



書叢學法

**論各學法刑**

---

著 覺元 衛 郭

冊 上

施沛生編述

# 國民政府訴訟程序狀式大全

函購另加郵費  
一角三分

全書  
洋裝  
一册

定價  
大洋  
一元  
二角

實售六折

訴訟程序。依法甚爲繁複。訴訟狀式。照章亦有定程。際茲社會人事日繁。貿易交接尤多。訴訟事件。勢所難免。若遇輕簡爭執。每未延聘律師。固當深明狀式。縱屬重大案件。亦當自知程序。本書之刊行。卽係供上列事件之顧問。所述各種訴訟程序及訴狀程式。甚爲詳盡。不徒逐項附有最淺顯之說明。且舉有最合用之事例。并將各項重要法令章程悉數列入。不須另檢他書。手此一册。已足應付裕如矣。

# 自序

郭 衛 元覺

刑法學者。對待刑事學而言也。關於刑法學之著述原可分爲三種。卽比較刑法學、沿革刑法學、及解釋刑法學是已。本書爲解釋刑法學。故對於比較及沿革略而不詳。又有已詳於拙著之刑法學總論中者。本書亦不贅述。以免重複。至本書內容有須先行告知閱者之處。略述如次。

(一) 本書爲以文學敘述法引起閱者之興趣起見。純用論述體。於每一標題下。論述其內容。蓋鑒於陳列式之列舉體。每足使閱者生厭倦之感也。

(二) 本書爲供初學者而撰。其取材以明顯正確爲主。不求繁瑣。俾先明要義之所在。然後再事旁通曲徑。則己心有主宰。庶不致生狐疑彷彿之念。

(三) 研究各論之第一目的。在能辨別各種犯罪之性質。明曉各條之範圍。并應

周知前後條文之相互關係。庶可免斷章取義之誚。本書對於上列各點特加注意陳說。使閱者隨時留意。能獲事半功倍之效。

(四) 本書屬稿之時。適值新刑法施行之後。於此新舊法過渡時期。書中特將新舊條文加以評判。俾閱者藉以分辨其異同。審按其得失。

(五) 本書以撰述時間匆促。且係隨撰隨刊。於體例偶有前後岐異之處。俟再版時當悉予改正。以歸一律。

(六) 著者以一時無參考善本足資憑藉。純以個人識見所及秉筆直書。自難免缺誤之處。海內學者倘能以討論學術爲懷。隨時賜予糾正。則欣感無已也。

# 刑法學各論上冊目錄

## 第一篇 緒論

第一章 各論之意義及其目的……………一

第二章 各論與總論之關係……………三

第三章 研究各論之要點……………五

第四章 各論之分類……………七

## 第二篇 關於個人法益之罪

第一章 對於生命之罪……………一〇

第一節 總論……………〇

第二節 殺害生命罪……………二

第一 一般殺人罪……………二

刑法學各論

上冊目錄

一

二

二

〇

〇

七

五

三

一

第二	特種殺人罪	二〇
第三	參與他人自殺之罪	二九
第四	墮胎罪	三四
第二節	危害生命罪	四四
第一	遺棄罪	四四
第二	決鬥罪	五一
第四節	關於本章之過失罪	五三
第五節	關於本章之陰謀豫備及未遂既遂	五七
第一	陰謀及豫備	五七
第二	未遂罪	五九
第三	既遂罪	六〇
第二章	對於身體之罪	六一

第一節	總論	六二
第二節	傷害罪	六五
第一	一般傷害罪	六五
第二	特種傷害罪	六八
第三節	參與他人自傷之罪	七二
第四節	本章之過失罪	七三
第五節	本章之未遂及既遂	七五
第三章	對於自由之罪	七五
第一節	總論	七五
第二節	剝奪人之行動自由罪	七六
第三節	支配人之行動罪	八〇
第四節	移轉人之行動罪	八二



第一	和誘罪	八二
第二	略誘罪	八五
第三	以詐術使人出民國領域外之罪	九〇
第四	收受藏匿被誘人之罪	九一
第五	關於本節各罪之訴追	九三
第五節	侵害性欲上之自由罪	九五
第一	強姦罪	九五
第二	強制猥褻罪	一〇四
第六節	妨害住居罪	一〇八
第七節	妨害秘密罪	一一三
第一	侵害他人信函及其他文書之秘密	一一四
第二	洩漏他人之秘密	一一九

第八節 妨害安全罪……………一三二

第一 強制罪……………一三三

第二 單純恐嚇罪……………一二五

第三 私擅搜索罪……………一二七

第九節 本章各罪之未遂及既遂……………一二八

第一 本章各罪之兼罰未遂者……………一二八

第二 本章各罪之祇罰既遂者……………一三〇

第四章 對於名譽之罪……………一三二

第一節 總論……………一三二

第二節 侮辱罪……………一三四

第三節 誹謗罪……………一三六

第四節 損害信用罪……………一四二

第五節	本章各罪之未遂及既遂	一四五
第五章	對於財產之罪	一四六
第一節	總論	一四六
第二節	竊盜罪	一四八
第一	單純竊盜罪	一五〇
第二	加重竊盜罪	一五五
第三	準竊盜罪	一五九
第四	親屬相盜	一六〇
第二節	強盜罪	一六二
第一	單純強盜罪	一六三
第二	加重強盜罪	一六四
第三	準強盜罪	一六五

第四	同謀強盜罪	一六六
第五	因犯強盜罪而生之他罪	一六七
第六	單純海盜罪	一六八
第七	加重海盜罪	一六九
第八	準海盜罪	一六九
第九	因犯海盜罪而生之他罪	一七〇
第四節	搶奪罪	一七〇
第一	單純搶奪罪	一七〇
第二	加重搶奪罪	一七一
第三	準搶奪罪	一七一
第四	因犯搶奪罪而生之他罪	一七一
第五節	恐嚇取財罪	一七二

第一	單純恐嚇取財罪	一七二
第二	準恐嚇取財罪	一七四
第三	單純擄人勒贖罪	一七五
第四	加重擄人勒贖罪	一七五
第五	同謀擄人勒贖罪	一七六
第六節	詐欺取財罪	一七六
第一	單純詐欺取財罪	一七六
第二	加重詐欺取財罪	一八〇
第三	親屬相詐欺	一八〇
第七節	乘機取財罪	一八〇
第八節	背信圖利罪	一八二
第九節	侵占罪	一八五

第一 單純侵占罪……………一八五

第二 加重侵占罪……………一八八

第三 準侵占罪……………一八九

第四 親屬相侵占……………一九二

第十節 毀棄損壞罪……………一九三

第一 單純毀損罪……………一九三

第二 進毀損罪……………一九六

第十一節 贓物罪……………一九八

第一 單純贓物罪……………二〇〇

第二 加重贓物罪……………二〇二

第三 準贓物罪……………二〇二

第四 親屬間之贓物罪……………二〇三

第十二節 本章各罪之未遂及既遂……………二〇三

第一 本章各罪之兼罰未遂者……………二〇三

第二 本章各罪之祇罰既遂者……………二〇五

第十三節 本章各罪之訴追……………二〇六

上冊目錄完

# 刑法學各論

郭衛元覺著

## 第一篇 緒論

### 第一章 各論之意義及其目的

刑法學各論者。研究爲刑法學本體之刑法分則也。在刑法總論所研究者爲總則。處處皆爲各論之預備材料。凡爲各論所不需者。總論即不闖入。直可謂總論爲供給各論之需要而設也。卽刑法總則爲供分則之應用而產生。無分則則不須設總則也。故學者多謂各論之發達在乎總論之先。良以古代刑法爲迫於一時之應用起見。祇有形同分則之條文。間或雜以形同總則之規定而已。迨後條例紛繁。乃綜合各條文中之相同者另爲一章。以避繁複。而明系統。總則於是乎產生焉。考歐西成文法律。以羅馬之十二銅標爲最早。而十二標之中。除補遺外。從提傳以至宗教法。初無類似總則之規定也。我國之法



經六篇。雖以具法爲殿。然亦僅具總則之雛形耳。及漢唐以來之律。始以名例冠其首。名例卽總則也。至近世而刑法極形發達。條分縷析。備極周詳。凡關於共同規則之條文。皆納於總則之中。故總則規定如何之行爲。始構成犯罪。及對於犯罪者應加以如何之制裁。而分則則規定犯何種之罪者。配以何種之刑罰。於其構成之要件。實施之手段。及處刑之輕重。皆加以詳細之規定。刑法各論卽所以研究此種問題者也。

刑法各論既爲研究上述問題而設。則吾人對於各論之目的何在。亦不能不先加以注意。在刑法初次發達之時期。類以報復及威嚇爲其目的。其結果遂致趨向嚴刑峻罰之一途。張湯趙禹之流。乃應運而生。而儒者不談法律。孔子之徒。乃更視法律爲學術以外之物。我國法律之永無進步。永無更良之主義者。以此也。轉視歐西之法律。早已由報復威嚇博愛。以入於科學時期矣。今茲吾人對於刑法各論之研究。勢不得不懸此科學時期以爲之鵠矣。於此時代之刑罰。羣採合理的感應主義。卽所定之罰。則應以能合乎感應主義爲目的。其不能對犯人生感應效果之罰。則應舉而去之。此卽吾人研究各論之目的。欲達此種目的。則對於犯人之主觀的狀況。應先具有深刻之印象。萬不可僅從客觀的狀況著眼。而徒

爲社會上一般無學識無研究者之論調所惑也。

## 第二章 各論與總論之關係

各論與總論之意義已如前章所述。茲舉其與總論關係甚密切者如次。

(一) 與文例之關係 文例用以規定分則用語之意義及其範圍也。如親屬及尊親屬等爲分則中之用語。與處刑之輕重及減免甚有關係。在研究各論時。於其定刑輕重之主張。應顧及文例內所定範圍之廣狹以爲衡。例如文例內所定尊親屬之範圍甚廣。則於殺傷尊親屬之刑罰範圍應較寬。又如文例內所定親屬之範圍甚大。則於親屬寬免之條應較嚴。此皆與文例之關係也。

(二) 與刑事責任之關係 責任條件規定於總則之內。其於犯罪構成之事實出自過失者。應如何處罰。倘於總則已有概括之規定。則分則不必再爲注意。否則應由分則逐條予以規定。對於何種行爲應罰其過失。皆當注意及之。此卽與刑事責任之關係也。

(三) 與未遂罪之關係 未遂罪之刑必輕於既遂罪之刑。爲刑法上之原則。總則中應有概括之規定。但未遂不必盡屬有罪。何者不罰未遂。又屬分則之權限。故分則於某種行爲予以處罰未遂之規

定時又當視總則關於未遂處罰之輕重或減輕之限度以爲權衡。此卽與未遂罪之關係也。

(四)與刑名之關係 總則中之刑名。所以規定刑罰之種類及其等級也。分則既係以配合相之常罪刑爲其責任。則與刑名關係之切無待言矣。

(五)與酌減之關係 刑罰之得酌減。以其情狀有可憫恕也。分則所定罪刑。應視其情節有無憫恕之理。其有憫恕之理者。不妨放低最輕主刑之程度。以便達一經酌減卽能得較輕刑之目的。否則法定範圍過嚴。卽施以酌減。亦徒有其名耳。此卽與酌減之關係也。

(六)與加減例之關係 總則所設加減例。原欲於分則所定之法定刑罰內予以伸縮也。故分則規定刑罰時應預留可以按等伸縮之餘地。例如新刑法加減例中有加減幾分之幾之規定。則分則應顧及計算方便而定其徒刑之期限或罰金之金額。此卽與加減例之關係也。

(七)與緩刑之關係 緩刑爲救濟短期自由刑之良法。依總則中之規定。應有刑期之限制。不逾其限制者始有受緩刑之機會。在分則如認短期自由刑之不當。應多予以緩刑之機會。例如新刑法之緩刑以宣告二年以下之刑期者爲限。則分則中之法定刑罰應多設可宣告二年以下之範圍。方不

致多受限制。此與緩刑之關係也。

### 第三章 研究各論之要點

或謂總則之任務在規定分則各條共同之法則。多爲概括的規定。於其範圍之所包含。有非驟睹所能明了者。自非加以精密之探討不可。若分則則近於列舉的規定。逐條列舉其犯行。似不必多所探討。讀其條文即能明了也。其實不然。蓋分則之所規定的仍係概括者。於其規定之範圍仍有甚複雜之問題在。故不可不從縝密之方法加以研究。茲舉其應注意之要點如次。

(一)各條之範圍 各條對於其犯罪行爲。多係作概括的規定。其所包含之內容。千狀萬態。甚爲複雜。若者在其範圍之內。若者不屬於其範圍。非可比附援引爲類推式的斷定也。於此千狀萬態之中。吾人欲求其精確之界限。應先探討其立法之旨趣。旁及他種法令之關係并社會之環境。再考求其文句之意義。然後始能得真正之範圍。例如賭博。依刑法第二七八條之規定云。賭博財物者處一千元以下罰金。但以供人暫時娛樂之物以爲賭者不在此限。則欲確定真正賭博罪之範圍。非僅釋明其文句之意義所能斷。對於何者爲供娛樂之賭。何者爲非供娛樂之賭。應從社會上之現狀加以觀察。又如吸

食鴉片發行彩票等罪。在行政法上或有特許之規定。究竟該項特許在司法上能否有效。或應否認。或應遵守。是於其犯罪行為之構成與否甚有重大之出入。卽有關於各本條範圍之廣狹也。尙有關於名詞之範圍。如文書證券之定義。屍體與遺骨之區分。抑或對於犯罪之手段常有非條文內之文字所能包括者。如乘人不備而剪其髮爪。是否構成傷害。乘人入浴而藏其衣褲。是否構成私禁。皆當本立法之旨趣以爲解釋者也。其爲立法之旨趣所不能探討者。又當求之於最高法院之判例解釋。以爲準繩。或求之外國之判例學說。以資參酌。是在學者自致其力也。

(二)各條相互之關係 刑法各條有相互之關係。不徒總則與分則爲然也。卽分則內之各條文中。其有相互之關係者甚多。若忽而不察。則每致斷章取義。失其真正之解釋矣。例如關於略誘罪之規定。依刑法第二五七條云。和誘略誘未滿二十歲之男女脫離有親權人監護人或保佐人者。處六月以上五年以下有期徒刑。觀於此條。似可斷定略誘罪之構成純以誘拐未滿二十歲之男女爲限。其略誘已滿二十歲之男女不爲罪矣。但同法第三百十五條又有規定云。意圖使婦女與自己或他人結婚而略誘之者。處一年以上七年以下有期徒刑。是已滿二十歲之婦女仍足爲略誘之客體。又如刑法第三

二五條云。意圖散布於衆。而指摘或傳述足以損毀他人名譽之事者爲誹謗罪。觀於此條。則一切誹謗之行爲皆當依該條處罰矣。但同法第三二六條前半規定云。犯人對於以誹謗之事。能證明其爲真實者不罰。則又有不罰之例外矣。然再閱同條後半之規定。其涉於私德而與公共利益無關者不在此限。則不屬於公共利益之誹謗行爲。不問事實之有無。仍當處罰。故各條相互之關係實甚重要。讀律者非可囿於一條而加以解釋也。

(二)應下深切之研究。今之修談法律者。每有感於皮相之見解。以致開口便錯。比比皆是。其弊在不事深切之研究。而徒觀其大概。以爲足矣。例如談侵佔罪者。每每以爲其物被他人佔去時卽構成侵佔罪。其實侵佔罪之構成。除遺失漂流物外。必負有監守之責者。始足爲犯罪之主體。否則不能以侵佔論罪。又如談誣告罪者。每每以爲被告之犯罪不成立。則告訴人應負誣告之責。其實誣告之成立別有其要件。不如此之簡單也。凡此類皮相之見解。在一般無識者言之固不足責。而在習法律者。亦每有出之於口而形之於筆墨者。是殆忽於條文之認識也。故舉以促學者之無忽。

#### 第四章 各論之分類

昔之研究刑法各論者。多以犯罪之種類爲標準。有分犯罪爲公罪私罪二種者。於歐西則在羅馬時已有之。羅馬法於犯罪之關於一般人民利害者爲公罪。由國家及被害者訴追之。其僅關於個人之利害者爲私罪。由被害者訴追之。公罪之中又分爲常罪大罪小罪。其所科之刑罰。依法令及習慣等預爲規定。審判官無裁量之自由者爲常罪。刑罰之輕重不預定。審判官得本其自由觀察以意爲輕重者爲非常罪。應定以死刑流刑者爲大罪。應定以體刑徒刑罰金者爲小罪。至中古猶沿而不改。凡妨害公共秩序善良風俗者爲公罪。妨害個人之利益者爲私罪。處以死刑者爲大罪。餘刑爲小罪。降及近世。歐洲各國猶有存之者。如法國刑法尙有大小罪之區別也。此外學者間有左列數種之分類法。

(一)有分犯罪爲三種者。第一爲對於人之罪。第二爲對於物之罪。第三爲中間之罪。此爲夏爾留斯加氏之說。

(二)有分犯罪爲四種者。第一爲私罪。第二爲自害罪。第三爲半公罪。第四爲公罪。公罪之中又分爲九。卽關於國家外部安寧罪。關於警察罪。關於司法權罪。關於公之權力罪。關於人口罪。關於國庫罪。關於主權罪。關於道德罪。關於宗教罪是也。此爲貶查母氏之說。

(三)有分犯罪爲二種者。羅西氏分爲對於人之罪及對於財產之罪。而里斯托氏則分爲對於個人利益之罪及對於公共團體之罪。

依以上分類之法。以研究我國之新刑法。均不甚妥愜。或又有主張依照刑法各章之次序以作分類之研究者。似又嫌於學理上失其系統。本書特依左列方法爲分類之標準。

(一)關於個人法益之罪。凡侵害生命身體自由名譽財產者屬之。

(二)關於社會法益之罪。凡妨害公安風俗及交接上之信用並公共危險罪屬之。

(三)關於國家法益之罪。凡危家國本妨害國交國信政務司法等罪屬之。

## 第二篇 關於個人法益之罪

法益者。法律所保護之利益也。個人法益者。關於個人之利益爲法律所保護者也。個人之利益大別之有五。卽生命身體自由名譽財產是已。至保護之方法。在刑法上則爲對於加侵害者處以刑罰。茲將刑法上對於侵害個人法益之各種犯行及罰則分章述之如次。



## 第一章 對於生命之罪

### 第一節 總論

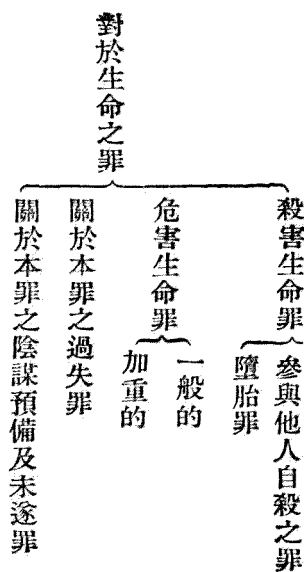
(一) 本罪之客體 侵害生命之罪其被害法益爲生命。所謂生命者。指人及胎兒之生命而言。物之生命不與焉。何者爲胎兒之生命乎。卽自受孕之時至出生以後爲止之胎體也。何爲人之生命乎。卽自胎兒出生後至死亡前之人體也。於此有二問題。(1)人自何時爲出生。(2)人至何時爲死亡。此種問題在常人視之。以二語答之足矣。卽以人之出生爲產生之時。以人之死亡爲死亡之時。然在吾輩研究法學者視之。則殊嫌單簡。蓋生至如何程度始得謂之出生。死至如何程度始謂之死亡。尙有問題也。就人之出生言之。胎兒之產生。自產婦腹痛以至完全落地之間。必須經過數種階級。於此數種階級之中。究以何時爲出生。學者頗不一其說。其中以獨立呼吸說爲最適當。該說謂胎兒脫離母體後能獨立呼吸時則爲產生。不問其全體之產出否也。日本著名刑法學者岡田及大場茂馬諸氏均贊同之。本書亦採是說以立論。(詳見刑法學總論第一二四頁)至生命至何時爲終之問題。學者間有脈息說及呼吸停止說。在脈息說之主張。謂人至脈息。則生機已絕。應以死亡論。然就死亡之現狀考之。常有脈已

息而呼吸尙未停止者。此際人之生機雖絕。而心臟之鼓動尙如生時。詎可謂爲死亡乎。此說自不足採。呼故吸停止說爲學者間多數所採用。卽以呼吸之停止與否爲死亡之界限。亦可與出生時之獨立呼吸說兩相照應。此說實爲不易之論也。本書亦採用之。

(二) 本罪之所爲 本罪之所爲爲殺害生命及危害生命兩種。殺害生命者。故意殺害人或胎兒之生命也。危害生命者。其所爲有殺害生命之可能。尙未至殺害之程度也。在刑法上不徒對於殺害生命之行爲予以處罰。爲預防殺害事實之發生。對於危害生命之行爲。亦設處罰之專章。至其殺害與危害之手段如何。在所不問。祇問有無其行爲而已。

(三) 本罪之分類 本罪自其行爲論之。可分爲殺害生命罪及危害生命罪。自其處罰之輕重論之。可分爲一般殺害生命罪與特種的殺害生命罪。及一般的危害生命罪與加重的危害生命罪。此外尙有預備陰謀未遂及過失罪。茲以表明之。

殺人罪 } 一般的  
          } 特種的



## 第二節 殺害生命罪

刑法上所謂生命者。以人與胎兒爲限。前節已述之矣。故殺人者即構成殺人罪。害胎兒者即構成墮胎罪。茲更分別論之。

### 第一 一般殺人罪

一般殺人罪者。即無特種情形之殺人罪也。加一般二字於殺人罪之上者。用以別於特種殺人罪而言也。殺人之應爲罪。爲古今中外所同。無待贅述其理由。惟於其罪之構成。在刑法上亦有其要件。刑法上

之犯罪要件。分普通要件及特別要件兩種。普通要件規定於總則之中。無論何種犯罪。皆當具備該項要件。方能論特別要件。如普通要件不成立。則雖構成特別要件。亦不能認爲犯罪而科以刑罰。所謂普通要件者。卽有責任能力者。於無違法之阻却時。因故意或過失。所爲之行爲也。總括言之。爲違法且有責而已。何謂違法。卽其行爲爲法律所不許者。如正當防衛緊急狀態以及執行職務及正當業務之行爲。皆爲法律所許。不能以違法論。何謂有責。卽具有責任能力合乎責任條件者。如未滿十三歲人之行爲及有精神病人之行爲。與非故意又非過失之行爲。皆不須負責。不能以有責論也。至特別要件者。爲普通要件以外之要件。卽刑罰法令所列舉之犯罪行爲也。故單具備普通要件亦不爲犯罪。必同時具備特別要件。方能認爲犯罪之成立。普通要件爲總則所規定者。本書無庸詳爲論述。本書祇就各種犯罪行爲之特別要件加以論述而已。

本罪之構成要件卽屬特別要件。吾人談特別要件時。暫將普通要件置之不論。祇就本罪構成之要件加以研究耳。至此可卽研究一般殺人罪之要件爲何。考之刑法第二八二條之所規定者。僅一殺字耳。故其要件甚爲簡單。祇要犯罪之客體爲人。凡對於此客體之人加以斷絕生機之行爲者。卽足構成本

罪。其手段如何在所不問也。

至犯本罪之手段。除特種殺人罪外。亦無庸特別加以規定。在普通不過施用刀劍槍棒耳。即或不以刀劍槍棒而易以藥品。或他種方法。祇要有斷絕其生機之可能。皆足爲犯本罪之手段。在近世科學發達。殺人之利器日多。不徒使用有形之物足以達殺人之目的。即無形之物。有時亦足供殺人之利用。又不徒使用之當時可以絕人之生命。且有使用後遲至數月或數年始發生其結果者。即在中國之各級社會中亦有不可思議之無形技術。足以殺人於不知不覺之中。故殺人者不論採用何種手段。皆當以殺人罪論也。

關於本罪之罰則亦甚簡單。殺人者死。本爲天經地義之原則。而刑法第二百八十二條對於犯殺人罪者之處罰。定有死刑無期徒刑或十年以上有期徒刑三種。不專科以惟一之死刑者。因殺人之情狀不一。非立法者一時所能預爲推測也。立法者既不能預爲推測。則不能預定一種不能伸縮之罰則。必預立數種刑罰俾審判官得以自由裁量也。在前大清刑律。僅列舉犯罪之情狀若干種而預立各種不同之罪刑。以當時人權之不平等及觀念之不相同。至今日視之。已多成爲一種不可適用之法則矣。茲列

舉前大清律關於殺人罪之名目如左。以資參考。

- 一、謀殺人之罪。(新刑法有出於預謀殺人之規定)
- 二、謀殺制使長官及本管長官之罪。(新刑法無特別規定)
- 三、謀殺祖父母父母之罪。(新刑法無特別規定)
- 四、殺死姦夫罪。(新刑法無特別規定。除出於正當防衛外與一般殺人罪同)
- 五、謀殺故夫父母罪。(新刑法無特別規定)
- 六、殺一家三人罪。(新刑法無特別規定。祇以被害人數算犯罪之數)
- 七、採生折割罪。(新刑法祇有以支解折剖方法殺人之罪)
- 八、造畜蠱毒殺人罪。(新刑法無特別規定。以一般殺人罪論)
- 九、鬥毆及故殺罪。(新刑法分別規定於殺人傷人罪內)
- 十、屏去人服食罪。(新刑法有遺棄罪及傷害罪之規定)
- 十一、戲殺誤殺過失殺傷人罪。(新刑法祇有過失致人死或傷之規定)

十二、夫毆死有罪妻妾罪。(新刑法以殺常人罪論)

十三、殺子孫及奴婢圖賴人罪。(新刑法以殺常人罪論)

十四、弓箭傷人罪。(新刑法以傷人罪或過失傷人論)

十五、車馬殺傷人罪。(新刑法以傷人或過失傷人論)

十六、庸醫殺傷人罪。(新刑法有玩忽業務罪之規定)

十七、窩弓殺傷人罪。(新刑法以過失傷人論無過失者不罰)

十八、威逼人致死罪。(新刑法祇有因羞忿自殺罪)

十九、尊長爲人殺私和罪。(新刑法關於得財私和祇構成詐欺罪)

二十、同行知有謀害罪。(新刑法以事前爲限有不報告之罪)

以上爲大清刑律所定之關於殺人之罪名。現行刑律不過略有增損。仍係大同小異。至暫行律始廢而不採。其理由。謂謀殺故殺之別。東西各國。刑法皆同。然其刑之輕重。實爲法律所不能豫爲分別。其理由有三。(一)有豫謀之殺意與無預謀之殺意。法理上不能有正確之分別。(二)即使可分。而同一殺人。刑

罰究無輕重之差。(二)因犯意出於豫謀而加重其刑。何以別種犯罪俱無特予重刑之規定。則預謀之殺傷。自無處重罰之理由也。(按新刑法仍存謀殺之規定容後再論)至毒殺非毒殺之別亦不可用。其故有三。(一)毒物非毒物之界限。雖在理化學最進步之國。難得正確之判別。(二)即使能為判別。仍不能於無限殺人手段之中。特指用毒為特應重罰。(三)用毒之手段雖屬可惡。然犯人之情節。仍有可恕與不可恕之分。則刑罰仍不能一例也。若謀殺制史及本管官。此類情節固屬罪大惡極。然死刑已為極刑。有犯自可援用。無須於殺人之外多立名目。而誤殺。按賊盜罪略誘罪並無誤盜誤略之明文。獨於殺傷特設規定何也。徵諸刑法之學理。手段與目的物之錯誤。不得變更罪質罪名。故其處置亦不得與未錯誤者有所區別也。又殺子孫奴婢及妻妾。罪不宜輕。蓋人民者國家之元質。其生命非父母尊長本夫所能奪。此為歐洲各國所公認之原則。子孫奴婢妻妾若無應死之罪。固不待論。即有應死之罪。自有審判官在。非常人所能專擅也。要之。凡殺人有應處死刑者。有僅科一等有期徒刑已足懲戒者。其間之差等。非法律所能預定。故此條僅稱為殺人者。不復設區別。而其科以死刑無期徒刑或一等有期徒刑。均在審判官之秉公鞠劾而已。此為暫行律對於殺人罪不多設各種名稱以分別處刑輕重之規定之理。



由也。余意暫行律所舉各點非盡有理由。茲爲研究計。略予駁詰如次。

一、謂謀殺故殺在學理上無從分別。要知刑法不專採事實主義。應兼採人格主義。以人格主義論之。謀殺人者其性格上所含之惡意較深。蓋已經過考慮之後。猶下殺人之決心。較之臨時起意者。其惡意實不可同日而語。詎能謂其行爲在法理上毫無分別乎。

二、謂謀殺故殺即使可分。而同一殺人刑罰究無輕重之差。此說尤難成立。蓋刑罰之輕重。純以犯罪情節之輕重爲標準。苟認爲某種行爲情節較重。自可科以重刑。不能以同一殺人行爲爲理由而否認之。即暫行律對於殺尊親屬者亦有加重其刑之規定。豈非同一殺罪而有刑罰輕重之分乎。

三、謂犯意出於豫謀而加重其刑。何以別種犯罪均無特予重刑之規定。此說雖足以攻擊別種之不因豫謀而加重。然未足說明本罪之不應因有豫謀而加重。例如強盜放火等罪。未始不可以豫謀之有無而輕重其刑。倘認其情節相同。亦不妨加以豫謀之規定。

四、謂毒物非毒物之界限。雖在理化學最進步之國亦難得正確之標準。要知在立法上之問題。祇應問應當分別與否。不必問事實上之能分別與否。蓋能分別與否乃事實問題也。例如殺人與傷人致死。在

事實上有時亦難分別。斷不能因此而不加以區別。

五、謂毒殺與非毒殺即使能爲判別。仍不能於無限殺人手段之中。特指用毒爲特應重罰。要知清律對於盡毒殺人。以其手段較他種爲易。且在無形之中使人難於趨避。故科刑較重。非無理由也。

六、謂用毒之手段雖屬可惡。然犯人之情節仍有可恕與不可恕之分。則刑罰仍不能一例也。要知立法者對於特種犯罪手段予以特別之刑罰者。祇能就社會之現狀考察之。如有遺漏。將來仍有修補之機會。例如擄人勒贖爲最近發生之事實。在暫行律無專條可援。新刑法已另設專條矣。

又殺人與傷人致死在表面上視之。其結果相同。似不能有若何之區別。若從其犯意考察之。則兩者之區別甚大。此爲學者所當注意者也。蓋刑法之處罰犯人。以有無犯意爲標準。犯意即犯罪之故意也。故有犯何種罪之故意者。即科以何種之刑罰。其無犯意者不論。至區分犯意之方法。當注意於犯罪當時有無殺意爲斷。換言之。當以下手殺傷時有無死亡之預見爲斷。其受傷之多寡及死亡之遲速。以及受傷處之是否致命部位。皆不能爲兩者區別之標準。故於下手時若已蓄有殺人之故意。雖其結果僅致輕微傷害。或竟不生傷害。仍當屬於殺人罪之範圍。否則雖被害者立時殞命。亦僅以傷人致死罪論也。

尚有殺人與棄屍。本爲兩種犯罪。蓋一爲殺害有生命之人。一爲侵害無生命之死體。以其客體不同也。但有時對於棄屍之行爲足認爲殺人之結果者。如意圖滅跡而棄屍之類。則僅科以殺人之刑。係援用從一重處斷之結果。并非將棄屍之罪包含於殺人罪之內也。

## 第二 特種殺人罪

特種殺人罪者。因被害之客體及殺人之動機方法目的之不同。而處罰各有差異。（有加重者有減輕者）本書特設特種殺人罪一類以包括之。茲分述如次。

（一）殺尊親屬 殺尊親屬者在清律爲逆倫。科以凌遲處死。及至現行律時。改爲斬立決。暫行律亦於殺人罪外別立一條。對於殺尊親屬者處惟一之死刑。新刑法第二百八十三條對於殺直系尊親屬者仍處惟一之死刑。殺旁系尊親屬者則加入無期徒刑一種。

（二）殺友邦元首 對於友邦元首爲維持國際間之和平起見。應予以特別保護。對於殺其元首者加重其刑。我國舊律無此規定者。蓋對於外國向無友邦可言也。考各國立法例。對於特別保護他國元首可分三派。第一派爲法國、俄國、比利時、西班牙、意大利等國。以外國元首爲限。不問爲友邦與否也。

第二派爲英國、德國、荷蘭、丹麥、瑞士、芬蘭、暹羅等國。以友邦之元首爲限。第三派爲日本。以留在本國之外國元首爲限。以上三派其限制或過於嚴。或過於寬。惟第二派較爲適當。查暫行律第一百八十八條之規定。僅稱外國元首。無友邦之限制。新刑法嫌其過於寬泛。特加友邦二字以限制之。故該法第一百二十一條之規定。對於友邦元首犯故意殺人罪者始處以惟一之死刑。其對於非友邦之元首。犯故意殺人罪者。不必予以特別保護。仍以殺普通無身分之人同論。此所以防濫用。亦所以對於友邦示優異也。至所謂友邦者。爲現與本國訂有條約之國家也。其與本國無條約。或曾有條約而現已廢止者。不得以友邦論。卽不能享此特別之保護。又對於本國元首。在法美各共和國刑法均無特別加重之規定。係以共和國之元首應與平民受同等待遇之意。我國暫行律於民國元年公布時。以時間匆促。僅將侵犯皇室罪一章刪除。未加入侵害元首之規定。惟修正案及第二次修正案均以對於友邦元首尙有優異之條。對於本國元首亦應有相當之尊敬。且元首在職時爲一國之代表。不可不予以特別之保護。特設侵犯大總統罪一章。加以特別之規定。此次國民政府因無大總統之設置。故於制定新刑法時不特此種規定也。

### (三) 因犯強姦罪而殺被害人

因犯強姦罪而殺被害人者。在暫行律無特加重其刑之規定。

祇能依俱發罪之例。同時科以一般殺人罪之刑及強姦罪之刑耳。若強姦罪無人告訴。則僅能科以一般殺罪之一種刑罰。及補充條例頒行後。於該條例第四條。有犯姦淫罪故意殺人者處惟一死刑之規定。其範圍甚廣。凡因犯姦淫罪而故意殺人者。不論被殺者爲何人。皆得適用該條處斷。新刑法第二百四十條亦有相似之規定。惟其客體不同耳。該條第六項謂因犯強姦罪而故意殺被害人者處死刑。則其客體以被害人爲限。若被殺者非被害人。則雖係因犯強姦罪而殺之。仍不能援用該條處斷。惟所謂被害人是否專指被強姦之婦女。抑或婦女之夫及婦女之親屬亦包括在內。此爲吾人所應研究者。以立法之本旨論之。其所謂被害人當包括婦女之夫及其家長在內。蓋強姦所侵害之法益不徒爲被強姦之本人。其本夫及家庭之法益亦同時被其侵害也。但大理院統字三一七號解釋羞忿自殺以本人爲限。至若因犯強姦罪而殺被害人以外之人時。則仍當以一般殺人罪論。例如婦女寄宿於旅館之內。倘犯強姦罪者爲達其強姦之目的起見。將其供役之人殺死之。不能以殺被害人論。至若殺死姦夫。以出於正當防衛爲限不論罪。其防衛過當者仍當以殺人論罪。所謂過當者。出乎防衛

範圍以外之行爲也。例如其妻被人強姦或和姦。於其犯罪之當時。欲排除其侵害。除殺死犯罪人外。若別無他種方法足以排除之。因而殺死犯罪人者不爲罪。倘犯罪人見而避走。於其避走時追殺之。則以防衛過當論矣。惟對於姦婦。雖屬和姦不能加以殺害。蓋殺死姦夫爲排除侵害也。可援用正當防衛之條。若殺死姦婦則無從援用。但在清律則有妻妾與人通姦而於姦所親獲姦夫姦婦登時殺死者勿論之條耳。

(四)因犯強盜或海盜罪而殺人 暫行律第三百七十六條云。因犯強盜罪而故意殺人者處死刑無期徒刑。新刑法第三百五十條云。犯強盜罪而故意殺人者處死刑。第三百五十三條又有犯海盜罪而故意殺人者處死刑之規定。是在暫行律尚有無期徒刑一種。新刑法則處惟一之死刑也。且暫行律因無海盜罪之名詞。僅有在海洋行劫之強盜。故無犯海盜罪故意殺人之條文。此兩者之異同也。至所謂因犯本罪而故意殺人者。其構成要件。祇要以犯本罪爲目的。而有故意殺人之事實。不問被殺者是否爲被害人。若在犯罪行爲完畢以後。於逃逸中被人追捕。因拒捕而開槍殺人。則不能包括於因本罪而殺人之內。應另構成意圖免犯罪之責任或防護因犯罪所得之利益罪論。非本罪之範圍也。

又本罪既以故意殺人爲限。其非故意者。亦不能構成本罪。

(五)出於豫謀之殺人 殺人罪而分謀殺故殺本爲清律所規定。暫行律對於謀殺之特別規定。提出三種理由而廢棄之。前已述之。新刑法採用第二次修正案之理由。於殺人罪之出於豫謀者。特設第二百八十四條之規定。處以惟一之死刑。其理由略謂謀殺人者爲殺人罪重大情節之一。暫行律廢謀殺故殺之區別。所持三說均不適當。卽第一說因其難於分別而主張廢止。似無充分之理由。蓋律文之有待解釋及解釋上之難於區別者多矣。卽強暴詐術不正等名詞。學理上亦無正確之標準。有賴乎法官之酌情定奪。不獨謀殺爲然。况謀殺故殺。我國舊律向有分別。成例具在。當不致如原案所慮之虞也。第二說謂同一殺人罪刑法究無輕重之差。以一語而抹煞各罪中輕重情節之條文似有未當。卽如同一賭博罪。而以賭博爲常業與否科罰遂有輕重。又同一殺人罪而殺死尊親屬與殺死常人。科罰亦有輕重。故以犯罪之輕重而區別謀殺故殺。未爲不當。第三說謂因犯意出於豫謀而加重其刑。何以他罪無此區別。要知各罪加重之情節因其性質而異。例如以犯某罪爲常業而加重其刑者。某罪有之。而某罪無之。因被害人之年齡而加重其刑者亦然。其餘各種加重之標準莫不如是。故以豫謀之故意

爲殺人罪加重之情節，實因犯人有特別之兇性，因科以重刑。非必他罪亦出於一律也。余意謀殺之須加重。其惟一之理由爲採誅主義以去其惡性也。蓋人之所以犯罪，除出一時之刺激外，多具有一種惡性。此種惡性如疾病然。刑罰卽爲除去此種疾病之工具也。故對於惡性之較輕微者，僅處以徒刑罰金。卽能滌而除之。其惡性之較重者，則不得不割而去之。割而去之之法，卽處以死刑也。夫人處心積慮以圖犯罪者，多係出於損人利己之心。其僅對於人之身體自由名譽財產加以損害者，其受害者尙有回復其損害之可能。跡其所存侵害之心實較可恕。若竟以殺害他人之生命爲利己之交換品。其居心之惡毒可謂極矣。與出於一時之衝動而殺人者實大有區別。定以惟一之死刑，不亦宜乎。故謀殺加重其刑，并不背乎刑事政策也。

(六)施用殘忍手段之殺人 爲殺人之行爲者，其惡性已可謂重大矣。若其殺人之手段更出於乎殘忍。世上之罪惡尙有加乎此者耶。處以極刑宜也。在暫行律本無關於此種犯罪之特別規定。新刑法特設第二百八十四條第二款之規定。凡犯殺人罪而支解折剖，或有其他殘忍之行爲者，處惟一之死刑。其應注意者，所謂支解折剖，係指於其生前用支解折剖之方法而死之也。如破腹開膛抽腸出肚。



之類。若以普通之方法殺人。於其已死之後而予以支解折剖之處置。則非犯本罪之手段。乃係於一般殺人罪外。另行構成第二百六十二條之損壞屍體罪。二罪合併論之。不得以本罪論也。又所謂其他殘忍之行爲者。除支解折剖之外。在立法當時不能預爲想像之一切忍殘方法均包括在內。由審判官本此立法之意而認定之可耳。

(七)意圖便利犯他罪而殺人 此種特別殺人罪在暫行律本無其規定。新刑法採用第二次修正案之主張。於第二百八十五條特設此種犯罪之處罰爲死刑或無期徒刑。所謂意圖便利犯他罪而殺人者。其殺人之行爲以意圖犯他罪爲其動機也。例如欲行私擅逮捕而殺其同行之友人。又如欲行強姦而殺其僕婦。皆以意圖犯他罪爲其動機也。在前適用刑律補充條例之時。依該條例第四條之規定。犯姦淫之罪故意殺人者處死刑。則如前例因欲行強姦而殺死其僕婦應依該條處斷。惟新刑法第二百四十條對於被殺者以被害人爲限。則僅殺死其僕婦。尙不能以被害人論。故祇能構成本條之罪也。

(八)意圖免犯罪之處罰或意圖防護犯罪所得之利益而殺人 此種特別殺人罪

之規定亦爲暫行律所無。新刑律採用第二次修正案之主張。於第二百八十五條特設此種規定。犯之者處死刑或無期徒刑。本罪所包括之行爲有二。一爲意圖免犯罪之處罰。一爲意圖防護犯罪所得之利益。所謂意圖免犯罪之處罰者。例如入鄰室竊取財物。爲室內之人所覺察。恐被認識其姓名。特殺之以免被其訴追。又如與友人同作犯罪之行爲。特殺之以滅口。皆爲意圖免他罪之處罰而殺人也。所謂意圖防護因犯罪所得之利益者。例如搬運贓物者。中途爲人所追及。爲防護其所運之物起見而殺死追者是。

(九)當場激於義憤而殺人 此種殺人罪其處刑較輕。暫行律對於此類行爲。以之包括於總則酌減之中。然僅援用酌減。恐尙不足。新刑法採用第二次修正案之主張。於殺人罪章特設專條。依該法第二百八十六條云。當場激於義憤而殺人者。處一年以上七年以下有期徒刑。所謂當場激於義憤者。其要件有二。一要當場。一要激於義憤。二者缺一不可。所謂當場者。其犯意起於犯罪之當時而即實行於當時也。若預有犯意。或其犯意起於事故發生以後。皆不得謂之當場。例如爲愛國行爲而開會。於會場發現有反對或破壞愛國行爲之人。無法制止。因而殺之者。其犯意必起於發現其人之時。非預先

知有其事其人而豫謀殺害之也。所謂激於義憤者。必其被害人之言語舉動有違於正誼或禮俗。方能以義憤論。若僅爲反對其私人之意見或行爲。則雖足觸其憤而不得謂之義。例如於開會之時。雙方各爲其主張之辯論。而生口角。不能概指爲義憤也。查第二次修正案所舉義憤之例。謂因自己或親屬受莫大侮辱之類。其範圍似嫌過廣。倘僅因自己或其親屬受莫大之侮辱。便起而殺人。於其殺人之結果。不過處以一年以上七年以下之徒刑。則殺人之案將接踵而起。於社會之安寧秩序將莫保焉。故余意必限於感觸他人違反正誼或禮俗之類始得謂之義憤。其因自己或親屬受侮辱而起者。祇能援用總則之酌減。於殺人罪之法定刑內予以減輕而已。况本條之法定刑最重不過七年之徒刑。已甚輕微。若於其解釋再從寬泛。則反致失其立法之本意矣。

(十)母於生產時或甫生產後殺其私生子 胎兒自能獨立呼吸時起即謂之人。既謂之人。則殺害之者應以一般殺人罪論。初無身分之別也。故殺瘋狂之人及臨死之人。在立法例上均論以一般殺人罪。私生子亦猶人也。豈可任意殺之乎。此在主張事實主義者所持爲不易之論也。新刑法第二百零八十七條乃竟設殺私生子罪之專條。其法定刑僅六月以上五年以下之有期徒刑。驟視之。莫不爲

之驚異不已也。但該條係採誅心主義以爲立法之根據。良以此種情形。其動機係出於畏恥辱之心。與具有殺人之惡性者不同。故處刑較輕。且其時期以生產時或甫生產後爲限。過此時期而殺之者仍以一般殺人罪論也。本罪構成之特別要件有二。一要犯罪者爲私生子之母。二要在生產時。或甫生產後。所謂生產時或甫生產後者。尙未爲外人得知之時也。又不僅爲外人所未得知之時。應尙在可掩飾不致爲外人得知之時也。若已爲外人得知之時或已至無可掩飾之時。則雖殺之仍不足以保全其恥羞者。卽當認爲已經過相當之時矣。但若生至數日或數十日尙未爲外人所知。究能解爲甫生產之後否。是則有待於解釋也。

### 第三 參與他人自殺之罪

自殺之不爲罪。在近世學者間幾已趨於一致。蓋對於自殺之防止。本非刑罰之力量所及。因刑罰之最重者死刑而已。對於自殺既遂者。已無何種重於死刑之刑罰可科。對於自殺未遂者卽科以死刑。亦不足畏。且正足以達其目的矣。尙何足畏哉。且於既遂者已無刑可科。若專罰未遂者之刑。適足以獎勵自殺之既遂。與法理事實。兩相違反矣。在昔歐洲曾有處罰自殺之刑。對於既遂者不許享受正式安葬之

典禮。對於未遂者剝奪其公權。然在求自殺者已不自惜其生命。其他一切更可犧牲。實非此種防止方法所能有效也。故防止自殺之法惟有從自殺之原因上加以研究。如能在社會方面減少促成自殺之原因。使求自殺者解除其厭世之環境。則自殺之事自必減少。此乃屬諸刑事政策之範圍。非刑法上之問題也。

自殺既不爲罪。在刑法上惟有對於參與他人自殺者科以刑罰。所以防止對於他人自殺上之加功行爲也。此類加功之行爲。依新刑法第二九零條之規定。計有左列種種。茲分述之。

(一) 教唆他人使之自殺 自殺爲社會上不幸之事。凡遇他人有自殺之表見時。勸止之不遑。若他人本無自殺之念。而竟教唆之。此種行爲。不徒爲社會所不容。即在被教唆之本人。一時志意不堅。易爲所惑。此刑法之所以必罰也。至何謂教唆他人自殺。即他人本無自殺之意。由教唆者教唆之而他人始下自殺之決心也。本罪之構成。以實施其教唆行爲爲要件。於此有二問題。(一) 他人已起自殺之意。僅從而贊成之。(二) 雖實施其教唆行爲。而他人并不因此而生自殺之決心。以上兩種情形是否構成本罪。於第一問題。僅就他人之本意而予以言語上之贊成。應不構成本罪。於第二問題。他人本無自

殺之意。對之實施教唆行爲。卽已合乎本罪之要件。自應成立本罪。蓋教唆自殺與教唆他人犯罪不同。教唆他人犯罪。乃係共犯之一種。必他人受其教唆而實施犯罪行爲。始能成立共犯之罪。本爲一種附屬之犯罪也。教唆他人自殺。在他人并不犯罪。自與他人之實施其行與否無關。乃係一種獨立犯罪。且教唆他人犯罪者。必俟他人有犯罪之預備或著手時。始生犯罪之動機。在教唆他人自殺。一經開始爲教唆之言語。卽已生犯罪之動機。故於第二問題應認爲犯罪。不過以未遂論耳。至教唆之手段。有用誘惑者。有用恐嚇者。有用詐欺者。有用反激者。皆足使人生自殺之決心。對於他人之因此而生決心之原因。是否出於自擇。及有無比較考慮之餘地。卽本人之意志有無活動之自由。皆與本罪之成立有最大之關係。蓋必出於本人自由意志所決定者。始爲本罪之構成。若全係出於恐嚇詐欺。使本人無意志決擇之自由。則應構成殺人罪。不以本罪論也。

(二)幫助他人使之自殺 人至下自殺之決心。多爲一日不可居之環境所迫。苟能有法足以脫離此種環境。未始不能勒馬於懸崖。而挽回其決心。故見人之圖自殺者。凡稍具天良。莫不設法爲之援救。卽或自殺者非爲環境所迫。而爲出諸厭世之心者。爲謀社會之健全。人類之團結起見。亦當予

以喻解而挽回之。此爲人道上之正誼也。若不徒不予援救。反從而幫助之。則刑法上爲維持正誼起見。不得不科以刑罰。故新刑法第二百九十號有幫助他人使之自殺罪之規定。惟該條之所謂幫助他人使之自殺者。係指幫助爲自殺之實行行爲以外之一切預備行爲而言。若直接參與其自殺之實行。如以刀劍或槍棒而殺之之類。則直構成一般殺人罪。不以幫助自殺論矣。故幫助他人自殺之行爲。祇限於貸與自殺之器具。或指示自殺之方法。抑或予以自殺之種種便利也。

(二)受他人之囑託而殺之。殺人行爲爲侵害他人之法益。自殺行爲乃破毀自己之法益也。若自願破毀自己之法益。而以破毀之實行行爲付之於人。除生命身體兩種法益外。受託之人皆得自由受其付託而爲之。在刑法上不以爲罪。但對於生命身體之法益。則本人之付託行爲不能認爲適法。在刑法上則當予以制裁也。故新刑法第二百九十條有受他人之囑託而殺之之罪。且所謂受其囑託者。須有真實受其囑託之證明。方爲本罪之成立。而俄國刑法尤須以憐憫受囑託者之哀懇爲限。始爲本罪之成立。否則仍以一般殺人罪論。新刑法及暫行律均無此種限制。每易滋流弊。殊嫌疏漏。蓋以實際論之。例如某甲因罹病日久。已無痊可之望。爲自求減少其痛苦起見。囑其友人或家人以毒藥投之。

此爲圖自殺者之利益也。在刑法上科以本罪。已覺其重。否則出於他種原因。妄受囑託而爲之。則僅科以本罪猶嫌其輕。

(四)得他人之承諾而殺之。得他人之承諾而殺之者。其行爲實不可恕也。蓋如教唆他人使之自殺。或幫助他人使之自殺。其殺人行爲尙係出自其本人。至受他人之囑託而殺之者。其殺人之決心純爲本人所自動。其情形猶屬可恕。若得他人之承諾云者。其殺人行爲似非出自被殺者之初意。實含有教唆者而兼實行者之意義在內。倘自殺之決心出自本人之自動。則無所謂得其承諾。直是受其囑託。則所謂得其承諾者。必已經過勸令自殺之階級。不過俟得其回答而爲之耳。其與不告而直殺之行爲。相隔幾希矣。故余意卽不科以一般殺人之罪。亦當特設較重之刑。不能與上列三種同論也。但新刑法第二百九十條及暫行律第三百二十條均以與教唆他人使之自殺同論。似嫌過寬。

暫行律第三百二十一條尙有對於尊親屬犯本罪者加重其刑之規定。而新刑法無之。其理由謂對於尊親屬加重其刑之處。必因犯人有特別之惡性。本罪雖屬殺人行爲。然其情節較輕。不獨得有被害人之同意。且犯此種罪者多因被害人負有痛苦不欲生存。犯人每出於憐憫其痛苦之心。非有特別之兇



性。無加重其刑之必要也。又暫行律第三百二十條對於本罪之上列四種情形分作兩項。定有兩種罰則。即以教唆他人使之自殺及得承諾而殺之者處二等至四等有期徒刑。其幫助他人使之自殺或受他人之囑託而殺之者處三等至五等有期徒刑。新刑法則合四種爲一項。均係處一年以上七年以下之有期徒刑。此新舊兩法不同之又一點也。

至謀爲同死而犯本罪者得免除其刑。新刑法第二百九十號第三項設有此種規定。此爲暫行律所無者。但於解釋上應從嚴格。卽所謂謀爲同死者。應具備次列要件。(一)必係共下真實自殺之決心。其含有詐僞之意。致令他人自殺。而自己并未實行其約言者。不得以謀爲同死論。(二)其同謀者必爲有辨別世事之能力。其與無辨別世事之能力者同謀。不以同謀論。(三)必有同謀之事實。其無同謀之事實者。例如自己決意自殺。而先殺其子女。不以同謀自殺論也。

#### 第四 墮胎罪

墮胎爲侵害胎兒之生命。胎兒之生命與人之生命不同之點。前已述之。而墮胎之所爲。在學者間頗有不同之見解。計分甲乙兩說。甲說謂墮胎之所爲限於胎兒之殺害。乙說謂墮胎罪之所爲包括殺害胎

兒與使之早產兩種情形在內。究以何說爲當乎。考各國立法例。挪威及俄國採用甲說。德國及法國採用乙說。我國暫行律及新刑法均無明確之規定。其條文內僅用墮胎二字。頗嫌疏略。惟暫行律補箋則主張採用乙說。國內刑法學者亦多採用乙說。而余當以其行爲之目的爲斷。蓋刑法上之處罰係罰其惡意也。墮胎之惡意在殺死胎兒使之脫離母體。不令由自然之方法而產生耳。其目的在不利於胎兒也。故墮胎自以不利於胎兒爲目的。若其目的並非不利於胎兒。則不構成墮胎罪。例如因妊婦之身體虛弱或有重病。致有胎兒死於母體內之虞。至相當之時期（即已可生產而尙未出生之時期）設法使之早產。此種情形。不徒無不利於胎兒之惡意。且以利於胎兒爲目的。似不能以墮胎論而科以墮胎之罪。由是以論。則墮胎之所爲。係以不利於胎兒爲目的而使之於自然產出之前脫離母體也。至本罪之主體與客體與他罪稍有不同之情形。除胎兒爲當然之客體外。若由妊婦以外之人使之墮胎。則妊婦亦同爲被害之客體矣。妊婦既可爲被害之客體。又可爲犯罪之主體。蓋由妊婦自行墮胎時。則犯罪者爲妊婦自己也。茲分述如次。

（一）妊婦自行墮胎 胎兒爲妊婦自己體內之血肉。倘遇有侵害之者。妊婦方保護之不暇。而竟

自行施以墮殺之行爲。此殊出諸情理之外。而在實際上則犯墮胎罪者以妊婦自己爲最多。此中蓋有特殊情形焉。是有不得已之原因在也。大抵不外出於犯姦淫罪及生活境遇所迫之兩種。其出於犯姦淫罪者。爲保全其羞恥及避免犯罪之證明而起。其出於生活所迫者。爲缺乏撫育之能力而起。前者救濟甚難。而後者非無法救濟之也。蓋婦人爲過多之子女所累。而出於墮胎行爲。良非得已。苟能由國家或社會代爲負其撫養子女之責。則自必不出於墮胎之一途也。至自行墮胎之手段。不論施用手術或以服食藥品。抑或故意爲激烈之運動。均在所不問。祇要以不利於胎兒爲目的而施以脫離母體之法足矣。但胎兒若已死於母體之內。則施以手術而出之。不以墮胎論。故被墮之胎兒以未墮之前尙生存者爲限。又或使於墮出之後尙能生存。則屬於使令早產之所爲矣。在一般學者多以早產易於喪命。卽幸而不死。其身體必異常虛弱。亦認爲墮胎罪之構成。余則以不利於胎兒爲目的而使之早產。始構成墮胎罪也。

於此有一問題。如因自殺而致墮胎。若自殺未遂。胎已被墮。在自殺原不構成犯罪。對於墮胎行爲究應處罰與否。學者間對此頗有爭論。主積極說者。謂犯罪原因不必與犯罪事實同論。從犯罪原因論。自殺

者於自身已不免於死亡。於墮胎本不違計較。然就犯罪事實論之。則已明明構成墮胎之條件。且爲故意兼能預見之事實。犯罪條件既已具備。對於其行爲不能不予處罰。主消極說者謂胎兒之生命與母體不能分離。應難論以墮胎罪。余意妊婦具自殺之決心而自殺。對於墮胎不過爲事實上所難避免之行爲。並無犯墮胎罪之故意。等於一種不可抗力之行爲而已。以不論罪爲當。

關於本罪之罰則。據新刑法第三百另四條云。懷胎婦女服藥或以他法墮胎者。處一年以下有期徒刑。拘役或三百元以下罰金。同條第二項云。懷胎婦女聽從他人墮胎者亦同。是又可知妊婦雖不自行起意墮胎。若聽從他人之意。予以容許。不徒不爲保護胎兒之行爲。且任令他人墮之。卽次條所受承諾之懷胎婦女也。其處罰與自行墮之者無異。此爲暫行律之所無。而爲新刑法所增入者。此種規定似較暫行律爲精密。然以實際論之。妊婦如不自願墮胎。他人除施用強力或詐術外。豈能實施其行爲。且所謂聽從他人者。究係指聽從他人之唆使抑聽任他人爲直接墮胎之行爲。而不加以抵抗。意義亦殊欠明瞭。不若直稱承諾他人之墮胎行爲爲當。惟爲顧全其立法之意旨計。不得不解爲次條承諾他人爲直接之行爲也。

(二)受妊婦之囑託或得其承諾而使之墮胎 據新刑法第三百另五條云。受懷胎婦女之囑託或得其承諾而使之墮胎者。處二年以下有期徒刑。依本條之行為論之。本為妊婦墮胎罪之共犯。應以其犯論罪。刑法何為而設專條乎。若因關於自殺罪內有類此之專條。此處亦應設立。而關於自殺罪之所以設專條者。因自殺不為罪也。此則明明有懷胎婦女墮胎之罪。似不能以為例。然則本條之設立其立法之旨究何在乎。曰。以其刑罰有輕重之關係也。查第三百零四條之墮胎罪。不過處以一年以下有期徒刑拘役或三百元以下罰金而已。本條之罪則加重至二年以下有期徒刑。而無拘役及罰金之規定。其刑罰之所以加重者。以前條為妊婦自行墮胎。妊婦自己亦為被害之一部分。自願拋棄自己之法益。必有不得已之情形在。其惡性較輕。其情節較為可恕。若妊婦以外之他人。為加功於其犯罪之行為。其惡性較重。其情節不可恕矣。故不能不科以較重之或刑罰。

論本罪之客體。既係由於妊婦自己之囑託或承諾。則專屬之胎兒。對於妊婦究應認為立於何等地位乎。有主張為本罪之共犯者。而本罪之刑較妊婦自行墮胎之刑為重。豈因囑託與受承諾而反重於自己實施其行為乎。有主張應仍以自行墮胎罪論者。其承諾行為則適合該條第二項之所謂聽從他人

墮胎之行爲矣。此說實甚合也。至所謂承諾。應從嚴格解釋之。卽其承諾必出於妊婦自己之誠意。而妊婦於承諾時應非由於欺罔恐喝。若係出於他人之欺罔恐喝而始承諾者。則不能以真正之承諾論。例如因遺產關係欲令妊婦墮胎。故以加害或其他不利於妊婦之言語相恐嚇。而妊婦始承諾之類。是以恐嚇方法而使之承諾也。又如婦女於未婚前已與某人同居而受孕者。預料將來必能成爲與某人結婚之事實。忽有人僞稱某人業已死亡或決不能與之結婚。致令妊婦承諾墮胎之類。是以欺罔方法而使之承諾也。他如以強暴脅迫使妊婦受其囑託或承諾者。皆非本罪之範圍。

至因墮胎而致妊婦於死或致重傷者。應負其結果之責任。故新刑法第三百零五條第二項特加以規定。因而致婦女於死者處五年以下有期徒刑。因而致重傷者處三年以下有期徒刑。若妊婦本人墮胎。因其被害者爲自己。等於自殺自傷不予處罰。其由於他人加功之行爲。其加功者自非負其結果之責任不可。然其責任半由妊婦自負。此第三百零五條第二項所以不依傷害罪處斷。祇有加重處罰之規定。其所加重之刑。且較單純傷害罪之刑爲輕也。

此外有以營利爲目的而犯本罪者。其刑應特予加重。蓋既以營利爲目的。則必具有專門技術。其犯意

蓄之較久。其行亦必較多而較精。則其惡劣之性根自較常人之犯罪者爲深。殊非短期之刑所能改善。故新刑法第三百零六條特加以規定云。意圖營利而犯前條第一項之罪者。處六月以上五年以下有期徒刑。得併科五百元以下罰金。在暫行律因營此等事業者以醫師產婆藥劑師藥材商爲最多。則列舉其名稱以爲規定。新刑法以列舉之方法恐有遺漏。改用意圖營利四字以包括之。蓋謂除醫師藥材商等以外。尙有售墮胎藥不在藥材商店而在尋常商店者。或非醫師而以墮胎爲專業者。尙用列舉方法。實難包括。又以此等犯罪之人既視生命爲草管。而爲利是圖。對於致死或致重傷之處罰。亦應加重。故該條第二項云。因而致婦女於死者。處三年以上十年以下有期徒刑。得併科五百元以下罰金。因而致重傷者。處一年以上七年以下有期徒刑。得併科五百元以下罰金。僅致受輕微傷害者。則無加重處罰之明文也。

(三) 未受妊婦之囑託或未得承諾而使之墮胎 墮胎之未受妊婦囑託或未得承諾者。凡用詐欺方法。或用強暴脅迫手段。使妊婦墮胎之一切行爲皆包括在內。在暫行律原有第三百三十四條之規定計分四種。(1)以強暴脅迫或詐術使婦女自行墮胎者。(2)以強暴脅迫或詐術而受

婦女之囑託或得其承諾而墮胎者。(3)未得婦女之承諾以強暴脅迫或詐術使之墮胎者。(4)知爲懷胎婦女而施行強暴脅迫致小產者。依此規定。似較完密。而新刑法僅用未受囑託或未得承諾而使之墮胎一語以包括之。要知上列第一種情形係使妊婦自行墮胎。婦女既係自行墮胎。其行爲若非全無活動之餘地。雖出於脅迫。尙難認爲緊急狀態而完全免罰。第四種情形係施以強暴脅迫致令小產。與使之墮胎者不同。該新刑法第三百零七條之情形。所謂使之墮胎。應不能包含妊婦自行墮胎及致令小產在內。則單用未受囑託及未得承諾使之墮胎一語似有遺漏。蓋用強暴脅迫之方法。其結果仍有兩種情形。一卽因妊婦不勝其壓迫而自爲墮胎行爲。一卽由于以壓迫者直接爲之。該第三百零七條之規定。自係屬於後一種。則前一種行爲不能包括。若認爲係前一種。則後一種之行爲反無專條可引矣。故余謂新刑法之規定不若暫行律之完密也。

至所謂強暴者。以不正之方法對人也。如對人著手加以傷害。而未至實行。或實行而無結果之謂也。例如以拳擊人未致傷害。或持刀逐人未及者皆是。脅迫者。以不利於人之旨通知其人。使人發生恐懼。而尙未實施其行爲也。例如謂不如是則將殺害之類是。若已實施其行爲。則不以脅迫論矣。詐術者。陷人



於錯誤或利用人之錯誤行爲也。例如僞稱妊婦無胎。施以傷胎之藥品。或使令作激烈之運動皆是。其因犯本罪而致妊婦於死。或受有重傷時。以既未得妊婦之同意。直與故意傷害人無異。且受其囑託。或得其承諾者。其被害法益僅屬胎兒。此則并妊婦亦爲其受害者。自應直接處以故意傷害之罪。不僅加重其刑而已。但若依傷害罪之刑輕。則仍科本罪之刑。故新刑法第三百零七條第二項云。因而致婦女於死或重傷者。比較故意傷害罪從重處斷。

惟學者間對於因墮胎致婦女死亡有一聚訟之問題。即墮胎之結果尙未發生。而妊婦已先死亡。究應論墮胎致死罪之未遂或既遂之問題也。有謂墮胎致死罪之既遂。必於墮胎後妊婦死亡。方能成立。若胎未墮下而妊婦已死。其時墮胎罪尙未達既遂之程度。不能以墮胎致死罪論。有謂祇要妊婦因墮胎而死亡。不問胎已墮下否。即以墮胎致死既遂論。蓋墮胎致死罪爲一種結果犯。其罪之成立與否。以其結果之有無爲斷。考之律文。亦無需要墮胎既遂之規定。僅謂因犯墮胎罪而致死卽爲成立。自不必問墮胎行爲之程度如何。本書卽採此說。以其理由較勝也。（按日本大審院判例亦謂凡著手於墮胎之行爲致婦女於死者。卽成立墮胎致婦女於死之罪。）

(四)爲墮胎之介紹。爲墮胎之介紹者，使人易於達墮胎之目的也。在暫行律本無此種行爲之規定。新刑法第三百零八條云，以文字圖畫或他法公然介紹墮胎之方法或物品，或公然介紹自己或他人爲墮胎之行爲者，處一年以下有期徒刑拘役，得併科或易科一千元以下罰金。良以墮胎本爲一種祕密行爲，其方法非常人所盡能實行，每有欲犯而無由犯者，非若殺人放火之無須特別方法或物品，人人得移日常所用之物以供犯罪之用也。故欲減少墮胎行爲之發生，不能不設本罪以範之。本罪之內容計分兩項。

(甲)公然介紹墮胎之方法或物品。公然介紹墮胎之方法或物品之行爲，其構成之要件有二：(1)要爲公然的行爲。(2)要以文字圖畫或他法爲介紹之行爲。兩者缺一不可。所謂公然的行爲者，使不特定之人得知之行爲也。若僅爲特定之人得知，不得謂之公然。例如僅以墮胎方法或物品告知其特定之友人，祇能以幫助或預備墮胎行爲論。在墮胎罪不罰預備行爲，而幫助犯必須俟正犯犯罪成立，方能處罰。故如前例，在其友人并未實行其墮胎行爲時，仍不構成犯罪，而本罪則不問有無結果，亦不問有無受害者。故以公然的行爲爲限也。至以文字圖畫或他法爲介紹之行爲，祇要所介紹者爲墮胎

之方法或物品。不問受介紹者爲何人。并不問有無受其介紹者。其以文字圖畫者。如刊登於報紙之論文或記述。或刊登於報紙之廣告。抑或以之張貼於公衆可以往來之牆壁皆是。其以他法者。如向公衆作介紹之傳述演講。或將物品陳列於公衆往來之場所或商店皆是。

(乙)公然介紹自己或他人爲墮胎之行爲 本項行爲之構成亦有二要件。(1)要爲公然的行爲。(2)要以文字圖畫或他法介紹自己或他人爲墮胎之行爲。二者缺一不可。所謂公然的行爲者。已如上述。至介紹自己或他人爲墮胎之行爲。亦不論以文字或圖畫或用他種方法。皆足爲本罪之構成也。

### 第三節 危害生命罪

#### 第一 遺棄罪

遺棄者。對人之生命予以危險之行爲也。換言之。即其行爲雖不一定可以致人於死。而有殺害之可能也。其所謂生命者。祇以人之生命爲限。應不問何人之生命也。但暫行律及新刑法均以特定之少數人之生命爲限。其不屬於特定之少數人者不與焉。即本罪之客體限於特定之少數人。所謂特定之少數人者。無自救力之人也。而本罪之主體有主張專屬於特定之少數人者。即以有保護之義務者爲限。有

謂不限於特定之少數人者。即無保護義務之人亦得爲犯本罪之主體。而主折衷說者。則謂應分其行爲爲積極消極兩種。故意予以遺棄者爲積極行爲。僅不予以保護者爲消極行爲。對於積極行爲。雖無保護義務者。得爲犯罪主體。對於消極行爲。則對於有保護義務者始得爲犯罪主體。但余意遺棄罪祇有消極行爲而無積極行爲。若爲積極行爲。應不屬於遺棄罪之範圍。而入故意殺傷人之範圍矣。蓋犯意有確定的犯意及不確定的犯意之分。故意爲積極遺棄行爲者。如移置無自救力之人於荒郊。固當察其犯意爲殺爲傷而科以殺傷罪之刑。即移置無自救力之人於通衢。亦當問其用意所在。分別論罪。是積極行爲不當以遺棄罪論。至真正屬於遺棄罪之範圍。爲有義務者對無自救力之人怠於履行義務。無義務者發見被遺棄者而不予以保護之行爲也。

暫行律及新刑法均係採折衷主義者。其所規定之類別及罪刑則稍有出入。暫行律係分兩類。一爲有義務者之遺棄（第三三九條）其刑較重。一爲無義務者發見被遺棄者於自己經管地內而不予以相當之處置（第三四一條）其刑較輕。其無義務而所見他人之被遺棄又不在經管地內者。則無處罰之明文也。新刑法亦分爲兩類。一爲無義務者之遺棄（第三百零九條）處刑較輕。一爲有義務者之遺棄

及不予以保護。(第三百十條)處刑較重。其無義務之人見有經營地內之被遺棄者若不予以保護時。則無論罪之根據矣。此爲其缺點也。例如見有被遺棄之人於其私園之內。其人因無予以相當處置之義務。置之不理。而他人又無從入其私園。自無發見之機會。則此種被遺棄之人終無再生之希望矣。若照余所主張。遺棄以專指消極行爲爲限。則此種不爲相當處置之不行爲。即依新刑法第三百零九條亦應構成犯罪。其用積極行爲而移置無自救力之人出於原在地點者。則另構成他罪。惟查新刑法關於本罪全係採用第二次修正案之條文。而該案理由又係明明謂遺棄係指積極行爲而言。則第三百零九條之所謂棄遺。似不能以消極行爲視之矣。茲就新刑法所規定各條之罪分述於次。

### (一)無義務者之遺棄

無義務云者。對於所遺棄之人無扶助養育保護之義務也。是即所謂。

一般遺棄罪。據新刑法第三百零九條規定云。遺棄無自救力之人者。處一年以下有期徒刑拘役。或三百元以下罰金。在暫行律本無此種罪名。而新刑法之有此規定係採自第二次修正案之第三百零三條。則關於本罪之構成。應以該條所附之理由爲依歸。查該案第三百零三條之理由內稱本罪之行爲有二種。一爲積極。即遺棄也。一爲消極。即不予以相當之保護也。又謂本案對於遺棄不以有義務者爲

限。規定於本條。至於不予以相當之保護。則以有義務者爲限。規定於次條。即此可知本條之所謂遺棄。即指積極行爲而言。若僅不予以相當保護之消極行爲（即不行爲）不在本條範圍之內。現僅就積極行爲論之。遺棄罪之構成應有三要件。（1）須有遺棄之積極行爲。即使無自救力之人入於危險之地域。致生危險之狀態也。若僅遷移其位置而不使之有任何危險之虞。則非遺棄行爲。又若僅有拋棄不顧之消極行爲。亦不足爲遺棄罪之構成。（2）須對於被遺棄者不能確知有實害之發生。即使陷入或可發生實害之狀態也。若確知實害之必能發生。或知多半可以發生。則爲現實加侵害之行爲。應另構成他罪。不以遺棄罪論。例如置因患病不能行走之人於荒郊。或置甫生數月之嬰孩於無人發見之處所。則爲有死亡之預見。應以故意殺傷論罪。（3）被遺棄者要爲無自救力之人。即老幼殘廢疾病之類是也。若對於有自救力者而違背其義務時。則屬於民事上之責任。受民事上之制裁而已。

（二）有義務者之遺棄 此爲暫行律新刑法同有其規定者。即由有義務者違背其義務而發生也。所謂義務者。即以法令或契約應負扶助養育保護之義務也。本罪對於遺棄之意義及構成要件。與前項之罪同。惟其犯罪之主體異耳。前項之犯罪主體爲一般普通人。此則限於有扶助養育保護之

義務者。上述義務之發生。有由於契約所締結者。有由於法令所規定者。其由於契約所締結者。例如負運送責任之車船主對於搭載之乘客。醫院對於病人。雖無明白規定之契約。在法律上以有契約論。其由法令所規定者。例如父子之間及夫婦之間。互有扶養之義務。皆爲民法所規定者也。

(二)不爲生存所必要之扶助養育保護者 此爲遺棄罪中之消極行爲。在暫行律中有第三百四十一條之規定。該條以於自己經管地內發見被遺棄之老幼殘廢疾病之人而不予以相當之保護。又不報明巡警官員及其他該管官員者爲限。其非發現於自己經管地內者則不負何種責任。而新刑法依第三百十條之規定。以依法令或契約應負扶助養育保護之義務者爲限。其無此種義務者。不負何種責任。是兩者各有條件。一以經管地爲條件。一以有義務者爲條件。在余爲主消極說者。以爲本罪乃真正之遺棄罪。凡有義務者對於被享受者不爲扶助養育保護之行爲時固當成立本罪。卽於自己經管地內發現被他人移置(余認此種移置爲他罪不以遺棄罪論)之無自救力之人。而不予以相當之處置者。亦當構成本罪。蓋在自己經管地內。除自己以外。他人難得發見之機會也。至本罪之構成。爲一種消極行爲。卽刑法上之所謂不行爲。以新刑法論。其構成之要件有三。(1)犯人須依法令

或契約負有扶助養育保護之義務。(2) 犯人不爲生存所必要之扶助養育保護。所謂必要者。非賴此不足以生存也。如衣服飲食住所之類是。(3) 被害者爲無自救力之人。由以上所述觀之。不但暫行律與新刑法對於遺棄罪之規定各有不同。而對於遺棄二字字義之解釋亦異。茲以表明之。

#### 暫行律上之遺棄

- (一) 以遺棄二字包括積極消極兩種行爲而言。即以包括兩者爲遺棄之原則。故對於有義務者。僅以遺棄二字包括之。
- (二) 以消極行爲爲例外。祇限於發見於經管地內者負責。

#### 新刑法上之遺棄

- (一) 以遺棄二字專指積極行爲而言。不包括消極行爲在內。即以積極行爲爲遺棄之原則。故對於無義務者以構成遺棄二字爲限。
- (二) 以消極行爲爲例外。祇限於有義務者負責。



余對於遺棄之主張

- (一) 以遺棄二字專指消極行爲而言。即以消極行爲爲遺棄之原則。故對於有義務者始構成遺棄罪。對於積極行爲之遺棄。則認爲應構成殺傷罪。
- (二) 於經管地內發見被遺棄或被人移置之無自救力之人。即無義務者應負保護之責。

其因遺棄而生死傷之結果者。應適用加重之刑。蓋刑法上處罰遺棄行爲之目的。爲防止生命上實害之發生也。在生命尙未受有實害之時。僅構成單純之遺棄罪。若因而致生死傷之結果時。則構成因遺棄致人死傷之罪矣。惟此種致人於死傷之結果。以無確定之預見者爲限。若事前已有確定之預見。即於事前已知其必致生死傷之結果。則不屬於本罪之範圍。而屬於故意殺傷罪之範圍矣。至本罪之構成。有二要件。(1) 要以遺棄爲其原因。如非由於遺棄之原因。則構成他種致人於死傷之罪。(2) 要以致死或致重傷爲其結果。此其結果僅屬輕微傷害而未達重傷之程度時。則仍不構成本罪。祇能包括於遺棄罪內。又新刑法對於本罪所定之罰則。於無義務者僅增加其刑期。故第三百零九條第二項云。因而致人於死者。處五年以下有期徒刑。因無致重傷者處三年以下有期徒刑。其於有義務者。則

須與故意傷害罪比較。而從其重者定之。故第三百十條云。因而致人於死或重傷者。比較故意傷害罪。從重處斷。

(四)對於尊親屬之遺棄 本罪之特點以其被害之客體不同而加重其刑耳。其構成之特別要件有三。(1)被害者須為犯人之尊親屬。(2)被害者須達無自救力之時。(3)犯人不為其生存必要之扶養保護或遺棄之。本罪之所以加重其刑者。為維持禮教而設也。故依新刑法第三百十一條之規定。對於直系尊親屬犯前條第一項之罪者。加重本刑二分之一。對於旁系尊親屬加重本刑三分之一。一。因而致尊親屬於死或重傷者。比較故意傷害罪各條從重處斷。

此外在暫行律尚有一種規定。即巡警官員及其他該管官員當執行職務時。對於自己經管地內發見被遺棄之老幼殘廢疾病之人。不即予以相當之處分或保護者。亦構成消極的遺棄罪。新刑法因對於消極的遺棄行為。以有義務者為限。不設此種規定。但巡警官員及其他該管官員於執行職務時。既有被遺棄者之發見。應負保護之義務。不能以無義務者同論。新刑法之不設此種規定。殊覺疏略也。

## 第二 決鬥罪

暫行律有決鬥罪之規定。而新刑法則謂我國向無決鬥之風。且謂暫行律自頒行以來未聞援用。條文等於虛設。因即摒不列入。惟此俗雖盛行於歐洲。然風氣所感。我國難保不有人蹤而行之者。立法寧可百年不用。不可一日不備。至謂暫行律自頒行以來未曾援用。亦難作為肯定之事實。蓋我國幅員廣闊。理想不及之事且常有發生。而決鬥行為。究竟有無在國內舉行之事實。殊難憑空臆斷。即就司法部所據各級法院表冊報告。亦難悉數查閱。且各縣知事判決之案。又未必悉行報部有案。其未經檢舉者尤難查考。故余意以仍舊規定為當也。茲就本罪之內容及暫行律所規定者分述之。

決鬥為危害生命行為之一。不過所危害者僅為有預約之特定人。於一般非特定人之生命無關。刑法上所以必須處罰者。以其彼此之侵害為一種不正行為。國家對於人民之不正行為。應予以制裁。與處罰吸食鴉片及賭博者同一理由。蓋吸食鴉片及賭博。其直接受害者為犯罪之本人。而決鬥之受害者亦為犯罪之本人。若國家不加以制裁。則倣而行之者必衆。即被受害者亦必衆。在最狹小之範圍內。固不致危害於社會。但社會為衆人所積成。及流行日廣之時。則社會亦必直接受其影響。衆人中減少一健全之人。即社會亦減少一健全之分子。衆人中損失一生命。社會亦即損失一分子之體積。推而至於多

數。則影響滋大矣。至決鬥罪構成之特別要件。學者間主張不一。有謂祇要二人遵守合意之規則。邀集證人而爲互擊行爲時。卽成立決鬥罪。有謂更須二男子持同種武器方得謂之決鬥。而暫行律第三百十八條。僅用決鬥二字。未加以何種條件。但所附理由內明明謂決鬥係二人彼此簽押。并會集多人臨場以爲佐證。則決鬥之構成。應以上述第一說爲標準。祇要有二人互訂合意之規則。邀集證人而爲互鬥行爲。卽認爲成立矣。其雙方是否男子及是否同種武器可不問也。

關於決鬥罪之處罰。依暫行律所規定。不僅處罰實行決鬥之人。卽爲決鬥者到場參預之人。不論是否爲證人爲旁觀。均應處罰。其知情而供決鬥之場所者亦同。有謂旁觀之普通人應不在處罰之列。但該條既謂凡到場參預之人不問何種資格。則以旁觀之資格而參預。何嘗非參預之人。且決鬥多於秘密處所行之。非普通不特定之多數人所能參預。既得有列席旁觀之資格。不能謂爲與決鬥無涉也。

#### 第四節 關於本章之過失罪

新刑法第二十四條云。非故意之行爲不罰。第二十五條云。過失應處罰者。以有特別規定者爲限。第二十六條云。犯人對於構成犯罪之事實。明知并有意使其發生者爲故意。犯人對於構成之事實預見其

發生而其發生并不違背犯人本意者。以故意論。第二十七條云。犯人雖非故意。但按其情節應注意并能注意而不注意者爲過失。犯人對於構成犯罪之事實雖預見其能發生。而確信其不發生者。以過失論。

由以上各條觀之。可得次列之斷語。(1)刑法上應處罰者。除故意之行爲外。尙有過失行爲亦應處罰。(2)過失之處罰。必於分則各條之中有處罰之特別規定者爲限。其無特別規定者。雖於其犯罪之事實有過失行爲。亦不處罰。但何者爲故意行爲。何者爲過失行爲。亦當以上述各條之規定爲標準。而加以研究。尤有應注意者。卽既非故意又無過失之行爲將如之何。若既非故意又無過失。則爲一種不可抗力之行爲。刑法上對於不可抗力之行爲。無處罰之規定。自不罰也。例如持槍者明知前面有人。而對於其人開槍擊殺之。是爲故意。又如以獵獸爲目的。向深山中開槍。於其開槍之前未加必要之注意。致將山中之人擊殺之。卽爲過失。若於開槍之前。已於可能之範圍內爲必要之注意。盡其注意力之所及。并未見前面有人。而始向山中開槍。忽有人於開槍之俄頃間由他處飛步而來。適中鎗被殺。則爲不可抗拒力之行爲。蓋深山之中非人行之地。於開鎗之前。又已於可能範圍內加以注意。其人自他處飛步而

來。實無法可以預知。故稱爲不可抗力之行爲也。茲就本章各罪之中。其有兼罰過失之明文者。逐項分述如次。

(一)過失致人死 按殺人罪之成立。以有殺人之故意者爲限。其無殺人之故意而致人於死者。謂之過失致人死之罪。新刑法第二百九十一條云。因過失致人於死者。處二年以下有期徒刑拘役。或一千元以下罰金。惟暫行律對於因過失致尊親屬死傷者另立加重其刑之專條。新刑法無此種規定者。蓋謂故意殺傷罪之所以對尊親屬加重其刑者。以其惡性較常人爲重也。若係出於過失之行爲。本無殺傷之故意。無惡性可言。無加重之必要也。又暫行律對過失致人死傷罪僅處罰金。新刑法加入徒刑。以爲處罰過失較重者之預備。但仍列罰金於法定刑內。如認爲過失之情節較輕。不妨祇處罰金。故雖加入徒刑。實於量刑方面毫無妨礙也。

關於本罪之情節甚爲複雜。茲更附錄前大理院之判解數則於次。以資參考。

(一)過失云者。無犯意而因不注意致成犯罪事實。故是否過失。應以對於其行爲之結果有無認識爲標準。若明知有此結果。猶復悍然爲之。自不能謂係過失。(三年上字第七十八號)

(二)有甲因預謀傷害乙。探乙外出。於其歸途必經之處置一毒餅。乙於歸家時取其毒餅攜回與丙分食。致乙丙均被毒斃。查甲於丙之分食毒餅。如果并非無確實及不確定之預見。自難論以故意殺人罪。至應否論以過失致人死罪。應就其所置毒餅之大小。及乙有無分食之慣行。而為甲所預知。分別其是否能注意而不注意以為斷。(統字第一一七六號)

(三)被害者正在泗水。加害人猶復貿然追逐。雖目的仍在逮捕。不能謂其含有殺意。然水可溺人。應為加害人所辨認。因不加注意之故。致生溺斃生命之結果。應負過失致人死之責。(七年以上字一〇〇六號)

(二)因業務上之過失致人死 凡操有業務者。於其業務之危險。自必知之甚諳。對於易生危險之動作。應何等注意。方能免除實害之發生。若竟貿然不加注意。雖或出於過失。其過失之情節實較常人為重。故新刑法第二百九十一條第二項云。從事業務之人。因業務上之過失犯前項之罪者。處三年以下有期徒刑。或一千元以下罰金。所謂業務之過失者。例如駕駛汽車者。明知汽車有致人死之可能。而竟悍然不加注意。則其致人死之結果較常人不同。故新刑法特設加重其刑之專條也。

以上均係因有過失行爲而處罰。他如墮胎及遺棄等罪。無處罰過失之明文。雖有時因過失而犯之。如能證明出自過失。便不爲罪。

### 第五節 關於本章之陰謀豫備并未遂既遂

陰謀豫備及未遂之爲罪與否。皆以分則之有無特別規定爲斷。無特別規定時則不爲罪。故於未遂及既遂有研究之必要也。茲將關於本章者分述之。

#### 第一 陰謀及豫備

暫行律於殺傷罪一章。有豫備或陰謀罪之規定。對於殺人及殺尊親屬定刑各有等差。其以陰謀與豫備同列者。是不分其階級而科刑也。所謂陰謀者。於實施殺人行爲以前爲殺人之商權也。豫備者。於實施殺人行爲以前爲殺人之準備也。新刑法除一二一條之妨害國交罪外。於殺人罪內無陰謀之規定。豫備殺人之認爲犯罪者。僅規定於殺尊親屬及友邦元首罪內是。此外。無論對於何人。在殺人罪章均不罰其豫備行爲也。至所謂同謀。與暫行律上之陰謀迥異。在陰謀罪之成立。祇要有殺人計畫之商權行爲即能成立。不問殺人行爲之果實施與否也。是其階級尚在豫備行爲之前。而同謀殺人罪之構成。



必在殺人行爲實施以後方能成立。同謀殺人與殺人從犯之區別。全以對於實施殺人行爲之參預與否爲斷。其與爲殺人計畫之同謀後。尙再參預實施殺人之行爲。則進而成立殺人之從犯矣。按新刑法第二百八十三條第三項云。豫備犯本條之罪（殺尊親屬罪）者處三年以上有期徒刑。第二百八十八條云。同謀殺人者。處三年以上十年以下有期徒刑。第二百八十九條云。同謀殺直系尊親屬者。處七年以上有期徒刑。同謀殺旁系尊親屬者。處五年以上十二年以下有期徒刑。就以上各條觀之。其同謀殺人之刑重於豫備殺人之刑。即可知同謀殺人罪之成立。在豫備行爲以後也。

至僅有豫備或陰謀行爲。有主張不應處罰者。謂處罰應以發生實害時爲限。若僅有意思而尙未生實害時。不應科以刑罰。有謂刑法上之處罰係罰其犯意也。故對於無犯意之行爲。雖已生實害。亦不處罰。暫行律係採後說者。故對於殺人之豫備及陰謀行爲皆有處罰之明文。而新刑法則折衷之。對於豫備行爲以殺尊親屬及殺友邦元首爲限始予處罰。對於陰謀則除殺友邦元首外完全放任之。另定同謀殺人之罪。必俟殺人行爲實現以後始處罰其陰謀。余意刑法之處罰原以犯意爲標準。對於重大之犯罪。在陰謀時已起有最大之惡念。以較輕微犯罪行爲之實現時。其性尤重。且處罰於有陰謀之時。正所

以防陰謀之實現。亦與刑事豫防政策相合。新刑法於殺人罪內不罰殺人之陰謀。殊嫌疏略。

## 第二 未遂罪

已著手於犯罪之實行而不遂。或不能發生犯罪之結果者。皆爲未遂罪。對於未遂罪之處罰與否。以分則有無特別規定爲斷。分則無特別規定時。則祇罰既遂而不罰未遂。以其向未生實害也。但對於重大之犯罪。雖未生實害。亦當處罰。故分則之特別規定者。多爲重大之犯罪。其輕微罪犯祇罰既遂。茲就本章之罰未遂者述之。

(一) 殺人罪之未遂 新刑法關於殺人罪內除因過失致人死及同謀殺人者外。均罰未遂之行為。所當注意者。未遂與既遂之區別耳。卽何爲既遂何爲未遂。因所犯罪名之性質而略有不同。非總則所能以概括語定之也。卽就殺人罪而論。究以達到如何程度爲既遂乎。有謂祇要殺人之器具或藥品已達到被害人之身體時卽爲既遂。有謂必須生死亡之結果時始爲既遂。而在實際上以後說爲當。故我國判例係採後說。卽清律亦以殺人之結果定刑之重輕也。

(二) 教唆他人自殺罪之未遂 教唆他人自殺罪之成立。原係以教唆行爲爲限。前已述之。

故與普通教唆罪之未遂情形不同。蓋祇要有教唆行爲之完成。則當以既遂論。其未遂之當處罰已有該條之明文規定。未遂之情形如何。茲列舉之。計有次列四種。皆以未遂論罪也。(1)被教唆者不受其教唆。(2)受其教唆後又復悔悟。(3)已著手後又復中止。(4)著手後因障礙未遂。

(三)幫助自殺及受其囑託或得其承諾而殺之之未遂 此種未遂與普通之殺人情形相同。凡屬未遂者。均依該條之規定處以未遂罪之刑。

(四)關於墮胎罪之未遂 關於墮胎罪之未遂罪。以未受妊婦之囑託或未得其承諾而使之墮胎者爲限。始論未遂。其他各條之未遂行爲概不處罰。至其未遂之情形。以胎兒之墮下否爲斷。其未墮下者。以未遂論也。

### 第三 既遂

本章各罪之既遂情形。除兼罰未遂者已於前項附帶說明外。其不罰未遂者。究以至如何程度爲既遂。不可不加以研究。茲分述之。

(一)遺棄之既遂 本罪之性質爲與生命以危險。不以現實之危險發生爲必要。故祇要置被遺

棄者於危險狀態之下卽爲既遂。不問危險之果發生與否也。於開始置被遺棄者於危險狀之時起至完全入於危險之狀態前止爲未遂。

(二)不爲必要扶養保護之既遂 本罪之性質亦係與生命以危險。不以現實之危險發生爲必要。祇要被遺棄者已入於危險之狀態而不顧。則當以既遂論矣。

(三)決鬥之既遂 決鬥之目的在爲決鬥行爲。刑法上之所以處罰者。亦係處罰決鬥行爲。以預防實害之發生。對於決鬥之結果如何。并不過問。則本罪之既遂未遂。應以決鬥之開始與否爲斷。於決鬥行爲開始時卽爲既遂矣。

(四)關於墮胎罪之既遂 凡妊婦自行墮胎及幫助他人墮胎。均不罰未遂。其既遂之標準。概以胎之墮下與否爲斷。已墮下者爲既遂。未墮下者爲未遂。或謂依此標準。則胎兒因墮胎之實施致死於母腹內。當係未遂。豈不論罪乎。要知胎兒既死於母腹內。終必有墮下之時。如久不能下。則妊婦必死。仍可適用致人死之例處斷。不必慮無罪可罰也。

## 第二章 對於身體之罪

刑法學各論 第二篇 關於個人法益之罪 第二章 對於身體之罪

第一節 總論

(一) 本罪之客體 身體爲個人法益之一種。在刑法上之所謂身體。以人之身體爲限。而胎體及死體不屬焉。故本罪之客體卽人之身體也。但應注意者。身體乃一概括之名詞。除外部之軀殼外。凡人內部臟腑心肝腸胃以及齒舌并機能容貌與健康等皆爲本罪之客體。以表列之如次。

傷害罪之客體

- (一) 身體之外部(皮膚骨肉等是)
- (二) 身體之內部(臟腑心肝腸胃等是)
- (三) 各種機能(口舌耳目陰陽及全身各種機能等是)
- (四) 容貌(如致變更容貌是)
- (五) 健康(如因驚成瘋致迷失本性精神耗弱等皆屬之)

此外尚有毛髮鬚眉。皆爲附於身體上之物。究足爲本罪之客體與否。學者間頗有爭論。主積極說者。謂毛髮鬚眉皆爲附屬於身體之物。又爲人之外觀上所不可少者。苟予以傷害。雖不感受肉體上之痛苦。然既有損外觀。亦必感受精神上之痛苦。同一感受痛苦。若被他人傷害。自應與傷害身體一例處罰。故

亦應認爲本罪之客體，但新刑法以害身體及健康爲限始論罪耳。而主消極說者，謂傷害毛髮鬚眉，既不感受痛苦，又未損及健康。縱有傷害，不能與傷害身體同論。余意肉體爲生命所關，毛髮鬚眉亦爲精神所繫，自應與健康容貌同論。且毀傷毛髮鬚眉可視爲變更容貌之一種，豈能不論罪乎？故本書採積極說以立論。惟前大理院謂強剪頭髮未達傷害程度，與此說不同耳。又毛髮鬚眉既應以身體論，同爲本罪之客體。若指甲則與身體爲當除去之一種障礙物，倘被傷害，究應論以本罪否？余意此則當視傷害時之動機如何以爲斷。在傷害時若足認爲犯他罪之動機，或足爲侮辱之表現時，亦可論罪。

(二)本罪之所爲 本罪之所爲即係對人之身體或健康加以傷害是也。凡足使人之身體或精神感受痛苦之行爲，皆足爲犯傷害身體罪之手段。惟傷害罪之成立，必須發生結果，其無結果者不論。故又稱傷害罪爲結果犯。例如加暴行於人，其目的即係使人之身體或精神感受痛苦，但其程度若甚輕微，則不致發生傷害結果。除對於尊親屬外，在刑法上無科罰明文。惟所謂傷害之結果，不以見諸身體者爲限。其因而生健康上之障礙，或損及各種機能作用時，即以發生傷害結果論。至其手段之出於積極的或消極的皆所不問。所謂積極的手段，無論擊之以棍或撲之以手皆是。所謂消極的手段，則爲

不行爲也。例如外科醫生於其開刀之後即停止其工作。不爲包裹。或不再施用必要之手術。因而致病人受有傷害。即係因其不行爲而發生之結果也。亦足爲傷害身體罪之構成。

又關於本罪之所爲。有明明爲傷害身體之行爲。而仍不論罪者。例如醫生施用手術是。醫生爲病人施用手術。於施用時有刀傷身體之故意。及實施後又必發生刀傷身體之結果。而在刑法上則認爲業務行爲。不以爲罪。不過在未受病人之囑託或未得其承諾時。則有主張仍當構成傷害罪者。謂醫生爲人治療。應先得本人之承諾。方能謂之業務。蓋其業務爲委任關係。係由本人承諾而發生。如不得本人承諾。則無委任關係。即非業務行爲。故當以無故傷害他人身體論罪。惟出於急迫情形。非即時割治必致生重大危險者。則不在此限耳。此主有罪說者之理由也。亦有主無罪說者。謂醫生爲人治療。其目的在求其人之疾病達痊愈目的。爲達痊愈目的而施刀割。則無傷害人之意思。其所爲之刀割行爲不能與傷害同論。此主無罪說者之理由也。余則謂醫生爲人治療。其所以認爲業務行爲者。以爲人治療爲其業務也。其業務之發生純係出自病人之委託。誠如主有罪說者之所云。若既受病人請求治病之囑託。雖未爲施手術之囑託。然已生委任關任。其所施之刀割行爲。即可謂之業務行爲。不必得病人之再行

囑託或承諾也。但若所施之手術爲非必要之行為。或因濫施手術致病人生出意外之傷害。則非可與以達痊愈目的者同論。亦以過失傷害罪論。不必以有無施用手術之特別囑託或承諾爲斷。

### (三) 本罪之分類

本罪爲侵害身體之公益。祇有傷害及參於他人自傷兩種。茲分兩節論之。

## 第二節 傷害罪

傷害罪者。即對於上述之客體而爲傷害之所爲也。惟傷害之情形有種種不同之點。(1)因傷害結果之輕重而分別刑之輕重。(2)因傷害之手段而分別刑之輕重。(3)因傷害之動機而分別刑之輕重。(4)因犯傷害罪之人數而分別刑之輕重。(5)因被害者之身分而分別刑之輕重。本書認(1)種爲一般傷害罪。(2)(3)(4)(5)四種爲特種傷害罪。茲分述之。

### 第一 一般傷害罪

因傷害結果之輕重而分刑之輕重者。一般傷害之情形也。在暫行律對於一般傷害罪之處罰計分三等。一爲致死或篤疾。一爲致廢疾。一爲輕微傷害。因三者之結果不同。而處罰有差。新刑法不設篤疾廢疾等名目。其說已於刑法學總論內詳述之。然對於一般傷害罪之結果亦分三等處罰。



(一)輕微傷害 輕微傷害者即依新刑法第二百九十三條所規定之傷害罪。該條第一項云。無殺人之故意而傷害人之身體或健康者。處五年以下有期徒刑拘役。或一千元以下罰金。本罪構成之特別要件有三。(1)要無殺人之故意。若含有殺人之犯意。而著手傷害人時。雖其結果僅致受輕微傷害。仍以殺人罪論。不因其僅受輕微傷而論以傷害罪。(2)要有傷害人之故意。除因過失傷人者當別論外。若係出於業務行為者。即無傷害人之故意。不能論以傷害罪。已如上述。(3)要有致身體或健康受傷害之結果。若雖有傷害行為而無傷害身體或健康之結果時。亦不成立傷害罪。除對尊親屬加暴行之行為外。祇構成違警罪耳。又本罪因其情節輕微。為雙方預留餘地起見。非有被害人之告訴。不予處罰。

(二)重傷 重傷者。即依新刑法第二百九十五條所規定之重傷罪。該條第一項云。犯傷害罪因而致人重傷者。處三年以上十年以下有期徒刑。本罪之構成。亦有三特別要件。(1)要係因犯傷害罪所生之結果。若係因犯殺人罪所生之結果。則當以殺人未遂罪論。不以僅成重傷而論重傷罪也。(2)要所生之結果為重傷。所謂重傷者。依同法第二十條之規定計有七種。一為毀敗一目或二目之視能。二

爲毀敗一耳或二耳之聽能。三爲毀敗語能。四爲毀敗一肢以上之機能。五爲於身體或健康有重大不治之傷害。六爲變更容貌且有重大不治之傷害。七爲毀敗陰陽。(3)要所生重傷之結果非出於預見者。若預見必生重傷之結果而下手傷害時。則當依故意使人受重傷之規定處斷。故本條第二項云。故意致人重傷者。處五年以上十二年以下有期徒刑。蓋於下手傷人時。若僅欲予以輕微傷害之結果。不期而致重傷者。其惡意尙輕。若預期必生重傷。則惡性較重也。

(二)致人於死 致人於死者。以犯傷害罪之故意不期而致人死之結果也。依新刑法第二百九十六條云。犯傷害罪因而致人於死者。處無期徒刑。或七年以上有期徒刑。本罪之構成有二特別要件。(1)要有死亡之結果。(2)要係因犯傷害罪而致死亡之結果。若於下手傷人時已含有令其死亡之意思者。則當以殺人罪論。換言之。卽於下手時。不但要無死亡之預見。并要無死亡之預期也。故雖無死亡之預見。若有死亡可能之預見時。則屬含有不確定犯意之殺人行爲也。不得以傷人致死論罪。又關於本罪之成立。尙有各種應行注意之點。(1)本罪之成立。不僅以傷害行爲直接致人於死亡者爲限。凡因傷害而生死之原因者。皆足爲本罪之構成。例如被害人之死亡由於中風便血所致。若

其所致中風便血之原因。實係由於加害人之傷害行為所致者。本於因果聯絡之關係。加害人仍應負致死之責任。（見前大理院七年上字第一九九號）（2）以傷人之故意而生死亡之結果者，即應就其結果負擔責任。縱屬傷害之後因自然力之參入以助成其傷害所應生之結果時。其因果關係并非中斷。（見前大理院七年上字第九三七號）（3）畏罪自盡。投河淹沒身死。其投河以前所加之各傷。若與投河後被淹致死之結果并無因果聯絡關係。其畏罪投河。既與因傷致死迥不相同。又非被害人因閃避失足落水淹死者可比。當不負傷害致死之責任。（見前大理院五年上字第一三四號）

## 第二 特種傷人罪

（一）施用足以致重傷之方法而傷人 施用足以致重傷之方法而傷人者。即傷害之結果雖非重傷。而其傷人之方法係施用致重傷之手段也。本罪構成之特別要件有三。（1）要係出於傷害人之故意。（2）要為施用足以致重傷之方法。所謂足以致重傷之方法者。即其所用以傷人之器械。或所傷之部位。并下手之姿勢。有致發生重傷結果之可能而言也。（3）要所生之結果為輕微傷害。若所生之結果為重傷時。則直以致重傷論。應依第二百九十五條處斷。非本條之範圍矣。本條之所以對

於生輕微傷害之結果而處以較重之刑者。爲罰結果犯之例外規定。而以罰其犯意爲目的也。蓋傷害罪既爲結果犯。其處罰之輕重純以結果之輕重爲標準。此則不以結果爲標準。而以犯意爲標準。故爲例外也。

(二) 激於義憤而傷人 激於義憤而傷人者。與激於義憤而殺人之情節相類。不過彼以殺人爲目的。此以傷人爲目的耳。其構成之特別要件有二。(1) 要有傷害之結果。(2) 其傷人之動機要係當場激於義憤。至何謂義憤。應從嚴格解釋。以出於維持正誼或禮俗行爲等爲限。若爲個人之利害關係而生之刺激。不得以義憤論。前已於特種殺人罪內詳論之。茲不贅述。在刑法上對於此種行爲。認爲無重大之惡性。科刑宜輕。故新刑法第二百九十七條云。當場激於義憤而傷害人者。處三年以下有期徒刑。

(三) 聚衆鬥毆而傷人 聚衆鬥毆。情節頗爲複雜。蓋因人數衆多。對於被傷者爲何人所傷。及傷人者所傷究爲何人。其下手之孰重孰輕。行爲之爲一爲二。并是否出於正當防衛。於混亂中甚難明晰。據新刑法第三百條之規定云。聚衆鬥毆致人於死或重傷者。在場助勢而非出於正當防衛之人。處

三年以下有期徒刑。下手實施傷害者。仍依傷害各條之規定處斷。是對於下手實施傷害之人。不問所傷爲何人。及其所傷人數之多寡。均科以傷害人之罪。其在場助勢者。以有致人死或重傷之結果發生爲限。始予處罰。倘無致死或重傷之結果發生。則祇罰下手實施之人而已。但雖在場助勢。若係出於正當防衛之行爲。則仍不處罰。依此種規定。對於在場助勢者。殊覺處置過寬。蓋既在場助勢。即無正當防衛可言。且所生結果若僅屬輕微傷害。而在場助勢之人。并無處罰之規定。尤非平允之辦法。要知聚衆爲鬥毆行爲。每受在場助勢者之激勵力甚大。其行爲雖僅屬助勢。而居心實不可原。在暫行律無聚衆鬥毆之規定。僅第三百十五條云。犯前二條之罪（即傷害罪）當場助勢而未下手者。以從犯論。但以此可知其對於當場助勢之責任。不能因僅致輕微傷害而免除也。又同時傷害二人以上。一輕一重時。其各下手人所負之責任如何。新刑法無規定之明文。例如聚衆鬥毆之結果。甲受重傷。乙竟死亡。其於下手之時。無論孰爲死亡者之加害人。孰爲致重傷者之加害人。無從判別。即能判別。是否各下手人各負其責。皆當予以規定。依暫行律第三百十六條。則對於同時傷害二人以上者。以最重之傷害爲標準。皆以共同正犯論。是前例各下手人應同負傷害人致死之責也。

(四)傷害尊親屬 傷害尊親屬罪不過較傷害常人之刑爲重耳。其餘均無特異之點。新刑法第二百九十八條已有規定。該條第一項云。對直系尊親屬犯第二百八十三條第一項第二百九十四條及第二百九十五條之罪者。加重本刑二分之一。犯第二百九十七條（按第二百九十七條爲激於義憤而傷人之罪。決不致加至如許之重。當係第二百九十六條之誤）之罪者。處死刑無期徒刑或十年以上有期徒刑。第二項云。對旁系尊親屬犯第二百九十三條第一項第二百九十四條至第二百九十六條之罪者。加重本刑三分之一。

此外有加暴行而未成傷亦予處罰之規定。係對有身分之特定人而言也。夫傷害罪之爲結果犯。前已言之。既爲結果犯。則無其結果時。應不處罰。惟新刑法第二百九十三條第二項云。加暴行於尊親屬而未成傷者。處一年以下有期徒刑。是不必有傷害之結果而處罰矣。本罪之構成有二特別要件。(1)要件對尊親屬加暴行。(2)要件尙未成傷。所謂暴行者。對他人表示加害之意思。并同时施以傷害或輕於傷害之加害行爲也。或直接加害於他人之身體。或僅係作加害之姿勢。致他人之精神上已感受不可逼視之痛苦。皆當以暴行論也。其因受暴行之結果已成輕微傷害者。仍當以傷害論罪。不成傷害者。

如係對於普通人。祇構成違警上之罪名。對於尊親屬則構成本項之罪矣。所謂未成傷者。於肉體或精神上未受有何種可受檢驗之痛苦也。惟本罪之處罰。須有被害人之告訴。否則仍不能予以訴追。

### 第三節 參於他人自傷之罪

自傷與自殺不同。自殺為一種脫離人類社會之行爲。一經自殺。卽已脫離人類社會。當無他種希冀之可言。而自傷者。於自傷之後。仍不能脫離人類社會。故每有希冀達某項目的而始爲之者。例如實行徵兵制之國家。因冀免兵役而自傷者是。故日本徵兵法有罰自傷之規定。我國暫行律及新刑法。均無罰自傷之明文。則自傷行爲在我國當不爲罪。但參與他人之自傷行爲而加功者。則不能不予處罰。新刑法第二百九十九條云。教唆或幫助他人使之自傷。或受其囑託或得其承諾而傷害之。因而致死者。處一年以上七年以下有期徒刑。因而致重傷者。處五年以下有期徒刑。依該條之規定。關於參與他人自傷之行爲計分左列四種。

#### (一) 教唆他人自傷

此與教唆他人自殺稍異。在教唆他人自殺。祇要有教唆行爲罪卽成立。

此則要有受重傷以上之結果。方能處罰。

(二)幫助他人自傷

(三)受他人之囑託而傷害之

(四)得他人之承諾而傷害之

以上(二)至(四)種。其構成之要件及其處罰之理由等等均與參與他人自殺罪之情形相類。已於本篇第一章第二節中詳論之矣。茲不贅述。惟應注意者。其所受傷害之結果。以致重傷以上爲限。始予處罰。其僅致輕微傷害之結果者。則不論罪。

#### 第四節 本章之過失罪

過失之爲罪與否。以分則有規定者爲限。前已言之。而過失之意義及標準亦已於本篇第一章第四節中詳論之矣。茲僅就本章之罰過失罪者分述之。

(一)一般過失傷害 一般過失傷害者。一般普通人因過失而致人受傷害也。視其傷害之程

度。分別處以過失致傷害罪或過失致重傷罪之刑。新刑法第三百零一條第一項云。因過失傷害人者。處六月以下有期徒刑拘役或五百元以下罰金。第三項云。因而致人重傷者。處一年以上有期徒刑拘



役。或五百元以下罰金。在暫行律以過失無惡性可言。專科罰金。予以儆戒而已。新刑法雖有徒刑之增入。但仍設罰金一項於法定範圍內。如認爲無科徒刑之必要時。原不必科以徒刑。亦可專科罰金。仍無背乎暫行律專科罰金之旨也。

### (二) 業務上之過失傷害

業務上之過失傷害者。即從事業務之人玩忽業務上必要之注意而致人生傷害之結果也。除因而致人於死者前已述之外。其因而致傷害或重傷者。依新刑法第三百零一條第三項之規定。均應加重處罰。該條第三項云。從事業務之人。因業務上之過失犯第一項之罪（過失傷害）者。處一年以下有期徒刑。或五百元以下罰金。犯第二項之罪（過失致重傷）者。處二年以下有期徒刑。或五百元以下罰金。蓋以從事業務之人。對於業務上之事務。應如何慎重。而竟玩而忽之。是雖屬過失。亦含有惡性。故處罰不能不特予加重。例如以藥劑師爲業者。其於配置藥品。有注意之義務。倘誤以他項藥品予人。致人受有傷害。其情節即較普通人之過失爲重也。

此外在暫行律尚有對於尊親屬之過失致傷罪。其刑亦特予加重。新刑法認一般過失致傷爲無甚惡性。故對於尊親屬無加重其刑之明文也。

## 第五節 本章之未遂既遂

在暫行律因傷害罪爲結果犯。以生有結果者爲限始予處罰。故對於傷害罪無未遂處罰之明文。新刑法亦以爲原則。但對於第二百九十四條之行爲。有處罰未遂之例外。因該條係施用足以致死或重傷之方法而傷害人之罪。原不以結果之輕重爲科刑之標準。乃非結果犯也。故特設未遂罪處罰之規定。至本罪關於既遂未遂之標準。凡施用足以致死或重傷之方法以傷人。達於著事實行後。卽爲未遂罪之成立。其既遂之情形。祇要有傷害之結果。不必生有重傷之結果也。

## 第三章 對於自由之罪

### 第一節 總論

(一) 本罪之客體 侵害自由罪之客體爲自由之權能。所謂自由者。有具體的自由。有抽象的自由。屬於身體行動之自由者。具體的自由也。屬於意思活動之自由者。抽象的自由也。凡人對於身體之行動及思想之活動皆有自由之權能。此種自由之權能卽本罪之客體也。

(二) 本罪之所爲 本罪之客體爲自由之權能。已如上述。凡對於此種客體而加以妨害之行為。

爲者。卽本罪之所爲也。至用何種方法以達妨害之目的。及妨害之種類與被妨害之情節如何。容於各罪中分論之。

(三)本罪之分類 對於本罪之分類。學者之意見不一。有分爲二種者。一爲侵害身體自由罪。二爲妨害個人安穩罪。有分爲三種者。一爲害一身上自由之罪。二爲害性交自由之罪。三爲害法律的平穩之罪。本書爲求易於了解起見。分爲七種。一爲剝奪人之行動自由罪。二爲支配人之行動罪。三爲移轉人之行動罪。四爲侵害性慾上之自由罪。五爲妨害住居罪。六爲妨害秘密罪。七爲妨害安全罪。茲分類論述如次。

## 第二節 剝奪人之行動自由罪

人之行動自由爲自由法益之一種。在憲法上有非依法律不受逮捕之規定。指不受國家之逮捕而言也。在刑法上對於人之行動有加以非法之剝奪者。卽構成犯罪。故新刑法第三百十六條云。私禁或以其他非法方法剝奪人之行動自由者。處五年以下有期徒刑拘役。或三百元以下罰金。本罪之客體爲人之行動自由之權能。前已述之。惟凡人是否皆有行動自由之權能。驟言之。似無研究之價值。莫不謂

凡人皆係一律平等。皆應有行動自由之權能。然細按之。則有一問題。卽尙不能行走之嬰兒。是否有行動自由之權能。亦卽嬰兒能否爲本罪之客體之問題也。學者間於此問題多主消極說。卽謂嬰兒不徒無行動之能力。且無意思之能力。於其行動自無自由之可言。既無自由可言。則根本上不能認爲本罪之客體。此外尙有雖非嬰兒而一時失其意思能力致陷於無知覺力之狀態者。例如因飲酒過量而昏醉。或因患精神病而發狂。均足失其意思能力。於其未恢復原狀以前。應亦不能爲本罪之客體也。至本罪之所爲。不外以逮捕監禁爲目的。而阻礙人之行動自由。其方法不論爲積極的消極的出諸有形的無形的。皆足爲犯本罪之手段。所謂積極的。例如以強暴脅迫或詐術使人不敢動作。或不敢離開是。所謂消極的。例如醫生以手術治病。而施病人以束縛。及手術既了。仍不鬆釋是。所謂有形的。例如以腕力束縛其人之身體。或閉置其人於室內是。所謂無形的。例如以催眠術束縛其人之精神是。此皆屬於逮捕或監禁者。然世事日繁。僅用逮捕監禁字樣。有時不足以包括想像外之行爲。故新刑法不以逮捕監禁等字樣爲標準。而以概括語規定之。且所謂逮捕與監禁實難得正確之區分。例如以腕力阻礙人之自由行動。謂爲逮捕可。謂爲監禁亦可。每於此種區別致起無謂之爭執。在日本曾有一女子浴於海水

中。忽有人將其衣裙移匿他處。其人并無竊取其衣服之意思。自不能以竊盜論罪。後訴經法庭科以私擅監禁罪。若依我國新刑法。則可包括於以非法方法剝奪人之行動自由罪內矣。

本罪構成之特別要件有三。(1)要爲剝奪人之行動自由。其剝奪之所爲已如上述。若以支配移轉人之行動爲目的而實施支配移轉時。則另構成他罪矣。(2)要係用非法之方法。所謂非法之方法者。如前述之強暴脅迫詐術等類皆是。若係出於正當之方法。則雖有阻止其自由之行動。仍不構成犯罪。例如對於所僱用代爲看守房屋之人。倘僱主外出時。囑令留在屋內。不許外出。在表面視之。亦係剝奪其行動自由。但因所用之方法爲僱用。實爲一種適法行爲也。(3)要有不利於被剝奪者之目的。若其目的在使被剝奪者受利益而爲之。例如醫生對於病人。於其病症危險之時期內。不許出外感受風寒。又如父母爲管束其子女而不令自由外出。均係使被剝奪者受利益之行爲。應不爲罪。但父母管束子女。醫生管束病人。均以在必要之範圍內者爲限。始不論罪。若出乎必要之範圍以外。例如父母對於循良之子女。故意禁於室內不許外出。或醫生於無危險病症之病人。以強暴脅迫或詐術禁止自由行動。則仍舊以剝奪人之自由論也。其因犯本罪而致人於死或重傷者。據新刑法第三百十六條第二項之規

定。應比較故意傷害罪從重處斷。所謂從重處斷者。比較該兩條之注文而依定刑較重者之條文處斷也。又依第三百十七條之規定。對於直系尊親屬犯之者。加重本刑二分之一。對於旁系親屬犯之者。加重本刑三分之一。其致死或重傷者。亦應比較故意傷害尊親屬從重論罪。此為因被害人之身分而加重者。在暫行律尚有因加害人之身分而加重之規定。該律第三百四十六條云。審判或檢察巡警監獄及其他行政官員或其佐理人濫用職權逮捕或監禁人者。處二等或三等有期徒刑。是其行為雖同。而因其身分與常人異。較常人更易實施其犯罪行為。故予以特別加重。所以特別保護人民之自由也。惟新刑法於妨害自由罪內無此項規定。別於第一百三十三條之瀆職罪內加以規定。凡有訴追犯罪職務之公務員。明知為無罪之人。而使其受訴追處罰者。處一年以上七年以下有期徒刑。即在清律亦有官吏不應為而為之規定也。

又關於本罪之行為有繼續之狀態。與他項犯罪微有不同。故學者稱之為繼續犯。但亦有主張逮捕為即成犯者。謂逮捕行為無繼續之狀態也。一經繼續。便為監禁矣。新刑法雖無逮捕之名稱。然於逮捕之行為亦包括在內。則對於本罪之為即成或繼續。應於其犯罪之狀態定之。凡屬私禁行為。有繼續之狀

態。當以繼續犯論。其無繼續之狀態時。則以即成犯論。至必分別爲即成犯或繼續犯。究有何種實益乎。蓋爲便於爲起訴時效之起算也。在即成犯。祇要犯罪行爲完全。即認爲犯罪完畢。即時可爲時效之進行。在繼續犯。則須犯罪狀態終止後。方能認爲犯罪完畢。其時效然後進行。故不能不有此種區別也。惟查新刑法第九十七條第二項之規定。除連續犯外。均自犯罪成立時起算。僅謂連續犯。究不能包括繼續犯在內。因連續犯爲繼續犯之一種。似不如暫行律定爲犯罪完畢之時起算也。

### 第三節 支配人之行動罪

支配人之行動者。對於人之行動自由不爲狹義的及一時的剝奪。而使之爲永久的受其支配也。夫人各有其意思自由活動之權能。若永久的受他人之支配。則已被他人以物視之矣。質言之。即奴隸是也。一經變爲奴隸。則人之身體認爲有物之價值。直可爲買賣之目的品矣。國家爲謀人權之平等起見。不得不以法律禁止之。此本罪之所由設也。在前清有買賣人口條例。民國後因暫行律無此規定。乃繼續援用。及刑律補充條例頒行。依該條例第九條之規定。凡依法令契約擔負扶助養育保護義務而強賣和賣其被扶助養育保護之人者。依刑律第三百四十九條第三百五十一條第三百五十二條第三百

五十五條處斷。是本罪之主體以有扶助養育保護義務者爲限。而客體則以被扶助養育保護者爲限。蓋以無義務者當另構成他罪。不以本罪論也。新刑法第三百十三條云。使人爲奴隸者。處一年以上七年以下有期徒刑。此卽爲買賣人口罪之概括規定。蓋謂補充條例爲列舉之規定不無遺漏。故僅用使人爲奴隸五字以包括之。然不如刑律補充條例之予以明白規定。以有義務者爲限較爲明顯適當。蓋無義務者應使構成他罪也。本罪構成之特別要件有三。(1)要有使人爲奴隸之意思。按奴在中國本爲罪人之女。從坐收沒入官。以供使役者。初非以價爲買賣也。隸卽執下賤之役者。左傳謂士臣。阜臣。與。與臣隸。可知隸之賤也。後之士大夫家。以價購買貧人之子女。終身爲之執役。奴隸之制。乃遍於社會。(2)要係使人受永久的支配。卽係以價賣人之身體。永久供他人之使役也。被賣之人爲男爲女。皆所不問。其訂有一定年限之契約。受工貲而供役於人者。若無使爲奴隸之意思。則不構成犯罪。(3)要係有契約的行爲。卽係以契約行爲而支配他人之身體也。在前刑律補充條例及刑律第一次修正案之規定。對於本罪之主體。以有扶助養育保護義務者爲限。新刑法既無此種規定。則無義務者亦能爲本罪之主體。



#### 第四節 移轉人之行動罪

移轉人之行動者。以強暴脅迫詐術或誘惑移轉他人脫離原來之狀態也。質言之。即誘拐是也。以其目的及手段并移轉地域之不同。其罪質稍異。茲分別論述之。即第一爲和誘罪。第二爲略誘罪。第三爲以詐術使人出民國領域之罪。第四爲收受藏匿受誘人之罪。所謂和誘者。以誘惑之方法取得被誘人之同意。而使之脫離其原來之狀態也。略誘者。以強暴脅迫或詐術之方法。而使之脫離其原來之狀態也。關於本罪之客體。除被誘人外。其行使親權人監護人保佐人皆爲被害者。亦可爲本罪之客體也。故新刑法對於誘取未滿二十歲之男女者。列入妨害家庭罪內。而不列於妨害自由罪內。特設特別略誘罪。及以詐術使人出民國領域外者列入妨害自由罪內。本書爲論述便利起見。均以列於本章之內。

#### 第一 和誘罪

(一)單純和誘罪 在暫行律對於和誘略誘罪設立專章。除以營利爲目的外。無他項目的之規定。則所謂單純之和誘者。除營利外。不論其誘拐之目的若何也。新刑法第二百五十七條第一項云。和誘(略誘)未滿二十歲之男女脫離享有親權人監護人或保佐人者。處六月以上五年以下有期徒刑。

此即新刑法上之單純和誘罪也。本罪之構成有四特別要件。(1)要有誘惑之行爲。若無誘惑之行爲。例如途遇爲後母虐待之幼童。攜交警署或孤兒院留養。并無誘惑之行爲。又如誘拐其姐。而其妹亦隨往。均不能以和誘罪論也。(2)要有令被誘人脫離行親權人監護人或保佐人之意思。若無此種意思。而僅爲一時的攜帶。不能成立本罪。例如對於親友或鄰居者之子女。攜往他處遊玩。并無使之脫離其家庭之意思。不能成立本罪。(3)要被誘者爲未滿二十歲之男女。若其年齡已在二十歲以上者。無論男女。其知識能力業已充足。除另有他種情形應另構成他罪外。不能成立本罪。惟在暫行律對於婦女。則不受年齡之限制。雖已滿二十歲。仍得爲本罪之客體。蓋謂婦女之知識較男子爲薄弱。且常株守家庭。不轉出門戶。對於社會情形。往往茫然無知。故不能限以年齡。在新刑法採用前法律館草案謂中國女子雖與外國婦女地位略有不同。然對於與人私道。當然知其行爲爲何種性質。不得與未成年者比。故對於婦女之已滿二十歲者。除足爲略誘罪之客體外。不能爲本罪之客體。(4)要得被誘人之同意。若被誘人不同意而以強暴脅迫或詐術而誘取之者。則構成略誘罪。不以本罪論也。但新刑法雖有和誘略誘之名。而實際無處罰之輕重。又本罪既兼侵害家庭法益。即誘取已聘未婚之妻仍當構成本罪。

蓋已聘而未婚者。其監督權仍屬於女方之家庭也。

## (二) 加重和誘罪

加重和誘罪者。因和誘之目的有加重之情形而加重其刑罰也。新刑法第

二百五十七條第二項云。意圖營利或意圖使被誘人爲猥褻之行爲或姦淫而犯前項之罪者。處一年以上七年以下有期徒刑。得併科一千元以下罰金。依此規定。其和誘之本質及構成之要件與前述之單純和誘罪完全相同。惟有特殊之目的耳。本項計分三種。(1) 因意圖營利而爲之者。按營利行爲。不外出賣爲人作奴婢或妻妾耳。除作妻妾外。其爲人作奴婢者。又當構成使人爲奴隸罪。不過從一重處斷耳。(2) 因使被誘人爲猥褻之行爲而爲之者。所謂猥褻者。出乎男女正式之性交以外而基於性的情感所衝動之行爲也。例如雞姦之類是已。不論對於男或女皆得爲之。即女子對於女子。如俗稱磨鏡黨之行爲皆屬之。容於次節詳述之。(3) 因使被誘人爲姦淫之行爲而爲之者。所謂使被誘人爲姦淫之行爲者。在通常當係解爲以男姦女之行爲爲限。然女姦男之行爲又何常不可在內。惟新刑法上無婦女強姦男子之罪。則此處當以男子爲犯罪之主體而以女子爲客體。除認爲間接正犯外。即女子不得爲主體。而男子不得爲客體也。

### (三) 移送被和誘人於民國領域外之罪

依新刑法第二百五十七條第三項云。移送被誘人於民國領域外者。處七年以上有期徒刑。此因犯本罪之結果與通常之情形稍異。且足使被誘人受較重大之危害。故不得不加重其刑罰。至本項之罪係繼承前項之行爲而爲之也。當以犯前項之罪者爲限。始能援用。而最高法院加以擴充之解釋。謂凡單純爲本項之行爲者。亦當構成本項之罪。查最高法院解字第二百十四號內有云。移送被和誘人出民國領域外者。無論已未滿二十歲。仍應依第二百五十七條第三項論科。要知本項所謂被誘人者。係指第一項之被誘人而言。并非獨立之條文可比。若從嚴格解釋之。非先構成單純之誘拐罪。不能適用本項之規定也。

## 第二 略誘罪

### (一) 單純略誘罪

單純略誘罪與單純和誘罪構成之要件稍有不同。在和誘罪之構成。須取得被誘人之同意。略誘則係以強暴脅迫或詐術爲其手段。祇要以此種手段而誘取未滿二十歲之男女。卽屬後來已取得被誘人之同意。其同意既係出於強暴脅迫或詐術之結果。仍當以略誘論。是略誘祇有二特別要件。(1)要以強暴脅迫或詐術爲誘取之手段。(2)要有使被誘人脫離其行親權人監

護人保佐人之意思。具備以上二種要件。本罪即認為成立。故對於略誘罪之處罰。應較和誘為重。在暫行律和誘者僅處三等至五等有期徒刑。而略誘則為二等或三等。而新刑法以之並列於一項之內。其處罰毫無軒輊之分。雖得由審判官於法定範圍內酌量採用高度之刑。然於罪刑既無出入。又何必於本條分立和誘略誘之名稱乎。即以他罪而論。於盜罪除分為強盜竊盜外。且於兩者之間再分立一搶奪之罪。於姦罪亦有強姦和姦之別。何獨於誘拐之和略而處以同一之刑。其立法之失其鈞衡。百喙莫辯。誠為新刑法中之一大缺點。而第二次修正案所附理由。謂和誘略誘同為侵犯保護人之權利。故不以和略為法定刑輕重之標準。殊不知強盜竊盜同為侵害事主之財產。又何以有強竊輕重之分耶。

(二)加重略誘罪 加重略誘罪亦係以其犯罪之目的不同而加重其刑也。依新刑法第二百零五十七條第二項之規定。與加重和誘罪無異。茲不贅述。

(三)特別加重略誘罪 特別加重略誘罪者。以姦淫或猥褻為目的而略誘婦女也。在單純略誘罪。其被誘人以未滿二十歲之男女為限。此則超過未滿二十歲之年齡限制。而易以性別之限制。且限於有特殊之目的也。故僅以婦女為客體。依該法第三百十五條第二項云。意圖營利或意圖使婦女

爲猥褻之行爲或姦淫而略誘之者。處三年以上十年以下有期徒刑。得併科千元以下罰金。第三項云。移送被略誘人出民國領域外者。處無期徒刑或五年以上有期徒刑。於是本罪可分別爲三種。

(甲)以姦淫爲目的而略誘婦女。其構成之特別要件有三。(1)要以姦淫爲目的。(2)要以略誘爲手段。(3)要被略誘人爲二十歲以上之婦女。按本條之明文雖無年齡之限制。但第二百五十七條既有誘取未滿二十歲者之規定。則在未滿二十歲者當然適用該條。此爲當然之解釋也。

(乙)以爲猥褻行爲爲目的而略誘婦女。其構成之特別要件有三。(1)要以爲猥褻行爲爲目的。(2)要以略誘爲手段。(3)要被誘人爲二十歲以上之婦女。因第二百五十七條對於同樣之行爲。已有對於未滿二十歲者之規定也。

(丙)以意圖營利爲目的而略誘婦女。其構成之特別要件有三。(1)要以營利爲目的。(2)要以略誘爲手段。(3)要被誘人爲二十歲以上之婦女。亦因第二百五十七條對於同樣之行爲。已有對於未滿二十歲者之規定也。

由以上各種略誘罪觀之。其不同於第二百五十七條第二項略誘罪之點有二。一爲被誘人須爲二十

歲以上之婦女。一爲無脫離行使親權人監護人保佐人可言。換言之。則所侵害者祇有被誘人一個法益。而無家庭之法益。且其犯罪行爲之實施較未滿二十歲者爲難。若以法理上之理由衡之。其處刑當然較第二百五十七條第二項爲輕。而查本條(第三百十五條)所定之刑罰反較第二百五十七條爲重。殊令人百思不得其解也。

#### (四)特種略誘罪

本罪卽新刑法第三百十五條第一項之所規定者。該項規定云。意圖使婦

女與自己或他人結婚而略誘之者。處一年以上七年以下有期徒刑。此項略誘罪與單純略誘罪不同之點有二。(1)一則無年齡限制之婦女。一則爲未滿二十歲之男女。(2)一則要有一定之目的。一則無特殊之目的。其與加重略誘罪不同之點亦有二。(1)一則無年齡限制之婦女。一則限於未滿二十歲之男女。(2)一則以結婚爲目的。一則以意圖營利或姦淫或爲猥褻行爲爲目的。其與特別加重略誘罪不同之點亦有二。(1)一則無年齡限制之婦女。一則限於二十歲以上之婦女。(2)一則以結婚爲目的。一則以意圖營利或姦淫或爲猥褻之行爲爲目的。

#### (五)移送被略誘人出民國領域外之罪

依新刑法第二百五十七條第三項云。移送被

誘人於民國領域外者處七年以上有期徒刑。又依第三百十五條第三項云。移送被略誘人於民國領域外者。處無期徒刑或五年以上有期徒刑。此因其犯罪之結果致被害人受更大之危害而加重其刑。本罪之主體。以犯略誘罪之犯人爲限。即略誘之繼續行爲也。實施移送者雖爲犯略誘罪者以外之人。若係由於犯略誘罪者之囑託時。仍當處犯略誘罪者以本罪。蓋不必待本人親施其行爲而罪已成立。至移送之目的地。祇要在民國外。不問爲外國或爲各國公共之地域。且祇要移出領域時即認爲本罪之構成。不必要到達其目的地始爲成立也。按暫行律對於本罪之處罰。其最重刑爲死刑。良以我國近來販賣人口出洋者（俗稱爲販豬仔）在沿海各省常有其事。受其害者不可勝紀。不徒犯罪情節重大。即衡以誅心主義。亦應嚴予處罰。故在前清律卽有買賣人口出洋從重處罰之規定。爲首者斬立決。爲從者亦絞立決也。

對於本罪之客體有應注意者。卽第二百五十七條第三項與第三百十五條第三項之移送被略誘人不能混而爲一。在第二百五十七條第三項之所謂被誘人。係指該條所稱之未滿二十歲之男女而言。（但最高法院有擴充解釋）而第三百十五條第三項之所謂被略誘人。應指該條所稱之已滿二十歲



之婦女而言。對於已滿二十歲之男子。如因意圖營利而以詐術使人出民國領域外時。則另構成第三百十四條之罪。容後述之。

### 第三 以詐術使人出民國領域外之罪

近世社會狀態日趨繁複。日常交接。詐僞百出。知識薄弱者每易受人之愚弄。而失其運用自由之權能。對於移轉人之行動。除施用誘拐之方法受其被動外。尚有施以詐術或他種方法。而令其人出於自動者。往往見之。此本罪之所由設也。本罪與和誘略誘不同之點。即係以詐術使人自動的出民國領域外。新刑法以此種行為不便援用誘取之條。故特設專條於妨害自由罪內。依該法第三百十四條云。意圖營利。以詐術使人出民國領域外者。處五年以下有期徒刑。得併科一千元以下罰金。其構成之特別要件有三。(1)要係使人自動的出民國領域外。若非自動的。則必含有誘取之意義。當從誘取論罪。(2)要以詐術為手段。若於使人自動出國時。係出於真實之勸告。并未含有詐欺者。則不能為犯罪之構成。(3)要以營利為目的。若無營利之目的。則雖以詐術使人自動出國。應另以其目的之不同而構成他種犯罪。不以本罪論也。例如有稱道南洋某處甚好。勸令前往作工。其人因而前往時。若所述不虛。既

非施用詐術，又無營利之意，自不構成犯罪。如前例其所稱道若全屬子虛，且係受某外人或某公司之金錢代為勾引者，則其稱道既屬詐偽之語，而其目的又係謀利而起，即應為本罪之構成。

#### 第四 收受藏匿被誘人之罪

收受藏匿被誘人者，為犯人司收受藏匿之職務者也。是不認為共犯，當以實施其行為之時期為標準。在原犯罪行為未完畢以前，因幫助犯人完成其誘取之目的而為收受藏匿之行為者，即為誘取罪之共犯。若在犯罪行為完畢以後始為單純之收受藏匿行為者，即構成單純之收受藏匿罪。在暫行律第三百五十三條，即依此標準而分為預謀及未預謀兩種。預謀者依所犯之本罪處斷。未預謀者則處以單純之收受藏匿罪。而新刑法第二百五十八條第一項云：「意圖幫助犯前條（和誘略誘）之罪而收受藏匿被誘人或使之隱避者，處六月以上五年以下有期徒刑。」是祇稱意圖幫助犯前條之罪助犯人為而為收受藏匿之行為。據第二次修正案所附理由謂預謀者當然為共犯，故不設規定。則本條之罪係專指未預謀者而言矣。惟對於收受藏匿分單純與加重兩項，茲分述之。

(一) 單純收受藏匿被誘人之罪 單純收受藏匿被誘人者，即第三百五十八條第一項之

所謂意圖幫助犯前條之罪而收受藏匿被誘人或使之隱匿者是也。本罪構成之特別要件有二。(1)要有收受藏匿被誘人或使之隱避之行爲。所謂收受者。將他人所誘取之人置於自己權力之下也。所謂藏匿者。對於他人所誘取之人積極的供以隱避之處所使不易發見也。所謂使之隱避者。對於他人所誘取之人爲積極的囑令隱避或助其隱避。或消極的不令發見也。(2)要有幫助犯人之意思。即明知爲被誘取之人而以幫助繼續其行爲爲目的也。若不知其爲被誘取之人。僅以與犯人爲親友之關係。暫時供以膳宿。并不故意使之避匿者。則不能爲犯本罪之構成也。

### (二)加重收受藏匿被誘人之罪

加重收受藏匿被誘人者。因以特定之目的而爲收受藏

匿之行爲也。依本條第二項之規定云。意圖營利或意圖使被誘人爲猥褻之行爲或姦淫而收受藏匿被誘人或使之隱避者。處六月以上五年以下有期徒刑。得併科五百元以下罰金。此因犯人有特定之目的而加重其刑。較諸單純收受藏匿之情節爲重也。其構成之特別要件有二。(1)要有收受藏匿被誘人或使之隱避之行爲。(2)要以意圖營利或意圖使被誘人爲猥褻行爲或姦淫爲目的。

關於本罪之客體。除甲項之罪。已於該條第一項明定爲幫助犯前條之罪而收受藏匿。則其客體自係

指前條被和誘略誘之未滿二十歲者而言。固無疑義。而乙項之罪，亦係指犯第一項之罪者。不過含有特定之目的耳。應不能以含有特定目的之故而變更其客體。且以法律上之文理解釋亦應如是也。惟最高法院對於第二百五十七條第三項竟加以擴充之解釋。謂該第三項之客體不以該本條之被誘人爲限。而二十歲以上之男子亦指爲包括在內。則對於本條第二項之犯罪獨不可援例而爲擴充之解釋乎。若最高法院將來無此種擴充解釋。則本罪之客體完全以前條所稱之未滿二十歲之男女爲限。毫無問題。竊有所疑慮者。恐將來提及第三百十五條之略誘罪時。因該章無收受藏匿被略誘人之規定。或又有擴充解釋之舉動發生。不得不於此預爲聲明者也。

## 第五 關於本節各罪之訴追

關於本節之罪。在暫行律認爲須親告之一種。非經告訴。國家不予訴追。以其有關家庭及個人之名譽也。新刑法則除對於第三百十五條之特別加重略誘罪須告訴乃論外。其對於加重和誘略誘及單純和誘略誘并收受藏匿被誘人等罪。均無告訴乃論之規定。其立法之本旨不知何在也。此外在暫行律第三百五十五條第二項尙有一種規定。卽被誘人與犯人爲婚姻者。非離婚後其告訴爲無效。新刑法

則以誘取罪爲侵犯保護人之權利。仍許被害人訴追。蓋謂和誘略誘爲侵犯保護人之權利。即令被誘人與犯人結婚亦應處罰。惟新刑法既對於和誘略誘未滿二十歲之男女。不認爲親告罪之一種。根本不待告訴而訴追。本無告訴有效與否之問題。余意此種犯罪既列入侵害家庭罪內。則被害法益卽爲其家庭。若其家庭爲保全名譽起見。不願受訴追。國家爲保全家庭之利益起見。應從暫行律之規定。仍當認爲親告罪之一種。必待告訴乃論。方與保護家庭法益之原則相符。新刑法認爲非親告罪。實屬不合。至被誘人若已與犯人結婚。則應以有無被誘人之同意爲訴追與否之標準。倘被誘人不同意時。儘可予被誘人以告訴之權。被誘人如不願告訴。卽有家庭告訴亦應無效。或謂和誘者既係取得被誘人之同意。自必不出而告訴。然本人既已正式結婚。又不願出而告訴。國家又何必訴追耶。故余主張以結婚爲目的。而和誘時。已成爲一種自由結婚之行爲。與因營利而誘取者有別。卽以結婚爲和誘之一種例外規定。亦無不可。其由於略誘而結婚者。被誘人既不願告訴。卽已於事後有同意之追認。亦未始不可放任之也。

余於本節之罪尙有一意見。卽略誘罪之範圍。原係以出於強暴脅迫或詐術而誘取者爲限。若不加以

強暴。不予以脅迫。又不施用詐術。竟用直截了當之方法。以腕力掖之而逃。是即等於搶奪財產之情形。既係出於搶奪。自無「誘」之可言。依現行刑法。於此情形仍得謂之略誘。然既非出以誘之手段。而強謂之略誘。於用語上實欠妥當。余意不如做搶奪財物罪之例。另設一擄人之罪。豈非較為適合乎。

### 第五節 侵害性慾上之自由罪

侵害性慾上之自由者。即強姦及強制猥褻是也。蓋凡人關於性慾上之行爲皆有依自己之意思而爲活動之自由。反乎本人之意思而爲強制之行爲時。即爲本罪之構成。在暫行律以本罪列於姦非罪中。而姦非二字。殊不能包括本罪之行爲。論者早謂其不當。而新刑法則以之列入妨害風化罪內。然按本罪之性質。其直接及重要之點在侵害個人性慾上之自由。對於妨害風俗。尙屬間接關係。故本書因此列入本章之內。且爲論述計亦較便利也。茲分述之。

#### 第一 強姦罪

強姦者。反乎婦女之本意而與之爲性交之行爲也。其犯罪之情節頗爲複雜。茲更分之爲單純強姦罪。加重強姦罪及準強姦罪三種。依次論述如次。

(一) 單純強姦罪

單純強姦罪即爲新刑法第二百四十條第一項之所規定者。該條第一項

云。對於婦女以強暴脅迫藥劑催眠術或他法致使不能抗拒而姦淫之者。爲強姦罪。處七年以上有期徒刑。其構成之特別要件有五。(1)要係男子對於婦女。即以男子爲主體而以婦女爲客體也。若婦女對於婦女。除足爲犯猥褻罪之主體外。如幫助他男子強姦婦女。足爲強姦罪之共犯。或指使無責任能力之男子以強姦婦女。足構成本罪之間接正犯。例如指使有精神病之男子強姦婦女。在有精神病之本人。已無責任能力。不能爲犯罪之主體。祇能科指使者以間接正犯之刑耳。至婦女對於男子。法律上不認爲犯罪。故本罪之主體。以男子爲限。然在事實上不能謂無婦女強姦男子之事實也。(2)要係對於無夫妻關係之婦女。蓋婦女對於性交自由。得因其承諾之表示而拋棄之。承諾之時期有久暫之別。夫妻自舉行結婚之日起。即已有永久拋棄其性交自由之默示。在未離婚以前。無論何時。其夫對於妻之性交要求。雖出於強制之行爲。無構成本罪之可能。但若因此而生傷害之結果。且其傷害爲夫所預見時。則仍當構成傷害罪。例如夫於妻之甫生產後爲性交之強制。其妻必受健康上之傷害。爲常人所能預見。自不能不負傷害之責任。又妻之拋棄性交自由既應自舉行結婚之日起。則對於有婚姻預約

之未婚妻，仍當有構成本罪之可能也。至暫時的承諾，係指婦女與人和姦而言。在男子既已得其承諾，除分別情形有另構成和姦罪之可能外，亦不構成本罪。但暫時的承諾無永久繼續之性質。若曾得婦女之承諾與之姦淫，其後婦女忽悔其所爲，已有不願繼續之表示，男子若違反其表示而施以強制之方法時，仍當爲本罪之構成也。(3)要以強暴脅迫藥劑催眠術爲犯罪之手段。所謂強暴者，以腕力排除婦女之抵抗力也。所謂脅迫者，使婦女起恐怖之觀念也。即使不直接向婦女爲之，例如向其父母或夫爲之，致使其父母或夫代爲強制之行爲，亦可以脅迫論。惟若對於其父母或夫不出以脅迫之手段，而予以利誘時，則既非強暴又非脅迫，究足爲本罪之構成否？余意其父母或夫既受金錢而轉施強暴脅迫於婦女，其原動力仍係出於利誘之人，等於以金錢僱用他人爲強暴脅迫之實施，即其父母或夫亦成爲本罪之共犯矣。所謂藥劑者，即係以醉麻之藥品使婦女受之而失其抵抗力或知覺力也。此時婦女雖欲抵抗，已無抵抗之能力，或竟已失其知覺，而一時不知有與之姦淫之事實，皆足爲本罪之構成也。所謂催眠術，係以其手術使婦女迷失本性之行爲，亦足使男子達其任意姦淫之目的。此外尚有用作術以爲姦淫之手段者，例如寺院僧人假托佛爺種子以姦淫渴望生子之婦女者，亦事所恆有。惜



本條無詐術規定。而第二百四十四條雖有以詐術使婦女誤信有夫妻關係之規定。祇以誤信有夫妻關係爲限。似失其狹隘也。(4)要使婦女不能抗拒。卽謂婦女無抗拒之可能也。若婦女本有抗拒之可能。因顧全名譽。不便聲張。而姦夫僅係出於冒昧之行爲。雖未得婦女之同意。但未施用強暴脅迫及藥劑催眠術等項手段。例如於暮夜乘婦女獨臥。未得其同意而逕行登榻爲性交之行爲。婦女雖有抗拒之可能。祇以顏面攸關。忍而受之。祇求其事後速去。不願大肆聲張。致爲外人所知。其姦淫者究能爲本罪之構成乎。以本條之注文從論理解釋之。應不能以強姦罪論。蓋本條明明有至使不能抗拒而爲姦淫之規定。則於能抗拒而不抗拒時。自不能成立本條之罪。故外國刑法有不以不能抗拒爲條件者。凡未得婦女之同意而逕行向婦女爲姦淫之行爲者。不論婦女起而抗拒與否。皆以強姦論罪。(5)要係以姦淫爲目的。若非以姦淫爲目的。則以其目的之不同而另構成他罪矣。

(二)加重強姦罪 『加重強姦罪者。因強姦之情節較單純強姦爲重大或較易實施而加重其刑也。茲分述之。(1)以實施犯罪行爲之人數而加重其刑。卽二人以上輪流爲強姦之行爲也。在暫行律無此種規定。及刑律補充條例頒行。依該條例第三條之規定。始加重其刑。新刑法第二百四十條第三

項云，二人以上共同輪姦而犯前二項之罪者，處無期徒刑，或七年以上有期徒刑，其構成之特別要件有二。第一要二人以上各有姦淫之行爲。若與之共犯者雖有二人以上，而實施姦淫之行爲者祇一人，仍以單純強姦論罪。第二要爲出於強姦之行爲。若二人以上輪流和姦一婦女，不過各人構成和姦耳，不以本罪論也。(2)以犯罪者所居之地位而加重其刑。因利用特殊之地位而爲本罪之實施也。依第二百四十三條之規定，計有下列各種。一爲尊親屬對於卑幼犯之者。二爲監護人保佐人對於其監護或保佐之人犯之者。三爲師傅對於未滿二十歲之學徒犯之者。四爲官立公立私立病院濟貧院或救濟院之職員對於收容之人犯之者。均加重本刑三分之一。均以其有特殊之地位較易爲犯罪之著手也。

### (三) 準強姦罪

準強姦罪者，不備強姦之形式而有強姦之實質者也。茲分述之。

(甲) 姦淫幼女。凡對於幼女而爲姦淫之行爲者，雖屬和姦，亦依強姦論罪。此爲保護幼女身體之健康而設也。蓋幼女身體尙未發達，對於淫事，無完全承受之可能。若任令他人與之性交而不加以保護，殊有背法律維持人道之本旨。故對於姦淫幼女者不能不從重處罰。惟幼女應有年齡之規定。在暫行

律以未滿十二歲爲限。已滿十二歲者。卽不以幼女論。新刑法則改爲未滿十六歲。必已滿十六歲者方與常人同論。此爲保護人道而設。雖女子身體之發育有遲早不同。然限制稍嚴。終不背乎立法之旨也。故新刑法第二百四十條第二項云。姦淫未滿十六歲之女子者以強姦論。其構成之特別要件有二。

(1) 要被姦淫者爲未滿十六歲之幼女。所謂未滿者。自出生之日起未屆滿十六歲之年齡也。雖已達十六歲。若未屆滿。仍以未滿論也。(2) 要係與幼女爲和姦之行爲。其起意出於何方。在所不問。若爲強姦行爲。則仍從本條第一項論罪。不必適用本項也。

(乙) 乘機姦淫 乘機姦淫者。卽乘婦女無抗拒之可能時利用其機會而與該婦女爲姦淫之行爲也。是否得其承諾皆所不問。蓋婦女於此時已陷入不能抗拒之狀態中。不生承諾與否之問題矣。依新刑法第二百四十二條第一項云。對於婦女乘其心神喪失或其他相類似之情形不能抗拒而姦淫之者。處三年以上十年以下有期徒刑。其構成之特別要件有三。(1) 要被姦淫之婦女心神喪失。或有其他相類似之情形。所謂心神喪失者。因患精神病而其心神已失其主宰之權也。若僅不具記憶力及推理力者。雖亦爲精神病之一種。既不能謂爲全無辨別之能力。自不能認爲本罪之客體。故本罪之客體必

以心神喪失之婦女爲限也。所謂其他相類似之情形者。指婦女於心神喪失以外之特別情形而言。例如婦女於夏夜乘涼裸體熟睡之際。乘其不備而姦淫之。及兩性已達接觸之程度。雖婦女因驚覺起而抗拒。然於未抗拒以前。其犯罪已完全成立矣。(2) 要有不能抗拒之情形。所謂有不能抗拒之情形者。乃被姦淫者已處於無抗拒可能之狀態中也。若尙有抗拒之可能。因犯人施以強暴脅迫等手段而至使其抗拒之可能時。則屬於單純強姦罪。不以本罪論也。至能抗拒而不抗拒。更非本罪之範圍矣。(3) 要有姦淫之行爲。若爲姦淫以外之行爲。則另以其行爲之不同而構成他罪矣。

(丙) 以詐術使婦女誤信有夫妻關係而聽從其姦淫。此種情形本介乎和姦與強姦之間。於外國立法例。竟有科以強姦罪者。本書則列於準強姦罪內。以其性質近於強姦也。在暫行律上本無此種規定。新刑法以此種事實近日發生已多。故特予以規定。依該法第二百四十四條第一項云。以詐術使婦女誤信有夫妻關係而聽從其姦淫者。處三年以上十年以下有期徒刑。其構成之特別要件有三。(1) 要使婦女誤信有夫妻關係。所謂誤信者。本無夫妻關係。而犯人欲取信於婦女而伴作有夫妻關係也。若明明不能發生夫妻關係。且爲婦女所明知。則爲顧全體面起見。雖對外伴稱有夫妻關係。并非以此爲

取信於婦女之行爲。則婦女無誤信可言。不能構成本罪也。(2)要以施用詐術爲手段。所謂詐術者。例如捏造婚約之類是也。(3)要使婦女聽從其姦淫。所謂聽從者。得婦女之承諾也。若婦女不予承諾。更用其他之不法手段至使婦女不能抗拒而始姦淫之時。則仍當構成單純強姦罪。

(四)因犯強姦罪而生之他罪 因強姦而生之他罪者。即因有致被害人生死傷之結果也。茲分述之。

(甲)致被害人死傷 此因犯人欲達強姦之目的。由於犯人自己之動作而致被害人於死傷也。依第三百四十條第四項之規定。犯強姦罪因而致被害人於死者。處死刑或無期徒刑。因而致重傷者。處無期徒刑。其構成之特別要件有四。(1)要爲達強姦目的而生之結果。(2)要無殺人之故意。(3)要生致死或重傷之結果。(4)要死傷者爲被害人。至被害者不論爲良爲娼。於本罪之成立。毫無影響也。

(乙)致被害人羞忿自殺 此由於被害人自己之動作致生死傷之結果也。依同條第五項云。犯強姦罪因而致被害人羞忿自殺。或意圖自殺而致重傷者。依前項之例處斷。其構成之特別要件有五。(1)要係被人爲強姦行爲而生之動機。即其所以自殺者。因被人強姦而生之決心也。其強姦行爲之既遂

與否。在所不問。若與強姦行爲毫無關係。則不能以本罪論。(2)要因羞忿而自殺。若其自殺非由於羞忿。另有他種原因之介入。仍不能使負本罪之責。(3)要係被害人自殺。若爲強姦者所殺傷。不論以本項之罪。(4)要自殺者爲被害本人。所謂被害本人者。在此處應從狹義解釋。以被姦淫者爲限。故前大理院統字第三百十七號內有云。羞忿自殺以被害人爲限。其父母或夫因婦女被人調戲未遂羞忿自殺或傷害者。不能成立該條之罪。(5)要生死或重傷之結果。若僅生輕微傷害之結果。仍不能爲本罪之成立。又羞忿自殺。本與強姦無直接之因果關係。衡以因果律。本不能負結果之責任。故在他罪均無此種規定。而於強姦有此規定者。因強姦爲婦女貞操所關。婦女對於貞操常與生命同一重視。爲保護婦女貞操之安全起見。不能不設此例外之法條也。

(丙)故意殺被害人 本罪前已於殺人罪內論述之。茲不贅述。

(五)因犯準強姦罪而生之他罪 準強姦罪分三種。前已述之。除第一種姦淫未滿十六歲之幼女應完全適用單純強姦罪之各項規定外。其第三種以詐術使婦女誤信有夫妻關係而聽從其姦淫時。當無致死傷之情事發生。縱於得知後因羞忿自殺。在新刑法無負責之規定。不能援用本項處

斷。惟第二種之乘機姦淫罪。與單純強姦罪之情形大致相同。故新刑法第二百四十二條有同樣之規定。不過所定刑罰較輕耳。又該種犯罪。被姦淫之婦女已處於無抗拒可能之狀態。當不致發生故意殺被害人之情事。故該條無故意殺被害人之規定也。餘不贅述。

## 第二 強制猥褻罪

猥褻者。出乎男女正式性交以外而基於性慾衝動之行爲也。或謂在客觀方面爲惹起他人羞恥感覺之行爲。在主觀方面爲挑起淫慾或滿足淫慾所爲之行爲。或又謂姦淫亦爲猥褻行爲中之一種。不過刑法上於姦淫之罪已另設有專條。故不能包括之耳。至有謂猥褻行爲係指未成姦以前之行爲而言者。不徒失之太狹。且未足說明猥褻之本義也。惟猥褻究爲何種行爲。說明逾多。其義逾蘊。茲舉其顯著者如次。

(甲) 雞姦 雞姦者。反乎男女正式性交之行爲也。質言之。卽以臀部代女陰而爲交接之行爲也。是不徒男子對男子之行爲。卽男子對女子亦能犯之也。故本罪之客體無男女之限制。而主體則限於男子。從事實論之。此種行爲應屬於姦淫之列。惟我國舊律向無明文。而泰西諸國刑法雖有其例。皆不認爲

姦罪。此暫行律及新刑法所以均列於猥褻行爲之內也。

(乙)婦女之同性交接。婦女之同性交接爲社會上所能發見之事實。就說上海而論。且有以此種行爲爲招徠觀客以取資者。此爲同性間猥褻行爲之一種也。

(丙)生肉體上羞恥之行爲。生肉體上之羞恥者。如裸人之體或向人作要求滿足性慾之姿勢是也。  
(丁)人與禽獸爲性交之行爲。此種行爲亦爲社會上所能發見之事實。在刑法上認爲猥褻行爲而不認爲姦淫。

(戊)當衆爲性交之行爲。當衆爲性交之行爲。在當事者爲姦淫。而在公衆方面則更認爲猥褻矣。  
(己)手淫。手淫雖爲單方面之行爲。然亦猥褻行爲之一種也。

以上所列舉之各種情形。爲猥褻行爲之最顯著者。惟在刑法上則不必一律認爲犯罪而處以刑罰。蓋刑法上所罰之猥褻行爲爲強制的及公然的兩種耳。除關於公然者屬於妨害風俗罪。本節暫不論述外。茲將關於妨害自由之法益者分述如次。

(一)單純強制猥褻罪。強制猥褻者。以強制的手段爲猥褻之行爲也。依新刑法第二百四十



一條第一項云。對於男女以強暴脅迫藥劑催眠術或他法。至使不能抗拒而爲猥褻之行爲者。處五年以下有期徒刑。其構成之特別要件有三。(1)要以強暴脅迫藥劑催眠術或相類之方法爲手段。(2)要使被害者有不能抗拒之狀態。(3)要以爲猥褻行爲爲目的。就以上各要件觀之。其行爲與強姦相似。惟其目的不同耳。但於要件外尙有與強姦不同之點。(1)強姦罪之客體要爲婦女。而本罪則無論男女皆得爲其客體。(2)強姦罪之主體除女子得爲共犯或間接正犯外。要爲男子。而本罪則婦女亦得爲其主體。(3)夫婦之間無強姦罪之構成。而本罪則夫婦間亦能成立。所應注意者。卽前述各種猥褻行爲不皆構成犯罪。其足構成本罪者尤須以強制的爲限也。至如男女接吻或僅爲猥褻之言語舉動。未入於強制的範圍時。僅能構成違警罪。其公然爲猥褻之行爲者。亦祇能成立妨害風化罪。不能以本罪論也。

## (二)加重強制猥褻罪

此卽新刑法第二百四十三條所列各種加重之情形也。依該條之規定。凡有次列情形之一者。如犯強制猥褻罪應加重本刑三分之一。以其較通常無身分或地位之人爲易犯也。(1)尊親屬對於卑幼犯之者。(2)監護人保佐人對於其所監護保佐之人犯之者。(3)師

傳對於未滿二十歲之學徒犯之者。(4)官立公立私立病院濟貧院或救濟院之職員對於收容之人犯之者。

### (三) 準強制猥褻罪

準強制猥褻罪者。有強制猥褻之實質而無其形式也。茲分述之。

(甲)對於幼年男女之猥褻 凡對於幼年男女爲猥褻行爲。雖得被猥褻者之同意。仍當以強制猥褻論罪。故新刑法第二百四十一條第二項云。對於未滿十六歲之男女爲猥褻之行爲者亦同。其構成之特別要件有二。(1)要係對於未滿十六歲之男女。(2)要爲猥褻之行爲。

(乙)乘機猥褻 乘機猥褻者。不用強暴脅迫等項強制手段。係乘人當無力抗拒之際而爲猥褻之行爲。其情形與乘機強姦相似。不過一爲姦淫行爲一爲猥褻行爲耳。故新刑法第二百四十二條第二項云。對於男女乘其心神喪失或其他相類似之情形不能抗拒而爲猥褻之行爲者。處三年以下有期徒刑。其構成之特別要件有三。(1)要乘人精神喪失或其他相類似之情形。(2)要被害者實無抗拒能力。(3)要以猥褻行爲爲目的。

### (四) 因犯強制猥褻罪而生之他罪

此卽因犯強制猥褻罪而致被害人生死傷之結果

是也。據暫行律之規定。亦係照強姦致被害人死傷之例另設加重之專條。而新刑法對強姦準強姦并準強制猥褻均有致被害人死傷加重其刑之規定。而於強制猥褻獨付缺如。除係由於起草時漏列外。諒無其他之理由。但起草時即屬漏列。而何以屢次審查亦未補正。此則不知其故矣。

(五) 囚犯準強制猥褻罪而生之他罪 此即新刑法第二百四十二條第三項之所規定者。該條第三項云。犯前二項之罪因而致被害人於死者處死刑無期徒刑或十年以上有期徒刑。因而致重傷者處無期徒刑或七年以上有期徒刑。其構成之特別要件有二。(1)要係由於犯乘機猥褻罪之結果。(2)要所生之結果在重傷以上。若僅生輕微傷。不能援用也。

### 第六節 妨害住居罪

妨害住居者。無故侵入私人之住所也。在歐西古代。本於宗教觀念。以無故入人家宅有瀆其家神。故以爲罪。而近代則以人各有居住之自由權能。爲憲法上賦予人民權利之一大原則。故對於此種自由權能加以妨害者。法律即爲之保護。亦即所以安全其生命財產。保障其家庭內之平穩也。即在舊律已有無故入人家宅准予格殺之條。此種法益本爲個人直接之法益。而暫行律以爲足以妨害公共安寧秩

序之法益。將本罪列於妨害秩序罪內。則認其受妨害者非個人矣。但社會不過爲間接受受害者耳。不如歸納於直接妨害個人法益之自由罪內爲當也。故新刑法改列於妨害自由罪內。其第三百二十條第一項云。無故侵入他人住宅建築物或附連圍牆之土地或船艦者。處一年以下有期徒刑拘役。或三百元以下罰金。第二項云。無故隱匿其內。或已受退去之要求而仍滯留者亦同。其構成之特別要件有三。(1)要有侵入之行爲。所謂侵入者。於未得他人之承諾或已無承諾而以其身體置於他人之住所也。於此情形應分爲積極的侵入及消極的侵入兩種。未得他人之承諾而擅自侵入者屬於積極的侵入。已無承諾而仍留滯不去者屬於消極的侵入。該兩種情形均爲本罪之所謂侵入。惟所應注意者。(A)關於積極的侵入。要反乎居住者或看守者之意思。而擅自入內。若居住或看守者雖無明示之承諾。而有默示的許可。則其入內行爲仍爲適法。不得謂之侵入。(B)關於消極的侵入。要反乎居住或看守者之意思而不即退出。若居住或看守者雖已有明示之要求。仍含有准許暫留之默示時。雖暫留而不退去。其罪尙難構成。前者例如路過他人之華麗私宅。因欲入內略一觀覽。其看守者雖未表示承諾。亦未阻止。是雖無明示之承諾。但既未阻止。不啻默示許可也。後者例如至他人私宅賣物。而居住或看

守者已有令其退出之明示。而賣物者因欲觀覽其所象之禽鳥。略留片刻。在此片刻中。雖在受要求退出之後。但駐足略觀。并未再受催促。是已有其默示許可矣。按本條第一項爲積極侵入之規定。固無疑義。第二項爲消極侵入之規定。而有無故隱匿其內一語。應可包含三種情形。一爲於侵入時未爲住居或看守者所見。故能達其隱匿之目的。二爲於准許入內以後。即隱匿不使人見而滯留於內。三爲於准許入內以後已有令其退出之要求。而隱匿不即退出。除二三兩種情形可認爲消極行爲外。其第一種情形則仍爲積極的行爲。不過於達到目的後仍欲繼續其狀態不欲被人發見耳。又本罪之所謂侵入。不問其目的如何。若因有一定之目的。而以侵入爲達他種目的之手段。則非單純的侵入罪。要視其目的與侵入行爲之聯絡關係如何而分別爲兩罪或竟包含於一罪之內。例如以竊盜爲目的而侵入他人之住所。則侵入行爲已包含於侵入竊盜一罪之內。若於侵入之後方起意竊物。則應構成侵入及竊盜兩罪矣。(2)要爲無故。所謂無故者。無入他人住所之正當原因也。其原因不外次列三種。一由於法令所規定。一由於契約所訂立。一由於人情所認許。例如檢察及巡警官吏於執行職務時入住宅而爲適法的搜查。由於法令之所規定者也。再如僱用之工人及臨時經住居或看守者之承諾。由於契約之

所訂立者也。(口頭承諾亦係契約中之一種口頭契約)又如親友之往還。若無明示之阻止。不能以無故論。由於人情之所認許也。然在外國有不能對於外人而然。即於家庭之中。每各有其室。若欲入內。亦必先事告知得其承諾而後入室。至若因有故而入。一經退出之要求。則變為無故矣。如不即時退出。即當以無故侵入論。但亦有例外。例如奉令前往搜查。未經事畢。其住居或看守者殊無令其退出之權。縱有令其退出之要求。而不退出。仍不能論以無故侵入。又如與人有長期容許之契約。在契約未屆滿以前。雖有令其退出之要求。亦不得謂無故侵入。此因受法令或契約之限制也。(3)要所侵入者為刑法上所列舉之場所。我國暫行律及新刑法所列舉者微有不同。暫行律為「現有人居住或看守之第一宅建築物船艦。」新刑法為「他人住宅建築物或附連圍繞之土地或船艦。」先就兩者之性質論之。其最要之區別為現在有無住居或看守之人在其場所之內。依暫行律以有人在內住居或看守者為限。新刑法則無此種限制也。欲於兩者之得失加以研究。應先知現有人居住或看守之意義。所有現有人居住或看守者。若從嚴格解釋。應以侵入之時有人在內為限。從廣義解釋。則祇要為有人居住或看守之場所足矣。不必定要無論何時有人在內。即偶然因事離開。亦不失為現有人居住或看守之場。

所。蓋衡以通常之情形。居住與看守之人不必時時留在該場所之內也。於應用上自以廣義之解釋爲當。依此解釋。則暫行律限於現有人居住或看守不爲過狹。且甚合通常之情形。而新刑法不限於現有居住或看守。或謂過於寬泛矣。試以新刑法之規定論之。於場所之上除冠有他人二字外。別無限制。則祇要爲他人之住宅建築物或船艦。不論其內有無居住或看守之人。一經侵入。卽構成本罪。余則謂過於寬泛尙非其缺點。其缺點在已變更其性質矣。夫妨害居住罪爲妨害自由之一。本書前已一再述及。而新刑法以之列入於妨害自由一章之內。其爲承認爲妨害自由。與本書之見解相同。然既以妨害自由爲主旨。則其保護之法益爲居住之自由無待論矣。既以妨害居住自由爲其法益。則注重在有人居住或看守亦無待論矣。而該法竟無有人居住或看守之限制。則對於無人居住或看守之場所加以侵入時。不知其被害法益爲居住之自由乎。抑爲財產權乎。若係對於財產之法益而予以保護。無論祇有侵入於財產并無侵害可言。且其目的既在保護財產法益。而列入妨害自由之內。豈非自相矛盾乎。故余謂對於無人居住之場所僅有侵入行爲時。應無犯罪之可言。竊以該條對於立法之本意已失之矣。何論乎寬嚴乎。更就所列舉之場所論之。新刑法爲住宅建築物并附連圍繞之土地或船艦四種。暫行

律所稱有人居住或看守之第宅與住宅同其意義。不過無附連圍繞土地之規定。僅爲第宅建築物船艦三種耳。所謂住宅者。指吾人所住居之房屋而言。所謂建築物者。指建造於土地上有圍牆覆蓋足蔽風雨供出入之工作物而言。所謂附連圍繞之土地者。指附屬或連接於住宅或建築物之有圍繞之地段而言。所謂船艦者。指一切大小船隻之施有圍障足以供人居住者而言。按新刑法於各種場所以上加有他人二字。自以屬諸私人者爲限。若爲公共場所或公共可以出入之茶樓酒館旅社等。雖其所有權屬於私人。而其居住權原以供公衆之利用爲目的。雖自由入內。不以侵入論罪。惟於公共場所所以內有時亦有關於特定人所佔用者。例如旅社內之客房。凡租用其客房以爲居住之用者。他人卽不得自由入內。若僅出入於公用之大廳。則仍不能論以侵入。故於竊盜罪中。如係在旅社大廳內竊取物件。仍以單純竊盜論而不以侵入竊盜論也。

## 第七節 妨害祕密罪

妨害祕密者。對於他人信函文書及其他一切祕密加以妨害之行爲也。蓋人各有其祕密之事件。一經公布。每致生不利益之結果。或足破壞其安全之狀態。故國家特許各個人有祕密自由之權能也。對於



此種權能而加以妨害者。刑法上即予制裁。茲就刑法上所認為應受保護之範圍論之。可分兩類。一為侵害他人信函及其他文書之祕密。二為洩漏他人之祕密。

### 第一 侵害他人信函及其他文書之祕密

侵害他人信函及其他文書之行爲又可分爲四項。一爲無故開拆他人之封緘信函。二爲無故隱匿他人之封緘信函。三爲無故開拆他人之其他封緘文書。四爲隱匿他人之其他封緘文書。

(一)無故開拆他人之封緘信函 信函者。用以傳達彼此意思之文字也。彼此之意思有可公開者。有不可爲第三人所知悉者。在當事人未許公開以前。第三人即不得無故開拆。致妨害當事人之利益。此本罪之所由設也。依新刑法第三百三十三條之規定。無故開拆他人之封緘信函者。處三百元以下罰金。其構成之特別要件有四。(1)要爲封緘之信函。所謂封緘之信函者。其信函非經開拆之手續不易得知其內容也。如爲明信片及露封之信函。不須開拆即能閱覽。即不能爲本罪之客體。又如已經他人自行開拆之信函。於開拆之後。并未復行封閉或收藏。是否爲本罪之客體。依本條之文義觀之。既有封緘字樣。則非經封緘之信函不能以本罪之客體論。或謂祇要受信人已閱過之信函。無論再

行封閉或收藏與否。便不能爲本罪之客體。實於本罪立法之本旨不符。至封緘之方法如何。在所不問。卽無論係用膠水或火漆所黏合。或爲繩綫所束縛。并不論封緘之是否堅固。祇要發信人有已施封緘之手續者。卽認爲封緘之信函。(2)要爲他人之信函。所謂他人者。係指特定之他人而言。且係兼指發信人與受信人而言。若團體發與團體或個人發與團體之信函。其在該團體內之人。本皆爲受信人之一分子。應與所稱他人有別。但於其團體內如已有應由何人代表開拆之規定。其團體內之一分子自應受其拘束。於無此規定時。則凡屬團體內之任一一人皆爲受信方面之所有人。卽人人得而開拆之也。至如父子夫婦之間。既各自有其人格。對於各人之信函。亦各自有其自由之權能。凡父對於子或婦對於夫之信函。亦當各以他人之信函論也。在中國家庭間往往有認爲與自己者同而任意開拆之者。故併此說明。(3)要有開拆之行爲。所謂開拆者。拆卸其封緘也。按法文上僅以開拆爲手段。無進一步之規定。卽於開拆後無閱覽與否之規定也。則本罪之成立在開拆之時。而不在閱覽之時。卽無論於開拆後閱覽與否。及閱覽後了解與否。皆所不問。或有謂於開拆後而未了解其內容者尙不能認爲本罪之成立。殊無理由也。(4)要係無故開拆。所謂無故者。無適法之正當原因也。倘有適法之正當原因。則不

爲罪。適法之正當原因維何。不外執行職權及得信函所有人之許可兩種。執行職權卽係受政府之命令或本於司法機關之職權爲檢察或搜查之行爲也。有檢查之職權者。得於受命範圍內檢查其所經過之郵信。大半於戒嚴區域內行之。本於司法機關之職權者。係對於特定之人認爲有犯罪嫌疑而始予以搜查也。至得信函所有人之許可時。則無論何時何地皆得爲之。於此有一問題。卽信函所有人究爲發信人或受信人。蓋信函爲發信及受信人雙方之物。如欲得其許可而開拆。是否須雙方許可始得爲之。或僅有一方許可卽得爲之乎。有謂必爲發信人始有許可之權者。視信函爲發信人之著作物也。有謂必爲受信人始有許可之權者。以信函既由發信給與受信人。不啻已變爲受信人之物矣。探折衷說者。則謂信函尙未發出之時。惟發信人有許可之權。已在中途或已由受信人收受之後。則惟受信人有許可之權。又有與此說相反者。謂信在中途時。祇發信人有許可之權。而受信人無之。余意信在中途時應認雙方均有許可之權爲當也。

此外尙有兩問題。卽信緘之毀棄及對於密電之性質是也。在暫行律原將毀棄信函之行爲包括於本罪之內。蓋以毀棄與隱匿同爲侵害之行爲。故以之並列於一條之中。而新刑法則謂毀棄損壞罪內有

毀損他人文書之規定。認爲此處無庸列入。余意毀棄較隱匿與開拆之行爲爲重。新刑法以之包括於毀損罪內未爲不當。故本節不將毀棄之行爲列入之也。至電報如加有封緘。自屬封緘信函之一種。本無疑義。惟密電非外人閱覽電碼所能知悉。必另從密電本翻譯始能得知。倘見有他人之密電。於其本人開拆後置之案頭。并未加以封緘。取視本不爲罪。但若更將密碼從其密電本譯出而閱覽之。究應構成本罪否。從文義解釋之。翻譯與開拆不同。而密本與封緘亦異。似不能與開拆封緘並論。若從論理解釋。則應解爲有罪。蓋本罪之立法本旨在罰無故發現他人祕密信函之行爲。在普通信函拆其封緘即可發現。故以開拆其封緘爲要件。在密電可視密碼爲封緘。則擅譯其密碼者。其情形與開拆封緘同。故應認爲有罪也。

(二)無故隱匿他人之封緘信函 隱匿者。匿而藏之之謂也。蓋信函爲傳達意思之具。於發信人與受信人間之關係非常重要。若無故予以隱匿。每足使他人受不利益之結果。其情形較僅開拆爲尤重。惟法文僅云隱匿。無時期之規定。祇要對於封緘之信函無故隱匿。不論在未發出時或在中途或在他人自行拆閱而復封緘之後。均足爲本罪之構成。本罪之其他構成要件與前述開拆之行爲相

同。茲不贅述。惟應注意者。隱匿行爲以未至毀棄之程度爲限。若於隱匿之後復加以毀棄。或即時予以毀棄。均當構成毀棄損壞文書之罪。因文書二字亦可包括信函在內也。

(二)無故開拆他人之其他封緘文書 文書者。定著文字於有體物上用以表明人之意思者也。而文字不限種類。不拘形體。祇要足以表明人之意思。卽屬符號之足以表明人之意思者皆可稱爲文字。例如電信之符號或號碼是也。故文書之意義較信函爲廣。其實信函亦可包括於文書之內。本條法文上所以將信函二字特別提出者。殆因本條之犯罪行爲。以對於文書中之信函爲多。故標舉之使人易於注意。并非將信函與文書認爲對稱之物也。凡無故開拆他人之其他封緘文書者。與開拆信函之構成要件大致相同。不過易信函爲其他文書耳。

(四)無故隱匿他人之其他封緘文書 本罪之構成要件及立法本旨與隱匿他人之封

緘信函大致相同。不過前述之客體爲信函。此則爲其他之一切文書耳。

暫行律上尙有無故公表他人祕密文書圖畫罪之規定。其處罰與本罪同。新刑法以次列二種理由而不採用。故不列入本罪之內。(1)謂無故公表他人之祕密文書圖畫。若其祕密因開拆而得者。自可適

用開拆之罪。無庸另設規定。(2)謂若其祕密係得之傳聞而非自行開拆者。則箝制言論未免過甚。故不採用之。余意則頗不謂然。亦分二點論之。(1)其祕密若係由於開拆他人之封緘所得。應加重處罰。蓋於開拆之時已構成開拆之罪。於開拆之後復予以公表。其情節實較開拆更進一步矣。故處罰應較僅有開拆之行爲祇圖自己得知者爲重。方足懲其惡性。(2)其祕密若係得之傳聞之詞。則是否實有其事。尙難認定。乃貿然予以宣傳。其所蓄侵害他人之惡意又豈可恕。跡其用心。較之祇圖個人得知而爲開拆之行爲者尤屬險惡。刑法應予以處罰爲當。

## 第二 洩漏他人之祕密

祕密者。個人或特定之少數人所特知之事實。不使以外之人得知者也。若其事實無祕密之必要或毫無損益關係可言。或已爲外人所知。均不得謂之祕密。至事實之是否爲個人或特定之少數人所特知。須從客觀方面觀察之。其有無嚴守祕之必要。則須從主觀方面加以觀察。不能純從片面以立論也。又其實質之內容不問適法與否。縱屬違法之事實。亦足爲本罪之客體。故又可稱爲洩漏陰私罪。其構成之特別要件有三。(1)犯罪之主體要爲有特定身分或地位之人。所謂特定身分或地位者。如職業

及官吏等是。蓋在普通人不易得知他人之秘密也。(2)要因特定身分或地位所得知之秘密爲限。其非由於身分或地位關係所得知之秘密。卽係由於普通關係而得知者。仍與普通人無異。縱舉以洩漏於人。不能構成犯罪。(3)要有無故洩漏之行爲。所謂洩漏者。以之轉告第三人也。不問所轉告之人數爲一人或二人以上。又不問受其轉告者是否再行轉告他人。均以洩漏論。所謂無故者。無適法之正當原因也。若有適法之正當原因時。雖有洩漏行爲仍不爲罪。適法之正當原因約分數種。(A)在法上有表示之義務者。雖據實直述。仍屬適法。例如於法庭爲證人是。(B)得有本人之承諾者。雖以轉告第三人。不能爲罪。但若出承諾之範圍外而以轉告於承諾以外之人。則又當以無故洩漏論矣。例如醫人受病人之囑託代爲延聘律師。則祇能對於律師得將其秘密告知。若更告知第四人。則非適法矣。(C)於緊急時爲防止重大犯罪之發生。或保全社會之公益者。以之報告官署。亦認爲正當。例如律師因職務關係得知當事人定欲將某謀殺。不聽勸阻。爲救護他人之生命起見。報告警署而防止之是。但以尙可防止其發生時爲限。若如前例事前已將其人殺死。事後始以其真象告知律師。律師卽不得以其所告知之真象報告警署。

本罪因犯罪主體之不同。依新刑法可分爲三類。茲分述之。

(一) 由於特定業務而得知祕密者

查新刑法第三百三十四條云。醫師藥師藥商產婆

宗教師律師辯護人公證人及其業務上佐理人或會居此等地位之人。無故洩漏因業務知悉或持有他人之祕密者。處一年以下有期徒刑拘役或五百元以下罰金。其構成之特別要件有三。(1) 犯罪主體要爲本條所列舉之人。凡不在列舉之內者。除會居此等地位之人外。雖有洩漏祕密之行爲。無論係出自何種關係所得。均不能構成本條之罪。而在暫行律尙無業務上佐理人一語。新刑法以業務上佐理人與營業務之本人有同等之關係。故增入之。(2) 要因執行業務時所得之祕密。若於執行業務以外所得知之事實。仍不足爲本罪之客體。(3) 要爲無故洩漏。所謂無故洩漏者。前已述之矣。

(二) 於在他人業務處所得知他人之工商祕密者

查新刑法第三百三十五條第一

項云。在他人業務處所於執行業務期內無故洩漏因業務知悉或持有之工商祕密者。處一年以下有期徒刑拘役。或一千元以下罰金。此與前條不同之點有三。(1) 前條之犯罪主體爲有特定業務之人或其佐理人或會居此等地位之人。本條則爲在他人業務處所執行業務之人。(2) 前條無期限之



規定。本條則以執行業務期內爲限。(3)前條限於因執行業務所得之他人祕密。本條則爲因在他人業務所得之工商祕密。所謂工商祕密者。關於工業或商業上之計畫或狀況。不可舉以告人者也。

(二)公務員因職務得有他人之工商祕密者 查新刑法第三百三十五條第二項云。

公務員或曾居此等地位之人。無故洩漏因職務知悉或持有他人之工商祕密者亦同。其構成之特別要件有三。(1)犯罪主體要爲公務員。或曾居此等地位之人。(2)要係因職務知悉之他人工商祕密。(3)要有無故洩漏之行爲。

本節之各項祕密罪均爲親告罪。非由被告人向法院告訴時。國家不予訴追。此爲新刑法第三百三十六條之所規定者也。

此外在暫行律尚有無故公表他人祕密之規定。其刑較洩漏爲重。蓋洩漏僅係對個人或少數人爲之。而公表則爲洩漏於公衆之行爲。故不能不加重處罰。而新刑法無此種規定者。仍係本於前項不規定公表他人祕密文書之理由。茲不贅述。

## 節八節 妨害安全罪

妨害安全者。妨害人之居常行動之安全也。蓋人民居於國家法律保護之下。對於所得享有之權利。人人有可以平穩享受之機會。不容他人之無端加以壓迫也。故凡對於國家之安全予以影響者。即構成對於國家安全之犯罪。對於社會公衆之安全予以影響者。即構成對於社會安全之犯罪。對於個人之安全予以影響者。即構成對於個人安全之犯罪。本節所述即對於個人之安全予以影響者也。從廣義言之。即妨害住居罪與妨害秘密罪亦屬妨害安全罪之一種。本書因該兩種犯罪另有可以獨立之性質。故不闖入。本節僅以次列三種爲限。(1)強制罪。(2)單純恐嚇罪。(3)私擅搜索罪。茲分述之。

## 第一 強制罪

強制罪者。以強暴脅迫之方法使人爲一定之行爲或妨害人爲一定之行爲也。蓋人之行爲或不行爲。各有自由之權能。除依法律得命令或禁止外。無論何人皆無指揮之權。所謂強制他人行爲者。即使人爲無義務之行爲也。所謂強制他人不行爲者。即妨害人行使權利也。依新刑法第三百十八條第一項云。以強暴脅迫使人行無義務之事。或妨害人行使權利者。處三年以下有期徒刑拘役。或三百元以下罰金。其構成之特別要件有二。(1)要係使人行無義務之事或妨害人行使權利。所謂使人行無義務

之事者。其被使者無爲其事之義務也。就被使者無其義務一點論之。可以推定使之者無其權利。但若使之者雖無其權利。而被使者確有其義務。究應構成本罪否。依法文之字面解釋之。既不問使之者有無權利。則祇要被使者有其義務。若以強暴脅迫之手段使爲義務所當爲之行爲。當不能爲本罪之構成。例如某甲見他人之僱工不爲其主人服役。以強暴脅迫之手段強令工作。在僱工雖有工作之義務。但祇對其主人有之。而甲對之并無權利可言。就法文之字面論之。既以使人行無義務之事爲條件。則對於使人行有義務之事者。固不問其義務之屬於本人否也。然就論理及立法之本旨解釋之。應以本人對被使者有權利爲限。其對之無權利者。仍以無義務論。蓋被使者若僅對於他人有義務。必他人方能行使權利。非事外之人所得干涉也。又所謂義務者。有道德上義務及法律上義務之分。法文雖泛言義務。於解釋上當以法律上之義務爲限。蓋道德上之義務無確定之標準。且非法律所能指揮也。余意則對於本罪不應以有義務爲標準。卽其人有作爲之義務。而其享受權利人應以適法之正當手續督促之。卽不受其督促。亦當依法爲賠償損失之請求。或訴由法院判決而強制執行之。豈容享受權利者以強暴脅迫之手段而直接強制之乎。所謂妨害人行使權利者。於他人行使正當之權利加以妨害也。

其權利亦以屬於法律上者爲限。屬於道德上者不與焉。(2)要以強暴脅迫爲手段。其非施用強暴脅迫之手段時。如以和平方法商請他人行無義務之事。或以積極或消極行爲妨害他人行使權利。除依法能構成某種妨害罪外。不能以本罪論也。

## 第二 單純恐嚇罪

單純恐嚇罪或謂之脅迫罪。以使人生恐懼之念爲目的。而以加害其生命身體自由名譽財產之旨相告也。依新刑法第三百十九條云。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。其構成之特別要件有四。(1)要以加害之旨通知於被恐嚇者。所謂加害之旨。卽加害其生命身體自由名譽財產之意也。其所通知之加害行爲不論直接或間接。皆與本罪之成立無關。故以直接加害本人之旨相告。或以間接加害其親屬相告。抑或以使生聯帶影響之行爲相告。均足爲本罪之構成。在暫行律第三百五十七條第二項之規定。原有以加害其親屬相脅迫者亦同之語。新刑法以其僅指親屬爲過於狹隘。惟既指爲過於狹隘。似應易以較爲寬泛之語。而該法於本條之規定。僅將以加害其親屬相脅迫亦同之語刪除。并未易以較爲寬泛之語。似尙

未當也。(2)恐嚇者所表示之旨要表明係以自己爲主動者。若以他人將加害之旨相告。則與警告無異。不能謂之恐嚇。但若謂將主使他人爲加害行爲。本人仍係立於主動地位。則與告以本人加害相同也。(3)恐嚇者所表示加害之方法要爲不法行爲。所謂不法行爲者。以非法之手段爲生命身體自由名譽財產之侵害也。若以適法之手段相告。雖與被恐嚇者之生命身體自由名譽財產有受損害之影響。不能構成犯罪。例如醫生對於病人以不願爲之醫治之旨相恐嚇。若無醫治之義務。不過生道德上之問題耳。再如素以仰賴其人爲生活者。而其人以將與絕交之旨相恐嚇。非不法之行爲也。又如對人以將向法院起訴相恐嚇。仍係適法之行爲。皆不能爲本罪之構成。(4)恐嚇之程度要足使被恐嚇者生恐懼之念。所謂恐懼之念者。恐因此而生不利益之結果也。例如對強壯男子以將使其數歲之子與之鬥毆之旨相恐嚇。則被恐嚇者明知數歲小兒不足爲敵。必不生恐懼之念。卽不能爲本罪之構成也。此外是否以致被恐嚇者生危害於安全爲要件。學者間雖不一其說。然本罪之行爲僅係以使被恐嚇者生恐懼之念爲目的。不以發生結果爲必要。卽被恐嚇者雖毫不畏懼。祇要所通知之旨通常狀態視之已足發生恐怖。便得認爲成立。而被恐嚇者真受恐懼與否與本罪之成立無關。故暫行律於法文

內無致生如何結果之規定。而新刑法第三百十九條加入「致生危害於安全者」一語。從論理解釋之。仍非認本罪爲結果犯。所謂致生危害於安全者。係指其恐嚇之程度致影響於安全。并非以生危害於安全之結果爲必要也。至用作恐嚇之手段。不問爲文字爲語言或爲舉動。祇以能表示恐嚇之意爲已足。又本罪在暫行律認爲親告罪之一種。非待告訴不論。而新刑法則無親告之規定。亦應注意者也。此外尙有足資研究者。或謂本罪以妨害安全爲主旨。其恐嚇行爲縱係出於遊戲之舉。祇要被恐嚇者信以爲真。亦足爲本罪之構成。此說余亦贊同之。蓋本罪既不以有結果之發生爲要件。則凡有恐嚇之故意。足使被恐嚇者信以爲真之時。則已足生安全之危害。自不能以主觀之無真意而阻却其犯罪之成立也。

### 第三 私擅搜索罪

私擅搜索罪者。私擅搜索他人之身體也。在暫行律雖有私擅逮捕監禁之條。而無私擅搜索之規定。關於此種情形。祇能依其搜索之目的所在。以爲罪質之區別。例如以搜取財物爲目的。則論以強盜罪。無特別目的者。如有逮捕情形。則論以私擅逮捕罪。而新刑法於第三百二十一條已有規定之明文。該條

謂不依法令之規定而搜索他人身體者處一年以下有期徒刑或三百元以下罰金。其構成之特別要件有四。(1)要有搜索之行爲。所謂搜索者。搜查及索取也。卽以索取之意思而爲搜查也。如無索取之意思。祇能謂之搜查。不得謂之搜索。(2)要以財物以外爲其搜索之目的。若以搜索財物爲目的。則又構其強盜罪矣。(3)要以身體爲搜索之客體。所謂身體者。著有衣服之身體也。若爲裸體則無搜索可言。如於身體以外而搜索其家宅或搜索其所攜之行篋。則又非本罪之客體矣。(4)要非依法令之規定。若爲法令所規定而行使其職權之行爲。例如司法警察對於犯人而加以搜索。則無犯罪可言也。

## 第九節 本章各罪之未遂及既遂

### 第一 本章各罪之兼罰未遂者

本章各罪之兼罰未遂者計有次列各種。

(一)剝奪行動自由罪 依新刑法第三百十六條第三項之規定。本條之未遂罪罰之。其區別之標準可分二類。(1)以私禁爲目的者。已著手而被害人未達到被禁阻之範圍內時爲未遂。將被害人已置於其禁阻之範圍內時爲既遂。(2)以剝奪暫時之行動自由爲目的者。祇要被害人受其停止

行動之指揮時即爲既遂。例如見其人自他處前來。擬之以鎗。其人因而停步。是若已擬之以鎗。而其人尙未停止。卽未遂也。

(二)使人爲奴隸罪 依新刑法第三百十三條第二項之規定云。本條之未遂罪罰之。其區別之標準。以被害人已受其支配時爲既遂。其已著手爲支配之行爲。而被害人未實行入其支配之範圍者爲未遂。例如買人之女爲婢。自開始協商價目以至付款時爲未遂。將被害人收受時卽爲既遂。

(三)略誘罪 依新刑法第三百五十七條第四項及第三百十五條第四項均有處罰未遂之規定。其區別標準。以著手誘取被害人時爲未遂。及被害人已出其享有親權人或監護人或保佐人之監督範圍外或已脫離原來之狀態時爲既遂。

(四)強姦罪及準強姦罪 依新刑法第二百四十條第七項及第二百四十二條第五項均有罰未遂之規定。其區別之標準不一其說。有謂以遂其性慾爲既遂者。有謂以肉體相接觸時爲既遂者。有謂以陰陽接合後爲既遂者。余意強姦在主觀方面雖以遂其性慾爲目的。然在客觀方面。則祇要陰陽接合後便已受完全之侵害。應以第三說爲當。且以贊同此說者爲多。依此標準。則凡著手爲強姦之



直接實施行爲後。於未達陰陽接合之程度以前。皆可謂之未遂。至陰陽接合以後。卽爲既遂。其遂其性。慾與否不問也。

### (五) 強制罪

依新刑法第三百十六條第二項之規定。本條之未遂罪罰之。其區別之標準可分

二類。(1) 以使人行無義之事爲目的者。自施用強暴脅迫之時起至被害人因而動作之前止爲未遂。及被害人實行其動作時卽爲既遂矣。(2) 以妨害人行使權利爲目的者。自施用強暴脅迫之時起至被害人因而不行使權利或因而無從行使其權利前止爲未遂。至被害人因而不行使權利或無從行使其權利時。卽爲既遂矣。

## 第二章 本章各罪之祇罰既遂者

本章各罪之祇罰既遂者有次列各種。

(一) 強制猥褻罪及準強制猥褻罪 本罪依暫行律之規定。其未遂者亦應處罰。但新刑法則無罰未遂之規定。似屬欠當。蓋本罪與強姦罪之情形相同。在強姦罪既有罰未遂之規定。獨對於本罪不罰未遂。殊無正當之理由也。至關於本罪未遂既遂之標準。以著手爲強制行爲或乘機爲之之時

起至實行爲猥褻之前止爲未遂。一經開始實行爲猥褻之行爲。卽爲既遂。蓋猥褻行爲有時無一定之結果可言也。

(二) 侵入住居罪 本罪依暫行律有罰未遂之規定。而新刑法不罰。其區別之標準。在積極的侵入行爲。自以身體塞入與否爲斷。惟消極行之未遂情形頗難想像。蓋遵而退出當無犯罪可言。不退出則已構成既遂矣。故學者多謂消極之侵入住居罪無未遂也。

(三) 開拆信函或其他文書罪 本罪依暫行律及新刑法均不罰未遂。其區別標準。以著手爲開拆行爲起至完全拆開前止爲未遂。一經拆開。則爲既遂。已取閱與否及了解其內容與否均所不問也。

(四) 隱匿信函或其他文書罪 本罪依暫行律及新刑法均不罰未遂。其區別之標準。以著手隱匿時起至實行隱匿前止爲未遂。一經實行卽爲既遂。因既經實行隱匿。無結果之發生可言。而法文不以被害人發生何種實害爲要件也。

(五) 洩漏祕密罪 本罪依暫行律及新刑法均無罰未遂之規定。其區別標準。用文字洩漏者以

著乎爲洩漏之行爲時起至他人收受前止爲未遂。至他人收受時爲既遂。用言語洩漏者則無未遂可言。言出諸口。卽爲既遂矣。

## 第四章 對於名譽之罪

### 第一節 總論

(一) 本罪之客體 本罪之客體爲名譽。所謂名譽者。人於社會上之人格及取得相當地位之價值也。蓋人在社會上各有其相當之地位。以政治地位論。上自國家之元首下至司書吏役。以經濟地位論。上自豪富巨商下至乞丐游民。以智識地位論。上自名儒博學下至傭役苦工。莫不各有其人格及相當之地位。卽莫不欲保持其名譽。或謂名譽限於居社會上之高等地位者始有之。實誤矣。蓋卽賤至乞丐。驟視之似無名譽可言。然亦必保持其名譽。方能維持其地位。設有謾指其有常爲竊盜之行爲時。必致受施主之防拒。因而難於得食。其乞食之地位亦必因而不能維持矣。此本罪之所由設也。又名譽有廣狹二義。狹義之名譽爲人格。人格墮落。則必遭世人之輕侮。廣義之名譽則兼指人格及在社會上之實際地位而言。維繫實際上之地位全賴信用。故信用亦名譽中之一種也。本章之所謂名譽。係包含人

格及信用兩種在內。故人格與信用皆足爲本罪之客體也。惟對於法人及小兒與精神病人之名譽。尙有謂不足爲本罪之客體者。茲分論之。(1)主張小兒不足爲本罪之客體者其理由有二。一謂小兒未達到負義務之程度且不能有義務之認識。二謂小兒於社會上之地位無獨立性質可言。卽與名譽無關。其反對此說者。謂名譽爲世人判斷之材料。凡可爲世人判斷之材料者不限於行爲。卽人之系統身分家業以及一切生活關係。均與行爲有同一之價值。在小兒雖無行爲能力。而對上列各種狀態莫不有之。凡對於上列各種狀態加以毀損者卽當構成本罪。余於此說亦頗贊同之。(2)主張法人不足爲本罪之客體者。謂法人除法律上定有特例外不得爲本罪之客體。殊不知法人既有入格。則在社會上之地位在法定範圍內應與自然人無異。謂爲不足爲本罪之客體者實無理由也。(3)主張精神病人不足爲本罪之客體者。謂精神病人既無識別力卽無名譽可言。又有謂精神病人不能感覺損害名譽之痛苦故不足爲本罪之客體者。其實精神病人於社會上之仍應保持其地位與常人同。不過因有精神故障而無行爲能力耳。謂爲不足爲本罪之客體者亦誤也。又有謂法律上所保護之名譽以社會上之名譽爲限。卽要在社會上有何等地位者也。其於社會上無地位者。不能爲本罪之客體。亦非也。

(二)本罪之所爲 本罪之所爲係以妨害名譽爲目的而爲妨害之行爲。除損害信用罪外是否達其目的在所不問。故目的之得達到與否不必爲本罪之要件。而施用之手段或以言語。或以文字。亦與本罪之成立無關也。

(三)本罪之分類 本罪以其性質之不同。可大別爲侮辱罪誹謗罪及損害信用罪三種。前二者爲關於人格之罪。後一種爲關於信用之罪。茲分節論述之。

## 第二節 侮辱罪

侮辱者。以使人難堪爲目的而以言語或舉動相侵慢之謂也。亦卽對於其人格加以概括的侵害也。凡以言語舉動使人生難堪之狀態者卽爲侮辱。在暫行律無侮辱罪之規定。以侮辱行爲讓之違警罪內。其第三百六十條雖有指摘事實公然侮辱人之規定。其實質乃係誹謗罪而非侮辱罪。蓋侮辱不在指摘事實也。新刑法仿多數國立法之例。特設侮辱罪之罰則。依該法第三百二十四條云。公然侮辱人者。處拘役或三百元以下罰金。其構成之特別要件有三。(1)要出於公然之行爲。所謂公然者。對於祕密而言也。卽以達於第三者之耳目爲要件。故除行爲者與被害者外。若無第三人在場時。雖行爲者對

被害者與以詈罵嘲笑。不能爲本罪之構成。又若行爲者不知有公然之事實時。雖於行爲中偶然爲第三人所知。亦不能以公然論。例如以信函述其侮辱之言語而意圖予受信人以難堪之感覺時。本不能謂之公然。若其信函爲他人所見。雖已達於第三人之耳目。仍不能論以公然也。(2)要以侮辱爲目的。所謂以侮辱爲目的者。卽係以使人難堪爲目的對人所加之言語文字或舉動也。若係以本於其身分地位或職務之行爲。卽係非以侮辱爲目的。不能爲本罪之成立。例如父兄師長訓誡其子弟或學徒。以及長官訓誡其僚屬。卽爲本於身分地位或職務之行爲。自不爲罪。(3)要無事實之指摘。本罪以侮辱爲主旨。祇要予以難堪之狀態足矣。若更指摘事實以爲侮辱之資料。則另構成誹謗罪。亦不以本罪論。他如得被害人之承諾時亦不爲罪。例如演奏藝術之類是也。

上之所述既稱侮辱人者應處如何之刑罰。則被害者自以生人爲限。固無待論。若對於已死之人有侮辱之行爲時。是否構成犯罪。在學者間之意見本不一致。有謂侮辱死者不啻侮辱其遺族。有謂侮辱死者生前之名譽與侮辱精神病人無異。均當認爲犯罪。有謂死者已無人格之存在。無犯罪可言。惟以上之所謂侮辱實際係指誹謗而言。非所謂單純之侮辱也。若就單純之侮辱論。對於已死之人其事甚少。

當以誹謗之行爲爲多。而新刑法對於侮辱罪。係第三百二十九條之規定。處拘役或三百元以下罰金。與處罰侮辱生人之刑罰無輕重之分。其理由以外國立法例多有類似之規定。所以保護死者後人之孝思也。我國風俗對於死者其尊重心過乎他國。故不可不立此條以勵薄俗而便援用。在前清法律館草案第三百四十條第二項本有類此之規定。後經刪去。至暫行律頒布時。亦未增入。余對新刑法之增入此條。頗爲贊同。蓋名譽與生命身體自由之法益不同。在該項法益。一經死亡。即時消滅。而名譽可爲身後之物。不能隨肉體以俱去也。若對於死者無保護之法律。則人將各自對於身後之評論不加注意。祇求免生前之犯罪。必常存輕視名譽之觀念。殊非社會之福。且侮辱死者實係間接侮辱死者之後人。爲保護後人之名譽法益起見。法律上尤不可不加以制裁。至云死者已無人格。不能作爲犯罪之客體。而毀壞屍體罪。仍不無保護死者之法益觀念。是又未可持人格說以爲理由也。

### 第二節 誹謗罪

誹謗者。以使他人之名譽受損害爲目的而指摘或傳述其醜行以達於公衆也。亦即對於人格加以列舉事實的侵害也。蓋人之名譽有維持其人格之價值。一經受人誹謗。卽有墮落其人格上地位之虞。故

刑法上特設處罰之專條。依新刑法之規定。分爲單純誹謗罪及加重誹謗罪兩種。茲分述之。

(一) 單純誹謗罪 單純誹謗罪者。犯誹謗罪而無加重之情形者也。依新刑法第三百二十五條

第一項云。意圖散布於衆而指摘或傳述足以毀損他人名譽之事者爲誹謗罪。處六月以下有期徒刑。或五百元以下罰金。其構成之特別要件有五。(1)要以意圖散布於衆爲目的。所謂意圖散布於衆者。欲使公衆得知其事爲惟一之目的也。本罪既以意圖使公衆得知其事爲惟一目的。而始構成。則凡不以使公衆得知其事爲惟一目的者。雖有指摘或傳述之行爲。仍不足爲本罪之成立。例如因求公斷人之公斷或求法院之判決而指摘其事實時。其目的在使公斷人及法庭得知其事實。不能以本罪論。(2)要有足毀損他人名譽之可能。所謂足以毀損他人名譽之可能者。使社會上因而認其被害人之名譽低落之謂也。此種判斷應兼從客觀方面觀察之。例如謂某婦人與其男友時常攜手同行。或二人時常幽會。固足損害其名譽。若祇稱常與其女友聚會。或攜手同行。與其名譽尙不得謂爲有何種損害。卽不能以本罪論。此關於所舉事實可能與否之問題。尙有關於程度可能與否之問題。在暫行律以公然爲要件。則關於可能之程度應以達到公然時爲標準。其僅屬私相傳述者。尙不能謂之公然。卽



尙不能謂爲有損害之可能。惟新刑法之規定無公然二字之限制。則雖屬私相傳述。祇要以散布於衆爲目的。則認爲有損害之可能矣。(3)要以言語指摘或傳述爲手段。所謂指摘者。謂提供或揭出也。所謂傳述者。轉述於他人也。兩者之區別。就其狀態而言。指摘係當面指而出之。傳述係未當面傳而述之。就其發生而言。指摘係事實之首先指出者。傳述是將他人所指摘者述出之。凡爲指摘或傳述之行爲。皆足爲犯本罪之手段。其實無分別之必要。但若以文字圖畫爲散布之手段者。則另構成加重之罪矣。若既非指摘又不傳述。僅就他人所指摘或傳述者記而藏之。以備將來對待其人之用時。在此時尙未能論以本罪而處罰之。(4)要對於所指摘或傳述之事自信爲真實者。卽於其事雖不能有確實之憑證。而自己信爲不虛也。若明明知其爲虛僞之事實。而故意指摘或傳述之。則其毀損他人名譽之惡性較重。當適用加重之條。不以本罪論。(5)要其事涉於私德及非私德而不能證明爲真實者。若其事實確非虛僞。且爲公共利益起見而指摘或傳述之。仍不爲罪。所謂涉於私德者。其指摘或傳述之意思。純以毀損其私人之名譽爲目的。於公衆利益無關。例如將其人所爲不道德之行爲宣布於衆。於公衆并無利益可言。若舉其人之賣國行爲或將危害於社會之行爲指出。且能對於其行爲爲確實之證明。法

律上以其用意尙係爲公衆利益而發。故不以爲罪也。

以上各項要件如有欠缺。固不能爲本罪之成立。然有次列各種情形之一。而以善意發表言論者。依新刑法第三百二十七條之規定亦不處罰。(1)因自衛自辯或保護合法之利益者。所謂自衛者。非揭出他人之事實則有妨害自己之利益也。例如自己恐受某項事件之嫌疑。對人陳述。或於報紙登載廣告發表其真象。以免日後之紛爭。因而有損於他人之名譽。此卽係以保護自己之利益爲目的者也。所謂自辯者。因受他人之陷害或牽涉。自己出而辯明其原委也。例如自己受他人之牽涉而致受名譽之損害時。特將他人所經過之事實與自己之事實對人陳述或一併公布於報章。因而有損害他人之名譽。又如法在法庭爲辯駁等皆係以自辯爲目的者也。所謂保護合法之利益者。非揭出他人之事實其合法之利益將受損失也。其利益屬於公衆或屬於個人者均所不問。例如自己之產業被他人盜賣。爲保護自己之權利起見。將其事由對人陳述或公布於社會。雖有損害他人名譽之處可不顧也。但應注意者。因自衛自辯或因保護合法之利益。雖得直陳其有損於他人名譽之事實。然不能故意溢出其聲述之必要範圍。若於必要之聲述外。涉及他人之私德。仍當論罪。例如因財產之關係而涉及與本案無關之

他人家庭間醜德穢聞。則仍足構成誹謗罪也。(2)公務員因職務而報告者。即爲公務員者於職務範圍以職權而爲報告之事項。或因奉有上級公務員之命令而爲調查。根據其調查所得知之事項。其報告中雖直述他人之醜行。應不爲罪。例如各種調查報告書是。(3)對於可受公評之事而爲適當之評論者。所謂可受公評之事。謂其事與國家社會有直接之關係也。其關乎個人之私德者。在普通情形。與國家社會無直接之關係。不能認爲可受公評之事。然若出乎尋常情理之外。而爲極端者破壞社會風俗之行爲。或在社會上已成普遍之傳述。入於不過掩飾之狀態。則亦可謂爲可受公評之事實也。所謂適當之評論者。對於其事實爲有利於國家社會之評論也。但若故作驚世駭俗之論述。或爲近於猥褻之批評。即非適當之評論。其以正當之理由爲莊嚴或公正之論斷。并不問其理由之是否充足。皆以適當論也。所應注意者。本項所謂可受公評之事及適當之評論係具備之條件。必兩者俱備。方能認爲善意之言論。若對於可受公評之事而爲不適當之評論。或雖爲適當之評論而非可受公評之事。均不可也。(4)對於中央及地方之議會或法院或公衆集會之記事而爲適當之載述者。此因對於公開之事實而僅爲載述之行爲。故不能由載述者負其責任。但仍有載述適當之限制。所謂適當之載述者。於其

載述全憑當時之情形。毫無錯誤。并於其言詞之本意全無增損及誤會之謂也。

(二)加重誹謗罪 加重誹謗罪者。因其所施用手段及犯意不同而加重其刑罰也。可分兩項論述之。

(甲)以文字圖畫爲誹謗之手段者 依新刑法第三百二十五條第二項云。散布文字圖畫犯前項之罪者。處一年以下有期徒刑拘役。或一千元以下罰金。此因以文字圖畫爲手段。較以言語爲手段者易於傳播且其時間亦較爲久遠。不能不加重其刑。其構成之特別要件與單純誹謗罪相同。惟其手段易言語爲文字圖畫耳。至文字之意義。不以中國文字爲限。凡足以表示其所述之事者皆屬之。圖畫亦足以表示其意義者爲限。其雖足影射而非確指某人某事者不能認爲犯本罪也。

(乙)以明知爲虛僞之事誹謗人者 依新刑法第三百二十八條云。明知爲虛僞之事而指摘或傳述犯誹謗罪者。加重本刑三分之一。按指摘或陳述他人不名譽之事實以散布於衆。其散布行爲雖不無惡性之存在。但其心術尙非絕無可恕之處。蓋被害人既有不名譽之事實。雖受有不名譽之損失。似不能全責散布者一方面也。若被害人并無不名譽之事實。而散布者且明知無其事實。而故意以不名譽

之名。加諸其人之身。則不徒散布者之心術毫無可恕。且人人有被害之危險。與必實有其事而始有被害之危險者不可同日語矣。此新刑法所以有加重之特別規定也。其構成之特別要件。除須具備單純誹謗罪之要件外。并須添一要件。即明知爲虛僞之事實是已。所謂明知者。要對於其指摘或陳述之事實確已知其爲虛僞。若尙在懷疑之間。不能以明知論也。

(丙)以明知爲虛僞之事誹謗已死之人者。依新刑法第三百二十九條第二項云。對於已死之人明知爲虛僞之事而指摘或傳述犯誹謗罪者。處一年以下有期徒刑。或一千元以下罰金。本罪較前項之罪尤重者。蓋對於已死之人。蓋棺論定。已成過去。在社會上應存一種真實之評論。不容故意捏造事實。以致淆亂聽聞。且已死之人無從自辯。爲日愈久。愈無明白之機會。是不徒妨害本人之法益。亦足妨害歷史上之紀錄。故不能不從重處罰。但若其事實非僞。確能證明爲真實時。則不處罰。亦所以存事實之真象也。本罪之構成特別要件。除須具備前項加重誹謗罪之要件外。更須添加一要件。即要被害者爲已死之人是已。

#### 第四節 損害信用罪

信用有廣狹二義。狹義所謂信用。指取得經濟上地位之價值而言。廣義所謂信用。兼指取得經濟上地位之價值及非經濟上地位之價值而言。暫行律第三百五十九條之損害信用罪。規定爲損害他人或其業務上之信用。似係採廣義說者。故前大理院第五百號解釋謂以詐術毀壞婦女名譽致被其夫與之離婚。以損害信用罪論。亦係認該條所規定者爲廣義之信用也。或謂對於信用之解釋以從狹義爲當者。蓋謂非關於經濟方面者之名譽。已於誹謗罪內規定之。則信用當係專指關於經濟方面之名譽。若如廣義所云。將非關於經濟方面之名譽亦包括於信用之內。則信用與名譽之區別將難得正確之標準。故不如以信用專指關於經濟方面之名譽。而非關於經濟方面之名譽包括於誹謗罪之中。且謂損害信用罪以實有損害時方能處罰。若範圍過廣。則僅有損害之行爲而未實有損害時將無從處罰矣。殊不知名譽原有廣義名譽及狹義名譽之分。在狹義名譽爲人格。廣義名譽包括人格及信用在內。則名譽中除人格一部分外。卽爲信用。故信用與狹義名譽之分。並非以屬於經濟方面與否爲標準也。况依大理院第五百號之解釋例論之。若以信用專指經濟方面之名譽而言。則該項之例將不能認爲犯罪矣。豈爲法律所許乎。故余主張信用與狹義名譽之分。不以屬於經濟方面與否爲標準。應以其

行爲之結果若何爲標準。僅發生人格上之影響者爲關於狹義名譽（即誹謗）之罪。發生地位上之影響者爲關於信用之罪。依新刑法第三百三十條之規定云。散布流言或以詐術損害他人之信用者。處二年以下有期徒刑。得併科或易科一千元以下罰金。該條之所謂信用。亦當以廣義之信用論也。其構成本罪之特別要件有三。（1）要以損害他人之信用爲目的。所謂損害他人之信用者。令他人喪失或不能取得社會上之相當地位也。其位置是否屬於經濟方面者在所不問。（2）要以散布流言或詐術爲手段。所謂流言者。無稽之言也。無稽即無根據之謂也。詐術者。以虛僞之事實欺罔人也。散布者。故意使公衆得知也。若所散布者而非流言。或所施用者非詐術。不能認爲犯本罪之手段。縱有毀損他人名譽之行爲。亦不過構成誹謗罪耳。蓋本罪既以散布流言爲要件。凡以真實之事流布於公衆者。例如指摘某商店有以僞貨騙人之事實。祇要能證明其事爲非虛僞。便不能爲本罪之構成。惟對於流言要有散布之行爲。若係祕密評議。又未含有詐術之作用。則亦不能以本罪論。但如以虛僞之事祕密使其信賴之人得知。因而其人受不信賴之影響致失其信用之地位。即當以施用詐術論。足爲本罪之構成也。（3）要被害人之信用已受損害。此即與誹謗罪特異之一點也。在誹謗罪。祇要其行爲足以毀損

他人之名譽便即論罪。本罪須達信用上受有實際影響時方能成立。例如某甲之妻實有與人姦通之行爲。因即舉以密告某甲。無犯罪可言。若竟指其事實而公布於其戚友。祇能構成誹謗罪。不能謂爲損害信用罪。某甲之妻若無與人姦通之事實。則其公布戚友之行爲。仍係成立誹謗罪。至某甲因而不信用其妻。致其妻受離婚或失其信用之影響時。方以損害信用罪論。

### 第五節 本章各罪之未遂及既遂

本章各罪無兼罰未遂者。非達既遂之程度時。厥不論罪。

(一) 侮辱罪之既遂 本罪以著手爲侮辱行爲達於公然時爲既遂。不問對於被害人有無實害之發生也。其未達於公然時。雖已著手爲侮辱行爲。仍以未遂論。

(二) 誹謗罪之既遂 本罪以指摘或傳述足以損害他人名譽之事使公衆得知時爲既遂。不問對於被害人有無實害之發生也。在衆人尙未得知時爲未遂。

(三) 損害信用罪之既遂 本罪以信用上實際受有損害爲既遂。其被害人未及有實害時爲未遂。



## 第六節 本章各罪之告訴及名譽之回復

本章各罪之被害法益爲名譽。故依第三百三十一條之規定。須待被害人告訴乃論。若無被害人之告訴。則法院不予訴追也。又依第三百三十二條之規定。犯本章之罪者。除宣告本刑外。因告訴人之聲請。得令將判詞全部或一部登報。其費用由犯人擔負。此種規定爲暫行律之所無。然爲被害人回復名譽計。實爲不可少之規定也。

## 第五章 對於財產之罪

### 第一節 總論

(一) 本罪之客體 個人之法益爲生命身體自由名譽財產。前已述之。惟生命身體自由名譽之被害者直接爲人。除法人得爲信用之客體外。餘均以人爲限。始能爲其客體。對於財產之罪。則直接之客體爲財產。而間接之客體爲人或法人。故本罪之被害法益爲財產。被害者爲人或法人。合被害法益及被害者始爲本罪之客體。在對於生命身體自由各罪。雖亦係以生命身體自由爲被害法益。以人爲被害者。但該項被害法益與被害者不能分離。而此則可以分離也。不過分離之後。則不能爲犯本罪

之客體耳。例如對於可爲財產之物加以侵害。若其物與人無關。卽爲無主物。雖加以侵害。自無犯罪可言。又或僅對於某人加以侵害。與其財產無關。亦不能爲本罪之構成。故謂本罪之客體爲人與財產。且不可分離也。本罪之客體既爲人與財產。則對於財產二字之意義若何。不可不加以注意。刑法上之得稱爲財產者。爲法律上所保護之財產上利益之總稱也。所謂財產上之利益者。可由法律及經濟兩方面觀察之。卽爲法律所保護之財產上權利及爲經濟上有價值之物是已。此項財產卽爲本罪客體上之所謂財產。至就民法上言之。則凡物權債權以及著作權商標權專利權等皆屬之。不過各罪因性質之不同。其客體微有差異耳。

(一) 本罪之所爲 本罪之所爲對於被害法益之侵害。及對於管有法益之人予以影響因而管有其法益。就物權言之。如竊取強取侵占毀損之所爲。就債權言之。如背信圖利之所爲。或以欺騙恐嚇等爲取財之手段。皆本罪之所爲也。

(二) 本罪之分類 本罪之分類有就其所爲而分別之者。有就其所侵害法益之種類而分別之者。有依刑法上之分類而分別之者。本書則以其罪質之不同而分別之。列表如次。

對於財產之罪

- (一) 竊盜罪
- (二) 強盜罪
- (三) 搶奪罪
- (四) 恐嚇取財罪
- (五) 詐欺取財罪
- (六) 乘機取財罪
- (七) 背信圖利罪
- (八) 侵佔罪
- (九) 毀棄損壞罪
- (十) 贓物罪

第一節 竊盜罪

竊盜者。以竊取手段將他人所有物移歸自己或第三人所有也。應分單純竊盜罪加重竊盜罪準竊盜罪三種論述之。茲於論述之前。先將類於本罪之各種關於移轉財產之犯罪簡單說明於次。使讀者於未獲讀完本章各罪之先。了解本罪及其他各罪之地位。庶能對於本罪易於了解也。

(甲)搶奪罪 係乘人不備而奪取他人之財物。

(乙)強盜罪 係以強制的手段或類似強制的手段奪取他人之財物。

(丙)恐嚇取財罪 係以恐嚇手段使他人將財物交付。

(丁)詐欺取財罪 係用詐欺手段使他人將財物交付。

(戊)乘機取財罪 係乘他人能力不足而使之將財物交付。

(己)背信圖利罪 係爲他人處理事務背其任務而取得其利益。

(庚)侵佔罪 係對於自己持有之他人財物而佔爲己有。

(辛)毀損罪 係將他人之財物毀棄損壞。並無移歸自己或第三人之意思。

(壬)贓物罪 係對於他人因犯罪所得之贓物而爲收寄運藏等行爲。

以上所列各種罪名均係關於財物之罪。其性質各有不同。容後再爲詳論。茲先就本節各罪分述之。

### 第一 單純竊盜罪

單純竊盜罪者。犯竊盜罪而無加重及特種情形者也。依暫行律之規定。以竊取爲其重要條件。故該律第三百六十七條云。意圖爲自己或第三人所有而竊取他人所有物者爲竊盜罪。處三等至五等有期徒刑。而新刑法第三百三十七條云。意圖爲自己或第三人不法之所有。而取他人所有物者。爲竊盜罪。處五年以下有期徒刑拘役。或三百元以下罰金。是又以不法所有爲重要條件。而無竊取之規定。是在暫行律祇問是否竊取。不問其所有之意思是否不法。卽其所有之意思並不違法。如係出自竊取行爲。亦當成立犯罪。例如對於他人之所有物依法應爲我得。在未交付以前。逕自竊取。仍爲有罪。蓋以竊取行爲。無適法之可言也。在新刑法則祇問不法與否。如非出自不法所有之意思。則雖以竊取手段爲之。仍不爲犯罪。余謂對於他人之所有物卽屬應歸自己所有。亦當以正當手續取得之。不可竊取。蓋竊盜行爲不徒侵害他人之財產權。且侵他人之監督權。若入他人住宅而竊取。又含有侵害他人自由權在內。豈能以其爲適法所有之意思而免其責乎。或謂依此規定。於取還借物或取回贓物亦將解爲有

罪矣。殊不知既云借物或贓物。雖私自逕行取回。非乘人不覺而後取者可比。此係明取。自無竊取可言。既非出自竊取而爲明取。自不能以竊盜論。且借物與贓物原爲自己所有物。而非他人所有物也。故新刑法第三百三十七條僅云取而不云竊取。於法文上似有欠缺。且既稱爲竊盜罪。顧名思義。亦應以竊盜爲一種要件也。

本罪構成之特別要件有六。(1)要係以竊取爲手段。所謂盜取者。乘人不覺而取之也。反之若爲搶奪或用強制。則另構成搶奪罪或強盜罪矣。(2)要有不法取得之意思。此就新刑法第三百三十七條所規定之要件而言也。(3)要以其物移歸自己或第三人所有之意思。此卽有使取得之財物永久的受自己或第三人支配之意思也。若僅係暫時借用其物。用後仍予返還。則無永久的受其支配之意思。不能認爲犯本罪也。至其意思之是否暫時借用。往往難於區別。乃屬事實問題。在法律上祇認暫時借用爲非竊盜而已。他如另有其目的而變更其物之位置。或竟使其物歸於消滅。并不移歸自己或第三人所有。則分別情形應構成其他各種犯罪。如毀損罪之類。亦非本罪之範圍也。所謂第三人者。別乎自己及被害人而言。卽屬代被害人之直系親屬或配偶而爲之。仍以第三人論。又或代法人而爲之。亦當以

第三人論。(4) 要所取者爲他人所有物。所謂他人者。指自己以外之人或法人而言也。但以生存之人或法人爲限。若其物之所有人死亡。有承繼人時。其物應歸承繼人所有。卽死亡後而無承繼人。亦必有管理其財產之人。其物仍屬有主。不能以無主物論。但若其物之原來所有人於死亡之時。別無監督其物之人在旁。則其時之狀態。雖屬他人物權。既已離其管有。祇能以侵占離其他人之持有之物論罪。不能爲本罪之客體也。至所謂所有物者。爲特定之人或法人對於其物有無期限受其支配之權利也。其物是否直接在其本人支配之下。則可不問。但次列各物不能認爲所有物。(A) 無主物。不能認爲所有物。如空閒之鳥。洋中之魚。皆爲無主物。蓋無任何特定之人或法人對於該項魚鳥有支配之權也。但有時亦能由無主物而變爲有主物。如鳥已爲人獵取。或魚已爲人捕獲。皆當以有主物論矣。(B) 不能專有之物。不能認爲所有物。如清風明月之類。無論何人皆有享用之權。卽無論何人無專有之權。不能以所有物論。(C) 人之身體不能認爲所有物。對於生存者予以傷害。卽構成傷害罪。以之買賣。卽構成侵害自由罪。對於已死之屍體予以侵害。卽爲損壞屍體罪。但若以供研究醫理之用而變爲標本時。則可認爲所有物矣。此爲例外也。又附屬於身體之物。如頭髮之類。有主張認爲本罪之客體者。例如竊剪

婦人之髮以供假髮之用。可認爲竊盜行爲。惟應與傷害罪比較論之耳。(D)無價值之物不能認爲所有物。如人之指甲牙齒之已脫離其身體者。卽爲無價值之物。然有在客觀上雖無價值。而在主觀方面認爲有價值者。則不能認爲無價值之物。例如牙齒指甲之可爲紀念品者。雖在客觀上無價值可言。而在主觀方面仍爲所有物也。此外尚有次列數種。是否以所有物論。頗爲學者所爭論。(A)禁制品得認爲所有物否。如軍械鴉片之類。均在禁制私人所有之列。若被他人竊取。是否以竊取他人所有物論。有主張應分爲絕對的禁制品及相對的禁制品以立論者。謂絕對的禁制品爲無論何人不許持有之物。不能爲本罪之客體。在相對的禁制品。有時可以持有。則仍當認爲所有物。所謂絕對的禁制品者。如鴉片嗎啡之類。無論何人不准持有。但從嚴格論之。若非供犯罪之用而持有時。例如儲作藥品之用。亦非絕對禁制品也。惟依新刑法第二百七十三條之規定。收藏專供吸食鴉片煙之器具者。不問是否供犯罪之用。一律處罰。則可認爲絕對的禁制品矣。所謂相對的禁制品者。如手鎗本爲禁制品。若爲自衛計。向政府領得護照。卽變爲非禁制品矣。其實凡禁制品均爲本罪之客體。不必有絕對相對之分。蓋本罪以侵害監督權爲立法上之主要理由也。故依暫行律第三百七十八條及新刑法第三百四十條之規



定。對於禁制品皆以所有物論。(B)無體物得認為所有物否。所謂無體物者。如電氣及引力等類是也。電氣之認為所有物。暫行律及新刑法均有明文規定。惟引力似不能包括於電氣之內。所謂引力者。即由引擎所發動或由動物所牽引之力也。此種引力。直接足以發生生產上之價值。間接即屬財產上之利益。以法理言之。亦應認為所有物。(5)要所取者為他人事實上所支配之物。所謂事實上支配之物者。祇要其物為他人事實上所支配。不必其物之所有權屬於支配其物之人。即其物之所有權屬於另一人。或屬於事實上支配之本人。皆所不問也。故對於自己之物交與他人保管。或抵押與他人時。而他人即可為事實上之支配人。反之自己保管他人之物。即自己為事實上之支配人。對於自己支配下之他人所有物。不能為本罪之客體。祇能為侵占罪之客體耳。例如店主以其貨物交付於甲。甲即自由處分其物。祇可謂之侵占。不能謂為竊盜。於此有一問題。即數人共同支配一物時。其各個人之竊取行為。是否論以竊盜。或論以侵占。余意於此情形。應分別數人於其支配之權如何以定之。蓋一物處於數人支配之下時。其支配權必有主從關係。例如百貨商店之陳列貨物。分有數部。則每部必有一負責之人。即行支配權之主要人也。對於該部貨物。若有遺失。應負賠償之責。倘自己取用其物。則不能論為竊盜。

但爲該部共同管理貨物之夥友學徒。除有顯然之疏忽外。應不負責。倘私自取其貨物。則當以竊盜論矣。又所謂事實上之支配。祇問其物是否受其支配。及其受人支配與否之認識。卽偶然離其身旁。仍有可視爲在其支配之下之認識時。仍以事實上之支配論。例如車夫以車置於路旁。店中之人晚間不在店內寄宿。其對於路旁之車及店中之貨。皆以事實上受其支配論也。反之。如所畜之動物逸至曠野。或其物遺置道途。則其物屬於何人支配無從認識。祇成爲侵占罪之客體。但若置於屋內之物。雖其物屬於何人支配無從認識。例如置於旅舍大廳內之衣物是。則仍可爲本罪之客體也。(6)要屬於可動之物。所謂可動之物者。指可以攜取之物而言也。與民法上之所謂動產不同。蓋卽屬民法上之不動產。如房屋園林之類。若取其一部分而攜去之。或陸續拆除而取去之。仍以本罪論也。惟查前北京大理院統字第九六四號及一零四四號解釋。則認不動產之土地房屋皆足爲本罪之客體。然從法理上言之。所謂竊取者。本係乘人不覺。而將其物取去之謂。若爲土地。既不能攜之以去。自無竊取之可言。余意該項解釋實不甚當也。

## 第二 加重竊盜罪

加重竊盜罪者。犯竊盜罪而有加重之情形也。按舊律對於本罪之加重。以所取贓物之多寡爲標準。學者多不謂然。以其在惡性上無甚區別也。依暫行律之規定僅有侵入及結夥兩種。而依新刑法第三百三十八條之規定則已增爲七種。似較週密。茲分述之。

(一)侵入住居而犯竊盜罪者 依該條第一項第一款之規定。意圖行竊。於夜間侵入住宅。或有人看守之建築物。或隱匿其內而犯竊盜罪者。應加重處罰。以其受害之程度較重也。本款所謂侵入。係指自外侵入而言。其已在內者不得謂爲侵入。例如傭工竊取主人之物。及凡已因正當原因而入宅內者。皆不能論以本款之罪。仍應以單純竊盜論罪。本罪之所以加重者。以其同時侵害他人之住居也。(可參閱侵入住居罪內之論述)若無本款之規定。則當以侵害住居及竊盜二罪合併論之。既有本款之特別規定。則祇論以一罪矣。惟依暫行律第三百六十八條之規定。凡屬侵入而爲竊盜。即能成立本款之罪。而新刑法既冠以夜間。則日間侵入自不在內。然則日間侵入遂不認爲加重之情形乎。抑或日間無侵入之事實發生乎。殊不可解也。又尙有應注意者數點。(1)同居一旅館內者。若侵入他人之住室而爲竊盜行爲時。雖犯人同爲旅館內之旅客。仍應以侵入竊盜論。若竊取客廳內之物。則祇論

單純竊盜罪。(2)同院而居者。其外表若仍是一宅。雖入內竊取數人之物。仍以一行爲論。(3)以他法而爲類似侵入之竊取行爲者。雖其身體未曾侵入。亦以侵入竊盜論。例如以竹桿或鐵鈎從窗內竊取衣物等是。(4)所謂有人居住云者。不必時時有人在其室內。卽室內之人偶然出外。仍以有人居住論也。

(二)毀越門櫺牆垣而犯竊盜罪者 本款所謂毀越門櫺牆垣。其實亦係侵入之一種方法。其與前款不同者。有三。(1)無日夜之區別。(2)不問是否有人居住之建築物。(3)有毀越之行爲。

(三)攜帶兇器而犯竊盜罪者 竊盜罪之處罰較強盜及搶奪爲輕者。以其僅係乘人不覺而取之。尙不敢公然爲之也。若攜帶兇器。是已含有公然與事主反抗之意。則事主所生之危險較大。其惡性亦較重。且轉瞬間卽可易其竊取行爲而爲強取行爲。故不能以單純竊盜論也。至所謂兇器。無種類之限制。凡足爲行強暴或抵抗之用者皆是。而對於所攜之兇器是否使用。及有無使用之預備均所不問。祇要有攜帶之行爲。卽可論以本款之罪。

(四)結夥三人以上而犯竊盜罪者 竊盜而至結夥。在主觀一方面不徒含有重大之惡意。

且足擴充犯行之實施。在客觀方面不徒受較爲重大之損失。且人數既衆。防禦較爲困難。實施較易進行。於社會之影響亦較大也。故暫行律及新刑法。同列爲加重之條件。所謂結夥者。以共同之目的相結合也。若無結合。而係偶然相遇。則不得認爲結夥。例如甲乙丙各自至丁宅行竊。不期而遇。仍各自實施其行爲。則雖有三人。在同地點行竊。仍各以單純竊盜罪論。反之。三人於事前已有共同爲其行爲之結合。雖僅有一二人從而下手。其未下手實施而僅任把風或運送之責者。亦以結夥竊盜罪論。又結夥之人。以均有責任能力者爲限。若其中有無責任能力者。則不得算入結夥人數之內。此亦應注意及之也。至結夥之內容。又與聚衆不同。蓋聚衆係臨時集合。而無目的及實施上之預謀。每多附和隨行者。故律分首從處斷。而結夥係預有結合。而目的及實施上亦預爲計畫精詳。故參與者無首從之別。一律處以同等之刑罰。

(五) 乘水災火災或其他災害之際而犯竊盜罪者

當災害發生之時。秩序勢必紊亂。

乘機行竊。較平時爲易。與公衆之安寧所關亦巨。且乘人之危。情尤難恕。故應加重處罰。惟既云災害之際者。以災害之狀態存續中爲限。迨災害之狀態消滅後。則非本罪所謂災害之範圍矣。

(六)在車站或埠頭而犯竊盜罪者。車站埠頭爲旅客會集之所。旅客照顧行李。較平常家居時爲難。而行竊之機會則較平時爲易。故亦應從重處罰。以保旅客之安全。而維站埠之秩序。

(七)以犯竊盜爲常業者。偶爾行竊。多爲一時之環境所迫。其行爲雖不可恕。而心跡容或可原。若以竊盜爲常業。視犯罪爲固然。其惡性較重。自非加重處罰。不足懲改。

### 第三 準竊盜罪

準竊盜罪者。竊取他人依正當原因所管理之自己所有物也。在竊盜罪之本質。以竊取他人所有物爲限。然竊取行爲之所侵害者以監督權爲主要成分。若自己之物一時爲他人以正當原因所管理之時。則其物之監督權已屬於他人。若任意私自取回。不徒破毀其民法上之管理原因。亦足侵害他人之監督權。故同時爲刑法上所應予以制裁者也。至所謂他人依正當原因所管理之自己所有物。究以何種原因爲限。學者對於其範圍有廣狹之爭。而日本刑法學者牧野英一氏且主張凡依不法原因所持有之場合。亦不得侵害。若有侵害。亦當以準竊盜罪論。按暫行律第三百七十七條之規定。以竊取他人依共有權質權及其他物權或公署之命令而以善意所管有之自己共有物或所有物者爲限。依該條之

規定。其範圍之要件有三。(1)必爲他人所管有。若係自己管理自己之所有物。縱令其物已抵押於他人。仍不得爲本罪之客體。(2)他人之管有原因必爲基於共有權質權及其餘物權。若係由於寄託契約。加工契約及恩惠之使用權等。因而管有其物時。不得爲本罪之客體。(3)他人必係基於物權而以善意管有者。若取還他人以惡意所管有之自己所有物。如索還被告之贓物者。亦不得以本罪論。其具備此種要件而爲竊取行爲者。依該條之規定。除有特別情形外。祇科以罰金而已。而新刑法則須科以竊盜罪之本刑。不過對於其客體之範圍尤狹耳。按新刑法第三百三十九條云。自己所有物已受查封或擔負質權者。關於本章之罪。以他人所有物論。是專以受查封及擔負質權者爲限。其由於共有權及其他物權而管有者。不得爲本罪之客體也。其理由略謂竊盜罪以侵犯他人所有物爲原則。若泛以擔負物權者爲限。其範圍擴充太廣。且取回擔負他人物權之自己所有物情節至不一端。概以竊盜罪論未免過苛。故僅以受查封及質權爲限。

#### 第四 親屬相盜

竊盜罪之本質原係侵害財產監督權。於家庭間之財產。亦必有操監督之權者。凡侵害其監督權時。既

無阻却違法之理由。自能構成犯罪。但爲維持家庭間之和平及親屬關係計。法律上特設免除其刑罰或待告訴乃論之例外。

### (一)得免除刑罰者

依暫行律第三百八十條之規定。於直系親屬配偶或同居親屬之間犯竊盜罪者免除其刑。於免除之上未冠以得字。則無論如何必須免除也。而新刑法第三百四十一條云。於直系親屬配偶或同財共居親屬之間犯本章之罪者。得免除其刑。既冠以得字。則免與不免。應由裁判官酌量其情節而判定之。其所以增冠一得字者。以此項情形原不一致。容有不可恕之情節時。不能不予審判官以自由裁量之權。如被害者不願犯人受刑罰。原可不向法院告訴也。於此有二問題。(1)被竊取之物雖爲其直系親屬或配偶所監督。而其所有權係外人者。(2)其物之所有權爲其直系親屬或配偶所有。而其物適已寄存於外人之處。此兩種情形究能適用免除之條文乎。查日本大審院判例係取嚴格主義。謂雖親族之所有物。於親族以外占有之場合而爲竊取之時。與普通竊取罪同。又夫由他人存放不許融通之金元。妻知其情而爲竊取之時。以竊取他人之金元論。但我國前北京大理院之解釋則取寬佑主義。謂子雖明知其父所持之物係他人寄存而竊取。但所侵害者既係其父之監督



權。仍應以竊取其父之物論。惟於其直系親屬或配偶之所有物寄存外人處而爲竊取時。究應如何處斷。尙無判例及解釋耳。余意此則應從嚴格主義。以竊取他人之所有物同論。方爲適當。至所謂直系親屬。不問尊卑。所謂配偶。不分男女。所謂同財共居爲兼備條件。其共居而不同財者。不能適用。

(二)須告訴乃論者 依暫行律第三百八十一條第二項及新刑法第三百四十一條第二項之規定。凡親屬間之互犯竊盜罪者。須經被害人告訴。方能起訴。此亦本乎維持家庭及親屬間之和平而設也。蓋既爲親屬。雖所犯爲國家之公法。國家爲保全其睦誼起見。予以容忍。亦無傷乎國家社會之安寧秩序。若有親屬以外之人與之共犯。則仍以普通人犯罪論。不因而受其拘束也。

### 第三節 強盜罪

強盜者。以強制爲手段而將他人所有物移歸自己或第三人所有也。就其侵害財產監督權一點論。與竊盜無異。惟所用之手段不同耳。因其手段之不同。故同時又侵害他人之自由權矣。又海盜亦爲強盜之一種。不過其施之地點及憑藉之地位與單純之強盜稍異。在暫行律本無海盜罪之名目。僅於第三百七十四條規定在海洋行劫者加重其刑而已。新刑法特設海盜罪專條。意謂海盜之罪應特別加

重也。本書以其性質與強盜相類。附列於本節之內論述之。較爲便利。

## 第一 單純強盜罪

單純強盜罪者。犯強盜罪而無特種之加重情形者也。按新刑法第三百四十六條第一項云。意圖爲自己或第三人不法之所有。以強暴脅迫藥劑催眠術或他法致使不能抗拒而取他人所有物或使其交付者。爲強盜罪。處三年以上十年以下有期徒刑。第二項云。以前項方法得財產上不法之利益。或使第三人得之者亦同。其構成之特別要件。除須具備前所述竊盜罪之(2)(3)(4)(5)(6)各要件外。要以強暴脅迫藥劑催眠術或他法致使不能抗拒爲手段。此等手段又與犯強姦罪之手段相同。祇要有致使不能抗拒之行爲。不問其施用何種方法也。所謂強暴脅迫藥劑催眠術之解釋。前已於強姦罪內論及之。茲不贅述。所應注意者。於施用此種手段之時。要以強取爲目的。若於施用後始起意得財者。則常以兩罪各別論之。不能論以本罪。尙有與竊盜不同之點。在犯竊盜罪者以自行下手竊取爲限。而犯強盜罪者。幷可使他人自行交付於己。又以上項手段取得財產上不法之利益者。亦足構成本罪。例如以強力取得債券或消滅債券等類是也。

## 第二 加重強盜罪

加重強盜罪者。犯強盜罪而有特種之加重情形者也。茲分述之。

(一)犯強盜罪而有加重竊盜罪所列舉之各種情形者 按加重竊盜罪之情形計有七種。前已論及。依新刑法第三百四十八條之規定。應處七年以上之徒刑。

(二)犯強盜罪而放火者 放火行為與強盜行為本屬兩事。各別論罪。至重不過科以無期徒刑而已。惟因犯強盜罪而放火。其情形較重。其危險較大。與社會之安甯秩序所關尤巨。故不得不特別加重其刑。而另立特別之規定。依新刑法第三百四十九條第一款之規定。應處以死刑或無期徒刑。

(三)犯強盜罪而強姦者 強姦行為與強盜行為亦屬兩事。若各別論罪。不過處以最長之有期徒刑而已。惟每有乘強盜之機會以施行強姦行為。以其使而易也。是於侵害私人之財產法益外而同時侵害社會之風化及個人之自由。其情節較為重大。故不得不特別加重其刑。依新刑法第三百四十九條第二款之規定。應處以死刑或無期徒刑。

(四)犯強盜罪而故意殺人者 此亦係特別情節。不以兩罪分論。前於殺人罪內已詳論之。

矣。

### 第三準強盜罪

準強盜罪者。非以強盜爲目的。而有強盜之情形者也。雖非強盜亦以強盜論罪。依新刑法第三百四十七條及第三百五十四條之規定。其情形有四。茲分述之。

(一)竊盜或搶奪因防護贓物而當場施強暴脅迫者

贓物卽盜取之目的物也。竊

盜及搶奪之犯人。雖不以強盜之手段爲手段。而其以贓物爲目的。則一因防護贓物而當場施用強暴脅迫。其情節仍與強盜相似。不過強盜所用之強暴脅迫手段在取得其物之前。而此則在取得之後耳。至事主之是否有取還贓物之意思。在所不問。祇要犯人有以強暴脅迫而爲防護之行爲。本罪卽可成立。又本罪之成立以防護贓物之當時爲限。若在未取得贓物之前。固無防護贓物可言。或已將贓物搬運他處藏匿。或已經處分之後。再行向之追問。因不承認而起口角毆打。均不能以本款之罪論也。

(二)竊盜或搶奪因脫免逮捕當場施強暴脅迫者

此以脫免逮捕爲目的。而當場施

用強暴脅迫。所謂逮捕者。不問私人之逮捕或公務員之逮捕。蓋依逮捕現行犯之例。無論何人皆有逮

捕之權也。脫免逮捕雖非以用強力取物爲目的。但既當場施用強暴脅迫。則不論以此爲取物之目的。或僅圖脫逃。皆以本款之罪論之。故於竊盜或搶奪之罪雖爲未遂。而於本款之罪無關也。

(二)竊盜或搶奪因湮滅罪證而當場施強暴脅迫者 此以湮滅罪證爲目的。而當場施用強暴脅迫。所謂罪證者。凡足以發覺或證明其犯行者皆屬之。若以強暴脅迫之方法當場加於其足以發覺或證明其犯罪之人。或欲其人消滅或隱匿其犯行之證據。或欲其不妨礙自己消滅或隱匿其犯行之證據。皆以本款之罪論之。是本款之罪之成立。亦不問竊盜或搶奪之本罪爲未遂或既遂也。

(四)強取自己所有物之已受查封或擔負質權者 此即新刑法第三百五十四條及第三百三十九條之所規定者也。

#### 第四 同謀強盜罪

同謀強盜罪者。有爲強盜之同謀。而未參加於實施行爲者也。其構成之特別要件有二。(1)要有爲強盜行爲之同謀。所謂同謀者。二人以上同爲計畫之籌商。彼此互有所表示也。若僅有一方面之要求。而

他方面尙無若何表示。尙不得謂之同謀。(2)要其同謀者實施其行爲。卽與之同謀者依其所籌商之計畫而進於實行也。若於籌商後卽作罷論。尙未進至實施之程度。則祇能謂之陰謀。依法不以爲罪。至若於同謀後仍加入實施時。則以共同正犯論。亦不以同謀犯論罪也。

### 第五 因犯強盜罪而生之他罪

犯強盜罪者雖無殺人之故意。因傷害而致被害人於死亡或重傷者。往往而有。其於死傷之結果。自不能不負相當之責任。至所負之責任。以其與普通傷人不同。其惡性較重。依新刑法第三〇四十六條第三項之規定。致人於死者處死刑或無期徒刑。致重傷者。處無期徒刑。若僅至輕微傷害。則視爲犯強盜罪當然之行爲。包括於強盜罪內。不以傷害論罪矣。其有殺人之故意者。又屬於加重強盜罪內。故本罪之範圍以無殺人之故意竟致傷害人至死或重傷爲限也。於此尙有二問題。(1)致死或致重傷之行爲若爲強盜中之一人所爲。其他各共犯并未下手。應同負本罪之責任與否。學者間對此頗有爭執。主積極說者謂既爲共犯。則於結果應負全部責任。主消極說者謂共犯係以強盜爲共同目的。其中一人出乎目的以外而傷人致死或重傷。應不負責。主折衷說者則謂強盜傷人爲當然之行爲。凡在同夥均

有預見之可能。既有預見之可能。固應同負責任。但強盜之傷人以達其強暴脅迫之目的爲範圍。若同夥中有超越其範圍以外之加重行爲。則應以有預見之可能者爲限。負其責任。否則各負其責。<sup>(2)</sup> 於未取得財物以前已發生傷人致死或重傷之結果。卽行逃避。究應以本罪論否。學者間之論斷亦各有不同。有謂祇有傷人行爲而未實施其強盜行爲。祇論以傷人者。有謂既以強盜爲目的而始傷人。則應以強盜傷人論罪。余謂應以有無犯強盜罪之意思爲斷。若以犯強盜爲目的而著手傷人。其盜取財物之目的雖未達到。不能謂非因犯強盜罪而傷人。自應負因犯強盜罪而傷人之責任。如傷人未達死亡或重傷之程度時。仍當以強盜未遂論。不能以傷人罪論也。惟於傷人後始起意爲強盜行爲。則根本上本爲兩罪。祇能就各罪之既遂未遂分論之矣。其於強盜行爲終了之後。因另一原因爲殺傷人者。亦不能以犯強盜罪而殺傷人論也。

## 第六 單純海盜罪

海盜罪本爲強盜之一種。在暫行律中無海盜罪之名稱。僅於加重強盜罪內有在海洋行劫者之規定耳。以其行爲與強盜之性質相同。不過所憑藉之地位及所處之地點稍異也。新刑法則於第二十九章

中列有海盜之專條。其第三百五十二條云。未受交戰國之允許。或不屬於各國之海軍。而駕駛船艦。意圖施強暴脅迫於他船或他船之人或物者。爲海盜罪。處死刑或七年以上有期徒刑。其構成之特別要件有二。(1)其駕駛之船艦要係不屬於各國之海軍或未受交戰國之允准者。其屬於各國之海軍者。則爲海軍軍艦。已受交戰國之允准者。則爲出於軍事方面之行爲。故均不能以海盜之行爲論也。(2)要有意圖施強暴脅迫於他船或他船之人或物者。此則無論他船或其船上之人或船上之物。皆足爲本罪之客體。又關於竊盜罪內之客體。亦卽本罪之客體也。

### 第七 加重海盜罪

加重海盜罪者。犯海盜罪而有加重之情形者也。依新刑法第三百五十三條之規定計有三種。卽放火者。強姦者。故意殺人者是也。其說明與因犯強盜罪而加重者同。茲不贅述。

### 第八 準海盜罪

準海盜罪者。船員或乘客意圖掠奪財物。施強暴脅迫於其他船員或乘客。而駕駛或指揮船艦者也。依新刑法第三百五十二條第二項之規定。亦以海盜論罪。其構成之特別要件有三。(1)要行爲者爲本



船之船員或乘客。(2)要以掠奪財物爲目的。(3)要有施強暴脅迫於其他船員或乘客而駕駛或指揮船艦之行爲。

### 第九 因犯海盜罪而生之他罪

因犯海盜罪而生之他罪者。即因海盜罪致人於死傷是也。依新刑法第三百五十二條第三項之規定。致人於死者處死刑。致重傷者處死刑或無期徒刑。

### 第四節 搶奪罪

搶奪者。乘人不備而奪取其財物也。乃介乎竊盜與強盜間之一種行爲。其與竊盜不同者。一爲乘人不覺而竊取。一爲乘人不備而搶奪。其與強盜不同者。強盜爲不容事主反抗而奪取。或迫令交付。不容有絲毫意思之活動自由。搶奪僅乘事主反抗之不及而奪取之耳。

#### 第一 單純搶奪罪

單純搶奪罪者。搶奪之無特種之加重情形者也。依新刑法第三百四十三條之規定云。意圖爲自己或第三人不法之所有而搶奪他人所有物者。處六月以上五年以下有期徒刑。其構成之特別要件。除須

具備竊盜罪內所述之(2)(3)(4)(5)(6)各種要件外。要係乘人不備而奪取之也。

## 第二 加重搶奪罪

加重搶奪罪者。犯搶奪罪而有加重之情形者也。茲分述之。

(一)犯搶奪罪而有加重竊盜罪所列舉之各種情形者 依新刑法第三百四十四條之規定。犯搶奪罪而有第三百三十八條情形之一者。處三年以上十年以下有期徒刑。其內容前已於竊盜罪內詳論之。茲不贅述。

(二)犯搶奪罪而故意殺人者 依新刑法第三百四十五條之規定。犯第三百四十三條第一項之罪而故意殺人者處死刑。

## 第三 準搶奪罪

準搶奪者。搶取他人依正當原因所管理之自己所有物也。依新刑法第三百五十四條及第三百三十九條之規定。以搶奪罪論。其說明已詳準竊盜罪內。

## 第四 因犯搶奪罪而生之他罪

刑法學各論 第二篇 關於個人法益之罪 第五章 對於財產之罪

因犯搶奪罪而生之他罪即致人於死傷是也。例如奪取婦人之耳環而致傷害其耳是。依新刑法第三百四十三條第二項之規定。因犯搶奪罪而致人於死或重傷者。比較故意傷害罪從重處斷。此則較強盜致人死傷爲輕矣。

## 第五節 恐嚇取財罪

恐嚇取財罪即新刑法第三十三章所規定之恐嚇罪。本書因別於單純恐嚇起見。稱之爲恐嚇取財罪。且該章之罪本係恐嚇取財。僅云恐嚇。殊欠明瞭。在暫行律無恐嚇取財之專條。係包括於詐欺取財之內。新刑法另立一章。并將暫行律所未規定之擄人勒贖罪列入。茲分述之。

### 第一 單純恐嚇取財罪

單純恐嚇取財罪係別於擄人勒贖而言。即係以恐嚇爲手段。使他人生怖懼之心。因而使之交付財物也。其特別要件有四。(1)要有意圖自己或他人不法所有之意思。(2)要以恐嚇爲手段。所謂恐嚇者。即係以使人恐怖之事實相通知也。其意義與脅迫相類。僅有程度之差耳。其所通知之事實足以使人生絕對的重大的急迫的恐怖之念者。謂之脅迫。所通知之事實僅足使人生相對的輕微的遲緩的

恐怖之念者。卽屬恐嚇。質言之。卽係以受通知者對於其所通知之事實能否喪失其意思之自由爲斷。有喪失其意思自由之可能者爲脅迫。無喪失其意思自由之可能者爲恐嚇。例如謂不從我之要求則當立時奪其生命。人之對生命孰不欲自保。則權其輕重自必寧願遂其要求而求生命之安全。是受之者已無自由之意思足以活動矣。若僅謂不從我之要求將來必以不利益之行動相加。則受之者尚有權其輕重之餘地。其意思尙能自由活動。前者謂之脅迫。後者謂之恐嚇。其以脅迫爲手段而取得他人之財物者屬於強盜罪。不能以本罪論。必以恐嚇爲手段使人將財物交付者始論以本罪也。(3)要他人因而生恐怖之念。卽他人因而受其恐嚇也。若他人對於其通知毫不生恐怖之念。雖因而以財物交付。仍不能論以本罪。例如對人謂如不助以川費。則將向之謀差。或謂今日不予我以錢。明日又當再來。是皆不足使人生恐怖之念也。若因而給予金錢。不過嫌其纏繞耳。(4)要爲不法之恐嚇。所謂不法之恐嚇者。其所舉以爲恐嚇之事實爲違法之事實也。若以合法而不利於其人之事實相恐嚇。不能成立本罪。例如謂不從我之要求。我將向法院起訴。卽不得謂之恐嚇。蓋向法院起訴乃正當行爲也。其人若非自知理曲。於起訴又何畏乎。但有時亦足成立犯罪。例如對於殺人者。謂如不予以金錢。卽將向法院

告訴。予以金錢即可和解。雖所舉之事實爲合法行爲。但殺人罪既非親告罪。決無和解之可能。得財私和。適足構成詐欺取財之罪也。(5)要他人自行將財物交付。即係他人自動的將財物交付於己。也在未將財物交付之時。雖有恐嚇行爲。尚不得謂爲本罪之既遂。若非出自他人自動將財物交付。係由恐嚇者動手取得之時。則當構成他種犯罪。亦非本罪之範圍也。至其所交付之財物。不必以交付之本人所有者爲限。即屬交付者以外之人所有之財物。亦足爲本罪之客體。又依新刑法第三百七十條第二項之規定。以前項方面得財產上不法之利益。或使第三人得之者。亦同。所謂財產上之利益者。不論物權上或債權上之權利皆屬之。例如於有價證券上爲不利益之登載。或使讓其漁業權伐木權以及消滅其債權等類是也。其與強盜罪之客體不同者。在強盜罪以可動之物爲原則。而本罪則不以可動之物爲限。即不動產亦得爲其客體。又依新刑法第三百七十四條之規定。禁制品亦能爲本罪之客體。

## 第二 準恐嚇取財罪

準恐嚇取財者。取得他人依正當原因所管理之自己所有物也。依新刑法第三百七十四條及第三百三十九條之規定。以恐嚇取財罪論。詳見準竊盜罪內。

### 第三 單純擄人勒贖罪

單純擄人勒贖罪者。擄人勒贖而無特種加重之情形者也。按擄人勒贖在暫行律原無規定。僅懲治盜匪條例內有之。自新刑法頒行後。於新刑法內始有專條。而國民政府更有綁匪治罪條例之頒行。其制裁尤為嚴密。茲就新刑法上所規定者。其構成之特別要件有二。(1)要置被擄人於自己支配之範圍內。即使被擄人不能為身體之自由行動也。若僅束縛其身體而為一時的強暴行為并未移入自己支配之範圍內。或係犯強盜罪之一種手段。或係私擅逮捕監禁行為。尚不能以本罪論。故本罪以置被擄人於自己支配之範圍內為要件也。(2)要以財物或財產上之利益為取贖之條件。即其擄人之目的在交換金錢也。若不以取得財物或財產上之利益為目的。例如關於婚姻或其他項無財產上價值之要求。則不能以本罪論也。又關於新刑法第三百三十九條及第三百四十條之規定。本罪亦可適用。

### 第四 加重擄人勒贖罪

加重擄人勒贖罪者。犯擄人勒贖罪而有特種加重之情形者也。茲分述之。

(一)犯擄人勒贖罪而故意殺被害人者 犯本罪而故意殺被害人者。則已出乎恐嚇之

範圍而實行其所恐嚇之事實矣。故依新刑法第三百七十二條第一項之規定。處以惟一之死刑。

(二)犯擄人勒贖罪而強姦被害人者 犯本罪而強姦被害人。其犯意與行爲已出乎原來目的以外。且乘此機會。被害人決無抗拒之可能。故依新刑法第三百七十二條第二項之規定處死刑或無期徒刑。

### 第五 同謀擄人勒贖罪

同謀擄人勒贖罪者。有爲擄人勒贖之同謀。而未參加於實施行爲者也。與強盜罪之同謀同其意義。其構成之特別要件。可參閱前述之同謀強盜罪。

### 第六節 詐欺取財罪

#### 第一 單純詐欺取財罪

單純詐欺取財罪者。犯詐欺取財罪而無特種之加重情形者也。詐欺取財者。以欺罔之方法使人誤信。以取得財物或財產上之不法利益者也。依新刑法第三百六十三條第一項之規定云。意圖爲自己或第三人不法之所有。以詐術使人將本人或第三人所有物交付者。處五年以下有期徒刑。得併科或易

科一千元以下罰金。該條第二項云以前項方法得財產上不法之利益。或使第三人得之者亦同。其構成之特別要件有四。(1)須係圖不法之利益。即係以圖不法之利益爲目的者也。其利益是否爲本人所得抑或爲第三人所得。以及爲永久的爲暫時的。皆所不問也。(2)須有足以欺罔他人之行爲。所謂足以欺罔他人之行爲者。即其表示足以爲他人所誤信也。若其表示顯然不足以爲他人誤信。則不能謂之欺罔行爲。其表示之爲言語文字或舉動。皆所不問。但對於由推測所得之表示。或明知其爲誇耀之表示。則不能以欺罔之表示論。所謂由於推測之表示者。舉未來或不可知之事實以爲推理的斷定也。例如謂自己所種田禾將來必獲豐收。或稱所營事業今後將有大利可獲。他人因而付予大宗金錢。不能謂爲欺罔。所謂明知其誇耀之表示者。僅係對於自己之手段或貨物爲空言的誇張炫耀而已。例如謂自己之繪畫爲藝術界所稱許。可值巨數之筆費。或謂自己所製之貨物爲他廠所不及。雖他人因而購其貨物或請其繪畫。皆不能以欺罔論。蓋皆非以詐術欺人。不過爲抽象者陳述而已。故有以僞舉事實及陳述意見爲區別是否欺罔之標準者。又對於顯然知其虛僞之表示者不得謂之欺罔。例如首飾店陳列各種飾品。有標明爲金環或金釧者。而其所列之價目竟與銅質相等。則購者明知非真金而



購之。不得謂賣者有欺罔之行爲也。(3)須受欺罔者因而發生錯誤。卽其錯誤行爲與欺罔之表示有因果關係也。有因他人自生錯誤觀念。及利用其錯誤觀念以行其欺罔者。有因受欺罔之表示後而始發生錯誤者。其情形如何皆所不問。祇問其錯誤與欺罔有無因果關係之聯絡耳。若於受人之欺罔表示後。知爲欺罔。則不致發生錯誤行爲。或明知爲欺罔而仍願依其要求。則雖受欺罔之表示。仍未發生錯誤之觀念。均可不以欺罔論。例如有自謂能代爲營謀某事。依其所言。諸多破綻之處。而受者因未發生錯誤。遂不與之接洽。又如以僞貨出售。意圖他人付予金錢。而受者雖明知爲僞貨。但因他種原因仍不能不予以金錢。則其所予以金錢之原因并非出於因受欺罔而生之錯誤。不能以本罪論也。(4)須被害人因爲實行交付其財物或予以利益。卽被害者已受其欺罔行爲之實害也。若雖受欺罔而未生實害。如僅有承諾而未達履行之際。則本罪尚不能認爲成立。蓋交付財物或取得利益之結果有卽時可以發生者。有須經過若干時期。或須經過若干手續。方能取得其實利者。在未取得以前尚不能以本罪成立論也。又所謂交付云者。并不以被害者直接交付爲限。卽以相當之手段欺罔法院。使爲錯誤之判決。因以取得財物。亦當以本罪論。但若不提出欺罔之證據。而僅提出可以欺罔法官之意見。究能

成立本罪否。主無罪說者謂意見之提出僅足供法官之參攷。不能爲審判之根據。法官自有辨別及判斷之知識。決不能爲空言所振動。故不能論以本罪。主有罪說者則謂法官之判斷。與當事人之陳述極有關係。如以欺罔方法將虛僞之事實陳述於審判官之前。與欺罔常人無異。若其陳述實足欺罔法官時。仍當以本罪論也。他如欺罔監護人使之交付被監護人之財產。或取得其利益。或對於無權處理他人財產者。以欺罔方法使他人誤認爲有處理其財產之權。致將本人財產交付或取得其利益。例如僞造本人之字跡或以本人之信物而爲欺罔行爲。依新刑法第三百六十三條之規定。皆以本罪論也。又依暫行律第三百八十二條之規定有交付於己字樣。新刑法以其意義較狹。已將於己二字刪去之矣。蓋有時卽係將財物交付於人亦足構成本罪。不必以交付於己爲限也。

關於本罪之情形。往往有因一行爲發生多數結果者。而其結果之發生并非同時。且有時尚須增加其手續方能成立者。是否祇論一罪。頗爲學者所爭論。例如刊一足以欺罔他人之廣告於報紙。因閱其廣告而受欺罔者爲數甚多。但非同時。且有時尚須另行增加其欺罔方法方能達到目的。依一般通說以爲既係出自一個廣告行爲。仍以一罪論。而依前大法院之判例則謂侵害一監督權應構成一罪。如

侵害數百人時。則須以數百罪論。又依新刑法第三百六十七條之規定。違禁品亦爲本罪之客體也。

### 第二 加重詐欺取財罪

加重詐欺取財罪者。即以詐欺取財爲常業者是也。依新刑法第三百六十四條之規定。以詐欺取財爲常業者。處一年以上七年以下有期徒刑。得併科五千元以下罰金。

### 第三 親屬相詐欺

依新刑法第三百六十八條第一項之規定。於直系親屬配偶。或同居共財親屬之間。犯本罪者得免除其刑。又第二項云。親屬間犯本罪者須告訴乃論。其理由與親屬相盜相同。茲不贅述。

### 第七節 乘機取財罪

乘機取財者。乘他人之智識程度不足或精神狀態失常因而取得其財物或財產上之利益也。依新刑法第三百六十五條第一項之規定。意圖爲自己或第三人不法之所有。乘未滿十六歲人之知慮淺薄。或乘人之心神耗弱。使之將本人或第三人所有物交付者。處五年以下有期徒刑。得併科或易科一千元以下罰金。又第二項云。以前項之方法得財產上不法之利益。或使第三人得之者。亦同。其構成之特

別要件有三。(1)須爲意圖爲自己或第三人不法之所有。(2)須係乘人智識程度不足或精神狀態失常之際而爲之。所謂智識程度不足者。卽其智識程度尙未達於一般普通人之狀態。亦不必具有特殊之智識程度也。蓋人在未達到一般普通人之智識程度時。對於他人之言語舉動尙無識別之能力。既無識別之能力。則對於他人之行爲爲有利於己或有損於己與否。不能以其意思而爲決定。凡關於日常一切法律行爲。必有待於其法定代理人或監護人之代爲考慮。方能有效。若乘其於法定代理人或監護人於未經考慮以前而遽與爲權利損益之處置。在民法上當然無效力。而在刑法上則認爲一種惡意。而加以處罰。學者間之主張。甚或認爲與竊盜無異。而逕處以竊盜罪之刑。蓋竊盜以乘人不覺爲要件。此雖非乘人不覺。但實際上本人既無覺之可能。亦等於不覺耳。惟新刑法已有乘機取財罪之專條。自當依專條論罪。至智識薄弱之程度究應以何爲標準乎。此殊爲事實上所不易解決之問題。蓋既不能臨時加以測驗。又不能事前加以臆斷。祇得以年齡爲其標準耳。此新刑法之所以規定以未滿十六歲者爲限也。所謂精神狀態失常者。卽其智識程度之標準雖已達到。基於他種原因而失其常態也。在暫行律第三百八十四條之規定。以精神錯亂者爲限。卽偶然因環境關係。而致神經生錯亂變化

之謂。例如因酒醉或病魔而致一時精神錯亂者是。其已受禁治產之宣告與否可不問也。而新刑法第三百六十五條以乘人心神耗弱者爲限。所謂心神耗弱者。其心神雖已失其常態。尙未達喪失之程度也。(3)須被害人將財物交付或予以利益。卽已實行取得被害人之財物或利益也。又新刑法第三百四十條之規定。本罪亦能適用。

本罪與詐欺取財罪之性質本無甚差異之處。所不同者。詐欺取財係以欺罔手段對於一般普通人爲之。以有顯然之欺罔行爲爲要件。本罪亦係以欺罔爲其手段。但係專對精神失其常態及智識淺薄之人爲之。不必用顯然之欺罔方法卽能達其目的。故不以欺罔爲必要之手段。卽全不用欺罔手段亦能爲之。且係出自被害人之明知。并未使被害人發生錯誤也。例如對小兒以羊易其牛。小兒明知爲羊。不過對於牛羊價值之比較知之不甚確耳。又新刑法第三百三十九條之規定。本罪亦適用之。

### 第八節 背信損財罪

背信損財者。爲他人處理事務違背任務而損害其財產也。依新刑法第三百六十六條之規定云。爲他人處理事務。意圖爲自己或第三人得不法利益。或意圖加不法損害於本人。而違背其任務之行爲。致

生損害於本人之財產者。處五年以下有期徒刑。拘役。得併科或易科一千元以下罰金。其構成之特別要件有三。(1)須係爲他人處理事務。所謂處理事務者與管理及保管不同。其範圍甚廣。卽凡對於物權債權之行使以及爲各種法律行爲皆得爲之。其被處理之事務。不論爲公家之事務或私人之事務皆包括在內。在暫行律有對於國家事務加重之規定。而新刑法則無區別。至對於處理事務之原因。在學者間有主張以基於法令或契約爲限者。有主張凡本於自己之善意而爲他人保管財物者亦應包括在內者。惟既云處理事務。似不必限定由於何種原因。其基於法令者。如法定代理人之類。基於契約者。如雇傭之類。基於自己之善意者。如無委託而代人保管財物之類。皆爲處理事務之原因。依照新刑法及暫行律均無何種原因之限制也。至事務之種類雖有關於財產及非關於財產者之別。但本罪係指處理財產而言。其非關於財產之事務。不能爲本罪之客體。又本罪之所謂處理事務。每易與侵占罪之所謂管有他人所有物相混淆。其實侵占罪之所謂管有不能包括處理在內。本罪之所謂處理可包括管理在內。是本罪之範圍較廣。侵占罪之範圍較狹。故侵占罪僅對於自己所管有他人之財物有不法行爲而成立。本罪則雖對於非由自己所管有之財物亦能成立犯罪。故如公司經理人受他人之囑

託而損害公司之財產與他人訂立不利益之契約。壽險公司之醫生對於垂死之病人受其金錢而為身體健全之報告。以及法定代理人對於未成年者之產業。受買主之金錢而以賤貨賣出。皆為處理事務也。(3)須為違背其任務之行爲。即意圖爲自己或第三人得不法之利益。或意圖加不法損害於本人之行爲是也。蓋爲他人處理事務之任務。以善良及有利於本人之意思爲必要。本此種意思以爲其行爲。雖致本人蒙不利益之結果。仍以不違背其任務論。若以利自己或第三人或損害本人之意思爲處理其事務。雖其結果本人未蒙損失或反得利益。仍不能不以違背任務論。不過在本罪以本人受有損害爲條件。若未受不利益之結果時。不能依本罪而處罰耳。又違背任務之行爲不以作爲爲限。即屬不作爲亦以違背任務論。例如對於有效之債權。不於時效期間內爲之索取。以致羅時效而消滅。或對於應行主張之權利。不出爲主張。祇要有故意而非過失。皆當以違背任務論也。(3)要於本人之財產生有損害。即本人已受有財產上之損害也。所謂財產上之損害。不以具體之財產爲限。即無形之利益亦包括在內。若僅有違背其任務之行爲。而對於本人之財產并未生損害。或雖圖利自己而無不法之意思。尙不能論罪。例如公司股東議決將某項貨物限定若干價格出售與人。而經理人故意留存不賣。

是已違背其任務矣。乃後該貨價格日漲。公司竟因而獲利。是雖有違背任務之行爲。然其結果并未生損害於公司之財產。不能論罪。又如前例。該經理人預料將來必漲價。乃以私財購入。後雖獲利。尚非圖不法之利益可比。仍不爲罪。蓋經理人雖不自購。依照股東議決辦法亦必出售於他人也。依新刑法第三百六十八條之規定。於直系親屬配偶或同財共居親屬之間犯本罪者得免除其刑。親屬間犯本罪者須告訴乃論。與詐財及竊盜等罪之規定無異。又新刑法第三百三十九條及第三百四十條之規定。本罪亦能適用。

## 第九節 侵占罪

### 第一 單純侵占罪

單純侵占罪者。犯侵占罪而無特種之加重情形者也。所謂侵占者。將自己所持有之他人所有物移歸自己所有也。依新刑法第三百五十六條之規定。意圖爲自己或第三人不法之所有而侵占自己持有之他人所有物者。處五年以下有期徒刑。得併科或易科一千元以下罰金。其構成之特別要件有三。(1)要有爲自己或他人不法所有之意思。(2)要爲依一定權原所已持有之物。所謂一定權原者。



即依法令契約或照料等原因而將他人之所有物移歸自己管有也。其不依一定權原而移歸自己管有者。即於移歸管有時早已成立犯罪。如由竊盜或詐欺而移歸自己管有之物是。其侵占行為已包含於各該本罪之中。不再以侵占論罪。所謂已持有之物者。謂其財物已在自己監督範圍之內也。若其財物原來不在自己監督範圍之內。以意圖移歸自己所有之意思而向他人為取得之行為。則當視其取得之手段若何。以為構成他項犯罪之條件。其以竊取者為竊盜罪。以強取者為強盜罪。以詐欺或恐嚇取之者為詐欺或恐嚇取財罪。即在執有其物之時已構成犯罪。本罪之成立係在實行執有其物以後。於實行執有其物之時尚未認為犯罪。故非其物已因一定權原而持有者不能為本罪之客體也。至因不法原因所持有之物。除由於竊盜強盜詐欺恐嚇等行為而來者當然包括於各該本罪外。其因此外之不法原因而來者。如供賄賂所用之財物。究能為本罪之客體與否。本有積極及消極兩說。依禁制品亦得為本罪客體之例論之。則以積極說為當。<sup>(3)</sup>要有實行侵占之行為。即對於所侵占之物而實施其侵占之手段也。在對於他種財物之犯罪。祇要將他人之財物移歸自己監督範圍之內即已成立。而本罪之客體既早已在自己監督之內。無移歸之可言。則所認為實施侵占之行為究以何者為標準乎。

依一般之通說。認其行爲有二種。一爲實施處分之行爲。一爲易持有爲所有之行爲。所謂實施處分者。即將所持他人之物視作自己之物而行使其處分之權也。例如爲出賣或贈與之行爲是。祇要將所持有之他人所有物出賣與人。或贈與他人。其侵占行爲即可告完成。所謂易持有爲所有者。即係使其物之所有人喪失其所有權也。例如詐稱所持有之物被水火損毀。或被強盜搶去。而作無從反還之表示。是故本罪以有侵占之實行行爲後即可成立。即於實行行爲後能否終久達到目的可不問也。例如詐稱其物業經損毀。旋即爲所有人發現其原物。則所有人自必仍將原物取回。而於本罪之成立毫無影響。又新刑法第三百四十條之規定。本罪亦能適用。

關於本罪尙有數問題茲分述之。(1)不動產得爲本罪之客體否。在強盜竊盜各罪。除前大理院有得爲客體之判例外。原則上不能以不動產爲客體。但以本罪之情形論之。即屬不動產亦能供侵占行爲之實施。則不動產不妨爲本罪之客體。例如對於他人之土地爲移轉之登記。或於他人之土地上建築房屋。不能謂非侵占行爲。但其土地雖與自己之土地相昆連。若向非自己所持有。即能構成他項犯罪。不能以本罪論。(2)代替物得爲本罪之客體否。所謂代替物者。如金錢穀米等類是也。對於他人寄存

之金錢穀米。有時雖予以處分。及他人需要時如能即時照數償還。除給以較劣之品質外。在他人本無損失可言。應不能論以侵占。但學者間有主張以有准許更換之口頭契約爲限者。如無准許更換之口頭契約。仍常以侵占論罪。(3)於他人寄存之物。如於處分時預存將來仍當返還之意思。究應以本罪論否。例如一時迫於急需。將他人寄存之衣物賣却。擬于將來有款時再爲照樣製還。以情理論固屬可原。以行爲論則屬難道。故學者間仍認爲本罪之成立。(4)於他人寄存之物。如其物應歸自己所有。在尚未歸自己所有以前擅自處分時。應否論以本罪。學者間仍主以本罪論。

## 第二 加重侵占罪

加重侵占罪者。犯侵占罪而有特種加重之情形者也。卽新刑法第三百五十七條之規定。對於公務或業務上之所持有之物犯侵占罪者。處六月以上五年以下有期徒刑。得併科三千元以下罰金。其與單純侵占罪不同者。卽持有其客體之原因爲因公務上或業務上而來也。蓋對於公務及業務上所持有之物爲國家及社會之信用所關。且常較普通私人之持有爲多。若不從嚴制裁。則流弊滋甚。其結果非同與普通侵占同日而語矣。所謂公務上所持有者。例如法院官吏所管有之當事人財物是。所謂業務

上所持有者。例如運輸公司所保管之客人貨物是。皆以有特別身分而加重其刑。但以對於因公務上及業務上之原因所持有者爲限。若雖爲有特別身分之人。而其持有之原因係由於他人之私自請求保管。於公務或業務毫無關係者。仍以普通侵占罪論。是本罪之成立。須以因公務上或業務上之原因而持有者爲限。不僅以有公務上或業務上之身分爲標準也。有謂於公務上或業務上侵占他人交管之物者。同時犯侵占及背信兩罪。余意背信罪以處理事務爲要件。則背信罪之成立。以有處理之權限而損害本人之財產爲限。若無處理之權而僅有保管權者。則屬於侵占罪之範圍。并非同時觸犯兩條之罪也。於此尚有一問題。即對於銀行保管庫之管理人移取保管箱內之他人所有物時。應以業務上之侵占論否。在外形上觀之。似應以侵占論。而在實質上論之。則祇能論以竊盜罪。蓋箱內所儲存之財物仍係租戶所支配。并未將財物交付與保管人代爲保管也。

### 第三 準侵占罪

準侵占罪者。其所侵占之客體不同也。即侵占遺失物漂流物或其他離其本人所持有之物。又或因誤取誤受或已受查封而歸自己管理之自己所有等。皆包括在內。茲分述之。

(一) 侵占遺失物漂流物以及其他離其本人所持有之物 依新刑法第二百五十八條之規定。意圖爲自己或第三人不法之所有。而侵占遺失物漂流物或其他離本人所持有之物者。處一千元以下罰金。所謂遺失物者。本人無拋棄其物之意思。而因意外事故致其物離其持有也。例如遺棄道旁之物是。又如走失之家畜亦得認爲遺失物。但以出乎尋常往返區域以外已不知其所屬者爲限。若在尋常往返區域以內。或明知其爲某人所畜。其人尙能追蹤而得。則不能以遺失物論。與前大理院七年上字五七九號判例。謂竊盜罪之成立。以所有財物在人管有範圍內爲要件。若已離去管有。則犯罪者雖明知係屬何人所有而取得。應以侵占論罪。是以離其管有爲要件。若已離其管有。雖明知爲某人之物。亦當以遺失物論。所謂漂流物者。隨水漂流至他處之遺失物也。凡在江河中撈獲之物皆。是。又埋藏於地下之物應否爲本罪之客體。在前大理院判例中雖泛認爲本罪之客體。然余意當以埋藏之地點及時間并有無可以推定向爲他人所有者爲標準。如在埋藏於所有者自己之園土內。毫無遺忘及散失之情形。則與普通所有物之未離其持有者無異。若於荒山之中或年湮代遠之地。掘得藏物。則不啻無主物矣。與偶然脫離持有而尙有物主者不同。似不應以本罪之客體論。不過在行政上或

有其他處置之特別規定。祇能從其規定耳。

## (二) 侵占因誤取誤受而持有之物

誤取者。因自己錯誤而以善意取得他人之所有物也。誤受者。因他人錯誤而交付於自己之所有物也。依暫行律第三百九十三條第二項之規定。均以遺失物論。而新刑法不設此種規定者。其理由謂第一種情形因錯誤而信他人所有物爲自己所有物。以之歸於自己持有之時。是誤認他人所有物爲自己所有物。本無犯罪之故意。應不成立本罪。第二種情形係因他人錯誤而交付於自己之他人所有物者。是他人誤認自己爲別人而以應交付與別人之物交付於自己。與以惡意持有他人之物無異。自應科以普通侵占罪。故將暫行律第三百九十三條第二項刪而不用。余意第一種情形係因善意而誤取他人所有物。在誤取之時。既無侵占之故意。自不認爲犯罪。若誤取之後。一旦發覺爲他人所有物時。即當立時返還。或爲返還之表示方爲合法。否則仍當以故意侵占論罪。第二種情形係他人自將所有物誤爲別人而交付。在收受之當時應當分別有無惡意。其明知爲非自己所應有而收受者。自係惡意。若一時未及注意。認爲或者係我所應有。或認爲他人基於尚未知悉之或種原因而交付於我。即暫時收受。在未確知爲我應否收受之前。尚不能認爲有何惡

意。以不能即以誤受而科以普通侵占罪。必至已確知他人係誤交之時。若仍不予返還。始能以侵占論罪。但仍當以侵占遺失物論。必自始確知為交付別人之物而以侵占之意收受者。始可論以普通侵占罪。

(三) 侵占已受查封而歸自己保管之自己所有物 依新刑法第三百五十九條之規定。自己所有物已受查封而歸自己保管者。以他人所有物論。此雖侵占自己之所有物。仍準侵占論罪。在此種侵占行為。祇要除在其查封之標識足矣。無須為他種侵占行為也。

#### 第四 親屬相侵占

親屬相侵占者。即新刑法第三百五十九條之所規定。於直系親屬配偶或同財共居親屬之間犯本罪者得免除其刑。

#### 第十節 毀棄損壞罪

毀棄損壞罪者。對於他人之所有物予以毀損也。祇要有故意毀損之行為。於其毀損之目的如何。在所不問。因被侵害之客體及行為者之方法不同。而處罰之輕重亦異。茲分述之。

## 第一 單純毀棄損壞罪

單純毀棄損壞罪者。對於他人所有物加以毀損而無持種情形者也。計有三種。

(一)毀損文書罪 文書者。爲定著於有體物上之文字或符號。足以表明人之意思者也。無種類形體之限制。皆可稱爲文書。卽皆足爲本罪之客體。但依新刑法之所規定者。關於本罪之客體以私文書爲限。因毀損公文書罪已列於妨害公務罪內矣。而在暫行律則亦列入本罪之內。殊欠妥當。蓋本罪爲侵害個人法益之罪。而公文書乃屬國家法益也。又暫行律第四百零四條所規定之私文書。以有關他人之權利義務者爲限。新刑法以其含義稍欠明晰。不取該項標準。而改爲足以損害於公衆或他人者爲限。似較妥協。蓋僅云關係他人權利義務之文書。則債權人所持有之他人債券。亦係關係他人義務之文書。若債權人自行毀棄。亦將構成犯罪。故依新刑法第三百八十條之規定。毀棄損壞他人文書或致令不堪用。足以生損害於公衆或他人者。處三年以下有期徒刑。或五百元以下罰金。其構成之特別要件有三。(1)要有毀棄損壞或致令不堪用之行爲。所謂毀棄者。將物體之全部銷毀也。例如將器具燒毀是。損壞者使物質受有損壞。不問減損其效用否也。例如損壞鐘表之外形是。致令不堪用



者。物質雖未銷毀或未損壞。但其效用已失也。例如以利針拋置田中是。(2)其客體要係文書。文書原可包括公私文書在內。惟本罪之所謂文書。以他人之文書爲限。而公文書不與焉。即無所屬之文書及自己之文書亦不能爲本罪之客體。但若因毀損而有害於公衆或他人時。則不在此限耳。(3)要足以損害於公衆或他人。即公衆或他人因其毀棄損壞行爲足以生損害之結果也。其不致生損害之結果者。雖有毀棄損壞行爲。應不論罪。例如拋棄於字籠之他人文書。雖予以毀棄損壞。於他人或公衆無損害之可言也。須注意者。所謂足以生損害云者。祇要足以生損害。不必要已有損害之發生也。

## (二)毀壞建築物罪

建築物包括一切房屋廬廠在內。又鑛坑船艦亦係本罪之客體。故依新

刑法第三百八十一條第一項之規定云。毀壞他人建築物鑛坑船艦或致令不堪用者。處六月以上五年以下有期徒刑。其構成之特別要件有二。(1)要有毀壞或致令不堪用之行爲。(2)其客體要係建築物鑛坑船艦。依新刑法祇要係建築物鑛坑船艦。無類數之區別。其處刑亦無差等。而依暫行律第四百零五條之規定。則以情形及種類之不同爲分別處罰輕重之標準。對於普通建築物鑛坑船艦之毀損。僅處三等至五等有期徒刑。而於次列各種則處二等或三等有期徒刑(A)在城鎮及其他人煙稠

密處所之建築物。(B)陳列儲藏多數宗教科學美術工藝上貴重圖書物品之建築物。(C)宗教或歷史上之貴重建築物。(D)儲藏硝磺彈藥或軍需品之倉庫及其他建築物。(E)多數執業或止宿之鑛坑兵營學堂病院救濟所工場寄宿舍獄舍及其他建築物。(F)現有多衆集會之寺院戲場旅店及其他建築物。(G)現有多種乘坐之船艦。以上各種。或因關於生命身體之危險。或爲重要之儲藏。與毀損普通建築物不同。故不得不加重處罰。在新刑法以爲無區別之必要。僅科以同等之刑罰。似覺不及暫行律之嚴密。又依新刑法第三百八十一條第二項之規定。因而致人於死或重傷者。比較故意傷害罪從重處斷。亦與暫行律之規定異。在暫行律則須依俱發論罪。而合併處刑也。

### (三)毀損文書及建築物等以外之物罪

除前兩類所列舉之物外。其餘各物亦當在法律保護之內。亦不容他人無故加以毀損。不過其處刑較輕耳。依新刑法第三百八十二條之規定云。毀損前二條以外之他人所有物或致令不堪用。若足生損害於公衆或他人者。處一年以下有期徒刑拘役。或五百元以下罰金。其構成之特別要件有二。(1)要有毀損之行爲。(2)其客體要係文書及建築物鑛坑船艦以外之物。卽不論動物植物鑛物。凡係有價值之品。上自珠寶。下至粗細用具皆屬之。惟依

暫行律之規定尚有次列二項(A)漏逸他人所有之煤氣蒸汽及其他氣體或流動物。或以其他法致令喪失效用者。(B)縱逸他人所有之動物致令喪失者。而新刑法以其事涉輕微而不設規定。殊覺欠缺。蓋對於氣體之漏逸及動物縱逸。亦係損失他人之財物。其價值不徒不必皆在各物之下。且有時其價值尚在各物之上者。豈能以漏逸及縱逸之手段較毀損為輕乎。况漏縱亦即毀棄之義。烏可摒而不論乎。然就實際論之。仍可包括於毀損之內也。

## 第二 準毀棄損壞罪

準毀棄損壞罪者。別於單純毀損罪之情形而言也。計有三種。茲分述之。

### (一) 以詐術使人自行損害財產之罪

以詐術使人損害財產。雖係間接對他人財產為

損害之行爲。然既以詐術爲手段。實無異直接加入以損害。新刑法特設處罰之規定。似較暫行律爲周密。依該法第三百八十三條之規定。意圖損害他人。以詐術使本人或第三人爲財產上之處分。致生財產上之損害者。處三年以下有期徒刑。或五百元以下罰金。其構成之特別要件有三。(1)以詐術使人爲財產上之處分。即他人處分其財產之原因出自使用詐術者之動機也。祇要其處分財產之動

機係由於詐術之使用。其受欺者係處分其本人財產或第三人之財產。皆所不問。例如詐稱某種公債票即將作廢。慫恿其持有之人以賤價賣出。或偽稱受債票所有人之囑向債票持有人爲上項之通知。皆當以詐術使人爲財產上之處分論。但若無欺罔他人之故意。僅係聞自風說而爲善意之勸告時。則不能論罪。例如風聞某項債票將漲或將跌而據以轉告時。其人雖因而受有損失。尙難以本罪論。(2) 要以損害他人之財產爲目的。卽其目的係意圖他人受財產上之損失也。若無損害他人財產之目的。或係以利自己爲目的。皆不能構成本罪。其以利自己爲目的時。則與詐欺取財無異。自非本罪之所謂損害。至無損害他人之故意。又係一種無責任之行爲。故皆非本罪之範圍也。(3) 要因而生有財產上之損害。卽因其行爲而實行損害其財產也。若依其詐術而行之。其結果并未受有損失。或反而得有利益。則雖有使用詐術之行使。亦不爲罪也。

## (二) 毀壞處分或隱匿債權人之財產罪

本罪爲暫行律所無。蓋債務人爲避免強制執行而隱匿或處分其財者。事所恆有。且多半係爲圖自己之利益起見而爲之。未必一切情形均能合於毀損罪之要件也。依新刑法第三百八十四條之規定。債務人於將受強制執行之際。意圖損害債權人

之債權而毀壞處分或隱匿其財產者。處三年以下有期徒刑拘役。或五百元以下罰金。其構成之特別要件有三。(1)要以損害債權人之債權爲目的。即其目的專在損害債權人之債權。而無圖利自己之意思。若限圖利自己之意思而爲之。則雖有損害債權人之債權。依本條之文義解釋之。應不屬於本罪之範圍。(2)要有毀壞處分或隱匿之行爲。所謂毀壞者。予以破壞而無利於己之行爲也。所謂處分者。以之轉賣或抵押於他人之行爲也。所謂隱匿者。匿而不報或以種種方法使該項財產無從發現也。(3)要係於將受強制執行之際爲之。若在強制執行以前所爲之行爲。則不在本罪範圍之內。

(三)毀壞爲他人所保管之自己所有罪 依新刑法第三百八十五條之規定。自己所有物已受查封或擔負質權。或已貸貨者。關於本罪以他人所有物論。是該項財產雖係自己所有。然已受查封。或擔負質權。或已貸貨。即與他人之權利有關。不容自己擅自毀損。所以保護他人之權利也。又新刑法第三百四十條之規定。於本節之罪亦準用之。

### 第十一節 贓物罪

贓物者。因犯關於財產之罪所取得之物也。若非犯關於財產罪所得之物。如因賭博所得之物。是不得

謂之贓物。蓋因賭博所得之財物。無財產被害之性質。而被害人亦無回復贓物之權。故其財物雖因犯罪所得。仍與贓物之性質不同。至因贓物而換得之財物。依新刑法第三百七十六條第三項之規定。仍以贓物論。在暫行律不徒無得論以贓物之明文。且於該律實施之前大理院解釋亦否認之。按該院統字第一二四一號內稱贓物罪所稱贓物。係指不法行為人以不法行為侵害他人財產權所得他人之原財物。他人得請求交還者而言。一經變換性質。卽不得作爲贓物。是不認以贓物變賣之財物爲贓物也。又必其物已脫離原持有人支配之下方能謂之贓物。若尚在原持有人手中者亦不得謂之贓物。蓋尚在原持有人手中時。其實施犯罪之本行動尚未完成。實施犯罪之本行為既尚未完成。自無事後共犯之贓物罪可言。論贓物罪之性質雖爲事後共犯。實際上并非共犯。乃係本犯罪行為完成後之一種與本犯罪有聯絡關係之行為也。故在刑法上認爲一種獨立犯罪。不過此種獨立犯罪必在另一犯罪完成之後耳。至另一犯罪行為於完成後是否處罰則在所不問也。例如另一犯罪行為爲竊盜。於竊得之物則爲贓物。其竊盜罪是否處罰。與贓物罪之成立無關。若竊取之人爲十三歲未滿之人。對於犯竊盜罪之本人自不處罰。而對於運送贓物者仍不能免罪。又如收受他人之子所竊取其父之物。其子

可不處罰。而收受者仍以收受贓物論罪也。

## 第一 單純贓物罪

單純贓物罪者。犯贓物罪而無特種之加重情形者也。依新刑法第三百七十六條之規定。以其情形之不同。可分爲五種。

(一) 收受贓物罪 收受者。由他人將其物移歸自己所有也。從文義解釋之。其原因或由於贈與。或由於寄託。或由於買入。凡領得其物之一切行爲應均可包括在內。惟前之所謂收受。以由於贈與者爲限。因收買及寄託等行爲於本條第二項已另有規定也。又本罪應以知情收受而成立。所謂知情者。知其由於犯財產罪所得之贓物也。能知其詳情與否。則在所不問。祇要知其爲贓物足矣。故本罪構成之特別要件有三。(1)要明知爲贓物。(2)要有實行收受之行爲。(3)要係由於贈與而收受。

(二) 搬運贓物罪 搬運者。爲物之移送也。搬運贓物者。於他人犯財產罪完成之後而爲之搬運。其所得之物也。其構成犯罪之特別要件有三。(1)要有搬運之行爲。(2)要明知爲贓物。即明知其取得之原因爲犯財產罪而來也。否則。因賭博所得之財物。雖爲犯罪所得。不能論爲贓物。若於犯財產罪

後將所得之金錢購置物品。對於搬運其物。本不能以搬運贓物論罪。但依本條第三項有因贓物變得之財物亦以贓物論之規定。則又不能不解爲搬運贓物。衡之情理殊難謂當也。(3)要係於他人犯罪完成後間接爲之搬運者。卽於犯罪行爲未完成以前未曾加入也。若在他人犯罪尙未完成以前直接爲之搬運。卽當以共犯論罪。例如竊盜入室竊取。於竊得之物卽時爲之傳遞。則應論以共同竊盜之罪。不能以本罪論也。

(二)寄藏贓物罪 寄藏者。受人寄託而代爲收藏也。寄藏贓物者。明知爲贓物而爲之收藏也。卽俗所謂窩贓是。其構成犯罪之特別要件有三。(1)要有收藏之行爲。所謂收藏者。不必要有藏匿之行爲。祇要接收其物而爲之安置於一定處所足矣。例如代人牧放搶得之羊。雖非藏匿。仍以本罪論。(2)要明知所寄者爲贓物。(3)要以受寄爲原因。卽係受犯人之寄託而爲之收藏也。於自己有無利益及有無收藏代價。皆所不問。若以他種原因而爲收藏。雖仍爲犯罪。但不能以本罪論也。

(四)收買贓物罪 收買者。以代價購物也。收買贓物者。明知爲贓物而以代價購取之也。其構成犯罪之特別要件有二。(1)要有收買之行爲。卽有償取得其物是也。其爲直接買自犯人之手。或間



接買自販賣贓物者之手。皆所不問。(2)要明知所買者爲贓物。

(五)爲贓物之牙保罪 牙保者。居中介紹之謂也。爲贓物之牙保者。明知爲贓物而爲之介紹也。其構成犯罪之特別要件有二。(1)要有爲牙保之行爲。卽以贓物爲目的物。而爲買賣交換寄託或運輸等行爲之介紹也。并不專以爲之買賣爲限。又行爲者直接爲之。或間接爲之。又或用自己之名義爲之。或用他人之名義爲之。皆所不問也。(2)要明知爲贓物。

### 第二一 加重贓物罪

加重贓物罪者。以犯贓物罪爲常業者也。依新刑法第三百七十七條之規定。以犯贓物罪爲常業者。處六月以上五年以下有期徒刑。得併科三千元以下罰金。其所以加重處罰者。蓋既以犯贓物罪爲常業。不徒其惡性較重。且足資犯財產罪之便利。爲害於社會亦較大也。

### 第二二 準贓物罪

準贓物罪者。對於因犯準竊盜罪準侵占罪等所得之贓物也。在暫行律有第三百九十八條之規定。其處罰亦較單純贓物罪爲輕。但新刑法於贓物罪內無此種規定。是以普通贓物同論也。

#### 第四 關於親屬間之贓物罪

關於親屬間之贓物罪者。即對於直系親屬間及同財共居親屬間所犯之贓物罪也。依新刑法第三百七十八條之規定。免除其刑。所謂免除其刑者。絕對不能處以刑罰也。與親屬相盜及親屬相詐欺等罪之得免除其刑者異矣。但於其餘親屬間之犯贓物罪者。則無待告訴。即能由檢察官直接訴追也。

#### 第十二節 本章各罪之未遂及既遂

##### 第一 本章各罪之兼罰未遂者

本章各罪之兼罰未遂者。計有次列各種。

(一)竊盜罪 本罪依暫行律及新刑法之規定。均罰未遂。其既遂未遂之標準。雖學者間之主張不同。要以取得說爲當。即以取得其物爲既遂。尙未取得其物爲未遂。但若於取得之後。復行拋棄。或因人追逐而遺落。雖未將物攜去。仍以既遂論也。

(二)強盜罪 本罪除因死傷而適用加重之規定外。在暫行律及新刑法。皆罰未遂。其既遂未遂之標準。仍以主張取得說者爲多。

(三) 搶奪罪 本罪與強盜罪同。

(四) 恐嚇取財罪 本罪除同謀擄人勒贖外均罰未遂。在單純恐嚇取財罪。以取得財物爲既遂。未取得時爲未遂。而擄人勒贖罪則當以實行將所擄之人置於自己監督範圍內時爲既遂。否則爲未遂。不必以得財與否爲既遂未遂之標準也。但因死傷而適用加重之規定時。則無未遂可言也。

(五) 詐欺取財罪 本罪在暫行律及新刑法皆罰未遂。其既遂未遂之標準。以他人已將所有物交付或已獲得其利益時方爲既遂。否則爲未遂。

(六) 乘機取財罪 本罪亦兼罰未遂。其區別既遂未遂之標準。與詐欺取財同。

(七) 背信圖利罪 本罪亦兼罰未遂。其區別既遂未遂之標準。與詐欺取財同。

(八) 侵占罪 本罪除關於侵占漂流物遺失物或他人離本人所持有之物外。均兼罰未遂。其區別既遂未遂之標準。以實施其處分行爲或變持有爲所有之行爲終了後爲既遂。否則爲未遂。

(九) 毀棄損壞罪 本罪除毀壞建築物鑛坑船艦兼罰未遂外。其餘各條不罰未遂。其區別既遂未遂之標準。以已有損壞之結果者爲既遂。否則爲未遂。

## 第二 本章各罪之祇罰既遂者

本章各罪之祇罰既遂者計有左列各種。

(一) 因犯強盜罪或搶奪罪而致人死傷之罪 本罪祇罰既遂。即係以有無結果之發生爲區別既遂未遂之標準也。

(二) 同謀擄人勒贖罪 凡同謀爲擄人勒贖之犯罪者。祇罰既遂。其區別既遂未遂之標準。以與之同謀者實施其行爲達於既遂之程度時爲既遂。否則爲未遂。

(三) 侵占漂流物遺失物及離其本人所持有之物罪 本罪祇罰既遂。其區別既遂未遂之標準。以實施其侵占行爲終了後爲既遂。否則爲未遂。

(四) 毀棄損壞罪 本罪除毀壞建築物鑛坑船艦兼罰未遂者。前已述及外。其餘各條之罪均祇罰既遂。其區別既遂未遂之標準。以有毀棄損壞之結果者爲既遂。否則爲未遂。

(五) 贓物罪 本罪祇罰既遂。不罰未遂。其區別既遂未遂之標準。以有實行收受搬運收買寄藏或爲牙保之行爲後爲既遂。否則爲未遂。

第十三節 本章各罪之訴追

本章各罪除關於親屬相盜。親屬相侵占。親屬詐欺背信。均須告訴乃論。前已於各本節述及外。尚有毀棄損壞罪內之毀棄損壞他人文書罪。毀損文書及建築物以外各物之罪。并損害債權人之債權罪。均須告訴乃論。

