

新編
刑學總論

郭衛元著

上海法學編譯社出版

會文堂書記局發行

編 新

刑 法 學 總 論

郭 衛 元 覺 著

中華民國二十五年八月出版
中華民國二十六年一月再版



總發行所
分發行所

上海
北平
漢口
長沙
廣州
三馬路
北首路
琉璃廠
交通街
南陽路
永漢路

著 作 人
發 行 人
印 刷 所

新編
刑法學總論

全書
一册

實價國幣一二元

外埠
加郵費

郭 衛
上海法學編譯社
元 覺

徐 寶 魯
上海河南路三二五號

會文堂新記書局
上海河南路三二五號

會文堂新記書局

會文堂新記書局

新編 刑法學總論上册目錄

第一編 前論

一 刑法之起源·····	一
二 刑法之目的·····	四
三 刑法之沿革·····	一二
四 刑法之內容及種類·····	三三
五 關於刑法之主義·····	三七
六 刑法之效力·····	三九
七 刑法之解釋·····	七三

第二編 犯罪論

第一章	犯罪之意義	八一
第二章	犯罪之主體	八五
第三章	犯罪之客體	九〇
第四章	犯罪行為之概說	九一
第五章	犯罪行為之階級	九六
第一節	犯意之發動	九七
第二節	豫備	一〇〇
第三節	著手	一〇一
第四節	實行	一〇三
第六章	犯罪行為之不完全	一〇四

第一節	未遂犯	一〇五
第二節	中止犯	一〇九
第三節	不能犯	一一四
第七章	犯罪行為之責任	一一八
第一節	責任能力	一一八
第二節	責任條件	一三三
第三節	錯誤	一四八
第四節	因果關係	一五〇
第八章	違法之阻却	一五五
第一節	正當防衛	一五七
第二節	緊急狀態	一七〇
第三節	基於法令之行為	一八〇

第四節	爲業務或習慣所認許之行爲	一八三
第五節	對於破毀自己法益之行爲	一八五
第六節	對於被害者承諾之行爲	一八六
第九章	犯罪之種別	一八七
第一節	刑事犯與行政犯	一八七
第二節	現行犯與非現行犯	一八八
第三節	國事犯與非國事犯	一八九
第四節	即成犯與繼續犯	一九五
第五節	親告罪與非親告罪	一九六
第十章	共犯	一九九
第一節	共同正犯	二〇七
第二節	從犯	二一八

第三節 教唆犯……………二二一

第十一章 數罪併罰……………二二五

第一節 數行爲一罪……………二二六

第二節 一行爲數結果……………二二三

第三節 法規之競合……………二二三

第四節 數罪併罰之處置……………二三四

第十二章 累犯……………二三九

第十三章 犯罪成立之時……………二四八

第二編 刑罰論

第一章 刑罰之意義……………二五一

第二章 刑罰之目的……………二五四

第二章	刑罰之種類	二六一
第一節	歷代刑罰之種類	二六一
第二節	現代刑罰之種類	二七六
第四章	刑罰之加重及減免	三二〇
第一節	加重	三二〇
第二節	減輕	三二五
第三節	免除	三三二
第五章	刑罰之加減例	三三五
第六章	刑罰之執行	三四二
第一節	生命刑之執行	三四五
第二節	自由刑之執行	三四八
第三節	財產刑之執行	三四八

第四節	褫奪公權之執行	三五〇
第五節	換刑	三五一
第七章	假釋及緩刑	三五五
第一節	假釋	三五五
第二節	緩刑	三五九
第八章	刑罰之消滅	三七〇
第九章	刑罰之不執行	三七二
第十章	時效	三七四
第一節	追訴權之時效	三七六
第二節	行刑權之時效	三八〇
第十一章	期間之計算	三八三
第十二章	科刑之標準	三八五

第四編 保安處分

第一章 保安處分與刑罰	三八九
第二章 新刑法之保安處分	三九一
第一節 感化教育	三九一
第二節 監護	三九三
第三節 禁戒	三九四
第四節 強制工作	三九六
第五節 強制治療	三九七
第六節 保護管束	三九八
第七節 驅逐出境	四〇二
第八節 保安處分之宣告及期間	四〇二

第九節 保安處分之免除撤銷延長及時效……………四〇四

第十節 刑罰執行之免除……………四〇五

附錄一 暫行新刑律

第一編 總則……………四〇七

第一章 法例……………四〇七

第二章 不爲罪……………四一一

第三章 未遂罪……………四一三

第四章 累犯罪……………四一三

第五章 俱發罪……………四一四

第六章 共犯罪……………四一六

第七章 刑名……………四一七

第八章	宥減	四二一
第九章	自首	四二一
第十章	酌減	四二二
第十一章	加減例	四二二
第十二章	緩刑	四二三
第十三章	假釋	四二五
第十四章	赦免	四二六
第十五章	時效	四二六
第十六章	時例	四二八
第十七章	文例	四二九

附錄二 舊刑法第二次修正案理由書

第一編 總則……………四三三

第一章 法例……………四三六

第二章 文例……………四五二

第三章 時例……………四六一

第四章 刑事責任及刑之減免……………四六三

第五章 未遂罪……………四七一

第六章 共犯……………四七五

第七章 刑名……………四七九

第八章 累犯……………四九五

第九章 併合論罪……………四九九

第十章 刑之酌科……………五〇五

第十一章 加減例……………五一〇

目錄

第十二章	緩刑	五二二
第十三章	假釋	五一五
第十四章	時效	五一九

附錄二 舊刑法

第一編	總則	五二九
第一章	法例	五二九
第二章	文例	五三二
第三章	時例	五三五
第四章	刑事責任及刑之減免	五三五
第五章	未遂罪	五三八
第六章	共犯	五三八

第七章	刑名	五三九
第八章	累犯	五四五
第九章	併合論罪	五四六
第十章	刑之酌科	五四八
第十一章	加減例	五五〇
第十二章	緩刑	五五一
第十三章	假釋	五五二
第十四章	時效	五五三

附錄四 刑法

第一編	總則	五五七
第一章	法例	五五七

第二章 刑事責任……………五六一

第三章 未遂犯……………五六三

第四章 共犯……………五六四

第五章 刑……………五六五

第六章 累犯……………五六九

第七章 數罪併罰……………五七〇

第八章 刑之酌科及如減……………五七二

第九章 緩刑……………五七五

第十章 假釋……………五七六

第十一章 時效……………五七七

第十二章 保安處分……………五八〇

附錄五 刑法修正案要旨……………五八五

新編 刑法學總論

郭 衛元覺 著

第一編 前論

一 刑法之起源

刑罰與其
他制裁之
區別及其
目的之不
同

法律爲制裁不法行爲之工具。刑法爲法律中之一種。亦卽制裁不法行爲工具之一種。蓋不法行爲有屬於行政者。有屬於民事者。有屬於刑事者。屬於行政者。應受行政法令之制裁。屬於民事者。應受民事法令之制裁。惟屬於刑事者始受刑罰法令之制裁。例如違反行政上之禁令者。依據行政執行法或違警罰法。處以拘留或罰鍰。或代執行。卽係行政法上之制裁方法。不法侵害他人權利者。依據民法侵權行爲之規定。責令賠償損失。或回復原狀。卽係民法上之制裁方法。殺人放火或作強盜

竊盜行爲者。處以死刑或徒刑。是卽刑法上之制裁方法也。其制裁方法之所以不同者。則因制裁之目的各異。在行政方面之制裁目的。爲強令履行其所禁止或命令之事項。故祇須處以拘留或罰鍰。以示懲警。或逕代爲執行而已。在民事方面之制裁目的。不過使其填補因不法行爲所生之損害。或強令履行其義務而已。惟刑事方面之制裁目的。則在預防將來之危害。以保社會之安甯。不以填補過失之損害爲任務者也。

刑法之產生及其演進

上古時期。人民知識淺薄。社會無甚交際。日出而作。日入而息。既無須乎帝力。更何有於法律。迨人羣進化。交接頻繁。鼠牙雀角。不免時生衝突。彼此報復。相爲循環。則非有公力以爲制裁。無由確保社會之安甯。故團體之長乃出而鎮壓。初亦不過殺人者死傷人及盜抵罪之一類簡易制裁耳。繼此以往。世事日趨繁複。非有完密之法律。不足維繫。而法律之需要。乃成爲當務之急矣。當此之時。思慮單純。經驗缺乏。僅憑需要。以爲創制。民事刑事。混而未分。公法私法。亦無由別。

祇求能維入羣之秩序爲已足。自以刑法爲主要。故我國數千年來之所謂法律。專指刑事而言。所謂出乎禮者卽入乎刑矣。關於民事之規定。如田土婚姻事件、財產繼承事件。皆附麗於刑法之中。凡違法者概須處以刑罰。律所不罰。卽非違法。李悝之法經六篇。爲我國法律列爲專籍之嚆矢。六編中首盜法。次賊法。以爲王者之政。莫急於盜賊也。次囚法。次捕法。以爲治盜賊須劾捕也。次雜法。係將輕狡博戲假借不廉淫侈踰制各條彙爲一編。具法爲適用之例而已。無一及於民事也。蕭何摭拾秦法。作九章之律。僅於六編之外加事律擅興廢戶三編。亦悉屬刑事範圍。降及明清。雖將歷代之律稍加彙併。列有錢債婚姻各專條。然仍非單純之民事法規。歷代法律之所以專重刑事者。因君主以刑爲治世之具。民間爭執之不關治安者。所弗顧焉。故我國數千年來之所謂法律。專指刑法而言。而遠觀歐美。則殊太異。歐美法律之視爲嚆矢者。爲羅馬時代之十二銅標法。其首五標除提傳審問執行外。卽有家長權與繼承及監護之規定。次五標除私犯法國法宗教法外。復有所有權與占有不

動產之規定。可知其法律中早已有民刑事之分矣。由此嬗遞。經數千年之演進。始成現代傳播於全球之完密法律。實有由來也。（按十二銅標法係以銅牌十二豎立於都市。以公布法律。相傳爲羅馬建國三百零三年。即公歷紀元前四百五十一年也。設立之後六十年。北方蠻夷侵入羅馬。多被毀棄。其原文今已不存。後世僅紀述其大略耳。計第一標爲提傳程序。第二標爲審問程序。第三標爲執行程序。第四標爲家長權。第五標爲繼承及監護。第六標爲所有權及占有。第七標爲不動產。第八標爲私犯法。第九標爲國法。第十標爲宗教法。第十一標爲第一標至第五標之補遺。第十二標爲第六標至第十標之補遺。）

二 刑法之目的

刑法之目的在防壓犯罪之發生。防壓之方法。今昔不同。卽刑法目的之有異也。刑法目的隨刑事政策而轉移。故欲知刑法之目的。應先研究刑事政策。刑事政策卽刑

法目的之所指也。在刑事政策上。認犯罪爲社會上安定共同生存之敵對行爲。欲對此種敵對行爲而施以防禦。卽應運用刑法而施以刑罰。故關於防壓犯罪。自以刑罰爲有力的方法。然刑法係一種抽象規定罪刑之科學。制定刑法之目的。全在防壓犯罪之發生。因適應社會當時狀態之需要。不可不有鎮壓犯罪之力量。而社會狀態時有變更。刑法亦時有改良或廢止之必要。如舊刑法已無鎮壓當時社會狀態下犯罪之能力。則舊刑法已有修改之必要。其結果便有待於新刑法之產生。方能維持其刑法本質上之作用。吾人於此。一方面固當歡迎新的刑法之發見。以爲防壓犯罪之具。一方面又可證明所以須待新法之產生者。雖係因舊法效力之減低。而減低之結果。必致犯罪者日益增加。一旦運用新刑法。豈即時遂能減少犯罪之事實。如影隨形如響斯應乎。是必不能也。必待運用新法者能曉然於舊法之何以不良。及新法之何以較善。體察新法之精神。以爲運用之標準。方能有效。惟欲體察新法之精神。非僅有刑法解釋上之知識所能領悟。必須了解刑事政策之原理。方能應付裕如。故於立

刑事政策
之概要

法用法者皆不可不從事刑事政策之研究也。

按刑事政策之研究。在昔係從理論上予以演繹。而近則從科學及經驗上而歸納之。較爲切實有據。依犯罪學之所說。犯罪係由於個人及社會方面之原因而發生。換言之。卽謂犯罪係由於犯人固有的性格及外界關係所必然發生的產物。其犯人固有的性格。無論爲先天或後天所取得。皆謂爲關於個人之原因。例如血氣剛強者易犯傷人罪。性慾發達者易犯姦淫罪是。外界關係則爲犯人之環境。例如貧不得食者易犯竊盜罪。游蕩無業者易犯賭博罪是。無論爲社會關係或經濟關係。皆謂爲關於社會之原因。此兩種原因皆稱爲犯罪原因。前者爲偏重於個人原因之學派。卽係從生物學或人類學的見地。研究犯罪學之意大利學派龍波洛梭氏 (Lombroso) 爲其代表者。後者爲偏重於社會原因之學派。卽是創始於比利時的社會統計學派。以刻忒勒氏 (Ketteler) 爲其代表者。前者稱爲刑事人類學派。後者稱爲刑事社會學派。惟此兩派均不免有失正鵠。蓋將犯罪原因完全委之於個人性格關係固屬不可。而完全

委之於社會環境關係亦認爲非是。如果認定犯罪原因單由於個人性格上所發生。則社會上之犯罪歷史必不存在。因於個人身上一生所附的熱情疾病障礙。及個人之愛憎猜忌復仇貪慾等。皆爲個人行動上之源泉。無論何時何地。皆以同樣的衝動而侵害他人生活上之利益。則犯罪的現象。無論今古。皆無所差異矣。反之。其以社會環境關係爲犯罪原因者。因社會關係常不斷的發生變化。而犯罪現象亦必不斷的發生變化。凡在此促成犯罪之社會環境中者。將無人不犯罪矣。殊覺非當。故研究犯罪之原因。當一方面顧及個人性格。而同時亦當顧及社會環境。二者未可偏廢也。

城市與鄉僻之犯罪

至犯罪之因地因時而各有不同者。試略舉之。可得數端。

(一)城市與鄉僻之犯罪不同者。因城市人烟稠密。交接繁多。賭窟呼盧。妓院尋歡。已足爲犯罪之媒介。而生活較高。支應易絀。詐財竊物。尤易應時而生。反顧窮鄉僻壤則生活簡易。習尚純樸。已難發生犯罪之機會。雖至今已不能與人無爭。

但接觸終較城市爲少也。

熱帶與寒帶之犯罪

(二)熱帶與寒帶之犯罪不同者。因天氣之寒熱與人體之性格頗有關係。蓋天寒則性近收斂。收斂則入於謹愿。謹愿則不欲多事。故犯罪者必少。以視我國之北方各省可以知矣。天熱則性近發揚。發揚則入於放肆。放肆則舉動無節。故犯罪者必多。以視我國南方各省可以知矣。

平時與革命時之犯罪

(三)平時與革命時之犯罪不同者。一由於秩序上之關係。蓋至革命時必最少有若干時期不能維持其秩序。故犯罪者多也。一由於環境之關係。蓋革命時其環境之所聞見及接觸之事物。每多爲逸出常規以外之動作。殺人放火。不以爲異。則傷人掠財以爲更可行矣。故犯罪者多也。一由職業上之關係。蓋革命時不能免於無規則之騷擾。騷擾多則失業者必多。在平時有業可執。不難溫飽。一旦失其職業。則非挺而走險不足以自存。幾以犯罪爲謀生之具矣。故犯罪者多也。

犯罪與氣候

(四)犯罪因氣候有不同者。即身體犯與財產犯。身體犯如殺傷毆辱是。在春夏之間

犯罪與繁
華區域

。單衣足溫。繩樞無寒。游行交接。日趨繁多。益以性近發揚。故鬪毆之事必多。一入秋冬之候。欲求飽暖。較夏日爲難。而需要加劇。故詐竊之事必多。

(五)繁華區域。人多溫飽。溫飽之餘。嬉游徵逐。競圖逸樂。所謂飽暖即思淫慾也。故姦淫之罪犯。多於繁華區域見之。山僻之地。多以苦力自營其生活。勞即得食。逸則必饑。終年僕僕。其筋骨既勞。其體格亦健。皆足增其強悍。堅其氣節。俗諺謂城市譏貧。鄉僻譏淫。有由然也。

犯罪與遺
傳及積習

(六)犯罪之出於偶然之觀念所促成者。多由於忿激之觸發。或受不平之待遇。其惡性必甚淺。稍加制裁。則不致再犯。但有由於祖先之遺傳或由於長時間之積習者。殊非刑罰法令之效力所易奏效。試檢水滸傳而熟誦之。可知梁山泊中人。其耳目之所濡染者。皆以盜賊爲正義。官廳爲惡魔。試使吾人易地而處。亦罔不作如是想也。然則對於此等罪犯。豈刑罰之效力所能及哉。

現代刑法

前段談刑法之目的。曷爲而涉及犯罪之原因。蓋犯罪如病症。刑法如醫方。必先明

之目的

犯罪之原因。然後就其原因所在。對症下藥。例如對於社會原因之犯罪。應爲環境上之改善。對於個人原因之犯罪。應爲性格上之改善。方易奏效。因此可知現代刑法爲有目的之刑法。已非由於自然性所發生之衝動行爲。乃爲有一定目的之意思行爲。前代刑法目的在預防犯罪。現代刑法目的亦在預防犯罪。不過前代刑法注重事後之鎮壓。純採一般預防政策。施用威嚇方法。對於處刑之輕重。純以所犯事實大小爲標準。現代刑法注重事前之防範。兼採特別預防政策。施用改善方法。對於處刑之輕重。則以犯人惡性之深淺爲標準。所謂一般預防政策者。以預防一般人犯罪爲目的。即懲一以儆百之意。例如某甲犯殺人罪。處以死刑者。爲使其他未犯罪之人見而生懼。不敢蹈其故轍也。故於執行時注重公開。便於爲一般人所見。即就執行徒刑而論。其目的在使犯人受嚴重之痛苦。雖不免有令其因受痛苦而生改悔之意。然亦含有使犯罪以外者生恐懼觀念之意也。所謂特別預防者。著眼於犯人之改善也。其絕無改善之望者。始令其隔離社會。例如某乙犯竊盜罪。處以徒刑者。爲使

一般預防
與特別預防

其於獄中一方面接受教導。一方面學習技能。望其於出獄後成爲有職業之良民。某丙犯強盜罪。處以無期或死刑者。以其惡性重大。無改善之可能。須使隔離社會。以保社會之安全。均非以恐嚇一般人爲目的者也。故於執行刑罰時。以秘密行之而不事公開。又對於處罰犯人。注重刑罰之目的。卽係祇求犯人之不致再犯。不必以實爲標準。而科以一定之刑罰。例如甲乙二人同時犯同樣之傷害罪。一係教授。一所犯事爲流氓。對於前者。宜科罰金。或予緩刑。對於後者。宜科徒刑。蓋教授爲在社會上有名譽地位。若違科以徒刑。卽足削去其生活之根據。科以罰金。略示儆戒。使其知所戒懼。決不致再犯矣。流氓於社會上無甚地位。又無職業。若科以徒刑。於生活上不徒無甚影響。且可使其在獄中學習一種技能。於出獄後。能本其技能以謀職業。亦不致再犯也。按舊派之所以注重一般預防。新派之所以注重特別預防者。以其對於犯罪之觀察點不同也。舊派觀察犯罪。僅及兩方面。一爲被害者之被害事實。一爲社會輿論對於犯罪之抨擊。此兩方面皆係認犯罪爲可惡之行爲。蓋

在被害者身受犯罪行為之痛苦。社會一般人士恫於犯罪行為之再見。對於犯人。皆深惡痛絕。自認爲不可恕。故有罪應罰。罰必從重。乃成爲天經地義。鐵案不磨。試觀盜匪行刑之際。旁觀者莫不鼓掌稱快。是其明徵。新派觀察犯罪。更及犯人方面。卽係對於犯人因何而犯罪。予以研究。發現犯罪之原因。有由於個性關係者。有由於環境關係者。犯人爲犯罪原因所迫。始實施其犯罪行為。是猶人之患病。良非得已。乃認犯罪爲可憐之行爲矣。故對於預防犯罪之方法。注重去其犯罪原因。對於個性不良者設法教導之。對於不易生活者。設法使有職業。而不欲僅憑犯罪事實而予以重罰。此卽所謂特別預防政策。亦卽現代刑法之目的也。

三 刑法之沿革

(一) 世界各國刑法沿革概略 世界各國刑法。其發達多在民法之前。考歐洲之有民法。以羅馬之十二銅標爲其權輿。而在雅典、斯巴達強盛時已粗有刑制。十二銅標

之制定約在西歷紀元前四五百年。當吾國周代之末葉。而吾國之有法律已在三代以前。可知歐西法律之發達實在吾國後也。至刑法之漸次發達。大抵有一共同經歷之階級。茲爲便於講述。爰分爲四時期以說明之。

報復時代

(I) 報復時代 自人羣進化。交接日繁。遇有侵害。每生衝突。報復之念。因之以起。彼發此應。循環豈有已時。迨文化漸趨發達。共感私人仇報行爲爲不便。乃以報復之權委之團體之長。使之代行。至國家組織完備之時。則又全然變爲國家應有之權力。刑罰之制於焉以生矣。在當時本以代人民行使報復之權爲主。故其制度純存報復之觀念。奪人之生命者。國家卽奪其生命。傷人之身體者。國家亦傷其身體。刑法思想之簡單。實莫過於此時。自此以後。國家之組織日增鞏固。元首乃漸視國如家。視民如子。因不欲多所殺傷。以耗國家之元氣。遂一變報復之手段。除情罪較重者外。別立贖金制度。財產刑卽從此而生焉。然其主義則仍未變也。

威嚇時代

(2) 威嚇時代 國家成立以後。人口臻衆。競爭日劇。在人民一方面。風俗習尚不

若前此之儉樸。性格亦不若前此之純良。欺詐之行爲。強暴之舉動。遂不免時有發生。欲維持社會之安甯秩序。頗覺不易矣。而元首一方面。威權日固。每肆其專橫。不顧人民痛苦。又以與人民惡感既深。時虞暴發。乃不得不用威嚇手段以圖鎮壓。於是嚴刑峻罰。無所不用其極。此爲刑罰最慘酷之時代。法蘭西之大革命未始不受其影響也。自報復時代一變而入於威嚇時代。其刑法之殘酷加甚。蓋言報復者不過殺人者死傷人及盜抵罪而已。而持威嚇主義者。其所處刑。則不僅達其適當之罪而止。必於適當之刑以外而加以非分之刑。其目的要在威嚇犯罪以外之人。使之生畏懼之心。與從被害者一方面或犯人一方面觀察者不同。處刑之殘酷有由來也。

博愛時代

(3) 博愛時代 降至十八九世紀之間。社會契約說盛行全歐。而個人之權利思想日益發達。當時學者謂社會之成立由於個人之集合。個人與社會締結無形之契約。是國家刑罰權之取得乃由於個人之委託也。對於個人處分不可過酷。一時均爲此種學說所鼓動。乃起而廢止嚴峻之刑罰。改用罪刑法定主義。卽以如何行爲爲犯罪。犯

如何之罪當處以何等之刑罰。皆預爲之規定。不能任裁判官之自行擅斷也。但經此改革之後。犯罪不見減少。而累犯且加多。故至今而刑罰制度又有所變更矣。此時代之刑法尚非刑法之改良及進步。不過本人道主義及民權主義以反對嚴峻之刑罰耳。於犯人方面、被害者方面、社會方面均未加以審度。在刑法上觀之。直是一種無目的之主張也。蓋立法必有目的。無目的則徒尙寬緩輕縱。亦於社會無利益可言。故經此改革之後而犯罪不見減少而累犯加多。雖有謂係由於驟然寬緩之故。然要以無目的爲最大之原因焉。

科學時代

(4) 科學時代 至今日科學發達。學者於犯罪加以科學的研究。謂爲生物或社會之一種現象。對於刑法主張審按犯罪之事實及犯人之情狀。而科以適當且有效果之刑罰。雖對於同等之犯人。而處刑不妨有所差別。例如對於偶然犯罪之體面商人處以數十元之罰金。其效力必強於處慣盜以三數年之徒刑也。於是犯罪原因學及刑事政策學頗爲當代所注意。刑法之改革當有進步矣。至此時代則論事不尙空談。立法亦

求實際。對於犯罪處刑之標準。注意從犯人方面加以觀察。認犯罪爲人之一種惡性。宜施以特別的預防方法根本予以滌除。認刑法爲滌除之工具而已。所有威嚇報復博愛諸論調皆置之不論矣。故期於有刑罰效果之刑法於此時代得以產生。然究能得有幾何之效果。恐尙非專從犯人方面所適用之特別預防方法所能奏效。對於社會方面亦不能不有多少之顧慮。若欲顧及社會方面。欲使犯人以外之人類有所畏懼而不敢爲。則威嚇主義未可全廢也。

(二)中國刑法沿革概略 吾國刑法可分爲三時期說明之。唐虞三代爲第一時期。自秦漢至清末爲第二時期。自民國元年至今爲第三時期。茲分述如次。

唐虞夏商
周之刑法

(一)第一時期 本時期無完全成文法規可言。其刑罰制度之大要。可於尙書周官中窺見一斑。如舜典中謂象以典刑、流宥五刑、鞭作官刑、扑作教刑、金作贖刑、眚災肆赦、怙終賊刑等語是也。此後夏禹商湯以及於周。皆代有其制作。其詳今已多不可考。湯作官刑。定三風十愆。以儆於有位。似專爲官吏而作。及紂王無道。罪

人以族。焚炙忠良。刳剔孕婦。爲炮烙之刑。創醢脯之法。乃專制君主逞其殘暴而已。不能認爲刑罰之制度也。周初刑法。載於周官大司寇。以五刑糾萬民。有野刑、軍刑、鄉刑、官刑、國刑之分。司刑掌五刑之法。麗萬民之罪。有墨劓宮刑大辟之別。如後世之有主刑。而鞭扑爲從刑矣。小司寇以五聲聽訴訟。卽今審判官採用自由心證之意。害人者置之圜土而施職事。卽今監獄之制。此第一時期之概略也。按象者法也。典者常也。象以典刑者。國有常法以資遵守也。流者放之他方也。流宥五刑者。犯五刑之罪而有可寬宥之情形者。卽不執行五刑。而流放於遠地也。鞭者刑具也。鞭作官刑者。以鞭爲治官事之刑也。扑卽夏楚。亦刑具也。不勤於業者則以扑撻之。故扑爲專用於教育之刑。金卽罰金。情可原而法不能免於刑者卽可納金以贖之。皆過失也。災害也。因過失而罹法者可以赦免。怙者不悛也。怙惡不悛則終當刑之矣。此皆陳典刑之義以告天下之民。其詳細之規定後世已無可考。刑制既定。則次第施行。於是流共工於幽州。放驩兜於崇山。竄三苗於三危。殛鯀於羽

山。四罪而天下咸服。可知用刑之少而慎也。在當時之刑事政策務尚寬緩。并實行預防。故明刑弼教。以期無刑。且有宥過無大。刑故無小。罪疑惟輕。功疑惟重。與其殺不辜甯失不經之訓。考三苗之君習蚩尤之惡。不用善化民。而制以重刑。作五虐以事殺戮。刵耳劓鼻。椽陰黥面。以加無辜。故堯舜惜之。代以流放。而黥劓之文不載唐虞之籍矣。禹承舜禪。本與堯舜同其治世之策。後因有亂政而作禹刑。商有亂政而作湯刑。湯又制官刑以儆有位曰。敢有恆舞於宮。酣歌於室。時謂巫風。敢有殉於貨色。恆於遊畋。時謂淫風。敢有侮聖言、逆忠直、違耆德、比頑童。時謂亂風。所謂三風十愆者卽此也。

周以大司寇掌三典以佐王刑邦國詰四方。所謂三典者。刑新國用輕典、刑平國用中典、刑亂國用重典是也。以五刑糾萬民者。刑、法也。糾卽督察之意也。故野刑上功糾力、軍刑上命糾守、鄉刑上德糾孝、官刑上能糾職、國刑上愿糾暴。（考暴字當爲恭字之誤也）以五聲聽訟獄者。卽心證也。一曰辭聽。聞其出言。不直則煩也。

。二曰色聽。觀其顏色。不直則報也。三曰氣聽。觀其氣息。不直則喘也。四曰耳聽。觀其聽聆。不直則惑也。五曰目聽。觀其眸子。不直則眊然也。置之圜土者。欲其困而悔。悔而改也。其能改者。置之鄉里。三年不許列於平民。又上罪三年而舍。中罪二年而舍。下罪一年而舍。其不能改而先行逃亡者則殺之。

其時用法頗不平等。乃本乎親親貴貴之義。故云刑不上大夫。命夫命婦不躬坐獄。王之同族有罪不卽市。殺親者焚之。殺王之親者辜之。殺人者踣於市肆皆法也。受刑者各給以役。猶今之勞役也。故墨者使守門。無妨於禁御也。劓者使守關。以貌醜而遠之也。宮者使守內。以其人道絕也。劓者使守圉。以驅衛禽獸無急行也。髡者使守積。以其爲王族也。迨乎周道中衰。刑書漸弛。穆王因命呂侯作刑。世稱呂刑。墨罰之屬千。劓罰之屬千。剕罰之屬五百。宮罰之屬三百。大辟之屬二百。五刑之屬已三千矣。其後於五刑外又加流贖鞭扑。稱爲九刑。孔子曰。大罪有五。而殺人爲下。逆天者罪及五代。誣鬼神者罪及四代。逆人倫者罪及三代。亂教化者罪

及二代。手殺人者罪止其身。

戰國末至
秦之刑法

(2) 第二時期 戰國之末。魏文侯用李悝著法經六篇。爲吾國刑法列爲專篇之鼻祖。亦卽本時期之開始也。六篇中首盜法、次賊法、次囚法、次捕法、次雜法。而具法殿焉。衛鞅相秦。卽據爲變法之基。及始皇兼吞戰國。遂毀先王之法。滅禮誼之官。專任刑罰。斷獄理書。昕夕不輟。卒至姦邪並生。赭衣塞路。嚴刑之效。於茲可觀矣。

按李悝魏文侯師也。集諸國刑典著法經六篇。以爲王者之政莫急於盜賊。故首著盜法。盜賊須劾捕。故次以囚法捕法。又將輕狡博戲假借不廉淫侈踰制各條彙爲雜法一篇。殿以適用之例曰具法。具法卽今之刑法總則也。及商鞅相秦。請變法。以六篇爲圭臬。更嚴其令。令人爲什伍而相收。司連坐。不告姦者腰斬。告姦者與斬敵首同賞。匿姦者與降敵同罰。禁私鬪。犯者各以輕重被刑大小。令既具。徙木以示信。刑太子傅以示威。令之初作臨渭水刑七百餘人。渭水盡赤。又增加肉刑。大辟

有抽脅鑊烹之制。居三年道不拾遺。山無盜賊。家給人足。勇於公戰。怯於私鬪。秦人大治而大悅。威嚇主義之效果乃大觀。秦刑之殘酷於此植其基矣。及始皇兼併六國。下令焚書。坑殺儒生。嚴刑峻法。有加無已。秦之澌滅亦於此肇其端也。

漢之刑法

高帝入關。約法三章。除秦苛虐。然大辟尙有三族之誅。慘刑亦未全去。旅以三章之法不足禦姦。遂令蕭何摭拾秦法作律九章。六篇之外更有所增。至文帝除肉刑、廢同坐、而刑罰大省。孝武卽位。外事四夷之功。內盛耳目之好。徵發頻數。百姓貧耗。酷吏繫斷。姦宄日多。於是招進張湯趙禹之屬。條定法令。作見知故縱之法。緩深故之罪。急縱出之誅。其後姦猾巧法。轉相比况。禁網寢密。律令三百五十九章。大辟四百零九條。千八百八十二事。死罪決事比萬三千四百七十二事。文書盈於几閣。典者不能遍觀。是以承用者駁。或罪同而論異。姦吏因緣爲市。所欲活。則傅生議。所欲陷。則予死比。暴戾冤濫。於斯爲極。孔子曰。古之知法者能省刑。本也。今之知法者不失其罪。末矣。孰知至斯時求其末而不可得。蓋斯時之治

獄者。不察其罪之有無。但期其死之多耳。是以網密而姦不塞。刑蕃而民愈媿也。幸至孝宣漸事改革。尚寬緩。始免於亂。然終漢之世無峻於此時者矣。

按三章之法爲殺人者死傷人及盜抵罪。蓋以傷人者曲直。盜賊有多少故言抵。然大辟猶誅三族。慘刑有斷舌斬趾及醢其骨肉之法。蕭何定律仍以法經六篇爲本。除參夷連坐之罪。增部主見知之條。益事律擅興廄戶三篇。合爲九篇。後又由叔孫通增附律十八篇。趙禹朝律六篇。張湯越宮律二十七篇。共合六十篇。及呂后除三族罪。文帝除肉刑易刑名。然外有輕刑之名。其實入於死者尤多。蓋笞數既多亦不能活也。景帝因減少其受笞之數。改五百爲三百。三百者二百矣。後又減至一百且改笞背爲笞臀。畢一罪乃得更人。自是笞者得全。至漢武令張趙條定法令而刑罰又尙嚴酷矣。後漢光武留心庶獄。梁統上疏謂刑不宜務輕。而廷尉議則以爲崇刑峻法非明王急務。因不從。繼復用郭躬陳寵之流。於嚴刑多所減削。又復入於寬緩矣。

魏之刑法

魏明帝定魏律十八篇。多仍秦漢之舊。惟將具律冠於首。改爲刑名。較漢律已增九

章。卽刦殺詐僞毀亡告劾繫訊斷獄請賊驚事價贓是也。

晉之刑法

晉武帝命賈充等定法令就漢九章增十一篇。共二十篇六百三十條。

南北朝之
刑法

南朝梁武帝梁律二十篇。陳武帝定陳律三十卷。

北朝後魏定魏律三百七十條。北齊定齊律十二篇。首篇曰名例。合刑名法例爲一篇也。爲後世名例所自仿。後周定大律二十五篇比於齊法煩而不要。

隋文帝煬帝先後定律皆五百條。文帝每尙慘急。而姦回不止。至定盜一錢棄市之法。而盜賊蠶起。終不能制。

按隋文帝初令高穎等更定新律。其刑名有五。死刑二。有絞有斬。流刑三。千里至二千里。徒刑五。一年至三年。杖刑五。六十至於百五。笞刑五。自十至五十。獨除前代鞭刑及梟首轘裂之法。其流徒之罪皆減從輕。惟大逆謀反叛者父子兄弟皆斬。家口沒官。又置十惡之條。一曰謀反。謂謀危社稷也。二曰謀大逆。謂謀毀宗廟山陵及官闕也。三曰謀叛。謂謀背國從僞也。四曰惡逆。謂毆及謀殺祖父母父母殺

伯叔父母姑兄姊外祖父母夫及夫之祖父母父母也。五曰不道。謂殺一家及支解人造畜蠱毒魘魅也。六曰大不敬。謂盜大祀神御之物乘輿服御物之類是也。七曰不孝。謂詛詈祖父母父母及祖父母父在別籍異財及供養有缺居喪嫁娶及匿喪詐喪之類是也。八曰不睦。謂謀殺親屬也。九曰不義。謂謀殺上官及受業師及妻匿夫喪改嫁之類是也。十曰內亂。謂姦親屬也。又枷杖大小咸爲之程品。行杖者不得易人。勅四方辭訟有枉屈。縣不理者以次經郡及州至省。仍不理乃詣闕申訴。有所未愜聽讞登聞鼓。有司錄狀奏之帝。又每季親錄囚徒。後因覽刑部奏斷獄數猶至萬條。以爲律尙嚴密。故人多陷罪。又勅蘇威牛弘等更定新律。除死罪八十一條。流罪百五十四條。徒等千餘條。共留五百條。凡十二卷。卽名例衛禁職制戶婚廢庫擅興盜賊讞訟詐僞雜律捕亡斷獄是也。自是刑綱簡要。疏而不失。惟文帝因無學每以文法繩下。有主典盜倉粟者差人馳驛斬之。又於殿前決人或有盜一錢亦死。煬帝卽位。以文帝禁網深刻。又勅修律令。除十惡之條。三年新律成。亦爲五百條。凡十八篇。卽名例

衛宮違制請求戶律婚律擅興告劾賊律盜律鬪律捕亡倉庫廢牧關市雜律詐僞斷獄是也。百姓久厭苛刻。於是共慶刑寬。但後此煬帝外征四夷。內窮嗜慾。兵革歲動。賦斂繁滋。盜賊因而蠶起。又不得不更爲嚴刑矣。

唐之刑法

唐初撰律令因隋之舊。爲十有二篇。太宗時復定律五百條。分爲十二卷。於隋代舊律減大辟入流九十二條。減入徒者七十一條。又定令千五百九十條爲三十卷。慎刑縱囚。世稱其美德。高宗時詔長孫無忌等撰律疏三十卷。卽今所傳之唐律疏義也。唐之刑書有四。卽律令與格式。律令者。國家之制度也。格者百官有司之所常行之事也。式者其所常守之法也。律之爲書因隋之舊爲十有二篇。篇目與隋同。其用有五。卽笞杖徒流死。亦因於隋。十惡之條與隋異者僅改大不敬爲大不恭耳。尙有八議。同於周制。一曰議親。謂皇親也。二曰議故。謂國之故舊也。三曰議賢。謂有大德行也。四曰議能。謂有大才藝也。五曰議功。謂有大功勳也。六曰議貴。謂職事官三品以上散官二品以上及爵一品也。七曰議勤。謂有大勤勞也。八曰議賓。謂

承先代之後爲國寶也。凡合於以上八議之資格者。如犯死罪應先奏請議。議定奏裁。流罪以下減一等。但犯十惡者則不議耳。

五代之刑

五代除梁有新律外。法律無多創制。

宋元之刑法

宋元之律多因於唐。有宋一代雖編纂勅令格式至數百種之多。然未制有新律。據宋史刑法志大學衍義等書所載。宋代係行用唐律令格式。及五代條例。律所不載者則斷之以敕。元初循用金律。曾自定至元新格。但非純粹之刑律也。

明之刑法

明太祖頗注意於律令。令劉惟謙等詳定大明律。謂立法貴在簡當。使言直理明。人易曉。若條緒繁多。或一事而兩端。可輕可重。使奸貪之吏夤緣爲奸。則所以禁殘暴者反以賊良善。非良法也。并逐日與諸議律官及儒臣講論以求至當。書成至檢閱者再。必去繁就簡。減重從輕。累經更定。至洪武六年十一月更定大明律。其篇目一準於唐。採用舊律二百八十八條。續律百二十八條。舊令改律三十六條。因事制律三十一條。掇唐律以補遺一百二十三條。合六百有六條。分爲三十篇。其間損

益務合輕重之宜。每成一篇必繕進。揭於兩廡之壁親加裁定。九年又釐正十三條。十六年又定詐僞律。二十二年復編類頒行。頗稱完整。實爲清律之張本。先是刑部奏言比年律條增損不一。在外理刑官及初入仕者不能盡知。致令斷獄失當。請編類頒行。俾知遵守。遂命翰林院同刑部官取比年所增者參考折衷。以類編附。舊律名例附於斷獄下。至是特載之篇首。凡三十卷四百六十條。名例一卷四十七條。吏律二卷。職制十五條。公式十八條。戶律七卷。戶役十五條。田宅十一條。婚姻十八條。倉庫二十四條。課程十九條。錢債三條。市廛五條。禮律二卷。祭祀六條。儀制二十條。兵律五卷。宮衛十九條。軍政二十條。關律七條。廢牧十二條。郵驛十八條。刑律十一卷。盜賊二十八條。人命二十條。鬪毆二十二條。罵詈八條。訴訟十二條。受贓十一條。詐僞十二條。犯姦十條。雜犯十一條。捕亡八條。斷獄二十九條。工律二卷。營造九條。河防四條。又十惡及八議與隋唐略同。按此律多本唐律。芟繁削贅。因事續置。大抵比舊增多十之二三。以六曹分類。於擅興廢庫各篇

裁定分別納入。代背篋以臀杖。而斷無過百。易黥面以刺臂。而法止賊盜。見知僅嚴於逃犯。故縱則深於捕亡。收孥連坐之條亦祇限於反逆及大不道者用之耳。他如圍土之制嫌其太重則貸之以輸作。嘉石之制嫌於太輕則罰之以荷校。盜官藏受贓枉法罪皆死。又嫌於太重。則著爲雜犯之令。而聽其贖鍰與輸作焉。由杖徒一轉而入大辟則嫌於太疏。則定議著徒邊戍邊永戍之令。其冥頑不軌之民或情罪不麗於法。復許所司比擬奏決以行。比附援引爲法律所許矣。

清之刑法

清有大清律。多參用明律。定於順治之初。至康熙十八年復加修訂。定律文四百三十六條。并附以例。例凡一千零四十二條。雍正乾隆代有修改。至嘉慶六年增定條例爲一千五百七十餘條。附於律之後。蓋律以定罪。例以輔律。其斷罪之法。有例者不引律。有單行章程者則不引例。犯罪有公罪私罪之別。官吏犯罪又別有處分則例。其見諸吏律者。僅關於罪名之規定而已。戶律爲關於民事者，兵律爲關於軍事者。而刑律中之訴訟捕亡斷獄等篇又皆關於訴訟事件。故自唐以來之律。可謂合民

法刑法民刑訴訟法爲一編者也。五刑之制與明相同。笞自一十至五十。凡五等。杖自六十至一百。亦分五等。徒刑自一年起至三年止。以半年爲一等。流刑自二千里起至三千里止。以五百里爲一等。謂之五徒三流。至死刑在唐僅爲斬絞二種。明始加凌遲。清亦因之。流之外又有發遣及充軍。遣有一定之地。軍則臨時定之。有附近近邊遠烟瘴極邊之別。又贖分收納二種。收贖爲法律所定。而納贖則由官司核其罪情而定也。更有秋審朝審之制。於死罪之實緩矜疑別有條款焉。

按清律之分類與明類相同。五刑之笞杖徒流死亦無大異。名例首列律目及律母八字之義。曰以者與實犯同。曰準者與實犯有間。曰皆者不分首從一律科罪。曰各者彼此同科此罪。曰及者因類而推。曰卽者意盡而復明。曰若者文雖殊而會上意。又重於流者爲軍。附近發二千里。近邊發二千五百里。邊遠發三千里。極邊煙瘴皆發四千里。重於軍者爲遣。遣有一定地點。不計里程。如發往新疆雲貴兩廣極邊煙瘴地方是也。

清律修改
訂立新法

至光緒季年。爲世界新刑事政策之潮流所迫。從事改良。其動機實自遣派留學生及設立仕學館始。及修訂法律館成立。以改訂刑律爲初步。沈家本主其事。先將大清律之凌遲梟首戮屍及緣坐刺字等項刪除。加以修訂。更名爲大清現行刑律。新刑律草案其時亦已告成。經各部及各省督撫簽議。復由法律館累次修改。交資政院議決。其總則於宣統二年十二月二十五日合分則一併公布。定於四年施行。未及期而民國已成立。此第二時期之概略也。

按大清現行刑律之內容仍大清律例之舊。不過加以削減而已。計名例三十九條。職制九條。公式十一條。戶役十二條。田宅十條。婚姻十五條。倉庫二十三條。課程四條。錢債三條。市廛五條。祭祀六條。禮制十九條。宮衛十五條。軍校十八條。關津二條。廢牧十條。郵驛十五條。盜賊二十七條。人命二十條。鬪毆二十條。罵詈八條。訴訟十條。受贓十條。詐僞十一條。犯姦九條。雜犯十條。捕亡七條。斷獄二十八條。營造八條。河防四條。共計三百八十九條。比舊律減少四十七條。除

名例之目尚存外。所有吏戶禮兵刑工各律之名皆廢。流罪改爲工作。軍罪改爲安置。笞杖酌改罰金。毋容實發。此其與舊律特異之點也。此種新律雖多改良之點。但仍沿用秦漢以來舊統。不過預備爲將來施行新法之基礎耳。故仍列入第二時期。在此時對於備將來應用之新刑律已積極進行修訂。其草案之歷史約可分爲數段。第一草案係法律館起草。經所聘日本顧問岡田博士之參酌。大概沿襲日本刑律者爲多。光緒三十三年由沈家本奏上。名爲新訂刑律草案。第一草案奏上之後奉旨交各部各省徵求意見。任其簽注。一時新法學思想尙未普及。各省督撫見之駭然。由是評論蠱起。新舊法家爭執頗烈。卽就無夫和姦無罪一條而論。已不知宜若干筆戰矣。於是彙集羣言交法律館覆議修正。宣統元年十二月法律館略加修改會同司法部再行奏上。是爲修正刑律草案。旋又交憲政編查館核定。卽爲核訂草案。同時提交資政院於宣統二年議決總則。因爲預定頒布之期限所迫。將總分則一并奏上。名爲大清新刑律。是年十二月二十五日內閣奉諭頒布。未定施行日期。尙無實施效力。

民國初元之刑法

(3) 第三時期 民國成立之後。經臨時參議院議決。將前清末及施行之法律草案。除與民國國體牴觸各條予以刪除外。一律請由大總統頒行。大清新刑律因即於民國元年三月十日修正頒布。定名為中華民國暫行新刑律。即民國以來適用之刑律也。三年十二月二十四日頒布刑律補充條例十五條。即日施行。對於新刑律向無規定之無夫姦加以罪刑。無親屬關係之妾亦準用關於妻之規定。五年九月法律編查會將刑法草案加以修正。曰刑法修正案。其內容較新刑律稍有不同。以後復有第二次修正案。及改定第二次修正案。北京政府時代因尚未通過國會。未能頒行。其兩次修正內容頗多改善之處。故國民政府以該案為藍本稍加修改。於民國十七年三月十日正式公布。九月一日施行。定名為中華民國刑法。民國二十四年復由立法院加以修訂。仍稱中華民國刑法。於同年七月一日施行。(以下本書稱前此之新刑律為暫行刑律。十七年頒行之刑法為舊刑法二十四年頒行之刑法為新刑法望讀者注意)。

新刑法之
兩次修訂

四 刑法之內容及種類

刑法爲規定犯罪與刑罰之法律。卽規定何種行爲爲犯罪。對於犯罪如何處罰。以及犯何種之罪處以何種之刑。依此說明。全部刑法可分爲三大部分。一爲犯罪構成之要件及關於犯罪之各規定。二爲刑罰之種類及關於適用刑罰之各規定。三爲罪刑之配合。卽犯何種之罪處以何種之刑也。第一二兩部分爲適用刑法之共同法則。規定於刑法總則中。第三部分則依罪之種類分別規定於分則中。合總則與分則。始成爲全部刑法。至刑法在學理上之定義。則以一語包括之。卽刑法者規定關於犯罪及刑罰之公法也。試分析言之。

(一) 刑法爲關於犯罪之規定 所謂關於犯罪之規定者。蓋除規定犯罪構成之要件外。尚有共犯累犯以及一行爲數結果或數行爲一罪如何處分之各規定也。故凡與犯罪有關之各規定皆屬之。

總則與分則

(二)刑法爲關於刑罰之規定 所謂關於刑罰之規定者。蓋除規定刑罰之種類外。尚有刑之加減免除以及緩刑假釋與時效之各規定也。故凡與刑罰有關之各規定皆屬之。

(三)刑法爲公法 刑法係爲國家行使刑罰權而制定。非爲保護私人之權利而制定。即係國家對於犯人本於權力關係之處置。而非被害人本於權利關係之處置。違反刑法者有時雖係侵害個人之法益。而刑罰權却係因國家而存在。故刑法實爲公法。

刑法本爲處罰一般人而制定。但因人因地因事因時之有特殊情形者。往往非有適合於該特殊情形之刑法不便適用。故有普通刑法與特別刑法之分。普通刑法者。以適用於一般人爲原則之刑法也。本書所述之刑法屬之。特別刑法則以適用於特別地域特定時期或特定之人與事爲目的而制定。茲分述之。

(一)適用於特別地域者 此因該特別地域有特殊情形。不能適用普通刑法。不得不特定一種適合於該地域之刑法。例如日本之台灣。另有特別刑法。專適於該區域內

。我國在前清亦有理藩部則例。專適用於蒙古西藏者。惟民國刑法尙無對於蒙藏之特別單行法耳。

(二)適用於特定時期者 此係臨時因特別事件之發生而制定者。於一定時期內有適用之效力。例如專適用於戰時之條例是。

(三)適用於特別之人者 此係因對於有特別身分者不能適用普通刑法。例如陸海空軍軍人。以其身分之不同而有陸海空軍刑法之制定。即爲專適用於軍人之特別刑法也。

(四)適用於特定之事者。此因對於特定事項有專設刑罰規定之必要而制定也。例如公司法商標法破產法皆有刑罰之規定。即爲專適用於特別事項之特別刑法也。

形式刑法
與實質刑法

刑法因所處地位之不同。又有形式刑法及實質刑法之分。凡具有刑法之外形者爲形式刑法。其僅具有刑法之實質而不具刑法之外形者爲實質刑法。例如普通刑法陸海空軍刑法懲治盜匪條例危害民國緊急治罪法等。皆爲具有刑法之外形者。一見其名

稱卽知爲刑罰法令。故皆稱形式刑法。他如公司法商標法破產法。在實質上亦各有刑罰之規定。但從名稱上觀之。僅知爲民事法規。而不知其中含有刑事法規。故均稱爲實質刑法。

刑法與刑事法

此外有須附帶述及者。爲刑法與刑事法之區別。及刑法學與刑事學之區別。稱刑事法者。包括刑事訴訟法刑事執行法刑事法院組織法以及刑法在內。卽凡一切與刑事有關之各法規皆屬之。故刑法亦刑事法之一種也。又有所謂刑事學者。爲研究關於犯罪原因學及刑事政策之總稱。如刑事人類學、刑事社會學、刑事立法政策、刑事社會政策。皆屬之。至刑事學與刑法學之區別。在刑事學爲研究犯罪之原因及防止之政策。以作刑事立法及運用之方針。刑法學爲於實際之刑法上研究犯罪與刑罰之原理原則及適用。又可分爲沿革刑法學、比較刑法學、解釋刑法學三種。凡僅研究刑法之沿革者。爲沿革刑法學。僅研究各國刑法之比較者。爲比較刑法學。就刑法之內容予以解釋研究者。爲解釋刑法學。

刑事學與
刑法學

五 關於刑法之主義

報復主義
及事實主義

(一)報復主義及事實主義 刑法本由復仇之觀念而起。故在初期之刑法。以犯罪爲違反正義。予以報復爲天經地義之行爲。蓋刑法卽報復行爲之替代品也。故稱爲報復主義。基於此種主義之刑法。亟求罪刑在客觀上之平衡。卽以犯罪事實之大小。爲處罰輕重之標準。不容稍有出入。故犯罪之結果大者。雖爲偶然之犯人。亦必處以重刑。其結果小者。雖爲習慣之犯人。僅能處以輕刑。蓋不求主觀上之平衡也。此種專憑事實大小以定刑罰輕重之主義。稱爲事實主義。此種主義甚合乎報復主義時代之刑法。故凡採報復主義者。同事必採事實主義。

目的主義
及人格主義

(二)目的主義及人格主義 刑法自入科學時代後。認爲犯罪之所以處罰者。非爲報復其違反正義之行爲。而爲欲達到防止犯罪之目的之行爲。對於處罰之輕重。及所科加刑罰之種類。皆以能否達到防止犯罪之目的爲標準。此種主義稱爲目的主義。

凡探目的主義者。同時必兼採人格主義。人格主義係從主觀的審查犯人之惡性。憑其惡性之大小。以爲處罰之輕重。所犯事實之大小。所不顧也。

感應主義

(二)感應主義 此主義係折衷人格主義與事實主義之間。不專從主觀的考察犯人之惡性。更從客觀者審查犯罪之事實。憑此兩種標準以定罪刑之輕重。是以使犯人對於所處刑罰能發生一種感應力爲目的。認不能使生犯人生感應力之刑罰爲無效之刑罰。故稱爲感應主義。

擅斷主義
與法定主義

(四)擅斷主義與法定主義 在國家取得刑罰權以後。本以代行報復爲目的。對於處罰犯人。純以所犯情節爲施刑之標準。其輕重與種類原無法律爲之限制。一任審判官自由裁量。此卽所謂擅斷主義也。採用此種主義之結果。審判官之處罰犯人。既無法律爲之限制。每有任意出入人罪而流於專橫之弊。是非有公正善良之審判官。難期罪刑之得當。然一國之大。需用審判官甚多。豈能保其悉爲公正善良。故法定主義乃應運而生。所謂法定主義者。由國家制定刑法。對於某罪應處某刑。悉由法

相對的法定主義

定。不許審判官有自由裁量之權。此固足防止審判官流於專橫之弊。但犯罪情節千狀萬態。有時非制定法律時所能想像者。且不能對於一種犯罪而累至數十百條。以致法文龐雜。愈難適用。然若對於千狀萬態之犯罪情節使用同一法條。而科以同一刑罰。似又非事理之平。其難期罪刑之得當則一也。故又有相對的法定主義出而救其弊。所謂相對的法定主義者。即對於某罪之刑罰。預定一適當之範圍。在此範圍內。任審判官自由裁量。庶於科刑時有所選擇。而又不致流於專橫。故現代刑法多採用之也。

六 刑法之效力

刑法之效力者。謂刑法關於時及人與地之效力也。關於時者。即自何時起至何時止有其效力。及新法頒行後。對於舊法時期之行為應適用何法之各問題。關於人者。即對於外國人在本國犯罪或在外國犯罪。及對於本人在外國犯罪。是否為刑法效力

之所及。關於地者。即對於在本國領域內犯罪者是否全體均能適用。此皆爲刑法關於效力之問題。茲分別論述之。

關於時之效力

(一)刑法關於時之效力 刑法關於時之效力。依照右述可分爲三種。一爲效力自何時發生。二爲效力自何時終止。三爲新法施行後對於舊法時期之行爲應依何法處斷。再分別論之。

效力自何時發生

(甲)效力自何時發生 刑法效力之發生。與一般法律效力之發生相同。故新刑法無明文規定。在一般法律效力之發生。其時期有二。一爲自公布之日施行。二爲由政府另定施行日期以命令公布之。其自公布之日施行者。應在該本法之末條以明文規定之。例如謂「本法自公布之日施行」云云。即該法自政府以命令公布之日即發生效力。大抵對於僅規一部分事項之單行法規定。多自公布日施行。其另定施行日期者。多爲大部法規。如民刑法及訴訟法等。必先行公布。使全國皆已知曉。且另制定一種施行法。然後定期實施。至公布之方法。有將法文揭示於公共場所使民衆

週知者。羅馬十二銅標法。卽係採此方法爲之，有將法文刊登政府公報。以代揭示者。我國卽係採此方法。故各種法令。皆藉政府公報發布之。但非一經登載政府公報。便卽發生公布之效力。仍須同時發布政府之公布命令。其公布之效力。應以該命令發布之日期爲準。故登載公報。日期有在命令發布之後數日者。應以發布命令日期爲公布日期。其另有施行日期者。其施行之期。更與公報之公布日期無關。在另有施行日期者。屆期施行。當無問題。惟以公布日期爲施行日期者。則因各地見到公報有遲早不同。全國各地頗難期其一致。例如以中國幅員之廣闊。對於首都所發行之公報。有遲至十餘日或一月始能達到者。自不能同時施行。若以公報到達之日爲施行之期。漫無標準。亦頗感困難。故國民政府曾有各地視爲到達日期之規定。以資救濟。惟刑法之施行。係屬於另定施行日期者。當無此種問題之發生也。

效力至何時終止

(乙)效力至何時終止 刑法效力至何時終止。新刑法亦無明文規定。當與一般法律

同。在一般法律之效力。除有時間性之法律外。應俟另有替代之新法施行時。方能廢止。替代舊法之新法既經施行。則無論有無廢止舊法之明文。關於舊法之效力。除新法中另有規定外。應即終止。例如新刑法第二條第一項但書云。「但裁判前之法律有利於行爲人者。適用於最有利於行爲人之法律。」可知舊刑法雖因新刑法之施行而終止其效力。若舊刑法中有利於在該法有效時期之行爲人之法條。仍可適用也。在一般法律之廢止。有明示廢止及默示廢止二種。明示廢止者。於新法施行時。特以明令爲廢止舊法之表示。或於新法施行法中爲廢止舊法之規定也。默示廢止者。舊法雖無廢止之明文。但可推定其已廢止也。其應注意之點有三。(1)對於同一事項。同時有二法規定時。可推定係以新法廢舊法。例如舊刑法有殺人罪之規定。新刑法亦有殺人罪之規定。可知舊法之殺人罪已不適用。(2)新法爲普通法舊法爲特別法。新法之規定非以舊法所規定之事項爲目的。則特別舊法依然存在。例如私鹽治罪法爲特別法。新刑法爲普通法。新刑法係非以規定私鹽治罪法爲目的者

。則私贖治罪法非俟另廢止之明文。其效力依然存在。若舊特別法規定之事項新法亦規定之。則祇觸新普通法之舊特別法可推定其爲廢止。例如軍用槍砲取締條例爲舊特別法。而新刑法第一百八十七條已將取締軍用槍砲之事項規定之。則舊軍用槍砲取締條例可推定其爲廢止矣。(3)新舊二法並存在時。則祇觸新法之部分可推定其爲廢止。以新法優於舊法故也。例如陸海空軍審判法爲舊法。新刑事訴訟法爲新法。該新舊二法之效力現均存在。依陸海空軍審判法第一條之規定。軍人犯刑法所揭之罪者。亦適用軍事審判。但新刑事訴訟法第一條第二項規定云。軍人軍屬之犯罪。除犯軍法應受軍事裁判外。仍應依本法規定追訴處罰。兩種規定有所牴觸。則陸海空軍審判法關於此點之規定。因新刑事訴訟法之施行而廢止矣。此外法律經公布施行後。雖經百年未用。不能視爲廢止也。

(丙)新法施行後對於舊法時期之行爲應依何法處斷 本問題計分五種情形。(1)行爲在舊法時期。舊法認爲無罪。而新法認爲有罪者。(2)行爲在舊法時期。舊法認

對於舊法
時期之犯
罪如何處
斷

爲有罪。而新法認爲無罪者。(3)行爲在舊法時期。新舊法均認爲有罪。但輕重不同者。(4)行爲之開始在舊法時期。延至新法施行後方終止或尙未終止者。(5)行爲在舊法時期。新舊法雖均認爲犯相同之罪刑。但新舊法對於其他之規定不同。(例如追訴時效之起算及停止等)應依何法處斷。

欲解決上述各問題。試先審閱下列各主義及我國新刑法所採之主義。

主張概從
舊法者

(1)主張概從舊法者 此係以法律不溯既往之原則爲根據。謂對於舊法時期之行爲。新法無溯及之效力。故應概從舊法處斷。然法律不溯既往之原則應係指消極的適用而言。對於積極的適用。當在例外。所謂消極的適用者。謂對新法認爲有罪之行爲。因舊法認爲無罪。卽不生罪刑之效果。是屬消極者也。所謂積極的適用者。謂舊法認爲有罪或其罪較重之行爲。新法認爲無罪或其罪較輕。卽適用新法。是屬於積極者也。至有根本反對此主義者。謂審判官應適用當時具有實施力之法律。對於既歸廢止之法律應無適用之權能。且立法者既以舊法之不適用而改立新法。則適用

新法。方爲適當。但當新舊兩法交替時期。在舊法施行期中尚未受裁判之行爲。至新法施行後。雖不應再行適用舊法。若極端的不溯既往。有時亦難得事理之平。不能認爲適當也。

主張概從
新法者

(2) 主張概從新法者 此主義與上述第一主義適立於極端反對之地位。是對於法律不溯既往之原則全然不顧。則人民之生命財產常足爲立法者所左右。今日依舊法所犯之輕罪。明日卽有依新法變爲重罪之虞。今日依舊法爲無罪之行爲。明日將有依新法而受處罰之慮。則人懷疑懼。殊足影響社會之安寧。可知此主義不能絕對的採用也。

主張以從
新法爲原
則但舊法
之刑較輕
者則從舊
法

(3) 主張以從新法爲原則但舊法之刑較輕者則從舊法 此主義係將上述二主義予以折衷者。謂新法既經頒行。其本質自較舊法爲優。本應全體適用。以收新法之效。但爲免除概從新法之疑慮起見。對於舊法時期之行爲。如依舊法之刑較輕者。則從舊法。且以符公平之旨。其依舊法認爲無罪之行爲。新法不予追訴。不待言也。

主張以從舊法爲原則但新法之刑較輕者則從輕

主張以從新法爲原則但舊法及中間法有利於人者適用舊法及中間法

(4) 主張以從舊法爲原則但新法之刑較輕者則從新法。此主義謂新法不能溯及既往。乃爲不易之原則。若有違反。法人必難甘服。但對犯人有利益時改從新法。當無不平之鳴矣。此僅就刑之輕重而論。可從新法。而其餘各點當仍從舊法也。

(5) 主張以從新法爲原則但舊法及中間法有利於行爲人者適用舊法及中間法。此主義於上述第三主義大致相同。惟第三主義係專指罪刑之輕重而言。此則兼指一切適用法條而言。是無論係屬何種規定。均擇有利於行爲人者適用之。實爲最適當之立法例也。

右述各主義。按之各國立法例。各有採用之國。例如第一主義爲紐約及美國數州所採用。採第二主義爲土耳其瑞士數州及我國暫行律。(按暫行律雖採用從新主義。但有二條件。一須爲未經確定裁判之行爲。二須爲舊法同認爲有罪之行爲。)採第三主義爲瑞士數州及我國舊刑法。第四主義則採用者甚多。如德國法國比國以及丹麥挪威瑞典西班牙葡萄牙匈牙利日本墨西哥等國皆採用之。第五主義則爲暹羅荷蘭

意大利及我國新刑法所採用。新刑法第二條第一項云。行爲後法律有變更者。適用裁判時之法律。但裁判前之法律有利於行爲人者。適用最有利於行爲人之法律。第二項云。保安處分適用裁判時之法律。第三項云。處罰之裁判確定後。未執行或執行未完畢。而法律有變更不處罰其行爲者。免其刑之執行。茲分析言之。

(1) 在新法施行前之行爲。除依同法第一條之規定。(按第一條謂行爲之處罰。以行爲時之法律有明文規定者爲限。)認爲無罪者外。均以適用新法爲原則。

(2) 舊法及中間法之各規定。(包括關於刑罰及其他一切規定在內)凡對於行爲人較新法爲有利者。均適用之。卽何法之規定爲最有利於行爲人者。卽適用何法之規定也。

(3) 對於保安處分。無論行爲在何時。完全適用新法。

(4) 依舊法所處之刑罰。縱已確定裁判。祇要尙未執行。或雖在執行中而尙未完畢者。如新法已無處罰該行爲之規定者。均免除其刑之執行。

前
述
問
題
之
解
決

基於新刑法之規定。則前述四問題均可依此解決。即該問題所列之第一種情形。例如委棄守地罪、(新刑法第一二〇條)取得重利罪、(新刑法第三四四條)傳染病毒罪、(新刑法第二八五條)妨害發育罪(新刑法第二八六條)等為舊法所不為罪者。應均不處罰。第二種情形。例如依舊刑法第一百六十二條之規定。於犯罪可以預防之際。知有重大犯罪而不報告者。有處罰之明文。而新刑法無此規定。應不處罰。第三種情形。例如有夫之婦在舊法時期與人和姦者。依舊刑法第二百五十六條及新刑法第二百零三十九條之規定。均認為有罪。但新刑法之刑較輕。應依新刑法所規定之刑處斷。第四種情形。例如於舊法時期以私禁方法剝奪人之行動自由者。至新法施行後。始行解放。或尚未解放。應完全適用新刑法。第五種情形。例如於暫行律適用時期犯殺人罪。依暫行律第三百十一條及新刑法第二百七十一條之規定。其罪刑相同。關於科刑之規定。應適用新刑法。而關於計算追訴時效之規定。則依暫行律仍以十五年為滿。但暫行律有時效中斷之規定。新刑法祇有時效停止之規定。則除有依

關於地與人
之效力

法不能開始或繼續偵查起訴或審判程序之情形外。其時效之進行。應不停止。至新刑法施行後如已屆滿十五年。則不能追訴矣。

(二)刑法關於地與人之效力 關於地與人之效力者。即對於何地何人能適用之問題。換言之。即是否在無論何處對無論何人皆能適用之問題也。各國立國法例所採主義微有不同。茲將各種主義及我國所採主義分述之。

各種主義
之內容

(甲)各種主義之內容

(一)屬地主義 屬地主義係以本國領域內為刑法效力所及之範圍。質言之。係以地為刑法適用之標準也。凡在本國領域內者。無論為本國人或外國人。皆當受本國刑法之支配。依此主義。則在國外犯罪者。雖為本國人。亦不能受本國刑法之制裁。祇能由外國處治。是本國刑法轉不能制裁本國人民。頗難謂當。在創此主義者。意謂本國領域為本國法權之所及。凡在領域內者。如不能受本國法之支配。殊有損本國之主權。故不能不以屬地主義為拘束領域內各外國人之根據。要知純採屬地主義

之結果。如犯人逃往外國即無從處治。亦有失處治本國人之權力。仍不能達到完全行使主權之目的。此其缺點也。

(2) 屬人主義 屬人主義係以本國人民爲刑法效力所及之標的。質言之。係以人爲刑法適用之標準也。凡屬本國人民。無論在本國或外國。均當受本刑法之制裁。依此主義。則外國人民雖在本國領域內犯罪。亦不能以本國刑法處治之。是本國主權之行使。在國內已須受限制。其有失本國主權行使之完整。較屬地主義尤有過之。且外國人在國內既不受我國刑法之制裁。殊難保持國內之安甯秩序。不僅有礙主權之行使而已。此爲屬人主義之缺點也。

(3) 保護主義 保護主義係將屬地屬人二主義爲有條件的併存。質言之。係以法益爲刑法適用之標準也。即對於本國或本國人民之法益有侵害者。不論犯罪地在國內或國外。亦不問犯罪者爲本國人或外國人。均應受本國刑法之支配。意謂法律原爲保護國家及人民而設。若專採屬地主義或屬人主義。殊不能達到保護之目的。故不

得不兼採兩主義之所長而併存之。依此主義。則本國人在外國犯罪時。在事實上殊難運用本國之主權於外國領域內。對於滯在外國之犯人仍無從制裁。論者謂係空言主張耳。然對於滯在國外之犯人。雖於事實上滯在外國時不能處治。若該項犯人一旦來至本國。則仍可達到制裁之目的。若併此空言主張而無有。則將來該項犯人來至國內時。亦無處治之根據。故又不能謂其絕爲空言主張。而無實益可言也。

(4) 世界主義 世界主義係主張不分國界。謂犯罪爲侵害各國之共同利益。無地與人之區分。皆可逮捕而處罰之。犯人逮捕地之國際團體代表即有處罰之特權。質言之。係以保護世界共同利益爲刑法適用之標準也。然各國刑法內容不一。有此國認爲有罪而彼國認爲無罪者。且於犯罪地以外行裁判時。不爲蒐集證據。亦頗感困難。故多認爲陳義過高。未能完全採用也。

(5) 折衷主義 折衷主義係以屬地主義爲原則。而兼採屬人主義及保護主義者也。我國新刑法係採此主義者。此主義所主張之要點有四。一、所以採屬地主義爲原則

者。所以保本國主權行使之完整也。二、採用屬人主義以補充屬地主義之不足。但以本國人民在外國特別犯重大各罪者爲限。對於普通犯罪仍不適用。三、採用保護主義以補屬地屬人兩主義之缺點。但僅以外國人在國外對本國犯特種之罪。或對本國人民犯重大之罪者適用之。四、對於妨害各國公共利益之犯罪。亦間採世界主義以處治之。例如對於海盜及販賣奴隸之犯罪是也。

(6) 行爲地主義 有時犯罪跨兩國領域而成立。卽行爲在甲國而結果在乙國。或行爲在乙國而結果在甲國。究應受何國法權之支配。採行爲地說者。謂以犯罪之行爲爲標準。行爲在何國。適用何國之刑法。卽所謂行爲地說也。

(7) 結果地說 如前述情形。有主張結果地爲何國。卽受何國法權之支配。所謂結果地說是也。

(8) 行爲與結果地併爲犯罪地說 如前述情形。併認行爲地與結果地皆爲犯罪地。卽此說也。

我國新刑
法所採之
主義

第三條係
探屬地主
義

(乙)我國新刑法所採之主義 我國新刑法係以折衷主義爲依歸。規定於第三條至第八條中。茲分述之。

(一)依新刑法第三條之規定。係探屬地主義者。該條云。「本法於中華民國領域內犯罪者適用之。在中華民國領域外之中華民國船艦或航空機內犯罪者。以在中華民國領域內犯罪論。」是凡在中華民國領域內犯罪者。無論爲本國人或外國人。且不論所犯爲何種之罪。均應依本國刑法處斷。至中華民國之船艦或航空機。皆爲中華民國主權行使之區域。該項機船之在國內者。固無問題。其因航行而在國外時。如在公海或公空亦無問題。其在他人私海或私空者。若他國亦探屬地主義。則不無法權行使之牴觸情事發生。但立法言法。當以事實問題爲例外。蓋每因特殊事實之發生。而一時的或一部分的停止法律之效力。亦所恆有。然不能因而廢法。即在本國領域內。有時因特殊事實之障礙。而不能行使本國之法權。如因領事裁判權之類。亦屬例外。且在航行於外國領域之機船內犯罪者。雖於事實上一時不易以本國刑法

國內法上
之例外

處治之。若該犯人來至本國。則仍有處治之權。又或該外國非探屬地主義者。於其主權亦無妨礙。何必於立法上自行限制其適用。此本條之所以對於機船航行國外者亦以領域內論也。惟本條所探屬地主義。仍有當然之例外。一為屬於國內法上之規定者。一為屬於國際法上之慣例者。屬於國內法上之例外。在各國立法例中。類以元首及國會議員為限。我國憲法尙未正式制定。推前臨時約法上第十九條第十一款曾有規定云。「參議院對於大總統認為有謀叛行為時。得以總議員五分四以上之出席。出席員三分之二以上之可決彈劾之。」第四十一條云。「臨時大總統受參議院彈劾後由最高法院全院審判官互選九人組織特別法庭審判之。」是元首在職時除對於謀叛外不負刑事上之責任。現所適用之訓政時期約法因國民政府係採委員制。僅有主席而無元首。故未有類此之規定。至元首之所以不負刑事責任者。在君主國之君主為國家主權所寄。且為保持其地位之尊嚴。不應使受審判。在民主國之元首。亦為一國統治權之最高行使者。其他位之動搖。易滋國內之紛糾。故除謀叛外亦應不

使其在職時負刑事責任也。國際法上之例外則爲享有治外法權者。因其享有治外法權。故不受駐在國法權之支配。依國際慣例。享有治外法權之人計有四種。(A)外國元首及其家屬與從人。(羅馬教皇亦同)但從不盡爲外國人。故有限於非內國人之說。其實爲優遇外國元首起見。不必有此區別。惟有從其職務上爲之區別者。如係常職則爲其元首之正式從人。否則爲一時的僱用。若爲內國內。應不使享有治外法權也。(B)外國代表。其應享治外法權之理由有三。一謂國與國間無刑罰權之存在。外國代表係代表其國家。故不應使負刑事責任。但代表之行爲應否負刑事責任。當以其行爲之種類而定。其觸犯刑法。如係個人之行爲。與代表之職務無關。何能本此理由而不使負責。例如該代表所犯爲強姦罪。卽與所代表之職務無關也。二謂外國代表有獨立行使其職權之權。若因犯罪而使受刑事審判。便有妨害其職權之行使。例如因其有犯罪嫌疑而搜索其寓館。則外交上之祕密難免因而有所洩漏。殊非保全其職務之道。故應受駐在國法權之支配也。三謂外國代表既係代表其國家。

應受國際上之禮遇。使負刑事責任。卽有失禮遇也(C) 經本國承諾而入本國內之軍隊或軍艦。(D) 外國派駐本國之領事。其任務係管理僑民事務之行政官。并非外交官。自法理言之。本無治外法權之享有。然在事實上。領事已有不服從駐在國法權之通例。故亦認爲有治外法權。

治外法權
與領事裁
別判權之區

於此有宜注意者。治外權不可與領事裁判權混爲一談。蓋所謂治外法權者。係謂於駐在國法權以外而自有其法權之權也。僅不受駐在國法權之支配而已。此種權利基於國際間之禮遇而發生。無庸以條約訂定之。且對於任何國家均互相保有其權利。乃一種平等的權利也。領事裁判權爲外國派駐之領事有裁判其僑民訴訟之權。殊與駐在國之法權有所牴觸。蓋凡外國僑民應受駐在國法權之支配。爲採用屬地主義者所同認。欲破壞駐在國關於法權上之屬地主義。非有條約之明定不可。故取得領事裁判權者。應以條約爲根據。茲將治外法權與領事裁判權之區別列舉如左。

一 治外法權乃國際法上之原則。行於普通諸國。領事裁判權係由於條約之效力。

乃國際法之例外。

二 治外法權有絕對不服從駐在國主權之意味。領事裁判權但居留人民關於訴訟事件有服從本國法律之意味。

三 治外法權凡人與物皆有不服從駐在國法律之權利。其範圍極廣。領事裁判權不過裁判一事不受駐在國管轄。其範圍極狹。

四 治外法權基于國際禮儀便利起見。領事裁判權以締結國雙方之文野而生。

五 治外法權爲平等權利。無論國家之強弱文野皆得享有。領事裁判權爲不平等之權利。以強國對於弱國及先進國對於後進國始有之。

六 有治外法權者以元首外交官軍隊軍艦等爲限。而領事裁判權之適用則祇問果爲外國人民否。無論其爲商人教士流氓均得享有領事裁判之利益。

七 治外法權爲變動權利。凡軍隊軍艦于戰時在中立國者均須卸去武裝。暫時不得享有。領事裁判權爲不變之權利。雖在戰時于中立國之有領事裁判權者仍得享有之。

八 治外法權爲消極的且受動的。故行使此權不必用何種之設備。只駐在國不行使司法權及租稅徵收的權足矣。領事裁判權爲積極且主動的。故須有領事司理裁判。且設有各種制度。方始成立。

由上數種觀之。則領事裁判權與治外法權實則各爲一物。不可混爲一談。乃我國人對於此點不加研究。試觀各種漢文條約所謂領事裁判權多誤爲治外法權。

關於領事裁判權之條約。除德俄業經廢棄外茲略舉數條如次。

中英續約(咸豐八年訂)

第十五款 英屬民相涉案件。不論人產。皆歸英官查辦。

第十六款 英國民人有犯事者。皆由英國懲辦。中國人欺凌擾害英民者。皆由中國地方官自行懲辦。兩國交涉事件。彼此均須會同公平審斷。以昭允當。

第十七款 凡英國民人控告中國民人事件。應先赴領事官衙門投稟。領事官即當查

條約記載
領事裁判
權之實例

明根由。先行勸息。使不成訟。中國民人赴領事官告英國民人者。亦應一體勸息。間有不能勸息者。卽由中國地方官與領事會同公平訊斷。

中法條約（咸豐八年訂）

第三十五款 凡大法國人有懷怨挾嫌中國人者。應先呈明領事官覆加詳核。竭力調停。如有中國人懷怨大法國人者。領事官亦應虛心詳核。爲之調停。倘遇有爭訟。領事官不能爲之調停。卽移請中國官協力辦理。查核明白。秉公完結。

第三十八款 凡有大法國人與中國人爭鬧事件。或遇有爭鬧中（或一二人及多人不等）被火器及別器毆傷致死者。係中國人由中國官嚴拏審明。照中國例治罪。其應如何治罪之處。將來大法國議定例款。如有別樣情形在條款未經分晰者。俱照此辦理。因所定之例。大法國人在各口地方如有犯大小等罪。均照大法國辦理。

第三十九款 大法國人在通商各口地方如有不協爭執事件。均歸大法國官辦理。遇有大法國人與各國人有爭執情事。中國官不必過問。至大法國船在通商各口地方。

中國官亦不爲經理。均歸大法國官及該船主自行辦理。

中美條約（咸豐八年訂）

第十一款 僑華民與大合衆國人有爭鬪詞訟等案。華民歸中國官按律治罪。大合衆國人無論在岸上海面與華民欺侮騷擾毀壞物件毆傷損害一切非禮不合情事。應歸領事等官按本國例懲辦。至捉拏犯人以備質訊。或由本地方官或由大合衆國官均無不可。

第二十七款 合衆國民人在中國通商各港口自因財產涉訟。由本國領事等官訊明辦理。若大合衆國民人在中國與別國貿易之人因事爭論者。應聽兩造查照各本國所立條約辦理。中國官員不得過問。

第二十八款 倘遇有中國人與大合衆國人因事相爭不能以和平調處者。即須兩國官員查明公議察奪。

又領事裁判權以審理各該國所屬人民訴訟爲限。對於中國人民訴訟自無過問之權。

而上海會審公廨本爲中國分設於租界內之初級法庭。向例祇遇外人爲原告時始許領事陪訊。不意自民國反正以後。外國領事對於華 與華人之訴訟案件竟出庭會審。此項辦法不徒於條約毫無根據。卽於洋涇濱設官會審章程亦大相違背。故大理院迭次解釋不認其審判爲有效力也。

關於國際法上之例外均本於國際條約及慣例。在刑律上應不列明文。惟暫行律則以明文規定之。該律第八條云。第二條第三條第五條及第六條之規定。若因國際上有成例而不適用者仍依成例。謂國內法以不得變更國際條約及慣例爲原則也。新刑法則認爲不當。已不設此項規定。蓋謂吾國對於各國雖尚有領事裁判權之條約。乃不過一時的限制。且今日俄德之領事裁判權業經廢棄。而新立約之國皆不許再有此項特約。將來對於已有特約之國亦不難次第改正。自不必於國內法留此規定也。

刊法上之
領域

至本條之所謂領域者。爲刑法上之領域。與地理上之所謂領域不同。地理上之所謂領域。以領土領水領空爲限。其義較狹。而刑法上之所謂領域。尚有船艦航空機領

事裁判區域軍隊占領地等在內。祇要能暫時行使法權之處。即可稱爲領域也。茲分述之。

領土 此指列於版圖內受本國統治之土地而言。本國領土內以適用本國刑法爲原則。但有例外情形時。如日本之於台灣。我國之於蒙藏。尙未完全適用也。

領水 附連於陸地之江湖海洋。其隸於本國版圖內者。皆謂之領水。洋中之主權本爲各國所共有。外海之主權亦非一國所獨有。特其與海岸或洋岸相連之部分。與相沿之國家有密切關係。不能不劃出一部分歸沿岸國家所有。此被劃歸之一部分即爲其國之領水。依國際通例。領水於以由沿岸炮彈所能及之處爲限。嗣因炮彈力有強弱不同。殊難作爲一定之標準。遂改爲以沿岸三海里內爲限。雖後又改爲六海里。迄未實行。至河川可通航者。以最深點爲界。不可通航者以中線爲界。湖則自其中點向各濱海之國境線連接成直線。卽以此種直線爲界線。

領空 自航空機發明後。空中亦發生領域問題。其分界之標準。係上自天空垂一直

線下至領土或領水之界爲止。凡在界內之空間皆爲領空。

船艦及航空機 本國船艦及航空機所及之處。不問該船艦及機外之處爲何地。其機船內應視爲本國領域。故機船外雖爲外國領域。而機船內視爲本國領域。其在公海公空者無論矣。此新刑法第三條後半所以有以在中華民國內犯罪論之規定也。但機船在外國領域內時。在我方雖認爲本國領域。而是否應受彼方之支配。不能謂無問題。依國公法之原則。對於軍艦及商船稍有區別。軍艦爲供國防之用。與內地砲壘相同。外國之權力既不可侵入砲壘。自亦不可侵入軍艦。凡在軍艦內犯罪。原不受所在地法權之支配。僅對於碇泊地有擾亂秩序行爲時。該所在地之國家有防禦權耳。而商船在外國領域內則應服從所在國之法律。但近時國際法學者謂其中應有分別。即受所在國法律之支配者。以該船於碇泊時犯罪者爲限。其於航行中在船內犯罪者。則仍受本國法律之支配也。惟依新刑法第三條之規定。殊無區別之必要。蓋既在中華民國船艦內犯罪。即應受本國法律之制裁。縱當時於事實上所有困難。若不

留此根據。則該犯人將來至中國時。亦無從處治矣。至對於航空機。在國際間雖尚無慣例可援。然亦可準此辦理也。

軍隊占領地 凡由本國軍隊所占領之地。自不容他人行使法權。且爲免混亂計。亦不能不暫視爲本國之領域也。

領事裁判區域 凡本國在外国有領事裁判權者。於其區域內得由本國領事或特派之法官行使法權。故對於此種區域亦爲刑法上之領域也。

無主區域 如公海及無主荒島皆非任何國家之領域。對於該處自得視爲刑法上之領域。而行使本國之法權。以其未侵害任何國之主權也。

(2) 依新刑法第六條及第七條之規定。係採屬人主義者。第六條云。「本法於中華民國公務員在中華民國領域外犯左列各罪者適用之。」

第六條第
七條係採
屬人主義

一 第一百二十一條至第一百二十三條。第一百二十五條。第一百二十六條。第一百二十九條。第一百三十一條。第一百三十二條。及第一百三十四條之瀆職

罪。

二 第一百六十一條之脫逃罪。

三 第一百十三條之偽造文書罪。

四 第三百三十六條第一項之侵占罪。」

第七條云。「本法於中華民國人民在中華民國領域外犯前二條以外之罪而其最輕本刑爲三年以上有期徒刑者適用之。但依犯罪地之法律不罰者不在此限。」是凡在中華民國人民及公務員在中華民國領域外犯罪者。皆有處罰之規定。但對於所犯之罪所有限制耳。係公務員者。以第六條所列舉各罪爲限。係人民者。則以第五條第六條所列舉以外之罪且最輕本刑爲三年以上者爲限。按第七條之規定。係完全採屬人主義。其犯罪雖在中華民國領域外。因其係屬本國人民。故不能不認爲有受本國刑法支配之義務。但在事實上。我國在外國尚無領事裁判權。非俟其回國後無從處治耳。中華民國公務員在國外犯罪者。其情形亦與人民同。非俟其回國無從處治。惟

僅謂公務員。未以有中華民國國籍之公務員爲限。外國人爲中華民國公務員者亦爲事所恆有。則第六條除採屬人主義外。尙含有保護主義之意味在內。關於第六條與第七條之規定。尙有一區別者。卽犯第六條之罪者。不問該條之罪是否爲所在國法律所罰。而犯第七條之罪者。則以所在國法律有處罰規定爲限。始能論罪。例如依墨西哥之法律不罰賭博罪。則在墨西哥之僑民雖犯賭博。不以爲罪也。至何謂中華民國人民。應以有無中華民國國籍爲限。其有無國籍之標準。應以國籍法爲根據。依國籍法之規定。有固有國籍及取得國籍之分。其生時父爲中國人。或生於父死後其父死時爲中國人者。或父無可考或無國籍而母爲中國人者。或生於中國地父母均無可考或均無國籍者。皆爲固有籍。外國人有下述情形之一者取得國籍。一爲中國妻而依其本國法無保留國籍之規定者。二父爲中國人經其父認知者。三父無可考或未認知。母爲中國人經其母認知者。四爲中國人之養子者。五歸化者。除歸化者之取得國籍須經過法定手續外。餘均祇要有該項事實之認定。卽以取得中華民國國籍

論。又有下述情形之一者喪失國籍。一爲外國人妻自請脫籍經許可者。二父爲外國人經其父認知者。三父無可考或未認知母爲外國人經其母認知者。四爲自願喪失國籍經許可者。但已爲刑事嫌疑人或被告人。或受刑之宣告執行未終結者。爲民事被告人或受強制執行未終結受破產之宣告未復權者。有滯納租稅或受滯納租稅處分未終結者。皆不許喪失國籍。亦不可不知也。惟犯罪有在取得國籍或喪失國籍前者。究應適用何國法律。論者雖未盡一致。然通說主張以行爲時爲標準。

(3) 依新刑法第五條及第八條之規定。係採保護主義者。第五條云。「本法於凡在中華民國外犯左列各罪者適用之。」

一 內亂罪。

二 外患罪。

三 偽造貨幣罪。

四 第二百零一條及第二百零二條之偽造有價證券罪。

第一編 前論 六 刑法之效力

五 第二百十一條第二百十四條第二百十六條及第二百十八條之偽造文書印文罪

六 第二百九十六條之妨害自由罪。

七 第三百三十三條及第三百三十四條之海盜罪。」

第八條云。「前條之規定。於中華民國領域外對於中華民國人民犯罪之外國人準用之。」是凡在中華民國外犯罪者。無論犯人爲中華民國人或外國人。祇要所犯爲第五條所列舉之各罪。皆當依中華民國刑法處治。此係爲保護被侵害之特種法益起見。而採用保護主義。倘外國人所犯不在該條所列舉各罪之內。以其與中華民國無重大關係。除係對中華民國人民犯最輕本刑爲三年以上徒刑之罪。應依第八條之規定處治外。均不負刑法上之責任。惟若係中華民國之人民。則應第七條之規定處斷。不問是否對本國人之犯罪。祇要所犯最輕本刑爲三年以上徒刑者。卽應負刑事責任。又外國人任中華民國之公務員者。應包括於第六條內。犯該條所列舉之罪者。亦

應受中華民國刑法之支配。

茲將右述各情形列表於左較易明瞭

人別	犯罪地	所犯法條	本國刑法有適用之效力
本國人	本國	刑法全體	有
外國人	同右	同右	同右
本國人	外國	第五條及第六條以外之罪最輕爲三年以上者	有
外國人	同右	同右	以被害者係中華民國人民爲限始有適用之效力
本國公務員	外國	第六條所列舉之罪	有
外國人任本國公務員者	同右	同右	有
本國人	外國	第五條所列舉之罪	有
外國人	同右	同右	有

據右表觀之。本國人在外國侵害本國國家社會或本國人之法益。固應受本國刑法之

支配。但若係侵害外國國家社會或外國人之法益。本國既未受有損害。應無處罰之必要。其所以亦須處罰者。因現代刑法係採特別預防主義。而非採報復主義。乃係視刑法為改善惡性之工具。故雖係對外之犯罪。而犯人既係中國人。仍當以刑罰改善之。以防將來之危險。至對外國人侵害中國或中國人之法益。雖無以刑罰改善其惡性之必要。然為維持中國法權之威信計。亦不能不認為有處治之權。故對外國人侵害外國人之法益者則不過問也。

第四條係
採行為地
結果地併
存主義

(4) 第四條係採行為地及結果地併存主義。該條云。「犯罪之行為或結果有一在中華民國領域內者。為中華民國領域內犯罪。」是凡在中華民國領域內為犯罪行為而未生結果者。固應適用中華民國之刑法。即在外國為犯罪行為。若其結果在中華民國發生。亦應適用中華民國之刑法。例如於中外毗連之地。有人自中國境內發鎗射擊外國境內之人。則其結果地雖在外國。而行為地係在中國。依第四條之規定。中國固有管轄之權。即可將犯人逮捕依法處治。不能以之引渡與外國。反之若自外國

境發槍射擊中國境內之人。則結果地雖在中國而行爲地在外國。犯人亦自在外國。此時若外國係採結果地主義者。中國可請其引渡後依法處治。倘外國係採行爲地主義或採行爲結果地併存主義者。則不允將犯人引渡中國。祇能待其來至中國時方能處治矣。又結果地細別之約有三種。一爲初發結果地。二爲中間結果地。三爲最終結果地。例如以槍擊甲地之人時。其人旋赴乙地養傷。而死於丙地。是其結果地有三矣。可稱被擊之受傷地爲初發結果地。養傷地爲中間結果地。其死亡之地爲最終結果地。

刑法對於
已受外國
裁判者之
效力

(二)已受外國裁判者之效力 一事不再理。爲適用法律之原則。但所謂不再理者。就同一法權之下對於同一事實而言。故在同一法權之下。自不容一事再理。若同一事件雖已經外國裁判。祇能認係經過一種裁判之事實。而本國未曾受理。將來本國就該事項依法處理之。不能謂爲一事再理也。故新刑法第九條特以明文規定之。該條云。一同一行爲雖經外國確定裁判。仍得依本法處斷。但在外已受刑之全部或一

部執行者。得免其刑之全部或一部之執行。一依本條之規定。承認外國裁判爲一種裁判事實。在法律上不能認爲已受裁判。故仍須依本法予以裁判。但對於該種裁判事實亦不容蔑視。故對於在外國已受刑之執行者。得酌免除執行。以免受二度刑罰之執行。然若認原所執行之刑罰種類不當。或分量過輕。亦得全不免除或免除一部。此係就該項已往之事實而予斟酌之也。

刑法對於
其他法令
之效力

(四) 刑法對於其他法令之效力 新刑法第十一條云。「本法總則於其他法令有刑罰之規定者。亦適用之。但其他法令有特別規定者不在此限。」是刑法總則除對於分則爲當然之適用外。因其他刑事法令。多無總則之規定。卽偶有規定。亦略而不詳。故亦得適用總則。其所適用者。如關於犯罪之構成要件。以及未遂共犯與時效各規定。在各該本法無規定者。悉得援用。若本法已有規定者。則當先適用本法。不得先適用刑法總則。有在該本法有明文規定得引用刑法各條文者。例如危害民國緊急治罪法第十條云。本法未規定者。適用刑法之規定。又如前清理藩院則例係對於

蒙古之特別法。其關於民事及訴訟程序等規定尙繼續有效。該則例審斷門規定蒙古例無專案則引用刑律。蓋該則例關於刑事部分乃前清刑律之特別法。關於罪刑。該則例有明文規定者適用該則例。該則例規定適用刑律或別無明文者。適用新刑法及其他現行特別刑法。（參閱大理院統字第一九七號解釋）

七 刑法之解釋

（一）解釋之種類 同一文句。每因所處地位及時代之不同。而異其意義。且有對於同一文句之意義如何。人各異其說者。如漢儒解經。重在訓詁。宗儒講學。偏於論理。因其解釋之方法不同。而意義亦自有異。惟於法律須有一定之解釋。方能適用。否則對於同一事件。前後異判。殊足失判斷之公平。而貽社會之疑懼。在刑法動則關乎罪刑出入。於解釋尤屬重要。自解釋之方法言之。有論理解釋及文理解釋之分。自解釋之效力言之。有立法解釋及司法解釋之別。更有學說解釋。亦足爲適用上

之參攷。茲分別說明之。

(甲)論理解釋與文理解釋 凡不拘文句之字義。就條理及立法之旨趣以尋釋其真義者。謂之論理解釋。僅就文句之意義以為文理上之釋明者。謂之文理解釋。有時因文理解釋之結果失於狹隘。須從論理解釋以擴張其範圍。而探求立法之旨趣。謂之擴張解釋。或有時因文理解釋之結果失於寬泛。須從論理解釋以縮小其範圍。謂之縮小解釋。但解釋刑法不許比附援引。即不許為類推解釋也。例如法文明定以花柳病成癩瘋病傳染於人者應負刑事責任。若以類推解釋而比附之。則所傳染者為瘡疥。亦可援引該法條而入人以罪。故為刑法解釋上所不許也。但當然解釋有時與類推相似。例如法文明定吸食鴉片者有罪。若不吸食方法而用吞食方法。自亦包括在內。乃屬當然解釋。或稱自然解釋。

(乙)立法解釋與司法解釋 於立法當時。為防將來發生疑義起見。預先列入解釋法文用語之專條者。該項條文係專作解釋之用。謂之立法解釋。其或於條文後附有立

法理由者。該項理由亦係立法解釋。其於適用時始發生疑義。由統一解釋法律機關（按依現行法之規定爲司法院）爲統一之解釋者。謂之司法解釋。前者與法文有同等之效力。除依修改法律程序予以修改外。不失其效力。後者雖對各級法院有拘束力。但仍得由解釋機關隨時變更其解釋。故有在後之新解釋。則在前之舊解釋便失效力。此外最高法院之判例亦有解釋法律之效力。亦可稱爲司法解釋。但較正式解釋之效力爲遜。又統一解釋法律機關雖有解釋之權。但祇能就抽象的法律問題予以解釋。不能就具體的事體予以解釋。蓋若就具體的案件解釋。殊有指揮審判之嫌也。

（丙）學說解釋 學者依據學理對於法律不啻對於該案件下以裁判。解釋上所提出之意見。每足作司法之參攷。雖不能發生直接的效力。但亦有間接的效力。故稱爲學說解釋。又稱私人解釋。此種解釋。非必專就某條文特下以解釋。大抵於著作或論文中論述之。如主張適當。司法機關可作條理視之也。

（二）新刑法用語之法定解釋 按新刑法對於用語之必須解釋者。已於立法當時以條

文特別規定。此卽立法解釋。與法文有同一之效力也。試分述之。

(甲)法文中稱以上以下以內之意義 新刑法第十條第一項規定云。「稱以上以下以內者。俱連本數在內。」此卽解釋以上以下以內之定義。免所援用時有所誤解。例如稱千元以上者。則連恰爲千元之本數計算在內。同時不得稱千元以下。若同稱千元以下。則恰爲千元之數又可包括以下之內。便不可通也。故稱千元以上者。對於以下之數須同時稱千元未滿。稱千元以下者。對於以上之數須同時稱超過千元。方爲適法。以內之例亦依此類推。

(乙)法文中稱公務員之意義 新刑法第十條第二項規定云。「稱公務員者。謂依法從事於公務之人員。」所謂公務者。不問屬於國家機關或自治機關者。亦不問由於政府之任命或人民之選舉。凡基於法令所規定。而從事於國家機關或自治團體所屬之事項皆爲公務。從事於公務之人員卽謂之公務員。又刑法上之所謂公務與行政法上之所謂公務員。其範圍不同。行政法上之公務員。指特任簡任薦任委員各種公務

人員而言。皆有一定之官階者也。刑法上所謂公務員。其範圍甚廣。卽由無選舉或僱用者。雖無官階。祇要係從事於公務。均得謂之公務員。惟從抽象解釋。有時尚多疑義。茲再就歷來判例解釋中所指出之具體區別。略舉如次。

(1) 士兵不能離軍隊職務。現役士兵不能視爲刑法上之公務員。

(2) 保甲守望隊義勇隊及善後委員會。如其組織於法有據。則保甲守望隊長義勇隊長善後委員會委員皆爲刑法上之公務員。

(3) 黨部之執監委員當然爲公務員。專員及幹事錄事等是否爲公務員。以其資格在法令上有無根據爲斷。

(4) 商會會長事務委員不能認爲公務員。

(5) 縣保衛團軍事訓練員既係從事公務。無論爲聘任或委派。均爲公務員。

(6) 省立學校校長如經中央或省政府任命。當然爲公務員。

(7) 團總依十一年統字第一七一八號解釋。認爲公務員。而二十一年院字第七〇〇

號解釋則否認爲公務員。應以後之解釋爲有效。然若是縣長遴委。應以公務員論。
(8) 依二十一年上字第一五二四號判例。村長非刑法上之公務員。但村長若係依地方自治法而產生。應以公務員論。

(9) 公安局所僱用之偵探。係公役性質。僅由偵探長給以偵探證。并無委任。設在法令上並無根據。祇因一時便利而僱用幫同探訪之人。卽非刑法上所謂公務員。

(丙) 法文中稱公文書之意義 新刑法第十條第三項規定云。「稱公文書者。謂公務員職務上所制作之文書。」其制作之內容。無論爲文字圖畫或符號。祇須爲代表其職務意思所作之文書。皆不妨於公文書之意義。公文書之成立計有二要件。一須爲公務員所作成。二須其內容係屬公務。二者缺一不能稱爲公文書。例如律師會計師所作之文書亦有公的性質。以其非公務員所作。不得謂之公文書。但若係由公務員委託所作者。則爲公文書。又如公務員所致友人之函件。雖爲公務員所作。不得謂之公文書。以其非屬於職務上之文書也。

(丁)法文中所稱重傷之範圍 新刑法第十條第四項規定云。「稱重傷者謂左列傷害

一 毀敗一目或二目之視能。

二 毀敗一耳或二耳之聽能。

三 毀敗語能味能或嗅能。

四 毀敗一肢以上之機能。

五 毀敗生殖之機能。

六 其他於身體或健康有重大不治或難治之傷害。」

傷害上應有輕傷與重傷之分。其輕重之界限。常難得一定之標準。我國以前暫行刑律原有篤疾廢疾及輕微傷害之三種區別。其文例內列有相當之範圍。新刑法以其於實際上仍難謂恰當。故僅有重傷之規定。以別於普通傷害。換言之。即凡非此處所列舉之各種傷害。皆以普通傷害論。蓋以此處所列各種傷害之程度。皆為關於人之

生存上。生有重大損害。而至於毀敗及不治之深重者。始屬於重傷範圍。其所稱毀敗者。即全部喪失其作用之謂。所稱不治者。即全部毫無恢復可能之謂。如視能僅在通常之距離不能辨別。而在通常距離點以下仍能辨別者。只能謂爲減衰。不能謂爲毀敗。又如聽能僅在通常之距離及聲息不能聽取。而在通常距離點以下或較大之音響仍能聽取者。亦祇能謂爲減衰。不能謂爲毀敗。他如語能僅成爲發音艱弱。肢之機能僅達於紳縮不良之程度。而猶能發音或猶能動作者。皆祇能謂語能及肢能之減衰。亦不能謂爲毀敗也。循此義而論。則上列第五第六第七各款。皆可類推而知矣。至關於精神及神經上之疾病。若其發生與傷害有因果關係者。亦應包括於上列第五款之內。此亦當然之解釋也。

第二編 犯罪論

第一章 犯罪之意義

何謂犯罪。卽有責任能力者。於無違法之阻卻時。因故意或過失。違犯刑罰法令所列舉之行爲也。試分晰述之如次。

犯罪須有
行爲

(一) 犯罪須有行爲 行爲者。由於意思發動之身體動作也。故非基於意思發動之身體動作不得謂之行爲。如睡夢中之動作或受強制之動作是。若僅有意思之發動而無外表之動作。亦不得謂之行爲。如僅有殺人之意思而無殺人之動作是。蓋犯罪必以行爲爲主。有意思而無行爲者。雖爲道德及宗教上所不許。而法律非有特別規定不認爲犯罪。

按犯罪須有行爲。此卽法律與道德宗教區別之一要點也。蓋道德宗教可以管束內部

之意思。而法律祇能管束外部之行爲。管束意思之方法。在宗教上假之刑權。在道德上或基於內部之良心。或基於外部之令譽。皆爲法律之效力所不能及也。在法律上既以外部之行爲爲標準。故管束之方法得用刑罰。然刑罰已施不能再復。對於何者爲外部之行爲及應否受罰之標準。更不可不加以嚴密之規定。故法律上於行爲之定義必以基於意思發動之身體動作爲限。是僅有意思之發動固不得謂之行爲。卽有身體動作而無意思亦不得謂之行爲。此身體動作與意思所以爲行爲之要件也。

犯罪須爲
有責任能
力者之行
爲

(二) 犯罪須爲有責任能力者之行爲。責任能力者。有因其行爲而負責之能力也。人之行爲須負責與否。常視其精神狀態及智識程度如何耳。其智識未達於充足之程度者不須負責。如未滿一定之年齡者是。其精神狀態異於常態者不須負責。如有精神病者是。二者皆無負責之能力。故法律不認爲犯罪。

按刑罰因排除人之惡性而設也。而排除之方法則不能不探究其惡性所由起。若惡性之表現由於有意識之動作。卽當用刑罰以鎮壓之或改善之。其動作之出於無意識者

。雖加以刑罰亦必無效。故醫者之治病須對症給藥。而法律家之治惡性獨能有以異乎。此責任能力之說所由起也。論者謂無責任能力者之行爲乃宇宙間一種自然之現象。對於自然之現象。非以科學的方法治之決不爲功。幼童之應受感化教育及精神病者之應入療養院。均爲科學的治療法也。

犯罪須爲
有故意或
過失之行
爲

(三)犯罪須爲有故意或過失之行爲。故意者。明知而故爲之也。如明知刀能殺人。而舉刀向人是。過失者。應注意且能注意而不注意也。如練習射擊。不問前而有人否。而任意開鎗致傷人是。故非有故意或過失者則爲不可抗力之行爲。法律不認爲犯罪。

按法律以不責人以所難能爲原則。蓋若對於不可抗力之行爲而亦予以刑罰。則無時無處不可以犯罪。人無良莠皆有受刑之慮矣。社會之安甯秩序不徒不能爲法律所保護。且將以法律爲擾亂之具。其基礎尙能入於穩固乎。此法律之所以不罰非故意之行爲也。但對於雖非故意而有過失者亦不能概予放任。蓋於應注意且能注意之場合

而仍不注意者。常致增多社會之危險。卽不能認爲惡性而加以較重之刑罰。然不可不予以懲戒而儆其玩忽。故暫行律對於過失犯悉處以罰金。卽示懲戒之意也。惟於玩忽業務者不在此限耳。

犯罪須爲
違犯刑罰
法令所列
爲行不法

(四)犯罪須爲違犯刑罰法令所列舉之不法行爲。不法行爲有種種。不能皆指爲犯罪。如對於行政法上之不法行爲。祇能施以懲戒或強制。對於民法上之不法行爲。祇能責令填補其損害。回復其原狀。惟對於刑罰法令上之不法行爲則須加以刑罰。故行爲時之刑罰法令無處罰其行爲之明文者。在法律上不認爲犯罪。

犯罪須爲
無違法阻
却之行爲

按不法行爲有種種前已述之。刑法所罰之不法行爲則以刑法上所列舉者爲限。所以須有列舉者。採用罪刑法定主義之結果也。蓋罪刑不由法定則不知何種行爲爲犯罪。雖良善之人亦必日懷疑懼。若令良善之人亦懷疑懼。則社會國家不可一朝保矣。(五)犯罪須爲無違法阻却之行爲。違法阻却者。謂其行爲雖爲違法。然於違法性有所欠缺。雖外形與犯罪之行爲無異。而實質上則不同也。如正當防衛或緊急避難之

行爲是。故法律不認爲犯罪。

按凡法律所禁止或命令之行爲不可違反。違反其所禁止者固爲違法。卽違反其所命令者亦爲違法。但有時違反法律所禁止或命令之行爲而法律上竟不認爲犯罪。蓋必有阻却之原因在也。所謂阻却。卽阻止使不入於違法之區域也。何者能爲阻却之工具乎。卽正當防衛及緊急狀態是已。有此兩種原因之存在。則對於刑法所禁止者可以作爲。所命令者可以不作爲。而在刑法上不以違法論也。例如以刀殺人。乃刑法所禁止之行爲。若爲防止他人之攻擊而爲必要的反擊動作。卽可稱爲正當防衛。又如爲強暴所迫致侵害他人之法益。若實處於不可抗力之地位。卽可稱爲緊急狀態。皆不以違法論也。

第二章 犯罪之主體

何謂犯罪之主體。卽有犯罪之資格者也。何者得認爲有犯罪資格乎。在歐洲方面則

犯罪之主
體與自然
人及法人

有古代與近代不同。古代寺院法對於加害於人之禽獸亦可處罰。近代法律思想則僅以人爲犯罪之主體。惟吾國自古已然也。現在法律上所謂人。有自然人及法人之區別。自然人應爲犯罪之主體固無庸疑。而法人之有此資格與否。則不可不加以研究。依普通刑法之規定觀之。殊有非對於自然人不能執行之特徵。蓋處法人以刑罰爲勢所難能也。或謂對於法人祇處罰金尙無困難之處。但罰金不納之結果仍當易以監禁。倘法人實無資力可以繳納罰金。則不能不易以監禁。欲予法人以監禁實難有其方法。無已。則祇有出於封閉之一途耳。然封閉并非刑罰也。故關於此問題頗爲學者所爭論。而學者間有積極說及消極說兩種。主張積極說者謂自然人與法人既同爲權利義務之主體。同有人格。則對於社會不徒自然人之行爲足以生危害。法人之行爲亦足生危害也。既同爲對於社會生危害之行爲。若一則處罰一不處罰。尙能維持社會之安甯秩序乎。例如公司以廣告爲詐欺行爲時。與自然人所爲之詐欺無以異也。詎可因其爲法人而不處罰耶。故法人應得爲犯罪之主體。主張消極說者則謂法人

本非自然人。不過法律上認爲有人格耳。其人格之存在祇能限於法律認許之範圍以內。對於其目的以外之行爲本無人格。即使爲欲達其目的而觸犯刑章。本非法人之本質上所應爲者。特其代表者不循法人之正規耳。代表者若不循法人之正規而觸犯刑律。法人本身無制止之能力。應由代表者自行負責。故不能認法人爲犯罪之主體。以上兩說各有理由。均不更加以否認。故歐洲各國及日本多採折衷辦法。於普通刑法中不規定法人爲犯罪主體。而於特別刑法中以明文規定之。但於法人祇處財產刑不處自由刑。且於審問時以法人之代表爲被告。余意則不如直接處罰其代表法人之自然人爲當。或謂其犯罪行爲若出於法人全體社員之意。不應僅罪其代表人。殊不知代表人既知爲不法行爲。應以避免犯罪爲理由而爲拒絕之聲明也。吾國刑法無處罰法人之明文。前大理院關於本問題曾於統字第一八四號解釋之。吾法人非有明文規定不能有犯罪能力。至實施普通刑律。犯罪行爲之人。無論係爲自己或爲法人謀利益。仍應依刑律斷處。此殆出於消極說之主張也。

人與胎兒
及屍體之
界限

按犯罪之主體應以人爲限。已成今日不易之論。雖中國昔時有於死後戮屍之事實。然非刑罰上之制度。不能以此認定中國昔時曾以死體爲犯罪之主體也。惟人在法律上已成爲廣義之名詞。因有自然人及法人之分也。就自然人而言。凡自然人應有人格。但其人格之發生及消滅頗有研究之問題。卽從何時起始得稱爲人及自何時止始不得稱爲人。在未能稱爲人以前卽爲胎兒。在不得稱爲人以後卽爲死體。所應研究者。卽在何時爲胎兒何時爲死體也。從普通之觀念視之。胎兒與死體甚易與人區別。本無研究之價值。但嚴格論之則頗有重大之關係。蓋從胎兒一變而爲人及從人一變而爲死體之間。相距甚爲密邇。於此密邇之間。大有關乎罪名之出入。例如殺未成人之胎兒者構成墮胎罪。殺已成人之嬰兒者構成殺人罪。殺已死之人體者構成毀壞屍體罪。三者相去甚遠也。就三者在法律上論之。凡已出生者爲胎兒。關於出生之界限如何。學說有五。卽一部產生說、全部產生說、斷帶說、生聲說、獨立呼吸說是也。就中以獨立呼吸說爲多數學者所贊可。此說謂胎兒自脫離母體能自營獨立

呼吸時卽爲出生之時期。關於死亡時期之學說亦有種種。如脈搏停止說心臟鼓動停止說等是。普通以心臟鼓動停止說爲當。蓋有已達於脈搏停止之時而心臟猶有鼓動者。於心臟鼓動未停止以前。有時猶有復甦之望。故於脈搏停止後心臟鼓動未停止以前尙得謂之人。不得以死體論。倘有殺害之者仍當以殺人論罪。自然人於出生以後未達負責年齡以前本不能爲犯罪之主體。茲因論人之界限而述及之耳。但雖不能爲犯罪之主體。却可爲被害之主體。卽犯罪之客體也。故殺成年人與殺嬰兒同罪。蓋不能以被害者年齡長幼爲犯罪輕重之標準。古昔有殺嬰兒罪輕之規定。今則不然矣。

法人能爲犯罪主體與否之問題前已論之。我國刑法無處罰法人之規定。故前大理院已於解釋文中明白宣布。各國刑法對於法人犯罪多有罰其代表人者。德國卽其實例。其他有以明文於廣義刑法中規定處罰法人者。如日本之食鹽專賣法第三八條、鑛業法第一〇六條、漁業法第六五條皆是。於形式刑法有規定者如美國是。但亦祇處

罰金。至法人之性質及關於法人之學說此處不及詳述。參閱民法可耳。

第三章 犯罪之客體

被害法益
與被害者

犯罪之客體有二種意義。即被害法益與被害者是也。所謂被害法益者。犯罪者對於法益之侵害也。至何謂法益。即法律所保護之利益也。蓋法律於凡人所有利益之正當者必保護之。不正當者則排除之。故法律所保護之利益曰法益。法益又可分為個人之法益、社會之法益、國家之法益三種。前一種又可稱為私益。後二種又可稱為公益。其實均互有密切之關係也。所謂被害者。乃因他人犯罪而直接受其損害者也。即所被侵害之法益之持主也。例如甲以刀殺乙。乙即被害者。乙之生命即被害之法益也。蓋法律所保護之法益即生命故耳。又如丙損毀丁之器具。丁為被害者。因器具為丁之財產。即以丁之財產為被害法益。他如侵害人之身體自由名譽者。被害者皆為人。其被害法益則為身體自由名譽也。學者又分被害者為個人社會國家三種

。各有其法益。個人之法益爲生命身體自由名譽財產。國家之法益爲國家行使之權力關係。社會之法益爲公共利益。自然人爲被害者時。不必如犯罪主體之要有責任能力。嬰兒及精神病人雖無責任能力。亦得爲犯罪之被害者。此之所謂個人。法人亦包括之。不過對於自然人所獨有之法益。法人不能有耳。

第四章 犯罪行爲之概說

行爲必爲
人之意思
發動

行爲爲由於意思發動之身體動作前已言之。犯罪行爲者。因達犯罪之目的所爲之行爲也。犯罪之主體限於自然人。故犯罪之行爲必爲人之意思發動。若爲動物之意思發動及一切天災地變之動作。皆不得稱爲行爲。又僅有單純之意思發動及由於強制之舉動皆不得稱爲行爲。

犯罪要有
行爲否

犯罪科刑本以有一定之行爲爲限。但亦有主張不有行爲亦可構成犯罪者。在客觀說主張非有行爲不能成立犯罪。蓋謂不能以心理的狀態爲法律之領域。換言之即謂法

律祇能以人之外部行為爲其領域而有管束之權。心理狀態不能受法律之管束也。在主觀說謂犯罪所以科罰者爲預防危險也。犯罪之成立祇要有危險。不必有行為。換言之。卽法律對於有危險的心理狀態亦應科罰。適與前說立於反對的地位。兩說之外有折衷說出。謂無行為而科罰固有未當。若對於有重大危險之意思表示而不科罰。則於社會之安甯秩序亦殊有影響。不如由法律預立一定之標準。對於某種特定之場合雖無行為亦應認爲犯罪而科以刑罰。庶得其平矣。（參閱次章之意思發動）

犯罪要有
結果否

犯罪行爲完畢之後有發生結果者。亦有不發生結果者。科罰之標準究應否以有結果爲限。遂又成爲問題。對於有結果者稱爲實質犯。無結果者稱爲形式犯。此通說也。但不能全謂有結果卽稱爲實質犯。無結果便稱爲形式犯。蓋形式犯有時亦能發生結果。不過法律上不問其有無結果之發生耳。例如以文字煽惑他人犯罪。本不必要有受其煽惑者而始成立其犯罪。但有時竟有受其煽惑之人也。卽有結果之發生矣。實質犯則以發生結果爲要件。否則不能目爲犯罪之成立。不過因其情節或認爲未遂

單一動作
及多動作
作與犯罪

犯而處罰之耳。例如殺人放火等行爲。如無結果之發生僅以未遂論罪而已。

又犯罪行爲之成立有由單一動作者。又有由於多數動作聯合而成者。既有多數動作。於其中遂有中心事實與附隨事實之區別。中心事實者。其動作可爲犯罪構成之要素而刑法上已有專條規定之事實也。附隨事實者。謂其動作非刑法上犯罪構成之要素而爲犯罪行爲相密接之事實也。例如竊盜者。於事前察看地點購備器具。臨時侵入第宅舉手取物。皆爲犯竊盜罪之事實也。就中以舉手取物爲竊盜之中心事實。察地點購器具皆附隨事實耳。所有各種附隨事實皆非犯本罪之必要動作。因無此動作有時亦能達到竊盜之目的也。其附隨事實乃爲無罪之部分。即當論罪亦僅構成他種犯罪耳。

行爲二字
能包括結
果否

行爲二字究能包括結果與否。學者間每生爭論。約有數說。(1)謂結果之觀念應包括於行爲中。例如以刀殺人。自始卽有殺人之意思活動。殺人而中。遂得致死之結果。是合意思及結果而爲一行爲也。(2)謂行爲之成立僅由於意思之活動。因活動

行爲與所
爲

而結果乃生。是行爲與結果相爲對待者也。(3)謂行爲包括意思及中間影響與結果。例如有殺人之意思爲一事。實行舉刀(即中間影響)爲一事。被刀者受傷而死爲一事。三者完全乃成一殺人之行爲。(4)謂結果在行爲之外。行爲之範圍僅包括意思及動作。結果之有無不與焉。若由行爲而得結果則謂之所爲矣。蓋認所爲爲行爲及結果相連續之總稱也。此說爲多數學者所承認。故所爲二字已成爲刑法上通行之名詞。但一所爲有時含有多數之行爲。究當如何論罪乎。例如欲殺人者。於事前竊取他人之刀。於臨時加以私擅逮捕。於事後因消滅證據而毀破其屍體。其行爲甚多。然以結果論之。其所以爲此多數之行爲者。不過欲達其殺人之目的耳。是一所爲也。在刑法上又稱此多數之行爲爲手段。謂非有此種手段不能達到犯殺人罪之目的。欲達到犯殺人罪之目的始有此種手段。故手段二字亦爲刑法上之通用名詞矣。

按所爲二字本可包括行爲及結果之內。但對於無結果之行爲亦得稱爲所爲否。以通例視之。無結果之行爲亦得稱爲所爲。例如犯竊盜既遂者可稱爲某某犯竊盜之所爲

。其未遂者亦可稱爲某某犯竊盜未遂之所爲。是無結果者亦得稱爲所爲。可知所爲不過爲自行爲至結果之全體也。有結果之全體及無結果之全體均可成爲一所爲。

作爲犯與
不作爲犯

從行爲之狀態言之。又可分爲積極行爲及消極行爲二種。積極行爲又名作爲。消極行爲又名不作爲。作爲者。不當作爲而作爲之謂也。不作爲者。當作爲而不作爲之謂也。故在刑法上有作爲犯及不作爲犯之別。例如殺人者爲作爲犯。因其不當作爲而作爲也。遺棄者爲不作爲犯。因其當作爲而不作爲也。學者有謂作爲犯爲違反禁止法文之罪。不作爲犯爲違反命令法文之罪。或又謂命令作爲者卽含有禁止不作爲之意。禁止作爲者亦含有命令不作爲之意。其性質仍無甚差別也。

不純正之
不作爲犯

爲法律所禁止之行爲者爲作爲犯。刑法之大部分皆屬此罪。至云不作爲犯純係不爲法律所命令之行爲。或有謂不盡然者。蓋謂有不純正之不作爲犯在焉。所謂不純正之不作爲犯者。對於他人不作爲之犯罪而不爲防止結果之發生也。例如暫行律第三百四十一條所規定之犯罪。係於自己經管地內發見被遺棄之老幼殘廢疾病之人而不

與以相當之保護又不報明巡警官員及其他該管官員者是也。（按刑法已無此罪之規定）。蓋謂對於此等遺棄之人既非自己有扶助養育保護之義務。不過責令防止其結果之發生耳。故謂爲不純正的不作爲犯。然發見者對於此等被遺棄之人雖當初本無扶助養育保護之義務。然既經發見。而法律上又明定有爲相當保護或報明官員之義務。是已負有法律上之責任矣。其實已爲純正之不作爲犯。并不能謂爲不純正之不作爲犯也。此外尚有因既行行爲而生作爲之義務者。亦不作爲犯也。例如既爲病人施用手術於未完畢以前而終止是。

第五章 犯罪行爲之階級

犯罪行爲之階級者。由意思以至結果其中所經之階級也。其中所經之階級可分四項。即犯意發動、預備、著手、實行是已。茲分晰說明如次。

第一節 犯意之發動

犯意之發動者。有爲某種犯罪行爲之意思也。其不表示者固非外人所知。惟在道德上可以制裁之。其已表示者。或以言語。或以文字。或以動作。在法律上亦以不處罰爲原則。以其僅爲個人之意思。於社會並未生有何種危害也。但因其有犯意之表示而於社會卽有重大之危險時。則不能不加以制裁。蓋不卽制止則不徒卽將發生實害。日後不易撲滅。且於社會秩序將常呈不甯之狀矣。茲就其表示者分三項說明之。

犯意表示

(一)有犯意之表示時卽成爲獨立罪 如新刑法第三百零五條所規定者是。該條犯罪之成立不要有實害之發生。祇要犯罪者有犯意之表示其罪卽時成立。

按新刑法第三百零五條云「以加害生命身體自由名譽財產之事恐嚇他人致生危害於安全者處二年以下有期徒刑拘役或三百元以下罰金。」此卽僅有犯意表示時卽已成

爲獨立之犯罪矣。或有謂此種犯罪非能以單純之犯意表示論也。蓋謂恐嚇云者。對人以加害之行爲相通知也。其通知之行爲卽外部身體的動作。且恐嚇罪之成立不必要有真正加害之意思。無此意思而以加害之旨相通知者亦可成立本罪。更可知恐嚇罪與單純之犯意表示不同。駁之者謂恐嚇罪之所以處罰者。僅罰其犯意表示。於其表示犯意之時尙不能認爲有若何動作。斷不能以犯意表示卽作爲動作。若以犯意之表示卽作爲動作。則一切之犯意表示皆可作爲動作。卽不須有犯意表示之一名詞矣。況恐嚇罪之犯罪者不盡爲無真正加害之意思者也。在立法者之意。本不以預防其實害之發生爲目的。但一方面仍欲預防其實害之發生。因欲預防其實害之發生。故於有犯意之表示時卽認爲獨立之罪也。兩說各有理由。鄙意以爲犯意表示終不能以動作論。在普通之僅有犯意表示者於社會不致發生危害。多不爲罪。其以有所要求而以加害他人之意思相表示者卽足使人生恐慌之心。故特加以刑罰。并非因其有動作而罰之。亦卽制裁犯意表示之一種刑罰也。況自以加害之意思相通知後。若竟至

實行其加害之行爲時。則成立一種實行之罪。不能再論恐嚇罪。於此可知由恐嚇可進於實行。恐嚇僅爲犯意表示而非動作也。

陰謀

(二)陰謀 陰謀者謂二人以上所爲關於一定犯罪之協議也。其成立之要件有三。(1)必爲二人以上。一人之意思表示非陰謀。(2)須指定犯罪之目的。無一定之犯罪目的者非陰謀。(3)須有受通知者之承諾。若僅有一方提出未得他方之承諾時不爲陰謀。就犯罪之階級論之。陰謀不過爲犯意表示之加甚者耳。本無處罰之必要。故新刑法就其情形重大者處罰之。僅內亂、外患等罪內有罰陰謀之規定。

兇徒組合

(三)兇徒組合 兇徒組合者。謂聯合多數人謀爲犯罪尚無特定之目的也。此等組合於社會之安寧秩序甚有危險。故法國刑法及我國新刑法。均有處罰之規定。惟日本及其他各國尙未認爲刑法上之犯罪。(參閱新刑法第一五四條)

按兇徒組合論程度已較陰謀更進一步。但因其無指定的目的。無具體的動作。尙未入於預備之階級。爲講述之便利計。權以列入於意思表示之內。其實已介於陰謀預

備之間。倘定有目的即入於陰謀。有動作即入於預備矣。前北京政府治安警察法第九條謂行政官署對結社認為有左列行為之一者命其解散。一、結社宗旨有擾亂安甯秩序之虞者。二、結社宗旨有妨害善良風俗之虞者。三、其他秘密結社者。又第三十八條云。違犯第九條各款規定結社或加入第九條各款結社者。處以一年以下之徒刑。新刑法第一百五十四條謂參與以犯罪為宗旨之結社者。處三年以下有期徒刑拘役或五百以下罰金。即此類情形也。

第二節 豫備

預備行為

豫備行為較犯意之表示更進一級矣。如有放火之意思而往購火油是也。論其階級既尚未著手。應不處罰。新刑法特就其重大者處罰之。較處罰陰謀罪之場合略多。如內亂、外患、放火、決水、殺人等罪內皆有罰豫備之規定。除此明定之場合外。尚有以豫備為幫助正犯之場合。其正犯之犯罪成立時。則因而構成幫助犯。但正犯不

構成犯罪時。則不單獨處罰也。又有以豫備爲獨立之罪而處罰之場合。如新刑法第一百八十七條所規定意圖爲犯罪之用而製造或收藏危險物者是。

按豫備雖爲犯罪階級之一種。其實非必要之階級。蓋有臨時犯罪而無意思表示及預備者亦所常用。例如與人爭辯者。因臨時發生忿激而殺人。於其殺人著手以前本無殺人之意思。因忿激而決定其殺意。有時不過一秒至數秒鐘之間耳。或以手撲之。或拾器具以擊之。當時祇順機以爲之而已。當無預備之可言也。故無預備而犯罪者其惡性必較有預備者爲輕。清律及舊刑法之所以有謀殺故殺之分者。卽以其惡性之輕重不同也。至預備行爲之實施種類不一。有以購置器具爲預備者。有以探定場所爲預備者。有以偵察被害人之行動爲預備者。有以藏匿其身體爲預備者。要皆爲犯罪著手以前與犯罪有關之行爲也。

第三節 著手

著手與預備之區別

著手爲實行之開始也。較豫備又進一級矣。惟著手與豫備之界限有時相混。學者間對於其區別之主張頗不一致。約可分爲兩說。(1)客觀說。謂組合實行行爲爲最初之各舉動。及密接於實行行爲之各舉動爲著手。此說注重於外部動作一方面。故稱客觀說。例如以放火之意思而購燃料爲預備。以火接觸燃料爲著手矣。但尚有謂以已著手於有完成犯罪之危險行爲爲犯罪之著手者。又以已著手於完成犯罪所不可缺之行爲爲犯罪著手者。其說明之方法頗不一致耳。(2)主觀說。謂應以其行爲可以識別爲犯罪與否爲豫備及著手之區別。故如因欲放火而購火油。雖能謂爲放火之豫備。然火油非專爲放火之用者。不能謂購火油卽認爲放火。至以火接觸燃料時。其犯罪之意可以識別矣。故謂以識別犯意爲著手。否則爲豫備。

犯罪至著手之階級時應否處罰容於下章述之。

按依主觀說以說明預備與著手之區別。則其區別終難明晰。蓋既謂可以識別爲犯罪之行爲時卽爲著手。其不能識別爲犯罪之行爲時始爲預備。然則於犯罪未著手以

前如因有意思之表示而人人均知其爲預備行爲時卽強以著手論乎。依此解說。則凡屬預備行爲之爲人所能識別者皆以著手論矣。殊難認爲兩者實質上之區別也。至客觀說之說明方法雖有種種。論者或謂於實際適用上難免不一致之弊。但大旨固甚得當也。

第四節 實行

實行與未遂及既遂

實行行爲者。謂已入於刑法各本條所規定之犯罪行爲也。如放火罪之燒毀行爲。強盜罪之強制取物行爲等是。於實行終了而發生結果者謂之犯罪既遂。雖實行終了而無結果之發生者謂之犯罪未遂。在常理言之。犯罪既經實行。則當然有結果之發生。惟於實行中忽遇遮斷防止之他力介入。致不能發生結果者亦往往而有也。但亦有不結果之發生而犯罪認爲既遂者。例如侮辱罪及煽惑罪。祇要有侮辱或煽惑行爲。其罪卽已完全成立。刑法上并不問其結果如何也。

實行與著
手之區別

按實行與著手相去一間耳。故曰著手爲實行之開始。而實行即著手之結果也。但有著手以後未達到實行之地域者。即著手之未得發生結果也。此種結果乃指著手之結果而言。非指犯罪行爲之結果而言。故未得結果者祇稱爲著手未遂。至已達實行之地域而無結果之發生者則爲實行未遂。例如以刀殺人者。見其所欲殺之人方在前面數步之遙。即舉刀直奔而前。此時即可稱爲著手。若其人見而奔避。致未能與刀相接。即爲著手未遂。若其刀已接觸其肉體。即已入爲實行之地域。但其人若受刀傷而未死。即實行未得結果。所謂實行之未遂是也。又此時之殺人目的雖未達到。實已得有傷人之結果。究得稱爲傷人之既遂乎。曰不能也。蓋殺人與傷人之區別不在結果之已否死亡而在行爲時之目的也。故以殺爲目的者雖未發生死亡之結果仍構成殺人罪。以傷人爲目的者雖發生死亡之結果亦以傷人論罪也。

第六章 犯罪行爲之不完全

第一節 未遂犯

未遂之界說

未遂犯之定義有德法兩派不同。法國派謂因意外之障礙而未遂者爲未遂罪。德國派謂不問未遂之原因是否出於意外皆爲未遂罪。我國暫行律謂已著手於犯罪之實行因意外之障礙而不發生犯罪之結果者爲未遂犯。似係採法國主義。依此定義。則應將未遂犯分爲兩種。卽著手之未遂犯及實行之未遂犯是。凡著手實行因意外之障礙而不能達於實行者。爲著手未遂犯。如謀殺人者已拔刀而未加諸身是。其已達於實行。因意外之障礙不能生犯罪應有之結果者爲實行之未遂犯。如謀殺人者以刀加身之後而未致死是。前已說明矣。故暫行律第十七條規定云。犯罪已著手而因意外之障礙不遂者爲未遂犯。至所謂意外之障礙者。兼指人力與自然力而言。由於人力者。例如著手放火爲第三者所制止是。由於自然力者。例如放火因天雨而不能燃燒是。新刑法則採用德國派。故該法第二十五條云。已著手於犯罪之實行而不遂者爲未遂

罪。蓋謂未遂犯若以出於意外者爲限。則中止犯當不能以未遂論矣。既處罰中止犯。則未遂犯不能以意外之障礙爲條件也。其實此種理由尙不充足。要知中止犯爲由於己意爲中止其行爲。并非意外障礙之一種。不能謂因中止犯處罰而有所妨礙也。

與未遂不
形容之情

就一般言之。各種犯罪莫不有未遂犯。然其中亦有與未遂犯之觀念不能相容者。卽無未遂犯之可言也(1)結果犯無未遂。所謂結果犯者。對於有故意之行爲所生無故意之加重結果負刑事之責任者也。結果犯之成立以有非故意之加重結果爲限。有其結果爲既遂。無其結果則毫無關係。故無所謂未遂也。例如以故意使婦女墮胎爲目的而犯罪。若婦女因墮胎而致死則爲非故意之加重結果。應更處以傷人致死之刑。倘無死亡之結果發生。則與傷人致死無關。無所謂未遂。(2)過失犯無未遂。所謂過失犯因不注意而生之結果也。本無故意犯罪之意思。不過因其結果之發生有危害於社會。特加以懲戒以促其注意耳。故無結果之發生時不以未遂論也。例如擊槍擊獸因不注意而傷人。若已有傷人之結果則處以過失傷人罪。否則與犯罪無關。自無

未遂可言。(3)不作爲犯無未遂。不作爲犯者。因不爲法律上所命令之行爲而認爲犯罪也。以理論言之。凡因不作爲而未得結果之發生時即當以未遂論也。但不作爲犯之成立不以有無結果之發生爲斷。祇要有不作爲之事實。不待結果之發生即已認爲既遂。故無未遂犯也。例如不爲嬰兒哺乳。祇要有不爲哺乳之情形。不問嬰兒之死亡與否其罪已成立。故無未遂可言。(4)與著手實行同時完成之犯罪無未遂。蓋此種犯罪一經著手實行即爲既遂。自無成立未遂犯之餘地。例如侮辱恐嚇等罪於著手實行即認爲成立。其有何種結果之發生不問也。

未遂犯處
罰之減輕

關於未遂犯之處罰。應否與既遂犯相等或不應處罰。在學說上主張不一。而各國立法例亦不相同。但不外三種主義。(1)同等主義。謂犯罪雖因意外之障礙未遂。而其惡性業已實現。應與既遂者受同等之處罰。故又稱爲誅心主義。羅馬法曾採用之。(2)必減主義。謂犯罪既未生既遂之結果。損害尙屬輕微。按其實事應予減等。故又稱爲誅害主義。意大利採用之。(3)得減主義。謂犯人係因意外障礙及至不能

達其預期之結果。其危害社會本與既遂者無異。其刑不必減輕。惟按其情節或有可原。得由審判官酌量減輕耳。故又稱爲折衷主義。吾國暫行律舊刑法及新刑法均採用之。暫行律第十七條第三項云。未遂罪之刑得減既遂罪之刑一等或二等。新刑法第二十六條云。未遂罪之處罰得按既遂犯之刑減輕之。

三種減輕
主義與三
方面觀察

上列三種處罰未遂犯之主義雖各有理由。究應採用何種爲當。要以所持刑事政策何如以爲轉移耳。蓋對於犯罪可從犯人社會被害者三方面加以觀察。從犯人方面觀察之結果。當以排除其惡性爲標準。惡性之有無及輕重與犯罪之未遂既遂毫無關係。蓋既經著手實行。其惡性業已顯著。有無結果乃由於犯人以外之原因而生也。故從犯人方面觀察不應有既遂未遂之區別。宜一律科以同等之刑罰。若從被害者方面觀察。當完全以結果之有無爲標準。蓋無結果之發生時在被害者尚無實害之可言。卽處罰稍輕。亦必滿意。卽當取必減主義。至就社會方面觀察之。則應取折衷主義。蓋危害之能及社會與否。依犯罪之情形而各有不同。例如擾亂治安妨害秩序。雖屬

未遂。仍於社會咸有危險性之存在。他如關於個人法益之侵害未遂。於社會無重大危險之可言。吾國刑法之所以採用折衷主義者。頗能從社會方面加以觀察也。

未遂犯處罰之條件

又對於未遂犯之處罰以分則有特別規定者爲限。其於分則中無處罰之明文者不能處罰。故暫行律第十七條第二項云。未遂犯之爲罪於分則各條定之。新刑法第二十五條第二項云。未遂罪之處罰以有特別規定者爲限。

第二節 中止犯

中止犯

今有人焉。於犯罪著手時或實行中本無意外之障礙。又非行爲之性質上不能犯。乃自覺此事不可爲。忽由自己之意思而中止之。在刑法上稱爲中止犯。但以確係出於自己之意思而中止者爲限。若因見有障礙而始不敢進行者則非中止犯。仍爲完全之未遂犯也。例如於犯罪時見有人來而停止其行爲者是。中止犯亦分兩種。卽著手之中止犯與實行之中止犯是。凡犯罪於著手後因己意而不進於實行者。爲著手之中止犯

著手中止犯與實行中止犯

中止犯之處罰

。例如以毒藥殺人。方投毒藥於其人之食品後。因覺不忍而勸其人勿食是。若犯罪既進於實行。犯人以己意防止其結果之發生者。爲實行之中止犯。例如以毒藥令人食過後。因覺不忍而投以解毒之劑是。至中止犯對於已發生之結果應負責任與否。亦一問題。如前例於投以解毒藥品之後。雖未致害其人之生命。但其人因而受有內部之損傷。究應負損傷之責否。論者多謂中止犯在刑法上既有其處分之規定。從其規定可耳。暫行律與新刑法之規定各有不同。暫行律第十八條云。犯罪已著手而因己意中止者準未遂犯論得免除或減輕本刑。其所以定爲得免除或得減輕者。據其理由謂中止犯有可恕者有不可恕者。如其人欲待時而動因而自止。卽無可恕之理。則不必免除其刑。新刑法第二十七條之規定取必減主義。已將得字刪除。謂因己意中止者其情節較輕。改從必減。所以獎勵犯人之自行中止也。若中止原因由於待時而動者。則非中止之性質。仍可以普通未遂犯論也。

中止犯與未遂之區別

中止犯與未遂犯之區別當先從中止之實在原因上審查之。若僅從行爲上觀察之。有

時在外形上極似中止犯而實際爲未遂犯者。例如欲行強姦者已侵入室中。恍惚間隔室有語聲。因生畏懼而退出。乃中止其強姦行爲。在外形上觀之。極似中止犯。而從其實在之原因審查之。則其中止之原因乃係由於畏懼。畏懼卽障礙也。與由於良心發見之真正中止不同。故祇能以普通未遂犯論。考此種中止之行爲實係出於誤想。以實際不存在之障礙認爲障礙。亦猶犯罪者有犯罪之事實存在而誤認爲無犯罪事實之存在同爲誤認情形。故在法律上對於非故意犯罪之行爲不爲罪。而此則非故意悔悟之行爲不認爲中止也。總之。中止犯在刑律所以予以減輕免除者。意在獎勵犯人中途自悔以減少實害之發生耳。爲貫徹立法之本旨起見。非有確實證明其出於因自悔而中止其行爲時。決不濫於適用。或謂處罰犯人原以排除其惡性爲目的。若僅求防止其實害之增多。對於犯人之惡性方面未免失於注意。殊不知惡性之存在與否雖與實害之發生與否無關。然出於中止之犯人當中止其行爲時。其惡性必已大有改變。蓋如未改變。則於無障礙之存在時。斷不肯自動的中止。卽謂中止犯之惡性已

於中止時完全退除與普通人無異亦可。

未生結果
之中止與
行爲已了
之中止

中止行爲。有未生結果之中止及行爲已了之中止兩種。於著手後行爲未終前而中止者曰未生結果之中止。例如以毒藥殺人。投未及量而止是。於行爲終了後未發生結果前而以己意防止其結果之發生者曰行爲已了之中止。如前例投藥及量而復投以解毒之劑是。

共犯與中
止

關於共犯之中止犯亦有數問題。(1)正犯之行爲中止教唆犯及從犯亦以中止論否。(2)共同正犯中之一人中止其行爲其他各正犯以中止論否。(3)教唆犯從犯防止正犯行爲之發生結果正犯亦以中止論否。於第一問題學者間或有謂教唆犯與從犯爲附屬於正犯行爲之性質。以爲正犯之行爲中止時其效力以及於教唆犯及從犯。殊不知刑事政策所以獎勵中止犯者。所以啓其於既遂前發生自悔之心也。是中止犯應以中止之本人爲限。況於正犯著手實行之際而教唆犯及從犯之行爲可謂業已完結。不過尙無結果之發生耳。其結果之所以未發生若係由於正犯之中止其行爲。則正犯之

中止行爲於教唆犯及從犯等於意外障礙之發生而已。既屬意外障礙。則不過立於未遂之狀態而已。豈能并以中止犯論乎。第二問題當有兩種情形。一爲中止其行爲後致無結果之發生。一爲中止其行爲後仍有結果之發生。於第一種情形。例如甲乙二人約同侵入某宅爲盜。甲懷利器。乙懷電火。及甲洞穿牆壁。而乙於隨同入室之後忽爾中止。以致甲因無電火不能達其目的。於此種情形。除乙認爲中止犯外。在甲不過因乙之行爲而未遂。與因意外之障礙而未遂者無別。則甲應以竊盜未遂論。乙於竊盜罪認爲中止犯。於侵入住宅之行爲業已完結。其行爲又在中止以前。似不能因事後之竊盜行爲中止而免其侵入住宅罪。亦猶竊盜於竊取財物後無論有何種行爲不能再論以中止也。於第二種情形例如丙丁二人約同放火。丙攜然料。丁攜火柴。及著手實行之際。丙已將然料安置於接觸之處。而丁忽攜火柴退回。但丙并不因而中止。別覓火柴以然之。終至發生結果。故此種情形除丙當然以既遂論罪外。丁既臨事無因而退回。當係由於己意中止。其由於丙之行爲所發生之結果可不負既遂之

責。仍以中止犯論。至第三問題。教唆犯及從犯既有防止其結果發生之防止行爲。其情形實等於行爲已了之中止犯。在正犯行爲之無結果既非由於自己之意思活動。實爲一種意外之障礙。應以普通之未遂論也。他如過失犯結果犯既無未遂之情形。亦無中止可言。至中止犯在暫行律之所以標明準未遂犯論者。除積極的理由有時應處以普通未遂犯之刑罰外。在消極的理由。因中止犯亦係限於分則各條有處罰未遂之規定者始能處罰。故不能不標明以未遂論。否則於分則各條須另行標明中止犯之條文矣。新刑法第二十七條無準未遂犯之標明。而於分則各條亦無處罰中止犯之規定。從嚴格論之似欠週密也。

第三節 不能犯

不能犯者。其不發生結果之原因非由於意外障礙。亦非由於己意中止。乃係其行爲之性質上無結果之發生也。其與普通未遂犯有無區別。計分客觀說主觀說折衷說三

不能犯與
普通未遂
犯之區別

種。其立論各有不同。主張客觀說者謂不能犯有關於目的者。有關於手段者。目的與手段有絕對不能及相對不能者。例如對男子爲強姦之行爲。目的上之絕對不能也。如探知他人之銀庫所在而爲竊取之行爲時。適他人已將庫內之銀移存別處矣。目的上之相對不能也。如欲以毒藥殺人而誤取乳粉投之。手段上之絕對不能也。如以鎗擊人而不能命中。手段上之相對不能也。於此有主張以絕對的不能爲不能犯者。客觀中之第一說也。有主張除關於手段的相對不能外皆爲不能犯者。客觀中之第二說也。又有謂目的與手段爲犯罪之法定要素。欠缺犯罪法定要素之一者卽爲不能犯。例如墮胎罪以胎兒爲法定要素對於無胎婦女而爲墮胎行爲時爲不能犯。客觀中之第三說也。主張主觀說者謂應以犯意之有無爲標準。凡有犯意之行爲。雖未發生結果。無論是否由於其目的或手段之不能。皆當以未遂犯論。卽如誤向男子爲強姦行爲時。亦應以強姦論罪。幾不認有不能犯之名稱也。主張折衷說者謂應以有無危險爲標準。雖無實害發生。若有其危險時。卽認爲未遂犯。否則爲不能犯。蓋謂犯罪

者侵害法益之謂也。已侵害法益者爲既遂。將侵害法益者爲未遂。無侵害法益之危險者卽不能犯也。茲將各種不能犯列表於次。較爲明晰。

不能犯

手段上之不能

絕對的不能(如以乳粉殺人)

相對的不能(如以鎗擊人不能命中)

目的上之不能

絕對的不能(如對男子爲強姦)

相對的不能(如向空銀庫竊銀)

不能犯之處罰

不能犯與未遂犯之區別前已言之。至不能犯之應否處罰。爲刑法學者劇烈之爭點。

議論紛紜。莫衷一是。主張客觀說者謂不能發生犯罪事實時。其行爲與犯罪相去尚

遠。若一律處罰。則似爲處罰犯罪意思而非處罰犯罪行爲矣。主張主觀說者謂既著

手實行犯罪。無論其能否發生犯罪事實皆足危害社會。故應處罰。兩說雖各有理由

。其主張均有未當。最近各國立法例多採折衷說。以主觀說爲原則。而以客觀說者

爲例外。卽對於相對的不能犯仍須處罰。對於絕對的不能犯不論罪。而我國新刑法

對於相對的不能犯均以未遂犯論。惟對於絕對的不能犯特設明文以規定之。該法第二十六條後半云。但其行爲不能發生犯罪之結果又無危險者減輕或免除其刑。在形式上似係採主觀說。但論未遂罪既以分則有規定者爲限。則在實際上全無危險時不徒不罪不能犯。卽普通之未遂犯亦不處罰。如和姦重婚等條之罪是。

按刑法修正案對於不能犯之處罰以有危險者爲限。新刑法採用之。且對於不能犯。不問其犯罪之手段不能或目的不能。凡不能發生犯罪之結果又無危險者。卽應免除其刑。較之舊刑法僅以犯罪之方法不能發生犯罪之結果者爲限。得減輕或免除其刑。對於目的不能犯未能包括之也。又相對的與絕對的不能亦有罪刑出入之關係。不可不詳爲區別。其區別之要點約有數端。第一相對的不能犯其不能完成之原因不過因行爲之錯誤耳。絕對的不能犯則因手段及構成要件完全不存在也。第二絕對的不能犯於構成犯罪必要之手段及其事實全然欠缺。相對的不能犯不能謂有完全之欠缺也。

第七章 犯罪行為之責任

責任之有無。爲犯罪處罰與否之要件。蓋對於無責任之行爲。雖觸刑法分則所規定之法條。不認爲犯罪而處罰之也。何者爲無責任乎。應分責任能力及責任條件兩項說明之。

第一節 責任能力

責任能力者。爲犯罪主體之能力也。換言之。卽基於一定之行爲而有負擔刑事制裁之力量也。犯罪主體以人爲限。前已說明。但人以其智識程度及精神狀態之不同。又可分爲能負責任及不能負責任者兩種。凡具有通常之智識程度及通常之精神狀態者爲有責任能力。否則爲無責任能力。對於無責任能力者之行爲。學者謂係一種自然界之現象。不能認爲犯罪。或謂應認爲犯罪而不處罰。總言之爲不負罪刑之責任。

耳。所以不負罪刑之責任者。非謂無責任能力者之行爲爲無危險也。不過制裁之方法不在於刑罰而已。

責任能力
有無之分別

按責任能力之有無。從智識程度方面分別之者。即考察其人有無辨別自己行爲之事實與法律上或道德上之關係。以及由此種關係所生之結果如何。簡言之即識別力之有無也。從精神狀態方面分別之者。即對於通常之人考察其爲犯罪行爲時是否由於其真正意思之發動。其非由於其日常之真正意思發動者。除因過失外。必其精神有重大之障礙。此種障礙之有無問題即精神狀態也。

正常責任
能力與減
弱責任能
力

責任能力之程度得分別而爲觀察與否。即對於責任能力得分別爲正常責任能力與減弱責任能力與否之問題也。依一般通說。則謂能力之程度有正常與減弱之不同。刑法規定減輕責任及全負責任二種即本乎此也。又責任能力必須於行爲時有之耶。抑於審判時及受刑時亦認之否。在行爲當時無責任能力者。固當不科以刑罰。若行爲時有責任能力。而至審判時或受刑時忽已失其責任能力。究應停止其審判或執行與

否。據刑法及刑事訴訟法之規定。認為應予停止也。

按所謂正常責任能力者。即通常責任能力之意也。暫行律及舊刑法均規定十六歲以上者不能因年齡關係而減輕。新刑法改為十八歲。即係認十八歲以上為正常責任能力者。又規定瘖啞者得酌量減輕。即係認瘖啞為減弱責任能力者。至因失責任能力而停止其審判。在暫行律有第七十三條之規定云。起訴權之時效遇被告人羅精神病及其他重病而停止公判者停止之。新刑法第八十三條亦有依法停止之規定。是因於行為後失去其責任能力而停止審判也。在刑事訴訟法有第二百八十七條及第四百七十一條之規定。即係規定審判之停止及執行之停止也。又有在行為時無責任能力及結果發生時已有責任能力者。仍當以行為時之能力為標準。例如以信函投寄遠方毀壞他人名譽者。在發信時其人患有精神病。及他人受毀壞名譽之結果時其精神病業已治愈。仍不負刑事上之責任。反之如在行為時有責任能力。而在結果發生時已罹精神病。雖應停止審判。不能謂為無責任也。

責任能力
以行為時
為標準

以智識程
度為區別
責任能力
之有無

茲就智識及精神兩方面分論之如次。

(一)智識程度 欲分別其人之有通常智識程度與否。實難有正確之標準。通例以年齡區別之。凡達到若干年齡者。無論其人之實在智識如何。即以有通常之智識論。在實際上雖常有不盡然者。但舍此別無可以區別之一定方法也。前清刑律原分十五以下十歲以下七歲以下三項矜恤之例。各國亦皆有幼者無罪及減輕之規定。計有三種制度。

責任年齡
制

第一為二分制。分責任為二時期。(1)絕對無責任。(或相對無責任)(2)全負責任。
第二為三分制。分責任為三時期。(1)絕對無責任。(2)相對無責任或減輕責任。
(3)全負責任。
第三為四分制。分責任為四時期。(1)絕對無責任。(2)相對無責任。(3)減輕責任。(4)全負責任。

以上第二第三所以規定相對無責任者。係採用辨別說所得之結果也。夫幼者為可教

〇一二三分制										奧地利				
瑞典	德意志	匈牙利	荷蘭	希臘	墨西哥	暹羅	埃及	印度	坎拿大	英吉利	美國紐約	芬蘭	中國	同前
一四未滿	同前	一二未滿	同前	十歲未滿	九歲未滿	一四未滿	同前	同前	同前	同前	七歲未滿	一五未滿	一四未滿	同前
一四—一五	一二—一八	一二—一六	一〇—一六	一〇—一四	九—一四	一四—一六	七—一五	同前	同前	七—一四	七—一二	二—一八	一四—一八	同前
一五以上	一八以上	一六以上	一六以上	同前	一四以上	一六以上	一五以上	同前	同前	一四以上	一二以上	一八以上	一八以上	同前

第二編 犯罪論 第七章 犯罪行為之責任

(三) 四分制	
葡萄牙	七歲未滿
俄羅斯	同前
意大利	九歲未滿
巴西	同前
西班牙	同前
丹麥	一〇歲未滿
挪威	同前
奧地利	同前
土耳其	一三歲未滿
七—十四	同前
一〇—十四	同前
一〇—十五	同前
一四—二〇	同前
一四—二一	同前
一五—二一	同前
一四—二一	同前
一四—一八	同前
一五—一八	同前
一四—二〇	同前
一五—一八	同前
二〇以上	同前
二一以上	同前
同前	同前
同前	同前
一八以上	同前

據右表觀之。採用三四分制之國家較多。採用二分制之國家較少。蓋所以須分爲數級者。因智識各不同。不能不從嚴密以爲規定也。所宜注意觀察者。在第一級與第四級。第一級爲絕無責任者。規定之年齡過低固與新刑事政策不合。而過高亦多流弊。應以適中爲當。考各國中規定最低者爲七歲未滿。與我國舊律七歲以下矜恤

之例相合。最高者爲十五歲未滿。與我國新刑律之第二次草案相合。而第四級之最低者爲十二以上。最高者爲二十一以上。蓋過此則其智識程度不能謂爲稍有欠缺矣。然在各國教育程度之不同。不能全憑理想以爲斷定。凡行使強制教育之國家不妨稍低。否則不妨稍高也。

未滿十四
歲者之責
任

依新刑法第十八條規定云。未滿十四歲人之行爲不罰。又第八十六條云。因未滿十四歲而不罰者。得令入感化處所施以感化教育。蓋未滿十四歲人雖偶有觸犯刑章之行爲。以其智識尚未達到普通人之同等程度。究與普通人之犯罪不同。不應置諸監獄。而應置諸感化場所施以感化之也。各國多有感化院之設。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。訓以德育上之道義。輸以智育上之技能。并課以體育上之勞動。以活潑其精神。務使與受良好家庭教育者收同一之效果。惟吾國尚無是項設備。僅能責令其本人之家庭嚴加監督。施以較良之教育而已。然實際上不過一種具文耳。有責者不可不急起而行之也。至年齡之計算方法。應扣

足計算。則非自出生之日起已達十四年者不得以已滿十四歲論。特在中國於戶籍法未切實執行以前。人之出生年月甚難稽考。非從實調查明確不能率爾定讞。蓋年齡既有法令規定。若僅以被告智識發達之程度與體格長成之狀態爲推測之斷定。不得謂有法律上之根據也。新刑法既於第十八條規定滿十四歲爲刑事負責之年齡。規定十四以上未滿十八歲人之行爲得減輕其刑。蓋採用三分制也。

對於幼者
之處置

各國刑法上對於幼者既認爲不負刑事責任。然亦不能予以放任。不過另以他種方法代刑罰耳。故有採學校式之強制教育制度者。有採刑罰式之強制教育制度者。有以強制教育爲刑罰執行後之補充方法者。有採試驗的釋放保釋監視及譴責之制度者。我國刑法則採用感化教育制度。已如上述。感化教育之設備應以家庭式爲最良。惟組織較難。次則學校式亦甚好。其實行亦較易。祇須有教師及管理員從嚴教導管束爲已足。但感化力終不若家庭式之易於引導。他如軍隊式其收效如何。當以兒童之性格如何而論定之矣。

處置幼者
須合實際
情形

愚意對於幼者之處置方法。斷不能從理論上以爲推測。若徒恃理論而不求實際之合用與否。則其收效往往適得其反。蓋幼者生性之良莠。環境之善惡。以及法律對於幼者之處置。皆與其犯罪有密切關係。而其中知識程度發達之遲速亦人各不同。未可視爲一律也。其生性良善環境優越者。偶有所犯。若實係出於智識程度之不足。卽稍加教導已能收效。其生性惡劣環境不良者。往往視犯罪爲當然。并非智識及精神之不足也。若僅予以教導。彼且自悞爲得計。安有效力可言哉。是在法官之能審度情節以爲裁量。又對於絕對不負責之年齡不宜過高。完全負責之年齡不宜過低。於減輕責任之範圍則宜較寬。庶於實際上不致發生窒礙也。且年齡高而知識狀態不及年齡低者往往而有。尤不可全憑不變更之年齡數目以爲準繩焉。

精神狀態

(二)精神狀態 人之精神是否具有通常之狀態。與刑事責任上之關係甚爲重要。在法律上可分爲三種。一爲有精神病者。二爲瘖啞者。三爲年滿八十歲以上者。精神病者不負刑事責任。各國皆同此原則。惟精神病之用語不能一致。有謂應改爲心神

精神病之
界說

喪失者。有謂心神喪失僅爲精神病之一種。患精神病者固多心神喪失。而心神未喪失但不具記憶力及推理力者亦得稱爲精神病。又有謂應改爲精神故障者。暫行律之規定則用精神病三字。故該律第十二條第一項云。精神病人之行爲不爲罪。但因其情節得施以監禁處分。蓋精神病之行爲不可認爲其人之行爲。乃其病之作用。祇能以醫藥治之。不可加以刑罰。既不可加以刑罰。則不處以死刑或徒刑。而因其情節施以監禁處分。所謂因其情節者。非第因其病狀之輕重。當視其人之有無負監督之責者也。至精神病發生之原因。有生來其精神機能已感有疾病者。有因長成後基於偶然之事實而致之者。在醫學上必區別其病名。而於刑法上概不問其發生之原因若何也。新刑法則不用精神病而用心神喪失字樣。較爲明顯。其第十九條第一項云。心神喪失人之行爲不罰。第八十七條云。因心神喪失而不罰者。得令入相當處所施以監護。其由於酗酒而偶然喪失其心神者。雖與患精神病有相同之狀態。但此非自然之病。乃爲人力所能抑制者。若藉酗酒以圖犯罪。仍爲法律所不宥。故暫行律第

對於精神
病人之處
置

十二條第二項云。前項之規定於酗酒或精神病間斷時之行爲不適用之。舊刑法第三十二條云。不得因酗酒而免除刑事責任。新刑法以其既非心神喪失。當然應負刑事責任。故於刑事責任章內不加規定。而於保安處分章內特於第八十九條規定云。因酗酒而犯罪者。得於刑之執行完畢或赦免後令入相當處所施以禁戒。

自招精神病之責任

精神病者因其精神狀態之不如常人而不論罪。爲各國立法例所共認。所應研究者。對於自招精神病者之責任。及心神耗弱者之責任如何。凡自己故意招致精神病。及已入於精神病之領域而犯罪者。在外形觀之。當然爲精神病人之行爲。不過其精神病由於自己所招致耳。於此主張消極說者謂犯罪既在精神病中應不負刑事責任。主張積極說者謂利用精神病爲犯罪手段時則與使無能力者犯罪相等。不能以精神病之行爲論。應認爲犯罪。此說爲多數學者所公認。至心神耗弱者之責任。頗爲當今立法者之爭點。暫行律無此規定。故或以爲應包括於精神病之內。或謂律無免責之明文仍應完全負責。新刑法爲解決此種爭點起見。特於第十九條第二項加以規定之明

心神耗弱者之責任

文。認爲得減輕其刑。其理由謂心神耗弱人其重者幾與心神喪失相等。輕者或與常人同。既不應處以通常之刑。又不應全免其刑事責任。故不能不有特別之規定。此爲各國刑法家及醫學家所公認也。外國刑法典有類似之規定者如意大利、挪威、西班牙、丹麥、瑞典、希臘、日本等國刑法典與德國委員會刑法草案皆有心神耗弱之條文。一千九百零五年萬國刑事學會議決。亦贊成對於心神耗弱人科以較輕之刑。故該案亦爲同樣之規定。其刑期比常人較短。然於執行完畢或免除後若聽其自由行動，仍恐遺害社會。故復有第八十七條第二項之規定。謂因而減輕其刑者。得於刑之執行完畢或赦免後令入相當處所施以監護。又酗酒問題亦有消極積極兩說。主張消極說者謂酗酒亦爲一時的精神障礙。其行爲無刑事責任可言。主張積極說者謂精神病人之行爲爲病理作用。出自天然之障礙。故與本人之行爲無關。而酗酒爲人力所自招。無論在行爲時有無精神上之障礙均應負責。且酗酒者未必全喪失其心神。不過其心神稍有障礙耳。此種出自人力之障礙不能爲違法阻却之原因。暫行律及舊

酗酒者之
責任

刑法均係採用積極說而爲規定。新刑法認爲當然解釋已如前述。至有謂以酗酒時有無知覺爲負責與否之標準者。無論在事後無鑒定知覺有無之可能。且不合於法理。其說之不當不待言矣。

瘖啞者之
責任

瘖啞者。聾而且啞者也。因聾而且啞者其精神狀態既異於常人。則不能視作常人而責令負相等之責任。惟聾啞有先天後天之別。屬於先天者其智力固不逮常人。而由於後天者其智力亦有與常人無異者。故暫行律第五十條之注意及大理院四年上字第八四〇號判例。皆謂專指生而聾啞者而言也。

按暫行律第五十條及新刑法第二十條所以規定瘖啞人得減輕本刑者。因瘖啞之情形在昔已不一致。況在今日教育普通之時。對於聾啞皆有學校之設。令其讀書習藝。其精力不徒能與常人平等。且有時尚有超過常人者。如遇與常人無異者仍可不予減等也。惟舊刑法第三十三條則無得字也。至瘖啞應作聾啞。卽指聾兼啞者而言。聾而不啞或啞而不聾者不在此限也。

若者之責

老者犯罪應否處以與少壯者同一之刑罰。頗爲學者所爭論。有謂老者精神衰弱顯然與少壯者之精神狀態不同。應不能負刑事之完全責任。有謂老者精力雖衰而經驗已較少壯爲優。且犯罪不必皆要精力強健者始能爲之。故各國對於老者處罰之減免認爲無理由可據。多不設減免之規定。吾國前清律分老者爲三等。凡年在七十以上者。流罪以下收贖。年在八十以上者。死罪議奏。盜及傷人議收贖。餘皆勿論。年在九十以上者。雖犯死罪不加刑。其在犯罪後老疾及刑期中老疾者。皆得依老疾之例。日本大寶律尙沿此制。明治以後已廢。蓋謂老者如實係精神昏憤。亦可援心神耗弱之條予以減刑之寬典。不當僅以其年老之故而不處罰也。吾國所以有優待老者之規定者。乃係本諸道德上應尊敬老者之觀念使然。歷代皆有老者減免刑罰之條。相沿已久。不便一時忽爾刪除。且以刑罰之目的在預防社會之危害及改變犯人之惡性。老者餘日無多。卽不改善。於社會之危害已無重大之關係。在刑法上雖以罪惡必罰爲原則。而其目的不專以處罰所能貫徹也。惟減等與否仍當視其有危害於社會

與否而定。若其行爲確與社會有重大之危害。則又不能偏於一見。故新刑法第十八條第三項之規定不取絕對減等主義而取相對減等主義也。

第二節 責任條件

責任條件者。其行爲須合乎某種條件始負責任也。據暫行律第十三條規定云。非故意之行爲不爲罪。但應論以過失者不在此限。舊刑法第二十四條云。非故意之行爲不罰。新刑法第十二條云。行爲非出於故意或過失者不罰。是負責任之條件爲故意及過失可知。所謂故意者。有犯罪之故意也。卽犯意是已。茲分述如次。

故意之界
說

意欲主義
與認識主
義

(一)故意 故意者。由認識及決意而成立者也。卽犯人對於犯罪構成之事實明知及有意使其發生者也。關於故意之觀念學者解釋不一。有主希望說者。卽意欲主義。謂故意者有對於所犯事實之希望也。凡有對於所犯事實之希望而決意爲之者卽稱爲故意。又有主認識說者。卽認識主義。謂故意者有對於所犯事實之認識也。認識所

犯事實而爲舉動之決意者卽稱爲故意。不問其是否以所犯事實爲希望也。前者認故意與所犯事實之認識間有因果關係。後者不認其間有因果關係。新刑法第十三條第一項云。行爲人對於構成犯罪之事實。明知並有意使其發生者爲故意。是卽採意欲主義以爲規定者。該條第二項云。行爲人對於構成犯罪之事實。預見其發生。而發生並不違背其本意者。以故意論。是又並採認識主義以爲規定者也。蓋對於故意之界說。在原則上係以意欲爲前提。無意欲當屬於過失範圍矣。但對於有認識之行爲不能認爲過矣。故不能不並以故意論也。就分則上之用語觀之。多有意圖字樣。卽係含有意欲之意者。例如第三百二十條云。意圖爲自己或第三人不法之所有而竊取他人之動產物者爲竊盜罪。意圖二字卽似已包含意欲二字之意在內。又如傷人致死。其下手之時雖無意欲致死。其於致死之結果。如有認識。卽當以故意論。若並無認識。則不能令負結果之責任也。

按暫行律僅規定非故意之行爲不爲罪故意之範圍如何未加以確實之定義也。新刑法

以其一伸一縮足以出入人罪。其關係甚巨。且故意與過失法家學說各有不同。若不確定其範圍。匪獨律文之解釋不能盡一。而犯人之處罰尤患失平。故不能不以明文規定之。他如意大利、暹羅、及瑞士、德國諸刑法典均有故意範圍之規定。所以防法官之出入人罪耳。

故意之要件

故意之要件維何。卽所犯事實之認識及所犯行爲之決意是已。(1)何謂所犯事實之認識。當分別說明之。所犯事實者。犯罪構成及加重之事實也。刑法上所列舉構成加重之事實。因主體之資格。客體之性質。方法之種類。結果之大小。各有不同。認識者。心象再見之謂也。蓋外界之形象先已印入腦中。一旦感觸卽能知其物爲何物。例如火之作用。平日本有知其能燃燒之心象。欲放火者其心象之再見也。(2)何謂所犯行爲之決意。卽指揮可成爲犯罪動作之心理作用是已。認識與決意同爲犯罪行爲之要件。同爲心理作用。不過一則關於智力者。屬於概括之觀念。一則關於意力者。屬於特定之事實。二者缺一不得謂之有故意。

犯罪行為之決定及犯罪事實之認識爲故意之要件。一般學者所公認也。就普通之知識觀念論之。當其行為之著手時必能認識其行為爲何種行為也。卽於其行為爲何種性質應有識別。例如飲人以藥不必皆爲犯罪行為。若明知爲毒藥而與人飲之。則有犯罪之故意矣。次於其行為之客體應有識別。例如擊槍發彈不必皆爲犯罪行為。若明知前面爲人而槍擊之。則有犯罪之故意矣。復次於其行為之因果關係應有識別。例如戲以手推人不必皆爲犯罪行為。若明知其人爲孕婦而重推之。致使墮胎。則有犯罪之故意矣。

至加重事實因主體之資格不同者。例如殺人者爲普通人祇適用新刑法第二百七十一條。若殺人者爲被殺者之子。則須適用第二百七十二條矣。客體之性質不同者。例如放火燒毀第一百七十四條所列之物者其罪輕。若燒毀第一百七十三條所列之物者其罪重也。方法之種類不同者。例如以行竊之方法竊取他人所有物者其罪輕。以強暴脅迫強取他人所有物者其罪重也。結果之大小不同者。例如傷人者結果爲輕傷時

其罪輕。結果致重傷者其罪重也。

關於故意之情形尚有應行注意者數項。

責任能力
不必要認
識

(1) 責任能力不必要認識。蓋能力為負擔刑罰之力。認識與否與故意無關。故已滿十四歲者自以為未滿十四歲而犯罪不得謂之無故意。

結果不必
皆有認識

(2) 犯意本以含有舉動及結果之認識者為原則。但在特殊之犯罪亦有不以認識結果為必要者。夫無結果之認識者。不能認為有故意。故故意之成立必以認識舉動及結果為要件。然在特殊之犯罪中亦有不要認識結果者。例如毆打致死。在毆打之犯人雖於致死之結果。雖不能先有認識。然對於其結果不可不負責也。

故意不必
要有違
法
之認識

(3) 故意不必要有違法之認識。蓋故意祇要合乎故意之要件為已足。對於其結果是不違法不必要有認識。例如不知吸食鴉片者為犯罪而竟吸食之。是無違法之認識也。但既有故意吸食之行為則罪即成立。故新刑法第十六條云。不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節得減輕其刑。如自信其行為為法律所許可而有正當理由者

。得免除其刑。例如對於某項行爲。在舊解釋應不處罰。後雖有新解釋認爲犯罪。一時尙未知悉。不能謂無理由。但須舉出確實不知之原因耳。良以法律既經頒行。即當人人受其拘束。法律對於其行爲有處罰之規定時。則其行爲必有危害之性質。犯者非處以刑罰不可。不必問其有違法之認識與否也。惟現代社會情狀複雜。間亦有因偶然不明法令或因正當理由陷於不知而罹法網者。其情形不無可憫。特准審判官酌量減輕處罰或免除其刑。以濟其平。

確定故意
及不確定
故意

(4) 故意有確定及不確定之分。犯人對於其行爲之結果有確定之觀念時曰確定故意。例如以刀向人而殺之是。否則曰不確定故意。不確定之故意可分爲三種。即概括的故意、擇一的故意、未必的故意是也。如於衆人往來之處穿作阮穿。雖不知陷落何人。而預料必有被陷落者。概括的故意也。若預知甲乙兩人必有一人須經過某地而預設阮穿。即可料定甲不被陷乙必被陷。擇一的故意也。又如擊鎗向前面發彈。若前面有人經過必被擊斃。無人時則不發生效力。未必的故意也。

有預謀之
故意與無
預謀之故
意

(5) 故意有預謀及無預謀之分。犯人由於沈思熟慮後而始爲之者曰預謀故意。其由於直思速決者曰無預謀之故意。法國刑法、德國刑法、日本舊刑法、吾國舊刑法對於殺人罪有謀殺加重之規定。惟近代學者多反對之。其理由謂犯罪之情形出於預謀者未必常重。出於無預謀者未必常輕。且謂預謀與無預謀不過時間上長短之區別耳。其性質上毫無差異也。故暫行律及新刑法均不採用此種區別。

事前故意
事後故意

(6) 故意有事前及事後之分。事前故意者。謂其行爲尙無結果而誤認已有結果。更因而爲另一行爲而助成其結果者也。例如將人以刀殺傷之後尙未致死。因誤認爲已死。復投之水中以圖滅跡。其人實因入水而溺死是。事後故意者。謂本非有故意之行爲。因事後利用無故意之行爲而起犯意者也。例如醫生爲人治病。當以刀割裂其身體之時。本無犯罪之故意。繼起殺人之念遂不復爲之縫治。致其人死亡是。

故意與遠
因

(7) 故意與遠因有密切之關係。其犯罪之決意多有由於遠因者。於立法上及裁判上皆當注意及之。所謂遠因者。促起故意之動機也。遠因之如何本不影響於犯罪之成

立。如故意殺人者。有以復仇爲其遠因。有以妬姦爲其遠因。有以圖財爲其遠因。雖與殺人罪之成立無關。然於處刑之輕重不能不以爲審酌之標準也。

按非故意之行爲不爲罪者。以其無惡性也。暫行律對於故意既無範圍之規定。故解釋上頗難確定。大理院對於無故意之行爲視與律無正條者同。無種何論行爲不以爲罪。統字第三一六號解釋文內有云。新刑律重在故意。非故意之行爲不爲罪。總則已有明文。爲盜執炊既無爲盜之故意。不能牽強誤會爲入人以罪。

過失之界
說

(二)過失 過失者。於要認識且可以認識之事實因不注意。而致不認識者也。不認識者非謂不認識一定之行爲及全部之事實。乃指不認識犯罪構成及加重之必要事實而言。故凡不認識犯罪構成及加重之必要事實者謂之不注意。若應注意且能注意而不注意者即謂之過失。過失與故意之區別。即在犯人爲某行爲時得知犯罪事實與否之一點。蓋知犯罪之構成及加重之事實者有故意也。否則屬於過失。過失雖以事實之不知爲要件。然非有得知之狀態不能成立。如鎗能傷人應有得知之狀態。若偶然

玩弄其機而出彈傷人是曰過失。若於抹擦其鎗時確未裝彈。偶爾棄手離開。被他人以彈裝入。及繼續抹擦時。因不知有彈而致誤觸其機傷人者。則爲不可抗力矣。非過失也。由於不可抗力而不知者。在刑法上不負責任。蓋法律決不責人以所不能也。按何者爲過失。在刑法上亦應有一定之範圍。前此暫行律既未規定故意之範圍。又未規定過失之定義。一任學者之主張及大理院之解釋而已。查大理院六年非字第一號有云。過失犯罪必因不注意而不能認識犯罪之事實始能成立。若對於犯罪結果之認識不能確定。而其行爲已具有相當之認識者。是謂不確定之故意。不得以過失論。是已具相當之認識者。雖其認識不能確定。構成未必之故意而已。仍應以故意論罪也。新刑法於第十四條特以明文規定之。其第一項云。行爲人雖非故意。但按其情節應注意並能注意而不注意者爲過失。第二項云。犯人對於犯罪構成之事實雖能豫見其發生。但確信其不發生者以過失論。第一項所規定者爲不認識之過失。第二項所規定者即認識之過失也。有認識之過失。又稱爲疏虞之過失。無認識之過失。又稱爲懈

疏虞過失
與懈怠過失

第二編 犯罪論 第七章 犯罪行爲之責任

失

怠之過失。前者謂對於犯罪事實而有未必的認識也。例如獵者舉鎗擊獸。以爲其技甚精。不致誤傷旁人。卒因偶涉疏虞而傷人是。後者謂對於犯罪事實全無認識也。例如藥劑師爲人配藥。因怠於檢點以毒藥給人致人死傷是。學者又或稱前者爲有意過失。後者爲無意過失。然在刑法上祇要認爲有過失便須負責。不必有嚴密之區別也。其實既稱過失。當無認識可言。有認識卽爲故意。不得謂之過失矣。茲之所謂有認識之過失者。不過借普通用語以說明過失之態樣而已。在刑法處罰過失祇要認爲有過失足矣。其過失之由於有無認識本無分別之必要。因其界限難以法律預爲規定。不若統以過失二字包括之爲愈也。但審判官於判處刑罰時不妨加以鑒別。察其情節。衡其輕重。於法定範圍內酌處其刑可耳。

過失成立
之標準

關於過失成立之標準學者有種種主張。約可分爲三說。(1)主張客觀說者謂應假定一普通人所能注意之程度爲標準。於欠缺普通人所能注意之程度時謂之不注意。或又名抽象說。(2)主張主觀說者謂應以本人通常所爲注意之程度爲標準。欠缺其通

常所爲之注意時謂之不注意。故又名具體說。(3)主張折衷說者謂一般注意之程度以普通人爲標準。若本人無其注意力時則以本人所能注意之程度爲標準。卽其注意力較普通人爲高者仍依客觀說論定之。

以上第一說全從客觀方面以定刑事之責任。置主觀方面於不顧。學者固多非難之。若依第三說所主張。則對於有最高注意力之人亦以普通人之程度律之。於法理上頗有不合。惟第二說主張對於犯人之注意爲主觀的觀察。在刑法上應認爲正當方法。但多數學者皆採用第三說也。有反對主觀說者。其持論謂從主觀而定注意之程度。則認富於智識經驗之人較普通一般人所負之責任獨多。殊不公平。然以故意犯罪論之。應以認識與否爲負責與否之標準。於過失之情形又何獨不然。故余仍認主觀說爲當也。

客觀說之所主張。例如砒霜能殺人爲一般普通人所得知者。若因不注意用以殺人。卽以欠缺普通人之注意論。應認爲有過失。主觀說之所主張者。例如醫生本能識各

種藥品之性質。因不注意致將毒藥與人致人死傷。應以過失論。若爲普通人因不知該物爲毒藥而以與人則不論以過失也。折衷說之主張。例如鎚水能傷人爲一般普通人所知。若因不注意而以飲人。應以過失論。倘爲鄉愚無知之徒。未曾知鎚水爲何物。則雖認爲酒品以飲人不以過失論也。又從事特別業務者其所負注意之義務有較普通人爲高。怠於爲較高之注意時。其過失責任比常人爲大。例如醫師認毒藥爲普通藥品給與病人服之。以致身死。應依因玩忽業務上必要之注意致人死傷論罪。若爲普通人則處以因過失致人死傷罪足矣。

過失犯與
不作爲犯

由犯罪之行爲言之。在故意犯罪有作爲犯及不作爲犯之別。在過失亦有不作爲犯否。余意過失犯亦有不作爲犯。例如因不注意致以鎗傷人者過失之作爲犯也。因不注意致未哺嬰兒以乳致嬰兒死亡者過失之不作爲犯也。

過失與故
意之競合

過失與故意有各別存在者。亦有兩相競合者。其競合之時究應負何種責任。學者間不一其說。例如欲毀壞其物。因過失而傷及物旁之人。對於毀壞罪之成立自應認爲

有故意。對於傷人罪則爲過失也。如此場合應成立故意毀物及過失傷人之二罪矣。又如以傷人之故意而施毆打。毆打之結果因不注意而致人死亡。是因有意行爲而生豫期以外之結果也。對於其人死亡之結果究應處以故意傷人致死抑或處以故意傷人及過失傷人致死之二罪乎。余則認爲應以故意傷人致死論。

故意與過失各別存在時。則故意固應各別論罪。對於有故意之部分自應處以故意之刑罰。對於無故意之部分卽處以過失之刑罰。其兩相競合者在理論上亦應分別論罪。但法律有以明文規定者。卽故意傷人而生死之結果者不以過失致人死論。而仍以故意致人死處罰。蓋以此種過失究係由於過失與否頗難分別。若許以過失論則其弊害甚大也。然實際上確係出於過失者亦事所恆有。例如當爭執激烈時以拳擊人。本無致人於死之故意。因不注意或致拳觸致命之處。卽能致人於死。於法不能以過失致人死論。仍當以傷人致死論也。不過審判官於此際得於法定範圍內酌量處刑耳。

過失之處
罰

過失之處罰如何。則有明文以規定之。無明文者不得處罰。蓋其結果必於社會有重大之危險者始加以刑罰。否則放任之也。新刑法之規定處罰過失者計分下列各種。

(1) 公務員因過失致犯人脫逃罪。(第一六三條)(2) 公共危險罪(第一七三條至一七五條、第一七八條至一八一條、第一八四條、第一八九條、第一九〇條)。(3) 致人死傷罪。(第二七六條、第二八四條)

過失之行爲本無惡性可言。法律上所以仍須處罰者。示以儆戒促其注意耳。暫行律所定罪刑甚輕。故對於因過失傷人致死者僅處五百元以下罰金。然對於因過失致尊親屬死傷者則加以徒刑。在理論上似不甚合。蓋既係過失則無惡性可知。既無惡性則所加以促其注意之儆戒應無輕重之等級可言。除負有業務上之特別責任者外應處以同等之儆戒足矣。或謂暫行律對於因過失致尊親屬死傷所以較常人爲重者。并非認爲有應處徒刑之必要。因有時僅處罰金不足以示儆戒也。蓋罰金爲財產刑。若遇親子未分財異居或子無私財產時其受罰金之執行者必仍爲立於被害地位之父母。故

不得以不附以徒刑以資伸縮。倘審判官認爲適當時亦未嘗不可專科罰金也。新刑法對於過失傷人者。規定於第二百八十四條。列有徒刑。其處罰過失似較嚴也。

(三)意思責任 新刑法第十七條云。犯罪因一定之結果而加重其刑者。若犯人不能預見其發生時。不得從重處斷。此卽爲關於意思責任之規定。法律上關於意思責任。有對於一定之結果而須加重其刑者。若犯人於其行爲時。未能預見其能發生此一定之結果。則其行爲與結果之聯絡。非爲犯人意識中所認識之聯絡。換言之。此一定之結果之發生。實出於犯人所預見的結果之範圍以外。其事實上雖不無因果之關係。然律以犯意構成之條件。則犯罪者當就其所認識的結果之範圍以內。使負其刑事上之責任。而於所不能認識之意外的結果。則不應令其負責也。例如本法第一百十六條之情形。若犯罪者於行爲當時本人所預見的結果。僅知其能發生傷害及自由與名譽之妨害。而不知其客體卽爲友邦元首或外國代表。則事實上雖因犯傷害及妨害自由或名譽。而傷及或妨及友邦元首。依本條之規定。仍不能依第一百十六條之

加重處斷也。此種規定原爲暫行律所爲。舊刑法始增入。新刑法仍之。其增入理由內稱。分則上於犯某罪而發生其他結果者加重其刑之條文。頗不尠見。按科刑專以結果爲斷。不問犯人之罪責若何。此爲古代刑法則然。近世學者深非之。蓋犯罪所生之結果。其在犯人意中者。當然可科以較重之刑。若意外之結果。其原因至爲複雜。因偶然之事實。使犯人負此意外之責任。不獨受罰者自痛不平。卽刑事政策。亦不應爾爾。一千九百零二年萬國刑法學協會議決。犯人對於犯罪行爲之結果。所負之刑事責任。應以其能預見者爲限。晚近立法例。如挪威刑法典。及奧國瑞士德國各刑法準備案。皆規定犯人祇對於其能預見之結果而負其責任。故特增入本條云云。

第三節 錯誤

錯誤者。事實與認識相齟齬也。就其狀態言之。乃誤信與不知也。有認識而無事實者曰誤信。不認識一定事實者曰不知。就其性質區別之。則可分爲事實上之錯誤及

法律上之錯誤。事實上之錯誤者。誤認事實之存在或不存在也。法律上之錯誤者。誤認刑罰法令之存在或不存在也。茲分述如次。

事實上之
錯誤

(一)事實上之錯誤其情形又可分爲數種。(1)有本無犯罪事實而犯人信爲有犯罪事實者。例如前面本無人。犯人信爲有人而舉鎗擊之。自不能有結果之發生。與不能犯之性質相同。(2)有本有犯罪事實而犯人信爲無犯罪事實者。例如前面本有人。犯人信爲無人而舉鎗擊之。偶致犯罪。在犯人初無犯罪之意思。竟得犯罪之結果。此時應視犯人有無過失爲斷。如有過失則當以過失論罪。否則爲非故意之行爲也。(3)有犯人認爲甲事實而實在事實屬於乙事實者。此又可分爲二種情形。(甲)犯人所認識甲事實輕於乙事實時。例如本欲盜伐樹木。於昏夜間以人爲樹而伐之。依暫行律第十三條第三項第一款之規定應從其所知。以盜樹論罪。但如有過失則又成立過失傷人罪。其與所知相等者亦從其所知。(乙)犯人所認甲事實重於乙事實時。例如本欲殺人。於昏夜間以電線柱爲人而殺之。依同條同項第二款之規定應從其所犯

。以毀壞電線柱論罪。但又可成立殺人罪之不能犯。（按新刑法已將上兩款刪除）
（4）有犯人所認之目的錯誤者。例如甲欲殺乙因誤認丙爲乙而殺之。在法律上祇認爲有殺人罪之成立。不必問所殺爲乙爲丙也。

法律上之
錯誤

（二）法律上之錯誤約可分爲兩種。（1）不知刑罰法令之存在。例如賭博在法律上本爲有罪。而犯人以其爲無罪而犯之。（2）不知刑罰法令之不存在。例如知人將犯殺人罪。於可以預防之際而不報告者。在舊刑法上本認爲犯罪。而本人認新刑法亦必有犯罪之規定。而爲之是。

第四節 因果關係

關於因果關係他書往往論述其雜反致頓斷混淆故本節提綱挈領以述其概要較易明瞭

因果關係
之界說

因果關係者。行爲與結果間之必要關係也。換言之。即前事實與後事實有聯絡關係存焉。其情形必後事實基於前事實而發生。無前事實則無後事實。若後事實非一定基於前事實而始發生。即無前事實亦可發生後事實。則不得認前後事實爲有因果關

係也。例如殺人者。舉刀殺人爲前事實。其人死亡爲後事實。若無殺人之前事實。自無從發生死亡之後事實。是殺人與死亡爲有因果關係也。又如甲以拳毆乙。乙於受毆後因誤食毒物而死。卽無受毆之前事實亦必發生死亡之後事實。是毆人與死亡無因果關係也。茲將關於因果關係之問題分述如次。

(一) 因果關係之範圍應如何區別 因果關係之範圍甚廣。究有如何之標準乎。約可分爲數種。(1) 從結果之遠因而區別之。以對於結果有直接關係者爲原因。有間接關係者爲條件。例如因防身而購鎗。因有鎗而殺人。前者爲間接關係。後者爲直接關係。(2) 從惹起結果力之事實而區別之。例如燒毀房屋。放火及引火物皆爲有力之事實。但以放火之事實爲最有力。(3) 從結果之可能性如何而區別之。例如以藥毒之。以棍擊之。應視其有通常可能性者爲原因。

因果關係之問題本甚複雜。而學者間異說迭出。迄無統一之定論。專從刑法上之因果關係言之。不過一負責之問題耳。蓋認爲有因果關係之聯絡事實者。則應負結果

因果關係
之學說

之責任。否則其行爲與結果無關也。關於說明因果關係之學說約有三種。卽條件說、原因說、相當因果關係說是已。(1)條件說者。謂可爲發生結果之條件之一切行爲皆爲法律上之原因。換言之謂條件卽原因也。則發生結果之條件如有數個時。則數個條件皆爲原因。故又可稱爲共同原因說。(2)原因說者。謂以多數條件中之一種爲結果之原因。其餘皆爲條件也。此說又可分爲數說。一爲必生原因說。謂就發生結果之諸條件中以其必有結果發生之條件爲原因。二爲最終原因說。謂發生結果諸條件中之最終條件爲原因。三爲最有力原因說。謂發生條件中之最力者爲原因。(3)相當因果關係說者。謂各條件之爲一般人所認爲原因者卽原因。一般人之認定以必要的可能的或多半的爲標準。否則若爲偶然發生之事實毫無相當原因關係者。卽令其條件可爲論理上之原因。不能爲法律上之原因也。

因果關係
與他行爲
之競合及
介入

(二)因果關係與他行爲之競合及介入 於因果關係之連續中若有他行爲與之相合時。謂之競合。其情形可分數種。(1)因數個原因之競合而始生其結果。其各原因爲

相對的原因而皆爲有原因之力。例如甲與丙以創傷。乙亦與丙以創傷。若獨立皆不致生死亡之結果。相競合乃致丙死。(2)數個原因各能獨立生同一之結果。相競合亦生同一之結果。其各原因皆爲絕對的原因。各對於其結果有原因之力也。例如甲以斧擊丙之頭。乙以刀剖丙之腹。其爲致命傷。皆足致丙死亡也。其非由於競合而有他之行爲參入於原因結果之間者謂之介入。其情形可分數種。(1)因甲之行爲而始有乙之行爲。因乙之行爲而生丙之結果。則乙之行爲爲介入之行爲也。例如甲毆傷丙致受傷害。乙送丙至醫院。丙於中途墮車而死是。(2)因甲之行爲而乙始爲其行爲。甲之行爲與乙之行爲相合而生丙之結果。是介入與競合共存在者也。例如甲於丙宅放火。火尙未熾。乙加以油。致丙宅完全燒毀是。

介入與因
果關係之
關係

(三)介入與因果關係之關係如何 介入與因果有何種關係乎。說者約分爲三。(1)因果關係中斷說。謂其因果關係因介入而中斷矣。又可分爲兩派。甲派謂不問介入者有無故意。苟介入者爲有責任之行爲。當認爲中斷因果關係。例如甲毆傷乙。丙

送往醫院。於中途將其墮落以致於死。丙之行爲既介入於甲乙之間。而甲與乙之因果關係因之中斷。乙派謂基於有責任及有故意之行爲介入時始能認中斷因果關係。如前例。若丙係故意將乙墮落則爲中斷。若非出於故意者其因果關係不中斷也。

2) 責任更新說。謂他人之行爲介入不能中斷因果關係。特介入者對於所新生之結果另生責任關係。如前例甲之行爲與丙之結果生責任之移轉耳。甲對丙之最後結果不負責任。而以乙爲更新責任之負擔者。(3) 介入不妨因果關係之連續說。謂甲行爲與丙結果間苟有因果關係。則乙行爲之介入與否毫無區別之必要。認甲乙二行爲均爲對於丙結果之原因。謂以關係論無所謂中斷。以責任論無所謂更新也。以上三說各有理由。在法律上應以結果之能豫見與否爲負責與否之要件。蓋有時雖有因果關係。以其因果關係不能豫見。予以原因者仍不負責。例如甲毆傷乙之後乙因自盡而死。乙之自盡雖係由於被毆。但非甲所能豫見。甲祇能負傷害之責而不負致死之責也。

但有
例外

不作爲與
因果關係

(四)不作爲與因果關係 不作爲亦有因果關係與否。頗爲學者所爭論。主張無因果關係者。謂不作爲屬靜止之狀態。無單獨之原因力也。既無單獨之原因力故無因果關係。主張有因果關係者。謂有作爲義務者於他之原因進行時。若不爲結果之防止。卽爲發生結果之原因力也。既爲發生結果之原因力。故認爲有因果關係。新刑法第十五條第一項云。對於一定結果之發生。法律上有防止之義務。能防止而不防止者。與因積極行爲發生結果者同。卽依此而爲規定者也。例如醫生見住院之病人臨時忽發生急症。不卽爲之急救因而死亡是。亦有因自己之行爲而應防止其結果之發生者。新刑法第十五條第二項云。因自己之行爲致有發生一定結果之危險者。負防止其發生之義務。例如遺火於友人家之薪草內。卽有燒毀之危險。雖對於他人之遭燒毀依法無防止之義務。但其原因係自己所種。卽負有防止之義務矣。

第八章 違法之阻却

阻却違法
之界說

行爲之違法爲犯罪之要件。但有違法阻却之事由時其行爲卽不認爲違法。論違法阻却之種別者大別之可分二說。第一說謂違法阻却之原因可分爲權利行爲及放任行爲二者。以正當防衛、業務行爲、職務行爲等屬於權利行爲。而以緊急狀態及自己處分等行爲屬於放任行爲。第二說謂違法阻却之原因可分爲緊急行爲及權利行爲二者。以正當防衛、緊急狀態皆屬於緊急行爲。而以業務行爲、職務行爲及自己處分等行爲屬於權利行爲。然於實際殊無多方分別之必要。蓋同爲違法阻却之行爲。不必要如此分別也。

按行爲之違法與否。不能專從片面之條文以爲觀察。蓋若純從片面之條文以爲觀察。則近乎斷章取義矣。其不能得其真義也無疑。故有時刑法上之條文規定有罪而依他種原因可認爲無罪。例如殺人就新刑法第二百七十一條觀之當然有罪。但若爲出於正當防衛之行爲。則爲適法行爲矣。故法令之存在本非各自獨立。乃合全體之各法條而存在者也。依此種法令或條文所禁止之事項。依他種法令或他條文認爲不違

法者往往而有。此卽所謂違法之阻却。亦有稱爲排除違法性之原因者。至所謂權利行爲者。謂在法律上本有此種權利也。依照權利之本能所爲之行爲自不能指爲違法。所謂放任行爲者。謂依照權利之本能本無爲此行爲之權利而在法律條文上又屬違法之行爲。特因法律上別有准予放任之規定而阻却其違法性也。所謂緊急行爲者實與放任行爲同其意義。不能與權利行爲相提並論。而第二說認權利行爲之正當防衛亦屬緊急行爲之一。在適用上以法律之明文如何規定而定。本不必加以性質上之區別。若推溯立法之旨。則不能不於性質上加以研究也。

第一節 正當防衛

正當防衛
之界說

正當防衛者。爲防衛自己或他人之權利。用私人之腕力排除不正之侵害所爲必要之行爲也。正當防衛係直接根據於權利之本能。有權利者於法律之範圍內可主張其不侵權。當侵害之來。不得不爲救濟之手段以保護其權利。而法律對於一般之保護必

訴諸國家。以公力而爲維持防禦。其依私人之腕力以自謀保護者。絕非法律所許。然當危急緊迫之頃。不遑待公力之保護。亦不能拱手以受人之侵害。則對於違法之侵害而爲權利自體之保護計。雖一時以私人之腕力對待之。在法律上亦不能不認爲正當。既認其行爲爲正當。則稱爲適法之行爲可也。正當防衛之不爲罪。古今各國立法例皆採用之。惟其範圍依法律之規定而各有不同。中國舊律往往散見於擅殺姦盜各條。法國刑法及日本舊刑法皆認爲屬於殺傷之特別不問罪。且僅限於生命身體之侵害方可用之。德意志古法更認爲復仇殺人權。然正當防衛不應限於殺傷。卽一切權利被侵害時亦當使用之。故吾國刑律列入總則中。新刑法第二十三條云。對於現在不法之侵害而出於防衛自己或他人權利之行爲不罰。但防衛行爲過當者得減輕或免除其刑。此不復以何種行爲爲限。且概言權利。於其種類亦不爲區別規定也。法律上所以有正當防衛之存在而認爲違法之阻却者。從來學說上所主張之理由不一。有謂被侵害者立於緊急避難狀態故其行爲應不爲罪者。不知緊急狀態在性質上與

正當防衛
存在之理由

正當防衛已有顯然之區別。而在刑法上亦另有所規定。殊不能混合論斷。有謂被侵害者因受侵害而喪失其自由意思。已立於無責任能力者之地位故不爲罪。此說就喪失自由意思一語觀之已與實際狀態不同矣。而與有無責任能力更難相提並論。例如人以刀殺我。我之所以以刀抵禦之者。既非由於知識程度之不足。又非由於精神狀態之失常。豈能謂爲無責任能力乎。此殊與近世刑法觀念不合。有謂侵害者因侵害行爲已失其自己之權利地位。故被侵害之防衛行爲不應有罪。此說即謂犯罪係由於侵害他人之權利而起。犯人既因侵害行爲而處於無權利之地位。即無侵害犯人權利可言。既非侵害犯人權利故不爲罪。夫人之權利之有無已規定於法律。法律上認爲有其權利時決不能因任何行爲而喪失。即犯罪之人亦自有其應享之權利。不容於法律以外加以剝奪。故對於犯人之身體雖審判官亦不能加以非法凌虐。豈能因其有侵害行爲而遂喪失其權利乎。且如此說之結果必致重視被侵害者之權利易生防衛過當之弊。尤不足取也。有謂被侵害者對於不正侵害有處罰之權利。夫處罰爲一種公力

。不能由私人行使之。自國家形成以後已成定論。豈容私人假防衛行為以行使之乎。果如此說所主張。則可恢復私人自相報復時代之現狀矣。於國家社會之安甯秩序將無從保守。當非法律所許也。以上諸說皆不足以說明正當防衛無罪之理由。近世最有力之學說則謂被侵害者對於不正之侵害應有自衛之權利。於受他人之不正侵害時而行使自衛之權利故應不為罪。新刑法第二十三條即本此而為規定也。

防衛與其
所生之損
害應否衡
平

正當防衛既為對於加侵害者之一種反擊行為。則因防衛行為所生之損害與因暴行所生之損害有衡平之必要否。計有兩說。甲說謂防衛之程度不依被侵害法益之大小定之。應依暴行之急激與否定之。故因暴行所損害之法益與因防衛行為所損害之法益無均等之必要。乙說謂兩方之法益必有對等之價值。若於或範圍失其比例即不得為正當防衛。然當危害切迫之際。令防衛者注意其對等價值之責任。其理由似欠正當。且如來侵者為重大之危害。但予以輕微之損害已足防禦者。亦無求其衡平之必要。何反擊之程度遂不可高於來侵者乎。就兩說比較論之。自以甲說注重於暴行之急

切與否而定防衛程度爲允當也。若他人遇有不正之侵害將致損害權利者。發見之人不問是其親戚知交與否亦得代爲執行防衛之勞。是爲公許之義。蓋以獎勵義俠也。刑法中所以有防衛自己或他人權利之規定也以此。但防衛不論爲自己或他人。若所用方法逾越防衛所必要之程度者。是以暴易暴。仍屬不正之行爲。其刑雖得減輕。實亦不必減輕。例如見人竊其物。如僅加以呵逐卽能屏除。或執而送之官署亦爲事勢所能。若竟施以殺傷。則非防衛必要之手段矣。是逾越防衛之程度矣。仍當論罪。又如姦夫雖在姦所。若無現可行姦或續姦情形。或行姦已畢之後。祇能認爲現行犯執送官署。不能予以殺傷。蓋雖予以殺傷仍無補於過去之侵犯。法律上自不能認爲行使防衛權。其對於姦婦不問其是否在姦所或登時皆不能殺傷。其理由亦同。

正當防衛
過當之處
罰

按正當防衛所以不爲罪之理由不過謂爲圖自衛耳。則其行爲應以自衛爲其範圍。入乎自衛之範圍者爲適法。出乎自衛之範圍者則仍爲一種非法之侵害。不可不認爲犯罪。暫行律第十五條後半所以有逾防衛行爲過當者得減本刑一等至三等之規定。修

正案刪去得字改從必減主義。論者多認爲失當。蓋施行防衛手段時之情形千狀萬態。不能全憑預想所得。亦不能謂凡屬防衛過當之行爲皆有可宥之理由。蓋藉口防衛而故意予以重大之侵害者往往而有。若一律必予減輕。則適予狡黠者以侵害之機會。殊非立法之本旨。且得減有伸縮之力。可容法官從容論斷。衡其輕重。適用甚爲便利。故舊刑法又將修正案所刪去之得字恢復。并加以得免除之規定。新刑法仍之。蓋謂過當之程度仍有輕重之分。若少有過當卽科以刑罰亦未免近於苛求也。至如何程度而認爲過當。茲舉一前北京大理院解釋之例如次。一甲有子乙賦性愚憨。其媳丙與丁通姦。甲約戊己徒手往捉。丁由丙房中持刀突出。先將戊扎傷。己卽取棍戊卽拾磚。將丁格傷。丁復向戊己撲斫。甲順取門旁防夜之葦槍木柄格傷丁頭部倒地。并用槍扎傷其足部。移時身死。戊己應以正當防衛論。甲應以防衛過當論。一按丙係乙之妻。乙如縱容與丁通姦。甲非本夫應無干涉之權。甲及戊己前往捉姦雖謂係防衛他人之權利。但他人若自願放棄其權利時。仍不能反其意思而代行之也。

。不過乙之意思如何。此例無明白之說明耳。

對於正當防衛所加之損害學者多主張依暴行激切與否定之。應無均等之必要。但於其所受侵害之種類仍不可不加以區別。例如他人以非常激烈之勢而來。其目的在毀我之書案。此時我若以鎗擊之或以利刃刺之自能擊退其侵害。然以我之書案與他人之生命較其價值相去甚遠。若爲保全我之書案而遂奪人之生命於法理似屬不合。是所加損害之程度雖應以暴行急切與否爲衡。但不可對於雙方之價值全不顧及。然就新刑法第二十三條之文義觀之。僅謂對現在不法之侵害而出於防衛自己或他人權利之行爲。於其種類未加區別。則適用之時祇要爲防衛權利足矣。不必問及權利之種類也。愚意對於施行殺傷之防衛手段時應以保全生命身體自由及不可回復原狀及賠償之損害爲限。蓋如前例雖損失其書案仍有請求賠償之可能。加人以生命身體之傷害豈得謂平。若然則人之生命身體之價值等於物體矣。尤非主張人道主義者所宜出此也。立法者曷加之意乎。

由前論之。則正當防衛之構成必具有數種要件。

正當防衛
構成之要件

(1) 必為現在之侵害。所謂現在者。別乎過去與未來而言也。屬於過去者即在侵害行為終了之後矣。應由國家以法律繩之。非私人腕力所應報復。屬於未來者施以預防之方法足矣。亦不應先以腕力對待之。

按侵害行為所以必為現在者。蓋以對於現在之侵害除施行防衛手段外別無方法足以排除之也。惟現在之界限如何論者頗有爭執。有謂現在應從嚴格解釋者。於現在將開始之際應屬於未來。於現在將終之際應屬於過去。所能施行防衛手段之時期僅為最中之一段耳。例如見他人將著手為侵害之行為時即迎擊之。此屬於現在之將開始也。又如被人侵害已終。臨去之時即追擊之。此屬於現在終了之際也。於此兩種時期尚不能謂為現在之侵害。其反擊應認為不當。有謂現在應從寬解釋者。如前例之兩種時期皆當以現在論。若施以反擊為法所不禁。此二說之持論全然不同。其理由前說謂正當防衛之目的在保全私人之權利。欲達完全保護之目的。若於侵害將臨及

終了之際不許施行防衛手段。則危險終甚重大。故防衛爲法所許。後說謂正當防衛之目的既在保全私人之權利。若於侵害將臨之際卽先施以迎擊。則不啻害他人之權利矣。於侵害終了之際而猶施行追擊則不啻行使報復手段矣。故應爲法所不許。愚意於現在之界限應以有無可以避免之情形爲斷。若於侵害將臨之際除迎擊外如已無可以避免之途卽以現在之侵害論。於侵害終了之際而有繼續侵害之虞者亦同。否則無行使防衛手段可言也。

(2) 必爲不法之侵害。所謂不法者。卽指違法之行爲而言也。如爲懲戒行爲及官署之逮捕行爲等不得適用正當防衛。

按暫行律之規定爲不正之侵害。舊刑法始改爲不法之侵害。新刑法仍之。以爲不正較不法之意義爲寬廣也。而究竟不正之意義如何學者每有爭論。有謂不正之行爲卽違法之行爲者。有謂不正與不法之字義不同。不法專指違法之行爲而言。不正則包含爲道義所不許之行爲在內。或謂不法以有責任者之行爲爲限。未成年人及心神喪

失人及無故意與過失之行爲皆不以不法行爲論。主觀說之所主張也。又有謂不法乃客觀的關係與主觀的要素無關。無責任能力人之行爲及無故意與過失之行爲皆可爲不法之行爲。此外尚有謂以人之行爲爲限者。動物之行爲不與焉。於實際上觀之。不法之行爲自應以人之行爲爲限。蓋對於動物之行爲而予以反擊時則爲緊急狀態。其所加之防衛手段祇能謂之損毀不得謂之傷害。若爲對於無責任能力者之反擊則不得以損毀稱也。又日舊刑法有取還贓物不爲罪之規定。係認取還贓物亦保衛權利之一種也。

(3) 必爲保全自己或他人之權利對於加侵害者而行之。所謂保全權利者。凡屬生命身體自由名譽財產之權利皆是。所謂對於加侵害者而行之云者。別乎對於第三者而言。蓋緊急狀態爲對於第三者所加之侵害也。防衛之行爲雖不能對於第三者行之。然爲保全他人之權利而行使防衛權亦爲法律所許。

當情形急迫時用私力以保全權利。所以代公力之行使也。既係代公力之行使。故雖

對於他人之被侵害亦得爲之。該本條概言權利。不論生命身體自由名譽財產皆可爲被保護之目的物。似此則正當防衛之範圍甚寬。每易流於過當之情形。且如爲保全一錢而殺人亦爲法所許矣。殊有未當也。

又刑律補充條例第一條爲適用正當防衛之例外規定。謂暫行律第十五條對於尊親屬不得用之。而此例外之中又有例外。謂嫡母繼母出於虐待之行爲夫之尊親屬出於義絕或虐待之行爲仍可適用正當防衛。此種規定之當否論者雖不一致。然於法理上殊不能通。蓋正當防衛爲保護自己或他人之權利爲目的者也。祇問侵害者之行爲是否不法。不當問被侵者與侵害者之身分有何關係也。卽謂父母之於子女有時係爲行使懲戒權而侵害其身體。但懲戒權之行使原自有其範圍。凡在其範圍內之懲戒行爲。卽係正當之行爲。其子女自無行使防衛權之可言。若爲出自懲戒範圍以外之侵害。雖親生父母亦有時難免。豈可任其非法加以侵害乎。如此則國家刑罰權上之威信掃地無存矣。或有主折衷主義者。謂子女對於父母行使正當防衛時以受生命身體之

侵害爲限。則猶可說焉。舊刑法及新刑法則不採補充條例之規定也。

(4) 必須於防衛之必要範圍內行之。所謂必要範圍者。別乎有可避免之途而言也。例如可以理喻者則不必束縛其自由。能拘束其自由者則不得故意殺傷。歐美日本之刑法皆以不得已爲其要件。明定於法文中。惟對於不得已三字之解釋範圍略有廣狹之不同耳。德國學說解釋範圍甚廣。凡外人加我之暴行而我不能防止者皆爲不得已。法國學者解釋範圍則甚狹。謂凡有可以避免其暴行之方法者皆非不得已。必絕無可以避免之途始以不得已論。美國刑法採用之。日本舊說多主德派。新說多主法派。吾國暫行律及新舊刑法均無不得已之法文。但就各該條後半觀之亦應在必要範圍內行之也。

必要範圍之意義有兩種解釋。一謂必要範圍卽不得已之情形。一謂必要範圍爲不必不得已爲限。依前說則凡有可以逃避或請求公力保護之從容時間者則不能行使防衛權。依後說則凡受不法之侵害者不必問有無逃避或請求公力保護之時間。皆可選

行行使防衛權。愚意以前說爲當。蓋國家法律上所以特許被侵害者以防衛者。以其不違待公力之保護且已立於無可避免之途也。若既有可以避免之途而仍許以私人之腕力保護之。是侵害國家之刑罰權矣。况所謂必要者即從文義上解釋之亦爲非如此不可之義也。若非此而可則非必要矣。

正當防衛
爲權利行
爲抑爲放
任行爲

至正當防衛爲放任行爲或權利行爲。學者間頗有爭執。主張放任說者。謂正當防衛之實質乃當緊迫之時一法益與他法益不能對峙而獨立存在。際此俄頃不能待國家權利之干涉。一任其自然而已。既係任其自然。即爲放任行爲也。主張權利說者。有謂正當防衛乃消滅其不正之行爲也。消滅不正即爲其權利。稱此說爲不正消滅說。或謂侵害他人之權利者國家應予以刑罰。其出於正當防衛者即無刑罰權之存在也。不可謂非權利。稱此說爲刑罰權消滅說。又有謂不正之侵害爲反乎社會之行爲。故國家當撲滅之。正當防衛即代國家撲滅之行爲也。此種撲滅行爲即屬權利。稱此說爲代行國權說。以上三說各有理由。其主張爲權利行爲則一也。愚意正當防衛之

行爲與其認爲放任說不若認爲權利說。蓋正當防衛係對於現在不法之侵害而行使防衛自己權利之正當行爲。既爲正當之行爲卽爲權利。國家不能施以刑罰者并非出於寬典。乃維持其權利也。

第二節 緊急狀態

緊急狀態
之界說

緊急狀態者。謂當危迫之時因避免其危害迫於不得已之狀態而加害與人之行爲也。此種加害行爲在法律上不論以罪。其與正當防衛之情形不同者。正當防衛爲於危迫之際排除他人不法之侵害。緊急狀態乃於危迫之際對於加侵害者以外之行爲也。其原因或由於水火雷電自然之厄。或由於自力所不能抗拒之危難強制。皆所不問。祇要處於不可抗力之危迫境况爲已足。例如因避火災。非將其鄰人之門窗毀損不能逃出。則雖有毀損他人所有物之行爲不能成立毀損罪。國家對此本非予被危迫者以此種權利。實爲一種放任行爲。亦卽本於法律不責人以不能之原則也。

新刑法第二十四條第一項云。因救護自己或他人生命身體自由財產之緊急危難而出於不得已之行為不罰。但避難行為過當者得減輕或免除其刑。依據本條之規定。其因救護權利所生之侵害不可超過危險之程度。否則仍當處罰。所以防濫用其行為而故意加人以損害者也。在古時所認之緊急行為專以避身體之危難為限。本不須有此種規定。現在普通所認定之緊急行為既不專以避身體之危難為限。若因避自己財產上之危害而侵及他人之生命。則為保護輕微之權利而侵害重大之權利矣。不徒於立法之本旨不得謂合。其流弊誠有不堪設想者矣。故對於加以過當之損害者仍不得處罰。

正當防衛係對於他人加以不法之侵害時所施之防衛手段。在法律上當然不認為犯罪。而緊急狀態乃係對於未加以侵害之他人而予以侵害也。他人既未加侵害於我。而我竟加人以侵害。豈非明明為犯罪行為乎。若不認為犯罪則他人之法益豈應供我之犧牲乎。於法理上論之殊不可通也。雖然當危急迫切之際若遇雙方方面之法益不能兩

全時。猶欲責人以道義與法律上之義務。實爲勢所難能。法律既以不責人以所難能爲原則。故有緊急狀態之規定。特許受危迫者盡其腕力之所能及以行其競爭手段。法律不命令亦不禁止也。但若侵害他人多數或較重大之正當利益以保全其少數或輕微之利益。則又非事理之平。法律亦不能許。此新刑法第二十四條第一項後半所以不許有過當損害之規定也。故爲保全自己之法益而加人以過當之損害者法律上仍應處罰。不過得因其情節而減輕其刑耳。例如某甲爲強盜所迫。謂甲若不將某乙殺死則將攜甲衣物以去。此時甲不得顧全其衣物而殺乙。反之如謂甲不將乙之衣服奪去則盜必將甲殺死。此時甲爲保全其生命起見而奪去乙之衣物應不爲罪。卽更進一步如謂甲不將乙殺死則盜擬將甲殺死。至此時甲卽殺害乙之生命亦不處罰。蓋所侵他人之法益與保全自己之法益相等也。

緊急狀態
之要件

緊急狀態亦有一定之要件。非合乎要件者不以緊急狀態論也。其要件約可分爲數項。

(1)要有偶然之危害。所謂偶然之危害者。謂出乎本人意料之外突然發生之危難也。其情狀必已入於危急切迫之境遇。與正當防衛同一觀念。危難乃指天災地變。人或人以外之動作而言。且對於緊急狀態行為者更得為緊急狀態行為。但由於他人之正當行為對自己而為制裁時則不能為緊急狀態行為。例如對於執行死刑者。對於正當防衛者。皆不得為緊急狀態行為是。此為一般學者所公認也。

危害之來也有為本人所預知者。即未來之危險。有已終了者即過去之危害。其為現在之危害而非本人所預知且未終了者即偶然之危害也。此種偶然之危害若為預防所不能及。又非抵抗所能有效。惟有破壞第三者之法益始能避免。例如路過他人之宅。不知有惡犬在。倉卒遇之。必為所噬。即投石以斃之。究為行使正當防衛乎抑為緊急狀態乎。於法理上應認為緊急狀態也。蓋對動物無正當防衛可言。已為一般學者所公認。以石斃犬其受損害者仍可謂為其犬之主人。主人即被噬者及犬以外之第三人也。因避免危難而損及第三人之物自屬緊急狀態。反之如前例。若預知他人之

宅內有惡犬在。當其出噬也相距甚遙。不事走避而徑前追斃之。則非偶然之危害矣。仍須負損毀他人所有物之責。

(2) 必爲因避危難而有不得已之情形。卽於遭危難時除加害他人之權利外別無何種手段可以抵抗之謂也。故如對於人可用正當防衛對於物可爲反擊之時。或可用逃避及他種方法以爲避免時。皆不能對於第三者爲緊急狀態行爲也。據此可知對於得爲豫見及過去之危難皆不認爲有緊急狀態原因之存在矣。

緊急狀態所以以不得已之情形爲限者。以其非由於權利之行爲。其所侵害之他人法益乃係無辜之他人。與正當防衛所反擊者不同。故對於正當防衛權之行使有以廣義之必要範圍爲限者。而緊急狀態則非有不得已之情形不可也。例如強盜令其殺人。倘強盜手中並無兇器卽不從而盜亦莫如之何。或有可以逃避之機會而竟殺人以徇強盜之要求。皆非不得已之情形。於律仍須論罪。否則如不殺他人卽將爲強盜所殺。則以不得已論。應不爲罪。

(3) 必對於予以危難者以外之人而行之。此即別乎正當防衛而言也。蓋若能對於予以危難之人而行反擊。則爲正當防衛之行爲矣。

正當防衛爲排除他人之侵害。故對於侵害者而行使其反擊之權。緊急狀態爲侵害第三者之法益。非對於攻擊及予以損害者而行使其防衛權也。故僅以破壞與受侵害原因無關之第三人爲限。故有可以爲正當防衛之機會時即不許爲緊急狀態之行爲。例如爲強盜迫令殺人。苟有可以對強盜行使抵抗之能力。即不能全不行使抵抗而遽依其要求而殺人。是緊急狀態之行使以確無救濟之他方法時爲限而爲破壞第三人之法益也。

緊急行爲
無罪之理
由

關於緊急行爲無罪之理由。學者間向有主觀客觀二說。主張主觀說者謂爲緊急行爲者乃當危害切迫之時不暇計及損害他人與否及其行爲爲違法與否而爲之。是乃喪失意思自由之行爲。足以阻却其責任能力。即可謂緊急狀態之無罪乃基於責任能力之阻却而犯罪不成立也。主張客觀說者又分爲四種。一說謂緊急狀態發生於權利之本

質。有此狀態者乃爲保護其權利而加害於他人之行爲。則其所行使者爲緊急權利。是緊急狀態行爲卽權利行爲也。二說謂緊急狀態非權利行爲。其性質仍爲違法行爲。不過法律對於此種違法行爲因基於特別之情形不爲處罰而已。然則緊急狀態行爲非權利亦非放任也。三說爲前二說之折衷說。謂有或種之緊急行爲爲權利行爲。其他之情形特不過免其刑罰耳。究以何者爲權利行爲乎。卽犧牲他人輕微之權利以救濟自己重大之權利者是也。第四說謂緊急行爲非適法行爲亦非違法行爲。乃爲法之所放任。位於適法與違法行爲間之一種行爲而已。有反對主觀說者。謂依主觀說所主張就心理學上而爲觀察不能信爲確當。蓋在緊急狀態行爲者當自己或他人之法益被侵害時仍以自己之意思而決定之。證之心理學上不得謂無意思之自由或選擇之自由。且人之意思常不免爲外界之事物所支配。故從哲學上論之不妨以人類意思絕對不自由之緊急狀態爲原則。特就通俗之人情而爲觀察。犧牲自己之法益以尊重他人之法益實屬非常之事業。法律不責人以不能。亦不望人以非常。欲保全自己之生命

身體而害及他人者。無論其基於意思自由之行爲與否皆不予以處罰。然則緊急行爲之性質以客觀說較爲適當也。

關於緊急狀態之學說頗多。以上特舉其重要者言之耳。除主觀說爲多數學者所反對外。卽就客觀諸說論之。第一說謂緊急狀態發生於權利殊有未當。蓋權利爲法律所賦予。有權利者行使其權利時必不致侵害他人之權利。庶能保全社會之常態。若甲行使權利卽妨害乙之權利。乙行使權利則妨害甲之權利。非權利之本質也。緊急狀態之觀念與此種觀念決不相同。尙得謂之權利乎。第二說謂法律上對於此種行爲雖認爲犯罪而不處罰。法律上既不處罰則不啻爲法律所許。旣爲法律所許卽爲放任行爲也。與第四說所認爲放任行爲之觀念略同。第三說認定其中一部分爲權利行爲。謂犧牲他人輕微之權利以救自己重大之權利時卽認爲權利行爲。殊不知是否爲權利行爲乃根本上之關係。不能以輕重之比較爲根本關係之代用也。故認一部分爲權利行爲亦屬未當。

緊急狀態之無罪不獨積極行爲認許之。卽對於不履行義務之犯罪亦得爲一般之適用。蓋出於緊急行爲而不履行法律上所要求之作爲時。於其不作爲亦不能認爲違法。特此乃以本人無特別義務者爲限耳。若本人於緊急狀態之時其職務上負有爲一定作爲之特別義務者。違反其義務而不作爲時便當處罰。如臨陣脫逃及船長不救載客之船艦而先自上陸之類是。故暫行律第十六條第二項云。前項之規定於有公務上或業務上有特別義務者不適用之。但舊刑法第三十七條第二項云。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。是專以不許爲自己而爲緊急狀態。若爲救護他人尙可爲之也。新刑法亦如之。

因受危難強制於應作爲而不作爲者。與應不作爲而作爲者同一情形。故在法律上仍應認爲有違法阻却之原因。蓋在不作爲者雖有應作爲之義務。但無冒危難之義務。不能不許其顧全自己之法益也。至若在公務上或業務上應負冒危難之特別義務者則不能以避危難爲理由而免除其應作爲之義務。對於有此種特別義務者雖屬作爲犯

亦同。例如武裝警察不能因爲盜匪所迫而殺人。卽因有特別義務不能因避免危難而爲侵害他人之作爲也。

緊急狀態
能否代他
人爲之

此外所應研究者。緊急狀態究應代他人而爲之否。又所避之危難是否應包括生命身體自由名譽財產皆在其中。試就暫行律論之。其第十六條之緊急狀態與第十五條所規定之正當防衛比較觀之。則正當防衛本明言可爲他人行之。其權利亦無種類之限制。而第十六條所規定之緊急狀態無得爲他人爲之之明文。又無何種危難之規定。其範圍頗滋疑義。前此祇能任大理院爲之解釋耳。然此爲立法問題。究應以明文規定之。非司法者所能以己意解釋之也。考日本舊刑法規定危難僅限於身體。該國新刑法則生命身體自由財產皆列入之。惟名譽不載其中。我國新刑法第二十四條則特定得爲救護他人而爲之。又規定以救護生命身體自由財產爲限。與日本新刑法相同也。

正當防衛所以能代他人爲之者。以其爲抵抗不正之侵害也。緊急狀態既非抵抗不正

之侵害。乃係侵害無辜者之法益。在一般情理上言之。不過予以放任聽其自由解決而已。無關係之第三者不必予以任何方面之助力也。然亦不能概括論定。例如爲保全生命而破毀他人之財物。卽代避難者爲之尙在情理之中。若爲保生命而破毀他人之生命。則雙方皆有生命關係。似應聽其自爲生存之競爭。第三者不當予以助力。故暫行律於正當防衛有可代他人行之明文。於緊急狀態則無其規定也。新刑法第二十四條特以明文規定之云。因避免自己或他人生命身體自由財產之緊急危難而出於不得已之行爲不罰。所以指明以生命身體自由財產爲限者。以免適用之漫無限制。且以免爭議之發生。固甚妥當。至名譽以其無緊急被難之可言。亦可不列入。惟得代他人爲之似嫌過寬也。

第三節 基於法令之行爲

凡爲法令所認許之行爲不得論罪。分別言之約可列爲數項。

(一)職務行爲。即依其職務所爲之行爲也。無論由於上官之命令或出於自己之權限者皆爲職務行爲。但新刑法將屬於自己依職權所爲之行爲認爲依法令之行爲。以之包括於第二十一條第一項。其依所屬上級公務員命令之職務上行爲則規定於該條第二項。關於職務的行爲甚多。如死傷敵兵執行死刑逮捕犯人執行監禁皆是。但應先事審查是否自己有處置之權限或長官有無發此命令之權限耳。例如縣長對於各長官之命令固應遵守。設教育廳長令其執行死刑。顯非其權限內之命令也。此對於上官之命令有時不得不加以考察者。又如逮捕盜匪本爲縣長之職權。但若無上級官署核准之命令而遽予執行死刑則爲違法。此對於自己職權有時不得不加以考察者。要必在其權限內之行爲始得稱爲職務行爲也。故其要件有二。一須爲屬於公務上之事件。二須有長官之命令者必爲屬於長官權限內之事件。無長官之命令者必爲屬於自己權限內之事件。至屬官依據長官命令之所爲在學者間尙有數說。甲說謂對於長官之命令不可專從形式上審查之。在實質上亦有審查之權。如不合法則無服從其命令之

義務。違者仍以違法行爲論罪。乙說謂屬官對於長官命令有絕對服從之義務。凡屬官對於長官命令所爲之行爲。在法律上無論如何不認爲犯罪。丙說謂屬官對於長官之命令雖應加以審查。但以審查其形式有效與否爲限。實質上如何可以不問。祇要有完全之形式即可遵守。其責任可由長官負之。受命者不與焉。是甲說認屬官對於長官之命令有完全之審查權。乙說則絕對無之。丙說則爲折衷兩說者也。究以何說爲當乎。至今雖尙無定論。但依新刑法第二十一條第二項但書之規定。若明知上官之命令爲違法。而仍遵守者。不能爲阻却違法之原因也。

懲戒行爲

(二)懲戒行爲。如父母對於子女所施之懲戒是也。依民法第一千零八十五條之規定。於必要範圍內得行使其懲戒權。惟究以若何程度爲其範圍。法律上有未規定者可。以常情爲準。如父母杖責其子女雖有似乎毆打。原爲常情所許。若重至創傷則超過範圍矣。他如教師拘禁其學生雖有似乎監禁。以其無犯罪故意。亦爲常情所許。若重加捶楚則超過範圍矣。懲戒行爲所以爲法律所許者。以其係爲達保護教養之目的

。故父母對於子女民法上認為有懲戒之權也。

監護行爲

(三)監護行爲。即對於禁治產人所爲之監護行爲也。依民法第一千一百十二條第二項之規定。固得予以監禁。但除父母或與禁治產人同居之祖父母爲監護人外。無論將受監護人送入精神病院或監禁於私宅。均應得親屬會之同意。

逮捕現行犯

(四)現行犯之逮捕。即普通人對於現行犯而爲逮捕之行爲也。如見竊盜或殺人者而捕送警署之類是。皆不爲罪。亦即所謂依法令之行爲不爲罪也。逮捕現行犯在刑事訴訟法已有規定明文。即爲依法令之行爲也。在原則上。犯人之逮捕本爲公務員之職務行爲。行使逮捕者必以公務員爲限。普通人不得爲之。惟對於現行犯不問何人得逮捕之。(何者爲現行犯見次章第二節)但無偵查犯罪權限之人逮捕現行犯者。應即解送檢察官司法警察官或司法警察。不得私擅處置。

第四節 爲業務或習慣所認許之行爲

業務行爲

執行業務之行爲以國家所不禁止者爲限。得認爲適法。例如常人剖人之腹本應負傷之責。若醫生爲執行業務而施手術則不爲罪。又如常人墮胎有罪。若產婆爲保全產婦而墮胎則不罰。亦以其爲業務行爲也。至習慣行爲本非法律所明許。又非業務上所應爲。若有觸犯刑律之時本應論罪。但其行爲之爲社會習慣上所公認者。在不違背善良風俗及公共秩序之範圍內若認爲無犯罪之故意者。亦不處罰。例如和買人口本爲有罪。若以慈善養育之目的而收養爲子女者不罰。此前大理院曾著爲判例者矣。惟新刑法無習慣所認許之行爲不罰之規定耳。又業務上之行爲應以正當業務之合法行爲爲限。其非正當業務之合法行爲不能免罪也。所謂正當業務者。爲法令所許可之業務也。其爲高尚之業務與否可以不問。例如以娼寮爲營業者。雖非高尚之業務。然若經政府給予營業執照。則仍不失爲正當之業務。反之如爲製造炸藥以供化學上之用者雖爲高尚之業務。然若爲法律所禁止者。仍當以不正當之業務論。

第五節 對於破毀自己法益之行爲

破毀自己
之法益

犯罪之原則本以侵害他人之法益者爲限。其有破毀自己之法益者究應否處罰。學者之見解不一。(1)相對不許破毀說。謂對於自己之法益在法律不禁止範圍以內可自由破毀。其有禁止明文者則不許也。其禁止及放任仍係以有害他人與否爲標準。有害於他人者禁止之。無害於他人者放任之。例如自傷本應無罪。而日本徵兵法於自傷以免役者則否。又如消毀自己之財產本應無罪。而放火燒毀自己家宅致危及他人之法益者則否。皆以其對於國家或他人有所妨害也。其無明文禁止之事項仍得自由處分。(2)絕對不許破毀說。謂對於自己之法益絕對不許自由破毀。蓋人爲社會中之一分子。若分子自己破毀其法益時。表面上雖與社會無關。而實際上即係損害社會之法益。於團體之影響甚大。例如自傷自殺雖係損害自己之生命拋棄自己在社會上之法益。而同時社會之組織體中即缺少一分子。不得謂與社會無妨害。且不徒損

害其生命身體者如是。其破毀其財產者亦然。蓋足令社會現有財產之總額消毀一部分也。取以上二說而評論之。自以第一說爲適當。蓋對於自己法益之破毀本爲其權利。國家除認爲有直接且顯著之妨害外應放任之也。吾國新刑法則爲採用第一說者。對於自己破毀法益之行爲除燒毀自己建築物及吸食鴉片等項外皆放任之。惟自殺自傷之行爲雖不罰其行爲者。而對教唆及有幫助行爲者仍予論罪。在歐西古時刑法多取干涉主義。其觀念則謂人爲神所造。自殺自傷則違神意。吾國亦有身體髮膚受之父母不可毀傷之古訓。特向無以法律明定之耳。昔時英國刑法對於自殺既遂者不許安葬。未遂者有罪。夫刑罰既不能對於死者而處刑。若但罪其未遂者。則不啻威逼自殺者皆出於既遂之一途。殊非良法也。

第六節 對於被害者承諾之行爲

凡加害於他人之法益若得被害者之承諾時本不論罪。但有時認被害本人無承諾之權

得以被害
人承諾之
行爲

時仍當處罰也。然則被害者得以承諾之範圍若何。不可不以承諾者是否有處分權爲標準矣。故如毀壞其物品時。祇要被害者承諾卽不爲罪。若得其承諾而殺傷其生命身體則仍應處罰矣。

前節所述爲破毀自己之法益。關於生命身體自由名譽財產均應包括在內。本節爲破毀他人之法益。不過已得被害人之承諾耳。其論述之範圍似專以生命身體爲限。自由名譽財產不與焉。蓋對於他人之自由名譽財產有所破毀時祇要得他人之承諾便不爲罪。生命身體關係較重。故刑法上特爲有罪之規定。

第九章 犯罪之種別

第一節 刑事犯與行政犯

刑事犯與
行政犯

刑事犯爲社會一般道義心所公認之犯罪。學者所謂自然犯罪是也。故違反刑法及與

第二編 犯罪論 第九章 犯罪之種別

刑法效力相等之法律者即爲刑事犯。此外之犯罪爲行政犯。即因求行政上之便利及維持行政法之效力而認爲犯罪者。學者所謂法定犯罪是也。故違反違警罰法及各種取締規則者即爲行政犯。又從形式上論之。刑事犯以犯人之惡性爲基礎而爲刑罰之規定。行政犯則以犯人行爲之外形而規定刑罰者也。

第二節 現行犯與非現行犯

現行犯與
非現行犯

現行犯與非現行犯非於犯罪性質上有所區別也。乃於該犯罪發覺之時間上加以區別耳。於行爲時或行爲方終了時所發覺之犯罪爲現行犯。不在行爲當時或已終了後所發覺之犯罪爲非現行犯。二者之區別於逮捕犯人極有關係也。茲將刑事訴訟法關於現行犯之規定列舉如次。

- (一) 刑事訴訟法第八十八條第一項云。現行犯得逕行逮捕。
- (二) 該條第二項云。犯罪在實施中或實施後即時發覺者爲現行犯。

(三)有下列情形之一者均爲現行犯。(1)被追呼爲犯人者(2)因持有兇器贓物或其他物件。或於身體衣服等處顯露犯該罪之痕跡。顯可疑爲犯罪人者。

第三節 國事犯與非國事犯

國事犯與
政治犯

國事犯爲政治犯之一種。卽狹義之政治犯也。普通以侵害國家政治秩序之犯人爲政治犯。但其觀念及定義頗不一其說。又因時代而有變遷。在刑訴上認爲國事犯者爲關於內亂外患之犯罪。其審理手續與普通罪犯不同。而國際法上對於國事犯以不引渡爲原則。故其範圍應較政治犯爲狹。蓋政治犯之範圍除國事犯外尚有妨害國內政治之各種罪犯在內。政治犯中除國事外皆得引渡。其他各種犯罪亦自得引渡。至引渡爲國際間之共助行爲。茲就國際現狀附述如左。

引渡之根
據

(一)引渡之根據 犯人引渡之根據有二。(1)根據於國際共助之觀念。謂犯罪者爲妨害人類社會之安寧。非僅爲一國之犯人。乃各國共同之犯人也。故各國當爲引渡

之其助。(2)根據於自然法之觀念。謂有罪必罰。所以維持國家之安寧秩序。若因滯在外國或逃至外國而不處罰。則本國之安甯秩序將不保。而外國亦將受同一困苦。故各國同認引渡為國際上應有之義務。

引渡之限制

(二)引渡之限制 引渡非漫無限制也。其限制辦法雖各國微有不同。但不外下列各項通例。(1)非請求國所管轄之罪犯不得引渡。(2)本國人民不得引渡。但有相互引渡之條約者不在此限。(3)要兩國之法律均以為罪。(4)政治犯不得引渡。(5)奴隸不得引渡。(6)非重大之犯罪不得引渡。(7)引渡後祇能就請求時所指定之犯罪而裁判之。(8)要未經過時效。

至何者為政治犯。學者間有廣狹二義。狹義之政治犯即所謂國事犯是已。謂以改良其國之政治為目的而為破壞其現政府之行為也。政治犯之不引渡初僅唱道於比利時。於一八三三年定為法律。至今日各國皆採為原則。已成為國際上之通例矣。惟學者所論不引渡之理由不一。大別之約有二端。一謂政治犯非為各國之公敵。故各國

不負引渡之義務。二謂政治犯係以高尚思想而犯罪者。其行爲非有卑劣之惡性者可比。且請求國之仇視政治犯每較他種犯罪爲甚。其處罰必難公平。故各國爲維持人道起見。不負引渡之義務。余則謂國與國之交際非政府與政府之交際。政府不過國家之代表耳。政治犯既以改良爲目的。在爲其國家代表之政府雖認爲犯罪。然非對於其國家本身之犯罪也。且一國無政治犯則其國永無改良國家政治之望。故各國爲輔助他國本身之改良起見。不得不拒絕其政府之請求。但此爲余個人之見解耳。又有謂政治犯之不引渡者非由於學理上之理由。乃歷史上之理由也。但爲多數學者所否認。又關於政治犯之範圍。一八五六年德國與其他諸國共訂條約。皆認對於國家元首及其家族之殺害罪不在其範圍之內。一八八一年國際法會議議決。對於謀殺毒殺之場合不問其未遂或豫備均不認爲政治上之犯罪。然各國并未實行。

引渡之犯人有爲請求國之人民者。有爲第三國之人民者。有爲被請求國之人民者。惟對於被請求國之人民普通不必引渡。蓋本國人民應由本國法律處治。若交與他國

其法律之不同固無論矣。而偏頗之虞亦所難免。雖近世唱導世界主義有本國人民亦當引渡之議。然既云世界主義。無論何國均可處治無論何國之罪犯。既可處治任何國之罪犯。獨不能處治本國之罪犯乎。殊爲不通之論也。故意大利、荷蘭、比利時等國。除國際條約有不引渡本國人民之規定外。并於國內法亦規定之。可知其對於此點甚重視也。查日美所訂之犯人引渡條約第七條云。締約國無引渡其人民之義務。但認其引渡爲至當時則引渡之。是以不引渡爲原則也。日俄舊條約第三條亦有自國臣民不得引渡之規定。

非重大之犯罪不得引渡者。爲省國際間交涉事件之增多也。日美犯人引渡條約第二條所定引渡之罪犯不過十餘種耳。卽殺人、偽造貨幣、偽造文書、監守自盜、強盜、破壞他人家宅及衙署、偽證及偽證教唆、強姦、放火、海盜等重罪。日俄犯人引渡條約第二條所規定者以超過一年之禁錮懲役以上之刑爲限。

(三)引渡之手續 引渡之手續各國不同。茲就請求及實行兩方面述之。(1)請求引

渡之手續約分三種。(甲)僅有引渡之請求。不必有其他之手續。即可爲犯人之引渡。(乙)請求時必須附交相當官署所發之逮捕狀(丙)請求時須附一定之證據。(2)實行引渡之手續亦分三種。(甲)行政主義。又名法國主義。此主義通行於歐洲大陸。其手續卽先由外交部受理後。送交司法部。由司法部轉知犯人所在地之檢察官。由檢察官查悉而逮捕之。逮捕之後卽具調查書及意見書。連同犯人由檢察長轉解司法部。司法部長乃於元首前提出之。得元首裁可然後爲引渡之實行。(乙)司法主義。又名英國主義。其手續須由外交部送交法院予以正式之裁判。裁判之結果如認其請求正當。則將犯人爲引渡之實行。(丙)折衷主義。又名白耳義主義。係折衷司法行政兩主義而爲規定。其手續卽先從裁判官之審查判決。然後報告政府。由政府認定應爲引渡者卽實行之。

關於引渡
之條約

(四)關於引渡之中外條約 中國與外國無引渡專約之訂定。不過偶見於通商章程中耳。

按中國與各國雖未訂有犯人引渡之專約。但於通商章程亦常見及之。茲列舉數條於次。以見一斑。

中美條約第十八款云。……大合衆國民人有在船上不安本分離船逃走至內地避匿者。一經領事官知照。中國地方官即派役訪拿送領事等官治罪。若有中國犯法人民逃至大合衆國人寓館及商船潛匿者。中國地方官查出即行文領事等官捉拏送回。均不得稍有庇匿。……

中英續約第二十一款云。中國民人因犯法逃在香港或匿住英國船中者。中國官照會英國官訪查嚴拏。查明實係罪犯交出。通商各口倘有中國犯罪民人潛匿英國船中房屋。一經中國官員照會。領事官即行交出。不得隱匿袒庇。

中英續議緬甸條約第十五款云。英國之民有犯罪逃至中國地界者。或中國之民有犯罪逃至英國地界者。一經行文請交。兩國即應設法搜拏。……

其餘如中法會議越南邊界通商章程第十七款及中法續議商務專約附章第一款皆有互

相引渡犯人之規定。

調查證據
之共助

此外如國內人犯罪之證據如存在外國時。本國欲實行訴追。則非向外國調查證據不可。但本國無直接向外國調查證據之權。外國亦無引渡證據之義務。故此等事件須有相互之條約以明定之。否則得不許其請求也。

第四節 即成犯與繼續犯

即成犯與
繼續犯

犯罪達於實行之狀態後即同時消滅其行為者為即成犯。一般之犯罪皆是。例如殺傷人者達於殺死或殺傷之狀態後其殺傷之行為即同時終了。故謂為即成犯。繼續犯者。犯罪達於實行之程度後更繼續其行為及狀態之謂也。例如私擅監禁人者。於達到施以監禁之狀態即應認為既遂。但既遂之後仍繼續其行為及狀態。必俟解放之時方終了。故謂為繼續犯。二者之區別於計算起訴權之時效極有關係。蓋即成犯之時效應從犯罪成立之時起算。繼續犯之時效應從繼續行為及狀態終了時起算也。

第二編 犯罪論 第九章 犯罪之種別

凡犯罪成立之後無繼續行為者爲即成犯前已述之。而繼續犯則不如此簡單也。蓋繼續犯以其繼續之情形不同。可分爲永續犯、徐行犯、連續犯、慣行犯、營業犯等類。永續犯爲於犯罪行為既遂後仍有犯罪行為及其狀態之繼續。普通繼續犯之私禁犯是也。徐行犯爲連合數次之犯罪行為始達到目的之犯罪。例如拆毀他人之住宅者今日毀一瓦明日拆一牆。連合數次之行為始成立一種犯罪是也。連續犯係連續數行為而犯同一之罪名者。例如竊米者今日竊一石明日又竊一石。各次雖爲獨立之犯罪行為。在法律上祇成立一罪。慣行犯乃本於習慣的意思傾向之犯罪。例如以賭博爲常業是也。營業犯乃以收入爲目的而爲同種類行為之意思的傾向。例如未經官署許可而設立之公司是也。

繼續犯與即成犯之所以必須有所區別者。於起算起訴權之時效極有關係。例如殺人放火爲即成犯。自殺人放火之行為終了時即時起算起訴權之時效。又如私擅監禁爲繼續犯。在行為時犯罪雖已成立。而其起訴時效應自解放被監禁人之時起算。

第五節 親告罪與非親告罪

親告罪與
非親告罪

刑罰權之行使屬於國家。在未適用自訴制度以前。無論何種事件。皆係以代表國家之檢察官爲原告。自採用自訴制度後。凡因犯罪而被害者。雖得提起自訴。而檢察官既係代表國家。對於犯罪者不問何人仍得起訴。固無須乎被害者之告訴與否也。雖然。法律於或種犯罪爲保全家庭和平及關係者名譽起見。得以被害者之告訴爲提起公訴之條件。斯種犯罪即稱爲親告罪。此外之犯罪則爲非親告罪。惟親告罪之告訴爲訴追條件乎抑爲處罰條件乎。學者之見解不一。通說皆認爲訴追條件。蓋其犯罪之成立并非以有告訴與否爲條件。特因無告訴而不起訴耳。親告權得繼承與否亦頗爲學者所研究。依一般通說。謂侵害無形法益之親告罪其告訴權不許繼承。侵害物質法益之親告罪其繼承人亦爲被害者。仍尙主張自己之權利出而告訴。至何種犯罪認爲親告罪。各國之立法例略有不同。要不外乎妨害家庭妨害風化及輕微傷害各

種犯罪耳。茲就新刑法分則各條所規定之親告罪列舉如次。

(一) 第一一六條之妨害友邦元首代表之名譽罪及第一一八條之侮辱外國罪須被害者請求乃論。

(二) 第二〇一條至二三〇條之強姦及猥褻及親屬相姦詐術姦淫等罪須告訴乃論。

(三) 第二三八條之詐欺結婚。第二三九條之有配偶通姦罪須配偶告訴乃論。(若配偶縱容或宥恕通姦者不得告訴。)

(四) 第二四〇條第二項之和誘有配偶之人罪。須告訴乃論。

(五) 第二八一條對尊親強暴罪第二八五條之傳染病毒罪均須告訴乃論。

(六) 第二七七條第一項之傷害罪及第二八四條之過失傷人罪均須告訴乃論。

(七) 第二九八條之略誘罪(但不得違反被誘人之意思)及第三〇六條之侵入家宅罪均須告訴乃論。

(八) 第三〇九條至第三一三條之妨害名譽及信用罪須告訴乃論。

(九)第三一五條至第三一八條之妨害秘密罪均須告訴乃論。

(十)對於親屬犯竊盜罪侵占罪詐欺及背信罪均須告訴乃論。

(十一)第三五二條及第三五四條至三五六條之毀損罪均須告訴乃論。

第十章 共犯

共犯之界
說

共犯者。二人以上共同爲同一之犯罪行爲也。依一般通說所謂共同者。必要有意思及行爲之聯絡。僅有意思聯絡而無行爲聯絡固不得認爲共犯。若僅有行爲聯絡而無意思聯絡亦不得認爲共犯。例如甲與乙約爲竊盜。是甲乙已有意思聯絡。及實行之際乙不加入不能認爲共犯。又如甲乙各欲殺丙。適同時開鎗。是甲乙雖偶然有行爲之聯絡而無意思之聯絡。亦不能認爲共犯。然則共犯須兼以行爲及意思之聯絡爲要件也。但區別共犯與非共犯有何實益乎。蓋因共犯對於其結果須負同一之責任。非共犯則各別負責也。如前例甲開鎗擊丙未中。丙中乙之鎗擊而死。於此情形甲乙若

區別共犯
之實益

爲共犯。則甲應同負殺人既遂之責。否則乙雖爲既遂而甲仍以未遂論。又有時因爲共犯須加重其刑也。

按其犯不過爲犯罪行爲之一狀態而已。除各共同行爲者應有意思之聯絡外。凡不具備犯罪構成之要素者亦不認爲有共犯行爲之存在。其要素即責任能力責任條件及行爲之違法是也。所以須有責任能力者。因共犯之存在不能離乎共同爲犯罪之行爲。若其中祇一人有責任能力。其他無責任能力者不得謂之有犯罪行爲。其他之共同行爲者既無犯罪行爲。則不啻爲單獨之犯罪矣。例如與未滿十三歲人爲共同行爲是。所以須有責任條件者。因共犯所爲之客觀的行爲不可不有責任。若他之共同行爲者爲不合乎責任條件之行爲即爲無故意及過失之行爲。自不能認爲共犯也。例如他之共同行爲者皆無故意及過失是。所以須其行爲之違法者。因共犯爲共同犯罪之行爲所發生。若所共同之行爲非違法之行爲或有違法阻却之原因。則根本上不認爲犯罪。何有於共犯乎。例如共同爲正當防衛行爲時不以共犯論也。

關於共犯之觀念學者向有數說。甲說謂凡以共同之目的爲某種犯罪之實行時。在實行中若有一人超乎共同目的以外者全體應負同一之責。乙說謂共犯應以有共同之行為者爲限。若無共同之行為則應各別論罪。不過對於共同行為之結果即生有差別在所不問耳。又有謂共犯必爲有責任能力及有故意之行為。若爲無責任能力者。雖有與他人共同犯罪之行為。固不能論罪。卽爲有責任能力者若無與他人共同犯罪之意思亦不能認爲共犯。此蓋不認無故意及無能力者爲共犯也。故共犯者欠缺責任或故意時。他之共犯者得稱之爲間接正犯。所謂間接正犯者。自己不爲其行為而利用他人之行為以犯罪者也。其情形約有下列數種。(1)利用無責任能力者爲犯罪之行為。例如使未滿十四歲者或心神喪失者殺人放火是。(2)利用無故意者遂行自己犯意之行為。例如使他人陷於過失而發生殺人放火是。(3)因詐欺而利用他人之錯誤行爲或用強制之手段陷他人於緊急之狀態而利用其行爲。(4)上官因下官有服從之義務而利用其職務之行為。

至無直接正犯之資格者亦得爲間接正犯。例如女子可利用心神喪失之男子爲強姦婦女之行爲。卽該女子成立強姦罪之間接正犯。其用脅迫男子之手段者亦同。又如普通人欺罔官員爲濫用職權之行爲亦成立瀆職罪之間接正犯。他如對於被傳喚到庭之證人以強迫手段使爲僞證之陳述卽成立僞證罪之間接正犯。

犯罪合同
說
行爲合同
說

前述甲說以其犯應爲同一犯罪之數人負全部之責任。又名爲犯罪合同說。乙說以犯罪行爲之實屬共同者爲限始負同一之責任。又名爲行爲合同說。例如甲乙共謀爲竊盜。甲奪財物乙行姦淫。依行爲合同說則甲於姦淫如無共同行爲則僅論以竊盜罪。若依犯罪合同說則甲須負竊盜與姦淫之全部責任。近今學者以採行爲合同說者爲多。故對於犯罪之行爲無聯絡者於其行爲不以其犯論也。

間接正犯
與未遂

間接正犯之著手及終了之時期是否以直接爲實行行爲者之著手及終了爲標準。頗有研究之必要。例如甲女使心神喪失者之乙男強姦丙女。甲女已著手使乙男實行其行爲。若乙男半途違反其指使而不實行。此時甲之行爲或謂應認爲已終了。等於實行

之未遂。或謂間接正犯以指使其實行行爲時爲既遂。其實行行爲中有無障礙發生可以不問。兩說各有理由。但以主張前說者爲多。

共同過失

過失罪亦有其犯否。又有因過失而助成其犯否。殊足爲研究之問題。於此有積極說及消極說兩種。主張消極說者謂其犯必要故意。過失罪無故意。故凡過失罪皆無其犯。主張積極說者謂其犯爲數人共同加功於某種犯罪之行爲。則其加功可不問其出於故意抑出於過失。故謂過失罪亦不妨有其犯。依消極說既云過失之中不有其犯。其犯之中當然無過失矣。若依積極說則有其共同過失之共犯。例如甲乙共同向丙發鎗皆因不注意而認丙爲獸。結果則成爲共同過失犯矣。又有因過失而助成共犯者。如前例甲知爲獸而乙確知爲人。是甲因過失而助成與乙爲共犯矣。暫行律第三十五條明定之云。於過失罪有共同過失者以共犯論。第三十六條云。值人故意犯罪之際因過失而助成其結果者準過失共同正犯論。但以其罪應論過失者爲限。但舊刑法不採用積極說。故該法第四十七條云。二人以上於過失罪有共同過失者皆爲過失正犯。

是不認有過失共犯。新刑法於共犯中不加規定條文。亦係不認過失有共犯也。暫行律第三十六條對於過失於故意之競合亦曾加以規定。例如甲故意放火乙因過失注以油。致火勢頓盛。其性質雖非共犯。若乙確有過失。則應以準過失共同正犯論。亦爲新刑法所不認也。

共犯與身分之關係

共犯與身分之關係亦有足資研究者。茲分述之。(1)有以身分爲犯罪成立要件者。如要求賄賂罪、凌虐被告罪等是。於此種情形若與常人爲共同行爲得論爲共犯與否。(2)有以身分爲刑罰加重或免除之要件者。如殺尊親屬罪及對於直系親屬犯竊盜罪等是。若與常人爲共犯時其刑罰得加免與否。以上二種問題。學者主張亦各有不同。新舊刑法均以明文規定之。舊刑法第四十五條云因身分成立之罪其共同實施及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。與新刑法第三十一條之規定完全相同。

凡因身分成立之罪若無身分固不能認爲犯罪。但共犯之中若有一人有身分時。則其

同時犯與
事後犯

餘之共犯不得以無身分而不論罪。如前例所舉之要求賄賂罪。本以公務員爲犯罪之主體。若共犯中人人皆非公務員則不能以該條之罪論。除冒稱其中有公務員應成立詐欺取財之罪外。無冒稱之情形時則不爲罪矣。但其中若有一人確爲公務員。則其餘各共犯亦當論以同一之罪也。惟以身分爲處刑之輕重時則無身分者與有身分者雖稱爲共犯。其所科之刑則不相同矣。如前舉之例。與人爲共同殺父之行爲者仍科以第二百七十一條之刑。僅其子應處以第二百七十二條之刑耳。

有頗似共犯而不得謂之共犯者。如同時犯及事後共犯是也。例如甲乙二人故意以鎗擊丙。若甲乙無意思聯絡時則爲同時犯而非共犯。又如藏匿犯人及運送贓物。皆爲於犯罪行爲終了之後加助力於犯人者。皆爲事後共犯。成爲獨立犯罪。不以共犯論也。同時犯與事後犯其形式雖似共同正犯。而實非共犯也。同時犯本與共犯之形式相合。所以不認爲共犯者。以其欠缺意思之聯絡耳。尙有一方共犯亦與同時犯相同。然以其既有一方知爲共同。雖他方無意思之聯絡亦能以共犯論也。事後共犯其形

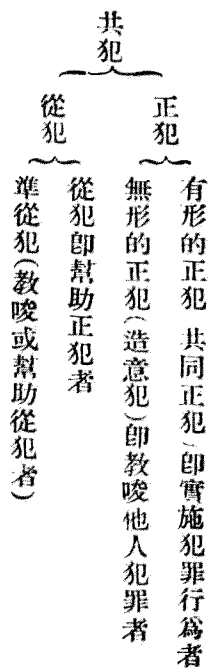
式甚似從犯。惟從犯之定義在刑法上以有事前或事中幫助之行爲者爲限。則事後幫助者不與焉。蓋於犯罪行爲終了後之行爲已與本犯罪行爲無因果關係。故無影響於本犯罪之成立也。藏匿犯人運送贓物之所以認爲另一犯罪行爲者以此耳。

任意共犯
與必要共犯

共犯之種類從成立上言之可分爲兩種。卽任意的共犯及必要的共犯是也。凡在法律上不必要二人以上方能成立犯罪者爲任意的共犯。例如殺人放火均可以一人爲之無數人共同之必要是也。法律上必要二人以上之共同犯罪始認爲成立者爲必要的共

正犯與從犯

犯。例如賭博騷擾和姦等罪皆非一人所能犯者是也。自共犯之責任上言之可分爲正犯從犯二種。正犯之中又可分爲有形的正犯及無形的正犯。從犯之中又可分爲從犯及準從犯。有形的正犯者。共同正犯也。無形的正犯者。造意犯也。從犯者。於實施行爲以前或實施中幫助正犯者也。準從犯者。卽教唆或幫助從犯者也。茲分節述之如次。



第一節 共同正犯

共同正犯
與從犯之
區別

共同正犯者。數人分擔犯罪行為之場合也。其與從犯之區別有客觀說及主觀說兩種。主張客觀說者。謂對於犯罪之完成予以重大之影響者為正犯。予以輕微之影響者為從犯。其所予之影響相同者則為共同正犯。例如其以毒藥殺人。各予以少量之毒藥其人致不致死亡。因合各人所予之毒藥而致生死亡之結果是。又有依客觀說以下正犯與從犯之定義者。謂於犯罪行為執行重要職務者為正犯。否則為從犯。其所執之職務相等者則為共同正犯。例如甲脅迫丙令乙取其財物。甲乙皆為強盜罪之共同正

犯。甲拘丙女乙姦淫之。甲乙皆爲強姦罪之共同正犯。甲入室竊物。乙在外瞭望則甲爲正犯乙爲從犯矣。更有以精神上之因果關係與物質上之因果關係區別之者。謂於精神上媒介其因果關係者爲從犯。於物質上媒介其因果關係者爲正犯。但贊成其說者甚少耳。主張主觀說者謂犯人以自己犯罪之意思而爲其行爲者爲正犯。以加功於他人犯罪之意思者爲從犯。是以犯人之意思而立論也。就以上兩說評論之。實皆有未當。依客觀說之主張以予以影響之大小爲區別正從之標準。固難謂當。蓋行爲結果間苟有因果關係。則應成立單純之犯罪。不必問其影響之大小也。且如其說則實行犯罪行爲者亦有得爲從犯者矣。而主觀說專以犯人之意思爲正從之區別亦有未當。蓋犯人爲自己或爲他人不過爲犯罪行爲之一種遠因。原非犯罪行爲構成之要素。專以犯罪之遠因爲刑罰輕重之區別者。除有特別明文外。刑法上所不許也。依此標準。如前例甲對丙施強暴而令乙取其財物時。甲應以從犯論矣。又如甲乙爲代內掠取財物而加入爲強盜行爲時。甲乙皆爲從犯矣。有是理乎。是以知客觀與主觀兩

說皆不足取也。然則究應持何種標準以爲正犯從犯之區別乎。據暫行律之規定。應於實行中及實行前求之。凡於實行行爲中加入實行或爲之幫助者皆爲正犯。於實行行爲前幫助者爲從犯。故該律第二十九條云。二人以上共同實施犯罪之行爲者皆爲正犯。各科其刑。於實施犯罪行爲之際幫助正犯者準正犯論。又第三十一條云。於實施犯罪行爲以前幫助正犯者爲從犯。但新刑法則不採此標準。將從犯之範圍擴充。僅謂幫助他人犯罪者卽爲從犯。不論事前事中皆爲一體。惟舊刑法對於事中從犯爲直接及重要之幫助者。仍處以正犯之刑。在暫行律第三十九條第二項之規定。凡於實施犯罪行爲之際幫助正犯者準正犯論。舊刑法係將此種範圍縮小。以直接及重要之幫助者爲限。其理由不過謂事中幫助有行爲與關係之不同。未可一概而論。若科以同一之刑未免失平。或謂科刑本不以客觀之事實爲標準。應以主觀之犯人之惡性爲標準。事前幫助而臨事不到場者其惡性較輕。故科以較輕之刑。於實施之際而加入爲實施行爲。實施行爲者其執行職務之是否重要殊無分別之必要。蓋既經到場

。其惡性自較未到場者爲重。臨時於職司上之分配原無定則。或因其所長。或乘其所便。各司其事。例如同行入室爲劫奪行爲者。或在外把風。或實行取物。或脅迫其僕人爲之指導。或威嚇其主人出其財物。其職務雖異。其惡性皆同。豈能以把風爲輕取物爲重乎。又豈能以脅迫其僕人爲輕威嚇其主人爲重乎。其間實無輕重之可言也。茲先就共同正犯及要件及處分分述如次。

共同正犯
之要件

(一) 共同正犯之要件 共同正犯之要件得於主觀及客觀兩方面求之。

(1) 主觀要件 所謂主觀要件者。意思之聯絡也。意思之聯絡者。合同他人行爲之意思也。合同他人行爲之觀念有二問題。卽必要通謀與否及必要爲雙面與否。一般學說謂當事者之一方缺共同之認識時不得以共同正犯論。例如甲欲謀侵入乙某之室意圖殺乙。乙之鄰人丙雖未與甲通謀而心頗贊成。乃爲自戶外鎖其扉。防乙脫逃。甲亦不知有丙爲之助也。竟得殺乙之結果。則丙不得以共犯論也。暫行律不採此通說。於此種情形仍應認爲共犯。故該律第三十四條云知本犯之情而共同者雖本犯不

知共同之情仍共犯論。但數人於同時同所對於同一法益爲同種之犯罪無共同犯罪之觀念者仍爲單獨犯罪耳。所謂客觀要件者。行爲之分擔也。其所分擔之行爲不以發生結果爲必要。故其中一人所擔之行爲欠缺結果時。祇要他之共同實行者有結果之發生應其負其結果之責任。例如甲乙共以鎗擊丙。甲中而乙未中。其所負之責相同。

共同正犯以意思之聯絡爲其主觀的要件。前已言之。惟意思之聯絡有由於故意者。有由於意思者。由於故意者須彼此有共同其行爲之故意。對於其行爲應有認識也。例如甲乙二人共赴丙家行竊。在行竊之前甲乙曾無預謀。而臨時又未通知。則甲乙之行竊雖係同時。亦各自構成獨立之犯罪。不能以共同正犯論。反之如甲乙二人對於行竊丙家之行爲已有意思之聯絡。臨時甲先乙後或甲後乙先各自分任其行爲。其行爲雖不同時亦應以共同正犯論。惟暫行律第三十四條對於共犯之規定不以雙方有意思之聯絡爲限。祇要知本犯之情而共同者卽以共犯論。於學理上實不甚合。蓋

共犯雖不必事前有意思之聯絡。即臨時有聯絡意思亦應認爲共犯。然在法律上所以共犯有時有加重之規定者。以其有共同之力量其犯罪之進行較易耳。今共犯中之本犯都不知有他人與之共同。完全爲一單獨之行爲。豈能因其意外得他人之幫助實施遂認爲有共同之行爲乎。此種規定自難認爲適當。故新刑法無此規定也。

(2) 客觀要件 共同正犯之客觀要件爲分擔其犯罪之行爲。蓋僅有意思之聯絡而無行爲之分擔。除擔任其行爲者應構成實行之犯罪外。其未擔任實行行爲者不能以正犯論也。既不能認爲正犯。自無共同正犯之可言。例如甲乙共謀殺人。是已有意思之聯絡矣。及實行之際甲即實施其預定之行爲。而乙不加入實行。則甲構成單獨之殺人罪。不能謂與乙爲共同正犯也。至犯罪行爲之負擔不問種類之同異皆爲共同正犯。例如甲乙丙共同爲詐欺取財之行爲。甲擔任偽造文書。乙擔任行使文書。丙則騙取其財物。其所分擔之職務雖不相同。仍應以共同詐財論罪。不能各論以他罪也。

共同正犯
之處分

(二)共同正犯之處分 數人共同而實施犯罪行為者既皆為正犯。自應受同等之刑罰。固無問題。惟有應行注意者數事。茲分述之。

(1)共同正犯基於共同目的之行為對於全部之結果皆應負其責任。例如甲乙共謀犯強盜罪。於實行之際甲奪財物乙傷事主。甲乙二人各應為強盜傷人罪之正犯。蓋共同正犯對於全部結果應負其責者。以有共同目的之行為為限。換言之即以達其共同目的之應有行為為限也。其非達共同目的之應有行為則為共同目的以外之行為。各共同正犯仍未便負責。所以必令負共同目的內各種行為之責者。蓋以該種行為為達各人之共同目的之而生也。既為達各人共同之目的而生。不啻為各個人之行為矣。故各個人不能不負其責任。

(2)各共同正犯對於超越共同目的以外之行為不負其責。例如甲乙共謀為竊盜。及侵入他人家宅之後。甲竊財物乙肆強姦。甲祇為竊盜之共同正犯。對於乙之強姦罪不認為有共同關係也。此為前項之反對例。即對於非共同目的之各個人行為不令全

體負同一之責。所以不令負同一之責者。蓋以其行爲既出乎共同目的之外。非各共同者所能預見。既非可以預見之行爲。未便令其負意料以外之責任也。

(3) 共同正犯中之一人於共同犯意之範圍內獨自爲結果較重之行爲時。他之共同正犯亦不可不負其責。例如甲乙共同強姦丙女。乙加暴行誤致丙女死亡。甲乙應皆爲強姦致人死亡之共同正犯。

按前項既經說明共同正犯所負之責任以由於共同目的之行爲爲限。否則須行爲者自負其責。本項則爲其例外也。蓋其行爲雖較共同犯意所預期者爲重。然究在共同犯意之範圍內。仍爲本於共同犯意而生之結果。若無共同犯意則不致生加重之結果也。如上例倘甲與乙無強姦之共同犯意。則乙不致加暴行於丙女。卽有加暴行於丙女之單獨行爲。與甲既無共同關係。其結果與甲無關。今乙之加暴行係爲遂其共同目的之行爲而生。雖較預期者爲重。亦難免其責也。

(4) 共同正犯中有具備刑罰減免之原因。訴追條件之欠缺。或再犯加重之理由者。

得單獨發生效力。例如甲乙丙丁共爲殺人犯。甲爲無能力者得不論罪。而乙丙丁仍應論罪。與甲之論罪與否無關也。蓋共同正犯之行爲祇要在達共同目的之共同犯意內即應負共同之責任。前已論之。惟共同行爲中之各個人如另有阻却違法或應加重之原因時。不能因共同之關係而否認之。蓋共同正犯不過認爲有共同犯罪之事實耳。其有不負犯罪之責任者自不能科罰也。

(三)共同正犯與未遂及中止 共同正犯與未遂及中止之關係可分爲二項說明之。

共同正犯
與未遂及
中止

(一)數人對於犯罪事實之全部。基於其約之性質而爲各自分擔實行之已着手時。若從各自之場合分離觀之。則一人之行動雖爲既遂。他之數人之行動可成爲未遂者亦有之。例如甲乙丙共謀入丁家行竊。甲分擔竊取金錢。乙分擔竊取衣類。丙分擔竊取倉穀。甲於金錢已竊取入手。乙丙正當竊取衣類及倉穀時。適爲丁家驚覺。因而乙丙即行逃走。於此場合。若將甲乙丙之行動分離觀察之。則甲之行爲爲既遂。乙丙之行爲爲未遂。然共同正犯之成立。係以共同意思爲前提。即以共同關係之成立

。爲各共同者共同責任之基礎。故於此場合。祇以甲之行爲爲既遂。則乙丙亦必與甲負共同竊盜之既遂責任。反之若甲乙丙均爲未遂時。則均當負共同之竊盜未遂責任也。於此有一問題。卽數人基於共約之性質。而爲分擔實行之已着手時。若數人中之一人。因以己意中止其所分擔之實行。而爲背約之行爲時。此中止之一人。是否亦當負共同之責任。依其犯之法理解釋之。則僅有自己之中止實行。仍不能卽享受中止犯之特典。蓋共同正犯之場合。係包括共同者之行爲。以定犯罪之是否成立者。換言之。卽共同犯之行爲。係包括各共同者全部之行爲一體之行爲。所以應對於各共同者一體之行爲而負有共同之責。若共同正犯中之一人欲爲中止之行爲時。須對於共同事實之全部。有防止其成立之行爲。始得成立中止之行爲。否則有如單獨犯以兩手爲實行犯罪之行爲時。僅左手中止其行爲。而右手則仍繼續實行。此則不能謂已對於其行爲有全體之中止。仍當對於其右手之行爲而負責。故共同正犯之場合。雖自己業已中止。又須使其他共同者之行爲亦中止其可發生事實之效力。

至少亦須有防止其他共同人之繼續行爲之盡力。始能有法律上中止之成立也。然亦有對於共犯中之中止犯認爲不負全體之責任者。謂中止犯既已中止其行爲。則已退出共犯之團體中。卽等於未曾加入其團體。故不因共犯之進行而使負其責任。其說亦甚當。

(2) 數人對於犯罪事實。有爲分擔實行之共約。若數人中之一人。僅有此項共約之通謀而止。在由共謀而入於着手之程序以前。卽毅然中止其着手而爲背約之行爲時。此則尙未有共同實施之行爲。當不能構成共同正犯。但依前大理院之判例。對於此種情形。以爲雖無共同之實施。而尙未捨棄共同之意思。仍認爲共同正犯。余意不能認爲適當也。

共同正犯
與過失

(四) 共同正犯與過失 過失有無共犯前已論之。舊刑法對於暫行律第三十五條共同過失犯之規定認爲不當。謂過失有無共犯尙在學者之爭論間。且必有正犯始有共同。於過失情形甚難定孰爲正犯孰爲共同也。故該法於第四十七條改爲有共同過失者

各科以過失正犯之刑。較爲妥善。又該法認暫行律第三十六條對於因過失而助成其結果者準過失共同正犯論。亦認爲不當故無其規定。其理由謂雙方既皆爲過失犯。以過失共犯論已有未當。况該條之規定。一方爲故意。一方爲過失。而以過失共犯論。爲理尤覺不合。即查有過失應負其過失之責任足矣。若使對於他人故意行爲之結果而負其責任殊欠公允。新刑法對於上述各點皆不加規定。以其當然無共犯之可言也。

第二節 從犯

從犯者。依新刑法第三十條之規定凡幫助他人犯罪者。不問他人是否知情。皆爲從犯。無事前事中之區別也。茲僅就其要件及處分分述之。

從犯之要件

(一) 從犯之要件 依新刑法之規定從犯成立之要件約有三項。

(1) 要有幫助他人之意思。所以必要有幫助他人之意思者。別乎因過失成爲幫助而

言也。從犯之成立應以有幫助正犯之意思者爲限。其中所包括之要點有三。一須對於正犯之行爲有認識。二須認識正犯爲故意之行爲。三須有幫助正犯進行其犯罪之故意。若不知正犯有犯罪之故意而出於一時之過失致助成正犯之犯罪行爲。則不能以從犯論也。

(2) 要有幫助他人之行爲。幫助者對於他人之犯行予以便宜之謂也。幫助之手段不問爲物理的或心理的。其行爲不問爲積極的或消極的。及物理的或心理的。皆當認爲幫助之行爲。例如爲殺人之犯人購置利器。物理的幫助行爲也。如爲竊盜之犯人指示犯罪之機宜。心理的幫助行爲也。此皆爲積極的幫助行爲。又如負司關之責者。因欲幫助強盜行劫。於深夜時猶不將大門鎖閉。以期便利強盜入內。或見竊盜行竊故意不予阻止。皆爲消極的幫助行爲。

(3) 要正犯之犯罪成立。若正犯之犯罪不成立。雖有幫助行爲不能單獨論罪。蓋法律所以罰從犯者罰其幫助行爲也。從理論上言之。從犯之成立不以正犯之犯罪成立

與否爲斷。但從犯之幫助行爲多爲正犯犯罪成立之條件或原因。故正犯之犯罪不成立時。從犯亦不能單獨成立犯罪。前大理院解釋上之見解歷來如此。試舉數例如次。

（1）甲派乙赴某處偵探有無軍隊以便行劫。詎乙行至某鎮正窺探間即被擊獲。此種情形正犯無正條可科。即無事前幫助從犯之可言（見統字二二一八號）。（2）查幫助犯應依正犯所犯處斷。正犯攜帶鴉片烟有時雖足爲其吸食之證明。尙不能僅指其攜帶行爲爲犯罪之正犯。如查明無吸食及未遂情形。又非暫行律第二六六條第二六八條等犯罪行爲之一部。則無正犯可言。更無所謂幫助犯罪。

從犯之處分

（一）從犯之處分。在暫行律依該律第三十一條之規定得減一等或二等。舊刑法第四十四條之規定則爲減二分之一。爲必減而非得減也。新刑法第三十條改爲得按正犯之刑減輕之。復爲得減矣。蓋以從犯之情節有時未必較正犯爲輕。例如有謀顛覆巨舟者。方慮無法行之。忽有人供以水雷。雖於法爲從犯。其情節豈得較正犯爲輕。故暫行律及新刑法均爲得減。即應否減輕。當審酌所犯事實而後定。

之也。

依暫行律第十三條之規定。若正犯之行爲重於犯人所知時。仍當從其所知論罪。例如甲信乙爲竊盜而給以挖牆之器。乙竟持以爲強盜。則甲祇負爲竊盜從犯之責。若正犯之行爲輕於從犯所知時。從犯僅從其所犯論罪。如前例。甲信乙爲強盜時而乙祇爲竊盜。則甲亦祇負竊盜從犯之責。但舊刑法及新刑法均無此規定耳。又教唆或幫助從犯者準從犯論。於事前教唆或幫助其後加入實施犯罪行爲者。從其所實施者處斷。其因身分成立之罪其幫助者雖無身分仍以共犯論。因身分致刑有輕重者則無身分者仍科通常之刑（參閱新刑法第三一條）。

第三節 教唆犯（卽造意犯）

教唆犯者。教唆他人使之生犯罪之決意者也。教唆人者曰教唆者。被人教唆者曰被教唆者。茲分述之。

(一)教唆犯之要件。

(1)要有教唆之故意。即被教唆者因教唆而生特定犯罪之意思或至於實行爲教唆者所能預見也。若不能預見者則非故意。對於其犯罪行爲自無教唆犯之成立。故基於自己過失之行爲致偶然惹起他人犯罪之原因者不得目爲教唆犯。例如某甲對某乙談及某丙將於某日攜銀經過某處。其地荒僻無人。若遇強盜則甚危險。不過籍資談助耳。而某乙遂屆期要劫某丙於途。其原因雖不能謂非由於某甲之陳述。但某甲之陳述非有教唆某乙行劫之故意。自難論以教唆罪。

(2)要被教唆者爲特定之人。此即與煽惑罪區別之要點也。在煽惑罪所煽惑者爲多數之不特定人。例如以文字或演說發布其犯罪行爲之煽惑。其受煽惑者當非特定之人。而教唆罪係以對特定之人爲之。故被教唆者必爲特定之人。至被教唆者因教唆而實施其犯罪行爲與否。依暫行律及舊刑法之規定。本足爲教唆罪成立與否之標準。但新刑法以教唆犯惡性甚大。採用獨立處罰主義。對於教唆犯認爲應單獨論罪。

不問被教唆者受其教唆而實行否。祇要該所教唆之罪有罰未遂罪之規定者。即當科以教唆犯之未遂罪。例如教唆他人爲殺人行爲。其人以爲不合而拒絕之。或雖未拒絕而不實行。其教唆未遂罪依然成立。蓋殺人罪有罰未遂之規定也。又在舊法既不認教唆行爲爲獨立犯。原以被教唆者所犯之罪爲出自教唆者所教唆之範圍內爲要件。蓋出乎教唆者所教唆範圍以外之犯行不能令教唆者負責也。新刑法既採獨立處罰主義。自亦不以此爲惟一要件矣。蓋對於有罰未遂之規定者。不待被教唆者爲犯罪之實施時。其未遂罪即已成立。故被教唆者之行爲如何所不必問也。惟被教唆者如依其所教唆之範圍而達於實行時。則以教唆既遂罪論耳。故亦不能謂上述要件與教唆罪之成立毫無關係。不過不爲惟一之要件耳。

(3) 要被教唆者爲有責任能力者。蓋被教唆者以有自行判斷之能力爲限。教唆者不過予以犯意令其自爲採擇而已。若被教唆者無責任能力。則必乏自由採擇之權。不過等於機械作用耳。其教唆者不啻自爲其行爲。而成爲刑法上所謂間接正犯者矣。

至無責任能力之被教唆者。若并未實行其所教唆之行爲。則不能以間接正犯論。祇能以預備犯罪論。但有謂當論以教唆未遂者。亦不無理由也。

教唆之手段法律上無明文以爲限制。則不論用如何方法。祇要合乎教唆之條件即可認爲教唆。故或用文字、或以口頭、或用勸告、或略施恐嚇脅迫、以及其他足以使他人任意爲犯罪決意之一切明示默示方法。皆得爲教唆行爲也。但若以恐嚇或脅迫爲其手段者必以在相當程度以下爲限。越乎相當程度時則被教唆者失其自由意思。卽等於不可抗力。不啻由教唆者自爲其行爲矣。例如某甲教唆某乙殺傷某丙謂乙若不殺丙則丙必將殺乙。是以恐嚇爲教唆之手段。又如甲爲乙之上官。謂乙若不殺丙。則彼將撤革其職務。是以脅迫爲教唆之手段。或甲竟謂乙若不殺丙。彼卽將以刀殺乙。就形式上言之。似係以強暴脅迫爲教唆之手段。然乙至此時已失其自由之意思。毫無選擇其行爲之可能。直可認甲爲間接正犯。乙之殺丙爲緊急狀態行爲矣。

(二)教唆犯之處分 對於教唆犯之處分計有二說。甲說謂教唆犯之刑應以教唆之本

人爲標準。乙說則謂應以被教唆者之刑爲標準。依新刑法第二十九條第二項云。教唆犯依其所教唆之罪處罰之。是以被教唆刑爲標準也。又第三十一條第一項云。因身分或其他特定關係成立之罪。其共同實施或幫助教唆者。科以通常之刑。惟關於目的物之錯誤不阻却教唆關係。例如甲教唆乙使殺丙。乙誤認丁爲丙而殺之。甲仍當以殺人之教唆犯論。

第十一章 數罪併罰

數罪併罰者於數罪之刑合併而執行之也。同一犯人於未受裁判確定以前所犯二以上之罪。而依其所判定之刑罰合併論之之謂也。就同一犯人觀之。與共犯不同。就未受裁判確定前所犯二以上之罪觀之。與累犯不同。關於此項問題之研究。僅就其本質上論之本甚簡單。然有稍複雜之問題在。茲分節論之如次。

第一節 數行爲一罪

數行爲成爲數罪。刑法上之原則也。無容加以解說。然有時刑法上對於數行爲祇以一罪論者。以其無法律上獨立之性質也。茲列舉之。

先之行爲
被後之行
爲吸收

(一)先之行爲被後之行爲吸收時。遇有先之行爲爲後之行爲所吸收。則先之行爲失其獨立之性質矣。在法律上祇就後之行爲而論罪。其情形約有三種。(1)實行行爲吸收預備著手及陰謀。預備爲著手之前一步。著手又爲實行之前一步。由預備而進於著手時。則祇論著手之罪。不論預備罪。如由著手而達於實行。則祇論實行之罪。不論著手罪矣。例如預備爲內亂者。經數人之協議而決定。則其協議成立之狀態卽內亂之陰謀。更進而準備兵器彈藥之類則爲內亂之預備。由預備而著手而實行。其行爲雖不止一種。而論罪則以最後之行爲爲準也。(2)組成一行爲之各舉動皆以一罪論。例如殺人。以棍擊之不死。復以繩勒之又不死。再以藥毒之。其人始發生

死亡之結果。則棍擊繩勒藥毒皆為殺人之舉動。三種舉動之結果祇成立一殺人罪而已。

後之行爲
吸收

(二)後之行爲被先之行爲吸收時 此為立法者於事前想像其情形。預將必有之後行爲合併於先行爲中而論以一罪。例如竊盜處分其所得之贓物。乃為竊盜當然之結果。不復論以贓物罪矣。又如殺人者為湮滅證據而毀棄其屍體。乃為殺人者當然之結果。不復論以毀壞屍體罪矣。

法律規定
數行爲
一罪

(三)法律上規定數個行爲為一罪時 例如對人施強暴脅迫者為脅迫罪。與人通姦者為姦淫罪。若合二罪同時行之則為強姦之一罪矣。又如竊取財物者為竊盜罪。侵入住居者為侵入住居罪。若合二罪同時行之。則為侵入竊盜之一罪矣。

連續犯

(四)連續犯 凡以連續的犯意數次犯同一罪名者。謂之連續犯。例如以連續為竊盜的意思。今日竊甲家之物。明日又竊乙家之物。後日再竊丙家之物。是所連續的數行為皆係犯同一的竊盜罪名。即稱為連續犯。新刑法第五十六條云。連續數行為而

犯同一之罪名者以一罪論。但得加重其刑至二分之一。連續犯所犯數行爲本可獨立計算。個別處罰。新刑法以其犯意既係一個。其惡性亦係同一。不必按其行爲之個數而處罰。不過得加重其刑至二分之一耳。

連續犯構成之要件約分四項(1)須有數次之獨立犯罪行爲。一次之犯罪行爲固無連續犯可言。而數次之犯罪且須各爲獨立之犯罪行爲。若數次之行爲僅成立一罪者仍不能謂爲連續犯。例如殺人先有預備行爲然後有實行之殺人行爲。其預備行爲已吸入於殺人行爲之中。不能以兩次行爲爲連續犯。(2)數次犯罪行爲須基於一個故意。蓋連續犯之所以認爲一罪者。以其僅有一個故意。可知其所萌之惡念亦祇一次也。若非基於同一之故意。則所萌之惡念已不止一次。自不能以一罪論。惟此之所謂故意。有廣義說及狹義說兩種。主狹義說者謂如某甲因見其鄰人乙家櫃內藏有銀洋數千。偶萌行竊之惡念。乘機前往竊取。一次未能盡。至再至三始獲竊得全數。此數次之行爲皆係基於偶然窺見其藏銀而萌之一個惡念。卽一故意也。若於數次竊完

藏銀之後。又復竊取丙之衣服則非基於同一故意矣。對於以後行竊之行爲不能合併於前次之連續犯內。主廣義說者謂其再竊之衣服仍係基於行竊之一故意。僅其行爲有數個耳。仍以一意論。可認爲連續犯。新刑法係採廣義說者也。(3)數次犯罪行爲須係觸犯同一之罪名。蓋數次犯罪行爲如非觸犯同一罪名則對於數次之行爲已成立數罪。自難以連續論也。例如某甲於日間經過乙家之門卽入內行竊。及晚間復經過其門又入內行竊。該兩個行爲雖係連續爲之。但既觸犯兩個罪名。不能以連續犯論。此外有謂數個犯罪行爲須係侵害一個法益者。方能謂之連續犯。蓋謂侵害兩個以上之法益時卽已起兩次之犯意矣。不能以連續論也。例如日間赴甲村之乙家行竊。已竊得衣服數件。晚間又赴甲村本思繼續竊取。適乙家之門已經扃閉無從入內。因乘便赴同村之丙家行竊。應認爲兩罪。不能認兩次行爲爲連續犯。前大理院判例多採此說。但新刑法無同一法益之限制。最高法院之判例亦不以同一法益爲限也。關於連續犯之學說甚多。茲略舉如次。(1)主觀說。又曰犯意說。謂應以犯意爲標

準。一犯意卽爲一罪。不問行爲之多寡也。故如前例是出於一個犯意。雖分爲數次竊取仍爲一罪也。(2)客觀說。又曰法益說。謂應以法益爲標準。侵害一法益卽爲一罪。而其行爲之多寡亦不過問。故如前例數次竊盜皆係侵害同一法益。仍爲一罪也。(3)折衷說。謂以一犯意侵害一法益卽爲一罪。其於侵害同一法益時若有數犯意則當爲數罪。若以一犯意侵害數法益時亦爲數罪也。又有謂關於人身之罪應以法益算犯罪之數。非關於人身之罪應以犯意算犯罪之數。例如殺傷人者。爲關於人身之罪。殺傷二人則應以二罪論。竊取財物者爲非關於人身之罪。竊取二人財物仍以一罪論。學者關於此問題聚訟紛如。莫衷一是。暫行律第二十八條僅云連續犯罪者以一罪論。未有詳細之規定。且無計算之標準。其理由云。連續犯罪者犯人預謀以數次犯同一之罪也。既曰預謀犯同一之罪。則已認定犯意必限於一個可知矣。該條補箋內復謂適用本條有當注意者二。(其一)侵害與本人分離時。視被害者之數爲犯罪成立之數。不得以一罪論。例如甲繼續殺乙丙丁三人。因被害者之生命有三。則

甲之殺人罪亦三。不得援用本條。然若乙丙丁被殺於同時同地之甲之手如炸彈劇發之類。是否數罪。亦一問題也。觀第二十六條犯一罪之結果而生他罪規定是宜僅以一罪論。蓋被害者之生命雖有三而實出於一個行爲也。(其二)侵害財物之監督時。視監督之數爲犯罪成立之數。亦不得以一罪論。例如甲倉衣服乙倉金錢。雖同爲一人所有權。而繼續竊之者其罪爲二。其監督之人有二故也。反之。於同一倉庫甲倉衣服乙倉銀錢。所有權雖有二。而繼續竊之者其罪爲一。以其僅一監督者故也。

第二節 一行爲數結果

一行爲所
生之數結
果爲同種
類及異種
類者

一行爲數結果者。卽對於同一行爲所發生之數結果者也。學者稱爲想像上之俱發。此種情形又可分之爲二。(1)一行爲所生之數結果屬於同種類之場合。例如發一彈丸而殺斃數人是也。(2)一行爲所生之數結果屬於異種類之場合。例如發一彈丸殺甲傷乙又破壞丙之家宅是也。於以上二例究應如何定犯罪之個數乎。其學說有三。

意思說謂同種類犯罪之場合係出於一個犯意。當爲一罪。異種類犯罪之場合因觸數法條而態樣不一。當爲數罪。則犯罪之當時如祇有殺人之決意。則殺一人與殺二人同一殺人罪之成立。若決意殺人並損壞家宅時。則成爲殺人與毀壞家宅之罪矣。法益說謂犯罪爲侵害法益。當從所侵法益之數定犯罪之數。則殺二人者係侵害兩法益。兼破壞家宅者是侵害三法益。當論三罪矣。行爲說謂犯罪必有一定之行爲。當以行爲之數算犯罪之數。想像上之俱發其行爲爲單一者也。不可不認爲一罪。新刑法第五十五條卽本此說而爲規定者。該條云。一行爲而犯數罪名或犯一罪而其方法或其結果之行爲而犯他罪名者。從一重處斷。但於分則有特別規定者則應從其規定。自不在此限也。

想像上之
俱發與實
體上之俱
發

想像上之俱發所以認爲一罪者。與普通俱發罪其情形不同。普通俱發罪爲二個獨立之犯罪。其所萌之惡意有二以上者也。想像上之俱發不徒其性質上係一種犯罪。而於犯人心術上考查之亦未萌二以上之惡意也。例如行使偽造文書以詐取財物者。其

所以必行使偽造文書者。目的在詐取財物也。祇有詐取財物之惡意耳。故仍爲一罪。又如於竊取他人之柴刀後而用殺人。若竊取之後即時持以殺人。則可知所以竊刀之意即在殺人。祇有殺人之惡意而無行竊之惡意。應成立一殺人罪而不問竊刀之竊取行爲。倘於竊刀之後初用以砍柴。復用以殺人。則於竊刀時已有行竊之惡意。於殺人又另起殺人之惡意。是已有兩次行爲且已兩萌惡意。仍應以實體上之俱發科刑。不能以想像上之俱發論罪也。

第三節 法規之競合

法規之競合者。卽同一所爲而觸犯數種法規也。於此情形可分之爲二。(1)同一所爲之全部觸犯數種法規之場合。應依特別法優於普通法之原則定之。例如同時犯軍法及刑法則應適用軍律。(2)同一行爲之一部觸犯他之法規之場合。於此場合。遇充實法與局部法競合時。以充實法優於局部法之原則定之。例如偽造貨幣罪。其預

充實法與
局部法

實害法與
危險法

包括法與
單獨法

獨立法與
不獨立法

備偽造之規定爲局部法規。實行偽造之規定爲充實法規。凡預備爲偽造者已達於實行行爲時。單以偽造罪論也。若遇實害法與危險法競合時。以實害法優於危險法定之。如前例因偽造貨幣而準備機器。觸危險法也。實行偽造觸實害法矣。由準備而達於實行偽造時單以偽造論罪也。又遇包括法規與單獨法規競合時。以包括法規含單獨法規之原則定之。例如強盜強姦之所爲觸犯新刑法第二百二十一條及第二百二十八條之規定。但第三百三十二條已包括強姦罪於其中。應從第三百三十二條處斷也。又遇獨立法規與不獨立法規競合時。以獨立法規優於不獨立法規之原則定之。例如教唆或幫助人犯罪更進而加功於實行時。是觸犯教唆犯從犯及正犯數法規。然祇能從正犯之法規處罰。不再論以教唆犯從犯之罪也。

第四節 數罪併罰之處置

數罪併罰
之主義

關於數罪併罰其處置之主義有種種。(一)吸收主義。卽將輕罪吸收於重罪之中。祇

科重罪之刑不再科輕罪之刑矣。(2)併科主義。即將各罪之刑合併科斷。本乎有罪必罰之原則也。(3)折衷主義。主張折衷說者以吸收主義合於實際而不合乎理論。併科主義合乎理論而不合於實際。因將二主義折衷而採用之。是謂折衷主義。而折衷主義復有外形的折衷及精神的折衷之別。所謂外形的折衷者。即對於徒刑採吸收對於拘役罰金採併科是也。所謂精神的折衷者。即將吸收併科二主義併合存於法律規定之範圍。任審判官自由採擇。或稱爲加重吸收主義及限制併科主義是也。以上列三者比較之。採用吸收主義則對於犯同等或輕微之數罪時。僅處其中一罪之刑。則犯數罪與犯一罪者其處罰相同。不啻獎勵犯罪者之多犯矣。採用併科主義者。對於犯人所犯各罪一律合併執行。則犯多罪者有至處以無期徒刑相等之刑期矣。未免失之過酷。然則精神的折衷主義較爲適當。故新刑法第五十條及第五十一條即本此而爲規定者也。第五十條規定云。裁判確定前犯數罪者併合處罰之。第五十一條云。數罪併罰分別宣告其罪之刑依左列各款定其應執行者。

數罪併罰
之執行

第二編 犯罪論 第十一章 數罪併罰

一 宣告多數死刑者。執行其一。

例如某甲因殺人判處死刑。又因擄人勒贖亦判處死刑。祇執行一次死刑。

二 宣告之最重刑爲死刑者。不執行他刑。但從刑不在此限。

例如某乙犯殺人罪判處死刑。又犯竊盜罪判處三年徒刑。於執行之時祇執行死刑不執行徒刑。但若對於殺人之手鎗判決沒收。仍須併執行之也。

三 宣告多數無期徒刑者。執行其一。

例如某丙犯強盜罪判處無期徒刑。又犯海盜罪亦判處無期徒刑。祇執行其一個無期徒刑

四 宣告最重之刑爲無期徒刑者。不執行他刑。但罰金及從刑不在此限。

例如某丁以暴動犯內亂罪判處無期徒刑。又犯詐欺取財罪判處四年徒刑。則祇執行無期徒刑。但若同時判有罰金及沒收者。仍須合併執行也。

五 宣告多數之有期徒刑者。於各刑合併之刑期以下其中最長之刑期以上定其刑

期。但不得逾二十年。

例如某戊犯和姦罪判處徒刑二年。犯竊盜罪判處徒刑四年。犯和誘罪判處徒刑三年。犯殺人罪判處徒刑十四年。共判處徒刑二十三年。依本款之例則可另定執行之刑期。於最長期之十四年以上合併之二十三年以下酌定之。假如酌定爲二十年是。因不得過二十年也。

六 宣告多數之拘役者。比較前款定其刑期。

與前款之例相同不過拘役之時期較短耳。

七 宣告多數之罰金者。於各刑中之最多數以上各刑合併之金額以下定其金額。與前第五款之例同。不過彼爲刑期此爲金數耳。

八 宣告多數褫奪公權者。僅就其中最長期間執行之。

九 宣告多數沒收者併執行之。

十 依第五款至第九款所定之刑併執行之。

本款謂依第五款第九款所已定出「應執行之刑」不能再行改定矣。例如某已依第五款之結果定為執行徒刑十年。依第六款之結果定為執行拘役五十日。依第七款之結果定為執行罰金四百元。依第八款之結果為褫奪公權十年。四種之刑均應一併執行。不再加以酌定。

關於數罪併罰之處置尙有應行注意者數項。舉之如次。

(一)確定裁判後發覺未經裁判之罪之處置 查新刑法第五十二條云。數罪併罰。於裁判確定後發覺未經裁判之餘罪者。就餘罪處斷。蓋數罪併罰之裁判。既經確定。其未經裁判之罪與前此所犯之罪不得併合處置矣。例如先犯詐欺罪竊盜罪及侵占罪。詐欺及侵占罪同時發覺。各判處徒刑二年。已合併處置。且已確定。後發覺竊盜罪。亦應處徒刑二年。即不能再依前條第五款於六年以下二年以上定其應執行之刑。祇能將竊盜罪二年併執行之。

二裁判以上者之處

(二)二裁判以上之處置 依新刑法第五十三條之規定。數罪併罰有二裁判以上者。

依第五十條之規定定其應執行之刑。例如甲先在杭州犯竊盜罪。判處徒刑三年。已經確定裁判。未及執行。逃至上海又發覺前所犯傷害罪。判徒刑二年。方執行時在杭州所判之竊盜罪亦經發覺。則應由上海地方法院依第五十一條第五款之規定。於五年以下三年以上更定其應執行之刑期。

數罪併罰
與赦免

(三)數罪併罰與赦免 依新刑法第五十四條之規定。數罪併罰已經處斷。如各罪中有受赦免者。餘罪仍依第五十一條之規定處其應執行之刑。僅餘一罪者。依其宣告之刑執行。例如同時犯甲乙丙三罪。甲罪為無期徒刑。乙罪為徒刑三年。丙罪為徒刑二年。已依第五十一條之規定定為應執行無期徒刑。倘甲罪已遇赦免。則應將所餘之乙丙二罪於五年以下二年以上更定其應執行之刑。若併乙罪亦已赦免。僅餘丙罪。則依其所宣告之二年刑執行。

第十二章 累犯

累犯加重
之理由

受有期徒刑之執行完畢再犯徒刑以上之刑者爲累犯。累犯罪以其所累犯次數之多寡而有再犯三犯之別。其刑罰之輕重不同。蓋對犯罪者處以刑罰。原以期其改悔。累犯而不改者。其惡性必較通常之犯人爲深。非加重其刑則不能收刑罰之效果也。或謂累犯多出於習慣性之犯人。對於習慣性之犯人在刑罰原理上應加以較重之刑方有令其改悔之望也。亦有非難之者。謂一事不再理爲法律上之原則。對於再犯之罪若復以初犯之罪爲根據而加重其刑。豈非違反此種原則乎。且審理犯罪必爲繫屬於裁判之事實。於其事實以外卽無審理之權。若於審判時涉及本次犯罪之事實以外。是本諸未繫屬於本裁判之事實以爲裁判矣。於理不合。駁之者曰。爲此說者殆未明累犯加重之原理也。夫累犯之所以加重者。非以初犯之事實合之於累犯中而始加重。乃因其人已受徒刑之執行而猶不改悔。足見其惡性與通常犯人不同。不過借初犯以爲惡性較重之證明耳。於前犯之事實毫無關係。余亦以此說爲然也。

對於累犯加重之條件學者間有二問題。卽累犯之罪要與初犯爲同種類之罪否。及初

犯累犯之間應有期限之規定否。解決此項問題從來有二主義。(1)一般累犯主義。謂初犯之後不論犯何種之罪。亦不問其間相距時期之長短。皆應以累犯論罪。(2)特別累犯主義。謂所犯之罪非與初犯同一性質或為類似之犯罪者不得構成累犯。又謂初犯與累犯之間須設一定之期間。非於其期間內累犯者。縱與初犯同一性質或為類似之犯罪。不在累犯加重之列。蓋一切犯罪皆有時效之規定。經過其期間即足消滅公訴及執行刑罰之權。於累犯何可漫無時期之限制乎。以上兩種主義互有得失。蓋依特別累犯主義則累犯者必限於與初犯同一性質或同一種類之犯罪。如初犯竊盜再犯殺傷不得謂之累犯矣。就其惡性上論之。實不得謂不同種類之惡性為非惡性。豈必以再抱同種類之惡性方得謂之惡性乎。至一般累犯主義不限定犯罪之性質與種類是其所長。然謂不必設一定之期間以致漫無限制是又為其所短也。暫行律均不絕對採用。乃折衷而為規定。其第十九條云已受徒刑之執行更犯徒刑以上之罪者為再犯。加本刑一等。但有期徒刑執行完畢無期徒刑或有期徒刑執行一部而免除後逾五

年而再犯者不在加重之列。舊刑法亦係採折衷主義。但與暫行律稍有不同者。卽對於累犯同一之罪者其處刑較累犯不同一之罪者加重。其累犯不同一之罪者仍以累犯論。而於時期之長短之規定亦爲五年。故亦屬折衷主義也。茲查該法第六十五條云。受有期徒刑之執行完畢。或受無期徒刑或有期徒刑之一部執行而免除後五年內再犯有期徒刑以上之罪者爲累犯。第六十六條云。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類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 妨害商務罪

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

毀棄損壞罪

累犯之要件

新刑法對於累犯之罪是否同一。不加區別。其第四十七條云。受有期徒刑之執行完畢。或受無期徒刑或有期徒刑一部之執行而赦免後。五年以內再犯有期徒刑之罪者。爲累犯。加重本刑至二分之一。其要件述之如次。

(I) 初犯之徒刑須已執行完畢。

累犯所以加重者。以其已受徒刑之執行完畢而猶不悛改也。故於未受徒刑之執行前所犯之罪不能以累犯論。但數罪併罰係以判決確定前所犯之罪爲限。然則判決確定後未受執行前所犯之罪應數罪併罰乎。抑以累犯論乎。夫數罪併罰既限於判決確定以前。凡在確定以後未受執行前所犯之罪。自不能適用數罪併罰。既未受執行。尤不得以累犯論。實爲一種單純犯罪。既不能依數罪併罰之例。而合併定其刑期又不能予以加重之科斷也。惟依暫行律之規定。祇要已受徒刑執行。不必待執行完畢。卽構成累犯。故大理院統字第三百三十三號內有云。若已在執行中脫逃者。無論所受執行日期之多寡均以累犯論。在適用暫行律時。於此會有一問題。例如某甲犯罪判處徒刑一年。而所受羈押之日數已逾二年。依法得以二日抵徒刑一日。二年之刑期於確定判決時卽已抵去。無庸再行送入監獄執行矣。倘釋放之後卽再犯罪。應否以累犯論。就第十九條之文義解釋之。既以已受徒刑之執行爲限。則某甲既未一日入監獄。自不能以累犯論罪。或謂法律所以準其以羈押之日數抵徒刑者。以其在羈

押中已有等於受執行之情形。否則并非定須抵扣也。若已認爲已有等於受執行之情形。則不啻已受徒刑之執行矣。於某甲仍當以累犯論罪。查前大理院統字第一一八六號解釋頗足引爲本問題之研究資料。茲錄之如次。該解釋文云。「查刑律第八十條之規定未決羈押日數得抵刑罰。既係抵刑。自與免刑不同。法律上固應視爲已經執行。……且裁判准否抵折亦有裁量之自由。既經准抵。自係認所未經抵折實應執行之刑期爲應受感化之時期。（即謂已抵部分爲不必再受感化矣）本院意見以爲抵刑部分無妨算入刑律第六十六條所定年期限制之內」

（2）再犯須爲徒刑以上之罪。

犯罪應處徒刑以上之刑者。必以其惡性較重也。其惡性較輕者僅處以拘役罰金足矣。累犯加重原以其人之惡性甚深。必以其已受執行徒刑日期過短猶不足以資感化。故再加長其刑期。若再犯之罪係拘役罰金。知其已不敢再犯重罪。則可推定前之徒行執行已微有效果。無庸再加重其刑罰矣。刑法上對於再犯所以限於徒刑以上者即

此也。

(3) 須初犯之徒刑執行既終或免除後未逾五年。

所謂執行既終者。指有期徒刑執行完畢而言也。所謂免除者。指無期徒刑或有期徒刑執行一部後經免除而言也。執行一部何以能免除耶。例如因特赦減刑等是也。但因特赦致全未執行。或經大赦而免除。或經過緩刑之期間者。不在此例。蓋累犯加重之理由係由於曾受執行無效。前已言之。曾受執行何以知其為無效乎。卽以再犯與否推定之也。其有於受刑後不再犯罪者固可推定曾受執行之有效。若能於特定期間內不再犯徒刑以上之罪。亦可為曾受執行為有效之證明。故於執行完畢後未逾五年而再犯者認為累犯。應加等處刑。否則不以累犯論也。

軍事裁判
及外國裁判
與累犯

凡受無權限之判決或外國判決。在事實雖已受徒刑之執行。於法律上究不能認為有效。亦不能以受徒刑之執行論。暫行律第二十二條云。依軍律或於外國審判衙門受有罪審判者不得用加重之例。舊刑法第六十八條亦有同樣之規定。新刑法第四十九

條云。累犯之規定。於前所犯罪依軍法或於外國法院受裁判者不適用之。是又不徒受無權限之判決者爲然受軍事裁判者亦在例外也。

累犯之處分

累犯之處分如何學者間之主張不一。第一爲變更刑罰種類之主義。例如初犯爲有期徒刑。再犯則應處無期徒刑是也。第二爲就最長期加倍之主義。例如再犯爲竊盜。其最長期爲五年。卽加倍爲十年是也。第三爲就本刑加重之主義。卽加本刑一等是也。暫行律爲採此主義而規定者。故該律第十九條定爲加本刑一等。舊刑法定爲加三分之一。犯同種類之罪加二分之一。新刑法則爲加重其刑至二分之一。無同種與否之區別也。至三犯以上者應否再加。各國刑律多照再犯之例處斷。而暫行律則定爲加本刑二等。故該律第二十條云。三犯以上者加本刑二等。舊刑法定爲加二分之一犯同種類之罪加一倍。新刑法則無再加之規定。所謂三犯以上者卽四犯五犯亦應包括在內。如遇有四犯五犯時可任審判官自由裁奪酌量情形。又累犯之犯罪既不必同一種類。又不拘同一地域。倘犯人於初犯之罪執行後。變更

姓名逃往他處犯罪時。勢必難於洞悉。刑律爲防此種弊端起見。特於第二十一條規定云。凡審判確定後於執行其刑之時發覺爲累犯者。依前二條之例更定其刑。舊刑法第六十七條及新刑法第四十八條亦有同樣之規定。但於執行完畢或免除後發覺者則不能再行更定耳。

第十三章 犯罪成立之時

或問曰。以何時爲犯罪成立之時。甲曰。爲實施犯罪行爲之時。乙曰。爲結果發生之時。丙曰。行爲時及結果時皆爲犯罪成立之時。三人所答不同。究以何說爲當。依甲說則祇要有犯罪行爲之實施則當認爲犯罪之成立。但有時有行爲而無結果者不論罪。卽論未遂罪亦以有特別規定者爲限。是甲說未見其爲當也。依乙說則非有結果不能論罪。然有時不要結果亦須論罪。如侮辱及各種未遂罪是。且有時祇要有意

思之表示便可認爲犯罪之成立。如侮辱及脅迫罪皆是。是乙說亦未見其當也。丙說

犯罪成立
之時

取甲乙之主張而併存之。自亦未合。丁曰。犯罪時與結果時其中相差一間耳。直謂行爲時卽結果時亦可也。殊不知有時行爲與結果之時間有相差甚遠者。例如甲欲殺乙。以炸藥箱由郵交乙。因甲與乙相隔萬里。及乙開箱被炸時。已在一月以後矣。於此種情形有二種疑問。(1)甲在將箱交郵局時卽已有完全之犯罪行爲。應否卽認爲犯罪成立。如當時認爲犯罪已成立。其時尙未知有無結果發生。又將如何定罪乎。(2)又如甲於行爲時患精神病。及發生結果時精神病已愈。或行爲時無精神病。而發生結果時忽患精神病。究當如何負責。於第一疑問。愚意如於未發生結果時卽被發覺。自當爲發生結果之防止。適成爲因障礙而未遂矣。至第二疑問。自以行爲時之責任能力爲標準。於結果時其人之責任能力有無變更可不問也。就以上諸說觀之。凡要有結果之犯罪。除應論未遂者外。應以結果發生爲犯罪成立之時。其不要結果之犯罪。卽於行爲或意思表示之當時犯罪卽認爲已成立矣。

新編刑法學總論

第三編 刑罰論

第一章 刑罰之意義

刑罰者。國家爲制裁私人之違犯刑法者而剝奪其法益之手段也。試分析述之如次。

刑罰爲國家對於私人之制裁

(一) 刑罰者爲國家對於私人之制裁也。私人對於私人之行爲或國家對於國家之行爲皆爲有關係之行爲也。其行爲有時且含有制裁之性質。如私人間之報復行爲、國際間之戰爭行爲是。然皆不得謂之刑罰。必國家對於私人所予之制裁方能謂之刑罰。蓋私人對於私人之行爲及國家對於國家之行爲其性質頗不一致。有屬於互有利益者。有屬於片而有益者。有屬於片而有損害者。有屬於兩無利益及損害者。又有相迎合者。有相反對者。其相反對者則必含有制裁之性質。惟國家與國家及私人與私

人皆立於平等之地位。如有含有制裁之行爲發生。則必互相衝突。私人間之鬥毆及國家之戰爭皆由此而起。故立於私人以上之國家機關乃不得不代私人行其制裁。以免除其互相鬥毆之行爲。刑罰卽國家行使此種制裁之工具也。但國家之上祇有仲裁機關。雖仲裁機關有所判斷。不過類於民事上之性質。不能認爲刑罰。且民事上尙有強制執行之方法。此則并強制執行而不能也。

刑罰爲對
於違犯刑
法者之制
裁

(二) 刑罰爲對於違犯刑法者之制裁也。國家於法律上所規定之制裁方法有數種。有關於民事者。如強制執行是。固不得謂之刑罰。卽關於行政上之懲戒處分亦不得謂之刑罰。以其皆無刑法上之意味也。故惟對於違犯刑法者所予之制裁始謂之刑罰。

按法律對於人之行爲除放任者外皆予以制裁。即使納一般人民入於不違法之範圍也。
 • 因違法而生有損害時則責令賠償。因違法而侵及他人之權利時則責令恢復其原狀。
 • 因違法而有妨政務之進行時則予懲戒。因違法而有危害於國家社會者及個人者則

刑罰爲對
於犯人之
制裁

處以刑罰。惟處以刑罰者以違背刑法爲限。故刑罰爲對於違犯刑法者之制裁也。

(三)刑罰爲對於犯人之制裁也。古代之刑罰不僅加於犯人。即犯人之親屬亦常有因犯人之犯罪而連帶受罰者。我國舊時緣坐之制誅夷且及九族。故非犯人亦每受極罪。而今之刑罰則以犯人之本身爲限。其親屬不受制裁也。

按刑罰之目的在排除犯人之惡性。與行政上之懲戒目的不同。對於無責任能力之人已不能使之受刑。其立於犯人以外之第三人無論與犯人有無何等關係。自無科以刑罰之可言。惟古時刑法有對犯人以外亦科以刑罰者。似帶有行政上之懲戒意味矣。例如對於謀反叛逆者誅其九族。是犯人以外之同族明明無犯罪行爲。而刑法上必科以刑罰者。欲使其同族之人負一種監視之責任也。其科刑之目的本於刑法上之原理不合。實不能認爲刑罰。不過爲一種行政上之懲戒耳。在古時對於法律之性質未當加以精密之研求。行其所便則爲法律。所以有此種不合法理之刑法。在今日則僅於行政法上有之。例如放任幼孩嬉遊於行人稠密之馬路中。對於幼孩之父兄必予

以違警之制裁是已。此種制裁不能認為刑罰。故在今日所認為刑罰者以加諸犯人本身者為限也。

刑罰為剝奪犯人
之利益之手段

(四)刑罰為剝奪犯人之法益之手段也。私人之法益應由國家予以保護。而犯罪者則剝奪之。刑罰即為剝奪之手段。故應剝奪其生命者處死刑。應剝奪其自由者處徒刑或拘役。應剝奪其在社會上之特別地位者則褫奪公權。應剝奪其財產者處罰金。惟對於體刑則現已廢除矣。

按人之自由行動應各有其範圍。在範圍內者為法益。法律應加以保護。出乎範圍以外者則不免侵害他人之自由。侵害他人之自由。即係侵害他人之法益。在民法上應使之回復原狀。或賠償其損害。而刑法上為預防將來再行發生侵害起見則加以刑罰。刑罰即為剝奪其法益之手段也。

第二章 刑罰之目的

原理原則
因時代而
變遷

刑罰以消滅犯罪爲其目的者也。國家對於犯人科刑之主義應隨時代而變遷。於其種類及適用之方針亦應隨其主義以爲轉移。卽所謂原理原則者。不過爲一時代之產物耳。不必受其拘束。蓋各種主義皆爲應時勢之需要而發生。時勢所需要者爲合於實用之主義。不僅以其理論爲標準也。且各種原則皆由於歸納各種實用之主義而成。故主義變遷而原則亦變遷。學說不同而原理亦異。可知無千古不易之原理原則也。卽就刑法以外之憲法而論。所謂三權分立幾已成爲數十年前憲法之原則。但自委員制之政府產生後。行政與立法權完全合而爲一。前之主張行政權絕對不能與立法權混合之原則至今不覺動搖矣。茲就犯人及社會與被害者之各方面而觀之。

從犯人方
面觀察

(一)對於犯人方面。以刑罰爲對於犯人之作用。學者稱之爲特別的預防。其方法有二種。卽社會的適合及社會的隔離是也。所謂社會的適合者。謂刑法爲矯正犯人之惡性而使犯人之性格適合的社會的生存之作用也。其使之適合之手段可分爲三種。(1)匡正手段。卽養成犯罪者以遵守紀律之習慣而不致再犯。(2)教育手段。卽授

犯罪者以技藝。俾令在社會上能營獨立之生活而不肯再犯。(3)懲戒手段。即使犯罪者知刑罰之可畏而不敢再犯。此皆對於其惡性尚有改善之望者所施之方法也。若其惡性甚深全無可改善之希望時。則不能不用社會的隔離矣。主張社會的適合者其意見謂犯罪與患病之情形相似。人至犯罪必其性格失於常態。未嘗無矯正之法。國家應設法矯正使之入於常態。不可因其失於常態而屏棄之。刑罰即為矯正之方法。亦猶對於病人所施之手術也。此種立論係專從犯人方面著想。故以匡正、教育。及懲戒為其手段。刑罰中之徒刑頗與此種手段相合。故處徒刑者必煅鍊其性格以排除其惡性。使之自然不致再犯。又必增進其技能以樹其生活之基礎。使之不肯再犯。尤須予以痛苦以憤勉其感覺。使之不敢再犯。如是則與常人無異。與社會適合矣。所謂社會的隔離者。使犯罪者永遠不許在社會上與人相交接也。如死刑及無期徒刑皆為隔離社會之刑罰。但被處無期徒刑者若至某時期而能改悔時。亦能許其假釋或赦免。則於隔離之中尚含有適合之性質焉。

按對犯人何以必處以死刑。今昔之觀念不同。昔時對於判處死刑之觀念純係出於威嚇之作用。欲使犯人以外之人見而生畏也。故必刑諸市朝或梟首以示衆。未曾對犯人方面加以觀察。近代刑法既常從犯人方面以爲觀察。故於處死刑之觀念純取隔離社會主義。於執行之場所不徒不設於廣場。且必於監獄以內祕密行之不使人見。於執行之方法祇求絕其生命。不使多受痛苦。近日吾國司法當局亦迭令以麻醉藥施於死刑之執行者。卽此意也。

從社會方面觀察

(二)對於社會方面以刑罰爲威嚇之作用。使社會一般人民皆知刑罰之可畏。俾能自相警戒。不敢爲違法之行爲。學者稱之爲一般的預防是也。蓋從社會方面以視犯罪者。則無論何人皆具有痛惡之心理。痛惡之結果。莫不希望處以嚴酷刑罰。否則殊不足以快其意也。若徇衆人心理以爲立法標準。則必流於威嚇之極端。且立法者爲求一時之鎮壓起見。而不顧及犯人之情況。亦必與一般社會人民同其心理。歷代嚴刑峻法殆亦由於此種情形而產生焉。

從被害者
方面觀察

(二)對於被害者方面以刑罰爲滿足其報復之觀念。藉法律以代平其私忿。而不致生直接私人間之報復也。報復爲刑法之起原。殆已爲學者所公認。故在有刑法之初期不過爲代行私人報復之手段。既係代行私人報復手段。自不能脫離被害者方面而爲觀察。祇求能平其私忿。不顧其他也。此時每以被害者所受實害之大小以爲處刑之標準。與近代以特別預防爲目的之刑事政策迥然不同。

以上三種皆爲刑罰之目的。古代刑法專重被害者一方面。故取報復主義。近世則以剝奪犯人之法益爲防衛社會之將來。故取人格主義。蓋謂對於被害者方面自有損害之賠償。對於社會方面自有警察之預防。刑罰當以特別預防爲其目的。專注重於犯人方面。以社會的適合爲其主眼。而一般的預防及被害者之滿足不過爲其反射之效果而已。

此外對於刑罰之應否以法令豫定及宣告應否公開。并應否平等問題。亦不可不加以研究。要以刑罰之目的如何而定之耳。試略論之。

刑罰應否
以法令預
定

(一) 刑罰應否以法令豫定之。此問題前已於第一編中論及之。在昔採用擅斷主義。何者應科刑罰及其科刑之輕重。皆由審判官自由決定。不必有法令以爲之限制。而近世則採法定主義。不過予審判官以自由裁量之範圍耳。然或者謂既以社會的適合爲近世刑罰之目的。則不應預以法令定其刑罰之種類及輕重。庶能由審判官自由施以適合之刑罰。其收效較易也。本問題又可分爲兩項。一爲刑罰之種類應否由法律預定。一爲犯如何之罪科如何之刑應否由法律預定。關於第一項皆主張由法律預定。蓋刑罰之種類不便由審判官自由剋制也。至犯如何之罪科如何之刑有謂應由審判官酌量隨時定之者。蓋謂犯罪之情節甚爲複雜。其千狀萬態。不盡爲立法者所能預見。若者宜科自由刑。若者宜科生命刑。若者宜科財產刑。若徒以罪名而爲區別。則不免偏於客觀矣。殊與犯人性格不合。欲其發生刑罰之效果頗難也。

刑罰之宣
告及執行
應否公開

(二) 刑罰之宣告及執行應否公開。昔時審理採用擅斷主義。不定公開。而執行則採用威嚇主義。必使社會一般人易於聞見。於死刑則梟首示衆。所謂戮諸市朝者是也。

。今則除有妨秩序或有妨風化外。審理完全公開。而執行死刑則於監獄中祕密行之。由於捨棄威嚇主義之結果也。蓋在昔既以威嚇主義行其鎮壓政策。其收效不必期於犯人之本身。而在使犯人以外之人知所做戒。故主絕對的公開。而最近刑事政策採改善主義及刑法外的預防。其撲滅犯罪之方法。於事前以教育政治手段使之減少犯罪事實之發生。於事後則設法排除犯人之惡性。使之歸於盡善。即認為無改善之希望者而使之隔離社會。雖不能不絕其生命。然必祕密行之。不欲以殘忍之事實示一般善良人民也。

刑罰對於
犯人應否
一律平等

(三)刑罰對於犯人應否平等 吾國昔日盛行階級制度。謂刑不上大夫。禮不下庶人。故因人之品位階級而刑罰之適用每有不同。近世則除在任職之元首外。多一律受平等之訴追。無復階級之歧異。固為最公平之道。然若採用人格主義。則雖無階級之分。要不可無對人之問題。又不可一概而論之也。蓋最近刑事政策對於犯人既以改善其惡性為主。其目的在惡性之應如何改善。不專憑客觀的犯罪事實以為處刑之

標準。與報復主義之全憑實害大小以爲處刑輕重者已大不相同。故絕對採用人格主義。採用人格主義之結果。則對於犯同一之罪者不必處同一之刑罰。例如某甲爲賦性良善之人。爲某乙一時語言所激致傷乙之身體。對於此種犯人祇須處以少數罰金卽爲已足。又如某丙賦性暴戾。動手每必傷人。則非處以較長之徒刑不可也。

第三章 刑罰之種類

第一節 歷代刑罰之種類

我國刑法自戰國之末魏文侯用李悝作法經六篇。始有專書。前乎此者多不甚詳。茲就蒐考所及。略舉如次。

唐虞三代之刑罰

(一)唐虞三代之刑罰 此時無成文法規可言。其刑罰制度之大要。僅能於尚書周官中窺見一斑。約有左列各種。此卽爲發軔時期也。

墨刑 墨爲五刑之一。傷其面而以墨塗之。使之別於良民也。故又謂之黥面。

劓刑 劓亦五刑之一。削其鼻也。

剕刑 剕亦五刑之一。別其脛也。故又謂之刖刑。

宮刑 宮亦五刑之一。男子去其勢。婦女子以幽閉也。惟幽閉之說有二。一謂幽閉於宮。不使遇男子。一謂用木槌擊婦女胸背。卽有一物墜而掩其牝戶。能溺而不能人道。男子去勢又謂爲腐刑。因初時恐中風。應置之密室。有如溫蠶。因又謂之下蠶室。

大辟 大辟亦五刑之一。卽死刑也。

流刑 流卽放逐也。舜流共工於幽州。放驩兜於崇山。皆流也。舜典有流宥五刑之語。謂應處以五刑者。如有可寬宥之情節。卽不執行五刑。而放之遠方。

鞭刑 舜典中有鞭作官刑之語。謂以鞭爲治官之刑也。

扑刑 舜典中有扑作教刑之語。謂不勤於業者則扑撻之也。

贖刑 舜典中有金作贖金之語。謂情有可原而法不能免於刑者。即可納金以贖。即易科罰金之謂也。

圜土 圜土與今之監獄相似。置之圜土欲其困而悔。悔而改也。其能改者置之鄉里。三年不許列於平民。又上罪三年而舍。中罪二年而舍。下罪一年而舍。其不能改而先行逃亡者則殺之。

炮烙 炮烙係置火於金屬之柱中。及柱已發紅而使犯人抱持之也。此乃一種殘暴之手段。不能謂之正式刑罰。

醢脯 醢脯係以醬鹽之屬制人爲脯也。亦爲一種殘暴手段。不能謂之正式刑罰。考三苗之君習蚩尤之惡。不用善化民。而制以重刑。作五虐以事殺戮。刳耳劓鼻。椽陰黥面。以加無辜。故堯舜惜之。代以流放。而黥劓之文乃不載於唐虞之籍矣。禹承舜禪。治等唐虞。惟後因鎮亂而作禹刑。商亦因亂而作湯刑。大抵不尙殘酷也。

迨周道中衰。刑書漸弛。穆王因命呂侯作刑。世稱呂刑。墨罰之屬千（按卽應處墨罰者千種下準此）劓罰之屬千。剕罰之屬五百。宮罰之屬三百。大辟之屬二百。五刑之屬已三千矣。其後於五刑之外加流贖鞭扑。稱爲九刑。

秦漢之刑罰

（二）秦漢之刑罰 刑罰至秦漢而大備。後代多相沿襲。

（甲）秦商鞅相秦。奉李悝之法經六篇爲變法之基。所謂法經六篇者。卽盜法賊法囚法捕法雜法具法是也。及始皇滅六國。專任刑罰。斷獄理書。听夕不輟。乃於六法中所規定之刑罰外增加左列諸種。

鑿頂 鑿頂謂以鑿挖其頭頂也。

抽脅 抽脅謂將脅部之筋抽出之也。

鑊烹 鑊烹謂以鍋煮水而烹之也。

車裂 車裂以五車分繫人之四肢及頭。各駕以牛馬使之奔馳。則五體分裂矣。

（乙）漢初除秦苛法。及蕭何定律。仍多沿秦制。如夷三族、梟首、腰斬、棄市及宮

刑、劓、剕、城旦、鬼薪（註解均見下）諸刑皆秦時所已有。漢代因之而已。茲將漢代刑名分列於次。

梟首 梟首謂斬其首而懸之也。

要斬 要斬從腰際分斬爲二也。大抵令犯人裸伏於地而後斬之。

棄市 棄市謂以刃殺之而棄其屍於市。別於梟首者。不懸其首耳。

以上皆爲死刑

宮刑 見前 文帝除肉刑。或謂宮未除。或謂宮旋復。

黥刑 見前 文帝除肉刑。易爲笞三百。

劓刑 見前 文帝除肉刑。易以髡鉗爲城旦舂。（註解見下）

剕右趾 謂剕其右足也。文帝除肉刑。易爲棄世。

剕左趾 謂剕其左足也。文帝除肉刑。易爲笞五百。

以上爲肉刑

髡鉗爲城旦 此爲專科男子之刑。髡係雉其髮。鉗係以鐵束其頸。城旦係晝使伺寇虜。夜使築長城。蓋始於秦也。其期爲五歲。

髡鉗爲舂 此爲專科婦女之刑。謂髡鉗而使任舂。按舂卽舂米之類也。其期亦五歲。

以上爲髡刑。髡其髮而使之工作也。

完城旦 此卽男子不去髮而使之爲城旦也。不去髮故曰完。其期四歲。

完舂 此卽婦女但去其鬢而完其髮。使之任舂也。其期亦四歲。

以上爲完刑。完其髮而使之工作也。

鬼薪 此爲科男子之刑。謂使採薪以供給宗廟之需也。其期三歲。

白粲 此爲科婦女之刑。謂使舂白米也。其期亦三歲。

司寇作 司寇謂使之司守備也。其期二歲。

罰作 男子使守邊。其期一歲。

復作 女子軟弱不任守邊之職。令作於官。其期亦一歲。

以上爲作刑。僅任勞役而已。

贖刑 此謂以金代刑也。古之贖罪皆用銅。漢始改用黃金。但輕其量。使與銅之值等。惟死刑亦能贖。納金二斤半而已。

罰金 與今之所謂罰金略同。

奪爵除名 謂奪其爵位。或除其名也。

夷三族 謂將三族之人皆加刑也。惟三族之說有二。一謂父母兄弟妻子爲三族。

一謂父族母族妻族爲三族。按此本秦制也。

徙邊 謂徙其家於邊地也。

鞭杖 僅施之郎官。與隋唐以鞭杖列爲五刑者不同也。故明帝有引杖撞郎之舉也。

。

顧山 謂女徒論罪已定。并放歸家。不親役之。但令每月出錢三百以僱人也。

禁錮 卽監禁也。

魏晉至南北朝之刑罰

(三) 魏晉至南北朝之刑罰 魏晉以至南北朝。雖代有變遷。然皆緣漢律而予以增刪。不過大同小異。此時期因循秦漢之舊法。無大創作。可謂因循時期。茲略述之。

魏 (甲) 魏

死刑三 梟、斬、棄市。

髡刑四 五歲、四歲、三歲、二歲。

完刑三 略與漢同。

作刑三 略與漢同。

贖金十一 分贖何種罪故有等。如贖死贖髡之類。

罰金六

雜抵七 如除名奪爵之類。

夷三族 鞭杖禁錮。

晉

(乙)晉

死刑三 梟、斬、棄市。

髡刑四 五歲、四歲、三歲、二歲。

贖金 一斤至二斤。

罰金 一兩至十二兩。

雜抵 除名奪爵之類。

夷三族

徙邊

禁錮

鞭杖

沒官爲奚奴

梁

(丙)梁

第三編 刑罰論 第三章 刑罰之種類

死刑二 梟首、棄市。

髡刑四 二歲至五歲。

贖金 一斤至二斤。

罰金 一兩至十二兩。

鞭杖 九等（按即分爲九等級之謂也）。

杖督 八等（按即分爲八等級之謂也）。

流刑

削爵除名

禁錮

陳與梁略同

後魏（丁）

死刑 原四等爲梟首、腰斬、殊死、棄市。後改爲梟首、斬、絞三等。

流刑

徒刑

鞭杖

宮刑

禁錮

除名

籍歿(按即將其財產造冊沒收之謂也)

大枷

北齊

(已)北齊

死刑四 轘、梟首、斬、絞。

流刑

五歲刑 一歲至五歲
并加鞭。

第三編 刑罰論 第三章 刑罰之種類

鞭杖

贖金

但十惡重罪不贖。十惡即叛逆、大逆、叛降、惡逆、不道、不敬、不孝、不睦、不義、內亂。

宮刑

房誅

誅及一房。

後周

(庚)後周

死刑五

磔(即磔)、絞、斬、梟、裂。

徒刑五

一年至五年

流刑五

二千五百里至四千五百里。

鞭杖

贖金

枷鎖

隋唐至明清之刑罰

(四)隋唐至明清之刑罰

刑罰至隋唐加以整理。漸趨簡略。故唐律號稱完整。宋元

以下多相因襲。不外笞杖徒流死而已。此爲整理時期。

隋

(甲)隋 隋代刑名并無繁瑣之弊。特用法不當耳。

死刑二 絞、斬。

流刑三 一千里至二千里。

徒刑五 一年至三年。

杖五 六十至一百。

笞五 十至五十。

唐

(乙)唐 唐律爲後代所取則。高宗時詔長孫無忌等撰律疏三十卷。卽今之所謂唐律疏義。可資參攷也。

死刑二 斬、絞。

流刑三 二千里至三千里。

徒刑五 一年至三年。

杖刑五 六十至一百。

笞刑五 十至五十。

五代 (丙)五代 五代之刑多因於唐。

宋 (丁)宋 宋刑仍不外笞杖徒流死。

遼金 (戊)遼金 遼金大致相同。惟以遼爲酷。且多於刑制外而任意爲之者。

死刑 絞斬凌遲之外任意所處者甚多。如遼之生理軍製砲烙。金之擊腦之類。名目甚多。但不能謂爲正式刑制也。

流刑 遼爲置之絕域。金則爲二千里至三千里。

徒刑 遼分終身五年一年半。金爲一年至五年。

杖刑 遼爲五十至三百。金爲六十至一百。

元 (己)元 元刑亦不過爲笞杖徒流死而已。凌遲仍存宋制。

明 (庚)明 明刑多因於唐。法外所施者雖有剝指斷足挑筋以及夷三族九族之慘。非爲

原來之定制也。

(辛)清 清代刑罰又多因於明。但至清末復有現行刑律之制定耳。試列舉之。

死刑 斬絞凌遲外復有戮屍之制。

流刑 二千里至三千里。

徒刑 一年至三年。

杖刑 六十至一百。

笞刑 十至五十。

充軍 重於流。附近二千里。近邊二千五百里。邊遠三千里。極邊煙瘴四千里。

發遣 重於軍。有一定之地點。不計里程如煙瘴極邊之處是。

以上爲未修改前之清律。及清末改用現行刑律。將凌遲梟首戮屍及緣坐刺字等項刪除。流罪改爲工作。軍罪改爲安置。笞杖酌改罰金。加以修訂之後。改稱大清現行刑律。旋又制定新刑律。未及實行而鼎革矣。

統觀以上所述歷代刑罰。完全以威嚇爲目的。一往直前。絲毫不變。蓋彼等對於犯

罪原因未嘗加以觀察。自無從注意犯人本身關係及社會關係。其勇氣誠不可當。固亦我中華法系之特色。推其原因。在儒者不研法律之過耳。孔子謂道之以政齊之政。民免而無恥。道之以德齊之以禮。有恥且格。是儒者亦早知防壓犯罪非專賴刑罰所能爲功。倘儒者兼究法學。中華法系當早爲世界所推崇。而大陸英美諸法系且瞠乎其後矣。

第二節 現代刑罰之種類

現代刑罰
之種類

我國自民元以至十七年八月。均適用暫行新刑律。暫行新刑律即係將清末之新刑律略加刪改而頒行者。其刑罰種類分主刑及從刑兩種。主刑凡五。曰死刑。祇存絞一種曰無期徒刑。曰有期徒刑。從二月至十五年分爲五等曰拘役。自一日至二月未滿曰罰金。一元起最高數自由分則定之從刑凡二。曰褫奪公權。曰沒收。至民國十七年國民政府將暫行刑律加以修訂。稱爲中華民國刑法。即舊刑法。對於刑罰之種類仍未變更。不過將有期徒刑之等級制易爲年月

制。其餘無更改。民國二十四年一月一日將舊刑法復加修訂。仍稱中華民國刑法。已於同年七月一日施行。即現行之新刑法。於刑罰之種類仍無變更。茲分類而論述之。

生命刑

(一)生命刑 生命刑為剝奪犯人生命之刑罰。即死刑是也。死刑之目的如何。效用如何。及應存應廢諸點。均為現代刑事學者所認為重要之問題。茲分述之。

死刑之目的

(甲)死刑之目的 凡受死刑執行者。一方喪失生命。一方感受痛苦。在主張隔離社會主義者。謂執行死刑係欲摒除犯人於人類交際社會以外。免致擾亂安甯秩序。其目的祇在使之喪失生命而已。而主張威嚇主義者。則不徒以使之喪失生命為目的。更欲使受痛苦。前者對於死刑之執行務使減少痛苦。所以用電殺瓦斯(Gas)殺者。即以此為目的者也。後者既以兼受痛苦為目的。故不惜創設種種殘酷之執行方法。如凌遲處死即其一也。

死刑之效用

(乙)死刑之效用 採威嚇主義者以死刑足以鎮壓社會。使未犯者生畏懼之念。所謂

辟以止辟者是也。按之實際。雖非根本辦法。然於威嚇刑上觀之。誠無愈於死刑者。若以隔離社會爲目的。則非除死刑外別無代替之方法。例如處以終身監禁之無期徒刑。亦足與人類交際社會相隔離也。

我國歷代
對於死刑
之觀念

(丙)我國歷代對死刑之觀念。按唐虞三代之刑罰。除桀紂之暴行不足爲定制外。於死刑不過大辟一種。并無殘酷之處置。祇期隔離社會而已。秦漢而後。始有車裂梟首之制。降及魏晉以還。暴君亂主。迭出不窮。益以酷吏佞臣相助爲虐。力求嚴峻。繼以慘酷。於死刑之中分列數等。是其意全在威嚇。由唐迄清。除遼金不計外。漸次加以整理。但儒者視法律爲末藝。純以付之佐吏。終難脫離威嚇之意味。故清代猶有凌遲處死之制也。

主廢死刑
之說

(丁)主廢者之說。輒近對於死刑之存廢。頗爲學者所爭論。主廢者所持理由不外次列數種。

(1)死刑無伸縮之地步。謂依法處死者。無論用斬用絞以及用電氣殺瓦斯殺。等於

一死。殊無輕重可言。卽無伸縮之地步也。

(2) 死刑無自新之路 謂死者不可復生。不如徒刑於執行後倘能改悟。尙可予以假釋。若處以死刑。是絕人改悔之念也。

(3) 死刑無事後改正之望 謂法院判刑難免錯誤。試觀最高法院所提起之非常上告案件。常多有因誤判而改正者可知矣。若係誤處徒刑。一經改正。便能恢復其自由。若處以死刑。一經執行。則雖發見錯誤。亦無由改正。

(4) 死刑有傷天地之和 謂天地有好生之德。凡含生之動物猶當矜全。若於人類而自爲殘殺。則厲氣所鍾。天地失其和。社會蒙其殃矣。

(5) 死刑足以長人民殘忍之風 謂人類皆富模倣性與習慣性。故非常之原黎民懼焉。其所不常見者則不敢爲也。試觀承平時代殺傷者少。亂世殺傷者多。可以知矣。若國家因執行死刑而常殺人。爲人民所見慣。則將目殺人爲不足異。實足增長人民殘忍之風也。

主存死刑
之說

(戊)主存者之說 主廢者雖有上述理由。而主存者謂爲不能成立。試舉其反駁之說如次。

(1)伸縮之有無應於法定範圍內求之。例如依新刑法之規定。殺人者處死刑無期徒刑或十年以上有期徒刑。其究應處死刑與否。審判官未嘗無伸縮之權。就三種範圍內而科以無期徒刑或若干年之有期徒刑。不能指爲違法。卽就科惟一死刑之條文而論。依法亦有酌量減輕之機會。故不能謂死刑無伸縮之餘地也。

(2)凡處死者必認爲罪大惡極。無法可以改善者。苟認其惡性尙能改悔。則正不必處以死刑。不妨處以無期徒刑。可知死刑爲對於具萬無可改之重大惡性者而科加。無自新與否可言也。

(3)死刑於執行後固無改正之望。此爲一般人所知。而立法者亦未常不注意於此。故刑法上必規定非經司法行政最高機關覆准回報不得執行。是於判決之後仍留改正之餘地也。既須經審核。則當改正者卽時已改正之。斷無法官錯誤於前。而審核者

復錯誤於後矣。故此亦無足爲慮。

(4) 除惡所以安良。處人死刑。非無故奪人生命可比。故古今中外皆有死刑之制度。不約而同也。若云體天地好生之德。除少數之兇徒正足救多數之生命。俗諺所謂殺狼虎不爲損德者以此耳。

(5) 死刑固足長殘忍之風。爲學者所公認。但現代刑罰已不取梟首棄市之制度。大半於監獄內祕密行之。且非經特許不准入內參觀。卽爲避免此種責難而起。是已有救濟之法。不足爲慮也。

此外前暫行刑律原案補箋對於不廢死刑之理由亦列有三端。

一曰法理。刑罰如藥石。犯罪如疾病。醫之用藥。非審其病質與藥力則藥無效。而病不得瘳。故潰爛之癰疽非尋常藥力所能奏效者則割去之。死刑之加於犯罪。亦猶刀割之加於癰疽也。定其適用之標準顧有二端。曰大惡不治。曰干犯倫紀。倘對此等大惡不治之犯不加以絕對淘汰之刑。豈國家刑期無刑之意哉。

二曰歷史。國家當改革之秋。沿歷史之舊固不可。不審其所當存者亦不可。我國自有史以來。倫理之重未常或變。使一旦廢止死刑。則對於干犯倫紀者裁判必多窒礙也。

三曰社會心理。我國採用死刑相沿已久。使一旦廢止。其影響必及乎社會心理。兇惡之徒必玩其刑輕而肆無忌憚。良民必駭其不情。愈滋權利侵害之懼矣。

基於以上各種理由。不徒我國於死刑之制未能遽廢。而各國之完全廢止者亦屬最少數之國。但亦有執行較少或全未執行者。於刑罰制度上尚多存留。如英美常以特赦而不執行。日本改正刑法之專科死刑者僅存數條。亦日期減少之意耳。

死刑在我
國刑法上
之地位

(三)死刑在我國刑法上之地位 我國刑法歷來以死刑為主要刑罰。在三代僅云大辟之屬二百。當漢武之時。大辟已增至四百零九條。千八百八十二事。死罪決事比萬三千四百七十二事。降至前清。達八百四十餘條。及暫行律時代始大事削減。專科惟一之死刑者祇存三條。舊刑法改為七條。新刑法僅存二條。但前此採列舉主義。

暫行律及新舊刑法均採概括主義。故條文雖少。所概括者有不止一事者也。

各國廢止
死刑之成
績

(庚)各國廢止死刑之成績 按荷蘭與意大利諸國爲實行廢止死刑之國家。於廢止後不徒犯罪未見增加。且日趨減少。茲錄其前後各年犯罪人數表於次。足資證明也。

(I)荷蘭 一千八百六十一年至一千八百七十年之間平均每年宣告死刑者八人。至一千八百七十年。實行廢止死刑。以後每年所處無期徒刑之人數亦屬無多。

年 份

宣告無期徒刑者

一八七一

五

一八七三

無

一八七四

無

一八七五

無

一八七六

一

一八七七

二

(2) 意大利 意大利於一千八百九十年廢止死刑。茲將歷年犯罪人數列表於次。

年 份

每年犯罪平均數

一八七八	一	四六九二
一八七九	一	四〇八九
一八八〇	一	三九九二
一八八一	無	四〇四三
一八八二	無	三八六六
一八八三	無	
一八八四	無	
一八八五	無	
一八八六	無	
一八八七	無	
一八八八	無	
一八八九	無	
一八九〇	無	
一八九一	無	
一八九二	無	
一八九三	無	
一八九四	無	
一八九五	無	
一八九六	無	
一八九七	無	

一八九八

三八七四

一八九九

一九〇一

三四一一

一九〇二

三二〇二

一九〇三

三一〇六

一九〇四

三〇一一

一九〇六

二九九五

一九〇七

三〇四五

一九〇八

二九八八

自由刑

(二)自由刑 自由刑為剝奪犯人自由之刑罰也。茲分述其目的與效用等如次。

自由刑之
目的

(甲)自由刑之目的 自由刑今昔不同。昔時對於自由刑以使犯人受痛苦為惟一之目的。故於牢獄之設備。甚為簡陋。且故意與犯人難以難堪。現代對於自由刑之目的則可分為數種。

(1) 使受痛苦 茲之所謂痛苦者。非若昔時以傷其身體之健康爲痛苦。故在昔時因欲達使受痛苦之目的。於監獄務求黑暗。而備極慘酷。今則祇要使之感於生活寂寞。易生改悔之念。例如單獨居於一室。令其生悔悟之心是。不徒不毀棄其身體。并須注意保護其身體上之健康。蓋欲使出獄後仍成爲完善之人也。

(2) 使與人類交際社會隔離 凡犯罪者多具有惡性。以此種具有惡性之人混入於交際社會。每有侵害他人法益之虞。甚爲危險。故於其未改善以前。視作傳染病人。不使與交際社會相接近。而以之隔離於監獄中。不必予以難堪之待遇。

(3) 設法改善其惡性 依上述理由欲令犯人隔離交際社會而使之入獄。非一經入獄之後便能改悔。故必設法教導之。感化之。於教導感化之後。始許再入交際社會也。

(4) 強制學習工藝 令犯人學習工藝之目的有二。一對於無業之犯人於出獄後可使有業。不致再行犯罪。二足以練習身體。使其血脈活動。不致出獄後即成爲殘廢之

人也。

在昔時對於徒刑之目的完全爲上述第一第二兩種。今則增加第三第四兩種。故於監獄之設備與昔時亦大不同矣。容後再述。

自由刑之
效用

(乙)自由刑之效用 依前述目的言之。自由刑之效用在昔時不徒無實益可言。且每因受刑而反促其犯罪。蓋犯人出獄。往往發生左列兩種結果。

(1)因受自由刑之執行而損傷其身體之健康。於出獄後既已失社會信用。復乏工作能力。無業可就。則饑寒堪虞。而盜心以起。且有除再犯罪外無其他生活之方法者。

(2)因昔時牢獄係取雜居制。既不予教導。復不予考察。往往羣居終日。侈談罪惡之往史。或以豪強誇其能。或以詭異鳴其術。爲時既久。染習愈深。在本無惡性者。至出獄後反因被罪惡之傳染而犯罪者。乃事所常見。遑論其效用乎。

依現代新監獄方法以執行徒刑。其優點有五。

(1) 不損害犯人身體之健康。則出獄後仍與普通人具同等之能力。於生活上不致受其影響。

(2) 於獄內常施教導。俾能自知改悔。人之好善。誰不如我。其因一時之誤解致罹刑章者。出獄後每能痛自改悔。

(3) 於獄內授以工藝。既可練習身體。活動血脈。復能學得一種技能。出獄後不患無職業可圖。自易戢其再犯之念。

(4) 於獄內工作所製出品每能分得若干獎金。出獄後如無財產者。亦可藉作資本。以經營小本生業。亦堪溫飽。

(5) 入獄後如能勤於工作不犯獄規。顯然有悔改之事實者。獄官得呈請假釋。中途出獄。以此每能促進犯人改善之念。其改善之程度與興趣。當能因此而臻速也。

以上各點均為施行新監獄政策後所應有之效果。故論自由刑之效用者。當先注意監獄制度之改良與獄官之運用監獄政策。茲略將監獄制度之大要陳述如次。

(1) 雜居制 使多數犯人同居一室。於犯罪性質及犯人性格均毫無分別。在同室之犯人。其犯罪性質各異。性格亦殊。羣聚一處。無法禁止談論。其所談論者或爲詐欺之方。或爲行竊之法。犯罪技術愈研愈精。犯罪膽量。亦必愈壯。卽間有良心未泯善性猶存者。置之此中。則羣將視爲迂腐而誹謗之。不使歸惡化不止也。言其優點。無非謂足節省監獄經費。加增囚犯容量。於執行自由刑之本旨實大相刺謬。故學者咸非之。其理由有四。(A) 雜居制不能使犯罪者感受寂寞之苦。則難生改悔之念。蓋改悔之念每生於思想清簡之時。在思想清簡之時。理解心始能透出。其良心亦能由此發見。所謂清夜思維者。卽指清夜時其思想力較厚也。若集羣而居。日處於談笑間。雖善愁者亦足忘憂。悠悠歲月。荏苒於談笑中。欲促其生改悔之念。恐甚難矣。(B) 雜居制失刑罰之屈壓作用。蓋刑罰貴能使犯人對於國家權力生屈服之念。屈服之念存。而悔悟之心生。若雜居則既不覺枯寂。神筋難受感觸。自不能生屈服作用。(C) 雜居制不能剝奪彼此交換意思之自由。蓋徒刑應使犯人人生出一種覺

悟心。不許與其同具惡性之人交換意思。若雜居而共談。則無形中已交換其惡性矣。
。(D) 雜居制不能貫徹刑之公平主義。蓋雜居制施之於下等兇暴之徒則以為快慰。而在具有身分與良心者則以為痛苦也。學者間本以上各種理由。故多對於雜居制不予贊同。

(2) 獨居制 獨居制亦曰分房制。即每人分居一室也。除監獄經費須略予增加外。缺點較少。其效用約有數種。(A) 獨居制不與犯人以交接之機會。則犯罪之思想無從交換。偶犯者自不致染受慣習犯人之惡化。(B) 獨居制能保持刑罰之真面目。蓋犯人獨自居於一室。食息起居均不能與同獄之人相接觸。則日在沈寂中。方能覺國家法權之偉大。不能以個人勢力而干犯之。易使屈服於嚴正紀律之下。而有剝奪自由之畏懼矣。(C) 獨居制可使犯人向善去惡。蓋獄中亦不乏善良及已改悔之犯人。若能於獨居若干時期後。使善良及已改悔之犯人與之接談。或由獄官及教導師常時開導。則祇聞善言。不聞惡語。為日既久。感受必深。向善甚易。而惡念無由起矣。

。本以上各種理由。故學者間對於獨居制甚多主張者也。惟長使獨居。寂寞寡歡。亦足損其健康耳。

(3)階級制 階級制係取獨居之長救濟雜居之短并參酌刑事政策而產生也。故又謂之折衷制或累進制。以其採取各種制度依步驟而併用之者。其辦法即係對於初入獄之犯人採獨居制。加以嚴格的管束。書信接見均予限制。并除教誨師外不使有任何社交。俟獨居若干時期後。分別考察其情性。對於良善或已顯改悔之狀態者。即逐漸使之雜居。否則須經過較長之期間方予寬緩。且對於此種雜居非完全普通之雜居可比。晝間雖許其雜居作業。夜間仍分房而處。並可依行狀之良否作業之勤惰再設階級。使之升降。其升降之標準。由獄官依據平日之成績核定。經過此種雜居之後。再行分別使入第三階級。第三階級即假釋是也。於其中擇有行狀善良且查有悔改之實據者隨時呈請假釋。

階級制在學說上頗多贊同。而事實上行之亦能有效。惟學者間亦有反對者。如日本

之顧小河滋氏卽其反對者之一。氏之言曰。階級制始嚴終寬。在使犯人隨逐其階級得歸於良民生活之順序。此固最善。惟其實行之方法則有不得其宜者。以威嚇手段施行分房制。犯人每易召精神病之發生。或致僞善術之進步。且其年限最多不過一年。則所由分房所生之效力將由雜居而亡之。又階級既多。勢必設種種獎勵之法以引誘之。或厚給食物。或多與工資。此仍就其犯罪之慾望心。而欲使之悔過改善。殊未適於刑法公正之本旨云云。

要之。階級制之適宜。已爲各國所公認。於當今之監獄中。無有更優之制度。惟於第一期之獨居時期尙有研究餘地。因過長則有傷犯人身體上之健康。過短又未足以改變其精神。且各人之性格不同。未可一概而論。以現代制度論。最長爲一年。有時猶嫌過短者。但此非制度不良。應在制度內酌量情形而伸縮之。或法定期不妨稍長也。至第二期之雜居。當隨時考察有無雜居之可能。如認不合。仍可使之獨居。此又在監獄官訓練得宜。使能隨情事而補救之耳。

我國歷代
對於自由
刑之觀念

(丙)我國歷代對自由刑之觀念 按自由刑在我國唐虞三代已有行之者。不過當時注重生命刑與體刑。故五刑之內不列焉。古有皋陶造獄之說。其制不詳。自此以降。夏有夏臺。桀以拘子履。殷有羑里。紂以羈文王。周禮大司寇以圜土聚教罷民。(罷民爲不肯服勞役者故聚圜土內而教之)凡害人者置之圜土而施職事。與現代監獄之制相類。蓋既云教又云施以職事。即與今之施教導服勞役之意相同。降及後代。視徒刑爲專使犯人受痛苦之刑罰。用作威嚇之工具。不教不誨。雜居如圈豕。不過繲綯桎梏使犯人不致逃亡耳。而獄吏稱尊。因緣若市。歷代如出一轍。即偶有矜恤囚之令。不過給醫藥厚飲食。使不致瘦斃而已。未嘗一注意於其目的及效用也。

自由刑與
法定勞役

(丁)自由刑與法定勞役 受自由刑之執行者。應否服法定勞役。在學者間之意見亦各有不同。主張不服法定勞役者。其理由謂勞役爲卑賤事務。犯人中不乏有地位之人。爲保存其身分。不使服勞役。反足使出獄後仍得保有其身分而不致再犯。又謂勞役足以損壞身體。對於未曾習慣苦力之人。宜保全其身體。且勞役爲補犯人藝術

能力之不足。若犯人非係由於生活關係而犯罪者。不必學習藝術。祇施以教導足矣。其實皆無充分之理由。要知服法定勞役并無妨於教導。教導與勞役可以並行。不必分立。且置犯人於監獄動經若干歲月。囚之室內不使勞動。血脈不流通。其精神遂不活潑。不徒易生疾病。反致感受痛苦。即身體果有不勝勞役之人。亦可使服輕便之役。如輕便之役亦不勝任。儘可特定免役之例。未可因偶然之情形而廢止法定勞役。至以勞役爲卑賤之說尤不可通。蓋勞心與勞力同一務勞也。即社會習慣視勞心者之地位高於勞力者。亦係昔時之目光。於今日勞工有神聖之目。并不以勞心勞力而分高下。主張犯人不服法定勞役者。殆誤認勞役爲痛苦矣。試令一人終身不使勞動。竟日枯坐。不徒精神上將感重大之愁苦。而身體亦必生疾病。即以執袴少年而論。其徵逐於酒食歌舞。身心仍不免勞動。亦等於服勞役也。故依我國新刑法之規定。自由刑以服勞役爲原則。其不能服者。亦得因其情形而免除之也。

(戊)自由刑在我國刑法上之地位 自由刑爲刑罰上之良刑。已爲各國所公認。我國

刑法亦占重要之地位。且係以自由刑爲基礎。而兼用生命刑與財產刑耳。故於各種犯行之定以自由刑者實占百分之九十六也。核計新刑法中處惟一之死刑者僅二條。(見前)而專科罰金者亦僅六條。即第一百四十八條之刺探票載之內容罪。第一百五十九條之冒用服飾徽章及官銜罪。第二百三十五條之販賣淫書罪。第二百五十四條之販賣僞貨罪。第二百六十六條之賭博罪。第三百三十七條之侵占遺失物罪。

無期徒刑

(甲)無期徒刑 無期徒刑係自由刑之一種。爲終身監禁於監獄者也。在前清謂之永遠監禁。其實除遇赦或假釋外。卽係以終身爲期。稱爲終身徒刑亦無不可。有非難其制度者。所持理由不外次列數種。(A)謂無期徒刑無異於死刑。蓋謂死刑不過受最短時間之痛苦而喪失其生命耳。夫人之所以要有生命者。希望在社會上享受其舒適之生活耳。今置之獄中。終身不得入交接社會。妻子離散。親友隔絕。不徒不能過其舒適之生活。其所受長時之精神上痛苦。有非言語可以形容者。豈非生不如死乎。(B)謂人壽無定。長壽者其所受痛苦之時間多。短命者其所受痛苦之時間少。

於刑罰上殊欠公平。(C)徒刑以使犯人改悔爲主。若終身監禁是絕其改悔之路也。以上三種見解。殊無充分理由。第一種所謂無期徒刑無異於死刑。不過偶然有少數人之心理作如是想耳。在人之恆情。莫不好生惡死。試觀乞丐殘廢之人。雖日受生活之痛苦。未見其肯自殺也。况日後尚有出獄之望乎。第二種謂人壽無定。不徒無期徒刑爲然。卽有期徒刑又何獨不然。蓋有期徒刑亦有今日入獄明日卽死者。豈非對於處同期限之徒刑者有多受少受之別乎。第三種謂無改悔之路。殊不知各國法例多有假釋及赦免之制。執行中如能改悔。查有實據亦可假釋出獄。何謂無改悔之路乎。

至無期徒刑之目的今昔已有不同。現代對於無期徒刑有兩種目的。其一爲使之隔離社會。與昔相同。其一使犯人於絕望中仍存有改悔之餘地。依新刑法第七十七條之規定。受徒刑之執行而有悔實據者。無期徒刑逾十年後。有期徒刑逾二分之一後。由監獄長官呈報司法行政最高長官得許假釋出獄。以之與死刑比較。其效用已大

有區別。若以替代死刑。除所具之威嚇力較死刑爲小外。而在刑事政策上則認爲較死刑爲優。蓋刑事新學派所說明之死刑。純屬隔離社會。并非因其有威嚇力而存在也。則無期徒刑從隔離社會一點觀察之。亦與死刑無異。以其既終身不許入交際社會。於社會之安甯秩序毫無妨害之虞也。再從改善一點觀察之。對於處死刑者。必已認其無改善可言。始去其生命。但其人究竟有無改善希望。固非立法者所能預測。即在司法官。亦難下絕對的斷語。倘於執行中能完全改善。與普通人毫無區別。即置之交際社會中亦必毫無妨害。縱終身不能遷善。又何妨存其生命於監獄之中乎。且其效力有時較有期徒刑爲優。例如受十年有期徒刑之宣告者。自念無論如何延過十年光陰便可出獄。於改善上未必定能注意。在被處無期徒刑者。自念如不改善。則終身將無再出之望。不如銳意改悔。至十年後尚有出獄之希望也。故在今日之社會中。除因特殊情形一時尚不能全舍威嚇主義外。實以取無期徒刑代死刑爲最當。又可知今之主張存留死刑制度者。乃係欲保存其合乎鎮壓政策之威嚇主義。并非

採隔離社會主義者也。

基於上述理由。無期徒刑實爲現今替代死刑之一種良好刑罰。在我國刑法上之地位亦較死刑爲重要。試按刑法分則中凡定有死刑各條。除次列各罪外。多繫有無期徒刑之規定。可以作替代死刑之用也。至次列各條雖爲惟一之死刑。但除非處死刑便致影響同種犯罪之增加外。依第五十九條之規定。如情狀有可憫恕。皆可減處爲無期徒刑。依刑法處惟一之死刑者。在暫行律僅存三條。(第一百十條第一百十八條第三百十二條)舊刑法增至七條。即第一百二十一條殺友邦元首罪 第一百二十四條犯強姦罪而故意殺被害人罪。第二百八十三條殺直系尊親屬罪。第三百五十條強盜故意殺人之罪。第三百三十二條海盜致人於死之罪。第三百五十三條海盜強姦放火及故意殺人之罪。第三百七十二條擄人勒贖而故意殺被害人之罪。新刑法僅存海盜及擄勒之二條矣。

有期徒刑

(乙)有期徒刑 有期徒刑完全以改善爲目的。故有一定之期間。即係依其惡性之重

輕以爲期限長短之標準。而法律上且有最長最短之限制。蓋若無限制。則長可至與無期相等。短可至與拘役相混。失其本旨矣。依暫行刑律之規定。最短爲二月最長爲十五年。中分五等。卽一等爲十年以上至十五年。二等爲五年以上十年未滿。三等爲三年以上五年未滿。四等爲一年以上三年未滿。五等爲二月以上一年未滿。倘遇俱發併科。則不得過二十年。而新舊刑法則改等級制爲年月制。自二月以上十五年以下分配之耳。

按新舊刑法所以改等級爲年月制之理由。謂有期自由刑以年月規定爲各國通例。原案採等級制不能無失。且有期徒刑分爲五等爲便於加減耳。惟以等爲加減。則加必一等。減亦必一等。其中難免畸重畸輕之弊。例如二等有期徒刑加一等。則高度加半。低度加倍。三等有期徒刑加一等。則高度加倍。低度加三分之二。又如一等有期徒刑。加一等則變爲無期徒刑。相差更遠。若祇欲加重數年使不至於無期。則無法處斷。卽拘役加一等變爲五等有期徒刑。其相差亦甚遠也。況於立法上亦諸形不

便。蓋分則及各單行法所科之刑期惟以此五等爲標準。而罪之輕重各有不同。必以此五者繩之。則所規定之刑恐有不失於酷卽失於寬之病。考各國刑法科二年以下六月以上之徒刑者尙多。卽如日本刑法科二年以下懲役者十餘條。科六月以下懲役者計數條。照原案徒刑之等級。欲科二年以下或六月以下。則無可規定。其餘介乎各等級之年期亦復如是。不若廢去等級。各定年月。而以若干分之幾爲加減。旣無定刑失當之虞。並免加減相懸之慮矣。且分則及單行法各條徒刑明定年月。則一目瞭然。無俟檢查等級表。卽知刑期長短。較爲便利。

至有期徒刑之最長期究以若干年爲適當。學者間頗多爭論。主張長期說者。謂徒刑期間之長短。應以犯人惡性之深淺爲標準。其惡性深者。有非處以最長期難望改善者。如法定範圍過短。則無以改善其惡性。其處刑之效果每至功虧一簣。殊爲可惜。因以主張法定期間務求其長。主張短期說者。謂長期徒刑足以改善惡性較深之犯人固也。但改善之有無效果。不在期間之長短。而在改善之方法。如改善方法不良

。雖處以數十年之徒刑。亦難生效。否則三數年亦能生改善之效也。考我國刑法第一次修正案曾將最長之十五年改爲十二年。其理由謂犯罪年齡在二十五歲最多。而人生平均年齡不過四十一二歲。若對二十五歲犯罪者科以最長刑期十五年。至四十年始能釋放。殆與無期徒刑無異矣。新刑法則仍主張以十五年爲最長期。其理由謂法律所科有期徒刑之最高度。實際上於犯人之關係各有不同。年老衰弱之人科以數年之徒刑。或竟近於無期。年力少壯者。科以十五年。非無出獄之望。此皆事實上犯人本身問題。似不足以爲縮短自由刑之標準也。况原案有假釋之制以救長期自由刑之弊。犯人果能遷善。不必待至刑期滿後始能出獄。否則卽科以十五年之刑。爲社會及個人之防犯起見未爲過也。又科刑時有最高及最低度之規定。法官可以酌量於其間。非必處以最高度而始可。原定十五年實從多數國刑期擇其適中者。甚屬妥當。

余意有期徒刑之本旨在改善犯人之惡性。其改善之有無效果。全在改善方法之良否

。不在刑期之長短。且能否發生效力。大半於入獄之初數年內即可斷定。蓋犯人於入獄後。依通行之階級制。先受獨居之痛苦。必翻然生改悔之念。復受教誨師之教導。自能漸知正義。歸於善良。若經過三五年以後。受痛苦而不覺。置教導於不顧。則其心性已如木石。雖再過十年二十年亦必無改善之望。嘗以此說徵之老獄吏。亦皆云然。至云以假釋之制救長期自由刑之弊。按之事際。得蒙假釋者寧有幾人。况犯人心理亦必各有前途之計算。如受三五年之徒刑者。自計爲期未遠。於出獄後不無恢復地位或發展之望。由是洗心向善。尚有可爲。若自計所受徒刑在十餘年以上或至二十年。於出獄爲期尚遠。人壽幾何。有無生還之日尚在不可知之數。因循坐誤。反因而減少其改過之心者有之。卽存生還之望。念及期滿。雖少壯入獄。亦必已屆衰老之年。將來地位久失。生活無望。尙何有生人情緒可言乎。要之。欲犯人改悔必須常使抱有無窮之希望。凡爲希望力所迫者其進步必速。處以最長期之刑卽絕其希望之心也。至又云恐出獄後惡性未改。足以爲害社會。殊不知犯人出獄後

拘役

若再行犯罪。仍可處刑。并非一經出獄。便不許再受訴追。此何足慮乎。若出獄後不再犯罪。則已無害於社會。又何必定使置之獄中耶。

(丙) 拘役 拘役亦為自由刑之一種。次於徒刑之自由刑也。就我國新刑法言之。其與徒刑不同之點有二。

(A) 就刑期之長短言之。徒刑之最短期除減輕外至少亦須二月。而拘役之最長期除加重外為二月未滿。最短期且為一日。

(B) 就執行之結果言之。受徒刑之執行者。於一定期間以內再犯罪者以累犯論。應加重其刑。而受拘役之執行者。則不生累犯之問題也。

此外在暫行律尚有一點之區別。即徒刑須服法定勞役。而拘役祇酌加勞役而已。新刑法則改為同樣之規定矣。

財產刑

(三) 財產刑 財產刑為罰金及沒收。茲分述之。

(甲) 罰金 罰金為財產刑之一種。且為主刑中之財產刑也。在刑事政策上是否認為

有效果之刑罰。學者間之意見不一。茲將贊成及反對各說併述之。

主存罰金
之說

(子)主存者之說 有主張罰金刑應存在者其理由不外次列數種。

(1)宜於制裁利慾之罪犯 謂人之欲望雖大致相同。但亦有偏重者。如疏財仗義者。視金錢若糞土。慳吝成性者。視金錢若性命。凡以財產爲目的之犯罪。除爲饑寒所迫而出於不得已者外。類多以利慾爲其動機。故爲制裁此種犯人起見。不得不科以罰金之刑。以懲其貪慾也。然或謂罰金爲不合乎刑罰法理之刑罰。在昔注重威嚇主義。猶可謂爲予犯人以財產上之痛苦。若以改善主義衡之。則不能無遷善之能力。且足阻其遷善之決心也。蓋衣食足而後知榮辱。倘因剝奪其財產之故致不足其衣食。則以後非更犯財產上之罪不能維持其生活。罰之不啻驅使再犯也。若云宜於制裁利慾之罪犯。則尤不相合。蓋利慾之罪犯其志在利。其犯罪之原因實爲利慾所驅使。一旦去其財產。則圖恢復之念必切。因恢復之念切。反足構成再犯之原因。

(2)可以替代短期自由刑 短期徒刑之有弊害前已言之。其替代之法殊不易得。無

已。惟有採用罰金耳。但有謂以罰金爲替代之具亦未能認爲適當。蓋罰金之性質與自由刑原不相同。立法者認其犯罪行爲應處罰金時則必不科以徒刑。若既科以徒刑。便知其罪不適宜於罰金。且僅處罰金未必能收懲改之效。尤足使富有資產者玩視刑罰。於刑罰之本旨亦未能合也。

(3) 便於制裁過失之罪犯 凡犯罪之構成原以有故意者爲限。若無故意而出於過失者。既無犯意。本不應處罰。惟刑法爲儆戒玩忽起見。對於危險較大之行爲不能不予處罰。若處以罰金。以促其將來之注意。較爲適當。蓋出於過失者本無惡性。對於無惡性者而處以徒刑。似不啻無病服藥。故暫行律對於普通過失祇處以罰金。惟新刑法增入徒刑。以備特別之用耳。

(4) 可免輕微罪犯損失社會上之地位 執行時不妨於犯人之職業。對於輕微罪犯之有社會地位者。於刑事政策上應予以保持。使不致因失地位而造成不可治之罪犯。故若處以罰金。一方面不致損失其原有之地位。一方面不致妨害其職業。但仍須審

查犯人之性質是否可以適用人格主義。及處以罰金能否發生刑罰之效力。不可一概而論也。在暫行律上本可以徒刑換罰金。而舊刑法無得換罰金之規定。僅能於分則所定刑罰範圍內選擇之。新刑法復採用徒刑換罰金之制。其第四十一條云。犯最重本刑爲三年以下有期徒刑以下之刑之罪。而受六月以下有期徒刑或拘役之宣告。因身體教育職業或家庭之關係。執行顯有困難者。得以一元以上三元以下折算一日易科罰金。

主廢罰金
之說

(乙)主廢者之說 有主張罰金刑應廢止者。其理由不外次列數種。

(1)罰金非加於身體上之刑不克收懲改之效 刑罰之有效。應以加於犯人之身體上爲良。罰金既非加於犯人身體之刑罰。不能改善犯人之惡性。殆爲學者所公認。但有謂不能認爲完全無制裁犯人之能力。若用作一種懲戒方法。有時亦能發生效力。

蓋金錢爲人生不可缺少之物。在普通人之心理。莫不欲保存其已得者而增加其未得者。一旦剝奪其已得者而歸之國家。雖不若身體所受痛苦之迫切。總不能免除不快

之感覺也。故對於無重大惡性之犯人不妨用之。

(2) 對於無資力者無從執行 罰金之執行本較徒刑爲困難。因生命刑及自由刑之執行。祇須覓得其身體便能積極從事。身體爲人人所有。故執行較易。若財產則非人人所有。對於無財產之人。則往往無法執行。但有謂非全無救濟之法。如易以監禁。亦無不可。但易以監禁則非執行罰金之本刑。究不可通。故又有主張使犯人爲國家服役。即將其服役所得之薪資作爲繳納罰金。此種主張實較換刑處分爲優也。

(3) 罰金對於犯人所受痛苦殊不平等 犯人貧富不一。若一律科以罰金。似有不平等之患。蓋有時在富者如九牛一毛。不關痛癢。而在貧者則足遺終身之累。但此殊非根本之論。人固以其所有資產之厚薄而易其對待金錢之心理。然罰金之數額亦可隨其犯人貧富之境遇以定其多寡。例如對於擁有百萬之富人科以數十萬之罰金。與擁千金者之數百元仍屬相等。故以此爲攻擊現行制度之不良則可。尚非應行廢止之根本理由。

以上雙方所持理由雖多有可以反駁之點。而罰金刑終不能廢除者。以其多少足以生懲戒之效。且其執行無妨於犯人之身體地位與職業。對於幾種不能處自由刑之罪犯。在別無替代之方法以前。非採用罰金刑不可。故各國尚沿用而未能遽予廢除也。

沒收

(乙)沒收 沒收者。將犯人之財物籍沒入官之謂也。昔時多為全數沒收。羅馬及法德之古法皆然。我國亦係如是。惟現代已一致採用特別沒收之制。以法律上所規定之標準為限。始得沒收。其非法律上所規定應予沒收之財物。則不得任意沒收。依我國新刑法第三十八條之規定計分次列三種。

(子)違禁物 財物本得由私人所有。但其性質上有不能為私人所有者。如軍械爆裂物之類。為保全公益起見不得不加以限制。但何者得為私人所有。何者不得為私人所有。在刑法上未完全予以規定。除刑法上之規定外。仍可由行政法令定之。即就行政法令論之。亦有特許者。例如軍械雖不許私有。若經政府允許私人持有以作防禦盜匪之用時。則非違禁物矣。故刑法上之所認為違禁物者兼指行政法上之違禁物

而言也。此外尚有不許私造而許私有者。如私人擅自製造貨幣是。

(丑)供犯罪所用或供犯罪預備之物 所謂供犯罪所用者。爲供犯罪實行所使用之物也。如供殺人之刀是。供犯罪預備之物者。爲欲施犯罪行爲而準備之物也。如以放火爲目的而準備之引火物是。

(寅)因犯罪所得之物 因犯罪所得者如竊盜強盜所得之贓物及官吏所收受之賄賂是。但以犯人以外無權力者爲限始得沒收之。

權利刑

(四)權利刑 權利刑爲褫奪公權。卽剝除犯人所應享受之公權也。在生命身體自由財產皆爲犯人固有之私權。已以死刑或徒刑拘役罰金而剝除之矣。故關於公權部分亦應予以褫奪。公權之種類依我國新刑法第三十六條之規定計分次列三類。

(1)爲公務員之資格。

(2)公職候選人之資格。

(3)行使選舉罷免複決創制四權之資格。

第三編 刑罰論 第三章 刑罰之種類

又依新刑法第三十七條之規定。尙有左列各點。應依其規定行之。

(1) 宣告死刑或無期徒刑者。宣告褫奪公權終身。

(2) 宣告六月以上有期徒刑。依犯罪之性質認爲有褫奪公權之必要者。宣告褫奪公權一年以上十年以下。

(3) 褫奪公權於裁判時併宣告之。

(4) 依(1)項宣告褫奪公權者。自裁判確定時發生效力。依(2)項宣告褫奪公權者。自主刑執行完畢或赦免之日起算。

答刑應否廢止

(五) 笞杖應否廢止 笞杖爲體刑之一種。乃施於犯人身體上之刑罰也。曾居刑罰中重要之地位。我國昔時之黥劓宮刑。以及笞杖鞭扑。皆屬體刑。或竟傷其重要之機能。或僅予以肉體之痛苦。在當時以威嚇爲刑罰惟一目的。自屬認爲重要。近代注重犯人遷善。始認爲無刑罰效力。且重者有傷人道。輕亦足貶人格。各國在十八世紀以前施用最多。十九世紀以後亦漸歸於淘汰。現除少數之小國外。幾無用之者

。我國自民元施行暫行律後始不採用。前有徒刑改笞之例。旋亦中止。然學者中對於笞杖之刑尚不乏主張恢復之論調。試舉其理由如次。

(甲)執行甚便。隨時隨地可行。

(乙)對於卑劣之無聊犯罪者行之甚有效力。蓋此等犯人有時科以罰金無從執行。科以徒刑。則視監獄爲旅舍。惟有科以笞刑則生畏矣。

(丙)不致荒廢犯人之職業。以免犯人家屬受痛苦。

(丁)對於具有身分及正當職業之人。能以其威嚇力而生預防之效力。蓋此等人最畏者爲受身體之辱。每因而不敢犯罪。

(戊)可以替代短期自由刑之執行。

依上述理由。揆之社會實際情形。不無可採之處。若能限制施用。當能補他刑之不足也。

流刑可甚
採用

(六)流刑甚可採用 刑罰之目的今昔之不同。而刑罰之制度今昔自異。然不能謂昔

時之刑罰皆不合乎今日之刑事政策也。昔時視犯人爲仇讎。意在報復而趨重威嚇。戕其生命。殘其肌膚。猶覺未足。必施以慘酷增其痛苦方以爲快。其結果遂使犯者無可自新。而刑者亦屬無謂。故其刑罰制度多不適用於今日。輒近學者謂應視犯人如子弟。不應視犯人爲仇讎。蓋視爲仇讎則必痛恨。視爲子弟。則當憐惜。此現代刑罰所以不採事實主義而改向人格主義。以改善爲惟一目的者也。惟對於刑罰之惟一目的既在於改善。其所謂改善者。似非僅從犯人本身以改良其性格。便認爲已盡改善之能事。有時更須從社會方面以改變其環境。方能收實在之效果。改良性格之方法固爲徒刑是賴。而改變環境之方法則非流刑莫屬矣。按現代各國刑罰尙未注意及此。除死刑自由刑及罰金刑外。罕有採用流刑者。對於犯人環境既無改變之方法。僅從犯人本身致力於性格之改良。欲求刑罪效力之充分圓滿。不其難乎。以愚見所及。爲改變犯人之環境起見。流刑實有存在之必要。惟余所主張之流刑。因今昔之刑罰主義不同。施行方法亦宜與昔時之流刑稍異。卽其目的應爲社會與犯人雙方

謀利益。而求適合於現代之刑事政策也。

流刑之意義若何。目的何在。現代學者多未論及。殆以無足研究之態度而淡然置之耳。按流者遷徙之義也。流刑即爲勒令遷徙之刑罰。所謂遷地爲良者也。惟其所謂遷徙。爲犯罪者個人之遷徙乎。抑爲連其家屬而並予遷徙之乎。以及遷徙有無定期。遷徙有何目的。又其科加究以犯人之環境爲標準。抑以所犯事實爲標準。均爲流刑存廢之重要問題。就我國歷代之刑罰制度觀之。流刑行之最早。舜流共工於幽州。放驩兜於崇山。卽流刑之嚆矢。書云流宥五刑。謂不忍刑殺而有之於遠方也。又大罪投之四裔。或流之於海外。次九州之外。次中國之外。降及漢晉。謂之徙邊。可知其目的在放逐於治化之外。不過驅逐虎豹使不爲民害之意耳。要知流徙應有目的。若僅令徙於邊遠之區卽認爲已足。則仍非有效之刑罰也。且徒知遷置邊遠。以肆其恫嚇。於實際更無利益可言。漢明帝永平八年募郡國中都官死罪繫囚。減死一等勿笞。詣度遼將軍營屯朔方五原之邊縣。妻子自隨。父母同產欲相依者恣聽之。

是又以實邊爲目的。故許妻子自隨。父母同產相依。又陽球傳謂球送洛陽獄誅死。妻子徙邊。是又以流徙加於犯人以外之妻子。更與刑罰目的不合。至其期限亦有差等。觀蔡邕徙朔方報楊復書云。昔此徙者故城門校尉梁伯喜。南羣太守馬季長。或至三歲。近者歲餘。多得旅返。是其期間亦無定也。晉亦沿徙邊之制。故陸機傳謂收機等九人付廷尉。賴成都王穎吳王晏並救理之。得減死徙邊。至梁始稱爲流。故梁武帝紀稱大通三年冬十月前樂山縣侯蕭正則有罪流徙。後魏北齊皆稱流刑。及後周乃有較詳之規定。於流徙之地以遠近爲等差。分爲五等。流衛服去皇畿二千五百里。流要服去皇畿三千里。流荒服去皇畿三千五百里。流鎮服去皇畿四千里。流蕃服去皇畿四千五百里。均以六年爲期。流刑之制可謂至此大備。但仍無相當目的也。隋代減五爲三。僅一千里至二千里。唐律亦稱三流。由二千里至三千里。繼及清代。沿用未替。惟清代於流之外尚有充軍與發遣。軍重於流。而遣又重於軍。充軍分附近二千里。近邊二千五百里。邊遠三千里。極邊煙瘴四千里。遣則有一定之地

點。不計里程。大抵不外煙瘴極邊之處。及改訂現行刑律。始將流刑改爲工作。而流刑制度之在我國卽壽終於此時矣。計由虞舜至前清。數千年來。均僅注意於地點之遠近。而未曾注意社會與犯人之環境。且其目的純在使犯人受痛苦。而非顧及社會與犯人之利益。與余所主張爲社會與犯人謀利益之流刑不可同日而語也。

或謂流刑已不適用於現代者。以現代土地開闢。交通便利。乘用輪車。瞬息千里。雖流於萬里之外。不難立時逃亡。且既無煙瘴之區。復乏荒僻之地。無論移徙何處。每能隨寓而安。尙何效力之足云乎。惟此皆囿於昔時流徙之目的以立論也。而余之所認爲流徙者。其目的在改變犯人之環境。而非專使犯人受遠離之痛苦。故流徙之地不必蠻煙瘴雨。而管束有方。亦不患其立時逃亡。茲先將流刑之效用略述數點。

(甲)能消滅犯人之惡勢力 犯罪行爲有由於憑藉特殊之地域而發生者。一旦徙離其地。則他鄉作客。舉目無親。憑藉既去。惡念自息。蓋欲求自保尙不易得。遑論作惡乎。例如土豪劣紳流氓地痞之類。其所憑藉者非有特殊本能。而其性格亦非具有

重大劣根。不過於其生長之特殊地域內有悠久之歷史。有多數之親友。或恃富厚之產業。或憑久蓄之威信。因而交通官府。結納權要。權勢既立。則人各相畏。如虎負隅。莫之敢撓。此即爲其犯罪之憑藉也。藉此種權勢以武斷鄉曲。欺壓善良。誰不俯首聽命。受其侵害者雖膺恨亦不敢言。即偶爾發覺。處以徒刑。一旦期滿。又能復出。其憑藉如故。其再犯三犯亦必仍如故也。蓋既取得此種地位。孰肯從而舍之。欲望其從性格上發生改善之效力得乎。但若能處以流刑。使之流徙他方。人地生疏。則無所憑藉。權威不立。則欲犯不能矣。且對此等罪犯。非去其憑藉。無法防其再犯。欲去其憑藉。除科以流刑無他策也。

(乙)能變更犯人之習尚 犯罪有由於習見關係而發生者。所謂近朱者赤。近墨者黑。耳濡目染。昕夕靡間。雖入鮑魚之肆久而不聞其臭矣。因而流爲罪犯毫不自覺。初爲環境所囿。非其人本來具有何種惡劣之根性也。於發覺之後雖處以徒刑。一時似能改善。出獄之後。以其環境具在。而習性難移。如枯梗逢春。鮮不復發。倘不

處以徒刑而易以流徙。則環境既易。氣象驟新。魔障既去。積習可除。自無虞再犯矣。例如居於城市者因習於淫蕩而犯罪。以之移置鄉間。必能與純樸同化也。

(丙)能使犯人謀相當之職業。犯人有由於無職業而犯罪者。多爲饑寒所迫也。若以之遷流於易謀職業之處。既得職業。亦必不致再犯。例如原處人口過剩之區。因失業而犯財產之罪。若遷至缺乏人工之地。則有工可作。雖驅使犯罪亦必不爲。

(丁)能隔離犯人之徒黨。有藉徒黨之勢力以犯罪者。城狐社鼠。狼狽爲姦。若遷流遠方。則與其黨徒離散。無由聚集。犯罪行爲亦無由實施也。

(戊)能使犯人易於悔悟。離羣索居則乏興趣。乃人之恆情。若忽令棄其平時羣相過從之鄉土。而入言語風俗不同之異域。感觸既起。悔悟立生。此於改善上亦不無裨益也。

本以上各種理由。故認流刑爲有效力之刑罰。卽係適於刑事政策之刑罰。對於特種罪犯。有非施用徒刑所能收刑罰之效果者。不可不設流刑制度以濟其變。適如醫生

下藥。有時非生荒荅草所能爲功者。則不可不求清涼之劑。亦所以濟其變也。惟流刑配置於刑法之中。不能因罪而定。兼當因人而施。且其制度不可悉從昔時之方式。應有因時制宜之辦法。茲更就愚見所及。分別言之。

(甲)流刑分有期及終身兩種。有期者酌設最高及最低之年限。

(乙)流刑分專科併科兩種。併科者應先執行他刑。其因環境關係而犯罪者。以專科流刑爲宜。若另有其他惡性者。則不妨併科他刑。

(丙)流人分准攜款項與不准攜款項兩種。不准攜款項者。至流刑區如查出攜有款項。立予沒收。

(丁)流人分准攜眷屬與不准攜眷屬兩種。准攜眷屬者得許攜帶款項。

(戊)應劃定流刑區域。流刑區應分農業區及工業區商業區各種。各以犯人之技能或性格定之。而各種區域又可分爲一二三等。其地生活最優者爲一等區。次優者爲二等區。最劣者爲三等區。應先行調查全國情形。視犯人之性格身分以爲科處標準。

凡設置流刑區之處。以土地過剩者爲宜。且預計全國各地之距離。無論何處之犯人皆有較遠之區域可流。庶不致因過近而失其效力。

(己)應設立流人管理局。凡流人解到其地。應先交與流人管理局。由管理局爲之分配生活方法。

(庚)流人分有管束無管束兩種。有管束者。應予管束。不許自由工作。出入皆當受管理局之管理。其無管束者可令其自由營生。但設法不使逃亡。

(辛)於流人到達流刑區後。應設法防止逃亡。例如以藥水製字於手腕或身體相當之部分。以資識別。備逃亡時易於偵緝。(但不可製於面部。以保全其體面。)亦方法中之一種也。

(癸)流刑滿期後。由管理局給予護照。并通知本籍法院給予滿期執照。

(壬)流人於未滿期前逃出流刑區者。無論何人得捕送當地法院以脫逃論。

第四章 刑罰之加重及減免

刑罰之加重及減免

現代刑罰採用相對的法定主義。所以補救擅斷及絕對法定主義之缺點也。相對的法定主義者。由法律於各種犯罪規定數種刑罰。或於同一種類之刑罰規定數種等級。使審判官於法定範圍內選擇一種伸縮其等級而酌量科擬。蓋欲求罪刑之適當也。然於或種場合處以範圍內之最重刑猶失之輕縱。或處以範圍內之最低刑猶失之嚴酷。則其所在範圍仍有不適用之虞矣。乃不得不另定一種出入其範圍之條件。此刑罰加重及減免之規定所由設也。茲分述如次。

第一節 加重

刑之加重

刑罰之加重分一般的加重及特別的加重兩種。一般的加重者。從總則之規定。凡合於加重條件者無論何種犯罪皆當加重。如新刑法第四十七條所規定之累犯加重是。

特別的加重者。對於特種犯罪應加重其刑罰也。不於總則中特設規定。惟於分則中各條科以獨立較重之刑而已。如第二百七十二條對於第二百七十一條是。一般的加重已於前編累犯罪中述之。特別的加重讓於分則各條論之可耳。

按新刑法係採相對的法定主義。對於犯罪處罰原有法定範圍。大抵多有二級。於此二級之中可由審判官自由裁量。如認為惡性較深處以最重主刑足矣。本無特別加重之必要。故一般加重僅限於累犯一種。以累犯之惡性特深也。又有謂數罪併罰亦是刑罰上之一種加重。殊不知數罪併罰不能稱為加重且可稱為減輕。例如一人犯有三罪。一處徒刑三年。一處二年。一處一年。若非數罪併罰。則應共執行徒刑六年。如依數罪併罰之規定。（參閱新刑法第五十一條）則可從一年以上三年以下酌定執行之期。豈非減輕乎。加重云乎哉。俱發既非加重。累犯之加重已於前編說明。而特別的加重又規定於分則各條之中。故本節無庸多所論述矣。惟本書不及分則之範圍。爰將特別加重之概略列舉於次。

(一)有因犯罪行爲之更違法而加重者。例如公務員於職務要求賄賂或收受者處七年以下有期徒刑。若於違職務之行爲行求期約或收受賄賂者則加重其刑爲一年以上十年以下矣。(見新刑法第一二二條第一二二條)

(二)有因犯罪行爲之手段而加重者。例如依法逮捕拘禁之人脫逃者處一年以下有期徒刑。若以損壞械具或強迫脅迫爲犯罪之手段時則加重其刑爲五年以下矣。(見新刑法第一六一條)

(三)有因犯罪行爲之危險程度而加重者。例如放火燒毀新刑法第一百七十四條所列之物者。處三年以上十年以下有期徒刑。若燒毀第一百七十三條所列之物者。則加重其刑爲無期徒刑或七年以上有期徒刑矣。

(四)有因犯人之數目而加重其刑者。例如犯新刑法第三百二十條之竊盜罪者處五年以下有期徒刑拘役或三百元以下罰金。若結夥三人以上而爲竊盜行爲時則加重其刑爲六月以上五年以下有期徒刑矣。(見第三二一條)

(五)有因犯罪行爲之結果而加重者。例如犯新刑法第二百七十七條第一項之傷害罪者處三年以下有期徒刑。或一千元以下罰金。若有致人死亡之結果時。則加重其刑爲無期徒刑或七年以上有期徒刑矣。(見第二七七條第二項)

(六)有因被害人之身分而加重其刑者。例如依新刑法第二百七十一條之規定。殺人者處死刑無期徒刑或十年以上有期徒刑。若殺尊親屬則加重其刑爲惟一之死刑矣。

(見第二七二條)

(七)有因犯罪行爲之目的而加重其刑者。例如依新刑法第二百四十一條第一項之規定。和誘未滿二十歲之男女者處一年以上七年以下有期徒刑。若以營利爲目的而和誘者。則加重其刑爲三年以上十年以下有期徒刑矣。(見第二四一條第二項)

(八)有因犯罪後對於犯罪結果之處置而加重其刑者。如前項之例若將所誘之人移送於國外時。則加重其刑爲無期徒刑或七年以上有期徒刑矣。(見第二四二條)

(九)有因犯人之責任關係而加重其刑者。例如依新刑法第三百三十五條之規定。侵

占所有物者處五年以下有期徒刑。或科或併科一千元以下罰金。若侵占公務上或因公益所持有之物者則加重其刑爲一年以上七年以下得併科五千元以下之罰金矣。（見三三六條）

（十）有因犯罪行爲之慣行而加重其刑者。例如依新刑法第二百六十六條之規定。賭博財物者處一千元以下之罰金。若以賭博爲常業者則加重其刑爲二年以下有期徒刑得併科一千元以下罰金。（見第二六七條）

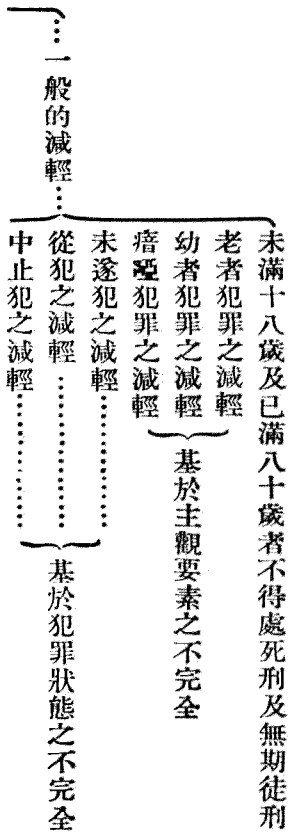
（十一）有因被侵害法益之性質而加重其刑者。例如依新刑法第二百十條之規定。偽造變造私文書足以生損害於公衆或他人者處五年以下有期徒刑。若偽造變造公文書則加重其刑爲七年以上矣。（見第二一一條）

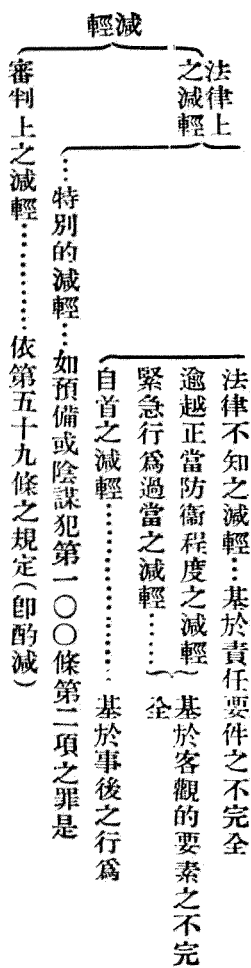
（十二）有因犯人擔任重要行爲而加重者。例如依新刑法第一百五十條之規定。公然聚衆施強迫。在場助勢之人處一年以下有期徒刑拘役或三百元以下罰金。首謀及下手實施強迫者。則加重爲六月以上五年以下矣。

第二節 減輕

刑之減輕

刑罰之減輕有法律上之減輕及審判上之減輕。兩者可以併用。法律上之減輕者。基於法律上一定之原因而減輕之謂也。審判上之減輕者。由審判官審按犯人心術及犯罪情節而減輕之謂也。法律上之減輕又可分為一般的減輕及特別的減輕。規定於總則者為一般的減輕。無論對於何種犯罪均得適用。規定於分則者為特別的減輕。祇能對於所規定者有適用之效力也。茲列左表以明之。





特別的減輕亦係規定於分則中者。茲略舉數例如次。

(一)有因犯人執行之職務而減輕者。例如公然聚眾強暴脅迫之首謀及下手實施者處六月以上五年以下有期徒刑。若僅止在場助勢者則減輕其刑為一年以下有期徒刑矣。(見第一五〇條)

(二)有因侵害法益之權利關係而減輕者。例如侵占所有物者處五年以下有期徒刑。若侵占漂流物者則僅處以罰金矣。(見第三三五條及第三三七條)

(三)有因犯人之過失而減輕者。例如傷害人須處三年以下有期徒刑。若因過失而傷

害人者則祇處六月以下有期徒刑或罰金矣。（見第二七七條及第二八四條）

依據右表之各種減輕。除已於前編犯罪論中述及外。茲僅論自首及酌減如次。

自首

（一）自首 自首者犯人對於未被發覺之罪而自首於該管公務員之謂也。依新刑法第六十二條之規定。減輕其刑。其要件有四。

（1）須犯罪未發覺於官。所謂未發覺者。不必犯罪事實之全部未發覺。苟有被害事實之告訴而未知誰爲其犯人時亦以未發覺論也。所謂未發覺於官者。於官以外不問發覺與否也。故被害者或第三者雖已知犯罪事實或犯罪之人。祇要官署未知卽以未發覺論。蓋國家所以獎勵犯人自首者。一方面固在節省勞力。一方面足以減少冤抑。使無辜者不致因株連而受縲紲之累。故於官署未發覺犯某罪者實爲某人以前。無論官署有無得知犯罪事實皆可任犯人出而自首。故對於無頭命案而自首者仍以自首論也。

（2）須犯人自己告知其罪。若由他人告知固以告訴或告發論。如係由官員推問之後

始告知者祇能謂之自白。不得以自首論。惟何種自白能減免其刑。須照分別各條之規定。不能認一概之自白爲能減免也。

(3) 須向相當官署爲之。所謂相當官署者。指有搜查權限之官署也。例如向公安局或檢察處告知是。若向教育實業機關爲之不以自首論。所謂有搜查權之官署者即指檢察處公安局及執行司法警察職務之憲兵營等機關而言。但向有監督司法權之官署爲之亦應認爲有效。蓋如司法行政部長亦能令交檢察官訴追也。

(4) 須經官署之處分及受審判。若用間接之方法如信函之類向官署告知。而自身仍然隱匿不出。或未受審判而自行逃避。均不得以自首論。所以必須受審判者。蓋若以信函自首仍不能得事實之真象。且既未受審判仍不免無辜之株連。雖有自首之名。尚無自首之實。又一般自首無非求減輕其刑。既未受審判。與自首之目的亦毫無關係。故不能以已有自首論也。

凡合乎以上條件而自首者。國家爲求發現真相及節省偵查手續與獎勵悔過起見。特

設減輕其刑之規定。在暫行律及舊刑法爲得減。如審判官認爲出自誠意。卽當予以減輕。但若有不可不自首之情形。或受逼迫而自首者。亦不必定予減輕。卽不減輕亦不爲違法。依新刑法則爲必減也。又自首之效力有一般及特別之分。一般的效力者。祇要合乎上列條件。無論所犯何罪皆可包括在內。依據新刑法總則第六十二條之規定不過減輕其刑而已。尙不能達到免除之目的。特別的效力者。合乎分則各條所規定之自首也。如依新刑法分則第一百零二條之規定。犯預備或陰謀內亂之罪而自首者。得受免除之寬典。卽第六十二條但書所謂特別規定者是也。至犯誣告或僞證罪者。祇要自白卽得免除矣。至一罪既發。自首未發覺之他一罪者。對於所首他罪亦可以自首論。暫行律第五十二條已有明文規定。新舊刑法雖無此種規定。然亦當認爲自首也。

暫行律於自首之外尙有首服之規定。首服者。犯親告罪而向有告訴權者告知之謂也。何人爲有告訴權者當從法律所規定。除必須被害人告訴者外。如向被害者之法

定代理人告訴時亦應認爲首服。若至受官署之審判時均與自首有同一之效力。此爲暫行律第五十一條第二項之所規定。至有親告權者本與官署不同。其所以認爲與自首有同一效力者。蓋因親告罪以親告爲訴追之條件。告訴之有無足以左右國家之訴追也。但犯親告罪不首服於有告訴權者而自首於官署時亦應認爲有效。新舊刑法均無首服之名稱。在舊刑法依第三十八條第二項之規定。尙有向被害人告訴人或有請求權之人自首之規定。其因而受該管公務員裁判者。亦與自首於公務員受裁判者同。新刑法則已將此項刪除矣。

茲將關於自首之場合列表以明之。

向官署自首……

一般的……於犯罪行爲完畢後未發覺前而自首(減輕)
特別的……豫備或陰謀犯分則特定各條之罪未至實行而自

自首

向被害人告訴人或有請求權之人自首(新刑法已無此規定)

首(得減輕免除)

(二)酌減 酌減者。於法律無減輕之原因。而於犯情有減輕之必要時所爲之減輕也。此係爲求審判之公允起見而設。故又謂之審判上之減輕。審判上減輕之情形有二。一卽從法定範圍內處以最低之刑。例如法定範圍爲六月以上五年以下之有期徒刑。因其犯情在可減輕之列。祇處以六月有期徒刑。二卽縮減其法定範圍。例如法定範圍爲六月以上五年以下有期徒刑。衡其犯情雖處以最低限度之六月有期徒刑猶失之過重。而法律上又無可以減輕之原因。乃不得不援用新刑法第五十九條酌減之。其已有法定減輕之原因者。若已減輕其法定刑而仍虞過重時。仍得依第六十條之規定再予減輕也。

按酌減卽裁判上之減輕也。應具兩要件。(1)於法律上已無減輕之原因。(2)處以原法定刑或已減輕之法定刑之最輕刑猶嫌過重。以上兩者須具備方能行使酌減。蓋既有法律上減輕之原因。儘可引用該項減輕之條文。固無庸引用酌減之規定。卽於法律上無減輕之原因。若處以法定範圍之內最輕刑情罪已能相當。亦不必引用酌減

之規定也。至審判上之減輕以如何為標準乎。應從主觀及客觀兩方面觀察之。即於主觀的審按犯人之心術。客觀的審按犯罪之情節以定應否減輕之標準也。

處死刑無
期徒刑之
限制

(二)處死刑無期徒刑之限制 未滿十八歲人及已滿八十歲人不得處死刑或無期徒刑。本刑為死刑或無期徒刑者。減輕其刑。但未滿十八歲人犯殺直系血親尊親屬之罪者。仍得處死刑或無期徒刑耳。均為新刑法第六十三條所規定。

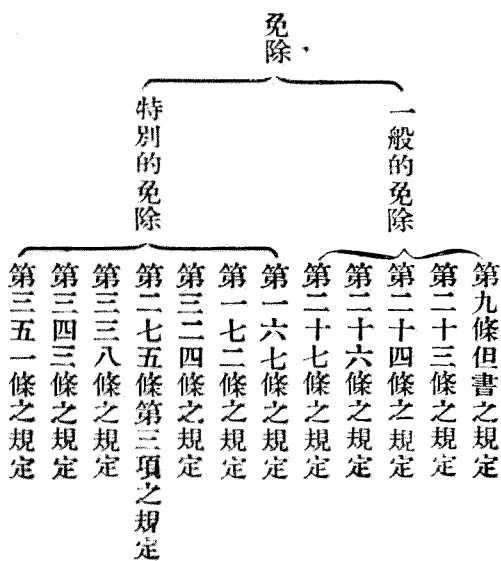
第三節 免除

刑之免除

刑罰之免除可分為一般的免除及特別的免除。一般的免除應規定於總則中。如新刑法第九條第六十一條第二十三條第二十四條第二十六條第二十七條所規定者是。特別的免除又可分為相對的免除及絕對的免除。相對的免除者。免除與否一任審判官之自由斷定。絕對的免除則審判官無不許免除之餘地也。但新刑法已不設絕對免除之規定矣。免除較減輕之關係為大。故除有特別情形外。法律上未便於事前多設一

般免除之規定。以防罪刑之失出也。

茲將關於免除之規定列表以明之。



一般的免除前已敘述於各章之中茲不贅述。特別的免除以分則有規定者爲限。茲逐

項揭出其條文如次。

第一六七條 配偶五親等內之血親或三親等內之姻親圖利犯人或依法逮捕拘禁之脫逃人。而犯第一百六十四條或第一百六十五條之罪者。減輕或免除其刑。

第一七二條 犯第一百六十八條至第一百七十一條之罪（即偽證誣告罪）者。於所虛偽陳述或所誣告之案件裁判或懲戒處分確定前自白者。減輕或免除其刑。

第三二四條 於直系親屬配偶或同財共居親屬之間犯本章之罪（竊盜罪）者。得免除其刑。

第三三八條 於直系親屬配偶或同財共居親屬之間犯本章之罪（侵占罪）者。得免除其刑。

第三四三條 於直系親屬配偶或同財共居親屬之間犯本章之罪（詐欺及背信罪）者。得免除其刑。

第二七五條第三項 謀爲同死而犯本條之罪（教唆或幫助他人使之自殺或受其囑託

或得其承諾而殺之者）得免除其刑。

第三五一條 於直系親屬配偶或同財共居親屬之間犯本章之罪（贓物罪）者。免除其刑。

免其刑之
執行

此外依新刑法第八十六條第四項及第八十八條第三項之規定。得免其刑之執行。與免除其刑稍異也。

第五章 刑罰之加減例

刑罰之加
減例

刑罰之加減例者。謂刑罰加減之計算標準及其方法也。在暫行律以等爲加減。加減以等計算。舊刑法改等爲幾分之幾。加減乃以幾分之幾計算。新刑法亦係採用此制。計有二點爲加減上之大原則。一爲法律所明定者。卽第六十三條所謂未滿十八歲或滿八十歲人不得處死刑或無期徒刑。雖本刑爲死刑或無期徒刑者。應予減輕。但未滿十八歲人殺直系尊親屬既遂者不能適用耳。二爲自由刑雖有加重之原因。不得

加至生命刑。財產刑雖有加重之原因。不得加至自由刑。惟減輕則生命刑可減至自由刑。自由刑亦不能減至財產刑耳。茲就新刑法所規定者分述如次。

(一)死刑不得加重 此爲新刑法第六十四條第一項所規定。因死刑爲極刑。無可加重。故曰死刑不得加重也。卽最重刑爲死刑而有最輕刑時。祇能就最輕刑加重之。最重刑爲惟一之死刑時。則仍處死刑。

(二)死刑減輕者爲無期徒刑或十五年以下十二年以上有期徒刑 此爲新刑法第六十四條第二項所規定。因死刑雖不能加重。但能減輕。惟死刑爲生命刑。就其性質言之。不能在該本刑內有所減輕。祇能易生命刑爲自由刑之一法。故依本項之規定。應易爲無期徒刑或十五年以下十二年以上之有期徒刑。

(三)無期徒刑不得加重 此爲新刑法第六十五條第一項所規定。因無期徒刑爲自由刑。依前述加減上之原則。不能加至生命刑。故曰無期徒刑不得加重也。卽最重刑爲無期徒刑而無最輕刑時。雖有加重原因。仍處無期徒刑。否則祇能就最輕刑加重

而已。

(四)無期徒刑減輕者爲七年以上有期徒刑 此爲新刑法第六十五條第二項所規定者。因無期徒刑以終身爲期。事實上不能在該本刑內有減輕。祇能易無期爲有期耳。故特設減輕爲七年以上之規定。卽遇有減輕原因時。得減爲最少處有期徒刑七年。至多爲十五年。蓋十五年爲有期徒刑之最長期也。(參閱新刑法第三三條)

(五)有期徒刑拘役罰金減輕者減輕其刑至二分之一但同時有免除其刑之規定者其減輕得減至三分之二 此爲新刑法第六十六條所規定者。因關於減輕之規定。僅有減輕字樣而無幾分之幾。究應減輕若干。或最多得減輕若干。如無明文規定。不徒易滋疑惑。且漫無限制。亦覺範圍過寬。故本條特設二分之一之規定。則凡依法減輕者。於二分之一之範圍內。得減輕若干。但最多不能超過二分之一。例如原定刑爲五年。最多可減輕二年半。祇處二年半足矣。但祇減三分之一或四分之一。亦非違法。蓋本條僅限定最多分數。未限定最少分數也。又於同時有免除其刑之規定者。

則可再行多減。得減至三分之二。例如某甲犯新刑法第一百五十一條之恐嚇公眾罪。原法定刑爲二年以下。若係從犯。依第三條之規定。得減輕其刑。即得於二年半之法定刑減去一年零三個月。僅就一年零三個月以下之範圍內處斷。又如某乙犯新刑法第三百二十條之竊盜罪。原法定刑爲五年以下有期徒刑拘役或五百元以下罰金。若係中止犯。依第二十七條之規定。減輕或免除其刑。此即所謂同時有免除其刑之規定也。如不免除而減輕之。則可減至三分之二。即得於五年之法定刑減去三年零四個月。僅就一年零八個月以下之範圍內科處徒刑或祇科罰金。如祇科罰金。亦可減去三百三十餘元之法定範圍。而於一百六十餘元以下之範圍內科處。

(六) 有期徒刑加減者其最高度及最低度同加減之。此爲新刑法第六十七條所規定者。因分則中對於有期徒刑常同時有最高度與最低度之規定。故對於加減。不得不規定如何計算之方法。例如依新刑法第三百條之規定。處六月以上五年以下有期徒刑。若加二分之一。則須將最重之五年及最輕之六月同時加重二分之一。變更其法定

範圍爲九月以上二年半以下有期徒刑。反之若減輕二分之一。則須將最重之五年及最輕之六月同時減輕二分之一。變更其法定範圍爲三月以上二年半以下有期徒刑。

(七) 拘役或罰金加減者僅加減其最高度 此爲新刑法第六十八條所規定。因拘役及罰金係以一日及一元爲最低度。未便增減。故祇就最高度加減之。例如依新刑法第三百零九條之規定。處拘役或三百元以下罰金。若加二分之一。祇就拘役之最高度二月加爲三月。(參閱第三三條第四款) 罰金之最高度三百元加爲四百五十元。如減二分之一。則祇就拘役最高度之二月減爲一月。罰金之最高度三百元減爲一百五十元。

(八) 有二種以上之主刑者加減時併加減之 此爲新刑法第六十九條所規定。因主刑既有二種。加減時應同時加減。方符加減之本旨。例如依新刑法第二百六十二條之規定。處六月以下有期徒刑拘役或五百元以下罰金。其主刑之種類有三。一爲有期徒刑。二爲拘役。三爲罰金。若加二分之一。應將有期徒刑之六月加爲九月。五百

元之罰金加爲七百五十元。反之若減輕二分之一。應將有期徒刑之六月減爲三月。五百元之罰金減爲二百五十元。

(九)有二種以上刑之加重或減輕者遞加或遞減之。此爲新刑法第七十條所規定。所謂遞加遞減者。別乎通加通減而言也。通加通減者。係以原數爲標準而爲加減也。遞加遞減則係以加減後所餘之數爲標準再爲加減。例如原定罰金之數爲千元。若加二分之一。則變爲一千五百元。再加二分之一。仍以原數之千元爲標準。二分之一仍爲五百元。則變爲二千元。又再加則變爲二千五百元。此通加法也。如前例如用遞加法。則原定罰金數千元加二分之一爲一千五百元。與通加法相同。再加二分之一。即須以已加成一千五百元爲標準。二分之一數爲七百五十元。則變爲二千二百五十元矣。再加二分之一。其數爲一千一百二十五元。則變爲三千三百七十五元。通減遞減之法亦如之。如前例原定刑爲罰金千元。用通減法。減二分之一爲五百元。再減二分之一。仍以原定數爲標準。二分之一其數爲五百元。減去五百元則無

存矣。若用遞減法。先減二分之一變為五百元。再減二分之一。則當以五百元為標準。二分之一其數為二百五十元。則祇減二百五十元。仍有二百五十元餘存。縱再減二分之一。既係以新餘之數之標準。二分之一其數為一百二十五元。減去此數。尚有一百二十五元。永減無盡也。

(十)刑有加重及減輕者先加後減 此為新刑法第七十一條第一項所規定。因加減之先後。其所得之結果有時不同。故為謀犯人之利益起見。特設先加後減之規定。例如依新刑法第一百條第一項後段之規定。內亂首謀者處無期徒刑。若同時應加重二分之一及減輕二分之一。試先減後加。先就無期徒刑減輕二分之一。依第六十五條第二項之規定為七年以上有期徒刑。再就七年以上有期徒刑加二分之一。則為十四年以上有期徒刑。此為先減後加之結果也。若先加後減。先就無期徒刑加重二分之一。依第六十五條第一項之規定。仍為無期徒刑。再就無期徒刑減輕二分之一。則為七年以上有期徒刑。此為先加後減之結果也。後者於犯人為有利。故本條採用之。

。 (十一)因刑之加重減輕而有不滿一日之時間或不滿一元之數額者不算 此爲新刑法第七十二條所規定。因刑期不滿一日者不便執行。而罰金不滿一元者屬於零數。均不算入。茲之所謂不算入者。僅爲該不足一日之時間及不足一元之數額。與時期及數額之全部無關也。

第六章 刑罰之執行

刑罰之執行

刑罰之執行云者。於判決確定後依判決對於被處刑罰之犯人而執行其所宣告之刑罰也。執行之方法及時期各依其所宣告之種類而有不同。關於執行之實體規定屬於刑法之範圍。關於執行手續及執行之細則屬於訴訟法及監獄法。實施其執行之職務者則檢察官也。茲將刑罰執行通則之規定於訴訟法者摘錄如次。

(一)裁判於確定後執行之。但有特別規定者不在此限。裁判固應於確定判決後即

時執行。惟死刑爲絕人命之刑。死者不可復生。尤慎重起見。須先報經司法行政最高機關核准方能執行。但司法行政最高機關。除請求減刑特赦或知照最高法院檢察署長提起非常上告外無直接批駁之權。至覆判亦係爲慎刑起見而設也。緣各縣知事既非正式法院。實判決難免全無錯誤之處。以知事所審理之案件爲限。如被告不自提起上訴。須將案卷解交高等法院經過覆判手續方能執行。故覆判暫行條例第一條云。兼理司法事務縣政府司法公署或由縣長兼任檢察職權之縣法院審判地方管轄之刑事案件未經聲明上訴或撤回上訴。或上訴不合。未經第二審爲實體上之審判者。均應由高等法院或分院覆判。被告犯數罪。其一罪屬於地方管轄者。應將全案覆判。一案中有被告數人。其中一被告所犯之罪屬於地方管轄者亦同。至所謂特別規定者。如死刑須經部覆准回報縣知事判處重刑須經覆判等是也。

(二)執行裁判由諭知該裁判之法院之檢察官指揮之。但其性質應由法院或審判長指揮者不在此限。執行裁判在原則上應由檢察官爲之。但有時其性質上應由審判長

執行者。如法院組織法第六十九條所規定乃一種行政罰也。該條云。有妨害法庭職務或其他不當之行為者。審判長除命退出法庭外并得酌量情節輕重分別爲左列處分。一命看管至閉庭時。二處三日以下之拘留或十元以下之罰金。

因上訴之裁判或因撤回上訴而應執行下級法院之裁判者。由上訴法院之檢察官指揮執行之。例如上海地方法院判處徒刑一年。上訴至江蘇高等法院。經高等法院判決駁回上訴或由上訴人自請撤回。應由江蘇高等法院檢察官命令上海地方檢察官執行上海地方法院所判之徒刑一年。

前二項情形其卷宗在下級法院者。由該法院之檢察官指揮執行。如前例若由上訴人自請撤回上訴時而卷宗尚在上海地方法院。即不必由江蘇高等法院檢察官指揮執行。逕由上海地方檢察官指揮執行可也。

(三)二以上之主刑之執行。除罰金外應先執行其重者。但有必要時檢察官得命先執行他刑。例如同時判處徒刑三年罰金百元。則可同時執行。一方面追取罰金。一

方面。入監獄執行徒刑。若同時犯二罪。一處徒刑三年。一處拘役四十日。則無同時執行之可能。祇好先執行徒刑。俟徒刑期滿再執行拘役。又若同時所處者為有期徒刑與死刑或有期徒刑與無期徒刑。則可依第五十一條之規定執行死刑者不執行他刑。執行無期徒刑者。附從刑外亦不執行他刑。

(四)當事人對於有罪裁判之解釋有疑義者。得向諭知該裁判之法院聲明疑義。受刑人或其法定代理人或配偶以檢察官執行之指揮為不當者。得向諭知該裁判之法院聲明異議。

第一節 生命刑之執行

生命刑之
執行

刑法上科以生命刑之目的今昔不同。其執行之方法因之亦異。在昔以威嚇為目的。對於執行方法務求慘酷。且因執行方法之慘酷與否以定死刑之等級。故車裂腰斬斬首絞頸及凌遲處死各種執行方法有并採用者。今則以隔離社會為處刑之惟一目的。

對於稍帶慘酷意味之執行方法皆削除之。祇求能奪其生命足矣。各國有用電氣及瓦斯殺者。新刑法現無關於死刑執行方法之規定。惟新刑律及舊刑法會規定以頸絞爲其方法。該律第三十八條云。死刑用絞於獄內執行之。所以須於獄內執行者。祕不使人見耳。（理由見前）惟受死刑之執行者。以後無改正之希望。於其執行之前勢非有審慎之考慮不可。審判既經確定。本足以表示其考慮審慎之已周詳矣。但爲更求審慎起見。該律第四十條特加以報部之手續。非經司法部覆准回報。雖判決確定尙不能執行也。第三十九條且有與囚人隔別監禁之規定。凡受死刑之宣告者。迄至執行與他囚人分別監禁。按死刑之執行方法至前清猶有凌遲處死及腰斬等。及光緒末年改訂現行刑律。祇存斬絞兩種。其執行之時期有監候及立決。立決者即時執行。監候者入於秋審也。及新刑律對於死刑之執行祇用絞。軍法則用槍決。近於絞之法尤力求簡單。司法部迭經通令各省不許沿用舊法。查元年五月司法部關於死刑之執行有呈大總統文一件。內開司法部之復准回報乃報行上之手續。非如舊日復核有

准駁之權。凡咨報到部由部復准即查照原判執行。惟有時應行救濟方法。如遇有赦免理由者。則根據約法呈請大總統宣告特赦或減刑。遇有法律上或事實上錯誤者。則根據訴訟法施行非常上告。

茲更將訴訟法上關於執行死刑之規定如次。

- (一) 諭知死刑之判決確定後。檢察官應將案卷送交司法行政最高官署。
- (二) 死刑應經司法行政最高官署令准於令到三日內在監獄內執行之。
- (三) 執行死刑應由檢察官蒞視。並命書記官在場。除得有檢察官或監獄長官之許可者外。不得入行刑場內。

- (四) 受死刑之諭知者如在心神喪失中或爲懷胎婦女。應於其痊愈或生產前由司法行政最高官署命令停止執行。於痊愈或生產後非再有司法行政最高官署命令不得執行。

第二節 自由刑之執行

自由刑之執行

徒刑拘役皆爲自由刑。除由縣知事審判之地方管轄案件外。均於判決確定後即分別執行之。惟自由刑在晚近刑事政策上以使犯人改善爲主。其執行方法之良否刑罰效果之有無繫焉。故於自由刑之執行方法有詳細研究之價值。據暫行律第四十二條之規定。徒刑之監禁方法及勞役種類悉規定於監獄法中。則欲研究徒刑之執行方法非先知監獄制度不可。監獄之拘禁方法約可分爲三種。一爲雜居制。二爲獨居制。三爲階級制。前已於第三章第二節內說明。茲不贅述。

第二節 財產刑之執行

財產刑之執行

刑罰以判決確定後即時執行爲原則。罰金之執行亦不外乎是。但自由刑於確定後即時生絕對執行之效力。罰金則於確定以後生相對執行之效力。所謂相對者。尙有猶

豫期間之存在也。依新刑法第四十二條第一項之規定。以二月爲罰金執行之猶豫期間。於此期間之開始。檢察官卽得發執行之命令。惟非滿期後不得加以強制耳。期間既滿。如受刑人仍不繳納。則視爲與有強制執行力之債務名義相同。卽得依民事訴訟法上強制執行之規定而執行之。（參閱刑事訴訟法第四七四條第二項）檢察官經過此種手續後。如受刑人實無資力而不能完納罰金時。應依同條同項之規定易以勞役。在各國對於無力繳納罰金者尚有分期繳納及以工易罰之辦法。吾國未採用之也。惟查新刑法所定罰金之範圍甚寬。在審判官宣告罰金之時似宜先從犯人之財力加以審核。斟酌其數額然後科斷。庶易執行。惟於茲有一問題。卽受刑人死亡後得免予執行否。依刑罰之通例。犯人死亡後其刑罰卽因而消滅。且科刑不及犯人以外之人。自不應向其繼承人執行。新刑法對此無何種規定。而刑事訴訟法條例第四百七十四條第三項云。罰金沒收及追徵得就受刑人之遺產執行。是於受刑人之死亡後尚須執行已無疑義。惟法文僅指就其遺產執行。則受刑人若無遺產時仍不能向其繼承

人執行也。學者間對於此種問題向有積極說及消極說兩種。主張積極說者。謂宣告罰金之判決確定時。國家對於受刑人之關係與私法上之債權債務關係相同。應向受刑人之繼承人徵收之。主張消極說者謂罰金之徵收即係國家刑罰權之實行。國家既認死亡足為消滅刑罰權之原因。於罰金何獨不然乎。且於受刑人之死亡後自由刑已不執行。必執行罰其輕於自由刑之罰金乎。刑事訴訟法規定於遺產內執行似不無失當矣。

至應行沒收之物亦應由檢察官處分之。應行沒收之物如法院不能宣告沒收或漏未宣告時。檢察官得斟酌其情形施以沒入處分。又沒收之物以犯人以外無有權利者為限。於執行後三月內如有權利人能證明其權利實應歸屬其所有者。得向檢察官請求發還。縱已拍賣亦應給予拍賣所得之價金。

第四節 褫奪公權之執行

褫奪公權
之執行

國家對於受褫奪公權者不過不許其享受公權而已。本無庸加以執行之手續。但對於現任屬於公權之職務者即法律無免現職之規定亦應予以取消其職務之執行。惟在緩刑期內既不執行徒刑。對於公權亦不能褫奪。故無論有無褫奪公權之宣告。其所任屬於公權之職仍不得執行褫奪。

第五節 換刑

換刑

換刑者。因宣告之刑不適於執行而易以異種類之刑罰也。可分為兩項。即罰金換勞役及徒刑拘役換罰金是已。分述如次。

罰金換勞
役

(一) 罰金換勞役 罰金以實無資力者為限。應易以勞役。依新刑法第四十二條之二項規定以罰金一元以上三元以下折算易服勞役一日。其數目之增減審判官有自由裁量之權。俾審判官得審察其情形以定其標準。又據暫行律之規定。監禁日數不得逾三年。蓋謂罰金之額數無論多至數千數萬。最多祇能換處三年之監禁。否則漫無

限制。若處數萬元之罰金時。則將終身受監禁矣。但各國所定之最長年限尙不若是之長。瑞典短至六十日。英國亦祇三月。日本舊法爲二年。現已改爲一年。以較吾國之三年自嫌過長。舊刑法從日本之新制。亦以一年爲限。新刑法已改爲六月。至易勞役之時期。依新刑法第四十二條第一項之規定。於繳納期滿後應先強制執行。必無力完納始易以勞役。然於猶豫時期之開始。若得本人之承諾。本可不俟二月期滿而易以勞役。以免遷延。但換刑爲不得已之辦法。應先令完納。必無力完納始易以勞役。至罰金之額數若逾六月之日數時。其所易勞役之日數固應以六月爲限。已如前所述。但已納罰金一部分之後。或已受服勞役若干日之後。若再請換刑。應如何計算乎。該條第六項云。易服勞役期內納罰金者。以所納之數依裁判所定之標準折算扣除勞役日期。

徒刑拘役
換罰金

(二)徒刑拘役換罰金 據暫行律第四十四條之規定。受五等有期徒刑或拘役之宣告者。其執行若實有窒礙。得以一日折算一元易以罰金。其得換罰金之要件僅云有窒

礙而已。無何等列舉之限制。祇要所宣告者爲五等有期徒刑或拘役。其應換與否得由審判官自由裁量。又既云宣告。則應以宣告之刑爲標準。其法定刑乃執行如何所不問也。惟舊刑法曾不設此項條文。謂以罰金易自由刑有背刑罰之本旨。實爲他國所無。且查刑律科罰金之條文一百有奇。其中科自由刑或罰金者八十有奇。是輕微罪皆可徑科罰金。無俟宣告自由刑後始易以罰金也。若謂執行實有窒礙。卽在一年以上之徒刑亦或有之。豈僅五等有期徒刑或拘役爲然耶。新刑法以此種制度頗有效用。毅然恢復之。卽第四十一條所規定者是也。且北京司法部曾於民國十年十二月通令各法院。對於此種換刑辦法甚爲贊許。其通令云。暫行刑律第四十四條易科罰金之規定。原爲執行有窒礙之情形時而設。所謂執行有窒礙者。向來判例及解釋均係從嚴。惟查短期徒刑多弊害而少實益。爲近今各國學者所公認。本部考查各省刑事被告人刑名比較表處短期徒刑者實居過半。執行之後得收刑罰之結果者固有其人。而未得刑罰之實益轉受不良之習染者亦復不少。更有身無旁丁爲全家衣食所賴。

或執工商業之重要職務不得稍曠時日。僅因偶罹刑章竟致受數月刑期之執行而致老幼失所廢時失業業者亦時有之。此外類此之事尚難枚舉。按之刑事政策已至物極必變之時。除咨行大理院外。仰卽轉飭所屬關於五等有期徒刑以下之宣告案件務須悉心體察情形。如於執行稍有窒礙卽應依法辦理。按新刑法第四十一條云。犯最重本刑爲三年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受六月以下有期徒刑或拘役之宣告。因身體教育職業或家庭之關係執行顯有困難者。得以一元以上三元以下折算一日易科罰金。此卽徒刑拘役換罰金之條件也。又依暫行律第四十四條第二項之規定。易罰金者於法律以受徒刑或拘役之執行論。故前北京大理院六年上字第六四號判例謂判處徒刑之罰金執行完畢後更犯徒刑之罪者應從再犯之例處斷。但以累犯之法理言之。應以實際上曾受徒刑之執行者爲限。蓋累犯加重之理由。謂曾施以監獄之改善手續後猶不知改悔。可知其惡性已深。非加重其刑期不能有效。故有加等之規定。若未會一日入監獄。而遽以再犯論。似與法理不得謂合也。

(三)拘役罰金換訓誠 依新刑法第四十三條之規定。受拘役或罰金之宣告者。而犯罪動機在公益或道義上顯可憫恕者。得易以訓誠。但其犯罪動機在公益上或道義上無可恕者。則不得濫引援用也。

第七章 假釋及緩刑

第一節 假釋

假釋

假釋者。於囚人未屆出獄之期而權令出獄也。其出獄之日期認為與在監相同。祇要在外平穩經過殘餘刑期之日數。則視為徒刑之期間已滿。此種辦法原為增加犯人改悔之速率。獎勵犯人之改善而設。故於事前之考查不可不密。臨時之審核不可不慎。事後之監察不可不嚴。依新刑法第七十七條之規定。得予假釋之要件有三。

(1)有悛悔之實據者。既云須有實據。自非徒託空言可比。倘僅聽信其語言。而不

審查其行狀。遽予假釋。不徒不足以資激勸。甚至啓姦詐之機也。

(2) 無期徒刑須執行逾十年。有期徒刑須執行逾刑期二分之一。蓋入獄未久所受感化之力尚淺。倘率予假釋。則必玩視刑典。難免再犯之虞。

(3) 由監獄長官申達司法行政最高官署。蓋犯人與監獄官相接甚密。其行狀亦知之甚悉。故予以申達之權。但非有實據。仍不能以空言將事也。

合乎以上三項條件者固得假釋。然猶有一限制之條件在。即執行未滿一年是。蓋立法之意不過謂未滿一年者爲日過淺耳。按暫行律對於執行須滿三年。舊刑法以其限制過限。特將三年改爲二年。其理由謂三年之期限略覺過久。因犯人既有悛悔之實據。必待三年方予假釋。於國家及犯人兩無裨益。外國立法例對於此種期限其趨勢皆從縮短。以一年爲限者。如德國、布加利亞波、土尼亞刑法、及瑞士、奧國刑法準備草案。以三月爲限者如法國比利時。無期限者爲日本及美國數州。原案所規定無期徒刑逾十年有期徒刑逾二分之一爲假釋之期限。折衷各國尚屬平允。獨於但書

所規定之期限較他國爲特長。未免輕重失均。故改爲二年。新刑法以二年之期猶不免過長。已改爲一年。故新刑法第七十七條云。受徒刑之執行而有悛悔實據者。無期徒刑逾十年後有期徒刑逾二分之一後。由監獄長官呈司法行政最高官署得許假釋出獄。但有期徒刑之執行未逾一年者不在此限。

至所稱之執行刑期應否以實受執行者爲限。學者間頗有爭論。例如受十年徒刑之宣告。於未確定審判前已受兩年之羈押。抵扣徒刑二年。若此二年亦算入已執行刑期之內。則再執行三年便可假釋。以實際論之。其所受執行之時期僅三年耳。與二分之一不符。惟依前北京大理院統字第一一八六號解釋。則認所抵羈押之刑期亦應算入。謂既係抵刑。自與免刑不同。法律上固應視爲已經執行。且條文明定有悛悔實據者始得許其假釋。究竟可否准許。儘有斟酌餘地。而裁判准否折抵亦有裁量自由。(按新刑法無准抵與否之問題)既經准抵。自係已認其所抵羈押之日數已等於執行之刑矣。焉能不算入耶。惟新刑法對於此點之見解略有不同。以爲既未入正式監

獄。不應算入刑期之內。故該法第七十七條第二項規定云。前項執行期間遇有第四十六條情形時（即折抵）以所餘之刑期計算。外國學說有主張算入者。如挪威瑞典是。但主張不算入者居其多數。因假釋條件所定之執行刑期係指事實上之執行。俾知罪人受刑後是否實能悔改。若以拘禁日數算入。是與假釋之意旨背馳。新刑法從德國之刑法準備草案爲之規定。例如科無期徒刑者。裁判前拘禁二年。若以之抵徒刑二年。不能算入十年之執行期內。仍須算足十年。否則八年後便得假釋矣。又如科有期徒刑十年二分之一爲五年。裁判前受拘禁二年。若以抵徒刑二年算入五年期內。則三年後即可假釋。依新刑法仍須算足五年。

假釋出獄後。依新刑法第七十九條之規定。係無期徒刑者滿十年後。係有期徒刑者經過所餘刑期後。如不撤銷其假釋。其未執行之刑期即以已執行論。但假釋期內更犯罪受徒刑以上刑之宣告者。則應將假釋撤銷。其出獄之日數不算入刑期。仍須將因假釋而未執行之日數悉數予以執行。蓋期內更犯罪。足爲未曾悔改之表示也。在

暫行律於期內因前罪亦能撤銷。則未免過酷。蓋既准假釋。卽已認犯人有悔改前罪之實據。不必因其既往之罪而撤銷之也。又依新刑法第七十八條第二項之規定。因過失犯罪者。不適用前項之規定。卽仍不撤銷其假釋。蓋因過失乃由於不注意之結果。以不注意而致罪。不得謂之舊惡復萌。故無庸撤銷。此外依新刑法第七十九條第二項之規定。假釋中因他罪受刑之執行者。其執行期間不算入假釋之內。所應注意也。

第二節 緩刑

緩刑

緩刑者緩其刑之宣告或緩其刑之執行也。乃最新刑事政策上救濟短期自由刑之良法。對於偶然犯罪及性質善良之犯人之頗有效力。蓋不致因偶罹法網而失其在社會上之地位。且能遂其犯罪後所萌悔改之望。法良意美。故各國多採用之。大別之可分爲英美制及法比制兩種。

(1) 英美制對於應科短期自由刑之罪犯每緩其刑之宣告。說者謂即試驗的大赦也。犯罪於提起公訴後即應審判其犯罪事實之是否真確。須用種種方法以證明之。既得有證明則可認定其犯罪為真實。依法處以相當之刑罰。決定之後即便予以宣告。若緩而不宣固足保全犯人之名譽。俾其自知儆惕。將來不敢再犯。溯其用意不過謂犯人於社會未揭破其真象以前。其悔悟較易耳。但若犯人於緩刑期內不自悔悟。違背緩刑條件。則非仍予宣告不可。屆時每易致證據消滅。在以前所搜集之證據既未宣布自難遽予援用。若舊證不便重提而新證未由採集。似於手續上極感困難。且前次經過若干次之訊問若干次之偵查審理。徒以未曾宣告罪刑之故盡失其效力。以後又重復履行前之種種手續。於法院方面猶屬無謂。實不如宣告而不執行之為愈也。或謂其所以不主宣告者。謂一經宣告則其人之犯行已經確定。污點既著。殊非許其自新之道。殊不知於宣告後仍可撤銷其宣告。不徒免其執行。亦能消滅其宣告之效力。以後若再犯罪仍不以累犯論。仍不失為試驗的大赦之旨也。

(2) 法比制對於應科短期自由刑之罪犯則緩其刑之執行。說者謂即試驗的特效也。法比制度之用意謂犯人之犯罪證據既經蒐集。公判之辯論既經終結。一經宣告則對於該案之手續可以完結矣。惟若認其所犯事實尚屬輕微。或犯人尚無重大惡念。儘可暫免執行。以觀其後效。所以必須宣告者。以後若須執行。無庸更予審判也。但罪刑既經一度宣告。於司法上已完全認爲犯罪之人。以後雖不執行。仍不能脫除曾經犯罪之資格。不過等於特赦之效力耳。故說者謂爲試驗的特赦也。

此外在德國以緩刑之權操之行政官吏。蓋司法方面仍須宣告其罪刑。不過於行政方面免其執行耳。或有謂緩刑反乎有罪必罰之原則。且足惹起被害人不平之忿。殊不知有罪必罰者。在昔時以威嚇及報復爲主義時猶可謂犯人非受刑罰之執行不能達威嚇及報復之目的。以今日之刑事政策衡之。所謂有罪必罰者。予犯人以改善之法也。不徒非爲私人洩忿。且不必舉以威嚇犯人以外之第三者。祇問對於犯人改善之效力何如耳。若緩其刑罰而能勝於刑罰。又何必以有形的刑罰科之耶。此緩刑制度之

在今日新政事政策下認爲治輕微犯及偶然犯之最良工具也。

按刑罰之目的在維持社會之秩序。於維持秩序之範圍內處罰犯人。非一切犯人皆在必罰之列。主張有罪必罰者殆昧於人類進化之理。而專就報復主義爲主眼者也。蓋不知犯人之種類千狀萬態。犯罪者不盡爲窮兇極惡之人。或觸於一時之感情。或陷於一時之境遇。偶罹法網。不無悔心。遽以投之獄中。往往與他之犯人因接觸而傳受其惡性。積日久而濡沾必深。善良犯人於受刑之後反變爲兇惡之徒者亦事所恆有。豈非違背刑罰之本旨乎。但亦有持反對之論調者。其主要理由不外下列數種。

(1) 謂刑事被告人所應受之判決不外處罰及無罪兩種。應處罰者則不應免除其刑罰之執行。蓋不執行卽不得謂之刑罰也。其不應罰者則應宣告無罪。若認爲有罪而判以刑罰矣。殊難得不予執行之根據。然赦免與時效之經過亦同爲對於處罰之宣告而不執行者。其所根據者何耶。如不能加以反對。則不必獨於緩刑加以反對也。(2) 謂審判官取得此權則於裁判上甚爲危險。蓋謂審判官若濫用職權直可取消國家之法

律矣。殊不知緩刑有一定之條件且限於一定之罪刑。且有檢察官以上訴爲救濟。非審判官所得藉以專橫也。(3)謂審判官當處罰犯人之時應以所犯事實爲標準。不當以犯人之人格爲標準。若專以犯人人格之故而處以緩刑。則以犯人人格爲處罰之標準矣。殊不知緩刑非專以人格爲條件。一方面仍須審查事實。此殊誤解緩刑制度之談也。(4)謂若付審判官以緩刑之權不啻以司法侵害行政方面之元首赦免特權矣。衡之憲法不無牴觸。牴觸憲法之行爲尙能認爲有效乎。殊不知行政司法各行其是。司法方面對於罪刑之處置并非對元首赦免之權予以限制。况就反面論之。元首以行政權之行使而赦免司法方面所認定之犯罪。豈不可謂行政權侵害司法權乎。是此說仍不足據也。

我國新舊刑法直接採用日本之猶豫執行制度。亦間接採用法比制也。卽於犯人受有罪之宣告後暫不執行。附以條件及期間。逾期無撤銷之事由發生則不再執行。且認其宣告爲無效。在實際上與英美制不宣告之效力相等。與受大赦者無以異也。茲述

新刑法第七十四條所規定之要件如次。

(1)受宣告之刑爲二年以下有期徒刑拘役或罰金。受長期徒刑之宣告者其惡性較深。非令入監獄受徒刑之執行必難有效。若係二年以下之短期徒刑或拘役之罪。爲免除入獄後染受惡性起見。不妨緩其執行。予以試驗。而長期徒刑不與焉。按可受緩刑宣告之範圍各國寬嚴殊不一致。有謂宜稍寬者。有謂宜嚴者。在緩刑制度之設立。本以救濟短期自由刑之弊害爲目的。則可受宣告之範圍。應以受短期徒刑之宣告爲限。我國暫行律定爲四等以下有期徒刑。則凡不滿三年之徒刑皆得宣告緩刑。新刑法以爲過寬。已改爲二年。并增入罰金一項。謂罰金能否緩刑本爲刑法上一爭論之點。蓋緩刑初旨原欲獎勵犯人遷善。故其刑之執行與否全以犯人之素行爲斷。十九世紀末葉歐洲刑法家力倡廢止短期自由刑。緩刑之制乃大受影響。於是緩刑獎勵犯人之旨一變而爲免除短期自由刑之旨。緩刑與自由刑乃併爲一談。罰金之不能緩刑實由於此。暫行律於罰金不在緩刑之列。似不免偏重於短期自由刑之觀念。而於

獎勵犯人遷善一層未嘗顧及。蓋可以遷善之輕犯一施刑後或使其終身爲犯罪之人。若予以緩刑。於刑罰將施而未施之時其遷善之勇或較諸施刑之收效爲佳。故外國刑法將緩刑擴充至罰金者不少其例。况罰金輕於拘役徒刑。犯拘役徒刑者尙准其緩刑。而犯較輕之罰金者反不畀以自新。是於刑事政策有所未協也。

又所謂二年以下有期徒刑係指宣告刑而言。固不能以法定刑爲標準。（例如法定刑爲六年以下。祇要宣告之刑爲二年以下便可同時宣告緩刑。）而執行之刑期是否合乎二年以下亦在所不問也。故前北京大理院統字第三三四號解釋內有云。緩刑以宣告之刑爲標準。非以執行刑爲標準。同時宣告數個四等有期徒刑以下之刑者亦得緩刑。惟該制度原爲偶發犯而設。對於同時同地之行爲。因法益之各異。致生數罪俱發之結果者。其宣告刑既均在四等以下且合於其他法定條件不妨適用緩刑。若異時異地之數罪俱發。則其人之惡性較著。且多係習慣犯。雖不能謂絕對不能適用緩刑。而用之不可不慎。以免失其制度之本意也。

(2) 未曾受有期徒刑以上刑罰之宣告或前受有期徒刑以上刑之宣告執行完畢或赦免後五年以內未曾受有期徒刑以上刑之宣告者。未曾受過有期徒刑以上刑之宣告者固有受緩刑之資格此原則也。若雖曾受有期徒刑以上刑之宣告。而於執行完畢或赦免後五年以內未曾受有期徒刑以上刑之宣告者便能享受緩刑之利益矣。

在暫行律第六十三條之規定尚有左列二要件。但新舊刑法均認為非必要條件已刪除之。茲補述於左。以資研究。

(1) 有一定之住所及職業者 所以須有一定之住所及職業者意謂緩刑不可及於游民也。然於實際上無一定之住所及職業者不盡為游民。例如學有專長一時未獲職業而又以其家貧無一定住所者。仍應予以受緩刑之權利為當。

(2) 有親屬及故舊監督緩刑期內之品行者 所以須有故舊及親屬監督其品行者。意謂犯人已受刑之宣告不免稍具惡性。既因緩刑不能即時執行而予以監獄上之改善方法。則犯人在外之品行宜有人為之監督。以便時時予以儆惕。亦含有督促改善之意

也。

按緩刑所以覘其人之性質究能改善與否也。若於期內責以監督之人。則因受監督者之監督而不敢萌其惡性者。猶係爲一時的情勢所迫。不能謂爲根本之惡性已經自動的剷除。期滿之後。倘無人爲監督。則難免故態復萌。屆時無從撤銷其宣告矣。故新刑法謂犯人果有遷善之望。卽不具以上兩項亦當予以緩刑。

至緩刑之期間各國立法例亦不一致。有規定一定之時期不許審判官自由酌定者。有任審判官自由裁量者。有定以相當之範圍由審判官於範圍以內酌定之者。我國暫行律卽採用之。據第六十三條之規定。定爲五年以下三年以上。卽最多不得過五年最少不得未滿三年也。舊刑法及新刑法雖採用上項原則。而其期限則改爲五年以下二年以上。此爲稍異也。

又緩刑之宣告應由審判官於宣告判決同時行之。而檢察官得請求否。律無明文。據前北京大理院統字第一一二號之解釋。檢察官認爲有緩刑之必要時自可適用訴訟通

例向法院請求。或謂檢察官對於被告人既欲爲緩刑之宣告。爲省手續計不如不提起公訴之爲愈也。殊不知我國係採猶豫執行制度。於撤銷其宣告後仍可執行。若自始不予起訴。則日後證據消滅。雖有可以執行之原因發生。亦無從科以罪刑矣。但依現行實例。不許檢察官於判決後向法院請求緩刑。故緩刑之宣告須與刑罰同時宣告之。

緩刑期滿而緩刑之宣告未經撤銷者。其刑之宣告即失其效力。此爲新刑法第七十六條所明定。其刑之宣告既已失其效力則以後目爲未犯罪者等矣。與特赦之僅得免其刑之執行者有間也。撤銷宣告之原因若何。依新刑法第七十五條之規定。亦有一定之要件。茲分述如次。

(1) 緩刑期內更犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者 緩刑原以獎勵犯人之遷善而設。若於期內更犯罪致受有期徒刑以上刑之宣告。則其惡性已非緩刑所能改善。非執行其所宣告之刑不可。故應撤銷其緩刑之宣告。但因過失犯罪者不適用之。

(2) 因緩刑前犯罪而在緩刑期內受有期徒刑以上刑之宣告者 緩刑原以維持偶發犯人在社會之原有地位也。若發覺以前曾有犯罪行爲。則其人必非偶發犯矣。既非偶發的犯人。則應以徒刑爲改良之具。故宜撤銷其緩刑之宣告。其因過失犯罪者亦不適用之。

在暫行律第六十四條之規定尚有左列三條件。但舊刑法及新刑法上因不採爲宣告緩刑之條件。已刪除之。茲補述如左。以資參攷。

(1) 不備第六十三條第二款之要件後經發覺者 不備該款之規定者 (按即宣告緩刑之要件) 則其人亦必非偶發的犯人。故既經發覺。自應撤銷其緩刑之宣告。

(2) 喪失住所及職業者 住所及職業既爲宣告緩刑所宜具備之要件。一旦喪失。自應撤銷。但於宣告之要件既云住所及職業。可知住所與職業二者皆不可欠缺。則於此處應云住所或職業。蓋既用及字則僅失住所或僅失職業尙未能認爲撤銷之原因。或於法較宣告略從寬厚耶。抑立法者於文字間未甚注意耶。殊無從懸揣。然於適用

上則僅失住所或職業者應不能撤銷其緩刑之宣告。

(3) 監督人請求刑之執行其言有理由者 依本款而請求撤銷時。監督人僅有請求之權。其准許與否之權尙操之法院。蓋若其請求毫無理由。而法院亦必予以允許。則難免監督人持請求權爲要挾之具。殊與交付監督之本旨不合矣。

第八章 刑罰之消滅

刑罰之消滅

刑罰之消滅者。刑罰之宣告失其效力也。消滅之後則與未曾受刑罰之宣告者相等。不僅免其刑之執行而已。惟消滅有廣狹二義。就廣義言之。凡受刑罰之宣告者因有某項原因發生致不執行時即可謂之消滅。就狹義言之。必能消滅其宣告之效力者始得謂之刑罰之消滅。本章所論係以狹義爲其範圍者也。計有大赦及緩刑期間之經過兩種。茲分述如次。

大赦 (一) 大赦 大赦爲國家元首之特權。對於一般犯人所下之赦免也。非有特典不得行

之。據臨時約法第四十條云。臨時大總統得宣告大赦特赦減刑復權。但大赦須經參議院之同意。所以須有參議院同意者。以大赦關係重大故也。依中華民國憲法草案第四十一條之規定。總統依法行使大赦特赦減刑復權之權。大抵君主國之君主靡不具有此項特權。惟對於真正人命及強盜多不在大赦之列耳。其與特赦不同者。特赦爲專對於特定犯人而發。且僅能免除刑之執行。仍存曾受處刑之資格也。新刑法以赦免應規定於憲法中。故不設此種規定也。

按大赦除前清不計外。於民國元年會一度行之。歷任大總統藉故行之甚多。然於極短期間內累累爲之殊非慎重刑罰之道也。查元年三月大赦令文略謂國體變更首在滌蕩繁苛與民更始。我國民積受專制官吏之弊。失教罹罰。政多未平。陷於囹圄。或非其辜。當茲民國初基。正宜滌除舊染。咸與維新。凡自中華民國元年三月初十以前我國民不幸而罹於罪者。餘真正人命及強盜外。無論輕罪重罪已發覺未發覺已結束未結束者皆免除之。

緩刑期間
經過

(二)緩刑期間經過。受緩刑之宣告者若逾緩刑之期而未撤銷其宣告時。其刑之宣告為無效。此為新刑法第七十六條之所規定者也。就緩刑之性質論之。本為假定之刑期。逾期若無撤銷之事由發生。則與未曾犯罪者相等。故不徒不執行所宣告之刑罰。且不認為曾經處刑之人也。餘已詳論於前章矣。他如訴追權時效之經過。其犯罪在根本上已不能提起公訴。更無刑罰之可言也。

第九章 刑罰之不執行

刑罰之不
執行

刑罰之不執行者。雖有刑罰之宣告。因有某種原因於事實上不執行所宣告之刑罰也。其刑雖不執行。而宣告之效力依然存在。其原因約有數種。茲分述如次。

犯人之死
亡

(一)犯人之死亡。犯人之死亡足為消滅刑罰訴追權及行刑權之原因。今世刑法之通則也。蓋處刑為對於犯人去其惡性之制裁。非為報復而設。即應處極刑者。其人死亡亦不能再就其遺骸而加以執行。在歐西古代刑法雖有對於遺骸而加以制裁者。今

已無之。中國昔有戮尸之舉。但未載諸正式法典。僅能認爲君主之殘虐行爲耳。惟依刑事訴訟法第四百七十四條第三項之規定。罰金得就其遺產執行耳。

特赦

(二)特赦 特赦亦赦免之一種。爲國家元首之特權。其與大赦不同者。乃係對於特定之犯人行之。非對於一般普通犯人行之。而其效力亦與大赦有異。卽雖能免除刑罰之執行而不能消滅刑罰宣告之效力也。其利益約有數項。一可獎勵犯人之改悔。在犯人之能改悔有實據者雖可適用假釋之制使之出獄。但假釋是一定期期之限制。非屆滿法定之期限不能呈請。特赦則可隨時爲之。實足以救法律之窮也。一可補法律之不備。在普通犯罪之情狀言之。雖能於輕罪適用酌減之制。凡處以法定最輕之刑猶嫌過重者本可酌減。然酌減若仍嫌重時。則可用特赦之方法行之。其於執行有特別困難時亦同。一可改正審判之錯誤。審判官於審判如有錯誤時雖能提起上訴或非常上訴。然普通上訴有一定之期間。非常上訴有一定之條件。欲正審判之誤。終不免爲期間及條件所限。惟適用特赦則無窒礙也。

假釋經過
刑期

(三)假釋經過刑期。假釋之制原爲獎勵犯人改悔而設。依新刑法第七十九條之規定。假釋期滿而未撤銷假釋者其未執行之刑期以已經執行論。雖有殘餘之刑期不能再予執行矣。故此亦可爲刑罰不執行之原因也。

他如行刑權時效之經過亦不能再予執行。容於後章論述之。

第十章 時效

時效

時效者因時間之經過而取得或消滅某種權利之謂也。有民事上之時效及刑事上之時效兩種。民事上之時效完成後即可取得或消滅其私權。刑事上之時效完成後即可消滅追訴或行刑權也。國家之刑罰權何以因時效而消滅乎。學者間不一其說。其重要者約有數種。(1)謂證據爲追訴之要件。每因事過境遷而搜求甚難。故經過法定時期之後即不予追訴。然此專就追訴權之時效言之。於行刑權之時效無關也。(2)謂犯法逃避法庭之追訴或執行則必昕夕惶恐。每生悔悟。經過長時間之懺悔。幾不啻

刑罰之實施。於痛苦方面固已等於受刑。而於惡性方面亦每因懼悔而改善。故逃避中輒罕再行犯罪之事實發生。可爲明證。(3)謂近世刑罰之目的。在改善其惡性以防其再犯。若於犯罪之後消聲匿跡。不再爲犯罪行爲。卽與社會之安甯秩序無擾亂之虞。至若干時期猶能平穩經過。又何必定拘有罪必罰之見耶。若然則鄰於報復主義矣。以上各說雖各有足以批難之處。然時效之制爲各國所通行亦爲學者間多數所公認。故不妨令其存在也。關於刑事時效之規定有主張列入刑事訴訟法中者。蓋以追訴之手續固爲屬於刑事訴訟之範圍。卽行刑之規定亦係刑事訴訟法中執行事項。兩者皆不應規定於刑法中也。有主張以追訴權之時效列入刑事訴訟法中而行刑權之時效則以刑法定之。蓋以追訴權之時效雖屬訴訟法上之關係。然行刑權之時效關乎科刑之時限。故應列入刑法中也。我國暫行律及新舊刑法皆並列於刑法之中。蓋以刑法雖爲各種犯罪定其所科之刑而設。然已經過追訴權及行刑權之時效者其科刑不必實施。故其時效卽屬刑法上之一種也。茲將追訴權之時效及行刑權之時效分述如

次。

第一節 追訴權之時效

追訴權之
時效

追訴云者。包括公訴及自訴而言也。故不曰公訴而曰追訴也。在刑事方面除自訴外係以國家爲原告。檢察官行使原告之職務。卽代表國家行使追訴權。但追訴權之行使期間於法應有限制。蓋時期過久。則證據難於搜集。不易得其真象也。據新刑法第八十條之規定。時效期限自一年至二十年計分五種。

- 一 死刑無期徒刑或十年以上有期徒刑者二十年。
- 二 三年以上十年未滿有期徒刑者十年。
- 三 一年以上三年未滿有期徒刑者五年。
- 四 一年未滿有期徒刑者三年。
- 五 拘役或罰金者一年。

前項期間自犯罪成立之日起算。但犯罪行為有連續或繼續之狀態者自行爲終了之日起算。逾期不起訴者其追訴權消滅。查各國立法例關於公訴權之時效有多至七種者。亦有少僅二種者。以分爲五種者爲多。暫行律分爲六種以六月至十五年爲止。舊刑法酌定爲三項。又以各國所定期限有長至三十年者。亦有短至十年者。以二十年者爲多。乃改以二十年爲長期。蓋謂我國幅員遼闊。交通不便。偵查犯人之機關未備。不得不將最長期間延長。至最短期之六月亦因同一理由改爲三年。則未免過長。故新刑法又改爲五種。

又本條追訴權因所定期間內不行使而消滅。而第八十三條復有規定云。追訴權之時效如依法律之規定。偵查起訴或審判之程序不能開始或繼續時。停止其進行。則雖已經過第八十條所定期間未起訴。若中間因依法律不能開始偵查起訴或審判行爲時除扣除之期間亦經滿期外仍得追訴。

關於追訴權時效之起算點尙有應行注意者如次。

(1) 據新刑法第八十一條之規定。追訴權之時效以本刑之最高度計算。有二種以上之主刑者據最重主刑或最重主刑之最高度計算。依暫行律第七十條之規定。凡二罪以上之起訴權時效以最重刑定之。則其中最輕之罪亦必受最重罪之影響而不消滅起訴權矣。衡之法理不得謂平。惟查大理院統字第六八二號解釋謂先犯之罪起訴權既已因時效而消滅。斷不能因後犯罪可以復活。依此種解釋雖與文理上不甚相合。然於論理上甚屬相當。而該院七年以上字第八五五號判例則謂有牽連關係之犯罪應以各罪中最重刑為主。其輕刑之罪時效進行如何原可不問。似又與解釋不符。幸舊刑法已洞燭其非。不設此種規定。其理由謂原案(指暫行律)第七十條二罪以上之起訴權之時效期限據最重刑依前條之例定之。若謂指數行為而成立數罪自應依第二十三條(俱發)分別定其時效期限。不得據數罪中之最重刑定之。若謂指一行為而成立數罪。自應依第二十六條從重之刑處斷。無俟本條之規定也。新刑法亦無該項規定。

(2) 據新刑法第八十二條之規定。凡本刑應加重或減輕者追訴權之時效期限仍據本

刑計算。蓋此種計算皆在審判以前。於審判時應否加減無從預定。祇能以本刑爲標準而計算也。

(3) 在暫行律第七十三條之規定。起訴權之時效遇被告人罹精神病及其他重病而停止公判者停止之。蓋在罹病期中不便施以偵查或審判。不得不停止其時效之進行。以明非由於國家之放棄也。舊刑法既有第一百條之規定。該條第一項云。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。上述情形即可包括在內。但既云停止與中斷不同。中斷之後不能再將前已經過之時效期間算入。若係停止仍可將前所經過之時效合併算入以後再度進行之時效期間內也。故第一百條第二項云。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。依新刑法第八十三條之規定。除第一二兩項與舊刑法第一百條第一二兩項相同外。增有第三項云。停止原因繼續存在之期間如達於第八十條第一項各款所定期間四分之一者。其停止原因視爲消滅。即停止原因雖永不消滅。但既經過追訴時效四分

之一。其消滅時效仍當繼續進行。否則永無完成之日。殊非時效制度之本意也。

(4) 在暫行律依該律第七十二條之規定而中斷其時效者。其以前所經過之時效當然不能算入。既不能算入。則將來再度進行時須從新起算矣。若中斷數次。循環往復。絕無限制。則終身無確定之時。時效之制等於虛設矣。近世各國有鑒於此。多以爲時效應有最後確定之期限。特別加以限制。其辦法有二。一將時效中斷之制併入時效停止之制。採此主張者爲智利挪威等國。二延長時效期限。逾此期限無論曾經中斷與否皆認爲時效成立。採此主張者爲比利時意大利等國。第二次修正案亦採用之。該案於第八十六條特加以規定。凡經過原定時效期限之一倍日期者。其時效卽爲期滿。似較原案爲當。惟舊刑法及新刑法已不設中斷之規定。無此問題也。

第二節 行刑權之時效

行刑權之
時效

行刑權之時效與追訴權之時效不同。追訴權之時效係消滅追訴權。犯人經過時效期

限者。在事實上雖爲犯罪。而法律上認爲與未犯罪者相等矣。行刑權之時效不過消滅刑罰之執行權耳。其犯罪之事實已因裁判宣告而確定。不因時效而消滅。但能爲阻却再犯之理由耳。依新刑法第八十四條之規定。自三年至三十年計分五項。

一 死刑無期徒刑或十年以上有期徒刑者三十年。

二 三年以上十年未滿有期徒刑者十五年。

三 一年以上三年未滿有期徒刑者七年。

四 一年未滿有期徒刑者五年。

五 拘役罰金或專科沒收者三年。

前項期間自裁判確定之日起算。逾期不行刑者其行刑權消滅。

在暫行律對於本條期間原分列八種。舊刑法以爲過多乃定爲三種。又將最輕期限改爲五年。最多者仍定爲三十年。又有時免除主刑專科沒收者。其時效既無獨立之規定。適用時恐生困難。故該案亦特將其列於拘役罰金之下以便有所遵循。新刑法酌

分爲五種。卽如述也。

在暫行律依該律第七十五條之規定。行刑權之時效除未知悉之刑外。遇因執行而犯人已就逮捕者中斷之。罰金及沒收遇有執行行爲中斷之。一經中斷卽於其時效須俟中斷之原因消滅後方能從新起算。關於此種規定各國立法例略分兩派。有謂必因執行而犯人已就逮捕始爲時效中斷。該律卽採此主張者。有謂遇有執行行爲不必犯人有受逮捕之事實卽可認爲時效中斷。如發出逮捕狀之行爲是。意大利及日本舊法採用之。其理由謂若必待實行逮捕而始能中斷其時效。倘因一時逃亡而致時效屆滿。則雖於日後捕獲無從執行。易致遂其倖免之念。殊爲不當。但若發出逮捕狀卽能中斷時效。倘每年照例發一逮捕狀。豈非終身不能有時效屆滿之日乎。是等於取消時效之制度矣。暫行律之不採用宜也。第二次修正案雖採用之。但設有至長不得過原定期限一倍之規定。較有限制矣。舊刑法及新刑法已無中斷時效之規定。不成問題矣。

又依新刑法第八十五條第一項之規定。行刑權之時效如依法律之規定不能開始或繼續執行時停止其進行。所謂依法律之規定不能開始或繼續執行者。指因宣告緩刑假釋出獄及其他依訴訟法應予停止執行而言也。此等情形係依法不應執行。并非事實上未予執行或不受執行。故於行刑權之時效不認爲進行也。惟既云停止。則與中斷不同。其在停止以前如有時效之經過以後倘再度進行其時效時仍可算入。故該條第二項云。前項時效停止。自停止原因消滅之日起與停止前已經過之期間一併計算。若停止原因繼續存在之期間已達於第八十條第一項各款所定期間四分之一者。其停止原因應視爲消滅。此爲該條第三項所規定。蓋如永不視爲消滅。時效之制將成虛設矣。

第十一章 期間之計算

期間之計算

新刑法關於時間之計算以其已規定於民法。已不設規定矣。按期間之計算普通不外

自然的及歷法的兩種。自然的計算法者。細分一日爲時爲分爲秒。而以時間計算之謂也。歷法的計算法者。從歷法上之年月日而計算之謂也。暫行律採自然的計算法以爲規定。故第七十七條云。時期以日計者閱二十四小時。以月計者閱三十日。以年計者閱十二月。舊刑法仍採自然的計算法。惟刑之執行以月或年計者改爲從歷。謂便於計算也。其實現既適用陽歷。年年皆係十二月。從自然計算或從歷法皆無不可。舊刑法第二十二條云。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。此計算出獄及入獄之規定也。第二十三條云。刑期自裁判確定之日起算。裁判雖經確定而未受拘禁之日數不算入刑期之內。所謂刑期自確定之日起算者。因照例刑事被告多已在押所故也。則凡犯人於審判確定時已在押所者雖未送入監獄仍應視與入獄者相等。故凡未決羈押之人經判決確定後仍然監禁者。雖尙未備執行手續。仍應將此項盜禁日數算入刑期。又依前北京大理院第一一三〇號解釋亦准受罰金刑之被告人將判決確定後之監禁日數抵折罰金。舊刑法第

六十四條云。裁判確定前羈押之日數得以二日抵有期徒刑或拘役一日或以一日抵第五十五條第七項裁判所定之罰金額數。(按新刑法第四十六條規定以一日抵一日)夫未決之囚羈押於看守所與受徒刑之執行不同。本難以之抵折徒刑拘役。第四偵查豫審及公判中手續繁重。羈押之期每有延長數月至數年者。久困圜扉不無可憫。且就感受痛苦一方言之。已與監獄無殊。故以之算入刑期殆爲學者所公認。惟該條對於抵折冠有得字。則不予抵折亦不爲違法。(按新刑法第四十六條已無得字)不過依據前北京院判若不予抵折須說明其不抵折之理由耳。而依新刑法之規定既因爲一日抵一日。無此種問題之發生矣。

第十二章 科刑之標準

科刑之標準

我國刑法既取相對的法定主義。所定刑罰之範圍較廣。予審判官以自由裁量之權頗大。於其範圍內究應如何科擬。應有一定之標準以資遵循。照以往各級法院之成例

視之。殆以處範圍內最低度之刑爲原則。其情節較重者處以中度之刑而已。故處死刑者年不多觀也。然不可過於嚴亦不宜過於寬。故新刑法有科刑輕重標準之規定。查該法第五十七條云。科刑時應審酌一切情狀。尤應注意左列事項。爲科刑輕重之標準。

- 一 犯罪之動機。
- 二 犯罪之目的。
- 三 犯罪時所受之刺激。
- 四 犯罪之手段。
- 五 犯人之生活狀況。
- 六 犯人之品行。
- 七 犯人之智識程度。
- 八 犯人與被害人平日之關係。

九 犯罪所生之危險或損害。

十 犯罪後之態度。

新編刑法學總論

三八八

第四編 保安處分

第一章 保安處分與刑罰

保安處分
與刑罰

保安處分爲防杜犯罪之一種工具。自來防杜犯罪之工具以刑罰爲最善。但刑罰僅能對於已構成犯罪之行爲而予以制裁。對於未犯及再犯之防杜不與焉。蓋刑罰不能離犯罪行爲而獨立。必已有犯罪行爲始能加以刑罰。且僅能科罰犯罪行爲而止。其進一步之工作則必刑罰之勢力所能及矣。是刑罰之任務祇能擔任防杜犯罪工作中之一片段。其他之一片段非刑罰之任務。且非刑罰所堪勝任者也。例如因懶惰成性而犯竊盜罪者。刑罰祇能對於其竊盜行爲予以制裁。制裁之方法。不過處以徒刑拘役而已。期滿釋出。其劣性未必即能完全滌除。欲使不再犯罪。應有其他方法輔助之。設若於執行完畢後令人勞動場所強制工作。或付保護管束。卽防杜再犯之方法。此

類方法。即屬保安處分。他如對於少年犯之感化。精神病人之監護。煙酒犯人之禁戒。皆屬於保安處分之範圍。茲將保安處分與刑罰不同之點分述之。

(一)目的上之不同 保安處分之目的在預防再犯。刑罰之目的在制裁已犯。雖刑法中亦有預防再犯之方法。即對於累犯加重其刑而已。加重其刑仍不出乎制裁犯罪之目的。而非正式的預防行為。保安處分方能稱為預防再犯之正式的預防行為。

(二)性質上之不同 保安處分爲行政處分。刑罰爲司法處分。故保安處分通常由行政機關處理之。由司法機關處理者屬於例外。刑罰應由司法機關處理。行政機關無權爲之。但有謂保安處分非行政處分。而爲司法中之社會防衛處分者。究不能謂爲完全之司法處分也。

(三)根據上之不同 保安處分所根據之事實爲受處分者之特性。刑罰所根據之事實爲受刑者之犯罪行為。是刑罰非對有犯罪行為者不能科加。而保安處分則不受處分者有犯罪行為也。

保安處分既與刑罰不同。曷爲而列入刑法中乎。其理有二。一爲圖處分之便利計也。蓋應否予以處分常以受處分人之有無處分之必要爲斷。究有必要與否。常與犯罪行爲相連繫。有時非至有犯罪行爲後不能表現其必要。故不能不列入刑法中。二爲保安處分有屬於完全行政處分者。有屬於司法處分中之社會防衛處分者。刑法中所列之保安處分爲屬於司法中之社會防衛處分。故不能不列入刑法中。

第二章 新刑法中之保安處分

新刑法於總則中特設保安處分一章。規定各種保安處分。茲分節述之如次。

新刑法中
之保安處
分

第一節 感化教育

感化教育

感化教育者。對於血氣未定之少年予以教育式的感化工作也。因少年犯罪者。其惡性當淺。且有本無惡性。不過因缺乏相當教育。以致違犯刑法。國家對於此等犯人

。不宜以刑罰爲防杜之工具。致陷於囹圄而與成年罪犯同一待遇。在暫行律中及舊刑法中雖未設保安處分之專條。就對於少年犯罪已於刑事責任內有感化教育之規定。如暫行律第十一條云。未滿十二歲人之行爲不爲罪。但因其情節得施以感化教育。舊刑法第三十條第一項云。未滿十三歲人之行爲不罰。但因其行爲得施以感化教育。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。同條第二項云。十三歲以上未滿十六歲人之行爲得減輕本刑二分之一。但減輕其刑者。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。此皆爲刑法中規定保安處之嚆矢。至新刑法特設保安處分之專章。以之容納於保安處分內。新刑法第八十六條第一項云。因未滿十四歲而不罰者。得令入感化教育處所。施以感化教育。同條第二項云。因未滿十八歲而減輕其刑者。得於刑之執行完畢或赦免後令入感化教育處所施以感化教育。但宣告三年以下有期徒刑拘役或罰金者。得於執行前爲之。按第一項規定得施

以感化教育者。以其未達刑事負責年齡而不處罰。（參閱第十六條）故非有預防再犯之方法不可。第二項規定得施感化教育者。以其在減輕刑事責任期內。恐刑罰之力不足以滌除惡性。故得於刑之執行或赦免後施以感化教育。其所宣告之刑若爲三年以下有期徒刑拘役或罰金者。以其處刑甚輕。必係認爲惡性尚淺。對於此等惡性尚淺之未滿十八歲人。不妨先得令入感化教育處所感化之。蓋如於感化期滿後已將惡性完全滌除。依同條第四項之規定得免其刑之執行。至感化教育之處所。有採用學校式者。有採用家庭式者。有採用軍隊式者。各以其所需要而異。惟我國尚無正式感化院之普設。故新刑法第九十二條復有得代以保護管束之規定也。

第二節 監護

監護

監護者。監督保護之意也。依新刑法第十九條第一項之規定。對於心神喪失者之行為不罰。惟於避免該本人及社會之危險起見。不得不有相當之處置。新刑法第八十

一條所定之監護處分。卽其處置之方法也。蓋對於本人不予監護。因其心神喪失。行動失措。固難免自蹈危險。對於社會方面。每因其無辨別能力。致有傷人毀物之情事發生。故亦非予以監護不可。又依第十九條第二項之規定。及第二十條之規定。精神耗弱人及瘖啞人之行爲得減輕其刑。該二種人之精神病態及智識程度既不如常人。其判斷事理之能力。亦必與常人有別。如審判官爲之減輕其刑者。卽係認其知識精神確不逮常人矣。則於其刑期屆滿後。自難望其因受刑之結果而能儕於常人之列。故爲慮其再犯及避免本人與社會之危險起見。不得不於刑之執行完畢或赦免後而施以監護處分。此第八十一條第二項之監護處分所由設。至監護處分之實施。不必於獄中監禁之。卽置於家庭學校醫院或其他相當之處所皆無不可。祇求能達監護之目的爲已足。且依新刑法第九十二條之規定。并得易以保護管束也。

第二節 禁戒

禁戒者。即禁止戒除之意也。禁戒之處分計分二種。一爲關於煙毒之禁戒。二爲關於酗酒之禁戒。茲分述之。

(一)關於煙毒之禁戒 依新刑法第八十八條云。犯吸食鴉片或施打嗎啡或使用高根海洛因或其化合質料之罪者。得令入相當處所予以禁戒。上述之犯罪係指新刑法第二百六十二條之罪而言。其目的因犯上述之罪者。既嬰有痼疾。若不先予以禁戒。遽令入獄。有所未便。故依同條第二項之規定。應於執行前爲之。至云禁戒。純屬積極的。與監護之消極的不同。必令以醫藥方法將其痼疾戒除。應用如何方法以爲戒除。則當以實際情形爲斷。

(二)關於酗酒之禁戒 依新刑法第八十九條云。因酗酒而犯罪者。得於刑之執行完畢或赦免後令入相當處所施以禁戒。上述之犯罪不以犯特定之罪名爲限。凡係因酗酒致一時精神上受有障礙而犯罪者。於法本無得減輕之規定。其處罰與常人無異。但其犯罪之原因既與酗酒有關。則徒恃刑罰。未能滌除其根性。若再酗酒。難免累

犯情事。故欲使不致再犯起見。特於其刑執行完畢或赦免後。施以禁戒。至禁戒之方法。或送入醫院或相當處所。施以戒除。但酒之復飲與否。全在自決。決心不飲。斯即可不飲矣。故依第九十二條之規定。亦得以保護管束代之也。

第四節 強制工作

強制工作

強制工作者。強令入勞動場所實行工作也。依新刑法第九十條第一項規定云。有犯罪之習慣或以犯罪爲常業。或因遊蕩或懶惰成習而犯罪者。得於刑之執行完畢或赦免後令入勞動場所強制工作。上述之犯罪不以犯特定之罪者爲限。凡以上述情事而爲犯罪之原因者。於處刑後如不設法補濟。則不旋踵間必致再犯。不徒不足收刑罰之效。且愈足因受刑而增加犯罪之人數。此本條之所由設也。至如何強制工作及入如何之工作場所。可就當時之實際情形及犯人身心能力定之。祇要能達到強制工作之目的爲已足。但依第九十二條之規定。亦得易以保護管束也。

第五節 強制治療

強制治療

強制治療者。對於患有病症者強令爲醫治上之行爲也。依新刑法第九十一條云。犯第二百八十五條之罪者。得令入相當處所強制治療。查該條之罪。爲明知自己有花柳病或癩瘋隱瞞而與人爲猥褻之行爲或姦淫致傳染人。此種病症不徒易於傳染。亦足傷實身體。故宜強制治療。且宜於執行之前爲之。與煙毒同其情況也。至其治療之方法。祇要得達到治療之目的爲已足。但若至犯罪發覺後已自行將所述各病症醫癒。卽無所謂治療。法院於判決時不必下此附帶處分。又強制治療以患花柳病及癩瘋病爲限。其患有其他各病雖亦應於執行時予以治療。但不能下此附帶處分。且依第九十條之規定。以犯第二百八十五條之罪者爲限。其未犯該項罪名者。雖明知犯人有此病症。亦不能根據本條予以處分也。

第六節 保護管束

保護管束

保護管束者。爲達保護之目的而予以管束也。茲分述之。

- (一) 替代感化教育監護禁戒強制工作之保護管束 依新刑法第九十二條之規定云。第八十六條至第九十條之處分。按其情形得以保護管束代之。卽係對於應受感化教育或監護禁戒強制工作之處分者。法院得斟酌當時情形。不以上述處分。而僅付保護管束。大抵以其情節輕微。僅付保護管束卽能生效者。不必爲上述之處分也。
- (二) 緩刑期內之保護管束 依新刑法第九十三條第一項之規定云。受緩刑之宣告者。在緩刑期內得付保護管束。蓋在緩刑期內既不執行刑罰。若無相當防護。恐其惡性或易復萌。易致再犯。不如付以保護管束。以資防範。但如認爲不必要時。亦得不付保護管束。

- (三) 假釋期內之保護管束 依新刑法第九十三條第二項之規定云。假釋出獄者。在

假釋期中付保護管束。蓋犯人雖已因後悔有據而予以假釋。出獄後究能遷改與否。尙未能遽爲確認。爲免危險起見。不如付以保護管束。惟此爲必付而非得付。於犯人假釋時。所應經之手續也。

至保護管束之方法如何。依新刑法第九十四條之規定。係交由警察官署自治團體慈善團體本人之最近親屬或其他適當之人行之。司法行政部及內政部已有保護管束規則之制定。於二十四年十一月九日公布施行。茲照錄於左。以資參攷。

第一條 保護管束除法令別有規定外。依本規則行之。

第二條 保護管束應按其情形。交由受保護管束人所在地或所在地以外之警察官署自治團體慈善團體本人最近親屬或其他適當之人執行之。

第三條 依前條執行保護管束者。關於保護管束事務。受執行保護管束地之法院檢察官之監督。

第四條 指揮執行保護管束之檢察官。應將受保護管束人連同必要書類交付執行

保護管束者。

第五條 執行保護管束者。對於受保護管束人。除應負責管束外。並應按其情形分別負感化監護禁戒強制工作及其他職業上指導之義務。

執行保護管束者。爲履行前項義務。對於受保護管束人得發命令或申誡。不服命令或申誡時。並得限制其自由。

第六條 執行保護管束者。應將受保護管束人感化監護禁戒或工作及其他關於身體品行生計等情況。報告於有監督權之檢察官。每三個月並總報告一次。其有刑法第九十二條第二項或第九十三條第三項情形時。應列舉事實立即報告。

第七條 有監督權之檢察官對於執行保護管束者。關於保護管束事務有隨時調查督促之義務。必要時得發布命令。不遵守命令者。得予以申斥。並得將受保護管束人另交管束。

第八條 受保護管束人。非經執行保護管束者許可。不得離開受保護管束地。其

離開在十日以上時。應經有監督權之檢察官核准。並不得逾一月。

第九條 執行保護管束者。如因移居或其他情形不能執行管束時。得請求有監督權之檢察官另交管束。其係機關團體因有變更不能執行管束時。亦同。

第十條 執行保護管束者。於受保護管束人管束期間屆滿時。應報告於有監督權之檢察官。

第十一條 執行保護管束者。遇受保護管束人逃亡時。應即報告有監督權之檢察官。除警察官署執行者應自行追緝外。並應就近報告警察官署。先予追緝。

第十二條 執行保護管束者。遇受保護管束人死亡時。應即報告有監督權之檢察官。

第十三條 保護管束非由警察官署行之者。有監督權之檢察官得按其情形。委託警察官署代為監督。

前項情形。檢察官應通知執行保護管束者。為第六條之報告時。應逕向該警察

官署爲之。

依第一項代爲監督之警察官署。應將監督之必要情形及所接受之報告。隨時報告於委託之檢察官。

第十四條 本規則所定法院檢察官之職權。於未設法院地方由該管司法機關行之。

第十五條 本規則自公布日施行。

第七節 驅逐出境

驅逐出境

驅逐出境者。不許再行逗留本國領域之處分也。僅係對於外國人行之。依新刑法第九十五條之規定云。外國人受有期徒刑以上刑之宣告者。得於刑之執行完畢或赦免後驅逐出境。蓋受有期徒刑以上刑之宣告者。其人必具有相當惡性。殊有危害社會安全之虞。且既爲外國人。尤較爲難於防範。故爲本國社會之安全起見。不如驅逐

出境。惟此爲新刑法之創設也。

第八節 保安處分之宣告及期間

保安處分
之宣告及
期間

保安處分既非刑罰。究應於何時宣告。卽是否於刑罰宣告後亦得宣告之問題也。依新刑法第九十六條之規定。以於裁判時宣告爲原則。但於假釋或於刑之赦免後付保安處分者。自不能預於裁判時宣告。則在例外。至期間則因其種類之不同而互異。茲分述之。

- (一) 感化教育之期間爲三年以下。(參閱新刑法第八六條三項)
- (二) 監護之期間爲三年以下。(參閱新刑法第八七條三項)
- (三) 因犯煙毒罪之禁戒期間爲六個月以下。(參閱新刑法第八八條二項)
- (四) 因酗酒犯罪之禁戒爲三個月以下。(參閱新刑法第八九條二項)
- (五) 強制工作之期間爲三年以下。(參閱新刑法第九〇條二項)

(六)強制治療之期間至治癒時爲止。(參閱新刑法第九一條)

(七)因替代感化教育監護禁戒強制工作之保護管束期間爲三年以下。(參閱新刑法第九二條)

(八)因緩刑付保護管束者應以緩刑期間爲其期間。

(九)因假釋付保護管束者應以所餘刑期爲其期間。

第九節 保安處分之免除撤銷延長及時效

(一)保安處分之免除 依第八十六條至第九十條宣告之保安處分。期間未終了前。認爲無繼續執行之必要者。法院得免其處分之執行。(參閱新刑法第九七條)又依第八十六條第八十七條第八十九條及第九十條所宣告之保安處分。於刑之執行完畢後認爲無執行之必要者。法院亦得免其處分之執行。(參閱新刑法第九八條)

(二)保護管束之撤銷 因替代感化教育監護禁戒強制工作所宣告之保護管束。其不

能收效者。得隨時撤銷之。仍執行原處分。（參閱新刑法第九二條二項）

（三）保安處分期間之延長 依第八十六條至第九十條所宣告之保安處分。如認為有延長之必要者。法院得就法定期間之範圍內酌量延長之。（參閱新刑法第九七條）

（四）保安處分之時效 第八十六條至第九十一條之保安處分。自應執行之日起。經過三年未執行者。非得法院許可不得執行之。

第十節 刑罰執行之免除

刑罰執行
之免除

保安處分原為補刑罰力之不足而設。但有時因在執行刑罰前而先執行保安處分者。如認為已收防杜再犯之效果。無再執行刑罰之必要時。則亦不必再行執行刑罰。以免明知無益而故為之。且於國家及犯人方面而均有利也。依新刑法第八十六條及第八十八條之規定。計有左列各情形。得免其刑之執行。

（一）因未滿十八歲減輕其刑而被施感化教育者。如所處為三年以下有期徒刑拘役或

罰金。依第八十六條第二項但書之規定。得於執行刑罰前先執行感化教育。若依感化教育之執行認為無執行刑罰之必要時。得免其刑之執行。（參閱新刑法第八六條四項）

（二）因犯煙毒罪被處刑罰而施以禁戒者。依第八十八條第二項之規定。應於刑之執行前爲之。如依禁戒處分之執行。法院認為無執行刑罰之必要者。得免其刑之執行。（參閱新刑法第八八條三項）

附錄一

暫行新刑律 民國元年三月十日前北京政府令暫准援用同年四月刪改頒行

第一編 總則

第一章 法例

第一條 本律於凡犯罪在頒行以後者。適用之。

其頒行以前未經確定審判者亦同。但頒行以前之法律不以爲罪者。不在此限。

第二條 本律於凡在中華民國內犯罪者。不問何人。適用之。

其在中華民國之中華民國船艦內犯罪者亦同。

第三條 本律於凡在中華民國外。對於中華民國犯左列各罪者。不問何人。適用之。

一 此款刪除。

二 第一百零一條及第一百零四條之罪。

三 第一百零八條及第一百十條至第一百十二條之罪。

四 第一百二十五條之罪。

五 第一百五十三條及第一百五十五條之罪。

六 第二百二十九條及第二百三十一條第一項之罪。

七 第二百三十九條、第二百四十一條及第二百四十二條之罪。

八 第四百零三條之罪。

第四條 本律於中華民國人民在中華民國外犯左列各罪者。適用之。

一 第一百十八條至第一百二十四條之罪。

二 第一百三十三條及第一百三十五條之罪。

三 第一百四十條及第一百四十一條之罪。

四 第一百四十四條及第一百四十八條之罪。

五 第一百七十二條之罪。

六 第二百一十七條之罪。

七 第二百二十六條之罪。

八 第二百四十條第一項之罪。

第五條 本律於中華民國人民在中華民國外或外國人在中華民國外對中華民國人民犯左列各罪者。適用之。

一 第一百八十一條及第一百八十三條之罪。

二 第一百八十六條至第一百八十八條、第一百九十二條及第一百九十三條之罪。

三 第二百一十一條至第二百十六條之罪。

四 第二百四十條第二項、第二百四十一條、第二百四十三條及第二百四十五條之罪。

五 第二百五十八條至第二百六十三條之罪。

六 第二百八十三條至第二百八十七條及第二百九十一條之罪。

七 第三百十一條至第三百十四條及第三百二十條至第三百二十六條之罪。

八 第三百三十四條、第三百三十五條及第三百三十七條第一項之罪。

九 第三百三十九條及第三百四十條之罪。

十 第三百四十四條至第三百四十六條之罪。

十一 第三百四十九條至第三百五十三條之罪。

十二 第三百五十七條至第三百六十一條之罪。

十三 第三百六十七條至第三百七十七條之罪。

十四 第三百八十二條至第三百八十六條之罪。

十五 第三百九十一條至第三百九十三條之罪。

十六 第三百九十七條之罪。

十七 第四百零四條及第四百零五條之罪。

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

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

第八條 第二條、第三條、第五條及第六條之規定。若因國際上有成例而不適用者。仍依成例。

第九條 本律總則於其他法令之定有刑名者。亦適用之。但有特別規定時。不在此限。

第二章 不爲罪

第十條 法律無正條者。不問何種行爲不爲罪。

第十一條 凡未滿十二歲人之行爲不爲罪。但因其情節。得施以感化教育。

第十二條 凡精神病人之行爲不爲罪。但因其情節。得施以監禁處分。

前項之規定。於酗酒或精神病間斷時之行爲。不適用之。

第十三條 非故意之行爲不爲罪。但應論以過失者。不在此限。

不知法令不得謂非故意。但因其情節。得減一等或二等。

犯罪之事實與犯人所知有異者。依左例處斷。

第一 所犯重於犯人所知或相等者。從其所知。

第二 所犯輕於犯人所知。從其所犯。

第十四條 依法令或正當業務之行爲。或不背公共秩序善良風俗習慣之行爲不爲罪。

第十五條 對現在不正之侵害。而出於防衛自己或他人權利之行爲不爲罪。但逾防衛行爲過

當者。得減本刑一等至三等。

第十六條 避不能抗拒之危難。強制而出於不得已之行爲不爲罪。但加過當之損害者。得減

本刑一等至三等。

前項之規定。於有公務上或業務上有特別義務者。不適用之。

第三章 未遂罪

第十七條 犯罪已著手而因意外之障礙不遂者。爲未遂犯。其不能生犯罪之結果者亦同。

未遂犯之爲罪。於分則各條定之。

未遂罪之刑。得減既遂罪之刑一等或二等。

第十八條 犯罪已著手而因己意中止者。準未遂犯論。得免除或減輕本刑。

第四章 累犯罪

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

第二十條 三犯以上者加本刑二等。仍適用前條之例。

第二十一條 凡審判確定後。於執行其刑之時發覺爲累犯者。依前二條之例。更定其刑。

第二十二條 依軍律或於外國審判衙門受有罪審判者。不得用加重之例。

第五章 俱發罪

第二十三條 確定審判前犯數罪者。爲俱發罪。各科其刑。並依左列定其應執行者。

第一 科死刑者不執行他刑。科多數之死刑者執行其一。

第二 科無期徒刑者不執行他刑。科多數之無期徒刑者執行其一。

第三 科多數之有期徒刑者。於各刑合併之刑期以下。其中最長之刑期以上定其刑期。但不得逾二十年。

第四 科多數之拘役者。照前款之例定其刑期。

第五 科多數之罰金者。於各刑合併之金額以下。其中最多之金額以上定其金額。

第六 依第三款至第五款所定之有期徒刑拘役及罰金。併執行之有期徒刑拘役及罰金各

科其一者。亦同。

第七 褫奪公權及沒收。併執行之。

第二十四條 一罪先發已經確定審判。餘罪後發或各罪各別經確定審判者。從前條之例。更定其刑。

其最重刑消滅仍餘數罪者亦同。

第二十五條 俱發與累犯互合者。其俱發罪依前二條之例處斷。與累犯罪之刑。併執行之。

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

第二十七條 犯罪之輕重。比較各罪最重主刑之輕重定之。最重刑相等者。比較其最輕主刑之重輕定之。

主刑重輕俱等者。據犯罪情節定之。

第二十八條 凡連續犯罪者。以一罪論。

第六章 共犯罪

第二十九條 二人以上共同實施犯罪之行爲者。皆爲正犯。各科其刑。

於實施犯罪行爲之際幫助正犯者。準正犯論。

第三十條 教唆他人使之實施犯罪之行爲者爲造意犯。依正犯之例處斷。

教唆造意犯者。準造意犯論。

第三十一條 於實施犯罪行爲以前幫助正犯者爲從犯。得減正犯之刑一等或二等。

教唆或幫助從犯者。準從犯論。

第三十二條 於前教唆或幫助。其後加入實施犯罪之行爲者。從其所實施者處斷。

第三十三條 凡因身分成立之罪。其教唆或幫助者雖無身分。仍以共犯論。

因身分。刑有重輕者。其無身分之人。仍科通常之刑。

第三十四條 知本犯之情而共同者。雖本犯不知共同之情。仍以共犯論。

第三十五條 於過失罪有共同過失者。以其犯論。

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

第七章 刑名

第三十七條 刑分爲主刑及從刑。

主刑之種類及重輕之次序如左。

第一 死刑。

第二 無期徒刑。

第三 有期徒刑

一 一等有期徒刑。十五年以下十年以上。

二 二等有期徒刑。十年未滿五年以上。

附錄一

三 三等有期徒刑。五年未滿三年以上。

四 四等有期徒刑。三年未滿一年以上。

五 五等有期徒刑。一年未滿二年以上。

第四 拘役。二月未滿一日以上。

第五 罰金。一圓以上。

從刑之種類如左。

第一 褫奪公權。

第二 沒收。

第三十八條 死刑用絞。於獄內執行之。

第三十九條 受死刑之宣告者迄至執行。與他囚人分別監禁。

第四十條 凡死刑非經法部覆准回報。不得執行。

第四十一條 宣告徒刑及拘役。不得未滿一日。罰金不得未滿一圓。

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

第四十三條 拘役之囚。於監獄監禁之令服勞役。但因其情節得免勞役。

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

依前項之例易罰金者。於法律以受徒刑或拘役之執行者論。

第四十五條 罰金於審判確定後。令一月以內完納。逾期不完納者。從左例處斷。

第一 有資力者。強制令完納之。

第二 無資力者。以一圓折算一日。易以監禁。

監禁於監獄內附設之監禁所執行之。

監禁日數不得逾三年。

罰金已納一部分者。計其餘額依第一項第二款之例。易以監禁。

罰金總額之比例逾三年之日數而已納其一部者。以按分比例定監禁日數。

依本條之例。易監禁者除脫逃罪外。於法律以受罰金之執行者論。

第四十六條 褫奪公權者。終身奪其左列資格之全部或一部。

一 爲官員之資格。

二 爲選舉人之資格。

三 膺勳章之資格。

四 入軍籍之資格。

五 爲學堂監督職員教習之資格。

六 爲律師之資格。

第四十七條 於分則有褫奪公權之規定者。得褫奪現在之地位。或於一定期限內。褫奪前條

所列資格之全部或一部。但以應科徒刑以上之刑者爲限。

第四十八條 沒收之物如左。

一 違禁私造私有之物。

二 供犯罪所用及預備之物。

三 因犯罪所得之物。

第四十九條 沒取之物。以犯人以外無有權利者爲限。

第八章 宥減

第五十條 瘖啞人或未滿十六歲人或滿八十歲人犯罪者。得減本刑一等或二等。

第九章 自首

第五十一條 犯罪未發覺而自首於官受審判者。得減本刑一等。

犯親告罪而向有告訴權之人首服受官之審判者。亦同。

第五十二條 一罪既發。別首未發餘罪者。得減所首餘罪之刑一等。

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

第十章 酌減

第五十四條 審按犯人之心術及犯罪之事實。其情輕者。得減本刑一等或二等。

第五十五條 依法律加重或減輕者。仍得依前條之例。減輕其刑。

第十一章 加減例

第五十六條 死刑、徒刑、拘役依第三十七條所列次序。加重減輕之。

徒刑不得加至死刑。

拘役不得減至罰金及免除之。

罰金不得加至拘役及徒刑。

第五十七條 分則定有二種以上主刑應加減者。依第三十七條所列次序。按等加減之。

最重主刑係死刑應加重者。止加重其徒刑。係無期徒刑應加重者。止加重其有期徒刑。

最輕主刑係拘役應減輕者。止減輕其徒刑。徒刑減盡者。止處拘役。

第五十八條 罰金依分則所定之額。以四分之一爲一等。加重減輕之。

罰金應加減者。最多額與最少額同加減之。其僅定有最多額者。止加減其最多額。

第五十九條 分則所定併科之罰金。若徒刑應加減者。亦加減之。

其易科之罰金。若徒刑應減輕者。亦減輕之。

第六十條 同時刑有加重減輕者。互相抵銷。

第六十一條 有二種以上應減者。得累減之。

第六十二條 凡從刑不隨主刑加重減輕。

第十二章 緩刑

第六十三條 具有左列要件而受四等以下有期徒刑或拘役之宣告者。自審判確定之日起。得

宣告緩刑五年以下三年以上。

一 未曾受拘役以上之刑者。

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

後逾三年者。

三 有一定之住所及職業者。

四 有親屬或故舊。監督緩刑期內之品行者。

第六十四條 受緩刑之宣告而有左列情形之一者。撤銷其宣告。

一 緩刑期內更犯罪受拘役以上之宣告者。

二 因緩刑前犯罪而受拘役以上之宣告者。

三 不備前條第二款之要件。後經發覺者。

四 喪失住所及職業者。

五 監督人請求刑之執行。其言有理由者。

第六十五條 逾緩刑之期而未撤銷刑之宣告者。其刑之宣告爲無效。

第十三章 假釋

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

第六十七條 凡假釋出獄而有左列情形之一者。撤銷其假釋。其出獄日數不算入刑期之內。

- 一 假釋期限內更犯罪受拘役以上之宣告者。
 - 二 因假釋前所犯罪而受拘役以上之宣告者。
 - 三 因假釋前所受拘役以上之宣告而應執行者。
 - 四 犯假釋管束規則中應撤銷假釋之條項者。
- 未經撤銷假釋者。其出獄日數算入刑期之內。

第十四章 赦免

第六十八條 凡赦免依赦免條款。臨時分別行之。

第十五章 時效

第六十九條 提起公訴權之時效期限。依左例定之。

- 一 係死刑者十五年。
- 二 係無期徒刑或一等有期徒刑者十年。
- 三 係二等有期徒刑者七年。
- 四 係三等有期徒刑者三年。
- 五 係四等有期徒刑者一年。
- 六 係五等有期徒刑或拘役罰金者六月。

前項期限自犯罪行為完畢之日起算。逾期不起訴者。其起訴權消滅。

第七十條 二罪以上之起訴權之時效期限。據最重刑依前條之例定之。

第七十一條 本刑應加重或減輕者。起訴權之時效期限。仍據本刑計算。

第七十二條 起訴權之時效。遇有左列行為之一中斷之。俟行為停止。更行起算。

一 偵查及豫審上強制處分。

二 公判上訴訟行為。

前項行為於一切共犯有同一之效力。

第七十三條 凡起訴權之時效。遇被告人罹精神病其他重病而停止公判者。停止之。

第七十四條 行刑權之時效期限。依左例定之。

一 死刑三十年。

二 無期徒刑二十五年。

三 一等有期徒刑二十年。

附錄一

四二七

- 四 二等有期徒刑十五年。
- 五 三等有期徒刑十年。
- 六 四等有期徒刑五年。
- 七 五等有期徒刑三年。
- 八 拘役罰金一年。

前項期限自宣告確定之日起算。逾期不行刑者。其行刑權消滅。

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

罰金及沒收之時效。遇有執行行為中斷之。

第七十六條 行刑權之時效。遇有依法律停止執行者。停止之。

第十六章 時例

第七十七條 時期以日計者閱二十四小時。以月計者閱三十日。以年計者閱十二月。

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

第七十九條 刑期自審判確定之日起算。

審判雖經確定而尚未受監禁者。其日數不算入刑期。

第八十條 未決期內羈押之日數。得以二日抵徒刑拘役一日。或抵罰金一圓。

第十七章 文例

第八十一條 此條刪除。

第八十二條 稱尊親屬者。爲左列各人。

一 祖父母高曾同。

二 父母。

附錄一

妻於夫之尊親屬與夫同。

稱親屬者。爲尊親屬及左列各人。

一 夫妻。

二 本宗服圖期服以下者。

三 外親服圖小功以下者。

四 妻親服圖總麻以下者。

五 妻爲夫族服圖期服以下者。

六 出嫁女爲本宗服圖大功以下者。

第八十三條 稱官員者。謂職官、吏員及其他依法令從事於公務之議員、委員、職員。

稱公署者。謂官員奉行職務之衙、署、局、所。

稱公文書者。謂官員及公署應製作之文書。

第八十四條 稱議會及選舉者。謂依法令所設立中央及地方參與政事之議會。及其議員之選

舉。

第八十五條 稱僧、道者。謂僧、尼、道士、女冠及其他宗教師。

第八十六條 依分則援用別條處斷。而別條之罪應論未遂豫備或陰謀者。於處斷本條之未遂豫備或陰謀犯並援用之。

於造意犯及從犯亦同。

第八十七條 稱以下以上以內者。俱連本數起算。

第八十八條 稱篤疾者。謂左列傷害。

- 一 毀敗視能者。
- 二 毀敗聽能者。
- 三 毀敗語能者。
- 四 毀敗一肢以上或終身毀敗其機能者。
- 五 於精神或身體有重大不治之病者。

六 變更容貌。且有重大不治之傷害者。

七 毀敗陰陽者。

稱廢疾者。謂左列傷害。

一 減衰視能者。

二 減衰聽能者。

三 減衰語能者。

四 減衰一肢以上之機能者。

五 於精神或身體有至三十日以上之病者。

六 有致廢棄業務至三十日以上之病者。

稱輕微傷害者。謂前二項所列以外之疾病損傷。

附錄二

舊刑法第二次修正案理由書（即修正暫行律之理由）

第一編 總則

本編章數章名章次照原案及修正案有所更移損益列表如左

原案	修正案	本案
第一章 法例	同上	第一章 法例
第十七章 文例	同上	第二章 文例
第十六章 時例	同上	第三章 時例
第二章 不爲罪	第二章 同上	第四章 刑事責任及刑之減免
第八章 宥減	第九章 同上	
第九章 自首	第十章 同上	

第三章 未遂罪	第三章 未遂罪	第三章 未遂罪
第六章 共犯罪	同上	第六章 共犯
第七章 刑名	同上	第七章 刑名
第四章 累犯罪	第八章 親屬加重	第八章 累犯
第五章 俱發罪	同上	第九章 併合論罪
第十章 酌減	同上	第十章 刑之酌科
第十一章 加減例	第十一章 酌加酌減	第十一章 加減例
第十二章 緩刑	第十二章 同上	第十二章 緩刑
第十三章 假釋	第十三章 同上	第十三章 假釋
第十四章 赦免	第十四章 同上	
第十五章 時效	同上	第十四章 時效

右表原案第十四章刪。修正案第八章刪。原案第二章、第八章、第九章本案併爲一章。此章數之修正者也。其理由詳於各本章。

原案不爲罪、宥減、自首三章。本案併爲一章。名曰刑事責任及刑之減免章。未遂罪章

修正案增改爲未遂罪、豫備罪、陰謀罪章。本案擬從原案。共犯罪章改爲共犯章。累犯罪章改爲累犯章。俱發罪章改爲併合論罪章。酌減章修正案改爲酌加、酌減章。本案改爲刑之酌科章。此章名之修正者也。其理由詳於各本章。

本案章次。大概以條文相銜接之先後定之。其不相銜接者。以適用範圍之廣狹定之。故文例改列第二章。時例改列第三章。累犯與併合論罪改列刑名章之後。其餘章次與原案無大異同。此章次之修正者也。考各國刑法不立文例專章。而於法例章僅規定一二條文者。如日本第七條德國刑法準備草案第十二條是也。立爲專章者。如中國、荷蘭、暹羅、蘇丹是也。但無論立專章與否。其序次皆列於總則之前。惟荷蘭列於總則之末。原案取法荷蘭。謂文例之規定。不僅關於刑律總則之用語。而關於分則之用語爲多。然總則各章無一不適用於分則。似不足據。此以定章次之先後。况文例一章。關係於總則者不少。如原案文例章第八十七條稱以上以內者。俱連本數計算云云。其適用於總則各章者。爲累犯罪章、俱發罪章、共犯罪章、刑名章、加減例章、緩刑章、假釋章。皆與該條

有關。而反列在該條之前。至令上列各章用語之援證。未免失序。故本案擬從多數國立法例。將文例一章列爲第二章。又原案刑名章。依墨西哥刑法。列於未遂罪、累犯罪、俱發罪、共犯罪各章之後。其理由謂有罪而後有刑。先刑後罪理所非宜。各國刑法未免不揣本末。爲沿革所囿云云。據其說未遂罪與共犯。皆關於犯罪之狀態。而列於刑名章之前。自屬允當。惟累犯與併合論罪。非關於犯罪之狀態。而實關於科刑之輕重。設不知各種刑名。則無從知累犯及併合論罪之性質矣。故本案擬將累犯及併合論罪。改列刑名章後。

第一章 法例

第一條 行爲時之法律。無明文科以刑罰者。其行爲不爲罪。

原案第一條係規定。關於刑法典之施行。故擬改入刑法施行法中。

本案將原案第十條改爲第一條者。以本條爲刑法之根本主義。不許比附援引。卽學者所

謂罪刑法定主義。凡行爲受法律科罰者爲罪。否則不爲罪是也。原案將此條列入不爲罪章。似未允當。（不爲罪章名。亦未允當。理由詳後。）各國刑法典對於罪刑法定主義之條文。均不列入該章。如日本舊刑法第二條、德國第二條及其委員會刑法草案第一條、瑞士刑法準備草案第一條、法國第四條、俄國第一條、比利士第二條、暹羅第七條、布加利亞第三條、意大利第二條、荷蘭第一條。皆其例也。原案第十條法律無正條者。不爲罪云云。其字句係沿用舊律。但意義不甚明晰。茲擬改作行爲時之法律。無明文科以刑罰者。其行爲不爲罪。似較顯豁。且行爲時三字。尤能顯出刑律不追溯既往之意。故行爲時法律不爲罪者。以後新法雖以爲罪。亦不科罰。

第二條 行爲時之法律與裁判時之法律遇有變更。依裁判時之法律處斷。但行爲時法律之刑較輕者。適用較輕之刑。

刑法關於時之效力者。問題有二。

一 行爲時之法律不爲罪。而行爲後之法律以爲罪者。

二 行爲時與行爲後之法律皆以爲罪。而有異同者。

第一問題本案第一條已有規定。第二問題原案採概從新法主義。本案亦擬採從新主義。惟與原案微有不同。茲先述各國立法例如左。

一 不論新舊法之輕重。概從舊法。（卽新法概不追溯既往行爲。）

採其主義者。爲英國及美國數州。（前法律館草案理由。謂英國爲從新先例。似屬未確。）英律關於時之效力。無明文規定。惟判例則皆主從舊。查一千八百七十八年士提反氏所編英國刑法草案。係集合判例而成者。其第二條規定。從舊主義。

二 從舊法。但新法較輕者從輕。（卽新法不追溯既往行爲。但新法較輕時則爲例外。）

採此主義者。爲德國、法國、比利士、意大利、丹麥、荷蘭、那威、瑞典、西班牙、匈加利、葡萄牙、瑞士數州、布加利亞、日本、暹羅、埃及、美國數州、智利、阿根廷、墨西哥、溫尼蘇、依辣等國。此外見諸草案而尚未實行者。爲奧國及瑞士

刑法準備草案。

三 從新法。但舊法較輕者從輕。(即新法追溯既往行爲。但舊法較輕時則爲例外。)

探此主義者。爲奧國及瑞士數州。

四 不論新舊法之輕重。概從新法。(即新法概追溯既往行爲。)

探此主義者。爲中國、俄國。(但有例外)及瑞士數州。

上表第二第三主義。有概名爲從輕主義者。然表面同而實際不同。法律變更遇有輕重時。例如刑法探第二與第三主義。均無區別。若其他問題無輕重之別。或不能判別其孰輕孰重者。如文例或犯罪之定義等。則第二主義適用舊法。第三主義適用新法。此其實際之不同也。

世界各國多從第二主義。原案從第四主義。修正案改從第二主義。然此四主義何舍何從。有不能不研究者。第一主義概從新法。第四主義概從舊法。皆趨極端。茲先述之。

第一主義概從舊法。有謂犯人於犯罪之時。已得有受當時法律裁制之權利。此說欠通。

誠如前法律館草案所云。人民對於國家不能有受刑權利之理。况新法既頒。則已認舊法爲不合時宜。若概從舊法。豈不駢枝。故此主義已成陳說。

第四主義概從新法。似免第一主義之弊。而又流於相對之極端。卽我國暫行律所採用之主義也。概從新法。弊多利少。如新舊法輕重相等。或新法輕於舊法。其結果與第二第三主義無異。如新法重於舊法。概從新法。則流弊易生。蓋刑罰追溯既往。則人民生命安全常爲立法者所左右。今日所犯罪。明日將爲重罪。人民常懷疑懼。則刑罰所以保護者。適以危害之。是豈立法者之本意。晚近法意兩國多持此說。力取從輕主義。此非空談。數年以來。我國已有其事實。犯賊條例、強盜條例、發掘墳墓條例等。是其明證。况我國近年特別法多出於一時之主張。稍嫌新法偏輕。特別法卽改作死刑。尤爲世界立法例所無。其危害更不可勝言矣。西儒非議第四主義者。尤有一說。謂可藉從新主義爲政敵。深陷人罪之謀。立法者固不能不豫防也。德國刑法準備草案。此條之調查主任杜力加氏。嘗提議概從新法主義。而草案卒不採用。以其科犯人以事後之重刑。爲欠平

允。

第二第三主義均係從輕。前法律館草案理由非議之曰。若使新律重於舊律。而舊律時代之犯人科以新律之重刑。則與舊律時代受舊律輕刑之同種犯人相較。似失其平。誠如此說。則使新律施行之後。僅此舊律時代之同種犯人科以舊律之輕刑。彼新律時代之犯人。據新律而科重刑者。若互相比較。則又失其平等語。然考之外國採從輕主義。以爲不足。不足以示公平。所謂公平者。係比較行爲在舊法施行期內。而裁判在新法施行之後。此種犯人。應科新刑或科舊刑乃爲公平。前法律館草案理由。則以行爲及裁判皆在舊法時代。或皆在新法時代。犯人所受之刑罰爲比較謂失其平。不知行爲及裁判皆在舊法時代。當然受舊法裁判。行爲及裁判皆在新法時代。當然受新法裁判。無公平與不平等之問題也。理由又謂。刑不得爲沽恩之具。故不從輕。然法儒加勞曰。從輕主義者。因公平非沽恩也。以此之故。各國多採從輕主義。然從輕主義復有第二第三主義之不同。本案擬採第三主義。以從新爲本旨。以從輕爲例外。蓋新法旣頒。自應收新法之利。但

舊法較新法輕者從輕。以符公平之說。如是則得所折衷矣。

從輕主義須注義者。尚有兩端。其一、所謂輕重專就刑而言。抑兼就刑以外之事項（例如時效）而言。其二、專就行為時與裁判時兩律比較擇其輕者而言。抑兼就兩時期內頒行之法律比較擇其最輕者而言。專就刑比較而適用其輕者。日本、比利士、智利、丹麥、墨西哥、葡萄牙等是也。專就刑以外之事項比較而適用其輕者。德國、法國、意大利、挪威、瑞典、奧國、瑞士、（刑法準備草案）暹羅、埃及等是也。本案擬採專就刑比較而適用其輕者之先例。蓋如此可以縮小從輕之範圍。而擴充從新之範圍。况刑以外之事項。孰輕孰重頗難決定。若專就刑比較。則刑之輕重有明文規定。可免條文上解釋之困難。專就行為時與裁判時之法律比較輕重者挪威、暹羅、瑞士（刑法準備草案）等是也。專就兩時期內頒行之法律比較輕重而擇其最輕者。德國、日本、法國、（一千八百三十三年判例）意大利、匈加利等是。主張後說者。謂犯罪後既有中間輕法。即犯人取得輕法權利。故裁判時中間輕法雖經廢止。仍應援用。不得奪其已得之權利。然此已成陳說（

詳前)。意大利刑法理由更立一說。謂如於中間法律尙未廢止時。裁判犯人。則犯人當得受中間法律之利益。此說於理未允。蓋裁判果不延遲。則行爲時之法律自可適用。何俟中間之輕法。况裁判遲延。多因犯人自行隱避。咎不在執法者。故關於此問題。惟有比較行爲時與裁判時法律之輕重而擇其適用者。中間法律未能勉強牽入。故本案擬從前說。

第三條 本法於凡在民國領域內犯罪者。適用之。

在民國領域外之民國船艦內犯罪者。以在民國領域內犯罪論。

第四條 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 本法於凡在民國領域外犯左列各罪者。適用之。

一 第九十一條及第九十二條之侵犯大總統罪。

二 第九十四條至第九十六條之內亂罪。

三 第九十八條至第一百十條之外患罪。

四 第二百零四條至第二百零九條之偽造貨幣罪。

五 第二百十九條至第二百二十一條、第二百二十五條、第二百二十七條及第二百二十九條之偽造文書印文罪。

六 第三百四十三條及第三百四十四條之海盜罪。

刑法適用範圍。以屬地主義爲原則。本條及後二條卽其例外。

本條列舉各罪。不論本國人或外國人在國外犯罪者。均適用本國法律。卽學說上所謂自衛主義。誠如前法律館草案理由所言。於中國之存立、信用、財政、經濟等有重大之損害或危險故也。關於此問題。萬國國際法學會屢經討論。其結果與草案理由所舉略同。而原案第三條規定之罪。有不盡然者。例如妨害國交罪、妨害公務罪、毀棄損壞罪亦皆增入。範圍未免過廣。而修正案復增入脫逃罪及妨害秩序罪。則與原意相去更遠矣。本案擬一律刪去。而以侵犯大總統罪、內亂罪、外患罪、偽造貨幣罪、偽造文書印文罪及

海盜罪爲限。庶免處罰國外犯罪之權過於擴充反生障礙。

侵犯大總統罪原案無。本案從修正案增入。又原案內亂罪遺漏未遂罪 豫備罪及陰謀罪。此種行爲亦應處罰。至海盜罪法律上認爲萬國之公罪。不論何國皆得罰之。卽學說上所謂世界主義。故本案亦一律增入。

第六條 本法於民國公務員在民國領域外犯左列各罪者。適用之。

一 第一百十九條、第一百二十條、第一百二十二條、第一百二十四條、第一百二十六條、第一百二十七條、第一百三十條及第一百三十一條之瀆職罪。

二 第一百六十三條之脫逃罪。

三 第二百二十四條之偽造文書罪。

本條前法律館草案規定。處罰在國外犯罪之本國公務員。不以國籍爲限。故外人爲中國公務員亦得適用。其修正案改爲中國臣民。則以國籍爲限。而外人服務於中國者。竟無從處罰。故本案擬仍從前法律館草案。

原案第四條所列舉之罪。爲妨害國交罪、漏洩機務罪、瀆職罪、脫逃罪、妨害交通罪、妨害秩序罪、偽造文書印文罪。修正案刪去妨害交通罪、妨害秩序罪。而增入鴉片罪、賭博罪、姦非及重婚罪。未具理由。均失本條原意。故本案擬以瀆職罪、脫逃罪、偽造文書罪爲限。

第七條 本法於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國民人民犯罪之外國人。準用之。

本條前法律館草案作兩項。第一項、凡本國人在國外犯所列各罪者適用之。不問被害人爲本國人或外國人。卽學說上所謂屬人主義。第二項、外國人對於本國人在國外犯罪者

適用之。是爲擴充保護主義。以及於本國人民。二者用意不同。憲政編查館核定案。始以兩項併爲一項。以至讀者將後句被害人國籍混合前句。殊失本條之原意。故本案仍從前法律館草案分作兩項。以期顯豁。

原案第五條仿日本刑法而擴充其範圍。例如偽證及誣告罪、妨害交通罪、褻瀆祀典及發掘墳墓罪、毀棄損壞罪皆日本所無者。修正案復有損益。但所列舉者在國外犯罪之外國人。皆得處罪。且依原案第六條雖經外國法院論罪者。在本國仍得處罰。不獨使犯人自覺不平。恐與外國國權或至衝突。一千八百八十五年葛丁之案其前車也。（美人葛丁在美國對於墨西哥人犯妨害名譽罪。後因事抵墨。墨法院適用墨法處罰。美國抗議。卒釀成重大交涉。墨國不得已釋放之。）考外國立法例。對於前二條列舉以外之罪。在國外犯者。本國處罰類多附以條件。本案略仿其意。規定本條。其第一款不涉及輕微罪。第二款則使犯人混不平之憾。庶幾參酌中外情形。求適中之辦法。

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。

原案第六條犯罪者雖經外國確定審判。仍得依本律處斷。犯罪者三字。擬改爲同一行爲。蓋本條之適用。以同一行爲爲準。非以同一罪名爲準。(同一行爲而法律罪名不同者各國往往有之。)若用犯罪二字。恐於同一行爲在外國被處罰之罪名與在本國應處罰之罪名不同。至有不適用本條之誤會。故以行爲言之。日本修正刑法各草案用犯人二字。或有用事件二字者。後始改作行爲。(參照德國第七條及其刑法準備草案第七條)

又原案本條修正案刪去得字。其理由謂在民國外既經確定裁判之案。在民國應否提起公訴。應由檢察官視有無實益斷之。其經起訴者。審判官不能不依本法處斷。而無不依本法處斷之權。原案仍得依本律處斷句之得字。應刪去。以明彼此權限等語。案本條係對於在外國確定裁判之行爲。在本國能否再行處罰而設。似不至牽及檢察官審判官之權限。本案擬仍用得字。若慮處斷二字專指裁判官之審判而言。則參照日本刑法第五條改爲處罰二字。可免誤解。

又原案得免除或減輕本律之刑句。本案擬將得字刪去。蓋各國立法例對於在外國已受處罰之犯人。應否減輕本國法律之刑。有聽裁判官自由決定者。（例如日本）有以在外國所受之刑。照算入本國法律之刑內相抵者。（例如瑞士刑法準備草案第四條第二項第八條第一項）由前例恐有一罪兩罰之失。由後例各國刑名不同。難於比較。若照算入本國刑內。恐畸輕畸重。故本案擬折衷其間。將得減改爲必減。至所減之額。仍聽法官酌情定奪。

修正案第六條第二項。依前項處斷者。得免除主刑專科褫奪公權句。本案擬改入刑名章。理由詳該章。

附刪去原案第八條之理由。

原案第八條之條文曰。第二條、第三條、第五條及第六條之規定。若因國際上有成例而不適用者。仍依成例。案此條前法律館草案。本作國際上特別條約法規或慣例。其修正案及憲政編查館核定案。均改爲國際上特別成例。暫行律又改爲國際上成例。但無論如

何修改。仍不外包括特別條約及國際慣例而言。此條起草時已多聚訟。今猶未已。是不可不詳爲研究者也。

前郵傳部簽註反對此條。謂刑法與國際法截然兩物。牽彼人此實爲大謬。而前法律館駁之曰。刑律與國際法如有衝突之時。則刑律不免受國際法之限制。本條卽爲聲明此項限制而設。并非牽國際法入於刑律之內等語。案所駁之理由。姑無論當否。雖或足證明該條並非牽國際法入於刑法之內。而未足明證刑法上有規定該條之必要。又簽註謂此條若作正文。於國權體面大有傷害。條約上之權利。開戰可以失效。今將變條約上之權利而以刑律定之。於我國所損滋多。而前法律館駁之曰。本條所定不專關乎條約。凡國際法規慣例均包在內。僅就條約一端言之。已失原案之旨。且條約亦不僅因戰時失效。更有因戰時而效力始發生者。故此條之規定萬不可少。今特定此例。於國權國體並無損傷等語。案所駁之理由。亦僅足證明該條包含條約及國際法規慣例。並戰時之關係。於條約效力之發生及消滅等項。仍未足以證明刑法上有規定該條之必要。前法律館草案理由。

謂此條乃本於國內法不得變更國際條約及慣例之原則而定。然亦不過聲明此條之基於某原則。未嘗論及此原則何以必當列爲刑法正文。

國內法不得變更條約。及國際法慣例之原則。實基於國際法。而非基於國內法。而刑法爲國內法之一種。故此原則不因列入刑法而始有效。亦不因不列入刑法而失其效。是著爲條文與否。其效力如故也。蓋此原則爲世界所公認。而各國刑法典。未有規定受國際法限制之條文。然亦未見因此而破壞國際法之限制。此就各國立法例而言。若更就我國國際上特殊之地位而言。則爲外人之領事裁判權。但此節決不足以爲許立該條之理由。外人與我國訂立條約。允許俟修正法律時撤回領事裁判權者。已有數國。是領事裁判權未嘗無撤回之希望。似不宜立此條文垂爲常典。查暹羅新刑律頒行時。尙未撤回領事裁判權。而亦無類似此條之規定。故就理論及立法例言之。皆應刪去。

第九條 本法總則於其他法律之定有刑名者。亦適用之。但有特別規定者。不在此限。

第二章 文例

第十條 稱以上以下以內者。俱連本數或本刑計算。

第十一條 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。

稱旁系尊親屬者。謂左列各親。

一 胞伯叔父母。在室胞姑。

二 母之胞兄弟姊妹。

三 胞兄弟。

前二項兼尊親屬於出嗣人所後。與本生同妻於夫之尊親屬從夫。

服制圖自本身上數高祖五世爲止。但毀掘墳墓罪。對於六世以上有犯之者。刑律豈能與毀掘常人之墳墓等視乎。卽其他罪對於六世以上雖屬罕見。然不能決其必無。故本案於第一項第二款加入高祖以上祖父母。

外祖父母在舊律謀殺祖父母父母及毆期親尊長罵尊長。均與祖父母同。故前法律館草案修正案及憲政編查館核訂案。皆以外祖父母列入尊親屬中。嗣經資政院議決刪除。其意謂外祖父母爲妻親。已包括於親屬之內。而不知對於尊親屬犯罪。則刑有加重。而對於親屬犯罪。則祇有免除及減輕。其用意不同。故本案擬於尊親屬增入外祖父母。

第十二條 稱親屬者。謂尊親屬及左列各親。

- 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。

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。

第一項親等。直系親從己身上下數。以一世爲一親等。旁系親從己身或妻。數至同源之祖若父。並從所指之親屬數至同源之祖若父。其世數相同者。以一方之世數定之。世數不同者。從其多者定之。

舊律親屬範圍。向以服制圖爲根據。服制圖衍自喪禮。其制特詳。中國數千年來。以禮教立國。出乎禮者卽入乎刑。故刑罰之輕重。以服制之遠近爲比例。本案親屬範圍。擬不用服制圖。而用親等計算法。其理由如下。

一 服制圖期功總麻等差昭然。故舊律刑罰亦因之爲加減。原案除尊親屬外。刑罰同一。(原案亦有加減。然以犯罪人之素行犯罪時之心術而定。不以服制爲加減。)已無區別之必要。故不如將服制圖專讓之於禮制。而刑律親屬之範圍。則用親等計算法。

二 舊律服制圖爲圖凡七。煩複細密。既非庸愚所能周知。卽賢智亦難猝記。親等計算法較爲簡易。不必按圖。卽能定其親疏遠近。

三 民律草案雖未施行。而其親屬範圍亦以親等計算法爲準。近來法院引用之條理。學校教授之講議。大都準諸民律草案。則親等一端。亦不失爲習見習聞之事。卽將來改訂草案。自當以親等計算法爲宜。故不如於刑律中先求適用。俾民刑兩法之合符。

四 禮制爲一國所自有。不妨從異。法律則須審取他國之良例以爲衡。親屬範圍。各國均用親等計算法。卽日本亦適用此法。而廢棄舊有之制。故我國亦宜採用。以示擇善而從之意。

親等計算之法有二種。一爲羅馬法計算法。一爲寺院法計算法。羅馬法計算法。於直系親屬則算其間之世數而定親等。故世代之數與親等之數適合。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。亦準是推之。於旁系

親屬。則由同出之始祖下降於旁系之各方。合算其世數而定親等。蓋由旁系親屬之一方。溯諸同源始祖。再由同源始祖更下數至他方。合算其世數以定親等。如兄弟姊妹間之親等。先從一方溯諸同源之父母。作爲一等。更從父母下至他方。又加一等。故兄弟姊妹爲二親等之旁系親。伯叔與姪間之親等。先由姪溯諸其父母作爲一等。更由其父母溯諸同源之祖父母。又加一等。由祖父母更下至伯叔。再加一等。故伯叔與姪爲三親等之旁系親。從兄弟姊妹爲四親等之旁系親。此羅馬法之親等計算法也。寺院法之計算法。於直系親與羅馬法計算法同。於旁系親則不合。算雙方之世數。但算較多世數一方之世數而定親等。從始祖下至旁系親之各方。其世數雙方相等者。無論從何方均同。若雙方世數不相等。則從其多者。如兄弟姊妹從其同源之父母起算。無論下至何方。均是一世。單依其一方之世數定。爲一親等之旁系親。至伯叔與姪從其同源之始祖起算。下至伯叔爲一世。下至於姪爲二世。則從其多者定。爲二親等之旁系親。從兄弟姊妹亦爲二親等旁系親。其餘以此類推。此寺院法之計算法也。歐西各國及日本。均用羅馬法計算法。

• 我國民律草案則用寺院法計算法。其理由以爲中國直系親由己上數至高祖。下數至元孫。均以四世爲止。旁系親則族兄弟與再從姪。亦認其在親屬範圍內。若取羅馬法計算法。其直系親以一世爲一等。應以四等親爲限。至旁系親則須依八等親爲限。於理殊爲不合。故不如採用寺院法計算法。直系旁系均以四等爲限。則與舊律服制圖適合云云。

本案雖不用服制圖而用親等計算法。然視屬範圍。仍多根據服制圖。故擬準諸民律草案。以寺院法計算法定之。

親屬範圍原案及修正案均依服制圖。本案既採用親等計算法。其範圍之廣狹。亦當有一定之界限。故宗親以四親等爲限。外親以三親等爲限。妻親以二親等爲限。則不獨與服制圖適符。且與民律草案相合。

又本案擬從修正案添入旁系尊親屬。而於分則各條設加重之規定。庶與我國旁系親之觀念相符。

第十三條 稱公務員者。謂職官吏員及其他法律從事於公務之議員委員及職員。

稱公署者。謂公務員執行職務之處所。

稱公文書者。謂公務員或公署應制作之文書。

附刪去原案第八十四條之理由。

原案第八十四條稱議會及選舉者。謂依法令設立。中央及地方參與政事之議會。及其議員之選舉。本案擬刪去此條。蓋原案起草時。尙未有議會及選舉事。民國建立。兩項名稱亦已習聞。當不至誤解。况此條於分則中惟適用於妨害選舉罪。且議會之名稱。亦未見諸律文。似無設立文例專條之必要。

附刪去原案第八十五條之理由。

原案第八十五條稱僧道者。謂僧、尼、道士、女冠及其他宗教師。此條爲前法律館及憲政編查館各案所無。而經資政院增入者。蓋沿舊律律文。復加入其他宗教師一語。前清現行刑律名例門律云。凡稱道士女冠者僧尼同。若於其受業師與伯叔父母同。其於弟子與兄弟之子同。律注如道士女冠犯姦。加凡人罪二等。僧尼亦然。又如俗人罵伯叔父母

徒一年。道冠罵師罪同。受業師謂於寺觀之內親承經教合爲師主者。又如俗人毆殺兄弟之子徒三年。道冠僧尼毆殺弟子同罪。案舊律以僧道犯罪。因有特別身分之關係。故科刑與俗人異。然原案分則祇第三百六十三條。以僧道洩漏人之秘密罪可適用之。其非普通文例與前條理由同。故本案擬刪去。而於該條僧道二字。改爲宗教師三字。自無誤解之虞矣。

附刪去原案第八十六條之理由。

原案第八十六條第一項依分則援用別條處斷。而別條之罪應論未遂、豫備或陰謀者。於處斷本條之未遂、豫備或陰謀犯並援用之。第二項於造意犯及從犯亦同。修正案將第一項改作本法分則中一條援用他條。而他條之罪有未遂、豫備或陰謀爲罪之規定者。以並援用其規定論。比原案較爲明瞭。案前法律館修正案案語。謂此條指分則各條內依某條處斷或以某罪論而言。正犯既援用本條。若未遂或共犯等。均無不援用本條云云。誠如所言。則屬援用條文當然之解釋。而此條轉成贅文。又文例章乃爲解釋律文所用之名稱

而設。本條係規定條文之援用。而非解釋名稱之意義。故本案擬刪去之。

第十四條 稱重傷者。謂左列傷害。

- 一 毀敗一目或二目之視能。
- 二 毀敗一耳或二耳之聽能。
- 三 毀敗語能。
- 四 毀敗一股以上之機能。
- 五 於身體或健康有重大不治之病。
- 六 變更容貌且有重大不治之傷害。
- 七 毀敗陰陽。

原案分篤疾、廢疾及輕微傷害爲三種。本案擬改爲傷害及重傷二種。重傷者即原案之篤疾。傷害者即原案之廢疾及輕微傷害。蓋損害而至重傷者顯而易見。法律預定其範圍。處以較重之刑。未爲不善。至於其餘傷害。若非逐案審察。恐有強入輕重之虞。原案所

稱之廢疾。於案件中最多援用者。爲第八十八條第二項第五第六款疾病日數及廢業日數。然以日數相去爲輕重之標準。未見的確。譬如同一傷害。得良醫則獲痊較速。否則逾法定日數或仍未愈。若以此判別。難得公平。况現時訴訟統計以傷害罪爲多。必俟逾法定日數然後判罪之輕重。則案件之積壓停滯所不能免。於國家及犯人。均無便益。若未滿法定日數預行判罪。又恐涉違法之嫌。考外國立法例。分析傷害罪最詳細者爲意大利。(計分四種)最簡單者爲日本。(只用傷害二字包括輕重)若法國、挪威、瑞士(刑法準備草案)分三種。德國、英國、美國、荷蘭分兩種。其以日數爲標準者始自法國。而意大利、荷蘭從之。晚近德國刑法準備草案及其委員會刑法草案。亦將傷害分爲兩種。日本新刑法理由書。謂此種細密之區別。不獨裁判上發生不便。卽實際上亦難期正確。德國刑法準備草案理由書。亦有評論。大意相同。本案關於此條。頗嫌原案之過於細密。亦嫌日本之過於概括。故擬折衷各國立法例。擇其傷害重大。如原案所謂篤疾者改爲重傷。以示標準。處以較重之刑。其餘傷害由法官臨時斟酌輕重科斷。故將原案廢疾及輕

微傷害。統名曰傷害。庶免事前強定之失。

第三章 時例

第十五條 時期以日計者閱二十四小時。以月計者閱三十日。以年計者閱十二月。

刑之執行以年計者從歷。

原案以年計者閱十二月句。修正案改爲以年計者從歷。以省積算之繁。但本案以若干分之幾爲加減。若以年計者從歷。乘除之際反形不便。故擬仍從原案并增入第二項。則執行刑期易於計算。

第十六條 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。

原案第二項作放免有期徒刑及拘役之囚。本案將有期徒刑及拘役字句刪去。似可包括易

科監禁。

第十七條 刑期自裁判確定之日起算。

裁判雖經確定。其尚未受拘禁之日數。不算入刑期內。

附原案第八十條改入刑名章之理由。

原案第八十條未決期內羈押之日數。得以二日抵徒刑拘役一日。或抵罰金一圓。案此條用意。原非規定時間起迄之計算。乃規定抵刑之標準。故擬改入刑名章。

第四章 刑事責任及刑之減免

原案本章不爲罪之名稱未盡妥善。前法律館草案及修正案原名不論罪。但不論罪者。指有罪而不論。似不能包括該章各條。卽如依法令或正當業務之行爲。謂爲有罪而不論。於常情及法理均有未允。憲政編查館核訂案。始改名不爲罪章。但不爲罪之名稱。亦不能包括各條與不論罪之失相等。如原案第十一條未滿十二歲人之行爲不爲罪云云。第十二條精神病人之行爲不爲罪云云。按照共犯之解釋。教唆及幫助犯其罪成立與否。一依

正犯之罪爲準。質言之。卽其犯爲附屬正犯之性質。不能獨立自成一罪。（理由詳其犯章）若謂未滿年齡人及精神病人之行為不爲罪。則幫助此等人之行為。照其犯之解釋。亦當然不爲罪。將使幫助幼年及精神病人犯罪者無所顧忌。恐非立法者之本意。况不爲罪章。條文中亦有規定爲罪處罰者。如第十三條之但書。及其他減刑若干等之條文。均係有罪而處罰者。此不爲罪之名稱。應當改正者也。又有減章及自首章關於減等或免除各條。與不爲罪章減等各條旨意相類。故本案擬將宥減自首兩章併入不爲罪。名曰刑事責任及刑之減免章。

第十八條 非故意之行為不罰。但應論過失者。以有特別規定爲限。

原案第十三條第二項不知法令不得爲非故意云云。本案擬另爲一條。詳後第三項規定所犯重於犯人所知或相等者。從其所知。所犯輕於犯人所知者。從其所犯兩例。案第一例與分則因發生特別結果（如犯某罪因而致人死傷者處以某刑）而加重本刑各條。未免抵觸。第二例規定處罰不以犯意而以犯罪之行為爲準。乃屬刑律當然之解釋。似不必著爲條

文。故本案擬刪去原案第三項。至犯人對於犯罪構成之事實。若何爲故意。若何爲過失。於下兩條另行規定。

第十九條 犯人對於犯罪構成之事實。明知及有意使其發生者爲故意。

犯人對於犯罪構成之事實。豫見其發生而其發生並不違背犯人本意者。以故意論。

原案於故意及過失之範圍。未嘗確定。解釋上一伸一縮。卽易出入人罪。其關係非淺。且故意與過失。法家學說各有不同。若不確定其範圍。非獨律文之解釋不能畫一。而犯人之處罰尤患失平。近年立法例。如意大利、俄國、暹羅等國刑法典及瑞士前後各草案。德國刑法準備草案與委員會刑法草案。皆於條文規定故意及過失之定義。故本案擬從之。

關於故意之解釋。學說不一。其最要者有二派。一爲意欲主義。一爲認識主義。此二主義互相辯論。而以意欲主義爲最多數學者所主張。及外國立法例所採用。故本案從之。於本條第一項規定直接之故意。第二項規定間接之故意。此外皆不得以故意論。

第二十條 犯人雖非故意。但按其情節應注意與能注意而不注意者爲過失。

犯人對於犯罪構成之事實雖能豫見其發生。但確信其不發生者。以過失論。

本案增入本條之理由與前條同。第一項之規定。即學說上所謂不認識之過失。第二項之規定。即學說上所謂認識之過失。

第二十一條 不得因不知法律而免除刑事責任。但因其情節。得減輕本刑二分之一。

原案第十三條第二項不知法令不得爲非故意。但因其情節。得減輕本刑一等或二等。此項之規定。即學說上所謂法律錯誤。但法律錯誤與刑事責任之關係。不獨故意罪有之。即過失罪亦有之。原案與法律錯誤專限於故意。似未賅括。故本案擬加修正。

第二十二條 犯罪因發生一定之結果而加重其刑者。若犯人不能豫見其發生時。不得從重處斷。

原案分則於犯某罪因而發生其他結果者。加重其刑等條文頗多。案科刑專以結果爲斷。不問犯人之罪責如何。此爲古代刑法。近世者深非之。蓋犯罪所生之結果。其在犯人意

中者。科以較重之刑。未爲不當。若意外之結果。其發生之原因至爲複雜。因偶然之事實。使犯人負此意外之結果。不獨受罰者自痛不平。卽刑事政策亦不應爾爾。一千九百零二年萬國刑法學會議決。犯人對於犯罪行爲之結果。所負之刑事責任。應以其能豫見者爲限。晚近立法例。如挪威、俄國刑法典及奧國、瑞士、德國各刑法準備草案。與德國委員會刑法草案。皆規定犯人祇對於其能豫見之結果而負其責任。故本案擬增入本條。

第二十三條 未滿十二歲人之行爲不罰。但因其情節。得施以感化教育。或令其監護人繳納相當之保證金。監督其品行三年。

十二歲以上未滿十六歲或滿八十歲人之行爲。得減輕本刑二分之一。

未及年歲人犯罪不應處罰。但得施以感化教育。爲各國之善制。我國感化院尙未設立。故本案擬仿暹羅、埃及等國規定。由監護人繳納相當之保證金。自行監督。以濟其窮。

原案第五十條瘖啞人或未滿十六歲人或滿八十歲人犯罪者。得減本刑一等或二等。本案

於瘖啞人擬另爲一條。至年齡一層因與本條有關。故擬改入本條第二項。

第二十四條 心神喪失人之行爲不罰。但因其情節。得施以監禁處分。

心神耗弱人之行爲減輕本刑。但因其情節。得於執行完畢或免除後。施以監禁處分。

本條第二項原案無。惟心神喪失人犯罪不處罰。而常人犯罪則處罰。若心神耗弱人。其重者幾與心神喪失等。輕者或與常人同。既不應處以通常之刑。又不應全免其刑事責任。故不能小有特別之規定。此爲各國刑法家及藥學家所公認者也。外國刑法典有類似之規定者。如意大利、挪威、西班牙、丹麥、瑞典、芬蘭、希臘、日本等國刑法典。及瑞士、德國刑法準備草案與德國委員會刑法草案。皆有心神耗弱之條文。一千九百零五年萬國刑法學會議決。亦贊成對於心神耗弱人科以較輕之刑。本案故增入本條。至其刑期比常人較短。於執行完畢或免除後。若聽其自由行動。恐遺害社會。故因其情節。得施以監禁處分。

第二十五條 前條之規定。於酗酒人之行爲不適用之。但酗酒非出於己意者。不在此限。

本條但書原案無本案增入。又原案第十二條第二項對於精神病間斷時之行爲。不適用精神病人之規定。本案擬刪。蓋本章所不罰之行爲。如年齡精神病等各條。皆以行爲時爲準。故精神間斷時。當然不適用關於精神病人之規定。

第二十六條 瘖啞人之行爲。減輕本刑。

第二十七條 依法律或正當業務之行爲不罰。

原案第十四條依法令或正當業務之行爲。或不背公共秩序、善良風俗習慣之行爲不爲罪。本案擬刪去或不背公共秩序善良風俗習慣之行爲句。蓋分則所規定無非罰其違背公共秩序善良風俗習慣之行爲。此外則屬本案第一條不爲罪之行爲。似不必有此規定。

第二十八條 依所屬高級公務員命令之職務上行爲不罰。

本條原案無。本案擬仿意大利、荷蘭、埃及、暹羅等國增入。

第二十九條 對於現在不法之侵害而出於防衛自己或他人權利之行爲不罰。但防衛行爲過當者。得減輕或免除本刑。

本條之規定。即學說上所謂正當防衛。各國刑法皆以不法之侵害爲限。既屬不法。即未至不得已時亦得防衛。與次條緊急狀態之行爲微有不同。日本刑法擴充防衛之範圍。以不正之侵害爲準。又恐防衛誤用。遂加以不得已之條件。原案亦以不正之侵害爲限。但遺漏不得已等字樣。其範圍較日本更廣矣。就日本刑法而論。對於不法之侵害。亦須待至不得已時。方予以防衛。事實上既有所不能。而於立法者保護法益之意。亦有所未盡。故本案擬從多數國立法例。凡不法之侵害。即得正當防衛。於不得已之條件。概無所取。又原案防衛行爲過當者。得減本刑若干等。修正案刪去得字。改從必減主義。本案擬仍用得字。以免藉口防衛而加以過當之危害。但防衛行爲。法官於事後從容論斷。以爲過當者。在犯人當時急不暇待或以爲非過當往往有之。且過當之程度。仍有輕重之分。若少有過當即科以刑罰。未免近苛。故本案於減輕後增入或免除字樣。以便法官裁奪。

又修正案第十五條第二項正當防衛之規定。對於直系尊親屬不適用之。此項爲原案所無

。係依刑律補充條例增人者。本案擬加。蓋尊屬之於卑屬。當然有相當之懲責權。此爲東西各國之所同。當執行懲責權時。斷不得視爲不法之侵害。

第三十條 因救護自己或他人生命、身體、自由、財產之緊急危難。而出於不得已之行爲。不罰。但救護行爲過當者。得減輕或免除本刑。

前項關於救護自己之規定。於公務上或業務上有特別義務人之行爲。不適用之。

本條之規定。卽學說上所謂緊急狀態。非如前條之有一違法侵害人可比。質言之。與有關係之人皆爲無過。但因緊急情狀。得以犧牲第三者之法益。以保自己或他人之法益。故其適用範圍。不得漫無限制。本案擬從多數國立法例。以關於生命、身體、自由、財產爲限。又本條但書本案擬增入或免除三字。理由與前條同。

第三十一條 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。

向被害人或犯親告罪請求罪而向有親告權或請求權之人自首受裁判者。亦同。

原案第五十一條第一項規定。一罪未發覺而自首。第五十二條規定。一罪既發別首未發

餘罪。本案擬併作一條。爲本條第一項。又原案第五十一條第二項犯親告罪而向有告訴權之人首服受法官之裁判者亦同。修正案改爲向被害人自首而受法官之裁判者亦同。未具理由。殆欲擴充自首之範圍。而不以親告罪爲限。我國警察及偵探犯人各機關多未設備。擴充自首俾罪有所歸。用意本善。但以向被害人自首爲限。於親告罪反形縮小。本案擬將此二義一併規定。更增入請求罪似較完密。

附刪去原案第五十三條之理由。

原案第五十三條規定。豫備罪及陰謀罪之自首。本案擬刪。理由詳次章。

第五章 未遂罪

修正案將原案未遂罪。改爲未遂罪、豫備罪、陰謀罪章。但豫備罪及陰謀罪之處罰。惟三數特別重罪。似不必著爲總則條文。故本案擬從原案。

第三十二條 已着手於犯罪之實行而不遂者。爲未遂罪。其不能發生犯罪之結果者亦同。未

遂罪之處罰。以有特別規定者爲限。

未遂罪之定義。分爲兩派。一法國派。因意外之障礙而未遂者。爲未遂罪。從此派者爲比利士、荷蘭、意大利、西班牙、葡萄牙及瑞士數州。一德國派。不問未遂之原因是否出於意外。皆爲未遂罪。從此派者爲挪威、布加利亞、瑞士、(刑法準備草案)瑞士數州、日本、(舊刑法採法國派。新刑法採德國派。)墨西哥、智利等國。兩派定義不同。故對於學說上所謂中止犯。大有分別。蓋未遂罪若以出於意外者爲限。則中止犯當然不能以未遂論。原案中止犯處罰。則未遂罪之定義。自應改從德國派。刪去因意外之障礙句。以免抵觸。

原案本條第一項。其不能發生犯罪之結果者亦同句。修正案改爲其不能發生結果而危險者亦同。本案擬仍從原案。理由詳次條。

第三十三條 未遂罪之刑。得減既遂罪之刑二分之一。但犯罪之方法不問如何情形不能發生犯罪之結果者。得減輕或免除本刑。

學說上所謂不能犯應否處罰。爲刑法學者數十年來最劇烈之爭點。至今尙無定論。主觀之說。謂既著手實行犯罪。無論其能否發生犯罪事實。皆足危害社會。故應處罰。客觀之說。謂不能發生犯罪事實時。其行爲與犯罪相去甚遠。罰之恐涉處罰犯罪意思。而非處罰犯罪行爲之嫌。兩說雖各有理由。極其所主張。均有未當。是以最近立法例。對於不能犯。多採主觀說。科以刑罰。而以絕對不能犯爲例外。庶免趨於極端。原案純採主觀說。修正案不能犯之處罰。以有危險爲限。外國學說雖有主張之者。然適用上恐生困難。故各國刑律罕有採用。本案擬從不能犯處罰主義。但對於絕對不能犯。由法官斟酌情節。得減輕或免除本刑。

第三十四條 已著手於犯罪之實行。而因己意中止者。減輕或免除本刑。

外國立法例。對於中止犯多不科罰。原案規定準未遂罪論。得減輕或免除本刑。但因己意中止其情節較輕。故本案擬刪去原案得字。改從必減。以獎勵犯人之自行中止。

第六章 共犯

原案本章名共犯罪。但恐誤以爲特種罪名。故本案改爲共犯。

共犯最要之意義。爲主觀說及客觀說所公認者。卽一切共犯除原案第二十九條第一項共同正犯外。皆有附屬之性質。其罪之成立與否。一以正犯爲準。雖或因特種情形。如原案第二十九條第二項科以正犯之刑。然其性質仍爲從犯。又第三十條教唆犯科以正犯之刑。然其性質仍爲教唆犯。原案準正犯論及依正犯之例處斷等字樣。於共犯之意義未能顯達。故本案於各條。擬改爲處以正犯之刑。

第三十五條 二人以上共同實施犯罪之行爲者。皆爲正犯。

原案第二十九條第二項於實施犯罪行爲之際幫助正犯者。準正犯論。本案擬改入第三十七條第三項但書。理由詳該條。

第三十六條 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。

第三十七條 幫助正犯者爲從犯。

教唆從犯者。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。

共同正犯與從犯之區別。主觀說。謂犯意爲共同實施犯罪行爲。則爲共同正犯。犯意爲幫助他人犯罪。則爲從犯。客觀說。謂其行爲爲犯罪結果發生之原因者。爲共同正犯。其行爲僅爲犯罪結果發生之條件者。爲從犯。顧理論雖如此。而事實未易畫分。從主觀說。則犯意殊難辨別。從客觀說。則原因與條件亦無標準。因此遂有以事前事中爲從犯科刑之輕重者。其中幫助犯與正犯同罰。事前幫助犯得減輕其刑。蓋謂事中幫助犯意較著。應科以重刑。此卽原案所採用者也。然事中幫助不問其行爲與犯罪之關係如何。概科以正犯之刑。亦未見其平允。本案擬仿俄國、法國、意大利、布加利亞等國。仍從

原案中從犯與正犯同罰之制。而以直接及重要之幫助者爲限。此外事中之幫助與事前之幫助。概科以從犯之刑。

原案從犯與正犯同罰。但得減輕若干等。本案既規定事中直接及重要之從犯。處以正犯之刑。對於其他從犯。改從必減主義。蓋從犯責任。依主觀說皆較正犯爲輕。若謂從犯情節有較正犯重大或相等者。此爲例外。不得因此例外而推翻原則。我國舊律亦採從犯減輕之制。本案改從必減。與舊律亦相符合。

又原案第三十一條第二項教唆或幫助從犯者。準從犯論。本案擬刪去或幫助三字。以免從犯之範圍過於擴充。

附刪去原案第三十二條之理由。

原案第三十二條於事前教唆或幫助。其後加入實施犯罪之行爲者。從其所實施者處斷。修正案改爲於事前教唆而後加入實施犯罪者。從其所實施者加本刑一等。其理由謂造意而兼實施。罪狀殆與俱發罪等。此蓋指兩罪而言。例如教唆他人犯一罪。而本身實施亦

犯一罪。於前罪爲教唆犯。於後罪爲正犯。當然適用俱發罪之規定。若教唆與實施均係一罪。則教唆實爲犯一罪之方法。當然依其實施者處斷。不應從修正案加重其刑。故本案擬將此條刪去。

第三十八條 因身分成立之罪。其教唆或幫助者。雖無身分。仍以教唆犯或從犯論。

因身分致刑有重輕或致免除其刑者。其無身分之人。仍科通常之刑。

因身分致免除其刑者。情節與第二項同。故本案增入免除一項。

第三十九條 知正犯之情而幫助正犯者。雖正犯不知共同之情。仍以從犯論。

第四十條 二人以上於過失罪有共同過失者。皆爲過失正犯。

原案第三十五條於過失罪有共同過失者。以其犯論。然必有正犯始有共犯。若依原案以其犯論。則難定孰爲正犯孰爲共犯。且過失罪有無共犯。學者爭論至今。仍無定評。故本案擬仿原案第二十九條共同正犯之例。規定其爲過失正犯。各科以其過失之刑。不使其負他人過失之責任。

附刪去原案第三十六條之理由。

原案第三十六條值人故意犯罪之際。因過失而助成其結果者。準過失共同正犯論。但以其罪應論過失者爲限。修正案改爲因過失而助成故意之犯罪者。準過失共犯論。較原案明瞭。但雙方皆爲過失犯。以過失共犯論已有未當。况本條之規定。一方爲故意犯。一方爲過失犯。而以過失共犯論。於理論上尤覺不洽。果有過失。自應負其過失之責任。若使對於他人故意行爲之結果。而負其責任。殊欠公平。故本案擬刪去此條。

第七章 刑名

第四十一條 刑分爲主刑及從刑。

主刑之種類如左。

一 死刑。

二 無期徒刑。

附錄二

四七九

- 三 有期徒刑 二月以上十五年以下。但遇有加減時。得減至二月以下或加至二十年。
- 四 拘役 一日以上未滿二月。但遇有加重時。得加至二月以上。
- 五 罰金 一圓以上。

從刑之種類如左。

- 一 褫奪公權。
- 二 停止公權。
- 三 沒收。

原案將有期徒刑分爲五等如左。

- 一等有期徒刑 十五年以下。十年以上。
- 二等有期徒刑 十年未滿。五年以上。
- 三等有期徒刑 五年未滿。三年以上。
- 四等有期徒刑 三年未滿。一年以上。

五等有期徒刑。一年未滿。二月以上。

有期徒刑以年月規定。爲各國通例。原案採等級制不能無失。茲分別論之。

有期徒刑分爲五等。便於加減。惟以等爲加減。則加必一等。減必一等。其中恐有畸輕畸重。例如二等有期徒刑加一等。則高度加半低度加倍。三等有期徒刑加一等。則高度加倍低度加三分之二。餘可類推。又如一等有期徒刑加一等。變爲無期徒刑。相差更遠。若祇欲加重數年。使不至於無期。則無法處之。即拘役加一等。變爲五等有期徒刑。其相差亦遠。此尤其不平者也。

有期徒刑分爲五等。於立法上諸形不便。蓋分則及各單行法所科之刑期。惟以此五等爲標準。而罪之輕重各有不同。必以此五者繩之。則規定之刑。恐有不失於酷即失於寬之病。考各國刑法二年以下六月以下之徒刑者尚多。即如日本刑法。科二年以下懲役者計十餘條。科六月以下懲役者計數條。照原案徒刑之等級。欲科二年以下六月以下即無可規定。其餘介乎各等級之年期亦復如是。不若廢去等級。各定年月。而以若干分之

幾爲加減。既無定刑失當之虞。并免加減相懸之失。且分則及單行法各條。徒刑明定年月則一目瞭然。無俟檢查等級表。卽知刑期之短長較爲便利。此本案所以不採等級制也。

原案有期徒刑之最高度爲十五年。修正案改爲十二年。其理由謂初犯年齡二十五歲最居多數。而人生平均年齡不過四十二歲。若對於二十五歲科以最長刑期十五年。至四十歲始能釋放。殆與無期徒刑無異云云。案法律所科有期徒刑之最高度。實際上於犯人與無期徒刑之關係各有不同。年老衰弱之人。科以數年之徒刑。或竟近於無期。年力少壯者。科以十五年無出獄之希望。此皆事實上犯人本身之問題。似不足據以爲縮短法定刑期之標準也。况原案有假釋之制。以救長期自由刑之弊。犯人果能遷善。不必待至刑期滿後始出獄。否則科以十五年。爲社會及個人防範起見。未爲過也。且科刑時有最高度及最低度之規定。法官可以酌量於其間。非必科以最高度。原案定十五年。實從多數國刑期而採其最適中者。故本案擬仍從原案。

本條第二項第三款及第四款但書。係指加減與併合論罪之例外而言。前法律館草案本有但書。其修正案及憲政編查館核訂案。將但書改入俱發罪章。似未妥善。蓋此例外若不規入刑名則屬非刑。故本案擬修正之。

本條第三項第二款停止公權。原案無。本案從修正案增入。

第四十二條 依第八條免除主刑者。專科褫奪公權。

主刑免除者。得專科沒收。

從刑爲主刑之附屬刑。故通例必科以主刑方能科以從刑。本條卽其例外。第一項卽修正案第六條。第二項卽修正案第六十一條。第二項有原案所無而修正案增入者。本案擬併爲一條。規定於本章。

第四十三條 主刑之重輕。依第四十一條規定之次序定之。

同爲死刑或無期徒刑者。據犯罪情節。定其重輕。

同種之刑。以最高度之較長者或最多額之較多者爲重。最高度或最多額相等者。以最低度

之較長者或最少額之較多者爲重。

最高度或最多額與最低度或最少額俱等者。據犯罪情節。定其重輕。

關於主刑重輕。原案於俱發罪章第二十七條規定之。惟該章以外之事項。有時亦須定其重輕者。卽如修正案第一條第二項(本案第二條)。新舊兩法從輕處斷是也。本案既於有期徒刑廢等級制。則此項重輕標準。自應隨之而改。故擬規定於本章以求賅括。

第四十四條 死刑用絞。於監獄內執行之。

死刑非經司法部覆准。不得執行。

本案將原案第四十條改爲本條第二項。

附刪去原案第三十九條之理由。

原案第三十九條關於監獄法。本案擬從修正案刪去。

原案第四十一條之理由。

原案第四十一條宣告徒刑及拘役。不得未滿一日。罰金不得未滿一圓。前法律館修正案

案語。謂拘役短期爲一日。罰金寡額爲一圓。則因減輕而至一日或一圓以下者。若卽免除。不足以昭懲創。是以增補入律。俾資引用云云。原案減輕以從徒刑減等變爲拘役。至拘役則竟無從而減。是所謂未滿一日者本不適用。本案以若干分之幾爲加減。則不滿一日之時間。不滿一圓之金額如何科斷。於加減章規定之。故擬刪去此條。又易科監禁之計算。間亦有此種情狀者。擬於該條另行規定。

第四十五條 徒刑及拘役之囚犯。於監獄內拘禁之。

徒刑及拘役之囚犯。令服勞役。拘役之囚犯。得因其情節。免服勞役。

原案第四十二條後段。監禁方法及勞役種類。依監獄法之規定。本案以其屬當然之事。故擬刪去。

附刪去原案第四十四條之理由。

原案第四十四條受五等有期徒刑或拘役之宣告者。其執行若實有窒礙。得以一日折算一圓易以罰金。案本條以罰金易自由刑。有背刑罰之本旨。爲他國刑法所無者。前法律節

草案所舉外國船舶之水手。於碇泊地犯輕微之罪。科以數日之拘留。該船勢難久待。一旦啓碇歸航。在本船既失必需之水手。在本人又失歸航之便。而本國反因此增一飄零無業之異國游民。際此情形則易罰金爲宜。英國判決例此事數見。其他屬於此類之事例者。亦復不少云云。據所舉之事例實因便宜起見。而與條文所云執行實有窒礙之說未免不符。且所謂犯輕微之罪。科以數日之拘役而條文則擴充。至一年以下之徒刑。以一圓折算一日。則數百圓可以贖一年以下徒刑之罪。又未免失科刑之本旨。况原案科罰金之條文一百有奇。其中科自由刑罰金者八十有奇。（餘皆併科）是輕微罪皆可徑科罰金。無俟宣告自由刑後始易以罰金也。若謂執行實有窒礙。卽在一年以上之徒刑亦或有之。可依執行法辦理。至所云英國判決例。殆依據一千八百六十一年之刑律合併法。及一千八百七十九年之簡易訴訟法。其大致對於所規定自由刑之罪。法官得按其情節併科以罰金。或不科以自由刑而僅科以罰金。其用意係在擴充罰金之適用範圍。與原案擴充罰金至百餘條之多。實相暗合。非宣告自由刑後因執行窒礙而易以罰金也。故本案擬刪去之。

第四十六條 罰金於裁判確定後。令一月以內完納之。但因其情節。得令一年以內分期繳納。

繳納期滿而不繳納者。強制令其繳納。但確知其不能繳納者。不在此限。

未繳納之罰金。以一圓以上三圓以下之額數。折算一日。易科監禁。但不得逾一年。

繳納期內經本人之承諾。得執行易科監禁。

易科監禁之期間。於裁判時併宣告之。

易科監禁。於監獄內附設之監禁所執行之。

易科監禁。令服勞役。但因其情節。得免勞役。

繳納期滿而未繳納者。易科監禁。並得取消其分期繳納。

易科監禁期內納罰金者。依所納之數折算。入易科監禁期內。

罰金總額逾一年之數者。以罰金總額與一年之日數比例折算。

不滿易科監禁一日之金額。不得納之。易科監禁不滿一日之時間不算。

罰金爲輕微罪之刑。對於社會及個人之防範。本無奪犯人自由之必要。故於不能繳納罰金時。易科監禁實爲萬不得已之辦法。各國學者及立法例。皆謀所以便利罰金之執行。最近一千八百九十一年萬國刑法學會。及一千九百零五年萬國監獄會先後議決。便利罰金執行之方法如左。

- 一 分期繳納。
- 二 以工易罰。
- 三 酌定金額。

以上所舉三種方法。各國有兼用之者。有僅用其一二者。茲分別論之。

分期繳納之制。其用意爲犯人一時不能繳納全額者。分期或能繳納。實行此制者爲英國、俄國、那威、荷蘭、紐恩(瑞士州名)、布加利亞、(準展期三月與此制略有不同。其用意則一。)墨西哥。其見諸草案者爲西班牙刑法草案(一千八百八十四年)。瑞士及德國刑法準備草案。本案以此制易於實行。故擬從之。

以工易罰之制。分爲兩種。一作工而不限制其自由。一作工而限制其自由。其已實行此制者。爲那威、滑特(瑞士州名)邊、(瑞士州名)、紐恩勃(瑞士州名)、墨西哥、意大利、匈加利、法國、德國(法德兩國。係依森林法)。其見諸草案者。爲瑞士及德國刑法準備草案。本案以此制在我國情形難於實行。故不採。

酌定金額之制。詳於刑之酌科章。

原案第四十五條第一項規定。易科監禁。以一圓折算一日。本案擬改爲一圓以上三圓以下之額數折算一日。俾法官得審察其不繳納之原因。以定其標準。又原案易科監禁日數。最長者以三年爲限。查各國規定。此項期限或以數月。(瑞典六十日。芬蘭九十日。英國三月。那威四月半。比利士、布加利亞、印度皆六月。荷蘭八月。)或以一年。(日本、暹羅、西班牙、俄國、德國)日本舊律定二年。新律改爲一年。且得隨時假釋出獄。最近草案如瑞士及德國刑法準備草案。皆以一年爲期。是各國此項規定。最長爲一年。本案擬從之。

繳納期滿而不繳納者。照本案第二項先強制執行。但確知執行無效者。可省執行之手續而徑科以監禁。又繳納期內預知其強制執行無效者。若得本人承諾。不必俟期滿。即可科以監禁以免遷延。此本案所以增入第四項也。（參照日本第十八條第五項。）

原案採用確定期限制。以一圓折算一日。本案既採用酌定期限制。以一圓以上三圓以下折算一日。故增入第五項易科監禁之時間。於裁判時併宣告之以省手續。（參照日本第十八條第四項。）易科監禁。日本執行之於勞役場。原案未聲明應否服勞役。故本案增入第七項。

第十一項原案無本案增入。又原案第六項係當然之解釋。擬刪。

第四十七條 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 膺榮典之資格。

四 入軍籍之資格。

五 爲官立公立學校校長、職員、教員之資格。

六 爲律師之資格。

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。

宣告六月未滿有期徒刑拘役或罰金者。不得褫奪公權。

因過失犯罪者。不得褫奪公權。

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。但有期褫奪公權之期限。自執行完畢或免除之日起

算。

原案第四十六條第二款。單列選舉人資格。意謂被選舉人資格。依文例章之規定。包含在第一款內。但被選舉人於選舉之時。尙未知其當選與否。斷不能以第一款包含之。日本刑法修正案。既列公務員之資格。復列選舉人及被選舉人之資格。（日本現行法關於公權之規定。概委之特別法）可供參考。故本案於第二項增入被選舉人。

原案第五款學校校長、職員、教員之資格。應以官立、公立學校爲限。若私立之學校。非屬公權。故本案加入官立、公立字樣。

原案褫奪公權之規定。似過於繁雜。蓋就分則各條而言。公權有必褫奪及得褫奪兩例。其必褫奪與得褫奪之標準。又至不一。以國籍爲標準者。如原案第一百十六條。以犯人之業務爲標準者。如原案第三百二十六條。以被害人之身分爲標準者。如原案第三百二十四條。以犯人之身分爲標準者。如原案第一百二十六條。以受刑之輕重爲標準者。如原案第一百零六條。以犯罪之目的爲標準者。如原案第三百五十六條。其餘之標準不一而

足。更就得褫奪一例而論。原案第四十七條。謂於分則有得褫奪公權之規定者。得褫奪現在之地位。或於一定期限內。褫奪前條所列資格之全部或一部云云。夫既曰得褫奪現在地位。則有不必褫奪者。身既入獄。安有不褫奪現在地位之理。而所謂現在地位。是否包現任官職而言。亦未分明。蓋原案分則中。明定免現職者凡四條。第一百五十條官員犯瀆職罪者。第一百七十六條第二項官員犯脫逃罪者。第一百八十五條官員犯僞證及誣告罪者。第二百七十五條官員犯鴉片烟罪者。均有並免現職之明文。然則犯其餘之罪而褫奪公權者。應否並免現職。未見規定。又所云一定期限內褫奪。而期限之長短復無限制。獨於第一百六十三條選舉罪。則有十年以下二年以上喪失選舉被選舉資格之規定。此外尚有全部及一部分之分。其條文實覺紛歧。本案擬仿修正案廢去一部之褫奪。明定有期褫奪之期限。並確立應科有期及科無期之標準。至其應奪與否。一併取裁量主義。

第四十八條 宣告有期徒刑而不科褫奪公權者。執行完畢以前。停止前條第一項之公權。

本條原案無。本案從修正案增入。

第四十九條 沒收之物如左。

一 違禁物、私造物、私有物。

二 供犯罪所用及犯罪豫備之物。

三 因犯罪所得之物。

前項第一款之物。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。

最重本刑爲拘役或罰金者。非有特別之規定。不得沒收。但第一項第一款之物。不在此限。

沒收於裁判時併宣告之

不問屬於犯人與否。應行沒收之物。得專科沒收。

沒收爲從刑。所以防範將來犯罪之憑藉。原案採必科主義。多數國立法例。均主得科。

本案除第一項第一款外。擬從得科主義。又對於犯輕微罪者。除第一項第一條外。若不

斟酌案情而概行沒收。恐失之太過。以至從刑反重於主刑。故本案擬參照日本刑法第二十條。及德國刑法準備草案第五十四條。增入第三項。又第四第五項原案無。本案增入。

第五十條 裁判確定前拘禁之日數。以二日抵徒刑或拘役一日。或抵罰金一圓。

原案於抵字上有得字。修正案理由謂。因施行以來。審判官視爲具文。罕有適用此項規定。本案擬從修正案確定抵刑之標準。刪去得字。

附刪去修正案第八章之理由。

修正案第八章名親屬加重。爲原案所無。本案擬從原案。於分則各條規定其加重之刑。故刪。

第八章 累犯

原案本章名累犯罪。本案刪去罪字。理由見第六章。

第五十一條 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以上之罪者。爲累犯。

法律所規定累犯。以舊會犯罪爲條件之一。各國立法例可分兩派。一爲法國派。以有罪裁判確定後之犯罪爲標準。二爲德國派。以執行完畢後之犯罪者爲標準。主法派者謂。裁判一經宣告。犯人即應有所警戒。受警戒而復犯罪者。應加重其刑。主德派者謂。裁判宣告尙未受刑。果足爲犯人之警戒。則宣告以前刑律具在。亦足以警戒之。何待裁判之宣告。故必以實體上受刑全部之執行或一部之執行而經免除者。方足爲犯人之警戒。受刑後復犯罪。可證明通常刑之不足以懲治其特別惡性而有加重其刑之必要。兩派主張。自以第二派爲優。故本案規定累犯之定義。擬仍從原案第十九條。而將但書之累犯條件。列入定義內。較爲確當。

第五十二條 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 侵犯大總統罪、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 妨害宗教罪。
 - 八 妨害商務罪。
 - 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、毀棄損壞罪。

累犯之處罰。可分兩種。一普通累犯。即所犯之罪性質不同者。二特別累犯。即所犯之罪爲同一或類似者。特別累犯有特別之惡性。最難懲戒。故較普通累犯自應特別加重。本案擬分別兩義以規定之。

第五十三條 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。

原案裁判確定後。於執行其刑之時發覺爲累犯者。依前二條之例更定其刑。其意謂裁判確定後始發覺者。得變更其裁判。而從新科罪。但執行完畢或免除後。則不得變更其裁判。是兩點。一得變更其裁判。一不得變更其裁判。原案將此兩層合爲一句。設於判定之後執行之前發覺爲累犯者。恐有不能變更其刑之誤解。故本案擬將此條分爲兩項。

第五十四條 累犯之規定。於前所犯罪依軍法或於外國法院受有罪裁判者。不適用之。

第九章 併合論罪

原案本章名俱發罪。沿用舊律之名稱。但本章之規定。非限於數罪俱發。卽數罪各別發覺。亦得適用。是以日本舊刑法名爲數罪俱發。新刑法改爲併合罪。然所謂併合罪。並非將數罪併合爲一罪。其各罪仍獨立存在。不過併合處斷之耳。故本案改爲併合論罪。

第五十五條 裁判宣告前。犯數罪者。併合論罪。

原案以裁判確定前所犯之罪。爲併合論罪之標準。修正案於裁判二字上加有罪二字。但併合論罪。係規定二罪以上處斷之法。故有罪二字似可刪去。

關於併合論罪之範圍。各國立法例可分三派。一以裁判宣告前所犯之罪爲限。德國、俄國是也。二以裁判確定前所犯之罪爲限。中國、日本、葡萄牙、匈加利是也。三以執行未畢前所犯之罪爲限。芬蘭、瑞典、意大利是也。第三派在執行期內犯罪者。推翻以前

之裁判。使犯人得享併合論罪之利益。無異獎勵犯法。故此派爲學者所非議。第二派縮小併合論罪之範圍。而以裁判確定前爲限。較第三派略優。但裁判宣告後確定前之期間內犯罪者。與裁判宣告前之罪。併合論罪。亦無充分之理由。蓋裁判既經宣告。而於未確定之前雖或有變更之必要。(如上訴等)。然斷不能純因宣告後犯罪而變更其裁判。遷就犯人使其得享併合論罪之利益。故本案擬從第一派。以裁判宣告前之罪爲限。

第五十六條 併合論罪。分別宣告其罪之刑。依左例定其應執行者。

- 一 所宣告之最重刑爲死刑者。不執行他刑。但從刑不在此限。
- 二 所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。於各刑中之最長刑期以上。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。於各罰金中之最多額以上。各罰金合併之金額以下。定其金額。

六 宣告多數之有期褫奪公權者。止執行其中最長期間之褫奪公權。

宣告多數之沒收者。併執行之。

七 依第三款至第六款所定之刑。併執行之。

併合論罪之處分。有三主義。一爲吸收主義。卽於數罪中科以最重之刑。二爲併科主義。卽以數罪之刑一併科斷之。三爲限制加重主義。卽於法定範圍內。就其中最重之刑加重之。以爲合併之刑。此三者最輕爲吸收。最重爲併科。折衷其間者。爲限制加重主義。卽原案所採用者也。修正案改爲俱發各罪。加本刑一等。從一重處斷。但所謂加重本刑一等者。不獨意義不明。且科斷之法亦失平允。例如俱發各罪輕重相懸。據其輕者爲本刑。則加重一等轉輕於吸收。據其重者爲本刑。則加重一等又轉重於併科。且俱發各罪亦有多寡之殊。設不論其罪之多寡。加重一等以吸收之。則是獎勵犯法。如其不然。於每罪加重一等。則或重於併科。或輕於吸收。本案故擬仍從原案。而略加修正。原案第二十三條第一款科死刑者。不執行他刑。本案擬加但從刑不在此限句。以爲例外。蓋

從刑性質與主刑不同。不妨併科之。第二款科無期徒刑者。不執行他刑。本案擬加但罰金及從刑不在此限句。其關於從刑。理由與前同。至罰金於死刑不併科。而於無期徒刑則併科者。因既執行死刑。其受罰者不在犯人本身。而在繼承遺產之人矣。若無期徒刑。事實上雖近於死刑。而法律上有出獄希望。與死刑大異。(如假釋)。故科以罰金。仍作為犯人本身所受之刑罰。又宣告多數之有期褫奪公權。本案擬從吸收主義。執行其最長期者。蓋褫奪期間自出獄之日起算。加以在獄之期間已屬不短。故不採併科主義。

第五十七條 併合論罪。有已經裁判及未經裁判者。就未經裁判之罪處斷。

本條及次條規定。數罪各別發覺處斷之法。原案第二十四條第一項。一罪先發已經確定審判。餘罪後發或數罪各別經確定審判者云云。以裁判確定為標準。似未妥善，蓋裁判既已宣告。雖未至確定。不應因發覺他罪而取消之。當就未經裁判之罪科刑。依下條應斷較為簡當。

第五十八條 併合論罪有二裁判以上者。依第五十六條之規定處斷。

第五十九條 併合論罪既經處斷。若各罪中有受赦免者。餘罪仍依第五十六條之規定處斷。

原案第二十四條第二項。其最重刑消滅仍餘數罪者亦同云云。最重刑三字。範圍太狹。蓋次重之刑消滅仍餘各罪。當然依原案第二十三條科斷。故本案擬修正之。

附刪去原案第二十五條之理由。

原案第二十五條俱發與累犯互合者。其俱發罪依前二條之例處斷。與累犯罪之刑並執行之云云。按此條之規定。似有誤解。前法律館草案理由所舉之例。如犯甲乙兩罪。應處徒刑三年。尙未發覺。僅以乙罪受宣告徒刑五年。執行既終後再犯丙罪。值審判之際。同甲罪一併發覺是也。此種情形應據本條規定。先按其甲乙兩罪。而援用前二條以甲罪之徒刑三年。與乙罪比較。於八年以下五年以上之範圍內。定執行刑期六年。以前此五年執行既終。故以其餘刑一年。與再犯丙罪之刑合併執行等語。案所犯之丙罪。係在裁判後。依俱發罪之定義。自應獨立科刑分別執行。如具累犯條件。則科以加重之刑。否則科以通常之刑。然則丙罪與其他各罪。分別執行。固不以累犯爲限。是故本條之用意

。係俱發罪與非俱發罪互合時。其非俱發罪。應獨立科刑。而與俱發罪之刑一併執行。
乃俱發罪定義當然之解釋。故本案擬刪去之。

第六十條 一行為而犯數項罪名。或以犯一罪之方法或其結果而犯他項罪名者。從一重處
此斷。

本條之規定。即學說上所謂想像上之數罪競合。其所以異於實體上之數罪競合者。（原
案第二十三條。）謂以一行為而同時犯數項罪名。或犯一罪而同時觸犯他項罪名者。故
本案擬從前法律館草案。加入一行為而犯數項罪名句。又原案第二十六條以犯一罪之方
法。或其結果而生他罪者。從一重處斷。修正案將生他罪三字。改為關係他項條文六字
。其理由謂。犯一罪之方法或結果有時生他罪。有時不生他罪。從一重處斷之規定。本
包括此兩種情形。案併合論罪。指實體上或想像上多於一罪而言。若犯一罪而不犯他項
罪名。則非併合論罪。修正案所謂關係他項條文者。意義未免太廣。故本案擬仍從原案
。而加以修正。又原案但書。本案擬刪。

第六十一條 連續數行爲而犯同一之罪名者。以一罪論。

本條之規定。卽學說上所謂繼續犯。蓋以一罪論者。必以犯同一之罪名爲準。原案第二十八條連續犯罪句。包括不同一之罪名。範圍太廣。故本案擬加入犯同一之罪名句。較爲確當。

第十章 刑之酌科

原案本章名酌減。修正案改爲酌加、酌減。其理由謂。原案分則各刑高低額相懸。三等之自由裁量既改爲一等。恐審判官無酌奪之餘地。故特設酌加一等或酌減一等或二等之規定。藉劑其窮。然以修正案所改。其結果殆與原案三等之刑無甚區別。故本案於分則各罪。仍多從原案三等刑而略加修正。俾審判官得自由裁量。不至有窮酌奪之虞矣。又謂酌加之法。雖爲各國通例所無。然有酌減而無酌加。乃沿博愛時代之遺習。並非根據學說。既許酌減。何獨不許酌加云云。夫刑罰爲國家無上之權。古代刑罰。不由法定。

法官得以自由科刑。其爲害於社會。自不待言。故近代皆採法定刑主義。以防濫用。夫犯罪而有惡性者。科以法定之刑可矣。犯罪而無惡性者。其情節至不一端。科以法定之刑或過於酷。故得酌減。例如姦所殺死姦夫與圖財害命。依法律條文。其爲殺人罪雖同。而所應科之刑則異。故凡行爲雖屬犯罪。而情節確有可原者。裁判上則有酌減之例。行政上則有特赦之權。蓋以此也。更證以各國刑法典之體例。犯罪因特別情節應加重者。皆於分則各罪規定之。例如原案分則各罪加重之情節。至能繁密。有因犯人身分者。(第一百四十條)。有因被害人身分者。(第一百八十三條)。有因犯罪目的者。(第一百零一條)。有因犯罪人數者。(第三百六十八條)。有因發生一定之結果者。(第一百三十條)。有因被害法益者。(第一百八十六條)。有因犯罪之方法者。(第二百八十三條)。有因以犯罪爲常業者。(第二百七十七條)。有因職務上犯罪者。(第一百三十五條)。有因犯罪之程度者。(第一百四十條)。其餘各條之加重。類多以此爲準。是應加重各情節。既科以加重之刑。似不當於總則中再設酌加之規定。故本案擬將修正案酌加之條文

刪去。並增入科刑之標準。改章名爲刑之酌科。

第六十二條 科刑時應審酌一切情形之輕重。爲法定刑內科刑輕重之標準。

應特別審酌之事項如左。

- 一 犯罪之心術。
- 二 犯罪之原因。
- 三 犯罪之目的。
- 四 犯人所受之激刺。
- 五 犯人本身之關係。
- 六 犯人生活之狀況。
- 七 犯人平日之品行。
- 八 犯人智識之程度。
- 九 犯罪之結果。

十 犯罪後之態度。

科罰金時。除前項規定各情形外。并應審酌犯人之財產關係。

刑期及罰金。定高低相懸之額。俾法官得斟酌情節。科以適當之刑。爲近世刑法不易之理。原案於各罪科刑之範圍。其高度與低度相懸三等。卽此意也。然因範圍太廣。故施行以來。法官援用或未盡得當。修正案改爲一等刑。又未免失之太狹。本案於科刑各條。擬參採原案。并於法定刑範圍內。示法官以用刑之標準。

科刑得當誠非易事。惟經驗日久。能細心推勘情節。且具有判斷力及不偏頗之法官能之。故最近瑞士及德國刑法準備草案。皆於總則中特設專條。臚舉科刑時應審案事項。以指導法官之留意。瑞士草案第四十七條規定。法官於科刑時。須審酌犯人之犯意與犯罪之動機。犯罪以前之品行。及犯人地位之關係。德國草案及委員會刑法草案。採用其制。而情節更加詳晰。本案略師其意。規定本條。

本條第四款所謂。犯人所受之激刺。例如犯人爲人愚惑。偶爾爲之。或因一時被謗盛氣

犯罪者。第五款所謂犯人本身之關係。例如年齡之高低。官骸之完缺。及犯人與被害人無親戚、友誼、主僕等關係者。第六款所謂犯人的生活之狀況。例如犯人因貧乏不能自存。或純因貪慾而犯財產罪者。第十款所謂犯罪後之態度。例如犯人犯罪後。因悔悟而力謀恢復原狀。或賠償損害者。

罰金之刑酌科得當。較他刑爲尤難。蓋所科過重。至犯人不能繳納。則易科監禁。遂失罰金執行之本旨。所科過輕。則易於繳納。無關痛苦。亦失罰金懲戒之用意。人之貧富相去甚遠。同一金額。貧者納之或破產不足。富者納之則若捐毫末。其不平孰甚。既不能盡免此弊。惟有斟酌犯人財產之關係。以爲罰金酌科之標準。亦求比較上之平允耳。一千八百九十一年萬國刑法學會議決。科罰金除審酌各情形外。兼審酌犯人財產上之關係。外國法律以此定爲標準者。那威、西班牙、丹麥、葡萄牙、瑞士數州及中南美洲諸國。最近如奧國及德國刑法準備草案。與德國委員會刑法草案。均有此種規定。故本案擬從之。

第六十三條 犯罪之情狀可憫恕者。得酌減本刑。

第六十四條 依法律加重或減輕者 仍得依前條之規定。酌減本刑

第十一章 加減例

原案加減以等。本案以若干分之幾爲加減。故原案加減例一律照改。以便計算。

第六十五條 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。

第六十六條 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。

第六十七條 有期徒刑應加減者。其最高度及最低度同時加減之。

第六十八條 拘役應加減者。止加減其最高度。

第六十九條 罰金應加減者。其最多額及最少額同時加減之。其僅定有最多額者。止加減其最多額。

第七十條 減輕本刑而無若干分之幾之規定者。減輕本刑至二分之一以下。

本條原案無。本案增入。

第七十一條 有二種以上之主刑應加減者。同時併加減之。

第七十二條 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。

第七十三條 有二種以上應加減者。遞加、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。

第七十四條 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圓之分數者。亦同。

第七十五條 從刑不隨主刑加重減輕。

第十二章 緩刑

第七十六條 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。得同時宣告自裁判確定之日起。三年以上五年以下之緩刑。

一 未曾受拘役以上刑之宣告者。

二 前受拘役執行完畢。或免除後逾三年。或前受五年以下有期徒刑執行完畢。或免除後逾五年者。

原案自審判確定之日起句。在得宣告緩刑句前。恐誤解以爲審判確定之後。隨時得宣告緩刑。其實科刑與緩刑須同時宣告。故本案於宣告句前。加同時二字。并擬從修正案。將自裁判確定之日起句。改置同時宣告句下。

修正案將原案受四等以下有期徒刑或拘役之宣告句。與緩刑各款之要件並列。而於所緩

之刑。未能明白標舉。故擬從原案較爲清楚。又緩刑之制。本爲較輕之罪而設。原案以四等有期徒刑。(三年未滿)。爲緩刑之範圍。證諸各國立法例。未免失之太廣。故本案擬改爲二年。

罰金能否緩刑。爲刑法上一爭論之問題。蓋緩刑初旨。原欲獎勵犯人遷善。故其刑之執行與否。全視犯人之素行爲斷。十九世紀末葉。歐洲刑法家。力倡廢止短期自由刑緩刑之制。乃大受影響。於是緩刑獎勵犯人之旨。一變而爲免除短期自由刑之旨。由是緩刑與自由刑併爲一談。罰金之不能緩刑。其實由此。原案罰金不在緩刑之列。修正案添入易科監禁。准予緩刑。然易科監禁。法律上以罰金論。其能繳納罰金者。則不獲受緩刑之益。其不能繳納罰金者。則予以緩刑。似於情理尙欠公平。凡此皆不免偏重於短期自由刑之觀念。而於獎勵犯人遷善一層。未嘗顧及。蓋可以遷善之輕犯。一施刑後。或使其終身爲犯罪之人。若予以緩刑。於刑罰將施而未施之時。其遷善之勇。或較諸施刑之收效爲佳。故外國刑法。將緩刑擴充至罰金者。不少其例。况罰金輕於拘役、徒刑。犯

拘役、徒刑尚準其緩刑。而犯較輕之罪。反不畀以自新。是於刑事政策有所未協。故本案擬添入罰金一層。

原案第六十三條第三第四款爲緩刑之要件。殊覺太苛。若犯人果有遷善之希望。卽不備有三四兩款。亦當予以緩刑。以觀其後。此二款祇可爲法官事實上酌量之要件。不應爲法定要件。故本案擬刪。

第七十七條 受緩刑之宣告而有左列情形之一者。得撤銷其宣告。

- 一 緩刑期內更犯罪受拘役以上刑之宣告者。
- 二 因緩刑前犯他罪在緩刑期內受拘役以上刑之宣告者。
- 三 除前條第二款外。因緩刑前犯他罪曾受拘役以上刑之宣告在緩刑期內。始發覺者。

原案第六十四條第一第二第三款。爲緩刑必須撤銷之要件。但拘役實輕微罪。故本案擬於撤銷字上加一得字。又原案第四第五款。照前條理由擬刪。

第七十八條 緩刑期滿而緩刑之宣告未經撤銷者。其刑之宣告爲無效。

各國刑法。對於緩刑期滿未經撤銷緩刑之犯人所處地位。略分兩派。其一、刑之宣告作爲無效。以未嘗犯罪論。其二、所緩之刑以既執行論。兩者區別於犯人所處法律上地位。實有關係。原案採第一派。修正案將其刑之宣告爲無效句。改作其行刑權銷滅。似採第二派。多數國採第一派。權其利害亦以第一派爲優。蓋受緩刑者。既不復犯罪。則滌蕩舊恥勉力自新。故外國立法例。有不獨以刑之宣告爲無效者。且更有以刑事判決錄。完全注銷者。其意亦使犯人免存留惡迹。貽玷將來。故本案擬仍從原案。

第十三章 假釋

第七十九條 受徒刑之執行而有悛悔實據者。無期徒刑逾十年後。有期徒刑逾二分之一後。由監獄官申司法部。得許假釋出獄。但有期徒刑之執行未滿二年者。不在此限。

前項執行期限。依左列定之。

一 所宣告之刑 係無期徒刑者。不適用第五十條之規定。

二 所宣告之刑。係有期徒刑者。遇有第五十條之情形時。以所餘之刑期計算。

原案第六十六條但書。規定三年之期限。略覺過久。因犯人既有悔悔之實據。必待三年方予假釋。於國家與犯人兩無裨益。外國立法例。對於此種期限。其趨勢皆從縮短以一年爲限者。如德國、布加利亞、波士尼粗、列殊(瑞士州名)刑法及瑞士、奧國刑法準備草案。以三月爲限者。如法國、比利士及魯全。(瑞士州名)無期限者。爲日本、果魯亞斯亞及美國數州。原案所規定無期徒刑逾十年。有期徒刑逾二分之一。爲假釋之期限。折衷各國尙見平允。獨於但書所規定之期限。較他國爲特長。未免輕重失均。故本案擬改爲二年。

假釋條件所定之執行刑期。應否適用本案第五十條。以裁判確定前之拘禁日數算入。原案并未規定。外國學說有主張算入者。(那威、瑞典有明文規定)。但主張不算入者。居其多數。因假釋條件所定之執行期限。指事實上執行。俾知罪人受刑後。是否實能悔改。若以拘禁日數算入。是與緩刑之意背馳。故本案擬從德國刑法準備草案。增入第二項

。例如科無期徒刑者。裁判前拘禁二年。若以之抵徒刑一年。算入十年之執行期內。則九年後即可假釋。本案擬仍算足執行十年。又如科有期徒刑十年。二分之一爲五年。裁判前受拘禁二年。若以抵徒刑一年。算入五年期內。則四年後即可假釋。依本案所擬計算。十年期內除去拘禁相抵之一年。是事實上執行之期限爲九年。二分之一則爲四年半。方可假釋。照此計算與假釋之本旨。較爲符合。

第八十條 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。

原案第六十七條第一項規定。假釋撤銷之條件及撤銷之效力。本案擬分爲兩項。又原案第二項規定。未經撤銷假釋之效力。本案擬另規定於第八十二條。

原案規定有本條所列之情形者。必須撤銷其假釋。本案擬加一得字。俾法官於適用此條

時。有酌量餘地。多數國立法例大率如此。

修正案於原案本條第一款加入易科監禁。爲撤銷之條件。但易科監禁於法律上以罰金論。而罰金輕於拘役。若以罰金爲標準。則應改爲罰金以上。而拘役以上句。自應刪去。若以拘役爲標準。則罰金不能爲撤銷之條件。兩者不宜並立。况同一罰金罪。其有力繳納與否。關係於假釋之撤銷案之理論。與刑事政策皆有未允。故本案擬仍從原案。至修正案加入易科監禁。理由謂此刑既爲罰金之代。其假釋期內或假釋前。犯者亦應撤銷其假釋。而仍監禁等語。案易科監禁。似可獨立執行。不必撤銷假釋亦得爲之。至執行之期間。依次條之規定。不算入假釋期內。又原案第二第三款規定。假釋前之犯罪。爲假釋撤銷之條件。未免太酷。蓋以犯人既有悔改前罪之實據。然後予以假釋。不宜復因其既往之罪又撤銷之。至於假釋前之犯罪。自應獨立執行其刑。不必互相牽涉。故本案擬刪。

第八十一條 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。

本條原案無。本案增入。

第八十二條 假釋期滿而未經撤銷假釋者。其未執行之刑期。以既執行論。

附刪去原案第十四章之理由。

原案第十四章僅有第六十八條。前法律館起草亦嘗聲明。當時未有憲法。故規定於刑法中。俟將來再行修訂等語。按約法第二十八條規定。大赦、特赦、減刑、復權四種。自應依特別法辦理。無須列入刑法。故本案擬從修正案刪去。

第十四章 時效

第八十三條 公訴權逾左列期限而不行使者。其公訴權因時效而消滅。

- 一 死刑或無期徒刑者二十年。
- 二 十年以上有期徒刑者十五年。
- 三 五年以上十年未滿有期徒刑者十年。

四 一年以上五年未滿有期徒刑者五年。

五 一年未滿有期徒刑、拘役或罰金者一年。

前項期限自犯罪成立之日起算。但第六十一條之連續犯罪。自犯罪最終之日起算。

原案第六十九條第二項後段。逾期不起诉者。其起诉權消滅句。擬改置第一項。於時效之意義較爲明顯。又逾期不起诉句。似與原案第七十二條偵查爲訴權時效中斷之規定不符。若偵查在期限內。而起訴在期限外。照原案第六十九條第二項。則期限已滿公訴權消滅。而第七十二條則期限未滿。公訴權仍未消滅。兩者互相抵觸。故擬將提起二字。改爲行使二字。較爲賅括。因偵查爲行使公訴權最初之手續。當然包含在內也。

外國立法例公訴權之時效期限。最多者分爲七項。最少者分爲二項。多數國以五項爲準。本案擬從多數國。又最長期限中。其最長者爲三十年。最短者爲十年。多數國以二十年爲準。原案規定十五年爲期略短。況中國地大。交通不便。偵探犯人之機關未備。尤不宜立此短期。故本案擬從多數國定爲二十年。又最短期限中其最長者爲五年。最短者

爲兩月。多數國以一年爲準。原案規定六個月。亦覺爲期略短。故本案擬從多數國定爲一年。其餘各項時限。均酌量於最長及最短期限中分配。

原案第六十九條第二項規定。時效期限自犯罪行爲完畢之日起算。與德國現行刑律第六十七條第四項大致相同。於此有不能無疑者。蓋公訴權之時效。爲消滅刑罰權而設。故時效必以刑罰權爲根據。若於行爲完畢之日起算。不問行爲結果發生於何日。恐刑罰權尙未發生。而時效之起算先已進行。例如殺傷行爲完畢後一閱月。被害人始死亡。則殺人罪於一月後始成立。而其時效乃於殺傷行爲之日起算。案之理論及刑事政策。均有未妥。是以德國法學家反對此種計算。不遺餘力。故本案擬修正之。

第八十四條 公訴權之時效期限。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。

前法律館修正案及憲政編查館核訂案。於前條所規定各項時效期限。皆冠以最重主刑四字。蓋所以定期限適用之標準也。原案刪去此四字。似失其標準。故本案擬增入本條。

以補其闕。

附刪去原案第七十條之理由。

原案第七十條。二罪以上之起訴權之時效期限。據最重刑依前條之例定之。未附理由。若謂指數行爲而成立數罪。（即學說上所謂。實體之數罪競合。）自應依原案第二十三條分別定其時效期限。不得據數罪中之最重刑定之。若謂指一行爲而成立數罪。（即學說上所謂。想像之數罪競合。）自應依原案第二十六條從最重之刑處斷。無俟本條之規定。故本案擬將此條刪去。

第八十五條 本刑依總則應加重或減輕者。公訴權之時效期限。仍據本刑計算。

第八十六條 公訴權之時效。遇有偵查、豫審、公訴及公判之程序中斷之。

前項程序於一切已發覺及未發覺之共犯。有同一之效力。

時效中斷時。自第一項程序停止之日起從新計算。但自時效期限最初起算之日起。逾原定期限一倍之後。其時效即爲期滿。

原案第七十二條第一項規定時效中斷之原因。及中斷之結果。本案擬分爲兩項。又原案於公訴進行時之期間。並未有時效中斷之規定。似屬遺漏。故本案擬增入公訴二字。

原案於時效中斷後從新起算。而中斷之次數又絕無限制。此蓋沿於法國判例。（法國刑法原文。本聲明於時效期限內。中斷時從新起算。是期限外不得再有中斷。然則於時效將滿時中斷之。則最長逾一倍之後。其時效卽爲成立。而法國判例不以爲然。學者每非議之。）而爲他國所襲取者也。夫時效之設。雖學說各有不同。而因歷時久遠刑罰權從而消滅則一。若中斷後從新起算。而中斷之次數無窮。則時效恐成虛設。將永無成立之日。是故近世各國學者。多以爲時效應有最後確定之期限。逾期其時效卽爲成立。其主張有二。一將時效中斷之制。併入時效停止之制。（時效停止時。其已經過之時期。照算入期限內。故時效停止。較中斷易於成立。）採此主張者爲智利、挪威等國。二延長時效期限。逾此期限則時效成立。不得再有中斷。採此主張者。爲比利士、（一千八百七十八年四月十七日法律。）鐵成、（瑞士州名）意大利、俄國、墨西哥等國。其見諸草

案者。爲西班牙草案。(一千八百八十五年。)瑞士及德國刑法準備草案。本案於本條第三項之但書。卽從第二主張。

第八十七條 公訴權之時效。遇有依法律不能開始。或繼續前條第一項之程序時。停止之。時效停止時自停止原因消滅之日起。與停止前已經過之時效期間。一併計算。

親告罪或請求罪。逾時效期限而未經告訴或請求者。其時效卽爲期滿。

原案第七十三條起訴權之時效。遇被告人罹精神病其他重病而停止公判者。停止之。其規定未免太狹。分別論之於下。依法律停止公判者。不限於犯人重病一端。例如議員於會期中未得本院之許可。不受司法之裁判。此爲各國法律之所同。依法律不能行使公訴權之期間。自應不計入時效期限內。二原案以公判之停止爲時效停止之原因。然公判前之偵查豫審及公訴之程序。依法律應停止時。時效亦應停止。故本案擬概括規定之。停止與中斷。其期限計算之法各有不同。原案於時效之中斷已有規定。而於時效之停止則無之。故本案擬增入第二項。

親告罪必待告訴。司法手續方能進行。若逾期限而未經告訴者。依第一項之規定。其時效仍在停止之中。然親告罪乃較輕微之罪。其時效當易成立。故本案增入第三項。爲第一項之例外。

第八十八條 行刑權逾左列期限而不行使者。其行刑權因時效而消滅。

一 死刑或無期徒刑者三十年。

二 十年以上有期徒刑者二十年。

三 五年以上十年未滿有期徒刑者十年。

四 一年以上五年未滿有期徒刑者五年。

五 一年未滿有期徒刑、拘役、罰金或專科沒收者二年。

前項期限。自裁判確定之日起算。

原案行刑權時效規定八項。較諸各國爲多。本案擬參照第八十三條理由。從多數國先例。減爲五項。又原案期限最短者爲一年。擬改爲二年。

第五款專科沒收原案無。修正案理由謂。沒收既爲從刑。其執行時效期限應同主刑。惟免除主刑而專科沒收者。其執行時效期限。并未規定。本案依修正案增入。

第八十九條 行刑權之時效。遇有執行行爲時。中斷之。

時效中斷時。自前項行爲停止之日起從新計算。但自時效期限最初起算之日起。逾原定期限一倍之後。其時效卽爲期滿。

關於行刑權時效中斷之規定。各國立法例略分兩派。一因執行而犯人已被逮捕始爲時效中斷。中國、日本及比利士均採用此主義。惟必待犯人事實上之逮捕。方能中斷時效。若因一時逃亡。而時效期滿後雖被逮。竟無從處罰。而於較短之時效期限。尤易倖免。似近獎惡。此第一主義之不足採也。二凡執行行爲。(例如發捕狀)。皆爲時效中斷之原因。不問犯人事實上逮捕與否。德國、意大利及日本舊刑法。皆採此主義。日本新刑法不採之。蓋以發出捕狀時。卽得中斷時效。若時時發捕狀則時時中斷。恐時效永無成立之日。與設立時效之本旨背馳。本案既有時效最後成立期限之規定。當可免此失。故擬改

從第二主義。

第九十條 行刑權之時效。遇有依法律不能開始或繼續執行時。停止之。

時效停止時。自停止原因消滅之日起。與停止前已經過之時效期間。一併計算。

本條理由。與第八十七條同。

新編刑法學總論

五二八

附錄三

舊刑法

民國十七年三月十日國民政府公布原定同年七月一日施行旋改於同年九月一日施行

第一編 總則

第一章 法例

第一條 行爲時之法律。無明文科以刑罰者。其行爲不爲罪。

第二條 犯罪時之法律。與裁判時之法律。遇有變更者。依裁判時之法律處斷。但犯罪時法律之刑較輕者。適用較輕之刑。

第三條 本法於凡在民國領域內犯罪者適用之。

本法於凡在民國領域外之民國船艦內犯罪者。亦適用之。

第四條 犯罪之行為。在民國領域內。而其結果在民國領域外。或犯罪之行為在民國領域外。而其結果在民國領域內者。以在民國領域內犯罪論。

第五條 本法於凡在民國領域外犯左列各罪者適用之。

一 第一百零三條至第一百零六條之內亂罪。

二 第一百零七條至第一百二十條之外患罪。

三 第二百一十一條至第二百一十七條之偽造貨幣罪。

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 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 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。

第九條 本法總則。於其他法令之定有刑名者亦適用之。但有特別規定者。不在此限。

第二章 文例

第十條 稱以上以下以內者。俱連本數或本刑計算。

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。並從所指之親屬數至同源之祖若父。其世數相同者。以一方之世數定之。世

數不相同者。從其多者定之。

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。

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。

第十八條 稱公署者。謂公務員執行職務之處所。

第十九條 稱公文書者。謂公務員職務上制作之文書。

第二十條 稱重傷者。謂左列傷害。

一 毀敗一目或二目之視能。

二 毀敗一耳或二耳之聽能。

三 毀敗語能。

四 毀敗一肢以上之機能。

五 於身體或健康有重大不治之傷害。

六 變更容貌。且有重大不治之傷害。

七 毀敗陰陽。

第三章 時例

第二十一條 時期以日計者。閱二十四小時。以月或年計者。從歷。

時期以若干分之幾計算者。一月爲三十日。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。其尚未受拘禁之日數。不算入刑期內。

第四章 刑事責任及刑之減免

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。

第二十六條 犯人對於構成犯罪之事實。明知並有意使其發生者。爲故意。

犯人對於構成犯罪之事實。豫見其發生。而其發生並不違背犯人本意者。以故意論。

第二十七條 犯人雖非故意。但按其情節應注意並不注意者。爲過失。

犯人對於構成犯罪之事實。雖豫見其能發生。而確信其不發生者。以過失論。

第二十八條 不得因不知法令而免除刑事責任。但因其情節。得減輕本刑二分之一。

第二十九條 犯罪因發生一定之結果而加重其刑者。若犯人不能豫見其發生時。不得從重處斷。

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。

第三十一條 心神喪失人之行爲不罰。但因其情節。得施以監禁處分。

心神耗弱人之行爲。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。

第三十三條 瘖啞人之行爲。減輕本刑。

第三十四條 依法令之行爲或正當業務之合法行爲。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。

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。

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

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。

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。

第五章 未遂罪

第三十九條 已著手於犯罪之實行而不遂者。爲未遂罪。其不能發生犯罪之結果者。亦同。
未遂罪之處罰。以有特別規定者爲限。

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

第四十一條 已著手於犯罪之實行。而因己意中止者。減輕或免除本刑。

第六章 共犯

第四十二條 二人以上共同實施犯罪之行爲者。皆爲正犯。

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。

第四十四條 幫助正犯者。爲從犯。

教唆從犯者。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。

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。

因身分致刑有重輕或免除者。其無身分之人。仍科通常之刑。

第四十六條 知正犯之情而幫助正犯者。雖正犯不知共同之情。仍以從犯論。

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。

第七章 刑名

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。

第五十一條 主刑之重輕。依第四十九條規定之次序定之。

同爲死刑或無期徒刑者。據犯罪情節。定其重輕。

同種之刑。以最高度之較長或較多者爲重。最高度者。以最低度之較長或較多者爲重。

最高度與最低度俱等者。據犯罪情節。定其重輕。

第五十二條 依第八條免除主刑者。得專科褫奪公權。

免除主刑者。得專科沒收。

第五十三條 死刑用絞。於監獄內執行之。

死刑非經司法部覆准。不得執行。

第五十四條 徒刑及拘役之囚犯。於監獄 拘禁之。

徒刑及拘役之囚犯。令服勞役。但得因其情節。免服勞役。

第五十五條 罰金於裁判確定後。令一月以內完納之。

期滿而不完納者。強制執行。其未完納者。易科監禁。

易科監禁。以一元以上三元以下折算一日。但因犯貧而減罰金者。應以減得之數比例計算。

科罰金之裁判。應依前項之規定。載明折算一日之額數。但監禁期限不得逾一年。完納期內。經本人之承諾者。得易科監禁。即時執行。

易科監禁。於監獄內附設之監禁所執行之。得令服勞役。

易科監禁期內納罰金者。以所納之數。依裁判所定之標準折算。扣除監禁日期。

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。

易科監禁不滿一日之零數不算。

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。

第五十八條 宣告六月未滿有期徒刑、拘役或罰金者。不得褫奪公權。

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。但有期褫奪公權之期限。自主刑執行完畢或免除之日起算。

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。

最重本刑爲拘役或罰金者。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。

第六十四條 裁判確定前羈押之日數。得以二日抵有期徒刑或拘役一日。或以一日抵第五十

五條第七項裁判所定之罰金額數。

第八章 累犯

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以上之罪者。爲累犯。

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、僞證及誣告罪。
- 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、侵占罪、詐欺及背信罪、恐嚇罪、贓物罪、毀棄損壞罪。

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。

第六十八條 累犯之規定。於前所犯罪。依軍法或於外國法院受裁判者。不適用之。

第九章 併合論罪

第六十九條 裁判宣告前犯數罪者。併合論罪。

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褫奪公權者。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。定其應執行之刑。

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。

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。

第七十五條 連續數行爲而犯同一之罪名者。以一罪論。

第十章 刑之酌科

第七十六條 科刑時。應審酌一切情形。爲法定刑內科刑輕重之標準。並應分別情形。注意左列事項。

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。

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 有二種以上之主刑應加減者。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。

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 未曾受拘役以上刑之宣告者。

二 前受拘役以上刑之宣告。執行完畢或免除後三年以內。未曾受拘役以上刑之宣告者。

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。曾受有期徒刑以上刑之宣告。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。

第十三章 假釋

第九十三條 受徒刑之執行。而有悛悔實據者。無期徒刑逾十年後。有期徒刑逾二分之一後

。由監獄官呈司法部。得許假釋出獄。但有期徒刑之執行未滿二年者。不在此限。

前項執行期間遇有第六十四條情形者。以所餘之刑期計算。

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。遇有依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。

新編刑法學總論

五五六

附錄四

刑法 民國二十四年一月一日國民政府公布同年七月一日施行

第一編 總則

第一章 法例

第一條 行爲之處罰。以行爲時之法律有明文規定者。爲限。

第二條 行爲後法律有變更者。適用裁判時之法律。但裁判前之法律有利於行爲人者。適用最有利於行爲人之法律。

保安處分適用裁判時之法律。

處罰之裁判確定後。未執行或執行未完畢。而法律有變更不處罰其行爲者。免其刑之執行

第三條 本法於在中華民國領域內犯罪者。適用之。在中華民國領域外之中華民國船艦或航空機內犯罪者。以在中華民國領域內犯罪論。

第四條 犯罪之行為或結果。有一在中華民國領域內者。爲在中華民國領域內犯罪。

第五條 本法於凡在中華民國領域外犯左列各罪者。適用之。

一 內亂罪。

二 外患罪。

三 偽造貨幣罪。

四 第二百零一條及第二百零二條之偽造有價證券罪。

五 第二百一十一條、第二百一十四條、第二百一十六條及第二百一十八條之偽造文書印

文罪。

六 第二百九十六條之妨害自由罪。

七 第三百三十三條及第三百三十四條之海盜罪。

第六條 本法於中華民國公務員在中華民國領域外犯左列各罪者。適用之。

一 第一百二十一條至第一百二十三條、第一百二十五條、第一百二十六條、第一百二十九條、第一百三十一條、第一百三十二條及第一百三十四條之瀆職罪。

二 第一百六十三條之脫逃罪。

三 第二百十三條之偽造文書罪。

四 第三百三十六條第一項之侵占罪。

第七條 本法於中華民國人民在中華民國領域外犯前二條以外之罪。而其最輕本刑爲三年以上有期徒刑者。適用之。但依犯罪地之法律不罰者。不在此限。

第八條 前條之規定。於在中華民國領域外對於中華民國人民犯罪之外國人。準用之。

第九條 同一行爲雖經外國確定裁判。仍得依本法處斷。但在外國已受刑之全部或一部執行者。得免其刑之全部或一部之執行。

第十條 稱以上、以下、以內者。俱連本數或本刑計算。

稱公務員者。謂依法令從事於公務之人員。

稱公文書者。謂公務員職務上制作之文書。

稱重傷者。謂左列傷害。

- 一 毀敗一目或二目之視能。
- 二 毀敗一耳或二耳之聽能。
- 三 毀敗語能、味能或嗅能。
- 四 毀敗一肢以上之機能。
- 五 毀敗生殖之機能。
- 六 其他於身體或健康。有重大不治或難治之傷害。

第十一條 本法總則於其他法令有刑罰之規定者。亦適用之。但其他法令有特別規定者。不在此限。

第二章 刑事責任

第十二條 行爲非出於故意或過失者。不罰。

過失行爲之處罰。以有特別規定者。爲限。

第十三條 行爲人對於構成犯罪之事實。明知並有意使其發生者。爲故意。

行爲人對於構成犯罪之事實。預見其發生而其發生並不違背其本意者。以故意論

第十四條 行爲人雖非故意。但按其情節應注意、並能注意而不注意者。爲過失。

行爲人對於構成犯罪之事實。雖預見其能發生而確信其不發生者。以過失論。

第十五條 對於一定結果之發生。法律上有防止之義務。能防止而不防止者。與因積極行爲

發生結果者同。

因自己行爲致有發生一定結果之危險者。負防止其發生之義務。

第十六條 不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節得減輕其刑。如自信其行爲爲法律

所許可而有正當理由者。得免除其刑。

第十七條 因犯罪致發生一定之結果。而有加重其刑之規定者。如行爲人不能預見其發生時。不適用之。

第十八條 未滿十四歲人之行爲。不罰。

十四歲以上未滿十八歲人之行爲。得減輕其刑。

滿八十歲人之行爲。得減輕其刑。

第十九條 心神喪失人之行爲。不罰。

精神耗弱人之行爲。得減輕其刑。

第二十條 瘖啞人之行爲。得減輕其刑。

第二十一條 依法令之行爲。不罰。

依所屬上級公務員命令之職務上行爲。不罰。但明知命令違法者。不在此限。

第二十二條 業務上之正當行爲。不罰。

第二十三條 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。得減輕或免除其刑。

第二十四條 因避免自己或他人生命、身體、自由、財產之緊急危難而出於不得已之行爲。不罰。但避難行爲過當者。得減輕或免除其刑。

前項關於避免自己危難之規定。於公務上或業務上有特別義務者。不適用之。

第三章 未遂犯

第二十五條 已着手於犯罪行爲之實行而不遂者。爲未遂犯。

未遂犯之處罰。以有特別規定者。爲限。

第二十六條 未遂犯之處罰。得按既遂犯之刑減輕之。但其行爲不能發生犯罪之結果。又無危險者。減輕或免除其刑。

第二十七條 已着手於犯罪行爲之實行。而因己意中止或防止其結果之發生者。減輕或免除

其刑。

第四章 共犯

第二十八條 二人以上共同實施犯罪之行爲者。皆爲正犯。

第二十九條 教唆他人犯罪者。爲教唆犯。

教唆犯依其所教唆之罪處罰之。

被教唆人雖未至犯罪。教唆犯仍以未遂犯論。但以所教唆之罪有處罰未遂犯之規定者。爲限。

第三十條 幫助他人犯罪者。爲從犯。雖他人不知幫助之情者。亦同。

從犯之處罰。得按正犯之刑減輕之。

第三十一條 因身分或其他特定關係成立之罪。其共同實施或教唆幫助者。雖無特定關係。

仍以共犯論。

因身分或其他特定關係致刑有重輕或免除者。其無特定關係之人。科以通常之刑。

第五章 刑

第三十二條 刑分爲主刑及從刑。

第三十三條 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。得加至四個月。

五 罰金。一元以上。

第三十四條 從刑之種類如左。

附錄四

五六五

一 褫奪公權。

二 沒收。

第三十五條 主刑之重輕。依第三十三條規定之次序定之。

同種之刑。以最高度之較長或較多者爲重。最高度相等者。以最低度之較長或較多者爲重。

除前二項規定外。刑之重輕參酌前二項標準定之。不能依前二項標準定之者。依犯罪情節定之。

第三十六條 褫奪公權者。褫奪左列資格。

一 爲公務員之資格。

二 公職候選人之資格。

三 行使選舉、罷免、創制、複決四權之資格。

第三十七條 宣告死刑或無期徒刑者。宣告褫奪公權終身。

宣告六月以上有期徒刑。依犯罪之性質認爲有褫奪公權之必要者。宣告褫奪公權一年以上十年以下。

褫奪公權。於裁判時併宣告之。

依第一項宣告褫奪公權者。自裁判確定時發生效力。依第二項宣告褫奪公權者。自主刑執行完畢或赦免之日起算。

第三十八條 左列之物沒收之。

一 違禁物。

二 供犯罪所用或供犯罪預備之物。

三 因犯罪所得之物。

前項第一款之物。不問屬於犯人與否。沒收之。

第一項第二款、第三款之物。以屬於犯人者爲限。得沒收之。但有特別規定者。依其規定。

第三十九條 免除其刑者。仍得專科沒收。

第四十條 沒收於裁判時併宣告之。但違禁物得單獨宣告沒收。

第四十一條 犯最重本刑爲三年以下有期徒刑以下之刑之罪。而受六月以下有期徒刑或拘役之宣告。因身體、教育、職業或家庭之關係。執行顯有困難者。得以一元以上三元以下折算一日。易科罰金。

第四十二條 罰金應於裁判確定後兩個月內完納。期滿而不完納者。強制執行。其無力完納者。易服勞役。

易服勞役以一元以上三元以下。折算一日。但勞役期限不得逾六個月。

罰金總額折算逾六個月之日數者。以罰金總額與六個月之日數比例折算。

科罰金之裁判。應依前二項之規定。載明折算一日之額數。

易服勞役不滿一日之零數。不算。

易服勞役期內納罰金者。以所納之數。依裁判所定之標準折算。扣除勞役之日期。

第四十三條 受拘役或罰金之宣告。而犯罪動機在公益或道義上顯可有恕者。得易以訓誡。
第四十四條 易科罰金。易服勞役或易以訓誡執行完畢者。其所受宣告之刑。以已執行論。
第四十五條 刑期自裁判確定之日起算。

裁判雖經確定。其尚未受拘禁之日數。不算入刑期內。

第四十六條 裁判確定前羈押之日數。以一日抵有期徒刑或拘役一日。或第四十二條第四項
裁判所定之罰金額數。

第六章 累犯

第四十七條 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赦免後。五年
以內再犯有期徒刑以上之罪者。爲累犯。加重本刑至二分之一。

第四十八條 裁判確定後。發覺爲累犯者。依前條之規定更定其刑。但刑之執行完畢或赦免
後發覺者。不在此限。

第四十九條 累犯之規定。於前所犯罪依軍法或於外國法院受裁判者。不適用之。

第七章 數罪併罰

第五十條 裁判確定前犯數罪者。併合處罰之。

第五十一條 數罪併罰。分別宣告其罪之刑。依左列各款定其應執行者。

一 宣告多數死刑者。執行其一。

二 宣告之最重刑爲死刑者。不執行他刑。但從刑不在此限。

三 宣告多數無期徒刑者。執行其一。

四 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。

五 宣告多數有期徒刑者。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。

六 宣告多數拘役者。比照前款定其刑期。但不得逾四個月。

七 宣告多數罰金者。於各刑中之最多額以上。各刑合併之金額以下。定其金額。

八 宣告多數褫奪公權者。僅就其中最長期間執行之。

九 宣告多數沒收者。併執行之。

十 依第五款至第九款所定之刑。併執行之。

第五十二條 數罪併罰。於裁判確定後。發覺未經裁判之餘罪者。就餘罪處斷。

第五十三條 數罪併罰。有二裁判以上者。依第五十一條之規定定其應執行之刑。

第五十四條 數罪併罰。已經處斷。如各罪中有受赦免者。餘罪仍依第五十一條之規定。定

其應執行之刑。僅餘一罪者。依其宣告之刑執行。

第五十五條 一行爲而觸犯數罪名。或犯一罪而其方法或結果之行爲犯他罪名者。從一重處

斷。

第五十六條 連續數行爲而犯同一之罪名者。以一罪論。但得加重其刑至二分之一。

第八章 刑之酌科及加減

第五十七條 科刑時應審酌一切情狀。尤應注意左列事項。爲科刑輕重之標準。

- 一 犯罪之動機。
- 二 犯罪之目的。
- 三 犯罪時所受之刺激。
- 四 犯罪之手段。
- 五 犯人之生活狀況。
- 六 犯人之品行。
- 七 犯人之智識程度。
- 八 犯人與被害人平日之關係。
- 九 犯罪所生之危險或損害。

十 犯罪後之態度。

第五十八條 科罰金時。除依前條規定外。並應審酌犯人之資力及因犯罪所得之利益。如所得之利益超過罰金最多額時。得於所得利益之範圍內酌量加重。

第五十九條 犯罪之情狀可憫恕者。得酌量減輕其刑。

第六十條 依法律加重或減輕者。仍得依前條之規定酌量減輕其刑。

第六十一條 犯左列各罪之一。情節輕微。顯可憫恕。認為依第五十九條規定減輕其刑仍嫌過重者。得免除其刑。

一 犯最重本刑為三年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪。但第一百三十二條第一項、第一百四十三條、第一百四十五條、第一百八十六條、第二百七十二條第三項及第二百七十六條第一項之罪。不在此限。

二 犯第三百二十條之竊盜罪。

三 犯第三百三十五條之侵占罪。

四 犯第三百三十九條之詐欺罪。

五 犯第三百四十九條第二項之贓物罪。

第六十二條 對於未發覺之罪自首而受裁判者。減輕其刑。但有特別規定者。依其規定。

第六十三條 未滿十八歲人或滿八十歲人犯罪者。不得處死刑或無期徒刑。本刑爲死刑或無期徒刑者。減輕其刑。

未滿十八歲人犯第二百七十二條第一項之罪者。不適用前項之規定。

第六十四條 死刑不得加重。

死刑減輕者。爲無期徒刑。或爲十五年以下十二年以上有期徒刑。

第六十五條 無期徒刑不得加重。

無期徒刑減輕者。爲七年以上有期徒刑。

第六十六條 有期徒刑、拘役、罰金減輕者。減輕其刑至二分之一。但同時有免除其刑之規定者。其減輕得減至三分之二。

第六十七條 有期徒刑加減者。其最高度及最低度同加減之。

第六十八條 拘役或罰金加減者。僅加減其最高度。

第六十九條 有二種以上之主刑者。加減時併加減之。

第七十條 有二種以上刑之加重或減輕者。遞加或遞減之。

第七十一條 刑有加重及減輕者。先加後減。

有二種以上之減輕者。先依較少之數減輕之。

第七十二條 因刑之加重減輕。而有不滿一日之時間或不滿一元之額數者。不算。

第七十三條 酌量減輕其刑者。準用減輕其刑之規定。

第九章 緩刑

第七十四條 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。認爲以暫不執行爲適當者。得宣告二年以上五年以下之緩刑。其期間自裁判確定之日起算。

一 未曾受有期徒刑以上刑之宣告者。

二 前受有期徒刑以上刑之宣告。執行完畢或赦免後。五年以內未曾受有期徒刑以上刑之宣告者。

第七十五條 受緩刑之宣告。而有左列情形之一者。撤銷其宣告。

一 緩刑期內更犯罪。受有期徒刑以上刑之宣告者。

二 緩刑前犯他罪。而在緩刑期內受有期徒刑以上刑之宣告者。

因過失犯罪者。不適用前項之規定。

第七十六條 緩刑期滿。而緩刑之宣告未經撤銷者。其刑之宣告失其效力。

第十章 假釋

第七十七條 受徒刑之執行而有悛悔實據者。無期徒刑逾十年後。有期徒刑逾二分之一後。

由監獄長官呈司法行政最高官署。得許假釋出獄。但有期徒刑之執行未滿一年者。不在此

限。

前項執行期間遇第四十六條情形者。以所餘之刑期計算。

第七十八條 假釋中更犯罪。受有期徒刑以上刑之宣告者。撤銷其假釋。

因過失犯罪者。不適用前項之規定。

假釋撤銷後。其出獄日數不算入刑期內。

第七十九條 在無期徒刑假釋後滿十年。或在有期徒刑所餘刑期內未經撤銷假釋者。其未執

行之刑。以已執行論。

假釋中因他罪受刑之執行者。其執行之期間不算入假釋期內。

第十一章 時效

第八十條 追訴權因左列期間內不行使而消滅。

一 死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑者。二十年。

二 三年以上十年未滿有期徒刑者。十年。

三 一年以上三年未滿有期徒刑者。五年。

四 一年未滿有期徒刑者。三年。

五 拘役或罰金者。一年。

前項期間自犯罪成立之日起算。但犯罪行為有連續或繼續之狀態者。自行爲終了之日起算。

第八十一條 追訴權之時效、期間。依本刑之最高度計算。有二種以上之主刑者。依最重主刑或最重主刑之最高度計算。

第八十二條 本刑應加重或減輕者。追訴權之時效期間。仍依本刑計算。

第八十三條 追訴權之時效。如依法律之規定。偵查、起訴或審判之程序。不能開始或繼續時。停止其進行。

前項時效停止。自停止原因消滅之日起。與停止前已經過之期間。一併計算。

停止原因繼續存在之期間。如達於第八十條第一項各款所定期間四分之一者。其停止原因視爲消滅。

第八十四條 行刑權因左列期間內不行使而消滅。

- 一 死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑者。三十年。
- 二 三年以上十年未滿有期徒刑者。十五年。
- 三 一年以上三年未滿有期徒刑者。七年。
- 四 一年未滿有期徒刑者。五年。
- 五 拘役、罰金或專科沒收者。三年。

前項期間自裁判確定之日起算。

第八十五條 行刑權之時效。如依法律之規定不能開始或繼續執行時。停止其進行。

前項時效停止。自停止原因消滅之日起與停止前已經過之期間。一併計算。

停止原因繼續存在之期間。如達於第八十四條第一項各款所定期間四分之一者。其停止原

因視爲消滅。

第十二章 保安處分

第八十六條 因未滿十四歲而不罰者。得令入感化教育處所。施以感化教育。

因未滿十八歲而減輕其刑者。得於刑之執行完畢或赦免後。令入感化教育處所。施以感化教育。但宣告三年以下有期徒刑、拘役或罰金者。得於執行前爲之。

感化教育期間爲三年以下。

第二項但書情形。依感化教育之執行。認爲無執行刑之必要者。得免其刑之執行。

第八十七條 因心神喪失而不罰者。得令入相當處所。施以監護。

因精神耗弱或瘖啞而減輕其刑者。得於刑之執行完畢或赦免後。令入相當處所。施以監護。

前二項處分期間爲三年以下。

第八十八條 犯吸食鴉片或施打嗎啡或使用高根、海洛因或其化合質料之罪者。得令入相當處所。施以禁戒。

前項處分於刑之執行前爲之。其期間爲六個月以下。

依禁戒處分之執行。法院認爲無執行刑之必要者。得免其刑之執行。

第八十九條 因酗酒而犯罪者。得於刑之執行完畢或赦免後。令入相當處所。施以禁戒。

前項處分期間爲三個月以下。

第九十條 有犯罪之習慣或以犯罪爲常業或因遊蕩或懶惰成習而犯罪者。得於刑之執行完畢或赦免後。令入勞動場所。強制工作。

前項處分期間爲三年以下。

第九十一條 犯第二百八十五條之罪者。得令入相當處所。強制治療。

前項處分於刑之執行前爲之。其期間至治癒時爲止。

第九十二條 第八十六條至第九十條之處分。按其情形得以保護管束代之。

前項保護管束期間爲三年以下。其不能收效者得隨時撤銷之。仍執行原處分。

第九十三條 受緩刑之宣告者。在緩刑期內得付保護管束。

假釋出獄者。在假釋中付保護管束。

前二項情形。違反保護管束規則情節重大者。得撤銷緩刑之宣告或假釋。

第九十四條 保護管束交由警察官署、自治團體、慈善團體、本人之最近親屬或其他適當之人行之。

第九十五條 外國人受有期徒刑以上刑之宣告者。得於刑之執行完畢或赦免後。驅逐出境。

第九十六條 保安處分於裁判時併宣告之。但因假釋或於刑之赦免後。付保安處分者。不在此限。

第九十七條 依第八十六條至第九十條及第九十二條規定宣告之保安處分。期間未終了前。

認爲無繼續執行之必要者。法院得免其處分之執行。如認有延長之必要者。法院得就法定期間之範圍內。酌量延長之。

第九十八條 依第八十六條、第八十七條、第八十九條及第九十條規定宣告之保安處分。於刑之執行完畢或赦免後。認為無執行之必要者。法院得免其處分之執行。

第九十九條 第八十六條至第九十一條之保安處分。自應執行之日起經過三年未執行者。非得法院許可不得執行之。

新編刑法學總論

五八四

附錄五

刑法修正案要旨

一 現行法總則編章數、章名經本案增刪修併者如左。

一文例章內關於親屬各條。因民法親屬編已有規定。均經刪去。所餘條文甚少。本案併爲一條。附於法例章內。而將該章刪去。

二 時例章內各條有爲民法中已規定者。如關於時期之計算是。有爲監獄規則中已規定者。如釋放犯人之時期是。均經刪去。所餘刑期計算一條。本案併入刑之章內。而將該章刪去。

三 刑事責任及刑之減免章內各條。大都關於刑事責任問題。僅自首一條專關於刑之減免。故本案將該條移入刑之酌科及加減章內。而將章名簡稱爲刑事責任。

四 未遂乃犯罪未遂之意。非有所謂未遂罪也。故本案將未遂罪章改爲未遂犯章。

五 刑名章內各條不僅刑之種類。且有刑之重輕、刑之執行、刑之宣告及羈押折抵等。故

本案簡稱爲「刑」。

六 現行法併合論罪章內各條。大都爲數罪併合處罰問題。故本條改爲數罰併罰。

七 本案將刑之酌科章及加減例章併爲一章以期簡括。

八 最近刑事政策注重社會之防衛。各國新訂刑法。關於保安處分一章規定頗詳。現行法

對於少年犯及精神病人。雖有感化教育、監督品行及監禁處分之規定。然嫌範圍太狹。

本案特增設保安處分一章。

二 現行法第二條。關於中間法未有規定。且僅以新舊法刑之輕重爲比較之標準。似嫌疏漏

。故本案增置中間法之規定。除保安處分應絕對從新外。其他如裁判前之法律較有利於行

爲人時。則應依行爲時法或其中間法中最有利於行爲人之規定處斷。又處罰之裁判確定後

法律有變更不處罰其行爲者。似無再執行其刑之必要。故本案並增定之。(二)、(現行法

二、)

三 在飛行於領域外之我國航空機內犯罪。亦應適用我國刑法。故本案增入之。(三、)(現行法三Ⅱ、)

四 使人爲奴隸。爲國際上應禁止之行爲。又公務員在外國犯公務上侵占罪。亦應依我國刑法處罰。故本案分別增入之。(五6、六I)

五 依現行法第七條。中華民國人民在中華民國領域外或外國人民在中華民國領域外對於中華民國人民犯最輕本刑爲有期徒刑以上之罪者。即適用中華民國刑法。範圍太廣。本案改爲犯最輕本刑爲三年以上有期徒刑之罪。始行適用。(七、)(現行法七、)

六 關於消極行爲與犯罪事實之因果關係。現行法無明文規定。適用上不無困難。故本案增定之。(一五、)

七 現行法關於刑之加減均稱本刑。實則遞加、遞減、先加、後減或先減、後加時。其所加減者乃本刑加減後之加減刑。而非本刑。故本案改稱其刑。

八 依現行法規定。不知法令。僅得因其情節減輕其刑。似嫌過嚴。本案將不知法令改爲不知法律。且於一定條件之下得免除其刑。(一六、)(現行法二八、)

九 對於少年犯罪。應以感化教育爲主。故本案將責任年齡提高至十四歲。將宥減年齡提高至十八歲。同時將感化教育、監督品行等處分。詳細規定於保安處分章中。以資救濟。(一八、)(現行法三〇、)

一〇 現行法對於精神耗弱人及瘖啞人之處罰。採必減主義。似嫌過寬。本案改爲得減。(一九、二〇、)(現行法三一、三二、)

一一 酗酒犯罪依法當然處罰。無特別規定之必要。故本案將現行法第三十二條刪去。(現行法三二、)

一二 現行法規定下級公務員對於依所屬上級公務員命令之職務上行爲。不問明知違法與否一律不罰。似嫌過寬。故本案增設但書之規定。(二一、)(現行法三五、)

一三 現行法對於不能犯之處罰。採得減免主義。並僅以犯罪之方法決不能發生結果者爲限

。本案改爲不問方法不能或目的不能。如無危險者卽必予減免。似較允當。(二六、)(現行法四〇、)

一四 教唆犯惡性甚大。宜採獨立處罰主義。惟被教唆人未至犯罪或雖犯罪而未遂。卽處教唆犯以既遂罪之刑。未免過嚴。故本案規定此種情形以未遂犯論。(二九ⅡⅢ、)(現行法四三Ⅱ、)

一五 本案對於從犯一概規定得減。俾法官斟酌情形自由裁量。以期平允。(三〇Ⅱ、)(現行法四四Ⅲ、)

一六 現行法對於拘役、加重最長期限未予規定。似嫌疏漏。本案規定以四個月爲限。俾與徒刑有別。(三三4、)(現行法四九4、)

一七 主刑重輕之標準。有非現行法第五十一條所能解決者。如專科、選科、併科等問題。故本案酌予修正。(三五、)(現行法五一、)

一八 本案將現行法褫奪公權之規定。改爲僅以喪失公務員資格爲限。其他各種資格之喪失

。以在各種關係法規中分別規定較爲妥便。又本案於總則編中明定宣告或得宣告喪失公務員資格之條件。而將現行法分則編中所有關係褫奪公權之條文一律刪去。以期簡明。（三六、）（現行法五六、）

一九 暫行新刑律關於短期自由刑易科罰金之規定爲現行法所不採。因之受短期自由刑之宣告者 不問有何窒礙均須送監執行。事實上頗感不便。且偶然犯罪之人。因受短期監禁沾染惡習亦所難免。法界多有主張恢復此制者。故本案於嚴格條件之下。准予易科罰金。（四一、）

二〇 罰金繳納期間。現行法定爲一個月似嫌太促。本案改爲兩個月。現行法罰金易科監禁最長期至一年。易與短期徒刑相混。本案改爲罰金祇得易服勞役並以六個月爲限。又現行法規定罰金完納期間得本人之承諾即得易科。殊失財產刑之本旨。故本案改爲非經強制執行後無力完納時。不得易服勞役。（四二一、）（現行法五五工、）

二一 受拘役或罰金宣告之犯人。如其犯罪動機在公益上或道義上顯可宥恕時。似無執行之

必要。故本案增設得易訓誡之規定。(四三、)

二二 羈押折抵。現行法規定得以二日折抵一日。意謂看守所之待遇較優於監獄也。惟經實地考察各地看守所之設備反多有不及監獄者。因之未決人犯所受痛苦更甚於已決人犯。故本案採必抵主義。並以一日折抵一日。(四六、)(現行法六四、)

二三 易科罰金、易服勞役及易以訓誡之效力如何。與累犯、緩刑等極有關係。故本案增定之。(四四、)

二四 現行刑法名章關於刑之執行各條。以移於刑事訴訟法或監獄法內規定爲妥。故本案概予刪除。(現行法五三、五四、)

二五 累犯之惡性。未必與罪之同一或同款及次數之多寡爲正比例。故本案賅括規定累犯加重其刑至二分之一。以便法官斟酌運用。(四七、)(現行法六六、)

二六 連續犯有時情節極重。故本案特增設加重其刑之規定。(五六、)(現行法七五、)

二七 現行法關於罰金之規定。注重在審酌犯人之資力。而於因犯罪所得之利益未予顧及。

致所科罰金數額。常有不及所得利益者。故本案賦與法官在所得利益之範圍內。酌量加重之權。(五八、)(現行法七六II、)

二八 本案第六十條各款所列之罪。在刑事訴訟法上均屬簡易程序案件。檢察官固得爲不起訴之處分。但被害人逕向法院自訴經法院認爲情節輕微顯可憫恕時。如僅得減輕其刑似嫌過重。故本案賦與法官免除其刑之權。以保平衡。(六一、)

二九 犯罪自首現行法一律定爲得減三分之一。不足以資獎勵。故本案在總則編中規定一般得減情形。並在分則編中增訂減輕或免除其刑之規定。(六一、)(現行法三八、)

三〇 本案規定未滿十八歲人或已滿八十歲人不得處死刑或無期徒刑。蓋一則年少尙可改善。一則老耄應予矜宥。均不宜處以極刑也。(六三一、)

三一 現行法對於減輕定爲二分之一、三分之一兩種。其無幾分之幾規定者。則至少減輕二分之一。未免寬嚴失當。並對於死刑、無期徒刑亦有減幾分之幾之規定。理論上亦不無欠缺。故本案對於死刑、無期徒刑減輕者明定其刑度。對於有期徒刑、拘役或罰金減輕者。

原則上減至二分之一。但同時有免除其刑之規定者。得減至三分之一。至依法酌量減輕情形。亦明設準用之規定。(六四Ⅱ、六五Ⅱ、六六、七三、)(現行法七九Ⅱ、八〇Ⅱ、八四、)

三二 現行法對於緩刑之條件。僅以犯人曾否受有刑之宣告爲限。而對於受緩刑人之監督並無規定。似欠妥當。故本案改爲非法官認爲以暫不執行刑罰爲適當時。不得宣告緩刑。並規定受緩刑之宣告者。在緩刑期內得付保護管束。(七四、九三)(現行法九〇、)

三三 假釋條件既有悛悔實據爲限。則刑之執行期間不必過長。故本案將現行法之未滿二年改爲未滿一年。(七七Ⅰ、)(現行法九三Ⅰ、)

三四 現行法關於起訴權及行刑權之時效。分爲二十年、十年、三年三種。本案改爲二十年、十年、五年、三年、一年五種。較爲公允。(八〇Ⅰ、八四Ⅰ、)(現行法九七Ⅰ、一〇一Ⅰ、)

三五 現行法起訴權之時效期間自犯罪最終之日起算以連續犯爲限。不能包括有繼續狀態之

犯罪。本案特改正之。(八〇Ⅱ、)(現行法九七Ⅱ、)

三六 依現行法之規定。時效停止進行之原因未消滅者其時效永無完成之日。故本案特規定經過一定期間其原因視為消滅。(八三Ⅲ、八五Ⅲ、)(現行法一〇〇、一〇二)

三七 現行法分則編章數、章名經本案增修者如左。

一 妨害選舉罪章內各條。僅處罰妨害選舉。範圍稍狹。本案將該章章名改為妨害投票罪。俾於創制、複決、罷免等投票亦得適用。

二 偽造公債票、公司股票、郵票、印花稅票及其他一切有價證券。現行法納入於偽造文書印文章內似嫌不類。本案將關於有價證券條文。提出另訂一章。

三 盤剝重利情極可惡。故本案特增處罰條文。附於詐欺背信章內。而將章名改為詐欺背信及重利罪。

三八 公務員瀆職者。如不嚴加處罰。則吏治永無澄清之望。故本案除酌加公務員犯罪條文外。對於公務員之處罰一律加重。(一二〇、一二一、一二二、一二四、一二五、一二八

、一二九、一三〇、一三四、)(現行法一二八、一二九、一三二、一三三、一三五、一三六、一四〇、)

三九 現行法總則編中關於親屬各條既經刪去。故本案於分則編中有關親屬各條。均按其情節明定範圍。以資適用。(一六二、一六七、二三〇、二五〇、二七二、二八〇、二八一、二九五、三〇三、三二四、)

四〇 現行法關於對直系或旁系尊親屬犯誣告、侵害墳墓、屍體、遺棄、殺傷及妨害自由等罪者。均加重其刑。本案以爲以上各罪一般處罰已屬不輕。對於尊親屬犯罪。如果情節重大。自可按本刑之最高度處罰。似無再行加重之必要。故僅留殺傷直系血親尊親屬及侵害其墳墓屍體加重等條。餘則一律刪去。(一七〇、二五〇、二七二、二八〇、二九五、三〇三、)(現行法一八一、二六五、二八三、二九八、三一、三一七、)

四一 現行法關於自己所有物已受查封或擔負物權或已貸貸或保險者。於犯公共危險罪及竊盜、搶奪、強盜、侵占、詐欺、背信、毀棄、損壞等罪時。以他人所有物論。本案以爲公

其危險罪章內對於燒燬或侵害自己所有物既有處罰規定。而妨害公務罪章內對於損壞、除去公務員所施之封印或查封之標示或為違背其效力之行為者。亦有處罰之明文。至於其他情形。儘可依民法請求損害賠償以資救濟。故將現行法第二百零九條、第三百三十九條、第三百五十九條及第三百八十五條一律刪去。(現行法二〇九、三三九、三五九、三八五

、)

四二 現行法關於因而致死或重傷條文多比較故意傷害罪從重處斷。輾轉引用。頗感困難。

故本案一律明定刑度。(一二五Ⅱ、一二六Ⅱ、一三五Ⅱ、一三六Ⅱ、一七七Ⅱ、一八五Ⅱ、一八九Ⅱ、一九〇Ⅱ、二九一Ⅱ、三二五Ⅱ、三五三Ⅱ、)(現行法、一三三Ⅱ、一四二Ⅱ、一四三Ⅱ、一九一Ⅱ、一九九Ⅱ、二〇四Ⅱ、三〇七Ⅱ、三四三Ⅱ、三八一Ⅱ、)

四三 預備殺人、預備強盜、預備擄人勒贖。危險極大。現行法未加處罰。似嫌疏漏。本案增設處罰之規定。(二七一3、三二八5、三四七4、)

四四 現行法對於同謀犯之處罰。僅限於殺人、強盜及擄人勒贖。範圍既嫌太狹。且同謀犯罪如有教唆情形。自可適用總則編關於教唆之規定。如僅參預謀議。則言語幫助亦爲幫助之一種。更可適用總則編中關於從犯之規定。故本案將現行法第二百八十八條、第三百五十一條及第三百七十三條。關於同謀犯條文一律刪去。（現行法二八八、三五二、三七三、）

四五 內亂罪僅在預備或陰謀狀態中。危險未著。對於自首者處罰不妨從寬。故本案增得免除其刑之規定。（一〇二、）

四六 現行法第一百零五條所規定之幫助內亂罪。實係內亂罪之從犯。自可適用總則編關於從犯之規定。故刪。（現行法一〇五、）

四七 現行法對於與外國訂約損害主權之處罰。僅以違背政府委任者爲限。本案以爲如未受政府委任之人。就應經政府允許之事項私與外國政府或其派遣之人爲約定者。亦應從嚴處罰。故增訂之。（一一三、）

四八 現行法第一百十二條之罪。因已包括於本案第九十八條之內。故刪。(一〇一、) (現行法一一二、)

四九 普通故意殺人、故意傷害及妨害自由、名譽各罪。處刑本已甚高。對於外國友邦元首犯以上各罪。似無再行加重之必要。更不必罰及預備行爲。至對於外國代表犯罪。按其性質自各有專條可以適用。亦無須準用妨害公務罪各條之規定。故本案將現行法妨害國交罪章中第一百二十一條、第一百二十二條及第一百二十三條概予刪去。但對於友邦元首及外國代表公然侮辱者。依通常處罰。似嫌過輕。故本案另訂較重處罰之條文。(一一六、) (現行法一一一、一二二、一二三、)

五〇 私與外國戰鬥。普通人犯之者甚少。至軍人已有陸海空軍刑法可以適用。故將現行法第一百二十四條刪去。(現行法一二四、)

五一 公務員不盡厥職。擅棄守地。自屬罪大惡極。故本案增訂嚴厲處罰之條文。(一二〇

五二 賄賂罪每因授受同科不易發覺。故本案將對於公務員職務上行爲之行賄罪刪去。至對於公務員違背職務行爲之行賄罪。除減輕其刑外。並設自首減輕或免除及自首得減之規定。以便贓案易於發覺。(一二三Ⅲ、)(現行法一五八Ⅱ、)

五三 現行法第一百三十條係規定有審判職務之公務員或公斷人之特別受賄罪。本案以一般受賄罪處刑業已加重。而公斷人現已改爲仲裁人。分別規定於各關係條文之中。故將該條刪去。(現行法一三〇、)

五四 現行法第一百三十三條僅處罰有追訴犯罪職務之公務員。範圍稍狹。故本案將有處罰犯罪職務之公務員一併加入。至濫用職權爲逮捕或羈押者。情節亦極重大。不可不加處罰。故本案並增定之。(一二五、)(現行法一三三、)

五五 有管收解送或拘禁人犯之公務員如對於已決、未決之刑事被告或嫌疑犯有凌虐行爲實屬非法。故本案增訂處罰條文。(一二六、)

五六 公務員如越權受理民刑訴訟。於法治大有妨害故本案增設處罰之規定。(一二八、)

五七 公務員廢弛職務釀成災害情難宥恕。故本案增訂處罰之規定。(一三〇Ⅱ、)

五八 現行法對於公務員犯直接或間接圖利之罪。無沒收及追徵價額之規定。似嫌疏漏。故本案增訂之。(一三二一、)(現行法一三六、)

五九 現行法第一百三十七條處罰公務員洩漏或交付秘密。以關於民國內政之文書、圖畫、消息、物品爲限。範圍似嫌過狹。本案將文字修正爲國防以外應秘密之文書、圖畫、消息、物品。以資包括。又本案以公務員因過失洩漏或交付國防以外之秘密文書等物及非公務員而洩漏或交付因職務或業務知悉或持有國防以外之秘密文書等物者。均不可不加處罰。故增定之。(一三二一、)(現行法一三七、)

六〇 考試爲國家要政。如有舞弊情事使考試發生不正確之結果者。自應加以處罰。故本案增定之。(一三七、)

六一 預防犯罪本屬國家警察職責。必使人民負此義務未免太苛。故本案將現行法第一百六十二條及第一百六十八條刪去。(現行法一六二、一六八、)

六二 挑唆或包攬訴訟而從中漁利者。情節可惡。故本案增設處罰之規定。(一五七、)

六三 現行法對於偽證之處罰。僅以審判時之陳述爲限。在偵查時虛偽陳述無法防止。故本案將偵查時陳述加入。但以檢察官偵查時爲限。(一六八、)(現行法一七九、)

六四 暴露有傳染病菌之屍體或以其他方法散布病菌。最易發生災疫。關係人民生命健康至鉅。現行法第二百零六條未加規定。故本案增定之。(一九二、)(現行法二〇六、)

六五 偽造度量衡章內各條之未遂罪。大都情節輕微而現行法第二百二十一條罰及持有。按照我國社會情形。尤覺過苛。故均刪去。至行使違背定程之度量衡者。以從事業務之人爲最多。故本案增訂較重處罰之明文。(二〇八II、)(現行法二二一、)

六六 現行法第二百三十二條關於從事業務之人登載不實之事項於其業務上作成之文書者。以醫師之證書爲限。範圍太狹。故本案擴充其範圍至一切從事業務之人及一切業務上作成之文書。以免疎漏。(二一五、)(現行法二二二、)

六七 現行法規定姦淫未滿十六歲之女子者以強姦論。按照通常女子發育程度及表示同意之

能力而言。似覺太嚴。故本案改爲姦淫未滿十四歲之女子者以強姦論。至姦淫已滿十四歲未滿十六歲之女子。則處以較輕之刑。其與十四歲以上未滿十六歲之男女爲猥褻之行爲者。亦準用此項規定。(二二二II、二三四II、二二七II、)(現行法二四〇II、二四一II、)

六八 現行法第二百五十六條僅科有夫之婦與人通姦之罪。對於有婦之夫與人通姦者不加處罰。殊背男女平等之旨。故本案對於有配偶與人通姦者一律處罰。同時並規定非先經協議或審判離婚者不得告訴。藉維家庭之和平。(二三九、二四五II、)(現行法二五六、二五九、)

六九 現行法對於和誘、略誘同樣處罰。似嫌輕重失衡。且僅以脫離享有親權之人監護人或保佐人爲限。範圍亦覺太狹。本案處罰略誘較和誘爲重。並擴充其範圍爲脫離一切有監督權之人。較爲得當。(二四〇、二四一、)(現行法二五七、)

七〇 和誘有夫之婦破壞家庭組織。現行法無處罰明文。法界多有主張應予處罰者。故本案

增定之。(二四〇II、)

七一 和誘未滿十六歲之男女情殊可惡。故本案規定以略誘論。(二四一Ⅲ、)

七二 犯和誘、略誘罪於裁判宣告前送回被誘人或指明被誘人之所在地因而尋獲者。於被害人利益極大。實有獎勵之必要。故本案增設得減輕其刑之規定。(二四四、三〇一、)

七三 意圖損害他人而妨害其農事上水利者。不獨侵害個人法益。且影響農村經濟尤大。故本案增設處罰之規定。(二五二、)

七四 就商品之原產國或品質爲虛偽之標記者以僞亂真。毀壞商業信用。故本案增定處罰之明文。(二五五、)

七五 現行法對於製造、販賣鴉片、嗎啡、高根及安洛因等毒品同一處罰。本案以製造、販賣嗎啡、高根、安洛因等毒品。比較製造、販賣鴉片貽害社會尤爲重大。故分別處罰之。(二五六、二五七、)(現行法二七一、)

七六 現行法對於預謀殺人。以殘忍行爲殺人及便利犯他罪或免他罪之處罰而殺人者均特別

規定其刑。本案以爲普通殺人罪既可處至死刑。如犯罪之手段及其他情形極其可惡。法官自可審酌一切判處極刑。毋庸另爲規定。故將現行法第二百八十四條及第二百八十五條刪去。(現行法二八四、二八五、)

七七 現行法對於產母殺其子女者以私生子爲限。始得較普通殺人罪減輕處罰。本案以爲母子天性相愛。苟非名譽攸關、經濟壓迫或其他必不得已之情形。焉肯置諸死地。故規定不以私生子爲限。(二四七、)(現行法二八七、)

七八 人民健康與否。關係種族強弱。凡傳染花柳病於人或凌虐幼童或使人纏足或以其他方法妨害兒童身體之自然發育者。均應處罰。故本案明定之。(二八五、二八六、)

七九 現行法僅對於使人爲奴隸者處罰。但事實上往往有名義上雖非奴隸。而其不自由之地位與奴隸實相類似。如江湖賣藝之幼童及鴿婦蓄養之娼妓等皆是。凡使人居此種地位者。不可不加以處罰。故本案增定之。(二九六、)

八〇 現行法第三百十五條係規定妨害婦女自由罪。較諸現行法第二百五十七條一面妨害自

由。一面妨害監督權情形爲輕。而處罰反重殊嫌失當。故本案修正之。(二九八、) (現行法三一五、)

八一 現行法對於竊佔不動產之處罰。無明文規定。本案特增設一項於竊盜罪章內。以便適用竊盜罪之處罰。(三二一(2)、) (現行法三三七、)

八二 犯強盜罪、海盜罪而又擄人勒贖情節至爲重大。應處極刑。故本案增定之。(三三三、三三四³、) (現行法三五〇、三五三、)

