

現代刑法總論

編者 郭 衛

世界書局印行



中華民國二十二年四月出版

現代刑法總論(全一冊)

(每冊定價銀一元一角)
(外埠酌加郵費匯費)

不 准 翻 印

編 著 者 郭 衛
出 版 者 世 界 書 局
印 刷 者 世 界 書 局

發 行 所 暨 上 海 各 省 世 界 書 局

(本書負責校對者汪伯儒)

目次

緒論

- 一 刑法的意義……………一
- 二 刑法的內容……………三
- 三 刑法的種類……………四
- 四 刑法的沿革……………五
- 五 刑法的解釋……………六
- 六 刑法和民法的區別……………八
- 七 刑法的效力……………八
- 八 刑法效力的例外……………一六
- 九 我國刑法的沿革……………二〇

本論·····二一

第一章 法例·····二一

第一節 法例的意義·····二一

第二節 關於適用時的規定·····二一

第三節 關於適用地與人的規定·····二九

第四節 總則對於其他法令的適用問題·····四二

第二章 文例·····四三

第一節 文例之意義·····四三

第二節 刑法之用語·····四五

第三章 時例·····六五

第一節 時例之意義……………六五

第二節 時期之計算法……………六五

第四章 刑事責任及刑之減免……………六九

第一節 刑事責任之意義……………六九

第二節 意思責任……………七六

第一項 故意……………七九

第二項 過失……………九〇

第三項 錯誤……………九五

第一款 法律之錯誤……………九六

第二款 事實之錯誤……………九九

第三節 責任能力……………一〇二

第一項 責任能力的意義……………一〇三

第二項 責任無能力的法定原因……………一〇五

第四節 客觀的刑事無責任原因……………一一三

第一項 合法行爲……………一一五

第二項 正當防衛……………一二六

第三項 緊急避難……………一二一

第五節 自首……………一二六

第五章 未遂罪……………一二九

第一節 未遂罪之意義……………一二九

第二節 未遂犯之處分……………一三三

第三節 不能犯……………一三四

第四節 中止犯……………一三六

第六章 共犯……………一四三

第一節 共同正犯……………一五〇

第二節 教唆犯……………一五六

第三節 間接正犯……………一六三

第四節 從犯……………一六七

第七章 刑名……………一七五

第一節 刑罰之通義……………一七五

第二節 刑罰之效用……………一七八

第三節 刑罰之種類……………一七九

第一項 生命刑……………一八二

第二項 自由刑……………一八四

第三項 財產刑……………一九〇

第一款 罰金……………一九〇

第二款 沒收……………一九三

第四項 能力刑……………一九七

第八章 累犯……………二〇一

第九章 併合論罪……………二一一

第一節 一罪與數罪的概念……………二一一

第二節 併合罪……………二一五

第一項 併合罪之概念……………二一五

第二項 併合罪之處分……………二一七

第三節 想像的競合罪及牽連罪……………二二六

第四節 連續罪……………二二三

第十章 刑之酌科……………二四一

第十一章 加減例……………二四九

第十二章 緩刑……………二五七

第一節 緩刑之意義……………二五七

第二節 緩刑之要件……………二五九

第三節 緩刑之撤銷……………二六一

第四節 緩刑之效力……………二六七

第十三章 假釋……………二六五

第一節 假釋之意義……………二六五

第二節 假釋之條件……………二六六

第三節 假釋之撤銷……………二六九

第四節 假釋之效力……………二七一

第十四章	時效	二七三
第一節	時效之意義	二七四
第二節	起訴權時效	二七五
第三節	行刑權時效	二七八

緒論

(一) 刑法的意義 刑法不過是各種法律當中的一種。是爲處罰犯罪而設的。換一句話說。便是規定關於犯罪及刑罰的公法。甚麼叫犯罪呢。從表面說。是違犯刑法的行爲。詳細言之。是有責任能力的人。在無違法阻却的時候。因故意或過失。違犯刑罰法令所列舉的行爲。將這句話分析起來。可知凡是認爲犯罪的行爲。必須合乎下列幾個要件。

(甲) 犯罪要係違犯刑罰法令的行爲 因爲法令不止一種。不能說凡是違犯法令的行爲便是犯罪行爲。譬如民法也是法律。不能說違犯民法的便叫犯罪。訴訟法也是法律。不能說違犯訴訟法的便叫犯罪。所以一定要係違犯刑罰法令。才能叫犯罪。那幾種是刑罰法令呢。普通刑法及特別刑法都是刑罰法令。換句話說。凡是這法令中有刑罰的規定的便是刑罰法令。違犯這種法令的才算犯罪。

(乙) 犯罪要係出於故意或過失的行爲 明明知道而故意去做的。叫故意。應當注意。且能夠注意。而不去注意的。叫過失。譬如放火燒毀房屋。是故意。失火燒毀房屋是過失。若是既沒放火。又沒

失火。因為電燈走火把房屋燒了。不能算故意。又不能算過失。便叫做不可抗力的行爲。凡屬天災地變。以及非注意力所能及的行爲。都是不可抗力的行爲。在刑法上認爲犯罪者。除故意行爲外。過失行爲有時也能構成犯罪。不過要在分則上有特別規定才能處罰。若是不可抗力的行爲。便不認爲犯罪。所以說犯罪要係出於故意的行爲或過失的行爲。

(丙)犯罪的人要係有責任能力的。何謂責任能力呢。就是能夠負擔責任的意思。何種人能擔負責任呢。依刑法上的規定。有兩種人不能負責。一種是欠缺普通智識的。一種是喪失心神的。那一種人欠缺普通智識。不能個個去測驗。祇好以年齡爲標準。滿了一定年齡的。便認爲有普通智識。便有責任能力。否則認爲無普通智識。便無責任能力。心神喪失者亦認爲無責任能力。這兩種人以外。都認爲有責任能力。可以做犯罪的主體。

(丁)犯罪要無違法之阻却。什麼叫違法之阻却呢。就是一種阻却違法的情形。有這情形時。縱在表面上似係犯罪。而實際上不認爲犯罪。所有出於正當防衛的行爲。出於緊急避難的行爲。由於業務上或職務上的行爲。都足阻却違法的。不能認爲犯罪。所以說犯罪要係無違法阻却的行爲。甚麼叫刑罰呢。就是國家爲制裁私人之違犯刑法的。去剝奪其法益的一種手段。私人的法益有

五種。就是生命。身體。自由。名譽。財產。剝奪生命法益的手段是死刑。剝奪自由法益的手段是徒刑和拘役。剝奪財產法益的手段是罰金和沒收。還有褫奪公權有說是剝奪名譽法益的手段。但不是剝奪名譽法益。實在是剝奪私權以外的公權。以上各種剝奪法益的手段便是刑罰。

甚麼叫公法呢。公法是別乎私法而言的。私法是規定私人 and 私人間的權利關係。公法是規定國家對於私人的權力關係。刑法是規定國家對私人之犯罪者。以權力加以制裁的法律。所以叫做公法。

(二) 刑法的內容 刑法是為處罰犯罪而設的。前面已經說過了。其內容包括犯罪和刑罰兩大部分。關於犯罪的一部分。就是說犯罪要如何才能構成。換句話說。就是說何種行為叫犯罪。犯罪的行為是不是都要處罰。關於刑罰的一部分。就是說處罰犯罪者應用何種方法。這種處罰犯罪的方法就是刑罰。刑罰有若干種類。各種刑罰如何執行。都是在刑罰部分規定的。至對於犯何種罪的人處以何種刑罰。也是由刑法規定的。所以刑法當中又分出總則和分則兩部分來。總則是規定對於如何的行為才認為犯罪。對於犯罪者應處以何刑罰。分則是規定犯何種罪應當處以何種刑罰。不但把犯罪行為的種類都列舉出來。并且把刑罰的種類和輕重也列舉出來。併在一條。譬如刑法第二百八十二條上說。「殺人者處死刑無期徒刑。或十年以上有期徒刑。」這便是先把殺人的行為列舉出來。隨後又

把應處刑罰的種類也列舉在一起。刑法的內容大抵就是規定這兩大部分的。

(三) 刑法的種類 從刑法適用上去區別。有的叫普通刑法。有的叫特別刑法。從刑法所處的地位上去區別。有的叫實質刑法。有的叫形式刑法。

普通刑法和特別刑法的區別。共有四個標準。第一是以適用的人作標準的。在普通刑法。是適用於住在國內的一般普通人的。例如「中華民國刑法」。一般普通人皆可適用。所以叫做普通刑法。特別刑法有以專適用於有特別身分之人的。譬如「陸海空軍刑法」。專為軍人而設。除其中一小部分外，都是不能適用於一般普通人的。這便叫做特別刑法。第二是以適用的地域作標準的。在普通刑法。是適用於本國領域內任何地域的。例如「中華民國刑法」。在中華民國領域內無論何地都可適用。所以叫做普通刑法。特別刑法是有專以適用於有特殊情形之地域的。譬如「理藩部則例」。專為蒙古西藏等處而設。這便叫做特別刑法。第三是以適用的時期作標準的。在普通刑法之施行。祇有始期。沒有終期。因為一經制定之後。除另有改訂之新法外。應當永久可用的。例如「中華民國刑法」。在改訂新法以前。無論何時皆可適用。所以叫做普通刑法。特別刑法有以預定的施行期間為限的。譬如「懲治盜匪條例」。當初祇定有六個月的期間。期間終了即屬無效。(按實際上因為累次延長。已經

延了二十幾次了。這便是特別刑法。第四是以適用的事項作標準的。在普通刑法所規定的事項。不問其目的如何。都可適用的。例如「中華民國刑法」不論何項目的。祇要構成犯罪即可適用。所以叫做普通刑法。特別刑法有以特別事項爲限的。譬如「商標法」內亦有刑名的規定。必限於同業中之冒作商標者才能適用。若爲和商標無關的普通人用作普通事項。不能認爲犯罪的。這便是特別刑法。形式刑法和實質刑法的區別。卽是由刑法的外觀上去區別的。凡是在外觀上有刑法之形式者。就是形式刑法。換一句話說。就是從法律的名稱上可以看得出來是刑法的便是形式刑法。否則便是實質刑法。譬如「中華民國刑法」「陸海空軍刑法」皆可從其名稱看出是刑法。所以都叫做形式刑法。但「商標法」「公司法」中間也有刑罰的規定。不過從名稱上是看不出來的。這便叫做實質刑法。因爲名稱上雖不是刑法。而其實質上含有刑法在內。所以有這種名稱。

(四) 刑法的沿革 法律的起源。我國最早。三代以前已經有法律。不過沒有專書。歐洲有法律尙在我國之後。因爲歐洲法律最早的是羅馬的十二銅標法。是西曆紀元前四百五十年才有的。我國在戰國時候。便已有李悝所作的法經六篇。若說刑法。這法經六篇中（盜法。賊法。囚法。捕法。雜法。具法。共六篇）都算是刑法一類的。羅馬十二銅標法中多是民法一類的。（一提傳。二審問。三執行。四家長權。

五監護及繼承。六所有權及占有。七不動產。八私犯。九國法。十宗教法。十一前五標之補遺。十二後五標之補遺。可知刑法更要算我國發達最早了。我國刑法約可分爲三個時期。第一個時期是唐虞三代。沒有完全的成文法規。祇能在古書中看出一二。如尚書周官之類皆有一部分。第二個時期是由秦漢到清朝的末葉。這個時期何以這樣長久呢。因爲自從李悝作了法經六篇之後。到漢朝摭拾秦法。作律九章。一直經過隋唐元明。都是因襲前代之律。不過稍有一些增刪。其主義沒有多大的變更。祇能算作一個時期。到了清朝的光緒末年。變法維新。要迎合世界潮流。改革舊律。重訂新律。雖沒實行。就已改訂之現行刑律去看。已經有了不少的改良了。刑律草案在那時已經制定頒布。不過沒有實行。所以從清末以後一直到現在。便算第三個時期。這時期中。各種法典大部分已經制定。單就刑法說。民國元年三月十日公布的暫行新刑律。就是前清宣統二年所公布之刑律草案。不過稍加刪改罷了。一直到民國十七年。中間雖經幾次修改。未曾正式通過國會。國民政府成立之後。才把暫行新刑律廢止。根據改定第二次修正案另行制定一種刑法。便是現在所用的「中華民國刑法」。

(五) 刑法的解釋 法律是靠文字來表現的。但是文字所表現的意義不能沒有疑難的地方。遇著有疑難的時候。便生出爭執來了。要想解決這種爭執。不得不有解釋的法子。就解釋的方法去說。有

文理解釋和論理解釋兩種。文理解釋是專從條文的文義上去解釋的；論理解釋是從立法的理由及情理上去解釋的。這兩種解釋方法不可偏重一種。若偏重一種。有時也解不通的。所以有時從文理解釋嫌其廣泛。便要從論理去解釋。有時從論理解釋嫌其狹隘。便要從文理解釋。但在刑法上不許用類推解釋。因為類推解釋有些像比附援引。刑法是不許比附援引的。何謂比附援引呢。就是把法條所設規定的事項。援引其他類似的條文去適用。這在民事上所常有的事。若許在刑事上引用。則人民對於某行爲是否犯罪。殊無預先知道的把握了。則人人將有犯罪之慮。不徒不能借刑法來維持社會的安寧秩序。反把刑法來搖動社會的安寧秩序了。所以刑法絕對不許比附援引。就是這個緣故。

就解釋的效力去說，可分三種。第一種是學說解釋。第二種是司法解釋。第三種是立法解釋。學說解釋就是研究法學的人把自己的意見去下一種解釋。這種解釋不過作爲研究學問的參攷。不能發生效力。司法解釋就是由司法機關去解釋的。我國從前祇大理院有解釋法律之權。從民國元年起至民國十六年取消止。所下的解釋有二千零十二號（自統字一號起至二千零十二號止）國民政府成立之後。由最高法院操統一解釋法律的權柄。從解字一號起至第二百四十五號止。曾經發表了二百四十五號的解釋。嗣後改由司法院審核發表。又從院字起。到現在已經發表四百多號了。這就是我

國司法解釋的情形。這種解釋可以發生效力的。各級法院審判案件都應該遵守的。效力最強的還是立法解釋。立法解釋是由立法者自身解釋的。譬如條文下所附之理由。算是立法的解釋。又如插在全部條文中間的文例。也是一種立法解釋。且可謂係以法律解釋法律。其效力之強硬。算是以這種解釋爲最了。例如刑法第十七條上說。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。就此可知議員也包括在公務員之內。若是沒有這種立法的解釋。如有人提出議員究竟是不是官員的問題來研究。便不能得到一種確定的解決。非請求最高法院解釋不可。既然有了這種立法解釋。便不用司法釋義了。

(六) 刑法和民法的區別 刑法是一種刑罰法令。爲處罰犯罪行爲而設的。其目的在預防社會的危險。民法是規定私人間的權利義務關係的。其目的在保持私人間的公平狀態。所以受民法支配的。都是私人間的權利義務關係。國家聽任人民自由去處理。必定要生出爭端來。等人民請求國家判斷。國家然後過問。若是刑事問題。國家在原則上不待人民去請求。便直接的出來干涉。所以學者都說刑法是一種公法。民法是一種私法。這便是兩者最大的不同之點。

(七) 刑法的效力 刑法的效力。有關於時的。有關於地及人的。何謂關於時的呢。即是說法的效

力當從何時發生及至何時終止種種問題。何謂關於地及人的效力呢。即是說刑法對何種人可以適用。及何處地方可以適用。茲先就關於時的效力說明如左。

(甲) 刑法的效力從何時發生 普通一般法律的效力。對於開始的時期。有兩種規定方法。一種是從公布日起的。一種是須於公布後另定開始日期的。大約簡單的法律是從公布起即有效力。大部頭的法律必須制定一種施行法。等到施行法公布後。才由命令定出施行的日期。等到施行的日期到了。才有效力。所以簡單的法律最後一條常有「本法自公布之日施行」的一句話。大部頭法律是沒有的。且從公布到施行日期。往往有相隔數月或一年的。在這中間。法律雖已公布。不能發生效力。刑法是屬於大部頭的法律。所以效力的開始要待命令規定的。現在我國適用的「中華民國刑法」是民國十七年三月十日公布的。等到九月一日才施行。在這五個多月當中。仍然不能發生效力的。我們可以說刑法的效力應從施行日發生。

(乙) 刑法的效力至何時終止 普通一般法律效力的終止。有規定於本法當中的。有無規定的。大約有規定的甚少。沒有規定的較多。我國刑法是沒有規定的。其效力終止的日期和普通法律當是一樣。普通法律廢止的方法有兩種。一種是明示的廢止。一種是默示的廢止。何謂明示的廢止

呢。即是在新法的施行法中加以舊法廢止的明文。何謂默示廢止呢。即是用推定的方法。推定舊法是已經廢止了。推定的方法有三種。第一對於同一事實若有兩種法律的發見。便可推定舊法是已經廢止了。例如對於強盜的行爲。暫行律當中已有規定。而新刑法當中也有規定。但新刑法是新法。暫行律是舊法。就可以知道暫行律的規定是沒有效力了。第二。若新法是普通法。舊法是特別法。新普通法所規定的該種事項。不是以舊特別法所規定該種事項爲目的。則特別舊法的效力依然存在。若舊特別法所規定的事項新普通法中也有規定。則牴觸新普通法的舊特別法可以推定廢止了。例如前清的買賣人口條例是舊特別法。當新普通法的暫行律頒行時。當中沒有買賣人口的規定。買賣人口條例尚可適用。到後來有刑律補充條例的頒行。當中已有買賣人口的規定。舊特別法的買賣人口條例就認爲廢止。第三。新舊兩法都存在時。因爲新法效力優於舊法效力的緣故。則牴觸新法的舊法部分可以推定廢止。這都是推定廢止的情形。除了這幾種的方法外。對於已經正式頒行的法律。不論曾經適用與否。都是繼續有效的。

(丙)對於新法頒行以前的事實能否適用新法 新法頒行後。對於犯罪自當適用新法。其行爲雖在舊法有罪。在新法無罪。自不能援用舊法論罪。原來沒有甚麼疑義。但若(1)犯罪在新法頒行

前。而審判在新法頒行後。新舊法均以爲罪的。不過輕重不同的。(2)或是犯罪行爲雖在舊法有效時期。而其行爲係有繼續的狀態者。到新法頒行後才終止。或尙未終止。究竟應當適用舊法。或是適用新法。這種問題。也須有個一定的解決辦法。在學者間及各國立法例。有四種主義。

第一種是概從新法主義。說新法既經頒行。必定較舊法好。既是較舊法好。自當適用新法。不應該再行適用舊法了。且舊法已經廢止。不能令其復活。舊法不能復活。祇有新法可用。故主張概從新法處斷。我國暫行律就是採用這個主義的。何以知道呢。因爲該律第一條第二項說。「頒行以前未經確定審判者亦同。」可知對於新法頒行以前的行爲。祇要未經確定審判。皆可適用。但有兩種例外。一種係已經確定的條件。就是不能再用通常程序去上訴的案件。因爲這種案件在通常程序上已無從變更了。所以不能適用新法再去變更。一種係舊法不認爲犯罪的行爲。因爲舊法既然不認爲犯罪。新法是不能溯及既往的。所以不能適用新法處罰。

第二種是概從舊法主義。說犯罪既然在舊法有效的時期中。仍當適用舊法的規定處罰。若是改用新法處罰。殊覺不甚公平。採這種主義的。雖然有英國及美國數州。但是學者間多半不大贊成。第三種是以適用舊法爲原則。但若新法所定的刑罰較輕。則改從新法處罰。若是新法所定的

刑罰較重。則仍然適用舊法。主張這種主義的理由。是說新法本來不能溯及既往。若是准其溯及既往。則犯人必認爲不公。難於甘服。今就對於犯人有利益的地方仍用舊法。必不會有什麼異議。這不過是一種折衷調解的辦法罷了。採這種主義的國家却是很多。

第四種是以適用新法爲原則。但若舊法所定的刑罰較輕。則仍從舊法處罰。若是舊法所定的刑罰較重。則改從新法。主張這種主義的理由。是說新法既然頒行。本來應當從新法處斷。方是正當辦法。但爲顧全公平起見。不得不稍爲變通。我國新刑法就是採用這種主義的。何以知道呢。因爲該法第二條說。「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。」可知在新法頒行後者。係以從新法爲原則。以適用舊法爲例外。僅限於舊法所定之刑較輕者爲限。若是舊法所定之刑反而較重。或屬相等。則當適用新法而不適用舊法。

對於上述第三第四兩種主義。有說既然皆是從輕。何妨叫做從輕主義。豈不較爲簡單嗎。其實中間尚有很大的區別。因爲該兩主義在表面上看來都是從輕。實際上不過祇就刑罰輕重的一點從輕。除了刑罰輕重一點之外。尚有關於其他各點。如親屬的範圍。共犯的種類。累犯的條件。以及合

併論罪或從一處斷等等規定。一個是固定適用舊法的。一個是固定適用新法的。不能隨刑罰的輕重爲轉移。例如第三主義。對於犯罪處罰的條文。有時因爲新法較輕。改從新法。而其他規定。仍然適用舊法。反之如第四主義。對於犯罪處罰的條文。有時因爲舊法較輕。仍從舊法。而其他規定。則當改從新法。所以不能單叫從輕主義。就是這個緣故。

至刑法關於地和人的效力。也有原則有例外。而其主義要不外乎次列各種。

(1) 屬地主義 凡是以地域爲適用法律的標準者。叫做屬地主義。就是凡在一國領域內犯罪者。不但是本國人應當適用本國刑法。卽屬外國人。祇要留在國內。也要適用本國的刑法。依照這種辦法。祇問地不問人。所以叫做屬地主義。就本國說來。係爲保護本國主權的完整。不容外國法權侵入本國內。既不容外國法權侵入本國內。就不能不強令滯留在國內的外國人遵守本國法律。不然。便不能維持本國的安寧秩序了。但本國人也有滯留在外國的。若單主張屬地主義。對於本國人在外國犯罪的。無法制裁。卽本國人在外國有侵害本國之行爲時。將無法取締。於本國之存立及信用上。也不能謂絕無影響。遇有此種情形。究當如何處理呢。這不能不認屬地主義也有缺點了。爲補救這種缺點起見。便有次列的屬人主義。

(2) 屬人主義 何謂屬人主義呢。就是以人爲適用法律的標準。祇要是本國的人。不問滯留外國或住在本國。皆當適用本國刑法。如此則本國人不論走至何處。皆不能脫離本國法律的制裁。固足補屬地主義之失。但若完全採屬人主義。而不兼採屬地主義。則對於外國人滯留在本國內者。轉又無從制裁。若許外國人自行直接制裁。固有損本國的主權。不許外國人自行直接制裁。本國又不能加以制裁。則不能保全本國的安寧秩序。豈非一大缺點嗎。所以專採屬人主義也有辦不通的地方。次列的保護主義乃緣此而發生了。

(3) 保護主義 何謂保護主義呢。就是同時採屬人主義兼屬地主義。凡對於本國或本國人民的法益有所妨害的。不論犯人爲內國人或爲外國人。也不論犯罪地在本國或在外國。皆可以本國的刑法去支配。所以叫做保護主義的緣故。就是說本國的刑法是爲保本國或本國人民的利益而設的。既是以保護本國及本國人民的利益而設。欲求達到保護的目的。所以不管犯人在本國或在外國。也不管犯人是本國人或外國人。皆當適用本國刑法。但是話雖如此說。做起來即有不少的困難了。因爲甲國採用保護主義時。便可在乙國執行司法權。則乙國不徒不能保護本國的利益。且本國的法權勢將爲甲國所侵害。豈得謂平。除有特訂的不平等條約外。決無實現的可能。所以近世各

國雖多採這種主義爲原則。但不能不設若干的例外。其例外各國不同。我國新刑法所設的例外甚多。等到講本論時再行說明。此外尙有所謂世界主義。在下面說明。

(4) 世界主義 這種主義的理想極高。但比保護主義還要難於實行。何以呢。世界主義說犯罪是侵各國的共同利益。乃屬一種表現惡性的行爲。應該不論何人何地。一經發現有犯罪的人。便可捕治。如此則刑法的效力并無國界之分了。但是各國刑法之內容不能一致。有此國認爲有罪。而彼國認爲無罪的。有此國認爲無罪。而彼國認爲有罪的。例如就賭博一項而論。在中國認爲犯罪。而在摩洛哥等國。且特賭博稅爲國家的正當收入。所以世界主義在今日是難於實行的。於是不能不有一種折衷的主義以爲救濟。

(5) 折衷主義 這種主義是以屬地主義爲原則的。但同時混用他種主義。大約是採用屬地主義去保護本國主權的獨立。採用有限制的屬人主義去補充屬地主義的不足。例如本國人在外國以犯重大的罪爲限適用本國法。對於極微及與本國無關的犯罪。仍許適用屬地主義。由所在地去管轄。又有同時採用屬地屬人兩主義尙不能管轄的犯人。則須兼採保護主義以制裁之。例如外人在國外對本國或本國人犯重大的罪。地點既非本國。既不能適用屬地主義。而犯人又非本國人民。

復不能適用屬人主義。祇得兼採保護主義之一法。足以彌此缺憾。但在事實上仍不能完全達到目的。例如犯人永遠不來本國。決不能在外國領域內而行使法權的。尚有妨害世界公益的罪犯。如海盜及販賣奴隸的人。是各國的公敵。有時也可根據世界主義以爲處治。此皆是折衷主義所同時採用的。不過各國所採用的內容不同罷了。

以上五種主義當中。除世界主義不易實行外。折衷主義實已包括屬地屬人保護三種主義在內。可知這三種主義算互有參用的效力。是根本上不能欠缺的。能參合用之。使屬可行。若分離各自獨立。則難免有顧此失彼之慮了。

(八)刑法效力的例外 刑法的有如何的效力。上面已經說過了。但是有原則必有例外。刑法的效力也不能不有若干的例外。現在更將刑法效力的例外說明一下。

(甲)有治外法權的 何謂治外法權呢。係指一國統治權以外的法權而言。換一句話說。就是不受本國統治權的統治。而自有其法權。這種權利是平等的。是不用條約訂定的。乃係由於國際間的禮遇而生的。因爲國際間都是平等的。彼此都當以平等之禮相待。所以遇有下面幾種人留在國內的時候。不便以本國的國法去統治他。第一種是外國元首及其家族和從人。但從人有說以非內

國人爲限的。若是內國人一時替外國元首執役時。便不許享受治外法權。也有說不必有此限制的。又有說以是否常職爲享有治外法權與否的標準的。若是常職。雖內國人也可以享受治外法權。否則就不能享有。第二種是外國的使節。使節包括大使公使特使等等在內。對於駐在國都有治外法權。也是由於一種禮遇的關係而生的。但若對於駐在國有危險的時候。雖不能直接加以制裁。却可照會他們的政府要求將該使節召回。第三種是經內國承認而來的軍隊。或者是軍艦。第四種是外國的領事。領事本來不是外交官。乃係一種管理僑民的普通行政官。既不在使節之內。自然沒有予以治外法權之必要。但是國際上已經有了不服從駐在國法權的慣例。所以也認爲一種有治外法權的。這四種人都是由於國際法上的關係。爲刑法適用的一種例外。彼此既屬平等。且互相保護。原無不可。不過後來因爲國際地位的強弱關係。強國人民雖不在上列四種之內的。往往也有因受不平等條約的訂定。對弱國有類似治外法權的一種權利。卽近來所謂領事裁判權。

(乙)有領事裁判權的 凡對本國有領事裁判權的國家。其國民不受本國司法權的管轄。遇有訴訟事件發生。另由該國領事自行裁判。因爲領事有此裁判權。所以叫做領事裁判權。這種領事裁判權。大半是片面的。不是相互的。既不是相互的。就不是平等的。和平等的治外法權大不相同。其

不同之點極多。第一。治外法權係根據國際法上的原則而生的。領事裁判權係由於條約的效力而生的。第二。有治外法權的絕對不服從駐在國的一切統治權。有領事裁判的不過對於訴訟事件不由駐在國的法院管轄。而由自國的領事裁判。其餘如納稅及其他行政事件。還不能完全不服從駐在國的支配。第三。治外法權的範圍極廣。領事裁判權的範圍較狹。第四。治外法權係平等及相互的權利。領事裁判權係不平等而非相互的權利。第五。治外法權之享受者以該國元首使節領事及軍隊軍艦爲限。領事裁判權則凡屬該國人民皆得享受。其餘可參閱拙著刑法學總論上冊第九十五頁。

(丙)國家元首 君主國的君主和民主國的大總統。皆是國家的元首。但君主是絕對不負刑事責任的。大總統還不能完全免責。因爲君主爲國家主權所在。應保持其地位的尊嚴。自絕對不負刑事的責任。大總統不過爲民國的行政首長。民主國的主權在民。本來不必特別予以不受刑事責任的權利。但因大總統既居於國家元首的地位。若一旦發生問題。國務必致停滯。或因而發生政治界的變動。於國家甚不利益。所以除逆叛罪外。在平時多半不使負一切刑事責任。從前我國臨時約法第十九條第十一款上說。『參議院對於大總統認爲有謀叛行爲時。得以總議員五分四以上之

出席員三分二以上之可決彈劾之。」依這種規定。大總統在職的時候。除謀叛以外。應不負一切刑事責任。

(丁)國會議員 國會議員在開會期內。因為職務重要。照我國從前的臨時約法上的規定。除現行犯罪和關於內亂外患的犯罪以外。在會期當中。除非得了院中的許可。不能捕逮。但在開會期外。則仍然和普通人民一樣待遇。

(九)我國刑法的沿革 中國刑法發達得最早。自黃帝以兵定天下。至唐虞卽有刑制。尙書舜典中說。「象以典刑。流宥五刑。鞭作官刑。扑作教刑。金作贖刑。眚災肆赦。怙終賊刑。」從這幾句話可以看出古代刑法的概要。到了戰國魏文侯的時代。魏文侯師李悝作了法經六篇。算是刑法有了專書。六篇當中多半是完全講刑法的。(盜法。賊法。捕法。囚法。雜法。具法共六篇)直到秦漢。都是把這六篇作根據的。以後一代一代傳下去。增補極多。其主義大致相同。在全世界中也成立了一個中華法系。到清朝末年。延聘日本學者來京講學。才把歷代相承的舊刑法大加改變。成立了一部新刑法草案。宣統二年已經奏定。還未施行。民國元年三月十日依據臨時參議院的議決案。用臨時大總統的名義把這部新刑法公布施行。叫做「中華民國暫行新刑律」。民國四年又增加一種刑律補充條例。這算是我國的

一種最新的刑法。民國十七年三月十日國民政府又制定一部刑法。叫做「中華民國刑法」。在同年九月一日已經施行了。這就是現在我們所講的刑法了。以下即在本論中講述。

本論

第一章 法例

第一節 法例的意義

法例係規定關於法律的適用問題。即係對於法律的適用時與適用人適用地的等等問題。加以一種切實的規定。以免適用的時候漫無標準。致啓爭端。我國現行刑法第一章就是法例。裏面便是規定這種問題。當中有關於時的。如第一條及第二條所規定者是。有關於地的。如第三條第四條所規定者是。有關於人的。如第五條第六條第七條所規定者是。此外第八條對於在外國已經受過裁判的同一行為。能否再行裁判。加以規定。第九條對於其他法令之定有刑名者。能否援用本法。亦有明白的規定。皆屬於法例範圍。茲依其內容分節說明於後。

第二節 關於適用時的規定

關於時的適用規定。就是緒論上面所說的關於時的效力的問題。這種問題。若從分析的觀察。一個是現行刑法在何時纔能適用。在何時纔不適用。的問題。一個是新舊刑法交替時。現行刑法的如何適用的問題。我現行刑法。亦是依照一般的通例。要到達本法施行的日期（現行刑法係民國十七年三月十日公布九月一日施行）纔有適用的效力。換一方面說。一經到達本法的施行日期以後。就必然的要適用本法了。其適用力的消失時期。亦與一般法律的普通原則無異。或因本法的廢止。或因續有特別法的規定。依後法優於前法。或特別法優於普通法的通例。而消失其適用力了。第二個問題。查我現行刑法第一條上說。「行爲時之法律。無明文科以刑罰者。其行爲不爲罪。」第二條上說。「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。」

上面寫的第一條當中。含有兩種意義。第一種的意義。就是學說上所稱爲不遑及既往的原則。第二種意義。則不是關於新舊法的適用問題。是說在本法上所認爲犯罪的。亦要本法上有科以刑罰的明文者爲限的意思。這就是學說上所稱爲法定主義的意義。又上面寫的第二條。就是學說上所稱爲從新主義的。又是第一條第一種意義的例外的原則。是因新舊交替時。須要有個過渡辦法而設的。這

第一條與第二條是互相連鎖的。假若現行刑法施行以前的行爲。其行爲當時的刑法。無明文科以刑罰者。則因有第一條的規定。在此場合。縱然現行刑法上。認該行爲爲有罪。亦不能適用第二條依裁判當時法律的規定。遂致遡及的認爲有罪的了。例如現行刑法第一百六十二條的犯罪行爲。在暫行刑律上。是無科刑明文的。若該項行爲。是在暫行刑律有效時期發生的。審理時爲現行刑法已實施的時期。是當適用第一條的規定。認爲無罪。而不能適用第二條的規定。依裁判時之法律。所以第二條的適用例。因有第一條的連鎖。就成爲有限制的了。

第二條的適用例。究竟是若何的範圍。依上項的說明。就不難明白了。詳細點說。就是假定甲行爲。舊法與現行刑法。皆認爲有罪。但因現行刑法的變更。遂生出輕重不同的差異。例如親屬相爲和姦的罪。暫行刑律同現行刑法。統是認爲有罪的。但是暫行刑律的規定。是「本宗總麻以上之親屬相和姦者。處二等至四等有期徒刑。」現行刑法的規定。已有變更。是「四親等內之宗親相和姦者。處一年以上。七年以下有期徒刑。」前者最高的主刑。爲十年未滿。後者最高的主刑。爲七年以下。就生有輕重的差異了。若遇有這種和姦的事實。其和姦的當時。在民國十七年的八月以前（暫行刑律有效時期）而審理時在同年九月以後（已在現行刑法有效時期）在這種場合。因爲犯罪時的法律。較裁判時

的法律爲重。就當適用現行刑法第二條前半的規定。適用裁判當時的法律。現行刑法所以有如是的规定。亦是有個一定的理由的。

(1) 現行刑法。是採從輕主義的。本法的明文。既是較輕。自不能遯及舊律較重之部分。

(2) 現行刑法。是採從新主義爲原則的。除有第二條但書規定的情形以外。既有變更的規定。則暫行刑律遂因現行刑法的規定而無效。裁判官只能適用裁判當時有效的新規。而無適用暫行律的權能。這兩個理由。就是第二條前半的根據。這是關於第二條前半的適用一個例。

又有第二個例。比如姦淫未滿十六歲的女子。暫行刑律同現行刑法。亦皆認爲有罪的。假定有姦淫未滿十六歲的有夫之婦的行爲。依暫行刑律。當以普通和姦論罪。依現行刑法變更的規定。就成爲強姦罪了。依暫行刑律和姦罪的科刑明文。最高亦僅爲三年未滿的四等有期徒刑。依現行刑法強姦罪的科刑明文。則最低主刑亦是七年。遂生有輕重的差異了。若行爲發生在暫行刑律有效時期內。到審理時已在現行刑法施行的時期後。在這種場合。就與第一個例的適用例不同了。因第一個例的輕重的差異。是暫行刑律比現行刑法爲重。第二例是現行刑法比暫行刑律爲重。就當適用第二條但書的規定。適用較輕的刑了。其理由是。

(1) 現行刑法。是不採用絕對的從新主義。以從新爲原則。又以從輕爲補救的。因暫行刑律時代內。應受輕罪的犯人。若因現行刑法的變更。卽科以加重的刑。則與暫行刑律時代內受輕刑的同種類犯人相比較。未免有不公平的缺恨。

(2) 刑法的對象。爲犯人的反社會性。暫行刑律立法的時候。亦是根據當時社會的觀念。犯人在暫行刑律時代所犯的事實。既是該律所認爲較輕的罪。可知犯人的反社會性。換句話說。就是犯人在行爲當時。對於該事的認識和觀念。亦不是具有加重的惡性的。就刑事政策上說。亦不是必要科以加重的刑的。若採極端的從新主義。反足生出不公平的流弊。這兩個理由。就是第二條後半的規定的根據。以上是第二條適用例(A)項的說法。又假如乙行爲。若在暫行刑律有效時期已實行。連續到現行刑法已施行的時期內尙未終了。若在現行刑法期內始發覺。則審判時亦當依第二條的適用例。關於這個問題的理由。日本泉二博士。曾有下列的說法。連續犯跨過兩法的時代。他的行爲。是有一部分在舊法時期。一部分又在新時期的。成了一個可以分割的一行爲。這種可以分割的行爲。在法律的說法。只能認爲一個行爲。所以祇能處一個罪。若將這一個罪看作全部分是在舊法之下所犯的。就可適用比較從輕的法文。若將全部分看作是在新法之下所犯的。就當完全適用新法。然正當理由。就是依

新法優於舊法的道理。以適用新法爲宜。以上是泉二博士所說的。但有應說明的。因爲日本刑法的法例。於新舊法律有變更的場合。僅有比較的適用其輕的規定。與我現行刑法的但書略同。因缺少如我現行刑法第二條前半的規定。所以就得多費學者的議論了。依我現行刑法第二條的規定。對於這個連續犯的問題。其解決的。較泉二博士所說的。則尤爲圓滿。但參照泉二博士的論旨。更足以顯現我現行刑法第二條的價值。爲十分具有理性的。這是我介紹這學說的意思。以上是第二條適用例乙項的說法。該條適用例的範圍。大約不出乎甲乙的兩大類事件的性質也。

說到這裏。又有要注意的幾點。和要解決的幾個問題。這亦是關於現行刑法第二條的適用事項。及同條但書範圍內輕重比較的事項的。所要注意的幾點。就是

(1) 適用第二條的事實。是要暫行刑律與現行刑法同認爲有罪的。這同爲有罪的事實。又要在舊法時代的裁判尙未確定。纔能用得着第二條的法例。裁判確定的說法。不是判決終了的意思。是判決已經過上訴期間。或已經過終審。或自己有捨棄上訴的表示。及無其他方法可以使本案得再受裁判的場合。纔算是審判的確定。所以若具有上述審判確定的性質。就無適用第二條的餘地了。反之則無論在第二審或在第三審的繫屬中。除第一條的情形以外的事件。均當有適用第二條的必要。這可查

着最高法院第一七三號的解釋。他下面這樣說。「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。」即是一個例證。

(2) 適用第二條的事實。必是犯罪當時法律所定的公訴時效未完成的。若這項的公訴的時效已滿了以後的事件。則再無適用第二條的餘地了。這可查司法院院字第二八條的解釋所說的。「刑法施行前之犯罪。於刑法施行時。其起訴權未因刑律（即暫行刑律）所定時效期限消滅者。自應適用刑法之規定。若已消滅。即不得改用刑法計算。」即是這個意義。

(3) 新舊刑法輕重的比較的方法。是先從其最高主刑比較。以定其輕重。若最高主刑是兩相等的。再從兩個最低的主刑來比較。以定其輕重。這可查看最高法院解字第二三九號解釋。「舊刑律與新刑法比較自由刑之輕重。應先就其最重主刑之刑期比較。若相等者。乃就其最輕之刑相較。故輕微傷害罪之刑。仍以新刑法爲重。」就是這個說法。

此外尚有兩個解釋。是讀者所當要知道的。(1) 比較新舊刑法的輕重。應減免其刑者。較得減免其刑者爲輕。(2) 比較新舊刑法未遂罪刑的輕重。應以依現行刑法得減二分之一以後。與依暫行刑律得減二等後較其重輕。（參照最高法院解字二四一號）

以上是應當注意的幾個要件。還有應當解決的幾個問題。亦是比較新舊刑法輕重的標準問題。

(甲)設如一個科罰行為。依暫行刑律的罪名是拘役。依現行刑法的罪名是罰金。其輕重的標準若何。

(乙)若一個行為。因公訴時效的變更。而生出刑法實際的差異。再詳細點說。假若一個行為。依暫行刑律的刑罰則較重。而公訴時效較短。依現行刑法的刑罰是較輕。而公訴時效則較長。在此場合。若依暫行刑律的時效計算。則刑雖較重。而公訴時效已不存。依現行刑法的時效計算。則刑雖較輕。而公訴時效尚未滿。這麼一比較。前者較重之刑。實際上已不科罰。後者較輕之刑。實際上尙當處刑。在此場合。其輕重的標準若何。(丙)假若一個連續犯行為。由前清時跨至現行刑法已經施行的時期。其行為尙未終了。(例如姦罪及第一百四十三條第一第二項的罪)中間經過暫行刑律的變更。又有現行刑法的變更。其比較的標準若何。上面這三個問題。不是絕無的事。所以有解決的必要。依吾人的意見。甲問題當以拘役的性質爲重。罰金的性質爲輕。乙問題可不適用輕重問題爲比較。當適用司法院院字第二八號的解釋。但是這從暫行刑律與現行刑法上現有的事象說。因暫行刑律的公訴時效是較短的。現行刑法的公訴時效是較長的。若從學理上說。假定前法的公訴時效是較長的。而所規定的罪刑是較輕的。後法公訴的時效是較短的。而所規定的罪刑是較重的。在這種場合。則似當依現行刑法所採

用從輕的意旨。爲推理的解釋。認後法在實際上較前法爲輕。至丙問題關於連續犯的行爲。有兩項的解說。一說謂例如丙例中所云普通和姦的行爲。其在前清時的一部分。是已因時效的問題而消滅了。所以已不有輕重的比較問題。僅丙例中所舉本法第一四三條第一第二兩項的行爲。爲能成立輕重的比較問題。然從正當的說法。則所謂普通的和姦行爲。爲不能成立比較問題的理由。是不對的。因爲連續犯的性质。在法理上只能認爲一個行爲。不能分割爲數部分的行爲。且公訴時效的起算法。是從犯罪成立時起算的。公訴時效上所謂犯罪成立的意義。在法理上當在犯罪終了以後。若一個行爲。尚在綿延未終了的時候。不能算是公訴時效的法文上所云成立的意義。所以第二項的解說。在連續犯跨在法律屢經變更的時期。無論何種的罪。亦不能適用公訴時效的計算。

故無論何種的罪。通有輕重比較的問題。但第二項的解說當中。亦有兩項的解說。(A)說謂當以最初實行時的法律。與裁判當時的法律比較其刑之輕重。中間的法律。無比較的必要的。(B)說謂刑法既採從輕主義。則中間的法律若更較輕時。仍可適用中間法律的較輕之刑。如日本泉二博士。係主張此說的。我的意見。亦以(B)說爲對的。

第三節 關於適用地與人的規定

概括的說。刑法的對象是犯罪。故刑法的適用的目標。就是犯罪的人。這是未加以分析的說法。大凡犯罪的場所。有國境內國境外的不同。犯罪的人類。有內國籍外國籍的不同。因此遂生出刑法的適用問題。對於這問題的各種主義的說法。在緒論中已說明了。但是在我國的現行刑法是採用折衷主義的。所以我現行刑法第三條第一項說。「本法於凡在民國領域內犯罪者適用之。」第二項說。「本法於凡在民國領域外之民國船艦內犯罪者。亦適用之。」又第四條說。「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。」第五條說。「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。

第六條說。「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。

第七條說。「本法於民國人民在民國領域外。犯前二條以外之罪。具備左列情形者適用之。」

一 所犯之罪。其最輕本刑爲有期徒刑以上者。

二 犯罪地之法律以爲罪者。

三 犯人在外國未受無罪之確定裁判。或雖受有罪之確定裁判。而其刑未經執行完畢或免除者。

前項之規定。於在民國領域外。對於民國人民犯罪之外國人準用之。」

第八條。「除前條之規定外。同一行爲。雖經外國確定裁判。仍得依本法處罰。但在外國已受刑之執行或經免除者。減輕或免除本法之刑。」

上面所寫的自第三條至第八條的法文。是我現行刑法關於地與人的適用例。現於說明該各條法文意義的前面。對於這項的立法例。有要說明的幾句話。關於地與人的適用例當中。有涉及外國的事項。說者謂恐有侵害外國的法權的嫌疑。這種說法。與說刑法當中涉及外國事項的規定。可稱爲國際刑法的說法。基於同一見解的錯誤。國際的意義。就是國家與國家間的意義。規定國家與國家間法律。就可稱國際法。規定本國刑法的涉外事項。並不是規定國家與國家間的刑法。是不能稱爲國際刑法的。同一理由。本國刑法關於涉外事項的規定。既不是國際刑法的性質。即不是有拘束外國國法的性質。所以各國的通例。皆有如是的規定。皆認爲不是侵害外國的法權的。這句話已經說明。統可釋明我現行刑法第三條到第八條當中的意義了。

(一) **民國領域內的犯罪** 凡在民國領域內。犯有本法上所認爲犯罪的行爲。不論其行爲者爲民國籍的人。或非民國籍的人。通以實用本法爲原則（第三條第一項）這原則與所謂屬地主義是一致的。其與屬地主義相異的地方。就是本條亦能適用於在民國領域內的外國人的一點。民國領域的意義。凡是民國的領土。領海。領空。都是包括在內的。但在民國領域內的外國人於適用法例上尙不能不有一個例外。如在民國內的公使同公使館。并公使館內的從屬。又取得國民政府的承諾。來駐在

民國領域內的軍隊團體。或軍艦內。及外國的元首。因旅行而滯留在民國領域內的。依國際公共的慣例。是有不可侵權的。所以在本法第三條第一項的例外。但是又有要知道的一點。上面所說的公使館。軍艦。軍隊團體等。因雖有不可侵權而立於第三條第一項的例外。然不能不謂為是在民國的領域內。因公使館。軍艦。軍隊團體，不能視為外國的領域。（有人說軍艦為其國領土的延長。此說經各學者所非難。已不成立）所以若公使館的人員。軍艦內或軍隊團體內的人員。遇有本法所認為犯罪的行為。除係基於本人的身分有不可侵權者（如外國元首。公使。及其他有同樣身分的人）以外的人。若離開使館。軍艦。軍隊團體。到了以外的地方。仍得適用第三條第一項的規定。將其拘捕而施以刑罰的。這一層亦是讀者所當要知道的。

（二）準民國領域內的犯罪 民國領域內的犯罪。是以在民國所領有的陸海空的場所為原則。然有非在民國所領有的陸海空場所犯罪。如在民國領域外的民國船艦內犯罪。亦得視為在民國領域內的犯罪（第三條第二項）又在民國軍隊的占領地域。無論占領地是中國或外國所領。在該地域內的民國人。及從軍的外國人。并俘虜。遇有犯罪的行為。仍準作在民國領域內的犯罪（陸海空軍刑法第四條）即亦可適用第三條的規定。這兩種法例。不是民國的法律上所創設的。各國的通例。亦

大抵皆然。所以已成爲世界刑法例的一種原則。

(三) 民國領域外的犯罪 依上面的說明。關於民國領域內的犯罪。除二三者的特殊例外。於我刑法的適用上。是無限制的。至關於在民國領域外的犯罪。從前面所寫的法例觀察。是不能不有制限的了。因爲我現行刑法。是採折衷制的。凡在我國國境以外的犯罪行爲。是僅爲維持國家的秩序之必要範圍內。認爲有適用我國刑法的必要。這項必要的範圍的標準。從本法的條文上歸納起來。(1)是在民國國境以外的犯罪。須要犯罪人具有民國國法上的身分的人。纔依民國的現行刑法處治。其無民國國法上的身分者。則一律放置不問。第六條的規定。就是這種意義。這在學說上稱爲身分主義。(2)是在民國國境以外的犯罪。其被害的法益。屬於民國的。或屬於民國的人民的。爲保護國家及人民的法益。於必要的情形。認爲要適用民國的現行刑法。若被害的法益。非關民國及民國的人民。亦一概置之不問。第五條及第七條第二項就是這種意義。這是學說上所稱爲保護主義的。又稱爲實質主義的。第四條是解釋第三條第一項的範圍。第八條是關於裁判的手續。再分析的說。第三條第五條的犯罪人。是不論爲民國人與外國人的。第六條是以公務員爲限。若不是民國的公務員。則雖是中國人。亦不適用該條。若是民國的公務員。則雖是外國人。亦要適用該條。第七條是以民國人民爲限。同條第二項是

以外國人侵害民國人民爲限。又第三條第一項。是包括外國人在民國犯罪得適用本法的規定。第五條第六條是包括外國人在外國犯罪。得適用本法的規定。第七條第二項是單規定外國人在外國犯罪的場合。以上說明的。就是現行刑法。關於地與人的適用例的大概意旨。

民國領域內的刑法適用法。與民國領域外的刑法適用法。因有對內性與涉外性的不同。所以對內的刑法的適用事項。是包括刑法的全體的。涉外的刑法的適用事項。是用列舉式的。因有這種原因的結果。所以關於第五條至第七條之有適用力的法律。以現行刑法爲限。凡各種載有刑名的他種刑罰法令。是無因該各條而有適用之餘地的。若他種刑罰法令亦有適用於國外犯罪之必要的場合。則非更有特設之明文規定不可（如海陸空刑法第三條）這亦是讀者應當明瞭的一點。再有當注意的一點。如第七條的犯罪人及同條第二項的被害人。是含有身分主義的。所以這項犯罪人及被害人的。如於犯罪及被害的當時。及受裁判的當時。有國籍的變更者。則該條亦有不能適用的場合。這種場合的例。一是第七條第一項的犯罪人。若於犯罪後即依法成爲外國籍的人民。則於被害人爲外國人的場合時（本條第一項的被害人。民國人及外國人均包括在內）則不能適用該條的規定了。一是第七條第二項。被害人於被害後即依法成爲外國籍的人民時。亦不能準用本條的規定了。

有許多國關於國外犯罪的刑法適用例。尚有一定的準則。或要是犯罪地的國家亦認爲有罪的事項。方能適用國內法所規定的適用例。或要是犯罪地的國家的刑罰。（對於同一行爲的刑罰）比較國內爲輕時。方能適用國內法所規定的適用例。這種有限制的通則。我現行刑法。除第七條第一項有規定外。其他各條。均不採用這種限制的通則。所以依第八條的規定。雖犯罪人在外國已受了確定的裁判時。仍得依本法處罰。至同條的但書所規定。於在外國已受刑的執行或免除者。應爲減輕或不過免除的處置而已。非因在外國已受刑的執行或免除的原因。遂有限制本法的適用之力也。外國的立法例當中。對於在國外已受確定裁判的。國內就再不能處罰。或雖能處罰。然必加有許多的限制。亦是拘拘於一事不再理的原則的原因。究之所謂一事不再理的原則的真正意義。係指同一事項。在同一刑罰權之下。不能再理。國外的刑罰權。是不能與國內的刑罰權。作爲同一看待的。因國外的裁判。在國內祇當作一種事實。不當視爲一種有效力的法定裁判。自不當認爲有拘束國內的裁判的效力的。所以現行刑法第八條的但書。不是追認外國的刑罰權的。

近世歐美各國及日本國的刑法。其對國外犯罪的適用例。大體上亦與我現行刑法的主旨相同。然亦有持反對的論調者。說這種對國外的適用例。不啻一紙空文。世界的各國。莫不有其領土內的法

權。即莫不有保全其領土內秩序的刑法。若欲將我國的刑法。適用到外國的領域去。無論有無制限。要知外國不能容許我國的刑法效力。侵入到外國的領域。亦猶之我國不能容許外國的刑法效力。侵入到我國的領域。所以此種對國外的本國刑法適用例。在實際上誠屬適用的不可能。爲保全國家法律的威信計。自當避免其不可能的事實。此說雖似近理。然其對於刑法上涉外的規定。實具有根本上的誤解。其實。刑法上對於涉外事件的規定。并不是將本國的刑法。拿到外國的領域內去施行。是對於在國外的侵害本國法益的行爲。可以由本國內依據本國的刑法而有處治的權能。若如反對者的說法。是將這種的涉外規定。與領事裁判權的性質。混而爲一。所以有這種的論調。但是對於在國外犯罪的人。有適用本國刑法的必要時。於執行上有些困難。這是事實上所必不能免的。然亦不是全無執行的方法。如請求引渡。如外國籍的犯人自來本國時。如本國籍的犯人。自回本國時。則尙不至毫無執行的可能。若法律上因防免執行的困難。遂根本的取消刑法上涉外的規定。則遇有可以執行的機會。亦惟有坐視不能過問。其威信損失的程度。更不可以尋常計了。反對者對於涉外法例的批評。是和所謂因噎廢食一樣。刑法上對於涉外法例的規定。乃是思患預防的性質。

上面所說的犯人引渡。就是因爲一個國的領土。只有一個統治權。所以一個國的領土以內。不能

有其他的權力來行動。換一方面說。他一個國的領域以內。亦同樣的不能容許我國去直接行使其權力的。所以一個國家的權力行動。只能遍及本國的領域以內。而不能到別國的領域內去行動。這是一定的原則。假若遇有上面所說的國外犯罪的人。居留在外國的場合。或是國內的犯罪人。逃亡到外國的場合。基於上述的原則。事實上就將不能受本國法權的支配。其結果遂致有損及刑罰權的實效。然這種的情形。亦不是一個國家所獨有的。實為各國所共抱的一種缺憾。因大家要彌補這種缺憾。所以有引渡的制度產生出來。這個制度。就是遇有本國的犯人。（本國的犯人。與本國籍犯人意義不同。本國的犯人。是包括外國人犯本國法的在內）滯留或逃亡在外國時。本國可以請求該犯所在國。將該犯人引渡（交付的意思）到本國來的一種辦法。然讀者要明白。這個犯人引渡辦法。是一種公認的法則。不是一種公訂的法律。所以關於請求引渡的權利。及承應請求引渡的義務。要基於兩國間的條約纔能發生的。若是沒有這項條約。仍不能發生這項權利義務的關係的。關於犯人的引渡。除了要有兩國間條約上所締定的外。在各國的通例上。則不外有下列各項限制。

(1) 不是請求國所管轄的犯罪。不得引渡。

(2) 不是兩國間法律共認為犯罪的。不得引渡。關於這種限制。在各國當中。條約的成例上。尚有要

明白指定引渡罪之種類的。例如日本與美國間的條約。係指明殺人罪。貨幣偽造罪。有價證券偽造變造行使罪。文書偽造變造行使罪。看守自盜。強盜。以犯重罪爲目的而侵入人家宅。并破壞。強姦。放火。殺人。偽證。等罪。及國際間共認的海賊除右所指定的罪外。不得引渡。然在各國一般的成例上。大多數是概括的訂定的。或規定要以若干程度的罪爲限。

(3) 犯人所在國的本國人民。是不能引渡的。(但亦有特別約定得爲引渡者)

(4) 政治犯不得引渡。

(5) 奴隸不得引渡。

(6) 引渡後。受到引渡的國家。只能就請求文書內所指定的事實審判。不能審判所指定以外的事實。若要審判指定以外的事實。非俟指定範圍內的事實。處分完了。該犯人得以自由後。再經過若干時日。該犯人尙在請求國。則請求國可任意再行逮捕審理。所以別於以後的審判。不是由於引渡的。

上面所說的引渡的限制條件。到底是何種的意義。與何種的理由。現在約略說明在下面。

(1) 項管轄的意義。是指請求國的法權上所能管轄的。例如我現行刑法上第三條到第七條所規定的刑法適用的範圍內。卽是我國法權上所能管轄的犯罪。請求國若對於該項犯罪無管轄的權。卽

當然無審判的權。所以被請求國即無承認引渡的可能。

(2)項的意義。在請求國的法律上爲無罪的行爲。是當然的不能發生引渡的原因。若其事項單是請求國的法律所認爲有罪。而被請求國的法律不認爲罪者。是該項犯罪人。在被請求國內。是認爲無罪的人。國家不能因他國法律所拘束。而引渡本國所認爲無罪的人。

(3)項的意義。是自己本國的人民。當然要受本國法律的支配。無交付到他國受裁判的理由。所以各國間。對於本國人民。均以不引渡爲原則。然亦間有引渡的例外者。自以另有兩國互訂的特殊條約爲限。

(4)項政治犯的意義。即是普通所稱爲國事犯的。其犯罪的行爲。係以改良政治爲目的。而發生破壞現政府的行爲。在各國間對於這項行爲。公認爲不能引渡的理由。亦有許多的說法。一種說法。謂政治犯非是對於國家的犯罪。乃對於政府犯罪。因爲看到現在的政府不良。遂起而謀改善的方法。其意思并不是加危害於社會的。而是爲社會謀幸福的。所以政治犯非各國的公敵。故各國無引渡的必要。又一種的說法。亦是基於第一種的理由。謂政治犯係以高尚的思想而犯罪的。其行爲非卑劣的惡性可比。且請求國的政府。對於此種的犯人。其仇視的意念甚深。其處罰必不公平。爲維持公理及人道起

見。若各國對於此種犯人而亦引渡。實爲國家的無正誼無人道的可羞恥的一件事情。又一種的說法。謂政治犯的不引渡。其初係比利時所倡導。該國在一八三三年就定爲法律。由此遂成爲國際上的通例。所以此種原則的根據。與其從學理上求之。實不能得完滿的理由。毋寧謂爲是歷史上一種慣例。以上的種種說法。各有不同。我則說犯罪人引渡的義務。是國家與國家的交際上一種互助的性質。非對於其國家的政府的義務。蓋政府不過是國家一國代表者。政治犯係以改良國家的代表者爲國的。故爲國家代表的政府。雖然認以爲罪。然究非對於國家的本身犯罪。且一國到了應當改良時代。若無政治犯者起而提倡改革。則其國將永無改良和進步的希望。基於上兩種理由。所以對於政治犯。當然以不引渡爲原則。但是若對於國家的元首。有加害其身體上或生命上的罪。及殺害官吏或人民的罪。雖有政治上的原因。在各國的通說上。多有不承認爲政治犯的範圍。而視爲普通罪的範圍內的。自一八五六年以來。白耳義的法律。訂明關於加害元首的生命或身體的犯罪。不在政治犯的範圍內。以後多數國的條約。如德國與各國間的條約。日本與俄國的條約。均係依據該項立法例的傾向。然而實際上各國亦多有不實行的。

(5)項的意義。是爲維持人道起見。

(6)項的意義。是防止被引渡人受別種不合於引渡條件的影響。以上就是限制引渡各條件的大概意義和理由也。

第四節 總則對於其他法令的適用問題

刑法總則爲規定刑法的共同法則。前面業已說明。所以刑法總則對於刑法分則。其適用的效力。是不成爲問題。所成爲問題的。是刑法總則的效力。能否適用到其他的定有刑名的法令上。(例如陸海空軍刑法。危害民國緊急治罪法等。并其他附有刑名的法令甚多)依現行刑法的規定。除各特別法中有特別規定的法則外。其各特別法所未規定的法則。仍要適用刑法總則所規定的。因刑法總則的性質。是關於刑罰一切的共通法則。所以除特別法自有規定。要依特別法優於普通法的原則外。其餘都是要適用普通刑法的總則的。

第二章 文例

第一節 文例之意義

文例的解說。卽是法律文字的用例。又可說是法律用語的定例。因法律的意思。是藉文字來表現。所以文字的要義。卽是法律表現意思的工具。這不單是刑法爲然。各種的法令。亦莫不皆然。但是本章所說的文例。是單指關於刑法的語例。

大凡法律上的用語。單就他的形式上解說。每多有曖昧難明的地方。因文字之意義。是可活用的。法律的意義。是固定的。例如稱以上或以下的語法。就他的普通形式上來解說。就說以上以下是連本位計算的固可。說以上以下是除掉了本位計算。亦不能說是不通。法律上關於這類可活看的用語。實不少見。解釋起來。最容易令人生模稜兩可之感想。尤其是這種語意的界限。關係法律意義的出入很大。

又凡法令上的用語。是隨時代的變遷。而含義亦有多少的變易的。例如親屬內的用語。在遼清時代的含義。到民國暫行律的時代。已有多少的不同了。到現行刑法（本法）的時代。又有多少的不同了。在最新的民法親屬編的當中。那就更如圓之與方。矛之與盾了。但是與法律的意義出入上。亦是有很大的關係的。

從以上的論結。是凡一種法的用語。比較普通用例。當要更有一層精確的界說。在語法的全體內。所表示同一的觀念。即當用同一的語句。方可從同一的語句。以明瞭其同一的觀念。免令用法者得隨意自爲解說。致失了法律的本意。所以法律文字的用例。必須要用法文來規定。以昭畫一而明真象。這就是刑法上所以要有本章的意思。

本章的立法例。在各國的立法例當中。多係把一二的重要用語。解釋在各條文當中。很是簡略而不完備的。只有那威同荷蘭的刑法上。沒有專章。又係列在總則之最後。我國從前的暫行律。亦有文例的專章。亦是放在較後的。要知道文例的關係。不但於分則各本條。要拿來作解釋的標準。就是總則當中。亦有用來作解釋標準的關係的。在刑法上除了法例的重要外。要算是文例最爲重要。所以現行刑法。特把文例次於法例而居於第二位置。可說是比各國的刑法。其系統和義例。尤較精審一點。這亦

不是自誇。

第二節 刑法之用語

刑法上的用語。有語義之統一和固定的必要者。可分作四種。一是關於數量的計算。二是關於身分的名稱。三是關於公務的。四是關於傷害的。這都是關於罪刑的出入上。有重大關係。所以必要指示一種定義出來。用作讀法者及司法者的標準。茲將這幾種語義的標準。分別說明在下面。

(1) 關於數量的計算

第十條 稱以上以下以內者。俱連本數或本刑計算。

一般的習慣上。每多於同一系屬的數目。併用以上以下的語句來表示者。例如稱百元以上。同時又稱百元以下。則百元的整數。到底在以上的數內。抑或是在以下的數內。就有些模糊不清了。又有一般的解釋習慣。每多以百元以上的數目。解為最少必在一百零一元。百元以下的數目。解為最多必止於九十九元。則百元的整數。究在何種位置。亦弄得糊塗不清了。即行文上亦多有不加注意。弄得爭議不清的。依法律上的定例。則稱以上以下者。均當連本數計算。有這一個定例。而無意義的

紛爭。從此可杜絕了。則知若最多的數只有九十九元。必不可稱爲百元以下。只可稱爲百元未滿。若最少的數必有百零一元。必不可稱爲百元以上。只可稱爲超過百元。就不致弄得混淆不清。例如刑法第三三八條。規定結夥三人以上。而犯竊盜罪者。爲竊盜罪加重行爲。則當解爲而竊盜的結夥達到三人的數目。就成爲加重行爲。而不能解爲三人以上之最少人數必爲四人。方能構成加重行爲也。反之若爲一人或二人的結夥。則不構成加重行爲。然對於一人或二人結夥的行爲。不能加重。不能稱爲結夥三人以下的行爲不能加重。只可稱爲結夥未滿三人的行爲。不能加重也。又例如刑法第九三條規定假釋條件。無期徒刑逾十年後。有期徒刑逾二分之一以後。纔得許假釋。則當解釋爲無期徒刑。至少要到了十年零一日。有期徒刑。至少要到了超過半數的成分。而不能說是無期徒刑。要到了十年以上。有期徒刑。要到了二分之一以上。這是數系的稱謂上。必當注意的。至以內的計算例。就可依此類推的了。

(2) 關於身分的名稱 現行刑法當中。關於身分的關係。分爲親屬。與尊親屬。尊親屬當中。又分爲直系尊親屬。與旁系尊親屬。這三種分類的關係。在規定尊親屬身分時。大抵以加害尊親屬。爲加重刑責的原因。在規定親屬身分時。大抵以親屬身分。爲告訴權。或減免刑責的原因。所以親屬與尊親屬的

分別。在刑法上實有重大的關係。同重大的實益。要知道何者是刑法上所指的親屬。何者是刑法上所指的直系尊親屬。何者是刑法上所指的旁系尊親屬。則現行刑法所規定的如左。

第十一條 稱親屬者。謂左列各親。

一 夫妻。

二 四親等內之宗親。

三 三親等內之外親。

四 二親等內之妻親。

第十四條 稱直系尊親屬者。謂左列各親。

一 父母。

二 祖父母。曾祖父母。高祖父母。及高祖以上祖父母。

三 外祖父母。

爲人後者。於本生直系尊親屬。仍以直系尊親屬論。

第十五條 稱旁系尊親屬者。謂左列各親。

一 胞伯叔祖父母。胞伯叔父母。及在室胞姑。

二 母之胞兄弟姊妹。

三 胞兄及在室胞姊。

第十六條 夫於妻之父母及祖父母。以旁系尊親屬論。

妻於夫之父母及祖父母同。

依上開的規定。刑法上所定的親屬關係。除夫妻外。宗親以四親等爲限。外親以三親等爲限。妻親以二親等爲限。以外的人。則皆不在親屬的範圍內。又刑法上所定的尊親屬身分。宗親則可追溯到始祖。祖。通是己身的直系尊親屬。外親則以祖父母爲限。旁系尊親屬的身分。宗親至胞伯叔祖父母爲限。胞姑則以在室爲限。外親則以母之胞兄弟姊妹爲限。又父之胞姊妹。與自己的胞姊。均以在室爲限。則有旁系尊親屬的身分。母之胞姊妹。則不以在室爲限。均有旁系尊親屬的身分。夫於妻親。及妻於夫親。均以祖父母爲限。再溯而上之。則不有旁系尊親屬的關係。又妻於夫親。單有旁系尊親屬的關係。無直系。的關係。夫於妻親。則有二親等內的親屬關係。以上均是刑法上的親屬和尊親屬的範圍。推解立法的目的。不離乎古訓所謂親親之殺的意義。情誼的關係較遠的。則身分的關係亦較輕。雖其中亦不無可

爲學理上的批論的地方。如胞姑姑姊之限於在室。母的姊妹不限於在室。妻於夫親單有尊親屬的關係各點。學者間尙不無議論。(註)然我現行刑法的關於親屬的規定。在民法第四編公布以前。現在民法的新親屬法。業已公布。將來必尙有一番的修正。以符民刑兩法相符合的旨趣。在未修正以前。則不能不遵循上述的法例。以作刑法上關於親屬用語的準則也。

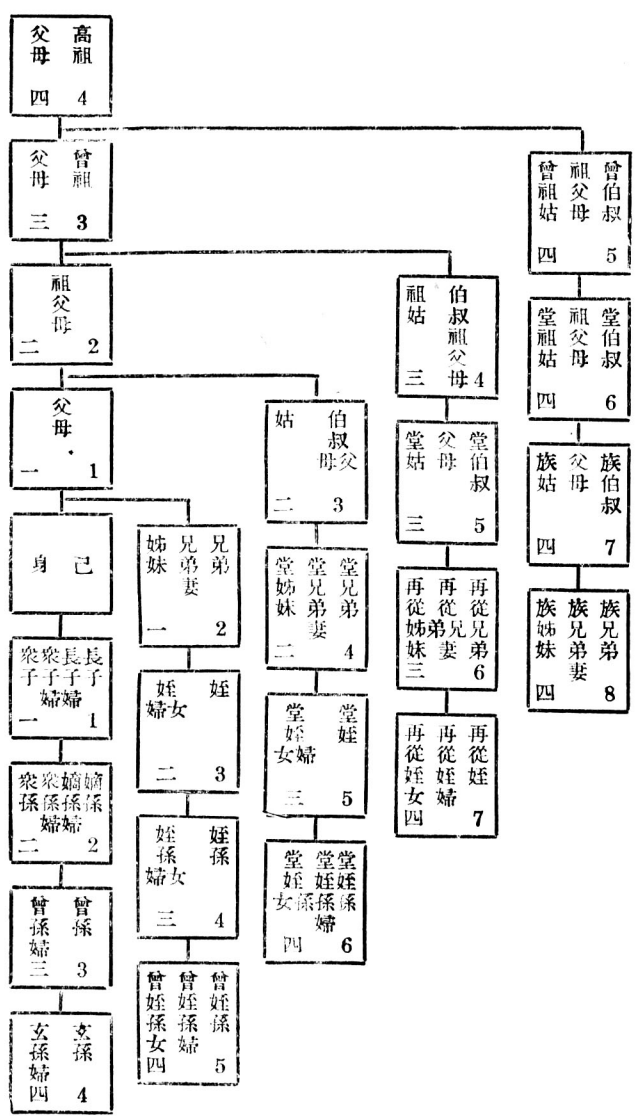
(註) 司法院解釋云。夫之四親等內宗親。應視爲妻之親屬。十八年院字二二號。

我國從來的親屬範圍。向係以服制爲標準的。所以舊律及暫行律。關於親屬身分的關係。通是依服制圖爲根據。新刑法以服制圖的期功緦麻。等差昭然。細密是有餘的。然繁複亦未免太甚。加之近日的刑法制度。已日趨於平等的主義。男性和女性。在刑法上的關係。固屬以平等爲原則。卽親屬當中。除尊親屬外。其餘的親屬。在刑事上的責任。亦均是同等的。與服制上的細分等差。絕不相侔。各國的立法。對於親屬身分的關係。通是以親等的計算爲標準。法簡而又容易明瞭。所以我現行刑法。則以服制的區別。讓諸禮制去規定。而刑法上的親屬關係。則改用親等計算法。

親等的計算法。向有兩種。一是羅馬法的計算法。一是寺院法的計算法。羅馬法的計算法。在計算直系親的場合。是依親屬間世數而定親等。世代的數目。是與親等的數目相合的。例如親子間爲一世。

則爲一親等。祖父與孫之間爲二世。則爲二親等。高曾祖父母與曾元孫之間的計數。亦以是爲準。至計算旁系親的方法。是由旁系親的一方。追數到同源的始祖。再由同源的始祖。更下數至他方。合算其世數以定親等。例如兄弟姊妹間親等。先從一方數到其同源的父母。作爲一等。更從父母下數到他方。又加一等。所以兄弟姊妹間的親等。爲二親等的旁系親。又如伯叔與姪的親等。先從姪方數到其父母。作爲一等。原來姪的父母。與姪的伯叔爲二親等。所以伯叔與姪的世數。合算起來。則爲旁系親的三親等。依此遞推。如從兄弟姊妹。則爲四親等的旁系親。再從兄弟姊妹。則爲六親等的旁系親。其餘均依此類推而可知了。又寺院法的計算法。他的直系親親等算法。亦與羅馬法同。至旁系親的計算法。是不合算雙方的世數。單算較多世數一方面的世數。以定親等。其法是從同源始祖下數到旁系親的各方。其世數若係雙方相等的。則無論從何方均同。若雙方的世數不相等的。則從其世數的多者。如兄弟姊妹間。從其同源的父母起算。無論何方。均是一世。則單依任何一方的世數。定爲一親等的旁系親。至伯叔與姪間。從其同源的祖父起。下算到伯叔爲一世。下算到姪爲二世。則從其多者。定爲二親等的旁系親。從兄弟姊妹。亦是二親等的旁系親。其餘依此類推。亦可知了。茲附列羅馬法與寺院法的親等計算法比較圖在後面。讀者按圖探索。就能明白他的算法了。

附羅馬法與寺院法觀等計算比較圖
圖中中國數字。表示寺院法親等。羅馬數字。表示羅馬法親等。



直系親與旁系親的區別。直系親。即是以自己爲標準。上溯自己所從出的直系連絡的親屬。和下溯自己所出的直系連絡親屬。通稱爲直系親。旁系親。是自己的祖若父分衍的旁支親系。即旁系連絡的親屬。通稱爲旁系親。但近時所採用的新法系主義。則直系親是單由宗親的世系連絡而成的親屬。旁系親則合宗親世系的連絡親屬與外姻世系的連絡親屬。統稱爲旁系親。亦是禮所謂上殺下殺旁的意思。親疏的關係愈遠的。即情誼關係愈殺。即刑事責任上身分的關係亦愈殺也。

尊親屬的說法。即是父母。及父母同輩以上的親屬。若子弟以下的親屬。則爲卑親屬。在舊刑律是有尊長同卑幼的規定。現行刑法則無卑幼或卑親屬的名稱。舊刑律所謂尊卑長幼。是不合外姻而單指宗親的。現行刑法的旁系親屬或尊親屬。是合外姻和宗親的。

服制圖的親等制。兩個親屬間。彼此的階級。不必相同。例如子爲父服斬衰三年。而父爲子則爲期功。孫爲祖父服齊衰不杖期。祖爲孫服期功。反之在現在親等計算法。則兩個親屬間。常爲同一的親等。例如親與子爲一親等。子與親亦爲一親等。祖父母與孫爲二親等。孫與祖父母亦爲二親等。服制圖當中。男系親與女系親。其階級常不相同。所謂「內有齊斬。外服皆總」是。現在的親等計算。男系親與女系親的親等。常無二致。例如祖父母爲二親等。外祖父母亦爲二親等。又服制圖當中。妻與夫的階級。是

不相同的。現行親等計算。妻與夫的階級是相同的。這所謂與刑法平等的原則相符。

現行刑法的親等計算法。及直系旁系的定義。是如下所規定的。

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

第十三條 親等之計算。直系親從己身上下數。以一世爲一親等。旁系親從己身或妻數至同源之祖若父。并從所指之親屬。數至同源之祖若父。其世數相同者。以一方之世數定之。世數不相同者。從其多者定之。

依上面條文的解釋。現行刑法的親等計算法。是採用寺院法計算法的。他的採用寺院法的理由。是說中國的直系親。在中國刑法的習慣。向例。由己身上數到高祖。下數到元孫。通以四世爲止。旁系親則族兄弟與再從姪。亦要認其在親屬範圍內。若採羅馬法計算法。則直系親可以四親等爲限。旁系親則要到八親等纔止。反覺到親疏不均。現行刑法雖改用親等法。不用服制圖。究竟所定的親屬範圍。仍不能脫去我國傳統的觀念。所以仍是根據服制圖的。依照這種的親屬範圍精神。所以要採用寺院法計算法爲宜。然現在我民法的第四編（親屬法）已經頒布。已改用羅馬法親等計算法。他的內容關

於親屬的範圍和觀念。與現行刑法上的規定。亦多有不同之點。茲可擇其重要的。約爲說明在下面。

(A) 現行刑法上親系的分類。是宗親。外親。妻親的三種。其世系依男系相連絡的爲宗親。因女系相連絡的爲外親及妻親。民法親屬編親系的分類。爲血親。姻親的兩種。其世系依男或女本身的血統上相連絡者爲血親。依男女相互間的血統相連絡者爲姻親。試將兩種分類比較來說。則刑法上的宗親。與民法的血親相等。刑法上的外親。分析來說。一種是母黨親。一種是出嫁族親。是外親爲女系親。依母。姑。姊。妹。女者而連續的。(註) 外親有服的本止二世。至暫行律加無服的一世。均爲親屬範圍。成爲三世。卽三親等。現行刑法亦同。因外親關係。亦由血族關係而成的。所以不能遽殺。而民法上的姻親。只有三種。一爲血親之配偶。二爲配偶之血親。三爲配偶之血親之配偶。所謂血親者。卽血統的親屬也。血親之配偶者。如兄弟及子的妻。姑姊妹及女的婿是也。照此解釋。則僅含有現行刑法上外親內的出嫁族之一種。其最重要的母常二。在姻親并無位置。已配偶之血親。及配偶之血親之配偶。卽現行刑法上的妻親是也。

(註) 女之子若孫。應列於外親服圖。

(B) 現行刑法上的親系範圍。是單以血統中直系脈絡爲直系親。其旁支的均爲旁系親。所以

外親與妻親。只能稱旁系親。而無稱直系之餘地。而民法的親系範圍。血親中的直系旁系的區分。則相同的。而姻親的親系。則是（一）血親的配偶。從其配偶的親系。（二）配偶的血親。從其與配偶的親系。（三）配偶的血親的配偶。從其與配偶的親系。則直系親的範圍較廣。換言之。即姻親中亦有稱直系親的了。例如妻於夫之父母及祖父母。依現行刑法說。則爲旁系親。依民法的上述第（一）項說。則爲直系親系。例如夫於妻之父母及祖父母。使現行刑法上則爲旁系親。依民法的上述第（二）（三）項說。則爲直系親系。加以親等計算法的採取各異。於親屬的名稱上。更生出多少不同的稱謂了。

（C）現行刑法的親屬觀念。係維護我國古來傳統的宗法主義的。所以關於親等計算。雖不用服制圖。而關於親屬的範圍。則仍是根據服制圖。而并以男系爲主體。如第十一條的第四款。祇有二親等妻親。而略去夫親的規定。原來的草案。在該款下本有或夫親三字。後被刪除。是則解爲夫對於妻親。以二親等爲限。妻對於夫親。爲無限的亦可。解爲妻對於夫親。無親屬的關係亦可。從文理上的正當解釋。則該條本文既云稱親屬者爲左列各親。則左所不列的。當然不稱親屬了。依此爲類推的解釋。則該條第二款的宗親。第三款的外親。可說是單指男系方面的親系而言。第十二條十三條的

「己身」的定義。從該條後半「己身或妻」的文理解起來。則己身是有偏重男系的意味。又第十五條。胞姑及胞姊。以在室者爲限。則女系於不在室後。就由尊親屬而降爲非尊親屬。換一面說。就是親屬上的關係減殺。不與男系同等了。雖在十六條規定。「夫於妻之父母及祖父母。以旁系尊親屬論。妻於夫之父母及祖父母同。」可云是男女平等的表現。但不過是規定夫妻雙方尊親屬的範圍。與第十一條規定親屬範圍的意義不同。至民法的親屬觀念。則完全採取歐化。男系與女系。固是毫無輕重的意味。而宗族觀念的限界。亦較現行刑法上的爲極端開放。實言之。是已脫離了我國古來的傳統觀念了。

以上所說刑法與民法的親屬規定。範圍的不同。又觀念的不同。究竟誰優誰劣。是不能以片言所可解決。且是屬於親屬法論的範圍。但民法係有民法的精神。刑法亦有刑法的目的。民法規定親屬的意思。是明確親屬的系統。刑法規定親屬的意思。係維持國家善良美俗。其關係的內容。是不妨稍異。惟大體的稱謂。是不可不統一的。右所敘述的民法與刑法的比較。不是批評的意思。備將來刑法上關於親屬的範圍及種類。若有修正時。一方面以供讀者研究的一助。一方面尙期望修訂當軸者。於法系的適合當中。仍要於刑法的性質上。及我國固有的淳風厚俗上。與近世文化的新趨勢上。爲

融合適當的斟酌與注意也。

(3)關於公務的 刑法上關於妨害公務的行爲。及公務員自體的不法行爲。均構成獨立的罪刑。所以各本條對於犯罪的構成。多以公務的關係。爲特別條件者。其用意原爲維持公務的安全。同預防公務的不公平。所以關於公務的範圍。在刑法上實有特別的價值。關於公務範圍內的事項。可分爲公務員。公務機關。公務文書。以爲說明。

(A)公務員 刑法上的公務員意義。與行政法上的公務員意義。略有不同。現行刑法關於公務員用語的規定。如左。

第十七條 稱公務員者。謂職官吏員。及其他依法令從事於公務之議員及職員。

依上列的規定。刑法上關於公務員的資格。是官吏。職員。議員。議員之依法令從事於公務者。剖析來說。公務員資格的要件。一爲官吏。議員。職員。二爲依法令從事於公務的。二者不具備。卽不是刑法上所指的公務員。

(一)官吏議員職員

(甲)職官 依國家的組織法上所定的官制。而分擔國家事務。直接具有分擔事務的權

力與義務。皆是職官。但在行政法上。須受有正式任命的形式。纔得稱爲公務員。例如未經部派的法官。尙不能取得行政法令上公務員的資格。而在刑法上則以現實在職官的地位。實行負擔國家的組織法上所定的官制的事務者。卽認爲公務員。不論其具有正式任命的形式與否。例如未經部派的法官。祇要現實在法官的任內。實行法官的職務的。在刑法上仍認爲公務員。反之若僅有職官而無職守。如以前簡任職薦任職存記等項名目。非刑法上所謂的公務員。原來行政法上認定職官的標準。係採形式主義的。刑法上認爲職官的範圍。係採事實主義的。因刑法的目的。是以事實爲對象。

(乙)吏員 依國家法令的組織。間接爲分擔國家的事務。而負有權力與義務的。謂之吏員。如承發吏。執達吏等是。

(丙)議員 議員係民意機關的人員。議員所處理的事務。亦係國家的公務。所以亦得稱爲公務員。但以依國家法令所組織的議會當中的議員。如國會議員。及省府縣會議員。則可稱爲公務員。若各公益機關的評議員。仍不得謂爲公務員。

(丁)其他的職員 所謂依法令從事於公務之其他職員者。指上列各種官吏議員以外

的其他從事於公務的人員。祇要是依法令而有公務上的職權與義務的。皆是公務員。例如依教育法令的校長。及非官員而受官員依法令上職權所囑託或委任的輔助職員。又雇員。而從事於公務的。皆得爲公務員。

(二) 依法令從事於公務 所謂公務者。即是國家的行政。及輔助國家行政的各公共團體內的事務也。其事務的性質。不論爲權力的。或爲學問的。或爲技術的。均要看其主體屬於何種。以爲區別。例如教育事務。其主體若爲國立的。則其事務爲公務。其主體是私立的。則其事務非公務。例如律師。雖亦經過國家的試驗。受得國家的證書。然其事務的主體。是爲助輔私人的。所以亦不得謂是公務。

刑法上所說的公務員。是指如上面所說的依法令從事於公務的公務員而言。換一方面說。即具備了上面所說的依法令的公務員。當未執行依法令的公務時。其行爲仍不得認爲係公務員資格的行爲。而祇爲普通人的行爲。

(B) 公務機關 即是執行公務的處所。通常稱爲公署。或府部院等是也。現行刑法關於公務的機關。通稱公署。關於公署的定義。亦有規定。

第十八條 稱公署者。謂公務員執行職務的處所。

依上列的意義。公署者。是公務員執行職務的處所。則凡係公務員執行職務的處所。均是刑法上所說的公署。不必固定要以一定的建築物。蓋非如普通僅以府院部署或衙門局所。即稱爲公署。其他即不稱爲公署的。在刑法上凡公務員執行依法令事務的場所。例如在行轅。或檢驗場。或閱兵場。祇要現實在執行職務的場所。通有刑法上公署的意義。反之。即爲府院部署或衙門局所的建築物。若當時非有公務員在內辦理公務。又或公務員的住所的建築物。而非公務員辦公的處所。均不得謂爲刑法上所說的公署。

(C) 公文書 刑法上稱爲公文書。關於公文書的定義如左。

第十九條 稱公文書者。謂公務員執行職務上制作之文書。

依上列的意義。則公文書爲公務員依職務上所作的文書。可分爲兩個要件。一是公務員所作的文書。二是文書的內容須爲執行職務。兩個要件俱備。方能稱爲公文書。單有其一者。尚不得稱爲公文書。例如公務員的私函。雖是公務員所作。其內容不是執行職務。不得稱爲公文書。須其內容亦是關於公務而足生公務的效力。纔可說是公函。又如律師所作的文書。其內容雖是關於執行職務

的。然律師不是公務員。所以其所作的文書。因不是公務員所作的。祇可稱爲私文書。至公文書若既具備了上述的兩個要件。則爲完全的公文書。其內容爲文字的。爲圖畫的。爲符號的。均所不問。祇要是可爲公務員表示其職務意思的代替物。卽完成公文書的意義。

(4)關於傷害的 傷害的名稱。從前的刑律。係隨傷害的程度。分爲多少的等級。每一個等級。卽有一個稱名。如清律分傷害爲傷。折傷。廢疾。篤疾。四級。謂因傷而瞎兩目。折兩肢者。爲篤疾。瞎一目。折一肢者。爲廢疾。尙未成篤疾或廢疾者。爲折傷。尙未成折傷者。爲傷。暫行律仍做其制。分傷害爲三級。一篤疾。二廢疾。三輕微傷。以毀敗人身的機能者。爲篤疾。以減衰人身的機能者。爲廢疾。不致成廢疾或篤疾者。爲輕微傷。該律補箋內謂毀敗與減衰的區別。在視能上以三分之一米突的距離。能否識別指頭的數爲斷。在聽能上以通常的距離。能否聽取他人的語音爲斷。在語能上本人語音能否達入他人聽覺爲斷。能識別聽取。達入者爲減衰。應以廢疾論。不能識別。聽取。達入者爲毀敗。應以篤疾論。究竟這種的區別與分類。殊難認爲妥當。如該補箋所謂衰減的程度者。均係通常的距離。所能識別的視能。聽別的聽能。達入的語能。這簡直可說是毫未減衰。又何以可說是廢疾。至於各國的立法例。關於傷害的狀態。亦多有分爲數級的。其分級最詳的是意大利的分爲四級。最簡的是日本的不分級。尙有以日數爲標準

的則始自法國。我國的清律時代。亦有保辜的期限。日本新刑法的理由。謂此種細密的區別。不徒審判上多有不便。即實際上亦難得正確。我現行刑法亦以暫行律的細密的區別。反致標準上難得的確的判斷。所以單將傷害重大的。如暫行律所定的篤疾的程度。則稱爲重傷。處重傷之原因力者。以較重的刑。其餘的傷害。則聽法官隨其情實以爲判斷。單於本條的刑量上。酌爲伸縮。

第二十條 稱重傷者。謂左列傷害。

- 一 毀敗一目或二目之視能。
- 二 毀敗一目或二耳之聽能。
- 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。

現行刑法。關於傷害的分類。可說是兩級制。有以上之情狀的則稱爲重傷。以外即爲普通傷害。普

通傷害內各種的情態不同。則隨法官審驗時。按其狀態。以加害者的刑責。不似暫行律的過細的分別。亦不似日本刑法的毫無區別。關於重傷的定義中所謂毀敗者。即完全毀敗其機能的作用。換言之。即因傷害而致其人的機能完全失其效能的意義。如目完全不能視。耳完全不能聽。口完全不能發音。一肢以上完全不能動作。是爲其視的機能。聽的機能。語的機能。肢的機能。完全被毀敗了。又不論爲一目或二目。一耳或二耳。一肢或二肢。祇要達於毀敗的程度。即構成刑法上所謂的重傷。反之若目尙能有多少的視力。耳尙有多少的聽力。口尙有多少的發音力。肢尙能動作。僅爲不良於視。不良於聽。不良於語。不良於行動。合言之僅爲減少其機能。則尙不能構成刑法上所云的重傷也。又二十條第五六七款。所謂身體。容貌。陰陽。均爲有形的機能。所云健康。即無形的機能。此項有形的機能與無形的機能。關係人的生活。的元素。亦甚爲重大。例如因傷而致身體成爲癱瘓。容貌成爲不全。陰陽成爲不具。於人的起居交際及嗣續的必要上。遂喪失其機能。又如因傷而致身體內部的臟腑及神經失其機能的作用。則必發生不治的疾病。亦足以使人驟失其生活力也。

第三章 時例

第一節 時例之意義

時例者。卽時期計算的定例。時期的計算。關於刑罰的用途很大。刑法內關於刑期的期間的起訖。公訴時效的期間起訖。刑罰權時效期間的起訖。及緩刑。假釋。累犯各例。於時期的盈蝕上。關係亦是很鉅。所以時期的計算。不能不有計算的定例。

第二節 時期之計算法

現行刑法。關於時期的計算法。是如左所規定的。

第二十一條 時期以日計者。閱二十四小時。以月或年計者。從曆。

時期以若干分之幾起算者。一月三十日。一年爲十二月。

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

第二十三條 刑期自裁判確定之日起算。

裁判雖經確定。其尙未受拘禁之日數。不算入刑期內。

期間的計算法。有自然的。及曆法的兩種。自然的計算法。分一日爲時。分。秒。如數學的計算法。例如自本日的幾分幾秒起。至翌日同時的幾分幾秒。纔算滿一日。積若干日纔爲一月。積若干月纔爲一年。曆法的計算法。則從曆上以定年月日數。例如曆上的月份。爲二十八個日。則二十八個日亦算爲一月。曆上的年份係十二個月。或因閏而成爲十三個月。則亦從曆而以十二個月或十三個月而算爲一年。是也。從前暫行律。是採用自然計算法。現行刑法上。照右列的條文看來。以日計者。係採用自然計算法。以年月計者。係採用曆法計算法。然而現在適用陽曆爲國曆。於計算年期上。則自然計算法與曆法計算法。尙無差異。惟於月計上則有差異耳。

刑期以裁判確定的日。爲起算日。換言之。卽是從裁判確定的日起。其被拘禁的日數。纔算作爲受刑的日數。大凡受刑事裁判的人。在裁判未確定以前。常有被羈押的事實。這種被羈押的日數。依法不

能計算於刑期以內。惟得於裁判宣告時。依法官的判決。以二日抵算有期徒刑或拘役的一日。若裁判宣告時未有這種折算的判決。仍不能抵算。上說的是受刑人在裁判確定前。已有拘禁的事實。其刑期起算法也。反之。雖在裁判確定後。若受刑人因他種原因（例如在逃未獲。或法庭許可在外醫病）尙未有被拘禁的事實。仍然不能即從裁判確定日起。即算爲已受刑的日期。而要於實被拘禁日起。纔可爲刑期的起算點也。

裁判確定的意義。不是判決的意義。裁判雖在宣告判決後。尙不能說是裁判已經確定。要依刑事訴訟法經過上訴的日期而未上訴的。或被判決人有捨棄上訴的表示。及并無其他的依法緣因而使同一案有再爲審理之事實時。（例如非常上訴）纔能算爲裁判確定。

第四章 刑事責任及刑之減免

第一節 刑事責任之意義

責任這個名詞。簡單說。就是一人作事一人當的意義。事的因果。祇有兩個連繫的定律。一種是自然作用的顯現。（如風雨雷電水火疾疫的損害）一種是人類行動所作成。法律上所注重的事體。是屬於後一類的。事的性質。亦祇有兩個相反的結果。一個是合於規範之內容的。一個是不合於規範之內容。法律上所認定作事者的責任關係。是同後一個性質相連結而生。所以責任的意義。是由人類的行為。所表現在外界的象徵。與規範的內容相連繫而形成。出乎規範則有責任。沒有出乎規範則決沒有責任。這個原則。在一般的原理上是顛撲不破的。

責任的意義。從廣義上講。是如上所說。隨個人的行為而發生。從狹義上講。則責任的發生。除連繫於人類行為所表現的象徵外。尚有責任的條件。具有責任條件的個人。則隨該個人的行為而發生責

任關係。不具有責任條件的個人。則雖有該個人的行爲。仍不發生責任關係。簡直說就仍是無責任。刑法上的責任意義。是要具有責任條件。（狹義的責任）本章所說的刑事責任。即刑法上的刑事責任。

（註）

（註）刑事責任。在廣義上講。凡是刑罰法規（如特別刑法。附隨的刑法。及刑法）所定的責任。均可稱爲刑事責任。各特別刑罰法規中的刑事責任。其範圍的廣狹。亦有不盡如刑法上所規定的。

刑事責任的條件。在今日的學說上。所主張的雖不一樣。然從多數的立法上。及我現行刑法的立法上。觀察的結果。一種是要有意識。一種是要有能力。前者爲意思責任。後者爲能力責任。合意思責任同能力責任。纔完成整個的責任條件。兩者若有一個不具備時。則不能完成責任的條件。雖有出乎規範的行爲。仍是不負刑事的責任。

行爲是事實的原因力。意思是行爲的命令者。能力是意思的主持者。所以行爲的程序。先是有認識。然後有決意。有決意然後發起行爲。認識的意義。就是意思在命令身體表現某種動作時。認識某種動作是定能有發生某種結果的可能。例如放火的動作。是定能發生燒毀物質的結果。殺人的動作。是定能發生死人或傷人的結果。在意思命令身體爲放火殺人的動作時。先是要有此項認識。然後纔會

有決意命令身體爲此項動作的動機。所以說意思是行爲的命令者。有這項意思命令的動作。纔算是意思中的動作。又名爲故意的動作。在刑法上纔稱爲故意的行爲。誰人有這種故意的行爲。則其行爲所發生的結果。當由誰人負責。然而這種有認識的命令的本領。換言之。即是有認識的意思力。簡稱之。卽爲意識力。具有這種意識力的人。非有能力的人不行。所謂有能力之人者。卽是具有通常智識程度的人。同具有通常精神健全狀態的人。纔能爲有這種意識力的人。否則意思中不能有相當的識力。不能有相當識力的意思所發的命令。乃是亂命。例如幼童的意思。有心神病人。都是無相當的識力的。所以幼童同患心神病的人。意思中所發的命令。通可說是亂命。由這種命令所表現的動作。通可說是亂動。所以說能力是意思的主持者。刑法上所認爲有責任的行爲。是行爲與意思。能力。有相連繫的系統行爲。在事象的因果中。爲人爲的事象所具有的特徵。三者若有所缺乏。則事實的發生。與自然界的作用所顯現的無異。不能認爲人的行爲。因刑法上所規定爲犯罪的事實。是以人爲的爲限。所規定應處罰的行爲。是以具有意思責任與能力責任的人所爲的犯罪爲限。所以基於有能力者之意思所命令的行爲。纔能構成犯罪事實的要素。須構成犯罪事實的要素的行爲。纔爲刑法上所歸責的行爲。刑法上所歸責的資格。則爲刑事責任。掉轉說。卽是應當受刑罰者。卽是有刑事責任者。

刑事責任的意義。在刑法上很爲重要。因刑法上的定罪科刑以責任爲前提。所以有無責任則無刑罰的原則。如責任上比較稍輕的。刑罰的定量。亦應當比較的要從輕。這種責任比較的標準。有用明文規定的。有聽便司法官隨案處斷的。大抵刑法上決定責任的科加。是以主觀的爲責任的實體。以客觀的爲責任的實證。主觀的就是意思責任。同能力責任。因這種責任的有無。要從行爲者主體的方面觀察纔能決定。所以又稱爲主觀的責任。客觀的就是對於外界所發生的結果。因結果的有無危害。及危害的輕重。要從客體的事實方面觀察纔能決定。所以又稱爲客觀的責任。古昔時刑罰的目的。係以客體的事實爲對象。所以僅可謂爲客觀的責任。近今刑罰的目的。係以主觀的惡性爲對象。特以客觀的事實爲惡性的實證。不過同時於有惡性的行爲當中。依其實害的程度而常有處罰的輕重不等。此僅爲責任的限度問題。於責任的基本無關。所以祇可謂爲主觀的責任。然仔細推究其內容。古昔的客觀責任主義。乃含有主觀責任的意味。因古昔刑法上對於客觀的責任上。仍有以意思爲前提。如舊律的誤殺謀殺有分別是也。但主眼係偏重在客觀的事實上。如同一有意識的犯罪。卽爲同一刑罰。不因主觀的惡性程度的大小深淺而有所區別。因其責任的基礎。係建立在客觀上。故稱爲客觀的責任主義。又近今的主觀責任主義。亦不能全脫離客觀責任的觀念。因近今刑法上對於主觀的責任上。仍有

以實害爲標準的。如現行刑法的未遂罪多不處罰。其處罰的亦得減輕是也。但原則係注重在主觀的人格上。如同一犯罪。不必處同一的刑罰。其處罰係完全因主觀的惡性的大小深淺而有差別。是其責任的基礎。係建立在主觀上。故稱爲主觀的責任主義。

刑法上的責任的觀點。與道義上的責任。及民事上的責任又有不同。道義的責任。是單純的誅心主義。不論其意思中所存的慾念。有無實現到行爲上。但有違反道義的思想或性向。即當受道義上批難的責任。例如有爲姦或爲盜的意念或性向。即未發現到實行上。直與實行爲盜爲姦者同受批難。刑法上則要其意想已表現到行爲上。對於其行爲。纔認定爲有責任。又責任能力。是刑法上責任的主要成分。在道義上則所謂責任能力的用語。實無存在的地位。未成年的同心神喪失的人的行爲。在刑法上爲不具備責任條件的人。在道義上則更視爲重要。須施以嚴格的訓育。與精神的治療。因刑法上的責任問題。是採實證主義的。道義上的責任問題。是採誅心主義的。又刑法上的責任基礎。是爲處罰的標準。道義上的責任基礎。是爲敦化的標準。觀點各有各的不同。然不可因此誤會爲刑法的責任觀念。是完全離開道義責任的觀念。特兩者的責任範圍。有廣狹的各殊罷了。

民事的責任。是私人同私人間的賠償責任。所以在民事上有非因過失而亦有責任的發生。例如

關於工廠法中的工人賠償法規。工人所受的損害。往往有不可歸責於何人的過失。然一律須責令雇主擔負賠償的責任。此種責任的認定。表面看來。似乎雇主無過失而有責任。法律上未免有偏向勞動工人的情形。然實際上係保護勞資雙方利益的主意。確有規定此項無過失責任之必要。又如未滿年齡的行爲。及緊急避難的行爲。在刑事上爲無責任。在民事上因此等行爲所發生損害。仍不能謂爲無賠償的責任。亦因民事的規定。係私人與私人間相互的責任關係。刑事的規定。係國家對於私人有反社會行爲所設立的責任關係。前者僅爲賠償的責任。後者。則爲被刑的責任。所以特別稱爲刑事責任。亦是對於民事責任。同道義責任。有所區別的意義。

最近新派的見解。謂責任的本體。不可從個人的本位爲論點。要當從社會的本位爲論點。人是社會當中的一員。應有遵守社會共同生活條件的義務。若有違反社會生活條件的行爲。則社會爲防衛的必要起見。當不論其行爲的人爲有能力者與無能力者。又當不論其行爲的本人。對於其行爲。自信爲合於道義的與非合於道義的。均不可不採取相當的防衛的方策。蓋無能力的人。其行爲的力量。足以生危害於社會的程度。亦與普通人初無二樣。所以其行爲對於社會的責任。自然與普通人亦無二樣。雖社會對於其行爲所採取的防衛方策。即處分的方法。對於普通人與無能力的人。有各種的不同。

(一)以刑罰。一以保安處分或感化處分)然要不能謂無能力的人的行爲。對於社會上即可不負責。又道義不道義。是出自各個人的見解。各個人即自覺其行爲爲無背於道義。而其行爲既爲社會上所認爲不道義的行爲。則不能不強制的使其負不道義的責任。所以責任的觀念。若從個人的道義的方面以爲解釋。則刑法上對於某種行爲。(如無能力者行爲。及個人自信爲合於道義的行爲)有不能不採取放任主義的時候。而從近今社會防衛論上的原則。則無論何種類的行爲。均無可以放任的理由。即均不能不有應負的責任。同時即無論何種類的行爲。均不能不有罪刑法定主義的適用。縱所施的刑事方策。在外形上的方式有所不同。然其同爲刑事的性質則無或差異的。則同爲刑事之責任亦無或差異的。從來個人的道德的責任論。在今日祇能解爲社會的責任論。又從前的刑事責任能力的用語。在今日可改爲刑事適應能力。此項擴充的解釋。實爲今日的刑事新思潮當中。所必然的又當然的解說也。這種的說明方法。對於責任的真義。仍是與吾們的見解無異的。特就我現行刑法的法例上解說起來。我現行刑法上的刑事責任意義。係指刑罰的責任而言。即何種類的人同何種類的行爲。在刑法上有受刑罰的責任。何種類人。同何種類的行爲則否的意義也。

現行刑法上。對於無故意及過失的行爲。或無能力人的行爲。均以不處罰爲原則。是爲刑事無責

任之主觀的原因。又有主觀的亦具有認識并具有能力的行爲。而其行爲可以阻却犯罪的成立者。例如合法令的行爲。基於防衛及避難的行爲。在刑法上亦不處罰。是爲刑事無責任之客觀的原因。舍此兩種的原因以外。若其行爲構成犯罪的事實。則常負刑事上的責任。但對於低能人。即能力薄弱人的行爲。得減輕其刑量。此則爲刑事責任的比較問題而已。

第二節 意思責任

意思就是心象內的活動。人的身體動作。無一不是心象內的活動所顯現於外界的。換一句話說。人的動作云爲。就是心象內的活動所映出的影子。無論在夢囈中在清醒中的動作。都是有一種的心境內的活動。隨而纔有身體的活動。特此種心境的活動。一爲屬於幻景的作用。一爲屬於知識的作用。籠統說來。通是意思的活動。刑法上所認爲有責任的意思。不是指籠統的意思活動。是除開幻景的心象作用在外。要屬於有知識的心象活動。由這種有知識的心象活動。所顯現到外界的動作。纔認爲有責任的意思動作。掉一面說。纔成爲意思責任。

意思責任。爲普通刑法上構成犯罪的要件。所以無責任的意思活動。無論發現何項行爲。在刑法

上均是不處罰的。假如嬰兒攜取他人的物件。亦是一種意思的活動。然而嬰兒的意思中是不知物件有他我的分別的。亦不知攜取他人的物件爲圖利自己而損害他人的。是其攜取他人的物件的意思活動。無異於幻景的心象作用。而不是有知的爲行竊的作用。所以這種的意思作用所發現的行爲。在刑法上均是無責任而不取罰的。

意思責任的意義。既是如上面所說的。是刑法上所認爲應處罰的意思行爲。必其行爲的起因。是由於有反社會的的意思。卽爲社會所認爲可以批難的意思。所發現的行爲也。此種可以批難的意思。在法例上與學說上的用語。通稱爲故意與過失。故意者。卽有反社會性的事實的認識的意思活動也。過失者。卽有反社會性的事實的認識可能。因怠於注意的義務。致成爲無認識的意思活動也。反社會性的事實。在刑法上卽爲構成犯罪的事實。意思中既一面認識爲犯罪的事實。一面仍不停止其活動。是爲有斷然的爲犯罪的意思無疑。故意的構成。卽有此斷然的態度的意思也。至過失的意思活動。學者間有說是無認識的意思活動。當不負意思責任。然過失是由於意思中的怠於爲認識的活動。非由於意思中本無認識的可能。怠於爲認識的活動。有認識而不爲制止的意思活動。祇能說在意思責任有輕重的區別。而不能說是無意思責任的。所以現行刑法上的規定。是如下面所寫的。

第二十四條 非故意之行爲不罰。

第二十五條 過失應處罰者。以有特別規定者爲限。

在右兩條的立法例當中。可以抽釋三個定義出來。第一。是處罰的行爲。須以有故意的爲限。即至少亦要有過失的意思行爲。第二。過失的意思行爲。亦有意思責任。第三。凡有故意的行爲。除有特別規定的外。一概須處以刑罰。特有過失的行爲。以有特別規定的爲限。纔能處罰。以明故意的意思責任爲重。過失的意思責任爲輕也。

處罰的行爲。要以有意思責任爲一要件。這是普通刑法上的原則。在特別刑罰法規之中。亦有不以意思責任爲處罰的要件的。(以警察罰及財政罰爲多)然普通刑法上。亦有不以完全的意思責任爲處罰的要件的例外。如傷害致死。強姦致死等罪。雖犯傷害行爲的人的意思中。是要令他人受傷。不是要受傷害的人致死。犯強姦婦女行爲的人的意思中。是要強姦其婦女。不是要致死其婦女。而結果被傷害的人。因傷害而致死。被強姦的婦女。因強姦而致死。在刑法上的規定。對於這個犯傷害及強姦的人。不問其有無故意與過失。須一律加重其刑罰。然此雖屬例外。而其犯罪行爲的性質。有足以致人死的可能。在犯罪人的意思中。不能說是無一部分的認識。雖無令其發生這種結果的心。然將這

種結果的危險。置之不顧。亦不能說是毫無意思的責任。所以法律上關於結果加重的刑罰規定。亦是以有相當因果關係爲限的。而不是無限制的刑事責任也。

第一項 故意

故意的大概意義。上面已經說過了。就是對於犯罪的事實。有認識而又有斷然的令其發現於外界的內心活動。這種內心活動。就是故意的意義。由這種意義。就可以知道故意的組織成分。一種是認識。一種是決意。茲將這兩種成分。分開來說明如下。

第一。故意的構成。須要有犯罪事實的認識。所謂犯罪的事實。就是刑法分則各條所列舉的。構成通常的犯罪事實。同構成加重的犯罪事實。刑法上所列舉的犯罪事實。因犯罪主體的資格。客體的性质。方法的種類。結果的大小。各有不同。例如便利囚人脫逃的行爲。在通常人犯之。則構成通常的犯罪事實。在公務員或其佐理人犯之。則構成加重的犯罪事實。這是犯罪的主體不同的緣故。又例如殺人致死。爲構成通常殺人罪。若所殺的爲其尊親屬。則構成加重的殺人罪。這是犯罪的客體不同的緣故。又例如和姦與強姦。竊取與強取。同係姦人的婦女。同係取人的財物。因方法的不同。而事實的輕重又

迥異。傷害人致重傷與輕微傷。同係傷害人。因結果的不同。而罪名的構成亦懸殊。此對於犯罪事實的說法。認識者。在心理學上講。則爲心象的再見。例如放槍能殺傷人。爲人的心象上所印有的。到放槍時。則這種印象。自必再呈現於心象中。是謂認識。在普通說法。則爲知曉。知曉的意義。包含熟知或推知在內。例如刀能殺人。此心理上所熟知的。又硫磺能殺人。此心理上所推知的。設若人的心理係推知硫磺能殺人。而以硫磺給人服食。無論硫磺究竟能否殺人。不能不謂爲有毒殺人的認識也。

認識又有豫見的意義。豫見者。豫料有何種性質的動作。即當有何種的結果。例如暗藏毒物於菜食中。以圖殺甲。在甲乙同席聚餐時進之。是乙亦必同遭毒殺的事實。實爲進毒食的人所豫見的。既有這項的豫見。而復決意送進。則對於甲乙二人同遭毒殺的結果。不能謂僅對於殺甲係有故意。對於殺乙係非出於故意也。

犯罪事實的認識。對於構成犯罪之客體的事實。除處罰的條件外。要有全部事實的認識。同豫見。纔能說有犯意的存在。例如不知爲他人的物而取之以去。不能即說爲有竊盜的故意。對於自己的意思活動。未能豫見即能令他人致死亡。則殺人的犯意爲不存在。對於基本罪的事實有認識。對於加重條件的事實無認識。則僅能對於基本罪負故意的責任。對於加重的罪無故意的責任。例如僅有殺人

的認識。而不知被害者即爲其尊親屬。則僅能論以普通殺人的罪。對於殺尊親屬的事實。不能認爲有故意也。

一件事實的發生。無不有因果的聯絡。自己的意思活動。與結果間。應有如何的因果關係。亦爲認識的內容。例如給人以藥餌。在給人以藥時的意思活動。係認識其藥爲能療病的。其結果乃至戕害人的身體。此戕害人的身體與給藥。雖有因果的聯絡。然這種的因果聯絡。爲給藥的人所不認識。則亦不能爲有構成犯罪事實的認識。反之。若給藥時認識其藥爲足以戕害人的身體。則爲對於其因果的聯絡。有所認識。當負傷害人的犯意的責任。然這種的因果關係的認識。亦僅有相當的聯絡的認識爲已足。其所發生的具體的實相。雖與所認識者不一致。而其實相的性質。在法律的價值。與所認識的。有抽象的或概括的符合時。則亦爲構成犯罪事實的認識。例如甲教唆乙往殺丙。是甲對於因果關係的認識。爲有利用乙的殺人行爲的原因。可以致丙於死地的結果。乃乙依其教唆而往殺丙。因誤之故而所殺者爲丁。然雖無具體的殺丙的結果的符合。而抽象的殺人的結果已符合。丙與丁同爲人。在法律上的價值爲無異的。甲所認識的因果聯絡。既有這種同價值的抽象的符合。則於構成殺人犯罪事實之認識的內容。即犯意的內容。不生若何阻却的影響也。又如行竊的人。認識人的皮篋內爲藏有綢類衣

料。因而竊取以去。其結果則皮篋內所藏的係粗布。依同樣的條理。仍不能說有阻却竊盜犯意的成立也。犯意的構成。何以必有事實的認識。因犯意者惡意也。必其事實的惡性。為意思中所認識的。由有這種的認識。而復有使其發現於外界的意思。這種意思。纔能構成惡意思。所以犯罪事實的認識。僅有認識其事實為惡的即已足。不必要認識為法律上所規定為犯罪的事實。纔能構成犯意。例如有妻再娶妻。在再娶的人。雖有不能認識為法律上所定為犯罪的事實。然要之對於有妻再娶妻的事實。為不合於道義的事實。固為人所能認識的。所以法律上對於有此項程度的認識。則為重婚的犯意已成立。法律上雖以對於法律所規定的犯罪事實有認識為限。方能構成犯罪的故意。然此為判定犯罪構成的客觀的標準。至判斷犯意構成的標準。則要隨主觀的對於事實有無價值上的認識以為標準。不必須主觀的認識其事實為違反法律與否也。

關於犯罪事實的認識。學者間亦有主張須認識其事實為違法的。纔能構成犯意。亦有主張須認識其事實為違背義務性的。有主張須認識其事實為違反條理性的。有主張須對於其事實有價值上的認識的。對於其事實須有違法的主張。誠屬窒礙難行。因社會的情形日趨複雜。法律的規定亦日隨之增多。即專門的法律家。尚有難以盡行記憶的情事。普通人自不能一一盡知。若因不知為違

法的事實。遂說是無犯意。則能成立犯意者甚爲稀少。而法律所規定的犯罪行爲。僅爲對於法律專門家有犯則有罰。對於普通人有犯。則將無可罰的時候。豈得爲立法的本意。所以近今學者多不探此主張。我現行刑法上并有明文規定云。不得因不知法令而免除刑事責任。是明示不採這種主張的。至主張須認識其事實爲違背義務性的。或違反條理性的。卽能構成犯意的學說。是有相當的理由的。因違法乃是法律上對於犯罪構成要件的客觀的判斷。而違背義務及違反條理。乃各人對於行事的規範的主觀的判斷也。至價值上的認識說。亦與違反義務及違反條理的認識說。其主旨是相同的。特說明的方法爲不同罷了。以犯意的認識。非係單純的有其事實的認識。而又須對於其事實有一種價值的判斷爲必要。所謂價值者。卽指事實的性質與其影響力的價值。換句話說。卽單純事實的認識。爲出於感覺而來的。對於事實的性質與其影響。爲合於義務或條理與否。則當有其價值的判斷。有這種判斷的認識。卽爲構成故意的認識。原來法律上所規定的規範。亦是從社會的義務。及社會公共生活的條理的事實。而列爲命令或禁令的。人既對於其事實有違背義務及條理性的認識。則對於其事實爲有反社會性的認識。有反社會性的卽有違法性。若一面認識其事實爲有反社會性。一面仍使此反社會的事實發現到社會中來。則其人當然有反社會性。所謂犯意者。卽此反社會性的情操也。所以犯意構

成的認識程度。以認識與事實爲有反社會性爲已足。不必係認識其事實爲有違法性也。

第二。犯意的構成。須有犯罪事實。即反社會性的事實的認識。然又須有犯罪行爲的決意。決意者。即決定的說法。是指揮身體動作的作用。詳晰點說。即是命令犯罪的動作於神經系的心理作用。認識爲屬於智力的。決意爲屬於意力的。先有事實的認識。由認識而有使其所認識的事實發現的決意。犯罪意思的作用。須經過這兩種程序。方能構成故意。故雖有犯罪事實的認識。而無犯罪行爲的決意者。仍不能構成故意。蓋犯罪事實的認識。是人的心理上應有的本能作用。既認識爲犯罪事實。而猶決意使其發現。則是人的心理上不應有的惡性作用。例如認識放火能燒燬物質的。是人的心理上所應有的作用。既認識放火爲能毀敗物質。而猶決意爲放火的行爲。則是人的心理上不應有的作用。又例如向曠野無人的處所試槍。是缺乏有人的認識程序。固不得謂有殺人的故意。又如向曠野無人的處所試槍。雖舉槍待發。因見有人將由此曠野經過。正在躊躇未發間。適有人自後觸其手。因此觸動力的衝動。致令槍彈自行發出。是尙缺乏放槍決意的程序。仍不得謂有殺人的故意。反之。若對於可爲犯罪的行爲雖有決意。而其決意非由於有犯罪事實的認識。亦不能構成故意。例如攜他人的物件。而不知其物件爲他人所有的。攜取他人的物件的行爲。本可構成犯罪。其攜取時亦當謂爲有決意。然因未有物

他人所有的認識。是缺乏犯罪事實認識的程序。亦不爲成立竊盜的故意。故意的成立。須合認識與決意二者併合而成也。

學者間亦有主張希望主義者。（又爲意欲主義。）謂犯意的成立。對於其意思活動所生的因果關係。雖有認識與決意。猶爲未足。尙須有對於其行爲所生的結果。有希望的意思存在。換句話說。即犯人於有認識又有決意後。并有希望其認識的事實發生結果的意思。方能構成犯意。此說也。未免過於呆板。究之決意中未必無希望的含義在。惟既有犯罪的決意。則其人的危險性（反社會性）已成立。法律以預防危險爲目的。非仍如前以報應爲目的。故僅對於有認識的決意。即認爲犯意的成立。不必問其有無希望的意念也。若定執有希望的見解。則凡關於傷害致死。強姦致死。過失。及價值相同之物的錯誤諸犯罪。均無可以加重及處罰的餘地矣。我現行刑法上對於故意的解釋。係對於所構成之犯罪事實。明知并有意使其發生。及預見其發生。而其發生并不違背犯人本意者。即爲故意的成立。又對於過失罪亦有處罰的規定。對於傷害強姦致死等罪亦有加重的規定。則是探認識與決意的主義者。以認識與決意爲成立犯意的主義。在學說上簡稱爲認識主義。

犯意的成立。以有認識與決意爲必要。至決意的動機如何。亦非犯意當中的要素。所謂動機者。即

促成決意的觀念。又卽爲行爲的遠因。決意的動機。無論爲屬於甲或屬於乙。在刑事立法原則上。於犯罪的成立。及刑罰的加減。是無關係的。故與犯意的成立亦無關係的。特司法官於定罪科刑時。可爲裁量上之一種材料而已。例如因貧而爲竊盜。或固有夙仇而殺其人。於構成竊盜及殺人的故意上。是毫無影響的。不過審判這種案件時。對於這種場合。可爲審按犯人性格的資料。對於有這種遠因的行爲。比較有竊盜的習慣性的。及因殘忍性而殺人的。於法定刑的範圍內。可以比較的略輕而已。但法律上於某種的犯罪時。亦有須有一定的目的爲必要的。則法律必於構成該項犯罪的條文上。特別的揭明意圖字樣。例如意圖以非法之方法顛覆政府云云。意圖供行使之用而偽造變造公債票云云。這是特別的須有犯意的動機爲條件的。在一般的原則上。則不須有這種條件的。

犯罪行爲的決意。在決意的當時。有出於熟慮深思的。有出於一時的衝動的。對於犯意的構成。亦不生何等的影響。蓋豫謀的犯意。與一時的犯意。不過於意思決定之間。有遲速長短的分別。與犯人性格上的關係。不能說有豫謀者爲賦性陰險。無豫謀者。僅爲感情激動。有豫謀者其情重。無豫謀者其情輕。究之實際上亦有有豫謀者其情輕。無豫謀者其情重的事。例如怯懦畏罪者。當爲犯罪的決意時。必有決行與不敢決行的兩種觀念交戰於心中。久之始能成立決行的意思的。若習慣犯罪的人。則見機

即發。毫無猶豫。所以有豫謀與無豫謀。在學理上有主張無區別的實意的。我現行刑法對於殺人罪之有豫謀的。則有較重的處罰。其他則以無區別為原則也。

故意的意義并且構成的要素。學說上的議論很多。本論亦不能一一縷述。至故意的狀態。亦各有不同。學說上因其狀態而對於故意有類別的觀察。這種類別的區分。亦是很多。其中為讀者所必要知道的。則一為確定的故意。二為不確定的故意。今為分別說明如下。

第一。確定的故意。是於決定犯意的當時。對於意識中所認定的事實。確信其存在。且確信其必發生與意識相符的結果。本此確信的認識。而決意使此種認識的事實。發生於外界。在學說上稱此種犯意為確定的故意。又曰直接的故意。例如甲與乙有怨仇。乘乙獨行在山僻中。因舉槍擊殺之。是對於乙的認識。及殺乙的決心。均為確定的。又如欲強奪他人的物。在勢非將物的所持的人殺死。不能奪取其物到手。因即將物的所持人殺死。此亦為有確定的殺人故意的一例。在通常的犯罪行為。有確定的犯意者為多。質言之。確定的故意云者。即毫無含糊的故意也。在法律上亦有以須有確定的犯意構成犯罪的要素者。然在一般的原則上。則犯罪構成的要素。僅以有故意為必要。而不必以有確定的故意為必要也。

第二。不確定的故意。即對於犯罪事實之存在。僅有相當的認識。對於犯罪結果的發生。僅有發生之可能的認識。質言之。係料定其事實之存在。及預見有發生某結果的可能。而決意爲其行爲。在學說上稱此種故意爲不確定的故意。又曰間接的故意。這種不確定的故意。細別之又可分爲概括的犯意。擇一的犯意。未必的犯意（又爲偶然的犯意）。因爲法律上構成犯罪的原則上。祇要有不確定的故意。即爲已足。所以有分別說明的必要。

（甲）概括的犯意。即行爲者。對於所犯的事實。僅有一般的概括的認識。非有特定的認識。例如於衆人往來的處所。穿一極深的陷阱。僅能概括的豫料必有被陷落的人。又被陷落的人。有致傷亡的可能。究之被陷落的人。爲甲或爲丙。爲一人或數人。爲傷害或爲死亡。則無確定的認識。然若果有陷落人的結果。則無論被陷落爲誰人。爲一人或數人。爲傷害或爲死亡。該作陷阱者既預見爲有陷落人及傷亡人的可能。而復決意爲之。則當對於發生的結果。負故意的責任。又例如欲竊取人衣袋中的金元。而竊取到手時則爲銅幣。然既有概括的與竊取的認識爲一致。雖具體的有不相符時。仍不能不謂爲有竊取故意的行爲也。

（乙）擇一的犯意。即行爲者於特定的事實。非有特定的認識。僅於多數的事實中。認識必有

一事實發生。例如向稠人廣眾中放槍。雖不能有特定的認識被擊者爲甲。或乙丙丁。然預見必有一人被擊傷或死者。於此場合。卽爲擇一的犯意。行爲者既具有此種的犯意。則亦當對於其發生的結果。負故意的責任也。

(丙)未必的犯意 卽對於犯罪結果的發生。雖不能確定。然能認爲有發生的可能。而聽其發生而預爲妨止或避免的犯意也。例如放槍射原野中的鹿。適鹿旁卽立有人。雖係欲射鹿而實有射中鹿旁的人的可能。既有這種的危險。而不加以避免。任聽其危險的發生。則決意的雖在鹿。若射中的竟爲人。則仍不能不負故意殺人的責任。這種未必的犯意。在探希望主義的學說。則無成立故意的可能。然既有未必的認識。而猶不預爲避免。則其人的心理狀態。直視危險爲平常。是其人的具有危險性可知。對於這種危險性的舉動。在法律上自當負故意犯的責任亦無疑也。

關於故意的意義。學說上很不一致。從前我國的暫行律上。對於故意的解釋。是隨各學者間的各自的意見。及前大理院的任意解釋的。我現行的刑法。則有明文規定的。其規定的意義如次。

第二十六條 犯人對於構成犯罪之事實。明知并有有意使其發生者。爲故意。犯人對於構成犯罪之事實。預見其發生。而其發生并不違背犯人本意者。以故意論。

第二項 過失

過失的形成。是故意同不可抗力的中間狀態。對於某犯罪事實。有預見的本能。而非有預見的認識。竟致弄成該事實的發生。這就是故意的犯罪。反之若因完全無預見的可能。所以有無預見的認識。是該事實的發生。係由於人力所不能預防。這就是不可抗力的行爲。依法不能使他負犯罪的責任的。又有對於某犯罪事實。亦無預見的認識。然實有預見的本能同可能。因行爲者的意思中。怠於這項本能的活動。竟致弄成犯罪事實的發生。換句話說。這就是對於某行爲必生某結果。奉有預見的可能。竟欠缺其預察的注意。遂致發生犯罪的結果。這種犯罪的發生。雖非由於故意。然亦不是不可抗力。這就是過失的犯罪。依法仍與故意犯罪同爲組成意思的責任的。不過責任的輕重有不同罷了。至雖無犯罪而仍不能脫卸犯罪意思責任的理由。則是因該項犯罪的事實。是由行爲者所應注意并能注意而竟不注意的原因而發生的了。所以現行刑法上關於過失犯罪的處分。同過失犯罪的要素。是如下所規定的。

第二十五條 過失應處罰者。以有特別規定者爲限。

第二十七條 犯人雖非故意。但按其情節。應注意并能注意而不注意者爲過失。

犯人對於構成犯罪之事實。雖預見其能發生。而確信其不發生者。以過失論。法文上說得很明白的。過失的成立。一種是因不注意而致不能避免犯罪事實的發生。即係以不注意而犯生犯罪結果爲前提。他一種是預見其行爲的性質。本有發生犯罪事實的可能。而妄信其決不發生。所以其結果遂出於妄信的範圍外。而發生該行爲之可能的犯罪事實。此種妄信的意念。亦是由於無慎重的注意的結果。所以學說上常稱前者爲懈怠的過失。又曰無認識的過失。後者爲疎虞的過失。又曰有認識的過失。但是有注意的一點。疎虞過失的形態。與前面所說的未必的犯意。有些相似。未必的犯意的成立。對於已有預知的犯罪事實。僅有僥倖其或不致發生的念頭。究之或發生或不發生。在犯人的意思中。是聽其自然的。換句話說。就是犯人明知其犯罪的事實可以發現。僅存有或者不致發生的意思。雖不有欲使其發生的意思。亦無一定要避免其發生的意思。例如射鹿的人。明見鹿旁立有人。若射出一矢。不中於鹿則必中於鹿旁的人。雖有這種疑慮。然思或者不致射中其人。因仍放矢而并不加以顧慮。其結果竟致將鹿旁的人射死。是對於射人的結果。雖無射人的存心。不能不謂有射人的容認。所以仍成立故意射人罪。至疎虞過失的成立。是對於犯罪結果的發生。原有預見的可能。然確信其決不發生。乃

不幸而竟出其所確信的意料以外。遂發生了犯罪的結果。例如前所說射鹿的人。雖預見鹿旁有人。然自己確信其平日的射術甚精。必不致射中旁立的人。乃不幸而平日所精練的技術。竟失其效能而射中鹿旁的人。是對於犯罪的發生。在事前本決無聽其發生的容認。所以不能認爲有犯罪的故意。然當此有重大危險堪虞的情形。仍復妄恃己術而不注意避免。究不能說無粗疏之咎。所以仍當使負過失的責任。上述二種情節。其區分全在主觀的有無聽其事實的發生一點。一則成爲故意犯。一則成爲過失犯。一出一入。關係甚大。不可不嚴爲辨別的。

依上面的說明。過失成立的要件。一爲應注意。二爲能注意。三爲不注意。至關於注意的程度。在學說上亦有數種的說法。特分別列舉如左。

甲說：過失的有無。應依普通人所能注意的程度爲標準。如係普通注意上負能防避的事實。因缺乏注意而使其發生。縱令本人雖賦性愚鈍。亦當令其負過失的責任。若非普通注意上所能防避的事實。則雖有其事實的發生。亦不得認爲過失。

乙說：過失的有無。不能以普通人所能注意的程度爲標準。應以各本人的智能程度爲標準。詳晰點說。就是普通一般人所能注意得到的事實。而本人因生性蠢拙。或知識較普通一般人

更爲狹陋。竟爲其注意力所不能及。則對於其事實的發生。亦不能令其負過失的責任。例如鴉片煙本能毒人。亦可說是普通一般人所能注意得到的。若有素性粗愚的人。祇聽說鴉片煙灰能療治腹病的。初不知鴉片煙灰亦有足以毒人的性質。遂以多量的煙灰與人服食。因而毒人致死。在這種場合。這種粗愚的人。實根本上無此項的知識。故不能責其係不注意而構成過失。反之就是普通一般人所不能注意得到的事實。而本人所具的智能。實有可以注意得到的程度。若因怠於注意而發生犯罪的事實。則本人仍當負過失的責任。例如鎰水能毒人。在普通一般人未必盡能知道。即不是普通一般人所能注意得到的。然若係習化學的人及當醫師的人。則必有此項知識的。若習化學的人同醫師以鎰水誤爲他種藥水而給人服食。則焉可以普通注意上所不能辨識爲理由。而免其過失的責任。所以審查過失的有無。不可不審察本人智能的程度也。

丙說：過失的有無。當於一般的注意程度範圍內。更以本人的注意程度爲標準。謂依甲說則以違背一般所能注意的義務。卽爲過失的成立。毫不顧慮本人的能力。尙未免失之過苛。又依乙說則能力較優者責任較重。亦非公平的見解云。細推此說的意旨。所謂「於一般的注意程度範圍內。更以本人注意程度爲標準」的意義。是謂本人的注意程度較一般的爲低時。當依本人的注意程

度爲標準。而不可仍依一般的注意程度爲標準。觀其批評甲說謂『毫不顧慮本人的能力。未免失之過苛』云云可知已。又若本人的注意程度較一般的爲高時。則仍當依一般的程度爲標準。觀其批評乙說謂『能力較優者責任較重。亦非公平的見解』云云。又可知已。

上面所舉的三種說法。余則贊成乙說的。因爲無論何種犯罪構成的要素。一在意思的責任。一在能力的有無。過失罪的成立。亦是不能例外的。所以過失亦爲意思責任的一種。過失的存否。在乎注意的有無。注意的程度。當然要隨各本人的智識能力以爲高低。同一事實。在智識淺薄者無辨別的可能。在智識優裕者。則稍加審辨。即能識別。尤其在我國教育極不普及的時期。全國數億萬人的智識程度。其高者有如響。其低者有如壤。至爲不齊。又何能定一普通的注意程度。所以其智識在普通一般人的以下者。固不能律以普通一般的注意力以爲標準。若其智識在普通一般人的以上者。亦不能律以普通一般的注意力以爲標準。其最公平者。要當以各本人通常及當時所能注意程度以爲衡。庶能合乎意思責任的原則。而又與法律探行爲能力責任的旨趣相符。若其人在該本人通常及當時的可能之注意範圍內。欠缺其注意而致不能防免其犯罪事實的發生。則當責爲不注意。換句話說。即當令其負過失的責任。刑法上對於非故意的行爲。以不科罰爲原則。過失的行爲。亦是無故意的。然不能說過

失的行爲。就是非故意的行爲。因非故意的行爲。是對於可成爲犯罪的事實。全無認識。又其無認識是由於認識的不可能的。纔可稱爲非故意的行爲。過失的行爲。是對於可成爲犯罪的事實。或尙有一部的認識。或全無認識。然其無認識的原因。是由於能注意而不注意。換句話說。是有認識的可能。因不爲慎重的注意而成爲無認識。所以不能防止其事實的發生。此則在意思責任上。祇能稱爲無惡性。不能稱爲非故意。吾人在社會上。所有的行爲。固屬不可有惡性。然除不可有惡性的義務外。并有應留意避免防虞社會的義務。違背這種義務的意思活動。法律上仍當令本人負刑事上之責任的。但因其不是惡性的表現。所以關於過失的應處罰者。須在各本條上有處罰過失的明文的場合。纔能處以刑罰。現行刑法上處罰過失的。例如公務員便利因人脫逃。(一七二條) 火災。(一八七——一九零條) 決水。(一九二——一九五條) 危害交通。(一九七——一九八條) 損壞鑛坑工廠。(二零三條) 危害公共飲料。(二零四條) 致人死傷。(二九一又二零一條) 諸罪。皆是關於社會上有重大的危險的過失。或是有特別義務的過失。始處以罰。而處罰的刑量。皆較故意犯爲輕。其不在規定內者。則通不處罰。

第三項 錯誤

錯誤的形態。就是意識中所認定的事實。與實際上所發生的事實。成爲兩相齟齬的現象。錯誤發生的原因。不外出於誤認或誤解。以致發生觀念同實象相反的事實。例如誤認鹿爲人。誤解法律所禁的爲法律所許是。這完全由於觀念的不真切。所以弄成內心與外界的現象不得一致。所以亦爲意思責任中一個重要問題。問題的重要點。卽由錯誤所發生的事實。是否亦能構成故意或過失的犯罪。換句話說。卽是否仍當負刑事的責任。

依無犯意則無罪責的原則。錯誤似亦可謂對於所發生的現象。未有故意的存在。然而實際上關於由錯誤所發生的事實。有可以爲阻却犯罪成立的原因者。亦有不能阻却者。要當爲分別的觀察。不能以一概論斷的。所以關於錯誤的說明。在學說上常分法律的錯誤。與事實的錯誤。以作討論的標準。現在亦依此分類以爲講述如下。

第一款 法律之錯誤

法律之錯誤的意義。卽犯罪人於所犯的事實。不知爲法律所禁止的。或誤解法律所容許的。詳細點說。卽一定的事實。明明有禁制的法律存在。而犯之者誤認爲無此法律存在。明明無禁制的法律存

在。而行之者誤認爲有此法律存在。關於此項法律有無的認識。是否爲構成犯罪要素的問題也。在另一種用語上。則爲法律之不知。是否能阻却犯意的問題也。此問題在現今學說界當中。尙在互相爭論而未歸於一致的。約可分爲積極派同消極派。其主張各有不同。茲爲約略分述之。

甲 積極派 此派的主張。謂犯意的構成。必有違法的認識爲必要。即必知爲法令所禁制而復悍然爲之。始能構成犯法的故意。換句話說。刑法上必待有犯法的故意始能處以罰。此派所據的理由。亦有種種申證。約言之。

一 近世刑法上處罰的原則。以意思責任爲重要前提。所謂意思責任者。即意思中對於其行爲。不能以單有事實的認識爲既足。要當其事實爲違反法令的。纔能構成意思的責任。換一面說。若非具有這種的意思。則無責任可言。

二 犯罪的解釋。爲對於國家所命令的規範。有敢於違反的行爲。所以國家對於此種敢於違反規範的行爲。必予以刑罰。以表示國家的威力。所以犯罪的成立。不能僅以有事實的認識即爲已足。尤當有法律的認識。換句話說。即有知爲違反法規的意思。而復有違反法規的行爲。法律始能從其所知的而處以罰。從此派的見解。則不知自己的行爲是違反法規的人。雖有違法的行爲。法律上

亦當不認爲犯罪已。

乙 消極派

此派的主張。謂犯罪的成立。不必要有法律的認識。祇要有事實的認識爲已足。換

句話說。犯人對於其行爲。不必要知係法律上所垂爲禁條的。祇要知其行爲所生的事實。爲不利於社會的。卽不合於社會上的善良風俗習慣。及違反社會上共同生活所要求的條件的。在學說上的用語。稱爲違反條理性的。或稱爲違反社會常規性的。犯人對於其所爲的事實。祇要知爲有上述各種的正性。卽足認爲有犯罪故意。反之若定要犯人知曉爲違法。方完成犯罪的必要條件。則事實上凡作奸犯科者。多係無法律知識的人。其結果則均成爲缺乏犯罪要素的人。是無異予此等人以作奸犯科的特權。任有如何危害於社會。而保護社會的刑法。將祇能對於少數通曉法律者有制裁的效力。對於此等多數的危險分子。反無鎮壓的可能。豈得爲國家罪刑法定的本旨。從此派的見解。則犯人於其行爲時。對於法律上有無錯誤的觀念。均於犯罪的成立上不生影響的。依現行刑法第二十八條規定云。『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』是採用消極派所主張的。余亦認乙說（消極派）的理由。實比甲說（積極派）的理由爲充分。刑法上規定罪與刑的本旨。是用以預防反社會性的行爲。例如殺傷或竊盜。其行爲實足爲危害社會的秩序。無論刑法上有無明文

禁止。在社會上的人生觀中。均共認爲必不可爲的事情。在稍具善性的人。必不致有殺傷或盜竊等行爲。亦不必俟知有法令的禁制始不有此作爲。所以殺傷或盜竊等行爲。其行爲的人爲有反社會的惡性無疑。刑法對於此等惡性的行爲。負有速予撲滅的任務。亦不必俟其知爲法令所禁制。始能認爲係惡性的表現。然後處以法定的罪刑。且社會的情形日益複雜。法規的設定亦日出不窮。卽專門研習法律的人。恐尚有不能盡知的法例。若必謂普通人均須有違法的認識。始能認爲違法的行爲。則法律的效力或將等於零。而刑法的適用。亦遂失其普通性。所以甲說的主張。無論具有如何巧妙的論理。亦終無存立的餘地。

第二款 事實之錯誤

事實的錯誤。卽犯人意中所知的事實。與外界所發生的事實不符的現象。詳細點說。錯誤的形態。卽事實本存在。而誤認爲不存在。或事實本不存在。而誤認爲存在。這爲幻覺的錯誤。例如在曠野地方試槍。前面本有人在。而誤以爲無人在。或前面本無人在。而誤以爲有人在。卽屬於此類的。或事實本無發生的可能。而誤認爲能發生。又或事實本屬於甲。而發生的事實則成爲乙。這爲錯覺的錯誤。例如用

咖啡粉以毒人。本無發生毒殺的可能。而誤認咖啡粉爲可以毒人。又例如犯人意中本欲殺甲。而結果則誤殺及乙。卽屬於此類的。現行刑法上。關於事實的錯誤。未以明文規定。在學說上則對於事實的錯誤與刑事的責任關係問題。議論甚不一致。有謂事實的錯誤。均可爲阻却犯罪的原因的。有分事實的錯誤爲二類。卽（一）爲手段的錯誤。又曰方法的錯誤。例如舉槍擬擊在左方的甲。因手段不精。致誤中在右方的乙。又如用安眠藥水以治人病。因用藥過量。致令病人不能轉醒而死亡。這就是手段的錯誤。或又云方法的錯誤的意義。（二）爲目的的錯誤。又曰客體的錯誤。例如本欲殺甲。因誤認乙爲甲。致殺及乙。這就是目的或又云客體的錯誤。以手段的錯誤爲均不能阻却犯罪的成立。以目的的錯誤爲有可以阻却犯罪的成立者。有否者。究之錯誤的現象。千差萬別。謂事實的錯誤。均可阻却犯罪的成立者。固於法理上相去太遠。謂手段的錯誤爲均不能阻却犯罪的成立。目的的錯誤爲有可以阻却有否者。亦不能卽說是允當。是不能不另求其他的解決定義焉。

要之錯誤的事實。不過係犯罪的一種形態。由這種形態所生的事實。究能成立犯罪與否。卽究能負刑事上的責任與否。仍當由構成犯罪的基本條件以下觀察。所謂犯罪構成的基本條件。其最重要的卽爲犯人的意思。所以錯誤的責任問題。仍爲意思的責任問題。換句話說。認定某事實錯誤的有無

責任。仍當歸結到犯人的意思上。以爲認定的出發點。因犯罪的事實。卽係犯意的徵表。依近代有力的學說。謂由犯意用發生的個體事實。不必有具體的與犯意爲一致。而僅以抽象的與犯意爲一致。卽足認爲係屬於犯意的徵表。若個體的事實與抽象的犯意亦不符合時。則不能認其事爲有犯意。例如犯人的意思中是欲殺甲。因誤認乙是甲而致殺及乙。此雖具體上的甲與乙。與犯人的意思中不符。而抽象的爲殺人。則是與犯人的意思中是相符的。法律上是對於殺人的事實而認爲應負刑事的責任。非對於殺甲或殺乙而有區別的趣旨。所以殺人的事實。既與犯人的意思中是一致的。則所殺的個別的人。是於成立犯罪上無關係的。假若犯人的意思中是欲殺獸。因誤認人爲獸而致殺及人。是與意思的抽象亦不相符。則不能認爲有殺人的犯意已。依此論理。則對於事實的錯誤。可爲下列的結論。(1) 犯人意識的事實。與發生的事實。以有法定的抽象的一致爲必要。不必有具體的個別的一致爲必要。(2) 犯人意識的事實。與現實發生的事實。以有法定上同一的價值爲必要。若與法定上的價值爲不相同時。則除有過失情形外。不能成爲意思責任的條件。如前例欲殺甲而誤殺乙。甲與乙同爲人。在法定上的價值是相同的。所以仍構成殺人罪。若欲殺獸而誤殺人。獸與人在法定上的價值不是同一的。所以除因有能注意而不注意的過失情形外。當然不能構成殺人罪。以無殺人的意思也。(3) 錯誤與故意相競

合時。其事實在法律上的價值若相同的。則以單純的一罪論。例如同時殺傷甲與乙。對於殺甲是出於故意的。對於殺乙是出於錯誤的。則以單純的殺傷一罪論刑。若其事實在法律上價值是不相同的。則從一重處斷。例如同時殺傷尊親屬甲又殺傷普通人乙。尊親屬與普通人在法定上的價值仍不相同的。則從殺尊親屬的重罪處斷。若事實在法定上的價值不相同。而一爲有法定的價值。一爲無法定的價值。則對於有法定價值的一部分。係故意者以故意論。係錯誤者以有過失的情形爲限。以過失論。而無法定價值的一部分。則無論罪的餘地。例如因以槍射獸而并傷及人。人在法定上是有價值的。獸在法定上是無價值的。對於射傷人的一部分。若有故意。則以故意論罪。若係錯誤。則當審其有無能注意而不注意的過失。有過失則以過失論。若并無過失則不論罪。至對於射傷獸的一部分。則無論罪的餘地。(4)所犯重於所知的錯誤情形。則從其所知。例如本欲邀殺仇人某甲。因黑夜誤疑其父爲某甲而將其殺傷。是僅有殺人的犯意。而無殺父的犯意。仍當從其所知的殺某甲即殺傷普通人論罪。(5)所知重於所犯的錯誤。則從其所犯。此亦處罰行爲的原則。至於目的的錯誤。或手段的錯誤。不過爲分別錯誤形態的用語。不能卽以之爲分別錯誤的概念也。

第三節 責任能力

第一項 責任能力的意義

責任能力。即任責的能力。詳細點說。犯人既有一定的行爲。若其行爲具有法定上構成犯罪的事實。從客觀方面說。這種行爲既有危害社會的影響。即當使其負擔刑事上的責任。然從主觀方面說。犯人於其一定的行爲。雖有危害社會的影響。且已具備法定上犯罪的形式。然尚須具備兩種要件。方能負擔刑事責任。一種即故意與過失。已如前面所說。一種即負擔刑罰的能力。若係無負擔刑罰的能力者。仍當使負別種處分的責任。不能使負刑罰的責任。所謂負擔刑罰的能力者。即能因受刑罰的制裁而能達到改善的目的之力量也。學者間有不主張責任能力爲刑事責任上的要件者。依現行刑法上立法的旨趣。則責任能力在刑事責任的關係上。亦與意思責任同爲重要的元素也。刑事責任上所需要的能力。一是有通常的智識程度。二是有通常的精神狀態。換句話說。凡具有通常的智識程度同通常的精神狀態者。則爲有責任能力。否則爲無責任能力。無責任能力者的行爲。在學說上或比爲自然界的現象。或稱爲病理的原因。自然界現象。祇可用自然的匡正方法。以移易其自然性。病理的原因。祇可以藥石治療。以祛除其病源。均不是用刑罰所能收效的。所以不能認爲有刑事責任。實因其無刑事

責任的能力也。蓋近世刑罰的目的。已不是從前的報應主義的作用。而是以改善犯人主體爲目的。故必要有因受刑而能改善的能力。纔可使其負刑事責任。可使其負刑事責任的人。纔稱爲有責任能力的人。

詳細點說。從智識的程度以區別責任能力的有無。即考察其人對於自己的行爲。有無辨別其於社會的條理上。及個人的正誼上。有何關係的能力。具有此項識別能力者。則內心的意思活動。常能有支配外界動作的力量。所以內心對於身體的動作。常能命令其孰爲可爲。而抑制其孰爲不可爲。此即是有責任能力。否則內心且常被外界的現象所支配。而本人外界的動作。常成爲機械式的動作。以本人的內心。無辨別事實善惡的能力。所以祇能隨自然界的衝動。以命令身體爲如何動作。此即是無責任能力。又從精神狀態以區別責任能力的有無。即考察其爲犯罪行爲時。是否由於真正意思的發動。若非由於本人日常真正的意思所發動。則除有過失情形外。必其精神有重大的障礙。這種重大的障礙。即其人爲受有心神病者。凡受有心神病的行爲。其行爲常非由於意識的動作。而係由於病理的動作。考察心神狀況的標準。即以社會上普通一般人所具的平均精神程度的狀態爲標準。其比較普通平均的精神狀態。若有顯著的完全缺陷的狀態。則爲心神喪失的狀態。具此狀態的人。即爲全無責任

能力的人。若比較普通平均的精神狀態。爲有顯著的低弱狀態。則爲心神耗弱的狀態。具此狀態的人。卽爲減弱責任能力的人。

第二項 責任無能力的法定原因

現行刑法上雖沒有責任能力的用語。然如第三十條。至第三十三條所規定的事項。在學說上均稱爲無責任能力的規定。又刑法上亦沒有有責任能力的規定。然除却本法上所列舉的無責任能力者外。當然均可解爲有責任能力的人。所以研究關於責任能力的立法意旨。祇須注意法文上所規定無責任能力的原因。則可以知道責任能力的全部意義。

第三十條 未滿十三歲人之行爲。不罰。但因其情節。得施以感化教育。或令其監護人保佐人繳納相當之保證金。於一年以上三年以下之期間內。監督其品行。

十三歲以上未滿十六歲人之行爲。得減輕本刑二分之一。但減輕本刑者。因其情節。得施以感化教育。或令其監護人保佐人繳納相當之保證金。於一年以上三年以下之期間內。監督其品行。

滿八十歲人之行爲。得減輕本刑二分之一。

右列第一項的規定。爲責任無能力的原因於年齡者。蓋人類若未到達相當的年齡。其精神則尙未成熟。知識定不充分。所以歐西的法學家有句格言。說幼稚可施以教而不可施以罰。原因幼稚的心性。惟教育可以移易其品性。而非刑罰所能匡救的。所以縱有觸犯刑章的行爲。雖亦不能予以放任。然其知識尙未與成年人有同等的程度。則不當施以與成年人同等的制裁方法。換句話說。卽不應置諸監獄。而應置諸感化場所。施以感化教育。所謂感化教育者。卽專有爲感化犯罪兒童的設備處所。收集此種不良的兒童。予以嚴格的管理。同強制的教育。以冀養成其善良的習慣。灌輸其正軌的知識。在文明各國當中。多有感化院的設備。其最優良者。其組織多與家庭相似。以四五人或六七人爲一家。視作父子兄弟。訓以德育上的道義。輸以智育上的技能。并課以體育上的勞動。以活潑其精神。使與受良好家庭教育者同。所以經過這種感化後。鮮有再爲犯罪的行爲者。我國關於感化的場所。現在尙少有設備。然亦鑒於此種全無刑事責任能力的幼年。實不能使其與成年人受同等的刑罰。所以法律上規定爲不罰。但因其情節。得施以感化教育。或令其監護人或保佐人繳納相當的保證金。於一定的期間內。監督其品行。然在缺乏感化設備的現今時期。實際上亦僅能責付其家庭。施以嚴重的監督。同良好的教育而已。

責任無能力的年齡界限。各國刑法上的立法例。亦各自不同。大抵隨各本國的教育程度與人類的發育程度以爲量定的。我國暫行刑律上係規定以十二歲爲全無責任能力的年齡。現行刑法則改爲未滿十三歲爲全無責任能力的年齡。因此種年齡的限界。雖不宜過高。然亦不宜過低的。過高則未免有放任的流弊。過低亦不能貫徹刑事立法的政策也。

十三歲以上未滿十六歲的人。僅可解爲相對的責任無能力。換句話說。卽非絕對的責任無能力年齡。亦非絕對的責任有能力年齡。因人類在這種年齡的時期。其智識程度。則已不似幼年人的毫無辨別力。然其辨別善惡的能力。究不能不比成年人爲稍遜。在最新學派及立法例的主張。多有對於這項年齡人的犯法行爲。亦認爲無處刑與減刑的必要。而主張易以保安處分的。又有主張宜先令其受感化處分或保安處分。俟其不能得相當的效果時。然後處以刑罰的。其用意以此項中間年齡人。甫脫離兒童時期。尙無成年者的成熟能力。遇有犯罪亦當先以教而後以刑。日本刑法的立法例。雖亦規定在十四歲以上的年齡人。則爲有責任能力人。然該國的少年法上的規定。則以犯時尙未滿十八歲的人。認爲當處以教育的保護處分。是實際上日本對於此項中間年齡的人。仍鮮有與成年人同負刑事的責任者。這亦是因近時刑法研究的新進步。同新趨勢的結果。依上面所載的我現行刑法的法例。亦

係折衷上述各論例而規定的。以得減輕制與感化制及交付監督制三者相輔而行。至實際上應如何的因人以施用。則當有深明刑事政策的司法官。隨各種不同的場合。以選擇適宜的處分方法。庶不致失掉立法的真意也。

滿八十歲以上的人。依學理說。應不在責任年齡問題的範圍內。但是此種年齡人。可說是精神狀態。已到了昏耗時期。在各國的立法例上。多不有對於這種年齡的明文規定。然實際上亦多有認為係心神耗弱的一種狀態。而依心神耗弱的規定以減輕其刑事責任的。我現行刑法以表面上亦係關於年齡的原因。所以亦附列於第三十條的第三項。其用意則仍因這種衰老年齡。其結果多有陷入於昏耗的狀態中。所以對於其不法的行為。亦得為減輕的處置。云得減輕者。則行為的當時。具精神若尙未陷入於昏耗的狀態。仍當不減輕的意思。至本項的性質。則非屬於責任能力的問題也。

第三十一條 心神喪失人之行為。不罰。但因其情節。得施以監禁處分。心神耗弱人之行為。減輕本刑。但因其情節。得於執行完畢或免除後。施以監禁處分。

第三十二條 不得因酗酒而免除刑事責任。但酗酒非出於己意者。減輕本刑。

右列的規定。則以精神的狀態。為責任無能力及減弱責任能力的原由者。心神喪失的意義。簡單

地說。就是精神障害程度的最劇烈的。心神耗弱的意義。單簡地說。就是精神障害的程度不甚劇烈的。心神喪失的狀態。爲責任無能力的原因。心神耗弱的狀態。爲減弱責任能力的原因。非責任能力的原
因也。

心神障害的意義。就是精神作用的組織中。關於智覺。感覺。意覺的作用。其全體與普通的狀態爲反常的一種心神病理。這種心神病理。有足令心神的作用。完全喪失其效率者。有僅減少其心神的作用。特較普通一般的平均精神程度爲低者。前者成爲心神喪失的障害。後者成爲心神耗弱的障害。前者對於自己的身體動作。其內心完全喪失其支配力。後者對於自己的身體動作。其內心的支配力亦因而薄弱。即容易起錯覺的作用也。

心神喪失人的行爲。不可認爲本人的行爲。乃其病理的作用。所以僅當予以醫療。不可施以刑罰。這是學說上同立法例上所一致公認的。但此種人的行爲。其足生危害於社會。不第較通常犯罪行爲無少減。且有時或尤較甚。所以雖不予以刑罰的制裁。然若無負制止其行動的責任人。則不可不予以監禁的處分。以防止其爲危害於社會的行動。監禁的處分。不是刑罰的用意。故監禁的場所。不必定須置之於監獄。若有其他的處所可以約束其行動的。（例如瘋人院）則亦可以代替監禁的處分。至監

禁的期限。當然以心神病不致發生危險的作用時爲止。

心神耗弱人的行爲。其責任能力的程度。在暫行刑律上則無規定。所以或謂應包括於精神病內。或謂仍應完全負責。遂成爲學說上的爭論。現行刑法特以明文規定。其理由謂心神耗弱的狀態。其重者幾與心神喪失相等。其輕者或與常人相等。所以不能處以通常的刑。亦不能全免其刑事責任。但有應當研究的問題。心神耗弱的狀態。其中實有輕重的懸殊。已如上述。其心神的病理。究以達於何種程度。始能以現行刑法第三十一條的心神耗弱論。此問題在法國的刑法上。曾發生一種流弊。因爲法國的刑法。單以精神障礙四字爲無罪的理由。其結果則凡犯罪的人。經醫生驗過爲有心神的障礙狀態。卽不問其障礙的深淺。均一律宣告無罪。常引起學說界的詬病。我現行刑法對於心神喪失的用語。實有顯明的意義。惟對於心神耗弱的必減其刑。則無程度的明白規定。司法官遇到這種案件時。自有注意其程度的必要。免致蹈了法國的流弊。依余的意見。關於心神耗弱的程度論。要以行爲的動機。是否與心神耗弱的緣故有直接因果關係爲斷。換句話說。其犯罪的行爲。實由於心神耗弱的病理。而始發生的。則當以現行刑法第三十一條的心神耗弱的行爲論。其犯罪的行爲的發生。與心神耗弱無直接連帶的關係者。無論其人平素有無心神耗弱的病態。仍不能卽以同條的心神耗弱行爲論也。

心神喪失或心神耗弱的病徵。有因於生來的心神機能卽有故障的。有自生後因他種病變的原因。以致心神發生故障的。前者爲先天的。後者爲後天的。然祇要因於天然的。在刑法上毫無區別的。惟由於人的自招的。則雖亦能使人一時的陷入心神病的狀態。若在此狀態中有犯罪的行爲。縱亦係因於心神喪失或心神耗弱。因其喪失與耗弱係由人爲的而非天然的。刑法上不能承認此種心神病的原因。而許其不罰或減等也。如第三十二條因酗酒的行爲亦屬於這一類的也。

第三十三條 瘖啞人之行爲。減輕本刑。

右列的規定。係以瘖啞爲減弱責任能力的原因者。瘖啞的人。卽聾而且啞的人。瘖啞的原因。亦有由於先天的或後天的兩種。由於先天的。就是生而卽具有聾啞的疾病。這種人自有生以來。卽欠缺精神智能的發育要素。詳晰點說。這種人自始卽未具有發育精神智能的聽能同語能。所以結果總有妨礙精神的成熟。無論身體同年齡發達到何程度。他的承受教育的能力。同鑒別是非的意志力。總是薄弱得同幼年人一樣的。由於後天的聾啞。是於有生以後因他種疾病或受傷所造成的。不是在母胎內卽欠缺視覺同聽覺的機能。是由生後的別種原因。以致將此種機能損廢而不能發生效用。這是由於病理的原因。而不是由於生理的徵候。這種人在視聽上雖是發生障礙。在精神同知能上仍多是未有

障礙的。加以自從科學發明以來。這類瘖啞的人。亦隨科學的進步而有受相當教育的可能。他的精神同知能。更可有發育到正當的狀態的機會。這種的盲啞教育。在外國多已普及了。在中國雖則尚是不過略有萌芽。然而從實證的考察社會上所有這類的後天瘖啞。其智能與精神。較普通人減弱的亦不能說沒有。與普通人齊等的亦正多多也。

各國刑法上。因瘖啞者具有特種生理的緣故。對於這類人的責任能力。有與少年人等量齊觀的。有視爲與心神耗弱者同例的。所以對於這類人的刑事責任。有分別爲不處罰同減輕兩種的。亦有僅視爲得減輕的或必減輕的。例如日本刑法是瘖啞人的行爲不罰及減輕。英國刑法是基因於瘖啞而致成了癡鈍的病態者則爲無責任能力。若能證明他仍有通常的解力者則爲全有責任能力。我國暫行律上是認爲有得減有不減的。現行刑法則定爲必減輕其刑的。法律的條文上。雖是未有先天的同後天的區別。從生理上觀察的結果。先天的瘖啞。要可爲正當減弱責任能力的人。後天的瘖啞。則有審查的必要。這是一般學者的通說。又是各立法例上必區分瘖啞人爲兩種待遇的隱意。依我國前大理院四年上字八四零號判例的說法。『查刑律五十條所稱瘖啞者。係指生而瘖啞者而言。其因疾病致生聾啞者。自不在內。』云云。亦不外以生而瘖啞者爲先天卽不完備。他的精神狀態。當然不能發育

到完人一樣。因疾病致生聾啞者僅後天所受的損傷。與精神狀態的發育無關。法律上對於瘖啞人要列在減弱責任能力的當中。縱有犯法行爲。亦要減輕其刑的意思。亦不外是因爲精神異態的瘖啞人而設。余亦與前大理院的見解相同的。但是尙有要注意的一點。法律上所謂瘖啞人。係指聾而且啞者而言。若是聾而未啞。或是啞而未聾的人。當然不能適用該條也。

第四節 客觀的刑事無責任原因

前節所說的責任無能力的人。同責任能力薄弱的人。縱有違反法令的行爲。前者是全無責任的。後者是負有限的責任的。這種有無責任的論定。完全是基於能力的問題。又上面所述的無故意及無過失的行爲。亦是對於刑事不負責任的。這種有無責任的論定。完全是基於意思的問題。意思同能力。通是屬於行爲人的主觀的。基於這種主觀的原因而無刑事責任的。即可謂爲主觀的刑事無責任的原因。反之。從客觀的方面加以觀察。亦有基於客觀的問題而不負刑事責任的事項。關於這種事項的行爲。在形式上看來。亦完全具備刑法各本條構成犯罪事實的條件。似亦當負擔違法的責任。但這種的行爲。有爲法令上正當要許容的。有并爲法令上及社會一般慣習上所要求的。如醫師因治療上必

要而開刀。法院中的行刑人奉令執行死刑而殺人。這種行爲。在外形上亦具備刑法各本條犯罪的要件。然實質上不得謂爲侵害法益的違法行爲。所以關於外形上具有犯罪的模樣。而實質上不當使負刑事責任的事由。統稱爲客觀的刑事無責任的原因。或稱爲違法的阻却的原因。

研究客觀的刑事無責任的原因。不可不注意下面的幾點。

一 主觀的無責任原因 是欠缺意思同能力的主觀原因。所以不要使其負責任。客觀的無責任原因。是因阻却了行爲的違法性。所以不令其負責任。換句話說。主觀的刑事無責任。是基於行爲人的本體無可罰性。客觀刑事無責任。爲因於行爲的本體無犯罪性。

二 客觀的刑事無責任原因 僅限於一定的範圍內。可以不成立刑事責任。所以其行爲若一旦逸出法定的範圍外。是仍要同普通犯罪的場合負有刑事責任的。如醫師不依醫理上的需要。故意折損病人的肢體。行刑人明知爲非法的命令而執行死刑。又正當防衛的人（正當防衛的意義見下）不管危害已經過去。乘勢加暴行於人。仍不能免刑事責任的。但不過有得減輕的時候。

三 客觀的刑事無責任原因 與刑之免除場合不可不有所區別。刑之免除的場合。是完全有犯罪性的行爲。但因特種的情形。法律上免除其應負的刑事責任。不是該行爲的本質上不能認爲犯

罪的意思。

客觀的刑事無責任原因。可分爲一合法行爲的原因。二正當防衛的原因。三緊急避難的原因。現分別說明在下面。

第一項 合法行爲

合法行爲的意義。一是依法令的行爲或正當業務的合法行爲。二是基於本屬長官的命令行爲。現行刑法上有左列二條的規定。

第三十四條 依法令之行爲。或正當業務之行爲。不罰。

第三十五條 依所屬上級公務員命令之職務上行爲。不罰。

依法令的行爲。就是依法令上所規定。認爲是當然的權利或義務行爲。從廣義的解說。職權的行爲。爲并職務的行爲。亦可包括在內的。例如依民法商法所規定的權利或義務行爲。固是依法令的行爲。依刑事訴訟法逮捕現行犯的權能行爲。又司法官剝奪犯人生命自由財產的行爲。司法警察官持有檢察官捕票。所爲逮捕非現行犯的行爲。前者是屬於職權的行爲。後者是屬於職務的行爲。二者均爲

依法令的行爲。因現行刑法上關於依法令的職務的行爲。單有第三十五條的專設規定。則第三十四條所云依法令的行爲。僅指直接基於法令的職權行爲而言。如上述的對於現行犯逮捕行爲。法官剝奪人法益行爲。及親權者懲戒行爲。對心神病者的監護行爲等均屬於這一類的。至依法令必待有長官命令且爲自己職務的行爲。則均屬於第三十五條這一類的。因正當業務的行爲。就是法令上及國民一般的慣例上認爲正當而許容的行爲。質直地說。法律所許可的業務。即屬正當業務。正當業務行爲。以得對方的同意爲必要條件。這一點是與依法令的職權行爲同職務行爲相異的。依法令的行爲。在法律上認爲係準據法規的一切行爲。所以非違法的行爲。因正當業務的行爲。亦必有法令所許可的根據。纔能認爲非違法的行爲。是以同一業務。亦有正當不正當的區別。例如公娼私娼。雖屬同一業務行爲。然一則經過官廳的許可。則認爲正當。一則未受有官廳的許可。則不能認爲正當。例如同一醫師業務。經過官廳的登記者則爲正當業務。未經過官廳的登記者。則不能認爲正當。所以無論是屬於職權的或職務的行爲。是屬於業務的行爲。均以有法令的依據纔能爲合法的行爲。能爲合法的行爲。纔能爲無刑事責任的原因。

第二項 正當防衛

刑法的沿革史上。有所謂復仇時代。（中古以前）人們遇到一切的不正侵害。不論在受侵害的當時。或侵害已過去。均許私人用腕力以謀報復。有傷折人一股者。人亦可反折其一股。有瞎人一目者。人亦可反瞎其一目。有殺人的父母或妻子者。人亦可殺害其父母或妻子。這種反擊的行爲。法律上均不以爲罪。中古以後。法制日漸昌明。此種足以擾亂社會秩序的私人報復行爲。遂被法律的禁止而以爲罪。換句話說。就仍是脫不了刑事責任。因爲在法律修明的時代。社會中人們一切的權利。均有法律來司保障的責任。法律就是社會中人們的公力。所以人們的權利有受侵害時。祇可訴諸公力以謀保障。不可擅用私力以圖報復。法律上既禁止擅用私力以圖報復。若仍有不聽禁止而擅用私力時。就是侵害法律的秩序。法律爲保障本身的秩序起見。所以不能不對於擅用私力的人。令其負擔刑事責任。這是刑罰法令上的一個原則。然莫拘守這一個原則。限令人們無論遇到何種的侵害。即公力一時保護不及的侵害。亦必要束手甘受而不許其自衛的行動。是無異強迫受侵害者有坐受侵害的義務。而幫助侵害者得順利爲侵害的進行。亦是法理上所說不通的。所以人們在遇到急迫不正的侵害場合。公力的保護既有所不及。則仍當賦予人們以自衛的權能。這種自衛的權能。在學說的用語上名曰正當防衛。防衛的正當與不正當。須從客觀的情形以爲論斷。客觀的情形認爲非用私人的腕力去自

衛。決不能抵制侵害事實的發生者。則其私人的防衛爲正當。認爲非用私人的腕力去自衛亦可抵制其侵害事實的發生。或侵害的發生已過去。用私人的腕力亦抵制不及。或侵害的程度甚小而用過量的腕力去抵制。這種私人的防衛則爲不正當。正當防衛。法律上當然不可認爲犯罪。非正當防衛。法律上當然要處以罰。所以不處以罰的正當防衛。要從客觀上的情形以爲斷定的。故亦爲客觀的刑事無責任的一原因。

正當防衛與私擅報復。同爲被侵害者所給予侵害者一種反擊行爲。然一則認爲有罪而須處以罰。一則認爲在刑事上無責任。完全要從客觀的情形以爲區別。這種客觀的區別標準。依現行刑法上的規定如左。

第三十六條 對於現在不法之侵害。而出於防衛自己或他人權利之行爲。不罰。但防衛行爲過當者。得減輕或免除本刑。

依右列規定。正當防衛之成立。一須對於現在之侵害。換句話說。就是遇侵害的現時。二須對於現在不法之侵害。三須出於防衛自己或他人權利之行爲。茲分別說明如左。

(一)現在之侵害 侵害的意義。即甲方侵入乙方權利的領域而加以損害的意味。在法理上權

利本有不可侵權。故權利卽有排除被侵害的本能。然此種本能的行使。祇在正值害的現時爲合法。若侵害將臨而未臨時。則尙有請求公力代爲排除的機會。不能卽置公力於度外。直接自用其腕力以爲對付。反成了侵害他人的行爲。又若權利已被侵害終了。換句話說。卽侵害業已過去時。則已無排除問題可言。而止有回復問題。與懲戒問題。回復與懲戒。其權操諸公力。自當向公力機關爲合法的請求。亦不能以私人的腕力向對方逕謀回復或逕加以懲創。則形成了報復的行爲。在上二種時期。均不能成立正當的防衛的場合。故法律上所認許的正當防衛舉動。僅以在侵害已加臨而未終了的中間。卽正值侵害的現時。(現在侵害)非藉私人臨機予以腕力的反擊。決無排退侵害力之可能的場合。則無論施以何種相當之反擊。均可認爲正當防衛。過時則成爲私擅報復。不及時亦成爲侵害他人。均不能謂爲防衛權利的正當行爲也。例如甲正預備火油聲言將焚燬乙所有某建築物。乙於此時惟有訴諸警察。以謀制止。則爲合法行爲。若計不出此。僅根據甲的預備與聲言。卽往搶奪其火油。或逕予甲以懲創。則乙的舉動。反成爲侵害甲的行爲。在此時甲若予乙以反擊。則甲反成正當防衛已。反之若甲已以火油陳列於乙的建築物中并持火將與油接近時。則乙并助乙之他人迎頭與甲以痛擊。奪去其火與油。乙及助乙之他人均成爲適法的防衛行爲。又反之甲若已將乙之某建築物焚燬已畢。已無防衛的可

能。乙於盛怒當中將甲施以擊傷。在這種場合。甲固另有應得的罪。乙亦不能脫卸傷害的罪責也。

(二)現在不法之侵害 正當防衛的第一個要件。是限於現在的侵害。已有如上的說明。然現在的侵害。又以屬於不法者爲限。這是正當防衛的第二要件。不法侵害的意味。就是無權的侵害。換句話說。就是法律上所不容許的侵害。對於這種侵害的現時。卽有正當的防衛權。例如司法警察持有檢察官的捕票來逮捕犯人。又或執達吏持有審判官的命令來查封房產。客觀亦是侵害被逮捕或被查封人的權利。然這都是依法的行爲。卽是有權的行爲。不得爲不法侵害。卽不得對之有防衛權。但可以行使防衛的不法侵害。祇以客觀的屬於不法爲已足。至主觀的責任無能力人的侵害。未成年人的侵害。又無故意或并無過失的侵害。祇要爲無權者的侵害行爲。卽爲不法侵害。卽對之有正當防衛權。如前例司法警察雖持有檢察官的逮捕票來逮捕人。執達吏雖持有審判官的命令來查封房產。若該逮捕票同查封命令的內容。顯然爲違法的。卽仍是無權的侵害。卽對之仍有防衛權也。

(三)出於防衛自己或他人權利之行爲 換句話說。卽是出於保護自己或他人權利的適當行爲。權利的意味。就是關於人類的生命。身體。名譽。自由。財產的總稱。均可爲被保護的目的物。法律并許其有防衛權。但行使防衛權時。除上述係現在又係不法侵害的二要件外。又須爲出於防衛自己或他

人權利之行爲爲第三要件。至所謂出於防衛自己或他人權利之行爲的解說。又含有二種意味。①防衛所施的腕力。以能排除侵害的程度而止。超過防衛上必要的程度。卽爲防衛過當。防衛過當者仍須處罰。但不過因其情形得減輕或免除其刑而已。例如他人用刀損壞我的器物。我卽以刀砍斷他人的手。這種防衛的方法。則爲超過防衛上適當的程度。卽爲防衛過當已。②防衛行爲的成立。須出於防衛自己或他人權利的動機。例如乳母有意斷絕嬰兒的乳糧。甲與乳母有素仇。乃藉口防衛嬰兒的生命權。將乳母殺斃。殺斃乳母的手段。究非排除嬰兒絕乳的方法。可以證明殺斃乳母的行爲。非出防衛嬰兒的動機。卽不能認爲出於保護嬰兒權利的行爲。換句話說。卽不能認爲正當防衛也。

第三項 緊急避難

緊急避難的意味。係人們遇到猝然的災難。正當緊急危迫的關頭。非出於某行爲卽全無避免的可能。爲救護垂危的權利起見。不得已而有某行爲發生。這種行爲。卽爲緊急避難行爲。雖在法律上已構成犯罪。然因係出於不可抗力。法律上亦不予以刑罰。例如因避免火災。非將鄰家的建築物毀損。萬無斷絕火路的可能。則雖有毀損他人建築物事實發生。亦不援用毀損律而科以刑罰是也。法律上因

不可抗力之所爲而不認爲可罰的原因者有二種。一爲無故意的行爲。係基於行爲者完全無預見的可能。故認爲不可抗力的行爲。這種不可抗力是由於主觀的。則爲主觀的刑事無責任的原因。二爲緊急的行爲。係基於行爲者完全被危難所強迫。故亦認爲不可抗力的行爲。這種不可抗力是由於客觀的。則爲客觀的刑事無責任的原因。現行刑法上關於緊急避難行爲的規定如左。

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

前項關於救護自己之規定。於公務上或業務上有特別義務者。不適用之。

右列規定。卽學說上所謂緊急避難行爲。這種行爲的成立。要具有左列各要件。

(一) 危險狀態的要件

甲。緊急危險。危險爲具有破毀人們權利之本能的事象。緊急危險。卽危險事象已接觸人們權利的本體。在一瞬間卽可將人們的權利達於破毀的狀態。危險之加臨。有爲人們所預知者。爲未來的危險。有爲人們所不能預知者。爲偶發的危險。有已經了者。爲過去的危險。緊急危險。卽人們所不能預知而又尚未終了之偶發的危險是也。合於這種狀態的危險。卽爲緊急危險。必遇到緊急危險。

總有緊急避難的可言。

乙。自己或他人生命身體自由財產之緊急危險。雖禍患已成立緊急狀態。然非關於生命身體自由財產的重大事項。亦不能因救護行爲而損及無辜之他人的法益。所以除遇有生命身體自由財產諸項的緊急危險外。亦無緊急避難的可言。

丙。危險之加臨。須有不可抗之強制力。但不以不法的侵害爲限。這是緊急避難與正當防衛相異的一點。例如於工廠內猝遇火災。奪門圖逃。致推跌他人陷身火窟。在此時既無抵禦火燄的可能。又無他道可脫險。處此強迫勢力之下。惟有破壞他人的法益以圖自全。則不能不認爲係基於緊急所強制的行爲也。

(二) 因救護緊急危險所生加害他人行爲的要件

甲。必在不得已的場合。緊急避難的加害行爲。其加害的客體。非直接對於危險的發生者。是對於發生危險的以外的人。所以非在危害迫不可抗拒的場合。因不得已而有損人利己或損害他的一方面以救助彼的一方面的行爲。則萬無成立緊急避難的理由。不比正當防衛係對於直接發生危害的人所用的一種反擊手段。不必在不得已時。法律上亦承認其有排除的權利也。

乙。係對於第三者所加的危害。正常防衛爲抵禦他人的侵害。所以必爲對於侵害者方可予以反擊。緊急避難爲侵害無關係的他人。換句話說。就是被緊急被難者所侵害的人。并非侵害緊急避難者的人。因緊急被難者爲救護自己或他人的法益。因而侵害無關係之第三者法益。所以由緊急避難行爲所加諸人的侵害。常爲無辜的第三人。若係直接對於侵害者而反加以侵害。則成爲防衛上的抵抗行爲。卽不是避難的緊急行爲。

丙。緊急避難的行爲。不能超過避難的適當手段。換句話說。因緊急避難而致加害無辜的他人。則其加害的程度。僅以達到救護目的爲止。又損及他人法益的價值。亦必與避免損害的價值等。例如因救護水災。僅開掘他人的堤口。卽足以洩出水患而保無危險。乃竟將他人的堤岸全部毀廢。則爲超越救護程度。又例如因救護財產而殺傷他人身體。因救護少數財產而損害他人多數財產。則爲超越救護的價值。超越救護的程度。同超越所欲救護的價值的損害他人行爲。均爲過當行爲。卽均不能謂係緊急避難範圍內的行爲。法律上對於緊急避難範圍外的過當行爲。決無不處以罰的理由。不過避難人在急不暇擇的場合。或偶因未及審量而致有過當行爲的發生。又其發生的過當損害不甚大。法律上許斟酌其情形或減輕其刑或竟不處以刑已耳。

丁。緊急避難。以本人無特別義務者爲限。本人雖當緊急危難的關頭。然若尙負有一定行爲的特別義務。亦祇有竭力抵禦的可行。萬無違行引避的可行。反之則爲違反義務行爲。卽不能認爲緊急避難行爲。違反義務行爲同因其行爲所生的損害。均爲法律上所不能容許。例如軍人臨陣。不能因生命危險而退却。船舶遇險。船長不能不雇及乘客并船貨而先自逃免。這種退却與逃免行爲。無論因退却與逃免是否有損及他人的情事發生。均不能援引緊急避難的法例以希圖免罪的。所以負有特別義務的人對於義務當中所發現的危險。無論如何緊急。均不在緊急避難的範圍也。

緊急避難行爲。雖是一種救護權利行爲。然不能卽說是一種權利行爲。法律上對於緊急避難所加害於他人的行爲。不予以處罰。并非認被急迫者有侵害無辜之他人的權利。亦不是認緊急避難行爲爲合法行爲。不過當這種特別的場合。(1)雙方的權利不能完全保護。不得已而惟有任聽其一方侵害他方的權利。以爲保全其一方的權利。而不加以刑責。并非保護其一方有侵害他方的固有權利。而認他一方的權利有應當被侵害的理由。所以不論爲救護自己或救護他人。但以具備緊急避難的場合。雙方祇能保全一方時。則惟有默視其救助任何一方而不加以過問。惟損害其法益的重大者以救護其法益的輕微者。或救護行爲過當。以致發生相當程度以外的損害時。則法律遂不能不予以干涉。

耳。(2)人當權利在千鈞一髮的當時。有發揮其自護本能的必然性。有不可以威力所能遏止的。自非大聖大賢。必無於急難迫切的當中。而猶有舍身取義殺身成仁的高尚道德。所以法律上亦不以社會一般人所不可能的道義責任。懸為強人以必能的規律。故對於復仇主義的私力救濟。則不能不予以嚴禁。對於不可抗拒的危難所強制因而發生自救的行為。則惟有放任而不加以刑責也。

第五節 自首

自首為相對的減輕一原因。犯罪人於犯罪後。不待他人的告訴或告發。或官廳的察覺。自向有搜查權的官署或官員首告。因而受審判者為自首。各國刑法上對於犯罪能自首的人。大都有得為減輕的規定。我國現行刑法上的規定如左。

第三十八條 對於未發覺之罪。自首於該管公務員受裁判者。得減所首罪之刑三分之一。
向被害人告訴人或有請求權之人自首。而受該管公務員裁判者。亦同。

依右列規定。自首的要件。(1)為不隱蔽自己的犯罪行為。(2)必在未經發覺以前。若已經官署察覺。或已經他人告訴告發。雖自行到案認罪已罪。乃係自白。不為自首。但發覺的意義。指該管公務員既知

犯罪的事實。并知犯罪的人名而言。對於犯罪的事實雖已發覺。對於犯罪的人名若尚未發覺。則仍可謂爲未經發覺以前。在此時若能自爲首告。亦可謂爲自首。(3)必向該管公務員或被害人告訴人有請求權人告知已罪。該管公務員的意義。卽係有搜查此項犯罪職權的公務員。如檢察官。警察官。兼理司法的縣長。并上列人員的公署都可包括在內。(4)必到官署受審判。若自首後卽脫逃。經官署偵緝到案始受審判者。於自首的要件仍爲未完成也。

自首得減輕的理由。要不外乎下列的三種。(1)犯人能自首。可視爲尙知尊重法律。(2)犯人能自首。可視爲有悔悔的表徵。(3)犯人能自首。則可以減少官署無益的偵查。而能迅速辨識真正的犯人。并可免致株及無辜。基於上三種的理由。故刑法對於自首的人犯。實有獎勵的必要。然而自首的原因。亦有出於慙不畏罰者。亦有出於巧於投機者。若一概予以寬典。亦恐發生流弊。所以法律上關於自首的行爲。定爲相當的減輕原因。裁判官當審查自首的動機。及自首者的人格。有減輕的價值者則依法減輕。無減輕的價值者。則以不減輕爲宜也。

第五章 未遂罪

第一節 未遂罪之意義

犯罪完成的順序。在一般的情形上。可分爲四個階段。一爲陰謀。(或決意) 二爲預備。三爲着手。四爲實行。在陰謀與預備當中。犯意雖已開始運動。然尚未到顯露的時期。漸進到着手實行的階段。則犯意已完全表現。法律須俟犯意完全表現到動作上。纔認爲犯罪行爲。其行爲已發生了一定的結果。則爲犯罪既遂。其未發生一定的結果。則爲犯罪未遂。既遂者曰既遂罪。未遂者曰未遂罪。

未遂罪的觀念。有從主觀的一方面觀察與從客觀的方面觀察的不同。茲分別說明之。

一 從主觀的方面觀察 犯人的行爲。達到犯人意思中的目的時爲既遂。未達到犯人意思中的目的時爲未遂。原則上犯罪的成立。須以犯意的成立爲前提。犯意不成立時。不能認係着手於犯罪的實行。非着手於犯罪的實行。不生既遂同未遂的問題也。例如誤以人爲獸。因舉槍向之射擊。射擊的

當時。心目中本無殺人的印象。所以其行爲不得謂爲係犯殺人罪的實行。即不生殺人既遂或殺人未遂的問題。必射擊的當時。非係誤認爲獸而確係認識爲人。則可證明其射擊的當時有殺人的意欲。其射擊即爲犯殺人罪的實行。其結果人若果被所殺。則爲犯人意思中目的已遂。若因他項原因的介入。其人未被所殺。則爲犯人意思中的目的未遂也。

二 從客觀的方面觀察 犯人的行爲。已發生構成犯罪事實的結果時。爲犯罪行爲的既遂。未發生構成犯罪事實的結果時。爲犯罪行爲的未遂。刑法分則上關於犯罪的完成。以有無構成犯罪事實的結果爲標準。未遂者即犯罪未完成的意義。無構成犯罪事實的結果者爲犯罪未完成。所以無構成犯罪事實的結果者即爲犯罪未遂。例如誤以獸爲人。因舉槍向之射殺。其結果則被殺的是獸。未發生殺人事實的結果。即爲殺人的未遂也。

法律上關於未遂的觀念。是合客觀的與主觀兩方面互爲證合而成立的。即既遂與未遂的犯罪。係以客觀的結果爲標準。而仍以犯人意思中的目的以爲區別。換句話說。有犯意而併發生犯意中事實的結果者爲既遂罪。有犯意而未發生犯意中事實的結果者爲未遂罪。再詳晰點說。一定的意思活動所發生的影響。未至完全構成意識中的犯罪事實。則其犯罪行爲爲未遂。一構成意識中的犯罪事

實。雖活動尚在繼續中。亦爲既遂。例如竊取他人的所有物。其物已竊取入手。始知乃原係自己的物。則仍未構成意識中的犯罪事實。卽爲竊盜未遂。反之其物已竊取入手。確係他人的所有物。是已構成意識中的犯罪事實。雖正在陸續搬運中。中途忽被所有者或警察遇見。因被截阻。仍爲竊盜既遂。以竊盜罪於竊取目的物入手時卽完成也。又反之。正在竊取時卽被捕。此則爲未遂也。

未遂的意義。尙有德國派與法國派的見解不同。法國派謂未遂的原因。係出於犯人意外的障礙而不致發生犯人意識的事實。則爲未遂。例如放火燒屋。火甫燃卽因大雨的原因以致不能完成放火的事實。(天然的障礙) 又例如甲欲殺乙。正在瞄準的當頭。突有乙自後擊其手并奪其槍。以致不得完成殺人的事實。(人爲的障礙) 這種天然的或人爲的障礙。如均出於犯人的意外。則因此意外而致阻礙其所欲犯的事實。卽爲未遂罪。德國派則不問未遂的原因係由於意外的障礙與否。皆爲未遂罪。我現行刑法關於未遂罪的規定。有類似於德國派的。

第三十九條 已着手於犯罪之實行而不遂者。爲未遂罪。其不能生犯罪之結果者亦同。

依右規定的意旨。未遂罪的成立要件。一要已着手於犯罪的實行。二要未遂。茲分別言之。

一 着手於犯罪的實行。着手者卽實行的開始。實行者卽着手的結果。兩者祇有間不容髮的距

離。不過實行的初步就是着手。着手的進步就是實行。着手同實行。同爲意思已表現到行爲的進展狀態。犯罪的普通程序。初必有決意而後進爲準備。由準備而進到着手於實行的程序。就有發生結果的可能了。其已發生結果爲既遂。其未發生結果爲未遂。學者間對於着手同實行的界限。常引起無窮的辯論。究之着手於犯罪之實行一語。卽開始爲犯罪之實行的意義。究竟在如何的分際卽可說是着手。在如何的分際卽可說是實行。純爲術語上的問題。又純爲事實上的問題。非法律上所能預爲一一的規定的。亦不是說明人所能從抽象的包舉所能悉合的。且於犯罪的成立上亦無如何的重要關係也。

二 不遂前而已經說明。犯罪的着手同實行。均爲意思活動的一種進展。意思活動已進展到着手爲實行的境域。則必有既遂同不遂一面的成立。既遂者卽依本意思活動的進展力。充實的發生與意思一致的影響。換句話說。卽意思活動得有充實的結果。不遂者卽依本意思活動的進展力。不能充實的發生與意思一致的影響。換句話說。卽未有充實的結果。質直的說。不遂者卽未充實構成犯罪事實的意義也。有着手時不遂者。則爲着手未遂。例如舉刀殺人。適其人疾走逃避是也。有實行終結後不遂者。則爲實行未遂。又曰缺效未遂。如前例刀已砍中其人的身體。其人僅受傷而未死是也。

從未遂的形式言。凡既已着手於犯罪的實行而未發生結果者。均爲未遂的狀態。然形成這種狀

態的原因亦不能盡同。有原因於自然力及人爲力的障礙而不遂的。學說上稱爲障礙未遂。有犯罪的
方法或犯罪的客體不能生犯罪的結果的。學說上稱爲不能未遂。亦曰不能犯。有因本人的意思自動
的妨止其結果的發生的。其結果亦與未遂的形態相似。但前者的原因係由於他動的。中止的原因係
由於自動的。學說上則曰中止犯。亦稱爲中止未遂。又障礙未遂常稱爲狹義的未遂。不能未遂同中止
未遂常稱爲廣義的未遂。究之中止犯雖於不發生犯罪事實的結果一點。其形態上有類於未遂。其實
質上則太有懸殊。所以現行刑上的規定。不能犯則同於未遂。中止犯則單爲規定。亦寓有不可混同的
意思。本節所說明的。卽是狹義的未遂。至不能犯及中止犯。容另說明於下。

第二節 未遂犯之處分

未遂犯是否均有處罰的必要。又處罰應否與既遂犯相等。學說上的主張固不一致。各國的立法
例上亦各不相同。有一切的未遂罪均須處罰的。有分爲須處罰的未遂罪與不處罰的未遂罪的。其須
處罰的未遂罪。則於分則各條上有處罰未遂罪的明文。無處罰明文的未遂罪。則概爲不罰。現行刑法
第三十九條第二項規定云。『未遂罪之處罰。以有特別規定者爲限。』係採後一例的。又應處罰的未

遂罪。其處罰的程度是否相等。又有主觀主義客觀主義折衷主義的說法不同。主觀主義即同等主義。謂未遂犯與既遂犯有同一惡性的表現。因既已着手於實行。是其惡性所表徵的行爲。不能不謂爲與既遂犯相等。則其刑罰亦當相等。反之客觀主義即必減主義。謂犯罪既未生既遂的結果。則所生的實害不大。實害既較輕則刑罰亦當較輕。其折衷兩者之間的爲折衷主義。即得減主義。謂犯人的未遂。乃由於犯人以外的原因而生。其行爲危險性。實與既遂犯相等。但按其情節或有可原。例如關於個人法益的侵害未遂。於社會上無重大危險之可言者。亦可由審判官量情減等。減輕與否。均隨審判官就各個未遂的場合自由裁量。即不減亦不爲違法。現行刑法第四十條前半的規定云。『未遂罪之刑。得減既遂罪之刑二分之一。』是採折衷主義的。

第三節 不能犯

不能犯的意義。簡單地說。就是供犯罪用的方法實行犯罪時的機會。自始即不能成立犯罪的事實。即曰不能犯。如誤用砂糖毒人。或誤入空屋行竊是。但要注意者。不能犯要有犯罪的故意。因誤會的緣由而致有不能的行爲。若行爲者自始即明知其不能發生犯罪事實。而係出於虛飾的動作。即簡直

是不犯罪。不得說是不能犯。

不能的場合。學說上常分爲目的的不能與手段的不能。又細分爲相對的不能與絕對的不能。茲分別加以說明。

甲。目的不能。即犯罪的客體目的不存在。如前例誤入空屋行竊。竊盜罪的客體（竊盜的目的）就是財物。空屋本無財物。即是竊盜罪的客體不存在。所以自始即不能成爲竊盜的事實。然客體的不存在。有原來即不存在。換句話說。即原來未有這種客體。有例如使無胎的婦女墮胎。是絕對不能發生墮胎的結果的。因原來無這種客體「胎」。則曰目的的絕對不能。亦有實行犯罪時客體適不存在者。換句話說。即客體適與犯罪人所預期者相左。例如殺人者向其人的起居室放鎗。不意其人適不在室。當然不能發生結果。然若其人適在室。則仍能發生殺人的結果的。則曰目的的相對不能。

乙。手段的不能。即犯罪的手段無犯罪的可能性。如前例誤用砂糖毒人。砂糖本無毒人的可能性。是絕對不能發生毒人的結果的。故曰手段的絕對不能。亦有因手段不得其宜而致成爲無犯罪的可能性。例如用一〇（藥的分量名）的鴉片汁以毒人。亦是不能發生毒人的結果的。然若多用少許。其結果則有毒人的可能。故曰手段的相對不能。

不能犯的不發生結果原因。乃係其行爲的性質上無發生結果的可能。與意外的障礙未遂實有區別。於是不能犯的應否處罰問題。遂成爲刑法學者間一劇烈的爭點。主張主觀主義的人。謂既着手實行犯罪。無論是否發生犯罪事實。其犯罪的惡性。已完全表現於行爲。法律上以處罰表現於行爲的惡性爲原則。所以無論爲目的的不能或手段的不能。又無論爲絕對的不能或相對的不能。但足以表現其犯人惡性行爲。其行爲在社會中卽有危險性。有危險性者卽應處罰。反之持客觀主義的人。謂不能者爲不能發生犯罪事實。其行爲與犯罪相去甚遠。若一律處罰。則不免處罰犯意而非處犯罪行爲之嫌。且其行爲既無發生實害的可能。則可謂爲於社會無危險性。無危險性者當以不罰爲宜。又有倡爲折衷說者。主張對於相對的不能犯罪仍須處罰。對於絕對的不能犯罪可不論罪。各國立法例採此說者尙多。我現行刑法第三十九條規定。『其不能發生犯罪之結果者亦同爲未遂罪。』又第四十條但書規定。『但犯罪之方法絕對不能發生犯罪之結果者。得減輕或免除其刑。』係採用處罰不能犯主義（主觀主義）爲原則。但於絕對的不能犯可由法官斟酌情形予以減輕或竟免除其刑亦可。亦有類於折衷主義。特爲有伸縮性的折衷主義而已。

第四節 中止犯

中止犯是犯罪行爲者於犯罪行爲已着手後。犯罪結果尙未發生前。中途因自動的意思。中絕其實施的進行。或防止其結果的發生。法律上對此種已着手於犯罪之實行而不致發生結果的行爲。謂爲中止犯。中止犯與未遂犯。同爲已着手於犯罪之實行。同爲無犯罪結果之發生。在外形上頗相似。然未遂犯之不發生結果原因。是由於外部遇有意外之障礙。中止犯之不發生結果原因。是由於內部自由意志之發動。其內容實不相同。例如殺人者方舉刀殺人。因對方有強力之抵抗。因而不致成立殺人的結果。是爲未遂。又如殺人者方舉刀殺人。忽轉念殺人爲不合理性的行爲。隨即抽回所舉之刀。不令觸着他人之體膚。因而不致成立殺人的結果。是爲中止。所以學說上亦是說前者爲狹義的未遂。又曰。障礙未遂。後者是廣義的未遂。又曰任意未遂。余則以爲未遂者有未能遂其犯人所願欲的意味。中止者是犯人自己變更其意向。其不致發生結果。正爲犯人最後意向之所願欲。不能說是未能遂其所願欲。若不能犯則可謂爲廣義的未遂犯。至中止犯則以不認爲未遂犯之一種爲當也。

中止犯成立的要件。一要中止的原因。完全出於自動的而非他動的。二要中止的成績。能防止結果的發生。所謂自動者。是中止之意思。完全由於內心之自動而改變其初意。非由於既有外界之影響。映入於內心。然後內心始發生中止之意思。因既有外界影響以爲中止之誘因。則中止遂成爲他動的。

而非自動的。既係由於他動而中止。則非犯人之惡性於無形中自由改變。而爲犯人之惡行因受迫而休止。此種休止行爲。不能認爲合於中止要件也。例如欲行竊者已侵入室中。恍惚聞隔室有語聲。因生畏懼而退出。乃中止其竊盜行爲。又例如持刀殺人者正舉刀向人砍下時。忽見遠處似有警察行來。恐俟殺害終結後。即不能逃避警察的視線。因抽回所舉之刀斂手而去。乃中止其殺人行爲。此種中止行爲。純係因於畏懼的心思同顧慮的觀念。而畏懼與顧慮的原因。又係因於外界的事物所反映而激動。不能謂爲因於自由的意志而中止。換句話說。即是受外界的影響而致引起內心的變動。以致休止其行動。其惡性仍不能認爲已有改悔。亦祇可認爲因意外之障礙而未遂。不能謂係已意所發動而中止的。反之若前者之中止行爲。全係根於自己翻悔其行爲的初念。絲毫未因於外界若何影響的反動。則無論爲基於自己的悔悟。朋友的忠告。又或因恐怖。或因顧慮。總之其轉念的動機。完全係自發的而非他動的。即於其行爲已中止時。并可認爲其惡念亦隨之已中止。則皆可認爲已合於中止之第一要件。所以現行刑法第四十一條之規定云。『已着手於犯罪之實行。而因已意中止者。減輕或免除本刑。』法文上所注重者。係以因已意爲中止的要件也。惟尚有當注意的。則爲中止的成立。要在犯罪的行爲未發生犯罪的結果以前。若既已達於結果的程度。就根本無中止之可言。換一方面說即中止時雖尚

未發生犯罪的結果。若中止以後仍不能妨阻其結果的發生。亦是無中止之可言。因立法的精神上所以輕罰中止犯的緣由。一方面係獎勵犯人中途的悔悟。一方面係希望犯罪事實之不發生。若犯罪行為的中止。仍不能阻止犯罪行為所發生之效力。則其對於社會之害惡。仍與未中止者同。實不能貫徹立法上中止之意義。所以亦不能享受刑法上中止犯之利益。因爲中止犯無論在實行行為終結前或在實行行為終結後。均有中止犯存在之餘地。在實行行為終結前而中止者。卽不使實行行為終結而自已停止其行動。例如行竊者於手已接觸其目的物時。忽轉念此事不可爲。因卽斂手而退出是也。此種場合。必無發生結果之事實。至在實行行為終結後而中止者。卽迅速防止其結果之發生。換句話說。卽於實行行為終結後。隨卽中止其惡念。努力消滅其已實行行為之效力。使不致入於既遂之狀態。例如利用毒劑殺人。於已施用毒劑并已使人服食後。旋覺此事不可爲。隨卽以解毒藥劑使被毒的人服食。或趕速請求醫生施以急救。以防阻其毒殺結果之發生。此亦可認爲中止行為。然在此場合。則已有發生結果之危險。倘終至不能防阻其結果的發生時。則雖有防阻的努力。亦終不得認爲中止。學說上有持反對說者。謂此種情形。犯人既有防止其結果之努力。則無論防止之尙可能或已不可能。而自犯入中止之意思觀察之。其間實無差異。况刑法的精神。置重於中止行為者之意思。其意思既因努力防

止其結果而可爲已有悔改的表現。雖未克奏功。仍不妨以中止犯論。然余則與多數學說同其見解。認中止犯雖必有自行翻悔之意思。而又必有現實的已防止其危險的發生。若雖有防止的努力。而終未收防止的功効。則仍不能謂已發生中止之利益。亦即不能使其受中止犯之待遇。但法官審判此種情形的犯罪時。以之爲於法定刑內從輕處罰之酌科則可。不能即認爲已成立中止犯。所以能避免其結果之發生。又實爲中止犯成立的第二要件也。（關於中止犯的問題尙多。學者欲知其詳。可參考拙著刑法總則釋義及刑法總論。）

中止犯的中止原因。須以出於自覺的意思而中止。其由於他覺而發生中止意思者。當然不能成立中止犯。然推動此種自覺的因子。亦不必盡屬一致。如因於悔悟的自覺而中止。或因於納受朋友忠告的自覺而中止。或因於自然發生恐怖或顧慮的萌芽而中止。或因於目的不滿其所欲的自覺而中止。或因時機未熟的自覺而中止。既非由於外界的阻障。及由於誤想的阻障而中止。自均得認爲自動的中止。而上述各種自動的情形。雖係同出於犯人自由的意思。然一按其惡性程度。則前三項的中止與後二項的中止。其間遂不無可原恕與不可原恕的區別。所以法律上對於中止犯的處分亦遂有免除其刑或僅減輕其刑的不同。在可原恕的中止場合。應即予以免刑的待遇。在不可原恕的場合。雖因

係出於自動的中止。然亦僅予以減輕的處分。因爲中止犯的情節。千變萬殊。法律上難於預爲列舉。執者必減輕。執者必免刑。是在審判官臨案斟酌以爲適當的處理。但有當注意者。現行刑法對於中止犯。爲必減輕必免除的處分。非得減輕與得免除的處分。換句話說。卽現行刑法上對於中止犯的處分。不得有不減輕或免除的處分也。

第六章 共犯

一個犯罪行爲。有一人單獨犯之者。爲單獨犯。有二人以上共同犯之者。爲共犯。共犯的意義。簡言之。卽二人以上。以共同的意思。加功於同一犯罪的行爲也。

共犯的種類。從共犯的構成上說。有任意的共犯與必要的共犯二種。凡在法律上不必要二人以上方能成立犯罪者。對於該犯罪乃竟有二人加功於其實行。是爲任意的共犯。例如殺人或放火。一人亦可做到。無數人共同的必要。若對於殺人或放火的犯罪。而有二人以上聯絡的行爲。則加入於此聯絡團體的人。均爲任意的共犯。凡在法律上非有二人以上的行爲不能成立該項犯罪者。則對於該犯罪爲必要的共犯。例如賭博。騷擾。和姦等犯罪。皆非一人所能成立的。所以賭博騷擾和姦等犯罪。爲必要的共犯。又從共犯的責任上說。有正犯與從犯二種。正犯當中。又可分爲有形的正犯與無形的正犯。從犯當中。又可分爲從犯及準從犯。有形的正犯卽爲共同正犯。無形的正犯卽爲造意犯。在現行刑法

上稱爲教唆犯。從犯者卽幫助正犯者也。準從犯者卽教唆或幫助從犯者也。

共犯在法律上的關係。完全爲責任的關係。因有共犯關係者。其犯罪的責任爲連帶的。無共犯關係者。其犯罪的責任不爲連帶的。例如甲乙共同連絡圖殺一人。則甲乙對於殺人的行爲。必負連帶的責任。又例如甲正在圖殺一人。乙因不約而同的亦往圖殺其同一人。甲乙二人的殺人行爲。係各自爲謀而非係連絡的舉動。卽不得謂爲有共犯關係。詳晰點說。此種行爲。祇能謂爲同時犯。不能謂爲共犯。因爲無共犯的關係。則甲對於殺人行爲爲甲獨有的責任。乙對於殺人行爲爲乙獨有的責任。甲乙二人的責任不是連帶的。從概括觀念說來。如前二例。甲乙二人既同負殺人的責任。又何以有連帶的與非連帶的區別之實益。然從實質上加以觀察。則因有連帶的與非有連帶的關係。遂足以形成迥不相同的責任。如前所舉之第一例。甲乙二人對於殺人行爲。是有連帶關係的。則無論被殺的一人。係因甲行爲而致死的。乙亦當對之而連帶負殺人既遂的責任。若係因乙行爲而致死的。甲亦當對之而連帶負殺人既遂的責任。是爲連帶的責任。反之如前所舉之第二例。甲乙二人對於殺人行爲。是非有連帶關係的。則被殺的人若係因甲行爲而致死的。而乙之殺人行爲卽僅有殺人未遂的責任。不能與甲連帶而負殺人既遂的責任。又若係乙行爲而致死的。而甲之殺人行爲。卽僅有殺人未遂的責任。不能與

乙連帶而負殺人既遂的責任。是爲非連帶的責任也。從上述的說明。現行刑法的意義。雖對於共犯有特別的規定。亦不是認共犯爲一種特殊的犯罪。但以犯罪的關係既不是單獨的。則犯罪的責任關係。自與單獨犯者不同。所以必另有明晰的規定。以爲處分共犯的標準。是共犯者亦不過普通犯罪之一狀態而已。於犯罪之成立要素。要亦與一般之犯罪同。須具備有主觀的要素與客觀的要素者也。共犯成立之主觀的要素。一共同犯罪者相互間須均有責任能力。二共同犯罪者相互間須均有合同意思。所謂責任能力者。卽普通犯罪的責任能力。已於第四章內說明。所謂合同意思者。卽於有責任行爲外。尤須有共同犯罪的認識。換句話說。卽共犯者不可不有互相聯結的意思。以共同趨赴於同一的犯罪行爲。再詳晰點說。共同犯罪者間。必要認識自身的行爲。爲與他人的行爲相結合而使其成立一定之犯罪者。所以一責任無能力者相互間及有責任能力者與無責任能力者相互間。無共犯關係之存在。二無犯罪故意者相互間及有犯罪故意與無犯罪故意者相互間。無共犯關係之存在。三有責任能力并有犯罪故意者相互間。若全無意思的連絡。亦無共犯關係之存在。此是關於共犯的通說。但共同犯罪的認識。(合同意思) 是否共犯者相互間均須具備之要件。抑或共犯者相互間有一人具有共同犯罪的認識。卽此具有共同認識的一人。卽可成立共犯。其未有共同認識的一人卽不成立共犯。學者

間尚有兩說。一說謂共犯的成立。至少須在加入共同犯之前的一瞬間。數人間須互有聯合之意思。若在一瞬間以前亦無相互的共同行爲之認識。則不能成立共犯。換句話說。卽仍各爲單獨犯。另一說則謂共犯的觀念。不必雙方有共同的認識爲必要。凡數人共同加功於同一的犯罪者。其有共同的認識之一方卽構成共犯。其無共同的認識之一方。則可不成立共犯。構成共同犯的一方。須負共同的責任。（連帶責任）不成立共同犯的一方。可使其負單獨的責任。（無連帶責任）依現行刑法惟對於從犯係採後說的。其他的共犯。當解爲係採前說的。共犯之客觀的要素。卽有責的行爲與他之有責的行爲相協合而成爲一致的行爲。換句話說。數人間可爲犯罪的有責行爲。須彼此有互相呼應互相連合互相補助的有機性行爲。始能有共犯觀念之存在。所以積各一人單獨的行爲。而形成共同狀態的行爲。其中無相呼應相連合相補助的要素存在。卽共犯的觀念亦不存在。又犯罪後的補助行爲。例如銷贓或藏匿犯人的行爲。雖亦爲便利犯罪人的行爲。然對於前之犯罪行爲。既未有連合的動作。則其後的補助行爲。亦祇能成立獨立罪而不能謂有共犯關係。但其後的補助他人犯罪行爲。若係在他人犯罪前卽彼此有預約。以爲補助其容易完成犯罪的行爲。亦當認爲有共犯的關係也。

過失罪有無共犯。在學說上尙成爲論爭的一問題。有積極說及消極說二種。主張消極說者。謂共

犯必要有故意。過失罪無故意。所以凡過失罪均不能有共犯的觀念。主張積極說者。謂共犯爲共同加功於某犯罪行爲。其共同不問爲出於故意抑出於過失。均不妨有共犯的存在。例如甲乙共同向丙發鎗。其發鎗的動機。皆因不注意而認丙爲獸。依消極說則甲乙的過失行爲。不能共同負連帶的責任。依積極說則其結果成爲共同過失犯。又如前例甲係誤認丙爲獸而乙則係確知丙爲人。是甲因過失而與乙成爲共同行動。依消極說則當然不能成爲共犯。依積極說則亦已成爲共犯。從前暫行律上對於此種過失的行爲。均得認爲共犯。是採積極說的。現行刑法的規定則與暫行律不同。其規定如左。

第四十七條 二人以上於過失罪有共同過失者。皆爲過失正犯。

現行刑法上對於過失與共犯的關係。僅有如右的規定。則對於因過失而助成故意的犯罪者。其爲不認有共犯的關係。實最鮮明。至對於共同的過失罪。換句話說。卽過失犯而有二人以上。生有共同關係者。是否認爲過失共犯。例如甲與乙不約而同的因不注意而誤認人爲獸。致射擊人致死。此爲無共同的關係。（因無意思的連絡）若甲與乙一方面因不注意而誤人爲獸。同時因誤認的結果互相商量共同對之射擊。遂生殺人的結果。此種過失場合。不能不謂爲有共同關係的。（以雖無故意的合同。然確有意思的連絡）在暫行律第三十五條係明定爲過失共犯的。而現行刑法第四十七條則明

定爲皆爲過失正犯。本條的條文。係採用第二次修正案而規定。該修正案的理由書。則謂『本案係仿原案（即暫行律）第二十九條共同正犯之例。規定其爲過失正犯。各科其以過失之刑。不使其負他人過失之責任』云云。是不認有一般的過失共犯而可解爲認共同過失的共犯也。詳細點說。於二人以上有共同過失者則皆負連帶的過失責任。其非係共同過失正犯的場合。如教唆及幫助的場合。則不能認有過失共犯關係存在。卽不使其負他人過失的責任。例如教唆他人行竊。而他人竟因過失焚燬人的房屋。幫助他人賭博。而他人竟因過失致殺人。是其對於他人過失焚屋及過失殺人的行爲。不能認爲共犯關係。卽不使其負連帶的過失責任也。

共犯的身分關係。亦爲研究共犯中重要問題。因刑法上有以身分爲犯罪成立的要件者。如瀆職罪。及有選舉權人要求賄賂罪等。非有公務員及有選舉權的身分。不能成立該項犯罪的。若共同犯該種罪的場合。一爲有身分的。而一爲無身分的。得論爲共犯否。又有以身分爲刑罰加重或免除要件者。如殺尊親屬則刑罰當加重。對於直系親屬配偶及同財同居親屬犯竊盜罪。則得免除其刑。若共同犯殺人罪者。一爲被殺人的卑親屬。而一爲常人。共同犯竊盜罪者。一爲被竊人的直系親屬。而一爲常人。其刑罰當連帶加重或連帶免除否。上述二種問題。學說上亦各不一致。依現行刑法上的規定則如左。

第四十五條 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。因身分致刑有輕重或免除者。其無身分之人。仍科通常之刑。

因身分成立的罪。其無分者在單獨犯的場合。當然不能認為犯罪。但在共犯的場合。若其中一人係有身分者時。則其餘的共犯。則不得以其無身分而不論罪。此為共同關係與單獨關係相異的一點。然若其犯中無一人是有身分者時。除有冒充身分的情形。當成立詐欺罪名外。仍是不能構成以身分為要素的罪名。例如常人及常人的數人間相結合。而向人要求賄賂。是常人本無成立受賄賂的資格。依律不能成立賄賂罪。若常人及常人的數人間相結合。冒充公務員或有選舉權人而向人要求賄賂。亦祇成立詐欺取財的罪名。或詐欺取財的共犯。不能成立賄賂罪及賄賂罪的共犯。但共同要求賄賂時。其中有一人確係公務員。或有選舉權人。則其餘的共犯。雖非為公務員或有選舉權人。亦當因共犯的關係而連帶成立賄賂罪名也。但此類共同關係的共同犯。其犯罪所應受的刑罰。若因身分而致刑有輕重或免除的不同時。仍當隨身分以定應科的刑罰。如共同殺人時。甲為被殺人的直系卑親屬而乙為與被殺人無若何身分關係。是對於殺人的行為。甲乙當負共同責任的。而對於殺人罪所應受的刑罰。甲當負殺直系尊親屬罪的刑事責任。乙當負普通殺人罪的刑事責任。又如共同竊盜時。甲

爲被竊人的直系親屬而乙爲與被竊人無若何身分關係。是對於竊盜的行爲。甲乙當負共同責任的。而對於竊盜罪所應受的刑罰。甲可以免除刑事的責任。乙則仍當受竊盜罪的科罰也。

共犯爲犯罪中的一狀態。共犯的狀態中亦不一樣。可分爲共同正犯。教唆犯。從犯諸種類。上文亦已述及。茲更爲分別的說明如下。

第一節 共同正犯

第四十二條 二人以上共同實施犯罪之行爲者皆爲正犯。

共同正犯的意義。卽數人間共同實施犯罪的行爲。換句話說。此共同實施犯罪的行爲中的數人。卽均爲共同正犯。法文上雖無共同正犯的用語。僅有皆爲正犯的明文。然此項的皆爲正犯。實原因於二人以上共同實施犯罪之行爲。在學說的術語上則通爲共同正犯。又稱爲橫的共犯。（稱教唆關係爲縱的共犯）共同正犯的主觀要件。爲意思的聯絡。卽甲者的意思與乙者的意思互相聯絡。換句話說。卽甲乙互有共同加功於某犯罪事實的合同意識。彼此共有意思的聯絡以共同實施犯罪的行爲。方能成立共同正犯。若彼此缺乏意思的連絡。雖於同時同地對於同一目的物爲同一犯罪的行爲。亦

祇可稱爲同時犯。不能成爲共同正犯。數人的同時犯罪行爲。仍爲數人的單獨犯罪行爲。數人間的共同犯罪行爲。則爲共同正犯的行爲。共同正犯所以對於他之共犯行爲所生的結果。須負全部責任的理由。亦因彼此相互間有共同利用的聯絡意思。以完成其單一的犯罪事實的緣故。若捨棄共同意思（即聯絡意思）的觀察。則無成立共同正犯的可言。例如甲與乙以共同的意思。往丙家行竊。雖甲係在外接贓。乙係在內取物。對於行竊丙家的行爲。甲乙均爲共同正犯。若甲與乙非以共同的意思。因不約而同的往丙家行竊。雖甲與乙同時在內取物。甲與乙對於在丙家行竊的行爲。祇不過爲同時犯。不能謂爲共同正犯。

共同意思的連絡。爲共同正犯主觀的要件。而意思的連絡。是否須有雙方的互謀。抑係僅一方有共同意思的連絡。則有共同意思的一方。即可成立共同正犯。學者對於此問題。有主張積極的。謂必有雙方互有連絡的認識。始能成立共犯的關係。若僅一方有共同的意思而一方則無。則不能成立共犯的關係。例如甲擄掠乙婦實施強姦。丙見之。利用其機會。即加入輪姦。甲與丙對強姦乙婦之行爲。雙方既無連絡爲強姦的意識。則不能謂係強姦乙婦的共同正犯。反之若甲丙先有連絡爲輪姦的意思。則成立共同正犯。依此說的結果。則甲丙前例的行爲。應各單獨負責。如丙因輪姦而致死其乙婦。甲亦祇

能負甲自己強姦的單獨責任。不能負丙強姦致死的連帶責任。至甲丙後例的行爲。則甲丙均當負強姦乙婦致死的全部責任。有主張消極的。謂共犯須有意思的聯絡。但不必要雙方均有意思的聯絡。因共同加功的意思。爲犯人心理的事項。其加功的意思。爲雙方的互相交換的或爲雙方未相交換的。統屬於外界的事項。所以有共同的意思的一方。則爲共犯主觀的要件已備。此一方卽爲已有其犯的關係成立。在此場合。對於有共同意思的一方。既有共同犯罪的認識。卽當解爲當負共同已犯的责任。依此說的結果。則如前舉甲丙第一例。丙對於甲的強姦行爲。可成立共同正犯關係。惟甲對於丙的強姦行爲。不成立共同正犯關係。又稱爲片面的共犯。暫行律第三十四條對於共犯的規定。『知本犯之情而共同者。雖本犯不知共同之情。仍以共犯論。』是對於共犯不以雙方有互相聯絡的意思爲必要。卽採取片面的共犯主義的。現行刑法刪除此項廣義的規定。惟僅對於幫助犯罪。承認有片面的共犯。則對於共同正犯。爲採取雙方的共犯主義的。

共同正犯主觀的要件。須有雙方意思的連絡。既已說明。此種意思聯絡的時期。有無限制。在通說上則至少必於共同加功之前的一瞬間。有互爲連絡的意思成立。始可構成共同正犯。易一方面說。卽於共同加功行爲以前的一瞬間。若一有互爲聯絡的意思。卽可成立共同正犯。例如甲意圖殺乙。乙擔

乙禁閉於一室。正欲實施殺害的當頭。適爲丙所遇見。遂互約共同實行殺害的行爲。丙則爲甲堵禦室門以防乙的逃脫。甲則入室施行殺害。在殺害以前一瞬間。既有互謀的成立。則甲丙對於殺乙的行爲。亦均得爲共同正犯。但丙對於甲的私禁的行爲。事前毫無預謀。則不負共同的責任也。

共同正犯的客觀要件。則爲行爲的分擔。所謂分擔行爲者。卽共同正犯於實行共同的行爲的場合。事實上係結合數人的行爲。以成立一犯罪行爲。其行爲係向共同之目的。彼此均爲有相呼應相關聯的舉動。此等行爲。有由各犯共同實行者。亦有由各犯各別分擔者。其分擔的行爲種類雖不同。然事實上既爲互相關聯的。則當成立共同正犯。例如共同強盜行爲。一入室強掠。一在外守風。此種強掠與守風的分擔行爲。既爲互相呼應并互相關聯的。則能成立強盜共同正犯無疑。所以前大理院九年統字一四五四號解釋例云。『強盜入室夥犯。對於在外把風之人所爲行爲。與在外把風者對於入室夥犯之行爲。共負責任。并無區別。』反之卽一個犯罪事實的範圍內。其缺乏互相關聯之部分。亦不能認爲共同正犯。例如前大理院九年統字一二五六號解釋例云。『在外把風之強盜。對於夥犯入室後之傷人行爲。應共同負責。若傷人外臨時起意殺人。則非所預見。自不負責。』此種臨時起意殺人的行爲。（尙最顯明的例證。則如臨時起意強姦的行爲）非與強盜強掠財物的共同行爲間。有相關聯相呼

應的意志。所以不能成立共同犯中的分擔行爲。卽不能認爲共同正犯的行爲。又例如結合犯的構成數個犯罪之行爲。（如強盜罪之強暴脅迫行爲與強取行爲）若分擔其行爲之一部。亦卽構成全部犯罪的共同正犯行爲。又例如甲乙共謀之下。甲分擔殺丙。乙分擔殺丁。又例如甲乙共謀之下。甲分擔竊取丙存在A處的財物。乙分擔竊取丙存在B處的財物。其行爲若合於事實上係互相關聯的標準。均可爲已合於共同正犯的客觀的要件。所以最高法院十七年上字一一七號判例云。『共犯間之實施行爲。既有犯意之聯絡。應負共同之責任。不能就各人所實施之部分分別論罪。』

共同行爲中有足成爲問題者。則數人共謀決意爲同一犯罪行爲。由數人於共謀的人中推舉一人擔任實施之場合。此所謂有共同意思之聯絡。而無共同實施之行爲。在此種情形之下。是否亦可謂爲共犯。依前大理院九年上字七二零號判例。『以共同利害關係參與謀議。并有同意計畫。推定他人擔任實施殺人之事實者。應負共同殺人責任。』又九年統字一一八九號解釋例。『事前共同謀議。事後得贓。雖未上盜。應以實施正犯論。』是對於有共同意思而未有共同實施的場合。常得認爲共同正犯也。反對此說者。謂此種推定他人使實施犯罪行爲的場合。實無殊於教唆他人使爲犯罪的行爲。此而謂爲共同正犯。則教唆犯亦當解爲共同正犯。又何解於法律上特別的另爲教唆犯的規定。然上述

情事。與教唆犯成立的內容究有區別。教唆犯即造意犯。即謂他人的犯意由我所造成的意思。詳細點說。實施犯罪的人。其初本無犯意。因被教唆使爲犯罪的行爲。始有爲同犯罪行爲的起意。故對於實行者爲正犯。對於使其實行者爲教唆犯。若共謀之結果於共謀中之數人推定其一人以執行實施之任務。則被推定之人。其初既爲共謀者。則不是初無犯意因被推定而始有犯意者。則推定人與被推定人間。當然無教唆關係之可言。進一步言。被推定人之實施行爲。即爲代表推定人全體之意思行爲。在未逾越推定人全體聯絡意思之範圍內行爲。推定人與被推定人自當連帶負共同的責任。所當注意者。共同正犯。須有共同意思的連絡。又以須有共同行爲的聯絡爲原則。共同行爲的聯絡。即爲有共同意思連絡的徵表。故除有互爲推定的行爲。或於事前共同爲同犯罪的決意。事後有分佔同犯罪行爲的利益的情事以外。若無互相關聯的共同行爲。殊不足以有共同意思聯絡的憑證。即不能認爲有共同行爲的關係。共同正犯中一人的動作。其責任可及於共同正犯中的全體。此種理由的根據。實係行爲上所說的主觀的及客觀的共同關係的緣故。既係基於此種共同關係的緣故。則全體負責的動作。以不逾越合同犯意的範圍爲限。所謂合同犯意的範圍者。即犯罪所必有動作。爲合同意思中所能預見的動作。越乎此種範圍的動作。則此部分的動作爲無共同關係成立。換句話說。則其實事并非共犯。

中之他人所能預知。當然專由行爲者負責。不能由全體負責。質言之。卽此種逾越共同犯意部分的行爲。不能爲共犯行爲。卽行爲者以外之他人。不生共同正犯責任。例如甲乙丙三人。共謀毆丁。其共同聯絡之意思。僅在予丁以創傷。迨共同實行時。丙一人卽故意就丁體之致命要害處予以重擊。因而致丁於死。在此場合。丙之所爲。已超越甲乙與其爲共同聯合犯意之範圍以外。甲乙於丙毆殺丁致死部分。不負共同正犯的責任。反之若甲乙丙三人共往毆丁。未待毆中時。卽由丙以一擊而卽使丁受重大的創傷。是丙之所爲。未超越甲乙丙合同犯意範圍。雖係由丙一人所擊傷。甲乙仍當與丙共負傷害罪的正犯責任。

第二節 教唆犯

第四十三條 教唆他人使之實施犯罪之行爲者。爲教唆犯。教唆教唆犯者亦同。教唆犯處以正犯之刑。

教唆犯又名造意犯。對本犯罪意思的他人。使其發生犯罪的意思。以實施犯罪的行爲。此爲教唆他人犯罪。教唆他人犯罪者稱爲教唆者。在刑法上曰教唆犯。被人教唆而犯罪者稱爲被教唆者。在刑

法上曰正犯。教唆犯以左列四款爲成立要件。

甲 教唆無犯意的人使其發生犯意。若他人本有犯某罪的意思。不過尙未實行。乃以贊助或激勵的言詞。促其速爲實行。或告以實行的機會或方法。使其容易實行。不能說是教唆行爲。卽不能說是教唆犯。例如甲欲殺丙。就商於乙。乙贊成其意。或乙明知甲欲殺丙。尙遲遲未行。因以言語激之。甲受其激。卽急往殺丙。在此場合。乙對於甲之殺丙行爲。不負教唆責任。又例如甲欲至某家行劫。因不識其路徑。就問於乙。乙明知其爲行劫。乃告知其入某家之途向。并告知某家司閽者可以利誘使爲內應。甲乃如其言而順利的達到劫取目的。在此場合。乙對於甲之劫取行爲。祇成爲幫助犯。不能成立教唆犯。如前例若甲初無殺丙的意圖。僅因與丙有深仇。思有以報復。因問計於乙。乙乃告甲惟殺丙可以洩怨。甲乃如乙言將丙殺斃。又如後例甲初無行劫某家的意圖。惟時對乙訴其窮苦狀況。乙告以某家甚富。可往劫取其財物。則汝之窮困可立解。乙意動乃往某家行劫。在此種場合。乙對於甲殺丙及甲行劫的事實。完全成立教唆行爲。

乙 被教唆者已實施其所教唆的犯罪行爲。雖被教唆者已因教唆者的教唆而發動犯意。尙未實行其所教唆的犯罪行爲。則教唆罪仍不能成立。亦有反對此說者。謂教唆犯亦成爲獨立犯。被

教唆者雖未實行。或并未接受其所教唆的意見。不過爲教唆的未遂。教唆的行爲。係以實施教唆的方法時。卽已成立。所以在此場合。雖不能認爲已成立教唆既遂罪。要不可不認爲已成立教唆未遂罪。然依現今學說上及判例上的通說。均是以教唆犯爲附屬於正犯的行爲而成立的。如前大理院八年統字一一八一號解釋例。亦以教唆犯以被教唆者實施犯罪行爲爲構成要件。是教唆犯的成立。必以正犯（卽被教唆者）爲前提。其正犯爲既遂。則教唆犯亦爲既遂。其正犯爲未遂。則教唆犯亦爲未遂。若被教唆者既全未實行。則自無正犯之可言。既無正犯則附屬於正犯而成立的教唆犯。亦自無成立的可言。

丙 被教唆者要爲有責任能力的人 若係對於無責任能力的人而使之爲犯罪的行爲。則無殊於利用天然力或機械力而爲犯罪行爲。則無責任能力者祇能謂爲被利用者。不能謂爲被教唆者。使無責任能力的人犯罪者。祇能謂爲利用行爲。不能謂爲教唆行爲。凡利用人的無責任行爲。在法理上均稱爲間接正犯。必係教唆有責任能力人爲犯罪行爲。則無論係出於利用的目的。或出於其他目的。均可稱爲教唆犯。例如若利用瘋癲人使爲殺人行爲。則爲間接正犯。利用有意識而并有自由意識的人爲犯罪行爲。則爲教唆犯。

丁 教唆行爲要出於教唆的故意然後成立。換句話說。要係故意教唆人犯罪然後成立教唆行爲。第因偶然言詞。致引起他人的犯行。不能因此偶然的言詞。卽謂爲已成立教唆罪。例如於無意中說及某家的藏金甚富。且典守甚爲疏忽。若有人前往行竊。則無異探囊取物云云。此語適爲素慣行竊的聞知。因引起前往某家行竊的動意。而實行往竊某家的財物。此所謂言之者無心。而聽之者有意。然不能卽因此無心之言。遂使其負竊盜教唆的責任也。

教唆要具備右列的四款而後成立。至教唆的手段。則法律上無限制的明文。不論用如何方法以實施教唆目的。祇要合乎右列教唆成立的條件。卽可認爲教唆。或以文字。或以口頭。或用勸告。或用利誘。或以威嚇。以及其他足以使他人任意爲犯罪決意的一切明示或暗示的方法。皆得爲教唆行爲。但以威嚇爲教唆的手段者。要在未使教唆者喪失其意思的自由範圍內。若威嚇的程度。已足使被威嚇者失其自由意思。則等於不可抗力。不啻由教唆者自爲其行爲。不能仍謂爲教唆行爲。例如甲爲乙的上官。謂乙不往殺丙。則必革除乙的職務。此可謂爲以威嚇爲教唆的手段。若甲謂乙不往殺丙。則甲必殺乙。乙因畏甲殺而往殺丙。是出於失其意思的自由。并未發生殺丙的本意。則乙的殺丙爲緊急狀態行爲。甲對於威嚇乙的殺丙。爲間接正犯行爲。不能仍謂爲教唆行爲。

教唆犯的成立。要被教唆人有犯罪的實行行為爲要件之一種。於此亦有二種問題。一被教唆者因教唆而發生犯意并已有犯意的實行。但實行的結果。已逾越教唆者所教唆的範圍。教唆者的責任當如何。二被教唆者已承受教唆者的教唆。然亦不自爲實行。復將教唆者所教唆的事項。轉而教唆他人使之實行。教唆者的責任當如何。關於第一問題。教唆者對於被教唆者逾越其所教唆的範圍的一部分行爲。教唆者可不負教唆的責任。但必被教唆者的行爲爲教唆者所不能預見者。始可謂爲已逾越所教唆的範圍。若被教唆者的行爲。雖爲教唆者所未言及。而爲教唆者當時所能預見者。則不能謂爲已逾越教唆的範圍。例如教唆人爲強盜行爲。被教唆者於實施強劫時。致被劫人於重傷。強盜行爲有致人於傷害的可能。此爲教唆者於教唆人爲強盜行爲時所能預見的。雖教唆者僅教唆人爲強盜。未教唆人去傷害人。而對被教唆者實施其所教唆的強盜行爲之結果的傷害人行爲。亦應共同負責。若被教唆者爲強盜者於盜所兼實施強姦行爲。則強姦行爲爲教唆人爲強盜行爲者所不能預見。教唆者既僅教人爲強盜而未教人爲強姦。則被教唆者的強姦行爲。爲出教唆者所教唆的範圍以外的。教唆者對於所教唆的範圍以外的一部分行爲。當不能負教唆的責任。關於第二問題。第二的教唆者爲直接教唆者。第一的教唆者爲間接教唆者。第一的教唆者雖對於實施正犯。無直接教唆情事。而實施正

犯的直接教唆者。實緣於第一的教唆者對於第二的教唆者有教唆的行爲。第二的教唆者始對於實施正犯有教唆的行爲。則第一的教唆者即爲教唆的教唆者。教唆的教唆者對於實施正犯的行爲。仍有正當之因果關係的連絡。所以教唆的教唆犯。亦與教唆犯的责任相同。換句話說。即間接教唆犯亦與直接教唆犯的责任相同。若實施正犯已成立時。則間接教唆犯亦與直接教唆犯同負教唆的责任。若實施正犯不成立時。則直接教唆犯亦不成立。而間接教唆犯亦不成立。

教唆犯的性質。依從來學派的論點上。向有二種之不同。一說教唆犯罪的成立。完全爲獨立性的。教唆犯祇以有教唆人爲犯罪的行爲。則爲教唆罪業已成立。不必俟被教唆者有實行犯罪的行爲。始爲教唆罪的成立。從此說則教唆犯所應受的處分。亦僅當因其所教唆的事實。負刑罰的责任。例如教唆他人使實施爲強盜并乘機爲強姦的行爲。不必俟正犯（即被教唆者）果否實行強盜并強盜的行爲。法律上對於教唆者亦當科以強盜并強姦的刑罰。或正犯僅實施強盜行爲而未實施強姦行爲。法律上對於正犯可僅科以強盜的刑責。對於教唆者仍當科以強盜并強姦的刑責也。反之第二說謂教唆犯罪的成立。完全係具有附隨性的。即教唆犯罪的成立。須附隨於正犯犯罪的成立然後成立的。換句話說。教唆犯的成立。以有正犯接受其教唆而有構成犯罪的行爲爲要件。若被教唆者（即正犯）

未接受其教唆或雖已接受其教唆而未實行其犯罪行爲的時候。教唆犯亦不能成立。所以教唆犯不能單獨成立既遂犯。并不能單獨成立未遂犯。教唆者雖有實施教唆的行爲。被教唆者若無接受教唆的意識。或雖接受後而終不實行。從一般犯罪之形式以爲論斷。在此場合。似可謂爲教唆未遂。然教唆犯罪的構成。完全係附隨於正犯的。則在此場合。既無正犯之存在。祇能認爲教唆不成立。不能認爲教唆的未遂犯也。但正犯若已達於實行而不遂者。則正犯既成立未遂罪。從而教唆者亦附隨之而成立未遂犯已。從此說則教唆犯的處分。一以正犯爲準。質言之。教唆犯既係附隨於正犯的犯罪而成立。亦必附隨於正犯的刑責而處刑也。例如教唆他人使之實施強盜之行爲。受教唆者若果爲強盜的行爲。則成立強盜正犯。應處以刑法第三百四十六條之罪刑。隨之而教唆者亦成立強盜教唆犯。亦應處以同條的罪刑。依我國向來判例及現行刑法的解釋。均係採第二說的。所以第四十三條第二項云。『教唆犯處以正犯之刑。』詳細點說。正犯的刑爲既遂罪刑。則教唆者的刑亦爲既遂罪刑。正犯的刑爲未遂罪刑。則教唆者亦爲未遂罪刑。若無正犯者的罪刑之成立。則亦無教唆者罪刑之成立。其意義甚爲顯明的。但是教唆者於教唆故意所及的範圍。對於正犯的行爲及其行爲的進展程度。無異於自爲實行所實現的結果。所以教唆者的刑罰。亦與自爲正犯者所應受的刑罰無異。此爲處罰教唆犯的

原則，然有不可不爲注意者三點。(1)教唆者故意所及的範圍以外的正犯行爲。教唆者不能與正犯受同一的刑罰。此項論理。已於前段說明。(2)教唆者與正犯之間。亦與共同正犯相互間同。其因身分而致刑有輕重時。於無身分之一方。無何等的影響。例如甲教唆乙殺害其父。則乙當處以殺直系尊親屬的刑。甲僅當處以普通殺人的刑。反之甲教唆乙殺害甲自身之父。則乙當處以普通殺人的刑。甲當處以殺直系尊親屬的刑。又如甲教唆乙竊盜其同居親屬的財物。乙當依第三百四十一條處斷。甲當依第三百三十七條處斷。反之甲教唆乙竊取甲同居親屬的財物。則乙當依第三百三十七條處斷。甲當依第三百四十一條處斷。(3)教唆者處以正犯之刑的意義。係教唆犯與正犯當處以同一法定刑。非教唆犯與正犯須處以同一具體刑也。

第三節 間接正犯

教唆犯成立犯罪的關係。因教唆犯的行爲。係完全利用他人的實行。以達到自己所欲犯的事實。所以教唆犯與正犯間。對於同一犯罪的行爲。純然爲共犯的關係。然亦有完全利用他人的行爲。以達到自己所欲犯的事實。其刑式完全與教唆犯相似。而在法律上仍係成立單獨正犯。不能成立共犯關

係者。則不稱爲教唆犯而稱爲間接正犯。現行刑法上雖無間接正犯的明文規定。而在法理上則對於此種間接正犯。實仍僅能認爲一種單獨的正犯。必無認爲有共犯關係的理由。所以在通說上及判例上均稱此種犯罪爲間接正犯。

間接正犯與教唆犯異同之點。觀於前大理院四年上字六零六號判例上的區分。其爲顯明。同判例有云。『凡教唆有責任能力者。使爲犯罪決心。因而實施犯罪者。曰造意犯。（卽教唆犯）利用無責任能力及無犯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。』二罪之區別。全在被唆使而爲犯罪。實行之人。有無責任能力及犯意之一點。人有犯罪的計謀。而不自爲實行。乃假手於他人以實施罪素的行爲。此爲間接正犯與教唆犯之所同。然一則係假手有能力并有犯意的他人使爲罪素的行爲。法律上對於有能力并犯意人的行爲。無論爲是否出於他人所假手或唆使的原因。均不能不認爲本行爲的正犯。因有正犯的介入。所以假手正犯或唆使正犯的人。則稱爲教唆犯。教唆犯與正犯間是有共同關係的。反是而假手於無能力及無犯意的人使爲罪素的行爲。此無能力及無犯意人的行爲。法律上僅視爲一種偶然的動作。或機械的行動。雖有爲罪素的行爲。不能認爲應處罰的正犯。利用此項無能力人及無犯意人以爲實施犯罪行爲。無異於利用天然力或機械力以爲實

施犯罪的手段。所以仍認該利用者即實行者。對於行爲所生的事實。單由利用者一人負責。被利用者不能負責。所以利用者與被利用者間不能發生共犯關係。僅爲利用者一方的單獨犯罪關係。換句話說。被利用者因無能力及無犯意。缺乏構成犯罪要件。所以被利用者不能與利用者共同負刑事的責任。學說上因特稱利用者爲間接正犯。雖有二人的行爲。實不在共犯觀念以內也。

左列情事之一。均發生間接正犯關係。

一 利用無責任能力人以實施犯罪行爲 例如利用未滿十三歲人使爲竊盜行爲。或利用心神喪失人使爲殺人行爲。此等場合。學者有謂無論爲求達自己之目的。因而利用此項無能力人以爲實行的機械。抑或利用無能力者之自身目的。補助之使達於完成。譬如利用瘋狂者有殺某甲之勢態。因急與以刀使完成殺甲之目的。均得稱爲間接正犯。然第一項當然成立間接正犯無疑。至第二項單以利用心神病者之自身目的而助其完成。依學理上則當稱爲從犯。特對於此項無能力者之正犯可不處以罰。而對於此項有能力者之從犯。可仍依從犯例處以罰耳。

二 利用無犯意人使爲犯罪行爲 例如醫生某甲欲毒殺病人某乙。因以毒品。僞爲治病藥。使看護婦丙進與病人服食。致病人服毒而死。看護婦丙無犯罪事實的預識。完全被甲所利用而毫無犯

意的行爲。醫生甲完全以看護丙爲機械而利用之以進毒於病人乙。是對於殺乙的行爲。甲卽爲單獨之間接正犯。於看護婦丙無關。

三 以特定目的爲犯罪的要件 有此目的者利用無此目的者之行爲。則有此目的者構成特定目的犯罪之間接正犯。無此目的者不負共犯的責任。例如以行使僞幣的目的使銀匠飾銅幣以銀。僞稱係供兒童之玩具。而究竟實在行使。是囑託銀匠飾銀而行使的人。爲意圖行使而僞造貨幣之間接正犯。其不知有行使目的之銀匠。不成立共犯關係。

四 利用他人阻却違法的行爲以達到自己的犯罪行爲 例如故意陷他人於緊急狀態。隨利用此狀態使他人達到自己所欲犯罪的行爲。又或長官利用屬官之服從義務使之實施犯罪的行爲。前例如甲欲殺瘋狂者乙。故意挑使瘋狂者乙有殺丙的動作。使丙陷於緊急的狀態而反殺瘋狂者乙。後例如法官利用司法巡警擅拘禁無罪之良民。此等緊急狀態的行爲及基於服從義務的行爲。爲阻却違法性。而利用此阻却違法性的行爲。則構成犯罪行爲。所以阻却違法性的行爲人。不能成立犯罪行爲。而利用阻却違法性的行爲的人。卽成立間接正犯的犯罪行爲。

五 利用被害者的自身不能知其行爲的結果或并無知其結果的能力以爲犯罪的行爲 例

如甲利用乙爲盲目。當乙的行程已瀕於河。而猶告以前途毫無阻礙。致乙自投於河以致身死。又例如乙本無醫藥的常識。而甲誑告以砒霜爲壯陽的補品。乙信以爲實而自行購食。以致中毒身死。甲的行爲。亦成立殺人的間接正犯。

間接正犯成立的要件。一爲利用無犯罪意識的人爲犯罪行爲。一爲除利用者外無有責任的正犯。循此意義則間接正犯以外。亦有間接教唆犯間接從犯的存在。例如甲利用乙實施犯罪行爲。則乙爲正犯而甲爲教唆犯。若乙無罪責的原因。（無犯罪的意識及無犯罪的能力）則甲成爲間接正犯。例如甲利用乙實施教唆行爲。則乙爲教唆犯。而甲爲教唆教唆犯。若乙無罪責的原因。則甲成爲間接教唆犯。又例如甲利用乙實施幫助他人犯罪行爲。則乙爲從犯。而甲爲教唆從犯。若乙無罪責的原因。則甲成爲間接從犯已。所以合間接正犯間接教唆犯間接從犯而可統稱爲間接犯。間接犯的成立。以有他人的無責任行爲之介入。故謂之曰間接。而間接犯在法律上的關係。亦與單獨之直接正犯無異。所以對於間接犯的處分。亦與單獨之直接犯的處分無異也。

第四節 從犯

從犯的意義。係對於某犯罪的事實。未加入實行的團體中爲分擔實施的行爲。僅幫助實施者以某種便利。使易達於犯罪的完成。法律上對於此種犯罪關係的行爲。謂之曰從犯。例如爲盜劫者的眼線。爲謀殺人者購毒藥。爲相姦者作牽合。卽爲盜劫。謀殺。和姦的從犯也。從犯與正犯的區別標準。學說上亦議論不一。有以犯罪的意思爲標準。謂犯罪行爲由於自動的爲正犯。犯罪的行爲由於被動的則爲從犯。或又以係出於自己犯罪的意思的行爲爲正犯。出於幫助他人犯罪的意思的行爲爲從犯。有以犯罪的行爲爲標準。謂所分擔的部分爲重要者爲正犯。所分擔的部分爲輕微者爲從犯。有以行爲的時間爲標準。謂在他人正當犯罪實行的時際與以幫助者爲共同正犯。在他人實施犯罪行爲以前予以幫助者爲從犯。（暫行律上從犯的規定係採此說）以上各說的標準。均不能卽謂爲正犯與從犯區別的正確說法。究不如說分擔實行行爲者爲共同正犯。於實行以外之行爲足爲正犯的幫助者爲從犯。尙爲明白切當也。依現行刑法上的規定。亦當解爲如是說的。

第四十四條 幫助正犯者爲從犯。

殺、陵、從犯者。以從犯論。

從犯之刑。減正犯之刑二分之一。但於實施犯罪行爲之際。爲直接及重要之幫助者。處以正犯

之刑。

依上開條文的意義。幫助正犯者。卽爲從犯者。換句話說。加入實行者。卽爲正犯。非加入實行而子實行行爲有多少的助力。卽於正犯行爲與結果的當中。有多少因果關係的存在者。卽爲從犯。但一定的行爲。何者屬於一定犯罪的實行行爲。何者非屬於一定犯罪的實行行爲。而僅可謂爲幫助行爲。祇能從各種犯罪的場合。攷究其行爲的性質以下判斷。亦不能有可爲概括的定義。說者謂對於一定犯罪的結果。占有最重影響的行爲。卽爲實行行爲。占有輕微影響的行爲。卽爲幫助行爲。從此卽可認定前者爲正犯而後者是從犯。又說者謂對於一定犯罪的行爲與結果間。可爲該犯罪事實的原因力之行爲卽爲實行行爲。僅足爲該犯罪事實的一條件行爲卽爲幫助行爲。從此卽可認定前者爲正犯而後者爲從犯。然影響的輕重與原因或條件。殊無正確的準繩。例如一人分擔實施劫掠。一人分擔在外把風。依影響的輕重說。似實施劫掠者的影響重。把風者的影響輕。然在學理上及判例上。則實施劫掠的人同把風的人。均不能不認爲各係分擔劫掠實行行爲之一部。卽均不能不說是共同正犯。而不能說僅實施劫掠的是正犯。在外把風的是從犯。又例如一人將人捆縛。一人舉刀砍殺之。捆縛的行爲與砍殺的行爲。對於殺人罪的結果。誰是有原因力者。誰是殺人的一條件者。將謂二種行爲均爲原因力。

則同一殺人行爲。而有兩種原因力。亦於論理上不能妥協。將謂捆縛行爲爲條件行爲。謂砍殺行爲爲有原因力行爲。則捆縛者當爲從犯。而砍殺者當爲正犯。然在法理上及判例上的通說。則捆縛者與砍殺者均不能不認爲各係分擔殺人的實行行爲之一部。即不能不認爲共同正犯。要之其行爲的性質。爲對於某犯罪實施上必要的行爲。即爲實行行爲。僅爲使實施者容易達於成功的行爲。即爲幫助行爲。例如代殺人者購刀。刀雖爲實施殺人時必要的工具。而購刀則不能謂爲即係實行殺人的「一種動作」。不過爲補助殺人者以一種便利的工具。所以代殺人者購刀的行爲。祇能認爲殺人的幫助行爲。不能即認爲分擔殺人的實行行爲。若同殺人者往捉縛其欲殺的人。或代爲壓抑被殺人的抵抗。使殺人者得遂其殺人的結果。則不能不認爲係分擔殺人的實行行爲。已。因壓抑被殺人的抵抗。即爲殺人的實行部分上的必要行爲。已。又例如爲便利竊盜者易於入室行竊。而預爲引誘守望的人離開其守望的場所。引誘守望的人的行爲。尙不能即認爲分擔竊盜實行的行爲。祇能謂爲便利竊盜實行的行爲。即竊盜的幫助行爲。若一人在外把風而一人入室行竊。則把風與竊取。爲實行竊盜必要的行爲。均爲分擔竊盜實行的行爲。不能謂把風仍爲幫助的行爲。已。雖如何的行爲或犯罪實行上必要的行爲。如何的行爲則否。不能得一包括的解決定義。然不難以其行爲的性質判定是否或犯罪的實行行爲。其

行爲的性質爲實行行爲之分擔者卽爲共同正犯。其行爲的性質爲實行行爲以外的加擔行爲。卽爲從犯。準是以推。從犯的成立。有三要件如左。

一 從犯的成立必以有正犯爲前提 無正犯則無從犯的可言。例如甲受乙託代乙躡探某富

戶財物的所在。以便乙前往行竊。事後乙終未往竊盜。則乙既不成立竊盜正犯。甲亦不成立竊盜從犯。二 從犯須辨識正犯的犯罪行爲 例如甲借予乙以手槍。乙往殺人。須在借給手槍時。明知乙係借手槍以供殺人之目的。則於乙既成立殺人正犯時。甲卽成立殺人從犯。反是若甲借給乙以手槍時。僅知乙借手槍爲防盜所用。乃乙竟以手槍犯殺人的罪。則乙雖成立殺人正犯。甲仍不成立殺人從犯。但正犯是否辨識從犯的幫助行爲。與從犯的成立無關。例如甲乙二人口角。勢將用武。某丙知某甲素行兇暴。潛以兇器預置某甲近旁。甲適見有兇器。乃順手取以擊傷某乙。甲雖不知某丙的暗助以兇器。然某丙不能不謂爲某甲傷乙的從犯。此等場合。學說上又稱爲一方從犯。

三 從犯須爲幫助的行爲 幫助的行爲。卽實行行爲以外的幫助實行者以便利的行爲。已如上述。但尙可以補充說明者。同一行爲。依其性質上有時可以成立實行行爲。有時僅能成立幫助行爲。例如前段所述幫助竊盜例。爲便利竊盜者易於入室行竊而代爲引誘守望人離開守望所。若係僅有

便利竊盜者意思。則僅爲竊盜的從犯。若有相互聯合行竊的預謀。而以一人分擔誘開守望人。一人入室竊物。則雖僅係分司引誘守望人。而既有聯絡的行竊意思。則亦爲分擔實行的一部。不能仍謂爲幫助行爲已。至幫助的手段。法律亦無限制。或供給器具。或指導方法。及其他予犯罪實行者以便利的種種行爲。無論爲積極的或消極的行爲。均可成立幫助的行爲也。

從犯同教唆犯。均附隨於正犯而成立的一種共犯形式。二者相異之點。教唆者係對於原無犯意的人而使之發生犯意。以至於有罪素行爲而成立正犯。是教唆犯的成立雖在於正犯已成立以後。而教唆行爲的動機實發生於有正犯以前。反之從犯則係對於已有犯罪決意的人所爲的幫助行爲。所以從犯的成立須在有正犯成立以後。從犯行爲的動機亦必發生在有正犯以後。對於無犯的他人。予以助言或充爲助力的表示。使成立犯罪的決意。則此幫助的行爲既在未有正犯的動機以前。亦祇能成立教唆犯。不得謂爲從犯。至教唆他人爲從犯。若從犯已成立時。則教唆從犯者亦隨之而負從犯的責任。在現行刑法上對於從犯的教唆。則以從犯論。此有明文規定的。惟幫助教唆者。或幫助從犯者。或幫助無能力者以爲犯罪的行爲。法文上雖無明揭的規定。然在一般通說上前二項亦當成立從犯。後一項則成立間接正犯已。

從犯在現行刑法上。其處分與正犯有區別。即從犯之刑必減正犯之刑二分之一。此爲原則。但於正犯實施犯罪行爲之際。爲直接及重要之幫助者。則處以正犯之刑。換句話說。若在事前爲正犯的幫助者。則均當照正犯之刑減輕二分之一。若在正犯實施犯罪的當場有直接及重要的幫助者。則當處以正犯之刑。因在當場爲直接及重要的幫助者。其行爲的性質雖仍是幫助而不可不說是從犯。然其行爲的影響與價值。實與實行行爲無異。所以應科的刑罰亦當與正犯無異也。但正犯所發生現實的行爲。較從犯所知的爲重大時。在一般通說上均認爲當從該從犯所知的罪減輕處罰。例如甲誤信乙爲竊盜所用而借予挖牆的器具。乃乙竟挖牆侵入人家而爲強劫的行爲。是甲僅知其爲竊盜。則僅有幫助竊盜的意思。當依竊盜罪刑減二分之一處罰爲宜。然在結果加重罪的場合。若從犯既對於其基本行爲有幫助的意思。則雖未預見其發生加重的結果。在通說上亦當從正犯應科之刑減輕。例如甲借給乙以刀往傷害人。甲持此刀傷害人竟致死。是甲既對於乙傷害人有幫助之意思。則雖未預料其竟致傷害人致死。然亦當依照正犯傷害人致死之加重刑減輕處罰。不能僅依傷害罪刑減輕處罰。又正犯的犯罪雖成立。因其他的條件而正犯有可不處罰時。從犯仍可依正犯所爲之罪刑減輕處罰。例如竊取同居共親屬的財物者。其正犯可不處罰。而從犯仍可依竊盜罪減輕處罰是也。

第七章 刑名

第一節 刑罰之通義

刑名者即刑罰的名稱。刑罰之爲物。係國家剝奪私人的法益。對於有犯罪的行爲者所加以公法上的制裁之工具。現行刑法上刑罰的通有性如左。

一 刑罰爲國家對於私人的公法上關係 國家與國家的關係。祇有戰爭。私人與私人間的關係。祇有損害賠償制度。(民法)二者間絕無所謂刑罰。所以刑罰僅爲國家以公力對於反法行爲的私人所加以強制的制裁。例如兩國間戰爭的結果。一國強制分割他國的領土。或強迫追取他國的償金。又如私人間的違約罰金。或親子間師弟間的懲戒。通不得說是刑罰。稱爲刑罰者係國家所設立的刑罰法規或附隨的刑罰法規上對於犯某罪處某刑而特有刑的名稱的形式之意義者則曰刑罰。科以有形式意義的刑罰的行爲。則爲形式的意義的犯罪。規定形式的意義的犯罪及形式的意義的刑

罰則爲刑法。

二 刑罰者係對於不法行爲的制裁。若租稅的徵收。土地的收用。雖係以國家的公力。剝取私人的利益。然非對於私人不法的制裁。不得謂爲刑罰。又國家公法上的制裁。不僅刑罰一種。例如懲戒罰。及其他行政上的處分。均係用以維持特別權力服從關係之秩序爲目的。與刑罰之用以制裁不法的性質截然不同。法律上連結有刑罰的不法行爲。即指有形式的意義的犯罪行爲。故非屬犯罪行爲的制裁。不能卽謂爲刑罰。所以在法律上甲種刑罰不能與乙種刑罰併科。（罰金刑在例外）而懲戒罰與刑罰不妨併科。

三 刑罰的形式上意義爲剝奪私人的法益。法益者卽法律所保護各私人應享的利益。各私人有犯罪的行爲。卽爲反法的行爲。既有反法的行爲。卽法律對於該私人須卽剝奪其應享的法益。以爲制裁。此卽刑罰的形式上之意義也。至刑罰的本質。在沿革上有兩種見解。第一種見解。以刑罰爲對於犯罪者施以應報的方法。此說稱爲應報主義。謂犯罪人對於社會加有惡行。則國家卽當加以惡報。從此說則刑罰的本質。在予犯人以痛苦。非是則不足以懲現在而警將來。且不足以洩被害人的冤憤。第二種見解。以刑罰爲預防犯罪的一種方法。此說稱爲預防主義。又曰改善主義。以人不幸而犯罪。於

社會及犯人并被害人三方面均爲不幸的事件。然犯罪的原因。多由於社會環境及教育的不良。欲預防犯罪。須從其犯罪的原因上設法救濟。犯人既因社會的環境或教育的不良而致墮落於犯罪之網。國家即當設法從犯罪之網中引出犯人使入於坦途而勿再致墮落。刑罰者。卽用以改善犯人的環境性行。以救濟其不良的環境。補助其所缺乏的教育。使之能成爲良民而永能躍出罪網之外。若徒採報應主義。務使犯人受多量之痛苦。則於犯人之精神上身體上感受上日見其衰落。受刑的過去以後。鮮不復迫而陷落於同樣之覆轍。於預防犯罪上仍無裨補。從來法網愈嚴。奸邪愈多的緣由。未始非純粹的報應刑主義所種的惡因。從此說則刑罰務減少犯人痛苦。以能增加犯人的良能。改變犯人的個格。方爲刑罰的適應性。依現代刑制的趨勢。第一種見解則業已成爲舊說。第二種見解則已爲近代刑學上及刑制上所共同採用。我國現行刑法所立的刑制亦係趨重於第二種意義的。自第二種主義發達以來。依現在最新的學說趨勢。刑罰與保護方法及教育方法。其間本質的差異。漸日趨於稀薄之狀態。惟現代立法上則尙不如是耳。

四 刑罰止及於犯人的本身 歷史上刑罰有施及犯人的親族故舊者。如滅三族滅九族甚至有滅十族者。不特慘無人道。抑且毫無理性。此係已往專制的淫威所暴露的醜象。現已廢棄無餘。所謂

一人犯法一人當的意思也。又昔時所有的身體刑。如墨。劓。宮。杖。笞等刑。因與上述第二種主義不合。亦已廢去不用。現在的刑罰。雖亦不能謂無鎮壓一般的犯罪的作用。然其主要係重在改良犯人的個格。使受刑後仍得在社會上復有爲良人的地位。所以除犯人的本身以外。及與犯人的個格有損的刑罰。皆在廢除之列也。

第二節 刑罰之效用

現代刑罰的作用。其終局固在防衛社會上的犯罪。然分析其作用的內容。實包含有三方面的效用。一對於犯人的方面。爲特別的預防作用。又可分爲二項的觀察。(1)社會的適合。刑罰爲矯正犯人的惡性。以使犯人的生活。能成爲適合於社會的生活爲必要。具有此項必要目的的刑罰。則刑罰的內容。必具有匡正手段。與教育手段及威嚇手段。(2)社會的隔離。刑罰又爲使犯人於相當時期與社會隔離。一方令其於未改善以前。不能再有侵害社會行爲。一方於未改善以前。不令其傳染惡性於社會。所以刑罰有時須令犯人永久與社會隔離。有時須令犯人一時的與社會隔離。二對於社會的方面。刑罰又有警戒一般的人囚前車之覆。而不敢再蹈覆車之轍的力量。此又稱爲一般預防的作用。同時又含有

多少應報思想的作用。三對於被害者的方面。刑罰又有對於被害者令其對於所受不正的侵害得到多少的安慰。所以刑罰的分量上對於犯人侵害法益的程度。亦非完全置之不顧。上三者均為現代刑法上所包有的作用。但以何種作用為置重。在古代則以對於被害者的關係為主。即完全以報應思想為主者。至中世則以對於社會一般者為主。所謂一般的預防主義者。至近世則刑罰的主目的。對於社會及被害者方面。雖非全無意義。然對於社會的一般預防及個人的損害慰藉。則為刑罰含義中的一最小限度。因為對於被害者方面的關係。可以讓之損害賠償的法律去填補。對於社會一般方面的關係。可以讓之其他的社會預防政策的設備。刑罰目的之最重要者則為特別預防。尤其是以社會的適合為主眼。此因於近代主觀主義日增發達所成立的趨向。吾人對於刑罰的全部作用。尤其對於我國現代社會情形及現代刑罰的作用。實不能輕視刑罰對於社會的作用及對於被害者的作用之點。然總覺着對犯人的作用要佔刑罰本義的最大限度。特以對犯人的作用所發生的副作用。亦附隨之而可有對於社會及對於被害者的作用。換句話說。刑罰真正的作用。當由對犯人的作用中兼發揮其對社會及對被害人的作用。斯為妥當也。

第三節 刑罰之種類

第四十八條 刑分爲主刑及從刑。

第四十九條 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。但遇有加減時。得減至二月未滿。或加至二十年。

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。得減至五分之一。

第五十條 從刑之種類如左。

一 褫奪公權。

二 沒收。

刑罰的種類。係隨各時代刑罰的主義而有不同。我國古時刑罰完全用以爲威壓社會上的犯罪。所以刑的種類。極繁苛而不可勝數。隋唐以後。刑種漸趨簡略。所存者爲笞。杖。徒。流。死五種刑罰而已。沿至遜清。刑名數目。亦無增減。特其刑罰目的及其用法。仍是相沿以來的威嚇作用。近世各國刑罰的

作用。迥非昔日純然威嚇主義。已如前面所說。我國自民國成立。刑法制度。亦革舊更新。從前的刑名制度。與現在刑法主義不能脗合。所以自民國元年暫行刑律以來。刑罰的種類。遂改分主刑及從刑兩大類。主刑分死刑。無期徒刑。拘役。罰金五種。從刑分沒收及褫奪公權二種。主刑爲獨立對於犯罪人科加的刑。從刑爲附隨於主刑而科加於犯罪人的刑。詳細點說。對於未科有主刑的犯人。在原則上則不能科以從刑。（但有例外）又對於同一犯罪的同一犯人。同時不能併科以兩種主刑。（但罰金亦有例外）而於科有主刑以外常得附科以從刑。這是分別主刑與從刑的道理。至主刑當中。如死刑在學說上常稱爲生命刑。無期徒刑。拘役。在學說上常統稱爲自由刑。罰金同從刑中沒收。在學說上常稱爲財產刑。從刑中的褫奪公權。在學說上則常稱爲能力刑。現行刑法上所有的刑罰。僅有此數種。至從前所稱的身體刑（如笞杖）名譽刑（如刺字荷架）因爲不適於現今刑罰主義的用法。則一概廢棄。至現行刑法與暫行律的刑名雖完全相同。然亦有少許的沿革。暫行律主刑中有期徒刑係分爲五等。現行刑法有期徒刑不分等而代以年月。且能減至二月未滿。於拘役能加至二月以上。於罰金得因犯貧而減至五分之一。褫奪公權有有期及無期的區別。此現行刑法上刑名與暫行律上刑名不同的各點。有這幾個不同的點。而現行刑法的刑制較暫行律的刑制。尤爲易於適合罪刑之

各得其平。此不可不謂爲刑名的規定。到現行刑法時更有進步也。

第一項 生命刑

生命刑係剝奪犯人的生命。爲極端的刑罰。刑法上稱爲死刑。在純探威壓主義的時期。以死刑視爲有最大的效力。所以世界上無論何國。從古時以至今日。刑罰中通有死刑的一種。然至今日則關於死刑的刑名。已有廢止及留存的兩種論議已。主張廢止死刑的論者。其理由亦有種種。其最要的理由爲(1)死刑無伸縮的餘地。以犯罪者的罪情。無論係何種重罪。終有輕重的情節可以衡量。若自由刑及財產刑則有權衡的餘地。死刑則無因其罪情而予以伸縮的可能。(2)死刑無予犯人以自新之路。近世刑罰主義。其惟一目的。在改善及感化犯人使仍復爲良民。人死後即不復有自新的機會。與現代刑罰主義全相背馳。(3)死刑無事後改正的希望。裁判所審斷罪刑。不能說永無誤判。若因誤判而斷送不至當死的罪民。或竟致斷送無辜良民的生命。生命一斷送後即不可復續。事後雖發現錯誤。雖欲糾正而莫由。是可謂爲司法的殺人。所以此種不能有錯誤的救濟的刑罰。決當不令其存在。(4)死刑爲不合於人道主義。即謂遇有惡性甚深的犯人。爲防其危害社會起見。勢非永令其隔離於社會不可。然欲使長

與社會隔離。尚有無期徒刑可以適用。亦不致不能達到永久隔離的目的。且惡性甚深的人。究竟有無改革的希望。亦非短時間所能預斷。亦烏見其永無改革的希望而遂屏棄之於人世。所以死刑直可謂爲國家自體表現一種不仁德的行爲。以上均是主張廢止死刑者的說法。而主張存留死刑者亦自有說。爲(1)近今的法定刑範圍頗廣。刑法上規定處死刑的罪名。類多尙可處其他的罪刑。如殺人者處死刑無期徒刑或十年以上有期徒刑。其究竟當否處以死刑。不能說審判時遂無伸縮的餘地。卽少數處唯一的死刑的罪案。依現行刑法第七十七條的規定。亦有酌減的機會。何致慮及死刑無伸縮的餘地。(2)凡處死刑者必爲罪大惡極無法可以改善者。則不如加以絕對淘汰之刑。以免除罪菌的傳佈。苟認其惡性尙有幾希改悔之望。則處以他刑。亦非絕對不能的事。所以死刑可以存而不用而不可以不具。(3)死刑非經司法部覆准回報不得執行。正爲留改正的餘地。(4)除惡卽以安良。卽古語所謂多殺豺狼不爲損德。於國家的仁德無傷。但判處罪刑是否允當。係司法上問題非立法上問題。以上係主張存留死刑者的說法。要之死刑究可否廢止。當視乎當時的國情爲判斷。所以各國有全行廢除者。有存而不用者。有以特赦的方法爲救濟者。惟死刑的罪名。特別減少。則爲近今共通的趨勢。以我國現時社會的情形。則刑罰尙不能不含有多少鎮壓的意味。廢止死刑的法制。則尙非其時。且我國死刑的存在。相沿

已久。遽然全廢。反於社會的心理不甚適合。所以暫行律上將科唯一的死刑者已減至僅有三條。現行刑法上唯一的死刑亦僅留存七條。較之清末時死刑之條數。已削減甚多。至死刑的執行手續。現行刑法上有如下的規定。

第五十三條 死刑用絞。於監獄內行之。

死刑非經司法部覆准。不得執行。

從前死刑的執行。有斬。絞。凌遲。梟首。示衆等處分。重在以痛苦示威嚇。以期減少社會犯罪的數量。現時對於死刑的用意。專重在使與社會爲永遠的隔離。不重在予犯人以痛苦。故僅有用絞的方法。凡斬與凌遲及梟首等方法則概廢棄不得施用。又凡死刑以外的各種刑罰。均於上訴期間滿後即可執行。惟死刑則於上訴期間滿後。尙須報經司法部覆准回報後纔得執行。所以須有司法部的覆准回報者。意在審核有無救濟的方法及赦減的理由。所以昭慎重。從前遜清時代。對於死刑案件。亦有類是審慎的手續也。

第二項 自由刑

自由刑的意義。卽限制犯人身體之自由的刑罰。自由刑的分類。有無期徒刑。有期徒刑。拘役之三種。徒刑者。係將犯人拘禁於監獄內。使與社會相隔離。對於犯人的行動。予以不必要的限制。一面促其反省。一面施以改良其性行的方法。拘役者。係將犯人拘留於一定之拘留所。此種拘留所。亦係附設於監獄內。徒刑分無期有期二種。無期者卽永遠監禁之謂。有期者卽因其犯情而定有一定的監禁年期。徒刑與拘役。亦不過係輕重上的差異與形式上的差異而已。其本質上爲限制犯人身體的自由則同一也。所以徒刑與拘役。同稱之爲自由刑自由刑之目的。今與昔有所不同。所以施用自由刑的方法。今與昔亦有所不同。在昔時的自由刑。專以使犯人受痛苦爲唯一之目的。故於監獄的設備。極爲黑暗。極爲慘酷。犯人入獄後的生活。簡直非人類的生活。（現時未改良的舊監獄。仍未脫離昔日監獄的狀況）其結果祇有損害犯人的健康。戕賊犯人的性靈。使犯人的環境愈趨於惡劣。使犯人的惡根性愈趨於堅定。因之犯人於受畢自由刑後。能促其反省者甚少。復流爲累犯者甚多。今時自由刑的目的。其惟一的任務。係圖改遷犯人的環境與改革犯人的惡性。爲欲完成此種目的之任務。所以關於自由刑的制度。(1)亦不能使犯人完全不受痛苦。但所予的痛苦。祇在令其感受生活寂寞。由此種寂寞的感覺以促起其靜默的悔悟。而特別須避免有損害於犯人的健康。(2)使與人類交際社會隔離。因犯人多具

有惡性。此種具有惡性的人。決不能任其混處於交際的社會場中。以防其再有侵害他人的法益。并傳播其惡性於他人。所以法律上對於具有惡性的犯人。視同有傳染性的病人。病人則使之隔離於醫院中。犯人即當隔離於監獄中。醫院爲診治病人的場所。監獄則爲治療犯罪惡性的場所。在犯罪惡性未有改悛的期中。則不能令其與社會接近。俟經過相當的改善時期。始能令其復與社會爲共同的生活。若視爲毫無改善的希望。則終其身不能令其復處於交際的社會場中已。（即無期徒刑）(3)設法改變其犯罪性。犯罪的原因。由於犯人之性格及環境之不良者爲多。自由刑即爲改造犯人此種不良的原因而設。此種不良的原因。非僅一經隔離即能有改善的效果。所以自由刑的制度中。一面須令犯人有相當的痛苦之感應。以推動其反省的意念。一面須有職業教育以增進其技能。又須有感化教育以改造其個性。又一方面須有強制的勞役以練習其身體。使犯人於在獄的期間。得以預備良好的體力。良好的技能。又經過良好的薰陶。出獄後始有適合於社會共同生活的可能。始無再墮入於累犯的危險。此自由刑制度。今與昔大異其趣旨的大略情形也。上述今時的自由刑制度。即可稱爲新的自由刑制度。我國近亦積極力謀推行此種新的自由刑制度。各國間則多早已完全施行了。至對於新自由刑制度所獲得的效率。是否能與本制度本身所期望者相符。學者間依統計上的觀察。亦不無尙多懷

疑。然其所獲得效率與其所期望的效率是否能相符合。此非單純的刑制問題所能解決。尚須俟社會的問題與實地運用刑罰的技術與人的問題。同時能有相當的進步。則此種新的刑罰制度自能收相當的效果。所以不能以現時所收到的現實成效。或未達於圓滿。遂根本的對於新的自由刑制度有所懷疑也。

自由刑在刑罰制度中實立於主要的地位。因自由刑的優點。一方面可以收預防犯罪的績效。一方面具有能因應犯情而加以伸縮的便利。所以近世無論何國的刑罰制度。無不採用自由刑以爲主要的刑罰者。然對於無期的自由刑。則亦不無批難的議論。批難的理由。大概不外下述數點。(1)無期徒刑卽終身刑。被宣告無期徒刑者。雖能苟延其生命。然所謂一生的人生觀。實已斷絕淨盡。其慘酷亦與死刑無異。(2)無期徒刑爲惟一的終身刑。無量其罪情而有伸縮的餘地。(3)自由刑的目的。實在促犯人的改悔。若被處無期徒刑者。則終身無恢復自由的希望。既絕其自新之路。安望其有改善的心。所以無期徒刑無異促犯人趨於自暴自棄之途。基於以上的理由。所以有主張無期徒刑卽當毅然廢止的。此項學說。亦不能謂無相當理由。然從實證的方面加以觀察。(1)對於大惡不道及兇忍性成的犯人。處以有期徒刑。可預知其無改悔的希望。則惟有永遠使其與社會相隔離之一方法。庶足以減少社會的不安。法

律上對於此種人犯。亦不能純採博愛主義。(2)法律上對於犯罪處以惟一的無期徒刑者甚爲少見。法官當依法量刑時。審其犯情之最可恐怖與犯人惡性之最爲深固者。則可於法定刑內科以無期徒刑。其非然者則可於法定刑內選擇其以下的刑罰科加之。亦不能謂毫無審量犯情以爲伸縮之餘地。(3)無期徒刑亦能使犯人有悔悔之機會。依現行刑法第九十三條的規定。無期徒刑執行逾十年後。若有悔悔的實據者。由監獄官呈報司法部。得許假釋出獄。亦不致遂阻絕犯人自新之路。以之與死刑相較。其效用實大有區別。依上述各理由。則無期徒刑亦未可厚非。但最近關於刑罰制度的新說。有主張以不定期刑替代無期徒刑的。各國法例中亦間有採用的。其法僅宣告若干年以上的不定期徒刑。迨執行滿若干年時。若犯人已有改善的實際。則即可釋放。否則可執行俟該犯人何時有改善的狀態。卽何時始予以釋放。若終身不能改善。則終身不予以釋放。此法若利用之得其宜。實較無期徒刑爲優。然利用之若不得其宜。則弊害亦必較無期徒刑爲多。所以在未有比較的再爲優良的制度以前。則無期徒刑爲必不可廢的一種刑制也。

上所述的爲學者間對於無期自由刑的態度。又其對於短期自由刑亦有批難的議論。短期自由刑者。卽有期徒刑中的爲期甚短者之謂。例如一年以下的有期徒刑。爲期實比較的甚爲短促者。學者

問對於短期自由刑所加以批難的理由。謂(1)短期自由刑。爲無益的自由刑。因短期間絕不能收懲戒遷善的效果。所以短期刑爲無益的刑。(2)短期自由刑不徒爲無益而并爲有害的自由刑。因一方面對於未至喪廉鮮恥的犯人。徒足以破毀其名譽心。名譽心既遭破毀。則難保不因之而陷落於自甘暴棄之途。又一方面執行的結果。遂致感染囚犯中諸多的惡習。因獄因爲惡人聚集的場所。各囚各有惡性。各囚亦各有其爲惡的經驗。一旦置身此間。因短期之故。所受監獄的感化力甚微。所受獄囚的感染力反甚鉅。上述兩方面的影響所及。初以對於偶然犯而處以短期自由刑。繼由短期自由刑而造成多少的職業犯。所以短期的自由刑。實可稱爲犯罪的養成所。(3)短期自由刑既如上述的無益而有害。國家復因執行短期自由刑而糜費多少的經費。於社會的福利及國庫的經濟。兩有損失。所以刑罰的制度。實以不有短期自由刑爲宜。然短期自由刑爲對於偶然的輕微犯罪而設。雖無多少之感化的作用。亦未嘗不可收警戒的效果。且偶然的輕微犯罪人。亦無全賴於獄中的感化之必要。况并有緩刑制度之存在。對於若干部分的犯罪人。亦不無避免上述弊害的機會。至對於易受惡性感化的顧慮。亦視其對於短期刑之利用程序如何。利用之得其宜者。亦非絕無防免之可能。若刑罰制度上一律屏棄短期自由刑制。則祇有長期自由刑之存在。而遇有偶發的輕微犯罪。則惟有固納之以失之枉與放任之以失

之縱之兩途。失之枉與失之縱。亦豈刑罰制度之所宜。是以短期自由制。在今日尙未有可以全廢之理由。特對於其執行的方法。有須顧慮上述弊害之點而不可不注意改良耳。

第三項 財產刑

財產刑即是剝奪犯人財產的刑罰。財產刑的種類。一爲罰金。二爲沒收。勒令犯人交納一定的罰款曰罰金。剝奪犯人現實的所持物爲沒收。罰金刑爲刑罰制度中的主刑。沒收刑爲附加刑。茲爲分別說明如左。

第一款 罰金

罰金刑多係對於有貪慾性的犯罪所處的刑罰。現行刑法對於科罰金刑的方式分爲四種。一專科罰金。卽法文上對於某犯罪僅以罰金爲惟一的刑罰而無其他可以選擇的刑罰。此係對於純粹的利慾犯所科的罰。例如賭博犯罪是。二併科罰金。係對於反社會性的犯罪中含有利慾性的犯人所科的刑罰。例如賄賂罪各條得併科罰金是。他種主刑不得同時併科。惟罰金刑得與他種主刑同時併科。

此又爲罰金刑的特色。三選科罰金。一個罪的法定刑範圍。有他種主刑與罰金刑併列者。則可選科罰金刑。惟選科罰金刑則不得併科他種主刑。科有他種主刑則不得併選科罰金刑。凡法條中無併科字樣的規定而有罰金刑與他種主刑并存者。則祇可科其一而不得併科。亦以審其犯人對於該犯罪含有貪利的意圖者方選科罰金爲宜。現行刑法關於科處罰金的方式如此。在從前暫行律上的規定。尚有易科罰金的制度。凡受五等有期徒刑（一年未滿）或拘役刑的宣告。若執行實有窒礙時。得以一日折算一元易以罰金。易科罰金的制度。學者間多對之有所非議。謂自由刑與罰金刑的性質迥不相侔。以數百元的罰金。而遂可以易應處的五等有期徒刑。殊與刑罰立法的原旨不相符合。現行刑法即不採此制度。所以現行刑法無易科罰金的規定。各分條中有所謂易科罰金者。如第二七四條第二項。有得併科或易科三千元以下罰金的法例。然其性質仍是選擇刑的一種。與已判決自由刑後因執行實有滯礙而易科罰金者截然不同也。

依現行刑法判處自由刑者不得易科罰金。而判處罰金者却可以易科自由刑。即易科監禁是也。罰金易科監禁。以一元以上三元以下折算一日。於監獄內附設的監禁所執行之。并得令服勞役。但（1）必對於無力繳納罰金者。或在完納期內（裁判確定後一月以內）經本人的承諾者。始得易科監禁。

(2) 監禁期限不得逾一年。(3) 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。(4) 被易科人在易科監禁期內納罰金者，當即予撤除其監禁。其所納的罰金，當依裁判所定的以若干元折算一日的標準，扣除監禁日期。此種易科監禁，亦為救濟罰金的執行困難的權宜之法制。學者間對此制亦有所非議。然對於不能繳納罰金的人，實無他法可以得有效的執行。所以現行刑法仍採此權宜的制度也。

罰金刑的優點。(1) 宜於制裁利慾的罪犯。(2) 無短期自由刑的弊害。(3) 用以儆戒過失犯，尤為適當。(4) 可免輕微罪犯損失社會上的地位。(5) 執行時無礙於犯罪者的職業。(6) 能隨犯人的個別而伸縮的便利。較自由刑的伸縮性尤優。(罰金可以因人的境遇以一元起) 然亦有反對罰金刑的學說。謂(1) 罰金非加於犯人身體上的制裁，不克收懲戒的效果。然刑法上施以罰金的罪犯，類係以下各種的罪犯。一、輕微的犯罪。二、無重大惡性的犯罪。三、利慾的犯罪。前二種的犯罪，正無直接加於其身體的懲戒之必要。後一種的犯罪，對於貪利者剝奪其財產上的利益，正為對症下藥。至於對於有重大惡性的犯罪，及有重大危害於社會的犯罪，刑法上雖亦有處以罰金的規定。然或是與自由刑併科的，或是與自由刑併立而可以審按犯罪的情節任聽法官選科的，均係隨各犯罪的性質而與以相當的懲戒力。所

以謂罰金不克收懲戒效果的批難。不能說有充分的理由。(2)罰金刑的本質。不適合刑罰平等的原理。因人類的處境不一。貧困者剝取其一元。或可影響於其生活。富裕者剝取其一萬元。不啻拔取其一毛。絲毫不關痛癢。所以罰金對於貧者可以絕其生計而使之易生再犯。對於富者毫不發生苦痛而必致玩視法律。此說確有相當理由。然善利用罰金刑者。亦可矯正此項弊害。現行刑法上關於罰金額係以一元起。因犯貧者尙得減至五分之一。則爲二角。而各犯罪本條罰金的高額可至五千元。所以有此鉅量的伸縮者。正爲謀貧富受痛苦的平等起見。法官於審判應處罰金的罪案時。若能本此原理以爲伸縮的量定。亦不至發生不平等的現象。且單純科罰金的犯罪。類係無重大的惡性者。凡富人而無重大的惡性。則其名譽心必重。損失其鉅額的金錢。雖於其財產上的痛苦甚小。而於其被法律上處罰的名譽上所感受的痛苦亦非輕的。(3)罰金刑對於無資力者無從執行。但此種顧慮。法律上早已計及。所以有易科監禁的法律在。則對於無從執行的困難不生問題。基於以上所說明。罰金刑的弱點尙不能掩蔽其優點。所以現行刑法上仍採用罰金刑制也。

第二款 沒收

沒收者即將犯人所持的財物。沒收入官的意味。沒收爲從刑。所以防將來犯罪的憑藉。其與罰金的性質不同的所在者。卽罰金係罰令繳納金錢入官。沒收的財物不以金錢爲限。物品亦在當沒收之列。罰金係懲戒的作用。沒收係預防將來用以爲犯罪的憑藉及剝取犯人不當得利的作用。罰金係隨犯人的境遇而有伸縮的餘地。沒收無伸縮的餘地也。

沒收的財物。當以法律上所規定的標準爲限。非法律所規定爲應予沒收的財產物。則不得任意沒收。現行刑法上規定應予沒收的財物。僅爲下列的三種。

第六十條 沒收之物如左。

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。

第六十一條 前條第一款之物。得專科沒收。

第六十二條 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。以屬於犯人者爲限。得沒收之。

最重主刑爲拘役或罰金者。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。

第六十三條 沒收於裁判時併宣告之。

甲 違禁物 即法令上禁令不能爲私人所有的物品。例如軍械。爆裂物等類。爲保全公益起見。不得不加以限制。但有特許者。例如軍械本不能爲私人所有。若在政府請領有槍照者。此種槍照。卽爲有特許的性質。受有特許的所有物。則不能以違禁物論。反之若無特許而又係法令上所禁有的物。若違反禁令而私有該物。則爲違禁物。此項違禁物。無論是否被宣告有主刑及是否屬於犯人的所有。又無論犯罪各本案有無特別的規定。祇以現實爲某人所持。則可對於所持的人科以沒收。

乙 供犯罪所用及犯罪預備之物 供犯罪所用的意義。卽犯罪實行時所使用的物品。例如實行殺人時所用的刀。或實行竊盜時所用的挖牆的器具。犯罪所預備之物。卽預備用以供實行犯罪時所使的物。例如預備實行殺人所購置的刀。預備實行竊盜所購備的挖牆器是。但有當注意的。必其物專用以供犯罪的用。始得爲供犯罪用的物及犯罪預備之物。如犯罪時犯人所乘的車或船。車與船與犯罪實行的用途。非有直接的及必要的供用。卽不得爲專供犯罪的用品。則不得爲應沒收的供犯罪用品。反之若綁匪在鬧市中供載被綁人所用的汽車。因不用汽車則在鬧市中不能完成犯罪行爲。此

項汽車可認爲專供犯罪用的汽車。若其汽車爲綁匪所自有。即可認爲應予沒收的供犯罪用的物品。又例如預備供殺人所用的刀。若不能證明爲預備專供殺人時所用的刀。亦不能識爲應沒收的刀。要之所謂犯罪用的物品。必爲犯罪實行時有直接的且必要的使用物品也。

丙 因犯罪所得之物 如竊盜強盜所得的贓物。官吏所受的賄賂是。

具有右述甲乙丙三項性質的物品。均爲可以沒收的物品。換句話說。卽爲現行刑法上所規定應沒收物品的標準。但除甲項所云違禁物品外。屬於乙丙兩項的物品。尙須合於下列的條件。纔能予以沒收。(1)須其物除犯人以外無權利者的物品。換句話說。卽要爲犯人的所有物品。纔能予以沒收。如其物雖爲犯人的佔有而另有其物的所有人的場合。則仍不能予以沒收。例如強竊盜的贓物。雖爲強竊盜的所佔有。而尙有其物的所有權的失主。則此種贓物。依法須追取以還之其失主。不能卽認爲犯罪的所得物而予以沒收也。又例如竊取人的刀而用以殺人。刀雖爲殺人犯所持有。然實另有不知情的刀主存在。此刀既不屬於犯人的所有。則亦不能僅認爲係供犯罪所用物而予以沒收。但若供殺人所用者。是無執照的槍。則無論是否屬於犯人的所有。可以因屬於違禁物而沒收。因違禁物不受若何的限制。均當予以沒收也。(2)沒收爲從刑。從刑者係附於主刑的刑。換句話說。未科有主刑的場合卽不能

專科從刑。除違禁物不受若何限制得專科沒收外。如上述乙種或丙種的物品。若非有主刑的宣告時。則不能專宣告科以沒收。但係宣告免除主刑の場合。則不妨專科沒收。(3)最重主刑係拘役或罰金者。非該各本條上有沒收的明文。不能任意與以沒收。若主刑係較拘役或罰金爲重的刑。如自由刑及以上的刑。則不必俟明文上的特別規定。認爲合於沒收之其他要件的物品。則可逕予以沒收。又對於違禁物的沒收。亦不受有無特別規定的限制。沒收的科加方式。係於裁判宣告文內併予宣告的。則執行時自當爲裁判確定時起也。

第四項 能力刑

能力刑卽褫奪公權。卽剝奪犯人所應享受的公權。生命身體自由財產均爲人類的私權。死刑徒刑拘役罰金。爲剝奪犯人的私權的刑罰。然有時亦有剝奪犯人的公權之必要。所以亦有褫奪公權的刑罰。現行刑法得褫奪的公權。有如下所規定各項。

第五十六條 褫奪公權者。褫奪左列資格。

一 爲公務員之資格。

- 二 依法律所定之中央及地方選舉爲選舉人及被選舉人之資格。
- 三 入軍籍之資格。
- 四 爲官立公立學校職員教員之資格。
- 五 爲律師之資格。

第五十七條 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。

因過失犯罪者。不得褫奪公權。

第五十九條 褫奪公權。於裁判時併宣告之。

褫奪公權於裁判確定時發生效力。但有期褫奪之公權期限。自主刑執行完畢或免除之日起

算。

第五十六條所列舉各項資格。通是人類所應享有的公權。亦即是人類具有的能力。褫奪右列各項的公權。即是限制犯人不得享有各項的能力。法律因犯罪人具有惡性的危險性。在僅屬行使私權時。對於社會上發生危險的能力爲小。若在行使公權時。則加危害於社會的能力更大。如人在爲平民時。雖具有一種危險性。尙難有加害社會的機會。及加害的力量。若一旦身爲公務員或軍人律師。則難免因其職位而容易發罪。所以對於富有犯罪性的犯人。除科以應科的處刑外。多附有褫奪公權的制裁。以限制其犯罪的能力。褫奪公權亦爲附加刑而非主刑。所以對於犯罪人若無主刑的存在。則不得科以褫奪公權。但免除主刑者仍得專科以褫奪公權也。

褫奪公權的起算期。與自由刑的起算期不同。自由刑的起算期。以裁判確定後入獄的期爲起算期。期滿則刑罰因而消滅。褫奪公權須俟主刑執行完畢（例如處徒刑者於期滿出獄。卽爲執行完畢）或免除之日。始爲褫奪的起算期。但在裁判確定後卽爲褫奪的效力已發生期。所以須俟主刑執行完畢纔起算褫奪公權的日期的理由。因公權的享有。當然俟主刑執行完畢後始能發生。若在獄中則爲當然的無公權享受之可言。因爲防止有犯罪危險性的人於出獄後因享有公權的地位而易於犯罪。所以褫奪公權的期限當在出獄後始予起算也。

第八章 累犯

累犯者即累次犯罪的意味。一次犯罪復再犯罪。即謂之累犯。然刑法上關於一次犯罪復再犯罪的場合。有二種的規定。(1)前犯罪尚未受刑的宣告。復再犯罪的場合。(2)前犯罪已受刑之宣告并執行已完畢後復再犯罪的場合。屬於第一項場合的再犯。則爲併合罪。併合罪另規定於第九章。容於該章內再爲說明。屬於第二項場合再犯。則爲累犯罪。即本章所稱的累犯也。

第六十五條 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。再犯有期徒刑之罪者。爲累犯。

累犯爲加重處罰的一要件。因前既犯罪。後復再犯罪。此其人實習於爲惡。法律上對於習於爲惡犯罪。則不宜依通常偶爾爲惡的犯罪例。與以通常的處罰。若僅依通常的處罰。則其刑罰的力量。必不能以消弭其惡性。如治病然。遇病根甚深的病患。則必加增其藥力。遇惡性甚深的犯罪人。則必加重其

刑罰。此爲對於怙惡不悛之徒所必要的處置也。

累犯既爲加重的要件。而累犯必要加重的理由。又既爲因其怙惡不悛。則必有顯然可見其爲怙惡不悛的實證。斯能認爲當予加重的要件。若漫無一定可以實證其爲怙惡的標準。僅以有一犯復再犯的事實。動輒予以加重的刑量。則亦未免過於嚴酷。所以法律必在可以實證其爲怙惡而有加重的必要之場合。斯能認爲成立累犯。而始予以加重其刑。依右列規定的法例。關於累犯的定義。必須具有左列的條件。

甲 必前曾犯徒刑之罪 法律上規定應處徒刑的罪。通是具有惡性的犯罪。若祇應處拘役或罰金的犯罪。則類係不見有若何的惡性的。累犯所以加重。原因其惡性實屬非僅繩以初犯的刑罰所能收效。所以構成累犯的第一要件。須前曾犯有具有惡性的徒刑罪名。若前所犯者僅不過拘役或罰金的罪。則以後雖有再犯的行爲。當然不能成立應加重的累犯。至所謂前犯的徒刑罪。當包括有期徒刑與無期徒刑而言。雖無期徒刑執行完畢。已不能復生累犯的問題。然法律上有無期徒刑執行一部而經免除者。亦可爲成立累犯的前提條件也。

乙 再犯必係有期徒刑以上的罪 若再犯僅係單純的拘役或罰金罪名。既與其人的惡性無

重要的關係，則亦不能證明爲前次所受的刑尙未有改變其惡性的效能。所以亦不能卽認爲應予加重的累犯。說者謂所謂有期徒刑以上的罪。本可包括死刑及無期徒刑而言。然死刑不得加重。無期徒刑不得加至死刑。爲現行法第七十九條及第八十條所規定。則累犯加重之例。在事實上亦祇能適用於再犯有期徒刑的犯罪。不能適用於再犯有期徒刑以上的犯罪。然無期徒刑及死刑雖不再有加重。而再犯無期徒刑或死刑的犯罪。要不能不成立累犯。且依現行刑法上第八十六條的規定。同時刑有同等分數之加重及減輕者。互相抵銷。例如人再犯死刑或無期徒刑的罪。在未發覺前自首於該管公務員受裁判者。則對於再犯的死刑或無期徒刑罪。自當仍認爲構成累犯而須加重三分之一的刑罰。復對於自首而須減輕三分之一的刑罰。然後再依互相抵銷的法例而不加亦不減。若如說者所謂累犯加重不能適用到再犯死刑或無期徒刑的犯罪。則在此場合當僅有減輕而無互相抵銷的可能。將有不能適用第八十六條的場合已。是在事實上累犯加重亦有可以適用到死刑及無期徒刑的犯罪必要也。

丙 必前犯已受有期徒刑之執行完畢或已受無期徒刑或有期徒刑之一部之執行而免除後的再犯 依再犯的期間爲標準。則再犯的情形原有五種。(1)在前犯未受刑的宣告以前的再犯。(2)在

前犯雖已受刑的宣告而裁判尙未確定以前的再犯。(3)在前犯雖經確定判決而尙未執行以前的再犯。(4)在前犯的刑正在執行中的再犯。(5)在前犯之刑已執行完畢或已受執行之一部而免除後的再犯。何種再犯始認爲構成累犯。從各國的立法例觀察。亦有法國派同德國派的不同。在法國派的刑法。以已受有罪裁判確定後而更犯罪（即第3種再犯）者即認爲累犯。在用德國派的刑法。則須已受刑之執行完畢後而更犯他罪者（即第5種再犯）始可認爲累犯。法國派所持的理由。謂犯人已經受有罪刑的宣告。則犯人即應當知所警戒。若既受有處刑的警告而復犯他罪。則其人自非通常的刑量所能令其改悔。所以即當認爲累犯而加重其刑。而德國派所持的理由。謂犯人雖已經受有罪刑的宣告。而實際上尙未受過刑罰的痛苦與感化。雖則有再犯。尙不能即認爲前次所受的刑量尙不足以資儆戒。自不能即認爲累犯而加重其刑。所以必於實體上受刑之全部的執行或已受有一部的執行而經免除後。方足爲犯人的警戒。若受過實際的警戒而復犯他罪。則可證明其通常刑之不足以儆改其特別的惡性。而有認爲累犯而加重其刑之必要。我現行刑法上累犯的定義。亦是採用德國派的。其能構成累犯的再犯罪。僅以前述第5種的再犯爲限。至第1種的再犯則是併合罪中的再犯。第2到第4種的再犯。則不能認爲併合罪亦不能認爲累犯罪。即仍認爲應受獨立的通常的處分的犯罪也。

丁 必前犯之刑已執行完畢或已執行一部而免除後尚未逾五年的期間內的再犯 依各國

間刑事統計的觀察。通常不能因受刑的儆戒而變改其惡性者。多係在受刑後二三年或四五年期間內卽致發生再犯。若至五年以後始有再犯的行爲。則可認爲前次所受的刑罰。已生有相當的懲改效力。所以現行刑法上對於認爲累犯的再犯。僅以在受刑完畢或受刑之一部而免除後五年期間的再犯爲限。若已滿五年後雖有再犯的行爲。則不論所再犯的係何種罪刑。均不謂爲累犯。換句話說。卽仍處以初犯的刑罰而不處以累犯的刑罰已。

關於五年期間的計算問題。讀者亦有當予注意之點。(1)五年期間的起算日。是否以前犯徒刑執行完畢的翌日起算。抑或係以執行的最終之日起算。有說累犯期間的起算日期。當從被告人有利益方面以定計算標準。而以執行最終之日起算。然此種計算標準。於確算五年期間限滿之日。實於被告人有利。例如再犯時日。依前犯執行完畢的翌日起算。尙未逾五年的範圍而仍可成爲累犯者。若依執行最終之日起算則有可認爲已逾五年的範圍而不能成爲累犯已。然此種起算點。於確定累犯成立的起首時。則不能謂於被告人方面爲有利。例如依前犯執行完畢之翌日起算。則雖在執行最終之日更犯徒刑以上的罪名。尙不能卽謂累犯而加重。若依執行完畢之最終日起算。則在執行最終之日更

犯徒刑以上的罪名。卽已成立累犯而當加重已。所以有反對前項起算法者。謂刑之執行的效力。當於執行之終了日始爲完成。則當須俟前犯執行終了的翌日始能爲累犯成立起點。余意亦以依立法之精神。係以出獄後之再犯始爲累犯。則累犯的起算日期。當從前犯執行完畢之翌日起。扣足五年的期間。在期間以內再犯徒刑以上的罪卽爲累犯。在期間外則不能成立累犯已。(2)累犯的名稱。不僅指初犯後的再犯。凡再犯後的三犯以至四犯五犯。均可謂之累犯。所謂五年期內斯爲累犯者。是否再犯以上的各犯罪（如三犯四犯）時期均須在初犯受刑完畢後的五年期內斯可謂爲累犯。否則不能認爲累犯。然若以此說爲是。則例如有人在再犯受刑完畢後未滿五年而更犯第三次罪。而此更犯第三次罪時期。對於初犯受刑完畢後則已逾越五年的期限。勢將不在加重之列。於法理上寧不謂爲奇異。是知前說之不合理。自不待言。依此則累犯的期間。僅以曾受過徒刑完畢後未五年而又犯徒刑以上的罪爲限。不必從第一次受刑完畢後起算爲未逾五年者爲限。例如初犯（卽第一次犯）受刑完畢後未逾五年而再犯。再犯受刑完畢後未逾五年而三犯。均可謂爲累犯。推而至於四犯五犯。均當准此以爲累犯的期間計算也。

累犯的成立。以犯人曾受畢前科的徒刑爲前提的要件。已如上述。此項前科的徒刑。當以普通的

及合法的審判所判處的刑罰爲準。如依軍事審判所判處的刑罰。或由外國法院所判處的刑罰。雖所受者爲徒刑。且已執行完畢而又未滿五年的期間。亦不能成爲累犯的條件。因違背軍律之罪與違犯普通刑法之罪。其性質不同。又外國法院之審判。在我國僅能視爲一種事實。不能與我國合法的審判同視。由上二種審判所受的罪刑。根本上不能成爲累犯的基礎也。所以現行刑法第六十八條特爲規定云『累犯的規定。於前所犯罪。依軍法或於外國法院受裁判者。不適用之』也。

法律所以特設累犯的罪種者。因累犯的本質爲具有甚深的惡性。必較初犯的刑罰加重。纔能收到刑罰的效果。故犯罪者已具備累犯的條件。則對於該犯罪有必然的較該罪本條所定的刑罰加重之必要。惟累犯加重處罰的標準。在從前暫行律上僅有再犯加本刑一等。三犯以上則加本刑二等的區別。不論所累犯的罪種及罪質之如何。均係處同一種的刑罰。例如累犯同一的罪與累犯非同一的罪。均認爲係同一的惡性。均係一例的加重。現行刑法則分別所累犯的罪種與罪質。認爲累犯中亦有普通的與特別的不同。而分設二種的加重法。有如下列的規定。

第六十六條 累犯不同一之罪或左列不同款之罪一次者。加重本刑三分之一。二次以上者加重本刑二分之一。累犯同一之罪或左列同款之罪一次者。加重本刑二分之一。二次以上者加重本刑

一倍。

一 內亂罪。外患罪。妨害國交罪。

二 瀆職罪。妨害公務罪。妨害選舉罪。妨害秩序罪。

三 脫逃罪。藏匿犯人及湮滅證據罪。偽證及誣告罪。

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。侵佔罪。詐欺及背信罪。恐嚇罪。贓物罪。毀棄損毀罪。

右列第六十六條第一項。卽學說上所稱爲普通累犯罪。第二項卽學說上所稱爲特別累犯罪。普通累犯罪較初犯罪的惡性爲重。其處罰當較初犯爲重。所以累犯一次者卽必加重本刑三分之一。累犯二次者則必加重二分之一。二次以上者（如三次四次）亦祇能加重本刑二分之一。特別累犯者爲具有特別的惡性。較普通累犯的惡性尤重。其處罰亦當較普通累犯尤重。所以累犯一次者卽加重本刑二分之一。等於普通累犯二次以上應處的刑。累犯二次以上者則加重本刑一倍。所謂加重本刑幾分之幾或一倍者。例如脫逃罪的法定刑爲一年以下有期徒刑。此一年以下有期徒刑則爲脫逃罪的本刑。加三分之一則爲一年零四個月以下二月零二十日以上有期徒刑。加二分之一則爲一年半以下三月以上有期徒刑。加一倍則爲二年以上四個月以上有期徒刑。所謂不同一之罪者。卽後犯與前犯非同種類之犯罪。例如前犯爲竊盜罪。後犯爲傷害罪。竊盜同傷害原非屬同一種類犯罪。則爲不同一之罪。反之假若前犯係竊盜罪後犯亦係竊盜罪。則爲同一之罪。所謂不同款之罪者。卽後犯與前犯爲不與第六十六條左列各款中所列的同一性質之罪。第六十六條左列第一款至第十二款。各同一款中所列的各罪。均屬相類似的性質。例如第一款所列的同係有妨害國權性質的犯罰。第二款所列的同係有妨害政務性質的犯罪。第三款所列的同係有妨害司法性質的犯罪。餘可依此類推。假

若前犯係瀆職罪。後犯係脫逃罪。則爲不同款的犯罪。反之前犯瀆職罪後又犯妨害秩序罪。則爲犯同一款之罪也。

法律上對於累犯必加重其刑。原爲防止累犯的重要政策。然犯罪的人每多狡黠。或早已變易其姓名。或因前後犯罪不在一地。或預施有其他的隱蔽方法。往往對於其從前的犯罪。常致不易發覺。以致僅得判處以初犯的刑。俟判決確定後。或在執行中始發覺其爲累犯。在此場合。累犯者則倖逃法網。而刑法預防累犯的政策。常有不能貫徹的遺恨。現行刑法上對此亦有預防的規定。

第六十七條 裁判確定後。發覺爲累犯者。依前條之規定。更定其刑。

前項之規定。於執行完畢或免除後發覺者。不適用之。

裁判確定後始發覺爲累犯的場合。依各國間的立法例。其處分的方法有兩種。一爲尊重確定判決的效力。卽不再變更其處分。一爲貫徹預防累犯的政策。雖破壞審判的確定力亦所不惜。仍須依加重的法例更定其刑。現行刑法係採後例的。惟若發覺爲累犯時。已在判定刑業經執行完畢或免除後。則不更定其刑。以免失之過酷耳。

第九章 併合論罪

併合論罪者。即遇有一人而犯有數罪的場合。依實質上的觀察。此數罪相互間的關係。有須依普通論罪的方法。以科斷爲當者。有須依併合的方法。以論斷爲宜者。普通論罪的方法。即一人而犯有數個罪。仍當科以數個刑罰。此數個刑罰當併執行之。併合處理的方法。即一人而犯有數個罪。在某種情事的關係。當併合數罪的刑罰。而特定一種併合刑罰。換句話說。即數個罪雖仍當宣告數個刑罰。然須併合此數個刑罰而特定其應執行的一種併合的刑罰。此外又有數罪不必各別論斷。僅從一重者論罪或以罪論的處理方法。統合各種併合論罪的關係。可分爲併合罪。想像的競合罪及牽連罪連續罪之三種以說明之。但在說明此三種犯罪關係以前。須先說明一罪與數罪的概念。然後能明瞭併合論罪全部的內容也。

第一節 一罪與數罪的概念

併合論罪的前提。須以一人犯有數罪爲要件。若係一人僅犯一罪。則當然無併合論罪的問題存在。但如何的情事祇認爲一罪。如何的情事當認爲數罪。因法律上有因犯罪的單複而特別各異其處分方法的關係。所以關於一罪與數罪的區別。至爲重要。但此種區別的標準。學說上亦議論紛紜。不盡一致。或謂應以行爲的數爲標準。或謂應以所侵害法益的數爲標準。或謂應以犯意的數爲標準。其論結因之亦不盡同。究以何說爲宜。茲先就各說所持的理由分別說明。再論定其適當的標準。

甲依行爲說所主張的理由。謂犯罪者行爲也。法律上處罰犯罪亦係對於其犯罪的行爲而加以處罰也。所以犯罪的數目。當依其行爲的數目以爲決定的標準。例如殺人罪即爲有殺人的行爲。有一個殺人的行爲即成立一個殺人罪。二個以上殺人的行爲。即成二個以上殺人罪。此說在現今比較的爲已得多數的採用。然行爲標準論者中。關於行爲的概念。所見亦有不同。有謂一個意思的活動。祇能成立一個行爲。例如殺人者僅有一個殺人的意思活動。所以祇能成一個殺人行爲。又有謂當依意思活動所生的結果之個數。以定行爲之個數。例如殺人者雖由於一個意思活動而結果致殺斃二人者。則仍當成立二個殺人行爲。反之雖有二個殺人的意思活動而結果祇殺一人者。仍祇可成立一個殺人行爲。又有謂一個意思活動僅基於一個犯意。則一個犯意祇能成立一個行爲。數個意思活動僅基

於一個犯意。則數個意思活動亦祇能成立一個行爲。例如殺人罪的殺人行爲。其殺人的意思活動。係基於一個殺人的犯意。則祇能成立一個殺人行爲。反之若殺人的意思活動係基於二個殺人的犯意。如一個意思活動。意圖藉此活動以殺甲并殺丙。則仍可成立二個殺人行爲。又例如強盜先有強暴脅迫的意思活動。又有奪取人財物的意思活動。此雖有二個意思活動而實同基於一個強盜犯意。所以亦祇能認爲一個強盜行爲。學者間對於行爲的觀念。既有右述的種種之差異。所以同爲依行爲標準論者當中。對於罪數的論結。仍有多少的不同也。

乙依法益說所主張的理由。謂犯罪須有行爲然後能處罰。此固爲刑法處罰犯罪的大原則。然刑法所以處罰犯罪的行爲者。要不外係對於其行爲所生之侵害法益影響而使負刑事的責任。是各個法益的侵害。實爲形成犯罪行爲的基本要素。所以認定犯罪個數。當以其行爲所侵害的法益個數爲標準。以行爲不過爲實行犯罪的一手段。手段爲單數與複數。與犯罪個數原無一定的關係。一個實質的犯罪。有以單一之手段而即可成功者。有合多數之手段而後成功者。例如一個殺人的犯罪。有僅用一刀殺斃而可成功者。有先之以毆擊繼之以毒藥然後成功者。所以手段的單複與罪數的單複無一定的關係。換句話說。即是犯罪與行爲。其個數非必一致的。惟以侵害法益的個數以定犯罪的個數則

可爲一定的標準。例如殺人卽爲一個殺人罪。殺二人以上卽爲二個以上殺人罪。竊一個監督範圍內的財產卽爲一個竊盜罪。竊二個以上監督範圍內的財產卽爲二個以上竊盜罪是也。然法律上對於無犯意人或無能力人的行爲。常不處罰。而無犯意人或無能力人的殺人行爲或竊取行爲。不能謂非侵害人的法益。若僅依法益被侵害的個數以定犯罪的個數。亦不能卽說是惟一無二的標準也。

丙依犯意說所主張的理由。謂犯罪爲犯人之惡意的表現。犯罪行爲與犯罪結果。(侵害法益)不過爲犯人惡意的一種表徵。法律雖憑犯罪的徵表以定刑罰的種類。然不過藉其所表徵於外者以爲證明其惡性之一條件。實係處罰其內在的惡意。所以犯罪的表徵。不過爲證明犯罪的條件。非卽可認爲犯罪的本質。實質上犯罪的個數。不能以動作的數及侵害法益的數以爲標準。必依犯意的個數以爲區別的標準。然既須行爲與結果以爲證明犯罪的條件。則罪數的標準。亦不能將行爲與結果完全置之不察。雖有犯意而未見諸行爲或結果。仍失其犯意的證明。所以亦不能僅以犯意爲區別犯罪個數的惟一標準也。上所述行爲說與法益說。均係從客觀的決定犯罪的個數。犯意說則專從主觀的決定犯罪的個數。要之欲求犯罪個數的確當標準。當從主觀的與客觀的兩方面求之。換句話說。區別一罪或數罪。當於犯益被害數或行爲數以外。均須以犯意的個數爲主要的條件。僅有法益的侵害或

行爲的違法而未有犯意的連結。不能成爲犯罪。所以雖有數個法益被侵害而犯意若祇有一個。則不能成立數個犯罪。例如有數個監督權的財產而竊取者祇知其屬於一個監督權。則祇能成立一個竊盜罪。不能成立數個竊盜罪。反之雖有數個犯意而未有數個法益被侵害。則亦不能成立數個犯罪。例如一個監督權的財產而竊取者誤認爲有數個監督權的財產。則亦祇能成立一個竊盜罪。不能成爲數個竊盜罪。又雖有數個犯罪行爲而犯意祇有一個。祇能成爲一個犯罪。例如爲強姦者有強暴脅迫行爲又有姦淫行爲。祇有一個強姦的犯意。則祇能成立一個強姦罪。不能成立一個強暴脅迫罪與一個強姦罪。是知一罪與數罪的標準。要有以數個意思責任的行爲及依其行爲而有侵害數個法益的結果者爲數罪。否則爲一罪也。

第二節 併合罪

第一項 併合罪之概念

第六十九條 裁判宣告前犯數罪者。併合論罪。

一罪與數罪的區別。已於前節述明。在一人而犯一罪的場合。關於論罪科刑固無問題。若一人而犯數罪的場合。則在法律上有認爲須有特別處理的關係。有認爲仍依普通處理的方法者。在須依特別處理之場合。法律上又有累犯罪與併合罪的區分。即數犯罪的時期。一在前罪受刑完畢以前所犯。一在受刑完畢以後所犯。則此種數罪關係。爲累犯關係。當依累犯的規定處理。數犯罪均在未經裁判宣告以前時期所犯。則此種數罪的關係。爲併合罪關係。當依併合論罪的規定處理。至數犯罪若一在裁判宣告以前所犯。一在裁判宣告以後或受刑尚未完畢的時期所犯。則此種數罪的關係。爲普通獨立犯罪關係。當依普通單獨犯罪處理之也。

併合罪的關係。其前提的要件。(一)須爲一人所犯的數罪。(二)一人所犯的數罪其犯罪時期均在未經裁判宣告以前。換句話說。併合罪的關係。以同一人所犯二個以上之罪。其各犯罪發生的時期。無論爲同時的或有先犯與後犯的。但以均在受裁判宣告以前所犯的爲限。在此時期內所犯的各罪。均成立併合罪的關係。又此種具有併合罪關係的各個犯罪。無論在同一審判時同時被發覺者。或一罪先發覺經過甲次裁判宣告判決。餘罪後被發覺。祇以所犯的時期。確係同在甲次裁判宣告以前發生的。均得成立併合罪的關係。但不過不能受合一的審判。換句話說。即先發覺的各罪已受過甲次裁

判後被發覺的各罪僅能就後所發覺的罪再爲乙次裁判而不能將先發覺已受判決的罪與後發覺尚未受判決的犯罪更爲合一的審理判決。此爲裁判手續的問題。對於併合論罪關係不發生若何影響。反之若一犯罪發生在裁判宣告以前。他之一罪發生在裁判宣告以後。則無論在如何的場合。均不屬於併合論罪的範圍。例如同一人犯有甲乙丙三罪。甲乙二罪發生在裁判宣告前。丙罪發生在裁判宣告後。甲乙二罪。無論是否同時受合一的審判。不過裁判的方式有合一審判與二次審判之各異。不能因之而消失其併合論罪的關係。惟丙罪則不能生併合罪的關係。如前例甲罪已先受裁判。乙罪係與丙罪同時發覺。其間乙罪與甲罪雖當受二個的裁判。然仍不能中斷其併合論罪的關係。丙罪雖與乙罪同時發覺。亦不過得與乙罪受合一的審判。而不能與乙罪及甲罪生併合論罪的關係也。

第二項 併合罪之處分

第七十條 併合論罪。分別宣告其罪之刑。依左列定其應執行者。

- 一 宣告之最重刑爲死刑者。不執行他刑。但從刑不在此限。
- 二 宣告之最重刑爲無期徒刑者。不執行他刑。但罰金及從刑不在此限。

三 宣告多數之有期徒刑者。於各刑中之最長期以上。各刑合併之刑期以下。定其刑期。但不得逾二十年。

四 宣告多數之拘役者。依前款之例。定其刑期。

五 宣告多數之罰金者。於各刑中之最多額以上。各刑合併之金額以下。定其金額。

六 宣告多數之有期徒刑奪公權者。止執行其中最長期之褫奪公權。

七 宣告多數之沒收者。併執行之。

八 依第三款至第六款所定之刑。併執行之。

第七十一條 併合論罪。有已經裁判及未經裁判者。就未經裁判之罪處斷。

第七十二條 併合論罪。有二裁判以上者。依第七十條之規定。定其應執行之期。

第七十三條 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。

併合罪的處分方法。在各國立法例當中。可分為三種主義。(1)併科主義。即各罪須各科其刑而併執行之。(2)吸收主義。即較輕的罪刑為較重的罪刑所吸收。換句話說。即僅從各罪中之最重者處斷之。

例如一爲殺人罪。一爲竊盜罪。則僅依殺人罪的條文處罰。而竊盜一罪卽爲殺人罪所吸收而不另科以刑。(3)折衷主義。卽各罪須各科其刑。而在某場合則併予執行。在某場合則僅執行其一。又在某場合則折衷於併科及吸收兩主義之間。任審判官擇定其執行的刑期。就此三種主義比較之。併科主義未免失之過酷。且如遇有處二個以上死刑或無期徒刑的數罪。又如遇有處死刑并處無期徒刑的數罪。則事實上實無併科之可能。又如遇有處多數有期徒刑之多數罪。則併合之可綿延至三十年或五十年。有期於徒刑之限制相差懸殊也。吸收主義僅處罰其一重罪而略視其較輕之罪。於法律上有罪必罰之原則不符。且一人而犯有多數之罪。僅擇其中較重的一罪加以處罰。其他多數相等或較輕的罪則可逍遙於法外。是犯罪者既犯一罪以後。則對於其他相等的犯罪行爲及較輕的犯罪行爲。可以恣意爲之而不必有所顧忌。其結果無異獎勵犯罪人爲多數之犯罪行爲也。上二種主義均屬不合於事理。所以折衷主義則可以免除上二者不合於事理的弊病也。現行刑法對於併合論罪的方法。係採用折衷主義的。依右列法文的規定。可分別說明如次。

第一併合罪中的各罪。無論何罪。每有一罪則必宣告每一罪所應科的刑。此所謂分別宣告其罪之刑。所以必分別宣告其罪之刑的意義。(1)以符有罪必罰的原則。(2)既爲數罪。則數罪各自獨立。自必

各自獨立宣告其各自之刑。(3)如因上訴致其中的各罪有應變更其刑時。易於改定其執行的刑。(4)各罪中如有因身分及其他特種關係而有加重或減輕的原因時。可各自單獨加重或減輕。(5)便於公訴時效的計算。如數罪中有一罪的公訴時效尚未完成時。被科刑者得就其中的一罪獨提起上訴。惟但就各罪均各宣告其刑的一點觀察。則與併科主義併科以刑的主義無異。然須將各個罪被宣告之刑。另有併合的規定以定其應執行的刑。則折衷的併合處分制。與併科的併合處分制。實有不同已。

第二。併合罪中其一罪已宣告處以死刑。則不執行其他的主刑。又其一罪已宣告處以無期徒刑。則不執行其他的自由刑。此因事實上死刑及無期徒刑。與其他的主刑及其他的自由刑無併予執行之可能。所以不能不採吸收主義。至宣告有多數之死刑或多數之無期徒刑。祇可僅執行其一。則亦可推理而知。惟從刑為沒收及褫奪公權兩種。其性質與主刑有別。所以亦不妨與死刑或無期徒刑併科。又罰金原得為併科者。在事實上即對於死刑與無期徒刑亦有併予執行之可能。但既執行死刑而若再科以罰金。但受罰者已不在犯人本身而在承繼遺產的人。承繼遺產的人既未犯罪。則無令其受罰的理由。所以僅對於被執行無期徒刑者不妨併科以罰金。而對於被執行死刑者則不併科以罰金已。

第三。併合罪中有宣告處以二個以上的有期自由刑及罰金刑。其自由刑則於各刑期中之最長

期以上。各刑期之合併刑期以下。定其應執行之刑期。但有期徒刑無論其合併的刑期爲若干。其所定的執行期不得逾二十年。此因有本法第四十九條第三項的限制。所以不能不避免法例上的衝突也。至罰金刑則於各刑中之最多額以上。各刑合併之金額以下。定其金額。例如有人在受裁判宣告前。先後犯有四個應科有期徒刑的罪。第一罪宣告處徒刑二年。第二罪宣告處徒刑三年。第三罪宣告處徒刑四年。第四罪宣告處徒刑十年。各刑中之最長期者爲十年。其合併之刑期共爲十九年。依本款的例以酌定其執行徒刑的年期。可於最長期之十年以上。合併刑期之十九年以下。假定宣告執行刑期可爲十五年。特最低亦當定爲十年。最高亦不得逾十九年。宣告多數之拘役時。其定執行期的方法亦同。又例如併合罪中第一罪宣告罰金二百元。第二罪宣告罰金三千元。第三罪宣告罰金五千元。其中最多額爲五千元。合併的金額爲八千二百元。依本款的例以定執行金額。則可於五千元以上。八千二百元以下。假定執行金額爲六千元。特最低額不得低於五千元。最高額不得高於八千二百元也。以上的酌定執行刑期及執行金額的方法。其最低度則幾與吸收主義同。其最高度則幾與併科主義同。是在裁判官審量各犯罪的情節。儘有斟酌的餘地。所以謂之折衷主義也。

第四。併合罪中科有多數之褫奪公權時。則採用吸收主義。卽止執行其中最長期之褫奪公權。其

科有多數之沒收時。則採用併科主義。即併執行之。因褫奪公權的期間。須自出獄時纔予起算。加以在獄的期間。已屬不短。故不能再採加重或併科主義而不得不採吸收主義。至沒收則因其物的性質。不能爲犯人之所持有者。所以有併予執行的必要。又不能仍採吸收主義已。

第五。併合罪中各罪應各自獨立宣告其應處的刑。是謂宣告刑。合數多的宣告刑復依第七十條第一款至第七款的規定以判定其應執行的刑。是爲併合刑。併合的結果。其應執行的刑（即併合刑）若爲一種類時。當然僅執行其一種的刑罰。若併合的結果而應執行的刑有數種相競合時。則除此數種併合刑中死刑或無期徒刑時。亦當然僅執行其死刑或無期徒刑。若併合的結果而有期徒刑拘役罰金褫奪公權的各種刑中之數種相競合時。則此數種的刑罰既爲已經併合的刑。即爲均應予以執行的刑。所以遇有數種併合刑的結果時。則不能再爲併合或改定而當併予執行已。此即第七十條第八款所云『依第三款至第六款所定之刑。併執行之。』的意義。蓋該條第三款即爲併合多數有期徒刑之宣告刑期定爲合一刑期的例。第四款即爲併合多數拘役之宣告刑期而定爲合一刑期的例。第五款即爲併合多數罰金之宣告金額而定爲合一金額的例。第六款即爲併合多數褫奪公權之宣告刑期而定爲合一褫奪公權的例。例如某甲犯子丑寅卯辰巳六個罪。子罪宣告有期徒刑四年。褫奪公

權七年。丑罪宣告有期徒刑六年。褫奪公權十年。寅罪宣告拘役五十日。卯罪宣告拘役三十日。辰罪宣告罰金二百元。巳罪宣告罰金一百元。子丑二罪。依第三款規定併合的結果。定爲併合執行有期徒刑七年。復依第六款規定併合的結果。定爲併合褫奪公權十年。寅卯二罪。依第四款規定併合的結果。定爲併合執行拘役六十日。辰巳二罪。依第五款規定併合的結果。定爲併合執行罰金二百五十元。則上列的四種刑。卽有期徒刑七年。拘役六十日。罰金二百五十元。褫奪公權十年。均爲併合刑而無再予併合改定的餘地。卽當併予執行已。換句話說。卽某甲應執行有期徒刑七年。又拘役六十日。又罰金二百五十元。又褫奪公權十年已。

第六。併合罪中的各個罪。有已經裁判者及未經裁判者時。則審理未經裁判的罪。祇能就未經裁判的罪處斷。在此場合。若未經裁判的罪係一個罪時。當就一個罪的罪情宣告其應執行的刑。若未經裁判者係數個罪時。當就其中有併合罪關係的各個罪。分別宣告其刑。再定其應執行的合併刑。無論係若何的場合。均不能將未經裁判的罪與已經裁判的罪。再爲合一的審判而更定其刑。例如甲於未受第一次裁判以前。先後犯子丑寅卯四個罪。子丑寅三罪先發覺。已受第一次裁判。定有應執行的刑。卯罪於第一次裁判後始發覺。尙未受裁判。則須由第二次別爲裁判。在此場合。第二次別爲卯罪的裁

判。祇能就卯罪宣告其應科的刑。不能因卯罪與子丑寅三罪係同爲在未經第一次裁判的時期所犯的罪。有併合罪的關係。而遂將卯罪的刑與子丑寅三罪分別宣告的刑合一以定其應執行的刑。致將第一次裁判所定應執行的刑根本動搖。又如前例子丑二罪先發覺。已經第一次裁判分別宣告其刑。并決定應執行的刑。寅卯二罪後發覺。復爲第二次裁判。則亦僅能就寅卯二罪分別宣告其刑。并定其應執行的刑。而不能以寅卯二罪與子丑二罪有併合罪的關係。遂將子丑二罪已定的執行的刑改定。而將子丑寅卯四罪合一裁判更定其應執行的刑。此種意義。係爲保持同一審級。不得以後裁判破毀前裁判的效力也。然依此例旨。同一併合罪。因發覺時期的早遲關係。致生二以上的裁判之場合。其結果遂致與數罪同時發覺同被一裁判之場合。不能受同一的待遇。與併合論罪的趣旨。殊嫌未能貫徹。於是法律上復有救濟的辦法。卽併合罪中有二裁判以上者。其二裁判所定的結果之刑。仍當依第七十條之規定。合併定其應執行之刑。例如某甲在未受第一次裁判前犯子丑寅卯四罪。子丑二罪先發覺。經第一次裁判分別宣告子罪處徒刑四年丑罪應徒刑三年。依第七十條第三款的法例定爲執行徒刑五年。寅卯二罪後發覺。則在第二次裁判時祇能就寅卯二罪處斷。分別宣告寅罪處徒刑五年卯罪處徒刑二年。依第七十條第三款的法例定爲執行徒刑六年。而不能將前判子罪的刑期四年丑罪

的刑期三年。與後判實罪的刑期五年。合併依第七十條第三款更定爲應執行的刑期爲若干年。致破毀前裁判所定合併應執行徒刑五年的判決效力。惟可將前裁判所定子丑二罪的併合刑即應執行的徒刑五年。與後裁判所定寅卯二罪的併合刑即應執行的徒刑六年。復依第七十條第三款的法例定爲合併應執行徒刑爲若干年。即假定爲九年是也。如是則前裁判已判定的併合刑。不致因後裁判而被撤銷。而後裁判所處斷的罪。仍可與前裁判的罪生併合論罪的關係。不致因發生二判而不能貫徹併合論罪的趣旨已。

第七。併合罪於判決併合刑後。若各罪中遇有應受赦免時。其未受赦免的各罪。仍當不失其宣告的效力。特須其餘的未受赦免之各罪。更依第七十條的法例重新定其併合刑。即應執行之刑。例如併合罪中有甲乙丙丁四罪。甲罪宣告徒刑二年。乙罪宣告三年。丙罪宣告徒刑四年。丁罪宣告徒刑五年。已依第七十條第三款例定爲應執行徒刑八年。適其中丁罪遇大赦或特赦。則前判決對於丁罪所宣告徒刑五年的效力。業已因此項赦免而銷失。所以雖有判決。亦不能執行已。然此種赦免的效果。僅及於丁罪爲限。不能及於未經赦免之甲乙丙三罪。則甲乙丙三罪的宣告刑。仍當予以執行。但前定的併合刑中。已免去了丁罪的刑。則須就甲乙丙三罪所宣告的刑依第七十條定其應執行的刑。但若未經

赦免的罪僅餘其一罪時。則無併合問題之發生。自當即就其所餘一罪的宣告刑執行。無須再有併合已。

第三節 想像的競合罪及牽連罪

欲明瞭想像的競合罪與牽連罪的意義。須先明瞭行爲的意義。關於行爲的學說及其意義。已於第一節內略有述及。茲再爲較詳晰的說明之。行爲的用語。從廣義上說。則行爲者係人類身體的動作。從刑法上的意義說。則刑法上所謂行爲者。係指可爲犯罪的行爲而言。可爲犯罪的行爲。亦有二義。一爲形式上足構成犯罪的行爲。二爲實質上足構成犯罪的行爲。形式上的犯罪行爲。在刑法上多爲不罰行爲。例如無犯意的行爲。未成年人及心神病人的行爲。在外形上亦構成犯罪行爲。而實質上則未構成犯罪要素的全部。所以僅稱爲形式上的犯罪行爲。至實質的犯罪行爲。則爲刑法上所應處罰的行爲。因其行爲已充實構成犯罪要素的全部。所以稱爲實質的犯罪行爲。一個實質的犯罪行爲。即可成立一個罪。若僅有一個形式的犯罪行爲。則尙不能即認爲一個罪。實質犯罪行爲的要素。可分爲(1)外界的身體動靜。動即作爲。不動即不作爲。例如舉刀殺人。乃不當作爲而作爲。是爲動的行爲。又例如

遺棄其應扶養的人而不扶養。乃應作爲而不作爲。是爲靜的行爲。(2)有意識的身體動靜。又曰意思活動。卽身體的任意動靜。係出於有意識的表現者卽爲有意識的動靜。如心意中認爲花而折採之。認識爲食物而食之。認識爲危險地而不前行。是爲有意思的動靜。如瘋狂者如嬰兒的動靜。係隨其身體自然的動靜。是爲無意識的動靜。而犯罪的行爲。則要爲有意識的動靜。(3)爲基於一定的犯意所發出的意識動靜。一定的犯意。卽一定的意識動靜的原因。換句話說。卽一定的意識動靜的驅遣者。所以一個犯意所驅遣的意識動靜。卽由一個犯意所發展的意識動靜。在某種場合。可以一個的意識動靜而完成其犯意中目的。在某種場合。又當要數個的意識動靜。然後能完成其犯意中的目的。例如殺人者一舉刀而卽殺斃。是爲以一個意識動靜而卽可完成其犯意中的殺人目的。又如殺人者先將其拘禁於室中。俟得便利然後牽赴曠野無人處所殺之。是爲以數個意識動靜而後可完成其犯意中殺人目的。前者以一個意識動靜而完成一個犯意中殺人目的。則一個意識動靜卽爲一個殺人行爲。後者以數個意識動靜而完成一個犯意中殺人目的。則數個意識動靜亦祇爲一個殺人行爲。所以一個犯意所發展的動作爲一個實質的犯罪行爲。數個犯意所發展的動作爲數個實質的犯罪行爲。實質的犯罪行爲的個數須以犯意的個數爲主要條件也。

犯罪的個數。從現行刑法的立法例上加以觀察。當以有意思責任（即犯意）的行爲所生法益侵害之結果以爲定。依此論斷。則無論爲數個之意識行動所生的數個之結果。或一個之意識行動所生的一個或數個之結果。若其實質的犯罪行爲係數個之場合。即所謂實質的數罪。其實質的犯罪行爲係一個之場合。即所謂實質的一罪。實質的數罪的競合。則爲併合罪。若一個實質的犯罪行爲。由其行爲所發展之各意識動作。而致觸犯刑法上多數的形式的罪名。即爲想像的競合罪或牽連罪。現行刑法上關於想像的競合罪及牽連罪。有如左的規定。

第七十四條 一行爲而犯數項罪名。或以犯一罪之方法或其結果而犯他項罪名者。從一重處斷。

右列規定的情事。(1)爲一個犯罪行爲而觸犯刑法上數個罪名之場合。(2)爲以犯一罪之方法。(即一個實質的犯罪行爲所發展的諸種意識動靜)而觸犯他項罪名之場合。(3)爲以犯一罪之結果。而觸犯他項罪名之場合。第(1)項即想像的競合罪。例如發一砲而射斃數人。或射斃一人并轟燬一建築物是也。因發砲人祇有一個殺人的犯意。故祇爲一個實質的犯罪行爲。所以亦祇爲一個實質的犯罪。其射斃多人及并轟燬一建築物。非出於犯意原有的目的。則此種在刑法上雖有足構成數個犯

罪形式的結果。然雖觸犯數個形式上的罪名。而實質的犯罪祇能構成一個。則此項數個罪名的競合。既係出於一個實質的犯罪行爲。而非可爲數個實質的獨立罪。所以此種競合罪。不能謂爲實質的競合罪。而謂爲想像的競合罪。第(2)項及第(3)項即牽連罪。第(2)項例如行使偽造文書以騙取他人的財物。行使偽造文書在法律上可以構成一個犯罪形式。騙取他人財物在法律上亦可以構成一個犯罪形式。然犯人的意思中。係以行使偽造文書爲騙取他人財物的一種方法。僅有一個騙取他人財物的犯意。所以雖因詐欺取財的方法而致觸犯行使偽造文書的罪名。亦祇能成立一個詐欺取財罪。惟因犯詐財罪而牽連犯及行使偽造文書罪。所以謂之牽連罪。第(3)項例如用火焚殺一人遂致燬壞其屍體。此爲焚殺人命應有的結果。然併觸犯毀損屍體的罪名。雖併觸犯毀損屍體的罪名。而犯人意思中祇有一個焚殺人命的故意。所以仍祇成立一個殺人罪。此亦因焚殺人命而牽連犯及毀損屍體罪。所以亦謂之爲牽連罪。想像的競合罪與牽連罪。同爲因一個實質的犯罪行爲所發展而致觸犯數多罪名的罪。所以想像的競合罪與牽連罪。亦非有絕對的分離性質。即均謂爲想像上的數罪競合亦無不可也。

想像的競合罪中。有同種之想像的競合的場合。有異種之想像的競合的場合。同種之想像競合

的場合者。即一個實質的犯罪行為而生有數個同種之結果。例如發一槍而殺斃二人以上是也。異種之想像競合的場合者。即一個實質的犯罪行為而生有數個異種類之結果。例如發一砲而殺一人并燬一物是也。學者間有謂同種之想像的競合的場合。當然成立數罪。不能適用想像的競合之法條而祇從一重處斷。惟異種之想像的競合的場合。則可適用想像的競合之法條而以從一重處斷。又有謂異種類之想像的競合罪。既可從一重罪處斷。則同種類之想像的競合罪。當然可以適用同樣的法條而以從一重處斷。又一說則謂同種類之想像的競合罪。若一概從一處斷。則凡巧於犯罪的人。靡不設法使以一行爲達到侵害兩個同種類的法益。所以特主張分法益爲專屬法益與一般法益兩種。專屬法益爲不可讓與人的法益。如生命身體名譽自由是。一般法益爲可讓與人的法益。如財產是。被侵害的多數法益若爲專屬者。則雖係出於一個行爲。仍當以數罪處斷。被侵害的多數法益若爲一般的。則以行爲的個數定犯罪的個數。例如甲以一槍而射殺甲乙丙三人。因被害者的生命有三。則甲的殺人罪亦有三。不得援用想像的競合罪的法條處斷。要之以上三說。均未注意於現行刑法第七十四條所云一行爲的意義。吾人對於該條所云行爲的解釋。以係一個犯意所連結的動作爲一行爲。則有數個犯意相連結的動作。雖一動作亦可認爲數行爲。則無論其所侵害者爲專屬的法益。抑爲一般的法益。

均當以一個犯意所連結的行爲爲一行爲。一行爲所犯的數項罪名即當依想像的競合罪處斷。如前例某甲以一槍而射殺三人。須視其發槍時所存的犯意以爲準。若犯意係在殺一人。則除有過失責任外。亦當認爲係想像的競合罪。若犯意在殺三人。則既有三個犯意。雖所放係一槍。仍可視爲三個行爲。即不能依想像的競合罪論已。

或犯罪之方法的行動。究以與或犯罪有如何的關係始可稱或罪之方法的行動。從大體上說。即以犯甲犯罪之目的因而犯乙犯罪。換句話說。即犯乙犯罪的動機。實緣欲達到甲犯罪的目的而起。此乙犯罪即因甲犯罪所牽連而犯。所以乙犯罪即爲甲犯罪的犯罪方法。然假若因意圖預備他日殺人的用途而須購槍。因無錢乃爲竊取行爲。又假若因欲賭博而乏資。乃爲強盜行爲。此種竊盜行爲與強盜行爲。亦似可謂殺人罪與賭博罪之一方法。然如上例所舉。則祇可謂竊盜的遠因係由於欲殺人。強盜的遠因係由於思賭博。關於犯罪的遠因。於犯罪的成立及其處分上無何等之關係。所以他之犯罪目的僅由於本犯罪爲遠因時。則他之犯罪與本犯罪不能謂即有方法結果間的關係。故犯罪的事實是否可爲或犯罪的方法。當以或犯罪事實的性質。是否可以包括或犯罪必要的行爲與有不可分離的關係爲斷。其包括於同一的犯意而又與本犯罪的行爲有密切不可分離的關係者。則他犯罪與本

犯罪間遂可認為有方法與結果的關係已。

想像的競合罪與牽連罪。依現行刑法第七十四條的法例。以從一重處斷為原則。即對於一個實質的犯罪行為所發展而致觸犯各種觀想上之各罪名。法律上對此數項罪名所預定的刑罰。均可與獨立性質之犯罪上所預定的刑罰互相比較其輕重。而適用其中輕重的一罪刑以為科斷。其所以僅適用其較重的一罪刑以為科斷者。亦以想像上的數罪與牽連的數罪。在犯人的始初。即未萌二個以上的惡意。故其性質亦祇能認為一種犯罪。例如偽造私文書者。於一私文書內雖偽造二人之印章并署名。其結果雖係侵害二個人的法益。然祇有一個偽造私文書的惡意。又例如行使偽造私文書以詐取財物者。目的僅在詐取財物。亦祇有一個詐取財物的惡意也。既係一個惡意所為的行為。則祇能視為一個行為。因一個行為所發生的各項罪名。則認為祇有一個獨立性質的犯罪存在。而非視為有數個獨立性質的犯罪存在。所以僅從一種罪論斷。特於一個實質的犯罪行為中。既觸有數個形式上足構成犯罪行為的罪名。則此形式上的各罪名。其侵害法益的影響係輕於本行為時。自當僅從本行為處斷。若重於本行為時。則既不能視同實質上的數罪以併合論斷。惟有從因本行為所生的最重的影響以定處罰的標準。此亦立法者權衡至當的苦心。與普通僅處罰連結犯意行為之意旨微有不同也。

第四節 連續罪

第七十五條 連續數行爲而犯同一之罪名者。以一罪論。

連續罪的意義。從概括上說。卽一人對於同樣的犯罪事實。連續不斷的再三爲之的意義。其最普通的例子。如雇傭對於雇主的物品。今日竊取其一。明日又竊取其一。又如某乙竊取某甲倉內的儲穀。今日竊取十石。明日又竊取五石。其竊取的行爲雖爲數個。因其係同一竊盜的連續行爲。法律上卽認爲係出於同一之犯意的連續行爲。故分之雖可視爲數個之竊盜行爲。合之亦可視爲一個竊盜的總行爲。所以法律上對於此項基於同一犯意所反覆爲之的同樣行爲。雖係數個行爲所犯的數個同一罪名。亦不卽因之而認爲數罪致依併合罪處斷。而特別的規定爲連續的犯行而以一罪論。然關於可認爲連續一罪的標準。因法文上甚爲簡單。而學說上的主張遂不一致。今爲分述如次。

甲 主觀說又爲犯意說謂連續犯成立的要件。其連續的行爲。要係出於單一的犯意。換句話說。卽數個行爲係由於單一的犯意所反覆發動者始可認爲連續罪。其非由於單一的犯意所反覆發動者則爲併合罪。不能仍認爲連續罪。例如某甲和姦某乙。雖連續和姦至數十百次。是其和姦的行爲。雖

有數十百個。因其由於單一的犯意所連續的行爲。所以祇能以一個和姦罪論。若因又遇某丙而復與某丙和姦則姦乙與姦丙雖係連續的犯同一罪名的行爲。因其另有新生的犯意存在。則不能仍認爲連續罪而一罪論。遂當認爲併合罪而以數罪論。但若某甲於當初同時遇見乙丙二人。卽蓄意先姦乙後姦丙。因而於姦乙後復連續姦丙之場合。在專主犯意說的人亦有認爲連續罪者。謂此項和姦乙丙的行爲。亦爲由於單一的犯意所連續。然亦有不認爲連續者。謂姦乙與姦丙雖出於同時所預定的犯意。然犯意雖起於同時。而犯意的數仍不能不說有二個。所以仍當認爲有二個犯意所連續的行爲而不能卽以連續一罪論。自當以併合罪論。此說則較爲妥當也。

乙 客觀說又爲法益說謂連續犯成立的要件。當以其連續數行爲係侵害同一的法益爲必要。若連續數行爲所侵害的法益有二個以上時。則不成立連續一罪而當成立數罪。例如行竊者竊取同一人的物件。雖連續的今日竊取其一。明日又竊取其一。或今日竊取其金錢。明日又竊取其衣物。以屬侵害同一人的法益。而又屬同樣的侵害行爲。則當以連續一罪論。不能以連續數罪論。反之若今日竊取某甲的財物。明日又竊取某乙財物。或同時既竊取某甲的財物又竊取某乙的財物。則被侵害的法益有二個。雖連續爲同樣的行爲。亦不能以連續一罪論而當以數罪論。但關於法益的個數。在通說上

及判例上係分爲專屬的法益即屬於人身的不可分讓的法益。及非專屬的法益。即一般的法益。與公共法益之三種。專屬法益計算的標準。以每一人有一個獨立的法益。如生命身體名譽自由。爲各個人所專屬的法益。所以又稱爲人格的法益。若數個行爲同爲損害一個人格同樣法益。則爲連續罪。若損害及數個人格的法益。雖法益爲同種的。亦不得爲連續罪。至非專屬的法益。即指財物的法益。財物的法益的計算標準。是不以財物的個數計算法益的個數。亦不以財物所有人及持有人的個數計算法益的個數。是以財物的監督權者的個數計算法益的個數。例如同一倉庫中有甲有的穀石存在。亦有乙有的穀石存在。係歸同一人所監督的。則該同一倉庫內的穀石無論爲甲乙所共有的。均祇算作一個法益。反之如甲有數物件。一部分存在乙的監督範圍內。又一部分存在甲的監督範圍內。則雖同屬甲一個人的所有物。亦不能不算作兩個法益。所以數個行爲若係侵害同一監督權所管理的財產。雖其財產屬於數個人所有。亦當認爲連續罪。若係侵害二個以上監督權所管理的財產。雖其財產屬於一個人所有。亦不認爲連續罪。又公共的法益則無個物件及個個人格的關係。祇有種別的關係。例如偽造貨幣及行使偽造貨幣所侵害的法益。祇包括的認爲侵害貨幣的公共信用的一個法益。不因偽造貨幣的數目及被偽造的銀行的個數或被騙人的個數以計算法益的個數。從前大理院曾有

下列的判例云。『偽造貨幣。以侵害公共信用爲犯罪的客體。其性質單一而不可分。故不依銀行之個數。以定其犯罪個數。雖偽造色樣計有多種。且不屬於一銀行。然連續數個行爲而犯同一之罪名。應以一罪論。』此卽公共法益的計算法也。

丙 折衷說謂主觀說偏重犯人的意思。置客觀的法益於不顧。則如常習的犯罪者。其意思間亦未嘗無連續性。若依主觀說則亦可視爲連續犯。又客觀說則僅偏重於同一的法益。而不顧犯人主觀的意思。則以數個犯意的數行爲所侵害同一的法益。亦可認爲連續罪已。二說均有所未當。因折衷於主觀及客觀兩說。主張須主觀及客觀兩方面均要有連續性存在。纔可認爲連續罪。卽數個行爲。須有連續的犯意而又係侵害同一的法益者。纔可認爲連續罪。雖有連續的犯意而侵害的法益有多數時。仍當爲數罪。不爲連續罪。雖侵害同一法益而非有連續的犯意。亦不爲連續罪。仍爲多數罪。例如某甲以預定的計謀依次竊取甲乙丙三個監督權的財物。竊取的犯意雖爲連續的。然被竊取的法益則有三個。則祇能認爲三個竊盜罪。不能認爲一個竊盜連續罪。又例如某甲先已一次竊取乙的衣服。後又因偶然窺見乙的金錢存在處所。復起意前往竊取。是被竊取的法益雖爲一個。而竊取的犯意非爲連續的。亦當認爲二竊盜罪。不能認爲一個竊盜連續罪也。學者間的通說及我國前大理院的判例多係

採用此種折衷說的。

依現行刑法第七十五條的規定。以連續數行爲而犯同一之罪名者。以一罪論。是本法所稱連續罪者。係以連續犯意所爲數個行爲。以反覆犯同一的罪名爲限。而非以反覆犯同一的罪爲限。所謂同一的罪者。卽具體的同一個犯罪事實如前犯盜某甲的所有物。後亦犯盜某甲的所有物是。所謂同一罪名者。卽抽象的係同樣的罪名。如前係犯竊盜罪。後亦係犯竊盜罪。不論爲盜甲或盜乙是。但若前犯竊盜罪。後犯侵占罪。則罪名不同。則不能爲連續罪已。又最近最高法院的判例云。『依本院新例。連續犯之要件。并不限於侵害同一之法益。』則現行刑法及現行判例。關於連續罪的認定是純採主觀說的。茲依現行法例以定連續罪的意義。則連續罪的成立當具備左列的要件。

甲 要有數次的獨立犯罪行爲 一次的犯罪行爲。當然無連續犯可言。數次的犯罪行爲。若係爲一個行爲的進展行爲。例如一個拆毀人的家屋行爲。今日拆取其蓋瓦。明日拆毀其牆壁。此雖有數次的行爲。而數行爲仍爲一個拆毀家屋的整個行爲。不能成立各爲獨立的行爲。又若數次的犯罪行爲。僅爲一個行爲的方法或必然的結果。如牽連犯的行爲者。亦祇能成立一個獨立的犯罪行爲。不能成立數個獨立犯罪行爲。無論有若干次的行爲。均非成立連續罪基礎。所以連續罪的首先條件須有

數個行爲。而數個行爲又須均爲實質的犯罪行爲。

乙 數次的獨立犯罪行爲須基於一個犯罪的連續。因連續罪所以以一罪論者。以其僅有一個犯意。苟非基於同一的犯意。則所萌的惡念不止一個。自不能以一罪論。例如先見人的金錢而竊取之。後又見同一人復有金錢而復又竊取之。其竊取的起意係兩次的而非連續的。所以亦不能認爲連續罪。若見人有金錢而起意竊取。一次未竊取完畢則分二次竊取。卽或見有甲乙二人的金錢。起意分作數次竊取盡淨。是均出於一個犯意的連結。則均爲連續罪。

丙 一個犯罪所連續的數個獨立犯罪行爲須係觸犯同一罪名。若所犯者非同一罪名。則亦不能成立連續罪。例如今日往甲家行竊。明日又往甲家殺人。行竊與殺人。不屬同一罪名。雖爲一個犯意所預定的行爲。亦祇能認爲犯行竊與殺人二罪。不能認爲係犯行竊與殺人的連續一罪。

丁 連續數行爲而犯同一的罪名要均在未受裁判宣告前。因既受裁判宣告。則已中斷其行爲的連續。後再有犯。則當分別情形爲另一獨立犯罪。或累犯罪已。法文上雖未明白規定。然爲學說上所公認也。

連續犯的處分。係以一罪論。基此定例。則關於連續犯的處分之其他相連屬問題。應得如下之解

決。(1)連續罪中數個行爲。有一個行爲已受判決後其餘各個行爲雖後被發覺。亦不能再予以科刑的裁判。(2)即成犯的公訴時效。從行爲終了日起算。連續犯的公訴時效。當從連續數行爲終了日起算。(3)審判官接受連續罪中的一個行爲之起訴時。可連全部數行爲併予審判。以上均基於連續罪既以一罪論。則在法律上無再爲分割處分之理由也。

第十章 刑之酌科

第七十六條 科刑時應審酌一切情形。爲法定刑內科刑重輕之標準。並應斟酌情形。注意左列各事項。

- 一 犯罪之原因。
- 二 犯罪之目的。
- 三 犯罪時所受之激刺。
- 四 犯人之心術。
- 五 犯人與被害人平日之關係。
- 六 犯人之品行。
- 七 犯人智識之程度。

八 犯罪之結果。

九 犯罪後之態度。

科罰金時。并應審酌犯人之資力。

第七十七條 犯罪之情狀可憫恕者。得酌減本刑。

第七十八條 依法令加重或減輕者。仍得依前條之規定。酌減本刑。

近世刑法上的刑罰主義。與從前刑法上的刑罰主義。已不相同。從前國家科人以刑罰。係爲報復犯人的惡行。近世國家科人以刑罰。係爲改造犯人的惡性。二者對於刑罰的用途。截然不同。所以對於刑罰的用法。亦截然不同。明瞭此種意義。則知近今刑罰的性質。有如治病的藥石。醫生儲備藥石。係用以療治人的疾病。國家設立刑罰。係用以療治人的犯罪性。然藥石若用之不得其當。則不但不足以治病。反足以害人。刑罰若科之不得其當。則不但不足以治罪。亦反足以禍人。所以用藥石的人。雖遇同一病症。要當斟酌病人的體質與審量其寒熱虛實。然後按法以用藥量。斯能收藥石的效而不致發生藥石的害。用刑罰的人。雖遇同一的犯罪。亦當斟酌罪人的性行與審量其惡性的深淺。然後依法以定量。斯能收刑罰的效而不致發生刑罰的害。所以刑法上特設立刑之酌科的規定。以提示用刑的人於

衡情論罪時。不僅以遇某罪即處某刑即爲已盡能事。尤當注意法律所提命應予斟酌各事項以爲科刑的準則。此爲現行刑法上立法的新進步。爲從前法律所無的。

某種罪應科某種刑。此本係由法律一一爲之規定的。然法律僅能就犯罪的事實的輕重。規定爲應處以某種刑罰。至犯罪人犯罪的情節及犯人各個的性行。此係千差萬別的。法律上實不能具體的條分縷晰而一一爲之規定的。所以法定的科刑時所應審酌事項。

(1) 犯罪的原因。即指犯罪的動機。例如同竊盜。或因爲無力養親而竊盜。或因欲滿足其奢欲而盜竊。又例如同一殺人。或因於復切身的仇。或因於圖他人的財。則原因於養親而爲盜與原因於復切齒的仇而殺人的。其刑當較輕。原因於欲滿奢慾而爲盜與原因於圖財而殺人的。其刑當較重。

(2) 犯罪的目的。依常理論。犯罪的目的。即爲犯罪的誘因。目的與原因似無分別之必要。然原因與目的實有不同的所在。例如因貧而犯竊的。貧困即爲行竊的原因。然因貧而行竊的人。有專向豪強的人行竊者。有專欺貧弱的人而向之行竊者。有藉行竊以解暫時的困迫者。有藉行竊以爲職業者。其所向及其所藉的。即爲其犯罪的目的。約言之。原因生於他動的。目的由於自擇的。由其所擇的目的。亦可以徵表其人的素性。而施以其人適合的刑量。

(3) 犯罪時所受的激刺。例如犯殺傷人罪的人。亦有激於一時的義憤者。如世俗所傳的狹義行爲者。又有激於一時的羞惡者。如人當受有重大的侮辱或見其親屬受有重大的侮辱時而報以殺傷者。又或有激於一時的爭執者。如當爭執劇烈的時。憤極而採用腕力者。此種人多無素具的惡性。前一例尙屬可敬。後二例亦屬可原。雖依法律不能不處以罪。而遇有此種可敬可原的情節。則當分別從輕。其無可敬可原的犯罪則當分別從重。

(4) 犯人的心術。刑罰原用以改善犯人的心術。所以科刑時有考察犯人心術的必要。其心術尙非大惡的。則稍示薄懲即可改造。其心術若已素壞的。則必從重處罰。方可望其悔改。

(5) 犯人與被害人平日的關係。此亦足以考證犯人惡性的深淺。例如對於父兄師友之間而亦起殺傷或奸貪的意念。則其人已淪於墮落。自不待言。對此種墮落已深的犯人。若不加以較重的處分。必無改悔的希望。又例如父子之間而行盜竊。夫妻之間而動毆打。此其關係甚密。不必即蓄有侵害的意思。在此等場合。正不必過予以重刑。反足以戕賊人的個性。危害人的環境。

(6) 犯人的品行。即指犯人平素的品行而言。例如偶發犯與常習犯。激情犯與非激情犯。誤解法律犯與非誤解法律犯。其間品行的優劣。自有較著的等差。所以審其平素品行無缺或不甚缺的犯人。則

不宜用重刑。以免反致使其陷於墮落。審其平素品行久已衰落的人。則不宜用輕刑。使不能生匡救的效果。

(7) 犯人智識的程度。智識程度較高的人。其理解力及認識力較強。具有較強的理解力與認識力的人而犯罪則多係有心爲惡。若智識程度較低的人。其理解力及認識力較弱。素屬弱於理解力與認識力的人而犯罪。其犯罪多由於判斷的不正確而非基於有較深的惡性。對於有心爲惡的刑當較重。對於惡性較淺的則刑當較輕爲宜。

(8) 犯罪的結果。即犯罪所生的實害。其輕重大小。關係於罪責亦頗鉅。此理甚爲顯明。

(9) 犯罪後的態度。即察其人於犯罪後有無悔悟的發現。其已有悔悟者則不必予以重刑。其毫無悔悟者則不妨予以較重的刑也。

上述科刑時應當酌量的事項。是使司法者於法律上所預定的刑罰範圍內。須審酌犯人惡性的深淺以量定其適應的刑。換一方面說。審酌犯人惡性的深淺以量定其適應的刑。祇能在刑法上法定刑範圍內。有量定從重或從輕的可能。不能在刑法上法定刑範圍外得以自由的有酌量裁決的可能。是爲刑之酌科的第一義。但是遇有犯罪情狀實可憫恕的場合。法律上於理論上可以預揣而得的情

事。常有得減輕或必減輕的預爲規定。例如心神耗弱人的犯罪。及瘖啞人的犯罪。因其生理上自始即無充分的知能。其情爲可矜。又例如防衛過當及救護過當的犯罪行爲。因防衛時容有急未暇擇。其情爲可恕。此種可矜與可恕的情事。係可懸測而預知的。所以法律上均有具體的特別規定。其或減輕或必減輕。此稱爲法律上的減輕。然社會情狀。千變萬化。犯罪事態。亦隨之變幻而不可一一預測。法律僅得就其可以預揣的事項具爲規定。其規定以外的可憫可恕的犯罪情節。亦不能使之獨抱向隅之痛而不能同邀末減。所以法律上於凡遇可憫可恕的犯罪情節。爲法定的減輕所未具載者。特許由司法者以職權得爲酌量的減輕。此稱爲裁判的減輕。簡括的說。某一具體的犯罪。在法律上無指定得爲減輕的原因。而在犯情上確有予以減輕的必要時。法律上爲求科刑的適當起見。特設定得爲酌減的標準。使裁判官得依其酌減的標準以爲減輕的依據。所謂酌減的標準。卽爲犯罪之情狀可憫恕者。其情狀實可憫恕者卽可予以酌減。其情狀非實可憫恕者。卽不得濫予以酌減。酌減與第七十六條酌科之不同點。卽依第七十六條的酌科。祇能在法定刑範圍內予以從重或從輕的科斷。依第七十七條的酌減。則可在法定刑範圍外予以減輕的處斷。例如殺人者處死刑無期徒刑或十年以上有期徒刑。假若爲報父母被殺之仇而殺一市井之巨擘。此其情爲可憫其事亦爲可恕。卽處以殺人罪法定刑中最低

度的十年徒刑。仍未免有涉於過酷之嫌。在此等場合。即得依據酌減的法例。於法定刑的範圍外。更處以較輕的刑。但裁判官於行使此項酌減的職權時。須以其犯罪的情狀確有可以矜憫與原恕的價值爲限。非可濫用之以爲市恩的工具。此爲刑之酌科的第二義。又酌量減輕的裁判。僅以審其犯罪有無可憫恕的價值爲要件。至已受法律的減輕與否。又須受法律的加重與否。均所不問。換句話說。即依法令加重或減輕之結果後。察其尙有可憫恕者。仍當予以酌量的減輕。例如對於累犯罪。雖必依第六十六條的規定加重本刑三分之一。但加重後之結果。核其情節又嫌過重。則不妨仍依酌減的規定予以減輕。又例如滿八十歲人的行爲。若依第三十三條第三款減輕本刑二分之一後。核其情節仍嫌過重。則尙可依酌減的規定更予以減輕。此爲刑之酌科的第三義也。

第十一章 加減例

第七十九條 死刑不得加重。

死刑減輕三分之一者。爲無期徒刑。減輕二分之一者。爲十二年以上二十年以下有期徒刑。

第八十條 無期徒刑。不得加重。

無期徒刑減輕三分之一者。爲十年以上十五年以下有期徒刑。減輕二分之一者。爲七年以上十二年以下有期徒刑。

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。

第八十二條 拘役應加減者。止加減其最高度。

第八十三條 罰金應加減者。止加減其最高度。

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。

第八十五條 有二種以上之重刑應加減者。同時併加減之。

第八十六條 同時刑有同等分數之加重及減輕者。互相抵銷。

同時刑有不同等分數之加重及減輕者。先加後減。

第八十七條 有二種以上應加或應減者。遞加或遞減之。

有二種以上不同等分數之減輕者。先依較少之分數減輕之。

第八十八條 徒刑或拘役。因加減有不滿一日之時間者不計。

罰金因加減有不滿一角之額數者亦同。

第八十九條 從刑不得加重或減輕。

加減例爲刑罰加重或減輕的程度及其順序的法例。刑法上關於各種犯罪的處罰。因其情節。常有應加重或應減輕的規定。此爲加重或減輕的原因。司法官遇有應加重或減輕的原因之犯罪時。因其情節得酌量爲加重或減輕的裁判以定其宣告刑。然加重究得加至若何的程度。減輕究得減至若何的程度。又若同一犯罪遇有依法應加重刑的原因。并有依法應減輕刑的原因。則加重與減輕的方式。究以採如何的順序爲宜。若無一定的標準與一定的限度。則加者可加至死刑。減者可減至免除。不

同性質的刑亦得互爲加減。或先加後減與先減後加均可任意自爲錯亂。則法官可以無限制的職權爲加重減輕的裁斷。其結果則或將以司法職權而擴充其法定刑的範圍。或同一罪而所得的結果則大相懸殊。而法定的適用主義必致名實不符。刑罰公平的原則亦將因而而不保。所以法律上必有一加減的定例。以爲適用加減時的準則也。加重或減輕的定例如左。

第一死刑的加減 死刑不得加重。因死刑爲極刑。更無重於死刑的他刑。遇有應處死刑的犯罪。雖有加重的原因存在。亦不能再予以加重的處分。例如犯強姦罪而故意殺被害人者。處死刑。若係前曾犯有他罪受徒刑執行完畢尙未滿五年時所犯的。則成爲累犯。依累犯不同一罪的法例本須加重本刑三分之一。然本刑既係死刑。則不得再加重已。至死刑的減輕的等次。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。此死刑減輕一定的標準程度也。

第二無期徒刑的加減 無期徒刑不得加重。因無期徒刑爲自由刑的極重刑。無期徒刑若再加重。則必成爲死刑。死刑係剝奪人生命的刑。與自由刑僅剝奪人自由的性質迥不相同。刑法上無期徒刑與死刑的效用亦特別懸殊。所以無期徒刑不得加至死刑。至無期徒刑減輕三分之一者爲十年以上十五年以下有期徒刑。減輕二分之一者爲七年以上十二年以下有期徒刑。此無期徒刑減輕的一

定標準程度也。

第三有期徒刑的加減。有期徒刑的加減。祇加減其刑期的範圍。所以有期徒刑的加重。最長亦祇能加至二十年。不得加無期徒刑。因第四十九條第三款規定有期徒刑僅得加重至二十年。至無期徒刑爲無期的。與有期徒刑的輕重相懸絕。所以無期徒刑的減輕則可減至有期徒刑的若干年。有期徒刑的加重則不能一躍而加至無期。惟有期徒刑的減輕。則可減至二月未滿。此亦有第四十九條第三款的規定。至有期徒刑的加減法。當將最高度與最低度同時加減。假如某罪的本刑係六年以下六月以上有期徒刑。若應加重時。加三分之一則爲八年以下八月以上有期徒刑。加二分之一則爲九年以上九月以上有期徒刑。若應減輕時。減三分之一則爲四年以下四月以上有期徒刑。減二分之一則爲三年以下三月以上有期徒刑。加減後則將本刑的法定範圍。完成一個加減結果的新範圍。司法者即可在新範圍內定其宣告的刑。但因加減的結果有不滿一日的時間者則不計算。此有期徒刑加減的標準意義也。

第四拘役罰金的加減。拘役與罰金的加減。祇加減其最高度。因拘役的期間。係以一日起的。罰金的額數。係以一元起的。拘役的與罰金的最低度爲刑罰的最輕者。無予以再減之所必。所以拘役的

加減。祇能加至二月以上。不得加爲徒刑。減至其最低度。不得減爲從刑。罰金除因貧得減至一元的五分之一爲特殊情形外。亦不能減至其最低以下。其加減的分數計算法。除僅加減其最高度外。與有期徒刑的計算法同。但拘役因加減的結果不滿一日。罰金因加減的結果不滿一角時。則概不計算耳。此拘役刑與罰金刑加減的標準意義也。

第五併加併減例 若某罪的法定刑。有二種以上主刑應加重或應減輕的場合。則當同時併加或同時併減。例如某罪的法定刑爲處徒刑併應科罰金的。是同條而有二種主刑。若應加減時。則須將徒刑依徒刑的加減法加減之。又將罰金依罰金的加減法加減之。再合徒刑及罰金加減後所得的新範圍。合爲一個加減後結果刑的新範圍也。

第六加減互爲抵銷與先加後減例 此可分爲二項說明。(1)同時刑有同等分數之加重與減輕者。例如誣告罪處一年以上七年以下有期徒刑。若犯誣告罪的人係累犯。則須加重本刑三分之一。然犯罪者因自首又例得減輕本刑三分之一。在此場合。應加重的分數與應減輕的分數。均屬同等。則可相互抵銷而不予以加減。仍就本刑法定範圍處斷。(2)同時刑有不同等分數之加重與減輕者。例如誣告罪應處一年以上七年以下有期徒刑。因累犯二次應加重本刑二分之一。復因自首應減輕本刑三

分之一。在此場合。加與減的分數既不相等。則不能用互相抵銷的方法。當先定其加重後結果刑的範圍。其結果刑的範圍當爲一年零六月以上九年零六月以下的有期徒刑。再就此加重後結果刑的範圍定其減輕的範圍。則此先加後減後所得的結果刑範圍。當爲一年以上六年零二月以下有期徒刑。卽爲最後所得的科刑範圍也。

第七有雙重加重或雙重減輕例 此爲犯人備有數種應加重的原因。或備有數種應減輕的原因的場合之加減例。在此場合。依法律所定則不能用通加通減的方法以定加減。當以遞加遞減的方法以定加減。卽如遇有二個加重的原因時。當就法定刑先依法爲第一次加重。再就第一次加重後的結果範圍。依法復爲第二次加重。其所得的結果範圍。卽爲科刑範圍。若遇有二個減輕原因時。當就法定刑先依法爲第一次減輕。再就第一次減輕後的結果範圍。依法復爲第二次減輕。其所得的結果範圍。卽爲科刑範圍。例如犯強姦者的法定刑爲七年以下有期徒刑。因係對於其所監護人犯之。則應加重本刑三分之一。又因係累犯。又應加重本刑三分之一。既有二個應加的原因。則要先將本刑七年以下的法定刑。依法加重三分之一。卽成爲九年零四月以下二月零二十日以上有期徒刑。再就此加後的範圍再依法加重三分之一。卽成爲十二年零五月以下三月零十六日以上有期徒刑。卽爲科刑的

範圍。遞減法亦可依此類推。但雙重減輕時。若兩個減輕的分數爲不相等時。（例如一爲減輕二分之一。一爲減輕三分之一）則於遞減時以何分數先減。何分數後減。又發生順序問題已。法律上解決此種順序問題。定爲須先依較少的分數減輕法定本刑。再以較多的分數遞減其先依較少分數所減成的範圍。所得的結果範圍。卽爲科刑範圍也。

第八從刑不得加重或減輕。從刑卽褫奪公權與沒收二刑。一爲褫奪其特定的資格。一爲沒收其特定的物件。其性質與主刑相異。無加減的必要。且沒收的物件。不能因加重而收及其以外的物。亦不能因減輕而祇收其一部。於事實上亦無加減的可能也。

第十二章 緩刑

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。
- 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。受有期徒刑以上刑之宣告者。
 - 二 除前條第二款外。因緩刑前犯他罪。曾受有期徒刑以上之宣告。在緩刑期內始發覺者。
- 第九十二條 緩刑期滿。而緩刑之宣告未經撤銷者。其刑之宣告爲無效。

第一節 緩刑之意義

緩刑制度。爲基於近代新刑事政策所產生的新制度。對於較輕的犯罪事實及惡性輕微的犯罪人。於審實其犯罪時。僅宣告其應受的刑罰。同時即於宣告罪刑文內宣告於若干年以內緩其執行。此若若干年以內即爲緩刑期間。在緩刑期內。若被宣告緩刑人無再犯罪事實發生。平安的經過緩刑期間以後。則不第不再予以執行其所宣告的刑罰。并可使前宣告的刑罰歸於無效。換句話說。即等於未曾受有宣告刑罰一樣。仍爲完全無疵的一個良民。反之。若在緩刑期間內仍不以刑之宣告而生警戒。更有犯罪的行爲。則將後犯罪的刑罰與前所宣告緩刑的刑罰。併予執行。此爲緩刑的大概意義。本制度的用意。以罪輕微而惡性又較淺的犯罪人。其被宣告的刑罰爲短期自由刑。短期自由刑的執行。乏改善犯人的效力。且足以使犯人驟失其社會上原有的地位。所以對於輕微犯罪人。若於宣告其應處的刑罰以後。即毫不假借的必予以執行。此種犯人一入監獄後。即失其社會上原有的名譽與原有的地位。犯人因感受名譽與地位併遭墮落的困苦。遂不期然而然的自甘暴棄。不復生懺悔的心念。加以在獄內與羣囚同處。耳濡目染。容易造成更深的惡性。并容易接受諸多犯罪的經驗。又不期然而然的陷入於累犯的途境。爲預防此種弊害而又欲促進犯人易於自新起見。對於初犯及準初犯（如受刑完畢後已滿三年者）的微罪。其人素無品行不良的聲名。可以量定僅以宣告其刑即足以生警惕而無再

犯之虞的人。則於宣告其刑後。并宣告於一定的期間內。猶豫其執行。在此猶豫期間內（即緩刑期間）假使再有犯罪。則仍可立予執行。亦不致有失之於縱之嫌。若在猶豫期間內果能翻然改悔。不再爲惡。則緩刑之有利無弊。實遠勝於執行。此即緩刑制度創立的始旨也。

與緩刑主義最不相容的爲從前的報復刑。因從前的刑罰。完全爲報復犯罪人的觀念。其作用全在與犯人以打擊。使犯人感受實際的痛苦而有所警惕。并使被害人因犯罪人身受刑罰而足以平其忿恨。所以有罪必罰爲大原則。若既宣告其刑而不予以執行。則與此種觀念爲完全不能貫徹。而近代刑罰的目的。則一反其從前的報復與平忿的主旨。處犯人以刑罰。雖亦不能全脫離使犯人受警惕的意旨。而刑罰主要的任務。則在改善犯人的性行與改良犯人的環境。使其復爲良民。其用意全非爲報復犯人以前的惡行與代被害人洩忿。既爲改善犯人而科刑。則若不執行其刑罰而改善的效力反愈於執行。毋寧以不執行爲宜。所以因此種新觀念所成立的新政策。而各國刑法立法上。類有緩刑制度的規定焉。

第二節 緩刑之要件

現行刑法上認爲可宣告緩刑的犯罪。亦須具備一定的條件。非可隨意的宣告緩刑其刑之執行的。即具備緩刑的條件時。若察其犯人的性行。非以緩刑所能希望其改善者。仍當不予以宣告緩刑。而須付之執行。所以第九十條關於緩宣的規定。係爲得宣告的而不是必要宣告的。宣告或不宣告。須審判官考察是否具備緩刑的條件外。尙須考察犯罪人是否宜於緩刑以爲定。至得宣告緩刑的條件。即爲左列的二項。

一現在所犯的罪。祇被宣告處徒刑在二年以下及拘役或罰金的刑罰。若宣告刑在有期徒刑二年以上的刑罰。則爲不合於緩刑的條件。即不能宣告緩刑。所以限定二年以下的有期徒刑及拘役罰金始能受緩刑者。因二年以下的有期徒刑爲自由刑之短期者。即前所云避免短期自由刑的弊害之趣旨。至拘役及罰金的刑。其刑的性質最爲輕微。被處拘役及罰金刑的人（係指專科罰金刑者而言）足見其犯罪性亦甚爲輕微。此等輕微的犯罪人。察其可無反覆犯罪之虞者。予以緩刑。則於刑罰將施而未施的時。其遷善的勇速。或可較諸實施刑罰的效果爲尤優也。

二犯人過去的歷史。須以未曾受拘役以上的刑罰者爲限。其前曾受過拘役以上刑的宣告者。須於執行完畢或免除後三年以內。未曾受拘役以上的刑罰者爲限。換句話說。犯人過去的歷史。須合於

上述二條件始受緩刑的宣告。其不合於上述二條件者雖被宣告刑爲二年以下有期徒刑拘役及罰金。亦不能受緩刑的宣告。因緩刑的原則。當以偶犯或初犯爲限。其前雖曾受刑而在三年以內無再犯者。則後犯亦可準初犯論。若前曾受刑的儆戒。未過三年而卽再犯。其人之玩視刑罰可以想見。對此種人而予以緩刑。可以預卜其不能獲緩刑的效果。所以不能予以緩刑的宣告也。

緩刑的期間。最長爲五年。最短爲二年。在此法定期間範圍內。由審判官審按犯人的品行。與犯罪後的罪況。及悔悟的程度。以定其或從長期或從短期爲宜也。

第三節 緩刑之撤銷

緩刑的目的。係以促進惡性不深的犯人勇於改過爲主旨。所以須有緩刑的期間。卽爲試驗犯人的期間。在此試驗期間內。若發見不合於緩刑主旨及有違背緩刑條件。有如左所列的事項時。其緩刑的宣告卽當予以撤銷。緩刑既被撤銷。卽當實科其所宣告的刑。前者宣告緩刑與否。可由審判官以職權認定。此項撤銷緩刑與否。當受法定條件所拘束。不能由審判官以職權認定的。換句話說。卽已發生左列應撤銷緩刑的事實時。則當立予撤銷之也。

一緩刑期內更犯罪。受有徒刑的宣告者。犯人在緩刑期內。爲已受有宣告科刑的警告。已受警告而更犯他罪。則可以證明其人惡根性已甚深。又可證明其人非實科以刑斷不能生警惕。所以當立即撤銷其緩刑的處遇而予以實科其所宣告的刑。但本條件所謂更犯罪的成立。(1)須其更犯罪已受有期徒刑以上刑的宣告。在未受有期徒刑以上刑的宣告以前。不能爲更犯罪已成立。所以撤銷緩刑後其所緩的宣告刑與更犯罪的刑當併予執行。(2)更犯罪須已宣告有期徒刑以上的刑。始成立撤銷緩刑的條件。若更犯罪的宣告刑不過拘役或罰金。則尙不能認爲有重大的惡性而不合於緩刑。換句話說。卽不能以此種更犯罪而遽撤銷其緩刑。(3)更犯的罪係因過失所犯的。亦不能認爲卽係不合於緩刑而遽予撤銷其緩刑也。

二除第九十條第二款外。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。此可分爲二項說明之。(1)第九十一條第二款爲前曾受拘役以上刑之宣告。執行完畢或免除後。經過三年始再有犯行。卽可認爲準初犯而有受緩行的資格。若宣告緩刑後始發覺有違反該條的條件時。卽當撤銷其緩刑。(2)曾受有期徒刑以上刑之宣告。無論前已受執行與否。在宣告緩刑時未發覺。至緩刑期內始發覺時。卽當撤銷其緩行。二者均可認爲無再予試驗的必要。而斷定非僅宣告其刑所能收

儆戒的效果者。所以不必猶豫的而即當撤銷其緩刑的宣告也。

第四節 緩刑之效力

緩刑在緩刑期間內已撤銷者。當然仍執行其刑。若緩刑期已滿。而未受撤銷的處分者。當然以後即終不予以執行。然此種終不予以執行的性質。即緩刑結果的效力。在各立法例當中。有兩種說法。(1) 爲緩刑期滿而未被撤銷時。則所宣告的刑。等於已被執行。所以後即終不予以執行。是刑雖免除而罪仍存在。若以後再有犯。則仍可成立累犯。(2) 爲緩刑期滿而未被撤銷時。其刑之宣告爲無效。換句話說。即等於未曾受宣告刑一樣。以後不第無刑的存在。且并無罪的存在。完全銷滅其罪形之迹象。而等於無垢的良民。後雖有再犯。亦不成立累犯的基礎。現行刑法上緩刑的效力。即從後說的。

第十三章 假釋

第九十三條 受徒刑之執行而有悔悟實據者。無期徒刑逾十年後。有期徒刑逾二分之一後。由監獄官呈司法部。得許假釋出獄。但有期徒刑之執行未滿二年者。不在此限。

第九十四條 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。

假釋撤銷後。其出獄日數。不算入刑期內。

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。

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。

第一節 假釋之意義

假釋又稱假出獄。即犯人在獄內經過相當的期間。察其已有改悔的實據者。於刑期未滿前。附以一定的條件。許其出獄。試驗該犯人於出獄後。已否能適合社會共同生活。因此種出獄。不是真予釋放的意義。亦不是減免其刑責使不再受其所殘餘的刑罰的意義。是試驗其可否不必再受其殘餘的刑期的意義。在試驗期間如發見有仍當令其回獄受畢殘餘刑期的執行之必要時。仍要令其回獄受畢其殘餘刑期的執行。所以稱爲假釋。又稱爲假出獄。但自假出獄之日起。至其殘餘的刑期已滿日止。爲假釋期間。在假釋期內若能在外平安無犯。則認爲試驗的結果。已能合於社會共同生活。換句話說。即已能改過自新不復爲害於社會。則認其出獄的日期與在監相同。到假釋期滿。則視爲徒刑的期間已滿。換句話說。即認已受被宣告徒刑之執行已完畢而不再予以執行已。此種辦法。(1)爲促起犯人之自新。(2)爲補救量刑之過當。(3)爲使犯人於未受刑之執行完畢前。先使其在監視條件之下歷練社會上適合的生活。所以在准許假釋以前。不可不有相當的審核。假釋期內。不可不有週密的監視。現行刑法關於假釋的條件如左。

第二節 假釋之條件

現行刑法關於認許假釋的場合。須具有如左的要件。

一受無期徒刑的執行者。須執行已逾十年。受有期徒刑的執行者。須執行已逾二分之一的年期。纔能得許假釋。但受有期徒刑的執行尙未滿二年者。雖計算已逾所科的刑之二分一。亦不得許假釋。此爲假釋條件中的年期制限。蓋謂未受滿徒刑執行如上列的年期時。雖具合其他的假釋要件亦不許假釋也。此種年期制限的用意。以假釋制度。原係救濟犯人未及屆滿刑期而已改善者。可不令其再受獄居生活而使之試驗其社會生活。冀以堅定犯人改善的決心。希望犯人於假釋期滿後。優爲社會上共同生活的良民而設。然若無一定的年期制限。則犯人尙未受有相當監獄的訓練。是否眞實改善及是否出獄後可無復萌惡性之虞。不能說有詳密的攷察。尤以吾國新監尙未普設。免囚保護尙無基礎的時代。若不經過相當的年期制限。而可以隨時任意許其假釋。更恐明效莫睹而弊害叢生。所以必以經過相當的年期。爲得許假釋的第一要件也。

關於假釋條件中年期制限。亦有足成爲問題者。卽若遇有依本法第六十四條以羈禁二日折抵徒刑一日的場合。此項折抵的日期。非實受徒刑之執行日期。究竟能否算入假釋年期制限中所謂受徒刑執行的期間。依從前大理院的主張。則以折抵的刑期。亦當算入執行期。依現行刑法的規定。則折

抵的刑期。不能算入執行的刑期。而當就折抵後所餘的刑期以計算年期限制中所謂受徒刑的執行期。例如科無期徒刑者。於判決前已受羈禁二年。若以之折抵徒刑一年而以實受徒刑的執行論。則實受徒刑執行九年後即可合於假釋條件。依現行刑法的計算。則仍須實在受執行徒刑逾十年。始可算入年期限制中。其折抵的刑期。不能算入此十年數內。又例如科有期徒刑十年者。其四分之一爲五年。若遇有羈禁二年折抵一年的情形。此折抵的一年若亦以實受徒刑的執行論。則實行徒刑執行四年後即可謂已逾二分之一。依現行刑法的計算。則須實受徒刑的執行已逾應受實行執行的徒刑期二分之一。如上例有期徒刑十年。若因羈禁折抵了一年。則其餘尙應實受執行徒刑九年。從九年計算二分之一爲四年零六月。即須逾四年零六月後始得假釋也。

二要有悔悔的實據。假釋的用意。既如上述原爲救濟犯人於未受畢執行刑完畢時。即已改善。無再令其繼續受執行之必要而設。則是否改善。非有實據不可。所謂實據的意義。即須以嚴密及長期的考核犯人入獄後的生活。對於獄居的紀律。工作的勤惰。行狀是否善良。及其他足以證明其確已真實改善的事實。必有可認爲悔悔實出於真誠。出獄後可不致有故態復萌的危險。再合以經過年期的制限。始有允許假釋之可能也。

第三節 假釋之撤銷

假釋與釋放的不同。即在假釋得在某種條件之下。仍當撤銷其假釋而再令入獄受完畢刑期之執行一點。學說上所以又稱假釋爲條件附放免。其所附者。卽此項撤銷假釋的條件也。撤銷假釋的條件如次。

一。更犯罪受拘役以上刑之宣告者。二。犯假釋管束規則者。法律上原以犯人於刑之執行中。已有適合於社會的正直生活。且有可不至再犯之顯示的證實。所以權予假釋。若假釋期內仍有犯罪行爲。而至再受拘役以上刑的宣告。或仍不能遵守假釋規則者。是其人爲有犯罪之執拗性。又可以證明在獄中的懊悔爲虛僞而非真實的。所以審其再犯的情節與不服管束的程度。如係由於危險性未改者。則得隨時予以撤銷其假釋。惟上列二條件。祇爲得撤銷假釋的原因。非爲必撤銷假釋的原因。被假釋的人若發生有上列二條件所指的事實時。仍當由審判官以職權認定其所犯的情節。認爲應予撤銷其假釋處分時。則得撤銷之。認爲無須撤銷其假釋處分時。仍得不撤銷之也。

假釋若經撤銷。則須卽令其復入獄受殘餘刑的執行。其出獄在外的日數。不算入刑期的日數。例

如處五年有期徒刑的人。在受執行滿三年時被假釋出獄。其尙餘未受執行的二年。則爲殘餘刑期。若假出獄後因犯罪經審判官核定取銷其假釋。則被假釋出獄在外的日數無論爲一年或一年零若干月日。不能算入殘餘刑期的二年日數內。換句話說。即仍當令其回獄再繼續受畢所殘餘刑期二年的日數也。

假釋期內因犯罪而受刑的執行者。其被執行期間的日數。不能算入假釋的日數。因假釋期間。係以殘餘的刑期爲期間。在假釋期間內無他惡性的表現。未受撤銷的處分。則自假釋日起至與殘餘的刑期日數相等時。即可視同已受畢殘餘刑之執行而等於釋放。然若在假釋期內或在假釋期前犯有他罪。因此種他罪而另被處徒刑或拘役的執行。則其因他罪而被執行在獄的日數。不能算入假釋期的日數。換句話說。若在假釋期內因犯罪復在獄被執行。則假釋期間的計算當中斷。須俟他罪執行完畢出獄後之日起。合以前被假釋出獄在外之日數。通計已與殘餘刑期日數相等時。始爲假釋期間已滿也。例如某甲被處徒刑七年。於執行已滿五年時被假釋出獄。當出獄一年後。又因犯罪被執行徒刑在獄一年。則不能將此在獄一年的日數。算入假釋期的日數。須於他罪執行完畢出獄後之日起。再經過一年。斯能與前被假釋出獄在外一年的日數通算爲二年。纔與殘餘刑期的二年日數相等。換句話

說。纔能爲假釋期間已滿也。

第四節 假釋之效力

假釋期滿而假釋的命令未被撤銷。則其未執行的殘餘刑期。以已執行論。換句話說。卽期滿以後。其假釋在外的日數。亦算入刑期。以後卽不再執行已。惟無期徒刑的殘餘刑期須至終身而止。是無期徒刑的假釋期間。亦須至死亡然後滿期。所以被處無期徒刑者。非延至死亡時不能因假釋而銷滅其刑罰的效力也。

第十四章 時效

第九十七條 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犯罪。自犯罪最終之日起算。

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。

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。

第一百條 起訴權之時效。遇有依法令不能開始或繼續偵查預審起訴或審判之程序時。停止

之。

時效停止。自停止原因消滅之日起。與停止前已經過之期間。一併計算。

第一百零一條 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。

第一百零二條 行刑權之時效。遇有法令不能開始或繼續執行時。停止之。

時效停止。自停止原因消滅之日起。與停止前已經過之期間。一併計算。

第一節 時效之意義

時效的意義。即權利有效與失效的期限。法律上的時效。即法律上所規定的權利與權力。至何時而生效。至何時而失效。近今各立法例。均採時效制。有民事上的時效與刑事上的時效二種。民事上的

時效。有得權時效與失權時效二種。因經過一定期間即可取得其權利爲得權時效。因經過一定期間即權利歸於消滅爲失權時效。刑事的時效。則僅有失權時效之一種。即經過一定期間後。即當消滅刑事上的起訴權（即訴追權）及行刑權。現在所述者爲刑事時效。換句話說。即一定的犯罪事實。至何種期間後。即不得對於同一犯罪而行使刑罰權中所云的起訴權及行刑權。此即爲刑事上的時效問題。關於刑事上的時效問題。有起訴權時效與行刑權時效二項。今爲分別說明如次。

第二節 起訴權時效

起訴者即向有權審理訴訟事件的公署。提起訴追事件。請求審理判決的意味。法律上起訴的用語。本包括公訴。私訴。自訴而言。刑事上的起訴屬於公訴。因刑事係以國家爲原告。以檢察官代理國家行使原告的職務。即代表國家行使訴追事務。因行使訴追的主體爲國家。故爲公訴。其行使此項訴追的權。即爲公訴權。民事上的起訴屬於私訴。由私人爲原告。因行使訴追的主體爲私人。故爲私訴。其行使此項訴追的權。即爲私訴權。又刑事訴訟法上有一種自訴的規定。（第三三七條以下）對於特定的犯罪。得不經由檢察官起訴而由被害人自向該管法院起訴。此項起訴權即爲自訴權。本節所述的

起訴權即爲公訴權與自訴權。至私訴權爲民事範圍。不在本節所述之列。

關於起訴權的時效問題。有起訴權時效的期限問題與起訴權時效起算問題。起訴權時效的期限有三種。一。死刑無期徒刑或十年以上有期徒刑的犯罪。其起訴的時效期限爲二十年。換句話說。關於本項犯罪。若經過二十年而尚未起訴者。則起訴權因時效已過而歸於消滅。即不能再行使起訴權。二。一年以上十年未滿有期徒刑的犯罪。其起訴權時效的期限爲十年。三。一年未滿有期徒刑及拘役或罰金的犯罪。其起訴權時效的期限爲三年。若遇上二項犯罪經過上列的期間而尚未起訴。則其起訴權亦因時效已過而不能再行使起訴權。即不能再予以起訴。但上述的刑名刑期。係指犯罪的法定刑而言。非指宣告刑而言也。

起訴權時效期限起算點。係從犯罪成立之日起爲起算點。但連續犯罪則以犯罪最終之日爲起算點。例如殺人罪的刑名刑期爲死刑無期徒刑或十年以上有期徒刑。則從殺人已死的日起算滿二十年尙未起訴者。則起訴權的時效因期限已滿而消滅。又例如和姦罪的刑名刑期爲二年以下有期徒刑。若和姦繼續至數年時。（連續犯）則當從和姦終斷之日起算滿十年尙未起訴者。則起訴權的時效因期限已滿而消滅。但關於計算期限的標準方法。尙有數項應說明者如左。

甲 起訴權的時效期限計算標準。當從本刑的最高度計算。例如妨害公務罪的法定刑爲三年以下有期徒刑。其本刑最高度爲三年。即當依三年有期徒刑的起訴權時效期限計算本罪起訴權時效期限。

乙 同一本刑而有二種以上主刑的時效期限計算標準。當據最重主刑計算。例如公務員收賄罪的法定本刑爲五年以下有期徒刑。得併科五千元以下罰金。即當據最重的主刑即徒刑的最高度的起訴權時效期限。計算本罪起訴權時效期限。

丙 本刑有應加重或減輕時。仍據本刑起算。

丁 遇有依法令不能開始或繼續偵查預審起訴或審判的程序時。則起訴權時效期限之進行。當予以停止不算。例如被告人犯罪後患心神病或其他重病時。應停止公判的程序。又如議員於會期中未得本院的許可。不受法院的拘傳及裁判。此均爲依法令不能開始或繼續行使公訴權上各種的程序。即爲當停止時效的原因。換句話說。即在依法令不能進行公訴權上各種程序時期內。不算入時效期限內。即爲停止時效。當自停止時效原因消滅之日起。適合時效停止以前及停止原因消滅後經過的期間。以計算起訴權時效期限。例如某甲犯三年以下有期徒刑的罪。其時效期間已經過五年。遇

犯罪人忽患心神病至三年後始癒。則此三年的期間內。依法令當停止公訴的進行。即并當停止時效的計算。若該犯人患病至三年已癒。而猶未行使公訴權時。則時效停止的原因既已消滅。當復認為時效期間的繼續進行。在此場合。即可合前已經過的五年時效的期間及病癒後復行經過的期間。通算至已滿二十年。始能為本罪起訴權的時效期限已滿而不能再予以起訴也。

第三節 行刑權時效

行刑權即執行刑罰權。犯人於有罪判決確定後。國家即對之有執行刑罰權。若犯人於判決確定後即行逃亡。在逃亡後若尚未經過一定的期間。則隨時拘獲即可隨時執行其刑罰。若已經過一定的期間而尚未執行其刑罰。則對於該判決的刑罰權因時效期限已過。即歸於消滅。即不能執行其所判決的刑罰已。依現行刑法的規定。死刑無期徒刑或十年以上有期徒刑。自裁判確定之日起經過三十年尚未執行者。即為行刑權的時效期限已滿而不能執行。一年以上十年未滿有期徒刑。自裁判確定之日起經過十五年尚未執行者。即為行刑權的時效期限已滿而不能執行。一年未滿有期徒刑拘役罰金。或專科沒收者。自裁判確定之日起經過五年而尚未執行。即為行刑權的時效期限已滿而不能

執行。此卽行刑權時效的法定期間。但上述的刑名刑期。係指宣告刑而言。非指法定刑而言也。

行刑權時效期間的起算點。已如上述。自裁判確定之日起算。所謂裁判確定的意義。卽經過上訴期間而未上訴及終審判決之日。卽爲裁判業已確定。從裁判確定之日起。依上段所述經過一定的年期卽爲行刑權時效消滅的年期。若判決確定後。遇有依法令不能開始或繼續執行其所判決的刑罰時。例如依緩刑。假釋。或依刑事訴訟法第四八四條第四八五條所定應停止執行的各場合時。在停止執行的原因未消滅的時期內。卽應當將行刑權時效的進行亦予以停止。卽爲行刑權的時效停止。自停止的原因消滅時再將以前經過的期間。與以後經過的期間合併計算時效的期間。亦與上述起訴權時效停止的計算意義同也。

行刑權的時效。與起訴權的時效。其效力不同。起訴權的時效經過。則係消滅訴權。犯罪既不起訴。則在法律上與未犯罪等已。行刑權的時效經過。則第消滅行刑權。其犯罪的事實。已因審判宣告而確定。不能隨之而消滅。所以犯人於審判確定後逃亡。縱行刑權的時效已完成。亦祇能免除其刑罰。不能消滅其罪案。但不成立累犯的基础而已。