

東京日本帝國大學法學士  
前大理院庭長  
司法行政部民事司長  
國立北京大學教授

陳瑾昆著

# 刑法總則講義

北平好望書店出版

## 自序

本書爲余所編之國立北京大學刑法講義，雖着筆在二年以前，然因人事牽率多，係倉卒屬稿，殊少推敲，徒以好望書店再三敦促，遂交與梓，竊念現時坊間刑法書籍，雖已不少，類皆浮泛無當，余前在北京大理院任刑庭庭長時，卽深慨一般法官與律師對於刑法理論，多未能正當運用，頗有意出一可供參考之書。幸年來得專心講學，北大又使余擔任斯課，遂得先成總則講稿，不欲藏拙，持以公世，苟能爲此學之一助，斯亦區區書生報國之微志云爾。

中華民國二十三年十二月二十日 陳瑾昆序



## 凡例

- 一、本書體例及略載條文方法均與本人前著各書同不贅
- 二、本書雖係講義體裁但爲可供一般參考起見實較普通大學教科書爲詳盡
- 三、本書係理論與實用並重首重在對於法條爲正確之解釋次則對於司法院最高法院與前大理院之解釋判例擇要徵引以示應用並代舉例
- 四、學說擇要介紹並加批評但因省篇幅不舉其出處
- 五、一般立法例及我國舊律與舊暫行刑律並立法院草案亦擇要徵引以示其沿革及趨勢
- 六、刑法新舊兩派爭執甚烈本書態度詳見緒論本書研究之方法
- 七、本書以只能由本人校對一次誤植不少讀者諒之

585.1  
377  
2

# 刑法總則講義目錄

## 緒論

- 第一 刑法與社會(一)
- 第二 犯罪與社會(二)
- 第三 刑事責任與民事責任(三)
- 第四 刑法與刑事法(四)
- 第五 刑法學與刑事法學(五)
- 第六 總則研究之範圍(五)
- 第七 本書研究之方法(六)

## 本論

### 第一編 刑法論

#### 第一章 刑法之觀念

- 第一 刑法之意義(九)
- 第二 刑法之性質(一四)

#### 第二章 刑法之沿革

- 第一 一般刑法之進化(一六)
- 第二 我國刑法之沿革(二二)

#### 第三章 刑法之學派

- 第一 舊派(二五)
- 第二 新派(二七)

第四章 刑法之淵源……………二九

- 第一 刑法淵源之意義(二九)
- 第二 刑法淵源之要件(三一)
- 第三 刑法淵源之種類(三七)

第五章 刑法之效力……………三八

- 第一節 概說……………三八

- 第二節 關於時之效力……………三九

- 第一 概說(三九)
- 第二 法律不溯既往之原則(四一)
- 第三 法律溯及既往之例外(四二)

- 第三節 關於地之效力……………五三

- 第一 概說(五三)
- 第二 刑法關於地之效力之原則與例外(五五)
- 第三 經外國確定裁判之犯罪之處罰(六四)
- 第四 國際司法協助(六六)

- 第四節 關於人之效力……………七〇

- 第一 原則(七〇)
- 第二 例外(七一)

第六章 刑法之解釋……………七三

第一節	概說	七三
第一	解釋之意義(七三)	
第二	解釋之種類(七四)	
第二節	文例	七八
第三節	時例	九〇
第七章	總則與分則及他法令之關係	九二
第一	總則與分則之關係(九二)	
第二	總則與特別刑法之關係(九三)	
第二編	犯罪論	九五
第一章	犯罪之觀念	九五
第一	犯罪之意義(九五)	
第二	犯罪之本質(九八)	
第三	犯罪之要素(一〇〇)	
第二章	犯罪之主體	一〇三
第一	概說(一〇三)	
第二	自然人(一〇六)	
第三	法人(一〇八)	
第三章	犯罪之客體	一一一
第一	被害法益(一一一)	
第二	被害人(一一四)	
第四章	犯罪之要件	一二六

第一節 行爲	一六六
第一項 行爲之觀念	一六六
第一 行爲之意義(一一六)	
第二 行爲之本質(一一八)	
第三 行爲之種類	
(一一三三)	
第二項 因果關係	一六六
第一款 概說	一六六
第二款 作爲與因果關係	一三一
第一 條件說(一一三一)	
第二 原因說(一一三二)	
第三款 不作爲與因果關係	一三七
第一 純因果關係說(一三七)	
第二 準因果關係說(一三八)	
第四款 因果關係之中斷	一四〇
第一 消極說(一四一)	
第二 積極說(一四一)	
第二節 責任	一四四
第一項 責任之觀念	一四四

第一	概說(一四四)	第二	責任之意義(一四六)	第三	責任之本質(一四八)	
八)	第四	責任之要件(一五〇)	第五	責任之例外(一五二)		
第二項	責任條件					一五三
第一款	概說					一五三
第二款	故意					一五六
第一	故意之觀念(一五六)	第二	故意之範圍(一六〇)	第三	故意之種類(一六九)	
第四	故意之責任(一七八)					
第三款	過失					一七八
第一	過失之觀念(一七八)	第二	過失之範圍(一八二)	第三	過失之種類(一八六)	
第四	過失之責任(一八八)					
第四款	錯誤					一九〇
第一	錯誤之觀念(一九〇)	第二	法律之錯誤(一九二)	第三	事實之錯誤(一九七)	
第三項	責任能力					二〇四



第一款 概說	二〇四
第一 意思能力說(二〇四)	
第二 刑罰能力說(二〇五)	
第三 折衷說(二〇五)	
第二款 幼年人及老年人	二二一
第一 概說(二二一)	
第二 幼年人(二二三)	
第三 老年人(二二五)	
第三款 心神喪失人及心神耗弱人	二二六
第一 概說(二二六)	
第二 心神喪失人(二二九)	
第三 心神耗弱人(二二〇)	
第四款 酗酒人	二二一
第五款 瘡啞人	二二二
第三節 違法	二二三
第一項 概說	二二三
第二項 依法令之行爲	二二九
第一 公法上之行爲(二三〇)	
第二 私法上之行爲(二二二)	

第三項	依正當業務之合法行爲	二三五
第四項	依所屬上級公務員命令之職務上行爲	二三七
第五項	防衛行爲及救護行爲	二四〇
第一款	概說	二四〇
第二款	防衛行爲	二四四
第三款	救護行爲	二六一
<b>第五章</b>	<b>犯罪之狀態</b>	<b>二七三</b>
第一節	概說	二七三
第二節	未遂罪	二七五
第一款	概說	二七五
第一	原因之發生(二七六)	
第二	目的之決定(二七六)	
第三	故意之成立(二七六)	
第四	故意之表示(二七七)	
第五	犯罪之謀畫(二七七)	
第六	犯罪之預備(二七八)	
第七	犯罪之實行(二八一)	
第八	結果之發生(二八	
第九	犯罪之未遂(二八二)	
第十	犯罪之既遂(二八二)	

第二款 未遂罪之觀念	二八三	
第三款 未遂罪之處罰	二九八	
第一 未遂罪處罰之原則(二九八)	第二 一般未遂罪之處罰(三〇二)	第三
不能未遂罪之處罰(三〇三)	第四 中止未遂罪之處罰(三〇四)	
第三節 共犯	三〇四	
第一項 概說	三〇四	
第一 單獨正犯(三〇五)	第二 共犯(三一二)	
第二項 共犯之觀念	三一六	
第一 共犯之意義(三一六)	第二 共犯之性質(三一七)	第三 共犯之要件
(三二二)	第四 共犯之共犯及競合(三二五)	
第三項 共犯之形式	三二五	
第一款 共同正犯	三二五	
第二款 教唆犯	三三八	
第三款 從犯	三五四	

第四項 共犯之處罰	三六四
第一 概說(三六四)	
第二 共同正犯之處罰(三六五)	
第三 教唆犯之處罰	
(三六七) 第四 從犯之處罰(三六七)	
第五項 共犯與身分	三六八
第一 概說(三六九)	
第二 身分爲犯罪構成要件時之共犯(三七〇)	第三
身分爲刑罰之重輕或免除要件時之共犯(三七二)	
第六項 共犯與故意	三七三
第七項 共犯與過失	三七五
第四節 累犯	三七七
第一 概說(三七七)	
第二 累犯之觀念(三八〇)	
第三 累犯之處罰(三八五)	
第四 累犯規定之除外適用(三九〇)	
第五節 併合論罪	三九二
第一項 概說	三九二
第一 決定罪數之標準(三九二)	
第二 併合論罪之規定(四〇〇)	

第二項 一般併合論罪	四〇六	
第一 併合論罪之意義(四〇六)	第二 併合論罪之方法(四〇八)	
第三項 特別併合論罪	四一五	
第一款 想像競合犯	四一五	
第一 想像競合犯之觀念(四一五)	第二 想像競合犯之處罰(四二〇)	
第二款 牽連犯	四二二	
第一 牽連犯之觀念(四二二)	第二 牽連犯之處罰(四三一)	
第三款 連續犯	四三一	
第一 連續犯之觀念(四三一)	第二 連續犯之處罰(四二七)	
第六章 犯罪之種類	四三八	
第一 自然犯與法定犯(四三八)	第二 刑事犯與行政犯(四三八)	第三
普通刑法犯與特別刑法犯(四三九)	第四 非軍事犯與軍事犯(四四〇)	第
五 國事犯與常事犯(四四〇)	第六 作為犯與不作為犯實害犯與危險犯故	
意犯與過失犯結果犯既遂犯與未遂犯預備犯陰謀犯(四四〇)	第七 單一犯	

與復成犯(四四一) 第八 即時犯與繼續犯狀態犯集合犯(四四一) 第九  
身分犯加重犯減輕犯與普通犯(四四二) 第十 非親告罪與親告罪準親告罪  
(四四二) 第十一 侵害國家法益之犯罪侵害社會法益之犯罪侵害個人法益  
之犯罪(四四三) 第十二 重罪輕罪違警罪(四四三) 第十三 現行犯與  
非現行犯(四四三)

第七章 犯罪之時及地……………四四三

第一 概說(四四三) 第二 犯罪之時(四四四) 第三 犯罪之地(四四六)

第三編 刑罰論……………四四七

第一章 刑罰之觀念……………四四七

第一 刑罰之意義(四四七) 第二 刑罰之本質(四五二) 第三 刑罰之目的(四  
五七) 第四 刑罰之主體(四六一)

第二章 刑罰之種類……………四六一

第一節 概說……………四六一

第二節 生命刑……………四六六

第三節 自由刑	四六九
第四節 財產刑	四七三
第五節 名譽刑	四七九
第三章 刑罰之適用	四八一
第一節 概說	四八二
第一 絕對專斷刑(四八三)	
第二 絕對法定刑(四八三)	
第三 相對法定刑	
(四八三)	
第二節 主刑之重輕	四八四
第三節 從刑之科處	四八六
第四節 科刑之標準	四八八
第五節 刑罰之加重減輕免除	四九一
第一項 刑罰之加重	四九一
第二項 刑罰之減輕	四九二
第一款 概說	四九二

第二款	自首減輕	四九三
第一	自首之法例及理由(四九三)	
第二	自首之意義及要件(四九五)	
第三	自首之效力(五〇〇)	
第三項	酌量減輕	五〇〇
第四項	加減例	五〇四
第五項	免除	五〇九
第四章	刑罰之執行	五一〇
第一節	概說	五一〇
第二節	緩刑	五一八
第一	宣告猶豫主義(五一九)	
第二	執行猶豫主義(五一九)	
第三節	假釋	五二六
第五章	刑罰之消滅	五三〇
第一節	概說	五三〇
第一	被告之死亡(五三二)	
第二	赦免(五三三)	
第三	刑罰之廢止變更	



或免除(五三二五)

第二節 時效……………五三五

第一 關於起訴權之時效(五三八) 第二 關於行刑權之時效(五四二)

第六章 保安處分……………五四三

第一 對於限制責任能力人之處分(五四四) 第二 對於刑罰與保安處分之選

擇與代替(五四五)

# 刑法總則講義

常德陳瑾昆著



## 緒論

### 第一，刑法與社會。

凡爲人類，即有社會，亦即有法律，故法律與人類及社會可謂有相互之關係。吾人在未進化爲人類以前，固與普通動物無異，其爲生活也，全爲自然現象，即有動作，亦單爲被動，莫不受自然法則之支配，所謂飢則爲食，渴則爲飲，要均爲必然的（*Sein*）而非爲應然的（*Sollen*）也。然至進化爲人類以後，則成爲能合羣之動物，既知有個人，亦知有社會，其爲生活也，則爲社會現象，凡有所動作，乃稱爲行爲，恆以受社會規範（*Norma*）之支配，所謂善者是之，惡者非之，不僅爲必然的，且爲應然的焉。

夫社會規範有種種，有爲宗教者，有爲道德者，法律則尤爲規範中之規範。法律又有種種，有規範普通社會生活者，有規範最高社會生活即國家生活者，然其共通性質，要不外規定吾人行爲之準則，而強制其遵守。其自正面規定者，則稱曰權利義務。其自反面規定者，則稱曰責任制裁。自社會及法律之進化言之，乃係義務首爲發達，責任及制裁亦係相伴發達。蓋吾人既能形成社會以營共同生活，且知爲意思動作，以超過必然而進於應然，則最初規範，自爲義務，違反之時，自必有責任及制裁以隨之，刑法即爲規定責

任與制裁之法律。故刑法又足稱爲法律中之法律，於社會規範中，乃爲最發達而最重要者，不分中外，一國法制史，不外一部刑法史，即職是故也。

## 第二 犯罪與社會

吾人雖一面爲社會動物，應受社會規範之支配，然一面仍爲自然動物，亦受自然法則之支配，其中最爲顯著者，即爲生存競爭之法則。蓋吾人既同棲於一社會以求生存，即不得不有所競爭，此爲必然之勢。於是生存競爭與社會規範乃適相牴觸，個人生存之滿足與社會生存之滿足，亦適成爲矛盾現象，犯罪即係由此矛盾現象發生。社會愈文明，斯生存競爭愈激烈，犯罪亦愈爲增加。故犯罪亦爲一種自然現象，而有其因果律。(Kausalgesetz) 輓近學者從此方面着眼研究犯罪及刑法，不僅以之爲法律之對象，且以之爲自然之對象，立法趨勢，亦已捨報應主義而採目的主義，不着重於個人之懲處，而着重於社會之預防，一派學者中甚有故倡樂觀論，以犯罪乃生存競爭之結果，即爲社會健全之表徵，稱最小限度之犯罪曰社會之犯罪的飽和。(Saturation Criminelle) 而謂社會應以此飽和狀態滿足者。以余所見，犯罪誠爲自然結果，全然消滅爲不可能；然吾人既不能不爲社會生活，則對於反社會行爲之犯罪，則不得不謀有以減少之；最善之道，在自社會政策及立法政策以期由其原因減少，此固爲司政者立法者及治學者所應共同努力者；但吾人治解釋刑法學者，重要使命，仍在對於已成法律，本其已定目的，以爲精確之認

識與系統之闡明。至爲涉空之原理論，目的論，傍出之社會論，原因論，則自治解釋法學者立場言之，固不能謂爲正當真摯之態度也。

### 第三，刑事責任與民事責任。

在昔時法律對於違法行爲之成爲犯罪者，雖於刑罰之制裁外，亦有賠償之制裁，然究以前者爲主要目的，後者爲附屬目的，且以刑事責任與民事責任相混，得依一訴權而請求二重制裁，並得依一機關而裁判二重責任；此種制度，在羅馬法爲然，在我國至清季止亦然。然在歐洲，則自近代革命後，均已確立民事分化之原則（註）刑事責任及民事責任各以法律分別規定之，即關於其性質，效果，要件，目的，及裁判程序，均不相同，一則爲犯罪，一則爲侵權行爲，一則發生刑罰權，一則發生賠償請求權，一則不全須結果，且以故意爲原則，過失爲例外，一則概須結果，且不因故意過失而有區別，一則注重於社會之防衛，而對於加害人爲矯正或排除，一則注重於個人之保護，而對於被害人爲填補或回復，一則裁判機關爲刑事法院，其程序必依刑事訴訟法，一則裁判機關爲民事法院，其程序必依民事訴訟法。故雖同一行爲，一面爲犯罪，一面爲侵權行爲，而其責任之追問，究完全截然劃分，不可絲毫相混，我國民國以來之法制，即係依此原則者也。雖然，刑事責任與民事責任，性質雖迥不相同，但其間接目的，亦適足以相輔，實行刑罰權，亦適足以慰藉被害人而有報應之目的，反是實行損害賠償請求權，亦足以懲戒加害人而有糾正之目

的。故各國立法例，劃分訴追之主體及程序，亦僅爲原則，莫不設有例外，使被害人亦得向刑事法院直接訴追刑事責任，或得於刑事訴訟程序一併訴追民事責任，前者稱曰自訴，後者稱曰附帶民事訴訟，蓋均爲我國現行制度所採用者也。（參照刑事訴訟法三三七以下五〇六以下）

註 新派學者，謂民刑事分化之原則，乃因社會之進化，遂形制度之分化，在往昔社會尙未進化之時，法律即爲刑法，故賠償亦與復仇同爲刑罰之手段；及社會漸次進化，客觀與主觀乃漸次分明，於是刑法之範圍漸次縮小，民法之範圍漸次擴張，民刑事分化，乃漸次深刻。民事責任之基本，全在客觀之實害，刑事責任之基本，則全在主觀之惡性；故依社會進化趨勢，以後民事責任當愈爲客觀化，刑事責任當愈爲主觀化。余謂此說於民刑事分化之基礎理論及民刑事責任於社會之進化趨勢，固均道却無餘；但民刑事責任，究均爲社會制度，且有相輔之功用，謂刑事之必全爲主觀化，而不注重於其客觀，民事之必全爲客觀化，而不注重於其主觀，亦未免一偏之見也。（民刑事責任之觀念現時尙係相同即同須有責任意思及責任能力）

#### 第四， 刑·法·與·刑·事·法。

廣稱曰刑事法，乃指關於刑事之法規全體，可大別之爲五：即（一）司法警察法，（二）刑罰執行法，（內以監獄法爲主）（三）刑事法院組織法，（四）刑事訴訟法，（五）刑法。故刑法乃爲刑事法之一種，且學者多

以前二種法規屬於普通行政或司法行政法規，而使之由刑事法除去；通常稱刑事法，尙僅指後之三者；其中又以刑事法院組織法及刑事訴訟法爲刑事程序法，以刑法爲刑事實體法。而本書所稱刑法，固均指此實質之意義，但刑法亦另有形式之意義，而指刑法法典者（後詳）本書研究之範圍，則只以刑法法典爲限。

#### 第五，刑法學與刑事法學。

自廣義言之，刑法學亦爲刑事法學之一種，然自狹義言之，則刑法學與刑事法學，乃各異其領域，刑法學又可稱曰刑法法律學，乃以刑法爲研究對象；又分爲沿革刑法學，比較刑法學，解釋刑法學，本書性質，乃屬於解釋刑法學，如前所述，係以刑法法典爲範圍，而分爲總則與分則上下二卷。至於刑事法學，又可稱曰刑法社會學，則以犯罪爲研究對象。其中最重要者，有刑事人類學，刑事社會學，刑事政策學，犯罪心理學，刑事審判心理學，法醫學，監獄學等，皆足爲刑法學之輔助科學也。

#### 第六，總則研究之範圍。

刑法第一編總則所規定者，乃爲刑法之一般適用，及犯罪並刑罰之一般原則。本卷研究之範圍，亦以此爲準。故於本論分爲三編，（一）刑法論，以研究第一章至第三章，而說明刑法之性質及適用，（二）犯罪論，以研究第四、五章及第八、九章，而說明犯罪之性質及適用，（三）刑罰論，以研究第七章及第十章至第十

四章，而說明刑罰之性質及適用。雖然，總則與分則，及總則前後各章，莫不有相互之關係，分爲編章論述，要僅爲其大體，至於各條之相互關係，固仍當於各該條論述之，尙望讀者注意也。

第七，本書研究之方法。

現時刑法學，如後所述，有新舊二派學派之爭，(Streit der Strafrechtsschulen) 其中各出有名將，各築有堅壘，已成持久戰，而有兩不相下之勢。舊派之立場，係着重於人類理性，而以惟心論爲出發點；新派之立場，係着重於人類本能，而以唯物論爲出發點。本書究將參戰何方？不但讀者當首爲注意，即著者亦當首爲聲明。竊以爲凡百學問，皆在研究真理，尤以科學爲然。惟以社會現象爲標的之社會科學，與以自然現象爲標的之自然科學，微有不同，所謂真理，往往只爲相對而非絕對。蓋法律政治經濟之爲物，原以人類理想爲基礎，以社會環境爲背景，根本即無絕對是非，則研究此等對象之法律學政治學經濟學，又安有絕對理論？於政治經濟之實際施設，既有極新之蘇維埃極左社會主義派，亦有極舊之法西締極右國家主義派，此二派於德法日諸國，亦各足以支配一部青年之思想，吾國現時思想界，亦久成新舊對抗之勢，然所謂舊，不過思想頑固之表徵，所謂新，不過思想浮薄之表徵，求其各對於新舊之真理，不固執而能理解，不盲從而能批評者，究所罕見。刑法學固爲一種科學，而以研究刑法之原理原則爲對象，然刑法究如前述，爲一種社會規範，而係以倫理之理想與社會之理想，採爲法律之理想。則吾人治刑法學者，亦

應將倫理之思潮，與社會之思潮，融爲法律之思潮。人類爲理性動物，故從新派主張，謂刑法非出發於個人改善，則刑法之功用，將失其半。社會爲生活工具，故從舊派主張，謂刑法不出發於社會防衛，則刑法之功用，亦將失其半。故自刑法立法言之，固不能偏於一端，應同時注意於一國民族固有之倫理思想與社會現象，以期制立於一國民族最能適應而最能調和之法律。自刑法治學言之，亦不可囿於一派，應同時注意於一般科學方法應有之分析研究與實証討論，以期創設於一國法典最爲精當最爲實用之法理。至於治刑法解釋學者，尤應如前述，特加一注意，即不能將刑事政策與刑法解釋，混爲一談。所謂刑法之原則，只能於刑法法條求之，不能於刑法學說求之。應用學理以解釋條文則可，牽強條文以附會學說則不可。或謂中國今日，假大羣而私小己，混是非而尙功利者，滔滔皆是，國家創制刑法，正應向若輩立威，學者講治學術，亦宜爲若輩說法，所謂明刑弼教，公私兩方而均須努力，則更爲吾書進一解矣。





# 本論

## 第一編 刑法論

### 第一章 刑法之觀念

#### 第一、刑法之意義。

刑法亦如其他法律，有次述二個意義：

(一)形式意義之刑法，亦稱狹義之刑法，乃專指一國以刑法名之法典。我國現時刑法法典，稱曰中華民國刑法，乃於中華民國十七年三月十日公布，同年九月一日施行。其以前適用之刑法法典，則稱曰中華民國刑法，乃於清宣統二年十二月廿五日公布，經於中華民國元年三月十日大總統令准暫行撥用，復於同年四月重行刪改頒行，通常又稱曰暫行新刑律。我國最初，法與律意義本屬相通，且所謂法或律，多指刑法。如爾雅釋詁曰：律者，法也；尚書呂刑，惟作五虐之刑曰法；又周末法家，即指刑家，李悝刑書，亦稱法經，此均足見古義法與律之意義同，且與刑法之意義同。然自商鞅著法典，改稱法為律後，自漢九章律以下，降及清代，均稱刑法法典曰刑律，清末起草各種法律時，仍區別法與律之意義，凡成為法典者，均稱曰律，而法則指其全體。如刑法，則指次述實質意義之刑法即刑法全體，刑律，則稱刑法法

典。此在歐洲，如德法等國用語亦同。（廣義刑法德稱 *Strafrecht* 法稱 *Droit pénal* 刑法法典則德稱 *Strafgesetzbuch* 法稱 *code pénal* 其民法用語亦同，參照拙著民法通義總則三頁）獨日本則仍沿我國法與律之古義，稱一種法律之法典曰法，稱該種法律全體亦曰法，我國現時用語亦然。故稱刑法法典不曰刑律，亦曰刑法。本書如前所述，乃專在解釋刑法法典，故所稱刑法，亦多爲此義。然亟宜注意者，刑法並不盡於刑法法典，且刑法法典大部分規定，雖亦與次述實質意義之刑法相符，乃實體法性質，即係規定刑法之原則與犯罪之要件及刑罰之範圍，畧言之，即規定實體刑罰權。（即刑罰之本體）但又有小部分規定亦爲程序法性質，即係規定刑罰之追訴與執行，略言之，即規定形式刑罰權。（即刑罰之實施）如刑法總則緩刑假釋時效之規定，分則告訴或請求乃論之規定均是。

（二）實質意義之刑法，亦稱廣義之刑法，學者就此所下定義，尙不一致，余以下述二說爲適當，即一謂刑法爲規定犯罪與刑罰之法律，一謂刑法爲規定實體刑罰權之法律，二說是也。此二說措詞雖有不同，內容實無不同。蓋犯罪及刑罰，無不待法律明文規定（參照一條即罪刑法定主義後詳）而國家對於犯罪科處刑罰之權，稱曰刑罰權，又分爲實體刑罰權與形式刑罰權（參照刑罰編第一章）自實體以規定刑罰權之發生者，則爲刑法；自形式以規定刑罰權之實施者，則爲刑事訴訟法。謂刑法爲規定犯罪與刑罰之法律，乃着眼於刑法之客觀關係；謂刑法爲規定實體刑罰權之法律，乃着眼於刑法之主

觀關係。故二說實屬內容相同，而尤以第一說爲足以表明刑法之本質。故余於二說中又取第一說。若從此說，則刑法並不止於刑法法典，凡規定罪刑之法律，均爲刑法。故稱此義之刑法爲實質意義之刑法，或廣義之刑法。刑法既爲規定罪刑之法律，故精確言之，應稱曰罪刑法，然各國均僅着眼於一方面，有稱爲罪法者，如英美是。(Criminal Law)有稱爲刑法者，如德法諸國是。(見前)我國則稱刑法或刑律，由來已久。故現行法亦稱刑法。茲姑從第一說定義，分析說明之如次：

甲， 刑法爲法律。

凡憲政國家，均將法律與命令嚴格區別，刑法必以法律形式制定之，我國舊約法第六條，及新約法第八條第一項，均載明人民非依法律不得處罰；故在我國現時，刑法必依立法程式以法律形式制定者，始爲有效；若以命令形式制定而單爲所謂有法律性質之命令者，不能有效，乃於解釋上毫無疑義者。不過他國先例，亦有許於法律所委任之範圍內，得以命令制定刑法者，我國舊約法第三十一條，亦定明大總統基於法律之委任，得發布命令，並得使發布之，又違警罰法第一條第二條，亦定明大總統發布之命令，得設一年半以下之徒刑或二月以下一月以上之拘役或二百元以下之罰金，又大總統使發布之命令，得設八月以下之徒刑或二月以下一月以上之拘役或百元以下之罰金，現時特種刑法，亦有爲命令性質者，(依刑法第九條亦足徵刑法得以命令定之)故此所謂法

律，可廣義解釋，除真正法律外，有法律性質之命令，亦可包含之。故學者又謂刑法為法令或法規者此也。(註)

註 凡刑法應以法律制定而僅以命令制定者，在前北京政府時類多稱曰條例，現時亦多沿之。

乙， 刑法為規定犯罪之法律。

犯罪之詳細觀念，當於後另編述之，要之，犯罪為行為，且為一種事實。夫行為於道德上為惡行者多矣，苟未經法律加以禁止，則僅為不德行為，而為單純事實；及其經法律禁止，則為不法行為，(即違法行為)而為法律事實。法律規定，可分為禁止規定 (Gebietendes Recht) 與許可規定 (Nichtgebietendes Recht) (參照拙著民法通義總則一八三頁) 刑法規定，即屬於禁止規定。違背禁止規定之違法行為，在民法則稱曰侵權行為或債務不履行，在刑法則稱曰犯罪。刑法即一面規定如何行為始為犯罪者，規定犯罪之一般要件及狀態者，總則之範圍也。規定犯罪之特別要件及狀態者，分則及其他特別規定之範圍也。治解釋刑法學者，研究犯罪，應於刑法立場，即以為法律事實而研究之，不應於科學立場，即以為自然事實而研究之。後者乃刑法社會學之範圍，非刑法律學之範圍也。

丙， 刑法為規定刑罰之法律。

刑罰之詳細觀念，亦當於後另編述之，要之，刑罰爲一種制裁。惡行應得惡報，乃有人類以來道德上不易之觀念，但對於惡行，即令事實上予以報應，亦僅屬事實結果，必須法律上予以報應，始爲法律效果，此即稱曰制裁。法律規定，又可分爲強制規定（*Zwingendes Recht*）與任意規定（*Nichtzwingendes Recht*）（參照拙著民法總則一八二頁）禁止規定類多同時爲強制規定，即凡禁止之行為，莫不強制其勿爲，而於其違反時，加以一定制裁。（註）然違法行爲之應受制裁者，亦不一其類；有單以之爲無效者，亦有僅使負賠償義務者，民法所規定之違法行爲均屬於此，即有進而處之以罰者，罰亦有種種：大別之爲秩序罰，強制罰，懲戒罰，刑罰，四種。（參照刑罰論說明）獨其中之刑罰，乃爲對於犯罪之法律事實所付與之法律效果，故刑法又係一面爲規定刑罰之法律，規定刑罰之種類，并其適用如何者，總則之範圍也；規定具體犯罪之應科具體刑罰者，分則及其他特別規定之範圍也，此項刑法之法律效果（結果）與犯罪之法律事實（原因）是否相適應，乃爲立法者司法者講法者所應共同努力之點。又宜注意者，規定刑罰者，除刑法外，尚有特別規定，有全以單行法規規定者，亦有僅於他之民商事法規或行政法規中規定者；此等法令中所規定之罰則，亦有爲刑罰者，亦有爲他種之罰者，區別之標準，惟有視其所定之罰是否合於刑法總則所定之刑名而已。如所定之罰合於刑法總則所定之刑名，則原則尚應適用刑法總則之規定。（參照九條後詳）

註 以制裁強制遵守禁止規定者，又可稱曰制裁規定。在刑法通常均係合禁止規定與制裁規定爲一體而規定之。然亦有不然者，又有二種：有先以他法制定禁止規定，後由刑法定制裁規定者；有先由刑法定制裁規定後以他法制定禁止規定者；此後者學說上稱曰空白刑罰法規，(Blanquetstrafgesetze) 亦曰開放刑罰法規，(Offene Strafgesetze) 我國刑法中亦有此規定，如第一百二十五條第二百零六條等是也。

## 第二， 刑法之性質。

刑法於法律上屬何性質，可分述之如次：

### (一) 刑法爲國內法。

法律首分爲國際法與國內法。國際法，乃謂適用於國際團體間之法律，現時只有國際公法。至國內法，乃謂在一國主權下所施行之法律。通常所謂法律，均指國內法。刑法爲規定犯罪與刑罰之法律，何者爲犯罪，應處如何刑罰，固因一國之國家觀念及社會觀念而有不同，但犯罪究爲惡行，刑罰爲對於惡行之制裁，如何惡行，應加如何制裁，在進化程度相同之社會，究有其共通性，故刑法亦有共通之趨勢，現時關於刑法，自一八七二年已成立國際刑罰會議，至一九三〇年已開第十次會議，我國亦已迭次參加，足徵文明國刑法之應共同討論，一致制定。然現時各國刑法，究仍爲國內法。蓋刑法所規定之刑

罰權，亦不過一國主權之作用，其僅於一國主權所及之範圍內適用，乃屬當然。刑法第四條至第八條，雖亦規定國外犯罪得適用我國刑法，究不能因此即謂刑法有國際法之性質也。

(二) 刑法爲公法。

公私法能否分類？並應如何分類？學說上尙屬紛紜。以余所信，法律應分爲公法與私法，且其區別標準，應以前者爲規定統治關係之法律，後者爲規定非統治關係之法律。（參照拙著民法通義總則四至五頁）刑法係規定刑罰權者，乃爲國家對於人民行使統治權之關係，自屬公法性質。

(三) 刑法爲實體法。

法律分爲實體法與程序法。實體法乃規定權利本體之法律，程序法乃規定權利實行之法律，故刑法爲實體法，刑事訴訟法爲程序法，而刑法律典亦有一部含有程序法，此均已於前述。

(四) 刑法有普通法與特別法。

法律分爲普通法與特別法，特別法應優先普通法適用，此一般之原則也。刑法亦然。刑法律典，普通法也。其他單行刑法或散見於他法中之刑法，特別刑法也。前者，乃對於一般之人與地及事適用者。且其總則規定，除特別法特有除外規定外，亦應適用於該法。（九）後者，乃對於特別之人（如陸海空刑法）或特別之地（如蒙古之理藩則例青海之番例條款）或特別之事（如危害民國緊急治罪法懲治盜



匪暫行條例)適用者。惟茲宜注意者，所謂普通法與特別法，究僅相對而非絕對，故如同一普通刑法，其分則中即亦有因特定之人(身分或業務)或事(行為)而有普通規定與特別規定之分者。又如同  
一特別刑法，亦有關於人或地與事而應一般適用，即亦得稱為普通規定。

## 第二章 刑法之沿革

刑法發達最早，乃有社會法律，即有刑法，已於前述。(參照緒論)刑法既係規定反社會行為之制裁，自最含有社會性，故其發達乃因社會及時代而有不同。詳論各國刑法之沿革，非屬本書之範圍，茲僅述一般刑法之進化及我國刑法之沿革。

### 第一，一般刑法之進化。

學者論歐洲刑法之進化，恆分爲四時期；此不僅歐洲刑法進化之趨勢爲然，即一般刑法進化之趨勢亦然。試分述之：

#### (1) 復仇時代(Periode de Vengeance)

此爲人類原始時代之刑法，又可分爲二時期。即係由復仇法時期進而爲贖罪法時期。申言之，即由復仇狀態，更進而爲賠償制度。在此時代，人類雖已形成社會，但尙未形成國家，所謂刑罰，仍不脫私人的報復之色彩。故學者又稱此時代曰私刑時代。此時代之刑罰，又可從二方面觀察之。甲，對內關係之刑

罰，即一家族之家長，或一種族之酋長，本於其對團體員之支配權之作用所施行者。乙，對外關係之刑罰，即一家族或一種族於受他團體之侵害時，以此方對他方報復之作用所施行者。學者着眼於後之關係，故稱曰復仇時代。且通說均謂近代刑法之發達，係基因於此關係。要之，野蠻時代對於他人侵害之反動，最初只為個人對個人之報復。更進一步，乃為酋長對個人之懲罰，與團體對團體之爭鬪。在此時代，刑罰即刑事責任，與賠償即民事責任，乃全無區別。其進化狀態，又可如左述：

甲，對內關係之懲罰，即酋長對團體員之刑罰權，乃在維持團體內之秩序。此與現代刑法之趣旨相同。其所用方法，與對外者異，非為復仇，而在將犯人由其和平的團體 (Friedensgenossenschaft) 排斥。其在富於宗教心之種族，以犯罪為瀆神，而以之為供神之犧牲；在薄於宗教心之種族，將犯人由其團體放逐；均為當時排斥犯人之一方式也。至對外關係之復仇，乃係由個人的復仇進而為血族的復仇 (Blutrache, Gruppenrache) 而為所謂對外爭鬪 (Bekämpfung des Fremden) 其趣旨殆與今日之國際戰爭無異，而在防衛種族之生存。故此時代之刑法，不問係為對內或對外關係，均與現代刑法之趣旨相同，而在維持社會之秩序，防衛社會之存在，不過其所用之方式微有不同而已。

乙，當時雖已形成社會中心力，然尚屬雛形，故刑罰權之實行，尚有待於個人之行動。故此時之刑事

訴訟程序，乃屬初步之告劾主義；(Systeme accusatoire, saksuatorisches Verfahren)即係由被害人為原告，加害人為被告，取追訴及辯論並公開之方式，審判官則僅介於其間以為裁判而已。此種制度，即為現代刑事訴訟所採告劾主義之起源，亦即為民事損害賠償制度之起源。

丙，現時刑法之趣旨，固在適於社會之要求，合與於正義之觀念；在當時復仇之趣旨，亦屬相同。蓋復仇自客觀言之，乃由於生物保全自己之本能，自主觀言之，乃基於人類惡因惡報之公道。故在此時，有仇而不知報，乃為人所不齒，至受社會排斥之例，亦往往有之。

丁，及社會進化，中心力愈強，統一力愈大，刑法亦呈轉化，即對於復仇，亦設有適當之限制。其一，對於復仇者與被復仇者之範圍加以限制。其二，對於復仇之程度加以限制。如古時所謂以目報目以齒報齒(eye for eye, tooth for tooth)之反坐法，(Lex Talionis)見於漢母拉比(Hammurabi)與摩西(Moses)之法律中者，雖一面近於苛酷，一面亦為殘忍復仇之一限制也。其三，復仇必須公許，其四，認逃避所(asile, Asyle)之制度，犯人一入寺廟，則不得追捕，又如摩西(Moses)之法律中，尚有避難市(City of refuge)之制度，許犯人得避入市內以免復仇，凡此皆因社會進步，遂對於復仇，亦知設限制以矯正流弊也。

戊，及社會更形進步，刑法更呈一轉化，即由復仇法進而為贖罪法，乃有所謂賠償金(Compositio,

composition, Wehrgeld) 之制度。此又有三段變遷。即第一時期，受賠償與否，聽諸當事人之任意。第二時期，則由法律加被害人或其親屬有受賠償之義務。第三時期，則更進而由法律制定其賠償額。此進化現象，均足徵社會統一力愈增，且經濟方面，已知有貨幣之利用，蓋已漸脫野蠻時代而進於文明時代矣。

已，贖罪法時代，尙有二進化狀態，而應注意者。其一，發生可贖罪與不可贖罪之區別，即已認一定犯罪爲對於社會全體之侵害，非對於個人賠償即足以制裁。其二，發生個人贖金與君主贖金之區別，即其賠償金除以爲對於個人侵害之賠償外，並以爲對於社會侵害之處罰，一則由個人受之，一則由君主徵之。於是民事責任與刑事責任，至是乃知具體分化矣。

(二) 威嚇時代。(période d'intimidation)

社會已進而形成國家，於是有人類文明時代之刑法，此時期又可稱曰公刑時代，或嚴刑時代。蓋斯時社會中心力，已進而形成國家權力。對於侵害法益之反動作用，亦由個人而移於國家。復仇及賠償，乃一變而爲國家的刑罰。(Staatliche strafe) 且此時有一特色，即其刑罰極其峻酷。蓋方圖國家權力之發展，遂不遑計及個人利益之充實。制立嚴刑酷罰，以期刑以止刑，亦自然之勢也。威嚇時代刑法之進化狀態，又可分述如次：

甲，由賠償制度更進而為刑罰制度。蓋以經濟狀態進步，遂致財產分配不均，犯人多為無資產者，賠償制度，往往不能達其目的，於是有使犯人感其身體上苦痛之必要，而身體生命之刑生矣。

乙，國家的刑罰之發達，乃至形成刑罰之客觀化，(Objektivierung der Strafe)即刑罰恆由第三者判定而執行，夫然後能期其公平與正確，夫然後刑罰為團體生活之工具始能明確顯其功用。

丙，當時之國家組織，尚為所謂警察國(Polizstaat)人民在法律上對國家不得主張權利，法律僅為官吏之執務規則，不使人民知之；於是探罪刑擅斷主義。如何之行爲為罪？應科以如何之刑，一准官吏以己意判定之而已。

丁，當時之刑事訴訟，亦採糾問主義，(systeme inquisitoire, inquisitorische Verfahren)審判者已非當事人之仲裁者；凡知有犯罪，即依職權而自行審判，並無待乎之被害人之追訴也。

(三) 博愛時代。(periode humanitaire)

此為人類文化極盛時代之刑法，前世紀即屬於此時代，又可稱曰寬刑時代。即人類不但能形成國家，且能充實個人；乃有個人思想之覺醒與個人主義之勃興，而盛倡人權自由諸說；謂社會及國家，不過為個人而存在；刑罰組織，亦應力主寬大，而發揮人類博愛之精神；尤以對於社會侵害之反動，務期緩和之，而一捨從來之威嚇主義焉。

博愛時代刑法之進化狀態，亦可分述如次：

甲，當時個人主義發達，人權思想亦為發達，刑法上遂亦大受其影響，法國人權宣言第八條，乃成為憲法上之原則，所謂罪刑法定主義，亦因以確立。

乙，刑罰之寬大，一面固係因於威嚇主義之反動，一面亦係因於自由思想之發達，當時均確信團體係為個人存在，故為團體以害個人自由之事，當力避之。

丙，刑法至此時代，始具有學理之系統，蓋因文化之勃興，凡百學問，始能為合理之考察與組織之研究也。

丁，當時之刑事訴訟，乃又轉而為進步之告劾主義，亦可稱曰當事人訴訟主義。即首須由檢察官為原告以起訴，次須使兩造辯論，法院則全為第三人以裁判之是也。

#### (四) 科學時代 (periode scientifique)

此為人類科學昌明時代之刑法。現世紀即屬於此時期。蓋因科學進步，確認社會有獨立之存在；同時對於犯罪及犯人，依生物學及社會學的研究，以明其本質，並講社會防衛之方法；於是刑事組織，亦呈特色，即因刑罰寬嚴之調和，與刑事政策之樹立，一面尊重個人利益，一面更注意社會防衛。科學時代刑法之進化狀態，又可如次述：

甲，從前之見解，對於犯罪，係以之與犯人分離而抽象的觀察之，且以之與社會分離而論理的解說之。及現時科學進步，乃異其趣；對於犯罪，乃就犯人，以爲生物學的研究，並就環境，以爲社會學的考察；於是關於罪刑之基本思想，爲之一變。

乙，以前均認社會係爲個人存在，今則認社會有其獨立存在。於是刑法理論之基礎，亦已由個人本位之報應主義而入於社會本位之預防主義。

丙，現時刑事政策新立之起因有二，其一，以前刑法鎮壓之效果殊少，累犯之增加甚著，其二，犯罪之原因，自生物學及社會學研究之結果，發見於刑罰外有另講預防制度之必要。

丁，調和刑罰之寬嚴，即對於一定犯罪，（如累犯）自防衛社會之見地，則須取其嚴，對於他種犯罪，（如偶發犯）自尊重個人之見地，又須取其寬，是也。

要之，綜觀刑法之進化，復仇及威嚇二時代，爲反射的；博愛及科學二時代，則爲自覺的。又復仇及博愛二時代，係以個人爲中心。威嚇時代，則係以社會爲中心。科學時代，則係以社會及個人並爲中心。又復仇威嚇博愛三時代，均係以報應主義爲本旨，科學時代，則係以預防主義爲本旨。

## 第二，我國刑法之沿革。

我國見稱爲世界五大法系之一，其特以著名者，即爲刑法。故我國一部法制史，亦可謂爲一部刑法史。上

述一般刑法進化之徵象，求之於我國刑法史，亦未嘗不可得同一反映，惟我國刑法沿革，亦有足述者。茲試分爲左列三時代說明之。

(一) 古法時代。

此指自上古至秦末，乃爲我國刑法之萌芽時代，又可稱曰不文法時代。此時代之特徵，即在只有刑制而無刑典，只有法理（沿新民法所稱，舊稱曰條理）而無法條。乃係漸由復仇時代而進於威嚇時代。故當時所用之刑，均甚殘酷。宮刑亦爲五刑之一（註）且係採罪刑擅斷主義，除個人意見外，亦惟有依據成例與情理。故至漢初，尙有所謂春秋斷獄之說。至刑罰制度，究係創自何時，亦無專書可考，或謂始自黃帝，所謂唐虞制令，皋陶作士，禹刑湯令，湯周刑書，亦僅有其名稱。然至此時代末期，則刑法學說，實爲極盛。申韓商李均爲當時大家，刑法學且蔚爲一流，直陵儒學家而上之，此亦爲我國刑法沿革上之一異彩也。

註 所謂五刑，即墨，劓，宮，剕，大辟（即斬）傳係由苗族傳來，多用於異族，對於本族，仍主王道與禮化。及至周公制禮，則更形寬大，及孔子，則更主以禮代刑。此種思潮，亦不可不知也。

(二) 舊法時代。

此指我國漢初至清末，乃爲我國刑法之成熟時代，又可稱曰成交法時代。我國刑法法典，雖肇始於李



俚之法經及商鞅之秦律，然大具規模者，究爲蕭何之九章律，此即所謂漢律。由是而魏晉以迄隋唐，歷代迭著有刑律，而以唐律爲集其大成。後此宋元明清諸律，均係沿此。此時代之特徵，乃係相對採罪刑法定主義；即判定罪刑，一面須依律例，一面仍許比引，該法典之編制，雖係治民刑事實體法訴訟法及組織法行政法於一爐，然究以刑法爲主，至其所採主義，亦可謂已漸由威嚇主義而進於博愛主義，尤於生命刑極爲慎重。蓋本我國固有之精神，著爲系統之典制，亦於全世界刑法上，不失其爲一偉大之法典也。

### (三) 新法時代。

此即指民國以來適用新刑法之時代而言。又有新舊二法，舊法，即暫行新刑律，清季由修訂法律館起草，其公布及施行日期，已於前述。新法，即中華民國刑法，係前北京修訂法律館，就暫行刑律修正，有二次草案，後又經國民政府增訂，其公布及施行日期，亦已於前述。舊刑律即係採各國刑法體例及主義，並斟酌我國固有思想，新刑法亦大致相同，不過體例更較完整，內容更較充實，且參酌時代思潮。然與其謂爲新派刑法，毋寧謂爲新舊折衷派或偏於舊派之刑法。蓋按諸我國現時社會，亦有不得不然者也。

## 第三章 刑法之學派

舉凡社會之刑罰制度，莫不有其基礎理論，然對於犯罪及刑罰之基礎原則，加以理論研究，演爲系統說明，而形成所謂刑法學者，則在歐洲乃自十八世紀刑法之博愛時代始，爾來分爲舊派與新派二大學派，一則以哲學爲基礎，而爲惟心的，抽象的；一則以科學爲基礎，而爲惟物的，實証的。茲試述此二大派之梗概於後：

### 第一，舊派。(école classique, Klassische Schule)

舊派亦稱正統派或正義派。蓋自十八世紀以來，以思想革新之盛，哲學亦極爲發達，其基礎理論，乃爲個人主義與自由主義。前者力倡個人之實在，否認社會之實在，謂社會僅屬爲個人而存立之狀態。後者，以人爲自由意思之主體，皆依理性之所要求而得自由行動者。此種思想，衍而爲社會契約說，爲人權天賦說，以至有人權宣言，而開十九世之新生面。刑法理論，亦受其影響，而採報應主義與客觀主義。茲述其要旨如次：

(一) 凡人達於一定年齡，其精神應爲健全，除特有異狀者外，皆有依理性自由行動之意思，故此說又稱曰**意思自由說**。(indeterminismus)

(二) 人既有判斷善惡之自由意思，乃竟反乎理性以爲惡，其行爲自得認爲犯罪以受刑罰，蓋所謂惡行應得惡報，故此說又稱曰**報應主義**。(theorie der Vergeltung)

(三) 凡人之自由意思，均屬相同，犯罪既係出於自由意思，自亦屬相同，故科問責任之刑罰，自只應以

客觀之犯罪爲準，而不應以主觀之犯人爲準；故犯罪僅爲單純之法律事實，爲其法律效果之刑罰，僅與之適應已足；只能計及犯罪事實之輕重，不能計及犯人惡性之大小，故此說又稱曰客觀主義。（

Objective Theorie)

舊派之理論，允能道破刑法理論之一面，而其最大功績，即在其能表彰刑法學爲法律學。蓋刑法既爲法律，即亦爲規範。規範即係以人類之自由意思及理性觀念爲出發點。謂犯罪爲出於自由意思之惡行，刑罰爲反乎理性觀念之惡報。要亦不能不謂爲道破一面真理，而自法律學上言之，亦爲成一系統之理論也。惟此派之缺點，則在重視客觀，蔑視主觀，且囿於形式，疎於實証，而對於犯罪之原因及犯人之個性，不一加意，尤爲其大可非議之點。我國現行刑法，仍大致與舊暫行刑律同，係斟酌現時社會狀況及舊律固有精神，而採用舊派之理論爲多。故其關於責任條件，（即故意過失）仍係採取意思主義及容許主義，而非採取觀念主義。（參照二六，二七後詳）關於責任能力，亦得認爲意思能力，非可認爲刑罰能力。（參照三〇至三三後詳）尤於分則，採形式主義及客觀主義者，尤爲不少。然同時對於後述新派理論亦相當採用，如刑法第七十六條等均是要亦期補正正義派之缺點者也。（註）

註 近代爲刑法之理論的研究者，乃自倍加利（Cesare Beccaria 1738—1794）始。其所著之「犯罪及刑罰論」[Dei delitti e delle pene 1764]主張社會契約說，刑罰權乃係社會之各員，以其自己

之防衛權，讓與於社會；故此權應以正義及社會之必要爲限度，刑罰僅於維持一般安寧不得已之範圍內，方爲正當。因以非議當時刑罰之過酷，刑罰只應加於犯人一身，且罪刑之間，亦應適相權衡云云。

## 第二，新派。(Ecole nouvelle, neue od, moderne Schule)

新派亦稱科學派，或實證學派。蓋至十九世之中葉，因自然科學之勃興與進化論之倡導，刑法上之理論，大受其影響，而至採目的主義與主觀主義。茲試述其要旨如次：

- (一) 人非同等有自由之意思，其意思乃因個人之性格(個人的原因)與環境(社會的原因)而決定。故係爲必至的法則所支配。蓋一反意思自由說。故此說又可稱曰意思必至說。(Determinismus)
- (二) 故犯罪乃實發生於個人與社會之原因；申言之，人之犯罪，不外其精神狀況異於常人，環境有以逼迫而已。

(三) 犯罪既係由於社會原因，則欲減少犯罪，自應改良社會。又係由於個人原因，則應區別其爲病態的，習慣的，偶發的，而講求治癒之策。且刑罰不過防衛社會之手段，故刑罰之裁量，應視犯人之惡性，申言之，即其於社會之危險性如何以決定之。故此說又可稱曰目的主義。(Theorie der Zweckstrafe) 及主觀主義。(Subjective Theorie)

新派中又有二派。其第一派，乃自人類學之見地以爲研究，故又稱曰刑事人類學派（*école d'anthropologie Criminelle*, *Kriminalanthropologische Schule*）以其發源於意大利，故又稱曰意大利派。（註一）第二派，乃自社會學之見地以爲研究，故又稱曰刑事社會學派（*école sociologique, soziologische Schule*）則係創自法德二國學者。其研究之方法及精神，雖屬與前派相同，但見前派主張過誇，見解過偏，乃又於自然科學之研究外，更參以法律之研究者也。（註二）

註一 就犯罪爲新研究者，乃自龍布羅梭（*Cesare Lombroso 1836—1909*）始。其所著之「犯罪人論」（*L'uomo delinquente 1876*）乃自生物學以研究犯罪人，而謂其爲不能適應社會進化之人。其說後竟風靡學界，繼此而起者，則有斐麗（*F. Ferr*）及加羅法羅（*R. Garofalo*）由此等學者成爲意大利派。

註二 不滿於生物學研究而別爲社會學研究者，於德以李斯特（*Franz von List 1861—1919*）爲最著。於法以喀羅（*René Garrand*）於比以白林斯（*Adolphe Prins 1845—1919*）爲最著。

新派之理論，又能道破刑法之又一面，而其最大功績，即在能依自然科學之研究，以明犯罪之性質。乃使吾人知犯罪不僅爲法律事實，且爲自然事實，故應斟酌犯人之個性，顧慮環境之情形，又刑罰亦不僅爲法律效果而爲社會效果，故應排斥個人之報應，注意社會之預防。凡此均爲此派之特色，但此種議論，乃

爲刑事政策與立法問題。至於刑法究不可忘其爲法律，吾人治解釋刑法學者，與其以爲法則（自然事實）即社會學或人類學而研究之，毋寧以爲規範（行爲準則）即法律學而研究之。而吾人有相當健全精神，對於自己行爲，即應有相當識別能力，負相當反應責任，此爲古今來不易之理，新派竟獨持異說，概予否認，要亦爲吾人所難首肯者。

#### 第四章 刑法之淵源

##### 第一 刑法淵源之意義。

刑法之淵源，(Die quellen der strafrechte)亦如其他法律之淵源，有二個意義。一謂發生法之效力之原動力，是爲第一淵源。自此義言之，則刑法亦如其他法律，同爲國家之意思。一謂表現法之效力之形式，是爲第二淵源。通常稱法律之源淵，均指此義。自此義言之，則爲實質意義的刑法之種類如何之問題，關於此點，立法主義有二：

##### (一) 罪刑擅定主義。(principe d'arbitraire)

即對於犯罪及刑罰，許審判官得自由裁判，無待法律有明文規定。此至博愛時代爲止，均係從此主義。蓋以前法律不備，凡百罪惡，未必均有明文，勢必須使審判官得因應事情而爲適當之懲處，斯裁判威信始能發揮，社會秩序始能確保，要爲當時不得已之辦法也。

我國至舊暫行刑律爲止，亦係相對採用此主義。如唐律，諸斷罪而無正條，其應出罪者，則達重以明輕，其應入罪者，則舉輕以明重，諸斷罪皆須具引律令格式正文。又明律，凡律令賅載不盡事理，若斷罪而無正條者，引律比附，應加應減，定擬罪名，轉達刑部議定奏聞，若輒斷決至罪有出入者，以故失論。清律亦同。是判斷罪刑，原則尙「具引正條」，即依次述罪刑法定主義。若無正條時，仍許「引律比附，酌擬罪名」，則又相對依罪刑擅定主義者也。

(一) 罪刑法定主義。(principe de la légalité des délits et des peines)

即對於犯罪及刑罰，概須法律以明文規定，不許審判官專擅判斷也。此在歐洲，希臘學者即有無法律則無犯罪，無法律亦無刑罰(Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege)之格言。然嚴行此主義者，仍自博愛時代始。蓋自法儒孟德斯鳩(Montesquieu)目擊當時審判官之擅作威福，力主司法應與立法獨立，爲保護人民之權利與自由，須制定成文刑法，其說風靡一時，且至衍爲歐洲革命。嗣後人權宣言(The Declaration of rights of man)乃採此主義，爾來遂成爲憲法上之大原則。凡成文憲法，莫不定此原則爲明文。以外更多於刑法定有相呼應之條文。即偶於刑法不設明文者，亦因視此爲當然原則。我國新舊約法即亦就此定有明文。(見前)暫行刑律第十條，亦載法律無正條者不問何種行爲不爲罪，現行刑法第一條，亦係標明此原則者也。

罪刑法定主義，較之罪刑擅斷主義，其得失略如次述：

甲，依罪刑法定主義，則判斷罪刑，概須依據法律，斯符司法與立法分立之本旨。若依罪刑擅斷主義，則審判官可以任意擬斷罪刑，不啻與審判官以制定法律之權。此二者之得失一。

乙，依罪刑法定主義，人民非依法律不得處罰，斯其權利得所保障。依罪刑擅斷主義，則官吏得以一己意見處罰，人民權利均可隨時蹂躪。此二者之得失二。

丙，依罪刑法定主義，使人民均悉何種行為為犯罪，將受何種刑罰，而知有所儆戒。依罪刑擅斷主義，則係不教而誅，人民隨時均可身受刑辟，危險孰甚？此二者之得失三。

丁，依罪刑法定主義，則審判者有所準據，裁判可收統一公平之效。依罪刑擅斷主義，則審判者得任意出入，不肖者將因緣為奸，賢者亦難免因主觀而寬嚴各異。此二者之得失四。

## 第二， 刑罰淵源之要件。

刑法第一條，明定「行為時之法律，無明文科以刑罰者，其行為不為罪。」（註一）本條雖係一面揭示法律不溯既往之原則（後詳）亦係一面揭示罪刑法定之原則。依此規定，是凡犯罪及刑罰，均須有法律明文，所謂法律明文，即舊律之所謂正條，乃將往時引律比附之制，全為廢止（註二）故現時刑法淵源之要件，應如次述：



註一 刑法有稱「不爲罪」者，如本條是。有稱「不罰」者，如第二十四條，第三十條第一項，第三十四條至第三十七條第一項均是。此二者雖於刑事訴訟法上無甚區別，同應爲不起訴之處分，或諭知無罪之判決。（參照刑訴二四四三三一六）但在刑法，則大有區別，即一則係犯罪是否成立之問題，一則係犯罪應否處罰之問題；申言之，在前者，則於一般均不成犯罪，在後者，則於一般本成犯罪，但於具體，該犯罪行爲因無責任而不應處罰，故二者宜分別觀之也。

註二 蘇俄刑法（一九二六年）第十六條又設有拋棄罪刑法定主義之規定，仍如我國舊律許比附援引。

（一）實質要件。

須科以刑罰。故一定違法行爲，雖經明文科以一定制裁，甚至特標明爲罰則而規定之，苟該制裁之性質，非爲刑罰，申言之，即不合於刑法總則所定之刑名（參照九，四八至五〇）則該規定即非實質意義之刑法，而不能爲刑法淵源。

（二）形式要件。

此須具備次述二要件。

甲，須有明文。

此爲法條所明定，所謂明文，即成文法是也。故刑法淵源，與民法不同。民法第一條，明定民事，法律所未規定者，依習慣，無習慣者，依法理。（參照拙著民法通義總則七頁以下）刑法第一條則與是反，只限於法律明文。茲試附帶就次示諸點一述之。

1. 在民法，成文法之中，尙有所謂自治法及國際條約諸問題。自治法得爲民法淵源，乃爲學說所不爭者。得以自治法制定刑法否？刑法學者尙鮮道及者，以余見，此爲一國之憲法問題，我國現時，嚴格言之，自不能認自治法規內得有刑法規定。國際條約，其中涉及私權或刑罰者，是否得逕爲民法淵源？乃爲國際法學者及民法學者所爭執之問題，余以通說爲是。即通說謂國際條約僅爲國家與國家間之契約，其效力只能拘束爲其當事人之國家，不能拘束其國家內之人民，故即其內容實會規定私權關係或刑罰制裁，要亦不能逕認之爲民法，故國際條約或慣例，不能爲刑法淵源。（參照拙著民法通義總則一〇頁）

2. 民法均係由習慣法發達，乃爲法律哲學及法制史學者所公認。然自進化之歷程言之，則二法實屬相反，即民法，在現時，習慣法仍爲其重要淵源。若刑法，則已絕對排除習慣法。文明諸國中，除少數者外，（註一）固無有認習慣法爲刑法淵源者。故學者恒謂刑罰法規，不能因慣用（*consuetudo*）而成立，亦不能因不用（*Disuetudo*）而廢止。（註二）惟茲宜注意者，習慣法及習慣，雖不

能直接形成刑法，然因其他法令所認之習慣法或習慣，如民法等，因其內容變更，所及於刑法之影響，亦有二點。即 a，有因直接影響於刑法法條所包含之事實關係而致刑法之內容亦為變更者。b，有因其他法律之觀念或內容有變更，而間接影響於刑法之解釋或刑罰之適用者。（註二）

註一，如現時英國之普通法，（Common Law）即尚為習慣法為刑法淵源之例。

註二，學者中亦有主張刑法得因不用而廢止者。

註三，習慣法及習慣，於解釋刑法，不能全然排斥，及公共秩序善良風俗之觀念，足以支配刑法，均參照後犯罪要件章內之說明。

3. 法理，在民法雖亦不能為法源，（參照拙著民法通義總則一六，一七頁）然民事得依法理，乃為法條所明定。至刑事，在罪刑擅定主義時代，即亦係依據法理，而在罪刑法定主義時代，則絕不能依據法理，固無容疑。

4. 最高法院判例解釋，在民法亦不能視為法源，在刑法更不待言。故只有統一解釋之效力，而無形成法律之效力。

5. 學說，如古時之羅馬，日耳曼，及現時之瑞士，固亦有認之者。此雖足為刑法淵源之例，然在一般國家，只能為解釋之參考，供立法之材料，自無待言。

乙，須爲法律。

此亦爲法條所明定。此條乃與約法第八條第一項相呼應之條文。既標明須爲法律，嚴格言之，凡以命令制定刑罰，自不能認其有效而以爲刑法淵源，故雖有成文而未經合法之立法程序以法律形式制定，要亦不能爲刑法淵源。（參照刑法觀念之說明）惟此所謂法律，不必限於刑法法典，即特別刑法亦可。不過凡科以刑罰，均須爲法律而已。

刑事訴訟法，亦有與本條相呼應之明文，即同法第三百二十四條第五款，定明科刑判決應於理由記載適用之法律，故判科刑事責任與判科民事責任，尙有不同，後者雖亦應適用法律，但不必特於判決理由記載適用之法律，前者則不但應適用法律，並應於判決理由記載適用之法律，否則爲理由不備，得爲上訴或非常上訴理由。（參照刑事訴訟法三九一、三九二、三九三並拙著刑事訴訟法通義三五七頁）

罪刑法定主義，亦有次述二種區別：  
甲，絕對犯罪法定主義與相對犯罪法定主義。

即一則對於犯罪概須定有明文；一則對於犯罪尙許比附援引。我國至清律爲止，乃採第二主義，舊暫行刑律及現行刑法，則採第一主義。

乙、絕對刑罰法定主義，與相對刑罰法定主義。

即一則對於刑罰只定唯一種類；一則對於刑罰只定一定範圍。我國清律以前諸律，採第一主義者甚多。舊暫行刑律及現行刑法，則以第二主義為原則，僅於少數例外採第一主義，蓋自由裁量主義，亦為近代刑法之大原則也。（註）

註：現行刑法採用自由裁量主義，尚嫌範圍稍狹，蓋亦因目前情事有不得已耳。

我國舊時所謂「比附援引」，不外解釋刑法之方法，又可分為二種：

甲、有為類推解釋者。（參照刑法解釋章說明）用於此方法者為多。現時仍許用類推解釋否？在以前刑法學者，乃一致否認。輒近少數學者，則有異說。在我國刑法，仍以從通說為是。（註一，二）

註一、刑律第十條明定法律無正條者不論何種行為不為罪，自不得比附援引以為科斷。（前大理院統字第一一三一號解釋）

註二、民法許類推解釋，乃無異說。

乙、有為當然解釋者。（又稱勿論解釋，亦參照刑法解釋章說明）舊律用於此方法者亦不少。如前述唐律所謂出罪達重以明輕入罪舉輕以明重，即當然解釋。現時刑法，仍許用此方法解釋，則學說上尙少異說，余亦從之。（註）

註 查刑律以罰未遂爲原則，罰預備陰謀爲例外，而據勿論解釋，則刑律對於準未遂犯之着手中止犯，既有第十八條得免除或減輕本刑之規定，而對於着手前陰謀中止行爲，並無處罰明文，自係不以爲罪之意。（前大理院之年非字七〇號判例）

最後尙有一應注意之問題，即法律之錯誤是也。此又有二種：

甲，立法上之錯誤，（*Redaktionsverschähen*）即係立法者意見錯誤之時，此應適用惡法亦爲法律之原則，刑法中有此等規定，亦應以爲法源而適用之，不過審判官仍得依解釋方法以爲相當之糾正。

乙，印刷上之錯誤，（*Druckfehler*）即係法條頒布於公報時，文字印刷有錯誤也。此則不能認有刑法存在，而以之爲法源，應糾正適用之。（註）

註 刑法第三百三十一條內載犯第三百二十六條之罪者褫奪公權，原文六字顯係一字之誤，非立法者別有用意。（前大理院統字二〇四號解釋）

### 第三， 刑法淵源之種類。

英儒麥因（*Maia*）嘗謂半開化之國，民法少而刑法多，開化之國，民法多而刑法少。孔子亦云，齊之以刑，民免而無恥，導之以禮，有恥且格。又周禮亦有三典之說，刑新國用輕典，刑平國用中典，刑亂國用重典。故一國刑法，要應力避苛繁。我國現時刑法，實難免有屋上架屋之嫌。（最近尙廢止特別刑法多種）蓋亦不

外亂國重典之義。茲試舉其別為獨立法律而較為重要者如次；至於散見於他法中之刑法，則不贅述。

- 一 中華民國刑法（中華民國十七年三月十日國民政府公布同年九月一日施行）
- 二 中華民國刑法施行條例（中華民國十七年六月五日國民政府公布同年九月一日施行）
- 三 危害民國緊急治罪法（中華民國二十年一月三十一日國民政府公布同年三月一日施行）
- 四 懲治盜匪暫行條例（中華民國十六年十二月八日國民政府公布同日施行以後迭次延展其施行期限）
- 五 黨員背誓罪條例（中華民國十五年九月二十二日廣東國民政府公布同日施行）
- 六 禁煙法（中華民國十八年七月二十五日國民政府公布同日施行）
- 七 陸海空軍刑法（中華民國十八年九月二十五日國民政府公布同日施行）
- 八 違警罰法（中華民國十七年七月二十一日國民政府公布同日施行）

## 第五章 刑法之效力

### 第一節 概說

刑法之效力云者，謂刑法得適用至如何範圍也。刑法之適用云者，謂以刑法之規定為大前提，以現在發生之事實為小前提，而推論其法律上之結果也。刑法之適用，係以刑法之支配為前提。刑法之支配云者，謂刑

法抽象就某事項規定其結果，現有具體事實發生，應發生刑法所規定之結果也。刑法之適用，即對於刑法所能支配之事實，而推斷其法律上應發生如何結果也。刑法適用之範圍，尙可從種種之見地以觀察之，即可分爲關於事者，關於時者，關於地者，關於人者，四種。關於事之範圍，又可分爲適用刑法分則（普通刑法）之犯罪，與適用特別刑法之犯罪，此無待深論。故僅就後之三者分節述之。

## 第二節 關於時之效力

第一，概說。

### (一) 關於時之效力之規定。

刑法關於時之效力，除本法第一條及第二條外，尙有中華民國刑法施行條例。自一般言之，法律關於時之效力之問題，類皆專於施行法規定，故學者稱施行法曰時際法。(Inter-temporales Recht) 惟刑法則就關於時之效力之原則，仍於本法規定之，施行法則僅規定該原則之適用問題。本節除說明上述二條規定外，施行條例亦略爲述之。

### (二) 刑法效力之存續期間。

刑法關於時之效力云者，即謂刑法得於如何時期內適用也。凡百法律，均僅限於其效力發生以後，尙未消滅以前，始得適用。刑法亦然。此即刑法效力之存續期間。刑法亦如其他法律，其效力發生之時，乃



爲其實施之時。其效力消滅之時，乃爲其廢止之時。故茲就次述問題一述之。

甲， 刑法之成立。

法律須如何始得認爲成立，爲各國憲法上規定之問題。要之，須經過合法之制定程序與公布程序。刑法應以法律制定之，已如前述。至其如何制定公布，始爲成立，不屬本書說明之範圍。茲宜注意者，刑法雖經合法制定公布，亦僅能成立。應與其施行區別之，刑法雖能成立，未必即能發生效力而被適用，必須待其實施，而後能發生效力以被適用也。

乙， 刑法之施行。

刑法之施行，亦稱刑法之實施，即謂刑法已發生效力而得適用之時也。刑事法規，是否於其公布時，立即施行，當就該各法審查之。

丙， 刑法之廢止。

此即爲刑法效力消滅之時。刑法亦爲法律，而爲國家之意思表示，故於國家未爲反對之意思表示以前，其效力應行存續。刑法學者，亦有主張刑法得因不適用而廢止者。此不可取。已於前述。故刑法之廢止，須有次述原因：

1. 明示廢止，此又有二種，a. 有於該刑法內自初即規定其施行期間者；b. 有至後另以明命廢

止者。

2. 默示廢止，此即同一事項，新舊法均有規定之時。此時不問新舊二法係相一致抑相抵觸，均應適用後法優於前法之原則，(Lex posterior derogat priori)但仍應適用刑法第二條之規定，自不待言。

(三) 新舊刑法之適用問題。

刑法關於時之效力，一面即為新舊二法應如何適用之問題，又有次述二種情形。

甲，行為時之法律(舊法)不為罪，而行為後之法律(新法)以為罪者。解決此問題者，為刑法第一條，即後述法律不溯既往之原則是也。

乙，行為時與行為後之法律(新舊二法)皆以為罪而有異同者。解決此問題者，為刑法第二條，即後述法律溯及既往之例外是也。

第二，法律不溯既往之原則。

法律不溯既往之原則，(Prinzip der Nichtrückwirkung, principe del a nonretroattività)固自羅馬法即已通行，而成為一般法律之原則，但於刑法上，尤為確定。即自法國一七八九年之人權宣言，更揭明刑法不溯既往之原則以來，各國刑法，類皆以明文規定之，即未特定為明文者，亦以為當然之原則。我

國刑法第一條，即係特以明文規定此原則者也。(註)此原則乃與無法律則無犯罪亦無刑罰之原則適相呼應。蓋行爲時之法律，既未以爲犯罪，而科以刑罰，若竟因以後之法律，對該行爲規定爲犯罪，而適用其刑罰，則吾人將日處於恐慌之中，何種行爲，致受後日法律處罰，均不可知，其危害個人之權利，社會之安寧，寧有止境。故刑法特爲標示此原則也。惟茲宜注意之點有二：

(一) 此原則於刑法亦如於其他法律，只能爲解釋上之標準，不能爲立法上之限制。立法者因特別必要，更於特種刑法，以明文規定溯及其施行前之行爲，亦應適用，要亦無不可許之理也。(參照拙著民法通義總則二〇頁)

(二) 所謂行爲，應嚴格解釋，只指行爲本身，不包含中間現象及結果，只須行爲完畢時之法律不爲犯罪，即應不爲罪，不得因其中間現象或結果涉及新法而成爲犯罪，即以爲罪也。

註 刑法不溯既往之原則，只於狹義之刑罰法規有適用，若刑事訴訟法規及其他刑事法規，則對於施行前之犯罪亦有適用。(參照刑事訴訟法第一條及刑事訴訟法施行條例各條)

### 第三，法律溯及既往之例外。

行爲時之法律不爲犯罪，以後之法律始爲犯罪者，固應適用第一條之原則，但行爲時之法律與以後之法律均以爲犯罪者，則情形不同，仍應依不溯既往之原則否？考諸立法例，有次述數主義：

(一) 從舊主義。

即不論新舊法之輕重，概從舊法，即依犯罪時（行爲時）之法律處斷，此又稱曰行爲時法或犯罪時法主義，爲英國及美國數州刑法所取。此主義係嚴守法律不溯既往之原則，其意蓋以爲犯罪適用犯罪時之法律，乃爲當然之事。然此主義有一流弊，即同一犯罪，而新法變更舊法者，正爲舊法不適于社會，若猶強爲適用，則適與刑法之目的主義相背馳，尤于舊法之刑重于新法時，與事實扞隔尤甚。

(二) 從新主義。

即不論新舊法之輕重，概從新法，即依裁判時之法律處斷。此又稱曰裁判時法主義，爲俄國（但有例外）及瑞士數州刑法所取，我國舊暫行刑律亦然。此主義係全從法律溯及既往之例外，蓋以刑法爲關於公益之規定，既以新法變更舊法，自應依後法優於前法之原則，而適用新法。然此主義實有一大流弊，即係一反法律不溯既往之原則，尤於新法之刑重于舊法之時，仍須適用新法，亦實大反乎人情，而與刑法之根本精神相左。

(三) 折衷主義。

此又有二主義：

甲，從舊兼從輕主義。

即原則從舊法，但例外新法較舊法輕者，則從新法。此為德國、法國、比利時、意大利、日本、丹麥、荷蘭、挪威、瑞典、西班牙、匈牙利、葡萄牙、瑞士數州、布加利、暹羅、埃及及美國數州、智利、阿根廷、墨西哥等國刑法所取。

乙、從新兼從輕主義。

即原則從新法，但例外舊法較新法輕者，則從舊法。此為奧國及瑞士數州刑法所取。

上述二主義，亦有稱曰從輕主義者。蓋二主義於結果實無區別，均係適用較輕法之刑，然於理論，則有從舊從新之不同。蓋係折衷前述之從舊或從新主義者。即在前者，雖一面仍守法律不溯既往之原則，而又斟酌實際，於舊法重於新法時，改從新法，以理論言，實以此主義為最宜。故為最多數立法例所取。後者，則亦係如從新主義，仍反法律不溯既往之原則，不過更顧及實際，於舊法輕於新法時，改從舊法。我國現行刑法第二條，蓋從此最後立法例者也。

即刑法第二條定明「犯罪時之法律，與裁判時之法律，遇有變更者，依裁判時之法律處斷；但犯罪時法律之刑較輕者，適用較輕之刑。」蓋如前述，刑法不溯既往，亦僅為解釋上之限制，而非立法上之限制。故本法對於前條之原則，又設有本條之例外。本條不僅對於本法與舊暫行刑律有適用，即對於一切新舊法，均有適用。（參照九條及刑法施行條例各條）（註）

註 我國自明律以來，即係定明採從新主義，久為原則，故舊暫行刑律亦從之，現行法亦僅稍定有例外耳。

適用本條，須具備次述二要件：

(一) 須其行為於舊法亦為犯罪。

甲，法條明定犯罪時之法律，自應解為須其行為於舊法時亦為犯罪，故其行為於舊法無明文科以刑罰而僅新法有明文科以刑罰，則仍應依法律不溯既往之原則，適用前條，不得適用本條。

乙，此所謂犯罪，應解為犯罪行為之義，參照前條自明。故亦應如前條，解為單指行為本身，不包含中間現象及結果。(註)

註 亦有反對說主張應包含中間現象及結果者。

丙，此所謂犯罪時，應解為犯罪行為完畢時之義。故須該行為於舊法時即已完畢，而舊法亦為犯罪者，始得適用本條。於茲有一問題，即一犯罪行為跨於新舊二法時，將適用何法？此問題不僅就連續犯及繼續犯可以發生，即就結合犯或其他之單一罪，亦可以發生。應分別論之：

1. 該行為如為單一犯罪者，應不論刑之輕重，概依新法處斷。此時乃依一般原則之問題，非適用本條之問題。蓋以該行為於新法時始為完畢，即係於新法時成立犯罪，其應適用新法，乃屬當然

也。

2. 該行為如於舊法及新法均已獨立成爲犯罪者，則應適用本條，即用新法處斷。惟舊法較輕時，則依舊法處斷。(註)

註 有反對說二(一)謂概仍應如前之單一犯罪，概依新法，不論其刑之輕重者。(二)謂於舊法時發生之部分應適用舊法，於新法時發生之部分應適用新法。

(二) 須犯罪時之法律，與裁判時之法律，遇有變更，此爲法條所明定。故犯罪時之法律與裁判時之法律，苟其規定內容別無變更，則不得適用本條，仍應依一般原則而適用犯罪時之法律。茲就兩時期之法律有變更之觀念，更分別述之如次：

甲，犯罪時至裁判時只有新舊二法，別無問題，如有二法以上，其輕重應如何比較，則爲問題。立法例有二主義：

1. 兩時期內之法律概應比較而適用其最輕者，德國，日本，法國，(一千八百十三年判例)意大利，匈加利等國刑法是，德國刑法草案亦然。

2. 只比較犯罪時與裁判時之法律而適用其最輕者，那威，暹羅等國刑法是。奧大利刑法草案瑞士刑法草案意大利刑法草案亦然。

刑法係從第二主義，蓋以省裁判時調查之繁難也。故依此主義，裁判犯罪時，只須就犯罪時之法律與裁判時之法律比較其輕重已足，縱令其間更有較輕之法，亦不得調查適用。

乙，所謂法律有變更，即指新舊二法有輕重而言。果應專就各法所定之刑論之，抑應兼就各法所定刑以外之事項論之，立法例亦有二主義：

1. 專就刑比較而適用其最輕者。為日本，比利時，智利，丹麥，墨西哥，葡萄牙等國刑法。

2. 兼就刑以外之事項比較而適用其最輕者。為德國，法國，奧大利，那威，瑞典，埃及，暹羅等國刑法。刑法本條只汎稱兩法有變更，未特別定明其刑有變更。自應解為係從第二主義。只須兩法之規定內容有變更者，即應適用本條。故不僅兩法同以為罪而僅刑有變更者，應適用本條。即舊法以為罪而新法不以為罪者，亦應適用本條。（註）惟依本條但書犯罪時法律之刑較輕者，仍應適用較輕之刑，則於兩法有變更時，首應調查兩法所定之刑，自不待言。

註 司法院民國十八年五月二十二日解釋單純和誘法無正條應不為罪，亦同此見解。

本書所以取上述見解者，蓋因本條乃規定兩時期之法律遇有變更，即須依新法。故本條不止於新法就刑有變更時始有適用，即就罪或其他事項有變更時，亦有適用。故刑法施行條例，就本條適用，不僅就比較刑之輕重，設有規定，於其他事項，即告訴，併科，易科，緩刑，假釋，時效等，亦設有規定。故以



解爲係從第二主義爲宜。第二次修正草案理由謂本條係從第一主義，似有未妥也。(註)

註 最高法院民國十七年七月十一日解字第一二〇號解釋(見後)只就本條但書立言，不能即謂與草案理由同見。

丙，本條所稱法律，應廣義解釋，包含一切刑罰法令，亦觀刑法施行條例所定自明。故不問犯罪時之法律或裁判時之法律係爲法律抑爲命令，均應適用本條。

丁，本條定明裁判時之法律，則只須新法於裁判時已經施行，而犯罪尙未依舊法裁判確定，即應適用本條。關於此點，舊暫行刑律第一條第二項特別定明「其頒行以前未經確定審判者亦同」，本條雖亦未如此定明，亦應同一解釋。故如犯罪後，刑法或其他特別刑法有變更，則不問其在偵查或第一審及上訴審，只須尙未裁判確定，即應依新法而分別起訴或裁判。(註一，二，三)

註一，參照刑事訴訟法三九三，二四三，四一〇，一三

註二，第二審裁判時，如已在刑法施行後，應查照該法第二條之規定，依裁判時之法律改判之。(最高法院十九年非字九二號判決)

註三，第一審判決時，雖在舊法施行中，應適用舊法判處，惟在第二審上訴進行中，新法既已施行，縱令認其上訴爲無理由，而因法律之變更，亦應予以改判。(最高法院十九年非字二八號判決)

只須具備上述二要件，即生本條之適用，又有原則與例外之分。

(一) 原則。

即本條定明依裁判時之法律處斷，此即與適用裁判時之法律同義。又可分別論之：

甲，其規定為罪刑以外之事項者，概須適用新法。  
乙，其規定為罪刑者，又可分別論之：

1. 舊法以為罪，新法不以為罪者，應依新法，此已於前述。

2. 二法均以為罪而新法之刑較輕者，亦應依新法。

3. 二法均以為罪而舊法之刑較輕者，則關於犯罪及其關係事項，仍應依新法，惟刑罰則應依本條但書，即次述之例外。（註，並參照次二之註）

註 依刑法第二條適用刑律之時，仍應適用刑法總則。（最高法院民國十八年三月十九日司

法院院字二七號解釋）

(二) 例外。

即本條但書，又規定犯罪時法律之刑較輕者，適用較輕之刑。此規定果應解為應適用舊法，抑應解為仍適用新法，只關於刑罰，則適用舊法所定之刑，不無疑義。余如上述，以第二說為是。（註一至六）

註一，新刑法第二條但書所規定犯罪時法律之刑較輕者，適用較輕之刑云云，其立法意旨，原係專就新舊兩法所定之刑比較而適用其輕者，與刑以外之事項無涉，故來電所云，應以前說為是。（最高法院民國十七年七月十一日解字一二〇號解釋）附原電新頒刑法第二條但書規定一語，是否指適用新頒刑法論罪而處以犯罪時法律所定之刑，抑論罪科刑均應適用犯罪時之法律，辦理不無疑義等語。

註二，刑法及刑事訴訟法，均以從新主義為原則，故雖舊法之刑較輕者，以採從輕主義為例外，然罪名刑名及此外事項，仍應依照新法處斷。（最高法院民國十九年非字四〇號判決）

註三，犯罪時之法律與裁判時之法律遇有變更時，僅限於犯罪時法律之刑較輕者，適用較輕之刑，至其論罪則仍應依據裁判時之法律，以符刑法第二條從新之原則。且所謂適用犯罪時法律較輕之刑者，僅以主刑為限，至從刑則仍應依裁判時之法律處斷。（最高法院民國十九年非字一七四號判決）

註四，犯罪在刑法施行以前，而刑律第三百十三條第三款所定之刑又較刑法第二百九十三條之刑為輕，依同法第二條，應依刑法論罪而適用刑律之刑為合法。（最高法院民國十九年上字一七七判決）

註五， 依刑法第二條但書適用舊律較輕之刑時，判決主文中不記載刑等。至折抵羈押日數，即應適用新刑法，即不得再行用舊刑律字樣。（司法院民國十八年院字一三六號解釋）

註六， 犯罪在刑法施行前，裁判在刑法施行後者，應依刑法論罪。惟犯罪時有效之刑律法定刑較輕者，應適用刑律科刑。又依法減輕本刑時，應於減輕後比較其刑之重輕。（最高法院十九年非字四號判決）

刑法施行條例，更就新舊法之適用，設有次述規定：

(一) 刑法施行前犯罪律或其他法令之罪而有刑法第二條之情形者，依左列規定定其重輕：（條例

二）（註一，二，三，四，五）

甲， 最重之刑，或其刑期金額不相等者，以最重之刑較輕或其刑期較短金額較少者為輕。

乙， 最重之刑，或其刑期金額相等者，以最輕之刑較輕或其刑期較短金額較少者為輕。

註一， 比較刑之重輕，應先比其最高度。（最高法院民國十七年九月二十五日解字一九二號解釋）

註二， 刑法刑律比較刑之重輕，先較其最重之刑，相等時，乃較其最輕之刑。（最高法院民國十七年

十一月五日解字二三九號解釋）

註三， 刑律二等有期徒刑為十年未滿，刑法十年以下有期徒刑，為十年已滿，刑律之刑，較刑法為輕。

(最高法院民國十七年十一月九日解字二四四號解釋)

註四，舊刑律與新刑法比較自由刑之輕重，應先就其最重主刑之刑比較，若相等者，乃就其最輕之

刑期相較，故輕微傷害罪之刑，仍以新刑法為重。(最高法院民國十七年解字二二九號解釋)

註五，比較新舊法之輕重，應減免其刑者，較諸得減免其刑或不減免其刑者為輕。(最高法院民國

十七年解字二四一號解釋)

(二)，依法令加重減輕或有減酌減時，應於加重或減輕後，比較其刑之輕重。(條例三)(註一，二)

註一，刑法施行條例第三條比較刑之輕重，係刑法之刑，依刑法加減，刑律之刑，依刑律加減，然後再

相比較。(最高法院民國十七年九月二十五日解字一八九號解釋)

註二，比較未遂罪新舊刑之輕重，自應以刑法得減既遂刑二分之一後，與刑律得減一等或二等之

後較其重輕。(最高法院民國十七年十一月五日解字二四一號解釋)

(三)，刑法施行前，犯刑律或其他法令所規定須告訴乃論之罪，依刑法之規定無須告訴者，雖無告訴，

亦得論罪。(條例四)

(四)，刑法施行前犯刑律或其他法令所規定無須告訴之罪，依刑法之規定，須告訴乃論者，非有告訴，

不得論罪。(條例五)

(五) 依刑法第二條但書適用刑律或其他法令之刑時，雖應併科罰金，而刑法無併科規定者，不併科之。(條例六)

(六) 刑法施行前因未完納罰金易以監禁者，其禁監期間，自刑法施行之日起，不得逾一年，其在刑法施行後，監禁期內繳納罰金者，以所納之數，仍依裁判所定之標準扣算，扣除監禁日期。(條例七)

(七) 刑法施行前依刑律第四十四條易科罰金者，不失其效力。(條例八)

(八) 刑法施行前依刑法宣告褫奪公權及沒收之物如爲刑法第五十八條所規定不得褫奪公權及第六十二條第二項所規定不得沒收者，不失其效力。(條例九)

(九) 刑法施行前宣告緩刑或准許假釋者，在刑法施行後撤銷時，應依刑法之規定。(條例一〇)

(一〇) 刑法施行前依刑律第七十二條及第七十五條之時效中斷者，適用刑法時效之規定。(條例一一)

### 第三節 關於地之效力

#### 第一、概說。

(一) 刑法關於地之效力云者，刑法對於在如何地域發生之犯罪得適用之問題也。刑法關於地之效力，應與審判權之觀念區別之，審判權乃國家主權之作用，故審判權關於地所及之範圍，只以主權所

及之範圍(領域)爲準；若刑法關於地之效力所及之範圍，則較之爲廣，雖主權所不能及之領域外犯罪，亦得適用刑法，故刑法關於地之效力，不過指爲審判權行使前提之事實之範圍而已。

(二) 刑法關於地之效力之範圍如何？自來有四主義：

甲，屬地主義。(Territorialprinzip, principe de territorialité)

即以本國刑法專適用於本國領域內之犯罪，即國內犯罪，只須於領域內發生，則不問犯罪人之爲本國人或外國人概應適用，否則於領域外發生者，則雖爲本國人，亦不適用。此主義係以領土主權爲基礎，其缺點有二：1. 應不分國內外人概應處罰之特種國外犯罪不得處罰，2. 對於本國人應行處罰之特種國外犯罪，不得處罰是也。

乙，屬人主義。(Nationalitätsprinzip, principe de personnalité)

即以本國刑法專適用於本國人之犯罪，只須爲本國人犯罪，則不問其犯罪地之爲國內或國外，概應適用本國刑法，否則如爲外國人犯罪，則雖在國內，亦對之不適用。此主義係以人民主權爲基礎，其缺點亦有二：1. 對於本國人過於干涉，2. 對於外國人過於放任是也。

丙，世界主義。(Universalprinzip, principe d'universalité)

即以本國刑法得適用於任何地任何國人之犯罪，申言之，即不問犯罪地在國內外地，犯罪人之爲

國內外人，概適用本國刑法。此主義係欲發揮刑法之國際性。其缺點亦有二：即1. 使刑法適用過分，2. 使刑法適用不能是也。

丁，折衷主義。

乃以前之屬地主義與爲原則，而例外則並採屬人主義與世界主義。即凡國內犯罪，不問犯罪人之爲國內外人，概適用本國刑法。國外犯罪，則按其必要，對於特種犯罪，或不分國內外人，概應適用，或只對於本國人，始行適用。至國外犯罪適用刑法之必要，又係以犯罪是否侵害本國或本國人之法益爲標準而定之。此主義係以本國利益及國家自衛權爲基礎，故又稱曰保護主義或自衛主義（Schutzprinzip）

上述四主義中，以最後主義爲足以濟其他之主義之弊。蓋此主義，一面合於國際法之原則，一面亦足以達刑法之目的，即依國際法，法律之效力，本應以主權所及之範圍爲準，故應以屬地主義爲原則。但對於國外犯罪，亦應使刑法限制的適用，刑法之目的，方能滿足，此此主義較前三主義完滿之點。故現今各國刑法多從此主義，我國刑法亦然。

第二，刑法關於地之效力之原則與例外。

(一) 原則。



此爲刑法第三條所規定，即刑法原則係採上述之屬地主義，而只適用於國內犯罪，即民國領域內之犯罪。只須犯罪在領域內發生，即犯罪地在領域內，則不問犯罪人爲本國人或外國人，均應適用刑法。所謂民國領域，即中華民國主權所及之區域，又有實質領域與想像領域兩種。

甲，實質的領域。此即刑法第三條第一項所規定之領域，又可分爲次述三項。

1. 領土。凡中華民國所屬之領地均包含之。不問其爲固有或新附者。領土之界限，應依條約或慣例，以自然之地勢或人爲之經界定之，如無特別標準，則依次述之例。

a. 山脈，以最高點即分水嶺爲界。

b. 河川，得航行者，以最深處爲分界，不得航行者，以中央分爲綫界。

c. 湖水及死海，以中心點至沿岸之直線爲分界。

2. 領海。領土而於海洋時，以沿海一定之區域爲其國之領域，是曰領海。以外則曰公海。領海與公海之分界線如何？國際學者所說尚不一致，通說以潮退時距海三海里爲領海界，然一八九四年之國際法學會則議決應爲六海里，蓋以近時國防武器進步故也。

3. 領空。此謂中華民國領土或領海上之空間而爲人力所能支配（即能防禦侵害）之界域，其標準若何尚無所定。

乙，想像的領域。此即謂視同領域而為國家主權所能及之區域也。又可分而為二：

1. 國內法之規定。

刑法第三條第二項，定明「本法於凡在民國領域外之民國船艦內犯罪者亦適用之。」此即規定民國領域外之民國船艦內為想像領域，要係依於國際法之規定者也。此所謂民國船艦，即指 a. 中華民國國家所有或所用之船舶艦艇，（國家船艦 *Staatsschiffe*）b. 有中華民國國籍之海船，（私有船舶）二種。（參照拙著刑事訴訟通義二九頁）第一種船艦，依國際法本在公海及他國領域內，亦視為本國領域之一部，（領域之延長）第二種海船，亦係在公海而視為本國領域之一部，故刑法定為在此項船艦內之犯罪，亦視同民國領域內之犯罪，而應適用我國刑法，惟法條只定為民國領外，自不問該船艦之在公海或他國領域內，概應適用刑法，蓋以期刑法之能擴張範圍適用也。此時自應如本條第一項，不問犯罪人之為中國人或外國人，一律適用，自不待言。

民國飛機，刑法別無所定，則惟有待於國際法上之規定。（註）

註 如德國及日本刑法草案均就飛機規定與船艦同

2. 國

a. 民國駐外使館之區域。即中華民國駐外之公使館，大使館，於其區域內，在國際法上有治

外法權，即不應服從該國法權，而應該服從本國法權，故亦得視同領域。

b. 民國軍隊占領之區域。即依國際法，戰時由民國軍隊占領他國領土時，得於一定限度行使本國之法權，故亦得視同領域。

c. 不屬何國之區域。即公海，非洲內地，南北極等，尙未隸屬任何國之地，自得行使本國之法權，故亦視同領域。

如上所述，凡在民國領域內之犯罪，即爲國內犯罪，應適用第三條。否則爲民國領域外之犯罪，即國外犯罪，而應適用第五條至第七條。是國內犯罪與國外犯罪之區別，全在犯罪之處所之是否在民國領域內，此犯罪之處所，即所謂犯罪地（參照七<sub>1</sub>、<sub>2</sub>）之觀念，自於刑法之適用，極爲重要，關於犯罪地，刑法學者及刑事訴訟法學者，所說尙屬紛歧，當於後編說明犯罪之處所時詳述之，刑法正恐滋疑義，故特於第四條定明「犯罪之行爲，在民國領域內，而其結果在民國領域外，或犯罪之行爲，在民國領域外，而其結果在民國領域內者，以在民國領域內犯罪論，」蓋關於犯罪地之學說，有（一）行爲地說，（二）結果地說，（三）中間現象地說，（四）行爲及結果地說，（五）犯罪構成要件地說，五說。（後詳）自理論言，以犯罪構成要件地說爲最完備。刑法特就犯罪構成要件中之行爲及結果規定之。只須二者有其一在民國領域內，即爲犯罪地在民國領域內，而成爲民國領域內之犯罪，即應適用民國刑法。其精

神蓋在期刑法適用之範圍較寬而已。故自此點言之，本條要亦僅例示規定，犯罪有其他構成要件事實，而發生在民國領域內者，自亦應為民國領域內之犯罪。又宜注意者，此所謂民國領域，當廣義解釋，不僅指實質領域，即第三條第一項所稱之領域，並指想像領域；即同條第二項所稱之民國船艦及上述國際法上之想像領域，均可包含之。

二、例外。

即對於在民國領域外之犯罪，即國外犯罪，亦以一定之犯罪為限，例外適用刑法，即第五條至第七條之規定是也。其中有為列舉規定者，即第五條第六條是。有為概括規定者，即第七條是。茲為說明便利，分為三類，述之如次：

甲、最要法益之犯罪。

此為第五條所定，即本法於凡在民國領域外犯左列各罪者，適用之。

- 一、第一百零三條至第一百零六條之內亂罪。
- 二、第一百零七條至第一百二十條之外患罪。
- 三、第二百一十一條至第二百十七條之偽造貨幣罪。
- 四、第二百二十五條至第二百二十七條第二百三十一條第二百三十三條及第二百三十五

條之偽造文書印文罪。

五、第三百五十二條及第三百五十三條之海盜罪。

本條所列舉之罪，均係極重大之犯罪，其所侵害之法益，非屬於本國之國家社會，即屬於世界之一般人類，故雖其犯罪地在民國領域外，亦應依本國刑法處罰。蓋並採屬人主義及世界主義者也。即第一款及第二款，為危害民國國家生存之罪，第三款及第四款，為危害民國社會金融及信用之罪，第五款之海盜罪（*Piraterie, Seeräub*）則為國際慣例上所認國際犯罪之一種，故對於此等國外犯罪，基於保護本國利益及世界利益之見解，亦行處罰。且本條有一特色，即不問犯罪人之為本國人或外國人，蓋兼採屬人主義及世界主義者也。

乙、民國公務員之犯罪。

此為第六條所定，即本法於民國公務員在民國領域外犯左列各罪者，適用之。

- 一、第一百二十八條第一百二十九條第一百三十一條第一百三十三條第一百三十五條第一百三十六條第一百三十九條及第一百四十條之瀆職罪。
- 二、第一百七十二條之脫逃罪。
- 三、第二百三十條之偽造文書罪。

本條所列舉之罪，均係因於公務員身分之犯罪，本條特色，即在須為民國公務員所犯。公務員之意義，須從第十七條。所謂民國公務員者，即謂充任民國該第十七條所定之公務員也。此亦與前條同，只須充任民國公務員，則不問其為本國人或外國人，均應適用。蓋因以民國公務員而犯該各罪，均危害民國國民或民國社會之利益甚巨，故雖在國外犯罪，亦應依本國刑法處罰，亦係兼採屬人主義及世界主義者也。

丙，其他法益之犯罪。

此為第七條所規定，又有本國人與外國人之分。

1. 本條第一項定明，本法於民國人民在民國領域外犯前二條以外之罪，具備左列情形者，適用之，
  - 一，所犯之罪，其最輕本刑為有期徒刑以上者。
  - 二，犯罪地之法律以為罪者。
  - 三，犯人在外國未受無罪之確定裁判，或雖受有罪之確定裁判，而其刑未經執行完畢或免除者。

本項之特色，即在對於本國人之國外犯罪，始有適用。且非對於本國人之一切國外犯罪，均須依刑

法處罰，即除前二條所列舉之犯罪外，其他犯罪，則須具備所列三種情形，始應處罰，蓋限制的採屬人主義者也。若不合於所定情形，則其犯罪之危險性較少，於本國犯之，固有處罰必要，若於國外犯之，則已無處罰之必要也。又只須具備此三要件，即應處罰，至於所侵害之法益之屬於本國人或外國人，可以不問。又本項設第一款之限制者，蓋以所犯之罪，只處拘役或罰金之刑，或處有期徒刑以上之刑，而非為最低度之主刑，則屬輕微犯罪，如在外國犯之，則無礙本國之秩序，自無須依屬人主義也。又設第二款之限制者，以雖係犯本國最輕本刑為有期徒刑以上之罪，而在該地法律既不以為罪，則其行為惡性較少，自亦不須採屬人主義。又設第三款之限制者，則以雖具備前二要件，有處罰必要，而在外國已因確定裁判而宣告無罪或已執行或免除其刑，如仍為處罰，亦屬過苛，故不須採屬人主義也。

2. 本條第二項定明，「前項之規定，於在民國領域外對於本國人民犯罪之外國人準用之。」故外國人犯前二條以外之罪，除應具備本條前項所列條件外，並加一條件，即須係對於本國人犯罪，始應適用刑法處罰，此係限制的取世界主義。蓋以該各等罪雖不及前二條犯罪之重大，但既係對於本國人民所犯，則為保護本國人民之利益計，自須處罰也。

本條所稱之本國人民，即本書所稱之本國人，亦稱中國人，乃指有中華民國國籍之人。只須有中

中華民國國籍，即兼有外國國籍，亦為國民。本條所稱之外國人，則指無中華民國國籍之人，不僅指有外國國籍之人，即無國籍之人亦包含之。是否為本條所稱之國民或外國人，應以犯罪時為標準定之。

何人為有中華民國國籍之人，依國籍法所定，有二種：

1. 固有國籍。

國籍法第一條定明，左列之人，屬中華民國國籍。

- 一，生時父為中國人者。
- 二，生於父死後，其父死時為中國人者。
- 三，父無可考或無國籍，其母為中國人者。
- 四，生於中國地，父母均無可考或均無國籍者。

2. 取得國籍。

國籍法第三條定明，外國人有左列各款情事之一者，取得中華民國國籍。

- 一，為中國人妻者，但依其本國法保留國籍者，不在此限。
- 二，父為中國人，經其父認知者。



- 三、父無可考或未認知，母為中國人，經其認知者。
- 四、為中國人之養子者。
- 五、歸化者。

第三、經外國確定裁判之犯罪之處罰。同一行為，於本國刑法為犯罪，而已經外國確定裁判，仍得依本國刑法處罰否？關於此問題，立法例及學說，尚不一致，可大別為二主義：

(一)、有認外國裁判之既判力，(Rechtskraft)而適用一事不再理(Ne bis in Idem)之原則者，如德法等國刑法即採此主義。

(二)、有不認外國裁判之既判力，而仍依本國刑法處罰者。如日本刑法即採此主義。我國刑法蓋取第二主義，於第八條定明，「除前條之規定外，同一行為，雖經外國確定裁判，仍得依本法處罰；但在外國已受刑之執行或經免除者，減輕或免除本法之刑。」蓋他國之確定裁判，不能及其效力於我國，復就同一行為，依刑法處罰，亦與一事不再理之原則不相違背。以所謂一事再理，係謂一國已本於其審判權而為確定裁判，不得從新審理故也。此所謂外國裁判，即指外國審判機關本於該國之審判權所為之裁判而言。不問其機關之為法院抑為特別審判機關，亦不問其裁判之為有罪裁判抑為無罪

裁判（參照前條第一項第三款）如係有罪而為科刑裁判，且不問其刑已否經執行或免除。（此依本條但書亦明）又其所裁判之犯罪，亦不問其為民國領域內之犯罪，抑為民國領域外之犯罪，其犯罪主體，亦不問為民國人民，抑為外國人。惟有一限制，即如為本國人在民國領域外犯罪，而有第七條第一項所定之情形，或為外國人在民國領域外犯罪，而有同條第一項所定之情形，則應適用該條，而不得適用本條。申言之，即外國所裁判者，如為該條第一項第一款之犯罪，而又有第三款之反對情形，即已確定無罪或其刑已經執行完畢或免除，則以此等犯罪極為輕微，已無再依刑法處罰之必要，故特予定明應將該條之犯罪除外；以外之犯罪，則均應適用本條，尤於第五條及第六條之國外犯罪為然。

惟適用刑法為一問題，依刑法科刑又為一問題，關於第一問題，如合於本條所定情形，是否應適用刑法？解釋上雖不無疑義，余以積極說為是。蓋本條所謂「仍得」，乃對「雖經」而言，並非謂合於本條情形，檢察官就是否起訴，法院就是否處罰，尚有自由酌量之餘地也。關於第二問題，則本條已以明文解決，即如該外國確定裁判為科刑判決，且已受刑之執行（不必執行完畢，即一部執行亦可）或經免除時，則雖仍應適用刑法為科刑判決，但應減輕或免除刑法所定之刑；即有此情形，即當然減輕或免除。蓋因已經外國裁判，亦為一種事實，同一行為，雖得不顧外國裁判，仍依我國刑法論罪，但不顧外國裁判之已執行或免除其刑，重科其刑，亦過於苛酷，故我國刑法於此點亦仿日本刑法，許減輕或免除其刑，其與日本刑法

不同者，則在彼係定為得減輕或免除，非當然減輕或免除，我國則係當然減輕或免除，只許法院於此二者之間有取採之權而已。又減輕或免除時應注意分別適用第八十四條及第五十二條。

#### 第四， 國際司法協助。(Aide judiciaire internationale, internationale Rechtshilfe)

適用刑法為一事，實行刑罰權又為一事。前者即上述刑法關於地之效力之問題，應分別依刑法第三條或第五條至第七條辦理。後者則為能否依刑事訴訟法以為追訴或處罰之問題，(參照刑事訴訟法第一條)於犯人原在外國或逃往外國時，其追訴或處罰，雖亦得分別依刑事訴訟法第二百五十三條第二項或第三百一十一條第三百八十二條辦理，但直接審理，本為原則，(參照刑事訴訟法第二百七十一條第三百零七條)且自由刑生命刑，亦非將被告拘捕，無從執行，故於犯人在外國時，須有犯人交付(亦稱犯人引渡 Extradition Auslieferung)之辦法。國際司法協助(亦稱共助)有二種：一為訴訟共助，即關於調查證據及送達之共助是也。(參照拙著刑事訴訟法通義五四頁)一即犯人交付，茲僅就此述之：

#### (一) 犯人交付之根據。

犯人交付之制度，乃由來於國際共同之思想及自然法之思想，蓋以為維持一國秩序，乃各國相互之利益，且惡性犯人，乃為各國公敵，應不許其藉他國為遁逃藪，故交付犯人，已成爲國際上之慣例。

交付犯人，雖已爲國際上慣例，但犯人所在國並非有何義務，不過出於友誼，故各國又多就此與他國

特定條約，此時始有義務，我國現尙未與外國締結交付犯人之專約，僅得於商約中附見一二而已。

(二) 犯人交付之要件。

關於交付犯人，我國現時既於國際無專約，又於國內法無明文，則交付犯人之限制，惟有依國際慣例解決之，此屬於國際法之範圍，茲僅述其梗略：

甲、國事犯，原則不交付。

國事犯，亦稱政治犯，乃與常事犯（亦稱普通犯）對待而稱，當於後述。（參照第二編犯罪種類）政治犯不交付之原則，乃自一千八百八十三年，比利時以法律規定之時始，爾來成爲國際間通例。在受請求之國，不但無交付之義務，且有拒絕之權利，即該犯罪人，亦認其有所謂避難權（Asylrecht）至認此原則之理由，學者所說不一，或以爲此係有政治上之主義，其心術及犯行，不若常事犯之卑劣；或以爲此僅對一國危險，非各國共同之敵；或以爲此既反對本國政府，難得該國公平之裁判。凡此諸說，雖亦足爲此原則之理論根據，但此原則，究以歷史根據爲多。蓋在歐洲十九世前半，政治革新運動，方興未艾，一國志士，痛心本國政治，起而革命未成，亡走革命已成之國，該國自深表同情，尊敬之不暇，何肯交付，此原則之樹立，亦即在此。然時至今日，一國之政治，保持其安定，不獨該國之利，亦爲他國之利；故對於此原則，亦已漸悟固於感情之非，而感國際法律互助之必要；除特以條約互

訂交付政治犯之義務外，對於一般國事犯，亦有不濫予庇護之勢。至於國事犯而兼爲常事犯者，其應否交付，則多以其罪之輕重爲衡；重在常事者，仍以常事犯論；重在國事者，始以國事犯論。

乙， 自國人民，原則不交付。

本國人不得交付外國審判處罰之原則，多規定之於歐洲大陸諸國條約及法律之中；尤以法國特於一千八百十四年之憲法，揭此明文，現時日本亦於其逃亡犯人引渡條例及與他國條約，定此明文。至其理由，或以爲恐受他國偏頗之待遇，或以爲將損本國政府之威嚴，然本國人民，苟係在他國犯罪，自以使受該國法院審判爲宜，故在英國，即根本不認此原則，即日本亦以相互擔保爲條件，認此原則之例外。

丙， 受請求之國，對該犯罪有處罰權者，原則不交付。

蓋該國既亦對於同一犯罪，應適用其刑法而得處罰之，則原則自不能放棄自國之處罰權，而反使他國適用其刑法以行使處罰權也。

丁， 爲請求之國，須對該犯罪有處罰權，始得交付。

此亦屬當然。何時始爲對該犯罪有處罰權？即謂該國與該犯人或犯罪有一定之法律上關係，申言之，即須限於該犯人所屬之國或犯罪地所在之國，依其國之刑法應行處罰之時也。又對於同一犯

人，有數國請求交付時，將對何國交付？亦有待於條約或法律之規定。有依犯罪之重輕而決之者，有應向犯人所屬之國交付者，有依請求之先後決之者。

戊，非犯重大之罪，原則不交付。

即通常須以重大之常事犯為限，如放火，偽造貨幣，強姦殺人，強盜，海盜等罪是。至依自己法律不為罪者，毋須交付，更不待言。

(三) 犯人交付之程序。

甲，請求之程序。

此有次述三主義：

1. 僅須有請求已足者。
  2. 有須附具相當官署之逮捕狀者。
  3. 有須附具證據者。
- 乙，交付之程序。

此亦有次述三主義：

1. 有由法院判斷其應否交付者，此為司法主義。

2. 有由行政官掌理者，此爲行政主義。
  3. 有上述二機關均須參與者，此爲折衷主義。
- 丙， 交付之效果。

原則只許對於爲請求交付原因之犯罪始許追訴處罰，以外之事項則所不許。

現時國際間慣例，尙有所謂驅逐出境之制度，其情形有二：即（一）一國對於逃亡之犯人，既不能交付，而於自國又不得對之處罰之時。（二）外國人，累經自國及他國處罰，而仍無悛悔之時。此時爲自國之安寧秩序，有將此危險之外國人驅逐於國外之權利，乃爲國際慣例所認。關於此點，如特無法律制定，則得依國際法之所認，以行政處分爲之。

#### 第四節 關於人之效力

如何之人犯罪，而得對之適用刑法，是爲刑法關於人之效力之問題。刑法就此未特設明文，惟有依一般法理解決之如次：

##### 第一， 原則。

凡刑法關於地之效力所及之範圍內，不論對於何人，均得適用刑法，是爲原則。申言之，凡能依刑法第三條第五條至第七條適用刑法之時，不能單因其人之身分國籍種族等關係而不適用。蓋刑法如至對於

某種人始應適用，對於某種人又不適用，則不但與法律之效力相反，亦與刑法之目的相反也。

## 第二，例外。

此即因國內法之規定，或國際法之成例，對於上述原則而有例外；即因特種人之身分種族國籍等關係，而有全不能適用我國刑法者；或有不能適用我國普通刑法者。分述之如次：

### (一)，因於國內法之理由者。

在他國法律，如甲，一國元首，有全不負刑事責任者；有只負特種刑事責任者。乙，國會議員，均定為在議院內之言論及表決，對於院外不負責任；且於開會中，普通犯罪，非得議院許可，不得逮捕。我國以前法律，亦曾仿此等成例，現時則否。故此時只有普通刑法不能適用於甲有特定身分之人，或乙屬於特定種族之人之問題。前者如陸海空軍人須適用陸海空刑法；後者如蒙古地方之蒙古人，須適用前清理藩院則例；青海地方之番子，須適用前清番例條款是也。

### (二)，因於國際法之慣例或條約者。

此又有二種：

甲，有治外法權 (extraterritorialite) 之人。

1. 外國元首及其家屬並隨從，又羅馬教皇亦同。惟於已退位時或微服來游時或交戰時則否。又



隨從以非中國人爲限，且於喪失隨從身之後，仍得訴追。又該各等人如濫用其權利而有強暴行爲時，亦得強制制止且得護送出境。

2. 外國使節及其家屬並隨從，其限制亦與前述者同。（註）

註 外國使節之住居及其所屬地域，亦有不可侵權，非得其承諾，不得勘驗搜索扣押。

3. 外國駐在之軍隊軍艦，但以經承認者爲限。且其所屬人員，如於職務外離其軍隊軍艦，亦不能有此特權。

4. 外國領事，於國際慣例上，原則不受治外法權之保護，惟於依條約特許其於一定範圍內有此權利時則否。

乙，有領事裁判權 (Jurisdiction consulaire) 之人。

即在我國尙未撤廢不平等條約之國，其人民有領事裁判權，即於一般應適用我國刑法之時，對之不能適用。

於此有特應注意者，對於上述例外之人，不得適用刑法者，乃因其有特別身分，一時不處罰，並非其行爲即不爲犯罪也。故對於此等人，亦得依刑法第三十六條或第三十七條而爲防衛行爲或救護行爲，又與此等人共同爲犯罪之人，亦得依刑法第四十二條以下辦理。至於因有該種特別身分而免刑法適用之

人於其身分喪失後，例如元首退位，使節解任後，尙得就其在任中之行爲，適用刑法，加以處罰否？學說上有否定肯定兩說，余以肯定說爲是。以其免刑法適用，原僅基於特別身分故也。惟其如是，故其在任前之行爲，於其在任中，亦不得適用刑法。又無治外法權之人，如已入使館內，亦不得逮捕，但出館後則否。

## 第六章 刑法之解釋

### 第一節 概說

#### 第一，解釋之意義。

刑法之解釋云者，確定刑法之意義也。蓋法律之意義，未能確定，則無由適用，而適用之當否，一視其解釋如何。故解釋之重要與困難，實與立法無異。故從來學者，多以法律學爲法律解釋學，本書所負使命，爲解釋刑法學，故其重要任務，亦惟正確闡明刑法之意義而已。

自來解釋法律，多就成文法言之。刑法之淵源，只限於成文法。故解釋刑法，亦只在就刑法法條探求立法者之真意，即國家之意思。蓋法律原爲國家之意思表示，解釋者惟應求表示上之意思，不得求表示外之意思。所謂理想論、目的論，均爲立法者之事，非解釋者之事。國家意思，固應與時代思潮及社會現狀相應，解釋法律時，固應於不背國家意思之範圍內，而注意此二者。但逾此範圍，即非正當之解釋，所謂惡法

亦爲法律。故在刑法，如變更解釋，如自由法說，要當力避之。又應注意者，立法者之意思，與起草者之意思無異，故如立法會議之記事錄，立法機關之理由書，雖亦爲解釋時之重要參考，要不能直認爲立法者之意思也。

## 第二，解釋之種類。

(一) 因於解釋效力之類別。

即法律之解釋，自其效力，可分爲次述三種：

甲，法律解釋。此即以法律解釋法律，亦稱有權解釋。(authentische interpretation, interpretation authentique) 詳言之，即爲闡明一法規之意義，更立一法規也。法律之意義，經此解釋，即爲確定，不能更解爲他義；故又稱曰強制解釋。此雖稱曰解釋，實即立法，刑法第一編第二章文例及第三章時例，即屬於此，另節說明之。

乙，裁判解釋。此即謂法院本於其權限就法律所爲之解釋也。嚴格言之，法院原僅限於裁判案件時，始得爲解釋，申言之，必於此時就法律所爲之意見，對外始有相當效力；且關於其效力，立法例亦不一致，如歐洲大陸諸國及日本，下級法院之解釋，僅有爲裁判(即主文)根據之效力，別無其他拘束力，惟第三審發交下級法院之案件，下級法院對於該案，始不得違背其法律上之意見，我國現行

法例亦與此同。(參照法院編制法四五條三二條)惟我國尙有二特例：即1. 最高法院判決，如成爲例者，即所謂判例，下級法院就一般案件亦不得違背，此自前大理院以來，即已爲成例。2. 依國民政府司法院組織法第三條，司法院有統一解釋法令及變更判例之權，故現時司法院解釋，亦有一般拘束力，此亦係沿前大理院成例而來。(參照法院編制法三五條)故在我國現時之裁判解釋，有上述種種之不同，雖不及法律解釋，而與學說解釋，固大不相同也。

丙，學說解釋。此即學者研究法律所爲之解釋也。嚴格言之，真正意義之解釋，只爲裁判解釋，蓋惟法院始有適用法律之權，亦始有解釋法律之權。法律解釋，乃爲法律，非爲解釋；學說解釋，亦只爲學說，非爲解釋。蓋學說解釋，非如裁判解釋，有何等拘束力也。惟有權威之學說解釋，亦大足爲裁判解釋之助，並爲立法之助，故通常所稱法律解釋，均包裁判解釋與學說解釋二者，統稱曰學理解釋，或法理解釋。蓋以二者均係自學理以探求法理，其任務相同故也。

(二) 因於解釋方法之類別。

即法律之解釋，自其方法，可分爲次述二種：

甲，文理解釋。(Sprachwissenschaftliche Auslegung) 此即依據文字之意義與文典之法則，以闡明法律之內容也。故又稱文字解釋。(Sprachliche Auslegung) 或文典解釋。(Gramatische Ausle-

寸) 解釋法律之際，應先用文理解釋，固無待論；然究不可側重，一派學者謂當以文理解釋為主，以論理解釋為輔，實難首肯之說也。

乙，論理解釋 (Logische Auslegung) 此即由推理作用以闡明法律之意義也。其所用方法，不僅專憑論理，故近時學者，多謂其名稱為不當。至此種解釋，究用何標準，則學說尚不一致；要之，解釋法律，除依文字法則就法條以獲得觀念外，更須依推理法則，就法理以獲得觀念。就中尤應注意於立法精神 (Ratio legis) 及法條與法律全體之關係。此後二種方法，又一稱曰目的解釋 (Teleologische Auslegung) 一稱曰組織解釋 (Systematische Element der Auslegung) (餘參照拙著民法通義總則二六頁以下)

(三) 因於解釋標準之類別。

此即因文理解釋與論理解釋之結果不相一致，應用如何標準而生之區別，又有次述三種：

甲，狹義解釋 (Interpretatio stricta) 與廣義解釋 (Interpretatio lata) 此即因文字有數義，而依論理以擇取一義。解之於狹義者，稱曰狹義解釋。解之於廣義者，稱曰廣義解釋。學者多謂刑法應嚴格解釋，(Penal statute are to be strictly construed) 故只應狹義解釋。然文字既有數義，自仍應依論理解決，不必專以狹義解釋為限也。

乙，擴張解釋，縮小解釋，變更解釋。此即因文理與論理相反，依論理而為下述結果之解釋也。因法律所規定之範圍較其所應適用之範圍為小，而擴充文字之意義以解釋之者，曰擴張解釋，(Interpretatio extensiva) 因法律所規定之範圍較其所應適用之範圍為大，而縮小文字之意義以解釋之者，曰縮小解釋。(Interpretatio restrictiva) 依論理而為與文理相反之解釋者，曰變更解釋。(Interpretatio abrogans) 解釋刑法。可用前二種方法，學說上無爭執；主張可用後一種方法者，尙僅少數說。余謂最後方法，通常實不可用，惟刑法內規定如已因後出法律而應變更時，自亦應用此方法也。

丙，當然解釋與類推解釋。此二者均為論理解釋之一種，法律雖只就某種情形規定，但他種情形更有應行適用之理由，而依論理解釋，斷定其應適用者，曰當然解釋。(Argumentum a fortiori) 其中又有二種：1. 有以大例小者，(Argumentum a majori ad Minus) 即大者猶如何，小者亦應如何是也。2. 有以小例大者。(Argumentum a minori ad majus) 即小者猶如何，大者亦應如何是也。刑法得用當然解釋，學說上無異說。我國前大理院就此已著有判例，如前述。又因法律關於某種事項無直接規定，而擇取關於類似事項之規定以適用之者，曰類推解釋。(Analogie) 此即與我國所稱之比附援引相當。歐洲以前因嚴守罪刑法定主義之原則，學說上固無有主張得用類推解釋

者。然至晚近新派刑法學者出，高倡刑法之目的主義與主觀主義，遂有主張亦得用類推解釋者。余如前述，謂在我國刑法，類推解釋，乃不可許。

## 第二節 文例

刑法上之用語，關係至爲重要，有以法律規定其意義之必要，是即前述之法律解釋。我國舊律，向即用此方法，而特稱曰名例以規定之。近代各國刑法，亦有特就用語設規定者，惟多揭之於法例之中。其特設專章者，僅那威及和蘭兩國刑法，我國舊暫行刑律，係仿和蘭刑法，以文例列於總則各章之後，新刑法則仿那威刑法，以文例列於總則法例之後，其他各章之前，蓋以文例所定用語，不僅於分別有適用，即於總則其他各章亦有適用故也。茲分述本章各條如次：

第一，稱以上以下以內者，俱連本數，本刑計算。(一〇)

本條乃規定刑法內所稱以上以下以內之意義。即(一)，如僅係關於單純數目者，則應連本數計算。如第三十條第一項第二款所稱之一年以上三年以下，第五十五條第一項所稱之一月以內是也。(二)，如係關於所定刑名者，則應連本刑計算。如第一百零三條所稱之七年以上有期徒刑六月以上五年以下有期徒刑，第一百二十八條第一項第二項所稱之五千元以下罰金三千元以下罰金是也。刑法尙有稱未滿者，則不連本數計算。如第三十條所稱未滿十三歲未滿十六歲是也。

第二，稱親屬者，謂左列各親：(一一)

一，夫妻。

二，四親等內之宗親。

三，三親等內之外親。

四，二親等內之妻親。

本條乃規定刑法所稱親屬之意義。舊暫行刑律第八十二條所規定之親屬，仍從舊律之服制圖，本法改正，採親等計算法；但關於親屬之基本觀念，仍與以前無異，即其範圍，除夫妻外，仍分為宗親、外親、妻親三種，與民法親屬編之單分為血親、姻親二種者，有所不同，將來仍不免修正也。(註一，二，三)又應注意者，第二款以下，設有親等之限制，不在親等內者，則非刑法上所稱之親屬。

註一，妻於夫之祖父母以上之父母及夫之宗親，應按刑法第十一條第二款及第十三條計算親等，在四親等，均認為親屬。(最高法院民國十七年解字一九三號解釋)

註二，夫之親屬，如合於刑法第十一條第二款或第三款之規定，均應認為妻之親屬。(最高法院民國十七年十月十一日解字二〇八號解釋)

註三，妻既入夫家，則夫之四親等內宗親，自應視為妻之親屬。(司法院民國十八年院字二二號令)



第三，己身所從出或從己身所出者，爲直系親。非直系親而與己身或妻出於同源之祖若父者，爲旁系親。

(一一)

本條乃規定刑法所稱直系親旁系親之意義。民法親屬編就此亦設有規定，詳細解釋，當讓之該編。

第四，親等之計算，直系親，從己身上下數，以一世爲一親等。旁系親，從己身或妻數至同源之祖若父，並從所指之親屬，數至同源之祖若父，其世數相同者，以一方之世數定之；世數不相同者，從其多者定之。(一三)

本條乃規定親等之計算法，此計算法有二種：(一)羅馬法計算法。(二)寺院法計算法。刑法乃採第二種，亦與民法親屬編之採羅馬法計算法者不同。

第五，稱直系尊親屬者，謂左列各親。(一四)

一，父母。

二，祖父母，曾祖父母，高祖父母，及高祖以上祖父母。

三，外祖父母。

爲人後者，於本生直系尊親屬，仍以直系尊親屬論。

本條乃規定刑法直系尊親之意義。依舊律服制圖，本僅從己身上數至高祖五世爲止，第一項第二款特

增定爲高祖以上祖父母者，蓋以爲發掘墳墓等罪，對於高祖以上祖父母所爲者，亦應計及故也。第三款增定外祖父母，亦與舊律同。（註一至四）

註一，刑法第十四條第十五條所稱尊親屬，父妾不包括在內。（最高法院民國十七年十月十三日解字二一三號解釋）

註二，（一）改嫁之母，如係本生母，應認爲直系尊親屬。（二）子隨母嫁，並改從繼父姓，對其繼父，刑法上不能認爲直系尊親屬。（司法院民國十八年二月十六日院字五號解釋）

註三，繼母自屬直系尊親屬。（司法院民國十八年五月二十七日院字九八號解釋）

註四，出繼子對於本生父母及親子對於出母有犯，均以尊親屬論。（前大理院統字五五號解釋）

第六，稱旁系尊親屬者，謂左列各親（一五）

- 一，胞伯叔祖父母，胞伯叔父母，及在室胞姑。
- 二，母之胞兄弟姊妹。
- 三，胞兄及在室胞妹。

本條乃規定旁系尊親屬之意義。舊暫行刑律只規定直系尊親屬，與舊律對於期功尊長有犯均分別加重有所不符，故本條酌予修改規定，以便對旁系尊親屬犯罪不能與普通親屬同論，蓋斟酌舊日之道德

觀念也。

第七，夫之妻之父母及祖父母，以旁系尊親屬論（一六一）

妻於夫之父母及祖父母同（一六二）

本條乃完全與舊清律及暫行刑律相反（註）蓋取夫妻雙方平等，故定為各於其父母及祖父母，均以旁系尊親屬論也。

註 參照清律服制圖及暫行刑律第八十二條第二款（內載妻與夫之尊親屬與夫同）

第八，稱公務員者，謂職官、吏員及其他依法令從事於公務之議員及職員（一七）

本條乃規定公務員之意義。抽象言之，即謂依法令從事於公務之人員（一）所謂「公務」者，即謂國家或其隸屬之公共團體之事務也。只須為公之性質，不問其為權力的，抑為學問的，或技術的，亦不問其能否為私人事業，並是否為公益，且受國家監督。故如同一教育事業，官公立學校營之則為公務，私立學校營之則非公務。又如同一鐵道事業，國家機關營之則為公務，私人團體營之則非公務（二）所謂「依法令從事於公務」者，即謂執行公務之原因係因於法令也。只須其任職係因於法令已足，並不須其執行職務之權限，亦為法令所規定。故茲所謂法令，應廣義解釋，其任職係出於有權限者之意思即可，任職之形式，係因於任命、委託、認可、選舉、雇用，均所不問。學者中亦有謂須為不定量之公務者，余謂此非要件，即其

公務經法令限定或有權者限定亦可。凡屬於從事公務之地位之人員，即可謂爲公務員，此公務員之抽象意義也。

惟刑法則更具體規定公務員之種類，即分爲次述四種（註一至一四）

（一）職官。爲有職之官吏，即爲組織國家機關之一員，而於權力服從關係，有執行國家一部事務之義務者也。必經任官之形式，即有特任、簡任、薦任、委任四種。惟受此等待遇者（如代理候補學習）亦可包含之。

（二）吏員。爲職官以外之員役，即吏員有二種：甲、有係從事於國家事務而隸屬於職官之下者，如錄事是。乙、有係從事於公共團體事務而爲國家機關以外機關之組織員者，如團總是。

（三）議員。乃別於後述之職員，而爲組織國家意思機關之一員，如以前之國會、省議會、縣議會議員是。

（四）其他依法令從事於公務之職員。即爲有職之人員，前述之職官吏員，本亦爲職員之一種，而特爲例示。不過既稱其他職員，則係指職官吏員以外之職員，應解爲其與前述之職官及吏員異者，在其僅爲從事公共事務之人，既非爲組織國家機關之官吏，亦非爲組織公共團體機關之員役也。

註一，省立學校校長，如經中央或省政府任命，當然包括於刑法第十七條公務員範圍之內（司法院

民國十九年院字二三九號解釋)

註二，官吏，在行政法上有一定之範圍，與刑律第八十三條之職員相當，非如刑律官員範圍之廣。(前

大理院統字六六六號解釋)

註三，刑律官員二字，第八十三條有一定要件，故非依法令從事於公務之職員，當然不能包括於官員二字之內。至稅局經收稅款指定雇員辦理，如中央或本省有指定雇員辦理公務之章程或成案者，其雇員自可認為刑律上之官員。(前大理院統字一五九號解釋)

註四，司法警察人員及庭丁，皆係依現行法令從事於公務之職員，自包括刑律第八十三條所稱官員之內，該條所謂官員，與官吏異義。(前大理院統字一一〇號解釋)

註五，刑律官員，不能包括律師。(前大理院統字一六三號解釋)

註六，看守所書記，如係依章程或成案指定辦理公務之雇員，自可認為官員。(前大理院統字一六一三號解釋)

註七，依法院編制法第一百四十二條特置之通譯，自應認為刑法上之職員。(前大理院統字二五〇號解釋)

註八，兵士不能以吏員論，但探訪隊，乃係從事於公務之職員，包含於刑律第八十三條官員之內。(前

大理院統字六六六號解釋)

註九，未設警察地方之保衛團，依地方保衛條例第一條，爲警察之代用，其團總應包含於刑律分則第六章巡警官員之內。(前大理院統字一三七七號解釋)

註一〇，查刑律總則第八十三條第一項，官員以外，有非官員而受官員之雇用或囑託，補助官員執行職務者。(前大理院統字一四四〇號解釋)

註一一，商會會董會議，並非官員執行職務。(前大理院統字一四一七號解釋)

註一二，查刑律所稱官員二字，依刑律第八十三條，須有一定之條件，非依法令從事於公務之職員，不能列官員之內。本條被告人爲縣署雇員，辦理該縣徵收事務，非經中央或各省有指定雇員辦理賦稅徵收之章程或成案，抑經該縣知事詳請該省長官批准，與該雇員以特定之職務，不能認爲刑律上之官員，構成刑律第一四七之罪。(前大理院上字四七八號判例)

註一三，雇員限於依法令所定從事於公務者，方爲刑律第七條所謂公務員，蓋雇員對於國家，不過有民法上之雇傭關係，而無公務上權力服從之關係，故非官吏或公吏，應以依法令特許從事於公務者爲限，認爲公務員。(日本明治四十二年法曹會議議決)

註一四，刑律第七條所謂公務員，其職務範圍，不必以直接規定於法令爲限，縱令以規定某種職員職

務之事委任於一定之機關，而僅依該機關對於監督官廳報告其所規定之結果，苟該職員任命之根據，係依上開意義之法令，則不問該職員之名稱為何，不得不認為同條所謂公務員。（日本大審院大正四年判例）

第九，稱公署者，謂公務員執行職務之處所（一八）

本條乃規定公署之意義。所謂公務員執行職務之處所，應解為係分配公共事務一部之無形機關，而使公務員擔任並實行者也。公署使公務員擔任並實行其事務，固必使用一定場所或建築物。但此有形之場所或建築物，並不能謂之公署。故雖此有形之場所或建築物，一時消失，亦不能謂公署即為消滅。在一般多稱官公署，乃以官署別於公署，刑法所稱公署，則包含官署。故本條乃與前條相呼應之條文，凡前條所稱公務員執行職務之處所，均稱公署，不僅指國家機關，即隸屬於國家之公共機關，亦為公署也。（註一，二，三）

註一，基於法律或命令而設立者，無論矣，即僅作為公務分擔之機關，而為公務員執行職務之處所，統應解為刑法上所謂公務所（即公署）（日本大審院大正三年判例）

註二，執達吏依執達吏規則設置之辦公室，即刑法所謂公務所。（日本大審院大正二年判例）

註三，刑法第七條所謂法令，不公布之軍令亦包含之，輜重兵大隊，雖為組成師團之一部，一面自為處

理該隊事務之獨立官廳，即屬刑法上所謂公務所。（日本大審院明治四五年判例）

第十，稱公文書者，謂公務員職務上制作之文書。（一九）

本條乃規定公文書之意義。所謂公務員職務上制作之文書者，即公務員以公署或公務員名義，於其職務權限內所作成之文書也。公文書乃與私文書對待而稱。關於文書之一般觀念，及公私文書之詳細觀念，當於分則偽造文書罪章內詳說之，茲僅述公文書之概念。自一般言之，公文書須具備三要件：（一）公務員以其資格制作，（二）於其權限內制作，（三）依法定方式制作。惟在刑法所稱之公文書，則只須具第一及第二要件已足，不須具備第三要件。（註一）所謂須以公務員資格制作，即須該文書係以公署或公務員名義制作也。故雖係為公務員之人所制作，而係以私人名義制作，則不能謂之公文書。如推事所具之領薪收據是。所謂須於權限內制作者，即須其制作該文書在其職務範圍內也。故非於職務上得制作之文書，而以公務員資格制作之時，亦不能謂為公文書。如司法警察簽發之拘票是也。只須本於權限，至其權限之由於法令或慣例，可以不問。又該文書之為公法關係事項，抑為私法關係事項，亦可不問。故以會計員資格與私人訂立之民法上契約，亦可謂為公文書。又形式上已成爲一體，而其內容可分爲公文書與私文書者，仍應認爲公文書。（註二，三）

註一，查縣知事致參事會函件，雖未具有公文形式，然其內容既係函令派兵捕拏匪徒，則其實質已與



公文書無異，原審認為行使偽造私文書，解釋上實屬錯誤。（前大理院民國四年上字九二一號判例）

註二，偽造變造已黏契尾蓋印之地契，係偽造公文書。（前大理院統字七四七號解釋）

註三，私人製作之地契，官署黏連契尾，蓋用官印後，即發生公文書之效力，將此地契塗改挖補，提出作

證，即係偽造公文書之行使。（前大理院民國六年上字一一三號判例）

第十一，稱重傷者，謂左列各傷。（二〇）

- 一，毀敗一目或二目之視能。
- 二，毀敗一耳或二耳之聽能。
- 三，毀敗語能。
- 四，毀敗一肢以上之機能。
- 五，於身體或健康有重大不治之傷害。
- 六，變更容貌且有重大不治之傷害。
- 七，毀敗陰陽。

本條乃規定重傷之意義。蓋因分則所定之傷害罪，應因重傷而加重，故對於重傷有規定其意義之必要。關於傷害，我國舊律分為傷，折傷，篤疾，廢疾，四種。暫行刑律則分為輕微傷，廢疾，篤病，三種。現行法則分為

傷害與重傷二種。考諸他國立法例，如意大利刑法，分爲四種，法國那威瑞士刑法分爲三種，德國英國美國和蘭刑法分爲二種，日本刑法則不分類。我國現行法亦採二種制。在分輕重傷之制度，其區別標準如何？立法例亦不一致，有以傷害程度並治療日數爲標準者，如我國暫行刑律及法國意大利和蘭刑法是。有單以傷害程度爲標準者，如法英美諸國刑法是。我國現行法亦同。又暫行刑律乃以毀敗機能與重大不治爲篤疾，減衰官能爲廢疾，現行法雖廢去廢疾一級，而仍以毀敗機能及重大不治爲重傷。所謂毀敗機能，依暫行刑律箋釋，乃謂全部喪失其能力，以與減衰其一部或衰弱其能力者區別之。前大理院判例及解釋，亦係從此。現行法所稱毀敗，是否仍應從舊律毀敗之語義。雖不無疑義，自重傷從重科刑之點言之，自應嚴格解釋，仍從舊義爲宜。惟應注意者，刑法定明毀敗一目一耳一肢亦爲重傷，故在此等官能，固只須該一部完全喪失能力已足也。又所謂毀敗或傷害，應指最後之結果而言，自不待論。（註一至四）

註一，刑律第八十八條第一項第四款所謂毀敗，係指全部喪失效用者言之，若僅屈伸不能自如而尙能行動者，自未至毀敗之程度。（前大理院民國八年上字三四號判例）

註二，被害人所受傷害，果係篤疾，抑係廢疾，自以其機能是否毀敗或減衰爲斷。據鑑定結果，被害人之左腿，雖不能如右腿之屈伸靈動，然究未達於全部喪失之程度，其行走之必用拐杖，亦不過須賴他力之補助，其機能尙未完全毀敗，仍屬於減衰之範圍。（前大理院民國八年上字四三四號判例）

註三，所謂毀敗語能及一肢以上之機能者，仍指傷害之結果而言。若一時不能說話坐立，不過係受傷後之狀態，究應發現何種結果，非經鑑定，不能當斷為篤疾。（前大理院民國五年上字一四〇號判例）

註四，被害人所受腿傷，是否已臻於毀敗，即是否已成篤疾，亦不能以驗傷時骨之斷折為標準，須就醫治後之實在狀況以為斷定。（前大理院民國八年上字六九〇號判例）

### 第三節 時例

刑法上發生時期計算之問題，不一而足，最重者，為有期徒刑及有期褫奪公權，次則如易科監禁，羈押折抵，累犯，併合論罪，緩刑，假釋，時效等，亦莫不與計算時期有關。關於期間計算，如民法，如民刑事訴訟法，固莫不設有規定，然刑法上計算時期，不宜從之。故各國刑法多特設規定。我國舊律亦特於名例內設有明文，暫行刑律則專設時例一章以規定之，惟設於總則之末，文例之前，現行刑法亦特設時例一章，惟以其於總則他章亦有適用，故特與文例並列於他章之前。（註）

註，時效，日本係規定之於刑事訴訟法內，故其期間計算，應從刑法訴訟法，反是我國刑法，乃如德國刑法，而將時效規定之於刑法內，故其期間計算，應從刑法。

時例所規定者，雖為時期計算之方法，然仍係關於時期之例，亦為一種法律解釋，故亦附於解釋以說明之。

第一，時期以日計者，閱二十四小時，以月或年計者，從曆。(二一1)

蓋時期之計算，本有二種：(一)自然計算法(*computatio naturalis*)即精確按時間實數計算，宜於計算短時期。民法只於以時定期間者，始用此法。(民法一二〇1)刑法則定為時期以日計者，亦依此法，須閱二十小時。蓋完全與暫行刑律相同，唐律及清律所謂凡稱日者，以百刻計，亦係同一用意也。(二)曆法計算法(*computatio civilis*)即依曆法之所定以計算之也。此宜於計算長時期。暫行刑律係定為以月計者，閱三十日，以年計者，閱十二月，蓋亦依自然計算法，與唐律清律所定稱一年者，以三百六十日相同。現行刑法則改定為以月或年計者，從曆。蓋以此時從曆計算為簡便也。此所謂從曆者，即指從民國以來所用之國曆，非民國前所用之陰曆也。

第二，時期以若干分之幾計算者，一月為三十日，一年為十二月。(二二1)

此則對於前項為例外，仍仿暫行刑律，依自然計算法。蓋須以若干分之幾計算時期時，若仍從曆，則年有平閏，月亦有三十日三十一日或二十八日二十九日之參差不齊。故選定為一月概為三十日，一年概為十二月，以期劃一。故如一月之二分之一，則應為十五日，一年之四分之一，則應為一月是也。

第三，時期之初日，不計時刻，以一日論。最終之日，須閱全日。放免囚犯，於期滿之次日午前行之。(二二2)

本條關於計算初日及刑期屆滿，均對於第二十一條第一項計日之原則規定為例外規定。即一則未閱

二十四小時，仍以一日論。一則雖閱二十四小時，仍須於期滿次日午前放免囚犯。蓋以閱全日時即須放免，則須於深夜行之，殊為不便故也。惟以外之時期，其最終之日，仍須閱全日，則仍從前條第一項計日之原則也。

第四，刑期，自裁判確定之日起算。裁判雖經確定，其尙未受拘禁之日數，不算入刑期內。(三三二II)  
本條乃規定刑期計算之標準。即(一)其起算乃為裁判確定之日，乃為便於被告之規定。至科刑判決，如何始為確定？屬於刑事訴訟法之問題，即本來不得上訴，如終審判決者，則於送達或宣告時確定。得上訴之判決，則於經過上訴期限或一定程序時(如捨棄撤回上訴)而確定。又應經覆判之判決，則尙須經覆判核准，始為完全確定。刑期即自裁判確定之日起算，非自其翌日起算，亦非自執行徒刑之日起算。(二)刑期固應自裁判確定日起算，但如未羈押者，其尙未拘禁之日，自不得算入，亦屬當然之規定也。

### 第七章 總則與分則及他法令之關係

#### 第一，總則與分則之關係。

刑法雖自有人類社會以來，即已有之，然其進化趨勢，均係由簡而繁，由不文而成文，且初時均只有關於罪刑之具體規定，而無關於罪刑之抽象規定。惟歐洲自自然法派勃興以後，關於法律，漸知為統系與分析之研究，制定成文法，亦遂風行一時，且於各種法典，類皆設總則與分則之規定；一以規定共同原則，一

以規定具體關係，於刑法亦然。我國法學，本盛於周秦，故當時即已知爲系統與分析研究，李悝法經，即分爲六法，而以具法總殿之。自九章律以後，分則法固逐漸增加，總則法亦逐漸完備，即自晉律以降，或分定爲刑名法例二篇，或合定爲名例一篇，及至清律，名例已增定至三十九條，暫行刑律，亦仿歐洲刑法法典，分設總則分則二編，總則編除設法例及刑名二章外，更設共通規定多章，乃如前述，係規定刑法之一般適用及罪刑之一般原則，尤以關於犯罪要件及刑罰適用之原則規定，應適用於分則所定之犯罪及刑罰，自屬當然，無待明文規定者也。

## 第二、總則與特別刑法之關係。

刑法爲普通刑法，其他刑法爲特別刑法，已於前述。二者之關係，仍應如一般普通法與特別法之關係，即特別法對於普通法，有優先及補充之效力，此亦無待深論。惟刑法特於第九條定明，「本法總則於其他法令之定有刑名者，亦適用之，但有特別規定者，不在此限。」所謂其他法令定有刑名者，即特別刑法之謂。蓋如前述，凡其他之法令所定之制裁，如非秩序罰，強制罰，懲戒罰，而爲刑罰者，則該法或該法中某規定即爲特別刑法。且何以知其爲刑罰，則以其所定之制裁是否合於刑法所定之刑名徵之，本條即揭明此旨。但宜注意者，特別法令亦有本屬行政罰性質，而仍襲用罰金或沒收之名稱者，此時則不可拘泥名稱，仍應審查實質。依本條規定，刑法總則與特別刑法之關係，應如次述：

(一) 以適用總則為原則。

此即與一般普通法與特別法之關係，微有不同。即在一般特別法，以對於普通法有優先適用及補充適用之二種效力。故普通法之總則，亦往往在排除適用之例。若刑法總則之於特別刑法則不然。仍以應適用為原則。蓋以總則所規定者，乃關於犯罪及刑罰之共通原則，其與特別刑法之關係，亦與與分則之關係無異。對於特別刑法所規定之犯罪及刑罰，尤以關於犯罪要件及刑罰適用之原則，自亦有不可分離之關係，而應行適用也。此又有次述二種情形：

甲，該特別法令無總則規定者，此應適用總則，乃不待言。

乙，該特別法雖另設有總則規定，但於與總則不相牴觸之範圍內，仍應適用總則。（例如海陸空軍

刑法一五條）

(二) 以不適用總則為例外。

其他刑法既為特別法，則基於特別情形，並刑法之總則規定亦不宜適用，自亦有之。故本條又以但書規定其例外，於凡特別刑法有特別規定者，亦應不適用總則。此又有次述三種情形：

甲，特有明文規定不適用刑法總則者。

乙，明設有與總則相反之規定者。

丙，解釋上明對於總則爲特別規定者。

於此應注意者，條文稱曰其他法令，其以法律特別規定不適用刑法總則，固無問題，若以命令特別規定不適用刑法總則，是否有效，則爲問題。有謂不得以命令變更法律，應認該命令此項規定爲無效者。余謂法條明定凡法令有特別規定，即得不適用總則，故命令之特別規定，亦可認其有效。

## 第二編 犯罪論

### 第一章 犯罪之觀念

#### 第一，犯罪之意義。

關於犯罪 (*Verbrechen, infraction, Crime*) 之意義，可從二方面觀察之：

(一) 自哲理上或社會上言之，凡反社會之行為 (*Gemeing-fährliche Handlung, action antisociale*) 均爲犯罪。故犯罪可謂爲應處刑罰之行為 (*Strafwürdige Handlung*) 其範圍，惟有決之於理論。此意義之犯罪，學說上稱曰自然犯 (*Delicto naturale, délit naturel, mala in se*) 又稱曰實質意義之犯罪，或廣義之犯罪。自然犯之觀念，亦已有二次變遷，最初自然法派之見解，乃謂犯罪係因於自然之理性而成立者，然最近社會法學派之見解，則謂犯罪係因於社會之必要而成立者。即前者主張，



人均有理性，應爲善行，乃竟違反之而爲惡行，故應認爲犯罪而加以刑罰之惡報，此即刑法舊派關於犯罪之理論上觀念也。後者，則主張人因有生存競爭，其行爲往往與社會發生衝突，乃屬當然，故認反社會之行爲爲犯罪而加以刑罰，只應於防衛社會必要之範圍內行之，故將犯罪自社會學人類學方面研究之，此即新派關於犯罪之理論上觀念也。

(二) 自法律上或解釋上言之，則須違反刑法之行爲，始爲犯罪。故犯罪又可謂爲被處刑罰之行爲，(Strafbedrohte Handlung) 此意義之犯罪，學說上稱曰法定犯，(delicto legale, délit légal, mala prohibita) 又稱曰形式意義之犯罪，或狹義之犯罪。蓋反社會之行爲，即違法行爲，亦多矣，甲，有僅由法律認爲無效，別不科其他責任者，乙，有僅由法律科以賠償責任，即民事責任者，丙，有更由法律科以制裁責任者，又有二種：1. 有僅爲行政罰 (Verwaltungsstrafe) 或秩序罰 (Ordnungsstrafe) 即非刑事責任者，此於學說上稱曰行政犯 (Verwaltungsdelikt) 或警察犯 (polizeidelikt) 2. 有爲刑事罰 (Kriminelle strafe) 即刑事責任者，此於學說上稱曰刑事犯 (delictum) 真正犯罪，專指後者。若從此義，則犯罪不但與民法上之違法行爲不同，即與行政上之違法行爲亦不相同。

自解釋法律學之見解，犯罪自爲一種法律事實，(原因) 刑罰則爲一種法律效果，(結果) 故犯罪之觀念，不應從社會上研究之，而應從刑法上研究之，故犯罪應依第二義。若依此義以下犯罪詳細之定義，則「

犯罪爲刑法所規定應以刑罰制裁之有責並違法行爲。茲更分析說明其意義如次：

(一) 犯罪爲行爲 (Handlung)

故動物動作及自然動力均不爲犯罪。又在古時，雖有罰及犯意之例，現時各國刑法均只限於犯行，我國刑法亦然。特種犯罪，雖罰及預備、陰謀，但此亦爲行爲，故犯罪必限於行爲。行爲爲本於意識之動作，亦如民法上之行爲，分爲作爲 (Thun) 與不作爲 (unterlassen) 二種。此當於後詳述，至行爲主體是否限於自然人，即法人是否亦得爲犯罪主體，亦當於後述之。

(二) 犯罪爲刑法所規定應以刑罰制裁之行爲。

此所謂刑法，乃指廣義，即指一切刑罰法令。蓋刑法第一條明揭罪刑法定主義。(參照前之說明) 故行爲成爲犯罪，應以刑罰制裁，必經刑罰法令以明文規定。故行爲必合於刑法所規定之事實，始成犯罪，此事實，學說上稱曰構成犯罪事實 (Verbrechensstatbestand 參照二七II) 行爲於此時始爲危險行爲，而應受刑罰之處罰，此爲犯罪之成立要件。學說上稱之曰行爲之危險性，或事實性 (Thatbestandsmässigkeit)

(三) 犯罪爲有責行爲 (Schuldhafter Handlung)

行爲雖合於犯罪構成事實，即於一般雖爲犯罪行爲，而如非由應負責任之人所爲，則亦不應處罰。故

犯罪又必爲有責任行爲。此爲犯罪之處罰要件。犯罪行爲爲有責任行爲時，又稱曰行爲之有責任性（Schuldhaftigkeit, Culpabilité）如何而後爲有責任行爲，法律上有明文規定，可分爲責任條件（Zurechenbarkeit）與責任能力（Zurechnungsfähigkeit）必須具備此二者，始爲有責任行爲。即一須爲有故意或過失之行爲，一須爲有責任能力人之行爲。即法律自進化以後，不問民刑法上之責任，均採責任主義；不採原因主義。即行爲僅有因果關係，尙爲不足，更須有負責關係。此負責關係，即刑法所規定之刑事責任，亦即此之所謂責任條件與責任能力也。此二者亦於後詳述之。

（四）犯罪爲違法行爲（Rechtswidrige Handlung）

雖爲有責任行爲，若不爲違法行爲，亦不應處罰。即犯罪行爲應行處罰，又須其逸出社會之一般常軌，此於學說上稱曰行爲之違法性，亦稱反社會性（Rechtswidrigkeit）此亦爲犯罪之處罰要件。行爲如何而後爲違法行爲？各國法律均不於其正面規定，而於其反面規定之。蓋凡爲犯罪行爲，均爲違法，此不待另有明文，惟雖爲違法而成犯罪，法律因該行爲基於特殊理由，已足認其無反社會性，亦不以爲違法而使受刑罰，故違法及責任，同爲犯罪之處罰要件，而爲刑法總則第四章所規定。

第二，犯罪之本質。

關於犯罪之理論的觀察，即如何行爲始爲犯罪？已如上述，舊派及新派見解，固不相同；關於犯罪之具

體的觀察，即如何犯罪。始科刑罰。舊派及新派主張，亦不相同。分述之如次：

(一) 舊派因如前述，係採報應主義及客觀主義，故謂法律只能支配人之外部之行為，不能控制人之內部之意思。故刑法亦必於人之行為侵害社會之法益時，始應以刑罰制裁之。故犯人之惡性，亦須於其行為徵之，必於已成爲犯罪之範圍內，始應按之處罰。此說乃以犯人現實之行為爲科刑之標準，故稱曰現實主義 (Realistik)

(二) 新派因如前述，係採目的主義及主觀主義，故謂刑法目的，重在預防，凡對於社會有危險性格之人，應不待其實際侵害法益，而預講防衛之方法。故犯罪應解爲反社會性格之表徵，只須已有反社會性格之表徵，應不問其行為之實際結果，而加以處罰。此說乃以犯罪爲惡性之表徵，故稱曰表徵主義 (Symptomatik)

上述二說，各有短長。自保護個人言之，自以第一說爲優。蓋科處刑罰，若不以犯罪爲標準，而以犯意（惡性）爲標準，則將啟裁判專擅之風，生罪刑失平之弊。個人之自由，必至犧牲無餘。此舊派主張犯罪應專問其客觀實害之有一面真理也。然此說之缺點，即在蔑視刑法之社會的功用，雖同一犯罪，要應斟酌其主觀之惡性，未必即應科以同一之刑罰。故自防衛社會言之，又以第二說爲優。蓋犯罪之應處罰，實因其爲反社會之行為，故刑罰之重輕，自應以其對於社會危險性之大小爲準。故犯人之惡性如何，應行斟酌。

此新派主張犯罪應專問其表徵惡性如何之亦有一面真理也。然此說之缺點，即在蔑視刑法之個人的功用，與其殺不辜，寧失不經，乃為刑法之根本原則，刑罰若不問外部之行為，而專問內部之惡性，則明刑慎弼之本旨，漸滅無遺矣。故關於犯罪之具體的理論，新舊二派主張，亦各有可取及不可取之處。我國刑法，其分則所定罪刑，顯多偏於舊派主張，特亦不無酌採新派主張之處，尤於總則為然。此觀第七十六條之規定，亦可以思過半者也。

### 第三，犯罪之要素。

犯罪之要素，一稱犯罪之要件；即謂犯罪之成立上或處罰上所必要之原素或條件也。廣義言之，則並指關於犯罪之成立及處罰者，狹義言之，則單指關於犯罪之成立者，關於犯罪成立之要件，又稱曰犯罪構成要件，簡稱曰成立要件或構成要件。關於犯罪處罰之要件，又稱曰處罰要件（註一）犯罪之成立及處罰，觀念上應行區別（註二）已於前述。（參照第一編刑法之淵源章內第二之註）則構成要件及處罰要件，觀念上自亦應區別。惟此二者，在刑事訴訟法上，其待遇乃完全相同，即同為決定應否起訴或不起訴，並應否無罪或科刑之標準（註三）即在刑法上，不為罪與不罰，法條上雖有區別（參照同註）然刑法學者於此二者之區別，亦往往相混，即通常所稱犯罪要素或要件，均舉下列各項：（一）法律明文（參照一，舊稱正條）（二）犯罪主體（三）犯罪客體（四）犯罪行為（五）責任條件（即故意過失，亦稱責任意思）

(六)責任能力，(七)違法行爲。又學者分要素或要件爲普通(亦稱一般)與特別二種(後詳)而以上述七者均爲普通要件或要素。余謂成立犯罪，必有法條及主體與客體，此三者爲其要素或要件，乃爲當然，故於刑法上所稱犯罪不可缺之成分，亦如一般法律用語，凡稱發生法律效果之法律原因，只指法律事實本身，及關於該事實之條件，而名曰要件。故余於刑法，亦姑以要件爲要素之一種，而以要素指上述七者，要件則單指後之四者。(一部刑法學者亦係依此用語)又就此分爲構成要件與處罰要件，且分爲一般構成要件與特別構成要件，並一般處罰要件與特別處罰要件，又責任條件及責任能力，刑法概稱曰責任，余亦從之。故余只以行爲及責任與違法爲犯罪要件，而以別於法條主體客體。法條已於前述，故以後只述犯罪之主體客體要件三者。又茲宜注意者，法條即指規定罪刑之各該本條，茲只爲抽象之說明，具體之說明，即爲各犯罪構成要件及處罰要件之問題，故謂法條爲犯罪之一般構成要件亦可，餘如主體客體爲犯罪一般構成要件，亦不待言。行爲亦爲構成要件，其一般構成要件，刑法別無明文，其說明屬於總則之範圍；至其特別構成要件，即犯罪之成立事實，乃爲分則及特別法之所定。又責任及違法，則爲處罰要件，此關於犯罪要件及本書分類之說明也。(註四)

註一，處罰要件用語，學說上尙不一致，有單稱刑法所規定之特別處罰條件者，余從廣義，凡關於犯罪之處罰條件，概稱曰處罰要件，而以與犯罪之構成要件，追訴要件(訴訟要件)相區別。

註二，亦有學者謂刑法上不爲罪與不罰無區別者。

註三，刑事訴訟法所稱不成犯罪，乃指廣義，凡欠缺構成要件與處罰要件均屬之。故刑法上所稱不爲罪或不罰，於刑事訴訟法均稱曰不成犯罪。（參照刑訴法二四四⑬、三二六）

註四，刑法第七十七條所稱犯罪之狀況，及第七十六條第一項所列舉之事項，就中如犯罪之原因，犯罪之目的，犯人之心術，犯罪之結果，均與犯罪要件無涉。（但刑法通常稱犯罪行爲多包含結果，又目的或動機，有時亦成犯罪。）

犯罪之構成要件與處罰要件之應區別者，關於共犯，尤有實益。不具備前之要件，則根本不成立犯罪，即不爲罪，即無共犯可言。不具備後之要件，則係成立犯罪，而僅不處罰，即非不爲罪而係不罰，自得成立共犯，此尤應注意者也。

關於犯罪之成立或處罰者，稱曰犯罪要件，應分爲成立要件與處罰要件，已於前述。但在學說上亦有統稱曰處罰要件者。而關於犯罪之追訴者，則稱曰訴訟要件或追訴要件，以與處罰要件相對稱。前者，爲實體法所規定，後者雖亦有規定之於刑法者（如告訴或請求乃論之罪）然究爲程序法規定。二者應嚴格區別之，即一爲關於刑罰權成立或行使之條件，一爲起訴權行使之條件故也。（關於此二者區別之標準及實益，可參照拙著刑事訴訟法通義一三八頁—三九頁）

學者關於犯罪要件，又有爲次述種種之分類者。

(一) 有分爲普通要件，(亦稱一般要件)與特別要件者。前者乃指犯罪之一般構成或處罰要件，後者則指該犯罪特別應具備之構成或處罰要件。其特別構成要件，即刑法分則或他法所規定之具體犯罪事實，稱曰犯罪構成事實。已於前述，通常所稱犯罪構成要件事實或犯罪構成要件，即以指此，本書於總則所說明者，皆普通要件也。說明分則時，則單說明該各條所規定之構成要件。

(二) 有分爲主觀要件客觀要件者。即以責任條件與責任能力屬於前者，以行爲之危險性與行爲之違法性屬於後者。

(三) 有分爲積極要件與消極要件者。後者即以指刑法就責任能力及違法所規定之消極要件事實，而又一稱曰責任阻却原因。(Schuldanschlussungsgründe)一稱曰違法阻却原因。(Ausschlussungsgründe der Rechtswidrigkeit)

上述分類，多係學者爲說明之便利所爲者，固無於理論上評論其當否之必要也。

## 第二章 犯罪之主體

### 第一，概說。

學說上稱犯罪主體，有次述二個意義：



(一) 指現為犯罪行為之人。此於刑法上，稱曰犯人，（參照七13二六，二七，二九等）於刑事訴訟法上，則多稱曰被告，亦間有稱犯人者。（參照刑事訴訟法第一編第四章至第六章及二三〇，二五四等）

(二) 指得為犯罪行為之人。學說上用於此意義者為多，本書所稱犯罪主體，亦多係此義。若依此義，則次述諸語，應附帶說明之。

甲， 犯罪能力。(Delictfähigkeit)

此謂於刑法上有為犯罪行為之資格，乃與犯罪主體同義。

乙， 刑罰能力。(Straffähigkeit)

此謂於刑法上有受刑罰制裁之資格。亦有稱現應受刑罰之人者，故又稱刑罰主體。在普通刑法，犯罪主體與刑罰主體，自應一致；然在特別刑法，則各國多設有例外，此於理論上亦屬可通。蓋行為與行為之效果，本為兩事，故行為人為一人，受行為效果者又為一人，在民法上固所常見，刑法雖自來探報應主義，以對於犯罪人施行刑罰為原則；然往時即有罪孽夷族之制度，現時此種制度雖已廢止，而就他人之行為應負刑事責任者，亦往往於賦稅法警察法中見之。

丙， 責任能力。(Zurechnungsfähigkeit)

此謂於刑法上得負刑事責任之資格。其標準應自有無意思能力區別之。通常犯罪主體與刑罰主體一致，與責任能力自亦一致。惟應注意者，犯罪主體即謂犯罪能力，乃自一般言之，責任能力，則自具體言之，而應以行為時為標準而決定之。

丁，當事人能力 (Parteilichkeit)

此謂於刑事訴訟上得為被告之資格。通常凡有犯罪能力者，即有當事人能力。即犯罪主體，刑罰主體，當事人能力，均屬一致。然如上述，犯罪主體與刑罰主體，於特別刑法上得別為一人，此時於刑事訴訟法上自只以刑罰主體為限，始有當事人能力。

戊，訴訟能力 (Prozessfähigkeit)

此謂於刑事訴訟法上得為有效訴訟行為之資格。應以有無意思能力為準，與刑法上之責任能力，應區別之，與犯罪能力，亦應區別之。蓋後二者雖亦係以有無意思能力為準，然係專就犯罪時言之。訴訟能力，則係專就訴訟時言之。故有犯罪能力並有當事人能力之人，苟於訴訟時喪失意思能力，亦仍無訴訟能力也。(參照拙著刑事訴訟法通義六四頁)

犯罪主體，於刑法上，亦有變遷。古時除自然人外，亦有罰及動物或自然者。(註)現時各國刑法則決無此事。蓋法律原以規定人格者相互關係，刑法亦為法律，而規定國家與人民之權力關係(刑罰權)自無支

配人格者以外之物之理。惟在現代刑法，則又生一問題，即在一般人格者，本有自然人與法人兩種；刑法是否亦應支配此二種人格者？乃成爲學說上及立法上一問題。分述之於後：

註 據李斯特(V. List)稱歐洲對於動物之科刑及訴追(Tierstrafe und Tierprozesse)於十八世尙見之，又日本史載白河帝欲幸法勝寺，阻雨不果，帝大怒，謂雨有罪，乃盛之器，下獄，時人謂之雨禁獄。

第二，自然人。

如上所述，犯罪主體與刑罰主體及責任能力，應屬一致，乃爲原則。而責任能力又應以有無意思能力而區別之，非自然人，即不生有無意思能力之問題；故犯罪主體，原則只限於自然人。而自然人之有犯罪能力而爲犯罪主體，又須其有責任能力，均屬當然。

民法上之所謂人，係指人格者，即有權利能力人，乃始於出生，終於死亡。(民法六)人如何始得認爲出生？而與胎兒區別，學說上有(一)催生說，(二)一部出生說，(三)頭部出生說，(四)全部出生說，(五)獨立呼吸說，(六)呼吸可能說，六說。(參照各論墮胎罪之說明)刑法學者區別殺人與墮胎時，通說均主張一部出生說，然民法學者區別人與胎兒，則通說主張全部出生說。(參照拙著民法通義總則五四頁)自然人之爲犯罪主體，通常非自其有權利能力時，而係自其有責任能力時，故於自何時爲人之問題，不甚重要。然在特別刑法，於應就他人行爲負刑事責任之時，亦間有不問其有無意思能力而仍應負責者，則於已

否爲人至有關係；蓋以此時亦決不能認胎兒得爲刑罰主體也。

人於死亡時，即應喪失權利能力，即非人，亦即不能爲刑罰主體。故刑事訴訟法於被告死亡時，定明應分別爲不起訴之處分或不受理之判決。（參照刑訴二四四1、二四三6、三一八5及拙著刑事訴訟法通義二七二，三〇二，三五一頁）至如何始爲死亡，亦應以民法上自然死亡之時爲準；即應爲呼吸完全斷絕之時，與宣告死亡之時無涉。（參照拙著民法通義總則五六，五七頁）

自然人死亡後，其屍體應認爲一種不融通物，即仍爲所有權客體而不得處分之動產。（參照拙著民法通義總則一四五頁）故屍體決不能爲刑罰主體，往時雖有戮屍之制度，然現代各國刑法已無有認之者，我國刑法亦然。

又應注意者，凡自然人而有責任能力，即爲有犯罪能力，而得爲犯罪主體。至於能否適用我國刑法爲另一問題，即不能適用我國刑法之人，其爲犯罪行爲時有犯罪能力如故也。

又應注意者，在自然人犯罪，有因其有一定身分而於刑法上受特別待遇者，即有爲犯罪構成要件者，有爲刑罰重輕免除之要件者（參照四五）所謂身分者，即謂該犯人之特別地位也。男女、親屬、國籍、資格等差別均是。（註）親屬及公務員，乃爲身分中之最著者，故刑法特以文例規定之。

註 刑法第六五條（與我國四五條相當）所謂身分，不僅限於男女之性，內外人之別，親屬之關係，公務

員之資格，乃汎稱犯人關於該犯罪行為之特殊地位或狀態，故如第二五三條（與我國刑法三五七相當）所稱之業務上占有者，亦為一定身分（日本大審院明治四四年三月判例）

### 第三，法人。

法人不能犯罪，(Societas delinquere non Potest)固為自來民法學者之通說。然至近時，法人究竟有無犯罪能力及當事人能力，非為單純理論問題，乃為成文法規定問題。（註一，二，三）一般立法例，普通刑法，均只認自然人有犯罪能力。我國現時刑法亦然。其總則刑事責任一章，即係着眼於自然人而設規定，（二四以下）餘如刑名一章所規定之刑罰，其生命刑，身體刑，無論矣。即罰金刑，亦定明得易科監禁，（五五II）故亦只能適用於自然人。故在普通刑法，自不能認法人有犯罪能力。但在特別刑法，規定法人得為犯罪主體者，他國亦往往有之，（且有於刑事訴訟法亦特別定明法人得為被告者）我國自亦有此必要；蓋法人既與自然人同為人格者，已在民法上有責任能力，應就他人之行為負民事責任，既經民法定有明文，（民法二八）則在特別刑法，設同一規定，於理論自無不可通也。茲惟應注意者，即令特別刑法規定法人應就其董事或其他職員及使用人之犯罪行為負刑事責任，理論上亦須具備二要件：即（一）客觀要件。即須其行為為一般見解足認為係為法人所為者。（參照民法二八）（二）主觀要件。即須行為人係以為法人之意思所為者。（註四）又依特別規定法人應負刑事責任時，行為人亦應同負責任否？

法有明文解決。刑法上亦屬成文法或解釋之問題。自純粹理論言之，特別刑法科法人刑事責任，多係重在法人，而不問行爲人責任之義，故應以科處二重責任爲例外。

註一，亦有特殊立法，並概括認法人有犯罪能力，而定爲自由刑得變更爲罰金刑者，如紐約刑法第一三條，「凡法人犯自然人應處徒刑之罪者，輕罪處以五百弗以下，重罪處以五千弗以下之罰金。」又加里弗里亞（California）刑法第二六條，「法人與自然人有同一犯罪能力，其犯本法單處徒刑之罪者，輕罪處以五百弗重罪處以千弗以下之罰金」是。

註二，按法人非有明文規定，不能有犯罪能力，故普通刑律上之罪刑不適用之。暫行刑律，於犯罪主體，既以自然人爲斷，此外更無特別法令規定法人有處罰之明文，則訴追條件，尙屬欠缺，假令本件事實，果因故意或過失應構成普通刑律上之犯罪，亦當由充任職務之自然人當之，檢察廳對於公司提起公訴，自不能謂爲合法。（前大理院民國四年上字一〇一二號判例）

註三，法人非有明文規定，不能有犯罪能力，故普通刑律罪刑不能適用，如關於特種犯罪有處罰法人之章規，自應以該種法人爲該種犯罪之被告，否則法人不能爲被告，至實施普通刑律上犯罪行爲之人，無論係爲自己或謀法人之利益，仍應依刑律處罰。（前大理院民國三年統字一〇八四號解釋）

註四，公司董事以公司名義僞造文書而圖自己或第三人之利益者，不能屬於董事之權限，與其他無

董事資格之人所犯者無異，應由自己構成偽造文書罪，反是如係非為自己或第三人而係專為公司利益制作公司名義之文書時，則屬於董事之權限，其內容雖為虛偽，亦與個人以自己資格作成虛偽文書無異，該項作成文書之行爲，自不構成犯罪。（日本大審院大正八年判例）

法人於理論上能否認其有犯罪能力，乃與法人之本質有關，關於法人本質，學說可大別爲三派：（參照拙著民法通義總則八二頁以下）

（一），法人擬造說。此爲往時之通說，謂法人之有人格，不過爲法律所擬造，並非有實際之存在，故法人並不能爲行爲，只得由他人代理爲行爲，而於其目的之範圍內，及其效力於法人而已。故法人當然不能犯罪。

（二），法人否認說。此說雖起於近時，然亦與前說同爲否認法人有實際之存在，而謂法人之財不過一種財產集團，並非法人爲其主體。其中又有無主財產說，受益人主體說，管理人財產說，諸說。既均主張法人非真正主體，自不生有無犯罪能力之問題。

（三），法人實在說。此又有次述二說：

甲，團體人說。此說於近時甚爲有力，乃謂法人爲一團體人，而如自然人，爲有機體，故有實際存在，且有自然意思，其機關所爲之行爲，與自然人之手足無異，仍爲法人之行爲，自得犯罪能力。

乙，組織體說。此說亦爲一部學者所主張，其謂法人有實際存在，仍與前說同，不過謂其組織非爲自然，而係基於法律，則其代表人之行爲，只於法律所規定之範圍，始爲法人之行爲，故於其爲犯罪行爲時，通常只爲自然人個人行爲，與法人無涉，必於法律亦特認法人得爲刑罰主體，始得認其代表人得代表法人爲犯罪行爲。

上述數說中，余於民法上及刑法上，均以最後說爲是。蓋謂法人非真正人格者，不但與實際不符，亦與成文法相反。但如團體人說，逕謂法人有自然機關並自然意思，於社會學見地，固有可取，然於法律學見解，亦尙難首肯。蓋法人之機關，得代表法人，決定意思，並爲職務上之行爲，究爲法律所規定，故其意思亦僅法律意思，若遽謂其爲一有機體而得爲民法上之一切侵權行爲，更得爲刑法上之一切犯罪行爲，皆未免武斷之談也。

### 第三章 犯罪之客體

學說上稱犯罪客體，有次述二個意義：

#### 第一，被害法益。

即通常稱犯罪客體，均指被害法益。蓋犯罪莫不以侵害一定法益而成立，故通常稱犯罪之客體，即與犯罪之對象(Gegenstand)或標的(Objekt)同義，自應指犯罪所侵害之法益。何謂法益(Rechtsinteresse)



即法律所保護之利益也。有爲有形者，有爲無形者，有爲有主者，有爲無主者。故法益較權利 (Recht) 之義爲廣，較法財 (Rechtsunter) 之意義亦爲廣。蓋權利爲特定人格者關於特定行爲所有之法律上狀態，即法律上之力。(參照拙著民法通義總則三二頁) 而法益則不必有主體，且不必爲關於特定行爲之法律上之力。又法財，乃法律所許受吾人支配之生活資料。(參照拙著民法通義總則一三六頁) 而法益亦不必爲吾人支配之生活資料。(即法益中有無形者有無主者) 故也。

犯罪所侵害之法益，自一般言之，可概謂爲社會之秩序，蓋犯罪即反社會之行爲，無論何種犯罪，國家科以刑罰，無不因其侵害社會之秩序也。然自具體言之，則犯罪所侵害之法益，又可爲次述二種分類：

甲、公益與私益。

法益之屬於公共即國家或社會者，曰公益。(Rechtsgut der Gesamtheit) 其屬於國家而被侵害者，則稱曰侵害國家法益之犯罪。其屬於社會而被侵害者，則稱曰侵害社會法益之犯罪。二者統稱曰侵害公益之犯罪，簡稱曰公益犯罪。法益之屬於個人者，曰私益。(Rechtsgut der Einzelnen) 私益被侵害者，則稱曰侵害個人法益之犯罪。(參照刑事訴訟法三三七) 又稱曰侵害私益之犯罪。簡稱曰私益犯罪。刑法分則所規定之犯罪，即依此三種分類而依次排列者也。(參照本書下卷分則緒論) 公益犯罪與私益犯罪區別之實益，即在前者，原則只須爲一個行爲，則法益可包括觀察之，而爲一罪。例如放

火燒燬二個以上之住宅，亦可爲一放火罪是也。後者，原則即令爲一個行爲，而法益應各別觀察之，例如單一行爲殺死二人時，亦爲犯二個殺人罪是也。（註一至四）

註一，查犯罪行爲直接侵害個人人格法益者，應以被害人數定犯罪之數，本案被告人呂考祥傷害李毛氏及董呂氏致輕微傷害，顯係侵害二個人人格法益，應自成立二個輕微傷害，原審僅論以一罪，殊屬違法。（最高法院民國十七年非字一五號判例）

註二，查犯罪之數，應以所侵犯法益之數爲標準，連續犯雖預謀以數次犯同一之罪，然若侵害多數法益，則仍應以數罪論。（前大理院民國五年上字六二二號判例）

註三，以一狀誣告數人者，應以人格法益計其罪，迭次誣告某人者，爲誣告之連續犯。（前大理院民國六年上字九四三號判例）

註四，甲乙等數人虛構三個事實誣告丙丁，以一個事實單獨告丙，一個事實單獨告丁，一個事實告丙丁共犯，係一狀告發，甲乙等應成立二個誣告罪。（前大理院民國五年統字四七四號解釋）

## 乙，專屬法益與非專屬法益。

常附着於特定主體之法益，稱曰專屬法益，（höchst persönliches Rechtsgut）以外之法益，則稱曰非專屬法益，（Übertragbares Rechtsgut）又稱曰一般法益。前者如生命身體自由是也。後者如財

產是也。此其區別之實益，亦如前之區別，在專屬法益，原則應各別觀察之，在非專屬犯罪，則原則應包括觀察之。

被害法益之觀念，於總則及分則，均為必要，即在總則，於認定罪數至為重要，而刑法所謂一行為而犯數項罪名（七四）或連續數行為而犯同一之罪名（七五）均系以法益為標準故也。（參照後之說明）又在分則，則於認定罪名至為重要，蓋若不知其所侵害之法益內容，則無從判斷其觸犯法條何種之罪也。

## 第二，被害人。

刑法學者亦間有稱犯罪客體為被害人者。此蓋以犯罪所侵害之利益，通常均有歸屬主體，故又稱犯罪之被動主體（*Object Patient*）為犯罪客體。被害人除刑事訴訟法對之設有種種規定外，刑法亦間有規定，（例如七六一五）然均未規定其定義。故其意義，仍須自學理解決之。何謂被害人，即謂該犯罪所侵害之法益之主體。（參照刑事訴訟法五〇六，三二七）何者為犯罪侵害之法益，應研究各犯罪之實質以決定之，該法益直接歸屬之人，即屬其主體，而為該犯罪之被害人。若僅就法益間接或附屬受利益之人，尚不得謂為被害人也。例如在住宅放火罪，其被害人應解為該住宅之所有人，其租借人或寄寓人並非被害人也。又法益主體，如為複數，被害人自亦為複數。（參照拙著刑事訴訟法通義二八二頁）至刑法上所稱之被害人，與刑事訴訟法上所稱之被害人，觀念應屬一致，更不待言。

刑法學者中，亦有將被害人廣義解釋，而分爲權力主體與權利主體者，前者，以謂國家，即犯罪係侵害社會秩序，即係侵害國家之權力，故應以爲權力主體之國家爲被害人。後者，則於犯罪係具體侵害一定權利之時，始應以爲權利主體之人爲被害人。若從此義，則國家無論對於何種犯罪均爲被害人。蓋如前述，無論何種犯罪所侵害之法益，均可謂係社會之秩序故也。然刑法及刑事訴訟法上所稱之犯罪被害人，均如上述，係爲狹義，單指犯罪所侵害法益之直接歸屬主體。故從此義言之，則被害人只爲三種：（一）於直接侵害國家法益之犯罪，則其被害人爲國家。（二）於直接侵害社會法益之犯罪，則其被害人爲社會。（三）於直接侵害個人法益之犯罪，則其被害人爲個人（註一，二）

註一，個人即與私人同義，有自然人與私法人二種，國家或其他公法人，居於私經濟上地位，在民法上固仍爲私人，刑法上亦然。（參照拙著民法通義總則八六頁）

註二，胎兒於民法上，亦係條件的有權利能力（民法七）故墮胎罪係侵害胎兒之法益，即其生命，應以胎兒爲被害人。

爲犯罪主體之人格者，與爲犯罪客體之人格者，大不相同。前者，已於前述，原則只以自然人爲限，且於自然人亦有限制，須於有責任能力時始可。後者，則只須有權利能力，均可爲犯罪客體，而稱爲被害人。（參照上之註一，二）

犯罪客體，即被害人，亦如犯罪主體，有因一定身分即性別親屬資格等而於刑法上生重大影響者，其中有(一)爲犯罪構成要件者，(二)有爲加重減免要件者，(三)有爲追訴要件者。

被害人於刑事訴訟法亦有種種權利，即(一)有告訴權，(刑訴法二二三)(二)告訴後有受不起訴及起訴處分書之送達權，(刑訴法二四七I，二五六)(三)告訴後有對於不起訴處分聲請再議之權，(刑訴法二四八I)(四)有對於特定犯罪提起自訴之權，(刑訴法三三七)(五)有提起附帶民事訴訟之權，(刑訴法五〇六)(六)有受扣押物件或沒收物件發還之權，(刑訴法一三七I並參照四九四I)等是也。(註) 依修正縣知事審判訴訟暫行章程第二十五條第一項告訴人尙有對於縣知事判決向第二審檢察官呈訴不服之權。

## 第四章 犯罪之要件

### 第一節 行爲

#### 第一項 行爲之觀念

##### 第一，行爲之意義。

行爲(Handling, acte)一語，學術上及條文上，往往用於次述三個意義：

(一) 單純之動作。

即只須爲人之動作，即非本於意識者，亦稱曰行爲。此雖非真正意義之行爲，然民法亦有用於此意義者，如民法第一百八十七條第四項所稱之行爲，(并參照民法七五)刑法第三十一條第一項所稱之行爲，即其例也。

(二) 本於意識之動作。

此意義之行爲，較第一意義及第三意義之行爲，範圍均狹。即甲，必爲本於意識之動作，故單純動作，不能稱爲行爲。乙，係與結果對待而稱，故結果非行爲之要素。此爲真正意義之行爲，民法學術上及條文上所稱之行爲，嚴格言之，自應爲此意義。

(三) 發生一定結果之意識的動作。

人之動作，乃表規於外界者，自於外界發生一定變動(即影響)如吾人一發聲或一舉手，至少空氣必發生震動之影響，其他影響，則因該行爲之性質而異。此項外界之變動，即行爲之結果。(Erfolg, Resultat)行爲是否包含其所發生之結果？民法學者，見解大不相同。在民法學者，不但將行爲與其法律上之結果(即法律效果，例如由侵權行爲所生之賠償責任)區別之，並與其實事上之結果(例如在侵權行爲，侵害權利之行爲，與損害之發生，乃各爲成立侵權行爲之獨立要件)亦區別之。刑法

學者，則多數見解，與是相反。犯罪行爲，固與其法律上之效果區別之；（即刑罰，犯罪爲法律事實，刑罰爲法律效果。）但與其事實上之結果，則不區別之；例如殺人之犯罪行爲，乃包括殺害之行爲與殺死之結果而稱之。以余所見，在刑法學上，行爲是否包括結果，僅爲用語問題，非爲本質問題，刑法條文上，有以行爲與結果區別者，如第四條第七十四條是。有以行爲包括結果者，如第二條是。自一般言之，刑法單稱曰罪或犯罪或犯罪行爲或犯罪事實時，類皆包括結果，尤於分則所規定之犯罪爲然。然自理論言之，則行爲之本質，自專指人之意識的動作，至於其所發生之外界變動，（*Veränderung der Aussenwelt*）雖與之有密切之關係，固與人之行爲無涉也。例如開槍貫胸以死人，雖在刑法上爲整個之殺人罪行爲，且開槍與貫胸死人，僅爲瞬間且有不可分離之關係，然自理論言之，要僅開槍爲行爲，貫胸而死，則爲其結果也。

至行爲之主體固爲人，惟是否僅限於自然人，則民刑學者見解亦屬紛歧，余於民法上乃贊成法人有行爲能力及責任能力之說者。（參照拙著民法通義總則九〇頁至九二頁）至於刑法上，其通常所稱之行爲，固僅指自然人之行爲，若於特別刑法認法人亦得爲犯罪主體時，則理論上自亦得認其代表之自然人行爲爲法人之行爲也。

## 第二，行爲之本質。

(一) 一般行爲之本質。

犯罪行爲，既亦爲行爲，自亦與一般行爲同其本質。故先就一般行爲之本質論之，無論民刑法上之行爲，均應稱人之本於意識之動作。已於前述，茲更分析其性質如次。

甲，行爲爲人之動作。

往時有於道德上，或宗教上，或法律上，制裁人之意思或思想者。近時道德上，或宗教上，亦尙有干涉意思，或思想之事。然法律上，則文明各國，已無此例，乃嚴守不爲則無罪之原則（*Cogitationes nemo poena patitur*）故行爲必爲人之現於外部之機能動作，僅人之存於內部之心理狀態，尙不得謂爲行爲。只須爲現於外部之機能動作，無論其發爲言語，形於文字，或出於單純之舉動，均可。又此項動作，可大別之爲後述之作爲或不作爲。單一之動作（如一刀殺死）或多數之動作（如數刀殺死）亦可。故動作（*Verhalten*）爲構成行爲之形質的（外部的）要素。

乙，行爲爲人之本於意思之動作。

故意思又爲構成行爲之精神的（內部的）要素。又可分述之：

1. 雖有動作而無意思，則不得謂爲行爲。故凡人之外部動作，全係出於機械的，或物理的，生理的，心理的之強制（註）而非爲任意之動作者。均非行爲。故學者稱行爲爲意思發動（*Willensbetri-*



finger) 且稱此意思曰行爲意思 (Handlungswille)

註 (一) 甲執乙手以傷丙，此動作出於機械的強制之例也。(二) 甲乙並立乘車，因電車猝停，致將乙撞傷，此動作出於物理的強制之例也。(三) 甲於夢中將乙之物取去，此動作出於生理的強制之例也。(四) 甲被乙用槍脅迫開槍殺丙，此動作出爲心理的強制之例也。

2. 雖有動作，且有意思，而其動作與意思之間無聯絡，則亦不得謂爲行爲。(註) 所謂行爲係本於意思之動作者此也。故稱爲行爲，必其內部意思(決意)爲原因，外部動作爲結果始可。此爲行爲第一步之因果關係。(即意思與動作之聯絡關係) 必有此關係，而後能問及後述第二步之因果關係。(即行爲與結果之聯絡關係) 也。

註 例如甲已決心潛以毒藥殺乙，於未實行前，被丙用腕力強制其用手槍將乙射殺，此時甲雖於內部已有殺人之意思，且於外部已有殺人之動作，然該槍殺之動作，與其內部殺人之意思，並無聯絡，即不能謂爲甲之殺人行爲也。

又茲宜注意之點有二：

1. 行爲意思與故意有別。前者乃爲關於動作之心理狀態，即過失之行爲亦應有此意思。後者則爲關於由動作所生結果之心理狀態，與行爲意思乃全爲兩事也。

2. 行爲意思與目的 (Zweck) 或動機 (Motiv) 亦有別。後者雖亦有爲構成特定犯罪行爲之要素者，(如分則定爲意圖之時) 但通常則與行爲無涉，不過科刑時得爲酌量輕重之標準而已。(

參照七六條 1 2 至 4)

(二) 犯罪行爲之本質。

犯罪即行爲，關於其基本性質，(即前述犯罪之本質) 固已於前述之。然關於犯罪行爲之構成要素，(即此之所謂本質) 亦有足述者。即犯罪除須具備一般行爲所通有之要素外，尙須具備犯罪行爲所獨有之要素。此即前述行爲之危險性，犯罪行爲之所以經刑罰法令定爲應處刑罰，即因其有此危險性。危險性之具體內容，自應就各該法條研究之，茲僅就危險性之一般內容研究之，此即後述之因果關係之問題也。

犯罪行爲與其結果有二問題：甲，犯罪行爲是否包括結果？此爲第一問題，學者中已有爭執。自理論言，行爲固應與結果區別，然通常稱行爲，往往包括結果，此已於前述。乙，犯罪行爲是否均有結果？此爲第二問題，學者中亦有爭執。此仍爲用語上之爭，余從多數說，謂一切犯罪，皆有結果。蓋所謂結果，乃如前述，係指外界之變動，凡人有所動作，固無不發生外界之變動者，況犯罪爲侵害法益之行爲，而爲一種法律事實，其必於外界發生一定之變動，即有一定結果，自屬當然。

所謂犯罪行爲之結果者，即指犯罪行爲於積極關係（引起）或於消極關係（放任）所發生之外界變動，而爲刑法令於各該條文內明示或默示其內容者也。宇宙間之因果關係，乃無終始，而犯罪行爲之結果，則只以法規所定爲犯罪之內容者爲限，不得出於以外之範圍。（參照以後因果關係之說明）犯罪行爲之結果，可分爲實害與危險二種。前者，乃謂犯罪行爲對於法益已生侵害之外界變動，此又有物界（物質上）之侵害，有形侵害如死亡傷害，心界之侵害，無形侵害如恐嚇侮辱誹謗之別。後者，乃謂犯罪行爲對於法益將生侵害之外界變動，此則須綜合物界狀態（客觀的材料）依常識（主觀的合理之認定）而斷定之。刑法原則須其行爲已生實害而後認爲犯罪，此於學說上稱曰實質犯（*Materiale Delikte*）或結果犯（*Erfolgdelikte*）（註一）實害犯（*Verletzungdelikte*）在此種犯罪，僅實行完畢，尙不能謂爲既遂，必待其結果發生，而後爲既遂。通常之犯罪，多屬於此種。然亦有例外，只須其行爲將生危險，而即謂爲犯罪者。此於學說上，稱曰形式犯（*Formale Delikte*）或危險犯（*Gefährdungsdelikte*）（註二）動作犯（*Tatigkeitsdelikte*）此則僅實行完畢，即爲既遂。

註一，結果犯尙另有一義，此則與行爲犯相對稱，即謂一定結果爲犯罪行爲之構成要件或加重要件之犯罪也。（後詳犯罪之種類）

註二，如未遂罪，預備罪，陰謀罪，及一八八Ⅱ，Ⅲ，一九三ⅡⅢ等均是。

### 第三，行爲之種類。

行爲又可分爲作爲，(action, commission, Tun, Begehung) 亦稱積極行爲，與不作爲，(inaction, omission, Unterlassung) 亦稱消極行爲。(註一)前者乃謂本於意思以引起結果之動作，後者乃謂本於意思以放任(不阻止)結果之動作。(註二)學者亦有以此二者之區別，應求之於身體之動靜，即一則爲肌肉之活動(Mus. Kelregung)一則爲肌肉之靜止(Muskelnruhe)者，此於通常雖屬相合，但所謂作爲或不作爲，究爲相對的，非絕對的，例如步行之人，自散步言之，固爲作爲，自靜坐言之，則爲不作爲，純以身體之動靜爲此二者之區別，殊未見其可。故余概稱行爲爲本於意思之機能動作，不以身體之動作爲限，且不必肌肉活動之必爲作爲，肌肉靜止之必爲不作爲，作爲與不作爲之區別，只能於其發生結果之關係求之。對於未發生之外界變動而意識的引起之者，斯曰作爲，對於已發生之外界變動而意識的放任(即不阻止)之者，斯曰不作爲，庶於理論上始爲精確也。(註三)

註一，行爲於民法上應分爲積極與消極兩種，不僅於學說上無爭執，即於解釋上亦無疑義。惟關於其用語，刑法無明文，民法雖有明文，但不一致，有稱行爲與不行爲者，如民法第一百二十八條是，亦有稱不作爲而以與作爲對立者，如第一百九十九條第三項是。惟於學術上用語，則我國與日本多稱作爲與不作爲，余亦從之。

註二、運動狀態與靜止狀態之於行爲，有下述四種：(一)有運動狀態之作爲，如向人開槍之成殺人罪是，(二)有靜止狀態之作爲，如日本臣民見其天皇駕過佇立道傍不避之成不敬罪是，(三)有運動狀態之不作爲，如乳母私奔致乳兒餓斃之成殺人罪是，(四)有靜止狀態之不作爲，如乳母在傍坐見乳兒餓斃之成殺人罪是。

註三、作爲與不作爲之區別，非有無行爲之區別，無行爲則無罪，故不作爲亦爲本於意識之動作。其與作爲不同者，不過構成犯罪要件之結果已經發生而不阻止之係出於意識作用而已。

學說上自行爲種類，分爲作爲犯，亦稱積極犯，(Kommissivdelikte, delit de commission)與不作爲犯，亦稱消極犯，(Unterlassungsdelikte, delit d'omission)通說均以此二者係自法條形式區別之，然此外尙可自行爲性質區別之。

(一)、自法律形式區別之：(甲)凡法律以積極形式所規定之犯罪，因爲其所揭示之行爲而成立者，斯曰作爲犯。普通之犯罪，均屬於此。如殺人(二八二以下)放火(一八七以下)姦淫(二四〇以下)竊盜(三三七以下)強盜(三四六)等是。(乙)凡法律以消極形式規定之犯罪，因不爲其所揭示之行爲而成立者，斯曰不作爲犯。此於犯罪中爲少數。如第一百五十六條及第一百六十二條之妨害秩序罪，第三百十條第一項後段之遺棄罪是。

(二) 自行爲性質區別之：即不問法條之形式如何，甲，凡依作爲犯罪者，概爲作爲犯。乙，凡依不作爲犯罪者，概爲不作爲犯。故此區別，又可稱爲積極手段犯，消極手段犯。

依上述二種方法區別作爲犯及不作爲犯，實有下述四種情形：即(一)爲依積極手段之對積極規定犯，如投入於水之殺人罪是；(二)爲消極手段之對積極規定犯，如繼母見子落水不救之殺人罪是；(三)爲依積極手段之對消極規定犯，如繼母逐幼子外出之遺棄罪是；(四)爲依消極手段對消極規定犯，如繼母聽幼子流落不予尋回之遺棄罪是。

所謂作爲犯及不作爲犯，雖於理論上應有上述四種，然通說則以法律消極規定犯爲純粹不作爲犯，(echtes Unterlassungsdelikt)若法律之積極規定犯而不作爲即消極手段犯之者，則稱曰不純粹不作爲犯。(Unechte Unterlassungsdelikt, Kommissivdelikt durch Unterlassung, delit de commission par omission)

成立不純粹不作爲犯，須以於法律上有作爲義務爲前提。蓋以一定作爲既爲法律所期望而竟不爲該作爲以致發生一定結果，斯與因作爲以發生一定結果無異故也。至所謂於法律上有作爲義務，可分爲次述三種情形：

(一) 依法律規定而有義務者，如親不養育其子致其死亡之成殺人罪是也。

(二) 依法律行為而有義務者，如乳母不乳其子致其死亡之成殺人罪是也。

(三) 依社會觀念而有義務者，即雖無法令或契約上之義務，而依法律全體精神，實認為有作為義務，而者不作爲，一般均認為有背公共秩序或善良風俗者，亦得因不作爲以成立犯罪。蓋法律之內容，不得單就形式論之，如其精神實認為有爲一定作為之義務，而竟違背法律之期望，亦爲反社會行為故也。惟其標準將如何決定之，惟有依社會觀念，申言之，即依公共秩序或善良風俗之所要求者而決定之。(註)

註 物件之占有人或所有人，於其物件因非故意行為之原因發火而有致生公共危險之虞時，如本得防止而故意放任不顧，實蔑視公共秩序之尤，而大與維持秩序之法律精神相反，故此時應認其消滅起火以防止公共危險，有法律上之義務，此項法理，自民法第七百一十七條之規定，亦可推知之。(日本大審院大正七年一月二十八日判例)

## 第二項 因果關係

### 第一款 概說

宇宙萬象，無不互爲因果，因以造果，果又造因，乃形成一大因果關係，故每就一事一物，衡論其因果關係，於論理上，實無窮盡。然於實際上，吾人研究因果關係，自只限於必要之範圍內。此則因其目的不同，而見解各

異。同一殺人，自法學言之，則謂加害人殺害其原因，被害人死亡其結果，自醫學言之，則謂細胞破壞（心臟麻痺）其原因，呼吸斷絕其結果，自佛學言之，則謂前世造業其原因，來世墮獄其結果，殺人之行為，雖屬相同，而各家自應各按其目的以取相當之見解，猶之同一溪流也，甲男則就之汲水，乙婦則就之洗衣，丙翁則就之釣魚，溪流之爲物，雖屬相同，而各人亦得各按其目的以爲相當之取用，故吾人治法律學者，研究因果關係，若竟忘其法律學之目的，而參以哲學論理學之目的，則准見其舍己耘人，徒勞無益而已。

刑法上因果關係 (Kausal od. konditional zusammenhang) 之理論，並非因於法條，而係因於學理，即在羅馬法，即以因果關係委之于審判官之自由判斷，近代德國各邦立法例，雖偶有就此設規定者，然最近各國立法例，則就此均未設有明文，我國刑法亦然。（註）故因果關係，只爲學者解釋上之問題，刑法學者均視之爲極重要，故說之亦極複雜，然以余所見，此問題於實際上應用，通常並不困難，故吾人自學理上討論，原則應期平易，蓋與因果關係相牽連之問題，只爲共犯與未遂二者，關於共犯問題，已得依明文解決（四二以下）別無庸取決於因果關係之理論，惟關於未遂問題，刑法雖亦有明文規定，然所謂不遂，（未遂犯四〇I前段）所謂不能，（不能犯四〇I後段）所謂中止，（中止犯四一）法條均只抽象規定，故此三者與既遂究應如何區別，尙間有待於理論之解決者，因果關係之理論，亦多與與此有關，刑法學者之視之爲重大而說之極紛歧者，亦即在此。



註 因果關係，在刑法爲關於犯罪行爲之問題，在民法爲關於違法行爲之問題，通常只就債務違反（不履行）及侵權行爲發生，各國民法亦未設明文，我國民法亦然，民法學者多於其責任之損害賠償之債內說明之。（參照拙著民法通義債編總論一八六頁以下）民法之目的，雖不相同，然關於因果關係之理論，實可同一論之，余於民法上，固均取後述之相當因果關係說也。

因果關係之問題，乃如前述，爲犯罪行爲之危險性問題，通常犯罪，認定其犯罪事實即判斷其犯罪構成要件，本不甚困難，例如殺人罪，法條所規定之構成要件爲殺害（行爲）與死亡（結果）二事實，此二者之關係，如其間無其他偶然之事實競合（共同原因）或介入（獨立原因）判斷之自甚容易，例如甲開槍殺乙，打中而死，乃爲既遂，未打中或打中而未死，乃爲未遂，三尺童子，類皆知之，故通常犯罪事實之規定，不在其行爲與結果有無因果關係，而在其行爲果爲何人所爲，然如行爲與結果之間，另有其他之偶然事實競合或介入（註）則於區別未遂與既遂至爲艱難，學者謂此問題爲因果關係之延長，其所說如後所述，極爲紛紜，以余所見，此問題要不過爲解決既遂與未遂，此二者之界限如何應依相當因果關係與因果關係中斷之理論（後詳）以解決之。

註 此偶然競合或介入之事實，有爲自然之事實者，又有關於被害人之自然事實與與被害人無關之自然事實二種。有爲他人之行爲者，又有爲被害人之行爲者，有爲第三人之行爲者，有因於過失者，有

不因於過失者，有因於故意者，有不因於故意者。試以例說明之如次：

一，甲欲殺乙，正擬開槍，乙驚避墜崖而死，此着手實行後有被害人行爲與自然事實介入者。

二，甲開槍擊中後，乙避逃中，被落雷而死，此實行後有被害人行爲與自然事實之介入者。

三，乙受傷未死，後因飲酒，傷始轉劇而死，此實行後有被害人行爲競合者。

四，乙受傷後連赴醫院醫治，因汽車夫過失，將車撞翻受震動而死，此實行後有第三人過失行爲之競合者。

五，乙入病院醫治中，丙因對病院尋仇，對之放火，致乙亦燒死在內，此實行後有第三人故意行爲之競合者。

六，丙亦欲殺乙，遂對病院放火，而將乙燒死，此實行後有第三人對結果之故意行爲介入者。

所謂因果關係，即謂某事實與某事實之聯絡。故自一般言之，凡有「若無某事實發生，斯無某事實發生」之關係，此二事實即可謂爲有因果關係。故犯罪之行爲與結果，若自哲學或論理學言之，其結果與該行爲，苟有此關係，固得謂有因果關係。即與該行爲之其他關聯事實，亦得謂有因果關係。且行爲與結果，苟有此關係，則即於行爲時或其前後有其他競合或介入之事實，該二者自仍有因果關係如故，不爲之有所變動；然在法律上，本此研究因果關係，斯與社會觀念及吾人常識相反。蓋在民法上，研究因果關係，只限於定賠償

責任之範圍內，在刑法上，亦只限於定危險性之範圍內。（開槍殺人案件，若謂賣槍造槍者，亦與有原因而應負責任，盡人皆知其反於常識。）若逾此範圍，則非法律之目的所要求，即毋庸爲吾人研究之對象。尤在刑法，以刑罰制裁犯罪，本因其爲反社會之行為，即於社會有危險性，危險性之有無，固舍吾人本於刑法目的即一般社會觀念，固無由判斷。故余於民法上因果關係之理論，均贊成相當因果關係說者此也。

凡一犯罪之是否成立，並應否處罰，乃依次有下述數個問題：即第一，有無法條所定之行為發生？第二，有無法條所定之結果發生？第三，該行為之發生與該結果之發生，其間有無聯絡？第四，行為人對於該行為之發生該結果，有無意思之聯絡，并識別之能力？第五，行為人之行為，是否因特種原因事實而阻却違法？此第三問題，即爲因果關係，與第一及第二問題，同爲犯罪之事實問題，亦即行為之危險性。若第四及第五問題，一則爲犯罪之負責關係，其有無意思聯絡，即爲故意過失問題。有無識別能力，即責任能力問題。又其他則爲行為之違法性。均係於確定因果關係後，始應發生，故因果關係，與後述之責任及違法觀念上應嚴格區別之。

因果關係之問題，是否只就實質犯（結果犯）始能發生，通說均取肯定說。余見研究此問題之實益，固多於實質犯見之，但危險如前述，亦爲犯罪之結果，故余謂於理論上，形式犯即危險犯，亦得應用此理論。

因果關係之問題，是否只就作爲犯始能發生，於學說亦大有爭執，是即不作爲犯有無因果關係之問題？學

者謂之爲因果關係幅員之問題，而與前述因果關係延長之問題，成爲因果關係學上議論之中樞。（因果關係中斷之問題，亦屬因果關係延長之問題。）

## 第二款 作爲與因果關係

作爲與結果須有如何聯絡？斯爲有因果關係學說上可大別之爲條件說與原因說二派。原因說中又有數說。現今民法學者中最有勢力之說，乃爲條件說與原因說中之相當因果關係說。現時各國民法學者，以相當因果說爲通說。刑法學者，以前則條件說爲通說，近時則相當因果關係說亦爲有力學者所倡。再以德法日三國判例言之，則民事判例均從相當因果關係說，刑事判例則從條件說。（日本大審院最近刑事判例亦漸已與相當因果說相近。）余見如前所述，因果關係之理論，民法初無二致，應同一論斷之，即此問題，雖同爲事實關係，但不能全以爲物質關係解決之，而應以爲法律關係解決之。故不應依自然法則爲論理上之推斷，而應依社會觀念爲目的上之推斷。故茲本此方針，略爲介紹諸說，再爲申述己見。

### 第一 條件說。(Bedingungslehre)

此說之倡導，尙在近時，然在刑法學者中，曾風靡一時。即主張因果關係，應依論理解決之，不認條件與原因之區別，（故亦可稱曰條件即原因說）而以若無某事實發生則無某事實發生之一切情形（*Conditio sine qua non*）均爲有因果關係。此說之特色，即在以因果關係爲事實關係，而專從具形情形論斷之。只

須該行爲爲該結果之發生條件，即令有其他發生條件競合或介入，仍不失爲原因，其他條件，不過爲共同原因而已。故此說又稱曰共同原因說。(Theorie von Mitursache) 此說之缺點，則在只合於理論而遠於實際。依此說以論因果關係，勢必至於逸出刑法目的所必要範圍以外，亦將認其因果，而反於吾人之常識。故至近時，即採條件說者，亦往往自於其範圍加以限制。

### 第三，原因說。(Kausalitätstheorie)

此派倡導頗早，但僅其中相當因關係說爲最近，亦最有勢力，餘說近時凡無人主張之，茲爲供參考，特將諸說並爲介紹之。此派共通之點，即在以條件與原因區別，(故亦可稱曰條件原因區別說)而自爲結果發生之條件中擇其最於結果切近者，以爲原因。其中最要者，又有次述數說：

(一) 必要條件說。(Die Theorie der notwendigen Bedingung)

即以結果之發生上必要不可缺之條件爲原因，餘則爲條件，倡之最早。

(二) 優勢條件說。(Die Theorie der übergewichteten Bedingung)

即以破助果條件與妨果條件之均衡而與以最後決定之條件爲原因，乃爲賓頓 (Binding) 所倡。

(三) 最後條件說。(Theorie der letzten Bindung)

即以於發生結果與以最後影響之條件爲原因，爲俄特滿 (Ortmann) 所倡。

(四) 有力條件說。(Die Theorie der Wirksamsten Bindung)

即以對於發生結果最爲有力之條件爲原因，爲畢爾克邁爾(Birkmeyer)所倡。

(五) 原動條件說。(Die Theorie der Triebkräften oder bewegten Bedingung)

即以對於發生結果與以原動力之條件爲原因，爲科勒(Kohler)所倡。

(六) 反常條件說。(Die Theorie der regelwidrigen Bedingung)

即以不向常軌豫期逕路進行而反向異常方向進行之條件爲原因，爲馮巴(Von Bar)所倡。

(七) 相當因果關係說。(Die Theorie der Adäquaten Bedingung)

即謂某事實僅於具體發生某事實，尙不得即謂二者有因果關係，必於二者於一般亦得認爲有此關係，而後爲有因果關係。申言之，必須將該原因事實，自一般觀察之，於同一條件，仍得發生同一結果，而後認該原因與該結果有因果關係。此說與條件說及前述各原因說，均有不同者，即在其將爲條件之事實一般化(Generalize, Generalisieren)而觀察之。所謂自一般化觀察者，即將附着於該具體事實之偶然情形除去，使之化爲通常情形，若仍依吾人經驗而得認爲應生同一結果，然後認其有因果關係。蓋其判斷有無因果關係，不僅須某原因爲某結果發生之條件，並須該原因於一般情形亦足認爲發生該結果適當之條件，即係相當之原因者，始可。其得相當因果關係說或適當條件說之名稱者，亦以

此。

相當因果關係說，又有次述二派：

1. 主觀說。此爲顧力士 (Lies) 所倡，謂應於行爲人主觀立場以定條件事實之範圍，苟由行爲人於行爲時所認識之事情，若於一般亦得生結果，即得謂有因果關係，故稱此說曰主觀相當因果關係說。(Subjective adäquate Theorie)

2. 客觀說。此謂應自客觀觀察以定適當條件，又有二說：

a. 此爲劉墨林 (Rimelin) 所倡，謂事後發見之事實，亦應加於條件之中，即應由審判官自客觀觀察，綜合行爲當時所存在之一切情形，而判斷其有無因果關係。學者謂此說爲客觀相當因果關係說。(Objektive nachträgliche Prognose)

b. 此爲特勒格 (Träger) 所倡，謂應依行爲當時行爲人所知或於客觀注意最深人所能知之情，以定條件之內容，申言之，即定適當條件之事實之範圍，I. 凡通常人於行爲時所得知之事實，固應斟酌之，II. 即偶然之事實，若爲行爲人於行爲時所知者，亦應斟酌之。學者謂此說爲前二說之折衷說。

上述諸說中，條件說係完全以具體之行爲決定因果關係之標準，而以行爲之事實性與行爲之責任性及

違法性相區別，謂後者始爲主觀的評價之問題，前者則爲客觀的觀察之問題，故只應考究行爲之已然性及現實力，故雖偶然之事實，苟於結果爲條件，亦得以爲觀察之標準。此說自理論上言之，固爲正當，然刑法之目的，不過對於法益之侵害，以防衛社會，亦只能於其危險性之範圍內，始有追問行爲之必要，完全偶然之事實，均算入於因果關係之內，不惟過苛，亦屬無益，此說之不足取也。

至原因說中，其他諸說，能將通常偶然之事實除去，不以爲決定因果關係之標準，雖較條件說爲優，然其所取爲決定原因之標準，或係以因果關係與違法性相混（如反常條件說）或係標準過於茫漠，無從與其他條件區別（第一說至第六說）故此諸說亦均不足取。

相當因果關係說之特徵，即在不如條件說，將行爲時偶然之事實完全估計，申言之，即不單爲具體的觀察，而更爲一般的（抽象的）觀察，此點乃與刑法之目的相合，蓋因果關係，乃爲行爲之危險性，其於客觀之蓋然性及潛勢力，亦應估計；偶然事情，應否爲決定因果關係之標準，亦應於此範圍內觀察之，此此說之所長；然此說中之主觀說，仍全以行爲人立場爲其觀察範圍，此與因果關係之爲客觀的關係之性質相反，亦不足取。又客觀說之第一說，乃完全將偶然之事實估計，亦與適當條件之理論相反。惟第二說，仍注意因果關係之爲客觀的事實關係，故雖行爲人主觀所不知之偶然事實，亦得從一般觀察，以爲決定之標準，此點與條件說相似，然一面又注意因果關係之爲危險性問題，如偶然事實爲行爲人所不知，而使一般注意最深



之人居於行爲人之地位亦不能知，則此項事實，雖亦於論理上應認爲原因，但於刑法上，已無認爲原因之必要，判斷因果關係，只應於此範圍內爲之。此此說與條件說及其他原因說不同之點。余以此說爲當。（註一，二）

註一 余於民法從此說，參看拙著民法通義債編總論一八八頁。

註二 前大理院亦係採相當因果關係說，參照統字一七號解釋，內載搶奪路行婦女，即以強暴脅迫略取婦女之行爲，應構成略誘罪，至被搶婦女以外之人因驚致病身死，不得認爲與搶奪行爲有相當之因果關係。又統字四五〇號解釋，內載甲乙口角互毆，乙臥地撒潑，致磕階石，因傷進風身死，則於甲之行爲，不能謂刑法上因果關係。

據上述相當因果關係說，亦非否認共同原因，故於有共同正犯，教唆犯，從犯時，亦得認之。又相當因果關係，不僅得就實施正犯適用，即於教唆犯從犯亦有適用。又適用相當因果關係時，並非如其他原因說，而以其條件之是否必要，優勢，最後有力，原動，或反常爲標準；故如對於在鑛坑內負傷之鑛工，拔梯使不能出坑以致餓死，其拔梯行爲，對於死亡雖非合於原因說中第一說至第五說所定之條件，亦爲有因果關係，又傷害之感受破傷風以死，乃經驗上所恒見，故此時得依相當因果關係以成立傷害致死或殺人，此與原因說第六說不同之點。

### 第三款 不作爲與因果關係

不作爲有無關係，完全消極說，現代已無人主張之者。故現時學說上，均爲積極說。然又有次述二大派：  
第一，純因果關係派。

此派乃主張不作爲與其結果，亦如作爲與其結果，乃有純物質的因果關係。而於其理論又有數說：

(一) 他行行爲 (Andershandeln) 說。此爲路頓 (Luden) 所倡，謂不作爲之反面，必伴一有作爲，故不作爲亦得爲原因，例如謂乳母不哺乳其子以致餓斃，乃因往他處觀劇者是。

(二) 先行行爲 (Vorangegangenes Tun) 說。此爲顧路格 (Krug) 所倡，麥爾克 (Merkel) 所說亦同，乃以另一負作爲義務之行爲爲原因，例如乳母餓斃其子應爲罪，乃因其有被雇哺乳之雇傭契約。

(三) 一體行爲說。此爲顧勒則 (Glaeser) 所倡，謂後之不作爲，乃與先之生作爲義務之行爲爲一體，既因先之行爲而應作爲，乃不作爲，自應一體論之，而以該不作爲亦爲原因。

(四) 他因利用說。此爲發興費爾德 (Wedderfeld) 所倡，謂引起外界變動之原因，不外人之意思活動與自然力，凡能任意支配因果關係進行之人，即得謂爲引起結果之人，其係自與原因，抑係利用他因，可以不問，故不作爲亦得爲原因。

(五) 不作爲本身爲原因說。

此說與前各說異者，即不求原因之根據於不作爲之外，而以不作爲本身即爲原因。其說亦不一。

甲，柯勒(Kohler)謂個人對於社會，於其自身有引起一定結果之原動力時，固有不引起之義務，然於外界有引起一定結果之原動力時，亦有防止之義務，故如不盡此義務時，即與自依作爲以引起結果無異，故其不作爲即爲原因。

乙，賓頓(Binding)謂對於結果之發生原有積極條件(起果條件)與消極條件(妨果條件)作爲之有原因力，即在其對結果與以積極條件，不作爲之有原因力，即在其對結果排除消極條件，凡應作爲而不作爲，即不排除消極條件，自得謂其不作爲爲原因。

## 第二，準因果關係說。

此派與前派不同者，即在主張不作爲與其結果，非如作爲與其結果，有物質上(事實上)之因果關係，僅有理論上(法律上)之因果關係。(Logische Kausalzusammenhang)蓋在前者，乃因現實之動作發生現實之結果，自得謂有真正因果關係。若不作爲，則於時間空間並無變更，故非有真正因果關係，然若有無此不作爲則不發生此結果之關係，則於法律上，亦可與作爲之因果關係同視，故所謂不作爲之因果關係，乃非問其不作爲之發生如何結果，而係問如有作爲能否阻止該項結果，此即準因果關係，此爲各派之基礎理論，然於成立此理論之根據，則學者所說又不一致，有次述數說：

(一) 義務關係說。

謂於法律上所以以不作爲與其結果視同作爲之因果關係者，乃因其有作爲之義務，而不作爲，故必於法律上認其有作爲之義務時，始得認其有因果關係。此說在民法學者中爲通說。

(二) 危險關係說。

即以不作爲之因果關係爲危險關係，謂單以理論言，凡不作爲均可謂爲於因他之原因所生之結果有條件關係，但只限於有作爲義務之人，始認其有此關係者，蓋以此時始有危險性也。此爲少數說。

(三) 條件關係說。

即以一切若無不作爲即無結果之關係爲不作爲之因果關係，只須有此關係，即得視爲有因果關係，至作爲義務，則僅爲該不作爲之違法性，例如路人見幼兒入水，不援致使溺斃，與其父母見幼兒入水，不援致使溺斃，乃同一有理論上之因果關係，至於前者因無義務而不爲罪，與後者因有義務而爲罪，則爲其有無違法性之問題，非因果關係之問題。此亦爲少數說。

上述各說中，余取準因果關係中之最後說。蓋純因果關係說，乃認無爲有，其所設理由，亦屬牽強附會，殊不可取。準因果關係說中前二說，均以作爲義務混入估量因果關係之中，亦非正當，蓋所謂不作爲，乃如前述，係有意識以不妨止結果之發生，若謂凡合世之人，對於由不作爲所發生之結果，皆有條件關係，實不可通。

對於該結果爲無意思動作，則無不作爲可言，安有因果關係可言？故論不作爲之因果關係，必以若無此不作爲則無此結果之時爲限，凡合於此條件，斯爲於理論上有因果關係，與其人有無不作爲之義務無干，彼無義務人不爲罪，義務人始爲罪，則爲行爲之違法問題，非行爲之因果問題也。（註）

註 參照拙著民法通義債編總論九八頁

不作爲之因果關係問題，是否僅就不純粹不作爲犯始能發生？多數說，均謂只就此種不作爲犯，始能發生，余謂就純粹不作爲犯，亦能發生。

不作爲之因果關係，是否應準用作爲因果關係之理論？學者中亦少人道及，余謂關於作爲之因果關係之理論，亦可於不作爲之因果關係應用之，即亦應從相當因果關係說。

不作爲之因果關係，是否僅應就其原因之爲自然或無責任能力者之行爲所引起者，始能發生？學說上亦有爭執，亦有主張積極說者，余取消極說。故不問幼兒之係自行落水，或被有責任能力人或無責任能力人推之落水，如其看護人有不妨止之意思動作，即得認爲有因果關係。

#### 第四款 因果關係之中斷

因果關係，如前所述，乃謂某事實與某事實之聯絡，故某行爲於其因果序列（Kausalreihe）中，即於原因尙未發生結果之先，有他種絕對獨立之原因介入，致前行爲之自然發展（即與結果之聯絡）爲之遮斷，只後

原因對於該結果爲決定之原因，此於學說上稱曰因果關係之中斷。(Unterbrechung des Kausalzusammenhanges)

因果關係之中斷，於理論上能否認其存在？自學說上之趨勢言之，以前在條件說爲通說之時，因果關係中斷積極說，亦爲通說。蓋此說正爲救濟條件說範圍過寬所案出之說也。然至近時，則消極說又轉爲通說。茲試分述積極消極二說，并著者意見如次。

### 第一，消極說。

(一)，近時取條件說者，亦多取消極說。此蓋因既以一切條件爲原因，縱有他條件介入，亦不失其爲原因故也。

(二)，在相當因果關係說者中，亦多取消極說。蓋因既依適當條件以定因果關係，即無更認中斷觀念之必要，如認中斷觀念，反於理論抵觸故也。

(三)，又有一面否認因果關係之中斷，而一面又肯定責任之更新者。即謂在某行爲尙未發生結果以前，如有他行爲介入，而促進或增大其結果者，則除應以共犯論者外，其所促進或增大之結果，應以後行爲者爲新責任者，此時只有責任更新，而無所謂因果關係中斷。

### 第二，積極說。

(一) 主張因果關係之中斷者，通說均謂須以有責任能力人之自由行為介入時為限，其根據則求之於刑法之教唆及從犯之規定，謂教唆及從犯，即係法律認其行為因正犯而中斷。

(二) 少數說，則謂只須全然新獨立之原因介入即可，申言之，只須後出之原因，完全為別個原因，而對於結果又能獨立使之決定發生者，即可，並不限於人之行為，即自然力亦可，即為人之行為，亦不必以有責任能力人之行為為限，亦不問其為故意過失並是否成立犯罪。

上之見解，本書取最後說。本書係不取條件說，故條件說關於中斷之見解，根本即不足取，又本書雖取相當因果關係說，但認中斷觀念與相當關係，並不牴觸，蓋相當因果關係說，不過謂定因果關係之範圍，自一般言之，應以適當之條件為原因，因果關係中斷之觀念，則係於具體情形，雖依相當因果關係之理論，得認前出行為為原因，而因更有後出原因介入，事實上已將前出原因遮斷，使不能發生其所應發生之結果，認為估計前出行為之危險性，只能至後出原因介入時為止，亦正合於相當因果關係論之根本精神，故不能謂之牴觸。至責任更新說，結果與中斷說相當，至其否認中斷，亦係以條件說為出發點，自無足取。又積極說學者中，謂中斷之根據在教唆及從犯之規定，應以有責任能力人之自由行為為限，此亦屬誤會，教唆及從犯之規定，乃另一精神，與中斷之觀念無涉（詳後）因果關係之觀念，根本只為法理上之觀念，中斷之觀念亦然。要之，因果關係，乃屬危險性之問題，第一步，決定有無因果關係時，固應於危險性必要之範圍為之，故余

取相當因果關係說。第二步，決定前出原因是否因與後出原因爲共同原因，亦應於危險性必要之範圍內爲之。故余取因果關係中斷說（註）。

註 參照拙著民法通義債編總論一八八頁

某一原因，是否應與他種原因共同，抑應爲他一原因中斷，其區別之據，乃以他種原因，是否競合抑係介入爲斷。分述之如次：

第一，競合云者，於某一原因尙未發生結果以前，有他種原因，對於該結果爲共同原因也。（參照前舉競合之例）至其發生之先後，可以不問。某一原因爲前出原因，他種原因爲後出原因，或某一原因與他種原因同時發生，或他種原因發生在前，某一原因發生在後均可。此時對於某一原因，有無因果關係，應依相當因果關係之理論以解決之。

第二，介入云者，於某一原因尙未發生結果以前，有他種原因於其後發生，而獨立的並決定的以發生該結果也。（參照前舉介入之例）其與競合不同者，即（一）該他種原因必爲後出者，（二）該他種原因，必與前出原因完全爲獨立而無共同關係，（三）該他種原因必對於該原因爲決定的原因，而非與前出原因爲共同原因。如具備此要件時，則前出原因，除首依相當因果關係之理論以決定其是否爲原因外，並應依因果關係中斷之理論以決定其原因是否於後出原因發生時中斷。



有因果關係中斷時，前出行爲，仍應於後出原因發生時爲止負責任，即此時是否不爲罪？抑應爲未遂罪？應就具體情形決定之，如應認爲未遂罪，則應依次述標準解決之。

第一，其係因於自己行爲者，依第四十一條處斷（中止犯）

第二，其係因於他人行爲或自然力者，分別依第四十條或其但書處斷。（即分別其爲狹義未遂犯或不能犯）

因果關係中斷之問題，是否只能就作爲犯發生通說均取積極說，余謂就不作爲犯，亦能發生。

## 第二節 責任

### 第一項 責任之觀念

第一，概說。

責任(Schuld, Verschuldung)一語，爲刑法條文上用語，刑法特於總則編第四章標爲刑事責任以規定之。犯罪，如前所述，乃爲有責行爲。(Schuldhaftes Handeln)故學者以責任爲犯罪之主觀要件，而以與犯罪之客觀要件相對稱。前者乃以指責任條件(即故意過失)及責任能力；後者乃以指前進行爲之危險性(即前節之行爲)及後進行爲之違法性。(即次節之違法)廣義言之，凡發生刑事責任，除須有法條主體及客體外，次則須有犯罪行爲，此即爲行爲之危險性，因果關係，亦其中之一種；次則須爲有責行

爲，即須行爲爲有責任能力人之故意或過失行爲，此即責任問題；再次則須爲違法行爲，此即行爲違法性。故此三者，均可包含於責任之中，然於理論上，前者乃爲犯罪之成立要件，後二者則爲犯罪之處罰要件，刑法上已如前述，不爲罪與不罰，條文上亦有區別，於後二者亦均定爲不罰，即雖成爲犯罪行爲仍不處罰之義；故本節責任及次節違法，於觀念上應嚴格與前節行爲區別之。又刑法第四章所規定之責任，是否係從廣義，而包含責任與違法二者，雖亦不無疑義，然於觀念上，責任與違法亦應嚴格區別。故本書亦依學術上用語，只以責任一節說明第二十四條至第二十九條之條文，至第三十條至第三十七條，則於次節違法之觀念內說明之。（註）

註 責任一語，自最廣義言之，固可包含行爲之危險及有責並違法，自廣義言之，亦可包含行爲之有責及違法，自狹義言之，則專指行爲之有責。學術上所稱責任，均指狹義。刑法第四章，雖汎稱責任，然仍以從學術上用語解爲狹義爲宜。

民刑法上有一共通之大原則，即凡使人就其行爲負民事或刑事責任，均僅有因果關係，即其行爲與結果有聯絡，尙爲不足，更須有負責關係，即須其行爲者與結果亦有聯絡，即須其結果爲有責任能力人之故意或過失之行爲所引起，申言之，民刑法，均不採原因責任主義，（亦稱結果責任主義 *Prinzip der Erfolgs-oder Kausalhaftung, Veranlassungsprinzip*）而採過失責任主義（*Verschuldungsprinzip*）。

Prinzip der *Kulpa*haftung) (註)此主義在刑法上又稱曰無責任則無刑罰 (Ohne Schuld Keine Strafe)之原則。此原則在全以道義觀念為基礎之刑法，尤為嚴守。然至近時，刑法乃漸以社會觀念為基礎，此原則之例外範圍，乃為擴張，甚至新派刑法學者高倡責任之觀念不必要，凡人對於社會為危險之行為，即應負相當之責任，不過科處責任之方法，須為適應於行為者，普通人犯罪，與精神不健全人犯罪，於危害社會，初無二致，社會之應講防衛方法，亦初無二致，惟主觀人格不同，斯客觀防衛亦應不同。此社會觀念，在民法上亦大為反映，近時各國立法例，於無過失賠償責任之範圍，亦大為擴張，故現時民刑法上之責任觀念，尤為責任能力之問題，究應以個人意思之觀念說明之，抑應以社會利益之觀念說明之，於民法學說已見動搖，於刑法學說尤為緊張，解決此理論孰為正當，乃成為民刑法研究上最為困難而最有興趣之問題。

註，參照拙著民法通義總則五二頁債編總論八五頁八六頁

## 第二，責任之意義。

責任於刑法學上，有次述三個意義：

(一)，謂法律上之負擔，此為責任之客觀意義。蓋行為於法律上發生一定結果者，有合法行為與違法行為兩種。由合法行為所發生之法律上結果，不問其是否為行為人所欲，法律上概稱曰效力或效果。

由違法行為所發生之法律上結果，自均非行為人所欲，而為一種違反義務之制裁，即負擔；法律上則稱曰責任。故責任於此意義，又與義務及制裁同義。（註一，二）

註一 參照本書緒論一頁

註二 嚴格言之，責任（Haftung）僅與間接義務（indirekte Verpflichtung）同義，而與真正義務即直接義務之意義應區別之。此二者雖關於某行為同由法律規定為應為（命令）或不應為（禁止），然違反之時，其結果不同。前者並不直接強制，而僅使受不利益以間接強制；後者則得直接強制。責任與義務，在民刑訴訟法上觀念區別甚明，然在民法上，則多不區別。故責任又與義務及制裁同義。（參照拙著民法通義總則四四頁債編總論一六頁）

（二），謂法律上之地位，此為責任之主觀意義。即凡應受刑法上刑罰之制裁者，必為居於刑法上一定地位之人，故學說上又稱此地位曰責任。

（三），謂法律上之狀態，刑法所稱之責任，乃為此義。學說上所謂犯罪之主觀要件，亦以指此。蓋負刑事責任之人，申言之，即於刑法上居於一定地位而應為一定負擔，必有一定心理狀態與精神狀態，所謂責任，即指主觀具備法定心理狀態及精神狀態之全體而言也。

於客觀（即外部）有行為，並有結果，且行為與結果有聯絡，即有因果關係，此於前述，稱曰行為之危險

性，又可稱曰犯罪之物界要素，亦稱曰物界之罪性，簡稱曰物性。又於主觀（即內部）行爲人因一定心理狀態或精神狀態與其行爲及結果有聯絡，此可稱曰犯罪之心界要素，亦稱心界之罪性，簡稱曰心性，即此之所稱責任是也。故責任乃爲物心兩界之聯絡，即物性與心性之結合，以物性歸着心性，稱曰歸責。使心性負擔物性，稱曰負責。責任即指此歸責及負責之全體條件而言也。

### 第三，責任之本質。

人於具備一定心理及精神狀態時，應負刑事責任，其理論上之根據如何？在他國刑法上，亦有可於條文求之者，我國刑法，則仍爲解釋問題。（參照第三項責任能力說明）刑法學，如前述，有新舊二派，關於責任之本質，此二派之見解，亦大不相同。分述之如次：

#### (1) 道義責任論 (responsabilité morale)

此爲舊派所主張，乃求責任根據於行爲者主觀，謂人須有了解其行爲與結果之能力，而仍決意爲一定行爲，其行爲之結果，始應歸於其人，即所謂歸責 (imputabilité, Zurechnung) 故責任乃爲行爲及結果與行爲者人格之聯鎖 (Verknüpfung) 此派多以自由意思爲根據，其中又有一派，雖已避去自由意思之說明，然仍謂責任係以對於行爲及行爲者之社會非難 (rechtlich-soziale Missbilligung der Tat und des Täters) 爲基礎，所以認其行爲爲有責行爲，即因依其行爲足以明認行爲者具有

反社會之性格 (die aus der begangenen Tat erkennbare asoziale Gesinnung des Täters) o

(二) 社會責任論 (responsabilité Sociale)

此爲新派所主張，乃求責任根據於社會客觀，謂人以行爲侵害社會時，社會即有防衛之必要，不問其行爲者之爲何人，不過防衛之手段，有以刑罰爲適當者，有不適當者，侵害者適於受刑罰之地位，即爲刑事責任，故所謂責任，不過指適於爲刑罰對象之心理狀態而已。

余謂新舊二派，關於責任之基礎理論，亦各有是，有不是。人類爲理性動物，乃不可爭。民刑法均採過失責任主義，不探原因責任主義，亦正因人有決定意思之自由，而仍依其意思以侵害他人，始應使之負責；此即根據吾人之道德觀念。而在刑事責任，較之民事責任，尤應注重故意過失，即其行爲之道義責任，若刑法而沒視此方面之意義，則刑法改善個人之功用，將無以實現，此新派高倡道義觀念之於刑事責任，爲不必要之不免一偏之見也。然社會有存在必要，亦不可爭。凡侵害行爲，不問其主觀如何，於客觀結果則同，而自社會防衛之見地言之，均應使之負責任，不能謂無理由。故進而主張應講求適應之防衛方法，而以刑罰爲一種社會責任，亦不能謂爲無見。若刑法而沒視此方面之意義，則刑法防衛社會之功用，亦將無以實現，此舊派不了解社會利益之於刑事責任有重大意義之亦不免於一偏之見也。故余主張，民刑事責任之基礎觀念，應同一論之，即於責任之範圍，固應着重社會利益，而適當決定之。然於責任之本質，

則應歸着於人類之自由意思，民法所以限定一定心理及精神健全之人，始應完全負民事責任，亦正以該等人既能了解其行為與結果，而仍決意爲之，斯於人類理性不能再予看過，故余關於責任之觀念，仍以舊派之見解爲是。論者或爲新派張目，謂人類犯罪，何嘗不爲生理及環境所支配，而有自由意思，即幼年人並心神耗弱人與瘡癩人，又何嘗不知犯罪之爲惡事，何以法律於此等人與普通人待遇不同，此均足見責任與主觀之意思及理性無關，然試問新派又何嘗不以人之心理狀態爲責任基礎，乃竟強謂此項心理狀態與人之自由意思及辨別能力無干，寧非故爲偏頗之論，法律之所以對於該等精神不健全之人，不問民事責任，明係因於行為者之主觀，而非係因於被害者之客觀，乃新派竟混之爲一談，亦適見其爲不通之論也。（註）

註 參照後之責任能力之說明，民法學者尙少有謂責任能力爲非意思能力之說。  
第四，責任之要件。

學者均分責任爲責任條件與責任能力，此爲刑事責任之要件，（註）即發生刑法責任，必具備此二要件始可，其內容當於後分述，茲僅述應注意之點三點如次：

註，責任一語，應否包含責任條件及責任能力，學說及立法例，尙不一致，如德國學者通說，均專以責任指責任條件，即故意及過失，惟李斯特（Liszt）以責任包含此二者，又德國刑法草案第十條，亦定

明「以爲有責行爲之人爲限處罰之，爲有責行爲之人，謂犯罪行爲之構成事實因故意或過失實現並於行爲時有責任能力之人。」日本學者通說，均從此見解，亦有少數說，從德國通說者。又奧大利刑法草案第一三條則定明「以爲有責行爲之人爲限處罰之，因故意或過失實現犯罪行爲之構成事實之人爲有責行爲之人。」則只以責任指責條件及責任能力。又法國學者通說，則只以責任指責能力。我國刑法之解釋，顯應以責任包含責任條件及責任能力。

(一)、此二者均應於行爲當時決定之，苟行爲時欠缺其一，即應分別適用各該條而不罰之。

(二)、責任條件與責任能力。雖同爲責任要件，同應於行爲時決定之，然一則係就具體言之，即指行爲人於行爲時就行爲及結果曾否認識之心理狀態，一則係就抽象言之，即指行爲人於行爲時就行爲及結果能否認識之精神狀態，故應嚴格區別之。(註)

註，多數學者均謂責任能力爲得有故意過失之能力，(Doli culpae capacitas)而以之爲故意過失之前提條件，此不免錯誤。刑法第二十四條至第二十九條關於責任條件之規定，與第三十條至第三十三條關於責任能力之規定，乃係獨立規定主觀之處罰要件，故二者均應獨立審查，無責任條件者，未必即爲無責任能力者，無責任能力者，亦未必爲無責任條件者。不過通常，無責任能力者，往往亦無責任條件而已。



(三) 通常審判犯罪行為應否處罰？其次序應先調查行為人是否為有責任能力人？後調查行為人是否故意或過失？方為便利。(註)惟刑法以最成為問題者，為後之二項，故首就此規定，本書亦首就此說明之。

註，依刑事訴訟法第二百八十二條，犯罪事實，應依證據認定之，故關於為犯罪成立要件及處罰要件之事實，固均應依證據認定，惟關於責任能力，凡人均推定有健全之精神狀況，故就此為積極認定，毋庸依證據，而為消極認定，則反應依證據。(參照拙著刑事訴訟法通義三三二頁一九四頁)

### 第五，責任之例外。

須具備責任條件及責任能力，始應負責，只為原則，但於本法及特別法，亦有例外，有全不須具備責任條件及責任能力者，有不須具備責任條件或責任能力者，如刑法所規定之結果犯，即因發生一定結果而加重之犯罪，(die durch den Erfolg qualifizierten Delikte) (如一三三三II，一四二III，一四三II，一九一II，一九七II，一九八II，一九九II，二〇四II，二四〇III，二四二III，三〇一II，三〇五II，三〇六II，三〇七II，三〇九II，三一〇II，三一一III，三二六II，三一七II，三四三II，三四六III，三五二III，三七二II，三八二II等) 即對於結果，不須有故意過失之例也。(註)至於行政犯，不適用刑法責任之規定，更不待言。

註 此爲以前之通說，現時主張約須有過失之學者亦不少。

## 第二項 責任條件

### 第一款 概說

責任條件 (Zurechenbarkeit der Tat) 者，謂行爲人對於其行爲結果 (即法益受侵害) 之心理狀態而爲構成責任要件之一種也。謂爲負擔行爲罪性之精神作用亦可。蓋如前述，犯罪不但須有物界之罪性，尙須更有心界之罪性。此即使物界罪性與心界罪性聯絡之一條件。以其係以心理狀態即意思爲內容，故學者又稱之曰意思責任。

責任條件，自其實質言之，則爲一定之意思決定 (Willensbestimmung，簡稱曰決意) (註一) 自其形式言之，則爲故意或過失。通說就責任條件及故意過失之觀念，均以意思決定說明之，謂不問故意或過失，均爲意思決定，即須有決意。余謂犯罪既爲行爲，即爲本於意思之動作，故意行爲及過失行爲，均須有決意，乃不待言，此意思乃稱曰行爲意思，已於前述。但此不過成立故意或過失行爲之基本成分，乃行爲人關於行爲本身之意思，可謂爲自然之意思，故意及過失行爲，並不能因此而區別。欲區別此二者，尙須進而研究其他成分，即其對於行爲結果之意思，此可謂爲法律之意思。則故意行爲之意思，與過失行爲之意思，實不相同。少數學者，注意及此，就犯罪行爲之意思，爲此二種區別，以後之意思，稱曰責任意思，而與前之行爲意思相

對稱，較通說更較精確，余以此少數說爲是。(註二)

註一 一部學者稱故意行爲曰故意犯，過失行爲曰無意犯，而以後者爲無決意，此不免誤會。過失犯亦須有行爲，即須有決意，其第一步之意思，固與故意並無區別也。故意與過失，以均有決意，故又有一部學者稱此決意曰犯罪意思，簡稱曰犯意。然通常稱犯罪意思或犯意，均指狹義，即故意。

註二 參照本編第四章第一節第一項第二及拙著民法通義債編總論二〇五頁之說明。

關於責任條件之理論，新舊二派主張，亦不相同。舊派謂刑事責任之基礎，在行爲，責任條件，則爲人與行爲之聯鎖。人於有故意或過失時，始與其行爲有聯絡，而後爲有責任行爲。新派則謂刑事責任之基礎，在惡性，責任條件，即爲惡性之表現，行爲而出於故意或過失時，斯於社會始應非難，而後爲有責任行爲。按二派於行爲須有故意或過失，始爲反社會之行爲，主張均屬相同。所不同者，一則注重於行爲，一則注重於惡性。余謂二派各有真理，自行爲言之，行爲與其結果有聯絡，尙僅有物界之罪性，必因故意或過失而使行爲及結果與行爲人聯絡，始有心界之罪性，而後應負責任，要不能謂不正常。新派謂人因行爲發生結果，斯人與結果自初即有聯絡，與有無故意過失無干，不知僅行爲與結果有聯絡，尙屬物界之聯絡，必行爲伴有故意或過失，始生心界之聯絡。(註)於此時始於道義觀念社會觀念應受非難，而成爲有責任行爲，且法律非罰故意及過失，乃罰故意或過失之行爲，則舊派之注重行爲，亦未可厚非也。自惡性言之，行爲而出於故意或過失，其於

社會之危險性，乃愈爲表彰，亦爲不可掩之事實，同一有故意或過失之行為，量刑仍有輕重，惡性亦應爲其斟酌之一標準，亦爲實際情形，故舊派完全不注重惡性，要亦爲其缺點也。

註 例如瘋病發作中之殺人，或全無過失時之殺人均不罰者，正以其主觀意思與客觀結果無聯絡也。刑法關於刑事責任所採之主義，雖如前述，與民法關於民事責任所採之主義相同，即同以過失責任主義爲原則，但二者亦大有不同之點，即在民法，不問故意或過失，乃同等爲有責行為（參照民法一八四一）刑法則與是反，特於第二十四條及第二十五條分別定明「非故意之行為不罰」；「過失應處罰者，以有特別規定爲限。」

依上述規定，是在刑法，須故意行爲始爲有責行爲，乃爲原則；過失行爲爲有責行爲，則須本法或特別法有特別明文，此故意行爲之犯罪，稱曰故意犯，此過失行爲之犯罪，稱曰過失犯。凡犯本法或特別法所規定之犯罪，苟無明文，則均爲故意犯。苟無故意，即不得處罰。至過失犯，本爲例外，故特予定明須有特別規定，如第二百九十一條第三百零一條之犯罪是。以外尚有一例外，即所謂結果犯，此則就其結果不須故意亦不須過失之犯罪，如第二百四十條第四項第五項，第三百四十六條第三項之犯罪是。（參照前項第五）又在特別法規定一定犯罪亦不須責任條件，更屬例外，自不待言。（註）

註 故意犯過失犯及結果犯，更參照後之犯罪種類之說明。

法律之所以定爲故意犯爲原則，過失犯爲例外，結果犯更爲例外者，蓋以行爲人須於有故意時始與其行爲及結果有直接聯絡，始應處罰，若僅有過失時，則僅有間接聯絡，通常自無庸處罰，須有特別必要，始應處罰，若結果犯，則並全無聯絡，然亦有時因特別防衛社會，而亦有處罰必要也。

又宜注意者，故意及過失，不僅於刑罰之科處有區別，即於刑罰之輕重，亦有區別。同一犯罪，故意犯之刑罰，未有不重於過失犯之刑罰也。

故意過失與共犯之關係如何？即對於無故意或過失之行爲，亦得成立共犯否？刑法只特就共同過失設有明文（四七）以外共犯之規定，自均係着眼於共犯均有故意者而設。在故意犯或過失犯有共同行爲時，若僅一人有故意過失他一人無故意過失時，亦得成立共犯否？若以責任條件爲犯罪成立要件，則他一人已不成犯罪，自無共犯可言。但我國刑法，僅以爲處罰要件，則應反對解釋，他一人只須有行爲仍得成立共犯，惟已超過故意過失，並行爲亦不能認其成立，即全出於無意識之動作時，則否，對之不能成立共犯。責任條件，本只有故意及過失兩種，錯誤亦屬無故意或無過失之一種，惟本書爲說明便利，仍分爲三款述之。

## 第二款 故意

第一，故意之觀念。

故意(dolus, Vorsatz, dol, intention)之意義如何因法律或學說所採主義如何而有不同，我國民法關於故意，仍如一般立法例，未規定其意義，而使取決於學理。若刑法，則就其意義，已特設有明文，其所採主義，於學理上亦應認為適當。故余謂民法上故意之意義，亦應從之。(註一)故故意自一般言之，乃謂行為人知其將發生一定結果而仍為該行為之心理狀態。自犯罪之故意言之，則謂犯人對於構成犯罪事實之認識及希望或容許之心理狀態。犯罪之故意，學說上又簡稱曰犯意。(註二)以故意為要件之犯罪，則稱曰故意罪，或故意犯。

註一，參照拙著民法通義債編總論二〇四頁二〇五頁。

註二，犯意通常均指犯罪之故意，但亦有廣義並稱過失亦曰犯意者。

故意於民法學說，有三說：

(一) 意思主義。(Willenstheorie) 謂須有意使結果發生，始為有故意。亦稱曰希望主義或意欲主義。

(二) 預見主義。(Vorstellungstheorie) 謂只須預見其結果發生，即為有故意。亦稱曰認識主義或觀念主義。

(三) 容許主義。(Billigungstheorie) 此係折衷前二說，謂僅預見其結果尚為不足，然亦不須欲望其結果，須一面認識其結果而仍容許之(承認、聽許、敢為)(Billigung, Einwilligung, Einverständnis)

以爲行爲，乃爲有故意。

我國舊刑法時代，故意二字無連用者，均僅單稱曰故，以與謀對稱。而關於其意義，亦未特設明文解釋。上亦尙未確定，晉書刑法志張斐註，其知而犯之謂之故，則似近於預見主義，然唐律則以有害心與無害心區別故意與非故意，又清律鬥毆及故殺人條註云，「臨時有意欲殺非人所知曰故」，則又與以前一般學說相同，而係採意思主義。至在歐洲，則自羅馬法以來，均採意思主義，至近時此說仍爲通說。完全採預見主義者，尙爲極少數。一部學者，雖亦自稱爲採預見主義，然仍爲容認主義。自民法言之，均以採容認主義爲較適當。我國刑法，則仿意大利俄國暹羅等國刑法，以明文解決，即第二十六條是也。其第一項雖似係採意思主義，但自第二項觀之，實係採容認主義（註一，二，三）

註一、修正案理由謂係採意思主義，然本條實與德國刑法草案第十一條第一項所載「對於構成犯罪之事實明知而有意實行或預見其可能而容許（*Finvestehen*）其實現者爲故意」相同，蓋採容認主義者也。

註二、前大理院似亦採容認主義，民國四年上字一六六號判例載：「查犯罪行爲是否出於故意，應以犯罪人實施犯罪時對於構成犯罪事實有無認識及其行爲有無決心爲斷。」

註三、日本大審院判例亦採容認主義。大正十年判例載：「犯意之行爲，謂依自己之意思活動而使犯

罪事實發生或預見其可發生而仍決意以實行也。」

故刑法所規定之故意，可分爲次述二種：

(一) 第二十六條第一項定明：「犯人對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生者，爲故意。」此爲原則規定。乃爲真正之故意，即後述確定之故意，亦稱直接之故意，係明探意思主義。

(二) 同條第二項又規定：「犯人對於構成犯罪之事實，預見其發生，而其發生並不違背犯人本意者，以故意論。」此爲例外規定。乃爲擬設之故意，即後述不確定之故意（未必意之故意）亦稱間接之故意，係兼採容認主義（註）

註，上告人意欲殺甲，置毒粥內，甲於食時，給與乙食，乙中毒身死，據上告人前後供詞，其是否知甲與乙常在一處吃飯，並是否常給剩飯與乙吃食，及上告人是否確欲毒乙之意思，尙屬不明，則乙中毒斃命之事實，上告人是否預見其發生，又其發生是否違反上告人本人之意思，於上告人果否具有殺人之間接故意，殊難斷定，如其並無此種故意，則其是否應負能注意而不注意之責任，又應切予訊究。（前大理院民國十一年上字二九二號判例）

依上述刑法規定，犯罪之故意，原則乃爲行爲人對於構成犯罪事實之發生有認識（觀念）及意欲。例外則爲行爲人對於構成犯罪之事實之發生有認識及容許人之心理作用，本可分爲知情意三種，在故意，



僅感情(情)爲其遠因非其成分。認識(知)及意思(意)則均爲其成分。(意欲及容許均爲意思。)條文所謂「明知」所謂「預見」即爲知之要件，可稱曰觀念要素。(Vorstellungsmoment)所謂「有意」所謂「不違背本意」即爲意之要件，可稱曰意思要素。(Willensmoment)蓋人爲一定行爲，固多出於一定感情，尤以犯罪爲然。然行爲爲本身，究爲本於意思之動作，而在故意之犯罪行爲，則必先對於構成犯罪之事實之發生有所認識，更有所期望或容許，尤屬當然。故犯罪之故意即犯意，乃爲知及意之二種心理狀態所構成。學者又着重於故意之意思，而稱之曰決意，此雖無大誤，然如前述，決意僅屬構成故意行爲之基本意思，此決意即過失行爲亦有之。過失與故意不同，尙在其他另一成分之意思，即一則對於犯罪事實之發生無期望或容許(參照二七二)一則對於犯罪事實之發生有期望或容許也。

## 第二，故意之範圍(內容)

故意之本質，已如上述，乃爲行爲人即犯人對於犯罪事實之發生有認識及意欲或容許之心理狀態。法條上一則稱曰犯人對於構成犯罪事實之發生係明知並有意，一則稱曰犯人對於構成犯罪事實之發生係預見並不違背本意。此所謂構成犯罪事實之發生，要即學理上所謂犯罪行爲之危險性及違法性。蓋凡得認犯罪行爲有故意時，必須行爲人首對於行爲並其性質及結果有認識並有意思，此即關於犯罪行爲之危險性者。次對於行爲之爲不法(Darecht)有認識，此即關於犯罪行爲之違法性者。刑法所

謂構成犯罪之事實，要即指犯罪行為之性質及不法而言。所謂構成犯罪事實之發生，要即指為行為並發生結果而言。故可謂構成犯罪事實之發生，係與犯罪行為之危險性及違法性同義。行為必於此時而後有反社會性，而成為反社會行為，行為人對之有認識及意思，而後為有故意。

故刑法所謂構成犯罪事實之發生，即為犯罪故意之對象，亦即犯罪故意之範圍，至何時始得認為構成犯罪事實之發生，自當就各該犯罪之本條論之，要應解為犯罪之客觀要件，(objektiver Tatbestand od. Tatumsstande) 即前述之犯罪行為之危險性及違法性也。其為各該條所規定之特別要件事實之故意如何，屬於各論之範圍，茲僅述其一般要件事實之故意如次：

(一) 行為之危險性。

甲，行為本身。

無行為則無犯罪，而行為又為本於意思之動作，此意思稱曰行為意思，亦稱決意，已於前述。為故意要素之意思，必有對於行為之意思，自不待言。例如開槍殺人，必其開槍之出於意思作用者是。此為故意行為成分內最後之成分。此決意即過失行為亦有之，故故意僅此尚不能與過失區別，其得與過失區別者，尚在其有無後述各點之認識或意思。

乙，行為之性質。

行爲人雖對於行爲有意思，苟對於其行爲之性質無認識，亦不能謂有故意，例如雖有意開槍，而誤認係開空槍，或確信其不能命中時，亦不能謂爲故意殺人。是此所謂行爲之性質，即謂行爲之實際意義及價值也。（註）如上例，以實彈槍向人放射，其行爲之於實際上有何意義及價值，苟能認識，即爲有故意。

註，查販賣含有鴉片煙質之藥品，論爲販賣鴉片煙罪，本因其藉爲鴉片煙之代用，故實際仍爲販賣鴉片煙，若實際上不能証明販賣者係知其中含鴉片煙質，應依一三條第一項不爲罪。（即刑法二四條前大理院統字一一八〇號解釋）

### 丙， 行爲之結果。

行爲人雖對於行爲之性質有認識，而對於行爲之結果無認識及意思，亦不能謂有故意。例如雖係有意開槍，並知係開實槍，但不知將殺人，亦非故意殺人。前述二項，凡犯罪之故意，均須有之，爲學者所不爭。惟關於本項，則學說不一致。謂結果只應指實害者，則不須實害之犯罪，其故意自無須此項要素。然余如前述，乃謂結果係並指實害及危險二者。犯罪非爲實害犯即爲危險犯，故無論何種犯罪，均須有對於實害或危險之認識及意思。又不問爲作爲犯抑爲不作爲犯，亦均須對於結果有認識及意思。（參照後之積極故意及消極故意）（註一，二）

註一， 向人索取賄債，負債者因無法償還，至於愁急自盡，非當事者意料所及，應不負何等責任。（前大理院民國五年非字七號判例）

註二， 明知他人實施犯罪行為，故意違反法律上義務，因自己之不作爲，而使其容易實行時，構成不作爲之從犯，即使與實施犯罪之正犯無意思聯絡或無共同認識，亦無不可。（日本大審院判例）

行爲人既對於行爲之將發生結果有認識及意思，則對於行爲與結果之聯絡關係，即行爲之因果關係，亦能認識，自不待言。故因果關係之認識，亦爲犯罪故意之一要素，不過關於因果關係，余取相當因果關係說中之折衷說。故有時雖行爲人對於其行爲之結果無認識，亦得依相當因果關係而謂其爲故意行爲，例如自橋上推人欲其落水溺斃者，乃並未墜水，竟墜岩而死，亦爲故意殺人是。故意之範圍，須包含結果，只就一般犯罪言之。若結果犯，則行爲之結果，並不須故意，此不可不注意也。

#### 丁， 行爲之主體。

關於犯罪之主觀要件，通常毋須有故意，故如行爲人之責任能力及身分資格，通常均無須認識，然如行爲人之身分，爲構成犯罪之事實時，則須對之有認識，否則亦爲無故意而不應處罰。例如誤信

自爲公務員係對於職務之行爲收受賄賂，亦不應依第一百二十八條第一項之瀆職罪處罰是。行爲之客體。

犯罪之客體，如前述，有二種：1. 自被害人言之，通常被害人之個性資格及身分，均不須爲故意之對象。故如誤信某甲所有物爲某乙所有物而竊取之，仍成立竊盜罪，誤認非黨員之某甲爲黨員而殺之，仍成立殺人罪是。但亦有被害人之個性或身分年齡爲構成犯罪事實之要件者，則須爲故意之對象。例如本係開槍打甲，致將乙打死，則對於甲應成立殺人未遂，對於乙應成立過失致死，又如以尊親屬爲普通人而殺之，只能依普通殺人罪處斷（參照二八一，二八三）又如誤認未滿十六歲之女子已滿十六歲而與之和姦，不能以強姦罪處斷（二四〇II）均是。2. 自被害法益言之，凡犯罪無不以侵害所定法益爲要件，其中有只爲一般要件者，有更爲特別要件者，均須爲故意之對象。故如普通殺人罪，必須對於人之生命之殺害有故意（註一），二殺尊親屬罪，必須對於該尊親屬之殺害有故意是。

註一，率人持槍仇殺某人，見某人出屋即行放槍未中，另由所率之人放槍擊某人，並傷其懷抱之子，越日某人因傷身死者，率人者應成殺人及殺人未遂之俱發罪。（前大理院民國六年上字二

四六號判例）

註二，甲婦背負乙孩，丙男掌擊甲婦，婦跌乙孩碰傷身死，丙對於乙成立三二四條一欸之罪。（即刑法二九一丁前大理院統字六八五號解釋）

己，行爲之動機。

犯罪行爲之動機，即目的，通常固非構成犯罪要件，故不須有故意，但亦有特別爲要件者，其須有故意，自不待言。（後詳）

庚，行爲之手段，時間，處所。

1. 犯罪行爲之手段，通常非構成犯罪之要件，故不須有故意。但亦有特別爲要件者，此則須有故意。例如第二百八十四條第一項第二欸，第二百九十四條第一項，第三百三十八條第一項第一欸至第三欸各罪均是。

2. 犯罪行爲之時間，通常亦非構成犯罪之要件，故不須有故意。但亦有特別爲要件者，則須有故意。例如第一百一十條第一項，第一百三十三條第一項，第一百二十五條，第一百四十六條第一項，第一百六十二條，第一百七十九條，第一百九十六條，第二百零八條，第二百八十七條第一項，第三百三十八條第一項第五欸各罪，均是。

3. 犯罪行爲之處所，通常亦非構成犯罪之要件，故不須有故意。但亦有特別爲要件者，則須有故意。

例如第三百三十八條第一項第六款、第三百四十七條各罪是。

辛，行爲之其他特別構成要件。

犯罪行爲，除上述外，如更須其他特別構成要件者，自亦須有故意。例如成立侮辱罪，須對於「公然」有故意（三二四）成立贖物罪，須對於「贖物」有故意（分則三三三章）是。

壬，行爲之其他刑罰加重要件。

犯罪行爲，除上述外，如更由刑法定有其他刑罰加重條件者，自亦須有故意。關於此點，刑法已有明文解決（二九）當於後詳述。

(二)，行爲之違法性。

前述行爲之危險性，乃指犯罪行爲之危害社會之性質，此之行爲之違法性，則指犯罪行爲之違反社會之性質。一則指行爲之事實上價值言之，一則指行爲之法律上價值言之。成立故意，必須更對於違法性有認識，例如甲以槍殺乙，雖明知並有意開槍以殺害之，即對於行爲之危險性有認識及意思，但若係以正當防衛之意思爲之，則係對於行爲之違法性無認識，亦不得謂有故意。故意須有行爲違法性之認識否？學者中尚有議論，一部說謂只須有行爲危險性之認識已足，不須有行爲違法性之認識。（註一），（二）余謂，所謂違法有二義：甲爲「不法」，即單爲「違反常規」之義。刑法第二十六條所稱構成

犯罪之事實，應解爲包含有行爲不法之意義。蓋如行爲人不認識其行爲之爲不法，易言之，即如誤信其行爲於社會觀念上即一般法律上並非不正當，則其行爲雖發生危險性，且對之有認識及意思，要亦不認爲反社會行爲，即亦不能成立犯罪，故所謂構成犯罪之事實，當然並指行爲之違法。乙爲「爲罪」，即「違反刑法」之義。刑法第二十八條所稱之法令，即以指此。通常學者謂故意不包含違法之認識，要即指此違法而言，詳言之，即單指違反刑罰法令之認識也。故意不應包含此項違法之認識，乃爲該第二十八條所明定。故違法性之認識，與違法之認識，應區別之。前者乃其行爲於社會上即法律上是否正當之觀念，既須爲犯罪，自須行爲人認識其行爲不爲正當，故此項認識，須爲故意之對象。後者乃其行爲於刑罰法條上是否可罰（Strafbarkeit）之觀念，既認識其行爲爲不正而仍爲之，自應處罰，至於不認識其行爲於刑法上應行處罰，自無關係，故此項認識，不須爲故意之對象。

註一，此說主張違法性之認識非故意要件者，乃謂行爲人關於法律之見解，與犯罪無干，例如信無政府主義者，在其主觀，乃以現時之法律制度及國家權力爲不正當，然仍不能不認其反動行爲得成立故意犯罪，余謂所謂違法性之認識，乃指知悉其行爲於該一國之法律上或社會上不正當之謂，故如上例，亦不得不謂行爲人就其行爲在一般社會即現行法律爲不能容許有認識，故謂故意應有違法性之認識並無不當也。



註二，亦有謂刑法有特定為無故，如無故侵入他人住宅（三三〇I）無故開拆他人信函（三三三I）無故洩漏他人秘密（三三四I）等，所謂無故即指法律上無正當理由之義。此時自應對於法律上之不正當有認識，即違法之認識，以此時為限，應為故意之對象，以外則否，余謂此時法律上之不正當，不過法條特為例示，不得謂此外違法性之認識，即不須為故意之對象也。

行為之違法性，如後所述，只能自其反面述之，（詳後違法節）故此之行為違法性之認識，亦只能自其反面述之。即凡認識打消行為違法之事實時，即得謂為對於行為之違法性無認識，亦得謂為其犯罪行為無故意。此其情形有二：

甲，認識行為有阻却違法之事實者。

即並無後之違法一節所述之違法阻却原因事實（三四至三七）而行為人誤認其有此事實也。其中適用最廣者，厥為誤認之防衛行為（*Putativnotwehr*）及誤認之救護行為（*Putativnotstand*）。此時之問題，即是否認為非故意之行為，而適用第二十四條。抑應認為不知法令，即法律之錯誤，而適用第二十八條。學說上尚不一致，少數說取後說（註一）通說取前說（註二）余從通說。蓋以此時仍為事實之錯誤，並非法律之錯誤也。（參照後之錯誤之說明）

註一，如李斯特（*V. List*）即主張此時仍係誤認不法之行為為不為不法，應與法律之錯誤同視。

註二、德國刑法草案第一一條第二項，尙以明文規定，因錯誤以爲有阻却公私法上違法性之事實而爲行爲者，爲無犯意。奧國刑法草案第一四條第二項亦同。

乙、認識行爲有不違法之事實者。

此即指行爲人誤認犯罪之前提要件之事實時。例如重婚罪之以有效婚姻爲前提條件，如某甲誤解民法，以未依結婚年齡與乙女結婚，即爲婚姻無效，嗣後又與丙女結婚是。

要之，刑法第二十六條所稱構成犯罪之事實，乃指犯罪之客觀要件，即犯罪行爲之危險性及違法性而言。至於犯罪之主觀要件，則不得解爲包含於其內。故（一），犯罪之責任能力，不須認識，已如前述。（二），犯罪之責任條件，即故意，亦不須認識。故犯罪之須故意，乃謂於客觀得認行爲人有故意已足。並非謂於主觀即行爲人亦須自行認識其有故意也。

第三、故意之種類（狀態）

（一）、確定之故意，與不確定之故意。

刑法第二十六條，即係明認此分類。即第一項所規定者，爲學說上所稱確定之故意（*Dolus determinatus*）亦稱直接之故意（*Directer Vorsatz*）即指對於構成犯罪事實之發生有確定之認識（明知）及確定之意思（有意）也。刑法採意思主義，故以此爲真正之故意。又第二項所規定者，爲學說上所稱

不確定之故意(Dolus eventualis)亦稱間接之故意(Undirecter Vorsatz)即指對於構成犯罪事實之發生有確定之認識(豫見)但無確定之意思也。申言之，對於該事實雖亦認識其發生，但並非意欲其發生，不過其發生，仍不違背意思。即對於結果之發生有容許(Billigung)或承認(Einwilligung)(註一)其與第三十七條所規定過失之區別，即甲，一則係「豫見其發生」，即有確定之認識。一則只「豫見其能發生」，即僅有不確定之認識。乙，一則係「其發生並不違背本意」，即仍有意思，不過不確定，一則係「確信其不發生」，即並無意思，不僅不確定也。刑法係兼採容認主義，故又規定此擬視之故意。(即以故意論)本條第一項雖為原則，第二項雖為例外，但於適用上，原則仍屬同等，不問係有第一項之故意，抑係有第二項之故意，固均應認為故意之行為，而不得適用第二十四條。不過例外，於法條特定有須明知(如一三三I 2，二三〇，二三一，二三二，二六九，三二八I 1等)或意圖(如一〇三I 1，一一七，一二六，一三三I 1，一四二II，一四七，一六七，一八〇，一八一，一八三，二〇〇，二一一，二一三，二一五，二一八，二一九，二二一，二二六，二二七，二二八，二三六，二四六，二五八，二六八，二七三，二七四，二七七，二八〇，二八五I，三〇六一，三一四，三二五I II，三二五I，三三七，三三八I 1，三四三I，三四六I，三五二I，三五六，三五八，三六三，三六五，三六六，三七〇，三八三，三八四等)或其他

性質上須有確定之認識與意思者，則應適用本條第一項，不得適用第二項。（註二）

註一，通說均以確定故意與不確定故意之區別，在行為人認識之確定或不確定，余謂在我國刑法之解釋，不能從此說。蓋我國刑法第二十六條第二項，定明須預見其發生，自應解為認識仍須確定。不確定故意與確定故意，只能以意思之不確定或確定區別之。惟與過失，則應以認識之確定或不確定區別，蓋第二十七條第二項明定只須預見其能發生，自係認識亦不確定之義，而與預見其發生，自不相同也。

註二，廣義言之，豫見與明知，均為認識，毋庸區別，但狹義言之，則明知乃指實行犯罪行為時之認識，即已明確認識其必發生，豫見則指實行犯罪行為前之認識，僅預先認識其將發生而已。故凡法條定明須「明知」或「意圖」或其他性質上須對於構成犯罪事實之發生有明確意思時，自仍須合於第二十六條第一項之條件，始得認有故意也。

不確定之故意，又可大別之為二種：

甲，有結果發生確實而客體不確實者，又可分而為二：

1. 擇一之故意。(Dolus alternativus)

即預見其行為必發生數結果中之一結果，申言之，即對於結果之發生，雖有確實之意思，但對於

其就何客體發生結果，則無確實之意思，例如向甲乙二人開放一槍，預先料及必能射中一人者。是此項故意，自應包含於第二十六條第二項故意之內，蓋以此時亦可謂為其發生並不違背犯人本意也。(註)

註 與人口角，順手拾石，向空亂擲，致將彼造擲傷者，其擲石行為，明係具有不確定之故意，且已發生輕微傷害之結果，自不得以過失論。(前大理院民國七年上字九六四號判例)

## 2. 概括之故意 (Dolus generalis)

即預見其行為必概括發生結果，申言之，即對於結果之發生，雖亦有確實之意思，但對於就客體發生結果，則僅有概括之意思，而無特定之意思，例如以炸彈拋向羣集人衆，預先見及必能殺傷人者是。此項故意，亦應包含於第二十六條第二項故意之內，亦以此時仍得謂為其發生不違背犯人本意也。(註)

註 上告人收受之事，確已不止一次，不僅一人，此等設棧，雖非如原判理由所謂專供收藏買賣人口之用，而於積慣拐匪廣加招徠，俾其恃有窩頓，視為尾閥，即斷為有不特定之預謀，要非過刻。(前大理院民國四年上字七〇二號判例)

乙，有結果之發生不確實者。申言之，即不問對於客體有無確實之意思，而對於結果本身，實無確定

之意思，此稱曰未必之故意。(Dolus eventualis)未必之故意，果應以故意論？抑應以過失論？因學者所採主義不同，而結論不同。採意思主義者，即謂應認為過失。採認識主義者，即謂應認為故意。採容認主義者，則謂應分別論之，如係預見其發生而仍容認之，以致其發生者，則應為故意，如雖預見其能發生，但確信其不發生而仍發生者，則應為過失。刑法蓋採此主義，即第二十六條第一項及第三十七條第二項之規定是也。(註)

註 明知院外有人，始行開槍射擊，其具有不確定之故意，甚為明瞭。(前大理院民國七年上字九六四號判例)

(二) 不問動機之故意，與須問動機之故意。

動機(Motif, ab-sicht)二者，為決定意思之起源之心理狀態也。刑法所稱犯罪之目的，(七六一二)犯罪之原因，(七六一一)犯罪時所受之刺激，(七六一三)犯人之心術，(七六一四)均可包含之。且可認為刑法所稱犯罪之情狀(七七)之一種。動機，通常與故意應區別之。動機，以其為犯罪之間接原因，故學者又稱之為犯罪之遠因。故意，以其為犯罪之直接原因，故學者又稱之為犯罪之近因。蓋二者之區別，甲，故意於法律上必為一定，動機則否。乙，故意在同一犯罪均屬相同，即只有一種。動機則雖在同一犯罪，未必相同，可有多種。例如殺人罪，殺害之意思為故意，無論何種殺人罪，均屬相同，殺害之目的或

原因，則爲動機，則雖同一殺人罪，亦因各犯人而有不同，或爲洩忿，或爲復仇，或爲圖財，或爲妬姦，其種類固決不一致也。

故意因與動機應行區別，故在一般犯罪，均不問動機，只問故意。申言之，即動機並不爲故意之對象，此可稱曰不問動機之故意，或不伴動機或遠因不共同之故意。但亦有特種犯罪，須問其動機，申言之，即動機亦應爲故意之對象者。此可稱曰須問動機之故意，或伴有動機或遠因共同之故意，此項犯罪，學說上稱曰目的犯，或目的罪。(Absichtsdelikt)在我國刑法，於條文特標示意圖者，均屬於此種。(參照前之括弧內舉示條文)其中又有二種：有爲犯罪之成立要件者，此爲普通。有爲刑罰之加重要件者，如第二百五十七條第二項，第三百零六條第一項等是。此爲少數。亦有爲刑罰之減免要件者，如第一百八十三條，第二百八十六條第一項等是。此亦爲少數。又有雖未特用意圖標示而其性質實以動機爲要件者，例於第三百四十七條所謂因防護贓物脫免逮捕湮滅證據者是。

動機與故意，在一般犯罪，固應區別，即與犯罪之成立要件及處罰要件無干。但動機於立法上及審判上，亦有應行注意者。甲，自立法上言之，除如上述，於特種犯罪，應定一定動機爲成立要件或加重減免之要件外，亦應擴張一定刑罰之範圍，以便科刑時得審酌犯罪之動機。故我國刑法規定刑罰類皆不爲限定規定而爲概括規定，且於第七十六條第一項第一款至第四款，第七十七條，特定有明文，蓋即

爲使審判官於科刑時對於犯罪之動機亦得加以適當之審酌也。乙，自審判上言之，刑法既定有上開明文，俾審判官對於動機得爲審酌，則審判時應於法定刑之範圍內，適當更就犯罪之動機細加審酌以適用自由量刑之原則，自不待言。

(三) 無豫謀之故意，與出於豫謀之故意。

豫謀(*Præmeditatio, Préméditation, Vorbedacht, Überlegung*)者，深熟謀慮而後決意之謂也。與此對立者，則爲臨時發作而決意。特別犯罪，有以出於豫謀爲要件者，其故意可稱曰出於豫謀之故意，(*Dolus Præmeditatus*) 亦曰熟考之故意。普通犯罪，均不以豫謀爲要件，此可稱曰無豫謀之犯罪，(*Dolus repentinus*) 亦曰突然故意或單純故意。我國舊律分謀殺與故殺，於二者之刑罰，定有輕重，他國立法例，亦多就殺傷罪設此區別，惟在新派見解，則多非難此區別，謂不能以有無豫謀定其惡性之輕重，我國暫行刑律，乃不設此區別，新刑法則又仍舊律及多數立法例，於殺人罪認此區別。(二八四 I 1) 出於豫謀之故意與無豫謀之故意，其區別之標準，乃如前述，在其實行犯罪行爲前一則經過謀慮，一則臨時起意，此二者於犯人之心術，自大不相同，刑法於此點酌探舊派主張，亦不能不謂有相當理由，不過刑法對於謀殺，定爲惟一死刑，則限定自由量刑之原則過甚，於立法上洵屬不宜也。

(四) 事前故意，與事後故意。



事前故意(*Volus antecedens*)者，謂構成犯罪事實發生之前有故意也。申言之，即行爲人誤認其行爲已發生結果，而因妨其發覺或其他目的，更爲其他行爲，始發生其原欲發生之結果也。例如甲欲殺乙，擊之倒地，以爲已死，因湮滅罪跡而投之於河，始行溺斃是也。法律上能否認此項故意？學說上尙有爭執，通說均謂故意不應追問，對於後發結果，不能認其有故意，亦有謂其應認爲一個集合之行爲而應論故意者。余以前說爲是。謂此時應依錯誤及因果關係中斷之理論以解決之，即在上述之例，溺斃乃爲新獨立之介入原因，前之故意行爲之因果關係，對於後發結果，已爲之中斷，故不能仍論故意，而應分別依第二十九條及第二十七條第二項以殺人未遂(二八二)及過失致死並遺棄屍體(二六二)丁，二九一丁)論罪。(註)

註 前大理院亦係同一見解，即統字第四百八十九號解釋載：「甲乙丙丁共同意圖勒死戊，當時勒而未死，共疑已死，即停止實施，嗣後丁獨自意圖拋屍滅跡，當將戊推水溺死，甲乙丙丁之殺戊行爲，應以殺人未遂論，丁推戊入水之所爲，既無殺意，除成立第二百五十八條(即刑法第二百六十二條第一項)之罪外，如有過失，仍應以過失殺論，依第二十六條(即刑法第七十四條)之例處斷。事後故意(*Volus subsequens*)者，謂無故意而爲行爲以發生一定結果後，忽生故意，而放任之，以致發生構成犯罪之事實也。例如醫師施手術後，突起殺意，中止手術，以聽其死亡是。余謂此問題，應依不作

爲與因果關係之理論以解決之，此時仍應以故意殺人論。（參照不作爲與因果關係之說明）

(五) 實害故意與危險故意。

實害故意 (Verletzungs Vorsatz) 者，謂有現實侵害法益之意思也。例如開槍打人之爲殺人故意是。危險故意 (Gefährdungs Vorsatz) 者，謂預見有侵害法益之危險而爲行爲之意思也。例如棄置嬰兒知有殺害其生命之危險者是。危險故意與前述不確定故意有區別，即前者只預見構成犯罪事實有發生之危險，而其發生並非與其本意相合，故只有時成立過失，後者則不僅預見構成犯罪事實之發生，且其發生亦與本意相合，故仍爲故意。故同以前示棄置嬰兒之例言之，如係棄置於常有人行走之大道，固以爲將遇人救，但亦以爲恐將餓斃者，則爲危險故意，只能成立遺棄罪或遺棄致死罪。（三〇九，三一〇）或有時成立過失致死罪。（二九一）如係棄置於少人行走之小道，固亦疑其將遇人救，但亦知其將致餓斃者，則爲不確定故意，能成立遺棄罪並殺人罪。（二八二）如係棄置於絕少人行之深山，明知其將致餓斃並有意使然者，則爲確定故意，除成立遺棄罪外，亦成立殺人罪。

(六) 積極故意與消極故意。

積極故意 (Dolus affirmativa) 即作爲犯之故意也。消極故意 (Dolus negativa) 即不作爲犯之故意也。一則爲積極引起結果發生之意思，一則爲消極放任結果發生之意思，故二者均須對於結果及

因果關係有意思。一部學者謂不作爲犯之故意，只須對於行爲有故意已足，不足取也。又在不作爲犯，不但須對於不阻止結果發生有意思，並須預見其有阻止結果發生之義務，若就此無認識，則無違法性之認識，亦不成立故意也。

#### 第四， 故意之責任。

此於刑法有明文規定，即第二十四條係從反面規定，「非故意之行爲不罰」。本條以與次條相對照，足知行爲人就其犯罪行爲應負責任即受處罰，原則須有故意。凡刑法各本條如無特別反對明文，則須就該構成犯罪事實之發生有故意，始得處罰。此規定，依本法第九條，不僅對於分則所規定之犯罪有適用，即對於特別法令所規定之犯罪，亦應同一適用也。（註）

註 犯罪之成立，除律有明文應論過失外，固以被告人確有犯罪之故意爲要件。（前大理院民國六年上字三〇九號判例）

### 第三款 過失

#### 第一， 過失之觀念。

過失 (culpa, Fahrlässigkeit, faute) 之意義，各國民刑法，多未有明文規定，我國民法亦然。惟刑法，亦如故意，就過失亦特設有明文。余謂民法上過失之意義，亦應從之。故過失自一般行爲言之，即係怠於注意。

詳言之，行爲人因欠缺注意而未預見行爲之結果，固爲有過失，即預見將發生結果而未容許，其未容許，係因未注意，亦爲有過失。（註）自犯罪行爲言之，則又可謂爲係因不注意而未預見，或容許構成犯罪事實之發生之心理狀態。過失在一般，多從廣義，而包含故意。在刑法，雖亦有從廣義而並稱故意及過失爲犯意者，但通常均從狹義，以過失與故意嚴格劃分。犯罪原則概須故意，例外始只須過失。以過失爲要件之犯罪，則稱曰過失罪或過失犯。

註 參照拙著民法通義債編總論二〇六頁。

羅馬法古代，不區別故意與過失，一律處罰，嗣後始行區別，則又視過失爲一種不可抗力，不加處罰，及帝政時代，始對於殺人，失火，墮胎等重罪過失，加以處罰，日耳曼法，初亦視過失爲不可抗力，及中古，因受寺院法影響，始對於過失殺人處罰。過失之甚爲一般所重視，乃大有賴於中世之意大利學派。近代法制，過失在民法上雖與故意爲同等責任，若在刑法，則全然相反。原則不負責任，即負責任，亦較故意爲輕。我國則過失觀念，發達最早，最初單稱曰眚或曰過，以與故相對，如尚書舜典載「眚災肆赦」，禹謨載「宥過無大，刑故無小」，即以樹立犯罪故意始罰過失不罰之原則。（註一）周禮則更稱過失，而以之爲三宥之一。（註二）又周禮四刺註，「過失殺人不坐死」，亦與近代重罪過失應較故意從輕處罰之意旨相符。及晉律，故意過失之觀念，尤爲明顯，張斐律註明稱「知而犯之謂之故」，「意以爲然謂之失」，「不意誤犯謂之過」。

失。」齊律更明定過失首許收贖，不能始處實刑。唐律則規定更較詳備，分殺傷罪為謀殺，故殺，誤殺傷，戲殺傷，過失殺傷，五種，亦與近代故意錯誤過失之觀念相符，且對於普通過失犯，亦從輕處罰。故仍定「諸過失殺傷人者聽其收贖」，而對於業務過失犯，則加重處罰，對於秩序過失犯，則與故意犯同科，亦與近代法制相合，且對於過失，亦注重注意義務，故又對於一定身分或地位之犯人有過失殺傷時，如部曲奴婢之於主人，妻妾之於夫，及夫之尊親屬，弟妹之於兄姊，強竊盜之於犯所，均加重處罰，且對於侵害法益，亦特予注重，如因失火燒燬之標的不同，刑罰亦有輕重，凡此均與現近過失之法律觀念相吻合。明清諸律，仍屬相沿。清時例案，於謀故過失三者區別之尤嚴，蓋以刑罰原以懲處犯人，犯人意思與犯罪責任，自有重大之關係，特為注意，殊合於近代之刑法思潮也。

註一，尚書金作贖刑註云，「誤而入罪，出金以贖之」，即為唐宋過失殺人得收贖之端。

註二，周禮三宥：「一宥曰不職，二宥曰過失，三宥曰遺忘。」

過失之犯罪，亦須有行為，行為既為本於意識之動作，則過失行為，自亦須有一定認識及意思，學說上廣義稱犯意時，謂過失亦為一種犯意者，亦即以此。余亦已於前述，過失與故意，不能單以其關於行為之意思活動即決意區別之，故在過失之心理狀態，亦如故意，有觀念要素及意思要素，易言之，亦係由知之要件及意之要件所構成，其對於構成犯罪之事實，並非全無認識及意思，至少構成犯罪之行為，須為過失

之對象，其他構成犯罪之如何成分爲過失之對象，則須視具體情形決定之；自一般言之，過失既亦係如故意，須以行爲表現之，且係關於犯罪，則爲過失對象之犯罪事實，與爲故意對象之犯罪事實，自亦得同一論之；故所謂過失，要不外對於行爲之危險性或違法性有一部欠缺認識與意思而已。

刑法對於犯罪，原則須故意始罰（二四）例外只過失亦罰（二五）若事變，則全然不罰（註）錯誤亦原則不罰（二八，二九）則過失自應與其餘三者嚴格區別之。茲試分述之：

註：但關於結果犯，仍有例外，只須有因果關係，即無過失，即全爲事變，亦罰，此在以前爲通說，現時有反對說，可參看過失責任之說明。

（一），過失與故意之區別，已略於前述，茲更詳述之，即故意乃對於行爲之危險性及違法性全部有認識，申言之，即係對於構成犯罪事實之發生有認識及意欲或容許。過失則對於行爲之危險性或違法性，只一部有認識，申言之，即係對於構成犯罪事實之發生，或全無認識，或並無容許。（後詳，參照二六，二七）

（二），過失與事變，即偶然事實（*causae casus fortitit, zufall, event*）尤爲不可抗力（*Vis major, höhere Gewalt, force majeure*）之區別，則在過失，乃爲怠於注意，申言之，即構成犯罪事實之發生，乃因於行爲人之不注意所致，若與不注意無干，仍須發生，則爲事變。過失與事變區別之標準，爲注意程度如何

之問題。關於此點，立法例及學說，見解不同，二者之界限，自亦因之不同。當於後詳述。

(三) 過失與錯誤之區別如何？嚴格言之，錯誤乃為認識與對象之齟齬，實與不知不同，過失則為不知，二者自有區別。然在民法上，乃以不知與錯誤同視，而包含於其中。(註)則過失於理論實即一種錯誤，無所區別，然於適用上，則過失須處罰，錯誤原則不處罰，實大有區別。然則二者於刑法解釋將如何區別？自實質言之，則過失乃因於不注意，錯誤則不問係因於不注意或不可抗力，自形式言之，則就錯誤以之為過失而處罰者，須有明文。此時須適用各該本條，不因事實或法律之錯誤而有區別；若單純錯誤，則以無明文為限，此時只能適用刑法總則第二十八條及第二十九條，且因事實或法律之錯誤而有區別。

註 參照後之錯誤之說明，及拙著民法通義總則二二四頁。

## 第二，過失之範圍(內容)

過失之本質，乃為不注意而致不認識。茲分述其範圍如次：

(一) 不認識(Nichtvoransicht)之範圍。

過失之範圍，應與故意同，已於前述。故不認識之對象，法條上係定為構成犯罪事實之發生。(參照二六，二七)學理上則可解為行為之危險性及違法性，此可參看故意之說明。

(二) 不注意(Nichtvorsicht)之範圍。

過失尤以不注意爲骨子，其與事變區別之標準如何？即其注意程度，究應如何在民法上，因關於責任所採主義不同，於是過失可因其注意(Vigilantia, Sorgfalt, diligence)之程度，而分爲(一)抽象輕過失(Culpa levis in abstracto)即謂怠於善良管理人之注意，(二)具體輕過失(Culpa levis in concreto)即謂怠於與處理自己事務同一之注意，(三)重過失(culpa lata)即謂顯然欠缺普通人之注意。三者多分別情形具體規定之，如無特別規定，則解爲應負第一種過失之責任。(註)在刑法，應使行爲人負何種責任？學說及立法例，尙不一致，可大別之爲次述二說：

註 參照拙著民法通義債編總論二〇六，二〇七頁。

甲，客觀說。謂其注意程度，應以客觀即一般人爲標準，如能爲一般人所應爲之注意，而仍不免發生犯罪結果，斯不應負責任，故此說即係主張應爲善良管理人之注意，而以怠於此種注意爲過失，故又稱抽象說，或抽象輕過失說。

乙，主觀說。謂其注意程度，應以主觀即行爲人爲標準，如能爲自己所能爲之注意，而仍不免發生犯罪結果，斯不負責任，故此說即係主張應爲與處理自己事務同一之注意，而以怠於此種注意爲過失，故又稱具體說，或具體輕過失說。(註)



註 一部學者，亦有於客觀主觀二說外，尙舉折衷說者，然主張主觀說者，亦不過謂應爲與處理自己事務同一之注意，此項注意，在民法上，均係專爲行爲人注意能力較一般人更弱時特減輕其責任而設，故主張主觀說之刑法學者，亦未有主張其注意能力在一般人即善良管理人以上時，仍應超過此程度負責任者，故一部所稱之折衷說，實即主觀說。

上述第一說，係注重於注意義務，謂民刑事責任，均爲保護社會而設，自應以一般人於社會上應盡之注意義務爲標準，在民事責任，猶應以盡善良管理人之注意義務，即應負抽象輕過失責任爲原則，刑事責任，自更應依此標準。故刑法學者中，尤爲新派學者，主張此說者甚多。至第二說，則係注意於注意能力，謂行爲人能力苟與一般人相同，自應盡一般人所應盡之注意義務，即盡善良管理人之注意義務，而負抽象輕過失責任，但如其注意能力較一般人爲低，則使其負同一責任，乃責以不可能之事故，只須已盡與處理自己事務同一注意之義務，亦可不負責任，故只應負具體輕過失責任。此說亦頗爲有力學者，尤爲舊派學者所主張。我國刑法自第二十七條第一項解釋，應認爲係採主觀說。蓋同項定明須「應注意並能注意而不注意者爲過失」，顯係謂應於注意義務之範圍內（應注意）並斟酌行爲人之注意能力（能注意）也。自立法即理論言之，余亦以此說爲是。蓋刑事過失責任，固不能如民事過失責任，只問重過失而應問輕過失，惟究應問抽象輕過失抑應問具體輕過失，固爲立法上之一大問

題，亦為學說上一大爭點。余謂刑法目的，不能全如新派主張，只重視社會而蔑視個人，亦不能全如舊派主張，只重視個人而蔑視社會。自防衛社會之目的言之，固應責以善良管理人之注意義務，自懲處個人之目的言之，則應責以與自己事務同一之注意義務。而在過失之責任條件，竟謂應使行為人超過其能力以負責任，究屬不妥。故余以刑法所取見解為是。過失本係為不注意即欠缺意思（*Willensmangel*）及不認識即欠缺觀念（*Vorstandesfehler*）而成。自注意方面言之，固應以一般人為標準，自認識方面言之，究應以行為人為標準。前者可謂為意思責任（*Willensschuld*）後者可謂為觀念責任（*Verstandesschuld*）。過失責任，自必具備此二種責任，始能成立也。（註）

註 論者或謂若從主觀說，則每一犯罪，均須具體審察行為人之注意能力，於實際審判上，當感困難。余謂刑法明定「按其情節」，則有無過失，自應審按具體情形，而注意能力，本可依責任能力決定之。凡人通常均應認為有思维能力，即有責任能力，亦即有注意能力，故在通常情形，自無須特就無注意能力方面調查，即得認行為人有一般人之能力，審判上要不生困難也。（參照後之責任能力之說明及拙著刑事訴訟法通義一九四頁）

雖然，上述主觀主義，應解為只為原則，故如分則或他法所定之業務上（如一九七IV，一九八IV，二九一二，三〇一III）或職務上（如一一五，一三四II，一七二II）之過失，則解為應全論抽象

輕過失責任，即依客觀主義。蓋立法本旨，此時係要求其注意能力至少應與一般人相同也。

### 第三，過失之種類（狀態）

(一) 無認識之過失，與有認識之過失。

刑法第二十七條第一項，規定：「犯人雖非故意，但按其情節，應注意，並能注意，而不注意者，為過失。」此為原則規定。乃為過失之常態，學說上稱曰無認識之過失（*Unbewusste Fahrlässigkeit*）又以此時係為懈怠，故又稱曰懈怠過失（*Negligentia, Faute inconsciente*）例如獵者因不注意而不知有人，致開槍誤中之者是。特應注意者，此所謂無認識，並非對於一切構成犯罪之事實全無認識也。即對於一部有認識亦可（註）

註 過失行為，至少應對於行為有認識及意思，即須係出於意思之動作，已如前述。

刑法第二十七條第二項，規定：「犯人失於構成犯罪事實，雖豫見其能發生，而確信其不發生者，以過失論。」此為例外規定。乃為過失之變態，（註）學說上稱曰有認識之過失（*Bewusste Fahrlässigkeit*）又以此時係為疏忽，故又稱曰疏忽過失（*Luxuria, faute consciente*）前之無認識之過失，與故意易於區別，此之有認識之過失，則與未必之故意，不易區別。即此時果應為故意，抑應為過失，尚不無疑義，故刑法特以明文解決，以與前條第二項區別之。即在前者，對於構成犯罪事實之發生，不但有認識，

而且有意思，不過其意思不確定。後者，則對於構成犯罪事實之發生，雖有認識，但無意思，即並無容許或承認之心理狀態。故二者顯有區別，如獵者向農人工作之田中槍擊走兔，預見其槍可以中人而仍開槍以致中人者，前之例也。又如此時自信其技甚熟，決不能中人，而仍偶中者，後之例也。此二者出入甚大，一則應論殺人罪（二八二丁）一則只論過失致死罪（二九一）不可不深察也。又特應注意者，此所謂有認識，亦僅認識構成犯罪事實之能發生，並非認識構成犯罪事實之發生，所謂確信其不發生，即不認識其發生，固仍有過失要件中不認識之成分也。又應注意者，此時犯人之不認識發生，亦應因於不注意，故仍與第一項同論，須應注意，並能注意，而不注意其發生者，始可。

註 刑法既規定以過失論，自仍爲一種過失，其責任自與前項過失相同，不過科處刑罰時，應注意第七十六條第一項第四款及第七十七條，量刑有時有輕重而已。

## (二) 普通過失，與業務過失。

普通過失者，即一般人成立過失犯所需之過失也。與此對稱者，曰業務上之過失。（*Berufsalrtasse*，*Art*）即從事一定業務之人成立過失犯所需之過失也。例如刑法第二百九十一條第一項所規定之過失犯，爲普通過失，第二項所規定之過失犯，則爲業務上之過失者是。業務上之過失，刑法規定其刑罰較重者，即爲其責任應較重之趣旨，故如前述，其應盡之注意義務，應爲一般當該業務所應盡之

義務，故須盡善良管理人之注意，始不應負責任，不能單以責任能力薄弱而圖免除，又從事職務之公務員，職務上過失應與業務上過失同一論之，亦已如前述。

(三) 事前過失，與事後過失。

過失亦可如故意，可分為事前過失，與事後過失。前者乃為後之直接行為，雖無過失，而於其行為之原因有過失也。例如對於緊急危險為救護行為，雖無過失，但引起該危險有過失者是。後者乃為於結果之原因雖無過失，而因過失不為阻止也。例如乘運轉手之不備，強制將其停駛之車向羣衆中開行，嗣運轉手已能阻止，而仍不阻止，以致傷人者是。前者可依因果關係之理論以解決之，後者可依不作為犯之理論以解決之。

(四) 積極過失，與消極過失。

此亦如故意，積極過失，乃指作為犯之過失，消極過失，乃指不作為犯之過失。

(五) 抽象輕過失，具體輕過失，重過失。

此其區別，已於前述。刑法無只論重過失者，至究只應論抽象輕過失，亦得論具體輕過失，乃為學說上之所爭，亦已於前述。

第四，過失之責任。

此於刑法，亦有明文規定。即第二十五條，定明：「過失應處罰者，以有特別規定者爲限。」即刑事責任，與民事責任，大異其趣；在民事，故意與過失，乃有同等價值，而應同等負責（參照民法二二〇I，一八四）。刑事則恰與是反，欲使就過失負責任而處罰之，則須法律特別有明文規定。即自此點觀之，亦足見刑法不能專如新派主張，只在防衛社會，亦在懲處犯人。蓋自防衛社會之目的言之，則於理論上，刑事責任，亦如民事責任，不分一切犯罪，均可以過失與故意同科。然刑事責任，究如前述，不專重社會責任，仍兼重道義責任，如係明知或豫見將成立犯罪，則犯人本可依自己理性不爲而仍爲之，其惡性自大，如係不知將成立犯罪，則無從爲自由意思之活動，雖有行爲，其惡性較小，故二者在刑法上之價值，大不相同，自懲處個人之見地言之，後者自應爲例外，非爲於防衛社會上特別有此必要，自無庸處罰。

本條規定，亦依第九條，不但於本法分則所規定之犯罪有適用，即於特別法所規定之犯罪，亦有適用，故非分則或他法特有明文揭示過失字樣，則不得問其過失而處罰之。（註）分則所規定之過失犯，如第一百十三條第二項，第一百五條，第一百三十四條第二項，第一百七十二條第二項，第一百八十七條第二項，第一百八十八條第三項，第一百八十九條第三項，第一百九十條，第一百九十二條第二項，第一百九十三條第三項，第三項，爲一百九十四條第三項，第一百九十五條第二項，第一百九十七條第三項，第九十三條第三項，第四項，第二百零三條第二項，第三項，第二百零四條第三項，第二百零九十四項，第一百九十八條第三項，第四項，第二百零三條第二項，第三項，第二百零四條第三項，第二百零九十四

一條，第三百零一條第一項第三項等是。

註 因過失毀棄，刑法無處罰明文，不能認為犯罪。（最高法院民國十七年解字第一九一號解釋）  
過失與狹義結果犯，即結果加重犯（前出）之關係如何？申言之，即凡因發生一定結果而加重其刑罰者之犯罪，是否須有過失，始得成立犯罪？乃為學說上所爭執，有肯定否定二說，余謂在我國刑法上，以後說為是。蓋刑法趣旨，明係只須有結果即應加重處罰（例如三〇一條一項與二項）固不問行為人就其結果之發生有無過失也。故此時即無過失，而為不可抗力，亦應適用該條論罪處罰。

#### 第四款 錯誤

第一，錯誤之觀念。

錯誤 (Error, Irrtum, Erreur) 者，認識 (主觀) 與對象 (客觀) 相齟齬之謂。申言之，即於客觀之現實雖為甲，而於主觀之認識則為乙。例如以人為獸，以某友為某仇，以有夫為無夫者是。此所謂現實，當然以吾人普通觀念為標準。通常乃為相對而非絕對。蓋所謂現象是否真實，哲學上之見解與社會上之見解，未必相同。某一現象，在法律上是否認識錯誤，惟有依社會觀念即法律觀念決定。故所謂錯誤，雖為實際現象之問題，亦為法律評價之問題也。

錯誤又可分為三種：(一) 錯覺，即誤認實在之現象為不實在也。此於錯誤中最為普通。(二) 幻覺，即誤認

不實在之現象爲實在也。此於錯誤中，乃爲少數。(三)不知，即對於實在之現象全無認識也。嚴格言之，不知 (Ignorantia) 與錯誤本有區別，蓋一則完全欠缺認識，一則僅欠缺正確之認識也。然錯誤，如上所述，乃爲法律評價問題，不知，於民法上之價值，實屬相同，即係同爲未認識法律要件之現象，故民法學說及立法例，均以二者同視，我國民法亦同。(參照刑法二八民法八八)

學者又有分錯誤爲消極錯誤或否定錯誤(誤無爲有)與積極錯誤或肯定錯誤(誤有爲無)者。此則僅觀察方面不同所爲之分類。如誤甲爲乙，自主觀方面言之，固係以無爲有而爲消極錯誤，自客觀言之，則係以有爲無而爲積極錯誤，故在前述之錯覺，同一錯誤，均可爲此二種分類，惟在幻覺，則僅係以無爲有而爲消極錯誤而已。

錯誤在民法上，均有重要效力，故均爲重要觀念。即在民法上，爲區別善意惡意之標準。(與有無過失有關係)且於法律行爲之效力，亦大有影響。若在刑法，則於解決既遂未遂及故意過失之問題有關係。刑法學者，通常均以錯誤附於故意之內說明，然錯誤決不僅關於故意之問題，積極錯誤乃與既遂未遂有關係，即可發生未遂犯，不能犯，誤想犯，三個問題。(後詳)消極錯誤，則與故意及過失均有關係。即錯誤在刑法上之效果如何，乃視其內容如何而決，申言之，即其認識與對象究係如何齟齬而決。此如後述，錯誤可分爲法律之錯誤，與事實之錯誤，無論係關於何者，均有阻却故意者，亦有不阻却故意者。(即非關



於構成犯罪事實之錯誤及法律之錯誤）即阻却故意之時，亦有阻却過失者，亦有不阻却過失者。（即錯誤因於不注意時）又即阻却過失，亦有應成立結果犯者。又關於事實之錯誤，有時亦可成立狹義未遂犯及不能犯。故通常學者均謂錯誤只與故意有關，實為謬誤，刑法總則亦係將錯誤規定之於故意過失之後，但第二十八條及第二十九條二條，不過就法律上之錯誤與事實上之錯誤，各規定其一種情形，不能謂錯誤之問題，只限於此二者。又刑法雖未將誤錯規定之於未遂罪章內，然狹義未遂犯及不能犯之問題，亦與錯誤有關，不可不注意也。

學者關於錯誤，均分為法律之錯誤與事實之錯誤以說明之，刑法第二十八條及第二十九條，亦可謂係依此分類，故余亦依此分類而為說明，且將錯誤之範圍及責任（即效力）亦附帶於其中說明之。

## 第二，法律之錯誤。(Rechtsirrtum, Erreur de droit)

此即謂法令與認識相齟齬，易言之，即不知或誤解法律。又有二種：

(一)，關於法律之消極錯誤。即因不知或誤解法律，其行為本不為罪而以為為罪之時。例如以與無夫之婦通姦（參照二五六）或與已滿十六歲之女子通姦（參照三四〇II）或和誘已滿二十歲之男女脫離其家（參照二五七I）為犯罪者是。此種錯誤，為一種幻覺，學說上稱曰幻覺犯或誤想犯。(Pulsativdelikt, Wahnverbrechen) 既非對於構成犯罪之事實有認識，當然不成立故意，即亦不成立犯罪。

此依刑法第一條及第二十六條當然應如是解釋，學說上亦無爭執。

(二) 關於法律之積極錯誤。即因不知或誤解法律，其行為本為罪，而以為不為罪之時。此又應分別三種情形論之：

甲、刑罰法令之錯誤。(Strabrechtlicher Irrtum) 即不知或誤解刑罰法令之時。申言之，即其行為依刑法或特別刑法本為罪，而以為不為罪之時。例如拾取遺失物為自己所有，以為非犯罪(參照三五八)者是。刑法於此情形，設有第二十八條之規定。即「不得因不知法令而免除刑事責任，但因其情節，得減輕本刑二分之一」。本條係規定之於故意與過失各條之後，故應解為不僅對於故意犯，有適用，即對於過失犯，亦有適用。即既不能因不知法令而阻却故意，當然亦不能阻却過失。惟適用最多者，自為故意犯。通說亦專就此說明，余亦從之。

1. 所謂法令，應解為係單指刑罰法令。關於此點，學說上雖尚有爭執，亦有謂次述乙丙二種情形或乙種情形，亦應包含在內者。然通說均謂只以刑罰法令為限。余亦以此說為是。蓋次述乙丙二種情形，均非僅法律之錯誤，而同時為事實之錯誤，故與本條無涉。本條雖泛稱曰不知法令，但同時定明不得因而免刑事責任，自應解為單指不知規定刑事責任之法令而言。故本條只對於誤解刑罰法令即刑法或特別刑法而言。(註一，二)

註一，查刑律第十三條第二項所謂不知法令者，係指對於刑罰法令有所錯誤，詳言之，即某種處罰之法令，明明存在，而誤解以為此種行為法令上並不為罪，或誤信現行某法令尚未施行，致犯罪行為欠缺違法之認識，始足當此。（前大理院民國四年上字一一一號判例）

註二，本條所謂不知法令，係指對於刑罰法令有所不知，且其行為不含有惡性（反社會性）者而言。本案被告等身充水警警長，乃於奉票傳人之際，對於票內無名之人，擅行追捕，是其行為含有惡性，何得謬為不知法令，擅予減輕。（最高法院二十年非字一一號判例）

2. 刑法乃定明法律之錯誤，不能阻止故意，（誤解亦可包含於不知之內）即於犯罪之成立無影響。他國刑法，亦多設有同一明文，關於其理由，則學說尚不一致。略有三說：a. 謂人民有知悉法律之義務，故法律於施行後，應推測為人所周知，故不知法令，不得免除責任。b. 謂為法律強行之效力所當然，強制規定或禁止規定，乃為公益而設，自應為一般人民所遵守，故不問知與不知，應同一施行，如有違反，即應負責任。c. 謂其行為實質為犯罪而仍敢為，即為有反社會性，即應對社會負責，於其知與不知無與。此三說，第一說，係本於「法律不認人不知法律」(nemo legem ignorare censetur)之格言。以前雖為通說，然並未道着不知法律與故意之關係。第二說，雖說理較透徹，然亦與第一說相近，仍未道着不知法律與故意之關係。第三說，係新派之見解，雖已道着不知

法律與故意之關係，然專以反社會性爲論據，觀念仍不免茫漠。余謂故意須有違法性之認識，不  
只須有反社會性之認識已足，刑法於第二十六條，已將故意之對象定明，即故意乃須對於構成  
犯罪事實之發生有認識及意欲或容許，苟合於該條，即爲有故意，亦即成立犯罪，申言之，只須對  
於法律所規定之構成犯罪要件有認識，並不須更進而對於規定此要件之法律本身亦有認識。  
故不知法律，於故意無影響，即亦於犯罪無影響，自屬當然，故本條只能解爲第二十六條之應用  
規定，不能解爲同條之例外規定也。

3. 依本條原則，仍應依各該本條科刑，即免除本刑，乃絕對所不許，但例外，定爲得減輕本刑，即定  
爲得裁判減刑，且於其標準，亦爲定明，即得於本刑三分之一之範圍內爲之，蓋不知法而犯法，究  
與知法而犯法，有所不同，故又許審判官得審按其體情形以爲減輕。

4. 學說上又有謂本條所謂不知法令，應分別自然犯與法定犯而論斷之者，即謂在自然犯，即實  
質犯，如殺人強盜等犯罪，其構成犯罪之事實，本質上即具有反社會性，自只須認識此事實即爲  
有故意，不須更認識規定此事實之刑罰法令，若在法定犯，即形式犯，如第一百六十二條之犯罪，  
並非其本質當然具有反社會性，不過因法律明文始爲犯罪，即係因法律之形式而後爲違法，則  
對此等法令，自不能適用本條，而須行爲人有認識，始得謂有故意。余謂在我國刑法之解釋，不得

從此說，無論係不知自然犯之刑罰法令，或不知形式犯之刑罰法令，均應適用本條，不過後之情形，得依本條但書科刑而已。(註)

註 參照最高法院上開民國二十年非字一一號判例

乙，非刑罰法令之錯誤。(ausserstrafrechtlicher Irrtum) 即不知或誤解刑罰法令以外法令之時，申言之，即刑罰法令以爲罪者，除本條之要件外，尚有前提要件，爲民法訴訟法行政法等所規定，而因誤解此等法令，致以其行爲不爲罪之時。例如誤解與未滿十八歲之男或未滿十六歲之女結婚，其婚姻即爲無效(參照民法九八〇，九八九)或誤解協議離婚，只須夫妻成立合意即爲有效(參照民法一〇五〇)而另與他人結婚者是。此時是否阻止重婚之故意，即是否成立刑法第二百五十四條之犯罪，學說上尙有爭執，謂刑法第二十八條所稱之法令，不止指刑罰法令者，則取否定說。然余如前述，從取反對說之通說，故取肯定說。蓋上開刑法法條，係以有配偶而重爲婚姻爲構成犯罪之要件，而有無另一有效婚姻即有無配偶之法律關係，乃爲前提要件，既須依民法爲斷，行爲人誤解民法以爲已無配偶，即係對於構成犯罪之事實無認識，自應依第二十六條而肯定其得阻止故意，同時自亦應依第二十四條肯定其阻止犯罪也。(註)

註 辛如果誤認戊爲已休之妻，故買爲妻，自非僅誤解法律應不爲罪。(前大理院統字一〇四六

號解釋)

丙，行為違法性之錯誤，即不知或誤解其行為係非不正當，即以其行為為於社會上可以容許者。故意之範圍，應包含行為違法性之認識否？學說上尚有爭執，已於前述。（參照故意欺之說明）反對說，謂行為違法性即可包含於第二十八條不知法令之內，故意不應以此為範圍，故此時應不阻止故意。余如前述，第二十八條，只謂不須違法之認識，即不須認識其行為為罪，並不能因此謂不須違法性之認識，後者如有欠缺，即如誤認其行為為於社會上為正當即非反社會行為，自得認為阻止故意也。

第三，事實之錯誤。(Tasirrtum, Erreudr de fait)

此即謂事實與認識相齟齬，易言之，即認識之事實，與現實之事實不一致。又可大別為次述二種情形：  
(一) 法定事實之錯誤。

即對於刑罰法令所規定之構成犯罪事實，誤認或不知之時是也。又可稱曰抽象的事實之錯誤。此時乃係認識之事實與法定之事實，法律上價值不同，又可分為三種情形：

甲、有法定事實並不存在，而誤認為存在者。例如誤認野獸為人而槍殺之者是。此時雖不阻却故意，但只能發生不能犯之問題。

乙，有法定事實存在，而誤認爲不存在者。例如誤認人爲野獸而槍殺之者是。此時雖阻却故意，但能發生過失之問題。

丙，有認識與現實均爲法定事實，但其價值不同，即二者均成立犯罪，但所犯法條不同。又有二種：

1. 以犯重罪之故意，而發生輕罪之事實者。例如欲傷害人，而僅誤毀損其所有物，或欲殺尊親屬，而僅誤殺他人者是。此時對於傷害罪或殺尊親屬罪，應論未遂，對於毀損通常他人所有物，應認爲無故意而不成罪，對於通常殺人罪，應論過失。（參照二一九三丁，三八二，二八三，二九一丁）
2. 以犯輕罪之故意，而發生重罪之事實者。例如欲毀損他人所有物，而誤傷害他人，或欲殺他人，而誤殺尊親屬者是。此時對於毀損罪或通常殺人罪，應論未遂，對於傷害罪或殺尊親屬罪，應論過失。（參照上揭法條）

關於上述法定事實之錯誤，學說上有三說：甲，抽象符合說。謂只須有構成犯罪之事實發生，且原係有意使其發生，即令後此發生之事實，與其所預見者不符，亦僅屬具體的不符合，仍屬抽象的符合。故就發生之事實，仍應論其原有故意之犯罪之既遂。此爲新派之學者所倡。乙，具體符合說。謂須具體事實與犯罪故意相符合，始得認爲犯罪既遂。申言之，即須現時發生之事實，與原有故意之事實一致，方得謂有故意之行爲，亦方得認爲犯罪成立，否則應就發生之事實與原有故意之事實，分別論其罪責。此

爲歷來之通說。尤爲舊派之學者所取。丙法定符令說。此說係折衷上述二說，謂認識之事實與發生之事實，於法律上價值不同時，仍應分別論究其罪責，此點乃全與第二說相同，不過於後述具體事實之錯誤，與第一說相近，謂只須同一法定事實，即令具體不一致，而抽象的符合，亦應概論既遂。故有法定符合說之名。此多爲折衷派所取，新派中亦有從此說者。

上述三說，余以第二說爲是。故前述各種情形之論斷，均係採第二說之結果。舊大理院及最高法院判例亦然。（參照後述各判例）

刑法關於上述問題，只就上述丙之2之情形，設有第二十九條之規定，即「犯罪因發生一定之結果而加重其刑者，若犯人不能預見其發生時，不得從重處斷。」即犯人之行爲，已發生一定犯罪，而又因該行爲之結果，另成立一罪，而致須依另條加重其刑罰之時，若犯人不能預見其發生，則就另一重罪，即不能適用該條，使負刑事責任。故本條只爲第二十四條及第二十六條第二十七條之應用規定。即對於重罪，既無故意，即不合於第二十六條之所定，當然不罰，其能注意而得預見者，自仍應依第二十七條處罰，若至不能預見，則已無過失，當然不能按重罪處罰。故本條應與第二十四條至第二十七條貫通解釋，而嚴格依無故意不罰及特別論過失始罰之原則。前述抽象符合說及法定符合說之不足取，亦可以想見。（註）



註 故意妨害公務，因而致死或重傷者，固應依刑法第一百四十二條第三項從重處斷，即因而致普通傷害者，即應適用同法第七十四條從重處斷，但均應查照同法第二十九條，以犯人能預見其發生者為限。否則只能依同法第七十六條，審酌情形，定科刑之輕重。（司法院院字第六十九號解釋）

本條所謂「犯罪因發生一定之結果而加重其刑」，似不僅對於因結果而犯另一之罪，即行為（認識）與結果（事實）各成立獨立之罪時，始有適用。即對於行為與結果，本為同一之罪，僅因其結果更加重其刑罰（即所謂結果加重犯即狹義之結果犯）時，亦有適用。（註）然余如前述，結果加重犯，行為人對於結果，並不須有過失，即非須能預見，本條則定明須不能預見，故應解為對於結果加重犯無適用。蓋結果加重犯，本係舊來刑法觀念之餘物，根本即只問結果不問故意與過失，故本條應狹義解釋，否則結果加重犯，亦能適用本條而不得適用該各條以處罰，則該各條將等於虛設，甚少適用之餘地矣。

註 亦有反對說，（立法院刑法草案更定為明文）謂結果加重犯亦能適用本條，結果加重犯係未預見，本條係定為不能預見，並不牴觸者。司法院解釋亦同。（原刑法修正案理由甚至謂此條只專為結果犯而設）不知本條既定為須犯人於行為時不能預見結果之發生，則當然於行為時未預見結果之發生，若能於結果加重犯適用，立法精神自完全相反矣。（注意：一九〇二年萬國刑法學會

決議亦同反對說，然如是則與規定結果犯之原意相反。

本條固如前述，係與故意及過失之問題有關，而規定其應用問題之一部，同時亦與因果關係之問題有關，亦規定其應用問題之一部。即關於因果關係之問題，如前所述，應採相當因果關係說及因果關係中斷說，本條亦可爲此理論之一根據，即本條乃規定因果關係不能於論理觀念論之，應於社會觀念論之，即應於刑法目的必要之範圍內論之，凡行爲雖發生一定之結果，若其結果非行爲人所能預見，亦不能對於該結果應負罪責，故本條僅爲傷害之行爲，但因被害人意外之不攝生而致死亡，則應認爲有因果關係中斷，不能認爲成立傷害致死罪也。不過此時，已應依因果關係中斷以解決之，超過本條之範圍。蓋本條對於結果乃成罪，不過不應處刑，此則不可不注意也。

又舊暫行刑律第十三條第二項後段，定有「犯罪之事實，與犯人所知有異者，依左例處斷，第一，所犯重於犯人所知或相等者，從其所知，第二，所犯輕於犯人所知者，從其所知。」又立法院刑法草案第十七條亦於與本條相當之第十八條外，更定明「犯罪事實重於行爲人所知者，從其所知處斷，輕於行爲人所知者，從其所犯處斷。」回復舊律條文。余見此過於粘着，適用上反不便利，未見其可也。

(二)、具體事實之錯誤。

即關於同一刑罰法令所規定之構成犯罪事實，認識具體的不一致之時是也。此時乃認識之事實與

法定之事實，法律上價值相同，即於抽象為同一法定事實，但於具體則並不一致。學者多分為二種情形研究之：

甲，關於客體之性質錯誤，稱曰客體之錯誤，或目的物之錯誤。(Error in objecto)例如欲殺甲而誤認乙為甲而殺之者是。此時無論依具體符合說或法定符合說與抽象符合說，均認為應論殺人既遂。蓋以殺人罪之構成要件，僅為對於殺死人之事實有故意，此時既對於殺人有故意，為甲為乙，在所不問故也。(註一，二)

註一，被告人欲搶甲某第四女而誤搶長女，確與被告人之目的相左，然目的物之錯誤，於犯罪故意，並不能因誤搶而生障礙，且甲某之長女既被搶去，自屬略誘既遂。(前大理院民國四年上字三四五號判例)

註二，目的物之錯誤，與構成犯罪要件事實之錯誤，其成立犯罪故意之影響，相去懸絕，法律上但問其是否預見為人而實施殺人行為，至其人之為甲為乙，原無關於犯罪之成立。(前大理院民國四年上字一〇二八號判例)

乙，關於客體本身之錯誤，稱曰方法之錯誤，或打擊之錯誤。(aberratio ictus)例如開槍本欲殺害立於左側之甲而誤將立於右側之乙殺害者是。依具體符合說，則謂就甲應論未遂，就乙應論過失，而

依第七十四條從一重處斷。(即係以殺甲之方法及結果犯過失致乙死，應依殺人未遂處斷。)蓋以行爲人本僅對於殺甲有故意，但又未遂，對於殺乙，並無故意，若有過失，自應論過失，故二者不可混而爲一，應分別論斷其成立犯罪也。此說行之已久，現時仍不失爲通說。前大理院及最高法院亦係從此見解。(註一，二，三)余如前述，亦以此說爲當。若從法定符合說及抽象符合說，則與上述之見解相反，在法定符合說，謂只須故意與行爲於法定事實之範圍內符合已足，故此時謂應與前述客體之錯誤，不能有所區別，在抽象符合說，則更只須於抽象之法定事實符合，苟抽象的對於構成犯罪事實有故意，並於抽象得認有實施之行爲，具體的事實，是否與本人之故意相符，可以不問。故二說均就前例主張應只論殺人既遂，余謂此二說過於注重主觀，於實際及法條均屬不妥也。

註一，犯人所認識之事實，與實在發現之事實相齟齬，而皆可構成同種類之犯罪者，應以其行爲是否打擊錯誤爲一罪二罪之標準，甲圖擲搶劫烟犯之乙等，而誤中在旁牧牛之丙，自屬打擊錯誤，應以殺人未遂與過失傷害致死二罪論。(前大理院民國三年上字五一五號判例)

註二，查甲擲碗欲傷乙而誤傷丙，自係打擊錯誤，甲對於乙本爲傷害未遂，但新律無此規定，應不爲罪，若係殺人，則應成立殺人未遂，對丙既無預見，自不能謂其亦有傷害之故意，惟應分別有無過失斷定其應否論過失致傷罪。(前大理院統字九五九號解釋)

註三，甲起意殺乙，置毒餅內送乙，乙未食，甲對於乙，自成預謀殺人之未遂罪，如乙之以餅貽送丙食，及丁之嘗食，甲亦預見，而不違背本意，則甲對於丙丁只有殺人之間接故意，應成殺人未遂，若應注意並能注意而不注意，或雖預見之而確信其不發生，丙丁既因食餅而病，則甲對於丙丁，自屬過失傷害人，應與預謀殺乙未遂之行爲，依刑法第七十四條處斷，若無上述之故意及過失，即對於丙丁不成罪。（司法院院字三五五號解釋）

### 第三項 責任能力

#### 第一款 概說

我國刑法，關於責任能力（*zurechnungsfähigkeit*）亦多如他國多數刑法，僅消極的規定其範圍，即僅規定阻却責任能力之原因，並未積極的規定其意義，即於責任能力之本質如何，並無所規定，而使取決之學說，而學說上關於責任能力之理論，亦因其所採之根本理論不同，而所說亦不相同，可大別之爲次述三派：第一，意思能力（*Willensfähigkeit*）說。此爲自來關於責任能力之觀念。舊派刑法學者即從此說。即此派乃根本主張道義責任說與意思自由說，謂人之精神狀態，如已成熟並爲健全之時，則有了解是非之理性，而能自由決定其意思；此等人既能知犯罪爲惡，本可決意不爲，乃竟決意爲之，自應使其負責任。故所謂責任能力，即意思能力。又因此派係從爲犯罪之能力着眼，故又稱曰犯罪能力（*Deliktfähigkeit*）說。

第二，刑罰能力 (*Strafanfähigkeit*) 說。此為新派刑法學者所採。此派乃根本主張社會責任說與意思必至說，謂刑事責任為社會責任，人亦不能自由決定意思，犯罪亦僅因外界支配所必至，所謂有責任能力人之行為，與無責任能力人之行為，自防禦社會之目的言之，實質上並不能認有區別，不過對於精神已成熟並為健全之人，科以普通刑罰，固能達刑法之目的，而對於精神未成熟或不健全之人，則須講特別防禦之方法，故責任能力，應解為係能被科處刑罰之資格。

第三，折衷說。此派亦為新派學者所主張，即不如意思能力說，完全贊成意思自由，但亦不如刑罰能力說，完全否認意思為此項責任之成分，即以意思決定之常態 (*normale Determinierbarkeit des Willens*) 為責任能力之內容。故又可稱曰常態意思說。謂刑罰乃對於反社會行為之通常方法，故只對於有決定意思之常態之人，科處刑罰，始有效果，即責任能力，乃理解行為之社會的意義，並本其理解以決定意思之能力。蓋以意思自由之觀念，代以社會的行為能力 (*Fähigkeit zu sozialem Verhalten*) 之觀念，而主張責任能力為社會適應能力 (*Soziale Anpassungsfähigkeit*) 者也。

在我國民法，行為能力雖與意思能力有別，而不以之為成分，但意思自由，乃為民法之根本理論；如法律行為之觀念，即係由此點出發，又意思能力，亦應為法律行為與侵權行為之共同成分，學說上尙少異說。且我國民法係認責任能力為意思能力，觀民法第一百八十七條第一項自明。又法國刑法第六十六條，德國刑

法第五十六條，第五十七條，日本民法第七百十二條，亦係同一主義。我國刑法雖無如民法之明文，但民事責任能力之理論，不能兩歧，民事責任能力，即侵權行為能力，猶定為意思能力，即識別能力，刑事責任能力，即犯罪能力，又安得不解為意思能力？刑事責任，固一面應解為社會責任，而一面亦應解為道義責任。蓋現時社會責任觀念，即多根本不能與道義責任觀念分離。惟其於道義為可非難，故於社會亦應非難。凡人之精神狀態已成熟並為健全之時，通常自有辨別是非之理性，亦有決定意思之自由，謂責任能力為意思能力，自屬民法上正當之論也。（註）

註 德國刑法第六十三條，亦定為「行為之當時，因精神病，白痴，或無意識狀態而無自由決定意思能力者，不罰；雖非無自由決定意思之能力，但甚形減退者，依未遂處罰。」

責任能力，得認其有程度之差異否？（註一）申言之，即除有責任能力與無責任能力之二階段外，是否有中間階段，即有所謂中間能力，即限制責任能力（亦稱減輕責任能力 *Ueminderte oder geminderte Zurechnungsfähigkeit*）否？學說上尚有爭執。尤以新派學者主張責任能力為刑罰能力，謂只限於得以刑罰處罰者，始為有責任能力，中間者，如認為仍得以刑罰處罰，則亦為有責任能力者，如認為不宜以刑罰處罰而應為其他處置（即保安處分）則為無責任能力者，理論上只能有此二途，故極力非難立法例認限制責任能力之不當。然按諸實際，人之精神狀態，實有中間階段，故各國立法例，均認限制責任能力，即對於中間者，減

輕其刑罰，我國刑法亦採此主義。余見，如解責任能力為意思能力，則認其程度有差別，不但合於實際，即於理論上亦非不可通。則對於有意思能力者，科處刑罰，對於無意思能力者，免除刑罰，對於意思能力低弱者，減輕刑罰，要屬當然也。（註二）

註一，民法於行為能力設三階段，即認中間階段，除有行為能力與無行為能力外，更認限制行為能力，（民法一三，一五）反是於侵權行為能力則只認二階段，即只認有無責任能力二階段，（民法一八七上，IV）刑法以前舊派學者，亦自意思自由立論，不認限制責任能力之階段，然在立法例，則認限制責任能力之階段，由來已久，我國刑法亦然，至於實際，則至十九世紀，因心理學及精神病學等發達，久已顯明人之精神狀態有中間階段，故舊派學者對於認此中間者，已不反對，新派則謂對此中間者應另定保安處分。

註二，惟近時立法例，對此中間者，一面減輕其刑罰，一面亦另定保安處分。責任能力，亦如故意過失，只專就行為時論之，罪責之有無或減輕，只問為犯罪行為時有無責任能力或係限制責任能力？其行為前後有無責任能力？或係限制責任能力？均不應問之。（註）且此所謂行為，應從狹義，不包含結果。故如在行為之瞬間有責任能力，而至中間現象或結果發生時，無責任能力，亦仍不能免除罪責。故責任能力與訴訟能力不同，雖均係決於意思能力之有無，而一係於犯罪行為時決之，如



有欠缺，則爲欠缺處罰要件，法院應分別諭知無罪或減刑判決。一係於爲訴訟行爲時決之，如有欠缺，只爲欠缺訴訟要件，偵查時並不生影響，惟審判中，應停止審判，判決後應停止死刑徒刑及拘役之執行。（刑事訴訟法三〇五I，四八四II，四八五I）

註 查第一審判決，係以上告人素患瘋病，雖已痊癒，精神尙未完全恢復等語爲理由，適用刑律第五十四條減等科處，如果上告人素爲精神病，而其行爲時精神又未恢復，即不能謂已痊癒，直與第十二條第一項相當，不能使負刑事責任，如行爲時精神病業已痊癒，所負刑事責任，即當與常人無異，不應據此爲減等理由，是第一審判決所附理由，顯有牴牾（前大理院民國九年上字九二〇號判例）

爲犯罪行爲時，雖無責任能力，但此狀態係爲有責任能力時故意或過失之行爲所引起者，學說上謂此爲於原因有自由行爲，（*Actio libera in causa*）均認爲仍應負責，近時刑法且有就此設一般規定者（註一，二）我國刑法則僅就酗酒設有規定，當於後詳述。

註一，芬蘭刑法第三章第四條第二項定明，行爲人自招酗酒或其他類似之精神錯亂者，不得因以爲減輕刑罰之理由。

註二，他國民法，亦有對於原因有自由行爲，特設有應設責任之明文者，我國民法雖無明文，余見亦應同一解釋。（參照拙著民法通義債編總論一〇三頁）

所謂無責任能力，是否只須爲無責任能力人之行爲已足？抑尚須其行爲實係原因於無責任能力？亦爲一問題。然近代之學說及立法例，均認只須行爲時爲無責任能力人，更不必進而問其行爲是否係因無責任能力所致。我國刑法，亦應如是解釋，觀第三十條至第三十一條之規定自明。故責任能力與故意過失，雖同爲應於行爲時決之，但後者係就行爲人之心理狀態而實際審究之，前者則係就行爲人之精神狀態而抽象審究之；即只須其人於行爲當時確係其精神狀態不成熟或不健全已足，其行爲之是否原因此，乃所不問也。

刑法乃如前述，係仿一般立法例，未自正面積極規定責任能力，只自反面消極規定責任能力，即只規定無責任能力人及限制責任能力人之種類，不合於此種類者，則爲有責任能力人。刑法就無責任能力與限制責任能力所規定之事由，學說上稱曰責任阻却之事由。(Schuldanschlussesungserinde) 此蓋以人有通常之精神狀態，乃屬當然。在此狀態之人，當然有思维能力，即當然有責任能力，反是若謂其不在此狀態，則必有一定之原因，此則反非通常，故在民刑事訴訟，認定有行爲能力及有責任能力與訴訟能力，反不須証據，爲反對認定，則反須証據，故在刑法上，責任能力與責任條件，於証據上即根本不同，後者須自正面舉証據，前者則正面不須証據，反面反須証據也。

刑法就責任能力所爲之反面規定，可大別之爲二種：即第一，無責任能力人。刑法對於此等人，定爲不罰。

又有未滿十三歲人，心神喪失人，二種。第二，限制責任能力人。刑法對於此等人，定為減刑。又有十三歲以上未滿十六歲人，及滿八十歲人，心神耗弱人，瘡啞人，酗酒人，五種。其中亦有區別。心神耗弱人及瘡啞人，均定為法律上減刑，即當然減刑。十三歲以上未滿十六歲人，滿八十歲人，只定為裁判上減刑，即減刑與否，尚有裁量自由。酗酒人則原則不減刑，只例外減刑。又對於未滿十三歲人及十三歲以上未滿十六歲人，心神耗弱人，同時並定有教育處分及保安處分。

刑法所定無責任能力或限制責任能力人之原因，即責任能力阻却事由，其形式上可分為幼、老、病、狂、四種。然自實質上言之，可歸納為精神不成熟（不發達）與不健全二種。未滿十三歲人及十三歲以上未滿十六歲人，精神不成熟之人也。餘均為精神不健全之人，又可分為精神衰退人與精神障礙人二種。滿八十歲人，屬於前者。心神喪失人，心神耗弱人，瘡啞人，酗酒人，均屬於後者。

強制（Contrainte）即不可抗力（force, force irresistible）亦可為責任能力阻却之事由。否申言之，即其行為如係因於強制即不可抗力之時，應否免除刑事責任，法國刑法就此定有明文，亦以為責任能力阻却之事由（*法刑六四*）其國學者，解釋上，亦無異說。然在無明文之國，則學說上尚不一致，余謂強制有二種，即第一，為機械的強制，此時，雖有動作而並非本於意識之動作，已不能認為行為，根本不生責任問題。第二，為心理的強制，則尚可認有意識之動作，只係其意思狀態出於強制，則尚有行為，刑法就此種情

形，雖未特設明文，自可解為可包含於第三十一條第一項之內，有時尚可同時適用第三十六條或第三十七條。（後詳）

刑法關於責任能力，所設第三十條至第三十五條之規定，亦如責任條件，只為一般規定。在刑法固無特別規定，而在特別刑法，特別規定不適用此規定，即規定無責任能力人亦應負責任，當然亦無不可。

## 第二款 幼年人及老年人

### 第一、概說。

各國立法例，關於責任能力，因年齡而有區別者，多僅就幼年人設有規定，我國舊暫行刑律亦同，現行刑法則沿舊清律，就幼年人及老年人，均設有規定，即第三十條是。然二者雖同規定之於一條之內，立法之精神，究各不相同。幼年人，以未達一定年齡，其智識經驗，均未相當發達，則其意思能力，自不如常人之成熟，此為一般情形，故各國刑法均分別年齡以為有無或減輕責任能力之標準，刑法第三十條第一項第二項亦同。若老年人，則在一般情形，其意思能力，未必與常人不同，故對於其責任能力，殊無特別規定減輕之之必要，我國舊律所以特設規定，亦不過昭示矜卹之義，現行刑法用意亦同。故二者雖同列一條，其立法理由，完全不同，不可不注意也。（註）

註 立法院刑法修正案初稿無減輕老年人責任能力之規定。

本條稱歲，即係時期以年計者，自應依第二十一條第一項從曆（參照民法一二三條）又以其係計算年齡，自應適用民法第一百二十四條所謂未滿或以上或滿，均應依此方法計算之。即應用週年法，非用曆年法（註）又對於已未滿十三歲或十六歲之人，從曆計算，不生問題，若對於已未滿八十歲之人，從曆計算，則生問題，即前後有新舊曆之不同，究將如何計算。以前法院對於在舊曆出生之人，於新曆適用後（民國元年）亦多按舊曆計算，余見以為應按舊新曆適用之時分別計算為是。至計算年齡，自應調查事實，即在戶籍法施行後，亦不得單憑戶籍簿（註二）又此事實，同時與適用法律有關，故亦屬於第三法院之職權範圍（參照刑訴四〇五Ⅱ）

註一，查刑律第五十條未滿十六歲人犯罪得減等之規定，其計算年齡，係用週年法而非用曆年法。本案被告人係舊曆辛丑年八月二十五出生，計至犯罪之時（民國六年五月十五日即舊曆六月二十五日）實未滿十六歲檢察官謂應依曆年法計算，其見解未免錯誤。（前大理院民國七年上字三九

八號判例）

註二，犯罪年齡是否已滿十二歲以上，與罪刑成立關係甚鉅，非從事實調查明確，不能率爾定讞，若僅以被告智能發達之程度與體格長成之狀態，不得謂有法律上之根據。（前大理院民國五年上字七八五號判例）

## 第二，幼年人 (Kindheit)

刑法第三十條第一項定明「未滿十三歲人之行爲不罰，但因其情節，得施以感化教育，或令其監護人保佐人繳納相當之保證金，於一年以上三年以下之期間內，監督其品行。」又第二項定明「十三歲以上未滿十六歲人之行爲，得減輕本刑二分之一，但減輕本刑者，因其情節，得施以感化教育，或令其監護人保佐人繳納相當之保證金，於一年以上三年以下之期間內，監督其品行。」

關於刑事未成年 (Strafmündigkeit) 之制度，固如前述，各國立法例，均有明文。但究以達於某年齡始爲刑事成年，而完全有責任能力，又在未達成年以前，應否另分時期，並應如何劃分，則各國立法例，並不一致。(一) 有所謂四分主義，即分年齡爲四時期，以未滿若干歲爲絕對無責任能力時期，(即不罰) 以若干歲至若干歲爲相對無責任能力時期，(即得不罰) 以若干歲至若干歲爲限制責任能力時期，(即減輕刑罰) 以滿若干歲爲完全有責任能力時期。如意大利西班牙葡萄牙等國刑法是。(二) 有所謂三分主義，此又有二種：甲，有只認絕對無責任能力時期，相對無責任能力時期，及完全有責任能力時期者。如英德和蘭等國刑法是。乙，有只認絕對無責任能力時期，限制責任能力時期，及完全有責任能力時期者。如日本土耳其瑞典等國刑法是。(三) 有所謂二分主義者，又有二種：甲，有只認相對無責任能力時期與完全有責任能力時期者。如法比等國刑法是。乙，有只認絕對無責任能力時期與完全有責任能力時期

期者。如挪威加那大等國刑法是。

我國舊清律即有十五歲以下十歲以下七歲以下三項矜恤之例，蓋亦採三分主義。舊暫行刑律第十一條亦採三分主義，而以未滿十二歲人為絕對無責任能力人，十二歲以上未滿十六歲人為限制責任能力人，現行法亦從之。只改十二歲為十三歲。蓋依三分主義中之第二主義者也。即未滿十三歲者，絕對無責任能力。十三歲以上未滿十六歲者，則為限制責任能力。滿十六歲者，則為完全有責任能力。而對於中間年齡者，只定為得減輕刑罰，即非法律上減輕，而僅為裁判上減輕，即減輕與否，應由法院審酌具體情形，即因其情節定之。如得認已完全有意思能力，即已與常人無異，則不為減輕，如認為其意思能力尚未完全發達，而有遜於常人，則應為減輕。又關於減輕之標準，法律亦有限制，即只得減輕本刑二分之一。

對於刑事未成年人，即對於未滿十三歲人，或十三歲以上未滿十六歲人，雖應分別不罰或減刑，即應諭知無罪或減刑之判決，但同時又定為因其情節得施以感化教育，或責付其對之有保護教養權利義務之人，監督品行。蓋以對於此等幼年人雖可免除或減輕其刑罰，但其行為至成為犯罪，多自係教育不良或監督不周，故定為應因其情節，即審按具體情形，如其犯罪，實係因於欠缺教育或監督，則可由法院於為上開之裁判外，更分別為令施感化教育或責使監督品行處分。至感化教育之制度，係設感化院，其組織有兵營制，家庭制，學校制，三種。又有國公，私立三者。此制度雖自舊暫行刑律，即已規定，但少有實行者。

故現行刑法，又增設一責付制度以濟其窮。依民法規定，已無保佐人，監護人，乃於未成年子女無父母或父母不能行使或負擔義務時，始應有之。故此所謂監護人，應改爲即法定代理人之義。可包含監護人及父母。（參照民法一〇九一，一〇八四，一〇八六，一〇九八）所以令繳保證金者，即爲使其負責監督也。期間亦應審按具體情形定之，如認爲未於所定期間內盡監督之責時，其保證金自得沒入之，至於十三歲以上未滿十六歲人，爲該項但書之處分，應以減輕刑罰時爲限，則法有明文。故未減刑時，自不得爲此處分，至命爲此處分之時期，是否須在刑罰執行完畢或免除後？抑係於裁判科刑時即得爲之？通常自以在刑罰執行完畢或免除後爲之爲宜。至該處分之實施，須在刑罰執行完畢或免除後，乃屬當然。又應注意者，本條第二項，並非即排除次條之適用，故如十三歲以上十六歲未滿人，於行爲時有次條第一項或第二項之情形者，亦應分別依該各項無罪或當然減輕刑，並得施以監禁處分。又關於少年犯，他國立法例，有別以法律規定其處分與審判者，此亦法制上可注意者也。

### 第三， 老年人 (Greisonalter)

對於老年人，學說上亦有主張宜免除或減輕其刑罰者，立法例則有俄國刑法。（俄國一九〇三年刑法五八）我國則自周禮老耄即爲三赦之一，爾來刑法均有減老人罪刑之例，故舊暫行刑律第五十條亦定滿八十歲人得減本刑一等或二等。現行刑法亦定爲得減輕本刑二分之一，即定爲裁判上減輕，由法



院審按其體情形，認爲其意思能力仍與常人同時，則完全有責任能力，若認爲已形衰退時，則減輕之，其標準亦如前項，在二分之一之範圍內酌量定之。（註）

註 他國未特設明文者，以僅適用如次條之規定已足也。

又本項亦非排除次條之適用，如有次條之情形時，自亦應分別適用該各項。

### 第三款 心神喪失人及心神耗弱人

#### 第一 概說。

此爲第三十一條所規定之人，即精神狀態不健全之人也，乃與前條精神狀態不發達或已衰退之人有所區別。即行爲人於行爲時如有本條所定之精神障礙，其行爲係因於此項障礙者，固應適用本條，即非因於此項障礙而只係爲有此項障礙人之所爲，亦應適用本條。即本條區別此項精神障礙爲心神喪失人與心神耗弱人（註一）均不過其精神狀態異於常人，有程度之差，並非有種類之差。即以與通常人比較，在前者則係其意思能力甚形欠缺，後者則僅係其意思能力較爲薄弱。（註二）又此二者均不能解爲只限於其精神爲病態的，即常態的障礙，即僅爲偶發即一時的障礙，亦可包含之。舊暫行刑律第十二條第一項，限定爲精神病入，而對於心神喪失人，全無規定，均屬不當。現行刑法，改精神病入爲心神喪失人，並釐定心神耗弱人，自應廣義解釋，不能限定精神狀態於疾病也。（註三）

註一，各國民法立法例，多爲此二種分類，我國刑法亦然。惟民法稱心神喪失與精神耗弱，刑法則稱心神喪失與心神耗弱，用語不一致，立法院刑法改正草案初稿就此足已修正與民法一致。（參照民法一四一）

註二，參照拙著民法通義總則六四頁。

註三，民法第十四條第一項所稱之心神喪失，及精神耗弱，固應依一般學說，解爲只限於有病的障礙之時，（參照拙著民法通義總則六四頁）但此只就聲請宣告禁治產之時言之，民法於其他因欠缺意思能力而致法律行爲無效或無侵權行爲能力之時，則只定爲「在無意思或精神錯亂中」（民法七五，一八七IV）精神錯亂，固指病的障礙，無意識，則非病的障礙也。

又應注意者，本條所要求者，爲行爲時係爲心神喪失人或心神耗弱人，故與民法上之禁治產人，情形不同，在民法，如爲禁治產人，則在未撤銷前，縱令其精神已完全回復，亦仍爲無行爲能力人，刑法則不能如是解釋，只問其行爲時是否有法定之精神障礙，是否爲禁治產人，固可以不問，又雖爲常態的精神障礙之人，苟係有間斷性者，如其行爲在其間斷時所爲，亦爲有意思能力人，即應爲有責任能力人。關於此點，舊暫行刑律第十二條第二項，曾特爲定明，現行法雖無此規定，亦應同一解釋也。

又認定是否心神喪失人或心神耗弱人，自應如前述之審認年齡，調查具體事實，且應依證據法則，此

雖爲事實問題，同時亦與適用法律有關，故亦屬於第三審法院之職權範圍。（參照刑訴法四〇五II）

本條所定之監禁處分，學說上稱曰保安處分或保護處分（*Sicherungsmassnahme*）。雖與前條之強制教育處分及責付監督處分，同爲出發於社會政策，即同爲因於防禦社會之必要，但因其需要不同，故所施處分亦不同，即在前者，乃因其精神狀態之不發達，只須教育或監督之已足，後者則多係因其精神狀態有病的障礙，危險於社會更大，故須加以監禁，以與社會隔離。然此只應以處分爲之，非以裁判爲之，且非一種刑罰，自不待言。（註）至命令并實施此處分之時期，在前者自多爲諭知無罪判決時，後者則明定實施時爲執行完畢或免除後，又得爲此處分否？應因其情節定之，亦法有明文。蓋此種人未必均有危險社會之虞，而有實施監禁之必要也。

註 前大理院有次述之判例與解釋：

一、精神病人之監禁處分，亦屬行政處分之一種，與自由刑之性質，絕不相符。（民國二年非字三七號判例）

二、刑律第十二條之監禁處分，得與無罪之判決同時宣告之。（民國六年非字三號判例）

三、刑律第十二條監禁處分，應由審判衙門宣告，並得於無罪判決書內諭知，又監禁不得逾治療必須期間，應調查實況，酌定期間，逾期其危險程度並未減輕者，得爲延期處分，期內若已痊可，得爲解

禁處分，又有他法可以代替監禁，使其於人不生危險時，亦得不予監禁，至調查證據，應準用刑訴證據法則辦理。（統字一三五〇號解釋）

四，刑律第十二條情節二字，乃專就精神病人於社會危險程度與有無相當看護或監督之情形而言，與普通所稱犯罪情節有輕重大小之別者不同。誠以精神病人之行為，雖依法不能為罪，然於社會苟有意外之危險，而其親屬又不能為相當之監督者，得依但書規定，或交付精神病院，或其他處所，禁制其自由，以防危險。（民國二年非字一二七號判例）

故意或過失引起心神喪失或心神耗弱而犯罪者，除酌酒應適用次條外，餘應解為均不得適用本條，使逃罪責，而應分別適用第二十六條或第二十七條。

## 第二，心神喪失人。

心神喪失人為無責任能力人，即其行為不罰。為第三十一條第一項所明定。此如前述，不必為民法上之禁治產人，亦不必為精神病人，且即令本為禁治產人或精神病人，如行為時精神已回復，亦不得適用本項。故所謂心神喪失人之行為，應解為與民法所稱之在無意識中或精神錯亂中之行為同義。（參照民法七五，一八七IV）即其精神狀況因疾病或其他之障礙，凡足以致其意思能力較通常人甚為欠缺者，即足以當之。惟其原因在酒醉，則因有次條之特別規定，自應適用次條。又此時並不須完全喪失意思。

能力，如已至此狀態，已非本於意識之動作，本條所稱行為，雖從廣義，於此情形亦應適用，但雖不至此程度，若其意思能力已較通常人大減，雖其行為仍可認為本於意識之動作，亦得適用本項（註）。

註 參照拙著民法通義總則六四頁。

### 第三，心神耗弱人。

心神耗弱人，為限制責任能力人，即其行為應減輕本刑。為第三十一條第二項所明定。即對於此種人，與前條第二項及第三項之人不同。非僅定為裁判上減輕，乃定為法律上減輕，即當然減輕。且於其減輕之範圍，亦不加以限制。即只使依第八十四條。蓋以此種人，其意思能力，雖不如心神喪失人之甚為欠缺，然較諸通常人，亦頗為薄弱，自與十三歲以上未滿十六歲人及滿八十歲人之意思能力之未必異於通常人者，情形不同。此種人之精神障礙，通常固因於疾病，然亦不以此為限。如其行為時雖非在無意識中或精神錯亂中，而因其精神狀態，實較通常人薄弱，致其意思能力，亦不健全，即應適用本項。惟此狀態，若係因於酗酒，則亦應適用次條。

又茲宜注意者，所謂精神耗弱，應自精神狀態全體觀察之，若僅精神作用之一部障礙，即學說上之所謂偏狂（Monomania 又稱一事狂）者，如竊盜狂，放火狂，色慾狂等是。應解為不得適用本項（註）。

註 亦有反對說，謂應論心神耗弱人者。

#### 第四款 酗酒人

他國亦有特就酗酒人之行為設規定者，(註一)我國舊暫行刑律第十二條第二項亦仿之，現行刑法第三十二條亦同。即定明「不得因酗酒而免除刑事責任，但酗酒非出於己意者，減輕本刑。」所謂酗酒，即乘酒使氣，而致為犯罪行為也。此時雖其精神狀態或亦與通常人有異，即其意思能力，亦未必如通常人，但既係酗酒，於道義及社會責任上，均不可道。故特對於前條第二項，設一特別規定，原則仍為有責任能力人，即仍不能免除刑事責任，此時仍應就具體情形，分別論其故意或過失，即於其酗酒以為犯罪行為，如合於第二十六條之情形者，則應論故意，如只合於第二十七條之情形者，則應論過失。(註二)惟對於只論過失之時，如其酗酒非出於己意，即其乘酒使氣而犯罪，並未預見，或雖能預見，而曾確信其不致此者，亦可如本條第二項，應減輕本刑，即亦定為法律上減輕，且不限制其範圍，即只使依第八十四條。

註一，奧國刑法二條，俄國刑法一〇六條，德國刑草六三條至六五條，西班牙刑法九條，墨西哥刑法三四條，紐約刑法二二條，葡萄牙刑法三九條，四三條，阿爾丁刑法八一條，意大利刑法四八條，芬利刑法第三章，四條，暹羅刑法四八條。

註二，關於酗酒，學者多僅以前述之「於原因有自由行為」之原則說明之，即謂行為前有藉酒行兇之故意，即仍為故意，申言之，即謂其行為仍為基於己意之行為，次述前大理院判例，似亦係探此見解，余謂酌

酒行爲，不僅有故意行爲，亦有過失行爲。

查酗酒行爲，與非故意之行爲，絕然不同；刑律第十二條第二項及第十三條分別規定，誠以非故意者，無行爲意思之聯絡，故不爲罪。至酗酒者行爲，本爲人力所能裁制，其行爲意思是否聯絡，自當以犯罪行爲時之事實爲斷，不得以酒後行爲，盡誘爲全無意識，冀免犯罪之責任。（前大理院民國四年上字三五—號判例）

酒醉而致心神喪失時，是否仍應適用本條？抑應適用前條第一項？解釋上不無疑義，余見本條特與前條分別規定，即爲別於本條而獨立適用之意，故應解爲不僅不得適用前條第二項，並不得適用第一項，蓋以酗酒犯罪，其情節非比尋常，當然不得依前條第一項或第二項以爲寬大處置也。

由本條之立法精神觀之，凡依故意或過失而引起心神喪失或心神耗弱，以致犯罪者，自應解爲應按當時情形，分別依第二十六條或第二十七條處斷，不得適用第三十一條第一項或第二項。

### 第五款 瘖啞人

瘖啞人，在各國現行刑法，雖多設規定，然新出草案，則多刪去。蓋以可包含於第三十一條第二項之內，至他國民法，則多以爲心神耗弱人之一種，不特設規定，我國民法亦然。我國舊暫行刑律第五十條，特規定瘖啞人，則以本無心神耗弱人之規定，現行刑法既有第三十一條之規定，又設第三十三條之規定，且同定爲法

律上減刑，即當然爲限制責任能力人，是否有此必要？不無問題。（註）

註 立法院刑法修正草案亦仍另設有規定。

所謂瘖啞（*Taubstumheit, Surdi-mute*）應指因聾而致啞者而言。聾而兼啞之人，亦有後天的者，其精神狀態，雖有一部障礙。然自其精神狀態之全體觀察之，並不異於常人，此等人犯罪，是否亦得適用本條？無疑義。學說有（一），不問先天後天概應適用，及（二），只限於先天，始應適用，並（三），先天及自幼者始應適用，三說。余見本條不過第三十一條第二項之例示規定，其所以規定爲法律上減刑者，亦以其精神狀態較通常人爲薄弱，即其意思能力實不及通常人，故定爲不能如通常人處罰。故應解爲只以先天瘖啞或自幼瘖啞，其意思能力不及常人者爲限，始得適用本條。（註）

註 查本刑律第五十條所稱瘖啞者，係指生而聾啞者而言，其因疾病致生聾啞者，自不在內。（前大理院民國四年上字八四〇號判例）

### 第三節 違法

#### 第一項 概說

如前所述，犯罪之定義，乃爲刑法所規定應以刑罰制裁之有責並違法行爲。所謂犯罪爲刑法所規定應以



刑罰制裁之行爲，屬於犯罪之成立要件，學說上稱曰行爲之危險性，此爲犯罪之第一步要件。又所謂犯罪爲有責任行爲，屬於犯罪之處罰要件，學說上稱曰行爲之有責任性，此爲犯罪之第二步要件。又所謂犯罪爲違法行爲，亦屬於犯罪之處罰要件，學說上稱曰行爲之違法性，此爲犯罪之第三步要件。申言之，即犯罪，第一須有刑罰法令所規定爲犯罪並應科刑之行爲，若無此行爲，乃不爲罪，即犯罪不成立，行爲如何始爲犯罪？有一般構成要件與特別構成要件，關於前者，已於本章第一節標爲行爲說明之矣。第二，雖有此行爲，如此行爲不具備責任要件，即不具備責任條件與責任能力，則雖成爲犯罪，亦應或得不罰，此亦已於本章標爲責任說明之矣。第三，雖爲有責任行爲，如非爲違法行爲，亦應或得不罰，此即本節標爲違法所說明者也。

違法，在各國法例上及學說上，又稱曰不法或不合法（亦稱不適法）而以與合法或適法相對稱。更詳言之，又稱曰違反（或稱違背）法律，或違反法令（或法規）或違反法則，此三者已各有廣狹意義之不同（註一）又所謂違法，即不合法，是否包含不當，即不正當？法例上及學說上，亦有廣狹二意義之爭。從廣義，自可包含從狹義，則不應包含。我國民法所稱違法，係從狹義，觀同法第七十一條及第七十二條並第一百八十四條第一項自明。即民法只以「行爲違反強制或禁止之規定」爲違法，「行爲有背於公共秩序或善良風俗」則爲不當，刑法關於違法，均從他國立法例，只從反面規定，即如何爲不違法（註二）於是關於違法之規定，是否尙應從正面說明？抑僅從反面說明已足？爲一問題。如從正面說明違法，是否僅指違反強制規定或禁止

規定亦並指違反公共秩序或善良風俗尤爲一問題。

註一，參照民法七一，七二，一八四，民事訴訟法四三四至四三六，刑事訴訟法三八八至三九一，及拙著民法通義總則一八一頁以下。

註二，民法上，侵權行爲亦以不法爲要件，然如何爲不法，他國民法亦多未設明文，我國民法雖於第一百八十四條以背於善良風俗及違反保護他人之法律二種情形例示爲不法，可謂亦設有正面規定，然解釋上仍應從反面說明（參照拙著民法通義債編總論九八頁以下）。

刑法學者關於違法之觀念，多於反面說明外，更爲正面說明，余亦從之。惟學說於違法之本質，所說尙不相同，通說均謂違法乃一面爲違反法令，以此爲其形式之意義；一面爲侵害法益，以此爲其實質之意義。余謂犯罪即爲違反刑法侵害法益之行爲，此爲行爲之危險性，乃屬於犯罪之成立要件，若行爲之違法性，則指該行爲不但具備犯罪構成要件，而且於法律上爲不可容許，必於此時始應處罰，乃爲犯罪之處罰要件。故行爲之違法性，(Rechtswidrigkeit, élément injuste) 即謂侵害刑法上法益之行爲，逸出社會之一般常軌，申言之，即有反於規範共同生活之法律目的。(Zweck der das Zusammenleben regelnden Rechtsordnungs) 所謂違反社會常軌，與違反法律目的，乃於表裏一致，前者可謂爲反社會性，後者可謂爲反規範性，於此時而後爲有違法性。

刑法學者之通說，均謂違法單指違反法令之強制規定（即命令規定）或禁止規定，此與我國民法第七十條所規定者相同。至同法第七十二條所規定之違反公共秩序善良風俗，則均解為不包含於其中。舊暫行刑律第十四條雖特以明文標揭不背公共秩序善良風俗之行為，亦為不違法，然刑法則刪去之，起草理由，謂分則之規定，不外罰違背公共秩序善良風俗之行為，故應刪去，於是發生一問題，觸犯刑法之行為，即構成犯罪之行為，如在他法令有明示或默示之要求或許可者，固可解為第三十四條「依法令之行為」，但法令並無此明示或默示之規定，而按之法律全體精神，應認為正當之行為，即其行為合於社會常軌，即不背公共秩序或善良風俗，是否仍應處罰，不無疑義。余如前述，解違法為廣義，不僅指不法，應並指不當，即係違反社會常軌與法律目的，此即公共秩序及善良風俗之觀念，而為法律上之根本原則。（參照民法一，二）民法對於侵權行為，尚特揭不背善良風俗為阻却違法之事由（民法一八四一）刑法更不能外此原則，故第三十四條所謂依法令之行為，當廣義解釋，不背公共秩序善良風俗，亦應包含，而足以為阻却違法之事由。

公共秩序及善良風俗，既為支配法律之根本原則，故行為之違法性，應為實質的觀察，而不應單為形式的觀察。行為觸犯刑法，僅可謂為形式意義之違法，必更於法律上不應容許，始可謂為實質意義之違法，此則不僅單依法令之形式決定之，更應依公共秩序及善良風俗之觀念決定之。故只須法律以一定之目的為

正當，則爲達此目的所用之相當手段，亦應認爲正當，此雖於法令無明文，亦可從法律全體精神觀察之。反是，雖爲法令所規定之權利，如係濫用（參照民法一四八、二二九）亦應認爲違法，故違法性之觀念，係超越法令之形式，乃所謂「超法律的」（*meta-juristisch*）例如父母得於必要範圍內懲戒其子女，乃法律有明文者（民法一〇八五）但此不過認其目的爲正當，爲其手段之懲戒方法，並無所規定，如行使懲戒權之方法，致有觸犯刑法第二百九十三條第一項，或第三百十六條第一項，第三百二十四條，只須在必要範圍內，固亦應依第三十四條不罰。然如何方法屬於必要，只有依社會觀念即公共秩序善良風俗決之。故上述暫行刑律修正案理由謂違反刑法分則即當然違反公共秩序或善良風俗，尙非允當之見解也。

行爲之違法性，應否單從客觀觀察抑應從主觀觀察，學說上亦有爭執。謂行爲是否違法，乃行爲對於法律違反之問題，只須就客觀之行爲是否違反法律以論斷之，故無責任能力人之行爲亦得爲違法，此客觀說也。謂行爲是否違法，乃行爲人對於法律評價之問題，故更須就主觀之行爲人，是否於行爲時具備規範意識以論斷之，故須有責任能力人之行爲，始得爲違法，此主觀說也。余從前說。蓋後說，乃將行爲之違法性與行爲之負責性及危險性相混，行爲人於行爲時是否爲有責任能力人，並是否認識違法，乃其行爲有無故意及應否負責之問題，與其行爲是否違法，全然兩事。故意及負責，始屬於犯罪之主觀之要件，違法則屬於犯罪之客觀要件，自不能相混也。

犯罪行爲，須有違法性，始應處罰，乃於作爲犯及不作爲犯無區別。作爲犯固須於有因果關係外，更須違法，不作犯亦同。以前刑法學者，對於不純粹之不作犯，均以作爲之義務包含於因果關係之內，謂須有作爲之義務而不作爲，始爲有因果關係；余如前述，只不作爲與結果之關係爲因果關係，此不問有無作爲之義務，均屬相同。但須有作爲之義務而不作爲，始爲違法，始應處罰，故作爲之義務，屬於違法之問題，非屬於因果關係之問題。作爲犯係違反不作爲之義務，不作爲犯則係違反作爲之義務，不作爲與作爲之義務，同應除依法令外，並應依公共秩序及善良風俗論斷之。

行爲須有違法性，乃爲一切犯罪所共通，此於學說上無異說。故刑法分則於各本條特標明有「不正」（如一二八ⅠⅡ，一二九ⅠⅢ，一三〇ⅠⅡ，一三一）「違法」（如一三四）「非法」（如三一六一）「無故」（三三三至三三五）「不法」（三三七Ⅰ，三四三Ⅰ，三四六ⅠⅡ，三五六Ⅰ，三五八Ⅰ，三六三Ⅰ，三六五ⅠⅡ，三六六Ⅰ，三七〇ⅠⅡ）等字樣者，亦不過因修辭上所爲例示之文字，並非只此等條始以違法爲要件也。

犯罪行爲，固如上述，除具備各本條之構成要件外，並須違反公共秩序善良風俗，始爲違法，而應處罪，但實際往往觸刑法各本條，即爲違反公共秩序善良風俗，故刑法如他國立法例，亦就違法性未設積極規定，只設消極規定，即只規定如何即爲不違法，即第三十四條至第三十七條所規定之各原因是也。此於學說

上稱曰違法阻却之事由。(Ausschließungsgründe der Rechtswidrigkeit, faits justificatifs)如本無違法阻却之事由，而誤認有此事由，則足以阻却故意，此已於前述。

違法阻却之事由，學者又有分爲適法原因 (RechtsverittigungsGründe) 與單純違法阻却原因 (einfache Unrechtsausschließungsgründe) 者。我國刑法所規定之原因，亦可從此分類。第三十四條至第三十六條，前之類也。其中又多爲權利行爲，(又可稱曰合法行爲或正當行爲) 即行爲人有爲該項行爲之權利，相對人有忍受之義務，第三十七條第一項，後之類也。則爲放任行爲，即行爲人並非有爲此行爲之權利，相對人亦並非有忍受之義務，但其行爲究爲法律所放任，故亦足阻却違法。

又應注意者，認定有無構成違法阻却事由之原因事實，固爲事實問題，但對於此已確定之基礎事實，而認定其能否爲違法阻却事由，以適用各該條例，如是否防衛行爲，并是否不過當，應否不罰，或減免刑罰，則爲適用法律問題，得爲第三審上訴理由。

## 第二項 依法令之行爲

依法令之行爲不罰，爲第三十四條所明定。蓋仿多數立法例，以此爲合法行爲(正當行爲)之代表，而於違法阻却原因之規定中，爲最概括之規定也。

所謂依法令之行爲，即指爲法令明示或默示之規定所要求(命令)或許可之行爲也。法令乃不問公法私

法而包含一切法令，且不僅指成文法，習慣法及法理與習慣，亦應包含。故依成文法係爲義務行爲或權利行爲，（職務行爲或權力行爲亦同）者，固應適用本條，即依習慣法法理或習慣，應認爲正當行爲者，亦應適用本條。（註一）又雖爲依法令之行爲，仍須依法律之目的得認爲正當者始可，否則亦不能謂爲依法令之行爲，故權利或職權之濫用或假借，亦不得爲違法阻却之原因。（註二，三）

註一，參照民法一，二

註二，參照民法一四八，二一九，一八六 刑法一四〇官吏服務規程三

註三，有權官吏，因圖得匪徒財物，（中路）藉故殺匪，抄財入己，應依強盜殺人罪處斷，若先係不法殺人，後始起意抄財入己，自應以殺人強盜俱發論，其於不法殺人抄財後，起意入己者，則應按殺人侵占俱發科處。（前大理院統字九六七號解釋）

兼有審檢職務之官吏，依懲治盜匪法，宣告死刑後，爲防劫獄起見，於詳請長官核准以前，執行槍斃，又同上官吏，緝獲內亂犯後，因不知法令，未經詳解管轄內亂罪衙門審判，擅判死刑，併於詳請長官核准以前，執行槍斃，均應構成刑律第三百十一條殺人罪。（前大理院統字第四〇一號判例）

依法令之行爲，盡爲例示，爲不可能，茲僅述其最重者：

第一，公法上之行爲。

(一) 職務行爲。

即公務員之職務上之行爲，此不問其爲義務抑爲權利，（學說上所謂武器使用權，只爲職務行爲之一種。）又有二種：（一）有依自己之權限，即自己獨立之意思所爲者；（二）有依所屬上級公務員之命令所爲者。後者刑法另於次條有規定，當於後詳述，茲僅就前者論之。此必於法令有直接之根據，始得適用本條。即法令就公務員之職務上行爲，無有不規定其權限者，必於權限內爲之，始可。又通常亦無有不規定其要件者，又必合於要件爲之始可。

(二) 其他權利行爲。

如刑事訴訟法所規定之逮捕權，告訴權，告發權，自訴權（刑訴四九一，二二三，二二二，三三七）等是。

第二，私法上之行爲。

其中最重要者，爲左列行爲（註）

註 參照拙著民法通義債編總則九九頁以下。

(一) 權利行爲。

行使權利，足爲違法阻却之原因，乃於民刑上無異說。如懲戒行爲（民法一〇八五）監護行爲（民法



一〇九七，一一一三）乃其適例也。

(二)，自衛行爲。

此於民刑法均設有明文規定（民法一四九，一五〇刑法三六，三七）當於後詳述。

(三)，自助行爲。

此在我國民法有明文（民法一五一，一五二）以前大理院無明文時，亦同認爲違法阻却之原因，在他國無明文之國，學說上尙有爭執。

(四)，無因管理。

此爲民法第一百七十二條以下所明定，足爲違法阻却之原因，亦於民刑法上無異說。

(五)，被害人之承諾。

被害人之承諾，(Einwilligung des Verletzten, Consentement de la Victime) (包含囑託，參照二九〇I，二九九，三〇五，又可稱曰同意)足爲加害行爲違法阻却之原因否？在民法上，學說均解爲原則足爲阻却原因，(註)在刑法，則立法例及學說，尙屬紛歧。如羅馬法，乃認承諾阻却犯罪成立 (Volenti non fit injuria) 之原則。反是，近時奧大利刑法第四條又規定承諾亦不妨犯罪之成立，又英美普通法，及印度刑法第八十七條，第八十八條，亦規定承諾阻却犯罪成立之原則，即除以致人

死亡或重大傷害爲目的者外，經滿十八歲人之承諾所爲之加害行爲，不成立犯罪。其他多數立法例，則均無明文，我國刑法亦然。

註 參照拙著民法通義債編通則九九頁。

至於無明文國家之學說，可大別之爲三說：即第一說，謂承諾原則不阻却犯罪之成立，蓋以刑法乃爲保護公共秩序，並爲社會全體之利益，而科處刑罰，自不能因個人之同意，以左右公益也。第二說，謂承諾原則阻却犯罪之成立，蓋以吾人得自由處分自己享有之法益也。第三說，謂應分別情形論之，有足阻却犯罪之成立者，亦有不足阻却犯罪之成立者，而關於其標準，所說亦甚紛歧。其中最爲重要者，有二說：有謂應依其法益是否得處分以區別之者，有謂應依其法益是否屬於個人或公共以區別之者。奈謂犯罪所侵害之法益，如爲公共的法益，被害人之承諾，當然不能阻却犯罪之成立。（註一）故被害人之承諾，足以影響於犯罪者，自以個人的法益爲限。此又有三種情形：當分別觀察之，即甲，有仍不能阻却犯罪者，此則因其承諾仍有背於公共秩序或善良風俗也。（註二）乙，有足阻却犯罪者，此則與行爲之危險性有關。蓋有特種犯罪，法益侵害之成立，係以反於被害人之意思或無承諾爲要件，則有承諾，即足以阻却行爲之危險性，如竊盜罪是。丙，有僅阻却違法者，此則僅係與行爲之違法性有關。蓋又有一種犯罪，雖有被害人之承諾，仍不妨法益侵害之成立，則只有能否阻却違法之問題，此時亦只有

依是否不背公共秩序與善良風俗以決之。(註三)例如因醫自己之病，經健康者同意，取其血而注入之時，則以其不背公共秩序善良風俗，即不違法是。

註一，如放火罪，不能因所有人同意而阻却是。

註二，如刑法二九〇，二九九，三〇五，均係有背於公共秩序或善良風俗而仍定爲犯罪者也。

註三，參照拙著民法通義債編總論九九頁。

又得因被害人承諾而阻却犯罪或阻却違法之時，其承諾人須有意思能力並須在其權限以內，自不待言。不過此時應分別民法與刑法之待遇，即其承諾，有時雖在民法上無效，而在刑法上，仍足以阻却犯罪或違法也。(註)又被害人如有法定代理人，由其法定代理人所爲之同意，自亦與本人所爲者，有同一之效力。

註 通說均謂須有刑法上責任能力之人，始得爲有效之同意，余見責任能力，固係與意思能力同義，且係以意思能力爲基礎，但責任能力，僅屬定罪責之條件，與能否爲同意之問題無干。故解爲只須有識別能力者，即得爲同意，雖爲刑法上無責任能力之人，或民法上無行爲能力之人，亦同。

(六) 自棄行爲。

自棄行爲，又稱自害行爲。(Selbstverletzung)即自行損害自己法益之行爲也。原則應不爲罪。蓋對於

自己法益，原則得自由處分，則損害自己法益，即非正當行爲，至少亦應爲放任行爲。惟損害自己法益而足以發生其他之影響時，法律亦往往以明文定爲犯罪，如放火燒燬自己一定所有物（一八八Ⅱ，一八九Ⅱ）墮胎（三〇四）毀壞或處分將受執行之財產（三八四）等是。

（七） 運動競技。

如擊劍鬪拳等，雖有對他人身體加暴力之時，若係於當事人合意之下，而以健全游興之意味所爲者，乃爲運動競技，自得認爲正當行爲，惟係以業務所爲者，則爲正當業務行爲，但無論爲何者，如其行爲致發生傷害或死亡之結果時，除因於不可抗力外，仍應論故意或過失之責任。

（八） 友誼行爲。

如對於知友間所爲之詈罵暴行等，係在友誼前提之下所爲者，亦可爲放任行爲而不犯罪。

第三項 依正當業務之合法行爲

依正當業務之合法行爲不罰，亦爲第三十四條所明定。此亦爲合法行爲之一種，且可認爲係依法令之行爲之例示。不過本條將二者並列者，蓋以此項業務行爲，未必均爲法令所明許，前者係指於法令上認爲正當之行爲，此則只指於社會上認爲正當之行爲已足。要之，如前所述，所謂依法令，應廣義解釋，不必限於法令之明文，即習慣法或習慣亦可包含申言之，即不背於公共秩序善良風俗之行爲均可，則此所謂依正當

業務之合法行為，自亦可認為依法令之行為之舉例也。(註一)

註 學說上稱得為此項業務行為曰業務權。(Berufsstelle)

在他國立法例及學說，亦有以業務概括職務者。然在刑法用語，則以業務與公務區別。(參照三七二，三五七) 故此所謂業務，應將公務除外。故如前述，職務行為即公務行為，非依所屬上級公務員之命令者。雖同應適用本條，然應包含於依法令之行為內，依所屬上級公務員之命令者，則應適用次條，均不得包含於依正當業務之合法行為之內。故此所謂業務，乃指繼續從事之一定職業而言。(註二) 所謂業務行為，乃指從事該項職業所為之行為而言。其足為違法阻却之原因，法律定有二要件：即第一，須為正當，即該項業務須為社會一般所認許。特種業務，固亦有經法律定有明文者，亦有須一定公署許可者，然不以此為限。法律所稱正當，自應廣義解釋，只須不背於社會觀念，即公共秩序善良風俗即可。第二，須為合法。此與正當乃為獨立條件，業務行為為抽象雖為正當，而於具體不合法，亦不得為違法阻却之原因。例如醫生對患者施行手術，雖為正當業務行為，但如欠缺應盡之醫術上注意義務，或未得患者之同意，亦應認為不合法也。至應如何始得認為合法，固應就具體情形決定之，自一般言之，凡該業務於法令上或慣行上或技術上應具備之要件，均應具備，否則不能認為合法。(註三)

註一，單純一時之動作，是否亦可適用本條，學說上有爭執，余取否定說。

註二、查醫生之剖治病入，固應經雙方合意，即病情重大尙能表示意思者，亦然。但病人之願剖治，原係希望病癒，如醫生怠於醫術上應盡之注意，致有不良結果，自不能以其已經合意，即不負責。（前大理院統字第一九〇九號解釋）

#### 第四項 依所屬上級公務員命令之職務上行爲

依所屬上級公務員命令之職務上行爲，不罰，爲第三十五條所明定。此爲舊暫行刑律所無，現行法乃仿意大利、和蘭、埃及暹羅刑法等少數立法例所增定者。多數立法例，則多未設明文，以爲適用前條已足。即關於公務員職務上之行爲，不問其爲依自己意思，即直接執行法令所爲，抑依長官命令，即執行長官命令所爲，均應依前條，視其是否爲依法令之行爲，以決定其是否阻却違法。而關於依長官命令所爲之行爲，如長官命令係違法者，是否阻却違法？學說上尙大有爭執。本條乃爲減輕屬員之責任起見，對於依長官命令爲行爲時，特以明文規定其不罰，蓋一面固爲前條之例示規定，一面亦爲前條之特別規定也。（註）

註 所屬上級公務員之命令，如係合法而執行之時，自爲合法行爲，而爲前條之例示，如係違法而執行之時，則亦規定其得阻却違法，則爲前條之特則。本條乃注重後者。

本條既稱曰依所屬上級公務員命令之職務上行爲，自應具備二要件：即第一，須爲所屬上級公務員之命令。此又有二要件：即甲，須發命令之公務員與受命令之公務員，有上下級隸屬之關係。乙，須其命令合於法

令所規定之權限與形式，申言之，即首須有監督權，次又須其監督權之行使，合於法令。第二，須其命令爲關於下級公務員之職務上行爲，申言之，又須所命令之事項，屬於該公務員職務之範圍，即須爲下級公務員權限內所得爲者。如不具備此二要件，當然不得爲違法阻却之原因。（註）

註 查服從長官之命令，必其命令在職務權限之內，始生服從之義務，至藉私仇殺人之行爲，不在職務權限之內，乃明知其不在職務權限之內，而聽從實施，自應負殺人之刑責。（前大理院民國四年上字一一

#### 八號判例）

惟茲有一問題，即雖爲所屬上級公務員關於下級公務員職務上行爲之命令，如其命令實質上爲違法之時，下級公務員是否有調查之權限與義務？並是否有服從之義務？此爲行政法上之一大問題。又依其命令而爲職務上之行爲時，是否爲違法阻却之原因？又爲刑法上之一大問題。學說關於此點，尙不一致。有正反對之二說。（註一）即第一說，謂關於執行之法令，所屬之上級公務員，有優越解釋權，乃爲其監督權與命令權當然之結果；故所屬之下級公務員，對於所屬上級公務員之命令，只能從其權限與形式上調查，如係合於法定之權限與形式，則其實質上是否違法，即無調查之權限與義務。故只有服從之義務。此在行政法上幾爲通說，在刑法上從此說者，則謂此時足爲違法阻却之原因。第二說，則謂所屬上級公務員之命令，實質上是否違法，所屬下級公務員，不但有調查之權限並有調查之義務，乃爲官吏忠實義務當然之結果。故不

盡此義務，而依違法命令以爲職務上行爲時，亦不足爲違法阻却之原因。此在刑法上，頗爲有力學者所倡。二說均有相當理由。自側重保護人民言之，自以從第二說爲是。自側重矜恤公務員言之，則又宜從第一說。前大理院判例（註二）係從第二說，現行法係從第一說。自立法言之，仍以不特設規定，依第二說爲是。（註三，四，五）

註一，又一說謂形式上亦無調查其是否違法之權限與義務，只須爲所屬上級公務員之命令，即應服從，此時即足爲違法阻却之原因，此爲少數說，刑法第三十五條，當然不能依此解釋。

註二，被告人受哨弁之指揮，將嫌疑人答責致傷身死，即屬共同正犯，原判以被告人迫於長官之命令，對於死生之結果，不負責任，不無曲解。蓋長官命令，確有服從之義務，而不法命令則否。

註三，立法院刑法修正案初稿第二十二條第二項仍從現行法。

註四，官吏服務規程第四條定明長官就其監督範圍以內所發命令，屬官有服從之義務。

註五，下級公務員不知所屬上級公務員命令之爲違法而執行之時，乃阻却故意之問題，非阻却違法之問題，從此點立論，亦無設規定之必要。

依本條，所屬上級公務員，關於職務上行爲之命令，實質上違法時，下級公務員因無調查之義務，如不明知其爲違法而執行時，固足爲違法阻却之原因；但如明知之時，亦得爲同一解釋否？亦爲一問題，余見，應取否。



定說(註)

註 立法院上開修正案，定爲明文，余謂此爲當然，參照官吏服務規程第四條但書及第一條。

又所屬上級公務員之命令違法時，亦有二種情形：有自初即當然無效者，亦有須待其他合法行爲宣示而後爲無效者，本條必於後者始有適用而阻却違法，若於前者，則自初即於法律上不能認有命令，自不能阻却違法。(註)

註 據無效力之批以殺人，仍不得爲依法令執行職務，實構成刑法上殺人罪。(前大理院民國三年上字一八二號判例)

至於上級公務員爲違法命令，使下級公務員執行職務，因而觸犯刑法者，自應認爲間接正犯，以論其故意或過失；其有故意者，自應適用刑法第一百四十條，又係犯第一百三十九條之罪者，自應適用該條，如下級公務員知情，自應適用共犯之規定。

### 第五項 防衛行爲及救護行爲(註)

註 參照拙著民法通義總則第二八八頁至第三九七頁。

### 第一款 概說

吾人權利受侵害時之救濟方法，乃私力救濟與公力救濟，互爲消長；即在國家權力尙未鞏固，組織尙未發

達之時，對於人民權利之侵害之救濟，自不能概引以爲己任，不得不聽諸私人，自以腕力排除或防止之；此時私力救濟之範圍，幾無限制；然私力救濟，究足以妨社會之秩序，且不能期公平之解決，故至國家已完全形成之時，爲維持本身之存在與一般之安寧起見，不得不禁止私力救濟，而只認公力救濟；即對於人民權利之侵害，只得依法律以排除或防止，不得依賴腕力以排除防止；然國家之施設，於緊急之時，亦難望其適當發揮機能，此時仍應許被害人或第三人得於相當之範圍，用相當之方法，以爲私力救濟；萬一此時更因此侵害他人之權利，國家亦只有放任之而不問。然究許於如何範圍？以如何方法？則各國尚不一致。多數國家，尙僅於民法規定正當防衛與緊急避難，以爲阻却侵權行爲或犯罪行爲之原因。惟德國則除於刑法規定此二種緊急行爲外，更於民法增定一緊急行爲。前二者稱曰自衛行爲或自救行爲，(Selbstverteidigung) 後者稱曰自助行爲，(Selbsthilfe) 我國民法亦同。(註)

註 民法對於防禦行爲，均僅規定須爲對於現在(民法稱現時)之侵害，而未如次條特別標明緊急字樣，則防禦行爲是否概須爲緊急行爲，不無疑義，通說均解爲概須急迫，余見稍有不同，詳後。

如上所述，除德國外，他國民刑法所規定之緊急行爲，固只有二種自衛行爲，關於此二種行爲之名稱，亦不一致，法國刑法學者分稱曰正當防衛(La légitime défense) 及緊急避難。(Acte nécessaire, Etat de nécessité) 日本學者爾來亦多沿用此語，亦有稱正當防衛與緊急防衛者，亦有稱後者爲稱緊急狀態者。我

國以前均稱正當防衛與緊急避難，然德國學者多稱曰防衛行爲（*notwehr*）與救護行爲（*notstanddhandlung*），亦有稱緊急狀態（*notstand*）者。我國現行刑法亦從之。即於法條內亦標明此語，故以沿用此名稱爲是。關於二種行爲在民法上免責之理由，學說亦不一致，主觀說係求違法阻却性於主觀，謂人當緊急之時，因無思考餘暇，自失自由意思，故能阻却違法。此係就行爲人之意思立論，尤以對於說明緊急避難，爲自來之通說。客觀說，依求違法阻却性於客觀，其中最重者，又有二說：一說以爲權利行爲，即謂自衛行爲係權利之行使，故不能謂之違法，此對於說明防禦行爲亦爲自來之通說。一說以爲非常行爲，即謂自衛行爲，乃係正值非常之時，不容國家干涉，惟有一任當事人之行爲，以發生自然之結果。此對於說明緊急避難，現時有力學者，亦多持此說。

總之，在民法學者之通說，均以防禦行爲及救護行爲宜分別說明之，前者則多採權利行爲說。（註）後者則多採放任行爲說。我國民法特於「權利之行使」之標題下，規定此二種行爲，則又似均採權利行爲說，即求其根據於所侵害之權利之權能，即凡屬權利，均有不可侵性，此二種行爲，即爲本此權能所爲之行爲，故當然阻却違法。余謂此二種行爲，若分別觀察之，則防禦行爲內爲自己防禦權利之行爲，固可謂爲權利行爲。其他之防禦行爲，及救護行爲，則均爲放任行爲，即在防禦行爲內，爲他人防禦權利之行爲，以及爲避免危難所爲之救護行爲，並非對於相對人有何權利，而使其負忍受之義務，不過法律以事出非常，可以放置

不問，故此二種行爲，若求其共通之性質，則只宜以非常行爲說明之，即此二種行爲若概括觀察，則可於緊急行爲 (Nothandlung) 之統一觀念下，求其通性，若各別觀察，則仍各有其成立之理由也。

註 學者稱此爲正當防衛權 (Notwehrrecht) 印度刑法，且明定爲個人防衛權 (The right of private defence)

關於二種行爲區別之標準，學說上亦有爭執，亦可分爲二派，即在法國學者，解釋彼國刑法，謂應分爲正當防衛與緊急避難，前者乃係因排除侵害而加侵害人以反擊，後者則係因避免侵害而加第三人以損害。日本學者，亦多從此說。反是，在德國學者，解釋彼國刑法，則只分爲防禦行爲與救護行爲，前者乃係防禦現時不法侵害所爲之行爲，後者則係避免急迫危險所爲之行爲。

我國民刑法之規定，均以從上述第二說爲是。蓋二者所區別之標準，只能於其非常狀態求之，二條亦特爲標明，尤以前者既只稱對於現在不法之侵害而爲防衛，對於其防衛之方法，並無所限制，而竟解爲只以對於加害人之反擊行爲爲限，殊無是理也。(註)

註 參照後之說明。

如前所述，學者概以緊急行爲係行爲人喪失意思之自由，固不可取。然緊急行爲中，亦有時有此狀態者。此在情形過於急迫之時，亦往往有之。此種情形，學說上稱曰強制，亦稱不可抗力，又有二種情形：其一，已完全

喪失意思而只爲機械的強制。此時雖有動作而非本於意識之動作，已不能認爲行爲，根本已不生適用第三十六條及第三十七條之問題。其二，倘非完全喪失意思，即仍得認爲有本於意識之動作之行爲，則得適用該二條，同時並可適用第三十一條第一項。

第三十六條及第三十七條，可同時適用否？亦爲一問題，余謂有時可同時適用，有時只能各別適用，須就具體情形分別其是否同時具備三條之要件以論斷之。

## 第二款 防衛行爲

對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行爲，不罰；但防衛行爲過當者，得減輕或免除本刑；爲第三十六條所明定。此與民法第一百四十九條相當。他國刑法，亦無不設有明文。（註一）不過關於其要件，有寬嚴之不同。（註二）本條乃與舊暫行刑律第十五條相同。（註三）只將舊刑律定爲不正者，改爲不法，以示限制，又將舊刑律定爲得減本刑一等至三等者，改爲得減輕或免除本刑，以示寬大。即本條所規定防衛行爲之要件，共計爲五：即第一，須對於侵害；第二，須其侵害不法；第三，須其侵害現在；第四，須出於防衛自己或他人之權利；第五，須其防衛不過當是也。又本條所規定防衛行爲之效果，則爲不罰或得減輕或免除本刑；申言之，凡上述五要件均具備者，則爲完全違法阻却原因，其效果應爲不罰。但只具備上述前四要件，亦足以成立防衛行爲，然只足爲限制違法阻却原因，其效果只爲得減輕或免除本刑。即此時許法院有裁

量之自由，或判決科刑或減刑，免刑，均可。（註四）減刑亦不加限制，只應適用第八十四條。

註一，緊急防衛之觀念，自來於任何社會均承認甚早，學者最初均以自然法則當然之理說明之，如西色羅（Cicero）謂其成立在有制定法之前，如高布（Gail）謂其成立在有歷史之前，我國舊律則有無故入人家登時殺死勿論及擅殺姦盜兇徒各條。

註二，他國刑法有定為須為急迫之侵害者，又有定為須出於不得已者，現行法與舊刑律，均只於次條設此限制，即只以為救護行為之要件，不以為防衛行為之要件，蓋以不法之侵害，與單純之危難不同，寬嚴自亦宜不同也。

註三，立法院草案亦同。

註四，於防衛過當，只得減輕，審判官酌量情節，不與減輕，亦非違法。（前大理院民國三年上字三〇一號判例）

防衛行為之成立要件，固如前述，為五種，茲為說明便利，只分為次述二項論究之：（註）

註 查緊急防衛之成立，固須具備條件，然其條件之是否具備，必根據於事實，蓋緊急防衛，為客觀阻遏違法之原因，決定之標準，須就侵害者及被害者所處之地位，又當時侵害各方面情形，為判斷，不能專就一方而決定之。（前大理院民國二年上字二八號判例）

第一，須有侵害行爲。

此爲防衛行爲之前提，所謂侵害乃與攻擊同義，即謂對於被害人之權利加以危害之行爲也。又須具備次述二要件，乃爲法條所明定。

(一)，須爲現在。

侵害現在 (gegenwärtig) 云者，謂侵害行爲已經着手，或現正實施，或尙未完畢也。申言之，即因加害人行爲所引起對於被害人權利之危險或實害之狀態，已經發生，且現尙存在之謂也。通說均謂現在與急迫同義，前大理院判例亦同。(註一) 余謂本條只定爲現在，未如次條定爲緊急，應解爲現時有侵害行爲，即可對之爲相當之防衛行爲，其情形是否急迫，可以不問。(註二) 蓋權利既現被侵害，即得謂爲緊急，不必其情形更須急迫也。

註一，前大理院民國二年上字第六七號判例，「正當防衛按照刑律第十五條規定，以現在不正之侵害爲條件，現在二字，含有緊急之義，被害者雖有恃蠻舉動，究非緊要之時，乃遂行毆斃，實不能認爲正當防衛。」

註二，參照拙著民法三九一頁，在民法上，尤以從此說爲是。

既稱現在之侵害，則對於過去之侵害，只能認爲復仇行爲，不能認爲防衛行爲，即當然不阻却違法。惟

過去與現在，究應如何區別？不無問題。即對於所謂侵害行為之完畢時期如何？學說尙屬紛歧。此多關於由竊盜現行犯取回贖物之行為發生議論。（註一）略有三說：甲，謂只須行為本身完畢，即為過去。乙，謂須由行為所引起之侵害狀態不存在時，始為過去。丙，謂須犯人離去現場，始為過去。余如前述，謂侵害之行為，與其所發生之侵害，乃相一致；申言之，侵害行為未完畢之時，與侵害狀態存在之時，乃相一致。凡由該行為所引起之危險或實害之狀態，如尙行存在，即得謂為侵害行為尙未終了。此與該行為之為犯罪既遂之問題無干。故就上例言之，犯人意圖不法所有，而已就他人所有物取得占有，固已為犯罪行為完畢，而為竊盜既遂，但因此行為所引起之侵害狀態，未必即於此時消滅，即其侵害行為，未必即行完畢。故對於竊盜現行犯之贖物，取回占有，應解為仍得成立防衛行為也。（註二）至於如何始得認為侵害行為及侵害狀態終了，惟有依具體情形決定之。

註一，刑法第三百四十七條定明竊盜因防護贓物而當場施強暴脅迫，以強盜論，則其反面之被害人或第三人之取回行為，是否應論防衛行為？（參照民法一四九）抑只應論自救行為？（參照民法一五一）又非當場所為者，是否不能阻却違法？均成問題。

註二，前大理院似與本書為同一見解，可參照次述各例：

甲，姦夫將行姦或已行姦未畢時，若有非殺死姦夫不能排除現時侵害情形，而本夫登時殺死姦夫



者，應依刑律十五條，以緊急防衛論（中路）若行竊已畢，雖在竊所殺死，應依三一一條（與刑法二八二條相當）論罪，不得援用十五條。（統字第四九號解釋）（當場殺死姦婦，成立犯罪，前大理院已有判例，惟本例則係根據侵害夫權而來，清律久已認之，然在現時，不無問題。）

乙，刑律第十五條規定正當防衛之要件，必對於現在之不正侵害，始能成立；若侵害已屬過去，則其加害行爲，應認爲完了之犯害行爲，自無復防衛之可言，本條被上告人之加害行爲，已在奪刀過手之後，不能認爲防衛過當。（民國四年上字九五九號判例）

丙，被人竊去牛隻，聞聲驚覺，追逐，瞥見賊人避入廟內，即向開放一槍，賊人即行斃命者，方其持槍追賊之際，該賊已棄賊潛逃，避入廟內，則所謂不正之侵害，業已過去，仍復開槍轟擊，自無防衛之可言。

（民國六年上字一〇〇七號判例）

又既稱現在之侵害，則對於未來之侵害，自亦不能成立防衛行爲。例如甲與乙有素仇，甲預想或預知乙將害己，見其持槍而來，於其尚未着手開槍之際，即先行槍殺之者，不得以防衛行爲論是也。但未來與現在究應如何區別，亦須就實際情形，審查侵害行爲是否開始以爲斷。應注意之點有二：甲，如侵害行爲已開始，雖尚未發生實害，而已有此危險，則已非未來之侵害。乙，又所謂侵害現在，不能專以對之爲防衛行爲之時爲標準，應並以防衛行爲之發生效力時爲標準。申言之，於爲防衛行爲之時，其侵害

狀態業已存在，固得謂爲現在之侵害，即雖係於未發生侵害狀態之先，預爲防衛行爲，但於防衛行爲發生效力時，侵害狀態亦已發生，則亦可謂爲現在之侵害。例如預防盜賊，而於相當處所，裝設電網或機槍，因以殺傷盜賊，亦得論防衛行爲是也。蓋本條乃以對於現在之侵害爲防衛爲要件，所謂防衛，當然預期防衛之得結果，故先爲防衛，而於其發生結果時，適有侵害，即得謂爲具備要件也。（註）

註 不過此時當注意不過當之要件。

(二) 須爲不法。

舊暫行刑律，沿日本刑法，稱不正，現行法改稱不法，自一般言之，不正之意義，較不法範圍爲寬。現行法起草者特爲修正，亦即因此。（註）然在日本學者通說就此解釋，均謂不正即與不法同義。在他國一般學說，亦謂緊急防衛與緊急避難之區別，即在一爲正對不正，（*Recht gegen unrecht*）一爲正對正。（*Recht gegen Recht*）故余見從通說，於本條亦謂不法即指爲法律所不容許，不必單指違反成文法，更不必單指反刑法，（即不必其行爲爲有罪或得罰）即與習慣法或習慣並公共秩序善良風俗相背者，均包含之。

註 見刑法第二次修正案理由書。

不法乃與合法相對稱，行爲雖侵害人之權利，而係合法行爲，當然不能成立防衛行爲，惟對於違法阻

却之行爲，即所謂權利行爲及放任行爲，是否均不得對之爲防衛行爲？學說上尙有爭執。有主觀及客觀兩說，主前說者謂是否不法，不應僅就行爲論之，並應就行爲人論之，主後說者則謂僅應就行爲論之，後說爲通說，余亦從此說。茲試就左列各問題論究之（註）

註 參照前載大理院民國二年上字二八號判例

甲，職務行爲。1. 係依法令所爲者，不得成立防衛行爲，乃無爭執。2. 未依法令，而係直接由該公務員所爲者，得成立防衛行爲，亦無爭執。3. 係執行所屬上級公務員之命令，而未依法令者，對上級公務員，得爲防衛行爲，亦無爭執。惟對於下級公務員，能否爲防衛行爲？則在主觀說主否定說，在客觀說主肯定說。

乙，防衛行爲。對於緊急防衛，是否更得成立防衛行爲？亦有極少說，謂在加害人此時亦並無忍受他方防衛之義務，而主肯定說。但不問爲主觀說或客觀說，通說均謂加害人對緊急防衛，不得更爲防衛行爲，余亦從之。蓋防衛行爲，乃以對於不法之侵害爲前提，此時防衛人之行爲，不爲不法故也。惟侵害行爲已終止而仍繼續爲防衛行爲，或防衛行爲過當，加害人自仍得爲防衛行爲也。（註一，二）

註一，被告人雖稱因被害人先持刀向扎，始奪刀回扎，主張係正當防衛，然刀經奪獲，彼方又別無

不正行爲，則持刀還扎，不成防衛。（前大理院民國八年上字三六一號判例）

註二，被害人扛木板凳，將被告人誤撞，彼此爭吵，勸散後，又復撞遇，向被害人提及前情，隨口混罵，被害人回罵，被告人當向撲毆，被害人即用禾叉扎傷被告人頂心右眉，被告人避入場園屋內，被害人追及，復用禾叉撲扎，被告人情急，順手用裝就防夜土鎗嚇放，不期轟傷被害人肚腹，在被害人，持叉將被告人扎傷，且窮追不已，雖不得謂非由被告人所挑撥，然因受挑撥，遽行逞兇窮追，則其對於被告人仍不能不謂爲一種不正之侵害，被告人於被追之際，順用土鎗向被害人轟擊，自不能謂無防衛情形。（前大理院民國九年上字二八〇號判例）

又雙方毆傷或圍殺，如不能證明孰爲侵害，孰爲防衛，不能論防衛行爲，學說上尙少爭執。前大理院及最高法院亦就此著有判例。（註一，二，三，四）

註一，上略，本案該上告人與孫耀先因閒談口角，彼此互毆，究竟孰爲侵害，孰爲防衛，極難證明，無成立正當防衛之理由。（前大理院民國四年上字二九五號判例）

註二，上略，本案上訴人與某氏口角互毆，彼此成傷，不能證明某氏先行侵害，尙有何防衛之可言？（最高法院民國十七年上字三八四號判例）

註三，如果上訴人並無殺傷之意思，祇以被盜追趕，迫不獲已，縱係自己出刀互鬪，並非奪取盜刀

以相反刺，仍應認爲正當防衛，至多亦僅爲防衛之過當，乃原判決既認係某盜追至上訴人樓上互鬪，而僅以並非奪刀反刺爲理由，未予援引刑法第三十六條處斷，其見解亦欠允協。（最高法院院民國十七年上字四一六號判例）

註四，互毆不得主張防衛權，應以彼此均有傷人故意，而下手先後又無從證明者爲限。如果一方初無傷人故意，防衛情形復極明顯，仍應以正當防衛論。（前大理院民國九年上字七一號判例）

丙，救護行爲。即對於緊急避難，是否得成立防衛行爲？學說亦有爭執。肯定說謂救護行爲只爲放任行爲，在相對人並無忍受之義務，即仍得主張自己之權利以爲防衛行爲。否定說則謂緊急避難，雖只爲放任行爲，然亦係法律所容許，既非不法之侵害，自不得對之爲防衛行爲，只得爲救護行爲。余取後說。

丁，懲戒行爲。即行親權人或法定代理人所爲之懲戒行爲，如在必要範圍內，自爲合法，逾此範圍，即爲不法，亦得爲防衛行爲。舊暫行刑律補充條例第一條，特別規定對於尊親屬，除嫡母，繼母，或夫之尊親屬，虐待或義絕之行爲外，不適用刑律第十五條之規定，乃係因襲舊日之倫理思想，實不能認爲正當也。

又對於有責阻却之行爲，即無責任能力人或限制責任能力人之行爲，或無故意或過失之行爲，是否

亦得爲防禦行爲？此亦爲學說之所爭執。主觀說持否定說，客觀說持肯定說，以客觀說爲是。又對於不適用刑法之人之行爲，得爲防禦行爲否？學說上亦尚有爭執。亦以肯定說爲是。故對於有治外法權或領事裁判權之外國人之不法侵害，亦得爲防禦也。

由於人之行爲以外之原因，尤爲動物之侵害，對之得爲防禦行爲否？其說有三：甲，主張得爲防禦行爲。謂此雖爲自然之事實，固不能於法律上爲不法之評價，但亦爲一種違法狀態，於法律上不能看過不問，故應許爲防禦行爲。乙，主張不得爲防禦行爲。謂所謂侵害，所謂不法，均只能就人之行爲言之。以外之原因，如爲一種緊急狀態，只能對之爲救護行爲，故不得爲防禦行爲。丙，主張得爲準防禦行爲。此爲折衷說。謂法條既限於對於不法之侵害始得爲防禦，則對於人之行爲以外之原因，固不能適用本條，但應準用本條，方合於實際。余謂，因於動物或其他物之侵害，應分別情形論之。如該物爲無主物，則根本不生法律上之問題，亦即不生適用第三十六條之問題，惟得適用第三十七條。如爲有主物，而其加害原因直接於該物，則只能適用第三十七條，即只得爲救護行爲。但如其加害之原因直接於人之行爲，則應不問其爲所有人或第三人之行爲，均得適用第三十六條，其得適用第三十七條，更不待言。即此時防禦行爲及救護行爲，可以併存。

侵害行爲，須爲積極行爲否？亦爲學說之所爭執。其說有三：（一）謂只限於作爲，對不作爲不得爲防禦，

此爲通說。(二)謂例外，對不純粹不作爲犯，即因不作爲之作爲犯，亦得爲防衛。(三)謂應不問作爲與不作爲，均得爲防衛。余見法條既限於現在不法之侵害，只係單純之不作爲，(例如債務之不履行)通常當然不能成立此條件，惟所謂侵害，如前所述，乃指對於權利之危險或實害，如只因不作爲亦已引起此狀態，自亦應許爲防衛。例如乳母不哺乳，致乳兒將餓斃，開業醫生，無故不應診致病人危篤之時，以強暴脅迫手段使哺乳或診療之亦爲正當防衛是。(註)

註 拙著民法通義總則三九一頁全從通說此畧爲修正。

至於侵害之方法，固可以不問。即侵害之原因，亦可以不問。故雖行爲人對於侵害行爲與以原因，即侵害行爲由於被害人之挑動者，通常亦得爲防衛。(註)蓋以法律只限定對於侵害即得爲防衛，於引起侵害之原因，並非所問故也。然如被害人預先有利用正當防衛以爲犯罪之意思，而故意引起侵害行爲，因而對之爲防衛時。例如甲明知乙善怒，見其持刀，故意挑之，待其持刀行兇，即以手槍擊殺之者是。此時防衛人之行爲，當然難逃罪責，唯關於其理由，又有三說：(一)謂其係欠防衛行爲之要件，不得爲防衛行爲。(二)謂其雖爲防衛行爲，然既有意利用，仍爲不法行爲。(三)謂其爲防衛行爲之濫用，與權利之濫用無異，不能認爲防衛行爲。余以第三說爲是。

註 參照前大理院民國九年上字二八〇號判例。

第二，須有防衛行爲。

此爲防衛行爲之本體，所謂防衛，又可稱曰防禦，即謂對於侵害爲阻止或排除之行爲也。通說均謂只限於加侵害人以反擊，且以此爲與後述救護行爲即緊急避難區別之標準，余謂只須爲阻止或排除危險或實害之行爲，至於其方法，可以不問，通常最有適用者，固多爲加侵害人以反擊之情形，但不對於加害人本身，而僅對於加害人之物，或係對於第三人加以損害，均可適用本條，本條與次條所規定之要件，寬嚴大不相同，如係對於第三人加以損害，縱不得適用次條，仍得適用本條，亦於實際甚爲便利也。（註一，二）

註一，例如甲持刀向乙追殺，乙倉卒間，將甲子丙抱持以抵禦之時是。

註二，前大理院雖亦取反擊說，但於有共同加害人時，對他加害人，亦得爲防衛，即有民國九年上字九八三號判例：「刑律第十五條正當防衛，係對於加害人爲之，故自己或第三人受共同加害人中之一人所爲現在不正之侵害，亦得對於他加害人爲防衛必要之行爲，上告人於第三人已被打倒之後，加害人等之一方，倘未繼續爲現在不正之侵害，固無所用其防衛，若於第三人正被毆打之時，或加害人等之一方，尙有其他加害之危險，則倉猝之間，拾石擲擊共同加害人之一人，仍應認爲防衛權之作用。防衛行爲，須具備次要二要件，亦爲法條所明定。」



(一) 須出於防衛自己或他人之權利。

在法國法系之刑法，多就所得防衛之權利加以限制，我國唐明清舊律及日本舊刑法亦同。然我國舊暫行刑律及現行刑法則仿現時多數立法例，取概括主義，汎稱曰權利，此亦與次條不同之點。又通說就此均廣義解釋，謂權利即與法益同義。(註一)並不須以由法律特別規定爲權利且與以一定名稱者爲限。在我國民法(一八四)本仿德國民法(八二六)及瑞士債務法(四一)就侵權行爲所規定者，即取廣義，除不法侵害權利外，以背於善良風俗之方法加損害於人，並違反保護他人之法律，均爲侵權行爲。刑法雖未特設此明文，自亦可從通說，如民法規定，以爲廣義解釋。(註二)故不法侵害權利固得爲防衛行爲，即單純違反保護他人之法律，或並未違反法律，而只係以背於公共秩序或善良風俗(民法於此處係以善良風俗得概括公共秩序)之方法，加損害於人，亦應解爲得爲防衛行爲。蓋如前述，所謂不法，即係廣義，不但指違反法律，並指違反公共秩序或善良風俗，違反公共秩序或善良風俗加損害於人，在他方即爲其法益受損害，縱令於法律無具體之明文，得認爲特種之權利，既屬不法侵害法益，要無不許防衛之理。故法條所謂「對於侵害」與「出於防衛」乃係互爲表裏，而爲一事。故所謂權利，除次條所揭之生命身體自由財產外，餘如名譽信用，以前在刑法成爲問題者，現時如被侵害，亦得防衛。即在私法上之權利，應包含財產權及非財產權，即人格權，身分權，並無體財產。又對於公法上

權利之侵害，亦得爲防衛。其他公私法上之法益亦同。

註一，亦有反對說，謂權利應嚴格解釋，單純之法益不能包含者。

註二，德國刑法第五十三條，只須以對於不法之攻擊爲防衛爲緊急防衛，未以權利之防衛爲必要。又權利所屬之主體無限制，亦爲法條所明定。防衛自己之權利，如前所述，即屬權利之行使，可謂爲權利行爲。在非常時，殊難得公力救濟，故只得許自力救濟，惟防衛他人之權利，則僅爲放任行爲，較之被害入自爲救濟情形尙不相同。然法律亦特爲放任者，蓋以於非常時，表現人類之同情心，於道義責任或社會責任，均無可非議故也。（註）

註 他國尙有另定當場激於義憤而殺人，減輕其罪責者，我國刑法亦有此明文。（二八六）

又法條既汎稱曰他人，當然別無範圍之限制。此所謂他人，即第三人之義，即謂侵害人與防衛人以外之人，不限於自然人，法人亦可。只須其權利現在受不法之侵害即可，固不必對之有何保護之權利或義務關係，亦不必對之有何親屬或友誼之感情關係也。

不屬於特定個人之權利，即公益，受不法之侵害時，得爲防衛行爲否？有否定，肯定，兩說。余取肯定說。蓋以公益不能反較私益爲輕，法條汎稱自己或他人，亦無庸限定於某一個人也。故如對於第二百一十一條及第二百五十條等之侵害社會法益之罪，亦無不許爲防衛之理。

防衛第三人之權利時，如第三人同意其侵害或不欲人防衛者，仍得違反其意思以爲防衛否？有否定，肯定，兩正反對說。余謂，通常均不得爲防衛。蓋以此時已無不法之侵害可言。惟於被害人承諾並不能阻却違法之時，則仍得爲防衛，蓋以此時仍有不法之侵害存在故也。

又法條所謂「對於侵害」所謂「出於防衛」應如前述，係表裏一致之限制，故防衛行爲之方法，不得不得爲其目的所限制，如其所用方法，已不合於阻止或排除侵害之目的，則不能認爲防衛，如自初即係如此，則根本不能適用本條，如嗣後有此情形，則該部分應分別情形，論防衛過當，以適用本條但書，或並根本不能認爲防衛，應獨立論其責任（註）

註 例如見乳母將致乳兒餓斃，使其哺乳不聽，即怒而殺之，或至以傷害手段迫使哺乳，或於已哺乳後仍憤而打傷之時是。

又如前述，所謂侵害，不必發生實害，只有危險即足。故防衛人於此時即得爲防衛，即令防衛人所欲防之法益，與加害人所欲侵害之法益，不相一致，亦於防衛權不生影響（註一，二）又受共同加害人中之一人所爲侵害行爲，亦得對於他加害人爲防衛（註三）

註一 甲意在行姦，本非行竊，乙誤認爲賊以防衛財產之目的，致將甲毆傷，自應依第十五之例宣告無罪。（前大理院民國五年上字八六號判例）

註二，如許彩貴確係夜間越牆而入，則即不能知其撥門時之用意，在圖茲行竊抑圖其他侵害，而其現時之侵害，爲無故入人家宅，實顯而易見，斯時許乃寬因自己權利受不正之侵害，即應有防衛權。  
(前大理院民國八年上字六二二號)

註三，參照前述大理院民國九年上字九八三號判例。

(二) 須防衛行爲不過當。

關於防衛之方法，即手段，各國立法例，固均無明文限制，但關於防衛之程度，即範圍，則各國立法例，莫不有明文限制。然亦有寬嚴之區別。有時以明文自正面規定以行爲之必要性 (Erforderlichkeit) 爲要件者，即定明不得逾必要之範圍，甚有定明須出於不得已者，此從嚴主義也。爲多數立法例所取。有以明文自反面規定以行爲之適當性 (Angemessenheit) 爲要件者，即只規定行爲如逾越相當之範圍，即爲防衛行爲過當，此從寬主義也。爲較近之新立法例所取。(註一，二)我國舊暫行刑律及現行刑法係從第二主義，故均未如次條定有不得已之條件。

註一，如奧大利刑法草案第三二條第二項，如瑞士刑法草案第三二條，德國一九二七年刑法草案第二四條一項，均只規定適當性，反是如德國刑法第五三條及其一九一九年刑法草案第二十一條，日本刑法三六等，均規定必要性。

註二， 民法第一四九條仍規定以未逾必要程度爲要件。

註三， 前大理院就舊暫行刑律第十五條後段所稱防衛行爲過當，亦解爲必要程度。參照下述二例：

甲， 查刑律第十五條後段，正當防衛行爲過當者，指防衛行爲逾越其所防衛必須之程度而言，非以被害之法益與防衛行爲所損害權衡輕重也。例如不正侵害者將截人一指，被侵害者非殺其人而不能免其指之被截，則殺人即不能謂爲過當（民國四年上字五九七號判例）。

乙， 查刑律第十五條之規定有二要件，第一係對於現在不正之侵害，第二係出於防衛自己或他人權利之行爲，至但書所謂防衛過當，不以侵害之大小與行爲之輕重相權衡，而以行爲是否超過必要程度爲標準。本夫往坡上看見姦夫正與女人行姦，一時氣忿，順拾石頭打中姦夫後腦，即時斃命，當時既爲防衛其夫權起見，縱有傷害之認識，而具備正當防衛之要件，亦不能認爲超過必要程度。（民國五年上字五一號判例）。

防衛行爲，如何始爲於必要範圍或相當範圍？亦有主觀客觀兩說。前說主張應專從行爲人論斷之。後說主張應就其行爲以一般人爲標準而論斷之。余謂所謂行爲是否必要或相當，當然應就當時具體情形論斷之。即應從客觀觀察，然行爲人本身情形，亦爲當時具體情形之一，自亦應以爲觀察之一標準也。

論斷行爲是否必要或相當之時，次述二種情形，殊爲學說之所爭執。

甲，是否只限於防衛行爲爲惟一之方法時，始得認爲不過當，申言之，如當時尙有其他逃避侵害之方法，乃竟不出此，而出於防衛侵害之一途，是否應認爲仍爲正當防衛或應認爲防衛行爲過當？肯定否定二說。余謂我國刑法既未定爲須出於不得已，只定爲須防衛行爲不過當，如當時實得認爲係對於現在不法之侵害而防衛權利，即爲已足，其是否尙有其他逃避之方法，並非法律之所要求，通常自得認爲成立防衛，且不能認爲過當，惟容易逃避之侵害，不爲逃避，而竟爲防衛，則因在侵害方面是否爲現在（緊急）已爲問題，此時自應認爲過當也。（註）

註 巡長因巡警在外查案，被人殺害，並奪去快槍，聞報後，率警復往，詎行將抵境，彼方早有準備，開槍迎擊，該警等亦開槍抵禦，致彼方有二人中彈身死者，彼方迎擊之時，相距既屬不遠，則當時急迫情形，已可想見，該警等對於現在不正之侵害，原無退避之義務，開槍還擊，爲排除危害應取之手段，亦不發生防衛過當之問題。（前大理院民國六年上字六三四號判例）

乙，爲防衛輕微之法益，對於加害人之重大法益，加以反擊時，是否非防衛行爲過當，亦有肯定否定二說。自通常言之，防衛行爲是否相當，固只能問是否爲防衛所必要，不能權衡雙方法益之輕重，（註）不過爲防衛比較輕微之法益，而侵害加害人異常重大之法益，雖亦在必要之範圍內，而按諸

社會觀念，即於公共秩序善良風俗，認爲不相當，亦應認爲防衛過當。例如對登樹盜果不聽制止之人，以手槍射殺之時是。

註 參照前大理院民國四年上字五九七號五年上字五一號判例

防衛行爲須相當。雖爲緊急防衛之要件，但法律只從反面規定，即僅規定防衛行爲過當（又稱防衛過當亦稱過剩防衛 *notwehr excess, überschreitung, Exzess der notwehr*）之情形。即此時雖具備緊急防衛之其他要件，即仍爲對於現在不法之侵害所爲防衛自己或他人權利之行爲，但已超過相當之程度，仍屬成立犯罪，不過此種情形，亦往往難免，按諸道義或社會責任，未嘗不可原宥，故法律定爲得減輕或免除責任也。

緊急防衛之要件，本不具備，而誤認爲具備，以爲犯罪行爲時，學說上稱此曰誤想防衛，或錯覺防衛（*Fiktilivnotwehr*）此亦爲欠缺違法性認識之問題，應依錯誤及過失之一般理論解決之，即一般得認爲阻却故意，如錯覺更無過失時，並可阻却過失。

### 第三款 救護行爲（註）

註 參照拙著民法通義總則三九三頁以下

因救護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；但救護行爲過當者，得減

輕或免除本刑。爲第三十七條第一項所明定。又前項關於救護自己之規定。於公務上或業務上有特別義務者，不適用之。爲第二項所明定。此略與民法第一百五十條相當，他國刑法亦均設有相當之明文。不過關於其要件及範圍，尙不盡相同。舊暫行刑律第十六條，除危難外，並將強制併入規定，此仿德法國刑法及日本舊刑法。然強制如前述，有二種，有在救護行爲以上，而得逕行認爲阻止故意或過失者。（此時應分別適用三四條或三一條一項）如只足認爲救護行爲，亦爲危難之一種，無特別規定之必要，故現行法仿多數立法例，予以刪去。至於要件及範圍，以與民法及他國刑法相較，頗有異同，當於後述之。總之，本條第一項乃規定救護行爲即緊急避難之要件及效果，第二項，則規定不得成立救護行爲之例外。即救護行爲之要件，共計有五：第一，須有危難，第二，須其危難緊急，第三，須因救護自己或他人之生命、身體、財產，第四，須其救護出於不得已，第五，須其救護不過當，是也。又救護行爲之效果，亦如前防衛行爲，爲不罰或得減輕或免除本刑。即上述五要件均具備者，則爲完全違法阻却原因，其效果應爲不罰。如只具備上述前四要件，亦足以成立救護行爲，然只爲限制違法阻却原因，其效果只爲得減輕或免除本刑，即此時許法院有裁量之自由，或判決科刑，或減刑免刑均可；減刑亦不加限制，只應適用第八十四條。救護行爲之成立要件，固如前述，爲五種，茲爲說明便利，只分爲次述二項論究之。

第一，須有危難原因。



此與前述防衛行爲之侵害相當，乃爲救護行爲之前提。刑法稱曰危難，民法稱曰危險（民法一五〇）二者是否同義？在他國學者，尙有議論，亦有謂危難應較一般所稱危險之意義爲狹者。余謂本條既將舊暫行刑律第十六條所稱不能抗拒之危難修改，而單稱曰危難，自應解爲與危險同義，而指足致本條所定法益被侵害之狀態而言，當然不必已發生實害，只有被侵害之危險已足。至引起此狀態之原因，應解爲無限制（註一）不必限於自然，一切災難，如天災地變水火等，又由於動物或地上工作物等，固可。即人之行爲亦可。他人之行爲可，自己之行爲亦可，不法行爲可，合法行爲亦可（註二）又本法既將暫行刑律所稱之不能抗拒之限制刪去，故此原因，亦不限於不可避之事變，即不可抗力（註三）

註一，參照拙著民法通義總則三九三頁。

註二，亦有反對說，謂應限於人之行爲以外之偶然事實者。

註三，民法所稱之危險（如民法三七三）多與損失同義，較其所稱之不可避之事變（如民法一三九）或不可抗力（如民法二二二）意義爲廣。後二者不過危險之一種。

又本條所稱危險，又須具備次述二要件，始得爲救護行爲，則爲法條所明定。

（一），須爲緊急。

日本刑法於防衛行爲之條件，定爲須急迫，於救護行爲之條件，則反定爲只須現在，彼國學者遂謂現

在與急迫同義，我國民法與是反，前者只定爲須現在或現時，後者則定爲須急迫或緊急，故如前述，不能解緊急與現在同義，故只有危難之狀態發生，尙爲不足，更須其情形急迫。即有須其具體情形，非立時爲救護行爲，則所定法益將被侵害之形勢而後可。（註）本條所以較前條更爲嚴格者，蓋以救護行爲，乃犧牲另一人之法益，以保全受救護者之法益，在該受犧牲者，對於原因即危難，又並無責任。（後詳）即學者所謂正對正之時，與防衛行爲之係正對不正者，情形根本不同，故法律不得不於其原因，首設區別之規定，一則只須有被侵害之危險已足，一則更須被侵害之危險已在急迫之程度，否則不許即爲損人利己或另利他人之行爲也。因危難須緊急，故學說又稱救護行爲曰緊急狀態。（*notzif- and, Etat de necessite*）

註 參照前大理院民國二年上字二八號判例及拙著民法通義總則三九三頁

危難既須緊急，而較現在之義更嚴，則危難尙未發生，只爲未來之危難，或危難已經消滅，已爲過去之危難，當然無救護行爲之可言。餘可參照防衛行爲之說明。

至於緊急應與不能抗拒區別，現行法既將舊暫行刑律修改，單稱危難，應解爲不必爲不能抗拒之危難，已如前述。

（二）須爲及於自己或他人生命身體自由財產之危難。

僅有緊急之危難，尙爲不足，必該狀態已足認爲有侵害吾人生命、身體、自由、財產之可能，始可被侵害之客體，即法益，法律上應否加以限制，舊暫行刑律第十六條只概稱危難，對於危難所侵害之法益，並無種類限制（刑律草案亦同）。然現行法則仍仿多數立法例，於法益之種類，加以限制，其所列舉之種類，完全與日本刑法同（民法第一百五十條所列舉者亦同）。惟在日本學者通說，均解爲只爲例示規定，非列示規定。我國刑法之解釋，自亦發生問題，然余仍贊成列舉即限定說。法益之最重要者，只限於此四者。通常於適用上本不感困難，惟亦有問題，即貞操、健康、名譽，遭遇被侵害之危難時，是否得爲救護行爲？余見貞操本可解爲身體自由之合體（註一）健康在民法雖定爲與身體有別（民法一九三、一九五）然於理論上，應解爲可包含於身體之中。惟名譽及信用，在日本學者中，有謂可包含於自由之內者，有謂宜準諸自由者，余謂名譽或信用被侵害時，只得對於加害人爲防衛行爲，不得對於第三人爲救護行爲，自立法之沿革及精神言之，亦以如是解釋爲妥，蓋以此項法益被侵害，通常殊無犧牲第三人法益以爲救護之必要故也。（註二、三）至住居之安全有被侵害之危難時，學者亦有以之與自由獨立論究者，余謂此即可包含於自由之內。

註一，參照拙著民法通義債編總論九四頁。

註二，參照拙著民法通義總則三九三頁。

註三，瑞士刑法草案，增定名譽，德國一九一九年刑法草案，更定爲只須爲重大之損害。

至於危險所及之法益之主體，則法律如前條，亦無限制，除自己外，只汎稱曰他人，自指救護人即加害人及被害人以外之一切第三人而言。亦如防衛行爲，不限於自然人，法人亦可。惟生命及身體，當然只就自然人始有適用。自由，通常亦只限於自然人，始有適用。在他國立法例，亦有就他人之範圍加限制者。（註一）現行法不從之。（註二）救護行爲，既係正對正，則在加害人本無爲侵害之權利，在被害人亦無忍受之義務，故與防衛行爲不同，非可認爲權利行爲，無論係爲自己或爲他人，均只爲放任行爲。（註三）至法律許爲他人亦得爲救護行爲者，亦如爲他人爲防衛行爲同，只以其爲人類同情行爲耳。

註一，如德國刑法第五十四條定爲只限於自己或親屬之危難。

註二，最近立法例，多取無限制主義，如日本刑法三六，德國一九一九年刑法草案二二條，奧大利刑法草案二三條，瑞士刑法草案三三條，意大利刑法草案一九條均是，我國民法一五〇條一項亦同。

註三，亦有學者主張其爲權利行爲者，乃不足取；我國民法第一百五十條雖於權利之行使之標題下，規定救護行爲，然不能即因此解之爲權利行爲也。

德國刑法，定明須以危難非由於行爲人之有責行爲爲要件。（德刑五四條）我國民法第一百五十條第三項，亦定明須危險之發生，行爲人無責任。然舊暫行刑律即無此明文，現行法亦同。在日本刑法，亦

同無明文，其國學者，通說雖解爲不須此要件，然亦有少數之反對說。余見，民刑事責任，並不必同一要件，刑法既未如民法設有明文，自以取肯定說爲是。（註）縱令行爲人對於危難會與以原因，仍得爲救護行爲，故學者謂緊急避難概係正對正，亦非正確，行爲人於危難有責任，即非爲正，然不能即謂爲不得爲救護，惟行爲人有預行利用救護行爲以爲犯罪之意思，而故意引起危難時，亦與利用防衛行爲同，乃爲緊急避難之濫用，不但不能阻却違法，亦不能阻却故意。

註二，德國及瑞士刑法草案定爲不爲要件，立法院草案亦同。奧大利及意大利刑法草案又定爲須爲要件。

至於因無刑事責任能力人或限制責任能力人或無故意過失人行爲所生之危難，得對之爲救護行爲，自不待言。

又危難是否不以非由於合法行爲爲要件？學說上有否定肯定兩說。余謂，本條既未如前條，定爲須爲不法，故即令危難係由於不法行爲所發生，解爲亦得爲救護行爲，一派學者，謂危難如爲不法行爲所引起，即成爲不法之侵害，只能爲防衛行爲，不得爲救護行爲，余不取之；二者本可以並行不背，一面合於防衛行爲之要件，一面又合於救護行爲之要件，或只出於一途，或同時出於二途，固均無不可也。惟救護行爲，係以其本身爲法律所放任爲前提，即以本得逃避危難者爲限。若對於危難，於法律爲不

得逃避，即本有忍受之義務者，當然不得為救護行為，而致加損害於他人。本條第二項之例外規定，亦即基於此根本理由。此時引起危難之行為，固為合法行為（註）但因此即謂一切因於合法行為之危難，均不得為救護行為，要亦不察之論也。

註 例如對於合法之拘提扣押不得為救護行為是。

## 第二 須有救護行為。

此與前述緊急防衛之防衛行為相當，而為緊急避難之本體。舊暫行刑律稱曰避（舊刑律一五）民法稱曰避免（民法一五〇）刑法則稱曰救護，一則從消極方面規定，一則從積極方面規定，似二者有區別，余謂應同一解釋。即民法上之緊急避難，同須有侵害另一人法益之行為，即其方法必有加害行為，則同。至其目的，或須為積極之救解，或僅為消極之逃避，則擇一為之，固可，相並為之，亦可。通說均謂緊急防衛，係加侵害人本身以損害，即加侵害人以反擊，緊急避難，係加第三人或侵害人或第三人之物以損害，以此為二者區別之標準，余如前述，不贊成此說，謂二者法定要件，各不相同，受不法之侵害時，所為保護法益之行為，須視其情形，究竟合於第三十二條之要件，抑合於第三十七條之要件，如其情形同時合於該二條之要件時，則可認為防衛行為與救護行為同時成立，而應同時適用該二條之規定，不能單以該時所用加害行為之客體為區別。

救護行爲，又須具備次述二要件，亦爲法條所明定。

(一) 須出於救護自己或他人之生命或身體自由財產。

此與危難之要件相呼應，亦如防衛之與侵害之相呼應者同，危難之要件，既須爲及於此等法益者，則救護行爲之範圍，當然只能以此爲限。餘可參照前之說明。

所謂他人，固不限於特定人，惟得反於本人之意思以爲救護行爲否？學說上有否定肯定兩正反對說。他國刑法草案，亦有以明文解決者，余見就此與就防衛所說明者同。

(二) 須出於不得已。

此爲前條所無，而爲本條所特增者。在他國刑法，亦有以此要件須爲緊急防衛與緊急避難所共通者。我國舊暫行刑律及現行刑法，對於前者，均未以此爲要件，只對於後者，以此爲要件。「不得已」與「不過當」，乃如前述，一則規定必要性，即謂爲該行爲是否必要？一則規定適當性，即謂爲該行爲是否適當？(或相當)故此所謂不得已，應解爲係與民法所稱「避免危險所必要」爲同一意義。(註)不得已與緊急危難之爲獨立要件，自不待言。危難雖爲緊急，而所爲之救護行爲，是否必要，仍爲另事也。又此爲關於方法即手段之限制，即爲該行爲之方法，須以於救護上所必要，申言之，即只能於救護目的之範圍內爲行爲是也。

註 民法上所稱之不得已，通常均指於客觀得認行為爲正當之情形，即又單指適當性。

日本學者通說均謂彼國刑法第三十六條與第三十七條所稱之不得已之意義，不能同一解釋，後者更宜嚴格，只以除爲救護行為即加損害於另一人以外無他途之時爲限，德國學者亦多取同一見解，稱此曰緊急避難之補充性，又稱曰補充之原則。(Prinzip der Subsidiarität) 余如前述，解爲刑法之所謂不得已，與民法之所謂避免危險所必要，爲同一意義，只宜問救護行為是否爲必要方法，不必問其是否爲惟一方法，雖尙有其他方法，苟一般人民於其地位，亦難期其可以見及，或亦將預料其爲難得效果，而出於救護行為之途，亦可認爲合於要件，而應爲不罰。至於決定是否必要，只應全依客觀之具體情形，自不待言。(註)

註 參照拙著民法通義總則三九二頁。

(三) 須不過當。

此則關於救護之程度，即範圍之限制，而與前述不得已之要件，爲獨立之要件，即方法雖於救護爲必要，而更應於相當程度爲之，始可惟此要件，亦如前之防衛行為，未經法律定爲絕對要件，而只爲相對要件，即欠缺本項所定之他之要件，均爲完全非救護行為，根本不得爲違法阻却之原因，此要件則僅爲但書，從反面規定，如有欠缺，則仍足認爲救護行為，不過爲救護行為過當，又稱救護過當或避難過



剩。此亦如防衛行為過當，本為違法，然法律仍以爲限制違法阻却原因，蓋亦參酌道義責任與社會責任而然也。至是否相當？自亦應專從客觀具體情形決定之。民法第一百五十條第一項但書，規定有「未逾越危險所能致之損害程度」之要件，即由救護行為即避險行為所生之損害，不得較由危險所生之損害更大，學說上稱曰兩害取輕之原則，(Prinzip des überwiegenden Interesses, Guterabwägungstheorie, Proportionalitätstheorie) 又稱曰緊急避難之均衡性。(Prinzip der Proportionalität) 他國刑法亦有以明文規定此要件者，現行法未設此明文，是否應與民法爲同一解釋，而謂其當然包含於所謂不過當之內，不無疑義。余見刑法既無明文，應解爲只於救護上爲必要且相當之行為，則於由救護所生之損害與由危險所生之損害，自不必權衡其輕重，惟二者如過失權衡，則已可認爲過當，自亦爲避難過剩。

上述救護行為各要件，乃如前述，應專從客觀審究，但如於客觀實欠缺要件，而於主觀誤認爲具備，以爲犯罪行為時，學說上稱曰誤想避難或錯覺避難，(Putativnotstand) 亦應如誤想防衛，依錯誤及過失之一般理論解決之。

本法又於第二項，規定不許適用緊急避難之規定之例外，即凡於公務上或業務上有特別義務者，不能適用前項關於救護自己之規定。蓋既依法令或契約並社會觀念，自己本身有冒危難之義務，當然

不許其本身爲避免危難之行爲也。例如軍警對於盜匪，消防隊員對於火災，均不許自行逃避是也。何項公務員，或業務人，對於何種危難，有不得逃避之義務？當審查具體之法令契約並習慣以決定之。只限於在此義務之範圍內，始不得適用前項，而對於救護他人，仍得適用前項，更不待言。

## 第五章 犯罪之狀態

### 第一節 概說

犯罪之具體狀態（即通常人所謂罪狀）即構成犯罪之事實（參照二六，二七）又稱犯罪成立要件，其一般要件，法律並無明文，只能依法理解決，此爲應於總則研究之問題，本編前章第一節即爲說明此問題者也。至其特別要件，則應於分則及他特別法有明文規定（參照一）此爲應於分則及他特別法研究之問題，不屬於本書之範圍。但前章第一節及分則等法之研究，均僅爲犯罪之具體狀態，即行爲之危險性問題，只爲犯罪之縱的觀察，犯罪之法理，尙有待於他之研究，始能明瞭，即更須超過行爲之危險性即事實性，而爲犯罪之橫的觀察，即就犯罪之抽象狀態，加以研究，此即本章研究之對象也。學說上單稱後者爲犯罪之狀態（或稱形態 *Verbrechensform*）本書亦從之。

超過各種犯罪而抽象的觀察其狀態，可大別爲三方面：第一，自行爲本身即犯罪之階段以觀察之，其狀態

有未遂既遂預備陰謀等問題，刑法總則乃擇其中最要之未遂問題，標曰未遂罪一章以規定之。第二，自行爲人即犯人之數以觀察之，其狀態有單獨犯及共犯，共犯又有共同正犯教唆犯幫助犯等問題，刑法總則乃標曰共犯一章以規定之。第三，自行爲之數即犯罪之數量觀察之，其狀態有一罪數罪即單一犯複數犯，關於後者，於形罰之適用，至有關係，故刑法總則於規定刑罰之種類後，即於標曰刑名一章之後，標曰累犯及併合論罪二章以規定之。（註）

註 累犯及併合論罪尤於後者，不盡爲刑罰適用之問題，故本書仍於罪狀章內說明之。

學者亦有謂犯與罪應區別之者，如謂未遂犯應與未遂罪之意義不同，前者指未遂之狀態，後者指因未遂狀態成立之罪狀，刑法第二次修正理由書，似亦從此見解，故於暫行刑律所標爲未遂罪累犯罪俱發罪共犯罪各章，（第三章至第六章）只未遂罪沿舊稱，餘俱爲改正，余謂所謂犯，所謂罪，欲強爲區別，後者固多指具體狀態，即各別之罪名，前者固多指抽象狀態，即一般之種類，但學術上類多混用，全爲用語之關係，本書則從刑法標題，分爲未遂罪，共犯，累犯，併合論罪，以說明之。

犯罪之具體狀態，即犯罪構成要件，爲分則所定者，固有三個原則：即第一爲既遂罪，蓋各該本條所規定之犯罪，莫不有一定之要件事實，必該要件事實完成，始得成立犯罪，并得處罰，然對此即有例外，而於該要件事實未完成時，亦得成立犯罪，而得處罰。第二爲單獨罪，即均係規定該要件事實係由一人完成，其所規定

之刑罰，亦係以此爲前提。然對此亦有例外，而於完成人有數人或於完成人外另有促成時，亦爲犯罪之一狀態，而得處罰。第三爲單數罪，即均係獨立各別成立犯罪，而以此爲前提，對之科處刑罰。然對此亦有例外，即有須連合數個獨立之犯罪科處刑罰之時，規定此三個例外者，除於分則或他特別刑法各有其特別規定外，總則所設之未遂罪，共犯，累犯，併合論罪四章，亦即規定此例外，故此四章，對於分則之一般規定，反可謂爲特別規定，不過此各規定，對於分則或特別刑法所規定任何犯罪之未遂罪共犯累犯及併合論罪，均有適用，故仍不失爲通則規定。又此各章係規定犯罪及處罰之特別情形，可謂對於分則及特別法所規定之一般犯罪形式，而爲一種修正形式，學者又稱此情形爲刑罰擴張原因；(Strafaunderungsgrund)而於總則第四章所規定之不罰規定，則稱曰刑罰阻却原因，內又包含責任阻却原因與違法阻却原因，以與刑罰擴張原因相對稱。

## 第二節 未遂罪

### 第一款 概說

何者爲犯罪之具體構成要件，固如前述，乃爲分則或特別刑法之所規定，犯罪以故意犯爲原則，(二四，二五)而就故意犯言之，固以故意(即犯意)及行爲結果三者爲基本條件，而犯罪即行爲，故行爲又爲基

本條件中之基本條件，但自其發展之過程，即其進行之階段（順序）言之，實有次述種種：

### 第一，原因之發生。

犯罪之原因（參照七六一）即發生犯罪或成立故意之原因，例如因貧窮而竊盜是。原則不為犯罪構成要件，但亦有例外，特別規定之為構成要件者，刑法所規定之結果加重犯，即其原因亦為一要件，凡分別定有犯某罪因而如何者，均屬於此。亦有未於形式上定明，而於性質上，係以犯另一罪為原因者，亦同。如第三百五十條所規定之強盜殺人罪是。

### 第二，目的之決定。

犯罪之目的（參照七六一）即成立故意之動機，例如為報親仇而殺人是。原則亦不為犯罪構成要件，但亦有例外，特別規定之為要件者，刑法所規定之目的犯，即其目的亦為一要件，分則所規定意圖如何而犯某罪者，多屬於此（如一〇三一，二一一，二一二等）。

### 第三，故意之成立。

故意之成立，即犯意之決定，簡稱曰決意（Entschlus 俗稱曰起意）如前述，近代刑法，只罰行為，無罰意思者。故決意不能為犯罪構成要件，乃無例外。此非因證明困難之關係，乃因此時於社會尚無危險性可言也。

#### 第四，故意之表示。

故意之表示，即謂依言詞文書舉動等將其犯意表示於外也。表示犯意，與決行犯意不同，故此時在一般，不但不得認為犯罪之實行，並不得認為犯罪之預備，故原則不能為犯罪構成要件，但有例外，又有二種情形：即（一）為陰謀罪之時，此當於後述；（二）又有二種情形，甲，有獨立成立一罪名者，如出版法第三十五條規定記載犯意之為罪是。乙，亦有為他罪之構成要件者，如表示將加害生命身體財產之成立妨害秩序或妨害自由罪是。（一五八，三二九）

#### 第五，犯罪之謀畫。

犯意決定後，實行前，亦有為相當之謀畫者；即曾於相當之時期，就犯罪之方法或其他預備，為一定之謀畫策畫者。在我國舊律，往往將謀與故區別，對於前者，特別加重其刑，此亦不無相當理由，蓋以此時犯人之心術，（參照七六一<sub>4</sub>）較之尋常犯人有所不同，尤以注重道義責任之立場上，法律上處置，自應特別也。現行法之預謀殺人罪，（二八四<sub>1</sub>）即係以事先有謀畫為構成要件，在我國乃有甚遠之沿革也。犯罪之謀畫，原則本不能為犯罪構成要件，只有刑法第七十六條第一項第四款之適用，然亦有例外，為構成要件者，又有二種：（一）有犯人單獨為之而即成罪者，如上述之預謀殺人罪是。此尤為例外；（二）有與他人共同為之而始為罪者，在他國刑法亦不少其例，陰謀罪尤為其顯著者，我國刑法，除就陰謀罪設

有規定外，其他尚有以與他人謀畫為構成要件者，或稱曰通謀，（如一〇八一）或稱曰同謀（如二八八，二八九）者，均是。

陰謀（Komplot, Complot）者，二人以上就實行一定之犯罪成立合意也。此又有二種情形：即（一）有僅屬故意之表示者，此為通常情形。（二）亦有已進於預備之階段者，例如某首領意圖紊亂國憲而糾合同志，乃勸誘人參加，在被勸誘者固僅屬犯罪之表示，在勸誘者，則已為犯罪之預備也。刑法以陰謀有此二種情形，恐適用困難。故將陰謀與預備並列規定，（如一〇三二，一〇七三）則不問陰謀行為是否僅屬犯意表示或已成犯罪預備，均可處罰。

陰謀罪之故意，不必均為實施正犯之故意，即共同實施之故意，但與教唆犯之故意又不相同，凡合意之人，固須均有實行犯罪之意思，但只其中一部有實施之意思，他一部僅有幫助之意思，亦可。

陰謀乃關於一定之犯罪，與此有別者，尚有所謂犯罪團體（*association de malfaiteurs, Bande*）：稱兇黨，即謂數人關於不特定之犯罪而相結合也。在法國有兇黨取締法，暹羅刑法第一百七十八條以下，亦規定為獨立犯罪，我國刑法第一百六十一條，亦仿此立法例者也。

#### 第六， 犯罪之預備。

犯罪之預備（*Vorbereitungshandlungen, actes préparatoires*）乃為決意後，實行前之階段。犯罪發展

之過程，實只可分爲預備與實行二階段。學說中亦有分犯罪，發展過程爲預備，着手，實行，三階段者。前大理院即從此用語。（註一）然刑法第三十九條第一項，既明稱曰，「已着手於犯罪之實行」，則着手顯爲實行之一部分。（註二）故預備應解爲已決行犯意而尚未至着手之行為，即故意成立後，不僅單純表示之，而已決意實現之，從此點觀察之，預備行為，不但與故意不同，與故意之表示，亦不同。但雖已決意實現犯意，而尚未開始爲構成犯罪事實之行為，從此點觀察之，預備行為又與着手即犯罪之實行有所區別，預備罪與未遂罪之區別，亦即在此。

註一，查犯罪預備與未遂之區別，全以已未着手爲標準，凡實施構成犯罪要素之行為，謂之實施，着手者，即指開始實施而言，與實施有緊接之關係，該上告人拿鎗出外尚未成行，即被攔阻，據証人供上告人拿鎗時尙看不見所欲殺之人，是當時縱欲殺人，亦無從開始實施，自無着手可言，核其所爲尙在殺人罪預備之程度，原判認爲殺人未遂，實屬錯誤。（前大理院民國九年上字八一九號判例所謂實施與實行之意同）

註二，立法院修正案亦同，現時多數立法例及學說亦然。

預備只須爲實現犯意，而未至着手之行為，究竟何者爲預備，只有就具體情形審按其已否開始爲各本條所規定爲構成犯罪之行為以決定之。在通常之適用上，本不發生若何困難，然在學說上，說明何者爲



着手，則因着重之觀點不同，而有主觀客觀二派。主觀說，係着眼於犯罪意思，而以該犯意得由其遂行行為為確實認識之時為着手，而其說明方法，又有種種。有謂着手為意思之客觀化者，有謂着手係意思得因行為為識別之時者，有謂着手為犯意之確實性及遂行性者。客觀說，則係着眼於犯罪行為，而以其一部實現時為着手。所說又有種種。有以對於犯罪之完成立於必要關係之時為着手者，有以有經驗上足認於該犯罪通有之行為之時為着手者，有以犯罪之危險現出之時為着手者，有以為密接犯罪構成要件之行為之時為着手者，有謂只須開始為實現犯罪構成要件事實之一部之行為為着手者。余見，主觀說不免觀念茫漠，適用上殊為困難，即客觀說中，除最後說外，亦如主觀說，有同一流弊，故以最後說為適當。蓋凡一犯罪，莫不於分則或特別刑法規定其構成之要件，必須開始為實現該要件事實之一部之行為，始得謂為實行犯罪，即始得謂為着手實行，乃至明顯之理。例如殺人罪，殺害行為乃其構成要件之一，開始為殺害行為，即為實行，亦即為着手。無論其犯罪之方法為刀殺，槍殺，或毒殺，僅僅購置刀槍或毒藥，固僅得為預備，尚不得為着手。以斯時尚難認該行為為殺害行為之開始也。反是若已拔持刀槍或放置毒藥，則在客觀上，已足認為已開始為殺害行為，自為着手。總之，必須於客觀有合於犯罪構成要件之行為，方得謂為犯罪，論斷行為已否着手犯罪，不求之於客觀之構成要件，而求之於客觀之其他事實，或求之於主觀之犯罪意思，皆為不通之論也。（註一，二，三）

註一、最高法院判例與本書同。（參照後出之民國十九年上字第一三三五號非字三五號及民國二十年上字五八二號判例自明）前大理院前後見解不一致，如民國四年上字五二六號及上字二八三號判例，逕以行竊已出發及強盜指明目的地行至中途被獲，均爲着手，而應論竊盜或強盜未遂，此直在主觀說以上，其爲不當，固不待言。然觀民國九年上字八三九號判例，則又似已變更前例，而採客觀說。與本書同一見解。

註二、德國及法國判例有採主觀之傾向，日本大審院判例則有客觀之色彩。

註三、結合犯（*zusammengesetztes Verbrechen*）即數個不同之行爲，結合構成一個犯罪者，如何始爲着手？兩派見解，亦不相同。主觀說，謂應就該各事實以論定其已否着手，客觀說，則謂只須有一行爲開始，即爲着手。

### 第七、 犯罪之實行。

犯罪之實行。（*Ausführungshandlung, acte d'exécution*）即謂爲犯罪構成要件之行爲也。其開始之行爲，稱曰着手，已如前述，此爲犯罪構成要件之一部，而爲犯罪之本體。刑法有稱犯罪之實行者，（如本章）亦有稱犯罪之實施者，學者亦有謂二者之意義各別者，余謂二者僅用語不同，意義相同。

但所謂實行，如上所述，係指爲犯罪構成要件之行爲，即實現犯罪行爲，在通常，實行與預備，固有區別，若

預備行爲或以前行爲亦爲犯罪構成要件時，則實現該行爲，亦爲實行犯罪也。  
第八， 結果之發生。

因犯罪行爲所發生之結果，亦爲犯罪構成要件之一部，犯罪行爲，應否包含結果？僅屬用語之便宜，已於前述。(註)

註 刑法第七十六條第一項第八款所稱犯罪之結果，應解爲與爲犯罪構成要件之結果不同，乃指由該犯罪事件所發生之結果，非指由犯罪行爲所發生之結果。

實行犯罪後，發生結果與否？即爲次述未遂罪與既遂罪區別之標準。

第九， 犯罪之未遂。

此爲刑法特以明文規定者，當於後款詳述。

第十， 犯罪之既遂。

犯罪之既遂，簡稱曰既遂罪。又稱既遂犯。(Vollendetes Verbrechen, Délit consommé) 即謂構成犯罪要件之事實概行完成也。此爲犯罪之正宗。其與未遂罪之區別，亦觀後述未遂罪之說明自明。何者爲構成要件之事實，乃爲分則及特別刑法之所定，是否完成？自當按各該本條，審究具體事實，以決定之；但故意犯及實害犯有既遂罪，過失犯及危險犯，亦有既遂罪，又不但通常犯罪有既遂罪，即預備罪，陰謀

罪，亦有既遂罪。

又應注意者，對於決定犯罪爲既遂或未遂之基礎事實爲審理，固屬於一二審之範圍；但對於已確定之事實，斷定其是否爲既遂或未遂或預備，仍爲適用法律之問題，得爲第三審之上訴理由。

## 第一款 未遂罪之觀念

刑法關於未遂罪，(Strafbarer Versuch, Tentative punissable) 特於第三十九條第一項以明文規定其定義，曰：「已著於犯罪之實行而不遂者，爲未遂罪，其不能發生結果者亦同。」是本法所規定未遂罪之要件，只爲第一，已著手於犯罪之實行，第二，不遂，已足。至於不遂之原因如何，則非所問。在一般學說，均以着手實行犯罪後而因不遂之原因，又分爲三種：即僅以不遂之因於意外之障礙 (Von willon des Tatersunab hängige umstände, Circonstances indépendantes de la Volonté) 者，始稱爲未遂犯，而以不遂之因於已意者，則稱爲中止犯。(Freiwilliger Rücktritt vom Versuch, Désistement volontaire) 不遂之因於不能發生結果者，則稱爲不能犯。(untauglicher Versuch, Défait impossible) 其中尤以中止犯應與未遂犯區別。以前之立法例，亦從此見解，如法國刑法及屬其法系之刑法，並日本舊刑法均同。我國舊暫行刑律亦同。然又有一派，如德國學者，則以不分不遂是否因於意外之障礙，均爲未遂犯，較近之立法例，多從此見解，如那威瑞士及日本現行刑法等是，我國現行法亦同，故特將舊刑律不遂因於意外之障礙一語刪去，故現行法

之所謂未遂罪，實包含學說上所謂未遂犯，不能犯，中止犯三者。但關於其處罰，三者仍各有輕重之不同，（四〇，四二）且於不能犯及中止犯，仍特別標明有不能及中止之字樣，則雖統稱為未遂罪，與一般學說，亦不過用語之區別，實質上仍無區別，故余謂仍沿一般名稱，稱為未遂犯，不能犯，中止犯，亦無不可。

「已着手於犯罪之實行」之要件，為區別未遂罪與預備之標準，如何為着手，如前所述，應視其已否開始為各本條所規定為構成犯罪要件之行為以決定之，此全為各本條之解釋問題，例如殺人罪，係以殺害行為為構成要件之一，開始為殺害行為，即可謂為着手，至於如何行為足認為已開始為該要件行為，則惟有依社會觀念以決定之，即其行為如在社會觀念上，已具有引起或放任為構成要件之結果之形態，斯得認為已有實行之着手，只須於具體，具備法定之形態已足，並不須於抽象，亦有發生結果之可能性，此在我國刑法，規定不能犯亦為未遂犯，尤以犯罪之方法決不能發生結果之時，亦應論未遂罪（三九一，四〇）自應為如上之解釋也。故如依咀呪或放蠱以圖殺人者，應否認為着手未遂，要視社會觀念如何以決定之，不過咀呪在正當社會觀念，已當認為無法定殺人形態之資格，此種迷信犯，不能認為成立未遂罪而已。

又應注意者，有一定之犯罪，其構成要件，第一，有須其行為由特殊之行為入行之者，（如因身分成立之罪，例如瀆職罪，二二八以下，妨害婚姻罪，二五六是）第二，有須其行為於特殊之狀況行之者，（例如二五〇，三二四，一九六之罪）如此時，未由所定之行為入行之，或未於所定之狀態行之，則根本不成實行行

爲，乃係犯罪構成要件之事實之未開始，自無所謂着手，亦不發生未遂罪之問題。

「不遂」之要件，爲區別未遂罪與既遂罪之標準，所謂不遂，即指構成犯罪要件之事實未完成，一般構成犯罪要件之事實，不外行爲與結果，故此所謂不遂，即指未發生該各條所規定爲構成要件之結果，不但於理論上應爲此解釋，即觀第三十九條第一項後段，亦至爲明顯。惟此所謂結果，乃如一般，應廣義解釋，不但指實質犯之實害，並指形式犯之危險，故在形式犯，只須已完成爲構成要件之行爲，足以發生侵害法益之危險，即應認爲既遂，必須要件行爲尙有一部未完成時，始爲未遂。若實質犯，則只完成該各條所規定爲構成要件之行爲，尙不足爲既遂，更須發生爲構成要件之結果，即發生侵害法益之實害，而後爲既遂。學說上多從不遂方面觀察，又分未遂犯爲着手未遂，(nichtbeendeter Versuch, delit tenté) 與實行未遂，(Beendeter Versuch, delite manqué) 一稱缺效未遂。即一指已着手實行，而實行尙未終了者，一指實行亦已終了，但尙未發生結果者。(註一，二)在現行法上，如前所述，雖亦可認此分類，但係未以着手與實行區別，而以着手包含於實行之中，則上述用語，亦不能適用，應改稱爲實行未終了未遂，簡稱曰未了未遂，與實行已終了未遂，簡稱曰既了未遂，爲妥。

註一，一般立法例尙未有將着手未遂與實行未遂區別規定，區別規定者，只意大利刑法第六一條及第六二條，瑞士刑法草案第一九條。

註二，最高法院民國二十年上字五八二號判例仍如前大理院，謂着手與實行爲二事，然在舊刑法可如是解釋，在現行法則不可。「按移送被誘人出民國領域外之未遂犯，是否成立應以移送行爲是否已經着手或實行爲先決問題，苟其移送被誘人，僅在計議或預備中，尙未達於着手程度，則該項未遂犯，自屬無由成立。」

以前立法例及一般學說，均區別未遂犯與不能犯，而在學說，關於未遂犯與不能犯應如何區別，即不能犯之內容如何，所說又極紛歧。我國現行刑法，特爲解決此紛爭起見，以明文規定不能犯亦爲未遂犯之一種。故在解釋上，關於不能犯之內容即意義，亦不必更創異說，直取刑法之規定即可。即所謂不能犯：在我國刑法上，乃稱已着手於犯罪之實行而不能發生犯罪之結果之未遂犯之一種也。故不能犯之要件，仍與一般未遂犯同，即仍須「着手於犯罪之實行而不遂」，不過不遂只限於「不能發生犯罪之結果」，其範圍較一般未遂犯少狹而已。在一般未遂罪，不遂之情形，尤爲不遂之原因，乃非刑法之所問，對於不能犯亦同，不能發生犯罪結果之情形，尤爲其原因，亦非其所問，亦觀第三十九條第一項後段自明，不過依第四十條但書，不能發生犯罪結果之原因，係在於犯罪之方法者，與其他不能犯，處罰又微有不同，蓋不能發生犯罪結果之情形，尤爲原因，固有種種：第一，有爲方法（或稱手段）之不能者，第二，有爲客體（又稱標的物或目的物）之不能者，第三，亦有爲其他不能之情形者，但最爲普通者，均爲前二種，又有二種情形：（一）有爲絕對的（或

稱一般的或概念的)不能者,此係行為之性質上不能,即係因方法或客體之性質上不能發生犯罪之結果,例如誤以砂糖爲毒藥而以之殺人,或對於未懷胎之婦女而施行墮胎者是(二)有爲相對的(或稱具體的或特殊的)不能者。此非其行為之性質上不能,即僅係其方法或客體於具體情形不能,例如開槍殺人,因不善放槍而未中,或誤以已離去之某甲尚在室內,而致開槍未中者是。刑法第四十條但書,獨對於一犯罪之方法決不能發生犯罪之結果」之情形,規定處罰較輕,即僅以方法之絕對的不能犯與一般未遂罪不同;蓋不能犯應否處罰,乃爲自羅馬法以來立法上之大問題,在現時學說上,舊派與新派,即客觀說與主觀說,爭執尤烈。刑法對於不能犯之見解,誠如第二次修正案理由之所云,係採主觀說(此觀第三十九條第一項後段極明)且係限制的採主觀說(此又觀第四十條但書自明)故概以不能犯爲未遂犯,而又對於特種不能犯之處罰,使與一般未遂犯不同,然所謂主觀說,所謂限制主觀說,於理論是否正當,尤於實際是否允洽,均不無疑義,殊如方法之絕對不能,既可減輕或免除本刑,於客體之絕對不能,又何以不同,此均爲其理論上不能貫徹之處,最高法院對於未遂罪之見解,仍取客觀說,且更進一步,不問爲客體不能或方法不能,直不以爲不能犯,即不成立未遂罪(註)此雖與現行法不無不相吻合之嫌,且於理論上亦同一不妥,但於不贊成主觀說一點,余固表同情也。

註 最高法院有次述二判例;一則認客體相對不能不能成立未遂罪,一則認方法絕對不能,不能不能成



### 立未遂罪。

查刑法處罰未遂罪之精神，係以其着手於犯罪之實行，雖因意外障礙不遂，而發生實害之危險，不能不加以制裁，故刑法第三十九條第一項後段之不能犯，亦係指該項行為有發生結果之危險者而言。如實際上本不能發生實害，即無何種危險之可言，自不成立犯罪。本案上訴人侵入某甲家，雖在將某甲殺害，但某甲既早已出外，絕無被害之危險，按照上開說明，究難令負殺人未遂罪責。（民國十九年上字一三三五號判例，此例說明方法不當，本件事實乃未着手之問題，非着手而不能發生結果之問題。）

刑法處罰未遂罪之精神，係以其着手於犯罪之實行，雖因意外障礙不遂，而有發生實害之危險，不能不加以制裁，故刑法第三十九條第一項後段之不能犯，亦係指該項行為有發生結果之危險者而言，如出於犯人一時之幻覺，實際上並非實施犯罪之行為，（學說上名曰幻覺犯）自不成立犯罪，本案被告誤認料土為鴉片烟，着手販賣，非但不能發生販賣烟土之結果，且無發生該項結果之危險，即亦不生未遂罪之問題，乃原審不認其行為不成犯罪，為無罪之判決，竟適用刑法第二百七十一條第一項，第六十條第一第二兩款論罪處刑，顯屬違法。（民國十九年非字三五號判例，幻覺犯或幻想犯，學說上均稱關於法律之積極錯誤，即其行為法律上本不為罪而誤以為有罪之時，乃阻却故意之問題，本件事實，乃關於事實之錯誤，係有故意，並又着手，而只為不能犯之問題，判例此點不當。）

不能犯之內容，在本法之解釋上，只應為如上之說明已足。學說之介紹，已非必要，故茲僅述學說之概略：  
第一，主觀說。又有次述二派：

(一)，純粹主觀說。此派完全以主觀之犯意為標準，只須為實行犯意之行為而不遂，則不問其原因如何，概應論未遂。此說乃根本不承認不能犯之觀念，即謂不能犯，不應與未遂犯區別，刑法第三十九條第一項後段，實即依此見解者也。惟此派關於所謂迷信犯，所說尚不一致，有謂亦不應除外即仍為未遂犯者，有謂應仍除外即為不能犯者，後說關於其理由，所說亦屬區區。(註)

註 甲，有謂迷信人為無責任能力人者，乙，有謂為教唆之未遂者，丙，有謂為係利用因果關係以外之關係而等於未用犯罪之方法者，(德國最高法院採之)丁，有謂為犯意尚未充分客觀化者，戊，有謂為未表徵性格之危險者，己，有謂宜不依理論說明，而應以立法由未遂除外者。

此說殊於實際不當，其欲離開結果或行為而主張處罰犯意，尤為不妥，故現時即主觀說中，亦多加以限制。

(二)，主觀的客觀說。(Subjektiv-objektive Theorie) 此派雖亦着重行為人之犯意，但與前說不同者，則尚認未遂犯與不能犯有區別，即以實行之着手，苟足為實行犯意之表徵，則為未遂犯，否則為不能犯，此說仍承認未遂犯與不能犯有區別，且亦認迷信犯，已與後述之客觀說中具體危險說相近，其

所謂實行犯意之表徵，亦即具體危險說所謂之發生結果之可能，亦即指發生結果之危險，不過此派乃謂決定其有無此危險，應離開客觀事實，而觀察主觀之認識，如行為人認識之事實近於實際，斯其行為有引起結果之危險，故又稱主觀的危險說，且以此危險為抽象的危險，(abstrakte Gefahr)故又稱抽象危險說，與具體危險說，於適用上又有不同。(註)

註 例如對於在距離外之人開槍，在具體危險說，為不能犯，抽象危險說，則為未遂犯。

此即為限制主觀說，刑法第四十條但書，亦即斟酌此見解者也。此說雖較前說稍合於實際，已注意客觀，而其所謂行為有發生結果之危險與否，仍從行為人所認識者觀察之，至其不能發生結果之原因，仍非其所問，亦屬不妥。

## 第二，客觀說。

又有數派，雖於着重客觀之犯行一點相同，但於區別未遂犯與不能犯之標準，所說又不一致。

(一) 純粹客觀說。此派為舊派所倡，以前幾無異說，現時仍不失為通說。又稱曰客觀的危險說。即謂須其行為完全於客觀有發生結果之危險，始為未遂犯，否則為不能犯，又分不能之原因為絕對不能與相對不能，又各分為關於客體之絕對不能與相對不能，及關於方法之絕對不能與相對不能，四種：只以客體及方法之相對不能為未遂犯，絕對不能則為不能犯。

刑法雖採主觀說，但同時又設有承認上述不能分類之規定，而在主觀說及他派，非難此派，則謂其所稱絕對相對，觀念上並不正確，例如人不在室，向室中開槍，此派固以為相對不能，但在行為當時，實為絕對，謂為相對，不合論理。吾謂未遂犯或不能犯，以及所謂不能發生犯罪結果之觀念，均為法律上之觀念，要不能不以社會觀念為準，此派之優點，亦即其依吾人常識以判斷不能與不遂，所謂絕對相對，亦僅屬經驗上之立場，非純粹論理上之立場，以此非難此派，尚非中肯之論也。（註）

註 最高法院係採此見解，觀前述判例自明。

（二）具體的危險說。此派係求區別未遂犯與不能犯之另一標準，在客觀說中頗為有力學者所倡，如德國之李斯特，即持此說者，乃謂未遂犯與不能犯，應以行為有發生結果之危險與否而區別之，不問為絕對不能或相對不能，如行為於引起結果有較近之可能性（nahe Möglichkeit）斯為有具體的危險（konkrete Gefährlichkeit）為未遂犯，無此危險則為不能犯，而危險之有無，應以行為時所得預見或行為人所得預見之情事為標準而決定之，事後始能查悉之事實，則不應斟酌；例如對於未懷胎婦女施行墮胎，如行為為當時有足認為懷胎之情事，亦為未遂是。此派將事後所知之事實除外，於適用上，已與主觀說相近。

對於上說之非難，則為所謂客觀的危險之說明，只能適用於實害犯之未遂，不能適用於危險犯之未

遂，蓋以危險犯只須有侵害法益之危險，即爲既遂故也。

(三) 要件具備說。此派亦係對於純粹客觀說，加以限制，以期更進而求區別未遂犯與不能犯之標準者。即以法律所規定之要件爲其區別之標準，欠缺法律上必要之客體或方法，則爲法律上不能，而爲不能犯，例如對於未懷胎之婦女施行墮胎或誤以砂糖爲毒藥而殺人是。僅欠缺事實上之要件，則爲事實上不能，而爲未遂犯，例如施行墮胎之手術未奏效，或毒藥性不烈之時是。

此說強分犯罪構成要件爲法律上要件與事實上要件，實爲不當，亦不可取。

(四) 事實具備說。此派爲德國學者之通說，亦係更求進一步之區別未遂與不能犯之標準者。即高倡有所謂事實之欠缺(Mangel am Tatabstand)之觀念，以此爲區別未遂犯之標準，即由犯罪要件事實中，分爲屬於因果關係之部分，與僅屬因果關係過程之部分，(即附隨事實 *begleitende Tatabstandsmomente*) 只後者欠缺，則爲事實之欠缺，即不成犯罪，亦不生未遂之問題，必須有因果關係之欠缺，始爲未遂；例如開槍殺人而未中，係欠缺因果關係，因爲未遂，但若係誤以樹爲人而開槍，則爲欠缺事實，無未遂可言，至對於此事實欠缺之性質，則所說又不一致。有以爲法律的不能者，有以爲幻覺犯者，有以爲係與未遂相關聯之特殊情形者，有以爲不能犯者。

此派亦於實際及理論均爲不合，將所謂因果關係部分與因果關係過程部分强行區別，而且强行區

別其輕重，殊未見其可也。

又在一般立法例及學說，均認中止犯與未遂犯有嚴格之區別，我國刑法則亦以中止犯爲未遂犯之一種，已於前述，但關於其處罰，(四一)與一般未遂犯，固大不同；(四〇)即與不能犯亦有不同。故將中止犯與一般未遂犯及不能犯區別之，仍有實益。

關於中止犯之內容，刑法已於第四十一條有明文規定，即指「已着手於犯罪之實行而因己意中止者」。故中止犯亦係已着手於犯罪之實行而不遂，即亦係構成犯罪要件事實未完成，此亦爲中止犯之一要件，與一般未遂犯及不能犯無異。中止犯獨與他二者不同者，即在其不遂係「因己意中止」，此爲中止犯與他二者區別之惟一標準。

中止犯與不能犯較易區別，蓋雖同爲不遂，但其原因，一爲中止，一爲不能，顯然不同，且多數立法例，中止犯與不能犯，均與未遂犯法律上待遇不同，而同爲不罰，故中止犯與不能犯殊無特別區分之必要，獨中止犯與未遂犯，其不遂之原因，均爲中止，而於法律上待遇又大不相同，故有嚴格區分之必要，學說上關於二者區別之標準，乃極屬紛歧。

第一，物質的障礙說。此在立法例，既以限於因意外之障礙而不遂者爲未遂犯，故在學說上，亦以有是  
否因物質的障礙而中止爲區別未遂犯與中止犯之標準，此說係求中止犯區別之標準於客觀，以前爲

通說，但認中止犯之範圍過寬。必須有物質的障礙存在，始為未遂，實與實際不合，例如盜賊見巡警走來而放手逃走，僅巡警走近，未必即於物質的足以妨害竊盜罪之遂行，則其中止，即非因於物質上之障礙，然此時仍應論狹義未遂，不應論中止。

第二，通常妨害說。又有二說：(一)謂應以未遂之原因，於經驗上可認其在通常亦足以妨害犯罪之既遂，斯為未遂，否則為中止；(二)亦有仍謂應求其區別於中止是否因於意外障礙或因於犯人意思，而意外障礙，又應依一般觀察，可認於客觀足以妨害犯罪進行之原因，此時乃為未遂，無此原因而由犯人任意中止，則為中止。此二說，亦與前說同，係求中止犯之標準於客觀，不過對於意外之障礙，縮小其範圍，只限於在客觀且依一般觀察，能為妨害既遂之原因而後為未遂，此說現時頗為有力學者所主張。

第三，犯意拋棄說。謂應待犯人拋棄犯意即已後悔而後為中止，否則為未遂。此說則與前二說不同而係求中止與未遂之區別於主觀，但止限於犯人有悔語之意思，始為中止，未免範圍過狹。

第四，絕對不欲說。謂行為人尚能為而本不欲為為中止，行為人仍欲為而勢不能為，為未遂。此說亦係求中止之區別於主觀，但不問其不欲為係因於外界刺激抑係因於內部發動，概為中止，未免範圍過寬。

第五，完全自動說。即謂亦須犯人不欲為，但分別其原因是否因於外界刺激，抑因於內部發動，前者仍為未遂，後者始為中止，故又可稱為相對不欲說。

在我國刑法之解釋，以取上述最後說爲是。蓋法條明定須因己意中止實行，始爲中止犯，則其區別之標準，當然只能求之於主觀之意思，不能求之於客觀之障礙，尤以現行刑法特將舊刑律意外之障礙一語刪去，一般之未遂犯，並不以因於此意外之障礙爲限，則上述學說，凡先求障礙未遂之範圍，然後以不屬於此範圍者爲中止未遂，其解釋方法，實屬根本錯誤。法條上明劃定中止未遂之範圍，不屬於此者，即爲一般未遂，自不得顛倒解釋，又中止未遂之範圍，即其區別之標準，法條上亦已明定，須爲因己意而中止實行，自只須對於因己意中止之意義，正確解釋之已足。自立法本旨言之，特將因己意中止之未遂與其他未遂區別，自應解爲須實行而不遂之原因，出於行爲人自己之意思，即須行爲人使不遂之結果，完全發動於自己之意思者，始可。故所謂因己意思中止，應解爲係行爲人於着手實行後，本於自動或自發之意思，（不必爲自由之意思）停止實行之繼續，或阻止結果之發生，（註）即在中止犯須有中止實行或結果之意思，又須有中止實行或結果之行爲，而此中止行爲，在未了未遂，固只須有中止實行之消極行爲，即不作爲已足，例如以刀殺人，於已抽刀將殺之際，停而不下已足，若在既了未遂，則實行行爲已完畢，其結果已發生或將發生，則須中止其結果，即須有阻止結果發生之積極行爲，即作爲，例如以毒藥殺人，於已將毒藥使服之後，則須更爲新行爲即解毒行爲始可。

註 德國刑法四六條，特別定明爲拋棄實行與妨止結果二種情形，我國刑法，雖無此明文，且法條上只稱



中止實行，似只限於未發生結果時始有中止犯，余從通說，謂不能如此狹義解釋，所謂中止實行，應包含中止實行之繼續與中止結果之發生二種。

行爲人中止實行，完全出於自己自由之意思，尤爲出於自己悔悟之意思，其爲因己意中止，固無論矣。有時中止實行，雖亦係出於自己意思，但其決意之動機有種種：亦有外界之原因介在而後促成此決意者，余如前述，須因自動或自發之意思中止，始爲中止，只須爲自發自動，則於其決意之動機，即可不問。反是，非爲內部之發動，而爲外界之刺激，則爲未遂。即中止之情形，大別爲三種：第一，因爲犯罪實行之動機之事情不存，在而中止之時，例如着手殺人後，見其人非其所欲殺之人而中止，或着手竊盜後，見其物無價值而中止之時，學說上就此有論中止與論未遂二說，余取前說。蓋以此時仍係自動中止故也。第二，爲犯罪實行之動機，雖仍存在，但因預見有外部之障礙，例如或以爲實行有困難或不能，或有被發覺或被逮捕之危險，而中止之時，通說均謂此時只應論未遂，余謂後之情形，固只能論一般未遂，前之情形，應分別論之。如此時已拋棄犯意，仍應論中止未遂。第三，爲犯罪實行之動機之事情亦仍存在，且亦因預見有外界之障礙，但係自動中止實行，例如所欲殺者亦爲其仇人，但見其可憐，或思及自己亦將償命，因而中止之時，此時學說上雖不無異說，余謂只須爲自動的決意中止，縱令另有其他之外部原因，亦可以不問。至於並無外部障礙原因而誤認爲有此原因而中止之時，學說固亦有主張應論障礙未遂者，余從反對說，謂應論中止未遂。

又中止只須在實行當時有此決意已足，故如係行爲人當時見實行困難而一時停止，尚有留待後日實行之意思，亦足謂爲中止，但必須當時實有中止之決意始可，若當時即無拋棄實行之意思，例如犯人在暫行停止時尙保留有利用着手後之效果之意思，則並未拋棄實行，亦即難謂爲已決意中止。

學者有謂中止係實行之拋棄，與實行反覆之拋棄有別，即於着手爲第一犯罪行爲後，因其未發生結果，於着手爲第二行爲之際，因已意而中止，不應論中止而應論未遂者。例如初次放火未成，再次又將點火後，從而中止之時，或第一槍未中，將放第二槍，從而中止之時是。余謂應就具體情形觀察，如仍爲整個之犯罪行爲，則仍應論中止，如應認爲各別之行爲，則應論未遂。

又在前述既了未遂之中止，須有妨止結果發生之行爲，學說上固無異說，但妨止不奏效之時，是否仍應論中止，學說上有肯定否定兩說，余從否定說。蓋結果依舊發生，並未爲其行爲所妨止，乃屬既遂，無所謂中止未遂也。又在既了未遂之中止，如其結果之發生，已屬不能，應否論不能犯抑論中止犯亦一問題。學說亦不無爭執，然通說均謂中止犯須以能發生結果而妨止其發生爲要件，余亦從之。

又應注意者，着手實行後，已生一部結果，獨立成立犯罪，而對於以後之實行中止時，應否論既遂而使負全部責任，學說上亦有爭執，例如在連續犯，結合犯，牽連犯（後詳）前之部分已經既遂，後之部分中止者是。余以肯定說爲是。蓋以此時本應獨立論罪故也。

又應注意者，在共犯，有一人中止者，及於他共犯之影響如何？亦為學說上爭執之問題，余謂正犯當然只能就為中止行為之人論中止，與他正犯無與，即在教唆犯及從犯，亦應同一論之。故此時正犯因已意中止者，在該正犯固為中止犯，而在教唆犯或從犯，則仍為一般未遂犯也。

### 第二款 未遂罪之處罰

關於未遂罪，應如何處分？學說及立法例，殊不一致。在採主觀主義之新派，以係着重於犯意，而不着重於結果，自主張應與既遂罪同等處罰，此可稱曰同等主義，或不減主義。在取客觀主義之舊派，以係着重於犯行，尤為結果，而不着重於犯意，自主張不應與既遂罪同等處罰，此可稱曰必減主義，或原則不罰主義。至在立法例，亦有採主觀主義者，亦有採客觀主義者，亦有採折衷主義者；但如前述，以前立法例，對於未遂犯，乃有一定範圍，即只限於障礙未遂，始為未遂犯，而始應與既遂犯同等處罰，若不能犯，中止犯，則仍屬不罰，至於以不能犯與中止犯亦為未遂犯之一種，則為較近學說所主張，乃係出於主觀主義，我國現行刑法，即係從此見解，雖亦屬採折衷主義，究係偏於主觀主義者也。

刑法關於未遂罪之處罰，除於第三十九條第二項，設有一般原則之規定外，更於第四十條及第四十一條，分別就一般未遂罪及不能未遂罪並中止未遂罪，各設有處罰之規定。分述之於後：

#### 第一，未遂罪處罰之原則。

關於未遂罪之處罰，立法例又有兩種主義：(一)概括主義，即只須爲未遂罪，概行處罰。如意國刑法（意刑六一，六二）是。(二)列舉主義，即須限於特種犯罪，始認有未遂罪，何種犯罪，得罰未遂，均以法條列舉，又可稱未遂罪特定主義，如日本刑法（日刑四四）是。法國刑法（法刑二，三）及德國刑法（德刑四三）關於重罪，概罰未遂；關於輕罪，則須明文。

我國舊暫行刑律第十七條第二項，即係採第二主義，現行刑法第三十九條第二項亦同。即定明「未遂罪之處罰，以有特別規定者爲限。」故非一切犯罪均得成立未遂罪，其成立未遂犯而得處罰者，均須於分則或特別刑法有特別明文。此點仍係對於主觀主義，加以相當限制。蓋犯罪中有按其情節必須構成犯罪之事實完成，始爲危害社會，即只須罰既遂已足，並不須罰未遂者。故未遂罰必須於構成犯罪事實雖未完成，亦足以危害社會之時，始應成立，即此時始有對於既遂罪設一例外之必要。此點求之於主觀主義，固不可通，然按之於社會實際，則屬當然也。

刑法有明文規定未遂罪者，即外患之一〇七II，一〇八II，一〇九II，一一〇II，一一一II，一二二II，一一四III，一一六II；妨害國交罪之一二二II，一二四II；瀆職罪之一三五III；妨害選舉罪之一四九II，一五二II；脫逃罪之一七〇IV，一七一IV，一七二III；公共危險罪之一八七III，一八八IV，一九二III，一九三IV，一九五III，一九七V，一九八V，一九九III，二〇〇II

，二〇一Ⅱ，二〇三Ⅳ，二〇四Ⅳ；偽造貨幣罪之二一ⅠⅢ，二一二Ⅲ，二一三Ⅲ，二一四Ⅲ；偽造度量衡罪之二一八Ⅱ，二一九Ⅱ，二二〇Ⅱ；偽造文書印文罪之二三三Ⅲ，二三四Ⅲ，二三五Ⅲ；妨害風化罪之二四〇Ⅶ，二四二Ⅴ，二四三Ⅱ，二四四Ⅱ；妨害婚姻及家庭罪之二五七Ⅳ，二五八Ⅲ；褻瀆祀典及侵害墳塋屍體罪之二六二Ⅲ，二六三Ⅱ，二六五；妨害農工商罪之二六七Ⅱ；鴉片罪之二七一Ⅱ，二七二Ⅱ，二七三Ⅱ，二七四Ⅲ，二七五Ⅱ，二七六Ⅱ；殺人罪之二八二Ⅱ，二八三Ⅲ，二八四Ⅱ，二八五Ⅱ，二八六Ⅱ，二八七Ⅱ，二九〇Ⅱ；傷害罪之二九四Ⅱ，二九八；墮胎罪之三〇七Ⅲ；妨害自由罪之三一二Ⅱ，三一五Ⅳ，三一六Ⅲ，三一七Ⅲ，三一八Ⅱ；竊盜罪之三三七Ⅱ，三三八Ⅱ；搶奪強盜及海盜罪之三四三Ⅲ，三四四Ⅱ，三四六Ⅳ，三四八Ⅱ；侵占罪之三五六Ⅱ，三五七Ⅱ；詐欺及背信罪之三六三Ⅲ，三六四Ⅱ，三六五Ⅲ，三六六Ⅱ；恐嚇罪之三七〇Ⅲ，三七一Ⅲ；毀棄損壞罪之三八一Ⅲ；等是。

茲宜注意者，凡法律規定爲未遂罪者，如其行爲更發生一定結果，即令其結果另成立罪名，亦毋庸另負責任，例如殺人罪未遂時，對於傷害之結果，即不得更論傷害罪也。此不問一般未遂，或中止未遂，均屬相同。反是，若於法律上不成未遂罪，而由其行爲所引起之結果，又獨立成立罪名時，則仍應成立該犯罪之既遂。例如不依法令之規定，搜索他人身體而未遂，雖於第三百二十一條未規定未遂罪，仍得依第三百

十八條第一項成罪者是。

又應注意者，對於何種犯罪始應規定未遂罪？此固多為立法上之問題，但於理論上，左列諸問題，學說上尙不無爭執，亦應略一論究之：

(一) 未遂罪是否限於故意犯，始得成立？學說上亦有主張只限於故意犯者，反對說，則謂理論上就過失犯亦可認未遂，然各國立法例，要皆只罰故意犯之未遂，我國刑法亦然。

(二) 故意犯中是否只以實害犯為限，始生既遂與未遂之問題？亦為學說所爭，此如前述，危險犯，於理論上亦可認未遂，立法例亦未只就實害犯規定未遂罪，又刑法尙規定未必之故意犯（二六二）對此得成立未遂罪，自不待言。

(三) 不作爲犯，得認未遂犯否？亦為學說之所爭執，余謂，此於理論上並非不可認未遂犯，且不但純粹不作爲犯得認之，即純粹不作爲犯，亦得認之；不過實際立法例，少有對於純粹不作爲犯規定未遂犯而已。

(四) 結果加重犯，得認未遂犯否？學說上亦有持肯定論者，余謂，此種犯罪，乃因有結果發生而後成立，性質上自不能認未遂，此為理論。（參照三一六Ⅲ）但刑法亦有不依此理論，而亦認未遂者，如第三百十七條第三項之規定是。

(五) 預備犯、陰謀犯，亦得認未遂犯否？亦為學說之所爭執。以理論言之，預備及陰謀，類皆為着手以前之行為，當然不能有未遂問題發生，但此既經法律規定為獨立犯罪，更規定其未遂亦罰，亦無不可，此亦為立法上之問題，不過一般立法例無此規定而已。(註)

註 查刑律以罰未遂為原則，罰預備陰謀為例外，而據勿論解釋，則刑律對於準未遂犯之着手中止犯，既有第十八條（與刑法四一條相當）得免除或減輕本刑之規定，而對於着手前陰謀中止行為，並無處罰明文，自係不以為罪之義。（前大理院民國二年非字七〇號判例）

(六) 從屬犯，即教唆犯、從犯（幫助犯）得認未遂否？此為關於共犯持客觀說與主觀說二派爭執之點。余如後述，從客觀說，故主消極說，如無實施正犯之行為，即亦無教唆或幫助可言也。

## 第二，一般未遂罪之處罰。

此為第四十條所明定，即「未遂罪之刑，得減既遂罪之刑二分之一。」即在立法例，本有（一）法國刑法（法刑二三）之同等主義，（二）德國刑法（德刑四四）之必減主義，（三）日本刑法（日刑四三）之得減主義，三種。我國舊暫行刑律，係從第二主義，現行刑法，則從第三主義。即使審判官斟酌具體情形，完全科以既遂罪同等之刑可，減輕其刑亦可，且對於減輕，與本條但書及次條不同，不使依第八十四條，特定為只得減輕本刑二分之一。蓋注重採主觀主義者也。於立法上是否允當，不無問題。(註)

註 立法院草案係修正從第二主義，在立法上，實以從此主義者為多數，即除德國刑法外，意大利刑法，（意刑六一，六二）及德國草案，（德草二四）奧大利草案，（奧草二五）瑞士草案，（瑞草一九）均同。

第三，不能未遂罪之處罰。

此為第四十條但書所規定，即「犯罪之方法，決不能發生犯罪之結果者，得減輕或免除本刑。」在以前立法例，均以不能犯與未遂犯區別，主觀主義派即新派，獨主張不能犯不應獨立存在，應與未遂犯同等處罰，然採此理論者，他國尚僅有草案，如德國刑法草案第二十六條，行為人所用方法或客體，於性質上不能既遂者，得減輕其刑，又日本刑法草案第二十二條，結果之發生不能時，如其行為無危險者，不罰，我國舊暫行刑律（一七二）亦仍認不能犯與未遂犯之區別，現行刑法，始修正之，概以為未遂罪，然於其處罰，特就方法不能犯，規定與一般未遂罪不同，得減輕或免除本刑，即審判官對於此等不能未遂罪，仍如一般未遂罪，科以既遂罪之刑固可。然除得減輕本刑外，並得免除本刑，且對於減輕，不特設限制，仍使依第八十四條，至少減輕本刑二分之一，惟只限於方法不能犯，特別待遇，客體不能犯，未一同規定，立法上殊未見其允當。（註）

註 立法院草案第二十七條規定「但其行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，減輕或免除其刑。」又應注意者，方法或客體，性質上不能，若如最高法院見解，認為幻覺犯，則已非不能犯之問題，蓋已欠缺



犯罪構成要件，不能認有犯罪實行之着手，乃不成罪，非僅得減免而已也。

#### 第四，中止未遂罪之處罰。

此為第四十一條所明定，即「已着手於犯罪之實行，而因己意中止者，減輕或免除本刑。」在一般立法例，均以中止犯與未遂犯區別，無罰中止犯者。德國草案刑法（德草二七）與大利刑法草案（奧草一六）瑞士刑法草案（瑞草二一）亦同。獨日本刑法（日刑四三）定為減輕或免除本刑，同國刑法草案（日草二三）亦同。我國舊暫行刑律（舊刑律一八）則以為準未遂罪，而得減輕或免除本刑，現行刑法，完全仿日本刑法，此與一般未遂罪及不能未遂罪均不相同，審判官只得於減輕或免除二者，自由裁量，不得如前二者，得科以既遂罪之刑，又關於減輕，自應依第八十四條。（註）

註 立法院草案亦同現行法。

### 第三節 共犯

#### 第一項 概說

一般犯罪，以既遂罪為原則，第五章所規定之未遂罪，及分則並特別法所規定之預備罪，陰謀罪，及未遂罪，均為特別規定，而為刑罰擴張原因之一種，亦即為一般犯罪形式之修正形式（此係從行為本身觀察）已

於前述，又一般犯罪，以單獨罪為原則，即一般犯罪之狀態，如着眼於行為人而為觀察，在分則及特別法所規定者，多係由一人單獨實現犯罪構成要件之事實之形式，易言之，各該條多係由一人實施犯罪之行為之前提，此於學說上及立法例上均稱曰正犯，(Täterschaft) 又稱曰單獨正犯，(Alleintäter) 實現此要件事實即實施此行為之人，稱曰正犯者，(Täter) 此亦為一般犯罪之形式，然分則及特別法，亦對此形式規定有修正形式，即對於犯罪由二人以上協助實現之時，亦為一種犯罪狀態，而其成立及處罰，又有特別要件，此種特別情形，亦為一種刑罰擴張原因，前之正犯情形，乃為個人責任，此種特別之共同情形，則為共同責任，刑法固以個人責任為原則，但亦認有共同責任之例外，(註) 蓋在社會上之犯罪情形，固亦有由一人單獨完成要件事實之情形，亦有由數人或團體協助實現要件事實之情形，刑法上對於後之情形，亦不能沒視不顧，如何決解此問題，即學說上及立法上所謂廣義之共犯之形式也。茲分為單獨正犯與共犯說明之：

註 自法律之進化尤為刑法之趨勢言之，最初乃團體責任為原則，故在刑法之復仇時期，最初亦係團體復仇，及個人之存在成為明顯之觀念時，然後知有個人責任，後則轉而以個人責任為原則，然在古代法及中世法亦仍有團體責任之遺跡，如連坐及罪及妻孥罪及九族之制度，亦即其適例也。

### 第一，單獨正犯。

此又有次述種種：

(一) 單純單獨正犯。

此爲單獨正犯中最通常之情形，分則及特別法所規定之犯罪狀態，類皆屬此，即犯罪人一人由其自己行爲以完成犯罪構成要件之事實也。至爲犯罪構成要件之行爲時，或單純依自己之動作，或更有使用器具物品自然力動物等工具之情形，均於其犯罪之性質無影響，不過有時其行爲之手段即方法，更成立特別犯罪而已。（例如三三八I<sup>3</sup>之於三三七I，二八四I<sup>2</sup>之於二八二I，二九四I之於二九三I是）

(二) 間接正犯。

間接正犯 (Mittelbare Täterschaft) 之觀念，乃爲德國之學說及判例所認，德國及瑞士刑法草案，且定爲明文（註一）日本判例亦從之。反是，法國學說及判例則不認之，而解爲與一般共犯同，總之肯定說多爲舊派學者所取，否定說多爲新派學者所取，我國前大理院，及最高法院，亦從肯定說（註二、三）余亦以肯定說爲是，蓋如後述，余於共犯之觀念，乃採犯罪共同說，非採行爲共同說，使用無責任能力或無故意之人以實施犯罪，亦不過以爲一種工具 (Werkzeug) 既非對於同一犯罪，共同處罰，且亦無其同意之聯絡，自與共犯之形式及要件不合，不能認爲共同正犯或教唆犯也。

不過應注意者，認間接正犯之觀念，只係縱的觀察，即僅對於使用者之關係，因其不得以其犯處罰，故不得不單認使用者為單獨正犯，若為橫的觀察，即着重對於使用者之關係，則如使用者與被使用者實有共同之關係，而於法律上應行過問之時，則仍應論共同關係，例如刑法第三百三十八條第一項第四款之時是。

註一，德國刑法草案第二十六條第二項定為「教唆無故意或無責任能力者之他人實施犯罪行為者，為間接正犯」，瑞士刑法草案第二十五條亦定為「故意使無故意之他人犯罪者，依故意罪處罰」，意大利刑法草案第十七條亦係認間接正犯之趣旨。

註二，前大理院有次述判例及解釋：

甲，查現行刑法，凡教唆責任能力者，使為犯罪決心，因而實施犯罪者，曰造意犯，利用無責任能力及無故意之人，因而實施犯罪者，曰間接正犯；二者各有成立要件，不能混同。原判謂：「張正祥係有責任能力之人，不能為徐壽圖所左右，不成為教唆犯云云。」於間接正犯與造意犯之區別，不免有所誤會。（民國四年上字第六〇六號判例）

乙，查搜烟裁贓，既經向有權接受之官廳首告，則裁贓者應構成誣告罪，惟必須與報告人意思連絡，始為共同正犯，否則利用不知情之報告人，實施犯罪，係屬間接正犯。（統字八一二號解

釋)

丙，某人乘被害人患病，購得紅信白糖各一包，携至某氏家，將信機和糖內，交由某氏，囑其捏稱係屬白糖，轉令被告送與被害人服食，翌日毒發身死，被告於轉送之時，既不知糖內含有信毒，則某氏即立於間接正犯之地位，原審認為準正犯，適用刑律第二十九條第二項處斷，其法律上之見解，自屬不合（民國二十一年上字九八七號判例）

註三，上訴人行使偽造銀行券，利用不知情之某甲，顯係間接正犯，原審竟以第一審認上訴人爲行，使偽造銀行券爲不當，誤解爲意圖行使而交付於人，而又以科刑無出入，仍維持第一審之判決，其見解殊有未合（最高法院民國十九年上字一五一二號判例）

何謂間接正犯？即使用（或利用）他人以實施犯罪之行爲，而不認被用者爲共犯，只認使用者爲實施人，使負單獨正犯之責任，故亦爲單獨正犯之一種。其情形又有次述種種：

甲，使用無責任能力人之時。此即指使用依刑法第三十條第一項（未滿十三歲人）及第三十一條第一項（心神喪失人）不罰之人，至於使用限制責任能力人，則因被用人仍成犯罪，而應處罰，自仍爲共犯，不生間接正犯之問題，又只須有使用或利用之情形，其係原爲無責任能力人，或其無責任能力之原因，亦係使用者所引起，亦可以不問，又引起之原因，係出於使用者之強制，即係因其強

暴脅迫亦可，且亦不問自初即係爲自己目的，而利用無責任能力者以犯罪，抑係利用無責任能力人之目的，而因以犯罪，均屬相同。(註)至於陷自己於無責任能力而利用之以犯罪者，學者中亦有謂爲間接正犯者，非爲正當，此爲於原因有自由，乃單純單獨正犯也。

註 使未滿十三歲人行竊。此利用第三十條第一項人犯罪之例也。與精神病人以刀使之殺人，此利用第三十一條第一項人犯罪，且自初即係因自己目的而利用犯罪之例也。以魔術催眠或其他方式強制，使至喪失心神而犯罪，此無責任能力之原因爲使用人所引起之例也。見精神病人持刀追殺人，堵止其逃避之路，此利用無責任能力之目的而犯罪之例也。關於最後之例，即贊成間接正犯說中之學者，亦尙有異說，謂此時仍應論共犯，使用者只爲幫助犯者，然通說仍爲肯定說。

乙， 使用無責任條件人之時。此即指使用無故意或過失之人(錯誤之時)只須被使用者無第二十六條所定之故意，使用者即爲間接正犯，即被使用者應依第二十七條論過失，亦無關係，例如利用不知情之看護婦飲病者以毒藥之時是。(註)

註 被使用者爲過失犯之時，即在認間接正犯之學者中，亦有謂此時應論共犯者，然通說與本書見解同。

丙， 使用有違法阻却原因人之時。即在實施人有違法阻却之原因，即依第三十四條至第三十七

條，而應不罰，利用之以犯罪之人，應為間接正犯，例如上級公務員以違法命令使下級公務員為職務上行為以犯罪，或造成他人正當防衛或緊急避難之狀態而利用之以犯罪者是。

丁，在目的犯使用無目的人之時。即在以一定目的為構成要件之犯罪，使用者有此目的，而使用無此目的之人，以實施犯罪，只須被使用者對於該目的無認識，則使用者為間接正犯，例如甲欲犯刑法第二百一十一條第一項之罪，而使乙代造偽貨幣，乙不知其有行使之目的，而為代造者是。若被使用者對於目的有認識則應論共犯（註）

註 此亦在認間接正犯之學者中亦有異說。

戊，在身分犯亦得認間接正犯否？關於此點，學說甚不一致，刑法特就此於第四十五條以明文解決，另於後詳述，要之，依該條，使用者有身分，被使用者雖無身分，如被使用者足認為共同實施或幫助，即應分別依第四十二條論共同正犯，或依第四十四條論幫助犯，但亦不能因此即謂刑法係不認間接正犯之觀念，故如被使用者不能認為共同實施或幫助之時，固仍有間接正犯成立也。例如公務員使不知情之人代受賄賂之時是。

間接正犯之着手及其時間處所如何？此於學說上亦有爭執，甲，有謂應以使用人之行為為標準者，乙，有謂應以被使用人之行為為標準者，前說為通說，余亦從之；故必被使用者着手實施犯罪行為時，始

爲着手，要件事實完成之時，始爲既遂，如未完成，則爲未遂。其犯罪之時間及處所，亦應以該犯罪之着手及完成之時與地爲標準也。

關於間接正犯之錯誤之問題，學說亦大有爭執，此即爲間接正犯之成立，是否以使用者知間接正犯之事實，即知被使用者不成罪或不罰爲要件之問題，有二種情形：甲，誤信共犯不成立而實際成立共犯之時，例如甲誤以乙爲未滿十三歲人而使用之犯罪，實已滿十三歲者是，乙，誤信成立共犯，而實際不成立共犯之時，例如甲誤以乙已滿十三歲而教唆之犯罪，實未滿十三歲者是，此時在否認間接正犯之學者，固均以爲共犯，即在肯定間接正犯之學者中，亦有認識說與結果說二說：前說主張應以使用者之意思爲準，後說主張應以實際之結果爲準，余以前說爲是。但犯罪之行爲，乃如前述，應以實施人爲標準，故被使用者中止之時，則不如反對說，論通常未遂，而解爲仍論中止未遂，又於使用者幫助被使用者之時，如係既遂，則當然吸收於正犯之內，如係未遂，則不如反對說，只論幫助未遂，而仍論正犯未遂，且應適用第二十九條。

間接正犯之罪數，應以如何標準決定之，亦一問題，有應以使用者之意思爲標準，及應以被使用者之行爲爲標準，二說。余謂間接正犯，係由使用者之犯意及被使用者之行爲所構成，犯意之單複，應以使用者爲標準，行爲之單複，則應以被使用者之行爲爲標準。



間接正犯，得就不作為犯成立否？亦一問題，雖亦有否定說，但以肯定說為是。且此不作為在被使用者或在使用者，均無區別。惟須如一般不作為，不作為者有作為之義務而已。例如強乳母不哺乳以致使乳兒餓斃，此因被使用者之不作為而成立間接正犯之例也。有監督義務人，見狂人追殺人，而不阻止之，以致將人殺死，此因使用者之不作為而成立間接正犯之例也。

(三) 同時犯。

同時犯，又稱曰同時正犯，(Nebentäterschaft, Nebentäter) 即謂行為人雙方均曾參加於構成犯罪要件之事實之發生，但並無共同之關係，此在現行法別無規定，仍應以單獨正犯論，而各別負責。

(四) 共同正犯。

共同正犯仍為單獨正犯之一種，抑為共犯？為學說之所爭，亦有主張共犯須以從屬性為要件，故只教唆犯及幫助犯，始為共犯，共同正犯，則非共犯者，然我國刑法，亦從一般立法例，規定三者均為共犯之一形式，故應解共同正犯亦為共犯，於後另述。

第二，共犯。

共犯之觀念，當於後述，共犯之刑法上分類，即真正共犯之形式，只分為共同正犯，教唆犯，幫助犯，（亦稱從犯）亦當於後述。茲僅述學說上所稱廣義之共犯，即除真正之共犯，即狹義之共犯外，學說上尙就

共犯爲次述之分類；

(一) 必要共犯與任意共犯。

法律上必須數人共同者，斯曰必要共犯。(concurus necessarius, notwendige Teilnahme) 以外則曰任意共犯。(concurus facultativus, Zufällige Teilnahme) 必要共犯又有二種：

甲，對立的犯罪。(Begegnungsdelikt) 即須以二人以上之共同行爲爲犯罪構成要件者。例如第一百二十八條之瀆職罪，第二百五十四條及第二百五十六條之妨害婚姻及家庭罪，第二百七十八條第二百零八條之賭博罪是。惟應注意者，此種犯罪，雖須有二人以上之共同行爲，但非實施者全部均須處罰，例如第二百五十六條之罪，其相姦者不知其爲有夫之婦，亦可依第二十四條而不罰也。

乙，集合的犯罪。(Konvergenzdelikt) 即須以大衆或團體行爲爲犯罪構成要件者。例如第一百零三條至第一百零五條之內亂罪，第一百五十六條，第一百五十七條，及第一百六十一條之妨害秩序罪是。又所謂結夥犯，如第三百三十八條第一項第四款之結夥竊盜，亦屬於此。此種犯罪，雖與前之犯罪，同須以二人以上之共同行爲爲要件，但前者係於內部共同犯罪，此則多係向外部共同犯罪，此亦爲其區別之點。

刑法總則所規定之共犯，自指任意共犯。必要共犯雖其性質即於理論上，亦可謂為共犯，但既以為獨立犯罪，自與總則共犯之形式不合，必要共犯得適用總則共犯之規定否？乃為學說所爭執，有完全排除適用說，與得分別適用說二說。余以後說為是。（註）即分則或特別法已對於共同者另定為各別成立犯罪，則該共同者，自不能再適用共犯之規定，例如內亂罪，既已分別各加功者獨立成罪科刑，則該加功者自再不生正犯教唆幫助各犯之問題，但對於該加功者之人，如另有人施行共犯形式之行為，則仍應分別論共犯而科處刑罰，例如對於實施賭博者亦有效唆犯及幫助犯者是。

註 前大理院謂概應適用共犯規定，「查賭博罪，乃必要的共犯，非二人以上共同實施，不能成立，本案被告人既係互相賭博，並有輸贏，則其為共犯，毫無疑義，原審認為各自獨立犯罪，不依刑律第二十九條（即現行法第四十二條）處罰，實屬錯誤。」（民國七年上字一四九號判例）

(二) 正犯與從犯。

正犯 (Täterschaft) 與從犯 (Beihilfe, Teilnahme) 雖為學說上之分類，同時亦為刑法所認者。（參照四二，四四一）關於正犯與從犯之區別如何？乃為學說上大有爭執之問題，當於後詳述。

(三) 有形共犯與無形共犯。

即就正犯及從犯，均分無形與有形者，前者乃指以犯人之意思影響於犯罪之完成者，後者乃指直接

加功犯罪之完成者，而以教唆者爲無形正犯 (auteur intellectuel) 共同實施者爲有形正犯 (auteur, Täterschaft) 又以無形之幫助，如誘引鼓勵等方法，爲無形從犯 (complice intellectuel) 有形之幫助，如供給器具等方法，爲有形從犯 (complice matériel)

(四) 縱之共犯與橫之共犯。

學者又有分爲縱之共犯與橫之共犯者。前者謂於因果關係之延長有數人共同之時，以教唆犯爲其適例；後者謂於因果關係之幅員有數人共同之時，以共同正犯爲其適例。至從犯則因其加功之情形，亦可爲縱之共犯或橫之共犯，余謂共犯分別爲縱之觀察或橫之觀察，固無不可，惟共犯既經法律特別規定爲犯罪之形態，固不必更以因果關係之觀念律之也。

(五) 事前共犯，事中共犯，事後共犯。

學者又有因加功之時期，分爲事前共犯，而以教唆犯屬之；(從犯亦有事前者) 事中共犯，而以正犯及從犯屬之；事後共犯 (nachfolgende Teilnahme, complicité postérieure) 而以事後幫助，即於犯罪後爲藏匿犯人湮滅證據處分贓物等行爲，而使其犯罪確實完成者，屬之。在以前立法例，固亦有認事後共犯者，(如法國舊刑法六二) 近時立法例，固無有認之者。即學說上，現時認此觀念者亦少。在我國刑法，關於上開事後幫助之行爲，均規定爲獨立犯罪，(如一七四，一七五，一七七，三七六)

，三七七）即令以幫助字樣規定爲明文之法條，如第二百五十八條第一項，仍係以爲獨立罪名，此均顯係不認事後幫助爲從犯也。

## 第二項 共犯之觀念

### 第一，共犯之意義。

刑法亦如他國立法例，就共犯（Teilnahme, complicité）只各別規定其意義，未共通規定其意義，故關於共犯之共通意義，即基本觀念，仍只有取決於學說；而學說又恰如後述，有正反對之二派，對於共犯之共通意義，亦因所持見解不同，而有不同。即共犯，汎言之，固可稱曰「二人以上共同犯罪」，但進一步之定義，則成問題。余係取後述之犯罪共同說，故對於共犯詳細之定義，解爲應爲「二人以上協動（共同加功）成立同一犯罪」，舊暫行刑律係於總則標題爲「共犯罪」，此有如未遂罪，認共犯亦爲一個獨立犯罪之嫌，故現行法特爲修正，只標題爲「共犯」，蓋如前述，共犯亦爲一種修正形式，即各本條所規定之犯罪，本係原則以單獨正犯爲前提，共犯雖係與此單獨犯對待而稱，但並非其本身得獨立成立一犯罪，要不過對於各本條所規定之犯罪，原本得由一人單獨實現者，茲乃由二人以上協動實現而已。但其所成立者，仍爲原來之犯罪，共犯之與單獨犯，並非如未遂犯之與既遂犯，各爲別個獨立之犯罪也。此協動實現構成犯罪事實之行爲，學說上稱曰加担或加功，又稱曰分担，因其情形不同，刑法又規定有三種形

式，各付與以名稱，各規定其定義，即第四十二條所規定之共同正犯，及第四十三條第一項所規定之教唆犯，並第四十四條第一項第二項所規定之從犯（學說上又稱曰幫助犯）是也。

## 第二，共犯之性質。

關於共犯之基本性質，應研究之點有三，學派亦各有反對之見解，分述之於後：

### (一) 共犯之共同關係。

共犯之共同關係，即共犯係於何點共同？有次述二派：

甲，犯罪共同說。(Théorie de la criminalité d'emprunt ou de l'unité du délit) 此係求共犯之基本觀念於客觀之犯罪。即謂犯罪本為法益之侵害，而共犯則為數人對於同一法益之侵害，即同一犯罪之加功；申言之，即係數人以犯同一犯罪之意思，而加功於該犯罪，加功之程度，雖有不同，而其犯意係對於同一之犯罪，則屬相同。故此說又稱客觀說，亦稱犯意共同說。此為舊派學者所主張，在現時仍為通說，各國之立法例及判例，亦從之。

乙，行為共同說。(Théorie de la criminalité propre ou de l'unité de l'entreprise) 此係求共犯之基本觀念於主觀之惡性。即謂犯罪本為惡性之表現，故共犯亦應解為係數人因共同行為以各自犯罪，只須行為共同，係犯同一之罪或各別之罪，可以不問。犯罪既不須同一，犯意自亦不須同。

一、共同之事實，可由犯罪事實之法律上構成分離觀察之，故共同關係，或跨連數個犯罪事實而成，或只限於一個犯罪事實中之一部而成立，均無不可。此說又稱曰主觀說。實係根本反對共犯之觀念，不過因各國刑法，尙規定共犯，故仍以共犯觀念說明之而已。乃爲新派學者所主張，在現時立法例及判例，尙少有完全贊成之者。

(二) 共犯之從屬關係。

因關於共犯之基本觀念不同，故對於共犯之從屬關係，即從屬性，二派所持見解亦不同。

甲、從屬犯說。(Theorie der akzessorischen Natur der Teilnahme, Théorie de la criminalité d'emprunt du complice) 此因主張共犯係對於同一犯罪之共同關係，故更進而主張各共犯人對於同一之犯罪事實，應分別其爲主要之關係與從屬之關係，故僅有從屬之關係者，當然不能獨立犯罪，故教唆犯及從犯，自只能從屬於正犯，如正犯不成立或不處罰，則從屬犯亦無成立及處罰之理。

乙、獨立犯說。(Urheberscheorie od. Theorie der Selbständigkeit der Teilnahme, Théorie de la Criminalité propre des complices) 此因主張僅係有共同行爲之關係，故更進而主張應不問各共犯人對於犯罪事實之關係如何，既各有其惡性之表現，即各應負相當之罪責，故各共犯與單

獨正犯無異，仍爲獨立犯，此又稱曰共犯固有犯罪說。

(三) 共犯之因果關係。

此亦因客觀說與主觀說而見解各異。

甲，在持客觀說之學者中，關於共犯之因果關係之見解，所說尙不一致。即於教唆犯及從犯，對正犯罪之因果關係如何？略有三說：1. 有持因果關係中斷說者。謂教唆犯及從犯，於該犯罪之因果關係，均因正犯之實施行爲介入而中斷，此爲通說。2. 有仍以相當因果關係之理論律之者。即只認從犯與正犯罪有因果關係，而不認教唆犯與正犯罪之因果關係者。3. 有謂共犯既經法律規定爲特別形式，而於一般構成要件外，有其特別構成要件，則共犯之理論，不得再以因果關係之理論律之者。

乙，在持主觀說，尤以於因果關係持條件說之學者，均謂共犯之於犯罪之因果關係，乃完成與一般因果關係之理論相同，無論共犯之形式如何，對於犯罪之結果，其價值均屬相同，即同爲有因果關係，易言之，即應論整個之因果關係，其法律上亦應以各共犯同有原因力而同一待遇之，故在共同正犯，甲乙二人共同開槍殺丙，雖只甲槍打中而死，亦應包括甲乙之行爲，而同認爲有原因力，即論共同殺人，其他教唆從犯之關係亦同。

上述二反對說，於實際之應用，大不相同，茲試分述其差別於後：



(一) 因客觀說主張犯罪共同，主觀說主張行為共同，故對於次述事實，結論不同：

甲，如 a 以殺人之意思，b 以傷害之意思，共同將 c 傷害之時，依客觀說，則非共犯，依主觀說，則 a 為殺人罪之共同正犯，b 為傷害罪之共同正犯。

乙，又如 a b 同時對 c 開槍將其殺害，而只 a 有與 b 共同殺 c 之意思，b 則係因不注意而誤 c 為獸，只有與甲共同殺獸之意思之時，依客觀說，則 a b 應獨立論罪，非共犯，依主觀說，則 a 為殺人罪之共同正犯，b 為過失致死罪之共同正犯。

(二) 因客觀說主張從屬性，主觀說主張獨立性，故對於次述事實，亦結論不同：

甲，如 a 教唆 b 為竊盜之決意，b 至後變更意思，而未經實行之時，依客觀說，a b 均為無罪，依主觀說，則只 b 為無罪，a 仍為教唆犯而應論未遂。

乙，如 a 見狂人乙將撲殺丙，乃與以刀，致將丙殺害之時，依客觀說，則 a 為間接正犯，依主觀說，則 a 為獨立之從犯。

(三) 因客觀說主張犯意同一，故不認片面之共犯成立，反是，主觀說主張犯意應就各人觀察，故認片面共犯之成立，故二說對於下述事實之結論，亦不相同：即如 a b 同時對丙家放火，a 有與 b 共同之意思，b 則不知 a 之犯行之時，依客觀說，則非為共犯，依主觀說，則 a 為放火罪之共同正犯。

上述二反對說，主觀說以係出發於刑事個人責任之原則，故主張共犯仍應為極端之獨立形式。單純自理論言之，固亦不能不認其有一面真理，故近時立法例及判例，亦漸有傾近此說者，如德國一九二七年刑法草案第三十一條，即明白規定教唆者及幫助之可罰性，應與實行者之可罰性獨立，即我國前大理院及最高法院之見解，雖亦以採客觀說為原則，但亦有例外，採主觀說。（詳後判例及解釋）然主觀說，亦有一大缺點，即其理論與社會觀念及法律形式，均屬鑿柄不入。蓋在社會觀念，均係以共犯為數人犯同一之罪，且此時係問共同責任，即係以此為個人責任之例外。即各國刑法，亦如前述，係以共犯為對於單獨正犯之修正形式。主觀說對於共犯，竟仍以正犯即獨立犯之理論說明之，沒視社會上及法律上共同責任之觀念，而完全囿於因果關係之理論，復反於個人責任之立場，均不得不認其為本末倒置。故余關於共犯之基本觀念，仍從客觀說，即犯罪共同說，惟關於共犯之從屬性，以前客觀說，均主張其概為極端之從屬形式，余謂，應如次述，分別論之。至於共犯之於因果關係，余謂不問其為共同正犯，抑為教唆犯從犯，既經法律特別規定其形式，與構成要件，則不得再以因果關係之理論律之，固贊成客觀說中關於因果關係之第三說也。

（一），共同正犯之從屬性如何？即各犯人對於同一犯罪，其相互間，亦有從屬性可言否？則在客觀說學者中，亦有根本否認共同正犯非共犯，而全無從屬性者，余如前述，謂共同正犯，在我國刑法，亦為共犯

之一種，即於刑法第四十三條所規定之「共同實施犯罪之行爲」之構成要件，亦可認爲有從屬性。此可謂爲最小之從屬形式。(Minimal-akzessorische Form) 又可稱曰廣義之從屬性。(die akzessorische natur in weiteren Sinne) 但僅爲原則，亦有例外。亦如次述從屬犯，規定其有限制或擴張之從屬形式者，即第四十五條至第四十七條是。

(一) 教唆犯及從犯之從屬性如何？原則仍爲最大（或極端）之從屬形式。(Extrem-akzessorische Form) 即刑法對於教唆犯，仍於第四十三條第一項，定爲須「教唆他人使之實施犯罪之行爲」對於從犯，仍於第四十四條第一項，定爲須「幫助正犯」故非正犯之犯罪成立並可罰，當然亦不成立犯罪並可罰，此於學說上，又稱曰從屬犯之從屬性，亦稱狹義之從屬性。(die akzessorische Natur der Teilnahme) 但在我國刑法，已略參酌主觀說，不拘守此極端之從屬形式，而又規定有例外，即第四十四條第三項及第四十五條至第四十七條之規定是。其中有爲限制之從屬形式 (Limitierter akzessorische Form) 者，有爲擴張之從屬形式 (Hyper-akzessorische Form) 者。(參照後此就該各條之說明)

### 第三， 共犯之要件。

共犯之具體要件，當於後就各種共犯分別述之，茲僅述共通各種共犯之抽象要件，即共犯亦爲一種犯

罪之狀態，故共犯之一般要件，亦與犯罪之一般要件同，即凡犯罪之一般成立要件及處罰要件，共犯亦須具備之。即在一般犯罪，係為刑罰法令所規定應以刑罰處罰之有責並違法行為，共犯亦然。即共犯亦為行為，其成立要件，須為刑罰法令規定以刑罰處罰之行為，即須有合於犯罪構成要件之行為，（即有危險性）又其處罰要件，須為有責行為，並違法行為，即須為有責能力人之故意或過失之行為，（即有負責性）並無違法阻却原因（即有違法性）此均與一般犯罪同。故（一）就成立要件言之，如其所共同之事實，於刑罰法令根本不成犯罪，當然亦無共犯可言，但只須於該各條為犯罪，則不問為既遂，未遂，預備，陰謀，均可成立共犯。又因身分成立之犯罪，無身分者，能成立共犯否？刑法設有例外明文，（四五）當於後述。（二）就責任能力之要件言之，甲，無責任能力人相互間，當然不能成立共犯，乙，有責任能力人與無責任能力人間，亦當然不能成立共犯，此時只能成立間接正犯，丙，但有責任能力人與限制責任能力人間，則能成立共犯。又在乙之情形，謂其不成共犯，只係就無責任能力人方面言之，即僅為縱之觀察，若就有責任能力人方面言之，即為橫之觀察，則仍可論共犯。（參照前間接正犯之說明）（三）就責任條件之要件言之，如甲，均無故意之人相互間，亦當然不能成立共犯，乙，一有故意，一有過失，其相互間，亦不能成立共犯。丙，惟共犯中一有故意一無故意，或均有過失時，則有例外，刑法有明文規定，得成立共犯，（四六，四七）當於後詳述。（四）就違法之要件言之，如係共同為有違法阻却原因之行為，自亦不能成立共

犯，但如一無此原因，一有此原因，解爲應分別具體論單犯正犯或間接正犯。

共犯又以係二人以上協助成立同一犯罪，故除具備一般犯罪之要件外，其本身尚須具備次述二要件：

(一) 主觀要件。

即各共犯人須有共同之意思，即須有<sup>意思</sup>之聯絡。(Bewusstsein des Zusammenwirkens)詳言之，各共犯人，除對於犯罪有故意外，更須有同一故意，即至少須於共同加功以犯罪有認識，即法條所謂知共同之情(四六)關於此故意之內容，學者間尙有議論，甲，不須預先通謀，固無異說，乙，須共犯人間交換意思否？已有肯定否定兩說，應取否定說。丙，至少須各共犯人均對於共同加功有認識否？易言之，僅一方知共同之情，亦得成立共犯否？亦有否定(客觀說)肯定(主觀說)兩說。余謂關於正犯與從犯之共同故意，刑法已就正犯設有例外規定(四六)當於後詳述，其他情形，均解爲應取肯定說。

又共同加功之意思，須於爲共同行爲之前即已有之，於一人已着手於犯罪之實行後，雖亦得中途爲共同行爲，但共同責任，只應就共同意思成立後之行爲發生。

(二) 客觀要件。

即各共犯人須有共同之行爲，即須有行爲之加担。至其加担之形式即種類，則刑法有明文，如爲實施行爲者，則爲共同正犯；如爲教唆行爲者，則爲教唆犯，如爲幫助行爲者，則爲從犯，又該行爲亦如一般

犯罪行為，作爲可，不作爲亦可；有形即爲物質的加功，無形即爲精神的加功亦可。至此加功行為之須爲對於同一犯罪之行為否？則爲客觀說與主觀說之所爭執，如前述。

#### 第四，共犯之共犯及競合。

關於共犯之共犯之問題，即教唆教唆犯及教唆從犯，刑法已有明文解決，當於後詳述。茲僅述共犯之競合，即就同一犯罪而有數種共犯形式之時，又有三種情形：（一）教唆犯同時爲共同正犯之時，（二）教唆犯同時爲從犯之時，（三）從犯同時爲共同正犯之時，此各時均應解爲當然依重之共犯形式處罰，即應認爲教唆犯爲正犯所吸收，而只論正犯，從犯爲教唆犯所吸收，而只論教唆犯。（註）

註 舊暫行刑律特於第三十二條定有明文，即「於前教唆或幫助而其後加入實施犯罪之行為者，從其所實施者處斷。」

### 第三項 共犯之形式

#### 第一款 共同正犯

共同正犯 (Mittäterschaft, Coauteurs) 之意義，可謂已爲第四十二條所明定，即謂「二人以上共同實施犯罪之行為」，此爲共犯之第一形式，舊暫行刑律第二十九條第一項亦與是同。（註一）亦可謂爲一般犯

罪之修正形式，蓋一般犯罪，均爲單獨正犯，即係以由一人實施犯罪行爲爲前提，此則規定由二人以上實施犯罪行爲亦爲正犯，但非單獨犯，而係共犯，在學說亦有主張共同共犯，不過各自分擔犯罪之實行，已無特別規定爲共犯形式之必要者，在立法例，如瑞士刑法草案，奧大利刑法草案，德國一九二五年刑法草案，即係採用此理論，而廢除共同正犯之規定，又在有明文規定共同正犯之刑法，其國學者，亦如前述，有主張共同正犯非真正共犯，完全無從屬性者，余見在我國刑法，共同正犯，固應解爲共犯，且於理論上，亦以保存此規定並承認其從屬性爲宜。蓋規定共同正犯，即正爲着重其共同責任，雖其從屬性較後之從屬犯範圍爲小，但亦不能全然沒視，故余謂共同正犯爲最小之從屬形式也。（註一，二，三）

註一， 立法院修正案第二十九條亦同。

註二， 德國一九二七年刑法草案又回復共同正犯之規定。

註三， 例如甲乙同謀殺丙，同時開槍，只甲槍打中而死，乙槍未中，此時自應依共同正犯之規定論，甲乙二人殺人罪，不得只論乙之未遂。

正犯之意義，已於前述，要之應解爲實施犯罪行爲之人，乃觀第四十二條自明，此不問爲實害犯，危險犯，作爲犯，不作爲犯，故意犯，過失犯，既遂犯，未遂犯，預備犯，陰謀犯，均有正犯。至共同正犯，則係二人以上共同實施犯罪行爲，上述各罪，除過失犯外，餘應解爲均有適用，故不僅對於實害犯，作爲犯，及故意犯，有共同正犯，

即對於危險犯，不作爲犯，及未遂預備陰謀各犯，亦有共同正犯。至本條對於過失犯應除外適用，不但各國立法沿革如此（註）即觀我國刑法第四十七條亦明。至本條與必要共犯適用之關係，已於前述。

註 在未設如我國刑法第四十七條之刑法，學說對於是否認過失共犯，甚有爭執，參看後之說明。

二人以上共同實施教唆或共同實施幫助時，亦得適用本條否？亦有肯定否定二說。余謂此種情形，固爲實際所有，故於所謂共同教唆或共同幫助之觀念，當然不能否認，不過本條明僅就分則或特別法各本條之正犯而設，教唆犯及幫助犯，均非正犯（參照四三二、四四）自無適用第四十二條之餘地也。

共同正犯之要件，除參看前述一般共犯要件之說明外，其本身要件亦有可言者。

#### 第一、客觀要件。

此爲法條所明定，必須「共同實施犯罪之行爲」。故共同正犯，亦如其他共犯，須有共同之行爲，即行爲之加担，且其所加担之行爲之性質，於法律上有限定，即應爲共同實施犯罪，此均爲毫無疑義者。不過關於共同實施犯罪之行爲之意義，則學說上甚有爭執，余謂第四十二條所謂實施犯罪，與第三十九條第一項所謂實行犯罪，僅屬用語微異，意義實同（註一）即謂於實現分則或特別法各本條所定構成犯罪要件之事實，各犯人有加功行爲，即爲共同實施。實施與完成有別，故加功與完功有別，只於該要件事實之實現，各犯人參加已足，不必均由各犯人完成。故二人以上共同施行成立犯罪行爲之同種類部分，例如



甲乙共同竊盜，一則取金錢，一則取他物（三三七工）固為共同實施，又二人以上施行成立犯罪行為之異種類部分，例如甲乙共同強盜，一則施行強暴脅迫，一則取物或使交付（三四六工）亦為共同實施。（註二）又法條只定為共同實施，故如上述，於危險犯及未遂預備陰謀各犯，亦有適用，不必限於實害犯及既遂犯，始有適用。

註一，刑法第四十二條，乃完全與日本刑法第六十條同，不過彼稱實行犯罪，此種實施犯罪，我國學者，亦有主張實施應與實行意義不同者，然所謂實行，實施，施行，不但於一般學術上用語同義，即我國裁判上用語，亦屬同義，尤於本條，應解實施與實行同義，方於法理相合，不得單因文字而強為區別也。

註二，強盜共犯罪之成立，以有共同強取財物之意思與行為為要件，不以各別有強暴脅迫行為為要件，共犯中一人有強暴脅迫，其他共犯，有共同實施之意思與行為，亦應負同一之責任。（前大理院民國三年上字九〇號判例）

實施既與實行同義，故凡參加足稱着手以後之行為，均為共同實施，固不必各犯人之行為，於法益之侵害，有同等價值即效力，至如何方可認為參加着手以後之行為，固應依各該法條解決之，亦應依社會觀念解決之。共同正犯，因其加功行為之性質即形式，固易與教唆犯區別，教唆犯如後述，僅使他人決定犯罪，乃在實行犯意即着手之前，二者自顯然有區別。惟與從犯即幫助行為，究應如何區別？實為一困難之

問題，亦爲學說爭執之焦點。關於區別此二者標準之學說，當於後說明從犯時詳述之。要之，余見幫助與實施，當於其行爲本身求之，實現構成犯罪要件事實之行爲，方爲實施，非實現而僅使實現容易之行爲，則爲幫助，其事前幫助，即在正犯着手前所爲者，亦易於區別，惟事中幫助，即於正犯着手後所爲者，則惟有依上述標準區別之而已。（註）

註 亦有反對說，謂着手前之行爲及實施時重要援助之行爲，亦爲實施，而應論共同正犯者，余謂此說明與法條相反，刑法明將實施與預備區別且與幫助區別，一爲正犯，一爲從犯，且於第四十四條第三項定明於實施犯罪行爲之際爲直接及重要之幫助者，處以正犯之刑，則顯係仍認此種幫助之爲從犯也。

本條係採客觀主義，即首先對於共同正犯，即係定爲應依是否共同實施犯罪之行爲以決定之，且此爲共同正犯之絕對要件，彼主觀主義，謂共同正犯，只應問各犯人是否有共同之意思，實與本條之解釋，格格不入，至是否限於共同實施同一之犯罪行爲，法條雖屬不明，然按諸一般沿革及社會觀念，自以不從主觀主義之否定說，而從客觀主義之肯定說爲妥。蓋共犯尤爲共同正犯，所以別於單獨正犯，特規定其修正形式，原以注重其共同責任，非以注重其個人責任，甲乙共同決意并實行殺人，於社會觀念上，固爲共犯，各國法律上所定之共犯，亦係基本於此，甲乙雖有共同決意，然一則實行殺人，一則實行放火，於社

會觀念上，決無有認其爲共犯者，法律上必強解爲共犯，又烏乎可彼主觀主義之主張，只須有共同之意思，即於各別犯罪之實施，未有共同之行爲，亦得認爲共犯，蓋忘却刑法係罰犯行非罰犯意之根本原則也。惟主觀主義於成文法之解釋，亦有甚大之功績，即以前客觀主義派，均主張共同正犯，非真正之共犯，而亦完全否認其從屬性，主觀主義，雖亦同爲主張共犯爲獨立犯，亦否認其從屬性，但特於表彰共犯應問共同犯意一點，足致立法例及解釋發生重大影響，余亦前述，乃主張規定共同正犯爲共犯有實益，並主張共同正犯之亦有從屬性者，故解釋共同正犯，亦不可完全不問犯人共同之意思，故解爲（一）所謂同一犯罪，並非一個犯罪之義，即對於多數犯罪，只須得認爲整個犯罪事實，而於觀念上亦得由各人分担其一部，如對於一個犯罪者然，則亦可成立共同正犯，即如上述之殺人放火二罪，如甲乙係以爲強盜即犯第三百四十六條第一項之罪之手段，先行決意，因而由甲分担放火，即由其實施第三百四十九條第一款之罪，由乙殺人，即由其實施第三百五十條之罪，仍應認爲二人對於強盜及強盜放火強盜殺人各罪，均有實施。（二）只須爲同一犯罪，且參與實施，則如上述，其行爲之種類及效果，可以不問。故只須先已決意強盜，且將認爲已着手，則雖只一人實施強盜本身之行爲，一人只行把風，又雖先只商定強盜，但殺人亦可以預見，後只一人殺人，全體均應論強盜或強盜殺人，又只須共同着手爲殺害之行爲，雖只一人既遂，一人未遂，亦應論共同殺人，彼強竊盜之把風，以前客觀說均只認爲幫助，不認爲正犯，又已

共同着手殺人一人既遂，一人未遂，以前均謂應分別論罪，而現時各國判例，則多與是反，我國前大理院及最高法院見解亦同，蓋因如上所述，所謂是否着手以後之行爲，是否爲實現構成犯罪要件之行爲，除依法條解釋外，並應從社會觀念，強竊盜把風，在一般實亦足認爲正犯故也。（註一至八）

註一，刑法第四十二條之共犯，以共同實施犯罪之行爲爲要件，如果僅係事前同謀及予以實行之便利，並未參與實施，固不得以共同正犯論罪；但如原審及初判所認事實，被告對本案，不僅事前同謀，暨臨時將被害人誘約至某地方，與某甲等會面，即於某甲等實施殺害之際，亦同在場，假使該被告係屬從場監視，則當時雖未下手殺人，而此種監視之行爲，究不外分擔實施之一部，自不得不負共同殺人之責，初判未就此點注意，遽依從犯之例論科，原覆判竟予以核准，實難謂非違法。（最高法院民國十九年非字一六三號判例）

註二，同夥上盜，分頭搶劫數家，固應共同負責，但以有預見者爲限。（最高法院民國二十一年上字四九號判例）

註三，如果逆料有打架之舉動，而傷人結果，亦爲該上訴人所預見，事前參與計謀，臨時共同到場，雖未下手實施，亦難免共犯之責。（最高法院民國十九年上字七三六號判例）

註四，查上訴人臨時喝令，雖未動手，然既在場指揮，自係實施正犯，與教唆犯不同，原審認爲教唆犯，以

第一審認係共同正犯爲不當，依刑法第四十三條判決，不無誤解。（最高法院民國十九年上字一九五六號判例）

註五，共同正犯，意思行爲俱備者，固不必論，即對於共同實施犯罪之行爲，有合同之意思者，雖各自實行數罪中之一罪，對於其全體，仍應負其責任，蓋各犯在合同意思之範圍內，相互利用他人之行爲，以達其犯罪之目的，其全部之結果，發生共同犯罪者，固不能謂無預見。（前大理院民國二年上字三九號判例）

註六，該被告人等均有持鎗在場之事實，自不問何人開鎗轟擊，對於死亡之結果，皆應共同負殺人之責任，蓋下手爲一人或數人，其皆應成立共同正犯，在法律上本毫無區別，是該被告人等之所爲，實係共同實施殺人之正犯，並非實施中之幫助行爲，原判及第一審，引律自不免錯誤。（前大理院民國四年上字八號判例）

註七，查犯罪實行，有積極消極二要件，積極要件，即犯罪實行之積極進行行爲，消極要件，即防止阻碍犯罪實行之消極行爲，二者皆犯罪實行不可缺之要件。故犯人行爲，苟合於此二要件之一者，即爲共同實行正犯。強盜罪之強取行爲，屬於積極要件，其把風，即合於防止阻碍犯罪實行之消極要件，是強取把風，均應以共同正犯論。（前大理院民國三年上字二二一號判例）

註八，強盜共犯中之一人，因實施強暴脅迫之結果，致人死傷，其他共犯，應共同負責。（最高法院解字

二〇五號解釋）

共同正犯，以係各犯人均須共同實施犯罪，故僅參加謀畫，而於着手以後之行為，並未參加，在主觀說，雖亦認從未參加者為共同正犯，但不可取。前述前大理院及最高法院判例，雖亦認事前參與謀議臨時並未下手實施者，亦為共同正犯，但均係以臨時共同到場為條件。（註一至三）即此時已得認參加着手，亦即得認為共同實施也。

註一，主觀說係主張不問參與謀畫人曾否在場，均為共同正犯。

註二，參照上述最高法院及前大理院判例。

註三，但前大理院又有次述反對之判例及解釋。

甲，以共同利害關係參與謀議，並有同意計畫，推定他人擔任實施殺人之事者，應負共同殺人責任。

（民國九年上字七二〇號判例）

乙，查甲既與乙均以欠丙貨債，恐丙討要，密商誰先遇丙，即由誰殺丙，是以共同利害關係，參與謀議，並有同意計畫，互相推定，担保實施殺人之事實，則甲對於乙之殺丙，應負共同殺丙責任。（統字一

二四號解釋）

何時始得認爲參加着手以後之行爲，當就各本條依社會觀念決定之，已如前述，此不僅對於既遂或未遂罪同有着手可言，即對於預備陰謀罪，亦有着手可言，總之，已足認爲開始爲實現各本條所定爲構成犯罪要件事實之行爲，即得謂爲着手，而於此時以後，仍得認爲各犯人對於實現行爲亦曾參加，即得謂爲共同實施也。

## 第二，主觀要件。

法條只規定共同正犯之客觀要件，即只須有共同之行爲，即共同實施，而於各犯人之主觀，是否有共同之意思，即意思聯絡，並無明文，但關於此點，學說上，無論爲客觀說，或主觀說，均主張須有共同之意思，即均主張對於共同實施有認識，其所爭執者，只在各犯人是否均須對於同一犯罪有認識，並共同之認識，是否不須各犯人全體有之之二點。余如前述，解釋第四十二條，只對於故意犯有適用，對於過失犯無適用，又解釋共犯，只能就同一犯罪成立，故贊成犯罪共同說，謂共同正犯人（一）首須對於同一犯罪，均有故意，故行爲共同說，謂各犯人可分別對各犯罪有故意，或一部人有故意，一部人有過失，亦可成立共同正犯，乃絕對不能贊成（二）次須對於共同犯罪，均有故意，即各犯人均須有犯意之聯絡，申言之，均須「知共同之情」，彼第四十六條只就從犯設例外規定，對於共同正犯，不能類推爲同一解釋也。至於解釋各犯人均須有意思聯絡，此則於刑事責任及共同責任爲當然。余於民法之共同侵權行爲，雖主張只須有

共同行爲，則以二者責任之根據不同，不可一律而論也。（註一至六）

註一，參照拙著民法通義債編總論一〇六頁一〇七頁。

註二，上訴人於某甲等實施殺人之際，雖供述伊僅在場，未曾下手，而某甲等殺人事實，在上訴人合同意思之內，自應認爲共同正犯。（最高法院民國十九年上字三九三號判例）

註三，查刑法上之傷害人致死罪，爲結果犯，如多數人下手毆打，本有犯意之聯絡，即屬共同正犯，對於共犯間之實施行爲，既互相利用，就傷害之結果，自應同負責任，設使行爲者間缺乏此種聯絡之意思，則縱屬同時爲加害行爲，亦只應就其所實施之部分，各任其責，不得概依共犯之例處斷。（最高法院民國十九年上字一八四六號判例）

註四，查某某等或係堂弟，或係子姪，當時蜂擁尋殺，確係被告人所率領招致，綜閱原卷，處處可考，行兇時雖各自爲之，然而回家持刀相率而去，則不能謂無意思聯絡，即不能謂無共同正犯之責任。（前大理院民國五年上字八三四號判例）

註五，因爲子媳口角，喝令胞弟二人毆打，致將子媳打傷，越日殞命，喝令者雖未動手毆打，然既在場指揮，自係實施正犯，與造意犯不同，被喝令者共同下手，既有犯意之聯絡，只係共同正犯，與同時犯不同。（前大理院民國六年上字三三〇號判例）



註六、被告人等既有共同殺人之犯意，臨時又同時在場幫拖，不能謂非共同正犯，兩審認爲幫助，殊屬錯誤。（前大理院民國八年上字一〇五五號判例）

所謂共同意思，即意思聯絡，乃指對於共同犯罪之相互認識（*Einverständnis*）乃如前述，固不必事先通謀，亦不必臨時成立合意，且對於他犯人亦不必有共同之表示，只各對於共同，有暗默之認識已足（註）又學說上所謂繼承的共同正犯（*Sukzessive Mitbürgerschaft*）即於他人實施中，以共同之意思加入，而互相認識亦可，例如甲已毀越門榻，正行取物中，乙亦潛入，甲使之搬物，亦係第三百三十八條第一項第二款之共同正犯是。

註 因爭田敗訴，率人割取田內之禾，事主撞見阻止，由同夥將事主綑綁，並以沙泥糊口，割禾者仍割禾不止，是其於綑綁事主，既經眼見，仍利用其機會，割取出禾，乃係分擔強盜行爲，與綑綁事主者，均應成立強盜正犯之罪。（前大理院民國六年上字一七六號判例參照現行刑法三四七條）

共同正犯，只能於其意思共同之範圍內成立，超過此部分（學說上稱曰過剩部分 *Überschuss*）則該部分只係實施者之單獨正犯，或與他實施者論共同正犯，不得使無意思者負共同責任。若他共犯人只無意思而有實施，亦應分別就各實施人論故意與過失，即仍應分別論單獨正犯或共同故意正犯與過失正犯。例如甲乙丙爲共同強盜，而乙竟開槍殺人，在其絕命前，丙又以爲犬而加擊一槍以死之時，如甲對於乙

開槍殺人，實無預見，丙開槍亦實係不注意，則甲只於強盜論共同正犯，乙應論單獨殺人正犯，丙應論過失殺人是也。

但各犯人間只須對於同一法定犯罪事實有相互認識已足，僅於具體或其手段有齟齬，仍不失為共同正犯也。例如甲乙本係往丙家強盜，誤走入丁家強盜，或只乙獨往丁家強盜，或事前只說丁帶刀前往，乙竟帶槍前往，以致臨時開槍殺人，均應論共同強盜，或應並論共同強盜殺人。

結果加重犯，只共犯人中一人引起其結果時，對於該部分應論共犯否？例如甲乙同謀強姦丙女，甲行脅迫，乙行姦淫，致丙死者，對於強姦致死之部分之是否為共同正犯，有肯定否定兩說。余取前說，蓋余見結果犯本不問故意與過失，只須其原因行為有共同關係，即應論共同正犯也。

亦有少數反對說，謂犯人中只一有故意，他有過失，亦可成立共同正犯者。余如前述，從通說，謂本條只限於故意犯始有適用，故實施者一為故意，一為過失，亦非共同正犯，而應單獨論罪科刑。

使用刑罰阻却原因之人，如因無責任能力或因有違法阻却原因而致不罰之人，應論間接正犯，不應論共同正犯，已如前述。惟犯人之數，於為犯罪成立要件或刑罰加重要件之時（註一）計算犯人之數，仍應加入計算，即此時間接正犯，亦應以為正犯而計算之，又教唆或事前幫助者，如加入實施，仍應論共同正犯，亦如前述，此時計算共犯人之數，應行加算，更不待言。（註二）

註一，例如三三八I 4，三四八I，二四〇III等犯罪是。

註二，佳電情形，甲乙如果係與丁戊事前共同謀議，並事後得贖，應以實施正犯論，丁戊自可依盜匪法第三條第一款處斷，若丁戊係因甲乙勸其劫取，始決意往劫，甲乙乃係造意犯，又或甲乙爲丁戊眼線，丁戊據以行劫，甲乙即爲事前幫助犯，均不得算入結夥數內，丁戊僅成立刑律第三百七十條之罪，與盜匪法無涉。（前大理院統字一一八九號解釋）（並參照前見前大理院統字一二三八號解釋）

又以共同正犯須各犯人間有意思聯絡，故雖有二人以上，對於構成犯罪之事實之發生有原因行爲，而各人於共同實施無認識，即亦不謂爲共同實施，而應謂爲同時犯。（前出）應各別就其行爲論單獨正犯，不得就犯罪全體論共同責任。（註）

註 在民法之解釋，只須有共同行爲，即無共同意思，亦應論共同侵權行爲，已於前述，故民法於不能知其中就爲加害人之時，各行爲人亦爲共同侵權行爲，（一八五條一項後段）而在刑法則須有共同意思，且已共同實施，始得對於單由他人人生結果之行爲負責，即始應論共同正犯，若無共同意思，則只應論同時犯，若不能知其中孰爲加害人，只應均論未遂，不能如共同正犯，概論既遂也。

## 第二款 教唆犯

教唆犯（Anstiftung, Provocation, instigation）之意義，尤爲於法條甚明，即第四十三條第一項定明

「教唆他人使之實施犯罪之行爲者，爲教唆犯；教唆教唆犯者亦同。」即本項前段，係規定真正之教唆犯，亦可稱曰狹義之教唆犯，他國立法例，均僅就此有明文規定，至於本項後段所規定之教唆教唆犯，他國立法例，多未設明文，即在學說上，亦尙有肯定否定二說，刑法則以明文解決，亦認爲教唆犯。故本項前段，應解爲係規定正犯之教唆犯，此不問爲單獨正犯，抑爲共同正犯，亦不問爲必要共犯，抑爲任意共犯，（共同正犯之規定，不必盡能適用於必要共犯，已於前述。）更不問正犯之爲實害犯，危險犯，作爲犯，不作爲犯，故意犯，既遂犯，未遂犯，預備犯，陰謀犯，凡對之教唆而使其實施該各犯罪行爲者，均應適用本項前段。其中就不作爲犯及未遂犯，預備犯，陰謀犯，能否成立教唆犯？學說上雖有肯定否定兩說，余取肯定說。又過失犯能否成立教唆犯？學說上亦有肯定否定兩說，在共同正犯，因於第四十二條外，更有第四十七條之明文，應取肯定說，解釋上固毫無疑義，對於過失犯之教唆，則並無明文，通說均爲否定說，余亦從之。蓋第四十二條至第四十四條所規定各種共犯，沿革上均係就故意犯規定者，即於理論上，尤爲教唆犯，亦應解爲只得就故意正犯始得成立，法條所謂教唆他人使之實施犯罪行爲，自專指依自己行爲使他人成立故意因以實施犯罪行爲者而言也。至本項後段，係規定教唆犯之教唆，則觀法條自明，此於學說上，又稱曰間接教唆，其亦係一種教唆犯，亦觀法條自明。又從犯之教唆，在學說上，亦有肯定否定二說，刑法亦於次條即第四十四條第二項以明文解決，取肯定說，此則微與正犯及教唆犯之教唆不同，雖其性質於理論上亦應認爲教唆犯之一

種，但刑法則定爲以從犯論，與前二者不同，前二者於法律上爲教唆犯，此則於法律上爲從犯也。（註）

註 舊暫行刑律第三十條第二項及第三十一條第二項，亦如刑法，設有肯定明文，前者「準造意犯論」後者「準從犯論」，立法院草案無明文。

教唆犯，舊暫行刑律稱曰造意犯，蓋沿我國舊律，日本以前亦曾沿此名稱，我國現行民法仍沿用此名稱，稱教唆人曰造意人（民法一八五Ⅱ）刑法則從日本現行刑法，改爲現稱，然其實質，固與舊刑律及民法之所謂造意，蓋無差別也。教唆犯爲共犯之第二形式，且亦爲一般犯罪之修正形式，而較之共同正犯，其修正形式之意義，尤爲顯著。蓋在共同正犯，各犯人猶爲實施犯罪行爲之人，即猶爲犯各本條之罪之人，即仍爲一種正犯，不過應負共同責任，與一般犯罪之係單獨正犯，而只負個人責任者，微有不同。教唆犯之責任，亦係一種共同責任，即其負責任，亦係因其與正犯之共同關係，但又與共同正犯不同，本人並未實施犯罪行爲，而只係使他人實施犯罪之行爲，即本人並非正犯，而係他人爲正犯，易言之，即只係他人犯各本條之罪，自己亦應同一負責，即刑法定爲應處以正犯之刑（四三Ⅱ）舊暫行刑律則定爲準正犯處斷，日本刑法則更只定爲準正犯（學說上又稱曰教唆正犯而以與實施正犯相對稱）非正犯而亦應依各本條處刑，故更爲一般犯罪之修正形式。

又應注意者，刑法或特別刑法，如對於教唆或煽惑等行爲，定爲特種犯罪者（例如二九〇Ⅰ，二九九，

一一一 2 3 危害民國緊急治罪法一 4 二 1 等是) 則該行爲即爲一般犯罪形式，爲此行爲，即爲正犯，當然不適用總則教唆犯之修正形式，即更無適用第四十三條之餘地。

教唆犯之要件，亦除參看前述一般共犯要件之說明外，其本身要件，先就正犯教唆犯言之，則法條明定須「教唆他人使之實施犯罪之行爲」，分析之，則在主觀要件，須有教唆故意，在客觀要件，須有教唆行爲，與正犯行爲，分述之於後：

#### 第一，主觀要件。

所謂教唆他人使之實施犯罪之行爲，當然應解爲於主觀即在教唆者，(一)對於使他人所實施之犯罪有故意，故刑法第二十六條所規定之故意，不但正犯者於實施時須具備，而教唆者於教唆時亦應具備，此項故意，學說上稱曰廣義之教唆故意，教唆者之故意，與被教唆者之故意，不一致時，則不得成立教唆犯。又因被教唆者身分成立之犯罪，教唆者對於該身分亦須有故意。例如教唆有夫之婦與人通姦，教唆者必知其爲有夫之婦是也。(二)對於教唆須有故意，即於教唆時，須有使他人對犯罪成立故意之意思，此項意思，學說上稱曰狹義之教唆故意，通常稱教唆意思，即以指此。此項意思，如其他共犯意思，爲共同意思之聯絡，亦不待言。蓋教唆者有故意使成立故意，被教唆者亦爲其意思所動，而因以成立故意，此即爲共同之意思故也。

上所述者，乃從客觀說之見解，若主觀說，則通說雖亦主張有共同意思，但主張只須一方有之已足，故雙方之故意不必一致，且主張教唆犯對於過失犯，亦得成立，故被教唆者此時即無故意，甚有少數說，主張教唆者亦可因過失成立教唆犯，而認有因過失之故意教唆犯，及因過失之過失教唆犯，此各種見解，均係沒視共犯之法條明文及基本理論與社會觀念，余不取之也。

教唆者不必限於一人，數人共同為教唆亦可，此時是否得適用第四十二條，即共同正犯之規定？學說上有肯定否定二說，余取否定說。蓋第四十二條，乃共同正犯之規定，非共同教唆之規定也。惟於事實上，足稱為共同教唆，自必如共同正犯，具備同一要件，即主觀有共同之教唆意思，客觀有共同之教唆行為，不過此時仍與一般教唆犯無異，各教唆者仍只適用第四十三條之規定而已。至於數人同時或先後，各別教唆，僅係於其實施犯罪行為與以原因，而無共同關係，即並無共同意思，亦並非共同為行為時，只須各人均曾與以原因，即令其原因力有強弱不同，仍應各別論教唆犯，例如甲乙均與丁有仇，甲使丙殺之，約與以千金，丙未允，及乙更約與五百金，而亦使殺之，始決意實行，甲乙均獨立成立教唆犯是。

被教唆者，亦不必限於一人，教唆數人亦可，此時是否成立一個教唆犯，抑按其人數成立數個教唆犯？當審按其體情形論斷之。如各正犯只應論一罪，則為一教唆犯，否則應按其罪數論之。

被教唆者是否須為特定人？學說上有肯定否定二說，余謂，通常之教唆，固均係對於特定人為之，但實際

上亦有對不特定人爲之者，例如在新聞紙廣告或宣傳使人購用含有鴉片烟代用品之毒性物，亦爲禁烟法第十一條所定使用鴉片烟代用品罪之教唆犯是。

所教唆之犯罪，與被教唆者實施之犯罪，是否須一致？乃如前述，客觀說與主觀說大有爭執，余取客觀說。教唆者與正犯者必爲同一犯罪，至不一致時，能否成立教唆？並其範圍如何？當於後詳論。

所教唆之犯罪，只須爲同一犯罪已足，固不必限於一個犯罪，且不必同時教唆之，連續爲教唆者，學說上稱曰連續教唆，(Sukcessive Aufstiftung) 亦可認之，至教唆二個以上犯罪，或不同時爲教唆，如何論教唆犯以科刑？自亦應準諸正犯論之。

所教唆之犯罪是否須爲特定犯罪？學說亦有肯定否定二說，余謂，通常之教唆，固未有不對於特定犯罪爲之者，但實際上亦有教唆不特定犯罪者，例如以危害民國爲目的而組織之團體，其首領因圖擾亂治安，而命其部下於某地凡爲達該目的之一切犯罪，不論殺人放火公共危險妨害風化褻瀆祀典妨害農工商等罪，可相機爲之，即爲對於不特定犯罪之教唆也。

教唆因身分成立之罪，只被教唆者有身分，教唆者無身分，亦得成立教唆犯；惟教唆者須認識被教唆者有此身分，已於前述，又因身分致刑有重輕或免除者，只被教唆者有身分，教唆者無身分，仍應科以通常正犯之刑；乃爲第四十五條所明定，當於後詳述。



教唆以一定目的爲要件之犯罪，被教唆者固須有此目的，但在教唆者，只須認識被教唆者有此目的已足，不必本身亦有此目的。

又犯罪之客體，不必於教唆時即行存在，只須於被教唆者實施時存在已足。

## 第二、客觀要件。

所謂教唆他人使之實施犯罪之行爲，尤應解爲於客觀須有次述之行爲：

### (一)、須有教唆行爲。

教唆者僅有對於犯罪之故意及教唆之故意，尙爲不足，教唆犯亦爲犯罪，自必首由教唆者爲實行其教唆故意之行爲，此行爲學說上稱曰教唆行爲，法條所謂教唆他人，亦即指此行爲也。爲此行爲之方法，法律上並無限制，單純教唆者之動作，如請求勸告命令詐欺恐嚇等，或更有其他之條件，例如與被教唆者以利益或便宜（如事先報酬，事後便利脫逃，藏匿犯人，湮滅證據搬寄贓物等）均可，且不限於明示，默示亦可，且不限於作爲，不作爲亦可（註）至其內容，在使被教唆者實施犯罪之行爲，則爲法條所明定，詳言之，即在使被教唆者對於所教唆之犯罪，成立故意，並實行之。但只此已足，至被教唆者實施犯罪行爲之方法，固不必指示之，且雖指示之，而被教唆者不從之亦可。

註 此有反對說

惟教唆之方法，至強制程度，而致被教唆者阻却故意，即應適用第三十一條第一項及第二十四條時，則已非教唆犯，而只為間接正犯，又以詐欺方法而致被教唆者陷於錯誤，應適用第二十四條之時，亦當同一論之。

又為教唆行為外，更為幫助行為者，雖為教唆犯與從犯之競合，仍應論教唆犯（註）又為實施行為者，則為教唆犯與共同正犯之競合，應論共同正犯，此均已於前述。

註 查某甲與某乙，素不相識，此次夥劫海輪，純由某丙之唆使，業據某甲一再述明，如果某乙對於某甲無直接教唆情事，僅因有人囑託，轉令某丙主使某甲同行劫，則某丙為本案教唆犯，至某乙給與某甲五元為上盜川資，雖不免有幫助正犯之行為，但更審結果，果能證明某乙為教唆教唆犯，則其幫助行為，亦應為教唆行為所吸收，原審於某乙等之犯行，尚未詳求，遽認為教唆兼共同正犯，已嫌含混。（最高法院民國十七年上字四七三號判例）

在客觀說，固主張僅有教唆行為，尚不能成立教唆犯，必須被教唆者因以實施犯罪之行為，始為教唆行為有結果，而後能成立教唆犯，如（一）被教唆者並未因以成立故意，或（二）雖已成立故意，而並未實施犯罪之行為，（三）或雖已成立故意，並已實施犯罪之行為，而其故意與實施，並不與教唆之故意及行為一致，則於此不一致之範圍內，均不能成立教唆。故教唆犯之成立，乃絕對以正犯之成立為要。

件，此即爲教唆犯之極端從屬性。故教唆行爲本身，根本無未遂可言。教唆行爲，與教唆犯爲兩事。雖有教唆行爲，而無後述之正犯行爲，與之一致，則無教唆犯，教唆犯之既遂或未遂，只能以正犯爲準，正犯既遂，斯教唆犯亦爲既遂，正犯未遂，斯教唆犯亦爲未遂，而正犯之未遂，必須在着手實行犯罪即着手實施犯罪之行爲以後，故無正犯行爲，亦無教唆犯之問題，至於正犯不罰（前者爲不爲罪即欠缺成立要件之問題此則爲不罰即欠缺處罰要件之問題）時，是否教唆犯亦應獨立處罰，即除其成立從屬於正犯之成立外，其處罰亦應從屬於正犯之處罰否？則在同一客觀說中，尙有少數說，謂關於此點，已不應認其從屬性，即此點應爲修正之從屬形式，此問題，亦與間接正犯之問題有關，余見間接正犯，不僅於實施者不犯罪之時，可以成立，即於不處罰之時，亦可以成立，他國判例及前大理院判例，亦係從此見解，均如前述，故應解爲凡能成立間接正犯之時，亦應不成立教唆犯。

反是，在主觀說，則與上述之見解相反，乃否認教唆犯爲從屬犯，而主張其爲獨立犯，只須有教唆行爲，即可以成立教唆犯，至於被教唆者，曾否因以成立故意，並曾否實施，並其故意及實施，是否與教唆者之故意及行爲一致，均所不問，不過被教唆者實施之時，則爲教唆既遂，然其犯罪仍各爲獨立，不必同一，如無實施之時，則爲教唆未遂，仍應按其所教唆犯罪之未遂罰之，又該犯罪如成立預備罪者，亦可獨立就教唆犯論預備罪，此種見解，在我國成文法，固全不可取，即在最新立法草案，亦未有全採用此

見解者也。

教唆者為教唆行為後，更將其教唆行為撤銷之時，即更對於被教唆者，勸告其勿實施其所教唆之犯罪時，其刑事責任如何？應分別論之：

甲，撤銷在未着手之前，被教唆者聽從之，而未實施時，則雙方均無罪。

乙，撤銷在已着手之後，被教唆者聽從之，而中止實施時，則雙方均為中止未遂犯。

丙，撤銷在未着手之前，被教唆者亦已聽從之，但以後仍發生犯意，而實施時，則教唆者已不成立教唆犯，只實施者單獨負其罪責。

丁，撤銷在未着手之前，但被教唆者未聽從之，仍實施時，除實施者應負罪責外，教唆者是否仍應論教唆犯，有肯定否定二說，余謂此時係被教唆自行實施犯罪之行為，非受教唆而實施犯罪之行為，已不合於第四十三條第一項，自不能認為成立教唆犯。

(二)，須有實施行為。

即須被教唆者因受其教唆而實施犯罪之行為，始能成立教唆犯，乃觀法條自明，此即為教唆行為之結果。即教唆行為，須發生二重結果，而後可認為成立教唆犯。甲，須被教唆者因以成立故意，即正犯故意須與教唆故意一致，申言之，須被教唆者所決意實施之犯罪行為，與教唆者教唆行為之內容一致，

即爲其原所使實施之犯罪行爲，乙須被教唆者因以實施犯罪之行爲，即實行犯罪，申言之，即其實施犯罪行爲，亦係由於教唆行爲，且其所實行之犯罪，與所教唆之犯罪一致，學者說明教唆者與被教唆者此項關係，有以因果關係之理論者，謂此即爲實施行爲與教唆行爲之因果關係，亦即正犯與教唆犯之因果關係，余謂，此爲教唆犯對於正犯之極端或最大之從屬性所當然，乃贊成一部客觀說之理論，而爲主觀說及其他另一部客觀說所反對者也。

被教唆者先已成立故意，或雖因其教唆而成立故意，但未實施時，主觀說謂此爲教唆不能，應論教唆犯未遂，余如前述，謂不成立教唆犯。對於已成立故意者更爲教唆時，有時只能成立從犯。又被教唆者並未成立故意，只成立過失而實施時，主觀說謂應論教唆犯既遂，余謂只能成立間接正犯，亦已於前述。惟被教唆者之故意，固不必限於係因教唆行爲而發生，即僅因教唆行爲而決定亦可。例如乙本已欲殺某仇人丙，只因身後事無人照料，未經決行，甲乃以照料其身後事自任，因以勸其斷行者之亦得成立教唆犯者是。又教唆行爲，亦不必概限於在被教唆者着手前爲之，在被教唆者已着手實行，而因己意中止時，更教唆其繼續實施者，亦得成立教唆犯。

被教唆者雖成立故意，並已實施，但因無責任能力或違法阻却原因而不罰時，主觀說謂亦成立教唆犯，即客觀說中少數說，亦有從此說者，余謂此時亦只成立間接正犯。

被教唆者之故意及實施，與教唆者之故意齟齬之時，在主觀說謂應獨立論教唆犯，而依其所教唆之犯罪處斷，否認與正犯有從屬性，在客觀說，雖主張應論從屬性，但所說尚不一致，茲試分別論究之：

甲，所實施者與教唆者所教唆者，自初即為別個犯罪時，則只應就實施者論其罪責，不應論教唆犯，例如甲因向丙報仇而教唆乙殺之，乙只對之放火之時是。

乙，所實施者較所教唆者範圍為小時（即實施之罪輕於教唆之罪時）教唆者只應於正犯之範圍內成立教唆犯，此依第四十三條第二項解釋當然之結論，例如甲教唆乙殺丙乙只傷害丙之時是。

丙，所實施者較所教唆者範圍為大時（即實施之罪重於教唆之罪時）此稱曰教唆之超過（*over the scope of the mandate*）此超過部分應否論教唆犯，1. 有謂概不應論教唆犯者，2. 有謂應依錯誤之理論解

決之，其超過部分，如為別罪時，則應不論教唆犯，如為同一犯罪構成要件時，則仍應論教唆犯者，余謂關於此點，如主張共犯之極端從屬性，不但自正面主張無正犯即無教唆犯，並自反面主張無教唆犯亦無正犯，則正犯超過部分，當然不成立教唆犯，不過如前述，共犯之從屬性，不必盡為最大形式，亦可為修正形式，故此時單就教唆者，使其按正犯超過部分負過失責任，亦未必完全與第四十三條第二項相反也。例如甲教唆乙攜帶兇器強盜，致乙臨時殺人，甲對於強盜罪部分，固論教唆犯，對於強盜殺人罪部分，在乙雖為獨立之故意犯，在甲就其教唆行為應否獨立論過失，如依極端從

屬性理論，固應爲否定說，如依修正從屬性理論，則可爲肯定說，惟按諸前大理院及最高法院見解，則仍從否定說也。（註一，二）

註一， 教唆犯於正犯所實施之犯罪行爲，有逾越所教唆之範圍時，應以其所教唆之限度，定其責任。（前大理院民國十年四七五號判例）

註二， 查人民唆使軍隊報其私仇，應就其教唆犯罪部分，以造意犯論，若軍隊犯罪之行爲，出於教唆以外者，該民自不負責。（最高法院解釋字一七五號解釋）

丁， 所實施者與所教唆者已抽象一致，只具體之客體方法時期處所等不一致時，通說謂於教唆犯之成立無影響，余亦從之。例如甲教唆乙殺丙而竟殺丁，教唆其以毒藥殺人，而竟以手鎗殺人，教唆其於夜間或於秘密處所爲之，而竟於白晝或於大眾前爲之等是。

戊， 正犯之客體錯誤（目的物錯誤）與打擊錯誤，既於正犯之成立無影響，於教唆犯之成立亦無影響，此亦爲通說，余從之。

己， 實施行爲致生結果犯時，通說亦謂正犯既應負責，教唆犯自亦應負責，余亦從之。雖有教唆行爲，但被教唆者並未成立故意，或雖已成立故意而並未實施，在主觀說，雖謂應論教唆犯未遂，余從客觀說，謂此時不成立教唆犯，已如前述。但被教唆者已成立故意，並已實施而未遂時，在主

觀說，固謂概應論教唆犯未遂，且謂應不問正犯即被教唆者之爲通常未遂或不能未遂與中止未遂，而教唆者仍應獨立論通常未遂，余從客觀說，謂應分別情形論之：

甲，教唆者係教唆其遂行犯罪，而被教唆者亦已成立故意，且着手實行，而終於未遂時，應按正犯即被教唆者之爲通常未遂或不能未遂與中止未遂以分別論教唆犯。

乙，教唆者雖係教唆其遂行犯罪，而被教唆者自初即無遂行犯罪之意思，只形式上有着手及未遂時（例如只爲騙取教唆者之報酬而僞爲承諾以實施犯罪，故意使其不遂時），則以此時被教唆者並未因以成立故意，實際上更無實施，即無未遂正犯，自無教唆犯之未遂可言。

丙，教唆者自初即無使被教唆者遂行犯罪之意思，即預見其未遂，而仍教唆其遂行犯罪時，此於學說上稱曰故陷人於罪（Absat Provocatour）即其教唆人犯罪，端在陷人使之受刑而並非有意使其犯罪既遂，例如明知爲未懷胎之婦女而教唆人對之墮胎，又如一面教唆人殺人，一面又預告警察，於其着手時，即行逮捕之時是。此時教唆者之責任如何，學者中所說甚不一致，可大別爲否定肯定二說。1. 否定說又有二派，a. 謂教唆犯於未遂犯或既遂犯，均須有故意，此時乃教唆者無故意，故不成立教唆犯，只有時成立他罪，b. 謂教唆犯與正犯之故意原須一致，此時乃教唆者欠缺故意，自不成立教唆犯，即應無罪。2. 肯定說又有五說，a. 謂此時正犯之未遂，亦與教唆有因果關係，自應同



論未遂，b. 謂教唆者並不能自由使被教唆者之行爲恰止於未遂之範圍，故此時關於正犯之既遂，至少有不確定之故意，故仍應論教唆犯未遂，c. 謂須教唆者預見犯罪之得既遂時，始應論教唆犯未遂，d. 謂須於教唆者預期其犯罪之得生一定實害時，始應論教唆犯未遂，e. 謂此時亦係教唆他人使之實施犯罪之行爲，自應論教唆犯未遂，余從最後說。蓋在一般教唆犯，教唆者對於犯罪之既遂，固應與被教唆者同爲有故意，此時固僅被教唆者對既遂有故意，教唆者對既遂無故意，但究不能謂對未遂無故意，法條既定明應處以正犯之刑，則使與正犯同論未遂，固無不可也。

從犯之教唆，乃爲第四十四條第二項所規定，當於後述，第四十三條第一項所規定，只爲正犯之教唆，又有前後段，前段係規定一般正犯之教唆，後段雖亦係規定正犯之教唆，但係就學說上所謂間接教唆者規定之。可述之如次：

第一，被教唆教唆之時。

此即教唆犯之教唆，法條所謂教唆教唆犯，當首即指此，即甲教唆乙，使之教唆丙實施犯罪之行爲，甲亦可稱曰間接教唆者，乙則稱直接教唆者，此時甲乙應同爲教唆犯，觀法條自明，此時甲乙對於丙之實施犯罪行爲，並非共同教唆者，應獨立論教唆犯以處刑，自不待言。

第二，被教唆實施而教唆他人實施之時。

例如甲教唆乙使之實施犯罪之行爲，乙不自行實施，而更教唆丙實施犯罪行爲時，法條是否可解爲係包含此種情形規定？不無疑義，學說上通常所稱間接正犯，均以指此，即對於丙之實施犯罪行爲，乙爲直接教唆者，甲爲間接教唆者，間接教唆者，是否論教唆？學說上爭執頗烈，有否定肯定二說，前說謂此時因果關係已中斷，後說則謂仍有因果關係，余謂我國刑法，關於共犯，固不必以因果關係之理論律之，惟此時仍可解爲已在本項後段規定之範圍內，蓋乙既爲教唆犯，其爲教唆又係由甲所教唆，自亦得謂爲教唆教唆犯也。

### 第三，間接教唆有二次以上之時。

例如甲教唆乙，乙又教唆丙，丙又教唆丁，或以上，而後有正犯實施犯罪行爲時，是否亦得解爲可包含於本項後段規定之內，亦不無疑義，學說上亦有否定肯定兩說，余取肯定說。蓋法條所謂教唆教唆犯，並非限於一次也。最高法院亦就此著有判例（註惟最高法院仍以因果關係說明之）

註 上訴人等之犯罪行爲，實係轉轉教唆殺人，上訴人某甲爲教唆教唆犯，某乙爲再間接教唆犯，如無某乙等之間接教唆，則某丙刺斃被害人之犯罪行爲，將無由發生，其間顯有因果關係之延長，第一審對於上訴人等之所爲，依據刑法第四十三條第二百八十二條第一項處斷，原無不合，乃原審認爲中途參預殺人之謀議，並代爲覓人，即屬共同正犯，其法律上之見解，已有誤會。（最高法院民國十九年

上字第一九〇七號判例)

第三款 從犯

從犯 (Beihilfe, Complice, auxiliaire) 乃刑法所稱，蓋沿舊律及暫行刑律，日本刑法亦同；學說上又稱曰幫助犯。從犯乃與正犯對待而稱，在法條上係由犯者之行爲區別，至爲顯然。即正犯之特徵，在犯者爲實施，故必實施犯罪行爲者，始爲正犯，單獨實施者，稱單獨正犯，共同實施者，稱共同正犯，利用他人實施者，稱間接正犯，教唆犯之特徵，在犯者爲教唆，即須教唆他人使之實施犯罪之行爲者，始爲教唆犯。教唆犯應處以正犯之刑，故學說上又稱曰教唆正犯，以與實施正犯並稱。故教唆犯雖亦從屬犯之一種，但在我國法條上，仍非從犯，而從犯只單稱幫助犯，而其意義亦爲法條所明定，即第四十四條第一項規定「幫助正犯者爲從犯」，至教唆從犯者，固不能稱教唆犯，以適用教唆正犯之規定，然亦不能逕稱爲從犯，且從犯之教唆，於法理上應否認其存在，學說上亦尙有肯定否定二說。故刑法又於第四十四條第二項，以明文解決，採肯定說，而規定以從犯論，即其性質雖亦爲一種教唆犯，但關於處罰，不能如一般教唆犯，只應如一般從犯也。從犯乃爲共犯之第三形式，即爲一般犯罪之第三修正形式。蓋一般犯罪，只正犯始罰，即須實施分則或特別法各本條所定犯罪行爲之人，始應處罰，而從犯則非實施之人，亦應處罰，故其修正形式之意義，較之共同正犯及教唆犯，尤爲顯著；前二者一爲共同實施之人，乃爲真正正犯，一爲教唆實施之人，乃爲準正犯，共

同犯罪之意義尙爲多，故共同犯罪之責任，亦較爲重。若從犯，則只援助實施，而並未參加實施，亦未唆使實施，則共同犯罪之意義較爲少，故共同犯罪之責任，應更較輕。故如法國刑法之以正犯與正犯同等處罰者，（參照法刑五九）德國刑法則改爲共犯應區別教唆犯與幫助犯，前者始應與正犯同等，後者則應減輕，（參照德刑四八，四九）日本刑法從之，（參照日刑六一至六三）我國舊暫行刑律及現行法蓋折衷此二立法例，即對於一般從犯仍應較正犯減輕，對於特種從犯，則應與正犯同等。（參照舊刑律三一Ⅰ，二九Ⅱ，現行法四四Ⅱ）

第四十四條第一項只規定正犯之從犯，第二項只規定從犯之教唆，至於教唆之從犯，（即教唆犯之幫助犯）及從犯之從犯，（即幫助犯之幫助犯）則無明文，（註）在學說上就此有肯定否定兩說，余於二者均取肯定說。蓋第四十四條第一項所謂正犯，乃指一切正犯而言，於單獨正犯及共同正犯並間接正犯，固有適用；即於教唆正犯，亦有適用。又幫助從犯雖無如教唆教唆犯之明文，然法條所謂幫助正犯，應解爲不限於直接幫助，得包含間接幫助，方於實際相合，例如甲欲以毒藥殺丁，介其友乙由醫生丙購得毒藥，如丙知情，亦應論從犯是也。

註 舊暫行刑律第三十一條第二項規定「幫助從犯者，準從犯論。」

又既稱幫助正犯，自應如教唆，解爲不問正犯之爲實害犯，危險犯，作爲犯，不作爲犯，故意犯，既遂犯，未遂犯，

預備犯、陰謀犯，均有適用。關於不作為犯，學者亦有否定說，余不取之。對於過失犯，能成立從犯否？學說有肯定否定兩說，後說為通說（尤於客觀說學者中為然）。關於此點，余見不必如教唆犯解釋，可從肯定說，蓋依第四十六條，幫助正犯，並不須正犯知共同之情，則對於過失犯，自亦可為幫助行為也。

從犯之要件，亦除參看一般共犯要件之說明外，其本身要件，解為應如次述。

#### 第一，主觀要件。

從犯者，須有幫助正犯之故意，少數學者固亦有如教唆犯，主張從犯亦得依過失成立者，在我國刑法只於第四十七條規定共同過失正犯，故對於教唆犯及從犯，亦應如通說，只能依故意成立，不能依過失成立。而從犯之故意，解為（一）對於正犯構成要件事實有認識，至少須對於正犯行為有認識，在故意犯之從犯，其與正犯之故意不同者，正犯須對於構成犯罪事實之全部有第二十六條所定之故意，此則通常只須就該事實有認識即明知或預見已足，且不必就其全部有認識，只須就其中之犯罪行為有認識已足。（二）對於自己幫助行為有認識並有意思，詳言之，即對於自己為幫助而使正犯構成要件事實容易實現，係明知或有意，或預見且不違背本意已足。（一）之成分，固可謂為幫助意思，（二）之成分，尤為狹義之幫助意思，第四十六條所謂知共同之情，亦即指此。在通常固亦係正犯與從犯均有此意思，即雙方均知共同之情，即亦須有一般共同意思之聯絡，惟從犯之與正犯，乃與共同正犯及教唆犯之與正犯

不同，雙方均知共同之情，並非該共同關係之絕對要件，只須從犯有此意思，正犯雖無此意思，第四十六條定為仍以從犯論，即雖與一般從犯之共同關係即真正之從犯不同，仍於法律上視為從犯，亦為因於實際之必要也。（並參照後之說明）

幫助者及被幫助者，亦不限於一人，可參看教唆之說明，惟所幫助之犯罪，必須特定，則為其性質所當然，但亦只須為同一犯罪已足，不必限於一個犯罪，且亦可認連續幫助之觀念，餘亦參看教唆犯之說明。又在身分犯，幫助者亦並須對於身分有認識，惟亦須適用第四十五條，又在目的犯，幫助者亦並須對目的有認識，餘亦可參看教唆犯之說明。

## 第二，客觀要件。

從犯係幫助正犯者，乃為法條所明定，故解為於客觀又須有次述要件：

### （一），須有幫助行為。

即在幫助者須將上開第二故意實現，此稱曰幫助行為。幫助正犯云者，對於正犯構成要件之事實，未為使其實現之行爲，而只為使其實現容易之行爲也。申言之，幫助，乃指實行犯罪以外之行爲，其行爲雖係於實現正犯要件，事實與以助力，但未至於實現之程度。即犯罪無論其為既遂犯，或未遂犯，均有實行之一階段，從犯亦與正犯同係於犯罪事實有故意，但實現此故意之行爲，其性質不同，一則只為

幫助，即僅有意思使容易實現犯罪事實，一則須為實施，即實行，即須有意思依其行為以直接實現犯罪事實。犯人之行為，是否為幫助，抑為實施，須就各該本條所定之構成要件事實，依一般社會觀念，決定其性質是否須認為直接實現之行為，抑僅使容易實現之行為。故同一把風，在強盜之把風，則於一般社會觀念，亦可認為參加實施而為強盜罪之共同正犯，在賭博之把風，則於一般社會觀念，只可認為幫助而為通常賭博罪或營利賭博罪之從犯也。

幫助行為之方法，於法律無限制，不問為下述何種均可。(一)物理的幫助，(Physische Unterstützung)亦稱物質的幫助，(Materielle Unterstützung)如給與供犯罪所用或犯罪預備之物，借與犯罪之場所等是。(二)精神的幫助，(Geistliche Unterstützung)亦稱智力的幫助，(Intellektuelle Unterstützung)如激勵犯罪之決行，指示犯罪之方法等是。此二者固均不失為從犯，德國刑法第四十九條特別定明得以助言(Rat)或動作(Tat)為幫助，即無此明文，亦當為同一解釋也。(註)

註 因有素識某人，向問某處一帶，誰家有錢無槍，可以搶劫，即告以某處各家均有錢無鎗，嗣某人果即向某處行劫，則告者成事前幫助強盜罪。(前大理院民國六年上字五九二號判例)

幫助行為，學者多謂係幫助實施，即對於實行與以助力，余謂幫助只係對於犯罪構成要件之事實與以助力，通常固多對於犯罪行為為之，但僅對於犯罪結果為之，亦可。即不應專指使犯罪實行容易之

行爲，應並指使犯罪結果發生容易之行爲。(註一，二)

註一，刑法上之幫助犯，必須行爲者對於構成犯罪之事實，曾予以相當助力，始能成立，如果該上訴人就某甲等之傷害事實，確有何幫助行爲，固屬傷人致死之從犯，倘僅以某乙索錢之事，回家報告，雖某甲等根據此項報告，爲其起意行兇之原因，究非對於犯罪事實，予以助力，要難即依從犯之例論科。(最高法院民國十九年上字一二二三號判例)

註二，查幫助正犯者爲從犯，所謂幫助，係指予正犯以便利，使其易於實施犯罪之行爲而言。本案關於強盜殺人部分，據原判認定事實，謂被告當時僅在後方看守匪黨所自用之馬匹，是該被告於匪徒之如何圍攻保衛團，如何殺傷團丁及如何搶劫，並未予以便利，使其易於實施，即無幫助之可言。乃原判竟依從犯之例，科被告以強盜殺人罪刑，實屬不合。(最高法院民國二十一年非字六五號判例)

幫助行爲，(一)有於犯罪實行之前爲之者，此對於實行，往往有預備的意義，學說上稱曰事前幫助。(二)有於實行之際爲之者，此對於實行，類只有附隨的意義，學說上稱曰事中幫助。此二種之得爲從犯，於學說無爭。(三)有於實行之後爲之者，學說上稱曰事後幫助，通說均謂幫助係對於實行爲之，此時已無實行，即無正犯，自亦無從犯，除法條以爲獨立犯罪如第二百五十八條第三百七十六條等條



外，不生從犯之問題。余謂在危險犯，於實行完畢後，固無從犯之幫助可言，然在實害犯，則於實行完畢後，結果發生前，而為使結果發生容易之行為，該行為又未經法律定為獨立罪名，亦仍得論從犯也。事前幫助與教唆犯及預備犯陰謀犯之區別及關係如何，可分別論之：甲，事前之精神的幫助，固易與教唆犯相混，但一則係使正犯成立故意，並着手實行，一則只係對於已成立故意者，使之強固或使之決行，二者自不相同。（註）乙，事前之預備的意義之幫助，固多直為犯罪之預備行為，在通常只須未參加着手，即未參加實行，即不能謂為共同正犯，而只為從犯，但如該預備行為，經法律定為獨立犯罪即為預備犯或陰謀犯者，則此時已非從犯而為正犯。

註 教唆犯乃教唆他人使其實行犯意之行為，若被教唆者先已具有犯意而加以訓導指示，則為從犯。（最高法院民國十八年上字一一二六號判例）

幫助行為，是否得為不作為？學說上尚有爭執，余取肯定說，例如有看守義務之人，見人竊物，而故意不加阻止之為竊盜罪從犯是也。（註）

註 所謂幫助正犯行為，乃使正犯易於實施犯罪之積極或消極行為。（前大理院民國三年非字七

○號判例）

（二），須有正犯行為。

即僅有幫助行爲，尙爲不足，更須正犯曾實施犯罪之行爲，故從犯亦爲一種從屬犯，此點即爲從犯之從屬性。前述事中幫助，乃正在正犯實行犯罪之中所爲，不成問題，事前幫助，則須以後正犯曾着手實行犯罪始可。從犯之從屬性，固亦爲主觀說學者所否認，即在客觀說是認從屬性之學者中，於應否解爲極端之從屬性，亦僅應解爲限制之從屬性，亦尙有爭執。前說爲通說，謂不僅正犯之成立，爲從犯之成立要件，正犯之處罰，亦爲從犯之成立要件；即謂正犯不爲罪，即不具備犯罪構成要件，固無從犯，即正犯不罰，即不具備犯罪處罰要件，亦無從犯。後者則謂：正犯之成立，爲從屬之成立要件，從犯之處罰，則非其成立要件。故正犯不罰之時，從犯仍應處罰，余謂法律所謂幫助正犯，所謂從犯之刑，減處正犯之刑，或處正刑之刑，自應解爲仍係規定極端之從屬性。至限制之從屬性，則法律只有第四十五條第四十六條二條，不得超過此範圍，而爲類推解釋也。故正犯如爲無責任條件或責任能力之人，或爲有阻却違法事由之人，均不能成立從犯，只有時得論間接正犯而已。

又從犯不能獨立論未遂既遂，只能準諸正犯以論未遂既遂，故事前幫助，如以後無正犯之實施，或雖實施而不遂，於法律又不成未遂罪，則即不成立從犯，主觀說此點持反對見解，不可從也。

從犯與教唆犯，固如前述，區別較易，至其與共同正犯，則無論其爲事前幫助，或事中幫助，區別均甚困難，故關於犯行是否爲幫助行爲之標準，學者所說，至爲紛歧，大別之爲次述三派：

第一，客觀說。此即求區別幫助行為之標準於客觀之犯行，又有數說如次述：其中（一）至四說，係以行為之價值為標準而設區別，（五）說則係以行為之時期為標準而設區別。

（一），謂對於結果，可區別原因與條件，前者乃指如欠缺之則將不發生結果之條件，後者則指以外之條件，行為之性質，若係與結果以原因者，斯為共同正犯，若僅為條件者，則為從犯。

（二），謂行為對於結果與以影響最大者，尤於結果與以直接及重要之影響者，則為共同正犯，否則為從犯。

（三），謂加担行為可區別為實行行為與預備行為，為前之行為者，為共同正犯，為後之行為者為從犯。

（四），謂加担行為可區別為實行行為與實行行為以外之行為，必為實行犯罪之行為者，始為共同正犯，為以外之行為者，則為從犯。

（五），謂加担行為可區別為實行着手前者，與實行着手後者，須為實行着手後之行為，始為共同正犯，只為實行着手前之行為，則為從犯。

第二，主觀說。此即求區別幫助行為之標準於主觀之犯意，固為新派一貫理論之結果，然亦為救濟前述客觀說之窮而設者，又有次述二說：

（一），共同正犯與從犯之區別，只能於犯人之故意決定之，以為自己犯罪之意思（*animus auctoris*）

爲行爲者，斯爲共同正犯，以加功於他人犯罪之意思（*animus socii*）爲行爲者，斯爲從犯。

（二），謂犯人之意思，可分爲自主的與從屬的，必其意思全係以他人之意思及行爲爲條件而爲加担行爲，即全係從屬於他人之犯意犯行，始爲從犯，此即從犯與共同正犯或教唆犯區別之標準。

第三，折衷說。此派仍側重於主觀說，而又酌採客觀標準，以濟主觀說之窮者，又有二說：

（一），謂應以於共同關係之犯人地位爲標準而決定之，居於主地位者，則爲正犯，居於從地位者，則爲從犯。

（二），謂應求共同正犯與從屬犯之區別標準於主觀客觀二面，以正犯之意思而分担實行行爲者，爲共同正犯，雖有正犯之意思，而未分担實行行爲，或雖分担實行行爲，而只有幫助之意思，則爲從犯。

余見，從來之一般立法例，就從犯設特別規定，本即立場於客觀主義，即對其與正犯及教唆犯之區別標準，莫不歸之於犯人之犯行，即現時他國立法例，莫不以實施教唆幫助爲區別三者之標準，在主觀說，一面根本反對從犯之觀念，一面對於成文上從屬之解釋，仍依其固有理論，謂專應以犯人之意思爲標準，不知從犯亦爲犯罪之一種修正形式，離開其犯罪行爲而專論其不分明之犯罪意思，已屬不妥，且以爲己或自主的意思爲正犯，亦非正確，在共同正犯，亦未必專有爲己或自主之意思，又折衷說，仍側重犯人之意思，亦有同一之非難，而專以主地位者爲正犯，亦與實際不盡相符，又分担實行者，竟謂非正犯，尤與成文法相反，故

後二派之說，均不足取。至客觀說中，(一)說強分原因與條件，亦徒見其標準茫漠；(二)說亦有同一非難；(三)說及(五)說只以預備行為及實行着手前之行為為從犯，亦屬不妥；獨(四)說，可謂與成文法相合，在現時為通說，余以此說為是。蓋刑法明以幫助正犯為從犯，而以共同實施者為正犯，教唆他人實施者為教唆犯，當然應解為不屬於實施又不屬於教唆之行為，始為幫助行為，故前下幫助犯之定義，謂係對於實現犯罪構成要件之事實與以助力之行為者，亦即以此。至舊暫行律第三十一條第一項，規定只限於「於實施犯罪行為以前幫助正犯者為從犯」，而又於第二十九條第二項，規定「於實施犯罪行為之際幫助正犯者準正犯論」，即係從客觀說中之(五)說，只以事前幫助為從犯，其為不妥，自不待言。故現行法加以修正，不但認事中幫助為從犯，且認事中之重大幫助亦為從犯，不過特別定明「於實施犯罪行為之際為直接及重要之幫助者」，則雖為從犯，仍「處以正犯之刑」而已。

#### 第四項 共犯之處罰

##### 第一，概說。

關於共犯之處罰，在學說上有次述二主義：

##### (一) 主觀主義。

即在持主觀說者，只論犯人之犯意，不論犯人之犯行，故根本反對共犯之觀念，此派於因果關係，則持

條件說，於犯罪責任，則持個人責任說，故主張各犯人，亦爲獨立犯，不承認其爲從屬犯，故謂應各就其行爲負擔其個人之責任，此派現時立法例完全採用者尙少。

(二) 客觀主義。

即在持客觀說者，只問犯人之犯行，不問犯人之犯意，只須於同一犯罪有共同關係，即應論共同責任，而主張各犯人有從屬關係，此派乃與一般成文法之主義相合，我國現行法係採此主義，觀後之說明自明。

又在立法例，亦有次述二主義：

(一) 同等主義。

此以共犯之責任，應爲同等，毋庸特設區別，此爲羅馬法，寺院法，法國古法，及法國現行法所採。學者中亦有主張此說者。

(二) 不同等主義。

此以共犯應因其地位而各別問其責任，即謂從犯不能與正犯或教唆犯同科，又有得減主義與必減主義二種，前者爲舊暫行刑律所取，後者爲現行法所取，蓋仿現時之多數立法例也。

第二，共同正犯之處罰。

關於此點，第四十二條只定爲「二人以上共同實施犯罪之行為者皆爲正犯」，未如第四十三條第二項及第四十四條第三項特別規定如何處罰，然本條之立法本旨，固一面係規定共同正犯之要件，亦一面規定共同正犯之處罰，所謂皆爲正犯，即謂該各犯人均係犯各本條之罪，而應處以各本條所定之刑也。

(註)

註 舊暫行刑律第二十九條第一項於「皆爲正犯」下更有「各科其刑」一語

如前所述，共同正犯，是否爲共犯？抑爲單獨正犯？又本條之責任，是否爲共同責任？抑爲單獨責任？學者中固有爭執，余乃取共犯說及共同責任說，且謂本條對於一般正犯，亦爲一種修正形式。即法條明定只須共同實施犯罪行爲，即爲正犯，故（一）不必各犯人均實施犯罪行爲之全部，只實施其一部，亦應負全部責任，即對於他人實施之部分，亦應負責任，此其爲修正形式之意義，（二）只須各犯均已實施，即令只其中一部實施者發生法條所定之結果，一部實施者未發生該結果，亦應同論，既遂，不得分別論未遂與既遂，此其爲修正形式之意義二。

對於各共同正犯，是否須適用同一之法條？抑得適用各別之法條？例如得一依強盜罪處罰，一依竊盜罪處罰？否？固爲學者所爭執，余謂應各別適用法條處罰時，則只爲單獨正犯，非共同正犯，但所謂適用同一法條，並非只適用一個法條，如共同實施者，犯多數各別之罪，亦應各科以各別法條之刑也。

又所謂應適用同一法條，亦並非謂並同等處罰，自得按各犯人之情節，而分別重輕與減免，惟其中有應不罰之人時，是否仍應論共同正犯，余如前述，此時如無他共犯，只應分別論單獨正犯，或間接正犯。惟此係縱之觀察言之，若橫之觀察，仍爲共同正犯，即計算犯人之數，於犯罪之成立或加重有影響時，該不罰之人，亦應以共犯者計數也。

至在身分犯，關於身分關係，應如何處罰，則於第四十五條有明文規定，當於後述。

### 第三，教唆犯之處罰。

此爲第四十三條第二項所明定：即「教唆犯處以正犯之刑。」即謂應按正犯處以同一法定刑，申言之，應審按其教唆所成立之正犯，係如何之罪名，即依該條科刑，至裁定刑，當然不須與正犯相同，至教唆犯與正犯不一致時，當如何論罪科刑，已於前述。

又此所謂教唆犯，不僅指教唆正犯，即前項前段之教唆犯，應並指間接教唆犯，即該項後段之教唆教唆犯。惟教唆從犯，則因應適用第四十四條第二項，自不得適用本項。

正犯不成立或不處罰時，反對說謂亦得獨立對教唆犯處刑，余不從之，已於前述。故此時只有間接正犯之問題，即仍應以正犯處刑，不生教唆犯之問題，非以教唆犯處刑也。

### 第四，從犯之處罰。



此爲第四十四條第三項所明定。即「從犯之刑，減正犯之刑之二分之一；但於實施犯罪行爲之際，爲直接及主要之幫助者，處以正犯之刑。」即對於從犯，亦如教唆犯，同規定處以正犯之刑，即亦係應按正犯處以同一法定刑，申言之，即應審按其所幫助之正犯，係如何之罪名，即依該條科刑。惟對於一般從犯，則採必減主義，且於減輕之標準，亦加以限制，應減正犯之刑之二分之一，即不適用第八十四條。對於特別重大之從犯，則仍使如教唆犯，處以正犯同一法定刑，但裁定刑，亦得不同，亦不待言。

從犯之教唆，不能如一般教唆應論教唆犯，特於第四十四條第二項定明：「教唆幫助者，以從犯論。」蓋教唆幫助，雖其性質亦爲一種教唆犯，但究係教唆從犯，非教唆正犯，故不能與一般教唆犯爲同一修正形式。反應與從犯爲同一修正形式，但因其又與一般從犯之性質不同，並未爲幫助行爲，故定爲準從犯，故其處罰，不能適用第四十三條第二項，只能適用第四十四條第三項，即如其所教唆之從犯爲一般之從犯，則依該項而減處正犯之刑之二分之一，如爲但書所規定之從犯，則仍處以正犯之刑。至正犯不成立或不處罰時，幫助犯是否仍依本項處罰，學說上有爭執，余如前述，取否定說，即此時亦僅發生間接正犯之問題，決無本項適用之餘地。至幫助身分犯時，應如何處罰，亦於第四十五條有明文，另於後述。

## 第五項 共犯與身分

## 第一，概說。

共犯圖與身分之關係，有二問題：即第一，特種犯罪，有以身分爲犯罪構成要件者，而共犯者中有不具備該身分者，能否成立共犯？第二，特種犯罪，有以身分爲刑罰加重減輕或免除要件者，而共犯者中有不具備該身分者，將如何處罰？是也。若專依純粹理論，自一方面言之，共犯既爲共同關係，自須各共犯者均有此身分，始能成立共犯，然自另一方面言之，共犯既爲從屬關係，只一部共犯者無此身分，亦應同一處罰。刑法爲因應實際，而使共犯得容易成立，並得適當處罰起見，不拘於上述之兩方理論，而特於第四十五條第一項及第二項，分別對於上面二問題，設有解決之規定。本條對於前各條共犯規定，可謂爲特別規定，即共犯之一般規定，原爲修正形式，即對於分則或他法各本條之個人責任，而規定其共同責任者，本條則一面雖維持共同責任，而一面又着重個人責任。又共犯之一般規定，原爲從屬關係，即對於分則或他法各本條之獨立關係，而規定其從屬關係者，本條則一面雖維持從屬關係，而一面又酌量各別關係。蓋本條爲立法上之新色彩，在舊暫行刑律，已有此明文，本條又略加修正，在他國立法例，僅日本刑法有明文，（日刑六五）然最近草案，如德國及奧大利刑法草案，亦酌設有相當之條文。（德刑草三二二且與刑草三〇）

本條所謂身分，（*Personliche Verhältnisse, Circumstances personelles*）應廣義解釋，凡存於犯罪主

體之一切情事，而為分則或他法各本條規定為犯罪構成要件或刑罰重輕或免除之要件者，均屬之。申言之，即此之身分，不僅指一定資格，凡於特種犯罪，其犯罪主體須特別具備之資格地位狀態等任何情事，均包含之。如性別，籍別，親屬關係，業務關係，公務員之資格，以及一定特殊狀態，均可。

第二，身分為犯罪構成要件時之共犯。

第一項定明：「因身分成立之罪，其共同實施或教唆幫助者，雖無身分，仍以共犯論。」所謂因身分成立之罪，即學說上所謂身分犯，亦即以身分為特別構成要件之犯罪，如第一百二十八條以下之瀆職罪，第一百七十二條之脫逃罪，第一百七十九條之偽証罪，第二百五十四條第二百五十六條之妨害婚姻及家庭罪，第二百九十一條第二項之過失致人死罪，第三百零一條第三項過失傷害人罪，第三百十條之遺棄罪，第三百三十四條第三百三十五條之妨害秘密罪等均是。依本項規定，不問為共同正犯，抑為教唆犯與正犯，或幫助犯與正犯，只須正犯或正犯中之一人，有此身分，此固為該共犯成立之絕對要件；而在他正犯者，或教唆者，幫助者，有此身分，則非要件；即該各犯人，雖無此身分，亦得分別成立共同正犯，或教唆犯與從犯。（註一至三）惟此並非共犯之正軌，即與一般共犯之共同關係之理論不符，故法條定為只以共犯論。蓋謂性質上雖非共犯，而法律上仍視為共犯，即仍應分別適用第四十二條至第四十四條之規定，以科處刑罰也。故本項一面係規定共犯之成立，一面亦係規定共犯之處罰，且同時又係規定共

同責任與從屬關係可以併存者也。

註一，上訴人固非有逮捕權人之身分，但於緝私兵假藉其職務上之權力，既與共同實施私禁，仍應論以共犯。（最高法院民國十八年上字七六九號判例）

註二，刑法上之竊盜，係以竊取他人所持有之物為成立要件，如對於自己持有之他人所有物，而為不法取得之行爲，即應成立侵占罪名，本案被害人之衣服，既係交由某甲保管，則其搬運行爲，無非侵占之一種手段，上訴人雖非具有保管者之身分，按照刑法第四十五條第一項，仍應以共犯論科。（最高法院民國十九年上字六七三號判例）

註三，上訴人某甲，隨同上訴人某乙，於執行搜查鴉片之職務時，私自受賄五十元，遂將烟犯縱放，並將所獲鴉片隱匿不報，侵占入己，已委無飾卸之餘地，上訴人某甲雖係該局局長貼給工資私人雇用之人，不能認爲依法從事於公務之職員，但既與上訴人某乙共同實施，按之刑法第四十五條第一項規定，仍應以共犯論，原審依刑法第四十二條第一百二十九條第二項第四項，第三百五十七條第一項，第七十四條，判處上訴人等之罪刑，並追繳賄賂之價額，尙無不合。（最高法院民國十九年上字一八六五號判例）

上述者，乃從客觀說之解釋，若從主觀說之解釋，則謂只教唆者或幫助者有身分，實施者無身分，亦得適

用本項而論共犯，即只無身分之實施者，不成犯罪，而有身分之教唆者或幫助者，仍得分別論身分犯之。教唆犯或幫助犯，此說不但與實際情形不合，且與本項規定相反，故余如前述，謂此時仍應適用共犯從屬性之理論，實施者無身分時，只能成立間接正犯，不生共犯之問題也。

第二，身分爲刑罰之重輕或免除要件時之共犯。

第二項定明：「因身分致刑有重輕或免除者，其無身分之人，仍科通常之刑。」本項與前項，乃爲獨立之規定。即前項乃如前述，一面規定共犯之成立，一面規定共犯之處罰；本項則只規定共犯之處罰。前項係規定身分爲犯罪構成要件之共犯，此則係規定身分爲刑罰重輕或免除要件之共犯，全係截然兩事。惟應注意者，亦有身分一面爲犯罪構成要件，一面爲刑罰重輕或免除要件時，則後項可謂對於前項爲例外規定。此所謂因身分致刑有重輕或免除，即指此重輕免除因於主觀情事者而言。其因身分致刑罰加重者，如第六十六條，第二百四十三條，第二百六十五條，第二百八十九條，第二百九十八條，第三百零一條第三項，第三百一十一條，第三百十七條等是。其因身分致刑罰減輕者，如第二十八條，第二十九條，第三十條第三項，第三十一條第二項，第三十二條，第三十三條，第三十六條及第三十七條第一項但書，第三十八條，第四十條，第四十一條，第七十七條，第一百八十四條等是。其因身分致刑罰免除者，如第三十六條，及第三十七條第一項但書，第四十條但書，第四十一條但書，第一百六十八條，第一百七十七條，第一

百八十三條，第一百八十四條，第三百四十一條第一項，第三百六十一條第一項，第三百六十八條第一項，第三百七十八條等是。此時該各條之刑罰重輕或免除，既係因於身分，只應獨對於有此身分之共犯，始應適用。若無此身分之共犯，自不得同一加重減輕或免除，而仍應科通常之刑。例如共犯第二百八十三條第一項之罪，如被害人只為其中一部人之直系尊親屬，雖得依前項而論共同正犯或教唆犯從犯，但科處刑罰，則對於無此關係者，不應依該項，而應依第二百八十二條第一項。又如共同殺人正犯，自首者固得依第三十八條處斷，他共犯則否，又如共同竊盜正犯，與被害人有第三百四十一條第一項之關係者，固得依該項處斷，無此關係之他共犯，則仍應依第三百三十七條第一項是也。本項乃不依共同責任及從屬關係之理論，較前項尤甚，蓋依公平原則，而限制的認其個人責任與獨立關係也。（註一，二）

註一，非公務員，而與公務員共同實施或教唆幫助公務員犯禁烟法第十六條至第十八條之罪，依刑法第四十五條，雖應認為共犯，但因身分而刑有輕重時，依同條第二項，應科通常之刑。（司法院院字一八〇號解釋）

註二，刑法第三百五十七條業務上侵犯罪，係以業務人之身分為加重要件，其不在業務之人與共犯者，依刑法第四十五條第二項規定，仍科通常之刑。（司法院院字五九二號解釋）

## 第六項 共犯與故意

在主觀說，固謂不問何種共犯，概得於過失犯成立，且謂共犯者一部係故意犯，一部係過失犯，亦得成立共犯，又謂不問在故意犯或過失犯，共犯者相互間，未有意思之聯絡，即關於共同犯罪無故意，即無認識，亦得成立共犯，此即主張共犯爲獨立犯之結果。而在客觀說中通說，則謂不但須各共犯者對於犯罪有故意，即只就故意犯始得成立共犯，且須各共犯者相互間有意思之聯絡，即對於共同犯罪有故意，此即主張共犯爲極端從屬犯之結果。然亦有一部學者，謂過失犯亦得成立共同正犯，且限於從犯，即只幫助者對於共同犯罪有故意，實施者對於共同犯罪無故意，亦得成立從犯，此即主張共犯爲限制從屬犯之結果。我國舊暫行刑律第三十四條定爲：「知本犯之情而共同者，雖本犯不知共同之情，均以共犯論。」又於第三十五條定爲：「於過失有共同過失者，以共犯論。」於第三十六條定爲：「值人故意犯罪之際，因過失而助成其結果者，準過失共同正犯論，但以其罪應論過失者爲限。」蓋幾完全採用主觀說。然現行刑法，關於過失犯之共犯，只於第四十七條設有如舊律第三十五條之規定，而未設如舊律第三十六條之規定，即不認共犯概得於過失犯成立，此當於後述，至關於共同犯罪之故意，則將舊律第三十四條修正，而於第四十六條定爲：「知正犯之情而幫助正犯者，雖正犯不知共同之情，仍以從犯論。」蓋本條仍係認共犯原則應有極端之從屬性，即各共犯者相互間，對於共同犯罪，須有故意，即均須知共同之情，此在共同正犯及教唆犯與正犯均毫無例外，惟限於從犯與正犯，則例外規定限制從屬性，只須從犯於共同犯罪有故意，即所謂知正犯之

情而幫助，易言之，即只此一方知共同之情，即令正犯不知共同之情，此時雖與真正之共犯，即真正之從犯，不同，但於法律上仍可視為從犯，即亦應如一般從犯，適用第四十四條第三項以處罰。（註）

註 只共犯者一部知共同之情者，他國際學說外，尙僅有判例解決，未有特設明文者，我國則舊暫行刑律及現行法均設有明文，立法院草案亦於第三十一條設有與現行法相同之條。

教唆犯與正犯，須有有意之聯絡，乃為其性質所當然，主觀說持反對說，不但與現行成文法相反，亦與實際情形絕不相符，至共同正犯，須有有意之聯絡，即須均知共同之情否？於理論上雖不無疑義，例如甲持刀闖入丙室，將欲殺丙，適乙亦與丙有仇，亦欲乘機殺之，乃將丙可以逃避之門與窗概行堵閉，使甲得以實行殺害，但甲並不知此情，此時若依舊暫行刑律第三十四條，固尙可論共同正犯，然在現行法，則法條甚明，只認正犯不知從犯之情之得為從犯，對於上開情形，自應持否定說，而各論單獨正犯也。（註）

註 如解為此僅為第四十四條第三項但書之情形，則仍得適用第四十六條，而依第四十四條但書處罰。

### 第七項 共犯與過失

關於過失犯（即過失罪）得成立共犯否？並得成立一切共犯否？乃為學說之所爭執，已於前述。又關於此問題，他國判例，亦甚不一致，他國立法例，尙僅草案有以明文解決者。（註）現行法尙未見之，獨我國舊暫行刑律及現行法，均設有明文。即現行法於第四十七條定為：「二人以上於過失罪有共同過失者，皆為過失正



犯。」蓋自沿革及理論言之，本法第四十二條至第四十四條所設三種共犯之形式，均係就故意犯即故意罪規定之，此因各共犯者均須有共同犯罪之意思，則通常自只能就故意罪始能成立共犯，尤以教唆犯爲然。但實際，於過失罪有共同過失者，亦所恆有，例如甲乙均誤丙爲獸而開槍打死之時，如甲乙均不知共同之情，即對於共同開槍無認識，固亦只應各別論單獨正犯之責任，即如此時只一槍打中而死，固應查明爲何人之槍打中，但如甲乙知共同之情，即對於共同開槍有認識，即實曾爲共同過失行爲，又會有共同意思之聯絡，則仍如一般共同正犯，不問個人責任，而問共同責任，立法上亦非無考慮採用之餘地，故現行法亦從舊律第三十五條之見解，著此明文，而只爲文字之修正，第四十二條之共同故意共犯，可謂對於一般故意罪之修正形式，本條之共同過失正犯，可謂爲對於一般過失犯之修正形式，且以其爲第四十二條之例外規定，故又可謂爲對於一般共同正犯之修正形式，本條亦如第四十二條，各共犯對於共犯之全體行爲，應負責任，非僅就自己行爲負責任，故如上例，如丙只被一槍打中而死，甲乙二人均應論共同過失正犯，即均應依各本條處以過失罪之刑，不得一論既遂而有罪，一論未遂而無罪。

註 德國刑法草案第三十一條定爲：「數人共同或相互實現可罰行爲之事實者，皆以爲正犯罰之。」又於第二十八條及第二十九條，規定不認因過失之教唆及從犯，奧大利刑法草案第二十七條第二十九條，瑞士刑法草案第二十三條，亦規定教唆及從犯須因故意始得成立。

舊暫行刑律第三十六條，又規定對於他人之故意罪，因過失而助成其結果者，亦得成立過失共同正犯，現行法刪去，此即係仍從客觀說，即共同犯罪說之理論，故在現行法，一有故意，一只有過失，乃無共犯可言，只應單獨論故意犯與過失犯（註）

註 查值人故意犯罪之際，而有過失之事實，如依法應論過失，自認為獨立之過失犯。（司法院院字七四號解釋）

對於過失犯，只認有共同正犯，亦觀法條自明，故教唆犯及從犯，應解為對於過失犯不能成立。

#### 第四節 累犯

##### 第一、概說。

刑法總則累犯及後述併合論罪之規定，雖一面係關於刑罰之適用者，然一面亦如前述之未遂罪及共犯，而為一般犯罪之修正形式，即分則或他特別法所規定之犯罪，均係就單一罪而設，即係就每一次犯罪每一個犯罪，而規定其刑罰，累犯及併合論罪則不然，係就數次犯罪或數個犯罪規定其刑罰，即對於此等犯罪科處刑罰，又與對於一般之單一犯罪科處刑罰者，有所不同。故總則此等規定，亦為對於分則或特別法犯罪規定之特別規定，且為一般犯罪之修正形式。且規定累犯又與規定併合論罪之目的不同，即二者雖同為關於複數罪科處刑罰之規定，然前者係着重於犯罪之次數，尤係着重於刑罰執行後

或執行一部而免除後之次數，而規定對於後次之犯罪將如何科處刑罰，後者係着重於犯罪之個數，尤係着重於裁判確定前之犯罪個數，而規定對於各個犯罪將如何科處刑罰，至累犯得與併合論罪競合，即二章之規定，得同時適用，自不待言。

累犯須加重處罰，在歐洲於羅馬法及中世法，即已見之，在我國則「怙終賊刑」已早為尙書舜典所明著，後於唐律更特設有明文，然此均僅就特種犯罪規定，一般犯罪，亦以之為加重之事由，即刑罰擴張之原因者，尚係始於德國普通法，至前世紀，始至為一般立法例所採用，我國舊暫行刑律，即於總則特設累犯罪一章，現行法亦然，惟刪去罪字，蓋亦如前之共犯罪，刪去罪字，為同一用意，恐被誤會累犯亦為一種獨立罪名也。

累犯之發生原因，除與初犯相同者外，尚有下述之特別原因可舉：(一)由於犯人之惡性特大，足見以前科刑之寡效；(二)由於在監獄中更被他犯惡化，且出獄後亦往往受同監者引誘；(三)由於出獄後受社會冷遇，而更自暴棄，或更激其反抗。

累犯逐日增加，乃為各國刑事統計數字所示，前世紀末以來之刑事學者及刑法學者，對於從來之刑事立法及刑事司法，甚有所懷疑，亦以此為主要原因，於是對於此種現象之救濟方策，不但為刑事政策上之重大問題，亦為一般文化政策之根本問題。

累犯之發生，既有上述各別之特殊原因，救濟之方策，自亦不能一律，即對於（二）與（三）之原因之累犯，首則對於初犯之科刑與收監應酌加限制，宜寬採不起訴及宣告緩刑之制度，次則於在監者之訓育，及出監者之監督保護，宜有較完善之制度與設備，至對於（一）之原因之累犯，自以加重處罰為宜，然機械的加重，亦未必即能收刑罰之功效，此則在刑事政策上將如何對於累犯運用特別預防主義之問題，蓋不失為刑事學上及立法上一至困難之問題也。

考諸立法例，對於累犯之處分，略有下述三主義：即（一）加重法，即對於累犯加重科處刑罰，此為一般立法例所採用，不過加重之條件及加重之分量，又有不同。（二）嚴化法，即對於累犯待遇，較一般犯人嚴厲，如奧大利，芬蘭，挪威等之粗食硬床，智利之會晤通信禁止，及鐵鎖腳鐐，土耳其之笞刑，瑞典之地下暗獄等是。（三）移徙法，即將累犯移徙於邊遠，使與內地社會隔絕，如法國一八八五年之移徙累犯則例是。又在刑事學者，以為常習的或職業的累犯，其危險性特大，有於加重規定以外，更講保安處分之必要，主張須探不定期自由刑之制度者，而最近立法例亦有就該種累犯設特別規定者（註）舊暫行刑律及現行法均只採加重法之制度。

註 如奧大利刑法草案一一二條，德國刑法草案七八條，日本刑法草案九一條，意大利刑法草案九八條等是。

至對於累犯加重處罰之理由，以前尚不外道義責任之根據，即對於此等怙惡不悛之輩，法律上不能寬假，故須於法定刑外，更科以法定加重刑，然此制度，徵諸上開刑事統計，明明失敗，故刑事學者，又高倡累犯之社會責任，而主張特別採用預防主義，最近立法草案亦已酌採，此亦為立法上最足值注意之點也。

(註)

註 現行法對於特種常業犯，亦以為特別犯罪而加重其刑，如二七九條，三三八條一項七款，三四八條一項等是。

## 第二，累犯之觀念。

關於累犯之意義，刑法已有明文規定，即第六十五條定明：「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免除後五年內，再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯。」故累犯自廣義即實質意義言之，不外犯罪後再犯罪，即較狹義亦不外確定判決科刑後再犯罪，初次所犯之罪，可稱曰初犯，再次所犯之罪，可稱再犯，以上者，可稱三犯四犯等，（舊暫行刑律一九條二〇條即依此用語）且可統稱曰累犯；然刑法所稱之累犯，則為形式之意義，即狹義之累犯，蓋必須加重科刑之再犯，始稱累犯，且只設一次累犯及二次以上累犯之區別。（參照五六八）故我國刑法上累犯，須有一定之條件，因各國刑法所規定之條件不同，故其所規定之意義，亦不相同。（註）

註，累犯之成立，(一)有只以刑之宣告爲條件者。如法國舊刑法五七條，日本舊刑法九一條是。(二)有只以刑之執行開始爲條件，而原則不以其執行完畢或免除爲條件者，如德國刑法二四四條，二四五條是。(三)有以刑之執行完畢或免除爲條件者，如法國修正刑法五七，日本刑法五六條是。我國舊暫行刑律第十九條已受徒刑之執行，更犯徒刑以上之罪者，爲再犯，加本刑一等；但有期徒刑執行完畢，無期徒刑或有期徒刑執行一部而免除後，逾五年，而再犯者，不在加重之限。蓋仿第二主義。現行法則仿第三主義。以立法論，應以第三主義爲當。蓋累犯加重之立法精神，乃在懲罰其沒却刑罰之效力，自以於刑罰執行完畢後或執行一部而免除後再犯者，始行加重爲宜也。

本條所定累犯之要件，應如次述：

(一) 須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免除。

故僅依確定科刑判決或處刑命令，受刑之宣告，固爲不足。又僅受刑之執行開始，而未完畢或未免除，亦爲不足。又受有期徒刑以外之執行完畢或免除，如死刑或無期徒刑執行完畢者，根本不生累犯之問題，又死刑只有免除而未經減處有期或無期徒刑者，亦不得適用累犯之規定。餘如拘役或罰金之執行完畢或執行一部而免除者，亦不得適用累犯之規定。累犯之第一要件，即爲前犯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免除。蓋以犯人必於受徒刑之全部執行或一部

執行後而仍犯罪，始得認為其惡性甚大，對於刑罰之感應力薄弱故也。不問爲有期徒刑或無期徒刑，只一部執行者，則更須有免除之條件，所謂免除，非指刑罰之免除，（此爲一般之免除）乃指刑罰執行之免除，即指因時效特赦等而免除一部執行者而言，故雖已受一部之執行，而假釋者，則不得適用本條，以假釋非免除也。惟假釋期滿而未經撤銷假釋者，則可謂爲合於執行完畢之要件。（參照九六）又受一部之執行而經大赦者，亦不得適用本條，蓋以此時在法律上視爲未犯罪，更無所謂受刑也。（註一）至於受一部之執行，而事實上不能執行時，例如有脫逃或保釋等情事之時，亦與免除無涉，亦不得適用累犯之規定。（註二）又在執行中而犯罪者亦同。（註三）

註一，大赦前之犯罪，已經免除，不能爲累犯之原因。（前大理院民國二年非字二二號判例）

註二，受有期徒刑尙未完畢即予保釋，如其保釋於法無據，不能認爲有效，殘餘之刑，仍應執行，在執行完畢前，再犯徒刑以上之罪，依照刑法第六十五條之規定，不得視爲累犯。（司法院院字二五五號解釋）

註三，在有期徒刑執行中，更犯有期法刑以上之罪，應以後罪所科之刑與前科之刑合併執行。（司法院院字四二號解釋）

又法條只定爲須受有期徒刑或無期徒刑之執行，故只須所受執行者爲此等刑已足，不必原所宣告

者亦爲此等刑，故雖原所宣告者爲死刑，而因赦免減爲此等刑者，亦可。至本條與法定刑無干，更不待言，故法定刑雖非此等刑，而因加重或減輕宣告者爲此等刑，並已執行者，亦可。

又所謂受有期徒刑或無期徒刑之執行，當然指該刑罰經合法程序確定並執行者爲限。故如其宣告程序，根本不合法，不生確定力，或宣告程序合法，而尙未生執行力，或其执行程序不合法，自均不得適用本條。（註一，二）又所謂免除，亦指合法之免除，故如未經有赦免權者合法之命令，即不得謂爲合法之免除，即亦不得適用本條。

註一，查刑律累犯罪之成立，以已受徒刑之執行爲要件，而應受覆判案件，必須經覆判裁判確定，始能發生執行力，故覆判裁判確定前之案件，均爲未決，不能執行，縱令事實上已經執行，法律上究不能認爲已受徒刑之執行，故未逾五年更犯徒刑以上之罪，亦不能以再犯加重。（前大理院民國十一年上字一一七號判例）

註二，刑律第十九條（與六五條相當）係以已受徒刑之執行更犯徒刑以上之罪者爲其要件，若受無權限之徒刑判決，法律上應認爲無效，在事實上雖已受徒刑之執行，而在法律上究不能認爲已受徒刑之執行。（前大理院統字六四二號解釋）

（二），須五年內再犯有期徒刑以上之罪。



前犯與後犯，須有期間之限制否？亦有二種立法例：甲，有不設期間之限制，不問經過若干年再犯罪，亦爲累犯者。乙，有設期間之限制，必須在此期間內再犯罪，始爲累犯者。又關於期間，立法例亦不盡相同，我國舊暫行刑律及現行法，均定爲執行完畢後或一部執行而免除後五年內再犯者，始爲累犯。蓋以若不在五年內再犯，尙不得謂前犯刑罰之感應力薄弱也。

又本條關於後犯之罪，亦有限制，即須再犯有期徒刑以上之罪，即須再犯有期徒刑或無期徒刑或死刑之罪始可，蓋以僅犯最重本刑爲拘役或罰金之罪，則其惡性亦不爲大，不能謂前犯刑罰感應力薄弱也。此與前犯之標準不同，前犯係以執行刑爲標準，此則係以法定期爲標準，只須法定刑爲有期徒刑即可，其高度尙有無期徒刑死刑否？並其低度尙有拘役罰金否？可以不問。（註一）又期間之計算，自應依第二十一條第二十二條之規定，即依該項標準計算，自執行完畢或免除之日，扣至後犯着手實行之日止，尙在五年內者，始可。只須着手實行犯罪在五年內已足，不必實行完畢在五年內，更不必發生結果在五年內，又預備罪除謀亦同。又所謂執行完畢，係依第二十二條第一項，指其刑期之最終日即期滿之日抑指同條第二項即期滿之次日？學說尙有爭執，余取前說。（註二）

註一，只須法定刑中有期徒刑，犯人雖應處罰金刑，亦爲累犯。（前大理院院字一七四〇號解釋）

註二，日本大審院大正五年十一月八日判例與此同。（前大理院院字四三〇號解釋似與此反）

以上所述者，只爲累犯之積極要件，此外刑法尙於第六十八條規定，有消極要件，當於後述。

### 第三，累犯之處罰。

對於累犯之處分，在他國立法例，除加重處罰外，尙有其他種種特別處分，我國現行法，則除就特種累犯中之常業犯規定爲獨立犯罪，而加重其刑罰外，只有一般加重處罰之規定，即第六十六條是也。（註）

註 加重有三主義，（一）有刑之種類全然變更者，（二）有不變更刑之種類而加大其程度者，又有二種：甲，有不問後犯與前犯是否同一性質之罪者，乙，有分別是否同一性質之罪者，（三）有不變更刑之種類，類並亦不加大其程度者，我國舊暫行刑律，係第二主義之甲，現行法第二主義之乙。

### 第六十六條分爲次述二項：

第一項規定：「累犯不同一之罪或左列不同款之罪一次者，加重本刑三分之一，二次以上者，加重本刑二分之一。」本項累犯之加重處罰，又較次項之累犯加重處罰爲輕，故此可稱曰一般累犯或普通累犯（*récidive générale*）處罰之規定，蓋以雖爲累犯，而後犯與前犯係不同一之罪，或係本條所列各款不同款之罪，則其惡性之表現尙較小，前犯刑罰之感應力亦只較爲薄弱，故加重之程度，尙不必過大，第一次累犯，只應加重本刑三分之一，第二次以上累犯，亦只應加重本刑二分之一也。

第二項規定：「累犯同一之罪或左列同款之罪一次者，加重本刑二分之一，二次以上者，加重本刑一倍。」

「本項累犯之加重處罰，則較前項累犯之加罪處罰爲重，故此可稱曰特別累犯 (récidive Spéciale) 處罰之規定。蓋以後犯與前犯若係同一之罪或係本條所列各款同款之罪，則其惡性之表現，又較普通累犯爲大，即前犯刑罰之感應力，亦甚爲薄弱，故加重之程度必更大，故第一次累犯，即須加重本刑二分之一，與普通累犯須第二次以上者，始應加重本刑二分之一者不同，又第二次累犯則應加重本刑一倍，其加重程度更大矣。」

又本條所列各款之罪如次：

- 一，內亂罪，外患罪，妨害國交罪；
- 二，瀆職罪，妨害公務罪，妨害選舉罪，妨害秩序罪；
- 三，脫逃罪，藏匿犯人及湮滅證據罪，偽証罪及誣告罪；
- 四，公共危險罪；
- 五，偽造貨幣罪，偽造度量衡罪，偽造文書印文罪；
- 六，妨害風化罪，妨害婚姻及家庭罪；
- 七，褻瀆祀典及侵害墳墓屍體罪；
- 八，妨害農工商罪；

九、鴉片罪，賭博罪；

十、殺人罪，傷害罪，墮胎罪，遺棄罪；

十一、妨害自由罪，妨害名譽及信用罪，妨害秘密罪；

十二、竊盜罪，搶奪強盜及海盜罪，侵占罪，詐欺及背信罪，恐嚇罪，贓物罪，毀棄損壞罪；

右述各款內之罪，以分則各章所規定之獨立之罪，列於同一款內者，蓋以其性質較爲相近也。故法律定爲犯同款之罪，亦與犯同一之罪相同，而以爲特別累犯，若係犯不同款之罪，則以與犯不同一之罪相同，只爲普通累犯。

所謂同一之罪，是否專指同一法條之罪？抑並指同一性質之罪？例如第二百八十三條之罪與第二百八十二條之罪，爲同一之罪否？不無疑義，嚴格言之，自應解爲同一法條之罪，司法院亦係同一見解，（註）惟即如是解釋，犯同一性質之罪，亦爲同款之罪，其結果實無區別也。

註 所謂同一之罪，指同條之罪而言，內亂與瀆職，既非同一之罪，亦非第六十六條同款之罪。（司法院院字一三〇號解釋）

又本條所謂累犯，當然應適用前條，即須後犯係有期徒刑以上之罪，且係在前犯執行徒刑完畢或執行一部而免除後五年內者，始可。於是其次述二問題：

(一) 是否各次後犯，均須在五年之內，抑只須第一次後犯在初犯五年內，以後各次後犯，在緊接前一次五年之內即可？例如犯竊盜三次，只再次竊盜在初次竊盜犯刑畢五年內，三次竊盜則不在初次犯刑畢五年內，只在再次次犯刑畢五年內之時，亦得適用第六十六條第二項加重本刑一倍否？解釋上不無疑義，前大理院係取嚴格解釋（註一），二余亦以此說為是。蓋依前條，五年內，乃為累犯成立要件之一，而本條所謂一次二次或以上，自均須在五年以內，始得謂為累犯也。

註一，五年期限，不獨初犯與再犯，再犯與三犯，須在五年以內，即初犯與三犯之間，亦須在五年以內，否則不能依三犯加重之例處斷。（前大理院民國六年上字六七號判例）

註二，日本明治四十三年法曹合議議決，則有下述反對意見，「刑法所謂三犯以上者，只須再犯與三犯間，具備同法第五十六條（即與本條相同）規定之條件，初犯與三犯之間，不須具備同條規定之條件。」

(二) 累犯不同一之罪或不同款之罪，與累犯同一之罪或同款之罪，其待遇不同，即一應依本條第一項處罰，一應依本條第二項處罰，如各次累犯均係應依同項處罰時，自無問題，但如係數次累犯有應交互依前項或後項處罰時，又將如何？解為應按其同或不同以論其次數，例如第一次累犯，係不同一或不同款之罪，第二次累犯，則係同一或同款之罪，第三次累犯，又係不同一或不同款之罪之時，則為

累犯同一或同欸之罪一次，累犯不同一或不同欸之罪二次，對於該第二次累犯之罪，應依後項加重本刑二分之一，對於該第三次累犯之罪，應依前項加重本刑二分之一。又如第一次累犯係同一或同欸之罪，第二次累犯，則係不同一或不同欸之罪，第三次累犯，又係同一或同欸之罪之時，則為累犯不同一或不同欸之罪一次，累犯同一或同欸之罪二次，對於該第二次累犯之罪，應依後項加重本刑二分之一，對於該第三次累犯之罪，應依前項加重本刑二分之一是也。餘可類推。

又所謂二次以上，自應依第十條俱連本數計算，又所謂一次或二次以上，是否係指累犯之次數，即前後犯之審判次數而言，抑指累犯之犯罪次數，即初犯執行完畢或免除後之犯罪次數而言，不無疑義，解為係指前者。蓋累犯迭次加重之立法精神，即在其每次刑罰之感受力薄弱故也。（註）

註 認為三犯之要件，係依審判次數而定，如第一罪審判確定執行其罪後，又復犯罪，始可謂為再犯，則累犯罪之三次，亦當經過再犯審判之確定，始與法意吻合，某甲在監執行徒刑脫逃緝獲時，發見自打嗎啡，應認為再犯再犯，各科其刑，而依俱發與累犯互合之例辦理。（前大理院統字七二二號解釋）

又立法例對於加重，亦有採得加主義者，我國舊暫行刑律第十九條及第二十條及現行法均採必加主義，且均係只分一次（即再犯）與二次以上二類，二次以上，亦只與二次同其待遇。又關於加重之標準，亦嚴格限定，更無自由裁量之餘地。至加重之方法，自應依第七十九條以下。

又所謂本刑，非指裁定刑而指法定刑，即指分則或特別法就該累犯之罪所規定之刑，自不待言。

犯罪是否為累犯，檢察官偵查時，應調查之，又法院審判時，亦不問為一二審或第三審，亦應依職權調查之。且是否累犯，並非犯罪行為本身之問題，故第三審亦得就此調查事實。（參照刑事訴訟法四〇五Ⅱ）但如裁判確定後，發覺為累犯者，則仍須有救濟之規定，故第六十七條又分別於第一項及第二項就此設有次述規定：

（一），第一項定明：「裁判確定後，發覺為累犯者，依前條之規定，更定其刑。」即如該被裁判確定之犯罪，如以後發見其為累犯者，應不問其既判力即確定力，而仍從新更定其刑，即應依第六十六條，更正原確定判決所宣告之刑而加重之。至於更定其刑之程序，則刑事訴訟法第四百九十八條設有明文。又本項雖僅就科刑確定判決言之，但處刑命令，亦當同一論之。（參照刑事訴訟法四七五）

（二），第二項定明：「前項之規定，於執行完畢或免除後發覺者，不適用之。」此為當然之規定。蓋該被裁判確定之犯罪，已經執行完畢，或已經免除，則已無執行之刑罰可言，即該犯罪之刑罰權已經消滅，自更無加重科處刑罰之理，此所謂免除，指刑罰執行之免除，與一般所稱刑罰之免除，意義不同，自不待言。（參照前之免除之說明）

第四，累犯規定之除外適用。

此爲第六十八條所明定。累犯之規定，於前所犯罪依軍法或於外國法院受裁判者，不適用之。舊暫行刑律第三十二條亦設有相同之規定。蓋依日本舊刑法（日舊刑九六）及法國刑法（法刑五六）可謂自反面規定累犯之要件也。即規定雖合於第六十五條所稱之累犯，而其前犯即前所犯罪有次述二種情形之一，則對於後犯，即不得適用第六十六條及第六十七條之規定。即不得依該各條以加重本刑或更定其刑。

（一）前所犯罪依軍法裁判者。此所謂依軍法裁判，是否指其犯罪係依軍法審判機關裁判者而言？抑係指其犯罪係依軍事特別刑法（如陸海空軍刑法）裁判者而言？於文理解釋，雖不無疑義，然於論理解釋，尤於沿革上，應解爲後義。蓋以觸犯軍法之犯罪，與觸犯常法即普通刑法或一般特別刑法之犯罪，其性質不同，自不能同一視之。（註）至於其審判程序及其執行機關如何，自所不問。

註 前清刑律草案二二條理由，亦與此同見解。

（二）前所犯罪於外國法院受裁判者。此所謂於外國法院受裁判者，即指其前犯受科刑判決，係本於外國審判權所爲，不問其裁判機關之是否在外國，抑在中國，亦不問該法院之爲通常法院，抑爲特別法院，此點除外，與上述之除外不同，即無明文，亦得爲同一之解釋，蓋本於外國審判權所爲裁判之既判力及執行力，在我國並非當然有效（參照八）故並不得認爲第六十五條所稱之執行或免除也。



## 第五節 併合論罪

### 第一項 概說

#### 第一，決定罪數之標準。

刑法總則第八章之累犯，及第九章之併合論罪，均係關於複數罪之修正規定。蓋分則及特別法所規定之一般犯罪形式，均係對於犯一罪者處以一罪之刑，即應就各犯罪分別論罪科刑，除按該一罪之特別情節，更應依法將本罪之刑加重，或減輕者外，決不能更因他犯罪而影響於本罪之刑，是為原則。然累犯及併合論罪，則為例外，均係因他犯罪而影響於本刑，即一則雖非併合論罪，但本刑應因以加重，一則係併合論罪，所科之刑，究較分別論科者為輕，故此二章規定，乃專對於複數罪始有適用，故一人犯一罪，與一人犯數罪，乃為刑罰適用之先決問題，且罪數之決定，於犯罪之時及處所，並時效、告訴、起訴效力與既判力範圍等，亦至有關係。（註一，二）故學者於如何始為一罪，如何則為數罪，即單一罪與複數罪之區別標準如何，乃為自來學說之所爭執，各國判例見解，亦不盡相同，蓋不失為刑法解釋上及適用上最困難之問題也。

註一，犯罪之時及處所，足以決定刑法之適用，參照一至八）及刑事訴訟法上之管轄，（參照刑訴法一三條）又於決定起訴權時效之起算停止，（參照九七至一〇三）此時及處所即又依罪數決之；又

告訴乃論之罪之告訴及撤回範圍，及起訴效力並既判力之範圍，尤以公訴不可分及審判不可分之原則，均於罪數有關。

註二，教唆犯及從犯之數，應依正犯之數決之，如正犯爲想像競合犯，牽連犯，連續犯者，教唆犯及從犯，亦應同一論之。

關於區別犯罪之個數，以前均僅爲自然的觀察，即以一個自然事實爲一個犯罪，而以爲可以簡單解決，然自法律思想發達以後，則更爲法律的觀察，乃離開具體的論斷，更進求爲抽象的考究，在學說上，就區別罪數之標準，乃有次述數派：

(一)，行爲說。即以犯罪行爲爲區別一罪數罪之標準，謂犯罪爲行爲，故應依行爲之單複，決定犯罪之單複，例如一槍打死二人，只一個殺害行爲，故只爲一個殺人罪。

(二)，法益說。又可稱曰結果說。即以因犯罪行爲所侵害之法益（結果）爲區別一罪數罪之標準，謂犯罪爲法益之侵害，故應依侵害法益之單複，決定犯罪之單複，如前例雖只一個行爲而係侵害二個生命，故爲二個殺人罪。

法益說又多區別法益爲次述三種，而分別論究區別罪數之標準。

甲，人格法益。以專屬於人之一身之個人法益爲人格法益，如生命身體自由名譽信用等，與個人

一身有不可分離之關係者皆是。侵害人格法益者，應以人數計算犯罪個數，每一人爲一個法益，獨立構成犯罪。

乙，財產法益。非專屬於人之一身之個人法益爲財產法益，則以該法益之監督者之個數，爲區別犯罪個數之標準，不以該法益之享有者個數，爲區別之標準。例如竊取爲一人監督之數人所有物，則只成一個竊盜罪，若竊取爲數人監督之一人所有物，則反成數個竊盜罪。

丙，公共法益。此指不屬於個人之法益，易言之，即屬於國家或社會之法益，稱曰公共法益，以別於個人法益。即刑法所規定之侵害國家存在組織或權力，並社會之秩序信用或風俗等罪是也。凡侵害公共法益之犯罪，不問其同時侵害個人法益之個數如何，只須爲一個公共法益，即爲一個犯罪，例如誣告二人以上，亦只爲一個誣告罪是也。

(三)，因果關係說。即以因果關係爲區別一罪數罪之標準，謂因果關係乃最重要之犯罪構成要件，故應依因果關係之單複，區別犯罪之單複，故雖有數個行爲或數個結果，如只應論一個因果關係，仍應爲一個犯罪。

(四)，法規說。即以所觸犯之法條，爲區別一罪數罪之標準，謂犯罪乃爲刑法所規定，故應依法條之單複，決定犯罪之單複。故雖一個行爲而觸犯二個法條，例如一槍將人打死，將衣轟毀，爲犯殺人及毀

損所有物二罪是也。

(五) 犯意說。即以犯罪之決意，為區別一罪數罪之標準，謂犯罪須有責任意思，犯罪雖罰犯行，但究罰其惡性，即以其係犯意之表徵，故應依犯意之單複，決定犯罪之單複。

上述(一)說至(四)說，乃為客觀說，(五)說乃為主觀說，現時立法例，關於解決一罪數罪，類未設明文，我國舊暫行刑律及現行法雖仿日本刑法，設有解決，此問題之一部明文。(日本刑五四，五五舊刑律二六，二八現行法七四，七五)(註一)但不能謂問題可因此解決，即決定犯罪是否一罪，除依法條上一罪之明文外，更須求法理上一罪之標準，舊大理院判例，一般係以法益說為主(註二)但例外亦採犯意說，(註三)最高法院判例，雖標明係採行為說，(註四)然有時亦兼採犯意說或法益說(註五)至在學說，行為說乃為通說，但亦有有力學者並採犯意說與行為說或犯意說與法益說之折衷說者。

註一，德國刑法七三條只就想像競合犯(即七四前段)有規定，同國刑草六五條及奧國刑草三一條瑞士刑草六五條亦同，我國舊暫行刑律，亦僅就牽連犯連續犯沒有規定，現行法則與日本刑法就想像競合犯及牽連犯並連續犯均設有規定。

註二甲，查犯罪行為，應以被害法益之數，定犯罪之數，該被告人放火焚殺甲乙之所為，係侵害二個人格法益，自應以二個殺人罪論，焚殺而未死之所為，應以獨立一個殺人未遂罪論，合併計算，實係三罪

俱發，原判認放火係手段行為，殺人為目的的行為，依刑律第二十六條，從一重處斷，並無不合，惟只以一個殺人既遂論罪，亦屬違法。（前大理院民國四年上字一一號判例）

註二乙，強竊盜罪之成立，固不以行為之數為區別一罪數罪之唯一標準，亦不以財產所有人之數為區別一罪數罪之唯一標準，應視其財產係共同監督抑係各別監督而區別之，於一院內同一馬廐中，行劫五人所有馬匹，其馬匹既著於一廐，而馬又為五人所共有，是即在共同監督權以內，不得以馬匹係五人所有，而以五罪論。（前大理院民國三年上字八號判例）

註二丙，偽証二人共同犯罪者，既係對於一事實而為虛偽之陳述，其侵害國家法益僅止一次，自應成立一罪，不得以所偽証者為二人，遂以二罪科斷。（前大理院民國六年上字八〇一號判例）

註三，查某某等姓同院而居，財產雖分屬於三人，而外觀仍是一室，該被告人等入室行竊，原屬一個行為，雖犯罪之結果，侵害三個監督權，然被告人等行竊之時，其對於某物為何姓之所有，決非所知，於法犯人所知與其所犯有異時，自應從所知處斷，乃原判及第一審判決，均認為三罪俱發，依第二十三條之例，分別科刑，殊有未合。（前大理院民國四年上字三六一號判例）

註四，最高法院有次述各例，均標明採行為說者。

甲，上訴人等同時逮捕甲乙兩人，係屬一個行為，依本院最近判例，應以一罪論，原判決按照法益計

算，併合論罪，已有未合（民國十八年上字第九四五號判例）

乙，計算罪數之標準，應依犯罪行為之個數定之，至被害法益之個數，則非所問，本件被誘人雖係二人，而共同賂誘行為，則屬單一，原判決不以行為為標準，而以法益為標準，論為二罪，殊嫌未洽。（民國十九年上字四一〇號判例）

丙，上訴人係同時向甲乙二人施用詐術，其委任令亦係同時交付，其索詐之運動費，雖由甲乙分期過付，但其犯行僅止一個，而原判決乃以侵害兩個法益為理由，為實質上之併合罪，已有未合。（民國十九年上字九四四號判例）

丁，查被告同時誣告二人與逮捕二人，均屬單一行為，原審不以行為為標準，而以被害法益之數為標準，各別論處，亦與本院近例不合。（民國十九年上字一九五九號判例）

戊，計算犯罪個數，應以行為為標準，故一行為誣告數人者，只應成立一罪，原判決以被誣告人數為標準，論為二罪，殊屬不合。（民國二十年上字一〇號判例）

己，刑法一罪數罪之區別，不依被害之法益計算，而以行為為標準，假令更審結果，被告等殺人，如果出概括之意思，雖被害法益不僅一個，既不能證明各別起意，即不應併合論罪。（民國二十年上字二五四號判例）（此又係兼採犯意說）

庚，刑法關於實質的一罪數罪之分，依行為之數而定，不以被害法益之數為準，早經本院著爲先例，原判決不按上訴人之犯行，而依被害人之法益，併合論科，亦屬顯有不合。（民國二十年上字三七四號判例）

辛，實質上一罪數罪之區別，以犯罪行為爲標準，不依被害法益之數而定，早經本院著爲先例，原判決認定被誘人雖係三人，然既同時被誘，自屬二個誘拐行為，不應分別科處，乃原審仍以被害法益爲標準，併合論罪，已屬可議。（民國二十年上字二七六號判例）

壬，計算犯罪之個數，應依行為之個數爲斷，早經本院著爲判例，本件被告，既只有一個恐嚇行為，無論被恐嚇者人數如何，只能成立一罪，原判決乃論三罪，並依刑法第七十條第三款定其執行刑，尤屬違法，又贅引第七十四條，更與案情無關。（民國二十一年非字二號判例）

癸，查誣告罪所侵害者爲國家法益，不能以個人法益計算罪數，上訴人以一狀誣告二人，原審以個人法益爲標準，認爲併合罪，顯有未合。（民國十九年上字五六〇號判例）

註五甲，最高法院次述各例，又係兼論犯意者。

1. 查刑法第七十四條之規定，係採行為說，關於計算罪數之標準，不問被害之法益如何，應視犯罪之行為而定，如更審結果，仍認定上訴人，於同時同地暗置砒毒於某甲家共食之飯米以內，則毒殺

結果，雖有二人既遂，一人未遂，被害法益，為數人之生命，但其犯罪行為，如不能證明分別起意，依上開法條，自應以一罪論，原縣依被害法益之個數，處上訴人以三個罪刑，原審未予糾正，其法律上之見解，與本院最近判例，殊有未合（最高法院十九年上字一四二號判例）

2. 以一行為而同時毆傷數人，應依刑法第七十四條處斷，若以概括之意思，連續數行為，而先後毆傷人，即應以同法第七十五條，以一罪論（最高法院二十一年上字二〇〇號判例）

3. 同時在途搶劫之財物，如係屬於同一意思之一個行為所致，則依刑法第七十四條之規定，一行為而犯數項罪名，應從一重處斷（民國十八年上字九七〇號判例）

4. 上訴人同時賂誘某氏及某人，既係出於一個概括之意思，依刑法第七十四條，祇應從重論以刑法第三百十五條第二項之一罪，第一審於該部分依併合之例論科，原審未加糾正，顯有未洽。（民國十九年上字一一〇五號判例）

註五乙，司法院下例解釋，又依兼論犯意與法益者。「甲起意殺乙，置毒餅內送乙，乙未食，甲對於乙，自成預謀殺人之未遂罪，如乙之以餅貽送丙食，及丁之嘗食，甲亦預見，而不違背本意，則甲對於丙丁亦有殺人之間接故意，應成殺人未遂罪，若應注意並能注意而不注意，或雖預見之而確信其不發生，丙丁既因食餅而病，則甲對於丙丁自屬過失傷害人，應與預謀殺人未遂之行為，依刑法七十四條處斷，



若無上述之故意過失，即對於丙丁，不成罪。（院字三五五號解釋）

以上係介紹學說及判例，茲更開陳鄙見。余謂學說關於一罪數罪之理論，與關於因果關係之理論同，乃過於將問題複雜化、法律化。一罪數罪，雖亦如因果關係，非單純事實認定之問題，而係法律評價之問題，但所謂是否一個犯罪，無非審按現時具體之事實，是否合於刑法規定之要件，申言之，即係論斷具體之現實事實，是否與法條上犯罪構成要件相當。問題本甚簡單，毋庸過為複雜之理論，事實應按具體，毋庸純為抽象之觀察。故所謂法律上一罪，應解為係指特定之具體事實，一次完成。法定抽象之構成犯罪要件者而言。如有二次以上之完成，則為二個以上之犯罪。是否一次完成或二次完成，乃為分別或特別法犯罪構成要件之解釋問題。其適用上，原應於行為結果及犯意概加以斟酌，不得專執其一端以為區別罪數之標準。彼主觀說，離開行為與結果，而專論犯意，固等於暗中摸索，決不可取。然若僅側重於行為或結果，或因果關係，以論犯數，亦不免於膠柱鼓瑟，而不切於實用。故余謂應將問題簡單化、具體化，所謂犯罪，原屬指法條上構成要件事實，現時具體事實，如與之相合而又只一次，即為一罪。有二次以上，即為二個以上之犯罪，較為該簡而切當。此說雖似與上開法條說相同，而實亦不同也。

## 第二，併合論罪之規定。

一人犯數罪之時，刑法除設有累犯之規定外，並設有併合論罪（Zusammentreffen mehrer Verbrechen-

hen, Concours d'infraction)之規定。併合論罪，我國舊律自唐律以來，即已有之，稱曰二罪以上俱發，惟其所採主義，與現時一般立法例不同，係採吸收主義，即從一重處斷，日本舊刑法，亦稱數罪俱發，且襲用此主義，我國舊暫行刑律，亦沿此名稱，設俱發罪一章，然其主義則與舊律不同，而改從一般立法例，即以併科主義為原則，日本現行法則改稱併合罪，其主義亦與一般立法例同，我國現行法則稱併合論罪，其主義亦係與舊暫行刑律及日本刑法同。

現行法關於併合論罪之規定，可分為二類：即第六十九條至第七十三條，可謂為關於一般併合論罪之規定，乃從併科主義之原則，第七十四條及第七十五條，可謂為關於特別併合論罪之規定，乃取吸收主義之例外（註）前者係就一人犯數罪時所設，觀法條自明，此於學說上稱曰實在的犯罪競合，概認其為數罪，不過關於區別罪數之標準有爭執。後者即第七十三條前段所規定之想像競合犯及後段所規定之牽連犯，第七十四條所規定之連續犯，可統稱曰觀念的犯罪競合，其本係數罪或一罪，則學說上有爭執，余謂此復之三者，仍為實在的犯罪競合，本亦應依一般規定處斷，不過法律以各罪相互間有特別關係，而規定從一重處斷或以一罪論，又可稱曰法條上之一罪，蓋性質上本為數罪，不過法律上論為一罪而已。

註 學者多不以第七十四條及第七十五條之規定為併合論罪之規定，只稱前者為併合犯，後者則稱

為競合犯牽連犯連續犯，此於現行法之解釋不能不謂之誤。

在一般立法例，多僅就一般併合論罪設規定，就想像競合犯亦設規定者，只為少數（註）併就想像競合犯及牽連犯連續設規定者，則惟有日本刑法。然日本法關於一般併合論罪之方法，又與現行法不同，故現行法在立法例中，尚不失為一特色也。

註 最近刑法草案，如德國刑草六五條以下，奧國刑草三一條以下，瑞士刑草六五以下，亦仍多僅就一般併合論罪設規定。

與併合論罪應區別者，為左列之犯罪。

(一) 法條競合 (Gesetzeskonkurrenz) 又稱曰外觀上之法條競合 (Scheinbare Gesetzeskonkurrenz) 即謂一個行為雖與數個刑罰法規之要件相當，而因該各法規相互之關係，應排除他法規只適用一法規之時也。此只法條之競合，非犯罪之競合，故仍為一罪，而非數罪，不應併合論罪。尤應與想像競合犯區別之。又有四種情形：

甲，特別關係 (Spezialität) 即一刑罰法規對於他刑罰法規規定其特別關係之時，此不過適用特別法優於普通法，或特別規定優於普通規定 (lex speciali derogat legi generali) 之原則，應論特別關係之罪，不應論一般關係之罪。又有二種情形：

1. 異種法規間之特別關係。例如陸海空軍刑法之內亂罪與刑法之內亂罪，懲治盜匪條例之強盜罪與刑法之強盜罪是也。

2. 同一法規間之特別關係。又有次述二例：

a. 複雜法優於單純法。例如第二百八十三條至第二百八十九條之特別殺人罪對於第二百八十二條之一般殺人罪，第三百三十八條之特別竊盜罪對於第三百三十七條之一般竊盜罪是也。

b. 變態法優於常態法。例如第一百十一條第一項第三款之罪對於第一百六十三條之罪，第一百二十一條之罪對於第二百八十二條第一項之罪是也。

乙，補充關係 (Subsidiarität) 即一刑罰法規對於他刑罰法規有補充法 (Subsidiäre Gesetz) 與基本法 (primäre Gesetz) 之關係之時，此有基本法優於補充法 (lex primaria derogat legi subsidiariae) 之原則，應依基本法論罪，不應依補充法論罪，例如一般公務員受賄，既有第二百二十八條之規定，自應適用該規定，不生適用第一百四十條之問題也。

丙，吸收關係 (Konsumtion) 即一刑罰法規對於他刑罰法規有超過要件之規定，易言之，即前者規定之犯罪要件，足以包含後者規定之犯罪要件，而應適用前者論罪之時，此於學說上稱曰吸收

犯 (Konsumption) 者，亦為其中之一種。(即 34 二例) 又有次述之例：

1. 全部法吸收部分法。例如共犯之競合，教唆犯應為共同實施所吸收，從犯應為教唆所吸收，第二百九十三條第一項之傷害罪應為第二百八十二條之殺人罪所吸收，第三百五十六條第一項之侵占罪，應為第三百三十七條第一項之竊盜罪所吸收，第三百十九條第一項之妨害自由罪，應為第三百七十條第一項之恐嚇罪所吸收是也。

2. 實害法吸收危險法。例如汽車夜行無燈，固僅犯違警罰法第四十二條第十一款，然如因以人，則應依第三百零一條第二項是也。

3. 前行為吸收後行為。例如竊取他人所有物後，而又將其毀損之時，只論第三百三十七條之罪，不論第三百八十二條之罪是也。

4. 後行為吸收前行為。例如未遂為既遂所吸收，預備陰謀通常為未遂或既遂所吸收是也。

丁，擇一關係 (Alternativität) 即一刑罰法規所規定之要件，與他刑罰法規所規定不相容，只能擇一相當法規適用之時，例如第三百六十六條第一項之背信罪與第三百五十六條第一項之侵占罪是也。

(二) 結合犯。 (Zusammengesetztes Verbrechen) 即以各獨立成爲犯罪之數行為合爲一個構成

要件之犯罪也。例如第三百五十條之強盜殺人罪，係由強盜及殺人二罪之行爲所構成者是。此亦不應併合論罪，尤應與牽連犯區別之。

(三) 集合犯。(Kollektivdelikt, Gesamtverbrechen) 即構成要件之性質上，係以同種行爲反復爲之而包括數行爲爲單純一罪之時。此於學說上又分爲甲、習慣的集合犯 (Gewohnheitsmäßige Kollektivdelikt) 乙、營利的集合犯 (gewerbsmäßige Kollektivdelikt) 丙、職業的集合犯 (geschäftsmäßige Kollektivdelikt) 如第二百四十八條，第二百五十八條，第二項，第二百七十九條，第二百八十一條，第二百零六條第一項等均是。此仍爲單一罪，不應適用併合論罪之規定，尤與連續犯應區別之。

(四) 接續犯。(Fortgesetzte Delikt) 即對於構成要件之事實，事實上雖以數個行爲實行之，而在法律上仍只認爲一次完成犯罪構成要件而爲單純一罪之時。例如以數刀將人殺死，而仍爲一個殺人罪，數次竊取數十財物，而仍爲一個竊盜罪者是。此亦不生併合論罪之問題，尤應與連續犯區別之。

(五) 繼續犯。(Dauerverbrechen, delict continuu) 即犯罪完成後而犯罪狀態仍行繼續存在之犯罪也。例如第二百五十四條之重婚罪是。又有所謂狀態犯 (Zustandsverbrechen) 者，則指犯罪完成後而因其犯罪所生之違法狀態仍行繼續存在之犯罪也。例如竊盜罪於竊取行爲完成後而其不法所有之狀態依舊存在者是。此亦不應適用併合論罪之規定，尤應與連續犯區別之。

## 第二項 一般併合論罪

### 第一，併合論罪之意義。

第六十九條定明：「裁判宣告前犯數罪者，併合論罪。」此可稱曰狹義之併合論罪，學說上則稱曰實體上之數罪競合，或實在的併合論罪。(Realkonkurrenz) 蓋爲一人犯數罪之通常情形。惟關於併合論罪之範圍，則各國立法例並不一致，有三主義：(一)有以裁判宣告前之犯罪爲限者，如德國及舊俄刑法是。(二)有以裁判確定前之犯罪爲限者，如日本、匈牙利、葡萄牙刑法是。(三)有以刑罰執行未完畢前之犯罪爲限者，如意大利、芬蘭、瑞典刑法是。俄國舊暫行刑律第二十三條，係採第二主義，現行法係採第一主義。蓋以第二、第三兩主義，均動搖宣告時並無錯誤之裁判，不及第一主義故也。只須一人犯二罪以上，並在裁判宣告之前，即應分別依第七十條至第七十三條論罪處刑。即併合論罪，又有種種情形：(一)犯數罪而均未經裁判者，則各罪均逕依第七十條，定其應執行之刑。(二)犯數罪而有已經裁判及未經裁判者，例如犯甲、乙二罪，而甲罪已裁判，乙罪未裁判，則依第七十一條就未經裁判之乙罪先行處斷，更依第七十條定其應執行之刑，其犯三次以上之罪，亦係準此辦理。(三)其中若各罪中有受赦免者，則依第七十三條辦理。又如係裁判前犯數罪，裁判後又犯數罪者，則發生二個併合論罪之關係，例如先犯甲、乙、丙、丁、戊五罪，其中有一罪或二罪以上已經裁判者，則應只就裁判前之各罪依上開辦法併合論罪，在裁

判後又犯己庚辛壬癸五罪者，則應更就裁判後之各罪，依上開辦法併合論罪，裁判前之犯罪與裁判後之犯罪，則不生併合論罪之關係，只於合於累犯之規定時，在裁判後之犯罪，可與裁判前之犯罪，發生累犯之關係，故此時可生累犯與併合論罪之競合，例如上例己庚辛壬癸五罪係在前裁判之有期徒刑執行完畢後五年內再犯者，則就該各罪除應併合論罪外，並應適用第六十六條及第六十七條處以累犯之刑是也。但如在裁判宣告後，而只再犯一罪者，則除應適用累犯規定外，只應依一般原則，就該一罪獨立科處並執行之。（註一至三）又所謂裁判宣告，係指第一審之裁判宣告而言，自不待言，又處刑命令，自亦應與裁判同視。

註一，既經判決確定而在執行中又犯他罪者，核與刑法併合論罪及累犯各特別規定均不相符，其後罪之刑與前科之刑，當然併執行之，且亦無庸於後罪判決主文內宣告。（最高法院民國十九年非字一二八號判例。）

註二，在有期徒刑執行中更犯有期徒刑以上之罪，應以後罪所科之刑與前科之刑合併執行。（司法院院字四二號解釋）

註三，判決宣告後尚未確定，復犯脫逃罪，既未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免除，當然非累犯，又其犯脫逃罪，既在前罪已經宣告判決之後，亦當然不得併合論罪，法



院祇應就其脫逃一罪，依所犯之條文論科。（司法院院字四八八號判例）

狹義之併合論罪，與後述第七十四條第七十五條所規定之想像競合犯及牽連犯連續犯之併合論罪不同者，即在前者不但實質上為數罪，法律上亦為數罪，即仍應分別論罪科刑，不過應定其應執行之刑，有時於犯人有利益，若後者，則實質上雖為數罪（此點學說有爭執）而法律上則應從一重處斷或以一罪論，概於犯人有利益。

又狹義之併合論罪，固係刑罰適用之問題，即係規定對於數罪如何科處刑罰，然同時亦為一般犯罪之修正形式，即一般犯罪均係獨立論罪，即獨立執行刑罰，此時則係合併執行刑罰也。

## 第二，併合論罪之方法。

（一），第七十條定明：「併合論罪，分別宣告其罪之刑，依左例定其應執行者。」此為狹義併合論罪之基本規定，凡併合論罪，均應依此規定為之，即只係依前條應併合論罪者，對於各罪裁判時，仍應分別宣告各罪之刑，不過各罪之刑，不應分別執行，而應更定其應執行之刑，在多數立法例，均係併合各罪逕行宣告一個併合刑，我國現行法則沿舊暫行刑律第二十三條，係仍如通常裁判犯罪之方法，先行宣告各罪之刑，然後定其應執行之刑，蓋以期各犯罪之罪刑慎重明確也。

關於併合論罪之主義有三：

甲，吸收主義。(Absorptionsprinzip, système de l'absorption) 即數罪中其刑罰較輕之罪，爲刑罰最重之罪所吸收，而只對於各罪科以一最重之刑，即所謂從一重處斷是也。此主義之流弊，在1. 只處一最重罪之刑，他較輕罪不處刑，未免罪刑失平；2. 在裁判宣告前，只須犯較輕之罪，均可不處刑，不啻助長犯罪。

乙，併科主義。(Kumulationsprinzip, système de l'addition) 即將對於數罪應處之刑罰合併科處是也。此主義雖係依一般犯罪處刑之原則，但其流弊亦有1. 過於殘酷，且在有期徒刑，合併之結果，有時直與處無期徒刑無異，而與該刑之刑期限制相反。(參照四九三) 2. 又有刑罰，其事實上不能合併執行者，如死刑之與徒刑，無期徒刑之與有期徒刑是。

丙，折衷主義，又稱限制加重主義。(Parantetraf=od. Asperationsprinzip, système morte) 即以各罪中應科最重之刑爲本刑，更參以他罪應科之刑，而於一定範圍內加重之，以爲合併之刑是也。此主義乃以救濟前二主義之流弊者，但概依此主義，亦於實際不盡允洽。

上述三主義，各有流弊，故近代一般立法例，均不拘泥於一主義，而分別各種刑罰規定採擇之。我國唐律載明，「二罪俱發以重者論等從一」，蓋取第一主義，爾後明律清律均同。然舊暫行刑律已廢棄此原則，改從近代一般立法，現行法亦同。茲試分述第七十條各款所規定之執行刑即併合刑（

Gesamtstrafe) 於次：

甲，「宣告之最重刑爲死刑者，不執行他刑；但從刑不在此限。」即死刑對於他之主刑（參照四九）係採吸收主義。蓋以此時，徒刑及拘役，性質上即不能併合執行，罰金雖非完全不能執行，但依第五十五條第一項第二項，此刑之執行，係命本人完納，且有時須易科監禁，故亦以吸收爲宜。惟死刑對於從刑（參照五〇）則仍採併科主義。沒收固性質上可併科，即褫奪公權，亦非全無必要也。

乙，「宣告之最重刑爲無期徒刑者，不執行他刑；但罰金及從刑，不在此限。」即無期徒刑對於較輕刑之有期徒刑拘役，採吸收主義。此亦因其性質上不能併合執行，但對於罰金及從刑，則以其仍可併合執行，故仍採併科主義。

丙，「宣告多數之有期徒刑者，於各刑中之最長期以上，各刑併之刑期以下，定其刑期，但不得逾二十年。」即有期徒刑如採吸收主義，則嫌過輕，如採併科主義，則有時又嫌過重，故採折衷主義，即限制加重主義，許審判官在其最低度（即各刑中之最長期以上）及最高度（即各刑合併之刑期以下）之範圍內，有自由裁量權，但仍不得逾二十年之限制，即如合併計算之結果，在二十年以上者，只得於二十年以下定之。蓋通常有期徒刑，最高度不過十五年，故合併加重刑處，亦不宜過長也，至所謂最長期，及合併刑期，係指宣告之刑期而言，自不待言。

丁，「宣告多數之拘役者，依前款之例定其刑期。」即拘役亦係如有期徒刑，以採限制加重主義為適當。故亦定為如前款，定其應執行之刑期。

戊，「宣告多數之罰金者，於各刑中之最多額以上，各刑合併之金額以下，定其金額。」即罰金亦以採限制加重主義為宜，故亦許審判官於各宣告刑之最低度及各宣告刑合併計算之最高度之範圍內，有自由裁量權。即得於此限度內，定其執行刑。

己，「宣告多數之有期褫奪公權者，止執行其中最長期之褫奪公權。」即對於從刑中之有期褫奪公權，因其期限起算之關係，不宜過長，故採吸收主義。即各罪仍應分別宣告，惟只應將其中最長期者，定為應執行之刑，如多數有期褫奪公權之期間相同者，則應以其中的一個為最長期（註）又所謂最長期，係指宣告者而言，亦不待言。

註，宣告多數期間相同之有期褫奪公權，應以其中的一個褫奪公權為最長期，定其應執行之刑。（司法院院字六六六號解釋）

庚，「宣告多數之沒收者，併執行之。」即對於從刑中之沒收，係採併科主義，不但應分別宣告，並定為應合併執行，蓋以該刑罰之性質上應如此也。

辛，「依第三款至第六款所定之刑，併執行之。」此係因第三款至第六款均係就該同種類之刑而設，

但如各罪應依各款所定之刑處刑，而為不同種類之刑，即如各應處有期徒刑拘役罰金，有期褫奪公權等刑者，將如何科處？不可不有規定，故又設本款，定為依該各款所定之刑，併執行之，蓋係採併科主義者也。（註）

註 徒刑拘役罰金各科其一時，法無特別規定，當然併予執行。（司法院院字一七〇號解釋）

至第一款第二款，雖就一罪宣告死刑或無期徒刑而言，但各宣告二以上之死期或無期徒刑者，解為亦只執行一死刑或一無期徒刑，即所謂他刑，包括各刑而言，死刑及無期徒刑亦可包括也。（註一）

又第六款只就多數有期褫奪公權而言，若有期褫奪公權與無期褫奪公權均經宣告者，解為應定無期褫奪公權為執行刑，又宣告多數無期褫奪公權者，解為應定一無期褫奪公權為執行刑。（註二）

註一，刑法第七十條第一款所稱他刑，包括各刑而言，故宣告多數死刑，執行其一之情形，亦包含在內。（司法院院字三二八八號解釋）

註二，一人犯數罪，各罪均處死刑或無期徒刑，並科無期褫奪公權者，雖判決主文中未諭知執行之刑，當然執行其一，事實上亦決無執行多數死刑多數無期徒刑多數無期褫奪公權之情形。（司法院院字六二二號解釋）

又法條所謂定其應執行之刑，係於判決主文宣告，自不待言，故除將各罪分別於主文宣告其刑外，並

應將宣告其合併刑，以爲其執行之刑，又不爲科刑判決而爲處刑命令者，亦應同一論之。

(二) 第七十一條定明：「併合論罪，有已經裁判及未經裁判者，就未經裁判之罪處斷。」本條乃附屬於前條之規定，而以濟前條之窮者。前條乃就數罪均得同時裁判者而言，本條則因數罪中有一部分，(不問爲一罪或二罪或以上)已經裁判者，則於裁判未經裁判之部分之一罪(舊暫行刑律二十四條亦與本條同稱曰餘罪)時，如照一般犯罪，遂就該未經裁判之罪單獨科刑，則與裁判前各罪應併合論罪之本旨相違，故此時仍應依第七十條，一面宣告該罪之刑，一面併合已經裁判之罪，定其應執行之刑。(註一，二)

註一，唐律數罪俱發之制度與是異，係以餘罪較前罪爲輕或相等者，則勿論，只較重時，始應更論，明清律亦同，日本舊刑法亦同，然其現行刑法第五十條則與是反，不採吸收主義，我國舊暫行刑律第二十四條及現行法本條，亦全從日本刑法。

註二，然本條所謂就未經裁判之罪處斷，究屬意義欠明，是否僅應宣告未經裁判之罪之刑，抑謂除應宣告其刑外，並應依前條定其應執行之刑，不無疑義，舊暫行刑律第二十四條，係定明同本講義見解，在日本刑法第五十條則通說均從後說，謂如餘罪僅一罪，則應依一般犯罪之例處以通常之刑，再依二裁判以上之例，更定其執行刑，即有二罪以上時，亦應先就該未經裁判之罪定其執行刑，

再依二裁以上之例併合前裁判之罪，更定其執行刑，該國大審院判例亦同，我國前刑律修正草案理由亦係從此見解，謂「裁判既已宣告，雖未至確定，不應因發覺他罪而取消之，當就未經裁判之罪科刑，依下條處斷，」云云，余謂此過於周折，不如解為於裁判後罪時，逕依前條更定其執行刑為是。惟如裁判後罪時，未依前條定其執行刑者，則應依刑事訴訟法第四百九十八條辦理。

(三)、第七十二條定明：「併合論罪，有二裁判以上者，依第七十條之規定，定其應執行之刑。」本條亦為附屬於第七十條之規定，而以濟該條之窮，並以濟前條之窮者。即數罪中竟有二部分之罪均經裁判，而並未依第七十條，亦未依第七十一條，併合論罪，如竟聽其各別確定並執行，亦與裁判前數罪應併合論罪之本旨相違，故為貫徹此目的起見，定為仍應就該已經二裁判之罪，更依第七十條，定其應執行之刑。即此時如係法院裁判他罪，而得自行依職權適用本條者，自不成問題，否則亦應依刑事訴訟法第四百九十八條辦理。(註)

註 舊暫行刑律第二四條及日本刑法第五一條亦同。

(四)、第七十三條定明：「併合論罪，已經處斷，若各罪中有受赦免者，餘罪仍依第七十條之規定，定其應執行之刑，但僅餘一罪者，依其宣告之刑執行。」本條亦為附屬於第七十條之規定，而以濟該條及前二條之窮者。蓋雖能依前三條併合論罪，並已定其應執行之刑，但如其中有一部分受赦免，若仍照

前執行，則亦與裁判前數罪應併合論罪以謀受刑人之利益之本旨相違，故定為餘罪仍應再依第七十條，更定其應執行之刑，若餘罪只餘一罪者，則已無併合論罪以謀受刑人利益之可言，自只得如一般犯罪，仍執行該一罪所宣告之刑（註）又法條所謂已經處斷，通常自如上述，各罪已經定執行刑，但即未經定執行刑，亦得適用本條，自不待言。

註 暫行刑律無規定，本條乃與日本刑法第五二條相當。

又應注意者，第七十一條至第七十三條所謂已經裁判或有二裁判以上或已經處斷，固只謂已經宣告裁判，即應適用該各條，但如已經確定或開始執行，亦可包含之。然如已經執行完畢或執行一部而免除者，除免除係因於赦免仍應適用第七十三條外，餘應解為已無適用該各條規定之餘地，蓋此時該罪已無執行可言，即亦無併合執行可言也。

### 第三項 特別併合論罪

#### 第一款 想像競合犯

第一，想像競合犯之觀念。

刑法第七十四條前段所稱「一行為而犯數項罪名」學說上稱曰想像上之數罪競合或想像的併合論罪，亦稱觀念的併合論罪（*Idealkonkurrenz, concours ideal*）簡稱曰想像競合犯或觀念競合犯，以與



前之實體上之數罪競合或實在的併合論罪(七〇)相對稱。蓋前者乃實際有數罪，即實在有數犯罪行為，故係實際將數犯罪併合處斷，若本條，則實際只有一犯罪行為，而在前段，則係犯數項罪名，在後段，則係其方法或結果犯他項罪名，因有此種關係，乃同定為從一重處斷。學說上通常雖將二者區別稱之，一曰想像競合犯，一曰牽連犯，然亦有統稱二者為想像競合犯或想像併合或牽連犯者，余仍從通說，分別稱之。(註)

註 本條乃與日本刑法五四條同舊暫行刑律二六條，只就牽連犯(即本條後段)設有規定，德國刑法七三條只規定想像競合犯，同國刑法草案六五條係將想像的競合與實在的競合同一規定，奧國刑法草案三一條瑞士刑法草案六五條亦同，此各例均就牽連犯無規定。

想像競合犯與次款所述之牽連犯，既均經於同條定為從一重處斷，其法律上之待遇，只為一罪，即應按其中最重刑之一罪科刑，固屬解釋上毫無疑義，故學說稱此曰處分上之一罪或法律上之一罪，但該「一行爲」既係「犯數次罪名」或係「以犯一罪之方法或其結果而犯他項罪名」究竟其實質上是否係一罪或係數罪，則有問題，學說上大有爭執，關於牽連犯之性質，當於後述，茲先就想像競合犯之性質，首述學說，次述已見。即學說就此，可大別為三：

(一) 犯罪競合說。即係主張一行爲成立數個犯罪，故仍為一種犯罪競合。但於其理由，又有三說：

甲，行爲數罪說。此即主張係一行爲而具有犯數罪之性質，即此時應按其所犯罪名而有數個犯罪成立。此在德國學者中爲通說。

乙，因果關係數罪說。此即謂此時雖係一行爲，但有數結果，即有數因果關係，自應按之認爲成立數罪。

丙，犯意結果數罪說。此即謂罪數應以犯意及結果爲標準而決之，此時既係犯數罪名，即係犯數罪，雖只一行爲仍認爲有數行爲。

(二)，法規競合說。此說與前說異，乃否認此時有數罪成立，只有一罪成立，謂決不能以一行爲而犯數罪，其犯數項罪名，只法律競合而已。

(三)，犯意標準說。此爲新派所主張，謂應專以犯意爲決定罪數之標準，法條所稱一行爲而犯數項罪名，應解爲只限於異種類之想像競合（後詳）始克有之，蓋此時固可認其有數犯罪，雖只一行爲，亦得謂爲成立數罪，若只同種類之想像競合，則此時只有一犯罪而表現一行爲，根本只有一罪，即根本不生本條之適用。

我國司法院及最高法院之見解，係從犯罪競合說之甲說（註）余亦以此說爲是。蓋所謂一罪數罪，非單純事實問題，乃法律評價問題，即解釋具體事實與分則或特別法各該條所定事實是否相合之問題。一

行爲而於法律上評價可兼有數行爲之性質，在民法固所恆見，即在刑法亦可認之。實際上之一個行爲，竟與刑法上之數個構成犯罪要件相合，即犯數項罪名，則謂其於法律上具有數犯罪行爲之性質，又何嘗不可。一行爲係爲數個構成犯罪要件之事實，自應認爲此時成立數罪，即有實在的犯罪競合，即仍與一般之實在的犯罪競合相同。至法律定爲從一重處斷，則因其各罪間有特別關係，不能如一般犯罪競合併合論罪，此時不過將實際上之數罪，於法律上只處以一重罪之刑而已。故想像競合犯，只爲一種特別併合論罪，即亦係將數罪併合論之，不過專採吸收主義。只於法律上從重處斷，較一般併合論罪，更於犯人有利而已。至其餘諸說，其爲不當，觀前第一項之說明，自明，又犯數項罪名，應包含同種類之想像競合，亦觀後之說明自明。

註 參照司法院院字三五五號解釋及最高法院民國十九年上字四五七號判例等（見前）

所謂一行爲者，謂於社會觀念上即自然的觀察，係一個且爲同一行爲也。不必限於單一之動作，即有複數之動作，而於事實上爲一個行爲者，亦爲一行爲。例如開一槍將人殺死，將衣毀損，或開數槍將人殺死，將衣毀損，在社會觀念上，均認爲一行爲也。

又所謂一行爲而犯數項罪名，學說有謂係一行爲而發生數個結果者，有謂係一行爲而侵害數個法益者，余謂此不盡正確，應解爲係一行爲而具備數個構成犯罪要件，申言之，即觸犯數個法條，而又非法條

競合，即並非應只適用一法條成立一罪，乃係應適用各法條，成立數罪。

一行爲而犯數項罪名，又有次述二種情形：

(一) 一行爲而犯二個以上不同種類之罪，即犯二個以上之法條，此稱曰異種類之想像競合 (*ungleichartige Idealkonkurrenz*) 應適用本條，於學說上無爭執，例如投石於室內，又傷害人，又毀損他人所有物，即犯第二百九十三條第一項之傷害罪及三百八十二條之毀棄損壞罪之時是也。

(二) 一行爲而犯二個以上同一種類之罪，即犯同一之法條，而不只一罪。此稱曰同種類之想像競合 (*gleichartige Idealkonkurrenz*) 例如開一槍而打死二人犯，第二百八十二條第二項之二個殺人罪，是此是否爲單一罪只應適用該法條處刑，抑係想像競合而應適用第七十四條。學說上有爭執，通說取後說，我國司法院及最高法院見解亦同，余亦以此說爲是。蓋此時表面上雖只一個行爲完成一個構成犯罪要件事實，但性質上實係以一行爲而完成數個構成犯罪要件事實，自應認爲成立數罪。至贊成肯定說者中，其理由有謂係侵害數個法益或係數次侵害法益者，觀念均欠正確，不足取也。

想像競合，不僅於故意犯見之，於過失犯亦可見之，又可同時於既遂犯與未遂犯並實害犯與危險犯見之，又於共犯亦可見之。(註) 惟一教唆行爲而致數人實施犯罪者，是否應適用本條，學說尙有爭執，係從肯定說。

註 雙方互毆，在場下手之人，對於彼造之死傷，雖均負共同實施之責，然既同時分頭下手，自屬一個行為，依刑法第七十四條規定，以一行爲而犯數項罪名，從一重處斷，原審分別論科，亦非適當。（最高法院民國十九年上字一九二八號判例）

## 第二、想像競合犯之處罰。

此爲第七十四條所明定，即應「從一重處斷」。惟關於從一重處斷之解釋，學說尙有爭執，（一）有謂此即性質上一罪之義，即本爲實際之單一罪者，（二）有謂此係法律上一罪之義，即謂本條雖未如次條，定爲以一罪論，然應同一解釋，即係於法律上成立一重罪之犯罪而已，（三）有謂此僅於法律上處以重罪之刑之義，申言之，即係將數罪併合處斷其中最重罪之刑，並非如次條，只於法律上視爲一罪。三說中，第二說爲通說。最高法院亦係從此見解。（註一，二）余取第三說。

註一、刑法第七十四條，規定以一行爲而犯數項罪名，應從一重處斷，本案同時被擄者，雖有四人，究爲一個行爲之結果，自應以一罪論，原審就被擄之人數爲標準，認爲成立四個擄人勒贖罪，依刑法第七十條併合論罪，亦屬錯誤。（最高法院民國十九年上字一八四號判例）

註二、上訴人同時賂誘某氏及某人，既係出於一個概括之意思，依刑法第七十四條，祇應從重論以刑法第三百十五條第二項之一罪，第一審於該部分依併合之例論科，原審未加糾正，顯有未洽。（最高

法院民國十九年上字一一〇五號判例)

想像競合，因係不但實際上為數罪，即法律上亦為數罪，不過處斷時，應併合論其最重罪而處以該罪之刑，故追訴及處罰時，各罪並非絕對不可分離，而只完全為一個重罪（一），如重罪已受赦免或係告訴乃論之罪而未經告訴或撤回告訴時，尚可追訴并處罰其輕罪（二），輕罪已受赦免或係告訴乃論之罪而未經告訴或已經撤回時，得專就重罪追訴處罰，更不待言。至其時效及其時與地，應就各罪分別論之，亦不待言（註）惟在刑事訴訟法，起訴效力及既判力，則因應適用本條，從一重處斷，應解為只就一部犯罪起訴者，其效力應及於全部，即應適用起訴不可分之原則，許法院就他犯罪部分亦得審判，且不得在同一法院重行起訴（參照刑訴法二五九三，一八及拙著刑事訴訟法通義）又只就一部犯罪確定判決者，解為就他部分犯罪亦得發生既判力（參照刑訴法二四三二及拙著刑事訴訟法通義）

註 關於此點，反對說謂只有一重罪，故其赦免告訴及其撤回並時效及犯罪之時與地，均應專從重罪論之。

又想像併合犯雖亦係一種併合論罪，但本條既定明從一重處斷，則第七十條至第七十三條一般併合論罪之規定，通常自不能適用（註一，二）

註一，同時互毆，傷害數人，雖屬侵害數個法益，然其行為既出於一個，依刑法第七十四條之規定，而犯

數項罪名，應從一重處斷，原判決乃併合論罪，已難謂當（最高法院民國十九年上字九八號判例）。

註二，日本刑法第五十四條，關於沒收仍以明文規定，得適用一般併合論罪之規定，我國無此明文，然應解為前之併合論罪之規定，非一概排除不得適用，故解為此時仍得依第七十條第一款或第二款，但書及第七款辦理，至第七十一條至第七十三條對於本條尚非絕對不能適用，如前述。

又所謂從一重處斷，即係宣告數罪中重罪之刑，應比較其法定刑，至其標準，自應適第五十一條之規定。

## 第二款 牽連犯

### 第一 牽連犯之觀念。

刑法第七十四條後段所稱「以犯一罪之方法或其結果而犯他項罪名」，學說上稱曰牽連犯，亦有仍稱之為想像競合犯或想像併合者。此時是否僅有一行為抑有數行為，學說上首有爭執，然通說均謂係數行為之情形，余亦以此說為是。蓋如係一犯罪行為之方法或結果，犯他項罪名，則逕可依本項前段處斷，毋庸另設後段，後段之所以與前段不同者，即為前段係一行為而犯數項罪名之情形，後段係數行為而犯數項罪名之情形，舊暫行刑律本只就後段情形設有規定，本法仿日本刑法，增設前段規定者，其重要區別之點，即在一只一犯罪行為，一有數犯罪行為，且法律分別標明「犯他項罪名」，乃係某一行為已於法條犯某一罪，而另有犯該罪之方法行為或犯該罪之結果行為，又於法條犯他罪，（此不限只犯

一罪)乃明係實體上之數罪競合,又某一行為,學說上稱曰主行為,自其對於方法行為之關係,則稱曰目的行為,自其對於結果行為之關係,則稱曰原因行為(最高法院亦從此用語)然法律定為須從一重處斷,其為重罪行為者,未必即為主行為,又他行為與某一行為,是否有方法或結果之關係,如後所述,應從客觀說,不應從主觀說,即不必犯人特就他行為為某一行為之手段或結果有認識或意思,只須於客觀足認為有此關係已足,此關係乃為他行為與某一行為之牽連關係,學說上稱此數犯罪行為曰牽連犯,亦即以此,他行為對於某一行為,只須有方法或結果之關係,即為牽連犯,該一行為不必即為主行為,亦不必即於主觀為目的的行為也。(註)

註 學者亦有謂此各行為只為相對,因觀察不同,孰為主行為,孰為方法行為或結果行為,見解不必相同,即如以手段行為為主而觀察之,則他行為乃為結果行為,又如以結果行為為主而觀察之,則他行為乃為方法行為者,余謂他行為與某一犯罪,是否有方法或結果之關係,只能從具體事實為一個論斷,無所謂觀察不同,論斷亦不同也。

他犯罪行為,對於某一犯罪行為,須有方法或結果之牽連關係,始能適用本條,原為實體之數罪競合,而應依前述之實在併合論罪之規定者,法律因其有此特別關係,乃與本條前段之一行為而犯數罪者同一待遇,只使依特別併合論罪之辦法,即只從一重處斷,則對於該牽連關係,自應嚴格解釋,以免對於犯



人輕縱，學說上對此牽連關係，雖均從限制解釋，即均非謂他犯罪行為與某一犯罪行為有事實上方法或結果已足，尙須制一定範圍，即均非只以此關係爲事實關係，而只爲事實認定之問題，尙以此關係爲法律關係，而應爲法律評價之問題，但於其理由即證據，尙不一致，可大別爲二派：

(一) 主觀說。此即犯意說，爲新派學者所倡，乃以主觀之犯意爲定此牽連關係之要件，謂方法結果之關係，須按犯人之意思而個各的定之，如犯人之意思，在具體事實，係以犯他罪爲犯某一罪之方法，或係以犯他罪爲犯某一罪之結果，即得認其有牽連關係，且足此已足。

(二) 客觀說。此爲舊派學者所倡，乃以客觀之犯罪行為爲定此牽連關係之標準，又有次述三說：

甲、要件關係說。此又可稱曰具體關係說。謂須具體事實，該方法行為或結果行為，包含於某一罪犯罪行為之觀念中，而亦係爲該犯罪之構成要件，始得認他犯罪行為與某一罪之行為有方法結果之牽連關係，例如行使偽造文書以詐欺人交付所有物，係犯第三百六十三條第一項之罪，而其方法行為又犯第二百三十三條第一項之罪，其犯他罪之行為，即爲犯前一罪之詐術行為，必於此時，始得認爲成立牽連犯，此說乃謂牽連犯應極狹義解釋之者也。

乙、常態關係說。此又可稱曰抽象關係說。謂他犯罪行為是否足認爲犯某一罪之方法或結果，僅於具體足認爲有此關係，尙爲不足，必須於抽象，亦足認爲有此關係，始能成立牽連犯，即法律認他行為

爲另一犯罪行爲之方法或結果，須非爲該犯罪之構成要件，而又於通常情形，亦有方法結果之關係，此時始得認二行爲有直接不可分之關係，而後足爲牽連關係，易言之，即須他行爲於通常亦爲該行爲之必要或當然之方法結果，始得謂二者有牽連。此說雖亦係解牽連關係於狹義，但又較前說爲寬，在日本乃爲通說，彼國判例亦從此見解。

丙，具體關係說。此說係解牽連關係爲廣義，只以之爲具體關係，謂只須他犯罪行爲事實上爲另一犯罪行爲之方法或結果，已足認爲牽連犯，不必於通常亦得認有此關係，更不必爲該犯罪之構成要件，我國前大理院及最高法院判例多係從此見解。（註一，二）

註一，次述前大理院甲類判例，可認爲係採乙說，乙類又可認爲係採丙說，究以採丙說者爲多，可參看大理院判例要旨匯覽。

甲1，查被告人和誘人，本出於姦淫之目的，則同居姦宿，即屬犯罪所生之結果，雖觸犯和誘和姦兩個罪條，依刑律第二十六條，應從一重處斷。（民國四年上字七五九號）

甲2，被告人強姦被害人致傷，供証確鑿，應無飾辯之餘地，惟查該被告人賂誘之目的，係在強姦，而其結果因致人輕微傷害，其情節實與刑律第二十六條相當。（民國五年上字一六四號）

甲3，偽造貨幣而兼行使，自應構成刑律第二百二十九條第一項第二項之牽連罪。（民國五年上

字二〇八號)

甲4, 三人以上用賭博方法實施詐騙,係觸犯刑律第二百七十六條及第三百八十五條之罪,應依第二十六條,從一重處斷。(民國五年上字三五七號)

乙1, 上告人詐稱馬巡入室行劫,其詐稱官員,即所犯強盜罪之實行方法,應依刑律第二十六條,從一重處斷。(民國三年上字二五三號)

乙2, 本案被告人既將甲乙綑縛逮捕,復將甲毆打成傷,乙毆傷致死,核其犯罪行為,雖於觸犯刑律第三百十三條之罪時,又觸犯第三百四十四條之罪,然核其犯意,專在還兇毆打,其綑縛甲乙至家關門吊打,不過一種兇毆手段,顯係犯一罪之方法,而生他罪之結果,應按照刑律第二十六條,從一重處斷。(民國四年上字四二七號)(此例又係兼採犯意說)

乙3, 戀姦情熱,和誘有夫婦女,並偽造賣約,以備搪塞,應依刑律第三百四十九條第二項,第二百八十九條第二百四十三條第一項,適用第二十六條,從一重處斷。(民國五年上字四〇〇號)

乙4, 偽造縣署批稿及兼祧字據,捏稱兼祧某人,於原妻外,另娶兼祧妻,即將偽造各字交與收執者,應成行使並偽造公私文書及重婚之罪,依二六條處斷。(民國六年上字二六號)

乙5, 被告人甲教唆被告人乙等結夥在途行劫,以侵占自己業務上管有物,乙等以不在業務之人,

與甲共犯，依刑律第三百九十二條末段，應依同律第三十三條第一項之例處斷，乃原判於乙等，但認爲成立結夥在途行劫一罪，而於幫助侵占一罪，置諸不論，雖科刑本應依刑律第二十六條從一重處斷，而罪量攸關，究嫌疏漏。（民國八年上字二三五號）

乙6，被告人等結夥三人以上竊取鐵道上道釘及道木，顯犯刑律第三百六十八條第二款及第二百零一條之罪，應依該兩條及同律第二十六條處斷。（民國九年非字五一號）

註二，次述最高法院甲類判例，可認爲係採乙說，乙類判例，可認爲係採丙說。

甲1，查和誘並非通姦必要之手段，亦不能認爲犯罪之當然結果，其因姦和誘，自屬二罪併合，第一審依刑法第七十條處斷，原審認爲尙無違誤，將第二審上訴駁回，尙無不合。（民國十九年上字三一六號）

甲2，上訴人隨同匪夥擁至某甲船上，將幼女某乙擄走勒贖，因某甲無力措款，上訴人復將某乙帶往某處價賣，是其價賣某乙，係屬擄人勒贖以後之另一行爲，依法應併合論罪，原審以誘拐行爲誤爲犯擄人勒贖罪之結果，依刑法第七十四條從一重處斷，於適用法則，顯有未合。（民國二十年三二號）

甲3，上訴人既直認將某甲擲在河裏，若如驗斷書斷定致死之理由，謂委係生前受尖刀戮傷身死

後擲於河中，則於殺人行爲之結果，又觸犯遺棄屍體罪名（民國十九年上字七一〇號）

甲4，犯妨害公務之罪，因而致公務員或佐理人輕傷者，應依刑法第七十四條從一重處斷，業經院字第六十九號解釋有案，本案被害人受有微傷，經縣驗明，雖未經告訴，固可勿論，然原判決認爲當然之結果，究屬誤會。（民國十九年上字一八〇九號）（此例係不認須當然結果）

甲5，上訴人將某甲之六歲幼女姦淫，應依同法第二百四十條第二項以強姦論，惟查被害人因被上訴人姦淫，尿道口及陰核均呈紅腫，至第二審，復驗明其外尿道口尙呈紅腫，既經先後驗明，是其身體顯被姦淫而致受輕傷，雖此種傷害爲姦淫所生之結果，依刑法第七十四條應從一重處斷，第一審未予置議，原審亦未糾正，均屬違法。（民國十九年上字一八〇九號）

乙1，如果因欲殺害，始行逮捕，則其殺人爲目的的行爲，而逮捕不過欲達目的之手段行爲，自應從一重處斷，原判決對於其剝奪人行動自由，置而不問，亦難謂當。（民國十九年上字一〇八號）

乙2，上訴人係以恐嚇取財之目的，偽造公文書，其行爲雖觸犯兩法條，而實質上仍有牽連之關係，自屬毫無可疑。（民國十九年上字九二二號）

乙3，已伐之山木，經縣查封之後，雇人偷運出售，原審依據刑法第一百四十五條第三百三十七條第一項論處，並以其犯罪目的在於竊盜樹木，而違背查封效力之行爲，乃屬一種方法，復依刑法第

七十四條從一重科斷，尙無不合。(民國十九年上字一一四二號)

乙4， 上訴人於夜間侵入某甲家，將某甲殺死，雖以侵入為殺人之手段，應依刑法第七十四條從殺人之重罪處斷，原判缺漏未論罪，其法律上見解，已有錯誤。(民國十九年上字一四六六號)

乙5， 上訴人等因某甲在某乙家建醮，不由分說，侵入乙家，毀其法器，其觸犯毀損罪之方法上，並犯侵入住宅之罪，雖屬牽連關係，應依刑法第七十四條從一重處斷，而原判置之不論，僅認為單純毀損，已屬違誤。(民國十九年上字八四五號)

乙6， 上訴人以行使偽造信函為詐術方法，意圖自己不法之所有，使某經租賬房將某甲所有之財物交付，悉無諉卸之餘地，原審據以認定事實，並依刑法第二百二十四條，第二百三十三條，第三百六十三條第一項，第七十四條，從一重處斷，尙無不合。(民國十九年上字一五八號)(此例係與甲說相合)

余見，本條本係對於第七十條之特別規定，自應狹義解釋，故客觀說中丙說只須有事實上方法結果關係，即為有牽連關係，未免於犯人寬縱，故其他客觀說及主觀說，均係於事實上之方法結果關係，更限定一定範圍以論牽連關係，惟主觀說專論犯意，不但茫漠難定，且有時範圍過寬或有時又過狹，例如殺人須用毒藥，而因無錢購買，乃竊取金錢，亦應論牽連犯，又如強姦幼女成傷，乃為通常可有之結果，只因無

犯意之聯絡，亦不應論牽連犯，均屬不當是。又客觀說中甲說，限定範圍過狹，亦與立法精神不能相合，故余取客觀說中之折衷說，即乙說，一面只有具體之方法結果關係，尚為不足，而更於一般即通常，亦均有此關係，即方法或結果，須為犯某一罪之通常必要或當然之方法結果，始為有牽連關係，而一面又不須該行為之為另一犯罪之構成要件，惟此說謂成立牽連關係，謂只須為方法結果關係，不得更為要件關係，此點亦不可贊成，凡乙行為為甲行為之方法或結果而同時又為構成要件之時，如不應認為吸收犯，而適用法條競合之理論，亦應適用本條，但不以此情形為限，庶於情法兩洽也。至於犯人對於主行為及方法結果行為，通常均須有故意，始成犯罪，乃第二十四條第二十五條當然之結論，不過犯人不須更就他行為之為方法或結果有故意而已。

故所謂「以犯一罪之方法而犯他項罪名」者，乃謂某一行為已具備某一法條之犯罪構成要件，而為該行為又須以他行為為其方法，即須為他行為，始能達該犯罪之目的，且二者之間，不但於具體須有不可分離之直接關係，且須於通常，亦為必要而切近之關係，如有此關係，而他行為又具備另一法條之犯罪構成要件，而後足認為合於本條之所定牽連要件。

又所謂「犯一罪之結果而犯他項罪名」者，亦謂一行為已具備某一法條之犯罪構成要件，而又為他行為，他行為適為該行為之結果，即係與該行為有因果關係，但只實際之因果關係，尚為不足，亦必須他

行爲於通常亦爲該行爲必要或當然之結果者，始可認爲合於本條之牽連要件。

## 第二，牽連犯之處罰。

此亦經法條定明：「從一重處罰。」即某一行爲與方法或結果行爲，本均具備各罪之構成要件，而爲實在犯罪競合，應依一般之併合論罪之規定，不過法律以其有此特別牽連關係，乃亦如想像競合犯，而定爲特別之併合論罪，即於裁判時，如發見有此各行爲，則罪數仍須按各行爲論之，但其刑罰，只能依其最重之罪科斷，故各罪於法律上雖非如後條只論一罪，但只處一重罪之刑，究係吸收主義也。餘均參照前競合犯處罰之說明。（註）

註 關於撤回告訴及撤回起訴并既判力，如從通說，認爲不問就主行爲或方法結果行爲，均應全部發生，即就輕罪行爲有此行爲時，就未經撤回告訴起訴或確定判決之重罪，亦應認爲起訴權消滅，如從具體關係說，則未免過寬。

## 第三款 連續犯

### 第一，連續犯之觀念。

刑法第七十五條所稱之「連續數行爲而犯同一之罪名」學說上稱曰連續犯。（Fortgesetztes Verbrechen, *delictum continuatum, délit continué ou répété*）舊暫行刑律第二十八條單稱曰「連



「續犯罪」，現行法以其範圍過寬，故仿日本刑法修改之。連續犯之觀念，雖為大陸法系之刑法學說所認，但其現行法及草案，均未就此特設規定，設有明文者，尙僅日本及我國而已。

關於連續犯成立之要件，即連續關係，應依如何標準決定之？學說尙有爭執，可大別為次述三派：

(一) 主觀說。謂應專以犯人之意思為標準而決定其有無連續關係。犯人之意思，若係連續，則其行為即為連續，法益、方法、時間、處所，是否同一？有無連續之關係，均所不問。

(二) 客觀說。其說尙屬紛歧，舉其要者如次：

甲，結果單一說。謂應專以行為之結果為標準而決定其有無連續關係，如數個行為，只發生一個結果，則為行為連續，其他有無連續關係，乃非所問。

乙，方法同一說。謂應專以行為之方法為標準而決定其有無連續關係，如數個行為，係以同一方法為之，則為行為連續，其他有無連續關係，乃非所問。

丙，機會同一說。謂應專以行為之機會是否同一，而決定其有無連續關係，如數個行為，係利用同一機會為之，則為行為連續，其他有無連續關係，乃非所問。

丁，綜合同一說。謂應綜合上開關係以決定其有無連續關係，即該事情均為同等並獨立之要件，必須綜合具備，始為行為連續。

(三) 折衷說。即折衷主觀與客觀說所按出之說，然其所說，又不一致，其最要者有三說：

甲，謂須於主觀有同一之犯意，又於客觀有數行爲，且繼續之時間及同一之外部事情之條件爲之，始爲有連續關係，而在侵害人格之罪，則更須被害法益之同一。

乙，謂須於主觀有同一之犯意，又須於客觀，或係同一機會，或同一關係爲之，始爲有連續關係。

丙，謂須於主觀之犯意外，於客觀，只須有一外部類似關係已足，即如或在同一處所，或接近處所，或於同一時間，或接近時間，或同一被害者，或同一方法，均可行爲之外部類似關係，有一已足。

我國前大理院，係採折衷說，最高法院，似採主觀說，又有時亦爲折衷說。

(一) 前大理院有次述諸例。

甲，查犯罪之數，應以所侵害法益之數爲標準，連續犯，雖預謀以數次犯同一之罪，然若侵害多數法益，則仍應以數罪論。(民國五年上字六一二號)

乙，查刑律第二百二十九條，本爲保護造幣權而設，被告人雖經兩次行使僞票，而侵害者既爲同一法益，又係連續實施，依第二十八條之規定，應論以一罪。(民國五年上字三七六號)

丙，以一狀誣告數人者，應以人格法益計其罪數，迭次誣告某人者，爲誣告之連續犯。(民國六年上字九四三號)

丁，被告毆打被害人，係因誘令為娼不從而起，則其迭次毆打之輕重，雖先後不同，然以連續之意思，對於同一之法益，為同一之行爲，依刑律第二十八條，應以一罪論，原審判決認為連續傷害人致輕微傷害及傷害人致死兩罪俱發，顯係錯誤。（民國十一年上字一四八八號）

戊，查婦女與多數人相姦，應以連續犯爲理由，論爲一罪者，本以犯意連續爲限，若僅先後與數人相姦，而犯意各自不同者，即應論以數罪。（民國九年非字八〇號）

（二） 最高法院有次述諸例：

甲，計算罪數之標準，應依犯罪行爲之個數定之，又犯罪行爲雖係數個，如係以連續之意思，觸犯同一之罪名，縱所侵害者爲複數之法益，仍應論爲一罪。（民國十九年上字九五九號）

乙，先後殺死二人以上，如出於一個概括之意思者，應依刑法第七十五條，以一罪論，若殺人後又以新發生之犯意殺害另一人者，則應依同法第六十九條，併合論罪，最高法院十九年上字第八九一號判決，因被告先後開槍擊傷二人，係出於一個概括意思，認爲成立連續犯，並非變更前例。（司法院院字六九二號解釋）

丙，查上訴人謀殺五人，其已死四人之被殺方法與開槍先後，雖均有不同，某甲復係被綁後脫逃得免，但其預謀時犯意本相連續，自應以一罪論，原判分別論以四個共同預謀殺人罪，一個共同預

謀殺人未遂罪，難謂非違法。（民國十九年上字七〇四號）

丁，刑法上之連續犯，係指一次即已成罪之行為，而以特定或概括之意思，數次反復為之者而言，故必預以連續之意思。對於同一之法益，予以數次同樣之侵害者，乃為連續犯，若於實施犯罪後，尚未完成其犯罪，而再繼續動作以促成其結果，則前後所實施者，乃組成犯罪行為之各動作，而先行之低度行為，為後行之高度行為所吸收，僅成立單一之犯罪，無所謂連續犯，上訴人於某甲等擊傷某乙後，復令其前往探視，不過欲達其殺人行為之目的，非於殺人行為以外，另為其他之獨立行為，原判決認為連續犯數殺殺人，亦有未合。（民國十九年上字五九〇號）

戊，即使上訴人有擄人勒贖恐嚇放火各行為，而犯罪既不止一次，受害亦非一家，犯罪期復有先後不同，自應一一分別認定，而於其所犯罪質相同各部分，有無連續之意思，亦應詳予叙明，以為斷定其為一罪或數罪之根據。（民國二十年上字二八六號）

余見連續犯，在我國刑法上之成立要件，法條已有明文規定，即只須連續數行為而犯同一之罪名，故解為只須具備次述二要件：

（一），須連續數行為。此又可分別論之：

甲，須有數行為。何謂數行為，即於法律上可認為有數個獨立行為，1. 故只表面上有數動作，而於

事實上只爲一行爲，於法律上亦爲一行爲者，固不能謂爲數行爲。例如同時盜取數十宗財物之仍爲一竊盜罪是。2. 事實上雖有數行爲，而於法律上仍爲一行爲者，亦不能謂爲數行爲。例如每日數次吸食鴉片之仍爲一吸食鴉片罪是（註）。

註 刑法上之連續犯，與繼續犯有別，蓋繼續犯係以一個之行爲，繼續的侵害一個之法益，自其行爲延長之點觀之，雖與連續犯稍類似；然連續犯係反覆實行數個同種之行爲，而繼續犯之特性，則僅屬一個行爲，不過其不法之狀態，常在持續之中，本件上訴人等開設館舍，供人吸食鴉片，係繼續犯之一種，無論何種行爲時期之延長如何，當然只構成一罪，與連續犯之本係數個獨立行爲，因明文規定之結果，而論爲一罪者，迥然不同。（最高法院民國二十年上字八八號判例）

乙，須數行爲係連續爲之。即所謂連續數行爲，解爲獨立之數個同種類行爲，數次反覆爲之，而各次均有外部之連續關係已足。至如何始認得爲有連續關係，自當依具體之客觀情形定之，其係侵害同種類而又非同一之法益，則合於法條所定同一之罪名之要件自明，餘則或係同一或接近之處所，或係同一或接近之場所，或係同一或相類之方法，凡於社會觀念足認爲有連續之關係者，均可。故於定連續關係，固不取犯意說，蓋所謂犯意，實際上實難認取，而客觀說中只以犯罪要件或犯罪情形之一端，定連續性，亦屬不妥也。

(二) 須犯同一罪名。

所謂犯同一之罪名者，即謂各次之行為，均獨立成立一罪，但係爲同種類之罪。應廣義解釋，不必犯同一法條之罪，即只犯同一性質之罪，亦可包含之。例如連續三次竊盜三人，第一次係犯第三百三十七條第一項之罪，第二次係犯第三百三十八條第一項第二款之罪，第三次係犯同條項第一款之罪，亦可謂犯同一之罪名也。要之，處罰法條，雖不相同，只須各處罰法條係於同一罪名之下規定之已足。又須各次行為均係完成獨立之犯罪，始可適用本條。至於各次行為之是否一次完成一個犯罪構成要件事實，抑係數次完成數個犯罪構成要件事實，乃爲就具體情形解釋法條之問題。

連續犯，得於過失犯發生否？學說上有爭執，主觀說，自多持否定說，以此時既無故意，自無意思聯絡之可言也。客觀說則持肯定說，蓋只以客觀有連續之關係已足，連續數行為犯同一過失罪者，亦可認其有連續關係也。余取後說。至連續犯得於其犯發生，更不待言。

第二、連續犯之處罰。

第七十五條定爲「以一罪論」。蓋既係數行為而犯數個同一罪名，本爲數罪（註）但法律因各犯罪係同一性格，故亦如前條，不使依一般併合論罪之原則，而以爲併合論罪之例外，即於事實上，雖本爲數罪，而於法律上，則視爲一罪。其係連續犯同一法條之罪者，固應宣告該一罪之刑，其係犯不同法條之罪而罪

質相同者，法條雖未如前條定明從一重處斷，但解為應從一重處斷。

註 連續犯是否本為一罪或數罪，學說上大有爭執。

本條係以數行為各別所犯之罪得併合論罪，即得同時裁判為前提，自不待言。如一罪已經裁判確定，自應解為就未經裁判之罪，亦得發生既判力，此不問其已裁判者為重罪或輕罪均同。又關於起訴效力，亦因法律上既為一罪，只就一部起訴者，解為就全部亦得審判，惟時效及告訴，解為仍應分別論之。（註）

註 此各點於學說上均有爭執。

## 第六章 犯罪之種類

犯罪之種類，其中最重要者，類皆已就說明各關係事項時說明之，茲更為使觀念明瞭起見，扼要分述如次：

第一，自然犯與法定犯。

自然犯，(delicto naturale, delict naturel, mala in se) 乃指學說上所稱之犯罪，法定犯，(delicto legale, delict légal, mala prohibita) 乃指刑法上所規定之犯罪，此二者已於前述。真正義意之犯罪，只為法定犯，亦已於前述。

第二，刑事犯與行政犯。

關於刑事犯 (delict) 與行政犯 (Simple contravention) 之區別標準如何？學者所說尚不一致，余亦

於前述，在我國成文法之解釋，應解為刑事犯，乃指上述真正意義之犯罪，對此之制裁，始得稱曰刑事罰，(Kriminelle Strafe) 即刑罰。若行政犯之制裁，則為行政罰 (Verwaltungsstrafe) 或秩序罰 (Ordnungsstrafe) 其名稱並不與刑法所定之刑名相同，通常均只為兩種，稱曰拘留及罰鍰。(參照九) 規定此制裁之法律，亦類稱曰罰則，但亦有本為行政罰，而其名稱仍稱拘役或罰金者，仍當審按其性質以區別其是否為刑罰抑行政制裁，必於實為刑罰時，始適用刑法總則之規定。又行政犯中之最重要者，為警察犯與財政犯。前者乃為警察上之取締而規定者，現時最重要者有違警罰法，(民國十七年七月二十一日公布同日施行) 後者乃為確實國庫之收入而規定者。

行政犯之特徵，在其不適用刑法總則之規定，故第二十四條及第二十五條之規定，亦無適用，雖無故意過失，亦應罰之。

### 第三，普通刑法犯與特別刑法犯。

前者指刑法分則所規定之犯罪，後者指特別法所規定之犯罪。又同一法律所規定之同一種類犯罪，又有普通規定與特別規定之別。前者亦稱普通犯，後者亦稱特別犯，例如第二百八十二條為普通殺人罪，第二百八十三條至第二百八十九條為特別殺人罪是也。又應注意者，犯特別刑法之犯罪，通常仍為通常刑事訴訟，應適用刑事訴訟法。



#### 第四，非軍事犯與軍事犯。

凡就陸海空軍人或類此之特殊情形，特別以刑法規定之犯罪，為軍事犯。此亦為特別刑法之一種，但為特別刑事訴訟，不得適用刑事訴訟法，我國現時最重要者，有陸海空刑法，其審判當依陸海空審判法。與此對稱者，則曰非軍事犯。

#### 第五，國事犯與常事犯。

國事犯，(Délit politique, politische Verbrechen) 又稱政治犯，(註)即謂侵害一國政治上秩序之犯罪，以外之犯罪，則稱常事犯。(Délit de droit commun) 此二者區別之實益，即國事犯(一)犯人之交付，(引渡)較常事犯不同，(二)審級即事物管轄亦與常事犯不同，(參照刑訴法一〇、三八八)又國事犯與常事犯結合者，則稱曰混合犯。(Délit connexe)

註 學者亦有只以國事犯為政治犯之一種者，又關於何者為國事犯之標準，學者所說亦尚不一致。

第六，作為犯與不作為犯，實害犯與危險犯，故意犯與過失犯結果犯，既遂犯與未遂犯預備犯陰謀犯。此各種之意義及其區別之標準，均已於前述。

惟結果犯之成立，是否仍須有過失，以前通說均謂不須過失，以此為其與故意犯及過失犯區別之標準，然近時之新派學者，則反對此說，謂結果犯亦須有過失始得成立，第二十九條是否足為此說之根據，不

無疑義亦已於前述。(註)

註 立法院三讀會刑法案一七條似明採反對說。

第七，單一犯與複成犯。

複成犯 (Delit complexe) 者，謂結合犯(見前)及其他於法律上為一罪(如連續犯)之犯罪也。與此對稱者，為單一犯 (delit simple) 普通犯罪均屬於此。

第八，即時犯與繼續犯，狀態犯，集合犯。

即時犯 (delit instantane) 亦稱即成犯，即指犯罪既遂時而犯罪之狀態即行消滅之犯罪也。通常之犯罪，均屬於此。

繼續犯 (delit continu, Dauerverbrechen) 者，犯罪既遂時而犯罪狀態尚行繼續之犯罪也。如第三百一十六條第一項之妨害自由罪是。

狀態犯 (Zustandsverbrechen) 者，犯罪既遂時因該犯罪所生之違法狀態尚行繼續之犯罪也。如第二百五十四條之重婚罪是。

集合犯 (Kollektivdelikt, Gesamtverbrechen) 者，多數獨立成爲犯罪之行爲，於法律上只爲一罪之犯罪也。又有常業犯 (Geschäftsmässiges Verbrechen) 營業犯 (Gewerbswässiges Verbrechen) 慣行犯，

(*gewohnheitsmäßige Verbrechen*) 三種。如第二百七十九條第二百八十條之賭博罪等是。

第九，身分犯，加重犯，減輕犯，與普通犯。

身分犯(*delictum proprium*)者，以一定身分爲其構成要件之犯罪也。(參照四五二)如瀆職罪是。與此相對之一般犯罪，則稱曰普通犯。*(delictum commune)* 又有一定犯罪，因其特別構成要件而致加重或減輕者，前者稱曰加重犯(*délit qualifié*) 後者稱曰減輕犯，(*délit privilégié, privilegiertes Verbrechen*) 統稱曰特別犯。*(gesetzlich ausgezeichnetes Verbrechen)* 因身分而致刑有重輕者，亦爲其中之一種。(參照四五二)

第十，非親告罪與親告罪，準親告罪。

親告罪，(*Antragsverbrechen*) 刑法稱曰告訴乃論之罪，即必須告訴而後檢察官始得提起公訴法院始得審判之犯罪也。(參照刑訴法二四三<sup>5</sup>，三一八<sup>3</sup>及拙著刑事訴訟法通義)如第二百五十二條，第二百五十九條，第三百三十一條，第三百四十一條第二項，第三百六十一條第二項，第三百六十八條，第二項等是。又告訴乃論之罪，並得提起自訴。(刑訴法三三七<sup>2</sup>) 與此對稱者，稱曰非親告罪。*(Offizialverbrechen)* 通常之犯罪，未經刑法特別定明爲親告罪者，均爲非親告罪。又刑法規定有請求乃論之罪，如第一百二十七條，此可稱曰準親告罪，蓋須外國政府請求而後得起訴也。

第十一，侵害國家法益之犯罪，侵害社會法益之犯罪，侵害個人法益之犯罪，此亦為現行法之分類（參照分則各章及刑訴法三三七，I）其區別已於前述。

第十二，重罪，輕罪，違警罪。

此在他國成文法，亦有為此分類者，我國刑法無此分類。且犯違警罰法，只為警察犯，已於前述。

第十三，現行犯與非現行犯。

此並非犯罪之種類，何者為現行法，屬於刑事訴訟法之範圍。（參照刑訴法四九及拙著刑事訴訟法通義）

## 第七章 犯罪之時及地

第一，概說。

犯罪之時及地，於刑法上殊有論究之必要，試舉其重要者，先就犯罪之時言之，（一）決定行為是否犯罪，（參照一）（二）決定犯罪應否適用何時之法律，（參照一，二）（三）決定是否為累犯或應併合論罪，（參照六五，六九）（四）決定起訴權時效之起算，（參照九七II）等是。次就犯罪之地言之，（一）決定是否適用民國刑法，（參照三至七）（二）決定是否屬民國法院管轄（參照刑訴法一二）等是。

關於犯罪之時及地之問題，乃就所謂間隔犯（*Distanzverbrechen*）即指犯罪之行為及結果等不同時

同地之時，故又有隔地犯與隔時犯二種。

關於定犯罪之時與地之標準，學說可大別之爲次述數說：

(一) 行爲說。(Tätigkeits oder Aufenthaltstheorie) 謂犯罪乃指犯意之實行，故應專以意思活動即行爲之時與地爲犯罪之時與地。

(二) 結果說。(Erfolgstheorie) 謂犯罪乃指法益之侵害，故應專以結果發生之時與地爲犯罪之時與地。

(三) 中間現象說。(nächste rechtswidrige Wirkung) 謂犯罪必有中間現象，即行爲與結果之間，當有一定影響即現象，例如開槍中人與其死亡之間乃有一定現象，應以現象爲犯罪之時與地。

(四) 行爲及結果說。謂應以行爲及結果之雙方爲標準以決定犯罪之時與地。

(五) 複數標準說。謂應以犯罪之一切構成要件事實爲標準以決定犯罪之時與地。又可稱犯罪構成要件說。

余見，決定犯罪之時及地之標準，不能一概論之。犯罪之時，應以行爲說爲當。犯罪之地，應以最後說爲當。分述之於後：

第二，犯罪之時。

不問刑法係稱行爲時抑稱犯罪時，均應解爲係指行爲時，詳言之，自着手於犯罪之實行時起至其完畢時止，均包含之。蓋犯罪本指犯行，此不問爲作爲犯不作爲犯，實害犯危險犯，既遂犯未遂犯均同。故所謂犯罪時，自指爲犯罪行爲之時，亦自指着手犯罪之實行至其完畢之時也。茲試就左列各問題論斷如次：

(一) 不作爲犯，應以不作爲之時爲其犯罪時，與其發生應作行爲之義務之時及其應作爲之時無涉。蓋此罪以不作行爲爲本體，必須以不作爲之意思活動時爲標準，乃屬當然也。

(二) 間接正犯，應以被利用行爲時爲其犯罪時，蓋以此罪非有被利用者實行爲犯罪行爲，無由成立犯罪故也。

(三) 共同正犯，凡共同人實施犯罪行爲之時，均爲犯罪時，蓋共同正犯以共同行爲而成立，各正犯之行爲時，自均爲犯罪時。

(四) 教唆犯，應以教唆犯之教唆行爲時及正犯之實施行爲時爲其犯罪時，蓋以現行法，教唆犯，不能離實施行爲而獨立成立也。

(五) 從犯，應以幫助行爲及正犯行爲或從犯行爲時爲其犯罪時，蓋以現行法，從犯亦無獨立性故也。

(六) 複成犯，(即結合犯連續犯等)繼續犯，集合犯，均應以該各罪着手時起至其完畢或終止時止

爲其犯罪時，蓋以此時間內均爲實行犯罪之行爲之時期也。(註)

註 連續犯，刑法第九十七條第二項更設有明文，亦足見本講義之說爲當。

### 第三，犯罪之地。

犯罪之地，乃指犯罪成立之處所，簡稱曰犯罪地，自應解爲凡該犯罪構成要件事實發生之地，均爲犯罪地，必如此，而後與法律之目的相合，尤以刑法以此定適用何國法律之標準及刑訴訟法以此定何法院有管轄權之標準，均應如此解釋，方合於法律之要求也。茲試示其適用如次：(註)

註 參照拙著刑事訴訟法通義二七頁。

(一)，不作爲犯，應以不作爲地及應作爲地爲其犯罪地，蓋以不作爲犯乃係應不作爲而不作爲爲其成立要件故也。

(二)，間接正犯，應以被使用者之行爲及結果地並使用者之行爲地爲其犯罪地，蓋以此均爲該犯罪之成立要件也。

(三)，共同正犯，應以各共同實施人之行爲地及結果地爲其犯罪地，亦以此爲其法律上之要件所當然也。

(四)，教唆犯，應以實施正犯之犯罪地及教唆行爲地爲其犯罪地，亦以此爲其法律上之要件也。

(五) 從犯，應以正犯或從犯之犯罪地及幫行正犯或教唆從犯之行為地為其犯罪地，蓋以此亦為其法律上之要件也。

(六) 複成犯，繼續犯，集合犯，應以該各犯罪之一切犯罪成立要件發生地為其犯罪地。

## 第二編 刑罰論

### 第一章 刑罰之觀念

#### 第一，刑罰之意義。

刑罰 (Strafe poine) 亦如犯罪，可自兩方面言之：

(一) 自其特殊之點言之，則近代各國刑法所定刑罰之名稱，均不相同，即各有其刑名即法定之種類，我國刑法，亦於總則設有刑名一章，凡分則或他法令所定對於某行為之制裁，必合於總則所定之刑名者，始得稱為刑罰，此可謂為形式意義之刑罰，受此制裁之行為，即為犯罪，亦可謂曰形式意義之犯罪，規定此制裁之法令，亦可謂曰形式意義之刑法。

(二) 自其共通之點言之，則近代各國刑法所定刑罰之性質，類皆相同，即有其共通性，此意義之刑罰，可謂曰實質意義之刑罰，形式意義之刑罰，即刑名，當於後一節詳述，茲僅述實質意義之刑罰，若就此



義以下刑罰之定義，則刑罰爲犯罪之法律上效果，而由國家對個人剝奪其法益以制裁之者也。更分析說明其意義如次：

甲，刑罰爲犯罪之法律上效果。即犯罪爲一種應發生法律上效果之行為，此稱曰法律事實；(juristische Tatsache)構成此事實之全體，一般稱曰法律要件，(juristische Tatbestand)刑法上則稱曰犯罪構成要件或構成犯罪事實，(Verbrechenstatbestand)故犯罪爲刑罰之法律上原因，刑罰則爲其法律上之結果，稱曰法律效果。(Rechtswirkung)不過犯罪爲違法行為，其所發生之法律上效果之刑罰，乃爲責任，即所謂刑事責任也。故刑罰與犯罪，可謂完全有原因結果之關係，彼新派學者，說明刑事責任，完全不承認此理論，實不可取也。

乙，刑罰爲國家對於個人所加之一種制裁。凡法律事實發生法律效果時，斯發生一種法律關係。(Rechtsverhältnis)惟有只爲個人(即私人)與個人間之關係者，亦有國家與個人間之關係者，亦有國家與國家間之關係者。私法上之合法行為或違法行為，只分別發生私法上之效力如權利義務或私法上之責任即民事責任，如損害賠償，此均個人與個人間之法律關係。公法上之合法行為或違法行為，則分別發生公法上之效力或責任，單就違法行為之責任言之，如戰爭，則爲國家對國家追問責任之方法，若國家對於個人追問責任之方法，亦有所謂行政責任或其他責任者，而追

問犯罪責任之方法，則爲刑罰。即由犯罪所發生之法律上效果，乃在使國家與個人間發生特種法律關係，即刑罰乃爲所謂刑事責任，個人對於國家應負責任，即應由國家受一種制裁，此制裁必由國家依其權力行之，國家有爲此制裁行爲之法律上之力，稱曰刑罰權，雖爲刑法上之權利，究係國家即最高團體對於人民即個人之權力行爲，仍爲統治權之作用。

某一行爲與刑罰法令所規定之犯罪要件相合，斯國家對於該犯人有刑罰權，即得科處以法令所定之刑罰，此爲刑法上之刑罰權，可稱曰實質刑罰權，又可稱曰科刑權或處罰權。然近代各國法制，爲保護犯人即被告，又有不告不理之原則，即處罰必有待於追訴，國家得爲此種行爲，亦爲一種權利，稱曰起訴權，亦可稱曰追訴權，或形式刑罰權，現時雖完全爲刑事訴訟法上即程序法上之權利，與真正刑罰權，即狹義刑罰權之爲刑法即實體法上之權利者，固完全不同，但後之權利，實可謂係前之權利分化，即自其內容流出，固與民事訴訟法上之訴權與私權之截然不同者，不可同日而語也。（參照刑訴法，二二五九，二六〇，二四三及拙著刑事訴訟法通義一頁一三六頁二六九頁）

國家對於犯人有刑罰權時，僅其刑罰權成立，刑罰權之成立時期與犯罪之成立時期，固屬一致，但非實行刑罰權，刑罰權之內容仍無由實現，實行刑罰權之方法，係由檢察官或自訴人行使起訴權以起訴，此起訴權本爲國家所有，國家爲實質之原告，檢察官或自訴人，爲形式之原告，故檢察

官之公訴權及自訴人之自訴權，仍爲國家所付與也。（參照拙著刑事訴訟法通義二六九頁三六六頁）2. 再由法院以判決或命令對於該犯罪宣告刑罰，此稱曰科刑判決或處刑命令。（參照刑訴訟法三一五、四六一）3. 再由檢察官指揮執行。（參照刑訴訟法四七七）上述第一步，稱曰追訴第二步，及第三步，始稱曰處罰。故法律上所謂處罰，又有廣狹二義，僅稱法院論罪科刑之行為曰處罰者，狹義也。此又有時只論罪即論知有罪判決，足以實現刑罰權之內容，即刑罰之目的，即爲滿足者（例如諭知免刑緩刑之時是）又並稱執行行為亦爲處罰者，此廣義也。故刑罰與處罰應區別之，刑罰乃指刑罰權之內容，處罰則指對於犯罪爲實行刑罰權之行為也。

丙，刑罰爲法益之剝奪。即刑罰係以法益之剝奪（Einbuße an Rechtsgütern）爲內容，至其具體內容即國家剝奪犯人法益之方法，則因時代及社會之適應而有不同，最大法益之剝奪爲侵害其生命權，此稱曰生命刑。（Todesstrafe, peine de mort）於現行法有死刑。次則侵害其身體權，此稱曰身體刑，（Körperstrafe, peine corporelle）現行刑法未採用之。次則爲侵害其自由權，此稱曰自由刑。（Freiheitsstrafe, peine privative de liberté）於現行法有有期徒刑，無期徒刑，拘役。次則侵害其財產權，此稱曰財產刑。（Vermögensstrafe, peine pécuniaire）於現行法有罰金及沒收。又有侵害其名譽權者，此稱曰名譽刑。（Ehrenstrafe, peine privative de droits）於現

行法有無期褫奪公權，有期褫奪公權。

故刑罰乃於一切制裁中爲最嚴重者，即其他之制裁尤爲公法上之制裁，亦無非剝奪一定法益，即對於個人之法益，爲一定之侵害，但其侵害之內容，究不如刑罰之甚。刑罰內容之特徵，乃在使犯人即受刑人感覺一種痛苦。(malum passionis, Leid) 生命刑固爲感覺極端之痛苦者，身體刑亦然，即自由刑財產刑刑名譽刑，亦莫非使其感覺對於各法益之痛苦，惟其係對於該各法益加以侵害，故在憲法上或於其他相當之法律，莫不有明文以限制之，凡處罰均須有明文，新派學者關於此點，獨持異見，謂刑罰非係與犯罪人以苦痛，未免爲沒視實際及法律現象之一種暴論也。

丁，刑罰爲對於犯罪之制裁。即公法上違法行爲之制裁稱曰罰者，亦有次述種種，獨對於犯罪之制裁，始得稱曰刑罰。簡稱曰刑，其形式莫不具有刑法總則所定之刑名，此即刑罰與其他公法上之制裁惟一區別之標準也。故某一違法行爲之制裁，是否爲刑罰，只於其刑名定之，合於刑名者，則爲刑罰，而後爲犯罪，故次述之罰，均非刑罰，其行爲亦即不得謂爲犯罪，對於刑法總則，亦全不適用也。(參照九)茲舉非刑罰之罰如次：

1. 懲戒罰(Disziplinarstrafe) 此係對於一定身分之人於其違反義務時，因維持特別權力關係之秩序所加之制裁處分也。如法律對於公務員律師等所定之懲戒處分是。此亦可稱廣義秩

序罰之一種，應受懲戒罰時，有時亦成立犯罪，而應受刑罰，二者乃可併行者。

2. 強制罰。(Zwangstrafe) 此係對於不遵守公署命令之人因強制其命令之執行所加之制裁處分也。亦稱曰執行罰或違令罰。(Vollstreckungs oder Usgelührsamstrafe) 如法律於債務人不履行債務或不遵執行命令時所規定之管收或過怠金處分等是。此亦可謂廣義秩序罰之一種，應受執行罰者，有時亦成立犯罪，而應受刑罰，二者亦可併行(註)

註 參照管收民事被告人規則三刑法三三九，三五九，三八四。

3. 秩序罰。(Ordnungstrafe) 此又稱曰行政罰，即公署為維持其公務執行之秩序，對違反秩序或命令之人所加之制裁處分也。如法院於証人不到場時所科之罰鍰，又於違反法庭秩序時所科之拘留等均是。前述之警察罰，財政罰，尤為其中之最重要者。

## 第二，刑罰之本質。

刑罰之本質，乃與犯罪之本質一致之問題，因學派不同，見解亦不同，且刑罰本質論與犯罪本質論，即所以構成刑法本質論，乃為學說之出發點，亦為學說之焦爭點。關於此點之理論，實因時代及社會之變遷而有變遷，刑法之趨勢，亦可於學說之趨勢見之。

惟應注意者，敘述學說並開陳鄙見之先，不可不一述各學說關於刑罰論即刑法論所用之方法，此可太

別爲三種。

(一) 法律哲學的方法。(Rechtsphilosophische Methode) 此係欲抽象就人類理想以求刑罰即刑法之根據。即國家何以對於個人有刑罰權？自古代至十九世紀之刑法理論，均係依此方法，尤以前世紀惟心派哲學及自然法派最盛之時，此派之理論，尤達於最高潮。然此派關於刑罰權成立之根據，所說究因時代變遷而有不同。觀後述學派之澶變，可以知之。

(二) 法律學的方法。(Rechtswissenschaftliche Methode) 此派雖亦爲抽象的研究，但係注重於法律之解釋，而不注重於抽象之原則，乃只研究具體法律對於刑罰權之根據，並同時闡明特定犯罪之係如何成立並科如何刑罰爲宜。此派在歐洲羅馬法註釋派，固已導其源，然究至前世紀始盛，其有負於惟心派及自然法派者亦多，在現時仍爲與後述實証學派惟物派之刑法理論相對峙者也。

(三) 刑事政策的方法。(Kriminalpolitische Methode) 此派則係具體就犯罪及犯人研究，或自人類學之見解，或自社會學之見解，總期以實証方法求得刑罰之實際的適用。此派乃倡自前世紀，蓋欲將科學與刑法學打成一片也。

至關於刑罰之本質之理論，即刑罰權成立之根據，可大別爲次述三派：

(1) 絕對主義。(Absolute Theorie) 此係主張刑罰乃超過犯人而共通於一般犯罪，有一定之根據，

即謂犯罪爲惡因，刑罰不過爲其惡報，故可稱曰報應主義（Vergeltungstheorie）或客觀主義（Objektive Theorie）其中最要者，又有次述三派：

甲，神意的報應主義（Göttliche Vergeltungstheorie）此係求刑罰之根據於宗教，謂犯罪乃違反神意，刑罰則爲其報應，即正義乃全智全能之神所主宰，犯罪係違反正義，即係違反神意，法律不過神意之表現，國家對於犯罪，亦惟有依據神意以執行而已。

乙，道德的報應主義（Sittliche Usgeltungstheorie）此係求刑罰之根據於道德，謂犯罪乃違反道德，刑罰不過糾正因犯罪所引起之道德上不均衡，故爲道德上當然之要求，而以消滅一般人道德上不快之感，並回復社會之美的秩序而已。

丙，法律的報應主義（Rechtliche vergeltungstheorie）此係求刑罰之根據於法律，謂犯罪乃違反法律，刑罰則爲對於犯罪之法律的報應，此說前爲康德（Kant）所倡，以人爲萬物之靈（Das ertvollste wesen）本得自爲主宰，而竟犯罪，故刑罰即係對此報應之刑法，乃爲絕對命令（Ein kategorische Imperativ）而爲實際的理性所要求，故對犯罪以科刑罰，即係出於正義之要求也。後黑格耳（Hegel）和之，以犯罪乃爲法律（即正義）之否認，法律乃不許否認者，竟因犯罪否認，自於法律上不得不再否認之，故刑罰乃法律否認之否認也。此派在前世紀，曾風行一時，而成爲舊派

## 刑法之基本理論。

(二) 相對主義 (Relative Theorie) 此係主張刑罰應就具體之犯罪及犯人求其根據，而謂刑罰不過一種手段，另有其他目的，故又稱曰目的主義 (Theorie der Zweckstrafe) 或主觀主義 (Subjektive Theorie) 其中最重要者，則有自人類學之見地以求消滅犯罪之刑事人類學派 (Kriminalanthropologische Schule) 及自社會學之見地以求消滅犯罪之刑事社會學派 (Soziologische Schule) 茲只述後派之刑罰理論，又可分為次述二大派：

甲，一般預防主義 (Theorie der Generalprävention) 即謂刑罰乃在為一般社會預防犯罪之發生，又有三派：

1. 心理強制主義 (Die Theorie des psychologischen Zwangs) 謂刑罰乃依心理強制而一般防止犯罪，即人雖欲為或不欲為某行為以犯罪，而一念及刑罰之痛苦，則將心理的強制而阻止之。

2. 警戒主義 (Warnungstheorie) 謂刑罰乃所以警告人勿犯罪，而有一種教訓之意義，乃對於前說略加修正者也。

3. 威嚇主義 (Abschreckungstheorie) 謂刑罰乃有威嚇之作用，而使一般人知刑罰之可懼，而



罪不可犯，故刑罰以公開執行爲宜。

乙，特別預防主義。(Theorie der Spezialprävention) 即謂刑罰乃在爲預防特定犯人將來犯罪，

又有三派：

1. 改善主義。(Besserungstheorie) 謂刑罰乃在改善犯人個人，故刑罰不過對於犯人之一種  
監護或追加教育而已。

2. 防衛主義。(Notwehrtheorie) 謂犯罪係侵害國家之生存，國家自有正當防禦權，刑罰即此  
防衛權之行使，而以防將來之危險也。

3. 狹義之預防主義。(Die präventionsstheorie in e. s.) 即謂刑罰乃對於犯人兼採威嚇改善  
及排除之數手段，即刑罰固在威嚇該犯人使勿再犯罪，即期其改善，但如不能改善，則須更講求  
將來不能再犯之方法。

丙，兩面預防主義。(Theorie der generaln. Spezialprävention) 此可謂前二派之折衷派，即謂  
刑罰乃在兼一般預防與特別預防，然亦有以前者爲主以後者爲從者，亦有以後者爲主以前者爲  
從者。

(三) 折衷主義。(Vermischte Theorie) 即主張絕對主義與相對主義應行調和，刑罰乃一面有報

應之意義，尤爲正義之要求，然一面亦有預防之意義，尤爲犯人之改善與社會之防衛，此說乃爲現時之通說。

余見研究刑法，即研究犯罪與刑罰，尤不可忘其研究之方法。既爲刑法解釋學，自應採法律學的方法，而自法律上言之，謂刑罰係對於犯罪之反應即反動，即謂犯罪爲法律事實，即原因，刑罰爲法律效果，即結果，乃爲當然之理論。故謂刑罰之本質，應從法律的報應主義，即正義主義，以犯罪爲違反理性之行爲，刑罰爲根據理性之報應。彼預防主義之往往重於刑事政策的研究，自屬不妥，然刑罰於實際上或理論上，應注重於社會之防衛及犯人之改善，亦屬正當之理論，故關於刑罰之適用，固不可離開法律，而關於刑罰之性質上考究，則亦不可不參酌理論，故余以折衷說爲是。

### 第三，刑罰之目的。

刑罰之本質，既如上述，故刑罰之目的，可解爲如次述：

(一) 自國家方面言之。刑罰之適用，即爲刑法之適用，自有正當適用法律之目的。爲達此目的，則必罪刑相當，客觀主義及報應主義，自不可看過之。

(二) 自犯人方面言之。刑罰對於犯人自應酌採特別預防主義，又可別之爲二：

甲，社會的適合。(Anpassung, adaptation sociale) 即刑罰應有矯正犯人惡性，以使其適於爲社

會的生活之目的。爲達此目的，通常自爲匡正手段（*Besserung, peine reformatrice*）與威嚇手段（*Abschreckung, peine intimidante*）但亦有爲教育手段（*Erziehung, peine educatrice*）者。

乙，社會的隔離。（*Ausscheidung, elimination sociale*）即刑罰又有將犯人由社會隔離以使不能再能侵害社會之目的。（*peine eliminatrice*）爲達此目的，必須使其由社會全然淘汰或一時隔離。

（三），自社會方面言之。刑罰對於社會即公安，自應酌採一般預防主義，即有警戒一般社會使勿蹈覆轍之目的。同時應酌採報應主義以期滿足社會之公憤，亦不待言。

（四），自被害人方面言之。刑罰亦有使被害人滿足私憤之目的。此時應酌採報應主義與客觀主義，亦不待言。

在現時刑法及刑罰之理想，自以注意上開四方面爲宜，不可側重一方面，然自刑法之進化言之，即在復仇時代，則最初乃專注重個人的報應主義，及進而至嚴刑時代，則專注重於嚴酷的一般報應主義，即一般預防主義與一般威嚇主義，更進而至博愛時代，則專注重於特別預防主義，此主義至科學時代，經新派學者力倡，乃至最高潮。然刑罰究不能離開刑法而獨立存在，且與其謂爲防衛社會之工具，無寧謂爲維持並促進吾人文化之工具，故首應注重法律正當之適用，同時亦應留意一般文化上應有之正義之

觀念，而被害人方面之影響及感情，亦不可完全蔑視不顧，故余謂刑罰之目的，須將上述四方面包括之。我國刑法，亦係本此方針，觀第七十六條亦可以明瞭也。

故良好之刑罰，須具有次述各種條件：

(一) 由於報應主義及正義主義之條件。

甲，刑罰須由法律明確制定之，更須就法律正當適用之，前者為罪刑法定主義，後者為罪刑適當主義，又可統稱為刑罰之法定性。

乙，刑罰必止於犯人之一身，在以前嚴刑時代，亦有罪孥夷族之制度，近時則絕對廢止，此即個人責任之原則，可稱為刑罰之個人性。

丙，刑罰必合於人道，在以前嚴刑時代，以身體刑即肉刑為主，近時則亦絕對禁止之，此可稱為刑罰之人道性。

丁，刑罰應完全平等，在以前固有議貴議親之例，近代則刑法尤應守法律平等之原則，除軍人因維持軍紀之必要，而特別有其刑法及審判程序外，餘則其刑罰及其適用，均應一律，此可稱為刑罰之平等性。

戊，刑罰應酌定一定範圍，使審判官有自由裁量之餘地，是曰自由量刑之原則，亦可稱為刑罰之伸

縮性。

己，刑罰須使犯人有改惡遷善之功用，即藉以啟發其羞惡心與向上心，使之悔悟前非，而不致再行犯罪，所謂刑期於無刑，可稱為刑罰之感化性。

庚，刑罰務使得按犯人個別處置，即能罪當其情，刑當其罪。此可稱為刑罰之個別性。

辛，刑罰務使得以分割，即有若干差等，此可稱為刑罰之分割性。

壬，刑罰務使得以互換，即其種類亦宜有多種，使得按犯情適當處斷，此可稱為刑罰之交換性。

癸，刑罰務使能回復原狀，即萬一科刑判決有失當時，尚有救濟之途，使因此被剝奪之法益，尚可回復，此可稱為刑罰之回復性。

(二) 由於目的主義及預防主義之條件。

甲，刑罰須有刺激社會之功用，即足以使公眾知所警戒，羣生懷刑之感，此可稱為刑罰之警戒性。

乙，刑罰須有滿足社會之功用，即公道自在人心，刑罰得平，使公眾稱快，此可稱為刑罰之快慰性。

丙，刑罰須有慰撫被害人之功用，犯罪對於被害人方面之神精上痛苦，亦不可完全看過，刑罰此方面之功用，可稱為刑罰之撫慰性。

丁，刑罰須注意犯人將來謀生之能力，即刑罰不但須感化其精神，並須養成其能力，使將來有謀生

之路，亦爲減少犯罪之一法，此可稱爲刑罰之經濟性。

戊，刑罰務使犯人，去其閒惰之惡習，強制使服一定勞役，一面爲之養成勞動之習慣，一面爲之積蓄謀生之資料，此可稱爲刑罰之勞動性。

#### 第四，刑罰之主體。

刑罰之主體，通常均與刑罰能力同義，即謂得受刑罰即得爲刑罰主體之資格，然亦有稱現受刑罰之人者，自一般言之，犯罪能力與刑罰能力應屬一致，故須犯罪人即爲犯罪行爲之人，始爲有刑罰能力，始應爲刑罰主體，即於法律上乃要求受刑人，必須爲犯罪人，但亦有例外，在特別法，亦有規定應使對於他人之行爲負刑事責任者，此則在法律上受刑人與行爲人並非一人也。

### 第二章 刑罰之種類

#### 第一節 概說

刑罰之種類，乃屬於刑罰體系之問題，因時代之進化而有種種之變遷，自其重輕之順序言之，可大別之爲：第一，生命刑，第二，身體刑，第三，自由刑，第四，財產刑，第五，名譽刑。自一般言之，贖罪之制度，發達最早，在復仇時代即已有之，生命刑及身體刑，發達次之，此在刑法復仇時代亦已有之，至嚴刑時代，則更爲重要。自由刑，發達較遲，然在嚴刑時代，亦已形重要，至博愛及科學時代，則成爲刑罰之中樞。名譽刑則發達更遲，在嚴刑

時代，雖亦已有之，然較爲重視者，仍爲近代。此一般刑罰體系即刑罰組織之大概也。

我國自唐虞，即有墨、劓、宮、剕、大辟、五刑之稱，不外生命刑與身體刑二種，不過墨可謂兼有名譽刑之性質，同時亦有贖刑，則爲財產刑之性質，又有流刑，則爲自由刑之性質。及漢乃廢肉刑（即身體刑）而另有徒刑之制，此即開近代徒刑之端。漢以下歷代刑制，迭有變遷，及隋已定五刑之制，即笞、杖、徒、流、死五種。笞之爲言耻也，凡過之十者施夏楚以耻之。杖者持也，可持以擊也。徒者，奴也，奴辱之謂也。流者，謂不忍殘殺，流之於遠方者也。死刑，即古之大辟，死刑有二，即絞、斬是。唐律雖稱集大成，然刑制仍沿隋制，即爲五刑之制。（一）笞刑，自十至五十，（二）杖刑，自六十至一百，（三）徒刑，自一年以半爲差，至於三年，（四）流刑，自流二千里，二千五百里，三千里，三年，皆役一年，（五）死刑，二，即絞、斬。降及明清，多因唐律之舊。即明之刑名亦爲五，笞刑，自十至五十，杖刑，自六十至一百，徒刑，自一年杖六十，一年半杖七十，二年杖八十，二年半杖九十，三年杖一百，流刑，自二千里，二千五百里，三千里。其附加刑，均爲杖一百。死刑，二，即絞與斬。而凌遲則不列五刑，只以處非常犯。其餘法外之刑，尚有墨面，文身，挑筋，剝指，斷手，剔足，閹割爲奴，斬趾，枷令，常枷號令，枷項遊歷，全家抄沒，夷三族，夷九族等。又清之刑名，亦與明同，笞自一至五十，凡五等。杖自六十至一百，亦分五等。徒刑自一年至三年，以半年爲一等。流刑，自二千里至三千里，以五百里爲一等。謂之五徒流。死刑，則分斬、絞、凌遲。流之外，復有發遣及充軍。重於軍者爲遣。遣有一定之地，如發往新疆、雲貴、兩廣極邊烟瘴地方是也。重於流者爲

軍，其地臨時定之，附近發二千里，近邊發二千五百里，邊遠發三千里，極邊烟瘴皆發四千里，又贖分收納二種，收贖爲法律所定，納贖則由官司核其罪情而定之，此我國舊律時代刑罰體系之大概也。降及清季，修訂舊刑律，刪除凌遲梟首戮屍及緣坐刺字等刑，更名大清現行刑律，流罪改爲工作，軍罪改爲安置，笞杖酌改罰金，此開我國新刑法之紀元。

迨民國元年，施行暫行新刑律，乃分刑爲主刑及從刑，主刑有五，爲死刑，無期徒刑，有期徒刑，拘役，罰金。有期徒刑又分五等，一等有期徒刑十五年以下，十年以上，二等有期徒刑十年未滿，五年以上，三等有期徒刑五年未滿，三年以上，四等有期徒刑三年未滿，一年以上，五等有期徒刑一年未滿，二月以上。又從刑爲褫奪公權，沒收。現行刑法亦與是同，只有期徒刑不分等而已。

第四十八條定明：「刑分爲主刑及從刑」即在現行法，刑罰概稱曰刑，而又首分主刑 (*Hauptstrafe*, *peine principale*) 與從刑 (*Nebenstrafe*, *peine accessoire*) 二種。主刑者，得獨立科處之刑罰也。從刑者，附屬於主刑而科處之刑罰也。故原則，只得與主刑併科，而不得專科，此點確無明文，自第五十二條及第六十一條亦可以反面解釋之。(註)

註 從刑，日本刑法稱附加刑，認主刑及從刑之區別，如我國舊暫行刑律(三七七)及日本舊刑法(六)並其現行刑法(九)均同。德國刑草(三三四六以下)奧國刑草(三七六八以下)亦同。但日本刑草(三〇)



則廢此區別。

第四十九條定明主刑之種類如左：

- 一，死刑；
- 二，無期徒刑；
- 三，有期徒刑；二月以上，十五年以下，遇有加減時，得減至二月未滿，加至二十年；
- 四，拘役，一日以上，二月未滿，但遇有加重時，得加至二月以上；
- 五，罰金，一元以上，但因犯貧得減五分之一。

本條係規定主刑之種類，共爲五種，雖亦仿近代文明各國刑罰之體系。但死刑及徒刑，仍係沿以前之舊律（註一）其中死刑爲生命刑，徒刑及拘役爲自由刑，罰金爲財產刑。所謂無期徒刑，乃以終身爲期，所謂有期徒刑，則法律上爲一定，即有最低度與最高度之期限，且於加減時，亦規定其最低度與最高度之限制。舊暫行刑律，於有期徒刑又設有五等之限制，於具體法條分別定明，以示限制，本法則以有碍裁量自由之原則，予以廢止，然實際於分則各條，對於有期徒刑，仍各有一定之限制也。又拘役之期限，法律亦如有期徒刑，各設最低度與最高度之限制，惟關於加減，法律只就加重設有規定，可加至二月以上，而於其最高度並無限制，又就減輕亦無規定。又無期徒刑與有期徒刑，固只有有無期限之區別，即有期徒刑與

拘役，亦僅期限長短之區別，其內容實無區別（參照五四）然二者法律上之待遇，往往不同，亦不可謂其區別全無實益也。（參照六五，九〇，九一，刑訴法二七二，三一，一等）又原為有期徒刑者，雖減至二月未滿，仍為徒刑，原為拘役者，雖加至二月以上，仍為拘役（註二）又罰金只規定最低度，而未及於最高度者，係以最高度讓諸分則及特別刑罰法令也。又最低度仍得因犯人之貧乏而減輕之，於其限制，定為最低度為五分之一，即減處二角，仍以一元論也。（註三）

註一 本條乃仿舊暫行刑律第三十七條第二項，又他國關於自由刑之種類，多較本法為多，參照日刑九日，刑草三〇，法刑七以下，德刑一四以下，德刑草三四，瑞士刑草三四以下，奧國刑草三八。

註二 有期徒刑減至二月未滿時，仍稱有期徒刑。（司法院院字三二一九號解釋）

註三 罰金因犯貧得減至五分之一，刑法第四十九條第五款定有明文，此項減輕，乃法院之職權，無須當事人之聲請，更不應延至執行時始行裁定，凡科處罰金之案，法院得參照刑法第四十九條第五款定其額數，犯罪人是否貧困，祇須於判決理由內加以說明，毋須在主文中表示。（最高法院院解字二三八號）

第五十條定明從刑之種類如左：

一、褫奪公權，



一一二一，一九七五，二四〇六，二八二一，三四九等。

生命刑，於刑法史上，發達最早，且最初其種類亦甚多。除絞首梟首外，尚有杖斃，凌遲，磔，腰斬，車裂，體解，鏹烹，抽脅，鑿頂，戮屍，夷族等。然我國則自漢初倡廢肉刑以後，殘酷死刑，殊少用之。且對於極刑之罪，亦至為慎重。至清季止，如前述，凌遲已極屬例外，通常均只絞斬，且須奏准施行，並有臨刑呼冤之例。在歐洲則至十八世紀中葉，尚有濫用死刑之弊，自十二三世紀時起，雖已有死刑廢止論，然多為宗教上或哲學上觀察，自法律上或社會上觀察，主張廢止者，則自十八世紀之倍加利亞（Beccaria）左倫費爾（Sonnenschein）等始。然盧梭（Rousseau）費葉蘭吉利（Filangieri）馬布利（Mably）等則又主張存留。殊如倍加利亞與盧梭，乃同為主張社會契約即民約論者，但各持反對之見解，爾後死刑廢止論（Abolitionisten）曾風靡刑法學界，並至為一部立法例所採用，然一面在英法諸國，對於重罪，反有增加死刑之勢，且意國新派創立後，更使該說受挫折，至今死刑廢止論與死刑保留論，乃各持其理由而兩不相下。（註）

註 應行注意者，前世紀死刑存廢論之傾向，乃與現世紀死刑存廢論之傾向有所不同，在前世紀主張廢死刑者，乃主張只常事犯廢之，政治犯反不應廢，本世紀則與是反，主張政治犯應廢止之現時存留死刑之國，亦多不科政治犯以死刑。

死刑廢止論所持之理由略為下述七點：第一，社會契約違反，此為倍加利亞等所倡，謂國家之刑罰權，原本

於契約，即令爲保護國家最大之利益，亦只能付與剝奪吾人一部自由之權，竟依刑罰權以剝奪吾人之生命，實爲違反社會契約。第二，責任分割不能，即刑罰以按責任大小分割爲宜，死刑只爲單一而絕對，與此原則相反。第三，刑罰權衡不保，即死刑與自由刑，雖只一階級，然二者實不可並論，一生一死，相懸殊甚。第四，違反人道，即人莫不好生惡死，竟出此極刑，殊爲反於人道，背於文明之尤。第五，回復不能，即於法官誤判時，乃不能回復，此適成司法殺人（*Justiticide*）。第六，死刑亦並不能防止犯罪，乃爲事實所昭示，刑罰重在改善犯人，死刑並不能達此目的。第七，刑罰重在防衛社會，則只與社會隔離已足，死刑亦不能達此目的。

死刑存置論反駁之理由，亦有下述七點：第一，關於廢止論第一點理由，在持社會契約說之盧梭等一派，即反對之，謂國權既可由民約發生，則更使對於最惡分子，由社會排除，亦可。第二，對於廢止論之第二點理由，則謂責任不可分割，不只死刑爲然，無期徒刑亦然。第三，關於廢止論第三點理由，謂無期徒刑與有期徒刑，其間隔亦甚懸殊，亦未必可保均衡。第四，關於廢止論之第四點理由，謂徒刑尤爲無期徒刑，亦未嘗不有背人道，長與社會分離，其痛苦或反在死刑之上。第五，關於廢止論之第五點理由，謂不能因審判官誤判而即以爲廢死刑之理由。第六，關於廢止論之第六點理由，謂死刑雖不能改善犯人，究足以威嚇社會，其功用尤大。第七，關於廢止論之第七點理由，謂死刑使由社會排除，即爲去害馬之道。要之，死刑於刑法上，於刑事政策上，不能認爲良刑，應認爲惡刑，乃無可諱言，不過應否絕對廢止，乃爲社會

是否適應之問題。自立法之趨勢言之，近時文明國家，固有漸從廢止論者（註）即採用死刑之國，其範圍亦務求狹小，其實行亦務求慎重，且執行時，亦務求減少犯人之痛苦，且不公開，乃有所謂「圍屏內之死刑執行」(Intramuranrichtung)一掃以前執行殘酷及公開之風，至於現行法及立法院刑法修正案，仍保存置論，而在特別刑法，如懲治盜匪條例等，凡以死刑為惟一刑罰，蓋有不得已者在也。

註 廢止死刑之國，推奧大利最早，始於一八八七年，中途有存廢，最後於一八五五年廢止。意大利於一八九〇年廢止，羅馬尼亞，於一八六四年廢止，和蘭，於一八七〇年廢止，諾威於一九〇二年廢止，以外如瑞士中諸州南北美中諸國等，亦有廢止者。然如英美法日蘇俄等國，則仍有死刑制度。

## 第二節 自由刑

自由刑 (Freiheitsstrafe, peine privative de la liberté) 者，剝奪犯人自由之刑罰也。此在現代國家，乃為刑罰之中心。即以前，乃生命刑與身體刑為中心。近代則以此二種刑罰過於殘酷，徒與犯人以痛苦，並不足以副刑法之目的，故絕對廢止身體刑，生命刑亦極限制的採用之。刑罰主旨，本在改善犯人，防衛社會，此二目的均只自由刑足以副之，故自由刑乃代生命刑與身體刑，而成為刑罰之中心。

自由刑在刑法史上，乃發達較遲者，然其種類亦不少，故自由刑亦有廣狹二義：第一，廣義之自由刑，除拘禁刑外，尚有（一）驅逐 (Ausstrickung, Verbannung) 又有二種：甲有命犯人退去國境者，乙有命犯人退去

一定行政區域或一定處所者。(一)閉居，(Verstrickung, Hausarrest)即命犯人閉門深居。(二)流放，(Deportation, Relegation)即將犯人流放於遠隔之處所。(四)監視，(Polizeiufsicht)即限制犯人住居，而使警察監視之。第二，狹義之自由刑，則專指拘禁刑，又可分為(一)耻辱刑。(Die Strafe für ehrende Verbrechen)此對於破法律並破道德(即破廉恥)之犯罪，始處以此刑，稱曰懲役刑。(Zuchthausstrafe, Kerkerstrafe)即使犯人衣獄衣，食獄食，而不以普通人待之也。(二)非耻辱刑。(Die Strafe für nicht entehrende Verbrechen, custodia, honestas)此對於破法律並不破道德之犯罪，則處此刑。只拘禁於一定處所，仍使犯人衣自己之衣，食自己之食，稱曰禁錮刑。(Haftstrafe, Gefängnisstrafe)德國刑法所稱城寨拘禁(Festungshaft)即屬於此。(三)又有中間刑，即對於並破法律與道德之犯罪，其程度不若第一種犯罪之甚者，原則仍須使犯人著獄衣，食獄食，例外於國民榮譽權未被剝奪之人，尚許其衣自己之衣，食自己之食。又同一拘禁刑，又有二種區別，(一)無期刑與有期刑。即一係以終身為期，一係有一定期間也。(二)無役刑與有役刑。即一則不服勞役，一則服勞役。上述之耻辱刑均為有役刑。

上述廣義刑罰之四種制度中，最重要者，乃為流放刑，此制度稱曰流放刑主義。(Das Deportationssystem, Le système de transportation)與此對立者，則為狹義之自由刑之拘禁刑，此制度稱曰拘禁刑主義。(Das Haftungssystem le système de l'emprisonnement)現時各國類皆只採拘禁刑主義，然亦有

並採流放刑主義者。

自由刑至近代發達而為刑罰之中心者，乃因工商業發達，以致農村沒落，都市有無產階級發生，財產的犯罪乃因以增加，一面為維持市民生活之安全，一面又恐濫施死刑而致減少勞動力，在如斯社會的經濟的情事之下，加以人道主義之思想發展普及，於是刑罰組織，起一重大變化，昔為死刑中心主義之刑法者，今乃為自由刑中心主義之刑法矣。

自由刑中心主義，又如上述，即係拘禁刑中心主義，此則在歐洲，係發源於十六七世紀各都市所設之勞役場 (Work-house) 與懲治場 (house of correction) 初時之目的，只在收容擾亂都市生活秩序之游民乞丐娼妓不良少年等，使之為規則的勞動，得為有秩序之社會生活，當時仍係生命刑及身體刑為刑罰中心，至後因作為緩和身體刑之方法，始將勞役場及懲治場改為監獄使用，於是至今日自由刑與監獄乃有不可分離之關係。

故自沿革言之，近代之自由刑，本一面為刑罰，而有報應之意義，一面亦在感化，而有教育之意義。惟自勞役場及懲治場改用為監獄而為自由刑執行之處所以後，尤在十八世之時，其施設之改善與教育之特色，反為之減退，及十九世紀，乃又有監獄改良運動，欲仍返還於以前之保安的意義，即仍發揮其改善與教育之特色，自由刑即教育刑之思想，乃成為刑事政策之中心，至今日仍不失為刑罰改良之一大方針也。



近代學者對於無期徒刑，亦有非難。其重要理由：(一)無期徒刑，乃徐徐斷斷犯人之生命，其殘酷反甚於死刑。(二)無期徒刑，因犯入生命長短而執行期間不同，殊不公平。(三)無期徒刑，係絕對不可分，不能依罪情而有伸縮，難望罪刑之平。(四)無期徒刑，拘束犯人之終身，徒使其自暴自棄，自絕悔改之望。現時採用此說而廢止無期徒刑者，有葡萄牙、墨西哥、西等國。然為之辯護者，則謂(一)無期徒刑，亦為淘汰犯人之法，對於罪情只較死刑略輕之人，亦宜處以此刑，不可妄為寬大。(二)因壽命長短而致執行期間不同，即在有期徒刑，亦可有之，殊不值非議。(三)對於罪情較重之人，即為不可分，亦無失平之弊，且定有選擇刑時，亦可伸縮。(四)對於無期徒刑有假釋之制度，亦並未絕犯人悔改自新之望。現今多數立法例，固仍採用無期徒刑，惟於少年犯則廢止之者不少。

又近代學者對於短期刑，亦有非難之者。其重要理由：(一)短期刑，實為無益，殊難收懲戒及改善之效力。(二)短期刑，且為有害，即徒傷犯人之名譽心，使其自暴自棄，一面反染監獄之惡習，而與以化為職業犯之機會。(三)短期刑並徒使國庫負擔巨大之費用，然對此之辯護，則謂罪情中亦有只應科以短期刑者，乃不得已，其他上述一二兩點之非議，則有緩刑制度及監獄改良以救濟之。

以外尚有不定期刑 (indeterminate sentence, Sentence indéterminée, unbestimmte Verurteilung) 之制度。即宣告自由刑時，不預定刑期之制度也。又有二種：其一，乃以為對於可望改善者之匡正處分而科

之者，此係一八六九年美國之耶耳邁拉 (Elmira) 感化監獄所創始。其二，以爲對於匡正不能者之隔離處分而科之者，此係一八八五年五月四日若海若法律所實施，以後不定期刑爲美國各州所認，且漸將爲歐洲諸國所仿，如哪威刑法第六十五條即已認之，以外尙有意國刑法及日本少年法。

我國現行法所採用之自由刑，乃全爲拘禁刑主義。係分爲無期徒刑、有期徒刑及拘役，已於前述。三者實質並無區別，即同須於監獄內拘禁之，並原則須服勞役，不過例外得不服勞役（五四）然同時亦注重訓育，其服役及訓育，乃全屬於監獄法之範圍。

### 第三節 財產刑

財產刑 (Vermögensstrafe, peine pécuniaire) 者，剝奪犯人財產之刑罰也。現行法有罰金 (Geldstrafe, amende correctionnelle) 及沒收 (Einziehung, Confiscation spéciale) 二種。

財產刑亦至近代始爲發達，亦在刑罰中占重要之位置，乃次於自由刑之刑罰也。若自其沿革言之，則罰金刑最初係爲私刑罰的性質，後漸爲公刑罰的性質，故同一贖納制度，於刑法史上亦有其變遷。其最爲刑法所重視者，乃自十九世紀始。蓋在前世紀，已漸悟自由刑之改善的作用，並非確實，尤爲短期自由刑，不但不足以收威嚇與改善之效，反足以使犯人惡化，爲救濟此弊，一面固有緩刑之制度，一面亦以罰金刑代之。罰金刑如按犯人之資力而適當適用，反可收相當之效果。於是擴張罰金刑適用之範圍，亦成爲刑事立法之一

傾向。

罰金制之利略有六點：其一，可避免短期自由刑之弊害。其二，可視犯罪人之資力而伸縮。其三，不損害輕微犯在社會上之地位。其四，執行時無碍於犯罪者之職業。其五，爲對於因貪慾犯罪者之適當懲罰。其六，爲對於因過失犯罪者之適當處置。至其有害之點，亦有三：其一，懲戒及改善之功效甚微。其二，對於無資力者無從執行。其三，因犯人之貧富而待遇不公。要之，在立法上宜取其長而補其短，在裁判上，更應斟酌犯罪情形與犯人資力而適當處斷之，方足以發揮此刑罰之功用也。

罰金刑，在一般立法例，有專科，選科，併科，易科四種。我國現行法此四者均採用之。如第一百六十六條，第二百十四條第二項，第二百二十一條，第二百五十一條，第二百七十五條第一項，第二百七十八條第二項，第三百三十三條，第三百五十八條，專科罰金之罪也。如第一百十三條第二項，第一百十五條，第一百二十六條，第一百三十四條第三項，第二百三十二條，第三百二十一條，第三百八十條，選科罰金之罪也。如第一百三十三條第一項，第一百二十八條第一項第二項，第一百二十九條第一項第二項第三項，第一百三十三條第一項第二項，併科罰金之罪也。如第一百二十五條，第二百零五條，第二百十八條，第二百十九條，第二百一十條，第二百六十九條，第二百七十四條第二項，第二百八十一條第二項，易科罰金之罪也。

罰金刑，在主刑中，乃爲最輕者。（參照五一丁）現行法，只規定其最低度，（四九五）其最高度乃於各本

條定之，蓋以便按犯罪之性質而規定其數額，且於裁判時又可按犯罪之情狀而酌定之，罰金之主要功用，乃如前述，一面對於貪慾的犯罪，得相當抑制其動機，一面在專科罰金之罪，又可不傷犯人之品格，且不至感染獄犯之惡習，然其弊亦如前述，則在囚犯人資力不同所與之影響不同，富者雖處多額，殊不少覺其苦痛，貧者雖處少額，亦可以立毀其身家，故本法特於第七十六條第二項設有科罰金時並應審酌犯人之資力之規定，審判官固不可不深加意也。

沒收，在現行法乃為刑罰，且為從刑之一種，固屬解釋上不能有疑義者。但在學說上，則多主張其性質應為一種保安處分，立法例亦有採用此說者。（註）依現行法，沒收有對於不屬於犯人之物亦應為之者，（六二一）則已與刑罰之本質相違，即已非為剝奪犯人法益之制裁，此種沒收，自應解為保安處分即警察處分為當也。

註 現時一般立法例，仍以沒收為從刑，惟德國一九二五年刑法草案第四十二條，則規定之為矯正及保安處分。

沒收有一般沒收與特定沒收二種。一般沒收者，將犯人全部或重要之財產收歸國庫也。此在羅馬法及德國古法均認此制，我國亦有藉沒逆產入官之制，然此制近代一般立法例已無有採用之者。特定沒收者，只將與犯罪有一定關係之物收歸國庫也。近代立法例，均採第二制度。現行法第二十六條亦同。

第六十條定明沒收之物如左(註)

- 一、違禁物
- 二、供犯罪所用及犯罪預備之物
- 三、因犯罪所得之物。

註 舊暫行刑律第四八條同。

即本條乃規定沒收之客體之範圍，即可以沒收者，只以物爲限。既稱曰物，解爲應與民法上之物同義，故非民法上之物，固不得沒收。但民法上之物，亦有動產與不動產二種，不動產得沒收與否？學說上固有爭執，以積極說爲是，蓋法條並未有限制也。(註)又非一切之物均可以沒收，必與犯罪有一定之關係，即只限於三種，須爲三者之一，始可沒收。

註 刑事訴訟法於扣押物稱曰扣押之物件，或可以扣押之物件，解釋上是否只以動產爲限，尤生疑義。所謂違禁物者，謂法令禁止私自製造持有及販賣等之物也。例如鴉片烟之類是。凡爲法令所禁止者，即可不必即爲構成犯罪之物。關於本款所定之物之沒收，法律另有第六十一條及第六十二條第一項前段及第二項但書之規定，但沒收既爲從刑，雖爲違禁物而無犯罪發生，不得科處沒收，自不待言。所謂供犯罪所用之物者，謂實施犯罪行爲所使用之物也。例如殺人之兇器，賭博之器具是。所謂供犯罪預

備之物者，謂將以供犯罪所用而準備之物也。例如因欲放火而購煤油是。關於本款所定之物之沒收，另有第六十二條第一項後段及第二項之規定。又本款之物，亦須成立犯罪時，始得沒收，亦不待言。即本款前段，除既遂犯外，則須未遂犯始能適用。又本款後段，則除既遂犯與未遂犯外，更須於預備犯或陰謀犯始有適用。又後段之物，須以未經使用者為限，若已使用時，則應適用前段。

所謂因犯罪所得之物者，謂因實施犯罪行為而致所有或占有之物也。例如賄賂、盜品是。不以原物為限，即其孳息，解為亦包含之。但如因該物而更得他物者，則不得包含之。例如以竊得之網而獲魚之時是。又本款亦須於犯罪成立時始有適用，亦不待言。

上稱各物，如變易為他物，例如贖物賣得金錢時或因附合而為他物成分時，解為不得沒收。惟在違禁物，如變易為他物仍為違禁物（例如以鴉片製成代用品）時，仍得沒收。

物有主從，只從物應依本條沒收時，固不得沒收主物，但如只主物應依本條沒收時，並得沒收其從物否？（例如殺人所用之刀之鞘）學說尚不一致，以積極說為是。蓋從物既為常助主物之效用者，而在民法，主物之處分，又及於從物，（參照民法六八）自宜解為應一併沒收也。

沒收是否限於故意犯始得科之學說上亦有爭執，解為對於過失犯亦有適用。又應依第七十四條或第七十五條從一重處斷或以一罪論之時，其關於輕罪之物或各行為之物，只須合於本條，亦得沒收。

又無經濟上價值之物（例如傷人之磚塊）得適用本條否？亦有消極積極二說，以積極說爲是。以法律並無限制也。但第二款及第三款之物，原未採必科主義，於裁判時自得酌量出之也。

又未經扣押之物，是否亦得沒收？學說亦有消極積極二說，以積極說爲是。蓋執行沒收時，亦得依刑事訴訟法以爲搜索及扣押也。

又本條第二款及第三款之物，解爲只限於與犯罪有直接關係者爲限。詳言之，即第二款之物，只限於直接供犯罪所用及犯罪預備之物，例如先磨刀而以之殺人者，只刀得沒收，磨刀之石，則不得沒收。（註）

註 刑律第四十八條第二款規定（與六十條第二款相當）供犯罪所用及預備之物，依法在應沒收之列，惟其物品必須證明於實施犯罪有直接之關係，始與該款規定相合，其合駕大車，以販賣油酒爲名，徧游村堡，乘間竊取財物，車馬油筆等物，於實施竊盜，既無直接關係，又未證明其物爲行竊所得，則自未便沒收。（前大理院民國五年非字四八號判例）

物經沒收時，解爲由國家取得所有權。（參照刑訴法四九六II）惟係於何時取得？則不無疑義。學說有第一，犯罪時說，第二，判決時說，第三，判決確定時說，第四，執行時說，四說。余見應分別論之。在已經扣押之沒收物，應從第三說，在未經扣押之沒收物，則應從第四說，但在第三人有聲請發還之權利之時，則須於刑事訴訟法第四百九十六條第二項所定之時，國家始得取得所有權。

沒收已經執行時，固由國家取得其所有權，且依刑事訴訟法第四百九十三條，應由檢察官處分，但除第六十條第一款之物外，如第三人就該物有權利時，自仍得主張之，且得聲請發還。（參照刑訴法四九四至四九六）

關於沒收之執行，於刑事訴訟法第四百九十二條至第四百九十六條有明文規定。茲不述。

#### 第四節 名譽刑

名譽刑 (Ehrenstrafe, peine privative de droits) 者，謂剝奪犯人名譽權之刑罰也。亦稱曰能力刑。現行法乃仿舊暫行刑律，只規定褫奪公權一種，然現行法與舊刑律又微有不同，即在舊刑律，有定只褫奪一部者，亦有定褫奪全部者，現行法則定為概應褫奪全部。又舊刑律有定為得褫奪者，亦有定為應褫奪者，現行法則概定為得褫奪，並以得褫奪公權之犯罪，於分則定之。

褫奪公權之內容，於第五十六條定明：褫奪公權者，褫奪左列公權：

- 一，為公務員之資格，
- 二，依法律所定之中央及地方選舉為選舉人及被選舉人之資格，
- 三，入軍籍之資格，
- 四，為官立公立學校職員教員之資格，



五、爲律師之資格。

公權不只上述五種，本法則限定此五種，又舊暫行刑律第四十六條，於此五種外，尚有膺勳章之資格，現行法則刪除之，又可注意者，即入軍籍之資格，亦以爲褫奪公權之內容是也。至何罪始得褫奪公權，均爲分則之所規定，如一〇六條一二〇條一四一條一四八條一五五條一六九條一七三條一七八條一八六條二一七條二二三條二三九條二五三條二六〇條二六六條二七〇條二九二條三〇三條三一三條三二三條三四二條三五五條三六二條三六九條三七五條三七九條均是。均係任意褫奪主義，未採義務褫奪主義也。至宣告褫奪公權時，應褫奪上述資格之全部，自不待言。（註）

註 因褫奪公權而喪失之資格，近時立法例均求簡單，如瑞士刑草四八條與國刑草七〇條德國刑草四六條均是。

褫奪公權之期間，第五十七條規定如次：

褫奪公權，分爲無期及有期。

有期褫奪公權，以一年以上十五年以下爲限。

宣告死刑或無期徒刑者，其褫奪公權爲無期。

宣告十年以上有期徒刑者，其褫奪公權爲無期或有期。

宣告六月以上十年未滿有期徒刑者，其褫奪公權不得逾十年。

即關於褫奪公權，雖採任意主義，即許審判官有裁量之自由，而為褫奪公權之裁判時，關於其期間，法律仍有限制，即首分為無期褫奪公權與有期褫奪公權二種，有期褫奪公權，則應為一年以上十五年以下。而宣告無期或有期時，法律亦有限制，即裁判刑（非法定刑）即宣告刑如為死期或無期徒刑者，則應宣告無期褫奪公權，如為十年以上有期徒刑者，則得選擇宣告無期褫奪公權或有期褫奪公權，而宣告有期褫奪公權，又得在一年以上十五年以下之範圍內宣告之，如為六月以上十年未滿有期徒刑者，則只得宣告有期褫奪公權，固應在一年以上，但不得逾十年。

又第五十八條第一項定明：「宣告六月未滿有期徒刑拘役或罰金者，不得褫奪公權。」此與前條第五項相呼應之規定，即在宣告刑，六月以上，始得宣告有期褫奪公權，若為未滿六月之有期徒刑或拘役罰金者，則不得褫奪公權，以此時罪情較輕，雖分則有許褫奪公權之規定，亦應限制之，舊暫行刑律第四十七條但書，褫奪公權，以處徒刑以上之刑為限，此則加以修正者也。

又第五十八條第二項定明：「因過失犯罪，不得褫奪公權。」蓋以過失犯罪情較輕，故又設對於前條第五項及本條前項之例外規定，雖其宣告刑為六月以上有期徒刑，亦不得褫奪公權。

### 第三章 刑罰之適用

## 第一節 概說

刑罰之適用 (Die Strafanwendung, L'application des peines) 者，對於犯人就其犯罪宣告特定之刑罰也。故所謂適用刑罰，即為適用刑法，亦即科處刑罰。蓋刑法係抽象的，就一定之犯罪規定一定種類並一定範圍之刑罰，此時稱曰犯罪之處罰，乃自抽象言之也。若適用刑罰，則係審判官因犯人之某一行為，適與刑法上之犯罪相當，而於其所定之種類及範圍內，具體的量定相當之刑罰，此時亦稱曰犯罪之處罰，則係就具體言之也。科處刑罰，必須由審判官量定刑罰，故刑罰之適用，亦稱刑罰之量定。(Strafzumessung) 法律只規定惟一刑罰者，(如專科死刑或專科罰金) 究居少數，此時適用刑罰，通常固不生量定之問題，一般犯罪，類皆規定該刑罰之範圍，即有一定之高度與低度，(如有期徒刑或拘役罰金) 則適用刑罰，尚須量定之，即須量定該範圍內之相當刑罰。又一般犯罪，尚多規定多種類之刑罰，即規定各刑罰為選擇刑，則適用刑罰，尚須為刑罰之選擇。刑罰所規定之刑罰，稱曰法定刑。審判官所量定之刑罰，稱曰宣告刑。又法律對於法定刑，尚許為法律上或裁判上之加重減輕及免除，此稱曰刑罰之變更，(die Strafänderung, Lechangement) 又稱曰刑罰之加重減免。(Die Strafschärfung und die Strafmilderung) 此加重或減輕之刑罰，則稱曰處斷刑。

法律規定犯罪之刑罰，有次述三種方法：

第一，絕對專斷刑。(absolut unbestimmte Strafdrohung) 即對於一定之犯罪，不規定一定之刑罰，而完全許審判官自由裁量刑罰也。

第二，絕對法定刑。(absolut bestimmte Strafdrohung) 即對於一定之犯罪，嚴格規定刑罰之種類及範圍，不許審判官有自由裁量之餘地也。

第三，相對法定刑。(relativ bestimmte Strafdrohung) 即對於一定之犯罪，相當規定刑罰之種類及範圍，許審判官在該限度內，有自由裁量之餘地也。

自刑法之沿革言之，最初乃為絕對專斷刑，後又變而為絕對法定刑，然自文化與法律發達時，欲求裁判之適當與公平，乃又變而為相對法定刑，此在羅馬法及德國中世法并我國舊律時代均同。然在近代，雖同為相對法定刑，亦可劃分三時期，即在歐洲政治革命前，幾仍近於專斷刑(Peine arbitraire)及至政治革命後，因為自由主義所支配，於是乃採範圍極狹即限制的相對法定刑。但至前世紀末，刑事政策上高倡刑罰之保安及社會防衛之目的，又轉而採範圍較寬即擴張的相對法定刑，不但創始不定期自由刑之制度，且於一般犯罪，亦大為擴張量刑自由之範圍。

刑法定刑罰之目的，原應注意二方面：第一，自對於犯罪之方面言之，則有防衛社會之目的，為達此目的，則刑罰自以不固定為宜，蓋犯罪之情狀(unstände, circumstances)不能相同，科處之刑罰，亦不宜相同。

也。第二，自對於犯人方面言之，則有保護犯人之目的，為達此目的，則刑罰自以固定為宜，蓋自由裁量之範圍過寬，斯擅斷誤判之弊更多，殊非保護個人與尊重自由之道也。

現代各國刑法，雖同為採相對法定刑，究應側重於上述何方面之利益，乃因一國之社會上政治上情形不同，并審判官賢否之關係，而不能一律。自我國之現狀言之，自以探限制的相對法定刑為是也。故現行法只例外於極少數之犯罪，係採絕對法定刑，此又有二種：有極重罪為此刑，即有定為專科死刑者，亦有極輕罪為此刑，即有定為專科罰金者。至一般犯罪，則均為相對法定刑，且為限制的相對法定刑，而不定期刑，在現行法尚未認之也。

現行法關於刑罰之適用，設有一定之標準，以便審判官有所依據，其累犯及併合論罪，亦為刑罰適用標準之規定，此已於前述，以外則有刑之重輕之規定（五一）從刑之科處之規定（五二，五九，六一至六三）科刑標準之規定（七六）刑之加重減免之規定（七七至八九）等於後分別述之。

### 第二節 主刑之重輕

適用刑罰，最初成為問題者，即為定主刑重輕之標準，蓋以法律規定犯罪有時須比較主刑罰之重輕而處斷也。如第二條但書第七十四條等是。此有二問題，即第一，不同種類之刑，其重輕之標準如何？第二，比較兩刑重輕之標準，是否依法定刑抑依宣告刑是也。現行法就此特以明文解決之：即第五十一條，設有次述四

項規定如次(註)

註 本條乃與舊暫行刑律第二十七條相當，惟舊律係設於俱發罪章內，本法修正之，設於刑名章內，蓋以刑之重輕，不僅於併合論罪時始有必要也。

第一項定明：「主刑之重輕，依第四十九條規定之次序定之。」此係規定不同種類之刑之重輕之標準，即第四十九條所定五種主刑之重輕，應依其所定次序定之。故如法定刑有該種主刑二以上時，其重輕即可依此定之也。

第二項定明：「同為死刑或無期徒刑者，據犯罪情節定其重輕。」此係規定同種類之刑之重輕之標準，即法定刑如同為死刑或無期徒刑，則不能依前項定其重輕，惟有依犯罪情節定之而已。

第三項定明：「同種之刑，以最高度之較長或較多者為重，最高度相等者，以最低度之較長或較多者為重。」此亦係規定同種類之刑之重輕之標準，即法定刑如同為有期徒刑拘役或罰金者，則以其最高度之較長或較多者為重，最高度相等者，則以其最低度之較長或較多者為重。蓋亦因不能依第一項而另設濟窮之規定也。

第四項定明：「最高度與最低度俱等者，據犯罪情節定其重輕。」此亦係規定同種類之刑之重輕之標準，即法定刑為有期徒刑拘役罰金時，如其最高度與最低度俱等，則不但不能依第一項定其重輕，並不能依

前項定其重輕，故又須另設濟窮之規定也。

本刑所稱之刑及其最高度或最低度並其較長較多或俱等，均如上述，係指法定刑而言。惟於應據犯罪情節定重輕時，則應以宣告刑為標準。蓋法定刑乃按各犯罪而定，刑有重輕，自為罪有重輕，而法定刑相等，則惟依具體之犯罪情節重輕決定之，自屬當然也。

### 第三節 從刑之科處

刑法關於從刑之科處，設有規定如次：

第五十二條第一項定明：「依第八條免除主刑者，得專科褫奪公權。」又第二項定明：「免除主刑者，得專科沒收。」蓋從刑原則應於科處主刑時始得科處。但本條則規定其例外。第一，褫奪公權，如依第八條免除主刑時，仍得專科之。蓋以犯罪雖因其在外國受刑之執行或免除，得將主刑免除，而不依刑法褫奪公權，有時不宜也。第二，沒收則不問依何情形而免除主刑，仍得專科之。蓋必如是，而後足以副沒收刑之目的也。至本條必於該犯罪經為有罪判決時，始有適用，自不待言。

第五十九條第一項定明：「褫奪公權，於裁判時併宣告之。」又第二項定明：「褫奪公權於裁判確定時發生效力，但有期褫奪公權之期限，自主刑執行完畢或免除之日起算。」蓋以褫奪公權，乃為從刑，自應於為科刑判決或有罪判決時，併宣告之。但其發生效力，乃不在裁判之宣告時，而在裁判之確定時，且在有期

褫奪公權，其期限之起算，更須自主刑執行完畢或免除時，蓋若早行起算期限，則得早行回復公權，有時不足以副該刑之目的也。

第六十一條定明：「前條第一款之物，得專科沒收。」即本條乃與第五十二條第二項同為規定得專科沒收之例外。但二者尙有不同，即前者尙如前述，只為主刑免除，但尙須為有罪判決，本條則只泛稱得專科，故應解為對於該項亦為例外規定，即雖不止免除主刑，而係諭知免訴或無罪判決之時，亦得專科，蓋以對於違禁物，以取如是之保安處分為宜也。

第六十二條第一項定明：「第六十條第一款之物，不問屬於犯人與否，沒收之；第二款第三款之物，以屬於犯人者為限，得沒收之。」又第二項定明：「最重本刑為拘役或罰金者，非有特別之規定，不得沒收。但第六十條第一款之物，不在此限。」本條第一項，乃規定沒收物與犯人關係，即規定沒收之範圍。即違禁物，則不問屬於犯人與否，均應沒收之，蓋亦因應對之為保安處分也。其對於非屬於犯人之物為沒收，自己失刑罰之性質。又供犯罪所用及犯罪預備之物，并因犯罪所得之物，則須為屬於犯人者，始得沒收。蓋沒收本為刑罰，以屬於犯人者為限，然後科處，方合於刑罰之性質也。又本條第二項，乃規定沒收與犯罪之關係，即規定沒收之限制。第六十條第二款及第三款之物，須該犯罪之法定主刑之最重刑為拘役或罰金以上者，始得不待有特別明文，逕行科處，若其最重刑只為拘役或罰金，則科處沒收，須該分則有特別明文，惟違禁物



則否，此亦因其必要不同也。關於沒收，在立法例，有所謂義務沒收主義（*Obligatorisch*）者，有所謂任意沒收主義（*Fakultativ*）者，依本條第二項對於第六十條第一款之物，即前段規定，係採義務沒收主義，即應宣告。對於第六十條第二款第三款之物，即後段規定，係採任意沒收主義，即得由法院自由量定宣告沒收與否也。又本條第二項，則係為前項之應用規定，第六十條第一款之物，既採義務沒收主義，自不能有所限制，而不問何種犯罪均應宣告之。若第六十條第二款第三款之物，則須對於任意沒收主義又加一限制，以防審判官之濫用職權也。又在一般立法例，尤在以沒收為刑罰之立法例，均只限於沒收物屬於犯人所有者始得科處，我國現行法則有例外，所謂不屬於犯人，即指犯人非為該物之所有人也。

第六十三條定明：「沒收於裁判時，併宣告之。」此與第五十九條第一項相當之規定。蓋沒收既為從刑，自以於為科刑判決或其他本案判決時一併宣告之為是也。

#### 第四節 科刑之標準

第十九世紀初之刑法，以為個人主義及自由主義所支配，故莫不採限制的法定刑主義。然至第十九世紀中葉，則又呈一轉變，以刑罰之種類及範圍，過以法律限制，亦難望適當與公平之裁判，又擴張自由裁量之範圍，分則於各罪之刑罰類，皆定為選擇刑，且於各刑之範圍及其高度與低度，亦規定頗寬，於是審判官於刑罰之選擇及量定，不無或相當之困難，反啟擅斷之弊，而又致罪刑失平，故至第十九世紀末至第二十世

紀初，乃又由法律對於法定刑之科處，亦予以相當之標準，其中有已爲成文者，如俄國刑法第四十五條，意國刑法第一百三十三條是。有只爲草案者，如瑞士刑法草案第六十條第六十一條，德國刑法草案第六十九條，奧國刑法草案第九十九條，日本刑法草案第五十七條均是。

我國舊暫行刑律，雖尙無類此之規定，然後有補充條例，其中已設有規定，後又有科刑標準條例，則規定更詳，現行法第七十六條亦係同此用意也。即本條雖與次二條同設於刑之酌科一章之內，然本條係示審判官於法定刑範圍內科處之標準，其沿革如上所述，尙爲較近之設案，若次二條，則爲所謂酌量減輕，乃許審判官對於法定刑變更科處之標準，則其沿革較早，自前世紀中葉，即已成爲一般立法例也。

本條第一項，係規定對於一般犯罪科刑之標準。即「科刑時應審酌一切情形，爲法定刑內輕重之標準，並應分別情形注意左列事項。」即示明在依法定刑科刑時，即量定宣告刑，除係絕對法定刑，無自由裁量之餘地外，如係相對法定刑，則定有選擇刑者，各刑自有輕重，又即就各刑而論，亦有低度與高度，即亦有輕重，刑罰原應與犯罪相當，自應審查關於犯罪與犯人之一切情形而酌量科處之。既曰一切情形，自不能抽象定之，應就具體犯罪以各別審酌之。惟本項後段所列九款情形，雖爲具體情形，但亦有近於抽象，故特爲標明亦應爲科刑時審酌之標準，而使審判官就具體犯罪分別注意之。蓋此九種情形，未必各個犯罪均有，故只應分別注意也。要之，前段爲抽象注意規定，後段則爲具體注意規定也。又後段九款，第一款犯罪之原因，

第二款犯罪之目的，第三款犯罪時所受之刺激，及第八款犯罪之結果，可謂爲關於犯罪之情形。第四款犯人之心術，第五款犯人與被害人平日之關係，第六款犯人之品行，第七款犯人知識之程度，第九款犯罪後之態度，可謂爲關於犯人之情形。即此以觀，亦可知現行法非盡採客觀主義，亦非盡採主觀主義，蓋刑事責任，本應兼有道義責任與社會責任，科刑時應注意關於犯罪之情形，即應注重道義責任，然同時亦應注意關於犯人之情形，亦即應注重社會責任。（註）故余見在刑法之立法，固不可偏於一端，而在現行法之解釋，謂只應依新派或舊派一派之理論，尤未見其可也。又應注意者，本項所列各種情形，均應解爲與犯罪之成立要件或處罰要件無干，此二要件認定犯罪適用刑罰時，固首應審查確定。但本項之情形，則爲於此要件事實確定後，始應注意之事項，蓋一則爲應否依法定刑科處之問題，一則爲應如何於法定刑內科刑處之問題也。故本項只於相對法定刑之犯罪，始有適用，若係絕對法定刑之犯罪則無本項適用也。又本項之事項，雖非犯罪之成立要件或處罰要件，但對於相對法定刑之犯罪，如有應依本項注意之事項而不注意，其係違法，且得爲第三審上訴之理由，自不待言。（參照刑訴法二八九）

註 俄國刑法第四十五條亦特爲定明：「應依社會的法律意識，特別斟酌犯罪行爲之一般危險性及行爲之情狀與行爲人之性格。」又意國刑法第一三三條，亦定明：「法院適用刑罰而自由裁量時，應第一斟酌犯罪行爲之輕重，第二斟酌行爲人之犯罪可能性。」

本條第二項，係規定對於特定之犯罪，應科罰金刑時之標準。即「科罰金時，並應審酌犯人之資力」即對於宣告刑爲罰金刑時，其量定之標準，除適用前項外，並應適用本項，對於犯人資力之情形，亦應加以注意。蓋因分則及他法所定之罰金，既有低度與高度，宣告之時，自應一併酌量犯人之經濟能力也。此在他國立法例，獨關於此點，設有應注意之規定者，尙不在少數。（註）

註 如德國一九二一年關於罰金之法律第四條定明：「罰金刑之量定，應斟酌犯人之經濟狀況。」其一九二五年刑法草案第六八條及奧國第一〇二條均同。（但德國一九二七年刑草又刪去之）又日本刑法草案第五九條亦定明：「罰金之適用，應參酌犯人之資產信用及因犯罪行爲所得之利益。」

## 第五節 刑罰之加重減輕免除

### 第一項 刑罰之加重

刑罰之加重者，對於法定刑加重科處也。故爲一種刑罰之變更，且同時爲一種刑罰之修正。即於法定刑之最高度科處刑罰，尙與其犯罪不相當時，始有此必要。在一般立法例，均只認法律上之加重。（Die gesetzliche Scharfung, L'aggravation legale）刑法稱曰依法令加重，參照七八）與義務加重。（Die obligatorische Scharfung, L'aggravation obligatoire）而不認裁判上之加重（Die Richterliche Scharfung L'aggravation judiciaire）與任意加重（Die facultative Scharfung, L'aggravation facultative）即加

重之原因，必於法律規定，有此原因時，則必加重。又有一般加重（Die allgemeine Spharfung, L'aggrava-  
tion générale）與特別加重（Die besondere Spharfung, L'aggravation Speciale）二種。前者乃爲  
刑法總則所規定，即對於一般犯罪或多數之犯罪均有適用也。累犯及併合論罪即是。後者，分則或他法對  
於一定特別犯罪有明文規定加重普通犯罪之刑罰也。如一四〇條，二六五條，二九八條等是也。又同對於  
特別犯罪，較普通犯罪另行規定其刑罰，而加重之者，則已爲獨立犯罪，且爲獨立之刑罰，應與特別加重之  
規定區別之。如二八三條至二八五條之對於二八二條，二九四條至二九五條之對於二九三條等是。

## 第二項 刑罰之減輕

### 第一款 概說

刑罰之減輕者，對於法定刑減輕科處也，亦爲一種刑罰之變更，且同時爲一種刑罰之修正。即於法定刑之  
最低度科處刑罰，尙與其犯罪不相當時，始有此必要。此在一般立法例，除認法律上之減輕（Die gesetzl-  
iche Milderung, L'atténuation légale 刑法稱曰依法令減輕參照七八）外，更認裁判上之減輕（Die  
richterliche Milderung, L'atténuation）即法律上之減輕，減輕之原因，於法律規定之也。此又有義務減  
輕。即必減與任意減輕，即得減二種。且又有一般減輕，即總則就一般犯罪所規定之減輕，與特別減輕，即分  
則或他法就特種犯罪所規定之減輕二種。一般的義務減輕，如八條三一條，二項三二條，三三條，四一條，四

四條三項等是。特別的義務減輕，如一七六條一八四條等是。一般的任意減輕，如二八條但書，三〇條二項，三〇條三項，三六條但書，三七條一項但書，三八條，四〇條等是。又法律上之減輕，有與免除相並規定者，亦不相並規定者，與免除相並規定者，亦有義務的，如四一條一八四條是，亦有任意的，如三六條及三七條但書是。裁判上之減輕，亦稱酌量減輕。(Mildernde Umstände, circonstances atténuantes)即刑法第七十七條及第七十八條之規定是也。茲僅就刑法第三十八條所規定之自首，及第七十七條及第七十八條所規定之酌量減輕，分別述之於後。

## 第二款 自首減輕

第三十八條第一項定明：「對於未發覺之罪，自首於該管公務員受裁判者，得減所首罪之刑三分之一」又第二項定明：「向被害人告訴人或有請求權之人自首，而受該管公務員裁判者，亦同。」分述之於後。

第一，自首之法例及理由。

在一般立法例，均只認特別自首，即只於分則就特定犯罪規定其自首為減免之原因。認一般自首即於總則規定一般犯罪之自首亦為減免之原因者，只我國舊暫行刑律及現行法與日本新舊刑法。此在我國，乃有甚久之沿革，即在唐律，即已於名例特為定明，以後舊律亦同。然舊律之認自首，其根據乃在道義的責任，即因犯人已知悛悔，情有可原，故原則定為免除之原因，而於特定犯罪之自首，不合於此根據者，

則不許之。(註一)日本大寶律即仿唐律，後明治假刑律及新律綱領沿之。其舊刑法雖改從現代刑法，然仍特設自首一章，惟其精神則與前稍異，不注重於犯人之道義觀念，而重在能早使官廳追訴，以免多費勞力與時間，且致累及無辜，故只定為原則得為減輕原因。我國舊暫行刑律仿之。惟日本刑法，除認一般犯罪之自首外，亦認特種犯罪之自首，我國舊暫行刑律亦同。(註二)現行法則刪去特別自首，且將一般自首，規定之於刑事責任及刑之減免一章之內，雖似有回復舊律之感，然亦只定為任意減輕，且於其減輕之程度，亦加以限制，故其根據，與其謂為重在刑事責任，即犯人心術，毋寧謂為重在發覺犯罪，即官廳便利。故本書將自首與責任分離說明，蓋在一般減免之原因，即刑事責任減免之事由，均存於犯罪行為本身，或存於犯罪行為當時，此則在犯罪後而因犯人之自首，使已發生之刑罰權更受影響，自不得不有所限制也。

註一，唐律：「諸犯未發而自首者，原其罪，其輕罪雖發，因首重罪者，免其重罪，即因問所劾之事而別言餘罪者，亦如之。即遣人代首，若於法得相容隱者為首及相告言者，各聽如罪人身自首法。其聞首告被追不赴者，不得原罪。即自首不實及不盡者，以不實不盡之罪罪之。至死者聽減一等。其知人欲告及亡叛而自首者，減罪二等坐之。即亡叛者，雖不自首，能還歸本所有者亦同。其於人損傷，於物不可備償，即事發逃亡者，若越獄度關及姦並習天文者，並不在自首之列。」

註二，舊暫行刑律第五十一條，與本條相當。但舊暫行律第二項，只就親告罪規定之，而稱曰首服，乃與日本新舊刑法同。現行法則修改之，概稱曰自首，且擴張其範圍。又舊暫行律尚於第五十二條規定除罪之自首，第五十三條規定預備陰謀罪之自首，且更定為免除原因，現行法均刪去之。又暫行律尚於分則設有第二百零七條，第一百五條第二項，第三百十條第三項，第五百五十二條等規定。現行法亦刪去之，只設有如第一百七十七條第一百八十四條之自白之規定。

## 第二，自首之意義及要件。

現行法之自首，有二種，即第一項與第二項所規定者是也。刑事訴訟法第二百二十六條所稱之自首，固專指第一項。至第二項之自首，舊暫行刑律則仿日本刑法，稱曰首服，然現行法則修改之，亦稱自首。故自首之意義，應為「犯人於犯罪發覺前向該管公務員或被害人告訴人並有請求權之人告知自己犯罪，」故為便利，分為公之自首與私之自首二種，而分別說明其要件如次：

### (一) 公之自首之要件。

甲，須犯人告知自己犯罪。

告知他人犯罪，則有時只為告訴或告發，反為隱匿自己犯罪之手段。故自首之必要內容，須告知犯罪行為。只須報告自己為犯罪行為人已足。對於犯罪事實不詳細告知亦可，且不必表示有受裁判



之意思(註一)又結果為犯罪構成要件時,犯人尙不知其行為之已生結果者,不告知之,固得為減輕之原因,即知之而故意不告知,亦得認為自首,而為減輕之原因。又本罪已發覺而自首餘罪者,舊暫行刑律特別定明該餘罪得減輕,現行法雖刪去之,乃以其為當然。又一罪已發覺而自首他罪者,該他罪亦得減輕。又告知之方法,法律並無限制,解為不必於面前以言詞為之,以書狀信函電報電話或使人代理均可。(註二)惟在舊律,「於法得相容隱者為首及相告言者,各聽如罪人身自首法。」在現行法不能同一解釋,非由犯人使此等人(如一七七條一八三條之親屬)代為自首不可。其僅預備自首而未實行告知,不得適用本條,自不待言。(註三)

註一, 學說有反對說。

註二, 被告殺人之後,雖曾向地保告知其事,然地告並非搜查犯罪之官吏,僅向地保告知,尙不謂為自首,如果被告當時有委託地保赴縣投審之意思,則雖地方代為報案,仍不失為自首。(前大理院民國十一年一二三一號解釋)

註三, 自首須見諸實行,若僅在預備之中,即被逮捕,亦難以業經自首論,原審遽引刑律第五十一條,即以減輕,亦屬違法。(前大理院民國十二年上字八九〇號判例)

乙, 須對於未發覺之犯罪為之。

通常所謂發覺，均就犯罪（即該犯罪事實）言之，非就犯人言之，本條則通說均從廣義。故所謂未發覺之罪，其犯罪事實未被知覺，固包含之，即犯罪事實雖已被知覺，而犯人尚未被知覺，亦可包含之。（註一）又此所謂未發覺，第一項係專就該管公務員言之。第二項係專就被害人告訴人或有請求權之人言之。只須該各人未知覺，即以外之人知覺，仍可爲自首。（註二）惟發覺之原因，法律並無限制，不必限於已有告訴或告發。又雖有告訴告發，而所告者爲另一人，或未指定何人，亦可自首。（註三）又所謂發覺不必客觀足確信其爲犯人，只主觀已感覺其爲犯人即僅認爲犯罪嫌疑人即可。又在第二項，雖該項人尙未發覺，而第一項之該管公務員已發覺者，解爲無自首之效力。

註一甲，自首係以犯罪未發覺爲條件，雖犯罪事實已發覺，而尙未知何人犯罪，仍屬未發覺。（前大理院民國三年上字七八號判例）

註一乙，新刑律第五十一條規定自首之要件，必以犯罪未發覺者爲限，而該條所謂未發覺之範圍，雖非限於犯罪事實之尙未發覺，即兇犯未明而自首者，亦應以未發覺論。然本條殺人行爲之事實，係該被告人所實施，已明明發覺在案，該被告人於搜查中，即令自行投案，於自首之要件，已屬不合，況酌量減輕及自首減輕，律固明定爲得減並非必須減等，審判官原有自由裁量之權，原審及第一審不予減等，亦非違法。（前大理院民國四年一八〇號判例）

註二，查刑律第五十一條之所謂發覺，並不包括私人之知悉在內，上告人如果於未經報官發覺其犯罪以前赴案自首，即與刑律第五十一條之規定相符，原判謂該條所稱犯罪未經發覺者，明係對於普通一般人均未發覺，而由犯人自首於官，並非指普通一般人已知其犯罪行為，僅官廳一面尚未發覺，而犯人自首於官而言。顯係誤會。（前大理院民國九年上字六六六號判例）

註三，查某家被竊，雖經報縣差緝有案，然未發覺行竊為誰，則上告人因另案發覺刑案，將竊盜某家一事，一併供出，已合乎刑律第五十二條規定之要件。（前大理院民國十年五七五號判例）

丙，須對於該管公務員為之。

本條第一項所稱之該管公務員，自指刑事訴訟法第二百三十三條所定之檢察官或司法警察官。（參照刑訴法二二六）但解為向司法警察或其他偵查輔助人員為之亦可。又向該管公署為之，為有效，更不待言。

丁，須自發的為之。

此雖無特別明文，但自首之意義，本應解為自動報告自己犯罪，若受該管機關之訊問，或他人之詰問，而後承認自己犯罪者，則為自首，而非自首。自首雖亦同時有自白之性質，而有刑事訴訟法第二百八十條之適用，但單純自白，則只得適用第七十六條於法定刑內量定輕刑，而不得適用本條。

戊，須受裁判。

現行法及舊暫行刑律均設此限制，蓋與我國舊律之限制同，蓋雖自首，而不置己身於得受偵查或審判之地位，其道義責任，仍與一般犯人無異，可至非議，無宥減之理。故特設此限制。如日本刑法，無此明文，學說多從反對說，我國則以明文解決，於立法上自屬得當。故僅合於上述要件，尚不得依自首減刑，必須所首之罪已受裁判，始得依自首減刑也。

(二) 私之自首之要件。

舊暫行刑律仿日本刑法，限於親告罪始得認向私人自首，而稱曰首服。現行法則擴而張之，凡該犯罪有被害人告訴人或有請求權之人者，向其自首，亦稱曰自首，而得為減輕之原因。本項之自首，解為只其所向自首者不同，一為該管公務員，一為本項所列舉之人，其他要件均屬相同。且如前述，本項不僅須本項之各人未發覺，並須前項之該管公務員亦未發覺。至須受裁判，則法律有明文。惟本條所謂該管公務員，係指審判機關，與前項之係指偵查機關，有所不同而已。又此所謂被害人，即因該所首罪而直接受損害之人，所謂告訴人，乃指刑事訴訟法第二百一十三條至第二百一十七條所定得為告訴之人，不問其已告訴未告訴，均包括之。惟被害人既別為一類，則刑事訴訟法第二百一十三條所定之被害人，可解為除外，又有請求權之人，自指請求乃論之罪言之也。

### 第三、自首之效力。

此為法律所明定，只得減所首罪之刑三分之一。在他國立法例，關於自首，亦有定為減輕與免除之原因者，現行法則只定為減輕之原因。又在他國，亦有定為義務減輕即必減者。現行法則定為任意減輕即得減，且於減輕之範圍亦有限制，只得減輕所首罪之刑之三分之一，而不依第八十四條之一般規定。（註一、二）

註一、上訴人向該管縣公署自首而受裁判，確在事實尚未發覺以前，固與自首之條件相合，但刑法第三十八條第一項係酌減之規定，其減輕與否，法院有裁量之自由，原審認定上訴人殺人後因調處未諧始行自首，故未減輕所首罪之刑三分之一，尚不得指為違法。（最高法院民國十八年九三八號判例）

註二、暫行新刑律第五十一條，係得減規定，故減輕與否，審判官有裁量之自由，不得以原審未予減等，謂為違法。（前大理院民國三年上字三三一號判例）

又所稱所首罪，應從寬解釋，如係各為一罪而只首一罪者，固應只得減該罪之刑，然如為繼續犯慣行犯結合犯牽連犯連續犯於法律應論一罪者，如只首其一部，亦應以首全罪論。

### 第三款 酌量減輕

現行法雖如一般立法例，關於加重，只以法定者爲限。即只有法律上之加重，而無裁判上之加重。但關於減輕，則並許以裁判爲之，即除認法律上之減輕外，並認裁判上之減輕。此如前述，乃有較久之沿革，即於一八六三年修正之法國刑法第四百六十三條，即首設明文規定，此在法國刑法，因係採限制的法定刑主義，尤有此必要，蓋因法定刑範圍過狹，只依法定減輕之規定，尙不足以救濟罪刑失平之弊，故更須有裁判減輕之許可。然自前世紀中葉以後，各國刑法已漸採擴張的法定刑主義，則此必要已爲減少。（註一）然如日本刑法及最近各國刑法草案仍多設有同一規定。（註二）我國舊律本有秋審酌入可矜之例，舊暫行刑律則特以「酌減」一章設有與現行法第七十七條及第七十八條相同之規定。（註三）不過現行法對於暫行律略有修正而已。（註四）

註一， 意國刑法第一三二條第二項即否認酌量減輕。

註二， 日本刑法第六六條第六七條，及德國刑草第七四條，瑞士刑草第六一條，奧國刑草第一〇三條，日本刑草第六八條。

註三， 暫刑律第五十四條：「審按犯人之心術及犯罪之事實，其情輕者，得減本刑一等或二等。」又第十五條：「依法律加重或減輕者，仍得依前條之例減輕其刑。」

註四， 又他國立法例尙有認裁判上之免除者，如日本刑草第七〇條，意國一九二一年刑草第八二條，德

國刑草第七六條。

第七十七條定明：「犯罪之情狀可憫恕者，得酌減本刑。」此即規定裁判上之減輕，亦稱曰裁判減輕，簡稱曰酌減。所謂「犯罪之情狀可憫恕」，應解為係與舊暫行刑律所稱「其情輕」同義。即審按犯罪之具體情形，科以法定刑範圍之刑，甚至已為法律上之減輕，尙嫌罪輕刑重。故又許審判官為裁判上之減輕。其原因雖亦由法律規定，但只設抽象規定，即限於具體情形之犯罪與法定刑之最低度刑或依法令減輕後之宣告刑相較，仍足認為輕重失平時。即許審判官更約為減輕刑罰之裁判。故法律許裁量減輕之規定，亦係為刑罰變更之規定，且同時為刑罰修正之規定。又裁判上之減輕與前述法律上之加重及法律上之減輕，均係同由法律限定其原因。故雖同為以裁判變更刑罰，而實係由法律付與此權限，並非許審判官變更法律也。

又本條所稱「情狀」應解為與前第一項所稱「情形」同義。且應解為「應審酌一切情形」（註）雖稱曰犯罪之情狀，一似單指關於犯罪之情形者，應解為並指關於犯人之情形。即主觀（犯人）及客觀（犯罪）兩方面情形，均須斟酌。且應解為前條第一項後段之情形，尤應加以斟酌。又此情形，須於科刑判決理由內記明，則刑事訴訟法有明文（刑事訴訟法三二四）認定斷事實，雖為事實審之權限，但該事實是否足為酌減之理由，則仍為適用法律之問題，故第三審亦得就此調查之。

註 最高法院判例與是反。「刑法第七十六條，爲臚舉科刑時應注意之事項，以爲法定刑科刑輕重之標準，不得援爲減輕本刑之根據。」（民國十九年二二〇號判例）

本法只規定得減本刑，故減輕與否，爲法院之自由裁量。不過如有本條所定之原因而不減輕，亦得以爲第三審上訴之理由，第三審亦得就該原因事實而改判減輕。

又本法條如舊暫行刑律對於減輕設有限制，本應適用第八十四條之規定，惟最高法院解釋及判例，則解爲至多只能減至二分之一，蓋恐審判官濫用而致裁判失出也。（註二）

註一 最高法院有次述之解釋：

甲， 刑法第七十七條因犯罪情狀可憫恕而酌減者，至多不得過二分之一。（解字一九三號解釋）

乙， 查刑法第八十四條載減輕本刑而無若干分之幾之規定者，至少減輕本刑二分之一，至少之數，雖經規定，至多之數，無一定之限制，但同法第七十七條所謂酌減本刑，至多僅能減本刑二分之一。（解字二〇四號解釋）

註二 最高法院有次述判例：

甲， 刑法第七十七條酌減之規定，至多僅能減本刑二分之一，曾經本院解釋有案，乃原判對於上訴人等結夥三人以上竊盜罪，竟引該條各減本刑四分之三，已屬違法。（民國十八年九七號判例）



乙、查刑法第七十七條酌減本刑，係就通常之犯罪事實而確有所憫恕之情形，特於科刑時，予以審酌之餘地，與其他文條具有特殊理由，規定減輕其刑者，其趣旨不同。故其解釋，應從嚴格，至多不得過二分之一，業經本院解字第二〇四號一九三號解釋有案，原判決以被告於夜間毀壞窗上鐵柱，侵入室內，竊取毯子兩塊，認為情節可恕，依刑法第七十七條，於所犯同法第三百三十八條上，酌減其刑，乃不按照上述解釋，於該條法定本刑一年以上七年以下，有期徒刑減二分之一，再於減得之六月以上三年六月以下，有期徒刑範圍內酌予處刑，竟處以有期徒刑三月，不得謂為非違法。（民國十九年非字一〇六號判例）

第七十八條定明：「依法令加重或減輕者，仍得依前條之規定，酌減本刑。」本條乃規定前條之酌量減輕與法律上之加重及減輕，可以併行。蓋雖有法律上之減輕原因，已應減輕，但如又有前條之減輕原因，自得為二重之減輕，又雖有法律上之加重原因，於加重後，如認其犯罪有前條之減輕原因，再予減輕，亦無不可許之理。（註）

註 日本刑法第六七條亦同。

#### 第四項 加減例

本法所規定之加減例，大致與舊暫行刑律同，蓋對於加重或減輕本刑時，特為規定一般之準則，詳言之，即

就加減之限度次序特以明文規定以使審判官有所依據也。分述各條於後：

第七十九條第一項：「死刑不得加重。」第二項：「死刑減輕三分之一者，爲無期徒刑，減輕二分之一者，爲十二年以上，二十年以下有期徒刑。」此規定死刑加減之定例。第一，死刑不得加重，蓋死刑爲最重刑，而現行法又未如舊律再有重輕，故定爲凡遇本刑爲死刑之罪而有法律上加重之原因者，則不許加重。第二，死刑減輕，如其法律上之減輕，已定明爲三分之一者，則爲無期徒刑，如爲二分之一者，則爲十二年以上二十年以下有期徒刑。故死刑依本條減輕時，可變爲無期徒刑或與第四十九條稍異之有期徒刑，如未經定明爲幾分之幾者，自應依第八十四條。

第八十條第一項：「無期徒刑，不得加重。」第二項：「無期徒刑，減輕三分之一者，爲十年以上十五年以下有期徒刑，減輕二分之一者，爲七年以下十二年以上有期徒刑。」此規定無期徒刑加減之定例。第一，無期徒刑，亦不得加重，蓋雖尙有較無期徒刑爲重之死刑，但二者相去懸殊，故凡遇本刑爲無期徒刑之罪而有法律上加重之原因者，亦不許加重。第二，無期徒刑減輕，如其法律上之減輕已定明爲三分之一者，即爲十年以上十五年以下有期徒刑，如爲二分之一者，則爲七年以下十二年以上有期徒刑。即因減輕而亦致變更刑種也。

第八十一條：「有期徒刑應加減者，其最高度及最低度同加減之。」此規定有期徒刑加減之定例。本條乃

規定不得因加減而變更其刑種，即如遇有應加減時，無論其為加重或減輕，均應將本刑之最高度及最低度同時加重或減輕之。蓋以本刑既有最高度及最低度，自應均行加減，方於量定宣告刑相宜也。惟關於加重有第四十九條第三款但書二十年之限制，又關於減輕，有同但書二月未滿之限制。至法律定為只得就本刑加減者，蓋因有期徒刑與無期徒刑不可比擬，故其加重不得變為無期徒刑。又與拘役亦不可比擬，故其減輕，亦不得變為拘役也。又因只限於就本刑之限度加重或減輕，則於定明為三分之一或二分之一時，自易於計算，又如未定明幾分之幾者，自應依第八十四條。

第八十二條：「拘役應加減者，只加減其最高度。」此規定拘役加減之定例，亦不得因加減而變更刑種。蓋拘役與有期徒刑及罰金，其法律上之待遇均不同，故加減亦只得就本刑為之。又拘役依第四十九條第四款，其最低度本只為一日，故又定明即有法律加減之原因，亦只加減該本刑之最高度，此則有第四十九條第四款但書之適用，可加至二月以上也。又原定明為三分之一或二分之一者，亦無問題，若未定者，亦應適用第八十四條。

第八十三條：「罰金應加減者，只加減其最高度。」此規定罰金加減之定例，亦不得因加減而變更刑種。蓋以罰金為最輕之刑，其法律上之待遇，固不能因加重而變為拘役，更不能因減輕而變為徒刑。又因罰金依第四十九條第五款但書，其最低度可減至一元之五分之一，已不得再減，故定明遇有為法律上加減時，只

加減其最高度。又原爲幾分之幾者，亦無問題，未定明幾分之幾者，亦應適用第八十四條。

第八十四條：「減輕本刑，而無若干分之幾之規定者，至少減輕本刑二分之一。」此規定減輕之補充限度，即法律上之減輕，如原已定明爲幾分之幾者，自應依之。但未定明爲幾分之幾者，則不可不有補充規定。本條乃示以最低度應爲本刑二分之一。故審判官此時關於減輕之最低度，無自由裁量之權，只在此限度以上，有自由裁量之權。此不問爲必減或得減，均屬相同也。惟第七十七條之減輕，則依最高法院見解，不得適用本條，已於前述。

第八十五條：「有二種以上之主刑，應加減者，同時併加減之。」此規定二種以上主刑之加減定例。蓋只就一種主刑加減者，固可依第七十九條至第八十三條辦理，但如分則或他法就各罪所定主刑有二種以上而應加減時，應如何辦理，亦不可不規定之。即應將各主刑同時一併加重或減輕之。本條只就該各條所定之併科刑始有實益，對於該各條所定之選擇刑，實無實益也。

第八十六條第一項：「同時刑有同等分數之加重及減輕者，互相抵銷。」又第二項：「同時刑有不同等分數之加重及減輕者，先加後減。」此規定加減競合時之加減定例。即遇有同時應加減之時，而加與減爲同等分類者，則互相抵銷，即毋庸實加實減。如非同等分數者，則仍實加實減，其次序應先加後減，蓋必如是而後較於犯人有利也。（註）

註 刑法第八十六條所謂刑有不同等分數之加重減輕先加後減者，應就加得之刑減輕，其結果並非必與互相抵銷者相同，例如累犯同一之本刑為無期徒刑之罪而自首時，加則受條文之限制，不能加重，而減則實減三分之一，為十年以上十五年以下有期徒刑。又如累犯不同一（亦不同類）之本刑為三年以下有期徒刑之罪而未遂時，先加三分之一，為四年以下有期徒刑，後減二分之一，則為二年以下有期徒刑，似此之類，不勝枚舉，不因偶與互相抵銷者同一結果，即謂先加後減之規定與互相抵銷相同。（司法院院字四七二號解釋）

第八十七條第一項：「有二種以上應加或應減者，遞加或遞減之。」又第二項：「有二種以上不同等分數之減輕者，先依較少之分數減輕之。」此規定同時有二種以上加重或減輕時之加減定例。即有二種以上應加重者，則應遞次加重，即加重後，再加得之數加重也。又有二種以上應減輕者，則應遞次減輕，即減輕後，再就減得之數減輕也。又有二種以上不同等分數之減輕者，雖亦應依第一項遞減，但其次序，不可不定之，即先依較少之分數減輕之。

第八十八條第一項：「徒刑或拘役因加減有不滿一日之時間者，不計。」又第二項：「罰金因加減有不滿一角之額數者，亦同。此規定因加減而致有零數時之解決方法，即徒刑或拘役如因加減而致有不滿一日之時，則該時間不計。又罰金因加減而致有不滿一角之額數時，則該額數亦不計。」

第八十九條：「從刑不得加重或減輕。」此規定從刑之不應隨主刑而為加減。蓋在沒收之無所謂有加減，乃其性質所當然，又褫奪公權，既有第五十七條及第五十八條之限制規定，自亦不宜再為加減也。

### 第五項 免除

刑罰之免除者，對於犯罪免除其刑罰也。此雖非刑罰之變更，但亦為刑罰之修正，其原因亦於法律規定之。即在最近刑法草案固有認裁判上之免除（Die richterliche Erlassung, L' Absolution judiciaire）者，但一般成文法，均只認法律上之免除，（Die gesetzliche Erlassung, L' Absolution légale）我國現行法亦然。又法律上之免除，亦有一般免除，即於總則所規定之免除，對於一般犯罪均有適用者，與特別免除，即於分則或他法就特種犯罪規定其免除，只就該犯罪始適用者，又不問一般免除或特別免除，又有義務免除，即於法律上當然免除者（即必免除，法條上均定明應免除其刑或免除其刑）與任意免除，即許得裁判其免除與否也。（即得免除法條上定明得免除其刑）

免除與犯罪不成立，即不為罪及不罰，並無罪之者，均應區別之。蓋免除仍為有罪，即其行為並非欠缺犯罪構成要件或處罰要件，即非其行為不成犯罪，亦非其行為不能證明其為犯罪，故此時並不能依刑事訴訟法第三百一十六條諭知無罪之判決，仍應分別依同法第三百一十五條第二款，諭知免訴之判決，或同法第三百十五條，諭知科刑之判決。（即免刑之判決）

又刑罰之免除，與刑罰之執行之免除，亦應區別之。前者，並無刑之宣告，故再犯罪，亦不為累犯。後者，則原有刑之宣告，且原應執行，或已執行一部，且有時再犯罪，得為累犯（參照六五）。

又義務免除，即應免除，與任得免除，即得免除，在刑事訴訟法上之待遇，大不相同。前者，刑事訴訟法稱曰「法律應免除其刑」（如刑訴法二四四五）或「法律免除其刑」（如刑訴法三一七<sub>2</sub>）此時檢察官應不起訴，（刑訴法二四四五）法院應諭知免訴之判決。（刑訴法三一七<sub>2</sub>）後者，則檢察官仍應起訴，法院亦應為有罪之判決，不過於主文宣告免刑而已。

總則所規定之義務免除，如第八條，第四十一條是。又任意免除，如三六條一項但書及三七條一項但書，第四〇條但書是。分則所規定之義務免除，如一六八條一七六條一七七條一八三條一八四條三七八條是。又任意免除，如一八七條四項一八八條五項二九〇條三項三四一條一項三六一條一項三六八條是。

## 第四章 刑罰之執行

### 第一節 概說

刑罰之執行 (Strafvollzug, oder Ausführung der Strafe, L' exécution de la Peine) 者，使依科刑判決或處刑命令所確定之刑罰，實現其內容也。故刑罰之執行，必以刑罰之適用為前提，即須先行宣告刑罰，並待其確定後，然後有執行力，然後得實施執行，以使該宣告刑之內容實現。

刑罰之執行，有二方面之法律關係，一為訴訟法之關係，故刑事訴訟法設有執行一編之規定，通常之刑罰，只依此執行已足，一為監獄法之關係，此則自由刑之執行，尙更有待於監獄法之規定，此種執行，稱曰行刑，故監獄法亦稱行刑法，此則單使宣告刑之內容實現尙爲不足，更須對於受刑人爲改善與教育之處分。前者屬於訴訟程序之範圍，後者則屬於行政程序之範圍。刑罰既以自由刑爲主，其執行時，對於後之功用，尤不可不深加注意也。

刑法除將刑罰之執行讓於訴訟法及監獄法外，亦設有一部之規定，即第五十三條至第五十五條，第六十四條，及緩刑假釋之規定均是。後二者另節述之，茲僅就前各條述之。

第五十三條第一項：「死刑用絞，於監獄內執行之。」又第二項：「死刑非經司法部覆准，不得執行。」此規定死刑之執行方法。死刑執行之方法，往時種類頗多，且均公開，多過於殘酷。近代亦有於絞首外，更有電殺斬首或槍斃等，且亦有公開者。（註一）本法則定明用絞，且於監獄內行之，即應秘行。又死刑尙須經主管司法行政機關覆准，蓋以赦免屬於行政範圍，以便其得決定行使赦免權與否也。（註二）又特別法尙有對於例外規定者，如懲治盜匪暫行條例第八條第三條即其適例。

註一，死刑之執行公開，於中外沿革均甚久，類皆期收威嚇作用，然在我國往時亦有肆諸市朝與衆共棄之義，現代則已多採秘行主義，又用絞首者，有英國美國諸州與國匈牙利及日本。用斬首者，則歐洲大陸



諸國爲多，如法國刑法一二條、德國刑法一三條是。又美國各州亦有用電椅者。南美諸國則用槍斃。

註二，此在我國沿革甚久，舊律則有擬議奏准之例，舊暫行刑律第四十條亦與現行法同，日本舊刑法一三條及日本現行刑事訴訟法五三八條亦同，又我國刑事訴訟法，尙就此設有四八〇條、四八一條、四八四條之規定。

第五十四條第一項：「徒刑及拘役之囚犯，於監獄內拘禁之。」第二項：「徒刑及拘役之囚犯，令服勞役，但得因其情節免服勞役。」此規定徒刑及拘役之執行方法。即第一，將受刑人拘禁之於監獄，（註一）蓋以剝奪其自由也。第二，原則令服勞役，即強制勞動。例外，則免服勞役，此須因其情節，應解爲非指犯罪之情節，即與犯情之重輕無干，而係指令服勞務。對於受刑人，是否適當之情節。蓋依監獄規則第三十四條：「服勞役者，須斟酌其年齡、罪質、刑期、身分、技能、職業，及將來之生計、體力之強弱，科之。」故此亦爲斟酌之標準，如令服勞務實不適當，即可免之也。自由刑，如前所述，乃爲刑罰之中心，其能副刑罰之目的與否，一視其執行之方法如何。即監獄制度並其施行如何而定。現行監獄法，有民國十七年十月四日施行之監獄規則，其詳當讓諸監獄法。惟應注意者，現行一般立法例，對於自由刑所設執行之種類均較多，且均認強制勞動與不強制勞動二種。惟最近之刑事政策之趨向，則謂自由刑宜較簡單，且宜概令服勞役。我國舊暫行刑律及現行法，即只認徒刑拘役兩種，且其執行方法亦相同。（暫行律四二、四三）（註二）本條雖定爲徒刑與拘役

同應於監獄內拘禁，但監獄規則，仍定為監獄應分徒刑監與拘役監二種。

註一，獄不問中外，自古有之，惟此與自刑無涉。蓋均為未決監或已決監而待執行（如死囚、枷犯等）之拘禁所而已。我國至清末，尚為此制度，監獄之發達，乃如前述，在歐洲不過前二世紀之事，最為發達者，尚係前世紀之初。稱為監獄學之鼻祖者，為英之聖懷德（John Howard）彼自一七七五年至一七九〇年，曾親視英國及歐洲大陸諸國之監獄，所著英國及威耳斯監獄狀況一書（*State of prisons in England and Wales, 1777*）可稱不朽之作。

註二，監獄制度，略有（一）雜居制，獨居制，折衷制三種，現行監獄規則，關於監禁，於第二十二條至第二十三條設有規定，乃以分房監禁為原則。

第五十五條就罰金之執行方法，設有規定如次：

第一項：「罰金於裁判確定後，令一月以內完納之。」即罰金刑，固係於科刑判決或處刑命令確定時，即有執行力，但尚不即行執行，與以一月之猶豫期間，於確定時起一月內完納，此可稱曰罰金之完納期。

第二項：「期滿而不完納者，強制執行，其未完納者，易科監禁。」即在一月內而尚未完納，則實施強制執行，其方法又於刑事訴訟法第四百九十二條有規定，有一部或全部不能執行者，應易科監禁，此稱換刑處分，其執行方法，又於第六項有規定，雖係另行監禁，然其性質仍係執行罰金刑，故第七項又規定得完納罰金

以扣除監禁日期。

第三項：「易科監禁以一元以上三元以下折算一日；但因犯貧而減罰金者，應以減得之數比例計算。」此規定易科監禁之折算方法，得以一元以上三元以下折算一日，以便裁判時酌定之。而在係因貧而減處者，原既係以一元之若干分之幾作為一元，易科監禁時，自亦應依此標準折算，方為平允。又易科監禁之期間，既應由審判官按此標準裁量，故又設有次項之規定，且於刑事訴訟法第三百二十三條第三款定明應於科刑判決主文內記載易科監禁之期間。（註）

註 科處罰金之判決未定易科監禁之期間，如不能執行罰金時，應由檢察官聲請同級法院依照刑法第五十五條第三項前半之規定裁定（司法院院字第八〇號解釋）

第四項：「科罰金之裁判，應依前項之規定，載明折算一日之額數，但監禁期限不得逾一年。」蓋因法律僅定有折算之標準，故裁判時應同時宣告折算一日之額數，以便將來得據以執行。但如依此折算之結果，監禁期限應逾一年時，亦許據此執行，將與科自由刑無異，故法律予以限制，無論多額罰金刑之折算結果如何，最多只能在一年以內，且解為併合論罪時，應就其所宣告之刑，適用此限制。

第五項：「完納期內，經本人之承諾者，得易科監禁，即時執行。」此對於第二項之例外規定，蓋既預見其不能完納，本人又經承諾，自得提前易科監禁，以免遷延也。應解為本人雖經承諾仍須查明其有無資力，又在

完納期滿後未開始執行前如經查明實不能執行者，解爲亦得逕行易科監禁。

第六項：「易科監禁，於監獄內附設之監禁所執行之，得令服勞役。」此規定易科監禁之執行方法，應另於監獄內設監禁所以拘禁之，且非當然應服勞役，令服勞役與否得視具體情形決定之，以視與自由刑之區別。

第七項：「易科監禁期內納罰金者，以所納之數，依裁判所定之標準折算扣除監禁日期。」此規定於易科監禁時補納罰金者之救濟方法，即仍應折算之，其標準亦依原科刑裁判之所定，予以折算後，再扣除監禁日期。

第八項：「罰金總額逾一年之日數者，以罰金總額與一年之日數，比例折算。」此規定折算易科監禁期間逾一年時之救濟方法，應以總額與一年之日數比例折算，庶得其平，而免受刑人依前項取巧，故本項又爲前項之例外規定。

第九項：「易科監禁不滿一日之零數不算。」蓋依第三項折算之結果，容有不滿一日之零數，故規定不算，以濟其窮。

第六十四條：「裁判確定前羈押之日數，得以二日抵有期徒刑或拘役一日，或以一日抵第五十五條第七項所定之罰金數額。」此裁判確定前之羈押，學說上稱曰未決羈押（*unterschiedungshaft*）舊暫行刑律第八十條稱曰未決期內羈押，雖係基於訴訟上之必要，究係侵害被告之自由，故現時一般立法例，爲顧全被

告之利益，均認折抵之制度。惟又有法定主義與裁判主義。即一則規定必抵，由執行機關扣除，一則規定得抵，由法院裁量。現時多數立法例均從第二主義。我國舊暫行刑律及現行法亦同。又許折抵者，法律定明為有期徒刑拘役及第五十五條第七項裁判所定之罰金數額。惟司法院解釋，凡科處之罰金，均得折抵。（註一）至折抵之標準則有期徒刑及拘役，以二日折抵一日。罰金則以一日按裁判所定標準折抵之，即其裁判係以一元折算一日者，即以一日抵一元。以二元折算一日者，即以一日抵二元。以三日折算一日者，即以一日抵三元。准抵與否？雖得自由裁量，但折抵之標準，則應依法律所定，不許以一部抵一部。又所謂裁判確定前之羈押，只須曾執行羈押已足。至於羈押程序之是否合法，并其命羈押之機關如何？又已否停止羈押？確定時是否在羈押中？均所不問。（註二）又同時宣告得折抵之刑二種以上者，自應宣告折抵某刑，如羈押之日數甚多，折抵一刑或二刑尚有餘者，自應宣告他折抵之刑，折抵之先後，自亦應宣告。（註三，四，五）又羈押准予折抵者，應於科刑判決之主文記明其折抵之標準，不予折抵者，應於科刑判決之理由記明其理由，則於刑事訴訟法第三百二十三條第四款及第三百二十四條第四款有明文。

註一， 凡科處之罰金，均得以裁判確定前之羈押日數抵之，不問易科罰金與否，此因刑法第六十四條，係因犯人於裁判確定前曾被羈押而准以羈押日數抵所科之刑而設，故准抵者，不限於易科監禁期內完納之罰金，至該條之揭明第五十五條第七項者，則因該項有依裁判定標準一語，故揭之以為折抵之標

準，猶言依其所定標準以抵裁判所科之罰金額數之意。（司法院院字二六七號解釋）

註二，查刑律第八十條所謂未決羈押，指判決確定前一切羈押而言，至於羈押處所是否未決監，羈押時期是否在檢察官開始偵查以後，皆可不問，在檢察官開始偵查前羈押於他機關者，亦得謂之未決羈押。

（前大理院統字三二一號解釋）

註三，裁判確定前日數，得以二日抵有期徒刑或拘役一日，或以一日抵第五十五條第七項裁判所定之罰金額數，為刑法第六十四條所規定，應視其宣告之為何種主刑，而示以折抵之標準，故就一犯罪事件而宣告有數種之主刑時，應就其中主刑之一種而予以折抵，如預計其羈押日數，除折抵徒刑外，尚有餘數，再諭知折抵拘役或罰金之標準。上訴人經第一審判處有期徒刑一年六月，在判決時，羈押不過二十日，而其判決主文，除以二日抵徒刑一日外，又以一日抵罰金一元，按之上開說明，顯有未合。（最高法院民國二十年上字九一號判例）

註四，有期徒刑與罰金併執行時，若准以未決期內羈押日數折抵，須於主文內明白諭知准抵之刑。（前大理院民國十一年上字七五二號判例）

註五，查刑律第八十條羈押日數折抵方法，應從被告人利益解釋之原則，若遇奇零日數，仍准折抵一日。（前大理院統字八八八號解釋）

## 第二節 緩刑

緩刑 (*bedingte Verurteilung, Sursis, de l'exécution*) 之制度，乃近世刑事政策成功之美果。蓋雖有犯罪，有時並無科處刑罰之必要，有時不無但必要，而反有弊害。即對於偶然之初犯者，往往只判決論罪以警戒其將來已足，不但不必現實處刑，且如處刑，反使犯人自暴自棄，或更使其因監獄生活而受同囚人之惡化，並感監獄之不足畏。故對於短期自由刑，乃案出緩刑之制度，即雖宣告其刑，而因其情狀，更宣告於一定期間緩刑，即於此期間內不執行其刑，期滿未經撤銷宣告，即以其刑之宣告為無效，蓋以開犯人自新之路也。(註)

註 緩刑之規定，亦為刑罰修正之規完，且同時為刑罰適用之規定，與累犯併合論罪同。

廣義之緩刑制度，又可大別之為二大類。(註)

註 尙有與緩刑有關之保證制，保證制 (*recognisance, Friedensbürgschaft*) 者，對於有再犯罪之虞之犯人，徵取保證金或對人保證，於一定期間內再犯時，即沒入之之制度也。英美或以為從刑，或於緩刑時，宣告之。意大利亦使法院於宣告譴責刑時得徵收保證。瑞士刑草五四條，意大利刑草六五條，亦有同一規定。又較緩刑更進一步之制度，則為宥免 (*Pardon*) 之制度。即許對於罪情特輕者，得宣告免除其刑也。意大利刑草八二條有規定。

第一，宣告猶豫主義 (System of the conditional release, *bedingte Straferlass, suspensum conditionnelle de la condamnation*) 此又可稱曰英美主義即對於一定之犯人，於一定期間內，展緩宣告有罪之判決，於此猶豫期間內，若無所定事由，則不至受有罪之判決，此制度乃實行於英美，而為緩刑制度之創始者。即在英國，於一八四二年，須認定被告有罪而為初犯或少年犯，可期其將來改善者，則可展緩宣告有罪，而條件的將被告釋放，最初只於普通法認為審判官之有權處分，後始有一八七九年之簡易裁判法及一八八七年之初犯人試驗法之立法。又在美國，則波斯頓於一八七〇年即創此制，且設有保護監視 (*probation*) 之制度，即設監視司 (The Probation Officer) 以監視被告之品行，後英國亦仿之，設有一九〇七年之犯人保護監視法，此制度實為理想之制度，只設備不易耳。

第二，執行猶豫主義 (*bedingte Straferlass, suspension conditionnelle de la peine*) 此又可稱曰大陸主義。即對於一定之犯人，雖宣告有罪判決，但於一定期間內展緩其執行，於此猶豫期間內，若無所定事由，則不至受刑罰之執行，此制度又有次述二派。

甲，附條件有罪判決主義 (System der bedingten Verurteilung, *system de la condamnation conditionnelle*) 即若於猶豫期間內無所定事由，則使其有罪判決失效，即此時罪刑均行消滅也。此為比國及法國所採。即比國有一八八八年之假釋及緩刑之法律，法國有一八九一年之緩刑法。日本現



行法亦採此制度。(日刑二五)我國舊暫行刑律(六三以下)及現行法亦同。(註)

註 最近之法案，亦採緩刑制度。如德刑草四〇條，奧刑草五七條，瑞刑草三九條，意刑草一六三條，俄刑五五條是。

乙、附條件特赦主義。(system der bedingten Begnadigung)即若於猶豫期間內無所定事由，則免除刑罰之執行，即此時罪刑均不消滅也。此為德國所採，日本舊法仿此。

第九十條：「受二年以下有期徒刑拘役或罰金之宣告，而有左列情形之一者，得同時宣告二年以上五年以下之緩刑，其期間自裁判確定之日起算。

一、未曾受拘役以上刑之宣告者。

二、前受拘役以上刑之宣告，執行完畢或免除後三年以內，未曾受拘役以上刑之宣告者。」

依本條所定得宣告緩刑之刑，以受二年以下有期徒刑拘役或罰金之宣告刑者為限。(註一)即不問犯罪之種類如何，并其法定刑如何(註二)只須其宣告刑為該各刑即可。(註三)對於二年以下之有期徒刑及拘役宣告緩刑，正以救短期自由刑之弊，對於罰金應否宣告緩刑，乃為學說之所爭，立法例亦不相同，舊暫行刑律深否定說，本法採肯定說，蓋亦因輕罪尤有獎勵自新之必要也。只須宣告者為該各刑，至曾否加重或減輕，或是否選科，均所不問。又本法固係指各別受該刑宣告者而言，然係併科罰金時，如就他刑宣告緩

刑，就罰金應一併宣告緩刑，亦不待言。（註四）又併合論罪時，則須所定執行之刑與本條所定之刑相合。蓋本條既曰受該刑之宣告，自指所宣告應執行之刑而言，故各罪應科多數有期徒刑之時，僅各罪之刑在二

年以下，尚爲不足，必須所定執行之刑亦在二年以下，始可。（註五）

註一，舊暫行刑律定爲四等以下有期徒刑三年未滿。

註二，禁烟法既無不准緩刑之規定，則吸食鴉片人犯，自得適用刑法第九十條，宣告緩刑。（司法院院字三四六號解釋）

註三，查刑法第九十條二年以下有期徒刑，係指宣告刑而言。（司法院院字六五三號解釋）

註四甲，查徒刑重於罰金，法院判處徒刑併科罰金之案件，如擬諭知緩刑，徒刑與罰金自應一併諭知，不

應單獨將徒刑宣告緩刑。（司法院院字二九四號解釋）

註四乙，徒刑與罰金既係併科，如認爲應宣告緩刑，自應同時宣告。（司法院院字三四六號解釋）

註五，數罪中有一罪宣告之刑，超過二年，縱其他各罪之刑，在二年以下，仍與刑法第九十條之規定不合，自不得宣告緩刑。若數罪之刑，均在二年以下，其一罪經宣告緩刑者，該刑之宣告，如撤銷時，自應依刑法

第七十二條定其應執行之刑。（司法院院字七八一號解釋）

又本條所定宣告緩刑之要件，只須有下述情形之一，第一，「未曾受拘役以上刑之宣告。」第二，「前受拘

役以上刑之宣告執行完畢或免除後三年內未受拘役以上刑之宣告。」蓋犯人之具體品行，責使審判官調查，以爲決定宣告緩刑之標準，殊爲困難，故法律只以全未曾受刑之宣告，或雖曾受刑之宣告，而於一定期間內未曾受刑之宣告爲標準。以曾受刑之宣告與否尙易調查也。因只以未曾受刑之宣告爲要件，故雖犯拘役以上刑之罪而未受刑之宣告，亦非不合要件，不過裁判時，應行斟酌。又法律限於曾受拘役以上刑之宣告，蓋以此種犯人足徵其品行不良，難望收緩刑之效，若只受罰金刑之宣告，不問其次數如何，亦未足表現其惡性特大，仍可望其自新。又雖曾受拘役以上刑之宣告，而在其執行完畢或免除後三年內尙未曾受拘役以上刑之宣告，亦可推定其惡性不大，仍可望自新，故亦使與全未受拘役以上刑之宣告者同一待遇之。在累犯如在受徒刑之執行完畢或免除後五年內再犯罪者，應加重（六五以下）在緩刑，則只須受徒刑之執行完畢或免除後三年外再犯罪即得緩刑，二者比較上雖未免失平，但二者精神不同，本條乃從寬大之義。註又法律只須曾受宣告已足，至曾否執行又曾否受免除執行乃所不問，此觀本條第二款亦明。但既定爲曾受宣告，須該裁判確定且未經撤銷，自不待言。故雖經確定，而後經再審或非常上訴撤銷者，亦不得謂爲曾受刑之宣告。又本條第二款所要求者，只在該三年內未受拘役以上刑之宣告已足，是否未在此三年內犯應受此刑之罪，乃所不問。至三年期間之起算點，係該前科刑之執行完畢時或免除時，乃爲法條所明定。

註 本條所定第一款，乃爲初犯即非前科之要件，第二款，乃爲準初犯即準非前科之要件，以前立法例所定準初犯之條件，均期限較長，舊暫行刑律亦仿日本刑法定爲七年，然較近之草案，則均廢止初犯之條件，如德國刑草四一條，奧國刑草五八條，日本刑草九六條是。

又本條只規定得宣告緩刑，故雖有合於本條之要件，宣告與否仍應由審判官自由裁量。舊暫行刑律於此二要件外，尙定有犯人須「有一定之住所及職業」及「有親屬或故舊監督緩刑期內之品行」之二要件，又日本刑法於上述二要件外，尙定有「因其情節」之一要件，本條則只以上述二要件爲限。然審判官決定宣告與否時，對於犯人與犯罪之情形，應相當斟酌，自不待言。（註）

註 緩刑制度，苟審判官適用得當，功用甚大，故前北京司法部有民國十一年六月十日六七六號下述通令，「查犯輕微罪，其初犯大半非出本心，苟於判決確定之時，即予以改過自新之路，其遷善之勇，收效之速，必更甚於施刑，故世界各國，近來莫不有勵行緩刑之制，吾國新刑律亦復早經採用，惟比年以來，各省宣告緩刑者，歲不多見，殊違刑事政策之本旨，嗣後各廳縣審理刑事案件，除有特別情形外，其他合於暫行刑律第十二章各條之規定者，應與判決同時宣告緩刑，以符法意，并隨時考核，照章撤銷，俾免流弊，仍將各案按月造冊呈由各該廳各該處送部備查，仰即通令遵照，此令。」云云。

又本條宣告緩刑之期限，亦定有一定範圍，即至少爲二年，至多爲五年。審判官如決定宣告緩刑，則應於此

範圍內，並宣告所定之期限。又此期限須於科刑判決之主文內記明，則爲刑事訴訟法第三百二十三條第五款所明定。至此期限之起算點，則爲法條所明定，即自宣告刑之裁判確定日起。

又本條只定明就該所宣告之主刑宣告緩刑，從刑是否一併緩刑，不無疑義。學說及立法例亦不一致，余解爲從刑應一併緩刑，惟違禁物之沒收則否。（註）

註 緩刑之刑，係指主刑，兼包括從刑而言。（司法院院字七八一號解釋）

第九十一條：「受緩刑之宣告，而有左列情形之一者，撤銷其宣告，但因過失犯罪者，不在此限；

一、緩刑期內更犯罪，受有期徒刑以上之刑宣告者；

二、除前條第二款外，因緩刑前犯他罪，曾受有期徒刑以上刑之宣告，在緩刑期內始發覺者。」

本條乃規定撤銷緩刑宣告之要件。即有所定情形之一，即應撤銷，無自由裁量之餘地。第一，緩刑期內更犯罪而受有期徒刑以上刑之宣告，此時已足徵其無自新之望，乃不問其犯罪之種類及其法定刑如何，必須曾受有期徒刑以上刑之宣告，故只受拘役或罰金之宣告，尙爲不足。又雖犯有期徒刑以上刑之罪，而未經判決宣告確定，或未於緩刑期內確定，亦爲不足。第二，因緩刑前犯他罪曾受有期徒刑以上刑之宣告，在緩刑期內始發覺，而又係在前科刑執行完畢後或免除後三年以內，則因其如在宣告緩刑前發覺，本不得宣告緩刑，茲因在宣告後始行發覺，故可從寬，如只爲拘役之宣告者，則亦可聽之，若爲有期徒刑以上之宣告，

則犯人已不可恕，故亦應撤銷也。本條第二款所稱之刑，係宣告刑，法條自明。又須判決確定且未經撤銷，亦不待言。註一，二又雖有上述二款之情形，而所犯係過失罪，亦不撤銷宣告，蓋因其罪情較輕也。

註一，刑法第九一條第一款所稱之受刑之宣告，係別乎刑之執行而言，而撤銷緩刑之宣告，既以受有期徒刑以上刑之宣告為前提要件，當然須俟宣告刑之裁判確定後始撤銷緩刑之宣告。（司法院院字三八七號解釋）

註二，在緩刑期內始發覺緩刑前之犯罪而宣告有期徒刑，核與刑法第九十一條所列情形不合，不能據以撤銷緩刑之宣告。（司法院院字五三五號解釋）

又刑事訴訟法第四百九十七條，就本條所定之撤銷，設有補充之規定。

至撤銷緩刑宣告之裁判確定時，原宣告之刑應行執行，固不待言，且應分別適用累犯及併合論罪之規定。第九十二條：「緩刑期滿而緩期之宣告未經撤銷者，其刑之宣告為無效。此規定緩刑之效力，即在所定緩期限內，未經為緩刑宣告之撤銷，則原所宣告之刑為無效，即不僅為刑之執行之免除，且直使於法律上與未宣告其刑同。故前宣告刑不但不得為累犯之原因，且於以後犯罪時，得為緩刑之原因。（參照六五，九〇）」蓋法律特取寬大，以期犯人奮於自新也。舊暫行刑律亦與是同，解為只須期滿未為撤銷宣告已足，有無撤銷之原因，可以不問。且雖有此原因，而未在期限內撤銷，亦不得再行撤銷。蓋撤銷緩刑，不過欲執行原

宣告刑耳，原宣告刑既已於期滿時當然失效，自不許再有撤銷緩刑之行為，此時不但原宣告刑失效，即緩刑宣告亦已失效也。至該犯罪仍應認為已經判決確定不得再行追訴處罰，即其刑罰權應解為因之消滅，更不待言。

### 第二節 假釋

假釋 (Vorläufige Entlassung, bedingte Entlassung, Beurteilungssystem, libération conditionnelle) 之制度，亦為因於刑事政策之制度，而救濟自由刑之流弊者。即緩刑，乃以救短期自由刑之弊，於宣告時認為即無執行之必要時，則可展緩執行。假釋則以救長期自由刑之弊，於執行中認為已無執行之必要，則可停止之。前者以尚係關於刑罰之適用，故定為應由法院裁判之。後者以僅係關於刑罰之執行，故定為只由行政機關處分之。假釋制度較之緩刑制度，各國採用之者尤多，(註一)其係因於刑罰之正義性與目的性，而對於犯人猶豫刑罰之執行，固與緩刑之法律上精神相同也。(註二)

註一，我國舊暫行刑律六五條以下，最近立法例，意大利刑法一七六條以下，蘇俄刑法五六條，最近草案，則有意大利刑草四〇條以下，奧國刑草六三條以下，德國現行刑法草案一七八條，日本刑草一〇八條以下。

註二，假釋之重要目的，即第一，獎勵犯人之自新；第二，救濟量刑之失當；第三，造成出獄之階梯；關於後者，

可以英儒邊沁(Bentham)之言徵之，其言曰：「罪人出獄，如自樓降地，苟中無階梯，危險孰甚，假釋者，自樓降地之階梯也。」我國現行法定明以有悛悔實據為要件，實專重於第一目的，然後二者亦甚重要也。假釋之制度，最初係創始於英國流刑地之澳洲，後英國本國及美國各洲亦行採用，現時則歐洲大陸諸國日本均行採用，我國舊暫行刑律亦採用之，現行法亦同。惟其標準不盡相同，有限於特種重刑始得假釋者，有限於特種犯罪不得假釋者，有限於特種犯人不得假釋者，有限於無期自由刑不得假釋者。我國現行法，則不問其為何種犯罪，且不問為無期徒刑或有期徒刑，只須犯人受執行而已悛悔，即可准許，惟關於執行期間，有一定之限制，必逾此期間始可。蓋只限於長期自由刑始有適用也。

第九十三條第一項：「受徒刑之執行，而有悛悔實據者，無期徒刑逾十年後，有期徒刑逾二分之一後，由監獄官呈司法部得許假釋出獄；但有期徒刑未滿二年者，不在此限。」

又第二項：「前項執行期間，遇有第六十四條情形者，以所餘之刑期計算。」

即本條所定許可假釋之要件有二，必須概行具備始可。第一，須受徒刑之執行而有悛悔實據，即於執行已收效果時始可。蓋徒刑之目的，本在使與社會隔離而改善其品行，故必俟其品行已因執行而確已改善，然後始准再入社會也。有無實據，自應由監獄官就其體情形考察呈報之。（參照監獄規則九一、九二）第二，須執行經過一定期間，即無期徒刑須逾十年，有期徒刑須逾二分之一，就此二分之一，在較短期徒刑，又於



第一項但書設有一限制即至少須逾二年，故雖已逾二分之一，尙未及此數，亦不可許。又就前項期間，於第二項設有一限制，須將未決羈押之期間扣除，只得就所餘之實際執行期間計算。（註一，二，三）

註一，裁判確定前羈押日數，在判准折抵者，依刑法第九十三條第二項之規定，於呈請假釋時，且不得算入執行期內，其並未判准折抵者，更不待言。（司法院院字五九七號解釋）

註二，羈押折抵之日數，有立法例以明文許算入者，如瑞典挪威是。無明文之國，則學說有肯定否定兩說，後說爲多數說，現行法則以明文探否定說。

註三，各國立法例關於准許假釋之執行期間頗不一致，然較近立法例多規定從短。

准許假釋之程序，亦定有明文，應即由該監獄長官呈請司法行政主管機關行之。且於監獄規則第九十一條第九十二條，設有聲請假釋之規定。

第九十四條第一項：「假釋期內，有左列情形之一者，得撤銷其假釋，

一，更犯罪受拘役以上刑之宣告者，

二，犯假釋管束規則者。

又第二項：「假釋撤銷後，其出獄日數，不算入刑期內。」

本條乃規定撤銷假釋之情形，立法例有義務主義，與任意主義二種，現行法係採第二種。至撤銷之要件，須

有所定二種情形之一，即第一，更犯罪而受拘役以上刑之宣告者，僅於假釋期內犯罪尚爲不足，更須在該期內宣告，且其宣告刑須爲拘役以上之刑，至其犯罪之種類及其法定刑如何，乃所不問。故只受罰金刑之宣告，亦爲不足。又所謂宣告，應指該科刑判決已經確定而未經撤銷者而言。第二，犯假釋管束規則者，假釋非單純釋放，尚須加以管束，監獄法第九十三條就此設有規定，假釋管束規則係司法行政部民國十八年四月二十九日公布，違犯該第九十三條規定或該規則，亦爲撤銷原因。有上述二種情形之一，即得認爲非確實悛悔，尚有再使入獄執行加以改善之必要，故以爲撤銷假釋之原因也。此須於假釋期內發生，乃爲法條所明定，假釋期各國多以明文規定之，現行法無明文，解爲凡應執行徒刑因假釋而未執行之期，故在有期徒刑乃爲執行所餘之期，無期徒刑，乃爲受刑人之終身，至撤銷假釋後，其出獄日數，不得算入刑期內，乃屬當然，此即撤銷之效力也。

第九十五條：「假釋期內因他罪受刑之執行者，其執行之期間，不算入假釋期內。」此所謂他罪，不問爲假釋前或假釋後之犯罪，雖該罪受刑之執行，其執行中究不足以資假釋之考驗，故特爲定明此執行期間不算入假釋期內。其係在假釋前所犯者，以不得適用第九十四條第一項第一款，固更有必要，其係在假釋後所犯者，如未依該條撤銷，亦有必要，此本條之所由設也。又本條之執行，單指有期徒刑及拘役之執行而言，自不待言。

第九十六條：「假釋期滿而未經撤銷假釋者，其未執行之刑期，以已執行論。」本條乃規定假釋之效力。假釋之根本精神，亦即在此。蓋准許假釋，尙僅一時停止執行，受刑人之身分，尙未消滅，故仍須受一定之管束，蓋假釋原爲受刑人自新有據，無須繼續執行，假釋期內亦即原應執行之刑期內，果在期內並未經撤銷假釋，則可認爲刑期已滿，故法律特爲定明其未執行之刑期，以已執行論。此時並非如緩刑之使宣告刑無效，不過原宣告刑視爲執行完畢而已。本條實際只就有期徒刑始有適用，故在他國立法例，更就無期徒刑設有救濟規定以示寬大，亦立法上應行參考者也。

## 第五章 刑罰之消滅

### 第一節 概說

刑罰之消滅 (Wegfall des Strafanspruchs, Extinction des peines) 者，謂刑罰權消滅也。刑罰權又可分爲實體刑罰權與形式刑罰權，已於前述，而刑罰權之消滅，其直接消滅者，乃爲形式刑罰權，實體刑罰權，則僅間接消滅。蓋犯罪之刑罰權，必依刑事訴訟以實行，於是實體刑罰權雖係於犯罪之發生時發生，但其實行則須追訴與執行，關於此二者之權利，亦爲刑罰權所分化，而稱曰形式刑罰權。此又有廣狹二義，謂起訴權與行刑權之消滅爲刑罰之消滅者，廣義也。謂行刑權之消滅爲刑罰之消滅者，狹義也。在現行法，起訴權及行刑權之時效，均規定之於總則，則稱刑罰之消滅，自以從廣義爲是。

刑之消滅，與犯罪之不罰不同。蓋後者乃犯罪欠缺處罰要件，尙無刑罰權發生也。凡一定行爲，應依總則不罰時，則在刑事訴訟法，乃與不爲罪爲同一待遇，稱曰行爲不成犯罪。檢察官應依同法第二百四十四條第三款爲不起訴之處分，法院應依同法第三百一十六條諭知無罪之判決。若刑之消滅，其僅係起訴權消滅者，則檢察官應依同法第二百四十四條第一款爲不起訴之處分，法院應依同法第三百一十七條第一款諭知免訴之判決。其係行刑權消滅者，則該刑罰即不應執行。

刑之消滅，又應與刑之應免除區別之，刑之應免除，乃刑罰之免除之一種，不過爲義務免除，此雖亦係刑罰權已發生，不過不能行使，但二者於刑事訴訟法上待遇亦不相同，即刑之應免除時，檢察官應依同法第二百四十四條第四款爲不起訴之處分，法院應依同法第三百一十七條第二款諭知免訴之判決。又刑之得免除，即所謂任意免除，與刑之消滅，更不能相混，於刑事訴訟法更屬待遇不同，即在刑之得免除時，檢察官應依同法第二百五十三條起訴，法院應依同法第三百一十五條諭知科刑判決。（註）

註 刑之執行之免除，學者亦有謂其應與刑之消滅區別者，余謂刑之執行免除，乃與刑之消滅同其原因，亦不外爲時效赦免等也。

刑之消滅，必於法律上有一定原因，此稱曰刑罰消滅事由，起訴權之消滅事由，刑事訴訟法第二百四十三條已有明文列舉，即共爲六種，有其一，即應消滅。即第一，時效已滿期，第二，曾經判決確定，第三，曾經大赦，第

四，犯罪後之法律已廢止其刑罰，第五，告訴或請求乃論之罪，其告訴或請求已經撤回，第六，被告已死亡，行刑權之消滅事由，時效即與刑事訴訟法上述條文第一款相當者，已於總則定明，以外則法律無概括明文，解為刑事訴訟法上述條文第二款至第四款及第六款各款所定事由，在科刑判決確定後或執行後發生者，亦為行刑權之消滅事由。（註一）以外如緩刑期滿而未經撤銷宣告（九二）假釋期滿而未經撤銷假釋（九六）赦免，刑之執行完畢，刑之執行之免除，刑之執行原因之變更，即因併合論罪而應將二以上裁判併合定其應執行之刑時均是。

註一，科刑確定判決，經於再審非常上訴判決撤銷而確定時，行刑權當然消滅，此為執行原因之消滅。

註二，沒收並可因沒收物之滅失而消滅。

時效當於後節另述之，茲僅就上開消滅事由之較為重要者，述之如次。

#### 第一，被告之死亡。(Tod des Verbrechers)

被告在判決確定前死亡者，均為起訴權消滅之原因，在科刑判決確定或執行完畢前死亡者，均為行刑權消滅之原因，均已於前述。惟應注意者，罰金追繳得就受刑人遺產執行，乃有刑事訴訟法第四百九十二條第二項之特別明文，刑法第六十條第一款之物屬於犯人所有者，於其死後，亦得執行，亦屬當然。又法人為被告或受刑人而消滅時，應準諸自然人死亡之理論。（註）

註 財產刑得就受刑人之遺產執行否，學說及立法例，有積極消極二說。

## 第二，赦免。(Erlasse, Begnadigung) (註)

註 舊暫行刑律特設有赦免一章，並設第二十八條「赦免依赦免條款臨時分別行之。」

赦免者，依行政權尤為國家最高機關之特權，使刑罰權消滅或使刑罰之效力滅殺也。(註一)又可分為大赦特赦減刑復權四種，均為國民政府之權。(中華民國國民政府組織法六)分述之如次(註二)

註一，赦免之制，沿革甚久，我國漢時即有赦除之法，唐律以還，更著赦降之條，蓋以濟法律之窮，並救裁判之失，且寬犯人自新之路，亦自有其功用也。

註二，民國元年約法第四十條「臨時大總統得宣告大赦特赦減刑及復權。」又現國民政府組織法第六條「國民政府行大赦特赦及減刑復權。」

(1) 大赦(annistie, Amnestie) 即對於一般之犯罪行之，使其法律上之效力消滅也。即在未受刑之宣告者，則使其起訴權消滅(刑訴法二四三)已受刑之宣告者，則使其行刑權消滅。雖係就一般犯罪，但對於特種犯罪，亦往往除外，至其程序，應經立法院議決，由國民政府行之。(同國民政府組織法二九二六)(註)

註 民國後舊北京政府已行大赦三次，即第一次民國元年三月十日，第二次民國十四年一月一日，

第三次民國十六年六月二日。

(一) 特赦。(Grâce, Begnadigung) 即對於已受刑之宣告之特定人所行者，乃免除刑罰之執行，故只爲行刑權消滅之原因。此屬於司法行政部之行政範圍。(參照司法行政部組織法八二) 經由司法院提請國民政府核准施行。(同國民政府組織法三七、二六)

(二) 減刑。(la diminution de la peine, Die Begnadigung) 即對於已受刑之宣告之特定人，免除其刑之一部執行者也。有變更刑罰之種類者，如減死刑爲無期徒刑，減無期徒刑爲有期徒刑，減有期徒刑爲拘役等是。有僅減縮同種類刑罰之範圍者，如減原刑期爲較短刑期，或將該刑罰免除執行者。是此其程序亦與特赦同。

(四) 復權。(Rehabilitation, Rehabilitation) 即對於已受褫奪公權之宣告之特定人，使其回復其全部或一部資權也。此其程序，亦與特赦減刑同。(註)

註 復權之制度，起源於法國，即在第十七世，有依國王恩赦之復權。(Rehabilitation gracieuse) 革命後，乃變爲裁判上之復權。(Rehabilitation judiciaire) 即由法院處分之，至一八九九年之法律，規定設犯罪名簿。(cahier judiciaire) 經過一定期間，於法律上當然生復權之效力，乃由該名簿除去其受刑票，此稱曰法律上之復權。(Rehabilitation de droit) 後德國亦於一九二〇年有犯

罪名簿及受刑票除去之法律。

### 第三、刑罰之廢止變更或免除。

刑罰已依法律廢止變更或免除者，以適用刑法第二條之結果，故在受刑之宣告確定前，應分別依刑事訴訟法第二百四十三條第四款第二百四十四條第四款第三百一十七條第一款第二款第四百一十條第一項第三款，故爲起訴權之消滅原因。惟在受刑之宣告確定後，則因就此不能提起非常上訴，（註）則不得爲行刑權之消滅原因。

註 有反對立法例。

## 第二節 時效

時效，(Verjährungs, Prescription) 有民事之時效與刑事之時效，民事之時效，有取得時效 (nuncupio) 與消滅時效。(prescription) 刑事之時效，則只有消滅時效，即刑罰權於一定期限內不行使而致消滅也。在羅馬法，民事時效，雖早已認之，刑事時效，則係始於紀元前一六年之法律，中世之德國古法，只認私人追訴之犯罪之時效，不認依職權追訴之犯罪之時效，刑事時效之爲一般所認者，乃爲近代之事。蓋歐洲大陸諸國，至十九世紀，始遍仿法國法之時效制也。然英國則現時仍不認此制度，中國則民事刑事均夙不認此制，民事時效，乃至現行民法始一般採用，刑事時效，則自舊暫行刑律始，日本舊刑法，原稱期滿免除，現行刑



法始改稱時效。

刑事時效，又有二種，即一爲起訴權之時效，(Verjährung der Strafverfolgung, prescription de l'action publique) 一爲行刑權之時效。(Verjährung des Strafvollstreckung) 此二種有概規定之於刑法者，此爲多數立法例所取。我國暫行刑律及現行法亦同。有概規定之於刑事訴訟法者，有規定行刑權時效於刑法，規定起訴權時效於刑事訴訟法者，此均爲少數立法例。(註一二)

註一，因時效而消滅之權利，學說上亦有爭執，有謂其爲實體刑罰權，即全爲刑法上之刑罰權者，有謂行刑權時效爲刑法上之權利，起訴權時效則爲刑事訴訟法上之權利者，有謂其爲形式刑罰權即全爲刑事訴訟法上之權利者，余取第三說。蓋刑罰權在狹義，本只爲科刑權，即處罰權，然在廣義，有於此實體刑罰權外，尚有形式刑法權，即起訴權與執行權，蓋因刑事亦須適用不告不理之原則，刑法只能規定實體刑罰權之發生，至其實行，則須依一定程序，即有待於追訴科刑與執行，此均屬刑事訴訟法之範圍，科刑判決固係確定實體刑罰權，而其實行既尚須經過起訴與執行，即另認有起訴權與執行權，自應認此二種權利爲刑事訴訟法上之權利。時效之客體，直接爲此二種權利，在現行法乃爲法條所明定。自與間接所消滅者之實體刑罰權應區別之，雖同於刑法規定，然仍應謂此部分規定爲程序法之性質也。

註二，均規定之於刑事訴訟者，如法國埃及土耳其是。分別規定之於刑法與刑事訴訟法者，如比利時日

本是均規定之於刑法者，如德國瑞典挪威匈牙利西班牙葡萄牙和蘭芬蘭暹羅及美洲諸國是。

時效制度之理由，學者所說甚屬紛歧，余謂刑事時效之根本精神，均係尊重事實以排除法律。故時效規定，亦可謂為刑罰之修正規定，蓋因犯罰既因經過一定之時間，未行使刑罰權，則因處罰之社會的必要，反不敵不處罰之社會的與個人的必要。故不如排除法律所規定之刑罰，而維持現時已久存之利益。此為刑事時效之根本精神，蓋與民事時效為同一目的，且在刑事消滅時效，其社會的必要尤強。至其餘學者所稱之時效理由，要僅為附屬目的而已。（註）

註 學說於上述理由外，尚有種種：有謂犯罪因時間之經過，已為社會所忘却，即已無以為報應而科處刑罰之必要者；有謂犯人之情事已有變動，其結果反以處罰為不正當者；有謂因時間之經過，而犯罪之客觀的主觀的事情之存立已不確實者；有謂犯人因於長時間逃避刑罰，亦殊感痛苦，已足為其懲罰者；有謂犯人因長時間之經過，已得認為悔改者。

各國立法例，關於時效之期限及就此所分之類別，頗不一致，即分時效為多類，而期限不同；且有同認時效之停止與中斷者；亦有納中斷於停止之中者。我國舊暫行刑律與現行法所採之主義，亦不相同。現行法只將時效別為三類，而規定其期限，且只認停止，不認中斷。蓋求其簡單，且以中斷過使時效完成延長，為不妥也。茲分述二種時效之規定如次：

第一、關於起訴權之時效。

第九十七條第一項及第二項定明：「起訴權逾左列期限而不行使者，因時效而消滅，

- 一、死刑，無期徒刑，或十年以上有期徒刑者，二十年；
- 二、一年以上十年未滿有期徒刑者，十年；
- 三、一年未滿有期徒刑，拘役，或罰金者，三年；

前項期限，自犯罪成立之日起算，但第七十五條之連續罪犯，自犯罪最終之日起算。」

本條第一項，乃按法定刑之重輕，而區別起訴權之時效為三類，以規定其期限，必在此三款之期限內，未行使起訴權，時效始為完成，而後起訴權因以消滅。蓋同時規定起訴權時效之要件與效果也。

本條第二項，乃規時效期限之起算點。即在一般犯罪，須自犯罪成立之日起算，蓋須犯罪成立，而後刑罰權始能發生，必自此時不行使起訴權，而後可謂為不行使權利也。此為原則。又有例外，即本項之但書，在連續犯，則以其各犯罪行為雖犯同一罪名，究於法律上以一罪論，自須已不連續為行為時，即其犯罪最終之時，始得以之為起算點也。所謂犯罪成立，蓋指構成犯罪要件之事實概行完成也。（註）連續犯須其行為已終止時，始為完成而論一罪，故以此時為其犯罪成立之日也。

註 舊暫行刑律第六十九條第二項，乃仿德國刑法第六十七條第四項及其他立法例，特定為行為完畢

之時，而在學說，則關於應以行爲時或結果時爲時效起算點，甚有爭執，現行法對此問題，以明文解決，以犯罪成立之日爲起算點，立法上可稱允當，故應廣義解釋，解爲指論犯罪一切構成要件事實概行完成之時爲宜。

犯罪成立之日，既應如上解釋，故在未遂犯或危險犯，固只應以犯罪行爲終止或完畢之日爲犯罪成立之日，而在實害犯，則尙應以結果發生之日爲犯罪成立之日，至繼續犯狀態犯集合犯，是否應如連續犯，在其狀態或行爲未終止之前，尙不得起算時效，固亦有反對說，余謂法律既以連續犯爲限，其他犯罪，均只能適用原則，故繼續犯狀態犯集合犯，均只以該犯罪行爲或獨立成立犯罪之行爲完成之日爲其犯罪成立之日也（註一二）

註一，連續犯在未設如現行法明文之國，學者通說亦謂應按各獨立行爲起算時效。

註二，立法院草案就但書修改爲犯罪行爲有連續或繼續之狀態者，自行爲終了之日起算。

又此所謂起訴權，乃包含公訴權與自訴權。在不認自訴之國家，固只有公訴權時效，我國舊暫行刑律亦以當時只認公訴，故亦只規定公訴權時效，現行法以已採自訴，故改稱起訴權，以便二者均可包含。故所謂逾時效期限不行使起訴權，即謂在所定期限內檢察官未提起公訴，而在得提起自訴之犯罪，則並謂所在該期限內自訴人未提自訴。惟起訴外，其他進行訴訟之行爲，即檢察官所爲實施偵查程序之行爲，法院所爲

實施審判程序之行為，亦應解為係行使起訴權之行為，舊暫行刑律第七十二條第二項，乃從一般立法例特設有因此等行為而中斷之明文，固無問題，現行法既不認時效中斷，只認時效停止，而於第一百條，又未規定及此，乃成問題，現時實例仍類推解釋以為時效停止之原因，亦惟有如此，方能濟窮。（註一）又在告訴乃論之罪，其告訴權又於刑事訴訟法第二百一十八條設有行使告訴權期限之規定，如逾此期限，而該犯罪不但不得由該告訴人告訴，亦不得由告訴人自訴，檢察官亦不得提起公訴，自不待言。（註二、三）

註一，立法院草案只修正起訴權為追訴權，亦應為如上之解釋。

註二，告訴乃論之罪，被害人應於知悉犯人後六個月內向檢察官告訴，逾期告訴，檢察官尚不得據以提起公訴，則被害人提起自訴，更應受六個月期間之制限。（司法院院字六八六號解釋）

註三，告訴乃論之罪，依刑事訴訟法第三百三十七條第二款，本可依自訴程序辦理，倘自訴人自知悉犯人之時起六個月內確有刑事訴訟法第二百零八條之情形，得依同條至第二百一十一條辦理。（司法院

院字七五六號解釋）

第九十八條：「起訴權之時效期限，據本刑之最高度計算，有二種以上之主刑者，據最重主刑之最高度計算」本條乃為對於前條第一項之解釋規定，即補充規定。蓋以前條第一項所規定之時效期限本按主刑之重輕而分為二十年十年三年三類，則各本條所定之本刑，雖只一主刑，尚有高低度者，將如何計算之本

條前段乃爲解決。即應據本刑之最高度計算。例如第一百零四條第二項之罪，其最高度係七年以下有期徒刑，則應適用第九十七條第一項第二款所定之時效期限也。若該本刑無高低度，如死刑無期徒刑，自應專就該刑定之。又如各本條所定之本刑，有二種以上，而有高低度者，將如何計算之？本條後段乃爲解決。即應據最重主刑之最高度計算。例如第一百零四條第一項之罪，其最重主刑係無期徒刑或死刑，則應適用第九十七條第一項第一款所定之時效期限也。

又本條乃就一罪之主刑言之，與併合論罪時無涉。此時應將各罪分別依本條計算之。故在一般之併合論罪，即依六十九條至第七十三條時，固不待言，即特別之併合論罪，即依第七十三條第七十四條時，亦同。惟對於後者，學說見解不同，尤以牽連犯謂應以一罪合併計算其時效期限，余謂即牽連犯亦應分別計算之。蓋併合論罪，無論其爲一般或爲特別，均係實體之數個犯罪也。

第九十九條：「本刑應加重或減輕者，起訴權之時效期限，仍據本刑計算。」本條又可謂對於前二條之解釋規定，即補充規定。蓋既係應依本刑及主刑以計算時效期限，如本刑有依法律應加重或減輕時，又將如何計算之？則由本條解決之。即仍據本刑計算其最高度，不得據加得或減得之最高度。

第一百條第一項：「起訴權之時效，遇有依法令不能開始或繼續偵查預審起訴或審判之程序時，停止之。」又第二項：「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。」在一般立法例，尚

有認時效中斷者，舊暫行刑律亦同，現行法則只認時效停止，而於其停止原因，則只限於依法令不能開始或繼續為偵查起訴或審判之行為，至預審已為現行制度所廢止。又不能為該各項行為，只為事實上之原因，尚不足為停止之原因，必為法律上之原因始可。惟其如是，故刑事訴訟法第二百五十三條第二項特為定明被告所在不明，亦應起訴。蓋恐時效期限因以進行也。故只被告逃去或證據不能調查等事實上原因，不能為該各行為，時效期限仍應進行。至法律上之原因，則須法令有明文規定不能為該各行為，如刑事訴訟法第二百六十一條第二項，第二百六十二條第二項，第二百六十三條第二項，第二百零六條，第二百零七條等均是。又本條第三項，定明時效停止，自停止原因消滅之日起，停止前已經過之期間，一併計算，乃為當然之規定，停止之與中斷不同者，亦即在此。蓋所謂停止，不過使時效於該停止原因存續時不再進行，而以前已進行之期間，仍屬有效，故自停止原因終止時，期間仍繼續進行，以與前已進行之期間，共合成時效期限也。惟停止原因，適發生於犯罪成立之日，則時效期限，根本尚未開始，此外自無已經過之期間可言也。

第二，關於行刑權之時效。

第一百零一條第一項及第二項定明：「行刑權逾左列期限而不行使者，因時效而消滅，

- 一，死刑，無期徒刑，或十年以上有期徒刑者，三十年；
- 二，一年以上十年未滿有期徒刑者，十五年；

三、一年未滿有期徒刑，拘役，罰金，或專科沒收者，五年。

前項期限，自裁判確定之日起算。」

本條第一項，仍如第九十七條第一項，分行刑權時，效期限為三類。不過將其期限定長。蓋已裁判確定之刑權，不能使其易於消滅也。本項所定之刑，應指宣告刑，自不待言。又第三款增定專科沒收之從刑之時效者，以科刑裁判既只得專科沒收，自亦應規定其時效也。又第二項之起算點，則與第九十七條第二項不同，應自裁判確定之日起算，蓋以自此時起，始為行刑權得行使之時也。

第一百零二條第一項：「行刑權之時效，遇有依法令不能開始或繼續執行時，停止之。」又第二項：「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。」此亦只以法律上原因為停止原因，例如刑法第五十三條第二項，刑事訴訟法第四百八十四條，第四百八十五條等是。餘可參照前之說明。

## 第六章 保安處分

保安處分，(Sichernde Massnahmen, Mesures de Sûreté) 乃與刑罰為刑事政策上之雙翼。蓋刑罰，乃為對於犯罪之法律上效果，其目的不外一種責任之制裁。而保安處分，則單為防衛社會之目的，而係對於有犯罪或其他禍害之危險者所為之特別預防，乃全為警察處分，即行政處分之性質也。不過刑罰與保安處分，有相輔而行之功用。即對於反社會行為，如係為有責任能力者所為，則以為犯罪而以刑罰制裁之。



如係爲無責任能力者，或限制責任能力者，所爲，則或單施保安處分而全講預防之策，或一面仍以爲犯罪而施以刑罰以收制裁之效，一面亦施保安處分以講預防之策。故較近立法例，除規定刑罰外，一面仍規定保安處分，現行法如第三十條第一項及第二項第三十一條所認之監護教育監禁處分，及第六十一條第六十二條所認之專科沒收並不屬犯人所有物之沒收，均係一種保安處分之性質也。（註）

註 近時立法例所認保安處分之種類及範圍，並不一致，我國立法院草案，則於總則最後特設保安處分一章，所認種類及範圍較寬。

保安處分之性質，與刑罰有無區別，乃爲舊派與新派之所爭執。自舊派即報應刑論者之見解言之，則謂二者根本性質不同，一則其本質爲個人法益之剝奪，而爲對於犯罪之責任之制裁，一則其本質爲社會利益之保護，而爲對於無責任者或限制責任者特別之處分。自新派即目的刑論者之見解言之，則謂二者根本性質相同，即同爲對於反社會行爲或有爲反社會行爲之危險之一種防衛手段，即同爲剝奪個人之法益，且同係以此爲手段而有防衛社會之目的，不過其對象微有不同，一則對於有刑罰能力者爲之，一則對於無此能力者爲之，對象既不相同，實行之方法，自亦有不同，二者僅於此點有區別而已。

因二派之見解不同，對於上述二點，亦各異其結論：

第一，對於限制責任能力人之處分，在報應刑論者，謂仍應處刑，不過可以減輕。在目的刑論者，則謂對

於此等人處刑乃無意義，刑罰能力，只有二途，即只有得科刑罰與不得科刑罰之二者，不能有中間者。

第二，對於刑罰與保安處分之選擇與代替，在報應刑論者，謂對於犯罪，只有科處刑罰之一途，不能與保安處分選擇或以之代替，在目的刑論者則反是，謂保安處分正可與刑罰相輔，而並行不背，自可以選擇或代替。

余見我國現行法，刑罰與保安處分，顯然異其性質與種類，且亦如多數立法例，認責任能力之中間者，而亦科處刑罰，故謂刑罰與保安處分爲同一性質，而同爲對於犯罪之制裁，即同一責任之觀念，不但於現行法解釋爲不可通，即按諸一般理論，刑事責任，雖爲社會責任之一種，但究與其他責任不同，而爲對於犯罪之法律上效果，至應受保安處分者，乃另一目的，並非因其行爲爲犯罪而應負刑事責任，故新派此點見解，實不可贊成。然舊派謂刑罰與保安處分不可並立，亦不可取，刑罰亦係社會責任，其與保安處分，乃視防衛社會之必要如何，對於爲反社會行爲者，因其情形，一面處以刑罰，一面處以保安處分，或不處刑罰，而只處保安處分，自亦無不可許之理由也。（註）

註 關於刑罰保安處分之區別，可參看（Birkmeyer, Strafe und Sichernde Massnahmen (1906).

Exner, Die Theorie der Sicherungsmittel (1914)

保安處分，雖如刑罰，亦係剝奪特定人之法益，但此僅爲其手段，其主要目的有二：即第一，對於該特定人施

以教育或治療使其與社會適合，(Die Anpassung des einzelnen an die Gesellschaft) 第二對於該特定人施以監護或拘禁，使與社會隔離，(Ausscheidung des Anpassungsunfähigen) 故保安處分之種類雖多，要可按此二目的而分為二大類。

依立法院刑法總則草案所設之保安處分，有次述各種：

- 第一，感化教化處分。即因未滿十四歲而不罰，或因未滿十八歲而減輕其刑者，得令入感化教育處所，施以感化教育，對於後者，並於一定條件之下，先施此處分。(同草八六)
- 第二，監護處分。即因心神喪失而不罰，或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，令入相當處所，施以監護。(同草八七)
- 第三，禁戒處分。即犯吸食鴉片，或施打嗎啡或使用高根海洛因或其他合質料之罪者，得於刑之執行前，即令入相當處所，施以禁戒。(同草八八) 又因酗酒而犯罪者，亦同。(同草八九)
- 第四，強制工作。即有犯罪之習慣或以犯罪為常業或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。(同草九〇) 又犯第二百八十五條之罪者，得令入相當處所，施以治療。(同草九一)
- 第五，保護管束。即第八十六條至九十條之處分，得以保護處分代之。(同草九二)



## 陳瑾昆先生著書目錄

- 一、刑事訴訟法通義(四版)(定價二元八角)
- 二、刑事訴訟實務(三版)(定價一元八角)
- 三、民法通義總則(三版)(定價二元五角)
- 四、民法通義債編總論(四版)(定價二元五角)
- 五、民法通義債編各論(三版)(定價二元五角)

以上各書均係北平朝陽學院出版由本店代售外埠須另寄郵費二角

中華民國二十三年十一月印刷  
中華民國二十三年十二月出版

定價大洋貳元四角  
外埠酌加郵費匯費

著作人 常德 陳瑾 昆

出版人 好望書店

總發行所 好望書店

北平宣內大街甲二十一號  
電話南局三八一八



分售處 各大書店

