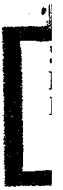


丁未秋日

警察監獄
講義錄

楊

樞



警察監獄講義錄

刑法總論 全

第三册

序

日本變法。惟刑法最先。明治五年定新律綱領。六年改正律令。十五年又布現行法。合通國之魁人傑士。他務未遑。皆競競於此者。蓋知舊法不宜於新社會。而通商口岸。設有各國領事裁判權。實大辱國也。我國刑法改良。條例業已頒布矣。而領事裁判權。尙未能收。憂國者痛焉。吾謂刑法與民法商法刑事訴訟法等。本互相爲用。與時並進。非一舉所能完善也。我國僅刑法聊改而已。乃望遽收實效哉。日本當明治五年之議改條約也。其時百廢粗舉。分途並驚。上之天皇專其斷。下之國民贊其成。內有寺島宗則。井上馨等。日夜樵勞於帷幄。外有岩倉具視。木戶孝允。大久保利通等。含羞忍垢。號呼奔走。遍歷歐美以乞哀。往復者十餘年。卒不得其要領。迨東京集各國公使。開會二十七次。假條約改正草案。粗定之矣。而國民之憤未滿意。起而攻擊者。大隈喪其足。閣臣不安於位。事亦幾於中止。幸陸奧宗光與青木周藏繼之。至三十一年而效果始圓滿。是豈國小勢孤。人皆目笑存之。概不以平等視哉。蓋刑期無刑之義。禹皋所未及道者。

彼固已大發其秘。以視法律粗定之國。條例存其舊。裁判非其人。昏夜間之視賄弄法。出入人罪者。猶明比爲奸。牢固深拒而不可破。彼亦自適其適而已。安忍舉己國之身命財產。任其蹂躪也。故內治未完善。急求之外交。未有不困者。我國之事不與人校。殆以此耶。國家之患。積之者非一朝。掃除而廓清之。是非同心並力。急起直進不爲功。倘事不論是非。猶徇其意見之私。忍心以害理。是使歐美之權勢。常橫及數萬里外。我之荆天棘地者。舍與衆同斃。更無他道。豈謀國者而忍出此。今明治立憲。採衆議。修百度。刑法一事。亦可日益改良。法在必行矣。而乏材抱歎。觸事增憂。跋前疐後。幾百爲而無一效。將拘文牽俗。進行之初。固必有此階級歟。然地大物博。憑藉者厚。盤根錯節。利器新罕。內外上下。合智勇而並進之。新民氣漸伸。主權益固。有非日本所敢望者。一飛沖天之勢。安知不在今日。是編爲牧野講師所授。雖約舉大略。而精義畢露。竊願國勢日振。良法畢行。庶致力及此者。亦大收其效也。

光緒丁未冬月

陳毓華識

刑法總論目次

第一編

第一章 刑法之意義

第一節 刑法及刑事法

第二節 法律學上之刑法及社會學上之刑法

第三節 普通法及特別法

第四節 刑法與監獄制度

第五節 刑法者公法也

第六節 刑法學之分類

第一款 犯罪原因學

第二款 犯罪政策學

第一 刑罰

第二 感化惡少年

第三 免囚保護

第四 精神病者看護法

第五 慈善問題

第六 勞働問題

第七 教育問題

第八 警察制度

第二章 刑罰權

第一節 總論

第一 國家刑罰權之起源

第二 國家罰犯罪之理由

第三 國家當罰犯人

第四 國家刑罰之目的

第三章 刑法之沿革

第四章 日本刑法之沿革

第二編

第一章 犯罪論

第一節 犯罪之定義

第一 犯罪者行爲也

第二 犯罪者於刑罰法令所列舉之行爲也

第三 犯罪者有責任行爲也

第四 犯罪者違法行爲也

第二節 犯罪之主體

第一款 非人不得爲犯罪之主體

第二款 非有責任能力者不爲犯罪之主體

無責任能力者之區別

-
- 第一項 精神未發達者
 - 第二項 精神障礙者
 - 第三節 犯罪之客體
 - 第四節 犯罪之所爲
 - 第一欸 犯意及過失
 - 第一項 犯意及過失與犯罪之關係
 - 第二項 犯意
 - 第一 犯意之定義
 - 第二 犯意之學說
 - 第三 必要認識犯罪事實
 - 第四 犯意之狀態
 - 第五 犯意與動機之關係
 - 第六 事前犯意事後犯意

第三項 過失

第一 過失之觀念

第二 過失之標準

第三 過失之狀態

第四 過失犯

第四項 錯誤

第一 錯誤之觀念

第二 事實之錯誤

第三 法律之錯誤

第二款 犯罪之行爲

第一 行爲之觀念

第二 行爲之態樣

第三 行爲之階級

第三款 犯罪之結果

第一 犯罪與結果之關係

第二 結果之發生

因果關係之觀念

因果關係之競合

因果關係之終點

因果關係之中斷

第三 結果之欠缺

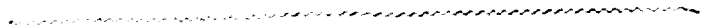
未遂犯

中止犯

不能犯

第四款 不法阻却之原因

第一 正當防衛



- 第二 緊急狀態
- 第三 權力行爲
- 第四 正當行爲
- 第五 被害者之承諾
- 第五節 共犯
- 第一 共同正犯
- 第二 處分
- 第三 共犯之種類
- 第四 事後共犯
- 第五 共犯之意思
- 第六 教唆犯
- 第七 從犯
- 第八 注意

第六節 數罪

第一款 數罪俱發

第二款 累犯

第七節 犯罪之種別

第一 重罪輕罪違警罪

第二 即成犯繼續犯

第三 單一犯連續犯

第四 單純犯結合犯

第五 常事犯國事犯

第六 現行犯非現行犯

第七 親告犯非親告犯

第八 作爲犯不作爲犯

第九 有意犯過失犯

第三編

第一章 刑罰論

第一節 觀念

第二節 刑罰之目的

第三節 刑罰之主體

第四節 種類

第五節 刑法之適用

第一 總說

第二 加重

第三 減輕

第四 加減例

第五 加減順序

第六節 刑罰之執行

刑法總論

目次

第一	通則
第二	死刑
第三	自由刑
第四	財產刑
第五	能力刑
第六	刑罰執行猶豫
第七節	刑罰之消滅
第一	犯人之死亡
第二	恩典
第三	時效
(一)	時效之觀念
(二)	時效之種別
(三)	刑之時效之期間

(四) 時效之計算

第四編

第一章 刑法之效力

第一節 刑法與土地之關係

第一 刑法者與日本領內有其效力

第二 雖外國領內之犯罪有重大影響於本國者亦處罰之

第二節 刑法與時之關係

第一 原則

第二 特例

第三節 刑法與人之關係

第一 國內法上之關係

第二 國際法上之關係

第四節 犯人引渡(即交付)

刑法總論 目次

MG
2-253
7



刑法總論

從七位^位檢察官帝國
大學講師法學士 牧野 英一 先生講授

直隸 甯 晉 冀 沛 霖 編輯

第一編

第一章 刑法之意義

第一節 刑法及刑事法

刑事法。即刑法、刑事裁判所構成法、刑事訴訟法之總稱。刑法專研究犯罪及刑罰之原則。至運用此刑法於實際。則在刑事裁判構成法及刑事訴訟法。刑事裁判所構成法。為執行刑法之機關。有執行機關。而犯罪應加之罰。亦應有形式。刑事訴訟法。為現定訴訟之手續。而為刑事之形式。三者相輔而行。缺一不得謂刑事法。茲牧野野教師所講者。祇刑法。非刑事法之全體。

刑法者。規定犯罪及刑罰之法令也。(法令即法律命令之畧。語蓋犯罪及刑罰法律

與命令中皆有規定。故以法令二字括之。蓋有犯罪者按一國之法律及命令。定犯罪之行爲。而科之以刑罰。是犯罪與刑罰。其關係之極密切者。以刑罰爲犯罪之制裁。犯罪爲刑罰之本源也。故犯罪與刑罰合而論之。

按吾孫子乾兩氏共譯獨逸刑法論云。刑法爲國家法規之全體。於犯罪事實上。以附刑罰法律之效果爲目的。又スガロー氏刑法要論云。刑法者。社會的刑罰權行使之準則。法律規定之全體也。

第二節 法律學上之刑法及社會學上之刑法

法律學者何。即規定犯罪之法律事實與處罰之法律效果間之關係之謂。蓋犯罪爲違法行爲。使不設法嚴禁。社會受害良多。故對此違法者。加以制裁。庶可保社會之安寧。就此二者關係之場合觀察之。則爲法律學也。可了然矣。然由社會如何行使刑罰權。由一面觀之。則刑法又可稱一社會學。蓋社會千變萬化。日形複雜。犯罪者每伎倆百出。以巧避當世之法網。欲求社會之發達。必研究犯罪之狀態。始得知犯罪之種種原因。故刑法又稱一社會學也。

第三節 普通法及特別法

普通法者。對於全國或全國人民之法也。如民法。裁判所構成法。及刑事訴訟法是。特別法者。對於一部或一部人民之法也。如商法。海陸軍刑法。租稅法等是。設於特別法中。有不足時。可借普通法以補助之。

第四節 刑法與監獄制度

監獄制度。關於行政。爲行政執行之機關。與司法分離。又屬刑法學之一部。欲研究獄制者。不可不知此。自有三權分立之說。而立法。司法。行政。各不相侵。互相爲用。始克臻完全之點。否則立法者。雖極完善。而裁判官僅依犯罪辭書所規定一定之刑以宣告。此爲機械的使命也。司法官僅依裁判宣告之刑。於一定時間。拘禁犯人。期滿放免。而任務遂終。是極單純之職責也。故隨社會之狀態。犯人之性質。而酌量用刑與執行之方法。刑法之目的。庶可達諸。

第五節 刑法者公法也

法有公私之區別。今日雖議論不同。而刑法爲公法。一般學者所公認也。人之犯罪者。

率因違反義務。遂構成不法行爲。雖義務所在。有對於國家與個人之差。而既有違反義務之實行。便生刑事上之關係。故國家對於個人。得行使其刑罰權。因此即可認爲公法也。

按岡田博士刑法總論云。法有公私之區別。而刑法之屬公法者。以其有權力之關係也。何謂權力關係。誠以國家定刑法之目的。原欲保全公衆之秩序。及社會之安寧。有觸禁者。即以裁判所判決。以國家權力懲治之。故謂之爲公法。

第六節 刑法學之分類

第一款 犯罪原因學

凡事無論大小。始必有起原。終必有歸宿。起原者即原因也。歸宿者即結果也。試舉一例以明之。如人欲飲食。欲休息。其飲食休息者。皆由於饑渴勞倦之原因。而致生此結果也。事之類此者頗多。而犯罪者何獨不然。故殺人行爲。必有所以殺人之原因。竊盜行爲。必有所以竊盜之原因。欲研究此原因者。當先知原因之區別。

(一) 內部原因

何爲內部原因。即就人性質上。而論犯罪之結果也。以普通人性質論。大半殺人犯性多殘忍。竊盜犯性多貪昧。然人之性質。又有因地勢。肥磽。氣候寒。暖。而異。如地肥。氣暖之處。人衣食充足。生活無慮。易流於遊蕩。忘返。一毫挫於人。即起粗暴猖狂之性質。故竊盜少。而殺人之事。易見。地磽氣寒之處。生產無多。各謀生活。之不暇。尙何計意氣之私也。故殺人之事。少。而竊盜之事。恒多。此非濶論實學者。就人性情體格。不知幾經研究。幾經經驗。中來也。故此種學問。名爲刑事人類學。又名爲犯罪人類學。

(二) 外部之原因

何以有外部原因。如專研究一人之性情體格。未免有失當之處。故必有外部原因。就社會上制度而研究之。如國家學校設。民智開。人人有獨立之學問。生業。知法律。不可犯。刑罰宜力戒。犯罪自然減少。若學校不設。教育不興。民智閉塞。生活無資。專謀目前之生活。不知法律。刑罰爲何物。犯罪者自然加多。故論罪不可專就人之性質。而當研究社會之制度。且國家極利民之事。亦有獨怨爲不利者。如設置電車。本爲人民交通便利起見。然必有妨於人力車營業者。苟獲利漸少。生計日感。不免爲竊盜事。又如捕

魚謀生者。本爲良民。時而水少魚無。生活不保。亦必易爲竊盜。對此宜責國家。不行補救方法。不可謂人即有犯罪之性質也。實社會制度之不善使然。

以上二者。犯罪人類學。屬於內部之原因。犯罪社會學。屬於外部之原因。研究人之犯罪者。固必雙方並論矣。然內外兩部。又各有其原因之區別。試再分析之如左。

(甲) 內部原因有三

(天) 先天性犯罪人

先天的犯罪者。即生來原有犯罪之性質。就研究生理學者論之。個人之體格身心。誠爲人力不能轉移。不可抗拘之自然現象也。然倡此說者。能爲世界之準繩歟。此不敢確定。但犯罪者。在獄中數年。期滿放免。仍歸故輒。此類人恒多。故謂此性由於先天中來。國家對此等犯罪。科以嚴刑。身體可憐。如置之不論。社會之安寧。安可保乎。統覽各國對此人所行之方針。不外置諸病院或監獄內也。

(地) 犯罪狂

犯罪狂者。由精神病而成。與先天犯罪迥異。牧野講師爲檢事時。曾遇一人。家本豐富。

而犯竊盜罪。被捕訊之。則曰。每見人之物。愛慕不已。非盜之不爲快。國家對此種犯罪。亦不忍科以酷刑。不過置諸病院療治。使其恢復天良。改悛惡性焉可也。

(人) 感情的犯罪

感情的犯罪者。非精神病。又非先天之犯罪。其心意最易變化。或因一時小忿。或因一時情感。致犯殺傷毆打行爲。而弗暇細思也。

(乙) 外界原因有二。

(天) 偶發的犯罪

偶發犯者。多因受外界之激刺。而成犯罪之行爲。察其性質。本無犯罪之觀念。如患腦病者。多發此症。若貧困。若私慾。若酒癖。若感觸。犯此罪者。亦恆有之。此犯易改。不若先天犯罪者之終不能追悔也。

按小田氏刑法總則云。偶發犯者。外界之動機。打動犯人之特質。使發生犯罪之場合。即一時之激烈。或被切迫必要的狀況所驅。而致妨害善良。成犯人之特質也。例如基於他人之挑撥。依一時之憤怒。毆打傷害他人。或爲防一時之饑餓。竊

取他人之財物。犯罪後即有悔悟狀況。此爲偶發犯。又名一時犯。

(地) 習慣的犯罪

習慣犯者。又名爲職業犯。即以犯罪爲營業也。刑罰對此種犯罪。必加嚴禁。此種犯人。往往合縱連橫。逞詐欺之方法。盛行於通都大邑。若英之倫敦。法之巴里。德之柏林。此事恒不少見。

按小疇氏刑法總則云。職業犯者。以犯罪爲一種營業是也。此犯所侵害之法益。不獨財產上之法益。亦必及於身體生命。其他之法益。然而有可注意者。於必然犯人受刑之結果。得達改悛之目的。與不得達改悛之目的之區別。故國家對此等犯罪。當科以刑罰。始也取改悛之目的。繼也不可取與社會分離之目的。

第二款 犯罪政策學

犯罪之原因。既有種種。國家對之。苟不設法杜絕。使無犯罪。難保社會安寧。此政策學之所由出也。

第一 刑罰

古代刑罰。嚴酷極矣。類皆使犯罪人徒受痛苦。不足啓發天良。犯罪亦難減少。此近世歐洲各國。所以不公認也。然欲減少犯罪。必杜絕惡萌。復回本性。惟監獄爲最要。夫監獄之處分。置犯人於清潔室中。不加以嚴酷刑法。又不以特別待遇。惟感化犯人之惡性。以達除不良分子之目的。其最要者有二如左。

一 規律。令犯罪者。遵守監獄服從之規律。

二 勞勸。令犯罪者。操作技業。不得安逸。

三 教誨。令犯罪者。得生改良之心。以感化其性質。

第二 感化惡少年

社會上不能無犯罪人。國家欲除去犯罪。當先注意於惡少年。爲除犯罪之着手。何則惡少年不治。不僅貽害於一己。且害及於社會。夫惡少年之原因。多由於家庭教育未講。任其自由。放蕩成性。遂爲犯罪行爲。如即加以刑罰。置諸監獄。辱其身體。敗其名譽。折其氣志。使終爲社會上不完全之分子。非國家對惡少年之目的也。故有二方法爲對惡少年之適當者如左。

(一) 公制度之懲治場

懲治場者。在監獄內別置一所。其形式與監獄相似。究其內容。實未帶有刑法性質。此亦禁制惡少年之一種手段。推其設此場之目的。恐既不加以刑罰。又不留置場中。惡念日甚。難保社會安寧。故使入此懲治場之中。復加以教育。近世歐洲各國。皆採用此種制度。而日本學者猶非之。謂國家對惡少年。既愛其幼稚。不忍加刑。置諸懲治場。與在獄何異。非國家對惡少年之本意也。故有學者。擬將懲治場。改爲感化學校。移於監獄外之說。

(二) 私設備之家庭學校

家庭學校。又名感化院。(日本北豐島郡巢鴨有之)其學校以感化惡少年爲宗旨。惡少年有犯罪時。均使入此學校。有浮浪者。恐其將來有犯罪行爲。而亦使入此學校。其學中制度。與懲治場制度無異。其教育與各學之章程相同。現在日本此等學校。皆屬私立。而尙未有官立者。

第三 免囚保護

免囚保護者。以保護囚人之生活爲目的。如家庭學校之類。此制倡自原胤昭氏。當原胤昭氏設此學校之目的。在使囚徒期滿出獄後。各習職業。各謀生活。必無再犯之虞。故教以一定之職業。其利益不僅在個人。證諸實效。亦能防危害於未然。社會之安寧秩序。豈曰小補之哉。

第四 精神病者看護法

凡遇精神病者。無論何罪。不問生來所發之症。與臨時所發之症。務經醫師檢驗。明其病況。即送諸病院。特別看護。愈後方准出院。據（明治三十三年法令第三十八號勅令第三百十二號省令第三十五號）規定如是。其所以如此者。蓋憐其精神作用不完全。如置之不理。不但有害己身。且社會受影響。亦復不少故也。此等病院。日本公私立均有。而又有一定之條例云。

第五 慈善問題

社會上犯罪之原因。多由於幼無父母。不受教育。放蕩成性。無所不爲。遂變而爲惡少年。國家如任其行爲。不設法補救。不亦終難保社會之安寧乎。故孤兒院與養育院之

所以不可不立也。孤兒院者。專收入無父母之幼童。教以相當之職業。學問。增其所不能。養育院者。專收入無恆產之貧民。與以技能。俾自謀生活。此即慈善問題也。二者現無官立。孤兒院多私立。養育院多市立。

第六 勞働問題

勞働問題者。即經濟學上問題也。國家對此問題。亦當注意。夫社會中最苦者。惟勞働人。而勞働人。多無恆產。專賴營業以圖生活。苟一旦失業。衣食不給。不得已而爲盜者。恆多。按其犯罪。實屬可憎。究其原因。誠覺可憐。此皆不研究經濟學之咎也。故刑事政策學中。亦以爲最要之問題。

第七 教育問題

教育問題。亦政策不可少之問題也。蓋犯罪之原因。由于無道德之觀念。無道德之觀念。由于教育不普及。故欲除犯罪。必先注意于教育。然祇知有道德。而無職業。(農工商)遇饑寒困苦之時。恐難保故態復萌也。故在獄時。教以技能。俟出獄後。各能謀生。不至有再犯之虞也。

第八 警察制度

社會安寧與否視警察完全與否而即知如警察備設之處犯罪者必少警察未設之處犯罪者恆多此自然之理也。

第二章 刑罰權

第一節 總論

社會爲一有機體而有固有之生存者也。從而欲維推其生存。對於員害自己者。而生鎮壓之手段。又爲自然之理。而牧野教師所論者。即此爲如何之事實。又之如何要件之下。始成正當之問題也。近世學說不一。主命令說者。謂國家有命代權之事實。主進化說者。謂社會爲自己之進化。以自己之力。鎮壓侵害之事實。亦有以盡刑罰權立論者。是以單純事實與正當理由相混。而議論要點之錯誤也。

關於刑之權之理論者。學說分歧。莫衷一是。細心考之。則宜分四個觀察點而研究之。即國家刑罰權之起源。國家罰犯罪之理由。國家常罰犯人。國家科刑罰之目的也。

第一 國家刑罰權之起源

少數學者。雖主張國家無刑罰權。但多數學者。皆謂國家有權力之實事。尤爲正當之理論也。

社會契約說者。即依契約而說明國家有刑罰權之理由者也。至理論之細目。同屬契約說。雖學者互有異趣。然其說相一致者。即所謂社會者。由各員之契約組織而成。社會即於契約而有刑罰權也。此說自十八世紀。至十九世紀。最有勢力。至刑法及刑法學之沿革上。占重大地位。然今日信者殊少。蓋社會各員。合男女老幼。悉表同意於一契約。而成此社會。究爲根據於不可想像之事項也。加以最近之社會契約說。而於將來社會組織之理想。亦以此理由。又不說明今日之社會。何故而有刑罰之理由。蓋國家之刑罰權。不過對於臣民。有絕對無限主權之一方面。而其權力之存在事實。非由個人之契約而來。若社會之存在。則伴自然發生者也。

考此權力生存之理由。原來有男女老幼。強弱賢愚之別。決無均一天惠。苟不以權力統一於其間。生存決無平等。今試從個人之利益觀之。均依權力之統御。而爲平等生存。不僅得營共同之生活。且依共同生活。能達複雜欲望也。又從社會之利益考之。統

一於人類之間。使社會各員均得平等。各盡所長。則社會之活動力。發揮無遺。即社會之生機日有進步。社會之依乎權力統一者如此。故認國家有權力之事實。又爲正當之理由也。

第二 國家罰犯罪之理由

國家以權力之作用而罰犯罪。基於如何之理由乎。論說有二。分析如左。

(一) 絕對說

絕對說者。又稱純正主義。(與正義主義)然此說之宗旨。基於正義之觀念。而論犯罪者。爲違反正義之行爲。故受其相當報復刑罰。以贖其罪業。

(二) 相對說

相對說者。又稱實利主義。目的主義。或必要主義。謂爲社會之必要也。

基於實利主義。而論犯罪與刑罰之關係。欲維持社會之平和。使其圓滿發達。故於犯罪一定行爲。而加以刑罰制裁也。

(三) 折衷說

折衷說者。合上兩說。而折衷之。其主張刑事責任發生之原因。在行為違反正義之點。
(絕對)加刑罰之要件。依社會之必要而判定之也。(相對)

試思國家以有權力行使爲正當。則國家及個人。依此權力之行使。而爲平等生存。遂得以圓滿發達。(參照第二節)果如是。依時代之理論。以實利主義爲最宜。而不採用純正主義也。

原來國家權力。基於社會之必要。爲運用。故實利主義之觀念。不獨就刑罰而已。并得就一切國家權力之作用。而主張者也。但區別民事責任與刑事責任。故刑罰權之作用。對於民事裁判作用。頗有異趨。民事責任。其宗旨在損害補填。此爲過去之行為。而責任之程度。刑罰以鎮壓犯罪爲目的。此專就未來禦防其同一之再犯爲宗旨也。

第二 國家當罰犯人

從純正主義而論。犯罪者爲違反正義之行為。而刑罰即對此違反正義者。加以報復也。故國家處罰犯罪人。要必對於違反正義者。換言之。則科刑罰之目的。不置重犯人。而重在犯罪也。故對於同一犯罪。不惟有同一之責任。即犯一次罪者。不問何人。均有

必要處分之結果。

從實利主義而論。對於犯人不論於過去犯如何罪。但觀犯人現時有犯罪性否。而科刑罰之目的。非對於犯罪。而對於犯人也。則其趨旨。爲向犯罪而撲滅其將來。故依犯罪人惡性之程度。而科以刑罰。更有輕重之差。亦有猶豫免除之刑。(如刑之執行猶豫制度)刑之個別主義。即研究犯人之性質。而定刑罰之種類。及程度之理論。自此見解一出。往往兩人犯罪相同。而科刑偏異。蓋不論外界事實之輕重。而純論內界惡性之有無也。

第四 國家刑罰之目的

依純正主義。則國家行使刑罰權。全以報復爲主義。故刑罰之目的。極其簡單。學者又謂刑罰者以自體爲目的。又有謂刑罰本無目的。反之。由實利主義而論。刑罰者。在於社會之必要。則不可不定刑罰之輕重及種類。試分析於左。

一 威嚇主義。與預防主義。刑罰對於社會而用威嚇。以一般的預防爲目的者也。

二 威嚇主義。改良主義。及排除主義。刑罰對於社會而用威嚇。以特別預防

爲目的之外。並以改善教育爲目的。又有用拘留徒刑或死刑等手段者。謂爲排除主義也。

三 報復主義。對於被害者。而使不法之侵害。與以圓足之報復。爲目的者也。

第三章 刑法之沿革

現今文明諸國。刑法克臻美備。非偶然也。必經許多沿革而始致。研究刑法者。於歷史上深加探索。則各國優勝劣敗之點。斯能周知。雖各國人情風俗之不同。從比較大體之趨勢而論。可大別爲四期。

第一期 復讐時代

上古之時。祇人類群居。絕無國家之觀念。而國家亦無所謂刑法也。雖有惡人。無主權以爲之制裁。其對於加害自己者。不過持一復讐主義而已。如甲取乙物。乙即復取甲物。甲傷乙。乙即復傷甲。殆後君民漸有關係。凡人民有被害者。國家代爲執刑。制有反坐法。而刑法於是始著。例如甲取乙之財產。君則代取其財產。甲傷乙之身體。君則代傷其身體是。然刑法粗具。箇人之私自復仇者。尙非絕對的不許。日本五十年前。其父

被人殺。其子持復讐主義。即殺其殺父之人者無罪。是主權固明許之也。然任箇人互相戕殺。主權將從此墜。而社會上亦多不安。威嚇主義。從此出矣。故變而爲峻刑時代。

第二期 峻刑時代

社會漸次發達。由復讐時代。變而爲峻刑時代。此亦爲除暴安良起見也。當日本五十年以前。刑法亦極殘酷。如磔刑、（縛犯罪人于十字架上、以槍處死、十四世紀中耶蘇即受此刑而死）、火刑、（架木爲臺、坐犯人于其上焚之、但犯此刑多半自盡、僅燒其屍、以羅馬教皇、置不從教者、于架木上、以火焚之是）、馬裂刑、（以人之手足繫於五馬上、鞭之使分走五方、以裂人身、如秦商鞅因變法致罪以五馬分之是）、車刑、（即以車碾裂人身者是）、此種種慘酷之刑。皆峻刑時代。適用之方法也。然殘酷之極。反動力生。法國之大革命。實由於此。故鑒乎峻刑之非者。不得不變而爲博愛。

第三期 博愛時代

國家由個人結合而成。故國家欲謀社會之安寧。不能不先尊重個人。此自博愛之說

啓之也。當歐洲十八世紀。至十九世紀之初期。伊人布措列。與法之盧梭孟德斯鳩。並大聲疾呼。攻擊虐政。而人民之要求自由平等者。亦遂響震全歐。其時君上之俯從其請者。亦自不得不然。然此主義亦不能無弊。主張博愛者。尊重箇人之自由也。概許惡人以自由。其如犯罪者日多。而累犯爲尤甚何。然則刑法之設。爲尊重個人起見。固不宜過於殘酷。爲社會一般起見。又不可盡行廢止。故於博愛時代。不能不進而爲科學時代矣。

第四期 科學時代

博愛之極。不獨不能減少犯罪也。甚且益長惡風。於是以刑法爲專門科學者。研究日精。遂大倡改良社會匡正個人之說。苟有犯罪者。不惟使之隔離社會也。又必施以教育。去其惡念。復其善良。教以智能。予以技藝。此謂之科學時代也。

第四章 日本刑法之沿革

日本現行刑法之沿革。當經第一第二時代後。而始倣隋唐之制度。而制定成文法。
(大寶律令) 于是時祇存其形式。至于能行之于實地與否。屬于疑問。自政權移于武

門。而至德川亡時。其間所行者。皆貞永式目。建武式目。德川百條等。武斷的刑法。當明治初年。王政復古。支那系統之刑法主義。復興編纂。有新律綱領。改定律令。至明治十五年。廢支那系統之改定律令。而用歐洲主義之刑法焉。此刑法成于法人ボアソナ卜氏。與當時起草員之手。即現行法是也。但社會屢有進步。勢漸難以舊刑法支配新社會。有必大加改正者。故政府囑法典調查會。而令其爲改正刑法草案之起草。該案在帝國議會提出數次。至今已經協贊矣。即改正刑法是也。

昔未開化之時。凡關於犯罪之項目。刑罰之種類。及刑罰之程度。皆任當時之主權者。或代表主權者之裁判官。斷定之。並無豫先規定之法。故當時如何行爲。而始謂之犯罪。有犯罪。而當科之以如何刑罰。無不專任是等之裁判官之獨斷焉。（是爲擅斷主義）殆社會漸積進步。認刑法爲必要。凡重大事項。始不僅專任裁判官之獨斷矣。然犯罪之項目。及刑罰之程度。僅示一定之準則耳。而裁判官。要必許其有臨機比附援引之自由。例如羅馬帝政時。及中古裁判。與獨逸行普通法時（*ラレシア*）之刑法典亦然。皆以裁判官爲法律適用之機關。而一面又加以立法之權。後日恐其危險。

將犯罪之項目。刑法之程度。改爲成文法。奈裁判官因文字之拘束。而不得解釋其文字。紀元千七百九十一年九月三日。法國公布憲法後。其所行者即此主義也。（是爲法定主義）若刑法之程度。不許裁判官自由採用。同一犯罪。其所犯之情形有種種之階級。恐難達刑法之目的。因此犯罪之項目。常有更動。而亦不可不於刑罰程度限制內。而許裁判官以伸縮自由之權。併許以科學之解釋。解釋法律。今日法國。以及倣倣法之歐洲諸國。及日本現行者。皆此主義也。（是爲折衷主義）

第二編

第一章 犯罪論

第一節 犯罪之定義

犯罪者、於刑法命令所列舉有責違法之行為也。日本刑罰犯罪之定義如此。歐西皆然。分析如左。

第一 犯罪者行為也。

行為者、即意思之發動與身體之動作也。使有_○意思之發動、而無_○身體之動作、或有_○身體之動作、若不_○基於_○意思之發動、均不得_○認為_○行為。其實質又分二種。

(甲) 必關於人之行為

所謂關於人之行為者、非人不得謂之犯罪也。蓋人為萬物之靈、知覺運動、具有犯罪之機能。故有犯罪之行為、其他動植物皆無之。故人對於人始為犯罪。若古有殺其麋鹿者、如殺人之罪。又如盜長陵一杯土、置之極刑等、皆

不關於人之行爲。而懸之刑章。甚違背文明之法理也。現今文明諸國。皆不
公認。故非關於人之行爲。不能爲犯罪也。

(乙) 必有形式行爲

有犯罪之思想。而無犯罪之形式者。不得謂之犯罪。如古時疑似之間。羅織
入獄。大案之起。株連萬家。甚至惡念俱無。而受死刑者。不可勝數。皆非文明
法律也。雖惡念之起。亦有懲戒之規箴。然屬道德上事。而非法律上事也。故
必有形式之徵驗。方爲有罪。

(甲) 第二 犯罪者於刑罰法令所列舉之行爲也
無法令者非犯罪

必法律所規定有違法者始爲犯罪。非然者。不得謂爲犯罪也。(法律無明
文者不論) 日本昔有不應爲之法律。係來自中國。然範圍甚廣。多有任意
出入之弊。泊政明刑修之後。必以法律明定者爲準。(日本民法第二條規
定。除法令條約禁止外。有利權之享有。是法律規定外。無犯罪之一徵也。)

故無論如何行爲。法律上未規定。即不得認爲犯罪。是以牧野講師爲判事時。見有甚可治罪者。然刑罰上無明文。不得任意裁判也。此立法者有所未備。而裁判官不任其咎也。故無法令者非犯罪。

(乙)

不科刑罰者非犯罪。
有關乎刑法內之行爲者。始認爲犯罪也。若行政法之制裁。爲強制執行。負債不還。債主控諸裁判所。執法者。可勅令歸償。無則以財產抵算。民法之制裁。爲原狀回復。例如甲之財產。被乙侵佔。執法者。可令乙以原物還甲。商法之制裁。爲損害賠償。例如甲借乙衣服。破壞之。乙可向甲索借得之賠償。此皆爲制裁之不行爲。無犯罪之性質。不得爲犯罪。必以刑罰爲制裁。始得謂爲犯罪。故曰不科刑罰者非犯罪也。

第三 犯罪者有責任行爲也

有責者。有責任之謂也。責任上當爲而不爲者。爲犯罪。責任上不當爲而爲者。亦爲犯罪也。此義東西法理皆然。與中國三省(一)幼弱、(二)老耄、(三)痴愚之法頗同。含有四種意思。分析

如左。

(一) 責任中有義務。

如父母對於小兒。有保養之義務。子對於父母。有奉養之義務。此義務即責任也。有此責任。即當有此行爲。不然者爲有罪。

(二) 責任中有制裁。

如關於損害賠償。國家使負其責任。此中有制裁之義。

(三) 責任中有制裁之狀態。

岡田博士刑法講義。有責行爲之關於制裁者曰。犯罪之成立。不可無身體之舉動。且其舉動爲刑罰命令所列舉者。雖然使其舉動爲無責任者時。有責行爲之一種犯罪。尙不能成立也。身體之舉動。爲有責任之行爲。分言之。(1)須有責任能力之舉動。(2)須具有責任條件。觀於此。則當受制裁之狀態。必有責任者。身體之舉動。與責任有違。無論故意或過失。俱當受制裁。若其舉動無責任時。雖有當受制裁之狀態。而亦不制裁之也。

(四) 責任中有物心兩界之聯絡

事之起點。本自由意思之發表。以感觸於外界。因之物心兩界。構成犯罪事件。例如必思如是事。即如是。此即係一有責行為也。若物心兩界之無自由意思者。非有責行為也。分二種言之。

(甲) 幼稚者之行為非犯罪

幼稚者之行為不負責任。蓋以其知識未開。無是非之辨別。與事物之感情。而一切舉動皆屬天然。不自知覺。故幼年之行為。為無責行為。不得為犯罪也。

(乙) 精神障害者非犯罪

精神障害者之行為。不得為有責行為。蓋以其精神不全。或七情不得其正之所致。或生而腦筋不靈。故精神不完全。而心物兩界無交感之知識。此皆不得為有責行為。不可以普通成人之犯罪例之也。精神障害四字。與精神病不同。蓋精神病指迷心之一種言。而精神障害。包括甚多。現日本法律。改

爲知覺精神之喪失。

第四 犯罪者違法行爲也。

此義範圍甚狹。理解甚明。不必贅舉。然有兩種例外。分析如左。

(甲) 緊急行爲非犯罪。

緊急行爲者。係有危害身體而對待之行爲也。日本刑法第七十五條規定（遇不可抗拒之事。非其意之所爲。又因天災或意外之變。遇不可避之危難。出於防衛自己。或意在救護親屬之身體。均不論罪。）此爲放任行爲也。夫法律上有阻却違法之條。其原因曰。於此等行爲。似乎違法。究其事之起結。亦似有違法之性質。然法律上未規定。即阻却其違法也。如緊急狀態之行爲。正當防衛之行爲之二種是。分析如左。

(一) 緊急狀態之行爲。

緊急狀態行爲者。本欲保護自己生命。身體。財產。名譽。自由。因現時危難。不得已而損害他人之法益。並非不正之行爲。不得謂爲犯罪也。例如甲乙

同舟。遇舟破被溺。適有木板。甲獲而浮。乙推而奪之。以致甲被溺而死。此雖同殺人之行爲。然由救已情殷。不得已而爲之。非本意所出也。故與無罪同。

(二)

正當防衛之行爲。

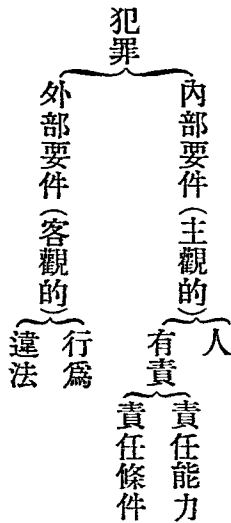
正當防衛之行爲。即對於以不正侵害身體生命者。實行其防衛權之謂也。例如遇賊相逼。傷賊之命。不爲有罪。不第此也。凡人將置我於死地時。而我以抵抗之力。致損彼之命。皆不爲有罪。此等行爲。有兩種名詞。(一)不得止行爲。(二)必要行爲是也。

(乙)

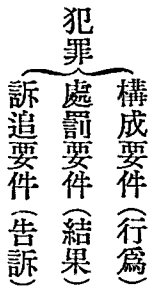
權利行爲。非犯罪。

權利行爲者。以我之權利而行爲之也。其範圍甚廣。殊難指陳。試舉一例明之。如獄官奉上官之令狀。得操殺人之權。檢事遵司法大臣之命令。能執行死刑。至醫師承上官之許可。得以用其剖割之技。稍不注意。致傷生命等。皆可以過失論罪。因此種種行爲。非出自私意。出自權利也。

犯罪論之條件之大略。業已備述。熱心研究者。於上四種之義議。研究清析。推廣分量。各有類歸。認明何者為犯罪行為。何者非犯罪行為。自無難於措手矣。試列圖以明各條之關係。



犯罪要件除上所列四者之外。又有犯罪行為之處分秩序。列圖如左。



(一)構成行為者。如人故意以銃殺人自己構成犯罪事件也。

(二)處罰。行爲者。即因其罪。處以相當之刑罰也。如以銃傷人者。人未死。則處以相當之刑罰。人已死。則使之償命。或以財產與被殺者之子孫。以爲成立之資。皆是也。

(三)訴追要件者。即被害者。告訴於裁判所是也。如有被盜。或被毆傷者。而告之於裁判所。使追究完結其案是也。

第二節 犯罪之主體

刑法上犯罪之主體。惟人以外。未有主體也。古之刑罰法令。有以人以外爲主體者。如罪人既死。猶戮其屍之刑。日本德川時代。以及歐洲中國皆有之。近世文明諸國。刑盡改良。此刑各國皆不用。惟中國至今尙存。然不僅認人以外爲主體。即人類外諸動物。亦認爲主體也。若虎噬人。犬咬人。及鼠豚牛馬有害於人之時。莫不送至裁判所以治其罪。故歐洲古時有因猫污耶穌之像。而送猫於裁判所之事。張湯磔鼠之例。此皆罪及動物之明證。大凡設刑之目的。在使受刑者有所懲也。若非人。若死人。均無知無識。雖刑之彼亦何所懲。故現今文明諸國。將此野蠻之刑已絕其跡。而不認其爲犯罪之主體也。試舉近世所共認爲主體者如左。

第一款 非人不得爲犯罪之主體

動物死人不得爲犯罪之主體。允矣。是知爲犯罪之主體者必人也。彼小兒與精神病者。獨非人乎。何竟不爲犯罪之主體。蓋所謂人者。乃指完全人而言也。故民法商法所規定權力之主體。非人不可。非人不能爲權力之主體。亦非人不得認爲犯罪之主體也。其理甚明確。然人亦有二種。

(一) 自然人

自然人者。即肉體(普通)人也。若胎兒。雖有人形。當未出生時。與社會無涉。故不可謂之自然人。然出生以何爲斷定。有認陣痛時爲出生者。(即母腹疼痛時)有認一部產出時爲出生者。有認全部產出時爲出生者。有認發聲時爲出生者。有認截斷時爲出生者。有認獨立呼吸時爲出生者。多數學者以獨立呼吸時爲適當。故胎兒之人格未備。與死後之人格消滅。皆刑罰所不及焉。夫胎兒之無罪者。以其無責任能力也。死後之無刑者。亦以其責任能力已消滅也。以視古之死猶戮屍者。其用刑不已悖乎。今世科學發達。法律修明。故此等刑已不行於文明各國。

五洲文明各國。於囚徒已經裁判而在獄者。與未經判斷。暫留獄外者。其人若死。生前所犯之罪。即歸消滅而不治罪。總之。自降生後。死亡前。存在於世界。有關於人類社會之肉體。爲自然人。除孩提時與精神障害者外。凡有責任能力者。悉爲犯罪之主體也。

(二) 法人

法人者。無形質之物。法律上認之有人格也。蓋法人雖無耳目手足。不能自由行動。然既有機關。有意思。有行爲。其作用能力。與自然人無殊。且較自然人之能力更鉅。故不能不認爲有人格。其果能爲犯罪之主體與否。此一問題也。然既有人格。犯罪即當以刑罰處分之。但僅能罰金而已。其數以相當爲是。日本電信法第四十二條有其例。使電車壓斃人命。將罰電車會社乎。抑罰掌電車之人乎。會社係法人。以罰電車會社爲宜。掌車者不過爲法人中之一分子耳。電車傷人。即法人傷人也。不得舍法人而治其他。至若會社之社員。假會社之名義。犯詐欺取財罪。此祇罰其社員。而會社不任其咎也。會社法人分二種。

一 公法人

公○法○人○者○以○國○家○政○務○及○行○政○機○關○為○目○的○如○府○縣○郡○市○町○村○是○也

二 私法人

私○法○人○者○不○以○國○家○政○務○及○行○政○機○關○為○目○的○者○也○又○分○二○種

(天) 公益法人

公○益○法○人○者○為○公○衆○謀○利○益○也○如○學○校○之○設○因○多○數○人○集○款○而○成○原○以○啓○發○人○之○智○識○為○目○的○非○專○以○金○錢○為○主○意○也○故○謂○之○公○益○法○人○此○中○又○含○有○社○團○財○團○二○義○〔民法規定〕

(地) 私利法人

私○利○法○人○者○如○銀○行○會○社○等○緣○各○人○為○營○利○起○見○各○集○款○而○組○合○成○財○團○會○社○等○以○企○財○團○之○發○達○此○為○營○利○法○人○也○〔商法規定〕

法人

公○法○人○〔又名公共組織〕

法私人

公○益○法○人

〔財團法人〕為公益之組合體
〔社團法人〕為公私利兩方面之組合體

私○利○法○人——社團

如右圖。法人有種種之別。無不了然。公益法人。有社團法人。財團法人之別。若私利法人。則祇有社團。法人。爲人之集合體。財團爲衆人醵金而組成者。如赤十字社。即社團法人。其人員皆爲社員。若東京私立各大學。是財團法人。由衆人集款而成。並無社員也。

無論如何。法人如何團體。必有代表人。蓋法不能自由行動。須有代表者。行動之公益法人。若學堂病院之理事。營利法人。若株式會社之取締役等。皆代表法人之行動者也。營利法人。有社團者分二種。(一)爲非商事會社。(二)爲商事會社。

如上數條。民法商法載之綦詳。而欽定大清新律亦載之。其法規與此無甚差異也。夫法人可以刑罰與否。在古代法人之說未發明。即法人有非理。亦只加之自然人。自法人形勢日見發達。無論何等國家。何等社會。皆與之有直接密切之關係。故法律上亦認爲犯罪之主體。以其責任能力甚鉅也。近今縱未十分發達。將來必與自然人一列論罪。即如理事代表法人。而有罪加罰時。非罰理事。乃罰法人也。蓋所罰之金。非出自理事。出自法人全體也。雖按之法律原則。無法人爲犯罪主體之明文。然現今某團有

犯罪事。即某團當之。是直認爲犯罪之主體。蓋有責任能力不得不然也。如前例掌電車者傷人。則罰電車會社是。

第二款 非有責任能力者不爲犯罪之主體

責任能力之有無何以分。即如小兒無有知識。往往有打人之行爲。又如精神病者。心神迷惑。往往有竊盜之行爲。以普通人之理解論之。俱當處以刑罰。然平心斷論。覺有不可。蓋凡事必推其原因。是以今之法律學家。於此種問題。有許多研究。如少年兒童。知識未開。是非未辨。其打人之行爲。不過任天而動。屬諸事之適然。且此等原理。多由於無及時之教育。故赤貧之惡少年。因境遇之所致。習慣之所成。往往竊盜人物。而視爲無所不可。此無教育之故也。精神病者。有竊盜之一種。見物生心。其竊盜之行爲。不知其然而然。推其理由。蓋原因於有財癖病。使之然也。故此二者。雖有犯罪之行爲。不可受刑法之處分。以責任能力之所不屬也。欲除此患。將惡少年送入學校。將精神病者送入病院。養其固有。去其本無。非理之行爲。不期無而自無矣。夫刑法之目的。不過使人改過自新。而此特別之處分。不但使幼者與精神病者。改其前日之行爲。並能

使之改其前日性質矣。非法之良者乎。

無責任能力大別爲二

第一項 精神未發達者

精神未發達之原因有二種。一幼年者。一瘖啞者。

(甲) 幼年者

幼年者即精神作用及身體發育不完全之人。如有犯罪行爲。法律對之。有一定規則。然必有一定之年限。試即幼年者之年齡分之。

(一) 十二歲以下

無罪。

(二) 十二歲以上十六歲以下

無辨別者無罪。

(三) 十六歲以上二十歲以下

無辨別者無罪。有辨別二等減。

(四) 滿二十歲者

不減。

按日本刑法七十九條云。(犯罪時不滿十二歲者不論罪。但滿八歲以上者。因其情狀。不過十六歲時。得以留置懲治傷。)又八十條云。(犯罪時滿十二歲以上。不滿十六

歲者。審其所爲。辨別是非與否。不辨別。而犯罪時不論罪。但因其情狀。不滿二十歲時。得以留置懲治場。又八十一條云。(犯罪時滿十六歲以上。不滿二十歲者。宥其罪。照本刑減一等。)至若二十歲以上之人。則既成年。已有責任能力矣。刑法上無減輕之理。日本現行法。對於幼者。分四級。未免太繁。現在改正案。分爲三項如左。

(一) 十四歲以下

無罪

(二) 十四歲以上二十歲未滿 罪減一等或二等

(三) 二十歲者

不減

按中國唐律云。九十歲以上。七歲未滿者。罪不加刑。八十歲以上。十歲未滿者。及篤疾者亦同。又七十歲以上。十五歲未滿者。及癡疾者。犯流刑以下。罪收贖。其所以赦老者。正憐其老也。現今東西各國。則謂老者知識較壯者。經驗愈久。如犯罪時。宜與壯者犯罪同。必不恕也。而幼者犯罪不然。亦因其有責任與否。爲犯罪有無之標準。各國互有異同。試分爲三主義如左。

(一) 法蘭西、白耳義、土耳其、等國主義。分一生爲二期。第一期對於十六歲未滿者。

視其有辨別心與否。無辨別心者無罪。有辨別心者。罪不恕。十六歲已滿者。已成年。則有責任能力矣。

(二) 歐西各國將年齡分爲三期。第一期十二歲未滿者。不治罪。第二期。有十二歲以上十六歲未滿者。視其有辨別心與否。有則照本刑減輕。無則否。第三期。滿十六歲者。已成年。則全負責任。罪不恕。

(三) 日本現行刑法。所採用之主義。前已述之。

(乙) 瘖啞者

瘖啞者。身體發育不完全之人。即中國所謂廢疾也。與十二歲以下之幼者同。不負責任。廢疾者。清律定。或折一手。或折一足。或折腰脊。及侏儒聾啞痴呆瘋癲之類。無責任。流刑以下皆許減輕。或收贖。蓋憐其廢疾耳。近世各國政明刑修。對於瘖且啞者。全不治罪。聾而不啞。啞而不聾者。不在此限。誠以既聾且啞之人。國家法律之觀念。無由透其腦髓。有犯罪之行爲。概不得論罪也。雖然。瘖啞亦有區別。有生來瘖啞者。有因病瘖啞者。刑罰之豁免。究當屬何等。此亦宜研究之問題也。有主張生來者。有主張無論

生來與病兩面者。日本學者多主張第二說。牧野教師以生來豁免之說爲允當。

第二項 精神障礙者

精神障礙者。爲精神不完全之人。(一)精神喪失者。(一)精神耗弱者。精神喪失者。全無知識。如瘋癲者是。無論何罪。皆不加刑。日刑三十九條規定。精神耗弱者。非全無知識。但不健全耳。致此之由。多緣憂慮恐懼而成。如呆癲是。精神喪失者。又分爲二種。

(一) 一時性

(二) 永續性

一時性。偶然者也。永續性。常然者也。刑法上。無論偶然與常然。皆同視之。然日本法律上之名詞不同。刑法上名曰知覺精神喪失。民法上名曰心神喪失。改正案名曰精神障礙。

夫法律上對於此等人爲無罪。使置之不理。令任其不完之天。肆其無知之行。社會之損良多。個人之病愈甚。非立法者之意也。故善處之道。從此生焉。對於幼者瘖啞者。有留置場。(其性質如家庭學校。但管束較嚴。以教育感化之。對於精神喪失者。與精神

耗弱者。有監置場。(如醫院是)以治療之。夫如是。庶幾偏於天者可全之。以人。累其形者。猶可以完其品也。

第三節 犯罪之客體

客體者。對於犯罪主體而言。即被害法益。與被害。是。然被害法益與被害。何以區別。細分如左。

(一) 被害法益

法律上所保護之利益。謂之法益。而此利益。被人損害者。謂之被害法益。再將法益分為二。

(甲) 專屬人身之法益

如生命身體名譽貞操自由。皆為人生所固有。與人身不能分離者。即專屬人身之法益也。

(乙) 人身以外之法益

如財產為身外之法益。何則。人身與財產無關。財產與人身各殊。人與財產不相一致。

也。

(二) 被害

被害。最易解釋。即法益被害之謂。如殺人罪。被殺之人。為被害者。竊盜罪。被盜之人。為被害者。是。

按岡田博士刑法總論云。凡一切法益。皆得為犯罪之客體。法益者。即法令所保護之利益之略語也。法律利益。非法律自體之利益。而指被害之法益而言。以說明之。如不得為犯罪之主體之胎兒。及遺骸。皆不妨視為客體。若禽獸草木（被害物體）亦同。

前所述。人類以外者。僅得為權利義務之目的物體。而對此物體。依法令禁止人類之行爲。或命令其行爲。而受特別之保護。是物體之得以爲其所有者。實賴法令保護之力。故謂之法益。一切犯罪者。因侵害法令所保護之利益而成。而喪失此利益者。為被害者。例如甲某竊乙某之財囊。甲某為犯罪主體。即為犯人。乙某之物體已亡。即被害者也。又如財囊為法律保護之利益。而被竊之財囊。即被

害物體也。

第四節 犯罪之所爲

無所爲之而犯罪不成立。所爲意義。由心理學研究之。凡人作事。無論有心與否。概名曰動作。加以意思。則爲行爲。行爲加以結果。則爲所爲。再分爲三段言之。

第一款 犯意及過失

第一項 犯意及過失與犯罪之關係

按日刑七十七條規定。以犯意爲必要。然有例外。如過失亦同認爲犯罪。蓋犯意者。如殺人者先立意。而乃殺之之謂也。過失者。謂本無殺人之意思。如以銃獵獸。而誤傷人。是有犯意者。固當處以應得之罪。而過失者。照刑罰原則雖無罪。亦不得不論罪也。又有無犯意。又非過失者。如電車傷人。若值運轉手力不能止車之時。既不得以犯意論。又既不得以過失論。刑法上認之爲無罪宜也。然如此則受傷者未免向隅。社會上添一新事件。研究法理者。即於法外增一新規定。故刑法上無罪。而民法上則使會社中賠償。此斟酌最善之法也。刑法七十七條之規定如此。故既無犯意。又無過失。如電車

傷人之類。有刑罰關係者。尙有特別刑法之規定。雖其人其事情有可原。而法不能恕也。刑法之作用。須視其犯意與過失之確否以爲衡。蓋無犯意與非過失。而刑法之例外論罰者。則爲特別法。如財政法條中。有稅則上之罰。假如有造酒者。或不知稅則而爲之。此無犯意也。知有稅則。當稅則未布之時而爲之。至稅則法出。而與稅則適相違。此不成爲過失。然必須罰之。是爲財政罰。例如人力車夜行。須著燈火。苟不遵此警察規則。警察官對之。必罰金。又如不可街中佇立。或因其地係已有佇立。在有意無意之間。此本無犯意亦無過失也。而不知其已犯規則。亦必罰金。是爲警察罰。蓋此等皆屬取締上事。在受罰者。不欲至於此。在執法者。亦不欲至于此。而不得不如此辦理者。法在則然也。

第二項 犯意

第一 犯意之定意

犯意者。犯罪事實之認識。及行爲之決意也。認識者。何如以刀殺人。知其人必死。是也。決意者。何知殺人必死。而竟殺之。使死是也。

第二 犯意之學說

(甲) 認識說 (又名觀念說豫見說)

(乙) 希望說 (又名意說)

認識與希望。何以區別。認識者如識此物何以傷人。而即以此物傷之是也。希望者。如欲致人于死。而思以物打之使死是也。若觀念說。豫見說。其性質與認識同。且足以使認識說顯亮。牧野講師主之。希望屬于意思。其理解甚明。不贅。試再以心理學徵明之。可分爲三種。

(一) 知 (二) 情 (三) 意

認識者知之作用也。希望者。情之作用也。決意者。意之作用也。學說不一。主張亦殊。按日本一般學者所主張者。即認識說也。蓋事多由于知識而後決意。將希望一層含在裏面。故希望說。不如認識之爲完全也。

第三 必要認識犯罪事實

刑法之性質。爲直接對待犯意之制裁物。要其所謂犯意者。係自己立意爲匪。明認此

爲犯法之爲行。而必犯之。此犯意之說也。若雖有犯罪之事實。而自己不能認識者。直爲無罪。然此中亦有限制。如實質責任能力者。雖無犯意之事實。而已有犯罪行爲。刑法上不能以不認識恕之也。試分三段解之。

(甲) 雖不認識。然有責任能力者。亦得爲犯罪。

犯罪以有責任能力爲原則。如幼者與精神病者。責任能力既不屬。而又不認識何爲犯罪。故可得無罪。若年滿二十歲之普通人。智識完全。身體強健。雖有不認識之時。而一爲犯罪之爲行。即可據事實以定其罪。雖無犯意。與有犯意同也。

(乙)

雖不認識。然有刑罰命令。亦得爲犯罪。

假如有不認識此事爲犯罪。其爲之也。非欲爲損人之行爲。亦非欲爲利己之行爲。然明明已列之刑罰命令中者。(日刑七十七條第四項云。不知法律規則不得爲無意之犯是) 而其所爲忽犯之。雖無犯意。而其受刑法處分。與有犯意同。蓋彼之責任能力。所不能逃也。

(丙)

雖無阻却違法之原因。而信爲實有其原因者。不得爲有犯意。如遇不正之侵擊。而以正當防衛之術。隕彼之命。不得爲犯罪。此阻却違法之原因也。若事無阻却之原因。而自信爲有阻却之原因者。不得謂爲有犯意也。如路遇一人。持刀前來。察其形狀。似專爲侵害已者。遂用防衛之意。突起殺之。此爲誤認。不得爲有犯意。又如甲乙兩人鬪毆。乙持刀欲殺甲時。有甲之友人救甲。即時將乙殺死。亦不得謂爲有犯意。又甲乙兩人。甲有不正侵擊。來殺乙時。而乙亦抵禦之。此時有丙見之。誤認抵禦者爲侵擊而殺之。此皆自信爲實有其原因也。亦不得謂爲有犯意也。

上兩條無論有犯意與否。但有責任能力。即不得謂無罪。蓋重責任能力也。下一條誤認者。固不能毫無罪過。然自信爲實有阻却違法原因。而致有誤。亦不得謂其有犯意也。蓋此節重在認識也。

第四 犯意之狀態

甲、確定犯意與不確定犯意

確。定。犯。意。者。即。知。犯。意。事。實。並。有。犯。罪。行。爲。之。決。意。也。如。欲。殺。某。人。奪。某。財。產。必。先。有。認。識。之。觀。念。期。務。達。此。目。的。是。不。確。定。犯。意。者。謂。犯。意。未。指。定。其。趨。向。如。殺。人。祇。有。殺。人。之。意。思。而。未。有。預。定。殺。某。人。是。也。不。確。又。分。三。種。

(天) 概括的犯意

概。括。的。犯。意。者。即。認。識。爲。大。概。可。確。定。事。實。時。例。如。于。人。群。集。合。之。中。無。論。何。人。任。殺。一。人。是。也。

(地) 擇一的犯意

擇。一。的。犯。意。者。于。多。數。之。事。實。中。有。一。定。實。在。之。觀。念。時。例。如。于。人。群。中。擇。其。一。人。而。殺。之。以。達。其。目。的。是。也。

(人) 未必的犯意

未。必。的。犯。意。者。乃。未。決。其。犯。罪。能。成。與。否。之。謂。也。如。以。銃。擊。人。擊。死。與。否。而。不。預。期。也。

乙、有預謀犯意與無預謀犯意。

犯意有有預謀與無預謀之區別。有預謀者，于決意構成時，深思熟慮，籌計畫策，以求其如何殺人，如何放火，始能達其目的也。無預謀者在犯罪構成時，並未思及也。蓋犯罪之成立與否，有無預謀固無許多關係，而故殺誤殺，則分輕重定罪，不得不從有無預謀爲斷定也。

第五 犯意與動機之關係

大凡犯罪成立時，必先有動機（即目的），如殺人爲盜，必因有種種之原因，而後生種種之目的。有因辱己之親而殺人者，有因家貧而爲盜者，欲定其如何之犯罪，必依種種之目的爲標準。例如以製造飲食物爲營業者，宜精良製造，苟有害衛生，皆法律所不許也。若製造者係自己日用之物品，縱有不良，亦無碍于社會。此本無犯意者，法將何以繩之乎？故追溯原因，酌量刑罰，不可舍動機以定犯罪也。

第六 事前犯意事後犯意

事前犯意者，誤認爲構成犯罪，因欲防其罪之發覺，而以他目的更爲他之行爲，始生

出犯罪事實之謂也。例如甲殺乙後。誤認乙已死。因欲蔽其犯跡。更火其家。而乙實被火焚死。是甲之犯意。在乙死之前。此爲事前犯意也。

事後犯意者。因無犯意之行爲。而生出犯意之謂也。例如醫師對乙施用手術。忽生殺乙之心。遂止手術而不施。以至惹起乙之死亡。此謂事後犯意也。

第三項 過失

第一 過失之觀念

過失者。要有認識之義務。且其事實爲可認識之事實。而未能認識之謂也。故過失以認識爲區別。試分三種如左。

按岡田博士刑法總論云。過失者。于爲某事時。本應知之。而于犯罪事實之成立。因不注意。而未之知。遂致生出犯罪之事實之謂也。

(甲) 認識之義務(注意之義務)

認識之義務者。何謂人既有責任能力。對於一身所爲之事。應當負認識之義務。如持銃出獵。前途有人與否。須當注意。此謂認識之義務也。且其事實爲可以認識之事實。

偶未注意。以致傷人。是不盡其認識之義務也。宜爲認識犯罪事實之過失犯。

(乙) 認識之可能

所謂過失者。不僅有認識之義務。且有認識之可能。夫已認識有害人事。停止不行。宜也。因不注意。而竟爲此行爲。是可能而不能也。例如夜不息爐。必生火。事此則認識之可能也。乃忽因不息而失火。此須目爲過失犯。

(丙) 事實之不認識

不認識對於認識而言。區別甚詳。如前例認識人不可殺。彼竟殺人。燈可息。彼竟不息。宜目爲過失犯。設遇意外之變。爲不認識之事實。以致有危害之虞。將何以處治乎。此因不認識不得爲過失也。蓋滅燈息爐。預防火事。認識之責任已副矣。若遇比隣失火。延燒己家。此于事實上實不認識也。不目爲過失犯。

第二 過失之標準

過失定義。前已詳述。然有無過失。果如何分析。非求其標準不可。標準大別爲四。

(甲) 客觀說

客觀說以普通人所有之注意爲標準。據日本民法爲善良管理者之注意。試以失火論。寢時息燈滅燭。此爲普通人所有之注意。然普通人之知識不辨注意之程度。亦難畫一中人以上者思慮周注意之程度。心高則獲罪者恒少。中人以下者多。粗率注意之程度。心低則獲罪者難免也。此說祇利於程度高者。而不利於程度低者。牧野講師不主此說。

(乙) 主觀說

主觀說以本人知識所有之注意爲標準。如思慮周者。程度最高。以最高之程度責之。思慮淺者。程度最低。以最低之程度責之。此說祇利於程度低者。而不利於程度高者。牧野講師亦不取此。

(丙) 折衷說

折衷說先假設普通程度於此。爲智識高者。不必論其本人之程度。但能及普通程度者。即不任過失之責。智識低者。雖不能及普通程度。但盡本人力之所及。而能無過失。亦不任過失之責。此說最平允。日本現行法採用之。牧野講師亦主此說。

第三 過夫之狀態

狀態者就犯罪之狀況以定過失之責任者也。分有無預見二種如左。

(甲) 無預見之過失

無預見之過失者于過失未成立之先並無可注意之現象而竟突構成過失之事實之謂也。如乘馬于街中時前途無人策馬疾馳人忽自巷口突出而被傷是也。

(乙) 有預見之過失

有預見之過失者於過失未成立之先輒伎倆自恃遂致成過失之事實之謂也。如騎馬于人行叢中絕不恣意馳騁必無傷人之虞乃恃其善於控縱自覺在人群來往中必不致傷人遂策馬疾馳以至傷人是也。

第四 過失犯

過失犯。刑法上規定治罪。日刑三百十七條。疏虞懈怠或不遵守規則慣習。因過失致人于死者。處十元以上。百元以下之罰金。此規定過失傷人之罪也。又三百十八條。因過失創傷人。致成篤疾者。處十元以上。百元以下之罰金。此規定過失傷人之罪也。又

四百九條。失火而燒毀人之家屋財產者。處二元以上。二十元以下之罰金。此規定過失失火之罪也。又四百十四條。因過失而起水害者。照失火之例處斷。此規定過失失水之罪也。刑法無明文者。不得作爲過失罪論。若竊盜犯法律中無所謂過失也。

過失與不可抗力不同。過失因不注意而致。若注意而力仍不及者。始認爲不可抗力。是不可抗力。生自注意之外也。如獵者誤以人爲獸而擊之。若以望遠鏡測之。可以立辨其爲人而非獸矣。偶未注意。以至傷人。是爲過失。使以望遠鏡測之。而仍不能辨別爲人。爲獸。是爲不可抗力。

第四項 錯誤

第一 錯誤之觀念

錯誤者。即認識（觀念）與事實（對象）相齟齬之謂也。在刑法中最爲複雜。蓋錯誤之原因。由心中所認識之物與事實之物不一致而來也。分爲二種。

(一) 誤信 (一) 不知

誤信。又分事實上之誤信與法律上之誤信。例如持刀夜行。見有黑影。目爲猛獸。以銃

擊之近視而爲人。此爲事實上之誤信。如甲國人初至乙國。以爲犯身體自由刑。不至監禁。而不知犯即監禁。此爲法律上之誤信也。不知亦分事實上之不知與法律上之不知。例如平原遊獵。擬以前面無人。而人竟已被擊。此爲事實上之不知。如甲國有禁吃鴉片之令。乙國以爲無關緊要。乙國人入甲國。不免有犯甲國之法律者。此爲法律上之不知。是皆關於錯誤之類也。

第二 事實之錯誤

事實之錯誤。分法律事實之錯誤。與具體事實之錯誤二種。

(甲) 法定事實之錯誤

法定事實之錯誤者。法律所規定者。而錯誤是也。試分三場合而說明之。

(天) 于抽象的事實之存在。而不認識時（以有爲無）

以有爲無者。即以有人誤認爲無人之謂也。如前例持刀夜行。見有黑影。目爲猛獸。擊死而爲人。是然刑法中無規定殺獸爲有罪。而以殺獸之意思。竟有殺人之結果。不能不阻却犯意（無犯意）而以過失犯論也。

(地) 認。識。的。抽。象。的。事。實。之。不。存。在。而。為。存。在。時(以無為有)

以無為有者。即以無人誤認為有人之謂也。例如甲欲以銃擊乙。以為乙必在室中。用銃擊之。近視而無人是。此必無既遂成立之理。但于此場合。不能謂無犯意。應以未遂或不能論也。

(人) 事。實。與。本。人。之。觀。念。係。別。種。之。犯。罪。時

對於實在事實。可阻却犯意。然其結果又不能不謂為過失。如對於觀念之事實而論。可云未遂。或不能犯。不可謂為過失也。例如甲某以銃擊乙。不料僅壞及乙之物品也。就損壞物品論罪。本無物品毀壞之犯意。就殺人論。即可謂未遂或不能也。

(乙) 具。體。事。實。之。錯。誤

具體的實現之事實。與具體的本人之觀念之事實之間齟齬。均為法律上同種之犯罪時。不稱為抽象事實之錯誤。而名為具體事實之錯誤也。如甲本欲殺乙而殺丙。又如本欲殺一人。而誤殺二人。是關於具體事實之錯誤。有謂為不阻却犯意者。有謂當

于別之場合論之者。有二說如左。

(天) 不阻却犯意

犯意果可阻却與否。以有無要素爲斷定。其爲犯罪之要素錯誤者。無罪或減輕。如以竊取他人之物爲要素。而不知所竊者係己物。此爲構成要素錯誤。則竊盜之罪不成立。不得加以刑罰是。其非爲犯罪之要素錯誤者。則照本刑罰處治。如殺人者注意在甲。而誤殺乙。注意在殺男。而誤殺女。均是殺人也。其錯誤不在犯罪要素。而在錯誤以乙爲甲。以女爲男。當一律治罪。又如竊盜意在竊金。而誤竊銀。本欲以銃擊人之下部。孰知誤中其胸部而死。凡此場合。皆非要素之錯誤。不得阻却犯意。亦當一律治罪。

(地) 要區別目的與方法

目的與方法何以分。分其錯誤也。目的(內界)之錯誤者。謂對於觀念所向之目的而錯誤也。方法(外界)之錯誤者。謂于目的之方法。而錯誤也。再分析舉例以明之。

(子) 方法之錯誤(阻却犯意)

如甲乙並立。丙欲以銃擊甲。而發銃時。被風所吹。彈子斜行。乙被擊而死。此方法之錯誤也。然謂阻却犯意者何。蓋本欲擊死甲某。無意擊死乙。爲風力所吹。將乙某擊死。在甲爲未遂犯。在乙爲過失犯。故得阻却犯意。

(丑) 目的之錯誤(不阻却犯意)

如甲欲殺乙。目室內(或前途)一人。爲甲某。擊死而爲丙。此爲目的之錯誤也。然謂不阻却犯意者何。謂關念之所向。係存有一殺人之意。無論爲甲爲乙。不得以無犯罪論。在甲爲未遂。在乙爲已遂。故不得阻却犯意也。

岡田博士主張第一說。不能阻却犯意。勝本博士主張區別目的與方法。牧野講師亦主張第一說。當參照一罪數罪之區別。

第三 法律之錯誤

法律之錯誤。有因不知其有法律而違反者。有祇知有法律。不知爲何等刑而違反者。

分爲二種言之如左。

(甲) 刑罰命令之錯誤(不阻却犯意)

按日刑七十七條四項云。不得以不知法律規則爲無意之犯。觀此則凡犯刑法上之罪者。罪必不恕。例如殺人之行爲。必有犯意在先。不意于既殺人後。謬爲不知法律。思脫法外。又如警察法規定。行人在街中。去自左。來自右。脫令鄉人初到東京。不知行路規則。竟去右來左。警察對之。必加罰。不能以因不知而阻却犯意也。

(乙) 刑罰法令以外之法令錯誤亦事實之錯誤也(阻却犯意)

刑罰法令以外之錯誤。即民法之所載者是。試舉例以明之。有夫之婦。與人通姦。婦爲有罪。本刑法上之原則。按夫婦結合之時。將姓名屈出于戶籍吏。再舉行儀式。(婚禮)即成爲夫婦。然儀式爲習慣法。而屈出後即爲夫婦。則法律上所認。若女不知此。以爲雖屈出而未舉行婚禮。尙未成爲者婦。與人通姦。如據屈出之規定。按刑法論之。當治罪。然民法認爲刑罰法令外之法令錯誤。而不論罪也。

第二款 犯罪之行爲

第一 行爲之觀念

行爲者可以構成犯罪而犯罪之行爲即違反法律之行爲也。祇有意思無行爲則不得認爲犯罪。有行爲無意思亦不得認爲犯罪。試分三種如左。

(一) 行爲與事實之區別

事實爲法律所配支。凡見諸事實者無不有法律上之關係。故事實因法律而生效果。例如已成年（滿二十歲者）借人錢財必有契約。既有契約即徵諸事實矣。則有償還之效果。又如損害他人之物。既有損害之事實可證。即生賠償之效果。此因已成年者爲法律所認。必生法律上之效果也。事實有廣狹二義。就廣義言。凡一切行爲皆括於其中。就狹義言。則與行爲稍有區別。

事實（廣義）

行爲（適法行爲）
不適法行爲

狹義）事實

有意思而後有行爲。事實則自然發生者。非由意思而成。乃由有行爲而著。行爲與事實名可分而實不可分。故行爲之關於法律。法律所許可者。即爲適法行爲。法律所不

許可者。即爲不法行爲。不法行爲。民法上之名詞。在刑法上則爲犯罪。

(二) 行爲之要件

行爲之要件有二。(甲)意思發動。(乙)身體舉動。

(甲) 意思之發動

有犯罪之意思。而意思不發動。未得認爲行爲。故行爲之要點。非有思想發動。不可以殺人論。必先有殺人意思想發動。而後殺之是也。

(乙) 身體之舉動

僅有思想發動。而無身體舉動。仍不得爲行爲。據前例殺人論。必先有殺人意思發動。而身體之舉動隨之。始構成犯罪之行爲是。然亦有身體雖舉動。而未基於意思者。例如左。

(天) 機械的強制

如已本無殺人之心。而有人持己之手。擊傷他人。此認爲機械的強制行爲也。

(地) 心理的強制

如偶遇驚恐。心不自持。忽有傷人之行爲。此認爲心理的強制行爲也。

(人) 生理學之強制

如蟲飛突向眼未。意思尙未發動。而眼自閉。又如夢中之行爲。催眠之行爲等。皆認爲生理學之強制行爲也。學者又名爲反射作用。

以上三者。皆非本心之動作。即見諸行爲。非行爲之正也。總之有意思而後有行爲。如生理學說。有意思之發動。而無身體之舉動。則行爲不完全。如機械的、心理的、兩說。有身體之舉動。而無意思之發動。則行爲亦不完全。皆非行爲之要件也。

(三) 行爲之語義

行爲之語義有種種學說。試比較如左。

(甲) 舉動(身體之舉動又靜止)

因意思發動而生出之舉動

(乙) 犯意或過失及因意思發動而生出之舉動

(丙)

(丁) 犯意或過失及因思意發動而生出之舉動並結果。如上四說各有不同而最當者惟第二說。若第一說祇有舉動不得爲行爲。若第三說犯意思思及舉動兼有得爲犯罪不可爲行爲。若第四說犯意思思舉動及結果四者俱備得爲完全犯罪。不僅爲行爲。惟第二說先有意思後有舉動。爲行爲之定義最宜也。

第二 行爲之態樣

(一) 作爲(積極行爲)及不作爲(消極行爲)。

人立身于法律維持之社會中。無一時一事不與法律相關。然非如政刑繁苛之世。搖手觸禁。亦非如刑罰廢弛之朝。任人妄行。蓋積極的犯罪與消極的罪。均爲刑法上所不許焉。何以言之。人在世上不能無作爲與不作爲兩端。人之動作即作爲也。人之靜止即不作爲也。然作爲與不作爲最難區別。以例明之。設有人步行。此之步行作爲乎。抑不作爲乎。由步行之點觀之。固可稱作爲。由飲食之點觀之。彼不飲食。又可謂有不作爲之狀態。此作爲與不作爲難區別之點也。

(二) 作爲犯及不作爲犯

作爲犯者。即不當作爲而爲之。以致成犯罪也。如殺人及竊盜等犯是。不作爲犯者。即當作爲而不作爲。以致成罪也。如子不給父母衣食類是。蓋人之犯罪。由於作爲者多。由於不作爲者鮮。而不作爲犯甚難研究。再分二說以明之。

(甲) 純正不作爲犯

按日刑三百四十條云。自己所有之地。或在看守之地內。有遺棄幼者老疾者。知之而不扶助。又不申告官署者。處以十五日以上。六月以下之重禁錮。若有權疾昏倒者。知之而不救助。或不申告者亦同。此爲純正不作爲犯也。觀此可知純正不作爲犯者。必于刑法上定明某某事當爲而不爲。始能謂之純正不作爲犯也。

(乙) 不純正不作爲犯。因不作爲而謂爲作爲犯

不純正不作爲犯者何。以例明之。如電車前行時。前途有危險物。而信號手。不舉旗阻止。遂使電車顛覆。又如母之于子。有育養之義務。倘母不乳養其子。使子餓死。又如精神病者之看護人。有防止其傷人之義務。而看護人不禁止之。使精神病者。遂傷人等。

皆爲不純正不作爲犯也。然此中尙有一問題。母不乳養其子。信號手不舉旗阻止。固爲有罪矣。如旁觀者見之而不申告官署。不亦爲不作爲犯乎。法律上何以無罪。學者關於此點。議論不一。欲明其理解。當知下二要件。

作爲之義務

(天)(地) 義務之不履行

如信號手見電車危險。而執旗停止。即作爲之義務也。若母之乳其子。看護人當禁止精神病者之打人亦然。而信號手不執旗。母不乳子。看護人不禁止精神病者之打人。均緣義務之不履行。遂至生出惡果。遇此問題。謂之有因果關係乎。抑無因果關係乎。學說分歧。有謂結果之成。當歸咎于因。而不當歸咎於妨因者之不履行。蓋事之結果。全由於有因也。此主張因果之說者也。有以結果固由於因而發生。如信號手之於電車。母之於其子等。雖無因果之關係。而有停止因果關係進行之義務。不停止之。是義務之不履行也。雖無因果關係。而結果之成。全由此人。此不主張因果之說也。牧野敎師。不取主張因果者。

第三 行爲之階級

行爲之階級者。由意思而至結果。其中所經之階級也。茲分析如左。

(一) 犯意之表示

犯意之表示者。將一切犯罪意思發表于外者也。或爲口頭之表示。或爲書面之表示。皆謂表示犯意。然此不以處罰爲原則。蓋犯意雖有。安知其不中止乎。不至犯罪成立。故爲無罪。但有例外。如刑法百五十二條。內亂之隱謀。以顛覆政府爲目的。雖僅有表示。亦當認爲有罪。而處以刑罰也。

(二) 預備

預備行爲者。謂着手于實行以前。犯意表示一切之動作也。如欲殺人而買刀。欲放火而購火藥。欲竊盜而製梯等。此皆預備行爲。然此不以處罰爲原則。蓋其所預購者。安知不爲別用也。故不認爲有罪。然有例外。偽造貨幣。預備造幣之器具者。不得無罪。如日刑百〇九條。知犯重罪輕罪而給與器具。或誘導指示。以其他預備之所爲。幫助正犯。俾容易犯罪者。爲從犯。比正犯之刑減一等。

(三) 着手

着手之行爲者。爲構成犯罪之行爲。在預備實行之中間。實係犯罪成立與不成立之間也。學說甚多。茲分析言之。

着手之觀念。分爲二。

(天) 客觀說

着手者。謂組織成實行之舉動。及與實行密接之各種舉動也。如殺人者。初傷其體。竊盜者。初持其物是也。

(地) 主觀說

主觀說者。從其人之着手之意思。看出可以認識犯意之遂行之行爲也。如欲殺人。既買刀。則已豫備。然殺人與否。尙未可知。至持刀以逐人。即知其必着手也。牧野教師主此說。謂自己先有犯罪之實意。而後必有犯罪之行爲也。

(四) 實行

實行者。謂于刑法各條中所列舉。各犯罪之成立要素之行爲也。如犬噬人。不得謂犬爲有罪之行爲。蓋人噬犬。而使之噬人。是人之行爲。而犬特其目的之結果物耳。又如持鎗打人。是爲犯罪之行爲。而將人打死。是行爲結果。皆實行之事。而使犯罪之成立者也。

第三款 犯罪之結果

第一 犯罪與結果之關係

犯罪與結果之關係甚多。不可枚舉。試將犯罪分爲二條。結果分爲二條言之。

(一) 以結果爲必要之犯罪及以行爲即足以爲犯罪

以結果爲犯罪者。甚易明白。如殺人者。以殺死爲結果是也。以行爲爲犯罪者。如裁判所之僞證人。誤輕罪爲重罪。誤重罪爲輕罪。此不論其結果。而即以其行爲爲犯罪。

(二) 以認識結果爲必要之犯罪及不認識結果之犯罪

認識結果者。如知殺人。犯殺人之罪。知爲盜犯爲盜之罪。知之而必爲之。此爲認識結果之犯罪也。不認識結果者。如打人時。不知此事有何等結果。而即時打之。致被打者。

傷有種種之不同，而所犯之罪亦種種不同也。蓋其爲之之時，不豫知其結果之若何也。

第二 結果之發生

(一) 因果關係之觀念

因果關係最難解釋。若不證心靜思，則理解不能明析。是非普通學理與法律學理，研究稍深者未易索解人也。蓋因果關係在刑法中最繁難。今分四段解釋之。

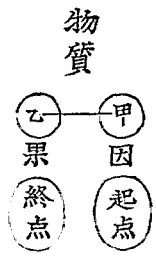
(甲) 因果關係之意義

欲知因關係之理，不可不先知其意義。凡一事之成立，必先有因而後有果。如殺人之行爲，必先持刀，而後殺死人。竊盜之行爲，必先運手，而後能竊入之物。有此持刀運手之因，遂結成殺人竊物之果。其起點終點之間，極有關係。使不知此意義，則因果關係之理，無從研究也。

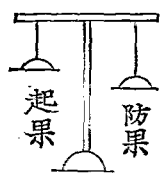
(乙) 因果關係之標準

意義則屬之理想，使不徵諸實事，欲確定其理之是非，不可得也。故必有標

(天) 準證明之。而其理始可得而明。標準有二說。
物理關係說。



如火車觸石而顛覆。石是物質。此因之發生也。有此因故火車顛覆之果。又如以鎗打死人。彈子是物質。此因之發生也。有此因故有此害人之果。此外凡關係之屬乎物質者。其類尙多。即此兩事以爲標準。而因果關係。已概可知矣。



(地) 阻。碍。妨。果。條。件。亦。爲。得。原。因。之。說。

物之所以不傾側者。因兩邊之抵抗力相平均也。譬如人立身于空氣中。而不傾倒。是兩邊抵抗力相等之所致也。物理有然。人事可推矣。蓋此邊發起之進行力。與對面之抵抗力。分量相均。妨無傾危之患也。又如起一物質立于中間。一邊是起果條件。即原因之進行力也。防果之力與有果之力相當。物質乃不至傾仆。即天秤之理亦如此。是有起果。而防果之力。足以抵禦之。而因果之說。不能成立。此謂之因果之關係隔斷。倘有阻礙防果條件者。如右第一圖。去其防果之平均力。則起果邊占優勝。物一仆。而起果仍有結果。如天秤兩盤平衡。若減其防果邊之平均力。而起果邊占優勝。相對之盤必因之輕起。仍有結果。即如火車大石之例。大石其因也。火車顛覆其結果也。信號手舉旗止車。使因無効。是防果者也。如信號手不舉旗止車。是爲阻却防果條件。而大石發起之因。仍有火車顛覆之果。而因果說依然成立。故亦得爲原因之說。

(丙) 不。作。爲。及。因。果。關。係。

(天) 無所謂因果關係。(未遮斷因果關係之進行。遂生出因果關係)但有與因果關係可視爲同一之關係。

如火車大石之例。石與車有因果之關係。然有信號手。立于因果之中間。以盡其舉旗之義務。有因可使無因。有果可使無果。而因果關係。不至成立。若不舉旗止車。是未遮斷因果關係之進行也。因果關係。遂成立矣。夫信號手立于防果之地位。可以使原因消滅。可以使結果不成。而偏不盡其義務。是因之發不啻由信號手而發。果之結不啻由信號手而結。其與因果可視爲同一之關係者。即謂石與車爲因果之關係也。可謂信號手爲因果之關係也。亦可總之其因果之有無在信號手一人而已。

(地) 謂有因果關係何也。不作爲者阻碍防果條件者也。

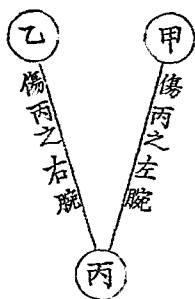
如火車大石之例。大石爲因之發起。車之顛覆爲結果。因果關係。本係固有。特信號手。是防果關係。偏不舉旗以盡其義務。阻碍妨果關係條件。無抵抗。

因果關係之進行。因果必致成立。即此說思之。是因果關係之必有也。以上數種學說。各國不同。即日本學者。亦互相爭論。然牧野教師謂第二說爲是。

因果關係之競合

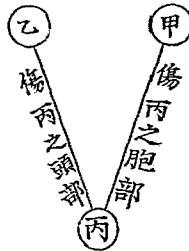
(甲)(二) 相對的原因之競合

何謂相對的原因之競合。蓋競合者。兩邊競爭而合於一處之謂也。如甲乙二人對於丙。皆有殺傷之行爲。甲傷丙之右腕于其前。乙傷丙之左腕于其後。倘丙無右腕之傷。而遇乙之殺傷時。或可以抵禦而受不傷。即僅左腕受傷。或不至死。甲既傷其右腕于前。乙又傷其左腕于後。有此兩方面之湊合。而丙遂死矣。是丙死之原因。緣甲乙二人湊合而成。故曰競合。別圖如左。



(乙) 絕對的原因之競合

何謂絕對的原因。頭部。胸部。皆致命之部分。有一即為致死之原因。況有此兩方之湊合乎。論甲乙犯意之初衷。甲欲丙死于甲手。乙欲丙死于乙手。打死丙之原因既成。甲任其責乎。抑乙任其責乎。蓋兩人皆為致丙死之原因。分而觀之。各有犯意之行爲。合而論之。同為殺人之重犯也。故此為絕對的原因之競合。例圖如左。



(三) 因果關係之終點

通常之結果

(甲) 特別之結果

認識因果關係之終點。有難處。有易處。如無他關係者。一人起殺人之因。而結殺人之

果。始終一人之行爲。簡單直接。固甚易知。若有間接與他關係者。則難知矣。如竊物者。致所有者氣忿而死。而其親屬因思死者之故。生氣發狂。以致無論人已之物。放火燒燬。其終點至此。將定竊物者以何罪乎。又如毆打致死。及毆打創傷。打死之罪重。創傷之罪輕固也。然有時受創傷之人。經醫診視。謂兩週間可痊。至期而愈。此普通之結果也。若受傷者。因保養不善。飲酒食肉。中毒而死。則打人者。當如何論其終點乎。裁判所有以打死論者。謂其雖由于不善養。而來出兩週間。即死。遇此特別之結果。不得不有特別之處分。蓋平情論之。酒肉無致死之因。是死者非因酒內而死。因受創傷而死也。當以致人于死論裁判。所以有創傷論者。謂當時之傷。兩週間可愈。此爲普通之結果。乃自己不善調養。以致于死。非其傷可以死之也。故當以創傷論。牧野教師。第二說以爲普通之結果。爲人人所及料。故當以此爲終點。而不可以特別之結果爲終點。然亦有當以特別論者。如打人之時。本有致人于死之心。而兩週間可愈之創傷。乃其意外不幸。若察明打人者。有此種真實情形時。以特別之結果論。即處以殺人之罪。不爲過也。

(四) 因果關係之中斷

何爲因果關係之中斷。即以他人之行爲攙入而阻止其犯罪也。試以放火殺人論之。

(甲) 放火

如甲預備柴薪于丙之屋側。欲爲放火之行爲。乃甲未及點火。適乙有放火之心。見其處有積薪。遂放之。是甲之放火之行爲。而攙入乙矣。是一問題。

(乙) 殺人

如甲殺乙而乙未死。即雇人力車送之。乃至中途。車忽傾而乙遂死。是乙之死。雖因車夫之不愼。然實因甲創傷于先也。是又爲一問題。

以上兩例。前例甲之犯意中間。換乙之犯意。而生出結果。後例甲之犯意中間。攙乙之過失。而生出結果。裁判所論斷時。當如何處分乎。其學說有二。

(天) 因果關係中斷說。

(子) 以有犯意之行爲攙入。因果關係遂至中斷之說。

如甲欲放火而未燃。乙因借甲之薪而放之。則甲之因果可以中斷。蓋謂同有犯意。甲則有因而無果。而結果者實乙也。主張此說者其論罪謂甲爲未遂。乙爲既遂。

(丑) 不論犯意及過失行爲之攙入。而因果關係遂至中斷之說。

此說與上稍異。蓋謂無論乙之犯意及過失。自有行爲之攙入。而甲之因果關係即可中斷。如甲積薪未放火時。火忽發之自乙。或因有意。或因過失。其論罪甲也。謂之未遂。乙若有犯意則爲既遂。若無犯意則爲過失。總之此說皆可以中斷名之也。

(地) 責任更新說。

責任更新說。與天說之子丑兩說。其論罪皆有同處。其義蓋謂甲放火。有犯意而未遂。無論乙以犯意攙入。或以過失攙入。而更替其甲之責任也。無所謂因果關係中斷之說。

(人) 無所謂因果關係之中斷者。謂皆有因果關係也。其論罪於甲與乙也。謂乙

既放火。固為既遂。甲雖未放火。而有犯意亦為既遂。又如甲負殺人之意。雖未殺死。而亦為既遂。只乙(車夫)為過失。總列比較。表以明之。

	甲	——	未遂
	乙	——	既遂
甲之天(1)	甲	——	既遂
	乙	——	過失
	甲	——	未遂
	乙	——	既遂
甲之地(1)	甲	——	未遂
	乙	——	過失
	甲	——	未遂
	乙	——	過失
乙(1)	甲	——	未遂
	乙	——	既遂
	甲	——	未遂
	乙	——	過失
丙(1)	甲	——	既遂
	乙	——	既遂
	甲	——	既遂
	乙	——	過失

第三 結果之欠缺

舉凡犯罪之行為。自事之發起。以及事之既成。無有阻碍。此結果之無欠缺者也。若殺人者。有舉刀之行為。而未至于被殺。盜物者。有作盜之行為。而物未為所盜。有此心事。而結果未成。此結果欠缺之謂也。分為三種言之。

(一) 未遂犯

未遂者。于作為時。因有意外障害。而不能成立結果者也。如殺人竊盜。未及殺死竊去之類。再分三項解釋之。

(甲) 要件

(子) 犯意

行爲 (着手或實行)

(寅) 意外之障害

夫世人之犯罪。必先有犯意。而後着手實行之。蓋着手與實行。皆見諸行爲者也。其犯者之進行線不止。是結果將成之現象也。而忽有意外之障害。隔斷其進行線。而結果遂因之而欠缺矣。所謂意外之障害者。乃事實上之障害。如殺人者有人奪其刀。盜物者有人阻其機。是也。此屬于不能犯。若意中之障害。乃由良心之忽發。遂迴轉其觀念。如看此人可憫。而忽不忍殺。覺此行爲不義。而忽不爲盜是也。此屬于中止犯。

(乙) 種類

(子) 着手未遂

(丑) 實行未遂

凡犯罪必有階段。如甲有意殺人而購刀。此爲預備。由預備而着手。此爲一階。若由着

手而進于實行時。忽生障害。則實行不能。此爲着手未遂。由實行而進于結果時。忽生障害。而結果不能成。此爲實行未遂。故亦名欠缺犯。着手未遂。如拔刀殺人。而他人忽奪其刀。實行未遂。如放鎗打人。而彈子爲物所遮之類。是也。

(丙) 處分

(子) 重罪(必罰、一等減、或二等減)

(丑) 輕罪(或罰、或不罰、一等減、或二等減)

(寅) 違警罪(不罰)

未遂犯。大約可分二種。其犯罪情節之重者必罰。或一等減。或二等減。其情節之輕者。或罰或不罰。或一等減。或二等減。減等與不罰者。如委他物費消是也。至違警罪。則概不加罰。夫未遂犯。故無重懲之條。然亦有例外。而受特別之處分者。如傾危政府之類。雖未遂而必受特別之處分。然此必使立法者。定其罪名。而通常裁判所。不能擅決也。日本改正案中有此條。

(二) 中止犯

當着手實行之時。而忽有意外之障害。隔斷其進行線。此爲未遂。由自己之轉念。而挽回其着手實行之進行線。此爲中止。分三項言之。

(甲) 要件

(天) 犯意

(地) 犯意行爲(着手)

(人) 由自己之意向改方向

中止犯。必其右之三要件而始成立。但此處只重在自己之故意。而改方向。故由自己之故意。非未遂也。乃中止也。

(乙) 種類

(天) 着手後之中止

着手之中止者。如拔刀殺人時。刀已拔。而忽知其不可。而自止之是也。

(地) 實行後之中止

實行之中止者。如甲以毒藥害乙。乙食毒藥後。而甲改悔。急用藥解之。是甲

爲中止犯。如乙自己以藥解救之。是甲爲未遂犯也。

(丙) 處分

無罪

(地)(天) 惟從其既生之結果而處罰

中止犯在刑法上無罪。然若拔刀殺人。而人已受傷。雖自己中止。則不能不即其傷人之輕重。而處以應得之罪也。

(三) 不能犯

不能者。於其行爲本來之性質上。必不能生出結果之謂也。故不能之要素有否。必一定之標準。分三學說以明之。

(子)(天) 客觀說

絕對不能說。及相對不能說。(勝本主此說)

絕對不能說。謂無論如何。而總不能達其犯意之目的。而使之有結果也。相對不能者。謂其施行之力量。萬不能達其程度也。然絕對相對之中。又有方法

目的之分。方法絕對之不能。如施害人之方法。而以糖爲毒藥。此絕對的不能害人。方法相對之不能。如以毒藥行殺人之方法。而藥之分量甚少。其力不能以殺人是也。目的絕對不能者。如我急欲殺之人。而此人已不在本國。宣告失蹤。此絕對不能也。目的相對不能者。如欲達殺人之目的。對於此人之室中放鎗。而彈子末着于此室。是也。其關於以上之處分有二說。

第一說 絕對不能者。不問方法與目的之區別。皆謂不能犯。而相對者。皆當爲未遂犯。

第二說 惟目的之絕對不能爲不能犯。其他皆當爲未遂犯。

(丑) 法律的不能 (岡田主此說)

法律者。以事實爲要件。無事實而有理想。且無達其理想之要件。法律上不認之也。如以糖毒人。法律上謂糖無毒死人之理。故不認之也。又如以毒墮胎之事。有胎能墮。施藥而未至于墮。此犯意未遂。法律上所認定也。若無墮之婦。而欲墮之。任其如何。法律上認爲不能也。

(地) 主觀說

客觀說。自旁觀看來。無論絕對相對方法如何。然所爲之事。凡不能加害于人。似皆可以不能概之。而主觀說。自其人之事之心看來。雖毒人而誤用糖。墮胎而不知其無。是實有犯意。實有行爲也。故皆可以未遂論。不可以不能論。

(人) 折衷說 (危險說)

折衷說者。就客觀主觀兩說而折衷之。以危險之有無爲斷。如在神前詛人死。萬無詛死之理。此對於其人無危險也。爲不能犯。若人欲殺此人。此人死已久。任憑如何。已不能加危險于其人矣。此亦爲不能犯。倘有人死無幾時。神經之滅絕與否。尙未可知。而刺之數刀。是加以危險矣。必以犯意處其罪。而不能謂爲不能也。總之無論客觀說與主觀說。而總可以危險之有無爲斷定。于其人無危險。概謂不能可也。于其人有危險。概謂其有犯意。或未遂可也。此說較爲平允。而牧野師主此說。

(寅) 處分 (不罰)

第四款 不法阻却之原因

不法行爲。本爲犯罪。然原其犯罪之原因。則非出自犯意。亦可將不法阻却之。而不論罪也。其原因有五。

第一 正當防衛

正當防衛者。對於身體生命之不正之侵害。以實行其防衛之權之謂也。例如人欲傷我生命。我因將彼殺死。爲正當防衛。何則。蓋我不殺彼。必被彼所殺。因保護自己生命起見。不能不加以相當之對付也。然正當防衛之範圍甚廣。不僅就生命而言。要可分爲二種。

- (甲)(天) 可成正當防衛之侵害行爲。 又分三。
人之行爲。

凡施正當防衛權者。係人對人而言。若侵害行爲者非人。斷不能爲正當防衛。何也。如禽獸噬人。人即防衛之。不使侵害可也。無所爲正當不正當。以其

非犯罪主體故也。然亦有學者謂禽獸屬人家所畜。禽獸雖不爲犯罪主體。獨不有其主乎。亦可爲正當防衛。此不過一偏之學說耳。究非近世學者所公認也。

(地) 不正之行爲。

侵害行爲。必屬不正行爲。方可加以防衛行爲。如自己犯罪。爲官吏所逮捕。雖同一加侵害于我。而在官吏本爲正當之行爲。則我無防衛權。即不能加以防衛行爲也。

(人) 現在之行爲。

防衛行爲。又必施行于現在之時。如過去或未來時。不能有正當防衛。如有人語我。數日後殺我。我即報告警察。求其保護。不可于此時。而先加以防衛行爲也。又如乙已將甲殺死。數日後。甲之子不可爲父報讐。以施行其正當防衛也。亦只報告警察。求其逮捕而已。

(乙) 可成正當防衛之實質之防衛行爲。 又分三。

(天) 對侵害我之行爲。

防衛行爲。對侵害行爲而言。有侵害行爲。然後有防衛行爲。防衛行爲。必對于侵害我者之不法。而方可施行也。如害我生命。我即將彼殺之。傷我身體。我即將彼擊之。侵我財產。我即將彼束縛之等。是也。

(地) 保全自己及他人之法益之行爲。

防衛行爲。又爲保全法益之行爲。凡屬自己之法益。固當保全。即他人之法益。亦當保全。如二人旅行。所携行囊。被強盜所劫掠。則二人皆當加以防衛行爲。不論其爲己之法益。或他人之法益也。

(人) 必要防衛行爲。

必要防衛行爲者。謂我之加防衛行爲于侵害者。必適合于侵害之程度。如人打我。我亦打人。人殺我。我亦殺人。此爲必要之防衛也。如人打我。我即殺人。則非必要之防衛也。又如幼者持刀殺成年人者。成年人一舉手。即可爲幼者相當之阻力。乃必將幼者殺之。則非必要之防衛也。但弱者對于強者。不

能援此例。如婦人突遭強暴。加以無禮行爲。勢必至污辱身體。喪失節操。而婦人自度柔弱不敵。遂持刀將強暴殺之。此時作爲無罪。

注意 (例外)

(丙)(天) 因不正行爲自招侵害時。

此言人對我有不正行爲。皆由自己不正行爲所招來者。則非正當防衛也。如我先打人。迨人打我時。我即殺之傷之。是也。

(地) 對君親之侵害行爲時。

君親之加侵害于我者。不得視爲一般人而防禦之。以爲正當防衛。何則。蓋君者。法之淵源。親者。身之所從出也。故無正當防衛之權利。

第二 緊急狀態

緊急狀態。與正當防衛不同。正當防衛。因侵害加于己而防衛之。緊急狀態。因避現在之危難。不得已而侵害他人之法益之謂也。試分爲二種言之。

(甲) 不可抗拒危迫現在之危難。

例如船遭顛覆。甲乙同被溺。甲抱木板而浮。乙奪之。甲死而乙生。此由救己情切。不得已而牽害于他人。故法律上不得科罪也。
防衛行爲。

(乙)(天)(地)

保全自己及他人之法益之行爲。(上已詳述)
必要防衛之行爲。

必要防衛之行爲者何。如甲令乙殺丙。乙不爲之。甲必殺乙。此時乙之殺丙。出于甲之強迫。此爲必要之防衛行爲也。

(丙)

除外。

例如無明文規定。惟船員法五十二條可證之。如船遭顛覆。被溺者皆在駭浪驚濤之中。不暇顧人。惟盡力以全己而已。而船員負救人之責。若自立視他人之浮水面上者不施採援。則法律上認爲有罪。不得以緊急狀態論。

第三 權力行爲

權力行爲者。國家認可。應有殺人之權利。非犯罪也。分四種言之如左。

(甲) 職務行爲。

行爲有因本屬長官之命令者。蓋凡官吏不能不服從長官之命令。因本屬長官之命令。以行其職務者。即爲權利行爲。

行爲有非出自長官命令者。蓋循乎自己之職務中。而盡所應盡。皆不得謂爲有罪也。如典獄官執行死刑。亦權利行爲。

(乙) 懲戒行爲。

懲戒行爲。如子年幼浮浪。行親權之父或母。得自懲戒之。然非于必要之範圍內不可。此規定于民法第八百八十二條。

(丙) 監護行爲。

平常監護人爲有罪。然對精神病者不監護之。必致傷害他人。此規定于精神病者監護法第一條、第二條。但非親族。亦無監護之權。

(丁) 逮捕行爲。

刑事訴訟法第六十條云。不論何人。遇重罪或禁錮罪。亦不得濫加逮捕。

第四 正當行爲

例如電車通過。聲轟轟震人。有時有病者隣於其側。而加重致死。此亦爲殺人之行爲。而電車並無殺人之權利。其終不負責任者。以其爲正當行爲也。

第五 被害者之承諾

例如乙有珍重之物。寶藏最嚴。甲欲竊之。而豫告其意。經乙承諾。甲始實行。此亦非犯罪行爲也。

第五節 共犯

第一 共同正犯

共同正犯者。謂二人以上。共犯二罪。其行爲結果。與一人犯一罪時同。雖二人犯罪。當同負犯罪之責任。其說有二。

(天) 共同加工之意思。

共同加工之意思者。謂二人于犯罪成立之先。意思相符也。如甲乙二人爲盜。甲竊時計。乙竊財物。其所盜不同。故各犯各人之罪。不得謂爲共同正犯。

如甲毆丙至創傷。乙遂殺丙。于此場合。明明應處甲以毆打創傷罪。處乙以殺人罪。然其初苟同謀而行。不得不謂爲共同正犯。其意思相符故也。

(地) 共同行爲。

共同行爲者。謂數人當爲犯罪時。以共同之行爲而成立之也。如甲乙二人。雖共同謀竊丙物。當竊時。甲着手。乙則傍觀。甲爲已遂犯。乙爲未遂犯。不得謂爲共同犯。若共同行爲。即必共擔犯罪之要素。如甲于室內殺人。乙于門外瞭望。則室內人之被殺。雖由甲殺之。而乙苟不爲之瞭望。或猶可以解救。故甲乙二人。于實際上皆有行爲。即不得不謂爲共同正犯。

第二處分

據日刑百零四條云。『二人以上現已犯罪者。皆爲正犯。各自科其刑。』由此規定觀之。則二人同一犯罪。同一處分也。如殺人者。監禁十年。二人殺人。二人皆應得十年監禁。不能分擔。蓋分擔則輕。輕則犯罪愈多矣。又西洋刑法有一種分擔之例。如甲乙二人。共同應賠償二十元。甲貧苦。遂令甲出五元。乙出十五元。日刑尙未採用。

第三 共犯之種類

(甲) 任意的共犯。

任意共犯者。於一人所犯之罪。而多數人加入於其間。則依多數人之共同行爲。而成爲一犯罪之謂也。如甲竊人物。又約乙丙二人。共竊盜之是也。

(乙) 必要的共犯。

必要共犯者。於犯罪成立時。非一人之行爲所能爲。必要二人以上之共同行爲也。如收賄罪。犯罪人藏匿罪。姦通罪。重婚罪等。皆非一人所能犯。必要共同而始能成立。此雖均係必要共犯。而法律上所規定者。惟姦通罪。若增賄者。及重婚者之配偶者等。不設處罰之明文。然當處罰與否。有二學說。

(一)(二)

處罰說。此派學者主張。凡與必要共同有關係者。當爲處罰。
不當處罰說。此派學者主張。必要共犯時。其一方法律爲處罰。而其他一方。認爲與共犯不負責任者。自然不當處分。

第四 事後共犯

事後共犯者。於犯罪成立後。始攙入。而仍爲共犯之謂也。蓋所謂共犯者。必於犯罪未成立之前。有多數人共同行爲。始爲共犯。普通之論如此。若事後而仍得爲共犯者。惟關於日刑第一百五十一條。犯罪人藏匿罪。百五十二條。罪證物件之隱匿罪。又第三百九十九條。第四百一條。贓物之受取寄藏。故買竊物罪。第二百八十八條。第十九條。第四百二十五條。十四號。曲庇被告人罪。於犯罪終了後。尙與助力犯人者。稱之爲事後共犯。然立法者。雖例視爲共犯。而現行法。終不認爲共犯也。

第五 共犯之意思

共犯之意思者。謂多數人爲共同行爲時。應生犯罪責任之精神之要素也。試分二種言之如下。

(甲) 故意

所謂共同犯者。兩方面必均有故意犯罪之觀念及決意也。如甲乙二人。於殺丙之前。並未同謀。及殺之時。適同有殺丙之行爲。此不得爲共犯。必兩方面有共同殺丙之

觀念及決意。且必通謀。始可謂共同犯也。

(乙) 過失。

過失共犯者。兩方面皆因過失而構成共犯也。然過失果得爲共犯與否。學說分歧。莫衷一是。茲區別爲二說以明之。

(一) 過失無共同犯。

過失無共犯者何。蓋過失犯者。因有可認識之事實。而不注意。遂構成犯罪。此就一人之過失犯罪而言。如曰共犯罪過失。恆寥寥也。何以言之。凡過失之成立。皆由於有認識之事實而不認識。而共犯者。既屬多數人之行爲。絕未有盡不認識犯罪事實。甲不認識。而乙可以認識。故未有過失共犯也。

(二) 過失有共犯說。

過失有共犯者何。蓋過失共犯。雖曰多數人不能共有過失之行爲。然於同一理由之下。構成過失之行爲者亦有之。故謂過失有共犯也。

第六 教唆犯

(甲) 觀念。

教唆犯者。謂已有犯罪之意。而不自行爲。使他人以行其自己之意。愚者也。其學說有二。

(天) 使生犯意。

使生犯意者何。即已欲殺人。而教人殺之也。如甲教乙殺丙。甲未着手。似乎犯罪之責任。宜乙獨負之。而以甲爲因果關係之中斷。然乙之趨丙。其犯意之原動力。全出於甲之教唆。則甲爲使生犯意。亦可爲正犯。

(地) 關於重罪輕罪。

據日刑百零五條云「教唆人使犯罪重罪輕罪者亦爲正犯」由此條觀之。是關於違警罪之教正。非正犯也。惟改正案內。已加違警罪處分教唆犯之條。

(乙) 處分。

(天) 共同正犯。

據日刑百零五條規定。教唆犯。實行犯。必受同一之處分。例如甲教唆乙犯竊盜罪。處

分甲以六月禁錮。處分乙亦以六月禁錮。並無加重或減輕于其間也。

(地) 齟齬。

據日刑百零八條規定。當指定事項而教唆犯罪人。乘教唆而犯其指定以外之罪。或其所現行之方法與教唆者之指示相殊。照左之例處分教唆者。

(一) 已所犯之罪。比教唆之罪重時。止證其指定之罪科刑。

(二) 已所犯之罪。比教唆之罪輕時。從現所犯之罪科刑。

據上條處分教唆犯之規定。可以知國家之慈惠矣。例如甲教唆乙竊盜。本爲輕罪。而乙犯強盜重罪。或甲教唆乙竊盜。而乙僅犯器物毀弄罪。較竊盜爲尤輕。是正犯之行爲。與教唆犯之指定相齟齬也。如從其指定之罪科刑。則甲不能因乙所犯之罪重而加重。如從現所行之罪科刑。則甲且可以因乙所犯之罪輕而減輕矣。

第七 從犯

(甲) 從犯之觀念。

從犯者。即幫助他人犯罪。而爲誘導指示。或器物給與之行爲。如甲欲殺人。

而貸之以刀。甲欲踰牆盜物。而貸之以梯。是此給與器物之謂也。如甲欲殺人。而教之以方。甲欲竊盜。而教之以術。此誘導指示之謂也。無正犯即無從犯。無幫助行爲。亦不能成爲從犯。但以幫助行爲斷定從犯。往往與共同犯相類。故關於幫助之學說。極其複雜。茲概分二種如左。

(子) 主觀說。

此說爲法國所主張。就內面之意思觀察之。區別爲二。

(イ) 爲自己犯罪之意思。

自己犯罪之意思。與他人犯罪之意思相同。始爲共同犯。例如甲欲殺丙。乙亦欲殺丙。由是二人同有犯罪之行爲。此爲共同犯。

(ロ) 加工他人之犯罪之意思。

自己本無犯罪之意思。因他人有犯罪行爲。而幫助之。爲幫助犯。如甲欲殺丙。而乙與以刀之類是。

(丑) 客觀說。

此說爲日本現行法所採用者也。就外面之舉動以分別之如左。

(イ) 實行行爲與非實行行爲之區別。

實行行爲。即二人同着手實行之行爲也。宜爲共同犯。非實行行爲者。即瞭望而未着手之行爲也。宜爲幫助犯。如殺人已將人殺死。爲實行。而在傍邊瞭望者。爲非實行。故殺人者爲正犯。而瞭望者爲從犯也。

(ロ) 預備行爲與非預備行爲之區別。

預備行爲之是非何以分。蓋預備行爲者。爲正犯。預備一切犯罪之材料。以助犯罪成立是也。非預備行爲者。在正犯未犯罪之先。並無一切之預備。但于犯罪時。而助正犯之力所不及。故預備行爲。爲共同犯。非預備行爲。爲幫助犯。

(ハ) 重大之影響與輕少之影響之區別。

影響重大爲共同犯。影響輕少爲從犯。例如殺人必用刀劍。竊盜踰必用梯等。此刀劍與梯。付與竊盜與殺人者。實有重大之關係之影響。知而猶借與

之。故爲共同犯。

處分。

(天)(乙) 減一等。

從犯之處分。比正犯減一等。日刑百零九條云。知犯重罪輕罪。而給與器具。或誘導指示。以其他預備之所爲。幫助正犯。使容易犯罪。故爲從犯。減正犯之刑一等。但正犯現所行之罪。比從犯所知重時。止照其所知之罪減一等。

(地) 齟齬。

齟齬者。即正犯與從犯所犯之罪齟齬也。例如甲爲強盜。乙僅知爲竊盜。而往幫助之。甲欲殺人。乙僅知爲毆打。而往幫助之是。日刑關於從犯齟齬之處分。即依百零九條。止照其所知之罪。減一等之規定。

第八 注意

(甲) 意思之共通片面的犯罪。

意思之共通片面的犯罪者。在犯罪未成立之先。並未同謀。而犯罪之際。竟成共同之行爲之謂也。如甲竊盜丙物時。忽有不相識之乙授以開門之具。此時甲雖未與乙謀。而乙有助甲之行爲。即成共犯是也。

間接正犯。

無責任能力者之攙入。

例如甲欲殺丙。而教唆乙。乙爲未成年者。是無責任能力者之攙入。故乙不論罪。而甲對於丙。又非以直接手段殺之。故爲間接正犯。

(地) 欠犯意者之攙入。

例如對面立一人。甲明知爲丙。而欺乙謂是惡獸。使以鎗斃之。是丙之死。雖被乙殺。而乙之殺丙。實被甲所利用。故爲欠犯意者之攙入。宜處乙以過失罪。處甲以間接正犯之殺人罪。

第六節 數罪

數罪者何。一人而犯數罪之謂也。然所以稱爲數罪者。有種種之不同。今試大別爲二。

即數罪俱發。累犯是也。

第一款 數罪俱發

數罪俱發者。一犯人于未受判決時。所犯數罪。同時俱發覺之謂也。然此中不無疑問。不能謂數罪俱發。類照數罪處分。須分別其所爲何如耳。有一所爲。成數結果者。又有數所爲。成一犯罪者。最難決定。試再分析如下。

(甲) 實體上俱發。與想像上俱發之區別。

實體上俱發者。謂數所爲而成數結果也。例如有人將斯人擊死。而又毀損其房屋是。

想像上俱發者。謂一所爲而成數結果也。例如甲持銃擊乙。將乙擊死。不意彈子又將乙之物品毀傷是。然想像上俱發。甚難斷定。再分析如左。

(天) 想像上俱發之種類。

(子) 一所爲生數結果。

一所爲生數結果者。例如發一彈丸。而擊死二人是也。

按岡田刑法總論云。一所爲生數結果中。又有二種。(一)從一所爲生同種類之數結果。如發一彈丸。擊死數人是。(二)從一所爲生異種類之數結果。如發一彈丸。擊死一人。傷一人。並毀壞他物是。

(丑) 一所爲觸數法條。

一所爲觸數法條者。即一所爲犯法律上數條之罪之謂也。如殺人損壞物品。均爲法律所不許。而一發彈丸。擊一人。又毀壞他品是也。想像上俱發之理論。

(地)

(子) 一罪說。

此說謂無論一銃。擊死二人。或觸數法條。只論其所爲。所爲者一。雖數結果。不得謂爲數罪。就其所犯之重定罪。即可矣。

(丑) 數罪說。

此說謂一罪說。不論觸法條多少。只依所爲定罪。甚不妥當。何則。如不問觸數法條與否。法律將何用乎。不如定一罪數罪之標準。以侵害法益爲衡。現

(天)(乙)

時日本大審院之判決吏例。主此說。牧野教師亦主此說。

連續犯與單一犯之區別。

連續犯之觀念。

(地)

連續犯者。連續而爲同種之行爲。遂成同種之犯罪也。例如有一倉庫米。每日竊一俵。連盜百日。以達盜盡此米之目的。此爲連續犯也。

連續犯之理論。

(子)

一罪說。

此說無論犯罪幾次。所爲幾次。但視其同種與否。如爲同種之犯罪。即爲一罪。何以言之。例如以盜米爲所爲。盜百次米者。亦不必爲犯百次罪。宜爲一罪也。

(丑)

數罪說。

就此說而論。不問侵害法益幾個。但有數所爲。即爲數罪。例如盜米者。雖所侵害之法益爲一。論其所爲。故非一次。此計其所爲而定爲數罪者。重在所

爲也。然數罪犯。頗難斷定。試舉標準言之。如左。

一罪與數罪之區別之標準。

(天)(丙)

客觀說。分二種。

(子) 法益說。

犯罪者。爲侵害法益之行為。當從被侵害之法益之數。以定罪之個數。蓋法益爲法律所保障。爲人生獨立之存在。有侵害者必加以處分。以殺人竊盜。論。殺二人時爲二罪。竊二人之物。亦爲二罪。

(丑) 行爲說。

犯罪者。必要有行爲。無行爲決不能成爲犯罪。故以行爲個數。定犯罪之個數。例如殺人者。殺二人必有二行爲。爲盜者。盜二人之物。亦必有二行爲。故以行爲之個數。定罪數之多寡。

(地)

主觀說。

主觀說者。以意思之繼續爲標準者也。蓋犯罪者。爲惡念之發現。而惡念每

基于決意之發作。宜以決意之數。爲犯罪之數。就殺人竊盜論。雖竊取甲之財產與乙之財產。當爲一罪。雖殺甲與殺乙。亦可爲一罪。但同時殺人爲盜。必有兩個惡念發生。故不得以一罪論。

折衷說。分二種。

(人)

(子) 第一說 主觀說。基本于意思。客觀說。基本于法益之個數。而折衷說者。

合主客兩說而言。即以意思之繼續。與法益之一個。爲一罪說。

(丑)

第二說 對人身之犯罪者。以法益之數。爲犯罪之數。不關于人身之法益之犯罪者。以意思之繼續爲標準。例如身體生命財產名譽。皆爲法律所保障。故對人身以侵害法益之數。爲犯罪之數。又如竊盜者。竊一人之物爲一罪。竊數人之物爲數罪。此以意思爲標準也。現時學說不一。日本大審院取此說。牧野教師亦主之。

處分。

(天)(丁)

併科主義。

併科主義。謂併所犯各罪。而執行刑罰。此主義南美採用之。如強盜罪七年。竊盜罪二年。如強盜竊盜俱發時。併合罪九年是。日本現行法。對於違警罪。採此主義。

(地) 吸收主義。

吸收主義者。謂數罪俱發時。而祇論其重罪也。如強盜罪七年。竊盜罪二年。祇論其七年之罪。而二年之罪不得復問。日本現行法。對於違警罪採用。至無期徒刑。及罪人已死。亦從此主義。

(人) 制限加重主義。

制限加重主義者。合上二主義而折衷之。如強盜罪七年。竊盜罪二年。以七年之刑爲主。再加竊盜二年折半。(加一年共爲八年)即犯數罪。亦准此數而遞加。但不得過主刑七年之倍。日本新刑主此主義。

第二款 累犯

一 累犯之觀念。

累犯者。再犯三犯四犯之犯罪也。蓋累犯者。即犯罪人惡性屢發。故近時學者。均謂累犯者。當嚴格處分。然果以何者爲累犯乎。當如何加重。而舊刑與新刑不同。區別如左。

二 加重累犯之場合。

舊刑上因累犯之理由。而加重其刑如次。

- (甲) 先被處重罪之刑者。而累犯該重罪時。(按刑法九十一條云照本刑加一等)
 (乙) 先被處重罪輕罪之刑者。而累犯該輕罪時。(按刑法九十二條照本刑加一等)

- (丙) 先被處違警罪之刑者。而一年內累次于其違警罪。裁判所區域內犯違警罪時。(按刑法九十三條照本刑加一等)

新刑法稍異其趣。

- (甲) 不認現行法所謂重罪輕罪之區別。但以被處懲役者。而更爲犯罪時。爲累犯。

(乙) 以僅在受確定判決時而犯罪者。不足爲累犯。更當在終其刑之執行時。或在受刑之免除後。而犯罪者爲累犯。

(丙) 必要于十年以內。更于有期懲役而爲犯罪者。

(丁) 就所謂輕罪。上(即現行法之違警罪)無累犯之規定。

三 注意。

關於累犯之規定。當注意之要點如次。

(甲) 雖三犯以上者。總據再犯之例。

(乙) 就前犯要被處重罪輕罪。或違警罪之刑者。故實際不可不以此爲科刑之標準。但于大赦時。凡屬得免罪者。實係明文有特別之規定。雖再犯罪。不得以再犯論。

(丙) 前犯與後犯之間。犯罪之種類。不必要同一。又除違警罪外。經過前犯與後犯之間。不論時間之長短。

(丁) 在特殊之犯罪。有再犯不加重者。

(庚)(己)(戊)

特別刑法。特于稅法多規定。不適用再犯加重之例。

前犯之刑在執行中。更執行再犯之刑時。則先重後輕。

再犯與數罪俱發之集合。則一罪前發既經判決後。餘罪與再犯俱發時。則比較其餘罪。與其再犯而從一重者處分。不必與前發之刑通算。

第七節 犯罪之種別

第一 重罪、輕罪、違警罪。

據日刑第一條、第七條、第八條、第九條、而區別此三者。

一 重罪。

甲 死刑。

乙 無期徒刑。有期徒刑。

丙 無期徒刑。有期徒刑。

丁 重懲役。輕懲役。

戊 重禁獄。輕禁獄。

二 輕罪。

甲 重禁錮。輕禁錮。

乙 罰金。

三 違警罪。

甲 拘留。

乙 科料。

除以上此種區別之要點外。則宜注意于左之數條。

一 不因刑之加重而變其罪質。

二 就減輕刑時區別如次。

甲 從犯未遂犯。及各本條規定爲特別之減等者。不變罪質。

乙 宥恕減輕。自首減輕。及酌量減輕者。不變罪質。

三 刑罰無一確定時。得選擇最重之刑爲標準。

四 法文有單純規定爲重罪、輕罪、違警罪者。或又有規定爲重罪、輕罪、違警罪之

刑者。于此後之場合。不生罪質問題。

第二 即成犯。繼續犯。

即成犯者。犯罪同時實行終了者也。如殺人竊盜。即時成立是也。繼續犯者。于犯輕成立之後。復犯一罪之謂也。如犯一罪未處分。而又犯一罪。又如犯罪入獄後。在監禁中。而又犯一罪者亦是。

第三 單一犯。連續犯。

單一犯者。無論如何罪。僅犯一次之謂也。連續犯者。屢次犯罪之謂也。如前例一倉米。連盜百次是也。

第四 單純犯。結合犯。

單純犯者。謂犯罪之所爲。有單純之性質也。如單純殺人者。或單純爲盜者是。結合犯者。結合有數個性質之所爲。而爲一個犯罪之謂也。例如爲盜者復殺一人。是兩罪結合。而爲一犯罪也。

第五 常事犯。國事犯。

常事犯者。違犯普通刑法上之規定之法也。如殺人爲盜等犯。皆爲常事犯。國事犯者。侵害一國之政治的秩序之犯罪也。如內亂。顛覆政府。僭竊邦土。及其他之以紊亂朝憲爲目的者。又如外患。與外國而抗敵本國。或與外國交戰中。抗敵同盟國。及其他背叛本國。而附屬敵兵者。或交戰中。誘導敵兵而令入本國管內者。皆爲國事犯。

第六 現行犯。非現行犯。

現行犯者。犯罪現行之時。或始了之時。而即發覺之謂也。例如竊盜者。于現場而被逮捕。是非現行犯者。犯罪已成立後。而始發覺之謂也。如竊盜者。已將物竊去。而始知之謂也。

第七 親告犯。非親告犯。

親告犯。謂被害之人。或其家屬來告。始知犯罪者之謂也。非親告犯者。謂事外人。認有確實證據者之謂也。試舉關於親告犯事項如左。

按猥褻姦淫罪。日刑三百四十六條云。對於不滿十二歲之男女。爲猥褻之所爲。或對於十二歲以上之男女。以暴行脅迫爲猥褻之所爲者。又如三百四十七條云。對

于不滿十二歲男女。以暴行脅迫爲猥褻之行者。又百四十八條。強姦十二歲以上之婦女者。又三百四十九條云。姦淫不滿十二歲之婦女者。又如三百五十三條云。姦通有夫之婦者。又如三百四十一條云。略取滿十二歲之幼女者。或誘拐自己藏匿。或交附他人者。又如三百五十八條云。摘發惡事醜行誹毀人者。又如四百二十六條十二號云。公然罵詈嘲弄人者。又如三百二十六條云。脅迫殺人。或脅迫放火于人之住居家屋者。又如四百二十三條云。殺牛馬及家畜罪等。

第八 作爲犯。不作爲犯。

作爲犯者。不當作爲而作爲者也。如自以手毆擊其父母是。不作爲犯者。當作爲而不作爲者也。如任父母凍餒而不與衣食。或父母被傷害而不救者是。

第九 有意犯。過失犯。

有意犯與過失犯。已詳于犯罪章及過失篇中。此不贅述。

第三編

第一章 刑罰論

第一節 觀念

(一) 刑罰者。國家科于私人之制裁也。

國家對於國家之制裁。(如戰爭等事)則有國際法。個人對於個人之制裁。(如損害賠償償事)則有民法。惟國家對於私人則有刑罰。

(二) 刑罰者。科于犯罪者之制限也。

刑罰者。對違法犯罪者之處分也。他如規律罰。即對官吏之懲戒令。如譴責。減俸。免官。民事罰。係民法所定之罰則。故有過料。學校對於學生之制裁。有譴責。禁足。除名。退學等罰。此皆不得為刑罰。因非犯罪。故不得以刑罰所定者處治也。

(三) 刑罰者。科于犯罪者之法益剝奪也。

法益剝奪者。即禁其身體自由。或罰其財產之謂也。蓋法益為法律上所保障。不可剝

奪。然必對於犯罪者。始能剝奪其身體自由財產。是以懲治場之設。爲留置惡少年。其中含教育性質。不得謂爲刑罰。如犯罪狂之入病院。其中有保護病者。恐其有毆打他人之性質。並未剝奪其法益也。故亦不得爲刑罰。

· 第二節 刑罰之目的

刑罰以撲滅犯罪。減少犯人爲目的。其撲滅減少之方法有二。

(一) 社會的適合方法。

國家以剝奪法益。示其強制力。又于國家威嚴之下。加以感化教誨之方法。以期犯人之遷善改過。此近時刑罰趨重自由刑之目的也。矯犯人之違悞社會性。使其性質適合于社會之生活。而依此方法。以求達刑罰之目的者。又現代刑事組織之理想也。

(二) 社會的離隔。

使犯罪人離隔社會上之交際。然離隔之方法有二。

(甲) 使入獄。

犯罪人固宜入獄。然囚人在獄已久。不知社會變遷之現狀。故常使之工作。而又教之明白當日社會之情形。以期出獄後謀生活也。

(乙) 處死刑。及永遠徒法。

使犯罪人適合于社會。固爲刑罰之目的。然程度之適合乎社會與否。必從悔而始知改。若究竟不能感化時。或處以死刑。或處以永遠徒法俱可。

第三節 刑罰之主體

(甲) 原則。

受刑罰者。必以犯罪人。而罪不及他人爲原則。

(乙) 例外。(二三稅法)

設有主人爲雇人之行爲。負罪的規定取締項內。如主人雇人時而必納稅。如所雇之人。不能出錢。而主人代納。稅則上應如是也。

第四節 種類

第一 生命刑。自由刑。能力刑。名譽刑。財產刑。

第二 主刑。附加刑。主刑能獨立。而附加刑必緣主刑而附加。無獨立之性質。

(一) 主刑。

(甲) 生命刑。死刑。

此屬於主刑者。

(乙) 自由刑。

單屬於自由刑者。如左。

定徒刑〔無期〕有期〔十二年以上十三年以下〕

無流刑〔無期〕有期〔十二年以上十三年以下〕

有懲役〔重〕十一年以下〔九年以上〕輕〔六年以上八年以下〕

無禁獄〔重〕九年以上〔十一年以下〕輕〔六年以上八年以下〕

有役禁錮〔重〕十一日以上〔五年以下〕輕〔十一日以上十以下〕

無拘留〔一日以上十以下〕

(丙) 財產刑。

罰金。—二元以上。

科料。—五錢以上。一元九十五錢以下。

附加刑。

(甲)(二) 自由刑。—監視。此謂滿期放免時。而加以監視。使之慎所爲而不再犯。此條

至刑法執行上。再細講。

財產刑。—罰金。

沒收

〔禁制品。犯罪借用物。因犯罪而得取物。〕

(乙) 能力刑。

剝奪公權。—終身。

停止公權。—拘禁中。

竊盜。

主刑。—二月以上。五年以下。重禁錮。

附加。—六月以上。三年以下。監視。

第五節 刑法之適用

第一 總說

(一) 絕對法定主義。與相對法定主義之區別。

犯罪。——絕對法定主義。

刑罰。——相對法定主義。

於定犯罪時。採用絕對的法定制。而於用刑罰時。則採用相對的法定制。是即以刑罰選擇之餘地與裁判所也。

(二) 法定刑。與宣告刑之區別。

法定刑。——法律所定之刑。

宣告刑。——基於法定刑。而裁判所所宣告之刑。

由刑罰區別之。而為法定刑。及宣告刑。法律上抽象的對於犯罪所定之刑。謂為法定刑。

(三) 絕對決定制。與相對決定制之區別。

定官審判時有絕對決定主義與相對決定主義之區別。

相對決定制。又名（不定期刑）。絕對的決定。謂法律有明文者。而人犯之。其罪名確切明白。絕對的治其罪是也。相對的決定。謂法律無明文者。而人犯之。爲裁判官者。相對的斷定其罪。酌其輕重而定刑期之長短是也。此相對決定主義。現行法上不認承之。

第二 加重。

裁判上之加重。——無。

(二)(一)

法律上之加重。——有。

(甲) 再犯加重。（刑罰法九十二條及九十八條）
(乙) 特別加重。（各本條所定之加重）

加重有二分別。再犯加重。及特別加重是也。特別加重者。於各本條所定之加重。而又特別加重。是也。此本於身分之場合。與客觀的事實之場合。以爲斷定。

第三 減輕。

(一) 裁判上之減輕。——酌量減輕。

(二) 法律上之減輕。

有裁判上之減輕。與法律上之減輕。裁判上之減輕者。即酌量減輕。如刑法八十九條及九十條是也。但法律上之減輕有區別。

(甲) 特別減輕。即各本條所定之減輕。

此於各本條之規定外。按其情形而減輕。雖然。入變災治罪之條。不惟不減輕。而反加重矣。如因火延燒等。按其情節之輕重。而定刑期之長短。處以五月以上。六年以下。又如因持凶器傷人。按其情節。則處以六月以上。三年以下。諸如此類者甚多。而刑期之長短。看刑法加重各條自明。特是減輕之處分。裁判官操其權衡。然亦不能任意出入。

(乙) 從犯減輕。(刑法一百〇九條)

(丙) 未遂減輕。(刑法一百一十二條)

(丁) 審認減輕。

(肆) 年齡減輕。如未成年者。因知識之不完而減等是。

(伍) 挑發宥恕。(刑法三百九及三百十二條)

如感他人之暴行。而不能容忍。因將此人殺之。是挑發其犯罪也。此在宥恕之例。如本夫之怒殺姦夫。是其例也。

(戌) 自首減(免)

自首減(免)之例中。有準自首一項。如犯關於財產之罪。而首服于被害者。同於自首。

(1) 要件。

要犯人知其犯罪。——親身告知。

要告知於相當官署。——如本轄裁判所。或本轄警察署。與巡查等是。

要未發覺之犯罪。——未經人知者。

(2) 效力。

原則——減一等。

例外。

(1) 謀故殺者。雖自首不減輕。

(2) 犯關於財產之罪。而自還給贓物。或賠償者。更受減輕。(刑法六十八條)

(3) 各本條後有關於自首特別之規定。而準自首一項。亦參入此例。(刑法一百一

十六及一百九十三及二百二十六條)

第四 加減例。

(一) 可加減之刑。

(甲) 主刑及附刑罰金。加減之。他刑不能加減。(如沒收一項。絕對不能加減。)

(乙) 加減之單位——等。

(二) 重罪之加減例。

死刑。

死刑。

無期徒刑。

流刑。

有期徒刑。

流刑。

重懲役。

禁獄。

輕懲役。

禁獄。

二年以上
五年以上重禁錮。

輕禁錮。

此項之按罪之增重而遞加。但不得加而入於死刑。按罪之從輕而遞減。但不得減而歸於無刑。

(三) 輕罪之加減例。

(1) 以刑期金額之四分之一為一等。

(2) 加重禁錮而得至於七年。不得至於重罪。

(3) 減輕。(或減盡) 禁錮罰金時。拘留。或科料。

(4) 違警罪之加減例。

盜賊減輕。二月十五日以上。五年以下。踰牆加重。六月以上。五年以下。再加三等八年。

(1) 以刑期金額之四分之一為一等。

(2) 加重違警罪之刑。而得至於拘留十二月。罰金二圓四十錢。不得至於輕罪之刑。減盡時一日拘留。五錢科料。

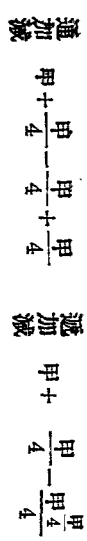
(5) 附加罰金之加減例。

(1) 以四分之一為一等。

(2) 減盡時止科本刑。

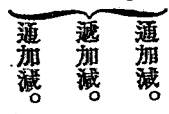
第五 加減順序。(刑法九十九條)

(1) 通加減與加減之區別。



(2) 特別加減。從犯減輕。未遂犯減輕。

(3) 遞加減。有怨減輕。酌量減輕。



此通加減與遞加減之方式。頗簡當。而牧野先生主之。然學說不一。如橫田博士。則從第三項中用連用遞加減之方法。則不甚妥適。

第六節 刑罰之執行

第一 通則

刑之執行。不拘時日。必經裁判確定後。始應執行。故日本法於刑之執行。非經裁判確定。不可。見刑法五十條。及刑事訴訟法三百十七條。「條文云刑之執行。非經裁判確定後。不得爲之。」確定裁判後之執行分爲二種。

(一) 刑之執行期 凡裁判確定時。則執行刑罰。但死刑俟司法大臣之命令而行之。

所謂確定者。如判決後。經過上訴期間。(七日)或用盡上訴法方。而仍照前之斷定者是。若死刑則必俟有司法大臣之命令。而始執行之。

(二) 刑之執行官 指揮刑之執行者。檢事也。司掌刑之執行者。或司獄官。或警察官。或執達吏。執行之機關不一。有指揮執行者爲檢事。正當執行者。於死刑。自由刑。或監禁。則歸司獄官。拘留。監視。則歸警察官。科料。罰金。沒收。則歸執達吏。但沒收。亦有由判事直接者。

第二 死刑

(一) 方法 絞

(二) 場所 獄內

(三) 時期 有司法大臣之命令後三日以內。但除大祀令節。及妊婦分娩後。葬過百日不行之。

死刑之方法。古時各國不同。而多慘虐以示威嚇。若歐洲之用磔刑。或火刑。馬裂。重裂。鋸刑等。皆慘無人理。蓋斯世文明未啓。惟執復仇威嚇主義。故如此之苛且重也。今也不然。各文明國之刑法。於死皆不分階級。惟取確實迅速之方法。不令犯人徒多受痛苦。如美國用電氣。德國用斧。法國用鵠斯魯。日本自維新以來。各種死刑遞減。至明治十五年。頒行憲法。並斬刑而亦廢棄。現用者常人惟用絞刑。軍人惟用銃刑而已。其絞刑方法。今改用機械。較少受痛苦。而又確實迅速。中國有絞斬凌遲梟示等方濫。不合文明法理。急宜酌改。

場所即地方也。古時刑人于市。以示警戒。今以不令人見爲要。故日本惟行之於獄內。

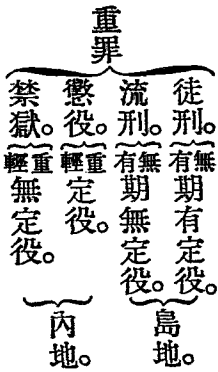
監獄官監視之。

時期除大祀令節。國祭之日。以及妊婦外。奉司法大臣之命。定三日內施行。蓋大祀令祭。全國民歡祝慶典。獨使犯人之遺族悲歎。似覺太忍。故於此日不行之。至妊婦必分娩後百日。始執行。蓋憐其大受痛苦之後。故特緩其期。早產。流產。亦同。此法歐美日本中國通行之者也。

第三 自由刑

日本現行法。以自由刑爲最關緊要。今試論其自由刑執行之方法。

- (一) 有定役刑與無定役刑之區別。(詳前刑罰之種類項中)



輕罪〔重禁錮。〕—有定役。
〔輕禁錮。〕—無定役。
 內地。

違警罪—拘留—無定役—內地。

(二) 服於定役之囚人之工錢。給其幾分於其囚人。(此第二十五條所規定)定役者。謂自由刑執行之方法。爲法令所強制之勞働也。有作業。當與工錢。而作業分三種。有受負業。官司業。混同業。而日本今採用官司業。因其不戾於經濟之本旨。不妨民業。而又能達刑之目的也。此外對於定役之宜注意者。有三。

(一) 非使囚人徒受苦楚。實欲養成勞働之習慣。一可以保其健康。一可以勇於爲善。

(二) 支配工事之輕重。宜視年齡之大小。身體之強弱定之。不可強以萬難勝任之事。

(三) 所作之業。必使可得利益。但不可奪商人之刑。

囚人所獲之資。不能如尋常工作者。不過少給幾分耳。其與之有三善焉。

(一) 可勸囚人各勤其事。

(二) 可翻其不獮罪獲利多之念

(三) 可爲長期犯出獄之旅費。及資本。

給工錢之法。各國不同。英國無定額。美國則有定額。日本亦然。牧野講師謂。將所繪之錢。入於國庫。俟犯入出獄時處之。

(三) 假出獄 免幽閉 假出場

假出獄者。謂執行所刑罰之閫。認定犯人有悛改之事。得以行政處分。姑許其居住於獄外。但得假出獄者。徒刑之囚人。則仍居島地。他之囚人。則居豫定地方。凡在本刑期限內。必受特別之監視。

免幽閉者。對於流刑而言。被處無期流刑者。經過五年。得以行政處分。而免幽閉。但仍限於島地。被有期流刑者。經過三年亦同。

假出場者。對於惡少年行之。蓋惡少年不使之入獄。有特別之場所。看其將有改悛之觀念時。使之假出場。而亦必監視。

(四) 監視 監視包括上三者而言。蓋上三項。俱必須有監視也。

第四 財產刑。

(一) 罰金。

(甲) 金額。二元以上。

(乙) 納期。裁判確定後三十日以内。

(丙) 制裁。不完納者。受換刑處分。折算一元。爲輕禁錮一日。

(二) 科料。

(甲) 金額。五錢以上。一元九十五錢以下。

(乙) 納期。裁判確定後十日以内。

(丙) 制裁。不完納者。受換刑處分。折算一元。爲拘留。

(三) 沒收。

(甲) 法律所禁制之物件。——禁制品者。謂法律所禁製造。或所持之物件。(如假

金錢。假文書之類。不許製。亦不許持。

(乙) 供於犯罪之用之物件。但限犯人所有。或無主之場合。

(丙) 關於犯罪而得之物件。但限犯人所有。或無主之場合。

日本財產刑。惟罰金、科料、沒收三種。由檢事之指揮行之。見刑事訴訟法。三百二十條。〔條文云刑之執行。由判定其刑之裁判所之檢事指揮。或從上告裁判所。受命之裁判所之檢事指揮爲之。二項云。罰金、科料、訴訟費用。及沒收物品。追徵金。可依檢事之命令徵收之。三項云。可破壞可廢棄之沒收物品。檢事可處分之。〕但徵收金圓或物品之任務。在執達吏。(見執達吏規則第三條。)

〔條文云徵收罰金科料。料。及取上沒收物品。與賣却之事。執達吏有承辦之義務。〕罰金從裁判確定之日。始一月內完納。科料限十日內完納。沒收無猶豫期間。見一十七十三條條。

設限內不完納。罰金科料者。皆換處輕禁錮拘留之刑。一元禁一日。十元則禁十日。此法不甚善。蓋富者可以立納。而貧者不能。總之非刑罰持平三道。而亦不合執行之原則也。

第五 能力刑。

(一) 剝奪公權。
(二) 停止公權。

能力刑即剝奪公權。停止公權之二項。日本法律。無論何人。自有生以來。皆有公權。因犯罪。即喪失享有公權之能力。剝奪者。終身不使有公權。停止僅數月。數年。蓋不許以完全人格也。剝奪公權。(刑法三十一條)載有九種。

- (一) 國民之特權。
- (二) 爲官吏之權。
- (三) 勳章、年金、位紀、貴號、恩給之權。
- (四) 佩用外國勳章之權。
- (五) 入兵籍之權。
- (六) 於裁判所爲證人之權。
- (七) 爲後見人之權。
- (八) 爲分產者之管財人。及管理會社。與共有財產之權。
- (九) 爲學校長。及教師。學監之權。

第六 刑之執行猶豫

何謂猶豫。即延緩其確定執行之期之謂也。此爲舊法律所無。而新法律始有之。

(一) 要件

(甲) 前無受禁錮之刑者。或雖曾受禁錮之刑。刑之滿了後者。或刑之執行免除。

後。經過十年者。

(乙) 不附加監視之禁錮。而刑期一年以下之刑期之場合。

猶豫之要件。蓋因犯罪之性質未可。遽明。有習慣的。久犯者。刑罰從重。若偶犯的偶發犯。刑罰從輕。然不敢遽斷定。故歐美各國。爲試驗的採用。於人之犯罪。非經過十年。不爲偶發。是以甲項經過十年之規定也。又附加監視時。其犯罪也。屬於習慣的可知。其不加監視。必一年以下者。其犯罪。方可猶豫其期間也。

(二) 効力

(甲) 猶豫時間。二年以上。五年以下。(宣告猶豫不能踰此期間。)

(乙) 猶豫期間內。無猶豫取消之裁判時。免除刑之執行。

(丙) 有猶豫取消之判決時。猶豫刑。自取消裁判確定後。執行之。

(三) 猶豫之取消。(兼時與地兩方面)

(甲) 猶豫時間內。更犯罪。被處禁錮之刑時。

(乙) 猶豫裁判前。十年以內。犯人。被處禁之事實發見覺時。

(四) 執行猶豫之立法主義

- (甲) 英米主義。——猶豫刑之宣告。(不宣告猶豫之刑期)
(乙) 歐洲大陸主義。——(日本亦倣之)宣告其猶豫刑期但不執行耳。

第七節 刑罰之消滅

通則

刑之消滅。謂刑之執行權消滅也。國家執行權消滅。即對於犯人消滅其執行權。但其原因。約言之有三。

第一 犯人之死亡

現行之刑法。犯人死亡。即刑體消滅。而一切裁判權。與刑法執行權。皆同歸于消滅。當時歐洲日本。曾有戮屍焚屍等刑。中國今猶有戮屍示衆之刑。皆無謂也。蓋刑之原則。爲人而設。人既死亡。則不可以人論矣。無感覺。無言動。即無施刑之理。身受之而不自知。刑之何所取乎。故現在文明各國。死後之刑已經絕跡。而中國法律。死後之刑。尙有種種。亦可鑒而知改矣。

第二 恩典

恩典者。即憲法第十六條中。大赦、特赦、減刑、復權。是也。此基於公益之大權令。一私人不得拒絕之。令約舉如左。

(一) 大赦

大赦者。消滅一般。或特定犯罪之法律上之效力之謂也。大赦之特典。如憲法發布。皇太后死時。皇太子婚姻時。皆大赦。而所謂特定犯罪者。即國事犯也。

(甲) 受大赦者。受刑之免除。

(乙) 刑之宣布前。(訴追中。或訴追前)受大赦者。不受刑之宣告。(公訴之消滅)特赦

特赦者。為特定之犯人。免除刑罰之謂也。故特赦後。犯罪者作為再犯論。

(三) 減刑

為特定之犯人。減輕刑罰之謂也。

(四) 復權

爲受剝奪公權之處分之犯人。使回復其公權之謂也。

(五) 恩典

恩典者。天皇大權之處分也。大權者。天皇所以親裁政務也。天皇親裁之政務者。憲法上與議會所協贊之立法裁判所。所行之司法。及行政官廳所行之行政異。憲法第一章明定之。

大赦者。謂赦典一經頒布。對於多數人。將全部。或一部之罪。悉免除之也。日本向與中國。並不分罪之種類。而一律赦之。今日本法律。必須指定關於國事之罪。或刑法某條之罪。合于此者。無論何人。皆可沐此恩典。經此大赦後。對於某種類。犯罪之追訴。或裁判。一律廢止。如未提起之公訴。不得再提起。既提起者。不得續行裁判。既裁判確定者。不獨裁判之全部消滅。即其宣告之刑。亦純然消滅。是大赦之性質。與一時中止之一部同。關係既大。應歸立法機關提議。日本現行法規。則屬於天皇之大權親裁。他人不能干預之。

特赦者。謂一時。對於一定之少數犯罪人。取消其全部之刑罰也。但此與大赦之性質

不同。蓋雖指據多數特定之罪赦去。而法律之効力仍存。後如犯罪。即爲再犯。而大赦則法律全失其効力。後如犯罪。不得以再犯論也。

減刑者。取消其刑之一部也。此屬於特別云之恩典。則例如日露之役。法人有ブツク者。將日本機密洩于俄國。按刑法本係本國人加重。念其爲外國人減輕。定十二年之拘禁。後天皇念其非本國人。又特減輕。日本憲法十六條。有大赦。特赦。減刑。復權。而刑法無減刑。括于特赦之中。

復權者。謂對於一定之少數人。將附加刑。所剝奪之公權復還之也。然亦有辨。謂將來享有公權之能力。自此發生。非回復宣告時。所享有之公權也。

第三 時効 (期滿免除)

(一) 時効之觀念

一時之狀況永續時。實以維持之。爲所以保持社會之制度。時効到來。前不爲權利之行使者。實以之爲過失之行爲。以不保護之。爲法律一般之原則。時効者。謂經過若干時後。即認有權利義務。不至釀成不便利之事也。時効之觀念。其原發于羅馬法系。民

法刑法。皆規定有時効之條。即期滿免除之名詞。乃從歐洲(フランスクブシヨ)之文語。翻譯得來。

(二) 時効之種別。分爲二。

刑事法上之時効有二種。公訴之時効。及刑之時効是也。公訴之時効。其時効經過後。提起公訴之場合。法律上以之爲無效之謂也。刑之時効。謂刑之宣告後。於一定之時間。不能執行刑罰之時。爲犯人之刑之免除之謂也。

公訴之時効。屬于刑事訴訟法。刑之時効。屬于刑法。公訴上之消滅。詳于刑事訴訟法第八條。及十條。刑罰上之消滅。詳于刑法五十八條。至六十三條。公訴上之消滅。檢事不能至裁判所再起公訴。刑法上之消滅。因所定之之罪。已得期滿免除也。但公訴在未定罪以前。刑罰在既定罪以後。

(三) 刑之時効之期間。(刑法五十九條)

死刑。三十年。

無期徒流刑。二十五年。

有期徒刑二十年。

重懲役。重禁獄。十五年。

輕懲役。輕禁獄。十年。

禁錮。罰金。七年。

拘留。科料。一年。

此外尚有二條。

禁制物以外之沒收。五年。

附加之罰金。與主刑同期間。

(四) 時効之計算。

(甲) 起算點。

于對席判決。遁刑之執行之日。

于缺席判決。裁判宣告之日。

(乙) 時効之中斷。

犯人被捕之日。則時効中斷。自更遁執行之日。起算時効。

雖犯無被逮捕。官發逮捕狀之時。則時効中斷。更自其日起算時効。

前所言之時間。關於對席判決。(有被告人到審)之刑者。自免其執行之日。(即逃走

日)起算。

第四編

第一章 刑法之効力

第一節 刑法與土地之關係

刑法關於土地之効力。其說不一。岡田博士分爲三主義。曰屬人主義。屬地主義。折衷主義。其說甚完備。牧野講師區爲二。義亦該括。今錄之如左。

第一 刑法者。於日本領內。有其効力。今釋之如次。

(甲) 領地。領海。領地即屬地。我國所管轄者也。領海者。此國主權範圍之所及。於沿海者是也。巴黎萬國國際法協會。決定平時領海。以距海岸三海里爲限。戰時則視其守禦之綫。以延長之。

(乙) 在公海之帝國軍艦船舶。及在外國領海之帝國軍艦。

帝國之軍艦船舶。載國旗而行。船艦所至之地。即國權所及之地。此在公海內。名獨立國。國際上之通例也。

(丙) 因條約行我裁判權之外國領內。如中國今許外國在各通商口岸。設領事

裁判。是由特別條約而定。非國際之通例也。

第二

雖外國領內之犯罪。有重大影響帝國之安甯者。亦不可不處罰之。方今交通便利。往來人繁。國外犯罪者。如本國人在外國偽造本國紙幣。及謀作亂等事。若全不能過問。於本國大有不利。故今對於國外有犯罪者。宜爲本國刑法之効力所及矣。然日本現行刑法無此規定。大欠平允。改正草案。設關於種種之規定。

第二節 刑法與時之關係

第一 原則

法律不得及於頒布以前之犯罪。(刑法第三條第二項)所謂不遑及之原則。是也。法律不得追溯以前之犯罪。行爲成立以後。發頒之法律無効。不然是使一般人民。不敢自信其所爲。而無所措手足矣。故一般法律之性質。皆不溯及既往。今以此爲法律之原則。按法律不溯及之始基。在昔法蘭西大革命時。頒布憲法。原有此條。後各國規

定憲法。不列此條。而不溯及之原則。遂歸于刑法範圍內。蓋此非立法上之原則。乃法學解釋上之原則也。雖然。世界各國。立法者之性質不同。目的各異。雖得作溯及既往之法律。若不明言溯及既往之事件時。則解釋上仍當準諸不溯及之原則。夫此條之規定。本難萬全。大體無碍。而法律之一部分。稍事遷就可也。何則。蓋不溯既往。爲憲法之原則時。羈束立法者。爲解釋上之原則時。止羈束裁判官。

第二 特例。

新法與舊法比較。如新法輕於舊法時。以新法處斷舊法時之犯罪。此溯既往之特例也。例如殺人罪。論舊法須抵償。論新法僅徒流。則徒其從流之輕者是也。歐洲各國多如此規定。

第三節 刑法與人之關係

第一 國內法上之關係

國家所定刑法。凡本國之犯罪者。既歸其統治。此原則也。然有例外數則。故有國內法上不受刑法之適法者。

(一) 天皇及攝政。天皇爲一國元首。故刑法不能管轄。是以日本憲法上。天皇不受刑法之制裁。而攝政者受法之制與否。其說不一。多數學者謂爲不負刑法之制裁。

(二) 帝國議會之議員。於院內之發言及表決。院外不負責任。國會議員。在議院所發之意見及表決。出院外不負責任。而在院內犯罪。自有院內法。(參照憲法議會條中自明)

第二 國際上之關係
國際法上。不受刑法之適用。

- (一) 外國之君主及大統領。其家族。及非內國人之從者。
(二) 外國之交際官。其家族。及非內國人之從者。
(三) 領事非交際官。然各國條約。以特定之約款。定領事之責任。
(四) 經承認而來之外國之軍隊軍艦。如中國承認各國駐兵何處之類。惟軍隊必在成隊者。若一二軍人。則不爲軍隊。

(五) 有領事裁判權之外國之臣民。

此條日本前有而今無。中國今有之。將來若不去。此條約則受害不可勝言。中國改良法律及監獄等。當以收回領事裁判權爲第一目的。夫歐美各國之人。風俗法制與東洋不同。初來時。使彼服從東洋之法律。彼苦而不受。是以因定約而設外國領事裁判。日本昔不知其受虧而許之。蓋當日之思想不開。謂己國之法律。不當使外國知。而彼以其法律治彼國之人。我以其法律治我國之人。緣是將領事裁判權授于外人。後知法律爲主權之作用。不但己國人當知人。而外國之亦無妨知之。蓋知之明而研之精。斯己國法律之範圍擴張。而國勢可因之而膨漲也。

第四節 犯人引渡(即交付)

- (一) 犯人引渡。以條約定之。此由兩國之條約而定。與領事裁判權不同。蓋此由兩國互商立約。準其交還罪人也。日本與他國無此條約。只與美國有之。
- (二) 犯人引渡者。必被請求國。亦以其行爲爲犯罪。必如此始可交還罪人。
- (三) 政治上之犯人。不引渡之。政治犯即國事犯。逃往他國。他國不能交還。因所

犯之事。在本國則以爲罪。在他國或以爲所行甚當也。如俄國之虛無黨。近多逃至瑞西。與美國。因此兩國皆主張共和故也。

(四) 自國人不引度之。此條謂自國人在外國犯罪逃回本國。外國索之。而本國不引渡。若引渡之。是辱國體。損主權也。

刑法總論終

警察監獄講義錄全部目次

法政門

憲法	第一册
法學通論	第二册
刑法總論	第三册
刑法各論	第四册
刑事訴訟法	第五册
裁判所構成法	第六册
行政法汎論	第七册
行政法各論	第八册
民法	第十一册
平時國際公法	第十册
戰時國際公法	第九册
警察門	
警察總論	第十二册
警察服務	第十三册

監獄門

行政警察	第十四册
高等警察	第十五册
司法警察	第十六册
消防警察	第十七册
衛生警察	第十八册
軍陸軍警察	第十九册
海陸軍警察	第二十册
衛生醫學	第二十一册
法醫	第二十四册
獸畜檢査	第二十五册
偵探	第二十五册
統計	第二十六册
監獄學	第二十二册
監獄服務	第二十三册

光緒三十三年九月十四日印刷
光緒三十三年十一月十一日發行

定價 全部二十六冊
大洋柒圓

版權所有

校正者 直隸冀州陳毓華
編輯者 直隸甯晉冀沛霖
對校者 直隸甯晉劉庭春
印刷者 日本東京市淺草區黑船町廿八番地 伊藤幸吉
印刷所 並木活版所
發行所 警監研究社
代售處 東京中國東華書局
寄售處 中國各省大書坊

75

1

