

刑法分則

緒論

刑法分則者乃規定各種犯罪之特別構成要件及其應科刑罰之法則是也凡罪之成立必先具備總則所定之普通要件而後觀察其行爲合于分則何條之規定予以預定之罪刑其行爲之實狀皆詳載於分則各條是即各罪之特別要件如殺傷罪之殺傷竊盜罪之竊取等皆是故研究總則可以明犯罪與刑罰之共通原則研究分則可以知各罪成立之要點及應科刑罰之範圍二者互爲經緯不容偏廢然往古社會單簡人事不繁每略于總則之規定將未遂既遂累犯共狀減免緩釋以及刑事責任諸問題悉委諸審判官自由裁量雖未嘗有若何困難第非所論於今日之複雜社會也我國自唐律以來雖皆有類似總則如名例之規定然其內容屬于適用刑罰者居多而於犯罪成立上之共通原則仍屬簡缺不備故予執法者以比附援引之權其任意出入人罪之弊長可勝言然則總則與分則有不可分離之關係偏廢其可乎哉

在昔法制不備賞罰由於好惡凡決罪之有無及宣告如何之刑悉任審判官之意思以爲裁判此之謂擅斷適用主義嗣以審判官之專斷弊竇叢生而反動之結果乃預訂犯罪之行爲及其應科之刑以爲準繩此之謂法定適用主義至法定主義有絕對與相對之分所謂絕對法定主義者乃就各罪科刑之種類及範圍爲具體之規定審判官所宣告之刑名及刑量全然與法定刑相一致無所謂量刑也所謂相對法定主義者乃就各罪科刑之種類及範圍爲抽象之規定審判官以法定刑爲宣告刑之基礎而仍指定其刑者也然對於特定之犯人具體的指定其刑者謂爲宣告刑此又可分爲定期宣告主義與不定期宣告主義採用後者之理由誠以人之被處刑罰猶病者入醫院診治何日出院當視其病之已否痊愈爲準保護主義尙矣我國暫行律及新刑法均未採用此主義者亦準乎國情之規定有不得已之苦衷在焉

刑罰者亦社會之一現象也引律科刑不足盡法官之能事必於人民之感情生活之痛苦犯罪細微之動機一一識別之而後可得情法之平故法官於法律知識外猶須有社會之知識言乎此則犯罪之原因不可不究也攷犯罪之原因夥矣屬於自

然者如地時之氣溫是屬於個人者如身體上之外觀特徵及內部特行是屬於家族者如家庭教育不良及無家庭是屬於社會者如經濟社會制度社會問題是屬於國家者如法律制度監獄制度是故基於內因者有先天的犯罪人瘋癲的犯罪人感情的犯罪人基於外因有偶發的犯罪人慣行的犯罪人其原因多而其狀態亦無窮矣然則檢察官與推事應注意事項可得而言焉檢察官於偵查時所應注意者（一）犯罪事實及與樂有直接關係之事項（二）被告人個人之性質及從來之品行（三）罪犯者之勞動力及勞動力之程度並勤惰之情形（四）被告人從來所屬之社會及後此決屬之社會（五）被告人個人之交際推事於審判時所應主意者（一）爲瞬間犯罪即偶發或感情之犯罪人此種犯罪人其生活屬於常態則其本能屬於善良祇以一時之慾望一時之激昂一時之意思墮落因而有此浮熱喪失其社會性以至偶罹刑綱稍事懲創即可收改悔之效復臻常態矣（二）爲慣習犯罪即常棄或慣行之犯罪人此種犯罪人參合社會原因與生來原因利用機會犯罪國社會中甚有危險者然其中亦有區別如其犯罪性質爲牢不可破者是屬於無改善希望之性癖的犯罪

如加以有制正之生活及有規則之勞動即可以改善者是屬於有改善希望之性癖的犯罪凡此數者均須加以注意以爲量刑之標準庶有豸乎

關於刑法分則之編列各國學說及立法例頗不一院有以被害之客體分類者有以犯罪之公私分類者有以受害之重輕分類者是皆無當於理適用上極形不便故近日學者多主張破除分類名目日本改正刑法即採用其說新刑法繼之惟爲條文序列之整飭起見略分段落以直接有害國家存立之條件者居於首項（第一章至第六章）其害社會而間接以害國家者次之（第七章至第二〇章）其害個人而間據害及爲國家社會者又次之（第二一章至第三四章）是蓋按各罪配列之次序而斟酌定之非學理上有此特質也本講義即依法典順序依次講述之

本論

韻遠趙琛述

第一章 內亂罪

第一節 緒論

內亂罪在前清律例上屬於大逆謀叛罪之一種日本刑法學者亦有主張爲大逆罪者此乃出于君主國家之觀念而在民主國家自無所謂大逆罪也至於謀叛之義意解釋上似不妨認爲人民對於國家之犯罪然內亂罪之主體不必限於本國人民則謀叛之義意亦與本章根本觀念不容也

學者有以本罪足使國家發生滅亡之危險應稱爲亡國罪者又有謂本罪乃人民違背義務似宜謂爲不忠罪者不知內亂之發生大抵出于改革政治之目的其結果不過變更國體政體或顛覆行政中樞與國家存亡關係無涉如以內亂罪爲不忠罪則其主體必限于本國人民而公然擅動內亂或加入內亂團體之外國人民斷無成立犯罪之理由其範圍不免失之過狹亦不足採

然則內亂罪之義意果何如乎曰內亂罪者對於國家內部之存在條件實施紊亂或

破壞行爲之犯罪也蓋且男各國其國家政治雖許人民有參與之權然不得任意變更或有紊亂行爲如取此非法手段卽成立本罪而處以刑罰焉故本罪之法益卽爲國家內部存在之條件若對於家國外部存在條件加以侵害者則屬於外患罪之性質其被害法益固顯有不同者也

新刑法所規定之內亂罪可大別爲三卽（一）非法內亂罪（二）暴動內亂罪（三）預備或陰謀內亂罪（四）幫助內亂罪茲分述之

第二節 非法內亂罪

意圖以非法之方法顛覆政府僭竊國土或紊亂朝憲而着手實行者爲內亂罪（一）○（三條一項）暫行律以暴動爲內亂罪之前提殊不知犯內亂罪方法除暴動外尙有其他非法之行爲故新刑法以非法之方法爲構成內亂罪而以暴動犯之者則依次條科刑

顛覆政府謂變更中央之國權僭竊國土謂占領境內之全部或一部紊亂國憲謂變更國家之成憲三者皆關係國內之存立故爲內亂罪

暫行律關於內亂罪之既遂未遂分別規定但內如爲已既遂即無從處罰故英美派及大陸派對於此罪凡着手實行者不問其目的達否即成立內亂新刑法亦依是而改正也

第三節 暴動內亂罪

暴動內身罪之（一〇四條一項）構成要件如左

甲主體 本罪主體不問國籍如何苟聚羣衆而爲暴動行爲者皆是但一人實施強暴行爲而其目的雖在紊亂國憲亦不得爲本罪之主體

乙故意 本罪之構成固須有暴動之故意而其暴動之故意尤須出自犯內亂罪之動機若非意圖內亂縱起暴動亦只構成妨害秩序罪而不構成內亂罪

丙行爲 本罪之行爲即爲暴動暴動云者除一〇三條所云非法方法外所有多數人協同一致而實施不法的強暴脅迫之謂也蓋內亂罪既以傾覆政府割據土地或紊亂國憲而成立如非事實上具有相當之武力即不易實施本罪也但暴動行爲必須用爲紊亂國憲等之手段而後乃能構成內亂犯若其志雖在紊亂

國應而其暴動與紊亂國憲並無直接之關係仍不得以內亂罪論譬如爲舉事之準備而肆行搶掠用以購辦他日舉事所用之軍器謂強盜可也謂爲預備內亂亦可也但不得以其志在紊亂國憲而卽視之爲內亂耳

內亂罪者多數人所犯之罪故其主體不能無輕重之階級此新刑法第一〇三條一〇四條所以分別首謀與非首謀二者而法律上之責任亦各有不同者也

第四節 內亂之預備陰謀犯

甲內亂之頓備罪（一〇三條一〇四條）內亂之預備卽意圖繁亂國憲而招集軍隊募捐軍餉製造軍器購辦軍糧以及其他非法方法與軍隊暴動之諸種準備行爲皆是也

乙內亂之陰謀罪（一〇三條一〇四條）內亂之陰謀卽二人以上互相協議而爲內亂之計畫者也所謂陰謀大概皆祕密行之然祕密並非陰謀之要件故二人以上公然協議而爲內亂之計畫者仍不失其爲內亂之陰謀也

第五節 幫助內亂罪

明知他人內亂之情而供給軍械彈藥錢糧或以其他行爲幫助前二條之罪者（一〇五條）皆屬本罪之範圍就行爲本質論當然屬於內亂罪之共犯然新法認爲獨立犯罪者誠以本條所規定之犯罪行爲其影響足促內亂之實行自與其他幫助行爲及於國家之危險程度顯有區別苟不特爲明定不免有情重罰輕之弊也

本罪專爲幫助他人犯內亂罪而設固不問他人之以非法方法着手實行內亂之行爲或以暴動犯內亂之罪更不論爲預備或陰謀各之晨助皆可成立也

第六節 處分

一 我國舊律對於內亂罪採用夷族制度不獨內亂團體不分輕重階級一律處以極刑卽家族中婦人孺子亦在所不赦此種法律觀念已爲近代刑法所不容自無論究之必要然刑法學者有謂內亂罪多出於愛國熱忱藉謀政法上之改革在國際法上已認爲國事犯而加以保護則在國內法上亦似宜諸重典庶乎可也惟我國新刑法對於首謀仍設有死刑或無期徒刑之規定則又何故誠以本罪之性質於國家生存上實有重大之危險若如論者主張絕對不設死刑之規定往往死恢復燃有使國

本瀕於危亡之慮且無由貫徹且刑罰之目的也至非首謀者既無重大惡性 其最輕主刑得處以七年以上有期徒刑要不出於罪刑平允之目的而設故犯一〇三條一項之罪者首謀處無期徒刑非首謀者處七年以上有期徒刑犯一〇四條第一項之罪者首謀處死刑或無期徒刑非首謀者處無期徒刑或七年以上有期徒刑

二 預備或陰謀犯一〇三條之罪者處六月以上五年以下有期徒刑如以預備或陰謀犯一〇四條之罪者處一年以上七年以下有期徒刑

三 暫行律關於內亂未遂或預備陰謀或幫助他人預備內亂等罪苟未達於暴動之程度自首於官者曾設必免之規定其立法之本旨蓋以本罪乃對於國家社會有重大危害之影響一旦暴發即於國家社會及私人生莫大之危害法律上希即弭患於無形故以必免爲勵獎自首之政策然新刑法則不設此規定

四 幫助一〇五條幫助內亂之罪者處一年以上七年以下有期徒刑犯一〇三條至一〇五條之罪者將依五十七條五十八條之規定褫奪公權

第二章 外患罪

第一節 緒論

國家長治久安之道對內宜統一以立國本對外尤宜鞏固以保國防蓋內訌足以釀革命之憂而國亂外侮且足以召瓜分之禍而國亡其危害更有甚焉者是以破壞國家外部之組織響響於國家之獨立者害的外患罪外患罪爲破壞國家外部組織之罪故與破壞國家內部組織之內亂罪迥不相同

吾國舊律規定外患罪爲謀叛如謀背本國潛從外國者卽成立謀叛罪就表面論似與外患罪之性質並無區別然本章犯者主體不以違背忠實義務之本國人民爲限卽無負忠實義務之外國人民苟對本國國權之對外行爲加以侵犯亦應一律處罰始足以保持國家對外之獨立權此所以異於舊律之立法觀念也况舊律潛從外國之意義於現行制度及國際通例皆不免有所抵觸如國籍法之歸化卽其最著之例也

暫行律洩漏機務罪獨立成爲一章惟所規定各條過于嚴酷爲他國所無查外國立法例關於洩漏祕密大抵規定于外患罪章而以有損害于國之安全致貽外患者爲

限新刑法擬仿其意改入本章

敵國二字之意義以廣義言凡與本國感情不洽皆可謂爲敵國以狹義言與本國已開始戰爭之外國始得謂爲敵國本章用語之範圍應從狹義觀釋故如兩國因外交談判致國際感情不無隔閡者苟未至開戰以前雖有他其強制手段仍不得以敵國論

外患罪得大別三卽平和的外患罪戰時的外患罪與淺漏國防上祕密之罪是也茲分述如左

第二節 平和的外患罪

平和的外患者謂不以暴力而實施之犯罪也如與外國訂定故意不利中國之條約及通謀外國損失中國領域之類是也此等犯罪在平時抑在戰時無區別但可分爲三種茲將其要點述之如下

第一 違背政府之委任至生損害于民國之罪 本罪因受政府之委任處理對於外國政府之事務不違背其委任致生害于民國而成立(一一八條)茲述其構成之

要件於左

甲主體 本罪主體爲中國政府委任之人若無政府之委任即使不利於中國之行爲亦不構成本罪本罪不以官員資格爲必要凡中外人民受中國之囑托者均將謂之委任

乙行爲 本罪之行爲在處理對於外國政府之事務而使生損害于民國所云事務大自修好通商構和宣戰小至監督僑民退擇居留地等事均包括之

丙故意 本罪除一般故意外必須有違背其委任致生損害于民國之動機否則不在受罰之列但所謂損害不以財產上之損害爲限

第二 未受命令委任擅與外國通謀之罪 本罪因中國人民未受本國政府命令委任通謀外國政府或其派遣之人意圖使中國領域屬於該國或他國而成立茲述其要件如左

甲主體 本罪主體限於中國人民未受中國之命令委任者蓋外人與外國通謀侵略中國領域或係護國之對外方針或係該國之外交政策人之謀我亦猶我

之謀人法律上不能認爲犯罪刑罰權亦無從干涉之卽以中國人民而論若果出於國家之命令委任而割讓領土亦不能概以本罪目之此本罪主體所以限於未受中國命令委任之中國人民

有謂中國人民未受政府之命令委任雖與外國通謀在國際法上不生割讓領土之效力似亦無甚危害然若政治上有爲之人擅與外國開議割讓領土之條約外國必藉端要求而爲瓜分領土之口實其結果足以陷國家於危亡造端雖微而危害殊大新刑法第一〇八條所以特設處罰之規定

乙行爲 本罪因有通謀外國政府或其派遣之人的行爲而成立故通謀時卽爲本罪之既遂至其所通謀者能否發生效力於犯罪之構成不生影響

丙故意 本罪之構成除一般故意外須有意圖使中國領域屬於外國之動機否則縱與外國有所通謀亦不構成本罪

第三 毀棄損壞對外文件罪 暫行律無本罪之規定犯之者成立毀棄損壞罪但對外文件與對內文件似應分別蓋對內文件如有毀損情節尙有補救至對外則

不獨補救爲難且于外交上每院發生影響故新刑法一一九條特增明文云「偽造變造毀棄或隱匿可以證明民國對於外國所享權利之文書圖畫及其他證據者處五年以上十二年以下之有期徒刑」只須有本條之行爲罪卽成立遠因如何在所不問

第三節 戰時的外患罪

戰時的外患罪大別爲二卽謀叛罪助敵罪是也分析言之

第一 謀判罪 本罪因通謀外國政府或其派遣之人意圖該國或他國使對中國開戰端而成立（二〇七條一權）通謀者雙方協議之意但與議者須係外國有支配戰爭權之人若與外國私人協議而無支配戰爭之權能者卽或意圖使之對中國開戰亦不構成本罪惟本罪既未於協議之手段設有限制故直接與外國協議或間接與外國協議以語言與外國協議戰以文書外國協議由外國發起被引誘而與爲協議又或自進而與外國協議均非所問也

本罪不實行以開戰爲既遂時期只須其通謀出于開戰之本旨本罪卽已成立此

則觀于意圖二自明也

以上所述當屬於間接抗敵中國之行爲尙有直接抗敵中國者卽第一〇九條第一項所規定其情形有二

(一)須有在敵軍執役之行爲 卽指爲敵軍執行一切事務之行爲而言爲編入敵軍參與謀略以及從事敵軍之雜務如馬夫火夫之類其行爲足以利敵而有害於我方者皆刑法上所謂抗敵中國之行爲也本條之犯罪主體以民國人民爲限

(二)須有或與敵國械抗民國或其同盟國之行爲 其僅與敵國人民而無關於敵國政府者不包括在內所云戰時同盟國卽與本國共同從事戰鬪行爲之外國則是本國與他國雖締結攻守同盟條約而本國對外發生戰爭時並未立于共同戰爭之地位者仍不將以戰時同盟國論

抗敵罪不問間接直接皆須犯人與外國政府有共同之關係若僅與外國臣民共同企圖對於民國惹起戰亂者則應成立內亂罪非抗敵罪也

第二 助敵罪 本罪非參與敵國軍務乃與敵國以軍事上利益或釀成中國軍事