

論新法刑

則總

著三鏡江

行印店書治民海上

1929

序

事有於古爲輕於今爲重者亦視學與術之變遷而已致治之具刑法其一古者兵刑合一陳諸原野致之市朝皆刑法也人文演進刑法之義與古亦異於社會不僅在鋤其強梗必注意於豫防於犯罪不僅在被以刑罰必注意於效果其於研究也必藉諸科學爲之匯通其於運用也一若科學家之判斷物象蓋人智日進主義日新昔之卑卑嚴酷文深小苛者今則變而爲科學化昔之膠執陳言固守舊規者今則趨之於革命化蓋世皆以科學重之不似曩昔之以刑名法術輕之矣無它學與術之變遷而已同志江鎮三就新頒刑法著爲刑法新論內容係以科學

方法爲系統論述是豈坊間流行專事註釋者所可
同日語哉閱既竟弁數言於端
民國十七年九月于右任

序

黃

法律中發達最早者厥爲刑法古代法律幾全部具有刑法之性質蓋古代人類生活簡單智識淺薄一遇競爭莫不直接鬥力以決勝負刑法卽因禁人民直接衝突而胚胎迨後人智漸啓生殖益繁社會組織愈複雜相爭相擾之事愈多自不能不備制各種法律以爲救濟惟刑法在今日法律中仍占重要之地位吾國古來崇尚禮治以法爲刑名儒者每羞道之致法學一門枯萎不長其中較可稽考者亦惟關於刑法一類而已

清季末葉受歐風美雨之影響稍感法治之重要始設修訂法律館從事於法律編纂然皆勦襲他人未能有所建樹民國肇造擾攘連年對於法律亦未加振刷今者北伐告成訓政開始改革法律刻不容緩江先生鎮三歷任各大學法科教授有年法學至爲淹博刑法一科研究

序

尤深鑒環境需要之殷爰出平日蘊藏著成刑法新論一書凡四十餘萬言將刑法原理闡發無遺而其立論更屬去腐出新豈惟在過去凝結硬化之概念法學廢墟中別樹新壘卽在立法上亦有莫大之貢獻也行見風行寰宇紙貴洛陽不佞對於法律雖非素習第崇拜學術人有同情故特贅數言爲研究法學者賀焉

民國十七年十一月黃惠平

序

王

子產相鄭而鑄刑書晉叔向非之曰昔先王議事以制不爲刑辟懼民之有爭心也虞舜則象以典刑流宥五刑周禮則三典五刑以詰邦國非不豫設但不宣露使人知之爾羅馬當時亦有所謂十二銅表者揭布於衆迨至今日各國於成文法之施行靡不公布者惟文罔嘗密涵義至賅積風不厚詎負青天肯綮未知焉能神遇甲說乙說觀察不同論理文理解釋互異欲其無爭較古益難同志江鎮三先生以法學名家就新頒刑法著刑法新論納條文於章節之中本經驗爲學理之證博採世界最新之學說參以本黨叛設之主義閱時既久成一家言然則斯書之出豈僅弭民衆之爭端抑亦法學界之指南已抑又聞之三辟之興皆叔世也政教不立飢寒並至窮斯濫溢豪桀擅私今法於保護財產法益社會法益獨重視古之注重大逆不道者同工而異趣亦

序

足發明圖治之癥結矣果能生聚教育使犯罪者日少刑法加以社會之效果日多道世界於大同進人文於極軌俾本黨主義如日中天使人皆樂生有恥且格則區區彼我間之法權問題又何足道哉孔子曰古之知法者省刑本也今之知法者不失有罪末矣吾於今之用法亦云

民國十七年十二月十六日王開疆序於法官懲戒委員會

序

江子鎮三近於各大學教授餘暇著刑法新論精闢無倫不唯爲現行刑法頒行後絕大著作且集古今中外刑法學之大成余自光緒季年濫主刑法講席至鼎革以還前後幾十寒暑愧無完帙足以問世今得斯編正如搔著癢處非尋常所能方其歡欣傾倒也嗟乎刑罰嚆矢五刑而刑罰法則根本虞書吾國數千年法典及各國進步刑法不過由肉刑體罰進於流放刑自由刑最高至於罰金刑由過失宥恕馴至不爲罪等仍祇完成眚災肆赦之作用未能合於無訟之旨達無刑之目的竊嘗謂怙終賊刑之理不明卽鎮壓與消滅犯罪爲未得其方法蓋刑法之敵惟怙終之賊害爲最甚害去卽刑法之成功惟怙終賊刑五千年來迄無善法而大辟之刑蚩尤以來未之或改乃猶有爲刑亂世用重典之說使刑法不能進步此吾輩治刑法學者之責任所願與江

子及讀此編者一商榷之

中華民國十七年十二月吳縣潘承鐸

例言

一、本書以說明民國十七年三月十日國民政府所公布刑法典之原則爲目的。先論總則。次及分則。爲說明共通原則之根據。有時於總則內涉及分則之範圍。明總則之適用於分則中。亦常論及分則與總則之關係。又引證普通刑法之原則。在必要範圍內。有時說明特別刑法之規定。以示例外的關係。爲詳述刑法之意義。說明其所自來。常引證外國學說及立法例。以資考證。

一、本書稱清律者爲前清之現行刑律。稱舊刑律者指廢止之暫行新刑律而言。稱刑法者爲國民政府頒行之現行刑法。

一、本書所參考之書。如方巴爾氏著刑法。V. Bar, Handbuch des Strafrechts 斯達爾氏著法律哲學。Stahl, Die Philosophie des Rechtes, 5. Aufl. 1878. 惹爾克氏著德意志刑法一斑。Larcke, Handbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts I. 1827. 畢葉克爾氏著刑法現時之主張。Bekker, Theorie des heutigen Strafrechtes I. 1859. 窪爾托氏著自然法及政治。Walter, Naturrecht

and Politik 1863. 康德氏著法律學形而上之發端。Kant, Metaphysische Anfangsgrunde des Rechtslehre 1797. 格葉爾氏著法律哲學之沿革及系統。Geyer, Geschichte and System des Rechtsphilosophie 1853. 黑智氏著法律哲學綱要。Hegel, Grun Miniendes Philosophie des Rechts 3. Aufl. 1854. 霍憂爾巴哈氏著現行刑法之原則及根本觀念之革新。Feuerbach, Revision des Grundsätze and Grundbegriffe des Positiven peinlichen Rechts 1799. 非蘭急黎氏著刑事立法學。Filangieri, la Scienza della legisloziona 1780. 1788. 吳箴林氏著關於犯罪及刑罰之立法原則。Gmelin, Grundsätze des Gesetzgebung uber Verbreeken and Strafen 1785. 巴葉爾氏著警戒主義。Bauer, Die Warnungsteorie 1830. 方吳盧爾馬氏著刑法理由。V. Grolmann, Ueber die Begrundung des Strafrechts 1799. 列打氏著改善刑及感化院。Derselbe, Besserungsstrafe and Besserungsansalten als Rechtsordnung 1864 u. s. w. 林布魯蘇氏著有關係於人類學醫學法律學之犯罪人及犯罪之原因及鎮滅。Lomroso, Der Verbrecher in anthropologischer, arztlicher and

juristischer Beziehung deutsch von Frankel 1890, and Die Ursachen and Bekämpfung des Verbrechens, deutsch übersetzt von Kurella udd lentsch 1902. 岡田朝太郎氏著刑法講義。谷野格氏編刑法講義。小疇傳氏著新刑法論。勝本勘三郎氏著刑法總論講義。小岡萬之助氏著刑法原理。大場茂馬氏著刑法總論。泉二新熊氏著日本刑法論。岡田庄作氏著刑法總論。牧野英一氏著日本刑法。及我國學者謝越石氏著刑律通銓。王觀氏著中華刑律論。郭衛氏著刑法學總論。前北京法律館法律草案彙編。前北京大理院判例及日本大審院判例等。其他尚有旁及他書及各雜誌者。授課之餘。隨手編著。僅爲便於閱覽計。未一一詳載原書節目及頁數。實爲一大遺憾。惟其中徵引之處。亦必標明其爲某氏之說。

一、刑法頒行伊始。本書爲應社會需要起見。倉卒出版。訛誤疏漏。勢所難免。海內閱達。幸教而正之。

民國十七年七月 編者識

刑法新論目錄

上卷 總則

第一編 緒論

第一章 刑法之概念·····	一一
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 刑法學·····	三
第五節 刑法與刑事法·····	一〇
第二章 刑罰權之根據及其主義·····	一一
第一節 歐洲刑法之沿革·····	二五
第二節 我國刑法之沿革·····	二七

第四章	刑法之學派	三五—四三
第五章	刑法法定主義之淵源及解釋	四三—六二
第一節	罪刑法定主義	四三
第二節	刑法之淵源	四五
第三節	刑法之解釋	四七
第六章	刑法之種類	六二—六五
第七章	刑法之效力	六五—八四
第一節	關於時之效力	六五
第二節	關於地與人之效力	七二
第三節	對於其他法規之效力	八四
第八章	刑法對於國際上之共助	八四—九〇
第一節	犯罪人交付之共助	八四
第二節	調查證據之共助	九〇

第二編 犯罪論

第一章 總論	九一—一〇七
第一節 犯罪之意義	九一
第二節 犯罪之主體	九三
第三節 犯罪之客體	九八
第四節 犯罪之行爲	一〇一
第五節 犯罪與科刑	一〇五
第二章 犯罪之要件	一〇七—一二七
第一節 犯罪主觀的要件	一〇八
第一款 責任能力	一〇九
第一項 幼年人	一一五
第二項 精神障礙者	一二〇
第三項 酗酒人	一二三
第四項 瘖啞人	一二六
第五項 老人	一二七

第六項 刑法對於無責任能力人之處分……………一二九

第二款 責任條件……………一三二

第一項 故意……………一三三

第二項 過失……………一四〇

第三項 錯誤……………一四六

第四項 結果的責任……………一五二

第二節 犯罪客觀的要件……………一五三

第一款 行為之危險性……………一五三

第一項 行為之階段……………一五四

第二項 行為與結果……………一六〇

第三項 因果關係……………一六二

第四項 未遂犯……………一六八

第五項 不能犯……………一八〇

第二款 行為之違法性……………一八二

第一項	行爲違法性之概念	一八三
第二項	違法阻却之事由	一八五
第一目	正當防衛	一八六
第二目	緊急狀態	一九八
第三目	基於法令之行爲	二〇七
第四目	依長官命令之職務上行爲	二〇九
第五目	基於正當業務之行爲	二二二
第六目	對於破毀自己法益之行爲及被害者承諾之行爲	二二三
第三節	與犯罪成立無涉之事項	二二五
第三章	共犯	二二七—二五九
第一節	共犯之要件	二二二
第二節	共犯之種類	二三三
第一款	學理上之分類	二三三

第二款 法律上之分類……………二二五

第一項 共同正犯……………二二五

第二項 教唆犯……………二二九

第三項 從犯……………二二三

第三款 正犯教唆犯從犯之區別……………二三五

第三節 共犯與身分關係……………二四〇

第四節 共犯與故意以及與責任能力之關係……………二四五

第五節 共犯之共犯與共犯之競合……………二五〇

第六節 共犯與犯罪未完成之關係……………二五三

第七節 共犯之處分……………二五六

第四章 數罪……………二五九—三〇六

第一節 總論……………二六〇

第二節 外觀上之數罪……………二六一

第一款 想像的競合犯……………二六一

第二款	牽連犯	二六八
第三款	外觀上之數罪在法律上所應有之結果	二七二
第三節	連續犯	二七五
第四節	併合罪	二八五
第一款	併合罪之觀念	二八五
第二款	併合罪之處分	二八七
第五節	累犯	二九五
第一款	累犯之觀念	二九五
第二款	累犯構成之要件	二九六
第三款	累犯之處分	三〇二
第五章	犯罪之種別	三〇六—三一四
第一節	刑事犯與行政犯	三〇六
第二節	現行犯與非現行犯	三〇七
第三節	國事犯與常事犯	三〇八

第四節	親告罪與非親告罪	三〇九
第五節	身分犯與普通犯	三一二
第六節	即成犯與繼續犯	三二三
第七節	集合犯與接續犯	三二三
第六章	犯罪之時及場所	三一四—三二五
第三編	刑罰論	
第一章	刑罰之觀念	三二七—三三三
第一節	刑罰之意義	三二七
第二節	刑罰之目的	三二八
第三節	刑罰之主體	三三二
第二章	刑罰之種類	三三二—三七四
第一節	生命刑	三三五
第二節	自由刑	三四六
第一款	自由刑之觀念	三四六

第二款 我國刑法上之自由刑……………三五〇

第三款 無期自由刑與短期自由刑之存廢……………三五—

第三節 財產刑……………三五六

第四節 權利刑……………三六九

第三章 刑罰之適用……………三七四—四〇三

第一節 法定刑與宣告刑……………三七四

第二節 刑罰之輕重……………三七九

第三節 刑罰之加重及減免……………三八三

第一款 加重……………三八四

第二款 減輕……………三八六

第三款 免除……………三九八

第四章 刑罰之加減例……………四〇三—四一〇

第五章 刑罰之執行……………四一〇—四三四

第一節 生命刑之執行……………四一二

第二節	自由刑之執行	四一四
第三節	財產刑之執行	四二七
第四節	褫奪公權之執行	四三一
第五節	未決羈押	四三一
第六章	假釋及緩刑	四三四—四四八
第一節	假釋	四三四
第二節	緩刑	四三九
第七章	刑罰之消滅	四四八—四五九
第一節	刑罰消滅之觀念	四四八
第二節	犯罪人之死亡	四四九
第三節	赦免	四五〇
第四節	時效	四五三
第八章	時期之計算	四五九—四六一

刑法新論

上卷 總則

江鎮三編著

第一編 緒論

第一章 刑法之概念

研究刑法。應先知何爲刑法。欲知何爲刑法。應先知其概念。茲首述刑法之概念以爲之先導焉。

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爲附與刑罰法律的效果之法規也。自古以來。東西各國刑法於罪刑性質未能辨明。在往有偏而不全之弊。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的效果。較之歷代刑律大有進步。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。為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。所以制裁不法行為。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。制裁不法之行為也。法律責任。即緣此不法行為而發生。故違反法律者。必負法律上之責任。在不法行為

有民刑之分。而法律責任亦有民刑之別。屬於民事者爲民事上不法行爲。應負民事上之法律責任。屬於刑事者爲刑事上不法行爲。應負刑事上之法律責任。但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。而確保社會之安寧爲目的。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。即以撲滅犯罪爲目的。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。故研究刑法者不可不先知其區別。

第四節 刑法學

刑法學者。於實在之刑法上研究犯罪及刑罰之原理原則及適用也。試分述於左。

第一 刑法學之意義。

研究犯罪及刑罰之原理原則加以系統的說明者曰刑法學。學也者。自複雜現象之中取其同點。發見共通之要素。以得秩序的知識爲目的者也。刑法學亦學之一種。故其旨趣亦同。惟刑法學之任務。以現行刑法爲基礎。考究其對於犯罪與刑罰所適用之原則。此自然法學派以發見古今不變完全理想的刑法爲主眼。謂現行刑法不完全。而以理想的刑法評判刑法之是非者。自不在刑法學範圍之內。至若研究現行刑法。指摘其缺點。爲立法者異日修改刑法之資料。固研究刑法學者所應有之責任。不過非刑法學之主要目的而已。對於現行刑法加以科學的研究者曰刑法學。刑法學中所當研究之範圍。即刑法之範圍。刑法範圍。因刑法意義之不同而有異。故刑法學之範圍。亦依刑法意義而定之。

刑法意義因學派異而不同。依正統刑法學派（舊派）之所主張。謂以鎮壓犯罪爲目的而制定法則者曰刑法。對於此種法規說明犯罪刑罰之意義並論定犯罪刑罰之適用者曰刑法學。因鎮壓犯罪而達犯罪預防之目的。固屬刑法學中

所當研究之事項。至若僅有關於犯罪預防。而於犯罪鎮壓毫無關係者。則不在刑法學範圍之內。新派之主張則反是。其說曰。刑法者。以犯罪預防為目的。而制定法則者也。為預防犯罪所制定之法則。是即刑法中之主要部分。警察法規有刑法之性質者。實居其大部分云。

新派與舊派見解不一。二者之優劣。亦為學者所聚訟。現今文明各國之刑法。以及我國刑法典。皆傾向於犯罪之預防。故吾人亦從新派見解而定刑法學之範圍焉。

第二 刑法學之種類。

依研究方法之不同。得分刑法學為三。即比較刑法學、解釋刑法學、沿革刑法學。是已。比較刑法學。以比較各國之現行刑法。而以發見刑法原則之異同為主旨。解釋刑法學。係就一國之現行刑法分條討論。而以得其立法之原則及適用為主旨。即通常所稱之刑法學。略言之。即刑法。所不同於比較及沿革兩種者。一則用以備立法事業參考之資料。一則求現在之適用也。沿革刑法學者。係以歷史的研究方法。發見歷代刑法原則之異同為主旨。沿革刑法學與比較刑法學。固

爲獨立學科。研究斯學之主要目的。雖曰對於將來立法事業供給絕好之參考資料。然其有裨於解釋刑法學也亦非淺鮮。

分刑法學爲總則與分則二編。說明犯罪及刑罰之一般的原則者。曰刑法總則。論定各種犯罪及刑罰之特別要素者。則屬分則之範圍。

第三 刑法學之補助科學。

一切科學互相關聯。非絕對各自獨立也。故研究一學科。往往有不得其他科學之補助卽不能達其目的者。刑法包含諸種概念。牽涉各種生活關係。其有待於他科學之補助也尤切。今將有關係於刑法之各科學擇其重要者。舉示如左。

(一) 刑事人類學。刑事人類學者。基於自然科學攷究人之容貌骨骼體質狀態與犯罪之關係之學也。簡言之。謂犯罪由來於犯罪人身體精神中之特質者曰刑事人類學。刑事人類學。可分爲刑事生理學及刑事心理學二種。嚴格之刑事人類學。僅指前者而言。刑事生理學係意大利法醫學者林布魯蘇 (Cesare Lombroso) 所主倡。非里 (Ferris) 克落伐落 (Galofalo) 和之。林氏最初之立論。謂犯罪人中有一種生來犯罪人。顏面及頭蓋骨不整。眉似彎弓。

斜目、曲鼻、聳耳、無鬚、長腕、顎骨突出、顴骨凸起、髮密而黑、前額呈異狀者皆爲犯人。狡猾、詭詐、奸智、怠惰、好賭博、耽酒色、乏道義心、同情心、悔悟心、富於模倣力等。無一而非犯罪人之特徵。厥後改變昔日之主張。著有「犯罪之原因及犯罪之鎮滅」一書。（一九零二年版）謂犯罪不獨由來於犯罪人之體質。且兼有種種原因。如氣候之影響也。文化也。人口增殖之多寡也。宗教的關係也。教育也。遺傳也。經濟的狀況也。莫不足以爲生來犯罪之原因及誘因云。

一般刑事人類學者。以實驗上所得之結果爲基本。大別犯罪人爲五種。其一。生來犯人。其二。癩狂犯人。其三。習慣犯人。其四。激情犯人。其五。偶然犯人是也。

（二）刑事心理學。大凡人之犯罪。必有一種動機。犯罪動機卽由於外來之刺激。外來刺激與犯罪人精神狀態相關聯。影響於犯人成立也甚大。刑事心理學者卽研究犯罪人之精神狀態、犯罪動機、以及因此二者所生犯罪關係之學也。

吾人之心意作用。得從知情意三方面而觀察之。認識外界刺激之爲何謂之知。從知力所發生之怨恨嫉妬謂之情。從此心性作用乃至於欲爲一定之行

爲或不爲一定之行爲謂之意。緩和此種心性作用。惟意力之是賴。意力勝於情力。能防止犯罪於未然。情力勝於意力。易啓犯罪之端。至若受薄弱刺激而不能制止犯罪者。足徵該犯人精神狀態之不健全。約言之。以外來原因爲測定犯人精神狀態之標準。是卽所謂刑事心理學也。

(三) 刑事社會學。刑事社會學者。考究犯罪發生與社會情況之關係之學也。其要旨曰。犯罪之主要原因。不在犯罪人自身而在犯罪人之環境。受家族繁多之累。致不能以正當職業維持生計。不得正當職業。失却正當職業。勞力不足。因水火地震及其他災害而至於衣食缺乏。因刑餘而失信於社會。致不能得正業。生長於不良之里閭。與無賴遊民爲友等各種原因。莫不足以使人犯罪。此外教育、宗教、國民習慣風俗、各種出版物、賭博、賣淫、飲酒、人口疏密、貧富懸隔等。均與犯罪大有關係。

(四) 法醫學。研究被害人身體被侵害之現象以及從此侵害所生之結果者。曰法醫學。亦曰裁判醫學。換言之。法醫學者。由醫學藥學等之學識技能研究法律上各種問題。以鑑定創傷受毒判別生死等之醫學也。

(五) 監獄學。監獄學者。研究自由刑執行之種類及執行之方法之學也。

(六) 刑事政策學。刑事政策學者。探求犯罪原因、研究鎮壓犯罪、減少犯罪方法之科學也。舉其政策之重要者如左。

(甲) 犯人之犯罪性不一。加制裁於犯人之方法亦自有異。對於改善不能之犯人則淘汰之。對於改善可能之犯人則改善之。對於機會犯人則威嚇之。初犯則輕罰。緩刑或免除其刑。累犯則用重典。俱發罪之處罰。較重於一罪之刑。對於特種犯人。有時以保安處分代刑罰。有時於刑罰之外施以保安處分。

(乙) 犯情千差萬別。不能一一規定於法典之中。應與審判官以廣汎自由裁量之權。俾能為刑之適當裁量。

(丙) 採用便宜主義以代合法主義。與檢察官以起訴猶豫之權。

(丁) 提高幼年人責任能力之程度。幼年人之犯罪。縱令已達責任能力時期。務期不科實刑。以收容於養育院感化院之為得。

(戊) 精神病人應收容於精神病院。

(己) 對於沉湎之徒。應加以治療。在治愈以前。須命其入禁酒場。

(庚) 因怠惰而犯罪者。應收容於勞動場。養成其勤勞之習慣。

上列各學。與刑法學併統稱為刑事學。惟刑事政策學之主要任務。在於論定刑法之目的。加之以沿革刑法學比較刑法學刑法之其他補助科學研究之補助。進而攷究預防犯罪所必要之手段。藉此為刑事法將來立法方針之指導。此現行刑法之解釋適用。均有賴乎斯學也。

第五節 刑法與刑事法

刑事法者。係關於刑法律規之全體也。刑法僅為全體中之一部分耳。分述如左。

(甲) 關於司法警察之法規。

(乙) 刑事法院編制法。(法院編制法之一部分)

(丙) 刑事訴訟法。(即手續法又名形式法)

(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。歸於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。則有法院編制法。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。則惟法院編制法。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。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 刑罰權之根據及其主義

刑罰權者。國家處罰犯人之權也。國家何以有此權力。頗爲一般學者所爭論。且有謂國家無此權力者也。其理由有二。(一)謂人民之犯罪猶抱疾也。國家之治犯人

猶醫疾也。醫者之治疾。祇應設法去之。不當責其人之不應有疾。國家對於犯人亦祇應設法使不令再犯。感而化之可也。加以刑罰則過矣。此爲持博愛主義者之舊說。(2)謂國家者團體之代表也。受人民之委託以執行職務。斷無被委者能以刑罰加諸委託者之理。此近時持社會主義者之新說。徵之事實。二者皆難承認。故今日多數之學說。皆認國家有刑罰權。惟論其根據則不一耳。茲列舉數項如次。

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

(二)實利說。謂國家之組織原以謀社會之利益爲主旨。凡有利益於社會者。國家應加以維持。有害於社會者。國家應加以制裁。犯罪乃有害於社會之利益者也。故國家不得不設法以鎮壓之。刑罰即鎮壓之手段也。然亦未足以說明刑罰權之根據。

(三)神權說。謂刑罰權爲神所授予者。此殆爲宗教方面之所主張。自未足爲有證

明之根據。

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

至國家對於刑罰權之行使。亦各有其主義。大別如左。

第一 報應主義目的主義折衷主義。

刑法主義紛歧。詳加考察。其中不難發見共通之根本觀念。學者本此根本觀念。分爲報應主義、目的主義、折衷主義三大類。今分別說明如次。

(一)報應主義。報應主義出自舊派之主張。其說曰。犯罪爲刑罰上之唯一原因。刑罰卽爲犯罪之結果。刑罰以科刑爲目的。他無相當之目的在也。詳言之。人皆有辨別是非曲直之能力。有擇善去惡之自由意思。舍善而作惡。是曰犯罪惡因。卽有相當之惡報。惡報卽刑罰也。惡因惡報本乎正義之所要求。因其主張有罪必罰。主張犯罪的害惡與刑罰的害惡均等。故又名此主義曰絕對

主義。正義主義。純理主義。

報應主義有三大派別。其一神意的報應主義。其二道德的報應主義。其三法律的報應主義是也。

(一) 神意的報應主義。此主義之要旨謂違反神之命令者曰犯罪。對於犯罪之報應曰刑罰。正義之根據在於神。加犯罪人以刑罰。即所以維持正義。國家爲神之代表人。秉神明之命令。有處罰破壞秩序者之權力。有保持此正義之義務。斯達爾 (Sahl) (斯達爾氏著「法律哲學」第五版一八七八年版) 惹爾克 (Larcke) (惹爾克氏著「德意志一般刑法」第一卷一八二七年版) 畢葉克爾 (Becker) (畢氏著「刑法現時之主義」第一卷一八五九年版) 窪爾托 (Walter) (窪氏著「自然法及政治」一八六三年版) 等皆屬此派。當宗教極盛時代。以神意的報應主義說明刑罰之實質。似猶可說。時至今日。則未見其適當。無他。以人之信仰爲根源。而不基於學術上之攷察。與現代思潮不克相容故也。

(二) 道德的報應主義。康德 (Kant) 氏曰。違背道德上之原則加害惡於

他人者。須受害惡之報應。(刑罰)此理有固然者也。(康氏於一七八八年著「實際的理性評論」一書)方巴爾(V. Bar)氏曰。判斷人類行爲之善惡。乃倫理之本質。國家對於違反倫理原則之犯罪人。有加以咎責之權利。刑罰即此咎責之表示者也。然則定刑罰之標準。惟有依據道德而已。(方巴爾氏著「刑法」第一卷第三百十一頁以下)赫爾巴托(Herbart)格葉爾(Geyer)曰。刑罰所以否認犯罪人之惡性者也。凡由犯罪所生一切不適當之事情。惟刑罰得消滅之。由犯罪所發生之不權衡。惟刑罰能匡正之。故有犯罪必有報應。報應(刑罰)與犯罪。尤應保持均平。犯罪而無報應。則不適當之事情不滅。權衡亦因之而破。使人發生道德上嫌惡之感。學者有稱道德的報應主義爲刑罰之美的必要主義。謂犯罪行爲有傷美的感覺。報應即所以回復社會之美的秩序者。良有以也云云。(赫爾巴托氏著「一般實際哲學」一八〇八年版格葉爾氏著「法律哲學之沿革及系統」一八六三年版)謂犯罪乃道德法則之違反。加刑罰於犯人。即本諸道德上觀念施之以報應。是不過說明刑罰之概念而已。僅說明刑罰之概

念。而於刑罰權之主體以及國家刑及罪人之實質竟付缺如。斯其所以不可也。

(二)法律的報應主義。犯罪乃違法行爲。刑罰乃對犯罪所有法律的報應。是即此主義之要旨。康德 (Kant) 氏曰。科犯罪人以刑罰。即刑罰之目的。非爲達其他目的而用之。然則有罪必罰。正所謂本諸理性。合乎正義。定刑罰之標準爲報復爲反坐。處謀殺者以死刑。處強姦婦女者以宮刑。此刑法所以爲絕對的命令也。黑智兒 (Hegel) 氏曰。犯罪爲法律(理性)之否認。法律(理性)不能因其否認致失存在之根據。故對於否認法律者復加以否認以恢復之。犯罪與刑罰。其害不必同一。其價值則須相等云云。(康德氏著「法律學形而上之發端」一書一七九七年版黑智兒氏著「法律哲學綱要」第三版一八五四年版)法律的報應主義爲現代正統刑法學派之基礎。在刑法主義中極有力量。惟是違反法律之行爲。未必悉屬犯罪。刑罰應罰之行爲。僅以違反法律之犯罪行爲爲限。且處罰犯罪。較之犯罪不罰有時害大。害大則不宜處罪。又刑罰自身非其目的。藉以達其他目的。

之一種手段諸要旨均爲此派所忽視。故非難此說者衆。

(2) 目的主義。謂刑罰爲防衛社會之一種手段。而不認刑罰自身爲目的者。是卽斯主義之真諦。此派主張刑罰權之行使。不在報復而在預防將來犯罪之發生。故又名之曰預防主義。預防主義約分爲三。其一一般預防主義。其二特別預防主義。其三雙面預防主義是也。分述如次。

(一) 一般預防主義。執行刑罰。藉以威嚇人民。警戒人民。使一般民衆不敢犯罪。是卽刑罰之主要目的。一般預防主義中。有所謂心理強制主義。威嚇主義。警戒主義。分舉如左。

(A) 心理強制主義。心理強制之說。唱自霍曼爾巴哈 (Feuerbach) 氏。其說曰。違反法律。卽與國家以法律保持共同生存之目的不相容。國家對此違法行爲。須用強制力以防止之。有防止一般犯罪之力者。惟有以刑罰強制其心理而已。誠以人之敢於犯罪。莫非受享樂慾望之誘餌。欲防止其不法慾念。必使爲此行爲之人感受痛苦而後可預定刑罰。使一般民衆咸知以犯罪行爲而得快樂者。將有大痛苦隨之。藉以抑遏其犯

罪慾望之遂行。卽所以強制其心理者也。（霍憂爾巴哈氏於一七九九年著「現行刑法之原則及根本觀念之革新」一書行世）刑罰而教育之實質。固合乎刑事政策之本旨。惟其主張以嚴刑峻罰達刑罰之目的也。則不可謂非此主義之缺點。

(B) 威嚇主義。威嚇主義者。爲非蘭急黎 (Eilangier) 與哭篋林 (Crisp) 所唱導者也。其說曰。刑罰之執行也。所以恐嚇公衆。使之目擊因犯罪所應得之刑罰而生戒心。藉以預防一般人民之犯罪者也。（非蘭急黎氏於一七八〇年至一七八八年著「刑事立法學」一書哭篋林氏於一七八五年著「關於犯罪及刑罰之立法原則」一書）韓非子有重一姦之罪而止境內之邪。此所以爲治也。重罰者盜賊也。而悼懼者良民也。欲治者奚疑重刑云云。是亦此派之流亞歟。欲貫徹此主義。非選殘忍可驚之刑罰。使世人心懷恐懼。則不足以收威嚇之效。故近世學者咸非難之。

(C) 警戒主義。巴葉爾 (Bauer) 氏曰。犯罪原因不一。爲滿足慾望而犯

罪者有之。不知其行爲之應處罰而犯罪。以及因行爲者之缺乏道德而犯罪者亦復不少。若以滿足慾望爲犯罪之唯一泉源。是不可也。然則國家對於有害法律秩序之行爲。欲防患於未然時。非依普通教育警察制度刑法之三大方法不爲功。又刑法之要旨。在於加人以警戒。與人以訓諭。以補正人之弱點云。（巴葉爾氏著「警戒主義」一八三〇年版）此派以刑法爲對於民衆一種最有力之教育。謂刑法有積極之目的。是其缺點。

(二)特別預防主義。刑罰之目的在預防犯人將來之犯罪。故曰特別預防。以其注重犯人之再犯也。故又名之曰再犯預防主義。細分此主義爲二。其一狹義之預防主義。其二改善主義。茲分別說明如次。

(A)狹義之預防主義。狹義之預防主義。唱之於方哭盧爾馬 (V. Grolmann) 氏。其說曰。欲保持法律的狀態。必須要求他人不有違法之行爲。防止人之違法。即所以以強制力保障法律的狀態之存立者也。以強制力保障法律的狀態。須防患於未然。是不特賠償既成之損害已也。然則

國家爲保持法律狀態排除危險起見。認犯罪人或犯罪未遂之人有再犯之傾向時。須臨之以威嚇。使之不能爲物理上犯罪。以達刑罰威嚇犯人改善犯人之目的。改善不能。則剝奪犯罪人之自由。必令其將來不能爲違法行爲而後已。(方哭盧爾馬氏於一七九九年著「刑法理由」行世)以刑法之目的在於狹義預防。確能揭破刑法之真理。故近世景仰此說者衆。

(B)改善主義。以刑罰改善犯人防止犯人將來之犯罪。藉以達特別預防之目的者。卽此主義之本旨。斯碟爾軋(Stelzer)氏曰。改善犯人不令其危及社會。乃刑法之目的。然則國家對於成年人亦須養之育之。是不僅對於幼年人之宜加以養育已也。(斯碟爾軋氏著「批評世列斯威及霍爾斯跌英公國之葉揭爾刑法案」一八一一年版)克腦印(Krause)列打(Röder)氏曰。人之犯罪。卽足以表暴其不有正當適法之生活能力。不有正當適法之生活能力。在道德上法律上均不能認爲已行成熟之人。對此尙未成熟之人。惟有以懲治指導之方法改善之。使之復

列於良民。得營社會的生活而已。是則施改善處分。於幼年人外。對於成年人亦須以改善精神臨之而後可。要之國家應廢止犯罪刑罰之觀念。專以善良立法與善良行政達改善國民之目的。引導其爲善。是所謂追加教養。彼假言正義。謂刑罰本旨在予人以報復或威嚇民衆者。甚無謂也。

改善主義合乎刑事政策。實足以促殘忍刑事事實家之反省。爲其主張廢止犯罪及刑罰之觀念以改善犯人爲刑罰之目的也。故大受舊派之非難。

(三)雙面預防主義。以一般預防與特別預防同爲刑罰之目的者。是曰雙面預防主義。雙面預防主義約分二派。主張重視一般預防而以特別預防爲從之學者。謂法律預定刑罰保留刑罰之執行。藉以警告服從刑罰權之一般民衆。是卽刑罰之主要目的。至執行刑罰威嚇犯人。與夫以適當方法撲滅犯罪人之犯罪。固不可加以忽視。不過此等作用。僅屬附隨的關係而已。反之主張重視特別預防論者。則謂刑罰之目的須向威嚇改善淘汰三

方面求之。否則有不能應犯人性性格收預防犯罪之效。簡言之。注意防止犯罪人之將來犯罪而以一般預防爲從者。斯卽刑罰之目的云。此派本預防而立言。大受舊派之訾議。爲其主張一般與特別兼用也。又爲近世主張特別預防論者所不贊同。

(3) 折衷主義。折衷主義學說紛如。茲舉其重要者於下。(一) 刑罰而能適合乎正義。乃足以達維持秩序之目的。(二) 國家科刑罰於犯罪人也。以達刑罰目的所必要之範圍內爲限。尤不可逾越報應主義之範圍。(三) 科刑罰於犯罪人也。純以報應爲根據。不過在報應主義所容許之範圍內可以藉刑罰達威嚇改善之目的而已。(四) 刑罰之目的有三。正義觀念之滿足、威嚇、改善、是也。至若犯罪與刑罰之比例。不必問個人被害之程度如何。直以社會所受危害之大小爲標準斯可耳。審判官酌量犯罪情狀。必使刑罰分量無過之不及之弊。刑罰過於重則變爲復讎。失諸輕又流於有名無實。是皆反乎正義之觀念者也。然則擴張刑罰之範圍。俾審判官在此範圍內不破比例而有自由裁量之餘地。達威嚇與改善之目的。亦得於此自由裁量中求之。(五) 自特別預防

言之。刑罰對於犯人有改善威嚇淘汰之目的。自一般預防言之。以不超過正義公平之觀念爲限。藉威嚇以維持法律秩序云。此主義以正義之要求爲刑罰權之根據附加目的而說明之。故又名之曰混合主義。相對的報應主義。

古代政教一致。以法律爲平正強行之術。故報應主義所謂善因善果惡因惡果爲正義所要求。刑法範圍卽本正義爲根據之說得以盛倡。文明進步。社會開發。欲以曖昧之正義爲刑罰權根據之說明。在學理上已屬漠然而罔據。折衷主義以維持正義與防衛社會爲刑罰權之根據。維持正義有賠償作用。防衛社會有預防作用。然在民事責任與刑事責任分化之今日。賠償屬諸民事責任範圍內。預防則爲刑罰之目的。混爲一談。多見其不適當。是則刑法之基礎。舍目的主義又奚以明。

第二 客觀主義主觀主義

以實害大小定犯罪之重輕者曰客觀主義。例如桀鰲醜類犯輕微罪時。仍屬從輕處斷。偶發犯人犯有重大罪惡。猶須科以重典。此主義專置重於事實。故又曰事實主義。

以犯人惡性之大小定刑罰輕重之標準。對於習慣犯人常取嚴厲之手段。對於偶發犯人之犯重罪尙與以寬大處分者。謂之主觀主義。以其不拘拘於犯罪事實。同罪而有刑罰之軒輊也。故又名此曰刑罰個別主義。

遍觀近世之刑法制度。多採用主觀主義。如刑之酌科也。假釋也。緩刑也。累犯加重之規定也。莫非以主觀主義爲基礎。

我國舊刑律認刑罰個別主義而又間行事實主義。不僅學理上不克貫通。且與最近思潮相反。現行刑法則注重刑罰個別主義。較舊刑律之規定爲進步。如刑法第七十六條之規定。其最著者也。

於此有當注意者。即客觀主義與報應主義未必一致。主觀主義與目的主義亦未必盡同是也。詳言之。報應主義以違反正義爲根據。正義違反。不置重於實害之大小。而以犯人動機爲測定刑罰之標準。此點與客觀主義不相能。主觀主義據犯人惡性之高低而定刑罰之重輕。目的主義有時加低度惡性者以重典。藉威嚇以達防衛社會之目的。是目的主義與主觀主義亦異其內容。總括的說明其要旨。則報應主義與特別預防主義得同一之結論。（均採主觀主義）折衷

主義與一般預防主義有類似之範圍。(均採客觀主義)結論同範圍一而精神則有異。是不可不知也。

第三章 刑法之沿革

刑法沿革。因國而異。欲一一指數。誠非易事。無已。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。而在雅典斯巴達強盛時已粗有刑制。十二銅標之制定。約在西曆紀元前四五百年。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後也。至刑法之漸次發達。大抵有一共同經歷之階級。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為主。故其制度純存報復之觀念。奪人之生命者。國家即奪其生命。傷人之身體者。國家亦傷其身體。刑法思想之簡單。實莫過於此時。自此以後。國家之組織日增鞏固。元首乃漸視國如家。視民如子。因不欲多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。財產刑即由此而生焉。然其主義則仍未變也。

(第二) 威嚇時代。國家成立以後。人口臻衆。競爭日劇。在人民一方面。風俗習尚不若前此之儉樸。性格亦不若前此之純良。欺詐之行爲。強暴之舉動。遂不免時有發生。欲維持社會之安寧秩序。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。犯如何之罪當處以何等之刑罰。皆預爲之規定。不能任裁判官之自行擅斷也。但經此改革之後。犯罪不見減少。而累犯且加多。故至今而刑罰制度又有所變更矣。

(第四)科學時代。 至今日科學發達。學者於犯罪加以科學的研究。謂爲生物或社會之一種現象。對於刑法主張審按犯罪之事實及犯人之情狀。而科以適當且有效果之刑罰。雖對於同等之犯人。而處刑不妨有所差別。例如對於偶然犯罪之體面商人處以數十元之罰金。其效力必強於處慣盜以三數年之徒刑也。於是犯罪原因學及刑事政策學。頗爲當代所注意。刑法之改革遂有進步矣。

第二節 我國刑法之沿革

我國自有歷史以來。向崇道德宗教禮儀政治。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。迄於明清以至今日。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。具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。其門所採主義。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縻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。此時期又分之爲二。

(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。自申韓以峭刻爲世病。名法之學。益爲道德縱橫。儒俠諸家所擯棄。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。是卽中國刑律統系之鼻祖。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舊。撰成唐律。分名例、衛禁、職制、戶婚、厩庫、擅興、賊盜、鬥訟、詐僞、雜律、捕亡、斷獄、爲十二篇。條例加密。而刑律之成文法。至是爲較詳。於刑法之沿革史上可爲一大結束。

(乙)自唐以後至元明。唐律素稱精當。自長孫無忌等加撰疏議三十卷。益見精詳。自後遂爲科目之一。其支配之力。遠及海外之日本。所謂大寶律令。實以是爲模範。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。此實爲吾國之固有法。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。其間又可細分爲三時代。

(甲)大清律例時代。自清初至光緒二十八年間。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、厰牧、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。凡一千零四十二條。雍正乾隆代有修改。至嘉慶六年。增定條例爲一千五百七十餘條。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。更附比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。戶律爲關於民事者。兵律爲關於軍事者。而刑律中之訴訟捕亡斷獄等篇。又皆關於訴訟事件。故自唐以來之律。可謂合民法刑法民刑訴訟法爲一編者也。五刑之制。與明相同。答自一十至五十。凡五等。杖自六十至一百。亦分五等。徒刑自一年起至三年止。以半年爲一等。流刑自二十里起至三千里止。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。煙瘴。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。兩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。均歸秋朝審。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。五年小修一次。又五年大修一次。共分刪除、續增、修改、修併、移改、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。先以修改中例爲其著手之方法。

(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改之現行律例。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、文官不許封公侯等條。均成虛設。不得不從刪削。官制旣改。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。而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。以此作

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。其實際仍仿修例舊章。未能遽與新律相接也。

(丙)新刑律時代。新刑律草案由修訂法律館起草。自光緒三十三年八月間告成。經各部及各省簽注。加以修正。復經憲政編查館核訂。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布。定於宣統四年施行。未及期而民國已成立。第新刑律草案調查考訂之事。雖出於日本岡田朝太郎者爲多。然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。民國成立之後。經參議院議決。將前清末及施行之新刑律草案除與民國國體牴觸各條予以刪除外。一律請由大總統頒行。大清新刑律因卽於民國元年三月十日修正公布。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

閣等兩次審查。復經中央黨部常務會議議決通過。定名為中華民國刑法。於民國十七年三月十日公布。原定同年七月一日施行。旋以刑事訴訟法亟待公布。復展期同年九月一日與刑事訴訟法同時施行。即現在適用之刑法也。此項刑法。於中西法家學說及現代國情。斟酌損益。折中至當。堪稱最進步之刑法典。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。內亂罪只已着手實行。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）審酌國內民情。親等之計算法。與服制圖大致適合。亦為舊日習慣所公認。至二百八十三條二百八十九條殺旁系尊親屬者處死刑無期徒刑。同謀者處五年以上十二年以下有期徒刑。二百八十四條凡預謀殺人及有殘忍之行為者皆處死刑。既為大多數通行立法例。就吾國一般民衆心理言之。尤有規定

之必要。

(三)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。

(四)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。例如騷擾罪與妨害秩序罪。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。竊盜與強盜被害之利益不同。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。

則仿德瑞最新法例。臚舉司法官應行注意事項。以爲科刑標準。卽本法第七十六條所定是也。至暫行律第一百十九條一百二十三條。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 刑法之學派

用理論考察犯罪及刑罰之關係者。自刑法之博愛時代始。舊派理論以個人論自由論爲基礎。採用報應主義與客觀主義。新派學者則以實驗的方法爲本。將進化論用諸刑事現象之上。其理論爲目的主義與主觀主義。新派之中又有二大刑事學派。茲分別論列如左。

第一 舊派 (Alte oder klassische Schule; Ecole Classique)

當十八世紀時代。歐西鴻儒蔚起。對於刑事制度大加革新。其時有意大利學者畢葉克黎阿 (Beccaria) 氏以理想的哲學的研究犯罪與刑罰之關係。著有「犯罪及刑罰論」(Beccaria, Die delittive delle pene, 1764) 一書。主張罪刑均衡。刑止於犯人本身。攻擊當時之嚴刑峻罰。盛唱博愛。以盧梭氏之社會契約說

爲刑罰權基礎之論據。其說曰。社會之爲物。乃爲個人而存在之一種狀態。刑罰權之由來。不過由社會員就天賦自由之權利中割讓一部以契約委託代理人。藉以防衛社會而已。是故在防衛社會必要限度內加刑罰於個人也。可謂正當。否則有背正義云云。書成風行一世。一派刑法學家奉此爲金科玉律而論犯罪及刑罰之關係者。統名之爲舊派。其要旨如次。

- (1) 凡人達於一定年齡。除精神不完全者外。皆有從理性自由行動之意思。
- (2) 人人有從理性自由行動之意思。故反乎理性之行爲則爲犯罪。易詞而言。則罰及犯人者。非爲其有犯罪而罰之也。非以其有犯罪之性質而罰之也。亦非以其有犯罪之行爲而罰之也。爲其有自由行動之意思而必反乎理性而行。故加之以報應也。
- (3) 犯罪行爲既出自個人之自由意思。則科刑之輕重。當以犯罪事實爲標準。詳言之。立法者所規定之刑罰以及審判官對犯人宣告刑罰。均須比例於罪責以求刑罰寬嚴適宜之謂也。

- (4) 犯罪爲一單純的法律現象。有一定之犯罪行爲。卽有一定之刑罰。

第 一 新 派 (Neue Schule)

十九世紀之後半時代。有林布魯蘇 (Lombroso) 者。意人也。以打溫 (Darwin) 氏之進化論爲基礎。用科學的實驗方法研究犯罪。力述舊派抽象的研究方法之不當。復經菲黎 (Ferris) 克落袋落 (Carotolo) 二氏完成其說。別樹旗幟。獨成宗門。是卽所謂新派。以其據科學而研究事實。用歸納論理積極的確立一種原則也。故又名之爲科學派或積極學派。其要旨如次。

(一) 人之意思未必自由。吾人意思常因個人性格與社會情況而有一定法則以支配之。此點菲黎氏言之綦詳。其說曰。人謂犯罪之發生與增減隨刑罰而有消長云云。實屬大謬。何則。犯罪爲物乃一種自然的現象。從圍繞個人之自然的關係或社會的關係。以及犯人先天的後天的性質所必然發生者也。外有一定社會的原因。內有一定個人的條件。其犯罪數之多寡確乎不易。彼主張人皆有自由行動之意思者。誠不知其何謂。菲黎氏又分犯罪人爲五種。對於五種犯人異其改善之方法。茲分述之如下。(一) 對於生來犯人改善不能之犯人習慣犯人。則處以無期流刑或不定期拘禁。并以之充開墾之勞動。

者。至若此等犯罪人爲幼年人時。則使之從事耕作。(二)對於猶未達習慣犯或改善不能犯之程度者。以待遇偶發犯人之方法處之。(三)對於幼年人之偶發犯人。則託諸可信之農夫。對於成年人之偶發犯。則須考究其可否加以短期自由刑。如加以短期自由刑。而有害無益也。則易以其他適當之方法。其法有三。(甲)如係輕微犯罪無危險之情狀者。則宣告損害賠償。並以強制手段令其服強制勞役。(乙)如係較重犯罪。則於宣告損害賠償當時定一定之期間。命其與犯罪地隔離。(丙)若果係重罪。則使之往農事殖民地。并以不定期隔離之方法行之。(四)對於激情犯人。科以損害賠償足矣。至若犯罪人感情刺激過強。則命其與犯罪地或被害人家族之住居地隔離可也。(五)對於癲狂犯人。則須送入癲狂病院內。以上係就改善個人性格之方法而言。至於改良社會情況。是則不可不就經濟政治行政等事項圖之云云。

(2) 犯罪原因不在人之自由意思。而在個人性格及社會之情況。換言之。人之所以犯罪者。爲其身體構成精神狀態異於常人。環境逼迫有以使之然也。非謂其有選擇善惡之自由意思也。

(3) 犯罪原因既由於個人性格及社會情況。是則欲減少犯罪。非改良社會之情況改善個人之性格不可。改良社會之情況。因地方情形氣候關係其他社會事情之不同。而改良方法有異。改善個人之性格。亦因犯罪人種類不一而改善手段有差。

(4) 刑罰乃改善犯人防衛社會之一種手段。故科刑之輕重。宜以犯人性格為裁量。不宜以犯罪事實為標準。對於無改善之希望。以及無益於社會者。處以死刑無期徒刑不為苛。自由刑之長短。以被拘禁者在獄內之行狀。與夫精神上道德上之進步情況。作業勤怠。悔悟情況為標準。(即不定期拘禁)不定期刑外。以猶豫執行之方法補助之。

依以上所述。兩派之主張雖有不同。而促刑事學之發達。則皆與有力焉。近世刑法得統一之體系。知犯罪為一事實。加以分析解剖。對於種種制度明其定義。悉其區別者。為舊派之勳績。刑事問題中除法律問題外。猶有所謂政策問題。使近世發見撲滅犯罪之方策。而明犯罪之自然科學的性質者。是不可謂非新派之所賜也。

第三 刑事學之二學派

當一八七二年至一八七五年時代，有新派鼻祖林布魯蘇 (Lombroso) 氏者。遍歷意國監獄，以人類學研究囚人身體構成精神狀態之特質。著有「犯罪人論」 (L' Uomo delinquente) 一書。翌年初版發行。將研究之結果公表於世。越二載再版出。其時有菲黎 (Farr) 克落堡落 (Carofalo) 二氏者。林布魯蘇之流亞也。菲氏否認自由意思論。力言犯罪有用科學研究的必要。盛唱犯罪學論。於一八八一年刊布一書。名曰「刑事社會學」。克氏則主張對於犯罪之社會政策。宜以犯罪人危險性為標準。於一八八五年發表「犯罪學論」。自是而後。新派乃獨樹一幟。後世以意大利人首創此說。故有名此為意大利學派者。新派發源於意蔓延四方。因是各國新派大家有如雨集。其中以柏林大學教授方黎斯托 (V. Liszt) 氏為巨子。觀彼以少壯德意志學派自命。亦足見其自負之甚矣。

新派之中又分二大派。其一刑事人類學派。其二刑事社會學派。是也。刑事人類學派謂人之犯罪。其根源在於犯罪人身體構造精神狀態異於常人。而有必然犯罪之素質。刑法之所以罰犯罪者。非為犯罪人有刑事上之責任能力而罰之。乃社會對於加危害於自身者行使防衛權之必然結果也。是知刑罰不得以正

義報應爲基礎。應本自然科學研究所得之結果。以定適當之刑罰云云。林布魯蘇卽屬此派。此派以刑事人類學會爲研究所。自一八八五年開始集會於羅馬以來。不時招集會議研究斯學。求犯罪原因於社會方面。謂犯罪與社會環境大有關係。復採用刑事人類學派一部分之理論者。是爲刑事社會學派。刑事社會學派由來於刑事社會學。刑事社會學獨立成爲一學科者。自比利時之天文學者揭托列 (Quetelet) 氏。始氏於一八六九年著有「社會物理論」一書。力言犯罪之發生消滅以及犯罪增加減少。莫非受社會環境之影響。此外氣候寒熱收穫豐歉之於犯罪消長亦有關係。其說曰。溫帶地方。收穫豐饒。以其不勞而獲。故人之慾念強。慾念強。生命身體風俗之罪易於發生。地而寒冷。則收穫不富。收穫不富。則衣食不足。衣食不足。盜罪必多云云。方黎斯托 (Von List) 非黎 (Ferri) 卽此派之巨擘。一八八九年由方黎斯托 僕林 (Prins) 方哈 饒爾 (V. Hamell) 之發起。設立萬國刑事學協會。加以法之克盧 (Garraud) 及俄之霍尼 茲汲 (Foeritski) 共同爲委員。(惟方哈 饒爾則於一九一三年退職) 而此派之主張。遂由萬國刑事學協會代表矣。茲將萬國刑事學協會成立當時之會則舉其

重要者。略加說明。并述其經過變遷如左。

萬國刑事學協會則第二條曰。「萬國刑事學協會之原則如下。第一犯罪爲社會現象之一。刑罰之任務在於鎮滅犯罪。第二以人類學及社會學研究所得之結果爲刑法學刑事立法之參攷。(第三略)第四瞬間的犯罪人及習慣的犯罪人之性質。在理論上實際上觀察。均有差異。刑事立法須據此爲基礎。(第五至第七略)第八凡改善不能之習慣犯人縱令犯罪輕微。猶必施以長期間之拘禁。」第三條曰。「凡贊成本會則第二條所載之原則者。皆得爲本會會員。」第二條爲該會之宗旨。第三條爲該會標明旗幟。對於會員之約束。命其爲一定主義之信仰。厥後該會會員有對於第二條所揭原則提出異議者。遂於一八九六年開會於立士本(Lisbon)時。將第一條至第三條刪除。而另定一條爲第一條以代之曰。「犯罪及鎮滅犯罪方法。不僅爲法律上之問題。且須據人類學社會學而加以觀察。故本會以科學的研究犯罪及犯罪原因犯罪鎮壓方法爲任務。」會則變更。雖有曖昧不明之嫌。然該會會員之意見。則與曩昔本旨無甚差異。自該會成立至今。開會多次。關於刑法學及刑事立法事項之議事甚多。而會

員亦甚夥也。

第五章 刑法法定主義之淵源及解釋

第一節 罪刑法定主義

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。一任諸國家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 (Montesquieu) 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。各國刑典無不取範於法。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。即（一）不認習慣法爲刑法之法律源。（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。此原則自不如疇昔之盛。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。我國臨時約法第六條。亦有中華民國人民非依法律不得逮捕監禁。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。但國際條約卽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制限。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時。則不可不藉解釋以確定之。此解釋法律之所以認爲重要者一。且不獨此也。凡字句之意義。每與時代共其變遷。法律制定既久。在立法當時本爲單純之意義。日後變爲複雜者往往而有。例如所謂財物者。在昔以有體物爲限。自電氣瓦斯發明之後。無體物亦變爲財物矣。故字句之意義既時有改變。則適用法律時。不可不考立法者之本意而確定之。此解釋法律之所以認爲重要者二。又社會變遷之速。日新月異而歲不同。往往發生夢想不到之新事物。任有如何緻密之法律。不能不時生缺點。例如鴉片之外有代用品是。此解釋法律之所以認爲重要者三。然則法律

之有解釋實不可少。其詳當屬於法學通論之範圍。茲僅論述其概略及關於刑法者如次。

第一 自解釋之方法言之。可分爲文理解釋、論理解釋兩種。文理解釋者。對於表現法律之字句。就其文字上之意義而釋明之也。論理解釋者。就其立法之旨趣及其前後同類或相異之規定以尋繹其真義也。前者以法文之字句爲基礎。後者以論理之定則爲基礎。至文理解釋之結果失於狹隘。致不合法者之本旨時。則從論理解釋擴張其範圍。以探究其立法者之本旨。謂之擴張解釋。例如刑法第三十九條曰。「已著手於犯罪之實行而不遂者爲未遂罪。」觀其文義。似專爲實行犯罪者設此規定。實則本條效力。應使之擴張至於不有直接關係之造意犯從犯是。文理解釋之結果若失於廣泛。致不合法者之本旨時。則從論理解釋縮小其範圍。以探究立法者之本旨。謂之縮小解釋。又曰制限解釋。例如解釋刑法第三百十九條「加害」字樣。必其加害通告係不法行爲係組成犯罪之行爲。夫而後構成本條之妨害自由罪。簡言之。以不法行爲與夫組成犯罪之行爲爲第三百十九條「加害」二字之制限是也。總之文理解釋與論理解釋兩者相依爲用。以不失立

法之旨趣爲標準而已。更有應注意者。解釋刑法與解釋他種法律不同。卽解釋刑法不許爲類推解釋是也。至何謂類推解釋。例如對於某行爲於法條本無明文。因其狀態與他法條所規定者相類似。遂比附援引以解釋之是。但刑法雖不許爲類推解釋。而以不逸出論理所容許之範圍內。亦得以類推解釋方法解決法律關係。此點爲多數所公認。平丁克 (Binding) 曰。按德意志刑法第二條之規定。行爲非經法律以明文規定處刑者。不得用類推解釋加人以罰。除此而外。刑法上有用類推論斷必要時。亦所不禁。例如中止犯之規定。從犯得援用之。非親族加擔於親族相盜。不適用免刑之規定。凡非親族加擔於親族間之詐欺取財。均得類推援用云云。可資參證。或曰吸食鴉片。傷身失業。故刑法設正條以處罰之。狎妓飲酒。同一傷身失業。依類推解釋謂狎妓飲酒者亦須論罪處刑可乎。曰否。此種釋解。卽吾人所謂逸出論理所容許之範圍者也。以論理上所不許可之類推解釋用諸刑法上。則入人於罪。何患無詞。曲筆深文。動成冤獄。其流弊何可勝言。此刑法之所以嚴禁也。

第二 自解釋之效力言之。可分爲學說解釋、司法解釋、立法解釋三種。學說解釋者。卽學者依學理所下之解釋也。於法無拘束之力。僅足爲適用上之參考而已。司

法解釋者。由最高法院所下之解釋也。如我國前北京大理院及國民政府最高法院之解釋是。此種解釋雖為各級法院所應遵守。然若各級法院具有別種理由。認其解釋為完全失當或違背法律。亦不能謂為無反對之餘地。立法解釋者。由立法者自己所下之解釋也。此種解釋。有附於理由內者。有插入於法律文字中者。有記載於報告書者。有以條文特定之者。其效力之大。以特定條文為最。如我國刑法第二章所規定之文例與各條之效力相同。特列舉如左。

第十條 稱以上以下以內者。俱連本數或本刑計算。

按一般習慣往往將以上以下併用。以致界限不明。例如同時稱五百元以上及五百元以下。則五百元究屬何方面。必生爭執矣。故本條之設最為重要也。

第十一條 稱親屬者。謂左列各親。

一 夫妻。

二 四親等內之宗親。

三 三親等內之外親。

四 二親等內之妻親。

第十二條 己身所從出或從己身所出者爲直系親。非直系親而與己身或妻出於同源之祖若父者爲旁系親。

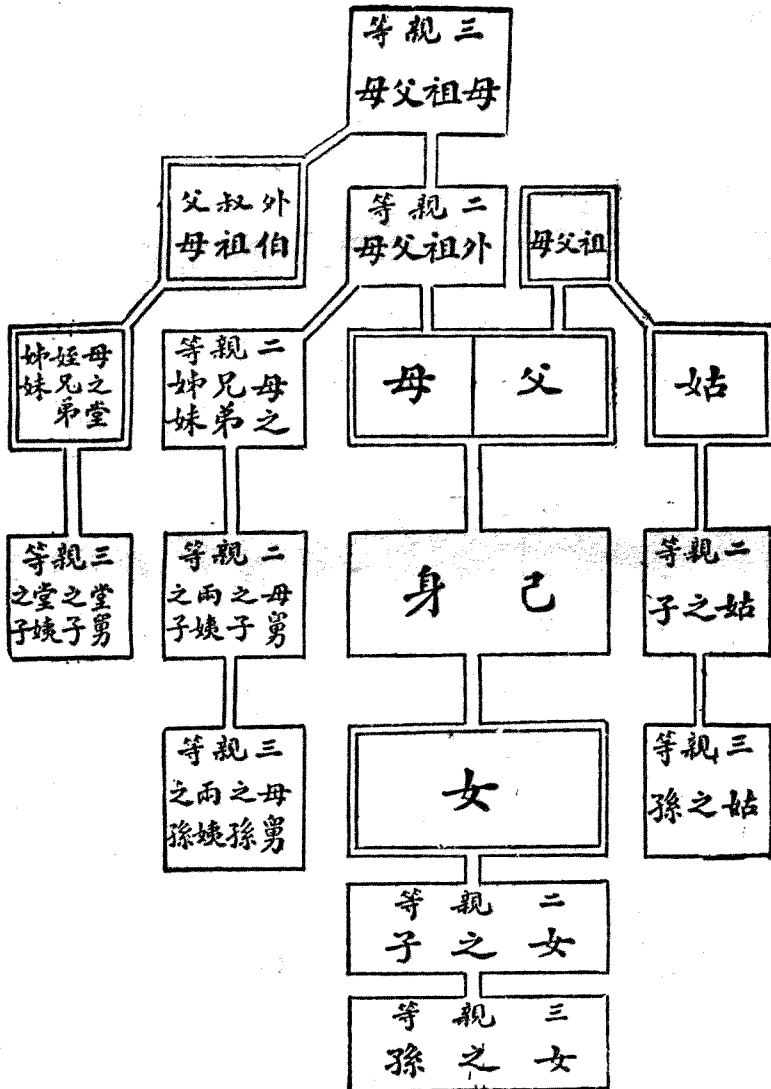
第十三條 親等之計算。直系親從己身上下數。以一世爲一親等。旁系親從己身或妻數至同源之祖若父。並從所指之親屬數至同源之祖若父。其世數相同者。以一方之世數定之。世數不相同者。從其多者定之。

各國親屬範圍。大抵均用親等計算法。我國舊刑律親屬範圍。向以服制圖爲根據。服制圖衍自喪禮。其制特詳。中國數千年來。以禮教立國。出乎禮者卽入乎刑。故刑罰之輕重。以服制之遠近爲比例。現行刑法將以服制定親屬範圍之標準廢去。改用親等計算法。既與民法規定符合。又與世界法例從同。可謂極進步之表徵。

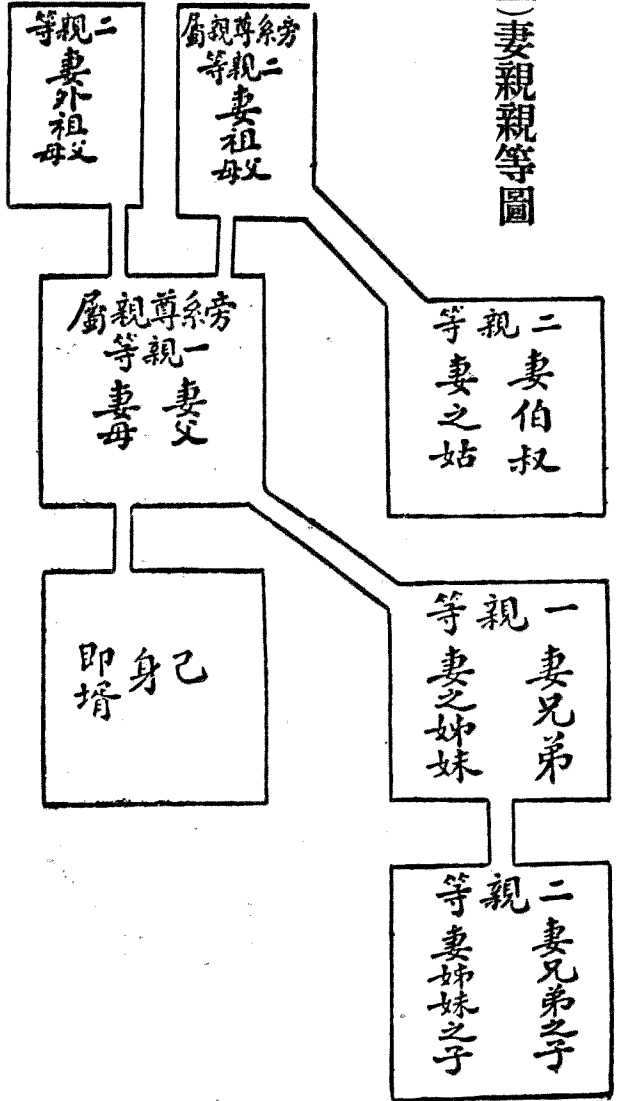
至親等計算法有二種。一爲羅馬法計算法。一爲寺院法計算法。羅馬法計算法於直系親屬。則算其間之世數而定親等。故世代之數與親等之數相合。如親子間爲一世。則爲一親等。祖父母與孫之間爲二世。則爲二親等。高曾祖父母與曾元孫之間亦準是。推之於旁系親屬。則由同出之始祖下降於旁系之各方合算。

其世數而定親等。蓋由旁系親屬之一方溯諸同源始祖。再由同源始祖更下數至他方。合算其世數以定親等。如兄弟姊妹間之親等。先從一方溯諸同源之父母作爲一等。更從父母下至他方又加一等。故兄弟姊妹爲二親等之旁系親。伯叔與姪間之親等。先由姪溯諸其父母。作爲一等。故伯叔與姪爲三親等之旁系。從兄姊妹爲四親等之旁系親。此羅馬法之計算親等法也。寺院法之計算法於直系親與羅馬法計算法同。於旁系親則不合算雙方之世數。但算較多世數一方面之世數而定親等。從始祖下至旁系親之各方。其世數雙方相等者無論從何方均同。若雙方世數不相等。則從其多者。如兄弟姊妹從其同源之父母起算。無論下至何方均是一世。單依其一方之世數定爲一親等之旁系親。至伯叔與姪從其同源之始祖起算。下至伯叔爲一世。下至於姪爲二世。則從其多者定爲二親等之旁系親。從兄弟姊妹亦爲二親等旁系親。其餘以此類推。此寺院法之計算法也。歐西各國及日本均用羅馬法計算法。我國民法草案則用寺院法計算法。其理由以爲中國直系親由己上數至高祖下數至元孫均以四世爲止。旁系親則族兄弟與再從姪亦認其在親屬範圍內。若取羅馬法計算法。其直系親

（二）外親親等圖 雙綫格不在本圖親等內



(三)妻親親等圖



第十四條 稱直系尊親屬者。謂左列各親。

- 一 父母。
- 二 祖父母曾祖父母高祖父母及高祖以上祖父母。
- 三 外祖父母。

爲人後者。於本生直系尊親屬。仍以直系尊親屬論。

按舊刑律所稱尊親屬。以上至高祖爲止。六世以上者不與焉。但毀掘墳墓罪對於六世以上有犯之者。豈能與毀掘常人之墳墓等視。即其他各罪。對於六世以上雖屬罕見。然不能決其必無。故刑法增入高祖以上祖父母一語。其範圍較廣。適用時當無疑問。

又外祖父母在清律處斷綦嚴。謀殺祖父母父母及毆期親尊長均與祖父母同。舊刑律於尊親屬中未將外祖父母列入。殊嫌疎漏。其意謂外祖父母爲妻親。已包括於親屬之內。而不知對於尊親屬犯罪。則刑有加重。而對於親屬犯罪。則祇有免除及減輕。其用意不同。故刑法於直系尊親屬增入外祖父母一款。較爲完密。

又爲人後者一項。舊刑律尊親屬未將其列入。亦係刑法所增入者。

第十五條 稱旁系尊親屬者。謂左列各親。

- 一 胞伯叔祖父母胞伯叔父母及在室胞姑。
- 二 母之胞兄弟姊妹。

三 胞兄及在室胞姊。

按本條第一款及第三款規定胞姑（即父之胞姊妹）及己之胞姊必須在室。乃爲旁系尊親屬。若已出嫁。則不過爲普通之親屬而已。而第二款母之胞姊妹。則不論在室與否。俱爲旁系尊親屬。其範圍較胞姑姑姊爲寬。考其設此區別之根據。始出於舊律之服制圖。查服制圖本宗服圖所載。姑姑之在室者。服期年。出嫁則服大功。因其在室與否。而服有輕重之差。故本法亦取服之較重者。定爲旁系尊親屬。較輕者認爲普通之親屬。然查外親服圖。母之姊妹。僅服大功。較之出嫁之姑姑。服制更輕。如謂出嫁之姑姑服制較輕。應認爲普通之親屬。則母之姊妹。更不得與於旁系尊親屬之列矣。况查第十四條直系尊親屬之規定。宗親自父母以至高祖以上之祖父母。俱爲直系尊親屬。外親則僅限於外祖父母。第十一條普通親屬之規定。宗親爲四親等以內。外親則僅限三親等以內。宗親之範圍。均較外親之範圍爲寬。是固亦注重男系者也。若於旁系之尊親屬。猶偏重女系。亦未免自相衝突。在黨政府下之立法。注重男女平等之原則。偏重男系固不可。偏重女系又烏乎可。故於姑姑之上。加以「在室」二字。實屬不當。不但與舊律

之觀念不合。亦且失平等之義。應以刪去爲宜。

第十六條 夫於妻之父母及祖父母。以旁系尊親屬論。

妻於夫之父母及祖父母同。

按舊刑律服制圖。夫對於妻之父母。僅服總麻。法律上祇認爲普通之親屬。對於妻之祖父母。非特服制圖定爲無服。法律上且不認有親屬關係。至妻對於夫之祖父母。則以尊親屬論。法律上男女地位之不平等。可謂已極。本條規定。夫於妻之祖父母。及妻於夫之祖父母。均以旁系尊親屬論。打破數千年來相傳之宗法社會。實行男女平等之原則。斟酌至善。洵屬允當。

第十七條 稱公務員者。謂職官吏員及其他依法令從事於公務之議員及職員。按公務員之意義。有廣狹二義。狹義之公務員。以有實官實職者爲限。爲特任簡任薦任委任各職是也。廣義之公務員。則除狹義外。凡一切從事於公務者。皆應在內。在行政法上。取狹義之範圍。而在刑法上。則採廣義的範圍。故上自無官階之議員。下至供奔走之工役。祇要爲從事公務而費精神或勞力者。皆以公務員論。茲更分述其意義如次。

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

(2) 吏員 凡間接為國家任職務即佐理職官為國家服務者皆謂之吏員。亦即刑法上之公務員也。如僱員錄事承發吏戶籍吏等是。

(3) 依法令從事於公務之議員 議員為一種意思機關。其能認為公務員者以依法令從事於公務者為限。如國會省會縣會等議員皆是。若非法令所設立之議會而為公益機關之評議員等則不在此例也。

(4) 依法令從事於公務之其他職員 所謂依法令從事於公務之其他職員者。指上列各種官吏議員以外之從事於公務者而言也。祇要依法令從事於公務者。不論何種職務。即走役隨丁如合乎上載條件。亦可稱為職員。舊刑律尚有依法令從事於公務之委員一語。刑法刪除之。似不無疑義。不知依法令從事於公務之委員。當然包括於其他職員之內。此當然解釋之結果。但非服

務於非依法令設立之機關則不在此限耳。

第十八條 稱公署者。謂公務員執行職務之處所。

按公署爲具有公務員資格者辦公之處所也。無論其名稱爲政府爲廳爲院爲局爲所。皆所不問。其非辦公之處所而爲私人住宅。則雖有公務員住居於內。亦不能以公署論也。

第十九條 稱公文書者。謂公務員職務上制作之文書。

按公文書爲公務員依職務所作之文書也。以公務員所作及依職務所作爲要件。兩者均須具備。如律師會計師爲其職務所作之文件。雖非私函。不得謂之公文書。又如公務員所作之私函。雖作者爲公務員亦不得謂之公文書。至文書之內容爲文字爲圖畫爲符號均所不問。祇要爲表示意思之代替物足矣。

第二十條 稱重傷者。謂左列傷害。

- 一 毀敗一目或二目之視能。
- 二 毀敗一耳或二耳之聽能。
- 三 毀敗語能。

四 毀敗一肢以上之機能。

五 於身體或健康有重大不治之傷害。

六 變更容貌且有重大不治之傷害。

七 毀敗陰陽。

我國清律定傷害程度之輕重。分傷、折傷、篤疾、廢疾、爲四級。謂瞎兩目折兩肢爲篤疾。瞎一目折一肢爲廢疾。舊刑律仿其制。分篤疾、廢疾及輕微傷害爲三級。本條改爲傷害及重傷二種。重傷者。卽舊刑律之篤疾。傷害者。卽舊刑律之廢疾及輕微傷害。蓋損害而至重傷者。顯而易見。法律預定其範圍。處以較重之刑。未爲不善。至於其餘傷害。若非逐案審察。恐有強入輕重之虞。舊刑律所稱之廢疾。於案件中最多。援用時每感困難。考各國立法例。分析傷害罪最詳細者爲意大利。計分四種。最簡單者爲日本。只用傷害二字。包括輕重。若法國那威瑞士分三種。德英美荷分兩種。其以日數爲標準者始自法國。而意大利荷蘭從之。晚近德國刑法亦將傷害分爲兩種。日本新刑法理由書謂此種細密之區別。不獨裁判上發生不便。卽實際上亦難期正確。德國刑法準備草案理由書亦有評論。大意相

同。我國刑法關於此條。既嫌舊刑律之過於細密。亦嫌日本之過於概括。故折衷各國立法例。傷擇其傷害重大如舊刑律所謂篤疾者改爲重傷。以示標準。處以較重之刑。其餘傷害。由司法官臨時斟酌輕重科斷。故將舊刑律廢疾及輕微傷害統名曰傷害。自較舊刑律之分爲三種爲適當。本無可議之處。惟以傷害二字解爲輕傷。則似欠妥洽。蓋就字義上解釋。傷害二字。固不專指輕傷而言。卽重傷亦可包括在內也。且無論重傷與輕傷。皆須以一、無殺人之故意。二、有傷害人之身體或健康之行爲爲構成要件。而本法第二百九十三條第一項。則此二要件專規定爲輕傷之定義。重傷則付之缺如。本條又僅規定重傷之種類。輕傷亦置之不論。均未免疎漏。余意不若將本條增一第二項。其文曰「稱輕傷者。指前項所列以外之傷害疾病。」則較爲完密矣。

第六章 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。陸海軍刑律屬於後者。

陸海軍刑律與普通刑法規定有異。(1) 陸海軍刑律所規定事項有爲普通刑法中所無者。例如陸軍刑律(十四年十月九日廣東政府公布)所規定擅權辱職逃亡等罪是。(2) 陸海軍刑律所規定事項較之普通刑法規定其內容有不同者。例如陸軍刑律所規定叛亂暴行脅迫侮辱等罪是。關於陸海軍刑律特有規定之事項。學者名之曰純粹的軍事犯。關於陸海軍刑律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。例如刑法第三百三十四條之妨害秘密罪。非醫師藥師藥商產婆宗教師律師辯護人公證人不能犯之。第三百十條之遺棄罪。非有擔負扶助養育之責者。則不能爲本罪之主體是。陸海軍刑律亦然。該律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軍刑律者。例如對於哨兵爲暴行脅迫之罪。（陸軍刑律第五十條）對於哨兵加侮辱之罪。（陸軍刑律第五十七條）軍用物損壞之罪（陸軍刑律第七十條至第七十三條）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例條款是。

（三）因事項而分爲普通刑法與特別刑法。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法者。（卽單行刑法）有規定行政事項及其他法律關係而附帶規定刑罰者。前者如反革命治罪條例懲治土豪劣紳

條例懲治盜匪暫行條例是。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。如國民政府修正商標條例等是也。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。主刑罰法規者。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者。僅其實質同於刑法而已。形式刑法爲具有刑法形式者。即合普通及特別兩種刑法之總稱也。前者如現行刑法陸海軍刑律懲治盜匪暫行條例等是。後者如國民政府修正商標條例等是也。

第七章 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。施行時期有特別規定者。依此特別規定。如我國刑法於十七年三月十日公布。定於同年七月一日施行是。一。旋展期九月

一日施行)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。一爲默示之廢止。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。依後法優於前法之原則。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。是說爲方黎斯托等所主張。方黎斯托曰。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。我人以積極說爲正當。

刑法第一條曰。行爲時之法律。無明文科以刑罰者。其行爲不爲罪。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。我國刑法第一條規定行爲時之法律無明文科以刑罰者云云。卽示此旨。

自法國議會於一七八九年之人權布告中宣言刑法不有溯及既往之效力以來。各國刑法咸奉此爲萬世不易之大原則。雖然。茲之所云。非立法上之原則。乃法律適用上之原則。立法者背此而制定有溯及效之刑法。不能謂之違法。此我國刑法第二條前半段所以設有例外規定。以爲新舊過渡時代分別適用之準則也。惟是適用法律。各國立法例及其主義微有不同。茲分別論述如左。

(一) 不論新舊法之輕重概從舊法。(卽新法概不追溯既往行爲) 採此主義者。爲英國及美國數州。

(二)從舊法但新法較輕者從輕。(即新法不追溯既往行爲但新法較輕時則爲例外)採此主義者爲德國 法國 比利時 意大利 丹麥 荷蘭 那威 瑞典 西班牙 匈牙利 葡萄牙 瑞士 數州 布加利亞 日本 暹羅 埃及 美國 數州 智利 阿根廷 墨西哥 溫尼蘇 依辣等國。

(三)從新法但舊法較輕者從輕。(即新法追溯既往行爲但舊法較輕時則爲例外)採此主義者爲奧國及瑞士數州。

(四)不論新舊法之輕重概從新法(即新法概追溯既往行爲)採此主義者爲我國舊刑律俄國(但有例外)及瑞士數州。

上述第二第三主義。有概名爲從輕主義者。然表面同而實際不同。法律變更遇有輕重時。例如刑法採第二與第三主義均無區別。若其他問題。無輕重之別或不能判別其孰輕孰重者。如文例或犯罪之定義等。則第二主義適用舊法。第三主義適用新法。此其實際之不同也。

世界各國多從第二主義。我國舊刑律從第四主義。然此四主義何舍何從。有不能研究者。第一主義概從舊法。第四主義概從新法。皆趨極端。茲先述之。

第一主義概從舊法。有謂犯人於犯罪之時。已得有受當時法律裁制之權利。此說欠通。誠如前北京法律館草案所云。人民對於國家不能有受刑權利之理。況新法既頒。則已認舊法爲不合時宜。若概從舊法。豈不駢枝。故此主義已成陳說。

第四主義概從新法。似免第一主義之弊。而又流於相對之極端。卽我國舊刑律所採用之主義也。概從新法。弊多利少。如新舊法輕重相等。或新法輕於舊法。其結果與第二第三主義無異。如新法重於舊法。概從新法。則流弊易生。蓋刑罰追溯既往。則人民生命安全。常爲立法者所左右。今日所犯輕罪。明日將爲重罪。人民常懷疑懼。則刑罰所以保護者。適以危害之。是豈立法者之本意。晚近法意兩國多持此說。力取從輕主義。此非空談。十餘年來。我國已有其事實。如昔時之犯贓條例。強盜條例。發掘墳墓條例等。是其明證。况我國近年特別法多出於一時之主張。稍嫌新法偏輕。特別法卽改作死刑。尤爲世界立法例所無。其危害更不可勝言矣。西儒非議第四主義者。尤有一說。謂可藉從新主義爲政敵深陷人罪之謀。立法者固不能不預防也。德國刑法準備草案此條之調查主任杜力加氏。嘗提議概從新法主義。而草案卒不採用。以其科犯人以事後之重刑爲欠平允。

第二第三主義均係從輕。前北京法律館草案理由非議之曰。若使新律重於舊律。而舊律時代之犯人。科以新律之重刑。則與舊律時代受舊律輕刑之同種犯人相較。似失其平。誠如此說。則使新律施行之後。僅此舊律時代之同種犯人。科以舊律之輕刑。彼新律時代之犯人。據新律而科重刑者。若互相比較。則又失其平等語。然考之外國採從輕主義。以爲不足以示公平。所謂公平者。係比較行爲在舊法施行期內而裁判在新法施行之後。此種犯人應科新刑或科舊刑。乃爲公平。前北京法律館草案理由。則以行爲及裁判皆在舊法時代。或皆在新法時代。犯人所受之刑罰爲比較。謂失其平。不知行爲及裁判皆在舊法時代。當然受舊法裁判。行爲及裁判皆在新法時代。當然受新法裁判。無公平與不平等之問題也。理由又謂刑不得爲沽恩之具。故不從輕。然法儒加勞曰。從輕主義者。因公平非沽恩也。以此之故。各國多採從輕主義。然從輕主義。復有第二第三主義之不同。我刑法特採第三主義。以從新爲本旨。以從輕爲例外。蓋新法旣頒。自應收新法之利。但舊法較新法輕者從輕。以符公平之說。如是則得所折衷矣。

從輕主義尙有須注意者兩端。其一所謂輕重專就刑而言。抑兼就刑以外之事項。

(例如時效)而言。其二專就行爲時與裁判時兩法比較擇其輕者而言。抑兼就兩時期內頒行之法律比較擇其最輕者而言。專就刑比較而適用其輕者。日本比利時智利丹麥墨西哥葡萄牙等是也。兼就刑以外之事項比較而適用其輕者。德國法國意大利那威瑞典奧國瑞士暹羅埃及等是也。我國刑法係採專就刑比較而適用其輕者之先例。蓋如此可以縮小從輕之範圍而擴充從新之範圍。況刑以外之事項執輕執重。頗難決定。若專就刑比較。則刑之輕重有明文規定。可免條文上解釋之困難。專就行爲時與裁判時之法律比較輕重者。那威暹羅瑞士等是也。兼就兩時期內頒行之法律比較輕重而擇其最輕者。德國日本法國(一八一三年判例)意大利匈牙利等是也。主張後說者。謂犯罪後既有中間輕法即犯人取得輕法權利。故裁判時中間輕法雖經廢止。仍應援用。不得奪其已得之權利。然此已成陳說。意大利刑法理由更立一說。謂如於中間法律尙未廢止時裁判犯人。則犯人當得受中間法律之利益。此說於理未允。蓋裁判果不延遲。則行爲時之法律自可適用。何俟中間之輕法。况裁判遲延。多因犯人自行隱避。咎不在執法者。故關於此問題。惟有比較行爲時與裁判時法律之輕重而擇其適用者。中間法律未能

勉強牽入。我國刑法故採前說。

第二節 關於地與人之效力

刑法關於地與人之效力云者。即對於如何之地與如何之人均能適用之問題也。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。為從來學者所爭論之點。約可分為屬地主義、屬人主義、保護主義、世界主義、折衷主義五種。

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

(2)屬人主義。凡屬本國人民。無論在國內或國外者。遇有犯罪行為。均適用本國刑法。此屬人主義之所主張者也。依此主義。則外國人民雖在國內犯罪。亦不得以本國刑法處治之。是國家之司法權在本國內已受限制。不第有損

國家之主權。且於本國之安寧秩序亦將難於維持矣。又滯在外國之本國人民。既不得不由本國刑法處治之。於外國境內行使司法權亦頗感困難。

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

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

(5) 折衷主義。本主義以屬地主義為原則。而兼混用他種主義者也。近世歐

之。洲各國多採用之。我國刑法亦從此主義以爲規定者也。容後第四項中詳述

以上五種主義。除世界主義偏於理論不能盡合實用外。折衷主義卽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罰權下之同一事實而言。中國對於外國裁判。祇能認爲一種事實。不能與中國裁判同視。故仍得再予處罰。刑法第八條卽根據乙說以爲規定者。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。茲列舉刑法上之領域如次。

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

(2) 領水。領水分河、海、湖三種。海洋之所有權本爲萬國所共有。特其沿岸之部分與沿岸國有密切關係。不能不劃歸沿岸之國家所有。其劃歸所有之部分。謂之領海。領海之範圍。初本以礮彈所能及之處爲限。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。

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

(3) 船艦。一國所屬之船艦。亦視爲其國之領域。乃國際法上所公認也。則中華民國之船艦。無論爲軍艦爲商船。皆當以中華民國之領域論。故刑法第三

條第二項云。本法於凡在民國領域外之民國船艦內犯罪者亦適用之。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。與內地礮壘相同。外國之權力既不可侵入礮壘。自不能侵入軍艦。則對於軍艦內之犯罪。不能適用碇泊地之法律。原無疑義。惟軍艦對於碇泊地有擾亂治安之行爲時。則其國能行使防禦權。然亦非行使刑罰權也。商船在外國領海以內自應服從駐在國之法律。但近時國際法學者謂其中應有分別。卽船於駛行時。其船內之犯罪仍由該船所屬國之刑法處罰。必碇泊時始受駐在國刑法之支配。就刑法第三條第二項所規定者觀之。於船舶之種類未加區別。自係包括軍艦公務船商船在內。乍見之似於國際公法之原則不合。然該條之規定。原係出於保護本國權利之意。非蔑視國際公法也。且商船在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。

(4) 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。

否則恐不足以維持占領地之安寧秩序也。

(5) 領事裁判區域。領事裁判制度。其始基於耶教國與非耶教國締結之國際條約而定。其繼則非耶教國與非耶教國亦援例而踵行之。然無特定之條約則不能行使也。

(6) 領空。船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。

(7) 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。即犯罪跨兩國領域而成立之場合。當認爲何國之犯罪。應受何國刑法之支配是也。對於本問題向有三種學說。(甲)行爲地說。謂犯罪之行爲在何國領域內時。即適用何國刑法。(乙)結果地說。謂犯罪之結果在何國領域內時。即適用何國刑法。(丙)行爲地與結果地併爲犯罪地說。行爲與結果併爲犯罪成

立之要件。凡行爲與結果有一在其國領域內者。即可適用其國之刑法。以上三說。見解不一。在各國刑法有以明文規定者。亦有不以明文規定者。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。此卽採用丙說也。

(第三)領域內適用刑法之例外。凡在本國領域內犯罪者。固以受本國刑法之支配爲原則。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。

(一)國內法上之例外。因國法上之理由而不負刑事責任者約分二項。(甲)君主國之君主及共和國之大總統。君主絕對的不負刑事責任。已爲國法上之原則。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第十一款規定云。「參議院對於大總統認爲有謀叛行爲時得以總議員五分四以上之出席。出席員三分二以上之可決彈劾之。」第四十一

條云。「臨時大總統受參議院彈劾後。由最高法院審判官互選九人組織特別法庭審判之。」是在職時除謀叛外不負刑法上一切責任也。(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。

(2) 國際法上之例外。因國際法上之理由享有治外法權而不負刑事責任者。約分四項。(甲)外國之元首及其家屬與從人。(羅馬教皇亦同)因外國主權者旅行於國內時應享有不可侵之特權。實爲國際上通例。但從人有限於非內國人者。亦有不問其爲何國人者耳。又有謂從人應視其爲常職與否以爲區別。如係常職。雖爲內國人則仍享有治外法權也。(乙)外國使節。在國際通例上外國使節應有治外法權。(卽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。則有妨於其職務者不少。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。不過爲其本國行政機關之一。自法理上言之。無享有治外法權之理。故領事之有此權與否。宜以條約明定之。不過近日已有領事不服從駐在國法權之通例耳。

(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。該條第一項云。本法於凡在民國領域內犯罪者適用之。第二項云。本法於凡在民國領域外之民國船艦內犯罪者亦適用之。此即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。是本條在今日尙屬具文。其實不然也。蓋在今日除德俄已無領事裁判權當然適用外。餘如無國籍之外國人無特別條約之外國人尙多。皆可適用。况條約爲一時的。立法爲永久的。豈能因一時之條約關係。而自行於國內法中爲損

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

(2) 兼採保護主義及世界主義以保護本國及本國人民之利益并達實行懲治世界之公敵。故有第五條及第七條第二項之規定。第五條云。本法於凡在民國領域外犯左列各罪者適用之。

- 一 第一百零三條至第一百零六條之內亂罪。
- 二 第一百零七條至第一百二十條之外患罪。
- 三 第二百一十一條至第二百十七條之偽造貨幣罪。
- 四 第二百二十五條至第二百二十七條第二百三十一條第二百三十三條及第二百三十五條之偽造文書印文罪。
- 五 第三百五十二條及第三百五十三條之海盜罪。

第七條第二項云。前項之規定。於在民國領域外對於民國人民犯罪之外國人準用之。

第五條第一款至第三款列舉各罪。不問本國人或外國人在國外犯罪者。均適用本國刑法。即學說上所謂保護主義。誠以此種犯罪於中國之存立信用財政經濟等有重大之損害或危險故也。第五條第六款之罪。在法律上認為萬國之公罪。不論何國皆得罰之。即學說上所謂世界主義者是。至第七條第二項之規定。乃外國人對於本國人在國外犯罪者適用之。是為擴充保護主義以及於本國人民也。

(3)兼採屬人主義以為屬地主義之補充。故有第六條及第七條第一項之規定。第六條云。本法於民國公務員在民國領域外犯左列各罪者適用之。

- 一 第一百二十八條第一百二十九條第一百三十條第一百三十三條
 - 第一百三十五條第一百三十六條第一百三十九條及第一百四十條
- 之瀆職罪。

二 第一百七十二條之脫逃罪。

三 第二百三十條之偽造文書罪。

第七條第一項云。本法於民國人民在民國領域外犯前二條以外之罪具備左列情形者適用之。

一 所犯之罪其最輕本刑爲有期徒刑以上者。

二 犯罪地之法律以爲罪者。

三 犯人在外國未受無罪之確定裁判。或雖受有罪之確定裁判。而其刑未經執行完畢或免除者。

第六條列舉各罪。雖係處罰在國外犯罪之本國公務員。但不以國籍爲限。故外人爲中國公務員亦得適用。第七條第一項之規定。凡本國人在國外犯所列各罪者適用之。不問被害人爲本國人或外國人。即學說上所謂屬人主義者是。故雖在國外犯之。亦應依法科罰。至如何實行審判。於外國法權有無妨害。或能否達到施行之目的。乃爲另一問題。不能以有困難情形而廢棄法律。否則遇犯人自行回國之時。若無可以適用之法律。遂坐視犯人逍遙法外乎。此上列兩條之規定實爲必要也。

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。我國刑法第九條云。本法總則於其他法令之定有刑名者亦適用之。但有特別規定者不在此限。據此以觀。是刑法總則中所規定一般要件。除爲刑法分則所適用外。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規定者。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。

第八章 刑法對於國際上之共助

第一節 犯罪人交付之共助

一國主權之實力。僅能及於本國領域以內。若遇應受本國主權支配之人滯在外國或逃至外國時。則事實上不能受本國主義之支配矣。此爲各國所共有之缺憾。欲彌補此種缺憾。不得不由各國爲交付之共助。茲分別說明如次。

（第一）交付之根據。犯人交付之根據有二。（一）根據於國際共助之觀念。謂犯罪者爲防害人類社會之安寧。非僅爲一國之犯人。乃各國共同之犯人也。故各

國當爲交付之共助。(2)根據於自然法之觀念。謂有罪必罰。所以維持國家之安寧秩序。若因滯在外國或逃至外國而不處罰。則本國之安寧秩序將不保。而外國亦將受同一困苦。故各國同認交付爲國際上之應有之義務。

(第二)交付之限制。交付非漫無限制也。其限制辦法雖各國微有不同。但不外左列各項通例。

(一)犯罪須無政治上之目的。觀近世各國所締結之犯罪人交付條約。咸採用「政事上之犯罪(Casus Politiques)」不爲交付原因」之大原則。政事犯之意義。學者間有廣狹二義。狹義之政治犯。卽所謂國事犯是已。謂以改良其國之政治爲目的。而爲破壞現政府之行爲也。政治犯之不交付。初僅唱道於比利時。於一八五六年定爲法律。至今日各國皆採爲原則。已成爲國際上之通例矣。惟學者所論不交付之理由不一。大別之約有二端。一謂政治犯非爲各國之公敵。故各國不負引渡之義務。二謂政治犯係以高尚思想而犯罪者。其行爲非有卑劣之惡性者可比。且請求國之仇視政治犯每較他種犯罪爲甚。其處罰必難公平。故各國爲維持人道起見。不負交付之義務。我人則謂國

與國之交際。非政府與政府之交際。政府不過國家之代表耳。政治犯既以改良爲目的。在爲其國家代表之政府雖認爲犯罪。然非對於其國家本身之犯罪也。且一國無政治犯。則其國永無改良國家政治之望。故各國爲輔助他國本身之改良起見。不得不拒絕其政府之請求。但此爲我人個人之見解耳。又有謂政治犯之不引渡者。非由於學理上之理由。乃歷史上之理由也。但爲多數學者所否認。又關於政治犯之範圍。一八五六年德國與其他諸國共訂條約。皆認對於國家元首及其家族之殺害罪不在其範圍之內。一八八一年國際法會議議決。對於謀殺毒殺之場合。不問其未遂或預備。均不認爲政治上之犯罪。然各國并未實行。

(二) 犯罪人須非本國人民。歐洲大陸各國咸將「本國人不交付外國審問處罰」之原則揭出於條約或法律之中。法蘭西一八一四年之憲法明載「無論何人不得從本國審判官手中奪去」之規定者。是其適例。日本亦然。(但有例外)惟英國不認此原則。故無本國人不交付之慣例。本國人不交付外國審問處罰者。揆厥原因約有二端。其一基於歧視外人思想。以自國人

受偏頗待遇爲懼。其二將本國人交付外國審判。有損自國之威嚴。我人以爲爲被害人之利益計。爲確保法律秩序計。使犯罪地之法院審理其事。最爲適宜。且締結犯罪人交付條約。非信任締約國政府則不爲此。信而疑之。不亦矛盾且盾乎。此本國人不交付之原則。誠無採用之必要也。

(三)須重大之犯罪并限於兩國之法律均以爲罪者。犯罪應否交付。固須於條約中明晰規定。惟徵諸各國之條約及法令。凡犯罪交付莫不以重大之犯罪爲限。(如殺人偽造貨幣偽造文書強盜強姦放火海盜等罪)猶以請求國與被請求國雙方刑法均認爲爲罪之行爲爲限。

(四)須爲請求國所管轄之犯罪。對於本國管轄區域內之犯罪有處罰權者。乃屬地主義當然之結果。犯罪人犯罪後向締約國逃亡。犯罪行爲地之國家。(即交付請求國)當然有據約請求交付之權利。反之在被請求國國內犯罪或在第三國國內犯罪逃至被請求國之場合。則不得請求交付。

(五)所請求交付之犯罪人須交付條約中所定之罪。在被請求國國內犯罪或在第三國國內犯罪逃至被請求國之場合。應否交付以及應行交付犯罪

之種類。須於條約中以明文規定。條約中所定應行交付犯罪之種類。名曰「交付犯罪。」交付犯罪有以抽象的規定者。亦有以具體的規定者。

(六) 須未經過時效之犯罪。經過時效之犯罪。則公訴權已消滅。無論請求國無科處刑罰之權。即被請求國亦無交付之義務。

(七) 奴隸不得請求交付。各國為擁護人道主義起見。對於請求交付奴隸。均一致拒絕交付。

(八) 交付後祇能就請求時所指定之犯罪而裁判之。即請求國裁判犯罪不得軼出請求時所指定犯罪範圍之外。例如請求時指定犯罪人犯殺人罪。裁判時不得謂其犯強盜罪或放火罪也。

(第三) 交付之手續。交付之手續各國不同。茲就請求及實行兩方面述之。(一) 請求交付之手續約分三種。(甲) 僅有交付之請求。不必有其他之手續。即可為犯人之引渡。(乙) 請求時必須附交相當官署所發之逮捕狀。(丙) 請求時須附一定之證據。(2) 實行交付之手續。亦分三種。(甲) 行政主義。又名法國主義。此主義通行於歐洲大陸。其手續即先由外交部受理後送交司法部。由司法部轉

知犯人所在地之檢察官。由檢察官查悉而逮捕之。逮捕之後。即具調查書及意見書。連同犯人由檢察長轉解司法部。司法部長乃於元首前提出之。得元首裁可然後爲交付之實行。(乙)司法主義。又名英國主義。其手續須由外交部送交法院予以正式之裁判。裁判之結果如認其請求正當。則將犯人爲交付之實行。(丙)折衷主義。又名白耳義主義。係折衷司法行政兩主義而爲規定。其手續即先從裁判官之審判判決。然後報告政府。由政府認定應爲交付者即實行之。

(第四)關於交付之中外條約。中國與外國無交付專約之訂定。不過偶見於通商章程中耳。茲摘錄如左。以資參證。

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

中英續約第二十一款云。中國民人因犯法逃在香港或匿住英國船中者。中國官照會英國官訪查嚴拿。查明實係罪犯交出。通商各口倘有中國犯罪民人潛

匿英國船中房屋。一經中國官員照會。領事官即行交出。不得隱匿袒庇。中英續議緬甸條約第十五款云。英國之民有犯罪逃至中國地界者。或中國之民有犯罪逃至英國地界者。一經行文請交。兩國即應設法搜拿。……其餘如中法會議越南邊界通商章程第十七款。及中法續議商務專約附章第一款。皆有互相交付犯人之規定。

第二節 調查證據之共助

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

第二編 犯罪論

第一章 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。如睡夢中之動作或受強制之動作是。若僅有意思之發動而無外表之動作。亦不得謂之行爲。如僅有殺人之意思是。蓋犯罪必以行爲爲主。有意思而無行爲者。雖爲道德及宗教上所不許。而法律非有特別規定不認爲犯罪。故曰犯罪者行爲也。

第三 犯罪者違法行爲也。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。爲違法行爲者不能即謂其爲犯罪。違法而犯罪者。以精神成熟精神健全之人爲此行爲者爲限。此幼年人精神障礙者之行爲不爲罪也。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。不有故意。不有過失。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。

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。行爲時之法律無明文科以刑罰者不爲罪。故有此結果也。

非行爲不能謂之犯罪。偶然間所發生之事實不能謂之犯罪。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

刑法所以爲人類行爲之強制準則者也。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。「犯罪行為者惟人」一語。竟爲刑法上之定則矣。罰及獸類。刑及屍體。古書中固不乏此規定。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。人有自然人與法人之別。自然人在一定要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。如方畢爾克瑪方巴爾平丁克蕭割阿爾弗爾託勝本勘三郎大場茂馬等否認法人之有犯罪能力。方藜斯托篋爾克爾泉二新熊山岡萬之助等則肯定法人之犯罪能力。然則欲解決此問題。須先就法人之本質而說明之。

關於法人之本質約有三種學說。其一法人擬制說。其二法人否認說。其三法人實在說是也。採法人擬制說者謂法人之有人格得爲權利義務主體者。不過依法律之擬制而已。依法律之擬制得爲權利義務之主體。是則在適用目的範圍內可得存在。法人之代理人所爲之行爲。亦止於適法目的之範圍內有代理法人之效力。法人不得犯罪。爲刑法上確定不易之原則。此顯而易見。無庸贅述者也。採法人否

認說者有二。一則謂法人之爲物。係個人權利義務集合的狀態。一則謂因達某種目的而存在之無主財產曰法人。根本上否認法人有獨立之人格。是亦不認法人有犯罪能力者也。採法人實在說者亦分爲二。一爲法人具體的實在說。一爲法人抽象的實在說。採具體的實在說者。謂法人之存在與自然人同爲現實的而非擬制的。法人有一定機關(代表人)表彰其實在。其代表人所表示之意思。是即法人之意思。代表人所爲之行爲。即法人之行爲。法人在民法上有締結契約之能力。有爲不法行爲之能力。在刑法上亦有締結詐欺契約並爲其他犯罪行爲之能力。簡言之。法人在民法上得爲行爲之主體。在刑法上即得爲犯罪之主體。處罰犯人。不外因己身固有的行爲而負擔責任而已。採抽象的實在說者。謂法人代表之行爲。仍不失爲代表之行爲。不過以其行爲之結果歸諸法人而已。以其行爲之結果歸諸法人。與法人己身所爲之行爲不可混同。詳言之。代表人所爲之行爲其效力及於法人。而非法人己身所爲之行爲。猶之爲父母者代表幼兒所爲之行爲。其效力歸諸幼兒。而非幼兒本身所爲之行爲也。其理同一。法人不有意思能力與行爲能力。力得由其代表爲有效之行爲。與幼兒之不有意思能力與行爲能力得由父母代

表其爲行爲者毫無少異。因法人得由代表人爲有效之行爲。即肯定法人之意思能力與行爲能力。豈不大謬。

法人擬制說與法人否認說謂法人既不有自然的意思能力。即不能犯刑法上以故意爲要件之犯罪。其否認法人之有犯罪能力也。可謂確有見地。而獨於法人之人格加以否認。視爲擬制。則不可謂非誤謬。法人具體的實在說謂法人之有人格與自然人之有人格均由法律所賦與之一點。大有可取。惟其肯定法人之犯罪能力。謂法人代表所表示之意思即法人之意思。法人代表所爲之行爲是即法人之行爲也。誠屬牽強。姑無論法人代表之行爲及意思是否即爲法人之行爲及意思。法人之行爲與夫代表人代表法人所爲之行爲。必不背法人本來目的。夫而後能發生法律上之效力。犯罪行爲既非法人目的範圍以內之行爲。縱令法人具體的實在。未見其即能爲犯罪之主體也。法人抽象的實在說。一面肯定法人之人格。一面否認法人之犯罪能力。適合法理。不背政策。立論平允。莫逾於此。試就法理論政策論闡明此說之要旨於下。(一)自然人之行爲而不出於故意者。不能構成刑法上之犯罪。法人無意思能力。故亦不能爲刑法上之犯罪行爲。有人格未必即能犯

罪。無分於自然人與法人。論者謂自然人與法人之人格同爲法律所賦與。自然人得爲犯罪之主體。法人亦不應有異云云。是以犯罪主體與人格混爲一談。此從法理言之。法人不能有犯罪能力者也。(二)科刑之目的在於能收刑法之效果。刑法對於無責任能力人不科刑罰者。以其不有刑罰適應性也。法人之無刑罰適應性。同斯一理。自然人不有刑罰適應性則不罰。法人不有刑罰適應性則罰之。豈非所謂以子之矛陷子之盾者乎。此自政策上立言。法人亦不能爲犯罪主體者也。

我國刑法規定有犯罪行爲應負刑事上之責任者。僅以自然人爲限。而於代表人所爲之犯罪行爲使本人受刑罰之規定毫不存在。即昔日北京大理院判例與解釋例亦然。(前北京大理院三年統字第一八四號四年上字一〇一二號)謂以法人爲犯罪主體。而科以刑罰者。須有特別之規定。若無明文。則不得以實施行爲之自然人爲犯罪之主體云。不特此也。刑法所規定之刑罰如生命刑自由刑者。莫非限於自然人所可執行之刑罰。而不能適用於法人。即罰金刑亦如是。徵諸罰金易科處分之規定。(刑法第五十五條)益足以證明其專爲自然人而設也。我國刑法不設處罰法人之規定。是原則上不認法人有犯罪能力。已如上述。但外

國立法例有於刑法中設處罰法人之一般規定者。（紐約刑法第十三條加里弗里亞刑法第二十六條第一款）

犯罪之主體同時即爲刑罰之主體。斯爲原則。然有時一人爲行爲之主體。而他人爲制裁之主體者不乏其例。（如管理藥商章程第二十六條鑛業條例第一〇五條）學者有謂犯罪之主體與刑罰之主體同一云云。多見其說之不當也。

第三節 犯罪之客體

犯罪之客體有二種意義。即被害法益與被害者是也。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何若。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（如身體金錢的）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刑罰能力。（刑法第三十條）而被害人年齡無制限。自出生以至於死亡有爲被害人之資格。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。我國民法草案第五條亦有權利能力於出生完全時爲始之規定。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「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)以胎兒出產道發聲之時期爲出生時期者。所謂生聲說是也。(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。我人以最後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。風俗即其客體。別不有被害人存在。反之竊取人之財物。則以財物爲客體。而財物之所有者占者即其被害人。侵入第宅以擾亂第宅安全爲客體。以居住於第宅以內之人爲被害人。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既明。客體之意義乃定。我人以此通說爲

適當。從此用例而立論焉。

第四節 犯罪之行爲

行爲者。人之身體動靜基於意思所發動者也。試分別論述於左。

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爲之能力。是則在現行刑法上能爲犯罪行爲者惟人而已矣。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。即人之身體動靜。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。

刑法第二編分則以下。條條皆有動靜之關係。竊取（刑法三三七、三三八）搶奪（刑法三四三）強取（刑法三四六）詐取（刑法三六三）雖所取之方法不同。其有身體之運動也則一。不散（刑法一五六）不保護（刑法三〇九）雖犯罪之狀態有異。而其有身體之靜止也無殊。國家支配宗教時代。有國教與非國教之分。人民而不信仰國教則罪之。別創學理。則不容於當世。是思想亦為罪也。今則不然。犯罪必有行為。（身體動靜）無動靜而屬於單純心理狀態者。構成道德上宗教上之犯罪。而不構成刑法上之犯罪。

第三行為須基於本人之意思而發動者。構成行為之內部的要素。是為意思。意思發動。身體之動靜乃決。內有意思發動。外有身體動靜。夫而後可稱為刑法上之行為。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己也從之是）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（例如在法律上有為一定作為之義務者當將履行義務之時為不可抗

力所妨害致未果行是）者。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。如乳母酣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。不作爲之內亦含有運動的分子。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。

刑法設禁止規定禁止其發生一定之影響。爲保持此禁止法規起見。以積極的形式規定罰則。違反此類禁止法規者曰作爲犯。例如刑法第二百八十二條之殺人罪第三百三十七條之竊盜罪是。刑法又設命令規定命令其維持一定現狀或使之發生一定現狀。爲保持此命令法規起見。以消極的形式規定罰則。違反此類命令法規者曰不作爲犯。例如刑法第三百十條之遺棄罪是。作爲犯與不作爲犯之不有絕對的區別也。與作爲不作爲之區別相同。

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。（法令上之義務一語範圍甚廣。凡成文法不文法公法私法以及規定一般作爲義務之一切命令皆包含在內）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。是即以不鞠育（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。是即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。因不注意而不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。純正不作爲犯者。如刑法第三百十條之類是也。

第五節 犯罪與科刑

犯罪爲科刑條件。盡人皆知。顧犯罪何故爲科刑條件乎。自來有客觀說主觀說與折衷說。分別說明如左。

第一。客觀說。國家對於個人行爲之害及社會利益者。有科制裁之權。換言之。則法律所支配之範圍。僅以外部行爲爲限。而不及於人之心理的狀態。犯罪人所包藏惡性之大小如何不問也。此說以犯人之現實行爲爲科刑之基礎。故名曰現實主義。

第二主觀說。凡對於社會之安寧有危險性格者。社會須謀防衛之道。不必俟其

侵害之實現也。詳言之。犯罪爲反社會性之表徵。有反社會性之存在。即刑事責任之所由生。現實行爲於科刑無與也。此說以犯罪爲惡性之表徵。故名曰表徵主義。

第三折衷說。客觀說置重個人利益。主觀說則自社會利益而立論。二者均有所未可。夫刑罰之輕重。應依犯人之惡性以爲裁量。顧犯人之惡性如何。非依據犯人之行爲則無由知之。行爲種類雖不一。然爲防止審判官之擅斷計。不可不預置一定之標準。以作審判官考究犯人惡性之界限也。

客觀說爲舊派之所主張。與主觀主義之本旨不相容。故不適於近世之思潮。主觀說足以貫徹主觀主義之刑法理論。而又不能說明我國刑法以犯罪爲科刑條件之趣旨。不問行爲之有無。僅以其有非社會性之存在。即得宣告刑罰。與審判官以廣大之權限。是又反乎罪刑法定主義之精神。折衷說以行爲爲性格之表徵。當非社會性客觀化以前。（即犯人心理的狀態在未形諸外部動作以前）不足以證明其有非社會性之存在。以「非社會性表徵於行爲之上犯罪乃成立」之大原則爲科刑之條件。夫而後個人自由保障與社會防衛乃得其平。採表徵論同時顧

及個人之利益。夫而後主觀主義之運用斯能行之而無礙。然則解釋我國現行刑法也。舍折衷說其誰屬。

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。其二特別的要件是也。一般的要件者。各種犯罪共通要素之謂。如十三歲以上之人故意爲違法行爲始爲犯罪是。特別的要件者。個別犯罪之特殊要素也。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。如方畢葉克瑪 (V. Birkmeyer) 是也。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。如畢林克 (Beling) 與方黎斯托 (V. Liszt) 是也。有不用分類方法而爲渾括的說明者。如者斯托斯 (Stooss) 與方黎列雷達爾 (V. Lillenthal)

是也。不用分類方法。遠不及有系統的分類之明晰。故我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是也。

犯罪之爲有責行爲。觀刑法第二十四條及第三十條至第三十一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。又曰罪責。

責任一語有三種意義。其一爲法律上一定負擔之意。如父母負擔鞠育子女之義務。債務人負擔債務償還之義務。犯罪者應受刑事上之制裁。侵害人之權利者應受民事上之制裁是。其二負擔一定法律的效果在法律上地位之意。其三謂責任爲發生一定負擔或法律上地位主觀的要件之意。第一意義謂責任爲義務制裁。第二意義指某種人在刑法上有受刑罰資格而言。第三意義可稱爲第一第二兩

者之原因。詳言之。有受刑罰之資格。而後使之負擔一定之義務或制裁。具備主觀的要件而後有受刑罰之資格。茲所欲言者。即此主觀的要件是也。

第一款 責任能力

(責任能力一語學者稱謂不同。有稱責任能力者。我國學者王觀氏即用此語。有稱責任能力者。余以用責任能力為當。故從之。)

第一 責任能力之意義。

基於一定行為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。無能力人所為之行為。不負刑事上之責任。無能力人之行為。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。

第二 責任能力之觀念。

責任能力之觀念。因道義的責任論與社會的責任論主張之不同。其結果自有差異。茲分別說明其大略。再本所見以評論之。

(一) 以道義的責任為基礎而論責任能力者。採道義的責任論者。以責任能力之行為所以須負刑事責任者。因其行為與為此行為之人實質上有特別之連鎖故也。行為人與其所為之行為實質上有特別之連鎖者。謂有是非善

惡辨別力。且有擇善去惡自由意思之人所爲之行爲。夫而後認該行爲人之行爲。在法律上始得稱爲有能力人之行爲也。從此見解言之。是責任能力之實質。即自由意思決定能力之意義。即是非善惡辨別力之意義。是非善惡辨別力者。認識特定意思之活動以及由特定意思活動所發生之影響。且有辨識由意思活動所生法律上效果之智能也。主張斯論者爲舊派。方畢爾克瑪(V. Birkmeyer)大場茂馬谷野格岡田朝太郎等皆屬此派。

(二)以社會的責任爲基礎而論責任能力者。採社會的責任論者謂責任能力人之行爲與夫無能力人之行爲。實質上無何等之差異。苟爲社會團體之一員。則皆有受法律保護之權利。同時負有不侵害社會利益之義務。舉凡侵害社會利益之行爲。均應負刑事上之責任。惟以處置能力人之方法加諸無責任能力人。不見有若何效果。故對於無責任能力人之行爲。從刑罰中除外。止於不加刑罰耳。從此意義以定責任能力之觀念。是不外就犯罪效果(刑罰)方面求標準而已。換言之。責任能力云者。因科刑可得達刑罰目的之能力之謂也。主張斯論者爲新派。方藜斯托(V. Linst)牧野英一等即屬此派。

據以上說明。採道義的責任論者謂責任能力為意思能力或犯罪能力。故以是非善惡辨別力自由意思決定能力為責任之基本。驟觀此說。亦似近理。詳察其旨。則誠不當。殺人傷人。人人知其為惡也。設有人為父報仇而殺人。為國除害而傷人。為惡為善。頗不易於評判。殺人巨事。尚不能辨其為惡為善。而況其他。況無故殺人傷人。雖三尺童子。莫不知其為惡事者。以其知為惡事。即刑及童稚。有是理乎。此以是非善惡辨別能力為責任之基本者。不可謂非失當也。自由意思之說。亦覺漠然。蓋社會環象。實足以左右我人之意思。我人意思既為環境所支配。其不能自由也。明甚。彼謂人之意思不受外界影響。則能絕對自由者。誠不知其何謂。若然。與其主張意思自由論。毋寧表同情於意思不自由論之為得。是自由意思之說。又不足取。通說（道義的責任論）將無責任能力人之行為視為自然界之事實。謂其在刑法上。刑法外均無責任。此點與防衛社會對於精神障礙者。不良少年犯罪。偏狂須加以相當強制方法之趣旨。復不相容。以是非善惡辨別力自由意思能力說明責任能力之觀念。既不可能。以無責任能力人之行為。視為自然界事實。又不能說明對於無能力人特別處遇之根據。

故我人不敢盲從道義的責任論。而以社會的責任論爲適當。據此而定責任能力之觀念。名之曰刑罰適應性。刑罰適應性者。謂科刑所以達刑罰之目的。加刑罰於無刑罰適應性之無能力人。未足以收刑罰之效果。故不罰也。若是。與其稱責任能力爲犯罪能力。毋寧謂之爲刑罰能力之爲愈。

責任能力是否應區分爲通常責任能力與減輕責任能力。以定刑罰之標準乎。學者意見不相同。舊派以是非善惡辨別力自由意思決定力爲責任能力之基礎。主張精神之成熟及障礙得認程度上之有差等。精神成熟精神障礙既有差等。是則在常態的意思者（即普通人）與精神不成熟者（即未滿十三歲人）或精神障礙者（即心神喪失人）之間。須認一種中間級人。稱此中間級人爲限定責任能力人。亦曰減輕責任能力人。對於限定責任能力人所爲之犯罪行爲。應減輕刑罰以罰之。新派以責任能力爲刑罰適應性。故不認其程度上之差異。既不認責任能力有程度上之差異。自無所謂常態的意思者與精神不成熟者或精神障礙者之間復有一種限定責任能力人存在。換言之。能力之有無。二者必居其一。有能力則科以刑。否則不罰。而以其他方法（如感化懲治）

代之。以一部責任歸諸本人。而謂其他部分不應使行爲人負責者。無是理也。兩派之主張不同。其結論亦自不一。謂精神成熟精神障礙之程度有差等。事實上固不能加以否認。至謂因其有差等。卽有影響於物心兩界之聯絡致生處罰之差異也。則不可解。况社會中最危險之犯罪人。卽舊派所稱爲限定責任能力人乎。我人對此最危險之犯罪人。正宜善爲防衛。教之養之。長期禁之。猶恐不贍。奈之何主張減輕其刑。我國刑法第三十條規定未滿十三歲人之行爲不罰。十三歲以上未滿十六歲人之行爲得減輕本刑二分之一。第三十一條規定心神喪失人之行爲不罰。心神耗弱人之行爲減輕本刑。明示常態的意思者（普通人）與精神不成熟者。（卽未滿十三歲人）常態的意思者與精神障礙者（卽心神喪失人）之間。均有所謂中間級人。（卽十三歲以上未滿十六歲人及心神耗弱人）固無舊刑律缺乏理論統一之弊。（舊刑律僅規定精神成熟者與不成熟者之間有中間級而不認精神障礙與精神健全者間有中間級）惟是不脫道義的責任之舊思想。不可謂非遺憾。舊刑律規定未滿十二歲人之行爲不爲罪。精神病人之行爲不爲罪。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。一以責任能力爲犯罪能力。一以責任能力爲刑罰能力。孰優孰劣。一見自明。惟其以責任能力爲刑罰能力。（採社會的責任論）而復區分責任能力爲通常責任能力與減輕責任能力（採道義的責任論）學理上似欠一貫也。

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。而於結果發生時期或中間現象發生時期不有責任能力時。仍應負刑法上之責任。（例如唆使狂人爲犯罪之決意犯罪結果發生於唆使者熟睡中唆使者仍應負責是）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。卽以行爲當時定責任能力之有無也。至若對於無能力人執行刑罰。則於刑事訴訟法中設有特別之規定。

欲究明責任能力之有無。須先審查其精神狀態之何若。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十三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十三歲人爲無能力人外。皆爲責任能力人。

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。應否負擔刑事責任。實爲刑法上之重要問題。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(1)絕對無責任、(2)相對無責任、(3)減輕責任、(4)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(1)絕對無責任、(2)相對無責任、(3)全負責任、三期。而不設減輕責任時期之規定者。又有分責任年齡爲(1)絕對無責任、(2)減輕責任、(3)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(1)相對無責任、(2)全負責任、二期。而不有絕對無責任時期減輕責任時期者。又有分爲

(1) 絕對無責任。(2) 全負責任。二期而不設相對無責任時期減輕責任時期之規定者。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。其所為行為毫不發生刑責問題。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。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。而不拘拘以年齡為斷也。故稱第二期曰相對無責任。相對無責任亦名疑問時期。年齡日長。是非善惡辨別能力漸次具備。惟其尚未充足。故減輕其刑以罰之。此所以以減輕責任為第三期也。三期既終。辨別能力無缺。於是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有不同。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。茲將各國關於責任年齡之立法例表列於左。以供參考。

分 別	國 名	絕對無責任	相對無責任	減輕責任	全負責任
(一)二分制	法蘭西 比利時 盧森堡 奧地利	一四未滿 前	一六未滿 前		一六以上 前
	日本	同前	同前		同前
	日地	同前	同前		同前
	奧利	同前	同前		同前

恤之條。良以人類不達於一定年齡。僅能爲教育主體而不有刑罰能力故也。現行刑法採用第二類三分主義。於第三十條第一項規定未滿十三歲人之行爲。絕對不負刑事上之責任（絕對無責任）外。復於同條第二項規定未滿十六歲人犯罪者得減輕本刑二分之一。至年齡計算。應用週年法。不得用歷年法。（參閱前北京大理院七年上字三百九十八號判例）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。（參閱前北京大理院五年上字七八五號判例）

第三 批評。

關於責任年齡。除少數國家採用二分主義者（即分爲絕對無責任全負責任二時期）外。莫不以是非善惡辨別力爲責任之基礎。是非善惡辨別力說。與近世新思潮不相容。凡據此而定責任年齡之國家。不可謂非立法之失當。我國刑法第三十條第二項有減輕責任時期之規定。即此陳腐學說之表徵。

考諸近時學說。僉主張提高刑事責任年齡。國際會議亦肆十八歲說。雖各國成文法尙未有此規定。然大勢所趨。實現期當亦不遠。我國刑法（王寵惠氏原

訂一草案。初以十四歲爲責任年齡。以十六歲未滿爲減輕責任時期。雖未符十八歲責任年齡之說。但較之舊刑律以十二歲爲責任年齡者。已提高二歲。不可謂非立法之進步。迨經伍朝樞等審查。又改爲十三歲。其理由略謂各國法例關於幼年人犯罪。多以年齡分別責任之有無。其年齡之標準。各視其國普通之知識發達而定。我國幅員遼廣。其知識發達之程度。因各人各地之遺傳秉賦氣候教育及其他原因而有發育遲速之不同。是以祇能就一般普通之實驗。據爲年齡之標準。但草案以未滿十四歲爲限。在實驗上觀察。尙嫌過寬。故擬改爲十三歲。以期適中而杜流弊云云。中央第一百二十次常務會議議決。遂依審查案通過頒布。殊爲遺憾。夫刑罰之設。貴能收效。其效維何。曰減少犯罪預防累犯是已。一般刑法學者僉謂動輒有犯罪之危險者。卽在此妙齡時期內。以十四歲至十八歲數年中爲尤甚。加之幼年之人性情未定。投之監獄。易染獄內之惡風。出獄後復行犯罪有如響應。是則責任年齡過低。適足以促國中再犯之增加而已。再犯增加既與減少犯罪預防累犯之本旨不相容。又與刑罰防衛社會之目的相背戾。我國刑法典欲求其完備而無缺也。必也以十八歲爲責任年齡。已滿十八

歲人所爲之行爲。即應全負刑責。一面提高責任年齡。一面削除減輕責任時期之規定。夫而後可。或曰累犯增加堪虞。未滿十八歲人所爲之行爲概不處罰。恐亦未能無弊。曰否。所謂未滿十八歲人之行爲絕對不負刑事上之責任者。非謂未滿十八歲人不能爲犯罪行爲也。謂其所爲行爲。施以刑罰未能收效。易以教育乃克有濟也。如療病然。須視其病之何若。投以對症藥餌。而後可望全瘳。至若藥與病違。欲求其占勿藥。吾知其戛乎難矣。幼者可教不可罰。以教育涵養其德性。感化其惡習。引導其爲善。即明刑弼教之義。徒恃刑罰冀收減少犯罪之效。正所謂以豨苓引年。庸有望乎。

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、癡愚、魯鈍、及凡因先天的發育不全或後天的不具、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。我國刑法第三十一條第一項規定云。心

神喪失人之行爲不罰。無他。加之以刑罰。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。但因其情節得施以監禁處分。（刑法第三十一條第一項但書）蓋心神喪失人之行爲不可認爲其人之行爲。乃其病之作用。祇能以醫藥治之。不可加以刑罰。既不可加以刑罰。則不處以死刑或徒刑。而因其情節施以監禁處分。所謂因其情節者。非因其病狀之輕重。當視其人之有無負監督之責者也。

（二）心神耗弱人。

心神耗弱者。指其人之普通知識有限者也。心神耗弱人所爲之行爲。在刑法上係限定責任能力人。亦即學說上所謂之中間級人。與未滿十六歲之幼年人同爲減輕責任之人。我國舊刑律無此規定。外國刑法典有類似之規定者。如意大利那威西班牙丹麥瑞典希臘日本等國刑法典。與德國委員會刑法草案。皆有心神耗弱之條文。一九〇五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。刑法第三十一條第二項云。「心神耗弱人之行爲減輕本刑。」然於執行完畢或免除後。若聽其自由行動。仍恐遺害社會。故但書又有因其情節得施以監禁處分之規定。

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。現行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。

判斷精神之有無障礙。屬諸醫學範圍。認定責任能力之有無或減輕。屬之法律領域。前者由醫學家詳加鑑定。後者乃審判官之大權。審判官對於醫學家就鑑定結果所表示之意見。不有受拘束之義務。

精神障礙者之行爲不罰或減輕刑罰者。謂其行爲當時有心神喪失或耗弱之狀態也。心神喪失或耗弱之中預謀犯罪。而於實行之際不有此種心神喪失或耗弱

狀態時。不得謂之無責任能力或減輕責任能力。外國立法例明示須於「行爲當時」(du temps de l'action; Zur Zeit der Handlung; at the time of committing the crime) 有該項原因之存在云云。其意即此。我國刑法第三十一條雖無「行爲當時」字樣。然該條一項「心神喪失人之行爲」及二項「心神耗弱人之行爲」兩語。當然指精神障礙中當時所爲之行爲而言。蓋精神障礙之狀態。多係時愈時發。愈則一如平生。發則即失常態。若以其有精神障礙。即不問其是否當時之行爲。遽予不罰或減刑。自與立法本旨不符。

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之謂也。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汽車脫軌。故意牛飲泥醉不省人事。致不爲轉轍機之回轉。以

達其顛覆汽車之目的。又母親以壓殺嬰兒之意思置嬰兒於蓆上。飲酒酪酊。陷於無意識狀態。致生壓死嬰兒之結果者皆是。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內。泥醉與顛覆。酪酊與壓殺。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即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。因酪酊而未能之知。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致嬰兒於死者亦同。略言之。責任能力人故意陷己身於無能力之狀況。而以過失犯顛覆電車殺死嬰兒之罪是也。

酗酒人以故意或過失所爲觸犯刑法法條之行爲。（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。此說謂酗酒者乃一時的精神病人。酒後酪酊。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。主張斯說者爲須窪爾葉氏（*Schwarze Ger. S. XXXIII 446*）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。以己身爲機械藉以遂其犯罪之行爲也。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。則沈湎者愈恣肆而無忌憚。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。斯其所以不可也。主張斯說者爲方畢爾克瑪及泉二新熊小疇傳等。

我國刑法對於酗酒人以故意或過失所爲之違法行爲採有責任說。觀第三十二

條之規定曰。不得因酗酒而免除刑事責任。但酗酒非出於己意者。減輕本刑。即明示不適用不罰之規定。但書所云。乃指全無意識之行爲而非出於故意者。方可減輕其刑也。

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傳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。均非法典上之所謂瘖啞人。瘖啞二字。我國舊刑律草案本作聾啞。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。

口不能言。耳不能聽。精神狀態自與通常有別。令此精神不甚成熟之人與通常人負同等之責任。其理未平。是以古代各國均有瘖啞人不負刑責之規定。周禮中有

「蠢愚宜赦」一條。其意亦卽在此。惟是科學進步。教育方法日新。有聾啞學校以教之。卽可使瘖啞人藉相當之學問成熟其精神。而瘖啞人絕對不負刑責之說。乃見陳腐。此近世文明各國刑法有規定瘖啞人爲相對責任能力人。（如德意志刑法第五十八條）甚至有不設特別之規定者。（如一九〇九年德意志刑法準備草案一九〇九年奧地利刑法準備草案一九〇二年那威刑法典一九〇八年瑞士刑法準備草案均無特別規定）蓋有由也。我國刑法效法文明各國之立法例。規定瘖啞人之行爲減輕本刑。（刑法第三十三條）惟與舊刑律規定微異者。一爲得減一爲必減是也。

瘖啞人以外之不具人如盲人。僂僂等。自不能與瘖啞人爲同等之處遇。無他。盲人乃形體之不具。僂僂則不過脊梁彎曲而已。精神既與常人無異。此刑法所以不設特別之規定也。

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。準十五歲以下之幼年人處斷。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。則難免偏枯之誚。監獄規則規定應犯人體力之強弱而科以相當之勞動。在監者罹病時速加治療者。皆寓有憐憫之意。憐憫範圍初未嘗以老人爲限也。若憐其老而免其責。揆之法理。殊屬無謂。況刑法以防衛社會改善犯人爲目的。矜恤小惠。尤非刑法之本旨乎。此歐洲法系刑法所以不有老人犯罪不爲罪之規定也。我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。得減輕本刑二分之一。（刑法第三十條第三項）惟減等與否。仍當視其有危害於社會與否而定。若其行爲確與社會有重大之危害。則又不能偏於一見。至若年老之人精神昏憤。往往因衰老而發生老耄性癡呆。早老期被害妄想症等病。因患此病而有觸犯刑法法條之行爲時。當然不負刑事上之責任。自毋庸援用第三十條第三項之規定而行減輕。簡言之。老人因患此等疾病不負刑責者。非爲其年老也。爲其精神有障礙。依刑法第二

十四條之規定不罰也。

第六項 刑法對於無責任能力人之處分

刑法規定無責任能力人之行爲不罰。不罰者不過不生刑法上之問題而已。非謂其無社會的危險性（危險性俟第二節第一款詳論）也。既有社會的危險性。則須講求防衛社會之方法。方法維何。曰執行保安處分是已。對於幼年犯罪人之保安處分。有所謂感化教育。對於心神喪失犯罪人之保安處分。有所謂監禁處分。茲分別說明於左。

（甲）感化教育。

加刑罰於未滿十三歲之幼年人。不足以收刑罰之效果。故不罰。爲防衛社會計。又不能不有相當之處分。此刑法第三十條第一項。但書所以有因其情節得施以感化教育之規定也。因其情節云者。非因犯罪情節輕重之謂。謂其不有適當管束之人爲之監督也。有子弟而無父兄爲之教育。或有父兄而不知教育者。均所謂不有適當管束之人。既無適當管束之人。復不能坐視社會之被侵害。於是感化教育制度乃興。感化教育以改良惡癖爲宗旨之特種教育。無刑罰之性。

質。是不可不知也。

對於幼年人施以感化教育。必先有感化院（感化院與幼年監獄不同）而後可。徵諸各國感化院之組織式。約分爲三種。

（一）兵營式。感化院之組織悉仿兵營制度。監督對於幼年人。儼若將校之待士卒。幼年人之對於監督。儼若士卒之畏將校。凡起臥飲食及其他一切進退。紀律嚴肅。此兵營式之感化場也。對於頑劣兒童。加以嚴厲之約束。藉以矯正其不良之習慣。養成其有紀律之動作。強健其身體。此其利。惟是感化教育。重在感情上之薰陶。而軍隊生活。純係命令服從之關係。以將校對士卒之精神。令兒童畏威而就範。終屬形格勢禁。非所以使之心悅誠服。就善去惡之道。況軍隊教育。貴乎整齊。感化教育。則宜斟酌各人性情。以爲啓迪。感化院而用兵營式。正所謂圓枘而方鑿。我固知其齟齬而難入也。

（二）家庭式。家庭式之組織。係收容若干犯罪兒童爲一家。集合多數之家爲一感化院。感化院監督之對於幼年人。若父母之視子女。起居飲食與家庭無異。至於幼年人之德育體育智育。則別設一學校以教之。此卽所謂家庭式之

感化院也。家庭式感化院之所長。在於專重感情。從感情上施以相當感化。可使幼年人心悅誠服。藉改革除惡性之效。惟其重感情而輕約束。故不能養成有規則之習慣。易滋驕惰之流弊。至若人數過多。庖厨器物各別。需費浩繁。名義上之父母濟濟一堂。紛擾不堪。尤屬此制之短處。

(二)學校式。學校式之感化院。有寄宿舍。有教室。有管理員。一概模範學校之規則而施以教育。其監督則爲名義上之教員。其幼者則爲名義上之學生。雖不能備兵營式與家庭式之所長。然以威嚴整飭其外部。以親愛固結其內部。恩威相濟。未始不足以補救二者之缺點。故近世各國多採此制。

我國感化院尙未設立。故刑法第三十條但書末段又仿暹羅埃及等國立法例。規定由監護人保佐人納相當之保證金自行監督幼年人之品行以濟其窮。

(乙) 監禁處分。

精神障礙者之行爲不負刑事上之責任或減輕其責任。各國立法例所同然。但爲防衛社會起見。不可不有相當之處置。相當之處置維何。曰刑法第三十一條第一項後半段及第二項後半段所謂因其情節得施以監禁處分者是也。因其

情節一語。專就精神障礙者於社會危險程度與有無相當看護或監督之情形而言。非以犯罪情節之輕重爲施監禁處分之標準也。詳言之。精神障礙者有家可歸。其家能爲相當之看護者。國家固不必爲之謀。若無家可歸。或有家而其親屬又不能善爲監督者。則須交付精神病院或其他處所以禁制其自由。是之謂因其情節施以監禁處分。（參閱前北京大理院二年非字第三三七號對於舊刑律之判例）監禁處分并非治罪。乃對於精神障礙者一種特別監督制度。除禁制其自由外。并須施以治療。是又與普通監獄不同。職此有宜注意者二。（一）監禁非刑罰。乃行政處分之一種。精神障礙者縱未犯罪或犯罪而受刑之執行完畢或免除後。在警察上認爲有予以監禁必要或其家屬請求予以監禁時。仍得施以監禁處分。說者謂監禁處分之監禁與監獄之監禁易於混淆。此處當易以禁制字樣以示區別者。非無故也。（二）精神障礙者之監禁處分不有強制性質。若其親屬能任看護之責不至貽害社會時。得爲解禁處分。聽其親屬自行監視。刑法第三十一條所謂因其情節云云。意即指此。

第二款 責任條件

責任條件者。其行為須合乎某種條件始負責任也。換言之。責任能力人之行為所以爲犯罪者。猶以有惡性表現爲條件。名此曰責任條件。惡性表現有二種狀態。其一故意。其二過失是也。故意者。認識行為之危險性與行為之違法性而敢於爲之。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。觀刑法第二十四條規定云。非故意之行為不罰。又第二十五條規定云。過失應處罰者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。由認識及決意而成立者也。卽犯人對於犯罪構成之事實明知及有意使其發生者也。關於故意之觀念。學者解釋不一。有主希望說者。卽意欲主義。謂故意者有對於所犯事實之希望也。凡有對於所犯事實之希望而決意爲之者。卽稱爲故意。又有主認識說者。卽認識主義。謂故意者有對於所犯事實之認識也。認識所犯事實而爲舉動之決意者。卽稱爲故意。不問其是否以所犯事實爲希望也。前者認故意與所犯事實之認識間有因果關係。後者不認其間有因果關係。兩主義立

論不同。適用上自有差異。例如以獲野獸之目的而開槍射擊。同時有傷人結果發生之認識者。於此自意欲主義言之。則不能謂之有故意。無他。射擊者雖預見槍能傷人。而其目的專為獲獸。不有傷人之希望存乎中也。自認識主義言之則否。我國舊刑律採用認識主義。現行刑法則採意欲主義。誠以意欲主義為多數學者所主張。近年立法例。如意大利暹羅等國刑法典。及瑞士前後各草案。德國刑法準備草案與委員會刑法草案。皆經採用。故我國刑法從之。於第二十六條第一項規定云。犯人對於構成犯罪之事實明知並有意使其發生者為故意。第二項云。犯人對於構成犯罪之事實預見其發生。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。惟第一項規定為直接之故意。第二項規定為間接之故意。此不可不知者。

故意之要件維何。即所犯事實之認識及所犯行為之決意是已。(一)何謂所犯事實之認識。當分別說明之。所犯事實者。犯罪構成及加重之事實也。刑法上所列舉構成加重之事實。因主體之資格、客體之性質、方法之種類、結果之大小、各有不同。認識者。心象再見之謂也。蓋外界之形象先已印入腦中。一旦感觸。即能知其物為

何物。例如火之作用。平日本有知其能燃燒之心象。欲放火者。其心象之再見也。
(2) 何謂所犯行爲之決意。卽指揮可成爲犯罪動作之心理作用是已。認識與決意同爲犯罪行爲之要件。同爲心理作用。不過一則關於智力者。屬於概括之觀念。一則關於意力者。屬於特定之事實。二者缺一。不得謂之有故意。

關於故意之情形尙有應行注意者七端。說明如左。
(一) 責任能力不必要認識。蓋能力爲負擔刑罰之力。認識與否與故意無關。故已滿十三歲者自以爲未滿十三歲而犯罪。不得謂之無故意。

(二) 犯意本以含有舉動及結果之認識者爲原則。但在特殊之犯罪。亦有不以認識結果爲必要者。夫無結果之認識者。不能認爲有故意。故故意之成立。必以認識舉動及結果爲要件。然在特殊之犯罪中亦有不要認識結果者。例如毆打致死。在毆打之犯人。雖於致死之結果雖不能先有認識。然對於其結果不可不負責也。

(三) 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。則罪即成立。故刑法第二十八條云。不得因不知法令而免除刑事責任。但因其情節得減輕本刑二分之一。良以法令既經頒行。即當人人受其拘束。法律對於其行爲有處罰之規定時。則其行爲必有危害之性質。犯者非處以刑罰不可。不必問其有違法之認識與否也。惟現代社會情狀複雜。間亦有因偶然不明法律而罹法網者。其情形不無可憫。特准審判官酌量減等處罰。以劑其平。

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

(五)故意有事前及事後之分。事前故意者。謂其行爲尙無結果而誤認已有結果。

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

(六)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。預謀故意者。經深思熟慮而復著手於犯罪者是也。人生智愚不一。故不能以考慮時間之長短定深思熟慮之有無。有學者恐用預謀二字易啓疑竇。而以熟考故意之語代之者。職是故也。

(七)故意與遠因有密切之關係。其犯罪之決意多有由於遠因者。於立法上及裁判上皆當注意及之。所謂遠因者。促起故意之動機也。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。有竊人財物藉以周人之急者。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。例如第一百零三條之內亂罪。第一百二十六條之侮辱外國罪。第一百五十六條之妨害秩序罪。第一百八十一條之誣告罪。第二百零二條之爆裂物罪等皆是。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觀的責任也。

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。已如上所述矣。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

每以遠因爲標準。故遠因之在審判上確有重視之必要。刑法第七十六條云。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。犯罪之原因。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。論其罪固刑法第二百八十二條之殺人罪也。論其遠因。則情有可原也。當此際。爲審判官者。儘可在第二百八十二條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。徒刑斯可耳。自不必處以過當之刑罰也。又如某甲於此屢受某乙大恩。不知報德。反以細故逞忿將某乙殘殺。揆之情理。死猶不足以蔽其辜。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。因不注意而致不認識者也。不認識者。非謂不認識一定之行為及全部之事實。乃指不認識犯罪構成及加重之必要事實而言。故凡不認識犯罪構成及加重之必要事實者。謂之不注意。若應注意且能注意而不注意者。即謂之過失。過失與故意之區別。即在犯人爲某行為時。得知犯罪事實與否之一點。蓋知犯罪之構成及加重之事實者。有故意也。否則屬於過失。過失雖以事實之不知爲要件。然非有得知之狀態不能成立。如鎗能傷人。應有得知之狀態。若偶然玩弄其機。而出彈傷人。是曰過失。若於抹擦其鎗時。確未裝彈。偶爾棄手離開。被他人以彈裝入。及繼續抹擦時。因不知有彈而致誤觸其機傷人者。則爲不可抗力矣。非過失也。由於不可抗力而不知者。在刑法上不負責任。蓋法律決不責人以所不能也。

何者爲過失。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二十七條規定過失之範圍。第一項云。犯人雖非故意。但按其情節應注意並能注意而不注意者爲過失。第二項云。犯人對於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。第一項所規定者爲不認識之過失。第二項所規定者卽認識之過失也。至於何謂認識之過失與不認識之過失。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。約可分爲三說。分述如左。

(一)客觀說。主張客觀說者謂應假定一普通人所能注意之程度爲標準。於欠缺普通人所能注意之程度時謂之不注意。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爲注意之程度爲標準。欠缺其通常所爲之注意時謂之不注意。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。例如鏟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。未曾知鏟水爲何物者。則雖認爲酒品以飲人。不以過失論也。又從事特別業務者其所負注意之義務有較普通人爲高。怠於爲較高之注意時。其過失責任比常人爲大。例如醫師認毒藥爲普通藥品給與病人服之。以致身死。應依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。若依第三說所主張。則對於有最高注意力之人亦以普通人之程度律之。於法理上頗有不合。惟第二說主張對於犯人之注意爲主觀的觀察。在刑法上應認爲正當方法。但多數學者皆採用第三說也。有反對主觀說者。其持論謂從

主觀而定注意之程度。則認富於智識經驗之人較普通一般人所負之責任獨多。殊不公平。然以故意犯罪論之。應以認識與否爲負責與否之標準。於過失之情形又何獨不然。故我人仍認主觀說爲當也。

第三 過失之種類。

過失之種類有三。其一無認識之過失與有認識之過失。其二業務上之過失與一般的過失。其三重過失輕過失是也。茲分別說明如左。

(一)無認識之過失與有認識之過失。無認識之過失云者。行爲者對於可能發生結果之事實。因不加注意之故。以致缺乏認識之謂。以其可能認識而未能知之也。故又名之曰疎虞之過失。例如有一短鎗於此。行爲者不注意鎗中之有彈丸與否。持鎗把玩。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。有認識之過失云者。行爲者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。畢竟發生其所認識結果之謂。學者名此曰懈怠之過失。例如電車司機生見幼兒嬉遊於軌道之上。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。就司機生認識電車可以軋斃幼童之一點觀之。是曰有認識。就誤信警鈴叮嚀可保無虞之一點言之。是爲不注意。故云。

(2)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。法律爲責成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。普通人因過失致載人之氣車電車船艦生往來之危險者。刑止六月以下徒刑。從事此等業務之人因過失犯該項規定時。則爲一年以下徒刑。(刑法第一百九十八條第三項第四項)普通人因不注意致人於死。以普通過失致死罪(刑法第二百九十一條第一項)處斷。醫師藥師誤和毒藥致患者身死。或鑛師怠於預防因鑛山爆裂致人於死亡時。以業務上之過失致死罪(刑法第二百九十一條第二項)處罰。斯即重罰業務上過失之明證。當火災事變。監獄官須將囚徒暫時解放。船將沈覆。船長有努力救護乘客之責任。怠於解放致囚徒之死亡。怠於救護致乘客之溺斃時。均以業務上之過失致死罪(刑法第二百九十一條第二項)論。若通常人

則不有此解放救護之義務。不有此解放救護之義務者。縱令不爲囚徒解放不爲乘客救護時。亦不任過失之責。無他。此種過失惟業務者而後能犯之也。至於何人有此特別注意義務則與一般注意義務無異。依法令或習慣決之。

(3) 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「有認識之過失」與「無認識之過失」之分類者則主張有認識之過失較重於無認識之過失)前者曰客觀主義。後者曰主觀主義。我國刑法採客觀主義。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。

第四 過失犯之處罰。

過失犯之處罰如何。則有明文以規定之。無明文者不得處罰。蓋其結果必於社會有重大之危險者始加以刑罰。否則放任之也。我國刑法之規定處罰過失者。計分左列五種。

(一)公共危險罪。(第一八七條第二項、第一八八條第三項、第一八九條第三項、第一九〇條、第一九二條第二項、第一九三條第三項、第四項、第一九四條第三項、第一九五條第三項、第一九七條第三項、第一九八條第三項、第二〇三條第二項、第三項、第二〇四條第三項)

(二)殺人罪。(第二九一條)

(三)傷害罪。(第三〇一條)

(四)外患罪。(第一一三條第二項、第一一五條)

(五)脫逃罪。(第一七二條第二項)

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。卽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。固毋須認識法律。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。但因其情節得減輕本刑二分之一。（刑法第二十八條）此種規定之適用。得別法律錯誤爲二種而說明之。

(甲) 刑罰法令之錯誤。刑罰法令之錯誤得分爲二。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。後者如殺人放火竊盜等罪是也。書信祕密自由。約法上有明文規定。刑法中亦明定制裁以爲保障之。一般愚民往往以刺探他人祕密爲快事。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。刑罰法令之錯誤何故不阻却故意乎。約有三說。(1) 法律既公布後。不許人民以不知爲理由。名此曰「不識法律爲法律所不許。」因法律一出。視爲無不知之。故不知法令不阻却故意。(2) 法律所以維持社會之秩序。爲一般民衆而設者也。刑法亦法律之一。其爲一般民衆所應遵守之規則自與他法無異。今以少數人之不知。遂令皇皇刑典失其效力。誠可謂沒却制定刑罰法令

之趣旨者矣。是故不能以不知刑罰法令爲阻却故意。(3) 認識構成犯罪事實之存在而敢於爲之者。卽其非社會性之表現。惡性表現於外。(故意) 故以刑罰處罰之。至於行爲者認識自己所爲之行爲在法律上之效果(刑罰) 如何。非構成犯罪之必要事項也。然則藉口於不知法律而謂其阻却故意者。殊屬無謂。第一說謂法律一出視爲無不知之。係根據人民有應知法律之義務而有此主張。固不能謂其不當。惟刑罰法規與其他法規有異。爲此反乎事實之推定。有背刑罰之精神。第二說謂因少數人之不知而寬容之。沒却制定刑罰法令之趣旨。亦非確論。以多寡而定阻却故意之有無。使不知法令者車載斗量又皆觸犯刑章。則將如之何。是則欲說明刑罰法令錯誤所以不阻却故意也。舍第三說其奚由。惟是從立法論上立言。則法定犯與一般學者所謂自然犯有別。法定犯之所以爲犯罪者。以有法律規定故也。無法律則無所謂犯罪。無法律則不能加人以刑罰。而獨於不知法律則設反對之規定。僅以之爲減輕刑罰之原由。未免有狹隘之憾。况近世社會情形異常複雜。罰則亦綦煩瑣。不知其爲犯罪而爲之。未足以表明其有惡性乎。此刑法第二十八條

之規定。尙待修改也。

(乙) 刑罰法令以外法令之錯誤。刑法第二十八條所謂「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。然則刑法第二十八條「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無夫之婦而與乙女和姦者。是即欠缺姦通有夫之婦之故意。不構成刑法第二百五十六條之有夫姦罪。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。（參閱岡田朝太郎刑法講義第八十九頁第九十頁山岡萬之助刑法原理第十五版第一八一頁牧野英一日本刑法第一一四頁第一一五頁泉二新熊日本刑法論第四一一頁第四一二頁）

第二 事實上之錯誤

事實上之錯誤，其情形又可分爲數種。（1）有本無犯罪事實而犯人信爲有犯罪事實者。例如前面本無人，犯人信爲有人而舉鎗擊之，自不能有結果之發生，與不能犯之性質相同。（2）有本有犯罪事實而犯人信爲無犯罪事實者。例如前面本有人，犯人信爲無人而舉鎗擊之，遂致殺人，在犯人初無殺人之意思，竟得殺人之結果，此時應視犯人有無過失爲斷。如有過失則當以過失論罪，否則爲非故意之行爲也。（3）有犯人所認之目的錯誤者。例如甲欲殺乙，因誤認丙爲乙而殺之，在法律上祇認爲有殺人罪之成立，不必問所殺爲乙爲丙也。

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條第二十一條)我國現行法無之。

(第三)結果的加重犯。有意爲一定犯罪就犯人所不預期之結果加重其刑者。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。就犯人不可殺人之故意言之。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。是為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為。過失致人於死者而言。應名結果的加重犯為故意與過失之競合者。我人以為此種犯罪。不僅不以犯人預見重結果為必要。不預見此結果且不以有過失為必要。行為與結果苟有因果關係。即須受較重之處分。不問其對於此種犯罪之重果有無過失存乎其中也。然則謂之為故意與過失之競合。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。其一行為之危險性。其二行為之違法性是也。行為而有危險性與違法性之存在。夫而後可稱為非社會性的行為。故就危險性與違法性分別說明於左。

第一款 行為之危險性

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。該行爲即有危險性。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）行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。卽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美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決意而已。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。又如公開演說刊行文字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。於第一百六十條中特定處分。此外對人以加害生命身體自由名譽財產之事相恐嚇。刑法以之爲恐嚇罪。於第三百十九條中設專條以罰之者。是亦獨立成爲一罪者也。或曰除構成特別犯罪或獨立成爲一罪外。凡犯罪決意以及決意後表示其所欲爲之罪均不處罰。毋乃與主觀主義之本旨不相容乎。曰否。犯

罪人惡性以行爲爲表徵。當非社會性客觀化以前。不足以證明其有非社會性之存在。縱令以其他證據足以證明其有爲犯罪之意思決定。亦未能爲非社會性之確實表現。况刑罰爲防衛社會而設。單純犯意既無害於社會秩序安寧。自無處罰必要。若一有犯意卽行處罰。不僅不能預防犯罪。實所以促成其犯罪之實行。有戾刑事政策之要義。故不罰也。

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。（刑法第一〇三條、第一〇四條、第一〇七條、第一〇八條、第一〇九條、第一一〇條、第一一一條、第一一二條、第一一四條、第一一六條、第一二二條、第一二四條）或曰犯人實行犯罪自有犯罪動機以至犯罪完畢。其中僅分爲犯罪之決意預備著手於實行之三階段。而於陰謀一項獨付缺如者何耶。曰犯罪之決意預備著手於實行。爲各種犯罪所必須經過之途徑。而陰謀則不然。且陰謀二字係就二人以上爲特定犯罪之協議渾括的加以說明。若分別的自陰謀者之某犯人觀之。有時

僅爲犯罪之決意者。有時則已達於犯罪之準備。（預備）陰謀固不能獨立成一階段也。例如甲某爲實行內亂罪起見。以勸誘之手段達糾合同志之目的。自被勸誘者之承諾言之。不過一種犯罪決意。自誘引者甲某方面觀之。則又入於預備之區域矣。刑及甲某可稱爲處罰預備。刑及其他陰謀人。（被勸誘人）可謂處罰犯罪之決意。刑法以不處罰犯罪決意爲原則。是則處罰陰謀。（犯罪決意之陰謀）又可稱爲對此原則之例外規定。

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。所必須經過之階級也。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。至若危險重大之犯罪。刑法別設例外規定以處罰之。（參照刑法第一〇三條、第一〇四條、第一〇七條、第一〇八條、第一〇九條、第一一〇條、第一一一條、第一一二條、第

一一四條、第一一六條、第一二二條、第一二四條、第一八七條、第一八八條、第二一八三條）處罰預備行爲。除偽造貨幣罪刑法明示預備之手段（參照刑法第二百十五條）外。預備行爲之手段如何均無影響於預備罪之成立。

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。須經過著手之途徑。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。例如以放火之意思而購燃料爲預備。以火接觸燃料爲著手矣。但尙有謂以已著手於有完成犯罪之危險行爲爲犯罪之著手者。又以已著手於完成犯罪所不可缺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。如方畢爾克瑪阿爾菲爾托瑪爾夫蘭克方黎斯托岡田朝太郎勝

本勅三郎泉二新熊山岡萬之助大場茂馬谷野格等均採是說。

(2) 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。不能謂購火油即認爲放火。至以火接觸燃料時。其犯罪之意可以識別矣。故謂以識別犯意爲著手。否則爲預備。探斯說者爲鞋爾須列爾跌拉庫衣斯列寧達爾維達爾牧野英一等。

以上二說。各有理由。我人試爲評論於下。客觀說之要旨以犯罪構成特別要件之行爲。惟客觀的乃能定之。是故僅於客觀的方面求預備著手區別之標準。謂與犯罪構成事實有密接關係之行爲爲著手。謂完成犯罪所不可缺乏之行爲爲著手。謂於犯罪完成有危險之行爲爲著手。我人以爲一種行爲發生。純粹從客觀的方面認定犯罪構成特別要件。(確定其爲何種犯罪)頗感困難。故對於惟客觀的乃能定之一語深滋疑慮。例如見有人購利刃以歸。斯時固不能確定其購刃之目的何在。是爲預備。若舉刀將殺人。是爲接近於犯罪構成特別要件之舉動。(殺人罪以殺爲犯罪構成特別要件舉刀將下是與殺已甚接近是

即客觀說者所謂接近於犯罪構成特別要件）是爲著手。此點固不能謂客觀說之不當。若易例以言。則又窒礙而難通。如有人焉。攜帶凶器夜入人家。以強盜論。已屆著手。以殺人論。則距殺人之程度尙遠。固客觀說者所稱爲預備行爲者也。然則純粹從客觀的方面認定其殺人或強盜。以冀決定該行爲是否與犯罪構成特別要件相接近。不亦難乎。此客觀說之不當也。主觀說於犯人主觀的方面求預備著手區別之標準。誠可謂得其當。然則我人其採主觀說乎。

著手爲犯罪成立在法律上所必須經過之途徑。故非事實上之觀念。而爲法律上之觀念。曩昔法國判例。屢以著手爲事實問題。謂審判官有認定專權云云。誠屬謬誤。惟著手與預備之區別。實際上異常困難。以抽象的理論適用諸事實之上。其界限不甚明晰。是則以何種行爲爲著手行爲。惟有就各種犯罪行爲具體的定之。此不可不知者也。

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。以殺乙之意思開鎗射乙。彈丸飛出致乙於死。乙死後景况蕭條。乙子丙爲生計所迫。乃投身入盜窟。事搶劫被人殺死。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。然刑法上所謂結果。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。如恐嚇罪侵害祕密罪誹謗名譽罪是也。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。至若恐嚇罪侵害祕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。

行爲一語是否包含結果在內。（卽是否以結果爲行爲之要素）學者意見不相同。有謂既遂罪未遂罪之成立。以結果爲要素之一。無結果則無行爲者。有謂意思發動爲行爲之要素。從行爲所發生之影響（結果）須令其與意思發動自體分離而互立。僅於處罰之有無刑罰之輕重有關。而非構成行爲之要素者。我人以爲犯罪必有行爲。有行爲未必有結果。二者觀念既殊。自不能以結果置諸行爲觀念之內。彼謂行爲之觀念中含有結果者。乃通俗所用行爲之慣語。非刑法上之用語也。如欲以通俗慣語用諸刑法之上。是不僅不明二者之法理。卽對於實質犯與形式犯之意義以及行爲與結果間之因果關係。亦將毋以說明。

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。卽前事實與後事實有聯絡關係存焉。其情形必後事實基於前事實而發生。無前事實則無後事實。若後事實非一定基於前事實而始發生。卽無前事實亦可發生後事實。則不得認前後事實爲有因果關係也。例如殺人者舉刀殺人爲前事實。其人死亡爲後事實。若無殺人之

前事實自無從發生死亡之後事實。是殺人與死亡爲有因果關係也。又如甲以拳毆乙。乙於受毆後因誤食毒物而死。卽無受毆之前事實。亦必發生死亡之後事實。是毆人與死亡無因果關係也。茲將關於因果關係之問題。分別說明如次。

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

(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。(1)因數個原因之競合而始生其結果。其各原因爲相對的原因。而皆爲有原因之力。例如甲與丙以創傷。乙亦與丙以創傷。若獨立皆不致生死亡之結果。相競合乃致丙死。(2)數個原因各能獨立生同一之結果。相競合亦生同一之結果。其各原因皆爲絕對的原因。各對於

其結果有原因之力也。例如甲以斧擊丙之頭。乙以刀剖丙之腹。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。(2)因甲之行爲而乙始爲其行爲。甲之行爲與乙之行爲相合而生丙之結果。是介入與競合共存在者也。例如甲於丙宅放火。火尙未熾。乙加以油致丙宅完全燒燬是。

(第三)介入於因果關係之關係如何。介入與因果有何種關係乎。學者意見不一。約分爲三。(1)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。而以乙爲更新責任之負擔者。(3)介入不妨因果關係之連續說。謂甲行爲與丙結果間苟有因果關係。則乙行爲之介入與否。毫無區別之必要。認甲乙二行爲均爲對於丙結果之原因。謂以關係論。無所謂中斷。以責任論。無所謂更新也。以上三說各有理由。在法律上應以結果之能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。即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

趨積極說焉。

(第五) 研究因果關係所當注意之事項。因果關係問題中有當注意者五。舉示於左。

(1) 因果關係乃法律上之觀念。法律就一定犯罪成立以一定結果發生爲必要者。僅規定行爲與結果。而於行爲與結果間之關係。毫不加以說明。一任學者爲學理上之研究。(例如刑法第二百八十二條僅曰殺人者而於殺人行爲與死亡結果之間所存在之關係則付闕如) 於是一派學者有視此爲事實問題者。我人以爲因果關係既爲行爲與結果成立上所必要之關係。其爲法律上之觀念而非事實上之觀念也明甚。

(2) 因果關係乃結果發生後之問題。研究因果關係之有無。於結果發生後爲之。結果發生以前。無因果關係有無之足道也。是故該行爲本有可能發生結果之原因力。而不爲現實發生結果之原因者。非因果關係論中所應研究之問題。該行爲本不有發生結果之原因力。與其他事情相合而竟發生結果者。是即本項中所欲說明者也。簡言之。因果關係係指結果發生後探究何者。

爲該結果之原因而言。非於結果尙未發生以前，闡明行爲者之特定行爲，有發生特定結果之力與否也。

(3) 因果關係問題與故意過失之關係。因果關係乃存於行爲與結果間之客觀的關係。故意過失乃行爲者主觀的責任條件。二者不可混同。惟是故意過失之有無。以因果關係之有無爲先決條件。有因果關係存在。然後發生行爲者就此因果關係是否有預見（故意之有無）是否可得預見（過失之有無）之問題。例如乙某之死亡。確係由於甲某鎗擊所致。是甲某行爲與乙某死亡確有因果關係。既有因果關係。始得再進一步決定甲某有無故意過失。至若乙某死亡不因甲某行爲所發生。自無研究甲某有無故意過失之必要也。

(4) 因果關係問題與制裁之關係。因果關係爲行爲與結果事實上之關係。與從行爲所生責任（定負擔）問題固須區別。然刑罰法上制裁之負擔。以有因果關係存在爲前提。例如乙某之死亡確係由於甲某鎗擊所致。是甲某行爲與乙某死亡確有因果關係。既有因果關係。始得再進一步決定甲某應

否負擔制裁。至若乙某死亡不因甲某行爲所發生。自不發生甲某應否負擔制裁之問題。

(5) 因果關係問題爲行爲危險性之問題。因果關係問題爲行爲之危險性範圍內所應研究之事項。不可與行爲之違法性相混同。例如檢察官指揮獄吏執行死刑。行刑者之行刑行爲與犯罪人之死亡有因果關係。然不能謂行刑者之行爲與犯罪人之死亡有因果關係。即謂行刑者之行爲爲違法是。簡言之。有因果關係之行爲。未必即爲刑法上之違法行爲也。

第四項 未遂犯

第一 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。(一)須有著手以上之行爲。攜鎗緊隨人後。爲殺人罪之著手。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。爲竊盜罪之著手。強姦婦女對婦女著手於強暴脅迫之行爲者。爲強姦罪之著手。著手後而又不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。已於行爲階段中說明之。(二)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。犯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。例如誣告罪之構成。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。無所謂誣告未遂。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。僅有一定行爲爲未足。猶以結果完成爲要件。結果不發生。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爲爲犯罪之完成。從行爲所發生之結果不以之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。觀第三十九條規定云。已著手於犯罪之實行而不遂者爲未遂罪。即足徵其採用德國派之立法例也。

第二 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爲終結與否爲標準。後二者則視未遂之原因而分類。茲分別說明於左。

(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不遂者亦同。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礮不中。或彈丸中而未死。以及以殺害人之故意。投以鳩毒分量不足。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。決水未能發生水害者皆然。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。總括之約有三種情形。(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。

(2) 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。致未能達於既遂之狀態之謂也。因外部妨礙致未能達於既遂之狀態一語。其義甚廣。試舉數例以說明之。(一) 因被害人或第三人之有形強制。致未能完成犯罪者。例如甲欲殺乙。反被乙將兇器奪去。或被害人之腕力勝於加害人。格鬪數合。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。恐為巡警所捕。遽爾中止急逃者是。以物主自外歸。巡警經過門外。均不足為犯罪完成之障礙。僅由行為者之膽怯致未能達竊盜既遂之目的。故曰無形強制。(三)因行為者之錯誤致為犯罪完成之障礙者。例如行為者誤以鈍刀為利刃。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)因行為者犯罪實行方法之拙劣致為犯罪完成之障礙者。例如甲某持鎗殺乙。鎗法平常。不有擊中乙某之能力。或鎗法高妙。忽以他故臨時慌亂。致射擊不中者是。(五)因其他自然事實致為犯罪完成之妨礙者。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。其為外部之妨礙也。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。復因行為者之任意行為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。由行為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。我國刑法第四十一條所規定者即此。

刑法第四十條規定障礙未遂（未遂犯）之刑得減既遂罪之刑二分之一。第四十一條復有中止未遂（中止犯）減輕或免除本刑之規定。刑罰之輕重既異。區別之實益乃生。此障礙未遂與中止未遂之區別所以有研究之必要也。關於障礙未遂與中止未遂區別之標準。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。意在使犯人自行防止

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。乃自止其行爲而去者亦同。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。甲某以殺乙某之意思懷刀追隨乙後。自思尚非其時。乃將犯罪意思保留。

第三 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。

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實行之一事。即屬中止未遂。或曰不有外部的妨礙事由存在。由行爲者自動的中止犯罪。即爲中止犯。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。

即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能。主觀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。廢止重罪輕罪違警罪之區別。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。而有一「未遂罪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。所以認中止犯無罪之根據。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主張中止未遂無罪者。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已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。藉以貫徹刑事政策之本旨。法至善矣。

第五項 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。其與未遂犯有無區別。計分客觀說、主觀說、折衷說三種。其立論各有不同。主張客觀說者謂不能犯有關於目的者。有關於手段者。目的與手段有絕對不能及相對不能者。例如對男子為強姦之行爲。目的上之絕對不能也。如探知他人之銀庫所在而有竊取之行爲時。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。手段上之絕對不能也。如以鎗擊人而不能命中。手段上之相對不能也。於此有

主張以絕對的不能爲不能犯者。客觀中之第一說也。有主張除關於手段的相對不能外皆爲不能犯者。客觀中之第二說也。又有謂目的與手段爲犯罪之法定要素。欠缺犯罪法定要素之一者卽爲不能犯。例如墮胎罪以胎兒爲法定要素。對於無胎婦女而爲墮胎行爲時爲不能犯。客觀中之第三說也。主張主觀說者謂應以犯意之有無爲標準。凡有犯意之行爲。雖未發生結果。無論是否由於其目的或手段之不能。皆當以未遂犯論。卽如誤向男子爲強姦行爲時。亦應以強姦論罪。是不認有不能犯之名稱也。主張折衷說者謂應以有無危險爲標準。雖無實害發生。若有其危險時。卽認爲未遂犯。否則爲不能犯。蓋謂犯罪者侵害法益之謂也。已侵害法益者爲既遂。將侵害法益者爲未遂。無侵害法益之危險者卽不能犯也。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。最近各國立法例專採折衷說。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。而我國刑法第四十條但書云。但犯罪之方法決不能發生犯罪之結果者。得減輕或免除本刑。在形式上似係完全採主觀說。但論未遂罪既以分則有明文規定者爲限。則在實際上全無危險時。不徒不罪不能犯。卽普通之未遂犯亦不處罰。如和姦重婚等條之罪是。

第二款 行爲之違法性

人類共同生活維何。曰生存競爭是也。因生存競爭而利害衝突以起。是則損人利己乃人類共同生活之恆姿。固無足怪。使有損人之行爲而不越一定之常軌（不違法）也。自不能表明其有非社會的性格。更不發生犯罪之問題。詳言之。刑法不

積極的明示行爲違法性之爲何。而從反面舉示阻却違法之事由。規定某種行爲爲權利行爲。命對手人有甘受其行使權利之義務。復規定某種行爲爲放任行爲不加處罰者。是卽所謂無違法性之行爲也。有阻却行爲違法性之事由存在。縱令該行爲之外形與刑罰法令各本條列舉事實相當。仍不構成犯罪。稱此阻却行爲違法性之事由不存在。曰犯罪之消極的構成要件。是故僅有行爲之危險性未足以言犯罪也。此犯罪行爲所以於危險性以外。猶必具有違法性。立法者爲明瞭法文之意義起見。有時於分則中。明定違法爲犯罪構成之要件。如刑法第三百二十四條（侵入住宅罪）第三百三十三條第三百三十四條第三百三十五條（妨害祕密罪）使用「無故」字樣。以及第三百十六條使用「私禁」字樣者。是其適例。除此類法規而外。皆不明示違法意義之文字於各本條之上。是違法性之於犯罪構成要件中。爲一般的要件。而非構成犯罪之特別要件也。明甚。茲先論違法性之概念。從正面說明違法性之性質。次述違法阻却之事由。從反面示違法之界限。分別說明似違法而非違法之各種事項。

第一項 行爲違法性之概念

犯罪者有違法性之行為也。行為之違法性云者。不從規律共同生存之法規目的而行動之謂也。違法性一語。得自形式的方面實質的方面分別觀察。自形式的方面言之。法律規定一定準則。使一般民衆在此準則範圍內爲所當爲（命令）不爲其所不當爲。（禁令）行為而違背法律法律之命令或禁令者曰違法。自實質的方面言之。法律爲保護人之利益而制定一定之準則。對此法律所保護之利益而有侵害之行為曰違法。逾越法規範圍而侵害他人之法益時。該行為即帶有反社會性。

行為而有違法性。無論其爲作爲或不作爲皆爲犯罪。惟不作爲之所以爲罪者。以有作爲義務者爲限。作爲義務除根據刑罰法令發生者外。尚有根據刑罰法令以外之法令而發生者。違背刑罰法令以外法令所定之義務。該法令自有一定制裁。未能以其不法遽稱爲刑法上之犯罪。違背刑罰法令以外之法令同時而又違反刑法準則者。斯乃本款所謂行為之違法性。或曰違背刑罰法令以外法令所規定之作爲義務而又違反刑法準則者。即足以構成刑法上之不作爲犯乎。例如違警罰法第四十八條曰。「業經准許懸牌行術之醫生或產婆無故不應招請者。處十

元以下之罰金。其應人招請無故遲延者亦同。」夫不應招請無故遲延。是即違背刑罰法令以外法令所規定之作爲義務。設因醫生之無故不應招請致病人於死時。是否應負殺人之責任乎。曰否。違背刑罰法令以外法令所規定之作爲義務云云。專以特定義務爲限。醫生治療義務係一般的義務。非對於病人某有若何之特定義務也。既不有特定義務存在。當然僅受違警罰法之適用。而不適用殺人罪之規定。何者爲一般義務。何者爲特定義務。按照各種法規之性質各別的定之。

第二項 違法阻却之事由

違反法規之行爲莫不違背公共秩序。以公共秩序與否爲識別行爲違法與否之標準。乃確乎不易之理。我國民法草案第一百七十五條有「以違公共秩序之事項爲標的者其法律行爲無效」云云。其意即此。申言之。民法對於法律行爲用積極的方法規定違法之觀念。以公共秩序爲人類自由活動之最後界限。而刑法則不爾。僅以消極的方法列舉各種違法阻却之事由。稱此違法阻却事由曰消極的犯罪事實。有此消極的犯罪事實之認識。即爲犯罪事實認識之欠缺。故犯罪不成立。

別違法阻却事由爲二。其一權利行爲。即行爲外形酷似犯罪對手人有甘受從該行爲所生損害之義務者是。（例如監獄官吏對於依法處死之囚人執行死刑囚人有引頸就刑之義務不能謂監獄官之執行死刑行爲爲刑法上之違法行爲職此之故依法規受死刑執行之囚人自不得藉口於防衛自己權利向監獄官爲防衛行爲亦不得假名於避除危難強制而避難行爲若不願而爲防衛行爲或避難行爲時即非刑法第三十六條第三十七條之所謂不罰行爲適成爲刑法上之違法行爲）舉其類有所謂正當防衛行爲、基於法令所爲之行爲、及正當業務之行爲。其二行爲者雖不有加損害於人之權利。然不能謂其行爲爲法律所不許。所謂放任行爲者是也。放任行爲僅緊急避難行爲之一種。例如饑餓不能起。因之強取他人食物。以救自己之生命者是。放任行爲之不有違法性也。與權利行爲毫無少異。其不成立犯罪也亦與權利行爲相同。此我人所以統名之曰違法阻却事由。不復於此違法阻却事由中又爲無謂之區分也。

第一目 正當防衛

第一 正當防衛之概念。

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。（正當防衛一語沿於法蘭西刑法且爲通用慣語近時學者多舍而用緊急防衛字樣者我人究以正當防衛用語爲適當故仍之）正當防衛爲權利行爲之一種。不構成刑法上之犯罪。故不罰。（刑法第三十六條）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。我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。在法定範圍以內有不受他人侵害之權利。抵抗外來之侵害所恃以保護自身權利者。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。此法律所以許容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。

第二 正當防衛之要件。

正當防衛之成立須具有左列要件。茲一一說明於次。

（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攻擊之謂。攻擊他人之權利。是即刑法第三十六條之所謂侵害。至其侵害之爲積極的或消極的不問也。對消極的侵害得行使防衛權者。如乳母以餓死嬰兒之意思絕乳兒之食。爲保護嬰兒之生命計。於危害迫切之際以腕力強之哺乳者是。又對於無故侵入人之住宅受阻止而不退去之人以實力使之退出住宅外者亦同。

(2) 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。準此定義解釋現在之意義。得有下列二結果。(一)對於未來之侵害想像其有侵害而先爲加害行爲者。非刑法第三十六條之所謂現在。非茲所謂正當防衛。例如與有夙怨之人邂逅相遇。恐爲所暗算而殺傷之者。不得稱爲現在。又如知有人欲謀我。我以先發制人之手段先殺謀我者亦同。至如何而後謂之侵害已達開始之狀態。是爲事實問題。就各種情形分別判斷之可也。或曰以現在侵害爲正當防衛成立之要件固矣。然則所謂現在

云云。係指防衛行爲當時之現在而言。抑指防衛行爲發生效果當時之現在而言乎。若指後者而言。則是以預防竊盜侵入之目的。植玻璃片於短牆之上。有住宅侵入之虞。於一定場所內備置自發鎗或他種危險物。甲往訪乙。預見乙將殺己。袖刃以備不虞。一俟侵害發生而防衛行爲因之發生效果者。仍不失爲刑法第三十六條之所謂現在。若謂現在二字專以防衛行爲當時爲限。則此種行爲又與刑法所稱現在未能相合。應如何而爲解釋始臻妥善。曰正當防衛之所以不爲罪者。因其對於侵害行爲加以反擊故也。深懼侵害之來。預求防衛之道。在侵害發生以前爲防衛之準備。俟有侵害行爲而發生防衛之效果者。當爲法律所許容。與對於未來侵害之防衛自是有異。(一)侵害行爲既終。是爲過去之侵害。非刑法中之所謂現在之侵害。對此過去之侵害而反擊之。是爲復仇。復仇行爲爲文明國法律所不許。故不得謂爲正當防衛。或曰對於已往之侵害而反擊之不得稱爲正當防衛。然則從現行竊盜犯人取還贓物之行爲則何如。詳言之。竊盜罪以犯人變更財物之位置爲既遂。既遂即犯罪之實行完畢。被害人於犯人之犯罪行爲完畢後取還其贓物。非茲所

謂對於過去之侵害爲反擊之行爲者乎。若以此項行爲爲對於過去侵害之反擊不合乎正當防衛之條件時。則被害人惟有坐視其財物之喪失以期不背刑法之規定。據此而解釋刑法第三十六條之現在。能保毋背立法者之本意乎。曰侵害完畢之時期與侵害完成之時期相等。與犯罪既遂之時期則未必一致。竊盜既遂。侵害財物行爲尙未終結者。實所數見。在直接可得取還盜品狀態之下。由被害人取回贓物。不能謂其與正當防衛之條件不合。無他。此時仍不失爲侵害之繼續。猶是刑法第三十六條之所謂現在也。簡言之。侵害之繼續云云。其意義較廣於犯罪之實行完畢。

(3) 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。或曰法律所不容許之行爲是爲不法。然則由防衛者不法行爲所挑撥。致生一定之侵害。此種侵害亦可謂爲不法乎。對此侵害加以反擊。仍不失爲正當防衛乎。有甲於此。以故意或過失之行爲加害於乙。旋卽逃遁。乙憤而窮追。將甲殺傷。甲對於乙之侵害行爲是否可以防衛。曰可。乙之侵害純係復仇行爲。復仇行爲卽刑法所謂不法之侵害。對不法之侵害加以反擊。正與刑法第三十六條所定之要件相合也。至若假正當防衛之名而行害人之實。以不法行爲挑動不法之侵害。俟侵害發生而達加害之目的者。自不能謂其行爲爲無罪。其所以不能無罪之理由。約有三種見解。第一此種侵害行爲。非刑法中之所謂現在之侵害。對此侵害而爲防衛行爲。不得謂爲正當防衛。第二此種防衛行爲仍是正當防衛。正當防衛固不構成犯罪。惟其利用正當防衛之行爲以達犯罪之目的。正如利用無責任能力人爲犯罪之行爲者相同。故有罪。第三預先懷抱正當防衛之意思。以不法行爲挑動緊急不法之侵害而爲加害行爲者。是卽違背正當防衛本來之使命。謂之爲正當防衛之濫用則可。謂之爲正當防衛則不可也。濫用正當防衛擾亂秩序故爲罪三說以最後

說爲適當。

對於不法之侵害得行使正當防衛權固矣。至若彼此互毆。應以何人爲不法侵害者乎。曰在彼此互毆狀況之下。究竟孰爲不法侵害。孰爲正當防衛。事實上既無法可以證明。法律中亦不有若何之規定。然則欲解決此困難問題也。惟有依據英國普通法認逃避者有防衛權而已。他若鬥毆正烈。被警拿獲無從證明下手之先後者。自無正當防衛之可言。

其次則爲不法之範圍亦須言及。刑法第三十六條之所謂不法者。係指客觀的不法而言。既曰客觀的不法。是則除動物之侵害爲一種單純的自然事實。不發生正當與否之問題。僅能爲緊急避難原因。而不能對之爲正當防衛行爲外。他如無責任能力人之行爲無故意過失之行爲。以及不服從我國刑罰權之外國元首公使等所爲之行爲。待告訴乃論罪之行爲。(例如有夫姦罪)免除刑罰之行爲。(如親屬相盜)緊急避難之行爲等。莫不足以爲行使防衛權之原因者也。

(4)防衛行爲。刑法第三十六條之所謂防衛云云。非謂防衛權者爲防衛自

已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。關於此有宜注意者三。（一）爲擊退不正侵害者之攻擊。加侵害者以損害。正當防衛因是而成立。至侵害者何種法益受損害。防衛者加害之方法如何不問焉。舉例以言。殺傷侵害者可也。幽侵害者於密室或奪其凶器亦可也。對侵害者以加害生命身體自由名譽等事相脅迫亦無不可也。（二）擊退不正侵害者之攻擊。固不必有侵害者之生命身體也。例如甲某嗾使惡犬傷乙。乙殺其犬以防衛自己之權利者。仍是正當防衛。無他。甲之利用惡犬傷人與殺人者利用刀劍殺人殊無少異。殺其犬恰似折斷其刀劍。以防衛自己之權利也。（三）須以反擊行爲爲保護權利之手段。例如乳母以餓死乳兒之意思絕乳兒之食。於危害切迫之際令其哺乳不聽。憤而殺乳母者。不得謂爲正當防衛。無他。殺乳母（反擊行爲）非所以保護乳兒生命之道也。

對侵害者加以反擊。是爲刑法第三十六條之正當防衛。使因反擊而有害第三人之權利時則何如。換言之。侵害第三人之權利亦得稱爲正當防衛乎。曰

否。正當防衛係對於現在不法之侵害爲之。對此侵害者以外之人。當然不發生正當防衛關係。行使防衛權因而害及第三人之權利者。又屬恒有之事。然則對此第三人之關係。以緊急避難論可也。

(5) 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登時殺死者不論之條。是即表明防衛範圍限於住居權之意。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。又防衛者爲保護自己之權利固可以對不法侵害者行使正當防衛權。爲他人權利而爲防衛。亦可告無罪。所謂他人者。指自己以外之第三人而言。至此第三人是否爲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。或曰刑法第三十六條之所謂他人。是否以特定的個人爲限乎。偽造貨幣有害公益。而不能謂有害特定個人之權利。謂其不可以防衛也。則國家

蒙其害。謂其可以防衛也。似又與刑法所規定之危害急迫始得防衛之精神不相符。應如何而爲解釋。曰刑法第三十六條之所謂他人者。包含自然人與法人而言。國家法人也。法人之法益被侵害。當然可以防衛。然則對於偽造貨幣者之能行使防衛權也。當無足疑。

(6) 須非過當防衛。對現在不法之侵害所爲之防衛行爲。不能謂其皆不爲罪也。刑法所謂正當防衛行爲不爲罪者。以正當限度內之防衛行爲爲限。至若防衛自己或第三人之權利。加現在不法侵害者以反擊而逾越防衛行爲必要之限度時。是爲過當防衛。或曰逾越防衛行爲必要之程度。是爲過當防衛。然則防衛者有可逃避之機會故意不逃。有藉國家公力保護之機會不往求救。而必與加害者對抗。是否爲逾越防衛行爲必要之限度。曰定過當防衛之標準。因學說不同而有異。茲分別說明於下。(一) 正當防衛權之行使。乃不得已而爲之。茲所謂不得已者。舍腕力外。他無排除現在不法侵害之方法也。有可逃避之機會故意不逃。有藉國家公力援助之機會不往求救。而必與加害者對抗。正所謂得已而不得已。故不得稱爲正當限度內之防衛。(二) 正當防

衛權者對於侵害者所加之反擊。果係排除現在不法侵害所必要之行為時。是卽不逾越防衛行為必要之限度。至防衛者有逃避之機會與否。有請求官廳保護之機會與否。有侵害之預見與否。均非所問。如何而後謂之排除現在不法侵害所必要之行為。就各種事實具體的定之。有女子兒童欲加害偉丈夫之生命身體。彼偉丈夫者對此女子兒童阻之執之皆易易事。乃不出此而必將兒童女子殺傷者。是不可謂排除現在不法侵害所必要之行為矣。是卽逾越防衛行為必要之限度矣。或又曰由反擊行為所生之損害超過不法侵害行為所能發生之損害。是否爲逾越防衛行為必要之限度乎。換言之。被不正侵害者所侵害之法益與由防衛者之反擊行為所侵害之法益。其間大小輕重是否必須相等。曰解釋本問亦有二說。(甲)決定反擊行為是否逾越防衛行為必要之限度。不以被侵害法益之大小爲標準。而以侵害緩急之程度爲標準。爲防衛價格百元之財產而殺傷盜賊者。仍是正當防衛。夫以防衛百元之權利而至於喪人生命。兩相比較。似過於輕生命而重財產。法律何故許其有此殺傷之權乎。曰爲保護權利起見。對此盜賊之急迫侵害不得不爾。被

不法侵害者所侵害之法益與由防衛者之反擊行爲所侵害之法益。自不必均等也。(乙)被不法侵害者所侵害之法益與由防衛者之反擊行爲所侵害之法益固不必相等。惟必須於某種範圍內求其不失比例而已。擁百萬之巨資。被盜賊掠去價格數元之財物。正如失去太倉中之一粟。在富家翁主觀的方面觀之。毫不感若何之痛苦也。若向盜賊手中取回贓物而施用殺傷之手段時。是即逾越防衛行爲必要之限度。反之貧人被劫取還贓物而至於殺傷盜賊之身體者。仍是正當限度內之防衛。我以第一說爲適當。主張據侵害緩急之程度以作決定反擊行爲是否逾越防衛行爲必要限度之準據焉。防衛行爲而逾越正當之限度時。仍須負刑法上之責任。惟依據刑法第三十六條但書之規定。得減輕或免除本刑而已。

正當防衛之成立要件。已如上所述矣。茲猶有應加說明者。即據何種標準以決定其是否爲現在不法之侵害是否爲正當限度內之防衛行爲是也。若據防衛者主觀的方面而定現在不法侵害以及過當防衛之標準時。是則侵害之爲現在不法與否。防衛行爲過當與否。均須自防衛者主觀的方面求之。防衛者自信

其爲現在不法之侵害。自信其所爲行爲爲防衛上所必要之加害行爲。是爲正當防衛。反之謂正當防衛之要件應依據客觀的方面而定標準時。則不必問防衛者之意見如何。審判官惟有自客觀的方面詳加考察。苟防衛者所爲之行爲客觀的不具備上述各項要件。即不能謂之爲正當防衛。應何所據而定適用之標準乎。曰正當防衛爲物。本係一種客觀的違法阻却事由。自應從客觀的方面定標準爲適當。審判官判斷其是否具備正當防衛之要件。須斟酌防衛者侵害者之力量與夫侵害之緩急以爲決定之準據。觀察防衛者侵害者之力量與夫侵害緩急之程度果係不備正當防衛要件之加害行爲。自不得謂之爲正當防衛。惟是防衛者誤以要件不備之行爲認爲具備上述之要件而加人以侵害時。是爲誤想正當防衛。誤想正當防衛不構成故意犯。至若對於具備上述要件之行爲自信爲犯罪行爲時。是即所謂誤想犯。誤想犯不構成刑法上之犯罪。是則自信正當防衛行爲爲犯罪行爲者。仍是刑法第三十六條之正當防衛行爲不爲罪。

第二目 緊急狀態

緊急狀態云者。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。非如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。我國刑法第三十七條曰。因救護自己或他人。生命身體自由財產之緊急危難。而出於不得已之行爲。不罰。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。與緊急狀態不罰之根據。分別說明於左。

第一 緊急狀態之要件。

緊急狀態之成立。以救護自己或他人之緊急危難。不得已有害他人之權利爲要件。茲分析此要件而說明之。

(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

事實而有生命身體之危難者也。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。

(2) 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。曩昔各國立法例。莫不以極小範圍列舉應保全之法益於法條之上。日本舊刑法明定僅以危害自己或親屬之生命身體爲緊急狀態之原因。德國刑法有對於自己或其親屬之生命云云。卽屬此類。最近立法例對於緊急狀態所應保全之法益。大有擴張其範圍之趨勢。我國現行刑法仿最近立法例於第三十七條。列舉生命身體自由財產而爲緊急狀態所應保全之法益。不可謂非立法之進步。惟將名譽一項除外。殊欠完善耳。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。

(3) 須出於不得已。因有緊急危難而以救護或其他方法保全自己利益或他人利益者。自不發生刑法上之問題。其爲刑法上之問題者。卽爲救護行爲而害及於他人之權利者是也。救護行爲有二。其一防禦的救護行爲。其二攻

擊的救護行爲是也。前者如救愛妻而對於將危及愛妻之動物加以鎗殺是。後者如甲乙二人同遭水難。甲見乙手持木片浮於水上。爲保全自己之生命起見。奪其木片以脫險。致乙失所憑依而殞命是。此外避火災侵入他人住宅。被人追殺將前途阻止去路之人推傷。或河道阻隔不能猝渡。見傍岸有船。不問此船之屬於何人。遽解纜而竊遁之者。是皆攻擊的救護行爲者也。爲救護此緊急危難而有害人之權利者。須出於不得已。不得已云者。除爲此加害行爲外。他無方法可救護緊急危難之謂也。是故對於緊急危難得以正當防衛之方法排除之。或以逃避與夫其他方法能避免此危難者。則不得假名於緊急救護而有害第三人之權利。換言之。不爲此加害行爲而猶能避免緊急危難者。則不得謂此加害行爲爲救護必要範圍內（不得已）之行爲。

（4）緊急危難須屬非適法行爲。緊急危難雖曰不必皆是違法行爲。（例如因緊急救護而爲緊急救護是）然法律上所要求之適法行爲。則不能視爲緊急危難。無他。依適法行爲所發生之損害。在法律上不得謂爲法益之侵害故也。因公務之執行而受生命身體自由財產之侵害者。不能以受侵害爲理

由對官員或第三人爲緊急救護。不法侵害他人之權利。被侵害者實行正當防衛。對此正當防衛不能爲救護行爲。因民法民事訴訟法之規定實行債權或保全債權而受財產之扣押者。不能以危難爲理由對之而爲緊急救護者皆是。

(5) 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之程度之謂也。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。據客觀的標準以定損害之大小輕重。有主張注重法益之性質者。有主張以關係人實際上所受損害之具體的價值爲決定之準據者。從法益性質而決定損害之大小輕重時。則以生命爲重。身體次之。自由又次之。再次則爲財產。爲保全自己或他人之身體而害人之生命。以及保全自己或他人之財產而有害他人自由以上之法益者。是皆所謂加人以過當損害者也。以關係人實際上所受損害之具體的價值爲決定損害大小輕重之標準時。則須斟酌

酌關係人在社會上之地位境遇性格與夫其他一切事項以決定損害之是否適當。二說均偏而不全。未能爲決定損害大小之準據。吾人以爲法益之性質固須注重。關係人實際上所受損害之具體的價值亦不可忽視。合此二者而觀察之。庶幾得其正鵠。

因緊急狀態而加過當損害於人者。仍構成刑法上之犯罪。不過依刑法第三十七條但書之規定得減輕或免除本刑而已。若夫幻覺其爲緊急狀態因而加損害於他人時。故意犯不成立。具備緊急狀態之要件。誤信緊急狀態行爲爲犯罪行爲而侵害於他人者。猶是刑法第三十七條之緊急狀態行爲不處罰。

(6) 緊急狀態之不適用。緊急狀態具備上述五種要件。不得即謂其不構成犯罪也。緊急狀態而爲阻却違法之原因者。猶以行爲者不有特別之義務者爲限。若行爲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。非刑法上之所謂緊急狀態行爲。而爲刑法上之犯罪行爲。軍人臨戰。不能因敵兵之強悍藉口於緊急狀態而爲臨陣逃走。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爲理由而去之他。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爲之治療之義務。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。是皆所謂在公務上業務上負有特別之義務者。不能因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。

第二 緊急狀態不處罰之根據

身受緊急危難之人爲保全自己利益而有害他人之正當利益之行爲者。是爲緊急狀態不處罰。法律規定緊急狀態不處罰之根據如何。學說紛歧。茲擇其最有力之學說略爲敘述於左。

(一) 主觀主義。此說不認緊急狀態爲違法阻却原因。而以之爲責任阻却原因。其說曰。身受緊急危難。意思自由因是而喪失。在此意思自由喪失之中。急於保全自己利益不暇顧及他人之利益而加害於人者。是之謂無責任能力人之行爲。因其爲無責任能力人之行爲。斯其所以不構成犯罪也。此主義法

蘭西法系國行之。

(2) 利益量定主義。此說本兩法益不相容小法益須爲大利益所犧牲之原則爲基礎。而說明緊急狀態所以不處罰之根據。其說曰。爲避免不能抗拒之危難保全自己之利益。在不逾越自己利益之限度內而有害他人之利益者。係刑法上之一種權利行爲。名此權利曰緊急權。因緊急避難權之行使。而被侵害者僅能對避難人爲緊急避難而不有正當防衛之權利。例如家遭火焚。一貧如洗。爲保全自己之生命身體而爲強盜行爲。以及日擊貧民之將爲餓殍。竊人之食物以救其生命者。是皆緊急權之行使者也。對此緊急權行使所發生之侵害。不僅不能爲正當防衛。且避免危難之手段。亦惟以逃避或其他方法爲限。若藉逃避或其他方法而猶不能達避免之目的時。夫而後對此強盜竊盜之行爲可爲緊急救護。對強盜竊盜爲緊急救護。從此救護行爲所生之損害。不可逾越因強盜竊盜行爲可能發生之損害。否則仍構成刑法上之犯罪。首倡此主義者爲方藜斯托等。日本勝本勘三郎等和之。

(3) 公平主義。輕人重己。人之恒情。際茲緊急危難之秋。保全自己利益而有

害他人之利益者。是亦人情中所無可如何者也。事出於無可如何。罰之有失苛酷。此緊急狀態之所以不罰。然則刑法之不罰緊急狀態者。不過對此行爲置諸不問而已。非謂緊急狀態行爲爲適法行爲也。換言之。緊急狀態行爲之性質。爲刑罰阻却原因。而非違法阻却原因。此主義爲德意志法學界中最通行之學說。方畢爾克瑪芬割爾即屬此派。

取以上三主義而評論之。主觀主義以自由意思喪失爲說明緊急狀態無罪之根據。意思自由之說。殊欠妥穩。即令有所謂意思自由。亦不得謂人人之自由意思悉被喪失於緊急危難之下。此說之不足採。毋待煩言。利益量定主義認緊急救護者有緊急權。謂避難者爲保全自己之利益當然有害他人利益之權利。對此緊急救護權行使所發生之侵害。僅能爲緊急狀態。而不有正當防衛權云云。有背理論。與我所稱對於一切客觀的不法行爲皆得爲防衛之觀念亦不相容。故此說又不足採。公平主義謂緊急狀態爲刑法上之不問行爲。不認利益量定論者之所謂緊急避難權。主張因緊急狀態而被侵害之人有行使正當防衛之權利。固極妥當。惟其謂緊急狀態行爲爲刑罰阻却原因而非違法阻却原因

也。則不敢贊同。誠以不問行爲。是即違法阻却之行爲。不違法而後有所謂刑罰阻却行爲。具有違法性而又爲刑法所不問者。無是理也。簡言之。吾國刑法第三十七條有因救護自己或他人生命身體自由財產之緊急危難而出於不得已之行爲不罰云云。是即緊急狀態不有違法性之根據。據此而爲緊急狀態。自無違法性之足言。

主觀主義利益量定主義公平主義均不足取。然則應如何而說明緊急狀態不處罰之根據乎。曰就法律對於保護自己利益而以他人之正當利益供犧牲之行爲不加保護之一點言之。不能謂緊急狀態爲適法行爲。自法律不予禁止之一點言之。又不能謂緊急狀態行爲爲違法行爲。然則緊急狀態行爲之性質。乃位乎適法行爲與違法行爲之中間。而爲放任行爲之一種。刑法對此具備一定要件之緊急狀態所以不加處罰者。是不外放任之而已矣。

第三目 基於法令之行爲

刑法第三十四條曰。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。

其範圍異常廣泛。欲於此廣泛範圍中將所有依法令之行爲一一列舉。誠非易事。無已。惟有舉示其重要者說明於次。

第一 執行職務之行爲。

執行職務之行爲云者。指官吏直接依據法令執行職務者而言。非有長官之命令也。例如依刑事訴訟法第一百四十五條之規定。推事及檢察官不用搜索票得搜索犯人之住宅。依監獄規則之規定。監獄官對於在監人得使用鎗刀。是皆直接依據法令執行職務之行爲。故不罰。

第二 對於現行犯之逮捕行爲。

刑事訴訟法第四十九條規定現行犯仍在犯所者。不問何人得不用拘票逕行逮捕之。準此規定。是一般國民均得依刑事訴訟法之規定逮捕現行犯人。逮捕現行犯所以不構成妨害自由罪者。因法律以逮捕之權付與一般國民而成爲權利行爲者也。

第三 對於精神病人之監護行爲。

國中而無精神病人則已。如有之。其危害社會。實屬堪虞。有精神病人之存在。又

不予以一定之處分。則關係公益良非淺尠。此監護制度之所由來也。監護之處所不一。故監護精神病人之義務人亦因是而有異。詳言之。精神病人有家可依者。即使其家任此監護之責。無家可依。則以之歸諸精神病院。令院長負此監護之義務。凡有監護精神病人之義務者。得監置精神病人。不得謂此監置行爲爲私禁。

第四 懲戒行爲。

懲戒行爲者。即尊長對於子弟所施之懲戒也。在法律所許之範圍內（例如民草第一三三四條行親權之父母於必要之範圍內可親自懲戒其子是）行使懲戒權時本不爲罪。惟究以若何程度爲其範圍。法律上有未規定者可在習慣上定之。如父母杖責其子女雖有似乎毆打。原爲習慣所許。若重至死傷。則超過範圍矣。又教師拘禁學生雖有似乎私禁。亦爲習慣所許。且爲法律上之權利行爲之一種。故亦不構成妨害自由之罪。若重加捶楚。則超過範圍矣。

第四目 依長官命令之職務上行爲

刑法第三十五條曰。依所屬上級公務員命令之職務上行爲不罰。據此規定。是下

級官吏依據長官命令所爲之職務行爲不構成刑法上之犯罪。固有明示。似無若何問題。惟上級公務員命令是否以形式上及實質上皆不違法。下級官吏據此不違法之命令所爲之職務行爲而後可稱爲刑法第三十五條不罰之行爲乎。換言之。長官所發之命令若係形式不備或實質違法者。下級官吏有調查之義務乎。不經調查。遽爾本此命令執行職務。亦可謂職務上之行爲乎。曰欲解決此問。非先決定下級官吏服從長官命令之範圍則不易於解決。下級官吏服從長官命令之範圍如何。素爲行政法學者爭論之焦點。有謂下級官吏對於長官所發之命令有絕對的服從義務。而不有調查長官命令形式命令實質之權能者。有謂下級官吏對於長官之命令得審查其形式而不能爲實質之審查者。有謂下級官吏對於長官命令之形式與實質均得審查者。三說以第二說爲適當。據此說而解決本問。是下級官吏據長官命令所爲之職務行爲不構成犯罪者。須具備下列三種要件。第一須屬長官職權範圍內所發之命令。第二命令屬員所爲之行爲須屬下級官吏職務範圍內之事項。第三命令形式必須適合法令之規定。審判官指揮獄吏執行死刑。檢察官命令承發吏爲民事強制執行。是爲不具備第一要件。檢察官指揮獄吏

命其審判獄中犯人。是於第二要件有欠缺。執行死刑。必用書狀並附裁判書以資證明。而後可以指揮獄吏執行。倘檢察官逕至監獄以口頭命獄吏行刑。以及審判官不用拘票。僅以口頭命令司法警察拘提被告者。是皆不具備第三要件也。下級官吏審查長官命令之形式果係要件不備。自無遵奉之義務。明知其要件不備而又執行之。是爲犯罪行爲。而非刑法第三十五條所謂不罰之行爲。至若誤解權限。據此要件不備之命令而爲職務之執行時。故意犯不成立。反之長官所發之命令在形式上毫無欠缺。（卽具備三要件）而實質上實係違背法律。下級官據此實質上違法之命令執行職務而觸犯刑章時。仍是刑法第三十五條之所謂不罰之行爲。例如審判官於自己職權範圍內以具備要件之拘票命令司法警察拘提被告。警察對此形式無缺之拘票有執行之義務。明知被拘提者非真實犯人。亦不能拒絕執行。不能謂其不拒絕執行卽令司法警察任私擅逮捕之責。無他。下級官吏對於長官命令之實質不有審查之權能故也。

總之下級官吏在職務上服從義務範圍內據長官命令所爲之職務行爲不構成犯罪。長官利用屬員有服從義務。濫用職權發布實質上違背法律之命令。致下級

官吏所爲行爲而觸犯刑章者。長官應負刑事上之責任。下級官吏無罪。惟下級官吏對於長官所發布之命令。知其形式要件不備。知其違反刑罰法令。又曲從而執行時。自亦不能免刑責。例如檢察官與某犯人有隙。逕至監獄以口頭令獄吏執行死刑。藉圖報復。獄吏知其形式不備。爲阿附長官意思而行刑者。構成刑法上之殺人罪。長官屬員以殺人共犯論。

第五目 基於正當業務之行爲

業務與實行身分上之義務有別。父母養育其子。子必孝親。是皆由身分關係所發生之義務。實行此項義務繼續的而爲一定之行爲者也。業務者。指我人在社會上所有生活上之地位而言也。我人在社會上所有生活上之地位爲法令所認許者。是卽刑法第三十四條所謂正當之業務。正當業務之種類甚夥。醫術行爲是其一端。茲以此爲例而說明之。醫師割人手足。何故不構成傷害罪乎。產婆而行使墮胎術。何故不加以墮胎罪之處分乎。以其無加害之故意故不爲罪乎。其或以緊急狀態爲理由而不爲罪乎。抑習慣上認爲該項行爲爲適法行爲所以不構成犯罪乎。曰醫師行使手術所以不構成犯罪者。卽根據刑法第三十四條正當業務之規定

阻却犯罪成立。固不必別尋理由。故爲曲解也。惟以該項行爲爲業而稱之爲正當業務之行爲者。須受官廳之准許。

依正當業務所爲之行爲而不構成犯罪者。須就業務種類業務性質依據學術上習慣上之條件爲之。猶以不踰越相當範圍爲必要。醫師本醫學上之相當方法。得患者或其權利者之同意爲患者施手術阻却犯罪成立。至若不有權利者之同意。或以醫學上所不許之方法而行使手術時。除緊急狀態不爲罪外。仍構成刑法上之犯罪。

第六目 對於破毀自己法益之行爲及被害者承諾之行爲

第一 對於破毀自己法益之行爲。

犯罪之原則本以侵害他人之法益者爲限。其有破毀自己之法益者究應否處罰。學者之見解不一。總而言之。約有二說。

(甲)相對不許破毀說。此說謂對於自己之法益在法律不禁止範圍以內可自由破毀。其有禁止明文者則不許也。其禁止及放任仍係以有害他人與否爲標準。有害於他人者禁止之。無害於他人者放任之。例如自傷本應無罪。而

日本徵兵法於自傷以免役者則否。又如消毀自己之財產本應無罪。而放火燒燬自己家宅致危及他人之法益者則否。皆以其對於國家或他人有所妨害也。其無明文禁止之事項。仍得自由處分。

(乙)絕對不許破毀說。此說謂對於自己之法益絕對不許自由破毀。蓋人爲社會中之一分子。若分子自己破毀其法益時。表面上雖與社會無關。而實際上即係損害社會之法益。於團體之影響甚大。例如自傷自殺雖係損害自己之生命。拋棄自己在社會上之法益。而同時社會之組織體中即缺少一分子。不得謂與社會無妨害。且不徒損害其生命身體者如是。其破毀其財產者亦然。蓋足令社會現有財產之總額消毀一部分也。

取以上二說而評論之。自以第一說爲適當。蓋對於自己法益之破毀本爲其權利。國家除認爲有直接且顯著之妨害外應放任之也。我國刑法則爲採用第一說者。對於自己破毀法益之行爲。除燒燬自己建築物及吸食鴉片等項外皆放任之。惟自殺自傷之行爲雖不罰其行爲者。而對教唆及有幫助行爲者仍予論罪。(參閱刑法第二九〇條)在歐西古時刑法多取干涉主義。其觀念則謂人

爲神所造。自殺自傷則違神意。我國亦有身體髮膚受之父母不可毀傷之古訓。特向無以法律明定之耳。昔時英國刑法對於自殺既遂者不許安葬。未遂者有罪。夫刑罰既不能對於死者而處刑。若但罪其未遂者。則不啻威逼自殺者皆出於既遂之一途。殊非良法也。

第二 對於被害者承諾之行爲。

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

第三節 與犯罪成立無涉之事項

行爲之危險性行爲之違法性責任條件責任能力爲犯罪構成之要件。已於上詳論之矣。茲猶有言者。卽與犯罪成立無涉之事項是也。舉其要者如次。

第一 行爲之背德性。

自廣義觀察犯罪。凡屬違背刑罰法令規定以及違背社會一般道德思想者皆

爲犯罪。學者名違背刑罰法令規定之犯罪曰禁制犯。稱違背道德思想之犯罪曰自然犯。自然犯不屬刑法之支配區域內。此行爲之背德性非犯罪之一般要件也。

第二 刑罰權行使之制限。

有一定事由存在而刑罰權因之不能行使者。是卽所謂刑罰權行使之制限。例如外國使節在駐紮國內犯罪。當該使節身分消滅以前。駐紮國刑罰權之效力不能及於該使節。是駐紮國刑罰權之效力不能及於該使節。既爲刑罰權行使之停止。而非使節犯罪之不成立也。是則教唆使節之造意犯以及幫助使節之從犯。等仍須依法治罪。

第三 親告罪之親告。

親告罪之告訴非犯罪成立之要件。乃訴追之條件。既爲訴追條件。不過親告權者未行告訴以前。檢察官不能提起公訴而已。於犯罪成立無與也。

第四 反法行爲之情狀。

反法行爲之情狀如何。僅可爲決定刑罰輕重之資料而已。於犯罪之成立毫不

有何等關係也。

第三章 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能成立犯罪時。其他之行爲者之地位亦不因此而有所影響。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。

第二 從屬犯之觀念。共犯中是否有所謂從屬犯。因客觀說與主觀說而有異。茲分述之。

(甲)客觀說。對於一定犯罪事實。其行爲有占直接重要之地位與不然者。前者獨立可得犯罪。後者則不過從屬於主犯罪而成立犯罪而已。更申言之。獨立可得犯罪者曰正犯。從屬於正犯而成立犯罪者曰教唆犯。曰從犯。共犯從屬性論爲犯罪共同說者所主張。是亦對於犯罪採客觀的見解之結果。故爾爾也。

(乙)主觀說。犯罪人惡性表現於外而爲行爲。行爲與犯罪事實之間苟有因果關係之存在時。則不認有所謂直接重要犯罪與間接輕微犯罪之區別。客觀說所謂從屬於主犯罪而成立犯罪云云。實不見有若何之理由。從此意義

言之。是教唆犯之教唆也。從犯之幫助行為也。莫非犯人固有犯意之表示。既爲犯人固有犯意之表示。其爲獨立犯罪而非從屬於他人而犯罪也明甚。因其非從屬於他人而犯罪。此所以應本諸教唆或幫助之行為自體而負刑事上之責任也。主觀說以犯人固有犯意爲主眼。故又名此說爲共犯固有犯罪說者。

共同犯罪之意義及從屬犯之觀念。因客觀說與主觀說主張互異而結論不同。茲比較兩說之異點總合評論之。(一)客觀說謂共犯關係僅於一種犯罪事實範圍內可得存在。若一種事實由甲乙兩人分擔。甲行爲所發生之事實與乙行爲所發生之事實屬於別種犯罪時。不得謂之共犯。例如甲乙以分擔殺害丙丁之共謀分別奪取丙丁之生命。生命爲專屬的法益。專屬的犯益應以法益個數計算犯罪之個數。侵害二個法益自不能謂爲一個犯罪。故不能謂甲乙爲共犯。又某甲以殺人之意思加害於丙。乙某以傷人之意思加害於丙。與夫某甲以竊取之意思而侵害他人之法益。乙某以毀棄意思而侵害他人之法益者皆同。無他。罪名有異(甲對於丙爲殺人罪乙對於丙爲傷人罪有竊取之意思者構成竊盜罪僅有毀棄意思

而無竊取之意思者爲毀棄損壞罪）非茲所謂數人共同而犯一罪也。主觀說謂數人以共同目的爲一定之事項依協力而成立者曰共犯。共犯關係不限於一個犯罪事實。苟在共同意思範圍以內。卽數個之犯罪事實或別種犯罪皆可成立。甲乙以分擔殺害丙丁之共謀分別向丙丁行刺。應包括殺丙殺丁兩事實爲一共犯。甲乙以不同之故意而殺丙某以及以不同之故意而侵害他人之法益者仍是共犯。不過就各人故意之有不同分別評定各共犯之行爲價值。令有殺人故意者任殺人之責。不有殺人故意者任傷害罪責。有竊取故意者構成竊盜罪。無竊盜故意者僅成立毀棄罪而已。又有一種以一定遠因爲必要之犯罪。若二人以不同之目的而共同其行爲時亦同有此結論。例如某甲以侮辱外國之目的。乙某則不有此目的而以共同意思共同損壞外國之國旗。甲乙二人成立共同正犯。惟因其遠因有異。故分別評價。處某甲以刑法第一百二十六條所定之刑罰。乙某則構成刑法第三百八十二條之毀棄損壞罪。夫共犯爲物本係利用他人行爲以達犯罪之目的。利用他人行爲以達犯罪之目的固不以一種犯罪事實爲限。以專屬的法益之個數爲犯罪個數之標準。尤與今世思潮不相容。此點不可謂非客觀說之失當。邇

日學說咸主張將數人之行爲加以合一的觀察而趨向於主觀說者。良有以也。(一)客觀說以客觀的定犯罪實行之觀念。謂獨立可得實行犯罪者爲正犯。與他人之犯罪相須而犯罪者爲從屬犯。從屬犯之責任因他人之行爲而發生。主犯罪不成立。自無從犯罪之足道。故不認從屬犯自體之有未遂犯。主觀說對此力持異議。謂教唆犯從犯之利用他人行爲而犯罪也。與自然力之利用殊無少異。教唆犯從犯所負刑責。爲該犯固有犯罪之責任。而非附隨於他人所發生之責任。既爲教唆犯從犯自己固有之犯罪。則是正犯不爲其所教唆幫助之行爲時。該教唆犯從犯仍得成立未遂罪。客觀說以從屬犯爲停止條件附犯罪。不認從屬犯所爲之行爲有獨立性質。謂從屬犯之責任由於他人之行爲而發生云云。是以他人行爲視爲自己之行爲而任刑責。因他人之行爲而任刑責。與近世刑法「由犯罪者任責」之原則不相容。故意表現於外而爲行爲。有行爲卽是犯罪。是犯罪中尤不見有所謂停止條件附。客觀說之不足採當毋待言。(二)客觀說謂犯罪後藏匿犯人湮沒罪證。凡使犯罪完成確實之一切事後幫助皆爲事後共犯。主觀說則不認有所謂事後共犯。謂事後幫助固足以使犯罪之結果確實。而對於犯罪之完成也毫無

何等影響。事後共犯云云。是不外行爲之追認行爲。追認爲刑法所不許。此我人對於客觀說所以不敢附和者也。

準上以觀。是知客觀說之見解遠不如主觀說立言之精確。故我人表同情於主觀說。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

共犯之要件有二。其一主觀的要件。其二客觀的要件是也。茲分別說明於左。

第一 主觀的要件。

共同之主觀的要件爲何。曰意思之聯絡是也。意思之聯絡云者。有意與他人共同而爲行爲之謂也。共同行爲者之一方與他方有意思之聯絡。因此意思聯絡所發生之行爲。共犯之關係乃生。是則不有共同行爲之認識者不得謂之共犯。

第二 客觀的要件。

共犯之客觀的要件爲何。曰行爲之分擔是也。如何而後謂之行爲之分擔。依犯罪共同說與行爲共同說而有異。犯罪共同說以共犯爲一個犯罪實行之分擔。謂一個犯罪事實由數人之有責行爲協合而成立者曰共犯。行爲共同說則主

張犯罪實行之分擔不以一個犯罪事實爲限。尤不以共犯之全體有責爲限。苟於事實上有數人之行爲相結合。同向共同目的方面相應相聯共同而爲犯罪行爲時。是即刑法中之所謂共犯也。

第二節 共犯之種類

從各方面觀察共犯之狀態不一。茲分爲學理上之分類與法律上之分類說明於左。

第一款 學理上之分類

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。

無形的共犯云者。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。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。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。

第二款 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或於他人實施犯罪行爲時予以助力之謂。因其共同實施犯罪之行爲或予助力於他人實施犯罪行爲之時也。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。又如甲乙共謀分別向丙某詐欺取財。甲以虛構事實之行爲使丙某陷於錯誤。乙利用丙之錯誤使丙某將所有物交付於己者亦同。無他。甲某之欺罔行爲與乙某之騙取行爲相合而成爲一個詐欺取財罪。此所以使甲乙二人就欺罔行爲騙取行爲之全部而任刑責也。反之甲某之欺罔行爲與乙某之騙取行爲不有意思之聯絡時。則不能謂甲乙有共同正犯之關係。既不有共同正犯之關係。自無詐欺取財之足云。簡言之。甲某所負之責任止於欺罔。乙某所負之行爲止於騙取。有欺罔行爲而無騙取之行爲有騙取行爲而無欺罔之行爲者。是皆刑法上上所不處罰之行爲也。此外甲某殺丙。乙某雖未參與實行。若當場以兇器授甲時。仍是共同正犯。刑法第四十二條曰。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著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。以共同意思置毒物於飲食之內將以進丙。是爲著手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

施犯罪行為之事實斯可耳。至其參加實施之分量如何。於共同正犯之成立無與也。茲以結合犯與牽連犯為例而說明之。甲乙二人共入丙宅實行強取行為。甲加丙以強暴脅迫。對於奪取財物行為之實行全不干與。乙利用甲之有強暴脅迫而實行強奪財物者。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為之一部。即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。共同行使偽造文書騙取財物。於行使偽造文書騙取財物之二者中實行其一。即應對於牽連犯之全部行為任實行之責。而為詐欺取財罪之共同正犯。或曰共同正犯各自實行犯罪行為之一部。而必使各共犯獨立任全部刑責者果何故歟。曰共同正犯為物。本屬各共犯於意思共通之範圍內互相利用他人之行為以達犯罪之目的。就達到犯罪目的之一點言之。與各共犯各自實行犯罪行為之全部毫無少異。與各共犯各自實行犯罪行為之全部既無以異。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。一人擔任實行。其餘各共犯對於犯罪實行行為縱令不予參加。仍是共同正犯。或曰有同謀之事實。無實行行為之分擔。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為以達犯罪之目的。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為爲一體。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。

共同正犯主觀的方面以有意思聯絡爲必要。意思聯絡不必存在於實行開始犯罪之先。事前不有共同犯罪認識而認識於犯罪實行中者。（例如甲以盜取財物之目的勸乙多飲迨乙沈醉後乃將所圖告丙共同盜取乙之財物是）仍不失爲意思之聯絡。學者名此曰相續的共同正犯。有暗默之認識卽可謂爲合意。不必有所明示。此點亦爲一般學者所公認。惟是此共犯與彼共犯之間。是否以有共同犯罪之相互認識爲必要。抑以片面的合意卽可成立。若以片面的合意卽能成立共同正犯時。是把風者不受正犯之委託而把風於門外。縱令正犯不知其有把風之行爲。仍是共同正犯。如必以有犯罪之相互認識爲共同正犯成立之要件也。則此把風之例。不能目之爲共同正犯。吾人以爲意思聯絡。屬於犯人心理的事項。相互認識。乃外界之事項。意思聯絡旣爲共犯主觀的要件。則以片面的合意卽生共犯

之效果。申言之。有此共同犯罪之認識者。成立一方從犯。對於無此認識之犯罪者。以單獨正犯處斷。我國刑法第四十六條規定「知正犯之情而幫助正犯者。雖正犯不知共同之情仍以從犯論。」其意即此。

第二項 教唆犯

使人決意實使其所教唆之犯罪行爲者曰教唆犯。亦曰造意犯。犯罪因教唆行爲而發生。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「犯罪之智的原因者」名教唆犯者。以此。

教唆犯之成立。以使人決意實施其所教唆之犯罪行爲爲要件。詳言之。刑法上之所謂教唆行爲。係指實施犯罪者尙未決定犯罪之意思。或有決意而未確定。因教唆者之教唆行爲而後決意而後確定其所不確定之決意者而言。至若對於已有犯罪決意之人予以誘導（如對於有犯竊盜之決意者以贈與威壓或其他手段勸誘其爲竊盜）者。不成立教唆犯。不知其已有犯罪之決意而爲教唆者爲教唆未遂。教唆當時不以有特定被教唆人之存在爲必要。猶不以有犯罪目的物之存

在爲必要。登檄文於報端對於不特定之閱報人教唆其爲犯罪者。仍是刑法第四十三條之教唆犯。教唆懷胎婦女令其於分娩後殺害嬰兒。迨分娩而有殺害嬰兒行爲之實行時。殺人教唆犯成立。教唆他人實行僞證。縱令被教唆者當時不有爲證言之資格。厥後取得證人資格而爲僞證者。仍是僞證罪之教唆犯。又教唆犯以不確定的故意教唆他人實施犯罪之行爲時。以他人由此教唆而決意實施其所教唆之犯罪行爲而成立。此點亦爲一般學者所公認。惟是教唆犯所教唆之犯罪是否以特定犯罪爲限。則爲疑問。我國刑法第四十三條規定教唆他人使之實施犯罪之行爲者爲教唆犯。文中固不見其有特定犯罪字樣。然自立法之本旨言之。應取制限解釋。謂其專限於特定犯罪。較爲適宜。

教唆犯之教唆方法。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。如口約贈與、提供贈品、預約犯後藏匿、預約處分贓物、請託、恐喝、勸告、詐欺、侮辱、嘲笑、強暴脅迫、濫用權威等一切明示默示之方法皆是。惟是被教唆者有因身受不能抗拒之強暴脅迫而阻却刑事上之責任者。（例如甲某挾乙殺丙不從即將餉乙以白刃乙懼而殺丙者乙無罪是）有因被教唆者之詐欺而阻却刑責者。（

例如甲某冒稱乙物爲己之所有物欺丙往取以達自己之竊取目的乙某不負竊盜之責是）猶有因長官（教唆者）之濫用權威而無罪者。（例如檢察官以不法拘票使巡警憲兵捕人巡警憲兵無罪是）

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。（教唆行爲爲正犯行爲之原因正犯行爲爲教唆行爲之結果）甲教唆乙往殺丁而有一毫無關係之丙將丁刺死者殺人教唆不成立惟茲所謂須有因果關係云云係指教唆行爲足以爲被教唆者決意之原因而言非以教唆行爲爲對於正犯行爲之惟一的原因也是則對於停止條件附決定犯意之人而爲教唆其教唆行爲爲助成停止條件之原因時仍是刑法上之教唆犯。（例如對於以報酬爲實施犯罪之條件者爲報酬給付之期約或報酬之提供因是而構成教唆犯是）數人共同而向一人爲犯罪之教唆者亦同共同教唆之觀念與共同正犯之觀念同一理論不能因刑法中不有共同教唆之明文而否定之。又共同教唆以共同教唆者有共同教唆之意思因此數人之教唆行爲相合致生正犯之決意時間上相連續即足以成立固不必共同教唆者同時向一人爲犯罪之教唆也。甲加乙以威嚇教唆其爲一

定之犯罪。尙未足以使乙發生犯罪決意。忽有一與甲無關之丙某亦對乙爲教唆。乙因之而犯罪者。丙某成立教唆犯。對於甲某不能以教唆既遂論。無他。甲某之教唆與丙某之教唆不有意思之聯絡。故不能謂甲某之教唆行爲與乙某之犯罪決意有因果關係之存在也。又如甲丙二人無共同教唆之意思同時教唆乙某。乙某因甲丙之教唆致生犯罪之決意者。（例如甲丙二人素恨丁某彼此毫無共同教唆之意思各以千元爲贈令乙某前往行刺乙某以得二千金之目的而爲殺人之決意）亦適用上述理論。甲丙二人各自任單獨教唆之責。

教唆犯有以不作爲犯之者。以殺死扶養權利人之意思教唆扶養義務人。令其對於扶養權利人斷絕衣食之供給。故意致扶養權利人於死者。構成不純正不作爲之殺人教唆犯。

教唆者預期正犯行爲終不能達既遂之目的而教唆之者。是否成立教唆犯乎。詳言之。教唆者認識被教唆者在犯罪未遂狀況之下即將被逮。以使人受刑事處分之目的而唆使其爲犯罪行爲者。仍不失爲教唆犯乎。此點因犯罪共同說與行爲共同說主張之不同而結論有差異。採犯罪共同說者得有兩種結論。其一受教唆

者觀破教唆者之意思爲得報酬起見陽奉陰違而不有犯罪之意思時。不構成未遂罪。受教唆者既不構成犯罪。教唆者自不成立教唆犯。教唆犯以使人發生犯罪故意而成立。從被教唆者無犯罪意思不能成立教唆犯之一點言之。正與教唆犯以犯罪既遂之意思教唆他人被教唆者不發生犯意不能構成教唆犯者相同。其二被教唆者有實行犯罪之意思信如教唆者之所預期終於未遂時。則學說不一。有謂教唆者對於被教唆者之行爲不有使之不脫未遂範圍之權利。關於正犯既遂一層。可稱爲一種不確定的故意。故行使教唆之人仍構成教唆犯者。有謂教唆犯之故意須與正犯之故意相等。非同向實行既遂方面爲之。則教唆犯不成立。若如本問所言。是教唆者自始即無教唆他人實行犯罪之意思。教唆者欠缺教唆之故意。自無教唆犯之足云。有謂正犯以遂其實行之意思著手於實行而未遂時。仍構成犯罪。教唆犯亦因之而成立者。我人採行爲共同說。主張就教唆犯所認識犯罪事實之限度使之任刑事上之責任。故對於本問題之解決。自不發生上述之爭論。

第三項 從犯

於正犯實施犯罪行為前或實施犯罪行為中幫助其為犯罪行為之實施者曰從犯。幫助云者。係指於犯罪實施前或實施中援助正犯之一切行為而言。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預約受寄贓物牙保贓物預約犯罪後藏匿。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。有稱為智的幫助或精神的幫助者。至若於他人實施犯罪以後所為之行為。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。然此種行為實係於犯罪完畢後庇護犯人之利益。無幫助犯罪實施之性質。即令有所謂事後幫助。而我國刑法第四十四條之規定。（幫助正犯者為從犯）僅能解為事前與事中之幫助。而事後幫助亦當然不能包括在內。是事後幫助之不能視為從犯。毫無疑義。

幫助行為以不作為亦能為之。甲某以殺死扶養權利人之意思偽稱手無餘金。不與權利人以必要之扶養。將所有資產交乙保管。乙悉數為之藏匿。致扶養權利人於死者。乙某成立不純正不作為之殺人從犯。倉庫看守人見竊盜將行竊。故意迴

避以待竊盜之竊取財物（即於犯罪實施以前以不作爲幫助竊盜）者亦同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。僞爲不知之方法。幫助其爲遺棄者。是爲純正不作爲之遺棄從犯。

第三款 正犯教唆犯從犯之區別

二人以上共同實施犯罪之行爲。或於他人實施犯罪行爲時予之以助力者。曰共同正犯。教唆犯則以使人決意實施其所教唆之犯罪行爲而成立。二者區分明顯。固無詳論必要。茲所欲言者。即正犯與從犯之區別如何。以及從犯與教唆犯區別之標準是也。

第一 正犯與從犯之區別。

正犯與從犯之區別。有於客觀的方面求標準者。有以行爲者之意思爲標準者。前者曰客觀說。後者曰主觀說。茲分別說明於左。

（甲）客觀說。客觀說中又有形式說與實質說之分。

（一）形式說。分形式說而爲二（子）此犯人所爲之行爲與彼犯人所爲之行爲有同等之價值時。是爲共同正犯。至從犯行爲之價值。則不過一種輕

微之加擔而已。換言之。於犯罪結果發生之諸條件中以有重大價值之條件爲原因。以價值輕微之條件爲單純條件。對於結果之發生有共同原因關係者爲共同正犯。僅爲犯罪結果發生之單純條件者爲從犯。甲乙二人各以分量不足之毒物藥丙。兩毒相合致丙於死。甲乙二人爲共同正犯。無他。甲乙二人對丙所下之毒藥有同一之價值。僅有甲之投毒行爲而不有乙之投毒行爲。或僅有乙之投毒行爲而不有甲之投毒行爲。均未足以發生丙某死亡之結果也。甲乙二人同爲竊盜。甲入室行竊。乙在戶外把風。把風行爲爲一種輕微之加擔。與甲某所爲之竊取行爲其價值不相等。故乙某爲從犯。(丑)以實施中之幫助與實施以前之幫助爲正犯從犯區別之標準。加功於實施犯罪行爲以前者爲從犯。反是則爲正犯。甲乙二人同爲竊盜。甲入室行竊。乙在門外把風。乙爲正犯而非從犯。誠以把風行爲。非加功於實施犯罪行爲以前之行爲也。

(二)實質說。以完成犯罪行爲之實際上效果爲區別正犯從犯之標準者。是爲實質說。其說曰。對於犯罪完成與以重要之助力者爲正犯。以輕微之

助力使他人易於犯罪而不有絕大之影響者爲從犯。前者如以鎗礮授人致殺死對岸之被害人以及爲強竊盜之把風行爲皆是。後者如以利刃授之於將殺人者是。申言之。非有鎗礮則不能置對岸人於死地。非有人把風則不能達強竊盜之目的。給與鎗礮行爲把風行爲均爲犯罪實行上所必要之行爲。是爲一種重要助力。故構成共同正犯。至若授刃之行爲。則不過一種使結果易於發生之助力而已。因其爲輕微之助力。此所以爲從犯。

(乙)主觀說。區別正犯與從犯之標準。須自犯罪人主觀的方面求之。以正犯之意思而爲犯罪之行爲者曰正犯。以從犯之意思而爲犯罪之行爲者曰從犯。前者以該行爲爲自己之行爲。本此行爲以求自己之利益。無條件而有爲此行爲之決意而成立。後者則以該項事實爲他人之事實。因他人欲此事實成功。爲謀他人之利益而爲此行爲者也。當他人竊取財物之際。以謀自己之利益而把風於戶外者。是爲共同正犯。至若爲他人之利益而出此。則又爲從犯矣。甲乙二人同爲竊盜。甲萌盜意。乙以幫助其成功之意思而與之共同實行。乙構成竊盜罪之從犯。

我國現行刑法。採客觀說中之實質說。以實施中直接重要之幫助與實施中輕微之幫助及實施前之幫助爲正犯從犯區別之標準。於第四十四條第一項規定幫助正犯者爲從犯。於同條第三項但書規定。於實施犯罪行爲之際爲直接及重要之幫助者處以正犯之刑云云。其意卽此。本此規定。以例說明如下。甲持刀殺丙。乙往縛其手。甲乙二人爲共同正犯。不能謂乙爲從犯。是亦以殺傷罪之手段方法。在法律上不有若何之制限。加以白刃縛其手。均是殺傷罪之實行行爲。凡有意使殺傷之結果發生而加功於犯罪實施中者卽構成殺傷罪故也。甲乙二人同爲竊盜。甲在室中竊取財物。乙在門外把風。把風爲加功於實施犯罪中重要之助力。故不能謂乙爲從犯。乙某挾丙女兩手。甲某利用其不能動彈而強姦之。甲乙二人成立共同正犯。亦不能謂乙爲從犯。反之向有擊碎兵艦之犯罪者助水雷之行爲。以炸彈供給破壞鐵橋者之行爲。斯爲從犯矣。

第二 教唆犯與從犯之區別。

教唆犯與從犯有別。使人決意實施其所教唆之犯罪行爲者曰教唆犯。於他人實施犯罪行爲前或犯罪行爲中幫助其爲犯罪行爲之實施者曰從犯。無形的

幫助雖與教唆相似。實則效果不同。申言之。幫助行為僅有促成他人實施犯罪之效力。教唆行為則係一種使人發生犯罪決意。使人確定其所不確定之決意之行為。是則慫恿不有犯罪決意之人而為犯罪行為時。構成教唆犯而非從犯。對於已有犯罪決意之人於實施犯罪行為以前或實施犯罪行為中加之以援助時。無論其為有形的援助與無形的援助。均是從犯。

教唆犯與準從犯之區別如何。曰教唆犯與準從犯同是實施犯罪行為以前之犯罪。而其成立要件則有異。教唆犯以使無犯意之人發生犯罪決意實施其所教唆之犯罪行為為要件。準從犯則以教唆從犯為要件。前者以使無犯罪決意之人決意於他人實施犯罪行為以前幫助其為犯罪行為之實施而成立。後者則對於幫助他人為犯罪行為之實施者予以幫助者也。甲無殺丙之故意。因乙之教唆而往刺丙者。乙為教唆犯。甲欲殺丁苦無利刃。乙令不有犯意之丙某借刀與甲。致將丁某殺死者。丙某構成從犯。乙某成立教唆從犯。反之甲欲得一利刃以殺丁。向丙索取。丙乞諸乙而與之。甲因是而遂其殺人之行為者。丙乙均為從犯。

第三節 共犯與身分關係

犯罪人之身分與犯罪之成立無關。斯為原則。惟刑罰法令中有規定某種犯罪以身分為特別構成要件者。以身分為犯罪之特別構成要件。非有身分則不能成立犯罪。當無待言。然則所謂身分者果何所指乎。曰身分云者。指犯罪人之特殊地位。特有關係以及各種狀態而言。墮胎罪以有生理的狀態存在為必要。若非懷胎婦女。自不能構成刑法第三百零四條之墮胎罪。通姦罪（刑法第二五六條）因其身居有夫之婦之地位而構成。遺棄罪（刑法第三一〇條）因義務者身居擔負扶養義務之地位而成立。額外浮收罪（刑法第一三五條）以有公務員之資格為犯罪構成之要件。殺傷尊親屬罪（刑法第二八三條第二八九條第二九八條）逮捕私禁尊親屬罪（刑法第三一七條）遺棄尊親屬罪（刑法第三一一條）之成立。因犯罪人對於被害人有卑幼之關係。抗命罪逃亡罪非居軍人地位則無由構成。懷胎婦女有夫之婦公務員卑幼軍人無一而非刑罰法令中之所謂身分。此外累犯（刑法第六五條第六六條）自首（刑法第三八條）中止（刑法第四一條）瘖啞人未滿十六歲人滿八十歲人（刑法第三〇條）等皆是。

犯罪而必以身分爲特別構成要件者。非有身分則犯罪不成立。此不過就單獨犯罪而言之耳。至若不有身分之人與有身分之人共同而爲犯罪行爲時則如何。曰共犯與身分之關係得別爲二個問題而研究之。第一以一定身分爲犯罪成立要件之犯罪。因無身分者之與共。應如何而論罪乎。第二以身分爲刑之加減要件之犯罪。因無身分者之與共。對於無身分者應如何而科刑乎。茲分別說明如次。

第一問題。以一定身分爲犯罪成立要件之犯罪。因無身分者之與共云者。無身分者與有身分者共同犯罪。該項犯罪以身分爲構成特別要件者也。收賄罪以有公務員身分爲犯罪構成特別要件。抗命罪以有軍人身分爲犯罪構成特別要件。僞證罪以有證人身分爲犯罪構成特別要件。是皆因身分始能成立犯罪者也。就單獨犯罪言之。非公務員則無由構成收賄罪。非軍人則無由構成抗命罪。非有證人身分則無由成立僞證罪。然則公務員與非公務員共同收受賄賂。非軍人與軍人共同反抗長官命令證人與非證人同爲虛僞之陳述時。自應處公務員以收賄之條。處軍人以抗命之罪。科證人以僞證之刑。對於不有公務員軍人證人之身分者。應爲無罪之宣告。始克恰乎理論。惟是貫徹此理論。是使無

身分而與人共犯者逍遙法外。又反乎刑法重視犯人惡性之精神。故我國刑法第四十五條第一項曰。因身分成立之罪。其共同實施或教唆幫助者雖無身分。仍以共犯論。即所以明示以身分爲要件之犯罪不必共犯全體皆有身分。苟正犯而具備身分要件。縱令其他共犯不有身分關係。仍以共犯全體有身分論。而適用同一正條者也。茲將本條意義分別說明於下。(一)無身分者教唆或幫助有身分者爲身分犯罪時。應任教唆或從犯之責。僞證罪之成立。以有證人之身分爲前提。有證人身分而又向法院爲虛僞之陳述者。斯乃構成僞證罪。設有一無證人身分之人教唆有證人身分之人爲僞證時。僞證教唆犯成立。與虛僞陳述者成立僞證罪共犯。常人教唆軍人反抗上官命令或離去職役者。構成教唆犯。與軍人共同成立抗命罪或逃亡罪。非證人於證人實施僞證以前或事中幫助其爲僞證。非軍人於軍人離職以前或離職中幫助其離職者。構成僞證罪逃亡罪之從犯。(二)有身分者教唆或幫助無身分者爲身分犯罪時。無身分者不成立犯罪。有身分者仍須任教唆或從犯之責。有公務員教唆常人收受賄賂而不躬與其事者。於此公務員單獨構成收賄罪之教唆犯。常人缺乏公務員身分。

故不成立以身分爲要件之收賄罪。證人幫助不有證人之身分者爲僞證時。非證人不能成立以身分爲要件之僞證罪。應使證人任幫助僞證之責。(三)無身分者於有身分之人爲身分犯罪之際。幫助其爲犯罪行爲之實施者。仍以共同正犯論。非軍人於軍人實施逃亡之際加以幫助。不有證人之資格者幫助證人實施僞證時。以從犯處斷。

第二問題。以身分爲刑之加減要件之犯罪因無身分者之與共云者。有身分者與無身分者共同犯罪。該項犯罪成立與身分之有無無關。因身分之有無。而刑罰之輕重有差異者也。因身分之有無致刑罰之輕重有差。對於共犯中之無身分者應如何而科刑乎。曰因身分關係而有刑罰之加重減輕不及影響於其他無身分之共犯。乃文明各國共通所行之原則。故我國刑法第四十五條第二項中亦有一「因身分致刑有重輕或免除者。其無身分之人仍科通常之刑」之規定。以示此項犯罪之科刑標準。即所以解決本問者也。本項適用之範圍。不以共同正犯爲限。卽如教唆犯從犯亦莫不受本項之適用。質言之。有身分者與無身分者爲共同正犯時。處無身分者以通常之刑。有身分者犯罪。無身分者爲該項

犯罪之教唆犯或從犯時。對於教唆者之處罰。依無身分正犯之例處罰。從犯則較無身分正犯之刑減輕之。反之無身分者犯罪。有身分者為該項犯罪之教唆犯或從犯時。處教唆者以有身分正犯之刑。對於從犯之處罰。則較有身分正犯之刑減輕之。例如甲乙二人共犯殺人罪。乙某對於被害人有親子之關係。甲某則不有此特別身分。應處乙某以殺尊親屬罪。甲某則構成普通殺人罪。不能謂甲乙有共犯關係。即令甲某蒙加重之影響。又如甲乙丙三人同入丁室行竊。甲為初犯。乙係再犯。丙為未滿十六歲人。應處甲某以通常之刑罰。對於乙某則須加重其刑。丙某得減輕本刑二分之一。甲某教唆乙某或幫助乙某將乙父丙某殺死。處乙某以殺尊親屬罪。甲某則依普通殺人正犯之例處斷。或據普通殺人正犯之條減正犯之刑二分之一。甲某痛恨其父。教唆乙某或向已有犯意之乙某事前供給兇器將其父刺死者。科乙某以通常之刑。對於甲某則依殺死尊親屬正犯之例處斷。或據殺尊親屬正犯之條減輕其刑罰。此外數人共犯。一人自首。自首者減輕。減輕之利益不能及於共犯中之不自首者。又如犯藏匿罪人湮滅證據之罪。應受免除刑罰之利益者。僅以犯罪人或脫逃人之親屬為限。此外

參加此項犯罪之各共犯與犯罪人或脫逃人不有親屬關係者。仍須科刑。

第四節 共犯與故意以及與責任能力之關係

共犯與故意之關係。共犯與責任能力之關係。均爲刑法上極重要之問題。茲分論於次。

第一 共犯與故意之關係。

共同正犯教唆犯從犯是否得以過失成立。因犯罪共同說與行爲共同說而有異。主張犯罪共同說者以犯罪共同爲共犯之根據。謂共犯以有共同犯罪之認識爲成立要件。既無犯罪之故意。自無共同犯罪認識之足言。因過失而成立共犯者。殊難想像。縱令一種過失行爲與其他之過失行爲相合致有犯罪事實之完成時。祇能構成多數之獨立過失犯。不能發生共同關係。我國刑法採行爲共同說。以行爲共同爲共犯之共同。謂意思聯絡一語係指有意與他人共同而爲行爲者而言。以有共同行爲之認識即可謂之意思聯絡。不以行爲者彼此有共同犯罪認識爲必要。故於第四十七條特設規定曰。二人以上於過失罪有共同過失者。皆爲過失正犯。本條規定有宜注意者三。(甲)所謂於過失罪云云。係指

分則中有明文規定應論過失者而言。若刑法中不有處罰過失之明文者。雖有共同過失亦不成立過失共犯。例如甲乙二人肩巨石上樓。索斷石墜。致將樓下人擊斃。甲乙二人共同構成刑法第二百九十一條之過失殺人罪。至若甲乙共同持丙物品把玩。偶爾失神。致將丙某之所有物摔碎者。過失共犯不成立。無他。刑法中不有處罰過失損壞之明文故也。(乙)過失共犯以行為者有共同行為之認識。而於犯罪事實之發生。因共犯中之各犯人均不注意。致缺乏認識而成立。是則共犯二人。一有故意。一有過失。因故意過失相合而犯過失罪者。不成立過失共犯。例如庖丁欲殺主人。囑僕人持毒酒以進。僕人不加注意。致主人飲鴆而亡。不構成刑法第四十七條之過失共犯。某甲與乙某閒談。謂丙某手不能縛鷄。如此懦夫。終必死於他人之手。乙聞言而起殺意。往將丙刺死者亦同。(丙)於過失罪有共同過失。皆為過失正犯者。意謂共同正犯教唆犯從犯均以過失而成立。換言之。共同過失固不以共犯中之某種共犯為限也。甲乙二人共守一房。因不注意火燭。致肇焚如。是為失火罪之共同正犯。甲乙共同守護河隄。以不注意故。致隄決而水氾濫者。是為失水罪之共同正犯。二人把玩手鎗。不注意鎗中

之有彈丸。觸機彈丸飛出致人於死者。是爲過失殺人罪之共同正犯。庖人烹割不注意肴饌之有毒。囑僕人進食主人。僕人亦不注意肴饌之色有異。竟持以進。致主人於死者。是爲過失教唆過失實施之共同過失殺人犯。甲某預防強盜黑夜來侵。持鎗以伺其至。乙聞履聲得得。誤鄰人爲盜賊。往告甲。甲聞訊急開鎗射擊。致將鄰人擊斃者亦同。甲乙丙丁環坐室內。甲力稱其善射。並以手作射擊式。乙將佩鎗解下。令其以鎗假演射擊方法。甲不注意鎗中之有彈丸。觸機彈丸飛出。致將丙丁擊斃者。是爲過失幫助過失實施之共同過失殺人犯。

第二 共犯與責任能力之關係。

所謂共犯與責任能力之關係者。非無責任能力人加功於有責任能力人而爲犯罪行爲之謂。謂有責任能力人加功於無責任能力人而謂犯罪行爲是否得以共犯論之謂也。

有責任能力人加功於無責任能力人而爲犯罪之行爲者。責任能力人故意教唆或幫助無責任能力人爲犯罪之行爲以遂行自己之犯意者也。嗾使狂人爲放火之行爲幫助未滿十二歲之幼年人爲殺人之行爲者皆是。法國學者威主

張用客觀的眼光觀察共犯之關係謂共犯成立不以主犯罪者有責任能力爲要件。有責能力人加功於無責任能力人而爲犯罪之行爲時。仍是刑法上之共犯。德意志學者不以此種行爲爲共犯。而名之曰間接正犯。(間接正犯者行爲者自身不爲犯罪行爲之實行而使無責任能力人或行爲而無故意者實行之之謂也)認間接正犯之基礎是不外對於主張因果關係中斷說犯罪共同說共犯從屬性說所得之結論一種救濟方法而已。詳言之。因果關係中斷說謂教唆犯從犯之於犯罪結果發生。在法律上不有因果關係之聯絡。其犯罪也附屬於正犯而成立。正犯不爲罪。則無處罰教唆犯從犯之根據。使有責任能力人教唆無責任能力人而爲犯罪之行爲時。則感說明上之困難。謂其因果關係有中斷。因被教唆者之無罪而謂教唆者亦無罪乎。又與刑罰防衛社會之趣旨不相容。謂教唆行爲爲有罪乎。又不能說明因果關係中斷後所發生之結果必須使中斷前之行爲與負責之理由。於是不曰責任能力人教唆無責任能力人之行爲爲教唆行爲。而名之曰間接正犯行爲。不認該項行爲有中斷因果關係之力。藉以自圓其說。犯罪共同說以共犯爲對於一個犯罪事實因數人之加功而成

立。二人犯罪苟有一人不具備犯罪之要件者。則無所謂犯罪共同。既非共同犯罪。則不發生教唆犯從犯之關係。使有責任能力人教唆無責任能力人爲犯罪行爲時。惟有名此教唆者爲間接正犯而已。犯罪從屬性說謂教唆犯從犯爲從屬的犯罪。主犯罪行爲不爲罪。從屬犯亦不成立。若不稱責任能力人教唆無責任能力人之教唆行爲爲間接正犯行爲。則無以名之。此間接正犯名稱之所由來也。我人對於犯罪之因果關係採危險說。根本上不認因果關係之有中斷。主張責任能力人教唆無責任能力人之教唆行爲與無責任能力人所爲之行爲以至犯罪結果之發生。當然有原因結果之關係。既有原因結果之關係。自不必造出間接正犯名詞以爲因果聯絡之說明。對於共犯之共同則採行爲共同說。主張就各人所有責任之不同。分別評定各共犯之行爲價值。教唆無責任能力人而爲犯罪之行爲時。仍是刑法上之教唆犯。不因無責任能力人之無罪而有影響於共犯之共同。對於共犯從屬性說則斥其與近世思潮不相容。主張正犯無罪。教唆者仍得成立教唆犯。不知有所謂從屬於他人而犯罪者。若然則間接正犯一語。於學理上實無存在之根據。且刑法中亦不有間接正犯之明文。足見教唆

犯與間接正犯不有應區別之理由。故我人主張有責任能力人加功於無責任能力人而爲犯罪行爲時。仍以共犯論。然我國一般學者以及前北京大理院判例。（參閱四年上字第六〇六號判例）咸欲倣效德國學說。而必爲此無謂之區分。竊期期以爲不可。

第五節 共犯與共犯之競合

第一 共犯之共犯。

教唆他人使之犯罪。被教唆者自己不當實行之任。又以教唆者所教唆之犯罪行爲教唆第三人實施。以及教唆他人使之教唆第三人實施犯罪之行爲者。曰教唆教唆犯。教唆他人令其決意於第三人實施犯罪行爲以前或犯罪行爲中爲幫助之行爲者。曰教唆助犯。對於幫助他人爲犯罪行爲實施之人指示幫助方法。或予以幫助機會者。曰幫助從犯。教唆教唆犯、教唆從犯、幫助從犯。是卽所謂共犯之共犯。共犯之共犯可否以之爲共犯而處罰之乎。質言之。教唆教唆犯可否以教唆犯論罪乎。教唆從犯、幫助從犯。可否以從犯論罪乎。自來學說不一。客觀說謂教唆犯從犯爲從屬犯。從屬犯者。附屬於主犯罪而成立犯罪者也。附

屬於主犯罪而成立犯罪。則非獨立犯罪可知。既無獨立性質。自不能爲他罪之附屬主體。然則所謂共犯之共犯者。是不過從屬犯之從屬犯而已。從屬犯之從屬犯。法理上實無存在之根據。主觀說不認刑法中有所謂從屬犯。謂教唆犯從犯爲獨立的犯罪。教唆犯從犯既爲獨立的犯罪。則所謂共犯之共犯。當然可以成立。就教唆犯言之。正犯之犯罪行爲雖非直接由於第一教唆者之行爲所發生。然而不有第一教唆者之行爲。則不發生第二教唆者之行爲。不有第二教唆者之行爲。則正犯之犯罪行爲不發生。前行行爲與後行行爲之間。不僅有因果關係之聯絡。從第一教唆者之方面觀之。預期之結果既行發生。固不問實行犯罪者之爲何人。簡言之。被教唆者（第二教唆者）自己實行犯罪與夫被教唆者教唆他人實行犯罪。於第一教唆者之責任毫無軒輊之足道也。况被教唆者（第二教唆者）自己不爲犯罪行爲之實行而使他人當實行之任。亦是第一教唆者之意中事乎。教唆從犯幫助從犯之於犯罪結果。其間亦有因果關係之聯絡。故亦應負刑責。我國刑法亦認共犯中有所謂共犯之共犯。於第四十三條第一項規定曰。教唆教唆犯者亦同。又於第四十四條第二項規定曰。教唆從犯

者以從犯論。茲所謂教唆教唆犯教唆從犯云云。不僅指教唆最後教唆之人教唆最後從犯之人而言。舉凡以前之教唆者均包括之。

第二 共犯之競合。

共犯之競合得別爲三種情形說明之。其一教唆者同時爲共同正犯。其二教唆者同時於實施犯罪行爲以前或事中爲幫助者。其三幫助者同時爲共同正犯是也。教唆他人犯罪而又爲犯罪行爲之實行。固不能謂其不有教唆行爲正犯行爲並立之外觀。然此僅屬犯罪之形式有差。於罪質毫無少異。故應合一的觀察認爲教唆行爲被正犯行爲所吸收。以正犯論罪。甲某教唆乙某使之決意殺丙。迨乙某實行殺丙。甲某又與乙某同爲犯罪行爲之實行時。甲某構成殺人罪之共同正犯。從犯行爲與正犯行爲競合時亦同。(乙欲殺丙甲於事前或事中與以殺人兇器而又與乙某同爲犯罪之實行時甲某構成殺人罪之共同正犯)至若教唆行爲與從犯行爲相競合則何如。曰教唆犯與從犯之競合。當然適用此項理論認爲從犯行爲被教唆行爲所吸收。以教唆犯論。例如甲某教唆乙某決意爲殺人行爲之實施。而又於實施殺人行爲前或行爲中假以利刃者甲

某構成殺人罪之教唆犯。要之同一犯罪。一人就正犯行為教唆行為幫助行為三者兼而有之。或於三種行為之中兼有二者而為之之時。從其重者處斷。我國刑法關於上述各點雖不見有若何明文。然此乃當然解釋之結果。固不必有明文規定者也。

第六節 共犯與犯罪未完成之關係

二人以上共同犯罪。其中一人中止其行為或著手而遇外部之妨礙者。曰共犯與犯罪之未完成。共犯與犯罪之未完成。得分為左列二端而說明之。

第一 共同正犯與犯罪之未完成。

二人共同實施犯罪之行為。一人著手於犯罪實行而遇外部之妨礙或著手而中止其行為時。有時無影響於犯罪之完成。有時共同正犯全體任未遂之責。有時一人任中止犯罪之責。其他共犯則構成未遂犯。茲分別說明如下。(一)二人共同犯罪各以全部的分擔實行之意思而參與實行時。不以一人未遂而有影響於犯罪之完成。(例如甲乙共謀侵入丙之住宅而為竊取財物之行為甲將丙某所有之金錢一一囊諸袖中乙著手於衣服之竊取聞丙之呵叱聲不遂而

逃甲乙均任竊盜既遂之責是。無他。共同正犯之責任以共犯各人之行爲合而爲一而論罪故也。二人同謀犯罪。一人實行既遂。一人背約不前或著手於犯罪之實行而中止其行爲時。背約者中止者不受中止之利益。（例如甲乙共謀約期殺丙屆期乙向目的地出發中途折回甲單獨將丙某殺死乙某仍須任殺人既遂之責不因中止實行而受中止之利益又如甲乙二人共入丙家行竊甲某將箱篋打開後忽爾自悔不竊取財物而逃走者亦同）誠以背約不前。在背約者明知僅此不作爲（不往行爲）無妨止犯罪結果發生之效。著手於犯罪實行而中止。中止以前之著手行爲既足以爲犯罪完成之原因。而其中止行爲又不有消滅犯罪完成之效力。斯其所以不能因其有中止行爲即以中止犯論罪也。簡言之。二人共犯。一人中止。一人以實行行爲促犯罪結果之發生。在法律上事實上均不發生中止之效果也。（二）二人共同犯罪各以一部的分擔實行之意思而參與實行。一人著手於實行而遇外部之妨礙時。共同正犯全體任未遂之責。例如甲乙共謀向丙某詐欺取財。甲某擔任欺罔行爲。乙某擔任騙取行爲。著手於欺罔行爲或騙取行爲而不遂者。甲乙二人均任詐欺取財未遂之責。

(三)二人共同犯罪。一人中止實行而又對於他人之實行行為予以妨礙。因而致犯罪結果不發生時。受中止之利益者僅以中止者爲限。而於其他不爲中止行為之共犯以未遂論。甲乙共謀殺丙。施以適當毒物。甲無中止犯罪之意思。乙某以單獨行為投以解毒劑。致妨止犯罪結果之發生者。乙某構成中止未遂。甲某爲普通未遂。

第二 教唆犯從犯與犯罪之未完成。

教唆犯從犯與犯罪之未完成。得分爲四端說明於下。(一)正犯障礙未遂。其未遂之原因爲教唆者幫助者意想不到之事由時。教唆犯從犯須負未遂之責。例如甲某教唆或幫助乙某殺丙。乙某著手於犯罪之實行遇警而逃。乙某構成殺人未遂。甲某同是殺人未遂是。(二)正犯中止。其中止行為爲教唆者幫助者意料所不及之事由時。教唆者幫助者須任未遂之責。(三)正犯障礙未遂。其障礙出自教唆犯從犯之行為。(例如甲某教唆或幫助乙某犯罪。迨乙某實行犯罪之際又從而攔阻之是)正犯中止。其中止由於教唆犯從犯之慫恿。(例如甲某教唆或幫助乙某犯罪。迨乙某著手於犯罪之實行又力言犯罪之不利勸其

中止乙因之而中止其犯罪行爲是)時。教唆犯從犯任中止之責。(四)教唆者教唆他人犯罪。被教唆者不生犯罪之決意。或於決意後著手前而斷絕其犯念時。教唆者構成教唆未遂。幫助他人犯罪。被幫助者於犯罪著手前中止其行爲時。幫助者構成幫助未遂。

第七節 共犯之處分

共犯之處分得分爲三。其一共同正犯之處分。其二教唆犯之處分。其三從犯之處分是也。茲分別說明於左。

第一 共同正犯之處分。

共同正犯爲物。本係各行爲者在共同意思之範圍內互相利用以遂行其犯罪之意思。自利用者之方面觀之。其利用他人以遂行其犯罪之意思也。正與利用人以外之動物。自然力以達犯罪之目的者相同。此我國刑法第四十二條所以有二人以上共同實施犯罪之行爲者皆爲正犯之規定也。皆爲正犯者。就各行爲者之故意範圍內。使之就犯罪行爲所生之結果。各自獨立負刑事上之全部責任者也。甲乙共同行竊。審判官依法宣告各處有期徒刑四年。換言之。即甲乙

二人應各受四年徒刑之執行是。

第二 教唆犯之處分。

刑法第四十三條第一項曰。教唆他人使之實施犯罪之行為者爲教唆犯。第二項曰。教唆犯處以正犯之刑。處以正犯之刑一語。依客觀說與主觀說而異其解釋。說明如次。

(甲)主觀說。 教唆犯之教唆他人犯罪也。係利用他人以遂行自己之犯意。利用他人以遂行自己之犯意。是即教唆者自己實行犯罪。本自己所爲之行為而負責。本該項犯罪行爲所觸犯之法條而處刑。是即刑法第四十三條所謂處以正犯之刑之意義。

(乙)客觀說。 刑法第四十三條所謂處以正犯之刑者。謂教唆犯所應受之刑罰應以被教唆者所應受之刑罰爲標準也。若謂教唆者本自己所爲之行為而負責。然則有平民教唆徵收公務員浮收正數以外之租稅。將不構成犯罪乎。詳言之。額外浮收罪之成立。以有公務員身分爲構成要件。不曰教唆者從屬於被教唆者而成立犯罪。不曰教唆者所應受之刑罰係以被教唆者所應

受之刑罰爲標準。則無由說明缺乏公務員身分之教唆犯而能獨立構成此項犯罪之理由。

取以上兩說而評論之。客觀說謂教唆犯爲從屬於他人而犯罪。故應以被教唆者所應受之刑罰爲處罰教唆者之標準。我人否認刑法中有所謂從屬犯。主張自教唆者之教唆正犯生決意以至實行其中自有因果關係之聯絡。既有因果關係之聯絡。其爲教唆犯自身實行犯罪也無疑。自身實行犯罪而以他人所應受之刑罰爲處罰之準據。誠屬無謂。至論者謂依主觀說所言。是依身分成立之罪必至陷於不能處罰教唆犯之窮境云云。亦屬毫無理由。無他。處罰無身分之教唆犯。刑法第四十五條直接有明文可求故也。若謂刑法第四十三條第二項係規定科教唆者之刑必以被教唆者所應受之刑罰爲標準。然則教唆者初犯。被教唆者再犯。被教唆者因有再犯事由而加重刑罰。教唆者亦須以被教唆者所應受之刑罰爲標準而受加重之處罰乎。是知刑法第四十三條第二項所謂處以正犯之刑者。不僅科教唆犯之刑期金額毋須悉與正犯相同。卽適用法條有時亦異。誠若是。謂教唆犯之責任爲教唆犯固有之責任。因自己之固有責任

本該項犯罪行為所觸犯之法條而受刑事上之處分也。誰曰不宜。我人贊成主觀說而不敢附和客觀說者即此。

第三 從犯之處分。

從犯之處分減正犯之刑二分之一。刑法第四十四條第三項前半已有明文規定。減者必減之之謂也。惟從犯之情節不一。有於事前幫助正犯或於事中予正犯輕微之助力者。有於事中對正犯爲直接及重要之幫助者。前者之處分減正犯之刑二分之一。固無若何問題。後者則刑法第四十四條第三項後半另有規定。但於實施犯罪行為之際爲直接及重要之幫助者處以正犯之刑。觀此足見同一從犯因情節不同而刑罰有輕重之分也。所謂於實施犯罪行為之際爲直接及重要之幫助云者。例如見他人之復仇深表同情。當場授復仇者以利刃。見放火者引薪焚屋。恐燒燬之不速。急傾煤油以張其燄。爲竊盜助登屋梯。爲決水者取決隄防器者。是皆於他人實施犯罪行為之中予以直接及重要之助力也。故刑法處以正犯之刑。

第四章 數罪

前章所言係一罪處罰之法。本章所言乃數罪處罰之法。一罪處罰者。處罰數人犯一罪者也。數罪處罰者。處罰一人犯數罪者也。下試分節說明之。

第一節 總論

一人而犯一罪固不發生若何問題。若一人而犯數罪或犯罪受刑之執行後更犯一定之罪。以及以一行爲或二種以上之犯罪行爲因而發生數結果者。爲單數犯罪乎。抑爲複數犯罪乎。茲爲明瞭犯罪之單數複數起見。分別例示如下。(1)一行爲而發生數結果者。如加人以白刃。傷其身體。毀其衣服。投一爆裂物。同時殺害數人。且毀壞建築物以及其他物件。所謂想像的競合犯是也。(2)有二種以上之犯罪行爲因而發生二個犯罪結果者。牽連犯連續犯是也。前者如殺人而遺棄屍體是。後者如家僕反覆竊取主人之衣服金物是。(3)一人犯數罪而此數罪均於裁判宣告前行之。如殺人後逾二月而又強姦婦女者。所謂併合罪是也。(4)犯罪受刑之執行後更犯一定之罪。如竊取他人財物已受徒刑之執行。未久又犯詐欺取財罪者。所謂累犯罪是也。併合罪與累犯罪爲數罪而非一罪。想像的競合犯牽連犯連續犯則均以一罪處斷。是不可不知也。

第二節 外觀上之數罪

刑法第七十四條曰。一行爲而犯數項罪名或以犯一罪之方法或其結果而犯他項罪名者。從一重處斷。刑法以明文規定從一重者處斷。是即標明此項犯罪爲外觀上之數罪而非實質的數罪。既名之曰外觀上之數罪。是則一罪先發。已經審判日後又發覺其他罪名時。自不許復行審理。分外觀上之數罪爲二。其一想像的競合犯。其二牽連犯是也。分述於後。

第一款 想像的競合犯

第一 想像的競合犯之概念

想像的競合犯云者。一行爲而觸犯數罪名者也。一行爲而觸犯數罪名者。一個行爲發生數個犯罪構成事實之結果也。一個行爲發生數個犯罪構成事實之結果而觸犯同一罪名（即一個行爲發生數個同種結果）時。曰同種的想像競合犯。如一鎗擊斃二人。投毒井內致數十人於死。是一個行爲發生數個犯罪構成事實上之結果而觸犯別個之罪名（即一個行爲發生數個異種結果）時。曰異種的想像競合犯。如以白刃加人。傷害其身體。毀損其衣服。投一爆發物。

擊斃一人。傷一人。並毀損房屋是。茲所謂一行爲而觸犯數罪名云云。係指異種的想像競合犯而言。同種的想像競合犯有單一之法規可以適用。初毋俟乎有此特別之規定也。

想像的競合犯在法律上之性質如何。自來有想像上之犯罪競合說實體的數罪競合說法條競合說之三種。茲分別說明如左。

(甲)想像上之犯罪競合說。其說曰。外觀上之數罪者。一個行爲併有數個犯罪行爲之性質。此數個犯罪行爲。實係想像上之併合。即所謂犯罪競合是也。從此見解言之。是裁判此項犯罪。應據犯罪行爲所觸犯之數個罪名悉爲有罪之宣告。不過於此數個罪名中擇一處斷而已。主張是說者有方巴爾畢葉林克山岡萬之助大場茂馬等。

(乙)實體的數罪競合說。此說以犯罪之個數應視犯罪行爲與從犯罪行爲所生之結果如何。一個因果關係是爲一罪。數個因果關係是爲數罪。以刀殺人同時毀損其衣服。不能謂其不有二個因果關係。既有二個因果關係之存在。當然構成二個實體上之犯罪行爲。然則謂此項犯罪爲二個獨立犯罪行

爲則可。謂爲一個犯罪行爲則不可也。主張是說者有方布藜赫爾世列氏。

(丙)法條競合說。其說曰。犯罪者行爲也。一個行爲則構成一個犯罪。一個犯罪行爲觸犯數個罪名如想像的競合犯者。是爲數個罪名競合（即法條競合）而非數個犯罪。換言之。一個犯罪行爲觸犯數個罪名者。非犯罪競合也。乃法條之競合也。想像的競合犯既是一個犯罪行爲而有數個法條之適用。惟有於此數個罪名（數個法條）中以求應得何罪之標準而已。主張斯說者爲方藜斯託氏。日本泉二新熊和之。

上列三說主張各異。而結論亦自不同。以想像上之犯罪競合說解釋我國刑法第七十四條之意義時。是想像的競合犯乃一個行爲併有數個犯罪行爲之性質。審判官對此各個犯罪須一一爲有罪之宣告而爲一罪之處罰。日後遇有消滅刑罰之事由發生消滅該項犯罪之刑罰時。其他受有罪宣告之別個犯罪仍不能免除其刑。實體的競合說以想像的競合犯爲數個獨立的犯罪。謂此項犯罪應依併合罪之規定處斷。法條競合說則以之爲數個罪名之競合。從此數個罪名之中以求處罰之標準。既然數個犯罪。是則遇有消滅刑罰事由發生消滅

該項犯罪之刑罰時。其他罪名亦因是而消滅。我國刑法不認想像的競合犯爲實體上之數罪。以明文規定從一重處斷云云。其不採實體的數罪競合說而採變態的法條競合說也無疑。

第二 想像的競合犯不可與外觀上之法條競合相混同。

與想像的競合犯相似而有異者。外觀上之法條競合是也。外觀上之法條競合云者。一個行爲觸犯數個法條。彼項法條爲此項法條所排斥。本此項法條處斷之之謂也。就外觀上之法條競合之爲實質的一罪之一點觀之。與想像的競合犯相同。惟其爲一個行爲發生一個犯罪事實之結果。僅有觸犯數個罪名之外觀。而不有觸犯數個罪名之實質也。是又與想像的競合犯有別。外觀上之法條競合。不適用刑法第七十四條之規定。依據一般法理決定應用之法條。茲舉其重要者說明如次。

(一) 特別關係。特別關係者。一個行爲觸犯普通法所定之罪名。同時又觸犯特別法所定之罪名者是也。一個行爲觸犯普通法所定之罪名。同時又觸犯特別法所定之罪名。應如何而處斷乎。曰。一個行爲而觸犯普通法與特別法

所定之罪名時。以特別法與普通法所規定之犯罪構成事實有共通關係者爲限。依特別法優於普通法之原則從特別法處斷而不從普通法所定之罪名處斷。竊取森林內之樹木。是爲竊盜行爲。此項竊盜行爲在普通法（刑法）中有處罰明文。應構成刑法第三百三十七條之普通竊盜罪。在特別法（森林法）中亦有處罰明文。同時又構成森林法第二十一條之森林竊盜罪。森林法對於刑法爲特別法。故適用森林法而不適用刑法。又此種關係不獨普通法令與特別法令爲然。即同一法令中亦可得存在。所謂複雜條件與單純條件之關係（例如侵入有人居住之住宅而竊取他人之財物者構成刑法第三百三十七條之一般竊盜罪「單純條件」同時又構成同法第三百三十八條之加重竊盜罪「複雜條件」受被害人之囑託而殺之或得其承諾而殺之者構成刑法第二百八十二條之普通殺人罪「單純條件」同時又構成同法第二百九十條之受人囑託之殺人罪得人承諾之殺人罪「複雜條件」是）變態罪與通態罪之關係（例如有殺死尊親屬者構成刑法第二百八十二條之普通殺人罪「通態罪」同時又構成同法第二百八十

三條之加重殺人罪「變態罪」是）複雜法優先於單純法而適用之。變態法優先於通態法而適用之者是也。

(二)補充關係。補充關係者。指基本法與補充法之關係而言者也。補充法者。為補足基本法而設。對於基本法有補充的效力者也。是則一個行為觸犯基本法所定之罪名時。依基本法優於補充法之原則。從基本法處斷而不從補充法所定之罪名處斷。即以瀆職罪而論。公務員瀆職情形。似已於刑法第一百二十八條至第一百三十九條（基本法）中悉舉靡遺。然人智有限。世變無窮。謂此即足以網羅一切而無餘殊不可必。故於第一百四十條（補充法）中設概括的規定以補充之。設有第一百二十八條至第一百二十九條之犯罪事實發生。則依據第一百二十八條至第一百二十九條之規定處斷。自無適用第一百四十條之餘地。無他。設立補充法之精神。純為補充基本法之不備。有基本法可用。自無所用其補充也。

(三)吸收關係。吸收關係云者。一個犯罪行為有觸犯數個罪名之外觀。此項罪名為他項罪名所吸收。因而失其獨立之性質。僅適用吸收法條排斥被吸

收之法條而不適用者是也。吸收關係約有二種狀態。其一危險罪爲實害罪所吸收。其二高級行爲吸收低級行爲者是也。分述如左。

(A) 危險罪爲實害罪所吸收。一個行爲有危險實害兩種行爲存在。危險行爲與實害行爲有原因結果之關係時。危險行爲爲實害行爲所吸收。僅以實害罪之法條爲處罪之標準。正所謂一行爲而有觸犯危險罪與實害罪之外觀者是也。國家爲防止殺傷人之危險起見。特於違警罰法中設有車馬夜行不燃燈火須處五元以下之罰金之規定。(違警罰法第四十二條第十一款)而於刑法中則規定過失致人死傷須處二年以下有期徒刑拘役或一千元以下之罰金。(刑法第二百九十一條第三百零一條)設夜行不燃燈火因不注意而致人於死傷時。是一個行爲有危險實害兩種行爲之存在。一個行爲有危險實害兩種行爲存在。本實害行爲吸收危險行爲之原則以過失殺傷罪處斷。而不依違警罰法處斷。

(B) 低級行爲爲高級行爲所吸收。一個犯罪行爲之完成。須經過種種階段。各項階段行爲。刑法均有處罰明文時。本後行行爲吸收前行行爲之原

則。從後行行爲所觸犯之法條處斷之。是之謂低級行爲爲高級行爲所吸收。預備行爲著手行爲爲既遂行爲之必要的階段。預備行爲爲著手行爲之必要的階段。犯罪完成則以犯罪既遂處斷。自不得復行適用處罰預備著手之規定。犯罪著手則本未遂之條處罰。而預備行爲爲不論。

(四)選擇關係。選擇關係者。一行爲而有觸犯數罪名之外觀於此數個罪名之中擇一與該項犯罪行爲最相當之法條而適用之者是也。例如有一處分受寄物者於此。自處分之一點言之。是爲侵占自己依契約照料他人事務之管有物。應構成刑法第三百五十六條之侵占罪。自爲他人處理事務圖利自己而有損害寄物者之財產之一點言之。是又構成同法第三百六十六條之背信罪。一個行爲而有觸犯數罪之外觀。惟有以選擇的方法擇其一而適用之。

第二款 牽連犯

第一 牽連犯之概念。

有數個犯罪行爲存在。法律不認此項行爲有各自獨立之性質者。是爲一罪名。

此曰牽連犯。牽連犯之成立。其情形有二。說明於左。

(甲)以犯一罪之意思而爲犯罪行爲其所用之方法發生其他犯罪事實者。

以犯一罪之意思而爲犯罪行爲其所用之方法發生其他犯罪事實者。犯罪人以犯一個犯罪之目的而爲犯罪行爲。因其所用之手段觸犯他項罪名。致發生其他犯罪構成事實。有兩種並存之外觀者也。爲達殺人之目的竊取利刃而殺人、(殺人之手段行爲觸犯竊盜之罪名)強取他人之金錢作和姦有夫之婦之姦宿費因而遂行其通姦行爲、(通姦罪之手段行爲觸犯強姦之罪名)行使僞造私文書欺罔他人騙取財物、(詐欺取財罪之手段行爲觸犯行使僞造文書之罪名)侵入住居竊取財物、(竊盜罪之手段行爲觸犯侵入住居之罪名)損壞軌道損壞電信線殺人放火而爲內亂、(內亂罪之手段行爲觸犯妨害交通殺人放火之罪名)者皆是。

(乙)以犯一罪之意思而爲犯罪行爲致發生其他犯罪事實之結果者。以犯

一罪之意思而爲犯罪行爲致發生其他犯罪事實之結果者。犯罪人以犯一個犯罪之目的而爲犯罪行爲。犯罪後復爲一定的結果行爲。該結果行爲觸

犯他項罪名。致發生其他犯罪構成事實。有兩罪並存之外觀者也。殺人而遺棄屍體、（遺棄屍體爲殺人之結果行爲）、僞造貨幣而行使之、（行使僞幣爲僞造貨幣之結果行爲）、略取人而監禁之、（監禁爲略取之結果行爲）、輸入鴉片而販賣之、（販賣爲輸入之結果行爲）者皆是。

或曰牽連犯在法律上有一罪之實質也。正與結合罪之爲一罪者相同。以結合罪之爲一罪之精神推行諸牽連犯之上。自不必對於牽連犯別有所規定。然則刑法第七十四條特設此項明文。非所謂畫蛇添足者耶。曰否。刑法第七十四條後半之趣旨。非專爲犯罪之單複而設此規定也。定處罰之標準也。誠以刑法中不有此種規定。勢必將一切手段結果相關聯之犯罪。悉從結果行爲處斷。考諸實際。牽連犯中往往有手段行爲較重於結果行爲者。行使僞造公文書以取財。是其適例。僞造公文書最重刑爲七年以下有期徒刑。詐欺取財之最重刑爲五年以下有期徒刑。手段行爲較重於結果行爲。從手段行爲所觸犯之重法條處斷。然則刑法第七十四條後半所以設此規定者。於實際應用上殆有感於必要也。或又曰刑法第七十四條後半之趣旨。係專爲手段行爲較重於結果行爲之

牽連犯而設此明文，予既知之矣。然則結果行爲較重於手段行爲時，則毋須適用本條之規定乎。曰：結果行爲較重於手段行爲，本可從一般原則處斷，惟刑法既設此項明文，自不必問手段行爲與結果行爲二者之輕重如何。苟手段行爲或結果行爲觸犯其他罪名時，即須於判決中標明依據刑法第七十四條後半之規定從一重處斷字樣。

第二 牽連犯不可與結合犯相混同。

與牽連犯相似而實非者，結合犯是也。結合犯者，法律將數個獨立可以致罪之犯罪行爲合爲一體，令其成立一個犯罪行爲之謂也。例如將脅迫罪之脅迫行爲與竊盜罪之盜取行爲合爲一體，而有強盜罪（刑法第三百四十六條）之規定是。合強盜行爲與強姦行爲而有強盜強姦罪（同法第三百四十九條）之規定是。中言之，一個強取財物之行爲觸犯脅迫（同法第三百十九條）竊盜（同法第三百三十七條）二個罪名，其科刑也則從刑法第三百四十六條所規定之強盜罪處斷，而不以觸犯脅迫竊盜二個法條論罪。強盜強姦婦女亦然。強盜強姦婦女，係觸犯強盜罪（刑法第三百四十六條）強姦罪（同法第

二百四十條)之規定。其科刑也則從刑法第三百四十九條所規定強盜強姦罪處斷。而不以觸犯強盜罪強姦罪二個法條論罪。是即所謂結合犯。

結合犯之意義如此。結合犯與牽連犯之區別亦因是而明。手段行爲(例如脅迫罪)結果行爲(例如竊盜罪)觸犯他項罪名。合此二種觸犯他項罪名之手段行爲結果行爲而組成一種新犯罪(例如強盜罪)時。是爲結合犯。手段行爲(例如行使偽造文書)結果行爲(例如騙取財物)觸犯他項罪名。合此二種觸犯他項罪名之手段行爲結果行爲而不能組成一新犯罪。僅於手段行爲結果行爲之中擇其重者處罰之者。是爲牽連犯。簡言之。手段行爲觸犯一個罪名。(例如行使偽造文書罪)結果行爲亦觸犯一個罪名。(例如詐欺取財罪)此外不觸犯其他罪名者。是牽連犯之特質。手段行爲觸犯一個罪名。(例如脅迫罪)結果行爲亦觸犯一個罪名。(例如竊盜罪)合此二個行爲而組成一個第三犯罪(強盜罪)時。是爲結合犯之特質。至手段行爲結果行爲觸犯他項罪名之一點。則爲牽連犯結合犯所同然。

第三款 外觀上之數罪在法律上所應有之結果

想像的競合犯牽連犯爲實體的一罪而非數罪。已如上所述矣。惟其爲一罪而非數罪。於是在法律上自有應有之結果。茲略舉數事說明於左。

(一)處罰之關係。一行爲而觸犯數罪名以及以犯一罪之方法或其結果而生他罪者。刑法以明文規定從一重處斷。(刑法第七十四條)是爲想像的競合犯牽連犯處罰之準據。惟其所謂從一重處斷云云。果何謂乎。曰從一重處斷者。非在重罪法定刑之範圍內擇其極重刑罰而宣告之之謂。謂於數種罪名之中擇其最重者而處斷之是也。例如以殺人之意思投一爆發物。同時發生殺人損壞他人所有物之結果時。則處以殺人之罪。(刑法第二百八十二條規定殺人罪處死刑無期徒刑或十年以上有期徒刑第三百八十二條規定損壞他人所有物罪處一年以下有期徒刑拘役或五百元以下罰金殺人罪較重於損壞他人所有物罪)行使自己偽造之貨幣而犯詐欺取財罪時。則處以行使偽造貨幣之罪。(刑法第二百十二條規定行使偽造貨幣之罪處無期徒刑或五年以上有期徒刑併科三千元以下罰金第三百六十三條規定詐欺取財罪處五年以下有期徒刑拘役併科或易科一千元以下罰金偽造貨幣罪較重於詐

欺取財罪）質言之。所謂從一重處斷云云。係就數個罪名中比較其最重之法
 定刑而決定罪名之輕重。非選擇最重罪名（法條）後復於該法條中所定法
 定刑之範圍內再比較輕重之謂也。關於殺人毀物罪（想像的競合）犯之處
 罰。在死刑無期徒刑十年以上有期徒刑之範圍內處斷之。關於行使僞幣詐取
 財物罪（牽連犯）之處罰。在無期徒刑或五年以上有期徒刑三千元以下罰
 金之範圍內處斷之斯可耳。非必處殺人毀物者以死刑。處行使僞幣詐取財物
 者以無期徒刑。是不可不注意也。至若牽連犯之手段行為既遂。而其結果行為
 尙未著手而發覺者。則據手段行為所觸犯之法條以該罪既遂處斷。（即以手
 段行為爲本罪）不受刑法第七十四條之適用。此外裁判管轄以及公訴時效
 之時間。均以最重罪名爲決定或計算之標準。

（二）起訴及確定審判之關係。一行爲觸犯數個罪名以及犯罪之手段行為與
 犯罪之結果行為觸犯其他罪名時。均爲實體的一罪。惟其爲實體的一罪。所以
 就想像的競合犯中之一罪或手段行為爲結果行為所觸犯之罪名提起公訴時。
 其起訴效力卽及於犯罪事實之全部。法院須就犯罪事實全部而爲審判。審判

確定。卽爲行爲全部之審判確定。是則就數個罪名中之一罪名宣告刑罰而有審判之確定時。不能就其他罪名再行提起公訴。惟牽連犯之數個罪名中有一犯罪事實爲親告罪。而其起訴事件爲非親告罪時。審判官僅能就起訴事件爲審判宣告。

(三) 刑法關於時之效力以及地之效力之關係。一行爲觸犯數個罪名以及犯罪之手段行爲與犯罪之結果行爲觸犯其他罪名而又於同時同地行之者。固不發生若何問題。若犯罪之手段行爲行之於舊法時代。而其結果行爲發生於新法時代。或犯罪手段行爲之實施在我國法權領域外。而其結果實現於我國法權領域之內時則何如。曰依照新法處斷並視爲全在我國法權領域內爲之。

第三節 連續犯

第一 連續犯之概念。

刑法第七十五條曰。連續數行爲而犯同一之罪名者以一罪論。而於連續犯之意義。毫未加以說明。然則連續犯果何謂乎。曰連續犯云者。以獨立可以致罪之犯罪行爲反覆爲之而成立一罪之謂也。例如甲男與有夫之婦乙女通姦。今日

幽會於此。明日雙宿於彼。於不定住所反覆爲通姦之行爲者。是謂通姦罪之連續犯。甲某痛恨乙某。以殺乙某全家之意思將乙某及其父子兄弟次第毒殺者。是爲殺人罪之連續犯。竊盜以竊取甲宅乙宅丙宅財物之意思。次第侵入甲乙丙三人之住宅內而遂行其竊取行爲者。是爲竊盜罪之連續犯。僮僕每伺主人外出而竊取財物者亦同。

連續犯以獨立可以致罪之犯罪行爲反覆爲之而爲罪。是與以一僞行爲持續的侵害一個法益因而成立犯罪之繼續犯不同。與以有數個同種行爲存在爲犯罪成立要件之集合犯亦有異。集合犯與繼續犯之意義。俟後詳述。

第二 連續犯構成之要件。

連續犯以獨立可以致罪之犯罪行爲反覆爲之而成立。故其構成要件有二。述之如左。

(甲)在法律上須有數個獨立犯罪行爲存在。事實上僅有一個犯罪行爲以及事實上有數個行爲而此數個行爲合而爲法律上之一個犯罪行爲者。自不發生連續問題。事實上雖有數個行爲而不有數個結果(或危險)之存

在時。法律仍以之爲一個犯罪行爲。自亦無連續犯罪之足言。有強暴脅迫行爲。又有盜取行爲。是皆事實上所認爲數個行爲者也。而法律則以之爲一個強盜行爲。一次欺罔他人。數次騙取數個物件。或數次恐嚇他人。騙取一個物件者。亦是事實上所認爲數個行爲者也。刑法則以之爲一個詐欺取財行爲。積十次之少量毒物。成多量而致人於死者。是亦事實上有數個犯罪行爲者也。刑法則以之爲一個殺人行爲。無他。殺人罪之構成。以有使人喪失生命之結果發生爲要件。十次毒物僅發生一個喪失生命結果。此十次投毒行爲。不過一個殺人實行行爲所經過之路徑而已。不有十次結果發生。故不能認爲有十個獨立的犯罪行爲存在故也。一個強盜行爲。自無所謂連續。一個詐欺取財行爲。無從發生連續關係。一個殺人行爲。亦無連續之足道。故云。又以不連續之故意。時間上無間斷而接續其行爲。所謂接續犯者。亦適用此項理論。誠以接續犯爲物。本係一個犯罪行爲。一個犯罪行爲。即無處可以連續也。

(乙) 須有連續(單一)之決意。就犯罪人主觀的方面觀察之。犯罪人對於數個犯罪行爲。有單一之決意也。正與犯罪人以一個決意而爲一個犯罪行

爲者相同。以一個決意而爲一個犯罪行爲。是爲一罪。以一個決意連續而爲數個行爲。仍是一罪。均以一罪處斷。斯卽所以保持科刑之權衡。法文中雖不見有決意單一之明文。然綜合併合罪之規定以及其他犯罪之規定考之。其以決意單一爲連續犯構成之要件也毫無足疑。是故以具備單一決意之要件爲要素。夫而後合此數個犯罪行爲以之爲一罪處斷。

連續犯之構成以有連續之決意爲要件。已如上所述矣。惟是連續決意一語果何謂乎。曰連續決意云者。以同一決意而爲數個之行爲之謂。以同一決意而爲數個行爲。夫而後合前行行爲之決意與後行行爲之決意爲一體而稱之爲連續犯。是則後行行爲之決意與前行行爲之決意不有連續的關係時。則不能視爲決意單一。例如有夫之婦甲與乙男丙男通姦。以輪流值宿之意思反覆而爲通姦之行爲者。是爲通姦罪之連續犯。竊盜於同一家宅內竊取數個財物。預定每次竊取一個。計數日竊取一空。以及預定往數家行竊以數日之反覆行爲而遂行其故意者。是皆以單一決意而爲數個竊盜行爲者也。是爲竊盜罪之連續犯。反之甲女本係蕩婦。朝逢壯男子與之戀愛。夕遇美丈夫又與之姦宿者。則爲

二個通姦罪之併合罪而非通姦罪之連續犯。乘人之不備侵入室內竊取財物而去。越日又自該宅門首經過。見雙扉虛掩。臨時動念入戶竊取竿上衣服。以及今日過甲宅之門遇有竊取之機會則侵入甲宅而遂行其竊取之故意。明日過乙宅見有機會則侵入乙宅而爲竊盜者。是皆數個竊盜罪之俱發罪。而不能謂其由於同一之決意以一個竊盜連續犯論罪也。

連續犯之構成以有連續之決意爲要件。是則以不連續之決意時間上無間斷而接續其行爲者。非茲所謂連續犯而爲一個犯罪行爲。既是一個犯罪行爲。自無適用刑法第七十五條之餘地。例如以竊取現金之決意侵入他人住宅。將現金納諸囊中後。忽見金珠寶石再行決意竊取。以及加害於人因對人口出惡言接續而有第二次第三次之傷害行爲者皆是。德意志刑法學者名此曰接續犯。我國刑法雖無接續犯之明文。然以論理解釋之結果。此項犯罪之不宜與連續犯相混同也則毫無足疑。

連續犯以有連續之決意爲構成要件。然則過失犯罪是否得以連續的而犯之乎。學者意見不相同。約分之有三派。(一)積極說。積極說中又有種種派別。有謂

連續犯之構成以有同種行爲之反覆爲必要。至故意之同一與否。於連續犯之成立毫無關係。既不以故意同一爲連續犯成立之要件。以過失之連續犯當然可以成立者。有謂連續犯之構成固以故意單一爲要件。然不能因其以故意單一爲連續犯構成之要件。卽主張不能想像其有過失犯之連續犯者。(一)消極說。連續犯之構成以數個行爲基於同一故意爲要件。缺乏故意之過失連續犯。殊難想像。(二)折衷說。其說曰。犯人有結果之預見。而於違法性一點因不注意致未能認識時。過失犯之連續犯當然可以存在。至若缺乏注意致未能認識結果之過失犯。自不能謂其得以連續犯成立。我人以爲一般學者所謂「故意單一」云云。僅於有意犯之連續犯說明其成立要件而已。非謂過失犯無連續犯也。是則行爲而由於同一決意者。雖過失亦能犯之。(例如獵夫獵獸見一羣身披獸皮之兒童奔馳嶺上。因缺乏注意致未能認識其爲人。連發數鎗擊斃數個兒童者。是爲過失致死之連續犯。)故對於本問採積極說中之第二說。然以「故意單一」文句說明連續犯之成立。又恐發生過失犯不能以連續的行爲犯之之誤解。故又對於一般主張以決意單一代用故意單一之學者深表同情。而

用決意單一之文句焉。

連續犯以犯罪人主觀的方面有連續之決意即足以成立。至於各行爲之間有客觀的連續關係與否。毫無影響於連續犯之構成。以殺死甲乙之意思將甲乙刺死。縱令殺死甲某之時期與殺乙某之時期相隔至數年或十數年者。仍是刑法中之所謂連續犯。惟犯罪受有罪之確定判決。而後確定判決前後犯罪連續之關係乃因之中斷。（例如以連續殺死甲乙之意思將甲某刺死後被捕受有罪之確定判決執行有期徒刑十一年期滿釋放復將乙某刺死者構成殺人累犯罪而非殺人罪之連續犯是）無他。確定判決後之犯罪爲別種犯罪。與確定判決前之犯罪全然異其價值。而有累犯之關係存在故也。或曰累犯以具備法定條件爲成立要素。無此條件則累犯不成立。犯罪人以單一之決意而爲犯罪行爲。受有罪確定判決。未執行而又繼續以前之犯意而爲犯罪行爲時。亦以有確定判決故。即謂其中有中斷連續關係之效力乎。曰累犯成立。在法律上固有一定之條件。條件不備。不過不能加重刑罰而已。然確定判決後所爲之行爲。對於確定判決前二行爲應構成他項犯罪也。則毫無問題。且也法律規定連續犯罪

以一罪論云云。即暗示該項行爲以確定判決前所爲之犯罪行爲爲限。確定判決後之犯罪行爲爲初未嘗計及也。

外國立法例（例如日本刑法）有規定連續犯之構成。於上述二要件外。猶須觸犯同一罪名者。因其有觸犯同一罪名之規定。於是一般學者有主張以侵害同一（單一）法益爲連續犯構成之要件者。有主張觸犯同一罪名云云。係指侵害同一種類之法益而言。不以侵害同一法益爲必要者。我國刑法第七十五條曰。連續數行爲而犯同一之罪名者以一罪論。是於上述二要件外。猶須具備同一罪名之要件。方可以一罪論。殆亦採用日本刑法之立法例也。

有數個獨立犯罪行爲而又出於單一之決意時。不問其爲既遂行爲與未遂行爲均是連續犯。是故欲決定此數個行爲構成連續犯與否。必先審查犯罪人爲此數個行爲是否具備單一決意之要件。對於具備要件之連續行爲爲有罪之宣告時。應於判決理由中直接或間接記載連續犯構成之要件。說明所以承認該項犯罪爲連續犯之理由。

第二 連續犯在法律上所應有之結果。

連續犯罪而以一罪處斷者。因法律有明文規定故也。法律明定其以一罪處斷。於是法律上有不許分割觀察之關係在。茲分述之。

(一)科刑之關係。連續犯以有數個獨立犯罪行為存在為構成要件。前既言之矣。有數個獨立犯罪行為存在。而此數個行為僅發覺其一部。就此發覺部分為有罪或無罪之確定裁判。厥後復行發覺其餘部分之行為時。不許就此部分重新科刑。例如甲男與乙女有染。一月中姦宿一次。五月間又續歡一次。同時被乙女之夫丙某窺破姦情。將五月間通姦事實向法院告訴。而於一月中通姦情狀初未知之。檢察官據此提起公訴。由審判官宣告有期徒刑二年。執行方三月。發覺甲男與乙女於一月中尚有一度春風情事。審判官不能就一月間通姦部分再行科刑是。

(二)刑法適用之關係。法律對於連續犯明定其不許分割觀察。是故犯罪連續中而有刑法之變更時。須全體適用舊法或新法。不得一部從新一部從舊。例如甲男與乙女通姦。自一月以至於十月連續不斷的幽會。五月間修改刑法。十月犯罪發覺。應適用最初通姦時之法律或適用發覺當時之法律是。至

於新舊法應如何適用之問題。(即應適用發覺時之法律抑適用最初通姦當時之法律)俟後詳論。茲不贅。

(三)公訴時效之關係。一切犯罪皆有一定起訴期限。逾法定期限而不提起公訴時。其起訴權消滅。名此曰公訴時效。計算時效因即成犯與連續犯而有異。即成犯以犯罪完畢之時期為時效起算之時期。連續犯以最終行為完畢之時期為時效起算之時期。自最終行為完畢以迄提起公訴未經過刑法第九十七條所定之期限時。全部行為未罹於時效是。(例如僮僕以連續的竊取主人財物之意思於民國十二年一月間竊取金表一枚後因主人防範甚嚴未能繼續其犯行迨十四年二月始乘間又竊取金鐲一對越二載犯罪發覺檢察官須併二次竊盜行為全部提起公訴是)亦以連續犯之數個行為悉同其運命。一部分行為罹於時效。而於其他部分又得為起訴之目的物者未之有也。

(四)審判之關係。檢察官就連續犯之數個行為指摘一部分提起公訴時。法院須就犯罪行為之全體審判。起訴不有中斷犯罪連續之效力。使起訴後又

有連續犯罪之事實發生。審判官須併此而審理之。審判犯罪行為全體。審理起訴後之犯罪行為。不得謂之違法。無他。檢察官之起訴。非就連續犯之部分行為而起訴。係就組成連續犯之各個部分行為之全部而起訴。（即對於連續犯起訴）自不能因其審理未經起訴之行為。即目之為違背刑事訴訟法不訴不理之大原則也。

第四節 併合罪

第一款 併合罪之觀念

同一犯罪人於裁判宣告前犯數罪者曰併合罪。（我國舊刑律稱為俱發罪）質言之。併合罪者。即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。併合罪以裁判宣告前之犯罪為成立要素。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。併合罪之實質實係數罪。並非將數罪併合為一罪。其各罪仍獨立存在。不過合併處斷之耳。所以又有名此為實體競合或獨立犯罪之實體聯合者。

關於併合論罪之立法例。各國約分為三派。其一以裁判宣告前所犯之罪為限。如

德國俄國是也。其二以裁判確定前所犯之罪爲限。如我國舊刑律日本舊刑法葡萄牙匈加利是也。其三以執行未畢前所犯之罪爲限。如芬蘭瑞典意大利是也。就以上三派而評論之。第三派在執行期內犯罪者推翻以前之裁判使犯人得享併合論罪之利益。無異獎勵犯法。故此派爲學者所非議。第二派縮小併合論罪之範圍。而以裁判確定前爲限。雖較第三派略優。但以裁判宣告後確定前之期間內犯罪者與裁判宣告前之罪併合論罪。亦無充分之理由。蓋裁判既經宣告。而於未確定之前雖或有變更之必要。（如上訴等）然斷不能純因宣告後犯罪而變更其裁判。遷就犯人。使其得享併合論罪之利益。第一派以併合論罪之範圍限於裁判宣告前所犯之罪。實較爲正當。故我國刑法採用之。於第六十九條規定曰：「裁判宣告前犯數罪者併合論罪。」即係採第一派之立法例也。

併合論罪之範圍大別爲二。其一裁判宣告前數罪發覺。其二一罪先發已經裁判。而餘罪發覺於裁判宣告後者是也。前者如同一犯罪人犯甲罪乙罪。均於裁判宣告前次第發覺。此二個犯罪有併合之關係是。後者如同一犯罪人犯甲乙二罪。乙罪先發。已經裁判宣告後始行發覺甲罪。甲罪爲乙罪之餘罪。乙罪與甲罪有併合

關係。甲乙二罪應併合論罪是。

第二款 併合罪之處分

第一 併合罪處分之各主義。

關於併合論罪之處分有三主義。其一吸收主義。其二併科主義。其三限制加重主義是也。茲分別說明於左。

(1) 吸收主義。吸收主義者。謂於數罪中擇其最重之刑而處罰之也。例如犯罪人犯甲乙二罪。甲罪應科十年有期徒刑。乙罪應科五年有期徒刑。二罪發覺。處該犯罪人以十年有期徒刑。而於應處五年徒刑之乙罪則付諸不問也。

(2) 併科主義。併科主義者。謂本於一罪一刑之原則。將數罪之刑一併科斷之也。例如犯罪人犯甲乙二罪。甲罪應科十年有期徒刑。乙罪應科五年有期徒刑。二罪發覺。處該犯罪人以十五年有期徒刑是。

(3) 限制加重主義。限制加重主義者。謂於數罪中以應科最重之刑爲本刑。參以他罪應科之刑而加重之。而又不逾法定最長期之範圍也。換言之。本限制加重主義以處分併合罪也。既非科以最重罪之刑。又非就數罪所應得之

刑罰併科其全部。而以數罪爲一體。對此成爲一體之數罪而科以併合刑者是也。例如犯罪人犯甲乙二罪。甲罪應處十年有期徒刑。乙罪應處五年有期徒刑。於十五年以下十年以上之範圍內定其刑期是。

取以上三主義而觀之。試爲評論於下。吸收主義係以數罪中之最重罪爲科刑之根據。因其比較二罪之重輕僅科以最重罪之刑而置輕罪於勿論也。於是一度犯罪之人時存犯罪之念。常擇較輕於前罪之犯罪或與前罪相等之犯罪而犯之。國中習慣犯因是而增加。用吸收主義致國中增加犯罪。直謂之獎勵犯罪人之再犯也亦無不可。若然。是又與特別預防主義之趣旨不相容。純用併科主義以處分併合罪也。其弊亦有三。(一)國家有防止犯罪發生之責任。國中既有此類事實發生。即是國家不能盡防患未然之責。不講求減少犯罪之道。徒歸咎於犯罪人併科以全部之刑罰。是不可也。(二)一人而犯二個以上之死刑或二個以上之無期徒刑時。無法可以併科。又死刑與無期徒刑之併科。亦爲事實上所不能。(三)因有期徒刑與財產刑之性質可以併科。於是不問刑期之長短金額之多寡。舉凡一切犯二個以上之有期徒刑或二個以上之財產刑之犯罪人。

均須受數罪各別本刑之執行。是不僅使人感受刑罰之痛苦。且與刑法是認連續犯想像的競合犯之精神不相容。併科主義適用之不便有如斯。此所以不足奉以爲則也。限制加重主義之要旨。係以數罪爲一體。在重於其最重之刑。輕於其應併科之刑之範圍內。由審判官斟酌案情以定刑。考究犯人惡性之大小。以定刑罰之重輕。大足以達科刑之目的。惟是犯人犯罪有時執行其一爲已足。有時合併執行亦無害。是絕對用此主義。又不能無窒礙。據以上評論。是合併罪之處分。以限制加重主義爲最善。惟刑罰性質不同。執行不能一律。專用此主義。又有窒礙難行之處。故各國立法例及多數學說均避折衷主義。折衷主義者。兼併科吸收限制加重三主義而用之者是也。故我國刑法亦採用之。

第二 我國刑法所採用之各主義。

(甲) 所採用之吸收主義。併合罪中之各罪有一罪應處死刑（即宣告死刑）者。僅科死刑不執行其他主刑。（刑法第七十條第一款）併合罪中有一罪應科無期徒刑者。不執行其他自由刑。（同法第七十條第二款）惟茲所謂不執行他刑云云。係就執行刑罰而言。非謂僅宣告死刑或無期徒刑而不

宣告其他刑罰也。例如有一犯罪人於裁判宣告前犯殺人竊盜二罪。殺人罪應處死刑。竊盜罪應處四年有期徒刑。本刑法第七十條第一款「宣告之最重刑爲死刑者不執行他刑」之規定。處該犯人以死刑不再執行四年有期徒刑。而此竊盜罪所應得之四年徒刑亦須宣告。其所以必須宣告之理由有二。(一)裁判宣告前一人而犯殺人罪與竊盜罪也。固不能就殺人竊盜兩罪所應得之刑罰一一分別執行。然僅宣告死刑而於竊盜罪所應得之刑罰置諸不問時。勢必至使人發生竊盜罪不爲罪之疑團。不執行而必須宣告者卽此。(二)僅宣告死刑而置竊盜罪所應得之刑罰於不問。使有上訴或赦免事由發生。致犯人所犯死刑有所變更或消滅時。則所犯盜罪之徒刑必須再事審查。宣告而不執行。正所以補救此缺點。刑法第七十條以明文規定分別宣告其罪之刑云云。是卽標明必就各罪一一加以審判。尤須分別宣告各罪所應科之刑期金額之趣旨也。又關於從刑之部分。宣告多數之有期褫奪公權者。亦止執行其中最長期之褫奪公權。(刑法第七十條第六款)不執行其他短期之褫奪公權。例如甲某犯殺人竊盜二罪。殺人罪應處十五年有期徒刑。

刑。褫奪公權十五年。竊盜罪應處三年有期徒刑。褫奪公權五年。依刑法第七十條規定。則止執行其中最長期之褫奪公權十五年。不再執行褫奪公權五年也。

(乙)所採用之限制加重主義。裁判宣告前犯數罪。而此數罪悉應科有期徒刑者。於各刑中之最長期以上各刑合併之刑期以下定其刑期。(刑法第七十條第三款)例如有一犯罪人連犯竊盜詐欺取財偽造私印三罪。竊盜罪應處四年有期徒刑。詐欺罪應處二年有期徒刑。偽造私印罪應處二年有期徒刑。審判官應於八年以下四年以上之範圍內酌定期期是。惟本款適用有應注意之點二。(一)法院裁判此項犯罪。須就竊盜罪詐欺取財罪偽造私印罪一一加以裁判。於判決理由中須分別宣告各罪所應得之徒刑。然後再據本款「於各刑中之最長期以上各刑合併之刑期以下」定其刑期之規定。宣告總刑期若干年。(二)此項總刑期之長短。審判官固得於上述範圍內有自由酌定之權。然毫無限制。則不特與併科主義無殊。且與無期刑相去有間。此所以刑法第七十條第三款後半段又有併合論罪不得逾二十年之規定。

（例如有一犯罪人犯甲乙二罪甲罪應處十五年有期徒刑乙罪應處九年有期徒刑按照上述「於各刑中之最長期以上各刑合併之刑期以下定其刑期」之規定似於二十四年以下十五年以上之範圍內科以二十二年之徒刑亦不爲過惟其有不得逾二十年之制限所以審判官僅能於二十年以下十五年以上酌定期期）

裁判宣告前犯數罪。而此數罪悉應科拘役者。依照上述之例定其刑期。（刑法第七十條第四款）無故侵入他人住宅應處拘役一月。過失致人重傷應處拘役一月零二十日。二罪併合。審判官應於兩月零二十日以下一月零二十日以上酌定期期是。

裁判宣告前犯數罪。而此數罪悉應科罰金者。於各刑中之最額以上各刑合併之金額以下定其金額。（刑法第七十條第五款）例如某犯人連犯三罪。一係未指定犯人而向該管公務員誣告犯罪應科罰金二百元。（同法第一百三十一條第一項）一係過失傷害人應科罰金四百元。（同法第一百三十一條第一項）一係公然侮辱人應科罰金一百元。（同法第三百二十四

條)三罪併合。應於七百元以下四百元以上之範圍內酌定金額是。本款(刑法第七十條第五款)與第三款(即同法第七十條第三款)規定之趣旨相同。本毋庸贅述。惟是此款規定爲罰金刑。彼款規定爲自由刑。自由刑須入獄受執行。故有但書規定以制限之。罰金刑則無須乎有此耳。

(丙)所採用之併科主義。裁判宣告前犯數罪。而此數罪中有應科二個以上之有期徒刑二個以上之拘役或二個以上之罰金以及褫奪公權者併執行之。(刑法第七十條第八款)例如犯人某犯竊盜罪殺人罪受人贈與贓物罪發行彩票罪各一。殺人罪應處十四年有期徒刑。褫奪公權十五年。竊盜罪應處四年有期徒刑。審判官按照刑法第七十條第三款之規定。於十八年以下十四年以上之範圍內定刑期十六年。受人贈與贓物罪發行彩票罪各應處拘役一個半月。審判官按照同法第四款之規定於三個月以下一個半月以上之範圍內定刑期二月。四罪一併執行。應處該犯人以十六年零二月之自由刑褫奪公權十五年是。

併科不以主刑爲限。從刑亦得行之。刑法第七十條第七款以明文規定宣告

多數之沒收者併執行之者即此。

關於併合罪之處分尙有應行注意者數項。舉之於左。

第一 已經裁判之罪與未經裁判之罪之處分。

刑法第七十一條云。併合論罪有已經裁判及未經裁判者就未經裁判之罪處斷。例如犯人某犯詐欺侵占二罪。詐欺罪先發覺。已經裁判。科處徒刑二年。方執行時。侵占罪後發。此時就未經裁判之侵占罪處斷。亦應處徒刑二年。即據同法第七十條第三款於四年以下二年以上之範圍內定其應執行之刑期假定爲三年是也。倘已經裁判之罪已執行一年。則援用第七十條第三款通算之。執行其餘之二年足矣。

第二 有裁判以上者之處分。

刑法第七十二條曰。併合論罪有二裁判以上者。依第七十條之規定。定其應執行之刑。例如甲先在杭州犯竊盜罪。判處徒刑三年。未及執行。逃至上海。又發覺前所犯傷害罪。判處徒刑二年。方執行時。在杭州所判之竊盜罪亦經發覺。則應由上海法院於五年以下三年以上之範圍內定其應執行之刑期是。

第三 併合與赦免。

刑法第七十三條曰。併合論罪已經處斷。若各罪中有受赦免者。餘罪仍依第七十條之規定其應執行之刑。但僅餘一罪者。依其宣告之刑執行。例如犯人某同時連犯三罪。一爲內亂罪。一爲竊盜罪。一爲詐欺取財罪。內亂罪應處死刑。竊盜罪應處徒刑四年。詐欺取財罪應處徒刑三年。審判官從吸收主義宣告應執行死刑。未及執行而國內政變。內亂罪被赦免。則應將所餘之竊盜詐欺取財二罪。於七年以下四年以上之範圍內定其應執行之刑期。倘竊盜罪亦受赦免。則就所餘之詐欺取財罪應處之徒刑三年執行是也。

第五節 累犯

第一款 累犯之觀念

累犯一語有廣狹二義。裁判確定後復行犯罪。不問曾否已受刑罰之執行。亦不問前後罪之刑罰種類如何。統名之曰累犯者。曰廣義之累犯。狹義之累犯。則以犯罪經確定裁判受一定刑罰之執行復犯一定之罪爲限。我國刑法所稱累犯。係指狹義之累犯而言。無他。犯罪而受一定刑罰之執行。罔知悔改。猶復犯罪。足見該犯人

之惡性重大。爲達特別預防目的計。須加重其刑罰也。犯罪經確定裁判受一定刑罰之執行更犯一定之罪者曰再犯。再犯之有罪判決既已確定。受一定刑罰之執行後復犯一定之罪者曰三犯。再犯三犯四犯以至於無數次之犯罪。法律上總稱之曰累犯。

第二款 累犯構成之要件

我國刑法所稱累犯係指狹義之累犯而言。上已言之。然則狹義之累犯須具備何種條件而後足以成立乎。換言之。同一犯人而有數個犯罪行爲。前罪與後罪之間以有何種條件存在始能構成刑法上之累犯乎。曰累犯之構成。以受有期徒刑之執行或受無期徒刑或有期徒刑一部之執行而免除後五年內再犯有期徒刑以上之罪者爲要件。（刑法第六十五條）茲分析說明於次。

第一 累犯構成以前次所犯之罪曾處有期徒刑者。

前罪與後罪所以發生累犯關係者。必須前罪之法定刑爲徒刑。而其當時所科之刑罰亦係徒刑始能成立。苟前罪之法定刑爲拘役爲罰金。自不必問後罪應得何刑。根本上不能成立累犯。前罪之法定最重刑爲徒刑。而其當時所科之刑

爲罰金拘役者亦同。例如有傷害人者於此。審判官依據刑法第二百九十三條第一項之規定。於五年以下有期徒刑拘役一千元以下罰金之範圍內。科以一年有期徒刑。期滿出獄又犯侵占罪。其爲刑法上之累犯也。固無論矣。若審判官科傷害人者以拘役。則不能謂刑法第二百九十三條第一項所定之最重刑爲五年以下有期徒刑。即據此謂後犯之侵占罪爲累犯。前罪宣告死刑或無期徒刑。設國家元首本於大權之作用以命令減爲有期徒刑。執行期滿復行犯一定之罪者。仍以累犯論。至前罪所宣告之刑罰是否較長於後罪之刑罰。則非所問。

第二 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。

前罪宣告死刑或無期徒刑已經執行完畢。自不能再有犯罪。宣告死刑或無期徒刑免除執行。亦不能爲狹義累犯之基礎。必也前罪宣告無期徒刑執行一部免除後再犯一定之罪。而後前後兩罪發生累犯之關係。又前次所犯之罪係有期徒刑。當時僅執行一部即免除其刑罰之執行者亦同。茲所謂一部免除者。係指執行一部經特赦而免除刑罰之執行者而言。大赦緩刑完成時效完成不包

含在內。無他。大赦有消滅有罪判決之效力。緩刑有失卻刑罰宣告之效力。公訴權行刑權罹於時效。均不有執行刑罰之事實。此數者是皆與刑法所謂受刑之執行而免除刑罰者有別者也。

第三 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。

累犯構成僅前次所犯之罪曾處徒刑爲未足。猶以前次所犯之罪係依刑法宣告徒刑爲必要。若前罪係依軍法受有罪之裁判。則不問後罪應得何刑。根本上不能成立累犯。無他。犯罪性質不同。適用法律亦異。特別刑法之威力與普通刑法之威力有異故也。至若在外國法院受有罪之裁判。尤爲法權各別。不問其所受之刑罰如何。在我國僅認爲一種事實。不得視爲曾受我國之有罪裁判。自與我國刑法之威力無涉。故亦不得以之爲構成累犯要件。（刑法第六十八條）

第四 累犯構成以後罪係有期徒刑以上之罪者。

前罪與後罪所以發生累犯關係者。必須後罪之法定刑爲死刑無期徒刑有期徒刑始能成立。若後罪之法定刑爲拘役或罰金時。自不必問前罪所執行之刑

罰如何。根本上不能成立累犯。後罪之法定刑爲惟一的死刑或唯一的無期徒刑時。亦非刑法上之所謂狹義之累犯。無他。我國刑法爲加重累犯刑罰起見而有累犯之規定。後罪之法定刑爲唯一的死刑或唯一的無期徒刑時。無法加重其刑罰故也。例如某甲曾犯竊盜罪受有期徒刑之執行。復犯刑法第二百八十二條之殺人罪。審判官當然可以本刑法第六十五條第六十六條第一項之規定。在同法第二百八十二條所規定之死刑無期徒刑或十年以上有期徒刑之範圍內。加重本刑三分之一。處該犯人某甲以死刑無期徒刑或十三年四月以上二十年以下有期徒刑。若某甲受徒刑執行後又犯殺直系尊親屬罪時。審判官僅能依據刑法第二百八十三條之規定宣告死刑是。（刑法第二百八十三條規定殺直系尊親屬者處唯一的死刑死刑爲極刑不能於死刑之上再加等級故云）

又累犯以後罪係犯有期徒刑以上之罪即足以成立。前後兩罪之種類如何不問也。（前後兩罪種類相同者曰特別累犯而不然者曰普通累犯）前後兩罪之種類同否。僅足以爲加刑之輕重。於累犯構成之要件無關。

第五 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。

後罪與前罪發生累犯關係。僅有前罪應科徒刑之確定判決之一事爲未足。猶以行爲者實際上已受徒刑之執行或執行一部免除後而再犯者爲必要。無他。僅有刑之宣告。未受刑之執行。尙非刑之威力所能及。故有此規定也。或曰刑法第六十五條之所謂受有期徒刑之執行及再犯有期徒刑以上之罪云云。係指執行完畢以及執行一部免除後復行犯罪者而言乎。抑包含刑罰執行中之犯罪而言乎。曰各國立法例關於此點可分兩派。一爲法國派。以前罪應科徒刑之裁判確定後即足爲再犯加重之基礎。二爲德國派。以前罪受科徒刑之裁判確定後尤須執行完畢方可爲再犯加重之基礎。我國刑法採用德國派立法例。不認僅有裁判確定與刑罰全部免除爲加重基礎。故於第六十五條明定以執行爲累犯構成之要件。既不認刑罰全部爲累犯加重之基礎。是「受」之一字。必須解爲全部執行完畢或一部執行完畢。（執行一部而免除亦是執行完畢）而後不肯斯旨。觀其用「執行完畢」「一部之執行而免除後」文句愈足以

證明。若謂以有受徒刑執行之一事。即足爲異日加重之原因。是執行一日而再犯罪者。亦不得不以累犯論罪。執行一日之不能認爲有刑之威力。與全部免除不能認爲有刑之威力無以異。全部免除不足爲累犯加重之基礎。執行一日即足爲異日加重之原因。理論上殊不一貫。簡言之。我國刑法第六十五條之所謂「受」云云。係指全部執行完畢或一部執行完畢者而言。執行刑罰中之犯罪非刑法上之累犯。對於前罪亦不發生併合關係而爲一種獨立犯罪。

第六 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。

前罪與後罪發生累犯關係。僅有前罪徒刑執行完畢或執行一部而免除刑罰之一事爲未足。猶以後之犯罪日期距前罪之徒刑執行完畢日期或執行一部免除刑罰之日未滿五年者爲必要。有一犯人曾犯甲乙丙三罪。甲罪應科之徒刑已於六年前執行完畢。乙罪應科之徒刑已於三年前執行完畢。丙罪應科之徒刑僅執行一部。於二年前即已免除。今復犯丁罪。丁罪又係應科徒刑之罪。丁罪對於乙丙兩罪爲累犯。對於甲罪則不發生累犯關係。或曰再犯加重。乃立法

者希望犯罪人改惡遷善終身不再爲非故外國刑法有不於期間上設一定之制限。縱令後罪距執行完畢或執行一部而免除之日經過數十年。亦以之爲累犯而加重其刑罰者。我國刑法何不效法於是。曰累犯加重所以達特別預防之目的。犯人而受徒刑之執行不知悔改。出獄未久。仍復爲惡。斯誠社會之大慙。故加重其刑以罰之。至若受徒刑之執行執行完畢（包括全部執行完畢與一部執行完畢而言）逾五年之久而後犯罪者。足見該犯人惡性不深。前次所受之刑已著效驗。前刑既有效驗。科後罪以本刑。即足以達特別預防目的。何用加重爲。

第三款 累犯之處分

累犯之處分如何。各國立法例有三主義。第一爲變更刑罰種類之主義。即累犯所受之刑較之初犯所受之刑全異其種類者。例如法國刑法處累犯以流刑者是也。第二爲加重等級主義。加重等級又分兩種。第一種係應累犯之次數而遞加者。第二種則不區別再犯三犯以同一規定適用者。前者如我國舊刑律第十九條第二十條規定再犯之刑加本刑一等三犯以上者加本刑二等者是。後者如日本舊刑

法第九十八條規定三犯以上其加重與再犯之例相同者是。第三爲不變更刑罰種類之主義。即於刑期上定一最大限度。在此限度以內處罰累犯。例如日本現行刑法第五十七條規定累犯之刑就該罪所定長期懲役二倍以下之範圍內處罰之者是也。就以上三主義而評論之。變更刑罰種類之主義已爲歷史上之陳物。不適於近世之潮流。故第一主義未爲得當。加重等級主義。以明文規定再犯之刑。較之初犯加重一等。是亦不能無弊。誠以犯罪情狀千差萬別。有時處累犯以加一等之刑猶未足。有時處以本刑即足以達科刑之目的者。若不問累犯之惡性大小如何。一律加重一等。是又與刑事政策上特別預防之本旨不相容。不變更刑罰種類之主義。範圍廣大。一面對於惡性重大之累犯竭力從事預防。規定累犯刑期可達初犯長期刑之二倍。一面規定對於惡性輕微之累犯得與初犯同視。從輕處斷。司法官在此廣大範圍之法定刑內有應犯情適用刑罰之餘地。正合乎累犯預防之精神。但近世各國採用者甚少。我國現行刑法亦爲採加重等級主義中之第一種而規定者。惟別爲普通累犯與特別累犯而定加重處刑之輕重耳。觀刑法第六十六條第一項曰。累犯不同一之罪或左列不同款之罪一次者。加重本刑三分之一。

二次以上者。加重本刑二分之一。第二項曰。累犯同一之罪或左列同款之罪一次者。加重本刑二分之一。二次以上者。加重本刑一倍。

第一款 內亂罪、外患罪、妨害國交罪。

第二款 瀆職罪、妨害公務罪、妨害選舉罪、妨害秩序罪。

第三款 脫逃罪、藏匿犯人及湮滅證據罪、偽證及誣告罪。

第四款 公共危險罪。

第五款 偽造貨幣罪、偽造度量衡罪、偽造文書印文罪。

第六款 妨害風化罪、妨害婚姻及家庭罪。

第七款 褻瀆祀典及侵害墳墓屍體罪。

第八款 妨害農工商罪。

第九款 鴉片罪、賭博罪。

第十款 殺人罪、傷害罪、墮胎罪、遺棄罪。

第十一款 妨害自由罪、妨害名譽及信用罪、妨害秘密罪。

第十二款 竊盜罪、搶奪強盜及海盜罪、侵占罪、詐欺及背信罪、恐嚇罪、贓物罪、

毀棄損壞罪。

第六十六條第一項之規定。所謂普通累犯之處分也。普通累犯云者。即所犯之罪性質不同之謂。換言之。即所犯之前罪與後罪不同一或不同款也。例如某甲先犯鴉片罪。判處徒刑執行出獄後。又犯不同一種類之妨害自由罪。或某甲先犯公共危險罪。判處徒刑執行出獄後。又犯不同款（即右列刑法規定各款）之殺人罪。是同條第二項之規定。所謂特別累犯之處分也。特別累犯云者。即所犯之罪爲同一或類似者之謂。換言之。即所犯之前罪與後罪同一或同款也。例如某甲先犯殺人罪。判處徒刑執行出獄後。又犯同一種類之殺人罪。或某甲先犯殺人罪。判處徒刑執行出獄後。又犯同款（即右列刑法規定各款）之傷害罪。是普通累犯處罰輕。特別累犯處罰重。蓋以特別累犯惡性重大。非重懲不足以達特別預防之目的。故刑法有此分別之規定。所謂累犯二次以上者。即三四次以至於無數次累犯亦應包括在內。如遇有三四次累犯時。可任審判官自由裁奪酌量情形以所加重處罰之最重刑期宣告之可耳。

法律爲達特別預防之目的加重累犯之刑。已如上所述矣。惟是判決之際。因犯罪

人變更姓名以及其他原因致有不能知其爲累犯者。不知其爲累犯科以初犯之刑。而發覺於裁判確定之前。固得以上訴方法匡正之。若於裁判確定後始行發見。應如何設法救濟以達此特別預防之目的乎。曰處分裁判確定後所發見之累犯。因主義不同而立法例有異。重視裁判確定力謂裁判確定後之判決與法律有同一之效力不得輕易變更者。則採用不改判主義。謂惡性重大之累犯危及社會者。重且大而採用主觀主義者。則再開裁判更定其刑。我國刑法行其後者。以明文規定於第六十七條第一項曰。裁判確定後發覺爲累犯者。依前條之規定更定其刑。惟茲所謂裁判確定後發覺云云。無論在執行中或尙未執行皆包括在內。若執行完畢或免除執行而後發覺其爲累犯者。自不包括在內。此同條第二項所以又有前項之規定於執行完畢或免除後發覺者不適用之之規定也。

第五章 犯罪之種別

犯罪之種別甚夥。各國學者所用分類方法紛歧雜出。幾令人無所適從。茲就我人認爲必須分別者。詳加說明如左。

第一節 刑事犯與行政犯

刑事犯爲社會一般道義心所公認之犯罪。學者所謂自然犯罪者也。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之規定。行政犯則以犯人行爲之外形而規定刑罰者也。

第二節 現行犯與非現行犯

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

(一) 現行犯仍在犯所者。不問何人得不用拘票逕行逮捕之。非現行犯則否。傳喚非現行犯應用傳票。

(二) 犯罪在實施中或實施後卽時發覺者。或有下列情形之一者。均爲準現行犯。
(1) 被追呼爲犯人者。

(2) 於犯罪發覺後十四日內。持有兇器贓物或其他物件可疑爲該罪之犯人。或於身體衣服等處顯露犯罪之痕迹者。

(三) 現行犯仍在犯罪所在地者。雖非該管官吏亦可逮捕。但以處徒刑以上之刑者爲限。(前北京大理院二年上字第三七八號釋例)

(四) 拘役罰金之現行犯罪被告人姓名住址不明且有逃亡之虞者。該管官吏不得逕行拘攝。(前北京大理院二年上字第三七八號釋例)

第三節 國事犯與常事犯

因被害法益之有差異。政事犯與常事犯之區別以生。國事犯者。侵害一國政治上之秩序者也。國事犯爲政治犯之一種。卽狹義之政治犯。刑法第二編第一第二兩章所規定之犯罪皆是。其他一切犯罪曰常事犯。結合政治犯與常事犯而犯之者(即因政治犯致犯罪普通罪者)曰混合犯。國事犯與常事犯必須區別之者。其實益有二。(一) 國事犯須由高等法院管轄第一審。其他一切犯罪則由初級或地方法院管轄。此審判管轄有以異也。(二) 國事犯逃至外國。凡對於該犯人有處罰權之國家向犯罪人滯在國請求引渡時。被請求國以不應請求(不引渡)爲原則。

而常事犯則恆有因兩國會締結引渡條約。犯罪人所在地之國家須應請求國之請求。將該犯罪人引渡於請求國者。此犯罪引渡有不同也。

第四節 親告罪與非親告罪

因犯罪受損害者固得向官廳告訴。然此種告訴。不過被害人希望官廳提起訴訟之一種意思表示。爲檢察官搜查之端緒而已。非公訴機關提起訴訟之必要條件也。換言之。犯罪對國家而成立。檢察官知有犯罪之嫌疑者。應即偵查犯人及證據。依偵查所得之證據足認被告有犯罪嫌疑者。應以職權向管轄法院起訴。固不必問被害人或被害人之親屬之有無告訴也。惟是有關於家庭和平之犯罪（如親屬相盜）以及有關於關係人之名譽之犯罪（如通姦等罪）則不爾。此等犯罪被害人或其親屬往往欲維持一家和平保全一生名譽起見。隱忍而不告訴。若檢察官不問被害人之意思如何遽爾提起訴訟。法院傳集人衆赴院審問。將被害人所有不願宣布之事實悉行暴露。是使被害人於被害之外復蒙一大不利益。此種公訴之提起不僅不當且無必要。故法律對於此類犯罪設有親告之規定。以有被害人或其親屬之告訴爲檢察官提起公訴之條件。以親告爲起訴條件之犯罪爲

親告罪反是爲非親告罪

親告罪之告訴爲起訴條件。(即檢察官提起公訴之必要條件)非犯罪之成立要件。申言之。犯罪成立要件乃犯罪成立所不可缺之要件。如責任能力責任條件行爲之危險性行爲之違法性是。要件不備犯罪則不成立。至若親告罪之告訴則不然。親告罪者。犯罪已經成立。不有親告。則不能提起公訴者也。略取婦女。當略取婦女之際。其罪即已成立。有夫姦罪。實行通姦。罪即成立。不過在被害人與本夫往官廳告訴以前。檢察官之起訴權爲之停止耳。然則親告罪與非親告罪之區別。於刑事訴訟法上固有莫大之關係。而於實體法上則鮮實益。惟刑法爲適用上便宜起見。故特設規定耳。

親告罪與非親告罪之意義以及親告罪之性質。已如上所述矣。惟茲猶有待說明者。即親告權得繼承與否之一問題也。親告罪之告訴權可否由繼承人繼承。學說紛歧。有謂親告罪之告訴權不得爲繼承之目的物者。有謂侵害物質的法益之親告罪。繼承人即是被害人。繼承人爲主張自己權利。當然有告訴權。而於侵害無形法益之親告罪。則不能以該項親告罪之告訴權爲繼承之目的物者。謂繼承權利

被侵害繼承人即是被害人。因繼承權利當然有告訴權。（如刑法第三百四十一條第三百六十一條第三百六十八條之親告權是）而不得謂之爲繼承告訴權者。見解較爲正當。我人亦贊成是說。

至何種犯罪認爲親告罪。各國之立法例略有不同。要不外乎姦非及名譽被害之各種犯罪耳。而我國刑法之規定亦有關於財產者。茲就分則各條所規定之親告罪列舉於左。

（一）第一百二十二條及第一百二十六條之妨害國交罪。須外國政府之請求乃論。

（二）第二百四十條至第二百四十五條之妨害風化罪。須告訴乃論。

（三）第二百五十五條及第二百五十六條之妨害婚姻及家庭罪。須告訴乃論。（

第二百五十六條之有夫姦罪本夫縱容通姦者不得告訴）

（四）第二百九十三條及第三百零一條之傷害罪。須告訴乃論。

（五）第三百十五條及第三百二十條之妨害自由罪。須告訴乃論。（第三百十五條第一項之略誘結婚罪親屬告訴以不違反被略誘人之意思爲限）

(六) 第三百二十四條至第三百三十條之妨害名譽及信用罪。須告訴乃論。

(七) 第三百三十三條至第三百三十五條之妨害秘密罪。須告訴乃論。

(八) 對於親屬間犯第三百三十七條至第三百四十條之竊盜罪。須告訴乃論。

(九) 對於親屬間犯第三百五十六條至第三百六十條之侵占罪。須告訴乃論。

(十) 對於親屬間犯第三百六十三條至第三百六十七條之詐欺及背信罪。須告

訴乃論。

(十一) 第三百八十條第三百八十二條至第三百八十四條之毀棄損壞罪。須告

訴乃論。

第五節 身分犯與普通犯

以一定身分爲犯罪構成特別要件或加重減輕之要件者曰身分犯。如額外浮收罪以有公務員身分爲犯罪構成要件。遺棄罪以有扶養義務之身分爲犯罪構成要件。殺傷尊親屬罪、遺棄尊親屬罪、逮捕監禁尊親屬罪、以有卑幼身分爲構成要件。是皆所謂以身分構成犯罪之身分犯。他如累犯、中止犯、瘖啞人犯罪、未滿十六歲人犯罪、滿八十歲人犯罪等皆是。此外一般犯罪曰普通犯。

第六節 即成犯與繼續犯

犯罪達於實行之狀態後即同時消滅其行為者爲即成犯。一般之犯罪皆是。例如殺傷人者達於殺死或殺傷之狀態後其殺傷之行為即同時終了。又如脅迫罪侮辱罪。因加人以脅迫或侮辱而犯罪完成。此種犯罪既不以結果發生爲犯罪構成之要件。（形式犯）更無違法狀態繼續之足言。故謂爲即成犯。繼續犯者。犯罪達於實行之程度後更繼續其行為及狀態之謂也。例如私擅監禁人者於達到施以監禁之狀態即應認爲既遂。但既遂之後仍繼續其違法狀態。必俟解除被害人拘束之時方終了。故謂爲繼續犯。二者之區別於計算起訴權之時效極有關係。蓋即成犯之時效應從實行終了時起算。繼續犯之時效應從繼續行為及狀態終了時起算也。

第七節 集合犯與接續犯

有數個同種犯罪行為之存在或以爲該項犯罪行為之意思（即以實施數個同種犯罪行為爲目的）而爲之。法律合此數行為爲一個犯罪行為處斷者曰集合犯。集合犯大別爲三。其一營利的集合犯。其二職業的集合犯。其三慣行的集合犯。

是也。營利的集合犯云者。行爲者以繼續的獲收入之意思反覆爲同種類之行爲。或本此目的而開始爲此項行爲。因是而成立犯罪之謂。未受官廳允准私營醫業者。是其適例。職業的集合犯之成立條件與營利的集合犯無異。惟無營利的目的而已。以犯同一犯罪行爲之意思反覆爲之因而成立犯罪者曰慣行的集合犯。如賭博常業犯是。接續犯者。犯罪人就同一犯罪構成事實無間斷而反覆爲之者是也。例如犯罪人於同時同地數次加人以侮辱或數次毆打他人。致他人負有重傷數處。或於同時同地先竊金錢次竊珍物。再次竊取書籍者皆是。就外觀上言之。侮辱他人數次應構成數個獨立的侮辱罪。毆傷他人數次應構成數個獨立的傷害罪。竊取金錢竊取珍物竊取書籍應構成三個竊盜罪。然法律對於此項犯罪。不認爲有數個獨立的犯罪行爲。而以此項行爲爲一個犯罪行爲。無他。行爲者接續所爲之各行爲。其間有不可分離之密接關係存在。此法律所以合此各行爲爲一體。而以此項行爲爲一個犯罪行爲也。

第六章 犯罪之時及場所

犯罪構成事實有因行爲與結果相合而成立者。有不以結果發生爲要件之犯罪

構成事實者。（如形式犯）不以結果發生爲要件之犯罪構成事實。自不發生時及場所之問題。合行爲結果爲一體所成立之犯罪構成事實。犯罪行爲犯罪結果而又於同時同場所發生時。亦無疑問發生。惟以行爲結果相合爲犯罪成立要件之犯罪構成事實。而行爲與結果又不發生於同時同場所。夫而後對於犯罪之時及場所所有研究之必要。學者名此行爲與結果不發生於同時同場所之犯罪曰「隙犯」。隙犯者。合隙時犯（犯罪人於甲時有一定之行爲而於乙時發生犯罪結果者）隙地犯（犯罪人於甲地爲一定行爲而其結果發生於乙地者）二者而總稱之者也。

關於隙犯之時及場所所以有研究之必要者。於刑法刑事訴訟法上之適用有重大之關係故也。就犯罪之時言之。行爲者行爲當時尙未達刑事責任年齡（十三歲）而其結果發生於已屆責任年齡以後。（已滿十三歲）應以行爲當時爲犯罪之時不加處罰乎。抑以結果發生之時爲犯罪之時應使之負刑事上之責任乎。公訴時效以何時爲起算點乎。行爲在舊法施行時代而其結果發生於新法實施以後。應以何時爲犯罪成立之時期乎。就犯罪場所言之。犯罪人於甲場所爲一

定行爲而其結果發生於乙場所。以何處法院有管轄權乎。在外國有一定之行爲而其結果在民國領域內。或行爲在民國領域內而其結果發生於民國領域外者。應以何國爲犯罪場所乎。關於此學說紛歧。莫衷一是。約之有四種主義。其一行爲主義。其二結果主義。其三中間現象主義。其四行爲結果主義是也。試分別說明於左。

(一)行爲主義說。此說謂行爲者之支配力不能及於結果發生之時與結果發生之場所。故應以行爲之時及場所定犯罪時及場所之標準。因其專以行爲之時及場所爲標準也。所以名之爲行爲主義。以其置重於行爲者行爲之當時與當場也。又名此曰所在地主義。

(二)結果主義說。其說曰。僅有行爲不能知其爲何種犯罪。欲知其爲何種犯罪。非俟結果發生則無由決定。此所以僅能以結果發生之時及場所爲犯罪之時及場所也。英人某在香港被人毆打。負重傷來我國。抵滬而死。犯罪之時及場所爲上海而非香港。此說專著眼於結果而立論。故名之曰結果主義。

(三)中間現象主義說。此說以合行爲結果爲一體所成立之犯罪構成事實。因

行爲而發生結果也。其中常有種種中間現象存在。以殺人罪言之。先有殺人之行爲。因殺人行爲直接發生被害人負重傷之結果。因重傷而致被害人於死。重傷卽行爲死亡間之中間現象。詐欺取財罪亦然。欺罔被害人使被害人發生錯誤。因錯誤而交付財物。此錯誤卽欺罔交付財物間之中間現象。又犯罪實行有不因行爲者之行爲而由於該行爲所發生之力量者。此項力量亦卽行爲結果間之中間現象。（例如作成毀損他人名譽之文書投諸郵筒再由信使投遞非行爲者自身之行爲而爲作成行爲所發生之力量作用因此項力量作用而實行毀損他人之名譽此項力量作用「信使投遞」卽是中間現象）因行爲結果間有此一種中間現象。故應以中間現象之時及場所爲犯罪之時及場所。此說以中間現象之時及場所爲犯罪之時及場所。故名之曰中間現象主義。又曰中間效力主義。因其又以從行爲所生之力量作用爲中間現象。以此項中間現象之時及場所爲犯罪之時及場所也。故又名之曰器械主義。

（四）行爲結果主義說。行爲之時及場所中間現象之時及場所。以及結果發生之時及場所。均爲犯罪之時及場所。是爲行爲結果主義。有一家居巴黎之法國

人甲以騙取乙某金錢之目的。在巴黎作書一函。記載虛偽事項。郵寄留滯北京之美國人乙以欺罔之。因此欺罔而陷乙某於錯誤。乙某發生錯誤後。乃函告紐約代理人丙。(乙之代理人)令其向駐在紐約之甲某代理人丁交付金錢一萬元。自巴黎迄紐約(巴黎郵信經過地北京紐約)皆為本罪之時及場所。因其以行爲之時及場所中間現象之時及場所結果發生之時及場所為犯罪之時及場所也。故又名之曰折衷主義。混同主義。

就上列諸說觀之。均以犯罪時及犯罪場所兩問題合併研究。以犯罪時及犯罪場所合併研究。實益毫無。徒滋混淆。故我人分別說明犯罪時及犯罪場所應適用之標準。主張犯罪時採行爲主義。犯罪場所則採折衷主義為適當也。茲分述主張之理由於次。

(甲)犯罪時應採行爲主義之理由。刑法規定勿殺勿盜勿傷人勿放火者。即禁止人民為此項行爲示人以準則也。行爲者於行爲實行之際違背此項準則。斯為犯罪。是知定犯罪時之標準。舍依行爲主義外實無他途。以行爲之時為犯罪之時。得有下列結論。(一)行爲當時未滿十三歲。而其結果發生於十三歲以後

者不罰。(二)公訴時效期限自犯罪行為完畢之日起算。(三)舊法時代所爲之不罰行爲。而其結果發生於新法時代。卽令新法中明定罰條亦不處罰。

犯罪之時應取行爲主義說。已如上述。茲將結果主義說中間現象主義說行爲結果主義說之不當。分別評論於下。以證明有以行爲之時爲犯罪時之必要。結果主義說謂罪名因結果而定。故應以結果之時爲犯罪之時。以結果之時爲犯罪之時。是行爲者於舊法實施當時所爲之不罰行爲。(卽該項行爲爲行爲當時所不罰之行爲)因該行爲之結果發生於新法實施之後。適新法又有處罰該行爲之規定。以適用結果主義故又不得不令行爲者負刑事上之責任矣。又行爲者爲該項行爲之當時尙未達刑事責任年齡。(十三歲)而其結果發生於十三歲之後。以及行爲者於心神喪失中發送爆發物。迨爆發物到達後被害人遇害之際心神頓復常態者。亦同有此結論。若然。是之謂僅罰結果而不罰行爲。謂刑法罰結果而不罰行爲。有背立法之精神。此結果主義說之所以不足採也。中間現象主義說。以行爲中間現象發生之時爲犯罪之時。是亦不當。何則。使行爲者爲該行爲之當時有責任能力。而於中間現象發生之時喪失此項能力。

或於中間現象發生之前行爲者早已死亡。是該項犯罪又成爲無能力後之行爲矣。又成爲行爲者死亡後之行爲矣。死亡後復有行爲。責任能力人所爲之行爲而能變爲無能力人之行爲。殊屬奇離。至行爲結果主義說。以行爲之時中間現象發生之時結果發生之時爲犯罪之時。是所謂並結果主義中間現象主義之缺點而有之。其不足據爲適用之標準也當毋待言。

我人主張以行爲之時爲犯罪之時。已如上述。惟是適用行爲主義說有亟待說明者。即繼續犯連續犯結合犯共犯不作爲犯等。應以何時爲犯罪之時是也。試分述於左。

(1) 繼續犯之犯罪時。自實行犯罪以迄繼續其犯罪之實行終結。是爲繼續犯之行爲。自實行以至繼續實行之終結。是爲行爲之時。此行爲之時卽是犯罪之時。(例如行爲者逮捕人共乘汽車自上海至南京過蘇州發覺釋放之從逮捕之時以至釋放之時是爲行爲之時是)若自實行以至繼續實行之終結。其中有法律之變更時。從新法處斷。

(2) 連續犯之犯罪時。以獨立可以致罪之犯罪行爲反覆爲之而成立一個

犯罪者曰連續犯。連續犯各行爲之時即爲連續犯全體行爲之時。此全體行爲之時即是犯罪之時。全體行爲之中一部分行爲行諸舊法時代。一部分行爲行諸新法實施以後時。以之爲新法時代所爲之行爲。從新法處斷。

(3) 結合犯之犯罪時。法律將數個獨立可以致罪之犯罪行爲合爲一體。令其成爲一個犯罪者曰結合犯。結合犯各行爲之時。是爲行爲之時。此行爲之時。即是犯罪之時。例如甲時加人以脅迫。乙時奪取財物。甲乙二時均爲強盜罪之犯罪時是。

(4) 共犯之犯罪時。共犯有三。其一共同正犯。其二教唆犯。其三從犯是也。數人共同實施犯罪之行爲。或於他人實施犯罪行爲之際予以助力者曰共同正犯。各共同正犯所爲行爲之時。是爲共同正犯之犯罪時。自無說明之必要。茲所欲言者。即教唆犯從犯之犯罪時是也。教唆犯從犯之犯罪時。因學說不同而異其結論。客觀說學者謂造意犯從犯從屬於正犯而成立。正犯所爲行爲之時。是教唆犯從犯之犯罪時。我人採主觀說不認犯罪之中有所謂從屬犯。正犯行爲之於教唆犯從犯乃一種中間現象。故主張以教唆犯從犯所爲

女在上海通姦一次復攜乙女至南京又續姦數次。上海南京兩處法院皆有管轄權是。

(3) 結合犯之犯罪場所。結合犯之各行爲與結果地。是爲結合犯之犯罪場所。例如行爲者於甲場所欺罔他人。於乙場所騙取財物。甲地乙地皆爲詐欺取財罪之場所是。

(4) 共犯之犯罪場所。各共同正犯所爲行爲之地。是爲共同正犯之犯罪場所。固無若何問題發生。至若教唆犯從犯之犯罪場所如何。曰教唆犯從犯之犯罪場所因學說不同而異其結論。彼主張教唆犯從犯有從屬性者。謂正犯之犯罪地即爲教唆犯從犯之犯罪場所。我不認教唆犯從犯有從屬性。對於共犯之犯罪場所又適用折衷主義。故主張以教唆犯之教唆行爲地從犯之幫助行爲地正犯之實行行爲地犯罪結果發生地。均爲教唆犯從犯之犯罪場所。

(5) 不作爲犯之犯罪場所。不作爲犯之犯罪場所。以行爲者應履行法律上之義務得爲一定行爲之地爲標準。得爲一定行爲之地。有依法律定之者。有

規定「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」者。是即標明適用本主義之趣旨。又犯罪場所云云。係指犯罪實行場所而言。犯罪尙未開始實行之一切行爲地。（預備行爲地）以及犯罪實行完畢後之行爲地。（事後行爲地）非茲所謂行爲地。

犯罪場所應採折衷主義。以此主義適用於繼續犯連續犯結合犯共犯不作爲犯之上。其結果如左。

（1）繼續犯之犯罪場所。同一犯罪行爲。自實行犯罪以迄犯罪之實行終結。有於數個場所之上繼續行之者。於數個場所之上繼續實行其犯罪時。此數個場所即爲犯罪之場所。例如行爲者逮捕人共乘汽車自上海至南京過蘇州發覺釋放之。自上海至蘇州均爲犯罪場所。上海嘉定崑山吳縣各地法院皆有管轄權。

（2）連續犯之犯罪場所。連續犯之各行爲地與結果地即爲連續犯全體行爲結果之地。此全體行爲結果之地。是爲連續犯之犯罪場所。例如甲男與乙

女在上海通姦一次。復攜乙女至南京又續姦數次。上海南京兩處法院皆有管轄權是。

(3) 結合犯之犯罪場所。結合犯之各行爲與結果地。是爲結合犯之犯罪場所。例如行爲者於甲場所欺罔他人。於乙場所騙取財物。甲地乙地皆爲詐欺取財罪之場所是。

(4) 共犯之犯罪場所。各共同正犯所爲行爲之地。是爲共同正犯之犯罪場所。固無若何問題發生。至若教唆犯從犯之犯罪場所如何。曰教唆犯從犯之犯罪場所因學說不同而異其結論。彼主張教唆犯從犯有從屬性者。謂正犯之犯罪地即爲教唆犯從犯之犯罪場所。我不認教唆犯從犯有從屬性。對於共犯之犯罪場所又適用折衷主義。故主張以教唆犯之教唆行爲地從犯之幫助行爲地正犯之實行行爲地犯罪結果發生地。均爲教唆犯從犯之犯罪場所。

(5) 不作爲犯之犯罪場所。不作爲犯之犯罪場所。以行爲者應履行法律上之義務得爲一定行爲之地爲標準。得爲一定行爲之地。有依法律定之者。有

依行爲義務之性質而定之者。據行爲義務之性質而定行爲地時。非研究各該犯罪之性質。則無由說明。

第三編 刑罰論

第一章 刑罰之觀念

第一節 刑罰之意義

舉凡以公法上之制裁加諸違法行為者曰罰。罰之種類甚夥。大別有懲戒罰秩序罰強制罰數種。刑罰不過罰之一種耳。茲述刑罰之意義如左。

刑罰者。國家爲制裁私人之違犯刑法者而剝奪其法益一種法律上之效果也。今分析此定義而說明之。

第一刑罰者爲國家對於私人所加之制裁也。私人對於私人之行為。或國家對於國家之行為。皆爲有關係之行為也。其行為有時且含有制裁之性質。如私人間之報復行為。國際間之戰爭行為是。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。

第二刑罰者爲對於違犯刑法者之制裁也。國家於法律上所規定之制裁方法有數種。有關於民事者。如強制執行是。固不得謂之刑罰。即關於行政上之懲戒

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。

第三刑罰者爲對於犯人所加之制裁也。古代之刑罰不僅加於犯人。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。第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。惟對於體刑則現已廢除矣。

第五刑罰者法律上之效果也。舊派謂犯罪爲刑之原因。刑罰爲罪之結果。新派對此力持異議。主張犯罪爲刑之條件。刑罰乃犯罪在法律上所得之效果。故曰刑罰者法律上之效果也。

第二節 刑罰之目的

刑罰以消滅犯罪爲其目的者也。國家對於犯人科刑之主義應隨時代而變遷。於

其種類及適用之方針。亦應隨其主義以爲轉移。即所謂原理原則者。不過爲一時代之產物耳。不必受其拘束。然從犯人及社會與被害者各方面而觀察之。其觀念各有不同。試說明其梗概於左。

第一 就犯罪人方面觀察刑罰之作用

刑罰所以預防犯罪人之異日再犯也。稱此刑罰作用曰特別的預防。特別的預防又得分之爲二。

(一) 社會的適合。

社會的適合者。謂刑法爲矯正犯罪人之惡性。而使犯罪人之性格適合於社會的生存之作用也。其使之適合之手段。又可分爲三種。(1)匡正手段。即養成犯罪者以遵守社會紀律之習慣而不致再犯。(2)教育手段。即授犯罪者以技藝。俾令在社會上能營獨立之生活而不肯再犯。(3)懲戒手段。即使犯罪者知刑罰之可懼可畏而不敢再犯。此皆對於其惡性尙有改善之希望者所施之種種方法也。若其惡性甚深。全無改善之希望時。則不能不用社會的隔離矣。

(二) 社會的隔離。

社會的隔離者。使犯罪者永遠不許在社會上與人相交接也。如死刑及無期徒刑皆為隔離社會之刑罰。但被處無期徒刑者若至某時期而能改悔時。亦能許其假釋或赦免。則於隔離之中尚含有適合之性質焉。

第二 就社會方面觀察刑罰之作用。

加刑罰於犯罪人。所以警戒社會中之一般民衆。使一般民衆望刑生畏。藉為嚴鑒。竊盜被捕入獄。人皆曰某某為盜。繫身囹圄。吾儕慎勿為此。否則將步某某之後塵。嘗鐵窗風味。寧不可懼。見殺人者處死刑。胥相率以不殺人為戒。人見處賭博者以罰金。咸不敢呼盧喝雉。以身試法。舉凡一切刑罰作用。莫非預防世人犯罪。藉以達防衛社會之目的者也。名此曰一般的預防。

第三 就被害人方面觀察刑罰之作用。

被害人之法益受侵害。刑罰不得忽視。處罰犯人與被害人以精神上之滿足。亦所以慰藉被害人之一道也。

以上三種皆為刑罰之目的。古代刑法專重被害者一方面。故取報復主義。近世則

以剝奪犯人之法益爲防衛社會之將來。故取人格主義。蓋謂對於被害者方面自有損害之賠償。對於社會方面自有警察之預防。刑罰當以特別預防爲其目的。專注重於犯人方面。以社會的適合爲其主眼。而一般的預防及被害者之滿足。不過爲其反射之效果而已。

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

(一) 刑罰應否以法令預定之。此問題前已於第一編緒論中論及之。在昔採用擅斷主義。何者應科刑罰及其科刑之輕重。皆由審判官自由決定。不必有法令以爲之限制。而近世則採罪刑法定主義。不過予審判官以自由裁量之範圍耳。然或者謂既以社會的適合爲近世刑罰之目的。則不應預以法令定其刑罰之種類及輕重。庶能由審判官自由施以適合之刑罰。其收效較易也。

(二) 刑罰之宣告及執行應否公開。昔時審理採用擅斷主義。不定公開。而執行則採用威嚇主義。必使社會一般不易於聞見。於死刑則梟首示衆。所謂戮諸市朝者是也。今則審理完全公開。而執行死刑則於監獄中祕密行之。由於捨棄威

嚇主義之結果也。

(三) 刑罰應否平等。吾國昔日盛行階級制度。謂刑不上大夫。禮不下庶人。故因人之地位階級而刑罰之適用每有不同。近則國內民族平等。一律受平等之訴追。無復階級之歧異。固爲最公平之道。然若採用人格主義。則雖無階級之分。要不可無對人之問題。又不可一概而論之也。

第三節 刑罰之主體

刑罰之主體以犯罪人爲原則。固不若古代刑法之罪及妻孥刑及九族也。惟對此原則尙有例外。卽特別法中有規定就他人所爲之行爲而由自己負刑事上之責任者是也。茲略述於次。

特別法中規定就他人所爲之行爲由自己負刑責者甚夥。略舉一二以概其餘。管理藥商章程第二十六條曰。藥商之店夥或雇人。違反本章程時。由藥商任其責。同章程第二十七條曰。違犯本章程。有應受刑律科罪者。得仍依刑律各本條處斷。鑛業條例第一百零五條曰。鑛業權者於其代理人雇人及其他之從業者。關於業務違犯本條例時。不得以非出己意免本法之處罰。雇人店夥違反管理藥商章程。由

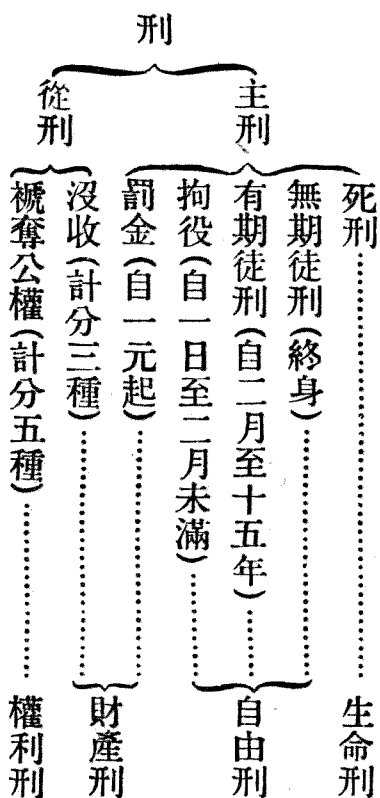
藥商任責。鑛業權人之代理人雇人其他從業者。違犯鑛業條例之規定。由鑛業權人負責。是皆就他人所爲之行爲而負擔刑事上之責任者也。又法人在特別法令中所負之刑責亦然。鑛業條例第三條。有中華民國人民或依中華民國法律成立之法人。得依本條例取得鑛業權之規定。第一百零五條又規定鑛業權人之代理人等。關於業務違反鑛業條例時。由鑛業權人負責。使取得鑛業權之法人因其代理人等違犯鑛業條例。致受刑法上之制裁。是亦所謂就他人所爲之行爲而負擔刑事上之責任者也。

第二章 刑罰之種類

刑罰之種類古今中外各有不同。除各國刑罰種類屬於比較刑法範圍外。我國刑法。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。舊刑律則分爲主刑及從刑。現行刑法因之未改。

犯罪有單科一種刑罰者。有同一犯罪同時可得科數種刑罰者。同一犯罪同時科數種刑罰又分爲二。其一得以該項刑罰獨立的加諸犯人者。主刑是也。其二附隨於其他刑罰而處罰犯人者。從刑是也。主刑從刑之區別。因法律規定之結果而有

此。非由來於刑罰之本來性質。是故同一刑罰。有此國明定其為主刑而他國又以明文規定其為從刑者。（如我國刑法以罰金為主刑日本舊刑法以罰金為主刑同時又規定罰金為從刑是）我國刑法規定主刑五種。從刑二種。曰死刑。曰無期徒刑。曰有期徒刑。曰拘役。曰罰金。乃主刑之類別。曰沒收。曰褫奪公權。乃從刑之類別。死刑為剝奪犯人生命之極度刑罰。故又曰生命刑。無期徒刑有期徒刑拘役均以束縛犯人自由為目的。故又曰自由刑。罰金沒收之主旨在於剝奪犯罪人之財產。故又曰財刑產。褫奪公權乃剝奪犯人之榮譽或加以以制限之一種刑罰。故又曰權利刑。茲各依其性質列表於左。以明刑罰之類別。



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。（刑法第四十九條第一款）在適用威嚇主義之時期。於刑罰中以死刑視爲最有效力。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。（同法第一百二十一條第一項）強姦故意殺被害人罪。（同法第二百四十條第六項）殺直系尊親屬罪。（同法第二百八十三條第一項）預謀殘忍殺人罪。（同法第二百八十四條）意圖爲自己或第三人不法之所有搶奪他人所有物而故意殺人罪。（同法第三百四十五條）強盜故意殺人罪。（同法第三百五十條）海盜致人於死罪。（同法第三百五十二條第三項）犯海盜而有放火強姦故意殺人者罪。（同法第三百五十三條）擄人勒贖故意殺被害人罪。（同法第三百七十二條第一項）是。後者如以暴動犯內亂首謀罪。（同法第一百零四條第一項）通謀外國政府或其派遣之人意圖使該國或他國對於民國開戰端罪。（同法第一百零七條第一項）民國人民在敵軍執役或與敵國抵抗民國或其同盟國罪。（同法第

一百零九條第一項) 在與外國開戰或將開戰期內以軍事利益供敵國或以軍事不利益害民國或其同盟國而有左列情形一之外患罪。(同法第一百十一條第一項) 顛覆或破壞現有人所在之火車電車或其他行駛水陸空之舟車致人於死罪。(同法第一百九十七條第二項) 強姦致被害人於死罪。(同法第二百四十條第四項) 殺旁系尊親屬罪。(同法第二百八十三條第二項) 犯殺人罪而有本條左列情形之一罪。(同法第二百八十五條第一項) 強盜致人於死罪。(同法第三百四十六條第三項) 犯強盜罪而有放火或強姦之罪。(同法第三百四十九條) 海盜致人重傷罪。(同法第三百五十二條第三項) 擄人勒贖致被害人於死罪。(同法第三百七十一條第二項) 擄人勒贖強姦被害人罪。(同法第三百七十二條第二項) 通謀外國或其派遣之人意圖使民國領域屬於該國或他國罪。(同法第一百零八條第一項) 對於婦女乘其心神喪失或其他相類之情形不能抗拒而姦淫或對於男女乘其心神喪失或其他相類之情形不能抗拒爲猥褻之行為致被害人於死罪。(同法第二百四十二條第三項) 殺人罪。(同法第二百八十二條) 當場激於義憤而傷害尊親屬罪。(同法第二百九十

八條第一項（海盜罪（同法第三百五十二條第一項）皆是也。

死刑行之最古。無國無之。洎乎博愛時代。一般人民之智識學問大有進步。因智識學問之進步而促個人之覺悟。自個人覺悟而有個人主義之勃興。於是一般主張廢止死刑之學者相繼輩出。如畢葉克黎阿（Beccaria）孫林葉爾斯（Sonnenschein）等。爲主張此論之尤者也。此論一出。反對者即攘臂而起。持死刑留存論以相抗。持死刑留存論者有孟德斯鳩（Montesquieu）盧梭（Rousseau）康德（Kant）諸氏。而死刑之應否存廢。竟成爲久懸而未能決之大問題矣。茲將兩派所主張之理由分別說明其概要於左。

第一 死刑廢止論

主張死刑廢止論者約有六說。分述於下。（1）人之生命受之於神。神既與之。不得從而絕滅之。此死刑之所以必須廢止者也。（2）原始時代之人類無日不在戰爭狀態之中。厥後人皆厭惡戰爭而渴望和平。各自就天賦自由之權利中割讓一部以契約委託代理人。（即主權者）使代理人任保護自己利益之責。於是主權者本此社會契約而有處罰違反契約者之權力。然則犧牲個人之大

利益而至於絕人生命。不可謂非與社會契約之本旨不相容。(3)死刑無等級之別。行爲有輕重之分。對於有輕重可分之行爲施以無等級之刑罰。有失罪刑之權衡。(4)世事無窮。人智有限。縱令審判官明察秋毫。亦難保其判決不有錯誤。因判決錯誤而殺無辜。是所謂司法殺人無法救濟。死刑既不若其他刑罰之有恢復性。此死刑所以無留存之必要也。(5)死刑之於社會一般民衆不見若何之威嚇力。既不能收威嚇一般民衆之效。自無預防世人犯罪之實益。一國不有死刑又何傷。(6)刑罰所以預防犯罪人之再犯罪者也。預防犯人犯罪。有社會的適合與社會的隔離二種。就社會的適合言之。死刑之爲贅疣固無待論。卽就社會的隔離言之。亦無用死刑之必要。無他。使犯罪人隔離社會之方法甚多。死刑而外尙有監獄。終身禁之於獄中。卽足以達隔離之目的。無俟乎有此殺戮也。且也人縱犯罪。留而不殺。久之或可改過遷善成爲良民。若遽置之於死地。是所謂阻其自新之路矣。然則死刑不廢。又可謂與文明國刑事政策之所要求者相背馳。

日本岡朝太郎博士亦爲主張廢止死刑之有力者。(岡田於前清末季曾任

我國法律館調查員舊刑律多出其手。其說曰。徧觀寰宇。廢止死刑之國實屬不少。所有未廢止者。大部沿其名而不見諸實用。大勢所趨。死刑之將絕跡世界。可斷言矣。國中學者每以死刑廢止犯罪即不易消滅爲慮。試問死刑不廢遂能消滅犯罪乎。夫欲犯罪之消滅。須先考究犯罪之原因。若不問犯罪原因何在。徒知以嚴刑峻罰爲消滅犯罪之工具。無怪乎秦法誅及偶語。草澤尙有勝廣之徒。漢文令除肉刑。斷獄幾臻刑措之治。是知犯罪之消滅。不在科犯罪人以極刑。而在講求預防犯罪之方法。預防犯罪之方法有二。一爲一般的方法。一爲特別的方法。一般的方法維何。曰普及教育增進人民之財力是也。先賢有言曰。衣食足而知榮辱。是知衣食不足。實爲犯罪之一大原因。衣食不足由於財力不裕。此預防之法所以首在增進人民之財力。犯罪之人多係不有謀生技能之徒。不有謀生技能。悉由於智識之缺乏。是缺乏相當智識。又爲犯罪之一大原因。所以普及教育。亦即預防犯罪之良策。此外警察改良。檢察方法改良。審判方法改良。監獄改良。免囚保護一切特別的方法均不可忽視。蓋犯罪人犯罪。非不畏刑罰也。特冀其所犯之罪不發覺。故敢以身試法耳。設警察搜索犯罪檢察機關檢舉犯罪

果能各盡其職。吾恐犯人雖多。當不見有漏網者矣。犯罪而無漏網。犯罪不發覺之希望自絕。犯人不見有犯罪不發覺之希望。犯罪即因之消滅於無形。大清律例規定強盜得財者斬刑。非不重也。刑罰如此其重。宜乎中國之強盜可以絕跡矣。然東省馬賊結隊成羣。橫行如故。而毫無忌憚者何耶。曰非強盜不畏死也。爲其有漏網之希望故爾爾也。日本刑法不有強盜皆死之條。而犯盜罪者甚少。豈日本強盜懦於中國之馬賊乎。以警察能盡厥職責。強盜不有僥倖之念。而斂手自伏耳。審判改良亦爲不可緩之急務。清律規定官吏犯贓從重處罰。而官吏不因此而生畏。且有屬被彈劾而安位如故者。有幾經審判而仍無頭緒者。是皆審判不良之故。誠若是即令死刑不廢亦等於無。奚補焉。若夫監獄之湫溢污穢。犯人一入其中。其遷善之念即因之而汨沒。出獄以後。動輒有犯罪之虞。是監獄改良亦爲消滅犯罪之道。總之不於刑法以外求種種預防犯罪之方法。獨恃死刑爲消滅犯罪之工具。正所謂不揣其本而齊其末。安能有濟云云。（見汪輯刑律

總則筆記）

第二 死刑留存論。

主張死刑留存論者其理由有三。(1)死刑者以人之意思剝奪人之生命者也。刑法中而有死刑之規定。人之壽命因而時有被人剝奪之危險。人見刑法中有剝奪生命之條。咸不敢爲非作惡以身試法。致得善其終。然則對於罪大惡極之犯人加以死刑。正所以收威嚇世人之效。(2)有死刑而不知恐怖。猶敢於嘗試者。正是其重大惡性之表現。對於惡性重大之人。惟有使之與世長離。藉以維持社會之秩序。是死刑之用亦有所不得已也。(3)死刑之用。在使其人不復出現於社會也。僅欲使之不復出現於社會。終其身置之於獄可也。何必置之死地而後快乎。曰終身置之於獄。既有越獄之虞。復多食料之費。爲社會除害惡。爲國庫輕負擔。均有用死刑之必要也。

日本大場茂馬博士亦力言死刑有留存之必要。其說曰。刑罰者害惡也。刑罰中之死刑。害惡之大者也。因其害惡之大。即據此爲廢止死刑之理由。是不可也。刑法所以得貫徹保護利益之目的者。賴有保持刑法威嚴之刑罰在耳。刑法所以得爲人類之強制準則。使人人遵守此項規定。而不敢違背者。亦賴有刑罰在耳。刑罰之輕重。須以犯罪之重大輕微爲準據。對於重大之犯罪處以重大之刑罰。

乃確乎不易之理。否則刑法之威力減少。刑法之強制力不速。此鎮壓大惡不道之極大犯罪最足以收威嚇之效果者。莫如生命刑。如將死刑廢止。勢必至對於洩私憤、弑元首、恣私慾、殺害嚴父、一切大逆不道之人悉以自由刑處罰之。若然是又與貫徹刑法振作風教維持秩序保護利益之目的相背馳。死刑之不可廢止者以此。學者每謂刑法之威力與刑法之強制力依犯罪必罰主義得以保持。所謂依犯罪必罰主義即能保持刑法之威力與刑法之強制力者。意謂對於犯罪之人祇須無漏網有處罰斯可耳。至於處罰之輕重。固與刑法威力刑法強制力之保持無關也。雖然。是不過有片面的理由而已。實則欲使刑法威力與刑法強制力之充實以貫徹刑法之目的。必須具備（一）貫徹犯罪必罰之主旨（二）犯罪與刑罰得其權衡之二條件而後可。僅有犯罪必罰之一事猶未足也。即就犯罪必罰之一事言之。亦頗困難。文明各國制度固是完備。然而實際上所能檢舉處罰之犯罪僅及半數。是則所謂犯罪必罰者亦不可必。以此不可恃之犯罪必罰為廢止死刑之基礎。其論據真可謂薄弱也已云云。（見大場茂馬著刑法總論下卷）

我國舊刑律原案補箋。對於不廢死刑之理由列有三種。一曰法理。刑罰如藥石。罪犯如治病。醫之用藥。非審其病質與藥力。則藥無效而病不得瘳。故潰爛之癰疽。非尋常藥力所能奏效者。則割去之。死刑之加於犯罪。亦猶刀割之加於癰疽。定其適用之標準。顧有二端。曰大惡。曰不治。倘對此大惡不治之犯。不加以絕對淘汰之刑。豈國家刑期無刑之意哉。二曰歷史。國家當改革之秋。沿歷史之舊固不可。不審有所當存者亦不可。我國自有歷史以來。倫理之重未嘗或變。使一旦廢止死刑。則對於干犯倫紀者。裁判必多窒礙也。三曰社會心理。我國用死刑相沿已久。使一旦廢之。其影響必及乎社會心理。兇惡之徒必玩其刑輕而肆無忌憚。良民必駭其不情。愈滋權利侵害之懼矣。

就以上二說而評論之。死刑留存論者謂死刑有威嚇世人之效。維持社會秩序非死刑不爲功。妨止犯人越獄節省經費亦有用死刑之必要。我人以爲（一）藉死刑威嚇世人與今世刑法注重特別預防之本旨不相容。（二）維持社會秩序。防衛社會利益。無期徒刑亦能有濟。毋須有此殺戮也。（三）司獄官隨時考察犯罪人在獄情狀。如有後悔實據並經過一定之法定期間。儘可呈報司法部許其假釋出獄。是

國家虛糜養費一層當無足慮。(四)文明國監獄牢固。看守嚴密。監禁人脫逃之事實所罕見。彼所謂越獄堪虞云云。是亦不過杞人憂天而已。然則死刑留存論者所據爲死刑不可廢止之理由。所謂不攻而自破矣。至死刑廢止論之第一說以虛無縹緲之神爲死刑廢止之根據。與近世之潮流相背馳。即退一步言之。彼所謂人之生命受之於神云云。信不虛縵。然則爲宗教而戰而至於殺人盈野殺人盈城又數見不鮮矣。以刑罰殺人固爲不當。以戰爭殺人又烏乎當。此所以本宗教上之理由而欲說明死刑之不宜留存。未見其可也。社會契約之說已成爲歷史上之遺物。本此而爲廢止死刑之說明。不待智者而知其謬。死刑固無等級之分。審判官下判決固不能保其必無錯誤致殺無辜。殺無辜固無法恢復。然刑事訴訟法設有上訴再審之規定。依此項規定可資救濟。是則無等級以及無恢復性二事又不足爲廢止死刑之根據。惟論者所謂死刑無威嚇一般民衆之效。死刑與文明國刑事政策之所要求者相背馳者云云。則大有可採。然則死刑廢止論者所持爲廢止死刑之理由。僅以第五第六兩說爲正當。故該項主張亦最有力。

環顧世界各國主張死刑廢止之最盛者莫如意大利。意大利自國權統一後。即從

事於編纂法律事業一八六五年以降。民法民事訴訟法刑事訴訟法之編纂相繼告成。惟刑法則以死刑廢止論與死刑留存論之相持不下。故未能制定。一八八九年刑法典成。翌年實施。將死刑廢止。然自暗殺墨索里尼的密謀發見後。又立即恢復死刑法。荷蘭那威葡萄牙羅馬尼亞亞孫馬里落奧地利北美合衆國之密執安威士康新羅托愛蘭托哥倫比亞諸州。以及南美之瓜地馬拉尼加拉瓜哥斯德黎加瑞士各邦中之夫藜布烏爾列邪阿鐵爾格列日等國均已廢止死刑。他如瑞士各邦中之烏藜亞賓宿爾沙克爾達拿列斯鄒藜布留塞爾列鄒克等邦均廢而復設。德意志聯邦中威丁畢葉爾阿拿爾第拿索等邦亦然。比利時丹麥芬蘭三國法律上雖未廢止死刑。然事實上早已不見有執行死刑者。英吉利匈牙利及北美大多數之各州。未聞有廢止死刑之立法計畫。法蘭西不執行死刑者約四十載。一九零六年將死刑廢止案向國會提出。其時巴黎市中殺人事件迭出。該案遂被否決。而死刑之執行因之而復現。日本編纂現行刑法之際。固不乏主張廢止死刑之人。然勢力甚微。故仍存而未廢。

死刑留存論與死刑廢止論所主張之理由。已爲評論如上矣。寰球各國死刑之存

廢亦已說明其大略矣。然則死刑之在今日。應留存乎。應廢止乎。曰。謂刑罰係一種惡報。謂刑罰係預防世人犯罪者。則不能謂死刑為不合理。反之。以刑之作用在乎特別的預防時。則死刑之留存。實不能令人無疑。然此不過就理論上而言之耳。實則死刑之可否廢止。須據當時之國情而下斷定。僅據理論說明死刑之應否存廢。未見其為可也。

第二節 自由刑

第一款 自由刑之觀念

自由刑者。束縛犯罪人自由之刑罰也。自由刑在各種刑罰中占有重要之地位。適用範圍亦甚廣。故各國咸重視之。惟其立法之旨。今昔不同。約可分為數種。(1)使受痛苦。(2)使與人類的交際社會隔離。(3)改善其惡性。(4)強制學習工藝。欲達第一種目的。對於監獄務求黑暗與慘酷。欲達第二種目的。則終身監禁於獄內。不必予以不堪之待遇。欲達第三種目的。則應於獄內加以教誨。欲達第四種目的。則應於獄內設立工場。在昔時刑法多以第一第二兩種為目的。無教誨之可言。近世刑事政策趨重於改善主義。不得不以第三第四兩種為目的。然第一第二兩種

亦未可全廢也。

自由刑又有廣義狹義之分。就廣義言之。凡拘置犯人於獄舍之中以及其他一切制限或剝奪犯人自由者皆是。狹義之自由刑。則僅限於執行刑罰將犯人拘置於監獄之內者。我國刑法所採用之自由刑。則以狹義之自由刑爲限。茲分述廣義自由刑與狹義自由刑之概略於左。

(甲)廣義之自由刑。

廣義自由刑之種類甚夥。除乙項所述之狹義自由刑外。尙有四種。卽一放逐、二蟄居、三流刑、四居住制限警察監視。是也。試依次說明之。

(一)放逐。放逐得分爲二。一爲命犯人退出國境外。二爲命犯人退出一定地方。前者僅能對於外國人爲之。如德意志刑法規定外國人在德國以賭博爲常業者得將該外國人驅出國境外是。後者則施之於內國人。如法國刑法中所規定之放逐是也。

(二)蟄居。命犯人居於獄舍外之一定處所內而不許其自由行動者曰蟄居。一八八九年意大利刑法第二十一條規定處罰不過一月拘役之初犯婦女

或幼年人。依法院之許可。得於自宅內受執行。一九零九年奧地利刑法準備草案。定蟄居刑爲獨立刑。於第二十二條第二十三條規定蟄居刑之刑期爲一日以上二星期以下。得命受刑者在自宅中受執行。若違背蟄居規則時則須受同樣期間拘役刑之執行云云。卽其適例。自刑事政策上言之。此項法規誠有必要。惜乎我國刑法無此規定也。

(3) 流刑。將犯罪人遣送於本國以外之殖民地令其在該地服勞務者曰流刑。古代獄舍不堅。交通阻塞。良民生活之鄉。不容犯罪人雜居其間。遣送犯罪人於本國以外之殖民地。卽所以維持本國之秩序。同時強制犯罪人在該地從事勞役。變不毛之地爲沃野良頃。大足爲本國開拓富源。故此刑盛行於曩昔。英國曾行此制。始則遣送犯罪人於亞美利加。厥後則以奧地利亞爲流刑地。法國亦嘗用此刑。我國昔時亦曾用之。惟與英法施行者用意上微有差異耳。

(4) 居住限制警察監視。爲維持公共安寧或預防被害人之受危險命犯罪人居住於一定處所或禁止其居住出入於某項場所內者曰居住限制。例如

命犯罪人在某地方居住。不得擅自遷徙。或於居住上不加積極的限制。僅於繁華處所不許其自由居住。以及不許犯罪人赴衆人集聚之所皆是。那威刑法俄羅斯刑法曾採此制。一九一一年那威刑法第三十三條設有居住限制之明文。一九零三年俄羅斯刑法第三十四條第三十五條亦同有此項規定。其次則爲警察監視。警察監視者。由警察監視受刑人之行動者也。受刑人受警察監視後。警察略得禁止其居住於一定處所。受刑人如係外國人時。警察署得驅之出國境。德意志刑法採用此制。日本舊刑法亦採用之。規定警察監視爲附加刑。日本現行刑法則已削除此項規定矣。

(乙) 狹義之自由刑。

狹義之自由刑者。將犯罪人拘於獄舍。對於廣義之自由刑而言者也。徒刑拘役卽寓此類。狹義自由刑之發生自十七世紀始。其所以採用此刑之理由有二。一。用受刑罰者之勞働力服勞務。使國家獲有若干收入。藉得經濟上之補助。此其一。將犯罪人拘於監獄之中。令其養成一種勞働習慣。藉以改善犯人之惡性。此其二。因其有此二端。此各國所以莫不重視此項刑罰也。

若干分之幾爲準。既無定刑失當之虞。並免加減相懸之失。其立法自較舊刑律爲優。誠以罪之輕重各有不同。必以等級繩之。恐所定之刑有不失於酷。即失於寬之病。且加必一等。減必一等。畸輕畸重。此尤其不平者也。尙有應注意者。即現行刑法所定有期徒刑之最長期雖爲十五年。倘遇加重時得加至二十年。最短期雖爲二年以上。減輕時可減至二月未滿。

第二 拘役。

拘役者。在一日以上二月未滿之期間內。由審官宣告一定期限。將犯罪人拘禁於監獄內是也。拘役亦狹義自由刑之一種。初定名曰拘留。厥後因違警罰法中亦有拘留刑名。爲避除混淆起見。乃易之。拘役既爲狹義自由刑之一種。故其性質與有期徒刑毫無少異。其所以必別名之爲拘役者。蓋以拘役爲最短期之自由刑。僅適用於惡性輕微之犯人。縱令犯人曾受拘役執行復犯拘役之罪。亦不適用累犯加重之規定也。惟於此有宜注意者。即拘役期間雖定爲一日以上二月未滿。但遇有加重時。亦得加至二年以上。（刑法第四十九條第四款）

第三款 無期自由刑與短期自由刑之存廢

自由刑之設。在於束縛犯罪人之身體。令其改過遷善。教以營生技能者也。故其適用之範圍甚廣。而行之又極有效。惟無期自由刑之於今日。是否有留存必要。短期自由刑之執行。是否能無弊害。皆為刑罰論中極應研究討論之問題。茲分別論述於左。

(甲)無期自由刑存廢論。

無期自由刑留存論與無期自由刑廢止論之爭執。不讓於死刑存廢論之相持。今將留存論與廢止論之理由分別說明之。

(一)無期自由刑廢止論。主張廢止無期自由刑者其理由有四。(一)無期自由刑之設在於剝奪犯罪人終身之自由者也。人之自由而至於終身剝奪。前途之希望盡絕。人生之樂趣亦窮。是無期自由刑之效力實與死刑無異。自永墮悲慘之地獄。求速死而不得之一點觀之。無期徒刑之慘酷猶有甚於死刑者。淘汰犯人之方法有死刑與無期自由刑二種。死刑可廢。無期自由刑又何獨不可廢。(二)犯罪人之壽命有長短。囚犯人壽命之有長短而至於同一犯罪。異其執行之期間。同罪異罰。有失公平。(三)無期徒刑缺乏可分性。不若有期

徒刑之能應犯罪情狀有伸縮餘地。有失罪刑權衡之本旨。(四)終身囚禁之實足以使犯罪人陷於自暴自棄之境。永無悔過遷善之心。與刑事政策之本旨不相容。有此四種理由。此無期徒刑所以有廢止之必要而無存在之餘地也。

(2)無期自由刑留存論。主張無期自由刑有留存之必要者。其理由亦有四。

(一)無期自由刑有威嚇世人之效果。淘汰極惡無道之罪人。亦以無期自由刑爲最適宜。不必拘拘於博愛主義也。(二)因犯人命數之有修短而執行期間有差異。是不獨無期刑爲然。即有期自由刑亦何莫不如是。古稀之人犯罪。由審判官宣告有期徒刑十五年。多有不克終其執行而即就木者。壯年人而犯最長期徒刑之罪。不完全受執行者殆不多見。然則論者所謂同罪異罰有失公平云云。未足爲攻擊之材料充足之理由也。(三)處罰犯情重大之人非無期自由刑不克有濟。自不能因其缺乏可分性即謂無期自由刑爲不善而可廢。況無期自由刑以下尙有有期自由刑。有期自由刑尙有年月可分。應犯情之輕重擇刑而科之。毫不見有若何之窒礙也。由此言之無期自由刑之缺

乏可分性也又何害。(四)刑法中設有假釋規定。無期自由刑犯果能悔悟自新。在一定條件之下仍有出獄之希望。法律與政策並施。無期之中隱寓有期之意。若善爲利用。實足以促犯人之改悛。此無期自由刑之所以不可廢止者也。

就以上兩說而評論之。在無期自由刑留存論者謂無期自由刑有威嚇世人之效。與近世之特別預防主義不相容。無期自由刑廢止論者謂無期自由刑之慘酷有甚於死刑云云。可謂見解正當。惟其所主張之(一)(二)(三)(四)項理由。悉爲留存論者辨駁無餘。實無法爲之迴護。環顧廢止無期自由刑之國。僅葡萄牙、墨西哥、巴西等少數國家。社會步進。固難保其不有廢止之一日。然以今日狀態觀之。則無期自由刑之廢止。恐非最近期間內所能見諸事實者也。

(乙)短期自由刑留存廢論。

短期自由刑之應否存廢。亦一般刑法學者爭持未決之問題也。茲述其要旨於左。

(一)短期自由刑廢止論。主張刑法中不應有短期自由刑之規定者。謂短期

自由刑之執行有害而無益。宜從速廢止。其說曰。短期自由刑之弊害厥有三端。(一)犯罪而應宣告短期自由刑者。多係惡性輕微之偶發犯人。此項犯人皆有愛惜名譽之觀念。一旦置身圜牆。每以出獄後不能與良民伍爲羞。因而自暴自棄。此其一。因執行刑罰而染獄內之惡風。是短期自由刑之執行有使受刑者化爲職業的犯人之危險。此其二。刑罰以消滅犯罪預防犯罪爲職志。而短期自由刑之執行。結果竟得其反。誠可謂有害之至者矣。(三)刑罰所以使犯罪人遷善改過者也。刑期過短不足以收遷善改過之效。是短期自由刑之執行。實不見有若何之實益。(二)短期自由刑之執行既有有害又無益。徒使國庫蒙無謂之負擔而已。短期自由刑之執行有此三不可。此所以有廢止之必要也。

(2)短期自由刑留存論。科刑罰於犯人也。應斟酌犯罪情節之輕重考察犯人惡性之大小而行之。對於情節重大之犯罪惡性重大之犯人。則科以長期自由刑。對於情節輕微之犯罪惡性輕微之犯人。則應宣告短期自由刑。此理有固然者也。若不問犯罪情節之重輕如何。犯人惡性之大小如何。悉以同等

之長期刑科之。是刑法中所規定之徒刑年月均無存在之必要矣。且也對於輕微犯罪惡性較小之犯人科以重罰。不僅不有實益且無必要。此短期自由刑之廢止所以未見其可也。

就以上兩說而評論之。短期自由刑留存論所謂不問犯罪情節之重輕犯人惡性之大小悉以同等之長期刑科之。是刑法中所規定之徒刑年月均無存在之必要云云。未足為折服廢止論者之理由。無他。廢止論者僅言短期刑有廢止必要。非謂刑罰之不宜分輕重也。是則短期自由刑留存論所持理由足以與廢止論相抗者。僅此對於輕微犯罪惡性較小之犯人科以重罰實無必要之一點而已。廢止論者所主張之廢止三大理由。固不可加以忽視。惟刑法中所認之緩刑制度。即所以矯正此弊。短期自由刑之三大弊端既有矯正方法。除此而外又無其他弊害可尋。此短期自由刑所以終於不能廢止也。

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。茲分論之。

第一 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。刑法總則第四十九條第五款前段僅僅規定罰金額爲一元以上而不設多額之規定。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。(例如第一百二十九條第一項第二項第一百三十條第一項第三百六十四條第一項第一百十三條第一項第一百二十八條第一項第二百七十一條第一百三十六條第一百三十七條第一百五十條第一項)罰金多額之最少者爲一百元。(例如第一百四十七條第二百零五條第二百零一條)此外則三千元(例如第二百零一條第一項第二項第二百零二條第一項等)二千元(例如第二百零二條第二項等)一千元(例如第二百零七十五條第三百五十八條等)五百元(例如第一百五十四條第一百六十六條等)三百元(例如第三百三十三條等)不等。以第四十九條第五款規定罰金額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鉅。審判官裁量之權限

亦因廣大。審判官自由裁量之權限既大。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。此我國刑法第七十六條第二項所以又有「科罰金時并應審酌犯人之資力」之規定也。尙有應注意者。即第四十九條第五款前段規定罰金寘額雖爲一元。而同條同款後段又規定但因犯貧得減至五分之一。斯即對於無資力之犯人而有此規定。

罰金有專科罰金。選科罰金。併科罰金。易科罰金之別。專科罰金者。其法定之刑僅有罰金一種。不能由審判官自由科及他刑也。例如刑法第二百七十五條云。吸食鴉片或施打嗎啡或使用高根安洛因及其化合質料者處一千元以下罰金是。選科罰金者。其法定之刑除罰金外雖列有徒刑或拘役。但得由審判官酌處一種之謂也。例如刑法第二百九十三條第一項云。無殺人之故意而傷害人之身體或健康者爲傷害罪處五年以下有期徒刑拘役或一千元以下罰金是。併科罰金者。其法定刑除徒刑或拘役外列有罰金。亦得同時併科以罰金之謂也。例如刑法第二百八十一條第一項云。未經政府允准而發行彩票者處一年

以下有期徒刑或拘役得併科三千元以下罰金是。易科罰金者。審判官宣告自由刑同時認爲有易科罰金之必要者。得由審判官以裁判諭知以罰金折算一日以上三日以下易以罰金科之之謂也。例如刑法第二百零五條云。製造販賣或意圖販賣而陳列妨害衛生之物品者處六月以下有期徒刑拘役得併科或易科一千元以下罰金是。

罰金刑之應否存在。頗爲刑法學者所爭論。留存廢止各有理由。茲分別說明於左。

(甲)罰金留存論。主張罰金應留存者其理由有四。(一)罰金宜於裁制利慾之罪犯。(二)可以替代短期之自由刑。(三)便於裁制過失之罪犯。(四)可免損失輕微罪犯在社會上之地位。執行時不妨於犯人之職業。有此四端。故罰金刑有留存之必要也。

(乙)罰金廢止論。主張罰金應廢止者其理由亦有三。(一)罰金刑非加於身體上之刑。不克收懲改之效。(二)犯人貧富不一。若一律科以罰金。不徒有不平等之患。且在富者無痛苦之可言。無痛苦則不介意矣。(三)對於無資力者

無從執行。有此三端。此罰金刑應即廢止也。

以上雙方所執理由雖多有可以反駁之點。但現代各國對於罰金制度多認為不可廢除。我國現行刑法。並增專科罰金之條。即其明證。在罰金刑廢止論者所持最力之理由。謂不平等耳。關於此點亦非無法可以救濟。救濟之法。即由法律予以最寬之範圍。使司法官臨時審量犯人之資產情狀。得自由伸縮。（我國刑法第七十六條第二項已有明文規定）將無不平等之患矣。或又謂以不設範圍為最適當者。蓋有擁資數千萬者。即處以萬元之罰金。亦不致稍受影響。欲予以儆戒。則非罰其家產之幾成不可也。然愛護金錢為人之恆情。擁巨資而視小費如生命者亦所在多有。且其惡性較重者。於法必兼定有徒刑或拘役。專科罰金者。僅少數之輕微罪及過失而已。準是以觀。是罰金刑之終不可廢也。

第二 沒收。

沒收者。即籍沒入官之謂也。有一般沒收與特別沒收之分。將犯人所有全部財產悉行剝奪收歸國庫處分曰一般沒收。處罰犯罪法院以判決將犯罪人之特定財產收歸國庫處分曰特別沒收。昔時對於犯重罪者。除處重刑外。並沒收其

全部財產。我國唐律明清律所定之財產籍沒。即屬此類。羅馬法及法蘭西德意志古法亦然。近世文明各國不採用一般沒收之制。惟沒收與犯罪有密接關係之特定物。我國現行刑法亦然。（刑法第六十條）茲僅就特別沒收說明於左。

（甲）沒收物與犯罪之關係。沒收物以與犯罪有密接關係者爲限。所謂與犯罪有密接關係之物者。即指刑法第六十條所規定之物而言。非謂凡有關係於犯罪之物均可爲沒收之目的物也。合乎刑法第六十條所規定之物。即是與犯罪有密接關係之物。至沒收之物應以動產爲限。而不動產不與焉。（參閱前北京大理院判例統字第一一四八號及統字第二五號）

刑法第六十條所規定之沒收物有三。其一違禁物。其二供犯罪所用及犯罪預備之物。其三因犯罪所得之物是也。試一一說明之。

（一）違禁物。違禁物云者。爲構成犯罪之法定必要物。即所謂罪體是也。是則爲構成犯罪之必要物。而非法律上所規定之必要物者。非茲所謂違禁物。僞造貨幣。僞造度量衡。私藏軍械火藥。販賣鴉片。高根安洛因。輸入鴉片。高根安洛因。持有鴉片。高根安洛因。凡屬國家禁止私人製造之物或不許

私人持有之物。是爲違禁物。

(2) 供犯罪所用及犯罪預備之物。供犯罪所用之物云者。爲實行犯罪所使用之物也。爲實行殺傷罪所使用之兇器。爲實行侵入住宅罪所使用之登屋梯。爲實行偽造貨幣罪所使用之器械。爲實行搬運贓物罪所使用之牛馬。爲實行賭博罪所使用之器具。爲實行售吸鴉片罪所使用之燈槍。爲實行竊盜罪所使用之穿孔鑽。爲實行誹謗名譽罪所使用之文書皆是。又主物係供犯罪所用。縱令從物與供犯罪所用不有直接關係者亦得沒收之。例如刀劍爲供犯罪所用之物。刀鞘劍套雖與供犯罪所用不有直接關係。亦得爲沒收之目的物是。供犯罪預備之物云者。爲將實行犯罪準備實行犯罪時所使用之物也。例如以賭博財物之目的所準備之賭具。以殺害人之目的所準備之刀鎗。以放火之目的所準備之燃料。即屬此類。將實行犯罪準備實行犯罪時所使用之物可以沒收者。以法律規定處罰預備行爲者爲限。是則準備實行犯罪時所使用之物。而該項預備行爲爲法律所不罰者。自無沒收之可言。(竊盜預備行爲爲法律無處罰明文當實行竊盜

以前之種種準備行爲「如購買穿孔鑽」不構成法律上之犯罪。犯罪既不成立，自不能沒收其犯罪以前之預備物。無他，沒收乃從刑之一。從刑附屬於主刑而存在。犯罪不成立，主刑亦無所施。除第六十條第一款外，更無從刑之可宣告也。

(3) 因犯罪所得之物。因犯罪所得之物云者，因犯罪行爲所取得之物也。例如因賄賂所收受之財物。因賭博所獲之錢財。因賄選所得之財物。販賣鴉片高根安洛因所得之賣金。欺罔他人所取得之財物。強竊盜盜取之物品皆是。

因犯罪所得之物可以沒收者，除法律有追徵之規定（例如刑法第一百二十八條第三項第一百二十九條第四項第一百三十三條第三項）外，僅以直接所得物爲限。（參閱前北京大理院六年上字第六三三號判例）至若現實所得之物與因犯罪行爲所取得之物僅有間接關係，縱令實係因犯罪所得之物，亦不得予以沒收。例如因售賣竊取物侵占物詐取物所得之賣金，均不得沒收是。

違禁物供犯罪所用及犯罪預備之物因犯罪所得之物。此三者之意義及區別。已如上所述矣。惟是違禁物有時又爲供犯罪所用及犯罪預備之物。有時又爲因犯罪所得之物。是此三者又非有絕對的區別者也。行使偽造文書罪之偽造證書。是爲違禁物。同時又爲供犯罪所用之物。違背狩獵法之規定所獲之鳥獸。是爲違禁物。同時又爲因犯罪所得之物。同一物件而具有刑法第六十條第一款與第二款或第一款與第三款之實質時。判決文中須二款并引。不得遺漏。（參閱前北京大理院十年上字第九八七號判例）

可得沒收之物與不能沒收之物混合而至於無法分離者。（例如一定之金額中包含有適法費與違法之報酬費二種而此二者之中又不能分別何者爲適法費何者爲報酬費）應以如何方法處理之乎。將沒收其物之全部。抑全部均不得沒收。曰沒收以剝奪犯罪人非法利益爲前提爲本質。自不能及於適法物之上。二者既不能分離。惟有以消極的解決本問題。

(乙) 沒收物與人之關係。我國刑法第六十二條曰。第六十條第一款之物不問屬於犯人與否沒收之。第二款第三款之物以屬於犯人者爲限得沒收之。茲就本條之意義分析說明於次。

(一) 本條所謂第六十條第二款第三款沒收之物以屬於犯人者爲限得沒收之。屬於犯人一語。不僅指屬於犯人之所有物而言。占有物亦包含之。是則無主物而爲犯人所占有者。亦爲刑法上可得沒收之物。又本條所稱犯人。不以現受裁判之犯人爲限。凡是該案共犯既受裁判確定者亦均包含在內。若到案之人所指爲共同犯罪之人。其人未到庭受確定裁判者則否。(參閱前北京大理院九年上字第八四五號判例) 目的物是否屬於犯人所有或占有。以宣告沒收裁判當時之法律關係爲標準而決定之。其他可不問也。

(二) 本條所謂第六十條第一款沒收之物不問屬於犯人與否沒收之者。乃指違禁物而言。倘屬違禁物。即縱非犯人所有。亦在當然沒收之列。蓋違禁物本非人民所得而私有也。例如借人之鎗用以殺人。鎗雖屬第三人之物。

依法亦應沒收是。

(3) 沒收之物以不屬於第三人者爲限。借人之刀用以殺人。借人之棍用以擊人。刀棍即係屬於第三人之物。既屬第三人之物。自不得以其供犯罪所用而沒收之。犯罪人在物上所有權。第三人亦在該物上所有權（共有）或質權以及其他物權者亦同。至若第三人在該物上有債權關係（如貸借權）而不有物權關係時。自不得謂之爲屬於第三人之物。當然不能以第六十二條後段爲根據而不予以沒收。况債權關係係以債務者之行為爲目的。於物之處分不有若何之直接關係乎。又犯人以外之人對於該物不有返還請求權者。非本條後段所謂犯人以外之人。沒收其物。不得謂爲妨害他人之權利。（例如因詐欺賭博由被害人所交付之財物仍得沒收之是。）

(丙) 沒收之性質。我國刑法規定沒收爲從刑之一種。從刑附隨於主刑而存在。不宣告主刑。即不得宣告沒收。是故對於行爲者不爲公訴之提起或提起公訴而爲免刑或無罪之宣告時。自不得單獨宣告沒收。然此就刑法規定之

原則而言。至例外對於第六十條第一款之違禁物。雖未曾爲公訴之提起。或提起公訴而爲免刑無罪之宣告。亦得對於行爲者單獨科以沒收。刑法第六十一條曰。前條第一款之物得專科沒收。是卽例外之規定也。

考外國立法例。有不以沒收爲從刑而以之爲一種獨立處分者。德意志舊刑法第四十條至第四十二條。一九零二年那威刑法第三十五條。是其適例。在此類法制之下。凡對於危及社會利益之物均得單獨宣告沒收。（如對於有害安寧秩序之印刷物宣告廢棄處分是）對於不曾提起公訴或提起公訴而有免刑或無罪之宣告者亦得爲之。我國刑法殆卽採用此項立法例而爲折衷之規定歟。

（丁）沒收之效力。沒收以對於已行搜獲之特定物件宣告之爲通例。卽未搜獲之特定物件亦得爲之。（刑事訴訟法第四九二條）惟是宣告沒收爲義務的抑爲職權的。則各國不一其規定。德國舊刑法（第四十條）採義務的沒收主義。不許審判官有不宣告沒收之權。意大利刑法（第三十六條）規定供犯罪用之物及因犯罪所得之物採職權的沒收主義。宣告沒收與否爲

審判官之自由。凡製造使用攜帶所持販賣犯罪物件。則不問其屬於何人所。不經宣告手續採義務的沒收主義。日本現行刑法除第一百九十七條第二項外。均用職權的沒收主義。我國舊刑律仿德國刑法之例。採義務的沒收主義。現行刑法則仿意大利刑法之例。該項物件苟屬違禁物。採義務的沒收主義。不許審判官有不沒收之權。亦不問屬於犯人所有與否一律沒收之。（刑法第六十二條第一項前段及第二項後段）倘係供犯罪所用及犯罪預備之物或因犯罪所得之物。除第六十二條第二項前半情形外。則採職權的沒收主義。宣告沒收與否。審判官有自由裁量之權。觀刑法第六十二條第一項後半規定之得字。即可知其意旨之所在矣。

沒收物之所有權何時移交國庫乎。國家對於沒收之物應如何處分乎。曰依沒收確定裁判之執行。犯罪人喪失物之所有權。同時國家取得沒收物之所有權以及與該物所有一切不可分離之權利。至沒收之物應如何處分。則爲國家之任意。毫無一定限制。以沒收之不正當金錢供正當之用途可也。利用沒收所得之有價證券而行使債權亦可也。破毀廢棄沒收之物亦可也。無他。

沒收要旨在於剝奪犯罪人財產上之利益。非爲增加國庫之收入而別有所圖利故也。

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。依刑法第五十六條所規定公權之種類。計有左列五種。

- 一 爲公務員之資格。
- 二 依法律所定之中央及地方選舉爲選舉人及被選舉人之資格。
- 三 入軍籍之資格。
- 四 爲官立公立學校職員教員之資格。
- 五 爲律師之資格。

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。由審判官於分則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。（刑法第五十七條第一項）茲分別說明如左。

(甲) 無期褫奪公權。

無期褫奪公權者。即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。分述於次。

(1) 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。即須爲無期褫奪公權之宣告。不得宣告有期褫奪公權也。(刑法第五十七條第三項)

(2) 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。得爲無期褫奪公權之宣告亦可爲有期褫奪公權之宣告也。(刑法第五十七條第四項)

(乙) 有期褫奪公權。

有期褫奪公權者。即於一年以上十五年以下之期限內褫奪犯罪人所應享第五十六條所列資格之全部之謂也。(刑法第五十七條第二項)至何種犯罪得爲有期褫奪公權之宣告。刑法第五十七條第四項特以明文規定曰。宣告十

年以上有期徒刑者其褫奪公權爲無期或有期。第五項曰。宣告六月以上十年未滿有期徒刑者其褫奪公權不得逾十年云云。準是以觀。是得爲有期徒刑之犯罪。可見宣告六月權之宣告。僅限於宣告六月以上十五年以下有期徒刑之犯罪。可見宣告六月以下有期徒刑拘役及罰金者。不特不得爲有期徒刑之宣告。且不得褫奪公權。（刑法第五十八條第一項）又對於宣告六月以上十年未滿之犯人縱爲有期徒刑之宣告。亦不得超過十年。此又爲一種限制的規定也。

關於褫奪公權尙有應行注意者數項。試分論如次。

（一）第五十六條及第五十七條僅規定褫奪公權之種類及其原則。至何種具體的犯罪應爲褫奪公權之宣告。須依分則各本章定之。分則各本章無褫奪公權之明文時。則不得擅爲褫奪。我國刑法分則各本章除第三章妨害國交罪第十九章鴉片罪第二十章賭博罪第二十三章墮胎罪第二十六章妨害名譽及信用罪第二十七章妨害秘密罪第三十四章毀棄損壞罪。無褫奪公權之明文規定外。其餘各章犯罪均有褫奪公權之規定。

（二）分則各本章所定有褫奪公權之明文者。均有「得依第五十七條及第五十

八條褫奪公權」字樣。是爲裁量褫奪。裁量褫奪云者。可否褫奪一任諸審判官之自由之謂也。換言之。審判官考究犯人之心術認爲無褫奪必要者。得不爲褫奪公權之宣告。認爲非褫奪不可者。則依照所宣告之刑罰分別無期或有期褫奪其公權全部。在有期褫奪公權之一定期限內。是爲褫奪公權時期。期滿公權回復。故又曰定期褫奪。

(三)公權種類僅限於刑法第五十六條所列記之五項資格。其他若請願權訴訟權等凡不備載於本條者。均不可得而褫奪之也。

(四)褫奪公權除分則各本章有明文規定得褫奪外。猶以現實應科之主刑係六月以上之有期徒刑爲必要。換言之。即以宣告六月以上之有期徒刑爲標準也。是則法定刑爲六月未滿有期徒刑拘役或罰金。固不得宣告褫奪公權。前已論之。即法定最重刑爲六月以上有期徒刑。而裁判宣告之主刑爲拘役或罰金。以及因減輕本刑而處拘役者亦同。(參閱刑法第五十八條第一項)

(五)以上所述得爲褫奪公權之犯罪。固以宣告六月以上有期徒刑以上之刑爲限。而尤以行爲者以故意所犯之罪爲必要。是故雖宣告六月以上有期徒刑。而

核其所犯之罪係因過失者。亦不得爲褫奪公權之宣告。（刑法第五十八條第二項）

（六）褫奪公權之效力應自何時發生乎。曰依刑法第五十九條第二項規定當分兩點言之。（一）宣告無期褫奪公權者。則於裁判確定時發生效力。（二）宣告有期褫奪公權者。則自主刑執行完畢或免除之日起發生效力。此二者關於效力上之差異也。

尤有言者。褫奪公權爲從刑之一種。除依第八條免除主刑者得專科褫奪公權外。（刑法第五十二條第一項）其他則不能離主刑而獨立存在。又以分則各本章有明文規定者始得爲之。然則法院爲有罪之判決。該項犯罪又觸犯分則中得褫奪公權之規定。因此則不問其應科何項主刑均可附屬於此項主刑而爲褫奪公權之宣告乎。換言之。受死刑或無期徒刑之宣告者。是否應褫奪公權乎。關於此學者不一其說。有謂死刑爲絕人生命之刑罰。生命既絕。公權無所依附。無期徒刑繫獄終身。當然不能享有公權。對此宣告褫奪公權殊尠實益者。有謂對於受死刑無期徒刑宣告之人可以爲褫奪公權之宣告。惟此項宣告僅以無期褫奪爲限。不能

想像其有所謂有期褫奪者。我人則以為權利刑之趣旨。在於剝奪犯罪人之榮譽。加之以恥辱。自剝奪其榮譽。加以恥辱之一點言之。是褫奪公權當然不以受六月以上有期徒刑之宣告者為限。觀刑法第五十七條第三項對於宣告死刑與無期徒刑之犯罪而猶有其褫奪公權為無期之規定者。即足以證明。況刑法中有假釋之條。憲法中有赦免之典。倘受死刑無期徒刑宣告之人。遇此類事由發生。則無期褫奪與有期褫奪。又見其有實益矣。

第三章 刑罰之適用

第一節 法定刑與宣告刑

刑罰有法定刑與宣告刑之別。對於一定犯罪以法律抽象的規定刑罰者曰法定刑。對於特定犯人指定應得之刑罰而具體的為刑罰之宣告者曰宣告刑。我國刑法第二百八十二條規定殺人者處死刑無期徒刑或十年以上有期徒刑。此項法條係對於一般殺人犯規定處刑之標準。是為法定刑。有違反此項法規而殺人者。審判官對此犯殺人罪之特定人根據第二百八十二條之規定實際宣告刑罰。或處以死刑或處以無期徒刑或處以十年以上有期徒刑者。是為宣告刑。

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。一任諸審判官之任意行之。當是時僅有所謂宣告刑。不見有法定刑之存在。洎乎博愛時代。人權思想開發。僉謂非有明顯之法定拘束審判官。則不足以保障人民之權利。於是罪刑法定主義應時而出。犯罪應得何刑。悉於法文中詳加規定。而有所謂法定刑矣。審判官適用刑罰。僅能本法定刑而宣告之。於是法定刑與宣告刑之區別生矣。其始也。法定罪刑。僅有所謂絕對法定主義。絕對法定主義云者。對於一定犯罪。應科何種刑罰。悉以法律嚴格的規定之。謂。換言之。刑之種類。以及刑罰之範圍。均以明文確定之。司法者毫無選擇伸縮之餘地在也。本此主義而爲刑罰之宣告時。宣告刑之刑名及刑量。與法定刑全然一致。審判官審判犯罪。以指定所援引之法定刑而宣告之。爲已足。不宣告該罪所應得之刑罰。亦無害也。文明進步。咸知絕對法定主義。雖曰足以防止審判官之擅斷。然墨守法定刑而用刑。不置重犯罪人之心術。則未能收預防犯罪之效。而相對的法定主義乘勢而起。對相法定主義云者。對於一定犯罪。以抽象的規定刑之種類與範圍。在此法定之範圍內。審判官有自由選擇之權。並

得加重減免其刑之謂也。此類法制僅以法定刑爲宣告刑之基本。審判官認爲犯罪成立而後指定所應科之刑罰。犯罪人應得何刑。非有審判官之宣告則無由知之。時至今日。（科學時代）科學進步。以生物學社會學及其他科學爲基礎。研究犯罪預防之方法。而相對法定主義之範圍愈加擴張。審判官科刑職權亦廣而且大矣。我國刑法採用相對法定主義。本此主義所訂立之法條。故有左列五種結果。試分論之。

（一）分則各本條所規定之刑罰除有特別情形者外。（如刑法第二百八十三條第一項）皆定有最高限度（自自由刑言之則曰高級自財產刑言之則曰多額）與最低限度。（自自由刑言之則曰低級自財產刑言之則曰寡額）俾審判官在此限度內對特定犯罪人決定應行宣告之刑罰。例如刑法第三百四十六條規定一般強盜罪所應科之刑罰爲三年（最低限度）以上十年（最高限度）以下有期徒刑。審判官在此三年以上十年以下自由刑之範圍內有酌量定刑之權是。

（二）不有最高限度與最低限度如死刑無期徒刑者。則於一個法條之下定有數

種刑罰。俾審判官得應犯情擇一而科之。（選擇的科刑）例如刑法第二百零八條規定殺人者處死刑無期徒刑或十年以上有期徒刑。審判官對於殺人者宣告刑罰。於死刑無期徒刑之外猶有選擇有期徒刑之餘地是。

(3) 一個法條之下有規定數種刑罰同時又規定刑罰之最高限度與最低限度者。例如刑法第三百三十七條之規定是。

(4) 分則各本條所規定之刑罰範圍固屬廣泛。然而犯罪情狀不一。有時處以刑法所定之最重刑猶未足。有必須加重其刑罰者。有時處以刑法所定之最輕刑猶感苛酷。有減輕刑罰之必要者。於是又設加重減免之規定。俾審判官於一定條件之下有加重減免之權。

(5) 定選擇的科刑之條。相對法定主義之範圍益廣。設加重減免之例。刑罰適用之權限愈大。僅此猶以為未足。刑法復於刑之量定不設若何限制。俾審判官得適用裕如。例如刑法第二百零九十一條第一項規定因過失致人於死者處二年以下有期徒刑拘役或一千元以下罰金。在一日以上二年以下之刑期內。或在一元以上千元以下之罰金額內。任審判官自由科斷。不稍予以限制是。

或問曰。我國刑法採用相對的法定主義。既定選擇的科刑之條。復設加重減免之例。而於刑之量定。又不有何等限制。使司法者不得其人。得毋上下其手乎。曰。否。相對法定主義之趣旨有二。一面就罪與刑以明文預爲之規定。藉以防止審判官之專橫。一面擴張刑之裁量範圍。俾審判官考察犯人惡性適用刑罰。藉收預防犯罪之效。至謂上下其手云云。咎不在法而在審判官之不良。審判官不良。易一良者斯可耳。固不必因人而涉及法律也。況刑訴法中有三審規定。足以救濟此弊。採用相對法定主義又何害。或又曰。科學時代之相對法定主義。刑之裁量範圍雖廣。然而無弊。予固知之矣。惟是審判官之職權既大。其任務亦綦重。欲求宣告刑之適當。應據何種標準而爲之乎。曰。就刑之量定。有謂應本特別預防之主旨而宣告刑罰者。有謂應著眼於危害之大小而定宣告刑之標準者。我人以爲以客觀的危害之大小。小定宣告刑之標準。係採用報應主義之結果。報應主義與近世之潮流不相容。故應就犯人惡性之大小（特別預防）而定刑罰輕重之標準。庶乎其可。

宣告刑亦有二種主義。其一絕對決定主義。其二相對決定主義是也。審判官判決犯罪宣告刑罰。於宣告時即確定受刑人應受徒刑之一定期限者。曰絕對決定主

義。審判官判決犯罪僅宣告犯罪人所應得之刑罰。不爲一定刑期之宣告而以執行中之狀況爲決定釋放時期之標準者。曰相對決定主義。亦曰不定期刑宣告。不定期刑宣告。於刑事政策上實堪注目。此項制度始於一八八七年四月二十四日之紐約刑法。最近日本修正刑法案已採用之。惜乎我國刑法尙未有此規定也。

第二節 刑罰之輕重

法律有比較刑之重輕從重處斷之規定。（刑法第七十四條）然則定刑罰輕重之標準如何。曰關於決定刑罰之輕重有三個標準。試分別說明於左。

（一）主刑之重輕依第四十九條規定之次序定之。（刑法第五十一條第一項）依刑法第四十九條所記載之次序而決定刑罰之輕重時。應以死刑爲重。其次則爲無期徒刑。再其次則爲有期徒刑。再其次拘役。再其次罰金。若爲同種之刑。則以最高度之較長或較多者爲重。（刑法第五十一條第三項前段）例如刑法第一百八十條第一項規定……處七年以下有期徒刑。第一百七十條第二項規定……處五年以下有期徒刑。第一百八十條第一項與第一百七十條第二項之主刑均爲有期徒刑。是之謂同種之刑。惟第一百八十條第一

項之最高度爲七年。第一百七十條第二項之最高度爲五年。兩相比較。自以第一百八十條第一項之最高度較長。應以第一百八十條第一項爲重。是之謂以最高度之較長者爲重。同種之罰金刑。則以最高度之較多者爲重。可以類推。

(二) 最高度相等者以最低度之較長或較多者爲重。(刑法第五十一條第三項後段)

以最低度之較長或較多爲重者。即以最輕主刑之重者爲重之謂也。例如刑法第二百二十四條規定……處五年以下有期徒刑。第二百六十三條規定……處六月以上五年以下有期徒刑。第二百二十四條與第二百六十三條之最高度主刑均爲五年有期徒刑。是之謂最高度相等。惟第二百二十四條之最低度主刑爲二年以上。第二百六十三條之最低度主刑爲六月以上。兩相比較。自以第二百六十三條之最低度主刑較長。應以第二百六十三條爲重。是之謂以最低度之較長者爲重。餘如罰金。可以類推。

(三) 同爲死刑或無期徒刑者據犯罪情節定其重輕。(刑法第五十一條第二項) 同爲死刑或無期徒刑云者。即刑名相同而其最重主刑與最輕主刑復行相等

之謂也。有擄人勒贖強姦被害人致被害人於死者於此。自擄人勒贖強姦被害人一點言之。係構成刑法第三百七十二條第二項之罪。自致被害人於死一點言之。係構成刑法第三百七十一條第二項之罪。第三百七十二條第二項與第三百七十一條第二項均爲死刑或無期徒刑。是之謂同爲死刑或無期徒刑。刑名相同。最重主刑與最輕主刑復行相等。自無法決定刑之重輕。不能決定刑之重輕。惟有據犯罪情節以定之。倘擄人勒贖致被害人於死情節應科死刑。而擄人勒贖強姦被害人情節應科無期徒刑。則以擄人勒贖致被害人於死之罪爲重。是即所謂同爲死刑或無期徒刑據犯罪情節而定其重輕者也。至最高度主刑與最低度主刑俱等者。亦適用上述之例解決。不另贅。

惟於此有一問題。即二個自由刑輕重俱等。其中有併科罰金者。有不然者。應如何而決定刑罰之輕重乎。舉例言之。偽造印章印文罪。刑法第二百三十四條第一項規定應處三年以下有期徒刑。對於有審判職務之公務員行求賄賂罪。刑法第一百三十條第二項規定應處三年以下有期徒刑得併科三千元以下罰金。應以何者爲重乎。抑仍據犯罪情節而定刑罰之輕重乎。曰刑法對於此點既

未有特別規定。惟有本論理解釋方法以解決之。本論理解釋解決本問題。自以對於有審判職務之公務員行求賄賂罪爲重。若夫二個自由刑最高度相等。最低度有輕重。最低度自由刑之輕刑之下有併科或易科罰金之規定時。則以最低度徒刑之重者爲重。無他。自由刑有輕重之差。當然本最高度相等者以最低度之較長者爲重之原則而決刑罰之輕重。固不必問併科或易科罰金之有無也。

刑罰輕重之標準。已如上所述矣。猶有言者。刑之輕重云云。僅以主刑爲限。從刑與主刑之間無輕重之足道也。茲將刑罰之輕重就最重者以迄最輕者表解如左。

一、死 刑

二、無期徒刑

同爲死刑或無期徒刑者據犯罪情節定其重輕

一 不問低度刑如何以最

高度之較長者爲重

二 最

高度與最低度俱等者
據犯罪情節定其重輕

三、有期徒刑

重之較長者爲重

四、拘役

五、罰金

- 一 不問寡額如何以最高度之較多額爲重
- 二 最多額相等時以寡額之較多者爲重
- 最多額與寡額俱等者據犯罪情節定其重輕

第三節 刑罰之加重及減免

我國刑法採用相對法定主義。審判官科刑之職權不可謂不廣大矣。而猶必設加重減免之例何耶。曰刑法各本條有規定數種刑罰者。有規定一個相對刑者。審判官於此一個相對刑或數種刑罰之範圍內。固得應犯情選刑罰有自由適用之餘地。然有時處以高度刑尙失於寬。加以低度刑猶過於嚴。失於寬過於嚴。均是用刑不當。欲求其用刑適當。不得不令審判官逾越法定刑之本來範圍。又不有一定之限制時。則罪刑法定主義之基礎爲之破壞。是故法律又規定刑罰加重減免之條件以限制之。於此條件之外不許司法者擅斷的而爲刑之加重減免。此加重減免之所由設也。惟茲所謂加重減免云云。僅對於主刑而言。從刑無加重減免之足道。

也。(刑法第八十九條)

第一款 加重

刑罰之加重以有法定原因存在爲限。不許以裁判官之職權行之。換言之。關於刑罰之加重。僅有法律上之加重而無裁判上之加重是也。

刑罰之加重得分爲二。一爲一般的加重。二爲特別的加重。一般的加重云者。依據總則規定關於一切犯罪所共通適用之加重之謂。特別的加重云者。對於某種犯罪特別的加重其刑罰之謂也。日本舊刑法規定一般加重。同時又設特別加重之條。現行刑法削除特別加重之規定。僅有所謂一般加重。我國刑法亦然。凡遇有特別加重情形存在。悉規定於各本條之中。以之爲一種特別犯罪而科以獨立刑。故特別加重實無適用之餘地。例如刑法第二百八十二條規定殺人者處死刑無期徒刑或十年以上有期徒刑。是爲處分一般殺人罪之罰則。設有弑父之事實發生。則不適用第二百八十二條而適用第二百八十三條第一項殺直系尊親屬者處死刑之規定。謂之爲加重殺人罪。然此項加重乃以殺直系尊親屬者爲一種特別犯罪。(加重殺人罪)而以專條另訂有獨立刑。(卽科以第二百八十三條第一

項之刑）非以第二百八十二條爲科刑之根據。本第二百八十二條而加重其刑罰也。卽傷人罪亦然。刑法第二百九十三條係規定處罰一般傷害罪之罰則。若有傷害直系尊親屬之事實發生。則不適用第二百九十三條而適用第二百九十八條第一項傷害直系尊親屬之專條。是爲加重傷害罪。此項犯罪爲獨立罪。而非加重第二百九十三條之刑罰。是宜注意者也。然則所謂刑罰之加重者。不過擴張法定刑之範圍。僅有一般的加重而已。一般加重有二大類別。一爲累犯加重。一爲併合罪加重。累犯加重因一次二次而有不同。又因普通累犯與特別累犯而有異。普通累犯一次者加重本刑三分之一。二次以上者加重本刑二分之一。特別累犯一次者加重本刑二分之一。二次以上者加重本刑一倍。（刑法第六十六條）併合罪之刑於各刑中之最長期最多額以上各刑合併之刑期金額以下定其刑期金額。（同法第七十條第三款第四款第五款）

一般加重止於擴張法定刑之範圍而已。不發生獨立刑之關係也。是故計算起訴時效期限。僅以抽象的法定刑爲根據。不以具體的加重刑爲標準。例如有特別累犯一次詐欺常業罪者於此。（刑法第三百六十四條）逾十年而不起訴時起訴

權消滅。簡言之。特別累犯詐欺常業罪之時效僅受刑法第九十七條第二款之適用。而不能適用以同條第一款爲計算時效期限之標準也。

第二款 減輕

刑罰之減輕云者。犯罪而具有一定之條件。法院認爲有減輕刑罰必要。就刑法各本條所定之刑罰（法定刑）減輕其刑之謂也。刑罰之減輕有單獨規定於刑法中者（如第三十三條）有與免除規定於同一法條之下者（如第三十六條）若與免除規定於同一法條之下。則減輕刑罰免除刑罰或不減免之三者中由法院擇一行之。如爲單獨的規定時。法院僅能就減輕與否以職權決定之。

刑罰之減輕有二。其一本諸法律所指定之原因而減輕其刑罰者曰法律上之減輕。其二由裁判官酌量情形而減輕其刑罰者曰裁判上之減輕。茲分別說明如次。

（甲）法律上之減輕。

我國刑法以明文規定得減輕其刑罰者有下列十三種。（1）經外國裁判受刑之執行或經免除之減輕。（2）不知法令之減輕。（3）未滿十六歲人犯罪之減輕。（4）心神耗弱人犯罪之減輕。（5）酗酒人犯罪之減輕。（6）瘖啞人犯罪之

減輕。(7)防衛過當之減輕。(8)救護過當之減輕。(9)未遂犯之減輕。(10)從犯之減輕。(11)滿八十歲人犯罪之減輕。(12)自白之減輕。(13)自首之減輕。茲一一述其概略如左。惟對於自首一項詳加說明焉。

(1)經外國裁判受刑之執行或經免除之減輕。(刑法第八條) 犯罪人在國外犯罪。外國法院對於該犯罪案件已經確定裁判。民國法院仍得就該犯罪依法裁判適用刑法。惟是犯人既在外國已受全部或一部刑之執行。若全然置之不顧。亦非公允。故刑法第八條設但書規定須由審判官減輕其刑。

(2)不知法令之減輕。(刑法第二十八條) 認識構成犯罪事實之存在而敢於爲之者。即其非社會性之表現。惡性表現於外。(故意)故以刑罰處罰之。至於行爲者認識自己所爲之行爲在法律上之效果。(刑罰)如何。非構成罪犯之必要事項。是故不得藉口於不知法律而免刑責。雖然。近世社會情形異常複雜。罰則亦綦煩瑣。不知其行爲爲違法而爲之者比比皆是。所以刑法又以不知法令爲減輕刑罰之理由。特設得減輕本刑二分之一。

(3)未滿十六歲人犯罪之減輕。(刑法第三十條第二項) 關於責任年齡。

我國刑法採用三分主義。於絕對無責任全負責任之間復認減輕責任時期。定規未滿十六歲人犯罪得減輕本刑二分之一。

(4) 心神耗弱人犯罪之減輕。(刑法第三十一條第二項) 關於責任能力。我國刑法於心神喪失人之行爲認爲全無責任能力絕對不令負擔刑責外。復設一中間級人認爲減輕責任能力之人。規定心神耗弱人犯罪減輕本刑。

(5) 酗酒人犯罪之減輕。(刑法第三十二條後段) 酗酒人之心神喪失。法律謂爲其自行所招致。故不能令其免除刑責。惟社會習慣往往對於不欲飲酒之人往往強令酗酒。以致喪失心神發生犯罪行爲者亦所在皆是。故刑法又有但書規定酗酒非出於己意者減輕本刑。

(6) 瘖啞人犯罪之減輕。(刑法第三十三條) 先天的不有聽能與語能以及幼時喪失此項能力者曰瘖啞人。法律謂瘖啞人之精神狀態與通常人無別。不令其與精神成熟之人負同等之責任。規定瘖啞人犯罪減輕本刑。

(7) 防衛過當之減輕。(刑法第三十六條後段) 正當防衛行爲。刑法以明文規定其無罪。防衛而逾越正當之限度時。仍須負刑事上之責任。因其防衛

過當即令其全負刑責。有時又覺失於苛酷。故刑法特設得減之規定。得減輕本刑以罰之。

(8) 救護過當之減輕。(刑法第三十七條第一項) 刑法規定緊急狀態不罰。同時爲防止從此廣泛的規定所生之弊害起見。又設有但書規定令救護行爲人負有不加過當損害於他人之義務。因救護行爲而加過當損害於人者仍須處罰。不過得減輕本刑而已。

(9) 未遂犯之減輕。(刑法第四十條第四十一條) 未遂犯之處分。因障礙未遂中止未遂與不能發生犯罪結果之未遂而有異。障礙未遂罪之刑得減輕既遂罪之刑二分之一。中止未遂罪之刑減輕本刑。關於不能發生犯罪結果之未遂罪之刑。不過得減輕本刑而已。

(10) 從犯之減輕。(刑法第四十四條第三項前段) 曩昔一般立法例成就客觀的觀察犯罪。謂從犯不有實行犯罪之行爲。其實害較小。故必須減輕其刑罰。主觀說則謂從犯之責任爲獨立的。處罰從犯不見有必須減輕之理由。我國刑法不認從犯爲獨立的犯罪。故處罰從犯採必減主義。規定從犯之刑

減正犯之刑二分之一

(11) 滿八十歲人犯罪之減輕。(刑法第三十條第三項) 老人犯罪不設無責任之規定。爲近世文明各國刑法之通例。我國清律有「七十以上之老人犯罪者準十五歲以下之幼年人處斷。八十以上之老人犯罪者準十歲以下之幼年人處斷。九十以上之老人犯罪者準七歲以下之幼年人處斷」之條。唐律亦有「八十歲老人犯罪收贖勿論」之例。現行刑法一面保存我國固有習慣。一面迎合世界潮流。規定滿八十歲人犯罪者得減輕本刑二分之一。

(12) 自白之減輕。(刑法第一百七十六條第一百八十四條) 自白云者。謂於應公務員之訊問時陳述自己所爲之犯罪行爲也。其與自首不同之點。一爲於未發覺以前自行告知其罪。(其詳另述) 一爲不問發覺之前後皆可自白其罪。刑法規定犯湮滅證據罪與僞證及誣告罪未至裁判或懲戒處分確定前而自白者減輕其刑。是亦以確定裁判前之自白。足徵犯罪人惡性尙小。予以減輕之處罰。亦所以啓人悔悟減少犯罪之一道也。

(13) 自首之減輕。(刑法第三十八條) 刑法規定自首爲減輕刑罰事由之

一、有自首事由存在。審判官認爲有減輕之必要者得減所首罪之刑三分之一。是卽所謂自首減輕。茲猶有亟待說明者。卽自首之意義是也。自首云者。犯罪人於犯罪發覺前向該管公務員告知自己所爲之犯罪行爲自進而受該管公務員裁判之謂也。茲分述其要件與效力於左。

(一) 自首之要件。自首之要件有五。分述如次。

(子) 自首以告知自己所爲之犯罪行爲爲必要。告知自己所爲之犯罪行爲云者。卽將自己所爲之犯罪行爲告知於該管公務員之謂也。是故將他人之犯罪行爲向該管公務員告知者。謂之告訴告發。非茲所謂自首。至告知之方法則無何等限制。或以口述。或以信函。或以電話。凡足以使該項意思表示達到於該管公務員者均無不可。

(丑) 自首以犯罪人將自己所爲之犯罪行爲自進而告知該管公務員爲必要。與自白之被動的陳述自己所爲之犯罪行爲者不同。

(寅) 自首以犯罪人對於從事搜查之公務員告知自己所爲之犯罪行爲爲必要。從事搜查之公務員者。檢察官司法警察官以及其他執行司法

警察官之職務者皆是也。是故對於搜查公務員以外之公務員告以自己所爲之犯罪事實者不能謂之自首。至告知場所之爲公署內或公署外不問焉。

(卯)自首須在犯罪發覺前爲之。犯罪發覺前者。包含犯罪事實之未發覺以及犯罪事實發覺後真實犯人之未發覺而言者也。搜查公務員不知有該項犯罪事實存在者。不能謂之爲犯罪發覺。犯罪事實既行發覺。搜查公務員不知犯罪人之爲何人者。亦不能謂之發覺。被害人以及被害人以外之人知悉該項事實並知犯罪人之爲何人。而搜查公務員猶未之知者。仍不能謂之發覺。在未發覺以前由犯人將自己所爲之犯罪行爲告知搜查公務員者而後謂之自首。自首足以使搜查公務員立知真實犯人。不致有株連無辜之虞。自首易明犯罪真象。搜查機關可省無益搜查之手續。有此二端。所以犯罪發覺以前爲自首之要件也。

(辰)自首以就該管公務員受裁判爲要件。犯罪人將自己所爲之犯罪行爲告知搜查公務員猶未足。猶以就該管公務員而受裁判爲要件。所謂

就該管公務員而受裁判者。非親身投案之謂。謂其將自己所爲之犯罪行爲告知搜查公務員後不得逃往他處或隱匿己身之所在也。是故犯人僅將自己所爲之犯罪行爲告知搜查公務員而不說明自己之所在地者。不得謂之自首。

(二)自首之效力。自首而具備上述五要件。法院對於自首犯人認爲可以減輕刑罰者。得減所首罪之刑三分之一以罰之。(刑法第三十八條第一項)如何而後謂之可以減輕。是不外考究犯人自首之動機。自首者之人格以決定刑罰之應否減輕而已。至若預期自首減輕而犯罪者。自無減輕之必要。此外犯罪之種類。均與自首減輕無關。自首以犯罪發覺前向搜查公務員告知自己所爲之犯罪行爲爲要件。否則不能受自首之利益。至若一人犯有數罪。一罪既發。餘罪未發。犯罪人就未覺之餘罪自首於該管公務員而受裁判者。其所首之餘罪無論爲一罪或數罪。均有自首之效力。審判官仍得就該罪(即所首之餘罪)減刑三分之一。此雖無明文規定。然觀刑法第三十八條法條中得減所首罪之字樣。即可得當然之解釋也。

以上所述。係就犯罪人將自己所爲之犯罪行爲於未發覺前自首於該管公務員受裁判者而言。至犯罪人將未發覺之犯罪向被害人告訴人或有請求權之人自首而受該管公務員裁判者。與向該管公務員爲自首者有同一之效力。（刑法第三十八條第二項）亦可減輕刑罰。質言之。犯罪人無論犯親告罪或非親告罪向該管公務員自首亦可。向被害人告訴人或有請求權之人自首亦可。均得受減輕刑罰之利益也。

（乙）裁判上之減輕。

裁判上之減輕者。審判官審判犯罪見犯罪情狀過輕法定刑罰過重以職權酌量減輕其刑罰之謂。刑法第七十七條規定犯罪之情狀可憫恕者得酌減本刑云云。其意即此。因法律不規定減輕事由而由於審判官之自由裁量也。故又曰酌量減輕。酌量減輕以「可憫恕」爲要件。然則如何而後謂之可憫恕乎。曰惟有就刑法第七十六條之規定求標準。刑法第七十六條第一項曰。科刑時應審酌一切情形爲法定刑內科刑輕重之標準。並應分別情形注意左列事項。一、犯罪之原因。二、犯罪之目的。三、犯罪時所受之激刺。四、犯人之心術。五、犯人與被害

人平日之關係。六、犯人之品行。七、犯人智識之程度。八、犯罪之結果。九、犯罪後之態度。第二項曰。科罰金時並應審酌犯人之資力。就以上規定觀之。犯罪之情狀。是否可以憫恕。當不難決定矣。試更舉例說明於下。自犯罪之原因言之。例如犯人因貧乏不能自存而犯竊盜罪。是可以憫恕。自犯罪之目的言之。例如竊人之物以周人之急。是可以憫恕。自犯罪時所受之激刺言之。例如犯人爲人愚惑。偶爾爲之。是可以憫恕。自犯人之心術言之。例如爲報父讐而殺人。爲國家除巨蠹而殺人。是皆可以憫恕。自犯人與被害人平日之關係言之。例如被害人曾受犯人之恩惠。反設計中傷犯人因而殺之。是可以憫恕。自犯人之品行言之。例如犯人向來端正。初次偶爾犯罪。是可以憫恕。自犯人智識之程度言之。例如犯人爲素未受教育者。智識低下。是可以憫恕。自犯罪之結果言之。例如犯人殺人手段並不殘忍。被害人致死亦非要害。是可以憫恕。自犯罪後之態度言之。例如犯人犯罪後因悔悟而力謀恢復原狀。或賠償損害者。是可以憫恕。凡此數者。均爲可以憫恕之情狀。審判官自可酌量減輕其刑。反之或純因貪欲而犯財產罪。或忘恩負義而殺人。則不能謂之可憫恕矣。至若罰金之刑。酌科得當。較他刑爲尤難。

蓋所科過重。致犯人不能繳納。則易科監禁。遂失罰金執行之本旨。所科過輕。則易於繳納。無關痛苦。亦失罰金懲戒之用意。人之貧富相去甚遠。同一金額。貧者納之或破產不足。富者納之則若損毫末。其不平孰甚。既不能盡免此弊。惟有斟酌犯人財產之關係。以爲罰金酌科之標準。此雖與裁判上之減輕無關。亦酌科罰金時應注意者也。故刑法有第七十六條第二項之規定。

或曰裁判上之減輕係由審判官酌量犯罪情狀而減輕其刑罰。關於法律上之相對的減輕。亦是審判官考究犯罪情狀以職權定其可否減輕。二者固無少異也。我國刑法關於法律上之減輕。除絕對的減輕外。有法定事由存在必須減輕其刑。如第三十三條之減輕。審判官不有決定可否減輕之權。曰絕對的減輕。又有相對的減輕。既有法律上之相對的減輕。復設酌量減輕之規定。似難免規定重複之誚。即就不知法令之減輕言之。亦可稱爲酌量減輕。就過當防衛之減輕言之。亦可稱爲酌量減輕。舉凡總則中所規定之一的減輕。何一而非酌量減輕。然則二者之區別果何在乎。曰法律上之減輕。係以法律特定事項（即刑法就該事項有明文規定者）爲根據。裁判上之減輕則由於法定事項

以外之事由。犯罪動機可原。被害異常輕微。事後悔悟。事後以全力回復被害人之損害等。是皆酌量減輕之事由。而非法定減輕之原因也。不知法令之減輕過當防衛之減輕。是皆法定減輕之原因。而不能謂之為酌量減輕之事由也。有法定減輕事由存在。固得由審判官考究犯罪情狀以職權決定其減輕與否。然遇此項事實發生。審判官對於減輕一層須加以特別的注意。是法定減輕可稱為一種注意的規定。此其一。審判官見有法定減輕事由存在。根據法律規定減輕其刑。考其犯罪情狀僅此減輕猶未足。又可本酌量減輕之理由再減輕其刑罰。（刑法第七十八條）例如未滿十六歲人犯罪。依照刑法第三十條之規定減輕本刑二分之一。核其犯情實屬可以憫恕。審判官仍得根據刑法第七十七條之規定再減輕本刑二分之一。（刑法第八十四條）因法律上之減輕與裁判上之減輕有別。故二者並行亦無礙。（若將法律上之減輕視為酌量減輕同一則不能二者並行）此其二。

總之犯罪情狀無極無窮。欲將一切可以酌量減輕之犯罪加以抽象的說明。實屬不易。司法者惟有就各種犯罪情狀詳加考察。以職權決定其可否減輕。務期

用刑適合犯情。能達科刑之目的。不必要之刑罰既不可用。圖個人的博愛之名亦所不可。此爲審判官者所宜注意者也。

第三款 免除

刑罰之免除云者。犯罪而有法定的免刑事由存在。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（即總則中所規定之免除）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。一般的免除特別的免除之中。又得分爲絕對的免除與相對的免除二種。絕對的免除者。有法定的免刑事由存在。必須免除其刑者也。相對的免除者。以可否免除之權委諸法院之裁量者也。我國刑法中所有一般的免除特別的免除。均屬相對的免除與絕對的免除二者併用。又免除以有法定免刑事由存在爲要件。酌量免除爲法律所不許。

（甲）一般的免除。

我國刑法總則中以明文規定絕對的免除者有二。相對的免除者有三。試分述之。

(一) 絕對的免除。刑法以明文規定絕對的免除刑罰事項計有左列二種。

(1) 經外國裁判受刑之執行或經免除之免除。(刑法第八條) 理由已於法律上之減輕中述之。

(2) 中止未遂犯之免除。(刑法第四十一條) 理由亦於法律上之減輕中述之。

(二) 相對的免除。相對的免除刑罰事項者計有左列三種。

(1) 防衛過當之免除。(刑法第三十六條) 理由已見前。

(2) 救護過當之免除。(刑法第三十七條) 理由已見前。

(3) 不能未遂犯之免除。(刑法第四十條) 理由已見前。

(乙) 特別的免除。

我國刑法於總則中規定一般的免刑事由外。復於分則中又設特別的免刑事由之規定。特別的免除之中。絕對的免除者有六。相對的免除者有五。分述於左。

(一) 絕對的免除。刑法以明文規定絕對的免除刑罰事項計有六種。

(1) 親屬藏匿犯人湮滅證據罪之免除。(刑法第一百七十七條) 親屬

相爲容隱。我國舊有成例。誠以親屬之間。關係至爲密切。犯罪人之親屬希圖其親屬（犯人）免罪而爲藏匿行爲。不忍其親屬（犯人）罹於繯絏。湮滅其犯罪之證據者。乃根於情之不能自己。王道本乎人情。此法律所以規定犯罪人或脫逃人之親屬爲犯罪人或脫逃人利益計而犯藏匿犯人湮滅證據罪者免除其刑者也。

（2）湮滅他人刑事證據或使用僞造變造證據自白之免除。（刑法第一百七十六條） 第三人爲妨害國家執行刑罰權而湮滅他人犯罪之證據。或使用僞造變造之證據。倘在他人刑事案件裁判確定前而自白者。刑法規定免除其刑。

（3）不報告親屬犯妨害秩序罪之免除。（刑法第一百六十八條） 知悉親屬將犯內亂外患放火決水強姦殺人強盜及海盜罪並不向該管公務員或將被害之人報告預防者。免除其刑。其理由與親屬犯藏匿犯人罪免除無異。

（4）僞證誣告罪自白之免除。（刑法第一百八十四條） 刑法規定犯僞

證罪及誣告罪未至裁判或懲戒處分前而自白者免除其刑。是亦以確定裁判或懲戒前之自白足徵犯罪人惡性尙小。予審判官以自由免除之權。亦所以啓人悔悟減少犯罪人之一道也。

(5) 保存自己或親屬自由名譽僞證罪之免除。(刑法第一百八十三條) 意圖保存自己或親屬之自由名譽而犯僞證罪。刑法規定免除其刑者。誠以自己之自由名譽爲自己利害所關。人情孰不欲保存。法律不外人情。此所以規定免除其刑。至爲保存親屬之自由名譽計而犯僞證罪亦免除其刑者。其理由與親屬藏匿犯罪相同。

(6) 親屬間犯贓物罪之免除。(刑法第三百七十八條) 刑法對於直系親屬配偶或同財共居親屬之間犯贓物罪者。免除其刑。

(二) 相對的免除。除總則中規定一般的免刑事由爲相對的免除刑罰者外。分則(特別的免除)中規定相對的免除刑罰事項計有五種。

(1) 放火預備罪之免除。(刑法第一百八十七條第四項第一百八十八條第五項) 刑法對於預備犯放火罪者。特定免刑之例。俾審判官考究犯

罪情節得免除其刑。

(2) 謀爲同死自殺之免除。(刑法第二百九十條第三項) 刑法第二百九十條曰：「教唆或幫助他人使之自殺或受其囑託或得其承諾而殺之者處一年以上七年以下有期徒刑。」「本條之未遂罪罰之。」「謀爲同死而犯本條之罪者得免除其刑。」夫謀爲同死其一已死其一遇救得生者間常有之。刑法對於生者規定得免除其刑者。非獎勵謀爲同死也。爲其惡性輕微。與一般教唆幫助他人自殺或得人之承諾受人之囑託而殺之者有異也。況同謀自殺。對於自殺既遂無法加之以處罰者。則不罰。對於自殺未遂可能處罰者。則罰之。豈非助長自殺之風也耶。誠若是。是非立法之本意矣。

(3) 親屬相盜罪之免除。(刑法第三百四十一條第一項) 刑法規定親屬相盜罪之免除有二。其一於直系親屬配偶之間。其二於同財共居親屬之間是也。二者均得免除其刑。蓋近親之間縱有竊盜行爲。於情誼上固宜相爲容隱。於財產上亦有共同關係。此類非行。端賴家庭教育懲戒處分以

救濟之。非刑罰之力所能及。但惡性重大。非家庭教育懲戒所能糾正者。國家不得以刑法處治之。故刑法僅設相對的免刑之條。俾審判官斟酌犯罪情狀得免除其刑。

(4) 親屬相侵占罪之免除。(刑法第三百六十一條第一項) 刑法對於親屬間犯侵占罪者規定得免除其刑。其理由已說明於前。

(5) 親屬相詐欺罪之免除。(刑法第三百六十八條第一項) 刑法對於親屬間犯詐欺罪者。亦規定相對的免刑之例得免除其刑。

猶有言者。刑罰之免除與不爲罪有異。與免除刑之執行亦有異。不爲罪者。犯罪不成立。法院應爲無罪之宣告之謂。刑罰之免除者。本屬構成犯罪。因其有法定的免刑事由存在。法院據此而宣告免除刑罰之謂也。至免除刑之執行則不然。免除刑之執行者。法院已具體宣告刑罰。因其他關係(如特赦)免除執行之謂也。

第四章 刑罰之加減例

刑罰之加減例者。法律明定刑罰加重減輕之分量及次序以作司法者加減刑罰之準則者也。犯罪之狀態不一。刑法有時認爲某項犯罪僅處以法定刑中之最重

刑猶未足。必須加重其刑以罰之者。有時認爲處某項犯罪以法定刑中之最輕刑尙感苛酷。裁判官於法定刑之範圍外減輕其刑而宣告之者。加重刑罰減輕刑罰不可不有一定限制。否則所謂罪刑法定主義之適用徒託空言。我國刑法特於第十一章設有加減例之規定者以此。茲分別說明於左。

(甲) 刑罰加重之例。

(一) 死刑不得加重。(刑法第七十九條第一項) 死刑爲極刑。死刑之上已無再重之刑。故死刑不得加重。

(二) 無期徒刑不得加重。(刑法第八十條第一項) 無期徒刑爲次於死刑之刑。雖無期徒刑之上尙有死刑。然二者性質各別。一爲剝奪人之自由。一爲剝奪人之生命。若自由刑而能加入於死。則於法理大相違背。故刑法特以明文限制之。

(三) 有期徒刑應加重者其最高度及最低度同加之。(刑法第八十一條) 例如故意致人重傷者。處五年以上十二年以下有期徒刑。因其爲普通累犯。一次應加重本刑三分之一。則爲六年八月以上十六年以下有期徒刑。蓋

最高度之十二年以下有期徒刑與最低度之五年以上有期徒刑須同時加重也。惟因加重結果有不滿一日之時間者則不計也。（刑法第八十八條第一項）

（四）拘役應加重者止加其最高度。（刑法第八十二條） 例如法定爲拘役。加重本刑三分之一。則爲二月二十日未滿拘役。加重本刑二分之一。則爲三月未滿拘役是。惟因加重之結果有不滿一日時間者則不計。（刑法第八十八條第一項）

（五）罰金應加重者止加其最高度。（刑法第八十三條） 例如法定爲二千元以下罰金。加重本刑三分之一。則爲二千六百六十六元六角以下罰金。加重本刑一倍者。則爲四千元以下罰金是。惟因加重結果有不滿一角之額數者則不計。（刑法第八十八條第二項）

（六）有二種以上之主刑應加重者同時併加之。（刑法第八十五條） 例如犯單純竊盜罪應處五年以下有期徒刑拘役或五百元以下罰金。因其爲普通累犯一次。加重本刑三分之一。則爲六年八月以下有期徒刑拘役或六百

六十六元六角以下罰金是。蓋五年以下有期徒刑拘役及五百元以下罰金係二種以上之主刑。故應同時併加也。

(七)有二種以上應加重者遞加之。(刑法第八十七條第一項) 例如傷害人者處五年以下有期徒刑拘役或一千元以下罰金。倘係傷害直系尊親屬者則須加重本刑二分之一。爲七年六月以下有期徒刑拘役或一千五百元以下罰金。因其爲累犯不同一之罪一次。又須加重本刑三分之一。則爲九年六月以下有期徒刑役拘或二千元以下罰金是。

(八)從刑不得加重。(刑法第八十九條) 從刑與主刑之性質不同。主刑係剝奪其生命自由財產各項私權。完全爲達刑罰之目的。從刑爲剝奪公權及沒收。則稍含行政上之性質也。且褫奪公權與沒收。依第六十一條第六十二條後段及分則各本條之規定。裁判官本有審酌之權。無隨主刑加重之可言。

(乙) 刑罰減輕之例。

(一)死刑減輕三分之一者爲無期徒刑減輕二分之一者爲十二年以上二十一年以下有期徒刑。(刑法第七十九條第二項)

(二)無期徒刑減輕三分之一者爲十年以上十五年以下有期徒刑減輕二分之一者爲七年以上十二年以下有期徒刑。(刑法第八十條第二項)

(三)有期徒刑應減輕者其最高度及最低度同減之。(刑法第八十一條)

例如私與外國戰鬪者處三年以上十年以下有期徒刑。裁判官認其情狀可憫。予以減輕本刑二分之一。則爲一年六月以上五年以下有期徒刑。是蓋最高度之十年以下有期徒刑與最低度之三年以上有期徒刑同時減輕也。惟因減輕結果有不滿一日之時間者則不計。(刑法第八十八條第一項)

(四)拘役應減輕者止減其最高度。(刑法第八十二條) 例如法定主刑爲拘役。減輕本刑三分之一則爲一月十日未滿拘役。減輕本刑二分之一則爲一月未滿拘役是。惟因減輕結果有不滿一日之時間者不計。(刑法第八十八條第一項)

(五)罰金應減輕者止減其最高度。(刑法第八十三條) 例如法定爲一千元以下罰金。減輕本刑三分之一。則爲六百六十六元六角以下罰金。減輕本刑二分之一。則爲五百元以下罰金。是惟因減輕結果有不滿一角之額數者

則不計。(刑法第八十八條第二項)

(六)減輕本刑而無若干分之幾之規定者至少減輕本刑二分之一。(刑法第八十四條) 例如刑法第三十三條規定「瘖啞人之行爲減輕本刑」而無減輕本刑若干分之幾字樣設有瘖啞人犯罪。裁判官則依第八十四條於所犯之本刑上至少減輕本刑二分之一是。

(七)有二種以上之主刑應減輕者同時併減之。(刑法第八十五條) 例如犯單純竊盜罪應處五年以下有期徒刑拘役或五百元以下罰金。因犯人自首減輕本刑三分之一。則爲三年四月以下有期徒刑拘役或三百三十三元三角以下罰金。蓋徒刑拘役罰金係二種以上之主刑。故應同時併減也。

(八)有二種以上應減輕者遞減之。(刑法第八十七條第一項) 例如殺人者處死刑無期徒刑或十年以上有期徒刑。因犯人係心神耗弱人減輕本刑二分之一。裁判官又認其情狀可以憫恕減輕本刑二分之一。是卽有二種以上之減輕。自應依法遞減。於死刑無期徒刑或十年以上有期徒刑上減輕本刑二分之一。則爲五年以上二十年以下有期徒刑。再就減成之本刑減輕二

分之一。則爲二年六月以上十年以下有期徒刑是。

(九)有二種以上不同等分數之減輕者先依較少之分數減輕之。(刑法第八十七條第二項) 例如傷害人致死者處無期徒刑或七年以上有期徒刑。因其自首減輕所首罪之刑三分之一。又因其情狀可以憫恕減輕本刑三分之一。是卽二種以上不同等分數之減輕。自應先依較少之分數三分之一於無期徒刑或七年以上有期徒刑上減輕。則爲四年八月以上十五年以下有期徒刑。再就減成之本刑減輕二分之一。則爲二年四月以上七年六月以下有期徒刑是。

(十)從刑不得減輕。(刑法第八十九條) 例如有犯殺人罪者於此。裁判官認其情狀可憫。減輕本刑二分之一。在五年以上二十年以下有期徒刑之範圍內宣告十年有期徒刑。主刑雖減輕。而對於其供犯罪用之手鎗仍須宣告沒收是。

(丙)加減競合之例。

加減之競合云者。有加重事由存在同時又有減輕事由發生之謂也。茲分述如

左。

(一)同時刑有同等分數之加重及減輕者互相抵銷。(刑法第八十六條第一項) 例如有累犯不同一之殺人罪一次自首於公務員者於此。累犯一次應加重本刑三分之一。未發覺而自首。應減所首罪之刑三分之一。二者競合。互相抵銷。無庸加重。亦無須減輕是也。

(二)同時刑有不同等分數之加重及減輕者先加後減。(刑法第八十六條第二項) 例如有累犯同一之殺人罪一次自首於公務員者於此。累犯一次應加重本刑二分之一。未發覺而自首。應減所首罪之刑三分之一。二者競合。應先就本刑加重後再減輕三分之一是。

第五章 刑罰之執行

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

於次。

(一) 裁判於確定後執行之。但有特別規定者。不在此限。(刑事訴訟法第四七六條) 所謂特別規定者。如死刑之須經司法部覆准回報。縣政府判處重刑須經覆判等是。

(二) 執行裁判由諭知該裁判之法院之檢察官指揮之。但其性質應由法院或審判長指揮者。不在此限。(同法第四七七條) 所謂應由法院或審判長指揮者。如院編第六十一條之秩序罰是。

因上訴之裁判或因撤回上訴而應執行下級法院之審判者。由上級法院之檢察官指揮執行。(同法第四七七條第二項) 例如上海地方法院判處徒刑一年。上訴至江蘇高等法院。經高等法院裁判駁斥上訴或由上級人自請撤回。應由江蘇高等法院檢察官命令上海地方法院檢察官執行上海地方法院所判之徒刑一年是。

前二項情形。其卷宗在下級法院者。由該法院之檢察官指揮執行。(同法第四七七條第三項) 如上例若由上訴人自請撤回上訴時。而卷宗尚在上海地方

法院。即不必由江蘇高等法院檢察官指揮執行。徑由上海地方法院檢察官指揮執行可也。

(三)二以上之主刑之執行。除罰金外。應先執行其重者。但有必要時。檢察官得命先執行他刑。(同法第四七九條)例如同時判處徒刑三年罰金百元。則可同時執行。一方面使入監獄執行徒刑。一方面追取罰金。若同時犯二罪。一處徒刑三年。一處拘役四十日。則無同時執行之可能。祇可先執行徒刑。俟徒刑期滿再執行拘役。又若同時所處者為有期徒刑與死刑。或有期徒刑與無期徒刑。則可依刑法第七十條之規定執行其重者。不執行他刑。

(四)受刑人對於科刑裁判之解釋有疑義者。得向諭知該裁判之法院聲明疑義。以檢察官執行之指揮為不當者。得聲明異議。(同法第五〇二條及第五〇三條)

第一節 生命刑之執行

刑法上科以生命刑之目的。今昔不同。其執行之方法因之亦異。在昔刑罰尚嚴。執行死刑。意在使犯罪人受痛苦備嘗慘酷而就斃。故其所用方法不一而足。有用磔

殺者。有用焚殺者。有用鋸引者。有用車裂者。有用釜烹者。有用腰斬者。除此而外。猶有所謂支解。有所謂凌遲。殘忍慘酷。令人目不忍睹。洎乎博愛時代。一般人民之學問智識大有進步。因學問智識之進步而促個人之覺悟。自個人覺悟而有個人主義之勃興。於是一般學者主張天賦人權。對於慘忍刑罰大肆攻擊。上述各種殘酷方法因而次第廢止。時至今日。實用死刑之範圍日益縮小。執行死刑之目的。祇在斷絕其生命。使犯罪人永離社會。故其行刑也。務求確實迅速。不令其蒙無益之痛苦。不使死體呈無謂之慘狀。本此目的而用刑。其方法有四。用斬首法以執行死刑者。德法比瑞典是也。用鎗殺法者。南美諸國是也。用電氣殺者。紐約州馬薩諸賽州是也。用絞首殺者。英奧匈西日不里格里我國是也。

我國執行死刑之方法除特別法中有特別規定者（如懲治盜匪暫行條例第八條）外。均用絞。行刑場則設諸獄中。刑法第五十三條曰：「死刑用絞於監獄內執行之。」是即規定執行死刑之方法也。

國慶日停止死刑之執行以重慶典。（元年十月一日刑字第五號停刑通令）受死刑之諭知者。如在心神喪失之時。自不能了解行刑趣旨。故於其痊愈前由司法

部命令停止執行。(刑事訴訟法第四八四條第一項)懷胎婦女受死刑之諭知者。於其生產前由司法部命令停止執行。(同法第四八四條第二項)對於懷胎婦女有停止執行死刑之規定者。即所以保護胎兒也。

死刑非經司法部覆准不得執行。(刑法第五十三條第二項)如覆准文到久不執行。是又徒耗國家之經費。益增囚人之痛苦。故刑訴法規定應於文到三日內執行之。(刑事訴訟法第四八一條)執行死刑應由檢察官蒞視並命書記官在場。除經檢察官或監獄長官之許可者外。無論何人不得入行刑場內。(刑事訴訟法第四八二條)在此閉鎖行刑場內執行死刑。名曰密行主義。又曰圍幃內之死刑執行。

第二節 自由刑之執行

徒刑拘役皆爲自由刑。除由縣政府裁判之地方管轄事件外。均於裁判確定後即分別執行之。惟自由刑在晚近刑事政策上以使犯人改善爲主。其執行方法之良否。刑罰效果之有無繫焉。故於自由刑之執行方法有詳細研究之必要。但欲研究自由刑之執行方法。非先知監獄制度不可。茲先說明監獄制度之沿革。然後再論

我國自由刑之執行焉。

第一 監獄制度之沿革。

古代不有獄舍。僅有所謂作業場感化院懲治場等。作業場感化院懲治場之設。專以強制乞丐勞動。嫌惡人浪人賣淫婦等。養成勞動習慣爲目的。與今日執行自由刑之監獄大有不同。觀十六世紀以降歐洲各國所設之作業場 (Werkhaus) 男子懲治場 (Raspelhaus) 女子懲治場 (Spinhaus) 等。即可以知其梗概。迨十七世紀末至十八世紀之初。乃將受刑人收容於此項營造物之內。與乞丐勞動。嫌惡人浪人賣淫婦等合居一室而監禁之。是即今日監獄之起源。自十八世紀末葉以迄十九世紀初。是爲歐洲各國以自由刑爲刑罰制度之中心之始期。其時所用拘禁囚徒之方法爲雜居制。厥後經一般學者研究之結果。獄制乃見進步。由雜居制而獨居制。由獨居制而沈默制而漸進制。茲分別述其概略如次。

(一) 雜居制。雜居制行之最古。因其不分晝夜將多數犯罪人拘禁於同一監房之內也。故名。當是時亦非毫無獨房拘禁事實存在。惟是被拘禁於獨房之

內者。多係犯罪較重之人（即以獨居拘禁作為執行自由刑一種極嚴重之方法）或違反監獄規則之人。（即以獨居拘禁為懲罰違反監獄規則者之方法）此外則不見有用此者焉。專用雜居拘禁主義。弊竇極多。舉其犖犖大者有下列三點。將多數犯罪人拘禁於一室之內。惡性較小之人常被惡性大者之惡化。此其一。自由刑之執行貴乎嚴厲。多數犯人同居一室。嬉笑喧嚷。有背行刑嚴厲之本旨。此其二。當時被拘禁之犯人不如今日之有所謂服定役。多數犯人同居一室。既無業可作而監視又不周密。致令犯罪人得有共同研究犯罪之機會。變獄室為犯罪研究室。此其三。有此三端。斯其所以不可也。

(2) 獨居制。獨居制者。不分晝夜置每一犯人於一室以拘禁之也。先是有約翰赫窪托 (John Howard) 者。熱心監獄事業者也。對於英國監獄及歐洲大陸各國之監獄詳加考察。於一七七七年著有一書名曰「英吉利及威爾士之監獄狀況」 (State of prisons in England and wales) 將考察之結果公表於世。自是而又漫遊各地。隨時視察監獄關於用何種方法始足以改善囚人之不幸運命之一點大事研究。於是有獨居制之主張。厥後又有法蘭

克林 (Franklin) 亦從事於斯。將獨居拘禁之說盡力向美國傳播。獨居制乃因之而實現。獨居制之真諦。係使囚人晝夜獨居於一室之中。起臥於斯。服役於斯。絕無與其他囚人相接觸之機會。既不有同歸惡化之虞。復足以令其處此嚴重獨居拘禁之下。覺法紀之不可干犯。深自省悟。惟是有利必有弊。動物好羣。人類尤樂羣。今反其樂羣之天性。使囚人處此冷酷的獨居拘禁之下。抑鬱終日。久之往往有發生精神病或其他疾病而死者。其弊一。一人拘禁一室。犯人過多則有監房不足之慮。多建監房所費甚鉅。其弊二。獨居拘禁過於寂寥。不易啓發其善念。化除其惡性。其弊三。因其有利而又有弊也。是此制亦未見其適當。

(3) 沈默制。對於嚴重獨居制持極端反對論者。波斯頓監獄協會及紐約監獄協會是也。該協會主張拘禁囚人採沈默制。謂欲防止囚人惡化。祇須嚴禁囚人交接。加之以精神的隔離即可保無虞。毋須有此獨居拘禁云云。所謂沈默制者。夜則分房而居。晝則共同作業。作業之際。以嚴重禁令禁止囚人接談。藉以防止囚人同歸於惡化者也。一八二三年所設立之紐約阿巴爾監獄首

行此制。故後世又有名此制爲阿巴爾制者。專用此制亦不能無弊。晝則雜居。夜則分房。自惡化之一點言之。雖曰較優於雜居制。惟其作業之際。防遏殊難完密。蓋犯人之在作業場也。固須嚴守沈默之義務。然或乘作業器響之隙。或伺看守戒護之疏。竊竊私語者在所不免。是惡化仍不易防止。其弊一。雜居作業固不如獨居制一人一作業室費用之鉅。然而夜間分房監房之建築費仍與獨居制無殊。經費浩大。其弊二。此沈默制亦未見其可也。

(4) 漸進制。漸進制英、美、意、奧、匈、葡、西、瑞、典諸國行之。卽以獨居雜居假釋爲三階級而執行其刑者也。當犯罪人入獄之初。採用極嚴重的獨居制課以重役。書信接見限制綦嚴。至拘禁期間。通例爲三個月或九個月乃至一年。經過此期間後則進入第二級。在此級者。晝則雜居作業。夜則分房而居。書信接見亦不如初級之嚴。於此級中又分若干等級。由監獄官隨時考察犯罪人之行狀與夫犯人作業之勤惰給與一定點數。點數多者升級。升級後待遇較優並有假釋希望。犯人違反獄則行狀不良以及作業懶惰者減點或不記點。乃至於降級。是之謂行漸進制而兼行探點法及級別法者也。在此第二級中。男囚

經過刑期四分之三。女囚經過刑期三分之二。確係行狀善良並有悔改實據者。則付假釋。是爲第三級。假釋中而有不良行狀或違背假釋規則情事。撤銷其假釋。

與英國之漸進制相似而稍有異者。愛爾蘭制是也。愛爾蘭制分四級。當犯人入獄之初。採用極嚴重獨居制。使受刑人處此寂寥獨居制之下。覺刑罰之可畏。並令監獄官吏得知犯人個性。是爲第一級。此級終進入第二級。在第二級者。晝則雜居作業。夜則分房而監。此二級均與漸進制之第一第二兩級無異。第二級終。將囚人移入中間監獄。中間監獄之構造與旅舍相似。對於中間監獄之囚人。不加監視。或以之爲獄中用人。有時使之出外購買物品。或令其出外執業。日暮則歸監獄。其自由作業之範圍異常廣泛。中間監獄之目的。在於使受刑人爲良民生活之準備。同時養成其抵抗外界誘惑刺激之能力。是之謂第三級。由第三級而進入第四級。得付假釋。與漸進制之第三級相同。

反對漸進制者有德人克羅列 (Krohn) 氏。克羅列者。監獄學大家也。氏謂漸進制之要旨在乎循序而進。俾囚人得以養成服從社會規律之習慣。固不

能謂其不善。惟第一期採用極嚴重獨居制予犯人以過度之痛苦則是不宜。由第一期獨居拘禁所收之效果由第二期雜居而亡之尤屬不當。犯罪之動機無不由於慾望之念所驅使。今且分別等級設各種獎勵之法以誘餌之。是之謂誘起其物質的慾念。非所以抑制犯罪動機（物質的慾望）之道。對於漸進制所以不能表贊同云云。我人以爲漸進制之初級爲期甚短。卽是予犯罪人以過度之痛苦亦無足慮。第二期之雜居與古代所行之雜居制不同。作業入浴。膳食運動。均有看守監視。絕不致有惡化之虞。分別等級設各種獎勵之法。與其謂爲誘起其物質的慾念。毋寧謂之爲藉此養成囚人好勞動勉之良好習慣改善犯人。是第三點又無可非難。最近立法例及各監獄會議之決議與夫著名學說均趨漸進制者。良非無故。我人亦以此制能適應時勢之要求。故對此甚表同情。

第二 我國自由刑之執行。

自由刑於監獄內執行之。我國刑法第五十四條第一項以明文規定曰。「徒刑及拘役之囚犯於監獄內拘禁之。」第二項曰。「徒刑及拘役之囚犯令服勞役。」

但得因其情節免服勞役。」有不得已時看守所得代用爲監獄。（監獄規則第二條第二項）各監設在同一區域內者嚴行分界。（同規則第五條）

我國監獄法採用漸進主義。規定在監者概以分房監禁爲原則。但因精神身體認爲分房監禁不適當者則否。（監獄規則第二十二條）是否適當以監獄官之職權決定之。分房監禁期限。因囚人年齡之高下而有異。滿十八歲者分房三年。未滿十八歲者分房一年。若本人於分房期滿後情願繼續分房者亦得分房。（同規則第二十三條）分房期滿進入第二期。在此期者雜居監禁。雜居監禁用類別制。（同規則第二十五條）類別制者。以罪質年齡犯數性格等爲相當之類別。擇其一類者集爲一組。不使與他組相混合相接觸者也。

監獄依性別年齡而分類。婦女監禁於女監。（監獄規則第四條）未滿十八歲者監禁於幼年監。但滿十八歲後三個月內刑期即可終結者。其殘刑期間仍得繼續監禁之。（同規則第三條第一項）因精神身體發育情形認爲有監禁於特設監獄之必要時。得不拘年齡適用上述之規定。（同規則同條第二項）設置幼年監之理由有二。對於未滿十八歲人之服勞役除須斟酌其年齡罪質刑

期身分技能職業及將來之生計體力之強弱外。猶須施以教育。（同規則第三十五條第四十九條）教育每星期二十四小時以內。依小學程度教育。讀書習字算學作文及其他必要學科。有同等學力者。須依其程度設相當補習科。（同規則第五十條）爲便於實施教育。所以有特設監獄之必要。此其一。將未滿十八歲人監禁於幼年監。即所以防止未成年人被成年囚人之惡化。此其二。外國立法例有分徒刑爲服役徒刑與不服役徒刑二種而分別適用之者。（日本刑法分徒刑爲二。一曰懲役。一曰禁錮。前者服法定勞役後者則否）其所以爲此分類之理由。意謂勞役爲物係賤民所爲之事業。以之科諸非破廉恥之囚人實非所宜。故應分別自由刑之有無定役應罪質身分以爲科斷。此種說明實屬不當。蓋勞動神聖。無人敢加否認。謂之爲賤民事業。其說過於陳腐。至謂以之科諸非破廉恥之囚人實非所宜云云。尤無理由。犯人繫身獄內。度日如年。有業可作。藉可消滅歲月。何不宜之有。我國刑法有鑒於此。以明文規定。除得因其情節免勞役外。徒刑及拘役之囚犯一律令服勞役爲原則。（刑法第五十四條第二項）服勞役者須斟酌其年齡。罪質。刑期。身分。技能。職業及將來之生計體力。

之強弱科之。（監獄規則第三十五條）國慶日、紀念日、十二月末二日、一月一日至三日、星期日午後、祖父母父母喪七日、以及其他認為必要時免除勞役。（同規則第四十條）但因炊事灑掃及不得已事由必須服勞役者。除祖父母父母喪七日外。不適用免除勞役之規定。（同規則第四十一條）每日勞役時間於七小時以上十小時以下之範圍內。斟酌時令地方情形監獄構造及勞役種類定之。教誨教育接見詢問診察及運動時所需時間得算入勞役時間。（同規則第三十八條）勞役非有監獄長官命令不得中止廢止或變更。（同規則第三十七條）又法定勞役於監外亦得爲之。所謂外役是也。外役是否可用。學說紛歧。有謂不必問刑期之長短令犯人就外役。俾一般民衆目睹一鐵索繫二囚成羣而過。在獄吏監督之下備嘗痛苦之實况。惕然生懼。胥相率以不犯罪爲戒。大足以收一般預防之效果者。有謂執行自由刑之目的在於剝奪犯罪人之自由。使囚人身居嚴格的獄吏之下與社會隔離。服外役則有背斯旨者。一般預防之說不適宜於今日。藉外役以威嚇一般民衆。不能收若何之效果。故前說不足取。我國監獄規則採後說。規定刑期不滿一年之自由刑絕對不許就外役。卽刑

期一年以上之囚徒可否在監外服役亦須由監獄官決定。以明文規定曰。除刑期不滿一年者外。監獄官認爲必要時。得使在監者在監外服勞役。（同規則第三十六條）

服勞役者作業之材料由國家備置。作成物品後由國家發售。因售品所得之收入概歸國庫。（監獄規則第四十二條）對於服勞役者不支工資。不過得斟酌其行狀罪質成績等分別給與賞與金而已。（同規則第四十三條）賞與金於釋放時交付之爲原則。但本人請求以賞與金充家屬扶養料及賠償被害人之用時。其積存達十元以上者得酌付三分之一。（同規則第四十六條）

在監者除有特別理由外。不許與家族以外之人接見及發受書信。（監獄規則第六十七條第七十條）接見次數亦有一定限制。拘役囚每十日一次。徒刑囚每月一次。其接見時間不得過三十分鐘。書信發受次數亦同。但監獄官認爲有不得已情形者不在此限。（同規則第六十八條第七十一條）

在監者遵守監獄紀律則有下列賞遇。（1）照監獄規則所定接見書信度數增加一次。（2）每月增給一元以內之勞役賞與金。（3）每十日增給菜三次以下。

(監獄規則第八十條) 若違反監獄紀律者則處以懲罰。懲罰有六。(1)面責。(2)停止發受書信接見及閱讀書籍。(3)減食。(4)停止運動。(5)閤室監禁。(6)酌減賞與金。第二種至第五種之懲罰。於未滿十八歲者不適用之。在監者罹疾病時速加治療。病重者收入病室。孕婦產婦老弱者廢疾者以病者論。(監獄規則第六十條及第六十六條)

當天災事變如在監內無法防避時。得將在監者護送於相當處所。護送不遑時。得暫時解放。被解放者由解放時起算限於二十四小時內至監獄或警察署投到。逾時不到者。以刑法脫逃罪論。(監獄規則第三十一條)

釋放囚人於期滿之次日午前行之。(刑法第二十二條第二項) 釋放前至少三日以上使之獨居。(監獄規則第九十五條) 所以必須於釋放前至少三日以上之獨居者。無非令其於此沈默寂寥之中。迴想已往犯罪事實受刑中所經歷之狀況。翻然悔悟。復歸良民。不再以身試法也。因赦免或假釋釋放者。監獄長官須依定式釋放之。假釋者並須交付證票。(同規則第九十四條)

自由刑於裁判確定後執行之爲原則。前已述之。惟是受刑之宣告而有心神喪

失或懷胎七月以上或生產未滿一月或現罹疾病因執行而有不能保全其生命之虞之情形時。依檢察官之指揮於其痊愈前或該事故消滅前停止執行。（刑事訴訟法第四百八十五條）停止執行者。停止入獄之謂。因其尙未入獄受監禁也。所以裁判雖經確定。而停止中所經過之日數不得算入刑期之內。（刑法第二十三條第二項）停止執行係一時的停止。該項停止執行事故消滅。即日開始執行。是停止執行與緩刑之性質。緩刑之形式均有差異。惟其須俟該事故消滅而後開始執行也。所以停止執行不有一定期限。如遇有心神喪失或現罹疾病執行則恐難保生命情事發生。即終身停止其執行亦非不可能事。或曰受自由刑之諭知而有刑事訴訟法第四百八十五條所列情事之一。即須停止執行固矣。若開始執行後而遇此項事故發生。是否亦可以依檢察官之指揮爲執行之停止。簡言之。即刑之執行停止云云。是否包含執行之中斷而言乎。曰自理論上言之。所謂刑之執行停止。當然包括執行之中斷在內。惟我國監獄規則僅規定病重者收入病室。病重者經監獄長官許可得自費招請醫生治療。（監獄規則第六十條第六十四條參閱）而不如外國立法例有得將病者送往病

院受治療之規定，是本問應以消極論解決之爲適當。

第三節 財產刑之執行

刑罰以裁判確定後即時執行爲原則。罰金之執行亦不外乎是。但自由刑於裁判確定後即時生絕對執行之效力。罰金則於裁判確定以後僅生相對執行之效力。所謂相對者。尙有猶豫期間之存在也。依我國刑法第五十五條第一項之規定。以一月爲罰金執行之猶豫期間。於此期間之開始。檢察官即得發執行之命令。惟非滿期後不得加以強制耳。期間既滿。如受刑人仍未繳納。則視爲與有強制執行之債務名義相同。即得依民事訴訟法上強制執行之規定而執行之。檢察官經過此種手續後。如受刑人實無資力而不能完納罰金時。應依刑法第五十五條第二項第三項及第四項之規定。依裁判載明折算一日之額數易以監禁。（但因犯貧而減罰金者應以減得之數比例計算）監之於監獄內附設之監禁所。（刑法第五十五條第六項）以代罰金刑之執行。各國立法例及一八九一年萬國刑法學會一九〇五年萬國監獄會先後議決對於無力繳納罰金者。尙有分期繳納及以工易罰之辦法。我國未採用之。惟查刑法分則所定罰金之範圍甚寬。在裁判官宣告

罰金之時。似宜先從犯人之財力加以審核。斟酌其數目。然後科斷。庶易執行。刑法第七十六條第二項規定「科罰金時。并應審酌犯人之資力。」意即在此。易科監禁。應俟受刑人期滿而不完納罰金時始得爲之。上已說明。惟受刑人於完納期內。聲明實無資力。自行承諾易科監禁時。則可不待一月期滿。得即時易以監禁。以代罰金刑之執行。此刑法第五十五條所以有第五項之規定也。易科監禁處分係執行罰金刑之特別方法。非獨立的自由刑。本刑（罰金刑）罹於時效。自不得復行此項處分。當無待言。（茲所謂本刑罹於時效。係指未執行而罰金罹於消滅時效者而言。若在執行此項處分中。自無時效完成可言。）易科監禁之趣旨。係使受刑人在監禁所依作業所得之收入。以償此項罰金。惟是毫無限制。必欲使受刑人將作業所得之收入。償足此項罰金額數後。乃能釋放。有時罰金過鉅。致令受刑人受十數年之縲紲。又與罰金刑之本旨相背戾。故刑法又於第五十五條第四項中。規定監禁期限不得逾一年。或曰罰金易科監禁。以一元以上三元以下折算一日。其監禁期限不得逾一年固矣。若罰金總額逾一年之日數者。是否仍以一元以上三元以下折算一日。易以監禁乎。曰否。以一元以上三元以下折算一日。易以監禁。係

指罰金總額未滿一年日數者而言。至若罰金總額逾一年之日數。則應根據刑法第五十五條第八項之規定。以罰金總額與一年之日數比例折算。例如罰金總額爲二千一百九十元。以一年日期三百六十五日按分比例折算。計每六元應換監禁一日是。又受刑人受罰金刑之宣告無資力不能完納。因之監諸監禁所內受執行。執行中繳納一部分者。則不適用第五十五條第八項之規定。應依同條第七項以所納之數依裁判所定之標準折算扣除監禁日期。例如處罰金九百元。當宣告裁判時。載明如無力完納以三元易科監禁一日。迄完納期滿。受刑人無力繳納罰金。則依裁判載明三元折算一日之額數應易科監禁十月。監禁一月後。受刑人又繳納罰金。此時應依裁判所定三元折算一日之標準。扣除監禁一月計國幣三百元。尙應完納罰金六百元是。又依同條第九項規定。易科監禁如有不滿一日之零數則不算。

易科監禁處分爲無資力不能完納罰金者而設。其本質實係罰金。故雖易以監禁。仍以受罰金之執行論。不得因其易科即視爲受徒刑或拘役之執行也。既不能視爲已受徒刑或拘役之執行。是則五年內再犯徒刑以上之罪。亦不發生累犯關係。

異日犯罪受二年以下有期徒刑拘役或罰金之宣告時。仍有受緩刑宣告之資格。惟是在執行易科監禁中而脫逃者。則仍視此受易科監禁執行之人爲依法拘禁之囚人。構成刑法第一百七十條之脫逃罪。此又係當然之解釋也。於茲有一問題。即受刑人死亡後得免予執行否。依刑罰之通例。犯人死亡後。其刑罰即因而消滅。且科刑不及犯人以外之人。自不應向其承繼人執行。我國刑法雖無此種規定。而刑事訴訟法第四百九十二條第二項云。罰金追徵得就受刑人之遺產執行。是於受刑人之死亡後尚須執行已無疑義。惟法文既明指就其遺產執行。則受刑人若無遺產時仍不能向其承繼人執行也。學者間對於此種問題向有積極說及消極說兩種。主張積極說者。謂宣告罰金之判決確定時。國家對於受刑人之關係與私法上之債權債務關係相同。應向受刑人之承繼人徵收之。主張消極說者。謂罰金之徵收即係國家刑罰權之實行。國家既認死亡足爲消滅刑罰權之原因。於罰金何猶不然乎。且於受刑人之死亡後自由刑已不執行。何必執行其輕於自由刑之罰金乎。刑訴法規定於遺產內執行。似不無失當矣。

至應行沒收之物亦應由檢察官處分之。應行沒收之物。如法院不能宣告沒收。或

漏未宣告時。檢察官得斟酌其情形。施以沒入處分。又沒收之物。以犯人以外無有權利者爲限。於執行後三月內。如有權利人能證明其權利。實應歸屬其所有者。得向檢察官請求發還。即已拍賣。應給予拍賣所得之價金。（刑事訴訟法第四百九十三條第四百九十四條）

第四節 褫奪公權之執行

國家對於受褫奪公權者。不過不許其享受公權而已。本無庸加以執行之手續。但對於現任屬於公權之職務者。即法律無免現職之規定。亦應予以取消其職務之執行。惟在緩刑期內。既不執行徒刑。對於公權亦不能褫奪。故無論有無褫奪公權之宣告。其所任屬於公權之職務。仍不能執行褫奪。法律關於此點。雖無明文規定。然觀刑法第五十九條第二項後段。但有期褫奪公權之期限。自主刑執行完畢。或免除之日起算。之規定。既曰執行完畢。則緩刑期內。主刑既不執行。是褫奪公權之期限。尙屬無從起算。當然無執行之可言也。

第五節 未決羈押

當有罪無罪未決以前。基於審理手續上之必要。將被告人拘置於看守所者。曰未

決羈押。羈押被告非刑事訴訟法中之常道。是故無用羈押必要而能達刑事訴訟法上之目的者。則不許爲此。被告人應受羈押者有四種原因。(一)被告無一定住址者。(二)被告犯罪嫌疑重大且有逃亡之虞者。(三)被告犯罪嫌疑重大且有湮沒或偽造變造證據之虞或有勾串共犯或證人之虞者。(四)被告犯死刑無期徒刑或最輕本刑爲五年以上有期徒刑之罪嫌疑重大者。四者之中具有其一而又有羈押之必要者得羈押之。(刑事訴訟法第六十六條)未決羈押自體既非刑罰。羈押之長短以無影響於本刑爲原則。惟遇重大案件凡偵查檢證等事必須慎重。慎重則須時日。審理過久。未決羈押之日期亦隨之而延長。被告人久困囹圄。實際上幾與受刑之執行無異。此各國立法例多有將未決羈押可以算入本刑之規定。我國刑法亦復相同。惟茲所謂算入本刑者。僅以本案之未決羈押爲限。不包含其他事件之未決羈押在內。若以其他事件之未決羈押日數折算本案之本刑。自爲法律所不許。凡是本案之未決羈押。除本刑係死刑無期徒刑外。有期徒刑拘役罰金均得以羈押日數折抵。

各國立法例關於未決羈押算入本刑。有法定主義與裁判主義之別。依據一定條

件以未決羈押之日數算入刑期中者曰法定主義。未決羈押之算入本刑與否一任諸法院之裁量者曰裁判主義。因其算入本刑與否一任諸裁判官之自由裁量也。故執行官不見裁判主文中有將未決羈押算入本刑之記載時。則須爲全部刑罰之執行。若未決羈押算入本刑而用法定主義時。裁判官祇須宣告刑罰已足。關於未決羈押算入本刑事項。毋須於裁判主文中特爲記載。執行官執行刑罰。應依據法律之規定扣除未決羈押之日數而執行之。日本舊刑法採法定主義。德意志刑法荷蘭刑法日本現行刑法皆採裁判主義。我國刑法亦然。於第六十四條規定曰。「裁判確定前羈押之日數。得以二日抵有期徒刑或拘役一日。或以一日抵第五十五條第七項裁判所定之罰金額數。」觀法文中所用「得以」字樣。是即採用裁判主義也。

我國刑法採裁判主義。可否以未決羈押算入本刑。由裁判官就各種情形任意的決定。因其爲裁判官之自由裁量。於是不可不有一定之標準。應何所據以定可否算入之標準乎。曰未決羈押可否算入。以該事件是否應由被羈押人負責爲標準。若未決羈押日數之延長係出自客觀的事實。不應由被羈押人負責者。自應算入。

本刑。例如因被羈押人之疾病致審理延長之未決羈押。因檢察官之無理上訴致羈押延長之未決羈押。以算入本刑爲適當。反之以預期未決羈押算入本刑之故意假裝疾病以致審理遲延。或預期未決羈押算入本刑無理上訴之未決羈押。自應概不算入。要之未決羈押算入本刑與否。於罪之輕重無關。應自客觀的方面考究。被羈押人是否應負此羈押之責而決定之。若謂犯罪人之惡性不大。則將未決羈押日數算入本刑。犯罪情狀重大則不算入本刑者。則誤矣。未決羈押算入本刑與否。爲法院之自由裁量。法院認爲有算入本刑之必要時。則於宣告刑罰時同時爲之。被羈押人不得向法院聲請援用。法院亦不得於裁判確定後追加宣告。

第六章 假釋及緩刑

第一節 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三。受刑人行狀善良。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。裁判官審告刑罰之際。應就犯罪人惡性之大小以定刑罰之重輕。惟是在此最短時期內。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。俾犯罪人循級而登。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。

我國刑法第九十三條曰。受徒刑之執行而有悛悔實據者。無期徒刑逾十年後。有期徒刑逾二分之一後。由監獄官呈司法部得許假釋出獄。但有期徒刑之執行未滿二年者不在此限。細釋其意。其適用範圍有一定制限。曰死刑。曰拘役。曰罰金。曰未滿二年之有期徒刑。此四者是皆不適用假釋制度者也。死刑係剝奪犯罪人之生命。自無所謂假釋。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)刑法第九十三條明定假釋僅限於徒刑。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)刑法規定執行未滿二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。罰金而不易科。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。徒刑執行未滿二年(各國立法例關於此種期限頗不一致有以一年爲限者如德國刑法及瑞士奧國刑法準備草案是有以三月爲限者如法國比利時及魯全是有無期限者如果魯亞斯亞及美國數州是)則不能執行者。以囚徒在獄爲期末久。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。易詞以言。即第九十三條第一項所稱之執行刑期應否以實受執行者爲限。（例如受十年徒刑之宣告於裁判確定前已受兩年之羈押。扣除徒刑一年。若此一年亦算入已執行刑期之內。則再執行四年。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。但主張不算入者居其多數。因假釋條件所定之執行刑期。係指事實上之執行。俾知犯人受刑後是否實能悔改。若以拘禁日數算入。是與假釋之意旨背馳。故我國刑法從德國刑法準備草案立法例。於第九十三條第二項。以明文規定曰：「前項執行期間。遇有第六十四條情形者。以所餘之刑期計算。」例如科無期徒刑者。裁判前拘禁二年。若以之抵徒刑一年。算入十年之執行期內。則九年後即可假釋。依第十三條第二項規定。則仍須算足執行十年。方可假釋。又如科有期徒刑十年。二分之一爲五年。裁判前受拘禁二年。若以抵徒刑一年。算入五年期內。則四年後即可假釋。依第九十三條第二項規定計算。則十年期內。除去拘禁相抵之一年。是事實上執行之期限爲九年。二分之一則爲四年半。方可假釋是。

假釋期滿未經撤銷假釋者。其未執行之刑期以已執行論。（刑法第九十六條）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。無期刑囚終身在假釋期限中。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列情形之一者。撤銷其假釋。（刑法第九十四條第一項）

（一）更犯罪受拘役以上刑之宣告者。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而撤銷假釋者。因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警察署認爲違反假釋管理規則第五條之規定。與刑法第九十四條第一項第二款之情形相合。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。(刑法第九十四條第二項)重行入獄受餘刑之執行。無期徒刑因有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(如專科罰金之罪)受刑之執行者。(如無力完納罰金易科監禁致受監禁之執行)其執行之期間不算入假釋期內。(刑法第九十五條)

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生活之準備爲本旨。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間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監督者之許可)

第二節 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。曰緩刑即負此重任而來者也。緩刑云者。法院對於具備法定要件（即法定緩刑條件）之輕微犯罪人宣告短期自由刑同時定一相當期限宣告猶豫刑之執行。在此期限內而不有撤銷緩刑宣告事由發生。即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的自由刑。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。緣此項犯罪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出獄再犯幾達半數者。即可想見短期自由刑之弊害。各國刑法有鑒於此。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。必不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。

(1) 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，即不復爲有罪判決之宣告者，曰刑罰宣告猶豫主義。一八七〇年波士敦 (Boston) 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 (The Probation Officer) 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。

(2) 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行此制，今則改用條件附刑罰宣告主義矣。

(3) 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。

(4) 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。刑之宣告卽失其效力之謂也。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刑期。其缺點有二。(一)設置監查員手續煩雜。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。惟條件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。

我國刑法上規定可得宣告緩刑者。須具備兩大條件。其一關於現在事實方面所

必要之條件。其二關於過去經歷方面所必要之條件是也。茲分述如次。

第一 關於現在事實方面所必要之條件。

關於現在事實方面所必要之條件。即以犯罪人現受二年以下有期徒刑拘役或罰金之宣告爲條件。若犯罪人犯罪重於二年以下之徒刑者。自無適用緩刑之餘地。

我國舊刑律規定可得宣告緩刑之條件。僅以現受四等以下有期徒刑或拘役之宣告者爲限。罰金不在緩刑之列。誠以罰金能否緩刑。爲刑法上一大爭論之問題。蓋緩刑初旨原欲獎勵犯人遷善。故其刑之執行與否。全視犯人之素行爲斷。十九世紀末葉。歐洲刑法家力倡廢止短期自由刑。緩刑之制乃大受影響。於是緩刑獎勵犯人之旨。一變而爲免除短期自由刑之旨。由是緩刑與自由刑併爲一談。罰金之不能緩刑。其實由此。揆厥由來。無非爲偏重於短期自由刑之觀念所誤。而於獎勵犯人遷善一層未嘗顧及也。今世各國已悟其非。故外國刑法將緩刑擴充至罰金者不少其例。我國現行刑法從之。毅然規定罰金亦得宣告緩刑。於刑事政策上裨益殊非淺鮮。是可稱爲最進步之立法。我人深表贊同也。

第二 關於過去經歷方面所必要之條件。

關於過去經歷方面所必要之條件有二。(一)須犯罪人未曾受拘役以上刑之宣告者。若犯罪人曾受死刑徒刑拘役之宣告。今又犯罪。足見其不知痛改前非。對此惡性已深之人。宣告緩刑。與刑罰防衛社會之本旨相背戾。是故祇須其人曾受拘役以上之刑。無論其此次犯罪如何輕微。均不適用緩刑之規定。惟前受過罰金刑者則否。又刑法所謂「未曾受」者。係指素未受過刑罰之宣告者而言。苟受過刑罰宣告。則不問已行執行或猶豫執行。均不能認為具備緩刑條件。惟是受過刑罰之宣告而被大赦者。以及受過刑罰之宣告並宣告緩刑逾期而未撤銷緩刑宣告者。與未曾受刑之宣告相等。仍得宣告緩刑。(二)須犯罪人前受拘役以上刑之宣告執行完畢或免除後三年以內未曾受拘役以上刑之宣告者。若犯罪人前受拘役以上自由刑之執行不知悔悟。出獄旋即犯罪。或受拘役以上自由刑之宣告免除其刑而猶不知警戒。未久重行犯罪者。均不適用緩刑之規定。若前犯拘役以上之罪經過三年之期間再犯拘役以下之輕微罪。又犯罪人曾受拘役以上刑之執行完畢或免除後逾三年復受拘役以上刑之執

行完畢或免除後逾三年之期再受拘役或罰金之宣告者。仍可謂爲具備緩刑要件。得宣告緩刑。反之前受拘役以上刑之執行完畢或免除後三年內再犯拘役或罰金之罪經過三年之期間始宣告刑罰者。則以不宣告緩刑爲適當。又刑法所謂「免除」者。包含依時效而免除刑之執行。依特赦而免除刑之執行。依裁判宣告而免除刑之執行而言。至若平穩經過緩刑期間因之不受刑罰之執行。非茲所謂免除。無他。緩刑有消滅宣告刑罰之效力。在法律上與未嘗犯罪者相同。受緩刑宣告之人平穩經過緩刑期間。則不能目之爲已受刑罰宣告之人故也。是則對於受緩刑宣告逾期而未撤銷宣告之犯罪人。仍得宣告緩刑。過去經歷所必要之條件不能同時並具。二者有其一。是之謂緩刑條件具備。

具備現在事實所必要之條件同時具備過去經歷必要二條件之一。是之謂具備緩刑條件。緩刑條件具備。裁判官固得依法宣告猶豫刑之執行。惟是宣告與否爲法院職務之自由裁量。縱令要件具備。法院考究犯罪情狀認爲不能宣告緩刑者。仍得不予宣告。被告不得以具備刑法第九十條之要件爲理由請求緩刑。惟茲所謂情狀云云。其範圍甚廣。犯罪人之責任能力、責任條件、素行性質、動機目的、事後

心意、家庭狀況、職業關係等皆是。此外犯罪人是否無再犯之虞，宣告緩刑是否可得達緩刑目的。一切事項均包含在內。就中以對於精神尙未發達之幼年人、性質善良之人、素行端正之人，應厲行緩刑。又犯罪人之廉恥心、犯罪人在社會中之地位境遇等，均於宣告緩刑大有關係。用之得當，真所謂刑期無刑。爲裁判官者可不特別注意也耶。

緩刑期限以二年爲最短期，以五年爲最長期。法院在此法定期限內，視犯罪情形犯後狀況酌量決定期間之長短可也。又宣告緩刑，應於宣告刑罰時同時爲之。不得於裁判宣告後再行宣告也。（刑法第九十條第一項）

各國刑法對於緩刑期滿未經撤銷緩刑之犯人所處地位，約分兩派。其一刑之宣告作爲無效，以未嘗犯罪論。其二所緩之刑以既執行論。兩者區別，於犯人所處法律上地位關係至巨。蓋受緩刑者既不復犯罪，則滌蕩舊恥，勉力自新，設使其存留惡迹，貽玷將來，則於宣告緩刑之本旨仍有未符。故我國刑法採取第一派。於第九十二條以明文規定曰：「緩刑期滿而緩刑之宣告未經撤銷者，其刑之宣告爲無效。」所謂刑之宣告爲無效者，即自始與不有刑之宣告相同。凡因刑之宣告所有

法律上之一切效果全歸消滅之謂也。惟是受緩刑宣告而有左列法定事由之一存在時。除因過失犯罪者外。撤銷其宣告。(刑法第九十一條)撤銷裁判確定後。仍執行其猶豫之本刑。撤銷緩刑爲拘束的規定。與宣告緩刑法院有自由裁量之權者有別。撤銷法定事由有二。分述於左。

(一)緩刑期內更犯罪受有期徒刑以上刑之宣告者。受緩刑宣告之人不能保持善行復行犯罪。自應撤銷其宣告。惟撤銷宣告有一定條件。(一)以受緩刑宣告之人在緩刑期內更犯罪爲必要。所謂緩刑期內者。即指法院在法定期間內。(即據刑法第九十條所規定二年以上五年以下之期間)所定期間而言。緩刑期間經過後之犯罪。不得爲撤銷緩刑之原因。(二)以受緩刑宣告之人在緩刑期內更犯罪以確定裁判受有期徒刑以上刑之宣告爲必要。若於此期間內更犯罪。該項犯罪應科拘役罰金刑者。亦不得爲撤銷緩刑之原因。

(二)除第九十條第二款外。因緩刑前犯他罪曾受有期徒刑以上刑之宣告。在緩刑期內始發覺者。所謂因緩刑前犯他罪在緩刑期內始發覺者。即指受緩刑宣告之人在緩刑宣告前曾犯他罪。依確定裁判處有期徒刑以上刑自執行完

畢或免除執行之日距犯本罪（即受緩刑宣告之罪）之日不滿三年於緩刑期間發覺者而言。於緩刑期間內發覺此項事實。當然撤銷其宣告。

緩刑宣告應撤銷者。由受刑人所在地或其最後住所地之地方法院檢察官向該法院聲請之。（刑事訴訟法第四百九十七條）

第七章 刑罰之消滅

第一節 刑罰消滅之觀念

刑罰之消滅有廣狹二義。廣義的刑罰消滅。包含對於特定犯罪人求刑權之消滅。與對於特定犯罪人刑罰執行權之消滅而言。對於特定犯罪人求刑權之消滅者。犯罪人犯罪罹於起訴消滅時效。檢察官或自訴人因之不得行使起訴權之謂。（刑法第九十七條）對於特定犯罪人刑罰執行權之消滅者。檢察官適法提起公訴。或自訴人適法提起自訴。犯罪人受刑罰宣告確定裁判後。有特定事由存在因而消滅刑罰執行權之謂也。狹義的刑罰消滅。專指後者而言。用狹義而說明刑罰消滅之觀念時。刑罰之消滅與犯罪不成立有異。與法院以職權裁量免除刑罰者亦有異。此外宣告刑罰以前之大赦以及起訴權之時效消滅。均不能謂之為刑罰

消滅之原因。我人取狹義而不取廣義。惟是論狹義的刑罰消滅。有時不能不涉及廣義的刑罰消滅之範圍。（如起訴權之時效宣告刑罰以前之大赦）是以就有必須說明者亦附及之。

刑罰消滅之原因有六種。其一刑罰執行完畢。其二緩刑期間經過。其三假釋出獄。其四犯罪人死亡。其五赦免。其六時效是也。刑罰執行完畢。刑罰當然不復存在。刑罰權不存在。刑罰當然消滅。自無須詳加說明。緩刑期間經過。假釋出獄。期內無特別事故發生。刑罰即隨之而消滅。其意義均已說明於前。茲所欲言者。即犯罪人之死亡、赦免、時效、是也。試分節說明之。

第二節 犯罪人之死亡

刑不及於第三人。爲刑法上之大原則。犯人身死。受刑之主體消滅。受刑之主體消滅。刑罰自無存在之根據。古代有所謂鞭犯人之死骸。梟其首懸諸獄門以爲死後之處分者。近世已乏其例。又近時有將犯人屍體送交醫學校解剖以供研究之用者。亦非處罰死體。此所以犯罪人死亡爲刑罰消滅之原因也。惟犯人死亡因裁判前與裁判後而有異。犯罪人死亡於裁判確定後。則消滅刑之執行權。先於刑罰宣

告裁判確定而死亡時。則併刑罰請求權而消滅之。茲所謂犯人死亡爲刑罰消滅之原因者。僅指前者而言。

第三節 赦免

赦免者。依大權處分消滅具體的刑罰權之方法也。赦免在各國爲元首大權。多數國均規定於憲法中。我國國民政府組織法第四條規定赦免有大赦特赦減刑復權四種。均由國民政府行使之。舊刑律第六十八條亦有赦免之規定。現行刑法刪之。其理由以各種赦免應依特別法辦理。刑法無置此規定之必要也。惟是赦免有消滅刑罰之效力。在刑法雖無規定。而我人爲說明刑罰消滅之原因。終不能不涉及之也。茲分赦免而爲四。其一大赦。其二特赦。其三減刑。其四復權是也。述其概略於次。

(一)大赦。大赦非對於特定犯罪人行之。係對於特定犯罪或一般犯罪行之。而有消滅刑事法上之一切效果者也。消滅刑事法上之一切效果云者。對於提起公訴或自訴前之犯罪既行提起公訴或自訴之犯罪以及裁判確定後之犯罪悉數使之歸於消滅之謂也。析言如下。(1)犯罪後刑罰宣告前之大赦有消滅

刑罰請求權之效力。又分爲二。(A)大赦在檢察官或自訴人起訴以前。犯罪之起訴權消滅。(B)大赦在檢察官提起公訴或自訴人起提自訴中。法院應爲免訴之判決。(2)刑罰宣告後之大赦。其刑之宣告爲無效不復爲刑之執行。執行中而遇大赦時。取消其執行。一經大赦。罪跡全無。是故執行中而遇大赦。大赦後再犯者。亦不得以累犯論罪。大赦爲刑罰消滅(狹義的刑罰消滅)之原因。僅以裁判確定後之大赦爲限。宣告刑罰前之大赦。行刑權尙未發生。自無所謂刑罰之消滅也。

大赦僅以大赦令中所赦免之罪名爲限。不及於赦免以外之犯罪。同一犯人連犯數罪。一罪赦免。餘罪未邀赦免者。仍須科刑。(刑法第七十三條)又大赦僅有消滅刑事法上一切效果之效力。不因大赦而有害被害人之損害請求權。

(二)特赦。特赦者。對於已受刑罰宣告確定裁判之特定犯罪人免除其刑之執行者也。特赦與大赦大有差異。特赦僅免除刑罰之全部執行。而有罪之判決如故。大赦則有消滅犯罪之效力。此其相異者一。特赦效力僅及於裁判確定後之犯罪。大赦有消滅裁判確定前一切犯罪之效力。此其相異者二。

(三)減刑。減刑者對於已受刑罰宣告確定裁判之特定犯罪人變更刑之種類或免除其刑之一部執行者也。例如減死刑爲無期徒刑、減無期徒刑爲有期徒刑、減有期徒刑爲拘役是。減徒刑爲拘役時不以受徒刑之執行論。故不得以之爲構成累犯之基礎。又減刑與刑之減輕有異。減輕係裁判前適用刑罰之關係。減刑爲裁判確定後變更刑之種類或免除其刑之一部執行之關係。是不可混同者也。

(四)復權。復權云者對於受褫奪公權宣告之人回復其全部資格或一部資格之謂也。茲所謂回復其資格者即指回復當日受刑罰宣告所褫奪之公權而言者也。褫奪公權爲刑罰之一種。回復公權爲刑罰消滅之原因。

赦免運用得宜其利有二。(1)刑法分則各本條所規定之刑罰範圍固屬廣泛。然而犯罪情狀不一。有時處以刑法所定之最輕刑猶覺其過重。酌量減輕又有一定限制。有此赦免。可以補救法律之不備。(2)裁判錯誤固得藉上訴以救濟之。然普通上訴則有一定期限。非常上訴則有一定要件。顧有因此項限制往往不能達救濟之目的者。有此赦免。可以糾正裁判之錯誤。

第四節 時效

時效云者。因時間之經過而取得或消滅某種權利之謂也。有民事上之時效及刑事上之時效兩種。民事上之時效經過後即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也。國家之刑罰權何以因時效而消滅乎。學者間不一其說。其重要者約有數種。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。則必昕夕惶恐。每生悔悟。經過長時間之懼悔。幾不啻刑罰之實施。於痛苦方面固已等於受刑。而於惡性方面亦每因懼悔而改善。故逃避中輒罕再行犯罪之事實發生。可爲明證。有謂近世刑罰之目的在改善其惡性以防其再犯。若於犯罪之後銷聲匿跡。不再爲犯罪行爲。即於社會之安寧秩序無擾亂之虞。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。即

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。蓋以刑法雖為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訴或自訴因之而消滅起訴權者曰起訴權之時效。為刑罰消滅之原因者。（狹義的刑罰消滅）僅指行刑權之時效而言。茲將起訴權之時效及行刑權之時效分述於左。

第一 起訴權之時效。

起訴權之時效即消滅刑罰請求權之時效。我國刑法第九十七條所謂逾左列期限而不行使者因時效而消滅者是也。起訴時效僅為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)死刑無期徒刑或十年以上有期徒刑者二十年。(二)一年以上十年未滿有期徒刑者十年。(三)一年未滿有期徒刑拘役或罰金者三年。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。時期則依刑法第二十一條第二十二條之規定而計算之。

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。現行刑法則折衷規定爲三項。又以各國所定期限有長至三十年者。亦有短至十年者。以二十年者爲多。舊刑律以十五年爲長期。現行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三年。

起訴權之時效期限。據本刑之最高度計算。(刑法第九十八條前段)例如刑法第二百九十五條第二項規定故意致人重傷者處五年以上十二年以下有期徒刑。計算時效須以十二年爲標準。必逾二十年而不起訴者而後罹於消滅

時效是有二種以上之主刑者。據最重主刑之最高度計算。(刑法第九十八條後段)例如刑法第三百五十二條第一項規定犯單純海盜罪者處死刑無期徒刑或七年以上有期徒刑。計算時效須以死刑為標準。必逾二十年而不起訴者而後罹於消滅時效。因死刑為最重主刑之最高度也。

本刑應加重或減輕者。起訴權之時效期限仍據本刑計算。(刑法第九十九條)刑法所以有此規定者。是亦以提起公訴或自訴為訴訟上之行爲。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。

起訴權之時效遇有依法令不能開始或繼續偵查起訴或審判之程序時停止之。(刑法第一百條第一項)茲所謂依法令不能開始或繼續偵查起訴或審判之程序云云。例如依刑事訴訟法第二百三十八條被告因疾病或其他正當理由不能到案。檢察官即停止開始或繼續偵查起訴之程序。又如依同法第三百零五條被告心神喪失或因疾病不能出庭。法院即停止審判之程序是。偵查起訴審判之程序停止時。效亦因之停止。不得因此而使訴權歸於消滅。停止原

因消滅時效則自停止原因消滅之日起又開始進行。與停止前已經過之期間一併計算。（刑法第一百條第二項）停止與中斷有異。中斷有消滅已過期間之效力。一經中斷。凡中斷前所經過之期間概歸虛度。中斷事由停止。期限復行開始進行。停止則否。此其區別也。

第二 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。我國刑法第一百零一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。（刑法中所用免除字樣包含因時效完成而免除刑之執行者在內）三年內而又受二年以下有期徒刑拘役或罰金之宣告者。不有受緩刑宣告之資格。（例如犯罪人曾受七年有期徒刑之宣告自裁判確定之日起逾十五年未曾行刑是為時效完成自時效完成之日三年內而犯二年以下有期徒刑拘役罰金之罪不有受緩刑宣告之資格又犯罪人曾受

拘役之宣告自裁判確定之日起逾五年未曾執行是爲時效完成自時效完成之日三年內而犯二年以下有期徒刑拘役或罰金之罪者亦同反之行刑時效完成三年後再犯二年以下有期徒刑拘役或罰金之罪者仍得宣告緩刑是）因時效完成而免除刑之執行。三年內復受二年以下有期徒刑拘役或罰金之宣告而又宣告緩刑者。得爲撤銷緩刑宣告之原因。行刑時效完成。因其僅與刑之執行完畢相同也。是故因處刑所喪失之資格或定期褫奪之資格不因時效完成而恢復。欲恢復被褫奪之資格。當以復權處分爲之。

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)一年以上十年未滿有期徒刑者十五年。(三)一年未滿有期徒刑拘役罰金或專科沒收者五年。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。時期則依據刑法第二十

一條第二十二條之規定而計算之。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。（刑法第一百零二條第二項）在停止執行事故消滅前，時效停止不進行。（刑法第一百零二條第一項）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，復越二十有九稔，以此二十九年與裁判確定後心神喪失前之一年合併計算，是為三十年不執行。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。非刑法第一百零一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。

第八章 時期之計算

有期自由刑時效緩刑假釋累犯均於時期盈朒有關。是故時期計算，在刑法中有明文規定之必要。惟時期之計算，普通不外自然的及曆法的兩種。自然的計算法

者。細分一日爲時爲分爲秒而以時間計算之謂也。曆法的計算法者。從曆法上之年月日而計算之謂也。我國刑法兼採自然的計算與曆法的計算。規定時期以日計者閱二十四小時。以月或年計者從曆。（刑法第二十一條第一項）一週日爲二十四小時。故以之計日。此採自然的計算法也。一週月爲二十八日或二十九日或三十日或三十一日皆不問也。一週年爲三百六十五日或三百六十六日閏年皆不問也。均從曆計算。此採曆法的計算法也。以月從曆計算之例。如宣告有期徒刑二月。從民國十七年二月一日起算至三月三十一日爲滿期。三月無三十一日者。則以三月三十日或二十九日或二十八日爲滿期。是以年從曆計算之例。如應處有期徒刑一年。自民國十六年三月五日起算至十七年三月四日爲滿期。是惟刑期以若干分之幾爲加減者。則以一月三十日一年十二月爲計算之標準。（刑法第二十一條第二項）此又採自然的計算法也。例如法定本刑爲七年以下有期徒刑。加重本刑三分之一則爲九年四月以下有期徒刑。減輕本刑三分之一則爲四年八月以下有期徒刑。又時期之初日不計時刻。（刑法第二十二條第一項前段）無論其爲數小時或半小時均以一日論。申言之。因上訴期滿而確定裁

判者。以上訴期滿之次日午前零時爲刑期起算點。因撤回上訴而確定裁判者。以撤回之頃刻間爲刑期起算點。例如午後十一時撤回上訴。撤回之時即是裁判確定之時。縱令當日僅餘一小時仍以一日論。反之最終期滿之日。則須閱全一日。（刑法第二十二條第一項後段）期滿之日既須閱全一日。是放免囚犯必有待於次日。放免之日既不算入刑期。自不能不有一定限制。故刑法於第二十二條第二項中以明文規定曰。「放免囚犯於期滿之次日午前行之。」又刑期自裁判確定之日起算。（刑法第二十三條第一項）因通常刑事被告多已在押所故也。則凡犯人於裁判確定時已在押所者。雖未送入監獄。仍應視與入獄者相等。（參閱前北京大理院統字第九九二號解釋例其文云凡未決羈押之人經判決確定後仍然監禁者雖尙未備執行手續仍應將此項監禁日數算入刑期）裁判雖經確定。其尙未受拘禁之日數不算入刑期之內。（刑法第二十三條第二項）蓋因刑事案件輕重不同。在裁判之中未必概行拘禁。故如輕微之罪。本可許被告委任代理人出庭。（刑事訴訟法第二七二條）又如被告人之受保釋責付者。亦可以暫時在外。凡此等情形。其未入獄日數。不得以確定之故而算入刑期也。

