

袁帥南著

中華民國刑法總則新論

上海法學書局出版

$$\begin{array}{r} \pm 343 \\ \hline 4034 \end{array}$$

MG
D7-2.6
1639

42227



3 1763 1126 8

中華民國刑法總則新論目錄

第一編 緒論

第一章 刑法之概念	(一)
第一節 刑法之定義	(一)
第二節 刑法之地位	(二)
第三節 刑事責任與民事責任	(二)
第四節 刑法與刑事法	(四)
第二章 刑法之學派	(六)
第三章 刑法之沿革	(一一)
第一節 歐洲刑法之沿革	(一一)
第二節 中國刑法之沿革	(一五)
第四章 刑法法定主義之淵源及解釋	(二四)

第一節	罪刑法定主義	(二四)
第二節	刑法之淵源	(二六)
第三節	刑法之解釋	(二九)
第五章	刑法之種類	(三一)
第六章	刑法之效力	(三五)
第一節	關於時之效力	(三五)
第二節	關於地與人之效力	(三七)
第三節	對於其他法規之效力	(四八)
第二編 犯罪論		
第一章	總論	(四九)
第一節	犯罪之意義	(四九)
第二節	犯罪之主體	(五二)
第三節	犯罪之客體	(五五)

第四節 犯罪之行為·····	(五八)
第二章 犯罪之要件·····	(六二)
第一節 犯罪主觀的要件·····	(六三)
第一款 責任能力·····	(六四)
第一項 幼年人·····	(六五)
第二項 精神障礙者·····	(六八)
第三項 酗酒人·····	(七〇)
第四項 瘖啞人·····	(七三)
第五項 老人·····	(七四)
第二款 責任條件·····	(七五)
第一項 故意·····	(七六)
第二項 過失·····	(八三)
第三項 錯誤·····	(八八)

第四項	結果的責任	(一九三)
第二節	犯罪客觀的要件	(九五)
第一款	行爲之危險性	(九五)
第一項	行爲之階段	(九六)
第二項	行爲與結果	(九九)
第三項	因果關係	(一〇一)
第三章	未遂犯	(一〇五)
第一節	未遂犯之概念	(一〇五)
第二節	未遂犯之種類	(一〇六)
第三節	未遂犯之處分	(一一五)
第四節	不能犯	(一一八)
第一項	正當防衛行爲	(一二一)
第二項	緊急危難行爲	(一二五)

第三項	基於法令之行爲	(一一九)
第四項	依上官命令之職務上行爲	(一二〇)
第五項	基於正當業務之行爲	(一二〇)
第四章	共犯	(一二一)
第一節	共犯之要件	(一二五)
第二節	共犯之分類	(一二七)
第一款	法律上之分類	(一三九)
第一項	共同正犯	(一三九)
第二項	教唆犯	(一四三)
第三項	從犯	(一四七)
第五章	刑	(一五〇)
第一節	生命刑	(一五一)
第二節	自由刑	(一五三)

第三節 財產刑	(一五三)
第四節 權利刑	(一五五)
第六章 累犯	(一五八)
第一節 現行犯與非現行犯	(一六一)
第二節 刑事犯與行政犯	(一六二)
第七章 數罪併罰	(一六二)
第一節 實體上之併合論罰	(一六四)
第二節 想像上之併合論罪	(一六六)
第三節 連續犯	(一六七)
第三編 刑罰論	
第八章 刑之酌科及加減	(一七二)
第一節 刑之酌科	(一七二)
第二節 加重及減免	(一七四)

第一款	加重	(一七四)
第二款	減輕	(一七五)
第三款	免除	(一七五)
第九章	緩刑	(一七六)
第十章	假釋	(一七九)
第十一章	時效	(一八五)
第一節	追訴權之時效	(一八七)
第二節	行刑權之時效	(一八九)
第十二章	保安處分	(一九一)
附錄 中華民國刑法總則		

中華民國刑法總則新論 目錄

中華民國刑法總則新論

第一編 緒論

第一章 刑法之概念

第一節 刑法之定義

如何而後謂之犯罪。犯罪應得何刑。必有一種法規詳加規定。規定罪刑之法曰刑法。我國昔時曰刑律。是刑法者對於犯罪行為附與刑罰法律的效果之法規也。伊古以來。東西各國刑法與罪刑性質未能辨明。往往有偏而不全之弊。卽以我國歷代刑律而論。多定刑而不定罪。現行刑法規定明顯。以罪爲刑之條件。以刑爲對於罪之法律時效果。較諸歷代刑律大有進步。欲嚴格命名。必稱之爲罪刑法始臻妥當。但刑法二字沿用已久。若驟事更改。既感生澀之苦。又與規定名稱不

符。故仍以刑法名之。

第二節 刑法之地位

刑法係規定國家對於犯罪人行使刑罰權之法規。規定國家主權自體以及主權活動之關係者曰公法。故刑法在國內法之系統中居於公法之地位。（公法私法之區別詳於法學通論故不贅）竊取人物。詐取人財。自侵害他人權利言之。爲私權關係。發生私的民事責任。自刑事責任之規定觀之。發生公的刑事責任。換言之。則是犯罪而對於個人義務之違反者固夥。然從違反義務而生處罰上之關係也。則屬公而非私。彼親告罪之告訴乃論者。不過訴追要件而已。犯罪人與告訴人間。不認有何等法律關係在也。

第三節 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。例如甲盜乙物。并毆傷乙。乙之身體與財產既被甲損害。則法律不能不保護之。

保護者何。制裁不法之行爲也。法律責任。卽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。而法律責任蓋亦有民刑之別焉。屬於民事者爲民事上之不法行爲。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所有物者。在民事上固應負損害賠償之責。而同時在刑事上亦應處以刑罰。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。刑事責任。以排除因不法行爲所生之危險。而確保社會之安甯爲目的。兩者之目的既有不同。故其注重之點亦異。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。曩昔民事與刑事未分。公法與私法混淆。以爲同一不法行爲。加以一種制裁卽爲已足。蓋未知兩種責任之本質各別也。徵之往代制度。中西莫不同然。至今日民刑區分。界限明晰。研故究刑法者。不可不先知其區別。

第四節 刑法與刑事法

刑事法者。係關於刑法法規之全體也。刑法僅爲全體中之一部分耳。分述如左。

(甲)關於司法警察之法規。

(乙)刑事法院組織法。(法院組織法之一部分)

(丙)刑事訴訟法。(刑事手續法)

(丁)刑法。(刑事實體法)

(戊)關於刑事執行之法規。(就中監獄法)

以上五種。從廣義言之。皆刑事法也。蓋在犯人未明時。由司法

警察官依其法規而搜查之。迄犯人已明。則送交法院而判決之。法院如何成立。則有法院組織法。審判官如何始受判決。則必用訴訟手續法。訴訟手續法。卽刑事訴訟法也。有手續法不可無實體法。實體法者。犯何等罪卽定以何等之刑。刑法者。刑事實體法也。判決之後。然後執行。謂之行刑法。行刑法中最要者爲監獄法。數者皆相輔而行。缺一不可。此廣義也。然就狹義言之。則惟法院組織法。刑事訴訟法。及刑法三種。統稱刑事法。今所論究者。則又僅在刑法之一種耳。從來刑法之研究與監獄之研究。全然異途。刑法爲研究法學。而監獄之研究則關於行政。故法律學者每度外視之。誠以三權分立之思想。其重要論點。在嚴別司法與行政。故司法官與行政官全被分離。日本監獄局前屬司法省者。久已改屬內務省管轄。卽其明徵矣。至司法警察。除直接由檢察官管轄者外。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。

第二章 刑法之學派

刑法學派有二。一爲舊派。亦稱德意志學派。二爲新派。亦稱意大利學派。此二學派。實相對立。其根本理論全然不同。在舊派則以康德及黑格爾之哲學爲背景。爲形而上學派亦曰理論學派。在新派則以自然科學爲基礎。故爲實驗學派。適與舊派之理論處於對立之地位。一則以哲學爲根據。一則以科學爲根據。一則重理論。一則重實驗。故舊派所研究者多爲刑罰之作用。而新派所注重者則爲犯罪之原因。今日各國刑法之基礎。實皆由此兩學派之學說而來。卽吾國今日刑法亦不能說其窠臼也。茲略述兩學派如次。

第一舊派。(亦名德意志學派)

是派學說重在刑罰之作用。以爲刑罰乃對於犯罪人之報應。苟有犯罪者。卽由國家予以痛苦。因是刑罰之爲用。或在威嚇犯人及一般之社會。或在改善犯人使之有所畏懼。或對於犯人使之永久失其犯罪

之機會。其中更分康德學派及黑格爾學派。康德對於刑法處處求之於實踐理性之無上命令。而其基礎則由社會契約說而來。以爲社會之成立。由於各人締結契約而來。其契約之最大目的。則爲各人不得互相侵犯。此種契約卽爲實踐理性之無上命令。苟違反此命令者。卽處以刑罰。其所施刑罰之輕重。則視其犯罪程度而定。傷人目者償以目。傷人齒者償以齒。蓋非此則不足以使人有所畏懼。且無以維持社會之安甯秩序也。故刑罰之加。非他人加之也。亦非國家加之也。乃以違反社會契約。故依社會契約之規定而加以刑罰也。夫人有絕對自由者也。以維持社會秩序。故不得不訂立社會契約。其內容係各人於絕對自由之中。拋棄其一部分之自由以貢獻於社會。而綜合此各人所拋棄一部分之自由。以維持社會之安甯秩序。從而有刑法之制定。故刑法者。一方面由各人拋棄其自由以維持全社會。一方面確定人民之自由。使他人不得任意侵犯。是以刑法之本質實爲一種實踐理性之無上命

令。此康氏之說也。其後繼此而起者。則爲費爾巴黑。其於所著「刑法論」中頗有說明。以爲國家也者。保護各人互相自由之一種共同團體。苟有侵犯者。卽爲違反國家。國家基於理性之要求。不得不設有強制制度以範圍之。此種強制有由外部而來者。有由內部而來者。外部之強制。卽於權利被侵害以前努力設法防止。而於被侵害以後則予侵害者以痛苦。然事前不能預知。事後又不加侵害者以痛苦。因於外部強制而外更不能不有內部強制。所謂內部強制者。卽使一般人預知犯罪後應受痛苦。而自行抑制其犯罪性。蓋卽於威嚇主義之中。寓有預防政策。其理論之出發點。全然與康氏相同。不過康氏不認刑法有何種之目的。僅爲一種報應主義。使犯人有所畏懼。以維持社會之秩序。而費氏則認刑法爲有目的者。其目的在預防犯罪之發生。故其作用在抑制人類自然之本能。使之不敢爲犯罪之行爲。此則稍有差別者也。黑格爾對於刑法以哲學爲基礎。而成一種辯證方法。故其對於刑

罰。認爲因恢復社會秩序之必要而始有此要求。蓋人之相處。所以能安然無事權利不至於被人任意害者。以有社會秩序也。苟一旦有以侵害之。社會秩序。卽爲之紊亂。一經紊亂。卽至於人相殘食。無復有社會之可言。必不能一日存在。因欲恢復社會秩序計。不得不有刑罰之設。故刑罰者不過爲恢復社會秩序之一種要求。其後刑法上之時效制度。卽從黑氏之說而來。蓋使社會秩序業已恢復刑罰卽無所用也。後此繼黑氏而起者。則爲科爾。科爾之學說全然代表黑格爾學派。但其對於刑罰又較多一概念。卽認刑罰之作用。除恢復社會秩序外。更含有贖罪主義。其意卽一方面所以恢復社會秩序。一方面又使犯罪人因受刑罰而得以自新焉。

第二新派。(亦名意大利學派)

是派學說多以自然科學爲出發點。代表是派者。一爲林布魯蘇。二爲菲里。三爲克落伐落。林布魯蘇爲大醫學家。乃以醫學上之實驗

方法應用於刑法。於一八七五年著有「犯罪人論」一書。專以犯人之心理生理爲研究。其說風靡一時。林氏以犯人之精神與內體大率與普通人相異。卽在外部。亦有一定之特徵。是卽所謂「犯人型」。此種犯人不僅自身易於犯罪。卽一傳再傳而後。因隔世遺傳之故。有再現於其子孫者。其子孫受此遺傳。亦易於犯罪。苟稍有刺激。卽發見其本性。不惜自陷羅網。故對於犯人不應加以刑罰。應先研究犯人之性質。今之所謂刑事人類學卽由是而起。蓋其犯罪也。非由其人之作用。而實由於病之作用。既由於病之作用。只可療治。不可加以刑罰。今日各國刑法之參用人格主義。特定加重減輕免除緩刑假釋等之規定者。全由於是。菲里之學說與林氏雖同一用自然科學以爲實驗之方法。然其中心則不在犯人而在社會。氏於一八八二年刊布一書。名曰「刑事社會學」。而刑事社會政策卽由是而起。振興實業以救窮。普及教育以養性。發展經濟以致富。悉以刑法外之政策預防犯罪之發生者。在

菲氏之意。以人非生而好犯罪者也。必環境有以迫之。先之以受氣候及風土之影響。繼之以受政治組織及經濟狀態之現象。豐年則人民多懶。凶歲則人民多暴。故犯人之個人原因。誠亦占犯罪原因幾分之幾。然使無環境有以迫之。亦不至陷入於犯罪。故犯罪之原因。端在社會之必然現象。欲防止犯罪。應於社會情狀着手。不能徒以注重犯人個人之性格爲畢事。此菲氏之說也。克落伐落則折衷於刑事人類學及刑事社會學而合爲一。以研究刑法之性質。氏於一八八五年發表「犯罪學論」一書。極負時譽。爲後世感應主義之鼻祖。蓋一方宗承林氏之學說。凡對於具有犯人型之犯人。應予以同情。爲適宜之處置。一方更採取菲氏之學說。承認社會狀況之足以增損犯罪而爲相當之改善。其刑罰之所加。必使犯人能受其感應。質言之。卽以其感應之多寡而定刑罰之輕重。故此意大利三學派。實爲刑法學上之一大進步。而此三人者尤爲刑法學上之三大偉人。今日言刑事學者。不能不首推此

新派中之三學派。其有功於刑法學也。誠不爲鮮矣。

第三章 刑法之沿革

刑法沿革。因國而異。欲一一指斷。誠非易事。無己。惟有就歐洲刑法之一般沿革。與我國刑法之沿革。分別論其概略焉。

第一節 歐洲刑法之沿革

歐洲各國刑法。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。在雅典斯巴達強盛時。已組有刑制。十二銅標之制定。約在西曆紀元前四五百年。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。實在吾國之後。至刑法之漸次發達。大抵有一共同經歷階級。茲區分爲四時期以說明之。卽第一復讎時代。第二威嚇時代。第三博愛時代。第四科學時代是也。第一復讎時代。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。循環無有已時。迨文化漸趨發達。

共感私人仇報行爲爲不便。乃以報復之權。委之團體之長。使之代行。至國家組織完備之時。則又全然變爲國家應有之權力。刑罰之制。於焉以生矣。在當時本以代人民行使報復之權爲主。故其制度純存報復觀念。奪人之生命者國家卽奪其生命。傷人之身體者國家亦傷其身體。刑法思想之簡單。實莫過於此時。自此以後。國家之組織日增鞏固。元首乃漸視國如家。視民如子。因不欲多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。財產刑卽由此而生焉。然其主義則仍未變也。

第二威嚇時代。國家成立以後。人口孳殖。競爭日劇。在人民一方面。風俗習尙不若前此之儉樸。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。

第三博愛時代。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。改用罪刑法定主義。卽以如何行爲爲犯罪。犯如何之罪當處以如何之刑罰等。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。

第四科學時代。至今日科學發達。學者與犯罪加以科學的研究。謂犯罪乃生物或社會之一種現象。對於刑法。主張屬按犯罪之事實。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。遂有進步矣。

第二節 中國刑法之沿革

我國自有歷史以來。向崇道德宗教禮義政治而不言法律。故一般法制幾無歷史沿革之可言。惟刑名則與禮制相出入。與政術同作用。又與兵事類列。而於古無甚區別。較之一般法制史。其沿革起原爲最早。始自唐虞。洵迄明清。以至今日。就刑法上沿革言之。略可分爲三時期。

第一時期。自虞夏至元明。其沿革損益之大略。共見於虞書康誥呂刑周官春秋等經籍。及歷代史志通典通考等書。非本書之篇幅所能概括。且於實際之應用關係較少。當專讓之於刑法沿革學。其間所採主義大抵重純理報應。而不知所謂目的預防。其所採刑制。大抵有斬

殺流放籍沒族誅肉刑體刑羈縲奴虜及各種慘酷之刑。世愈古者其刑愈殘酷。而苛刑擅斷之風亦愈甚。兵刑既無所分。刑禮刑政概無所別。更無論民刑及其他之分化也。此時期又得分之爲。

(甲)自虞夏至隋唐。古時草昧初闢。文法簡單。有刑官而無刑典。虞創五刑。周懸象魏。迄今亦無可考之成文。自申韓以削刻爲世病。名法之學。益爲道德儒理諸家所擯棄。其刑書之有篇目次序可按者。惟以魏李悝之法經爲最古。分盜法賊法囚法捕法雜法具法而爲六。是卽中國刑律系統之鼻祖。漢律增之爲九章。魏律廣之爲十八篇。歷晉迄南北朝。代有增損。至唐貞觀。踵開皇武德之舉。撰成唐律。分各例衛禁職制戶婚廢庫擅興賊盜門訟詐僞雜律捕亡斷獄爲十二篇。條例加密。而刑律之成文法至斯較詳。於刑法之沿革史上可爲一大結果。

(乙)自唐以後至元明。唐律素稱精當。自長孫無忌等加撰疏議爲三十卷。日益精詳。自後遂爲科目之一。其支配之力。遠及海外。日

本所謂大寶律令。實以是模範中國刑律能獨立成爲一系統。蓋自唐律始可爲中國刑法史上之一大特色。自是歷千數百年。宋之刑統。元之典章。明之大明律等。均莫能軼其繩墨之外。此實爲我國之固有法。唐時於律文之外。本別有令及格式。宋之編勅亦在正律以外。自明以大誥會典問刑條例附入律後。於是律例始合而爲一。遂至開大清律例之先聲。

第二時期。自清初以至清末。其間又可得分爲三時代。

(甲)大清律例時代。自清初至光緒二十九年間所奉行者。爲原有之大清律例。實悉本唐律及明律之舊。分吏戶禮兵刑工等總目而爲六。又分名例職制公式戶役田宅婚姻倉庫課程錢債市廛祭祀禮制宮衛軍政關津廐牧郵驛賊盜人命鬥毆罵詈訴訟受贓詐僞犯姦雜犯捕亡斷獄營造河防等門。目爲三十。更分子目爲四百三十有六。并附以條例。凡一千另四十二條。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。以律爲本。例各隨之。列十惡之條。定八議之典。別公私之罪。分首從之法。律文簡古。又增小注以明之。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。正律而外。更附此引律。及嚴緝逃旗之督捕則例於內外蒙古之刑事。更別定蒙古專例。較普通刑律爲輕。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。戶律爲關於民律者。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。杖自六十至一百亦凡五等。徒刑一年起至三年止。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。於死罪之審擬。更另定秋朝審制度。乾隆三十二年及四十九年多次經刑部纂定秋審條款。訂定子目四十條。於斬絞各囚除立決者以外。其入監候者。均由秋朝審分別情實緩決。矜疑三項。予勾或停減。實爲慎刑恤囚之大典。律文以垂定制。例文惟合權宜。故乾隆年間訂定修例專章。元年小修一次。又五年大修一次。共分刪除續增修改修併修改五項。以隨時應用。然自同治九年以後。歷久停修。而例文遂至紛亂無紀。於是因壬寅商約。而遂有整頓律例之議。先以修改中律爲其著手之方法。

(乙)現行刑律時代。自清光緒二十九年後至宣統三年爲止。所奉行者爲大清律例已修正之現行刑律。蓋舊律承自有明。實始於唐。歷千餘年。多不合於世界新刑事政策之潮流。如流囚家屬私出外境違禁下海封禁礦山朝見留難文官不許封公候等條。均成虛設。不得不從刪削。官制既改。不得不廢六律之名。又廢凌遲梟首戮屍等慘酷之刑。

免緣坐。除刺字笞杖。改爲罰金。徒流均免實發。改爲工作。廢死罪之虛設。改併律定之笞杖徒流死及例定之軍遣而爲死遣流徒笞之五種。禁革人口買賣。廢止關於奴婢奴僕之條例。改減蒙古例。訂滿漢通行刑律。刪除旗籍與民人輕重互異之條。變通秋審之制。又另增私鑄銀元竊毀鐵路物件及揭損郵票等各專律。均爲刑法上之大改革。至現行刑律以宣統元年八月告成。原奏聲明以新律頒行。此項律例卽行作廢。本意專爲溝通新舊。以作中間過渡之規定。然因中外問刑衙門。急待應用。不能久稽。仍止就原本體裁。酌加修正。其實際仍仿條例舊章。未能遽與新律銜接也。

(丙)新刑律時代。新刑律草案。由修訂法律館起草。自光緒三十年八月告成。經各部及各省簽注加以修正。後經憲政編查館核訂。經資政院第一期會議決通過總則。而分則不及議畢。於宣統二年十二月二十五日一併公佈。定於宣統四年施行。未及期而民國已成立。

第新律草案調查考訂之事。雖出於日本岡田朝太郎者爲多。歸安沈家本實始終主持其事。溝合新舊。貫通中外。尙稱完備之法典。其於現行刑律改正之處。根本上迥不相同。此第二時期之概略也。

第三時期。民國成立以後。經參議院議決。將前清未及施行之法律草案。除與民國國體抵觸各條予以刪除外。一律請由大總統頒行。大清新刑律因卽於民國三年三月三十日修正頒布。定名爲中華民國暫行新刑律。此律施行以來。閱時既久。自與新社會未能適合。北京政府曾有二次修正。頗多改善之處。正待頒行而國民政府已成立。司法部長王寵惠因將二次修正案。略予增刪。中經伍朝樞等及譚延闓等兩次審查。復經中央黨部常務會議議決通過。定名爲中華民國刑法。於民國十七年三月十日公布。原定同年七月一日施行。旋以刑事訴訟法尙未公布。復展期同年九月一日與刑事訴訟法同時施行。卽現在適用之刑法也。此項刑法於中西法家學說及現代國情。斟酌損益。折中至

當。堪稱最進步之刑法。舉其要點。厥有數端。（見伍朝樞等審查刑法草案意見書）。

（一）採用最新法例。有如原則從新法。若新法重於舊法。則以刑輕者為準。犯罪有因果關係。至犯人有無責任。則以能預見結果者為準。累犯有普通特別之別。殺人有謀殺故殺之分。內亂罪只着手實行即為成立。偽造文書罪只足損害他人即為成立。過失之範圍有確定解釋。防衛及緊急行為之範圍有明文限制是也。

（二）實行本黨黨綱。暫行律二百二十四條。工人同謀罷工者。首謀處四等以下有期徒刑。與國民黨黨綱保護勞工之意不符。本法概行刪去。又如妨害農工商業。其有妨害民生者。本法特定專章。以示注重民生之意。

（三）參照犯罪事實。社會進步。犯罪方法亦不同。例如搶奪罪與強盜不同。海洋行劫比強盜罪尤應加重。本法則特設專章。恐嚇罪內

近以擄人勒贖爲最多。鴉片罪外有嗎啡高根安洛因皆爲毒物。本法則特設專條。以應時勢之需要。至於廢過失加重之例。增專科罰金之條。改易科罰金之數。其應併科罰金者不問其曾否得利。以及緩刑年限之縮短。責任年齡之規定。皆視犯人之個性資力以爲區別。尤與刑事政策。大有裨益。又其編次章次。較暫行律爲優。例如騷擾罪爲妨害秩序罪同一妨害秩序。妨害水利交通衛生者同一妨害公安。暫行律各爲一章。本法則合併之。殺人與傷害犯罪之結果不同。竊盜與強盜被害之法益不同。而暫行律合爲一章。本法則分定之。其最爲扼要者。則刑期長短。各按犯罪情形。分別規定。而廢去等級制度。使司法官不得任意高下。至科刑之輕重與加減。則仿德瑞最新法刑。臚舉司法官應行注意事項。以爲科刑標準。由最高徒刑至罰金。設躡等之規定。極欠妥協。本法則分別補入。通觀本法全體。按之學理。證之事實。均極允當。洵爲完善之刑法云云。此第三時期之概略也。

第四章 刑法定主義之淵源及解釋

第一節 罪法定主義

古代文化幼稚。國家機關組織。亦甚簡單。立法與司法之權限既不明瞭。犯罪與刑罰又不有明文預爲之規定。何種行爲爲犯罪。應科何種刑罰。一任諸該國首長以及代表國家之審判官任意行之。是僅有擅斷主義。毫不知罪刑法定爲何物也。洎乎近代人權思想開發。有志之士。希望革新政治。改造社會。攻擊暴君。喚起世人。而民權自由之聲洋溢全歐。其時有法人孟德斯鳩。憤法官之專橫。主張非有成文刑法不足以保障人民之權利。刑事組織乃爲之一變。自是而後。各國法典無不取範於法。以明文規定罪刑。藉以防止審判官之擅斷。而有所謂罪刑法定主義矣。近世文明各國刑事立法例。皆奉此爲萬世不易之大原則。特將「律無正條不罰」之明文。舉而置諸刑法典之首編者。莫非發軔於此。

我國刑法亦採用罪刑法定主義。於第一條以明文規定曰。行爲時之法律。無明文科以刑罰者。其行爲不爲罪。其意卽此。（舊刑律第十條亦有明文規定其法文曰法律無正條者不問何種行爲不爲罪）一般學者僉謂罪刑法定主義又含有四大原則。卽（一）不認習慣法爲刑法之法源。（二）刑法之效力不溯及既往。（三）刑法上不許有絕對的不定期刑。（四）解釋刑法不得用類推方法是也。

罪刑法定主義。與擅斷主義之得失如何。曰擅斷主義能合乎變遷無窮之社會情況。司法者如得其人。則哀矜平反。易收鎮壓犯罪之效。不得其人。則曲庇罪人。陷害無辜。其弊亦不堪設想。罪刑法定主義規定明顯。人民既得皇皇大法以資遵守。審判官亦不能枉法文而下判決。固無擅斷主義所列弊端。惟是律無正條不得加人以罰。奸猾之徒。嘗探索法文之罅漏而有倖免之虞。是罪刑法定主義。又不如擅斷主義之適合乎實際。

擅斷主義有審判專橫之弊。法定主義有不能應情科刑之缺點。是則欲採二者之長而去其短也。必就罪與刑以明文預爲之規定。在一定之範圍以內。猶應使司法者有解釋裁量之可能。今世法定主義之國咸與審判官以自由酌量之權者。殆卽以此。不過審判官酌量之範圍。在各國立法例中有廣狹之不同耳。（卽絕對的法定主義與相對的法定主義）。

準上以觀。是罪刑法定主義之明文。自中古以迄近世。因政治上特別原因而有此。政治上之原因已成陳迹。此原則自不如嚆昔之盛。且現時主觀主義行。關於刑之酌量。與審判官以廣大之權限。犯罪亦以抽象的用語爲必要。罪刑法定主義之意義。不復如曩日之狹小。此今世文明諸國所以咸採用相對的罪刑法定主義。而不採絕對的法定主義也。

第二節 刑法之淵源

無法律則無犯罪。無法律則無刑罰。此罪刑法定主義之原則也。近世文明諸國。莫不遵奉不背。我國訓政時期約法第八條。亦有人民非依法律不得逮捕拘禁審問處罰之規定。刑法第一條亦舉無明文科以刑罰者其行爲不罰之明文。是即採用罪刑法定之明證。而刑法應以成文法律爲淵源。觀於此項規定。亦可以無疑矣。

成文法得爲刑法之淵源。固已。惟是爲執行法律或基於法律之委任得由國民政府或使其他長官發布命令以作民衆行爲之準則者。在法律所認許範圍內。於成文法律外。亦有得爲刑法之淵源者。

法律命令而外。國際條約得爲刑法之淵源否。學者意見不一。但國際條約即國家與國家以文書表示之契約。條約既爲國家間所締結。是則除當事國受此條約拘束外。締約國雙方人民無遵奉此條約之義務。締約國人民既無遵奉條約之義務。當然不能據條約中所定之制裁加人民以處罰。如欲加違反條約者以處罰。非公布條約不爲功。是條約

僅能爲刑法之材料。而不能爲刑法淵源也明矣。

習慣法可爲刑法之淵源否。曰因古今而有異。依國情而不同。任何國家。莫不經過習慣法時期。是以古代各國皆認習慣法爲刑法之淵源。而今則否。英國自古迄今「不採用無成文法則無犯罪之」原則。連結習慣法與片段刑罰法規而爲科刑之標準。自無習慣法不得爲刑法淵源之限制。至若歐洲大陸諸國日本以及我國。當然與英國採反對之解釋。

最高法院之判例可否爲刑法之淵源。學者不一其說。有謂最高法院有統一解釋法令變更法令內容之權其所下判決可以爲刑法之淵源者。有謂最高法院就法律點所表示之意見限於特定訴訟事件。僅能拘束該下級法院。而不有一般拘束力。當然不能爲刑法淵源者。夫最高法院爲適用法律機關。最高法院所下判決。係闡明既存法規之內容。其不有制定法律之權也。與其他法院毫無少異。故吾人以後說爲適當。

甚難不能爲刑法淵源之議焉

學說可爲刑法之淵源乎。曰否。學說之效用。僅能就既存之法律發見其所包括之真理。解釋疑義。評判法律之是非善惡。爲誘掖法條變更之動機。然則謂學說得爲制定刑法之材料則可。謂學說有法律上之效力可爲淵源者。則不可也。

第三節 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。或因時代之變遷而有變更時。則不可不藉解釋以確定之。此不僅刑法爲然。各種法律皆如是也。其詳屬於法學通論範圍。茲不贅述。現所應說明者。卽解釋刑法。不問爲文理解釋或論理解釋。只許爲制限解釋。不許爲擴張解釋。只許爲當然解釋。不許爲類推解釋。所謂文理解釋者何。卽就其條文中之意義而爲解釋是也。其立法時之用意若何。可以不問。論理解釋者何。卽就其立法之旨趣。以及

其先後條文相同或相異之規定。以尋繹其真意是也。一則以法文之字句爲基礎。一則以論理之定則爲根據。制限解釋。又名縮小解釋。卽將條文之意義。竭力縮小其範圍。擴張解釋則與是相反。將條文之意義擴充。當然解釋。又名自然解釋。卽將條文之意義。推究其立法時用意所在。而爲擴張至文句之外是也。例如違警罰法載採折樹木花卉者處罰。若採折竹枝。亦當然在內。類推解釋。卽清律之所謂比附援引。例如對於某行爲。於法不能認爲犯罪加以刑罰。而以其狀態與他法條規定有類似之處。因卽比附援引入人於罪而加以刑罰是也。夫刑法於吾人生命。身體。自由。財產。關係至切。若許比附援引。審判官可任意入人於罪。危險孰甚。此解釋刑法。只可從嚴。否則易陷人於法。故僅許制限解釋。不許擴充解釋。僅可當然解釋。不可類推解釋。此則解釋刑法者所應注意者也。

至解釋刑法之效力。應分有權解釋及無權解釋二者。無權解釋。

謂之學理解釋。即依各學者之見解而爲之解釋是也。此種解釋。僅足供立法者或司法者之參考。絕無權力可以拘束人民。而有權解釋。則爲有拘束者。又分爲立法解釋及司法解釋二者。司法解釋。依吾國現行法令。祇司法院院長有之。凡對於法文中可疑義者。各級司法機關皆可請求司法院院長解釋之。（但具體案件例不解釋）。此種解釋。有拘束全國各級法院之效力。各級法院須受其拘束。立法解釋。即立法機關自己所有之解釋也。更分爲二。其一爲釋明法律者。即每條文下所附之理由是。此種解釋。對於法院及人民無拘束力。只可供參考之用。其二爲記載於報告書者。即於法律制定後。爲說明其理由故。特制一報告書是。此種解釋。亦不具拘束力。其三爲明訂於法律中者。此已成爲法律。有絕對之拘束力。無論何人。不得違反者也。

第五章 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。茲分論於次。

第一普通刑法與特別刑法。

普通刑法者行諸一般範圍內之刑法也。特別刑法者。行諸特種範圍內之刑法也。普通刑法與特別刑法區分之標準約得其三。第一法律效力所及於人之範圍。第二法律效力所及於土地之範圍。第三法律適用於所規定事項之範圍。今逐次說明之。

(一)因人而分爲普通刑法與特別刑法。一般人民所應遵奉之法律曰普通刑法。其效力僅及於特種之人民者曰特別刑法。現行刑法屬於前者。陸海空軍刑法屬於後者。

陸海空軍刑法與普通刑法規定有異。(一)陸海軍刑法所規定事項有爲普通刑法中所無者。例如陸海空軍刑法所規定擅權辱職逃亡等罪是。(二)陸海空軍刑法所規定事項。較之普通刑法規定。其內容有不同者。例如陸海空軍刑法所規定叛亂暴行脅迫侮辱等罪是。關於陸海

空軍刑法特有規定之事項。學者名之曰純粹的軍事犯。關於陸海空軍刑法與普通刑法之共通規定事項。學者名之曰不純粹的軍事犯。

一般人民。莫不受普通刑法之適用。上已述之。惟是普通刑法中有一種特別法條僅適用於有特定身分者。例如刑法第三百十六條之妨害祕密罪。非醫師。藥師。助產士。宗教師。律師。辯護人。公證人。會計師。或其業務上佐理人。不能犯之。第二百九十三條之遺棄罪。非有担負扶助養育之責者。則不能爲本罪之主體是。陸海空軍刑法亦然。該法以不適用於軍屬以外之人爲原則。然對於通常人民。亦有適用陸海空軍刑法者。(陸海空軍刑法第二條)例如對於哨兵。爲暴行脅迫之罪。(陸海空軍刑法第六十八條)對於哨兵加侮辱之罪。(陸海空軍刑法第七十六條)軍用物損壞之罪。(陸海空軍刑法第一百〇二條至第一〇四條)等皆是也。

(二)因土地而分爲普通刑法特別刑法。行諸民國全版圖內之刑法

曰普通刑法。如現行刑法及其他刑罰法令是。僅於民國版圖一部內所行之刑法曰特別刑法。如蒙古之理藩院則例。青海之番款條例是。

(二)因事項而分爲普通刑法特別刑法。網羅一切犯罪。而以一種法規規定者。曰普通刑法。如現行刑法典是。關於特殊事項所定之刑法。曰特別刑法。此特別刑法中。有專定犯罪與刑罰者。(即單行刑法)有規定行政事項及其他法律關係而附帶規定刑罰者。前者如危害民國緊急治罪法。禁烟法。懲治土豪劣紳條例。懲治盜匪暫行條例。懲治綁匪條例是。後者因該項法令中有命令或禁令之規定。並規定科違反命令禁令者以刑罰者。如漁業法。礦業法。及出版法等是也。學者以其有附帶設定刑罰而以行政事項及其他法律關係爲主眼也。故名之曰附隨的刑罰法規。因有附隨的刑罰法規之名。於是有所謂主刑罰法規。主刑罰法罰者。即指專定犯罪與刑罰之特別刑法而言也。

第二實質刑法與形式刑法。

實質刑法爲無刑法形式。僅其實質同於刑法而已。形式刑法爲具有刑法形式者。卽合普通及特別兩種刑法之總稱也。形式刑法如現行刑法。陸海空軍刑法。懲治盜匪條例等是。實質刑法如交易所法。公司法。漁業法。礦業法。禁烟法。出版法。等是也。

第六章 刑法之效力

第一節 關於時之效力

刑法關於時之效力與一般法令無異。自實施以至於消滅。得保有其效力。詳言之。刑法關於時之效力。始於施行。終於廢止。施行時期有特別規者。依此特別規定。無特別規定者。則自公布日施行。至廢止方法有二。一爲明示之廢止。一以默示之廢止。前者依國家對於刑法明白表示廢止而消滅。後者則以新舊兩法之規定互相牴觸。依法優於前法之原則。而前刑法歸於消滅。是無論其以明示或默示廢止刑法。必以同等手續行之。制定刑法經過重大之手續者。必以法律廢

止之。經過簡易之手續者。以命令廢止或以法律廢止可也。至若習慣上久不適用之刑法。可否以之爲刑法廢止之原因。則爲學者所聚訟。有積極消極二說。分述如左。

(一)積極說。是說爲方藜斯託等所主張。方藜斯託曰。法律爲刑法之唯一法源。亦爲刑法消滅之唯一原因。長年長月不適用。未足以消滅刑法也。泉二新熊氏小疇傳氏曰。縱令長年不適用。不有消滅成文法之效力也。我國學者王觀氏亦主張習慣不有廢止成文刑法之效力。

(二)消極說。是說爲平丁克等所主張。其說曰。成文法也。習慣法亦法也。習慣法與其他法律相等。同有廢止刑法之力。法院對於長年長月不適用之刑法。自不能復行引用。縱令該法實際未經廢止。認爲早失法律效力云云。

以上二說。吾人以積極說爲正當。

刑法第一條曰。行爲之處罰。以行爲之法有明文規定者爲限。是刑法採「無法律則無罪罰」之罪刑法定主義也明甚。既採罪刑法定主義。是必有一種明文規定何種行爲爲犯罪。應科何種刑罰於該犯罪行爲之前。至若以新定刑法適用於實施以前之犯罪者。是爲法定主義所不許。必現有之刑法適用於現在之行爲。不能及於實施以前之犯罪也。謂之刑法不溯及既往之大原則。刑法既不能溯及既往。是則對於刑法廢止後之犯罪。自亦不能仍用廢法也。

第二節 關於地與人之效力

刑法關於地與人之效力云者。卽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。

(第一)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。

(一)屬地主義。凡於國內犯罪者。不問其人之國籍爲本國爲外國。均發適用本國之刑法。而在外國犯罪者卽爲本國人。亦不受本國刑法之支配。此卽屬地主義之所主張者也。依此主義。則本國人在外國犯罪時。卽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。是由本國刑法轉不能適用於本國人。於國家之司法權未免有損。

(二)屬人主義。凡屬本國人民。無論國內或國外者。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。不爲有損國家之主權。且於本國之要需秩序亦將難於維持矣。又滯在外國之本國人民。概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。

(三)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。亦不論犯罪者爲本國人或外國人。悉受本國法律之支配。此保護主義之所主張者也。所以稱爲保護主義者。謂刑法之規定爲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爲原則。但不能不設若干之例外。

(四)世界主義。本主義之立論。謂犯罪爲侵害各國之共同利益。乃表現惡性之行爲。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卽有處罰之特權。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。

(五)折衷主義。本主義以屬地主義爲原則。而同時混用他種主義者也。近世界歐洲各國多採用之。我國刑法亦從此主義以爲規定者也。

。容後第四項詳述之。

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。故我國刑法兼採用之。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法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。刑法第八條卽根據二說以爲規定者。不過加以例外。謂在外國已受刑之執行或經免除者減輕或免除本法之刑耳。

(第二)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。茲舉刑法上之領域如次。

(一)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。

(二)領水。領水除國內江河湖三種外。卽洋與海。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。初本以炮彈所能及之處爲限。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。一八九四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。

(三)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。故刑法第三條第二項云。一本法於凡在民國領域外之中華民國船艦或航空機內犯罪者以在中華民國領域內犯罪論。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。與內地炮壘相同。外國之權力既不可侵入炮壘。自不能侵入軍艦。則對於軍艦內之犯罪。不能適用停泊地之法律。原無疑義。惟軍艦對於停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。必停泊時始受駐在國刑法之支配。就刑法第三條所規定者觀之。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。且商船在民國領域外果有犯罪之事實。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。

(四)軍隊占領地。於戰時本國軍隊所占領敵地之地域。應適用本國之刑法。否則不足以維持占領地之安甯秩序也。

(五)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。

(六)領空。船艦所行駛之處爲水面。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。

(七)無主區域。於領域外所以不能任意行使本國刑法者。以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。自與他國主權無關。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。卽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。對於本問題向有三種學說。(甲)行爲地說。謂犯罪之行爲在何國領域內時。卽適用何國刑法。(乙)結果地說。謂犯罪之結果在何國領域內時。卽適用何國刑法。(丙)行爲地與結果地併爲犯罪地說。行爲與結果併爲犯罪成立之要件。凡行爲與結果有一在何國領域內者。卽可適用其國之刑法。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。我國刑法第四條規定云。「犯罪之行爲在民國領域內而其結果在民國領域外。或犯罪之行爲在民國領域外。而其結果在民國領域內者。以在民國領域內犯罪論」。此卽採用兩說也。

(第二)領域內適用刑法之例外。凡在本國領域內犯罪者。固以受

本國刑法之支配爲原則。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。

(二) 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。已爲國法上之原則。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。我國臨時約法第十九條規定云「參議院對於大總統認爲有行叛行爲時得以總議員五分四以上之出席出議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由最高法院審判官互選九人組織特別法庭審判之」。是在職時。除謀叛外不負刑事上一切責任也。(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。惟逮捕之例外。僅限於現行犯罪耳。

(二)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定有不可侵之特權。實爲國際上通例。但從人有限於非本國人者。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。如依常職。雖爲本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。其理由有二。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。則有防於其職務者不少。且搜索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。不過其爲本國行政機關之一。自法理言之。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。

(第四)我國刑法所採之主義。

(一)以採屬地主義爲原則。故有第三條之規定。本法於凡在民國領域內犯罪者適用之。在中華民國領域外之中華民國船艦或航空機內犯罪者。以在中華民國領域內犯罪論。此卽本於絕對的屬地主義而設。爲保全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。此刑法第三條之所由規定也。

第三節 對於其他法規之效力

刑法者。刑事之普通法也。因其爲刑事之普通法。是故其他刑罰法令無特別規定時。常以刑法總則補充適用。我國刑法第十一條云。「本法總則於其他法令有刑罰之規定者亦適用之。但其他法令有特別規定者不在此限」。據此以觀。是刑法總則中所規定一般要件。除爲刑法分別則所適用外。尙能適用於特別刑法。惟是特別刑法中有反對之規定。如指明不適用刑法總則減輕加重俱發共犯之定規者。則不能適用。學者以其有反對規定卽不適用刑法總則（普通法）也。名之曰特別法勝於普通法。

第二編 犯罪論

第一章 總論

第一節 犯罪之意義

犯罪有廣狹二義。自廣義觀察之。幼年人精神障礙者。以及無故意過失人之殺人放火。與責任能力人有故意或過失之殺人放火。同屬非社會的行爲。同是構成殺人放火罪。自狹義觀察之則否。刑事政策學以預防犯罪爲職志。以一切犯罪爲研究之對象。故取廣義。至若以現行普通刑法爲基礎之解釋刑法學。則從狹義。狹義的犯罪曰實質的犯罪。廣義的犯罪曰形式的犯罪。茲本此下犯罪之定義如左。

犯罪云者。有責任能力人。因故意或過失。而爲刑罰法令中所列舉之違法行爲之謂也。茲分析此定義而說明之。

第一爲犯罪者人也。法律上得爲犯罪之行爲者。以人類爲限。既

曰以人類爲限。是禽獸自然力之不能爲犯罪主體也。當無足疑。人有自然人與法人之別。法人不有犯罪能力。故亦不能爲犯罪之行爲者。然則法律上所認爲得爲犯罪之行爲者。惟人而已矣。惟自然人而已矣。

第二犯罪者行爲也。行爲者由於意思發動之身體動作也。故非基於意思發動之身體動作。不得謂之行爲。如睡夢之動作。受強制之動作是。若僅有意思之發動。而無外表之動行。亦不得謂之行爲。如僅有殺人之意思是。雖犯罪必以行爲爲主。有意思而無行爲者。雖爲道德及宗教上所不許。而法律非有特別規定。不認爲犯罪。故曰犯罪者行爲也。

第三罪犯者。違法行爲也人之行爲不能悉謂之爲犯罪。構成犯罪者。必其行爲具備違法之要素。此實行權利履行義務一切適法之行爲。不爲罪也。（如正當防衛緊急狀態。依法令或正當業務之行爲）。

第四犯罪者。有責任能力人之行爲也。爲違法行爲者。不能卽謂爲犯罪。違法而犯罪者。以精神成熟。精神健全爲犯罪構成之要素。是曰責任能力。

第五犯罪者。有故意或過失之行爲也。責任能力人所爲之違法行爲之爲罪也。猶以故意過失爲要素。已無故意。又無過失。徒有犯罪行爲之外觀者。不構成刑法上之犯罪。刑法以罰故意爲原則。罰過失以有特別規定者爲限（本法第十二條）

第六犯罪者。刑罰法令中所列舉之行爲也。有責任能力人。因故意或過失所爲之違法行爲。不能遽謂其犯罪。犯罪行爲以刑法明示其爲犯罪。並規定一定之刑罰者爲限。無他。我國刑法採用法定主義行爲之處罰以行爲時之法律有明文規定者爲限。故有此結果也。（本法第一條）。

非行爲不能謂之犯罪。偶然間所發生事實。不能謂之犯罪。幼年

人精神障礙者之行爲。不能謂之犯罪。行爲而不違反法律之命令。或禁令者。不能謂之犯罪。無故意或過失之行爲。不能謂之犯罪。刑法所不認爲犯罪之行爲者。不能謂之犯罪。必也人之行爲。普通人之行爲。(責任能力人)違法行爲。有故意或過失之行爲。刑罰法令中所列舉之行爲。而後謂之不法行爲。不法行爲乃爲刑法上之犯罪也。

以上所言係據實質的。而下犯罪之定義。若自形式的加以觀察。則犯罪者爲刑法所應處罰之行爲也。

第二節 犯罪之主體

刑法者。爲人類行爲之強制準則也。刑法既爲人類行爲之強制準則。是則違反刑法者舍人莫屬。適用刑法者亦舍人莫屬。一犯罪行爲者惟人」一語。竟爲刑法上之定則矣。罰及獸類刑及屍體古書中固不乏此記載。而今之刑事立法例則不見有此。

犯罪爲人之行爲。行爲乃人之意思活動。此法律上犯罪之主體。

所以專限於人。已如上所述矣。惟人有自然人。與法人之別。自然人在一定條件之下。得爲犯罪之主體。固無疑義。至法人是否有犯罪能力。則爲學者所聚訟。蓋人之意義。在法律上。與生物學上不同。以生物學言之。凡圓顛方趾者一律謂之爲人。此外皆非人也。而以法律言之。則凡其能力可以享法律權利義務。得爲權利義務之主體者。悉謂之爲人。故於自然人外。更有法人之存在。何謂法人。卽本非人類。而在法律上賦予以人格。使之得爲權利義務之主體。同於自然人。故曰法人。蓋卽法律上擬制之爲人也。然既稱曰人。可以爲權利義務之主體。則對於刑事。當然亦負有相當之責任。但法人究與自然人異。自然人可加以刑罰。對於法人卽不可能。且法人非能自行犯罪者。其爲犯罪之行爲。亦由自然人爲之。例如有公司於此曾經依法登記。此已取得法人資格者也。得爲權利之主體者也。一旦忽以與他公司競爭營業之故。或冒用他人之商標。或散發傳單以毀壞他人之名譽或信

用。此實犯罪行爲也。卽應處以相當之刑罰。然對於公司。又果如何懲罰乎。卽曰可處以罰金。然使罰金不納者。又如之何。則應處以監禁。然對於法人又如何監禁之乎。且爲此犯罪行爲者。名爲法人。實亦出於自然人。自然人較易於執行。故我國刑法。對於犯罪之主體。除有明文特別規定得處罰法人外。原則上不認法人有犯罪能力。蓋不以法人爲犯罪之主體也。

關於法人之本質。尙有積極消極兩說。積極說。則認法人爲犯罪之主體。而消極說。則否認法人爲犯罪之主體。以爲法人人格之存在。只能限於法律所認許之範圍內。其爲犯罪之行爲。非法人自身爲之。實代表法人之自然人爲之。代表法人之自然人。甘心爲犯罪之行爲。法人實無制止之能力。故其犯罪責任應由代表法人之自然人負之。况法院審問時。亦不能不以代表法人之自然人爲被告。其否認法人之有犯罪能力也。可謂確有見地。故以消極說爲正當。但有時積極說之

主張亦不可廢。蓋法人之犯罪行爲。往往出於法人之全體社員之意思。不能僅處罰其法人之代表人爲已足。故我國之刑法又採兩說而折衷之。在普通刑法中。不認法人爲犯罪之主體。而於特別刑法中。苟認法人亦足爲犯罪之主體者。特以明文規定之。苟未有明文規定者。則不認法人爲犯罪之主體。遇有犯罪行爲。卽處罰其代表法人之自然人。蓋只認自然人爲犯罪之主體也。

第三節 犯罪之客體

犯罪之客體。有二種意義。卽被害者是也。茲分述如次。

第一。以被害法益爲犯罪之客體。以被害法益爲犯罪之客體時。則不問犯罪對象之種類若何。凡生命。身體。自由。名譽。貞操。財產。信用。風俗。秩序。胎兒。無主物等。法律所保護之一切目的物皆是。學者有謂計算法益個數起見。應分爲專屬的法益與非專屬的法益而說明者。(生命身體自由名譽等專屬於人者曰專屬的法益財產風

俗一般信用等曰非專屬的法益）有於此類中分爲外界現象。（如身體金錢是）。無形利益。（如生命健康財產是）秩序。三大項而說明者。

第二。以被害人爲犯罪之客體。以被害人爲犯罪之客體時。國家常立於犯罪客體之地位。詳言之。國家法益被侵害。則國家直接爲犯罪之客體。私人（自然人或法人）法益被侵害。則私人爲犯罪之被害人。而國家間接受其害。現行刑法所謂犯罪之被害人。係指直接被侵害者而言。犯罪之被害人。不必具備犯罪主體諸條件。此所以幼年人精神障礙者受死刑宣告之人以及不具人等。皆得爲法益主體而爲犯罪之被害人也。

犯罪主體。必達於一定年齡。始克有犯罪能力。（刑法第十八條）而被害人年齡無限制。自出生以至於死亡皆有爲被害人之資格。質言之。除出生前與死亡後不能爲被害人外。無往而不可爲犯罪之被害人也。然則出生時期與死亡時期之認定。在刑法上誠屬重要。德意志民

法第一條曰。人之權利能力以出生完成時爲始。日本民法第一條曰。私權之享有始於出生。我國民法第五條。亦有人之權利能力始於出生之規定。是胎兒因出生完全乃成人。毫無足疑。惟是此種解釋。是否得適用於刑法上之所謂「一人」乎。曰否。關於出生之時期約有五說。

(一)以孕婦分娩開始之時期爲出生時期者。卽所謂陣痛說是也。(二)以胎兒自母體露出一部時期爲出生時期者。所謂一部露出說是也。(三)以胎兒全部出產道外爲出生時期者。所謂全部分娩說是也。(四)以胎兒出產道外發聲之時期者。爲出生時期者。所謂生聲是也。(五)胎兒附諸母體藉母體營養爲生活時。非刑法上之所謂人。必也自能呼吸空氣。夫而後有爲被害人之資格。無他。獨立呼吸爲胎兒脫離母體開始獨立生活之起點故也。吾人之獨立呼吸說爲適當。據此而定胎兒與嬰兒之分界點。至死亡時期。則以呼吸停止時爲準據。

以被害法益爲犯罪之客體與夫以被害人爲犯罪之客體者。不過用

語之爭。無可否之足道。惟是二者兼用。徒滋錯雜。故通說以犯罪客體爲法益。以被害人爲法益之主體。有犯罪必有客體。不必有一定之被害人。例如公然陳列猥褻圖畫物品之罪。風俗卽其客體。別不有被害人存在。反之竊取人之財物。則以財物爲客體。而財物之所有者占內之人爲被害人。殺人罪以生命爲客體。以被殺者爲被害人。內亂罪以秩序爲客體。以國家爲被害人。法益種類固多。而犯罪之被害人亦有國家個人之別。法益與被害人之區別旣明。客體之意義乃定。吾人以此通說爲適當。從此用例而立論焉。

第四節 犯罪之行爲

行爲者。人之身體動靜基於思想所發動者。試分別論述如左。

第一爲一定之行爲者人也。刑法上得爲犯罪行爲者。以人類爲限。人類以外之動物植物。如禽獸草木之動靜。非茲所謂行爲。又風吹

。雨降。地震。雷鳴。一切自然的現象皆同。人有自然人法人之別。現行刑法不認法人有犯罪行為之能力。是則在現行刑法上能爲犯罪行為者惟人而已矣。惟自然人而已矣。前已詳述。茲不贅。

第二。行爲者人之身體動靜也。構成行爲之外形的要素。卽人之身體動靜。身體動靜。指身體運動與身體靜止而言。身體運動云者。筋肉活動之謂。身體靜止云者。筋肉靜止之謂也。筋肉動靜。包括四肢動靜與夫以語言文書表示意思之一切動作在內。誹謗名譽罪脅迫罪之得以文書語言犯之。殺人罪傷害罪搶奪強竊盜罪一切犯罪之謀議教唆幫助亦然。至若以語言文書爲殺人傷害搶奪強竊盜等罪之實行。則未之有也。是則語言文書得爲犯罪之直接行爲與否。惟有就各種犯罪之性質而決之耳。

第三。行爲須基於本人之意思而發動者。構成行爲之內部的要素。是爲意思。意思發動。身體之動靜乃決。內有意思發動。外有身體

動靜。夫而後可稱爲刑法上之行爲。換言之。動靜而出於單純心理的強制。(例如甲以加害乙之事實迫乙令往殺丙乙畏甲之殺已也從之是)或由於機械的強制。(例如甲握乙手利用乙手以毆丙乙之身體係受甲之強制致出此機械的運動是)以及物理的強制者。(例如在法律上有爲一定作爲之義務者當將履行義務之時爲不可抗力所妨害致未果行是)非茲所謂行爲也。

無意識的運動。如熟眠轉身觸翻火爐以致失火者。乃單純事。實不能謂之犯罪行爲。以其與自然現象。毫無少異也。此外無意識的靜止。如乳母甜睡不哺乳於嬰兒致嬰兒於死者亦同。惟有以其他行爲使己身陷於無意識之狀態。(如故意飲酒致令泥醉是)利用此無意識狀態以達犯罪之目的者。而後謂之行爲。

行爲得區分爲二。即(一)作爲(二)不作爲是也。作爲云者。身體任意的運動之謂(亦名積極舉動)如引薪焚屋。推孺子入水是。不作爲

云者。身體任意的靜止而不妨止其結果發生者也。(亦曰消極舉動)如見孺子落井。一舉手可以拯其生。而故作壁上之觀。烈燄騰空。坐視而不救是。作爲與不作爲之區別。僅於身體外形不足以盡其義蘊。驅車疾馳。是爲作爲。驅車而不飲食。又爲不作爲。孺子失足墜井。旁觀者袖手以俟其死。是爲不作爲。見其墜井。乃急避而之他。又爲作爲。誠以一種行爲。自積極的方面觀察則爲運動。自消極的方面觀察又爲靜止。作爲之內常有靜止狀態存乎其中。不作爲之內容含有運動的分子。人之身體常立於動靜之狀態。故作爲與不作爲之標準。僅能就結果以及其他情況相對的定之。至若謂作爲爲人之身體絕對的運動。不作爲爲人之身體絕對的靜止。則大誤矣。

作爲與不作爲均得爲犯罪之手段。以不作爲之手段而犯作爲犯者。曰不純正不作爲犯。不純正不作爲犯者。同一犯罪以不作爲手段能犯之。以作爲手段亦能犯之之犯罪也。不純正不作爲犯之成立。以有

法令上之義務者爲限。在法令上有妨止犯罪結果發生之義務者不履行義務故意不爲妨止結果之行爲時。其價值與以作爲手段惹起結果者無以異。例如父母有養育子女之義務。不爲鞠育致子女於死者。是卽以不鞠育（不作爲）之手段而犯殺人之作爲犯。鐵道上之守護人有吹信號展紅幟之義務。見路線上有危險物故意不吹信號不展紅幟以致火車顛覆。是卽以不展紅幟不吹信號（不作爲）之手段而犯顛覆火車之作爲犯。故意不妨止結果之發生者曰有故意之不純正不作爲犯。因不注意而妨止結果之發生者曰有過失之不純正不作爲犯。對於不純正不作爲犯而言者曰純正不作爲犯。

第二章 犯罪之要件

犯罪之要件得大別爲二。其一一般的要件。其二特別之要件也。一般的要件者。各種犯罪共通要素之謂。如十四歲以上之人故意爲違法行爲始爲犯罪是。特別的要件者。個別犯罪之特別要素也。如竊盜

罪以竊取爲要件。放火罪以焚燬爲要件是。一般要件與特別要件同爲犯罪構成之前提。二者不備。犯罪不成立。前者規定於刑法總則中。後者則屬諸分則之範圍。

特別要件規定於分則之中。就各本條研究之斯可耳。惟一般要件之分類。學者不一其說。有分爲主觀的要件客觀的要件。而以行爲者。負責能力責任。三者置諸主觀的構成要件之中。以行爲違法犯罪構成事實。置諸客觀的構成要件之中者。有謂犯罪重行爲應以行爲爲主格。以其他要件爲附加性質者。有不用分類方法而爲渾括的說明者。不用分類方法。遠不及有系統的分類之明晰。故吾人亦用分類方法分爲主觀的要件與客觀的要件而說明之。惟要件中分子之配置略有不同耳。

第一節 犯罪主觀的要件

無責任能力人所爲之行爲以及責任能力人所爲之行爲而不出於故

意或過失者。不能謂其有非社會性行爲者。缺乏非社會性。自無犯罪之足言。換言之。以責任能力與故意過失爲犯罪構成主觀的要件者是也。

犯罪之爲有責任行爲。觀刑法第十八條及第十九條第二十一條至第二十二條之規定可以知之矣。刑法以一定主觀的要件爲犯罪成立之條件。行爲而不具有主觀的要件者不罰。名此處罰上所必要之主觀的要件曰責任能力。又曰罪責。

第一款 責任能力

基於一定行爲而有負擔刑法上制裁之效果者。謂之責任能力。簡言之責任能力云者精神成熟且無障礙者也。無能力人所爲之行爲。不負刑事上之責任。無能力人之行爲不負刑事上之責任者。謂其不以刑罰方法處遇之。非謂其無法律上之危險也。責任能力之有無。依犯罪行爲之當時定之。行爲當時不有責任能力而於行爲實現之前後有責任

能力時不罰。反之行爲實現之瞬息間有責任能力。而於結果發生時期不有責任能力時仍應負刑法上之責任。現行刑法規定未滿十三歲人之行爲不罰。心神喪失人之行爲不罰者。卽以行爲當時規定責能力之有無也，至若對於無能力人執行刑罰。則於刑事訴訟法設有特別之規定欲究明責任能力之有無。須先審查其精神狀態若何。精神狀態較之普通人有顯著之缺陷者。是爲無責任能力。責任能力既以普通人之精神狀態爲標準。此刑法所以僅規定未滿十四歲人心神喪失人爲無能力人。而不規定某種人爲刑法上之責任能力人也。簡言之。除以心神喪失人未滿十四歲人爲無能力人外。皆以責任能力人。

第一項 幼年人

幼年人者。卽未達一定年齡之人。換言之。所謂精神未成熟之人是也。精神未成熟人所爲之行爲。應否担負刑事責任。實行刑法上之重要問題。茲分別論述如次

第一、關於責任年齡之各立法例

人類不達於一定年齡。則精神不成熟。精神不成熟人所爲之行爲。不負刑事上之責任。稱此負擔刑責之年齡。曰責任年齡。責任年齡。各國規定不一。有分責任年齡爲（一）絕對無責任。（二）相對無責任。（三）減輕責任。（四）全負責任。四期。以定刑之輕重處罰有無之標準者所謂四分主義是也。有分責任年齡爲（一）絕對無責任（二）相對無責任（三）全負責任。三期不設減輕責任時期之規定者。有又分責任年齡爲（一）絕對責任。（二）減輕責任。（三）全負責任三期而不有相對無責任時期之規定者。所謂三分主義是也。有分爲（一）相對無責任。（二）全負責任二期。而不設相對無責任時期之規定者。所謂二分主義是也。四分主義。謂第一期之幼年人全無是非善惡辨別能力。其所爲行爲。毫不發生刑責問題。是以絕對無責任。至若已達相當年齡。則有無責任繫乎是非善惡辨別能力之有無。由法院判斷之。以其由法院決定其

有無責任能力。而不拘以年齡爲斷也。故稱第二期曰相對無責任。相對無責任。亦名疑問時間。年齡日長。是非善惡辨別能力。漸次具備。惟其尙未充足。故減輕其刑以罰之。此所以以減輕責任爲第三時期也。三期既終。辨別能力無缺。於是有第四期全負責任之規定。三分主義與第一種之二分主義分界雖不同其以有無是非善惡辨別力。定責任之標準也。與四分主義同出一轍。

第二、我國刑法所採用之法例

先教後刑。古用明訓。故我國法律亦有十五歲以下十歲以下七歲以下三項矜恤之條。良以人類不達於一定年齡。僅能爲教育主體而無有刑罰能力故也。現行刑法採用第二類三分主義。於第十八條第一項規定未滿十四歲人之行爲。絕對不負刑事上之責任（絕對無責任）外。復于同條第二項規定未滿十八歲人犯罪者得減輕其刑至年齡計算應用週年法。不得用歷年法。是否已屆犯罪年齡。須從事實上調查。不能

據外表爲推測之斷定。

第二項 精神障礙者

精神障礙者。謂其人精神上之作用異於通常人也。其情形有二、
(一)心神喪失人

心神喪失者。謂其人全無知覺者也。如白癡。瘋癲。及因先天之發育不全。或後天之不具。或基於生理的心理的原因。以致陷於精神溷濁者皆是。心神喪失人之行爲不負刑事上之責任。我國刑法第十九條第一項規定云。「心神喪失之行爲不罰」。無他。加之以刑責。不足以收刑罰之效果。故爾爾也。心神喪失人所爲之行爲。在法律上雖不加以處罰。蓋心神喪失人之行爲不可認爲其之行爲。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。則不處以刑罰者也。

(二)心神耗弱人

心神耗弱人者。指其人缺乏推理力或記憶力者也。卽通常所謂呆
癡者是。心神耗弱人所爲之行爲。在刑法上係限定責任能力人。亦卽
學說上所謂之中間級人。與未滿十八歲之幼年人同爲減輕責任之人。
我國舊刑律無此規責。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。與德委員會刑法草案。皆有心神
耗弱之條文。一九〇五年萬國刑法學會議決。亦贊成對於心神耗弱人
科以較輕之刑。故我國現行刑法亦爲同樣之規定。蓋心神耗弱人其重
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。不能不有特別之規定。其刑期比常人輕短。刑法
第十九條第二項云『心神耗弱人之行爲減輕本刑』

心神喪失人所爲之行爲不負刑責。爲各國立法例所同。惟各國用
語不一。有用精神病字樣者。有用精神故障字樣者。有用心神喪失字
樣者。我國舊刑律採用精神病字樣（第十二條第一項精神病人之行爲

不爲罪）然精神病三字僅能解爲心神喪失。而心神耗弱者。當然不能包括在內。遂致心神耗弱人所爲之行爲因律無減責之明文仍與通常人負同一之刑責。殊爲失當。現爲刑法廢精神病之用語。改爲心神喪失人。另列心神耗弱人一項。減輕刑責。立法實較爲完善也。

第三項 酗酒人

責任能力人故意使自己陷於無能力之狀態。利用此無能力狀態遂其犯罪行爲。或藉此不履行所應盡之義務。以及故意陷己身於無能力狀態而以過失發生犯罪之結果者。曰。「行爲之原因由於任意」。簡言之。行爲當時心神已經喪失。此心神喪失之狀態出於行爲者自己招致之所謂也。出自行爲者自己招致之心神喪失。得分爲二。其一以故意之行爲自陷於心神喪失。使預期結果發生之故意犯。例如鐵道看守人意圖火車脫軌。故意牛飲泥醉不省人事。致不行轉轍機之回轉。以達其顛覆火車之目的。又母親以壓殺嬰兒之意思置嬰兒於席上。飲酒酪

酩。陷於無意識狀態。致生壓死之嬰兒結果者皆是。簡言之。責任能力人利用己身之一時的無能力狀態而爲顛覆火車壓殺嬰兒之行爲。牛飲之中含有顛覆壓死之觀念在。泥醉於顛覆。酩酊與壓殺。有不可分離之關係在也。其二以故意之行爲自陷於心神喪失致發生彼所不預知之結果（茲所謂不預知之結果卽指可得預知而不預知者而言）之過失犯。例如電車司機生於從事業務之中。故意操卮痛飲。泥醉而從業。動有顛覆之虞。以此可得預知之危險。因酩酊而未能之知。泥醉之於電車顛覆。有不可分離之關係是。又母親酷嗜銜杯。醉而熟睡。以乳房窒息同牀之嬰兒於死者亦同。略言之。責任能力人故意陷己身於無能力之狀態。而以過失犯顛覆電車殺死嬰兒之罪是也。

酩酒人以故意或過失所爲觸犯刑法條之行爲。（行爲之原因由於任意）應負刑事上之責任否。其說不一。分別說明於左。

（甲）無責任說。此說謂酩酒者乃一時的精神病人。酒後酩酊。其

行爲多出於酒力之作用。而非本人之作用。猶之心神喪失人之行爲。屬於疾病之作用。而非其本人之作用也。酗酒人之行爲既與心神喪失人之行爲無甚懸殊。此其所以不負刑事責任也。換言之。可以爲罪之行爲。而於心神喪失中爲之。則無由成立犯罪。主張斯談者。爲須寶爾葉氏與谷野格等。

(乙)有責任說。心神喪失中所爲之行爲固不處罰。然其自招心神喪失。利用其精神有障礙以己身爲機械遂以責其犯罪之行爲也。則不能謂其無刑事上之責任。蓋此種情形與利用狂人幼年人以行自己之犯罪計劃者毫無少異。利用他人遂行己身之決意則不能免責。利用自己之無能力以犯罪。獨能逍遙法外。有是理乎。至謂醉中動作與精神病人之行爲無殊。尤屬錯誤。精神病出自病理上之原因。非患者所能遏抑。酒後無行係本人所自干犯。形式雖同實質有別倘放任之而不罰。則沉面者愈恣肆無忌憚。刁狡者尤藉狂醉以逞非行與刑法不罰精神病

人行爲之本旨不相容。其所以不可也。主張斯說者。爲方畢爾克瑪及泉二新小疇傳等。

第四項 瘖啞人

瘖啞人者。先天的不有聽能與語能以及幼時喪失此項能力者皆是。(參閱前北京大理院四年上字八四〇號判例及泉二新熊著日本刑法論第二十三版第三八一頁大場茂馬著刑法總論下卷第六五七頁小疇著新刑法論第三〇四頁)至若二者缺一以及後天的失却聽能與語能者。均非刑法上之所謂瘖啞人。瘖啞二字。我國舊法律草案本作聾啞。所以示聽能語能兼缺之意也。後前清資政院改爲瘖啞就瘖啞本義考之。無聲之謂瘖。不言之謂啞。二者釋義既同。似未能仍以聽能語能兼缺爲曲解。然準之醫理。按諸實際。則瘖啞者無不聾聵。是去聾而疊用瘖啞。固未嘗變更聾啞之初意故現行刑法仍之。

第口不能言。耳不能聽。精神狀態自與通常人別。令此精神不甚

成熟之人與通常人負同一之責任。其理未平。故刑法特設規定云瘖啞人之行爲得減輕其刑（刑法第二十條）

第五項 老人

老人犯罪不設無責任之規定爲近世文明國刑法之通例。我國清律有七十以上之老人犯罪者。準十五歲以下幼年人處斷。八十以上之老人犯罪者。準十歲以下之幼年人處斷。九十以上老人犯罪者。準七歲以下之幼年人處斷。雖犯死罪不加刑之條。唐律亦有八十歲老人犯罪收贖勿論之例。其所以規定老人犯罪收贖勿論。與夫老人犯罪得減輕刑罰者。要不過矜恤老人而已。矜恤老人。固不能謂其不當。惟其僅對老人始生憐恤。則難免偏於之誚。監獄規則規定應犯人體力之強弱而科以相當之勞動。在監者罹病時過加治療者皆寓有憐憫之意憐憫範圍切未嘗以老人爲限也。若憐憫其老而免其責。揆之物理殊屬無謂。况刑法以防衛社會改善犯人爲目的。矜恤小惠。尤非刑法之本旨。此

歐洲法系刑法所以不有老人犯罪不爲罪之規定也。

我國刑法一面保存我國之固有習慣。一面迎合世界潮流。對於老人特設減輕之例。規定滿八十歲人之行爲。得減輕其刑。（刑法第十八條第三項）惟減輕與否。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。至若年老之人精神昏憤往往因衰老而發生老耄性癡呆早老期被害妄想等症疾。因患此病有觸犯刑法法條之行爲時。當然不負刑事上之責任。自毋庸援用第十八條第三項之規定而行減輕。簡言之老人因患此事疾病不負刑責者。非爲其年老也。爲其精神有障礙。依刑法第十九條之規定不罰也。

第二款 責任條件

責任條件者其行爲須合乎某種條件始負責任也。換言之。責任能力人之行爲所以爲罪者。猶以有惡性表現有二種狀態。其一故意。其二過失是也。故意者。認識行爲之危險性與行爲之刑法性而敢於爲之

之決意也。過失者。因不注意致缺乏事實之認識也。刑法以罰故意爲原則。罰過失以有特別規定者爲限。觀刑法第十二條規定云行爲非出於故意或過失者不罰又同條第二項規定云。過失行爲之處罰以有特別規定者爲限。是負責任之條件爲故意及過失可知。茲分別論述於次。

第一項 故意

故意者。由認識及決意成立者也。卽犯人對於犯罪構成之事實明知及有意使其發生者也。關於故意之觀念。學者解釋不一。有主希望說者。卽意欲主義。謂故意者有對於所犯事實之希望也。凡有對於所犯事實之希望而決意爲之者卽稱爲故意。又有主認識說者。卽認識主義。謂故意者有對於所犯事實之認識也。認識所犯事實而爲舉動之決意者。卽稱爲故意。不問其是否以所犯事實爲希望也。前者認故意與所犯事實之認識間有因果關係。後者不認其間有因果關係。兩主義立論不同。適用上自有差異。因如有預見其發生而發生非其本意者。在

希望主義即不能論以故意之罪。例如船主意欲沉沒其保險之船。以取得保險金。但不希望水手搭客之死亡。預爲救護之法。而臨時竟有溺死者。遇此情形。在探認識主義者。即可論以故意殺人罪。而探希望主義者則否。我國先後立法例不同。舊刑律採用認識主義。現行刑法則採意欲主義。誠以意欲主義爲多數學者所主張。近年立法例。如意大利暹羅等國刑法典。及瑞士前後各草案。德國刑法與刑法草案。皆經採用。故我國刑法從之。於第十三條第一項規定云。「行爲人對於構成犯罪之事實明知並有意使其發生者爲故意」第二項云「行爲人對於構成罪之事實豫見其發生。而其發生並不違背犯人本意者以故意論」即足以證明採用意欲主義者也。惟第一項規定爲直接之故意。第二項規定爲間接之故意此不可不知者。

關於故意之情形。尙有應行說明者數端述如左。

(一) 故意不必要有違法之認識。蓋故意祇要合乎故意之要件爲已

足。對於其結果是否違法。不必要有認識。例如不知吸食鴉片爲犯罪而竟吸食之。是無違法之認識也。但既有故意吸食之行爲。則罪即立成。故刑法第十六條云。「不得因不知法令而免除刑事責任」。所以法令既經頒行。卽當人人受其拘束。法律對於其行爲有處罰之規定時。則其行爲必有危險之性質。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罰法網者情形不無可憫。故同條但書規定云。「但按其情節得減輕其刑如自信行爲爲法律所許可。而有正當理由者。得免除其刑」。特准審判官酌量減等處罰以劑其平。

(二)故意有確定及不確定之分。犯人對於其行爲之結果。有確定之觀念時。曰確定故意。例如以刀向人殺之是。否則曰不確定故意。不確定之故意。可分爲三種。卽概括之故意。擇一的故意。未必的故意是也。如於衆人往來之處穿作陷穿。雖不知陷落何人。而預料必有

被落者。概括的故意也。若預知甲乙兩人必有一人須經過某地面預設陷穿。即可料更甲不被陷乙必被陷。擇一的故意也。又如恃自己之熟練或僥倖。警槍向面發彈。預期事實未必發生。或於其事實發生之初抱疑慮。終竟斷定其不發生。未必的故意也。在舊刑律採認識主義。此三者皆係故意。現行刑法則對於未必故意。有時應爲過失者。蓋現行刑法分過失爲無預見之過失與有預見之過失。未必故意。卽有預見之過失也。

(二)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果結更因而爲另一行爲而助成其結果者也。例如將人以刀殺傷之後尙未致死。因誤認爲已死復投之水中以圖滅跡。其人實因入水而溺死是。事後故意者。謂本非有故意之行爲因事後利用無故意之行爲而起犯意者也。例如醫生爲人治病。當以刀割裂其身體之時。本無犯罪之故意。後發現爲其仇人。忽起殺人之念。不復爲之縫治。致其人

死亡是。

(四)故意有單純及預謀之分。單純故意者。就行爲之方法手段結果等不加考慮突然決意而實行其犯罪行爲之謂也。以其不暇思慮而爲之。故又名之曰突然故意。或不熟慮的故意。豫謀故意者。經深思熟慮。而復着手於犯罪者是也。單純故意。多出於一時之情感。事後或起追悔。而預謀故意。則處心積慮已久。其惡性甚深。刑法上處罰有輕重之差也。

(五)故意與遠因有密切之關係。其犯罪之故意。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。從起故意之動機也。夫人之所以決意犯罪。必有一種理由存在。均是殺人。有爲報仇而殺人者。有爲謀財而殺人者。有爲奸情而殺人者。有爲國除害而殺人者。同是竊盜。有因貧困而爲竊盜者。有爲償債而行竊者。有竊人財物以周人之急者。報仇也。謀財也。奸情也。爲國除害也。貧困也。

。償債也。周急也。皆爲決意犯罪之理由。稱此決意犯罪之理由。曰動機。亦曰遠因。遠因非故意成立之要素。是則遠因之於犯罪成立。與夫遠因之於法律上之刑罰加重減輕。以無關係爲原則。換言之。不問殺人之遠因如何。竊盜之遠因如何。總以殺人罪竊盜罪處罰是也。遠因不能變更罪名。爲刑法上之原則。惟刑法中有用「意圖」字樣明示遠因爲犯罪構成之要素者。例如第一百條之內亂罪。第一百十八條之侮辱外國罪。第一百五十及一百六十條之妨害秩序罪。等皆是。要之以遠因爲犯罪構成之要素者。不得謂遠因爲故意中要素之一。乃於故意以外一種特別主張的責任也。

除特殊犯罪以遠因爲犯罪構成之要素外。他如放火殺人一切普通犯罪。均不因遠因而有影響於犯罪成立與夫法律上之刑罰加重減輕。已如上述矣。惟近世各國。對於一定犯罪。咸以抽象的規定刑之種類及範圍。審判官適用刑罰。得在此法定範圍之內。視犯人惡性之大小

。有自由選擇科刑之餘地。犯人惡性每以遠因為標準。故遠因之在審判上確有重視之必要。刑法第五十七條云。科刑時應審酌一切情形爲法定刑重輕之標準。並應分別情形。注意左列事項。第一款云。「犯罪之動機」意卽在此。試舉例以明之。如有人焉。禍國殃民。肆無忌憚。有俠客願爲國除巨蠹挺身而往刺之。論其罪。固殺人罪也。論其遠因則情有可原也。當此際。爲審判官者。儘可以所規定之死刑無期徒刑十年以上有期徒刑範圍內。選擇最輕之刑罰。宣告十年有期徒刑斯可耳。自不必處以過當之刑罰也。又如某甲某於此屢受某乙大恩。不知報德。反以細故逞忿。將某乙殘殺。揆之情理。死猶不是以蔽其辜。審判官對此惡性重大之人非宣告死刑不可。同是殺人。一則宣告死刑。一則宣告十年有期徒刑。罪無軒輊。而刑之懸殊若是。是則由於遠因之有異也。竊盜罪詐欺取財罪以及其他一切犯罪皆然。茲不過舉一以概其餘而已。總之遠因種類無極無窮。欲將此無極無窮之遠因

。悉列舉於法文之上。勢所不能。此立法者訂刑典時惟有擴張刑之範圍。俾審判官在此法定刑範圍以內。據遠因爲自由科刑之標準。情有可原者。從輕處斷。惡性大者。從重定擬。庶乎措置裕如。既不背罪刑法定主義之本旨。又能合乎主觀主義之精神。

第二項 過失

第一、過失之意義

過失者。於要認識且可以認識之事實因不注意而致認識者也。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（如殺人罪之人）及加重之必要事實（如殺尊親屬）者。謂之不注意。若應注意且能注意而不注意者。卽謂之過失。過失與故意之區別。卽在犯人爲某行爲時。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。若於抹擦其槍時確未裝彈。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。刑法上亦應有一定之範圍。在昔舊刑律施行時代。對於過失之定義。一任學者之主張及最高法院之解釋。現行刑法乃取法各國最近立法例。於第十四條規定過失之範圍。第一項云。行爲人雖非故意。但按其情節應注意並能注意而不注意者爲過失。第二項云。行爲人對於構成犯罪之事實。雖預見其能發生。而確信其不發生者以過失論。第二項所規定者卽有預見之過失也。至何謂無預見之過失與有預見之過失容後詳論之。

第二過失之標準。

關於過失之標準。學者有種種主張。均可分爲三說分述如左。

(一)客觀說。主張客觀說者。謂應假定一般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。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。斯說或又名抽象說。

(二)主觀說。主張主觀說者。謂應以本人通常所能注意之程度爲標準。欠缺其通常所能之注意時。謂之不注意。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。是說又名具體說。

(三)折衷說。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。例如鎊水能傷人爲一般普

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。未曾知鑑水爲何物者。則雖認爲酒品以飲人。不可以過失論也。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。應依玩忽業務上必要之注意。致人死傷論罪。若爲普通人。則依普通因過失致人死傷論罪足矣。

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。若依第二說所主張。則犯人注意之程度永久不能提高。且同一情形。在他人爲之則成立犯罪。在過失者爲之則否。殊失公平。惟第三說主張。在刑法上應認爲正當方法。故我刑法採用第三說也。

第三過失之種類。

過失之種類有三。其一無預見之過失與有預見之過失。其二一般

的過失與業務上之過失。其二重過失輕過失是也。茲分別說明如左。

(一)無預見之過失與有預見之過失。無預見之過失云者。行爲者對於可能發生結果之事實。因不加注意之故。以致缺乏預見(認識)之謂。以其可能預見而未能知之也。故又名之曰疎虞之過失。例如有一短鎗於此。行爲者不注意槍中之有彈丸與否。持槍把玩觸機彈丸飛出。致人於死是。又如電車司機生不注意道旁有人。開車前進。致將行人軋斃者亦同。有預見之過失云者。行爲者預見(認識)有結果發生之可能性。因有特別關係。斷定其決不發生而爲之。畢竟發生其所預見結果之謂。學者名此曰懈怠之過失。例如電車司機生見幼兒嬉游於軌道之上。急鳴警鈴。誤信鈴聲。可促幼兒遠離道側。駛不能收。致將幼童軋死是。就司機生預見電車可以軋斃幼童之一點觀之。是曰有預見。就誤信警鈴叮鐺可保無虞之一點言之。是爲不注意。故云。

(二)業務上之過失與一般的過失。從事於一定業務怠於業務上必

要之注意者。曰業務上之過失。而不然者。曰一般的過失。法律爲責任業務者加必要注意起見。使之負擔特別責任。有時規定重罰業務上之過失。有時規定某種過失。惟業務者乃能犯之。

(三)重過失輕過失。因過失之重輕而有罪責輕重之別。罪責輕重。又有影響於刑之裁量。此過失重輕之於審判。實有研究之必要也。然則定過失重輕之標準何所依據乎。曰有以法益之大小及因不注意所生危險之大小爲過失重輕之區分者。有以犯人注意力爲標準者。(承認「有預見之過失」與「無預見之過失」之分類者。則主張有預見之過失較重於無預見之過失)前者曰客觀主義。後者曰主觀主義。我國刑法探客觀主義。罰過失者以較大法益爲限。自立法論上言之。則主觀主義爲最適於近世之潮流。

第三項 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。茲分別說明如次。

第一法律上之錯誤。

法律上之錯誤大別爲二。其一法無正條本不爲罪。出於誤解法律而自以爲有罪者謂之幻覺犯。亦曰誤想犯。例如我國刑法本無處罰無夫和姦之規定。行爲者誤以此類桑中行爲觸犯刑章者是。夫犯罪構成。必須法有正條。無正條而幻覺其存在。當然不能成立犯罪。犯罪既不成立自不發生故意有無之問題。學者因其以不存在之法則誤信其存在也。名此曰關於法律積極的錯誤。其二所謂法律消極的錯誤。即誤解法律而自信不法行爲爲無罪者是也。誤解法律自以不法行爲爲無罪。是否有影響於犯罪成立。爲一般學者所聚訟。據德意志一般學說考

察之。咸主張法律之錯誤與夫法律之不識。二者均阻却故意。其說曰。故意之成立固無須認識法律。然違反法律禁令之認識。亦不能謂無必要。惟是因過失而不認識法規時。以過失犯處罰可也。

我國刑法採用法定罪刑主義。不認幻覺犯之構成犯罪。當毋待言。而於法律消極的錯誤。則以明文規定。文曰「不得因不知法令而免除刑事責任」(刑法第十六條)此種規定之適用。得別法律錯誤爲二種說明之。

(甲)刑罰法令之錯誤。刑罰法令錯誤得分爲二。其一不知法規之存在。其二不知刑法之處分。前者如無故開拆他人封緘墮胎等罪是。後者是殺人放火竊盜等罪是也。書信秘密自由。約法上有明文規定。刑法中亦明定制裁以爲之保障。一般愚民往往以刺探他人秘密爲快事。謂披覽他人書信無足輕重。墮胎罪亦然。野蠻婦女常以墮胎行爲於公共秩序無涉而自行墮胎者。是皆不知該項行爲可以構成犯罪(不知

法規之存在）者也。殺人放火竊人財物之爲犯罪人皆知之。然刑法所定罰則如何。則非人所共知。行爲者誤信該項犯罪僅受輕微之處罰而爲之者。是卽由於解釋法規有誤。致有法令之不知也。不知行爲可以構成犯罪與夫誤解法規。均無影響於犯罪之成立。

(乙) 刑罰法令以外法令之錯誤刑法第十六條所謂「不得因不知法令而免除刑事責任」之法令二字。其意義如何學者有主張該條所標明之法令字樣。不專指刑罰法規而言。舉凡所有公法私法成文法習慣法一切法律命令均包含在內。刑罰法令以外法令之錯誤。亦與刑罰法令之錯誤相等。毫無影響於犯罪之成立者。此種說明實屬不當。茲舉兩端以闡其謬（一）刑法上之故意爲犯罪人重大惡性之表現。有惡性故罰之。若如論者所云是一切故意均爲惡性。以一切故意均爲惡性有背法理。（二）不違反刑法上之準則無處罰之必要。然則刑法第十六條「法令」二字之範圍不及於刑罰法規以外之法律也。殆爲不易之定論。

該條所稱「法令」字樣既專指刑法而言。是則對於不知刑罰法令以外之法令者。當然不受該條之適用。不受該條適用則不能謂之有故意。不有故意。犯罪不成立。例如甲男與乙女已訂婚約尙未舉行婚姻儀式。丙男誤解民法以乙女爲有夫之婦而與乙女和姦者。是卽欠缺姦通有夫之婦之故意。不構成刑法之有夫姦罪。丙男之所以不構成犯罪者。以其有民法上之錯誤（刑罰法令以外法令之錯誤）也。刑罰法令以外法令之錯誤。不外誤信既成立之法律關係爲未成立。或未成立之法律關係誤信其已成立。結果爲犯罪事實之不認識而已。斯其所以無罪也。

第二事實上之錯誤。

事實上之錯誤其情形又可分爲數種（一）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。犯人信爲有人而舉槍擊之。自不能有結果之發生。與不能犯之性質相同。（二）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。犯人信爲無人而舉槍擊之。遂

至殺人。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。(三)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。在法律上祇認爲殺人罪之成立。不必問所殺爲乙爲丙也。

第四項 結果的責任

僅以有結果發生即須負刑事上之責任。不以故意或過失爲必要者曰結果的責任。其例有三。說明如左。

(第一)就他人所爲之行爲負刑責。法律有規定就他人行爲負刑事上之責任者。如管理藥商章程第二十六條規定藥商之店夥或雇人違犯本章程時。由藥商任其責是。

(第二)責任之推定。所謂責任之推定者。即以本人不舉反證爲限。視爲有故意。惟德意志出版法中有此規定。(德意志出版法第二十一條)我國現行法無之。

(第二)結果的加重犯。有意爲一定犯罪就犯人所不預約之結果加重其刑者。曰結果的加重犯。換言之。結果的加重犯云者。犯罪人故意爲一定行爲。而其所發生之結果。較重於犯罪人本來之目的。因是加重其刑之謂也。例如傷害致死強姦致死是。有毆打人之故意。不料一擊竟發生被傷害人斃命之結果者。謂之傷害致死。強姦婦女。竟發生致人死亡之結果者曰強姦致死。凡故意殺人者。則處以故殺之罪。以強暴脅迫姦淫婦女者。則處以強姦之罪。毫不發生何種問題惟此種犯罪則不然。就犯人有不有殺人之故意言之。當然不能謂之故意殺人。就犯人有毆打姦淫之故意言之。又不能謂之過失殺人。就犯人所不預見之結果猶須任責之一點觀之。是爲刑法中一種例外之規定。此結果的加重犯之名稱所由來也。有學者謂傷害致死與強姦致死係指以故意傷害故意姦淫之行爲過失致人於死者而言。應名結果的加重犯爲故意與過失之競合者。吾人以爲此種犯罪。不僅不以犯人預見重結果爲必要

。不預見此結果且不以有過失爲必要。行爲與結果苟有因果關係。卽須受較重之處分。不問其對於此種犯罪之重果有無過失存乎其中也。然則謂之爲故意與過失之競合。是又不通之論矣。

第二節 犯罪客觀的要件

犯罪客觀的要件有二。其一行爲之危險性。其二行爲之違法性是也。行爲而有危險性與違法性之存在。夫而後可稱爲非社會性的行爲。故就危險性與違法性分別說明於左。

第一款 行爲之危險

行爲之危險性者。謂行爲有侵害法益之虞或侵害法規所保護之利益也。換言之。行爲而具有各刑罰法令中所列舉種種侵害的狀態者。該行爲卽有危險性有危險之行爲。而後足以表明其有危險性格行爲之危險性。以該行爲對於外界有一定之影響者爲最明確。（實質犯之既遂。因果關係然法律有時不以結果爲必要。僅以可得發生一定之結果

即爲犯罪者。(實質犯之未遂犯)亦有僅以行爲爲要件而以結果除外爲犯罪之完成者(形式犯)爲危險性之內容皆由各本條定之。

第一項 行爲之階段

犯人實行犯罪。自初以至於終。有一定之順序。犯罪有一定之順序。正如自然人自出生以後由少而壯壯而老老而死有一定之順序者毫無少異。自然人自出生以至於死亡。須經過少壯老之三階段。犯人實行犯罪。自有犯罪動機以至於犯罪完畢。其中亦有犯罪之決意。實行之準備。(預備)著手於實行之三階段。茲分述於次。

第一犯罪之決意。(即犯意)

犯罪之決意云者。爲犯罪行爲之意思決定也。有此決意而未發表於外部者。在刑法上絕對無罪。即以言語文書舉動表示其所欲爲之罪。與夫以其他確實證據足以證明其有爲犯罪之意思決定時。亦以不處罰爲原則。至構成特別犯罪或獨立成爲一罪者。又當別論。有某男子

散步公園。遇人之有夫之婦。涎其美以和姦之意思對該婦人爲狎褻之言語者。於此自和姦罪言之。僅屬以言語表示其所欲爲之罪有犯和姦罪之意思而已。自違警罰法第四十五條第三款之規定觀之。則構成違警罰法上之特別犯罪。須處十五日以下之拘留或十五元以下之罰金。是卽所謂構成特別犯罪者也。又以公開演說刊行文章圖畫煽惑他人犯殺人罪者。於此自犯罪人主觀的方面觀之。亦不過表示其有犯殺人罪之意思而已。而刑法謂此口說筆述之行爲最易惑人視聽。故以之爲一獨立犯罪。二人以上欲犯一定之罪而有協議之成立者。謂之陰謀。陰謀以對人表示願與共同犯罪他人承諾而成立。至加謀者之多寡不問焉。陰謀爲害不烈。罰之恐激成巨變。故以不罰爲原則。處罰陰謀以刑法有明文規定者爲限。

第二預備。

由犯罪決意進而爲犯罪之準備。是曰預備。預備爲實現犯意於著

手以前所爲之行爲。故與未遂犯有別。預備爲犯意形諸外部的身體運動之一種狀態。是又與犯罪之決意不同。簡言之。犯罪之預備者。位乎犯罪與決意與犯罪實行之間所以須經過階級也。預備行爲以不罰爲原則。無他。未生實害之行爲而遽科之以罰。是絕犯人自新之路激成犯罪。非所以促犯罪自止之道也。

第三實行

實行云者。謂已入於刑法分則中各本條所規定之犯罪構成特別要件之犯罪行爲也。如放火罪之燒燬行爲。強盜罪之強制取物行爲是。由預備而入於實行須經過著手途徑。著手爲實行之端緒。故與犯罪之預備有別。如何而後謂之著手。又因學說不同而有異。茲分述如次。

(一)客觀說是說謂組合實行行爲最初之各舉動。及密接於實行行爲之各舉動爲著手。注重於外部動作一方面。故稱客觀說。例如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乏之行爲爲犯罪著手者。無論其說明方法如何。其於客觀的方面求預備著手區別之標準也則一。

(二)主觀說。是說謂應以其行爲可以識別爲犯罪與否爲預備及著手之區別。故如因欲放火而購火油。雖能謂爲放火之預備。然火油非專爲放火之用者。不能謂購火油卽認爲放火。至以火接觸燃料時。其犯罪之意可以識別矣。故謂以識別犯意爲著手。否則爲預備。

第二項 行爲與結果

依身體動靜發表意思決定於外部。而外界事態之變更隨之。外界者。指自然界及行爲者以外之他人之心界而言者也。例如擦火柴而火燃。舉足而有空氣之振動。發聲音入人耳鼓使人有感於中。以及一舉手一投足致發生所有外界之影響者。是皆所謂外界事態之變更。於此外界事態之變更以外猶有因此行爲使人物或其他事情發生變更者。名

此變更曰結果。是結果固爲外界事態之變更。而外界事態之變更。又不能悉謂之爲結果也。有甲於此。以殺乙之意思開槍射乙於死。乙死後景况蕭條。乙子丙爲生計所迫。乃投身入盜窟。事槍劫被人殺死自論理上言之。乙死丙貧困爲盜被殺。莫非由於甲某指頭一動之原因而有此。然刑法上所而結果。僅以各本條犯罪成立上必要條件所及之影響爲限。故除以乙某死亡認爲刑法上之結果外。他如丙貧爲盜被殺等。均爲外界事態之變更將外界事態之變更。與因行爲所生外界事態之變更（結果）嚴加區別。

犯罪成立有以一定結果發生爲必要與不然者。以一定結果發生爲必要之犯罪曰實質犯。結果犯。如殺人罪傷害罪放火罪是。不以結果發生爲必要之犯罪曰形式犯。又曰舉動犯。如恐嚇罪侵害秘密罪謗名名譽罪是也。殺人罪以有死亡結果發生爲既遂。放火罪以有燒燬結果發生爲既遂。傷害罪以有負傷結果發生爲既遂。無此結果。則犯罪不完成

。至若恐嚇罪侵害秘密罪誹謗名譽罪等則不然。依實行完畢爲既遂。別不問結果發生之有無也。

第三項 因果關係

因果關係者。行爲與結果間之必要關係也。換言之。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。卽無前事實亦不可發生後事實。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。分別說明如次。

(第一)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。約可分數種。(一)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。例如因防身而購槍。因有槍而殺人。前者爲間接關係。後者爲直接關係。(一)從惹起結果力之事實而區別之。例如燒燬房屋。放火及引火物皆爲有力之事實。但以放火之事實爲最有力。(二)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。

(第二)因果關係與他行爲之競合及介入於因果關係之連續中。若有他行爲與之相合時謂之競合。其情形可分數種。(一)因數個原因之競合而始生其結果其各原因爲相對的原因而皆爲有原因之力。例如甲與丙以創傷。乙亦與丙以創傷。若獨立皆不致生死亡之結果。相競合乃致丙死。(二)數個原因各能獨立生同一之結果相競合亦生同一結果。其各原因皆爲絕對的原因。各對於其結果有原因之力也。例如甲以斧擊丙之頭。乙以刀剖丙之腹。共爲致命傷。皆足致丙之死亡也。其非由於競合而有他之行爲參入於原因結果之間者。謂之介入。其情形可

分數種。(1)因甲之行爲而始有乙之行爲。因乙之行爲而生丙之結果。則乙之行爲爲介入之行爲也。例如甲毆傷丙致受傷害。乙送丙至醫院。丙於中途墮車而死是介入與競合共存在者也。例如甲於丙宅放火。火尙未熾乙。加以油致丙宅完全燒燬是。

(第二)介入於因果關係中斷說。謂其因果關係介入而中斷矣。又可分爲兩派。甲派謂不問介入者有無故意。苟介入者爲有責任之行爲。當中斷因果關係。例如甲毆傷乙。丙送往醫院於中途將其墮落以致於死。丙之行爲既介入於甲乙之間。而甲與乙之因果關係因之中斷乙派謂基於有責任及有故意之行爲介入時。始能中斷因果關係如前例若丙係故意將乙墮落則爲中斷。若非出於故意者。其因果關係不中斷也。(2)責任更新說謂他人之行爲介入。不能中斷因果關係。特介入者對於所新生之結果另生責任關係。如前例甲之行爲與丙之結果生責任之移轉耳。甲對丙之最後結果不負責任。而以乙爲更新負責之負擔者

。(3) 介入不妨因果關係之連續說。謂甲行爲與丙結果間苟有因果關係。則乙行爲之介入與否。毫無區別之必要。認甲乙二行爲對於丙結果之原因。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預見與否爲負責與否之要件。蓋有時雖有因果關係。以其因果關係不能預見。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。但非甲所能預見。甲祇能負傷害之責而不負致死之責也。

(第四) 不作爲與因果關係。不作爲亦有因果關係與否。頗爲學者所爭論。主張無因果關係者。謂不作爲屬靜止之狀態。無單獨之原因力也。既無單獨之原因力。故無因果關係。主張有因果關係者。謂有作爲義務者於他之原因進行時。若不爲結果之防止。卽爲發生結果之原因力也。既爲發生結果之原因力。故認爲有因果關係。前者曰消極說。後者曰積極說。消極說今日不見有採用者。大都均躉積極說焉。

第三章 未遂犯

第一節 未遂犯之概念

未遂云者。著手於犯罪實行或實行完畢而不達於既遂之狀態者也。本此定義而分析之。是未遂犯成立。須具有下列三要件。(一)須有犯罪之故意。以有犯罪故意爲未遂犯成立之要件。是與既遂犯成立有異。既遂犯之成立無論以故意完成犯罪構成要件。(有故意之既遂犯)與夫不認識犯罪事實而有犯罪構成要件之完成(無故意之既遂犯)者皆得存在。至若以無故意而犯未遂罪時。殊難想像。(二)須有著手以上之行爲。攜鎗緊隨人後。爲殺人罪之着手。以竊取他人蜜蜂之意思而著手縱逸。以及扭鎖入室意欲行竊者。爲竊盜罪之着手。強姦婦女對婦女著手於強暴脅迫之行爲者。爲強姦罪之着手。著手後而又不能完成犯罪構成要件時。是爲未遂。反之犯罪而於準備中發覺者則否。至著手與預備之區別如何。已足徵其採用德國派之立法例也。

第二節 未遂犯之種類

未遂犯之狀態不一。舉其要者有二大類別。其一著手未遂與實行未遂。其二障礙未遂與中止未遂是也。前二者以犯罪實行行為終結與否爲標準。後二者則視爲未遂。(一)著手未遂與實行未遂。著手未遂云者。既著手於實行或已進於實行狀況而未能終結其實行之謂。例如以殺人之意思攜鎗追隨人後。或舉刀將殺人。適爲巡警捕去。此外以放火之意思。持薪徘徊於他人之屋側。或舉火而未焚被人識破機密而未遂者亦同。故著手未遂亦曰中絕未遂。實行未遂云者。實行完畢而未能發生結果者也。例如以殺人之意思。向被害人發炮不中。或彈丸中而未死。以及以殺害人之故意。投以鴆毒。分量不足不能發生死亡結果。或被害人服毒後飲以解毒劑。致毒藥不奏效者是。此外放火未能燒燬目的物決水未能灌沒目的物是也。其要件須不達於既遂之狀態。不達於既遂之狀態云者。犯罪構成要件未能完成之謂。至於犯罪構

成要件。不完成之原因如何不問焉。關於未遂犯之構成。以具備犯罪客觀的要件與主觀的要件爲前提。否則無未遂之足道。例如無責任能力人之行爲。刑法以明文規定其不罰。不罰自無所謂犯罪既遂。既無所謂犯罪既遂。當然不發生未遂與否之問題。誤以自己之所有物爲他人之所有物而竊取之者。亦無所謂竊盜未遂罪。其次則爲犯罪之遠因。罪罪遠因本與犯罪構成要件無關爲原則。未遂犯之構成。自亦無須研究犯罪人之遠因如何。當無待贅。惟刑法有時明定非有遠因存在則不能成立該項犯罪者。是遠因之於未遂。有時亦有重視之必要。例如誣原罪之構成。以意圖他人受刑事處分懲戒處分爲要件。使無此遠因而爲虛僞之告訴。著手告訴時。無所爲誣告未遂。犯罪是否已達既遂狀態。就各種犯罪特有的性質決之。詳言之。實質犯之既遂。僅有一定行爲爲未遂。猶以結果完成爲要件。結果不足發生是爲未遂。(例如殺人罪以有死亡結果爲既遂著手殺人而未能發生死亡之結果者是爲

殺人罪未遂)形式犯僅以有一定之行為爲犯罪之完成。從行爲所發生之結果。不以其包含於犯罪構成事實中。故其未遂時期。與實質犯之未遂自是有異。例如僞證罪以有僞證行爲爲犯罪完成。著手僞證。致不能達到僞證之目的者。爲僞證未遂。

又未遂犯之定義。有德法兩派之不同。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。我國舊刑律採用法國主義。以未遂之原因須出於意外之障礙。而現行刑法則改從德國主義。不問未遂之原因是否出於意外皆以未遂犯論。觀第二十五條規定云。已著手於犯罪行爲之實行而不遂者爲未遂犯。即發生損害者皆然。故實行未遂亦曰缺效未遂。又曰缺效犯。因其對於犯罪已行實行而又缺乏效果也。故有是名。

行爲者實行完畢結果尙未發生以前。不能悉目之爲缺效犯。總括之約有二種情形(一)行爲者所爲之行爲已行完畢。其結果發生與否仍

是疑問。例如被害人所負之傷。本有危及生命之虞。然死亡結果是否發生則尙未定者是。(一)結果發生毫無疑義。不過尙未發生結果而已。例如被害人負重傷危在旦夕。當時尙能保全生命是。(二)結果不能發生已行確定者。例如被害人所負之傷。係輕微傷已經醫生治愈者是。第三種情形爲缺效。犯一二兩種情形。必俟結果發生或不發生確定以後。然後再行決定其爲既遂抑爲未遂。在結果能否發生未確定以前。不得稱爲缺效未遂。若裁判當時結果尙未發生者。以未遂罪處斷可也。各種犯罪之狀態不一。未遂犯之成立亦因是而異。有由著手未遂或實行未遂成立。未遂犯者。有僅能以著手未遂成立未遂犯而不能以實行未遂成立未遂犯者。前者如殺人放火罪是。後者如竊盜罪是也。夫殺人罪之成立以死亡爲結果。放火罪之成立以焚燬爲結果。得此結果而後構成殺人放火既遂罪。使殺人放火者將實行犯罪中途被獲。是爲著手未遂。若殺人而未死放火而未能發生焚燬之結果時。是爲實行

未遂。至竊盜罪之成立則不然。竊盜罪以著手竊盜而未能取得財物爲著手未遂。變更財物之位置爲既遂。因其不以侵害行爲完畢時期爲竊盜既遂時期。斯其所以不能以實行未遂成立未遂罪也。

自理論上言之。未遂犯之成立。得分爲著手未遂與實行未遂固矣。然自實際上觀察犯罪情節之重輕。又不能據著手實行爲標準。(著手未遂有時較重於實行未遂。實行未遂有時較輕於著手未遂)所以著手未遂與實行未遂。在刑法上實無區別之實益。以其無區別之實益。此我國刑法不有此著手未遂與實行未遂之規定也。

(二)障礙未遂與中止未遂。障礙未遂云者。既著手於犯罪實行。或實行完畢。因外部之妨礙。無論是否出於意外。致未能遂於既遂之狀態之謂也。因外部妨礙致未能遂於既遂之狀態一語。其義甚廣。試舉例以說明之。(一)因被害人或第二人之有形強制致未能完成犯罪者。例如甲欲殺乙。反被乙將凶器爭去。或被害人之腕力勝於加害人。

格鬥數合。加害人敗北而去。是卽所謂因被害人之有形強制而未能完成犯罪者也。意欲行竊。著手中爲巡警逮捕。將行刺。反爲被害人之戚友所殺。是皆由於第三人之有形強制而未能完成犯罪者也。(二)因被害人或第三人之無形強制致未能完成犯罪者著手竊取他人之財物。見物主自外歸家大懼。乃中止盜行而逃走。以及行竊之際。忽聞門外履聲得得。恐爲巡警所捕。遽爾中止急逃者是。以物主自外歸。巡警經過門外。均不足爲犯罪完成之障礙。僅由行爲者之胆怯致未能達竊盜既遂之目的。故曰無形強制。(三)因行爲者之錯誤致爲犯罪完成之障礙者。例如行爲者誤以鈍刀爲利刃。以及被人欺罔。舍利刃而取鈍刀以殺人。致不能發生死人之結果者是。(四)因行爲者犯罪實行方法之拙劣。致爲犯罪完成之障礙者。例如甲某持鎗殺乙。鎗法平常。不有擊中乙某之能力。或槍法高妙。忽以他故臨時慌亂。致射擊不中者是。(五)因其他自然事實致爲犯罪完成之妨礙者。例如甲往殺乙。突

患劇病不能實行者是。姑無論其未遂之原因如何。其爲外部之妨礙也則一。障礙未遂。一般學者名之曰未遂犯。中止未遂犯云者。既著手於犯罪實行。或實行完畢。後因行爲者之任意行爲而不達於既遂之狀態之謂。換言之。對於犯罪完成毫不有何等妨礙事由存在。由行爲者自動的中止實行犯罪。或於實行完畢後自動的防止犯罪結果發生者也。是則行爲者因有外部妨礙自行中止犯罪實行。或由於外部的事情所驅使。決定中止犯罪之意思時。不能謂之中止未遂。學者以其著手於犯罪之實行而又以行爲者自己之任意行爲不使犯罪之既遂也。故名之曰中止犯。我國刑法第二十七條所規定者卽此。

刑法第二十六條規定障礙未遂（未遂犯）減輕或免除其刑。第二十七條復有中止未遂（中止犯）減輕或免除其刑之規定。此障礙未遂與中止未遂之處刑規定。蓋障礙未遂與中止未遂。約有二說。（一）因物質的妨礙而未遂者爲障礙未遂。而不然者爲中止未遂。犯人被捕於巡警

。因之而不能達犯罪既遂之目的。其爲物質的妨礙也固矣。使犯人因巡警之來懼而逃走。自不能謂其犯罪未遂係出自物質的妨礙。未足爲障礙未遂中止未遂之區別標準也。(二)中止未遂與障礙未遂之區別。以犯人之是否出自犯意之拋棄(後悔)而決定之。終局的放棄犯罪意思而不遂者爲中止未遂。否則爲障礙未遂。無他。法律規定減輕免除中止犯之刑罰者。意在犯人自行妨止犯行之既遂一種預防犯罪發生之政策也。爲貫徹此政策起見。所以徒有行爲者不續行著手行爲之事實猶未足。必也行爲者終局放棄犯罪意思爲必要。此說以終局的放棄犯罪意思爲區別之標準。僅能說明中止未遂在刑法上之根據。未足以明中止未遂之意義。故此說亦不足採

以上二說。均不見有充分之理由。然則如之何而定二者區別之標準乎。曰欲知障礙未遂與中止未遂之區別。須視犯罪不遂之原因是否由於外部之妨礙。苟有妨礙犯罪既遂之事實存在致犯罪不遂者。爲障

礙未遂。舉例以言。犯人揮刀殺人。一舉手被人奪去兇器。或因被害人之抵抗致不能達既遂之目的。或被害人身著堅甲。雖有利刃亦不能得若何之效果者皆是。此外抽刀行刺。剎那間見巡警到來大懼。急棄刀潛逃。以及行竊之際聞咳嗽聲。自思能達竊物之目的固善。若不幸而被人識破。置顏何地。乃自止其行爲而罷者亦同。至若於犯罪實行毫無妨礙。因犯人之任意行爲而不遂者曰中止未遂。例如竊盜入人家。手觸目的物。不有外部的原因存在自動的停止其竊取行爲者是。某甲以殺乙某之意思懷刀追隨乙後。自思當非其時。乃將犯罪意思保留。待時再舉而中止現在之實行者。仍不失爲中止未遂。簡言之。因真心悔悟而中止。待異日之機會而中止。臨時發見目的物之過少而中止。信友人之忠告而中止。刑法均不過問。僅以有犯人任意中止犯罪行之一事。卽屬中止未遂。或曰不有外部的妨礙事由存在。由行爲者自動的中止犯罪。卽爲中止犯。至其犯罪中止之動機爲善爲惡。悉非

所問。固矣。頃所述應友人忠告中止之例。非所謂外部的事由乎。謂之爲行爲者之任意行爲可乎。曰友人以善意勸告行爲停止犯罪之實行是爲忠告。忠告固屬外部事由。然該項忠告不有強制力。不足爲犯罪實行之妨礙。是則應忠告而中止犯行者。仍爲任意的中止。

第三節 未遂犯之處分

未遂犯之處分。因障礙未遂中止未遂而不同。茲分別說明於左。

(一) 障礙未遂犯之處分。就各國處罰未遂犯之立法例觀之。約有三種主義。其一客觀主義。其二主觀主義。其三折衷主義是也。客觀主義爲舊派之所主張。謂刑罰之重輕應視實害之大小爲準據。罪而未遂。實害甚小。故不宜加未遂犯以處罰。如欲罰之。亦須從輕。學者以其置重事實。因犯罪不有結果發生。卽謂未遂犯必須減輕其刑罰也。又名此曰誅害主義。亦曰必減主義。主觀主義爲新派所盛唱。其說曰。刑罰爲防衛社會之手段。防衛社會之手段。應注意侵害社會者。

(犯罪人)惡性之大小。自犯罪人之惡性言之。未遂與既遂殊無少異。實不見有若何軒輊之足云。因其主張置重於犯人之惡性。而又主張科未遂犯以既遂之刑罰也。故又名之曰誅心主義。亦曰同等主義。客觀主義與近世之思潮不相容主義固足以貫徹刑法之新理論。然有時又窒礙而難通。於是折衷主義乃應時而起。以調劑其平折衷主義亦曰得減主義。得減云者。可減可不減之謂也。以可否減輕之權委諸審判官之自由裁量。俾司法者於一定範圍之內察其犯意究其犯行。情可原者減輕刑罰處斷。惡性大者按照原級定擬。庶乎適用裕如。而刑罰防衛社會之目的亦因是而達。我國刑法本折衷主義於第四十條前半段規定「未遂罪之刑得減既遂罪之刑二分之一」者。其意即此。

未遂犯處罰之範圍。亦有概括主義列舉主義之二種。歐西各國立法例。除輕微犯罪採用列舉主義外。多取概括主義。日本舊刑法亦然。規定重罪未遂皆罰。處罰輕罪之未遂犯。以各本條有規定者爲限。

違警罪未遂不罰。迄其新刑法頒行。廢止重罪輕重違警罪之區別。處罰未遂犯改用列舉主義。我國刑法於第三十九條第二項中。亦以列舉主義示未遂犯處罰之範圍。而有（未遂犯之處罰以有特別規定者爲限）之規定。各本條無明文規定者。雖未遂犯亦不罰。

（二）中止未遂犯之處分。歐西各國立法例多設中止犯無罪之規定。所以認中止犯無罪根據。學說亦甚紛歧。有本行爲實質上之理由。（偏重犯罪人主觀的方面）主張不處罰中止犯者。有本刑事政策上之理由。謂中止犯不宜處罰者。猶有根據行爲實質上之理由與刑事政策上之理由。謂中止犯不宜處罰者。我人以最後說爲適當尤爲主張就行爲實質上之理由偏重主觀的方面立言爲最適當。本此而論中止犯無罪之根據足見外國立法例僅規定中止犯無罪之未盡善。誠以中止犯之遠因不一。有真心悔悟而中止其犯行者。有待良好機會而中止其犯行者。則未能相提並論。待時再舉。其心已屬可誅。免除其刑。是不僅有背立

法者減少犯罪消滅害惡之本意。且與近世之主觀主義不相容。我國刑法有鑒於此。故於第四十一條以明文規定曰。「已著手於犯罪之實行而因己意中止者減輕或免除本刑」。減輕或免除本刑者。至少減輕本刑二分之一可也。免除全部之刑亦可也。以減免之權委諸審判官之自由裁量。俾審判官應中止犯罪者之遠因。定處罰之範圍。藉以貫徹刑法之本旨。法至善矣。

第四節 不能犯

第一不能犯之概念

不能犯者。其不發生結果之原因。非由於外部妨礙。亦非由於己意中止。乃係其行為之性質上無結果之發生也。其與未遂犯有區別計分客觀說。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。例如對男子為強姦之行為目的上之絕對不能也。如深知他人之

銀庫所在而有竊取之行爲時。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。手段上之相對不能也。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上之不能。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。主張折衷說者應謂以有無危險爲標準。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。不能犯與未遂犯之區別已述如上。而不能犯中相對的不能與絕對的不能既有罪刑出入之關係。則不可不詳爲區別。其區別之要點約有二端。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之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。

第二不能犯之處分

不能犯之應否處罰。爲刑法學者劇烈之爭點。學說紛歧。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。最近各國立法例及吾國最高法院之見解均採折衷說。以主觀說爲原則。而以客觀說爲例外。卽

對於相對的不能犯仍須處罰。對於絕對的不能犯不論罪。而我國刑法第二十六條但書云。「但其行爲不能發生犯罪之結果又無危險者。得減輕或免除其刑」。在形式上似係完全採主觀說。但論未遂罪既以分別有明文規定者爲限。則在實際上全無危險時。不徒不罪不能犯。卽普通之未遂罪亦不處罰。如和姦重婚等條之罪是也。

第一項 正當防衛行爲

正當防衛云者。爲防衛自己或他人之權利對現在不法之侵害加以反擊之謂也。正當防衛爲權利行爲之一種。不構成刑法上之犯罪。故不罰。(刑法第二十二條)關於正當防衛不罰之根據。學說紛歧。有謂正當防衛行爲係由於自然法之所命故不罰者。有謂逾越常規(不正)而加害於人者。應屏諸法律保護之外。對此法律所不保護之人加以反擊。自無違法之足言。故不構成犯罪者。吾人以爲正當防衛之不罰。惟有根據權利之本質乃能說明。詳言之。在法律範圍以內有不受他人侵

害之權利。抵抗外來之侵害所特以保護自身權利者。固有賴乎國家公力。但危害急迫猶有待乎公力來援。則權利之保護不周。此法律所以設容許權利人有正當防衛權。令權利人對此不正之侵害得爲正當防衛之行爲也。惟正當防衛之成立。須具有左列要件。

(一)須有侵害之存在。無侵害則無所謂防衛。此一定不易之理也。是故正當防衛之成立以有侵害之存在爲第一要件。侵害云者。對於他人之權利加以以攻擊之謂。攻擊他人之權利。是卽刑法第二十三條之所謂侵害。至其侵害之爲積極的或消極的不問也。

(二)侵害須屬現在。正當防衛。係對於現在之侵害加以反擊。故以有「現在」之侵害爲要件。現在之侵害云者。侵害行爲已達直接開始之狀態或開始後正在繼續中者是也。

(三)侵害須屬不法。正當防衛權之行使。須對於不法侵害爲之不法之侵害云者。其侵害行爲爲法律所不容許(違法)者也。以法律所不

容許之行爲爲正當防衛之要件。是則對於一切適法行爲。不見有正當防衛之存在。舉例以言。對於官吏適法執行職務之行爲。以及對於懲戒行爲正當防衛行爲。縱令有害自己之權利。均無所謂正當防衛。惟對於過當防衛行爲復仇行爲則否。無他。過當防衛行爲復仇行爲。非茲所謂適法行爲。乃法律所不容許之行爲故也。

(四)防衛行爲。刑法第二十三條之所謂防衛云者。非謂防衛權者爲防衛自己或他人權利所爲之保護防衛行爲也。謂其保護自己或他人之權利。排除現在不法之侵害。對侵害者所爲之反擊行爲(加害行爲)也。

(五)爲防衛自己或他人之權利。古代法律規定正當防衛權之行使。僅以保護某種權利爲限。我國清律有夜無故入人家主人頓時殺死者不論之條。是即表明防衛範圍。限於住居之意。日本舊刑法規定正當防衛以有特殊法益之侵害爲限。是皆採用列舉主義以限制正當防衛之

適用者也。我國刑法取法德系。關於正當防衛之範圍。悉以概括的規定。凡屬法律所保護之利益。如生命。身體。自由。名譽。財產。等各項權利。莫不包含在內。又防衛行為保護自己之權利。固可以對不法侵害者行使正當防衛權。即為他人權利而為防衛。亦可告無罪。所謂他人者。指自己以外之第三人而言。至此第二人是否為防衛者之親戚故舊不問也。例如旅行深山聞行劫聲往救。將強盜殺死者。仍是正當防衛。

(六)須防禦之程度與侵害之程度相當。所謂相當者。非一拳還以一拳一刀還以一刀也。即依其侵害手段之急迫與否而定其防禦之程度。質言之。即其防衛之手段。在防衛上是否必要是也。至於所侵害之法益。則不必均等。且亦無從均等。蓋當危害急迫之際。防衛者只在顧全其自己之權利。以行使防衛。決難顧到對等價值。故須視其侵害之手段是否急迫。以定其防衛手段之是否必要。例如甲持刀殺乙。使

乙之力而大於甲者。則奪其刀即已足。不必再從事於還殺。使乙之力而小於甲也。則於情勢萬分危急之時。不得已至開槍自衛。將甲殺乙。亦不失爲防衛之行爲。故程度相當與否。不在乎侵害法益之大小輕重。而在防衛行爲之緩急。苟其防衛之手段逾越其所應行使之程度者。即以防衛過當論。蓋已超出防衛之範圍。實已非法侵害他人之權利矣。故雖其情可原。仍應予以刑罰。不過核其情節。或得減輕或免除其刑耳（第二十二條但書）。

第二項 緊急危難行爲

緊急危難云者。謂當緊急危難之時因救護自己或他人迫於不得已之狀態而加害於人之行爲也。此種加害行爲。在法律上不處罰。其與正當防衛之情形不同者。正當防衛。於危迫之時排除他人不正之侵害。緊急狀態。乃於危難之際對於加侵害者以外之行爲也。質言之。緊急狀態。非爲正當防衛之有一違法侵害人可比。與有關係之人皆爲無

過者也。我國刑法第二十四條曰。「因避免自己或他人生命身體自由財產之緊急危難而出於不得已之行爲不罰」。所以有不罰之規定者。不認其有違法性也。茲將緊急狀態之要件分述於左。

(一)須有緊急危難之存在。緊急狀態。須有緊急危難原因之存在。緊急危難云者。因人類行爲以及人類行爲以外之一切偶然事實將有發生實害之虞之謂也。例如因受海嘯震災水災火患之危難。致失生活資料。非將他人殺死。則不能保全生命。非奪他人財物。則不能全其健康者。是皆由於人類以外之事實而有生命之危難者也。被狂人追襲。爲保全自己生命計。俯首狂奔。致撞傷他人。或旅行深山。被強盜劫去財物。饑餓不能起。因之強奪他人食物以救自己之生命者。是皆由於人類行爲而有生命之危難者也。

(二)應保全之法益。關於緊急危難所應保全之法益。因國而異其規定。我國現行刑法。則於第二十四條列舉生命。身體。自由。財產

。而爲緊急狀態所應保全之法益。惟將名譽一項除外。又法益之屬於自己或屬於他人。均無影響於緊急狀態之成立。他人之爲自然人或法人。亦非所問。

(三)須出於不得已。所謂不得已。卽除加害於他人以外。別無他種方法可以避之。故苟可以正當防衛或可乘機逃避時。均不得以緊急狀態爲理由而加害於第三者。蓋正當防衛。爲權利之行使。對於侵害人而爲之。而此則無端加損害於第三人。使無辜之第三人突然遭其侵害。在其自身。固爲避免危險之一種不得已行爲。然而此被侵害之人。則無端遭其損失矣。故非因避免危險而有不得已之情形者。法律卽不復放任也。

(四)須損害不可過當。不過當之損害云者。犧牲他人之利益以保全自己或他人之利益不得逾越一定程度之謂也。換言之。從救護行爲所生之損害。較之因緊急危難可能發生之損害。其間大小輕重必須

相等。或不達相等之程度而後可。比較損害之大小輕重。由審判官據客觀的標準斟酌情形而決定之也。因緊急狀態而加過當損害於人者。乃構成刑法上之犯罪。不過依刑法第三十七條但書之規定。得減輕或免除其刑而已。蓋非此。則人人將以此救護行為藉口而使用之。以致無辜者受其損害。豈國家設立刑法之本旨哉。

緊急狀態具備上述四種要件。不得即謂其不構成犯罪也。急狀態而為阻却違法之原因者。猶以行為者不有特別之義務者為限。若行為者際茲緊急危難之秋。負有公務上業務上之特別義務。違反義務而救護時。則非刑法上之所謂緊急狀態行為。而為刑法上之犯罪行為。軍人臨戰。不能因敵兵之強悍。藉口於緊急狀態而為臨陣逃走。船將覆沒。船長有救護旅客及保全貨物之義務。不能以保全自己生命救護危難為理由去而之他。若不顧旅客船員之存亡。竟先行離船上陸者。仍須負刑事上之責任。醫師對於住院之傳染病人有為之治療之義務。不

能藉口於懼受傳染。拒絕不予醫治。看護生不能以緊急狀態爲理由而遺棄傳染病人。是皆所謂公務上業務上負有特別之義務者。不能自己之生命身體有危難。竟爾違反義務而爲緊急狀態行爲者也。

第三項 基於法令之行爲

刑法第二十一條曰「依法令之行爲不罰」。依法令之行爲云者。根據法令所爲之行爲。該項行爲爲法令之容許者也。法令一語。係包括公法私法以及其他法令而言。其範圍異常廣汎。欲於此廣汎範圍中將所有依法令之行爲一一列舉。誠非易事。無已。惟有舉示其重要者於次。

- (一) 執行職務之行爲。
- (二) 對於現行犯之逮捕行爲。
- (三) 對於精神病人之監護行爲。
- (四) 懲戒行爲。

第四項 依上官命令之職務上行爲

從事公務之公務員。於其職務範圍內之行爲。曰職務行爲。其行爲乃依據法令而實施者。故非違法。卽不得爲犯罪。刑法第二十一條第二項已明揭之矣。然職務行爲有直接執行法令而負有實施之義務者。有對於長官之命令而負有絕對服從之義務者。在行政法上雖有研究之問題。而在刑法上並非違法之點。則毫無區別。

第五項 基於正當業務之行爲

凡依據法令之行爲。縱其行爲爲犯罪行爲。亦以其依法令而行之故。阻却其違法性。法律上不加以處罰。然苟其行爲雖未嘗依於法令。而以其爲正當業務之故。依法亦不予處罰。但所謂正當業務者。必其所爲之行爲。爲執行業務上之行爲。而此業務。又爲國家所許可且合法者。而後乃阻却其違法性。不予以罰。故刑法第三十四條特爲規定。與依法令上之行爲相等。例如斷人手足。完全爲犯罪行爲。屬於

刑法上之傷害罪。然醫生以治療疾病之故。認爲非斷其手足不能治愈其病者。則斷其手足。亦不違法。又如外科醫生之剖腹。齒科醫生之拔牙。皆不成爲傷害罪。此蓋正當業務之合法行爲也。既爲正當業務合法行爲。則其行爲雖有類於犯罪。然以其爲國家法令之所許可。故阻却其違法定性。

第四章 共犯

共犯者。數人共同犯罪。別於一人單獨犯罪而言者也。關於共犯之觀念如何。學者不一其說。茲區分共同犯罪之意義及共犯中是否有所謂從屬犯二大問題而研究之。

第一共同犯罪之意義。如何而後謂之共犯之共同。因犯罪共同說行爲共同說之主張各異而結論有差。今分別述其概略。

(甲)犯罪共同說。數人共同而犯一罪者曰共犯。詳言之。共犯以對於一個犯罪事實。因數人之加功而成立。數人之中有一行爲者不具

備犯罪之要件時。該行爲者對於其他行爲者。不生共犯關係。犯罪共同說係採用客觀的見解。故又名之曰客觀說。

(乙)行爲共同說。犯罪爲惡性之表現。故不能僅以數人共同爲一種犯罪而後謂之共犯。共犯云者。當犯罪之際其行爲爲數人之所共同之謂。既以行爲共同爲共犯之共同。是不僅就二個以上之犯罪事實。因數人行爲之共同得成立共犯。卽一個犯罪事實。因此行爲者。與彼行爲者之故意有異。致各共犯各自成立別種罪名者。亦所恆有。共犯之中有一行爲者。不具備犯罪要件因而不成立犯罪時。其他之行爲者之地位亦不因此而有影響。此說就犯人主觀的方面說明共犯之觀念。故又名之曰主觀說。

以上二說。試舉例言之。如甲擬殺丙。乙擬殺丁。彼此同謀。結果丙被殺已死。丁被殺未死。此種情形。如採客觀說。甲只應負殺丙責。乙只應負殺丁責。故甲應成立殺人既遂罪。而乙應成立殺人未遂

罪。即無共犯關係之存在。如採主觀說。則甲乙之間既有同謀共往之共同關係。即應共負其責而認為共犯焉。昔時日本判例採犯罪共同說。(客觀說)而最近則採行為共同說。(主觀說)吾國亦然。

行為共同說在理論上之根據。係過剩行為論。過剩行為者。如甲殺乙已擊中其要害。又擊其腿。此擊腿之行為。即過剩行為也。刑法上過剩行為。應包括於主要行為之內一同觀察。個人單獨之行為固如此。共犯亦猶是也。甲乙殺共一人。只須其行為果有共同之關係。則無論甲較乙之行為為過剩。抑乙較甲之行為為過剩。皆應認為一個行為而使之共同負責。

第二從屬犯之觀念。共犯中有二種態樣。即共同正犯。教唆犯。從犯。是也。其間有無從屬性。因客觀說與主觀說而有異。茲分述之。

(甲)有從犯性說(客觀說)是說不但認教唆犯及從犯為有從屬之關

係。即共同正犯亦然。蓋以教唆犯從犯無直接重要之關係。故處罰以正犯爲轉移。即正犯爲既遂未遂或中止。教唆犯從犯亦爲既遂未遂或中止。共同正犯亦然。此說立論。注重於犯罪之事實。故又名客觀說。

(乙)無從屬性說(主觀說)是說不但認共同正犯無從屬關係。即教唆犯從犯亦然。因各人以犯罪之意思發生犯罪之行爲。既有獨立之性質。即應各就本人意思與行爲而論罪。不能以他人行爲爲轉移。蓋自犯罪人之惡性而立言也。故被教唆者中止殺人。則教唆者仍應負殺人未遂責任。此說注重於犯人之惡性。故又名主觀說。

以上二說。究以何說爲是。試舉例評論於下。例如教唆竊盜而實施強盜。教唆強盜而實施竊盜。依有從屬性說。一以實施者爲準。夫教唆強盜而實施竊盜。使教唆者負竊盜責任。謂之有從屬性猶可。若教唆竊盜而實施強盜。亦使教唆者負竊盜責任。則將何以解於從屬性

乎。同一標準。而結果各異。故有從屬性說。實不足採。若謂共犯無從屬性。則無上述之矛盾矣。蓋現代刑法。注重惡性而非注重事實。教唆強盜者。必有強盜之惡性。雖所實施者係竊盜。亦應使教唆者負強盜未遂責也。

準上以觀。是知有從屬性說之見解。遠不如無從屬性說立言之精確。故吾人表同情於無從屬性說。將本此而論共犯之共同並否認共犯中有所謂從屬犯焉。

第一節 共犯之要件

共犯云者。即二人以共同同實施犯罪行為之謂也。有正犯。有教唆犯。有從犯。有間接正犯。上已述之。其成立之要件。為必須有犯罪意思之聯絡。（即主觀的要件）更須有犯罪行為之分担。（即客觀的要件）如缺其一者。即非共犯。但亦有例外。如遇一方共犯者。即一方雖知其共同。而一方却未知情。只有行為之聯絡。而無意思之聯絡。

。亦謂之爲共犯。若教唆犯與間接正犯。只有教唆犯罪之行爲。而無共同實施之行爲。故只有意思之聯絡。而無行爲之聯絡。然亦不失爲共犯。此皆爲構成共犯之例外。若以原則言。則意思與行爲。二者悉須聯絡。不可偏廢其一也。故同時犯與事後犯。其在外觀上。雖有似乎共犯。實則不然。應各自單獨負其責任。蓋雖有行爲之聯絡。並無意思之聯絡也。至共犯與非共犯在刑法上必須區別者。因共犯則應負同一之責任。非共犯則否也。例如甲乙丙三人共同殺丁。其一人下手。其二人雖亦到場。然以一人已將丁殺死之故。不復下手。以事實言。負殺人之責任者。應爲下手之一人。餘外二人。固未嘗下手也。然以共犯之故餘二人亦同負殺人之責。不能以其未曾下手而可未減。蓋其有殺人之故意則一。使一人而不能單獨終了之者。則此二人亦必下手矣。如三人而無意思之聯絡者。適逢其會。則僅下手殺丁之一人。成立殺人罪。餘二人皆爲不能犯。蓋其人已死。無論如何。不能構成

殺人之罪也。故應分別其責任。

第二節 共犯之分類

學理上共犯之分類。計有五種。茲以次說明之

第一獨立犯從屬犯。

別共犯爲獨立犯與從屬犯者。爲通說之所主張。亦客觀說之所盛唱者也。獨立犯爲主犯罪。從屬犯爲從犯罪。前者指正犯而言。後者則指教唆犯與從犯而言。

第二重要犯輕微犯。

外國立法例有區分共犯爲重要犯罪與輕微犯罪以示處分之差異者。重要犯罪一語。係指正犯而言。輕微犯罪者。謂從犯也。

第三有形的共犯無形的共犯。

無形的共犯形者。啓發其他犯人之意思而有影響於犯罪完成之謂。有形的共犯云者。直接加功於犯罪完成之謂也。實行正犯爲有形的

正犯。教唆犯爲無形的正犯。於事前或事中供給器具以其他有形的方
法而幫助正犯者曰有形的從犯。於事前或事中誘導指示以其他無形的
方法而幫助正犯者曰無形的從犯。

第四縱的共犯橫的共犯。

縱的共犯云者。數人共同犯罪。因果關係因之而延長之謂也。例
如甲之殺乙。甲對於乙之死亡有因果關係。其事前助甲者。無論爲教
唆犯從犯。皆延長其因果關係是。橫的共犯云者。數人共同犯罪因而
致因果關係擴張其面積之謂也。例如甲殺乙。丙於實施時從事幫助。
因丙之幫助加入而擴張其因果關係是。教唆犯從犯爲縱的共犯。共同
正犯爲橫的共犯。第五必要的共犯任意的共犯。

一人可得犯之。而以數人共同犯之者。曰任意的共犯。法律規定
某種犯罪以有數人共同爲犯罪成立之要素者。曰必要的共犯。必要的
共犯中。又得分爲對行犯與共行犯之二種。對行犯。以有二個對立之

行爲者相合而成立。共行犯。則因多數人之集合而有犯罪之構成。前者如通姦罪。收賄罪。重婚罪是。後者如內亂罪。妨害秩序罪是也。必要的共犯。以犯罪人雙方負責爲原則。然亦有時僅由一方負責而他方不負刑責者。（例如被姦淫者不有故意是）僅由一方負責。仍不失爲刑法上之共犯。不過分別觀察各行爲者所爲之行爲。以定有罪無罪之準據而已。刑法總則中所謂共犯。係指任意的共犯而言。本章所欲說明者亦卽在此。至必要的共犯。當於分則中論之。

第一款 法律上之分類

我國刑法別共犯爲三種。其一共同正犯。其二教唆犯。其三從犯是也。茲分項說明之。

第一項 共同正犯

共同正犯云者。二人以上共同實施犯罪之行爲之謂。因其共同實施犯罪之行爲也。故使各共犯就共同所爲之行爲各自任全部之責。例

如甲乙丙三人共謀侵入他人住宅。而有竊取千元財物之行爲。所竊金額雖有多寡。而其所負刑責。三人僉同。在刑法上各自負千元竊取之責任。不問甲乙丙各人現實所得之額數如何也。又如甲乙丙丁共爲強盜。甲則入室搜索。乙則把門觀望。丙則捲取財物。丁則持刀威嚇。此四人者。其所犯之行爲雖不一致。而其犯強盜之行爲則一。雖所担任之事務不同。而應共同負責則一。如有人不受丁之威嚇。或有人竟入內捕盜。與乙抗拒。結果乙亦殺人，丁亦殺人。此丁與乙殺人之所犯。甲與丙雖未下手。或在當時竟未知情。然入室行劫之時。四人實早已對此有所預見。故甲與丙實負同一之強盜殺人責任。蓋共同正犯。以彼此相互的認識爲必要。而此相互的認識。卽爲共同正犯之構成要件。既有相互的認識。則其一切行爲。亦當然相同。故更必有同一之實施犯罪行爲。而此同一之實施犯罪行爲。亦爲共同正犯構成之要件。前者卽犯意之聯絡。後者卽行爲之分担。苟缺其一。卽不構成共

同正犯。

刑法第二十八條曰。二人以上共同實施犯罪之行爲者皆爲正犯。茲所謂實施犯罪者。包含陰謀實施。預備實施。着手實施。實行實施。而言。甲乙二人協議殺丙。是爲陰謀殺人實施之共同正犯。甲乙同製毒藥以圖殺丙。是爲預備殺人實施之共同正犯。與丙食致丙喪失其生命。是爲實行殺人實施之共同正犯。共同正犯以有共同實施犯罪行爲之事實斯可耳。至其參加實施之分量如何。於共同正犯之成立無與也。茲以合結犯與牽連犯爲例而說明之。甲乙二人侵入丙宅實行強取行爲。甲加丙以強暴脅迫。對於強取財物行爲之實行全不干與。乙利用甲之強暴脅迫而實行強取財物者。仍是強盜罪之共同正犯。不能謂甲乙二人各自分擔結合犯實行行爲之一部。卽謂其於強盜罪共同正犯之成立有若何之影響也。共同而犯牽連犯者亦同。共同行使偽造文書詐取財物。於行使偽造文書詐取財物之二者中實行其一。卽應對於牽

連犯之全部行爲任實行之責。而爲詐欺取財罪之共同正犯。或曰共同正犯。各自實行犯罪行爲之一部。而必使各共犯獨立任全部刑責者果何故歟。曰共同正犯爲物。本屬各共犯於意思共通之範圍內互相利用他人之行爲以達犯罪之目的。就達到犯罪目的之一點言之。與各共犯各自實行犯罪行爲之全部毫無少異。與各共犯各自實行犯罪行爲之全部既無以異。其於刑法上所負責任。自應與單獨犯罪者相同。他無特別之理由在也。

數人同謀犯罪。一人担任實行。其餘各犯對於犯罪實行爲縱令不予參加。仍是共同正犯。或曰有共謀之事實。無實行行爲之分担。亦令其任共同正犯之責。毋乃太酷。曰共同正犯爲物。本屬各共犯於意思共通之範圍內互相利用他人之行爲以達犯罪之目的。因其互相利用以達犯罪之目的也。故應以共同正犯所爲之行爲爲一體。換言之。有同意之計劃。有行爲之實行。卽與自己以故意而爲犯罪之實行行爲者

無異。共同正犯固不必人人參與於實行也。

第二項 教唆犯

使人決意實施其所教唆之犯罪行為者。曰教唆犯。犯罪因教唆行為而發生。自教唆與犯罪實施之有因果關係言之。正與教唆犯自己實施犯罪無異。此學者所以謂教唆犯爲獨立犯罪也。有以一犯罪之智的原因者一名教唆犯者以此。

刑法第四十三條第一項曰。「教唆他人者。爲教唆犯」。是教唆犯者。卽教唆他人使之生犯罪之決意而實行其所受教唆之犯罪行為也。故亦謂之爲造意犯。蓋被教唆者本無犯罪之意思。係由教唆者所喚起。使之實施犯罪之行為。例如甲本不欲殺乙。乃丙百般教唆之。以動搖甲之意思。甲一時不察。被其誘掖獎導。竟起而爲殺乙之行為。是甲爲殺人之正犯。丙爲殺人之教唆犯是。蓋使無丙之教唆。甲卽不至於犯殺人之罪。故甲與丙實應同負其責也。惟教唆犯之構成。須具備

左列要件。

(一)被教唆者須本無犯罪之意思。因受其教唆而始為犯罪行為。則被教唆者所實施之犯罪行為。必須出於教唆者之教唆。若其人本已有此犯罪意。不過逡巡未行。後因教唆者之一激。起而實行。則被教唆者之行為。乃本其自己之意思而行。並非由於教唆者之教唆所致。則不能成立教唆犯。

(二)教唆者須有教唆之故意。即被教唆者所為之犯罪行為。必須為教唆者所能預見。若不能預見。即不成立教唆犯。例如甲戲謂乙。某處有財產甚多。可往竊取。此本出自甲之戲謔。決不預見乙之竟聽從其言。使乙而不從也。固不生教唆問題。即使乙而果聽從其言前往竊取。甲亦不成立教唆犯。以其教唆非出於故意也。即非出自故意。即無教唆之可言。

(三)被教唆者所為之犯罪行為。須全出於教唆之範圍以內。例如

甲教乙殺人。而乙則實施強盜。則全然非教唆者所能預見。自不能令甲負教唆之罪責。蓋被教唆者所爲之行爲。全非教唆者之所教唆也。

(丙)教唆犯之教唆行爲與被教唆者之決意。其間須有因果關係之存在。卽教唆行爲爲正犯行爲之原因。正犯行爲爲教唆行爲之結果。例如甲教唆乙往殺丁。而有一毫無關係之丙將丁刺死者。甲不成立殺人教唆犯是。以其無因果關係之存在也。

以上四者。爲構成教唆犯之要件。苟缺其一卽無教唆犯之可言。以故教唆前。被教唆者已有此犯罪之決意。或教唆後。被教唆者不應此教唆。或不依其教唆。而爲其他犯罪之行爲。則皆不能構成教唆犯。至教唆犯教唆之方法。刑法不予制限。舉凡足以使人決意實施其所教唆之犯罪行爲。如文字語言及一切明示默示之方法皆是。苟合乎教唆之要件。不問其所用之教唆方法爲何。要皆成立教唆罪。惟於此有宜注意者二。卽教唆犯與間接正犯。煽惑犯之類相似而實不同也。分

述其差異之點於左。

(一)教唆犯與間接正犯之差異。間接正犯者。卽被教唆者完全失其意思自由之謂也。蓋教唆罪之成立。須被教唆者聽其教唆而起。然聽從與否。應一任被教唆者之意思自由。卽不爲聽從教唆者亦無如之何。若殺教唆者失其意思自由時。或被教唆者爲無責任能力人。或被教唆人受教唆人之強暴脅迫恐嚇時。或被教唆人爲教唆人之所屬下級公務員。教唆人利用其服從之義務而使之爲犯罪行爲。或利用他人之錯誤。則皆非教唆犯而爲間接正犯。故凡被教唆人而有失思自意時且明知爲犯罪時。則教唆之者應成立教唆犯。如被教唆者而失其意思自由時。或完全不知爲犯罪時。則教唆之者應爲間接正犯。此卽教唆犯與間接正犯之區別也。

(二)教唆犯與煽惑犯之差異。教唆犯之構成。必須被教唆人聽其教唆而實施犯罪行爲。若被教唆者無犯罪可言。教唆者亦全然不發生

問題。煽惑犯則否。一經煽惑。則已成爲行爲之既遂。即須處罰。被煽惑者是否受其煽惑。在所不問。受其煽惑也。煽惑之者固應處罰。即未有受其煽惑。亦無減於煽惑之成立。此又教唆犯與煽惑罪之區別也。

第三項 從犯

於正犯實施犯罪行爲前或助施犯罪行爲中幫實其爲犯罪行爲之實施者曰從犯。幫助云者。乃指於犯罪實施前或實施中援助正犯之一切行爲而言。供給犯罪器具犯罪場所與夫指示犯罪機會。犯罪手段方法。犯罪地點。舉凡予以直接或重要之助力。以及有形的幫助與無形的幫助皆屬之。有形的幫助。曰物理的幫助。一曰物質的幫助。無形的幫助。有稱爲智的幫助或精神的幫助者。至若於他人實施犯罪以後所爲之行爲。則無所謂幫助。無幫助。從犯自不成立。彼藏匿罪人湮滅罪證以及其他關於贓物之罪。固不能謂其不有幫助之外觀。然此種行

爲實係於犯罪完畢後庇護犯人利益。無幫助犯罪實施之性質。卽含有所謂事後幫助。而我國刑法第二十條之規定。（幫助正犯者爲從犯）僅能解爲事前與事中之幫助。而事後幫助亦當然不能包括在內。是事後幫助之不能視爲從犯。毫無疑義。

關於從犯與正犯區別之標準。其說不一。一爲主觀說。是說又分爲二。（甲）以自己之意思犯罪者爲正犯。以幫助他人之意思犯罪者爲從犯。（乙）以謀自己之利益犯罪者爲正犯。以謀他人之利益犯罪者爲從犯。二爲客觀說。是說亦分爲二。（甲）同等價值之加功者爲正犯。價值較少之加功者爲從犯。（乙）對於犯罪結果與以原因者爲正犯。對於結果與以條件者爲從犯。多數國家如意大利。西班牙。墨西哥。智利。等國立法例。皆採客觀說。而我國刑法第三十條。究採主觀說抑採客觀說。似猶含混。吾人解釋上。自應以主觀說之甲說爲較善。蓋以從犯在刑法上減輕其刑。如以自己之意思犯罪者。其惡性必深。如

以他人之意爲犯罪者。其惡性較淺。以此爲標準。而處刑較爲適當也。惟於此有宜注意者。卽從犯必須具備左列要件。方可成立。

(一)須有幫助實行正犯之行爲。既云幫助正犯。故必有正犯在。苟無正犯。則從犯不能成立。又或雖有實行犯罪者。而法律不認該實行者爲正犯時。則亦不成爲從犯。如幫助無責任能力人犯罪。則又構成直接正犯或間接正犯矣。

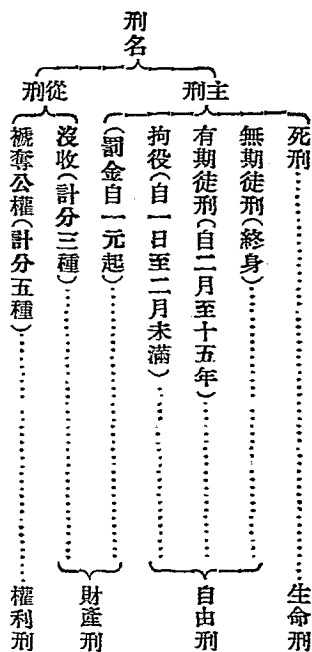
(二)須有幫助實行正犯之故意。卽認識正犯之故意犯罪行爲。如爲過失者。則不爲從犯。應獨立處以過失罪。故從犯必須認識正犯之犯罪行爲而加以幫助。至從犯之幫助行爲。無論正犯知其幫助與否。皆不影響於從犯之成立。如正犯未知其情。亦構成從犯之罪。蓋只問從犯之是否認識正犯行爲。不問正犯之是否認識從犯行爲也。

幫助行爲。以不作爲亦能爲之。例如某甲以殺死扶養權利人之意思。僞稱手無餘金。不與權利人以必要之扶養。將所有資產交乙保管

。乙悉數爲之藏匿。致扶養權利人於死者。乙某成立不純正不作爲之殺人從犯。又如倉庫看守人見竊盜將行竊。故意迴避以待竊盜之竊取財物（卽於犯罪實施以前以不作爲幫助竊盜者亦同。又如甲某於自己門首發見被人遺棄之嬰兒。不欲與以保護。又恐觸犯刑章。問計於乙。乙告以閉門不出。僞爲不知方法。幫助其爲遺棄者。是爲純正不作爲之遺棄從犯。

第五章 刑

刑罰之種類。古今中外不有不同。除各國刑罰種類。應於比較刑法中論述外。吾國刑法古有五刑。卽墨劓剕宮大辟。至前清改爲笞杖徒流死。亦稱五刑。現行刑法則分爲主刑及從刑。主刑凡五。卽死刑無期徒刑。有期徒刑。拘役。罰金。是也。從刑凡二。卽沒收。及褫奪公權，是也。主刑爲獨立可科之刑罰。從刑附隨於主刑所科之刑罰。茲各依其性質列表於次。



第一節 生命刑

生命刑者。剝奪犯人生命之極度刑罰也。刑法稱生命刑曰死刑。在適用威嚇主義之時期。於刑罰中以死刑視為最有力。蓋人所畏者莫過於痛苦及奪其生命也。我國刑法規定應處死刑者有二。其一絕對的科死刑者。其二擇一的科死刑者是也。前者如故意殺友邦元首罪等

。後者如以暴動犯內亂首謀罪等。

刑罰中之有生命刑。無論古今東西。莫不皆然。惟近世以來。死刑存廢論。實爲刑罰上一大問題。而歐西各國。則已有實行廢止者。如歐洲之意大利。瑞士。羅馬尼亞。葡萄牙。荷蘭。美洲之密幾勒。哥倫比亞。巴拿馬。波蘭基利。委內瑞拉。等是。即尙認死刑之國。其法律上之規定及實際上之適用。亦漸次減少。在主張廢止死刑者之重要理由。約有數端。(一)死刑足以使一般人民養成殘酷之風。(二)死刑無階級。不能自由裁量而權衡之。(三)審判不能謂其絕無誤斷。苟因誤斷而被處死刑。無論如何方法。無可爲回復之途。(四)卽令死刑存在。於減少犯罪並無實益。而主張存留死刑論者。亦有種種論據。日本學者剛田朝太郎。則謂大惡不治之罪人。不若淘汰之。使不至再有侵害社會之危險。故以今日中國社會言。復證之法理。則死刑之不能廢止。亦事實上所萬不獲已者。特於其適用時有不得不益加慎重

者耳。

第二節 自由刑

自由刑者。束縛犯罪人自由之刑罰也。我刑法採用自由刑之種類有二。(一)徒刑。(二)拘役。是已。按各國立法例。自由刑之種類。大抵因定刑之有無。而有懲役禁錮之別。或因期限如何。而有無期自由刑有期自由刑之分。現行刑法定僅設無期有期之規。而不採用無定役刑。至拘役仍屬一種短期自由刑。此不過形式上之區別耳。或謂無期自由刑。其殘酷較死刑爲尤甚。且使人終身無自新之望。亦難收感化之效。故宜廢止無期自由刑。乃與感化主義相合。然現今歐洲各國當無全廢之例。蓋亦認爲一種相對的淘汰方法。實爲刑罰制度上不可缺少者也。

第三節 財產刑

財產刑者。剝奪犯罪人財產之刑罰也。我國刑法規定財產刑有罰

金沒收二種。茲分述於左。

(一)罰金。罰金者。處罰犯罪法院以判決命犯罪人完納一定金錢之刑罰也。刑法總則僅規定罰金額爲一元以上(但因犯貧得減至五分之一)而不設多額之規定。所以不設多額之規定者。要不外依分則各本條決定罰金額數之多寡而已。分則各本條規定罰金多額之最多者爲五千元。罰金少額之最少者爲一百元。以總則規定一元以上之最寡額與分則中所定之最多額較。相距在數千倍以上。由寡額以至多額相距有如此之距。審判官裁量之權限亦因廣大。其任務亦綦重。富者罰金千元，正如太倉中之去一粟。罰貧人以百金。頓有傾家之嘆。司法者宣告罰金。可不考察受刑人之境遇而決定罰金額之多寡也哉。

刑法採用罰金額。其科刑之方法有四。(一)專科罰金。(二)併科罰金。(三)選科罰金。(四)易科罰金。

(二)沒收。沒收者。卽籍沒入官之謂也。其性質爲從刑之一種。

非隨於主刑不得獨立宣告。(但有例外。即違禁物得單獨沒收)。惟沒收之物。必爲法文所規定。且與犯罪有關係者。刑法第三十八條規定與犯罪有關係之物。以左列三種爲限。

(一) 違禁物。

(二) 供犯罪所用或供犯罪預備之物。

(三) 因犯罪所得之物。

以上列舉第一款之物。不問屬於犯人與否。均應沒收。若第二款第三款之物則有一種限制。即以屬於犯人所有者爲限。得沒收之。犯人之外。對於該物取得所有權或占有權者。則仍不得沒收。又犯人所犯之罪。最重本利爲拘役或罰金者。亦非有特別之規定。不得沒收。但第一款之違禁物。不在此限。

第四節 權利刑

權利刑者。剝奪犯人所應享受之公權也。然何者爲公權。應有一

定之界限。依刑法第三十四條所規定。公權之種類。計有左列三種。

(一)爲公務員之資格。

(二)公職候選人之資格。

(三)行使選舉罷免創制複決四權之資格。

右列各種資格。本爲國民所應享之權利。以宣告六月以上有期徒刑以上之刑者爲限。由審判官於分別各本章所規定之範圍內分別宣告褫奪之。惟褫奪公權。有終身褫奪公權與有期褫奪公權二種。茲分述如次。

(甲)無期褫奪公權。無期褫奪公權者。卽終身褫奪其公權之謂也。至何種犯罪得爲無期褫奪公權之宣告。則須依宣告之刑罰而決定之。仍分絕對的無期褫奪與相對的無期褫奪二種。

(一)絕對的無期褫奪。絕對的無期褫奪者。謂對於宣告死刑。或無期徒刑之犯人。如爲褫奪公權宣告時。卽須爲無期褫奪公權之宣告。

。不得宣告有期褫奪公權也。

(二)相對的無期褫奪。相對的無期褫奪者。謂對於宣告十年以上有期徒刑之犯人。如爲褫奪公權宣告時。亦可爲有期公宣告權之褫奪也。

(乙)有期褫奪公權。有期褫奪公權者。卽於一年以上十五年以下之期限內。褫奪犯罪人所應享有公權資格之全部之謂也。至何種犯罪。得爲有期褫奪公權之宣告。刑法第二十七條特以明文規定曰。宣告死刑或無期徒刑者宣告褫奪公權終身。宣告六月以上有期徒刑。依犯罪之性質認爲有褫奪公權之必要者宣告褫奪公權一年以上十年以下。是得爲有期褫奪公權之宣告。僅限於宣告六月以上有期徒刑之犯罪。可見宣告六月以下有期徒刑拘役及罰金者。不特不得爲有期褫奪公權之宣告。且不得褫奪公權。又對於宣告六月以上犯人縱爲有期褫奪公權之宣告。亦不得超過十年。此又爲一種限制的規定也。

第六章 累犯

累犯者。謂犯罪經確定裁判受一定刑罰之執行更犯一定之罪也。受一次處刑後。於法定期間內更犯他罪者爲再犯。三犯以上。卽以此例類推之。故累犯者。乃再犯以上犯罪之總稱也。夫犯罪性質。初犯與累犯。其間本無所差別。然以惡性程度論之。二者實有不可同年而語者。刑罰之目的。期於無刑而已。犯罪者不幸而羅於刑辟。苟能毅然悔悟。有爲善之決心。則其刑罰之目的已達。若於處刑後。罔知悔改。復敢於爲犯罪行爲。是其人之惡性未除。爲害於社會者甚大。此刑法上對於累犯罪之政策。所亟宜注意者也。

必以如何條件而後可以構成累犯罪之問題。各國立法例。頗有異同。我國刑法第四十七條規定。累犯罪之構成。必須具備左列要件。

- (一) 累犯構成。以前次所犯之罪。曾處有期徒刑者。
- (二) 累犯構成。以前次所犯之罪。曾受無期徒刑或有期徒刑之一

部執行而免除者。

(三)累犯構成。以前次所犯之罪。依刑法宣告徒刑。並於國內法院受有罪裁判者。

(四)累犯構成。以後罪係有期徒刑以上之罪者。

(五)累犯構成。以前罪應科之徒刑。實際上執行完畢。或執行一部免除後而再犯者。

(六)累犯構成。以後罪日期距前罪之徒刑執行完畢日期。或執行一部免除之日。未曾經過五年者。

累犯之處分問題。有採用一般累犯主義者。有採用特別累犯主義者。一般累犯主義。即對於一次犯罪而後再犯罪者。不問其所犯之罪是否同一種類。亦不問其相距離之時期多少。皆以累犯論。加重其刑處罰。特別累犯主義。即於犯罪之種類以及再犯與初犯相距離之時間。皆有一定之限制。苟種類不同或時間距離過久者。即不以累犯論。

此二主義。各有得失。以第一主義言。則何涉於時效之規定。凡犯罪經過一定之期間。其公訴權及行刑權皆爲之消滅。此尙指未執行者而言。若已經執行。則更將其罪惡消滅。乃獨於此而不爲一定時期之限制。苟有一次犯罪者。不論至何年月。永久不能自湔。倘再遇犯罪。即須加重。實未免太近苛酷。此一般主義之失也。以第二主義言。凡人之犯罪。除過失外。皆本於惡性。刑罰之設。所以排除其惡性也。其犯罪之種類彼此不同。而其爲惡性之發現則一。使必犯同種類者。而後謂之爲累犯。認爲惡性之未湔除。加重其刑處罰。則如初次犯竊盜。二次犯侵佔。三次犯殺人。皆不得謂之惡性再現矣。此特別累犯主義之失也。吾國刑法則採折衷主義。凡在五年以內再犯者。不問其種類是否相同。皆認爲累犯。而加重其刑處罰。若其再犯之罪與初犯性質類似者。則更較普通累犯加重其刑。刑法第四十七條曰。「受有期徒刑之執行完畢。或受無期徒刑或有期徒刑之一部執行而免除後五

年以內。再犯有期徒刑以上之罪者爲累犯加重本刑二分之一。裁判確定後。始發覺爲累犯時。其處刑問題應否維持原判決。抑應撤銷原判決更爲加重刑罰之判決。各國立法例亦不一致。有注重確定裁判之效力。不得輕易變更者。有注重累犯對於社會之危險。特以法律規定許再開審判依加重之例更定其刑者。我國刑法則採後主義。特以明文規定於四十八條曰。「裁判確定後發覺爲累犯者。依前條之規定更定其刑但刑之執行完畢或赦免後發覺者不在此限」。

犯罪之種類

犯罪之種類甚夥。各國學者所用分類方法。紛歧雜出。幾令人無所適從。茲就吾人認爲必須分別者說明於下。

第一節 現行犯與非現行犯

現行犯者。謂實施犯罪行爲中或實施後即時發覺之犯罪是也。其他則爲非現行犯。依刑事訴訟法規定。對於現行犯或準現行犯應用急

速處分。且無論何人。皆有逮捕之權。蓋此種犯罪。調查證據。易得真確之事實。故法定程序。須以簡便迅速為主。而於非現行犯則否。
(參閱刑事訴訟定第四十九條)

第二節 刑事犯與行政犯

刑事犯爲社會一般道義心所公認犯罪。學者所謂自然犯罪是也。故違反刑法及與刑法效力相等之法律者。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。故違反違警罰法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。

第七章 數罪併罰

數罪併罰者。卽同一犯人於未經裁判宣告以前所犯二以上之罪俱發覺之謂也。數罪併罰以裁判宣告前之犯罪爲成立要素。是故裁判宣告後之犯罪對於裁判宣告前之犯罪僅有所謂累犯或廣義累犯。而不能

發生併合關係。併合論罪之實質。實係數罪。並非將罪併合爲一罪。其各罪仍獨立存在。不過合處併斷之耳。故就同一犯人觀之。與共犯不同。就未經裁判宣告前所犯二以上之罪觀之與累犯不同。

併合論罪之種類有三。一爲實體上之併合罪。卽一人而犯有數罪。如先犯竊盜罪。再犯殺人罪。又犯搶奪罪是也。二爲想像上之併合罪。其中又分二種。(一)爲一行爲而犯數項罪者(二)爲以犯一罪之方法或其結果而犯他項罪名者。前者例如甲闖入乙家。奪乙案上之刀將乙殺死。分折言之。則其闖入乙家。爲妨害自由罪。奪乙案上之刀。爲搶奪罪。而其殺乙。則爲殺人罪。是以一個行爲而犯有數項罪名。後者例如偽造文書詐取他人財物。論其結果。則爲詐欺取財之罪。而其所用之方法。則爲偽造文書罪。三爲連續犯罪。卽以同一之意思。侵害同一之法益。而分爲數次之犯罪行爲。例如甲與乙通姦。今日爲之。明日又爲之。甚至有連續通姦數十年之久者。然其犯意則一。其

所侵害之法益亦同一。故謂之連續犯。又曰繼續犯。以上所述皆謂之併合論罪。卽以各種罪名併合而論之是也。

第一節 實體上之併合論罪

實體上之併合論罪。卽刑法第七十條規定在裁判宣告前犯二以上之罪之謂也。其犯數罪同時與異時。在所不問。異時犯數罪者。固應併合論罪。卽同時犯數罪者。如發一炸彈而連犯數人時。亦應併合論罪。蓋其拋擲炸彈。雖爲一個行爲。而被害者則有數個法益。以一個法益計算一罪。卽同時而犯數罪。惟刑法上關於計算法益之數。各有各不同。有必依法益之性質而分別決定者。人之生命。則以一個生命爲一法益。身體亦然。一個身體爲一法益。若財產則以監督權計算。以侵害一個監督權者爲一法益。例如甲入室行竊。竊取乙丙丁三人財物若干。是屬於三個監督權者。爲侵害三個法益。以三罪論。如僅。於一個監督權者。則其物雖爲三人所有。亦只爲侵害一個法益。以一罪

論。如偽證及誣告。則以一個國家機關爲一法益。故一訴而誣告數人。雖被誣者有數人之衆。苟只投訴於一官署。只以一個法益計。僅爲一罪。反之如僅誣告一人。苟分投數個官署者。則以侵害數個法益計。視爲數罪也。此種併合論罪之處分方法。其主義有二。

(一)吸收主義。此主義即將輕罪吸收於重罪之中。祇科重犯之刑。不再科輕罪之刑矣。

(二)併科主義。此主義即將各罪之刑合併科斷。本乎有罪必罰之規定。

(三)折衷主義。主張此說者。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。而此主義。復有外形的折衷及精神的折衷之別。所謂外形的折衷者。即對於徒刑探吸收。對於拘役罰金探併科是也。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

自由選擇。或稱爲加重吸收主義及限制併科主義是也。

第二節 想像上之併合論罪

對於同一行爲所發生之數結果。曰想像上之併合論罪。學者稱爲想像上之俱發。蓋其意思與行爲。皆只有一個。並非如實體上併合論罪之爲二個以上之獨立犯罪也。此種情形。又可分之爲三。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。(一)意思說。此說謂同種類犯罪之場合係出於一個犯意。當爲一罪。異種類犯罪之場合同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。殺一人罪之成立。若決意殺人並損壞家宅時。則成爲殺人與毀壞家宅之罪矣。(二)法益說。此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。(二)行爲說。此說爲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。其行爲爲單一也。不可不認爲一罪也。我國刑法第五十五條云。「一行爲而觸犯數罪名。或犯一罪而其方法或結果之行爲犯他罪名者。從一重處斷」。即本此說而爲規定者也。所謂從一重處斷此。即於數罪名中比較其科刑之輕重。從其重刑之一罪處斷。如上述之例。殺甲傷乙又毀壞丙之家宅者。爲觸犯殺人罪傷害罪及毀壞他人財物之三罪名。則比較各罪之刑。從其重刑之一罪處斷是。

第三節 連續犯

刑法第五十六條曰。「連續數行爲而犯同一之罪名者。以一罪論但得加重其刑至三分之一」。是連續犯者。即以同一犯意。侵害同一之法益。而爲數個之獨立犯罪行爲也。例如於同一櫃內之銀洋日竊若

千。分數次竊完。此數次之竊盜行爲。祇以一罪論。又如與人通姦者。連續經一年之時期。所有一年內之通姦行爲。亦祇以一罪論。故連續犯之構成。須具備左列要件。

(一)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。

(二)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。例如某甲因見其隣人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。拾獲竊得全數。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。

(二) 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。

第二編 刑罰論

刑罰者。國家爲制裁私人之違犯刑法者。而剝奪其法益之手段也。茲分述其意義如左。

(一)私罰者爲國家對於私人之制裁也。私人對於私人之行爲。或國家對於國家之行爲。皆爲有關係之行爲也。其行爲有時且含有制裁之性質。如私人間之報復行爲。國際間之戰爭行爲是。然皆不得謂之刑罰。必國家對於私人所予之制裁。方能謂之刑罰。

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

(三)刑罰者爲對於犯人之制裁也。古代之刑罰不僅加于犯人。卽

犯人之親屬亦常有因犯人之犯罪而連帶受罰者。我國昔時緣坐之制。誅夷且及九族。故非犯人亦每受極刑。而今之刑罰則以犯人之本身爲限。其親屬不受制裁也。

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

第八章 刑之酌科及加減

第一節 刑之酌科

刑之酌科者。卽度量犯人心術犯罪情節以及犯罪原因等。而爲刑罰之適用也。其加重減輕或免除。亦由此而定。故刑法特設刑之酌科一章。以爲處刑輕重之標準。刑法第五十七條曰。『科刑時應審酌一

切情狀尤應注意左列事項。爲科刑重輕之標準。尤應注意左列事項云者。一、犯罪之動機。二、犯罪之目的。三、犯罪時所受之激刺。四、犯罪之手段。五、犯人之生活狀況。六、犯人之品行。七、犯人智識之程度。八、犯人與被害人平日之關係。九、犯罪所生之危險及損害。十、犯罪後之態度。科罰金時。並應審酌犯人之資力。蓋同一殺人也。而其情狀千態萬變。有絕對不相同者。或出於復仇。或出於妬姦。或出於謀財。或出於憤恨。而殺人罪所應處之刑罰。依刑法。分死刑無期徒刑或十年以上有期徒刑三種。司法官於此。果處以死刑乎。抑處以無期徒刑乎。或處以十年以上有期徒刑乎。即以十年以上有期徒刑論。果爲十年乎。抑爲最長期之十五年乎。司法官於此。應即酌量其一切情節。而處以適當之刑罰。務使可收刑法之效果。蓋今日之刑法。純取感應主義。刑而過輕。不足以收感應之效。刑而過重。亦未免違反刑事政策。故必審慎又審慎。務使執中得當。此卽刑

法之適用。亦即刑法第八條規定刑之酌科之唯一意義也。

第二節 加重及減免

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

第一款 加重

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

始加重其刑罰也。刑法不於總則中特設規定。惟於分則中如各條科以獨立較重之刑而已。

第二款 減輕

刑罰之減輕。有法律上之減輕及裁判上之減輕。兩者可以併用。法律上之減輕者。基於法律上一定之原因而減輕之謂也。裁判上之減輕者。由裁判官審按一切情形及犯罪情狀而減輕之謂也。法律上之減輕。又可分爲一般的減輕及特別的減輕。規定於總則中者。爲一般的減輕。無論對於何種犯罪均得適用。規定於分則中者。爲特別的減輕。祇能對於所規定者有適用之效力也。

第三款 免除

刑罰之免除云者。犯罪有法定的免刑事由存在。法院宣告免除其刑罰之謂也。刑罰免除有一般的免除與特別的免除之分。一般犯罪共通所適用之免除。(即總則中所規定免除)曰一般的免除。特種犯罪所

適用之免除。(即分則各本條所規定之免除)曰特別的免除。

第九條 緩刑

刑罰所以防衛社會者也。在防衛社會範圍內有科刑之必要者罰之。否則避之以期適合刑罰防衛社會之本旨。然有時犯罪人所爲之行爲雖確係違背刑罰法令。依法處罰又有背乎斯旨者。又數見不鮮矣。如之何而後能求其適合防衛社會之本旨乎。曰緩刑卽負此種任務而來者也。緩行云者。法院對於具備法定要件(卽法定緩刑條件)輕微犯罪人宣告短期自由刑同時定一相當期限宣告猶豫之執行。在此期限內而不有撤銷緩刑宣告事由發生。卽失却刑之宣告效力之謂也。自由刑之刑期有長短。對於惡性重大之犯罪人科以長期之自由刑。固足以收改善犯人之效。對於輕微犯罪人執行短期自由刑。則又恆得其反。緣此項犯人類多愛惜名譽者流。一旦置身囹圄。自覺其在社會上之地位從此一落千丈。異日重歸社會。將不齒於良民。因而自暴自棄。加之日與

囚人爲伍。常被他人之惡化。徵之犯罪統計受短期自由刑之執行分獄再犯幾達半數者。即可想見短期自由刑之弊害。各國刑法有鑒于此。於是設緩刑制度以救濟此弊。使裁判官對於犯輕微罪之偶發犯人負詳加考察之責。裁判官認爲該犯人惡性不大不必科刑而後能達防衛社會之目的時。宣告刑罰同時於一定期限內宣告猶豫執行。在此期限內不有再犯以及其他事由發生。不復令犯罪人入獄受刑罰之執行。

緩刑能矯正短期自由刑之弊害。故各國咸採用之。惟其所採用之主義則不一致。約有四種茲分別說明於左。

(一)刑罰宣告猶豫主義。對於有悔改希望之犯人在一定期間內猶豫刑罰之宣告犯罪人於此期間內如有行狀不良事由發生。再行搜集證據宣告刑罰而執行之。若保持善行經過此項期限。即不復爲有罪判決宣告者。曰刑罰宣告猶豫主義。一八七〇年波士敦首行此制。厥後漸次推行於北美合衆國全國。一八八七年英國起而效之。並設監查員監

查被猶豫者之行狀。大有成效。此主義因其爲英美兩國行之。故又名曰英美主義。

(二)條件附刑罰執行主義。以裁判猶豫刑之執行平穩無事經過一定期間即確定的免除其執行者。曰條件附刑罰執行主義。又曰條件附執行猶豫主義。日本明治三十八年曾用此制。今則改用條件附刑罰執行主義矣。

(三)條件附特赦主義。對於受刑罰宣告之犯罪人猶豫其刑之執行。在猶豫期間內不有特別事故發生。一俟期間經過後。以確定的赦免免除刑罰之執行者。曰條件附特赦主義。一八九五年以降。德意志各邦咸用此制。

(四)條件附刑罰宣告主義。條件附刑罰宣告主義云者對於犯人爲有罪判決宣告刑罰。定一相當期間猶豫其執行。在此期間內無特別事故發生時。刑之宣告即失其效力之謂也。因其有失却有罪判決之效力

。在法律上與不有罪判決者同。故又有名此爲條件附有罪判決主義者。一八八八年比利時首行此制。一八九一年法蘭西繼之。而今則多數國立法例咸採用此主義矣。

就以上四主義而評論之。刑罰宣告猶豫主義判決當時不宣告犯罪人所應得之刑罰。僅定一宣告刑罰之相當期間。並設監查員監查被猶豫者之行狀。必俟日後遇有撤銷緩刑事由發生。而後再事搜集證據確定時期。其缺點有二（一）設置查監員手續煩雜。於被監查者之生業上
有時大有妨礙。（二）猶豫期限過長。證據常有逸散之虞。一旦遇有撤銷緩刑事由發生。搜集證據常感困難。條件附刑罰執行主義與條件附特赦主義亦不妥當。因其僅能免除刑之執行而不有消滅刑罰宣告之效力。故不易於勉勵犯人自新。故惟附刑罰宣告主義與刑事政策之精神相適合。故我國刑法亦採用之。

第十章 假釋

假釋者。於囚人未屆出獄之期而權令出獄之謂也。其出獄之日期認爲與在監相同。祇要在外平穩經過殘餘刑期之日數。則視爲徒刑之期間已滿。所以採用假釋出獄之理由有二。受刑人形狀善良。則有縮短刑期之希望。是假釋出獄有使受刑人恪守獄規勤勉作業之效果。恪守獄規勤勉作業固是外形上之改善。然而行之過久。漸成習慣。因而改善其心意。乃至於使受刑人真心悔悟。此其一。裁判官審判刑罰之際。應就犯罪人惡性之大小以定刑罰之重輕。惟是在此最短期內。欲求其考察無誤。殊屬不易。犯人入獄。獄吏隨時窺察其個性。認爲該犯人惡性不大。裁判官宣告刑罰失之過重。可以呈請法部許其假釋出獄。是假釋出獄有匡正定刑不當之效果。此其二。犯罪人由極端限制自由之監獄內而入於放縱不羈之社會。其失足也必易。若於釋放前尙有此一種過度生活階級俾罪人循級而登。則失足之虞庶可減少。是假釋出獄有防止累犯之效果。此其三。有此三端。所以假釋出獄之於

刑事政策上大有關係也。

我國刑法第七十七條曰。受徒刑之執行而有懊悔實據者。無期徒刑逾十年後。有期徒刑逾二分之一後。由監獄長官呈司法行政最高官署得許假釋出獄。但有期徒刑之執行未滿一年者不在此限。細釋其意。其適用範圍有一定制限。曰死刑。曰拘獄。曰罰金。曰未滿二年之有徒刑。此四者皆是皆不適用假釋制度者也。死刑係剝奪犯罪人之生命。自無所假釋。拘役刑期甚短。在此最短之刑期中。欲知犯人是否確能悔悟。殊苦無法考察。所以不適用假釋。受罰金刑之宣告者無須入獄受執行。自無假釋之足言。至易科監禁處分之能適用此制與否。則因立法例不同而有異。如日本刑法第三十二條第二項有規定不能完納罰金致被拘留得以行政官廳之處分許其假釋出場者。我國刑法則不得據此而爲解釋。其理由有三。(一)刑法第七十七條明定假釋限於徒刑。不適用於罰金易科監禁處分之執行也。不在監獄而在監獄內附設之

監禁所。在監禁所受執行。是即表示與受徒刑之執行有別。易科監禁既非徒刑。而謂其可以假釋。是之謂違背刑法之規定。(二)刑法規定執行未滿一年之有期徒刑不適用假釋出獄。易科監禁期限不得逾一年。自無適用假釋之餘地。(三)易科監禁可以假釋。罰金而易科。則不能減少所應完納之金額。殊失公平。準諸上述理由。我國刑法上之易科監禁處分不能適用假釋之規定。亦可以無疑矣。徒刑執行未滿一年(各國立法例關於此種期限頗不一致有一年為限者。如德國刑法及瑞士奧國刑法準備草案是。有三月為限者。如法國比利時魯金是。有無期限者。如果魯亞斯亞及美國數州是)則不能執行者。以囚徒在獄為期未久。是否真心悔悟。殊難得確實之準據。故爾爾也。至假釋條件所定之執行刑期。應否適用以裁判確定前之拘禁日數算入。易言之。即第七十七條第一項所稱之執行刑期應否以實受執行者為限。(例如受十年徒刑之宣告於裁判確定前已受兩年之羈押抵扣徒刑一年。若

此一年亦算入已執行刑期之內。則有執行四年便可假釋。以實際論之。其所受執行之時期。僅四年耳。與二分之一不符。外國學說頗不一致。有主張算入者。如那威瑞典是。但主張不算入者居多數。因假釋條件所定之執行刑期係指事實上之執行。俾知犯人受刑後是否實能悔改。若以拘禁日數算入。是否與假釋之意旨背馳。故我國刑法從德國刑法準備草案立法例也。

假釋期滿未經撤銷假釋者。其未執行之刑期以已執行論。（刑法第七十九條）準此因有期刑囚與無期刑囚而其結果有異。有期刑囚在假釋期限內不有撤銷假釋事由存在。刑期經過免除餘刑之執行。無期刑囚終身假釋期限中。終身不發生撤銷假釋事由。免除刑之執行。若在假釋期限內有左情列形之一者。撤銷其假釋。

（一）更犯罪受拘役上刑以之宣告者。已受徒刑之執行不知痛改前非於假釋期限內更犯拘役以上之罪。足見其人在獄內之悔改情狀非真

心悔悟。故應撤銷其假釋。

(二)犯假釋管束規則者。犯假釋管束規則中應撤銷假釋之條項經撤銷假釋者。在假釋期限內違背假釋管理規則由司法部長取消其假釋處分之謂也。例如假釋者爲三日以外之旅行。不將其事由及旅行地旅行日數呈報監督警察署認爲違背假釋管理規則第五條之規定具意見呈報司法部長。由司法部長取消其假釋處分是。

有期刑囚因有上列事由之一致假釋被撤銷時。假釋出獄中之日數不算入刑期之內。重行入獄受餘刑之執行。無期徒刑囚有因上列事由之一致假釋被撤銷時。重行入獄再受無期徒刑之執行。又假釋期內因他罪(如專科罰金之罰)受刑之執行者。(如無力完納罰金易科監禁之執行)其執行之期間不算入釋假期內(刑法第七十九條第二項)

假釋與特赦有異。特赦者。對於已受刑罰宣告之特定犯罪人免除其刑罰之執行也。假釋制度以促犯人改過自新爲良民之準備爲本。爲

漸進主義之最終階級。亦受刑人由監獄生活入於普通生活之一種過渡生活也。因其爲受刑人之過渡生活與特赦之免除刑罰執行有別。所以監獄規則特設特別監督之規定以監督之。（監獄規則第八十九條云假釋出獄人在假釋期內應遵守左列各項規定一就正業保持善行二受監獄監督但監獄得以其監督權委託警察官署或其他認爲適當之人三移居或爲七日以上之旅行時須有督監者之許可）。

第十一章 時效

時效云者。因時間之經過而取得消滅某種權利之謂也。有民事上之時效及刑事上之時效兩種。民事上之時效經過後可取得或消滅其私權。刑事上之時效經過後即可消滅訴追或行刑權利也。國家之刑罰權何以時效而消滅乎。學者間不一其說。其重要者約有數種。有謂證據爲訴追之要件。每因事過境遷而搜求甚難。故經過法定時期之後即不予訴追。然此專就訴追權之時效言之。於行刑權之時效無關也。有謂

犯法逃避法庭之訴追或執行。則必斂夕惶恐。每生悔悟。經過長時間之懼悔。幾不啻刑罰之實施。於苦痛方面固已等於受刑。而於惡性方面亦每因懼悔而改善。故逃避中輒罕再行犯罪之事實發生。可爲明證。有謂近世刑罰之目的在改善其惡性以防其再犯。若於犯罪後銷聲匿跡。不再爲犯罪行爲。卽於社會之秩序無擾亂之虞。至若干時期猶能平穩經過。又何必定拘有罪必罰之見耶。若然則鄰於報復主義矣。以上各說雖各有足以批評之處。然時效之制爲各國所通行。亦爲學者間多數所公認。故不妨令其存在也。惟關於刑事時效之規定有主張列入刑事訴訟法中者。蓋以起訴之手續固爲屬於刑事訴訟之範圍。卽行刑之規定亦係刑事訴訟法中執行事項。兩者皆不應規定於刑法中也。有主張以起訴權之時效列入刑事訴訟法中。而行刑權之時效則以刑法定之。蓋以起訴權之時效雖屬訴訟法上之關係。然行刑權之時效關乎科刑之時限。故應列入刑法中也。我國現行刑法則並列於刑法之中。蓋

以刑法雖爲各種犯罪定其所科之刑而設。然入起訴權及行刑權之時效者其科刑不必實施。故其時效即屬刑法上之一種也。刑法上之時效有二。其一行刑權之時效。其二起訴權之時效是也。一定期間內不執行刑罰因之而消滅刑罰執行權者曰行刑權之時效。一定期間內不提起公诉或自訴因之而消滅起訴權者曰起訴權之時效。爲刑罰消滅之原因者。(狹義的刑罰消滅)僅指行刑權之時效而言。茲將追訴權之時效及行刑權之時效分述於左。

第一節 追訴權之時效

追訴權之時效即消滅刑罰請求權之時效。我國刑法第八十條所謂逾左列期限而不行使者因時效而消滅者是也。追訴時效僅爲廣義的消滅刑罰之原因。非狹義的消滅刑罰事由。其期限如下。(一)死刑無期徒刑或十以上有期徒刑者二十年。(二)三年以上十年未滿有期徒刑者十年。(三)一年以上三年未滿有期徒刑者五年。(四)一年未滿有期徒刑

刑者三年。(五)拘役或罰金者一年。即成犯自犯罪成立之日繼續犯自犯罪最終之日經過上列期限檢察官不提起公訴或自訴人不提起自訴者。是爲時效完成。計算時效則以成立之日或最終之日爲始日。時期則依照法定而計算之。

各國立法例關於起訴權之時效。有多至七項者。亦有少至二項者。以分爲五項者爲多。我國舊刑律分爲六項。刑法則折衷規定爲五項。又以各國所定期限有長至三十年者。亦有短至十年者。以二十年者爲多。舊刑律以十五年爲長期。刑法乃改以二十年爲長期。蓋謂我國幅員遼闊。交通不便。探查犯人之機關未備。不得不將最長期間延長。至最短期限亦因同一理由定爲一年。

本刑應加重或減輕者。追訴權之時效期限仍據本刑計算。刑法所以有此規定者。是亦以提起公訴或自訴爲訴訟上之行爲。加重減輕乃裁判之結果。在未受裁判宣告以前不能預定將來之加減。所以不能因

他日本刑之有加減而時效有所變更也。

第二節 行刑權之時效

行刑權之時效即免除刑罰執行之時效。行刑時效完成與犯罪人已受刑之執行執行而完畢者相同。我國刑法第八十四條所謂逾左列期限而不行使者因時效而消滅者是也。因行刑時效完成僅有免除刑之執行之效力而不有消滅刑罰宣告之效力也。故其有罪之判決如故。使有犯罪人犯拘役以上刑之宣告因時效完成而免除刑之執行。

行刑權之時效期限如下。(一)死刑無期徒刑或十年以上有期徒刑者三十年。(二)三年以上十年未滿有期徒刑者十五年。(三)一年以上三年未滿有期徒刑者七年。(四)一年未滿有期徒刑者五年。(五)拘役罰金或專科沒收者三年。自裁判確定之日起算。經過上列期限不行刑者。是爲時效完成。監禁所之監置及非專科之沒收非獨立刑。是以不有時效期限之規定。惟是罰金已罹於消滅時效。自不能以罰金罹於消

滅時效爲理由而執行易科監禁處分。無他。本刑（罰金刑）既經消滅。易刑自無由獨立存在故也。

行刑權時效之期限。以裁判確定之日爲計算之始日。時期則依據刑法規定而計算之。但有停止執行事由。（刑事訴訟法第四百八十四條第四百八十五條）存在時。從停止執行事故消滅之日起算。在停止執行事故消滅前。時效停止不進行。例如受死刑宣告之人。裁判確定後逾一年未執行。迨司法部覆准文到。犯人在心神喪失中。停止死刑之執行。閱二年始就痊。痊癒後又不行刑。復越二十有九年。以此二十九年與裁判確定心神喪失前之一年合併計算。是爲三十年不執行。死刑罹於消滅時效。從心神喪失之日至痊癒之日。此二年時效停止不進行。誠以此等情形係依法不執行。非刑法第八十四條所謂不行使者所可比。故此項期間不能算入時效期限之內。不然。則受刑罰宣告之人患病入院受治療。病未愈而即罹於時效致免除刑之執行。有背處刑

之本旨也

第十二章 保安處分

保安處分云者。謂法律爲保護公衆安甯。而對於未達責任年齡人。或心神喪失人。或有特殊嗜好人。犯罪時。施以感化監護。或禁戒之處分也。因法律所認爲犯罪人者。以自然人爲主體。固無疑義矣。然自然人之未達法定年齡。或有精神障礙時。不能認識犯罪之目的。固無所謂故意與過失。若驟加以刑罰。殊不能收獲刑罰之效果。且與刑事政策背道而馳也。苟未滿十四歲之未達責任年齡人。或有精神障礙人之不法行爲。任其所爲。則社會秩序。個人法益。被其推殘。危險性之重大。孰甚於斯。故法律爲保護一般公衆安甯起見。及勵行刑事政策。特定折衷辦法。於刑法總則末葉。專設一章。名之曰保安處分是也。

保安處分者。(一)因未滿十四歲而不罰者。得令人感化教育處所

。施以感化教育。因未滿十八歲而減輕其刑者。得於刑之執行完畢或赦免後。令入感化教育處所。施以感化教育。（刑法第八十六條）

（二）因心神喪失而不罰者。得令人相當處所。施以監護。（刑法第八十七條）

（三）犯吸食鴉片或施打嗎啡或使用高根海洛因或其他化合質料之罪者。得令人相當處所。施以禁戒。（刑法第八十八條）

（四）因酗酒而犯罪者。得於刑之執行完畢或赦免後。令人相當處所。施以禁戒。（刑法第八十九條）

（五）有犯罪之習慣或以犯罪爲常業或因遊蕩或懶惰成習而犯罪者。得於刑之執行完畢或赦免後令人勞動場所。強制工作。（刑法第九十條）

（六）外國人受有期徒刑以上刑之宣告者。得於刑之執行完畢或赦免後。驅逐出境。（刑法第九十五條）

中華民國刑法總則

二十四年一月一日公布

第一章 法例

第一條 行爲之處罰。以行爲時之法律有明文規定者，爲限。

第二條 行爲後法律有變更者。適用裁判時之法律。但裁判前之法律有利於行爲人者。適用最有利於行爲人之法律。

保安處分適用裁判時之法律。

處罰之裁判確定後。未執行或執行未完畢。而法律有變更不處罰其行爲者。免其刑之執行。

第三條 本法於在中華民國領域內犯罪者。適用之。在中華民國領域外之中華民國船艦或航空機內犯罪者。以在中華民國領域內犯罪論。

總則

一

第四條 犯罪之行為或結果。有一在中華民國領域內者。爲在

中華民國領域內犯罪。

第五條 本法於凡在中華民國領域外犯左列各罪者。適用之。

一 內亂罪。

二 外患罪。

三 偽造貨幣罪。

四 第二百零一條及第二百零二條之偽造有價證券罪。

五 第二百一十一條。第二百一十四條。第二百一十

六條及第二百一十八條之偽造文書印文罪。

六 第二百九十六條之妨害自由罪。

七 第三百二十三條及第三百三十四條之海盜罪。

第六條 本法於中華民國公務員在中華民國領域外犯左列各罪

者。適用之。

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

二 第一百六十三條之脫逃罪。

三 第二百十三條之偽造文書罪。

四 第三百三十六條第一項之侵佔罪。

第七條

本法於中華民國人民在中華民國領域外犯前二條以外之罪。而其最輕本刑爲三年以上有期徒刑者。適用之。但依犯罪地之法律不罰者。不在此限。

第八條

前條之規定。於在中華民國領域外對於中華民國人民犯罪之外國人準用之。

第九條

同一行為雖經外國確定裁判。仍得依本法處斷。但在外國已受刑之全部或一部執行者。得免其刑之全部或一部之執行。

第十條

稱以上。以下。以內者。俱連本數或本刑計算。

稱公務員者。謂依法令從事於公務之人員。

稱公文書者。謂公務員職務上制作之文書。

稱重傷者。謂左列傷害。

- 一 毀敗一目或二目之視能。
- 二 毀敗一耳或二耳之聽能。
- 三 毀敗語能味能或嗅能。
- 四 毀敗一肢以上之機能。
- 五 毀敗生殖之機能。
- 六 其他於身體或健康。有重大不治或難治之傷害。

第十一條 本法總則於其他法令有刑罰之規定者。亦適用之。但

其他法令有特別規定者。不在此限

第二章 刑事責任

第十二條 行爲非出於故意或過失者。不罰

過失行爲之處罰。以有特別規定者。爲限。

第十三條 行爲人對於構成犯罪之事實。明知並有意使其發生者

。爲故意。

行爲人對於構成犯罪之事實。預見其發生而其發生並不違背其本意者。以故意論。

第十四條 行爲人雖非故意。但按其情節應注意。並能注意。而

不注意者。爲過失。

行爲人對於構成犯罪之事實。雖預見其能發生而確信其不發生者。以過失論。

第十五條 對於一定結果之發生。法律上有防止之義務。能防止而不防止者。與因積極行為發生結果者同。

因自己行為致有發生一定結果之危險者。負防止其發生之義務。

第十六條 不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節得減輕其刑。如自信其行為為法律所許可而有正當理由者。得免除其刑。

第十七條 因犯罪致發生一定之結果。而有加重其刑之規定者。如行為人不能預見其發生時。不適用之。

第十八條 未滿十四歲人之行為。不罰。

十四歲以上未滿十八歲人之行為。得減輕其刑。

滿八十歲人之行為。得減輕其刑。

第十九條 心神喪失人之行為。不罰。

精神耗弱人之行爲。得減輕其刑。

瘖啞人之行爲。得減輕其刑。

第二十條

依法令之行爲。不罰。

依所屬上級公務員命令之職務上行爲。不罰。但明知命令違法者。不在此限。

第二十二條

業務上之正當行爲。不罰。

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

第二十三條

因避免自己或他人生命。身體。自由。財產之緊急得危

而出於不得已之行爲。不罰。但避難行爲過當者。得減輕或免除其刑。

前項關於避免自己危難之規定。於公務上或業務上有特別義務者。不適用之。

總

則

七

第三章 未遂犯

第二十五條 已着手於犯罪行為之實行而不遂者。爲未遂犯。

未遂犯之處定。以有特別規定者。爲限。

第二十六條 未遂犯之處罰。得按既遂犯之刑減輕之。但其行為不能

發生犯罪之結果。又無危險者。輕減或免除其刑。

第二十七條 已着手於犯罪行為之實行。而因已意中止或防止其結果

之發生者。減輕或免除其刑。

第四章 共犯

第二十八條 二人以上共同實施犯罪之行為者。皆爲正犯。

第二十九條 教唆他人犯罪者。爲教唆犯。

教唆犯依其所教唆之罪處罰之。

被教唆人雖未犯至罪。教唆犯仍以未遂犯論。但以所教

唆之罪有處罰未遂犯之規定者爲限。

第三十條 幫助他人犯罪者。爲從犯。雖他人不知幫助之情者。亦

同。

從犯之處罰。得按正犯之刑減輕之。

第三十一條 因身份或其他特定關係成立之罪。其共同實施或教唆幫

助者。雖無特定關係。仍以共犯論。

因身份或其他特定關係致刑有重輕或免除者。其無特定關係之人。科以通常之刑。

第五章 刑

第三十二條 刑分爲主刑及從刑。

第三十三條 主刑之種類如左。

一 死刑。

二 無期徒刑。

三 有期徒刑。二月以上。十五年以下。但遇有加減時

得減至二月未滿。或加至二十年。

四 拘役。一日以上。二月未滿。但遇有加重時。得加至四個月。

五 罰金。一元以上。

第三十四條 從刑之種類如左。

一 褫奪公權。

二 沒收。

第三十五條 主刑之重輕。依第三十三條規定之次序定之。

同種之刑。以最高度之較長或較多者爲重。最高度相等者。以最低度之較長或較多者爲重。

除前二項規定外。刑之重輕參酌前二項標準定之。不能依前二項標準定之者。依犯罪情節定之。

第三十六條 褫奪公權者。褫奪左列資格。

一 爲公務員之資格。

二 公職候選人之資格。

三 行使選舉。罷免。創制。複決四權之資格。

第三十七條

宣告死刑或無期徒刑者。宣告褫奪公權終身。

宣告六月以上有期徒刑。依犯罪之性質認爲有褫奪公權

之必要者。宣告褫奪公權一年以上十年以下。

褫奪公權。於裁判時併宣判之。

依第一項宣告褫奪公權者。自裁判確定時發生效力。依

第二項宣告褫奪公權者。自主刑執行完畢或赦免之日起

算。

第三十八條

左列之物沒收之。

一 違禁物。

二 供犯罪所用或供犯罪預備之物。

總

則

一一

三 因犯罪所得之物。

前項第一款之物。不問屬於犯人與否。沒收之。

第一項第二款。第三款之物。以屬於犯人者爲限。得沒收之。但有特別規定者。依其規定。

免除其刑者。仍得專科沒收。

第三十九條

第四十條

沒收於裁判時併宣告之。但違禁物得單獨宣告沒收。

第四十一條

犯最重本刑爲三年以下有期徒刑以下之刑之罪。而受六月以下有期徒刑或拘役之宣告。因身體。教育。職業或家庭之關係。執行顯有困難者。得以一元以上三元以下折算一日。易科罰金。

第四十二條

罰金應於裁判確定後兩個月內完納。期滿而不完納者。強制執行。其無力完納者。易服勞役。

易服勞役以一元以上三元以下。折算一日。但勞役期限

不得逾六個月。

罰金總額拆算逾六個月之日數者。以罰金總額與六個月之日數比例折算。

科罰金之裁判。應依前二項之規定。載明折算一日之額數。

易服勞役不滿一日之零數。不算。

易服勞役期內或罰金者。以所納之數。依裁判所定之標準折算。扣除勞役之日期。

第四十三條 受拘役或罰金之宣告。而犯罪動機在公益或道義上顯可宥恕者。得易以訓誡。

第四十四條 易科罰金。易服勞役或易以訓誡執行完畢者。其所受宣告之刑。以已執行論。

第四十五條 刑期自裁判確定之日起算。

總

則

第四十六條 裁判雖經確定。其尙未受拘禁之日數。不算入刑期內。裁判確定前羈押之日數。以一日抵有期徒刑或拘役一日。

。或第四十二條第四項裁判所定之罰金額數。

第六章 累犯

第四十七條 受有期徒刑之執行完畢。或受無期徒刑或有期徒刑一部之執行而赦免後。五年以內再犯有期徒刑以上之罪者。爲累犯。加重本刑至二分之一。

第四十八條 裁判確定後。發覺爲累犯者。依前條之規定更定其刑。但刑之執行完畢或赦免後發覺者。不在此限。

第四十九條 累犯之規定。於前所犯罪依軍法或於外國法院受裁判者不適用之。

第七章 數罪併罰

第五十條 裁判確定前犯數罪者。併合處罰之。

第五十一條

數罪併罰。分別宣告其罪之刑。依左列各款定其應執行者。

- 一 宣告多數死刑者。執行其一。
- 二 宣告之最重刑爲死刑者。不執行他刑。但從刑不在此限。
- 三 宣告多數無期徒刑者。執行其一。
- 四 宣告之最重刑爲無期徒刑者。不執行他刑。但罰金及從刑。不在此限。
- 五 宣告多數有期徒刑者。於各刑中之最長期以上。各刑合併之刑期以下。定其刑期。但不得逾二十年。
- 六 宣告多數拘役者。比照前款定其刑期。但不得逾四個月。
- 七 宣告多數罰金者。於各刑中之最多額以上。各刑合

併之金額以下。定其金額。

八 宣告多數褫奪公權者。僅就其中最長期執行之。

九 宣告多數沒收者。併執行之。

十 依第五款至第九款所定之刑。併執行之。

第五十二條
數罪併罰。於裁判確定後。發覺未經裁判之餘罪者。就餘罪處斷。

第五十三條
數罪併罰。有二裁判以上者。依第五十一條之規定定其應執行之刑。

第五十四條
數罪併罰。已經處斷。如各罪中受赦免者。餘罪仍依第五十一條之規定。定其應執行之刑。僅餘一罪者。依其宣告之刑執行。

第五十五條
一行爲而觸犯數罪名。或犯一罪而其方法或結果之行爲犯他罪名者。從一重處斷。

第五十六條 連續數行爲而犯同一之罪名者。以一罪論。但得加重其

刑至二分之一。

第八章 刑之酌科及加減

第五十七條 科刑時應審酌一切情狀。尤應注意左列事項。爲科刑輕重之標準。

- 一 犯罪之動機。
- 二 犯罪之目的。
- 三 犯罪時所受之激刺。
- 四 犯罪之手段。
- 五 犯人之生活狀況。
- 六 犯人之品行。
- 七 犯人之智識程度。
- 八 犯人與被害人平日之關係。

總
則

九 犯罪所生之危險或損害

十 犯罪後之態度

第五十八條

科罰金時。除依前條規定外。並應審酌犯人之資力及因犯罪所得之利益。如所得之利益超過罰金最多額時。得於所得利益之範圍內酌量加重。

第五十九條

犯罪之情狀可憫恕者。得酌量減輕其刑。

第六十條

依法律加重或減輕者。仍得依前條之規定酌量減輕其刑

第六十一條

犯左列各罪之一。情節輕微。顯可憫恕。認為依第五十九條規定減輕其刑仍嫌過重者。得免除其刑。

- 一 依最重本刑三年以下有期徒刑。拘役或專科罰金之罪。依第一百三十二條第一項。第一百四十三條。第一百四十五條。第一百八十六條。第二百七十二條第三項及第二百七十六條第一項之罪。不在此限

二 犯第二百二十條之竊盜罪。

三 犯第二百三十五條之侵占罪。

四 犯第三百三十九條之詐欺罪。

五 犯第三百四十九條第二項之贓物罪。

第六十二條 對於未發覺之罪自首而受裁判者。減輕其刑。但有特別規定者。依其規定。

第六十三條 未滿十八歲人或滿八十歲人犯罪者。不得處死刑或無期徒刑。本刑爲死刑或無期徒刑者。減輕其刑。

第六十四條 未滿十八歲人犯第二百七十二條第一項之罪者。不適用前項之規定。

死刑不得加重。

死刑減輕者。爲無期徒刑。或爲十五年以下十二年以上有期徒刑。

總

則

第六十五條 無期徒刑不得加重。

無期徒刑減輕者。爲七年以上有期徒刑。

第六十六條

有期徒刑。拘役。罰金減輕者。減輕其刑至二分之一。

但同時有免除其刑之規定者。其減輕得減至三分之一。

第六十七條

有期徒刑加減者。其最高度及最低度同加減之。

第六十八條

拘役或罰金加減者。僅加減其最高度。

第六十九條

有二種以上之主刑者。加減時併加減之。

第七十條

有二種以上刑之加重或減輕者。遞加或遞減之。

第七十一條

刑有加重及減輕者。先加後減。

有二種以上之減輕者。先依較少之數減輕之。

第七十二條

因刑之加重減輕。而有不滿一日之時間或不滿一元之額

數者。不算。

第七十三條

酌量減輕其刑者。準用減輕其刑之規定。

第九章 緩刑

第七十四條

受二年以下有期徒刑拘役或罰金之宣告。而有左列情形之一。認爲以暫不執行爲適當者。得宣告二年以上五年以下之緩刑。其期間自裁判確定之日起算。

一 未曾受有期徒刑以上刑之宣告者。

二 前受有期徒刑以上刑之宣告。執行完畢或赦免後。

五年以內未曾受有期徒刑以上刑之宣告者。

第七十五條

受緩刑之宣告。而有左列情形之一者。撤銷其宣告。

一 緩刑期內更犯罪。受有期徒刑以上刑之宣告者。

二 緩刑前犯他罪。而在緩刑期內受有期徒刑以上刑之宣告者。

因過失犯罪者。不適用前項之規定。

第七十六條

緩刑期滿。而緩刑之宣告未經撤銷者。其刑之宣告失其

效力。

第十章 假釋

第七十七條 受徒刑之執行而有悛悔實據者。無期徒刑逾十年後。有期徒刑逾二分之一後。由監獄長官呈司法行政最高官署。得許假釋出獄。但有期徒刑之執行未滿一年者。不在此限。

前項執行期間遇有四十六條情形者。以所餘之刑期計算假釋中更犯罪。受有期徒刑以上之宣告者。撤銷其假釋。

第七十八條

因過失犯罪者。不適用前項之規定。

假釋撤銷後。其出獄日數不算入刑期內。

第七十九條 在無期徒刑假釋後滿十年。或在有期徒刑所餘刑期內未經撤銷假釋者。其未執行之刑。以已執行論。

假釋中因他罪受刑之執行者。其執行之期間不算入假釋期內。

第十一章 時效

第八十條

追訴權因左列期間內不行使而消滅。

- 一 死刑。無期徒刑或十年以上有期徒刑者。二十年。
 - 二 三年以上十年未滿有期徒刑者。十年。
 - 三 一年以上三年未滿有期徒刑者。五年。
 - 四 一年未滿有期徒刑者。三年。
 - 五 拘役或罰金者。一年。
- 前項期間自犯罪成立之日起算。但犯罪行爲有連續或繼續之狀態者。自行爲終了之日起算。
- 追訴權之時效。期間。依本刑之最高度計算。有二種以上之主刑者。依最重主刑或最重主刑之最高度計算。

第八十一條

總則

第八十二條 本刑應加重或減輕者。追訴權之時效期間。仍依本刑計算。

第八十三條 追訴權之時效。如依法律之規定。偵查。起訴或審判之程序。不能開始或繼續時。停止其進行。前項時效停止。自停止原因消滅之日起。與停止前已經過之期間。一併計算。

停止原因繼續存在之期間。如達於第八十條第一項各款所定期間四分之一者。其停止原因視為消滅。行刑權因左列期間內不行使而消滅。

- 一 死刑。無期徒刑或十年以上有期徒刑者。三十年。
- 二 三年以上十年未滿有期徒刑者。十五年。
- 三 一年以上三年未滿有期徒刑者。七年。
- 四 一年未滿有期徒刑者。五年。

五 拘役。罰金或專科沒收者。三年。

前項期間自裁判確定之日起算。

第八十五條

行刑權之時效。如依法律之規定不能開始或繼續執行時。停止其進行。

前項時效停止。自停止原因消滅之日起。與停止前已經過之期間。一併計算。

停止原因繼續存在之期間。如達於第八十四條第一項各款所定期間四分之一者。其停止原因視為消滅。

第十二章 保安處分

第八十六條

因未滿十四歲而不罰者。得令入感化教育處所。施以感化教育。因未滿十八歲而減輕其刑者。得於刑之執行完畢或赦免後。令入感化教育處所。施以感化教育。但宣告三年以下有期徒刑。拘役或罰金者。得於執行前爲之

感化教育期間爲三年以下。

第二項但書情形。依感化教育之執行。認爲無執行刑之必要者。得免其刑之執行。

第八十七條

因心神喪失而不罰者。得令人相當處所。施以監護。

因精神耗弱或瘖啞而減輕其刑者。得於刑之執行完畢或赦免後。令人相當處所。施以監護。

前二項處分期間爲三年以下。

第八十八條

犯吸食鴉片或施打嗎啡或使用高根。海洛因或其化合質料之罪者。得令人相當處所。施以禁戒。

前項處分於刑之執行前爲之。其期間爲六個月以下。

依禁戒處分之執行。法院認爲無執行刑之必要者。得免其刑之執行。

第八十九條

因酗酒而犯罪者。得於刑之執行完畢或赦免後。令人相當處所。施以禁戒。前項處分期間爲二個月以下。

第九十條

有犯罪之習慣或以犯罪爲常業或因遊蕩或懶惰成習而犯罪者。得於刑之執行完畢或赦免後。令人勞動場所。強制工作。

前項處分期間爲三年以下。

第九十一條

犯第二百八十五條之罪者。得令人相當處所。強制治療。前項處分於刑之執行前爲之。其期間至治癒時爲止。

第九十二條

第八十六條至第九十條之處分。按其情形得以保護管束代之。

前項保護管束期間爲三年以下。其不能收效者得隨時撤銷之。仍執行原處分。

第九十三條

受緩刑之宣告者。在緩刑期內得付保護管束。

總

則

假釋出獄者。在假釋中付保護管束。

前二項情形。違反保護管束規則情節重大者。得撤銷緩刑之宣告或假釋。

第九十四條

保護管束交由警察官署。自治團體。慈善團體。本人之最近親屬或其他適當之人行之。

第九十五條

外國人受有期徒刑以上刑之宣告者。得於刑之執行完畢或赦免後。驅逐出境。

第九十六條

保安處分於裁判時併宣告之。但因假釋或於刑之赦免後。付保安處分者。不在此限。

第九十七條

依第八十六條至第九十條及第九十二條規定宣告之保安處分。期間未終了前。認為無繼續執行之必要者。法院得免其處分之執行。如認為有延長之必要者。法院得就法定期間之範圍內。酌量延長之。

第九十八條

依第八十六條。第八十七條。第八十九條及第九十條規定宣告之保安處分。於刑之執行完畢或赦免後。認爲無執行之必要者。法院得免其處分之執行。

第九十九條

第八十六條至第九十一條之保安處分。自應執行之日起經過二年未執行者。非得法院許可不得執行之。

民國二十四年一月出版

中華民國刑法總則新論

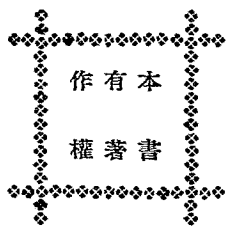
全書一冊

定價大洋一元六角

著者 袁 帥 南

印刷者 法 學 書 局

發行者 法 學 書 局



總發行所

上海三馬路
雲南路東首

上海法學書局

