

# 刑法學總論

---

上  
卷

郭衛元覺  
著

# 刑法學總論上卷目錄

郭衛 元覺 著

本總論以闡明刑法上之原理原則及其變遷并現行刑法之內容爲範圍。其編撰之標準。一以明顯正確爲主。若遇名詞稍涉艱深。則詳以解釋。制度或有歧異。則附以說明。意義難於領悟。則舉以實例。衆說無所折衷。則參以己見。未附各國刑總條文以資參考。其非篇中要義亦宜徵引以資借鏡者均於講授時敘述。概不闌入。蓋初學患在不得綱領。若拉雜陳說。則讀者於要義未得。而腹中之狐疑已滿。欲解其惑也難矣。故鄙意研究斯學者當分三步。初宜領略其本義。務求絲毫無惑。繼則旁通其曲徑。漸至無微不至。然後從事中外之比較。評其得失。明其短長。庶乎有成。同學諸子亟注意焉。

中華民國十四年新秋著者謹誌



# 第一編 緒論

## 第一章 刑法之導說

### 第一節 刑事責任與民事責任

### 第二節 刑法學與刑事學

### 第三節 刑法與刑法事

## 第二章 刑法之意義及其內容

## 第三章 刑罰權之根據及其主義

## 第四章 刑罰制度之主義

## 第五章 刑法沿革之概略

### 第一節 世界刑法沿革概略

### 第二節 中國刑法沿革概略

## 第六章 刑法之解釋

## 第七章 刑法之種類及其效力

一

一

四

一

一一

一五

一一

一四

一四

一八

四二

七二

第一節	刑法之種類	七二
第二節	刑法關於時之效力	七五
第三節	刑法關於人與地之效力	八四
第四節	刑法總則對於其他法規之效力	一〇〇
第八章	國際上關於刑法之共助	一一一
第一節	犯人引渡之共助	一一一
第二節	調查證據之共助	一一六
<b>第一編</b>	<b>犯罪論</b>	
第一章	犯罪之意義	一一七
第二章	犯罪之主體	一二一
第三章	犯罪之客體	一二四
第四章	犯罪行為之概說	一二五
第五章	犯罪行為之階級	一二九

第一節 犯意之表示	一三〇
第二節 豫備	一三三
第三節 著手	一三四
第四節 實行	一三五
第六章 犯罪行為之不完全	一三六
第一節 未遂犯	一三六
第二節 中止犯	一四〇
第三節 不能犯	一四四
第七章 犯罪行為之責任	一四七
第一節 責任能力	一四七
第二節 責任條件	一六〇
第三節 錯誤	一七一
第四節 因果關係	一七四

第八章	違法之阻却	一七八
第一節	正當防衛	一七九
第二節	緊急狀態	一九〇
第三節	基於法令之行爲	一九九
第四節	爲業務或習慣所認許之行爲	二〇二
第五節	對於破毀自己法益之行爲	二〇四
第六節	對於被害者承諾之行爲	二〇五
第九章	犯罪之種類	二〇六
第一節	刑事犯與行政犯	二〇六
第二節	現行犯與非現行犯	二〇六
第三節	國事犯與非國事犯	二〇七
第四節	即成犯與繼續犯	二〇八
第五節	親告罪與非親告罪	二〇九

第十章 共犯	111
第一節 共同正犯	118
第二節 從犯	126
第三節 造意犯	129
第十一章 俱發	133
第一節 數所爲一罪	133
第二節 一所爲數結果	138
第三節 法規之競合	139
第四節 俱發之處分	140
第十二章 累犯	145
第十三章 犯罪成立之時	151

刑法學總論上卷目錄終

# 刑法學總論

## 第一編 緒論

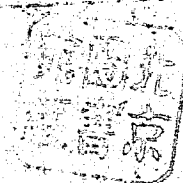
### 第一章 刑法之導說

研究刑法應先知何爲刑法。欲知何爲刑法。非驟讀其定義所能明曉也。茲於未述其定義以前。先就左列各節予以說明。爲之先導焉。

#### 第一節 刑事責任與民事責任

法律者所以制裁不法行爲。以保護人之法益者也。法律責任即緣此不法行爲而發生。故違反法律者必負法律上之責任。在不法行爲有民刑之分。而法律責任亦有民刑之別。屬於民事者爲民事上不法行爲。應負民事上之法律責任。屬於刑事者爲刑事上不法行爲。應負刑事上之法律責任。但亦有於同一不法行爲兼負民刑兩方之責任者。以民刑之本質各異焉。例如故意損壞他人之財物者。在民事上固應負損害賠償之責。而同時在刑事上應處以刑

郭衛元覺



(四)



罰。蓋民事責任以填補因不法行爲所生之缺陷，而恢復其原狀爲目的者也。刑事責任以排除因不法行爲所生之危險，而確保社會之安寧爲目的者也。故關於民事方面，原以填補因不法行爲所生之損害爲度。當注重過去之事實。其處置之方法，不過依其實害之大小，予以回復而已。而刑事方面，既以預防社會之危險爲目的。換言之，卽以撲滅犯罪爲目的。當注重社會之將來。不僅以填補損害爲已足。自非視其感應力如何，而加以有特種效果之刑罰。不可在昔民事與刑事併爲一體。公法與私法混而未分。以爲同一不法行爲，加以一種制裁卽爲已足。緊未知兩種責任之本質各別也。徵之中西往代之制度，莫不同然。至今日民刑區分界限甚明。故研究刑法者不可不先知其概略。

法律上對於人之行爲可分爲三種。卽放任行爲、禁止行爲、命令行爲是也。對於其行爲不加干涉，而任便其作爲或不作爲者爲放任行爲。例如作工及營業等是。對於其行爲加以禁止者爲禁止行爲。例如殺人放火是。對於其不行爲加以禁止者爲命令行爲。例如有哺育嬰兒之義務者不予哺育是。凡爲禁止之行爲或不爲命令之行爲者均曰不法。均可稱爲不法行爲。

法益爲應受法律保護之利益也。蓋法律於凡人所受之利益，必區別其爲正當與否。正當者保護之，不正當者排除之。此種應受保護之利益，簡稱之卽法益。法益又可分爲國家之法益。如政務是。社會之法益。如風俗是。個人之法益。如生命身體自由名譽財產是。國家對於法益常以公力保護之。其保護之方法約可分爲三種。在民法方面爲強制履行（惟對於婚姻之判決不能強制履行）及回復侵害賠償損失。在刑法方面卽爲處罰。

刑法以預防社會之危險爲目的固也。然以理論推想之。凡損人利己之行爲皆於社會有危險。何以必涉及刑事然後加以預防乎。蓋損人利己爲人之恆情。應於其中之程度及手段加以區別。對於無惡性而損人以求利己者。祇須引入兩者公平之狀態足矣。其有懷惡性以損人利己。或利第三人者。若任其惡性之長此存在。勢必危及將來之社會。國家爲創除其惡性起見。故使負刑事責任。以保社會後此之危險也。

刑法爲公法之一種。考中西法制沿革。皆先有公法後有私法。當公私法未區別以前。私法多包括於公法之中。我國自上古以至清季。向無私法。不過於公法中有關於私法之附帶規定而已。例如前清現行刑律謂妻在以妾爲妻者處九等罰。其規定之本旨爲處罰耳。但

亦可知妻在不許以妾爲妻也。

## 第二節 刑法學與刑事學

刑法學者。於實在之刑法上研究犯罪及刑罰之原理原則及適用也。刑事學者。研究犯罪之原因及防止之政策。以爲刑法上立法計畫及運用方針之指導也。刑法學約分三種。卽比較刑法學。沿革刑法學。解釋刑法學是已。比較刑法學。以比較各國之現行刑法。而以發見刑法原則之異同爲主旨。沿革刑法學。卽就古今刑法爲歷史的論究。亦以發見歷代刑法原則之異同爲主旨。換言之。卽歷代之比較刑法學也。解釋刑法學。係就一國之現行刑法分條討究。而以得其立法之原則及適用爲主旨。卽通常所稱之刑法學。略言之。卽刑法。所不同於比較及沿革兩種者。一則用以備立法事業參攷之資料。一則求現在之適用也。

原理者。在法律上應解爲一切規則之真理。亦設立一切規則之原因也。在哲學上則謂原理爲一切真理之基礎。兼包思想上各種要素而成確實之根本真理也。原則者。多數事物共同之法則也。在法律上應解爲多數規則所適用之固定規則。例如法律以不溯既往爲原則。是。

至刑事學所應研究者。則不在法律之關係及其意義。乃爲犯罪之原因及政策。關於犯罪之原因。約分三學派。卽刑事社會學。刑事人類學。是已。主張刑事社會學者。謂犯罪之原因。當從社會之狀況求之。蓋一國政治教育實業之若何設施。與社會狀況之是否良善。皆與犯罪有莫大之影響。他如氣候之差別。人口之多寡。亦甚有關係。故城市之犯罪者多。鄉僻之犯罪者少。熱帶之犯罪者多。寒帶之犯罪者少。革命時代之犯罪者多。平時之犯罪者少。又如春夏多身體犯。秋冬多財產犯。繁華區域多犯姦淫。山僻之地多犯殺傷。推而至於新聞之資料。戲劇之內容。每有影響於犯罪之多寡。足以知犯罪實多由於社會之環境不良。有以致之。欲審查犯罪之原因。自非從社會方面加以詳細之考究不可。主張刑事人類學者。謂犯罪之原因。當從個人之狀況求之。蓋人之生理作用各有不同。而心理作用因之亦異。於犯罪均有直接之關係。例如遺傳性之犯人。受其祖先之遺傳。其犯罪之性質。已起於先天矣。習慣性之犯人。雖非受先天之遺傳。而因出生後之生活狀態。致失其善良之性質。雖屢陷於罪戾。不但不覺自覺。且視爲正當之業務。而不以爲異。綠林海盜等之怙惡不悛。卽其明徵。至癩狂犯人。雖非由於慣性不良。然因一時神經之錯亂。易致犯罪。他如偶發的犯人。激情的犯人。或爲一時外界

之影響所啓發。或爲忿怒嫌惡妒嫉所激動。不能自抑。以致犯罪。皆因其性格之不能堅定也。此外因男女之性別而犯罪之狀態亦有不同者。

以上二派皆爲研究犯罪之原因者。惟一則偏於個人性格。而置社會狀況於不顧。一則偏於社會狀況。而置個人性格於不顧。二者均有所失。於是有所折衷派出而調和。謂犯罪之原因固不能專從社會方面觀察。亦不能專從個人方面觀察。必合兩方面之情狀而研究之。衷於至當。始得完足。依此學派可分犯罪原因爲二種。一則因其本性而犯罪者。卽慣習於暴戾殘忍淫蕩所犯之罪是也。一則非因其本性所犯之罪。卽本無惡性。第因一時之激動感觸而犯罪是也。

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

熱帶與寒帶之犯罪不同者。因天氣之寒熱與人體之性格頗有關係。蓋天寒則性近收斂。收斂則入於謹愿。謹愿則不欲多事。故犯罪者必少。以視我國之北方各省。可以知矣。天熱

則性近發揚。發揚則入於放肆。放肆則舉動無節。故犯罪者必多。以視我國南方各省。可以知矣。

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

犯罪因氣候有不同者。即身體犯與財產犯。身體犯如殺傷毆辱。是在春夏之間。單衣足溫。繩樞無寒。游行交接。日趨繁多。益以性近發揚。故鬥毆之事必多。一入秋冬之候。欲求飽暖。較夏日為難。而需要加劇。故詐竊之事必多。

繁華區域人多溫飽。溫飽之餘。嬉游徵逐。競圖逸樂。所謂飽暖即思淫慾也。故姦淫之罪犯。多於繁華區域見之。山僻之地。多以苦力自營其生活。勞即得食。逸則必饑。終年僕僕。其筋

骨既勞其體格亦健。皆足增強悍。堅其氣節。俗諺謂城市讎貧。鄉僻讎淫。有由然也。故殺傷之罪犯多於山僻之地見之。

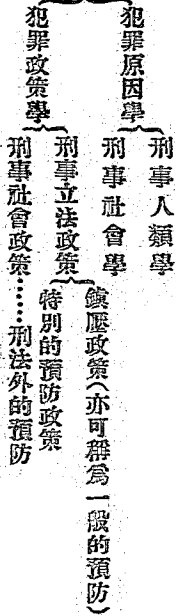
犯罪之出於偶然之觀念所促成者。多由於忿激之觸發。或受不平之待遇。其惡性必甚淺。稍加制裁。則不致再犯。但有由於祖先之遺傳。或由於長時間之積習者。殊非刑罰法令之效力所易奏效。試檢水滸傳而熟誦之。可知梁山泊中人。其耳目之所濡染者。皆以盜賊爲正義。官廳爲惡魔。試使吾人易地而處。亦罔不作如是想也。然則對於此等罪犯。豈刑罰之效力所能及哉。

犯罪之原因已如上所述。但既知其原因所在。則應籌所以撲滅之法。即防止之政策是已。防止之政策。不外鎮壓及預防。從來中西刑法。多主鎮壓政策。其實鎮壓亦預防之一種也。鎮壓以威嚇爲其手段。所謂辟以止辟。及刑亂國用重典等主義。皆以威嚇手段行其鎮壓政策也。至近時多知鎮壓政策收效甚微。一變而爲預防政策之主張。預防有刑法上的預防及刑法外的預防。刑法外的預防以教育生計等問題爲主旨。蓋犯罪原因之由於性格不良者。宜以教育感化之。犯罪原因之由於社會困苦者。宜代籌生計以安慰之感。化安慰之結果實足以

減少犯罪之根源。爲今日講求刑事政策者所認爲唯一之方法也。但際此過度時代。若純取預防政策。恐不能確保社會之安寧。而鎮壓政策似尙未可遽予廢除。必使二者相倚爲用。實爲並行而不悖者。

刑事政策爲研究刑事學者所應注重之點。以廣義言之。可包括刑事社會政策及刑事立法政策。以狹義言之。則專指刑事立法刑策也。刑事立法政策者。研究應制定如何之刑法。始克達到防止犯罪之目的。而收刑罰之效果也。刑事社會政策者。研究於刑法外有如何之方法。足以防止犯罪之發生也。故屬於前者。不外以刑法爲鎮壓與預防之手段。屬於後者。完全適用刑法以外之方法。以施行預防之手段也。試列表以明之。

## 刑事學



觀右表可知刑事政策皆預防政策也。不過立法政策以刑法爲預防之具。社會政策以刑



法以外之方法爲預防之具耳。至一般的預防政策係專從社會與被害者方面觀察。欲用威嚇手段施諸犯人。俾犯人以外之人得知所畏懼。而不敢爲犯罪之行爲。昔時刑法皆取此政策。近則鑒於威嚇之不盡可能。乃施以特別預防。專從犯人方面加以觀察。使犯人於受刑以後趨於社會的適合。不致再犯。其收效較易也。刑事社會政策之任務約可分爲數端。例如設出獄人保護會以防止出獄後之再犯。設感化院以處置幼年犯罪者。設精神病院以爲處置瘋狂人犯罪者。他如教育宗教之感化。社會經濟之調節。治安警察之改良。恤工救貧之實行。皆爲刑法以外所應行之預防政策也。

至最近學者所注意之刑事政策略舉如次。(其說明詳於以後各章)

- (一) 推行刑法以外之預防政策(教育生計及各種事業之改良)
- (二) 厲行改善主義(改良徒刑之執行)
- (三) 對於懊悔者予以假釋(實行假釋制度)
- (四) 對於偶然犯罪者予以緩刑(實行緩刑制度)
- (五) 死刑卽不廢除亦應減少其受執行之痛苦(如用電氣殺瓦斯殺)

(六) 矯除短期徒刑之弊害(換處罰金等類)

(七) 幼者及精神病者犯罪之處置(瘋狂院感化院之設置)

(八) 使審判官研究犯罪學(嚴密訓練法官)

(九) 犯人出獄後之保護(出獄人保護會之設置)

## 第二節 刑法與刑事法

刑事法者。關於刑法律規之全體也。刑法僅爲全部中之一部分耳。茲以表明之。

刑事手續法(刑事訴訟法)

刑事實體法(刑法)

## 刑事法

刑事法院編制法(法院編制法之一部分)

關於刑事執行之法規(監獄法)

關於司法警察之法規

以上五種。從廣義言之。皆刑事法也。但監獄法及關於司法警察之法規。有不主張列入刑事法範圍內者。蓋監獄在今日多認爲行政事項之一。故日本監獄局已由司法省改屬內務省管轄。司法警察除直接由檢察廳管轄者外。皆由行政警察兼任。且其作用亦行政之一也。

故亦難完全劃入刑事法範圍之內。然則狹義之刑事法，僅有刑事手續法、刑事實體法、刑事法院編制法而已。

凡稱司法警察者，不以檢察廳所專用之司法警察爲限。一切行政警察區長、區員、警察所長、巡官、巡長及憲兵官長、兵士等，皆得執行司法警察職務。故巡警長官於執行檢察事務時，與檢察廳長官有同一職權。（查增定檢察廳調度司法警察章程第一條云：京外憲兵隊長、官官、警察廳長、順天府尹、觀察使、縣知事，各於其所管區域內爲司法警察官。）各級檢察廳檢察官，皆可使用司法部所製定之指揮證，以指揮司法警察。

## 第二章 刑法之意義及其內容

刑法者，規定關於犯罪及刑罰之公法也。申言之，即對於犯罪之一定行爲，與以有刑罰之法律效果之法規也。例如其人有一定犯罪之行爲，即以一種有刑罰效果之法律以臨之。此種有刑罰效果之法律，即刑法之本體也。茲分別說明如次。

（一）刑法者，關於犯罪之規定也。凡犯罪者，應加以刑罰爲人人所共知，究以如何之行爲始認爲犯罪，則不可不有一定之範圍。又犯罪由如何之狀態構成，亦不可不有一定之準則。

刑法即所以規定此種範圍及準則也。

(一) 刑法者。關於刑罰之規定也。列舉刑罰之種類。及其執行之法。皆爲關於刑罰之規定也。

(二) 刑法者。公法也。犯罪之發生爲侵害自己以外之法益。自己以外之法益。有關於個人者。有關於社會者。有關於國家者。皆當由代表國家之司法機關。依據刑法以處理之。不使由被害者直接加以制裁。故司法機關之處理犯罪者。實爲國家與犯人之關係。非侵害者與被害者之關係。然則刑法在法律上爲公法也。自無庸疑。

由以上之意義觀察之。刑法之內容實包含犯罪與刑罰二大部分。研究對於如何之行爲始認爲犯罪者曰犯罪論。研究對於犯罪者應加以如何之制裁曰刑罰論。合此二者爲刑法總論。又研究犯何種之罪。應處以何種之刑罰。於其種類之界限。及處刑之輕重。皆加以區區者。爲刑法各論。合總論及各論始爲刑法內容之全體。我國新刑律之內容分總則及分則。總則即總論所研究者也。分則即各論所研究者也。

刑法之實質。乃人類行爲之準則。以其可視其人類行爲之準則。故應以強制力爲後盾而

促人民於實行。違反者則加以刑罰。但所謂實行。非專指積極的行爲。乃兼指消極的行爲。如爲刑法上所命令之事項。固應積行實行。若爲禁止的事項。則應消極的實行也。由是言之。刑法之制定最少當注意左列各點。

(一) 刑法須有爲人類行爲準則之實質。

(二) 刑法須有強令人民遵守之可能。

(三) 刑法須含有輔助道德維持正義之任務。

(四) 刑法之條文須詳細縝密。不可稍有疏漏。

(五) 刑法中所定之刑罰須有可以活動運用之性質。以因應其犯罪種類之適合。

又有謂民事上之制裁。若已認爲滿足之時。卽不應再予以刑事上之制裁者。卽刑事上之制裁不宜輕予適用也。蓋謂國家之有刑罰。猶利刃耳。倘用違其當。不徒予人民以枉屈。而國家亦大受其損害。於國家經濟實有最大之影響。蓋謂殺一人則社會少一出力之分子。置一人於獄中則社會暫時減少一分助力。故應罰以金者不必處徒刑。處徒刑爲已足者不必去其生命。

## 第二章 刑罰權之根據及其主義

刑罰權者國家處罰犯人<sub>之</sub>權也。國家何以有此權力。頗爲一般學者所爭論。且有謂國家無此權力者也。其理由有二。(1)謂人民之犯罪猶抱疾也。國家之治犯人猶醫疾也。醫者之治疾。祇應設法去之。不當責其人之不應有疾。國家對於犯人亦祇應設法使不令再犯。感而化之可也。加以刑罰則過矣。此爲持博愛主義者之舊說。(2)謂國家者團體之代表也。受人民之委託以執行職務。斷無被委者能以刑罰加諸委託者之理。此近時持社會主義者之新說。徵之事實。二者皆難承認。故今日多數之學說皆認國家有刑罰權。惟論其根據則不一耳。茲略舉數項如次。

(一)社會契約說。謂社會之起源由於人民之集合。集合之始。實本乎共同之契約。各種制度皆由此種契約而發生。刑罰亦其中制度之一種也。此說在歐洲方面盛倡於十八九世紀間。具非常之勢力。於刑法學上實占重要地位。二十世紀以來。科學日益進步。余以社會之起源實無所謂契約。其說乃淺衰矣。

(二)實利說。謂國家之組織原以謀社會之利益爲主旨。凡有利益於社會者。國家應加以維

持有害於社會者，國家應加以制裁。犯罪乃有害於社會之利益者也。故國家不得不設法以鎮壓之。刑罰即鎮壓之手段也。然亦未足以說明刑罰權之根據。

(三) 神權說，謂刑罰權為神所授予者。此殆為宗教方面之所主張。自未足為有證明之根據。

(四) 自然說，謂由人民組成社會，進而為國家之組織，皆出於自然之趨勢。潮流所至，莫之能逆。當國家組織之初，必由強有力者出而主持之。一切制度悉任其創作。令人民實行遵守。違反者以腕力對付之。刑罰即腕力之代用品也。刑罰權乃由此自然之趨勢而發生矣。此說雖不能確當之證明。然於實際頗相合。

刑罰權之根據，因時代不同而各異其說。其實皆不足為根據也。蓋刑罰為應時勢之需要，用以維持國家社會之安甯秩序耳。不過於相時立法，因事制宜之際，或應從寬，或主從嚴。欲籍以為立法之助，故意倡為學說以惑人。故主張嚴刑峻罰者，必造神權以副其說。反對者乃標契約以實其義。今日刑法已入於科學時代，以科學方法為制刑之標準。於此種案訟，不必費其詞以伸辯之矣。

至國家對於刑罰權之行使，亦各有其主義，可大別之為三大類。(一) 報復主義與目的主義。

報復主義之要旨，謂犯罪者違反正義之行為也。對於其行為科以刑罰者，乃為當然之事。換言之，即刑罰為基於正義之要求，而對於犯罪者所加之報復也。反之，為目的主義，謂刑罰者對於犯罪為一種侵害之事實，而以保全社會之安寧秩序為目的者也。換言之，刑罰者基於社會之必要，而對於犯罪者所加之防衛手段也。夫報復主義，既以刑罰為基於正義之要求，則視刑事上責任為正義上責任。故主張幼者及有精神病者應無責任，而目的主義，係探防衛手段，則對於幼者及有精神病者亦不可不加以刑罰而懲治之。此兩主義之運用各有不同也。(2)事實主義與人格主義。依所犯事實之大小而定犯罪之輕重者，事實主義也。反之，為人格主義。謂刑罰之輕重，當以犯人性格如何而加以何等之處分。不當從客觀主義以定其標準也。夫事實主義既以事實之大小定犯罪之輕重，則對於偶發的犯罪，與習慣的犯罪，將毫無區別。若結果大時，雖偶發的犯人，必從重處罰。結果小時，雖習慣的犯人，其處罰必輕。殊於刑事政策不甚相合。而人格主義，則專以犯人之性格為處罰輕重之標準。置結果之大小全然不顧，亦有未當也。(3)感應主義。謂當視犯人之感應力如何，以定刑罰之輕重。即於客觀的審查犯罪之事實，同時於主觀的考驗犯人之性格，非可偏於一方以為斷定也。其內



容不過合人格主義與事實主義而加以折衷耳。

刑法之主義亦依其時代而變遷。大抵刑法之發生由於報復之觀念。太古時代其報復之權由被害者操之。迨國家成形以後始由國家代行之。國家於代行之初其權未固。造爲神意報復之說。謂刑罰由神主持之。國家代行神權。無論何人不許違反。所謂躬行天罰之說。乃本此而生。歐洲當羅馬教皇執政之時。政教未別。以教主及僧侶行刑罰之權。其根據於神意的報復更無論矣。繼神意報復之說而起者爲道德的報復說。此說之起由於人民信仰神意說稍懈。謂犯罪爲違反道德的準則。刑罰即對此種犯罪之報復也。迨康德起而主張法律的報復。其說盛於十八九世紀。謂刑法爲絕對的命令。乃基於吾人理性之要求而發生。故刑罰應以報復或反坐爲原則也。

目的主義目刑罰爲治療犯罪之具。其所以不同於報應者。報應主義多從主觀立論。以刑罰爲施諸罪惡之報應。此則多從客觀立論。謀犯罪之消滅。從外形觀察頗類於遷善主義。但遷善寓有未來之預防性質。此則祇求消滅而已。所謂賠償主義與贖罪主義皆可包括於此中也。

事實主義爲歷來制定刑法之標準。全憑偶然之結果以定刑罰之輕重。蓋未從刑法之效力上著想也。例如某甲一體面士紳也。偶激於一時之氣忿以致傷人。處以拘役或罰金。已覺媿悔滋甚。某乙一無賴游民也。兇橫暴戾爲其習性。與甲犯同一之罪。而亦僅加以拘罰。其惡性之不能改也必如故。以兩人所犯之事實論之。處罰固應維均。然從刑法之效果觀察之。則對乙非處以較長之徒刑必難改善其性質。故刑法之有無效果當從主觀加以觀察也。感應主義其庶幾乎。

中西刑法既因時代而變遷。從歐洲方面綜合言之。已成爲新舊兩大派別。自羅馬以至十九世紀之末爲舊派勢力瀰漫之時期。舊派以事實及報復主義爲中堅。採取特別的預防刑罰不得不與罪責成正比例也。而新派則以目的及感應主義爲中堅。採取特別的預防政策。謂刑法非懲罰犯罪行爲而設。乃對於預防犯人之危險性而設也。新派之主張既採用特別的預防政策。其目的在於處罰犯人。非罰其犯罪行爲。故頗注重犯罪人類學。分犯人爲生來的、慣習的、偶發的、激情的、瘋狂的等類。對於施刑之種類及分量各依犯人之性格而定。又對於有改善可能性之罪犯。則科以徒刑使之遷善。無改善之希望者。則宜永久

拘禁。以免再犯。若無再犯之虞。之偶然犯罪者。祇須略示懲戒之意爲已足。不必按其所犯事實而科罰也。查最近各國之立法例仍以舊派之原則爲基礎。不過有稍予容納新派之趨勢。尙無完全採用新派之主張者。蓋因現代學者尙多持反對之論調。綜合其理由可得數項。(1)依犯罪人類學之主張。則必人異其法。不能預定法律以科罪犯。直是隨時因罪犯而立法。且依罪犯之性格以爲法。亦不過能適合於小部之情形。未必對於全部分之人類皆能如是。若必貫徹新派之主張。甯毀監獄而設病院。舍刑罰而用醫術矣。(2)對於犯罪人之犯罪行爲本應從主觀及客觀兩方面以爲觀察。以定刑罰之種類及分量。而後始生法律之效力。至若個人之性格如何。苟與罪責無關。決不得爲刑罰之原因。否則僅以犯罪之有無惡性而定刑罰之出入。則有背乎法律所以爲人類行爲準則之根本意義相背馳矣。(3)刑罰之目的既專在預防。則對其罪犯決無再犯之虞時。即令已犯重罪亦可付之不問。例如因失火而延燒。本無放火之惡性。自無再犯之虞。依新派預防之說。似可置不論罪。在刑法必無是理。且預防屬諸警察之處分。刑罰之目的在鎮壓犯罪。決不能以預防之處分屬於刑法範圍也。(4)新派既探目的主義。以犯人之性格爲處刑輕重之標準。然犯

人性格達於如何地位。本難得確實證據以爲證明。若一任審判官之自由臆斷。不徒參差不一。且未免流於專橫。則人民對於法律之保障更難期其安全矣。(5)若以特別預防爲刑法之唯一目的。於一般預防之鎮壓政策全然置之不顧。則難使一般人民知所鑒戒。(6)合乎報應及事實主義之刑罰。本含有道德的彩色。若依新派之主張。完全以無關道德之預防政策以代之。其對於犯罪之科罰與否。又須視有無預防再犯之目的以爲斷。殊有礙於道德觀念之存留。以上皆爲反對新派所持之見解也。

#### 第四章 刑罰制度之主義

犯罪者應處以刑罰。刑罰制度之原則也。惟關於定犯罪與刑罰之方法。則主義不一。大別之有擅斷主義、絕對法定主義、相對法定主義三種。茲分述如次。

(一)擅斷主義 在文化未發達時代。以人爲治。法律簡陋。對於處罰犯人之準則無所規定。卽有之。亦無一定之範圍。一切處分皆出自國家元首及官吏之任意。就一人之見解。本於一時之喜怒而裁判之。對於相等之事件。前後之裁判每不相同。其不能得公平之結果。豈待言哉。

(二)絕對法定主義 自社會進化、法制改善、由罪刑擅斷主義變而爲絕對法定主義。即以法令預定犯罪之成立條件與其應科之刑罰。絕對不許官吏有自由裁量之權。然犯罪之情狀不一。而使合於一定不變之法條。削足適履。往往亦失其平。近世文明諸國已多不採用。

(三)相對法定主義 此係參合絕對法定及擅斷兩主義而折衷之。謂擅斷主義之弊害固多。而絕對法定主義必至一罪累至數千百條。尙不能容其情狀之變幻。馴至法文龐雜。無所適從。運用者不失於比附援引。則必故爲出入。每去立法之本意甚遠。不如由國家制定一種適當之範圍。任裁判官本其當時之情節自由裁量。不致全爲法條所拘束。

以上三種主義自以第三種爲最適當。故我國新刑律採用之。

擅斷主義與法定主義各有優點。各有缺點。主張有治人無治法者。當然以擅斷主義爲適當。然治人之難得已爲不可掩之事實。考合乎人治之資格者。不僅以其人爲一不偏不黨之君子爲已足。蓋卽有矢志持正不偏者矣。或因學識不足。不能辨別其是非。或因道德偶墮。不能堅定其品性。或因善怒不常。偶爾激於感情。或因自信太過。論事任其剛愎。種種牽涉。不一而足。其欲將公平之結果已甚難矣。而其弊害尤不止此。尙有下列數端。(一)法律

本爲人類行爲之準則。人類須有此準則者。俾人民有所適從也。若審判官之判決案件。隨意出入。人民對於何者爲罪。何者不爲罪。將未由預知。將何所適從乎。法律之威信無存矣。(2)立憲國家皆取三權分立之義。司法立法行政各自獨立。不容稍有僭越。若司法官能自由立法。則立法之權被奪。與三權分立之義不符。(3)審判官之見解各人不同。則對於同一事件。必彼此異罰。卽同爲一人。而前後之見解有時亦變。則對於同一事件。必前後異判。不徒國家失其威信。而人民亦必競相干求。以圖徼倖也。緣以上各種原因。故罪刑法定主義應時而起。但絕對的法定主義行之未久而窒礙又生。蓋同一犯罪其內容千差萬別。人之行爲不能盡同。則預定於條文不能悉合。而審判官既無伸縮之權。情重者不免失之過輕。情輕者亦難免失之過重。輕重出入所差甚鉅。準此以求判斷之公允。仍是以五十步笑百步耳。欲救其弊。惟有採用相對的法定主義。庶審判官既有法定範圍可資依據。不敢流於專橫。復能隨其罪狀。以爲伸縮。不致全受拘束。制度之良莫良於此矣。我國新刑律採用此種主義。故於第十條有律無正條不爲罪之規定。而分則各條所定罪刑皆有範圍。足資裁量。以較舊律其便利爲何如耶。

## 第五章 刑法沿革之概略

### 第一節 世界刑法沿革概略

世界各國刑法，其發達多在民法之前。考歐洲之有民法，以羅馬之十二銅標爲其權輿。而在雅典斯巴達強盛時已粗有刑制。十二銅標之制定約在西歷紀元前四五百年。當吾國周代之末葉，而吾國之有法律已在三代以前。可知歐西法律之發達實在吾國後也。至刑法之漸次發達，大抵有一共同經歷之階級。茲爲便於講述，爰分爲四時期以說明之。

十二銅標法者，係以銅製之牌，豎於都市以揭示法律。其數爲十二，故云十二銅標法。相傳十二銅標之公布在羅馬建國後三百〇三年，即紀元前四百五十一年也。設立之後，不過六十年而北方蠻夷侵入羅馬，遂毀於兵燹。其原文已蕩然無存。後世傳所誦者其概略而已。茲列舉如次。

一 提傳程序 二 審問程序 三 執行程序 四 家長權 五 繼承及監護 六 所有權及占有 七 不動產 八 私犯法 九 國法 十 宗教法 十一 第一至第五標之補遺 十二 第六至第十標之補遺

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

報復爲法律的起源已爲一般學者所公認。蓋人類自有往來以後，對於交際間若有不平，等或受他人侵害之時，則必以腕力報復之。其始也以一人對一人，或以一人對多人，又或以多人對一人，往復循環，不能自己。而旁觀者且有獎其奮勇，傳爲美德者。此報復之風，所以日滋也。繼此由個人漸入於血族團體之範圍。凡同血族之中，有被侵者，則全體起而助之。此攻彼守，遂成團體與團體之腕力奮鬥。嗣又由血族的團體擴而爲社會的團體。後由社會的團體，將其權歸之社會團體之長。是以由多數人復變爲少數人矣。由團體長所施



之腕力報復卽刑罰也。

(二)威嚇時代 國家成立以後。人口臻衆。競爭日劇。在人民一方面。風俗習尚不若前此之儉樸。性格亦不若前此之純良。欺詐之行爲。強暴之舉動。遂不免時有發生。欲維持社會之安甯秩序。頗覺不易矣。而元首一方面。威權日固。每肆其專橫。不顧人民痛苦。又以與人民惡感既深。時虞暴發。乃不得不用威嚇手段。以圖鎮壓。於是嚴刑峻罰。無所不用其極。此爲刑罰最慘酷之時代。法蘭西之大革命未始不受其影響也。

自報復時代一變而入於威嚇時代。其刑法之殘酷加甚。蓋言報復者。不過殺人者死。傷人及盜抵罪而已。而持威嚇主義者。其所處刑則不僅達其適當之罪而止。必於適當之刑以外。而加以非分之刑。其目的要在威嚇犯罪者以外之人。使之生長懼之心。與從被害者一方面。或犯人一方面。觀察者不同。處刑之殘酷有由來也。

按法國大革命起於一七八九年。至一八七〇年始得完善之共和政府。

(三)博愛時代 降至十八九世紀之間。社會契約說盛行全歐。而個人之權利思想日益發達。當時學者謂社會之成立。由於個人之集合。個人與社會締結無形之契約。是國家刑罰權

之取得乃由於個人之委託也。對於個人處分不可過酷。一時均爲此種學說所鼓動。乃起而廢止嚴峻之刑罰。改用罪刑法主義。卽以如何行爲爲犯罪。犯如何之罪當處以何等之刑罰。皆預爲之規定。不能任裁判官之自行擅斷也。但經此改革之後。犯罪不見減少。而累犯且加多。故至今而刑罰制度又有所變更矣。

博愛時代之刑法尙非刑法之改良及進步。不過本人道主義及民權主義以反對嚴峻之刑罰耳。於犯人方面被害者方面社會方面均未加以審度。在刑法上觀之。直是一種無目的之主張也。蓋立法必有目的。無目的則徒尙寬緩輕縱。亦於社會無利害可言。故經此改革之後而犯罪不見減少而累犯加多。雖有謂係由於驟然寬緩之故。然要以無目的爲最大之原因焉。

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

刑法之改革當有進步矣。

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

## 第二節 中國刑法沿革概略

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

(一) 第一時期 本時期無完全成文法規可言。其刑罰制度之大要。可於尙書周官中窺見一斑。如舜典中謂象以典刑。流宥五刑。鞭作官刑。扑作教刑。金作贖刑。棗。苔。屏。敎。怙。終。賊。刑。等語是也。此後夏禹商湯以及於周。皆代有其制作。其詳今已多不可考。湯作官刑。定三風十愆。

以傲於有位。似專爲官吏而作。及紂王無道。罪人以族。焚炙忠良。剗剔孕婦。爲炮烙之刑。創醜庸之法。乃專制君主逞其殘暴而已。不能認爲刑罰之制度也。周初刑法。載於周官大司寇。以五刑糾萬民。有野刑。軍刑。鄉刑。官刑。國刑之分。司刑掌五刑之法。麗萬民之罪。有墨。劓。剕。大辟之別。如後世之有主刑。而鞭。扑。爲從刑矣。小司寇以五聲聽訴訟。卽今審判官採用自由心證之意。害人者置之囹圄。而施職事。卽今監獄之制。此第一時期之概略也。

陶唐以前之刑制均不可考。或謂黃帝以兵定天下。卽刑之大者也。

象者法也。典者常也。象以典刑者。國有常法以資遵守也。流者放之他方也。流宥五行者。犯五行之罪而有可寬宥之情形者。卽不執行五刑。而流放於遠地也。鞭者刑具也。鞭作官刑者。以鞭爲治官事之刑也。扑卽夏楚。亦刑具也。不動於業者。則以扑撻之。故扑爲專用於教育之刑。金卽罰金。情可原而法不能免於刑者。卽可納金以贖之。嘗過失也。災害也。因過失而罹法者。可以赦免。怙者不悛也。怙惡不悛。則終當刑之矣。此皆陳典刑之義。以告天下之民。其詳細之規定。後世已無可考。刑制既定。則次第施行。於是流共工於幽州。放驩兜於崇山。殺三苗於三危。殛鯀於羽山。四罪而天下咸服。可知用刑之少而慎也。在當時之刑事政

策務尙寬緩。并實行預防。故明刑弼教。以期無刑。且有宥過無大。刑故無小。罪疑惟輕。功疑惟重。與其殺不辜。臨失不經之訓。考三苗之君。習豈尤之惡。不用善化民。而制以重刑。作五虐以事殺戮。則耳剝鼻。核陰。黥面。以加無辜。故堯舜惜之。代以流放。而黜劓之文。不載。唐虞之籍矣。禹承舜禪。本與堯舜同其治世之策。後因有亂政。而作禹刑。商有亂政。而作湯刑。湯又制官刑。以儆有位。曰。敢有恆舞於宮。酣歌於室。時謂巫風。敢有殉於貨色。恆於遊畋。時謂淫風。敢有侮聖言。逆忠直。遠耆德。比頑童。時謂亂風。所謂三風十愆者。卽此也。

周以大司寇掌三典。以佐王刑邦國。詰四方。所謂三典者。刑新國用輕典。刑平國用中典。刑亂國用重典是也。以五行糾萬民者。刑法也。糾卽督察之意也。故野刑上功。糾力。軍刑上命。糾守。鄉刑上德。聽孝。官刑上能。糾職。國刑上愿。糾暴。（考暴字當爲恭字之誤也）以五聲聽訟獄者。求民情也。一曰辭聽。聞其出言。不直則煩也。二曰色聽。觀其顏色。不直則赧也。三曰氣聽。觀其氣息。不直則喘也。四曰耳聽。觀其聽聆。不直則惑也。五曰目聽。觀其眸子。不直則眊然也。置之圜土者。欲其困而悔。悔而改也。其能改者。置之鄉里。三年不許列於平民。又上罪三年而舍。中罪二年而舍。下罪一年而舍。其不能改而先行逃亡者。則殺之。

其時用法頗不平等。乃本乎親親貴貴之義。故云刑不上大夫。命夫命婦不躬坐獄。王之同族有罪不卽市。殺親者焚之。殺王之親者幸之。殺人者踏於市。肆皆法也。受刑者各給以役。猶今之勞役也。故墨者使守門。無妨於禁御也。劓者使守關。以貌醜而遠之也。宮者使守內。以其人道絕也。剕者使守囿。以驅禽獸無急行也。髡者使守積。以其爲王族也。迨乎周道中衰。刑書漸弛。穆王因命呂侯作刑。世稱呂刑。墨罰之屬千。劓罰之屬千。剕罰之屬五百。宮罰之屬三百。大辟之屬二百。五刑之屬已三千矣。其後於五刑外。又加流贖鞭扑。稱爲九刑。孔子曰。大罪有五。而殺人爲下。逆天者罪及五代。誣鬼神者罪及四代。逆人倫者罪及三代。亂教化者罪及二代。手殺人者罪止其身。

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

李悝(音恢)魏文侯師也。集諸國刑典。著法經六篇。以爲王者之政。莫急於盜賊。故首著盜

法盜賊須劾捕。故次以囚法捕法。又將輕狡博戲假借不廉淫侈踰制各條彙爲雜法一篇。殿以適用之例曰具法。具法卽今之刑律總則也。及商鞅相秦。請變法。以六篇爲主。臬更嚴其令。令人爲什伍而相收。司連坐。不告姦者腰斬。告姦者與斬敵首同賞。匿姦者與降敵同罰。禁私鬥。犯者各以輕重被刑大小。令旣具。徙木以示信。刑太子傅以示威。令之初作。臨渭水刑七百餘人。渭水盡赤。又增加肉刑。大辟有抽脅鑊烹之制。居三年道不拾遺。山無盜賊。家給人足。勇於公戰。怯於私鬥。秦人大治而大悅。威嚇主義之效果。乃太覲。秦刑之殘酷。於此植其基矣。及始皇兼併六國。下令焚書。坑殺儒生。嚴刑峻法。有加無已。秦之漸滅。亦於此肇其端也。

高帝入關。約法三章。除秦苛虐。然大辟尙有三族之誅。慘刑亦未全去。旋以三章之法不足禦姦。遂令蕭何摭拾秦法作律九章。六篇之外。更有所增。至文帝除肉刑。廢同坐。而刑罰大省。孝武卽位。外事四夷之功。內盛耳目之好。徵發頻數。百姓貧耗。酷吏繫斷。姦宄日多。於是摺造張湯趙禹之屬。條定法令。作見知故縱之法。緩深故之罪。急縱出之誅。其後姦猾巧法。轉相比况。禁網浸密。律令凡三百五十九章。大辟四百零九條。千八百八十二事。死罪決事比萬三千四

百七十二事。文書盈於几閣。典者不能遍觀。是以承用者駭。或罪同而論異。姦吏因緣爲市。所欲活。則傅生議。所欲陷。則予死比。暴戾寃濫。於斯爲極。孔子曰。古之知法者。能省刑。本也。今之知法者。不失有罪。末矣。孰知至斯時。求其末而不可得。蓋斯時之治獄者。不察其罪之有無。但期其死之多耳。是以網密而姦不塞。刑蕃而民愈嫚也。幸至孝宣漸事改革。尙寬緩。始免於亂。然終漢之世。無峻於此時者矣。

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



削。又復入於寬緩矣。

魏明帝定魏律十八篇。多仍秦漢之舊。惟將具律冠於首。改爲刑名。較漢律已增九章。卽刳殺詐僞毀亡告劾繫訊斷獄請賊驚事償贓是也。

晉武帝命賈充等定法令。就漢九章增十一篇。共二十篇六百三十條。

南朝梁武帝定梁律二十篇。陳武帝定陳律三十卷。

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

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

隋文帝初令高穎等更定新律。其刑名有五。死刑二。有絞有斬。流刑三。千里至二千里。徒刑五。一年至三年。杖刑五。六十至於百五。笞刑五。自十至於五十。獨除前代鞭刑及梟首輶裂之法。其流徒之罪皆減從輕。惟大逆謀反叛者父子兄弟皆斬。家口沒官。又置十惡之條。一曰謀反。謂謀危社稷也。二曰謀大逆。謂謀毀宗廟山陵及宮闕也。三曰謀叛。謂謀背國從僞。

也。四曰惡逆，謂毆及謀殺祖父母、父母、殺伯叔、父母、姑、兄、姊、外祖父母、夫及夫之祖父母、父母。五曰不道，謂殺一家及支解人、造畜蠱毒、魘魅也。六曰大不敬，謂盜大祀神御之物、乘輿服御物之類是也。七曰不孝，謂詛罵祖父母、父母及祖父母、父在別籍、異財及供養有缺、居喪嫁娶及匿喪詐喪之類是也。八曰不睦，謂謀殺親屬也。九曰不義，謂謀殺上官及受業師及妻匿夫喪改嫁之類是也。十曰內亂，謂姦親屬也。又枷杖大小、威爲之程、品行杖者不得易人、勅四方辭訟有枉屈、縣不理者以次經郡及州至省、仍不理乃詣闕申訴、有所未愜、聽搥登聞鼓、有司錄狀奏之帝。又每季親錄囚徒、後因覽刑部奏斷獄數、猶至高條、以爲律尙嚴密、故人多陷罪。又勅蘇威、牛弘等更定新律、除死罪八十一條、流罪百五十四條、徒等千餘條、共留五百條。凡十二卷。卽名例、衛禁、職制、戶婚、廢庫、擅與盜賊、鬥訟、詐僞、雜律、捕亡、斷獄是也。自是刑網簡要、疏而不失。惟文帝因無學、每以文法繩下、有主典盜倉粟者、差人馳驛斬之。又於殿前決人、或有盜一錢亦死。煬帝卽位、以文帝禁網深刻、又勅修律令、除十惡之條。三年新律成、亦爲五百條。凡十八篇。卽名例、衛官、違制、請求、戶律、婚律、擅與、告劾、賊律、盜律、鬥律、捕亡、倉庫、廢牧、關市、雜律、詐僞、斷獄是也。百姓久厭苛刻、於是共慶刑寬。但後

此楊帝外征四夷。內窮嗜慾。兵革歲動。賦斂繁滋。盜賊因而蠶起。又不得不更爲嚴刑矣。

唐初撰律令。因隋之舊。爲十有二篇。太宗時復定律五百條。分爲十二卷。於隋代舊律減大辟入流九十二條。減入徒者七十一條。又定令千五百九十條。爲三十卷。慎刑縱囚。世稱其美德。高宗時詔長孫無忌等撰律疏三十卷。卽今所傳之唐律疏義也。

唐之刑書有四。卽律令與格式。律令者。國家之制度也。格者。百官有司之所常行之事也。式者。其所常守之法也。律之爲書。因情之舊。爲十有二篇。篇目與情同。其用有五。卽笞杖徒流死。亦因於情。十惡之條。與情異者。僅改大不敬爲大不恭耳。尙有八議。同於周制。一曰議親。謂皇親也。二曰議故。謂國之故舊也。三曰議賢。謂有大德行也。四曰議能。謂有大才藝也。五曰議功。謂有大功勳也。六曰議貴。謂職事官三品以上。散官二品以上。及爵一品也。七曰議勤。謂有大勤勞也。八曰議賓。謂承先代之後。爲國賓也。凡合於以上八議之資格者。如犯死罪。應先奏請議。議定奏裁。流罪以下減一等。但犯十惡者。則不議耳。

宋元之律。多因於唐。無足述。

降及五代。除梁有新律外。法律無多創制。有宋一代。雖編纂勅令格式。至數百種之多。然未

刑有新律。據宋史刑法志大學衍義等書所載。宋代係行用唐律令格式。及五代條例。律所不載者則斷之以敕。元初循用金律。曾自定至元新格。但非純粹之刑律也。

明太祖頗注意於律令。令劉惟謙等詳定大明律。謂立法貴在簡當。使言直理明。人人易曉。若條緒繁多。或一事而兩端。可輕可重。使奸貪之吏。夤緣爲奸。則所以禁殘暴者。反以賊良善。非良法也。并逐日與諸議律官及儒臣講論。以求至當。書成。至檢閱者。再必去繁就簡。減重從輕。累經更定。至洪武六年十一月。更定大明律。其篇目一準於唐。採用舊律二百八十八條。續律百二十八條。舊令改律三十六條。因事制律三十一條。掇唐律以補遺一百二十三條。合六百有六條。分爲三十年。其間損益務合輕重之宜。每成一篇。必繕進。揭於兩廡之壁。親加裁定。九年。又釐正十三年。十六條。又定詐僞律。二十二年。復編類頒行。

洪武二十二年。更定大明律分類編列。頗稱完整。實爲清律之張本。先是刑部奏言。比年律條增損不一。在外理刑官及初入仕者。不能盡知。致令斷獄失當。請編類頒行。俾知遵守。遂命翰林院同刑部官。取比年所增者。參考折衷。以類編附。舊律名例。附於斷獄下。至是特載之篇首。凡三十卷。四百六十條。名例一卷。四十七條。吏律二卷。職制十五條。公式十八條。戶

律七卷。戶役十五條。田宅十一條。婚姻十八條。倉庫二十四條。課程十九條。錢債三條。市廛五條。禮律二卷。祭祀六條。儀制二十條。兵律五卷。官衛十九條。軍政二十條。關律七條。慶牧十二條。郵驛十八條。刑律十一卷。盜賊二十八條。人民二十條。鬪毆二十二條。罵詈八條。訟十二條。受贓十一條。詐僞十二條。犯姦十條。雜犯十一條。捕亡八條。斷獄二十九條。工律二卷。營造九條。河防四條。又十惡及八議與情唐略同。按此律多本唐律。芟繁削贅。因事續置。大抵比舊增多十之二三。以六曹分類。於擅興廩庫各篇裁定分別納入。代背筆以臂杖而斷無過百。易黥面以刺臂。而法止賊盜。見知僅嚴於逃犯。故縱則深於捕亡。收孥連坐之條亦祇限於叛逆及大不道者用之耳。他如圖土之制。嫌其太重。則貸之以贖。作嘉石之制。嫌於太輕。則罰之以荷校。盜官藏受贓枉法罪皆死。又嫌於太重。則著爲雜犯之命。而聽其贖。緩與輸作焉。由杖徒一轉而入大辟。則嫌於太疏。則定議著徙邊戍邊永戍之令。其冥頑不軌之民。或情罪不麗於法。復許所司比擬奏決以行。比附援引爲法律所許矣。

清有大清律。多參用明律。定於順治之初。至康熙十八年。復加修訂。定律文四百三十六。并附以例。例凡一千零四十二條。雍正乾隆代有修改。至嘉慶六年。增定條例爲一千五百七十餘。

條。附於律之後。蓋律以定罪。例以輔律。其斷罪之法。有例者不引律。有單行章程者則不引例。犯罪有公罪私罪之別。官吏犯罪又別有處分則例。其見諸吏律者。僅關於罪名之規定而已。戶律爲關於民事者。兵律爲關於軍事者。而刑律中之訴訟捕亡斷獄等篇。又皆關於訴訟事件。故自唐以來之律。可謂合民法刑法民刑訴訟法爲一編者也。五刑之制與明相同。笞自一十至五十。凡五等。杖自六十至一百。亦分五等。徒刑自一年起至三年止。以半年爲一等。流刑自二千里起至三千里止。以五百里爲一等。謂之五徒三流。至死刑在唐僅爲斬絞二種。明始加凌遲。清亦因之。流之外又有發遣及充軍。遣有一定之地。軍則臨時定之。有附近近邊邊遠烟瘴極邊之別。又贖分收納二種。收贖爲法律所定。而納贖則由官司核其罪情而定也。更有秋審朝審之制。於死罪之實緩矜疑別有條款焉。

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

定地點。不計里程。如發往新疆雲貴兩廣極邊煙瘴地方是也。

至光緒季年。爲世界新刑事政策之潮流所迫。從事改良。其動機實自遣派留學生及設立仕學館始。及修訂法律館成立。以改訂刑律爲初步。沈家本主其事。其襄助人員如徐謙等皆建議改訂新律。先將大清律之凌遲梟首戮屍及緣坐刺字等項刪除。加以修訂。更名爲大清現行刑律。新刑律草案其時亦已告成。經各部及各省督撫簽議。復由法律館累次修改。交資政院議決其總則。於宣統二年十二月二十五日合分則一并公布。定於四年施行。未及期而民國已成立。此第二時期之概略也。

大清現行刑律之內容仍大清律例之舊。不過加以削減而已。計名例三十九條。職制九條。公式十一條。戶役十二條。田宅十條。婚姻十五條。倉庫二十三條。課程四條。債償三條。市廛五條。祭祀六條。禮制十九條。官衛十五條。軍校十八條。關津二條。廢牧十條。郵驛十五條。盜賊二十七條。人命二十條。門門二十條。罵詈八條。訴訟十條。受贓十條。詐僞十一條。犯姦九條。雜犯十條。捕亡七條。斷獄二十八條。營造八條。河防四條。共計三百八十九條。比舊律減少四十七條。除名例之目尙存外。所有吏戶禮兵刑工各律之名皆廢。流罪改爲工作。軍罪

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

(三)第三時期 民國成立之後。經臨時參議院議決。將前清未及施行之法律草案。除與民國國體牴觸各條予以刪除外。一律請由大總統頒行。大清新刑律因卽於民國元年三月三



十日修正頒布。定名為中華民國暫行新刑律。即現在適用之刑律也。三年十二月二十四日大總統袁世凱擅行頒布刑律補充條例十五條。即日施行。對於新刑律向無規定之無夫姦。加以罪刑。無親屬關係之妾亦準用關於妻之規定。五年九月法律編查會將刑法草案加以修正。曰刑法修正案。其內容較新刑律稍有不同。八年二月復有第二次修正案。因尙未通過國會。至今未能頒行。其兩次修正內容頗多改善之處。以後當隨時述及。

## 第六章 刑法之解釋

法律藉文字以爲表現。文字乃法律之工具也。但文字所表現之意義遇有疑難時。則不可不藉解釋以確定之。此解釋法律之所以認爲重要者一。且不獨此也。凡字句之意義每與時代共其變遷。法律制定既久。在立法當時本爲單純之意義。日後變爲複雜者往往而有。例如所謂財物者。在昔以有體物爲限。自電氣瓦斯發明之後。無體物亦變爲財物矣。故字句之意義既時有改變。則適用法律時不可不考究立法者之本意而確定之。此解釋法律之所以認爲重要者二。又社會變遷之速。日新月異而歲不同。往往發生夢想不到之新事物。任有如何嚴密之法律。不能不時生缺點。例如鴉片之外有代用品。是此解釋法律之所以認爲重要者。

三。然則法律之有解釋實不可少。其詳當屬於法學通論之範圍。茲僅述其概略及關於刑法者如次。

(一)自解釋之方法言之。可分爲文理解釋論理解釋兩種。文理解釋者。對於表現法律之字句。就其文字上之意義而釋明之也。論理解釋者。就其立法之旨趣。及其前後同類或相異之規定。以尋繹其真義也。前者以法文之字句爲基礎。後者以論理之定則爲基礎。至文理解釋之結果。失於狹隘。致不合立法者之本旨時。則從論理解釋。擴張其範圍。以探究立法者之本旨。謂之擴張解釋。文理解釋之結果。若失於廣泛。致不合立法者之本旨時。則從論理解釋。縮小其範圍。以探究立法者之本旨。謂之縮小解釋。兩者相倚爲用。總以不失立法之旨趣爲標準而已。更有應注意者。解釋刑法與解釋他種法律不同。即解釋刑法不許爲類推解釋是也。至何謂類推解釋。例如對於某行爲於法條本無明文。因其狀態與他法條所規定者相類似。遂比附援引以解釋之。但刑法雖不許爲類推解釋。而於自然解釋則不禁。止。自然解釋者。其行爲與法律正條同類而又加甚者也。例如違警律載攀折花木者應罰。則斫斷樹枝者亦應罰也。

文理解釋之結果有時與論理解釋衝突。論理解釋之結果有時與文理解釋衝突。究應從何種解釋乎。學者間對此頗有爭論。主張從文理解釋者謂法文爲立法者意思表示之符號。故解釋法律應從文理乃自然之勢。且人民所遵守者爲法律文字上所表示之用語。若採論理解釋。則人民之遵從法律文字者有時仍須犯罪。而論理又無定論。則將何法以避免犯罪乎。主張採論理解釋者謂法律之所以貴乎解釋者在釋明其意義。在文字上之意義明晰時當無爭論。無爭論即無解釋可言。若須解釋時則必爲文字上不甚明晰者。文字上既不甚明晰。又轉而依文理以爲解釋。豈非違背解釋之本旨乎。據前說徒重文字有違背立法者之真意。比較觀之。似以後說爲是。且爲多數學者所贊成。又用語之範圍有疑義時應從廣汎之意義。變則應從嚴格之意義。皆解釋上之通則也。

(二) 自解釋之效力言之。可分爲學說解釋、司法解釋、立法解釋三種。學說解釋者。即學者依學理所下之解釋也。於法無拘束之力。僅足爲適用上之參考而已。司法解釋者。由最高法院所下之解釋也。如吾國大理院之解釋是。此種解釋雖爲各級法院所應遵守。然若各級法院具有別種理由認其解釋爲完全失當或違背法律。亦不能謂爲無反對之餘地。立法解釋者。

由立法者自己所下之解釋也。此種解釋有附於理由內者。有插入於法律文字中者。有記載於報告書者。有以條文特定之者。其效力之大。以特定條文爲最。如吾國新刑律第十七章所規定之文例。與各法條之效力相同。特列舉如次。

學說解釋每足爲司法者解釋之參考。雖不能有直接之效力。而間接有時亦能生效力也。司法解釋在我國以大理院長爲限。始有效。查法院編制法第三十五條規定云。大理院長有統一解釋法令必要處置之權。但不得指揮審判官所掌理各案件之審判。故該院對於具體案件之質問。不允加以解釋。蓋若對於具體之案件。亦允加以解釋。則不啻指揮審判矣。立法解釋之附於理由內者。如新刑律各條之原案理由是。但無與法律相等之效力。插入法律文字中者。於現行刑律中。往往見之。其效力似較附於理由中者爲強。其以條文特定之者。卽法律也。

第八十二條 稱尊親屬者。謂左列各人。

一 祖父母 高曾同

二 父母

妻於夫之尊親屬者夫同。

稱親屬者爲尊親屬及左列各人。

一 夫妻（相互爲親屬）

二 本宗服圖期服以下者（因斬衰三年卽父母故云期服以下）

三 外親服圖小功以下者（因外親之最重服爲小功故云小功以下）

四 妻親服圖總麻以下者（因妻親之最重服爲總麻故云總麻以下）

五 妻爲夫族服圖期服以下者（因斬衰卽舅姑及夫故云期服以下）

六 出嫁女爲本宗服圖大功以下者（因出嫁女之最重服爲大功故云大功以下）

此外尙有家長與妾一項應否列入本條之範圍。查新刑律無關於妾之規定。大理院前曾認妾爲無夫之婦。當然與家長無親屬關係可言。自刑律補充條例頒行後。妾在刑律上亦準用關於妻之規定。該項條例是否以命令變更法律頗有爭議。但國內司法機關除廣東外均適用之也。又尊親屬之範圍大理院曾有解釋。本生父母及出母應以尊親屬論。（見統字第五五號）養子對於養父母、童養媳對於未婚夫之父母。皆以尊親屬論。（見統字第二九四號）

第七一九號）再大理院統字第一五六四號解釋內稱前清現行律三父八母服圖內之嫡母繼母養母嫁母出母固應包括刑律第八十二條第一項第二款所稱父母之內。其同居繼父從繼母嫁之另有養父關係者及庶母對於所生子女亦同。

本條所稱尊親屬。以上至高祖爲止。六世以上者不與焉。第二次修正案增入高祖以上祖父母一語。其範圍較寬。又外祖父母在舊律「謀殺祖父母父母及毆期親尊長罵尊長」律內視之。均與祖父母同。故前法律館草案修正案及憲政編查館核訂案皆以外祖父母列入尊親屬中。嗣經資政院議決刪除。第二次修正案復又加入。又該案將服制計算改爲親等計算。并加入旁系尊親屬一種。

親屬範圍本應從民律定之。當新刑律頒布之時。我國民律尙未制定。故權從服制圖之規定。是服制圖爲吾人所應研究者。不可注意及之也。茲將服制各圖刊列於次。

# 本宗九族五服正服之圖

凡嫡孫父卒為祖父母承重服斬  
衰三年者為曾高祖父母承重服  
亦同

族兄弟  
族兄弟妻  
無服

凡男為人後者為本生親屬承服皆  
降一等本生父母亦降服不杖期父  
母報服同

高	齊衰 祖會	會伯叔祖父 庶母	族伯叔祖父 庶母	族伯叔父 庶母	族兄弟妻 無服
	齊衰 祖祖	伯叔祖父母 功	堂伯叔父母 功	再從兄弟 功小	再從姪 無服
	齊衰不 父	伯叔父母 年	堂兄弟 功大	再從姪 無服	
	斬衰 己	兄弟 功小	堂姪 功小		
	長子 年	姪 功大	堂姪 功小		
	長子 年	姪 功大	堂姪 功小		
	嫡孫 功小	孫 功小	堂孫 無服		
	孫 會	會姪 無服			
	孫 元				
	孫 元				

父	母	母	母	母	衆子	衆子	衆子	衆子	衆子	衆子	衆子
三月	五月	杖期	三年身		衆子	衆子	衆子	衆子	衆子	衆子	衆子
母	母	母	母	母	衆子	衆子	衆子	衆子	衆子	衆子	衆子
父	母	母	母	母	衆子	衆子	衆子	衆子	衆子	衆子	衆子

在室總麻	在室小功	在室期年	在室期年	在室期年	在室小功	在室總麻
會祖	姑祖	姑	姊	姪姪	女姪	孫女
出嫁無服	出嫁總麻	出嫁大功	出嫁大功	出嫁大功	出嫁總麻	出嫁無服

在室總麻	在室小功	在室大功	在室小功	在室總麻
族祖	姑堂	姊	姪堂	姪孫女
出嫁無服	出嫁總麻	出嫁小功	出家總麻	出嫁無服

在室總麻	在室小功	在室總麻
族	姑再從姊	姪再從姪女
出嫁無服	出嫁總麻	出嫁無服

在室總麻
族姊
出嫁無服

凡姑姊妹女及孫女在室或已嫁  
 被出而歸服並男子同出嫁而無  
 夫與子者爲兄弟姊妹及姪皆不  
 杖期

凡同五世祖族屬在總麻絕服之外  
 皆爲袒免親遇喪葬則服素服尺布  
 總頭



# 妻爲夫族服圖

夫爲祖父母及曾高祖父

母承重者並從夫服

夫高祖	總								
夫曾祖	總	夫會祖伯無服							
夫祖	大	夫伯叔祖父母大功	夫族伯叔無服						
夫舅	斬衰	夫伯叔父母大功	夫堂伯叔母總服	夫族伯叔父母無服					
夫妻	爲	夫兄弟及妻小功	夫堂兄弟及妻總服	夫再從兄弟無服	夫族兄弟無服				
夫長子	子	夫姪婦大功	夫堂姪婦小功	夫再從姪無服					
夫孫	孫	夫姪孫小功	夫堂姪孫總服						
夫曾孫	曾孫	夫曾姪孫總服							
夫元	元								
夫	總								

夫爲人後其妻爲本生姑  
舅服大功

					父
					廬 母父
				夫會祖姑服無	廬 母父
			夫堂祖姑服無	夫 在室總廬	功 母
			出嫁無服	祖姑夫親姑小功	姑 三年夫爲妻
		夫族姑服無	夫堂姊妹總廬	夫姊妹小功	齊衰杖期 父母在不杖
		夫再從姊妹服	夫堂姪女	夫 在室期年	衆子 衆子期
		夫再從姪女服	夫堂姪孫女	姪女 在室小功	功大孫 婦總孫
			出嫁無服	出嫁總廬	廬孫
					廬孫
					廬
夫族姊妹服無					

# 妾為家長族服之圖

嫡孫柔孫為庶  
祖母小功五月

		家長祖父母 小功			
		家長父母 年			
		正妻 期		家 斬衰 長 三年	
為其子 期		家長長子 年		家長衆子 年	
為其孫 大功		家長嫡孫 服		家長衆孫 服	

妻親服圖

		妻祖父母 服無			
	妻之姑 服	無	妻父母 總麻	妻伯叔 服	無
	妻之姊 服	無	己身 為壻總麻	妻兄弟及婦 服	無
	妻姊姊 服	無	女之 子總麻	妻兄弟 服	無
			女之 服		
			女之 服		

# 三父八母服圖

兩無大功親謂繼父無子孫己身亦無伯叔兄弟之類 期年		同居繼父		兩有大功親謂繼父有子孫自己亦有伯叔兄弟之類 齊衰三月		先會與繼父同居今不同居 齊衰三月		不同居繼父		自來不曾隨母與繼父同居 無服		謂父死繼母再嫁他人隨去者		從繼母嫁		齊衰杖期															
謂自幼過		養母		三年 斬衰		房與人		謂妾生子女		嫡母		三年 斬衰		稱父之正妻		謂父娶		繼母		三年 斬衰		之後妻		謂所生母死父		慈母		三年 斬衰		令別妾撫育者	
謂親母因父		嫁母		齊衰 杖期		死再嫁他人		謂親母被		出母		齊衰 杖期		父出者																	
謂父有子女妾嫡		庶母		所生子斬 衰三年		子衆子齊衰杖期		謂父妾乳哺		乳母		總庶		者即奶母																	

# 出嫁女爲本宗降服之圖

		齊衰 高祖父母 三月		齊衰 曾祖父母 五月					
		祖 姊 妹 嫁出無服		祖 父 母 在室總麻		祖 兄 弟 總麻			
父 堂 姊 妹 出嫁無服		父 姊 妹 出嫁小功		父 母 在室大功		伯 叔 父 兄 大 功		父 堂 兄 弟 總麻	
堂 姊 妹 出嫁無服		姊 妹 出嫁小功		姊 妹 在室大功		兄 弟 大 功		堂 兄 弟 小 功	
堂 姪 女 出嫁無服		兄 弟 女 出嫁小功		兄 弟 女 在室大功		兄 弟 子 大 功		堂 姪 總麻	

# 外親服圖

妻為服夫外親  
服外一等

		母		無					
		服		母		無			
		母		外		祖		父	
		母		祖		父		母	
		之		祖		父		母	
		姊		母		兄		弟	
		功		小		功		小	
		兩		已		母		舅	
堂		姨		身		舅		子	
姨		之		姑		之		子	
之		之		之		之		無	
服		麻		總		麻		服	
子		子		子		子		子	
無		姨		姑		舅		無	
		之		之		之			
		服		無		服		無	
		孫		子		孫		無	
		無		姑		無			
				之					
				孫					
				之					
				孫					
				無					

圖 總 服 喪			
斬			
三年衰			
至用 麤 麻 布 爲 之 不 縫 下 邊			
齊			
衰			
三 月	不 杖 期	杖 期	五 月
用 精 麤 麻 布 爲 之 縫 下 邊			
大 功			
九 月			
用 麤 麻 布 爲 之			
小 功			
五 月			
用 精 麤 麻 布 爲 之			
總 麻			
三 月			
用 精 細 麻 布 爲 之			



按第二次修正案已將以服制定親屬範圍之標準廢去。改用親等計算法。略謂舊律親屬範圍向以服制爲根據。服制圖衍自喪禮。其制特詳。中國數千年來以禮教立國。出乎禮者卽入乎刑。故刑罰之輕重。以服制之遠近爲比例。現擬改爲親等計算法。其理由有四。(1)服制圖期功總麻等差昭然。故舊律刑罰亦因之爲加減。新刑律除尊親屬外刑罰同一。已無區別之必要。故不如將服制圖專讓之於禮制。而刑律親屬之範圍則用親等計算法。(2)舊律服制爲圖。凡七。煩複細密。既非庸愚所能周知。卽賢智亦難猝記。親等計算法較爲簡易。不必按圖卽能定其親疏遠近。(3)民律草案雖未施行。而其親屬範圍亦以親等計算法爲準。近來法院引用之條理。學校教授之講義。大都準諸民律草案。則親等一端亦不失爲習見習聞之事。卽將來改訂草案自當以親等法爲宜。故不如於刑律中先求適用。俾民刑兩法對於同一事件不致分歧。(4)禮制爲一國所自有。不妨從異。法律則須審取他國之良例以爲衡。親屬範圍各國均用親等計算法。卽日本亦通用此法。而廢棄舊有之故制。我國亦宜採用。以示擇善而從之意。

親等計算法有二種。一爲羅馬法計算法。一爲寺院法計算法。羅馬法計算法於直系親屬

則算其間之世數而定親等。故世代之數與親等之數相合。如親子間爲一世。則爲一親等。祖父母與孫之間爲二世。則爲二親等。高曾祖父母與曾元孫之間亦準是。推之於旁系親屬。則由同出之始祖下降於旁系之各方。合算其世數而定親等。蓋由旁系親屬之一方溯諸同源始祖。再由同源始祖更下數至他方。合算其世數以定親等。如兄弟姊妹間之親等。先從一方溯諸同源之父母作爲一等。更從父母下至他方。又加一等。故兄弟姊妹爲二親等之旁系親。伯叔與姪間之親等。先由姪溯諸其父母作爲一等。故伯叔與姪爲三親等之旁系。從兄弟姊妹爲四親等之旁系親。此羅馬法之計算親等法也。寺院法之計算法於直系親與羅馬法計算法同。於旁系親則不合算雙方之世數。但算較多世數一方面之世數而定親等。從始祖下至旁系親之各方。其世數雙方相等者。無論從何方均同。若雙方世數不相等。則從其多者。如兄弟姊妹從其同源之父母起算。無論下至何方均是一世。單依其一方之世數定爲一親等之旁系親。至伯叔與姪從其同源之始祖起算。下至伯叔爲一世。下至於姪爲二世。則從其多者定爲二親等之旁系親。從兄弟姊妹亦爲二親等旁系親。其餘以此類推。此寺院法之計算法也。歐西各國及日本均用羅馬法計算法。我國民律草案則

用寺院法計算法。其理由以爲中國直系親由己上數至高祖下數至元孫均以四世爲止。旁系親則族兄弟與再從姪亦認其在親屬範圍內。若取羅馬法計算法。其直系親以一世爲一等。應以四親等爲限。至旁系親則須依八親等爲限。於理殊爲不合。故不如採用寺院法計算法。直系旁系均以四親等爲限。則與舊律服制圖之範圍適合云云。至既採用親等計算法。其範圍之廣狹亦當有一定之界限。故宗親以四親等爲限。外親以三親等爲限。妻親以二親等爲限。則不獨與服制圖適符。且與民律草案相合。茲舉民律草案中所定之族親親等圖以爲例。餘可類推。

民律草案  
所擬定之  
族親親等圖

四 親高祖 父 等 母	三 親會祖 父 等 母	二 親祖 父 等 母	一 親父 等 母	己 身 妻	一 子 親媳 等 女	二 孫 親孫婦 等 孫女	三 會 孫 親會孫婦 等 會孫女	四 元 孫 親元孫婦 等 元孫女
四 會伯祖 父 親叔祖 母 等 會祖姑	三 伯叔祖 父 親叔祖 母 等 祖姑	二 伯叔父 親叔母 等 姑	一 兄弟 親兄弟妻 等 姊妹	二 姪 親姪婦 等 姪女	三 姪 親姪孫婦 等 姪孫女	四 姪 會 孫 親姪會孫婦 等 姪會孫女	四 族 兄弟 親族兄弟妻 等 族姊妹	四 族 兄弟 親族兄弟妻 等 族姊妹
四 族伯祖 父 親叔祖 母 等 族祖姑	三 堂伯叔 父 親堂叔 母 等 堂姑	二 堂兄弟 親堂兄弟妻 等 堂姊妹	三 堂 姪 親堂姪婦 等 堂姪女	四 堂 姪 孫 親堂姪孫婦 等 堂姪孫女	四 再 從 姪 親再從姪婦 等 再從姪女	四 再 從 姪 親再從姪婦 等 再從姪女	四 族 伯叔 父 親再從 兄弟妻 等 族姑	四 族 伯叔 父 親再從 兄弟妻 等 族姑

又查民律草案謂據服制圖以定親屬之範圍其間有須注意者三事。茲附及之以爲適用之一助。

(一) 喪服圖中所載無服親亦應入親屬之範圍。就服制圖之內容研究之。各服圖均載有無服親。若謂有服親是屬於親屬範圍。無服親全屬於親屬範圍之外。則如妻親服圖所載。凡爲壻者惟對於妻之父母有服。將惟對於妻之父母可謂妻親。其餘妻之兄弟及姊妹均不得謂之妻親矣。是未免失諸過狹。細繹妻親服圖於妻之兄弟及婦之下尙載有妻之兄弟之子。然此四項之下均注以無服兩字。夫對於妻兄弟及婦已無服。則對於其子亦自無服。初不待言。對於妻姊妹已無服。則對於其子更無服。可想而知。而服圖必並載者。非示明服雖無服親猶是親之意乎。服制圖旣載有服親並載無服親。其親屬之範圍不以有服親爲限。凡列於圖內者。雖無服親均應謂之親屬。亦可想而知。故據服制圖定親屬之範圍。凡列於圖內者均應列入親屬範圍內。不應以有服親爲限。蓋服制圖於無服而尙列諸圖者不外示明雖無服猶是親屬之意而已。不然服制圖羅列無服親是成一無謂之贅文矣。觀諸妻親服圖則他圖之無服親概可類

推。

(二)同宗之曾祖姑族祖姑族姊妹再從姪女堂姪孫女曾姪孫女等。在室中皆有緦麻之服。出嫁後則無服。是出嫁之女既可以有服爲無服。則易起出嫁之女可由親屬變爲非親屬之疑。不知同宗之親族關係因天然血統而生。天然之親屬關係凡既相聯絡者。永久不可斷絕。非若喪服制度可由尊卑恩義等名分而制定也。故同宗之女於出嫁後雖或以有服爲無服。而天然之親族關係不由出嫁而斷絕。凡向來在親族範圍內者。出嫁後亦依然親屬也。觀此則同宗之女因出嫁而祇降親者益可類推。

(三)喪服圖如妻親服圖中妻之姊妹之子雖載圖內。其對面母之姊妹之夫並不載圖內。又服制圖係參尊卑之分際而定。如子服父喪三年。父對於子則期年。然親屬關係與喪服關係實異其性質。是彼此相對立。所謂相對立者。卽此對於彼謂之親屬。彼對於此亦謂之親屬。子對於父有扶養之義務者。父對於子亦有扶養之義務。其所定之範圍但問親疎不問尊卑也。

第八十三條 稱官員者。謂職官吏員及其他依法令從事於公務之議員委員職員。

稱公署者。謂官員奉行職務之衙署局所。

稱公文書者。謂官員及公署應製作之文書。

刑律上所謂官員與行政上之官吏不同。其範圍較廣。故次列數種應包括於本條第一項範圍內。迭經大理院加以解釋矣。(1)依教育法令所設立學校之教員。(見統字一二七一號)(2)非官員而受官員之僱用或囑託輔助官員執行職務者。(見統字一四四〇號)(3)保衛團團總。(見統字一七一八號)(4)供職訪探隊之兵士。(按官員尙不以此數項爲限。凡從事公務者皆是。)

官員之意義有廣狹二義。狹義之官員以有實官實職者爲限。如前清之從九品以上。民國以來之特任簡任薦任委任各職是也。廣義之官員則除狹義外。凡一切從事於公務者皆應在內。在行政法上取狹意之範圍。而在刑法上則採廣義的範圍。故上自無官階之議員。下至供奔走之工役。祇要爲從事公務而費精神或勞力者。皆以官員論。其與行政上之官員不同之點尙有最足注意者。卽有官階而無職守者在行政法上可認爲官員。(如以前任職存記及候補知事等類)而在刑法上不能以官員論。從此一點視之。又不能定說刑

法上官員之範圍較行政法上官員之範圍爲廣矣。總之。刑法上之官員以有無實際上從事公務之情形爲斷耳。茲分述其意義如次。

(一) 職官 凡依國家組織法而任國家之職務對國家直接負責任者皆謂之職官。不過在行政法上可包括候補及休職者在內。刑法上專指現任者耳。又在行政法上凡任國家之職務而無官階者不得稱爲職官。例如國立學校之教職員是。

(二) 吏員 凡間接爲國家任職務即佐理職官爲國家服務者皆謂之吏員。亦即刑法上之官員也。如書吏典史佐雜執達吏等是。

(三) 依法令從事於公務之議員 議員爲一種意思機關。其能認爲官員者以依法令從事於公務者爲限。如國會省會縣會等議員皆是。若非法令所設立之議會而爲公益機關之評議員等則不在此列也。

(四) 依令從事於公務之委員 委員非常設之職員。乃臨時因事委派或選舉囑託而產生者也。例如特派員調查員典試委員等是。

(五) 依法令從事於公務之其他職員 所謂依法令從事於公務之其他職員者。指上列



各種官吏委員議員以外之從事於公務者而言也。祇要依法令從事於公務者。不論何種職務。即走役隨丁如合乎上載條件。亦可稱為職員。但非服務於非依法令設立之機關則不在此限耳。

公署為具有官員資格者辦公之處所也。無論其名稱為廳為署為局為所皆不必問。其非辦公之處所而私人住宅。則雖有官員住居於內亦不能以公署論也。

公文書為官員依職務所作之文書也。以官員所作及依職務所作為要件。兩者均須具備。如律師會計師為其職務所作之文件。雖非私函。不得謂之公文書。又如官員所作之私函。雖作者為官員亦不得謂之公文書。至文書之內容為文字為圖畫為符號均所不問。祇要為表示意思之代替物足矣。

第八十四條 稱議會及選舉者。謂依法令所設立中央及地方參與政事之議會及其議員之選舉。

查第二次修正案已將本條刪除。其理由謂新刑律起草時尚未有議會及選舉事。民國建立兩項名稱已為習聞。當無須再加以解釋。且議會之名稱并未見諸律文也。但分則所規定妨

害選舉之罪無議會字樣。若無本條爲之限制。卽一切選舉亦當在內。故本條之設實不可少。按分則所稱妨害選舉之罪。因有第八十四條之規定。故知係專指議員之選舉而言。除議員外之一切選舉均不能構成妨害選舉罪。卽如議長之選舉。大總統及一切官員之選舉均不能適用。在一般人民往往誤認該條所稱選舉爲一切選舉。前此京滬各大報有引該條以論大總統選舉者。因未見及本條故耳。然則本條之設實爲最要。第二次修正案竟將本條刪去。甚無理由。

第八十五條 稱僧道者。謂僧尼道士女冠及其他宗教師。

按僧道在前清律中犯罪有加等之罰。故律中標出僧尼道士等字樣以別之。查新刑律除第三六三條之洩漏祕密罪外。別無適用之處。第二次修正案以其非普通文例特將本條刪除之。但既有一條能適用。似不能以適用之少而刪去之也。

按前清現行刑律名例內律云。凡稱道士女冠者僧尼同。若於其受業師與伯叔父母同。其於弟子與兄弟之子同律。注如道士女冠犯姦加凡人罪二等。僧尼亦然。又如俗人罵伯叔父母徒一年。道冠罵師罪同。受業師謂於寺觀之內親承經教合爲師主者。又如俗人毆殺

兄弟之子徒三年。道冠僧尼毆殺弟子同罪。按舊律僧道犯罪因有身分關係故科刑與俗人異。新刑律除第三六三條外與凡人同。第二次修正案即據爲不必加以解釋之理由。殊不知法律之應否解釋應以有無疑義爲斷。不必以適用之處多寡爲轉移。該案實然刪除本條實爲不當。

第八十七條 稱以上以下以內者俱連本數計算。

一般習慣往往將以上以下併用。以致界限不明。例如同時稱三百元以上及三百元以下。則三百元究屬何方面則生爭執矣。故本條之設最爲重要也。

凡條文內有以下字樣者。對於以上字樣則不能同時併用。有以上字樣者亦同。若已用以下字樣。則對於較多者應用超過字樣。例如同時用百元以下及超過百元字樣。則可知以下係連百元在內。超過必爲多於一百元也。反之若已用以上字樣。則對於較少者應用未滿字樣。例如同時用百元以上及百元未滿。則可知以上連百元在內。未滿必爲少於一百元也。

第八十八條 稱篤疾者謂左列傷害。

一 毀敗視能者

二 毀敗聽能者

三 毀敗語能者

四 毀敗一肢以上或終身毀敗其機能者

五 於精神或身體有重大不治之病者

六 變更容貌且有重大不治之傷害者

七 毀敗陰陽者

稱廢疾者謂左列傷害

一 減衰視能者

二 減衰聽能者

三 減衰語能者

四 減衰一肢以上之機能者

五 於精神或身體有至三十日以上之病者

六 有致廢業務至三十日以上之病者

稱輕微傷害者謂前二項所列以外之疾病損傷

傷害程度之輕重甚難定相當之等級。強爲分類，每失其當。中國舊律分傷折傷、篤疾、廢疾、四級。謂瞎兩目、拆兩肢爲篤疾，瞎一目、拆一肢爲廢疾。本條仿其制，分爲三級。但所謂毀敗與減衰之界限，非再加以解釋仍難區別。據補箋內稱毀敗與減衰，在視能上以三分之一米突之距離能否識別指頭之數爲斷，在聽能上以通常之距離能否聽取他人之語音爲斷。在語能上以通常之距離本人語音能否達入他人聽覺爲斷。能識別聽取達入者爲減衰，應以廢疾論。否則爲毀敗。應以篤疾論也。惟以疾病及廢業日數爲輕重之標準，似有未當。蓋同一傷害程度，得良醫治之當可速愈，不得良醫必致遲延，故僅憑治愈之日數以爲判罪之輕重，於實際未免不合。且必逾法定日數然後判罪之輕重，則案件之積壓停滯必多。於訴訟之進行及審限之規定亦不無妨礙也。

關於本條之解釋尚有應行注意者數項。(1) 所謂毀敗或減衰機能者，乃指傷害之結果而言。非經有專門學術者妥爲鑒定，認爲確係廢疾或篤疾者，不能憑一時之狀態以爲認定。(

五年上字一四〇號)(?) 僅挖瞎一目以廢疾論(統字二二三號)(?) 所稱有三十日以上之病者指精神上或身體上確係有病者而言其僅止傷痕未退者尙不得即指爲病(六年上字九六號)

考各國立法例對於傷害罪之分級均不一致其分級最詳者爲意大利之四級最簡者爲日之不分級若法國那威瑞士之刑法準備案均分三級德英美荷均分兩級其以日數爲標準者始自法國(我國前清有保辜期限)而意荷從之晚近德國刑法準備草案亦將傷害分爲兩級日本新刑法理由書謂此種細密之區別不徒審判上發生不便即實際上亦難期正確我國第二次修正案關於此條頗嫌原律之過於細密亦嫌日本之過於概括特折衷各國立法例擇其傷害重大如原律所謂篤疾者改爲重傷處以較重之刑其餘由法官臨時斟酌輕重科斷以免有強入輕重之虞也

第八十六條係規定條文之援用而非解釋名稱之意義因原文列在文例內茲併述之該條第一項云依分別援用別條處斷而別條之罪應論未遂預備或陰謀者於處斷本條之未遂預備或陰謀犯并援用之第二項云於造意犯及從犯亦同修正案改爲本法分則中一

條援用他條而他條之罪有未遂預備或陰謀爲罪之規定者以并援用其規定論文義較爲明瞭。但此爲援用條文當然之事。無庸特爲規定。故第二次修正案已將該條全文刪除。

按未遂預備或陰謀犯某條之罪時。究應科罰與否。以其罪質不同而不一致。故有科罰者有不科罰者。若於適用本條之時更須援用他條。則他條有關係之條文亦可援用。例如新刑律第一零五條云。暴動者違背戰鬥上國際成例犯殺傷放火決水掠奪及其他各罪者。援用所犯各條依第二十三條之例處斷。倘暴動者有不關於戰鬥上之殺人放火行爲時。除依內亂處罪外。并應處以殺人放火之罪。在殺人放火罪之各本條均有罰未遂之規定。則殺人放火雖係未遂仍應依未遂處罰。不問內亂本罪有無罰未遂之規定也。

## 第七章 刑法之種類及其效力

### 第一節 刑法之種類

刑法因其適用範圍之不同。有普通刑法及特別刑法之分。因其所處地位之不同。有實質刑法及形式刑法之分。茲略述如次。

(一)普通刑法與特別刑法 普通刑法爲對於一般之人與地與時或事而爲共同之規定。

者。特別刑法則限於特定之人與地或特定之時期事項以爲規定者也。如新刑律爲普通刑法。陸海軍刑事條例則特別刑法也。故普通刑法之範圍廣。且爲研究刑法學之基礎。特別刑法之範圍狹。無須特別的研究。能明乎普通刑法之原理原則便能通曉。

欲區別普通刑與特別刑法其標準有四。

(一)以適用之人爲區別之標準。普通刑法本以適用於國內住居之一切人爲原則。卽或因治外法權之關係使一部分人除外。則無治外法權者應全體適用矣。其實不然。蓋有因其人之身分不同而不適用也。驟視之。以爲今日國內人民已一律平等。應無階級之分。殊不知此種身分非階級之關係。乃爲職務上之關係。例如陸海軍人以其職務不同不能適用普通刑法。并非以其地位較普通人爲高也。查陸海軍刑法與普通刑法規定不同之點有二。一卽爲普通刑法所無者。一卽爲其內容有差別者。如逃亡辱職。普通刑無其規定。而陸海軍刑法有之。如掠奪侮辱。普通刑法有其規定。而陸海軍刑法亦有之。至普通刑法本以適用一般人爲原則。但亦有祇適用於特定之一部分人者。例如第一四四條之瀆職罪。非官員不能犯。第三六三條之洩漏祕密罪。非醫師產婆公證人不能犯。在陸海軍刑法



本以適用於陸海軍人爲原則。但亦有能適用於普通人者。例如陸軍刑事條例第二十七條第七款之勾結外國聚衆擾害公安罪。雖普通人亦能犯之。

(二)以施行之地爲區別之標準。刑法之制定本以施行於本國領域內爲原則。但對於某一定區域內有特殊之情形不便施行時。則不得不審所以變通之法。故於本國國土內有時亦有另行制定一種刑法以施行之者。例如日本之台灣朝鮮。我國之蒙古西藏。多不適用普通法律。故台灣朝鮮有特定之刑法。蒙古西藏亦有一種則例也。

(三)以適用之時爲區別之標準者。普通刑法之施行期祇有始期而無終期。蓋制定之後除另定新法外。即有永久適用之性質。但亦有預定施行期間者。例如因爭戰或臨時發生之事故所定之刑罰法令。必預限一定施行時期。俟其事故終了即無效矣。此亦特別刑法也。

(四)以適用之事爲區別之標準者。普通刑法所規定之事項。不問其目的如何皆能犯之。其有因特別事項所制定之刑罰法令。則非入於該所規定之特別範圍者不適用之。例如商標法內亦有刑名之規定。其同業之冒用商標者始適用之。如爲與商標無關之一般

普通人用爲普通事項。除認爲係犯某罪之手段外，不能認爲犯罪。

(二)形式刑法與實質刑法。形式刑法爲具有刑法形式者，即合普通及特別兩種刑法之總稱也。實質刑法爲無刑法形式者，僅其實質同於刑法而已。如新刑律爲形式刑法，公司條例及商標法中之徒刑罰金，即實質刑法也。

凡具有刑法之形式者，一望即知爲刑罰法規也。例如新刑律、刑律補充條例、陸海軍刑事條例、懲治盜匪法、嗎啡治罪法、私鹽治罪法、官吏犯贓治罪條例，皆是。其不具有刑法之形式者，即於他種法律內附有刑罰法規者也。從外形視之，必不能知有刑罰法規之存在。例如公司條例、商標法、管理藥商章程、狩獵法、治安警察法皆是。

## 第二節 刑法關於時之效力

刑法關於時之效力者，謂刑法於如何之時有其效力也。申言之，即自何時起至何時止有其效力。又對於新法頒行以前之事實能否適用之問題，亦應包括於其中。然則可分三種問題以研究之。即(1)其效力自何時發生？(2)其效力至何時終止？(3)對於新法頒行以前之事實能否適用。茲分述如次。

(一)其效力自何時發生。新刑律第一條第一項云。本律於凡犯罪在本律頒行以後者適用之。所謂頒行以後者。別乎法典成立而言也。蓋法典之成立時期與施行時期不必一致。在各國立法例中雖有一經頒布即施行者。然非以明文規定於法律中不可。故頒行與頒布之意義大有區別。所謂頒布者。法典成立以後布告於國中。其施行之期往往有數日或數十日之猶豫。在此猶豫期中尚不能有實行之效力也。至曰頒行。頒布而且實行之謂也。自頒行以後效力完全發生矣。惟關於本問題有主張不必規定於刑法本文。應列入施行法中者。按第二次修正案即本此理由而爲修正者也。

法律之頒布在昔歐洲方面有種種程式。(1)將法文揭示於大庭廣衆之間。使各方人民皆得觀覽。俾其週知。謂之揭示法。如羅馬之十二銅標法是。(2)將法文印刷多份傳達於民間。或將法文書於木牌上使人持赴各處傳觀。均謂之傳觀法。(3)將法文刊於官報發布。謂之官報公布法。我國古昔對於法律常不公布。且有禁士子誦習者。幾以法律視爲胥吏之祕籍矣。現已採用官報公布法。由政府公報公布之。政府公報所登載之文書與蓋印文書之效力相同。但施行之期多由法律本文或於施行法中另定之。僅見諸公報不能即

認爲有實行之效力也。其未定有施行日期者，則非有施行日期之文明不能適用。查各項條例每於末條標明自公布之日施行者，即見公報後便可適用矣。但我國疆員廣闊，非一經刊登便能使全國同時得見。其勢不能不以公報到達之日爲標準。其未接到公報之時期內，雖中央已經公布，仍不能適用。若專視到達之日爲標準，則郵局送達之遲早，大足爲藉口卸責之資料。則施行之期，豈非全無標準乎？且郵局儼然操有施行日期遲早之權矣。行之終不能無弊也。故又預定各處公報到達之日期。如湖南於刊登後五日，即作爲到達之例是。惟因郵局遲延，實未收到時，則不妨特別予以聲明也。

(二) 其效力至何時終止。新刑律雖以明文規定其效力之開始，究應至何時終止其效力，則未提及。蓋以刑法廢止之原因與一般法律廢止之原因相同，無特別規定之必要也。在普通法律廢止之方法，約分二種。即明示廢止與默示廢止是已。明示廢止者，當法律改革之時，於新法施行法中加以舊法廢止之明文也。默示廢止者，法律無明文之規定，用推定的方法以認定之也。其推定之場合有三：(一) 對於同一事件而有二法規定時，可推定其以新法廢舊法。(二) 新法爲普通法，舊法爲特別法，新法之規定非以舊法所規定之事項爲目的，則特

別舊法依然存在。若舊法所規定之事項新法亦規定之。則牴觸普通法之舊法可推定其爲廢止。(3)新舊二法並存在時。則牴觸新法之部分可推定其爲廢止。以新法優於舊法故也。除以上二方法外。若無其他廢止法律之場合。其法律雖有制定之後。經數十百年而不見適用者。然既未廢止。則效力終不失其存在。

關於默示廢止之三場合。茲舉例如下。(1)例如殺人應處刑。前清現行律及新刑律皆有規定。惟新刑律係新法。現行律係舊法。則可推定現刑律爲已廢止之法。(2)例如現刑律爲普通法。買賣人口條例爲特別法。及新刑律頒行。其內容無買賣人口之規定。則買賣人口條例之效力依然存在。及刑律補充條例頒行。對於買賣人口之罪已加以規定。則牴觸補充條例之買賣人口條例可推定其爲廢止矣。(3)例如對於同一事件新舊兩法均有所規定。而新法又非專爲替代舊法而制定者。不過其中一部分有同樣之規定而已。則此時之舊法既不能廢止。祇能就牴觸於新法之部分推定其爲廢止耳。

(二)對於新法頒行以前之事實能否適用。法律以不溯既往爲原則。刑法豈能獨異。所謂不溯既往者。即新法之適用不能及於頒行以前之事實也。然就實際論之。則不得不有其例。

外以爲過渡之辦法。於此發生次列兩種問題。

一 行爲在舊法有效時期。審理在新法頒行後。而行爲時與行爲後之法律均以爲罪。但輕重不同者。

二 行爲發生於舊法有效時期。延至新法頒行後方終止。或尙未終止者。

關於以上二項問題之解決。各國立法例及其主義微有不同。茲分述如次。

前述第一問題。例如有妻更娶妻者爲重婚。在前清現行律不過處八九等罰耳。而新刑律則定爲四等以下有期徒刑。其行爲雖新舊兩法均以爲罪。但其輕重不同。倘有某甲於宣統三年犯重婚罪。延至民國元年始受審判（假設無大赦）應適用現刑律乎抑適用新刑律乎。第二問題。例如某乙於宣統二年將某丙私自監禁於其住宅中。至民國二年始行釋放。或尙未釋放。其行爲實已起於宣統二年。適用現行律之時。而延至民國二年已在適用新刑律之後。究應適用現行律乎。抑適用新刑律乎。此兩問題均由下文解決之。

（一）概從舊法 採此主義者爲英國及美國數州。謂被告犯罪之時已得有受當時法律所定之刑罰之權利。應據當時之法以爲判斷。但以此說爲理由。多數學者均加以否認。

(二)以從舊法爲原則但新法較輕者則從新法。探此主義者爲德意志法蘭西意大利比利時丹麥荷蘭那威瑞典西班牙匈牙利葡萄牙瑞士中之數州布加利亞日本暹羅埃及美國中之數州智利阿根廷墨西哥等國。謂新法不能溯及既往乃爲不易之原則。未可違反。若輕予違反殊失公平。則犯人必難甘服。但對於犯人有益益時而改從新法當無不平之鳴矣。上述情形例如現行律之親屬姦罪以親屬之服制爲標準。以下姦上者重且至絞。而新刑律不過處以二等至四等有期徒刑耳。若新法較輕時從新法。則關於前項犯罪應依新刑律處斷。

(三)以從新法爲原則但舊法較輕時則從舊法。探此主義者爲奧國及瑞士數州。吾國第二次修正案亦採此主義。謂新法既經頒行自應收新法之利。非適用不可。但舊法之刑如較輕。爲符公平之旨。不得不予以變通也。(按奧國刑法準備案現亦改用第二主義)

上述情形例如重婚罪在現行律爲八九等罰。而新刑律可處四等有期徒刑。若舊法較輕時從舊法。則應依現行律處斷。

有反對第二第三兩主義者。謂按之理論及實際均不敢信爲確當。其理由有四。(1)刑法輕

重既準酌於社會之情形而爲規定。若新法予以加重。必認其行爲之危險較大矣。援舊法而爲減輕。大有反乎當時改正刑法之目的。(2)國家科刑權之目的在預防社會之危害。非以供威嚇人民之用也。若比較從輕。是認刑罰爲威嚇之一種方法。而以輕刑爲沾恩示惠之具。其結果必不良。(3)刑罰之種類新舊未必相同。若遇異類之刑罰。又無可爲區別之標準。例如舊律爲一日之拘留。新律爲千元以上之罰金。(4)一行爲而跨新舊二法之間。或其中尙有其他法律者。究當如何適用。解釋上亦甚煩瑣。例如前清用現行律。民國元年用新刑律。民國四年又兼用刑律補充條例矣。又第二第三兩主義有概名爲從輕主義者。然實際確有不同。蓋僅就適用刑罰之輕重言之。既皆係從輕。自無甚區別。若就犯罪之定義及行爲之階級以及文例等規定視之。未免難爲輕重之分別矣。則第二主義當適用舊法。第三主義當適用新法。此亦不能不注意也。

(四)概從新法 採此主義者爲瑞士數州及吾國新刑律。故新刑律第一條第二項云。其頒行以前未經確定審判者亦同。但頒行以前之法律不以爲罪者不在此限。是以未經確定審判之行爲及舊法同認爲有罪之行爲爲限也。茲分述如次。



(1) 必爲未經確定審判之行爲。確定審判者。指自己含棄上訴或已經過上訴期間或已用盡上訴方法。依據通常程序別無方法可以使其裁判再有變更之謂也。審判既經確定。除合於非常上告之程序提起非常上告。或合於再審條件提起再審。或由大總統命令減免刑罰外。自不得任意變更。若未經確定審判者。則無論其罪質如何。除舊法認爲無罪外。自可適用該項之規定也。

所謂經過上訴期間者。查刑事上訴期間爲十日。自受判決書之次日起。如經過十日無上訴之聲明。則不許再行上訴。案即確定。所謂用盡上訴方法者。謂經過第三審之審判。第三審已予以判決。案可即時確定。所謂通常變更訴訟之程序者。即通常之上訴是也。捨棄上訴者。謂自己表示不願上訴也。其判決即日確定。至非常上告以審判違法爲限。祇能由總檢察廳向大理院提起。再審雖能由被告自己提起。但非重大原因不能允許。大總統命令減免刑罰應由司法部呈請。又所謂未經確定審判應包括在時效中未起訴之案件及起訴後在預審中或公判中或上訴中而言也。

(2) 必爲舊法所認爲犯罪之行爲。舊法所容許之行爲。自不能因新法之頒行而認爲犯

罪。否則不徒有乖不溯既往之原則。且人民之生命安全常爲立法者所左右。今日所不認爲犯罪之行爲。明日忽須加以刑罰。則人人有日懷觸犯刑典之慮矣。豈立法者所宜出此乎。故舊法所容許之行爲。雖新法定爲有罪。不能援新法以爲判斷也。

舊法所不認爲犯罪之行爲。自不能適用新法以科罰。例如新刑律之私業醫生罪。擅拆他人私函罪等。皆爲現行律所未規定者。如在新刑律未施行前所犯。雖尙在時效中。亦不能據新刑律予以訴追也。

概從新法之主義。論者多指爲弊多利少。謂如新舊法輕重相等。或新法輕於舊法。其結果與第二第三兩主義無異。如新法重於舊法。概從新法則流弊易生。蓋刑罰追溯既往。則今日所犯之輕罪。明日忽變爲重罪。人民對於罪刑不能預知。疑懼必多。且有失法律之信用也。吾國近年新法（假定其爲合法之法律）頻頒。若官吏犯贓條例。懲治盜匪法。發掘坟墓條例。刑律補充條例等。多出自當道一時之見解。由於感情作用。或政治作用而發。實爲世界立法例所無。其危害不可勝言也。他國對於法律之變更多含有改善主義。與吾國情形極不相同。故雖隨時改從新法。或利多而弊少。豈可與今日之吾國同日語哉。

### 第三節 刑法關於地與人之效力

刑法關於地與人之效力云者。即對於如何之地與如何之人始能適用之問題也。茲分項說明如次。

(一)關於本問題之主義 關於本問題之主義爲從來學者所爭論之點。約可分爲屬地主義、屬人主義、保護主義、世界主義、折衷主義五種。

(1)屬地主義 凡於國內犯罪者。不問其人之國籍爲內國或外國。均當適用本國之刑法。而在國外犯罪者。即爲本國人亦不受本國刑法之支配。此即屬地主義之所主張者也。依此主義。則本國人在外國犯罪時。即有侵害本國之重大行爲。亦應由外國刑法處治。本國刑法對於此等犯罪無適用之權力。是本國刑法轉不能適用於本國人。於國家之司法權未免有損。

屬地主義爲保全其領土之主義而起也。無論何國莫不各有其領土之主權。故國家之制定刑法當以施行本國領土內之人民爲原則。但採單純之屬地主義時。如犯人犯罪後逃往外國則無從處罰。在外國之本國人對於本國所發布之法律命令雖不遵守。亦無從強

制。又或本國人在外國謀叛本國而爲危險之行爲者。本國不能施用取締或防止之實力。此皆屬地主義之缺點也。

(2) 屬人主義 凡屬本國人民。無論在國內或國外者。遇有犯罪行爲。均適用本國刑法。此屬人主義之所主張者也。依此主義。則外國人民雖在國內犯罪。亦不得以本國刑法處治之。是國家之司法權在本國內已受限制。不第有損國家之主權。且於本國之安寧秩序亦將難於維持矣。又滯在外國之本國人民。既不得不由本國刑法處治之。於外國境內行使司法權亦頗感困難。

屬人主義爲維持其國權及於國民之全體而起也。但亦有甚大之缺點。蓋國家主權恆不能於國內受人侵犯。亦不能不於國內完全行使。如採屬人主義而令外國人在本國行使司法權。則其國之主權不能認爲完全。殊失獨立國之精神。各國之領事裁判權本可謂爲屬人主義之表現。但屬人主義應彼此同時採用。則各國對我有領事裁判權而我對各國亦有領事裁判權。以視我國之與各國有往無來。直是片面的屬人主義矣。此種辦法惟強國對於弱國始有之。不能以主義論也。

(3) 保護主義 凡對於本國或本國人民之法益有妨害者。不論犯罪地之在國內或國外。亦不論犯罪者為內國人或外國人。悉受本國法律之支配。此保護主義之所主張者也。所以稱為保護主義者。謂刑法之規定為保護本國或本國人民之法益而設也。依此主義。則將運用刑罰權於外國領域內。與外國主權必有妨礙。苟非得外國之承諾或共助。仍不能施行無阻。近世各國雖多以本主義為原則。但不能不設若干之例外。

屬地主義以地為標準。屬人主義以人為標準。保護主義則以法益為標準而起也。保護主義專從本國法益一方面著想。重在保護本國之法益。但此種主義祇圖便於本國。不從他國方面著想。行之往往發生窒礙。不能達其目的。各國雖多實行此主義者。但以保護對於國家切要之法益為限。其範圍萬難過廣。

(4) 世界主義 本主義之立論。謂犯罪為侵害各國之共同利益。乃表現惡性之行為。無論何地皆可逮捕而處罰之。故刑法之效力不必有國界之分。犯人逮捕地之國際團體代表即有處罰之特權。然各國刑法之內容不一。且於犯罪地以外行裁判時。不易蒐集證據。亦屬困難。此種主義之理想雖高。頗不合於實際。

此主義以保護世界共同之利益爲標準而起也。謂國家爲保護世界之權利且有管轄之義務。惟因各國刑法內容不能一致。有此國認爲有罪而彼國認爲無罪者。如以逮捕地之法律爲標準必致同罪而易罰。固未爲可。若以犯人所屬國之法律爲準。其缺點亦同。且一國法官豈能博通全世界之法律乎。此皆爲此主義不易實現之大原因也。

(5) 折衷主義 本主義以屬地主義爲原則而兼混用他種主義者也。近世歐洲各國多採用之。吾國新刑律亦從此主義以爲規定者也。容後第四項詳述之。

此主義爲採取各種主義之強而棄其短也。其內容約有數項。(1) 採用屬地主義以保本國主權之獨立。(2) 採用屬人主義以補充屬地主義之不足。但以本國人民在外國犯重大之罪者爲限耳。其輕微及不重要之罪則仍適用屬地主義。(3) 適用本主義可補屬地屬人兩主義所不及之缺陷。蓋外國人在國外對於本國或本國人民犯重大之罪時。則屬地屬人兩主義均難包括在內。惟採保護主義則可要求適用本國刑法處罰。但實際上亦難適用耳。(4) 妨害世界公共利益之罪間亦能採用世界主義以補其缺。所謂妨害公共利益者。如海盜及販賣奴僕等項是也。

以上五種主義。除世界主義偏於理論不能盡合實用外。折衷主義即以包括屬地屬人保護三主義爲根據。是該三種主義應同時參用。不能分離而獨立也。故新刑律彙採用之。但於此有一問題。卽一犯罪行爲觸犯二國之法律。若犯人滯在外國已受該國之處罰時。中國尙得重行處罰與否。對於此項問題之意見計有二說。甲說謂審判以一事不再理爲原則。若中國再予處罰。則與此原則相反。應以不再處罰爲當。乙說謂一事不再理之原則係指處於同一刑罰權下之同一事實而言。中國對於外國裁判祇能認爲一種事實。不能與中國裁判同視。故仍得再予處罰。新刑律第六條卽根據乙說以爲規定者。不過加以例外。謂已受刑之執行或經免除者得免除或減輕其刑耳。

按新刑律第六條後半所以規定免除或減輕者。非予法官追認在外國所處刑罰爲有效與否之權也。乃審查其惡性是否因已受執行而已消滅。如其惡性因已受執行而消滅。則爲貫徹特別預防主義起見。亦得予以免除或減輕。

現時所應注意者。上海會審公廨之判決有無效力。抑是否以外國裁判論。試述大理院兩次解釋文於次。便能明瞭矣。查六年三月大理院統字第五九二號解釋文云。上海會審公

靡係根據前清同治七年洋涇濱設官會審章程。本係因條約所生之特別制度。該公廨審理民刑訴訟。依照條約既應在中國領土內行使中國之司法權。則其裁判不能視為外國裁判。自無疑義。惟該公廨自辛亥以來。係由駐滬領事團代行管理。其判決之適用法律亦與原條約所定不能相符。該項條約之効力即因事實上一時之阻礙而停止。此種阻礙事實中國國家既未明認其於國際間爲有効。則此事實上之判斷行爲不得即謂爲條約上中國司法官署之裁判亦無可疑。猶之在中國國法上毫無司法權限之機關或個人。縱使事實上處理司法案件。仍不能即視爲法律上有效之裁判。故現在會審公廨判決之案如仍繫屬於他處審判衙門。自未便執一事不再理之說以相繩。其刑事雖不能認爲與暫行刑律第六條所稱外國裁判相當。惟因被告尙未受有法律上之裁判。自應仍許該管檢察廳按律訴追。以重法權而維公益。又查最近大理院統字第一九二四號解釋文云。查刑事訴訟條例於法院拘捕被告之程序已有明文。上海會審公廨既非合法之司法衙門。參觀本院六年抗字第二八八號判例。自無拘捕人之權限。交涉員署據公廨呈請簽票提人。法院自無協助之義務。又查中國人犯罪。雖犯罪地係在租界。而其應由中國法院審理。



則無疑義。

又新刑律第六條犯罪者三字修正案擬改爲同一行爲。蓋謂該條之適用以同一行爲爲限。非以同一罪名爲限。若用犯罪二字恐於同一行爲在外國被處罰之罪名與在本國應處罰之罪名不同。至有不適用該條（減免）之誤會。日本修正刑法各草案用犯人二字或有用事件二字者。後已改爲行爲。至免除及減輕應否予法官以裁量之自由。論者亦頗有爭論。查第六條原文減免上有得字。第二次修正案擬將得字刪去。蓋謂各國立法例對於在外國已受處罰之犯人應否減輕本國法律之刑。有聽裁判官自由決定者。有以在外國所受之刑照算入本國法律之刑內相抵者。由前例恐有一罪兩罰之失。由後例各國刑名不必盡同。難於比擬。若照算入本國刑內。又恐畸重畸輕。故修正案折衷其間。將得減改爲必減。所減之額則不預設標準。一任法官自由定奪。

(二) 刑法上之領域 刑法上之領域者。刑法效力所及之地也。與地理學上之領域略有不同。蓋地理學上所稱之領域爲狹義之領域。刑法上所稱之領域乃廣義之領域也。茲列舉刑法上之領域如次。

(1) 領土 領土者。本國版圖內之土地也。以原則論。凡領土內均當適用普通刑法。但亦有指定其中一部分不適用者。例如蒙古本爲中國之領土。然以其具有特別情形。對於該處人民犯罪不適用中國普通刑法。而適用理藩部則例。此爲例外也。

(2) 領水 領水分河海湖三種。海洋之所有權本爲萬國所共有。特其沿岸之部分與沿岸國有密切關係。不能不劃歸沿岸之國家所有。其劃歸所有之部分謂之領海。領海之範圍初本以砲彈所能及之處爲限。繼因彈力之強弱出於人力製造。殊不能作爲一定之標準。遂變更其原則。而易以三海里爲其距離。一千八百九十四年於巴黎開萬國國際公法會議時。又改爲六海里。然實際上未經各國採用。故今日一般所公認者仍爲三海里也。

河川可通航者以最深點爲國境。不可通航者以中線爲國境。湖則自其中點向各濱海之國境線連接成直線。卽可以此種直線爲界線。

(3) 船艦 一國所屬之船艦亦視爲其國之領域。乃國際法上所公認也。則中華民國之船艦無論爲軍艦爲商船。皆當以中華民國之領域論。故新刑律第二條第二項云。其在中華民國之外之中華民國船艦內犯罪者亦同。但船艦在公海內固無問題。若在外國領海時。究竟能

否不受外國主權支配。依國際公法之原則。對於軍艦及商船略有區別。軍艦爲供國防之用。與內地砲壘相同。外國之權力既不可侵入砲壘。自不能侵入軍艦。則對於軍艦內之犯罪不能適用碇泊地之法律原無疑義。惟軍艦對於碇泊地有擾亂治安之行爲時。則其國能行使防禦權。然亦非行使刑罰權也。商船在外國領海以內自應服從駐在國之法律。但近時國際法學者謂其中應有分別。卽船於駛行時。其船內之犯罪仍由該船所屬國之刑法處罰。必碇泊時始受駐在國刑法之支配。就新刑律第二條第二項所規定者觀之。於船舶之種類未加區別。自係包括軍艦公務船商船在內。乍見之似於國際公法之原則不合。然該條之規定原係出於保護本國權利之意。非蔑視國際公法也。且商船在中華民國外果有犯罪之事實。一方服從駐在國之刑法。一方仍得適用本國刑法。若本國刑法規定無其適用之權。倘外國一時未予處罰。則犯人完全逍遙法外矣。

(4) 軍隊占領地 於戰時本國軍隊所占領敵國之地域應適用本國之刑法。否則恐不足以維持占領地之安寧秩序也。

(5) 領事裁判區域 領事裁判制度其始基於耶教國與非耶教國締結之國際條約而定。

其繼則非耶教國與非耶教國亦援例而踵行之。然無特定之條約則不能行使也。

(6) 領空 船國所行駛之處爲水面。飛機所行駛之處則爲空間。在水面既有領海之界限。於空間亦應有領空之規定。

(7) 無主區域 於領域外所以不能任意行使本國刑法者。以其有侵害他國之主權也。若在無主區域。自能行使本國刑法。蓋既屬無主之區域。自與他國王權無關。例如在公海及無主荒島等處是。

據以上所述。凡在領域內犯罪者認爲國內之犯罪固無疑義。惟於此有一問題。即犯罪跨兩國領域而成立之場合。當認爲何國之犯罪。應受何國刑法之支配是也。對於本問題尙有二種學說。(甲)行爲地說。謂犯罪之行爲在何國領域內時即適用何國刑法。(乙)結果地說。謂犯罪之結果在何國領域內時即適用何國刑法。(丙)行爲地與結果地併爲犯罪地說。謂行爲與結果併爲犯罪成立之要件。凡行爲與結果有一在其國領域內者即可適用其國之刑法。以上三說見解不一。在各國刑法有以明文規定者。亦有不以明文規定者。新刑律第七條規定云。犯罪之行爲及其結果有一在中華民國領域或船艦內者。以在中華民國犯罪論。此

即採用丙說也。

上述問題，例如有人自中國境外或自外國船艦開鎗射擊中國境內或船艦內之人，則行為地在外國領域而結果地在中國領域。行為與結果既在兩國之間，依新刑律第七條之規則，犯人須照中國法律處斷。但犯人係在外國，如不自歸來，則惟有請外國交付。或缺席判決，在事實上除與外國有特約外，必不交付。而缺席判決在中國現行法例又所不許。則本條之設仍係具文。但雖等於具文，然不可不有此種規定。蓋若無此項規定，則犯人倘竟自行來國，亦無從科罰也。反之，如行為地在中國而結果地在外國之時，依法其犯人雖係外國人，無庸交付其本國矣。又結果地更可細分為三：一、初發結果地，例如以鎗殺人，以殺人之受傷地為結果地。二、中間結果地，如以被害者養傷地為結果地。三、最終結果地，如以被害者之死亡地為結果地。

(三) 領域內適用刑法之例外。凡在本國領域內犯罪者，固以受本國刑法之支配為原則。但有例外，有由於國內法之關係者，亦有由於國際法之關係者。茲分別述之如次。

(一) 國內法上之例外。因國法上之理由而不負刑事責任者，約分二項：(甲) 君主國之君

主及共和國之大總統。君主絕對的不負刑事責任。已爲法上國之原則。至大總統則非絕對的不負刑事責任。有除叛逆罪外不負責任者。法國是也。有須負責。但須受彈劾免職後始得論之者。美國是也。吾國臨時約法第十九條第十一款規定云。「參議院對於大總統認爲有謀叛行爲時。得以總議員五分之四以上之出席。出席員三分之二以上之可決。彈劾之。」第四十一條云。「臨時大總統受參議院彈劾後。由最高法院全院審判官互選九人組織特別法庭審判之。」是在職時除謀叛外不負刑法上一切責任也。憲法草案第六十條第六十三條所規定者略同。惟審判權歸之參議院耳。(乙)國會議員。在國會內議員之言論及表決於會外不負責任。除現行犯罪及關於內亂外患之犯罪外。會期中非得院中許可不受逮捕。皆爲臨時約法所規定者。憲法草案第六十九條之規定略同。惟逮捕之例外僅限於現行犯罪耳。

按君主之所以不負刑事責任者。因君主爲國家主權所在。且爲保持其地位之尊嚴也。至大總統爲民國之行政首長耳。民國主權完全在民。既非國家之主權所在。自無特別之尊貴可言。而在先進共和國亦鮮特別保護之法例。故我國臨時約法及憲法均認爲應負刑事責任。不過於在職期內有特殊之限制而已。其所以須有此限制者。非認其有尊嚴之地。

位也。爲保全國家之秩序，不致隨時因大總統發生問題而動搖耳。

(2) 國際法上之例外 因國際法上之理由，享有治外法權而不負刑事責任者，約分四項：

(甲) 外國之元首及其家屬與從人（羅馬教皇亦同）因外國主權者旅行於國內時，應享有不可侵之特權，實爲國際上通例。但從人有限於非內國人者，亦有不問其爲何國人者耳。又有謂從人應視其爲常職與否以爲區別，如係常職，雖爲內國人，則仍享有治外法權也。(乙) 外國使節，在國際通例上，外國使節應有治外法權（即非使節而有外交官之名稱者亦同），所以認爲有治外法權者有二理由：一謂國與國間無刑罰權之存在，故對於外國使節不得加以制裁；惟外國使節對於駐在國有重大危害時，則可照會其國政府使之召還。一謂外國使節有獨立行其職務之權，若對於其犯罪可加以刑罰，則有妨於其職務者不少。且獲案逮捕雖係對使節個人，然外交上祕密不免因之洩漏，於國交上亦不無妨礙也。(丙) 經本國承諾而入本國內之軍隊或軍艦，因既得承諾，則應有治外法權也。(丁) 外國之領事，領事原非外交官，不過爲其本國行政機關之一，自法理上言之，無享有治外法權之理。故領事之有此權與否，宜以條約明定之。不過近日已有領事不服從駐在國法權之通例耳。

治外法權者。在本國統治權以外而自有其法權也。換言之。即不受所在國法權之支配也。此種權利由於國際上之禮遇及國際間之平等而發生。無論何國皆相互保有之。其權利之取得無須有何特約。上列各項即其例也。惟自國際地位以武力之厚薄而分等級以來。治外法權之範圍漸有因片面擴充而流於不平等之地位。即弱國受強國之條約束縛而許強國之國民亦享有其權利矣。其實此種權利係由條約而發生。且爲片面利益之條約。在根本上已背乎條約之原則。似不能與普通之所謂治外法權者同其名稱。故學者對於其名稱頗有爭議。歐洲大陸及日本學者均將各國人民因條約所享受之治外法權爲領事裁判權。蓋如各國人民在中國領域內關於司法事項。均由各該國駐華領事受理之也。惟英國根據中英天津條約第十六款已承認英國除領事官以外之奉派幹員亦有司法權。美國亦踵其例。先後在中國境內特設法庭於各該國領事署內以行使審判權。并派遣領事以外之官員爲法官。受理各該國人民之訴訟。因此遂有指領事裁判權之名詞爲失當者。但此種權利實沿於領事裁判而發生。發生之後不過內容略有變更。且該項法庭仍在領事署之範圍內。尙不能完全脫離領事裁判之根據。故吾人與其稱爲治外法權實不



如稱爲領事裁判權之爲愈也。又就治外治權之英文名詞考究之，亦有兩種。其由國際上關係所取得之治外法權，應與英文 *Exterritoriality* 相當。由於條約所取得之治外法權，應與英文 *Extraterritorial jurisdiction* 相當。前見某君對於領事裁判權與治外法權，有區別之點頗詳。茲照錄於左，以資參考。

一、治外法權乃國際法上之原則。行於普通諸國。領事裁判權係由於條約之効力。乃國際法之例外。

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

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

四、治外法權基于國際禮儀便利起見。領事裁判權以締結國雙方之文野而生。

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

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

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

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

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

關於領事裁判權之條約除德俄業經廢棄外茲略舉數條如次。

中英續約咸豐八年訂

第十五款 英國屬民相涉案件。不論人產。皆歸英官查辦。

第十六款 英國民人有犯事者皆由英國懲辦。中國人欺凌擾害英民者。皆由中國地方

官自行懲辦。兩國交涉事件彼此均須會同公平審斷。以昭允當。

第十七款 凡英國國民人控告中國國民人事件。應先赴領事官衙門投稟。領事官即當查明根由。先行勸息。使不成訟。中國國民人有赴領事官告英國國民人者。亦應一體勸息。間有不能勸息者。即由中國地方官與領事會同公平訊斷。

中法條約咸豐八年訂

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

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

第三十九款 大法國人在通商各口地方如有不協爭執事件。均歸大法國官辦理。遇有

大法國人與各國人有爭執情事。中國官不必過問。至大法國船在通商各口地方。中國官亦不爲經理。均歸大法國官及該船主自行辦理。

中美條約咸豐八年訂

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

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

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

又領事裁判權以審理各該國所屬人民訴訟爲限。對於中國人民訴訟自無過問之權。而上海會審公廨本爲中國分設於租界內之初級法庭。向例祇遇外人爲原告時始許領事

陪訊。不意自民國反正以後。外國領事對於華人與華人之訴訟案件。竟出庭會審。此項辦法。不徒於條約毫無根據。即於洋涇濱設官會審章程。亦大相違背。故大理院迭次解釋。不認其審判為有效力也。

關於國際法上之例外。均本於國際條約及慣例。在刑律上。應不列明文。新刑律則以明文規定之。該律第八條云。第二條第三條第五條及第六條之規定。若因國際上有成例而不適用者。仍依成例。蓋謂國內法以不得變更國際條約及慣例為原則也。第二次修正案指為不當。已刪除之。雖吾國對於各國尚有領事裁判權之條約。乃不過一時的限制。且今日俄德之領事裁判權業經廢棄。而新立約之國。皆不許再有此項特約。將來對於已有特約之國。亦不難次第改正。何必自於國內法留此規定也。

案第八條前法律館草案。本作國際上特別條約法規或慣例。其修正案及憲政編查館核訂案。均改為國際上特別成例。資政院通過之條文。又改為國際上成例。但無論如何修改。仍不外包括特別條約及國際慣例而言。此條起草時。已多聚訟。今猶未已。是不可不詳為研究者也。前郵傳部簽註。反對此條。謂刑法與國際法截然兩物。牽彼入此。實為大謬。而前

法律館反駁之。謂刑律與國際法如有衝突之時。則刑律不免受國際法之限制。本條即爲聲明此項限制而設。并非牽國際法入於刑律之內等語。但未足證明刑法上有規定該條之必要。又簽註謂此條若作正文於國權體面大有傷害。蓋條約上之權利開戰可以失效。今將條約上之權利而以刑律定之。於我國所損滋多。而前法律館又駁之曰。本條所定不專關乎條約。凡國際法規慣例均包在內。僅就條約一端言之。已失原案之旨。且條約亦不僅因戰時而失效。更有因戰時而效力始發生者。故此條之規定。高不可少。今特定此例於國權國體并無損傷等語。此種理由亦僅足證明該條包含條約及國際法規慣例及戰時關係於條約效力之發生及消滅等項。仍未足以證明刑法上有規定該條之必要也。即前法律館草案理由謂此條乃本於國內法不得變更國際條約及慣例之原則而定。然亦不過聲明此條之基於某原則。未嘗論及此原則何以必須列爲刑法正文。故第二須修正案鑒諸已往之駁詰。毅然將該條刪除。其理由謂國內法不得變更條約及國際法規慣例之原則。實基於國際法。而非基於國內法。而刑法爲國內法之一種。故此原則不因列入刑法而始有效。亦不因列入刑法而失其效。是著爲條文與否其效力如故也。蓋此原則爲世界所

公認。而各國刑法典未有規定受國際法限制之條文。然亦未見因此而破壞國際法之限制。此就各國立法例而言耳。若更就我國國際上特殊之地位而言。則爲外人之領事裁判權。但此節決不足以爲設立該條之理由。外人與我國訂立條約允許俟修正法律時撤回領事裁判權者已有數國。是領事裁判權未嘗無撤回之希望。似不宜立此條文垂爲常典。查暹羅新刑律頒行時尙未撤回領事裁判權。而亦無類此條之規定。故就理論及立法例言之皆應刪去。

(四)我國新刑律所採之主義

(1)以採屬地主義爲原則。故有第二條之規定。該條第一項云。本律於凡在中華民國內犯罪者不問何人適用之。第二項云。其在中華民國外之中華民國船艦內犯罪者亦同。此即本絕對的屬地主義而設。至本國主權之效力完全及於國內也。或謂我國不平等條約尙未取消。各國多有領事裁判權。是本條在今日尙屬具文。其實不然也。蓋在今日除德俄已無領事裁判權當然適用外。餘如無國籍之外國人。無特別條約之外國人尙多。皆可適用。况條約爲一時的。立法爲永久的。豈能因一時之條約關係而自行於國內法中爲損失國權

之規定乎。此第一項之所由規定也。至第二項乃係指民國外之民國領域而言。夫在民國外之領域除無主地外即爲外國領域。在原則上當然不能受民國刑法之支配。但本國公務船艦視與本國領域相同。如因公駛至外國仍當視作民國領域。此第二項之所由設也。此外民國駐外之領事署亦當以民國領域論。凡在署內犯罪應適用民國刑律。

(2) 兼採屬人主義以爲屬地主義之補充。故有第四條及第五條前半之規定。第四條云。本律於中華民國人民在中華民國外犯左列各犯者適用之。

- 一 第一一八條至一二四條之妨害國交罪
- 二 第一三三條及第一三五條之洩漏機務罪
- 三 第一四〇條及第一四一條之瀆職罪
- 四 第一四四及第一四八條之瀆職罪
- 五 第一五二條之逮捕監禁人脫逃罪
- 六 第二一七條之妨害交通罪
- 七 第二二六條之妨害秩序罪



八 二四〇條第一項之偽造文書罪

第五條云。本律於中華民國人民在中華民國外或外國人在中華民國外對中華民國人民犯左列各罪者適用之。

- 一 第一八一條至一八三條之偽證誣告罪
- 二 第一八六條至第一百八八條第一百九二條及第一百九三條之放火決水罪
- 三 第二百一一條至二百一六條之妨害交通罪
- 四 第二四〇條第二項第二四一條第二四三條至第二四五條之偽造文書罪
- 五 第二五八條至第二六三條之發掘坟墓罪
- 六 第二百八十三條至第二八七條及第二九一條之姦非罪
- 七 第三一一條至第三一四條及第三二〇條至第三二六條之殺傷罪
- 八 第三二四條第三三五條及第三三七條第一項之墮胎罪
- 九 第三三九條及第三四〇條之遺棄罪
- 十 第三四四條至第三四六條之私擅逮捕監禁罪

十一 第三四九條至第三五三條之略誘和誘罪

十二 第三五七條至第三六一條之妨害安全信用名譽及祕密罪

十三 第三六七條至第三七七條之竊及強盜罪

十四 第三八二條至第三八六條之詐欺取財罪

十五 第三九一條至第三九三條之侵占罪

十六 第三九七條之贓物罪

十七 第四〇四條及第四〇五條之毀棄損壞罪

第四條之規定。依前法律館草案本係處罰在外國犯罪之公務員。修正案改爲中國臣民。將公務員包括於臣民之內。以致範圍擴充與第五條第一項之規定相混。而置外人爲中國公務員者於法外。殊失原案之本意。誠爲當時之一大疏忽也。殆主持修正者不窺全豹耳。自有此種頓失原意之修正後。論者將錯就錯。遂以兩條所列條文不同。認爲兩者之區別。魯莽滅裂之咎亦不深論矣。而第五條在原案本分爲兩項。以前半爲第一項。後半爲第二項。分晰甚明。不圖又遭憲政編查館之核訂。將兩項併爲一項。以致混淆不清。此皆由於修訂者不加考

慮祇顧遂其一時之意向而不顧及全體者也。

以上列舉各條皆爲重要之罪。故雖在國外犯之亦應依律科罰。至如何實行審判。於外國法權有無妨害。或能否達到施行之目的。乃爲另一問題。不能以有困難情形而廢棄法律。否則遇犯人自行回國之時若無可以適用之法律。遂坐視犯人逍遙法外乎。或謂本國人民在國外對外國犯罪與本國及本國人民無甚關係。儘可放任之而不必科以刑罰也。殊不知現代刑法應注意犯人方面加以特別的預防。與報復時代之專從被害方面著想者不同。故爲排除犯人之惡性起見。應加以刑罰。且所以整飭人民之規律也。第五條後半中國人民因外國人犯罪而致被害時亦科以本國刑罰者。所以保護中國人民之權利也。入於保護主義之範圍矣。俟後再論之。

所謂中國人民究有何種規定乎。在刑法上不設專條。專以讓之國籍法爲之規定也。查國籍法第一條規定次列各人屬於中華民國國籍。(1)生時父爲中國人者。(2)生於父死後。其父死時爲中國人者。(3)生於中國地。父無可考或無國籍其母爲中國人者。(4)生於中國地。父母均無可考或均無國籍者。外國人有次列各款情事之一者取得中華民國

領藉(1)爲中國人妻者(2)父爲中國人經其父認知者(3)父無可考或未認知母爲中國人經其母認知者(4)爲中國人之養子者(5)歸化者中國人有次列情形之一者喪失中華民國國籍(1)爲外國人妻取得其夫之國籍者(2)父爲外國人經其父認知者(3)父無可考或未認知母爲外國人經其母認知者(4)依自願歸化外國取得外國國籍者(5)無中國政府許可爲外國官吏或軍人受中國政府辭職之命令不從者其在國籍未喪失以前之犯罪或已犯罪後而取得國籍者究應適用中國法律乎論者頗有等議。通說謂若無特別規定時應以行爲時爲標準。

(3)兼採保護主義以保護本國及本國人民之利益。故有第三條及第五條後半之規定。第三條云。本律於中華民國外對於中華民國犯左列各罪者不問何人適用之。(第五條後半之規定已見前)

## 一 刪

二 第一〇一條及第一〇四之內亂罪

三 第一〇八條及第一一〇至第一一二條之外患罪

四 第一二五條之妨害國交罪

五 第一五三條及第一五五條之妨害公務罪

六 第二二九條第二三一條第一項之偽造貨幣罪

七 第二三九條第二四一條及第二四二條之偽造文書罪

八 第四〇二條及第四〇三條之毀棄損壞罪

以上列舉各條之罪於中國之存立信用財政經濟等有莫大之損害及危險。故出乎屬地屬人主義之外而加以在國外不內何人適用之規定。至第五條後半就外國人在民國外犯罪一點視之。似已包括於第三條之內。但其犯罪之客體不同耳。蓋第五條後半所規定之罪名爲對於中華人民之犯罪。第三條所列舉者爲對於中華民國之犯罪也。對於此等犯人倘能自行來至我國。或由外國交付。始得依律處罰。否則無從適用。除自行來至民國不計外。其須由外國交付者爲國際間共助問矣。容於下章論之。

第四節 刑法總則對於其他法規之效力

刑法總則對於分則固有適用之效力。其他法規之定有犯罪及刑罰之條文者。以無反對之

規定爲限亦適用之也。故新刑律第九條云。本律總則於其他法令之定有刑名者亦適用之。但有特別規定時不在此限。

按新刑律以外各種法令之定有刑名者甚多。凡各種實質刑法皆屬之。（前已列舉一節分）卽以前清理藩院則例而論。爲蒙古之特別法。其於新刑律總則各案所規定者。該律多無規定。適用時自可援引新刑律總則。據大理院統字第一九七號解釋文云。前清理藩院則例係對於蒙古之特別法。其關於民事及訴訟程序等規定自應繼續有效。至關於罪刑部分。該則例審斷門規定蒙古例無專案則引用刑律。是該則例關於刑事部分乃前清刑律之特別法。亦卽暫行新刑律及其他現行刑事法規之特別法。關於罪刑。該則例有明文規定者適用該則例。該則例規定適用刑律或別無明文者。適用暫行新刑律及其他現行特別刑法。

## 第八章 國際間關於刑法上之共助

### 第一節 犯人引渡之共助

一國主權之實力僅能及於本國領域以內。若遇應受本國主權支配之人滯在外國。或逃至

外國時。則事實上不能受本國主權之支配矣。此爲各國所共有之缺憾。欲彌補此種缺憾。不得不由各國爲引渡之共助。茲分述如次。

(一) 引渡之根據 犯人引渡之根據有二。(1) 根據於國際共助之觀念。謂犯罪者爲防害人類社會之安寧。非僅爲一國之犯人。乃各國共同之犯人也。故各國當爲引渡之共助。(2) 根據於自然法之觀念。謂有罪必罰。所以維持國家之安寧秩序。若因滯在外國或逃至外國而不處罰。則本國之安寧秩序將不保。而外國亦將受同一困苦。故各國同認引渡爲國際上應有之義務。

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

至何者爲政治犯。學者間有廣狹二義。狹義之政治犯即所謂國事犯是已。謂以改良其國之

政治爲目的而爲破壞其現政府之行爲也。政治犯之不引渡。初僅唱道於比利時。於一八三三年定爲法律。至今日各國皆採爲原則。已成爲國際上之通例矣。惟學者所論不引渡之理由不一。大別之約有二端。一謂政治犯非爲各國之公敵。故各國不負引渡之義務。二謂政治犯係以高尚思想而犯罪者。其行爲非有卑劣之惡性者可比。且請求國之仇視政治犯。每較他種犯罪爲甚。其處罰必難公平。故各國爲維持人道起見。不負引渡之義務。余則謂國與國之交際。非政府與政府之交際。政府不過國家之代表耳。政治犯既以改良爲目的。在爲其國家代表之政府。雖認爲犯罪。然非對於其國家本身之犯罪也。且一國無政治犯。則其國永無改良國家政治之望。故各國爲輔助他國本身之改良起見。不得不拒絕其政府之請求。但此爲余個人之見解耳。又有謂政治犯之不引渡者。非由於學理上之理由。乃歷史上之理由也。但爲多數學者所否認。又關於政治犯之範圍。一八五六年德國與其他諸國共訂條約。皆認對於國家元首及其家族之殺害罪不在其範圍之內。一八八一年國際法會議議決。對於謀殺毒殺之場合。不問其未遂或豫備。均不認爲政治上之犯罪。然各國并未實行。

引渡之犯人。有爲請求國之人民者。有爲第三國之人民者。有爲被請求國之人民者。惟對



於被請國之人民普通不必引渡。蓋本國人民應由本國法律處治。若交與他國。其法律之不同固無論矣。而偏頗之虞亦所難免。雖近世唱導世界主義。有本國人民亦當引渡之議。然既云世界主義。無論何國均可處治。無論何國之罪犯。既可處治任何國之罪犯。獨不能處治本國人民乎。殊為不通之論也。故意大利荷蘭比利時等國際條約有不引渡本國人民之規定外。并於國內法亦規定之。可知其對於此點甚重視也。查日美所訂之犯人引渡條約第七條云。締約國無引渡其人民之義務。但認其引渡為至當時則引渡之。是以不引渡為原則也。日俄舊條約第三條亦有自國臣民不得引渡之規定。

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

(三)引渡之手續 引渡之手續各國不同。茲就請求及實行兩方面述之。(1)請求引渡之手續約分三種。(甲)僅有引渡之請求。不必有其他之手續。即可為犯人之引渡。(乙)請求時

必須附交相當官署所發之逮捕狀。(丙)請求時須附一定之證據。

(2) 實行引渡之手續亦分三種。(甲)行政主義。又名法國主義。此主義通行於歐洲大陸。其手續即先由外交部受理後，送交司法部。由司法部轉知犯人所在地之檢察官。由檢察官查悉而逮捕之。逮捕之後即具調查書及意見書，連同犯人由檢察長轉解司法部。司法部長乃於元首前提出之。得元首裁可然後爲引渡之實行。(乙)司法主義。又名英國主義。其手續須由外交部送交法院予以正式之裁判。裁判之結果如認其請求正當，則將犯人爲引渡之實行。(丙)折衷主義。又名白耳義主義。係折衷司法行政兩主義而爲規定。其手續即先從裁判官之審查判決，然後報告政府。由政府認定應爲引渡者即實行之。

(四)關於引渡之中外條約。中國與外國無引渡專約之訂定。不過偶見於通商章程中耳。按中國與各國雖未訂有犯人引渡之專約。但於通商章程亦常見及之。茲列舉數條於次。以見一斑。

中美條約第十八款云……大合衆國民人有在船上不安本分離船逃走至內地避匿者。一經領事官知照。中國地方官即派役訪拿送領事等官治罪。若有中國犯法民人逃至大

合衆國人寓館及商船潛匿者。中國地方官查出即行文領事等官捉拿送回。均不得稍有庇匿……

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

中英續議緬甸條約第十五款云。英國之民有犯罪逃至中國地界者。或中國之民有犯罪逃至英國地界者。一經行文請交兩國即應設法搜拏……

其餘如中法會議越南邊界通商章程第十七款及中法續議商務專約附章第一款皆有互相引渡犯人之規定。

### 第二節 調查證據之共助

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

## 第二編 犯罪論

### 第一章 犯罪之意義

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

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

犯罪須有行為。此卽法律與道德宗教區別之一要點也。蓋道德宗教可以管束內部之意思。而法律祇能管束外部之行為。管束意思之方法。在宗教上假之刑權。在道德上或基於內部之良心。或基於外部之令譽。皆爲法律之效力所不能及也。在法律上。既以外部之行為爲標準。故管束之方法。得用刑罰。然刑罰已施。不能再復。對於何者。爲外部之行為。及應

否受罰之標準，更不可不加以嚴密之規定。故法律上於行爲之定義，必以基於意思發動之身動作爲限。是僅有意思之發動，固不得謂之行爲。即有身體動作而無意思，亦不得謂之行爲。此身體動作與意思，所以爲行爲之要件也。

(二) 犯罪須爲有責任能力者之行爲。責任能力者，有因其行爲而負責之能力也。人之行爲，須負責與否，當視其精神狀態及智識程度如何耳。其智識未達於充足之程度者，不須負責。如未滿一定之年齡者，是其精神狀態異於常態者，不須負責。如有精神病者，是二者皆無負責之能力，故法律不認爲犯罪。

刑罰因排除人之惡性而設也。而排除之方法，則不能不探其惡性之所由起。若惡性之表現，由於有意識之動作，即當用刑罰以鎮壓之，或改善之。其動作之出於無意識者，雖加以刑罰，亦必無效。故醫者之治病，須對症給藥，而法律家之治惡性，獨能有以異乎。此責任能力之說，所由起也。論者謂無責任能力者之行爲，乃宇宙間一種自然之現象。對於自然之現象，非以科學的方法治之，決不爲功。幼童之應受感化教育及精神病者之應入療養院，均爲科學的治療法也。

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

法律以不責人，以所難能爲原則。蓋若對於不可抗力之行爲而亦予以刑罰，則無時無處不可以犯罪。人無良莠，皆有受刑之慮矣。社會之安甯秩序，不徒不能爲法律所保護，且將以法律爲擾亂之具。其基礎尙能入於穩固乎。此法律之所以不罰非故意之行爲也。但對於雖非故意而有過失者，亦不能概予放任。蓋於應注意且能注意之場合，而仍不注意者，常致增多社會之危險，即不能認爲惡性，而加以較重之刑罰。然不可不予以懲戒，而使其玩忽。故法律對於過失犯，悉處以罰金，即示懲戒之意也。惟於玩忽業務者，不在此限耳。

(四) 犯罪須爲違犯刑罰法令所列舉之不法行爲。不法行爲有種種，不能皆指爲犯罪。如對於行政法上之不法行爲，祇能施以懲戒或強制。對於民法上之不法行爲，祇能責令填補其損害，回復其原狀。惟對於刑罰法令上之不法行爲，則須加以刑罰。欲刑罰法令無正條列舉之行爲，在法律上不認爲犯罪。

不法行爲有種種前已述之。刑法所罰之不法行爲則以刑法上所列舉者爲限。所以須有列舉者。採用罪刑法定主義之結果也。蓋罪刑不由法定則不知何種行爲爲犯罪。雖良善之人亦必日懷疑懼。若令良善之人亦懷疑懼。則社會國家不可一朝保矣。

(五)犯罪須爲無阻却違法之行爲。阻却違法者。謂其行爲雖爲違法。然於違法性有所欠缺。雖外形與犯罪之行爲無異。而實質上則不同也。如正當防衛或緊急避難之行爲是。該法律不認爲犯罪。

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

## 第一章 犯罪之主體

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



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

犯罪之主體應以人爲限已成今日不易之論。雖中國昔時有於死後戮屍之事實。然非刑罰上之制度。不能以此認定中國昔時曾以死體爲犯罪之主體也。惟人在法律上已成爲

廣義之名詞。因有自然人及法人之分也。就自然人而言。凡自然人應有人格。但其人格之發生及消滅頗有研究之問題。即從何時起始得稱爲人及自何時止始不得稱爲人。在未能稱爲人以前卽爲胎兒。在不得稱爲人以後卽爲死體。所應研究者卽在何時爲胎兒何時爲死體也。從普通之觀念視之。胎兒與死體甚易與人區別。本無研究之價值。但嚴格論之則頗有重大之關係。蓋從胎兒一變而爲人及從人一變而爲死體之間相距甚爲密邇。於此密邇之間大有關乎罪名之出入。例如殺未成人之胎兒者構成墮胎罪。殺已成人之嬰兒者構成殺人罪。殺已死之人體者構成毀壞屍體罪。三者相去甚遠也。就三者在法律上論之。凡已出生者爲胎兒。關於出生之界限如何學說有五。卽一部產生說、全部產生說、斷帶說、生聲說、獨立呼吸說。是也。就中以獨立呼吸說爲多數學者所贊可。此說謂胎兒自脫離母體能自營獨立呼吸時卽爲出生之時期。關於死亡時期之學說亦有種種。如脈搏停止說、心臟鼓動停止說等。普通以心臟鼓動停止說爲當。蓋有已達於脈搏停止之時而心臟猶有鼓動者。於心臟鼓動未停止以前。有時猶有復甦之望。故於脈搏停止後心臟鼓動未停止以前尙得謂之人。不得以死體論。倘有殺害之者仍當以殺人論罪。自然人於

出生以後未達負責年齡以前本不能爲犯罪之主體。茲因論人之界限而述及之耳。雖然不能爲犯罪之主體。却可爲被害之主體。即犯罪之客體也。故殺成年人與殺嬰兒同罪。蓋不能以被害者年齡長幼爲犯罪輕重之標準。古昔有殺嬰兒罪輕之規定。今則不然矣。法人能爲犯罪主體與否之問題前已論之。我國刑法無處罰法人之規定。故大理院已於解釋文中明白宣布。各國刑法對於法人犯罪多有罰其代表人者。德國卽其實例。其他有以明文於廣義刑法中規定處罰法人者。如日本之食鹽專賣法第三八條續業法第一〇六條漁業法第六十五條皆是。於形式刑法有規定者如美國是。但亦祇處罰金。至法人之性質及關於法人之學說此處不及詳述。參閱民法可耳。

### 第二章 犯罪之客體

犯罪之客體有二種意義。卽被害法益與被害者是也。所謂被害法益者。犯罪者對於法益之侵害也。至何謂法益。卽法律所保護之利益也。蓋法律於凡人所有利益之正當者必保護之。不正當者卽排除之。故法律所保護之利益曰法益。法益又可分爲個人之法益社會之法益國家之法益三種。前一種又可稱爲私益。後二種又可稱爲公益。其實均互有密切之關係也。

所謂被害者。乃因他人犯罪而直接受其損害者也。即所被侵害之法益之持主也。例如甲以刀殺乙。乙即被害者。乙之生命即被害之法益也。蓋法律所保護之法益即生命故耳。學者又分被害者爲自然人社會國家三種。自然人爲被害者時不必如犯罪主體之要有責任能力。雖嬰兒及精神病人亦得爲犯罪之被害者也。

#### 第四章 犯罪行爲之概說

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

犯罪科刑本以有一定之行爲爲限。但亦有主張不有行爲亦可構成犯罪者。在客觀說主張非有行爲不能成立犯罪。蓋謂不能以心理的狀態爲法律之領域。換言之即謂法律祇能以人之外部行爲爲其領域而有管束之權。心理狀態不能受法律之管束也。在主觀說謂犯罪所以科罰者爲預防危險也。犯罪之成立祇要有危險不必有行爲。換言之即法律

對於有危險的心理狀態亦應科罰。適與前說立於反對的地位。兩說之外有折衷說。謂無行爲而科罰固有未當。若對於有重大危險之意思表示而不科罰。則於社會之安甯秩序亦殊有影響。不如由法律預立一定之標準。對於某種特定之場合雖無行爲亦應認爲犯罪而科以刑罰。庶得其平矣。

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

又犯罪行爲之成立有由單一動作者。又有由於多數動作聯合而成者。既有多數動作。於其中遂有中心事實與附隨事實之區別。中心事實者。其動作可爲犯罪構成之要素。而刑

法上已有專條規定之事實也。附隨事實者。謂其動作非刑法上犯罪構成之要素而爲犯罪行爲相密接之事實也。例如竊盜者。於事前察看地點購備器具。臨時侵入第宅舉手取物皆爲犯竊盜罪之事實也。就中以舉手取物爲竊盜之中心事實。察地點購器具皆附隨事實耳。所有各種附隨事實皆非犯本罪之必要動作。因無此動作有時亦能達到竊盜之目的也。其附隨事實乃爲無罪之部分。即當論罪亦僅構成他種犯罪耳。

行爲二字究能包括結果與否。學者間每生爭論。約有數說。(1)謂結果之觀念應包括於行爲中。例如以刀殺人。自始即有殺人之意思活動。殺人而中。遂得致死之結果。是合意思及結果而爲一行爲也。(2)謂行爲之成立僅由於意思之活動。因活動而結果乃生。是行爲與結果相爲對待者也。(3)謂行爲包括意思及中間影響與結果。例如有殺人之意思爲一事。實行舉刀(即中間影響)爲一事。被刀者受傷而死爲一事。三者完全乃成一殺人之行爲。(4)謂結果在行爲之外。行爲之範圍僅包括意思及動作。結果之有無不與焉。若由行爲而得結果則謂之所爲矣。蓋認所爲爲行爲及結果相連續之總稱也。此說爲多數學者所承認。故所爲二字已成爲刑法上通行之名詞。但一所爲有時含有多數之行爲。究當如何論罪乎。例如

欲殺人者。於事前竊取他人之刀。於臨時加以私擅逮捕。於事後因消滅證據而毀破其屍體。其行爲甚多。然以結果論之。其所以爲此多數之行爲者。不過欲達其殺人之目的耳。是一所爲也。在刑法上又稱此多數之行爲爲手段。謂非有此種手段不能達到犯殺人罪之目的。欲達到犯殺人罪之目的始有此種手段。故手段二字亦爲刑法上之通用名詞矣。

按所爲二字本可包括行爲及結果在內。但對於無結果之行爲亦得稱爲所爲否。以通例視之。無結果之行爲亦得稱爲所爲。例如犯竊盜既遂者可稱爲某某犯竊盜之所爲。其未遂者亦可稱爲某某犯竊盜未遂之所爲。是無結果者亦得稱爲所爲。可知所爲不過爲自行爲至結果之全體也。有結果之全體及無結果之全體均可成爲一所爲。

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

之意。其性質仍無甚差別也。

爲法律所禁止之行爲者爲作爲犯。刑法之大部分皆屬此罪。至云不爲法律所命令之行爲爲不作爲犯或謂不盡然也。蓋有不純正之不作爲犯在焉。所謂不純正之不作爲犯者。對於他人不作爲之犯罪而不爲防止結果之發生也。例如新刑律第三四一條所規定之犯罪。係於自己經管地內發見被遺棄之老幼殘廢疾病之人而不與以相當之保護又不報明巡警官員及其他該管官員者是也。蓋對於此等遺棄之人既非自己有扶助養育保護之義務。不過責令防止其結果之發生耳。故謂爲不純正的不作爲犯。然發見者對於此等被遺棄之人雖當初本無扶助養育保護之義務。然既經發見。而法律上又明定有爲相當保護或報明官員之義務。是已負有法律上之責任矣。其實已爲純正之不作爲犯。并能謂爲不純正之不作爲犯也。此外尚有因既行行爲而生作爲之義務者。亦不作爲犯也。例如既爲病人施用手術於未完畢以前而終止是。

## 第五章 犯罪行爲之階級

犯罪行爲之階級者。由意思以至結果其中所經之階級也。其中所經之階級可分四項。卽犯



意發動預備著手實行是已。茲分晰說明如次。

### 第一節 犯意之發動

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

(一) 有犯意之表示時卽成爲獨立罪。如新刑律第三五七條所規定者是。該條犯罪之成立。不要有實害之發生。祇要犯罪者有犯意之表示。其罪卽時成立。

按第三五七條云「對人以加害生命身體自由名譽財產之事相脅迫者處五等有期徒刑。刑拘役或一百元以下罰金。」此卽僅有犯意表示時卽已成爲獨立之犯罪矣。或有謂此種犯罪非能以單純之犯意表示論也。蓋謂脅迫云者。對人以加害之行爲相通也。其通知之行爲卽外部身體的動作。且脅迫罪之成立。不必要有真正加害之意。無此意思。而

以加害之旨相通知者亦可成立本罪。更可知脅迫罪與單純之犯意表示不同。駁之者謂脅迫罪之所以處罰者。僅罰其犯意之表示。於其表示犯意之時。尚不能認爲有若何動作。斷不能以犯意表示即作爲動作。若以犯意之表示即作爲動作。則一切之犯意表示皆可作爲動作。即不須有犯意思表示之一名詞矣。况脅迫罪之犯罪者。不盡爲無真正加害之意思者也。在立法者之意。本不以預防其實害之發生爲目的。但一方面仍欲預防其實害之發生。因欲預防其實害之發生。故於有犯意之表示時。即認爲獨立之罪也。兩說各有理由。鄙意以爲犯意表示終不能以動作論。在普通之僅有犯意表示者。於社會不致發生危害。多不爲罪。其以有所要求而以加害他人之意思相表示者。即足使人生恐懼之心。故特加以刑罰。并非因其有動作而罰之。亦即制裁犯意表示之一種刑罰也。况自以加害之意思相通知後。若竟至實行其加害之行爲時。則成立一種實行之罪。不能再論脅迫罪。於此可知由脅迫可進於實行。脅迫僅爲犯意思表示而非動作也。

(二)陰謀 陰謀者謂二人以上所爲關於一定犯罪之協議也。其成立之要件有三。(1)必爲二人以上。一人之意思表示非陰謀。(2)須指定犯罪之目的。無一定之犯罪目的者非陰

謀(3)須有受通知者之承諾。若僅有一方提出未得他方之承諾時不爲陰謀。就犯罪之階級論之。陰謀不過爲犯意表示之加甚者耳。本無處罰之必要。故新刑律祇就其情形重大者處罰之。如內亂、外患、妨害國交、放火、決水、妨害交通、殺人、殺尊親屬、決鬥等罪內均有罰陰謀之規定。

陰謀爲二人以上之意思表示。其成立犯罪之範圍較廣。故新刑律規定犯罪之條文增多。但亦有認陰謀爲動作而非意思表示者。其理由與前項相同茲不贅述。

(二)兇徒組合 兇徒組合者。謂聯合多數人謀爲犯罪尙無特定之目的也。此等組合於社會之安寧秩序甚有危險。故法國刑法有處罰之規定。惟日本及其他各國尙未認爲刑法上之犯罪。吾國則於治安警察法中有類此之規定耳。

兇徒組合論程度已較陰謀更進一步。但因其無指定的目的。無具體的動作。故不能於刑律預定處罰之條文。且尙未入於預備之階級。爲講述之便利計。權以列入於意思表示之內。其實已介於陰謀預備之間。倘定有目的。即入於陰謀。有動作。即入於預備矣。治安警察法第九條謂行政官署對結社認爲有左列行爲之一者。命其解散。一、結社宗旨有擾亂安

雷秩序之虞者。二、結社宗旨有妨害善良風俗之虞者。三、其他秘密結社者。又第二十八條云。違犯第九條各款規定結社或加入第九條各款結社者處以一年以下之徒刑。

## 第二節 豫備

豫備行爲較犯意之表示更進一級矣。如有放火之意思而往購火油是也。論其階級既尙未著手。應不處罰。新刑律特就其重大者處罰之。與處罰陰謀罪之場合略同。如內亂、外患、妨害國交、放火、決水、殺人、殺尊親屬、妨害交通、偽造貨幣、決鬥等罪內皆有罰豫備之規定。除此明定之場合外。尙有以豫備爲幫助正犯之場合。其正犯之犯罪成立時則因而構成幫助犯。(第三十一條)但正犯不構成犯罪時則不單獨處罰也。又有以豫備爲獨立之罪而處罰之場合。如二〇三條所規定意圖爲犯罪之用而製造或收藏危險物者是。

豫備雖爲犯罪階級之一種。其實非必要之階級。蓋有臨時犯罪而無意思表示及預備者亦所常有。例如與人爭辯者。因臨時發生忿激而殺人。於其殺人著手以前本無殺人之意思。因忿激而決定其殺意。有時不過一杪至數杪鐘之間耳。或以手撲之。或拾器具以擊之。當時祇順機以爲之而已。當無預備之可言也。故無預備而犯罪者其惡性必較有預備者

爲輕。法律之所以有謀殺故殺誤殺之分者即以其惡性之輕重不同也。至預備行爲之實施種類不一。有以購置器具爲預備者。有以探定場所爲預備者。有以偵察被害人之行動爲預備者。有以藏匿其身體爲預備者。要皆爲犯罪著手以前與犯罪有關係之行爲也。

### 第二節 著手

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

犯罪至著手之階級時應否處罰容於下章述之。

依主觀說以說明預備與著手之區別則其區別終難明晰。蓋既謂以可以識別爲犯罪之行爲時卽爲著手。其不能識別爲犯罪之行爲時始爲預備。然則於犯罪未著手以前如因有意思之表示而人人均知其爲預備行爲時卽硬以著手論乎。依此解說則凡屬預備行爲之爲人所能識別者皆以著手論矣。殊難認爲兩者實質上之區別也。至客觀說之說明方法雖有種種。論者或謂於實際適用上難免不一致之弊。但大旨固甚得當也。

#### 第四節 實行

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

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

## 第六章 犯罪行爲之不完全

### 第一節 未遂犯

未遂犯之定義有德法兩派不同。法國派謂因意外之障礙而未遂者爲未遂罪。德國派謂不

問未遂之原因是否出於意外皆爲未遂罪。我國新刑律謂已著手於犯罪之實行因意外之障礙而不發生犯罪之結果者爲未遂犯。似係採法國主義。依此次定義。則應將未遂犯分爲兩種。即著手之未遂犯及實行之未遂犯。是凡著手實行因意外之障礙而不能達於實行者。爲著手未遂犯。如謀殺人者已拔刀而未加諸身。是其已達於實行。因意外之障礙不能生犯罪應有之結果者爲實行之未遂犯。如謀殺人者以刀加身之後而未致死。是前已說明矣。故新刑律第十七條規定云。犯罪已著手而因意外之障礙不遂者爲未遂犯。其不能生犯罪之結果者亦同。至所謂意外之障礙者。兼指人力與自然力而言。由於人力者。例如著手放火爲第三者所制止。是由於自然力者。例如放火因天雨而不能然。是又犯罪之既遂未遂不能專從目的之達到與否以爲區別。蓋有時目的雖未達到亦應認爲既遂者也。於著手未遂及實行未遂之間尙有一種未遂之情形。例如以毒藥殺人。每日進以少量。以免爲其發覺。預計服滿一月之後其人必死。迨服過半月後因障礙以致未遂。此時稱爲著手之未遂乎。抑稱爲實行之未遂乎。論者不一其說。或曰此爲未了之未遂。亦近是也。

就一般言之。各種犯罪莫不有未遂犯。然其中亦有與未遂犯之觀念不能相容者。卽無未



遂犯之可言也。(1) 結果犯無未遂。所謂結果犯者。對於有故意之行為所生無故意之加重結果負刑事之責任者也。結果犯之成立以有非故意之加重結果爲限。有其結果爲既遂。無其結果則毫無關係。故無所謂未遂也。例如以故意使婦女墮胎爲目的而犯罪。若婦女因墮胎而致死則爲非故意之加重結果。應更處以傷人致死之刑。倘無死亡之結果發生。則與傷人致死無關。無所謂未遂。(2) 過失犯無未遂。所謂過失犯因不注意而生之結果也。本無故意犯罪之意思。不過因其結果之發生有必害於社會。特加以懲戒以促其注意耳。故無結果之發生時不以未遂論也。例如擊槍擊獸因不注意而傷人。若已有傷人之結果。則處以過失傷人罪。否則與犯罪無關。自無未遂可言。(3) 不作爲犯無未遂。不作爲犯者。因不爲法律上所命令之行為而認爲犯罪也。以理論言之。凡因不作爲而未得結果之發生時。即當以未遂論也。但不作爲犯之成立不以有無結果之發生爲斷。祇要有不作爲之事實。不待結果之發生。即已認爲既遂。故無未遂犯也。例如不爲嬰兒哺乳。祇要有不爲哺乳之情形。不問嬰兒之死亡與否。其罪已成立。自無未遂可言。(4) 與著手實行同時完成之犯罪無未遂。蓋此種犯罪一經著手實行即爲既遂。自無成立未遂犯之餘地。例如

侮辱脅迫等罪於著手實行即認爲成立。其有何種結果之發生不問也。

關於未遂犯之處罰。應否與既犯相等或不應處罰。在學說上主張不一。而各國立法例亦不相同。但不外三種主義。(1)同等主義。謂犯罪雖因意外之障礙未遂。而其惡性業已實現。應與既遂者受同等之處罰。故又稱爲誅心主義。羅馬法曾採用之。(2)必減主義。謂犯罪既未生既遂之結果。損害尙屬輕微。按其實應予減等。故又稱爲誅害主義。意大利採用之。(3)得減主義。謂犯人係因意外障礙乃至不能達其預期之結果。其危害社會本與既遂者無異。其刑不必減輕。惟按其情節或有可原。得由審判官酌量減輕耳。故又稱爲折衷主義。吾國新刑律採用之。其第十七條第三項云。未遂罪之刑得減既遂罪之刑一等或二等。

上列三種處罰未遂犯之主義。雖各有理由。究應採用何種爲當。要以所持刑事政策何如。以爲轉移耳。蓋對於犯罪可從犯人社會被害者三方面加以觀察。從犯人方面觀察之結果。當以排除其惡性爲標準。惡性之有無及輕重與犯罪之未遂既遂毫無關係。蓋既經著手實行。其惡性業已顯著。有無結果乃由於犯人以外之原因而生也。故從犯人方面觀察。不應有既遂未遂之區別。宜一律科以同等之刑罰。若從被害者方面觀察。當完全以結果

之有無爲標準。蓋無結果之發生時在被害者尙無實害之可言。即處罰稍輕。亦必滿意。即當取必滅主義。至就社會方面觀察之。則應取折衷主義。蓋危害之能及社會與否依犯罪之情形而各有不同。例如擾亂治安妨害秩序。雖屬未遂仍於社會感有危險性之存在。他如關於個人法益之侵害未遂於社會無重大危險之可言。新刑律之所以採用折衷主義者。頗能從社會方面加以觀察也。

又新刑律對於未遂犯之處罰以分則有特別規定者爲限。其於分則中無處罰之明文者不能處罰。故第十七條第一項云。未遂犯之爲罪於分則各條定之。

## 第二節 中止犯

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

人之食品後。因覺不忍而勸其人勿食。是若犯罪既進於實行。犯人以己意防止其結果之發生者。爲實行之中止犯。例如以毒藥令人食過後。因覺不忍而投以解毒之劑。是至中止犯對於已發生之結果應負責任與否。亦一問題。如前例於投以解毒藥品之後。雖未致害其人之生命。但其人因而受有內部之損傷。究應負責損傷之責否。論者多謂中止犯在刑法上既有其處分之規定。從其規定可耳。其規定維何。卽新刑律第十八條云。犯罪已著手而因己意中止者。準未遂犯論得免除或減輕本刑是也。其所以定爲得免除或得減輕者。據其理由謂中止犯有可恕者有不可恕者。如其人欲待時而動因而自止。卽無可恕之理。則不必免除其刑。第二次修正案第三十四條之規定已將得字刪除。謂因己意中止者其情節較輕。改從必減所以獎勵犯人之自行中止也。若中止原因由於待時而動者則非中止之性質矣。

中止犯與未遂犯之區別當先從中止之實在原因上審查之。若僅從行爲上觀察之。有時在外形上極似中止犯而實際爲未遂犯者。例如欲行強姦者已侵入室中。恍惚聞隔壁有語聲。因生畏懼而退出。乃中止其強姦行爲。在外形上觀之。極似中止犯。而從其實在之原因審查之。則其中止之原因乃係由於畏懼。畏懼卽障礙也。與由於良心發見之真正中止。

不同。故祇能以未遂犯論。考此種中止之行爲實係出於誤想。以實際不存在之障礙認爲障礙。亦猶犯罪者有犯罪之事實存在而誤認爲無犯罪事實之存在同爲誤認情形。故在法律上對於非故意犯罪之行爲不爲罪。而此則非故意悔悟之行爲不認爲中止也。總之。中止犯在新刑律所以定爲得減輕或免除者。意在獎勵犯人中途自悔以減少實害之發生耳。爲貫徹立法之本旨起見。非有確實證明其出於因自悔而中止其行爲時。決不能濫於適用。或謂處罰犯人原以排除其惡性爲目的。若僅求防止其實害之增多。對於犯人之惡性方面未免失於注意。殊不知惡性之存在與否雖與實害之發生與否無關。然出於中止之犯人當中止其行爲時其惡性必已大有改變。蓋如未改變。則於無障礙之存在時斷不肯自動的中止也。

中止行爲有未生結果之中止及行爲已了之中止兩種。於著手後行爲未終前而中止者曰未生結果之中止。例如以毒藥殺人。投未及量而止。於行爲終了後未發生結果前而以已意防止其結果之發生者曰行爲已了之中止。如前例投藥及量而復投以解毒之劑。是關於共犯之中止犯亦有數問題。(1)正犯之行爲中止致唆犯及從犯亦以中止論否。

(2) 共同正犯中之一人中止其行爲其他各正犯以中止論否？(3) 教唆犯從犯防止正犯行爲之發生結果正犯亦以中止論否？於第一問題學者間或有謂教唆犯與從犯爲附屬於正犯行爲之性質。以爲正犯之行爲中止時其效力可以及於教唆犯及從犯。殊不知刑事政策所以獎勵中止犯者。所以啓其於既遂前發生自悔之心也。是中止犯應以中止之本人爲限。况於正犯著手實行之際而教唆犯及從犯之行爲可謂業已完結。不過尙無結果之發生耳。其結果之所以未發生若係由於正犯之中止其行爲。則正犯之中止行爲於教唆犯及從犯等於意外障礙之發生而已。既屬意外障礙。則不過立於未遂之狀態而已。豈能并以中止犯論乎？第二問題當有兩種情形。一爲中止其行爲後致無結果之發生。一爲中心其行爲後仍有結果之發生。於第一種情形。例如甲乙二人約同侵入某宅爲盜。甲懷利器。乙懷電火。及甲洞穿牆壁。而乙於隨同入室之後忽爾中止。以致甲因無電火不能達其目的。於此種情形。除乙認爲中止犯外。在甲不過因乙之行爲而未遂。與因意外之障礙而未遂者無別。則甲應以竊盜未遂論。是於竊盜罪認爲中止犯。於侵入住宅之行爲業已完結。其行爲又在中止以前。似不能因事後之竊盜行爲中止而免其侵入住宅罪。亦

猶竊盜於竊取財物後無論有何種行爲不能再論以中止也。於第二種情形例如丙丁二人約同放火。丙攜燃料。丁攜火柴。及著手實行之際。丙已將燃料安置於接觸之處。而丁忽攜火柴退回。但丙并不因而中止。別覓火柴以然之。終至發生結果。故此種情形。除丙當然以既遂論罪外。丁既臨事無因而退回。當係由於己意中止。其由於丙之行爲所發生之結果可不負既罪之責。仍以中止犯論。至第三問題。教唆犯及從犯既有防止其結果發生之防止行爲。其情形實等於行爲已了之中止犯。在正犯行爲之無結果既非由於自己之意思活動。實爲一種意外之障礙。應以普通之未遂論也。他如過失犯結果犯既無未遂之情形。亦無中止可言。至中止犯在新刑律之所以標明準未遂犯論者。除積極的理由有時應處以未遂罪之刑罰外。在消極的理由。因中止犯亦係限於分則各條有處罰未遂之規定者始能成立。故不能不標明以未遂論。否則於分則各條須另行標明中止犯之條文矣。

## 第二節 不能犯

不能犯者。其不發生結果之原因非由於意外障礙。亦非由於己意中止。乃係其行爲之性質上無結果之發生也。其與未遂犯有無區別。計分客觀說主觀說折衷說三種。其立論各有不

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



## 不能犯

手段上之不能

絕對的不能（如以乳粉殺人）

相對的不能（如以鎗擊人不能命中）

目的上之不能

絕對的不能（如對男子爲強姦）

相對的不能（如向空銀庫竊銀）

不能犯與未遂犯之區別前已言之。至不能犯之應否處罰。爲刑法學者劇烈之爭點。議論紛紜。莫衷一是。主張客觀說者謂不能發生犯罪事實時。其行爲與犯罪相去尙遠。若一律處罰。則似爲處罰犯罪意思而非處罰犯罪行爲矣。主張主觀說者謂既著手實行犯罪。無論其能否發生犯罪事實皆足危害社會。故應處罰。兩說雖各有理由。其主張均有未當。最近各國立法例專採折衷說。以主觀說爲原則。而以客觀說者爲例外。即對子相對的不能犯仍須處罰。對於絕對的不能犯不論罪。而我國新刑律第十七條第一項後半云。其不能生犯罪之結果者亦同。在形式上似係完全採主觀說。但論未遂罪既以分則有規定者爲限。則在實際上全無危險時不徒不罪不能犯。即普通之未遂犯亦不處罰。如和姦重婚等條之罪是。

按修正案對於不能犯之處罰以無危險者爲限。然孰爲危險就爲無危險若不以法律預定之。殊難令審判官加以自由之臆斷也。故第二次修正案則規定凡犯罪之方法不問如何情形不能發生犯罪之結果者得減輕或免除其刑。卽係不罰絕對的不能犯之意也。夫相對的與絕對的不能既有罪刑出入之關係。則不可不詳爲區別。其區別之要點約有數端。第一相對的不能犯其不能完成之原因不過因行爲之錯誤耳。絕對的不能犯則因手段及構成要件完全不存在也。第二絕對的不能犯於構成犯罪必要之手段及其事實全然欠缺。相對的不能犯不能謂有完全之欠缺也。

## 第七章 犯罪行爲之責任

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

### 第一節 責任能力

責任能力者。爲犯罪主體之能力也。換言之。卽基於一定之行爲而有負擔刑事制裁之力量也。犯罪主體以人爲限。前已說明。但人以其智識程度及精神狀態之不同。又可分爲能負責

任及不能負責任者兩種。凡具有通常之智識程度及通常之精神狀態者爲有責任能力。否則爲無責任能力。對於無責任能力者之行爲，學者謂係一種自然界之現象，不能認爲犯罪。或謂應認爲犯罪而不處罰。總言之爲不負罪刑之責任耳。所以不負罪刑之責任者，非謂無責任能力者之行爲爲無危險也。不過制裁之方法不在於刑罰而已。

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

責任能力之程度得分別而爲觀察與否。即對於責任能力得分別爲正常責任能力與減弱責任能力與否之問題也。依一般通說，則謂能力之程度有正常與減弱之不同。新刑律規定減輕責任及全負責任二種即本乎此也。又責任能力必須於行爲時有之。抑於審判時及受刑時亦認之否。在行爲當時無責任能力者，固當不科以刑罰。若行爲時有責任能力而至

審判時或受刑時忽已失其責任能力。究應停止其審判或執行與否。據新刑律及刑訴條例之規定。認爲應予停止也。至有無責任能力之標準。應從智識及精神兩方面求之。茲分述如次。

按所謂正常責任能力者。即通常責任能力之意也。新刑律規定十六歲以上者不能因年齡關係而減輕。即係認十六歲以上爲正常責任能力者。又規定瘖啞者得酌量減輕。即係認瘖啞爲減弱責任能力者。至因失責任能力而停止其審判。在新刑律有第七十三條之規定。云起訴權之時效遇被告人罹精神病及其他重病而停止公判者停止之。是因於行爲後失去其責任能力而停止審判也。在刑事訴訟條例有第四九四條之規定。該條第一項第四款即係規定執行之停止也。又有在行爲時無責任能力及結果發生時已有責任能力者。仍當以行爲時之能力爲標準。例如爲信函投寄遠方毀壞他人名譽者。在發信時其人患有精神病。及他人受毀壞名譽之結果時其精神病業已治愈。仍不負刑事上之責任也。

(一)智識程度 欲分別其人之有通常智識程度與否。實難有正確之標準。通例以年齡區

別之。凡達到若干年齡者，無論其人之實在智識如何，即以有通常之智識論。在實際上，雖常有不盡然者，但舍此別無可以區別之一定方法也。前清刑律原分十五以下十歲以下七歲以下三項矜恤之例，各國亦皆有幼者無罪及減輕之規定，計有三種區別。

第一為二分制。分責任為二時期。(1)絕對無責任(或相對無責任)。(2)全負責任。

第二為三分制。分責任為三時期。(1)絕對無責任。(2)相對無責任或減輕責任。(3)全負責任。

第三為四分制。分責任為四時期。(1)絕對無責任。(2)相對無責任。(3)減輕責任。(4)全負責任。

以上第二第三所以規定相對無責任者，係採用辨別說所得之結果也。夫幼者為可教而不可罰，已為世界各國學者所同認。既認幼者為可教而不可罰，則必以教育之力所能動者為標準，而責任年齡之規定原不可太低。新刑律第一次草案擬定十六歲為負責年齡，比較各國為寬。修正案改為十五歲。憲政編查館認為太高，援匈德之例改為十二歲，而以未滿十六歲者為減輕責任規定於宥減之內。及資政院議決時，原係採用修正案之十五歲。至宣統二

年頒布時又復改爲十二歲。民國仍之。即現在所適用者也。

按責任年齡之規定各國不同。茲併列各國之立法例如次。

分期	國名	絕對無責任	相對責任	減輕責任	全負責任	
(一)二分制	法蘭西		一六未滿		一六以上	
	比利時		同前		同前	
	盧森堡		同前		同前	
	挪威	一四未滿			一四以上	
	日本	同前			同前	
	奧地利	同前			同前	
	(二)三分制	中國	一二未滿		一一一六	一六以上
		芬蘭	一五未滿		一一一八	一八以上
		美國紐約	七歲未滿	七十一二		一二以上
		英吉利	同前	七一一四		一四以上
坎拿大		同前	同前		同前	
印度		同前	同前		同前	
埃及		同前	七一一五		一五以上	
暹羅		一四未滿	一四一一六		一六以上	
墨西哥		九歲未滿	九一一四		一四以上	

	希臘	十歲未滿	一〇—一四		同前
	荷蘭	同前	一〇—一六		一六以上
	匈牙利	一二未滿	一二—一六		一六以上
	德意志	同前	一二—一八		一八以上
	瑞典	一四未滿	一四—一五		一五以上
(三)四分制	葡萄牙	七歲未滿	七—一四	一四—二〇	二〇以上
	俄羅斯	同前	同前	一四—二二	二一以上
	意大利	九歲未滿	九—一四	一五—二二	同前
	巴西	同前	同前	一四—二二	同前
	西班牙	同前	同前	一四—一八	一八以上
	丹麥	一〇未滿	一〇—一五	一五—一八	同前
	挪威	同前	同前	同前	同前
	奧地利	同前	一〇—一四	一四—二〇	二〇以上
	土耳其	一三未滿	一三—一五	一五—一八	一八以上

據右表觀之。採用三四分制之國家較多。採用二分制之國家較少。蓋所以須分爲數級者。因智識人各不同。不能不從嚴密以爲規定也。所宜注意觀察者。在第一級與第四級。第一級爲絕無責任者。規定之年齡過低。固失於刻。過高亦多流弊。應以適中爲當。考各國中規

定最低者爲七歲未滿。與我國舊律七歲以下矜恤之例相合。最高者爲十五歲未滿。與我國新刑律之第二次草案相合。而第四級之最低者爲十二以上。最高者爲二十一以上。蓋過此則其智識程度不能謂爲稍有欠缺矣。然在各國教育程度之不同。不能全憑理想以爲斷定。凡行使強制教育之國家不妨稍低。否則不妨稍高也。

據新刑律第十一條規定云。凡未滿十二歲人之行爲不爲罪。但因其情節得施以感化教育。蓋未滿十二歲人雖偶有觸犯刑章之行爲。以其智識尙未達到普通人之同等程度。究與普通人之犯罪不同。不應置諸監獄。而應置諸感化場所施以感化也。文明各國多有感化院之設。其組織多與家庭相似。以四五人或六七人爲一家。視作父子兄弟。訓以德育上之道義。輸以智育上之技能。并課以體育上之勞動。以活潑其精神。務使與受良好家庭教育者收同一之效果。惟吾國尙無是項設備。僅能責令其本人之家庭嚴加監督。施以較良之教育而已。然實際上不過一種具文耳。有責者不可不急起而行之也。至年齡之計算方法。據新刑律第十七條之規定。凡以年計者。閱十二月。應扣足計算。則非自出生之日起。已達十二年者。不得以已滿十二歲論。日本刑法上之計算方法亦如是也。特在中國於戶籍法未施行以前人之



出生年月甚難稽考，非從實調查明確不能率爾定讞。蓋年齡既有法令規定，若僅以被告智識發達之程度與體格長成之狀態爲推測之斷定，不得謂有法律上之根據也。新刑律既於第十一條規定滿十二歲爲刑事負責之年齡，又於第五十條規定未滿十六歲人之犯罪得減本刑一等或二等，蓋採用三分制也。

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

愚意對於幼者之處置方法斷不能從理論上以爲推測。若徒恃理論而不求實際之合用與否，則其收效往往適得其反。蓋幼者生性之良莠，環境之善惡，以及法律對於幼者之處置先例皆與其犯罪有密切關係，而其中知識程度發達之遲速亦人各不同，未可視爲一

律也。其生性良善環境優越者，偶有所犯若實係出於智識程度之不足，即稍加教導已能收效。其生性惡劣環境不良者，往往視犯罪爲當然，并非智識及狀態之不足也。若僅予以教導，彼且自矜爲得計，安有效力可言哉。是在法官之能審度情節以爲裁量，對於絕對不負責之年齡不宜過高，完全負責之年齡不宜過低。於減輕責任之範圍則宜較寬，庶於實際上不致發生窒礙也。且年齡高而知識狀態不及年齡低者，往往而有，尤不可全憑不變更的年齡數目以爲準繩焉。

(二)精神狀態 人之精神是否具有通常之狀態，與刑事責任之關係甚鉅。在法律上可分爲三種：(1)精神病者。(2)瘖啞者。(3)年滿八十歲以上者。精神病者不負刑事責任，各國皆同此原則。惟精神病之用語不能一致，有謂應改爲心神喪失者，有謂心神喪失僅爲精神病之一種，患精神病者固多心神喪失，而心神未喪失但不具記憶力及推理力者亦得稱爲精神病。又有謂應改爲精神故障者。新刑律之規定則用精神病三字。故第十二條第一項云：精神病人之行爲不爲罪，但因其情節得施以監禁處分。蓋精神病之行爲不可認爲其人之行爲，乃其病之作用，祇能以醫藥治之，不可加以刑罰。既不可加以刑罰，則不處以死刑或徒

刑而因其情節施以監禁處分。所謂因其情節者。非因其病狀之輕重。當視其人之有無負監督之責者也。至精神病發生之原因。有生來其精神機能已感有疾病者。有因長成後基於偶然之事實而致之者。在醫學上必區別其病名。而於刑法上概不問其發生之原因若何也。其由於酗酒而偶然喪失其心神者。雖與患精神病有相同之狀態。但此非自然之病。乃爲人力所能抑制者。若藉酗酒以圖犯罪。仍爲法律所不宥。故新刑律第十二條第二項云。前項之規定於酗酒或精神病間斷時之行爲不適用之。蓋精神病間斷時之行爲本與無精神病者相等。自不能以其曾患精神病而有不同之待遇也。又本無精神病因欲犯罪而自招精神病患者。仍當解爲有罪。但事前無犯意及陷入精神病後無端而罹犯罪之行爲者。則當認爲無意識之舉動。不負刑事責任。

精神病患者因其精神狀態之不如常人而不論罪。爲各國立法例所共認。其中所應研究者計分四項問題。即（1）精神病之範圍如何。（2）自招精神病患者之責任。（3）酗酒行爲之責任。（4）心神耗弱者之責任。第一問題即其用語之解釋也。上面業有說明。據新刑律第十二條原案理由謂係指癡與瘋狂等類。查癡與瘋皆爲心神不能自主之結果。心神不能

自主換言之卽心神喪失也。雖精神病之範圍不專指心神喪失而言。而其立法之本旨似係專指心神喪失者。蓋第十二條明明規定精神病人之行爲爲絕對的不負刑事責任。若係兼指心神未喪失而不具記憶力及推理力者而言。則必爲相對的不爲罪之規定。斷不致用絕對無罪之規定也。故精神病之範圍自與心神喪失之用語相等。第二問題爲自己故意招致精神病者。及已入於精神病之領域而犯罪。在外形觀之當然爲精神病人之行爲。不過其精神病由於自己所招致耳。於此主張消極說者謂犯罪既在精神病中。應不負刑事責任。主張積極說者謂利用精神病爲犯罪手段時。則與使無能力者犯罪相等。不能以精神病之行爲論。應認爲犯罪。此說爲多數學者所公認。第三問題亦有消極積極兩說。主張消極說者謂酗酒亦爲一時的精神障礙。其行爲無刑事責任可言。主張積極說者謂精神病人之行爲爲病理作用。出自天然之障礙。故與本人之行爲無關。而酗酒爲人力所自招。無論在行爲時有無精神上之障礙。均應負責。且酗酒者未必全喪失其心神。不過其心神稍有障礙耳。此種出自人力之障礙不能爲違法阻却之原因。新刑律第十二條第二項卽係採用積極說而爲規定也。至有謂以酗酒時有無知覺爲負責與否之標準者。無論

在事後無鑒定知覺有無之可能。且不合於法理。其說之不當不待言矣。第四問題頗爲當今立法者之爭點。因新刑律無此規定。故或以爲應包括於精神病之內。或謂律無免責之明文。仍應完全負責。第二次修正案爲解決此種爭點起見。特加以規定之明文。其理由謂心神耗弱人其重者幾與心神喪失相等。輕者或與常人同。既不應處以通常之刑。又不應全免其刑事責任。故不能不有特別之規定。此爲各國刑法家及醫學家所公認也。外國刑法典有類似之規定者。如意大利那威西班牙丹麥瑞典希臘日本等國刑法典。與德國委員會刑法草案皆有心神耗弱之條文。一千九百零五年萬國學會議決亦贊成對於心神耗弱人科以較輕之刑。故該案亦爲同樣之規定。其刑期比常人輕短。然於執行完畢或免除後若聽其自由行動。仍恐遺害社會。故又有因其情節得施以監禁之處分。

至刑法上對於精神病人固不處罰。但爲預防社會之危險及欲達特別預防之目的起見。不能不以監禁處分爲刑罰之代用品。此種監禁處分亦由審判衙門於無罪判決書內宣告。應調查實況酌定期間。逾期其危險程度如未輕減。仍得爲延期處分。期內若已痊可。亦得爲解禁處分。又有他法可以代替監禁使其於人不生危險時。亦得不予監禁。總以能

達預防之目的爲已足矣。

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

按新刑律第五十條所以規定瘖啞人得減本刑一等或二等者。因瘖啞之情形在昔已不一致。况在今日教育普通之時。對於聾啞皆有學校之設。令其讀書習藝。其精力不徒能與常人平等。且有時尚有超過常人者。如遇與常人無異者仍可不予減等也。至瘖啞應作聾啞。卽指聾兼啞者而言。聾而不啞或啞而不聾者不在此限也。

老者犯罪應否處以與少壯者同一之刑罰。頗爲學者所爭論。有謂老者精神衰弱顯然與少壯者之精神狀態不同。應不能負刑事之完全責任。有謂老者精力雖衰而智力確較少壯爲優。日犯罪不必皆要精力強健者始能爲之。故各國對於老者處罰之減免認爲無理由可據。多不設減免之規定。吾國前清律分老者爲三等。凡年在七十以上者。流罪以下收贖。年在八

十以上者，死罰議奏，盜及傷人議收贖，餘皆勿論。年在九十以上者，雖犯死罪不加刑。其在犯罪後老疾及刑期中老疾者，皆得依老疾之例。日本大寶律令尙沿此制。明治以後已廢。蓋謂老者如實係精神昏憤，亦可援精神病之條，予以免刑之寬典。不當僅以其年老之故而處罰也。吾國所以有優待老者之規定者，乃係本諸道德上應尊敬老者之觀念使然。歷代皆有老者減免刑罰之條。相沿已久。不便一時忽爾刪除。且以刑罰之目的在預防社會之危害及改變犯人之惡性。老者餘日無多。卽不改善，於社會之危害已無重大之關係。在刑法上雖以罪惡必罰爲原則。而其目的不專以處罰所能貫徹也。惟減等與否仍當視其有危害於社會與否而定。若其行爲確與社會有重大之危害，則又不能偏於一見。故新刑律第五十條之規定，不取絕對減等主義，而取相對減等主義。

### 第一節 責任條件

責任條件者，其行爲須合乎某種條件始負責任也。據新刑律第十三條規定云：非故意之行爲不爲罪。但應論以過失者不在此限。是負責任之條件爲故意及過失可知。所謂故意者，有犯罪之故意也。卽犯意是已。茲分述如決。

一) 故意。故意者由認識及決意而成立者也。即犯人對於犯罪構成之事實明知及有意使其發生者也。關於故意之觀念學者解釋不一。有主希望說者。即意欲主義。謂故意者有對於所犯事實之希望也。凡有對於所犯事實之希望而決意爲之者。即稱爲故意。又有主認識說者。即認識主義。謂故意者有對於所犯事實之認識也。認識所犯事實而爲舉動之決意者。即稱爲故意。不問其是否以所犯事實爲希望也。前者認故意與所犯事實之認識間有因果關係。後者不認其間有因果關係。認識主義爲近今所通行。新刑律第十三條第一項之所規定者。應依此主義以爲解釋。但分則多用希望主義以爲規定法文之用語。例如規定意圖爲自己或第三人之所有竊取他人之所有物者爲竊盜罪。意圖二字即似已包含希望二字之意在內。但或謂意圖爲預見者。預見即爲認識矣。

按新刑律第十三條僅規定非故意之行爲不爲罪。故意之範圍如何未加以確實之定義也。第二次修正案以其一伸一縮足以出入人罪。其關係甚巨。且故意與過失法家學說各有不同。若不確定其範圍。匪獨律文之解釋不能畫一。而犯人之處罰尤患失平。因於該修正案第十九條加以規定云。犯人對於犯罪構成之事實明知及有意使其發生者爲故意。



第二項云。犯人對於犯罪構成之事實預見其發生。而其發生并不違背犯人之本意者。以故意論。是皆採用意欲主義者也。他如意大利暹羅及瑞士德國諸刑法典均有故意範圍之規定。所以防法官之出入罪耳。

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

犯罪行為之決定及犯罪事實之認識爲故意之要件。一般學者所公認也。就普遍之知識觀念論之。當其行為之著手時必能認識其行為爲何種行為也。即於其行為爲何種性質。應有識別。例如飲人以藥。不必皆爲犯罪行為。若明知爲毒藥而與人飲之。則有犯罪之故。

意矣。次於其行爲之客體應有識別。例如擊槍發彈不必皆爲犯罪行爲。若明知前面爲人而槍擊之則有犯罪之故意矣。復次於其行爲之因果關係應有識別。例如戲以手推人不必皆爲犯罪行爲。若明知其人爲孕婦而推之致使墮胎則有犯罪之故意矣。

至加重事實因主體之資格不同者。例如殺人者爲普通人祇適用第三一一條。若爲被殺者之子則須適用第三一二條矣。客體之性質不同者。例如放火燒毀第一八七條所列之物者其罪輕。若燒毀第一八六條之物者其罪重也。方法之種類不同者。例如以行竊之方法竊取他人所有物者其罪輕。以強暴脅迫強取他人所有物者其罪重也。結果之大小不同。例如傷人者其結果爲輕微傷或廢疾者其罪輕。其結果致篤疾者其罪重也。

關於故意之情形尙有應行注意者數項。

(1) 責任能力不必要認識。蓋能力爲負擔刑罰之力。認識與否與故意無關。故已滿十二歲者自以爲未滿十二歲而犯罪不得謂之無故意。

(2) 犯意本以含有舉動及結果之認識者爲原則。但在特殊之犯罪亦有不以認識結果爲必要者。夫無結果之認識者不能認爲有故意。故故意之成立必以認識舉動及結果爲要件。

然在特殊之犯罪中亦有不要認識結果者。例如毆打致死。在毆打之犯人雖於致死之結果。雖不能先有認識。然對於其結果不可不負責也。

(3) 故意不只要有違法之認識。蓋故意祇要合乎故意之要件爲已足。對於其結果是否違法不只要有認識。例如不知吸食鴉片爲犯罰而竟吸食之。是無違法之認識也。但既有故意吸食之行為則罪即成立。故新刑律第十三條第二項云。不知法律不得謂非故意。因其情節得減本刑一等或二等。良以法律既經頒行。即當人人受其拘束。法律對於其行為有處罰之規定時。則其行為必有危害之性質。犯者非處以刑罰不可。不必問其有違法之認識與否也。惟現代社會情狀複雜。間亦有因偶然不明法律而罹法網者。其情形不無可憫。特准審判官酌量減等處罰。以劑其平。

(4) 故意有確定及不確定之分。犯人對於其行為之結果有確定之觀念時曰確定故意。例如以刀向人而殺之。是否則曰不確定故意。不確定之故意可分爲三種。即概括的故意。擇一的故意。未必的故意是也。如於衆人往來之處穿作阮穿。雖不知陷落何人。而預料必有被陷落者。概括的故意也。若預知甲乙兩人必有一人須經過某地而預設阮穿。即可料定甲不被

陷乙必被陷。擇一的故意也。又如擊鎗向前面發彈。若前面有人經過必被擊斃。無人時則不發生效力。未必的故意也。

(5) 故意有預謀及無預謀之分。犯人由於沈思熟慮後而始爲之者曰預謀故意。其由於直思速決者曰無預謀之故意。法國刑法德國刑法日本舊刑法吾國舊刑法對於殺人罪皆有謀殺故殺之規定。分別其處罰之輕重。惟近代學者多反對之。其理由謂犯罪之情形出於預謀者未必常重。出於無預謀者未必常輕。且謂預謀與無預謀不過時間上長短之區別耳。其性質上毫無差異也。故新刑律不採用此種區別。

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

(7) 故意與遠因有密切之關係。其犯罪之決意多有由於遠因者。於立法上及裁判上皆當

注意及之。所謂遠因者，促起故意之動機也。遠因之如何，本不影響於犯罪之成立。如故意殺人者，有以復仇爲其遠因，有以妬姦爲其遠因，有以圖財爲其遠因。雖與殺人罪之成立無關。然於處刑之輕重，不能不以爲審酌之標準也。

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

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

於抹擦其鎗時確未裝彈。偶爾棄手離開。被他人以彈裝入。及繼續抹擦時。因不知有彈而致誤觸其機傷人者。則爲不可抗力矣。非過失也。由於不可抗力而不知者。在刑法上不負責任。蓋法律決不責人以所不能也。

何者爲過失在刑法上亦應有一定之範圍。新刑律既未規定故意之範圍。又未規定過失之定義。一任學者之主張及大理院之解釋而已。查大理院六年非字第一號有云。過失犯罪必因不注意而不能認識犯罪之事實始能成立。若對於犯罪結果之認識不能確定。而其行爲已具有相當之認識者。是謂不確定之故意。不得以過失論。是已具相當之認識者。雖其認識不能確定。構成未必的故意而已。仍應以故意論罪也。第二次修正案於第二十條特以明文規定之。其第一項云。犯人雖非故意。但按其情節應注意與能注意而不注意者爲過失。第二項云。犯人對於犯罪構成之事實雖能豫見其發生。但確信其不發生者以過失論。第一項所規定者爲不認識之過失。第二項所規定者即認識之過失也。容後論之。關於過失之標準。學者有種種主張。約可分爲三說。(1)主張客觀說者謂應假定一普通人所能注意之程度爲標準。於欠缺普通人所能注意之程度時謂之不注意。或又名抽象說。(

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

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

客觀說之所主張。例如砒霜能殺人爲一般普通人所得知者。若因不注意用以殺人。卽以欠缺普通人之注意論。應認爲有過失。主觀說之所主張者。例如醫生本能識各種藥品之性質。因不注意致將毒藥與人致人死傷。應以過失論。若爲普通人因不知該物爲毒藥而

以與人則不論以過失也。折衷說之主張。例如錘水能傷人爲一般普通人所知。若因不注意而以飲人。應以過失論。倘爲鄉愚無知之徒。未曾知錘水爲何物者。則雖認爲酒品以飲人。不以過失論也。又從事特別業務者其所負注意之義務有較普通人爲高。怠於爲較高之注意時。其過失責任比常人爲大。例如醫師認毒藥爲普通藥品給與病人服之。以致身死。應依第三二六條因玩忽業務上必要之注意致人死傷論罪。若爲普通人則處以第三二四條之因過失致人死傷罪足矣。

過失又可分爲由於疏虞之過失（或稱爲有認識之過失）及由於懈怠之過失（或稱爲無認識之過失）。前者謂對於犯罪事實而有未必的認識也。例如獵者舉鎗擊獸。以爲其技甚精。不致誤傷旁人。卒因偶涉疏虞而傷人是。後者謂對於犯罪事實全無認識也。例如藥劑師爲人配藥。因怠於檢點以毒藥給人致人死傷是。學者又或稱前者爲有意過失。後者爲無意過失。然在刑法上祇要認爲有過失便須負責。不必有嚴密之區別也。尙有應注意者。所謂過失當無認識可言。有認識卽爲故意。不得謂之過失矣。茲之所謂有認識之過失者。不過借普通用語以說明過失之態樣而已。



在刑法處罰過失祇要認爲有過失足矣。其過失之由於有無認識本無分別之必要。因其界限難以法律預爲規定。不若統以過失二字包括之爲愈也。但審判官於判處刑罰時不妨加以鑒別。察其情節。衡其輕重。於法定範圍內酌處其刑可耳。

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

過失與故意有各別存在者。亦有兩相競合者。其競合之時究應負何種責任。學者間不一其說。例如欲毀壞其物。因過失而傷及物旁之人。對於毀壞罪之成立自應認爲有故意。對於傷人罪則爲過失也。如此場合應成立故意毀物及過失傷人之二罪矣。又如以傷人之故意而施毆打。毆打之結果因不注意而致人死亡。是因有意行爲而生豫期以外之結果也。對於其人死亡之結果究應處以故意傷人致死抑或處以故意傷人及過失傷人致死之二罪乎。余則認爲應以故意傷人致死論。

故意與過失各別存在時則故意固應各別論罪。對於有故意之部分自應處以故意之刑。

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

過失之處罰如何。則有明文以規定之。無明文者不得處罰。蓋其結果必於社會有重大之危險者始加以刑罰。否則放任之也。新刑律之規定處罰過失者計分下列各種。(1)危害外國元首(第一一九條)(2)失火罪(第一九〇條)(3)決水罪(第一九五條)(4)生往來之危險罪(第二一四條)(5)致人死傷罪(第三二四條)(6)玩忽業務上必要之注意。(第三二六條)

由於過失之行為本無惡性可言。法律上所以仍須處罰者。示以儆戒促其注意耳。新刑律所定罪刑甚輕。故對於因過失傷人致死者僅處五百元以下罰金。然對於因過失致尊親

屬死傷者則加以徒刑。在理論上似不甚合。蓋既係過失則無惡性可知。既無惡性則所加以促其注意之儆戒應無輕重之等級可言。除負有業務上之特別責任者外應處以同等之儆戒足矣。或謂新刑律對於因過失致尊親屬死傷所以較常人爲重者。并非認爲有應處徒刑之必要。因有時僅處罰金不足以視儆戒也。蓋罰金爲財產刑。若遇親子未分財異居或子無私財產時其受罰金之執行者必仍爲立於被害地位之父母。故不得不附以徒刑以資伸縮。倘審判官認爲適當時亦未嘗不可專科罰金也。然關於失火及因過失危害外國君主者亦附有徒刑。則此說實不足據。

## 第二節 錯誤

錯誤者。事實與認識相齟齬也。就其狀態言之。乃誤信與不知也。有認識而無事實者曰誤信。不認識一定事實者曰不知。就其性質區別之。則可分爲事實上之錯誤及法律上之錯誤。事實上之錯誤者。誤認事實之存在或不存在也。法律上之錯誤者。誤認刑罰法令之存在或不存在也。茲分述如次。

(一)事實上之錯誤其情形又可分爲數種。(1)有本無犯罪事實而犯人信爲有犯罪事實

者。例如前面本無人。犯人信爲有人而舉鎗擊之。自不能有結果之發生。與不能犯之性質相同。(2)有本有犯罪事實而犯人信爲無犯罪事實者。例如前面本有人。犯人信爲無人而舉鎗擊之。遂致殺人在犯人初無殺人之意思。竟得殺人之結果。此時應視犯人有無過失爲斷。如有過失則當以過失論罪。否則爲非故意之行爲也。(3)有犯人認爲甲事實而實在事實屬於乙事實者。此又可分爲二種情形。(甲)犯人所認識甲事實輕於乙事實時。例如本欲盜伐樹木。於昏夜間以人爲樹而伐之。依新刑律第十三條第三項第一款之規定。應從其所知。以盜樹論罪。但如有過失則又成立過失傷人罪。其與所知相等者亦從其所知。(乙)犯人所認甲事實重於乙事實時。例如本欲殺人。於昏夜間以電線柱爲人而殺之。依同條同項第二款之規定。應從其所犯。以毀壞電線柱論罪。但又可成立殺人罪之不能犯。(按第二次修正案已將上兩款刪除)(4)有犯人所認之目的錯誤者。例如甲欲殺乙。因誤認丙爲乙而殺之。在法律上祇認爲有殺人罪之成立。不必問所殺爲乙爲丙也。

(二)法律上之錯誤約可分爲兩種。(1)不知刑罰法令之存在。例如賭博在法律上本爲有罪。而犯人以爲無罪而犯之。(2)不知刑罰法令之不存在。例如典當妻妾在法律上本不認

爲犯罪。而本人認爲犯罪而爲之是。

#### 第四節

#### 因果關係

關於因果關係他書往往論述甚雜反致頭腦混淆故本節提綱挈領以述其概要較易明瞭

因果關係者。行爲與結果間之必要關係也。換言之。卽前事實與後事實有聯絡關係存焉。其情形必後事實基於前事實而發生。無前事實則無後事實。若後事實非一定基於前事實而始發生。卽無前事實亦可發生後事實。則不得認前後事實爲有因果關係也。例如殺人者。舉刀殺人爲前事實。其人死亡爲後事實。若無殺人之前事實。自無從發生死亡之後事實。是殺人與死亡爲有因果關係也。又如甲以拳毆乙。乙於受毆後因誤食毒物而死。卽無受毆之前事實亦必發生死亡之後事實。是毆人與死亡無因果關係也。茲將關於因果關係之問題分述如次。

(一) 因果關係之界限應如何區別 因果關係之範圍甚廣。究有如何之標準乎。約可分爲數

種。(1) 從結果之遠因而區別之。以對於結果有直接關係者爲原因。有間接關係者爲條件。例如因防身而購鎗。因有鎗而殺人。前者爲間接關係。後者爲直接關係。(2) 從惹起結果力之事實而區別之。例如燒毀房屋。放火及引火物皆爲有力之事實。但以放火之事實爲最有

力(3)從結果之可能性如何而區別之。例如以藥毒之以棍擊之。應視其有通常可能性者爲原因。

因果關係之問題本甚複雜。而學者間異說迭出迄無統一之定論。專從刑法上之因果關係言之。不過一負責之問題耳。蓋認爲有因果關係之聯絡事實者則應負結果之責任。否則其行爲與結果無關也。關於說明因果關係之學說約有三種。即條件說原因說相當因果關係說是已。(1)條件說者。謂可爲發生結果之條件之一切行爲皆爲法律上之原因。換言之謂條件即原因也。則發生結果之條件如有數個時則數個條件皆爲原因。故又可稱爲共同原因說。(2)原因說者。謂以多數條中之一種爲結果之原因其餘皆爲條件也。此說又可分爲數說。一爲必生原因說。謂就發生結果之諸條件中以其必有結果發生之條件爲原因。二爲最終原因說。謂發生結果諸條件中之最終條件爲原因。三爲最有力原因說。謂發生條件中之最力者爲原因。(3)相當因果關係說者謂各條件之爲一般人所認爲原因者即原因。一般人之認定以必要的或多半的爲標準。否則若爲偶然發生之事實毫無相當原因關係者。即令其條件可爲論理上之原因。不能爲法律上之

原因也。

(二) 因果關係與他行為之競合及介入。於因果關係之連續中若有他行為與之相合時，謂之競合。其情形可分數種。(1) 因數個原因之競合而始生其結果。其各原因為相對的，因而皆為有原因之力。例如甲與丙以創傷，乙亦與丙以創傷。若獨立皆不致生死亡之結果。相競合乃致丙死。(2) 數個原因各能獨立生同一之結果。相競合亦生同一之結果。其各原因皆為絕對的原因。各對於其結果有原因之力也。例如甲以斧擊丙之頭，乙以刀割丙之腹。共為致命傷。皆足致丙死亡也。其非由於競合而有他之行為參入於原因結果之間者，謂之介入。其情形可分數種。(1) 因甲之行為而始有乙之行為。因乙之行為而生丙之結果。則乙之行為為介入之行為也。例如甲毆傷丙致受傷害，乙送丙至醫院，丙於中途墮車而死。(2) 因甲之行為而乙始為其行為。甲之行為與乙之行為相合而生丙之結果。是介入與競合共存在者也。例如甲於丙宅放火，火尚未熾，乙加以油，致丙宅完全燒毀是。

(三) 介入於因果關係之關係如何。介入與因果有何種關係乎。說者約分為三。(1) 因果關係中斷說。謂其因果關係因介入而中斷矣。又可分為兩派。甲派謂不問介入者有無故意。

苟介入者爲有責任之行為，當中斷因果關係。例如甲毆傷乙，丙送往醫院，於中途將其墮落，以致於死。丙之行為既介入於甲乙之間，而甲與乙之因果關係因之中斷。乙派謂基於有責任及有故意之行為介入時始能中斷因果關係。如前例，若丙係故意將乙墮落則爲中斷。若非出於故意者其因果關係不中斷也。(2)責任更新說謂他人之行為介入不能中斷因果關係。特介入者對於所新生之結果另生責任關係。如前例甲之行為與丙之結果生責任之移轉耳。甲對丙之最後結果不負責任，而以乙爲更新責任之負擔者。(3)介入不妨因果關係之連續說謂甲行為與丙結果間苟有因果關係，則乙行為之介入與否毫無區別之必要。認甲乙二行爲均爲對於丙結果之原因，謂以關係論無所謂中斷，以責任論無所謂更新也。以上三說各有理由。在法律上應以結果之能豫見與否爲負責與否之要件。蓋有時雖有因果關係，以其因果關係不能豫見，予以原因者仍不負責。例如甲毆傷乙之後，乙因自盡而死。乙之自盡雖係由於被毆，但非甲所能豫見，甲祇能負傷害之責而不負致死之責也。但有例外

(四)不作爲與因果關係 不作爲亦有因果關係與否，頗爲學者所爭論。主張無因果關係者，謂不作爲屬靜止之狀態，無單獨之原因力也。既無單獨之原因力，故無因果關係。主張有



因果關係者，謂有作為義務者於他之原因進行時，若不為結果之防止，即為發生結果之原因力也。既為發生結果之原因力，故認為有因果關係。至不作為犯應於如何之情形始中斷乎。約可分為三種：(1) 因自己之行為而防止其結果之發生。(2) 因外力之加入而妨止其結果之發生。(3) 因偶發的外力加入而發生結果時。

### 第八章 違法之阻却

行為之違法為犯罪之要件。但有違法阻却之事由時，其行為即不認為違法。論違法阻却之種別者，大別之可分二說。第一說謂違法阻却之原因可分為權利行為及放任行為二者。以正當防衛、業務行為、職務行為為等屬於權利行為。而以緊急狀態及自己處分等行為屬於放任行為。第二說謂違法阻却之原因可分為緊急行為及權利行為二者。以正當防衛、緊急狀態皆屬於緊急行為。而以業務行為、職務行為及自己處分等行為屬於權利行為。然於實際殊無多方分別之必要。蓋同為違法阻却之行為，不必要如此分別也。

行為之違法與否，不能專從片面之條文以為觀察。蓋若純從片面之條文以為觀察，則近乎斷章取義矣。其不能得其真義也無疑。故有時刑法上之條文規定有罪，而依他種原因

可認爲無罪。例如殺人就第三一一條觀之當然有罪。但若爲出於正當防衛之行爲則爲適法行爲矣。故法令之存在本非各自獨立。乃合全體之各法條而存在者也。依此種法令或條文所禁止之事項依他種法令或他條文認爲合法者往往而有。此卽所謂違法之阻却。亦有稱爲排除違法性之原因者。至所謂權利行爲者。謂在法律上本有此種權利也。依照權利之本能所爲之行爲自不能指爲違法。所謂放任行爲者。謂依照權利之本能本無爲此行爲之權利而在法律條文上又屬違法之行爲。特因法律上別有准予放任之規定而阻却其違法性也。所謂緊急行爲者。實與放任行爲同其意義。不能與權利行爲相提並論。而第二說認權利行爲之正當防衛亦屬緊急行爲之一。似未爲當。在適用上以法律之明文如何規定而定。本不必加以性質上之區別。若推溯立法之旨則不能不於性質上加

以研究也。

### 第一節 正當防衛

正當防衛者。爲防衛自己或他人之權利。用私人之腕力排除不正之侵害所爲必要之行爲也。正當防衛係直接根據於權利之本能。有權利者於法律之範圍內可主張其不侵權。當侵

害之來，不得不爲救濟之手段以保護其權利。而法律對於一般之保護，必訴諸國家，以公力而爲維持防禦。其依私人之腕力以自謀保護者，絕非法律所許。然當危急緊迫之頃，不遑待公力之保護，亦不能拱手以受人之侵害。則對於違法之侵害而爲權利自體之保護計，雖一時以私人之腕力對待之。在法律上亦不能不認爲正當。既認其行爲爲正當，則稱爲道法之行爲可也。正當防衛之不爲罪，古今各國立法例皆採用之。惟其範圍依法律之規定而各有不同。中國舊律往往散見於擅殺姦盜各條。法國刑法及日本舊刑法皆認爲屬於殺傷之特別不論罪。且僅限於生命身體之侵害方可用之。德意志古法更認爲復仇殺人權。然正當防衛不應限於殺傷。卽一切權利被侵害時亦當使用之。故吾國新刑律列入總則中。其第十五條云：對現在不正之侵害而出於防衛自己或他人權利之行爲不爲罪。但逾防衛行爲過當者得減本刑一等至三等。此不復以何種行爲爲限。且概言權利。於其種類亦不爲區別規定也。（參閱補充條例第一條）

法律上所以有正當防衛之存在而認爲違法之阻却者。從來學說上所主張之理由不一。有謂被侵害者立於緊急避難狀態故其行爲應不爲罪者。不知緊急狀態在性質上與正

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

之現狀矣。於國家社會之安寧秩序將無從保守。當非法律所許也。以上諸說皆不足以說明正當防衛無罪之理由。近世最有力之學說則謂被侵害者對於不正之侵害應有自衛之權利。於受他人之不正侵害時而行使自衛之權利故應不爲罪。新刑律第十五條卽本此而爲規定也。

正當防衛既爲對於加侵害者之一種反擊行爲。則因防衛行爲所生之損害與因暴行所生之損害有衡平之必要否。計有兩說。甲說謂防衛之程度不依被侵害法益之大小定之。應依暴行之急激與否定之。故因暴行所損害之法益與因防衛行爲所損害之法益無均等之必要。乙說謂兩方之法益必有對等之價值。若於或範圍失其比例卽不得爲正當防衛。然當危害切迫之際。令防衛者注意其對等價值之責任。其理由似欠正當。且如來侵者爲重大之危害。但予以輕微之損害已足防禦者。亦無求其衡平之必要。何反擊之程度遂不可高於來侵者乎。就兩說比較論之。自以甲說注重於暴行之急切與否而定防衛程度爲允當也。若他人遇有不正之侵害將致損害權利者。發見之人不問是其親戚知交與否亦得代爲執行防衛之勞。是爲公許之義。蓋以獎勵義俠也。新刑律中所以有防衛自己或他人權利之規定也以

此。但防衛不論爲自己或他人，若所用方法逾越防衛所必要之程度者，是以暴易暴，仍屬不正之行爲。其刑雖得減輕，實不必減輕。例如見人竊其物，如僅加以呵逐，即能屏除，或執而送之官署，亦爲事勢所能。若竟施以殺傷，則非防衛必要之手段矣。是逾越防衛之程度矣。仍當論罪。又如姦夫雖在姦所，若無現可行姦或續姦情形，或行姦已畢之後，祇能認爲現行犯，執送官署，不能予以殺傷。蓋雖予以殺傷，仍無補於過去之侵害。法律上自不能認爲行使防衛權。其對於姦婦，不問其是否在姦所，或登時皆不能殺傷。其理由亦同。

按正當防衛所以不爲罪之理由，不過謂爲圖自衛耳。則其行爲應以自衛爲其範圍。入乎自衛之範圍者爲適法，出乎自衛之範圍者則仍爲一種非法之侵害。不可不認爲犯罪。新刑律第十五條後半，所以有逾防衛行爲過當者得減本刑一等至三等之規定。修正案刪去得字，改從必減主義。論者多認爲失當。蓋施行防衛手段時之情形，千狀萬態，不能全憑預想所得。亦不能謂凡屬防衛過當之行爲，皆有可宥之理由。蓋藉口防衛而故意予人以重大之侵害者，往往而有。若一律必予減輕，則適予狡黠者以侵害之機會。殊非立法之本旨。且得減有伸縮之力，可容法官從容論斷，衡其輕重，適用甚爲便利。故第二次修正案又

將修正案所刪去之得字恢復。并加以得免除之規定。蓋謂過當之程度仍有輕重之分。若少有過當卽科以刑罰亦未免近於苛求也。至如何程度而認爲過當。茲舉一大理院解釋之例如次。「甲有子乙賦性愚憨。其媳丙與丁通姦。甲約戊己徒手往捉。丁由丙房中持刀突出。先將戊扎傷。己卽取棍。戊卽拾磚。將丁格傷。丁復向戊己撲斫。甲順取門旁防夜之葦槍木柄格傷丁頭部倒地。并用槍扎傷其足部。移時身死。戊己應以正當防衛論。甲應以防衛過當論。」按丙係乙之妻。乙如縱容與丁通姦。甲非本夫應無干涉之權。甲及戊己前往捉姦雖謂係防衛他人之權利。但他人若自願放棄其權利時仍不能反其意愿而代行之也。不過乙之意思如何此例無明白之說明耳。

對於正當防衛所加之損害學者多主張依暴行激切與否定之應無均等之必要。但於其所受侵害之種類仍不可不加以區別。例如他人以非常激烈之勢而來。其目的在毀我之書案。此時我若以鎗擊之或以利刃刺之自能擊退其侵害。然以我之書案與他人之生命較其價值相去甚遠。若爲保全我之書案而遂奪人之生命於法理似屬不合。是所加損害之程度雖應以暴行急切與否爲衡。但不可對於雙方之價值全不顧及。然就新刑律第十

五條之文義觀之。僅謂對現在不正之侵害而出於防衛自己或他人權利之行為。於其種類未加區別。則適用之時祇要為防衛權利足矣。不必問及權利之種類也。愚意對於施行殺傷之防衛手段時應以保全生命身體自由及不可回復原狀及賠償之損害為限。蓋如前例雖損失其書案仍有請求賠償之可能。加人以生命身體之傷害豈得謂平。若然則人之生命身體之價值等於物體矣。尤非主張人道主義者所宜出此也。立法者曷加之意乎。由前論之。則正當防衛之構成必具有數種要件。

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

侵害行為所以必為現在者。蓋以對於現在之侵害除施行防衛手段外別無方法足以排除之也。惟現在之界限如何論者頗有爭執。有謂現在應從嚴格解釋者。於現在將開始之際應屬於未來。於現在將終之際應屬於過去。所能施行防衛手段之時期僅為最中之一段耳。例如見他人將著手為侵害之行為時即迎擊之。此屬於現在之將開始也。又如被人



侵害已終。臨去之時即追擊之。此屬於現在終了之際也。於此兩種時期尚不能謂爲現在之侵害。其反擊應認爲不當。有謂現在應從寬解釋者。如前例之兩種時期皆當以現在論。若施以反擊爲法所不禁。此二說之持論全然不同。其理由前說謂正當防衛之目的在保全私人之權利。欲達完全保護之目的。若於侵害將臨及終了之際不許施行防衛手段。則危險終甚重大。故防衛爲法所許。後說謂正當防衛之目的既在保全私人之權利。若於侵害將臨之際即先施以迎擊。則不啻侵害他人之權利矣。於侵害終了之際而猶施行追擊。則不啻行使報復手段矣。故應爲法所不許。愚意對於現在之界限應以有無可以避冤之情形爲斷。若於侵害將臨之際除迎擊外如已無可以避冤之途即以現在之侵害論。於侵害終了之際而有繼續侵害之虞者亦同。否則無行使防衛手段可言也。

(2) 必爲不正之侵害。所謂不正者。別乎不違法之行為而言也。如爲懲戒行為及官署之逮捕行爲等不得適用正當防衛。

不正之意義如何學者每有爭論。有謂不正之行為即違法之行為者。有謂不正與不法之字義不同。乃明知爲律例所不許而故意爲不正不當之行為也。或謂不正以有責任者之

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

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

當情形急迫時用私力以保全權利。所以代公力之行使也。既係代公力之行使。故雖對於他人之被侵害亦得爲之。該本條概言權利。不論生命身體自由名譽財產皆可爲被保護

之目的物。似此則正當防衛之範圍甚寬。每易流於過當之情形。且如爲保全一鏡而殺人。亦爲法所許矣。殊有未當也。

又刑律補充條例第一條爲適用正當防衛之例外規定。謂刑律第十五條對於尊親屬不得用之。而此例外之中又有例外。謂嫡母繼母出於虐待之行爲。夫之尊親屬出於義絕或虐待之行爲。仍可適用正當防衛。此種規定之當否。論者雖不一致。然於法理上。殊不能通。蓋正當防衛爲保護自己或他人之權利爲目的者也。祇問侵害者之行爲。是否不正。不當。問被侵者與侵害者之身分。有若何關係也。即謂父母之於子女。有時係爲行使懲戒權而侵害共身體。但懲戒權之行使。原自有其範圍。凡在其範圍內之懲戒行爲。於第十四條已有不爲罪之規定。即係正當之行爲。其子女自無行使防衛權之可言。若爲出自懲戒範圍以外之侵害。雖親生父母。亦有時難免。豈可任其非法加以侵害乎。如此則國家刑罰權上之威信掃地無存矣。或有主張衷主義者。謂子女對於父母行使正當防衛時。以受生命身體之侵害爲限。則猶可說焉。

(4) 必須於防衛之必要範圍內行之。所謂必要範圍者。別乎有可避免之途而言也。例如可

以理喻者則不必束縛其自由。能拘束其自由者則不得故意殺傷。歐美日本之刑法皆以不得已爲其要件。明定於法文中。惟對於不得已三字之解釋範圍略有廣狹之不同耳。德國學說解釋範圍甚廣。凡外人加我之暴行而我不能防止者皆爲不得已。法國學者解釋範圍則甚狹。謂凡有可以避免其暴行之方法者皆非不得已。必絕無可以避免之途始以不得已論。美國刑法採用之。日本舊說多主德派。新說多主法派。吾國新刑律無不得已之注文。但就第十五條後半觀之亦應在必要範圍內行之也。

必要範圍之意義有兩種解釋。一謂必要範圍卽不得已之情形。一謂必要範圍爲不必以不得已爲限。依前說則凡有可以逃避或請求公力保護之從容時間者則不能行使防衛權。依後說則凡受不正之侵害者不必問有無逃避或請求公力保護之時間。皆可逕行行使防衛權。愚意以前說爲當。蓋國家法律上所以特許被侵害者以防衛者。以其不遑待公力之保護且已立於無可避免之途也。若既有可以避免之途而仍許以私人之腕力保護之。是侵害國家之刑罰權矣。况所謂必要者卽從文義上解釋之亦爲非如此不可之義也。若非此而可則非必要矣。

至正當防衛究爲放任行爲或權利行爲。學者間頗有爭執。主張放任說者。謂正當防衛之實質乃當緊迫之時。一法益與他法益不能對峙而獨立存在。際此俄頃不能待國家權利之干涉。一任其自然而已。既係任其自然。即爲放任行爲也。主張權利說者。有謂正當防衛乃消滅其不正之行爲也。消滅不正即爲其權利。稱此說爲不正消滅說。或謂侵害他人之權利者國家應予以刑罰。其出於正當防衛者即無刑罰權之存在也。不可謂非權利。稱此說爲刑罰權消滅說。又有謂不正之侵害爲反乎社會之行爲。故國家當撲滅之。正當防衛即代國家撲滅之行爲也。此種撲滅行爲即屬權利。稱此說爲代行國權說。以上三說各有理由。其主張爲權利行爲則一也。愚意正當防衛之行爲與其認爲放任說不若認爲權利說。蓋正當防衛係對於現在不正之侵害而行使防衛自己權利之正當行爲。既爲正當之行爲即爲權利。國家不能施以刑罰者并非出於寬典。乃維持其權利也。

## 第二節 緊急狀態

緊急狀態者。謂當危迫之時。因避免其危害迫於不得已之狀態而加害於人之行爲也。此種加害行爲在法律上不論以罪。其與正當防衛之情形不同者。正當防衛爲於危迫之際排除

他人不正之侵害。緊急狀態乃於危迫之際對於加侵害者以外之行為也。其原因或由於水火雷電自然之厄。或由於自力所不能抗拒之危難強制。皆所不問。祇要處於不可抗力之危迫境况爲已足。例如因避火災。非將其鄰人之門窗毀損不能逃出。則雖有毀損他人所有物之行為不能成立毀損罪。國家對此本非予被危迫者以此種權利。實爲一種放任行為。亦卽本於法律不責人以不能之原則也。

新刑律第十六條第一項云。避不能抗拒之危難強制而出於不得已之行為不爲罪。但加過當之損害者得減本刑一等至三等。依據本條之規定。其因避危難所生之侵害不可超過危難之程度。否則仍當處罰。所以防濫用其行為而故意加人以損害者也。在古時所認之緊急行為專以避身體危難者爲限。本不須有此種規定。現在普通所認定之緊急行為既專以避身體之危難爲限。若因避自己財產上之危害而侵及他人之生命。則爲保護輕微之權利而侵害重大之權利矣。不徒於立法之本旨不得謂合。其流弊誠有不堪設想者矣。故對於加以過當之損害者仍不得不處罰。

正當防衛係對於他人加以不正之侵害時所施之防衛手段。在法律上當然不認爲犯罪。

而緊急狀態乃係對於未加以侵害之他人而予以侵害也。他人既未加侵害於我而我竟加人以侵害。豈非明明爲犯罪行爲乎。若不認爲犯罪則他人之法益豈應供我之犧牲乎。於法理上論之殊不可通也。雖然當危急迫切之際若遇雙方面之法益不能兩全時。猶欲責人以道義與法律上之義務。實爲勢所難能。法律既以不責人以所難能爲原則。故有緊急狀態之規定。特許受危迫者盡其腕力之所能及以行其競爭手段。法律不命令亦不禁止也。但若侵害他人多數或較重大之正當利益以保全其少數或輕微之利益。則又非事理之平。法律亦不能許。此新刑律第十六條第一項後半所以有過當損害之規定也。故爲保全自己之法益而加人以過當之損害者。法律上仍應處罰。不過因得其情節而減輕其刑耳。例如某甲爲強盜所迫。謂甲若不將某乙殺死則將攜甲衣物以去。此時甲不得全顧其衣物而殺乙。反之如謂甲不將乙之衣服奪去則盜必將甲殺死。此時甲爲保全其生命起見而奪去乙之衣物應不爲罪。卽更進一步如盜謂甲不將乙殺死則擬將甲殺死。至此時甲卽殺害乙之生命亦不處罰。蓋所侵他人之法益與保全自己之法益相等也。

緊急狀態亦有一定之要件。非合乎要件者不以緊急狀態論也。其要件約可分爲數項。

(1) 要有偶然之危害。所謂偶然之危害者。謂出乎本人意料之外突然發生之危難也。其情狀必已入於危急切迫之境遇。與正當防衛同一觀念。危難乃指天災地變。人或人以外之動作而言。且對於緊急狀態行爲者更得爲緊急狀態行爲。但由於他人之正當行爲對自己而爲制裁時則不能爲緊急狀態行爲。例如對於執行死刑者。對於正當防衛者。皆不得爲緊急狀態行爲是。此爲一般學者所公認也。

危害之來也有爲本人所預知者。即未來之危險。有已終了者。即過去之危害。其爲現在之危害而非本人所預知且未終了者。即偶然之危害也。此種偶然之危害若爲預防所不能及。又非抵抗所能有效。惟有破壞第三者之法益始能避免。例如路過他人之宅。不知有惡犬在。倉卒遇之。必爲所噬。即投石以斃之。究爲行使正當防衛乎。抑爲緊急狀態乎。於法理上應認爲緊急狀態也。蓋對動物無正當防衛可言。已爲一般學者所公認。以石斃犬其受損害者仍可謂爲其犬之主人。主人即被噬者及犬以外之第三人也。因避兔難而損及第三人之物自屬緊急狀態。反之如前例。若預知他人之宅內有惡犬在。當其出噬也相距甚遙。不事走避而徑前追斃之。則非偶然之危害矣。仍須負損毀他人所有物之責。



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

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

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

正當防衛爲排除他人之侵害。故對於侵害者而行使其反擊之權。緊急狀態爲侵害第三

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

關於緊急行爲無罪之理由。學者間向有主觀客觀二說。主張主觀說者。謂爲緊急行爲者。乃當危害切迫之時。不暇計及損害他人與否。及其行爲爲違法與否。而爲之。是乃喪失意思自由之行爲。足以阻却其責任能力。卽可謂緊急狀態之無罪。乃基於責任能力之阻却而犯罪不成立也。主張客觀說者。又分爲四種。一說謂緊急狀態發生於權利之本質。有此狀態者。乃爲保護其權利而加害於他人之行爲。則其所行使者爲緊急權利。是緊急狀態行爲卽權利行爲也。二說謂緊急狀態非權利行爲。其性質仍爲違法行爲。不過法律對於此種違法行爲。因基於特別之情形。不爲處罰而已。然則緊急狀態行爲非權利亦非放任也。三說爲前二說之折衷說。謂有或種之緊急行爲爲權利行爲。其他之情形。特不過免其刑罰耳。究以何者爲權利行爲乎。卽犧牲他人輕微之權利以救濟自己重大之權利者是也。第四說謂緊急行爲

非適法行爲亦非違法行爲。乃爲法之所放任。位於適法與違法行爲間之一種行爲而已。有反對主觀說者。謂依主觀說所主張就心理學上而爲觀察不能信爲確當。蓋在緊急狀態行爲者當自己或他人之法益被侵害時仍以自己之意思而決定之。證之心理學上不得謂無意思之自由或選擇之自由。且人之意思常不免爲外界之事物所支配。故從哲學上論之不妨以人類意思絕對不自由之緊急狀態爲原則。特就通俗之人情而爲觀察。犧牲自己之法益以尊重他人之法益實屬非常之事業。法律不責人以不能。亦不望人以非常。欲保全自己之生命身體而害及他人者。無論其基於意思自由之行爲與否皆不予以處罰。然則緊急行爲之性質以客觀說較爲適當也。

關於緊急狀態之學說頗多。以上舉其重要者言之耳。除主觀說爲多數學者所反對外。卽就客觀諸說論之。第一說謂緊急狀態發生於權利殊有未當。蓋權利爲法律所賦予。有權利者行使其權利時必不致侵害他人之權利。庶能保全社會之常態。若甲行使權利卽妨害乙之權利。乙行使權利則妨害甲之權利。非權利之本質也。緊急狀態之觀念與此種觀念決不相同。尙得謂之權利乎。第二說謂法律上對於此種行爲雖認爲犯罪而不處罰。法

律上既不處罰則不啻爲法律所許。既爲法律所許即爲放任行爲也。與第四說所認爲放任行爲之觀念略同。第三說認定其中一部分爲權利行爲。謂犧牲他人輕微之權利以救自己重大之權利時即認爲權利行爲。殊不知是否爲權利行爲乃根本上之關係。不能以輕重之比較爲根本關係之代用也。故認一部分爲權利行爲亦屬未當。

緊急狀態之無罪不獨積極行爲認許之。即對於不履行義務之犯罪亦得爲一般之適用。蓋出於緊急行爲而不履行法律上所要求之作爲時。於其不作爲亦不能認爲違法。特此乃以本人無特別義務者爲限耳。若本人於緊急狀態之時其職務上負有爲一定作爲之特別義務者。違反其義務而不作爲時便當處罰。如臨陣脫逃及船長不救載客之船艦而先自上陸之類是。故新刑律第十六條第二項云。前項之規定於有公務上或業務上有特別義務者不適用之。

因受危難強制於應作爲而不作爲者與應不作爲而作爲者同一情形。故在法律上仍應認爲有違法阻却之原因。蓋在不作爲者雖有應作爲之義務。但無冒危難之義務。不能不許其顧全自己之法益也。至若在公務上或業務上應負危難之特別義務者則不能以

避危難爲理由而免除其應作爲之義務。對於有此種特別義務者雖屬作爲犯亦同。例如武裝警察不能因爲盜匪所迫而殺人。即因有特別義務不能因避免危難而爲侵害他人之作爲也。

此外所應研究者。緊急狀態能代他人而爲之否。又所避之危難是否包括生命身體自由名譽財產皆在其中。試與第十五條所規定之正當防衛比較觀之。則正當防衛本明言可爲他人行之。其權利亦無種類之限制。而第十六條所規定之緊急狀態無得爲他人爲之之明文。又無何種危難之規定。其範圍頗滋疑義。祇能任大理院爲之解釋耳。然此爲立法問題。應以明文規定之。非司法者所能以己意解釋之也。考日本舊刑法規定危難僅限於身體。新刑法則生命身體自由財產皆列人之。惟名譽不載其中。

正當防衛所以能代他人爲之者。以其爲抵抗不正之侵害也。緊急狀態既非抵抗不正之侵害。乃係侵害無辜者之法益。在一般情理上言之。不過予以放任聽其自由解決而已。無關係之第三者不必予以任何方面之助力也。然亦不能概括論定。例如爲保全生命而破毀他人之財物。即代避難者爲之。尚在情理之中。若爲保生命而破毀他人之生命。則雙方

皆有生命關係。似應聽其自爲生存之競爭。第三者不當予以助力。故新刑律於正當防衛有可代他人行之之明文。於緊急狀態則無其規定也。第二次修正案第三十條特以明文規定之云。因救護自己或他人生命身體自由財產之緊急危難而出於不得已之行為不罰。所以指明以生命身體自由財產爲限者。以免適用之漫無限制。且以免爭議之發生也。至名譽之所以除外者。以其無緊急被難之可言也。

### 第三節 基於法令之行為

凡爲法令所認許之行為不得論罪。分別言之約可列爲數項。

(1) 職務行爲。即依其職務所爲之行為也。無論由於上官之命令或出於自己之權限者皆爲職務行爲。

關於職務之行為甚多。如死傷敵兵執行死刑逮捕犯人執行監禁皆是。但應先事審查是否自己有意處置之權限或長官有無發此命令之權限耳。例如任知事者對於各長官之命令固應遵守。設教育廳長令其殺人非其權限內之命令也。此對於上官之命令有時不得不加以考察者。又如逮捕盜匪本爲知事之職權。若無省長之命令而遽予執行死刑則爲

違法。此對於自己職權有時不得不加以考察者。要必在其權限內之行爲始得稱爲職務行爲也。故其要件有二。(1)屬於公務上之事件。(2)有長官之命令者必爲屬於長官權限內之事件。無長官之命令者必爲屬於自己權限內之事件。至屬官依據長官命令之所爲在學者間尙有數說。甲說謂對於長官之命令不可專從形式上審查之。在實質上亦有審查之權。有一不法則無服從其命令之義務。違者仍以違法行爲論罪。乙說謂屬官對於長官命令有絕對服從之義務。凡屬官對於長官命令所爲之行爲在法律上無論如何不認爲犯罪。丙說謂屬官對於長官之命令雖應加以審查。但以審查其形式有效與否爲限。實質上如何可以不問。祇要有完全之形式即可遵守。其責任可由長官負之。受命者不與焉。是甲說認屬官對於長官之命令有完全之審查權。乙說則絕對無之。丙說則爲折衷兩說者也。究以何說爲當乎。至今尙無定論。惟公認丙說者較多耳。其詳屬於行政法之範圍。茲不贅述。

(2)懲戒行爲。卽尊長對於子弟所施之懲戒也。在法律所許之範圍內行使其懲戒權時本不爲罪。惟究以若何程度爲其範圍。法律上有未規定者可在習慣上定之。如父母杖責其子

女雖有似乎毆打。原爲習慣所許。若重至創傷則超過範圍矣。教師拘禁其學生雖有似乎監禁。亦爲習慣所許。若重加捶楚則超過範圍矣。

懲戒行爲所以爲法律所許者。以其係爲達保護教育之目的也。故父母對於子女夫對於未成年之妻在民律草案上皆認爲有懲戒之權。此則明明爲法律所許也。在中國雖民律草案尙未頒行。於民律無正確之規定。而依新刑律第十四條不違背善良風俗習慣之行爲中亦能包括之。

(3) 監護行爲。卽親族對於有精神病者所爲之監護行爲也。或予以監禁或加以逮捕皆不爲罪。

監護人對於有精神病者之監護行爲在法令上當然有其義務。在各國監護法中多有規定。精神病人之監護人配偶或親族等皆負有監護之義務。卽不得官署之許可亦得爲監禁行爲也。現行法律雖無規定之明文而依不背善良風俗習慣之行爲亦得解爲無罪。

(4) 現行犯之逮捕。卽普通人對於現行犯而爲逮捕之行爲也。如見竊盜或殺人者而捕送警署之類是皆不爲罪。故新刑律第十四條謂依法令之行爲不爲罪。逮捕現行犯在刑訴條



例已有規定之明文。即爲依法令之行爲也。

犯人之逮捕本爲官員之職務行爲。但行使逮捕者必以官員爲限。普通人不得爲之。惟對於現行犯則無論何人得逮捕之。故刑訴條例第五十條云。現行犯仍在犯所者。不問何人得不用拘票逕行逮捕之。即在實施後即行發覺者。仍以現行現論。亦得逮捕。何者爲現行犯。可參閱刑訴條例第五十七條之原文及次章之說明。

#### 第四節 爲業務或習慣所認許之行爲

執行業務之行爲以國家所不禁者爲限。得認爲適法。例如常人剖人之腹。本應負傷害之責。若醫生爲執行業務而施手術。則不爲罪。又如常人墮胎有罪。若產婆爲保全產婦而墮胎。則不罰。亦以其爲業務行爲也。至習慣行爲。本非法律所明許。又非業務上所應爲。若有觸犯刑律之時。本應論罪。但其行爲之爲社會習慣上所公認者。在不違背善良風俗及公共秩序之範圍內。亦不處罰。例如和買人口。本爲有罪。若以慈善養育之目的而收養爲妻。妻子女僕婢者。不罰。此大理院已著爲判例者矣。（參閱新刑律第十四條）

業務上之行爲。應以正當業務爲限。其非正當業務之行爲。不能免罪也。所謂正當業務者。

爲法令所許可之業務也。其爲高尚之務業與否可以不問。例如以娼寮爲營業者雖非高尚之業務。然在法律上如無禁止之規定。則仍不失爲正當之業務。反之如爲製造炸藥以供化學上之試驗者雖爲高尚之業務。然爲法律所禁止者。仍當以不正當之業務論。至不背公共秩序善良風俗習慣行爲之不爲罪。在法律上既屬概括的規定。於適用上如有爭議仍須以大理院之解釋爲準。查新刑律第十四條注意內所舉之兩例似不能認爲正確。茲揭出之。其原文云。「不背公共秩序及習慣不以爲罪之行爲者。如因習慣於一定日期在路間開設商市不得爲妨害往來之類。不背善良風俗不以爲罪之行爲者如祭日祝日。雖終夜施放爆竹不得爲妨害安眠之類。其餘以此類推。」按上舉之例殊與刑律分則無關。蓋開設商市及施放爆竹不過違反警律耳。非刑律分則所規定之罪刑。不待援用第十四條之規定。在根本上不成立新刑律分則各條之犯罪也。

查大理院六年非字第十五號判例認和買人以慈善養育爲目的而收養被和賣人爲妻妾子女僕婢者不問有無給付錢財不能構成刑律補充條例第九條第二項收受和賣及強賣被養育人之罪。此係根據第十四條爲不背公共秩序善良風俗之行爲也。

### 第五節 對於破毀自己法益之行爲

犯罪之原則本以侵害他人之法益者爲限。其有破毀自己之法益者究應否處罰。學者之見解不一。(1)相對不許破毀說。謂對於自己之法益在法律不禁止範圍以內可自由破毀。其有禁止明文者則不許也。其禁止及放任仍係以有害他人與否爲標準。有害於他人者禁止之。無害於他人者放任之。例如自傷本應無罪。而日本徵兵法於自傷以免役者則否。又如消毀自己之財產本應無罪。而放火燒毀自己家宅致危及他人之法益者則否。皆以其對於國家或他人有所妨害也。其無明文禁止之事項仍得自由處分。(2)絕對不許破毀說。謂對於自己之法益絕對不許自由破毀。蓋人爲社會中之一分子。若分子自己破毀其法益時。表面上雖與社會無關。而實際上即係損害社會之法益。於團體之影響甚大。例如自傷自殘雖係損害自己之生命拋棄自己在社會上之法益。而同時社會之組織體中即缺少一分子。不得謂與社會無妨害。且不徒損害其生命身體者如是。其破毀其財產者亦然。蓋足令社會現有財產之總額消毀一部分也。取以上二說而評論之。自以第一說爲適當。蓋對於自己法益之破毀本爲其權利。國家除認爲有直接且顯著之妨害外應放任之也。吾國新刑律則爲採用

第一說者。對於自己破毀法益之行爲除燒毀自己建築物及吸食鴉片等項外皆放任之。惟自殺自傷之行爲雖不罰其行爲者。而對教唆及有幫助行爲者仍予論罪。（參閱第三二〇條至第三二三條）在歐西古時刑法多取干涉主義。其觀念則謂人爲神所造。自殺自傷則違神意。吾國亦有身體髮膚受之父母不可毀傷之古訓。特向無以法律明定之耳。昔時英國刑法對於自殺既遂者不許安葬。未遂者有罪。夫刑罰既不能對於死者而處刑。若但罪其未遂者。則不啻威逼自殺者皆出於既遂之一途。殊非良法也。

### 第六節 對於被害者承諾之行爲

凡加害於他人之法益若得被害者之承諾時本不論罪。但有時認被害本人無承諾之權時仍當處罰也。然則被害者得以承諾之範圍若何。不可不以承諾者是否有處分權爲標準矣。故如毀壞其物品時。祇要被害者承諾即不爲罪。若得其承諾而殺傷其生命身體則仍應處罰矣。

前節所述爲破毀自己之法益。關於生命身體自由名譽財產均應包括在內。本節爲破毀他人之法益。不過已得被害人之承諾耳。其論述之範圍似專以生命身體爲限。自由名譽

財產不與焉。蓋對於他人之自由名譽財產有所破毀時祇要得他人之承諾便不爲罪。生命身體關係較重。故新刑律第三二〇條至三二三條特爲有罪之規定。

## 第九章 犯罪之種別

### 第一節 刑事犯與行政犯

刑事犯爲社會一般道義心所公認之犯罪。學者所謂自然犯罪是也。故違反刑律及與刑律效力相等之法律者卽爲刑事犯。此外之犯罪爲行政犯。卽因求行政上之便利及維持行政法之效力而認爲犯罪者。學者所謂法定犯罪是也。故違反警律及各種取締規則者卽爲行政犯。又從形式上論之。刑事犯以犯人之惡性爲基礎而爲刑罰之規定。行政犯則以犯人行爲之外形而規定刑罰者也。

### 第二節 現行犯與非現行犯

現行犯與非現行犯非於犯罪性質上有所區別也。乃於該犯罪發覺之時間上加以區別耳。於行爲時或行爲方終了時所發覺之犯罪爲現行犯。不在行爲當時或已終了後所發覺之犯罪爲非現行犯。二者之區別於逮捕犯人極有關係也。茲將關於現行犯之現行法例略舉

如次。

(一) 現行犯仍在犯所者不問何人得不用拘票逕行逮捕之。

(二) 犯罪在實施中或實施後即時發覺者。或有下列情形之一者均爲現行犯。(1) 被追呼爲犯人者。(2) 於犯罪發覺後十四日內持有兇器贓物或其他物件可疑爲該罪之犯人。或於身體衣服等處顯露犯該罪之痕跡者。

(三) 現行犯仍在犯罪所在地者雖非該管官吏亦可逮捕。但以處徒刑以上之刑者爲限。(大理院三年上字三七八號)

(四) 拘役罰金之現行犯非被告人姓名住址不明且有逃亡之虞者該管官吏不得逕行勾攝。(大理院三年上字三七八號)

### 第二節 國事犯與非國事犯

國事犯爲政治犯之一種。卽狹義之政治犯也。普通以侵害國家政治秩序之犯人爲政治犯。但其觀念及定義頗不一其說。又因時代而有變遷。在刑訴上認爲國事犯者爲關於內亂外患之犯罪。其審理手續與普通罪犯不同。而國際法上對於國事犯以不引渡爲原則。故其範

圍應較政治犯爲狹。蓋政治犯之範圍除國事犯外尚有妨害國內政治之各種罪犯在內也。

#### 第四節 卽成犯與繼續犯

犯罪達於實行之狀態後卽同時消滅其行爲者爲卽成犯。一般之犯罪皆是。例如殺傷人者達於殺死或殺傷之狀態後其殺傷之行爲卽同時終了。故謂爲卽成犯。繼續犯者犯罪達於實行之程度後更繼續其行爲及狀態之謂也。例如私擅監禁人者於達到施以監禁之狀態卽應認爲既遂。但既遂之後仍繼續其行爲及狀態。必俟解放之時方終了。故謂爲繼續犯。二者之區別於計算起訴權之時效極有關係。蓋卽成犯之時效應從實行終了時起算。繼續犯之時效應從繼續行爲及狀態終了時起算也。

凡犯罪成立之後無繼續行爲者爲卽成犯前已述之。而繼續犯則不如此單簡也。蓋繼續犯以其繼續之情形不同可分爲永續犯、徐行犯、連續犯、慣行犯、營業犯等類。永續犯爲於犯罪行爲既遂後仍有犯罪行爲及其狀態之繼續。普通繼續犯之私擅監禁犯是也。徐行犯爲連合數次之犯罪行爲始獲達到目的之犯罪。例如拆毀他人之住宅者今日毀一瓦明日拆一牆。連合數次之行爲始成立一種犯罪是也。連續犯爲以連續的犯意於同類數

個行爲侵害同一法益。例如竊米者今日竊一石明日又竊一石。各次雖爲獨立之犯罪行爲。在法律上祇成立一罪。慣行犯乃本於習慣的意思傾向之犯罪。例如以賭博爲常業是也。營業犯乃以收入爲目的而爲同種類行爲之意思的傾向。例如未經官署許可而設立之公司。是也。

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

### 第五節 親告罪與非親告罪

現代刑罰權之行使屬於國家。故以代表國家之檢察官爲原告。檢察官既係代表國家。對於犯罪者不問何人皆當起訴。固無須乎被害者之告訴與否也。雖然。法律於或種犯罪爲保全家庭和平及關係者名譽起見。得以被害者之告訴爲提起公訴之要件。斯種犯罪卽稱爲親告罪。此外之犯罪則爲非親告罪。惟親告罪之告訴爲訴追條件乎抑爲處罰條件乎。學者之見解不一。通說皆認爲訴追條件。蓋其犯罪之成立并非以有告訴與否爲條件。特因無告訴



而不起訴耳。故刑律補充條例對於親告罪中或種情形亦有不待告訴而起訴之規定也。親告權得承繼與否亦頗爲學者所研究。依一般通說謂侵害無形法益之親告罪其告訴權不許承繼。侵害物質法益之親告罪其承繼人亦爲被害者。仍得主張自己之權利出而告訴。至何種犯罪認爲親告罪。各國之立法例略有不同。要不外乎姦非及名譽被害之各種犯罪耳。而新刑律之規定亦有關於財產者。茲就分則各條所規定之親告罪列舉如次。

(一) 第一二四條之侮辱外國使節罪須被害者請求乃論。

(二) 第二八三條至二八六條之強姦及猥褻罪須被害者或其親屬告訴乃論。

(三) 第二八九條之有夫姦罪須本夫告訴乃論。(若本夫事前縱容及事後得利和解者其告訴爲無效)

(四) 第二九〇條之親屬相姦罪須婦女之尊親屬或本夫告訴乃論。

(五) 第三一四條第三款之傷害尊親屬罪及第三一七條之對尊親屬施強暴罪第三二五條第三款之因過失傷害尊親屬罪均須告訴乃論。

(六) 第三四九條之略誘和誘罪及第三五二條之收受藏匿被略誘和誘人之罪均須告訴

乃論。(但被略誘和誘人與犯人爲婚姻者非離婚後其告訴爲無效)

(七)第三五七條之脅迫罪第三五九條之損害信用罪第三六〇條之害人名譽罪第三六一條之害尊親屬信用名譽及脅迫罪第三六一條之侵害書信公表祕密書畫罪第三六三條之洩漏祕密罪均須告訴乃論。

(八)對於親屬犯第三六七條之竊盜罪第三七七條第一項之準竊盜罪及詐欺侵占贓物各罪之相當各條均須告訴乃論。

(九)第四〇六條及第四〇七條之毀損罪均須告訴乃論。

## 第十章 共犯

共犯者二人以上共同爲同一之犯罪行爲也。依一般通說所謂共同者。必要有意思及行爲之聯絡。僅有意思聯絡而無行爲聯絡固不得認爲共犯。若僅有行爲聯絡而無意思聯絡亦不得認爲共犯。例如甲與乙約爲竊盜。是甲乙已有意思聯絡。及實行之際乙不加入不能認爲共犯。又如甲乙各欲殺丙。適同時開鎗。是甲乙雖偶然有行爲之聯絡而無意思之聯絡。亦不能認爲共犯。然則共犯須兼以行爲及意思之聯絡爲要件也。但區別共犯與非共犯有何

實益乎。蓋因共犯對於其結果須負同一之責任。非共犯則各別負責也。如前例甲開鎗擊丙未中。丙中乙之鎗擊而死。於此情形甲乙若爲共犯。則甲應同負殺人既遂之責。否則乙雖爲既遂而甲仍以未遂論。又有時因爲共犯須加重其刑也。

共犯不過爲犯罪行爲之一狀態而已。除各共同行爲者應有意思之聯絡外。凡不具備犯罪構成之要素者亦不認爲有共犯行爲之存在。其要素即責任能力責任條件及行爲之違法是也。所以須有責任能力者。因共犯之存在不能離乎共同爲犯罪之行爲。若其中祇一人有責任能力。其他無責任能力者不得謂之有犯罪行爲。其他之共同行爲者既無犯罪行爲。則不啻爲單獨之犯罪矣。例如與未滿十二歲人爲共同行爲是。所以須有責任條件者。因共犯所爲之客觀的行爲不可不有責任。若他之共同行爲者爲不合乎責任條件之行爲即爲無故意及過失之行爲。自不能認爲共犯也。例如他之共同行爲者皆無故意及過失是。所以須其行爲之違法者。因共犯爲共同犯罪之行爲所發生。若所共同之行爲非違法之行爲或有違法阻却之原因。則根本上不認爲犯罪。何有於共犯乎。例如共同爲正當防衛行爲時不以共犯論也。

關於共犯之觀念學者向有數說。甲說謂凡以共同之目的爲某種犯罪之實行時。在實行中。若有一人超乎共同目的以外者全體應負同一之責。乙說謂共犯應以有共同之行爲者爲限。若無共同之行爲則應各別論罪。不過對於共同行爲之結果即生有差別在所不問耳。又有謂共犯必爲有責任能力及有故意之行爲。若爲無責任能力者。雖有與他人共同犯罪之行爲。固不能論罪。卽爲有責任能力者若無與他人共同犯罪之意思亦不能認爲共犯。此蓋不認無故意及無能力者爲共犯也。故共犯者欠缺責任或故意時。他之共犯者得稱之爲間接正犯。所謂間接正犯者。自己不爲其行爲而利用他人之行爲以犯罪者也。其情形約有下列數種。(1)利用無責任能力者爲犯罪之行爲。例如使未滿十二歲者或有精神病者殺人放火是。(2)利用無故意者遂行自己犯意之行爲。例如使他人陷於過失而發生殺人放火是。(3)因詐欺而利用他人之錯誤行爲或用強制之手段陷他人於緊急之狀態而利用其行爲。(4)上官因下官有服從之義務而利用其職務之行爲。至無直接正犯之資格者亦得爲間接正犯。例如女子可利用有精神病之男子爲強姦婦女之行爲。卽該女子成立強姦罪之間接正犯。其用脅迫男子之手段者亦同。又如普通人欺罔

官員爲濫用職權之行為亦成立瀆職罪之間接正犯。他如對於被傳喚到庭之證人以強迫手段使爲僞證之陳述即成立僞證罪之間接正犯。

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

間接正犯之著手及終了之時期是否以直接爲實行行爲者之著手及終了爲標準。頗有研究之必要。例如甲女使有精神病之乙男強姦丙女。甲女已著手使乙男實行其行爲。若乙男半途違反其指使而不實行。此時甲之行爲或謂應認爲已終了。等於實行之未遂。或謂間接正犯以指使其實行行爲時爲既遂。其實行行爲中有無障礙發生可以不問。兩說各有理由。但以主張前說者爲多。

過失罪亦有共犯否。又有因過失而助成共犯否。殊足爲研究之問題。於此有積極說及消極

說兩種。主張消極說者謂共犯必要故意。過失罪無故意。故凡過失罪皆無共犯。主張積極說者謂共犯爲數人共同加功於某種犯罪之行爲。則其加功可不問其出於故意抑出於過失。故謂過失罪亦不妨有共犯。依消極說既云過失之中不有共犯。共犯之中當然無過失矣。若依積極說則有共同過失之共犯。例如甲乙共同向丙發鎗。皆因不注意而認丙爲獸。結果則成爲共同過失犯矣。又有因過失而助成共犯者。如前例甲知爲獸而乙確知爲人。是甲因過失而助成與乙爲共犯矣。新刑律第三五條明定之云。於過失罪有共同過失者以共犯論。第三六條云。值人故意犯罪之際因過失而助成其結果者準過失共同正犯論。但以其罪應論過失者爲限。

觀新刑律第三十五條之規定。可知該律爲完全採用積極說者。惟各國立法例不盡相同。有僅對於實施正犯採積極說而對於其他之造意犯及從犯均採消極說者。又有對於造意犯及從犯採積極說而對於實施正犯採消極說者。新刑律既無分別之規定。則應解爲全體採積極說矣。第三十六條對於過失與故意之競合亦加以規定。例如甲故意放火乙因過失注以油。致火勢頓盛。其性質雖非共犯。若乙確有過失。則應以準過失共同正犯論。

共犯與身分之關係亦有足資研究者。(1)有以身分爲犯罪成立要件者。如第一四〇條之要求賄賂罪。第一四四條之凌虐被毆罪等是。於此種情形若與常人爲共同行爲得論爲共犯與否。(2)有以身分爲刑罰加重或免除之要件者。如第三一二條之殺尊親屬罪及對於直系親屬犯第三六七條之罪等是。若與常人爲共犯時其刑罰得加免與否。以上二種問題學者主張亦各有不同。新刑律亦以明文規定之。其第三三條云。因身分成立之罪其敬愛及幫助者雖無身分仍以共犯論。因身分致刑有輕重者其無身分之人仍科通常之刑。

凡因身分成立之罪若無身分固不能認爲犯罪。但共犯之中若有一人有身分時。則其餘之共犯不得以無身分而不論罪。如前例所舉第一四〇之要求賄賂罪。本以官員爲犯罪之主體。若共犯中人人皆非官員則不能以該條之罪論。除冒稱其中有官員應成立欺詐取財之罪外。無冒稱之情形時則不爲罪矣。但其中若有一人確爲官員。則其餘各共犯亦當論以同一之罪也。惟以身分爲處刑之輕重時則無身分者與有身分者雖稱爲共犯。其所科之刑則不相同矣。如前舉之例。與人爲共同殺父之行爲者仍科以第三一一條之刑。僅其子應處以第三一二條之刑耳。

有頗似共犯而不得謂之共犯者。如同時犯及事後共犯是也。例如甲乙二人故意以鎗擊丙。若甲乙無意思聯絡時則爲同時犯而非共犯。又如藏匿犯人及運送贓物。皆爲於犯罪行爲終了之後加助力於犯人者。皆爲事後共犯。成爲獨立犯罪。不以共犯論也。

同時犯與事後犯其形式雖似共同正犯而實非共犯也。同時犯本與共犯之形式相合。所以不認爲共犯者。以其缺欠意思之聯絡耳。尙有一方共犯亦與同時犯相同。然以其既有  
一方知爲共同。雖他方無意思之聯絡亦能以共犯論也。事後共犯其形式甚似從犯。惟從犯之定義在新刑律上以有事前幫助之行爲爲限。則事後幫助者不與焉。蓋於犯罪行爲終了後之行爲已與本犯罪行爲無因果關係。故無影響於本犯罪之成立也。藏匿犯人運送贓物之所以認爲另一犯罪行爲者以此耳。

共犯之種類從成立上言之可分爲兩種。卽任意的共犯及必要的共犯是也。凡在法律上不必要二人以上方能成立犯罪者爲任意的共犯。例如殺人放火均可以一人爲之。無數人共同之必要。法律上必要二人以上之共同而犯罪始認爲成立者爲必要的共犯。例如賭博騷擾和姦等罪皆非一人所能犯也。自共犯之責任上言之可分爲正犯從犯二種。正犯之中又



可分爲有形的正犯及無形的正犯。從犯之中又可分爲從犯及準從犯。有形的正犯者，共同正犯也。無形的正犯者，造意犯也。從犯者，於實施行爲以前幫助正犯者也。準從犯者，即教唆或幫助從犯者也。茲分節述之如次。

## 共犯

### 正犯

有形的正犯（共同正犯）即實施犯罪行爲者  
無形的正犯（造意犯）即教唆他人犯罪者

### 從犯

從犯即於實施犯罪行爲前幫助正犯者  
準從犯（教唆或幫助從犯者）

## 第一節 共同正犯

共同正犯者，數人分擔犯罪行爲之場合也。其與從犯之區別有客觀說及主觀說兩種。主張客觀說者，謂對於犯罪之完成予以重大之影響者爲正犯，予以輕微之影響者爲從犯。其所予之影響相同者則爲共同正犯。例如共以毒藥殺人，各予以少量之毒藥，其人不致死亡，因合各人所予之毒藥而致生死之結果是。又有依客觀說以下正犯與從犯之定義者，謂於犯罪行爲執行重要職務者爲正犯，否則爲從犯。其所執之職務相等者則爲共同正犯。例如甲脅迫丙令乙取其財物，甲乙皆爲強盜罪之共同正犯。甲拘丙女乙姦淫之，甲乙皆爲強姦。

罪之共同正犯。甲入室竊物。乙在外瞭望。則甲爲正犯。乙爲從犯矣。更有以精神上之因果關係與物質上之因果關係區別之者。謂於精神上媒介其因果關係者爲從犯。於物質上媒介其因果關係者爲正犯。但贊成其說者甚少耳。主張主觀說者謂犯人以自己犯罪之意思而爲其行爲者爲正犯。以加功於他人犯罪之意思者爲從犯。是以犯人之意思而立論也。就上兩說評論之。實皆有未當。依客觀說之主張。以予以影響之大小爲區別正從之標準。固難謂當。蓋行爲結果間苟有因果關係。則應成立單純之犯罪。不必問其影響之大小也。且如其說。則實行犯罪行爲者亦有得爲從犯者矣。而主觀說專以犯人之意思爲正從之區別。亦有未當。蓋犯人爲自己或爲他人。不過爲犯罪行爲之一種遠因。原非犯罪行爲構成之要素。專以犯罪之遠因爲刑罰輕重之區別者。除有特別明文外。刑法上所不許也。依此標準。如前例甲對丙施強暴而令乙取其財物時。甲應以從犯論矣。又如甲乙爲代丙掠取財物而加入爲強盜行爲時。甲乙皆爲從犯矣。有是理乎。是以知客觀與主觀兩說皆不足取也。然則究應持何種標準以爲正犯從犯之區別乎。據新刑律之規定。應於實行中及實行前求之。凡於實行行爲中加入實行或爲之幫助者皆爲正犯。於實行行爲前幫助者爲從犯。故該律第二十九

條云二人以上共同實施犯罪之行爲者皆爲正犯。各科其刑。於實施犯罪行爲之際幫助正犯者準正犯論。又第三十一條云。於實施犯罪行爲以前幫助正犯者爲從犯。得減正犯之刑一等或二等。依此以區別正犯與從犯已甚明瞭。除關於從犯之各要點述於次節外。茲將關於共同正犯之要件及處分陳述如次。

正犯與從犯之區分學說紛歧。莫衷一是。然於適用時則以法律明文所規定者爲標準。此新刑律第三十一條之所以以下以定義也。第二次修正案認該條之定義尙未充足。將從犯之範圍擴充。僅謂幫助正犯者卽爲從犯。不論事前事中皆爲一體。不過對於事中從犯爲直接及重要之幫助者仍處以正犯之刑耳。在新刑律第三十九條第二項之規定。凡於實施犯罪行爲之際幫助正犯者準正犯論。該案則將此種範圍縮小以直接及重要之幫助者爲限。其理由不過謂事中幫助有行爲與關係之不同。未可一概而論。若科以同一之刑未免失平。殊不知科刑本不以客觀之事實爲標準。應以主觀的犯人之惡性爲標準。事前幫助而臨事不到場者其惡性較輕。故科以較輕之刑。於實施之際而加入爲實施行爲者。施行爲者其執行職務之是否重要殊無分別之必要。蓋既經到場。其惡性自較未到場者

爲重。臨時於職司上之分配原無定則。或因其所長。或乘其所便。各司其事。例如同行入室。爲劫奪行爲者。或在外把風。或實行取物。或脅迫其僕人爲之指導。或威嚇其主人出其財物。其職務雖異。其惡性皆同。豈能以把風爲輕。取物爲重乎。又豈能以脅迫其僕人爲輕。威嚇其主人爲重乎。其間實無輕重之可言也。故愚意仍以新刑律所規定者。較爲妥當也。

(一)共同正犯之要件 共同正犯之要件得於主觀及客觀兩方面求之。所謂主觀要件者。意思之聯絡也。意思之聯絡者。合同他人行爲之意思也。合同他人行爲之觀念有二問題。卽必要通謀與否及必要爲雙面與否。一般學說謂當事者之一方缺共同之認識時。不得以共同正犯論。例如甲欲謀侵入乙某之室。意圖殺乙。乙之鄰人丙雖未與甲通謀。而心願贊成。乃爲自戶外鎖其扉。防乙脫逃。甲亦不知有丙爲之助也。竟得殺乙之結果。則丙不得以共犯論也。新刑律不採此通說。於此種情形。仍應認爲共犯。故第三四條云。知本犯之情。而共同者。雖本犯不知共同之情。仍以共犯論。但數人於同時同所。對於同一法益爲同種之犯罪。無共同犯罪之觀念者。仍爲單獨犯罪耳。所謂客觀要件者。行爲之分擔也。其所分擔之行爲。不以發生結果爲必要。故其中一人所擔之行爲。欠缺結果時。祇要他之共同實行者。有結果之發生。

應共負其結果之責任。例如甲乙共以鎗擊丙，甲中而乙未中，其所負之責相同。

共同正犯以意思之聯絡爲其主觀的要件。前已言之。惟意思之聯絡有由於故意者，有由於過失者。由於故意者，須彼此有共同其行爲之故意。對於其行爲應有認識也。例如甲乙二人共赴丙家行竊。在行竊之前，甲乙曾無預謀。而臨時又未通知。則甲乙之行竊雖係同時，亦各自構成獨立之犯罪。不能以共同正犯論。反之如甲乙二人對於行竊丙家之行爲，已有意思之聯絡。臨時甲先乙後，或甲後乙先，各自分任其行爲。其行爲雖不同時，亦應以共同正犯論。惟新刑律第三十四條對於共犯之規定，不以雙方有意思之聯絡爲限。祇要知本犯之情，而共同者，即以共犯論。於學理上實不甚合。蓋共犯雖不必事前有意思之聯絡。即臨時有聯絡意思，亦應認爲共犯。然在法律上，所以共犯有時有加重之規定者，以其有共同之力量，其犯罪之進行較易耳。今共犯中之本犯，既不知有他人與之共同，完全爲一單獨之行爲，豈能因其意外得他人之幫助，實施遂認爲有共同之行爲乎？此種規定，自難認爲適當。

共同犯之客觀的要件，爲分擔其犯罪之行爲。蓋僅有意思之聯絡，而無行爲之分擔，除擔

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

過失有無共犯前已論之。第二次修正案對於新刑律第三十五條共同過失犯之規定謂過失有無共犯尙在學者之爭論間。且必有正犯始有共同。於過失情形甚難定孰爲正犯孰爲共同也。故該案於第四十條改爲有共同過失者各科以過失正犯之刑。較爲妥善。又該案認三十六條對於因過失而助成其結果者準過失共同正犯論。亦認爲不當而刪除之。其理由謂雙方既皆爲過失犯。以過失共犯論已有未當。况該條之規定一方爲故意一方爲過失而以過失共犯論於理尤覺不合。即查有過失應負其過失之責任足矣。若使對於他人故意行爲之結果而負其責任殊欠公允也。

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

(1)共同正犯基於共同目的之行為對於全部之結果皆應負其責任。例如甲乙共謀犯強盜罪。於實行之際甲奪財物乙傷事主。甲乙二人各應爲強盜傷人罪之正犯。

共同正犯對於全部結果應負其責者以有共同目的之行為爲限。換言之即以達其共同目的之應有行為爲限也。其非達共同目的之應有行為則爲共同目的以外之行為。各共同正犯仍未便負責。所以必令負共同目的內各種行為之責者。蓋以該種行為爲達各人之共同目的而生也。既爲達各人共同之目的而生。不啻爲各個人之行為矣。故各個人不能不負其責任。

(2)各共同正犯對於超越共同目的以外之行為不負其責。例如甲乙共謀爲竊盜及侵入他人家宅之後。甲竊財物乙肆強姦。甲祇爲竊盜之共同正犯。對於乙之強姦罪不認爲有共同關係也。

按本項之說明爲前項之反對例。即對於非共同目的之各個人行為不令全體負同一之

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

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

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

(4) 共同正犯中有具備刑罰減免之原因。訴追條件之欠缺。或再犯加重之理由者。得單獨發生效力。例如甲乙丙丁共爲殺人犯。甲爲無能力者。得不論罪。而乙丙丁仍應論罪。與甲之



論罪與否無關也。

共同正犯之行為祇要在達共同目的之共同犯意內即應負共同之責任。前已論之。惟其同行爲中之各個人如另有阻却違法或應加重之原因時不能因共同之關係而否認之。蓋共同正犯不過認爲有共同犯罪之事實耳。其有不負犯罪之責任者自不能科罰也。

## 第二節 從犯

從犯者。於實施犯罪行為以前幫助正犯者也。其與正犯之區別前已說明。茲僅就其要件及處分陳述之。

(一) 從犯之要件 從犯成立之要件約有四項。

(1) 要有幫助他人之意思。所以必要有幫助他人之意思者。別乎因過失成爲幫助而言也。從犯之成立應以有幫助正犯之意思者爲限。其中所包括之要點有三。一須對於正犯之行為有認識。二須認識正犯爲故意之行為。三須有幫助正犯進行其犯罪之故意。若不知正犯有犯罪之故意而出於一時之過失致助成正犯之犯罪行爲。則不能以從犯論也。

(2) 要有幫助他人之行為。幫助者對於他人之犯行予以便宜之謂也。幫助之手段不問爲

物理的或心理的。其行爲不問爲積極的或消極的。

從犯之於正犯既具有幫助之意思。尤須有幫助之行爲。其行爲有物理的及心理的區別。皆當認爲幫助之行爲。例如爲殺人之犯人購置利器。物理的幫助行爲也。又如爲竊盜之犯人指示犯罪之機宜。心理的幫助行爲也。

(3) 要正犯之犯罪成立。若正犯之犯罪不成立。雖有幫助行爲不能單獨論罪也。

法律所以罰從犯者。罰其幫助行爲也。從理論上言之。從犯之成立不以正犯之犯罪成立與否爲斷也。但從犯之幫助行爲多爲正犯犯罪成立之條件或原因。故正犯之犯罪不成立時。從犯亦不能單獨成立犯罪。大理院解釋刑法之見解。歷來如此。試舉數例如次。(1) 甲派乙赴某處偵探。有無軍隊。以便行劫。詎乙行至某鎮。正窺探間。即被擊獲。此種情形。正犯無正條可科。即無事前幫助從犯之可言。(見統字一一二八號)(2) 查幫助犯應依正犯所犯處斷。正犯攜帶鴉片煙。有時雖足爲其吸食之證明。尙不能僅指其攜帶行爲爲犯罪之正犯。如查明無吸食及未遂情形。又非第二六六條第二六八條等犯罪行爲之一部。則無正犯可言。更無所謂幫助犯罪。

(4) 幫助行爲要在實施犯罪行爲以前。蓋凡在實施犯罪行爲中而爲幫助者爲準正犯也。若在實施犯罪行爲以後則又成爲獨立之犯罪矣。

有謂幫助行爲不獨在實施犯罪以前。即於實施之際亦得爲之。故在實施中爲幫助行爲者亦得以從犯論。惟我國新刑律第三十一條已有明文規定。其非事前幫助者不以從犯論。所謂事前幫助者。通例指加入犯罪預備或著手行爲之一部而言也。

(二) 從犯之處分 從犯之處分得減正犯之刑一等或二等。新刑律第三十一條已有明文規定。然從犯之情節有時未必較正犯爲輕。例如有謀顛覆巨舟者。方慮無法行之。忽有人供以水雷。雖於律爲從犯。其情節豈得較正犯爲輕。故律云得減。即不必減也。至若正犯之行爲重於犯人所知時。仍當從其所知論罪。例如甲信乙爲竊盜而給以挖牆之器。乙竟持以爲強盜。則甲祇負爲竊盜從犯之責。若正犯之行爲輕於從犯所知時。從犯僅從其所犯論罪。如前例。甲信乙爲強盜時而乙祇爲竊盜。則甲亦祇負竊盜從犯之責。又教唆或幫助從犯者準從犯論。(見第三一條第二項) 於前教唆或幫助其後加入實施犯罪行爲者。從其所實施者處斷。(見第三二條) 又因身分成立之罪其幫助者雖無身分仍以共犯論。因身分致刑有

輕重者則無身分者仍科通常之刑。(見第三三條)

### 第三節 造意犯

造意犯者。教唆他人使之生犯罪之決意者也。教唆人者曰教唆者。被人教唆者曰被教唆者。其要件可分爲數項。

(1) 要有教唆之故意。即被教唆者因教唆而生特定犯罪之意思。或至於實行爲教唆者所能預見也。若不能預見者則非故意。對於其犯罪行爲自無教唆犯之成立。故基於自己過失之行爲致偶然惹起他人犯罪之原因者不得目爲教唆犯。

教唆之情形亦有故意及過失。屬於故意者構成造意犯。屬於過失者不能以教唆論也。例如某甲對某乙談及某丙將於某日攜銀經過某處。其地荒僻無人。若愚強盜則甚危險。不過藉資談助耳。而某乙遂屆期要劫某丙於途。其原因雖不能謂非由於某甲之陳述。但某甲之陳述非有教唆某乙行劫之故意。自難論以教唆犯。

(2) 要被教唆者確係因教唆而始實施其犯罪行爲。蓋教唆之行爲雖已終結。若被教唆者未實行之。教唆之罪仍不能認爲成立。此與煽惑罪不同也。

造意犯不能單獨論罪。其犯罪以被教唆者實施犯罪行為時始能成立。其受教唆而不實行者。在被教唆者已無犯罪可言。而教唆者自不成立犯罪。例如教唆他人為殺人行爲。其人以為不合而拒絕之。或雖未拒絕而不實行。其教唆罪皆不成立。

(3) 要被教唆者所犯之罪爲出自教唆者所教唆之範圍內。蓋出乎教唆者所教唆範圍以外之犯行不能令教唆者負責也。

造意犯之所以認爲犯罪者。以其犯意由於教唆者所主張也。若教唆者所教唆之犯罪行為而被教唆者并不遵守之。則所溢出範圍之行為非教唆者所能預見。對於非預見之行為自不能強令負責也。

(4) 要被教唆者爲有責任能力者。蓋教唆無責任能力者則成爲間接正犯。非教唆犯矣。造意犯中之被教唆者以有自行判斷之能力爲限。教唆者不過予以犯意令其自爲採擇而已。若被教唆者無責任力。則必乏自由採擇之權。不過等於機械作用耳。其教唆者不啻自爲其行爲也。則爲刑法上所謂間接正犯者是已。

至教唆之手段法律上無明文以爲限制。則不論用如何方法。祇要合乎教唆之條件即可認

爲教唆。故或用文字、或以口頭、或用勸告、或施恐嚇脅迫、以及其他足以使他人任意爲犯罪決意之一切明示默示方法、皆得爲教唆行爲也。新刑律第三十條云：「教唆他人使之實施犯罪之行爲者爲造意犯。依正犯之例處斷。教唆造意犯者準造意犯論。」

教唆者所用之手段在刑法上原無一定之限制。祇要合乎教唆之旨爲已足矣。但若以恐嚇或脅迫爲其手段時必以在相當程度以下爲限。越乎相當程度時則被教唆者失其自由意思。等於不可抗力。不啻由教唆者自爲其行爲矣。例如某甲教唆某乙殺傷某丙。謂乙若不殺丙則丙必將殺甲。是以恐嚇爲教唆之手段也。又如甲爲乙之上官。謂乙若不殺丙則彼將撤革其職務。是以脅迫爲教唆之手段也。或甲竟謂乙若不殺丙。彼即將以刀殺乙。就形式上言之。似係以強暴脅迫爲教唆之手段。然乙至此時已失其自由之意思。毫無選擇其行爲之可能。直可認甲爲間接正犯。乙之殺丙爲緊急狀態行爲矣。

教唆未遂者應否論以教唆之罪。學者間頗有爭議。甲說謂教唆之未遂不過犯罪結果之不发生而已。不問被教唆者犯罪成立與否仍應以未遂罪論。乙說則謂犯罪之不完成係由於被教唆者之未遂時教唆者亦應以未遂論。若係由於被教唆者不生犯罪之決意時。則教唆

者不能單獨處罰。就以上二說觀之。乙說頗爲多數學者所贊成也。

教唆罪之所以與煽惑罪不同者。要有結果之發生也。即不要有正犯犯罪既遂之結果。亦必要被教唆者已經實行其行爲。若實行未遂。在被教唆者可謂無犯罪行爲結果之發生。而就教唆者一方面論之。可謂已發生教唆行爲之結果矣。但仍止論以未遂之罪耳。若被教唆者拒不受其教唆。或受其教唆而不肯實行。則并教唆行爲之結果亦未發生。自無犯罪可言也。

對於造意犯之處分亦有二說。甲說謂造意犯之刑應以教唆之本人爲標準。乙說則謂應以被教唆者之刑爲標準。據新刑律第三十條之補箋內舉例云。「例如尋常人甲教唆軍人乙毆傷軍官丙。依甲說則丙非甲之上官。甲之罪輕。依乙說則丙係乙之上官。甲之刑與乙同。其罪重。夫刑律上之處分非可假定者。預從真正之事實以察之。犯意雖決於造意之人。而事實實出於被教唆者之手。故本條取第二說。」但第三十三條第二項對於因身分致刑有輕重者已有例外之規定。對照觀之。則所謂本條採第二說一語不無適當。又軍人毆傷上官其刑應否加重應以法律有明文爲限。

被教唆者有與教唆不一致者。如被教唆者所犯輕於教唆者所教唆之事實時。教唆者祇就正犯之罪負責。反之被教唆者所犯重於教唆者所教唆之範圍時。從其所教唆者處斷。惟關於目的物之錯誤。不阻却教唆關係。例如甲教唆乙使殺丙。乙誤認丁爲丙而殺之。甲仍當以殺人之造意犯論。

## 第十一章 俱發

俱發者。於數罪之刑合併而執行之也。第二次修正案題爲合併論罪。質言之。卽同一犯人於未受確定審判以前所犯二以上之罪。俱發覺之謂也。就同一犯人觀之。與共犯不同。就未受確定審判前所犯二以上之罪觀之。與累犯不同。關於此項問題之研究。僅就俱發之本質上論之本甚簡單。然有稍複雜之問題在。茲分節論之如次。

### 第一節 數所爲一罪

數所爲成爲數罪。刑法上之原則也。亦卽普通俱發之場合。無容加以解說。然有時刑律上對於數所爲祇以一罪論者。以其無法律上獨立之性質也。茲列舉之。

(一)先之所爲被後之所爲吸收時。遇有先之所爲爲後之所爲所吸收。則先之所爲失其



獨立之性質矣。在法律上祇就後之所爲而論罪。其情形約有三種。(1)實行所爲吸收預備著手及陰謀。預備爲著手之前一步。著手又爲實行之前一步。由預備而進於著手時。則祇論著手之罪。不論預備罪。如由著手而達於實行。則祇論實行之罪。不論著手罪矣。例如預備爲內亂者。經數人之協議而決定。則其協議成立之狀態卽內亂之陰謀。更進而準備兵器彈藥之類。則爲內亂之預備。由預備而著手而實行。其行爲雖不止一種。而論罪則以最後之行爲爲準也。(2)組成一行爲之各舉動皆以一罪論。例如殺人。以棍擊之不死。復以繩勒之又死。再以藥毒之。其人始發生死亡之結果。則棍擊繩勒藥毒皆爲殺人之舉動。三種舉動之結果祇成立一殺人罪而已。

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

(三)法律上規定數個所爲爲一罪時。例如對人施強暴脅迫者爲脅迫罪。與人通姦者爲

姦非罪。若合二罪同時行之則爲強姦之一罪矣。又如竊取財物者爲竊盜罪。侵入住居者爲侵入住居罪。若合二罪同時行之則爲侵入竊盜之一罪矣。

(四)連續犯 通說以連續的犯意於同類數個行爲侵害同一法益者卽爲連續犯。例如於同一櫃內之銀洋日竊若干。分數次竊完。此數次之竊盜行爲祇以一罪論。又如與人和姦者。連續經一年之時期。所有一年內之姦淫行爲祇以一罪論。

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

服。則非基於同一故意矣。對於以後行竊之行爲不能合併於前次之連續犯內。(3) 數次犯罪行爲須係觸犯同一之罪名。蓋數次犯罪行爲如非觸犯同一罪名則對於數次之行爲已成立數罪。自難以連續論也。例如某甲於日間經過乙家之門即入內行竊。及晚間復經過其門又入內行竊。該兩個行爲雖係連續爲之。但既觸犯兩個罪名。不能以連續犯論。(4) 數個犯罪行爲須係侵害一個法益。蓋侵害兩個以上之法益時即已起兩次之犯意矣。不能以連續論也。例如日間赴甲村之乙家行竊。已竊得衣服數件。晚間又赴甲村本恩繼續竊取。迨乙家之門已經關閉無從入內。因乘便赴同村之丙家行竊。應論兩罪俱發。不能認兩次行爲爲連續犯。

關於本問題之學說甚多。茲略舉如次。(1) 主觀說。又曰犯意說。謂應以犯意爲標準。一犯意即爲一罪。不問行爲之多寡也。故如前例是出於一個犯意。雖分爲數次竊取仍爲一罪也。(2) 客觀說。又曰法益說。謂應以法益爲標準。侵害一法益即爲一罪。而其行爲之多寡亦不過問。故如前例數次竊盜皆係侵害同一法益。仍爲一罪也。(3) 折衷說。謂以一犯意侵害一法益即爲一罪。其於侵害同一法益時若有數犯意則當爲數罪。若以一犯意侵害數法益時

亦爲數罪也。又有謂關於人身之罪應以法益算犯罪之數。非關於人身之罪應以犯意算犯罪之數。例如殺傷人者。爲關於人身之罪。殺傷二人則應以二罪論。竊取財物者爲非關於人身之罪。竊取二人財物仍以一罪論。學者關於此問題聚訟紛如。莫衷一是。新刑律第二八條僅云連續犯罪者以一罪論。未有詳細之規定。且無計算之標準。其理由云。連續犯罪者犯人預謀以數次犯同一之罪也。既曰預謀犯同一之罪。則已認定犯意必限於一個可知矣。該條補箋內復謂適用本條有當注意者二。(其一)侵害與本人分離時。視被害者之數爲犯罪成立之數。不得以一罪論。例如甲繼續殺乙丙丁三人。因被害者之生命有三。則甲之殺人罪亦三。不得援用本條。然若乙丙丁被殺於同時同地之甲之手。如炸彈劇發之類。是否數罪。亦一問題也。觀第二六條犯一罪之結果而生他罪之規定。是宜僅以一罪論。蓋被害者之生命雖有三。而實出於一個行爲也。(其二)侵害財物之監督時。視監督之數爲犯罪成立之數。亦不得以一罪論。例如甲倉衣服乙倉金錢。雖同爲一人所有。而繼續竊之者。其罪爲二。其監督之人有二故也。反之。於同一倉庫甲倉衣服乙倉銀錢。所有權雖有二。而繼續竊之者。其罪爲一。以其僅一監督者故也。

## 第二節 一所爲數結果

一、行爲數結果者。卽對於同一所爲所發生之數結果者也。學者稱爲想像上之俱發。此種情形又可分之爲二。第一爲一行爲所生之數結果屬於同種類之場合。例如發一彈丸而殺斃數人是也。第二爲一行爲所生之數結果屬於異種類之場合。例如發一彈丸殺甲傷乙又破壞丙之家宅是也。於以上二例究應如何定犯罪之個數乎。其學說有三。意思說謂同種類犯罪之場合係出於一個犯意。當爲一罪。異種類犯罪之場合因觸數法條而態樣不一。當爲數罪。則犯罪之當時如祇有殺人之決意。則殺一人與殺二人同一殺人罪之成立。若決意殺人並損壞家宅時。則成爲殺人與毀壞家宅之罪矣。法益說謂犯罪爲侵害法益。當從所侵法益之數定犯罪之數。則殺二人者係侵害兩法益。兼破壞家宅者是侵害三法益。當論三罪矣。行爲說謂犯罪必有一定之行爲。當以行爲之數算犯罪之數。想像上之俱發其行爲爲單一者。也不可不認爲一罪。新刑律第二六條卽本此說而爲規定者。該條云。以犯一罪之方法或其結果而生他罪者。從一重處斷。但於分則有特別規定者。不在此限。所謂有特別規定者。如分則第一〇五條是也。

想像上之俱發所以認爲一罪者。與普通俱發罪不同其情形也。普通俱發罪爲二個獨立之犯罪。其所萌之惡意有二以上者也。想像上之俱發不徒其性質上係一種犯罪。而於犯人心術上考查之亦未萌二以上之惡意也。例如行使僞造文書以詐取財物者。其所以必行使僞造文書者。目的在詐取財物也。祇有詐取財物之惡意耳。故仍爲一罪。又如於竊取他人之柴刀後而用殺人。若竊取之後即時持以殺人。則可知所以竊刀之意即在殺人。祇有殺人之惡意而無行竊之惡意。應成立一殺人罪而不問竊刀之竊取行爲。倘於竊刀之後初用以砍柴。復用以殺人。則於竊刀時已有行竊之惡意。於殺人又另起殺人之惡意。是已有兩次行爲且已兩萌惡意。仍應以實體上之俱發科刑。不能以想像上之俱發論罪也。查新刑律第一〇五條爲暴動者違背戰鬥上國際成例之罪。例如於交戰時無故殺戮無關戰事之婦女老幼。燒毀無關戰略之寺院祠廟。雖其行爲由於內亂而起。可包括於內亂行爲之中。然其行爲既出乎戰略之外。故不得不有特別論罪之規定也。

## 第二節 法規之競合

法規之競合者。即同一所爲而觸犯數種法規也。於此情形可分之爲二。第一爲同一所爲之

全部觸犯數種法規之場合。應依特別法優於普通法之原則定之。例如同時犯軍律及刑律。則應適用軍律。第一爲同一行爲之一部觸犯他之法規之場合。於此場合。遇充實法與局部法規競合時。以充實法優於局部法之原則定之。例如內亂罪。其陰謀預備之規定爲局部法規。內亂既遂之規定爲充實法規。凡陰謀預備爲內亂者。若出於暴動行爲時。單以內亂既遂論也。若遇實害法與危險法競合時。以實害法優於危險法定之。例如因偽造貨幣而準備機器。觸危險法也。實行偽造觸實害法矣。由準備而達於實行偽造時。單以偽造論罪也。又遇包括法規與單獨法規競合時。以包括法規含單獨法規之原則定之。例如強盜強姦之所爲觸犯第三七四條及第三七〇條之規定。但第三七四條已包括強姦罪於其中。應從第三七四條處斷也。又遇獨立法規與不獨立法規競合時。以獨立法規優於不獨立法規之原則定之。例如教唆或幫助人犯罪更進而加功於實行時。是觸犯教唆犯從犯及正犯敦法規。然祇能從正犯之法規處罰。不再論以教唆犯從犯之罪也。

#### 第四節 俱發之處分

處分俱發之主義有種種。(1)吸收主義。即將輕罪吸收於重罪之中。祇科重罪之刑。不再科

輕罪之刑矣。(2)併科主義。即將各罪之刑合併科斷。本乎有罪必罰之原則也。(3)折衷主義。主張折衷說者以吸收主義合於實際而不合乎理論。併科主義合乎理論而不合於實際。因將二主義折衷而採用之。是謂折衷主義。而折衷主義復有外形的折衷及精神的折衷之別。所謂外形的折衷者。即對於徒刑採吸收對於拘役罰金採併科是也。所謂精神的折衷者。即將吸收併科二主義併合存於法律規定之範圍。任審判官自由採擇。或稱爲加重吸收主義及限制併科主義是也。以上列三者比較之。採用吸收主義則對於犯同等或輕微之數罪時。僅處其中一罪之刑。則犯數罪與犯一罪者其處罰相同。不啻獎勵犯罪者之多犯矣。採用併科主義者。對於犯人所犯各罪一律合併執行。則犯多罪者有至處以無期徒刑相等之刑期矣。未免失之過酷。然則精神的折衷主義較爲適當。故新刑律第二十三條即本此而爲規定者也。該條規定云。

確定審判前犯數罪者爲俱發罪。各科其刑。而依左列定其應執行者。

第一 科死刑者不執行他刑。科多數之死刑者執行其一。

例如某甲犯殺人罪判處死刑。又犯竊盜罪判處三年徒刑。於執行之時祇執行死刑不執



行徒刑。其判處兩以上之死刑者祇執行死刑一次。乃當然者也。

第二 科無期徒刑者不執行他刑。科多數之無期徒刑者執行其一。

例如某乙犯內亂罪判處無期徒刑。又犯詐欺取財罪判處四年徒刑。則祇執行無期徒刑。其判處兩以上之無期徒刑者亦祇執行無期徒刑而已。

第三 科多數之有期徒刑者於各刑合併之刑期以下其中最長之刑期以上定其刑期。但不得逾二十年。

例如某丙犯和姦罪判處徒刑二年。犯竊盜罪判處徒刑四年。犯和誘罪判處徒刑三年。犯殺人罪判處徒刑十四年。共判處徒刑二十三年。依本款之例則可另定執行之刑期。於最長期之十四年以上合併之二十三年以下酌定之。假如酌定為二十年是。

第四 科多數之拘役者依前款之例定其刑期。

與前款之例相同不過拘役之時期較短耳。

第五 科多數之罰金者於各刑合併之金額以下其中最多之金額以上定其金額。與前第三款之例同。不過彼為刑期此為金數耳。

第六 依第三款至第五款所定之有期徒刑拘役及罰金併執行之。有期徒刑拘役及罰金各科其一者亦同。

本款前半謂依第三款第四款第五款所已定出「應執行之刑」不能再行改定矣。例如某丁依第三款之結果定爲執行徒刑十年。依第四款之結果定爲執行拘役五十日。依第五款之結果定爲執行罰金四百元。三種主刑均應一併執行。不再加以酌定。

本款後半謂所判處之刑原來係徒刑拘役罰金各一種。則無庸依第三款至第五款之例另定執行之刑期金額。直將所判處之徒刑拘役罰金一併照判處之數執行。例如原判爲三年之徒刑。二十日之拘役。二百元之罰金。是三項均係各科一種。無庸再行計算。卽一併執行之可也。

第七 褫奪公權及沒收併執行之。

例如某戊犯殺人罪。照判應褫奪公權全部終身。又應將殺人之刀沒收。均應一併執行。依第二十二條之規定。死刑與他刑併合或無期徒刑與他刑併合時。係採用吸收主義。祇執行其一。多數有期徒刑或拘役罰金併合時。則採用折衷主義。由審判官自由酌定。對於從刑

則完全採併科主義矣。

關於俱發之處分尙有應行注意者數項。舉之如次。

(一) 既經裁判之罪與未經裁判之罪之處分。查新刑律第二十四條第一項云。一罪先發已經確定審判。餘罪後發。或數罪各別經確定審判者。依前條(即第二三條)之例。更定其刑。蓋俱發罪不僅爲未經確定審判之數罪而已。即已經確定審判之罪與前此所犯之罪亦得以俱發論。例如先犯詐欺罪。後犯侵佔罪。侵佔罪先發覺。判處徒刑二年。方執行時。詐欺罪後發。亦應處徒刑二年。即據前條第三款於四年以下二年以上定其應執行之刑期。假設爲二年。是也。倘先發之罪已執行一年。則援用前條第三款通算之。執行其餘之二年足矣。

(二) 數罪各別經確定審判者之處分。依第二十四條第一項後半之規定。數罪各別經確定審判者亦應依第二十三條之例。更定其刑。例如甲先在杭州犯竊盜罪。判處徒刑三年。已經確定審判。未及執行。逃至上海。又發覺前所犯傷害罪。判徒刑二年。方執行時。在杭州所犯之竊盜罪亦經發覺。則應由上海審判廳於五年以下三年以上更定其應執行之刑期。

(三) 俱發與赦免。依第二十四條第二項云。其最重刑消滅仍餘數罪者亦同。例如同時犯

甲乙丙三罪。甲罪爲無期徒刑。乙罪爲徒刑三年。丙罪爲徒刑二年。依第二十三條第二款之規定應執行無期徒刑。倘甲罪遇赦免而消滅。則應將所餘之乙丙二罪於五年以下二年以上更定其應執行之刑。

(四)俱發與累犯 查新刑律第二十五條云。俱發與累犯互合者。其俱發罪依前二條之例處斷。與累犯罪之刑併執行之。例如先犯甲乙二罪。甲罪發覺之後即被處徒刑三年。迨執行完畢。於五年以內再犯丙罪。值審判之際併將乙罪發覺。乙罪應處徒刑四年。此時即當依第一二三條及第二四條之例。將甲乙二罪更定其刑。於七年以下四年以上之範圍內假設定爲五年。則應將尙未執行之二年與再犯丙罪合併執行。

## 第十二章 累犯

已受徒刑之執行後再犯徒刑以上之刑者爲累犯。累犯罪以其所累犯次數之多寡有再犯三犯之別。其刑罰之輕重不同。蓋對犯罪者予以刑罰所以期其改悔。累罰而不改者其惡性必較通常之犯人爲深。非加重其刑則不能生刑罰之效果也。或謂累犯多出於習慣性之犯人。對於習慣性之犯人在刑罰原理上應加以較重之刑方有令其改悔之望也。亦有非難之

者。謂一事不再理爲法律上之原則。對於再犯之罪若復以初犯之罪爲根據而加重其刑。豈非違反此種原則乎。且審理犯罪必爲繫屬於裁判之事實。於其事實以外卽無審理之權。若於審判時涉及本次犯罪之事實以外。是本諸未曾繫屬於裁判之事實以爲裁判矣。於理不合。駁之者曰。爲此說者殆未明累犯加重之原理也。夫累犯之所以加重者。非以初犯之事實合之於累犯中而始加重。乃因其人已受徒刑之執行而猶不改悔。足見其惡性與通常犯人不同。不過借初犯以爲惡性較重之證明耳。於前犯之事實毫無關係也。

對於累犯加重之條件學者間有二問題。卽累犯之罪要與初犯爲同種類之罪否。及初犯累犯之間應有期限之規定否。解決此項問題從來有二主義。(1)一般累犯主義。謂初犯之後不論犯何種之罪。亦不問其間相距時期之長短。皆應以累犯論罪。(2)特別累犯主義。謂所犯之罪非與初犯同一性質或爲類似之犯罪者不得構成累犯。又謂初犯與累犯之間須設一定之期間。非於其期間內累犯者。縱與初犯同一性質或爲類似之犯罪。不在累犯加重之列。蓋一切犯罪皆有時效之規定。經過其期間卽足消滅公訴及執行刑罰之權。於累犯何可漫無時期之限制乎。以上兩種主義互有得失。蓋依特別累犯主義則累犯者必限於與初犯

同一性質或同一種類之犯罪。如初犯竊盜再犯殺傷不得謂之累犯矣。就其惡性上論之。實不得謂不同種類之惡性爲非惡性。豈必以再抱同種類之惡性方得謂之惡性乎。至一般累犯主義不限定犯罪之性質與種類是其所長。然謂不必設一定之期間以致漫無限制是又爲其所短也。新刑律均不絕對採用。乃折衷而爲規定。故第十九條云。已受徒刑之執行更犯徒刑以上之罪者爲再犯。加本刑一等。但有期徒刑執行完畢無期徒刑或有期徒刑執行一部而免除後逾五年而再犯者不在加重之列。就該條之規定觀之。可得累犯之要件如次。

(1) 初犯之徒刑須已受執行。

累犯之所以加重者。以其雖經受徒刑之執行而猶不悛改也。故於未受徒刑之執行前所犯之罪不能以累犯論。但俱發係以判決確定前所犯之罪爲限。然則判決確定後未受執行前所犯之罪爲俱發乎。抑爲累犯乎。讀者多不知所答。夫俱發既限於判決確定以前。凡在確定以後所犯之罪自不能以俱發論。既未受執行尤不得以累犯論。當然爲非俱發又非累犯之一種單純犯罪。既不能合併定其刑期。又不能予以加等之科斷也。故大理院統字第三三三號內有云。審判確定後尙未執行時犯脫逃罪者。於科刑後與前科之刑併執

行之。若已在執行中脫逃者。無論所受執行日期之多寡均以累犯論。於此尙有一問題。例如某甲犯罪判處徒刑一年。而所受羈押之日數已逾二年。依法得以二日抵徒刑一日。二年之刑期於確定判決時即已抵去。無庸再行送入監獄執行矣。倘釋放之後即再犯罪。應否以累犯論。就第十九條之文義解釋之。既以已受徒刑之執行爲限。則某甲既未一日入監獄。自不能以累犯論罪。或謂法律所以準其以羈押之日數抵徒刑者。以其在羈押中已有等於受執行之情形。否則并非定須抵扣也。若已認爲已有等於受執行之情形。則不啻已受徒刑之執行矣。於某甲仍當以累犯論罪。查大理院統字第一一八六號解釋頗足引爲本問題之研究資料。茲錄之如次。該解釋文云。「查刑律第六十六條規定未決羈押日數得抵刑罰。既係抵刑。自與免刑不同。法律上固應視爲已經執行……且裁判准否抵折亦有裁量之自由。既經准抵。自係認所未經抵折實應執行之刑期爲應受感化之時期。（即謂已抵部分爲不必再受感化矣）本院意見以爲抵刑部分無妨算入刑律第六十六條所定年期限制之內。」

（2）再犯須爲徒刑以上之罪。

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

(3) 須初犯之徒刑執行既終。或免除後未逾五年。所謂執行既終者。指有期徒刑執行完畢而言也。所謂免除者。指無期徒刑或有期徒刑執行一部後。經免除而言也。執行一部何以能免除耶。例如因特赦減刑等是也。但因特赦致全未執行。或經大赦而免除。或經過緩刑之期間者。不在此例。

徒犯加重之理由。係由於曾受執行無效。前已言之。曾受執行何以知其為無效乎。即以再犯與否推定之也。其有於受刑後不再犯罪者。固可推定曾受執行之有效。若能於特定期間內不再犯徒刑以上之罪。亦可為曾受執行為有效之證明。故於執行完畢後未逾五年。而再犯者。認為累犯。應加等處刑。否則不以累犯論也。

凡受無權限之判決。或外國判決。在事實雖已受徒刑之執行。於法律上究不能認為有效。亦



不能以受徒刑之執行論。新刑律第二十二條云。依軍律或於外國審判衙門受有罪審判者。不得用加重之例。是又不徒受無權限之判決者爲然。受軍事裁判者亦在例外也。

累犯之處分如何學者間之主張不一。第一爲變更刑罰種類之主義。例如初犯爲有期徒刑。再犯則應處無期徒刑是也。第二爲就最長期加倍之主義。例如再犯爲竊盜。其最長期爲三等有期徒刑中之最長期。即加倍爲兩個三等有期徒刑中之最長期是也。第三爲就本刑加重之主義。即加本例一等是也。新刑律爲採此主義而規定者。故該律第十九條定爲加本刑一等。至三犯以上者應否再加。各國刑律多照再犯之例處斷。而新刑律則定爲加本刑二等。故第二十條云。三犯以上者加本刑二等。仍依前條之例。所謂三犯以上者。即四犯五犯亦應包括在內。如遇有四犯五犯時。可任審判官自由裁奪酌量情形。以所加二等之最重刑期宣告之可耳。

又累犯之罪既不必同一種類。又不拘同一地域。倘犯人於初犯之罪執行後變更姓名逃往他處犯罪時。勢必難於洞悉。新刑律爲防此種弊端起見。特於第二十一條規定云。凡審判確定後於執行其刑之時發覺爲累犯者。依前二條之例更定其刑。但於釋放後如已經過時效

則不能再行更定耳。(參閱大理院統字第四三〇號)

### 第十三章 犯罪成立之時

或問曰。以何時爲犯罪成立之時。甲曰。爲實施犯罪行爲之時。乙曰。爲結果發生之時。丙曰。行爲時及結果時皆爲犯罪成立之時。三人所答不同。究以何說爲當。依甲說則祇要有犯罪行爲之實施則當認爲犯罪之成立。但有時有行爲而無結果者。不論罪。卽論未遂罪亦以有特別規定者爲限。是甲說未見其爲當也。依乙說則非有結果不能論罪。然有時不要結果亦須論罪。如侮辱及各種未遂罪是。且有時祇要有意思之表示便可認爲犯罪之成立。如侮辱及脅迫罪皆是。是乙說亦未見其當也。丙說取甲乙之主張而併存之。自亦未合。丁曰。犯罪時與結果時其中相差一間耳。直謂行爲時卽結果時亦可也。殊不知有時行爲與結果之時間有相差甚遠者。例如甲欲殺乙。以炸藥箱由郵交乙。因甲與乙相隔萬里。及乙開箱被炸時。已在一月以後矣。於此種情形有二種疑問。(1)甲在將箱交郵局時卽已有完全之犯罪行爲。應否卽認爲犯罪成立。如當時認爲犯罪已成立。其時尙未知有無結果發生。又將如何定罪乎。(2)又如甲於行爲時患精神病。及發生結果時精神病已愈。或行爲時無精神病。而發生結

果時忽患精神病。究當如何負責。於第一疑問。愚意如於未發生結果時即被發覺。官廳自當爲發生結果之防止。適成爲因障礙而未遂矣。至第二疑問。自以行爲時之責任能力爲標準。於結果時其人之責任能力有無變更可不問也。

就以上諸說觀之。凡要有結果之犯罪。除應論未遂者外。應以結果發生爲犯罪成立之時。其不要結果之犯罪。即於行爲或意思表示之當時犯罪即認爲已成立矣。

## 注

本卷倉卒付印不無錯字請閱者

## 意

查照所附勘誤表自行更正

# 刑法學總論上卷勘誤表

頁	行	字	誤	正	頁	行	字	誤	正
二〇	七	四	緊	蓋	五	四	二四	城	城
九	五	一六	刑	政	一一	一四	三	獎	突
一三	一三	一八	其	爲	一四	二	一五	行	極
一四	八	二二	四	衍文	二〇	九	三三至三五	相背馳	衍文
二二	一一	一一	善	喜	二二	一三	八	將	得
三〇	八	十	行	刑	三〇	九	七	聽	縛
三六	六及七		情	隋	三七	九	七	年	條
三七	九	十	條	年	三八	五	一八	情	隋
四〇	一一	一二	門	殿	四六	一	八	者	與
七三	四	第六字下		添一法字	七三	十	第三十一字下		添一法字
七七	一	二七	文	明	七七	一	二八	明	文
八七	七	一二	強	長	九三	二	五	國	艦

九八	一	一七	治	法	一〇一五	二二	編	編
一〇三	十	三三	須	次	一一〇七	一一	內	同
一一〇	一一	一四	矣	題	一一四一	第三字下		添一球字
一二四	八	八	德	得	一一八二	第二字下		添一體字
一三七	二	二六	次	衍文	一四〇七	十	一	二
一四三	四	一	刑	刑	一四三九	四	心	止
一四三	一一	一八	是	乙	一四六九	二六	子	於
一四七	一	一四	無	有	一四七一	二五	就	就
一四九	六	二	瘡	瘡	一六〇一	六	罰	罪
一六〇	一三	一六	決	次	一六四四	一八	罰	罪
一六五	一一	九	有	者	一七二七	九	徒	徒
一八八	八	三	共	其	二〇八五	一一	為	行
二〇八	五	一二	行	為				

58  
074-331  
12