前妻或前夫所生之兒女，形成過分的擁擠與擾亂，遂造成犯罪，芝加哥少年法院中，亦恆見此種犯罪兒童。(六)缺乏娛樂的家庭，少年人需要正當之娛樂，使其有機會，得着有益之交游，若無良好設備，便引不起興趣，只好去結不良伴侶消磨光陰。據慧斯吞(Thurston)氏研究，青年在閒暇時間所成的結合，對於犯罪有密切關係；柏恩茲(Burns)氏研究少年犯罪，證明鄰近芝加哥公園與運動場的兒童，確有減少犯罪之功效，亦即少年人需要正當娛樂之明徵。大概家庭所應具備者，以音樂、圖畫、小花園及有益之器械運動，可增趣味之遊戲物品為主，能吸收兒童注意力於此中，自可養成其高尚人格，成爲國家之良好公民與社會之健全分子。

(2)學校的原因 犯罪與不識字，有津帶關係，爲一般學說所公認，但因爲不識字初貧窮，環境惡劣家庭，皆有相互影響，便很難斷定無智識卽爲犯罪之原因。不過無智識者之犯罪可能性較大，則是一件不能否認的事實。照一般犯罪標準，無知識的人有較高犯罪率，因爲未進學校，得不到教室中道德之訓練和智力之啓發，缺少修養，一有衝動，很容易受感情之支配，故與犯罪構成具有直接與間接之關係。但是在另一方面，受過教育的人所犯的罪，是無智識者所不能犯的，因爲其犯罪比較精密，如賄賂罪、偽造文書罪卽屬此類，加洛法羅(Carofaro)氏以爲學校在傳授智識和發展傾向上，就可以決定罪犯的特質，

此言亦不爲過。本來學校教育，是陶冶青年人格之一種工具，若是有了知識，反而道德墮落，則學校誰不視爲畏途，其對於公民子弟求學情形當更爲嚴重，殊非國家社會之幸事。推原其故，學校辦理不善，教育方法不能防止反社會行爲，所以會發生犯罪結果，其錯誤在對於學生之能力和需要缺乏調整，所有課程往往不適於一般能力薄弱之兒童，此等兒童，常因成績落後而灰心，並且因受教師呵責、學友嘲笑和社會鄙視，遂變成逃學，設法圖滿足他方面之興趣，而養成不良習慣。故學校應當集中其注意力，以訓練兒童正確道德觀念，其所採教授法，應適應於兒童之本能，使其能得到矯正個人缺點的機會。自然還有家庭、教堂以及社會交場一切環境的關係，不能以此概歸責於學校，可是教育家對於自己所有之天責，總是不可諉卸的。許多教師缺少對於兒童心靈隱微處之理解力，凡瓦忒斯(Van Waters)博士謂：學校對犯罪案情，有補償和光榮的例外辦法，全視對犯罪態度，和教師的訓練，技能以及信仰而定，氏曾舉出一個在校孤女常犯偷竊，因爲學校通力合作加以努力改造，已漸收成效的成例，來證明學校教師對於在校兒童，有了解內心必要之主張，實在一件值得鄭重注意之事。總之教育對於犯罪之影響，固然多屬於間接方面，在統計上尙找不到適當的證明，但良好教育可造成品性優良之子弟，最低限度，亦可減少犯罪傾向，此可斷言者也。

(3) 鄉村的原因，大部分犯罪都是屬於城市，作犯罪研究者亦多傾向城市，但據克來

格亨 (Claphorn) 女士在紐約所作之少年犯罪研究，敘述窮鄉僻壤的農村社會，亦有產生犯罪之影響，依其中所舉例證，如陶克 (Doo) 頑強粗暴，不堪造就的第一事件，馬爾科姆 (Malcolm) 等在校裏惡作劇，並慣為偷竊等的第二、第三事件，及湯姆林生斯 (Thomlinsons) 等七個子女多犯偷竊及逃學的第三、四、五等事件，表明鄉村中經濟和社會事業皆落後，優秀人民，被比較發達地方吸引而去，所剩餘的多屬於一般退化分子，道德標準皆極低，全社會充滿着道德的毒菌，大家都是小黑蟲、寄生蟲之類，囓食社會廢棄物，而在污濁水裏度着極惡劣的生活，於是犯罪之構成和增加，自然像雨後春筍一樣。

(4) 風俗和信仰的原因 風俗和信仰兩方面，常成為反社會行為的原動力，各民族各有其特殊之風俗與信仰，其構成之犯行，自亦互有差異。人民受習慣上極大勢力之支配者，無過於飲酒，酒為麻醉性物質，能使控制行為之主要神經，麻木不仁在醫學及科學兩方面，已有很透徹的研究。可是世界上人民因飲酒犯罪者，總是年有增加，據阿沙芬堡 (Aschaffenburg) 氏證明，竊賊有百分之十四·六。在犯罪時是喝酒的；強暴罪者飲酒的百分數竟然高到百分之六十五；氏更指出德國大學生許多犯罪，如侮辱、毆打和重傷害等罪，皆自縱飲不檢束而來。蓬球 (Dorsch) 氏引證奧國因酒醉犯謀叛罪者占百分之七七·七，在法國酒醉中犯殺人罪者，占百分之三三；在挪威犯殺人罪在昏飲狀態中者，占百分之六六，可想自嗜酒為害之烈。阿沙芬堡氏並研究飲酒犯罪者之間接影響，表明其子女之

智力與體格要比通常爲低，嗜酒結果不特減少家庭供給，演成貧困與污濁，而且醉後吵鬧，破壞家庭和平，妨礙兒童身體之發育，造成一種退化狀態，致自己與子女交受其害。此外因嗜好藥物，如以太、酒精、鴉片等而犯罪者，亦實繁有徒，犯人一有此等嗜好，千方百計必期得此始快，縱成立罪名，亦不惜以身試法也。

至因信仰而構成犯罪者其例亦多。凡有一種特殊信仰的人常成爲對現社會之一種反動勢力。有以爲實業生產物是應屬勞工所有者，有以財產皆爲強盜分贓物者，有以受刑係爲自己階級犧牲而不覺恥辱者，有以因鬪爭而受懲創自覺獲得報酬者，有以爲由上帝遣彼等以懲罰富豪者，有以爲奪取超越地位人之所有物不爲罪過者。除犬儒學派經守而外（註九五）凡無政府主義者和極端社會主義者的理論與其黨徒之推波助瀾，變本加厲，構成一種不可搖動的信念之財產哲學觀念與強硬罪犯哲學觀念。彼等皆認爲自己的越軌行動是很對的。許多盜匪都說貴族階級，纔是最大的強盜，對於彼等逃免刑罰，非常的不滿。暴戾殘酷的罪犯，認社會道德不過是懦怯之惡習，都覺得社會上現有制度，無非是爲有錢有力的人作壓榨窮困者之工具，所以碰着機會，便想打抱不平，做挺而走險的舉動。其在鄉村社會的習俗信仰，一村童偶然在鄰園中採幾個菓實，如果未曾損壞花木，相信不會發生重大事體，但是在城市中觀念，就大大不同，倘若是在水菓攤上爲同一行爲，就算犯罪。此種現象，在抱另一種信仰的人，常據以爲攻擊或詛現社會之理由，彼等並不以此種犯罪

當作大了不得的事體，而認爲窮人從鄰家或公司商店裏，拿一點必需品，好像黑人慣向主人手中取得一部分生活用品一樣，不覺得受若何良心責備。其在軍營中財物觀念，亦與鄉村有異。許多軍士慣向鄰營取必需物品，不必作請問形式，但是把同樣習慣行之於鄉鄰，便會引起很大的糾紛，試問具特殊信仰者處此，更作何種解釋？自然在思想方面犯罪而致墮落者，其個性常易作流傳材料，普遍於社會各階級間。然而社會之隱憂，也就因此更加深一層，其中亦不少持公正見解，想寬待犯罪人，使兩方得到平衡者，當然不是毫無真理存在，不過首先應注意的，就是社會秩序，必須加以維持，不能任其假憲法上「信仰自由」爲護符，以爲擾亂安全，危害社會之舉方可耳。

(註九五)大儒學派，一稱昔羅克學派(Cynicism)，首創於古希臘人安提善(Antisthenes)氏，以獨善其身，因任自然、輕物慾、薄教化爲主旨，其後衍爲禁慾主義，當世譏其爲窮犬，故有是稱。

還有在陳腐社會中的居民，腦海中迷戀着一種信條，即凡不爲受侮辱之親屬復仇者，認爲奇恥大辱，此種習俗與信仰，爲構成復仇和私鬪之起因，足以危害全社會之安全與秩序，自然是缺少良好司法控制機關所致。據卡姆培爾(Campbell)氏研究美國南方高原族鬪，認爲彼處人民相信公理不能依賴政府，而純恃本人和親屬之正確射擊，是即爲彼等信仰之法典。氏於此中加以解釋，以爲威士忌酒之刺激性，具有密切關係，並且信條中有「攜帶軍器視爲成人」一語，亦爲原因之一，但是此種私鬪繼續存在，無論如何，不能不

認為司法運用之未臻完善使然。

此外習俗和信念，不適用於環境關係，亦足以影響犯罪行為。像派克(Pike)事件(註九六)，所犯偷竊和傷害罪甚多，其父母由俄移居美國，天然的環境，已經變易，彼已積極趨於新大陸俗尚化；而其父母仍牢守固有之俄國傳統的習俗與信念，因之不適應於現社會；加以黑白人雜居時常爭鬪結果，常見到一切不應當的行為。彼對於父母又已失去其尊敬心，精神無所歸宿，不得不與劣童為伴侶，染受許多惡習慣，遂影響到不規則的行徑。在少年犯罪研究中，亦為極重要之一例證。

(註九六)查良鑑譯，犯罪學及刑罰學，第三六五至三六六頁。

(5)階級仇恨的原因 階級仇恨起於階級鬪爭。自從工業革命後，大規模機器代替着許多人工，於是發展資本階級的利益，同時失業人數激增，工人們為抵抗資本案操縱，復組織同盟罷工，遂形成近代工業社會裏一種嚴重的階級鬪爭，其中最危險者，厥惟對於社會上一切秩序之妨害，以阻遏社會道德之發展。因階級的刺激，增強階級仇恨，以致社會與實業，均陷於不安定狀態，並且有種種階級鬪爭理論，從中鼓動，使其鬪爭更形深刻化與尖銳化，將整個工業制度作為宣戰的目標，希圖瓦解僱主與僱員間所有關係。等到雙方各走極端時候，一方面工人關閉工廠毀損財物，他方面資本案僱用武士痛毆工人，造成不可解之冤仇，啣恨在心，再遇他種機會，復圖報復，犯罪幾無已時，在社會安全方面，實

在是一極嚴重之問題。

(6) 文化與宗教的原因 文化本身，憑藉其所有的財富，與科學、宗教、互相團結，形成一種創造的勢力，本來可算是遏止犯罪之有力的原素，可是文化愈進步而犯罪者亦逐漸增加，平心說來，此非文化自身之罪過，其故在於社會上複雜關係日益進展，而一般守舊的人民，不適合於此等複雜關係，有以使之然。假如此等人民，生息於比較簡單文化社會中，相信彼等之日常生活，起居行動，不會有若何接觸社會之處。精神病理學家稱此等守舊分子為退化者，自己不能趕上新文化，又不能虛心接受，反肆意攻擊，為社會中害羣之馬，實在是不可恕者，但是文化不能適應一般人民之環境，要說是完全無瑕疵，責任應概由人民負之，自亦難為充分的肯定解答。

宗教種類不一，為天主教、基督教、猶太教、回教、佛教、道教等，各有其教義，在理論上無可非難，不過入教的分子，非常複雜，所以許多教徒，亦不免發生犯罪。據一般學者研究，宗教犯罪以天主教最多，猶太教最少，猶太人所犯的罪，多屬於侵犯財產一類，其他犯罪率皆低於各教，自然不能說猶太教未採取嚴密監視之態度。如果是專靠道德上之訓練和修養，就可以免除犯罪，都只是為中人以上者說法，在中人以下便不適用。許多人利用宗教為護符，藉神道之助力以達其一貫之慾望，硬將宗教與罪孽結合。例如殺人兇犯用誠意祈禱上帝援助成功，老鴇虔誦阿彌陀佛經，希望降福，妓女將基督十字架放在

牀頂上，和客人講生意等情形，在宗教本身自然不能任過。但若是反過來拿犯罪最少之猶太教作例證，又可見許多宗教純取放任主義，教規不嚴，缺乏約束管理，亦不能否認不是一種原因，否則宗教為世所詬病，決不致若是之甚。我國大教育家蔡子民先生，曾主張以美術代宗教，意謂宗教理論甚高，行非其人，則鮮實用而易人空虛，故不如以美術涵養性靈，使精神有所寄託，可養成高尚人品，亦有感而發也。

(7) 法院和監獄的原因 許多犯罪，亦可由司法機關本身影響其行為，甚至促成犯人再犯之動機，推原其故：(一) 法官審判犯人，多假法院來施行報復，而不顧及預防社會將來之危害，惟知以痛苦償罪惡，結果不免使犯人亦生報復惡念，致喪失防衛社會之本旨。(二) 犯人藉巧猾律師之辯護，不因審判而生戒懼。(三) 對於同一犯人，於其受刑事處分時，狃於刑罰理論，有失公平措置，使生怨憤。(四) 窮人不能延請律師主張其正當理由，往往含冤莫白。(五) 審判延期，無力交保出外的被告，恆易為惡勢力所屈服。所以司法機關措置不適當和運用失其平衡時，於犯罪構成，亦有密切關係，至少亦可幫助構成罪犯。

關於監獄與犯罪，已有人證明，監獄是犯罪分銷處，或者是犯罪學校，其製造罪犯，甚至比改造罪犯自新還來得快捷，此種嚴重問題，擺在吾人眼前，實在不容忽視。自然是處置罪犯，有許多不適當的地方：(一) 監獄管理人員，自身不守法紀，或尅扣囚糧，歸其

中飽，或嫖妓賭博，敗壞獄規。(二)對囚犯厲行壓迫政策，不知行適當的教訓與生計指導。(三)不將有希望的罪犯和難改善的囚犯，施行隔離方法。(四)對有錢監獄和窮苦監獄，待遇不平等。(五)對女監美貌女犯，有時設特待室，乃至發生其他不正當行爲。有一於此，卽易令獄囚感到怨憤與失望，何況今日之監獄黑暗重重，亦何怪譏其爲製造犯罪之場所！尤應注意者，監獄頗名思義，當然爲集中各類監犯之大本營。試思犯人同在一監，時相接觸，耳濡自染，無非奸詐刁狡惡習，間有惡性監犯，在監自述犯罪實況，不特不慚，反面有得色。在犯輕微罪者，時聞此種放誕怪論，難免不受影響。進出獄時，或因人情冷暖，親朋失散，不得已仍與舊時在獄被釋者來往，仍不脫犯罪人伴侶關係。一遇機會，立即有再行犯罪之虞。如果不切實改良監獄，想減少犯罪，真無異緣木求魚。邇值抗戰勝利，民族奮鬪，力爭國際獨立人格，已爲英美諸強國對我放棄在華之特權。現在我國既已收回法權，外人犯罪皆歸我司法機關審理，由我監獄機關監禁，如不將舊監黑幕及一切腐敗情形根本廓清，將貽國際上一大笑柄，此吾人應特予注意者也。

第六 經濟的原因

經濟狀況對於犯罪行爲的影響，學者間見解不一，如哥林氏研究英國巴克赫斯特(Parkhurst)監獄三百罪犯的結果，證明犯行與家庭經濟無關。法國社會學家塔德(Tarde)

氏亦曾謂城市犯人增多，非由於商業經濟之發達使然，乃係財富分配不均及生活缺乏有效之指導所致。但是在相反的方面，荷蘭犯罪學家蓬球氏，則認為實際上犯罪唯一原因即屬經濟，氏謂意大利每百個罪犯中，因經濟力不夠而犯罪者有五十六人。馬羅(Marzo)氏亦力言犯罪與經濟有密切關係。贊成此項見解者，頗不乏人，茲略述其大旨如左：

1) 貧窮的原因 蓬球氏以為貧窮會使無工作者變成游蕩與求乞，又可壓迫窮人不能用誠實方法供給其生活需要，就造成種種偷竊行為，故堅持貧窮為犯罪的先導，為助成犯罪的動機，並且說，受貧窮所迫者到萬不得已時候，為爭搶麵包或財物，甚至會去殺人。馬羅氏對於犯罪研究，指出意大利人口數目中，有百分之七十九的罪犯，皆毫無資產之人，至於犯罪率隨着生活高漲而增加，愈足證明確由經濟狀況所造成。但在反對方面之意見，以為個人身上保留着許多奇異心智狀態，不會消滅犯罪傾向，就是不貧窮的人，何嘗不犯罪？加洛法羅(Carofals)氏曾說過：「今日的懶惰竊賊，就是明日憎厭工作的工人」，有了工作而不願做，依然是賊心未死之故，可見消滅貧窮，仍不能除去犯罪之貪慾。不過貧窮可影響一般人之生活狀況，使其受着種種刺激，因迫不得已而出於犯罪之一途，亦事實上不容否認者，管子謂「衣食足而禮義興」，即是此意，固非社會學家可注意抹煞一切者耳。

(2) 童工增加的原因 少年犯罪，與幾種童工具有連帶關係，美國工商部曾刊佈此類

報告表，證明犯罪男童百分之五六·五，女童百分之六二·六，皆是有工作的。蓬球氏提出許多歐洲童工犯罪統計，發現荷蘭犯罪童工，比較無罪之有職業者，人數超過二倍或三倍，對於英、德、法、意等，均作成數字表，其結論謂：「足以證明不可磨滅的真理，就是童工與少年犯罪，是有一種關係的」。據其觀察點，認為住處喧囂擁擠，管理鬆懈，故容易發生罪惡。有的人曾對此見解加以批評，謂有幾種行為，在舊法不算犯罪，而在新法則成爲犯罪，是法律原因，蓬球尙未免忽視；其他社會種種原因，不一而足，所以蓬球說少年犯罪，是由於童工增加的原因，不見得十分正確。但是像紐約州幾處少年犯罪，又已證明由於游泳室僱用兒童及家庭傭工用青年女子所致，因爲此等服役，很可使童工與女工容易有墮落行爲，倘若是拿學校內兒童來比較，在校者有師長監督管理，並有許多正當娛樂，自然享受兒童幸福；至於作工的兒童乃至青年男女，在外面無人監護，不能與前者同論，如果與壞人相處，是難保不入下流的。尤其是用童工或女工送信以及派此等青年賣報或送報，就是因職務差遣，無論何處不良地方，亦非去不可，此種道德上之危機，乃使其特別容易犯罪；此外工廠夜工，迫令女孩在工廠度夜，百貨店女售貨員往往寄宿店裏，女招待在旅館或菜館過夜，皆極易受男子種種誘惑，陷入犯罪，此係社會上鐵一般的事實。男女童工增加者多，則犯罪率亦增高，都不外此種原因。所以就實際上證明，似乎蓬球之論據，殊難加以否認。

(3) 社會資本組織的原因 社會資本組織的形態，依蓬球氏解釋，是根據個人所有權與個人利益之一種經濟組織，氏認此對於犯罪有積極的影響，因為在此種組織的社會狀況，皆是注意自私自利，不顧社會之公共幸福，以及雜居穢褻，缺乏教育與陶冶，不適於兒童訓練，餘如財富分配不均，互相傾軋陵轍，皆足以造成犯罪的增加。氏主張應取消營利工業之目的，而將財富的生產機械歸為國有，工人有正當收入的保障，將一致努力為全人類謀幸福而工作，則由貧窮所生之種種退化勢力皆可遏止，而犯罪即可因此消滅。其在多數犯罪學家，對於現在社會資本組織與犯罪生密切關聯之說均加以承認，但不相信將個人生產機械變為國家所有便可把犯罪減少乃至消滅，例如加洛法羅氏、塔德(Tard)氏等，均認貧民階級犯罪，並不比優裕階級的犯罪為多。在蓬球氏頗傾向於原始人民生活制度，以為現社會資本制度是具有發展人類自私的特性，必須代以愛人主義，如原始社會互相公澆而不施用銀錢，可將餘賸的物產留至第二天再用，因之自私的衝動不至發生而互助之愛人主義於是成功，此種基本經濟組織的變動可消除社會罪惡於無形。不過在許多反對的學說上，皆以為原始人民生活，仍然免不了犯罪事實，蓬球的論調，找不着歷史上已往之根據，只可作為一種理論而已。

(4) 失業的原因 一般人都相信，工作的安定，造成人類道德，因為是「有恆產乃有恆心」之故，塔德氏謂工作的本身，就是犯罪的仇敵，可見失業對於犯罪行為之影響，許

多性情懦弱的工人，一遇失業，便陷於失望，若是個性過強的，爲補償其失業後心靈的創傷，就常常變成反社會的行爲。在英國的小本商人，因失業而銷耗其子女教育費，以後便改變對社會之觀念；在美國威斯康星州的獄囚，有百分之四二·五，爲漂泊游蕩的人，此皆失業與犯罪發生關聯之明徵。還有失業憂慮飢餓的人，故意去犯小罪，以便得到監禁的判決，因爲絕望之餘，請求禁錮，又遭拒絕，故不得不去犯罪耳。有的人以爲失業犯罪，在統計上研究，數字是非常微小，只可說是構成道德退化，未必一定發生嚴重結果，但事實上失業仍不失爲構成犯罪可能之一種經濟原因，以呈示於吾人眼簾之諸般違法現象，皆含有多少失業成分也。

(5) 商業衰落的原因 犯罪與商業盛衰，具有直接關係，當商業旺盛時，人民都有工作，經濟狀況比較優裕，慾望滿足，犯罪數量自然隨之減少。反之在商情不振時候，許多掙扎於生活中人，因需要而激起的犯罪行爲，當然易在經濟環境變動後發生，是不足爲怪的。並且突然的變動，可使僱主與工人階級間的關係，受猛烈的攪亂，因爲貿易不景氣，迫得減低工資，或辭退職工，致引起勞資的兩方糾紛，而罷工風潮以及種種暴動，皆由此造成。希爾什 (Hirsch) 曾證明巴登 (Baden) 地方在一八七五至一八七八年商業衰落期，某一種刑罰，竟升高到百分之四十，蓬球氏發表此時期內竊盜罪相當增加，和破產數目符合，可見實業盜敗對於犯罪行爲之影響。

第七 政治的原因

政治與犯罪關係，有由於統治階級與政府機關者，亦有由於對統治階級為各種反動者，前者為普羅(Pro)氏所明示，後者為龍波羅梭氏所揭櫫，理由各別，茲略述於次：

(1) 政治家的原因 許多統治階級，專為黨同伐異，圖自派利益，施行專制，如依利薩伯(Elizabeth)女皇，干涉教徒信教自由權，亞力山大(Alexander)威嚇希臘城市的自由，法國大恐怖時代，當局把大多數被稱為「仇敵」的志士送上斷頭台去皆是。其在各民族歷史戰爭上，均是抱征服與掠奪目的，就是現在，又何嘗是例外，侵略弱小國土地，已成司空見慣，簡直無所謂國際道德，窮兵黷武的結果，流血遍野，積骸成山，其罪惡之大，固無與比倫，在刑法上犯一殺人罪，即須處以應得之罰，茲則殺人億萬，而刑法不能過問，甚哉，政治家之造孽，甚於洪水猛獸也。

(2) 反對政府者的原因 此類罪犯為支配階級暴虐無道的反動，犯人情願拋棄權利與生命以反抗統治階級，援助被壓迫人民，和別種政治犯無異，其所抱信念自認合理，純粹受正義情緒的策動，為社會利益而犧牲，以圖達到唯一的純正目標。此等犯人多具有深切之階級觀念，其性情易受激動而缺乏理智上之判斷，以為殺死若干享受特權的支配階級，即是為被壓迫階級的人們痛快地復仇一樣，同時也就是對於無錢無勢者做了一件大大的功

德。在一般抱無政府主義者的青年們，多喜歡發揮其極端的個人主義，覓求快意於猛烈向政治特權人們加以猛烈攻擊行爲中，彼輩不識何者爲國家法律，惟知毫無忌憚地爲所欲爲。依許多犯罪學者研究和考察結果，證明此類犯人有精神病者居多，而且懷着妄自尊大及甚深之報復思想，自然是歷史上許多橫暴專制與野心侵略者之一種反映，以陪襯乃至於幫助造成此類犯罪。另有社會與經濟背景種種關係，以影響犯罪行爲，亦爲不可忽視者。至政治犯不引渡問題，非本文範圍，不備述。

以上歷述各種構成犯罪原因，如物資環境、心理、遺傳、個人身體特徵，及社會、經濟、政治等，經一般犯罪學家、社會學家、心理學家及精神病學家等研究，多數人意見，大體從同，惟少許部分，尙不免有學說上之歧異。齊林(Cain)氏曾說過關於犯罪原因一類的話(註九七)，中有「以我們現在的智識，尙不能加以斷定，我前所引證的若干證據，祇可作爲建議，而不能作爲定論」等語調，亦足見此種問題，尙有細加研討之必要矣。

(註九七)查良鑑譯，犯罪學及刑罰學，第二百八十六頁。

第十八章 犯罪之要件

犯罪之要件有二，即一般的要件與特別的要件是也。一般的要件，指各種犯罪之共同要素而言，特別的要件，則屬於個別犯罪之特殊要素，前者如十四歲以上之人，故意爲

違法行爲是，後者爲放火罪之成立，以焚燒爲要件是。此二要件，同爲構成犯罪之前提，惟前者屬刑法總則範圍，後者則在刑法分則中規定之，應就分則各本條對勘，此處僅將關於總則上一般的共同要素加以探討而已。

一般的要件，分主觀的要件與客觀的要件二種，茲分述如下：

第一 主觀的要件

犯罪由一定主觀的要件而成立，行爲不具此要件者不罰，爲刑法上共通之原則。主觀的要件維何？即責任能力與責任條件是。責任能力者，指犯人負刑事責任之能力而言，例如幼年人、老人、心神喪失者、精神耗弱者、酗酒者、瘖啞人，皆不具備此能力，即不成立犯罪。學者間有以此問題另立專章討論者，本書除分見於十三章外，此處僅說明其與責任條件連帶構成犯罪要件之關係（見上），故亦毋須多贅，實際上乃側重於犯罪成立之責任條件也。按各國立法例，除規定行爲人要有責任能力外，皆一致以故意與過失爲構成犯罪之要件，惟此二者與錯誤，嘗有觀念上之聯絡，學者間多同時加以論列，而各國刑法另有行爲發生結果即須負責之規定。以限於篇幅，未能一一詳細區別，特於下面簡單的分別析述之：

(一) 故意 (Dolus, Vorsatz) 的解釋，學說殊不一致，有以爲故意係基於認識與決

意而成立者，即對於犯罪事實，認識其行爲具有危險性及違法性，而敢於決意爲之之謂，此爲持認識主義者所主張。有以爲故意具有希望產生行爲的結果之意思者，即對於犯罪事實希望其發生而與之有因果關係之謂，此爲持希望主義者所揭櫫。如前之例，行爲人目的在得保險金額放火焚屋，致死亡多人，雖無致人於死之希望，然若有可生死亡事實之預見，則仍不能逃故意殺人之責。如後之例，行爲者開槍射擊野獸，同時發生傷人結果，在射擊者雖有槍可傷人之預見，但其目的專爲獲獸，並非存有傷人希望，自不得以故意殺人論。至關於故意之種類，就認識主義言之，有不暇考慮行爲之方法、手段、結果而突然決意實行犯罪者，是謂單純故意；例如甲乙角，甲憤欲死乙，適見身旁有棍，即以棍擊乙斃命是。有深加考慮後，始決意爲犯罪行爲之實行者，例如於傷害人之先，購買兇器，預埋於被害人必經之地，以待相機下手是。有對於確定事實具體的認識者，是謂確定故意，例如甲欲殺乙，明知槍能傷人，乃持槍向乙射擊，致乙於死是。有對於犯罪事實，尙不確實認識者，是謂不確定故意，分概括的故意，與擇一的故意二種。例如意圖詐財，設肆於市，使前來交易之人均蒙受其損害，爲概括的故意。又如甲乙二人並立，丙持槍射擊，無論死甲死乙均爲丙之本願，爲擇一的故意。有防犯罪發覺，用他種行爲而後發生預見之犯罪事實者，是爲事前故意，如上述行爲人意圖得保險金額放火焚屋致死亡多人之例是。有於一定事實發生後，忽以故意停止進行，聽其自生結果者，是謂事後故意，例如竊

盜攔門入室而忽停止行竊逕白逃歸是。有對於他人法益意圖侵害者，是謂實害故意，例如明知火能燬物，而放火燒燬他人所有物是。無加實害於他人法益之故意者，是謂危險故意，例如行爲人開槍目的，專爲獲獸，並無傷人故意，而竟致傷人是。對於行爲有發生實害之認識，而以爲未必卽生實害，致結果仍生實害者，是謂未必的故意，例如以槍擊獸，明知獸旁有人，更明知槍能致人於死，然自恃射擊之精，決不致傷人，乃竟發生傷人之情形是。再就希望主義言之，有所謂直接故意者，指犯人知行爲結果而有意使其發生者言，例如甲男已知乙婦懷孕，意欲使其墮胎，因口角動武，用力推搡乙婦，致其墮胎是。有所謂間接故意者，卽犯人視行爲結果爲無可無不可，或爲自己利益，雖不出本意，亦願去行爲或不行爲是也，例如甲欲殺乙，置毒粥內，乙於食時給與丙食，丙中毒身死是。主張認識主義者，謂希望主義過於陳腐，不如認識主義可包括認識犯罪性質，較爲廣汎（註九八）適用；而主張希望主義者，則以認識主義，漫無限制（註九九），意義殊難確定，且引證目前各國除波蘭少數國家採認識主義外（註一〇〇）大多數國家如德、奧、意、蘇俄、挪威等，皆採希望主義（註一〇一）。其他國家如英、法、比、西、瑞士、葡萄牙等，刑法上雖無明文，而仍然採希望主義以爲解釋。我國立法例，以兩說各有其是，特於刑法第十三條（註一〇二），採認識主義，同時兼採希望主義，是蓋取折衷主義以爲法律上之適用者也。

（註九八）王碩著中華刑法論中，第二百五十五頁。

(註九九)許鵬飛著比較刑法編要，第一百頁。

(註一〇〇)見波蘭刑法第十四條。

(註一〇一)見意大利刑法第四十三條，蘇俄刑法第二十條。

(註一〇二)我刑法第十三條：「行爲人對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生者，爲故意」。所謂明知云者，即採認識主義，有意使其發生者，即採希望主義，希望主義，一作意思主義。

(2) 過失 過失 (Fehlbesehen) 之概念，依我刑法第十四條規定：「行爲人雖非故意，但按其情節應注意並能注意而不注意者爲過失。行爲人對於構成犯罪之事實，雖預見其能發生而確信其不發生者以過失論」。過失乃無故意的行爲之一種，過失成立否？視行爲者是否已經注意，防止犯罪發生結果爲衡。但必須行爲者以有注意之義務爲前提，例如保管火藥者，對於特別設備以防爆發成災，有注意之義務；駕駛車輛者，對於燈光明晦及徐行免傷行人，有注意之義務，若行爲者因無注意義務而不注意。致缺乏事實上之認識時，不負刑事責任。又故意與過失有別，對犯罪事實認識爲故意，對犯罪事實一部分不認識爲過失。舉凡責任能力、法規違反屬於故意中所不必要認識事項等，皆不生過失問題，蓋以刑法以注意義務爲歸究責任之基礎故也。至於行爲人有無注意能力，要非所論，其在民法亦同，負債有償還義務，固不問債務人具備履行債務能力否也。

過失由不注意而成立固已，惟注意至何種程度，纔不是過失，學說上通常之標準有二：(1) 以普通人對於其事之謹慎程度爲準，若犯人忽略此種注意的程度，即是過失。

(2) 依犯人平素處事之謹慎程度爲斷，如果忽略平素謹慎而輕率從事，即是過失。前者爲客觀的過失，後者爲主觀的過失。主觀過失比較客觀過失在理論上不致違背意志自由，故大多數國家均採主觀主義。我刑法傾向於因不注意致生危險的方面，係採客觀主義。按諸近代立法例，自仍以主觀主義與時代思潮爲合。

在主觀的過失，客觀的過失外，通常區分過失爲普通過失與業務過失二種，普通過失處罰較業務過失爲輕，以業務過失是從事業務者所易注意而且極應注意之點，於此而不注意致生行爲結果，自應負重責，故各國法律對於業務過失解釋較寬，科刑較重。我國刑法亦然，例如第二百七十六條：「因過失致人於死者，處二年以下有期徒刑、拘役，或二千元以下罰金」，係依普通過失致死罪處斷；至該條第二項規定「從事業務之人，因業務上之過失，犯前項之罪者，處五年以下有期徒刑、或拘役、得併科三千元以下罰金」，則係按業務上過失致死罪處罰，即其明證。犯此等過失之人，如醫師誤和毒劑致病者死亡，船長忽略救護致乘客死亡，皆成立此種業務過失罪，其在通常人，則未操此業務，自不任過失之責，蓋惟業務人始能犯此過失也。又有所謂不認識之過失與認識之過失者，前者謂行爲人對於結果應注意且能注意，率因疏忽不注意，以致缺乏認識而成立過失；後者指行爲人對結果之發生，已有認識，不過自信決不發生，而竟發生行爲結果，成立過失。此種區分標準，我刑法關於過失之規定，實採取之。

過失罪以不罰爲原則，處罰爲例外，而其處罰大都以行爲能危險生命身體財產等重罪爲限，各國刑法皆有同一規定，惟西班牙刑法規定「凡過失犯罪皆罰之」，不能不是現代刑法上最大之例外。至故意與過失，在各國違警法上大體皆無若何區別，此因違警法注重預防危險，故意與過失，皆具同等危險，且在違警法，均屬極輕微之刑，如再加區別，便至減無可減，故亦無區分之必要也。

(3) 錯誤 錯誤(Irrtum)爲事實與認識，或法律與認識相矛盾之謂，刑法學上分事實錯誤和法律錯誤二種，略述如左：

事實錯誤者，行爲人誤認事實存在或不存在是也，在學說上研究之點有二：(一)事實錯誤關於故意存在之問題，依犯罪事實認識與否而定，如無抽象的事實之認識，即欠缺故意，不成立犯罪。例如有人以獸皮蒙首，匍匐地下爲戲，獵人遠望，誤認爲獸而發鎗擊殺之，不成立刑法第二百七十一條殺人罪，因不知其爲人而鎗殺之，即非有殺人故意，亦即不知構成犯罪事實之存在也，故不處罰。但此僅指加以抽象的注意未能認識者言，至細心疑視，當可知其爲人而非獸，以忽略此種注意，致缺乏認識，過失究不能免。(二)有幻覺故意而無事實存在之錯誤問題，此即故意內容事實有錯誤之謂，別雖關於事實積極的錯誤，例如誤認己物爲他人之物而竊取之，不成立刑法第三百二十條竊盜罪；誤以爲仇人在前發槍轟擊，不料寂無人影，未生死亡結果，不成立刑法第二百七十一條殺人罪，因此種

積極的錯誤，屬於犯罪之未完成，學說上往往置於未遂罪或不能犯方面研究之，無論如何，不能以既遂罪論也。惟故意與犯罪事實不相符合時，舊刑法第二十九條有「……若犯人不能預見其發生時，不得從重處斷」之規定，新刑法第十七條，明示「因犯罪致發生一定之結果，而有加重其刑之規定者，如行為人不能預見其發生時，不適用之」。所謂不適用加重規定者，其意義殊有值得探討之必要，應依同種罪質與異種罪質說明之。(1)同種罪質得三說：(甲)認識與事實無錯誤而具體事實有錯誤者，成立犯罪既遂。例如殺人罪，除不知其為人而殺之，適用事實錯誤關於故意存在之說明外，若認識為人，自不能藉口誘為不知何人，而免除刑責。故如欲殺老人，而誤殺幼童，於殺人罪成立無涉；欲略取美婦，而誤獲醜女，於略誘罪成立無涉；欲侵入乙宅，而誤侵甲宅，於侵入住宅罪構成無涉。蓋刑法祇論其殺人，略誘人與侵入人宅之罪，不問其所殺何人，所略誘者何人及侵入何人之住宅也。故不得謂有錯誤，即不成立犯罪。其在方法上錯誤亦然，如誤以木棒為刃而致人於死；發鎗不準，欲擊乙而誤中甲，皆不影響於殺人罪之成立。(乙)不知加重犯罪事實存在者，不任加重之責，即就加重之點，欠缺故意，不使犯人負加重部分刑責之謂，但仍以犯罪既遂論。例如犯殺傷罪者，知所殺傷者為人，而不知乃己之父母，故祇成立普通殺傷罪，不依殺傷尊親屬罪處斷。蓋故意與事實符合，為構成普通殺傷罪之張本，不知構成犯罪事實存在，為不成立殺傷尊親屬罪（刑法第二百七十二條）之理由，即加重

部分，阻卻故意，僅此部分不任責而已。(丙)有加重犯罪事實認識，而無加重犯罪事實，表現實際的存在時，是謂犯意的超過，其行為結果，祇任既遂之責，而免除加重部分責任。例如犯人有殺害尊親屬之認識，而不知現實被殺害者，乃普通人而非尊親屬，僅依刑法第二百七十一條普通殺人罪處斷，不成立殺害尊親屬之未遂罪，與以殺普通人之意思而殺死尊親屬者，亦僅適用第二百七十二條論罪相同，皆所謂不適用加重之規定也。(2)異種罪質得二說：(甲)行為人以犯重罪意思而為犯行，致發生結果為罪質不同之輕罪時，應就所發生事實，以既遂罪論。例如發鎗意在殺傷人，因無人故，將他人所有物損壞，應依刑法第三百五十四條毀棄損壞罪處斷。是蓋由刑律第十三條第三款「所犯重於犯人所知或相等者，從其所知，所犯輕於犯人所知者，從其所犯」之規定而來，即上面所述同種罪質，亦莫不皆然。此種發鎗而致損物之犯罪結果，以其所知「殺人」重，所犯「損物」輕，所犯較犯人所知輕，準照犯行，從輕定罪。(乙)行為人以犯輕罪意思而為犯行，致發生結果為罪質不同之重罪時，應就所發生最輕事實，以既遂罪論。例如有人意圖毀壞他人房屋而適得殺人之結果，就故意言，犯刑法第三百五十三條之罪，就結果言，則應依刑法第二百七十一條殺人罪科刑，惟因受刑法第十七條(詳見上文)之限制，不適用加重其刑，故仍按第三百五十三條處斷，蓋此條第二項，亦有致人於死處刑之規定，比較第二百七十一條之法定刑為輕，以其所知「毀物」輕，所犯「殺人」重，就所認識範圍，從輕論罪。雖

所認識事實，在現實事實爲異種之罪質，仍不失爲故意與事實相符，卽有犯罪意思致生爲罪事實，乃屬犯罪既遂，不特毋須具體符合，卽罪質之間亦不以同一爲必要耳。

法律錯誤得分爲二種：（一）刑罰法令之錯誤由不知法規存在與刑法處分之故，如開拆他人書信及婦女自行墮胎屬於前者之例；誤信竊人財物、放火及殺人僅受輕微處分而爲之者屬於後者之例，惟關於犯罪成立均無影響。蓋此種錯誤，係就行爲人對於刑罰法令存在或不存在發生錯誤認識而言，在古代羅馬法，早定有「不知法律不赦」之原則，現今各國如英、法、意皆認法律錯誤爲不可恕，德、俄判例且明示「法律之不知，不受保護」，要皆根據羅馬法原則而爲規定者。學說上有以法律公布後不許人民藉口不知者；有以寬容少數人之不知將失卻制定刑罰法令之本旨者，惟一般通說，則謂犯人認識構成犯罪事實存在而敢於爲之，卽屬惡性表現，故應科刑。至犯人認識自己行爲與刑罰具若何關係，非屬犯罪構成之要件，自不能以不知法律爲理由，阻卻故意而冀免刑責。從各國法規與學者見解言之，似乎強人皆知法律近於過嚴；其屬於例外者，則有挪威與日本刑法，皆規定「得因法律錯誤免減其刑」；此種規定，可予審判官以斟酌減輕或免除的自由，使能符合犯人個別的實際情形較爲合理；我國刑法第十六條，亦有「不得因不知法律而免除刑事責任，但按其情節得減輕其刑，如自信其行爲爲法律所許可，而有正當理由者，得免除其刑」之明文，比較舊刑法第二十八條，規定「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」的語氣進步良多，以在減輕外，尙認爲有正當理由可以免除也。(二)刑罰法令以外法令之錯誤。按刑法第十六條所謂「不得因不知法律而免除刑事責任」云云，學者間對於該條所標明之「法律」二字，有主張應作廣義的解釋者，如日本刑法學者勝本勘三郎(註一〇三)，謂日本刑法文中「法律」二字，解釋上不限於刑罰法令，指包含一切法令而言，即屬廣義解釋。其在德國，判例中亦明認之，不過德國多數學者均謂此等區別，意義不甚明瞭(註一〇四)，故恆持異議，要以不違反刑法上之準則斯得爲之。我刑法第十六條「法律」二字既專指刑法言，則其範圍自不涉及於刑罰法令以外之法律，則對於不知刑罰法令以外之法令，當然亦不受該條之適用，既不適用該條，自無所謂故意，不成立犯罪。蓋刑罰法令以外法令之錯誤，不外誤信存在之法律關係爲不存在，或不存在之法律關係又誤信其存在，例如丙男與丁女已訂婚而尙未結婚，戊男誤以丁女爲無夫之婦與之和姦，揆諸和姦有夫之婦之故意卽已欠缺，不得以刑法第二百三十九條之有配偶與人通姦罪論，所以不構成犯罪行爲者，以戊男誤解民法(未舉行結婚儀式)卽爲刑罰法令以外之錯誤(已成立之法律關係誤信爲未成立)，僅可謂缺乏犯罪事實之認識，而不成立刑法上之犯罪也。

(註一〇三)勝本勘三郎，刑法總論講義第五十四頁。

(註一〇四)牧野英一，日本刑法第四十二版，第一百七十一頁，第一百七十二頁。

(4) 結果責任。結果責任者，犯罪行為不以故意或過失為成立之要件，祇須有結果發生即須負責任是也。茲舉三例以說明之：(一) 推定責任。限於行為人不舉反證時，推定其有故意，應負刑事責任，在德國出版法第二十條、第二十一條中，有此種規定，他國罕見之。(二) 就他人行為負責。例如藥商之店夥或雇人違法，由藥商任責，已有明文規定於管理藥商章程第二十六條內，是即法律規定就他人行為而負刑事責任也。(三) 結果加重犯。犯罪人意圖為一定犯罪，就其所不預期結果加重處刑，是謂結果加重犯。換言之，即行為結果較犯人故意為一定行為之本來目的為重，故加重處罰之謂，例如以強暴脅迫姦淫婦女者，構成刑法第二百二十一條之強姦罪，若強姦致死，則成立刑法第二百二十六條之罪，以犯人無殺人故意言，自與故意殺人有別，以犯人有姦淫故意言，又不能與普通過失致人死同論，在行為者固無致死之預見，然刑法有此例外規定，使其負結果責任，故有此稱。不過犯人無此預見，即不能謂有故意存在，因而加重處罰，按諸刑法「非故意之行為不罰」之原則殊有大悖。但因各國刑法均保留此制，故我刑法亦未刪除，又因結果發生，情況恆不一致，若概不過問，專依結果處斷，使犯人受加重之處分，不平孰甚，故刑法復於第十七條中，規定行為人如不能預見結果發生時，不適用加重處刑，以為例外規定的結果責任之救濟焉。

第二 客觀的要件

犯罪客觀的要件，通常區分為行爲之危險性與行爲之違法性二種。行爲是否含有非社會性，必有危險性與違法性存在與否爲先決條件，因之對於危險性與違法性，有分別析述之必要：

(甲)行爲危險性 凡行爲對於法益或法規所保護的利益有侵害之虞者，是謂行爲危險性。法律上有時注重行爲結果者，以其對於外界發生一定之影響故也，如實質犯之既遂，卽行爲具有一定結果之例。但如在形式犯，則祇以行爲爲要件，將結果除外，卽爲犯罪完成，例如刑法第二百零六條之侵入住宅罪，祇須犯罪人有侵入事實，犯罪卽已成立，其被害人是否蒙不利益之結果，於犯罪之構成，毫無影響，非如犯殺人之實質犯必以發生死亡之結果爲必要也。

關於行爲危險性之判定，以在各刑罰法令中有所列舉之種種侵害狀態者爲衡，而其性質與相互關聯之要素約有五種，茲說明於次：

(2)行爲之階段 犯罪之實行由動機迄於完成，其中分決意、預備、著手三階段；(子)犯罪決意。此指犯人之意思，決定爲犯罪行爲而言，但未向外部發表，絕對不構成犯罪，卽其決意有所表示或足以證明時，除獨立犯罪或特別犯罪外，原則上多不處罰。例如

刑法第三百零五條之恐嚇罪，乃獨立成爲一罪所特設之專條，以恐嚇他人加害於其身體、生命、財產、名譽等而成立；又如對有夫之艷婦表示和姦意思，刑法上不過視爲有犯和姦罪之決意耳，不生犯罪問題；惟在違警法上則構成特別犯罪，於該法第四十五條第三項，有「須處五日以下拘留或五元以下罰金」之規定，即對於獨立犯罪或特別犯罪處罰而適用於例外情形者也。至於無此例外情形之犯罪決意，縱於其所欲爲有所表示，亦不能確實證明其非社會性，僅可視爲無妨害社會秩序的一種單純犯罪，對於此種有犯意之罪，既與社會無若何影響，自不在處罰之列。此外陰謀犯罪，乃二人以上爲特定犯罪經協議與承諾而成立者，陰謀以不罰爲原則，刑法上處罰陰謀限於特種事實，皆以明文規定之，如第一百條第二項之內亂罪、第一百零三條第三項之外患罪皆是。若未見明文者不罰，蓋尋常事故對外少所表現，罰之轉恐挺而走險，釀成難以收拾之大患，反有乖預防危害之本旨耳。

(丑)預備。犯人在着手實現犯罪意思前所爲之行爲，是謂預備，即犯罪之準備，其位次恰爲決意與實行間所必經之階段。處罰預備，刑法特於第一百條第二項、第一百零一條第二項、第一百零三條第三項、第一百九十九條等條，設有例外規定，而對於第一百九十九條偽造貨幣罪之預備手段，有較詳之明示，然而預備罪之構成，乃在着手實現犯意之準備，非以行爲手段如何爲要件，是爲預備與未遂犯區別之分野。預備行爲，非生有實害者可比，故刑法除例外規定外，原則上不予處罰，蓋慮絕犯人自新之路，反促進犯罪增加，毋

寧不謂爲愈也。(寅)著手。由預備犯罪進入於實行階段，以著手爲實行之開端，著手有時不生結果，常構成未遂犯問題，故關於著手之觀念，殊有論述必要。有於客觀方面，求預備著手區別之標準者，是爲客觀說，此說以完成犯罪所不可缺乏之行爲，或與構成犯罪事實有密切關係之行爲，或於犯罪完成有危險之行爲爲著手，認爲惟客觀的標準，乃能確定構成犯罪特別要件之行爲，不過專從客觀方面，以斷定其爲何種犯罪，殊多窒礙難行，且其立論無定，使人易滋疑慮。故另有於主觀方面求預備著手區別之標準者，是爲主觀說。此說注重犯罪的確實性與遂行性，以犯人之故意遂行性足以確定其故意確實性之存在者爲著手，否則不以著手論罪。例如甲乙丙等密商夥劫。已指定地點，未及約定日期即破案，雖有指定目的地之事實，自不能謂無故意之確實性，但尙未約定日期，自屬預備行爲，以缺乏故意遂行性，故不能成立著手罪是也。此種觀念，闡明著手與預備之區別極爲瞭然，可掃除客觀說中含混不清之弊端，故德國一般學者恆主張主觀說，以爲說明準據，著者亦贊同此說，對於持客觀說者。雅不願隨聲附和。惟著手爲犯罪成立必經途徑，故屬於法律上之觀念，曩者法國判例恆以爲事實問題，而予審判官以認定之權，迄今已知其不當，而解釋上仍多以抽象理論施諸事實，故界限殊難明確，實際上何種行爲爲著手之一階段，要不外就各種犯罪行爲具體的判定之而已。

(2)行爲與結果 犯罪行爲，於行爲人著手實行後常發生一定之結果，是行爲與結

果，實爲犯罪構成之要素無疑矣。例如甲乙二人有仇，甲以殺乙之故意槍擊乙致死，卽甲以故意殺人行爲致乙死亡結果，此爲甲構成犯罪上必要條件所及之影響，亦卽刑法上所稱之結果，一稱因行爲所生外界事態之變更。至於乙死後如家計蕭條，妻子凍餒等，雖屬外界事態變更之一，然與因行爲所生之外界影響（結果）而爲刑法所明認者，要當別論也。雖然，犯罪成立，固以發生一定結果爲必要，惟亦有不必要發生結果者，前者如傷害罪必以負傷爲結果，放火罪必以焚燬爲結果，始成立既遂罪；後者反是，如毀損名譽罪、侵害祕密罪，祇須有此行爲，法律上卽認爲犯罪既遂。至於被害人是否因侮辱而名譽受損，因侵害祕密而蒙不利，均可不問。以此種犯罪，不能顯諸外部，祇具有官能感覺上認識之結果，故稱爲形式犯，而對前者則稱爲實質犯，以相區別。但形式犯並非無結果可言，不過因其屬無形的結果，故法律上不問其有無結果狀態之發生耳。

學者間有以行爲包含結果（註一〇五）者，亦有謂不能以結果置於行爲觀念之內（註一〇六）者，余取後者之說。蓋犯罪行爲，固與結果有密切之關聯，然犯人之行爲，亦有不生一定之結果者，二者具各別之觀念，故行爲觀念中，以不包含結果，理論上較爲適當。

（註一〇五）李斯特 V. List. § 28. 島田武夫，日本刑法新論總論第一百四十五頁。久禮田益喜，日本刑法總論第一百十一頁。

（註一〇六）畢業林克Beling, Verbrechen, 204. 大場茂馬，刑法總論下卷，第四百三十九頁。

(3) 因果關係 因果關係(Kausalzusammenhang)，爲犯罪原因與結果之關係，法律就一定犯罪之成立，以一定結果爲必要，質言之，因果關係者，於犯罪行爲與結果間成立之必要的關係也。茲就與此有關之各點，略述於下：

(子) 因果關係之概念 凡犯罪因一定之前行事實(如發鎗射人)，致發生一定之後行事實(如被害人死亡)者，其間有一定因果關係之存在固無待言。但後行事實，有時因與其他事實相俟而始發生，自不盡由於前行事實，則前行與後行兩種事實是否具有因果聯絡上之關係？即前行事實是否可爲後行事實之原因？例如甲有意殺乙，以少許毒液置杯中飲乙，未死，丙未知甲已下毒藥，亦有意死乙，乘機微投砒霜，兩毒物相併致乙死亡結果，甲之下毒行爲是否爲乙死亡之原因？又如甲以殺乙故意開鎗射乙，乙負傷逃入醫院，適因是晚醫院失火，乙遭火災焚死，甲之槍擊行爲是否爲乙死亡之原因？關於此等問題之判斷，有條件說(Theorie der Bedingung)、原因說(Theorie der Ursache)、危險說(Theorie der Gefährlichkeit)，茲分別就其要旨析述之。

條件說(註107)首唱自德國之蒲梨(V. Euri)氏，和者甚衆，就中以斯托斯(Stooss)氏主張尤力，凡論理上一切條件，概視爲法律原因，不認因果關係之有界限，以爲前行事實對於後行事實有原因力存在，而不以區別條件與原因爲必要。其說曰：甲有意殺乙，以分量不足之毒液置杯中飲乙，未死，後因丙微投砒霜，兩毒相合，致乙死亡，甲之行

爲與乙之死亡結果，仍有因果關係，應處以殺人既遂罪。又甲以殺乙故意，開槍射乙，乙負傷逃入醫院，適是晚醫院失火，乙罹火災而亡，甲之槍擊行爲，爲乙之死亡原因，蓋乙之負傷逃入醫院，由甲放槍行爲所致，否則不入醫院，何致發生罹火災死亡之結果，故甲之槍擊行爲，亦應以殺人既遂論。此語蓋以一切前行事實，莫不爲一切後行事實之法律上的原因，實際上應用之，乃得如上之結論。

(註107) V. Burd, Die Kausalität und ihre Verantwortung; Stooss, Lehrbuch S. 29 ff.

原因說因學者見解各殊，故論說極不一致，有直接原因說，最重原因說，必生原因說，最終原因說，離規原因說，最優力原因說，相當因果關係說(註108)等類別，但在學說上被採用而號稱極有勢力者，惟末一種，其餘則甚少採用，故相當因果關係說，實居原因說之中心地位。其在原因說一般的通說，乃於多數行爲內選擇刑法原因，不過一二種，至認爲與結果發生無關之其他行爲概名爲條件，而相當因果關係說，即於諸種條件中，擇其與結果有相當關係者爲法律上原因，其所注重者，厥惟可能的與必要的條件(Nur wendige und Mögliche Bedingung)，與條件說專認論理上之原因大相逕庭者在此，他如因此等條件所生之偶然的結果(Zufälliger Erfolg)，僅具論理上之因果關係，而依一般之觀察點，無發生結果之可能性者，則視爲單純條件，不認其有原因力，換言之，法律原因，不外存在於相當原因之條件中而已；然單純與相當條件之辨別，應依據吾人觀察力，

綜合所有事實，判明其有發生結果可能性否而決定之。故如上述甲之下毒行為與槍擊行為二例，依條件說，皆為乙死亡之原因；若相當因果關係說則不然，以甲之下毒行為，就一般的觀察，丙再投砒霜，非甲想像所及，使丙不再投毒，乙斷不致死，是甲之行為，與乙生死結果，不能認為有因果關係，應以殺人未遂論。又甲之槍擊行為，根據普通人常識而為客觀的觀察，不能料及乙逃入醫院，有罹火災之事件發生，即不得謂負傷者入醫院，皆將罹火災而死，此係偶然事體，非事物常態，故甲之行為與乙之死亡，不能發生刑法上之因果關係，亦止殺人未遂耳。此說鑒於條件說從個別的論因果關係，不免失之苛刻，故以行為之對於結果的可能性為基礎，就行為當時所存在之一切事實，為客觀的觀察，遂為成立上述結論之張本。

(註一〇八)德國克羅斯 Kross 氏首倡此說，氏於一八八八年著客觀的可能性之概念 (Höher den Begriff der Objectiven Möglichkeit u. s. w. 1868.) 一書，為世所重，附和其主張者，有阿爾弗爾託 Alfeld, 巴爾 V. Bar諸氏。

危險說(註一〇九)就刑法防衛社會危險之目的立論，以行為與結果，是否有危險於社會狀態存在，而定因果關係之有無，質言之，以行為對於結果之能力及具有因果關係之現勢為基礎，於其潛勢狀態，認為有結果發生之可能性，於其現勢狀態，認為有因果上之聯絡性，蓋從刑法固有之領域及其目的，以定因果關係之界限，依據一定事實與一定現象

間所存在之特別關係，而探究其有無原因與結果的關聯，以闡明其因果關係之觀念也。故以上述之二例衡之，條件說以甲之下毒行為及槍擊行為與乙之死亡有因果關係，均應以殺人既遂論。而相當因果關係說，則謂甲毒乙未死，不能想像丙再投毒，甲槍擊乙負傷逃入醫院，不能料及乙罹火災而死，故甲之行為非乙致死之原因，而甲之罪亦止於殺人未遂。若危險說所持之理論，乃與上二說懸殊矣。其說曰：甲之下毒行為，條件說謂與乙之死亡仍有因果關係，仍之云者，其中自係含有丙再投毒物的原因之意，惟兩毒相合，未能明確指出其在法律上之犯罪根據，用語含混，未免蹈認識不清之弊；相當原因說，以甲之下毒行為，若無丙再投毒物之條件存在，則乙斷不致死亡，認為甲之行為，非乙致死之原因，原不啻明認丙之再投毒物，令乙發生死亡之結果也，甲丙之行為，本皆相俟而為犯罪原因，設使甲不下毒，丙縱微投砒霜，乙亦決不致死，今乃以甲之於乙死亡，無因果關係，丙之於乙死亡，則有因果關係，寧豈事理之平！不知甲丙之行為，相須而成，屬於刑法上犯罪之競合，故甲之下毒行為與乙之死亡有因果關係，應處甲殺人既遂罪。又甲之槍擊行為，條件說為乙致死亡之原因；惟乙受槍擊負傷，自應按其負傷之輕重以為斷，及條件說不注意此點，即處犯人以殺人既遂，似失之酷；相當原因說，則以失火為偶然事體，拋開被害人負傷輕重之點不談，僅以不能料及逃入醫院罹火災而死為辭，認乙之死亡結果，與甲之行為無關，應以殺人未遂論，亦覺有失公平態度；酷與不公，何足以獲

得犯罪事實因果關係之正確觀念，自非斷獄者所應有，實則此案欲判定甲之行爲與乙之死亡，是否發生刑法上之因果關係？須視傷痕之輕重如何，傷輕自不能認有因果聯絡，若傷重則難免死亡之危險，而有結果發生之可能性，乃正以此種危險爲其原因力也，故甲之行爲，是否構成條件說之殺人既遂？抑相當因果關係說之殺人未遂罪？應依乙傷勢之輕重而定，不能漫無標準，以故入人罪，或巧爲人卸責，致失司法威信，未由貫徹防衛社會危險之本旨，是爲危險說真諦之所在。

此說應用於實際，略同條件說，惟用危險觀念，以定刑法界限，則與之大異，又與相當因果關係說具有同中之異點，蓋相當因果關係說，建立於行爲結果之可能性的基石上，危險說於承認行爲結果可能性（即潛勢力）外，並證明行爲之現實性（即現勢力），亦有突過可能性而發生結果之許多先例，前者兩所同，後者獨相異，就所同異各點而引伸之，予以折衷之論斷，於因果關係觀念之闡發，其或有當乎！

（註一〇九）牧野英一，改訂日本刑法第四十五版第二百五十至第二百六十頁、第二百五十八頁、第二百九十二頁至二百九十七頁。V. List, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, § 47, S. 200.

此外研究因果關係，有應特別注意者數項：

（a）因果關係之觀念，乃法律的而非事實的，以其爲行爲與結果成立上必要之關係也（註一一〇）。

(b) 因果關係爲行爲危險性之問題，與行爲違法性不可混淆，例如公務員在職務上，對器物爲破壞之處分時，其行爲與器物破壞有因果關係，然不能謂爲違法行爲是（註一一一）。

(c) 因果關係爲故意過失等責任條件有無之前提，若無因果關係存在，則不生責任有無之問題（註一一二）。

(d) 因果關係研究何者爲行爲結果之原因，於發生結果後爲之，在發生結果前，不涉及因果關係問題（註一一三）。

(e) 因果關係爲犯人負擔制裁之先決問題，如無因果關係不生應否負擔制裁之疑問（註一一四）。

（註一一〇）牧野英一，改訂日本刑法第四十五版第二百三十三頁。

（註一一一）牧野英一，改訂日本刑法第四十五版第二百三十六頁，第二百三十七頁。

（註一一二）大場茂馬，刑法總論下卷第四百五十九頁。

（註一一三）王觀，中華刑法論中卷第三百七十七頁。

（註一一四）王觀，中華刑法論中卷第三百七十九頁，第三百八十頁。

(丑) 不作爲與因果關係 不作爲是否與結果有因果上之聯絡，學者間所持見解各異，有積極與消極二說，試分述其大旨於次：

積極說有四：

(a) 不作爲與作爲同，有因果關係，凡行爲者知有惹起結果發生之原因存在，可得妨止而不爲妨止時，其不作爲含有危險性，即對於結果發生。有原因力，主張此說者，爲尼寧達爾、牧野英一等（註一一五）。

（註一一五）尼寧達爾 V. Lillientahl, S. 30; 牧野英一，日本刑法第四十二版第二二七至二二九頁。

(b) 不作爲與結果有因果關係，凡行爲者爲起果條件，而不爲妨果條件（排除妨果條件），致發生結果者得認爲有原因力，此說唱自平丁克氏，泉一新熊，亦甚踴躍是議（一一六）。

（註一一六）Binding Inerferenztheorie; 泉一新熊，日本刑法論，第III卷至III卷二七頁。

(c) 不作爲由作爲而生，必與先行行爲（前行作爲）相合，始有原因力，若單獨的則無因果關係，此說爲克盧格、蔑爾揭爾等（註一一七）所主張。

（註一一七）Krug, Abhandlungen aus dem Strafrecht, S. 30, ff; Merkel, i. kriminalistische Abhandlungen B. I. S. 78 ff

(d) 不作爲本無原因力，惟因其不作爲與其他作爲事實相合，故與結果有因果關係，此說爲盧丁（註一一八）氏所唱導，和者甚少。

（註一一八）Luden, Abhandlung aus dem Gemeinen deutsch. straf. B. I. S. 407, ff

消極說有二：

(a) 不作爲與結果無因果關係，但因違反義務而不妨止進行，法律上以其等於作爲，

故與有因果關係同視，李斯特、岡田朝太郎等（註一一九），均採此說。

（註一一九）V. List, § 201. 1, 岡田朝太郎，刑法總論講義第七七頁。

（b）不作爲於現狀無所變更，故與結果無因果關係，自不構成犯罪，此說近無人採用。

上述積極、消極二說，積極說主張不作爲與結果有原因力，消極說則謂不作爲與結果不生因果關係。此兩說中，惟積極說（a）以不作爲（即不妨止原因進行）有危險性，認爲發生結果之原因，闡發不作爲與結果之因果關係，理由較爲正確，其他皆難使人滿意。積極說（b）謂不作爲恆有排除妨果條件之消極原因存在，可引起結果發生，而不知僅有起果條件之積極原因，即足招致結果，其觀察點殊欠周密。積極說（c）謂前行作爲不加作爲所生之結果，有原因力，與責任不溯及之旨有悖，顯屬不妥。積極說（d）以他行行爲，解釋發生結果與不作爲有否因果關係之問題，所答已超過本題範圍，不當又何待言。至消極說（a），以無因果關係，與有因果關係同視，試問乙非甲所殺，可否視爲與甲所殺同，而認爲成立因果關係，立論離奇，其解釋已失刑法上之根據，自不可從。消極說（b）謂不作爲與結果無原因力，全然違反事實，尤無可採之價值，故就諸說比較判斷之，非採積極說（a），無由說明不作爲與結果有原因力否之問題也。

關於不作爲與不作爲犯，亦有區別之必要，學者間有以不作爲犯與不作爲混而爲一

者，謂違反義務始有因果關係，乃可成立犯罪，不知因果關係存在於行為與結果一種客觀關係內，屬於行為危險性之範圍，不宜與違法性相混；凡犯罪不成立，不僅無因果關係爲然，卽有原因力而無違法性亦不構成犯罪，例如火災發生，路人不救，消防隊亦不救，皆不能無因果關係，但路人無妨止結果發生之義務，不具備違法性，自不成立犯罪。又有謂不違法（不違反作爲義務）之不活動，僅爲宗教上道德上所應注意之點，非屬社會與法律上行爲者，不知此種不作爲，亦卽行爲之一，特屬於宗教上道德上之制裁，而非刑法上之制裁耳。是皆混不作爲與不作爲犯爲一談，故有如上之論點，實則不作爲者居妨止結果發生地位而不妨止致發生結果時，不能謂卽應負刑事責任，蓋僅具危險性而不有違法性，卽不具不作爲犯成立之要件，據此以觀，則二者之界限判然矣。

（寅）因果中斷 犯罪行爲分前行爲與後行行爲，凡前行行爲與結果間之因果關係由介入後行行爲而停止，因之後行行爲與結果間續生因果關係者，是謂因果關係之中斷，卽前行行爲與結果間之因果關係中止，而後行行爲與結果間之因果關係繼生是也。

介入與競合有別，介入爲後行行爲介在前行行爲後與結果發生前之謂，例如甲乙二人之行爲對於丙之結果有原因力，乙行爲在甲行爲後成立時，甲丙間因果關係因乙之後行行爲介入而中斷，認爲不有因果關係存在是。競合乃犯罪行爲共同而生結果之謂，如上述乙死由甲丙先後下毒之例，蓋後行行爲與前行行爲相俟而生結果，故前行行爲與結果間之因果

關係，不能認爲中斷是。介入有與競合併存者，例如甲對於丙之住宅，有放火行爲，乙見其未燃乃灑煤油以助之，乙之行爲是謂介入；乙行爲與甲行爲相俟而發生丙房屋被焚燒之結果有共同原因力，是謂競合，卽二者同時兼而有之。

因果關係中斷外，又有所謂責任更新說者，大意謂介入與結果有責任關係存在，前行行爲與結果關係，以其有介入行爲之介入而更新其責任，如甲飲丙以毒藥，未死，乙忽以棍擊丙斃命，甲之行爲與丙死亡結果，因乙棍擊行爲介入其中而受責任之更新，卽丙之死亡，其責任由乙負之是。責任更新之要件，必以責任能力人介入於前行行爲與結果間有故意或過失行爲爲準，而在因果關係中斷，則須責任能力人有故意行爲介入始得爲此主張，至於不認前行行爲與結果間具有因果關係，則二說皆同；又介入人力或自然力，妨止結果發生，由因果關係中斷言之，爲因果關係之消滅，惟就責任更新論，則爲因果聯絡之中斷，是爲二者主張不同之點。

一般唱條件說學者，恆主張因果關係中斷論，蓋欲藉以救濟條件說適用之苛酷也。但由甲行爲而生乙行爲，由乙行爲而生丙結果，若謂甲行爲與丙結果，毫無因果關係，卽謂其關係中斷，殊不見有充分之理由。責任更新說以前行行爲與結果，因介入後行行爲，則前行行爲，被後行行爲更新其責任，不認爲因果中斷，而以爲責任更新，顯其於介入行爲之應負刑責，及前行行爲所以應阻卻責任之理由，迄未有所闡述，亦不能使人滿意，故此

二說在法理上殊難使人承認，質言之，甲行為與丙結果間如有危險性存在時，即不能謂無因果關係，而乙行為介入其中與否，概所不問，在法律上初無若何影響，是不可不知者也。

(卯)不能犯 不能犯(Untauglicher Versuch)云者，犯罪行為，不能發生結果是也。不能犯與普通未遂犯之區別，學說不一，舉其要者有三，略述如次：

一 客觀說 此說分爲二：(1)對於犯罪結果發生，分絕對的不能與相對的不能二種，前者指行為人決意爲一定犯罪行為，乃適因其所預期者及其他構成犯罪事實概不存在而言；後者爲行為人因有舛誤或有外部的障礙致犯罪無結果發生可能之謂。(2)就犯罪客體與手段，分事實上的不能與法律上的不能二種。事實上的不能，以有他項障礙之故；法律上的不能，乃因犯罪要件有缺，犯罪從而不能成立。此因絕對的不能與相對的不能不甚妥適，故易以事實與法律的不能，即犯罪由於事實發生障礙者爲未遂犯，至若法律要件有缺，則根本不能成立犯罪，自無所謂未遂罪，是爲不能犯。

二 主觀說 主觀說專着眼於行為者之故意，否認不能犯之存在，苟認識行為人有故意存在時，概以未遂罪論，至其犯罪不能完成之理由若何，皆非所問。

三 危險說 主此說者，謂區別不能犯與普通未遂犯應視行為是否有結果發生之危險爲衡。其有發生結果之可能性者爲未遂犯，無若何危險者爲不能犯。

右述三說，客觀說分別絕對的、相對的不能，及事實上與法律上的不能，固甚細微，

但其所謂不能者，恆苦於無明確之界限可指，故不能認為適當。主觀說置重於犯罪故意，自無可訾議，惟無限制採用此說，則不為罪之行為或輕微犯罪之不能犯亦須處罰，殊有悖「無法律則無犯罪」之本旨，故亦未見其可。客觀說重在有無侵害法益之危險，然危險之判定，因各人主觀而異，亦奚足為不能犯與未遂犯區別之標準。是則此三說的理論互為對勘比較，僅主觀說着眼犯人惡性，主張「惡性表現外部，即以未遂罪論」，就行為者意思以資認定，深符刑法預防犯罪之主旨，但不加限制，則又扞格難行，故亦有主張主觀的危險說（註一二〇）為不能犯與未遂犯區別之標準者。例如殺人犯，認食鹽為毒物而用以殺人者為未遂犯，若迷信食鹽能殺人之迷信犯，及以不為罪之行為為犯罪之誤想犯，皆為不能犯，蓋此類行為，均非有若何危險，可由犯人主觀方面觀察得來也。

（註一二〇）王觀，中華刑法論中篇第四百九十四頁。

（辰）未遂罪 行為人着手犯罪之實行，或實行完畢而不達於既遂之狀態者，是謂未遂（Tentativ, Versuch），其要件有三，即（1）須行為人有犯罪故意，（2）須有着手以上之犯罪行為，（3）須其行為不達於既遂之狀態，例如着手殺人而未能發生死亡之結果者為殺人未遂罪是。茲將其種類與處分，分述如次：

一 未遂罪之種類 未遂罪之類別有二。（一）普通未遂，中止未遂。前者如着手竊取他人財物，觀物主歸宅，懼而逃走，致未達於犯罪既遂是。後者為行為人着手竊取他人財

物，忽然自動的拋棄犯罪意思而不遂之謂。(二)中絕未遂，缺效未遂。前者之例，如犯人
以放火故意，持薪或提石油燃料，徘徊他人屋側，卒為人識破，而未能終結其實行是。後
者如決水而未能發生水害之結果，亦其一例。

二 未遂罪之處分 未遂罪之處分，有普通未遂之處分及中止未遂之處分之別：(一)
普通未遂之處分。各國立法例，有三種主義，一爲主張從輕之客觀主義，二爲主張從重之
主觀主義，三爲調劑兩說之折衷主義，即得減主義，意爲可減可不減，由審判官就其犯意
犯行之大小輕重而爲自由裁量也。我刑法第二十六條規定「未遂犯之處罰，得按既遂之刑
減輕之」，即採折衷主義。(二)中止未遂之處分。歐洲各國對於中止犯，多設無罪之規定，
學說上多認中止犯無罪，不宜處罰，並有根據刑事政策上與行爲實質上之理由而不主張處
罰中止犯者(註一二)，蓋所以獎勵犯罪自止，藉達犯罪減少之目的，近世立法例採取此主
張，非無由矣。

(註一二)六場萬馬，刑法總論下卷第八百零七頁至第八百一十頁。

(乙)行爲違法性 凡行爲不遵循共同生存之法規目的而行動者，是謂行爲之違法性
(*Rechtswidrigkeit*)，犯罪行爲，有行爲危險性，尤須具行爲違法性，始具備犯罪要件。

但有時因適法原因與單純違法阻卻原因而不認爲違法者，前者之例，如監獄官吏對死
刑囚犯按律行刑是，後者之例，如迫於饑餓強取他人食物以救自己生命是。亦有稱此爲權

利行爲與放任行爲者，其不有違法性皆同，以皆具違法阻卻之原因也。凡茲種種，概不成立犯罪，綜計之有五，略述如左：

(1) 緊急防衛 緊急防衛 (Notwehr)，一稱正當防衛 (La legitime defense)，行使此種防衛權，乃爲自己或他人權利受現在不法之侵害，而不得已加以反擊，藉以排除其侵害，故屬於權利行爲之一種，在刑法上自不成立犯罪。我刑法第二十三條規定：「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，得減輕或免除其刑」。亦無非容許權利人對於不法之侵害，得行使緊急防衛權 (Notwehrrecht) 以保護其正當權利也，又慮權利人行使防衛權過當，故復有但書規定，以資限制。關於防衛權之行使，須具備六要件，始得成立緊急防衛權。即(1)須有侵害存在，(2)侵害須屬於現在，(3)侵害須爲不法，(4)須爲正當限度內之防衛行爲，(5)須爲防衛自己或他人之權利，(6)爲排除現在不法侵害對侵害者所爲之防衛行爲。如未具備此等要件，而行使緊急防衛，即逾越防衛之限度，是謂濫行防衛權，故仍須負刑事責任，不過得減輕或免除刑罰耳。

(2) 緊急避難 緊急避難，一稱緊急狀態 (Notstand)，我刑法第二十四條，規定「因避免自己或他人生命身體自由財產之緊急危難，而出於不得已之行爲，不罰。但避難行爲過當者，得減輕或免除其刑」。所以不罰者，以非有行爲違法性故，然又恐避難行爲，超過

必要之程度，致加過當之損害於他人，故復設但書規定，以限制過當之避難行爲。緊急避難之成立，其要件有七：(1)須有危難存在，(2)須有緊急危難事實發生，(3)應保全之法益須以生命、身體、自由、財產爲限，(4)須具不得已事故，(5)危難須屬非適法行爲，不得以之對抗執行公務之公務員，(6)不可爲過當之損害，(7)負有公務或業務上特別義務者不適用緊急避難，如軍人、船長、醫師等，不得藉口於緊急避難，而拋棄其所負之義務，貿然爲避難行爲是也。

緊急避難，乃用私力以救濟權利，係出於不得已情形，自非法律所禁，然以他人之利益供犧牲，此種行爲法律上亦不能予以積極的保護，惟在於無過當損害之限度內，不認其爲適法行爲，亦不認其爲違法行爲，採取放任態度而已(註二二二)。而在法律上不罰之理由，又可因是而瞭然矣。

(註二二二)泉二新熊，日本刑法論第四十版第三百九十六頁至第四百頁。

(3) 依業務上之正當行爲 刑法第二十二條，規定「業務上之正當行爲，不罰」。所謂業務者，指吾人在社會上所有生活上之地位而言，例如醫師爲病人施行手術，依據通常習慣上之條件爲之，兼得病人或其權利人之同意時，不構成犯罪，反之仍須負刑事責任。又此種業務，須由官署頒發准許狀，其執行業務，始可謂正當行爲，蓋醫術與病人之生死存亡，關係甚巨，未經考試或檢定合格之醫師，自不應任其懸壺，致貽害社會也。

助產婦（催生婆）操業受官署准許者，因拯救產難而行使墮胎術，以無加害故意，阻卻犯罪之成立，與醫師同。無論如何，醫師與助產婦，不得行使醫學上所不許之手術，至權利人同意與否，固為另一問題，若其違悖通常習慣及共同方式致發生結果者，除緊急避難情形外，仍須負刑事責任。

（4）依法令之行爲。「法令」云者，係指公法私法及其他法令而言，刑法第三十一條有「依法令之行爲，不罰」的規定，例如依據刑事訴訟法第四十九條之規定，不問何人，得不用拘票，逕行逮捕現行犯是，其所以不構成犯罪者，即因法律畀予以逮捕權，而成爲權利行爲之故也。又如依據民法親屬編第一千零八十五條之規定，父母得對於子女行使必要之懲戒權，以法律附與權利行爲，故亦不成立犯罪，但如逾越必要範圍，仍應負刑責，即父母施行懲戒權，鞭撻子女至於死傷，或幽囚而絕其飲食致子女死亡，則不能謂無罪。

（5）依所屬上級公務員命令之職務上行爲。刑法第二十一條第二項，規定「依所屬上級公務員命令之職務上行爲，不罰，但明知命令違法者，不在此限」。例如獄吏依檢察官之指揮，將囚犯執行死刑，是即依所屬上級公務員命令之職務上行爲，不成立犯罪，故不罰。惟下級公務員，若明知上級公務員命令違反刑罰法令而罔附其意以曲從之，執行其違法命令，自不能謂爲無罪，故如獄吏受檢察官口頭之命，將犯人處以死刑，知其命令未具

備形式要件，而遵循長官之意行刑者，以犯殺人罪論，即檢察官與獄吏成立殺人共犯罪是也。

第十九章 數人犯一罪——共犯

犯罪由數人共同行爲成立，以別於一人單獨犯罪行爲者，是爲共犯 (Teilnahme)，此字原文本爲加功、參與等意，法律上譯作共犯，亦由共同參加之意義而來。

關於共犯之概念，不以一個犯罪事實爲限，即數個犯罪事實，或其他犯行，只要是共同意思範圍之內，均得成立共犯，至其行爲之價值，則可就各人故意的差異而分別評定之，例如數人共同竊物，處有竊取故意者以竊盜罪，無此故意者則成立毀棄是。

又共犯中有所謂從屬犯者，如教唆犯與從犯之類，實則此等犯行皆爲犯人固有犯意之表示，當非從屬於他人而犯罪，乃爲獨立之犯罪行爲；其所負刑責，亦非附隨他人行爲所發生之責任，乃爲此等犯人固有犯罪之責任，故就此點觀察，即正犯不爲該犯人等教唆或幫助之行爲，仍以未遂罪論，是即就其教唆或幫助之行爲自體而應負刑責也。換言之，行爲與犯罪事實，苟有因果關聯，自無所謂直接重要犯與間接輕微犯之分，故我現行刑法認此爲獨立犯罪，特設專章以規定之，如第二十八條、第三十一條，規定極爲明顯。概念既已說明，再可依次分析其他方面，茲列舉八要點闡述之：

第一 共犯之要件種類與其區別

(1)要件 分主觀的要件、客觀的要件二種。前者重在意思聯絡，以此為共犯主觀的要件，犯人間只須有片面合意即生共犯之效果，有此共同犯罪認識構成一方共犯，無此犯罪認識者則依單獨正犯論罪（參照刑法第三十條）。後者則以分擔犯罪之實行，不限於一個犯罪事實與共犯全體負責，苟事實上有數人行為互相結合，向共同目的方面同為犯罪行為時，即為共犯。

(2)種類 共犯之種類有三：(子)共同正犯，(丑)教唆犯，(寅)從犯是也。

(子)共同正犯 二人以上共同實施犯罪行為者為共同正犯 (Mittäterschaft)。刑法第二十八條規定「二人以上共同實施犯罪行為者皆為正犯」，即由此理論而來，以其犯罪行為為係數人共同實施，故應使各共犯就其所為之共同行為，各自負全部責任。惟此項犯罪，以有意思聯絡與共同行為之認識為必要，例如甲乙丙三男，共謀強姦丁女，甲攔阻丁女於途中，乙強抱丁女於林間，丙以繩縛丁女手足，然後三人輪流強姦，其犯罪動機同有強姦之意思與認識，即為強姦罪之共同正犯。

數人同一計劃，推定其中一人擔任實行（如殺人罪），其餘各共犯以同具犯罪意思，推其中之一人實行，即與各個共犯以自己故意實行犯罪無異，縱使未各個參加，仍為共同

正犯，蓋各個共犯互相利用以達犯罪目的，固無二致也。

(丑)教唆犯 教唆犯(Auslöser)爲使人決意實施其所教唆的犯罪行爲之謂，其在犯人所爲之犯行，與教唆犯自己實行無異，故教唆犯構成獨立犯罪，以互有因果關係也。教唆犯所採方式，如請託、恐嚇、脅迫、勸告、贈與、預約藏匿等，不一而足，固非刑法所能制限，但取其爲教唆時一切明示暗示之方法，足以使犯人決意實施犯罪行爲者，教唆罪即成立。

有因不作爲而構成教唆犯者，例如以殺死嬰兒之故意，教唆乳母停止長時間哺乳，致嬰兒於死亡，卽成立不純正的不作爲之殺人教唆犯。

(寅)從犯 幫助正犯實施犯罪行爲者，是謂從犯(Behilfe)，是犯罪成立，實由從犯之幫助行爲。採主觀說者，不認從犯有從屬性質，謂爲犯人固有犯意之表示，主張不以正犯成立與否，爲處罰從犯之標準；而採客觀說者，則見解正與之相反，認爲從犯立於正犯之從屬地位，正犯如不成立，從犯亦不能獨立爲有罪(註二二三)。

幫助行爲包括一切援助之正犯之行爲言，如預約藏匿，供給犯罪器具，指示犯罪方法，以及物質上與精神上種種幫助皆是。

又此種行爲，亦能以不作爲構成，如甲觀乙拔刀將殺丙，故意迴避，以待丙之被殺，甲成立不作爲之殺人從犯，以其與幫助殺人無異也，若甲能助丙奪取其刀，或疾聲制止，

或喚起他人注意，乙自不能達行兇目的，甲之不作爲犯，亦無由成立。

(註一二三)謝越石，刑法新論第九十三頁。

(3)區別 共同正犯與教唆犯，前已區分明顯，當毋庸再予細論，此處僅就正犯與從犯，及從犯與教唆犯之區別言之。

(子)正犯與從犯的區別 分客觀、主觀、折衷三說。(甲)客觀說，有形式說與實質說之別。形式說第一說，以原因條件爲區別標準，即以最重要條件爲原因，謂與犯罪結果生因果關聯者爲正犯，僅爲犯罪結果發生之一條件者爲從犯。第二說以實施中之幫助爲正犯，實施以前之幫助爲從犯。實質說區別此二者，則以完成犯罪，與以重要助力者爲正犯，與以輕微助力者爲從犯。(乙)主觀說就犯人主觀方面立論。即以正犯之意思，爲犯罪行爲者爲正犯，以從犯之意思爲犯罪行爲者爲從犯。

客觀說中之形式說，其第一說所謂重要條件與輕微條件，殊難得一定標準，第二說所稱行爲實施中與實施前理論上亦欠明瞭。實質說以助力之重要與輕微，爲區別準據，其重要與輕微，憑證亦不易推求。主觀說就犯人意思區別，於刑之權衡，有所未合。故此兩說應用於實際方面均感不甚相宜。於是(丙)折衷說乃應運而生，蓋爲濟二說之窮而成立者也。持折衷說者，謂宜廢止正從區別，一任審判上之自由裁量，即凡犯罪行爲具有原因與一定意思者皆爲正犯，不必再有從犯之分。萬一欲爲此區別時，則可於共同關係中認明地

位之主從，即在此關係中，立於為主地位者爲正犯，立於爲從地位者爲從犯。此說較諸前二說，弊害尙少，自屬可從。

(丑)從犯與教唆犯的區別 幫助正犯實施犯罪行爲者，爲從犯，使人決意實施其所教唆之犯罪行爲者，爲教唆犯。

從犯無形之幫助行爲，雖可促成他人爲犯罪之實行，有類教唆；實則教唆行爲，能使人確定爲犯罪行爲之決意以實施其所教唆之犯行者，大相逕庭也。因是對於幫助已有決意犯罪之人，不論其出於何種幫助形式，仍不失爲從犯。至若引誘或慫恿無犯罪決意者而使其爲犯罪行爲時，則不成立從犯而構成教唆犯。

第二 共犯與犯罪未完成

數人共同犯罪，其中有一人中止其犯罪行爲，或遇外部發生障礙，而因之着手不能者，是謂共犯與犯罪之未完成。(一)共同正犯與犯罪未完成，例如二人共同爲犯罪行爲，一人於着手時中止其行爲，或值有外部障礙，而不克着手者，有時中止行爲無影響於犯罪完成，中止者不受中止之利益。有時共同正犯全體任未遂之責。有時一人成立中止犯，其他則任未遂之責。(二)教唆犯從犯與犯罪未完成，例如(a)教唆犯從犯於正犯未遂時，其未遂原因爲意想不到之事由時，教唆犯從犯須負未遂責任。(b)教唆犯從犯於正犯未遂其

中止時，其未遂或中止由於教唆犯從犯之攔阻或懲息者，教唆犯從犯構成中止犯。

第三 共犯之競合

在同一犯罪中，一人兼具備正犯行為、教唆行為、幫助行為三者，或於其中具備二者，從其重者論罪。例如甲教唆乙，使決意殺丙，乙實行殺丙，甲又與乙同為犯罪行為之實行，甲成立殺人罪之共同正犯，蓋由合一的觀察，甲之教唆行為被吸收於正犯行為中，即共犯之競合，故應以正犯處斷，其在教唆行為與幫助（從犯）行為競合，或幫助（從犯）行為與正犯行為競合時皆同。

第四 共犯與身分之關聯

以身分為構成犯罪之特別要件者，例如遺棄罪，以有身居擔負扶養之義務者為必要，墮胎罪以有懷胎婦女為必要，逃亡罪以有軍人地位者為必要，否則遺棄罪、墮胎罪及逃亡罪，皆無構成之可能。

關於有身分者與無身分者共同犯罪時，刑法第三十一條，規定「因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實施或教唆幫助者雖無特定關係，仍以共犯論」，即明示共犯全體不必皆有身分，苟正犯具備身分上之要件，其他共犯縱使無身分關係，自仍以共犯

全體有身分同視，所以然者，蓋秉刑法重視犯人惡性之精神，不欲使無身分者逍遙法外故耳。

第五 共犯與錯誤

(1) 錯誤屬於共同正犯間者，例如甲以侮辱外國為目的，乙無此目的而共同損壞外國國旗，則為共同意思，甲乙構成共同正犯。惟目的互有齟齬，故甲應依第一百十八條科刑，乙成立第三百五十四條毀棄損壞罪，不負過剩部分（侮辱外國）之責任。

(2) 錯誤屬於教唆犯從犯間者

(a) 目的物之錯誤 例如甲教唆乙竊丙之衣服，乙入室後見金珠充盈，乃變更原意，竊取金珠以去，甲乙共同構成竊盜罪。

(b) 方法之錯誤 例如授武器於已有強取犯意之人，而指示強暴劫奪之方法，被幫助者僅持此以脅迫被害人時，幫助者仍不失為強盜從犯。

此等目的物及方法之錯誤，於教唆犯從犯關係，均不生若何影響。

第六 共犯與故意及責任能力關係

(1) 共犯與故意之關係 例如甲乙二人把玩手槍，甲未知槍已實彈觸機未發，乙知槍

中有子彈，並有意殺路旁之丙，撥弄槍機，飛出彈丸，意將丙擊斃，甲以過失致人於死論罪，乙成立故意殺人罪。

(2) 共犯與責任能力之關係 例如有責任能力人，唆使瘋狂人(無責任能力人)放火，是謂有責任能力人，加功於無責任能力人，其所為之犯罪行為，仍立成刑法上之共犯。亦有稱此為間接正犯者，即行為人自身不為犯罪行為之實行，而使無責任能力者實行之之謂，以其既非教唆犯，又非直接實行正犯，故以是稱之，不過刑法上無此種明文且缺乏理論根據，僅為主張因果關係說、犯罪共同說等結論之一種救濟方法耳，實則與教唆犯無若何區別，學者間強為區分之，殊屬無謂。

第七 共犯之處分

共犯之處分有三：(一)共同正犯之處分，就各行為者故意範圍內，依其所生結果，使各自獨立負刑事全部之責任。如甲乙共同行竊，甲乙二人，應依刑法第三百二十條處斷，各受四年徒刑之執行是也。(二)教唆犯之處分，刑法第二十九條，規定「教唆他人犯罪者為教唆犯。教唆犯依其所教唆之罪處罰之。被教唆人雖未至犯罪，教唆犯仍以未遂犯論，但以所教唆之罪有處罰未遂犯之規定者為限」。誠以教唆犯惡性甚大，處罰固應從嚴，惟被教唆人未至犯罪，或犯罪未遂，即處教唆犯以既遂罪似亦太酷，故在此情形下，自應

以未遂犯論罪，至限於所教唆之罪者處罰未遂犯之規定者，要無非期罪刑之適合也。(三)從犯之處分，我刑法處罰從犯，採得減主義而不採必減主義，以從犯之責任，為獨立犯罪，無必須減輕之理由，但遇有減輕必要時，可由執法者斟酌情形行之。刑法第三十條第二項，規定「從犯之處罰，得按正犯之刑減輕之」，即採得減主義之見端。

第二十章 一人犯數罪

一人而犯數罪，或犯罪受刑之執行更犯一定之罪，及為一或二種以上之犯罪行為，致發生數種結果者，其罪之為單數與複數，學說不一。有以行為之數，為決定罪數之標準者，是謂行為說。亦有以結果或法益之數，為決定罪數之標準者，是謂法益說。此二者皆為客觀說。至於以意思之數為決定罪數之標準者，則為主觀說，以其置重於犯人惡性，故亦名犯意說，此說以犯罪單複區別之標準，應就犯罪決意之單複定之，在法理上較客觀說為適當，今據此說以說明刑法上想像競合犯、牽連犯、連續犯併合論罪及累犯罪之單數複數犯罪如左：

第一、想像競合犯 想像競合犯，為一行為而觸犯數項罪名之謂，依刑法第五十五條，從一重處斷。所謂一重處斷，即以想像競合犯為單數犯罪也。例如以白刃加入，傷其身體，毀其衣服；又如投極危險之爆烈物，同時殺害多數人，且毀壞建築物等等皆是。其

所以爲一罪者，因其以一個行爲表示犯罪決意之單一，故爲單數犯罪。

第二、牽連犯 數個犯罪行爲，在法律上不認爲有各自獨立之性質者，是謂牽連犯。卽凡以犯一罪之意思而爲犯罪行爲，其所用手段觸犯他項罪名，致發生其他犯罪事實者；或犯罪後其所爲之結果行爲觸犯他項罪名致發生其他犯罪事實之結果者皆是。例如侵入住宅，竊取財物，卽用竊盜罪之手段，觸犯侵入住宅罪名屬於前者；略取他人而施以監禁，監禁卽爲略取之結果行爲，則屬於後者。刑法第五十五條後半段，認此爲一罪，是卽單數犯罪也。

第三、連續犯 刑法第五十六條，規定「連續數行爲而犯同一之罪名者，以一罪論。但得加重其刑至二分之一」。所謂「同一之罪名」者，法律上所規定之構成犯罪事實，種類相同也。亦卽犯人以獨立可以致罪之同種犯罪行爲，反覆爲之，而成立一罪之謂也。例如僕役每每伺主人外出，而反覆爲竊取財物之竊盜行爲，卽爲竊盜罪之連續犯。此種犯罪有時情節極重，故現行刑法特增設加重其刑之規定，不曰必加而曰得加者，予審判官以自由斟酌適用之餘地也。至所謂「以一罪論」者，是卽連續犯爲單數犯罪之明徵。

第四、併合論罪（數罪併罰） 併合論罪以裁判宣告前之犯罪爲成立要素，刑法第五十條規定「裁判確定前犯數罪者，併合處罰之」，卽爲併合論罪。併合論罪之處分有三種主義：（一）併科主義。將犯人各罪併合科其全部。如犯人犯有應科有期徒刑十年及五年之二

罪，則併合處罰，合科以十五年有期徒刑是。(二)吸收主義。就各罪中，擇最重刑罰以處罰之，其輕刑被吸收而置諸不問，如犯人犯有應科有期徒刑十年及五年之二罪，併合處罰，僅科以十年有期徒刑是。(三)限制加重主義。此主義既非就併合各罪所應得之刑，併科其全部，亦非科以最重之刑，乃於不逾法定刑長期限度內，參以他罪應科之刑而加重之之謂也。例如犯人犯有上述應科徒刑十年及五年之二罪，則於十五年以下十年以上之範圍內科刑，即屬限制加重。此三主義以限制加重主義為最善，不過用刑恆難執一，慮有窒礙難行，故各國立法例，大多數均採折衷主義，蓋兼採併科、吸收與限制加重三主義行之也，我現行刑法，亦同此趣旨，至併合數罪處罰，其為多數犯罪，自不待言。

第五、累犯 凡犯罪經確定判決，受一定刑罰之執行後，而復行犯一定之罪者，是謂累犯(Rickfall)。我刑法第四十七條規定「受有期徒刑之執行完畢或受無期徒刑或有期徒刑一部之執行而赦免後五年以內再犯有期徒刑以上之罪者為累犯，加重本刑至二分之一」。其所以如此規定者，蓋累犯之惡性與罪之同一或同款及次數多寡，不必成為正比例，故為加重其刑之概括的規定，以便審判官斟酌適用之也；此種規定擴張法定範圍，俾得有按照犯罪情形適用刑罰之餘地，與刑事政策上犯罪預防之本旨適合，故自有獨到處，較舊刑法第六十五條要不可同日而語。

累犯為數罪而非一罪，即複數犯罪，與併合論罪同。如竊取他人財物，受徒刑之執行

完畢，不久，又犯詐欺取財罪者，是即其一例也。

第二十一章 犯罪之種類

犯罪之種類得大別之爲現行犯非現行犯、刑事犯行政犯、國事犯常事犯、親告罪非親告罪、身分犯普通犯、即成犯繼續犯、集合犯接續犯七種如左：

第一、現行犯非現行犯 凡犯罪在實施中或實施後即時發覺者，爲現行犯（*Ersch.*）；反之爲非現行犯。至於在犯罪發覺最近期間內，持有兇器贓物或其他物件之嫌疑犯人或身體衣服上顯露犯罪痕跡者，又或被人追呼而指爲犯人者，則稱爲準現行犯。

現行犯不問何人得逕行逮捕，解送當地檢察官訊辦，且無用拘票之必要。非現行犯須用傳票，傳喚不到及犯嫌疑重大慮有逃亡之虞且無一定住址者，始得用拘票以拘提之。又現行犯之證據，得於該犯人在犯罪地時直接行使搜查，對於非現行犯則否。

第二、刑事犯行政犯 刑事犯爲實害或危害爲實質之犯罪，行政犯中分警察犯與財政犯二種，前者處罰犯罪，以維持公共秩序防止危險發生或強制特定行爲爲目的；後者則以確實國庫收入爲理由，而制定罰則以懲罰違反該項法律之犯人。

刑事犯與行政犯之區別，前者在社會倫理方面，莫不指爲犯罪，殆與自然犯近似，後者則爲圖行政上之便利而有此規定。惟就形式上論，除特別規定外，各種行政法規概受刑

法總則之適用，則是二者固無若何重要差異之可言矣。

第三、國事犯常事犯 凡犯罪行為侵害一國之政治上秩序者，是謂國事犯，其他犯罪則為常事犯。國事犯逃至外國，犯人滯在國遇請求國請予引渡時，可不引渡。常事犯則常因兩國締結引渡人條約，遇有一方請求時，他方即將犯人實行引渡者。

第四、親告罪非親告罪 親告罪者以親告為起訴條件之犯罪也，換言之，以有被害人或其親屬之告訴，為檢察官據以提起公訴之條件也。刑法第二百三十六條，規定「第二百一十一條至第二百三十條之罪須告訴乃論」是為法律上明定親告罪之根據。所以然者，此項有關於家庭和平之犯罪，被害人或其親屬為保全名譽計，往往隱忍不宜；若檢察官遽提訴訟，法院傳喚審問，暴露被害人所不願宣布之事實，使於被害外，復受大不利益，實為不當，故親告罪之規走乃為此而設也。反是則為非親告罪。

親告罪不有親告，則不能提起公訴，既已說明，惟親告罪之告訴應由何人為之？亦有不可不知者。刑事訴訟法第二百五條規定妨害風化罪，非姦婦之本夫、本夫之父母、祖父母、曾祖父母、高祖父母，或婦女之父母、高曾祖父母，則不得告訴。又妨害婚姻及家庭罪非本夫不得告訴。但如被害人為無能力人時，則真法定代理人、保佐人或其配偶等亦得獨立告訴，刑事訴訟法第二百一十四條第一項已有明文規定，至何人為親告罪之被害人，非就各種犯罪性質決定之不可。

第五、身分犯普通犯 由犯人身分所成立之犯罪曰身分犯，此種犯罪以一定身分者構成犯罪特別要件，或加重減輕之要件。關於犯罪加重減輕方面，學者間有稱爲特別犯者（註一二四）。惟在廣義解釋上均應稱身分犯。如瘖啞人犯罪，以有瘖啞身分爲構成要件；遺棄尊親屬罪以有卑幼身分爲構成要件，無此身分者則不成立此等要件，是謂普通犯，是皆例之最顯著者也。

（註一二四）牧野英一，日本刑法第四十二版，第四百四十頁。

第六、卽成犯繼續犯 凡犯罪行爲不使違法狀態繼續發生者是謂卽成犯，質言之，犯人因有實現犯罪構成事實之行爲，而其犯罪卽因是完成，無違法狀態繼續之可言，例如殺人罪因殺人而完成是也。犯罪完成後，其所發生之違法狀態仍然繼續，在此繼續中，猶是一犯罪完成，依舊繼續其實行狀態者是謂繼續犯，例如私禁罪因犯罪完成所發生之私擅逮捕監禁之違法狀態，依然繼續其犯罪之實行是也。犯罪之爲卽成或繼續，非推究構成犯罪要件之性質，末由知之。至於二者在公訴時效起算點之異同，在卽成犯，殺人罪之時效，從殺死他人時起算。在繼續犯私禁罪之時效，則從被害人拘束解除時起算。

第七、集合犯接續犯 集合犯者犯人有實施數個犯罪行爲之意思以實施犯罪行爲，法律上合此數行爲爲一犯罪行爲處斷之謂也。有營利的集合犯，如私營營業是。有職業的集合犯，雖無營利目的，其成立條件固與上無異。有慣行的集合犯，如賭博犯是。此三者皆

以反覆爲同類之犯罪行爲爲目的，因而成立此項犯罪。但必以法律有特別規定爲必要，卽法律上以之爲集合犯解釋之謂，否則爲普通犯罪。集合犯須犯罪人有實施數個犯罪行爲之意思，其構成不必有現實數個行爲存在，如以常業賭博的意思，雖爲現實的賭博行爲一次，仍成立常業賭博罪，與連續犯不同在此，蓋集合犯之現實的行爲，不必有連續之關係也。

又犯人同一構成犯罪事實反覆爲之而無間斷者，是謂接續犯。例如於同時同地，毆辱他人數次，應成立傷害罪數個，然法律以行爲者接續所爲之犯行，有不可分離之關係存在，而認此爲一個犯罪行爲，蓋合各行爲爲一體而論罪也。其與連續犯之區別，連續犯係根據刑法規定，而接續犯則爲解釋方面所應有之犯罪，二者故自不同。

集合犯與接續犯，法律上皆爲一個犯罪行爲，故與單純一個犯罪無異，審判官對此應以一罪科刑，若按併合論罪之例，則失之矣。

第二十一章 犯罪之時與地

有所謂「隔離犯」(Distanzverbrechen)者，爲犯罪行爲與結果不發生於同時同地之犯罪也。如甲故意抽刃殺傷乙，乙過數日死亡，爲隔時犯。又如在甲國境內放槍，擊斃乙國領土內之人民，爲隔地犯。二者合稱隔離犯。

隔離犯之時與地，於刑法、刑事訴訟法之適用關係甚大，故有研究必要。惟學說歧

出，學者所持之主義不一（註一二五）於研究毫無實益，予以爲應將二者適用之標準分別析述之，始可明其概念也。

（註一二五）隔離犯之時與地，學說上有四種主義，（一）行爲主義，（二）結果主義，（三）中間現象主義，（四）行爲結果主義。

分別說明二者適用之標準奈何？即主張犯罪時採行爲主義，犯罪地則採折衷主義是已。犯罪時所以應採行爲主義者，以刑法禁止殺人、放火、強竊盜諸行爲，而犯人於行爲實施時違背法條，乃爲犯罪，故定犯罪時之標準，舍採行爲主義外，實無由說明。試以共犯例證之，其中教唆犯從犯所爲行爲之時，爲教唆犯從犯之犯罪時，而非以正犯所爲行爲之時，爲教唆犯從犯之犯罪時也。許多學者均同此論調，要無非以正犯行爲之於教唆犯從犯，不過一種中間現象，故不可以正犯之犯罪時，爲教唆犯從犯之犯罪時耳。

犯罪地所以應採折衷主義者，是即行爲地、結果地、中間現象地，依折衷主義判斷之，皆爲犯罪之處所是也。試以共犯例證之，共同正犯之行爲地即共同正犯之犯罪地，與共同正犯之犯罪時，均無說明必要。惟教唆犯從犯之犯罪地，則關於教唆犯罪之教唆行爲地，從犯之幫助行爲地，正犯之實行行爲地，犯罪結果發生地，莫不皆是，蓋採用折衷主義，故得如斯結論。如德國刑法改正案第八條，規定「以構成犯罪事實之全部或構成犯罪事實之一部所實現之場所爲犯罪之場所；又犯人意思所可實現之場所亦爲犯罪場所」（註一

二六）根據此主義而來。我國刑法第四條有「犯罪之行為或結果有一在中華民國領域內者爲在中華民國領域內犯罪」之規定，亦即明示適用本主義之趣旨也。

註一二六）該刑法改正案，成於一千九百十九年。

第二十三章 罪刑法定主義

律無正條不罰，近世文明各國之刑事立法例皆奉爲萬世不易之大原則，威舉而置於刑法典首編（註一二七），所以然者，蓋防止審判官之擅斷，故以明文規定罪刑，即所謂「罪刑法定主義」也。

（註一二七）一七八七年，德國刑法第一條，一九零三年，俄國刑法第一條，一八八九年，意大利刑法第一條，第二條，皆載有律無正條不罰之明文。

擅斷主義盛行於古代，國家元首及法院審判官，皆率意行之，罔所顧忌，蓋是時國家組織甚爲簡單，當局法律觀念甚薄弱，對於何種犯罪應科何刑？無明文以資規定，無怪暴君之淫威、酷吏之苛刑層見迭出，而國家社會日益黑暗不已也。自人權思想開發後，改造政治與社會之聲浪日高，有志之士知欲保障人民權利非有成文刑法不可，故相率大聲疾呼以改變刑事組織，由是各國刑典關於處置犯罪皆有明文規定，而罪刑法定主義之名詞，遂因以出現。

我國刑法第一條有「行爲之處罰以行爲時之法律有明文規定者爲限」數語，即採罪刑法定主義。此主義與擅斷主義之得失，亦有可言者。即擅斷主義得其人則能應情科刑，不得其人，則專橫枉法，流弊無窮。罪刑法定主義，有法律明定罪刑標準，固無擅斷之弊，惟奸滑者恆於律無正條不罰，藉法文缺略處倖逃刑責，則亦有不能適合實際之缺點。

欲救其弊，一面固應以明文規定罪刑，一面仍應使司法者在一定範圍內有自由裁量之權，使能適應無窮之社會情況。故現今採罪刑法定主義之諸國已擴張罪刑法定的意義，不復若舊時範圍之狹小；關於審判上亦多畀司法者以廣大權限，俾適用時無柄鑿之虞，蓋其所採取之非刑法定主義，皆所謂相對的而非絕對的也。

第二十四章 刑之適用與酌科

刑罰之適用有法定刑與宣告刑二種，法律上對於一定犯罪以抽象的規定刑罰者是謂法定刑，如刑法第二百七十一條規定「殺人者處死刑、無期徒刑、或十年以上有期徒刑」，是即規定對於一般殺人犯之刑罰標準也，因以法律明文定之，故曰法定刑。法院對於殺人犯，根據該法條，爲刑罰的實際宣告，如處以死刑、或無期徒刑、或十年以上有期徒刑，是謂宣告刑。

就法制上言之，法定刑僅爲宣告刑之基準，實際上犯罪科刑必須有審判官之宣告，蓋

絕對法定主義，不免墨守法文，難收犯罪預防之效，故相對法定主義代之而起，審判官在此範圍內，有權自由選擇，且得加重減免其刑，不可謂非刑罰思想之進步也。

宣告刑有絕對決定主義與相對決定主義二種，審判官宣告刑罰，確定犯人受刑期限者，為絕對決定主義。僅宣告刑罰，不確定受刑期限者，為相對決定主義，一稱不定期宣告，其釋放時期視乎執行中之狀況若何為準則，此在刑事政策上有重大關係，惜我國刑法尚未注意及此耳。

關於刑之適用，慮有枉縱，刑法第五十七條規定「科刑時應審酌一切情狀，尤應注意左列事項為科刑輕重之標準：一、犯罪之動機。二、犯罪之目的。三、犯罪時所受之刺激。四、犯罪之手段。五、犯人之生活狀況。六、犯人之品行。七、犯人之智識程度。八、犯人與被害人平日之關係。九、犯罪所生之危險或損害。十、犯罪後所生之態度。至刑罰之輕重，以主刑為限，從刑與主刑之間，無輕重之足言，其最重以迄最輕者為：（一）死刑。（二）無期徒刑。（三）有期徒刑。（四）拘役。（五）罰金。其中（二）與（五），以最高度刑期較長罰金較多者為重。如最高度刑相等，則以最低度刑期較長罰金較多者為重。又刑罰之加重有一般的加重與特別的加重，前者如第四十七條所規定之累犯加重是。後者如第二百七十二條對於第二百七十一條之殺人罪，規定殺直系尊親屬者加重其刑是。刑罰之減免，亦有一般的減免與特別的減免，一般的減免分絕對的減免與相對的減免，如第二十七

條減輕或免除中止犯之刑爲絕對的減免。第十六條不知法律得按其情節減輕其刑爲相對的減免。特別的減免則分絕對的減免與相對的免除，前者如第一百六十六條所規定湮滅證據罪自白之減免是。後者如第三百二十四條所規定親屬相盜罪之免除，卽屬此例。

此外有所謂加減之競合者，如刑法第七十條規定「有二種以上刑之加重或減輕者，遞加或遞減之」，第七十一條規定「刑有加重及減輕者先加後減」。此種競合係有加重事由存在，同時有減輕事由發生，如再犯罪依第四十七條應加重本刑至二分之一；未發覺自首減輕其刑（第六十二條），卽所謂遞加或遞減是也。

第二十五章 刑罰之種類及其執行

刑罰之種類分主刑、從刑二種，主刑爲死刑、徒刑、拘役、罰金。從刑爲沒收、褫奪公權。死刑剝奪犯人生命，一曰生命刑；徒刑與拘役束縛犯人自由，一稱自由刑；罰金與沒收剝奪犯人財產，一稱財產刑；褫奪公權剝奪犯人榮譽，一曰名譽刑。茲就此四種刑罰及生命、自由、財產等刑之執行，分別說明如左：

第一 生命刑 (Lebensstrafe)

生命刑卽死刑 (Todesstrafe)，爲剝奪犯人的生命極度之刑罰。有絕對的科死刑者，如犯

第二百二十三條之強姦故意殺被害人罪是。有擇一的科死刑者，如犯第一百零一條之加重內亂罪是。

學者間主張廢止死刑者，有白克加利亞(Becaria)、桑倫菲爾斯(Sonnenfels)、岡田朝太郎等。而堅持死刑留存論者，復有孟德斯鳩(Montesquien)、盧梭、康德(Kant)諸氏。其在折衷派，如泉二新熊、山岡萬之助、牧野英一、久禮田益喜等，則以死刑之可否廢止，須據當時國情決定之，不宜據理論以決其存廢。

歷史上惟意大利爲廢止死刑最早之一國(一七八九)，當時多斯干納侯國首先在意國未統一前行之(註一七八)至一八八九年，刑法典頒布，始完全廢止，但莫索里尼又於一九二六年恢復死刑之制。德國從前有幾邦已廢止死刑，後來俾斯麥於一八七〇年規定死刑於刑法典內，到了希特勒柄政，自然變本加厲。法國在大革命後，雖仍有死刑制，惟法總統多利用特赦權免其執行，事實上和比利時一八六三年後，未曾對犯人作死亡宣告相似。蘇俄刑法原則上不承認死刑，但爲防止危害政體之重大犯罪，有「例外暫得適用槍決」之規定。其他英、美各國立法例，均未開廢止死刑，不過都從減少死刑方面去努力，以期逐漸廢止。自然崇用死刑以收威嚇之效，與刑法注重特別預防之旨不合，惟欲完全廢除，事實困難，不易貫徹，在秩序不安定之國家，犯罪不免衆多，廢除死刑，尤覺言之過早，但冀司法當局慎用以免濫酷之弊耳。

死刑之執行，本屬於刑事訴訟法及監獄法之範圍，此處僅就執行刑罰實體的規定言之。各國執行死刑方法不一，如德、法、比諸國皆用斬首法；蘇俄、南美諸國概用鎗殺法；紐約、馬薩諸塞州則採用電氣式；英、奧、西及我國則均用絞首式。惟無論如何，非經司法行政當局覆准不得執行，乃所以重視人命也。至懷胎婦女，在其生產前停止執行，爲保護胎兒起見，不得不然。

(註 118) Olivecrona, De la Peine de Mort, p. 124.

第 11 自由刑 (Freiheitsstrafe)

自由刑爲束縛犯人自由之刑罰，廣義之自由刑爲：(一)放逐犯人於國境外或退出一定地方。(二)命犯人蟄居於獄舍外一定處所，不許自由行動。(三)處犯人以流刑，遣送於本國外之殖民地，令服勞務。(四)強制犯人居住某地方，不得擅自遷徙，或由警察監視其行動。此等自由刑，各國或有行有不行，或行之而廢止，皆不一致。其次爲狹義之自由刑，卽對廣義之自由刑而言，乃拘禁犯人於獄舍內使養成勞動習慣，以改善其惡性之刑罰也。現各國均採用此刑罰，我刑法之自由刑，亦以狹義之自由刑爲限。計分徒刑、拘役二種於次：

(1) 徒刑 (Zuchthausstrafe) 徒刑分有期、無期二種。有期徒刑，二月以上，十五年以上

下。但遇有加減時，得減至二月未滿，或加至二十年（第三十三條）。無期徒刑，終身監禁。

(2) 拘役(Haft)拘役本稱拘留，因違警法中，亦有拘留刑名，故易稱拘役。其刑期為一日以上二月未滿，但遇有加重時得加至四個月。

以上為狹義自由刑之種類。關於無期與短期自由刑之存廢，學說上爭執甚多。主張保存無期自由刑者，謂可收威嚇之效。而主張廢止此刑者，則謂其殘酷甚於死刑。又主張保存短期自由刑者，謂科惡性較小之犯人，以重罰，殊無必要，故遇此項犯人，宜採短期自由刑制，而不可廢止。其在反對方面所持理由，則以此刑刑期過短，不特難收遷善改過之益，且使犯人更易染受獄內之惡風，故有廢止必要。以情勢度之，此二刑中，無期自由刑，現時巴西、葡、墨諸國已經廢止，將來社會進步，惡性犯人減少，或不無廢止之可能，惟欲在最近期間實現，則尚覺過早。至短期自由刑雖有弊害，然刑法之緩刑制度，適足以糾正其弊；而廢止後，除在嚴格的適當條件下，准予易科罰金外（註一二九）殊苦無適當之刑以資替代，恐此刑尚有保留必要也。至其執行係在監獄內，自無庸贅述。

（註一二九）中華民國刑法修正案，十九。

第二 財產刑 (Vermögensstrafe)

財產刑為剝奪犯人財產之刑罰，分罰金(Geldstrafe)與沒收(Einziehung)二種如次：

(1) 罰金 罰金刑由法院以判決命犯人完納一定金錢，對於唯利是嗜者可收預防犯罪之效，且犯人毋須入獄，不致妨礙其生計，且不致染監獄之惡風，故近今各國刑法，皆有罰金刑之規定。

我刑法總則第三十三條第五款規定罰金爲一元以上。至多額之規定，則見於分則各本條，如公務員瀆職罪，得併科一萬元以下罰金（第一百二十二條第二項），此爲罰金之最多者。其餘爲七千元（第一百二十二條第一項），五千元（第一百二十一條），三千元（第一百七十七條），一千元（第一百九十一條），五百元（第一百三十三條），三百元（第一百十八條），最少者爲一百元（第一百四十一條）然以之與總則所規定之一元罰金相較，相距仍達百倍，故審判官斟酌案情以自由裁量，其權限甚大，要不可不詳察受刑人境況，而審慎以決定之也。

罰金有四種。(一)獨科罰金，不宣告其他刑罰。(二)選科罰金，由審判官擇一，命犯人完納一定數額。(三)併科罰金，審判官宣告自由刑，同時判決犯人完納罰金額。(四)易科犯罪金，不宣告自由刑，由審判官判決，易以罰金科之，得以一元以上三元以下折算一日（第四十一條）。

(2) 沒收 沒收分一般沒收與特別沒收二種，前者將犯人全部財產悉行收歸國庫之謂，後者乃由法院判決犯人特定財產沒收入國庫。刑法第三十八條規定「一、違禁物；二、供犯罪所用或供犯罪預備之物；三、因犯罪所得之物」。除第一款之物不問屬犯人与

否概可沒收外，至第二、三各款之物，以屬於犯人者爲限，始得沒收。玩味法意，係採特別沒收之制，蓋非與犯罪有密接關係之物，不得爲沒收之目的物也（如古代籍沒罪人所有財產與近今思潮迥異）。

沒收物應如何處分，由國家自定之，或撥入公用事業，或利用其有價證券而發行債券，皆無不可。又沒收物之爲動產或不動產，亦均可不問，雖我國前大理院判例及司法院解釋例（註一三〇），說明以動產爲限，然學說上主張不動產可以沒收者亦大不乏人（註一三一），固未可膠執成見以自是矣。

（註一三〇）前大理院統字第二十五號解釋例，司法院院字第五百七十四號解釋例 皆同一見解。

（註一三一）泉二新熊，日本刑法論，第七百九十九頁；岡田莊作，刑法原論總論，第五百十一頁；趙琛，新刑法原理，第三百七十六頁。

財產刑之執行，罰金於裁判確定後，徵收犯人一定金額，由檢察官以命令執行之。沒收物件亦然，如關係人抗不交出，可由檢察官按照刑事訴訟法第四百九十二條規定，強制執行。

第四 名譽刑

名譽刑爲剝奪犯人榮譽之刑罰，屬於從刑範圍。我刑法第三十六條規定：「褫奪公權

者褫奪左列資格：一、為公務員之資格；二、公職候選人之資格；三、行使選舉、罷免、創制、複決四權之資格。第三十七條規定：宣告死刑或無期徒刑宣告褫奪公權終身。宣告六月以上有期徒刑，依犯罪之性質認為有褫奪公權之必要者宣告褫奪公權一年以上十年以下。褫奪公權於裁判時併宣告之。依第一項宣告褫奪公權者，自裁判確定時發生效力。依第二項宣告褫奪公權者。自主刑執行完畢或赦免之日起算。所謂褫奪公權者，即將犯人榮譽剝奪之謂也。

公權種類，限於以上所列三種資格，至於訴訟與請願權則不在褫奪之列。惟何種犯罪應褫奪公權，應依各種關係法規為斷（註一三二）。

（註一三二）中華民國刑法修正案要旨，十八。

第二十六章 刑罰之消滅

刑法關係刑罰之消滅，規定其消滅原因，詳見於第八十條至第八十五條，計有追訴權之消滅及行刑權之消滅二種，分述於次：

一 追訴權之消滅 刑法第八十條規定：「追訴權因左列期間內不行使而消滅：一、死刑，無期徒刑，或十年以上有期徒刑者二十年；二、三年以上十年未滿有期徒刑者十年；三、一年以上未滿有期徒刑者五年；四、一年未滿有期徒刑者三年；五、拘役或罰金者

一年。前項期間，自犯罪成立之日起算。但犯罪行為有連續或繼續之狀態者，自行爲終了之日起算」。第八十一條規定：「追訴權之時效期間，依本刑之最高度計算；有二種以上之主刑者，依最重主刑或最重主刑之最高度計算」。第八十二條規定：「本刑應加重或減輕者，追訴權之時效期間，仍依本刑計算」。第八十三條規定：「追訴權之時效，如依法律之規定，偵查起訴或審判之程序不能開始或繼續時，停止其進行。前項時效停止自停止原因消滅之日起與停止前已經過之期間一併計算。停止原因繼續存在之期間如達於第八十條第一項各款所定期間四分之一者，其停止原因，視爲消滅」。是爲關於追訴權消滅之規定。

二 行刑權之消滅 行刑權之時效，刑法第八十四條規定：「行刑權因左期間列內不行使而消滅：一、死刑，無期徒刑，或十年以上有期徒刑者三十年；二、三年以上十年未滿有期徒刑者十五年；三、一年以上三年未滿有期徒刑者七年；四、一年未滿有期徒刑者五年；五、拘役，罰金，或專科沒收者三年。前項期間自裁判確定之日起算」。第八十五條規定：「行刑權之時效，如依法律之規定，不能開始或繼續執行時，停止其進行。前項時效停止，自停止原因消滅之日起與停止前已經過之期間一併計算。停止原因繼續存在之期間，如達於第八十四條第一項各款所定期間四分之一者，其停止原因視爲消滅」。是爲關於行刑權消滅之規定。

以上爲關於追訴權及行刑權時效消滅之說明。惟第八十三條及第八十五條末項，均有

「停止原因，視為消滅」之明文，此種規定，殆不外以時效停止進行之原因永不消滅時，則其時效永無完成之可能，不特於行為人不利，且於社會亦有損害，故不得不明定此等法文以資補救耳。

三 其他 此外犯罪人之死亡，或遇大赦、特赦、減刑、復權等處分，皆為刑罰消滅之原因。又犯人在假釋出獄期內及緩刑期間經過，如無特別事故發生新的犯罪，刑罰亦隨之而消滅，此則涉及廣義的刑罰消滅之範圍，非本章篇幅所能盡，特以其與刑罰消滅，無重大關係，爰撮述於章末，以備閱者之考證焉。

第二十七章

緩刑

犯罪應受制裁，乃克以表示法律之公正無私，惟有時犯罪人惡性不大，置諸囹圄，匪特難以改善，且反有被監犯惡性傳染之虞，故刑法為防衛社會起見，不得不規定補救方法，即緩刑是已。

緩刑制度，一八七〇年北美波士頓(Boston)州首行之，當時為制裁少年犯罪而訂定一種緩刑法。其後逐漸推行於北美合眾國全國。一八八七年英國亦仿行此制，甚有成效。迨一八八九年始由國際刑法會議正式通過，作為制裁一切犯罪之刑罰制度，於是各國皆先移仿倣，迄今已普及於全世界，可想見其演進之迅速。

我刑法第七十四條規定：「受二年以下有期徒刑拘役或罰金之宣告，而有左列情形之一，認爲以暫不執行爲適當者，得宣告二年以上五年以下之緩刑，其期間自裁判確定之日起算。一、未曾受有期徒刑以上刑之宣告者；二、前受有期徒刑以上刑之宣告，執行完畢或赦免後五年以內，未曾受有期徒刑以上刑之宣告者」。第七十五條規定：「受緩刑之宣告，而有左列情形之一者，撤銷其宣告：一、緩刑期內更犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者。二、緩刑前犯他罪而在緩刑期內受有期徒刑以上刑之宣告者。因過失犯罪者，不適用前項之規定」。第七十六條規定：「緩刑期滿而緩刑之宣告未經撤銷者，其刑之宣告失其效力」。第九十三條第一項規定：「受緩刑之宣告者，在緩刑期內得付保護管束」。其有違反保護管束規則而情節重大者，同條第三項復規定得撤銷緩刑之宣告。是爲緩刑之宣告，及爲撤銷緩刑之宣告，刑法上皆有明文規定，俾便審判官之適用。至於撤銷宣告，不適用於過失犯罪者，原過失犯情本可原，不能與故意同視，而受緩刑宣告者其罪自亦比較普通罪輕微，於此而偶有過失犯罪，不撤銷緩刑宣告，乃不外示以從寬，藉觀後效耳。

第二十八章 假釋

假釋是權且令刑期未屆滿之監犯出獄，如在外經過刑期中，無不良事項發生，其以前受判決之刑期，即作爲執行完畢。此制亦曾爲少數學者懷疑以爲暫許監犯出獄，不能保其

真正改過從善，且亦難免生其他弊端。實則此制可測驗累犯的惡性及科刑得當與否，用以補救長期自由刑之弊害，莫善於此。並且可當作賞罰監犯的工具，使其趨於自新之途，可稱為刑事上一利多害少比較良好之制度。

一八二九年澳洲首行此制。法國當初用於幼年犯罪，到一八三二年始制定單行法，將全國十六歲以下的監犯，都作為實施假釋的對象。英國於一八五三年，繼起採用，成立釋放票制度，一八五四年復加修改，遂造成英倫極完備之假釋制。由是各國先後仿倣，因以瀾漫於全歐大陸。美國採取此制，始於一八七七年感化院成立以後。日本在一八七二年，監獄規則第八條即採用假釋制度，今日全世界各國不行此制者，實屬寥寥可數。其進展之速，擬之緩刑制，洵可謂有過之無不及也。

我刑法第七十七條規定：「受徒刑之執行而有悔悟實據者，無期徒刑逾十年後，有期徒刑逾二分之一後，由監獄長官呈司法行政最高官署，得許假釋出獄。但有期徒刑之執行未滿一年者不在此限。前項執行期間遇有第四十六條情形者，以所餘之刑期計算」。第七十八條規定：「假釋中更犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者，撤銷其假釋。因過失犯罪者，不適用前項之規定。假釋撤銷後其出獄日不算入刑期內」。第七十九條規定「在無期徒刑假釋後滿十年，或在有期徒刑所餘刑期內未經撤銷假釋者，其未執行之刑以已執行論。假釋中因他罪受刑之執行者，其執行之期間不算入假釋期內」。第九十三條第二項規定：「假

釋出獄者，在假釋中付保護管束」。同條第三項對於違反保護管束規則情節重大者，並規定得撤銷假釋。此等立法例與緩刑大致相同。通常以無期徒刑之殘餘刑期為終身，對於刑法第七十九條附與假釋後滿十年之法定文未免懷疑，但無期徒刑之假釋若無一定期限，似近於苛酷，故有十年為期之規定，此為新刑法較勝於舊刑法之點。又假釋規定得撤銷者，以假釋後不恪守保護管束管則之出獄人，其惡性尚存在，如不撤銷，則有危害社會之虞，是乃準情酌理之處分，而不得議其刻覈者矣。至撤銷行為由審判官依其職權行之，有時按其情節亦得不予撤銷，在過失犯罪，自更不在此例，故第七十八條第二項規定，亦毋庸多所解釋。

第二十九章 保安處分

國家為預防犯罪、保障社會安寧起見，對於科刑不能而又有危險性之私人用公法上之制裁以剝奪其法益之一種處分，是謂保安處分(Sichernde Massnahmen)。

就刑罰一元主義說，「有罪必罰」為制裁犯罪之原則，在從前都認為刑罰是「對罪惡的償報」或者是「贖罪的代價」之觀念下，自無產生保安處分之餘地。歐洲當法國大革命以前，此種刑事觀念，可以說是籠罩全歐諸國。到刑罰思想發生變遷後，學者間以為刑罰之制定，不過是放在以刑事責任為基礎的制度上，藉以維持正義，防範社會之安全。然社會之安寧秩序，有時因一種無刑事責任的行為人，受到妨害，例如酗酒人、精神病人、及刑

事未成年入等，其行為皆可使公共社會受巨大之影響，不能不予以適當之處分，以保護社會之安寧，是即保安處分思想之開始也。基於此種思想，以確定保安處分於刑事制度中者，見於一八九三年斯托思（Stoss）教授所製定之瑞士刑法草案，在同一法典內於刑罰外並有保安處分之規定，即科犯人以刑罰，概依刑事責任為基礎，至對於無責任能力人，及刑罰改善不能的特殊癖性之犯人，則施以保安處分，是謂刑罰與保安處分之二元主義。但是此種主義，甚為實證派所非難，皆認為不合事實的需要，更創立保安處分之一元主義，而以費利（Felli）氏為此主義之代表。氏於一九二一年擬定意大利刑法預備草案，即為此主義之實現；彼以為犯罪事實，與個人自然環境或社會關係，異常密切，欲減少犯罪，防衛社會，非改良犯人之社會環境不可，但此非刑罰所能收效，而保安處分實可代替刑法，以奏保護社會安全之功。

現在各國刑法，屬於刑罰一元主義者，實屬寥寥。大多數皆已實行刑罰與保安處分二元主義，即我國新刑法（民二十四年頒布施行）亦採此主義。至第三主義（保安處分一元主義）目前惟蘇俄採用，但將來刑法之趨勢咸傾向於此，乃必然而無疑者。良以歷史上傳統的道義責任刑罰之觀念，已因犯罪激增而失其效能，而持二元論者，仍欲保留刑罰，以為增加保安處分，即可為兩全之法，不過此主義，對普通人犯罪則施以刑罰，對於精神有障礙者則施行保安處分，此種辦法，雖然有其苦心所在，但仔細觀察，普通人犯罪不外

由於許多原因造成，與精神病人由於病患而為犯罪動機，實不見有何差異之點，於此而施行兩種不同之處分亦覺非有必要，所以今後各國的刑法，必將有因刑罰制度破產而代以保安處分之一日，以情勢推之，大約時間問題耳。

惟我國刑法上之保安處分，既屬二元主義，吾人為推究刑法的現實概況與其範疇起見，自亦不能屏而不談。我現行刑法規定保安處分，計有七類，茲分別說明如左：

一 感化教育處分 關於感化教育之處分，刑法第十二章第八十六條規定：「因未滿十四歲而不罰者，得令人感化教育處所，施以感化教育。因未滿十八歲而減輕其刑者，得於刑之執行完畢或赦免後，令人感化教育處所，施以感化教育。但宣告三年以下有期徒刑、拘役、或罰金者，得於執行前為之。感化教育期間，為三年以下。第二項但書情形，依感化教育之執行，認為無執行刑之必要者，得免其刑之執行」。此係對於幼年及未成年者犯罪所規定之保安處分。

二 監護處分 刑法第十二章第八十七條規定：「因心神喪失而不罰者，得令人相當處所，施以監護。因精神耗弱或瘖啞而減輕其刑者，得於刑之執行完畢，或赦免後，令人相當處所施以監護。前二項處分期間，為三年以下」。此係對於精神病人或瘖啞人所規定之保安處分。

三 禁戒處分 禁戒之處分，見於刑法第八十八條及第八十九條，乃為對於吸食鴉片

或酗酒等犯施以保安處分之規定。第八十八條全文爲：「犯吸食鴉片，或施打嗎啡，或施用高根、海洛因，或其化合質料之罪者，得令入相當處所施以禁戒。前項處分於刑之執行前爲之。其期間爲六個月以下。依禁戒處分之執行，法院認爲無執行刑之必要者，得免其刑之執行」。第八十九條爲：「因酗酒而犯罪者，得於刑之執行完畢或赦免後，令入相當處所施以禁戒。前項處分期間爲三個月以下」。

四 強制勞動處分 刑法第九十條明定對於習慣犯等，強制其爲勞動工作。條文爲：「有犯罪之習慣，或以犯罪爲常業，或因游蕩，或懶惰成習而犯罪者，得於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動場所強制工作。前項處分期間爲三年以下」。此爲對於習慣犯等施以強制工作的保安處分之規定。

五 強制治療處分 對於患花柳病或癲癩之犯人而施強制治療之處分者，見於刑法第九十一條明文，該條規定「犯第二百八十五條之罪者，得令入相當處所強制治療。前項處分於刑之執行前爲之。其期間至治癒時爲止」。末項未規定期間者，以此等病症之治愈，其時間之長短，須視症之輕重爲衡，故不能予以確定也。

六 保護管束處分 保護管束處分，見於刑法第九十二條至第九十四條各條。第九十二條規定：「第八十六條至第九十條之處分，按其情形，得以保護管束代之。前項保護管束期間爲三年以下。其不能收效者得隨時撤銷之，仍執行原處分」。第九十三條規定：「

受緩刑之宣告者，在緩刑期內得付保護管束。假釋出獄者，在假釋中付保護管束。前二項情形，違反保護管束規則情節重大者，得撤銷緩刑之宣告或假釋」。第九十四條規定：「保護管束交由警察官署、自治團體、慈善團體、本人之最近親屬、或其他適當之人行之」。以上四條，對於應受感化教育、監護、禁戒及強制勞動之諸犯與受緩刑宣告及假釋出獄，皆予以保護管束之規定，可說應用是項保安處分，範圍甚廣。

七 驅逐處分 刑法第九十五條規定：「外國人受有期徒刑以上刑之宣告者，得於刑之執行完畢，或赦免後，驅逐出境」。驅逐處分，如奧、蘇、德、意各國刑法，都有同一之規定，然而瑞士、波蘭等國刑法則又不然。現代國際交通頻繁，對於妨害世界公共安全利益之犯罪人，凡屬文明國家，皆有法律的互助之規定，藉以消除人類文明與幸福之障礙物，例如禁售鴉片公約，引渡犯罪人制度皆是。刑法上驅逐犯罪之外國人出境，使本國人民不致感染其惡性，近於「以鄰為壑」之政策，與國際團體法律互助之旨大悖，故近日刑法學者對此甚多微詞。

上述七種處分，雖條例詳明，較之刑律與舊刑法（十七年公布施行）大有進步，但其中未臻美備之點，亦非無可議者，茲略予分析如次：

（一）保安處分，按第八十六條至第九十五條各條文義，皆以犯罪行為人有一定行為及受刑之宣告或不罰之宣告者為限，但犯罪對於社會之危險性有時固不必有一定行為，即可

表現；即或有有一定行爲而未受刑之宣告或不罰之宣告時，如果危險性重大，而因法無明文不能加以處分，勢必使公共社會之安全秩序坐受妨害而無法補救，其與保安處分爲預防犯罪之旨趣不亦大相刺謬乎！故在預防政策上，應對於有危險性格之人防其危害社會，即施以保安處分，自不必限於以上各項情形爲之，庶克符保安處分之特色，惜我刑法昧於此點，洵爲美中不足也。

(2) 強制治療處分限於有花柳病及癩瘋者，其範圍似嫌過狹。蓋惡疾之傳染，如霍亂、猩紅熱、白喉、肺病及其他疫症，無一不危及社會之幸福與安全，如果有人以其惡性病症傳染於人，當然成立刑法上之傷害罪，不僅花柳與癩瘋爲然也。乃刑法獨以明文指出花柳與癩瘋應受強制治療處分，而不及其他，實可謂掛一漏萬矣。又第二百八十五條，有「與他人爲猥褻之行爲或姦淫句」，此「他人」當然指配偶以外之人，以夫妻之交接不得目爲「姦淫」也。該法文既專爲他人而設，是則僅謂對他人不得傳染，至於自己配偶轉無限制，寧得謂此等病人與自己配偶爲性交，不致危及社會乎？豈知配偶受其傳染，其所生子女，具有先天性之惡疾，仍足爲人類社會之大害，自不得視爲細故而忽之。法律上爲維護社會福利，對此等病人，均應施以強制治療處分，固無須問其交接之對方爲何人也，若條文字義，稍欠明瞭與完密，在審判適用上，即生困難問題，故不可不慎。總之強制治療處分，凡患一切傳染性之病人皆不能置諸例外，免致使其傳染於任何人，以貽害人類，必如

是規定，斯爲得之。

(3) 保安處分，由刑法第八十六條至第九十二條各項規定言之，皆有一定期間，加以限制。例如感化教育期間爲「三年以下」。監護期間爲「三年以下」。禁戒期間爲「六個月以下」及「三個月以下」。強制勞動期間爲「三年以下」。保護管束期間爲「三年以下」。此等期間限制，均以明文規定，爲施行保安處分期間之最高限度，窺其立法意，殆以消滅社會之危險性，將於此期間內奏效也。不知受感化教育之不良少年，其能於三年內改善其惡性否？殊難斷定，使在此期間不能改良，猶須繼續施以保安處分，則此種法條不幾成爲贅文乎！至心神喪失與瘖啞人，應予長期監護，以多屬不治之疾也，乃規定監護期間僅爲三年以下，豈將謂三年之外則毋庸監護，可任其貽社會以危險性歟？立法例之至堪發噤，殆無過此。又對吸鴉片者施以六個月以下之禁戒，及對於酗酒人施以三個月以下之禁戒等處分，而其煙癮與酒癖，未必能保其即可戒斷。其他對習慣犯施以強制勞動處分，及第八十六條至第九十條各類情形，得代以保護管束處分，其期間皆規定爲「三年以下」，既已確定其年限，如屆期不能改善，則試問將何以處之？凡此皆由罪刑法定主義之觀念而來，殊失保安處分之旨趣，以保安處分，其目的在消滅社會上之危險性，危險若未消滅，仍得繼續執行其必要之處分，故其拘束犯罪，以不定期爲最適當，於此而畀審判官以審慎斟酌之權限，俾得按其情節輕重及改善程度，以爲適用此種處分之標準，固不必訂定死板

板之期間，致缺少伸縮性，反使良制化為無用也。若謂規定期間，藉以防止擅斷，然刑法思想，自主觀主義抬頭後，罪刑法定主義亦僅保持其相對的而非絕對的地位，有時非予法院以自由考量之權，不足以昭情法之平允者。何況對於預防社會危害之保安處分，更不宜根據罪刑法定觀念，而予以不必要之限制，以失去保安處分唯一之特色，乃我刑法竟不免是項缺點，是烏能令人滿意乎！

(4) 限於受減刑宣告者始得施以保安處分，此按諸刑法第八十六條第二項及第八十七條第二項之規定，顯然可見。惟此二條本對於未滿十八歲人及精神耗弱人或瘖啞人而設，乃概限於減輕其刑者，即揆厥立法意所在，凡未滿十八歲而未減輕其刑者以及精神耗弱人或瘖啞人之未受減刑宣告者，均不得施以保安處分可知。但是未受減刑宣告者，其帶有社會的危險性，當然比宣告減刑者為重大，何以對危險性輕微者，則分別施以感化教育及監護處分？獨至於危險性重大者，反不在保安處分之列，是不能不令人疑竇叢生也。若謂付保安處分係根據犯罪情節必須減輕其刑者始可，遇情節之過重或過輕者則否，則此種見解殊有違保安處分之旨趣，蓋保安處分以防止社會危害為目的，有時其犯罪情重而危險性輕者，得不付保安處分，至若情節輕而危險性重者，自應為保安處分之宣告以免危及社會，是此制之特點完全以行為人之危險性大小為施行處分之準則，而與犯罪情節若何之條件無關，故我刑法之此類規定不得謂為適當也。

右所論列，皆舉其犖犖大者而言，其缺略已若是，則試問此制行之我國，誰能保其有利無害者？然此非保安處分本身之不良，實因條文訂定之未盡善所致，故必須改善其缺點，以適應保安處分之特徵，庶可發揮效能，而無不推行盡利矣。

關於保安處分在國際上之重要性，於一九二八年五月十五日羅馬國際刑法會議時見之。當時學者，曾有「這不用說是費利先生五十年來努力的結果」，及「意大利草案，是為各國將來的刑法做了預備的工作」之宣言（註一三三），足徵其時對於此制之重視，而保安處分的功用可因此而更加顯明。現在各國刑法，大多數放棄刑罰之一元主義，而滯留於刑罰與保安處分之二元主義的階級段上，事實上顯已表明從前古典派刑罰理論，不能適合現代刑事政策上實際的要求，不得不亟予修正，又因各國司法當局，尙無完全廢除刑法之勇氣與決心，於是二元論遂騰播於一般改良派之口舌。將來刑事思想普遍進展後，適用保安處分制度，範圍必日益廣大，而刑罰之逐漸趨於消滅當亦事實之所必至者，況蘇俄目下刑法，早無刑罰與保安處分之區別，行之久著成效，是寧非良好之例證乎（註一三四）！

（註一三三）見一九二八年羅馬國際刑法會議時波蘭代表亞柏波爾 *Dr. P. P. P.* 氏出席關於保安處分理論所爲之報告。

（註一三四）許鵬飛著，比較刑法綱要，一五六頁及一八六頁。

第三十章 總結——犯罪防止方案與刑法之將來

總括全書各章節言之，犯罪為執行刑罰的條件，無犯罪，自無刑罰可言，以刑罰乃對於犯罪行為所附與之法律的效果也，因是刑法之成為制裁犯罪的法規，亦即為對於犯罪所附與刑罰法律效果之法規明矣。惟就現代社會新趨勢觀之，社會日趨進化，刑法思潮，莫不着重主觀主義，對於刑事上之基本責任，概視犯人惡性之大小如何以為衡，固不斤斤於犯罪行為上着眼也。因是刑罰之輕重，恆依行為人在社會上之危險性為正比例，此種危險性，即為有反覆犯罪之虞的惡性，不予制裁，則人類社會將蒙其危害，而公共安寧秩序，末由維持與鞏固。故對於此類惡性，法律上乃有規定以懲罰之必要。然此不過取制裁為其手段而已，而刑法之真正目的，厥為減少犯罪與防止犯罪。前者雖在刑事政策上為着眼之一點，惟究非其終極，以犯罪而僅圖減少，月攘一雞，與歲攘一雞，猶不過五十步與百步之間耳。要必能達到後者之階段，使犯罪無由發生，則刑事政策最大之能事盡矣。

國家之所以重刑罰權者，以其為維持國家正義，保障社會福利；於人類文明進展上，具有積極之作用與效能，此刑罰權必要說，所以能適合現社會真正之需要也。彼為契約說與神授說者，一則不符社會實際狀態，一則墨守古代寺院神話，於法律上根據，直不啻風馬牛之不相及耳。

保持刑罰權，既爲國家之所必要，因而涉及刑法的地位之問題，卽犯罪行爲，就刑事責任言，當然屬於公的方面之違法行爲，但在私法上亦有時發生關係，以私人法益之被侵害，屬私法範圍故也。在此情形，刑法究立於公法之地位，抑係立於私法之地位？殊爲學者論辯之焦點。惟是刑罰權操之於國家，用以制裁犯罪，與私法上僅成立損害賠償者，性質要自不侔，故其在公法上之地位，洵爲鐵一般的事實，有未容附會兩可者。

自龍波羅梭氏著犯罪人論及費利氏著犯罪社會學以來，刑法思想，已由復讎、贖罪、威嚇、博愛諸時期逐漸演進，達到科學時期之階段，在此時期，刑事觀念，概以犯罪爲社會關係爲研究中心，而由實證的方法以解決犯罪問題，於是刑法本身遂負荷着科學的使命，而入於嶄新之領域。

科學的理論日益進展，便自然地邁進到實用的途徑上來，推究其原動力，不能說不是斯托思與費利二氏的功勞。蓋前者創立保安處分之名稱，後者因之更進一步而廢除刑法之稱號，揆厥立法意，前者以保安處分與刑法可並行不悖，後者乃以保安處分爲刑法之替代，在近代刑罰制度上，遂煥然壁壘一新，而爲重要性之建設工作。

如斯建設，使數千年傳統的刑法基礎觀念，發生根本上的動搖，於是所謂刑法的權力，刑法的地位，又不免受重大影響。

不過刑法在科學時期之歷程，尙不甚久，而刑法最新的姿態，亦方將發軔，許多國

家，只有局部採行，並未普遍的發達，自然不能算是成功，所以滯停於刑法與保安處分二元論的階段者，仍屬最大多數；至於保安處分一元論，現在實行者惟有蘇俄，可以說是鳳毛麟角。惟是時代思潮傾向於此，已漸有端倪可言，不久盛行，當亦在吾人預料中。最值稱道者，即在科學時期，刑法之特色乃在注重犯罪之預防，而以刑法犯罪對於社會之危險性相適應，藉以防衛社會所受到犯罪的侵害。又以道德上之責任，係另一問題，在刑罰制度上，當然要注重法律責任，不可紊亂目標，致刑罰力量不能集中，而使社會與個人的關係都得不到調整。

此等特點，自從十八世紀末至十九世紀以來，刑事人類學派及刑事社會學派，分庭抗禮，互為唱導，遂開關犯罪與刑罰實驗的體系，而對於講求犯人處置，無不從犯人精神狀態及社會環境上詳細體察，以求適當之改善與防止方法，此蓋舊派「一定犯罪、科一定刑罰」之主張所遑然未逮者，不得謂非刑事制度上之一大曙光也。

刑罰所以制裁犯罪固已。然行使刑事制裁，其即能收懲一警百之效，使犯人相率斂跡乎？如斯問題，蓋許多刑事學家之未能率爾首肯者，誠以嚴刑峻罰，非化民易俗之道。老子有言：「民不畏死，奈何以死懼之」。是知刑罰作用，不過徒能奏一時威嚇的功效，而擬之「革心」，瞠乎後矣。

致使犯罪遏止，非根本從預防政策上着手不可。能注重預防，不特可使已犯者洗心革

面，且可免未來之犯罪發生。夫犯罪之構成，綜厥原因，要不外前述物質環境、心理、遺傳、個人身體特徵、社會、經濟及政治七端，若從此中因病下藥或爲釜底抽薪之法，則防止犯罪，其或庶幾乎！試就此七種犯罪原因而研究防止之方案如次：

其一、由物質環境的原因而犯罪者，例如夏季炎熱，行人在公園或馬路接觸時多，自足爲犯罪行爲之媒介防止之法，吾人固不能奪天地之造化，以消滅夏天之熱度也。然未始不可應用各種方法，制止感情的衝動，阻遏引誘犯罪的惡勢力。最要之法，卽爲設法監督戶外之活動，以免與不良分子接近，自不致感染惡性，而犯罪可消弭於無形。

其二、由心理的原因而犯罪者，例如精神病人、瘋漢、癡呆者，皆有犯罪的可能，預防之法，不能依照普通方式，法律上須得爲特別的處置，如保安處分規定之監護處分，乃最良的一種法則，殊有仿倣之價值。現在各國對於此等心理變態的犯人，大都用保安處分去替代刑罰，以在法律方面講，不能課以刑事責任之故。我刑法第八十七條亦有類似之規定。大概社會日趨複雜，個人心靈，有時對於萬有不齊的社會現象，缺少生活需要的均衡，有時個人心理的傾向，得不着社會工具來應付，而使心靈的變化，特別巨大，所謂反常的心理，卽由此反映出來，甚至可做出許多危害社會的犯行，要是不從特別方法着手，而專恃刑法，不特未符法理，且亦難收絲毫實效。

其三、由遺傳的原因而犯罪者，多屬於生理上的遺傳，卽有可以產生犯罪之天然特質

的遺傳。許多生物學家，皆證明精神耗弱及患羊癩瘋等症的人，大多數都是遺傳到其後嗣，將那種疾病傾向的特質，留下給下一代，使其容易受某種衝突而為犯罪行為。其未實行犯罪者，也都是潛伏性的犯罪，一遇不良動機，便比較平常人犯罪，更來得特別厲害。此種犯罪的防止，(1)須對於社會上不適合的份子，預備健全的環境；(2)須設法減少現代所不需要的遺傳特質；(3)對於有遺傳性犯罪可能者，施行隔離與監護方法。雖未必能完全防止一切犯罪，最低限度，當可使其逐漸減少。

其四、由個人身體特徵的原因而犯罪者，此與年齡、性別及犯罪次數，具有同一之變化。通常都認為個人身體狀態，必須概予注意，涉及罪犯之處置及預防，已由醫學上發明治療身體缺點及病症的方法，所以採用醫學方法去補救，施行內外療治，是很可以收效的。

其五、由社會的原因而犯罪者，此中成分，包含着風俗、習慣、理想、信仰、業務及社會種種情形，必須設法改善其社會四周的環境，並施以適當的訓誨與監視，兼養成其道德心與職業能力，庶可濟事。

其六、由經濟的原因而犯罪者，須施行社會政策，調劑階級仇恨，並消除貧窮，更設法減少或消滅經濟上之引誘勢力，使每一個人，都能夠適合，經濟的需要，自不致走入犯罪的途徑。

其七、由政治的原因而犯罪者，有許多是基於貪污、虛榮與種種利慾心而來，此外反對政府之專制壓迫或苛捐雜稅者亦有之，其犯罪行為，是否真正妨害社會？學說殊不一致。有時此類犯罪，與經濟利益發生關聯，而以不滿意政府不公道的處置，佔極大成分。防止此類犯罪，須改良政治，使政治上之措施得其平衡，並多方愷切曉諭，俾衆周知，而以實際的良善政制證示之，庶取得一般民衆之信仰與尊敬，而反側可能無形消弭，犯罪自無由發生。

右所舉防止犯罪方案，概係根據理論與事實，斟酌實際情形而提出者，其中有與保安處分，多生關聯。又緩刑與假釋，雖應用之方式有殊，而用以達到減少或預防犯罪之目的則一。此二種處置方法，各國行之多有成效，我刑法亦已有規定，本書設立專章以闡述其功用者，要無非爲刑事政策上推行盡利起見，以免監犯擁擠，輕微犯罪，反致傳染監獄惡性，且於國家司法經費之樽節，亦不無大裨益也。

綜而論之，欲犯罪減少與消滅，須先考究犯罪原因。若徒恃嚴刑峻罰爲消滅犯罪之工具，則偶語棄市，不能舉草澤英雄，亡命戍卒而悉屠僇之，其烏能藉以消除不逞之暴民乎！夫秦之亡也，由於尙苛酷，漢之興也，由於除肉刑，故知講求犯罪預防方法，爲刑事政策上治本之要圖，而以普及教育，增進人民智識與謀生技能爲最要，所謂「衣食足而禮義興」是也。此外監獄改良，警察改良，檢察與審判方法改良，使犯人鑑於犯罪之檢舉搜索

不易漏網，相率不敢貿然以身試法，亦為消弭犯罪之良策，擬之教育與增進生計能力，則屬於治標矣。要其能互相為用，以收刑措之實效則一也。吾人固非蔑視國家之刑法權力者，然亦不敢專崇信封建勢力留存下之刑罰手段，即可以防止犯罪，而必以考察犯罪發生之原因為着重點，然後研究防止或消滅犯罪方法。如費利氏（見前）所倡導之保安處分一元主義，現在雖仿行者不多，惟刑法思潮日趨於嶄新之域，社會防衛，已成爲今日刑事政策上之主要目標，保安處分一元主義，實足以達到社會防衛的壁壘，而使罪犯無由得逞，則其可以替代刑罰之功用，吾人在假定方面說，實不能予以否認。至其各種處分，亦均極切合犯罪實際情形，即肯定其爲刑事政策上之良好制度，又誰曰不宜。第其效力有時亦未太顯者，則由各國刑法規定常有削足適履之弊，遂使此制不能充分發揮其特色，此非制度本身問題，而實運用不善者之過也。本書對於我國刑法的規定保安處分專章內，因之迭加批判，無非期刑制改善，夫豈好爲嘵嘵哉。是故刑法爲制裁犯罪之法規，刑罰爲制裁犯罪之工具，而由刑事政策減少或消滅犯罪爲出發點，則以研究犯罪原因，實施右述治本與治標種種方法，爲預防社會危害不二法門，更由此以實現費利主義，則刑措之風，其庶幾乎。

參考書

- V. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts.
Stahl, Strafrecht.
Belker, Strafrecht.
Kant, Kritik der Praktischen Vernunft, 1788
Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 1797.
Gemein, Grundsätze der Gesetzgebung über Verbrechen und Strafen, 1785.
Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe der positiven peinlicher
Rechts, 1799.
Bauer, Die Warnungstheorie, 1830.
Röder, Zur Rechtsbegründung der Besserungsstrafe, 1846.
Röder, Besserungsanstalten als Rechtsordnung, 1864.
V. Grolmann, Über die Begründung des Strafrechts, 1799.
Beccaria, Des Crimes et des peines, 1764.
Beccaria, Dei delitti e delle pene, 1764.

- Rafaele, Garafalo.
Care Strass, Lehrbuch.
Frank, Strafrecht.
Hälschner, Strafrecht.
Neumann, Das Blankgesetz.
V. Bal, Gesetz und Schuld.
Mayer, Strafrecht.
Binding, Strafrecht.
Binding, Interferenstheorie.
Alfeld, Strafrecht.
Adolf Merkel, Lehrbuch.
Beling, Verbrechen.
Buri, Die Kausalität und ihre Verantwortung.
Kries, Über den Begriff der abjectiven Möglichkeit, 1838.
Lillientahl, Strafrecht.
Krug, Abhandlungen aus dem Strafrecht.

Merkel, Kriminalistische abhandlungen.

Lutten, Abhandlung aus dem gemeinen deutschen strafrecht.

Oliverson, De la peine de mort

德國刑法

意大利刑法

俄國刑法

波蘭刑法

日本刑法

牧野英一 改訂日本刑法

牧野英一 刑事學之新思潮

大場茂馬 刑法總論

久禮田益喜 日本刑法總論

岡田朝太郎 刑法總論

島田武夫 日本刑法新論

勝本勘三郎 刑法總論

岡松 損害賠償責任論



刑法與犯罪研

與二新雄 改訂刑法大要

松原一雄 新刑法論

一九二八年羅馬國際刑法會議報告(二二五)





翻印必究 版權所有

中華民國三十一年一月渝版
中華民國二十五年十二月一版

刑法與犯罪研究

全一冊 基本定價七角五分

(外埠酌加運費匯費)

編者 余介
發行人 蔣建
印刷發行 中正書局

(臺灣臺北陽路十二號)

海外總經理 集成圖書公司
(香港龍亞街一一一號)

海風書店

(日本東京代田區神田保町一丁目六番地)

內版業字第〇七八號 登記證政內(1922)



中華民國五拾零年貳月廿九日

啟

著者 Author 余介民 書碼 585
 書名 Title 刑法與犯罪 Call No. 8975

登錄號碼
 Accession No. 121866

月日 Date	借閱者 Borrower's Name	月日 Date	借閱者 Borrower's Name

國立中央圖書館

書碼 585
 8975

登錄號碼

121866

國立中央圖書館



0121866



庫